

中国
注释法学
文库

刑事诉讼法通义

徐朝阳 著



商務印書館
The Commercial Press

刑事诉讼法通义

徐朝阳 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼法通义/徐朝阳著. —北京:商务印书馆,
2016

(中国注释法学文库)

ISBN 978-7-100-12074-6

I. ①刑… II. ①徐… III. ①刑事诉讼法—研究—
中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 048851 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书据商务印书馆 1934 年本排印

中国注释法学文库

刑事诉讼法通义

徐朝阳 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-12074-6

2016年8月第1版

开本 880×1230 1/32

2016年8月北京第1次印刷

印张 16 1/8 插页 1

定价:65.00 元

中国

注释法学

文库

广州大学公法研究中心合作项目

主持人 董 皞

顾问 李步云 应松年

广州大学社科专项资助

商务印书馆图书馆提供版本



徐朝阳
(1905—1979)

总 序

一个时代法学的昌明，总开始于注释法学；一个民族法学的复兴，须开始于历史法学。

虽然清朝帝制的陨落也正式宣告了中华法系生命的终结，但历史的延续中，文明的生命并不只在纸面上流动。在中华民族近现代法治文明孕育的肇端，中华法制传统转向以潜移默化地形式继续生息，西学东渐中舶来的西方法学固然是塑造中国作为现代民族国家法学的模型，但内里涌动的中国法文化传统却是造就当代中国法学的基因——这正是梅因要从古代法中去寻找英国法渊源的原因，也是萨维尼在德国法体系发展伊始即提出的：“在人类信史展开的最为古老的时代，可以看出，法律已然秉有自身的特性，其为一定民族所特有，如同其语言、行为方式和基本的社会组织特征。”^①

有鉴于此，从历史溯源来探索独特中华法治文明，重塑中华法系，是当代中华民族追求伟大复兴的必由之路。所以，当历史的沧桑和尘埃终于在半个多世纪的岁月里缓缓落定的时候，我们应在此刻再度回眸那个东西文明撞击的年代，会发现，在孜孜探求中国现代民族国家法学发展之路的民国，近代法学的先驱们尝试将曾经推动西方现代法学兴起的注释法学引入中国。孟森、张君勱、郑竞毅、汪文玠、

^① [德] 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社 2001 年版，第 7 页。

秦瑞玠、谢霖、徐朝阳……这些人既是中国传统文化滋养下成长的精英，又是怀有开放心态虚心学习世界先进文化的智者，可以说，他们以自觉的时代精神和历史责任感担负起构建民族法学、追求民族复兴的使命，而又不自觉地传递着中华法系传统的理念和逻辑。细细研读他们的作品，不但是对近代民国注释法学派理论研究的梳理，更能对近代以降，现代民族国家觉醒过程中，中国法学建立的历史源流进行深入和系统的把握。

近年来，多部近代法学著作重新被整理推出，其中不乏当时大家的经典之作，然而，从注释法学的角度，系统梳理中国当代法学的理论发展史，尚无显著进展或相关成果问世。由此，余欣闻商务印书馆和广州大学法学学科的教学、科研单位，现合作计划对这批民国时期注释法学的研究成果进行勘校整理，并重新让民国法注释学的经典著作问世，我深感振奋。这套丛书比较全面地覆盖了现代法体系中各个法律部门，能够为展现中国近代法治文明转型和现代民族法学发生、发展史建立起完备的框架，无论对于法制史学，还是对于当代中国部门法的理论研究与制度探索，乃至整个当代民族法学文化的发展而言，都具有极其关键的意义。毕竟，受到法文化传统影响，中国政治对法学和法制的压抑使传统的法文明散落在经典知识体系的各个“角落”而未能独立，虽然有律学这支奇葩，但法独立性的文化基础仍然稀薄。进入近代，在西方法治文明模式的冲击下，虽然屡有“立宪救国”的政治运动以及社会思潮，然而，尝试用最“纯粹”的路径去构建民族法学和部门法制度，还当属这些学术先驱们拟采用的“罗马法复兴”之路径，即用注释法学来为中国民族法学奠基。可以说，勘校和整理这一系列丛书，是法学研究中对注释法学和历史法学的大胆结合，既是对文献研究的贡献，也是突破既定法学研究范式，打通部门法、法理学和法制史学研究的方法创新。

是以，余诚挚期盼该丛书经过勘校整理，能够为中国法制史和部门法学基础理论研究，提供一条贯通历史与现实的“生命线”，望能促进当代中国法学的理论和制度，均能一据历史法学而内蕴传统之民族精神，又外依注释法学而具精进之现实理性，故此为序。

张 晋 藩

2013年3月15日于北京

凡 例

一、“中国注释法学文库”多收录 1949 年以前法律学术体系中注释法学的重点著作，尤以部门法释义居多。

二、入选著作内容、编次一仍其旧，唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章，诚邀专家学者撰写而成，意在介绍作者学术成就，著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本，参校他本，正其讹误。前人引书，时有省略更改，倘不失原意，则不以原书文字改动引文；如确需校改，则出脚注说明版本依据，以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格，各时代均有其语言习惯，故不按现行用法、写法及表现手法改动原文；原书专名（人名、地名、术语）及译名与今不统一者，亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等，则予径改。

五、原书为直排繁体，均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者，一律改为新式标点，专名号从略。

六、原书篇后注原则上移作脚注，双行夹注改为单行夹注。文献著录则从其原貌，稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者，据所缺字数用“□”表示；字难以确定者，则用“（下缺）”表示。

八、入选著作外国人名保持原译名，唯便今天读者，在正文后酌附新旧译名对照表。

目 录

绪 论

第一章 刑事诉讼法之意义	3
第一 实质之意义	3
第二 形式之意义	3
第二章 刑事诉讼法之主义	4
第一 弹劾主义与纠问主义	4
第二 合法主义与便宜主义	4
第三 职权主义与处分主义	5
第四 实体真实发见主义与形式真实发见主义	5
第五 直接审理主义与间接审理主义	6
第六 言词审理主义与书状审理主义	7
第七 自由心证主义与法定证据主义	8
第八 公开审理主义与秘密审理主义	9
第三章 刑事诉讼法之地位	10
第一 刑事诉讼法为公法	10
第二 刑事诉讼法为程序法	10
第三 刑事诉讼法与其他公法之关系	10
第四章 刑事诉讼法之效力	12
第一 关于时之效力	12

2 目 录

第二 关于地之效力	12
第三 关于人之效力	12
第四 关于事物之效力	13
第五章 刑事诉讼法之解释	14
第一 解释之标的	14
第二 解释之方法	14

本 论

第一编 总则

第一章 法例（第 1—4 条）	19
第二章 法院之管辖（第 5—23 条）	24
第三章 法院职员之回避（第 24—34 条）	49
第四章 被告之传唤及拘提（第 35—58 条）	63
第五章 被告之讯问（第 59—65 条）	76
第六章 被告之羁押（第 66—86 条）	82
第七章 证人（第 87—116 条）	99
第八章 鉴定人（第 117—126 条）	116
第九章 扣押及搜索（第 127—155 条）	125
第十章 勘验（第 156—164 条）	138
第十一章 辩护（第 165—178 条）	143
第十二章 裁判（第 179—187 条）	152
第十三章 文件（第 188—193 条）	161
第十四章 送达（第 194—203 条）	165
第十五章 期限（第 204—212 条）	173

第二编 第一审

第一章 公诉	183
第一节 侦查 (第 213—257 条)	185
第二节 起诉 (第 258—264 条)	230
第三节 审判 (第 265—336 条)	239
第二章 自诉 (第 337—357 条)	302

第三编 上诉

第一章 通则 (第 358—374 条)	319
第二章 第二审 (第 375—385 条)	347
第三章 第三审 (第 386—413 条)	370

第四编 抗告

(第 414—432 条)	397
---------------------	-----

第五编 非常上诉

(第 433—440 条)	423
---------------------	-----

第六编 再审

(第 441—460 条)	431
---------------------	-----

第七编 简易程序

(第 461—475 条)	453
---------------------	-----

第八编 执行

(第 476—505 条)	465
---------------------	-----

第九编 附带民事诉讼

(第 506—513 条)	487
徐朝阳先生学术年表	500
法制现代化初期的刑事诉讼	
——《刑事诉讼法通义》导读	段陆平 502
《中国注释法学文库》编后记	509

绪 论

第一章 刑事诉讼法之意义

第一 实质之意义 实质刑事诉讼法，指规定刑事诉讼程序之全体法规而言。即不问有无刑事诉讼法之名称，如法规之内容，苟有关于刑事诉讼程序者，则得称为刑事诉讼法，例如法院编制法及监狱规则等，皆属实质意义之刑事诉讼法。

第二 形式之意义 形式刑事诉讼法，指有刑事诉讼法名称之法典而言，即民国十七年（1928年）七月二十八日公布，同年九月一日施行之刑事诉讼法是也。凡单称刑事诉讼法者，通常指此形式意义之法典。