

普通高等院校人文社会科学重点研究基地基金资助

普通高等院校人文社会科学重点研究基地基金资助

“诉讼原理研究”课题成果之二

项目主持人：樊崇义

刑事诉讼原理

THEORY ON CRIMINAL
PROCEDURE

主编·宋英辉



法律出版社
LAW PRESS

普通高等学校人文社会科学重点研究基地基金资助

“诉讼原理研究”课题成果之二

项目主持人：樊崇义

刑事诉讼原理

THEORY ON CRIMINAL
PROCEDURE

主编·宋英辉



法律出版社
LAW PRESS

主编简介

宋英辉,河北省人,1957年生,法学博士,中国政法大学诉讼法研究中心常务副主任,兼刑事诉讼法学研究室主任,教授,博士研究生导师。独立完成和参与撰写的著作、译著20余部,发表学术论文70余篇。主要代表成果有《刑事诉讼目的论》、《刑事审判前程序研究》等。科研成果获第二届全国优秀社会科学成果奖专著奖、全国首届中青年诉讼法学优秀论文一等奖、全国第二届中青年诉讼法学优秀科研成果(专著)一等奖等12项奖项。

在国内第一次系统研究了刑事诉讼目的问题,主张以均衡价值观为基点研究我国刑事诉讼目的,以利益权衡原则处理不同利益间的冲突;认为我国刑事诉讼制度的完善,应当兼顾实体公正与程序公正、控制犯罪与保障人权、公正与效率,在关注被告人人权保障的同时,注意对被害人权利的保障。

撰稿人及其写作分工:

(以撰写章节先后为序)

宋英辉(中国政法大学教授、博士生导师),第一章一、二,第三章一至七、十,第六章一

吴卫军(法学博士,成都电子科技大学讲师),第一章三、四,第五章四

魏晓娜(中国政法大学博士),第二、四章

李哲(中国政法大学诉讼法专业博士研究生),第三章八、九、十一至十四,第六章二

许身健(中国政法大学诉讼法专业博士研究生),第五章一至三

说 明

教育部人文社会科学重点研究基地——中国政法大学诉讼法学研究中心第一批重大科研项目——诉讼原理研究,于2000年9月18日立项,历经三载,几易其稿,终于面世。

研究诉讼原理势在必行。根据我国民主与法治建设的进程,按照诉讼法学研究发展的规律,从规范诉讼法学走向理论诉讼法学,这是诉讼法学发展的必然趋势。因为诉讼法学的表现形式既包括对三大诉讼法法条的诠释,又包括对法理的阐释,前者为规范诉讼法学,后者为理论诉讼法学。从规范诉讼法学走向理论诉讼法学,这就是法学工作者经常所论:走出注释法学的樊篱,迈向理论法学的自由王国。任何一个部门法学,从“自在”走向“自由”,必须实现这一转变。这一转变的过程就是本学科发展、深入和走向科学的象征。诉讼原理研究就是出于这一目的而立项并深入展开的。

什么叫原理?什么叫诉讼原理?诉讼原理的内涵外延是什么?诉讼原理的阐释与诉讼法条是什么关系……对这一系列问题的思考贯穿于我们研究的全过程。课题组成员关起门来查阅国内外资料,走出门去调查研究,还组织专家学者和实务部门工作者进行专题研讨。当然,人们看法种种,见解不一。我们总结了来自各方面的意见,吸收了国内外最新的成果,梳理编织成书。为了学习和使用上的方便,在成果体例上分列为四个部分:把三大诉讼的共性原理单列一卷,称《诉讼原理》;刑事诉讼的特有原理单列一卷,称《刑事诉讼原理》;民事诉讼的特有原理单列一卷,称《民事诉讼原理》;行政诉讼的特有原理单列一卷,称《行政诉讼原理》。诚然,有关诉讼原理的研究

才刚刚起步,而且,由于立项题目内容工程巨大,我们对共同原理和特有原理的概括、抽象是否符合法学理论之规格和要求,是否挂一漏万,作者实有风险之感。说句心里话,我们的研究只是为了抛砖引玉,求教同仁。

“诉讼原理研究”从立项到结项,得到了各位同行专家、学者及实务工作者的支持和帮助,得到了普通高等学校人文社会科学重点研究基地的资助,得到了法律出版社的支持,在此一并表示真诚的谢意。

项目主持人:樊崇义

2003年1月

目 录

第一章 绪论	(1)
一、研究的对象与内容	(1)
二、研究的目的与意义	(5)
三、研究的主要方法	(8)
四、研究的基本路径	(12)
第二章 刑事诉讼理念	(14)
一、实体正义理念	(15)
(一)位阶排序	(16)
(二)关于保障无辜	(21)
(三)关于惩罚犯罪	(26)
(四)关于罪刑相适应	(33)
二、程序正义理念	(35)
(一)程序正义问题的产生	(35)
(二)程序正义的基本要求	(40)
第三章 刑事诉讼原则	(56)
一、刑事诉讼原则的价值	(56)
(一)刑事诉讼原则释义	(56)
(二)刑事诉讼原则的地位和价值	(61)
二、刑事诉讼原则体系	(64)
(一)研究视角与方法	(64)
(二)刑事诉讼原则体系的层次性	(68)
三、程序法定	(71)

(一)程序法定原则的要求·····	(71)
(二)外国关于程序法定原则的立法与适用·····	(72)
(三)程序法定原则的理念基础·····	(75)
(四)程序法定原则与我国刑事诉讼·····	(77)
四、司法独立 ·····	(78)
(一)司法独立原则的立法、适用及基本要求 ·····	(78)
(二)司法独立原则的理念基础与制度价值·····	(80)
(三)司法独立原则与我国刑事诉讼·····	(82)
五、国家追诉 ·····	(86)
(一)实行国家追诉的历史必然性·····	(87)
(二)国家追诉原则与我国刑事诉讼·····	(89)
六、无罪推定 ·····	(90)
(一)无罪推定原则的形成及其理念基础·····	(90)
(二)无罪推定原则与我国刑事诉讼·····	(96)
七、任何人不受强迫自证其罪 ·····	(97)
(一)任何人不受强迫自证其罪释义·····	(97)
(二)关于任何人不受强迫自证其罪的立法与适用·····	(99)
(三)任何人不受强迫自证其罪的价值与制度基础·····	(102)
(四)任何人不受强迫自证其罪与我国刑事诉讼·····	(105)
八、程序参与 ·····	(107)
(一)程序参与原则的基本要求·····	(107)
(二)外国关于程序参与原则的立法与适用·····	(108)
(三)程序参与原则的功能评析·····	(115)
(四)程序参与原则与我国刑事诉讼·····	(117)
九、有效辩护 ·····	(117)
(一)有效辩护原则释义·····	(118)
(二)外国关于有效辩护的立法·····	(118)
(三)有效辩护原则的理念基础·····	(120)
(四)有效辩护原则与我国刑事诉讼·····	(121)

十、强制性措施限制适用与适度	(125)
(一)强制性措施限制适用与适度原则的理念基础	(125)
(二)强制性措施限制适用与适度原则与我国刑事 诉讼	(128)
十一、程序公开	(129)
(一)程序公开原则释义	(129)
(二)外国关于程序公开原则的立法	(130)
(三)程序公开原则产生的理念基础及其制度价值	(133)
(四)程序公开原则与我国刑事诉讼	(136)
十二、社会参与	(137)
(一)社会参与原则释义	(137)
(二)社会参与原则的价值基础	(141)
(三)社会参与原则与我国刑事诉讼	(143)
十三、诉讼及时	(144)
(一)诉讼及时原则释义	(144)
(二)诉讼及时原则的表现	(146)
(三)诉讼及时原则的理念基础	(149)
(四)诉讼及时原则与我国刑事诉讼	(152)
十四、一事不再理与禁止双重危险	(152)
(一)一事不再理与禁止双重危险释义	(152)
(二)一事不再理与禁止双重危险的适用	(159)
(三)一事不再理与禁止双重危险的例外	(162)
(四)一事不再理(禁止双重危险)与我国刑事诉讼	(169)
第四章 刑事诉讼基本要素	(173)
一、刑事诉讼主体	(173)
(一)刑事诉讼主体的范围	(173)
(二)刑事诉讼主体之确定	(180)
二、刑事诉讼客体	(186)
三、刑事诉讼行为	(195)

(一)刑事诉讼行为含义之界定·····	(196)
(二)刑事诉讼行为分类·····	(198)
(三)刑事诉讼行为的效力·····	(202)
四、刑事诉讼条件·····	(213)
(一)刑事诉讼条件的分类·····	(214)
(二)刑事诉讼条件的效果·····	(216)
(三)我国刑事诉讼法规定的起诉条件·····	(217)
第五章 刑事诉讼构造 ·····	(222)
一、刑事诉讼构造概述·····	(223)
(一)刑事诉讼构造释义·····	(223)
(二)刑事诉讼构造的构成要素·····	(224)
二、外国关于刑事诉讼构造的理论·····	(228)
(一)帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式·····	(230)
(二)格里费斯的争斗模式与家庭模式·····	(233)
(三)达马斯卡的刑事诉讼构造理论·····	(234)
(四)戈德斯坦的弹劾模式与纠问模式·····	(237)
三、外国刑事诉讼构造·····	(237)
(一)纵向构造·····	(238)
(二)横向构造·····	(247)
四、诉讼构造理念与我国刑事诉讼构造·····	(252)
(一)调整诉讼构造的基本理念与原则·····	(252)
(二)我国刑事诉讼构造之完善·····	(258)
第六章 刑事诉讼程序 ·····	(269)
一、审前程序的理念与原则·····	(269)
(一)司法权保障原则·····	(270)
(二)令状原则·····	(272)
(三)任意侦查原则与强制侦查法定主义·····	(275)
(四)起诉法定主义与起诉便宜主义·····	(281)
二、审判程序的理念与原则·····	(285)

(一)直接、言词审理与传闻证据法则	(286)
(二)集中审理	(295)
(三)证据裁判	(301)
(四)自由心证	(310)
(五)不利益变更之禁止	(321)
主要参考文献	(331)
后记	(339)

第一章 绪 论

“从长远的观点来看,维护法律和秩序总是文明社会赖以生存的基础”。^{〔1〕}在当代文明社会的发展中,刑事诉讼通过正确适用刑法,保障基本人权,在维护法律和秩序方面发挥着不容忽视的作用。这一作用的过程,表现为刑事诉讼法的制定和实施,即一方面要结合本国国情进行刑事诉讼立法,另一方面要将立法的一般性规定运用于千差万别的具体案件。刑事诉讼法的制定和实施,需要通过立法及司法工作者充分发挥其主体性来实现。因此,就立法及司法工作者来说,具备良好的素养和扎实而全面的刑事诉讼法学理论,对完善刑事诉讼立法并将体现于其中的意志在具体案件上充分实现,以便通过刑事法的领域维护法律和秩序,就是十分必要的了。本书以刑事诉讼原理为研究内容,透过刑事诉讼理论、立法及司法实践,着重于从法理角度提炼与诠释反映刑事诉讼规律的理念与原则,进而期盼能促使对刑事诉讼规律研究的关注,丰富我国刑事诉讼理论研究,期望能对完善我国刑事诉讼立法、改进司法有所启迪,使立法及司法工作者在实际操作中自觉遵循刑事诉讼规律,创造性地运用这门学科。

一、研究的对象与内容

本书研究的对象为“刑事诉讼原理”。对刑事诉讼原理的研究,显然应当落脚于“原理”一词。所谓“原理”,从词源意义上理解,“原理”意味着一个事物蕴涵的基础原因和基本道理。见诸权威词典的

〔1〕 丹宁:《法律的正当程序》,李克强等译,群众出版社1984年版,第3页。

解释也基本大同小异。《现代汉语词典》(修订版)对“原理”的解释是:“带有普遍性的、最基本的、可以作为其他规律的基础的规律;具有普遍意义的道理。”〔2〕《辞海》解释为:“通常指科学的某一领域或部门中具有普遍意义的基本理论。”同时,就此补充说明到:“原理”是“以大量实践为基础,正确性为实践所检验与确定。从原理出发可以推演出各种具体的定理、命题等,从而对进一步实践起指导作用”。〔3〕由此可以看出,“原理”有以下特点:第一,原理是关于某一事物的理论、道理,因而属于人类的认识,其内容来源于客观事物;第二,是基本的和带有普遍性的道理,因而属于有关该事物的基础性规律的认识;第三,这种道理、规律是被实践检验与证明的,因而是把握该事物的基础。那么,什么是刑事诉讼原理呢?与其他事物一样,刑事诉讼原理亦应具有原理的一般特征。因此,刑事诉讼原理是指总结人类刑事诉讼实践而提炼出来的体现刑事诉讼基本规律的理论。

对于本书研究的刑事诉讼原理,应当说明以下几点。

首先,刑事诉讼原理是诉讼原理的重要组成部分。原理、诉讼原理、刑事诉讼原理是处于三个不同位阶层面、内涵呈递进关系的关联概念。诉讼原理着重诠释与分析刑事、民事、行政诉讼所共有的基础性的规律,从这个角度看,诉讼原理适用于刑事诉讼;而刑事诉讼原理则是从刑事诉讼中提炼与总结出来的基础性理论,它既是诉讼原理在刑事程序中的延伸和具体化,又是刑事诉讼特殊性的体现。换言之,从哲学角度看,诉讼原理与刑事诉讼原理之间的关系,是普遍与特殊、一般与个别、共性与个性之间的关系,两者虽然有着紧密的联系,但又存在明显的区别。这里研究的,主要是区别于民事、行政诉讼的刑事诉讼原理。

其次,关于刑事诉讼原理的研究,其着重点是刑事诉讼中基本的

〔2〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订版),商务印书馆1996年版,第1548页。

〔3〕 夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第2099页。

具有普遍意义的共性问题。尽管世界各国的历史传统、政治经济制度、社会发展程度不同,但基于人类社会生活的共同性与一致性,各国法律制度包括刑事诉讼法律制度都普遍“存在着一些最低限度的正义要求:这些要求独立于实在法制定者的意志而存在,并且需要在任何可行的社会秩序中予以承认”。〔4〕提炼、抽象、概括、归纳刑事诉讼中具有规律性的理论与规则,就是刑事诉讼原理研究面临的课题。刑事诉讼原理应当是超越国别、法系,甚至社会意识形态界限的,许多内容不仅为各国宪法或刑事诉讼法所明确规定,而且还写入了相关的国际条约,其中影响最广、内容最全面的是合称“国际人权宪章”的三个文件:《世界人权宣言》、《经济、社会和文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》。这些文件与《联合国宪章》、其他国际公约,以及联合国下属机构制定的专门性法律文件,如《关于司法机关独立的基本原则》、《关于检察官作用的准则》、《囚犯待遇最低限度标准规则》等,一起构建起刑事诉讼国际准则的体系与基本要求。这些也是刑事诉讼原理要研究的主要内容。只为个别国家所独有或独创的具体制度,不是刑事诉讼原理研究的重点。譬如,刑事诉讼原理并不重点阐释法国的预审法官制度、日本的起诉状一本主义等,而是透过这些具体制度阐明其背后体现出的理念。

再次,刑事诉讼原理的形成与发展是一个动态的历史变迁过程。从时间维度上看,在不同的历史阶段、不同的社会类型中,存在着不同的刑事诉讼制度及与之相对应的刑事诉讼司法实践。由于刑事诉讼制度及与之相对应的刑事诉讼司法实践的不同,从其间提炼出的刑事诉讼原理自然也不尽相同。因此,可以说,刑事诉讼原理不是静态的、恒定不易的,而是一个动态的历史变迁过程。如果从历史的角度考察刑事诉讼原理的发展历程并展开论述,是一个过于庞大的课题,远非本书所能承载和负担。基于此,在此所研究的刑事诉讼原理

〔4〕〔美〕E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第273页。

虽然也会论及历史,但主要着眼于其现实,着眼于现代特别是 20 世纪中期以来世界各国刑事诉讼立法、司法及理论研究所反映或总结出来的基本规律。同时,考虑到我国刑事诉讼制度发展和演变的特殊情况,尽管也会论及国内立法与司法实务,但其并非刑事诉讼原理研究的重点。

还有,刑事诉讼原理是一个有机的体系。无论是从结构功能主义的角度审视,还是从系统论的角度观察,刑事诉讼原理都是一个完整的体系。从抽象层面看,这些原理往往表现为高度概括的思想、理论、原则;从具体层面看,则表现为一系列与之相配套的制度设计。其中,前者是内在的灵魂和精髓,后者是外显的表征和体现。在这里展开的分析中,一方面要对相关的思想、理论、原则进行阐述,另一方面还要结合各国刑事诉讼的具体制度设计进行论证,以此增强研究的说服力和理论厚度,同时也力图全景式地勾勒出刑事诉讼原理的理论体系。

最后,刑事诉讼原理研究的视角是多元的、立体的。不同的论者基于不同的立场、不同的标准,对同一对象往往会得出不同的结论。长期以来,受形而上学思维方式的影响,在理论研究中,总是习惯性地认为一个问题只有惟一的真理性认识,其他认识要么是错误的,要么是流之肤浅和片面的。由此,进行学术论争时,往往习惯于用谁对谁错的标准来衡量。事实上,这种思维既不符合主体把握客观对象的认知规律,也与社会科学自身的秉性相悖。根据认识论,客观对象往往是内含多重要素和属性的复合结构体,而主体对客观对象的认识,总是受视角和时空限制的。因此,任何理论认识都不可能构成穷尽客观对象全部方面的终极真理。况且,任何社会科学理论都讲究内在的逻辑自治性和首尾一贯性,而客观对象往往呈现出截然不同甚至相互对立的属性和规律,所以,一种视角往往只能从某一方面揭示客观事物的属性和规律。这里进行的刑事诉讼原理的研究也不例外。

二、研究的目的是与意义

学术研究的理想境界也许在于必须具备能够对接三个不同领域的“三栖”能力:一是必须能够对接学术界,以保持理论的高度与学术的深度;二是必须能够对接决策层,以为决策政策的制定提供理论支撑与专业意见;三是必须能够对接实务界,以通过对实务的认肯与总结、反思与批判,引导实务并促使各种弊端与缺憾的革除。概言之,即理论层面的学术意义与实践层面的功利价值两方面。基于此,刑事訴訟原理研究的目的与意义,也可以从这两方面来分析。

首先,研讨刑事訴訟原理研究的学术价值,需要阐明两个问题:一是刑事訴訟原理研究在整个刑事訴訟理论体系中的地位;二是理论界对刑事訴訟原理的研究现状。

就第一个问题而言,众所周知,刑事訴訟法学的研究对象是刑事訴訟法,刑事訴訟法在实际运用中出现的问题以及刑事訴訟的法理学问题。与此相对应,形成了注释刑事訴訟法学、对策刑事訴訟法学和刑事訴訟法理学。注释刑事訴訟法学的任务是注释现行刑事訴訟法,为了将一般的刑事訴訟法律规范正确运用于各具体案件,以实现立法意图,注释刑事訴訟法学是必不可少的。然而,在刑事訴訟法的实施中,会出现各种各样的具体问题,立法与司法的错位是不可避免地客观存在着的。为尽可能缩减立法与司法之间的错位,从而避免在其超过一定限度时刑事訴訟对维护法律秩序所可能产生的巨大负作用,就需要对策法学提出缩减立法与司法错位的对策。但是,从根本上避免刑事訴訟立法与司法之间错位可能对法律秩序导致的危害,尚需探究刑事訴訟的内在规律性,探究刑事訴訟的目的与构造、刑事訴訟中的法律价值及成为其背景的因素。这属于刑事訴訟法理学研究的对象。这些掩藏于法律条文背后的具有普遍意义的东西,具有稳定性和历史继承性,从而不仅使各国刑事訴訟具有共同性,而且使一个国家的刑事程序具有历史连续性。忽视它们,就不会有发达、系统、完备的注释刑事訴訟法学和对策刑事訴訟法学,也难以有

良好的刑事诉讼立法和司法实务。因此,可以说,不论从刑事诉讼法学体系本身而言,还是从刑事诉讼法学理论对于刑事诉讼立法及司法实务的指导性作用而言,刑事诉讼法学理论研究趋向成熟的标志,应当是上述完整意义上的刑事诉讼法学的发达。如前已述,刑事诉讼原理是关于刑事诉讼中基础性规律的学说,是从刑事立法及司法实务中抽象、提炼出来的具有普遍意义的基本理论。因此,原理的研究在整个刑事诉讼法学研究中居于基础和核心的地位。可以毫不夸张地说,刑事诉讼原理的研究能够客观反映一个国家刑事诉讼法学研究的整体水平。建筑学上有一条颠扑不破的法则:地基的承载力决定层高。如果将刑事诉讼理论体系比喻为一座大厦,则原理的研究无疑是这座大厦的基石;如果期望大厦能弥高弥固,就必须夯实刑事诉讼原理的基石。由此,可以推定,关于原理的研究不全面、不深入,则刑事诉讼理论研究的整体水平必然不高,与此相对应,则刑事诉讼立法的科学化、现代化必然受到影响,而刑事司法实践的状况也必然不尽如人意。

就第二个问题来说,我国理论界对刑事诉讼原理的研究尚有欠缺。建国以来,我国刑事诉讼法学的发展,经历了1949年至1956年的创建和初步发展时期,1957年后期至1965年的基本停滞时期,1966年至1976年的停顿时期和1976年10月以后的复苏和发展时期。在前三个时期,完整意义上的刑事诉讼法学的研究是不可能的。1976年10月以后,特别是随着刑事诉讼法的颁布,我国刑事诉讼法学研究出现了前所未有的新局面。这不仅表现在其间对50年代后期到十年动乱年间曾受到粗暴批判和简单否定的正确的刑事诉讼原则、制度重新予以肯定性评价,对刑事诉讼理论的一些基本问题如诉讼原则、证据制度和理论等进行了探讨,以及许多建议被有关立法或司法机关制定的有关立法及刑事诉讼法实施细则所吸收或确认,而且表现为理论研究从以解释法律为主逐渐转向针对刑事诉讼法实施中的问题提出完善立法和改进司法的对策,并开始了刑事诉

讼法理学的探讨。^{〔5〕}这种格局的出现,表明我国刑事訴訟法学的研究方向已向更广阔的领域和更深的层次发展,我国刑事訴訟法学研究正步入繁荣时期。尽管如此,在我国刑事訴訟法学理论研究中,关于刑事訴訟原理的研究仍然显得薄弱:一方面,有些研究总体而言深入不够,有些缺乏对刑事訴訟原理的整体把握和宏观建构;另一方面,刑事訴訟的诸多基础性理论,如诉讼客体、诉讼行为、诉讼条件等,尽管在许多国家如德国、日本已经有了相当长时间的系统研究和丰富的理论成果,但在我国学术界,这些问题的研究基本上还处于空白状态。基于上述,从整体上对刑事訴訟原理的相关内容进行梳理和阐释,对于丰富和完善我国刑事訴訟理论体系,具有十分积极的意义。

其次,关于刑事訴訟原理研究的实践意义和功利价值,主要体现在为我国刑事訴訟立法的修改与完善及司法实务的改进提供理论支撑。理论来源于实践,反过来又对实践具有指导作用。刑事訴訟原理是对刑事訴訟立法及司法实践进行理论提炼的产物,来源于实践,也应当服务于实践,否则,学术研究就会失去生存与发展的土壤,成为无源之水,无本之木,丧失应有的生机与活力。与此相对应,我国刑事程序的制度设计也需要深厚的理论研究作指导。经验表明,任何刑事訴訟立法中存在的诸多弊端,都与理论研究,特别是刑事訴訟

〔5〕 我国刑事訴訟法理学研究初期的代表性成果有:《刑事訴訟目的论》(中国政法大学博士学位论文[1992],中国政法大学图书馆藏书;中国人民公安大学出版社1995年版)、《刑事訴訟构造论》(中国政法大学博士学位论文[1991],中国政法大学图书馆藏书;中国政法大学出版社1992年版)、《刑事訴訟职能论》(中国政法大学博士学位论文[1992],中国政法大学图书馆藏书)、《刑事訴訟效率论》(中国政法大学博士学位论文[1996],中国政法大学图书馆藏书;中国政法大学出版社1999年版)、《刑事审判原理论》(中国政法大学博士学位论文[1995],中国政法大学图书馆藏书;北京大学出版社1997年版),以及相关学术论文。