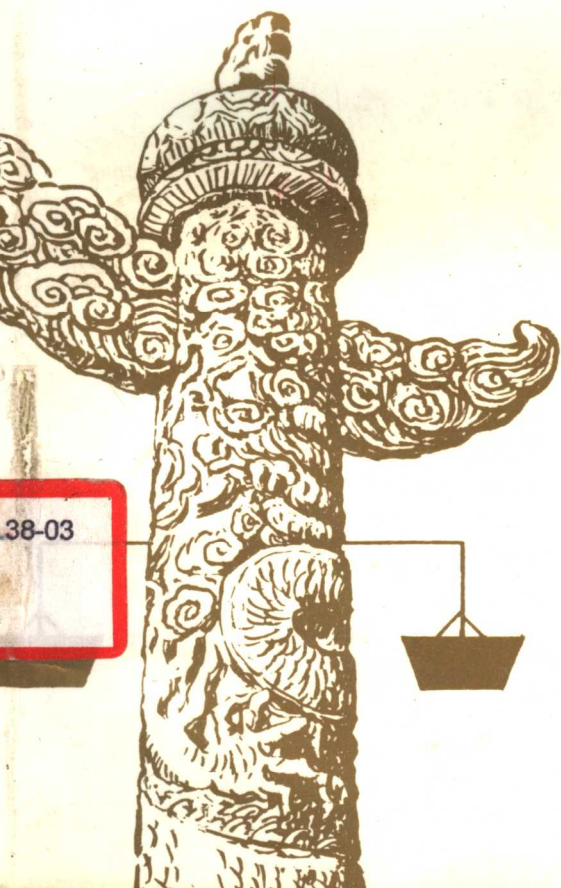


法
学
文
库

比较刑事程序 结构

徐友军 著

现代出版社



38-03

比较刑事程序结构

徐友军 著

现代出版社

(京)新登字010号

封面设计: 杨永德

责任编辑: 柯为民

比较刑事程序结构

徐友军 著

*

现代出版社出版

(北京安华里504号 邮编100011)

北京通县永乐印刷厂印刷

新华书店总店北京发行所发行

*

开本: 850×1168 1/32 字数: 110千 印张: 4.5

1992年3月第1版

1992年3月第1次印刷

印数: 1—2000

*

ISBN 7-80028-132-9/D·008

定价: 2.70元

序

徐友军是一位学术敏感性较强且思维角度新颖的青年教师，早在1983年他就看准了刑事诉讼结构这一理论问题，并将它作为自己的硕士论文题目加以研究。在当时，国内几乎无人问津这一领域，不可否认，这一课题具有一定的难度。可喜的是，他以自己的勤奋、执著及聪慧攻克了这一难题。毕业后，他对这一课题的兴趣依然未减，在继续搜集资料的基础上，终于完成了本书。

本书能够帮助读者解开在过去某个时刻曾缠绕在心头的种种疑团，如：为什么英国在历史上形成了一套与欧洲大陆国家不同的刑事诉讼制度？为什么英美法系国家比大陆法系国家更加重视程序法？为什么两大法系的法官在法庭上的表现不一样？为什么证实被告人有罪的千真万确的证据，在美国有时竟不被法庭采纳？为什么两大法系的法官对待实体法的态度迥然不同？为什么英美法系国家那种陪审团审判制度，大陆法系国家则基本上没有？为什么两大法系的判决书风格不一样？为什么英美法系的法官个性鲜明，而大陆法系的法官却谨小慎微？为什么两大法系会出现彼此互相借鉴的趋势？等等。之所以说刑事诉讼结构问题是当代刑事诉讼中的一个重大问题，就在于它能够对于刑事诉讼中出现的种种现象给予较深刻的解释和说明。

本书的文风清新、文笔流畅，具有较强的可读性。

当然，本书也存在着一些不足之处，比如个别地方的论证还缺乏更有说服力的论据。但总的说来，本书仍不失为一本系统论述刑事诉讼结构、具有较高学术水平的专著。我认为，出版它不仅有益于繁荣和发展我国的刑事诉讼法学，而且也为补充和修改我国的刑事诉讼立法提供了一个国际背景材料及一些具体建议。

王国枢

1990年12月25日于北大

目 录

前 言	(1)
一、问题的提出	(1)
(一) 果真存在两大法系吗?	(1)
(二) 两大法系的根本区别何在?	(1)
(三) 为什么要研究这些区别?	(2)
二、误解与偏见	(2)
(一) 某些大陆法系学者的看法	(2)
(二) 某些英美法系学者的看法	(2)
三、科学的命名	(3)
第一章 弹劾式诉讼结构与纠问式诉讼结构	(5)
一、弹劾式诉讼结构	(5)
(一) 弹劾式诉讼结构的产生	(5)
(二) 弹劾式诉讼结构的主要特点	(6)
二、纠问式诉讼结构	(8)
(一) 纠问式诉讼结构的主要特点	(8)
(二) 历史之谜: 纠问式诉讼为何唯独没有在英国 占有支配地位?	(10)
三、弹劾式诉讼与纠问式诉讼: 谁优谁劣?	(13)
第二章 混合式诉讼结构	(14)
一、混合式诉讼: 西欧大陆法系国家的尝试	(15)
(一) 西欧大陆法系国家的混合式诉讼与原有的纠 问式诉讼相比, 出现了哪些革命后的新变 化?	(15)
(二) 西欧大陆法系国家的混合式诉讼中未完全摆	

脱传统的纠问式诉讼的作法有哪些?	(16)
(三) 能否说西欧大陆法系的混合式诉讼中, 侦查、 追诉阶段完全体现了纠问风格, 法庭审判阶 段完全体现了弹劾色彩?	(17)
二、混合式诉讼: 不放弃传统的英国模式	(18)
(一) 英国的混合式诉讼中, 保有更多弹劾式传统 的原因剖析	(18)
(二) 英国借鉴大陆法系刑事诉讼的最突出表现是 什么?	(18)
(三) 美国刑事诉讼能摆脱英国的殖民影响吗? ..	(19)
三、混合式诉讼: 追求完美的日本风格	(19)
(一) 日本混合式诉讼产生的历史背景	(19)
(二) “在正当法律程序中实现实体真实主义” ..	(20)
(三) 日本刑事诉讼的完美风格小结	(22)
(四) 日本刑事诉讼实践: 在正当程序的表象 背后	(24)
第三章 审问式诉讼结构与对抗式诉讼结构	(25)
一、裁判中心主义与公判中心主义	(25)
(一) 卷证移送主义与起诉状一本主义	(25)
(二) 职权审理主义与当事人对抗主义	(26)
二、侦查程序的纠问化与对抗化	(29)
(一) 对沉默权与聘请律师权的限制	(29)
(二) 侦查程序的对抗化	(30)
三、实体真实与正当程序	(31)
(一) 实体真实是审问式诉讼的基本价值, 正当程 序是對抗式诉讼的基本价值	(31)
(二) “鱼和熊掌不可兼得”	(34)
四、打击犯罪与保护无辜	(34)
五、职权主义与当事人主义	(35)

六、效率与权利	(36)
(一)效率与权利的统一	(36)
(二)效率与权利的冲突	(37)
(三)承前与启后	(38)
第四章 大陆法系的级别式权力结构	(39)
一、级别式权力结构概述	(39)
(一)级别式权力结构的宗旨	(39)
(二)级别式权力结构的基本特征	(39)
二、工作方式的向心性	(41)
(一)警察与检察官	(41)
(二)法官	(43)
三、权力等级的严格性	(50)
四、法律规范的明确性	(52)
(一)警察	(52)
(二)检察官	(53)
(三)法官	(56)
五、书面文件的重要性	(59)
(一)对卷宗的重视	(59)
(二)判决书的高度格式化	(60)
(三)不公布不同意见	(60)
六、法官行为的依附性	(61)
(一)一次又一次的统一考试,把未来法官本来有 差异的思想统一了起来	(61)
(二)晋升制度迫使法官变得更加顺从	(62)
第五章 英美法系的对等式权力结构	(65)
一、对等式权力结构概述	(65)
(一)对等式权力结构的宗旨	(65)
(二)对等式权力结构的基本特征	(65)
二、工作方式的离心性	(66)

(一) 警察与检察官	(66)
(二) 陪审团	(67)
(三) 法官	(70)
三、权力等级的松散性	(75)
(一) 英国法院案件管辖混乱的原因	(75)
(二) 美国法院案件管辖混乱的原因	(76)
(三) 管辖权与权力等级	(77)
四、法律规范的灵活性	(77)
(一) 警察	(77)
(二) 检察官	(79)
(三) 审判官	(86)
五、司法判决的独特性	(93)
(一) 判决书就是法官的意见书	(93)
(二) 判决书的推理形式	(94)
六、法官行为的创新性	(95)
(一) 法学院的教育	(95)
(二) 对法官的选拔	(96)
(三) 职业训练的缺乏	(96)
(四) 法律职业是一个独立的统一体	(97)
第六章 诉讼结构与权力结构	(98)
一、裁量权较大的消极法官与裁量权较小的积极法官	(98)
二、复杂诉讼中法官的非技术化与简单诉讼中法官的技术化	(99)
第七章 刑事程序结构产生的思想和历史原因	(102)
一、古典的英国自由主义	(102)
(一) 受限制的政府与分散的权力	(102)
(二) 古典自由主义与刑事诉讼	(102)
二、刑事程序结构类型产生的历史原因	(105)

(一) 大陆国家为什么采纳了集中化的权力结构， 英美国家为什么采纳了松散型的权力结 构？	(105)
(二) 大陆国家为什么不允许法官兼指立法，英美 国家又为什么允许？	(107)
第八章 刑事程序结构类型的发展变化	(108)
一、两大法系的法律制度彼此接近的原因	(108)
(一) “一体化法理学是理解世界法发展的关键”	(108)
(二) 对犯罪人的看法发生了转变	(109)
二、大陆法系国家刑事程序结构的发展变化	(113)
(一) 审问式诉讼结构的发展变化	(113)
(二) 级别式权力结构的发展变化	(114)
三、英美法系国家刑事程序结构的发展变化	(116)
(一) 对抗式诉讼结构的发展变化	(116)
(二) 对等式权力结构的发展变化	(120)
后 记	(128)
附录：主要参考书目	(129)

前 言

一、问题的提出

(一) 果真存在两大法系吗？

法律是文化的一种表现，不经过某种本土化的过程，一种文化是不可能轻易地移植到另一种文化里面的。法国法律是法国文化的一种反映，正如美国法律是美国文化的一种反映一样。照此看来，世界上并不存在两种完全相同的法律制度。但是，“法系”是指数个国家法律制度中共有的东西，^①这种共有的东西构成了该种法律制度的本质特点。将法国、德国以及英国、美国的法律制度分别归入大陆法系和英美法系，是世界上绝大多数学者所能接受的，本书亦采纳这种划分。

(二) 两大法系的根本区别何在？

深入细致的分析表明，大陆法系与英美法系的根本区别，在于法庭诉讼程序的技术结构，在于法律思维运动的不同的概念体系，以及导致这些区别的原因：即负责司法的人员的显著差异。^②马克思·韦伯说：一个社会的法律制度的状况最终取决于支配该法律制度的那种人。法律制度是像古代罗马那样由有闲的绅士和高级行政官支配，还是像伊斯兰国家由神学家支配，或者像古代中国由官僚哲学家支配，这就造成了区别。

①〔美〕约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，知识出版社，1984年版，第2页。

② 参见《国际社会科学百科全书》1978年版。

（三）为什么要研究这些区别？

梅因在19世纪时写道：“有资格的法学家们普遍承认，推动立法和法律的改善，即使不是比较法的唯一任务，也是它的主要任务。”茨威格特和科茨说：“全世界的立法者已经发现，在很多问题上，如果没有比较法的帮助，就不可能产生好的法律。”法律改革者通过研究其他国家的法律可以看出，外国法律系统是如何对待和解决人类所面临的共同问题的。

二、误解与偏见

（一）某些大陆法系学者的看法

某些大陆法系学者常常把英美法系的刑事诉讼结构概括为弹劾式或控诉式（两者含义相同），其实，弹劾式诉讼不过是对从奴隶社会初期到13世纪初流行于欧洲的刑事诉讼结构类型的一种描述。就是说不仅英美法律制度，而且大陆法律制度都经历了弹劾式诉讼阶段。今天的英美国家的刑事诉讼虽然保有比较多的弹劾式诉讼的特点，但把一个完全是历史上出现的概念原封不动地加在英美的当代刑事诉讼身上是不太准确的。

如果说，某些大陆学者对英美刑事诉讼结构的看法存在着片面性的话，那么，某些英美学者对大陆刑事诉讼结构的误解和偏见就更大了。

（二）某些英美法系学者的看法

美国法学家富勒说，英美诉讼结构的本质是：对于所要作出的那个判决，诉讼双方都是参加者，参加的形式就是提出证据和进行争辩。而缺乏提出证据和进行争辩的机会大概就是大陆的纠问式诉讼结构。^①

① 富勒：《美国法中的对抗制》，1961年。

这种诉讼结构的二分法出现的难处就是，如果英美诉讼的核心就是诉讼双方都有权提出证据和进行争辩，那么，现代大陆刑事訴訟和英美刑事訴訟之间就不存在差别了。因为大陆国家的被告也被赋予了上述意义上的参加者的资格。

某些英美学者为什么习惯于把大陆的訴訟概括为糾問式訴訟呢？

虽然经过19世纪的法律改革，糾問式訴訟已被基于自由主义、保障人权、启蒙哲学的新的訴訟结构取而代之，但是大陆国家的改革还没走得那么远，以致减少法官的众多职责到只类似于一个仲裁人的地步。而在英美学者看来，法官的众多职责，是对起诉方和被告方行为的粗暴干涉，据此认为与糾問式訴訟无异。

但是，由于在今天，“糾問式”这个词往往被人们理解为秘密审讯，被告人承担供述义务、通过拷问和某种制裁方法实行强制供述等含义。所以，把当代的大陆刑事訴訟结构类型说成是糾問式，是不公允的。

三、科学的命名

两大法系内的某些学者对外国刑事訴訟制度未经深思熟虑就片面下结论，是不断产生误解和偏见的根源。这些结论反映在国际交往中，往往不利于对外国东西的借鉴，限制了法律文化交流中的相互影响，从而错误地指导实践。

那么，大陆法系与英美法系之间两种对立的刑事訴訟结构类型究竟是什么呢？

资产阶级革命以后，无论是大陆的刑事訴訟还是英美的刑事訴訟，都既结合了弹劾式訴訟的特点又结合了糾問式訴訟的特征，都可称作混合式訴訟结构。但并不是说两者的差别消失了，在混合式訴訟中，大陆国家吸取了更多的糾問式訴訟的特点，如法庭上，法官的职权调查占有突出地位。而英美国家吸取了更多

的弹劾式诉讼的特征，如法庭上，当事人的争辩占有明显地位。所以如果把大陆的诉讼结构称为职权主义的审问式诉讼，把英美的诉讼结构叫做当事人主义的对抗式诉讼，我以为还是比较恰当的。

我们所选择的对抗式诉讼和审问式诉讼这个两分法，由于它们固有地带着弹劾式、纠问式诉讼的痕迹，而本身又都属于混合式诉讼，所以我们有必要沿着逆时针的方向往回走，去追溯弹劾式、纠问式、混合式诉讼的产生及基本特征。

第一章 弹劾式诉讼结构与 纠问式诉讼结构

翻开人类刑事诉讼史，我们发现，几乎每个国家的刑事诉讼都始于弹劾式，后发展为纠问式，接着是混合式。那么，这一漫长的历史过程是怎样进行的呢？

一、弹劾式诉讼结构

弹劾式诉讼主要实行在古罗马共和时期，欧洲日耳曼法（法兰克王国）前期及英国的封建时期。

（一）弹劾式诉讼结构的产生

要了解弹劾式诉讼的产生，就必须先了解国家司法机关的产生。因为刑事诉讼是一个关于特定的国家活动的概念，它是指国家司法机关在当事人和其他诉讼参与人参加下，处理刑事案件的活动。

在奴隶制社会的初期，仍然明显地保留着原始公社复仇习惯的残余，如对侵犯私人利益的违法行为，在许多情况下，法律允许受害人直接惩罚加害人，国家并不亲自干预其事。只是为了证明加害人的杀人或伤害行为是否出于合法复仇，才需要通过程序来解决。罗马在上古时期，还没有专门惩罚犯罪的机关，对于违法行为通常是由民众大会和最高长官审理。到了共和国后半期，由于犯罪案件日益增多，便设立了一些负责审理刑事案件的专门机关，自公元2世纪中叶起设立了常设刑事法院，任何公民只要得

到最高裁判官的允许都可以提出控诉。古巴比伦到了汉穆拉比实行司法改革的时期，设立了世俗法官。这样，原始的复仇习惯逐渐消失。但是，司法机关对于违法犯罪行为的追究是在有人告诉时才审理，实行无告诉人即无审判的原则。在古罗马和雅典，还实行由原告传唤被告人出庭的制度。这就是弹劾式诉讼产生的简单经过。

（二）弹劾式诉讼结构的主要特点

虽然奴隶制国家的诉讼程序在不同国家和一个国家的各个不同发展时期，有各自不同的特点，但作为弹劾式诉讼，其共同特点也是明显的。

1. 起诉权自由地由每一个公民行使，没有原告也就没有刑事诉讼，原告提起刑事诉讼并对这个诉讼负责。

第一，提起诉讼的权利最初属于受到伤害的那个人，后来逐渐扩大到他的亲属。因为当时还分不清民事责任和刑事责任，所以也就把刑事诉讼和民事诉讼等同看待。两种诉讼都是在同一个法官面前按照同一种形式进行，并寻求获得同样令人满意的解决方案。但刑事诉讼和民事诉讼所要达到的目的是不同的。很明显，要使两者达到不同的目的，关键在于诉讼的开始；而且人们日益认识到了社会利益的重要，受到犯罪行为侵害的人属于某一群人中的一个，侵犯了这个人的利益也就侵犯了这一群人的利益。因此，当弹劾式诉讼发展到后期的时候，刑事诉讼与民事诉讼逐渐分开，民众控告制（非受害人及其亲属也可提出控告）逐渐兴起。

控告作为一个社会职能的出现，表明司法文明的进一步发展。但这时，还没有产生进行控告的专门官方机构，而社会对于这个机构是感兴趣的，没有专门控告机构的帮助，受害人及他的同伴是没有足够的力量追究某个人的犯罪行为的。

总之，起初提起诉讼的权利只属于受到伤害的人及其亲属，

后来则属于组成社会的民众，①不管这一变革在什么时候被完成，都开始意味着是社会在给犯人以惩罚，而不是私人在给犯人以惩罚。

第二，只有当原告起诉后，法院才受理并进行审判。古罗马时将这种情形称之为“没有原告，就没有法官”，这也就是所谓的“不告不理”原则。

第三，在雅典、法兰克王国的刑事诉讼中，法院不主动传唤被告，传唤被告由原告自己负责。《萨利克法典》第三条规定：

“凡传唤别人到法庭去者，应偕同证人，一同到被传唤人家，如本人不在，应使其妻子或其他家属通知他本人，前赴法庭。”②

2. 原告和被告的诉讼地位平等，享有同等的权利，承担同等的义务。审理案件的程序通常是由原告提出控诉的理由和证据，再由被告提出反驳理由和证据，然后由法官作出裁决。

3. 在开庭审理前，法官一般不进行任何侦查或调查，在审理过程中也不传唤证人或强制命令任何一方提出证据。法官以诉讼双方以外的第三者的身份，听取当事人双方的陈述、辩论，并以此为基础作出裁决。

4. 审判有三个主要特征：对质、言词及公开。

5. 控告要站住脚就要使所控告的罪行得到确认，现场抓获人犯被认为是给其以惩罚的无可争辩的原因。如果不是现场抓获，被告又否认自己有罪，那么被告就可以提出反证，证明自己无罪。提出反证是被告的一项权利。为了弄清疑难案件的真实情况，就要把案件交到神那里去，通过神灵裁判解决纠纷。神灵裁判有两种：一种是一方当事人，通常是被告来参加这种审判，例如火验、热水验、冷水验等；另一种是双方当事人参加。当人

① 梅利曼：《大陆法系》第149页。

② 陈光中主编：《外国刑事诉讼程序比较研究》，法律出版社，1988年1月版，第6页。

类的头脑还处于神化状态的时候，恳求神来裁断法官所无法裁断的案件事实，是不足为奇的。

弹劾式诉讼结构由于第一次把人们之间争讼的解决程序加以规范化，而使之成为人类司法史上第一种诉讼结构。

当社会刚刚进入封建制时代，由于封建割据而造成了国家权力的分散和缺乏集中统一的力量，所以依然实行弹劾式诉讼。但这时的弹劾式诉讼仅适用于土地所有者之间的诉讼纠纷。随着社会的进化，封建经济的不断发展，封建统治权力的日益集中，具有分散性特点的弹劾式诉讼必然要被体现权力集中的诉讼结构所逐步代替，这种新的诉讼结构适应了国王权力的不断加强和专制制度逐渐确立以后所带来的各方面变化的需要，这种新的诉讼结构类型就是纠问式诉讼。

二、纠问式诉讼结构

纠问式诉讼从13世纪到19世纪上半叶盛行在除英国以外的欧洲国家。最典型地反映了这种诉讼特征的法典是德国1532年的加洛林纳刑法典和1539年的法国法兰索瓦一世令。

纠问式诉讼比弹劾式诉讼要复杂得多，它较好地适应了社会镇压犯罪和维护封建专制制度的需要。

（一）纠问式诉讼结构的主要特点

1. 不实行“不告不理”的原则。只要发生了犯罪事件或有犯罪嫌疑，即使受害人不告状，也无其他人告发，法官也有权在其职责范围内进行追究和审判。虽然也承认个人告诉，但它并不是进行审判的前提。

2. 在这种诉讼中，无所谓当事人，无论是原告还是被告都不具有现代意义上的当事人的诉讼地位。被告人（包括嫌疑人）不享有任何诉讼权利，在诉讼过程中只是被拷问、被追究的对