

大學用書

# 中國刑事訴訟法

—從比較法觀點論起

黃朝義 著




新學林

中國刑事訴訟法

—從比較法觀點論起—

黃朝義 著



 新學林出版股份有限公司

中國刑事訴訟法：從比較法觀點論起 / 黃朝義  
著. -- 初版. -- 臺北市：新學林，2010.04  
面；公分  
參考書目：面  
含索引  
ISBN 978-986-6419-97-3(平裝)

1. 刑事訴訟法 2. 訴訟程序 3. 比較法學 4.  
中國

586.92/2

99005674

## 中國刑事訴訟法 — 從比較法觀點論起 —

作者：黃朝義

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：10670 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

電話：(02) 27001808 傳真：(02) 27059080

網址：<http://sharing.168city.com.tw/>

總經理：毛基正

總編輯：田金益

版權部：林靜妙

出版日期：2010 年 4 月 初版

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

購書未滿 1000 元加收郵資 50 元

定價：400 元

ISBN 978-986-6419-97-3

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：10670 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：[law@sharing.com.tw](mailto:law@sharing.com.tw)

電子商務：<http://sharing.168city.com.tw/>



# 序

拙著『刑事訴訟法』於 2006 年出版後，在一次因緣際會下，讓我接觸到另一生疏的法制度，『中國刑事訴訟法』之研究。此一研究緣於東吳大學前校長劉兆玄教授主持之專案，接受行政院國家科學委員會委託研究有關中國大陸相關法制，而本人負責『刑事訴訟法』部分之研究。

當初在毫無任何中國法概念與未經理解下，接下了此一從未曾想過的研究任務，確實有點冒險。研究初期毫無疑問的嚐盡苦頭，久久無法順利進行。過程中，在資料蒐集與解讀上，著實花費了不少時間。完成委託案結案後，為使研究成果得以分享於社會，有些內容仍應加以補充說明，較能使得法制度面趨於完整。隨之，乃以結案內容為基礎，重新調整章節，也補充了不少內容，終於得以集結成冊，書名為『中國刑事訴訟法』。

在程序運作上，中國刑事訴訟法亦與一般國家之刑事訴訟法並無多大不同，包含了偵查程序、起訴程序、審判程序與救濟程序。惟基於歷史因素，中國刑事訴訟法中部分內容仍受早期蘇聯法制之影響，加上為維持國家治安秩序之必要，整體法制之設計確實與一般西方法制概念不太一樣。訴訟制度之主體結構雖可謂為較偏向於職權主義色彩，但就程序內容而論，影響制度面運作之外在因素仍然存在，並無法單純的從法條規定得以全面的掌握與理解。

在偵查階段，公安機關可謂主宰著整個程序之進行，人民檢察院雖也進行偵查，但在屬性上宛如為一起訴機關，而人民（被害人）亦與人民檢察院一樣，部分案件可為起訴作為（自訴）。人民法院分為基層人民法院、中級人民法院、高級人民法院（此三者合稱為地方各級法院）與最高人民法院，審理上係採取四級二審制。在特殊程序方面，設有死

## II 中國刑事訴訟法

刑復核程序與審判監督程序，其中死刑復核程序可謂在其他法制國家中未經實踐過之程序，亦是中國刑事訴訟程序之特色之一；審判監督程序較類似於一般所謂的再審或非常上訴程序。

本書之撰寫仍按照拙著『刑事訴訟法』之體例，亦即依刑事訴訟之進程序，分別從導論、偵查程序、第一審程序、第二審程序以及中國特有死刑復核程序與審判監督程序之順序，論述整體中國刑事訴訟法內容，讓讀者得以輕易的理解到中國刑事訴訟法之全貌。

寫書過程中特別感謝德池、芳承、俊廷、宗暉、秋滿、瓊芳、芸珮、米慧諸學棣不辭辛勞的幫忙蒐集與彙整相關資料，以及提供寶貴意見，方得以完成本書。也感謝新學林出版公司之鼎力相助，本書得以如期付梓。

黃朝義

2010/1/23

# 目 錄

## 序

<b>第一章 中國刑事訴訟程序導論</b> .....	1
壹、概說 .....	1
貳、刑事訴訟制度之基本原則 .....	2
一、一般基本原則 .....	2
二、中國刑事訴訟程序特殊解讀之原理原則 .....	8
參、管轄與審判組織 .....	10
一、管轄 .....	10
二、審判組織 .....	15
肆、證據法 .....	20
一、概說（證據法則之基本理念） .....	20
二、證據能力與證明力之區別 .....	23
三、證據之分類 .....	24
四、舉證責任 .....	27
伍、比較分析 .....	29
一、管轄問題 .....	29
二、證據能力與證明力之區分 .....	31
三、舉證責任之強化 .....	34
四、上訴制度之架構問題 .....	35
五、不利益變更禁止原則 .....	37
六、審判監督 .....	38

<b>第二章 中國偵查起訴程序</b> .....	41
壹、概說（偵查程序綜覽） .....	41
一、立案階段 .....	42
二、偵查階段 .....	43
三、偵查終結 .....	44
貳、偵查程序之基本概念 .....	48
一、偵查基本原則 .....	48
二、偵查構造論 .....	52
三、偵查機關 .....	54
四、檢警關係 .....	63
參、立案偵查 .....	68
一、概說 .....	68
二、立案之材料來源與立案之條件 .....	70
三、立案之程序 .....	74
四、對不立案決定之救濟與監督 .....	78
肆、強制措施 .....	79
一、概說 .....	79
二、偵查中之各類強制措施 .....	81
伍、偵查行為（專門調查工作） .....	125
一、概說 .....	125
二、各類型之專門調查（偵查）工作 .....	126
陸、偵查終結 .....	154
一、概說 .....	154
二、偵查終結的條件 .....	155
三、偵查終結之處理 .....	157
四、關於偵查終結之建議新增規定 .....	158
柒、起訴 .....	159
一、起訴之概念 .....	159

二、審查起訴 .....	162
三、提起公訴 .....	172
捌、不起訴 .....	176
一、不起訴之概念 .....	176
二、不起訴之種類及要件 .....	177
三、不起訴之程序 .....	181
玖、比較建議 .....	184
一、檢警關係之比較 .....	184
二、偵查構造問題 .....	185
三、強制處分與司法審查 .....	187
四、強制處分法定原則之觀察 .....	188
五、偵查程序犯罪嫌疑人訴訟權之保障 .....	189

### 第三章 中國刑事第一審程序 ..... 195

壹、概說 .....	195
貳、公訴第一審程序 .....	196
一、審理程序之基本概念 .....	196
二、公訴第一審程序之進行 .....	202
參、自訴案件之第一審程序 .....	227
一、概說 .....	227
二、自訴案件之範圍與審理 .....	228
三、中國刑事訴訟自訴程序之特色 .....	232
四、自訴程序之未來課題 .....	232
肆、中國刑事訴訟之簡易審判程序 .....	233
一、概說 .....	233
二、中國刑事訴訟之簡易審判程序之特點 .....	234
三、簡易審判程序之適用範圍及程序條件 .....	235



四、簡易審判程序之審理 .....	240
伍、分析討論 .....	241

## 第四章 中國刑事第二審程序 .....243

壹、概說 .....	243
貳、中國刑事訴訟第二審程序之內涵 .....	244
一、第二審管轄法院 .....	244
二、兩審終審制度之採行 .....	246
三、上訴與抗訴之提起 .....	248
四、第二審人民法院之調查範圍 .....	251
五、第二審人民法院之審理程序 .....	254
六、第二審人民法院之審理結果 .....	258
參、中國刑事訴訟第二審程序之特色 .....	262
一、兩審終審制 .....	262
二、職權主義的上訴構造 .....	263
三、非典型的覆審制 .....	265
四、全面性審查原則 .....	267
五、法定審理期間 .....	268
六、上訴不加刑原則 .....	269
肆、分析討論 .....	271

## 第五章 中國死刑復核程序與審判監督程序...275

壹、死刑復核程序 .....	275
一、概說 .....	275
二、死刑核准的組織與權限 .....	278

三、報請死刑復核的程序.....	280
四、死刑復核程序在制度上面臨的難題.....	285
五、小結（與台灣之比較）.....	288
貳、審判監督程序.....	290
一、概說.....	290
二、審判監督程序之特徵.....	292
三、審判監督程序之提出及審理.....	298
四、分析討論.....	306
參攷文獻.....	309
重要名詞索引.....	313

## VIII 中國刑事訴訟法

# 第一章 中國刑事訴訟程序導論

## 壹、概說

偵查、起訴、審判、執行等四個訴訟程序係根據刑事訴訟法上若干之重要原理原則加以設計、運作，此些原理原則構成一國刑事訴訟程序之基礎，更是解釋適用法律之重要基礎。各國國情互異，繼受之法律更有所有不同，所依循之刑事訴訟制度亦有其差異所在。具體而論，在目前民主法治國家中，某些原理原則一般被認為係共同之價值，而成為各國立法過程中，重要之參考依據。國際間共通之基本原則，主要可以從彈劾主義與糾問主義、職權主義與當事人主義、無罪推定原則、言詞審理主義、公開審理主義等等內容加以說明。

中華人民共和國（以下全部略稱為中國）刑事訴訟之基本原則主要可從中國刑訴法第一章中明確推知，從第一章所規定之規定各種原理原則，形成一個完整之體系，此貫穿整部刑事訴訟法法典，具有指導性之位階。中國刑事訴訟審判程序，基本上亦為此些原理原則所涵蓋、掌握。因而在論述此些原理原則時，亦可清楚確知中國刑事訴訟之基本原理及思想。

一般而論，中國刑事訴訟主要有以下十四種涉及程序之基本原則（大部分屬於中國刑訴法之特殊解讀）。亦即，一、偵查權、檢察權、審判權由專門機關依法行使；二、人民法院、人民檢察院依法獨立行使職權；三、依靠群眾；四、以事實為根據，以法律為準繩；五、對一切公民在適用法律上一律平等；六、分工負責，互相配合，互相制約；七、人民檢察院依法對刑事訴訟實行法律監督；八、各民族公民有權使用本民族語言文字進行訴訟；九、審判公開；十、犯罪嫌疑人、被告有權獲得辯護；十一、未經人民法院依法判決，不得確定有罪；十二、保障訴訟參與人的

## 2 中國刑事訴訟法

訴訟權利；十三、依照法定情形不予追究刑事責任；十四、追究外國人刑事責任適用中國刑法<sup>1</sup>。以下分別先就一般刑事訴訟制度之基本原則論述，再就中國刑事訴訟審判程序中，其他重要之原理原則詳為說明。

# 貳、刑事訴訟制度之基本原則

## 一、一般基本原則

### (一)彈劾主義與糾問主義

彈劾主義與糾問主義之主要區別在於審判者如何受理案件。彈劾主義係指對於犯罪的審判必須要有非審判者之追訴行為，才能對其進行審判，設若未經過一般合法的追訴時，法院基本上不得開始審判。換言之，即採取所謂「不告不理之原則」，法院係處於被動的地位。相對地，糾問主義之內涵，法院本身兼具兩者之工作，亦即身兼追訴者與審判者之任務。所以，沒有經過其他機關或個人之追訴，法院亦可對該案件進行審判。法院依其職權，基於公權力的發動而加以審判。

糾問主義，追訴者及審判者兩者集於一身，其所面對的，只是一般的加害者與被告，即通稱的被追訴者與被審判者。糾問主義是兩面的關係，由被告與審判者所組成；而彈劾主義所架構出來訴訟制度的是三面關係，由審判者、追訴者以及被追訴者（被告）形成之訴訟制度。從三面關係之存在可以了解到案件之發生，法官之中立使得審判程序比較能夠得到較為公平、公正之處置。相對地，在糾問主義之兩面關係下，原告（追訴者及審判者）係處於高高在上之地位，職司偵查與審判，一旦開啓追訴程序，其心證難免偏頗，此對被告而言，根本無法獲得較為平等之地位。因此，對於自身權利之救濟，顯然可見地，在某種程度是不足的。為了避免裁判者之專斷，糾問制度業已不被接受，幾乎沒有一個國家之審判程序係採用

---

<sup>1</sup> 陳光中，《刑事訴訟法》，第356頁（本書採簡略引註之方式，以下相關論文、書籍之詳細資料請參閱參考書目）。

糾問主義之制度。

比較彈劾主義與糾問主義的演進過程，係由糾問主義演進到彈劾主義。自西方之制度演進觀察，糾問式的訴訟模式一直到西元 13 世紀發展到高峰，但到西元 1789 年法國大革命，到達改革之高峰，改以彈劾主義做為改革之樣板。古代中國之發展亦是如此，例如包公式的辦案方式，集追訴者與審判者於一身，此乃典型的糾問模式。嗣後清末民初改革之思潮，亦以彈劾主義做為刑事訴訟之基礎。

從上述說明可以歸納出彈劾主義的三點特徵，亦即：1. 訴訟之提起係由追訴者提出，法官基於公正客觀之第三人立場進行審判，法官不得自行開啓訴訟程序，此即「不告不理」原則；2. 彈劾主義乃是三面關係，由法院、追訴者與被告所組成，而追訴者與被告雙方乃是訴訟當事人；3. 訴訟的主角為雙方當事人，反之，在糾問主義之訴訟模式下，法院或審判者為訴訟之主角<sup>2</sup>。

## (二) 職權主義與當事人主義

在彈劾主義之下，審判程序之進行係由何人主導訴訟，分為兩種訴訟制度，亦即職權進行模式與當事人進行模式。在審判過程中，公權力直接介入的訴訟制度屬於職權主義之訴訟構造；相對地，當事人主義是由當事人主導訴訟程序，在過程中，原則上不容許公權力的介入。換言之，在當事人主義下，全部訴訟程序之進行或中止（終結）完全交由當事人決定；相對地，職權主義下之訴訟構造，法院依據本身職權之發動，即所謂依職權進行審判，不受當事人意思決定之影響。

職權主義與當事人主義兩主義，在採用上其性質本屬不同。民事訴訟程序在於處理雙方的民事上糾紛，所為者在於確定兩者間的權利義務關

<sup>2</sup> 若依此點所為之區別，在動態之形式上，糾問主義等於職權主義；彈劾主義等於當事人主義，蓋因所謂職權主義，乃賦予法官或審判者推行訴訟之一切權限，當事人僅聽其安排而已；當事人原則，則給予雙方當事人有進行訴訟之平等權利與義務，一切訴訟之進行均由雙方當事人採主動，法院或審判者只不過居於仲裁者與判斷者之地位而已。詳參閱，黃東熊，《刑事訴訟法論》，第 7 頁。

#### 4 中國刑事訴訟法

係。民事訴訟程序中，雙方當事人只要同意，即對於爭議之點不存有爭議性，紛爭即告解決。因此，民事案件之處理，兩者間只要能找出共同點解決或和解時，公權力原則上不會介入。惟相對地，刑罰權是國家所享有之專屬權力，犯罪行為經被認定之後，量刑部分，私人係無法介入。所以，在性質上，民事訴訟程序容易與當事人主義相結合，而刑事訴訟程序基本上屬於刑罰權之運用，亦屬刑罰權的實現，基本上其與職權之運作具有密切關係。

職權主義，為歐陸法系國家所採行之制度。職權主義之運作，會產生之問題在於全數交由公權力掌控。因而偵查階段所蒐集之證據，於起訴時，以卷證併送之方式，由檢察官一併交給法官，造成法官根本無法客觀，容易存有先入為主之偏見。同時，起訴採卷證併送方式之訴訟制度，檢察官亦容易在審判時無法呈現出其應有之功能。

當事人主義（原始意涵為「對抗主義」；原被告對抗主義；攻擊防禦原則）為英、美法系國家及日本所採行之方式。其特徵為起訴時卷證不併送。審判之進行，當事人主動聲請調查證據，法官係立於公平、公正、中立、客觀第三者之立場，僅扮演仲裁者之角色。在起訴時，以簡單之起訴緣由送交法院（卷證不併送），自可破除院檢間之接續關係。

然採行起訴時卷證不併送之情形下，一般人民沒有能力與檢察官抗衡，故須加強辯護制度。對於無法負擔律師費用之人，政府應指定公設辯護人協助，或建立全面性的國選辯護制度，如此才能達到當事人間真正之平等。蓋因以偵查階段為例，傳統觀念，被告應是檢察官、警察偵查之對象。因而在落實當事人進行主義時會出現一問題，亦即若將被告當偵查之對象，其權利便無法與檢察官相比較，被告如何行使其緘默權？如何獲得律師之保護？或在受偵查時，是否應給予時間上之保障（如夜間偵訊之限制）？尤其是，將被告當成偵查對象時，可發動偵查權之人仍可發動強制處分權限制被告之人身自由，或對其財產作處分，被告之權利保障深受到威脅。一般而論，強制處分權之發動，檢察官可以自己決定對人民之身體或財產作限制，並未受到節制。因而被告處於偵查之對象，又要接受一般

行政機關之檢察官對其強制處分時，對被告之保障更顯得薄弱。此亦是為何強制處分權應回歸法院為司法審查之理由所在。

就未來之趨勢而論，為追求人民可信任之司法正義，避免不公平之審判，以當事人主義較佳。再者，走向當事人主義之際，應儘量減少法院處理案件之數量，輕微案件若能由緩起訴或協商方式解決，則毋須使用法院之資源，如此才可讓法院集中火力處理較重大或有爭議之案件。總之，被告雖屬十惡不赦之人，但仍應對其依正常之法定程序加以審判之後，才能執行處罰。不可把人抓來直接執行，如此之行為非但違反人權保障，亦不符程序正義。不論在當事人主義之訴訟構造或職權主義之訴訟構造皆應如此。

就實際而論，職權主義與當事人主義之區別在於：1. 法庭之主導權（屬於法院或當事人）；2. 終局為無罪判決時，法庭之成敗責任歸屬（法官或檢察官）；3. 卷證併送不併送問題（當事人主義—不併送、職權主義—併送）。

### (三)無罪推定原則

義大利學者貝卡利亞指出，被告在未被作出有罪判決之前，不能被認定為罪犯。1789年法國之人權宣言第9條亦指出貝氏之論點，主張任何人在未被宣告有罪之前，應被推定為無罪。二次大戰後，無罪推定原則普遍受到重視，並為世界人權宣言（1948年）所揭示之重要基本權，其第11條規定，凡受到刑事追訴者，在未經依法公開審判確定有罪之前，應推定為無罪。1966年聯合國權利公約第14條第2項亦規定，受刑事追訴者，在未經依法確定有罪之前，應推定其為無罪。

對於被起訴之犯罪事實，被告即使無法積極的進行（或不積極的進行）推翻該被訴事實之活動，亦不可逕自以此作為被告有罪之證據，亦即不可以被告此一消極的行為表現，逕自推定被告之有罪。相對地，進行追訴之當事人（檢察官或自訴人）就有關告發事實（即公訴犯罪事實）之所有因素（內容），負有向陪審員（台灣為職業法官）說服之責任。被追訴



之當事人（被告），就有關被追訴之公訴事實，在事實未確定之前，自己不負有任何刑事責任。換言之，被告不負有向陪審員（台灣為職業法官）說服之責任。蓋因被告無自證其無罪之義務。因此，在訴訟程序中，一旦發現存有足以懷疑之情形，而無法證明被告之罪行，被告便不可被判有罪。此時，對被告而言，存有疑問之部分，設若無法讓其於公判程序中，以當事人之角色獲得澄清機會，該判決到頭來將會被認為欠缺基本的公正性。

此種賦予被告不受任何負擔之具體表現原則，即為拒絕自我負罪特權（無自證無罪之義務），美國聯邦憲法第 5 修正條款之內涵亦即在此。此種無罪推定原則所呈現出之拒絕自我負罪特權的具體表現，其所保障之對象即為被告。

無罪推定原則之典型表現的拒絕自我負罪原則，同時亦是彈劾主義之典型表現。蓋因告發者（檢察官）負有對告發事實之完全舉證責任，被告發者（被告）並不負有任何對於自己不利之舉證責任。此之所謂被告無自我負罪之義務，其目的乃在於禁止告發者藉機報復或為暴政者之手腳，且此「無自我負罪義務」之內容理應絕對的受到尊重，並非僅為事實上之概念，而是應將其定位為屬於法律上之概念。是故，不得單純的以被告受到告發或起訴之事實（如檢察官主觀之起訴或濫訴情形）為根據而認定被告有罪，甚且亦不可因為被告對於起訴事實保持緘默，或不為任何反駁意見之陳述，即逕自據此作為認定被告有罪事實之證據。惟相對地，告發者若能具體地將被告發者（被告）之犯罪事實提出證據詳為舉證時，被告即使不為任何之發言或提出證據，亦可以此作為被告有罪之證據（證據確鑿），此為被告不自我負罪義務之原則所容許者。

中國刑訴法第 12 條規定：「未經人民法院依法判決，對任何人都不得確定有罪。」，即明文確立此一基本原理原則。學者更進一步指出，基於「無罪推定原則」，有以下幾點要求<sup>3</sup>：亦即 1. 國家之審判權由人民法

---

<sup>3</sup> 陳光中，《刑事訴訟法》，第 102 頁。