



法律硕士（JM）联合教材

刑事诉讼法学新论

New Theory on Criminal Procedure Law

谢佑平 主编

本系列教材以最新法律硕士（JM）培养方案为指导，全面系统，定位明确，突出前沿性和针对性，兼顾系统性和专题性，协调了理论性与实践性，强调了中国现行的立法规定和法律实务，重视从实践中提炼理论，着重法律原理的思维训练，特别是从“学理—实践”互动的角度对当前司法实践和社会生活中的难点和热点问题进行了重点阐述。



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



法律硕士 (JM) 联合教材

刑事诉讼法学新论

Procedure Law



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼法学新论/谢佑平主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2011. 1

ISBN 978-7-308-08204-4

I. ①刑… II. ①谢… III. ①刑事诉讼法—中国
IV. ①D925. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 239662 号

刑事诉讼法学新论

谢佑平 主编

丛书策划 樊晓燕 曾建林 葛 娟

责任编辑 葛 娟

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州大漠照排印刷有限公司

印 刷 杭州丰源印刷有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 29.5

字 数 545 千

版 印 次 2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-08204-4

定 价 59.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话(0571)88925591

编写说明

“法律硕士(JM)联合教材”是由浙江大学、复旦大学、南京大学、山东大学和厦门大学等五所高校法学院联合发起编写的,以在职攻读法律硕士的学员为主要施教和服务对象,兼顾全日制法律硕士(非法学本科和法学本科)及其他法学研究生的专业教材。本系列教材以最新法律硕士(JM)培养方案为指导,全面系统、定位明确,突出前沿性和针对性,兼顾系统性和专题性,协调了理论性与实践性,强调了中国现行的立法规定和法律实务,重视从实践中提炼理论,着重法律原理的思维训练,特别是从“学理—实践”互动的角度对当前司法实践和社会生活中的难点和热点问题进行了重点阐述。在编写过程中,同时吸收了除五所高校之外的其他院校和研究机构的法学专家参与编写,集中体现了当前法律硕士教材的最高编写水平与思想。

编写者

2010年6月

前 言

本书由复旦大学、浙江大学、南京大学、山东大学、厦门大学和上海交通大学六所高校法学院教授、副教授等共同完成。通过历史归纳、比较研究、理论论证与实证分析的方法,对刑事诉讼法学的基本范畴、核心理念、关键制度和运行程序进行了全面、系统的研究,力图在揭示刑事司法内在规律和基本原理的同时,结合中国刑事诉讼立法和司法实践中的相关问题进行理论阐释与制度论证。本书前沿性和针对性突出,同时,兼顾了系统性与专题性,协调了理论性与实践性。本书由谢佑平教授、林喜芬博士共同拟订写作提纲并修改、定稿。由于刑事诉讼是涉及民主政治、自由平等、权利义务、基本人权等重大内容的专业活动,理论博大精深,问题纷繁复杂,加上水平有限和时间仓促,书中错误难免。在此,祈望读者批评指正!

作者单位及分工如下:

复旦大学谢佑平:第一章、第二章、第三章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章。

上海交通大学林喜芬:第一章、第二章、第三章、第四章、第六章、第八章。

复旦大学胡图:第五章、第七章。

厦门大学刘学敏:第九章、第十章。

浙江大学林劲松:第十一章、第十二章、第十三章。

南京大学张复友:第十四章。

山东大学田荔枝:第十五章、第十六章。

主编:谢佑平

2010年10月

编 委 会

主 编 谢佑平

副主编 林喜芬

撰稿人(以章节先后为序)

谢佑平 林喜芬 胡 图 刘学敏

林劲松 张复友 田荔枝

目 录

第一编 刑事诉讼的基本范畴

第一章 刑事诉讼的起源与本质特性	005
第一节 法律秩序的建立与维系	005
第二节 法益冲突的类型与救济	011
第三节 刑事诉讼的目的与特征	016
第二章 刑事诉讼的模式与历史演进	025
第一节 古典刑事诉讼模式	026
第二节 现代刑事诉讼模式	034
第三节 诉讼模式演进之历史趋势	042
第三章 刑事诉讼的法源及适用方法	049
第一节 刑事诉讼法源的概念与范围	049
第二节 刑事诉讼法源的位阶及冲突	053
第三节 刑事诉讼法源的适用方法	062
第四章 刑事诉讼法的改良与权威维系	075
第一节 刑事诉讼法的改良逻辑及其举措	075
第二节 刑事诉讼法的改良局限及其弊端	080
第三节 基层试点改革与法权威的维系	085

第二编 刑事诉讼的核心理念

第五章 刑事诉讼的公正与程序优先	095
第一节 实体与程序：司法公正的双重目标	095
第二节 法与司法：双重公正目标之关系辩证	099
第三节 程序优先理论的价值和功能	102
第六章 无罪推定	110
第一节 无罪推定原则的源起与内涵	111
第二节 无罪推定原则的本质与例外	118
第三节 无罪推定原则在中国：现状与前景	123
第七章 刑事诉讼的构造原则	133
第一节 控辩平等原则	133
第二节 控审分离原则	142
第三节 审判中立原则	152

第三编 刑事诉讼的关键制度

第八章 刑事强制措施	169
第一节 刑事强制措施的性质和效用	169
第二节 国外强制措施的风险防范机制	173
第三节 我国强制措施的制度设计局限	186
第四节 实践问题与我国强制措施的改良	189
第九章 辩护制度	197
第一节 域外刑事辩护制度的历史嬗变	197
第二节 刑事辩护制度的国际司法准则	205
第三节 我国刑事辩护制度的实证透析	212
第四节 如何保证我国刑事辩护权的实现	219

第十章 证据制度	228
第一节 证据资格与证据种类	228
第二节 证据的收集	240
第三节 证据规则	247

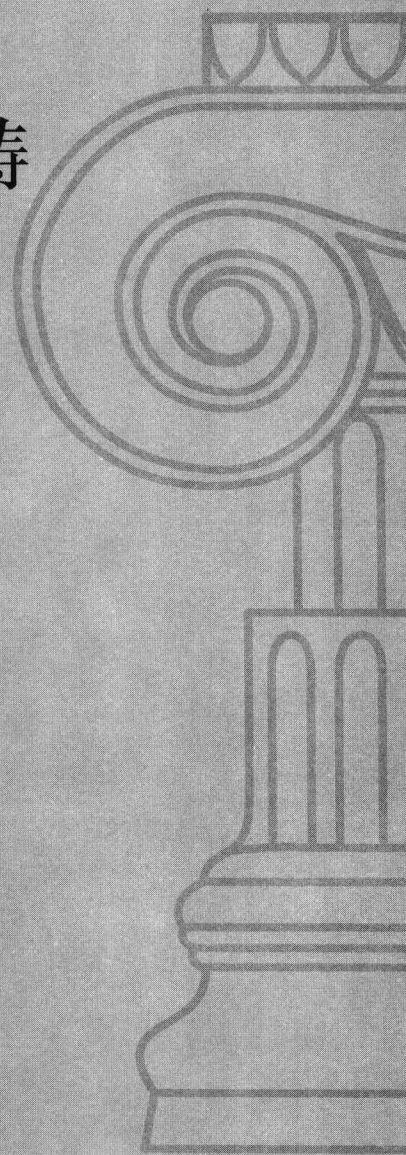
第四编 刑事诉讼的运行程序

第十一章 立案程序	269
第一节 立案程序的立法目的与制度特征	269
第二节 立案程序的适用困境与学理质疑	270
第三节 关于立案程序改革的讨论及可能走向	282
第十二章 侦查程序	288
第一节 我国侦查程序的模式定位	289
第二节 我国侦查程序的实践问题	291
第三节 我国侦查程序的改革完善	305
第十三章 起诉程序	314
第一节 起诉制度基本理论	314
第二节 公诉裁量的实践问题及对策	317
第三节 公诉变更的实践问题及对策	324
第四节 辩诉交易的实务试点及评论	332
第五节 量刑建议的实务试点及评论	337
第十四章 第一审程序	343
第一节 审判制度的基本理论	343
第二节 庭审方式改革与控辩审之角色定位	351
第三节 举证质证的实践问题及对策	360
第四节 证人出庭的实践问题及对策	367
第五节 罪名变更的实践问题及对策	374
第十五章 救济程序	382
第一节 救济程序的基本理论	382

第二节	我国刑事审级制度的构设原理及问题	387
第三节	二审程序的审理方式及其问题	394
第四节	死刑复核程序的历史沿革及其问题	406
第五节	审判监督程序的职权特性及其问题	419
第十六章	执行程序	431
第一节	执行程序的基本理论	431
第二节	我国刑事执行体制的制度现状	436
第三节	我国刑事执行体制的实践问题	455
第四节	我国刑事执行体制的改革完善	460

第一编

刑事诉讼的基本范畴



【体系导读】

本编主要介绍的是刑事诉讼的基本范畴。所谓刑事诉讼的基本范畴,是指关于刑事诉讼的起源、特性、模型、规范及改良等最具根本性和涵括性的一系列知识。在内容上,包括“刑事诉讼的起源与本质特性”、“刑事诉讼的模式与历史演进”、“刑事诉讼的法源及适用方法”、“刑事诉讼的改良与权威维系”等四章。

第一章“刑事诉讼的起源与本质特性”主要介绍作为纠纷解决机制的刑事诉讼的起源过程 and 本质特性。从起源上讲,刑事诉讼的衍生得益于世俗国家和法律秩序的构建,而法律秩序的类型大体上经历了两个过程。一是,人类告别原始冲动的种群复仇机制,并转向平和互动的纠纷解决机制,在此过程中,社会团结逐渐萌生;二是,调整和保障社会团结的规范体系由最开始的地域性、变动性较强的习俗转变为后来的普遍性、稳定性较强的法律,在此过程中,法律秩序得以建立。在法律秩序的系统内,社会纠纷在属性上变为法益冲突,在类型上,一般包括刑事纠纷、民事纠纷和行政纠纷。对于这些法益冲突,虽然也存在自助、仲裁等纠纷解决方式,但由司法机关主导的诉讼救济却是最重要的,也是最具权威的纠纷解决机制。另外,与民事诉讼、行政诉讼等相比,刑事诉讼具有具体的目的和特征。它以“查明实体真实”、“保障正当程序”、“维系法治和平”为目的,并具有“落实刑罚权”、“公权独占性”、“诉讼参与性”、“程序法定性”以及“权利保障性”等特征。

第二章“刑事诉讼的模式与历史演进”主要介绍古今中外刑事诉讼的模式类型和历史规律。刑事诉讼模式是对现实中刑事诉讼制度和司法实践特征的理论概括。在人类历史上,最早出现的是弹劾式诉讼模式。它具有以下特征:诉讼目的以“纠纷解决”为中心,诉讼启动以“被害方”为主导,诉讼推进以“裁判者的消极中立”为原则,诉讼证明以“公权力的低限度理性”为表征,等等。弹劾式诉讼模式之后是纠问式诉讼模式。纠问式诉讼模式具有以下特征:诉讼目的以“社会控制”为中心,诉讼启动以“公权力”为主导,诉讼推进以“裁判者的积极干预”为原则,诉讼证明以“公权力的相对理性”为表征。弹劾式诉讼模式与纠问式诉讼模式都属于古典诉讼模式。而近现代刑事诉讼模式以权力抑制和权利保障为核心理念,具有以下特征:诉讼目的以避免误判和保障人权为核心理

念,诉讼构造以权力制衡和职能分工为基本特色,诉讼运行以程序化和理性化为操作方式。根据不同法系传统,近现代刑事诉讼模式还包括英美当事人主义和大陆职权主义两种子类型。从历史的角度讲,刑事诉讼模式的演进与特定法域的社会、经济、政治环境和历史语境紧密关联。

第三章“刑事诉讼的法源及适用方法”主要介绍我国刑事诉讼的主要法源及适用方法。从广义上讲,刑事诉讼的法源包括正式法源和非正式法源。一般认为,我国刑事诉讼的正式法源包括宪法、刑事诉讼法典及其修正案,及其他法律中涉及刑事诉讼的条文、司法解释、国际公约等;非正式法源包括国家刑事司法政策、未明确规定于刑事诉讼法及其他法律文件中的刑事诉讼程序的一般原则,等等。这些刑事诉讼法源在具体适用的过程中,既可能遇到法源之间相互冲突的问题,也可能遇到特定法源如何解释的问题。关于法源之间的冲突问题,一般应遵循新法优于旧法、上位法优于下位法的原则。关于特定法源的解释问题,一般可采用文义解释、论理解释、类推解释等解释方法。

第四章“刑事诉讼的改良与权威维系”主要介绍我国近代以来的刑事诉讼制度变革历程、特征及困境。自近代变法修律以来,我国为寻求刑事诉讼法的现代化所遵循的一直是变法思路和西化思想。新中国成立之后,我国经历了两次较大的刑事诉讼制度改革,第一次是1979年刑事诉讼法的制定,确立了当代中国刑事诉讼制度的基本结构,第二次是1996年刑事诉讼法的修订,拓展了1979年的立法构架,并吸收了国际通行的一些制度经验。客观上,变法逻辑对于我国刑事诉讼制度的科学化和民主化功不可没,但也存在诸多弊端,如频繁变法导致制度的权威效力正逐渐流失,强调建构导致上层指导与地方创新的关系趋于失衡,重改革表象轻改革进程使改革陷入“一改革就失败,失败了再改革”的怪圈,等等。为了维护法治权威,基层试点的方法一定程度上可以弥补变法逻辑的不足和局限,并可能实现从“局部完善”到“全局优化”的变革景象。当然,前提是谨防不规范的基层试点,避免引发刑事司法改革的合法性危机。

本编的重点是,刑事诉讼的起源、目的和特征。本编的难点是,刑事诉讼法的渊源。本编的学术热点是,刑事诉讼法的改革。

第一章 刑事诉讼的起源与本质特性

第一节 法律秩序的建立与维系

人类社会制度史表明,摒弃原始冲动的种群复仇,迈向平和克制的社会团结,最终建立普适而合理的法律秩序,乃是保障人类生存、实现社会治理、推动社会发展的理想方式。

从历史的角度讲,公共权力和法律,不是从来就有的,是人类社会发展到一定阶段的产物。“十分单纯质朴的氏族制度社会解决冲突的基本形式,是氏族组织在公共舆论、道德、习惯力量等支配下的仲裁。”^①或者“以牙还牙,以血还血”式的同态复仇。而法律,是由国家制定或认可,并由国家强制力保证实施的行为规范,它通过对人们权利与义务内容及其关系的规定,确认、保护和发展特定的社会关系和社会秩序。因此,在没有国家和法律的社会,就谈不上“法益”,也无所谓以刑事法益冲突为基础的刑事诉讼。在此意义上,法律秩序的产生和存在,是刑事诉讼缘起的前提和基础。换言之,刑事诉讼机制的萌生本质上肇始于法律秩序的建构与国家权力的介入,即由国家权力而非冲突主体来解决社会纠纷。

一、从复仇到平和,社会团结的萌生

在人类文明早期,由于生产工具极端简陋,社会生产力也极为低下,使得人们不可能单身与自然界作斗争,而只能依靠血亲关系或姻亲关系而结成群落进行生活,他们共同劳作,平均分配劳动所得。在这里,没有剩余,也就没有私有

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1960年版,第354页。

制和剥削,调整人们在生产和生活中相互关系的行为准则,是世代相传的各种习惯,原始习惯对全体氏族成员具有普遍约束力。而且在当时,人们对习惯的遵守不是以暴力机制为后盾,而是依赖于人们的自觉习性、社会舆论的力量以及氏族首领的威望。也正是因为当时社会不存在此类强制人们服从的特殊机构,氏族成员的冲突和纠纷大都通过原始习惯来解决。这正如恩格斯所说的:“没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷,都由当事人的全体即氏族或部落来解决,或者由各个氏族相互解决;……在大多数情况下,历来的习俗就把一切调整好了。”^①但与此同时,氏族群落外部的冲突解决却是另外一番景象。由于社会生存能力极为有限,不同群落之间为了争夺食物、居所或生活领地,相互之间不可避免地要发生各种各样的冲突。在公权力不发达的初民社会,这些种群之间的冲突完全是依靠私力救济来解决的。具体而言,主要呈现出两种样态:一是制度化的复仇。在人类早期社会中,由于缺乏一种具有公共权威的第三方机构对冲突作出合理的裁断,社会冲突的解决机制往往具有“武力性”和“报复性”的特征,一般体现为报复或复仇,即一旦冲突发生,受到损害的一方往往以武力的方式向加害方实施报复或复仇。之所以如此,主要是因为早期人类秉持的是一种朴素的自然观念,即怎么失去的,怎么夺回来;失去多少,夺回多少。这也正是《圣经》和《古兰经》中所记载的“以眼还眼、以牙还牙”之模式。尽管以现代人的视角评判,这种社会冲突解决方式显得过于野蛮和失序,但在当时的历史语境中,这种纠纷解决方式并非是无章可循的,相反还具有一定的制度化特征,如苏力所指出的,“在没有统一且强有力的公权力维持社会和平和秩序的历史条件下或某个具体社会语境下,复仇实际上变成了一种社会中维系和平的根本制度”^②,并且,这种制度化的复仇还具有较强的社会维系功能,“人们不仅在报复本能推动下自发地复仇,而且,为了保证社会内部的和平和秩序,必须强化这种复仇制度”^③。一方面,制度化的复仇可以在纠纷发生之后有效地补偿被害者的物质、生理、心理创伤;另一方面,制度化的复仇可以在纠纷发生之前有效地震慑潜在的侵犯行为,催生一种相对的和平。由于“畏惧报复和报复带来的痛苦、受伤和/或死亡,因此,只要有其他可能(机会成本),任何个人就不大敢,或至少会大大减少侵犯他人。由此可能获得局部的或暂时的和平,创造了一个相对稳定的社会生存环境”^④。二是规范性的程式。在人类早期,除了报复或复仇等组织性和规模性较强的纠纷解决方式作为规范机制之外,还有一些较为个殊

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1960年版,第91—92页。

②③ 苏力:《复仇与法律:以赵氏孤儿为例》,载《法学研究》2005年第1期,第62页。

④ 苏力:《复仇与法律:以赵氏孤儿为例》,载《法学研究》2005年第1期,第58页。

化的方式,如自决、决斗、和解等。尽管这些纠纷解决方式没有公权力机关的干预,缺乏第三方机构的居中裁断,但也同样有章可循,有固定的解纷模式。人类学家霍贝尔就曾指出,“在社会的初始阶段,即使是没有第三者直接介入的自力救济,只要其方法、程序上存在着一般承认的、确立了的规则,法的基本构成要素就可以视为已经存在。在那里,舆论承认自力救济是正当的并给予支持,从而构成了法庭的原初形态”^①。顾培东教授针对古代的自决也指出,“自决过程依然受制于一定的规则,甚至一定程序的约束。正是这些规则和程序奠定了后来‘公力救济’的基础”^②。

总体上,在人类历史初期,纠纷冲突的解决方式充满着浓郁的私力救济色彩,具有很强的野蛮性、武力性和对等性。这是一种寻求报应的正义,旨在追求的也主要是实现对等的报复效应。社会学宗师涂尔干就指出,事实上,原始人总是为了惩罚而惩罚,为了使罪人受苦而使罪人受苦,而且在他们给别人强加痛苦的时候,自己并没有指望获得多少利益。这样说,是因为他们不求罚得公正,罚得有效,只要是惩罚就足够了。^③同样的,原始状态的纠纷解决也并不看重原始事件与基础事实关系的查明。换言之,侵害是如何发生的并不重要,关键在于侵害发生了这一结果;而只要发生了侵害结果,不管侵害是故意的,还是过失的,也不管是有意识的,还是处于未知状态,侵害主体都必须被施以受侵害者所蒙受的疼痛或损害。

需要指出的是,尽管人类历史早期的纠纷解决呈现出一定的规则性和程式化,但它毕竟是一种以报复本能和求生本能为基调的纠纷解决方式。不仅难以避免因武力而导致的误伤和循环报复,而且经常会演化为大规模的群体复仇,甚至是惨痛的种族对抗和屠杀。黑格尔就指出,“复仇……是一种新的侵害。作为这种矛盾,它陷于无限进程,世代相传以致无穷”,“在无法官和无法律的社会状态中,刑罚经常具有复仇的形式,……在未开化的民族,复仇永不止息”。^④暴力复仇的存在决定着古代社会的脆弱性。由于缺乏稳定性的规范机制和纠纷解决机制,即使是一些轻微或偶然的危害,也很有可能颠覆整个群落的社会和人员结构。正是在此意义上,“消除混乱,确保必要的社会秩序(乃)是人类存续的基本前提,即便是在尚未形成部落组织的原始人群中,人们也认识到了暴力冲突必须加以控制”^⑤。为了避免复仇不止、相互屠戮的恶性冲突,一方面,原

① E. Adamson Hobbles, *The Law of Primitive Man*. Athenaeum, 1968, pp. 23, 25. 转引自[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2002年版,第12页。

② 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,法律出版社2004年版,第31页。

③ [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,第48页。

④ [德]黑格尔,范扬、张企泰译:《法哲学原理》,商务印书馆1996年版,第107页。

⑤ [美]E. A. 霍贝尔:《初民的法律》,中国社会科学出版社1993年版,第346页。