

叶 青 主编

刑事诉讼法学

(第二版)

新
世
纪
法
学
教
材

Xinshijifaxuejiaocai

上海人民出版社
北京大学出版社

叶 青 主编

刑事诉讼法学

(第二版)

XingshiSuisongfaxue

上海人民出版社
北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼法学/叶青主编. —2版. —上海:上海人民出版社, 2010

新世纪法学教材

ISBN 978-7-208-09522-9

I. ①刑… II. ①叶… III. ①刑事诉讼法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D925.201

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 174263 号

•

责任编辑 屠玮娟 刘益民

封面装帧 王小阳

刑事诉讼法学

(第二版)

叶 青 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷厂印刷

开本 787×1092 1/16 印张 35.25 插页 4 字数 738,000

2010 年 9 月第 2 版 2010 年 9 月第 1 次印刷

印数 1-4,250

ISBN 978-7-208-09522-9/D·1783

定价 55.00 元

华东政法大学课程和教材建设委员会

主 任：何勤华

副主任：杜志淳 王立民 顾功耘 叶 青 唐 波

委 员：闵 辉 焦雅君 罗培新 岳川夫 金其荣

贺小勇 刘宪权 吴 弘 刘宁元 杨正鸣

宣文俊 王嘉棣 范玉吉 张明军 高富平

何明升 林燕萍 叶 萌 徐永康

秘书长：唐 波(兼)

第二版说明

本教材自2004年9月出版以来,经2005年12月对部分章节在漏字、错字、别字、错标节与目数及司法解释条文引用错误等作修订再印后已有近5年时间。尽管本教材2006年被评为华东政法大学优秀教材二等奖,《刑事诉讼法学》课程建设项目被评为2008年华东政法大学教学成果一等奖,《刑事诉讼法学》课程于2008年被评为上海市精品课程,刑事诉讼法教研室2010年也被评选为上海市市级优秀教学团队,但是其间,随着国内外形势的发展,与刑事诉讼法相关的法律修改和新司法解释不断出台,我国还加入了联合国《打击跨国有组织犯罪公约》和《反腐败公约》,其中不少内容与刑事诉讼法有关。鉴于第一版第二次修订的部分资料已经过时,在上海人民出版社的支持下,教材编写组对本教材内容进行了较大篇幅的修订。

第二版在保持原有体例不变的基础上,着重对第五章刑事诉讼的基本制度、第六章强制措施制度、第十二章起诉程序、第十六章死刑复核程序、第二十章未成年人诉讼程序、第二十二章涉外刑事诉讼程序和第二十三章刑事赔偿程序作了较大篇幅的改写,其他章节的技术性错误也作了一些修改,重点补充了新修改和新颁布的法律和司法解释,如《律师法》,《人民法院组织法》,《国家赔偿法》,最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》,最高人民法院《关于统一行使死刑核准权有关问题的决定》,最高人民法院《关于复核死刑案件若干问题的规定》,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》,最高人民法院《关于适用停止执行死刑程序有关问题的规定》,最高人民检察院《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》,最高人民法院《关于财产刑执行问题的若干规定》,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》等。此外,为了方便读者阅读和理解有关法条,我们还增写了一些真实的典型案例。

本教材由叶青教授主编,王俊民教授任副主编,并负责全书的统稿、定稿工作。

张栋副教授担任本教材第二版的编辑秘书,并参与了有关章节的编写工作。作者撰稿分工如下:

叶 青(华东政法大学教授、博士生导师、法学博士):第一章、第六章、第十九章、第二十章

邓晓霞(华东政法大学讲师、法学博士):第二章、第二十二章

周登谅(华东理工大学讲师、法学博士):第三章

张 栋(华东政法大学副教授、硕士生导师、法学博士):第四章、第五章、第二十三章

周雪祥(华东政法大学讲师):第七章、第八章

王俊民(华东政法大学教授、硕士生导师):第九章、第二十一章

许建丽(华东政法大学副教授、硕士生导师):第十章、第十一章

刘 红(华东政法大学讲师、法学博士):第十二章、第十五章

王 戡(华东政法大学副教授、硕士生导师、法学博士):第十三章、第二十四章

孙剑明(华东政法大学副教授、硕士生导师):第十四章、第十六章

杨可中(华东政法大学副教授、硕士生导师):第十七章、第十八章

本教材的修订得到了上海人民出版社屠玮涓编辑和华东政法大学教材管理中心主任马海涛先生的大力帮助,在此深表谢意。本教材的修订还得到了上海市教育委员会法学教育高地项目“刑事诉讼法学”精品课程建设经费的资助。因信息资料与编著者水平等关系难免存在不足之处,恳请诸位读者不吝赐教。

叶 青

2010年5月31日于华政园

目 录

第二版说明	1
-------------	---

第一编 刑事诉讼法学总论

第一章 刑事诉讼法学概述	3
第一节 刑事诉讼和刑事诉讼法	3
第二节 刑事诉讼法与刑法的关系	11
第三节 刑事诉讼法学的研究对象	14
第四节 刑事诉讼法的制定目的、任务和价值	16
第二章 刑事诉讼法的历史发展	22
第一节 外国刑事诉讼的历史发展	22
第二节 中国刑事诉讼法的历史发展	32
第三章 刑事诉讼理论基本范畴	41
第一节 刑事诉讼目的	41
第二节 刑事诉讼主体	47
第三节 刑事诉讼客体	51
第四节 刑事诉讼职能	55
第五节 刑事诉讼结构	58
第六节 刑事诉讼价值	61
第四章 刑事诉讼的基本原则	65
第一节 刑事诉讼基本原则概述	65

第二节	我国刑事诉讼基本原则	68
第三节	国际通行的刑事诉讼基本原则	81
第五章	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	90
第一节	刑事诉讼中的专门机关	90
第二节	诉讼参与人	95
第六章	刑事诉讼的基本制度	104
第一节	管辖制度	104
第二节	刑事回避制度	113
第三节	刑事辩护与代理制度	118
第四节	刑事法律援助制度	134
第七章	刑事诉讼证据	137
第一节	证据的概念和意义	137
第二节	证据的种类	142
第三节	刑事证据分类	157
第四节	诉讼证明	162
第五节	证据规则	166
第八章	刑事强制措施	169
第一节	刑事强制措施概述	169
第二节	拘传的适用	173
第三节	取保候审和监视居住的适用	175
第四节	刑事拘留的适用	181
第五节	逮捕的适用	184
第六节	扭送和传唤	191
第九章	刑事附带民事诉讼	193
第一节	刑事附带民事诉讼的概念和特点	193
第二节	附带民事诉讼的历史沿革	195
第三节	附带民事诉讼的意义	201
第四节	附带民事诉讼当事人	203
第五节	附带民事诉讼的赔偿范围	207
第六节	附带民事诉讼的审理原则	211
第七节	附带民事诉讼的审理	212

第十章 期间和送达	215
第一节 期间.....	215
第二节 送达.....	226

第二编 审 前 程 序

第十一章 立案程序	231
第一节 立案程序概述.....	231
第二节 立案的根据和条件.....	234
第三节 立案的程序.....	238
第四节 对立案监督的程序.....	241
第十二章 侦查程序	244
第一节 侦查概述.....	244
第二节 侦查行为.....	255
第三节 侦查终结.....	275
第四节 人民检察院对直接受理的案件的自行侦查.....	278
第五节 补充侦查.....	280
第六节 侦查监督.....	284
第十三章 起诉程序	288
第一节 起诉的概念和意义.....	288
第二节 公诉程序.....	289
第三节 自诉程序.....	310

第三编 审 判 程 序

第十四章 审判程序概述	323
第一节 审判的概念、特征和任务	323
第二节 审判要素及其功能.....	326
第三节 刑事审判模式.....	328
第四节 刑事审判的原则和制度.....	331

第五节	审判组织·····	351
第六节	审判笔录·····	360
第七节	判决、裁定和决定的适用 ·····	360
第十五章	第一审程序 ·····	365
第一节	第一审程序的概念和意义·····	365
第二节	公诉案件的第一审普通审程序·····	366
第三节	普通程序简化审审理程序·····	380
第四节	自诉案件的第一审程序·····	383
第五节	简易程序·····	387
第十六章	第二审程序 ·····	397
第一节	第二审程序概述·····	397
第二节	第二审程序的提起·····	404
第三节	第二审程序的审理·····	410
第四节	第二审程序的裁判·····	414
第五节	对扣押、冻结在案财物的处理 ·····	418
第六节	在法定刑以下判处刑罚的核准程序·····	419
第十七章	死刑复核程序 ·····	420
第一节	死刑复核程序概述·····	420
第二节	判处死刑立即执行案件的复核程序·····	423
第三节	判处死刑缓期二年执行案件的复核程序·····	433
第十八章	审判监督程序 ·····	438
第一节	审判监督程序的概念和意义·····	438
第二节	审判监督程序的提起·····	441
第三节	再审的审判程序·····	451

第四编 执行程序

第十九章	各种判决裁定的执行 ·····	461
第一节	执行的概念和意义·····	461
第二节	各种判决、裁定的执行程序 ·····	463
第三节	人民检察院对执行的监督·····	469

第二十章 执行的变更程序	472
第一节 死刑、死缓执行的变更	472
第二节 监外执行	474
第三节 减刑和假释程序	475
第四节 对新罪、漏罪和申诉的处理	477

第五编 刑事特殊程序

第二十一章 未成年人诉讼程序	481
第一节 未成年人犯罪案件诉讼程序概述	481
第二节 未成年人刑事诉讼的方针和原则	482
第三节 未成年人案件的诉讼程序	486
第二十二章 单位犯罪追诉程序	497
第一节 单位犯罪案件诉讼程序概述	497
第二节 单位犯罪诉讼程序中的诉讼代表人制度	499
第三节 单位犯罪强制措施的适用	503
第四节 单位犯罪中的自诉、上诉、抗诉	505
第五节 单位犯罪中辩护权的行使	507
第六节 单位犯罪中的不起诉和简易程序	509
第二十三章 涉外刑事诉讼程序	511
第一节 涉外刑事诉讼程序的特点	511
第二节 涉外刑事诉讼的原则	512
第三节 涉外刑事诉讼程序的特别规定	518
第四节 刑事司法协助	530
第二十四章 刑事赔偿程序	538
第一节 刑事赔偿程序概述	538
第二节 刑事赔偿范围	541
第三节 刑事赔偿程序	544
主要参考书目	552

第一编 刑事诉讼法学总论

第一章

刑事诉讼法学概述

本章提要:本章对刑事诉讼、刑事诉讼法、刑事诉讼法学的概念和相关问题作了系统阐述。学习本章内容应掌握以下要点:(1)诉讼的概念及其演变;(2)刑事诉讼的概念与特征;(3)刑事诉讼法的概念、表现形式、渊源及其与刑法的关系;(4)刑事诉讼法学的研究对象;(5)刑事诉讼法的目的和任务。

第一节 刑事诉讼和刑事诉讼法

一、诉讼的词义及其演变

“诉讼”一词是由“诉”和“讼”两字组成的。“诉讼”一词在中国古代文献中的词义是十分丰富而多义的。“诉”,在字形上,从言从斥,指以言词斥责为诉。其字又与“告”相通,即告发、控告、告诉的意思。在我国古代典籍中,一般不用“诉”字表达法律含义,而多使用“告”的术语。《秦简》里即有如“公室告”、“非公室告”、“告人”、“告不审”、“告不听”、“诬告”等。东汉的许慎在《说文解字》中称,“诉,告也”,“讼,争也”。《汉律》、《魏律》中有“告劾”的记载。南北朝的律典中也有“告劾”、“告言”的记载。

“讼”,在字形上,从言从公,指言之于公为讼。《周易·讼卦》注释道:“讼,争也,言之于公也。”《六书故》上也有:“讼,争曲直于官有司也。”“讼”,其基本字义是“争”、“争辩”,即将争议或纠纷提交官府,在官吏面前争辩是非曲直。另外,讼也有“告”的意思。在我国古代法律典籍中,“讼”的内容一般指民事审理,而刑事审理则多以“狱”字表达。《周礼·秋官·大司寇》有“抑两造禁民讼”,“以两剂禁民狱”。后汉经学大师郑玄注曰:“争罪曰狱,争财曰讼”,即以财货相告者曰“讼”,告诉冤枉者曰“狱”。可见,“诉讼”一词,从原有词义上讲,指当事人将争议之事告于官府,并在官吏面前进行争辩以求得解决的意思。不过,从可考的西汉和西汉以前的文献资料中,还未见“诉”与“讼”两字的合用。自东汉起,方出现“诉讼”一词。《后汉书·陈宠传》中说:“西周豪右并兼,吏多奸贪,诉讼日百数”。《唐六典》卷三十:“审查冤曲,躬亲狱讼,务知列生之疾苦,诉讼之曲直,必尽其情理。”至于“诉讼”一词入律文,则始于元朝。元英宗至治三年(1323年)成《大元通制》,第十三篇以“诉讼”命名,规定有关刑事、民事案件

的告诉和审判事宜。其后,明清刑律中也有“诉讼”的规定。总之,从中国法制史演进这一角度看,我国历代(至少唐宋之前)通称“诉讼”为“讼”,或为“狱”、“狱讼”,称审理案件为“听讼”、“断狱”、“折狱”、“察狱”、“治狱”,或“听讼断狱”、“听讼折狱”等。

在欧美各国,诉讼法中的诉讼,英语为 procedure,它源于拉丁文 precessus,原意是向前运动、发展的意思。英语诉讼的含义为进行、过程、手续、方法等。我国学者意译为“程序”,在作为特定的法律用语时,多意译为“诉讼”一词。

法社会学家罗杰·科特威尔在其所著《法律社会学》中认为诉讼是当某个个人或者一个群体或组织心有不满,提出了请求,而其要求又遭到拒绝后所产生的社会关系。也就是说,当社会关系中的不同主体基于不同的利益要求而发生冲突,这种冲突不能或不宜以自行和解、第三者调解甚至国家管理机关的行政性处理等方式解决,需要交付法律解决机制作出法律评判时,就产生了诉讼。可见,诉讼是一种重要的法律机制和社会冲突处理机制。以诉讼方式、司法机关解决社会冲突问题的主张和实际做法,在诉讼法理上被称为诉讼主义。

二、诉讼的基本要素

诉讼,作为解决纷争的特定活动,必须具备以下四个基本要素:

1. 案件事实。

这种案件事实需要通过诉讼加以解决,如商店被盗;某兄弟二人因继承遗产争执不下;某单位不服主管行政机关的罚款处理等等。没有发生需要通过诉讼加以解决的民事纠纷、刑事犯罪或行政争议事件,诉讼也就不会发生。构成案件事实,需要具备以下两个条件:

(1) 有冲突主体。冲突离不开一定的主体,没有冲突主体就没有冲突,也就没有法律事实可言。对于冲突主体有不同的认识,有的认为包括角色、群体、部分、社会和超社会单位。有的则认为就包括自然人和法人。从我国现阶段社会来看,构成法律事实冲突的主体应为自然人、法人和其他组织更为贴切。根据最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第40条的解释,《民事诉讼法》第49条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织,包括:①依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织;②依法登记领取营业执照的合伙型联营企业;③依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业;④经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体;⑤法人依法设立并领取营业执照的分支机构;⑥中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构;⑦中国人民保险公司设在各地的分支机构;⑧经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业;⑨符合本条规定条件的其他组织。上述社会组合体,都是我们社会中客观存在的事实,它们实际上从事着各种各样的民事活动。在刑事诉讼中过去只把自然人作为犯罪主体,作为追诉的对象,随着社会的发展,由计划经济走向市场经济,犯罪主体也在发生变化,单位犯罪出现了。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第30条规定:“公

司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。”这里的事业单位是指依照法律或行政命令成立、从事各种社会公益活动的组织,它既包括国家事业单位,又包括集体事业单位;机关是指行使党和国家的领导职能和保卫国家安全职能的单位,不仅包括宪法规定的国家机构,还应包括各级党的机关、各级政协机关、各级军事机关。团体是指各种群众团体组织,包括工会、共青团、妇联、学会、协会、宗教团体、基金会等。将自然人、法人和其他组织作为社会冲突的主体,无论民事、行政法律领域,还是刑事法律领域,都是比较妥当的。

(2) 内容有违反法律的规定。凡是作为主体的客观行为与现行法律规定相违背,就可以成为案件事实。案件事实的存在,虽然是所有冲突处理机制运作的前提条件和物质基础,但纷争的大小、激烈程度,特别是性质的差异,会决定适用何种冲突处理机制。例如,刑事案件性质的纷争,除选择刑事诉讼这种特定形式外,其他诉讼形式或诉讼外的处理机制均是不准许的。

2. 当事人。

当事人,即通常所说的原告和被告。当事人,指以自己的名义进行诉讼,与案件有直接利害关系,并受人民法院裁判约束的公民、法人或者其他组织以及行政机关。他们是诉讼的直接参加者,与诉讼结果有直接的利害关系,并依法在诉讼中享有权利和承担义务。纷争发生后,认为利益受到侵害的一方当事人,往往会以原告的身份向司法机关提出控告,引起诉讼,也产生被告。可以说,没有当事人,就没有诉讼。当然,对这一问题也不能作简单化理解,无论在封建专制时期的纠问式诉讼中,还是在以国家追诉为主的现代刑事诉讼中,处于“原告”诉讼地位的指控、起诉一方,并不一定是或基本不是案件受害者本人或仅是代表受害者利益的其他人。有些刑事案件,在立案或侦查阶段还可能没有明确的被告人。但任何诉讼都必须有追诉者与被追诉者,有控告人和被控告人,这一点是共同的。

3. 司法机关。

双方当事人的纷争,若无专门机关居中裁判,“争”、“争辩”将永无休止。由特定的国家专门机关居中裁判,是诉讼构成的实质要件,是诉讼同其他解决纷争方法的区别所在。现代诉讼中,扮演居中裁判者角色的专门机关是法院。在我国,司法机关主要是指人民法院和人民检察院,但在刑事诉讼中,公安机关、国家安全机关被刑事诉讼法赋予侦查职能,行使着司法权中的侦查权,所以,广义的司法机关也包括公安机关、国家安全机关。若当事人间的纷争不能通过和解、调解、协商或仲裁等非诉讼的方式加以化解,诉讼则是解决他们纷争的最后一道法律屏障。所以,任何纷争如果不是经由国家专门机关按照特定程序调查处理的,就不能称为诉讼。例如,由仲裁机构作为“公断人”调处,是仲裁;由人民调解委员会作为“公断人”调处,则是调解。当事人不服调解,可以再行诉讼;仲裁有错误,也可通过诉讼监督纠正;而诉讼有问题,则只能再通过诉讼纠正而别无他途。

4. 程序和规则。

诉讼是国家专门机关的活动与当事人的活动的有机结合,目的在于正确地解决

纷争。要达到这一目的,就必须对国家专门机关与当事人的活动进行规范,即规定开展这些活动的方式、方法及步骤。刑事诉讼是这样,民事诉讼、行政诉讼也是这样;古代是这样,现代更是这样。诉讼作为一种极强的“公力救济”手段,相比调解、仲裁,更强调程序的合法性。所谓权力越大,制约越严。若没有统一和稳定的裁判程序和规则,国家专门机关和当事人的活动就无章可循,无法可依,一切就显得那么随意和自由,活动的无序性,过程的自主性,则无异于非诉讼方式,其结果的公正性和权威性也就无从谈起。人们之所以将与他人所发生的纷争,在无法自己化解的情况下,最终诉诸司法机关,就是因为看中司法有不可随意更改的程序和规则,它们对任何人而言都是神圣的、可信的。公平、公正和公开的程序和规则构筑了诉讼的合法性和终局性。离开法定程序和规则的纷争解决方法,只能是纷争化解的桎梏。

从理论上讲,诉讼可分为狭义与广义两种表现形式。只要具备以上要素,诉讼即能成立。这便是狭义的诉讼含义,即国家专门机关在原告、被告双方当事人的参加下,依一定程序处理案件的活动。但是,诉讼活动往往不仅需要国家专门机关及原告、被告双方参加,而且还需要有证人、代理人、辩护人、鉴定人、翻译人员等参加。而作证、代理、辩护、鉴定、翻译的本身,也都是一系列的诉讼行为,而且是正确处理案件不可缺少的行为。所以,狭义的诉讼并不符合诉讼的实践,也不够准确。广义的诉讼更科学,它是指国家专门机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下,依照一定程序依法处理案件的活动。

三、刑事诉讼的含义及特征

现代诉讼根据所要解决的案件事实的不同性质,分别采用不同的诉讼形式,因此,诉讼被明确划分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼三个不同范畴。

刑事诉讼,除具有诉讼的一般属性之外,还具有“刑事”这一限制词的特殊要求。“刑事”,就是触犯刑律、危害社会和需要受到刑罚处罚的犯罪事件。刑事诉讼所要解决的中心问题,就是犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题,即解决犯罪嫌疑人、被告人的行为是否构成犯罪,应否处以刑罚,以及处以何种刑罚的问题。刑事诉讼的所有活动,可以说都是围绕这一中心问题而展开的。从另一个角度说,刑事责任这一中心问题,是通过“诉讼”的形式和方法来加以解决的。可见,刑事诉讼就是国家专门机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下,依照法律规定的程序,解决被追诉者刑事责任问题的活动。这一活动具有下列特征。

1. 刑事诉讼是专门机关行使和实现国家刑罚权的活动。国家具有一系列权力,行使惩罚犯罪的刑罚权是其中一项十分重要的权力。刑事诉讼不同于其他形式诉讼的关键之处,就在于解决犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题,这既是法律赋予专门机关的权力,也是专门机关应履行的职责。其他的机关、团体、组织或个人均无此权。可以说没有专门机关,就没有刑事诉讼。专门机关根据法律赋予的职权,办理刑事案件和执行刑事裁决,即对刑事案件进行侦查、起诉、审判和执行等活动,构成了刑事诉