

“十一五”国家重点图书出版规划  
21世纪法学研究生参考书系列

# 刑事诉讼的前沿问题

(第三版)

陈瑞华◎著

 中国人民大学出版社

陈瑞华◎著

# 刑事诉讼的前沿问题

(第三版)

中国人民大学出版社

北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼的前沿问题 / 陈瑞华著. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 3  
ISBN 978-7-300-13411-6

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼—研究—中国 IV. ①D925. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 043183 号

“十一五”国家重点图书出版规划

21 世纪法学研究生参考书系列

刑事诉讼的前沿问题 (第三版)

陈瑞华 著

Xingshisusong de Qianyanwenti

|      |                                                                   |                     |                   |
|------|-------------------------------------------------------------------|---------------------|-------------------|
| 出版发行 | 中国人民大学出版社                                                         |                     |                   |
| 社 址  | 北京中关村大街 31 号                                                      | 邮政编码                | 100080            |
| 电 话  | 010-62511242 (总编室)                                                | 010-62511398 (质管部)  |                   |
|      | 010-82501766 (邮购部)                                                | 010-62514148 (门市部)  |                   |
|      | 010-62515195 (发行公司)                                               | 010-62515275 (盗版举报) |                   |
| 网 址  | <a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a>       |                     |                   |
|      | <a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网) |                     |                   |
| 经 销  | 新华书店                                                              |                     |                   |
| 印 刷  | 涿州市星河印刷有限公司                                                       | 版 次                 | 2000 年 1 月第 1 版   |
| 规 格  | 155 mm×235 mm 16 开本                                               |                     | 2011 年 4 月第 3 版   |
| 印 张  | 29 插页 3                                                           | 印 次                 | 2011 年 4 月第 1 次印刷 |
| 字 数  | 479 000                                                           | 定 价                 | 58.00 元           |

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

## 作者简介

**陈瑞华**，1967年2月生于中国山东。北京大学法学院教授，博士生导师。

1985年考入中国政法大学法律系，先后在该校获得法学学士学位（1989年）、法学硕士学位（1992年）和法学博士学位（1995年）。1995年7月进入北京大学法律学系，从事刑法学博士后研究工作。1997年7月正式在北京大学工作，先后任法学副教授（1997年）、教授（2000年至今），2001年被聘为博士生导师。

主要学术兴趣是刑事诉讼法、刑事证据法、司法制度和程序法理学。先后在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《政法论坛》、《中外法学》等刊物发表学术论文一百余篇。独立出版学术专著十余部，其中代表作有：

《刑事审判原理论》（1997，2003）；

《刑事诉讼的前沿问题》（2000，2005）；

《看得见的正义》（2000）；

《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》（2003，2008）；

《程序性制裁理论》（2004，2010）；

《法律人的思维方式》（2008）；

《刑事诉讼的中国模式》（2008，2010）；

《论法学研究方法》(2009);

《比较刑事訴訟法》(2010);

《程序正义理论》(2010);

《量刑程序中的理论问题》(2011)。

从事法学研究 20 年来,在程序正义、程序性制裁、刑事诉讼构造、强制措施、司法制度、审判模式、量刑程序、合作性司法、法学方法等一系列问题的研究上,有创新性的学术成果。其论文和专著的学术引证数在诉讼法学界名列前茅,具有较大的学术影响力。

近十年来,获得多项学术奖励和学术荣誉。其中较为重要的有:2004 年获得中国法学会第四届“全国十大杰出青年法学家”称号;2010 年获得教育部“长江学者奖励计划”特聘教授资格。

## 第三版序言

承蒙读者的厚爱,《刑事诉讼的前沿问题》的第三个版本终于问世了。

回首察看这本书的第一版和第二版,尽管一些重要的章节仍然得到了保留,但整体面目却发生了实质性变化。这一方面体现了学术研究的延续性,显示出“刑事诉讼的前沿问题”这一标题的生命力,但另一方面,本着“与时俱进”的精神,笔者不能不将一些新的研究成果收入这部研究生参考书之中,以便使读者了解刑事诉讼法学这门学科的最新发展动态。

在本书的修订过程中,笔者的意志力始终受到某种程度的考验。有些历久弥新的理论文章能够保留下来,就连自己都受到了感动。但仍然有不少章节或因为时过境迁,文献整理方面的贡献有余而理论创新不足,或因为过于侧重法对策学的分析而缺乏理论推进,而不得被笔者忍痛割爱。通过略带苦涩的整理过程,笔者再次痛感那种超越时空的理论研究实在是难能可贵的,而很多“应景之作”则犹如过眼烟云,没有长久的生命力。那些没有理论灵魂的文字,就连作者本人都羞于继续示人。

本书开篇的“刑事诉讼法学的回顾与反思”,属于新增加的一章,是笔者对刑事诉讼法学通过全面反思所做的理论分析。第二章“刑事诉讼法学的基本范畴”,作为法科研究生了解刑事诉讼法学的入门读物,仍然有重要的文献价值。从第三章开始,笔者依次对刑事诉讼的宪法基础、程序正义理论、程序性制裁理论、诉讼构造理论作出了系统的讨论,引领研究生进入刑事诉讼法学基础理论的世界。本书第八章“量刑程序的独立性”提出并论证了一种以量刑控制为中心的程序理论,这对于那种以定罪控制为中心的传统理论而言,是一种理论上的超越;第九章“对

抗性司法与合作性司法”，则在总结传统刑事诉讼模式理论的基础上，提出了一种新的诉讼模式理论。在 2006 年前后，笔者曾就刑事诉讼法学的研究方法发表过一篇论文，由于视角独特，论证方式新颖，颇受一些初入学研究之门的研究生的好评。为使更多的研究生有机会加以阅读，笔者将该文作为附录列为本书的末篇。

一部法学著作能出第三个版本，这说明它具有旺盛的生命力，也显示出读者对它的厚爱。笔者将把这种厚爱视为一种鞭策，在法学研究道路上继续跋涉和耕耘，不断奉献出新的、具有原创性的理论作品。

陈瑞华

2010 年 10 月 7 日于北京大学中关园

## 通过程序实现法治（第一版序言）

曾有一位哲人问他的学生：假设你不得不面临这样两种处境：一是医生认为你身患严重疾病，只有将你的右腿截掉才能挽救你的生命，在取得你的同意后准备对你实施截肢手术；二是你在航海途中遭海盗的劫持，海盗要求你交出属于别人的珍宝，在遭到拒绝后准备砍下你右手的中指。如有可能，你愿意选择哪一种？为什么？学生沉思片刻，回答说：最好是哪一种也别让我选择，因为右腿和右手的中指我都不愿失去。哲人分析说：你的回答很机智，但回避了问题。实际上，选择第一种情况意味着你失去一条腿，但你受到了医生的善待：他珍视你的生命，也尊重你的自由意愿，截肢行为的最终目的是为了让你避免更大的不幸。而如果选择第二种情况，你遭受的是小一些的损失——一根手指，但是海盗根本不把你当回事，既不尊重你的自由意志，也不顾及你的利益，砍手指行为的最终目的是获得财物，并为此不惜牺牲你应得的权利。学生恍然大悟：如此说来，第一种是可以接受的。

上述对话听起来近乎天方夜谭，但却以一种独特的方式说明了这样一个问题：在自己的权益面临威胁时，人们不仅关注自己利益被剥夺的实际结果，而且也重视自己被对待的方式；在不幸的结果确属不可避免的情况下，人们可能更加注意自己是否受到了公正、人道的对待。这一问题归结起来，也就是过程与结果、程序与实体的关系问题。

在法哲学中，程序是指按照一定的步骤、顺序和方式形成某一法律决定的过程，国家通过立法对这种过程的规范和调整即形成专门的程序法。在这里，与程序相对应的是各种法律决定，如立法机构制定和通过的法律、行政机构作出的行政处罚决定、法院作出的司法判决或裁定，甚至还包括通过选举产生的领导人或民意代表等。在这些法

律決定中，可能对公民的權益造成最大威脅的是刑事法律決定，即宣布一個人為罪犯，對其科處刑罰，從而使其財產、自由、名譽甚至生命受到剝奪。為防止這種定罪、科刑權力的濫用，國家制定實施了刑法，使定罪符合法定的構成要件，量刑也要符合法定的刑罰種類和幅度，也就是“法無明文規定不定罪，法無明文規定不處罰”。罪刑法定原則所體現的是一種典型的法治思想：對於官員而言，凡是法律沒有授權的都是禁止的；而對於普通公民而言，凡是法律不禁止的都是允許的。這樣，刑法就構成了對官員司法活動的實體性限制。但是，對於限制官員們的權力而言，僅僅有刑法還是遠遠不夠的。因為刑法畢竟是規範罪與罰的法律，為公民的行為確立了一種外部的界限，它規範的主要是官員司法活動的結果，而不是司法活動的過程。為了防止官員們在司法活動過程中不至於濫用權力，國家制定了一種專門的程序法——刑事訴訟法。

什麼是刑事訴訟？在不少人看來，這是一種以懲罰犯罪、揭露犯罪、證明犯罪為目的的国家活動。換言之，刑事訴訟實際是国家發動的一場旨在控制、鎮壓犯罪的戰爭，戰爭的主导者是作為国家司法機構的公安、檢察、法院，戰爭的打擊對象是所有犯罪者。但是，既然將刑事訴訟視為一種軍事戰爭，那麼為什麼不按照軍事戰爭的要求設置其過程，而要遵從“訴訟”的要求呢？任何訴訟都要求有控訴、辯護、審判三方構成的結構，其間控訴與審判必須有主體角色上的分離，而不能集中由同一機構擔當；辯護也必須強大到足以與控訴相抗衡，並制約審判的程度。這種結構設置是背離軍事科學上的基本原理和規律的。事實上，如果從軍事戰爭的角度來理解刑事訴訟，公檢法的權力完全沒有必要進行分工，而可以由同一機構集中行使打擊權力；刑事訴訟法也完全沒有必要制定，因為任何旨在確立諸如管轄分工、回避、辯護、逮捕條件、羈押期限、上訴制度的規範，無一例外地都會“捆住”公檢法機關的手腳，使其無法隨心所欲地打擊犯罪，並降低刑罰本應具有的威懾力和恐嚇力。

在筆者看來，對刑事訴訟可以從兩個不同的角度進行認識。從社會經驗的角度來看，國家專門機構一旦發現犯罪發生，就要進行刑事訴訟活動，以使犯罪受到準確、及時的懲處，從而實現國家的刑罰權。在這裡，先有犯罪行為，然後才有刑事訴訟活動。刑事訴訟不過是為實現國家懲治犯罪的目標而服務的，它只具有工具或手段的價值。而從法律實施的角度來看，前面所說的“犯罪”不過是一種經驗上或社會層面上的

犯罪，而法律意义上的犯罪本应是国家对公民实施的某一行为的权威性法律评价。因此，先有刑事诉讼活动，然后才会有犯罪的认定。未经法定的刑事诉讼程序，未经法院作出生效的司法裁判，任何人都不得被认定为罪犯。在这一意义上，刑事诉讼就对裁判结论具有独立自主的决定权，从而具有完全独立于刑法的内在价值。长期以来，中国的主流诉讼理论所坚持的就是第一种刑事诉讼观念。这种观念否定了刑事诉讼为国家法律实施活动这一根本特征，将刑事诉讼理解为经验意义上的打击犯罪和惩治犯罪活动，使得刑事诉讼成为明显的行政性治罪活动，而不具有“诉讼”的性质。笔者主张，刑事诉讼要真正走向科学化、文明化和人道化，就必须将其纳入法律的轨道，使其受到一系列的法律限制。刑法确定的诸如罪刑法定、罪刑相适应、犯罪构成、刑罚幅度、追诉时效等一系列的原则和制度，其实是在静态上对国家权力的限制。而刑事诉讼的最大功能，就是从动态的角度为国家剥夺公民的基本权益施加了一系列程序方面的限制。

如此说来，将国家追究犯罪的活动纳入“诉讼”的轨道，似乎应是理解刑事诉讼的关键。如同那种以解决个人与个人之间利益争端为目的的民事诉讼、以解决个人与政府机构之间利益争端的行政诉讼一样，刑事诉讼也是一种为解决利益争端而进行的国家活动，只不过这里的争讼一方为国家，另一方为个人；争讼的目的在于确定特定的个人应否承担刑事责任。国家制定刑事诉讼法的主要目的在于为个人与国家追诉机构进行理性的对抗提供平等的机会和基本的保障。由于强大的国家与弱小的个人之间处于天然不平等状态，现代刑事诉讼法中的许多原则、规则和制度都旨在对这种不平等加以平衡，使国家追诉机构负有一些特殊的义务，如证明有罪的责任、向辩护方展示本方掌握的证据材料等；同时使处于被追诉地位的被告人享有一系列诉讼特权，如不承担证明责任、享有律师帮助的权利、上诉不加刑等。这些程序设计旨在保证被告人与国家追诉机构一起成为诉讼的主体，而不是消极等待国家处理、被动承受国家追究的诉讼客体；同时保证追诉官员与被告人的真正进行理性的对话、说服和辩论，他们除诉讼角色不同以外，没有身份上的高低贵贱之分。这样，刑事诉讼才能具有理性抗辩的性质，而不是赤裸裸的报复和镇压。正因为如此，刑事诉讼法才具有“被告人权利大宪章”的特征，并与国家根本大法——宪法，具有了更为紧密的联系。

刑事诉讼法不仅为个人与国家进行理性对抗提供了条件，而且更

是对参与诉讼的国家司法官员的权力施加了各种限制。如果将刑法与刑事诉讼法作一对比，我们不妨将刑法视为主要是对个人进行限制的法律，要求百姓遵守刑法的目的是为了维护基本的社会秩序，防止因犯罪得不到控制而出现的无政府状态。为了保证刑法的实施，国家建立了一系列实体性制裁措施，如定罪、科处刑罚等。与此相反，刑事诉讼法尽管也规定了诉讼参与人所应承担的义务，但它更主要的是对官员权力进行限制的法律。要求警察、检察官、法官遵守刑事诉讼法的目的在于防止他们任意或随意地剥夺个人的自由、追究个人的刑事责任，从而将他们的行为纳入到法律的轨道，防止因为官员带头违法而造成破坏法治、践踏国家法律秩序的局面。为保证刑事诉讼法的实施，国家也建立了一系列程序性制裁措施，如违法取得的证据无效、违反法律程序作出的裁判无效等。因此，刑事诉讼法又具有“官员权力控制法”的性质，防止任何官员打着控制犯罪的旗号滥用刑事追诉权。

看来，要实行真正的“法律的统治”，而不是“运用法律治民”，就必须防止刑事诉讼成为国家对个人的报复行为；必须将刑事诉讼活动纳入到国家与个人之间的理性对抗中，使国家追究个人的任何行为和决定都具有正当和合理的基础。由此，刑事诉讼才能走出行政性治罪活动的误区，实现诉讼状态的回归。

本书采用的是专题讨论的著述体例。这种体例很可能使人产生“理论不成体系”的感觉，而且不符合形式严谨这一学术标准。但笔者认为，目前刑事诉讼理论研究本来就较为粗浅，有的理论还很难达到体系化的程度。因此，与其设置一个体系庞大但内容空洞的所谓“理论体系”，倒不如扎扎实实地研究一些基本的理论问题。当然，读者会发现本书有一少部分内容曾以论文的形式发表过。笔者在编排本书体例时已经考虑到这一点，并力求使这些内容与其他内容具有内在的理论联系。受时间和篇幅所限，笔者所探讨的只是刑事诉讼中的一部分前沿性问题。其他一些重要的问题，如刑事辩护、强制措施、刑事证据规则、被害人地位、少年案件诉讼程序等，也是刑事诉讼中亟待研究的重大理论问题。对这些问题的研究，笔者将在以后继续进行下去。

本书的完成和出版得益于很多人的帮助和支持。笔者首先要感谢北京大学法学院吴志攀院长、刘守芬教授，他们为笔者提供了很多具体的帮助和支持，使得笔者能够有一个相对较好的科研和学术环境。本书能够入选中国人民大学出版社“法律科学文库”，得益于该社领导的远见和

慧眼。本书能够及时顺利地出版，也得益于该社编审和编辑们的宽容心态和辛勤劳动。在此，谨向为本书出版付出过劳动、给予过关怀的人士，表示诚挚的谢意。与以往一样，贤妻秦玲女士在本书写作过程中提供了巨大的支持和鼓励，为笔者安心写作创造了宝贵的安静环境。本书的出版也包含着她的心血和期望。

陈瑞华

1999年9月于北京大学

# 目 次

## 第一章 刑事诉讼法学的回顾与反思 /1

- 一、研究方法 /2
- 二、理论体系 /7
- 三、两种法律传统的冲突 /15
- 四、制度成长的逻辑 /18
- 五、证据法研究的困境 /20

## 第二章 刑事诉讼法学的基本范畴 /25

- 一、刑事诉讼法学基本范畴研究的回顾 /26
- 二、刑事诉讼价值 /31
- 三、刑事诉讼目的 /41
- 四、刑事诉讼构造 /54
- 五、刑事诉讼阶段 /63
- 六、刑事诉讼法律关系 /69
- 七、刑事诉讼主体 /75
- 八、刑事诉讼职能 /85
- 九、刑事诉讼客体 /92
- 十、刑事诉讼行为 /98
- 十一、结论 /105

## 第三章 刑事被告人权利的宪法化问题 /109

- 一、问题的提出 /110
- 二、中国宪法中的被告人权利 /113

- 三、缺乏宪法约束的刑事诉讼法 /115
- 四、不受宪法限制的司法解释 /122
- 五、程序性违法的治理与宪法性权利的缺位 /126
- 六、被告人权利宪法化的基本课题 /129

## 第四章 程序正义理论 /136

- 一、程序与程序的正当性 /137
- 二、程序正义观念的起源 /142
- 三、纯粹的程序正义：罗尔斯的分析 /144
- 四、程序正义与当代的程序价值理论 /150
- 五、研究程序正义问题的必要性 /155
- 六、程序正义价值的独立性 /160
- 七、程序正义与其他正义形态的关系 /167
- 八、程序正义的基本构成要素 /171
- 九、为什么要坚持程序正义 /177
- 十、程序正义的限度 /184

## 第五章 程序性制裁理论 /190

- 一、问题的提出 /191
- 二、程序性制裁的基本模式 /193
- 三、宣告无效：程序法的独特制裁方式 /217
- 四、为什么要选择宣告无效的制裁方式 /223
- 五、程序性制裁的局限性 /230
- 六、程序性制裁的未来 /235
- 七、程序性制裁理论的体系 /239

## 第六章 刑事诉讼纵向构造理论 /250

- 一、问题的提出 /251
- 二、以裁判为中心的诉讼构造 /254
- 三、“流水作业”的诉讼构造 /258

四、“流水作业”构造的负面后果 /268

五、可预期的诉讼构造改革 /272

## **第七章 刑事审判前程序的整体构造 /278**

一、引言 /279

二、刑事审判前程序之简要比较 /280

三、中国刑事审判前程序的构造 /286

四、中国刑事侦查程序的构造 /291

五、中国刑事审判前程序的主要问题 /299

六、走向一体化的审判前程序 /306

## **第八章 量刑程序的独立性——一种以量刑控制为中心的 程序理论 /310**

一、引言 /311

二、量刑信息与定罪信息的不一致性 /314

三、诉权对量刑裁判权的制约 /317

四、公诉权内涵的必要延伸 /321

五、作为独立辩护形态的量刑辩护 /325

六、被害人对量刑过程的参与 /329

七、量刑程序中的证据规则 /333

八、结论 /337

## **第九章 对抗性司法与合作性司法——一种新的刑事 诉讼模式理论 /340**

一、问题的提出 /341

二、帕克和格里菲斯的诉讼模式理论 /344

三、对抗性司法及其局限性 /348

四、最低限度的合作模式 /363

五、协商性的公力合作模式 /367

六、私力合作模式 /382

七、一种新的合作性司法哲学 /398

**附录 刑事诉讼法学的研究方法问题 /405**

一、引言 /406

二、从对策到解释 /408

三、基本的问题意识 /414

四、实证方法的引入 /421

五、法学学科的交叉研究 /428

六、法律的生命有机体理论 /433

**参考文献 /437**

**索 引 /442**

# 第一章

## 刑事诉讼法学的回顾与反思

|                   |    |
|-------------------|----|
| 一、研究方法 .....      | 2  |
| 二、理论体系 .....      | 7  |
| 三、两种法律传统的冲突 ..... | 15 |
| 四、制度成长的逻辑 .....   | 18 |
| 五、证据法研究的困境 .....  | 20 |