



诉讼制度与司法改革论丛

刑事诉讼基础理论十四讲

INTRODUCTION TO BASIC THEORY OF CRIMINAL PROCEDURE

□ 陈卫东 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



诉讼制度与司法改革论丛

刑事诉讼基础理论十四讲

INTRODUCTION TO BASIC THEORY OF CRIMINAL PROCEDURE

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼基础理论十四讲/陈卫东主编. —北京:
中国法制出版社, 2011. 2

(诉讼制度与司法改革论丛)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2555 - 1

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼 - 研究 - 中国
IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 009967 号

策划编辑 冯雨春

封面设计 周黎明

刑事诉讼基础理论十四讲

XINGSHI SUSONG JICHU LILUN SHISIJIANG

主编/陈卫东

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/13.75 字数/343 千

版次/2011 年 4 月第 1 版

2011 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2555 - 1

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010405

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

前 言

刑事诉讼基础理论是刑事诉讼的根本和核心，反映刑事诉讼的内在规律，决定着刑事诉讼方向，也是理解和掌握刑事诉讼法的钥匙。刑事诉讼基础理论的研究决定着刑事诉讼的水平。加强对刑事诉讼基础理论的研究，基于以下几点认识：

一是推进刑事诉讼法学的发展。现阶段，我国刑事诉讼法学研究空前繁荣，成果颇丰，但多集中在对立法的解释及实践问题的探讨方面，对基础理论的研究相对薄弱。具体表现在：系统而完整的刑事诉讼基础理论体系尚未形成，而反映和揭示我国刑事诉讼法学历史与现状内在规律的基础理论的探索也有待深入。这种状况影响现代诉讼理念的塑造，不利于立法精神的体现，妨碍对法律内涵的正确理解，从而影响刑事诉讼民主文明的进步。基于此，需要我们正确认识刑事诉讼基础理论在刑事诉讼法学体系中的核心地位，加强基础理论的研究，以期解决传统理论现代化问题，并进一步挖掘新的理论，实现刑事诉讼基础理论的创新，丰富和发展我国刑事诉讼法学理论。

二是指导立法。与经济社会的发展进步相适应，立法工作理应与时俱进，使法律能够适应不断变化的形势。法律是市场秩序的守护者，但法律的制定离不开基础理论的指导，基础理论是隐藏在法律条文背后的具有普遍意义的东西，对立法过程具有重要的指导意义。法律所体现的精神相对条文本身而言更具灵活性、人性化，有先进基础理论指导的法律会更符合现代诉讼理念。立法应蕴涵丰富的基础理论，否则即使条文再多也只能是支离破碎的罗列，难成体系；不具备扎实基本理论的立法只能是“头痛医头、脚痛医脚”，顾此失彼。

2 刑事诉讼基础理论十四讲

三是转变和创新司法理念、提高司法人员素质和水平，指导司法。处于社会急剧转型期的中国，经济发展、社会进步的同时，各类矛盾纠纷呈现出纷繁复杂的特点，及时化解矛盾，解决纠纷，维护社会的安定团结，为经济发展创造良好的社会环境，成为我们面临的重大课题。“从长远的观点来看，维护法律和秩序总是文明社会赖以生存的基础。”^① 刑事诉讼法作为维护法律和秩序最有效工具之一，理应更好地发挥作用。现阶段，法律实践的日益技术化和精细化，对司法工作提出了更高的要求，而随着保障人权理念的深入人心，人民群众对司法正义也有了新的期待，但部分司法工作者还远不能满足需求。刑事诉讼法的贯彻需要司法人员对法律条文的正确理解，更需要充分发挥司法工作者的主观能动性，将立法精神贯穿于具体个案。时势要求司法工作者应转变和创新司法理念，提高业务素质和执法水平。加强刑事诉讼基础理论研究，使司法人员具备良好的理论素养，是转变司法人员司法理念和提高其业务水平的有效途径。

基于以上认识，在导师精心设计指导下，中国人民大学诉讼法学专业刑事诉讼法方向 2007 级博士生们，充分发挥专题研究课的优势，围绕刑事诉讼基础理论内容展开广泛研讨，该书是他们研究的初步成果。刑事诉讼基础理论的内容范围问题，学术上有不同的认识，各有侧重。而我们认为，适应时代性要求，刑事诉讼基础理论的内容应与保障人权现代诉讼理念的要求相一致，主要包括刑事诉讼目的、刑事诉讼价值、刑事诉讼构造、刑事诉讼文化、刑事诉讼主体、刑事司法独立、刑事无罪推定、刑事控辩平衡、刑事被追诉人权利、刑事控审分离、刑事证据规则、刑事证明责任、刑事证明标准、刑事被害人权利等。

该书具有以下特点：第一，采取专题负责人主题发言与集体探讨

^① [英] 丹宁勋爵：《法律的正当程序》，李克强等译，群众出版社 1984 年版，第 3 页。

相结合的方式，在取长补短、集思广益的基础上，形成终稿。第二，对每一专题进行了较为系统的梳理，内容包括：研究现状、观点介绍、代表人物、代表著作及论文、相关参考书目等，因而本书也是学习和研究刑事诉讼法学的一部重要参考资料。第三，关注最新研究动向及不足之处，并提出进一步改革和完善的建议。

诚然，由于水平所限，书中所确定的刑事诉讼基础理论内容范围尚需进一步探讨；对一些前瞻性问题的研讨也有待于进一步深入；部分观点仍值得进一步商榷。但整体看，该书无论对刑事诉讼理论研究者抑或司法人员都具有一定的启迪性，相信这些成果也会在强化现代刑事诉讼理念、指导刑事诉讼司法实践以及促进刑事诉讼法学理论研究等方面发挥积极的作用。

陈卫东

2011年初于中国人民大学明德法学楼

| 目 录 |

第一章 刑事诉讼目的论	1
一、刑事诉讼目的理论	1
二、刑事诉讼目的理论简要评价	13
三、刑事诉讼目的理论的建构	18
第二章 刑事诉讼价值之学理论争与评述	21
一、论争之现状	21
二、刑事诉讼价值理论之评析	37
三、刑事诉讼关爱修复价值	44
第三章 刑事诉讼构造论	49
一、刑事诉讼构造论的研究状况	49
二、刑事诉讼构造论及与相关基础理论的关系	51
三、正当、合理的刑事诉讼构造论	63
四、刑事诉讼构造的新视角——从审判程序切入	66
第四章 刑事诉讼文化	78
引言	78
一、刑事诉讼文化之理论阐释	80
二、中西刑事诉讼文化之对比	87
三、刑事诉讼文化之现代化	105
第五章 刑事诉讼主体论	110
一、研究刑事诉讼主体的意义	110

2 刑事诉讼基础理论十四讲

二、刑事诉讼主体理论研究的现状	114
三、有关主体基本范畴的哲学展开：人、主体、主体性、 主体间性	123
四、主体间性的达成是刑事诉讼主体建构的理想图式	136
五、完善刑事诉讼主体立法的基础原则	149
六、结 语	159
第六章 关于司法独立原则	160
一、司法独立原则的起源和发展	160
二、司法独立原则的内涵	166
三、司法独立原则的意义	170
四、司法独立并不是绝对的独立	173
五、我国现阶段司法独立的内涵	174
六、司法独立在我国现阶段的适用	177
第七章 无罪推定原则	185
一、关于无罪推定原则的起源	185
二、关于无罪推定原则的性质辨析	188
三、无罪推定的内涵	195
四、无罪推定原则的例外——严格刑事责任	200
五、无罪推定原则的发展	201
六、无罪推定原则在我国的适用	204
第八章 论控辩平衡原则	
——刑事诉讼发展的基石	211
前言	211
一、控辩平衡原则研究综述	212
二、控辩平衡内涵的现代化体现	213
三、控辩平衡原则的理论基础	217

四、比较视野下的控辩平衡原则	223
五、我国控辩平衡原则的程序异化及矫正之路	228
第九章 被追诉人权利保障研究	241
一、被追诉人权利概述	241
二、主要国家和国际公约对被追诉人权利的保护	249
三、被追诉人权利的宪法保障	254
四、被追诉人权利的救济	264
第十章 控审分离	269
一、控审分离原则的历史演进	270
二、控审分离原则的内涵及要求	276
三、控审分离原则的价值基础和理论基础	282
四、我国刑事诉讼法中的控审分离原则	291
第十一章 刑事证据规则	302
一、刑事证据规则的历史演进	304
二、刑事证据规则的内涵及分类	312
三、我国刑事证据规则的构建	319
第十二章 分离与融合——证明责任的历史轨迹	352
一、证明责任的分离演进	353
二、证明责任的融合走势	368
三、证明责任的分合论	374
第十三章 刑事证明标准	375
一、刑事证明标准的界定	375
二、证明标准的存在价值及其意义	379
三、证明标准的研究范畴	383
四、证明标准的各种理论观点述评	393

4 刑事诉讼基础理论十四讲

五、证明标准与我国刑事诉讼	412
第十四章 刑事被害人权利保护	418
一、审前起诉阶段	419
二、审判阶段	423
三、刑罚执行阶段	431

第一章 刑事诉讼目的论

刑事诉讼目的是刑事诉讼立法与司法活动的基点，其在刑事诉讼基本理论范畴中处于核心地位。鉴于此，刑事诉讼目的理论的研究对于整个刑事诉讼法学而言举足轻重。国外对刑事诉讼目的理论的研究肇始于20世纪60年代的美国、日本，截至目前，该理论的研究可谓如火如荼，成果丰硕。我国紧随其后，于90年代在介绍国外刑事诉讼理论的基础上，^①从多层面、多角度对该理论进行深入探讨和研究。下面笔者将从以下三个方面对刑事诉讼目的理论的研究成果作一梳理。

一、刑事诉讼目的理论

综观国内外学术界，刑事诉讼目的理论大致可归纳为以下四种：

第一种简称为“自然论”。

又有学者称之为“犯罪控制与正当程序目的观”，主要代表人物为美国学者帕卡克，其主张探讨刑事诉讼模式背后的价值理念问题，强调刑事诉讼“应当”如何。^②

上世纪六十年代，帕克提出犯罪控制模式理论与正当程序模式理论，该理论深入研究了美国刑事诉讼构造在理念上和在实际运作中的两种倾向，尽管它是作为刑事诉讼模式理论被提出来的，但是模式背后蕴藏的价值理念问题，则是研究刑事诉讼目的理论的主要材料和依据。

帕克认为美国刑事诉讼程序自始至终是一场战争，代表国家的司法机关致力于将犯罪事实内容适用于涉嫌犯罪的人身上，而被告则力

① 陈卫东主编：《刑事诉讼法资料汇编》，法律出版社2005年版，第1页。

② 刘毅：“刑事诉讼目的论”，2003湘潭大学刑事诉讼法硕士学位，指导教师宋世杰教授。

图以各种防御方法,避免此种强制力科加于己身,在程序的动作过程中,国家与被告人人处于敌对状态之中,在这种敌对状态中如何解决“效率”和“妥当性”的冲突,是一个关键问题。效率要求刑事程序迅速地处理大量案件,从而使社会治安得以维持;妥当性则要求程序运作过程的合法性,不能为了达到发现真实的目的而不择手段。刑事程序作为一种社会控制手段,应当如何去评价其效率性和妥当性呢?美国司法制度很强调公平和平等,同时,资源有限的现实也使得其必须讲究效率,只有这样才能使公众确定法院是否实现了人们所期望的合法性和可靠性、是否体现了公平与效率的统一。所有这些价值都很重要,但却很难说哪一个最重要,于是便有所取舍。

有学者认为,帕克提出的这两种模式,是以决然对立的观点来认识惩罚与保障之间的关系的。在这种关系中,若以维护国家利益不受侵犯及社会治安为本位,刑事程序往往以惩罚犯罪为目的,追求打击的效率而忽视保障;若以被告人的人权为本位,刑事程序则追求对被告人诉讼权利的保障,而对于国家官员的权利则多有限制。事实上,这两种模式反映了不同的价值观,而且几乎渗透于刑事司法制度的每一个问题。在美国,正当程序模式的支持者被称为自由派,犯罪控制模式的倡议者被称为保守派。自由派指责保守派对惩罚一些人比惩罚正确的人更感兴趣;而保守派则认为自由派关心罪犯比关心被害人更甚。^①在这两种对立价值观念的冲突中,美国刑事诉讼的价值取向是什么呢?众所周知,是正当程序。

学者们将美国刑事诉讼这种贴有“正当程序”标签的价值理念概括为以下内容:

(一) 正式审判程序的必要性。他们认为,非正式的与非裁判性质的发现事实程序具有发生错误的最大可能性。

^① [美] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克著:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东等译,中国人民大学出版社2002年版,第23页。

(二) 以个人主义、个人自由为基础, 严格限制国家官员的权力运用, 当面临个人与社会、国家之间的冲突时, 则选择限制政府官员权力。因为在刑事诉讼中, 个人与国家在地位、能力等方面相比处于弱势, 所以对权力的运用必须加以严格控制, 以避免在最大效率运作的同时, 产生更多滥用权力的机会。

(三) 奉行无罪推定的原则。对于涉嫌人或被告应认定在证明与判决前, 是完全无罪的, 强制国家在审判程序中必须证明被告有罪, 否则应予释放, 给予个人尊重。

(四) 平等的观念。正当程序模式认为, 平等是影响国家官僚行为最有力的规范。

(五) 重视辩护律师的机能。主张辩护权的存在是监督刑事程序公平与否的重要要素, 也是对个人权利保障的具体表现。^①

也有学者认为这种“自由至上”的选择, 同时也伴随着相当沉重的代价。其以著名的辛普森案件进行说明, 认为其中一位被害人的父亲老高德曼在无罪判决之后讲的话就能充分说明问题: “今天, 并不是检察官输掉了这个官司, 今天失败的是这个国家的正义和公正没有得到伸张。”实际上, 在此案之前, 前美国总统里根就曾发出过这样的警告: “美国的刑事审判体系失败了, 显然不行了, 屡犯者行凶之后脱身, 比比皆是, 人民深恶痛绝, 要求我们制止。”^②

学者将这种负面影响总结为两个方面, 一方面是拖累和消耗时间; 另一方面就是几乎不重视发现真实或实体公正, 尤其是后者带来的负面影响更为显著。在这种观念下的刑事诉讼程序中, 了解事实真相被认为是诉讼追求的副产品, 双方均不必寻求事实真相, 而是更在意诉

① 转引自刘毅: “刑事诉讼目的论”, 2003 湘潭大学刑事诉讼法硕士学位, 指导教师宋世杰教授。

② [美] 特德·杰斯特: “我们与犯罪作斗争一直失败”, 载《国外法学》1982 年第 3 期。

讼结局的胜负。“几乎没有哪个政府机构像刑事法院那样富有戏剧变化。我们的想象，似乎总是围绕着刑事被告人未卜的命运、检察官与辩护律师机智的较量以及法官令人敬畏的权力。最后，被告人的命运由十二个普通市民组成的陪审团决定，他们并非法律专业人士，却要求花几个小时或数天的时间决定被告人的命运。”^①

有学者认为，英美法系国家，如英国、美国，采用的是正当程序理念的刑事诉讼目的观；而大陆法系国家，如德国、法国，采用的是犯罪控制理念的刑事诉讼目的观。正如帕克的论述，这两种价值观是完全对立的。前者重视程序的正当性和人权的保障，而忽视了实体真实的寻求；后者则相反，关注犯罪的控制和国家安全、公共安全，在一定程度上忽视了人权的保护。安全与自由，一直是刑事诉讼所追求的基本价值。从静态上来看，这两者是相互依存不可截然分开的，公民的个人利益是社会一般利益的一部分，在理论上，是能够协调一致的。但是就动态的刑事司法过程来看，自由与安全常常处于对立与冲突的状态。造成这种状态主要有以下几个方面的原因：第一，自由与安全的性质各不相同，其内在要求也就不同。第二，犯罪行为是过去发生的事实，对犯罪行为的追诉是一种由结果推导原因的回溯性证明过程，要切实查明案件真相又不损及公民个人自由，便需投入大量的人力、物力、财力，而用以满足这两种需求的司法资源和诉讼手段有限，如果将这些有限资源用于满足一个方面，则另一方面受满足程度就大大降低，甚至为零。第三，自由与安全的冲突还根植于人的本性之中，人性的弱点使得无论是自由还是安全都容易被滥用，任何一方面的价值被滥用就势必影响到另一种价值的实现。在这样的情况下，刑事诉讼的目的观就一直处于打击犯罪以确保安全的呼声和要求保障自由的呐喊的矛盾中，当自由与安全彼此对立不能兼顾时，应做如何

^① [美] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克著：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东等译，中国人民大学出版社2002年版，第3页。

的选择呢？显然，英美法系国家选择了保障自由、人权的正当程序目的观；而大陆法系国家则选择了安全至上的犯罪控制目的观。^①

法学家伊娃·史密斯指出：“一方面，社会希望减少刑事犯罪；另一方面，又希望维持社会公民最大程度的法律安全，这两者是矛盾的。目的在于保护无辜的人的规章必然会被犯罪分子滥用。因此，人们必须在有效地减少犯罪行为和广泛保护个人之间作出选择。不管人们是选择前者还是选择后者，有一个结论是无法避免的，那就是这种选择会要求付出不愉快的代价。”^②

所以说，无论是英美法系还是大陆法系的诉讼价值选择都有瑕疵，每一种选择背后都有代价，前者有放纵犯罪之弊，后者有侵犯人权之虞。英美法系的正当程序的目的观以自然法的学说为理论基础，片面强调个人利益绝对超过国家和社会利益，势必影响刑事诉讼的及时性，而及时性是实现刑事诉讼目的的重要内在要素；而且，维护公共安全和社会秩序是刑事诉讼的基本价值之一，对整个社会来说，犯罪的人被宣布定罪与保障公民权不受政府侵犯同样重要，但是如果正当程序片面强调被告人保障的程序方面之绝对优越，显然贬抑了程序对追究犯罪的价值。

当然，作为同样具有单一性、片面性选择的大陆法系的犯罪控制目的理论，也有着众所周知的缺陷，那就是对人权保障的不尊重。这种理论认为效率意味着高度的打击犯罪，强调追求高效地揭露并惩罚犯罪，以牺牲对被告人权利的保障为代价，来换取惩罚犯罪的高效率。加之这种模式把被告人作为最佳的证据来源，往往会导致滥用权力逼取口供，从而形成错误案件。这种片面追求打击与惩罚，忽视刑事程序独立价值的观念，不仅有违刑事诉讼本身的规律，也与诉讼文明民

① 刘毅：“刑事诉讼目的论”，2003 湘潭大学刑事诉讼法硕士学位，指导教师宋世杰教授。

② 转引自左卫民、周长军著：《刑事诉讼的理念》，法律出版社1999年版，第111页。

主的发展趋势不符,因而,这种模式与英美自由至上的选择相比,也没有优势可言。^①

第二种简称为“手段论”。

又有学者称之为“实体真实主义与正当程序主义目的观”,日本的实体真实主义、正当程序主义、实体真实和正当程序并重主义以及我国梁玉霞教授的“消解冲突论”是这一理论的代表,该理论视刑事诉讼为实现刑法或国家刑罚权的工具,或将刑事诉讼视为国家消解刑事冲突的一种有效手段。

日本学者在探讨刑事诉讼目的时,提出了刑事诉讼两方面的目的,即实体真实主义与正当法律程序,认为刑事诉讼在追求案件事实真相的同时,必须严格遵守法律规定的程序。《日本刑事诉讼法》第一条规定:“本法以在刑事案件上,于维护公共福利和保障个人基本人权的同时,明确案件的事实真相,正当而迅速地适用刑罚法令为目的。”^② 该规定主要强调以下两点:其一,保护基本人权与查明案件真相即发现实体真实性。其二,恰当适用刑罚法令。据此,日本学者通常将刑事诉讼的目的归结为实体真实与正当程序,分别代表不同的价值选择。

日本学者本身对于实体真实主义与正当程序主义的认识很不一致。有些学者认为:实体真实主义就是必罚主义,正当程序主义即是人权主义,尽管正当程序的目的观并不放弃对犯罪人的处罚,但对有罪者的处罚是对无罪者认定为无罪的过程中作为反射作用的存在,但这些学者也不得不承认正当程序主义与消极性真实主义的共同之处。另外,以铃木茂嗣博士为代表的一些学者认为:将真实主义视为必罚主义,将正当程序主义视为人权主义,进而否定实体真实而单方面强调正当程序是不妥当的。正当程序是宪法均衡必罚程序与人权保障要求之后确立的最低限

① 刘毅:“刑事诉讼目的论”,2003年湘潭大学刑事诉讼法硕士学位,指导教师宋世杰教授。

② 《日本刑事诉讼法》,宋英辉译,中国政法大学出版社2000年版,第3页。

度的人权保障程序，而并不完全是英美法中所指的正当法律程序。

前一种观点将实体真实主义与正当程序主义完全对立起来，而后一种观点则更加客观。实际上，日本刑事诉讼目的观在更大程度上应是铃木博士的正当程序主义目的观。从《日本刑事诉讼法》第一条的规定来看，日本的刑事诉讼目的实际上是一种统一说，强调实体真实主义与人权保障共存的状态，但是由于有时查明真相会侵犯人权，有时保障人权则妨碍查明真相，那么就需要进行价值权衡，从而得出了把真实主义与人权保障之间适当之平衡状态作为正当程序的刑事诉讼目的观。田口守一教授在他的《刑事诉讼法》一书中明确说明了日本刑事诉讼之目的。他认为，刑事诉讼的目的，是为了恢复受到犯罪侵犯的社会法律秩序，解决刑事案件。对日本《刑事诉讼法》第一条的规定应该做广义的解释，即不仅包括刑法的积极性或消极性实现，也包括实现刑事诉讼法规自身，从而在某种程度上缓和了以实现刑法为终极价值的实体真实主义倾向并开始注重参与解决案件的诉讼关系人的行为。据此得出，“所谓刑事诉讼的目的，可以说就是通过正当程序，迅速解决刑事案件。”^①

有学者基于日本刑事诉讼目的的实现程度，认为这是日本人“鱼与熊掌兼得”的梦想，进而认为这是人类选择的一个永恒困境。所以在偏重自由与偏重安全之间，应产生一种应然性选择，既而得出这样的肯定回答：适当偏重自由应为未来刑事诉讼价值观的必然选择。^②这里的“适当偏重”并没有明确的界定。而且，日本司法制度改革审议会于2001年6月提出的《日本司法制度改革审议会意见书》中指出：“刑事司法的目的，在于维持公共福利和保障个人基本人权，同时，准确的检举、揭发犯罪，通过公正的程序，弄清事情的真相，恰当且迅速的实现刑罚权。”而且文件还在多处指出：“刑事司法应该在

① [日] 田口守一著：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第14页。

② 转引自左卫民、周长军著：《刑事诉讼的理念》，法律出版社1999年版，第113页。