

# 新刑事诉讼法论

——刑事诉讼理论与实务研究

汪建成 刘广三 著

红旗出版社

# 新刑事诉讼法论

——刑事诉讼法理论与实务研究

汪建成 刘广三 著

---

图书在版编目(CIP)数据

新刑事诉讼法论:刑事诉讼理论与实务研究/汪建成,  
刘广三著. —北京:红旗出版社,1996.9  
ISBN 7-80068-947-6

I. 新… I. ①汪…②刘… II. 刑事诉讼法-中国-学  
习参考资料 IV. D925.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 17633 号

---

新刑事诉讼法论

---

著 者 汪建成 刘广三 封面设计 汪福建  
责任编辑 毛传兵 版式设计 冯海山

---

红旗出版社出版 新华书店北京发行所发行  
邮政编码:100727  
(北京沙滩北街2号) 北京通县鑫欣印刷厂印刷

---

787×1092 毫米 16 开 1996 年 9 月北京第 1 版  
58.5 印张 1170 千字 1996 年 9 月第 1 次印刷

---

印 数 1—5000 册 定 价 198.00 元

---

ISBN 7-80068-947-6/D·308

版权所有 翻印必究·印装有误 负责调换

## 前 言

三年前春光烂漫的播种时分，我们开始了本书的写作，而当我们结束本书的最后一个字时，已是秋风送爽，五谷登场的收获季节。几载耕耘，苦乐相伴，而今面对自己亲手采摘的果实，免不了要说几句话。

(一) 本书真实地记载了我们对刑事诉讼法学的学习和研究的体会，尽管有的深刻一些，有的浅薄一些，但是我们还是愿意将它们和盘托出，真诚地奉献给读者。如果我们的努力，能为中国的法制建设贡献一点微薄之力，那将是我们莫大的欣慰！

(二) 今年三月份，正当我们的写作接近尾声的时候，新的刑事诉讼法公布了。这部全新的法律，使我们的精神为之一振，于是我们放下了手中的笔，对新刑事诉讼法进行了初步的学习，并根据自己的理解，对书稿进行了全面的修改和补充，试图比较准确地阐释新刑事诉讼法的法律原意和操作方略。因此，本书在新的刑事诉讼法正式施行以前问世，具有非常特别的意义。

(三) 记得有人说过：任何一个科学家总是踩在前人的肩膀上向前迈进的。我们在本书的写作过程中，悉心研读了大量的刑事诉讼专业的著作、教材和论文。其中本书最后所列的参考书目对我们的影响最深，正是他们的著述中闪烁出的真理的光芒照亮了我们前进的路。在此，我们要向他们表示由衷的敬意。

(四) 当今世界是一个开放性的世界，不同诉讼结构之间的彼此融合与交流是当代世界各国刑事讼的一个发展趋势。中国影响着世界，世界也在影响着中国。邓小平同志曾说过：“社会主义要赢得与资本主义相比较的优势，就必须大胆吸收和借鉴人类社会创造的一切文明成果，吸收和借鉴当今世界各国包括资本主义发达国家的一切反映现代生产规律的先进经营方式、管理方式。”因此，我们在本书中用一定的笔墨简要介绍了外国刑事诉讼的理论和立法例。通过比较，可以发现我国的刑事诉讼同其他国家刑事诉讼的区别和联

系。

(五) 任何一个理论都不是脱离大地的安泰，而必须深深根植于社会生活的现实之中。我们时刻牢记理论联系实际的宗旨，对刑事诉讼的司法实践实践中所面临的问题，进行了大量的分析，并试图运用正确的刑事诉讼理论对这些问题提出较为科学的解决方案。

(六) 我们欣赏注释法学家们对法律的忠诚，但是作为一门科学体系仅仅拘泥于法律的规定是不够的。为此，我们大胆突破了传统的刑事诉讼理论体系。我们这个理论体系的内容和特色，在本书第一编第一章第四节中作了交待。

(七) 在我们的治学生涯中，得到了许多人的帮助。我们忘不了北京大学的王国枢教授（作者汪建成的硕士导师）他给了我们许多谆谆教诲，为我们完成此书奠定了坚实的理论基础；忘不了比利时鲁汶大学（Katholic University of Leuven）的雷蒙斯教授（Prof. Lemmens，比利时鲁汶大学法学院教授，比利时高等法院法官），他为我们提供了大量的外国刑事诉讼的资料；忘不了中国人民大学的程荣赋教授，他在本书的写作过程中，录取本书作者汪建成为其在职博士生，给了我们极大的鼓舞，在此谨向他们表示深深的谢意！在本书脱稿之际，我们尤其要感谢孙传淑女士（作者汪建成的夫人）和李卫红女士（作者刘广三的夫人），他们在本书的写作过程中承担了大量的家务，正是他们的无私奉献，使我们得以集中精力，完成这本著作；最后我们还要感谢北京环球图书发行中心的汪福建先生，他为本书的问世给予了极大的支持！

(八) 本书执笔分工如下：第一编，第二编，第四编，第六编第三章，第八编第二、三、四、五章由汪建成撰写。第三编，第五编，第六编第一、二章，第七编，第八编第一章由刘广三撰写。全书最后由汪建成统一修改定稿。

由于我们水平有限，缺点和疏漏之处在所难免，恳请读者批评指正。

本书作者：汪建成 刘广三

1996年8月于烟大文园

# 目 录

## 第一编 导 论

<b>第一章 刑事诉讼法学概述</b> .....	3
第一节 诉讼.....	3
第二节 刑事诉讼 .....	13
第三节 刑事诉讼法 .....	23
第四节 刑事诉讼法学 .....	39
<b>第二章 刑事诉讼的历史类型</b> .....	47
第一节 刑事诉讼的历史类型概述 .....	47
第二节 刑事诉讼本质的历史类型 .....	48
第三节 刑事诉讼结构形式的历史类型 .....	56
第四节 当代世界各国刑事诉讼发展变化的一般趋势 .....	61
<b>第三章 中华人民共和国刑事诉讼法的历史发展</b> .....	67
第一节 新民主主义革命时期的刑事诉讼法 .....	67
第二节 新中国成立后刑事诉讼法孕育和诞生的曲折历程 .....	74
第三节 我国刑事诉讼法的修改和完善 .....	79

## 第二编 总 论

<b>第一章 我国刑事诉讼法的目的、制定依据和任务</b> .....	95
第一节 刑事诉讼法的目的和制定依据 .....	95
第二节 我国刑事诉讼法的任务 .....	99
<b>第二章 刑事诉讼原则</b> .....	104
第一节 刑事诉讼原则概述.....	104
第二节 公安司法机关依法独立行使职权的原则.....	113
第三节 分工负责、互相配合、互相制约的原则.....	117

第四节	人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督的原则·····	122
第五节	正当程序原则·····	126
第六节	无罪推定原则·····	129
第七节	辩护原则·····	135
第八节	国家追诉便宜主义原则·····	139
<b>第三章</b>	<b>刑事诉讼中的司法机关</b> ·····	<b>143</b>
第一节	人民法院·····	143
第二节	人民检察院·····	153
第三节	公安机关·····	157
<b>第四章</b>	<b>刑事诉讼参与人</b> ·····	<b>163</b>
第一节	刑事诉讼参与人概述·····	163
第二节	当事人·····	167
第三节	其他诉讼参与人·····	177
<b>第五章</b>	<b>刑事诉讼法律关系</b> ·····	<b>185</b>
第一节	研究刑事诉讼法律关系的必要性·····	185
第二节	刑事诉讼法律关系的范围·····	188
第三节	刑事诉讼法律关系的构成·····	192

## 第三编 制度论

<b>第一章</b>	<b>管辖</b> ·····	<b>199</b>
第一节	管辖概述·····	199
第二节	立案管辖·····	209
第三节	审判管辖·····	218
<b>第二章</b>	<b>回避</b> ·····	<b>229</b>
第一节	回避制度概述·····	229
第二节	回避的理由和人员范围·····	234
第三节	回避的程序及有关问题探讨·····	242
<b>第三章</b>	<b>辩护与代理</b> ·····	<b>249</b>
第一节	辩护概述·····	249
第二节	辩护人的范围和辩护的种类·····	255
第三节	辩护人的任务和诉讼地位·····	260
第四节	辩护人的诉讼权利和义务·····	265
第五节	关于辩护的几个问题·····	269

第六节 刑事诉讼中的代理.....	277
<b>第四章 强制措施</b> .....	283
第一节 强制措施概述.....	283
第二节 强制措施的性质.....	292
第三节 拘传、取保候审和监视居住.....	298
第四节 拘留.....	306
第五节 逮捕.....	310
<b>第五章 期间、送达</b> .....	320
第一节 期间.....	320
第二节 送达.....	326
<b>第六章 审判制度</b> .....	331
第一节 审判公开.....	331
第二节 两审终审.....	338
第三节 陪审.....	343
第四节 直接言词.....	354

## 第四编 证据论

<b>第一章 证据制度概述</b> .....	363
第一节 证据的概念和意义.....	363
第二节 刑事诉讼证据的特征.....	369
第三节 刑事诉讼证据的意义.....	376
第四节 刑事诉讼证据制度的历史演变.....	378
<b>第二章 我国刑事诉讼中运用证据的指导思想和基本原则</b> .....	391
第一节 运用刑事诉讼证据的指导思想.....	391
第二节 运用刑事诉讼证据的基本原则.....	395
<b>第三章 刑事诉讼证据的种类</b> .....	410
第一节 刑事诉讼证据种类概述.....	410
第二节 物证.....	412
第三节 书证.....	418
第四节 证人证言.....	422
第五节 被害人陈述.....	426
第六节 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解.....	429
第七节 鉴定结论.....	434



第八节 勘验、检查笔录·····	438
第九节 视听资料·····	440
<b>第四章 刑事诉讼证据的分类</b> ·····	446
第一节 刑事诉讼证据分类概述·····	446
第二节 言词证据和实物证据·····	449
第三节 原始证据和传来证据·····	451
第四节 不利于犯罪嫌疑人被告人的证据和有利于犯罪嫌疑人被告人的证据·····	455
第五节 直接证据和间接证据·····	458
<b>第五章 刑事诉讼证据的收集和审判判断</b> ·····	466
第一节 刑事诉讼证据的收集·····	466
第二节 刑事诉讼证据的审查判断·····	478
<b>第六章 证明</b> ·····	490
第一节 刑事诉讼证明的概念和特点·····	490
第二节 刑事诉讼证明的任务和要求·····	492
第三节 证明对象·····	497
第四节 证明责任·····	505
<b>第五编 普通程序论</b>	
<b>第一章 立案</b> ·····	521
第一节 立案概述·····	521
第二节 立案的材料来源和条件·····	525
第三节 立案的程序·····	531
<b>第二章 侦查</b> ·····	535
第一节 侦查概述·····	535
第二节 讯问犯罪嫌疑人·····	554
第三节 询问证人·····	558
第四节 勘验、检查·····	562
第五节 搜查·····	568
第六节 扣押物证、书证·····	570
第七节 鉴定·····	572
第八节 通缉·····	574
第九节 侦查终结·····	575

<b>第三章 提起公诉</b> .....	579
第一节 提起公诉概述 .....	579
第二节 审查起诉 .....	587
第三节 提起公诉与不起诉 .....	592
第四节 出庭支持公诉 .....	600
<b>第四章 第一审程序</b> .....	607
第一节 第一审程序概述 .....	607
第二节 公诉案件的第一审程序 .....	622
第三节 自诉案件的第一审程序 .....	644
第四节 简易程序 .....	656
第五节 延期审理、中止审理和终止审理 .....	662
<b>第五章 第二审程序</b> .....	668
第一节 第二审程序概述 .....	668
第二节 上诉和抗诉 .....	678
第三节 对上诉、抗诉案件的审理 .....	686
第四节 上诉不加刑原则 .....	699

## 第六编 特别程序论

<b>第一章 附带民事诉讼</b> .....	709
第一节 附带民事诉讼概述 .....	709
第二节 附带民事诉讼的当事人 .....	724
第三节 附带民事诉讼的提起 .....	733
第四节 附带民事诉讼的审理程序 .....	740
<b>第二章 死刑复核程序</b> .....	750
第一节 死刑复核程序概述 .....	750
第二节 判处死刑立即执行案件的复核程序 .....	756
第三节 判处死刑缓期执行案件的复核程序 .....	760
<b>第三章 审判监督程序</b> .....	765
第一节 审判监督程序概述 .....	765
第二节 中外审判监督程序的历史沿革 .....	772
第三节 刑事申诉及其审查处理 .....	777
第四节 审判监督程序的提起 .....	783
第五节 依照审判监督程序对案件的重新审判 .....	790

## 第七编 执行

<b>第一章 执行概述</b> .....	801
第一节 外国刑事诉讼中的执行 .....	801
第二节 我国刑事诉讼中的执行概述 .....	810
<b>第二章 各种判决、裁定的执行程序</b> .....	816
第一节 死刑立即执行的执行程序 .....	816
第二节 其他刑罚的执行程序 .....	821
<b>第三章 执行中的刑罚变更程序</b> .....	827
第一节 执行中的刑罚变更程序概述 .....	827
第二节 监外执行 .....	828
第三节 死缓刑罚的变更程序 .....	832
第四节 减刑、假释的程序 .....	835

## 第八编 附 论

<b>第一章 类推判决的核准程序</b> .....	841
第一节 类推判决的核准程序概述 .....	841
第二节 类推判决的核准程序 .....	845
第三节 类推判决核准程序中值得研究的问题 .....	850
<b>第二章 未成年人刑事案件的诉讼程序</b> .....	852
第一节 国外未成年人刑事案件诉讼程序简介 .....	852
第二节 我国未成年人刑事诉讼程序的法律渊源 .....	856
第三节 未成年人案件的刑事诉讼原则 .....	857
第四节 未成年人刑事案件的诉讼阶段及程序 .....	863
<b>第三章 适用强制性医疗措施的诉讼程序</b> .....	869
第一节 强制性医疗措施概述 .....	869
第二节 适用强制性医疗措施的诉讼程序 .....	874
<b>第四章 涉外刑事诉讼程序</b> .....	887
第一节 涉外刑事诉讼程序概述 .....	887
第二节 涉外刑事诉讼一般原则 .....	890
第三节 涉外刑事案件诉讼程序的特别规定 .....	893

---

第四节 刑事司法协助·····	900
第五节 涉港、澳、台刑事诉讼程序·····	904
<b>第五章 刑事赔偿程序</b> ·····	<b>909</b>
第一节 刑事赔偿程序概述·····	909
第二节 刑事赔偿的范围·····	914
第三节 刑事赔偿的方式和计算标准·····	917
第四节 刑事赔偿程序·····	919
<b>本书主要参考书目：</b> ·····	<b>924</b>

# 第一编 导 论



# 第一章 刑事诉讼法学概述

## 第一节 诉 讼

### 一、诉讼词源

“诉讼”一词是由“诉”和“讼”两个字组成的。从字义上讲，“诉”是告的意思，即告诉、告发、控告；“讼”的基本含义是争或争辩，争曲直于官府，即争辩曲直为讼。

在我国历史上，开始“诉”和“讼”是分开使用的。从我国法制史演进上讲，西汉和西汉以前的律文和有关文献资料中，均只用“讼”字，《大于鼎》（西周康王时铜器）铭文即有“敏谏罚讼”，《周易》有“不克讼”。而这个“讼”字又多是指民事上的讼争而言。《周礼·秋官·大司寇》有“以两造禁民讼，以两剂禁民狱。”郑注：“争罪曰狱，争财曰讼”，“讼谓以财货相告者，狱谓以罪名相告者。”有时“讼”也指刑事讼争。《竹书纪年》记载：“帝启八年，与巴人讼于孟涂之所，其衣有血者乃执之。”

自东汉起，出现了“诉”字和“讼”字的连用。但同时也有单独使用“讼”字的。前者，如《后汉书·陈宠传》中说“西周豪佑并兼，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。”后者如“自讼”、“追讼”、“辞讼”、“狱讼”、“民讼”等等。但是，诉讼入律则始于元朝的《大元通制》，在《大元通制》中，“诉讼”是篇名之一。在此以后的《大明律》、《大清律》以及旧中国的立法中

都使用诉讼一词，并相沿至今。

自“诉讼”一词出现后，单独的“讼”字所包含的不够清楚的告的意思，也就被“诉”字取代了。只保留了争或争辩的意思，就是说，诉乃告，讼乃争或者争辩。但是，无论告或者争和争辩，都得有双方，告者和提出争或者争辩者，即原告一方。被告者或与之争辩者，即被告一方。双方争辩是非曲直于官吏也。承告和裁判原、被告双方讼争案件的是非曲直者，就是司法机关。而无论是原告一方的告，原被告双方对案件是非曲直的争或者争辩，还是司法机关中所进行的裁判，都不是什么静态的东西，而是一系列行为。此外，作为一种活动的诉讼，它不仅需要司法机关及原、被告双方，而且还需要有代理人、辩护人、证人、鉴定人、翻译人等。而代理、辩护、作证、鉴定、翻译等本身，也都是一系列的行为，某个案件如果需要其中一些人参加时，他们所进行的行为，也都是处理该案件不可缺少的行为。

在外国，欧洲一些国家的诉讼一词的原始意义，是发展和向前运动的意思，它系拉丁文—*procedure* 一词演变而来的，英文为 *process*，指一个案件的发展过程，即从诉讼案件的提起至法庭审理、制作判决及其执行的逐渐运动的整个过程，这个过程当然也是以司法机关、当事人及其他诉讼参与人的诉讼行为为其内在动力而得以运行的。

由上所析，可以将诉讼的定义简要地概括为：所谓诉讼，就是国家司法机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下依法解决和处理当事人之间的争议和纠纷的活动。

## 二、诉讼的起源

诉讼以法的存在为前提，因违法问题而引起，经司法机关立案受理而成立。因此，诉讼不是自古就有，也非永恒存在，而是有阶级存在社会的特有现象。诉讼是随着私有制和阶级的出现，伴随着国家和法一起产生的。在原始社会，没有阶级，没有国家和法，也就没有诉讼。当时，“一切问题，都由当事人自己解决，在大多数情况下，历来的习俗就把一切都调整好了。”<sup>①</sup>“即使象杀人那样严重的问题，也仍然由当事人按照传统习惯加以解决。”<sup>②</sup>后来，随着生产的发展，社会出现了私有制、阶级和国家，也就有了法。有了法，才有守法、违法问题。只有发生了违法问题，当事人之间因发生纠纷而请求司法机关处理，需要通过诉讼来解决权利义务争执或犯罪问题，这才引起诉讼。人们中



发生了权利义务争执或犯罪问题,虽能引起告诉,但未必立即形成诉讼,也不一定都通过诉讼来解决。例如有的在诉讼外调解或者和解了;有的不告不理;有的证据不足;有的未被发现或揭露等等。所以,诉讼是针对案件进行的,只有经司法机关立案受理以后,才能成为诉讼案件;只有在司法机关主持下依法解决案件的活动,才是诉讼。因此,诉讼的形成、变更与终止,根本上取决于国家的司法活动。

在历史上,诉讼法实际上是先于实体法而存在的,对此旧中国诉讼法学家徐朝阳先生曾做过精辟的论述,他指出:“尝考各国法律发达之迹,程序法常先实体法而发生,故民事诉讼法之发生先于民法,而刑事诉讼法之发生亦先于刑法。盖国家组织既经成立,虽文化幼稚,法制未备,国家依其公力而匡正之,是则诉讼之所由起焉。因诉讼审理及裁判之惯行,形成程序法;因裁判之结果,处分之惯行,则形成实体法。是法律发达之自然途径,程序法常先实体法而发生。”<sup>③</sup>古罗马法演进的历史更能说明这一问题。在古罗马,诉讼法和实体法一样,是由习惯法演变成成文法的,在古代罗马早期,往往先规定诉讼法,后规定实体法,如罗马《十二铜表法》的次序为,第一表规定对当事人的传唤;第二表规定对证人的传唤以及交纳诉讼保证金等事项;第三表规定债务人履行债务的方式。前三表的内容属于诉讼法。从第四表到第十表的内容才属于实体法。罗马早期立法之所以先规定诉讼法,后规定实体法,主要原因有:第一,权利和义务的问题,在诉讼过程中得以突出的集中的体现;第二,许多实体法的规定,是在诉讼中加以总结和阐发的。

### 三、诉讼的特征

诉讼出现在人类历史舞台上,就显示出其自身的独特品格。同其他社会现象相比较,诉讼具有如下几个特征:

首先,诉讼是一种国家活动。因为诉讼是由专门的国家司法机关进行的,以反映国家意志的法律、法规作为解决争议和纠纷的依据,并以国家强制力为其后盾。这就使诉讼同个人行为或某些局部群体的行为区别开来。解决人们之间的争议和纠纷的方式很多,比如,个人调说、工作单位的说服等等,但由于这些方式不是由专门的国家司法机关进行的,不反映国家意志,更不具有国家强制力,所以它们就不具有诉讼的性质。

其次,诉讼具有特定的任务。它是用来专门解决社会主体之间基于实体法