

诉权的一般原理

诉权理论的一般研讨

广义诉权概念的确立

刑事诉权理论研究回顾

域外刑事诉权理论研究成果述评

中国大陆刑事诉权理论研究成果述评

刑事诉权的界定

刑事诉权中导入民事诉权理论的可行性分析

刑事诉权的概念界定

刑事诉权

刑事诉权

外国刑事诉权的历史发展

中国刑事诉权的历史发展

刑事诉权的发展趋势

刑事诉权的主体

追诉权主体之一：公诉机关

追诉权主体之二：刑事被害人

辩护权主体：犯罪嫌疑人、被告人

刑事诉权的形式

侦查权

刑事诉权原论

陈少林 顾伟

著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刑事诉权原论

陈少林 / 顾伟 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉权原论/陈少林, 顾伟著. —北京: 中国法制出版社, 2009. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1347 - 3

I. 刑… II. ①陈…②顾 III. 刑事诉讼 - 权利 - 研究
IV. D915. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 114755 号

策划编辑 张雪纯 责任编辑 冯雨春 封面设计 李宁

刑事诉权原论

XINGSHI SUQUAN YUANLUN

著者/陈少林 顾伟

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 8 月第 1 版

印张/15 字数/366 千

2009 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1347 - 3

定价: 40.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66010405

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

目 录

 导 论	1
 第一章 诉权的一般原理	3
第一节 诉权理论的一般研讨	3
一、诉权学说的纵横考察	3
二、诉权的基本特征	15
第二节 广义诉权概念的确立	18
一、确立广义诉权概念的意义	18
二、广义诉权的定义	23
 第二章 刑事诉权理论研究回顾	27
第一节 域外刑事诉权理论研究成果述评	27
一、德国的刑事诉权理论	27
二、日本的刑事诉权理论	28
三、我国台湾地区的刑事诉权理论	30
第二节 中国大陆刑事诉权理论研究成果述评	32
一、中国大陆刑事诉权理论研究综述	32
二、中国大陆刑事诉权理论研究评析	45
 第三章 刑事诉权的界定	48
第一节 刑事诉讼中导入民事诉权理论的可行性分析	48

一、阻碍民事诉权理论导入刑事诉讼领域的原因分析	48
二、民事诉权理论导入刑事诉讼领域障碍因素的克服	50
第二节 刑事诉权的概念界定	59
一、刑事诉权的语义分析	59
二、刑事诉权的内涵剖析和外延界定	62
三、刑事诉权的本质特征	66
第三节 刑事诉权与相关概念的比较	72
一、刑事诉权与民事诉权、行政诉权	72
二、刑事诉权与刑事诉讼	76
三、刑事诉权与刑事诉讼权利	77
四、刑事诉权与刑事审判权	79
五、刑事诉权与刑事诉讼结构	81
 第四章 刑事诉权的历史与发展趋势	83
第一节 外国刑事诉权的历史发展	84
一、外国古代弹劾式刑事诉讼制度中的刑事诉权	84
二、外国中世纪纠问式刑事诉讼制度中的刑事诉权	86
三、外国近现代辩论式刑事诉讼制度中的刑事诉权	87
第二节 中国刑事诉权的历史发展	93
一、中国奴隶社会刑事诉讼中的刑事诉权	93
二、中国封建社会刑事诉讼中的刑事诉权	95
三、中国近现代刑事诉讼中的刑事诉权	97
四、中国当代刑事诉讼中的刑事诉权	103
第三节 刑事诉权的发展趋势	106
一、犯罪嫌疑人、被告人刑事诉权国际标准	107
二、被害人刑事诉权的发展趋势	121

 第五章 刑事诉权的主体	135
第一节 追诉权主体之一：公诉机关	137
一、检察官的产生	137
二、公诉机关的模式	139
三、我国检警关系检讨	143
第二节 追诉权主体之二：刑事被害人	146
一、刑事诉讼中被害人的界定	146
二、刑事被害人诉讼地位的变迁	148
三、我国刑事被害人诉讼地位评析	155
第三节 辩护权主体：犯罪嫌疑人、被告人	159
一、犯罪嫌疑人、被告人的概念	159
二、犯罪嫌疑人、被告人诉讼地位的变迁	162
三、犯罪嫌疑人、被告人诉讼主体地位的制度保障	164
四、我国犯罪嫌疑人、被告人诉讼地位反思	169
  第六章 刑事诉权的形式	 173
第一节 侦查权	173
一、侦查权的刑事诉权属性	173
二、国外侦查权之权力形态	176
三、国外对侦查权的制约原则	192
四、我国侦查权之权力形态	199
五、我国侦查权的困境与改革路径	205
第二节 公诉权	213
一、公诉权的含义与性质	214
二、本书对公诉权含义与性质的界定	222
三、公诉权的形态	228
四、国外对公诉权的制约	237

五、我国对公诉权的制约	242
第三节 被害人刑事诉权	248
一、我国被害人刑事诉权的表现形式	248
二、我国被害人刑事诉权之立法缺陷与不足	252
三、我国被害人刑事诉权的完善	255
第四节 犯罪嫌疑人、被告人刑事诉权	259
一、我国犯罪嫌疑人、被告人刑事诉权的表现形式	260
二、我国犯罪嫌疑人、被告人刑事诉权与国际标准的差距	270
三、我国犯罪嫌疑人、被告人刑事诉权的立法完善	277
 第七章 刑事诉权的理论基础	286
第一节 人的主体性理念	286
一、主体与人的主体性	287
二、人的主体性及其理论的历史发展	289
三、人的主体性理念的基本内涵	296
四、人的主体性理念与刑事诉权	298
第二节 现代法治国家理念	302
一、法治理念与法治国家理念	302
二、现代法治国家理念与刑事诉权	319
第三节 司法独立理念	321
一、司法独立的理论渊源	321
二、司法独立原则的国际化与国际标准的形成	325
三、司法独立的内涵	331
四、司法独立理念与刑事诉权	334
第四节 程序正义理念	335
一、程序与程序正义	335
二、程序正义理念的起源与发展	337

三、刑事审判程序正义的标准	343
四、程序正义理念与刑事诉权	347
 第八章 刑事诉权的功能分析	350
第一节 功能与法律功能	350
一、功能与功能分析法	350
二、法律功能的含义	351
第二节 刑事诉权的一般功能	352
一、刑事诉权的规范功能	353
二、刑事诉权的保护功能	356
第三节 刑事诉权的特殊功能	360
一、观念形态刑事诉权的功能	360
二、制度形态刑事诉权的功能	361
 第九章 刑事诉权的价值分析	366
第一节 刑事诉权的平等价值	369
一、法的平等含义	369
二、平等与法的关系	372
三、控辩平等	374
第二节 刑事诉权的人权价值	377
一、人权的历史发展	378
二、人权的含义和分类	382
三、刑事诉权与人权的关系	386
四、刑事诉权的人权价值	388

 第十章 刑事诉权的行使	390
第一节 侦查权的行使	390
一、侦查权的行使条件	390
二、侦查权的行使方式	394
三、技术侦查与诱惑侦查	396
第二节 公诉权的行使	413
一、公诉权的行使条件	413
二、公诉权的行使方式	415
第三节 被害人刑事诉权的行使	426
一、公诉案件中被害人刑事诉权的行使	427
二、自诉案件中被害人刑事诉权的行使	429
第四节 犯罪嫌疑人、被告人刑事诉权的行使	430
  第十一章 刑事诉权的保障	435
第一节 刑事诉权的立法保障	436
一、刑事诉讼结构的二重形式及其实质	436
二、刑事诉讼结构中刑事诉权立法保障的不足	457
三、刑事诉讼结构中刑事诉权的立法完善	460
第二节 刑事诉权的司法保障	462
一、刑事诉权司法保障的体制性缺陷	463
二、刑事诉权司法保障的制度重构	467

导 论

诉权理论一直是大陆法系国家和地区民事诉讼法学中的一个基本理论问题,^① 历来为大陆法系民事诉讼法学界所重视。通说认为,“诉权”一词起源于罗马法的诉(actio)的制度。但在罗马法时代,由于实体法和程序法处于合体状态,它只不过是根据不同性质的案件采取的不同诉讼形式,具有开始诉讼的机能的含义,并没有作为实质上的诉权赋予权利人以何种地位。^② 随着民事实体法和民事诉讼法的逐渐分离,在民事诉讼法领域提出了当事人“因何可以提起诉讼”的命题,诉权学说这才作为阐明这一命题的理论而正式登上学术论坛。诉权是法律赋予当事人进行诉讼的基本权能,也是当事人进行诉讼活动的基础。它具有启动诉讼程序、维护当事人权益、实现当事人双方平等对抗、制约审判权滥用等功能。1806 年法国民事诉讼法典直接使用了“诉权”一词,从而建立了诉权与各种具体的程序规定和诉讼制度之间的直接联系,并使之成为各种诉讼权利的基础,也成为民事诉讼法学的重要研究课题。虽然对于诉权的内容和性质众说纷纭,但论者对其热情丝毫未减。

从诉权概念的产生来看,诉权仅指民事诉权。但是,民事诉讼是一切诉讼之源,刑事诉讼、行政诉讼都是从民事诉讼中分化出来的,诉权作为公民向国家请求司法保护的一种权利,理应存在于民事诉讼、

① 在传统民事诉讼法学中,诉讼目的论、诉权论和既判力理论被认为是民事诉讼的三大基本理论。陈荣宗:《举证责任分配与民事程序法》,三民书局1984年版,第153页。

② [日] 谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第68页。

刑事诉讼和行政诉讼三大诉讼之中，诉权因而可以分为民事诉权、刑事诉权和行政诉权，这是诉权的广义分类。而狭义的诉权仅指民事诉权。^①

国外对刑事诉权的研究颇为深入，并形成了理论体系，如“德国刑法学，因受民事诉讼法上訴权理论之影响，创立刑事诉权（strafklagerecht）之理论体系。”^②国内刑事訴訟法學界虽不否认刑事诉权的客观存在，并认为“它是刑事诉讼活动得以产生、存在和运转的驱动力”，^③但对刑事诉权的理解“基本局限于基于刑罚权而产生的控诉权，使刑事诉权等同于控诉权”。^④对于何为刑事诉权，其内涵、外延如何，有何本质特征，有何功能，其渊源与发展趋势如何，享有刑事诉权的主体有哪些，有哪些具体形式，其理论基础和价值是什么，以及如何行使和保障等一系列重大理论问题却少有学者全面、深入地研究。这种不平衡状态使刑事诉权的研究相对狭隘和滞后，不仅有碍刑事司法改革的深入进行，同时也影响了刑事訴訟法學本身的发展。“如果通过努力，将诉权理论导入刑事訴訟法學中，也许会对刑事诉讼制度和理论产生革命性变革。”^⑤因此，本书将结合业已成熟而发达的民事诉权理论就上述问题一一探讨。

① 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社2002年版，第141页。

② 陈朴生著：《刑事诉讼法实务》，台北海天印刷厂有限公司1981年版，第336页。

③ 徐静村、谢佑平：“刑事诉讼中的诉权初探”，载《现代法学》1992年第2期。

④ 孙宁华：“诉权理论对刑事司法改革的启示”，载《西南师范大学学报》（人文社会科学版）2004年第5期。

⑤ 汪建成、祁建建：“论诉权理论在刑事诉讼中的导入”，载《中国诉讼法学精萃》（2003年卷），机械工业出版社2004年版，第454页。

第一章 诉权的一般原理

第一节 诉权理论的一般研讨

一、诉权学说的纵横考察

诉权的概念产生于罗马法。自诉权的概念产生以来,关于它的内涵、性质以及作用等问题一直存在较大争议,以至于迄今为止,对于诉权问题仍是学术流派纷呈,理论观点杂芜,“诉权学说,至今尚无一完整无暇者”。^① 19世纪以来,以德国、法国、日本等国为代表的大陆法系各国相继出现了不同的诉权学说,其后,诉权理论延展到前苏联并传入我国。一方面诉权问题号称民事诉讼法上的“哥德巴赫猜想”,本身具有相当的艰深性,另一方面由于探讨该问题的学者大都从自己的意识形态和理论体系出发,因此,他们的学说难免具有自身的片面性。^②

(一) 大陆法系国家的诉权学说评析

在大陆法系国家,对诉权的认识,先后出现了“私法诉权说(实体诉权说)”、“公法诉权说”、“宪法诉权说”和“诉权否定说”等学说。

① 陈荣宗、林庆苗著:《民事诉讼法》,三民书局印行,第76页。

② 彭世忠:“新二元诉权说论纲”,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第五卷),法律出版社2000年第1版,第314页。

1. 私法诉权说（实体诉权说）

私法诉权说（Zivilistische Klagrechtsheorie）产生于19世纪前半叶德国普通法末期，以萨维尼（Savigny）为代表。该学说认为，民事诉讼实际上是民事实体法上的权利在民事审判上行使的过程或方式，诉权是实体法上的权利，是实体法上请求权的强制力的表现，或是实体法上的权利被侵害而转化的权利。^①也就是说，诉权是私法上的权利的延伸和变形，原告在对被告享有的私法上的权利得不到满足时，即产生诉权，因而是一种私权，是私法上的权利在审判上行使的过程或手段。^②也有学者主张诉权为实体权利的组成部分，是民事权益的固有的属性。^③这一学说的理论根源在于当时诉讼法与实体法还没有真正分野，人们普遍认为诉讼法隶属于实体法，诉权只是实体法上的权利的发展、延长、变形，是实体权利的派生物。^④

该学说的实质在于不承认诉权是独立于实体权利之外的程序性权利，而认为享有实体权利是享有诉权的前提。^⑤其积极意义在于强调诉权对公民事权益的保护，不足之处在于漠视了诉讼法的独立价值，并在以下方面难以自圆其说：一是认为实体权利的有无是诉讼程序应否开始的依据，这就等于要求原告必须享有实体权利才能起诉，法院在受理案件之前必须先查明原告有无实体权利，从而颠倒了诉讼前提与诉讼结果的关系，与诉讼的逻辑过程相悖；二是认为诉权是权利主体对义务主体主张权利，这显然与事实不符，事实是原告向法院提出保护民事权益的请求，而不是直接向被告提出。正是由于私法诉权说存在上述缺陷，这种学说早已成为历史，不为学者们所采用。

① 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社2002年版，第144页。

② 江伟主编：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社2005年版，第64页。

③ 江伟、单国军：“关于诉权的若干问题研究”，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》（第一卷），法律出版社1998年版，第214页。

④ 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社2002年版，第144页。

⑤ 谭兵主编：《民事诉讼法学》，法律出版社2004年版，第60页。

2. 公法诉权说

从19世纪后半叶开始,随着诉讼法与实体法的完全分离,诉讼法的独立价值逐渐被人们所认识,私法诉权说已越来越不合时宜。同时,随着经济的发展,文化的进步,法治国家的思想已深入人心,人们对国家享有公权的观念兴起后,诉权的观念也逐渐演变为对于国家的公法上的权利,公法诉权说(Publizistische Klagrechtstheorie)便应运而生。这种学说认为,法院和当事人在诉讼中的法律关系不是私法性质的关系,而是当事人对国家发生的公法性质的关系。引起这种关系发生的依据是当事人对国家的公法上的请求权,即诉权。因此诉权在性质上不是私法上的请求权派生权利,而是一种公法上的权利。^①公法诉权说在发展的过程中,又经历了抽象诉权说(抽象的公法诉权说)、具体诉权说(具体的公法诉权说、权利保护请求权说)、本案判决请求权说(纠纷解决请求权说)、司法行为请求权说(诉讼内诉权说)等学说的演变。

(1) 抽象诉权说。该说认为,诉权是当事人向法院提起诉讼,请求合法审理和判决的“公法”上的请求权,是纯粹的诉讼权利,是不依赖于任何实体权利而独立存在的一种权利;诉权只限于发动诉讼程序,只要当事人提起了诉讼,即使被法院依法驳回,当事人的诉权也被认为实现;只有当法院非法拒绝当事人的起诉,诉权才遭到侵犯。^②由于这种形式将诉权当作存在于诉讼之前的纯粹意义上的公法上的权利,而没有赋予诉权以请求法院为具体内容的判决的内涵,只是当事人请求国家进行审判的权利,所以德国学者将它称作抽象的公法诉权说(Theorie vom abstrakten publizistischen Klagrecht)。

这一学说的实质在于把诉权看成是与民事权利无关的单纯请求司

① 江伟主编:《民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第64页。

② 沈达明主编:《比较民事诉讼法初论》(上册),中信出版社1991年版,第214页。孙森炎:“论诉权学说及其实现”,载杨建华:《民事诉讼法论文选辑》(下册),五南图书出版公司1984年版,第223页。

法保护的一种抽象权利，也就是说，不论民事权利是否受到侵犯或发生争议，也不管起诉的理由是否正当，任何民事主体都有请求法院进行审判的权利。^① 根据这一学说，诉权的内容仅为请求法院为裁判，并非就具体内容请求法院判决，因此，即使原告的起诉不合法，法院作出驳回的裁定，其诉权也已经获得满足。然而，诉权如果是指任何人均可起诉而请求法院作出裁判，则仅能认为是拥有起诉的自由，尚难称权利。^② 而且，这一学说的根本缺点在于脱离实际，不符合当事人的心理。实践中，法院所作出的判决都有具体的内容，对当事人的具体诉讼请求从事实和法律上作出明确的判断和结论，并且当事人不是为起诉而起诉，其诉讼目的是保护自己的实体权利或解决民事纠纷。^③

(2) 具体诉权说。具体诉权说由德国学者拉邦德 (Laband)、瓦希 (Wach) 等在 19 世纪 80 年代提出，一度成为大陆法系各国学术界的通说。^④ 该说起初主张，诉权是公法性质的权利，是指在个案中原告向法院请求特定内容的胜诉判决 (利己判决) 的权利。但由于无法说明被告是否也有该权利，故后来被权利保护请求权说 (Theorie vom Rechtsschutzanspruch) 所吸收。后者认为诉权是个人对国家所享有的通过民事诉讼实现权利保护的要求权，这种诉权于起诉前已存在于当事人，是当事人请求法院作出有利于自己判决的权利，它可以存在于原告或被告的任何一方。权利保护请求权说，从实体法和程序法上理解诉权问题，认为诉权的存在须具备诉讼要件和权利保护要件。我国台湾地区民事诉讼法学者也多持此说。^⑤

具体诉权说发现了诉讼上的权利保护要件，将诉权和实体法上的

① 谭兵主编：《民事诉讼法学》，法律出版社 2004 年版，第 60 页。

② 王锡三著：《民事诉讼法研究》，重庆大学出版社 1996 年版，第 139 页。

③ 江伟、邵明、陈刚著：《民事诉权研究》，法律出版社 2002 年版，第 15 页。

④ 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 145 页。

⑤ 江伟主编：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 65 页。

权利予以区分、确认，这是私法诉权说所不及的。但是，此说最大的难题在于如何理解当事人享有请求法院为利己判决的权利。实际上这一权利与诉讼现实和诉讼机理之间存在矛盾。首先，当事人作为私人，连自己的主张强加于对方当事人的权威也没有，却要求作为国家机关的法院按照自己的主张作出胜诉的判决是不恰当的。所以具体诉权说把审前阶段为当事人有权要求得到胜诉判决的说法显得过于贪婪。^①其次，法院是根据案件的事实和证据并适用实体法律而作出判决的，并非是依据当事人胜诉判决的请求而作出的。现实中，人们经常看到的是，法院作出驳回当事人起诉或当事人败诉的判决，此种倾向与当事人享有向法院求得利己判决的权利存在着不可调和的矛盾。^②其三，原告为权利人，有请求法院为权利保护的權利，法院为义务人负有义务对原告给与权利保护，但法院却可以自己对自己所负义务为决定，也可对原告的權利为裁判而拒绝其權利。此种现象不合于權利与义务法律关系的一般原理。^③

(3) 本案判决请求权说。该说认为，民事诉讼制度的目的，不在于私权的保护，而在于解决民事纷争，确定私法上的权利义务关系。诉权是法院作出本案判决（及诉讼标的当否）的權利。^④这一学说由德国布拉伊（Bley）提倡，但布拉伊的理论在德国几乎无任何赞同者，但在日本却受到很大欢迎。由于兼子一博士的大力提倡，在日本，本案判决请求权说取代权利保护请求权说而成为通说。^⑤兼子一从诉权的实质出发，认为诉权是解决纠纷的请求权，也即私人要求法院解决

① [日] 兼子一、竹下守夫著：《民事诉讼法》，白绿铨译，法律出版社 1995 年版，第 3 页以下。

② 沈达明主编：《比较民事诉讼法初论》（上册），中信出版社 1991 年版，第 215 页。

③ 江伟、邵明、陈刚著：《民事诉权研究》，法律出版社 2002 年版，第 22 页。

④ 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 146 页。

⑤ [日] 三月章著：《日本民事诉讼法》，汪一帆译，五南图书出版公司 1997 年版，第 15 页。

纠纷的请求权。

本案判决请求权说的合理性在于，强调诉讼法的独立价值，同时注意到诉权和诉讼目的包含的公益内容。但是由于过分强调诉讼法的独立性和注重当事人请求法院就私权纠纷加以止争的公益目的，此说在一定程度上扭曲了诉讼法和实体法之间的合理关系。^①同时，如果持本案判决请求权说，只有等法院的判决作出后，才知道当事人有无诉权，而在民事诉讼过程中并不知道当事人有无诉权，这显然有悖常理。当事人既然已经起诉，即使后来法院以起诉不合理为由驳回原告的起诉，那么在诉讼过程中，仍不能否认其诉权的存在。^②另外，有学者认为，本案判决请求权说所谓的即使是原告败诉也已达原告诉权目的的解释，是强词夺理的。^③

(4) 司法行为请求权说。该说由德国的萨伊尔 (Sauer)、李欧 (Leo)、罗森贝格 (Rosenberg) 主倡，为目前德国的通说。^④该说认为，抽象诉权说、具体诉权说和本案判决请求权说等将诉权与现实的诉讼程序分离，并认为诉权系存在于诉讼之外的权利，这是不合理的。^⑤因此，该说主张，诉权是指请求国家司法机关依实体法和诉讼法审理和裁判的权利，是任何人对于作为国家司法机关的法院得请求作出裁判的公法上权利，它并不是存在于诉讼之外的权利，而是诉讼开始后实施的权能。^⑥

司法行为请求权说也存在着局限：其一，诉权应该是诉讼制度机能发挥的原动力，它是自诉讼程序外部继续运用的，调查诉权是否存在并非诉讼原来的目的，因此没有必要承认诉讼内的诉权；其二，此

① 江伟、邵明、陈刚著：《民事诉权研究》，法律出版社 2002 年版，第 27 页。

② 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 146 页。

③ [日] 三月章著：《日本民事诉讼法》，汪一帆译，五南图书出版公司 1997 年版，第 16 页。

④ 陈荣宗、林庆苗著：《民事诉讼法》，三民书局 1996 年版，第 81 页。

⑤ 江伟、邵明、陈刚著：《民事诉权研究》，法律出版社 2002 年版，第 27 页。

⑥ 江伟主编：《民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 65 页。