



21世纪高等学校系列规划教材

刑事诉讼法教程

刘国有 编著

XINGSHI SUSONGFA JIAOCHENG



清华大学出版社 · 北京交通大学出版社

21 世纪高等学校系列规划教材

刑事诉讼法教程

刘国有 编著

清华大学出版社
北京交通大学出版社

· 北京 ·

内 容 简 介

本书是 2012 年刑事诉讼法修正后的最新刑事诉讼法学教材。全书共 22 章,按照刑事诉讼法典本身的结构与顺序进行介绍,以便与法典保持一致,方便读者使用。相对于其他教科书,本书的最大特色在于从社会的和比较的角度研究、介绍新的刑事诉讼法。因此,除了传统教材一般都有的法条释义外,本书还补充了大量的阅读材料,包括外国相关的诉讼制度、本国诉讼制度的历史沿革及司法机关运行于其中的社会背景材料等,以便为读者理解、掌握中国刑事诉讼法提供更为广泛而扎实的基础。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼法教程 / 刘国有编著. — 北京: 北京交通大学出版社: 清华大学出版社, 2013.9

(21 世纪高等学校系列规划教材)

ISBN 978-7-5121-1617-7

I. ① 刑… II. ① 刘… III. ① 刑事诉讼法-中国-高等学校-教材 IV. ① D925.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 206812 号

责任编辑: 张利军 特邀编辑: 程淑琴

出版发行: 清华大学出版社 邮编: 100084 电话: 010-62776969 <http://www.tup.com.cn>

北京交通大学出版社 邮编: 100044 电话: 010-51686414 <http://www.bjtu.com.cn>

印刷者: 北京时代华都印刷有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 185×260 印张: 23.25 字数: 612 千字

版 次: 2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5121-1617-7/D·145

印 数: 1~3 000 册 定价: 38.00 元

本书如有质量问题, 请向北京交通大学出版社质监局反映。对您的意见和批评, 我们表示欢迎和感谢。

投诉电话: 010-51686043, 51686008; 传真: 010-62225406; E-mail: press@bjtu.edu.cn。

前言

笔者长期从事刑事诉讼法学的教学与研究，很早就感到有必要编写一部合用的刑诉法教材。目前，虽有大量的教材充斥市场，但要找一本符合自己需要的教材还真是困难。市面上的教材要么流于诉讼过程的介绍，极端情况下也就不免沦为司法操作手册；要么理论介绍过多，有时不免过于空泛，使初学者感到迷惘。因此，笔者很早就着手搜集各种有关资料。十多年下来，手头也就积累了不少素材，既有外国诉讼法典学习笔记，也有典型案例介绍，相关社会背景的材料也不少。这些都促使笔者下决心撰写一部新的刑事诉讼法教材，以便充分满足自己的教学需要。笔者认为，只有把各国刑事诉讼发展的一般规律、不同国家大致相同的制度安排与中国法律的运作实践结合起来，才能准确理解和把握我国的刑事诉讼法。

高兴的是，2012年刑事诉讼法的修订给笔者的这一想法提供了实践机会。一方面，2012年刑事诉讼法的修正为这部法律充实了大量新的内容，注入了新的活力。例如排除规则的引入、辩护律师取证权利的提前，这是中国刑事证据制度的重大进步。固然，由于特有的社会条件，任何制度的引入都很难完全满足立法者的需要，但是制度的引入是其进一步完善的前提。笔者相信，更为严格而切合中国需要的排除规则终将在中国确立，并深刻影响取证行为，这是中国刑事司法现代性，也是社会主义法治的必然要求。又比如，未成年人刑事案件处置程序的专门化、精神病人强制治疗程序和违法所得没收程序的司法化，都是此次修正引入的重要制度，标志着中国刑事诉讼法对现实生活的强烈关切及“法律移植”步伐的大胆迈进。诚然，中国刑事诉讼法典本身就是法律移植的结果。没有清末对大陆法系立法技术与体例的大胆引入，就没有现代的中国刑事诉讼法。但是，中国刑事诉讼法的发展同中国其他部门法一样，也充满了曲折、艰辛，有时甚至还有倒退。由于长期以来缺乏对法治规律的认识和对国情的过分强调，中国刑事诉讼立法过于简陋和空疏，使得刑事诉讼制度很难满足公众和立法者的需要，受到社会各界的广泛批评。这与法学教材和授课内容偏重法条释义，缺乏对法律原理和基本精神的阐释，从而造成法学者普遍缺乏对于法律基本精神的尊重有关。同时，课堂讲授偏重法条释义，也就不免严重脱离现实。结果，一个学期下来，整本书都讲完了，学生仍然是丈二和尚，摸不着头脑，这使课堂教学效果大打折扣。

因此，一本优秀的法学教材应该同时包含三个方面的内容：一是对法律规则背后的基本原则、基本原理的介绍，目的是讲述该制度设立的目的与初衷，把原理讲深讲透；二是该制度在中国司法实践中的具体运行与实施情况，中国作为转型社会特有的社会背景及其对法律制度的不可避免的影响；三是与我国刑事诉讼某些制度类似或相同的外国诉讼制度的介绍，使学生了解该制度设立的具体功能与目的。在编写过程中，笔者在以下几个方面进行了大胆的尝试，以便更充分地体现上述指导思想。

一、在内容安排上，不仅介绍人类社会长期以来诉讼制度发展的历史，还特别追述了中国1978年以来刑事诉讼法历次修正的主要内容，使读者能够准确把握中国刑事诉讼法修正的目标、准则与未来的发展方向。对于司法实践中常用的，而其他刑事诉讼法教材很少介绍

的必备知识，如传闻证据规则、最佳证据规则、司法中的推定与司法认知，以及 2012 年修正新加入的几种特殊程序，也做了相应的介绍，这就使本书的内容更加充实。

二、在分析方法上，不仅使用传统的文意解释法，还大量使用比较的、历史的和社会的方法。笔者认为，中国现实的司法制度与书面规定的诉讼法条并不完全相同。要想准确理解中国现实的诉讼制度，必须把现行的法律制度与其曾经的历史变迁，把书面规定与司法实践，把诉讼制度与司法机构的设置、不同司法机关之间的职权划分等相关制度综合起来加以考察。因此，方法上的大胆创新，也是本书的努力方向。

三、在结构设计上，除了传统教材上常有的概念、原则、规则的介绍和习题以外，本书还专门添加了大量的阅读材料。这些阅读材料有案例分析、司法机关实际运行的社会背景及国外一些成熟、先进的制度与经验介绍。这些阅读材料，有的属于他山之石，可为我国借鉴；也有的属于先进国家的成熟经验，已为我国移植、引进，这对于理解我国刑事诉讼法律制度背后的精神和原理是十分必要的。

应该说明的是，尽管笔者已经尽了最大努力，但本书的错讹之处仍然在所难免，希望广大读者和专家大胆批评、明确指正。在本书的写作过程中，北京交通大学出版社张利军先生、南开大学网络学院张植奎先生、天津市政法管理干部学院包光明老师等都曾给予大力的帮助和悉心的指导，在此一并表示感谢。

刘国有

2013 年 9 月于天津

目 录

第1章 刑事诉讼与刑事诉讼法概述	(1)
1.1 刑事诉讼法的法理基础——正当程序原则	(1)
1.2 刑事诉讼概述	(5)
1.3 刑事诉讼的历史类型	(11)
1.4 刑事诉讼法的历史发展	(19)
1.5 刑事诉讼法与刑法及其他法律的关系	(26)
练习题	(28)
第2章 刑事诉讼中的国家机关	(29)
2.1 法院	(29)
2.2 检察院	(41)
2.3 公安机关	(44)
练习题	(53)
第3章 刑事诉讼参与人	(54)
3.1 诉讼参与人的概念与范围	(54)
3.2 当事人	(54)
3.3 其他诉讼参与人	(59)
练习题	(61)
第4章 刑事诉讼的基本原则	(62)
4.1 刑事诉讼基本原则概述	(62)
4.2 专门机关原则	(62)
4.3 独立行使司法权原则	(65)
4.4 法律监督原则	(75)
4.5 民族语言原则	(76)
4.6 未经判决不得定罪原则	(77)
4.7 陪审原则	(78)
4.8 辩护原则	(82)
4.9 保障公民权利原则	(83)
4.10 审慎使用司法权原则	(85)
4.11 审判公开原则	(86)
4.12 两审终审原则	(89)
4.13 对外适用原则	(91)
4.14 国际司法协助原则	(93)
练习题	(95)

第5章 管辖	(96)
5.1 立案管辖	(96)
5.2 审判管辖	(100)
练习题	(103)
第6章 回避	(105)
6.1 回避的概念与意义	(105)
6.2 回避的理由与人员范围	(107)
6.3 回避的程序	(108)
练习题	(112)
第7章 辩护与代理	(114)
7.1 辩护制度的基本内容与意义	(114)
7.2 辩护人的范围与辩护的种类	(115)
7.3 辩护人的任务与地位	(118)
7.4 辩护人参与刑事诉讼	(119)
7.5 辩护人的权利与义务	(120)
7.6 刑事诉讼中的代理	(127)
练习题	(129)
第8章 证据	(131)
8.1 证据的概念与意义	(131)
8.2 法定的证据种类	(134)
8.3 证据在理论上的分类	(140)
8.4 证明对象与证明责任	(142)
8.5 证明要求与证明标准	(143)
8.6 证据的审查判断	(145)
练习题	(158)
第9章 证据规则	(161)
9.1 排除规则	(161)
9.2 最佳证据规则	(167)
9.3 传闻规则	(168)
9.4 推定与司法认知	(175)
练习题	(179)
第10章 强制措施	(180)
10.1 强制措施的概念、性质与作用	(180)
10.2 拘传	(181)
10.3 取保候审	(183)
10.4 监视居住	(189)
10.5 逮捕	(191)
10.6 拘留	(200)
10.7 留置与扭送	(206)

10.8 行政法里的短暂羁押与强制到案	(208)
练习题	(209)
第11章 附带民事诉讼	(213)
11.1 附带民事诉讼的概念与条件	(213)
11.2 附带民事诉讼的当事人	(214)
11.3 附带民事诉讼的提起与审判	(215)
练习题	(215)
第12章 期间、送达	(217)
12.1 期间	(217)
12.2 送达	(218)
练习题	(219)
第13章 立案	(220)
13.1 立案的概念	(220)
13.2 立案材料的来源与立案的条件	(220)
13.3 立案的程序	(226)
练习题	(227)
第14章 侦查	(229)
14.1 侦查的概念、任务与意义	(229)
14.2 侦查的原则	(230)
14.3 讯问犯罪嫌疑人	(231)
14.4 询问证人	(235)
14.5 勘验、检查	(236)
14.6 搜查	(242)
14.7 查封及扣押物证、书证	(245)
14.8 鉴定	(247)
14.9 通缉	(248)
14.10 技术侦查	(249)
14.11 侦查中的律师参与	(254)
14.12 侦查终结	(256)
练习题	(261)
第15章 提起公诉	(265)
15.1 审查起诉的概念与内容	(265)
15.2 提起公诉的概念与条件	(267)
15.3 不起诉	(271)
练习题	(274)
第16章 审判	(275)
16.1 审判的概念与意义	(275)
16.2 审判组织	(275)
练习题	(278)

第 17 章 第一审程序	(280)
17.1 公诉案件第一审程序的概念、任务与意义	(280)
17.2 对公诉案件的审查	(281)
17.3 开庭审判前的准备	(281)
17.4 法庭审判	(283)
17.5 自诉案件的第一审程序	(290)
17.6 简易程序	(292)
17.7 判决、裁定与决定	(295)
练习题	(297)
第 18 章 第二审程序	(299)
18.1 第二审程序的概念与意义	(299)
18.2 上诉、抗诉	(300)
18.3 第二审人民法院的审判	(301)
练习题	(310)
第 19 章 审判监督程序	(312)
19.1 审判监督程序的概念与意义	(312)
19.2 审判监督程序的提起	(313)
19.3 重新审判	(316)
练习题	(321)
第 20 章 死刑复核程序	(323)
20.1 死刑复核程序的概念与意义	(323)
20.2 判处死刑立即执行案件的复核程序	(324)
20.3 死刑缓期二年执行案件的复核程序	(327)
练习题	(327)
第 21 章 执行	(329)
21.1 执行的概念、根据与意义	(329)
21.2 执行管辖	(329)
21.3 执行的变更程序	(336)
练习题	(338)
第 22 章 特殊程序	(340)
22.1 未成年人刑事案件的诉讼程序	(340)
22.2 当事人和解的公诉案件的诉讼程序	(348)
22.3 犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序	(352)
22.4 精神病人的强制医疗程序	(354)
练习题	(362)

第 1 章

刑事诉讼与刑事诉讼法概述

在详细介绍刑事诉讼法的基本知识以前,应该简单介绍一下刑事诉讼法的理论基础,它的概念、历史演变与发展趋势,以便读者能够对它有一个大概的了解,这就是本章的主要内容与目的。

1.1 刑事诉讼法的法理基础 ——正当程序原则

刑事诉讼的本质是对危害社会的行为进行惩罚,这种惩罚以国家的名义,按照法律规定的程序进行。在任何一个社会里,刑事诉讼都可能剥夺公民权利,包括最重要的权利——生命健康权,因此,都有一套严格的程序和特定的参与者。现代人的办法是,对这个处罚程序进行划分,引入对立的双方,并延请证人、鉴定人参与,赋予参与者不同的权利义务。人们认为,只有遵循既定的法律程序,做出的决定才可能是准确的、公平的,这个思想,就是正当程序原则。各国对此原则的表述各有不同,但基本思想是一致的。

1.1.1 正当程序原则的含义

所谓程序,就是“按照一定的顺序、方式和手续来作出决定的相互关系”^①。正当程序,就是法律程序的设立所必须遵守的基本原则,如果不具备这些基本原则,就难以保证司法的合理性。“程序的正当过程的最低标准是:公民的权利义务将因为决定而受到影响时,在决定之前他必须有行使陈述权和知情权的公正的机会。”^②

1791年美国宪法第五修正案规定“未经法律的正当程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产”。这是对程序的一般规定,在行政或刑事处罚程序中,正当程序原则的要求要比上述的最低要求高得多。英国前上诉法院院长丹宁勋爵说:我所说的“法律的正当程序”,系指法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法:促使审判和调查公正地进行,逮捕和搜查适当地采用,法律救济顺利地取得,以及消除不必要的延误。^③

我国台湾学者周道济先生详细阐述了美国正当程序的基本含义,也许可以作为我们研究

① 季卫东.法治秩序的建构.北京:中国政法大学出版社,1999:12.

② 季卫东.法治秩序的建构.北京:中国政法大学出版社,1999:24.

③ 丹宁.法律的正当程序.李富强,杨百揆,刘庸安,译.北京:群众出版社,1984:1.

正当程序,也称为正当过程,国内学者一般很少论及。(张千帆.西方宪政体系(上).北京:中国政法大学出版社,2000.)

的参照。按照美国联邦最高法院的解释，正当法律程序不仅指公平合理的法律手续，而且也指公平合理的法律。它包括程序和实质两个方面的内容，禁止政府未经过国家所认为的公平而正当的法律手续，便剥夺人民的生命、自由或财产；联邦和各州行使权力都不能违反与公共利益有关的社会和经济制度^①。换言之，政府对于人民的任何措施，必须根据已经确立的程序上之惯例与方式。

(1) 政府或其所属机构，对人民权利加以干涉时，必须有该项管辖权。

(2) 法律或命令之拟成、判定或公布，必须经过正式程序。

(3) 犯罪的意义必须清楚地加以确定。

(4) 对于被控犯罪之人，只能适当地予以逮捕，并须将其所犯之罪名，及审讯之日期与地点通知之。

(5) 对于被控犯罪之人，必须给以机会，使其准备并陈述答辩。

(6) 担任审判之法庭组织，必须确保能获得诚实公平之裁决，违法获得的证据应当排除。

把上述要求“翻译”成汉语白话就是：① 任何剥夺或可能导致剥夺公民权利的官方行为，都必须由法律加以规定，或由法院判例所认可，缺乏相应的法律规定不符合法治国家的要求；② 没有管辖权的官方行为无效，该管辖权应由法律事先规定，不能设立专案法庭。比如警察把抓住的人犯自行审判定罪，关进看守所，是非法的，因为审判权属于法院；没有原告或检察官起诉，法院就对某人进行审判并宣布罪名，也是非法的，因为没有起诉就不能审判；③ 对任何涉及公民权的官方行为，比如逮捕、羁押和审判，都必须符合既定的法律程序，除紧急情况外，必须事先经过法官的批准；紧急情况下的官方行为涉及公民权时，必须尽快——毫不迟延地送交法院审查；④ 在任何涉及公民权的情形发生前，嫌疑人都有权获得律师的帮助；⑤ 判决必须经过法定程序，比如公开审判，法官中立，律师辩护，言辞审理（就是法官必须用口头语言发问，双方也必须用口头语言质证和辩论），陪审团审理等，才能确定，违反上述法定程序的判决无法律效力。

正当程序原则，就是要限制国家机关的恣意行为，因为从人类文明历史的生活经验出发，政府的过分干预实在不如让人民放手去做，更何况有不少官员滥用权力，徇私枉法呢！所以要把政府的行为限制在最小的范围内。限制政府的行为，减少其行为的随意性，就是在保护人民的权利和自由。

1.1.2 中国法律里的正当程序

中国现行法律没有明文规定正当程序，却处处体现了正当程序的精神。请看下列规定。

关于立法程序，宪法第六十四条规定：

“宪法的修改，由全国人民代表大会常务委员会或者 1/5 以上的全国人民代表大会代表提议，并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。”

《立法法》第四条规定：“立法应当按照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严。”

^① 周道济：《基本人权在美国》，台北：商务印书馆，1983：26。

关于权利保障的正当程序，宪法第三十七条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他非法方法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”

第四十条规定：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”

对于行政处罚的正当程序，《行政处罚法》第三条第二款规定：“没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。”

法官任职保障是法官独立的前提，《法官法》第八条第二、三项分别规定法官：“依法审判案件不受行政机关、社会团体和个人的干涉；非因法定事由、非经法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分……”

司法的程序是最完善的，也是最典型的程序，我国诉讼法中也吸收了很多正当程序的规定。比如，刑事诉讼法的第三、四、五条规定了刑事诉讼的法定机关原则，第十条规定审级制度，第十一条规定公开审判，第十三条规定陪审制度。民事诉讼法第十条和行政诉讼法第六条把审判的几个重要程序，如合议、回避、两审终审、公开审判在一起规定，这是中国程序法对审判程序的规定。因此，中国法律已明文肯定了正当程序原则。

一般说来，正当程序可分为立法程序、选举程序、司法程序、行政程序等，它的主要要求如下。

1. 职能分化

“分化和独立是程序的灵魂。”^① 无论何种机关，当其行为可能剥夺人民的权利时，都应该遵守正当程序。它们应该拥有独立和自由判断的权力，审查和判断的权能不能由某一机关或官员垄断，而应当分别由不同的机关执掌，这就是权力的分化。这不仅是为了保护人民的权利，而且也是为了提高法律执行的效力与威严。诸权合体必然造成恣意，而恣意不仅会损害人民，败坏权力的声誉，还是腐败的温床。所以，分权是现代政治体系的前提。^② 国家权力分成立法、行政和司法三个部分，当然也有人指出，西方现在又分出了第四种权力，即在上述三种权力以外，同时享有立法和司法权力的国家机关，如美国的州际贸易委员会，但分权的格局并无根本变化。中国当然也吸收了分权的思想，不仅宪政体制是分权的，而且司法部门也实行明确的分权。^③

在西方，立法权一般由议会两院分别行使，互相拥有否决权。很多国家的法院或其他机关拥有审查法律和法规合宪性的职权。中国规定由全国人大常委会行使审查权，政协对国

① 季卫东：《法治秩序的建构》，北京：中国政法大学出版社，1999：16。

② 在此，西方学者的告诫不可忘记。洛克说“如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权力，这就会给人们的弱点以极大的诱惑，使他们动辄要攫取权力，借以使他们自己免于服从他们自己所制定的法律，并且在制定和执行法律时，使法律适合于他们自己的私人利益。”孟德斯鸠的话更直白：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。”阿克顿勋爵说：“权力必致腐败，绝对的权力绝对的腐败。”（梁治平：《法辩：中国法的过去、现在与未来》，贵阳：贵州人民出版社，2002：119。）

③ 比如，公检法之间的分工以及人大（及其常委会）与国务院、最高人民法院和检察院之间的分工，这实际是一种分权。

家重要事务进行民主监督。^①这种“监督”也是一种审查。

行政体系的分权主要表现为，行政官的选拔要经过议会审查，财务预决算要经过议会批准，政务官与事务官分别管理，调查与处罚机构分开（处罚一般要经过法院审查），重要的权力（如货币发行）要独立等。在司法上，分权的表现主要是检察官（控诉者）和法官（审判者）要分开，程序控制者（法官）与实质裁决者（陪审官）分开，裁决的评议与执行分开等。^②

独立是指，分别掌握某一职权的机关，在行使权力时，平等合作，互不统属，没有指挥与服从的关系。联系他们之间的协调与合作的，是法律。比如，违法的行政官要受到弹劾，违宪的法律应该废止。作为最高裁判者的法官，不掌握起诉与执行的权力。需要强调的是法官独立，因为议会与行政都有足够的资源（人事，财务与立法），而法官掌握的资源最少。现代西方，议会制国家运行出现的危机，就是议会有时被政府控制，法官地位低下，政府就可以自行其是，不受约束，官员的专横与腐败难以遏止。^③

2. 对立面的设置

一般说来，只有在对立双方的辩论中，真正的事实和决策的合理性才能清楚显现，所以在程序中一般都要有对立面。在西方，立法辩论在反对党与执政党之间展开，选举则在不同的竞选者之间进行。而诉讼，则完全是形式化的，无论是什么诉讼，原被告的设置都是法定的。

3. 充分的议论与辩解

辩解在刑事诉讼中被称为辩护，在行政处罚中被称为陈述和申辩，这是当事人的法定权利。议论与合法交涉是程序的必要组成部分。在审判中，双方的意见都得到程序的保障，发言者不会受到追究。在选举程序中，抨击对手更是司空见惯。程序的结果一般都在双方的议论与交涉中产生。在有些国家，检察官与辩护律师之间的交易是完全合法的。我国新修正的刑事诉讼法也规定某些案件的检察官、被告人之间可以达成和解，因此，交涉与协商是不可缺少的。

4. 司法官和律师的广泛介入

首先，法官广泛干预所有可能涉及人民权利的场合与程序，立法与竞选程序也不例外。有人甚至认为所谓法治乃是法官之治，法官对于案件的处理，拥有普遍和最终的管辖权。在西方，法官对立法的合宪性审查是宪政制度的重要部分，选举争议也由法官裁决。在我国，行政裁决与处罚程序的司法审查是行政诉讼法的重要组成部分，法官对选举合法性的监督是选举制度的一个重要环节，甚至宪法的适用也开始艰难起步。当然，我国的司法审查还很不完善。其次，各国还赋予当事人广泛的司法帮助权，作为代理人的律师深入到几乎全部司法

^① 政协的地位与职能已经入宪，见宪法修正案第四条。所以，从这个意义上说，政协是一种国家机关，它行使对重大事项的监督权，即“政治协商，民主监督”，在功能上类似于西方国家的上院，但没有否决权，其实西方有的国家的上院也没有否决权，如英国。

^② 除中国以外，法官不负责裁决的执行，因为这违反了司法与行政分开的基本原则。掌握执行权的法官有可能成为暴政的另一个来源。从这个理念出发，我国的执行难其实不难解决，即财产案件的执行交给财政与税务机关，人身自由案件的执行交给公安机关。

^③ 相关的例子有德国前总理科尔，法国宪法委员会主席（前外长）迪马，日本的田中角荣和金丸信，以及意大利的多起政要腐败案。相比之下，法官地位较高的英语国家要好得多。（宋卫国防，卫灵：权与法的较量：各国反腐败纪实，北京：世界知识出版社，1996。）

领域,甚至对警察进行监督。中国受苏联影响,法官还不能进行广泛的监督,但律师的深度介入则早已见诸法条。第三,在民事和行政程序中,当事人可由他人,主要是律师代理出庭。中国民事诉讼法第六十一条、行政诉讼法第三十条规定:代理诉讼的律师,可以依照法律规定查阅本案有关材料,可以向有关组织和公民调查,收集证据。

而刑事诉讼里辩护律师在侦查阶段就可以介入,代理当事人申诉、控告,提供法律咨询。

1.1.3 正当程序的意义

为什么要规定一系列的程序呢?程序正义与实质正义有什么关系呢?

(1) 程序正义是实质正义的前提。没有程序,当然无法实现实体法规定的公民权利。无论是一个怎样的社会,都必然会有一定的程序设置。现代各国的诉讼程序,多是人类经过长期的司法实践归纳、总结和斗争而来的,对于实现实质正义、保障公民权利是必备的,“法律的正义只有通过正当的程序才能得到真正的实现。”^①虽然在不同的社会里,程序的内容有很大差异,但基本原则却是相同的。

(2) 程序正义是排解不满的机制。在非法的行为发生后,受害者希望发泄愤怒甚至报复,假如他不能以合理的手续获得赔偿或道歉的话。这会导致社会的不稳甚至暴力泛滥,而程序的公正却可以把当事人的怀疑和愤怒转化为合法的调查、控诉和辩论,从而以和平的方式了结纷争。

(3) 程序正义才能保护民权。程序正义有一系列的要求,以便使控辩双方获得同等的救济手段,而且这种合法程序的结果将获得国家强制力的支持,使受害者得到切实的救济。

1.1.4 正当程序与刑事诉讼

(1) 正当程序是刑事诉讼的基本要求。因为刑事诉讼是剥夺人权的主要程序,在很多国家为剥夺人权的唯一程序。因此,正当程序原则是刑事诉讼的中心,也是刑事诉讼立足之本。也可以说,刑事诉讼处处都应该体现程序的正当性。

(2) 只有遵守正当程序原则,才能减少刑事诉讼对人权的不当侵犯。事实上,冤假错案常常发生,这是刑事诉讼必然的副产物。只有严格遵循法定的程序,才能最大限度地减少错案的发生,保护公民社会生活的正常进行。

(3) 宪法规定的正当程序原则需要刑事诉讼大量的细化规定去落实,这些规定构成刑事诉讼各种具体的制度与程序设计。因此,正当程序原则是刑事诉讼的基本精神和出发点。

1.2 刑事诉讼概述

要研究刑事诉讼的概念,首先应该明了诉讼的概念。一般说来,诉讼是指控告者和辩解者组成的攻防战,它不是用武力而是通过言词进行,最终的结果也不是当事者自我宣布,而是依靠听讼者的决断。在现代社会,裁决者一般是国家司法机关,至于设立什么样的诉讼,诉讼程序如何,是人类司法实践的规律和该国对法治的要求决定的。从人类司法实践的规律

^① 崔敏.呼唤法制文明:为健全诉讼法制呐喊.北京:警官教育出版社,1999:17.

上说,诉讼总有一些大致相同的因素。如裁决者中立,主张需要凭据,结果应可申诉等。按照人类社会发展程度的不同,先后出现的诉讼形式主要有刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼与宪法控诉。可以说,刑事诉讼是人类最古老的诉讼,也是最基本的诉讼形式。

1.2.1 诉讼的概念与特征

从字义上说,诉讼就是控告与辩驳的过程。过去,人们可能因为各种各样的问题而发生争执,也就会有各种各样的诉讼。比如,中世纪有宗教诉讼,信仰异教者可能会受到惩罚,甚至烧死。有的国家现在也有风化犯,败坏所谓风化的人可能会遭到惩罚。就法学上而言,大致上可以说,“诉讼是原被告双方在法院主持下解决纠纷的过程。”也可以认为,法院适用诉讼法解决任何争执或诉求的过程都叫作诉讼。它至少包括以下3个方面的特征。

1. 职能性

现代的诉讼,出于保护对立双方的权利,特别是保护被告人利益的目的,进行了职能的区分,即审判功能、控告职能和辩护职能。控告与抗辩(辩护)职能之间是进攻与防守的关系,法官居中进行裁判。有的抗争双方不叫原告与被告,而是叫作申请人与被申请人,但其功能与角色是一样的。

审判、控告、辩护三种职能不是并列、平行的,“控、辩双方的诉讼地位平等,诉讼权利对等,而审判居于主导的地位。由此而形成等腰三角形的架构。控、辩、审三项职能及其相互关系的确立,是现代刑事诉讼的基石。它是诉讼制度逐渐趋向民主化的表现,是人类法制文明日益进步的结晶。”^①

2. 官方性

目前的诉讼由国家主持,排除了家族、教会、行会主持的可能,这是近代以来国家剥夺了社会参与强制权的结果,目的在于减少社会各团体对公民个人的干预,最大限度地保护公民自由^②。

3. 程序性

由于是官方的正式行为,而且必然影响当事人的利益,因此有严格的程序性。也就是说,这些活动被划分成不同的阶段与功能,分别由不同的角色充当,他们各自有不同的权利和义务。

1.2.2 刑事诉讼的概念与特征

1. 刑事诉讼的概念

刑事诉讼,是指国家司法机关在诉讼参与人的参加下,依照法定程序进行的揭露犯罪、证实犯罪和惩罚犯罪的活动。也就是说,与追究犯罪嫌疑人刑事责任有关的所有活动,都属于刑事诉讼的一部分。

刑事诉讼有广义和狭义之分。所谓广义的刑事诉讼,是指与犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任有关的所有活动,包括立案、预审,逮捕、拘留,搜查、扣押直到被告人被判处刑罚,

^① 崔敏.呼唤法制文明:为健全诉讼法制呐喊.北京:警官教育出版社,1999:470.

^② 在人类历史上,部落、宗族、教会、行会等组织都曾有一定的司法权。随着近代国家权力的强化,这些组织的强制权悉被剥夺,最终,国家以及国际组织成为最主要的主持者。

在监狱或其他场所执行完毕等全部活动。狭义的刑事诉讼，是指案件从法院受理控告以后直到做出生效裁判为止。刑事诉讼法学一般从广义的意义上使用这个概念。

2. 刑事诉讼的特征

刑事诉讼与其他诉讼种类相比，除了依据的实体法律不同以外，还有以下重要区别：

(1) 诉讼的结构与阶段划分有重要的差异。刑事诉讼在审判以前有预审、立案、侦查及审查起诉三大程序，审判以后还有执行程序。民事诉讼和行政诉讼在审判以前也有一些简单的立案活动，但都不能与刑事诉讼审前程序的重要与复杂程度相提并论。比如，刑事诉讼的犯罪嫌疑人、被告人常常需要警察通过逮捕和搜查等手段才能查获，嫌疑人经常处于羁押状态；侦查阶段犯罪嫌疑人的供词常常被用作审判时的重要证据，因此必须保证犯罪嫌疑人在侦查阶段的权利不受侵犯。

(2) 律师和法官的广泛介入。一定意义上说，刑事诉讼是必须有律师的，因为能与掌握专业知识的检察官对抗的，必须是律师，被告个人没有法律知识，也没有充分的自由和大量的时间，难以完成有效的辩护准备。^①另外，侦查和起诉阶段，由于检察官和警察常常会采用大量的强制性措施，必然损害犯罪嫌疑人的权利，因此也需要设立司法审查程序。西方国家的逮捕和搜查、监听等措施都要经过法官批准，我国一般是通过公安机关上下级之间的监督和人民检察院的监督解决这个问题。

(3) 证据制度最为严格。由于刑事诉讼的结果最为严厉，而且需要不断面对警察和检察官，他们拥有逮捕、讯问和搜查等强大的国家权力，这对于保护公民权利极为不利。因此，对于检控一方的证据常常进行严格的检验，非法取得的证据不得出示、采纳。

1.2.3 刑事诉讼法的概念与内容

1. 刑事诉讼法的概念

刑事诉讼法，也有广义和狭义之分。狭义的刑事诉讼法，单指成文的刑事诉讼法典，2012年3月14日第十一届全国人大第五次会议通过修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》于2013年1月1日起施行，这就是狭义的刑事诉讼法；广义的刑事诉讼法，是指包括这部法典在内的所有关于刑事诉讼的法律、法规、规章与司法解释。刑事诉讼法学所讲的，主要是注释法学意义上的刑事诉讼法，即广义上的刑事诉讼法。

2. 刑事诉讼法的主要内容

刑事诉讼法的主要内容包括刑事司法机关的设立，它们各自的管辖权限，诉讼参与人各自的权利义务，以及诉讼过程的划分等方面的内容。

(1) 刑事司法机关的设立及权限划分。在西方，刑事司法机关的核心是法院，警察和检察官也居于重要地位，一般是检察官负责侦查，警察负责执行，法院居中裁判。在中国，法院、检察院和公安机关分工负责，互相配合，互相制约。

(2) 司法过程划分。在大陆法系，刑事诉讼一般分为审前程序与审判两大部分，侦查与预审都属于审前程序。在中国，刑事诉讼包括立案、侦查、审查起诉、审判和执行五大部分，分别由公安、检察、法院、司法行政等机关负责。

^① 前南联盟总统米洛舍维奇接受海牙国际法庭审判时，拒绝律师帮助，后来他神秘死亡。据说卡拉季齐也不准备找律师，这都是不明智的。

(3) 各个角色的权利义务。公安机关负责侦查,有权立案、讯问、采取各种强制性措施;检察官负责审查起诉,有权要求公安机关提供证据,或自行收集证据,决定起诉或不起诉;法官负责审判,指挥程序的进行;律师负责辩护,有权阅卷、取证等。当事人有权参与审判、提交证据、提出申诉等。

(4) 强制措施与证据制度,这是刑事诉讼的重要内容,如强制措施的种类、各种措施的法律要件,证据的概念与种类,证据的审查判断等。

(5) 刑事诉讼中的法律监督,包括检察院的监督、当事人的监督、上级法院的监督、人民代表大会的监督等。

3. 法律社会学意义上的刑事诉讼法

近来颇为流行的法社会学则从另外的角度解释刑事诉讼法。他们观察法律条文的实际后果和影响法律运行的实际因素,认为这才是真正的法律。在中国,考察法律的实际运行状况,必须考虑如下因素。

(1) 执法的分散性与多层性。中国的司法机关是分散的,没有一个直属于中央的,直接执行刑法的机构,因此,涉及全国利益的法律,有时缺乏有效的执行,如打击盗版、环境污染、有毒食品犯罪的法律等。

(2) 司法机关相对不够独立,院长不能终身任职,给地方党委和政府干预司法提供了机会。司法实践表明,一些久拖不决的疑难案件,背后都有地方政府干预的影子。在各级政府广泛干预经济,使用行政力量推进经济增长的情况下,司法要摆脱行政干预还是非常困难的。

(3) 司法机关经费不足,出于经费的考虑,有时司法机关采用一些非法的方法办案,如出差办案使用发案单位的经费。这是由中国邦联式的财政体制决定的。

现有的一些监督方法也对司法机关构成不当有的压力,如错案追究制。因为法官是独立审判的,如果他判了错案,可以有很多合法的渠道纠正。只要法官没有违反职业纪律,没有受贿,他就不必承担任何责任。追究法官错案的责任,会使得法官为掩盖错案,逃避追责而拒绝改错,使法律规定的审判监督制度落空。

有人说:“错案”概念算不上一个科学的法律概念,在此基础上的“错案追究制”很难保证不挫伤审判人员的积极性和主动性,也很难保证不削弱法院依法审判的独立性。笔者认为如果不是上述两种情况(尤其是违法犯罪的情况),也就是说在法制基本健全和法官行为没有违法犯罪或违反职业道德规则的情况下,不宜以“错案”为名改正原判决,特别不宜以此对有关审判人员进行责任追究。当然,如果是违法犯罪,当然应当依现有的法律和规定对有关人员进行处理。违法行为影响到审判公正的,应当按照诉讼法规定的有关程序处理。如果有关人员因为业务素质不高,审判质量值得怀疑的,应当根据法官法的规定进行考核处理。^①

^① 王晨光. 法律运行中的不确定性与“错案追究制”的误区. [2003-07-28]. http://journal.chinalawinfo.com/Article_Info.asp?id=124688.