

刑事诉讼原理

邓子滨 著

程序是法治的最后堡垒，
没有程序，法治什么都不是。

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



刑事诉讼原理

邓子滨 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼原理 / 邓子滨著. —北京: 北京大学出版社, 2019. 8
ISBN 978 - 7 - 301 - 30597 - 3

I. ①刑… II. ①邓… III. ①刑事诉讼法—研究—中国
IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 148118 号

- 书 名** 刑事诉讼原理
XINGSHI SUSONG YUANLI
- 著作责任者** 邓子滨 著
- 责任编辑** 王建君
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 30597 - 3
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672
编辑部 010-62117788
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
965 毫米×1300 毫米 16 开本 36.25 印张 557 千字
2019 年 8 月第 1 版 2019 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价** 88.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

凡 例

一、为酣畅阅读,只设章和节。

二、引用法律的条、款、项序号及刑期等,用阿拉伯数字。

三、《中华人民共和国刑法》,简称“我国刑法”;《中华人民共和国刑事诉讼法》,简称“我国刑诉法”,必要时称“原刑诉法”。

四、2013年1月1日施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》,简称“最高院2013解释”;2013年1月1日施行的最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》,简称“最高检2013规则”;2013年1月1日施行的公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》,简称“公安部2013规定”。

五、2013年1月1日施行的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》,简称“两高三部一委2013规定”。

六、2007年12月18日发布的最高人民法院《关于审理民事纠纷案件中涉及刑事犯罪若干程序问题的处理意见》,简称“最高院2007意见”。

七、2001年8月6日发布的最高人民检察院、公安部《关于依法适用逮捕措施有关问题的规定》,简称“2001适用逮捕规定”。

八、1998年4月21日发布的最高人民法院《关于在审

理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》，简称“最高法院1998规定”。

九、著作或译作中，往往使用讯问证人、强制处分、搜索等，除引文外，直接改为询问证人、强制措施、搜查。

十、引文中显见的校对、印刷错误，直接予以改正，不再标明。

十一、涉台司法解释及文书，只注明其学术著作出处。

十二、如果没有特别标注，德国指统一后的德国或统一前的联邦德国。

十三、我国刑事诉讼法许多条文内容并未修改，但条文序号有变化，故尽量删除条文序号，司法解释、人民警察法等亦然，讨论修法时的理由予以保留，以比较修法得失。

十四、最高人民法院，简称“最高院”；最高人民检察院，简称“最高检”；其他各级人民法院、人民检察院亦用简称。

陈兴良序

邓子滨一直想写一本刑事诉讼法方面的书,对此,我是十分支持的。虽然他以刑法研究为主业,但对刑事诉讼法也颇为关注,并有一定的知识积累。其实,在其他国家和地区,同时从事刑法和刑事诉讼法研究的学者,为数不少。例如,德国罗克辛教授不仅是刑法大家,在刑事诉讼法领域亦造诣颇深。当然,因为时间与精力所限,大多数学者在刑法与刑事诉讼法这两个领域,只能选择其一而为其志业。我在《刑事法治论》一书中,除了刑法内容以外,也涉及刑事司法体制、警察权、检察权、审判权和辩护权等内容。因此,我对刑事诉讼问题亦有一定的兴趣,但谈不上对刑事诉讼法的专门研究。

本书作者是一位观察型和思考型学者,对社会现实问题具有敏锐的捕捉能力。在《斑马线上的中国》第三版中,收入了作者发表在《读书》2015年第12期的《中西法律的初始差异与后续流变》,也即本书前言“如果没有刑诉法——从《创世记》到《五帝本纪》”,该文集中反映了作者对刑事诉讼法的理解,从该文可以窥见他对刑事诉讼与刑事诉讼法的基本观念。作者指出:刑事诉讼旨在发现真相并将罪犯绳之以法,刑事诉讼法则旨在减少错案并维护个人尊严。简言之,如果刑事诉讼是奔马,刑事诉讼法则道路。没有道路,马照样可以狂奔;有了道路,马奔跑起来更加安全。奔马和道路的比喻意在说明,法治文明国家,必然珍重刑事诉讼法。也因此,刑事诉讼法反映着大众安全利

益与个人自由利益之间的重大冲突。^{〔1〕}在此,作者论述了刑事诉讼和刑事诉讼法之间的关系:刑事诉讼是一种发现真相的活动,而刑事诉讼法则是对刑事诉讼活动进行规范的法律。这两者显然是不同的,对刑事诉讼法进行研究,是一种法教义学的研究。这里涉及刑事诉讼法的教义学研究,它以刑事诉讼的法律规范为对象,采取规范分析和语义阐释的方法,揭示刑事诉讼法律规范的内容,从而为刑事诉讼法的适用提供理论指引。

作者将本书的研究限制在刑事诉讼而不是刑事诉讼法,这是别有深意的。因为刑事诉讼是刑事诉讼法规范的对象,避开刑事诉讼法的规范内容而直接面对刑事诉讼的基本规律,对于作者来说,正好可以扬其长而避其短。作者曾经有志于撰写一部《刑事自然法论纲》,也就是超越刑法规范的刑法原理,然而至今“壮志未酬”。而这部《刑事诉讼原理》,则可以說是刑事诉讼的自然法,即刑事诉讼的应然之法。正如作者在自序中所言:“这是一本关于刑事诉讼的书。我在本书中努力描绘的是自己心目中理想的刑事诉讼,这意味着本书不仅不以现行法条为依归,而且立法的某些体系结构将是本书批评的对象。”换言之,这是对刑事诉讼法的立法论思考,而不是司法论研究。这也正是本书不同于其他刑事诉讼法著作的鲜明特征。

作者虽然长期从事学术研究,但也是兼职律师,办理过不少刑事辩护案件,对于我国刑事诉讼的实际运作具有切身感受。正是在与司法实务的密切接触中,培养了作者对于程序问题和证据问题的敏感性。在自序中,作者提及十多年前亲历的纽扣案,可谓指控事实与定罪证据严重脱节的典型事例,可以作为反思素材。这里所说的纽扣案的基本案情是:“几个妇女,因为自己一方有人在前日的冲突中意外死亡,跑到对方的住宅兼纽扣厂哭闹。她们不仅打碎了一些门窗玻璃,还将装在袋中、摆在庭院周围的大量不同型号的纽扣倒在地上,掺杂在一起。这些纽扣有成品,也有半成品;有合格品,也有不合格品。”^{〔2〕}本案涉及的首先当然是刑法问题,即被告人将各种铜制纽扣“掺杂在一起”的行为,是否属于刑法意义上的

〔1〕 参见邓子滨:《斑马线上的中国》(第三版),法律出版社2016年版,第310—311页。

〔2〕 邓子滨:《就一起故意毁坏财物案向虚拟陪审团所作的辩护》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第4卷),中国人民公安大学出版社2008年版,第187—192页。

“毁坏”行为,进而是否构成“故意毁坏财物罪”?因为这篇论文而使纽扣案得以闻名,成为讨论故意毁坏财物罪中“毁坏行为”含义的绝佳案例,我亦多次引用。

在纽扣案中,不仅涉及对毁坏行为的定性问题,还涉及作者所说的指控事实与定罪证据严重脱节的问题。对于这个问题,我也多次见到。在一起合同诈骗案中,法官认定的犯罪事实与证据呈现的案件事实居然完全相悖,由此得出的判决结果当然是缺乏事实根据的。对于这样的案件,甚至不用翻阅案卷,只要将判决书引用的证言与认定的事实相对照,就可以发现问题。更有甚者,我还在一份行贿罪的判决书中发现法官为了认定被告人谋取不正当利益,而对已经查明的客观事实进行裁剪,这实际上已经是篡改或者歪曲事实,建立在这一基础之上的判决结果当然也是不能成立的。我国司法实践中出现如此严重的事实认定错误问题,当然是与刑事诉讼程序相关的,这就是没有严格遵守刑事诉讼中的直接言词原则。中国民间解决纠纷时,为获得真相往往采取“三头六面”的对质方法,而这一任务在现代法庭只有通过证人出庭作证才能实现。因此,证人出庭作证,通过控辩双方的交叉询问,尽可能地还原案件真实,这是法庭审理的基本要素。然而,目前在我国刑事审判中,证人基本上不出庭,辩护人也没有途径对证人进行询问质证。法官不是根据法庭审理情况下判,而是根据案卷材料下判。因此,我国目前的法庭审理,即使开庭也不具有实质意义,基本上都是书面审理。在这种情况下,案件真相如何查清?这可能是我国目前刑事诉讼中存在的最大问题。

在本书第十一章“法庭审判”中,作者指出:“在刑事诉讼中,庭审是指控辩双方在法庭上各自提出主张和证据,并且展开质证和辩论,法官进行主动程度不一的证据调查,并最终作出有罪或无罪判决的过程。”作者提出了庭审需要解决的控辩审三方在场以及如何在场的问题。可以说,控辩审三方在场,对于庭审当然是不可或缺的,然而,证人在场也是十分重要的,而且,证人在场在一定意义上可以从属于控辩双方的在场。即便如此,我仍然认为证人在场对于刑事审判具有独立存在的价值。关于证人出庭作证问题,在本书第四章“基本原则”第三节“直接言词”部分有所涉及,作者指出:“直接言词原则是与书面审理主义相反的一套理念和规则,它要求法官直接面对被告及证人,不得以侦查、起诉阶段形成的笔录

文本或者以宣读笔录代替庭审中从被告、证据及质证中获得的印象,应以真实的感受来完成一项判决。”而我国目前的刑事诉讼显然没有实现直言词原则,正如作者所言,我国刑事诉讼法事实上认可证人以书面证言为原则、出庭作证为例外。证人即使不出庭作证,其证言仍然可以作为定案根据。这使得我国刑事诉讼的庭审流于形式化,其后果是通过刑事诉讼获得真相的能力大为降低。当然,我并不是说所有证人一定都要出庭,至少重大案件或者重要证人,以及凡是辩方申请出庭的证人应当到场作证。证人作证制度是刑事诉讼原理的重要内容,在本书中,对证人没有单列一章进行论述,这是存在缺憾的。

如前所述,本书并不是刑事诉讼法的教科书,因此,本书没有按照通常的刑事诉讼法教科书的体系进行编排,而是根据作者对刑事诉讼原理的个人理解,对刑事诉讼中的重大专题进行论述。其中,前四章,即目的要旨、诉讼模式、正当程序和基本原则,具有导论的性质。这些章节的内容较为宏观,涉及刑事诉讼的性质和价值,对于全书具有引导意义,因而列之于前。第五章和第六章分别从法官居中裁判、平等对抗的角度对法院、检察官、被告人和辩护律师进行论述。当然,“居中裁判”一章侧重于对法院组织结构的介绍,与后面一章主要论述各刑事诉讼参与人的职能和权利,不是特别协调。另外,正如我在前面所言,此处应当增加“证人”一章,至于是否增加“被害人”一章还值得斟酌。第七章至第九章分别对诉讼构造、证据证明和强制措施进行了论述,这些程序法中的实体内容,大多与证据和证明相关,集中论述是合适的。最后三章,即侦查公诉、法庭审判和法律救济,相当于刑事程序的内容,也是本书的落脚点,作者对此作了较大篇幅的分析和论证,由此而突出了重点。在我看来,这些内容基本上涵盖了刑事诉讼中的重大问题,因而是极为全面的,这些完整论述呈现了作者对刑事诉讼的系统思考,因而是具有理论意义和现实价值的。

我在多年前曾经提出“专业槽”的概念,主张各个专业都应当建立严密的“专业槽”,避免非专业人士随便伸进头来吃上一口。这一思想十分容易被误解为各专业之间应当扎紧篱笆,防止他人进入。其实,我之所以提出“专业槽”,是鉴于当时法学的专业水平低,缺乏自身独立的话语体系的现实状态,并不是要紧闭专业的门户,不容他人进入。对于本书的写作,在作者有这个想法之初,我就非常支持和鼓励。这与我的“专业槽”的

思想并不矛盾,不仅因为刑法和刑事诉讼法同属于刑事法这一学术领域,而且因为具有刑法学术背景的学者研究刑事诉讼法具有优越条件。正如具有刑事诉讼法背景的学者研究刑法问题,例如构成要件的程序机能、主观要素的司法证明等,同样具有独特的学术贡献。

是为序。

陈兴良

2019年6月16日于北京锦秋知春公寓

自序

这是一本关于刑事诉讼的书。我在本书中努力描绘的是自己心目中理想的刑事诉讼,这意味着本书不仅不以现行法条为依归,而且立法的某些体系结构将是本书批评的对象,比如那些对人的基本权利干预极强的手段,不应归入侦查措施,而应纳入强制措施,并转由法院签发令状。这也是国际通行的做法,我们应当努力达到国际通行标准,然后再谈现实合理性,而不是相反。在刑事诉讼领域,不应承认现实就是合理的,更不要误以为我们有什么本土资源,而是应当不折不扣地向世界先进的诉讼文明看齐,不屈不挠地相信“自由的历史在很大程度上就是程序的历史”〔1〕。

程序是自由的最后堡垒,没有程序,法治什么都不是。这一判断可从反面加以印证:凡对自由与法治颇有微词者,并不在意实体刑法之繁简轻重,但对某些重要程序规则,比如沉默权、非法证据排除、禁止双重危险,莫不大加挾伐。成熟的诉讼文明需要多年的涵养,它有时极为敏锐,比如警方使用热敏成像仪探测他人在家中的活动情况,被认为构成违法搜查;再如警方在他人机动车里安放GPS定位装置跟踪嫌疑人,被认为构成对他人隐私的侵犯,进而构成违法搜查。〔2〕但有时又似乎表现迟钝,比如对所谓大数据等就

〔1〕 *Malinski v. New York*, 324 U. S. 401, 414 (1945) (separate opinion).

〔2〕 *Kyllo v. United States*, 533 U. S. 27 (2001); *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012).

刻意保持距离,对于手机定位功能的普及,或者无处不在的摄像头始终抱有敌意。只有经过多年的法治历练,一个社会才会对权利 v. 权力的此消彼长高度敏感,也就经常特别注意为权利留出一条救济通道,更不允许权力随意绕过决策程序而为所欲为。权力的恣意任性是相当可怕的,比如随时变换拘捕理由。美国一家上诉法院曾否定被告以“非法拘捕”作为上诉理由,认为虽然企图卖淫还没有外显的行为,但已经构成了引诱性交罪,所以可以拘捕。^[1] 这实在是随意变换拘捕理由的杰作。

生活在不同诉讼制度环境下的人民,对什么是好的刑事诉讼没有基本共识,而努力达成共识需要一点时间,不过,敢于承认自己的“刑事司法体制应当为社会的诸多失败负责”^[2],至少是有自省力的国民。而有自省力的国民需要有自省力的制度支持,能够生活在这样的制度环境中,还需要一点好运气,运气不好的话,诉讼环境还会阶段性退步乃至恶化。就诉讼制度而言,好的制度只需要学习,不需要创新,创新了的制度未必是更好的制度。程序法治越是健全的地方,就越是能够听到更多的批评。这些批评是贯彻法治百年后的回顾反省,而如果不注意批评的语境,并借此拒绝程序法治,好比一群面有菜色的人艳羡几个饫甘饕肥的人搞节食运动,有一种角色错乱的荒诞。因此,维持健康肌体,需要缺啥补啥。只有引鉴世所公认的程序理念及其规则,并真诚践行,才是走向诉讼文明的必由之路。

诉讼文明是整个制度文明的标尺,而标尺的意义在于比较,没有比较就没有进步,没有极致比较就没有反思。也就是,程序正义即使推到极致,也比极端的实体正义更少铸成大错,具体到刑事程序,判决无辜者有罪相比开释有罪人,是一种代价更高的错误。对某一诉讼制度,无论是维护还是批评,都应允许和尊重,但也要承认批评更加困难,尤其对不完善的刑事诉讼的批评,势必牵连对制度背景的谈论。“如果一种社会制度只允许人们沉醉于自己的优点,而不让人们研究和公开谈论其缺点和问题,久而久之,这个制度就会僵化,就可能导致解体;反之,才能进步,才有生

[1] *Harris v. Commonwealth*, 533 S. E. 2d 18 (Va. 2000).

[2] Cliff Roberson, *Introduction to Criminal Justice*, Copperhouse Publishing Company, 1994, p. 500.

命力。”〔1〕

作为兼职律师,24年中我辩护过50多起案件,成功的无罪辩护仅有2.5次,一次是不起诉,另一次是二审改判被告人无罪,半次是一审判决被告人无罪后又被检察院抗诉,二审改判有罪。有人说这个战绩不错了,可我认为至少还有7起案件被告人应当是无罪的。我为自己的无能为力而沮丧,一直在假设如果我是公诉人会有怎样的斩获。作为刑事法学者,我发现法学教育对犯罪事实缺乏关注,课堂和教科书中充满“给我真相,我就告诉你什么是正义”的自信,但却忽视了谁来发现真相以及如何“经审理查明”。“法律系的学生若想钻研事实认定的逻辑研究,必须要到国外去,因为德国大学几乎都没有研究这个主题的师资……传统的法学教授只讨论与事实无关的法律,只是在履行解释法律的高贵任务。”〔2〕德国尚且如此,其他大陆法系国家和地区概莫能外。

因此,在钻研事实细节方面,我们要多向英美法学院学习,学会按照法律的逻辑来思考问题,并且对证据运用及判决结果的导向作出准确预见,比如,排除以避孕套作为嫖娼证据,排除补救措施作为过失或产品缺陷的证据,是不让人们因符合社会期待的行为而遭受惩罚。一方面,刑事诉讼法中讨论的犯罪事实,在刑法中对应着犯罪成立条件的设定与描述,认定有罪或无罪,实际就是将事实和法条相互拉近的过程。十多年前亲历的纽扣案,可谓指控事实与定罪证据严重脱节的典型事例,可以作为反思素材。另一方面,就刑法研究趋势而言,越来越从客观迅速转向主观,但这一趋势从刑事诉讼的角度看是极其危险的,因为刑法中所设定的主观构成要件要素,一定是那些可由其他证据加以佐证的,而不应单独附丽于口供,使定罪成为对人内心世界的拷问,进而刺激对口供的强取,最终损害人的尊严与自治。

近年来,法律人士关注甚至忧虑的是,人工智能等高科技将会改变刑事诉讼。许多人相信,高科技有助于破案,而且证据确凿,辩护律师无从置喙,不再需要抗辩式庭审,审判将交由人工智能。总之,机器可以搞定

〔1〕〔美〕柯特勒:《美国八大冤假错案》,刘末译、刘绪贻校,商务印书馆1997年版,“校者前言”第2页。

〔2〕〔德〕汤玛斯·达恩史戴特:《法官的被害人》,郑惠芬译,卫城出版2016年版,第78页。

一切。但是且慢,这要看人类是否情愿把一切罪与非罪的判断交予人工智能。所谓搞定一切,不仅要由人工智能判断人类行为是否违反了法律,而且必然最终由它来为人类制定行为规范和罪刑标准。要人工智能判断强奸罪是否成立,既遂还是未遂,有赖于人给它灌输怎样一套人类性行为规范理论以及认为女人怎样才算真的同意。然后,解散陪审团,辞掉法官和检察官,撤销法院和检察院,只保留警察和监狱。这一切都不是不可能的。少数人会先行掌握高科技,并利用高科技控制社会,尤其是社会中的敌人。表面看是人工智能在裁决,实际背后仍然是人的意旨。“即使怀抱着建立人间天堂的最美好的愿望,但它只是成功地制造了人间地狱——人以其自身的力量为自己的同胞们准备的地狱。”〔1〕

三载仰屋著书,既是向导师陈兴良先生呈正的致敬之作,也是为了完成个人的一次思想实验。写作过程中,我也经历了一次再教育,更加坚信,法律的正当程序是通向自由之路。我希望这是一本好看的书,不让思想淹没在晦涩的语言里,而是用清丽的语言整理出前辈的思想,全不在意它够不够学术。卡莱顿·坎普·亚伦曾这样评价梅因的《古代法》一书:“这本书充满了渊博的知识,却没有表示博学的一般附属物;究竟是由于政策,或是由于厌恶,还是由于无能,无论如何,梅因坚决拒绝采用似乎常常需要的旁注和详细证据,以为其明白直率的主文的累赘。虽然其结果有时使经过专门训练的读者感到不便,但免除学术上的累赘,无疑地大大增加了‘古代法’和梅因的其他一切著作的声望。我们享受着文字的乳汁,而不被迫目击挤乳的这种繁重的、有时候很辛苦的劳动。”〔2〕

〔1〕 [英]卡尔·波普尔:《开放社会及其敌人》(第1卷),陆衡等译,中国社会科学出版社1999年版,第326页。

〔2〕 [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,“导言”第12页。

目 录

陈兴良序 /001

自序 /007

前言

如果没有刑法——从《创世记》到《五帝本纪》 /001

第一章 目的要旨 /011

第一节 发现犯罪真相并将罪犯绳之以法 /014

第二节 最大限度减少错案并维护个人尊严 /024

第二章 诉讼模式 /041

第一节 决疑模式 /042

第二节 纠问模式 /049

第三节 对抗模式 /055

第三章 正当程序 /070

第一节 正当程序的公式 /071

第二节 正当程序的要素 /078

第三节 正当程序的价值 /094

第四章 基本原则 /103

- 第一节 国家追诉 /105
- 第二节 不告不理 /110
- 第三节 直接言词 /116
- 第四节 自由心证 /122
- 第五节 罪疑唯轻 /127

第五章 居中裁判 /139

- 第一节 法院的组织与原则 /140
- 第二节 法院的管辖与审级 /146
- 第三节 陪审团 /155
- 第四节 判决书及庭审笔录 /162

第六章 平等对抗 /168

- 第一节 检察官 /168
- 第二节 被告人 /184
- 第三节 获得律师辩护的权利 /193
- 第四节 辩护律师的职业伦理 /209

第七章 诉讼构造 /226

- 第一节 诉讼要件与诉讼行为 /226
- 第二节 诉讼标的及其同一性 /232
- 第三节 一事不再理 /238

第八章 证据证明 /254

- 第一节 证据能力及证明力 /255
- 第二节 证据排除与禁止 /266
- 第三节 证明责任 /279
- 第四节 证明标准 /288
- 第五节 经审理查明 /293
- 第六节 证据的关联性与合法性 /308

第九章 强制措施 /319

- 第一节 性质定位与原则制约 /320
- 第二节 拘捕羁押及其替代 /328
- 第三节 路检盘查 /345
- 第四节 通讯监察 /359
- 第五节 搜查扣押 /369
- 第六节 人身检查 /381

第十章 侦查公诉 /387

- 第一节 开启侦查与米兰达规则 /388
- 第二节 讯问手册与侦查攻略 /400
- 第三节 侦查终结与公诉提起 /424
- 第四节 卷证不并送与证据开示 /440

第十一章 法庭审判 /453

- 第一节 庭审原则 /454
- 第二节 庭审顺序 /461
- 第三节 法庭调查 /474
- 第四节 “科学审判” /485

第十二章 法律救济 /492

- 第一节 上诉途径 /494
- 第二节 再审理由 /504
- 第三节 再审实践 /513

参考文献 /527

关键词索引 /549

后记

如果没有那阵风——《罗生门》“庭审笔录”评议 /551