



北京高等教育精品教材

BEIJING GAODENG JIAOYU JINGPIN JIAOCAI

北京高等教育经典教材

BEIJING GAODENG JIAOYU JINGDIAN JIAOCAI



普通高等教育“十一五”国家级规划教材



面向21世纪课程教材  
Textbook Series for 21st Century

全国高等学校法学专业核心课程教材

# 刑事诉讼法

Criminal Procedure Law

(第六版)

陈光中 主编

北京大学出版社  
高等教育出版社



北京高等教育精品教材

BEIJING GAODENG

教育经典教材

OYU JINGDIAN JIAOCAI



普通高等

规划教材



面向 21 世纪课程教材

# 刑事诉讼法

Criminal Procedure Law

(第六版)

主 编 陈光中

撰稿人 (按姓氏笔画排列)

左卫民 刘 玫 刘根菊 汪建成 汪海燕  
张建伟 陈光中 陈瑞华 甄 贞 谭世贵

北京大学出版社  
高等教育出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼法/陈光中主编. —6版. —北京:北京大学出版社,2016.1  
(面向21世纪课程教材)

ISBN 978-7-301-26878-0

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第016903号

书 名 刑事诉讼法(第六版)  
XINGSHI SUSONGFA

著作责任者 陈光中 主编

责任编辑 孙战营

标准书号 ISBN 978-7-301-26878-0

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>

电子信箱 [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

印刷者 三河市北燕印装有限公司

经销者 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 35.5印张 690千字

2002年1月第1版 2005年9月第2版 2009年7月第3版

2012年6月第4版 2013年6月第5版

2016年1月第6版 2016年1月第1次印刷

定 价 56.00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](mailto: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

## 内 容 提 要

本书是教育部“高等教育面向 21 世纪教学内容和课程体系改革计划”的一项成果,是面向 21 世纪课程教材和教育部法学学科“九五”规划教材,同时也是高等学校法学专业核心课程教材。后又申报批准为普通高等教育“十一五”国家级规划教材。本教材的基本内容有:刑事诉讼法的概念、历史发展、任务、基本理念、基本原则、专门机关、诉讼参与人、证据制度、强制措施、立案、侦查、起诉、审判、执行、特别程序以及司法协助制度、刑事赔偿制度和国际公约与我国刑事诉讼等内容。本教材主要有如下特点:(1) 以我国现行《刑事诉讼法》及有关司法解释为根据,系统地叙述了我国的刑事诉讼制度;(2) 坚持理论与实践相结合,既阐述了刑事诉讼的基本理论,又密切联系司法实践;(3) 立足中国刑事司法制度,借鉴外国立法、司法实践经验,并注意与联合国公约中的刑事司法准则相协调;(4) 篇幅适度,文字深入浅出。

本书可以作为高等学校法学专业的教科书,也可供其他专业选用和社会读者阅读。

## 作者简介

**陈光中** 中国政法大学终身教授,博士生导师,中国政法大学原校长。兼任中国法学会学术委员会副主任、中国刑事诉讼法学研究会名誉会长,教育部社会科学委员会委员、法学部召集人之一,国家哲学社会科学基金法学评议组副组长,《中国大百科全书》(第三版)法学学科主编。代表作有:《中国古代司法制度》(主著)、《中华人民共和国刑事诉讼法修改建议稿与论证》(主编)、《中国司法制度的基础理论问题研究》(陈光中等著)、《陈光中法学文选》(三卷)等。

(以下按姓氏笔画排列)

**左卫民** 四川大学法学院教授,博士生导师,四川大学研究生院常务副院长,四川大学中国司法改革研究中心主任,兼任中国法学会理事,中国刑事诉讼法学研究会副会长,中国法学会第四届全国十大杰出青年法学家,教育部长江学者特聘教授。代表作有:《价值与结构——刑事程序的双重分析》《在权利话语与权力技术之间:中国司法的新思考》《刑事诉讼程序问题研究》《刑事诉讼的中国图景》《中国刑事诉讼运行机制实证研究》(一)(二)(左卫民等著)等。

**刘 玫** 中国政法大学教授,博士生导师,中国政法大学刑事诉讼法学研究所所长。兼任中国刑事诉讼法学研究会常务理事。代表作有:《香港与内地刑事诉讼制度比较研究》《传闻证据规则及其在中国刑事诉讼中的运用》《刑事诉讼法》(主编)、《外国刑事诉讼法》(合著)等。

**刘根菊** 中国政法大学教授,博士生导师。代表作有:《刑事立案论》《刑事诉讼法与律师制度热点问题研究》《刑事司法创新论》(刘根菊等著)、《刑事诉讼程序改革之多维视角》(刘根菊等著)等。

**汪建成** 北京大学法学院教授,博士生导师,法学院副院长。兼任中国刑事诉讼法学研究会副会长,最高人民检察院专家咨询委员会委员,最高人民法院特邀咨询员。代表作有:《新刑事诉讼法论》《冲突与平衡——刑事程序理论的新视角》《理想与现实——刑事证据理论的新探索》等。

**汪海燕** 中国政法大学教授,博士生导师,刑事司法学院副院长。现挂职最高人民法院司法改革办公室副主任。代表作有:《刑事诉讼模式的演进》《刑事

证据基本问题研究》(合著)、《我国刑事诉讼模式的选择》《刑事诉讼法》(主编)等。

**张建伟** 清华大学法学院教授,博士生导师,法学院副院长。兼任中国刑事诉讼法学研究会常务理事,曾挂职最高人民检察院渎职侵权检察厅副厅长。代表作有:《证据的容颜·司法的场域》《刑事司法体制原理》《刑事司法:多元价值与制度配置》《司法竞技主义》《证据法要义》等。

**陈瑞华** 北京大学法学院教授,博士生导师。教育部长江学者奖励计划特聘教授,中国法学会第四届全国十大杰出青年法学家。代表作有:《刑事审判原理》《程序性制裁理论》《刑事诉讼的前沿问题》《刑事诉讼的中国模式》《量刑程序中的理论问题》等。

**甄贞** 中国人民大学法学院兼职教授,博士生导师,北京市人民检察院副检察长,中国刑事诉讼法学研究会常务理事。代表作有:《检察制度比较研究》(甄贞等著)、《法律监督原论》(甄贞等著)、《现代刑事诉讼法学》《香港刑事诉讼法》《刑事诉讼法学研究综述》(主编)等。

**谭世贵** 浙江工商大学法学院教授,博士生导师,浙江工商大学诉讼法学研究中心主任。兼任中国刑事诉讼法学研究会副会长,中国法学会第四届全国十大杰出青年法学家。代表作有:《刑事诉讼法学》(主编)、《刑事诉讼原理与改革》(主编)、《中国司法原理》(主编)、《中国司法改革研究》(主编)等。

# 本书法律文件全称简称对照表

## 中国法律文件

全称	简称
1. 《中华人民共和国宪法》	《宪法》
2. 《中华人民共和国刑事诉讼法》(1979年)	1979年《刑事诉讼法》
3. 《中华人民共和国刑事诉讼法》(1996年)	1996年《刑事诉讼法》
4. 《中华人民共和国刑事诉讼法》(2012年)	《刑事诉讼法》
5. 《中华人民共和国刑法》	《刑法》
6. 《中华人民共和国律师法》	《律师法》
7. 《中华人民共和国人民警察法》	《人民警察法》
8. 《中华人民共和国国家安全法》	《国家安全法》
9. 《中华人民共和国人民法院组织法》	《人民法院组织法》
10. 《中华人民共和国人民检察院组织法》	《人民检察院组织法》
11. 《中华人民共和国国家赔偿法》	《国家赔偿法》
12. 全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》	人大常委会《司法鉴定管理决定》
13. 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》	六部门《规定》
14. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》	两院三部《办理死刑案件证据规定》
15. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》	两院三部《非法证据排除规定》
16. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》	两院三部《办理死刑案件意见》
17. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于依法保障律师执业权利的规定》	两院三部《保障律师权利规定》
18. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家卫生计生委《暂予监外执行规定》	两院三部委《暂予监外执行规定》
19. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》	两院二部《法律援助规定》
20. 最高人民法院、司法部《人民陪审员制度改革试点方案》	最高法、司法部《人民陪审员改革方案》

(续表)

全称	简称
21. 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》	最高法《解释》
22. 最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》	最高法《防范冤假错案意见》
23. 最高人民法院《关于减刑、假释案件审理程序的规定》	最高法《减刑、假释程序规定》
24. 最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》	最高法《刑事财产执行规定》
25. 最高人民法院《关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》	最高法《巡回法庭审理规定》
26. 最高人民法院《关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法》	最高法《死刑案件听取律师意见办法》
27. 最高人民法院《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》	最高法《人民法院司法责任制意见》
28. 最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》	最高检《规则》
29. 最高人民检察院《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》	最高检《办理未成年人刑事案件规定》
30. 最高人民检察院《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》	最高检《讯问录音录像规定》
31. 最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》	最高检《涉案财物管理规定》
32. 最高人民检察院《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》	最高检《检察院司法责任制意见》
33. 公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》	公安部《规定》
34. 公安部《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》	公安部《讯问录音录像规定》
35. 司法部《司法鉴定程序通则》	司法部《司法鉴定通则》
36. 十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》	十八届三中全会《决定》
37. 十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》	十八届四中全会《决定》
38. 中共中央办公厅、国务院办公厅《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》	两办《领导干部干预司法责任追究规定》
39. 中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善法律援助制度的意见》	两办《完善法律援助制度意见》



(续表)

全称	简称
40. 中央政法委员会《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》	中政委《司法机关内部人员过问案件责任规定》
41. 中共中央政法委员会、财政部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于建立完善国家司法救助制度的意见(试行)》	中政委等部门《完善司法救助意见(试行)》

## 联合国法律文件

全称	简称
1. 联合国《公民权利和政治权利国际公约》	联合国《两权公约》
2. 联合国《关于保护死刑犯的权利的保障措施》	联合国《死刑犯权利保障措施》
3. 联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》	联合国《禁止酷刑公约》
4. 联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》	联合国《囚犯待遇规则》
5. 联合国《关于司法机关独立的基本原则》	联合国《司法独立原则》
6. 联合国《关于检察官作用的准则》	联合国《检察官作用准则》
7. 联合国《关于律师作用的基本原则》	联合国《律师作用基本原则》
8. 联合国《打击跨国组织犯罪公约》	联合国《打击跨国犯罪公约》

## 第六版说明

2013年11月召开的党的十八届三中全会作出了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，2014年10月召开的党的十八届四中全会作出了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。这两个具有重大历史意义的《决定》对国家治理现代化和依法治国作了全面部署和精心设计，并且对全面推进司法改革提出了一系列重大新要求、新举措。其中相当多的内容直接涉及刑事诉讼制度的改革与完善。为落实党的十八届三中全会、四中全会《决定》精神，中央全面深化改革领导小组，中共中央办公厅、国务院办公厅，中央政法委员会，以及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部等中央政法机关，先后发布了一系列重要文件或者法律解释。

本教科书第五版出版于2013年6月。为使广大读者及时获得党的十八届三中全会、四中全会《决定》及有关文件和法律解释中关于改革、完善我国刑事诉讼制度的精神和具体措施内容，我们及时启动了本书的新修改。本版教科书在编章结构体例上及作者写作分工上没有改变。在《本书法律文件全称简称对照表》中增加了较多重要文件和法律解释。

本教材面世以来，得到全国高校法律院系师生越来越广泛的欢迎，发行量稳居全国刑事诉讼法诸多教材之首。并且多次获奖，其中2014年获北京市高等教育经典教材奖，2015年获全国高等教育出版社教材一等奖。我们衷心感谢社会各界对本教材之支持并期望不吝指正。

本书编写组

2015年11月30日

## 第五版说明

本书第四版主要是根据 2012 年 3 月 14 日第十一届全国人民代表大会第五次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》进行修改的,出版一年来反应良好。

为保证修改后《刑事诉讼法》的正确有效实施,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部以及全国人大常委会法制工作委员会等单位从 2012 年 11 月开始相继分别或联合制定了 5 个解释文件。本书为及时增补这些解释文件的新内容,遂启动再次修改,出版第五版。本版教科书与第四版在编章结构和体例上没有改变,字数上略有增加。

本版的修订,我们做了很大的努力,但疏误之处在所难免,望读者不吝指正!

本书编写组

2013 年 4 月 20 日

## 第四版说明

本书于2002年1月出版以来,已经过两次修订。2012年3月14日,第十一届全国人民代表大会第五次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,对《刑事诉讼法》进行了大幅度的修改,自2013年1月1日起施行。为了适应《刑事诉讼法》的修改,及时更新教材内容,主编陈光中教授组织作者对本教材进行了全面修订。新修订的教材在体例上进行了调整,在原有章节的基础上增加了三章:“当事人和解的公诉案件诉讼程序”“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”和“依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序”。另外,2010年4月29日,第十一届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国国家赔偿法〉的决定》,自2010年12月1日起施行。本教材第二十九章“刑事赔偿制度”及相关章节根据修订的《国家赔偿法》进行了修改。

书中不足之处,希望各位读者不吝指出。

本书编写组

2012年4月25日

## 第三版说明

本书原版为教育部面向 21 世纪普通高等教育“九五”国家级重点教材,并于 2005 年进行了修订。以修订版为基础,教材主编陈光中教授申报了普通高等教育“十一五”国家级规划教材项目并获批准,本书第三版即为该项目成果。第三版对编写人员和写作分工作了一定的调整,其中“回避”“证据制度的一般理论”“证据规则”“证据的种类和分类”“期间与送达”和“刑事赔偿制度”为重写章节,其他章节内容也作了一些修改,重点补充了新修改的法律和司法解释,如《人民法院组织法》《律师法》、最高人民法院《关于统一行使死刑 依法办案确保办理死刑案件质量的意见》、最高人民法院《关于适用停止死刑程序有关问题的规定》等。另外,第三版对修订版中的一些技术性错误也作了更正。

书中不足之处,望大家不吝指正。

本书编写组

2009 年 5 月 16 日

## 修订版说明

本书自 2002 年 1 月出版发行以来,使用范围广泛,销售量大,迄今为止已重印多次。为了适应立法、司法实践以及理论研究发展的需要,本书编写组对该书进行了修订。该修订版在保持原版基本框架和基本内容不变的基础上,适当补充了国外和国际刑事司法准则的相关内容,并增加了“证据规则”“国际公约与我国刑事诉讼法”两章。另外,修订版在一些章节补充了本书出版后新增加的相关的法律法规和解释,如《法律援助条例》、全国人民代表大会常务委员会《关于完善人民陪审员制度的规定》、最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》等;同时还补充了近几年司法改革和刑事诉讼法再修改讨论过程中,改革趋势比较明显的制度。修订版对原版中的技术性错误也作了更正。

书中的不妥之处仍在所难免,诚请各位读者对该书提出宝贵的批评意见。

本书编写组

2005 年 6 月 15 日

## 前 言

在诸多法律中,刑事诉讼法是历史悠久的重要部门法之一。在历史上,当程序法与实体法分离时,独立的诉讼法就随之产生了。追溯这一历史,我们不难发现,远至上古时期人们确立的某些刑事诉讼原则、规则至今仍然在刑事诉讼中保持着生命力。以刑事诉讼法为研究对象的刑事诉讼法学,同样是一门古老的法学学科,一代又一代学者将自己的智慧倾注于它,使这门学科跻身于科学的行列。如今,纵观世界各国刑事诉讼法学的研究现状,可以看到,无论在深度上还是在广度上,刑事诉讼法学都得到了不断开拓和挖掘。

在我国清朝末年,作为西风东渐的成果之一,政府开始仿效西方国家制定了独立于实体法之外的诉讼法典。到了中华民国时期,制定和实施了体系较为完备、内容较为翔实的刑事诉讼法典。伴随这一过程,刑事诉讼法学作为一门独立学科也正式发展起来,各个大学纷纷设置了这一课程。

新中国成立以来,经过了长时期的曲折历程,我国不但有了一部刑事诉讼法典,而且刑事诉讼法学也已成为一门比较成熟和发达的学科。这一学科的发展,为进一步完善刑事诉讼立法和指导刑事司法实践活动打下了基础。

刑事诉讼法是一部程序法。在现代社会,人们逐渐认识到完善的程序对于实现法治和保障人权所具有的重要性,有的论者甚至将程序视为法治与恣意的人治相区别的关键所在。现代法治的基本特征,是国家权力受法律的约束,这种约束使之不至对公民个人自由造成威胁和损害。人民可以运用完善的程序实现对国家权力的制约,从而为这一权力的正当运作提供切实有力的保障。当法治、民主的观念深入人心的时候,程序的观念也必然深入人心,像刑事诉讼法这样的程序法在国家法律体系中的重要性也必然得以凸显出来。

刑事诉讼是行使国家刑罚权的活动,其目的之一,在于通过发现和证实犯罪、惩罚犯罪人来维护公共秩序、保障公民个人的安全使之不受犯罪行为的侵害。侦查权、检察权和审判权是刑事诉讼中的主要国家权力,这些权力行使得当,有利于顺利完成刑事诉讼法的上述目的;但如果行使不当,往往损害公民的各项自由、权利,甚至造成大量冤假错案。为防止国家权力被滥用,刑事诉讼法对国家权力的运作施加了种种程序限制,如对立案、采取逮捕等强制措施、起诉和判决有罪等条件加以明确规定,对搜查、扣押等规定了严格的程序要求,这些规定对于保障公民基本人权发挥着十分重要的作用。国际社会重视刑事诉讼法这一作用,为了促进世界各国强化对刑事司法活动中的人权保障,联合国通过《公民权利和政治权利国际公约》等一系列国际规范性文件,发布了在刑事司法

中的人权保障的基本准则,其中含有大量有关刑事诉讼程序的内容。由此可见,刑事诉讼法是一部与人权保障密切相关的法律。

20世纪中期,世界上许多国家从民主、法治的废墟上重建了对自由、民主、人权和法治的信心,并强化了对于这些价值和制度的尊崇和加以捍卫的决心。继此强劲的发展趋势,21世纪将是进一步加强人权、民主、法治的世纪。在这新的世纪里,经济全球化已经呈现在人们面前,法律方面的进一步协调,也成为发展的趋势。在刑事诉讼法领域,国际社会为世界各国确立的刑事司法准则为各个法系、各个国家缩小彼此间的差距,建立起彼此均衡、协调的刑事诉讼法律制度创造了条件。

在我国,刑事诉讼法律制度发展至今,立法方面处在进一步完善的过程中,司法方面也处在不断进行改革尝试的过程中,其改革、完善的方向,是在保障维护公共秩序基本功能得以发挥的同时,加强对刑事诉讼中人权的保障,并注意提高诉讼效率。在这个过程中,将我国刑事诉讼与国际司法准则相比较,找出差距,通过完善我国的法律制度和司法环境,与国际司法准则接轨,显然是我国刑事诉讼法律制度发展的重要内容。

近年来,我国刑事诉讼法学术界的学术研究呈现繁荣局面,热点频出,争鸣热烈,从而推动人们对于一些理论问题和司法实务问题的认识不断深化,如对于司法公正、证据制度的研究;对于诉讼效率如何进一步提高,简易程序怎样落实等等。对于这些理论与实务问题的研究正在活跃地进行着。

本教材的编撰,是在教育部制定、颁布的法学14门主干课之一——刑事诉讼法学教学大纲的基础上完成的。本教材有如下特点:

其一,以《中华人民共和国刑事诉讼法》为依据。这部法律1979年制定,经过了1996年、2012年两次修改,吸收了我国刑事诉讼法学多年来的研究成果,试图解决刑事诉讼活动中亟须解决的问题,适应新形势下我国刑事司法的实际需要,体现了刑事诉讼观念的诸多变化。

其二,理论与实际紧密结合,对有关法律原则、制度、规则、程序进行了言简意赅的叙述,从而既承担起作为大学法律本科教材的任务,又能够为司法实践活动提供参考。刑事诉讼法是用于规范刑事诉讼活动的法,讲求可操作性。同样,刑事诉讼法学是一门实践性很强的学科,要学好这门课,不但要掌握诉讼法学的基本理论,还应该将刑事诉讼法的基本理论与刑事诉讼实践紧密结合,学以致用,使刑事诉讼的基本理念、各项原则、制度和规则能够在刑事司法实践中得到落实,使我国的刑事司法取得进步。

其三,对于我国立法、司法和学术研究的动态和取得的成果,本教材也适当地加以反映。当然,作为教材,它毕竟不能将所有动态和成果尽情纳入,只能将其中比较成熟的吸收进来。

21世纪是我国“依法治国”方略全面贯彻实施的崭新世纪。在实现法治国



家的进程中,法学教育肩负着传播法律知识、培养法律人才的重任。这套面向 21 世纪全国高等学校法学专业核心课程教材的出版,对于我国的法学教育将有所裨益,提供一定的助力。本教材的编撰者能够参与其中,感到十分欣慰。我们衷心希望这本教材能够发挥其一课之本的作用,并在促进我国的刑事诉讼法学教育的健康发展、学术繁荣和司法公正的实现方面发挥一定的作用。

陈光中

2012 年 5 月于中国政法大学

# 目 录

## 第一编 总 论

<b>第一章 概论</b> .....	(1)
第一节 刑事诉讼 .....	(1)
第二节 刑事诉讼法 .....	(4)
第三节 刑事诉讼法学 .....	(8)
第四节 刑事诉讼法的基本理念 .....	(11)
第五节 刑事诉讼法的制定目的、根据和任务 .....	(17)
<b>第二章 刑事诉讼法的历史发展</b> .....	(23)
第一节 外国刑事诉讼法的历史发展 .....	(23)
第二节 中国刑事诉讼法的历史发展 .....	(41)
<b>第三章 刑事诉讼中的专门机关</b> .....	(61)
第一节 概述 .....	(61)
第二节 人民法院 .....	(61)
第三节 人民检察院 .....	(67)
第四节 公安机关 .....	(69)
第五节 其他专门机关 .....	(70)
<b>第四章 诉讼参与人</b> .....	(72)
第一节 概述 .....	(72)
第二节 犯罪嫌疑人、被告人 .....	(74)
第三节 被害人 .....	(78)
第四节 其他当事人和诉讼参与人 .....	(80)
第五节 单位参与人 .....	(84)
<b>第五章 刑事诉讼的基本原则</b> .....	(90)
第一节 概述 .....	(90)
第二节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使 .....	(97)
第三节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权 .....	(98)
第四节 依靠群众 .....	(101)
第五节 以事实为根据,以法律为准绳 .....	(102)
第六节 对一切公民在适用法律上一律平等 .....	(103)
第七节 分工负责、互相配合、互相制约 .....	(103)
第八节 人民检察院依法对刑事诉讼进行法律监督 .....	(105)

第九节	各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼	(107)
第十节	审判公开	(107)
第十一节	犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护	(109)
第十二节	未经人民法院依法判决,不得确定有罪	(110)
第十三节	保障诉讼参与人的诉讼权利	(111)
第十四节	依照法定情形不予追究刑事责任	(112)
第十五节	追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法	(113)
<b>第六章</b>	<b>管辖</b>	(115)
第一节	概述	(115)
第二节	立案管辖	(117)
第三节	审判管辖	(122)
<b>第七章</b>	<b>回避</b>	(130)
第一节	概述	(130)
第二节	回避的人员范围、理由和种类	(132)
第三节	回避的程序	(137)
<b>第八章</b>	<b>辩护与代理</b>	(142)
第一节	辩护	(142)
第二节	代理	(156)
第三节	刑事法律援助制度	(159)
<b>第九章</b>	<b>证据制度的一般理论</b>	(164)
第一节	证据与证据法	(164)
第二节	证据制度的基础理论	(169)
第三节	证明	(175)
<b>第十章</b>	<b>证据规则</b>	(189)
第一节	概述	(189)
第二节	关联性规则	(190)
第三节	非法证据排除规则	(191)
第四节	传闻证据规则	(196)
第五节	最佳证据规则	(200)
第六节	意见证据规则	(203)
第七节	补强证据规则	(204)
<b>第十一章</b>	<b>证据的种类和分类</b>	(207)
第一节	证据的种类	(207)
第二节	证据的分类	(220)
<b>第十二章</b>	<b>强制措施</b>	(224)
第一节	概述	(224)

第二节	拘传	(228)
第三节	取保候审	(231)
第四节	监视居住	(235)
第五节	拘留	(239)
第六节	逮捕	(242)
<b>第十三章</b>	<b>附带民事诉讼</b>	(250)
第一节	附带民事诉讼的概念和意义	(250)
第二节	附带民事诉讼的成立条件	(251)
第三节	附带民事诉讼的程序	(254)
<b>第十四章</b>	<b>期间与送达</b>	(260)
第一节	期间	(260)
第二节	送达	(266)
<b>第十五章</b>	<b>刑事诉讼的中止和终止</b>	(269)
第一节	刑事诉讼的中止	(269)
第二节	刑事诉讼的终止	(271)
<b>第二编 分 论</b>		
<b>第十六章</b>	<b>立案</b>	(273)
第一节	概述	(273)
第二节	立案的材料来源和条件	(276)
第三节	立案的程序	(279)
<b>第十七章</b>	<b>侦查</b>	(286)
第一节	概述	(286)
第二节	侦查行为	(290)
第三节	侦查终结	(313)
第四节	人民检察院对直接受理的案件的侦查	(315)
第五节	补充侦查	(317)
第六节	侦查监督与救济	(319)
<b>第十八章</b>	<b>起诉</b>	(322)
第一节	概述	(322)
第二节	审查起诉	(323)
第三节	提起公诉	(329)
第四节	不起诉	(331)
第五节	提起自诉	(337)
<b>第十九章</b>	<b>第一审程序</b>	(340)
第一节	概述	(340)

第二节	公诉案件的第一审程序 .....	(342)
第三节	自诉案件的第一审程序 .....	(357)
第四节	简易程序 .....	(360)
第五节	判决、裁定和决定 .....	(363)
<b>第二十章</b>	<b>第二审程序 .....</b>	<b>(367)</b>
第一节	概述 .....	(367)
第二节	第二审程序的提起 .....	(370)
第三节	第二审程序的审理与裁判 .....	(373)
第四节	上诉不加刑原则 .....	(378)
第五节	对涉案财物的处理 .....	(380)
<b>第二十一章</b>	<b>死刑复核程序 .....</b>	<b>(383)</b>
第一节	死刑复核程序的概念和意义 .....	(383)
第二节	死刑核准的权限 .....	(385)
第三节	死刑案件的复核程序 .....	(388)
<b>第二十二章</b>	<b>审判监督程序 .....</b>	<b>(394)</b>
第一节	审判监督程序的概念、特点和意义 .....	(394)
第二节	提起审判监督程序的材料来源及其审查处理 .....	(398)
第三节	审判监督程序的提起 .....	(402)
第四节	按照审判监督程序对案件进行重新审判 .....	(405)
<b>第二十三章</b>	<b>执行 .....</b>	<b>(409)</b>
第一节	概述 .....	(409)
第二节	各种判决、裁定的执行 .....	(412)
第三节	执行的变更与其他处理 .....	(422)
第四节	人民检察院对执行的监督 .....	(432)
<b>第二十四章</b>	<b>未成年人刑事案件诉讼程序 .....</b>	<b>(435)</b>
第一节	概述 .....	(435)
第二节	未成年人刑事案件诉讼程序的方针、原则和重要制度 .....	(437)
第三节	未成年人刑事案件诉讼程序的特点 .....	(440)
<b>第二十五章</b>	<b>当事人和解的公诉案件诉讼程序 .....</b>	<b>(450)</b>
第一节	概述 .....	(450)
第二节	公诉案件当事人和解的适用范围与诉讼程序 .....	(454)
<b>第二十六章</b>	<b>犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的     没收程序 .....</b>	<b>(459)</b>
第一节	概述 .....	(459)
第二节	违法所得案件的没收程序适用条件 .....	(460)
第三节	违法所得案件的审理 .....	(464)

---

<b>第二十七章 依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序</b> .....	(471)
第一节 概述 .....	(471)
第二节 强制医疗的适用对象 .....	(472)
第三节 强制医疗程序 .....	(473)
第四节 强制医疗的复查和监督 .....	(479)
<b>第二十八章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度</b> .....	(481)
第一节 概述 .....	(481)
第二节 涉外刑事诉讼程序的特有原则 .....	(482)
第三节 涉外刑事诉讼程序的特别规定 .....	(486)
第四节 刑事司法协助制度 .....	(490)
<b>第二十九章 刑事赔偿制度</b> .....	(499)
第一节 概述 .....	(499)
第二节 刑事赔偿的条件和范围 .....	(505)
第三节 刑事赔偿的程序 .....	(511)
<b>第三编 附 论</b>	
<b>第三十章 国际公约与我国刑事诉讼</b> .....	(518)
第一节 概述 .....	(518)
第二节 《公民权利和政治权利国际公约》与我国刑事诉讼 .....	(523)
第三节 《打击跨国有组织犯罪公约》《反腐败公约》与 我国刑事诉讼 .....	(531)
<b>第六版后记</b> .....	(536)

# 第一编 总 论

## 第一章 概 论

### 第一节 刑事訴訟

#### 一、刑事訴訟的概念

訴訟,从詞义上说,“訴,告也”,“訟,爭也”<sup>①</sup>,訴訟就是原告对被告提出告訴,由裁判机关解决双方的爭议。在中国古代,刑事案件称“獄”,办理刑事案件称“断獄”,《唐律》中就有《断獄》篇。元代刑律《大元通制》开始以“訴訟”作为篇名,但其内容规定的是控告犯罪的有关问题,与现代意义上的訴訟不完全相同。中国近代用“訴訟”“刑事訴訟”是清末从日本那里直接引进的。

“訴訟”英語为 Procedure、德语为 Prozess、法语为 Proces,都由拉丁语 Procedere 转变而来,意思是向前推进、过程、程序的意思。訴訟法(Procedure Law),按外语可直译为程序法。因此,“訴訟”,可以从两个层面上去理解,一是由原告、被告和裁判者构成基本訴訟主体的活动;二是一系列不断向前推进的程序化活动。

现代的訴訟,可分为刑事訴訟、民事訴訟和行政訴訟三种。

我国的刑事訴訟是指国家专门机关在当事人及其他訴訟参与人的参加下,依照法律规定的程序,追诉犯罪,解决被追诉人刑事责任的活动。

我国的刑事訴訟有如下特征:

1. 刑事訴訟由国家专门机关主持进行,是属于国家的司法活动

国家专门机关主要指人民法院、人民检察院和公安机关(包括安全机关,下同),它们在刑事訴訟中分别行使一定的专门职权,其中人民法院行使审判权,人民检察院行使公诉权、审查批准逮捕权、部分案件侦查权以及法律监督权,公

---

<sup>①</sup> (东汉)许慎:《说文解字》。

安机关主要行使侦查权。根据《中华人民共和国宪法》<sup>①</sup>和有关法律、文件的规定,公安机关是国家的行政机关<sup>②</sup>,人民检察院、人民法院是司法机关,公安机关、人民检察院、人民法院在本书中有时简称为公安司法机关。

### 2. 刑事诉讼是专门机关行使国家刑罚权的活动

国家刑罚权就是国家对实施了犯罪行为的人加以刑事处罚的权力。刑事诉讼的具体内容就是依法查明犯罪事实是否已经发生,谁实施了犯罪及其有关情节并正确适用法律加以惩罚,也就是如何追诉犯罪,解决犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题。

### 3. 刑事诉讼是严格依照法律规定的程序进行的活动

刑事诉讼不但其结果直接关系到公民的生命、人身自由和财产权利的予夺,而且诉讼过程也与公民的人身自由和财产权利密切相关。因此公安司法机关追诉犯罪的活动,应当由法律规定的程序和规则严格加以规范和制约,以防止其滥用权力,侵犯人权。当事人和其他诉讼参与人也只有严格遵循程序的要求进行诉讼活动,才能有效地维护自己的诉讼权利,更好地发挥自己在诉讼中的作用,确保刑事诉讼的顺利进行。刑事诉讼的严格程序化,体现正当程序的要求,这是诉讼民主、法治的基本要求。

### 4. 刑事诉讼是在当事人和其他诉讼参与人的参加下进行的活动

由于刑事诉讼的中心内容是解决犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题,因此,任何刑事诉讼都必须有犯罪嫌疑人、被告人参加。为了在诉讼中证明案件事实或者维护犯罪嫌疑人、被告人和被害人的合法权益,也需要有被害人,附带民事诉讼原告人、被告人,辩护人,诉讼代理人和证人,鉴定人等参加诉讼。是否有当事人和其他诉讼参与人参加,以及他们参加的深度、广度和透明度,是衡量诉讼民主、公正的重要标志。

## 二、刑事诉讼阶段

刑事诉讼从开始到结束,是一个向前运动、逐步发展的过程。在刑事诉讼过程中,按照一定顺序进行的相互连接的一系列行为,可以划分为若干相对独立的单元,称为刑事诉讼阶段。刑事诉讼阶段的特点是每一个诉讼阶段都是一个完整的独立程序,有其自身的直接任务和形式。某一诉讼过程是否构成一个独立的诉讼阶段,主要看它是否具有自己的直接任务、参加诉讼的机关和个人的独特构成、进行诉讼行为的特殊方式、诉讼法律关系的特性以及与其他诉讼过程不同的总结性文件,这是此诉讼阶段与彼诉讼阶段的主要区别。具体地说,划分刑事

<sup>①</sup> 本书中涉及的我国法律、法规、司法解释、规章等法律文件以及联合国国际公约文件在首次使用时以及本书第二章介绍刑事诉讼法的历史发展时采用全称,其余情况下均使用简称,具体参见本书《法律文件全称简称对照表》。

<sup>②</sup> 我国《刑事诉讼法》若干条文将公安机关规定为司法机关。



诉讼阶段的标准是:(1)一定诉讼过程的直接任务。例如,侦查程序的直接任务主要是收集证据,查明犯罪事实,抓获或控制犯罪嫌疑人。而起诉程序的直接任务,就公诉案件来说,是对侦查机关侦查终结后移送起诉的案件,从认定事实到适用法律进行全面审查并依法作出提起公诉和不起诉的决定。(2)参加诉讼的机关和个人的构成。例如侦查活动中参加诉讼的机关主要是侦查机关或部门,这与审判阶段主要是由法院主持有着明显的区别。(3)进行诉讼行为的方式。例如侦查活动的诉讼方式是在不公开的形式下依法进行专门调查工作和采取有关的强制性措施;而审判活动的诉讼方式主要是在法官的主持下、在公诉人(在公诉案件中)、当事人及其他参与人的参加下进行公开开庭审理和宣判。(4)诉讼法律关系的特性。刑事诉讼法律关系是指进行或参加刑事诉讼的机关或个人基于刑事诉讼法的规定而产生的相互间的权利义务关系。不同诉讼阶段因该阶段的直接任务、主体和活动方式不同而体现在法律关系上也是不同的,例如审查起诉阶段,犯罪嫌疑人和检察官的关系,在权利义务关系上显然是不平衡的;而在审判阶段,控辩双方的主体在诉讼地位上,基本上是平等的。(5)诉讼的总结性文件。例如,审查起诉活动的总结性文件为起诉书、不起诉决定书,而审判活动的总结性文件为判决书、裁定书等,两者存在明显不同。

按照上述标准,可以将我国的刑事诉讼基本上划分为立案、侦查、起诉、第一审、第二审和执行等阶段,此外还有死刑复核程序和审判监督程序两个特殊阶段。特殊阶段是指特定案件才适用的程序,如死刑复核程序只适用于判处死刑的案件,审判监督程序只适用于已生效的裁判。《中华人民共和国刑事诉讼法》第五编所规定的4个特别程序——未成年人刑事案件诉讼程序,当事人和解的公诉案件诉讼程序,犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序,依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序,基本上适用上述诉讼阶段,但不完全适用。例如,在依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序中,人民法院作出强制医疗的决定后,有关诉讼参与人对决定不服的,可以向上一级人民法院申请复议,而不是提出上诉。

刑事诉讼阶段与各个具体的诉讼程序既有联系,又有区别。诉讼阶段指刑事诉讼全过程中具有相对独立性的单元。各具体的诉讼程序是在各个诉讼阶段实行一定的诉讼行为所应遵循的方式和手续。

诉讼程序受诉讼阶段制约。在什么诉讼阶段便相应采用什么样的诉讼程序。例如在第一审阶段,设立开庭前准备、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议和宣判等具体审判程序。

## 第二节 刑事诉讼法

### 一、刑事诉讼法的概念、性质

刑事诉讼法是规范刑事诉讼的法律。我国的刑事诉讼法是国家制定的规范人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,当事人和其他诉讼参与人参加刑事诉讼的法律。刑事诉讼法的具体内容主要包括:(1)刑事诉讼中的专门机关及其权力和义务;(2)刑事诉讼中的当事人、其他诉讼参与人及其权利和义务;(3)刑事诉讼的原则、规则和制度;(4)刑事诉讼中收集和运用证据的规则和制度;(5)刑事诉讼的程序。

刑事诉讼法有狭义和广义之分。狭义的刑事诉讼法仅指刑事诉讼法典。广义的刑事诉讼法指一切有关刑事诉讼的法律规范。刑事诉讼法的概念通常从广义上加以理解。

刑事诉讼法和其他法一样,按其赖以存在的社会经济基础和国家性质的不同,其历史发展曾先后出现了奴隶制、封建制、资本主义和社会主义四种不同性质的类型。我国的刑事诉讼法,与我国其他法一样,属于社会主义类型的法。

刑事诉讼法,按照法从不同角度的分类,它属于:

(1) 程序法。法按其内容、作用可分为实体法与程序法。实体法是规定实质内容(如权利、义务、罪与刑等)的法律;程序法是规定诉讼程序和行政执法程序的法律。刑事诉讼法规定了国家行使刑罚权的程序,是与刑事实体法——刑法相对应的程序法。现代法治国家越来越重视程序法的价值,认为程序法与实体法应当并重。

(2) 公法。法按其涉及国家和个人的关系,可分为公法和私法,这是罗马法的传统分类。公法是调整国家与个人之间关系的法律,私法是调整个人与个人之间关系的法律。刑事诉讼法调整的是刑事诉讼中的国家专门机关与当事人及其他诉讼参与人的关系,特别是与犯罪嫌疑人、被告人和被害人的关系,因而它属于公法。制定和实施刑事诉讼法,应当充分注意到它属于公法的特点,处理好刑事诉讼中国家权力与公民权利的冲突和平衡问题。

(3) 基本法。我国的法律按其层次分为根本法、基本法和一般法律。根本法指国家的根本大法——宪法;基本法是必须由全国人民代表大会通过的重要法律;一般法律则由全国人民代表大会常务委员会通过。我国刑事诉讼法的制定必须经全国人民代表大会通过,是在我国法律体系中占重要地位的基本法。

### 二、刑事诉讼法的渊源

刑事诉讼法的渊源是指刑事诉讼法律规范的存在形式。我国刑事诉讼法的

渊源如下:

### 1. 宪法

宪法规定了我国的社会制度、经济制度、政治制度、国家机构及其活动原则、公民的基本权利和义务等重要内容,是国家的根本大法,具有最高的法律效力,也是制定一切法律的根据。刑事诉讼法是根据宪法制定的,宪法还规定了一些与刑事诉讼直接有关的原则和制度,如依法独立行使审判权、检察权,适用法律一律平等,分工负责、互相配合、互相制约,使用本民族语言文字进行诉讼,审判公开,辩护权等。这些规定成为刑事诉讼法的基本原则和重要内容。

### 2. 刑事诉讼法典

我国现行的刑事诉讼法典是《刑事诉讼法》,它于1979年7月1日由第五届全国人民代表大会第二次会议通过、1980年1月1日施行,经1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议第一次修正、1997年1月1日施行,经2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议第二次修正、2013年1月1日实施。它是基本法,是我国刑事诉讼法的主要法律渊源。

### 3. 有关法律规定

指全国人民代表大会及其常务委员会制定的有关刑事诉讼的法律规定。分两类:一类是全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律中涉及刑事诉讼的规定。如《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国人民法院组织法》《中华人民共和国人民检察院组织法》《中华人民共和国人民警察法》《中华人民共和国国家安全法》《中华人民共和国监狱法》《中华人民共和国法官法》《中华人民共和国检察官法》《中华人民共和国律师法》《中华人民共和国保护未成年人法》《中华人民共和国未成年人犯罪预防法》《关于司法鉴定管理问题的决定》等。另一类是全国人民代表大会及其常务委员会就刑事诉讼有关问题所作的专门规定,如1983年9月2日第六届全国人民代表大会常务委员会通过的《关于国家安全机关行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的决定》等。

### 4. 司法解释

指被授权作司法解释的最高人民法院、最高人民检察院就审判工作和检察工作中如何具体运用刑事诉讼法所作的解释、通知、批复等。其中近期作出的比较重要的有: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》,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》,最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》,2014年4月23日最高人民法院《关于

减刑、假释案件审理程序的规定》等。

### 5. 行政法规和规章

行政法规指国务院颁布的行政法规中有关刑事诉讼程序的规定,如国务院于2012年2月23日通过的《拘留所条例》等。规章指国务院下属各部门和其他部门就本部门业务工作中与刑事诉讼有关的问题所作的规定,如公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》等。

### 6. 地方性法规

指地方人民代表大会及其常务委员会颁布的地方性法规中关于刑事诉讼程序的规定。

### 7. 国际条约

条约是国际法的最主要渊源,缔约国忠实履行条约所确定的义务,是国际社会法律秩序得以维护的基本条件。对于缔结的条约,当事国应当善意履行,我国加入国际公约后,当然也不例外。在我国,国际条约被承认是我国法律的渊源之一。正如有的学者指出的:“国际条约是国际法的主要渊源,不属于我国国内法范畴。但就其通过法定程序具有与国内法同样拘束力这一意义而论,也属于我国国内法渊源之一。”<sup>①</sup>中国已陆续加入了25项国际人权公约。<sup>②</sup>1998年10月5日,我国政府签署了联合国《公民权利和政治权利国际公约》,现正在等待全国人民代表大会常务委员会批准之中。该公约中有不少刑事诉讼标准的规定,包括权利平等,司法救济,生命权的程序保障,禁止酷刑或施以其他残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚,人身自由和安全的程序保障,独立、公正审判,无罪推定,不得强迫任何人自证其罪,一事不重审,辩护权的保障和对未成年人的特别保障等。另外,2003年8月27日,我国全国人大常委会批准了联合国《打击跨国有组织犯罪公约》,2003年12月10日,中国签署了联合国《反腐败公约》并已生效,这两个文件多处涉及刑事程序问题。总之,国际条约中的一些规定,共同构成了刑事诉讼的国际标准,其基本精神是在国家追究犯罪者刑事责任的过程中,防止国家滥用权力,保障人权,实现司法公正。由此,凡我国签署、批准加入了的国际公约中有关刑事诉讼的规定,都是我国刑事诉讼法的渊源,都应当加以遵守和施行。

以上法律规范的适用,要注意法律的层次即位阶问题。宪法是国家根本大法,为最高层次法律,其他任何法律不得与宪法相抵触,否则就失去法律效力。宪法以下的法律,根据《中华人民共和国立法法》有关规定的精神,也必须遵循上位法优先遵守的原则。例如,司法解释或行政法规与全国人大及其常委会制

<sup>①</sup> 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2009年版,第269页。

<sup>②</sup> 见2009年4月13日国务院新闻办公室发布的《国家人权行动计划(2009—2010年)》以及2010年9月发布的《2009年中国人权事业的发展》白皮书。

定的法律相矛盾,应当执行法律;地方法规与中央行政法规相矛盾,应当执行行政法规等等。但在实践中,往往在适用法律上发生上下错位现象,例如,有的司法解释和部门规章与刑事诉讼法典的规定相矛盾时,公安司法机关往往置刑事诉讼法典于不顾,而去执行本系统中央机关制定的司法解释和规定,这是违背我国《立法法》的精神和法治原则的。

### 三、刑事诉讼法与民事诉讼法、行政诉讼法的异同

刑事诉讼法与民事诉讼法、行政诉讼法既有共性也有各自的特殊性。其共性表现为三者都是程序法,都是为正确实施实体法而制定的,它们有着许多共同的原则、制度和程序,如司法机关依法独立行使职权,以事实为根据、以法律为准绳,审判公开,以本民族语言文字进行诉讼,合议制,在程序上实行两审终审制,有第一审程序、第二审程序以及对已生效裁判的审判监督程序等。

但是由于这三种诉讼法所要解决的实体问题不同,因而它们在诉讼主体、原则、制度、举证责任、证明标准和具体程序上均各自具有特点。刑事诉讼法保证刑法的正确实施,所要解决的实体问题是追诉犯罪和犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题;民事诉讼法保证民商法、经济法的正确实施,所要解决的问题是双方当事人之间的权利、义务的争议纠纷问题;行政诉讼法保证行政法的正确实施,所要解决的问题是公民、法人和其他组织与行政机关之间因具体行政行为发生的争议纠纷问题。由于刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法所解决的实体内容不同,决定了它们的诉讼原则、制度、程序上有以下几点主要的区别:

#### 1. 诉讼主体

刑事诉讼法规定的国家专门机关为人民法院、人民检察院和公安机关,而民事诉讼法、行政诉讼法主要为人民法院。当事人在刑事诉讼中为被害人、自诉人和犯罪嫌疑人、被告人以及附带民事诉讼的原告人、被告人;在民事诉讼和行政诉讼中为原告、被告以及第三人。

#### 2. 诉讼原则

刑事诉讼法特有的原则为:未经人民法院依法判决对任何人都不得确定有罪,犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护;民事诉讼法特有原则为:当事人平等,调解原则,处分原则;行政诉讼法特有原则为:对具体行政行为进行合法性审查原则,不适用调解原则。

#### 3. 证据制度

在举证责任上刑事诉讼法实行控诉方负举证责任,被告方不负举证责任;民事诉讼法实行谁主张谁举证,原告、被告都负有举证责任;行政诉讼法实行被告负举证责任。在证明标准上,刑事诉讼法为:犯罪事实清楚,证据确实、充分;民

事诉讼法为:事实清楚或明显证据优势<sup>①</sup>;行政诉讼法为:事实清楚,证据确凿。

#### 4. 强制措施

刑事诉讼法规定对犯罪嫌疑人、被告人采取的强制措施有:拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕;民事诉讼法和行政诉讼法规定,对诉讼参与人和其他人可采取训诫、罚款、拘留;行政诉讼法还规定有责令具结悔过。

#### 5. 诉讼程序

民事诉讼、行政诉讼的程序分为第一审、第二审、审判监督程序和执行程序;而刑事诉讼则复杂得多,审判前有立案、侦查和起诉程序,审判程序中另有死刑复核程序。

### 第三节 刑事诉讼法学

#### 一、刑事诉讼法学的研究对象

刑事诉讼法学作为一门法学分支科学,有着自己的研究对象和理论体系,其研究对象包括刑事诉讼法律规范、刑事诉讼实践和刑事诉讼理论。需要明确的是,以上三个方面的内容不限于当代中国的刑事诉讼法律、实践和理论,而是包容古今中外,即中外历史和当今的刑事诉讼法律、实务和理论都是刑事诉讼法学的研究对象。当然本书以当今中国的刑事诉讼法律、实务和理论为主要内容。

##### (一) 刑事诉讼法律规范

刑事诉讼法学将广义的刑事诉讼法作为自己的研究对象,其中我国《刑事诉讼法》是刑事诉讼法学的首要研究对象。除了刑事诉讼法典以外的其他法律、法规、规章中有关刑事诉讼的制度、程序的规定,以及最高人民法院、最高人民检察院就审判、检察业务中具体应用法律所作的司法解释,都属于刑事诉讼法学的研究对象。

研究刑事诉讼法,要准确解读刑事诉讼法的条文的字义、词义及其内容含义,同时还要研究刑事诉讼法律规范的结构,把握刑事诉讼法典各个部分之间的关系、条文之间的关系以及法典与其他有关刑事诉讼法律规范之间的关系,这是对刑事诉讼法本身进行研究的基础。另外,要准确了解和适用刑事诉讼法律规范,不能只知其形而不知其神,即不能仅仅局限于对法律规范的外在形式进行研究,还必须对其内在的精神进行研究,主要包括立法背景、立法的指导思想及其所反映的法律价值选择等。

西方发达国家刑事诉讼法比较完备,大陆法系国家的刑事诉讼法典的条文

<sup>①</sup> 我国《民事诉讼法》第170条第1款规定:“第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(一)原判决、裁定认定事实清楚,适用法律正确的,以判决、裁定方式驳回上诉,维持原判决、裁定……”“明显证据优势”是学者的主张和一些法院的做法。

数量,通常在 450 条以上,多者达七八百条,其中重要的内容我们应当有所研究以便加以比较和借鉴吸取。

另外,随着我国签署加入的联合国人权公约逐渐增多,特别是《两权公约》的签署,使联合国文件中有关刑事司法准则的规定对我国刑事诉讼的影响逐渐增加,因而必须对之加强研究。

### (二) 刑事诉讼实践

刑事诉讼法学是一门实践性很强的应用型学科,因此,必然将刑事诉讼实践作为自己的研究对象,即研究刑事诉讼法律规范在司法实践中的适用和实施情况,从中总结经验,发现和解决具体贯彻实施刑事诉讼法过程中存在的问题。司法实践是检验法律是否科学、是否完善的标准,研究司法实践,可以提出改进立法的意见。同时,司法实践会不断提出新的研究课题,促使刑事诉讼法学针对司法实践的需要,探索进一步健全刑事诉讼法律制度的措施和途径。实践是知识的源泉,刑事诉讼法学离开了实践,便成为无本之木,无源之水。刑事诉讼法学只有植根于司法实践之中,不断总结实践、服务实践、促进实践,才能使自己获得新的繁荣和发展。

### (三) 刑事诉讼法理论

刑事诉讼法学是随着法学整体水平的提高,以及对本学科研究对象的认识的逐步深化而不断获得发展的,是与整体法制和刑事司法制度在互动中同步前进的。在古代,只有一些关于刑事诉讼法学的零散的观点,随着近代西方资本主义社会和法制的建立,才形成系统的刑事诉讼法学和刑事证据法学。近代西方的刑事诉讼法学,德、法、日等大陆法系国家的刑事诉讼法学体系比较严谨,英国的证据法学也独树一帜。<sup>①</sup>第二次世界大战以后,美国的正当程序理念影响到各国的刑事诉讼法学。新中国的刑事诉讼法学创建于 20 世纪 50 年代初期,几经曲折,至今不仅形成比较完整的体系,而且在一些基本理论范畴上进行了深层次的探讨,如诉讼目的、价值、结构、主体和客体等;在证据理论上就证据制度与认识论、证明责任、证明标准及证据规则等一系列理论问题正在进行着深入的研究。这些理论问题取得的研究成果,对立法和司法实践具有重要的参考意义,它能够为刑事诉讼立法的进一步发展提供科学的根据,推进司法的文明化和科学化进程,而且在司法实践中,刑事诉讼理论能够在一定程度上弥补法律的不足。诉讼历史经验表明,没有深厚的理论积累就没有高水平的刑事诉讼法学,没有科学的理论指导也就没有文明、科学的立法和司法实践。因此,必须不断地加强刑事诉讼理论研究,特别是党的十八大以来提出的有关刑事司法改革的理论问题,使刑事诉讼法学保持活力并日趋繁荣。

<sup>①</sup> 英国古典证据法的代表作是:边沁所著的《诉讼证据学》(1825 年出版)和斯蒂芬所著的《证据法概要》(1876 年出版)。

## 二、刑事法学的研究方法

在阐述具体研究方法之前,首先应当明确研究刑事法学的必须坚持马克思主义为指导,坚持以辩证唯物主义和历史唯物主义为理论基础。当然,学习、运用马克思主义,不能搞教条主义,拘泥于某些具体的论断,而应当着重于其原理和精神实质的运用,并结合国际和中国的实际加以发展。

关于刑事法学的具体研究方法,我们着重指出以下几点:

### (一) 辩证思维的方法

任何事物本身是按照对立统一的规律辩证地运动着、存在着的,这就决定了人们必须以辩证思维的方法去研究它、认识它,掌握它的内在规律。刑事诉讼可以说是一项充满着矛盾的复杂的社会系统工程,存在着惩罚犯罪与保障人权、实体与程序、公正与效率、控诉与辩护、合作与制约、证据排除规则与查明案件事实真相等一系列对立统一的范畴。辩证地研究刑事诉讼,就是要全面地看到上述矛盾着的两个方面,防止只看到这一面而忽视另一面,在解决矛盾时要注意平衡性、协调性、防止顾此而失彼。当然解决矛盾要作具体分析,一定问题在一定情况下要有所侧重。我们讲平衡指的是动态的平衡,而不是静态的平衡。例如,控诉与辩护这两种对立的诉讼职能在诉讼中应当同等重视,但由于控诉大多由国家专门机关行使,辩护职能由被追诉者及其委托的辩护人行使,后者明显处于弱势,因而立法上、司法上应当给辩护权以特殊的保障,这样才可能保证控辩双方在诉讼中的平衡。但有时,为了重点打击某些犯罪活动,可以授予国家追诉机关更大的权力,如使用技术侦查措施等。

辩证思维的方法还意味着应当把归纳和演绎、分析和综合、抽象和具体、现象和本质等观察问题的思维方法辩证地统一起来,特别是要把法律思维与普通思维相结合,只有这样,才能对一些复杂的问题有正确的分析判断。例如研究刑事证明标准问题,不仅要明确案件的客观真相在诉讼中有可能查清,也要认识到由于案件情况的复杂性和办案能力的局限性,有的案情难以查清。因而在刑事证据中要实行客观真实与法律真实相结合的理念以及实行疑罪从无的原则,只有这样,才能正确理解和适用我国“犯罪事实清楚、证据确实、充分”的证明标准。

### (二) 理论联系实际的方法

这是研究社会科学必须运用的共同方法,刑事法学作为一门实践性很强的学科,更应当如此。联系实际必须认真调查研究实际,即应当深入调查刑事诉讼立法和司法的现状,研究有哪些成就和经验需要加以肯定和总结,有哪些错误和不足需要加以纠正和弥补,存在哪些问题需要加以解决。不断联系实际、服务实际,才能把理论学活,也才能促进学科的发展。应当指出:调查研究案例是本学科联系实际的重要方法。英美法系国家是以判例法为其法制特色的,对部



门法的研究和教学,离不开判例。我国虽然是成文法国家,但案例生动直观地反映立法、司法实际,通过案例分析可有效地达到理论联系实际的目的。西方法学、社会学提倡的实证方法,与我们所讲的实行试点、研究案例,从方法论上说基本上是一致的。

### (三) 比较与借鉴的方法

一切事物,只有互相比较才能见差别,只有互相借鉴才能促进发展进步。刑事诉讼法学的研究也同样是如此。比较无非是纵和横的比较,纵的比较就是古今比较,以古为镜,继承其精华,摒弃其糟粕,做到古为今用。横的比较可以是三种诉讼法之间的比较,即刑事诉讼法与民事诉讼法和行政诉讼法进行异同比较,从中得到启迪和受益。横的比较最重要的是进行中外刑事诉讼法之间的比较研究。要知道,近现代的刑事诉讼法制与法学是从18世纪西方国家资产阶级革命后建立并进一步发展起来的,中国则是19世纪后期开始通过学习西方逐步建立起近现代刑事诉讼法制和法学的。时至今日,西方的刑事诉讼法,从理念到制度,仍有不少东西值得我国借鉴和吸收。当然,借鉴应当坚持从中国国情出发,形成具有中国特色的刑事诉讼法制和法学,而不能一概照抄照搬外国的法制和法学。

## 第四节 刑事诉讼法的基本理念

### 一、惩罚犯罪与保障人权相结合

社会存在着犯罪,就必须对之进行追究和惩罚,否则,就不能保障公民的生命、财产和其他合法权利不受侵犯,不能保障国家的安全和维护社会秩序的稳定,这就需要国家通过刑事诉讼行使刑罚权对犯罪加以惩罚。因此,追究犯罪、惩罚犯罪是刑事诉讼的直接目的的一个方面。

为了保证及时有效地追究犯罪、惩罚犯罪,我国《刑事诉讼法》规定,公安机关或者人民检察院发现犯罪或者犯罪嫌疑人,应当立案侦查(第107条)。人民检察院对公安机关应当立案侦查而不立案侦查的案件,应当通过法律监督促使公安机关对犯罪的追究。对于犯罪事实清楚、证据确实充分、依照法律需要追究刑事责任的案件,公安机关应当移送检察机关审查起诉,检察院应当提起公诉,人民法院应当作出有罪判决(《刑事诉讼法》第160条、第172条、第195条)。

但是,惩罚犯罪只是刑事诉讼目的的一个方面,刑事诉讼目的的另一面则是保障人权。《牛津法律大辞典》对人权的定义是:“人权,就是人要求维护或者有时要求阐明的那些应在法律上受到承认和保护的权利,以使每一个人在个性、精神、道德和其他方面的独立获得最充分与最自由的发展。”人权被认为是当代国际社会获得普遍承认的价值和政治道德观念,尊重和保障人权已经成为

评价一个国家民主法治文明程度的标杆。

我国《宪法》第33条第3款规定：“国家尊重和保障人权。”根据《宪法》的规定，《刑事诉讼法》第2条把“尊重和保障人权”列为刑事诉讼法的一项重要任务。刑事诉讼领域内的保障人权，可以从三个层面去理解：第一个层面是保障犯罪嫌疑人、被告人和罪犯的权利，防止无罪的人受到刑事法律追究，防止有罪的人受到不公正的处罚；第二个层面是保障所有诉讼参与人、特别是被害人的权利；第三个层面是通过犯罪的惩罚保护广大人民群众的权利不受犯罪侵害。其中第一层面保障被追诉人的权利是保障人权的重心所在。

刑事诉讼中的人权保障之所以非常重要，是因为国家专门机关在追究、惩罚犯罪的过程中，往往自觉不自觉地超越权力、甚至滥用权力，从而侵犯了诉讼参与人的权利，特别是犯罪嫌疑人、被告人的权利，导致错追错判，严重损害了司法公正。正因为如此，世界上任何民主法治的刑事诉讼法，都着重规定了旨在保障人权的各种原则、制度和程序，以把惩治犯罪的权力的使用关在制度的笼子里。我国的《刑事诉讼法》也是如此，它规定了“保障无罪的人不受刑事追究”的任务，规定了平等权、辩护权原则，规定了不得强迫自证其罪原则和非法证据排除规则等一系列保障人权的原则、制度和程序。三中全会《决定》指出：“完善人权司法保障制度”，随着我国社会主义民主法治建设的不断发展，我国刑事诉讼中的人权理念和制度保障将进一步加强和完善。

综上，惩罚犯罪和人权保障，构成了刑事诉讼法目的两个方面的对立统一体，两者结合，不可片面强调一面而忽视另一面。刑事诉讼法应当把惩罚犯罪和保障人权两者妥善地加以协调，有机地结合在一起。此理念在中央政法机关文件中多次得到体现，例如，两院三部《办理死刑案件意见》明确指出，办理死刑案件应当“坚持惩罚犯罪与保障人权相结合”。

## 二、程序公正与实体公正动态并重

公正(正义)<sup>①</sup>是人类社会所追求的首要价值目标。在各种社会公正中，社会体制即社会基本结构的公正无疑是起决定性作用的公正。<sup>②</sup>司法公正则在社会公正中占有十分重要的地位，它是维护社会正义的最后一道屏障，是体现社会正义的窗口，是司法机关的灵魂和生命线。

司法公正，又称诉讼公正，分程序公正和实体公正两个方面。程序公正，即过程公正，指诉讼程序方面体现的公正。刑事案件的程序公正，其具体要求主要是：(1) 严格遵守刑事诉讼法的规定。当然，这是以刑事诉讼法的内容公正为前

<sup>①</sup> 公正，英语为 Justice，或译为正义。

<sup>②</sup> 美国伦理学家罗尔斯认为：“正义的主要问题是社会的基本结构，或更准确地说，是社会主要制度分配基本权利和义务，决定由社会合作产生的权益之划分的方式。”见[美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第7页。

提的。如果立法不公,执法越严越不公正,这是不言而喻的。(2) 认真保障当事人和其他诉讼参与人,特别是犯罪嫌疑人、被告人和被害人的诉讼权利。(3) 严禁刑讯逼供和以其他非法手段取证。(4) 真正实现司法机关依法独立行使职权。(5) 审前程序尽量透明,审判程序公开。(6) 在审判程序中,控辩双方平等对抗,法庭居中裁判。(7) 按法定期限办案、结案。以上七点,第一点可以说是形式上的程序公正,后六点可以说是实质上的程序公正。实体公正,即结果公正,指案件实体的结局处理所体现的公正。刑事案件的实体公正,其具体要求主要是:(1) 据以定罪量刑的犯罪事实必须根据证据准确地加以认定,做到证据确实充分。(2) 正确适用刑法,准确认定犯罪嫌疑人、被告人是否有罪及其罪名。(3) 认定犯罪嫌疑人、被告人有罪或罪重在事实上法律上发生疑问的,应当从有利于被追诉人方面作出处理。(4) 按照罪刑相适应原则,依法适度判定刑罚。(5) 已生效的裁判得到合理有效的执行,使实体公正最后得以真正实现。(6) 对于错误处理的案件,特别是无罪错作有罪处理的案件,依法采取救济方法及时纠正、及时补偿。由此可见,程序公正和实体公正各自有其独立的公正内涵和标准,不能互相代替。而且我们必须要注意:当事人启动诉权、参与诉讼,其目的主要不是追求过程的公正,而是为了在结果上有一个有利于自己的公正裁决。司法实践中,当事人不服一审判决提起上诉的,或者对已生效裁判提出再审申诉的,其理由绝大多数是实体不公。

程序的价值首先在于保证实体价值的实现。如果程序的设计和实施是公正的,那么大多数情况下得出的实体结论会是公正的。我国的《刑事诉讼法》为了准确及时地查明犯罪事实,正确地定罪量刑、惩罚犯罪、保护无辜,从诉讼原则、规则、制度和程序方面作了较系统的规定,并在两次修改中不断加以完善。但是,不论程序设计得多么完善,执行程序多么严格,实体公正也未必能完全实现,美国学者罗尔斯说:“关键的是有一个决定什么结果是正义的独立标准,和一种保证达到这一结果的程序。”“审判程序是为探求和确定这方面的真实情况而设计的,但看来不可能把法规设计得使它们总是达到正确的结果。”<sup>①</sup>因此,司法工作人员在诉讼过程中不能只满足于追求程序公正,而是要进一步认真实现实体公正的目标。

程序价值的第二个方面在于它的独立价值,即程序公正本身直接体现出来的民主、法治、人权和文明的精神,它不依附于实现实体公正而存在,本身就是社会正义的一种重要内容。犹如球赛的规则不仅为了保证较有实力的球队获胜——实体价值,而且要使球赛本身进行得更文明更精彩,观赏性更大——程序价值。公正的刑事诉讼程序,例如文明取证、公开审理、保障辩护权等,一方面直接体现司法活动的民主和人权精神,体现看得见的正义,同时保证案件的处理客

<sup>①</sup> [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第86页。

观公正。因此,程序公正既是手段,又是目的。

程序独立价值也体现在它的终局性上。诉讼虽然必须努力追求实体公正,但不能没完没了,否则既影响效率,更导致司法权威的丧失。因此,在一定情况下,宁可以牺牲实体公正为代价去维持已生效裁判的稳定性,维护司法的权威性。例如冤假错案必须纠正;但量刑偏轻偏重的已生效刑事裁判就不必提起审判监督程序加以纠正。

另外,程序独立价值还体现在增加当事人对案件处理的实体结果的可接受程度上。如果程序不公,即使结果公正,有时当事人仍不理解、不接受而导致上诉、申诉;相反,如果程序公正,实体处理略有缺憾,也可能使当事人采取理解、容忍的态度而息讼。但是如果实体处理发生严重不公,如定罪发生根本性错误或量刑明显不当,这种情形下,即使程序公正,也无法或难以平息当事人心灵上的不平而必然继续寻求种种纠错的方法。

关于实体公正和程序公正的关系,马克思曾指出:“诉讼和法二者之间的联系如此密切,就像植物外形和植物本身的联系,动物外形和动物血肉的联系一样。”<sup>①</sup>在马克思看来,实体与程序的关系是内容与形式的关系,两者是统一的。这对我们正确理解和处理实体与程序的关系具有重要指导意义。当今外国学者对此则见仁见智,莫衷一是。在美国,程序优先比较盛行。如美国一位著名大法官曾这样说:“只要程序适用公平,不偏不倚,严厉的实体法也可以忍受。”<sup>②</sup>但也有学者认为程序的手段作用更重要。他们说:“尽管程序也促进了一些独立于实体法目标的价值,但是庞德归纳出了一切程序性体系以实现实体法为存在的理由这一特征,在这一点上他无疑是正确的。”<sup>③</sup>大陆法系国家的学者则较多持实体和程序并重论。如德国的一本权威教科书指出:“在法治国家的刑事诉讼程序中,对司法程序之合法与否,被视为与对有罪之被告、有罪之判决及法和平之恢复,具有同等之重要性。”<sup>④</sup>

我们认为,程序公正和实体公正,总体上说是统一的,但有时不可避免地发生矛盾。在二者发生矛盾时,在一定的情况下,应当采取程序优先的原则,例如非法证据排除规则、程序的终局性等,但在某种情况下,又应当采取实体优先的原则,例如非法证据的自由裁量规则,又如由于错误地认定事实或适用法律,造成错判错杀,冤枉无辜,这种情况下,一旦发现,就必须纠错平反,并且给予国家赔偿,而不受终局程序和任何诉讼时限的限制。总之,程序公正和实体公正如车

① 《马克思、恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第287页。

② 宋冰主编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录(C)》,中国政法大学出版社1998年版,第375页。

③ [美]伟恩·R.拉费弗、杰罗德·H.伊斯雷尔、南西·J.金:《刑事诉讼法》(上册),卜建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版,第28页。

④ [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第5页。

之两轮,鸟之两翼,互相依存,互相联系,不能有先后轻重之分。这在我国中央政法机关发布的相关文件中也得到确认。如2003年11月12日最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合下发的《关于严格执行刑事诉讼法,切实纠防超期羁押的通知》第1条明确指出:“进一步端正思想,牢固树立实体法和程序法并重、打击犯罪和保障人权并重的刑事诉讼观念……”十八届四中全会《决定》进一步明确提出了“办案结果符合实体公正,办案过程符合程序公正”的要求。当然,实体和程序的并重不是静态的机械的并重,而是动态的辩证的并重,即应当从实际情况出发对两者的价值取向有所侧重和调整。我国长期存在着“重实体、轻程序”的理念和做法,当前应当着重予以纠正。并应当在立法上和司法上建立程序制裁制度,以保证程序公正。所谓程序制裁,是指专门机关办理刑事案件违反法定程序,其行为结果视为无效,如非法证据排除等。

### 三、控审分离、控辩平等对抗和审判中立

刑事诉讼的基本职能分为控诉、辩护和审判三种。在现代民主法治国家的刑事诉讼中,这三种基本职能的互相关系可概括为:控审分离、控辩平等对抗和审判中立的理念。

控诉是指向法院控告被告人的罪行并要求法院通过审判确定被告人有罪并加以处罚。控诉职能主要由国家的公诉机关——检察机关承担,被害人或其他单位、个人也可以行使。在我国,公诉案件由人民检察院向人民法院提起公诉,自诉案件由被害人及其代理人向人民法院起诉。控审分离就是指控诉职能和审判职能必须分别由专门行使控诉权的机关或个人以及专门行使审判权的机关来承担,而不能把两种职能集中由一个机关或一个人来承担,如果没有法定控诉机关或个人的起诉,法院就不能主动审判任何刑事案件,被动性是审判的一个重要特点。这也就是所谓不告不理原则。

在古代纠问式的诉讼模式中,没有专门的公诉机关,控诉职能和审判职能是由一个司法机关行使的。近代的司法改革,确立了控审分离原则,这是刑事司法制度史上的一个重大进步。控审分离的意义不仅在于使国家司法机关内部有明确具体的分工,有利于强化国家追诉犯罪的能力,提高公诉的质量;更主要的在于使审判机关中立化,从而保证审判机关客观公正地审理和裁判案件。

在刑事诉讼中,行使辩护职能是为了针对控诉在实体上和程序上提出有利于犯罪嫌疑人、被告人的事实和理由以维护其合法权利。辩护职能由犯罪嫌疑人、被告人及其所委托的辩护人来行使。在现代刑事诉讼中,不仅要设置辩护职能与控诉职能相对抗,而且双方应当诉讼地位平等地相对抗,这是辩护职能能否充分发挥作用的关键。因为行使控诉权的国家专门机关不论在权力、手段和物质条件上都明显超过被追诉人,从实际力量对比来说,双方是难以对抗的。正因为如此,国家制定刑事诉讼法时必须刻意构建控辩双方诉讼地位平等的程序,以

保证辩护权的有效行使。当然,控辩平等对抗集中体现于审判程序,而在侦查、审查起诉程序中,则应根据程序运作的特点适用这一理念。

审判中立是对审判的基本要求,也是审判职能的基本特征。刑事审判中立是指审判者不仅不能由控辩双方的主体或与案件有直接、间接利害关系的人来担任,而且审判者应当对控辩双方不偏不倚,保持等距离的地位,即控辩审三者之间的关系应当保持等腰三角形的结构。审判只有中立才能公正,无中立就无公正可言。为了保证审判中立,控审必须分离,而且控辩双方主体在审判中的诉讼地位必须平等。

综上所述,控审分离、控辩平等对抗和审判中立,互相联系,它构成控辩审三者之间最科学最合理的关系,它是现代刑事诉讼的基本理念和要求,是实现司法公正的基本保证。

#### 四、追求诉讼效率

诉讼效率是指诉讼中所投入的司法资源(包括人力、财力、设备等)与所取得的成果的比例。讲求诉讼效率要求投入的司法资源取得尽可能多的诉讼成果,即降低诉讼成本,提高工作效率,加速诉讼运作,减少案件拖延和积压的现象。在市场经济中,任何企业只有不断提高效率,才能在竞争中立于不败之地并得到发展,司法工作尽管不同于企业,但也必须注意提高效率,因为国家投入于司法中的资源毕竟是有限的,远不能满足司法的需要。现代的发达国家,如美、英、德、日等国,均普遍感到司法经费的紧张,像中国这样的发展中国家,更是如此。提高诉讼效率不仅为了节约司法成本、缓和办案经费的紧张,更重要的是为了使犯罪分子及时得到惩罚,无罪的人早日免受刑事追究,被害人也可及时得到精神上和物质上的补偿,从而更有效地实现刑事诉讼法的任务。如果办案拖拉,超期羁押,即便案件最后得到正确处理,司法公正也必然受到严重影响。贝卡利亚在谈到刑罚的及时性时指出:“惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时,就越是公正和有益。”“我说刑罚的及时性是有益的,是因为:犯罪与刑罚之间的时间间隔得越短,在人们的心中,犯罪与刑罚这两个概念的联系就越突出、越持续,因而,人们就很自然地把犯罪看做起因,把刑罚看做不可缺少的必然结果。”<sup>①</sup>

现代诉讼都把效率视为诉讼中的基本理念和价值要求,并在一些诉讼立法中加以规定。例如,《日本刑事诉讼法》第1条规定“本法的目的”包含有“正当而迅速地适用刑罚法令”的内容。《美国联邦刑事诉讼规则》第2条规定:“本规则旨在为正确处理每一起刑事诉讼提供规则,以保证简化诉讼,公正司法,避免不必要的费用和延缓。”多年来,西方国家在效率理念的指导下,对诉讼程序进行了许多改革,如美国大力推行辩诉交易、德国扩大有罪不起诉的案件范围等。

<sup>①</sup> [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第70—71页。

我国的《刑事诉讼法》第2条也规定了“准确、及时地查明犯罪事实”的内容,而且我国《刑事诉讼法》还从诉讼期限、轻罪不起诉和简易程序等多方面体现诉讼效率的理念。但在效率问题上我国刑事诉讼明显不适应现实需要而有待从观念上、制度上进一步加以解决。

在刑事诉讼中,公正与效率的关系,应当是公正第一、效率第二。罗尔斯说:“某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造和废除。”<sup>①</sup>此话有点绝对,但有一定合理性。在刑事司法中,应当在保证司法公正的前提下追求效率,而不能因为图快求多,草率办案而损害程序公正和实体公正,甚至发生错案现象。如果发生错案,事后加以纠正和赔偿,反而损害了效率。当然,公正的优先地位不是绝对的,在一定情况下,为了效率,不得不对公正的价值作出适当的牺牲,例如简易程序等。但是这种牺牲不能过分,否则,就违反司法的基本要求了。

## 第五节 刑事诉讼法的制定目的、根据和任务

### 一、刑事诉讼法的制定目的

国家制定任何一项法律,都为了达到一定的预期目标,取得某种预期的结果,这种目标或结果被称为制定该项法律的目的或宗旨。有的国家在刑事诉讼法中明确宣示了制定该法的目的,如《日本刑事诉讼法》第1条规定:“为就刑事案件维护公共福利和基本人权,同时明确案件的事实真相,准确而迅速地适用刑罚法令,特制定本法。”

我国《刑事诉讼法》在第1条中开宗明义地规定了立法的目的,这就是:“为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,根据宪法,制定本法。”这一由法律明确表明目的,可以从以下三个方面进行理解:

#### (一) 保证刑法的正确实施

刑法规定的是犯罪和刑罚的问题,刑事诉讼法规定的是如何追究和惩罚犯罪。如果只制定刑法而不制定刑事诉讼法,则刑法如何实施就没有规范可以遵循,刑法的正确实施就难以得到保障。美国的一本教科书也如是说:“实体刑法典规定了社会意欲威慑和惩罚的行为,诉讼程序法则发挥着手段的作用,而社会通过它贯彻实体法目标。”<sup>②</sup>

刑事诉讼法对刑法正确实施的保障作用主要表现在以下几个方面:第一,确

<sup>①</sup> [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第3页。

<sup>②</sup> [美]约书亚·德雷斯勒、艾伦·C.迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》(第二卷·刑事审判),魏晓娜译,北京大学出版社2009年版,第1页。

定了实施刑法的专门机关及其分工,从而为刑法的有效实施提供了组织保障;第二,规定了一系列基本原则、制度和规则,保障专门机关权力行使与权力制约的统一,以保证司法公正的实现;第三,规定了运用证据的一系列科学规则,保障准确认定案件事实,为应用法律、正确处理案件提供了前提条件;第四,规定了刑事诉讼由一系列前后衔接的阶段和具体程序构成,使案件的错误、缺陷能够及时纠正、弥补;第五,规定了一定的制度、程序,如期限制度、简易程序、调解制度以保障实体法的高效率实施。

刑事诉讼法保证刑法正确地实施,使刑法能够在社会发生具体犯罪行为时得到应用,为发挥刑法调整社会关系的功能和确立刑法的权威起到保障作用;而且使该法得以正确无误地应用于解决具体刑事案件,使刑法的民主、法治原则——罪刑法定原则、罪刑相适应原则得以贯彻实施,使各项刑法理念在法律的实施中得以实现,使惩治犯罪与保障人权得到有机的结合。

## (二) 惩罚犯罪,保护人民

犯罪是对国家和社会危害最大的违法行为,它侵犯公民的人身权利、财产权利和其他权利,危害国家安全,破坏社会秩序,严重损害了人民的根本利益和眼前利益。为了有效地追究犯罪、惩罚犯罪,国家不仅要制定刑事实体法,对罪与罚作出明确规定;还要制定刑事程序法,以保证公正有效地惩治犯罪。

惩罚犯罪的直接目的是保护人民。这里的“人民”泛指广大人民群众。在我国,“人民”的概念在传统上具有政治色彩,是与“敌人”“反动派”相对而言的。“人民”与“公民”或“国民”是有区别的。《宪法》第33条规定:“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”“公民”与“国民”含义相同。因此,这里的“保护人民”是指通过惩罚犯罪保护广大人民的直接和间接权益不受犯罪的侵害。

## (三) 保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序

各种犯罪行为都会对国家社会构成一定的危害。有的直接危害国家安全,如背叛国家、分裂国家、颠覆国家政权、从事间谍活动、窃取情报等;有的直接危害公共安全,如放火、爆炸、投毒、劫持航空器、盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物等;有的则直接侵犯公民人身权利、民主权利和财产权利,如杀人、强奸、绑架、破坏选举、抢劫、盗窃等;还有的破坏社会主义社会秩序,如生产、销售伪劣商品、走私、伪造货币、金融诈骗等直接破坏了社会主义社会经济秩序,招摇撞骗、聚众斗殴、组织黑社会组织等直接妨害了社会管理秩序,等等。因此,刑事诉讼法保障刑法的正确实施,有效地惩罚犯罪和遏制犯罪,从而保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,保持社会稳定,并为国家的经济建设提供良好的外部环境。

综合《刑事诉讼法》第1条所规定的上述三个方面的内容,我们可以看出,我国《刑事诉讼法》的立法目的,就文字表达而言,是以惩罚犯罪为主旨的,缺乏



保障人权的精神。正因为如此,《刑事诉讼法》第2条规定了“尊重和保障人权”加以弥补。

## 二、刑事诉讼法的根据

我国《刑事诉讼法》第1条规定:根据宪法,制定本法。这清楚地表明我国《刑事诉讼法》的根据是我国《宪法》。

在一个国家的法律体系里,宪法具有最高的法律地位和效力,被称为国家的根本大法、母法。宪法就国家的经济制度、政治制度、公民权利等方面作出的规定,是国家法律中最基本、最重要的内容。各种的法律的制定必须以宪法为依据,不能违背宪法的基本精神,更不能与宪法规定的内容相抵触,否则就不能发生法律效力。刑事诉讼法当然也不例外。

我国《宪法》关于“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略的规定,是制定、修改和实施《刑事诉讼法》时必须遵循的指导原则和出发点。《宪法》中关于国家性质和指导思想、社会制度、政治制度、国家机关的组织和活动原则以及惩罚犯罪和保障人权等内容的规定,是我国《刑事诉讼法》的性质、目的、任务和基本原则的依据。《宪法》中关于公民基本权利的规定,是《刑事诉讼法》规定诉讼参与人诉讼权利的直接根据,主要包括:

(1) 公民的合法的私有财产不受侵犯(第13条)。

(2) 国家尊重和保障人权(第33条)。

(3) 公民在法律面前一律平等(第33条)。

(4) 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决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕;禁止非法拘禁和以其他方法非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37条)。

(5) 公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害(第38条)。

(6) 公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅(第39条)。

(7) 公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。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(第40条)。

(8) 中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利;由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利(第41条)。

我国《宪法》还就人民法院、人民检察院的根本职能、机构建制、组织体制作

出了规定,并对诉讼中应当遵循的一些原则作出了明确规定,成为刑事诉讼法相关规定的直接依据,主要包括:

(1) 人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行(第 125 条)。

(2) 被告人有权获得辩护(第 125 条)。

(3) 人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉(第 126 条);人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉(第 131 条)。

(4) 各民族都有用本民族语言文字进行诉讼的权利,人民法院和人民检察院对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人,应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区,应当用当地通用的语言进行审理;起诉书、判决书、布告和其他文书应当根据实际需要使用当地通用的一种或者几种文字(第 134 条)。

(5) 人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律(第 135 条)。

由于宪法在国家法律体系中具有最高的法律效力,对于宪法所确立的司法制度和诉讼原则,即使刑事诉讼法典没有重申,也是刑事诉讼法的重要原则和制度,在刑事诉讼活动中必须加以贯彻。这里还需要指出,刑事诉讼法应当随着宪法的修改而作出相应的修改,宪法已经作出修改的内容,刑事诉讼法如来不及进行修改而与之存在冲突的,应当执行宪法修改的有关规定。

### 三、刑事诉讼法的任务

刑事诉讼法的任务即刑事诉讼法所要承担的实际职责、所要达到的具体要求。我国《刑事诉讼法》第 2 条规定:“中华人民共和国刑事诉讼法的任务,是保证准确、及时地查明犯罪事实,正确应用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究,教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争,维护社会主义法制,尊重和保障人权,保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利,保障社会主义建设事业的顺利进行。”对于本条规定的刑事诉讼法任务,可以从以下三个方面加以理解。

(一) 保证准确、及时地查明犯罪事实,正确应用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究

这是刑事诉讼法的直接任务。

办理刑事案件,查明案件事实是关键。可以说,整个刑事诉讼过程是围绕着这一具体中心任务而展开的。查明案件事实,是指要查明:犯罪事实发生了没有,谁实施了犯罪,实施犯罪的过程以及其他与定罪量刑有关的情况。准确地查明犯罪事实就是要求司法工作人员对犯罪事实的主观认识与实际发生的案件客

观事实最大限度地相一致。在刑事诉讼中,司法工作人员认定案件事实的手段是证据,为此,司法工作人员必须依法客观全面地收集证据,科学地审查判断证据,从而准确地认定案情。查明犯罪事实并非指查明案件事实的一切情节,而是指查明与定罪量刑有关的情节,特别是主要犯罪事实。查明犯罪事实不仅要准确,而且要及时,即尽量在较短的时间内查明犯罪实施者及有关情况。只有及时查明犯罪事实,才能及时落实国家刑罚权,这对于有效打击犯罪、预防犯罪具有重要的意义。及时查明案情,还能够使无罪的犯罪嫌疑人尽快解脱,从而切实维护公民的人身自由权和其他合法权益。

在准确、及时地查明案件事实的基础上,还必须正确应用法律,如果不能正确应用法律,即使查明了犯罪事实也往往无法正确裁决案件,实现司法公正。正确应用法律,要求公安司法机关在将法律应用到已经查明的具体案件事实时,分清罪与非罪、此罪与彼罪的界限,做到定罪准确,并根据罪刑相适应原则,做到量刑适当。刑事诉讼中所应用的“法律”包括刑事实体法和刑事程序法,此外还包括办理案件中需要适用的其他法律,如附带民事诉讼中的民法、民事诉讼法等。

公安司法机关在准确认定案件事实的基础上正确应用法律,做到以事实为根据,以法律为准绳,其结果必然是:一方面惩罚了犯罪分子,另一方面避免发生使无罪者受到刑事追究的错误。应当指出,有罪不罚、放纵犯罪固然会给国家、社会和人民带来严重危害,但错罚无罪,冤枉无辜,不仅侵犯了人权,破坏了法制,还会使受罚的无罪者及社会公众把公安司法机关及其人员看成是自己的对立面,甚至进而对国家、对社会产生失望、不满和对立情绪,感到世上无公理、司法不公正,由此造成的后果比放纵一个罪犯要严重得多。正如弗兰西斯·培根所说的:“一次错判比多次犯案为害更大,因为后者只不过污了流,而前者却是秽了源,所以所罗门有言:‘义人在恶人面前退缩,好像趟浑之泉,弄浊之井。’”<sup>①</sup>我国《刑事诉讼法》在惩罚犯罪的同时应当着力保证无罪的人不受刑事追究。

## (二) 教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争

这是刑事诉讼法的重要任务。

我国公安司法机关及其人员在刑事诉讼活动中均承担法制教育的职能,体现在:上述机关和人员通过依法追究、惩罚犯罪的诉讼活动以及主动参与法制宣传活动,自觉地对公民进行法制教育,使其了解法律的内容,培养守法的意识,从而起到预防犯罪的作用;同时,培养人们与犯罪作斗争的责任感和勇气,提高他们识别犯罪的能力,使他们敢于和善于与犯罪进行斗争;对社会上潜在的违法犯罪人员起到警戒作用,使他们震慑于刑罚的威力,不敢铤而走险,以身试法。公安司法机关及其人员这种法制教育行为,有助于实现社会治安综合治理,维护社会秩序安定,并为法治社会的形成打下坚实的群众基础。

<sup>①</sup> [英] 弗兰西斯·培根:《培根随笔全集》,蒲隆译,上海译文出版社2012年版,第207页。

但需要注意的是,发挥刑事诉讼法的教育作用不能离开刑事诉讼的具体活动,如果脱离刑事诉讼法的具体任务,不但可能无法达到教育公民的实际目的,还可能招致不良的社会效果。法律的教育功能固然可以通过有意识的法制宣传而得以发挥,但更重要的是通过法律的实际运作过程加以实现。在法律的实际运作中,公安司法机关及其人员的职务活动,对于树立法律的威信和培养人们的守法意识有着潜移默化的影响:公安司法机关及其人员在诉讼活动中严格依法办事,可以发挥遵守法律的示范作用,这种示范行为所具有的塑造社会风气的功能,往往比专门的宣教更具实效。反之,如果执法者都不能严格依法办事、实践法律对公众的允诺,公众就会得到反面的教习,养成轻视法律、蔑视国家司法权威的社会习惯。所以,对法制权威的损害,莫过于执法者自身徇情枉法;发挥法律教育功能的最佳方式之一,是公安司法机关及其人员在严格遵守法律方面发挥示范作用。

还需要指出,对公民的法制教育不限于教育其自觉遵守法律、积极同犯罪行为作斗争这一个方面,还应当包括教育其充分了解公民的各种权利,培养其自觉地运用法律维护自身和他人的合法权益不受侵犯的意识,只有这样才能强化刑事诉讼中的内部制约机制和外部监督作用,保障刑事诉讼合法、公正地进行。

(三) 维护社会主义法制,尊重和保障人权,保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利,保障社会主义建设事业的顺利进行

这是刑事诉讼法的总任务。

关于维护社会主义法制。我国《刑事诉讼法》是社会主义法制的重要组成部分,它同时肩负着发挥自身的功能以维护社会主义法制的任务。维护社会主义法制就是维护其尊严,做到“有法必依,执法必严,违法必究”。刑事诉讼法正是通过保证刑罚权的正确行使、公平公正地惩罚犯罪,保障无罪人不受刑事追究,以使社会主义法制的尊严得到维护。

关于尊重和保障人权。对此本章第四节已作专门论述,并指出在刑事诉讼中,尊重和保障人权之重心在于保障犯罪嫌疑人、被告人和犯罪分子的权利。

关于保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利。对此可以从两个层面加以理解。首先,刑事诉讼法保障国家刑罚权的有效行使,惩罚侵犯公民各种权利的犯罪行为,这就是对公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利的直接保护。其次,刑事诉讼法还应承担规范国家权力、约束司法工作人员的行为使之不致滥用和失控,从而保护公民人身权利、财产权利、民主权利和其他权利,使之不受来自国家公权力的非法侵犯。但此处保护的重心则在于第一个层面。因此把尊重和保障人权与保护公民权利结合起来,实际上与惩罚犯罪和保障人权相结合的精神是一致的。

关于保障社会主义建设事业的顺利进行。刑事诉讼法通过各种具体任务的实现,归根结底是为了构建社会主义和谐社会,保障社会主义建设事业的顺利进行。社会主义建设事业包括政治、经济、文化等多方面的建设内容,刑事诉讼法的有效实施为社会主义建设创造良好的环境,起着保驾护航的重要作用。

## 第二章 刑事诉讼法的历史发展

### 第一节 外国刑事诉讼法的历史发展

#### 一、外国刑事司法立法的沿革

##### (一) 上古、中世纪<sup>①</sup>的刑事司法立法

在原始社会,不存在现代意义的法,调整氏族成员行为的规范是风俗习惯。当时的风俗习惯既有实体性的也有程序性的。部落成员自觉遵守这些习惯并以公众舆论、与神明惩罚相联系的恐惧心理、集体情感维系着习惯的权威性。部落社会没有严格意义的司法。法律是随着人类文明进程的推进并随着国家的产生而产生出来的,在法律产生过程中,基于惩罚、遏制犯罪和解决纠纷的需要而产生了实体法和程序法,实体法与程序法从总体上说是同步产生的。<sup>②</sup>

公元前 2100 年,古巴比伦的审判制度已经确立,专门的法官、书记官、公证人以及各种诉讼上的专门诉讼文件和程序比较完备,一切法律被视为神授,最高审判权由国王掌握,汉穆拉比国王将审判权从僧侣那里转移至法官(包括巴比伦城市中的行政长官和村镇的首长等),但当时司法权与行政权尚无严格区分,审判活动均在宫殿大门和市区中公开进行,书记官将一切笔录记于泥土版碑之上。汉穆拉比在任时期制定的法典,后人称《汉穆拉比法典》。在巴比伦王国,刑事诉讼和民事诉讼没有明确的划分,《汉穆拉比法典》是诸法合体的,它对控告、传唤证人、举证责任、法官责任、神明裁判等作出了规定,其确定的审判制度历 2000 年未发生显著变化。

古代罗马人在法律划分、法律的一般理论和实施方法等方面作出了杰出贡献。罗马法的全面发展持续了一千年。现今可考的最初的罗马成文法典为《十二铜表法》,共有 105 条,其第一牌共 9 条,是关于法庭对诉讼当事人进行传唤的规定;第二牌共 4 条,是关于诉讼中审问的规定。除《十二铜表法》外,罗马人还为人类文明的发展奉献了宝贵的《查士丁尼法典》。罗马法法庭具有程序完备的特点,罗马法昌盛时期也正是辩护律师大显身手的时期。帕皮尼安、保罗和乌尔比安主持的法庭发现并确立了一系列法律原则、制度和规则,诸如:“已决事

<sup>①</sup> 又称“中古”。欧洲从西罗马灭亡到哥伦布发现新大陆的时期,大约公元 500 年到 1500 年,为中古。中国从汉唐到宋明时期,为中古。

<sup>②</sup> 参见陈光中、王万华:《论程序法与实体法的关系》,载《诉讼法论丛》第 1 卷,法律出版社 1998 年版,第 3—16 页。

件被视为真理”(res iudicate pro veritate habetur)的既判力原则、“举证责任在于确认之人而不在否认之人”(ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probation)的举证原则、“兼听”(audi altera partem)的调查原则、“任何人不得在自己的案件中担任法官”(nemo iudex in causa sua)的法官中立原则、“任何人都没有使自己牵连进刑事案件的义务”(nemo tenetur seipsum accusare)的反对自证其罪原则、“任何人不应受两次磨难”(nemo dat quod non habet)的禁止重复追究原则、“一切行为都被推定是正确地 and 严肃地作出的”(omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta)的理智推定原则等,罗马法为现代法律制度构造了框架,其确立的诉讼原则、制度、规则成为现代诉讼原则、制度和规则的主要来源之一,为意大利、法国、西班牙和德国提供了可供借鉴的样板,英国法在其实质以及推理方法上也受益于罗马法。古罗马丰富的法律思想和理论已成为现代法学的宝库。

继罗马法之后,公元5世纪至9世纪的欧洲又形成了日耳曼法。日耳曼法是在日耳曼国家中适用于日耳曼人的一系列法典的总称。尽管日耳曼法是在日耳曼部族原有习惯的基础上发展而成的,却在西欧法律发展史上占有重要地位。日耳曼法确立了神明裁判的制度和公开审判的原则,对后世影响久远,至今审判公开原则已成为现代诉讼的一项重要原则。此外,属于日耳曼法的《萨克森法典》规定,法院从黎明到日落进行审判,日落后法院不能再行使权力,如今一些国家将此类限制扩展到了逮捕、搜查和讯问等侦查程序。据分析,现代英美国家的陪审制度也与实行日耳曼法的法兰克王国的类似制度有关。

公元4世纪至15世纪,罗马天主教的法规从罗马法和日耳曼法借鉴了许多法律原则和制度,成为欧洲中世纪的重要法律。教会法与罗马法、日耳曼法并称为欧洲三大法律传统。教会法以《圣经》、宗教会议的决议、法令与法律集、教皇教令集等为法律渊源。教会法采用书面审理程序和代理制度,证据必须经过宣誓提出,法官依据“理性和良心原则”进行审判活动,必须发自内心地确信他所作出的判决。教会法在诉讼中确立了纠问式诉讼程序,例如英诺森三世的教会法规定,根据公众告发或私人控告,法院可以对案件进行调查,从调查证据到刑罚执行都由官方负责。纠问式诉讼程序对大陆法系各国刑事诉讼法的影响很大。

在封建制度下,法国的法律经历了由习惯法到罗马法再到王室立法的发展过程(从9世纪至18世纪),1670年制定的刑事诉讼法是这一发展历程的重要成果之一。法国的司法审判先采用“神明裁判”与“司法决斗”,后采用法定证据制度,并实行纠问式诉讼和检察制度。

日耳曼习惯法和罗马法对德国法的产生和发展产生了重要影响。德国早期沿袭日耳曼人的习惯,采取弹劾式诉讼。1220年德国编成了《萨克森法典》,其中对刑事诉讼规则作出了规定。1532年颁布了《加洛林纳法典》,该《法典》共179条,包含刑法和刑事诉讼法两方面的内容,确立了纠问式诉讼制度,刑事诉

讼分为侦查和审判两个阶段,实行“有罪推定”和刑讯制度,审理不公开,判决分为有罪判决、无罪判决和存疑判决。

俄国的法律直接从部落习惯法转化为早期封建制法,11世纪出现的《罗斯法典》是在习惯法和立法的基础上汇编而成的,1497年颁布和1550年颁布的两部《律书》(前者称“大公律书”,后者称“沙皇律书”或“第二律书”)对法院的权限、诉讼费用、诉讼程序作出了规定。1649年制定的《会典》采用了纠问式诉讼制度。1833年俄国编纂了《俄罗斯帝国法律全书》,原为15卷,四万两千余条,规模十分庞大。该全书在修订和补充时增补了《1664年审判条例》作为第16卷,对法定证据制度作出了详细的规定。

日本仿效中国隋唐法律制度进行本国法律的编纂,其第一部成文法《大宝律令》以唐朝《永徽律》为蓝本,同唐律一样,它也是诸法合体、以刑为主的法典,此后制定的法律也有这一特点。日本古代的法律成为中华法系的重要组成部分。

英国法制独立发展,形成了不同于欧洲大陆的显著特色。<sup>①</sup>1066年,诺曼人在威廉公爵的率领下侵入不列颠全岛,在英国建立起王权统治。国王向各地派出巡回法官并以巡回法官的判决为判例,在遵循先例的原则下通过这些判例使各地存在的习惯法逐渐统一,形成适用于全国的普通法,其后又陆续制定了一些成文法,但大多由习惯法或判例汇集而成。12世纪至13世纪英国统治内部权力斗争加剧,诸侯为摆脱王权的控制而开始了反对国王的战争,迫使国王约翰在1215年6月15日签署了旨在限制国王权力的《自由大宪章》,其第(38)项规定:“任何自由人,如未经其同级贵族之依法裁判,或经国法判决,皆不得被逮捕,监禁,没收财产、剥夺法律保护权、流放,或加以任何其他损害。”<sup>②</sup>由此确立了“正当程序”(due process)的原则,这给英美法系各国的刑事诉讼法带来了深远的影响。在英国,实行对抗制诉讼程序和陪审团制度。这种司法制度延续至今。

## (二) 近现代的刑事诉讼立法

在17、18世纪,卢梭、孟德斯鸠等启蒙思想家提出了“天赋人权”“人民主权”“三权分立”等理论,奠定了西方政治法律制度的理论基础。与此同时,意大利的贝卡利亚在1764年7月16日出版了《论犯罪与刑罚》一书,系统地提出了现代刑事法律的基本原则,即:罪刑法定原则、罪刑相适应原则、刑罚人道化原则、无罪推定原则,并主张废除刑讯。新兴的政治力量倡导的“自由”“理性”和“良心”等思想,直接影响到政治和法律制度的各个方面。启蒙思想家和政治人

<sup>①</sup> 英国是英美法系的领袖国家,英美法系又称海洋法系、盎格鲁—美利坚法系、英吉利法系,产生于英国。当今世界,有大约1/3的人生活在法律制度受到过普通法影响的地区。属于英美法系的国家包括英国、美国以及加拿大、澳大利亚、新西兰等前英国的殖民地和英联邦国家。

<sup>②</sup> 《世界人权公约总览》,四川人民出版社1990年版,第231页。

物宣扬人道主义,尊重个人人格和保护个人人身权利,并宣布按照这些原则来改革政治、法律制度。在反对特权和等级制度的斗争中,革命者提出法律面前人人平等的口号,平等原则成为现代国家机关活动的一项重要原则。各国民主革命胜利后所颁布的法律,确认了这些刑事法律的原则。这些法律有宪章性的,如英国的《人身保护律》(1676年)、《权利法案》(1689年),美国的《美利坚合众国宪法》(1787),法国的《人权和公民权宣言》(即《人权宣言》,1789年)及各国宪法;有法典性及其他单行法律的,如各国的刑法典、刑事诉讼法典等。以法国《人权宣言》为例,它规定了以下刑事诉讼原则:(1)不得任意捕人。“除非在法律所规定的情况下并按照法律所指示的手续,不得控告、逮捕、拘留任何人。”(第7条)(2)罪刑法定原则。“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚,而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外,不得处罚任何人。”(第8条)(3)无罪推定原则。“任何人在其未被宣告为犯罪以前应被推定为无罪。”(第9条)(4)反对酷刑。“即使认为必须予以逮捕,但为扣留其人身所不需要的各种残酷行为都应受到法律的严厉制裁。”(第9条)

近现代刑事诉讼的代表性法典是法国的《治罪法》(即刑事诉讼法)。法国大革命以后,拿破仑亲自主持法典的编纂。1808年12月17日决议通过、26日公布的《治罪法》,采取职权主义的诉讼程序,建立了起诉、预审、审判职权分立的原则和依重罪、轻罪、违警罪分设法院的司法体系,并确立了内心确信的证据制度<sup>①</sup>和其他一系列具有现代精神的诉讼原则、制度和规则。法国《治罪法》对欧洲大陆诸国产生深远的影响,而且影响远及亚洲、非洲和美洲的许多国家,成为大陆法系国家刑事诉讼制度的奠基之作。

追随法国之后,大陆法系其他国家也纷纷制定本国的刑事诉讼法典。1865年,意大利以法国《治罪法》为蓝本制定了《刑事诉讼法典》,确立了无罪推定、自由心证和陪审制度(由职业法官和非职业法官组成合议庭)。1913年这部法典得到修改,提高了被告人的诉讼地位,扩大了被告人的诉讼权利。19世纪中叶德国一些地方出现了“改革的刑事程序”,1877年德国颁布了《刑事诉讼法典》并于1879年正式施行,摈弃了德意志帝国成立前地方邦国数百年来实行的建立在警察国家专制主义政治基础之上的宗教法庭程序,限制了法官权力,实行公诉与审判分立,建立了检察机关,被告人在程序中拥有辩护权并通过“保护形式”得到保护。在亚洲,日本率先进行了法制近代化的进程,1873年日本聘请了法国巴黎大学教授布瓦索纳特(G. Boissonade),根据法国法典为日本起草了《治罪法》(1880年),后日本又于1890年和1922年分别重新制定了《刑事诉讼法》,后

<sup>①</sup> “内心确信”(l'intime conviction)一词来源于法国,“自由心证”的汉译来源于日本,日本明治二十三年(1890年)制定的《民法·证据篇》中最早使用“心证”一词,后在民事诉讼和刑事诉讼中广泛使用起来。



者明显受到德国的影响,但日本根据本国国情舍弃了德国式的“起诉法定主义”,代之以“起诉便宜主义”。日本在1923年制定了陪审法,该法于1943年被废止。

俄国本属大陆法系国家,1917年十月社会主义革命诞生了苏维埃政权,新政权宣布废除沙皇时代的司法制度和基本立法,但由于来不及在短时期内制定出完备的新法律,仍允许沿用一部分旧法律。1918年11月30日苏维埃政权宣布完全禁止在诉讼文件中引用旧法令,确立了苏维埃刑事诉讼制度。苏联分别于1923年和1960年颁布了《苏俄刑事诉讼法典》、于1924年和1958年颁布了《苏联和各加盟共和国诉讼程序立法纲要》,确立了社会主义类型的刑事诉讼制度,对其他社会主义国家起到了典范作用。

第二次世界大战是法西斯主义者在一些国家掌握了政权的恶果,他们对外发动疯狂的侵略战争,对内实行恐怖的极权统治,恣意地践踏本国和占领国人民的人权,法西斯主义国家和一些受法西斯主义影响的国家的刑事诉讼法纷纷法西斯化,刑事诉讼制度的发展出现严重倒退。1942年纳粹德国废除了司法独立;对叛国案,在柏林专门设置了“人民法庭”,合议庭中纳粹党员、党卫军和武装部队成员占绝对多数,审判秘密进行;法院组织和诉讼的许多保障措施都在“简化”的理由下被废止了。意大利于1930年颁布第三部《刑事诉讼法典》。这些法典都强化了检控机关的权力,对被告人的权利则加以严格限制。

第二次世界大战以后,一些国家改革了本国的刑事诉讼制度,转而强化了对人权的保障。20世纪后半期,强化刑事诉讼中的人权保障成为刑事诉讼制度改革的主要趋向;另外,两大法系诸国相互借鉴吸收,使许多具体原则、程序和规则进一步趋同。

1948年日本以新宪法为依据并参照美国模式制定了新的刑事诉讼法,采行起诉状一本主义和令状主义、废除预审制、强化公审中心主义和控辩双方的对抗作用、限制口供的证据能力、限制传闻证据、赋予被告人以保释的权利、对上诉审从原来的复审制改为事后审查制,使日本刑事诉讼制度得到进一步完善。近年来,日本进一步加强对人权的保障,对国选辩护人制度进行了改革,在3年以上惩役或禁锢、无期以及死刑案件中,允许嫌疑人在侦查阶段请求指派国选辩护人为其辩护。2000年,日本制定了《关于以保护犯罪被害人等为目的的刑事程序附属措施的法律》,赋予被害人旁听公开审判的权利,以及阅览、复印审判记录的权利等。日本近年来进行的刑事诉讼制度改革中还建立起“裁判员制度”(即陪审员制度),在刑事审判中由从选民(市民)中选出的裁判员与法官共同审理的司法制度,该制度是新型的国民参与刑事审判的制度,介乎英美法系陪审制度和大陆法系参审制度之间。日本实行这一制度有其历史渊源,在1923年日本曾经仿效英国制定过《陪审法》,该法从1928年起实行,规定刑事案件实行陪审制,但在1943年予以废除。2004年,小泉纯一郎内阁的司法制度改革推进总部

向国会提出了《关于裁判员参与刑事审判的法律》(即“裁判员法”)并在5月21日获得通过。2009年5月21日,日本正式宣布实施裁判员制度。

在法国,20世纪50年代中期对刑事诉讼法典进行修改,1962年3月1日正式实施开始生效的新刑事诉讼法典。近年来对预审法官的权力加以限制,对先行羁押措施实行双重监督,2000年6月15日的法律设立了“自由与羁押法官”,限制预审法官在决定羁押的权力。2007年3月5日通过第2007—291法律(即《加强刑事程序衡平法》)设立预审合议庭,到2014年开始实施。预审合议庭对预审制度进行改革,一些由预审法官行使的职权改由预审合议庭行使。法国还通过修改法律,加强了对被害人权利的保护,预审法官自侦查伊始即承担告知被害人诉讼活动已经开始的义务。特别值得一提的是,虽然1789年8月法国《人权和公民权宣言》第9条早已规定了无罪推定原则,但该原则一直作为宪法规定的原则存在,没有规定在刑事诉讼法中,2000年6月15日,法国终于将这一原则规定在其《刑事诉讼法典》的序言中,规定:“每个犯罪嫌疑人或被追诉人在其被确认有罪之前均推定为无罪。侵害其无罪推定的行为,根据法律规定的条件防止、补救和惩处。”<sup>①</sup>

德国于2004年6月24日通过了《被害人权利改革法》,对被害人权利的保障也作出了专门规定。为了提高诉讼效率,德国确立了“彼此同意”的诉讼解决方式。1997年德国联邦法院在判决中还肯定了控辩双方协商的实践行为。

美国联邦法院自1945年起便酝酿、制定了一个《联邦刑事诉讼规则》,以后又进行了多次修改,自1975年8月15日修改后,这一规则一直是60条,多为原则性的规定,调整的范围也只限于从控告到判决的过程。1965年由联邦最高法院起草,1975年1月2日国会批准颁布了《联邦证据规则》,后经多次修订;该规则对有关证据的原则和制度作出了详细的规定。特别值得一提的是,五、六十年代美国联邦最高法院在首席大法官厄尔·沃伦的主持下扩展了人权法案保障的权利的实体内容并使这些权利对各州产生约束力,在马普诉俄亥俄州案件(1961年)、吉迪温诉温赖特案件(1963年)、米兰达诉亚利桑那州案件(1966年)等著名判例中,美国联邦最高法院强化了对被告人获得律师辩护、沉默权的保护和非法获取证据的排除,掀起了美国司法史上的“正当程序革命”。美国20世纪70年代以来,通过若干判例进行调整,试图在惩罚犯罪与保障人权之间寻求平衡。2000年到2004年,美国联邦最高法院对四个重要的米兰达问题进行审理、裁决,维持了米兰达规则,2000年6月26日伦奎斯特为首席法官的联

<sup>①</sup> 陈光中主编:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社2004年版,第6页。

邦最高法院以7票对2票就迪克森案件<sup>①</sup>作出裁决,宣布米兰达规则“已经成为我们国家文化的一部分,而且已经深深铭记在警察的日常生活中”,因此米兰达规则将予以维持,继续有效。不过,美国联邦最高法院在美国诉帕坦案件中以5票对4票确认:违反米兰达规则的自白而获得的实物证据不适用“毒树之果”规定,间接违反米兰达规则而获得的实物证据将不被排除。<sup>②</sup>

英国以判例法为主,但也制定了若干成文法,特别是近年来,制定了一系列用来规范刑事诉讼活动的单行法律。包括1984年《警察与刑事证据法》、1985年《犯罪起诉法》、1997年《治安法官法》、1994年《刑事审判与公共秩序法》等。其中1985年5月英国议会通过的《犯罪起诉法》,对英国的起诉制度进行了重大改革,改变警察包揽大部分案件的起诉的做法,规定自1986年1月1日起,警察在侦查终结后应当将案件移交给新设立的刑事检察机关,由后者决定是否向法院起诉。1994年的《刑事审判与公共秩序法》对起源于英国并得到广泛应用的沉默权规则作出较大改革。2002年,英国政府公布题为《人人享有正义》(Justice for All)的白皮书,强调增进对被害人权利的保护,主张刑事司法制度应当向有利于被害人和证人的方向寻求新的平衡,被害人应当处于刑事司法制度保护的核心地位。2003年,英国通过《刑事司法法》(Criminal Justice Act),具体规定了加强对被害人权利保护的条款,如对限制被害人性生活史的证据或者问题加以肯定,设定禁止双重危险的例外以保护被害人权利。《刑事司法法》还有许多重大改革颇引人注目,如改革了关于刑事诉讼中传闻证据可采性的规定以及品格证据规则;在严重、复杂的欺诈案件中,某些其他的复杂、时间很长的案件,以及陪审团可能遭受恐吓的案件中,可以不实行陪审团审判而由法官审理。2004年2月24日,英国上议院审议的《宪法改革法草案》第一次在法律上规定了政府的部长们负有尊重司法独立的义务。2009年10月1日,英国根据2005年《宪制改革法案》第三章成立了联合王国最高法院(Supreme Court of the United Kingdom),取代了上议院作为最高司法机关的地位,对英格兰、威尔士和北爱尔兰行使司法管辖权。最高法院设12名法官,首任院长是菲利普斯勋爵(Lord Phillips)。

1988年意大利对本国的刑事诉讼制度进行了大幅度改革,制定了新的刑事诉讼法,这部法典对意大利传统的职权主义诉讼结构进行了根本的改革,强化了对嫌疑人、被告人诉讼权利的保障,移植了对抗制的诉讼制度,在庭审活动中实

<sup>①</sup> 1997年查尔斯·迪克森因涉嫌抢劫银行被警方调查,他拒绝警方对其住处进行搜查的要求,但同意随同警方到FBI办公室接受讯问。警察以“聊天”方式对他进行讯问,并向他表明已经取得法官签发的搜查令要对他的住处进行搜查。在警方没有告知米兰达权利的情况下,迪克森自愿作出了供述,根据它的供述,警方在其住处找到作案使用的手枪、面罩、手套以及赃物。联邦第四巡回区上诉法院根据1968年《综合犯罪控制与街道安全法》(第3501节法律)认定口供是自愿的,可以采纳。2000年4月19日美国联邦最高法院就这一问题举行听证会,米兰达规则经受了一次重新检验。

<sup>②</sup> 陈光中主编:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社2004年版,第7页。

行交叉询问制度,同时保留了法官依职权进行调查的权利。另外,为了提高诉讼效率,还增设了多种简易、速决程序。

俄罗斯对本国的司法体制和诉讼制度也进行了西方化改革,引人注目地重新设立了陪审制度。1991年以后,俄罗斯对《苏俄刑事诉讼法典》进行增删修订并加以沿用,1993年将陪审庭审理案件的程序作为单独一编,共47条,列在原法典的后面,该编对于陪审团审理程序的适用范围、提起程序、陪审团的组成、陪审员的权利与义务、陪审团审理案件的庭审程序等都作出了规定。2001年俄罗斯联邦国家杜马通过新的《俄罗斯刑事诉讼法典》,该法规定在侦查阶段被确定为被告人者、被拘捕或受羁押的犯罪嫌疑人有权请辩护人。《俄罗斯刑事诉讼法典》还借鉴了美国的辩诉交易制度和其他国家的简易程序。目前该法典时有修订,处于不断修改完善当中。

鉴于第二次世界大战法西斯主义肆虐时代对人权的极大侵犯,1948年12月10日,联合国大会通过了人权委员会起草的《世界人权宣言》,1966年12月16日第21届联大通过了《两权公约》以及《公民权利和政治权利国际公约任意议定书》等国际人权公约,确认了一系列刑事诉讼的基本的国际准则,主要包括:(1)权利平等原则。(2)司法补救。保证权利或自由被侵犯的人,能得到有效的补救。(3)生命权的程序保障。规定:未经合格法庭最后判决,不得执行死刑刑罚;任何被判处死刑的人应有权要求赦免或减刑,对一切判处死刑的案件均得给予大赦、特赦或减刑。(4)禁止酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。(5)人身自由和安全的程序保障。任何人不得加以任意逮捕或拘禁,除非依照法律所规定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。(6)对所有被剥夺自由的人应给予人道或尊重人格尊严的待遇。(7)独立、公正审判。所有的人在法庭和裁判所前一律平等。受刑事指控的人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。并且,均完全有资格享受刑事审判的最低限度保障,其中包括:迅速被告知指控的性质和原因;受审时间不被无故拖延;在法庭上有权在同等条件下讯问对他不利和有利的证人;免费获得翻译员的援助;凡被判定有罪者,应有权由一个较高级法庭对其定罪及刑罚依法进行复审。(8)受刑事指控的人有辩护的权利。(9)对未成年人给予特别保障。(10)无罪推定。凡受刑事控告者,在未依法证实有罪之前,应有权被视为无罪。(11)反对强迫自证其罪。任何人不得强迫作不利于他自己的证言或被强迫承认犯罪。(12)刑事赔偿。根据新的或新发现的事实确实表明发生误判,已有的定罪被推翻或被赦免的情况下,因这种定罪而受刑罚的人应依法得到赔偿。这些刑事司法国际准则,总的精神是在国家追究犯罪者刑事责任的过程中,防止国家滥用权力,切实落实和保障人权,实现司法公正。

联合国大会及其所属组织还通过了一系列有关刑事司法的单项法律文书,规定了某一方面的准则,将《两权公约》确立的刑事司法国际准则具体化。在

《世界人权宣言》通过之后,世界各地根据《宣言》相继签订了人权公约,如《欧洲人权公约》(1950年11月4日),《美洲人权公约》(1969年11月22日),《非洲人权和民族权宪章》(1981年通过)。这些公约涉及刑事诉讼准则的内容与《世界人权公约》大体相同。这些国际公约为世界各国刑事诉讼法确立了共同的人权保障标准。

联合国为加强打击犯罪的国际合作,于2000年11月15日通过了联合国《打击跨国犯罪公约》,2003年10月31日又通过了《反腐败公约》,均涉及大量刑事诉讼法的内容,要求更有效地打击犯罪,强化对犯罪进行打击的力度和能力。

“9·11”恐怖袭击发生后,为加强打击恐怖犯罪,一些西方国家纷纷修订法律。美国以几乎没有争论和异乎寻常的速度通过了《爱国者法》(Patriot Act),英国、加拿大、澳大利亚等国也纷纷进行反恐立法,对有关司法程序进行修订,放宽羁押、监听、扣押、秘密侦查等方面的适用条件,强化打击恶性犯罪的能力。<sup>①</sup>

## 二、外国刑事诉讼模式的沿革

刑事诉讼模式是指追诉方、被追诉方和裁判者在刑事诉讼中的地位、相互关系及其体现形式的总体系。按刑事诉讼历史发展,刑事诉讼经历了弹劾式、纠问式到现代的职权主义、对抗制和混合式诉讼模式。

### (一) 早期的弹劾式诉讼

早期的弹劾式诉讼主要在奴隶制和封建制早期的国家实行。

弹劾式诉讼(accusatorial procedure)的特征是:(1)控诉与审判职能分离,遵循“没有告诉人就没有法官”的不告不理原则。控告由私人提起,传唤证人到庭由私人执行,当事人有完全的举证责任。(2)审判以言词辩论的方式进行,诉讼中注重发挥争讼双方的作用,他们在法庭上地位平等、权利对等,可以相互对质和辩论。在古罗马,当时法律顾问阶层已经出现,诉讼中律师有充分地发挥作用的空间。罗马的辩护者一般属于有地位、有财产的人,他们起初在法律诉讼中无偿地为朋友或者被保护人贡献才智,后来在案件审理终结时允许给予辩护者一定的酬金。(3)法官处于消极仲裁者的地位,只负责听取双方当事人提供的情况,审查他们提供的证据,认定事实和作出裁决。在日耳曼各王国,早期没有审判官,审判职能由民众大会行使,但有一些熟悉法律的“智者”(又称“宣法者”“判决发现者”)参加,运用其掌握的习惯法知识对争议的解决提出意见。随着民众大会制度的衰落,769年查理大帝颁布法令,改革了审判制度,取消了民众大会的审判职能,而从每郡选任12人终身“承审官”。在日耳曼法中,普通刑事诉讼实行自诉原则,实行宣誓和辅助宣誓,法庭在整个诉讼过程中处于消极地

<sup>①</sup> 陈光中主编:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社2004年版,第3页。

位。(4) 在弹劾式诉讼中,利害相对的诉讼双方各执一词,互不相让,是非曲直难以判断,法官遂求助于神,期冀神灵给予一定的启示来甄别某些争议事实的真伪和双方主张的曲直。因此,神示证据制度是早期弹劾式诉讼的特征之一。

## (二) 传统的纠问式诉讼

纠问式诉讼(inquisitorial procedure)是继弹劾式诉讼之后出现并盛行于欧洲中世纪中后期的诉讼制度。

纠问式诉讼的本质特征是法官主动依职权追究犯罪。在纠问式诉讼中,控诉职能与审判职能不分,集于法官一身。不实行不告不理原则,刑事诉讼的开始和推进,不取决于被害人的告诉,即使没有被害人的告诉,国家官吏也可以主动发现和追究犯罪。在诉讼中,原告人和被告人没有诉讼主体地位,被告人更是只承担诉讼义务的被追究的客体。审判一般秘密进行,不但庭审前的调查活动是秘密的,法庭审判一般也不公开。纠问式诉讼与野蛮的刑讯紧密地结合在一起,被告人成为被拷讯的对象。刑讯有两类:一类是在判决之前施行的,在掌握证据的情况下,对拒绝供述和保持沉默者施行,如在法国,根据1670年的敕令,在刑事案件中如果对被控犯有死罪的犯人已取得相当的证据而仍然不足以作出有罪判决时,可以予以刑讯;另一类是对已判死刑的犯人施行的,使他们供出同伙。在不同的国家里,刑讯的手法也有不同,在法国巴黎,进行一般刑讯时使用六锅开水和一具小型刑架;进行特别刑讯时除使用同样多的开水外,要使用一具大型刑架;在英国的苏格兰,刑讯时使用一只铁靴和一些楔子;在其他有些国家,存在使用火来烧犯人脚的酷刑。

## (三) 近现代刑事诉讼模式的形成和特征

近现代刑事诉讼中存在三大诉讼模式:职权主义诉讼、对抗制诉讼和混合式诉讼。

### 1. 职权主义诉讼模式

职权主义诉讼(litigation system)模式<sup>①</sup>继承了纠问式诉讼的某些特征,主要为德国、法国等大陆法系国家所实行。纯粹职权主义诉讼模式的特征是:(1)法官推进诉讼进程;(2)法官主动依职权调查证据,可以主动询问被告人、证人、鉴定人并采取一切必要的证明方法;(3)采行不变更原则,案件一旦起诉到法院,控诉方不能撤回起诉,诉讼的终止以法院的判决作为标志。现在,在大陆法系国家,纯粹职权主义的诉讼模式已经被打破,诉讼中一般均采行变更原则,允许控诉方撤回起诉。德国还吸收了当事人主义诉讼中的交叉询问制度,将两种调查制度同时规定在本国的刑事诉讼法中,《德国刑事诉讼法》第239条第1款规定:“依他们的一致申请,审判长应当让检察官、辩护人询问由检察院、被告人提名的证人、鉴定人。对由检察院提名的证人、鉴定人,检察官有权首先询问,对由

<sup>①</sup> 国外也有学者称之为“纠问式诉讼”(inquisitorial procedure)。

被告人提名的证人、鉴定人,辩护人有权首先询问。”

职权主义诉讼是欧陆国家以及受其影响的其他国家将公正、理性、人权等观念融入质问式制度,同时摒弃其野蛮、落后的诉讼因素并在此基础上加以改造的结果。职权主义诉讼中,控诉、辩护、审判职能分立,互相制约,以保障实现诉讼过程的公正性和诉讼结果的公正性。

与传统质问式有所不同的是,在职权主义诉讼中,国家的刑事追诉权分由两个各自独立的机关行使。在司法制度长期演变的过程中,早在12世纪,法国就出现了代表国王参加诉讼的“代理人”,这种代理人是现代检察官的雏形。1302年法国国王腓力四世为加强王权,颁布敕令要求代理人必须和总管、地方官同样宣誓,并以国王名义参加诉讼活动,这一敕令标志检察官正式出现在刑事诉讼活动中。一般认为,检察制度形成于17世纪,法国国王路易十四颁布法令要求各级法院设置检察官,检察官对刑事案件行使侦查起诉权,检察制度由此得以确立。<sup>①</sup> 职权主义体现了国家在处理刑事诉讼案件方面的主动干预原则。这一原则一方面体现为法官有权主动调查证据,另一方面便是检察制度的形成和与之同时出现的公诉职能的分立。

## 2. 对抗制诉讼模式

对抗制诉讼(adversary system),又称“当事人主义”诉讼、“辩论主义”诉讼、“竞争主义”诉讼。

英美法系采对抗制诉讼,其主要特征是:(1)法官不主动依职权调查证据,自我克制是法官在案件调查活动中的惯例,不过,美国也吸收了大陆法系国家法官主动依职权进行调查的内容,如美国《联邦证据规则》第614条规定:“无论是谁传唤的证人,法院都可以询问。”<sup>②</sup>(2)案件事实的发现委诸控诉方和辩护方的举证和辩论,在法庭调查中实行交叉询问制度;(3)实行变更原则,允许控诉方变更、追加、撤回诉讼,允许控诉方与辩护方进行辩诉交易;(4)实行起诉认罪程序,在刑事诉讼中如果被告人自愿而不是被强迫作出有罪的供述,则对案件事实无须进行举证和辩论,法官可以径行作出有罪的判决,被告人这种供述的效果与民事诉讼中的承认并无不同;(5)实行陪审团制度,由一定数量的非专业人士(通常为12人)组成陪审团,在没有法官出席的情况下负责对事实的有无进行裁决。陪审制度的准确起源已难考据,至少在中世纪早期的加洛林时,在欧洲大陆的法兰克社会已有所闻。英格兰的盎格鲁—撒克逊时代也出现了类似现象。据推断,陪审制度是由日耳曼人带到海峡对面的。最初只用于就有关君主利益问题召集一些知情人士作证等特定的行政事务,后来英国国王亨利二世

<sup>①</sup> 至于警察制度,则可以在古罗马发现其端倪,罗马帝国时期就出现了身兼警察和军人两种职务的骑士。近代警察是以法国在14世纪初成立的警察队为开端的,随后英国首创了专职警察队伍,伦敦警察是现代专职警察的开端。相传“警察”一词起源于希腊,14世纪末为法语所吸收。

<sup>②</sup> 王进喜:《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》,中国法制出版社2012年版,第200页。

(1154—1189年)在进行司法改革时在民事司法活动中建立了陪审制。陪审团制度对抗制诉讼程序的设置和诉讼规则的形成具有决定性作用。

对抗制诉讼模式和职权主义诉讼模式的关键区别在于控诉、辩护、审判三大诉讼主体发挥各自功能的方式不同,当事人主义诉讼模式的机理是通过控辩双方作用与反作用,达到制约政府权力、揭示案件事实真相的目的。当事人诉讼模式体现了证据调查活动中的竞争机制,这种带有强烈对抗色彩的制度建立在这样的认识之上,即控辩双方的对抗被认为是发现案件真实的理想方式。职权主义的拥护者认为,发挥法官的主观能动性,有利于防止诉讼受控辩双方法庭技巧甚至伎俩的影响而难以发现案件的客观真实,法官主动依职权调查才是发现案件真实情况的法宝。这种见解偶尔也会受到英美国家法官的赞赏,如美国最高法院一位法官曾在判决书中表达不同意见说:“联邦法官不是拳击比赛的裁判员,而是审判员。”显然,这里所表达的观念与大陆法系国家对法官的功能的认识相当接近。<sup>①</sup>

从实际功效上看,当事人主义诉讼模式和职权主义诉讼模式都是发现案件事实的有效方式,二者各有所长,也各有所短,总的看来,在程序的公正性方面,当事人主义诉讼模式优于职权主义诉讼模式;在诉讼效率方面,职权主义诉讼模式优于当事人主义诉讼模式,因此它们各有优点,又各有不足,很难断定孰优孰劣。

### 3. 混合式诉讼模式

混合式诉讼,又称“折衷主义”诉讼。这一诉讼模式兼采当事人主义诉讼模式和职权主义诉讼模式的因素而形成,主要代表国家是日本和意大利。

混合式诉讼的特征是:(1)保留了法官主动依职权进行调查证据的权力,注重发挥法官在调查案件事实方面的能动性;(2)大力借鉴对抗制诉讼的因素,在诉讼中注重发挥控辩双方的积极性,注重控诉辩护双方平等对抗。在法庭调查中,实行英美式的交叉询问等制度,如《日本刑事诉讼法》第304条规定:“审判长或者陪席法官,应当首先询问证人、鉴定人、口译人或者笔译人。”(第1款)“检察官、被告人或者辩护人,在前款的询问完毕后,经告知审判长,可以询问该证人、鉴定人、口译人或者笔译人。在此场合,如果对该证人、鉴定人、口译人或者笔译人的调查,是依据检察官、被告人或辩护人的请求而进行时,由提出请求的人首先询问。”(第2款)“法院认为适当时,可以听取检察官和被告人或者辩护人的意见,变更前二款的询问顺序。”(第3款)以期取两大诉讼模式之长而摒弃其短。

混合式诉讼是在原有的职权主义诉讼模式的基础上大力吸收对抗制诉讼的积极因素的结果,它以折衷模式试图结合职权主义诉讼和对抗制诉讼之长而避

<sup>①</sup> [美]H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,高鸿钧、贺卫方译,三联书店1990年版,第174页。



免其短,既强化对人权的保障,又注重发现案件真实和提高效率,这种结合为许多国家刑事诉讼的发展提供了新的可供借鉴的典范。

### 三、外国刑事诉讼证据制度的沿革

外国的刑事证据制度发展,特别是欧洲大陆的证据制度发展,大体分为三个阶段:神示证据裁判制度、法定证据制度和自由心证证据制度。

#### (一) 神示证据裁判制度

根据神的启示来判断诉讼中的是非曲直,这种审判制度被称为“神示证据裁判制度”。以获取神的启示作为断案的方法,是神示裁判制度下的证据制度的本质性特征,故该证据制度称为“神示证据制度”。

神示证据制度是在生产力低下的发展状况的制约下产生的,主要发端和盛行于亚欧各国的奴隶社会和欧洲的封建社会前期。

在实行神示证据制度的社会里,由于人们对于自然界的各种现象和人世间的悲欢离合,缺乏科学的认识方法和手段,而将这些现象和事件归结为神意。神被奉为万物的创造者,是宇宙的主宰,神无所不在,无所不知,神意代表着公正、正义,违背神的意志、欺骗神灵必遭天谴,在这一认识前提下,人们相信可以凭借神的启示发现是非善恶并进而惩恶扬善,实现神的意志。

获得神的启示是通过某些确定的仪式来完成的,这些仪式主要有:

(1) 诅誓。诅誓是向神发誓的证明方法。诅誓的证明方法在公元前17世纪巴比伦王国《汉穆拉比法典》中有明文规定,例如该法典第126条规定:“设若某人并没有失落什么而声称‘我失落了某物’,并诬陷自己的邻居,则他的邻居应在神前发誓来揭穿他并没有失落什么,而他则应加倍偿还他的邻居自己所贪图的物品”。古代日耳曼法和西欧中世纪初期的《萨利克法典》也有类似规定。

(2) 水审。水审是用水来检验当事人的陈述是否真实或者被控告的人是否有罪的神示证明方法,又分为冷水审和热水审两种方法。冷水审是将被控告的人投入河水中来检验其是否有罪的方法,例如《汉穆拉比法典》第2条规定:“设若某人控他人行妖术,而又不能证实这事,则被控行妖术的人应走近河边,投入河中。如果他河水制服,则揭发者可以取得他的房屋;反之,如果河水为这人剖白,使之安然无恙,则控他行妖术的人应处死,而投河者取得揭发者的房屋。”热水审是以在沸水中放置物件令被控告的人用手取出来验证其是否有罪的方法。检验标准通常是,烫伤后并经向神祷告或发咒语,在一定时间内如果烫伤痊愈或者有即将痊愈的迹象,则认定无罪;脓肿溃烂,则认定有罪。

(3) 火审。火审是用火或者烧热的铁器检验被控告的人是否有罪的方法。欧洲9世纪法兰克人《麦玛威法》规定:“凡犯盗窃罪,必须交付审判。如在神判中为火所灼伤,即被认为不能经受火审的考验,处以死刑。反之,如不为火所灼伤,则可允许其主人代付罚金,免处死刑。”

(4) 决斗。决斗是由当事人双方使用武器对打以决胜负的神示证明方式。凡在决斗中获胜的一方便被认为是无罪的,失败的一方则被认为是有罪的。

(5) 卜筮。卜筮是就当事人双方争议的事实向神祷告,然后进行占卜,法官根据卦象式签牌的内容判断何者胜诉的神示证明方式。

(6) 十字形证明。十字形证明是当事人双方对面站立,手臂左右伸直,使身体呈十字形,保持这一姿势时间最久者胜诉的神示证明方法,为信仰基督教的民族所采用。

神示证据制度在生产力发展水平仍然很低的社会里为利用神的无形力量解决难以裁决的纠纷进而维护社会秩序提供了便利。作为一种调查案件事实的方法,它显然是反理性的,以神示的方法如果发现了案件的客观真实也事属偶然,在通常情况下既不能发现案件的客观真实,也不可能保障当事人的合法权益。

神明裁判尽管受到激烈的反对,但是,法国迟至路易九世(1226—1270年)、英国迟至亨利二世时才予以废除。

## (二) 法定证据制度

法定证据制度,又称“形式证据制度”,其主要内容是,一切证据的证明力的大小,以及对它们的取舍和运用,都由法律预先明文加以规定,法官在审理案件过程中不得自由评断和取舍,法官在审理案件中运用证据查证案件情况,只需符合法律形式规定的各项规则,并不要求符合案件的客观真实情况。中世纪后期的欧洲国家大多实行法定证据制度,16世纪至18世纪这种制度最为发达。

法定证据制度的内容突出体现在法律对各种证据的证明力所作的预先规定上,主要表现在以下几个方面:

### 1. 关于证据分类

根据欧洲中世纪后期各国法典的有关规定,证据可以分为完善的和不完善的,或完全的和不完全的。不完全的证据又区分为不太完全的、多一半完全的和少一半完全的。例如在1857年《俄罗斯帝国法规全书》里,受害人的自白、书面证据、亲自的勘验、具有专门知识的人的证明、与案件无关的人的证明(即证人证言)等证据被列为完善的证据。受害人相互间的攀供、询问四邻所得知的关于犯罪嫌疑人的个人情况和行为、实施犯罪行为要件、表白自己的宣誓被列为不完善或不完全的证据。按照证据规则,几个不完全的证据可以合成为一个完全的证据。例如一个证人的陈述被视为半个证据,两个证人完全相同的陈述构成一个完全的证据。

### 2. 关于收集和判断某些具体证据

在所有证据中,被告人的自白被认为是最有价值和最完善的证据,即“证据之王”(regina probationum),它对案件的判决和被告人的命运起决定性的作用。刑讯是各国刑事诉讼中普遍采用的方法。在日耳曼和法兰西的刑事诉讼中,刑讯成为“整个大厦的中心”。一些国家的诉讼法典对于刑讯规则作了详细规定。

对于证人证言,法律规定也很详细。两个典型的证人的证言,应当被认作是完全的和完善的证据。一个可靠证人的证言,算作半个证据,只能提供高度的盖然性。当几个可靠证人的证言相互矛盾的时候,按多数证人的证言判断案情。如果提供不同情况的证人彼此人数相等,按以下规则评定:男子的证言优于女子的证言;学者的证言优于非学者的证言;显要者的证言优于普通人的证言;僧侣、牧师的证言优于世俗人的证言。

### 3. 关于运用证据认定某些特定案件

有些国家对于运用证据认定某些特定案件作出了具体规定,例如《俄罗斯帝国法规全书》第312条规定:审理强奸案件必须具备下列情况才能定罪量刑:(1)切实证明确有强暴行为;(2)证人证明被害人曾呼喊救助;(3)她的身上或被告人身上,或者两个人身上,显露血迹、青斑或衣服被撕破,能够证明有过抗拒;(4)立即或在当日报告。

### 4. 关于运用证据的总的定案标准

按照法律规定,在办理刑事案件过程中,一经收集到完善的证据,法官必须形成确信,认定被告人罪行属实;而收集到不完善的证据,这些证据虽有几分可信但不足以证实被告人有罪的,可以认定被告人有犯罪嫌疑而对他进行刑讯。如果经过刑讯仍然收集不到完善的证据,德、法等国法律规定,法院可以据此作出“存疑判决”。

法定证据制度及其理论是随着封建集权制国家的建立而逐步发展起来的。用法律的形式,具体规定各种诉讼制度的证明力和运用的规则,有利于消除各地在诉讼中运用证据的混乱状态,使各地在封建割据、闭关自守的格局下各自为政的混乱状况得以消除,这种混乱是由各地都有自己的司法机关和诉讼制度造成的。

在证据制度的发展史上,法定证据制度较之神示证据制度是一大进步。法定证据制度的一个重要的诉讼功能是在一定程度上限制法官个人的专横武断,按照这一制度,法官在审理案件过程中运用证据遵守法律统一规定的各项规则,使法官的任意判断受到了一定限制。不过,尽管法定证据制度的各项规则相当详尽、具体,但法官在审理案件时仍有回旋余地,可以利用对法定规则的解释,使审判的结果有所偏颇。而且,法定证据制度将被告人的自白视为最佳证据,甚至将刑讯作为合法的取证手段,必然导致诉讼中刑讯现象盛行,诉讼中很难保持客观公正。

法定证据制度的有些规则,如关于书证的原本、副本证明力的规则,在一定程度上反映了书证的某些特征和运用书证的经验。但法定证据制度将审理某些案件中运用证据的局部经验,当做一切案件收集、判断证据的普遍规律;把某些证据形式上的特征,作为评价所有这些证据证明力的标准;并把这些内容规定在法律中,要求法官在审理案件中加以机械地遵守,因此遏制了法官在审理案件中

的主观能动性,束缚了他们的手脚,依这种刻板的断案方式往往难以发现案件的实质真实。

### (三) 自由心证证据制度

自由心证证据制度,又称“内心确信证据制度”,是指法律对证据的证明力不作预先规定而由法官在审理案件中加以自由判断的证据制度。

最早提出在立法中废除法定证据制度的是法国的杜波耳。1790年12月26日,杜波耳向法国宪法会议提出革新草案,建议废除书面程序及其形式证据,用自由心证制度取代法定证据制度。会议经过辩论,于1791年1月18日通过了杜波耳提出的草案。1791年9月29日发布训令明确宣布:法官必须以自己的自由心证作为裁判的唯一根据。1808年法国《治罪法》率先较详细地规定了自由心证制度。《治罪法》第342条规定:“法律对于陪审员通过何种方法而认定事实,并不计较;法律也不为陪审员规定任何规则,使他们判断已否齐备及是否充分;法律仅要求陪审员深思细察,并本诸良心,诚实推求已经提出的对于被告不利和有利的证据在他们的理智上产生了何种印象。法律未曾对陪审员说:‘经若干名证人证明的事实即为真实的事实’;法律也未说:‘未经某种记录、某种证件、若干证人、若干凭证证明的事实,即不得视为已有充分证明’;法律仅对陪审员提出这样的问题:‘你们已经形成内心的确信否?’此即陪审员职责之所在。”现行《法国刑事诉讼法典》第353条对自由心证的文字表述作了简化,但其基本内容是一致的。

继法国之后,欧洲各国立法也相继规定了自由心证制度,例如:

1877年《德国刑事诉讼法典》第260条规定:“法院应根据从全部法庭审理中所得出的自由心证来确定调查证据的结果。”

19世纪末叶俄罗斯废止了法定证据制度。1892年俄国《刑事诉讼条例》第119条规定:“治安法官应根据建立在综合考虑法庭审理时所揭露的情况基础上的内心确信,来裁判被告人有无罪过的问题。”俄国十月社会主义革命诞生了苏维埃政权,苏维埃政权从建立之时起便确立了内心确信证据制度。1922年颁布的《苏俄刑事诉讼法典》规定:法院不受任何形式证据的约束,对于案内一切证据所作的判断,一律由审判员根据建立在综合考虑案件一切情况的基础上形成的内心确信来进行。1923年颁布的《苏俄民事诉讼法典》也规定,证据由法官根据自由的内心确信进行判断。1961年1月1日公布实施的《苏俄刑事诉讼法典》第71条进一步规定了内心确信制度的核心内容,即“法院、检察长、侦查员和调查人员评定证据,应遵循法律和社会主义意识,依靠以全面、完整和客观审核案件全部情况为根据的自己的内心确信。任何证据对于法院、检察长、侦查员和调查人员,都没有预定的效力。”苏联的证据制度十分强调发现案件的客观真实,而在发现客观真实的过程中并不回避审判员的主观活动的作用,苏联的内心确信制度对审判员通过对证据的审查判断形成内心确信的的心理活动过程持实事

求是肯定态度,并以“社会主义的法律意识”置换了西方自由心证证据制度所要求的“良心”“良知”。苏联解体后,俄罗斯在刑事诉讼制度改革中恢复了内心确信的原有内涵。

日本于明治九年(1876年)采行自由心证制度。日本现行《刑事诉讼法》第318条规定:“证据的证明力由审判官自由判断。”

诉讼的过程既是一个发现、收集、运用证据的客观活动过程,也是一个判断证据、认识与案件有关的事实的主观活动过程,在这一主观活动过程中,对于法官如何判断证据的证明力以及在作出判决时应处于何种认识状态,都是不应回避的问题。自由心证证据制度把法官从法定证据制度的束缚下解放出来,使他们能够根据自己的理智和信念来判断证据和认定事实,从而为发现案件的客观真实创造了条件。

需要指出,对于自由心证的理解和运用不当,势必造成司法专横和主观擅断。因此,许多国家在赋予法官自由判断证据证明力的权力的同时,为防止法官利用这一权力主观擅断,对自由心证的形成规定了若干条件的限制,包括:(1)内心确信必须是从本案情况中得出的结论;(2)必须是基于一切情况的酌量和判断;(3)所考察的情况必须不是彼此孤立的,而是他们的全部总和;(4)必须是对每一证据“依据证据的固有性质和它与案件的关联”加以判断的结果。法官必须在证据调查和辩论的基础上,按照经验法则和逻辑要求合理地进行判断,否则,可以被列为上诉(上告)的理由被提起上诉(上告)。

#### (四) 英美法系国家的证据制度

英国在长期的诉讼发展中,没有形成类似于欧洲大陆盛行的纠问式诉讼,虽然证据制度在一定程度上存在形式主义特征,但没有形成严格的法定证据制度,刑讯也不盛行。英国的证据法并不预先具体规定各种证据的证明力,而是确立一整套证据规则用以规范采用证据和判断证据的活动。证据规则复杂而精密是英美法系证据制度的突出特点。

英美法系国家的某些证据规则可以追溯到中世纪,绝大多数的证据规则则是以17至18世纪的判例为基础的。19世纪和20世纪,英美国家进行了一系列法律改革,证据制度得到进一步发展。

在英美法系国家,证据规则颇具特色,它主要是由排除规则构成的。排除规则通常适用于两种情况,一是排除那些与争议事实无关的材料;二是排除那些虽然具有相关性,但与案件事实只有微弱的联系、不值得花费时间去核实的证据,或者与案件事实相关、甚至也很重要,但由于其自身的特点,往往会使人误以为其对事实的证明力比其实际具有的更大的证据以及违反正当程序、损害公民受法律保障的权利而取得的证据。

在英美法系国家,证据规则主要有:诱导性询问规则、意见证据规则、证据的相关性规则、最佳证据规则、传闻证据规则、自白和沉默权规则、非法证据排除规

则等。

其中,传闻证据规则的内容是传闻证据不得作为证据使用。传闻证据(hearsay evidence)是指证人并非自己亲自感知而是转述他人所描述的有关案件的事实或者在法庭外所陈述的有关案件事实的证言。英国在1202年就认识到了传闻证据的不可信性,但直到17世纪后半期传闻证据规则才得以确立起来。禁止传闻证据的理由在于它的不可靠性,因为陈述在传播的过程中可能会被歪曲,这些陈述来自不在场的证人,该证人既不能对该证言发誓,也不受交叉询问,其证言的确实性得不到检验,而且采纳传闻证据也容易拖延诉讼进程。英国《2003年刑事司法法》放宽了刑事诉讼中传闻证据可采性的规定,允许使用符合特定条件的传闻证据,包括提供原始证据的人有正当理由不能出庭或者法官认为其不出庭是适当的情况下使用传闻证据。<sup>①</sup>

被告人拥有反对强迫自证其罪的权利,以暴力或者公开的威胁所得到的任何供认都不能作为证据使用。反对强迫自证其罪的权利的来源存在三种不同说法:一是古罗马任何人没有义务控告自己的原则,二是中世纪教会法的审判实践,三是英国的李尔本案件,李尔本受到星座法院的审判,法官强迫其宣誓和作证,李尔本在法庭上主张不被迫宣誓和作证的权力,法官对他施以鞭挞和枷刑,1640年李尔本在英国议会发表演说,要求确立不被强迫自证其罪的特权,得到英国议会的确认。美国宪法第五修正案也确认公民享有该项权利。沉默权告知规定可以追溯到1906年10月26日英国首席法官奥尔沃斯墩为回答伯明翰警察局局长的询问而写的一封信。1964年英国王座法庭的全体法官会议制定了一套新的规则,规定:一旦警察有了足够的证据怀疑一个人实施了犯罪,他应该立刻对这个人进行警告,告知其享有沉默权,然后才能对他进行询问。1966年美国最高法院在对米兰达案件的裁决中规定警察在对犯罪嫌疑人加以逮捕时必须告知其拥有沉默权,违反这一规则所取得的自白将被排除。不过,米兰达规则自产生之日起就存在很大争议,至今人们仍对这一规则有不少质疑,批评者通常认为,米兰达规则帮助了罪犯,从而妨碍了对犯罪的打击。但2000年6月26日,美国联邦最高法院在迪克森一案中以7票对2票裁决维持米兰达规则而不是予以废止。1994年英国的《刑事审判法》对沉默权加以四项限制,允许法官和陪审团在特定情形下对嫌疑人、被告人的沉默或者拒绝陈述作出不利于他的推断。这一法律的修改颇为引人注目。

总之,英美法系国家的证据制度由大量的证据规则构成,这些证据规则通常由相应的判例所确立,这些证据规则内容繁琐、复杂,而且至今仍在不断地丰富和发展,如美国刑事诉讼中通过判例对排除规则附加了诸如“必然发现”(inevi-

<sup>①</sup> 陈光中主编:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社2004年版,第7—8页。

table discovery)的例外、“善意”(good faith)的例外、“稀释”(attenuation)的例外、“独立来源”(independent source)的例外等,它们在诉讼中都发挥着举足轻重的作用。英美法系国家通过一系列判例确立的证据规则,极大地丰富了诉讼证据法和诉讼证据法学,并对英美法系以外的国家的立法和司法实践产生了积极的影响。

英美法系国家的一整套证据规则,通常是在解决具体问题中确立起来的,其宗旨是保障发现案件的真实,防止冤枉无辜,并体现程序的正当性。英美法系国家的证据规则具有严格性,而且常常有利于确保刑事被追诉者的权益,这被认为具有极大的法制价值。一些证据规则,如米兰达规则,体现了当实质真实与正当程序存在矛盾时将正当程序置于实质真实之上的价值取向,反映出英美国家对诉讼中人权保障的重视。另外,证据规则与诉讼机制的设置存在密切关系,在英美国家,由于陪审团 members 的非专业化,使法庭不得不建立起许多规则,以排除某些看来容易使他们受到错误引导的证据。

## 第二节 中国刑事诉讼法的历史发展

### 一、中国古代刑事诉讼法

中国古代法制历史悠久,影响深远,不但在时间上绵延了两三千年,而且在空间上也有广泛影响,形成世界五大法系之一的中华法系。

#### (一) 中国古代刑事诉讼法的沿革

中国的古代法典诸法合体,没有区分实体法和程序法。也没有鲜明区分刑事法和民事法。

在我国禹舜时代,《尚书》记载有“皋陶”作为刑官,可见当时已有刑事诉讼。关于诉讼规则,周代实行两造审理、五听制度等诉讼制度并采用人证、书证等证据种类,在先秦的典籍中,特别是儒家《周礼》等典籍中有许多记述,影响深远。

至于编纂成法典,则始于公元前536年郑国的子产将刑法铸在铁鼎上,史称“铸刑书”。战国时魏国的李悝编纂了《法经》,这是我国古代第一部比较系统的刑事法典,该法分为6篇,其中的囚法、捕法两篇属于刑事诉讼法的规定。商鞅对李悝的《法经》加以完善形成《秦律》。

汉承秦制,在保留囚法、捕法等6篇的同时增设3篇,共9篇,改“法”为“律”,称《九章律》,但仍只有囚律、捕律为与诉讼法有关的内容。魏时定魏法,共计18篇,晋更增为20篇,均含捕律、告劾律、系讯律、断狱律。南北朝删定律书,《梁律》改“捕”为“讨捕”;《齐律》设斗讼、捕亡两篇,北周改“告劾”为“告言”。隋《大业律》分告劾、捕亡、断狱诸篇,将“斗讼”改为“斗”。

唐朝制定的《唐律》为中华法系的代表作,唐朝以隋代法律为蓝本,先后形

成《武德律》《贞观律》《永徽律》和《开元律》，现仅有《永徽律》完整保存下来，《永徽律》是我国最早最完整的封建刑律，产生在我国封建社会的鼎盛时期，总结了封建法律制定和司法实践的经验，分12篇，共502条，其斗讼律规定如何控告犯罪，捕亡律规定追捕罪人之事，断狱律集中规定审讯和决断案件。唐朝除“律”以外，还包括“令”“格”“式”三种，其中捕亡令等也含有刑事诉讼法的内容。唐代律令为后代法律树立了典范，影响远及日本、越南等东亚、东南亚诸国。

五代、宋、金都在唐律的基础上进行增减，与唐律大同小异。元代纂定新律，与唐宋有了一定的差异，称《至元新格》，共20篇，其第13篇为诉讼（与前代告劾律相同）、第18篇为捕亡，第20篇为平反（与前代断狱律相同），并改“斗讼”为“斗殴”，后又修订为《大元通制》。诉讼篇着重规定如何控诉犯罪，但其篇名“诉讼”后来成为我国以及日韩等国近现代的诉讼法典的名称。

明律、清律集中国古代法律之大成，也设诉讼、捕亡、断狱诸篇，都是由唐律发展而来的。

综观历代法律，刑事诉讼法的规定包含在早期法律的囚法、捕法当中，隋唐以下至于明清，主要在“斗讼”“捕亡”“断狱”等篇中规定有刑事诉讼的制度和程序，在“名例”“职制”“职官”中也规定有刑事诉讼的内容。

## （二）中国古代的司法机构

中国古代司法与行政不分，司法机构一般同时为行政机构。汉代到唐代，审级大体上可以分为三级。<sup>①</sup>宋代以后直到清末，审级大体上分为四级。秦朝以后，中央集权制度确立起来，司法权最终皆由皇帝执掌，成为维护皇权至上的基本保证。

从中央司法机构看，先秦时期的司法官吏，在古代典籍中较普遍地称为“士”或者“司寇”。周代由专职官吏掌管司法权：大司寇之下有小司寇、士师。汉代以廷尉执掌司法权。北齐改廷尉卿为大理寺。隋唐由刑部执掌司法事务，大理寺管理囚禁，御史台掌握纠察狱讼的事务。宋代中央审判机关具有多样化的特征，除刑部、大理寺外，又设审刑院，上奏案件须先送审刑院，办理完毕还要交其详议，宋神宗时将审刑院并入刑部；宋代的中央行政机构如中书、门下、枢密院、三司（盐铁、度支、户部）都有权干预司法。元代撤销大理寺，将其职权并入刑部，又将管理贵族事务的宗正府作为重要的审判机构，此外还出现了宗教的与世俗的审判机构并立的现象。明代刑部、都察院和大理寺，号称“三法司”，其中刑部主持审判，大理寺成为复核机关，刑部的组织机构也相应扩大；明代宦官干预政事和司法，东厂、西厂、锦衣卫等特务机构的设立表明专制制度得到了强化。清朝司法机构设置与明代相似，但刑部权力扩大，在京刑狱由刑部审理，外省刑

<sup>①</sup> 汉代刑事诉讼案件由乡到县令到郡守再到廷尉，乡以调解为主；魏晋南北朝时期，从县到郡到州再到廷尉，但州刺史大多兼任持节都督，有权不告而杀。因此虽然名义上分四级，实质上可视为三级。



案也归刑部复核;为保障清朝贵族的法律地位,三法司外又设宗人府,与刑部会审清朝贵族犯罪的案件;中央还设有理藩院负责对少数民族犯罪案件的审判。

从地方司法机构看,周代有乡士、遂士、县士、方士、讶士,分管各自辖区内的司法事务。秦汉地方政权为郡、县两级,以郡守(汉景帝时改为太守)、县令(长为长官,郡设决曹吏、县设县丞作为司法佐吏,基层还有啬夫负责听讼和征收赋税,游徼负责类似司法警察的事务。三国两晋南北朝时期,地方设州、郡、县三级,州郡长官为刺史或州牧、郡守或太守,不仅管理行政和司法,还兼领兵权。隋朝将州、郡、县三级改为州、县两级,唐代加以沿袭,州的长吏为刺史,有法曹及司法参军辅佐司法;县的长吏为县令,有司法佐辅佐司法。宋代州一级的长官为知州,并增设通判,重要的行政与司法事务,必须由知州和通判联合签署才能生效。元代地方政权分为行省、路、府(州)、县,府(州)、县的长官称为府尹(州尹)和县尹。明朝的地方政权为省、府(州)、县三级,清为省、道、府、县四级,一般均由各级行政长官行使司法权,由幕僚加以辅佐。

### (三) 中国古代的起诉制度

中国古代的司法没有设立专门的控诉机关,在起诉方式上也不像现代诉讼那样只有公诉和自诉两种,古代的起诉实际上是指司法机关开始审理案件的缘由或依据。

古代的起诉方式以被害人告诉为主,还包括被害人或其亲属以外的一般人告诉、官吏举发、审判机关纠问等。

古代对控告一般采取鼓励甚至奖励的政策,对于知情不举要给予相应的惩罚,但为了维护家族关系和等级制度,除对于谋叛等特别严重的犯罪、亲属互相侵害的犯罪案件以外,又允许如亲属等特定身份者相为容隐,同时规定如囚犯等特殊身份的人不得告发,包括:(1)因亲属关系而相互容隐,称“亲亲相隐”,在亲亲相隐的制度下,允许亲属之间互相隐瞒犯罪事实而不进行告发和作证,而且卑亲属控告尊亲属受到限制,违反者要受到惩罚;(2)限制奴婢控告其主;(3)80岁以上老人、10岁以下幼童和罹患恶疾、癫狂、两肢废、两目盲等笃疾者,除谋反、逆、叛、子孙不孝以及同居之内为人侵犯案件外,不得告诉;(4)除对于监狱官员酷虐囚犯、明知别人有谋叛以上犯罪以及坦白自己的罪行牵连他人的情况外,禁止囚犯告发他人,该制度始于北齐;(5)犯罪已受赦免的,一般不得告诉;(6)犯罪人死亡的,一般不得告诉。此外,对控告不实和诬告予以惩处。为堵塞诬告之源,还严禁以匿名文书告发他人。

中国古代的司法机构存在一定的审级,告诉必须依审级逐级进行,跨越审级直接向上级司法机构起诉称为“越诉”。越诉受到禁止,原因是:自下而上进行告诉,可以使下级官员尽其职,可以使上级官员审查下级已经作出的裁决,如果越诉,则被认为有轻视下级官员之意,也违背了设官分职的意义。

为使民间的冤情能够为君主及时获知,古代还建立了直诉制度,允许直接向

国王或者皇帝诉冤。直诉制度起源于《周礼》所载的路鼓(宫殿最里层门外设立路鼓,由专人掌管,鸣冤者击鼓)、肺石(肺石即赤色的石头,鸣冤者立石上)制度,唐朝有邀车驾(皇帝出行,于路边迎其车驾申诉)、击登闻鼓(申冤者击朝廷专门设置的鼓以求皇帝得知此事)、上表、立肺石等方法,后世也采行邀车驾、击登闻鼓等直诉方式。击登闻鼓等直诉方式,不失为古代诉讼中一项好的制度。

#### (四) 中国古代的审判制度

古代断案一般采独任制,由承审官一人坐堂问案;对少数重大或者特殊案件实行会审制度。会审制度始于唐朝的三司推事,在唐朝,遇有重大疑难案件,皇帝诏令大理寺、刑部、御史台派大理卿、刑部侍郎、御史中丞会同审理。到明、清时期,发展成正式的会审制度,遇特别重大案件,明代厂卫和其他官员也参加;清代由九卿(六部加都察院、大理寺、通政使司的官员)共同审理,称“九卿会审”。

古代法官有着严格的审判责任。《周礼·吕刑》称审判官员有五种过错(即所谓“五过之疵”):“惟官、惟反、惟内、惟货、惟来,其罪惟均。”意思是因依仗官势、私报恩怨、受女人影响、接受贿赂、故旧往来而影响案件正确处理,处以所断罪同样的刑罚。后世对于司法错误,明列情况分别惩罚。法官的司法错误主要包括出入人罪(又分故意、过失)、淹禁不决、应当受理而不受理、不依法刑讯、状外求罪、判决不引律令、应上言不上言、应上奏不上奏等,法律规定颇为详密。

古代诉讼实行两造审理原则,两造审理是指审判在原告、被告都到场时进行的制度。《周礼·吕刑》有云:“明清于两辞。”又云“两造具备,师听五辞”。这是关于两造审理原则的表述。

在案件调查活动中还实行五听制度。五听是古代调查审核证据过程中,审判官吏观察当事人心理活动的五种方法,《周礼·吕刑》有云:“简孚有众,唯貌有稽。”《周礼·秋官·小司寇》云:“以五声听讼求民情,一曰辞听(观其出言,不直则烦),二曰色听(观其颜色,不直则赅),三曰气听(观其气息,不直则喘),四曰耳听(观其听聆,不直则惑),五曰目听(观其眸子视,不直则眊然)。”<sup>①</sup>这是关于五听制度的较早记载。

古代诉讼中还存在八议制度。八议制度是对于八种具有特殊身份的人,犯罪后须经特别审议并享受减免刑罚的特权的制度。这一制度源于周代,原称“八辟”,后改称“八议”。具体内容包括:(1)议亲,“亲”指王室的宗族;(2)议故,“故”指王室的故旧;(3)议贤,“贤”指贤能有德;(4)议能,“能”指有大才业;(5)议功,“功”指有大功勋;(6)议贵,“贵”指有爵位者;(7)议勤,“勤”指勤于国事;(8)议宾,“宾”指承先代之后为贵宾者。唐律规定,除犯十恶罪者以外,凡属八议的人犯死罪,必须将所犯罪状以及应议的情况,先奏请议,议定后奏请皇帝裁可,该管审判官不得擅自处断;犯流罪以下,该管审判官可以径行减等

<sup>①</sup> 括号内文字为郑玄所作的注释。

处断。这一制度与法律的平等适用的精神相违背,它所维护的是封建的特权等级。

古代诉讼中的等级制度的另一表现是代理制度。《周礼·秋官》记载:“凡命夫命妇,不躬坐狱讼。”“命夫”系担任大夫官职的男子,其妻为“命妇”。命夫命妇可以不出席审判而由其属下或者子弟代为诉讼,以防止治狱官吏的威严与命夫命妇的尊严相冲突而冒犯了命夫命妇的尊严。这一制度元朝、明朝仍然沿用,但一般限于民事诉讼。

古代诉讼中为平反冤错案件和解决久押不决的案件而实行录囚制度。录囚制度始于东汉,录囚的“录”是指“省录之,知情状,有冤抑与否”,含有宽宥之意,与“虑”相通,故唐朝称此制度为“虑囚”。录囚由皇帝亲自进行或者由官员进行,录囚的结果多所原宥。史册中光武帝、汉明帝、晋武帝、隋文帝录囚皆在立国之初,属于偶一行之;唐高祖之后成为惯常的制度,皇帝录囚的事迹史不绝书。官员录囚始于西汉,在平反冤滞方面发挥了重要作用。<sup>①</sup>

除录囚制度外,明清时期还进行热审与寒审。热审是中国古代在暑天为疏通监狱而设的审判制度,始于明成祖,但未普遍推行;清代才定为制度,每年小满后十日开始至立秋前一日,非真犯犯罪及军流,都可酌情予以减等、宽免或者立秋后执行(监外戴枷)。寒审为明代在寒冬为疏通监狱而设的审判制度,天寒时审释轻罪囚犯,以免死于饥寒,这一做法在明代只是偶尔实行而没有形成惯例。

在中国古代,对于死刑案件设立了特别程序加以复核。对于死刑案件,实行由中央司法机关和皇帝核准的制度,隋唐时期还实行死刑执行前向皇帝报奏,皇帝作最后定夺的死刑复奏制度。古代的死刑分为立决与监候两种,监候又分情实与缓决。由于监候者死刑多于秋后进行,明、清时期在秋天定期录囚。明清时期,对于判处死刑、加以监禁以待秋天处决的案件实行复核的特别程序称为“秋审”和“朝审”。秋审和朝审是朝廷派员会审死刑案件的制度。朝审始于明英宗,每年霜降后进行。对于京师地方案件由刑部审核,因这种审核由临时派出的王公大臣在天安门外金水桥朝房审理,故称“朝审”。对外省案件的审核称“秋审”。

#### (五) 中国古代的证据制度

中国古代的神判制度,在有历史记载的周代已经衰落,从现有的史料看,中国古代的神判制度并不发达。在中国古代的诉讼活动中,对于证据,一般交由法官自由判断,虽然存在根据“众证定罪”(即有三人以上明证其事才能定罪)和“罪从供定”等机械的规定,但还构不成法定证据制度。

在中国古代,证据种类主要有被告人口供、证人证言、物证、书证和检验结果等。

<sup>①</sup> 陈顾远:《中国法制史》,中国书店1988年版,第313—314页。

在诉讼中,刑讯是法定的调查取证的方法。刑讯始于何时,已难考定。根据《礼记》的有关记载可以看出,在周朝的诉讼活动中已经存在刑讯。到了秦代以后,刑讯进一步制度化和合法化了,法律中不但明确确认了这种方法,而且明确规定了刑讯的对象、条件、工具、规则等。拷问的对象通常为被告人,但对原告人、证人也允许拷问。刑讯的条件一般是,存在一定的证据而被告人不供或者所犯罪行比较严重。根据《唐律》规定,审判官认为需要进行刑讯时,需要经过“立案”,由所有长官共同审讯。刑讯的工具通常是杖,其规格有固定的要求。拷打的部位一般限于腿、臀和背。南北朝和隋朝以后,刑讯形成了一些特定规则,如《唐律》规定:拷讯不得超过3次,每次相隔20天;总数不得超过200。如果属于依法拷讯而造成意外死亡的,审判官不承担责任。拷讯已达法定数限仍不承认的,取保释放。同时反过来拷打原告人,但被杀被盗案件以及被水决火烧案件中的家人及亲属例外。另外,《唐律》规定:“诸应议、请、减,若年七十以上,十五以下,及废疾者,并不合拷讯,借据众证定罪。”对于上述这些人也不能进行刑讯。刑讯是一种野蛮、落后的审判方式,无论合法还是非法的刑讯,都会造成严重的后果,古代刑讯是大量冤错案件的来源,再加上法外用刑,造成了无数人间惨剧。

总之,中国古代的刑事诉讼制度,从夏商至于明清,内容丰富,精华与糟粕并存,反映了以儒家为主导的古代思想的影响,也体现了古代司法活动长期积累的经验,并反映了在司法活动中的专制集权制度的本质和特征。由上文的介绍不难看出,中国古代刑事诉讼法有着鲜明的特点,这些特点是:

第一,以儒家思想为刑事诉讼法制的思想基础。中国古代的法制建立在伦理原则的基础上,礼教构成了国家的总的精神,儒家学说的主导地位促成了这一局面的形成。孔子重德治、礼教、人治而不重法治,主张德主刑辅,但孔子及后世儒家针对诉讼提出了一系列主张,对刑事诉讼产生了重大影响,诉讼法的一些内容和司法的一些实际事例直接反映了这种影响。如孔子抱有“和为贵”的非讼观念,称“听讼吾犹人也,必也使无讼乎?”<sup>①</sup>这种非讼观念影响所及,造成讼师辅助诉讼的做法一直受到严厉的抑制而难以发展成为类似现代的律师辩护和代理制度。又如孔子主张“亲亲相隐”,《论语·子路》云:“叶公语孔子曰:‘吾党有直躬者,其父攘羊,而子证之。’孔子曰:‘吾党之直者异于是:父为子隐,子为父隐。——一直在其中矣。’”这是古代法律中亲属相为容隐制度的直接理论来源。西汉董仲舒甚至抛开法律规定而以《春秋》一书表达的儒家经义为依据断案决狱,前后处理疑难案件232起。除儒家外,先秦其他诸家也提出了一定的诉讼主张,特别是法家思想,在中国古代的诉讼实践中都有一定的影响,但影响力都不及儒家思想。

第二,君主掌握最高司法权。在古代中国,普天之下,莫非王土;率土之滨,

<sup>①</sup> 孔子:《论语·颜渊》。

莫非王臣。国家被视为君主一家之天下,百官均为君主一人之臣属。君主拥有无限权力,这些权力被宣扬为神授和至高无上,司法权也是由君主掌握成为其独裁专制权力的重要组成部分。皇帝(先秦时期为“王”)掌握着生杀予夺的大权,可以权宜行事。君主言出法随,可以运用自己掌握的生杀大权,将罪不该死的人逮捕治罪甚至处死,体现了专制制度的专横性、残酷性,也可以任意宽免罪犯、平反冤狱。

第三,司法与行政不分,行政官兼理司法。中国古代没有形成司法权独立于行政权的局面。中央司法机关主要职责是办理狱讼案件,但需要绝对服从于君主的命令,并一般受制于冢宰、丞相、三省等中央行政中枢。地方司法机关则与行政机关往往为同一机关,司法官同为行政官。司法只不过被看做行政事务的一部分,这种君主专制制度下权力一体化的权力结构,有利于君主对司法权的控制,发挥着为封建统治服务的功能。

第四,维护封建特权和伦理纲常。在中国古代的刑事诉讼中,统治阶层拥有种种特权,法律面前实行公开的不平等,八议制度和诉讼代理制度等诉讼制度是这种不平等在诉讼中的典型表现。为了维护封建伦理纲常,维护宗法制度和家族统治,封建刑律实行“亲亲相隐”制度,并且,对于卑亲属控告尊亲属(如子孙告祖父母、父母,妻妾告夫,等等),一般要施以严厉刑罚;而对于尊亲属控告卑亲属,则一般不予刑罚惩罚或者处以轻刑。

第五,实体法与程序法不分,刑事诉讼法与民事诉讼法基本不分。中国古代法典,诸法合一,实体法与程序法没有分开,即使户婚纠纷也以刑罚为解决手段,因此严格地说,诸法合为刑法。刑事诉讼法是在刑律中加以规定的,体现为对违反诉讼断狱的程序的刑罚处罚。人们大多是通过认识历代法律对哪些诉讼行为确认非法并加以处罚来推知刑事诉讼的原则、制度和规则的。按照《周礼》的记述,周代的刑事诉讼称为“狱”,民事诉讼称为“讼”。在古代汉语中“狱”“诉”与“讼”在字义上有着一定的区别。但从秦汉以后的立法和司法看,刑事诉讼与民事诉讼并没有严格区分,基本上适用同一诉讼程序和诉讼原则。

第六,实行纠问式诉讼,刑讯具有法定性。中国古代没有设立专门的控诉机关,也不实行不告不理原则,审判机关主动依职权追究犯罪,没有专门的侦查机关,承审官常常集侦查、控诉、审判于一身,原告、被告以及其他诉讼参与人没有诉讼主体地位,诉讼权利不足,被告人基本上没有诉讼权利,属于被追查、拷讯的对象。中国古代诉讼重视口供,以口供作为定案的主要依据。在通常情况下,没有认罪的口供,则不能定案。为获取口供,立法者、司法者都视刑讯为必要的诉讼手段,在法律中加以明确、详密的规定,在司法实践中也广泛适用,甚至成为诉讼活动的中心环节。

第七,具有慎刑狱的司法精神。《舜典》中说:“钦哉钦哉,刑之恤哉”。据说,舜制定了刑罚之后,要求天下百官慎重行使。据载,夏禹时,就已经制定了一

条重要的刑事政策——“与其杀不辜，宁失不经”，意思是宁肯不依常规办案也不要错杀无罪的人。<sup>①</sup>《礼记·王制》记载：在殷代，重大案件从立案到庭讯要由下至上经过多次审理，如果属于“疑狱，泛与众共之，众疑赦之，必察大小之比以成之。”<sup>②</sup>即如果案情疑似，难以处断，就广泛征求意见，众人都认为确属疑似，就予以宽大处理，但仍须作出恰当的判决。后世各个朝代，为了保证案件得到公平、正确处理，防止误判错杀，并平反冤案，通常都确立了一系列的制度，主要包括法官责任、会审制度、直诉制度、死刑复核复奏制度、录囚制度等，这些制度不仅在当时历史条件下发挥了有益的作用，至今仍然有着借鉴的意义。

## 二、清末的刑事诉讼法

1840年鸦片战争以后，中国古代法律近乎封闭式发展的局面才被彻底打破。外国资本主义的侵入使中国的经济结构和阶级结构发生了显著变化，侵略者们确立的领事裁判权分割了清帝国的一部分司法主权。在这种情势下，清朝在进入20世纪以后为顺应新的形势和收回治外法权，模仿西方资本主义国家的法制开始了中国法制的改革和发展。1902年清政府下诏宣布立法的宗旨云：“参酌各国法例”，“务期中外通行”，“与各国无大悬绝”，并派沈家本、伍廷芳为修律大臣负责修订现行法律。次年设立了修订法律馆，修订法律馆负责拟订奉旨交议的各项法律与各项专门法典，增订旧有的法例与各项章程。制订诉讼法是清末立法的项目之一。

沈家本十分重视诉讼法的编纂，沈氏认为，刑法与诉讼法为体与用的关系，“体不全，无以标立法之宗旨；用不备，无以受行法之实效。二者相因，不容偏废。”<sup>③</sup>他还指出：“查中国诉讼断狱，附见刑律，沿用唐明旧制，用意重在简括，揆诸今日情形，亟应扩充，以期详备。泰西各国诉讼之法，均系另辑专书，复析为刑事、民事二项。”<sup>④</sup>因此奏请分别编定刑事、民事诉讼法。为贯彻立法宗旨，沈家本主持的修订法律馆，积极翻译西方国家的法典、法规，译成日、德、美等国诉讼法，还延请了西方法学家参与法律的草拟工作并担任法律学堂的主讲。1906年在沈家本的主持下编成《大清刑事、民事诉讼法草案》及相辅而行的《法院编制法草案》。《大清刑事、民事诉讼法草案》分5章共260条，采行公开审判制度、陪审制度和律师制度，是中国第一部具有近代精神的诉讼法典草案。1906年清廷将该法草案下发到各省要求各省体察情形、悉心研究、提出意见，由于当时各省保守力量占有优势，各省先后覆奏请求暂缓施行，这部法律草案遂被搁置而未予颁行。

① 《尚书·大禹谟》。

② 《礼记·王制》。

③ 沈家本：《修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请现行试办摺》。

④ 同上。

为适应各级审判厅开办的需要,1906年清政府颁布了《大理院审判编制法》。1907年颁行《各级审判厅试办章程》,该法参照《法院编制法草案》等拟订,分总纲、审判通则、诉讼、各级检察厅通则、附则等5章,共120条,概括规定了《法院编制法草案》和《大清刑事、民事诉讼法草案》的主要内容,包括:采四级三审制,确立预审制度、回避制度,设立检察厅,并对起诉、上诉、管收、保释等作出了规定。1908年,清廷将刑部改为法部;大理寺改为大理院,专司审判。大理院旋即改组成立,并规定了大理院审判责任。1909年清政府将沈家本主持草拟的《法院编制法》交宪政编查馆逐条考核,后经修改与宪政编查馆拟订的《初級暨地方审判厅管辖案件暂行章程》《司法区域分划暂行章程》同时施行。《法院编制法》确立了司法独立原则,强调各审判衙门“独立执行”司法权,并于各级审判厅内设立了检察厅。

1909年,沈家本在修订法律馆开始主持重新编纂《刑事诉讼律》草案(分6编,共515条),1910年完成,未及颁行,清朝灭亡。

清政府业经颁布的新型法律,民国成立之初均予以暂行援用。《刑事诉讼律》中关于事务管辖、土地管辖、管辖指定与移转等规定得以在民国各审判衙门暂行实施。

### 三、中华民国的刑事诉讼法

中华民国分为三个时期:南京临时政府时期(1912年1月至1912年3月)<sup>①</sup>、北洋政府时期(1912年至1928年)、国民党政府时期(1927年至1949年)。

#### (一) 南京临时政府时期的刑事诉讼法

1911年10月10日,辛亥革命爆发,推翻了清朝政府,结束了长达两千年的君主专制统治,成立了孙中山领导的南京临时政府。

1911年12月各省都督的代表制定了《临时政府组织大纲》,以美国国家制度为蓝本,确立了三权分立原则,规定临时中央审判所行使司法权。1912年2月7日孙中山在南京公布《中华民国临时约法》确认了三权分立的制度,规定法院是行使司法权的机关,实行司法独立和审判公开的原则并规定了人民的诉讼权利。南京临时政府提倡人权,指出“天赋人权,胥属平等”,实行法律面前人人平等的原则。南京临时政府还颁布大总统令废除了刑讯制度,规定:“不论行政司法官署,及何种案件,一概不准刑讯,鞠狱当视证据之充实与否,不当偏废口供。”<sup>②</sup>同时命令各级官府,焚毁不法刑具。

此外,南京临时政府还草拟了《中央裁判所官职令草案》《律师法草案》,规

<sup>①</sup> 南京临时政府时期仍属“近代”的范畴。

<sup>②</sup> 《辛亥革命资料》,中华书局1961年版,第215页。

定慎选法官,建立律师制度、陪审制度和辩护制度,要求诉讼采取文明办法、尊重法律并公开进行。

南京临时政府虽然只存续了3个月,却在司法领域进行了多项重大改革。这些改革,借鉴了欧美资产阶级国家的法律制度,否定了封建的苛政酷刑,将近代的法律思想和人道主义精神融入刑事诉讼制度中,尽管存在着一定的局限性并且未能完全付诸实施,但其历史功绩是不能抹杀的。

## (二) 北洋政府时期的刑事诉讼法

北洋政府时期,军阀专权,局势动荡。1912年,袁世凯就任民国大总统之职,因民国法律还没有制定颁布,于是下令准许暂时援用清朝施行的法律。1921年北洋政府将前清的《刑事诉讼律》修改为《刑事诉讼条例》,颁布后于1922年1月全面施行。

北洋政府时期,近现代的司法体系逐步建立:法院系统设大理院、高等审判厅、地方审判厅和初级审判厅,除普通法院外,还设有军事法院;检察机关设置在各级审判衙门内,分为总检察厅、高等检察厅、初级检察厅,负责侦查、公诉并监督判决的执行。1923年的《中华民国宪法》确立了审判公开原则和司法独立原则,规定:“法官独立审判,无论何人,不得干涉之”,并规定了法官职务保障。

1914年4月袁世凯撤销约占全国2/3的地方审检厅和全部初级审检厅,恢复县知事兼理民事、刑事案件的制度,《县知事审理诉讼暂行章程》规定:“审判方法由县知事或承审员相机为之,但不得非法凌辱。”这里“相机为之”的说法实际上为任意逮捕、拘押、刑讯等司法专横行为开了绿灯。

北洋政府就诉讼活动作出规定,规定了管辖、诉状的程式和讼费等;确立了对于符合起诉条件的犯罪行为检察官必须起诉的法定起诉原则;规定了简易程序;同时确立了辩护制度,规定法政学校毕业并经考试合格者才能充任律师;保留了旧法曾经有过的“职官为原告时”可以不到庭,“得委诸他人代诉”。司法实践中,法官大量使用判例和解释例,作为处理案件的根据。1912年到1927年大理院汇编的判例多达两千多件。

## (三) 国民党政府时期的刑事诉讼法

国民党政府执政期间,立法院于1931年10月28日颁布了《法院组织法》,该法分15章共91条。1928年7月,立法院颁布了《中华民国刑事诉讼法》和《中华民国刑事诉讼法施行法》,1934年这两部法律得到修正并于次年颁布施行,分9编共计516条。此外还制定了一系列单行法规,如《惩治盗匪暂行条例》(1927年11月18日颁布施行)、《危害民国紧急治罪法》(1931年1月31日颁布)、《特种刑事法庭审判条例》(1948年4月2日颁布)等。

国民党政府的《刑事诉讼法》是在继承北洋政府《刑事诉讼条例》基础上并进一步取法德国、日本等大陆法系的刑事诉讼制度基础上制定的,该法采行职权主义的诉讼模式,确立了如下原则:(1) 弹劾原则,即承认当事人为诉讼主体,实