

“十二五”国家重点图书出版规划

◎ 陈瑞华 著

刑事诉讼的前沿问题


(第五版)

上册

中国当代法学家文库

陈瑞华法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划

◎ 陈瑞华 著

刑事诉讼的前沿问题

(第五版)

上册

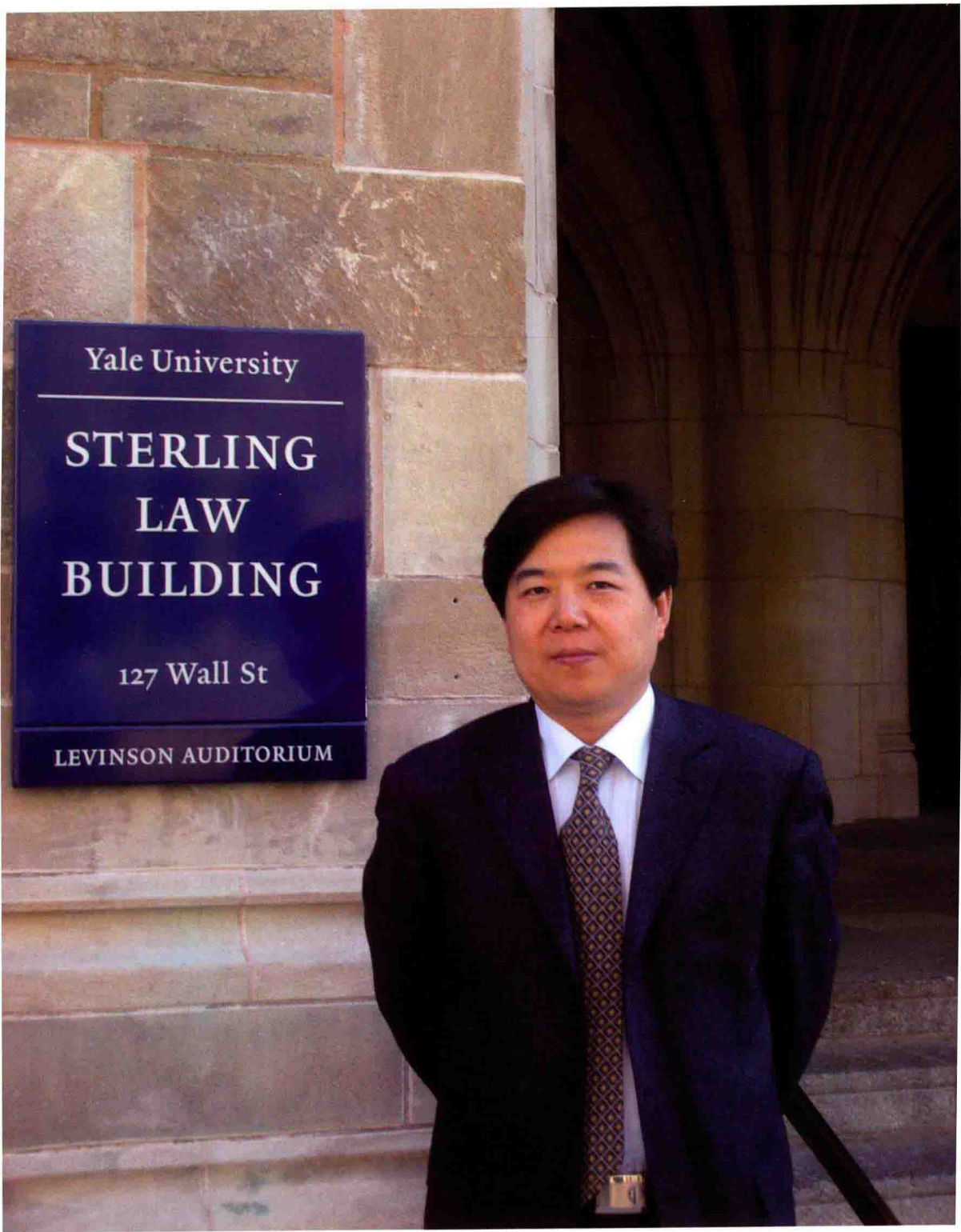
中国当代法学家文库

陈瑞华法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

· 北京 ·



Yale University

STERLING
LAW
BUILDING

127 Wall St

LEVINSON AUDITORIUM

第五版序言

1995年，笔者进入北京大学法律学系从事博士后研究工作。受时任《中外法学》副主编的李贵连教授的邀请，笔者对20世纪中国刑事诉讼法学的发展史进行了系统的梳理，写出了一篇学术史考察的论文。论文发表后，在法学圈引起了一定的积极反响。这激发了我对刑事诉讼基本理论问题进行研究的兴趣，并陆续发表了多篇学术论文。1999年，笔者有幸结识了中国人民大学出版社的编辑郭燕红女士，并在她的盛情相邀下，将有关研究成果加以汇编，形成了《刑事诉讼的前沿问题》一书。该书于2000年在该出版社出版，被编入该社的《法律科学文库》系列。

2005年，在郭燕红和李文彬两位编辑的不懈努力下，中国人民大学出版社推出了一个名为《21世纪法学研究生参考书系列》的丛书。由于被纳入该丛书的著作涵盖了法学各主要学科，又是理论容量较大的专题性学术专著，代表了有关学科的较高水平，因而它们被不少大学法律院系采用为法科研究生的教科书，产生了较大的学术影响力。笔者所著的《刑事诉讼的前沿问题》一书，得到了策划者的青睐，并经过修订，以第二版的形式被编入该套丛书中。两年后，笔者再次将多篇随后发表的重要论文进行汇编，写成《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》（以下简称为《问题与主义之间》）一书。该书作为《刑事诉讼的前沿问题》（第二版）的姊妹篇，也被编入《21世纪法学研究生参考书系列》。迄今为止，《刑事诉讼的前沿问题》先后出版了四个版本，《问题与主义之间》一书在有了两个版本后，又随后以《刑事诉讼中的问题与主义》的书名，出版了两个新的版本。

2015年7月，在班晓琼编辑的大力帮助下，中国人民大学出版社邀请我加入该社的《中国当代法学家文库》系列。该系列是一个规格较高并享有学术盛誉的学术丛书，可以吸纳同一位作者的多部代表性著作。经过慎重考虑，我决定对《刑事诉讼的前沿问题》进行再次修订，并将其作为自己的首批学术著作纳入其中。当然，作为一部学术专著的书名，“刑事诉讼的前沿问题”确实存在着一些

形式上的问题。毕竟，书中所讨论的主要不是刑事诉讼的“制度”问题，而是刑事诉讼“法学”的理论问题；书中所涉及的既有“前沿性学术问题”，也有不少“基础性理论问题”。但是，作为一个学术符号，《刑事诉讼的前沿问题》似乎已经成为一个约定俗成的学术品牌，成为不少大学法学院系研究生研习刑事诉讼法学的基本书目。经过反复斟酌，并征得出版方的同意，笔者最终仍然保留了《刑事诉讼的前沿问题》这一书名。不过，考虑到《刑事诉讼的前沿问题》虽几经修订，却仍然存在着容量有限的问题，为使读者获得更多的信息量，笔者准备将该书编成上、下两册，使其内容得到扩展。为此，笔者不惜放弃《问题与主义之间》这一存在了近十年的书名，将该书的相关重要章节连同新近发表的多篇重要论文纳入新书之中。

笔者之所以要出版《刑事诉讼的前沿问题》第五版，主要是为读者提供一个系统了解刑事诉讼法学研究状况的窗口。笔者期望，通过阅读此书，那些初入法学研究之门的人士能够减少笔者过去曾经历过的困惑和苦楚，顺利进入刑事诉讼法学研究的领域。该书分为上、下两册，共13个部分。第一部分“学术史”和第二部分“研究方法”，旨在引领读者了解刑事诉讼法学的历史发展脉络，告诉读者这一学科在研究方法上出现的最新动向。从第三部分开始，本书依次展示了中国刑事诉讼法学的五大成体系的理论，也就是“诉讼价值理论”、“诉讼构造理论”、“程序性制裁理论”、“诉讼模式理论”和“裁判理论”。读者唯有掌握了这些理论的脉络，才有可能在研究问题时自觉地与本学科的研究者进行学术对话，并真正地从“规范世界”进入“理论世界”。在第八、九、十和十一部分，本书依次研究了“辩护理论”、“强制措施理论”、“量刑程序理论”和“被告人的诉讼地位”，展示的是笔者的一些理论思考和学术成果。在本书的最后两个部分，笔者还对“刑事诉讼程序的生成机制”、“刑事诉讼法的实施和变迁”问题进行了新的探索，对相关问题进行了理论分析。

在本书的修订过程中，笔者的意志力始终受到某种程度的考验。有些历久弥新的理论文章能够保留下来，就连自己都受到了感动。但仍然有不少章节或因为时过境迁，文献整理方面的贡献有余而理论创新不足，或因为过于侧重法对策学的分析而缺乏理论推进，而不得已被笔者忍痛割爱。通过略带苦涩的整理过程，笔者再次痛感那种超越时空的理论研究实在是难能可贵的，而很多“应景之作”则犹如过眼烟云，没有长久的生命力。那些没有理论灵魂的文字，就连作者本人都羞于继续示人。

在本书出版过程中，笔者有幸得到了中国人民大学出版社的支持。这种支持是支撑我走过漫长而艰辛的学术之路的重要动力。笔者特别要感谢郭燕红、李文彬、杜宇峰、班晓琼等诸位编辑的无私奉献和大力帮助。没有她们富有智慧的策划，本书是不可能面世的；没有她们持之以恒的努力，本书也不可能一版再版，不断地从一套丛书“跳到”另一套丛书。在经历了16年时间之后，一部法学著



作能连续推出五个版本，这说明它具有旺盛的生命力，也显示出读者对它的厚爱。笔者将把这种厚爱视为一种鞭策，在法学研究的道路上继续跋涉和耕耘，不断奉献出新的、具有原创性的理论作品。

《刑事诉讼的前沿问题》（第五版）在修订过程中得到了国家 2011 计划司法文明协同创新中心的资助，本书也是该中心的研究成果。

陈瑞华

2015 年 10 月 4 日于珠海新香洲



通过程序实现法治（初版序言）

曾有一位哲人问他的学生：假设你不得不面临这样两种处境：一是医生认为你身患严重疾病，只有将你的右腿截掉才能挽救你的生命，在取得你的同意后准备对你实施截肢手术；二是你在航海途中遭海盗的劫持，海盗要求你交出属于别人的珍宝，在遭到拒绝后准备砍下你右手的中指。如有可能，你愿意选择哪一种？为什么？学生沉思片刻，回答说：最好是哪一种也别让我选择，因为右腿和右手的中指我都不愿失去。哲人分析说：你的回答很机智，但回避了问题。实际上，选择第一种情况意味着你失去一条腿，但你受到了医生的善待：他珍视你的生命，也尊重你的自由意愿，截肢行为的最终目的是让你避免更大的不幸。而如果选择第二种情况，你遭受的是小一些的损失——一根手指，但是海盗根本不把你当回事，既不尊重你的自由意志，也不顾及你的利益，砍手指行为的最终目的是获得财物，并为此不惜牺牲你应得的权利。学生恍然大悟：如此说来，第一种是可以接受的。

上述对话听起来近乎天方夜谭，但却以一种独特的方式说明了这样一个问题：在自己的权益面临威胁时，人们不仅关注自己利益被剥夺的实际结果，而且重视自己被对待的方式；在不幸的结果确属不可避免的情况下，人们可能更加注意自己是否受到了公正、人道的对待。这一问题归结起来，也就是过程与结果、程序与实体的关系问题。

在法哲学中，程序是指按照一定的步骤、顺序和方式形成某一法律决定的过程，国家通过立法对这种过程的规范和调整即形成专门的程序法。在这里，与程序相对应的是各种法律决定，如立法机构制定和通过的法律、行政机构作出的行政处罚决定、法院作出的司法判决或裁定，甚至还包括通过选举产生的领导人或民意代表等。在这些法律决定中，可能对公民的权益造成最大威胁的是刑事法律决定，即宣布一个人犯罪，对其科处刑罚，从而使其财产、自由、名誉甚至生命受到剥夺。为防止这种定罪、科刑权力的滥用，国家制定实施了刑法，使定罪符合法定的构成要件，量刑也要符合法定的刑罚种类和幅度，也就是“法无明文



规定不定罪，法无明文规定不处罚”。罪刑法定原则所体现的是一种典型的法治思想：对于官员而言，凡是法律没有授权的都是禁止的；而对于普通公民而言，凡是法律不禁止的都是允许的。这样，刑法就构成了对官员司法活动的实体性限制。但是，对于限制官员们的权力而言，仅仅有刑法还是远远不够的。因为刑法毕竟是规范罪与罚的法律，为公民的行为确立了一种外部的界限，它规范的主要是官员司法活动的结果，而不是司法活动的过程。为了防止官员们在司法活动过程中不至于滥用权力，国家制定了一种专门的程序法——刑事诉讼法。

什么是刑事诉讼？在不少人看来，这是一种以惩罚犯罪、揭露犯罪、证明犯罪为目的的国家活动。换言之，刑事诉讼实际上是国家发动的一场旨在控制、镇压犯罪的战争，战争的主导者是作为国家司法机构的公安、检察、法院，战争的打击对象是所有犯罪者。但是，既然将刑事诉讼视为一种军事战争，那么为什么不按照军事战争的要求设置其过程，而要遵从“诉讼”的要求呢？任何诉讼都要求由控诉、辩护、审判三方构成的结构，其间控诉与审判必须有主体角色上的分离，而不能集中由同一机构担当；辩护也必须强大到足以与控诉相抗衡，并制约审判的程度。这种结构设置是背离军事科学上的基本原理的。事实上，如果从军事战争的角度来理解刑事诉讼，公检法的权力完全没有必要进行分工，而可以由同一机构集中行使打击权力；刑事诉讼法也完全没有必要制定，因为任何旨在确立诸如管辖分工、回避、辩护、逮捕条件、羁押期限、上诉制度的规范，无一例外地都会“捆住”公检法的手脚，使其无法随心所欲地打击犯罪，并降低刑罚本应具有威慑力和恐吓力。

在笔者看来，对刑事诉讼可以从两个不同的角度进行认识。从社会经验的角度来看，国家专门机构一旦发现犯罪发生，就要进行刑事诉讼活动，以使犯罪受到准确、及时的惩处，从而实现国家的刑罚权。在这里，先有犯罪行为，然后才有刑事诉讼活动。刑事诉讼不过是为实现国家惩治犯罪的目标而服务的，它只具有工具或手段的价值。而从法律实施的角度来看，前面所说的“犯罪”不过是一种经验上或社会层面上的犯罪，而法律意义上的犯罪本应是国家对公民实施的某一行为的权威性法律评价。因此，先有刑事诉讼活动，然后才会有犯罪的认定。未经法定的刑事诉讼程序，未经法院作出生效的司法裁判，任何人都不得被认定为罪犯。在这一意义上，刑事诉讼就对裁判结论具有独立自主的决定权，从而具有完全独立于刑法的内在价值。长期以来，中国的主流诉讼理论所坚持的就是第一种刑事诉讼观念。这种观念否定了刑事诉讼为国家法律实施活动这一根本特征，将刑事诉讼理解为经验意义上的打击犯罪和惩治犯罪活动，使得刑事诉讼带有明显的行政性治罪活动，而不具有“诉讼”的性质。笔者主张，刑事诉讼要真正走向科学化、文明化和人道化，就必须将其纳入法律的轨道，使其受到一系列的法律限制。刑法确定的诸如罪刑法定、罪刑相适应、犯罪构成、刑罚幅度、追诉时效等一系列的原则和制度，其实是在静态上对国家权力的限制。而刑事诉讼





的最大功能，就是从动态的角度为国家剥夺公民的基本权益施加一系列程序方面的限制。

如此说来，将国家追究犯罪的活动纳入“诉讼”的轨道，似乎应是理解刑事诉讼的关键。如同那种以解决个人与个人之间利益争端为目的的民事诉讼、以解决个人与政府机构之间利益争端的行政诉讼一样，刑事诉讼也是一种为解决利益争端而进行的国家活动，只不过这里的争讼一方为国家，另一方为个人；争讼的目的在于确定特定的个人应否承担刑事责任。国家制定刑事诉讼法的主要目的在于为个人与国家追诉机构进行理性的对抗提供平等的机会和基本的保障。由于强大的国家与弱小的个人之间处于天然不平等状态，现代刑事诉讼法中的许多原则、规则和制度都旨在对这种不平等加以平衡，使国家追诉机构负有一些特殊的义务，如证明有罪的责任、向辩护方展示本方掌握的证据材料等；同时使处于被追诉地位的被告人享有一系列诉讼特权，如不承担证明责任、享有律师帮助的权利、上诉不加刑等。这些程序设计旨在保证被告人与国家追诉机构一起，成为诉讼的主体，而不是消极等待国家处理、被动承受国家追诉的诉讼客体；同时保证追诉官员与被告人真正进行理性的对话、说服和辩论，他们除诉讼角色不同以外，没有身份上的高低贵贱之分。这样，刑事诉讼才能具有理性抗辩的性质，而不是赤裸裸的报复和镇压。正因为如此，刑事诉讼法才具有“被告人权利大宪章”的特征，并与国家根本大法——宪法，具有了更为紧密的联系。

刑事诉讼法不仅为个人与国家进行理性对抗提供了条件，而且更是对参与诉讼的国家司法官员的权力施加了各种限制。如果将刑法与刑事诉讼法作一对比，我们不妨将刑法视为主要是对个人进行限制的法律，要求百姓遵守刑法的目的是维护基本的社会秩序，防止因犯罪得不到控制而出现的无政府状态。为了保证刑法的实施，国家建立了一系列实体性制裁措施，如定罪、科处刑罚等。与此相反，刑事诉讼法尽管也规定了诉讼参与人所应承担的义务，但它主要是对官员权力进行限制的法律。要求警察、检察官、法官遵守刑事诉讼法的目的在于防止他们任意或随机地剥夺个人的自由、追究个人的刑事责任，从而将他们的行为纳入法律的轨道，防止因为官员带头违法而造成破坏法治、践踏国家法律秩序的局面。为保证刑事诉讼法的实施，国家也建立了一系列程序性制裁措施，如违法取得的证据无效、违反法律程序作出的裁判无效等。因此，刑事诉讼法又具有“官员权力控制法”的性质，防止任何官员打着控制犯罪的旗号滥用刑事追诉权。

看来，要实行真正的“法律的统治”，而不是“运用法律治民”，就必须防止刑事诉讼成为国家对个人的报复行为；必须将刑事诉讼活动纳入国家与个人之间的理性对抗中，使国家追究个人的任何行为和决定都具有正当和合理的基础。由此，刑事诉讼才能走出行政性治罪活动的误区，实现诉讼状态的回归。

以上是笔者历经十年的研究和思索所得出的带有宣言性的结论。长期以来，中国的刑事诉讼理论不甚发达，有关的法律观念也较为落后，研究刑事诉讼理论





的学者未能奉献出具有启发性和创造性的思想和学说，致使刑事诉讼在立法和司法两个层面上存在着一些与法治观念不相符的实践。五年以前，笔者在着手撰写博士学位论文时，曾就司法审判的性质、刑事审判程序的内在价值、刑事审判的基本原则、诉讼职能的区分与制衡，以及刑事审判程序的模式等理论问题，进行过细致的梳理和论证。当时的感觉是，从法律程序内在价值的角度分析诉讼问题，将为刑事审判制度提供一个坚实的理论基础，从而在理论上摆脱“重实体，轻程序”的局面。两年以前，笔者在博士学位论文的基础上，经过修改、补充和整理，出版了《刑事审判原理论》一书。以今日的眼光来看，该书在今后若干年还能为人们所接受的理论突破有：从司法审判与行政、立法以及与其他纠纷解决方式区别的角度，分析了司法审判的基本特点；将法律程序的价值评价标准区分为外在价值、内在价值和经济价值等三个层面；提出了“最低限度程序公正”的概念、标准，对其意义作了论证；对无罪推定、审判独立、直接言词、一事不再理等基本原则，从理论上作出了新的解释和论证；明确提出了“诉讼职能的区分与制衡”的思想，并进行了理论上的论证和对策分析；从实现程序价值的角度，分析了刑事审判模式的区分、发展规律。当然，由于是初次撰写学术著作，该书在体系结构的编排和有关理论的充分论证等方面，确实存在着一些不足和遗憾之处。

笔者在到北大法律系工作的四年时间里，一直在为研究生开设“刑事诉讼理论”这门课程。出于讲课的需要，笔者不得不就刑事诉讼程序的整体问题进行深入的思考，并尽量从新的理论视角解释刑事诉讼立法和司法实践中的问题。这一教学活动为笔者在研究刑事审判理论的基础上，全面思考刑事诉讼的前沿问题提供了一个难得的契机。按照笔者的学术个性，如果说用“语不惊人死不休”来形容可能有些夸张的话，那么至少有一种追求学术创新的内在冲动。在笔者看来，讲课如同艺术表演，如果你不能奉献给观众（学生）一些有价值的东西，他们怎么可能忍受你长时间的无聊讲授呢？正是基于这一想法，笔者在四年的讲课实践中，经过读书、思考和社会调查，积累了一些资料，也沉淀下一些新的学术思想。但笔者有一个不好的习惯：讲课既不喜欢看讲稿，甚至也不愿意写出完整的讲稿。每次讲课之前，往往在思考成熟之后，写出简单的讲课提纲，然后按照提纲进行讲授。这种讲课方式为笔者整理有关的内容带来了难度。在写作本书时，有时就不得不求助于学生上课时所作的笔记。

本书对刑事诉讼中的一些前沿性理论和实践问题进行了研究。之所以将其命名为《刑事诉讼的前沿问题》，是考虑到本书所探讨的问题都是在刑事诉讼理论和实践中居于核心地位的问题，这些问题直接涉及中国刑事诉讼法学的前途和中国刑事司法改革的方向。笔者的基本思路是，通过对中国刑事诉讼法学进行系统的回顾、总结和展望，就刑事诉讼制度背后的一系列观念进行重新分析和评价，对左右着刑事诉讼程序的司法体制进行重新反思。在本书前三章中，笔者对民国



以来的中国刑事诉讼法学进行了回顾和反思,对刑事诉讼的理论范畴进行了全面的分析,还对中国证据法学的理论基础进行了深入的反思,以引起读者对刑事诉讼法学体系以及基础性理论创新问题的深入思考。在本书的第四章,笔者研究了过去长期为人们所忽略的问题——刑事诉讼的纵向构造问题,通过对中外刑事诉讼构造进行系统的比较,提出了从“流水作业”走向“以裁判为中心”的理论观点。本书的第五、六、七、八、九、十等各章,涉及刑事诉讼具体程序中的问题。笔者从宏观的角度,运用比较和实证的分析方法,对侦查、起诉、第一审、简易程序、普通救济程序以及再审程序,进行了重新研究。在研究中,笔者力图使读者发现这些程序设计背后的价值观念和哲学基础,认识到它们与中国司法体制的密切联系,从而将问题从具体的诉讼程序引向司法体制。第十一章研究的是近年来对刑事辩护具有极大影响的问题——证据展示问题。笔者在对英、美、日、意等国相关制度进行系统比较的基础上,分析了中国在“审判方式改革”完成之后,建立证据展示制度的必要性。第十二章所分析的则是刑事司法鉴定制度问题。笔者在就各国刑事司法鉴定制度进行比较的基础上,分析了中国相关制度的特点和主要问题,并对这一制度的改革问题进行了展望。

相对于笔者以往发表的论著而言,本书更多地采用了评论和反思的写作风格。其中既涉及对中国刑事诉讼法学理论的反思,也包含着对中国刑事诉讼制度的评述。在写作中,笔者深感驾驭这些复杂问题的困难。笔者为一介书生,撰写本书的目的绝非在于贬低中国刑事诉讼法学研究取得的成果,也不是仅仅在于对中国刑事诉讼制度甚至整个刑事司法制度的一味批判。笔者的真实意图是,通过对中国刑事诉讼法学理论的现状进行反思,推动这一学科走向深入和精密,走向哲理化和实证化;通过对中国的刑事诉讼制度和司法制度进行深刻细致的实证考察和评论,推动这一制度的深入改革,以符合“依法治国”,建设法治国家的理念。

本书采用的是专题讨论的著述体例。这种体例很可能使人产生“理论不成体系”的感觉,而且不符合形式严谨这一学术标准。但笔者认为,目前刑事诉讼理论研究本来就较为粗浅,有的理论还很难达到体系化的程度。因此,与其设置一个体系庞大但内容空洞的所谓“理论体系”,倒不如扎扎实实地研究一些基本的理论问题。当然,读者会发现本书有一小部分内容曾以论文的形式发表过。笔者在编排本书体例时已经考虑到这一点,并力求使这些内容与其他内容具有内在的理论联系。受时间和篇幅所限,笔者所探讨的只是刑事诉讼中的一部分前沿性问题。其他一些重要的问题,如刑事辩护、强制措施、刑事证据规则、被害人地位、少年案件诉讼程序等,也是刑事诉讼中亟待研究的重大理论问题。对这些问题的研究,笔者将在以后继续进行下去。

本书的完成和出版得益于很多人的帮助和支持。笔者首先要感谢北京大学法学院吴志攀院长、刘守芬教授,他们为笔者提供了很多具体的帮助和支持,使得





笔者能够有一个相对较好的科研和学术环境。本书能够入选中国人民大学出版社《法律科学文库》，得益于该社领导的远见和慧眼。本书能够及时顺利地出版，也得益于该社编审和编辑们的宽容心态和辛勤劳动。在此，谨向为本书出版付出过劳动、给予过关怀的人士，表示诚挚的谢意。与以往一样，贤妻秦玲女士在本书写作过程中提供了巨大的支持和鼓励，为笔者安心写作创造了宝贵的安静环境。本书的出版也包含着她的心血和期望。

陈瑞华

1999年9月于北京大学

总 目

上 册

第一部分 学术史

第一部分导读	3
第一章 20 世纪初期之中国刑事诉讼法学	5
第二章 刑事诉讼法学的基本范畴	25
第三章 刑事诉讼法学的回顾与反思	95

第二部分 研究方法

第二部分导读	117
第四章 刑事诉讼法学的研究方法问题	118
第五章 法学研究回归社会科学的思考	144

第三部分 诉讼价值理论

第三部分导读	163
第六章 刑事诉讼程序的三种价值 ——以刑事审判程序为范例的分析	165
第七章 程序正义理论	204



第四部分 诉讼构造理论

第四部分导读	247
第八章 刑事诉讼的横向构造模式 ——以审判程序为切入的比较分析	249
第九章 刑事诉讼的纵向构造	277
第十章 刑事审判前程序之整体构造	300

第五部分 程序性制裁理论

第五部分导读	323
第十一章 程序性制裁理论	325
第十二章 非法证据排除规则的三个模式	375

第六部分 诉讼模式理论

第六部分导读	397
第十三章 刑事诉讼的私力合作模式	398
第十四章 对抗性司法与合作性司法 ——一种新的刑事诉讼模式理论	426
第十五章 刑事附带民事诉讼的三个模式	468

下 册

第七部分 裁判理论

第七部分导读	495
第十六章 刑事司法裁判的三种形态	498
第十七章 案卷笔录中心主义 ——侦查中心主义对刑事诉讼程序的影响	519



第十八章 彻底的事实审	
——第一审程序与上诉审程序的关系	541
第十九章 程序性裁判中的理论问题	
——以非法证据排除程序为切入的分析	562
第二十章 相对独立的量刑裁判模式	592

第八部分 辩护理论

第八部分导读	615
第二十一章 刑事辩护的几个理论问题	617
第二十二章 刑事诉讼中的有效辩护	632
第二十三章 独立辩护人理论的反思与重构	651

第九部分 强制措施理论

第九部分导读	675
第二十四章 未决羁押制度的比较研究	676
第二十五章 未决羁押制度的理论反思	708

第十部分 量刑程序理论

第十部分导读	735
第二十六章 量刑程序的独立性	
——一种以量刑控制为中心的程序理论	737
第二十七章 量刑信息的调查	761

第十一部分 被告人的诉讼地位

第十一部分导读	785
第二十八章 “义务本位主义”的刑事诉讼模式	
——“坦白从宽、抗拒从严”政策的程序效应	786
第二十九章 被告人的双重诉讼地位	
——以被告人阅卷权问题为切入的分析	818



第十二部分 刑事诉讼程序的生成机制

第十二部分导读	835
第三十章 法律程序构建的基本逻辑	837
第三十一章 制度变革中的立法推动主义	861

第十三部分 刑事诉讼法的实施和变迁

第十三部分导读	883
第三十二章 刑事程序失灵问题的初步研究	884
第三十三章 案卷移送制度的演变与反思	912



上册细目



第一部分 学术史

第一部分导读	3
第一章 20 世纪初期之中国刑事诉讼法学	5
一、现代刑事诉讼法学的产生	5
二、刑事诉讼法学的初步发展	9
三、结论	18
附 1 沈家本等奏《刑事诉讼律草案》告成装册呈览 一折（摘录）	19
附 2 夏勤《刑事诉讼法要论》要目	20
附 3 陈瑾昆《刑事诉讼法通义》要目	22
附 4 蔡枢衡《刑事诉讼法教程》简目	23
第二章 刑事诉讼法学的基本范畴	25
一、刑事诉讼法学基本范畴研究的回顾	25
二、刑事诉讼价值	29
三、刑事诉讼目的	38
四、刑事诉讼构造	49
五、刑事诉讼阶段	57
六、刑事诉讼法律关系	61
七、刑事诉讼主体	67
八、刑事诉讼职能	74
九、刑事诉讼客体	80
十、刑事诉讼行为	85



十一、结论	91
第三章 刑事诉讼法学的回顾与反思	95
一、研究方法	95
二、理论体系	100
三、两种法律传统的冲突	107
四、制度成长的逻辑	109
五、证据法研究的困境	111

第二部分 研究方法

第二部分导读	117
第四章 刑事诉讼法学的研究方法问题	118
一、引言	118
二、从对策到解释	120
三、基本的问题意识	125
四、实证方法的引入	130
五、法学学科的交叉研究	136
六、法律的生命有机体理论	140
第五章 法学研究回归社会科学的思考	144
一、问题的提出	144
二、传统规范法学的缺陷	146
三、社会科学方法的引入	151
四、穿过经验事实的迷雾	157
五、结论	159

第三部分 诉讼价值理论

第三部分导读	163
第六章 刑事诉讼程序的三种价值	
——以刑事审判程序为范例的分析	165
一、法律程序价值概说	165



二、法律程序的内在价值——程序的正义性	168
三、法律程序的外在价值——程序的工具性	183
四、法律程序的效益价值——程序的经济性	191
五、程序诸价值之间的关系	196
第七章 程序正义理论	204
一、程序与程序的正当性	204
二、程序正义观念的起源	209
三、纯粹的程序正义：罗尔斯的分析	211
四、程序正义与当代的程序价值理论	216
五、研究程序正义问题的必要性	220
六、程序正义价值的独立性	224
七、程序正义与其他正义形态的关系	230
八、程序正义的基本构成要素	234
九、程序正义的限度	239
 第四部分 诉讼构造理论 	
第四部分导读	247
第八章 刑事诉讼的横向构造模式	
——以审判程序为切入的比较分析	249
一、刑事审判构造模式的划分标准	249
二、对抗式构造模式	254
三、审问式构造模式	260
四、刑事审判构造模式的融合	265
五、评价	272
第九章 刑事诉讼的纵向构造	277
一、问题的提出	277
二、以裁判为中心的诉讼构造	279
三、“流水作业式”的诉讼构造	283
四、“流水作业式”构造的负面后果	291
五、可预期的诉讼构造改革	295





第十章 刑事审判前程序之整体构造	300
一、引言	300
二、刑事审判前程序之简要比较	301
三、中国刑事审判前程序的构造	306
四、中国审判前程序的主要问题	310
五、走向一体化的审判前程序	316

第五部分 程序性制裁理论

第五部分导读	323
---------------------	-----

第十一章 程序性制裁理论	325
一、问题的提出	325
二、程序性制裁的基本模式	327
三、宣告无效——程序法的独特制裁方式	348
四、为什么要选择宣告无效的制裁方式	353
五、程序性制裁的局限性	359
六、程序性制裁的未来	363
七、程序性制裁理论的体系	366

第十二章 非法证据排除规则的三个模式	375
一、问题的提出	375
二、强制性的排除与自由裁量的排除	377
三、可补正的排除	382
四、程序审查优先原则	386
五、证明责任的分配	389

第六部分 诉讼模式理论

第六部分导读	397
---------------------	-----

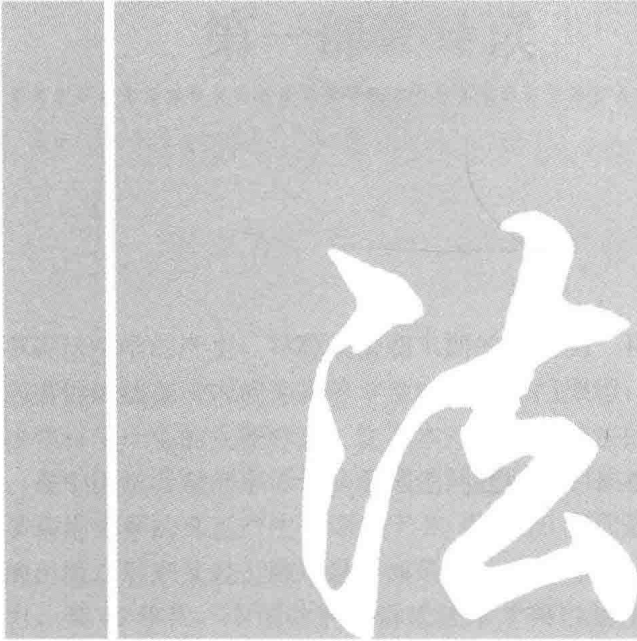
第十三章 刑事诉讼的私力合作模式	398
一、引言	398
二、刑事和解制度的三种模式	400
三、刑事和解的现实利益基础	404





四、刑事和解对传统刑事诉讼理论的挑战	413
五、一种新的合作性司法哲学	419
第十四章 对抗性司法与合作性司法	
——一种新的刑事诉讼模式理论	426
一、问题的提出	426
二、帕克和格里菲斯的诉讼模式理论	429
三、对抗性司法及其局限性	432
四、最低限度的合作模式	439
五、协商性的公力合作模式	441
六、私力合作模式	454
第十五章 刑事附带民事诉讼的三个模式	468
一、引言	468
二、“先刑后民”模式	470
三、“刑民分离”模式	477
四、“先民后刑”模式	482
五、结论	490





第一部分 学术史 |

第一部分 导读

现代刑事诉讼法学的产生，导源于清朝末期的“改制”和由此导致的大规模修律运动。刑事诉讼法在清末成为高等学堂法科的专门课程，是刑事诉讼法学作为一门独立法律科学产生的主要标志。沈家本对刑事诉讼法的作用、原则和制度所作的论述，是中国学者对刑事诉讼法学理论问题所作的最初研究。但是，中国刑事诉讼法学理论体系的真正产生，则始于20世纪20年代夏勤的《刑事诉讼法要论》一书的出版。后来又经过陈瑾昆、康焕栋、戴修瓚、孙少康、蔡枢衡等学者的不断努力，到40年代，中国的刑事诉讼法学才得以初步形成一个较为完整的理论体系。其中，夏勤、陈瑾昆和蔡枢衡对这一时期中国刑事诉讼法学的贡献尤为重要。中国刑事诉讼法学从其产生时起，即较多地受到大陆法系刑事诉讼理论的影响。

作为刑事诉讼法学的基本概念，范畴具有丰富的思想含量，具有较强的理论抽象性和思想凝聚力，并从较高的理论层次上对刑事诉讼活动的规律和基本观念进行了概括和总结。民国时期的中国学者试图通过引进和吸收包括刑事诉讼主体、刑事诉讼客体、刑事诉讼行为、刑事诉讼阶段、刑事诉讼法律关系等理论范畴，来移植大陆法国家刑事诉讼法学的理论体系。我国台湾地区的研究者也承继了民国时期的法律学术传统，对这些理论范畴继续采取“拿来主义”的研究方式。三十多年来的法学重建经验表明，刑事诉讼法学理论的每一次真正发展，都不是因为简单地移植了西方法学的某一理论或者范畴，而是针对中国本土的问题，提炼出了一套具有普遍解释力的假设性命题。本书所分析的“刑事诉讼价值”和“刑事诉讼目的”、“刑事诉讼构造”、“刑事诉讼职能”等理论范畴，就是这种从中国本土问题中提出一般理论的典型尝试。

当代刑事诉讼法学无论是在研究方法还是在理论体系等方面，都取得了长足的发展，也存在着一些值得注意的问题。在大规模地引进西方法学理论之后，法学研究者应当具有基本的问题意识，注重从本土的法制经验中提炼出自己的法学



理论。刑事诉讼法学界在将西方法学理论予以介绍、比较和深入研究之后，也应当通过对本土法律实践的研究，通过运用社会科学中的概念化方法，总结和提炼出新的证据理论。这种带有“解释性”的法学研究，对于克服传统法学研究中存在的过于主观化和随意化的问题，对于从本土司法实践中发现“法律规则”，都将是富有启发意义的。

第一章

20 世纪初期之中国刑事诉讼法学

一、现代刑事诉讼法学的产生

与法学的其他学科一样，现代刑事诉讼法学的产生导源于清朝末期的“改制”和由此导致的大规模修律运动。1902年，清廷“著派沈家本、伍廷芳，将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理”^①。次年，修订法律馆奉旨建立，沈家本、伍廷芳被任命为修订法律大臣。从此，清末的修律运动在沈家本等人的主持下正式展开。沈家本以及当时的一些开明人士认为，外国之所以富强，中国之所以遭受列强欺凌，主要是因为外国“事事皆有政治法律也”，所以必须“取人之长以补吾之短”，学习并采纳西方国家之“善法”，引进西方先进的政治法律制度。而“欲明西法之宗旨，必研究西人之学，尤必翻译西人之书”。他以修订法律馆为基地，组织翻译西方各国政治法律著作和各国当时施行的法典，介绍西方各国的政治法律制度，开办京师法律学堂，组织北京法学会，聘请法律专业教员，组织编写法学各科教材，出版法学专业杂志，培养法律人才，开展法学研究。可以说，是晚清政府以变法图存为直接目的而进行的修律运动，间接催生了中国的现代法律科学，从而导致现代刑事诉讼法学的产生。

在沈家本的主持下，修订法律馆翻译了日、美、德、法、俄、比等十余个国家的数十种法律和法学著作，其中有关刑事诉讼方面的法律和著作主要有：《日本刑事诉讼法》、《日本改正刑事诉讼法》、《普鲁士司法制度》、《美国刑事诉讼法》（未完成）、《法国刑事诉讼法》（未完成）、《日本刑事诉讼法论》等。^② 这些

^① 《清德宗实录》，卷四九八。

^② 参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，444～446页，北京，法律出版社，1997。



翻译活动在很大程度上推动了中国历史上第一部诉讼法典《刑事民事诉讼法》以及后来的《刑事诉讼律草案》的快速制定。需要指出的是，沈家本等人在主持修律的过程中对日本的政治法律制度产生了特殊的浓厚兴趣，并以日本刑事诉讼法为其制定中国刑事诉讼法律的主要参考，这使得当时对日本刑事诉讼法律和法学著作的翻译工作受到极大的重视。

除了修订法律馆对日本和西方刑事诉讼法律和法学著作的翻译介绍以外，当时国内外的出版界也翻译并出版了一些日本刑事诉讼法学的著作。如法学编译会组织翻译了日本法学士谷野格所著的《刑事诉讼法》（1907年印行），陈时夏翻译了日本学者松室致的《刑事诉讼法论》（商务印书馆1910年版），一些留日学生在日本东京通过整理、编辑日本法学家在课堂上的讲授内容，出版了一套《法政粹编》，其中的第九种为萧仲祁编写的《刑事诉讼法》。与此同时，一些政法类的刊物也翻译并刊登了日本学者有关刑事诉讼法学方面的论文。如1906年创刊的《北洋法政学报》在其第50册至66册连续刊载了日本学者石光三郎著的《日本刑事诉讼法法理》（吴兴让、邓汝辑译）一文。如果说翻译外国刑事诉讼法律和法学著作对中国现代刑事诉讼法学的产生只起到间接的推动作用的话，那么，刑事诉讼法课程在当时高等学堂的开设，则直接促使并标志着现代刑事诉讼法学在中国的产生。

早在1904年，清政府就颁布了“奏定学堂章程”，在其中的“学务纲要”一章中阐述了学习法律科目的重要性：“学堂内讲习政法之课程，乃是中西兼考，择善而从；与中国有益者采之，与中国不相宜者置之。”^①当时的高等学堂章程明确列有法学一科所要学习的科目，共有“主课”（即主要的必修专门科目）11门，其中第八门即为“各国刑法及刑事诉讼法”。1906年，学制为三年的京师法律学堂开学，在沈家本亲自制定的法律学堂章程中，刑事诉讼法被列为第二和第三学年的主要课程。^②刑事诉讼法课程在高等学堂的设立，意味着现代刑事诉讼法学作为一门独立的法律学科在中国产生。

由于缺乏史料，我们无法对当时京师法律学堂所设的刑事诉讼法课程的具体讲授内容有太多的了解。熊元翰编写的《刑事诉讼法》（北京安徽法学社1911年版，法律丛书第13册）一书，在封面上题为“京师学堂笔记”。该书分绪论、诉讼本体、诉讼客体、诉讼行为以及裁判之执行等五编，至于各编的具体内容，现在则不得而知。但是，从同一时期出版的刑事诉讼法著作中，我们似乎可以看出当时的刑事诉讼法讲义大多是按照日本学者的讲课笔记或有关著述编写而成的。例如，张一鹏编的《刑事诉讼法》（天津丙午社1907年版，法政讲义第九种第二集第11册），即作者根据其在日本听学者讲授刑事诉讼法课程时所作的笔记以及

① 转引自薛铨曾：《我国大学法学课程之演进》，载《中华法学杂志》，1944年第3卷第8号。

② 参见《大清光绪新法令·修订法律大臣订定法律学堂章程》。



其他日本学者的著说修订而成的。该书分总论、裁判所及诉讼当事者、通常诉讼手续、特别诉讼手续、裁判之执行复权特赦及刑之犹豫执行五编，书中着重论述当时日本的刑事诉讼程序及其立法依据，并间接介绍西欧国家尤其是德国刑事诉讼法学的理论。邹麟书等人编译的《刑事诉讼法》（湖北法政编辑社 1906 年印行，法政丛编第十种），则根据日本大审院判事板苍松太郎讲堂口授的内容以及日本学者丰岛直通等人的讲义直接编写而成。这种通过模仿当时日本学者通行的体例，并以日本刑事诉讼法为根据编写刑事诉讼法讲义的做法持续了较长一段时间，直到 20 年代初中国第一部刑事诉讼法学著作——夏勤的《刑事诉讼法要论》出版时为止。

在研究产生时期的中国刑事诉讼法学时，我们不能不重点提及沈家本的刑事诉讼法学思想和理论。本来，从沈家本留下的大量著述文献来看，说他是一位法律史学家更为合适。^①但是在担任修订法律大臣尤其是在制定《刑事民事诉讼法》及《刑事诉讼律草案》过程中，他对于刑事诉讼法的作用以及采纳西方刑事诉讼原则和制度的理由问题，有过十分精辟和深邃的论述和见解，足以表明他的刑事诉讼法学思想之博大精深。

在《刑事民事诉讼法》起草完毕而奏请清廷审批的一份奏折中，沈家本对刑事诉讼法与刑法的关系作出了深刻的论述：“法律一道，因地制宜，大致以刑法为体，以刑事诉讼法为用；体不全无以标立法之宗旨，用不备无以收行法之实功，二者相因，不容偏废。”^②姑且不论沈家本将刑法和刑事诉讼法的关系概括为所谓“体”和“用”的关系是否完全妥当，仅就他对刑事诉讼法重要作用的明确认识而言，可以说是前无古人，开创了法学史上的先河。

在这份奏折中，沈家本着重对设立陪审员和律师制度的必要性进行了论证。他认为，为了实施国家的刑法，以“保良善而警凶顽”，必须设立陪审员，使之参与对案件的审判，因为“司法者一人，知识有限，未易周知，宜赖众人之为听察，斯真伪易明”；同时，“若不肖刑官，或有贿纵曲庇，任情判断及舞文诬陷等弊，尤宜纠察其是非”。他倡导建立律师制度，认为“盖人因讼对簿公庭，惶悚之下，言词每多失措，故用律师代理一切质问、对话、复问各事宜”；他建议设立法律援助制度，认为“每遇重大案件，即由国家拨予律师，贫民或由救助会派律师代伸权利，不取报酬补助，于公私之交，实非浅鲜”。

而在《刑事诉讼律草案》完成进呈清廷的奏折中，沈家本进一步阐明了刑事诉讼法律的重要性：“查诸律中，以刑事诉讼律尤为切要。西人有言曰：刑律不善不足以害良民，刑事诉讼律不备，即良民亦罹其害。盖刑律为体，而刑诉为用，二者

^① 沈家本的著作中有大量的关于中国法律史的论述，其《历代刑法考》一书更是研究中国法律史的总结性著作。

^② 《修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折》（《大清光绪新法令》第 19 册）。转引自李贵连：《沈家本与中国法律现代化》，149 页，北京，光明日报出版社，1989。





相为维系，固不容偏废也。”^① 这份法律草案是在日本法学家冈田朝太郎协助下以日本 1890 年刑事诉讼法为蓝本制订的，沈家本在奏折中借鉴日本刑事诉讼法学通行的理论，对草案的修订大旨作出了全面的论证，并且对草案的条文从学理上逐一进行解释。这些论证和解释尽管主要意在向清廷交代立法的理由和根据，但其内容却包含了现代刑事诉讼法学的许多思想和理论，奏折本身也完全可以被视为一部刑事诉讼法学理论著作。如果与后来的刑事诉讼法学著作相对照的话，这份奏折论证的“修订大旨”的大部分内容均可以被视为对各国通行的刑事诉讼基本原则的解释。

在这份奏折中，沈家本首先将刑事诉讼的程序分为纠问和告劾两种，认为纠问式程序是指“以审判官为诉讼主体，凡案件不必待人告诉，即由审判官亲自诉追，亲自审判，所谓不告亦理是也”。而告劾式程序则是指“以当事人为诉讼主体，凡诉追由当事人行之，所谓不告不理是也”。根据世界各国的通例，刑事诉讼应当抛弃昔日采用的“纠问程式”，而改采“告劾程式”，因为后者可以保证“审判官超然屹立于原告、被告之外，权衡两至，以听其成，最为得情法之平”。他论证了建立公诉制度的必要性，认为“犯罪行为与私法上之不法行为有别：不法行为不过害及私人之私益，而犯罪无不害国家之公安”，而“公诉即实行刑罚权以维持国家之公安者也，非如私诉之仅为私人而设”，因此，“提起公诉之权应专属于代表国家之检察官”。

沈家本认为，为了达到“摘发真实”的目的，必须确立三项基本的诉讼原则：一是“自由心证”，即证据之证明力不由法律所预定，而“宜悉凭审判官自由取舍”，以防“事实皆凭推测，真实反为所蔽”；二是“直接审理”，即“凡该案关系之人与物必行直接讯问调查，不凭他人申报之言词辩论及文书，辄与断定”；三是“言词辩论”，即“于原被两造之言词辩论而折中听断，于被告之一造亦可察言观色，以验其情之真伪”。

既然刑事诉讼应采纳“告劾程式”，那么“原被待遇同等”就是必须采取的一项诉讼原则。沈家本认为，这种待遇同等“非地位相同，指诉讼中关于攻击防御俾以同等便利而言”。因为提起公诉的检察官一般精通法律，而被告人如果没有任何学识和经验，就很难与其势均力敌。“故特许被告人用辩护人、辅佐人并为收集有利证据，与以最终辩论之权”，以便对两造的攻击防御能力予以平衡。

沈家本极为推崇“审判公开”原则，认为它为“宪政国之第一要件”，因为“公开法庭，许无关系之人旁听，具瞻所在，直道自彰”，并可以杜绝司法官员营私舞弊等弊端。另外，他还对“当事人无处分权”、“干涉主义”等原则进行了分析和论证，对于实行三审终审制的理由进行了阐述。^②

《刑事诉讼律草案》尽管由于清王朝的迅速覆灭而没有得到施行，但它却为

① 《刑事诉讼律草案》，修订法律馆印本。

② 参见《刑事诉讼律草案》。

后来成立的民国政府所援用。沈家本对上述各国通行刑事诉讼基本原则的论述，自然也就成为人们了解和掌握这部法律立法精神和宗旨的必读文字。这些论述尽管是从日本刑事诉讼法学理论中借鉴而来的，但它是中国法学家在对现代刑事诉讼法律核心内容作出深刻理解的基础上，第一次就刑事诉讼基本原则作出的阐释。20 至 40 年代的中国刑事诉讼法学著作在刑事诉讼原则或主义问题上，大体上都沿用了沈家本的有关论述。

二、刑事诉讼法学的初步发展

沈家本对刑事诉讼法的作用、原则和制度所作的论述，是中国学者对刑事诉讼法学理论问题所作的最初研究。但是，中国刑事诉讼法学理论体系的真正产生，则始于 20 年代夏勤的《刑事诉讼法要论》^① 一书的出版。后来又经过陈瑾昆^②、康焕栋^③、戴修瓚^④、孙少康^⑤、蔡枢衡^⑥等学者的不断努力，到 20 世纪 40 年代，中国的刑事诉讼法学才得以初步形成一个较为完整的理论体系。其中，夏勤、陈瑾昆和蔡枢衡对这一时期中国刑事诉讼法学的贡献尤为为重要。

夏勤（1892—1950），字敬民，江苏泰州人，早年留学日本，获法学学士学位。1908 年回国以后历任京师高等裁判所推事、庭长、大理院推事、总检察厅检察官，同时兼任朝阳大学、北京大学、中国大学等校法律教授。1928 年南京国民政府成立以后，历任最高法院庭长、司法行政部常务次长，1945 年任最高法院院长，1948 年任司法院大法官，兼任朝阳法学院、中央大学、中央政治学校法律教授。夏勤在 20 至 40 年代末的中国法学界，以对刑事诉讼法学造诣之深而闻名，他是中国刑事诉讼法学初步发展时期的主要代表人物之一。他的主要著作有：《刑事诉讼法要论》、《刑事诉讼法》^⑦、《刑事诉讼法释疑》^⑧ 等。《刑事诉

① 该书由朝阳大学于 1921 年（民国十年）首次出版，1944 年由重庆商务印书馆重新出版。

② 主要著作有《刑事诉讼法通义》、《刑法总则》、《刑法总则讲义》、《民法总论》、《民法总则讲义》、《民事诉讼法讲义》等书。

③ 主要著作有《刑事诉讼法论》（与俞钟骆合著，上海法学编译社 1930 年出版）、《刑事诉讼法论》（上海会文堂新记书局 1936 年出版）等。

④ 主要著作有《刑事诉讼法释义》（上海法学编译社 1929 年初版，后多次再版）、《新刑事诉讼法释义》（上海法学编译社 1930 年出版）。

⑤ 主要著作有《刑事诉讼法》（上海商务印书馆 1935 年出版）。

⑥ 主要著作有《刑法学》、《刑事诉讼法教程》、《中国法律之批判》、《中国刑法史》等。

⑦ 该书为朝阳大学法律讲义，1927 年出版，其编写体例与《刑事诉讼法要论》略有不同。六编的标题依次为“刑事诉讼主体”、“刑事诉讼行为”、“通常诉讼程序”、“非常上诉及再审”、“裁判的执行”、“刑事诉讼附带解决的问题”等，而在上述六编之前则设“绪论”，主要概述刑事诉讼法的意义、渊源、解释、效力、种类、方式、诉讼法律关系等内容。

⑧ 该书曾被誉为“法学界公认之权威著作”，编辑体例仿德国李斯特《刑法问题集》，除对法律条文进行释义以外，还列有疑难问题和解答。该书于 1944 年在重庆首次出版，后多次再版，影响甚大。

讼法要论》一书是夏勤最重要的法学著作。在这部著作中，夏勤借鉴日本和德国刑事诉讼法学的理论，不仅对国民政府公布的刑事诉讼法从学理上进行了解释，而且系统阐述了刑事诉讼法学的基本理论，初次建立了中国刑事诉讼法学的理论体系。该书分绪论和本论两大部分。绪论阐述了刑事诉讼法与刑法的关系、刑事诉讼的意义、种类、阶段、法律关系、诉讼条件、诉讼方式以及各种主义和原则，本论分诉讼主体、诉讼行为、通常诉讼程序和特别诉讼程序四编。其中第一部分与第二部分的前两编集中体现了夏勤的理论成就。

在夏勤看来，“法有实体程序之分，实体法犹车也，程序法犹轮也。轮无车则无依，车无轮则不行。故国家贵有实体法，尤贵有程序法。”刑法和刑事诉讼法是具有密切联系的刑事实体法和程序法，“察刑法之内容，可知国家刑罚权之所在；察刑事诉讼法之内容，可知国家实行刑罚权之程序。故刑法与刑事诉讼法，二者实相辅而行者也”。但是，刑法和刑事诉讼法的关系与民法和民事诉讼法的关系不同：民法规定的是私权问题，而私权原则上应当自行行使，靠国家强制力量并通过民事诉讼程序来实行私权，仅属于一种例外；而对于犯罪行为，国家如果要对犯罪人追究刑事责任，从而实现其刑罚权，则必须严格按照刑事诉讼法规定的程序进行，离开了刑事诉讼法，国家就不能实行刑罚权。“故刑事诉讼法之于刑法，比较民事诉讼法之于民法，其关系尤为密切焉。”^①这种就刑法与刑事诉讼法关系以及刑事诉讼法作用的论述，显然要比前人深刻得多。

夏勤从刑事诉讼本身的意义入手，提出并分析了一系列刑事诉讼法学的基本概念。他认为，刑事诉讼有广义和狭义之分。狭义上的刑事诉讼是指刑事审判衙门、刑事原告及刑事被告“互相联结”的行为，它以确定被告人是否犯罪以及应否科处刑罚，也就是确定国家有无刑罚权为目的。广义上的刑事诉讼则是指所有以实行国家刑罚权为目的的行为，这就不仅包括审判衙门、原告及被告三者的诉讼行为，而且包括侦查犯罪、执行判决等“与刑事诉讼有不可分离之关系”的程序。刑事诉讼尽管有这种广义、狭义上的区分，但夏勤显然对狭义上的刑事诉讼概念更为重视，因为下列刑事诉讼法学上的基本概念就是以这一意义为基础而抽象出来的：（1）刑事诉讼阶段。既然刑事诉讼主要为审判衙门、原告及被告诉讼行为的组合体，这些行为又包括侦查、预审、攻击、防御、指挥、审理、裁判、执行等不同的种类，那么它们在行使过程中就必须具有一种确定何者为先、何者为后的顺序。而按照这种顺序所划定的刑事诉讼环节就是刑事诉讼的阶段。诉讼行为一般必须按照侦查、预审、公判和执行等四个诉讼阶段的先后顺序而行使，否则即难以发生法律效力。（2）刑事诉讼法律关系。“审判衙门、原告及被告进行诉讼时不能无一定之顺序，而其相互间之行为，亦不能不有法律上之权利

^① 夏勤：《刑事诉讼法要论》，5~6页，重庆，商务印书馆，1944。



义务，以绳其后。否则凌乱无序，审判衙门及原被两造将为所欲为，诉讼之目的终不可得期也。”^① 这种在刑事诉讼过程中发生的“原被两造间或原被两造与审判衙门间”的权利义务关系即为刑事诉讼之法律关系。这种法律关系与民事诉讼上的法律关系有相同之处，但在原被两造以及目的方面也有较大的差异。(3) 刑事诉讼条件。刑事诉讼从其法律关系的发生到终结，其间必须经过若干诉讼程序，在这整个诉讼进行和发展过程中莫不发生诉讼条件的问题。所谓刑事诉讼条件，也就是进行一切诉讼行为所必需的条件。这种条件可有狭义与广义、绝对与相对、通常与特种、积极与消极之分。(4) 刑事诉讼方式。按照追诉与审判关系的不同，刑事诉讼的方式有弹劾式与纠问式之分。夏勤根据原告、被告与审判官关系和地位的不同，对这两种诉讼方式进行了比较，并认为在弹劾式诉讼中审判官可以超然处于原被告之间进行审判，“裁判可期公平”；而在纠问式诉讼中审判官同时担当追诉和审判两种角色，心存对被告人不利的成见，难以保证“情法得平”。(5) 刑事诉讼之主义。夏勤列举的十三对“刑事诉讼之主义”，实际上是根据刑事诉讼的历史演变情况，归纳出来的相互对立的刑事诉讼基本原则。如所谓“国家诉追主义与私人诉追主义”，前者为现代刑事诉讼所采纳的基本原则，后者则为古代刑事诉讼采纳的原则；“实质上之真实发见主义与形式上之真实发见主义”，前者为现代刑事诉讼之基本原则，后者则为民事诉讼的原则；“职权主义与处分主义”以及“职权进行诉讼主义与当事人进行诉讼主义”亦然。至于“口头辩论主义与书面审理主义”、“两造审理主义与一造审理主义”、“直接审理主义与间接审理主义”、“当事人同等主义与当事人不同等主义”、“审判公开主义与审判不公开主义”等，则各自分别为弹劾式诉讼与纠问式诉讼所采纳的诉讼原则。(6) 诉讼主体。诉讼主体是指诉讼上所不可缺少之人。“诉讼主体因诉讼方式而异，在纠问式诉讼中，惟审判官得为诉讼主体；在弹劾式诉讼中，审判衙门而外，当事人亦为诉讼主体。”其他诉讼参与者如证人、鉴定人等尽管也是进行刑事诉讼所必要的人，但是“因此种人与诉讼无始终之关系（诉讼案件中有简单复杂之分，简单案件即无证人鉴定人亦可审理），且非诉讼成立进行及终结时所不可缺少之人，此种人之参加不过为达诉讼目的而来者，故不得以诉讼主体论也”^②。只有诉讼主体才能行使诉讼上之处分权，这种处分权的主要作用有审判、追诉和辩护，三者不属于同一主体，而分别由审判衙门、原告和被告行使。(7) 诉讼行为。夏勤在该书第二编的“前编”部分着重论述诉讼行为的一般理论，包括诉讼行为的意义、要件、形式、取消、无效以及附条件的诉讼行为和择一之诉讼行为等内容，“后编”则分析各种具体的诉讼行为。在夏勤看来，审判衙门、原被告以及其他诉讼参与人在刑事诉讼中所为之行为，只要能够发生诉讼法上之

① 夏勤：《刑事诉讼法要论》，18页。

② 夏勤：《刑事诉讼法要论》，33页。



效力的,均可称为诉讼行为。诉讼行为的成立需具有与一般法律行为相同的要件:第一,要有行为能力存在;第二,要有意思一致之表示;第三,意思表示出自表意者之意思。但除此以外还必须有一些特殊要件,如审判衙门有审判权和管辖权,当事人有当事人能力及诉讼能力等。诉讼行为的取消主要在两种情况下发生:一是当事人或第三人因行使权利而实施的行为,二是审判衙门的裁判不能通过上诉方法救济。另外,诉讼行为如果欠缺一定的要件,就不能认为有效;如欲使该行为发生法律效力,就必须重新实施有效的诉讼行为。

夏勤对这些刑事诉讼法学基本概念的分析,尽管略显简单了一些,但无疑对其理论体系的构建起到了关键的支撑作用。这些概念的提出对于当时乃至以后的中国刑事诉讼法学具有较大的影响:后来的刑事诉讼法学著作大多沿袭或深化了这些基本概念,并以此个基点来建立或完善刑事诉讼法学的体系。这些基本概念的提出即使在今天也具有相当重要的意义。我们在下面的分析中将会提到,今日中国的刑事诉讼法学研究要摆脱注释法律条文的低浅境地,就必须抽象出一系列基本概念或范畴,并对这些概念或范畴之间的联系作出分析,由此才能挖掘出越来越多的刑事诉讼活动规律或者原理。这一工作做得越扎实稳固,就越有可能建立完善的刑事诉讼法学的理论体系,刑事诉讼法学的大厦也就越可能建立在牢固的基础之上,从而有更大的发展。

《刑事诉讼法要论》一书不仅提出并分析了一系列基本概念,而且首次对刑事诉讼证据问题进行了论述,这也是具有划时代意义的研究。夏勤认识到,“审判衙门之裁判,皆以法律及事实为准,欲有裁判,必先有抽象之法律,及具体之事实,法律乃审判官素日所修养,事实则假证据而证明。”“凡可以证明实体法上及程序法上之事实者”,均可以称为诉讼法上的证据。这种证据可以分为“证物”、“证人”两种,而因证物及证人所得之资料可称为“证据资料或者证据方法”。夏勤分析了举证目的、证明事项和举证责任等概念。在他看来,举证是指利用证据资料收集证据的行为,其目的在于证明,即“吾人发生确信心之作用也”。刑事诉讼中需要举证证明的事项大体上包括两种:一是发生刑罚权的事实,二是限定刑罚范围的事实。至于法律上推定存在的事实、显著的事实、以前诉讼中所证明的事实以及禁止证明的事实等,则不在证明事项之列。夏勤明确指出:“民事诉讼采形式的真实发见主义,举证责任第三人负担之;刑事诉讼采实质的真实发见主义,举证之责审判衙门负担之。当事人纵未提出证据,审判衙门得自行搜索,用以发见事实之真相焉。”^①当事人尽管不会因为不能举证而遭受不利的裁判,他们向审判衙门提出的调查证据请求不过是审判衙门调查证据的动机,但是他们积极有效的举证行为却足以令对方处于不利的境地,而同时使自己从中

^① 夏勤:《刑事诉讼法要论》,138~141页。



获得莫大之利益。因此，原被两造无举证责任，却有举证之利益。这些论述在当时无疑开辟了刑事证据理论研究的先河。

陈瑾昆（1887—1959），湖南常德人，1908年至1917年留学日本，毕业于日本帝国大学法律系，获法学学士学位。回国后先后任北洋政府奉天省高等审判所推事、庭长，1919年任大理院推事，后任最高法院庭长。他曾先后在北京大学、朝阳大学等校专任或兼任讲师、教授等职。陈瑾昆在刑法学、民法学等方面均有较深的学术造诣，在刑事诉讼法学方面更是进行了相当程度的探索和研究。他是中国刑事诉讼法学初步发展阶段的另一位重要代表人物。陈瑾昆在刑事诉讼法学方面的代表作是《刑事诉讼法通义》。

《刑事诉讼法通义》是陈瑾昆出版的主要刑事诉讼法学著作。该书由北京朝阳大学于1930年出版，并多次再版。该书分绪论和本论两大部分。绪论由刑事诉讼概论和刑事诉讼法概论两章组成，本论分上下两部，上部为总论，分为诉讼主体、诉讼程序两编，下部为分论，分第一审、上诉、抗告、非常上诉、再审、特别程序、执行程序、附带民事诉讼等八编。按照作者的说法，该书旨在“就刑事诉讼法及其重要关系法规为系统研究”，除解释法律条文以外，也阐述刑事诉讼法的一般法理。陈瑾昆在该书中对刑事诉讼法学理论问题作出了比夏勤更为系统的研究，并形成了更为完整的刑事诉讼法学理论体系。

陈瑾昆认为，刑事诉讼在法学上有三个意义：一是“刑事之诉”或刑事起诉，即本于诉权以求国家刑罚权实行的活动，受不告不理原则的限制，国家将处罚与追诉分离开来，必须先有检察官提出的公诉或者被害人提出的自诉，然后才能实施处罚，因此刑事诉讼包括公诉和自诉两种诉讼。二是“刑事诉讼关系”，即诉讼主体在刑事诉讼法上的权利义务关系，“凡成立刑事诉讼，须有三个主体：一为原告，一为被告，统称曰当事人，一为立于当事人外之法院。刑事诉讼乃以此三者为主体，三面各相互在刑事诉讼法上有种种权利义务关系，因起诉而开始，因诉讼进行而发展，因判决而终结”。三是“刑事诉讼程序”，即以实行刑罚权为目的之诉讼行为总体。刑事诉讼的目的在于确定刑罚权之存否及其范围，法院及当事人在刑事诉讼中虽为种种诉讼行为，但“均由同一目的相连贯为一体”^①，此行为总体即为刑事诉讼。这种就刑事诉讼意义所作的论述，显然要比前人更为全面、深刻。

除了对夏勤提出过的刑事诉讼法学基本概念进行深入剖析以外，陈瑾昆又提出了两个重要的新概念：诉讼标的和诉讼资料。诉讼标的也称为刑事诉讼客体，“刑事诉讼乃以确定刑罚权之存否及范围为目的，故其诉讼标的自为刑罚权”。狭义上的刑罚权固然等同于科刑权（又可称为处刑权或刑罚适用权），但广义上的

^① 陈瑾昆：《刑事诉讼法通义》，1~3页，北京，朝阳大学，1930。



科刑权还包含着起诉权(又可称为诉权、追诉权、求刑权、刑罚请求权),因此诉讼标的从广义上包含着科刑权和起诉权两个方面。起诉权又以犯罪关系,即刑罚权与构成犯罪之具体事实关系为客体,可分实质起诉权和形式起诉权两种,前者存在的前提是实际发生犯罪事实,而且对该事实的刑罚权尚未消灭,后者则只须有起诉之声明,即可成立刑事诉讼,各诉讼主体即因此发生诉讼关系。所谓诉讼资料,又称为诉讼材料,“为裁判或处分所用之材料也”,即凡是出现于刑事诉讼过程中,并且可以对此实施收集、提出、调查、保存等诉讼行为的材料,均为诉讼资料。关于诉讼资料的诉讼行为占据着刑事诉讼程序的大部分,这些资料一般只限于事实、证据、法令、成例、经验上法则等五种。

陈瑾昆对刑事诉讼行为作出了更加系统的研究。他认为,凡是足以发生刑事诉讼法上之效力的行为,均为广义上的诉讼行为。这种行为有的是为刑事诉讼法所容许的,称为“合法行为”,有的则为刑事诉讼法所不容许,称为“违法行为”。前者又可以分为法律行为和事实行为两大部分,法律行为发生法律效力乃是出于当事人的意思,并以意思表示为要素,如检察官之起诉、法院之裁判、当事人之上诉等,而事实行为的发生则与当事人的意思无关,如检察官或法院之讯问被告、调查证据等。违法行为如证人无正当理由而拒绝具结或证言的行为,其本身为法律所不容许,但也可以发生诉讼法上的效力。此外,刑事诉讼行为应以能直接发生刑事诉讼法上之效力者为限,那些仅能为其他诉讼行为之标的,以间接引起诉讼法上之效力者,不在诉讼行为之列。陈瑾昆从不同的角度对诉讼行为进行了分类:以诉讼行为的主体为标准,可以分为法院行为、当事人行为和第三人行为;以诉讼行为的性质为标准,可以分为攻击行为、防御行为和审判行为;以诉讼程序的顺序为标准,可以分为侦查行为、起诉行为、审判行为等。其中第一种分类方法尤为陈瑾昆所重视。在他看来,法院的诉讼行为可以分为法院自身的行为和辅助机关的行为,它们以裁判行为为主,还包括为达裁判之目的而附随的行为,其中最重要的有审理、调查证据等。当事人的诉讼行为固然包括很多内容,但从其行为实施的形式上看,却不外乎声明与陈述两种。声明是指请求法院为一定诉讼行为的意思表示,声明如系当事人本于其权利而实施的,法院就必须对其作出接受与否的裁判。而陈述则是指当事人关于某一事项的观念表示,一般以言词或者书状的方式行使攻击或防御之权。陈瑾昆还对诉讼行为的法律效力进行了研究。他认为,“刑事诉讼行为,则以事关公益而采实体真实发见主义,故关于其成立及生效之要件,除刑事诉讼法有特别规定者外,自一般而言,只须以有事实上之行为为准。”如果当事人有意思能力并实施了事实行为,即应认为诉讼行为成立,并发生诉讼法上之效力。他对刑事诉讼行为的不成立与无效作出了严格的区分:如果某一诉讼行为事实上不能成立,当然也就没有效力如何的问题,此行为尽可放置不问;但事实上已经成立的诉讼行为,即使属于违法行为,不能发生实体上的效力,但也会有形式的效力,“即于法律上不得放置不问,通



常均须有裁判行为宣告其无效”^①。

对于刑事诉讼证据问题，陈瑾昆提出了一些更加明确的理论和观点。他将证据的意义分为两个方面：一为客观方面的意义，即用于确定待证事实的材料，又称为证据方法；二为主观方面的意义，即证据方法在确认待证事实时的效果。他认为，刑事诉讼采取职权主义，收集和调查证据均为法院的职责，“故举证及调查证据并举证责任并无区别及研究之必要”，“举证的目的乃在使待证事实因该证据而明，即在使调查者信用待证事项”。陈瑾昆将举证证明的程度（即“信用程度”）按照由弱到强的顺序分为三种：一为“对于该事项之嫌疑”，适用于侦查程序；二为“对该事项之推测”（即相当信用），在法律上称为释明；三为“对该事项之确信”（即确实信用），在法律上称为证明或者“得有心证”。法院在判决时应当达到证明的程度，而在作出裁定时则只须达到释明程度即可。陈瑾昆还首次对“证据客体”进行了分析。这种证据客体也就是后世证据法学上的“证明对象”。“证据之客体通常虽为事实，但亦有为法律上及经验上法则者，即关于习惯法自治法及特别之经验上法则。”这种事实包括诉讼法上的事实和刑法上的事实两种，前者一般只须达到释明的程度即可成立，后者则因关系刑罚权的存在及范围问题，所以必须达到证明的程度。如果证据不足以证明犯罪事实的存在，就应当作出无罪判决，这就是所谓“嫌疑为被告利益的原则”^②。这些分析尽管有些系引自日本及德国的法学理论，但对于中国刑事证据理论的研究无疑具有开拓性意义。

蔡枢衡（1904—1983），江西永修人，早年留学日本，回国后任北京大学、西南联合大学教授。他毕生致力于刑事法学的研究工作，在刑法学、刑事诉讼法学、法理学等领域均有较高的建树。主要著作有：《刑法学》、《刑事诉讼法教程》、《中国法律之批判》、《中国刑法史》等。他撰写的《刑事诉讼法教程》一书是中国刑事诉讼法学初步发展时期的一部极为重要的著作。这部著作尽管名为“教程”，实际上却是一部长期被人忽略的刑事诉讼法学专著。该书对三十多年来的中国刑事诉讼法学研究进行了总结和反思，对这门法律学科的理论体系及研究方法等基本问题作出了精辟的分析。

蔡枢衡撰写该书的初衷是提供一部用于既能解释刑事诉讼法，同时又能使学习者不受刑事诉讼法“观念性”所困的书籍。因此，“逐条解释的体例和大体上依照刑事诉讼法典的章节构成体系的方法，都不能采用”。在他看来，“法律中和日常生活最无缘的不是实体法，而是程序法。法典构成的技术最精的也不是实体法，而是程序法”。诉讼程序和大众生活实践相距遥远以及诉讼法典构成的立体性，决定了刑事诉讼法有着最丰富、最浓厚的观念性。为了克服这种观念性，就

① 陈瑾昆：《刑事诉讼法通义》，85～94页。

② 陈瑾昆：《刑事诉讼法通义》，189～194页。



必须对刑事诉讼法学的最基本的概念或范畴进行重新归纳,以刑事诉讼法学而不仅仅是刑事诉讼法为研究的对象。蔡枢衡认为:“刑事诉讼法和民法虽分属于公法与私法,其所规范的对象之内容,抽象看来,却是十分接近或类似的。民法中有主体、客体和行为三个概念,刑事诉讼法之所规定的,亦不超出主体、客体和行为三范畴——至少可归纳于三个范畴中。”^① 基于这一思想,蔡枢衡将该书的内容分为绪论和本论两个部分:绪论中论述刑事诉讼法学和刑事诉讼法的概念,阐释刑事诉讼法的形式、内容和效力;本论中论述刑事诉讼主体、客体及诉讼行为的一般理论,同时将各种具体的诉讼行为分为审检机关的诉讼行为与当事人等的诉讼行为两大类,使辅助机关和第三人的诉讼行为附属于这两类行为。这种以刑事诉讼法学为研究对象,以刑事诉讼主体、客体和诉讼行为等理论范畴为核心,并以审检机关和当事人的诉讼行为为诉讼程序的骨架而构成的理论体系,显然既能够摆脱那种纯粹注释法律条文的研究方法,又能够克服刑事诉讼法典的规范体系对研究者视野的限制,从而使该书在30至40年代的刑事诉讼法学著作中独树一帜,在学术水平和理论深度方面远远超过了同时期的有关论著,成为对中国刑事诉讼法学学科建设具有重要贡献的著作。

蔡枢衡深刻认识到,当时“一般诉讼法学书很少提出刑事诉讼法学这一概念,尤其少见明示研究刑事诉讼法的方法之著书”,这是导致大多数刑事诉讼法学著作“大同小异”,刑事诉讼法学研究无法得到深化的关键原因。基于这一认识,他在《刑事诉讼法教程》一书中对刑事诉讼法学的意义、性质和要素首次进行了探索。他认为,如果“站在规范现实的诉讼程序的观点,最初逢着的问题自然是:某种手续应该怎样办?然而假定再问:为什么要这样办?这个问题之解答,常常需要拿出最高最后的理论根据,或需要有合理的基础,决不是单纯的立法理由所能解答的”。刑事诉讼法学之不同于刑事诉讼法的根本之处,就在于前者必须“借助一套法律观和包括逻辑的方法论”,构筑起严整缜密的刑事诉讼法学理论体系,并且给予刑事诉讼法及每一个诉讼程序以足够的理论基础。在蔡枢衡看来,刑事诉讼法学是指“刑事诉讼法学的主体对刑事法学的客体认识之体系”。“特定刑事诉讼法学的著述之产生,一面是认识过程,同时也是组织和发表所认识的事项于外界的过程。”研究主体是产生刑事诉讼法学理论体系的第一个基本要素。主体是否具有好的理论修养,往往决定着刑事诉讼法学理论体系质量的优劣。研究方法是刑事诉讼法学的第二个基本要素。当时的刑事诉讼法学著作一般“均以形式逻辑为研究方法之最大限度”,这导致“刑事诉讼法学与学问无法沟通,成为一种粗浅纯粹的技术论”。刑事诉讼法学的研究方法不应当仅仅是形式逻辑中的归纳和演绎、分析和综合,而且应是“归纳中的演绎,演绎中的

^① 蔡枢衡:《刑事诉讼法教程》,序言,自版,1947。



归纳；以分析为前提的综合，以综合为出发点的分析”。“这些方法不应是形式的，而应是动的辩证法的；不应是纯观念的，而应是唯物的、历史的。”蔡枢衡将“唯物辩证法”奉为研究刑事诉讼法学“惟一最善”的方法。研究对象是刑事诉讼法学的另一个基本要素。不过认识的对象和发表的对象不是一回事：认识的对象是刑事诉讼法以及其他有关法规、判例、学说、解释例、理论、诉讼程序中之习惯，以及不抵触法律之命令等；而发表的对象只是认识这些对象所形成的知识体系。他认为，刑事诉讼法学的知识体系作为“一种有组织的概念判断推理之集团”，必须是“主体与客体及认识方法三者之统一”。因为研究对象或客体不同，理论必然表现出差异；主体或方法不同，也可以导致“观点、结论、态度，以及提出问题的角度等等质量上的差异”。蔡枢衡得出的结论是：“刑事诉讼法学是法律科学和法律哲学的综合体。因为刑事诉讼法学的对象是客观独立存在的国家社会生活的规范，学的本质是一种理论的体系，所以刑事诉讼法学是科学。又因刑事诉讼法的理论体系不是主观的幻想空想，而是客观现象之认识或反映，这种理论是主观的认识，也是客观真理，所以又有哲学性。”^①

蔡枢衡不仅对刑事诉讼法学的体系、性质和研究方法等问题进行了阐述，而且对刑事诉讼法学中的很多具体理论问题进行了分析。他认为，刑事诉讼程序是为确定国家对于特定人有无刑事处分权及其范围而实施的攻击、防御并裁判之程式及秩序。“狭义之刑事诉讼程序乃一辩证过程。原告对被告之攻击为正，被告之辩护为反，裁判为合。裁判并不是原告或被告主张及请求之复活，而是高一层次的发表或统一。”他强调指出：“刑事诉讼法之内容为一概念、判断、推理之集团。刑事诉讼制度中之诸原则，亦即刑事诉讼法中之基本概念或判断。其中对于侦查、起诉、审判、执行普遍妥当之原则，厥为法定主义。”这些构成刑事诉讼法核心内容的“法定主义”主要是指审判独立、检察一体、弹劾、纠问、实体的真实发现主义、审判公开、当事人相等、言词辩论等原则。

对于刑事诉讼客体问题，蔡枢衡也提出了更为成熟的观点。他认为，刑事诉讼客体是指国家对于特定被告之刑罚权，也就是“国家对于特定被告有无刑事处分权及其范围”。“每一案件均有一特定之事实，此特定之事实中所包含之实体法上法律关系，即为审判之客体。”同时，“一个客体不得分为二个以上之单位，谓之客体单一不可分，判例称之审判不可分。同一客体不得受二次以上之裁判，即所谓一事不两诉，一事不二判，一事不再理”^②。审判不可分与一事不受二次以上之审判，均以客体单一为前提。而客体单一意味着客观上必须为一个事实，主观上则必须为同一行为人。客体单一不可分原则的适用具有两方面的效果。从积极的角度来看，对于属于同一客体之人或事，不得提起二次以上的起诉；同一客

① 蔡枢衡：《刑事诉讼法教程》，1~2页。

② 蔡枢衡：《刑事诉讼法教程》，44页。



体已经实体上判决而未被合法撤销的,同级或下级法院不得作出实体法上的裁判;已经判决确定的特定客体,除再审或非常上诉场合外,不得更为实体上之判决。而从消极的角度来看,检察官一旦提起公诉,起诉的事实及所指的被告就结为一体,成为一个客体。“未被指为被告之人,不属于单一客体范围内,自为起诉效力所不及。法院当然不得就所指被告以外之人审判,亦不得就未起诉之事实审判。如已审判,并得提起非常上诉,予以撤销。”不仅如此,第二、第三两审均不得超越客体单一之范围,或超越依职权调查事项之范围,就未经声明上诉部分审判。

三、结论

在 20 世纪 20 至 40 年代,夏勤、陈瑾昆、蔡枢衡等学者通过长期的理论借鉴、经验总结和学术积累,写出了足以影响和推动中国刑事诉讼法学发展的著作,逐步形成并完善了中国刑事诉讼法学的理论体系。笔者将三位学者代表著作的简要目录附列于本章的最后,以使读者对 20 世纪前 50 年中国刑事诉讼法学理论体系的发展和演变情况有一个大致的感性认识。尽管在当时中国的几十种社会科学刊物(包括十余种法学专业刊物^①)上,曾有百余篇刑事诉讼法方面的论文发表,但是这些论文要么属于对日本及西方国家刑事诉讼制度的翻译或者介绍,要么属于对某一刑事诉讼原则或制度的解释和评价,其中固然不乏真知灼见者,但它们对刑事诉讼法学这门学科的发展和建设,尤其是理论体系的完善所作的贡献之大,远不及笔者前面分析的几部著作。可以说,通过夏勤、陈瑾昆、蔡枢衡等人的努力,中国的刑事诉讼法学在其产生不过三十多年以后即得到了相当程度的发展。

当然,正如蔡枢衡所分析的那样,20 世纪前半叶的中国刑事诉讼法学无论在研究方法还是在理论深度方面,都还处于较为幼稚的阶段,真正可以称得上担纲之作的著作还极为少见,真正可以算得上法学大师的刑事诉讼研究者也凤毛麟角。尤其因为这一时期从事刑事诉讼法学研究的不少学者有留学日本的经验,在学术思想、理论观点和研究方法等方面均明显留有日本以及德国刑事诉讼法学的深刻印记。^②客观地讲,中国的刑事诉讼法学在 20 至 40 年代还只是得到初步的

^① 主要有《北洋法政学报》、《法政学报》、《法律评论》、《中华法学杂志》、《法学季刊》、《法学杂志》等,有关刑事诉讼法学方面的文章主要涉及陪审制、辩护制、预审程序、自由心证、审级制度、检察制度、诉讼原则等问题。

^② 从 19 世纪中后期到 20 世纪前半叶,日本曾出现过大规模学习、吸收和借鉴西方大陆法系国家尤其是德国法学理论的学术思潮,使得日本刑事诉讼法学与德国法学之间形成了极深的渊源关系。因此,20 世纪初中国留学日本的学者不可避免地通过日本学者间接学习到了德国刑事诉讼法学的理论,在思想、观点、方法甚至使用的名词和概念等方面不可能不受德国法学理论的影响。