

*Deutsches Strafverfahren*

# 德国刑事诉讼程序

[德] 托马斯·魏根特 著  
岳礼玲 温小洁 译

DEUTSCHES STRAFVERFAHREN

652

中国政法大学出版社

*Deutsches Strafverfahren*



ISBN 7-5620-2454-5



9 787562 024545 >

ISBN 7-5620-2454-5/D • 2414

定价：20.00元





*Deutsches Strafverfahren*

# 德国刑事诉讼程序

[德] 托马斯·魏根特 著

岳礼玲 温小洁 译



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

德国刑事诉讼程序/岳礼玲,温小洁译.—北京:中国政法大学出版社,  
2003.7

ISBN 7-5620-2454-5

I.德... II.①岳...②温... III.刑事诉讼—诉讼程序—德国  
IV.D951.652

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 072078 号

---

书 名	德国刑事诉讼程序
出 版 人	李传敢
经 销	全国各地新华书店
出版发行	中国政法大学出版社
承 印	固安华明印刷厂
开 本	880×1230 1/32
印 张	9
字 数	200千字
版 本	2004年1月第1版 2004年1月第1次印刷
书 号	ISBN 7-5620-2454-5/D·2414
印 数	0 001-3 000
定 价	70.00元

## 作者简介

托马斯·魏根特 ( Thomas Weigend ) 1949 年生于德国德里斯顿。1972 年毕业于德国弗莱堡大学法律系, 通过国家司法考试。1973 年在美国芝加哥大学学习, 获比较法硕士学位。自 1973 至 1985 年在马普外国与国际刑事法律研究所进行研究工作。1977 年在弗莱堡大学获法学博士学位。1985 年取得在大学的授课资格。1986 年至今任科隆大学刑事法律教授。

他的主要著作有: 《起诉和斟酌的职责》(1978)、《犯罪被害人和刑事诉讼》(1989)、《外国刑事诉讼中的辩诉交易》(1990)、与汉斯-海因里希·耶舍克 ( Hans - Heinrich Jescheck ) 教授合著的《刑法教科书-总则部分》(1996)、与何意志 ( Robert Heuser ) 合著的《从比较的角度看中华人民共和国刑事诉讼法典》(1997)、《在刑事诉讼中做何种法律变革能够保护证人和其他人免受伤害?》(1998)。

## 前 言

德国刑事诉讼法典有很悠久的传统。它可追溯于1877年，那时发现和侦查犯罪的方式和手段与现代相比有天壤之别，并且那时政治制度和德国社会的道德观念仍被深植于传统的价值观念中。然而在19世纪后半期得以发展的刑事诉讼法对许多问题提出了现代、自由和理智的解决方法，这些问题至今仍困扰着刑事诉讼法学家。最重要的是，德国设法提供了一种制度，它建立在法院负有“发现事实真相”的责任，并有当事人很强的介入到诉讼程序中。因此，德国的制度力争取得英美和大陆传统构筑刑事诉讼程序的最佳混合，并且取得了一定的成就。

自1877年后，对刑事诉讼法的规定进行了许多修改，特别是犯罪嫌疑人和被告人的诉讼权利得到了很大的加强。然而刑事诉讼的基本框架没有变，这可能是德国法学家结构保守主义的表现，但也可能是原始立法高质量的实证。

我感到特别荣幸能在这本小书中展示给中国的读者德国刑事诉讼法的概要。中华人民共和国1996年制定的刑事诉讼法以及监狱法，警察法和其它法律在1997年有了德语译本，由此在德国就中国在程序法现代化进程方面所取得的成就展开了活跃的学术讨论。我真诚地希望这本书的发表可以进一步促进中德双方在刑事诉讼领域议题的研讨，这些议题无论他们政治和经济的倾向性如何，在世界绝大多数法律制度中都表现出相类似的特征。我

## 2 前 言

们应力争找到能够在尊重个人权利和取得诉讼目的，即基于对相关事实实际评价的公正裁判之间最佳的解决方式。

这本小书只能就德国刑事诉讼法的一些基本问题进行简单的介绍。我试图与相关的判例法和学术讨论一起着重介绍刑事诉讼法典中最重要法律规定，但是读者们应该知道，我没有给出所有来源的引注。那些有意对德国刑事诉讼程序中的特别问题进行研究的人比较明智的方式是求教原始的德语著作。

这本书的出版，如果没有我宝贵的同事和朋友，中国政法大学岳礼玲教授的鼓励和坚定、积极的支持，它是不可能的。她亲自翻译了这本原始用英文所写的书中实质的部分并审阅了全部译稿，她还安排使这本书能在一个著名的法学著作出版社出版。我非常感谢岳教授，同时我也感谢参与翻译的温晓洁博士和协助岳教授工作的王冠女士。最后但不是最不重要的，我愿意感谢福特基金会，特别是原在中国工作的项目官员张乐伦女士对这个项目的大力支持。

祝愿这本小书有助于进一步促进中德两国法律工作者间思想和见解的交流。

Thomas Weigend

科隆

2003年6月





# 目 录

<b>第一章 德国刑事诉讼程序概览</b> .....	(1)
一、概述 .....	(1)
二、法律渊源 .....	(6)
三、法律解释和法院系统 .....	(9)
四、刑事诉讼的目的 .....	(13)
五、德国刑事诉讼程序概览 .....	(17)
<b>第二章 刑事诉讼中的诉讼参与人</b> .....	(22)
一、刑事法院及其组织 .....	(22)
二、公诉检察官 .....	(37)
三、警察 .....	(49)
四、辩护人 .....	(52)
五、被告人 .....	(68)
<b>第三章 审前程序</b> .....	(90)
一、总体评价 .....	(90)
二、对自由的限制 .....	(92)
三、扣押物品 .....	(104)
四、搜查 .....	(111)
五、身体检查 .....	(114)
六、对私人通讯的秘密监控 .....	(119)

## 2 目 录

<b>第四章 公诉、审判和判决</b> .....	(129)
一、公诉.....	(129)
二、审判.....	(133)
三、判决.....	(147)
<b>第五章 证据</b> .....	(150)
一、收集证据：法院和当事人的角色.....	(150)
二、证明方式.....	(168)
三、直接原则.....	(183)
四、证据的排除.....	(187)
<b>第六章 特别程序</b> .....	(203)
一、自诉.....	(203)
二、快速审判程序.....	(206)
三、刑事处罚令.....	(209)
<b>第七章 上诉</b> .....	(214)
一、一般规定.....	(214)
二、抗告.....	(218)
三、一般上诉.....	(220)
四、对法律错误的上诉.....	(222)
五、再审程序.....	(230)
<b>附录：</b>	
对《中华人民共和国刑事诉讼法》的比较法评述 / [德] 托马斯·魏根特 樊文 译.....	(233)
德国刑事诉讼法参考文献.....	(265)
德汉刑事诉讼词汇对照表.....	(268)
<b>译后记</b> .....	(276)

# 第一章 德国刑事诉讼程序概览

## 一、概述

德国刑事诉讼法和其它任何法律一样，是它的历史产物。现行法的许多显著特征都源于纠问式诉讼程序，它是从13世纪至16世纪发展起来，直到19世纪初被普遍地实施。<sup>〔1〕</sup> 纠问式诉讼程序以权力广泛的治安法官的单方面努力为特征，他们调查被指控的犯罪事实并准备施加给犯罪人的判决。

在19世纪，特别是在1848年之后，一些不同法律传统的因素，例如英国普通法程序中的一些因素被引进到德国法中。在法国大革命之后，法国采纳了许多英国刑事诉讼的特征。公开、言辞审判，陪审法官，公设检察官办公室的引进等方面的改革从法国渗透到当时德国疆界内各州的立法中。1871年这些州中的大部分统一于德意志帝国，之后不久，制定一部统一的刑事诉讼法典的工作开始了。这些工作的成果是帝国刑事诉讼法典（Reichs-*strafprozessordnung*），于1877年生效，虽然有各种各样的修正案，但是直到今天仍然是刑事诉讼法的主要渊源。刑事诉讼法典

---

〔1〕 有关德国刑事诉讼历史的详细叙述，见 *Eb. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3<sup>rd</sup> ed. 1965；相对简单的叙述，见 *Rueping*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 3<sup>rd</sup> ed. 1998.

## 2 德国刑事诉讼程序

可以说是上述不同法律传统的混合物。

第二次世界大战之后，德意志联邦共和国基本法颁布（1949），该基本法于1990年成为统一后德国的宪法，它更加强化了通过对人权的保护反对国家的干涉。虽然刑事诉讼法典的原文大部分没有改变，但是人权保护的发展已经影响了刑事诉讼法的精神及对它的解释。鉴于进入刑事司法系统的犯罪案件的数量和复杂程度的增加，近来的刑事诉讼法修正案主要是针对如何提高刑事司法的效率和速度；另外一些对现代的监视方式以及控制犯罪和起诉所涉及的各种机构之间的资料传输方式进行规范。

通常来说，审问式诉讼程序的明显特征，例如法院单方面探究“事实真相”，仍然在德国刑事诉讼中占主导地位。因此，简要地概括职权原则（Amtsermittlungsgrundsatz）的基本理念和主要影响有助于更好地理解德国的刑事诉讼。

职权主义的一般原理是探寻与决策者作出决定相关的事实的确切、完整的信息。换句话说就是，是否指控犯罪嫌疑人的决定以及最终的判决都应建立在最接近客观事实的基础上。决策者（例如，作出起诉决定的公设检察官，进行定罪和量形的审判法院）必须在客观充分的事实基础上作出决定，而不依赖于其他诉讼参与人的积极参与或是消极抵抗。刑事诉讼法典第160条第1款确立了公设检察官的职责〔“通过告发或者其他途径，检察院一旦了解到有犯罪行为嫌疑时，应当对事实情况（Sachverhalt）进行审查，以决定是否提起诉讼（oeffentliche Klage）”〕；刑事诉讼法典第244条第2款或许是德国刑事诉讼法的中心准则，它确立了审判法院的职责（“为了调查事实真相，法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对于裁判具有意义的事实和证据上”）。从法律规定的文字表述可以清楚地看出，法院不需要也不能依赖当事人主动提供证据。结果是，所有的证据都是法院的证据，不

“属于”任何一方当事人。当起诉方和辩护方在审判中自由地确定、提供证人和专家时，这些证人和专家所受到的待遇与法院主动传唤的证人没有什么不同。

法院确定案件事实的职责进一步意味着当事人双方没有证明责任。起诉方当然要提供一些证据为了使案件进入审判；然而，一旦法院决定对案件进行审理，任何一方当事人都不再有提供证据，或使法院确信他的主张为真实的责任。基于同样的理由，任何自白或者是被告人宣称要求定罪的愿望都不能最终解除法院发现事实真相的责任；甚至被告人同意授权法院根据不充分的证据对他定罪也是同样的。<sup>[2]</sup> 法院甚至不得不探究当事人双方不愿提出的事实。<sup>[3]</sup> 法院当然要避免给犯罪事实仍存怀疑的被告人定罪。<sup>[4]</sup> 但是，在它查清这种对被告人有利的存疑之前必须利用其职权范围允许的一切手段来解决存疑，这是法院的任务。

法院这种寻找事实和“实体的真实”（“materielle Wahrheit”）的广泛职责当然是德国法审问式传统中最显著的部分。这种职责使得当事人在审判阶段处于次要的地位；特别是检察官，基本上处于被动，依赖法院依照法律对起诉作出处理。<sup>[5]</sup>

德国法律坚持职权原则的事实并不意味着被告人像在 19 世

---

[2] 见 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt)* vol. 43, p. 195, 206-108 (1997).

[3] 这是可能发生的，例如，如果法院感到被告人可能精神错乱（这将导致减轻责任）。即使检察官和被告人都否认这种可能性，法院必须传唤一名专家以取得有关精神病的信息。Cf. 还有 BGH StV1989, 140（法院必须传唤证人，即使这个证人已经写信主张反对自我归罪的权利，不愿作证）。

[4] 德国法院依靠间接证据给被告人定罪时是毫不犹豫的。甚至如果被告人没有认罪，经常从客观事实中推断他的犯罪意图（*Vorsatz*）。

[5] 在实践中，辩护律师和公诉人在法庭审理时可能是非常积极的，尤其是在那些有争议的案件中，但是尽管如此，审判长仍保持主导地位。

#### 4 德国刑事诉讼程序

纪法律改革前的旧制度下那样仅仅是诉讼程序的客体。正相反，德国法律力求尊重被告人的人身自由，赋予其进行有意义的辩护的权利，确保给予被告人公正的审判。特别是，在作出终局性的有罪判决之前被告人应被推定为无罪；法院只有对被告人的犯罪事实深信不疑才能给他定罪，并且必须解决那些有利于被告人的事实中存在的疑问；只有在法律容许的情况下，才能侵犯被告人的基本权利，而且，对其权利所进行的不得已的侵犯对于实现刑事侦查的合法目的来说应是必要的。

德国基本民权的概念以及它们所保护的范围是与其它司法制度下类似的概念有所不同。基本法的第1条第1款（“人的尊严是神圣不可侵犯的。国家所有的权力机关有义务尊重和保护它。”）和基本法的第2条第1款（“任何人在他不侵犯他人权利，宪法准则或道德法（Sittengesetz）的范围内都有权自由地发展（Entfaltung）其个性。”）已经被解释为不仅是对一般的人身行为自由的保障，<sup>〔6〕</sup>而且也是对宪法中没有明确提到的隐私权<sup>〔7〕</sup>的保障。隐私权主要包括，保持私人的核心领域免受不必要的官方侵扰，<sup>〔8〕</sup>以及能够秘密交谈而不被录音的权利。<sup>〔9〕</sup>这一权利已经得到扩展，包括了决定个人资料被记录和保存范围的权利。<sup>〔10〕</sup>宪法进一步明确保障了邮件和通讯的保密权（基本法第10条）以及住宅不被侵犯的权利（基本法第13条）。在一定情

---

〔6〕 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE) vol. 6, p. 32 (1957); BVerfGE 54, 148 (1980).

〔7〕 BVerfGE 27, 1 (1969); BVerfGE 27, 344 (1969); 见 Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988, pp. 49-60.

〔8〕 BVerfGE 80, 367 (1988).

〔9〕 BGHSt 14, 358 (1960); BVerfGE 34, 238 (1973).

〔10〕 BVerfGE 65, 1 (1983).

况下这些和其他基本权利可能被法定机关所剥夺，但是任何对基本权利的侵犯必须限制在均衡原则所容许的范围内，也就是，它不得超出实现其合法目的所必要的范围，并且对公民权利的侵犯不得与所要实现的国家目的的重要性不成比例。<sup>[11]</sup>

宪法进一步指出德国是一个法治国家 (Rechtsstaat) (基本法第 28 条第 1 款)，这就特别意味着政府的行政和司法机构必须依照法律办事 (基本法第 20 条第 3 款)。<sup>[12]</sup> 法院从含义广泛的法治国家原则 (Rechtsstaatlichkeit) 中推演出许多派生结论——这些结论与那些从美国宪法修正案 (第 5 条和第 14 条) 中的正当程序条款派生出的原则相类似，但同时还要求国家提供一个有效实施法律的制度。<sup>[13]</sup> 作为保护民权的一个手段，法治国家原则不仅包括公正审判权，同时还要求重视无罪推定和反对自我归罪权。<sup>[14]</sup> 反对自我归罪的权利虽然在德国的法律中并没有被详细地表述，但是对于刑事诉讼程序具有重要意义。德国法理学对自我归罪进行了非常广泛的解释，将其从作证的自我归罪扩展到可能导致或支持对行为者或其亲属进行刑事起诉的任何行为。<sup>[15]</sup>

另一方面，在搜查和扣押中，公民住宅 (以及人身和财产) 不受侵犯的权利则受到相对较弱的保护。如果一个措施被认为是紧急的，警察可以对任何他怀疑已经犯罪的人 (包括这个人的住

---

[11] BVerfGE 7, 198 (1958).

[12] 法治国家原则防止法院漠视制定法，即使是为了达到更公正结果；因此，法治国家程序原则的含义之一是遵从法律的字面意思。(Rechtssicherheit).

[13] BVerfGE 33, 367, 383 (1972).

[14] BVerfGE 38, 105 (1974) 公正审判；BVerfGE 56, 73 (1981) (反对自我归罪的权利)；BVerfGE 74, 358 (1987) (无罪推定)。

[15] 举例来说，一个人不能被要求和被强迫在体内酒精测定器内呼吸，因为呼气是一种行为；但是根据刑事诉讼法第 81a 条的规定，可以强迫一个人提交或被抽取血样。



宅和所有物)命令和立即执行全面的搜查(刑事诉讼法第102,105条)。而且,即使是这些合法搜查应符合的非常宽松的条件也没有受到尊重,非法搜查的结果通常被容许作为证据。<sup>[16]</sup>

有关犯罪嫌疑人在审判前和审判中的人身自由问题是另一个重要的方面——至关重要的自由的利益与国家确保被告人出庭和使可能的刑罚得以执行的利益相冲突。德国法律对这一冲突的解决与其他司法制度不同(细节见下面第3章)。刑事诉讼程序能够——并且经常是在被告人没有被逮捕的情况下实施的。他的自由只有在刑事诉讼程序目的所必须的情况下才被剥夺,那就是,为了确认他的身份,防止其逃跑或毁灭证据。对一个犯罪嫌疑人的暂时逮捕(vorläufige Festnahme)可由任何警察依照法律规定的理由实施(刑事诉讼法第127条第2款)。但是将嫌疑人逮捕之后羁押超过一天,就需要有逮捕证(刑事诉讼法第112、128条)。逮捕证足以使被告人被羁押6个月,而不考虑起诉的日期(在这6个月的羁押期限内被告人有若干机会可以得到对羁押决定的司法审查)。6个月之后,对羁押期限的延长需要由州上诉法院决定(刑事诉讼法第121、122条)。审判的开始就中断了6个月的期限。

## 二、法律渊源

最全面的刑事诉讼法的渊源是1877年的刑事诉讼法典。正如上文所提到的,这一法典已经被修改过多次,并在1987年正式颁布了新版。尽管如此,它的主体结构一直没有改变。该法典

---

[16] BGH NSZ 1989, 375, 376; Nack, in: Karlsruher Kommentar, 4<sup>th</sup> ed. 1999 (hereinafter: KK), § 105 n. 21; 见 Landgericht Bonn, NJW 1981, 292; Landgericht Osnabrück, StV 1991, 152.

力求将审问式诉讼结构与自由程序制度的典型特征相结合，例如，有非职业法官参加的公开和口头的审判，以及对被告人免受强迫或用其它违法手段取得口供的权利的重视（刑事诉讼法第136a条）。

刑事诉讼法典没有清楚地说明刑事诉讼的一般原则或目标，主要是规定了刑事诉讼程序参加者的权利和职责。<sup>[17]</sup>这个法典在一些技术事项上规定得非常详细（见刑事诉讼法典第7-21条有关管辖（Zuständigkeit）的规定，第42-47条有关期限（Fristen）的规定）；这样的规定是必要的，因为德国法院缺乏制定或颁布有关这些事项规则的权力。另一方面，一些基本程序权利的保障，例如，反对自我归罪的特权和无罪推定，显然没有规定在法典之中，这可以被解释为这类权利在起草法典的时代还没有被清楚地意识到。

刑事诉讼法典的结构如下：总则部分包括管辖，法官的回避和期限（刑事诉讼法典第1-47条），总则之后是有关证人和专家证人的条文（第48-93条）。然后法典规定了可容许的侦查措施（第94-136a条）以及辩护律师的权利和责任（第137-149条）。接下去的章节（Buch）规定了第一审程序，包括起诉的准备，即起诉侦查（第151-177条），审判的准备和审判程序本身（第226-275条）。余下的章节规定了不同形式的上诉（第296-373a条），被害人的权利（第374-406h条），特殊程序，例如，刑事处罚令程序（第407-412条），刑罚的执行（第449-463d条），有关费用（第464-473条）以及刑事诉讼程序终止期间和

---

[17] 在法典中有若干规定对审前和审判程序的进行给予了广泛的指示，例如，刑事诉讼法典第244条第2款和第261条；但是没有导言或其它诉讼原则进行总的规范。

之后，数据与其他信息的交流。

德国 1949 年宪法（Grundgesetz）相对来说较少对刑事诉讼程序进行特别规定。基本法第 97 条保障法官的独立，第 101 条禁止对特殊案件组成特殊的法庭或特殊的陪审团，第 103 条第 1 款授予每个人在法院被听审的权利，第 103 条第 3 款包含对双重危险的禁止。最后，基本法第 104 条规定警察在逮捕某人后只能将他羁押至这一天结束；任何超过这一期限的对自由的限制都必须由法官授权。

尽管缺乏对刑事诉讼程序的特别规定，但是宪法对刑事诉讼程序的重要性是不可被低估的。不仅是与刑事诉讼程序有特殊联系的一些基本权利在基本法第 1-19 条得到保障（例如，邮件的保密权，基本法第 10 条；住宅不受侵犯的权利，基本法第 13 条），而且法治国家原则已经被证明是诉讼程序的宪法性保护的一种额外的丰富资源。

其它一些与刑事诉讼程序有关的法律也应被提到。法院的组织、审判的公开以及法院保持秩序的权力被规定在法院组织法（Gerichtsverfassungsgesetz）中，这个法典与刑事诉讼法典一样，在 1877 年制定，而且在 1987 年被重新颁布。

1953 年的《青少年法院法》（Jugendgerichtsgesetz），1974 年重新颁布，规定了关于青少年（21 岁以下）刑事起诉和审判的特殊规则。

有关行政处罚法的事宜是由行政机构（Verwaltungsbehoerde）以特殊的程序进行的，如果公民对这一机构所施加的处罚上诉，继而发生的法院程序与刑事诉讼程序相类似。1968 年的行政法违反法（Gesetz ueber Ordnungswidrigkeiten），1987 年重新颁布，是这一实践中很重要的法律领域内的相关文件。

《欧洲保护人权和基本自由公约》（EMRK）在 1950 年被欧洲

议会的所有成员国签署，为刑事诉讼程序中的一些个人权利提供了保障，特别是在公正的法庭面前进行不偏不倚的审判的权利，无罪推定，以及与起诉者对质的权利（公约第6条）。德国已经将公约转变为国内法；它的地位与刑事诉讼法典相等。<sup>[18]</sup>此外，德国已经授予公民个人向位于斯特拉斯堡的欧洲人权法院控告的权利。<sup>[19]</sup>结果是，一些欧洲人权法院作出的决定已经涉及德国刑事诉讼程序，并且影响了德国法院对刑事诉讼法的解释。例如，德国必须为刑事诉讼和违反治安法规（Ordnungswidrigkeiten）程序中的被告人提供免费的翻译；<sup>[20]</sup>为在上诉法院参加口头听审的贫困的被告人指定辩护律师。<sup>[21]</sup>虽然欧洲人权法院的判决对一个国家法律和实践没有直接的约束效力，但是德国法律在必要的地方已经符合欧洲人权法院的要求，而且联邦上诉法院近年来讨论了大量的欧洲人权法院的相关判决。<sup>[22]</sup>《欧洲人权公约》以及欧洲人权法院解释的地位在未来将扮演越来越重要的角色。

### 三、法律解释和法院系统

德国的刑法和刑事诉讼法是由适用和执行法律的机关解释的——它们是警察、检察官和法院。在任何有疑义的情况下，法院有权解释法律。按照基本法第92条的规定，法官被授予审判权

---

[18] 欧洲人权公约于1953年在德国生效（Bundesgesetzblatt 1954 II, p. 14）。

[19] 见欧洲人权公约第25条。欧洲人权法院由欧洲议会选举的大法官组成，每个成员国都有一名大法官代表。

[20] Luedicke et al. v. Deutschland, EGMR NJW 1979, 1091; Oeztürk v. Deutschland, EGMR NSZ 1984, 269.

[21] Pakelli v. Deutschland, EGMR NSZ 1983, 373.

[22] 见 BGHSt 45, 321, 327 et seq. (1999), discussing Teixeira de Castro v. Portugal, EGMR Europäische Grundrechte - Zeitschrift (EuGRZ) 1999, 660.

(rechtsprechende Gewalt)。法官是独立的；他们只服从法律（基本法第 97 条）。这一原则意味着，依照德国传统，每个法官都应依照理性和良心的指导自由地解释法律；在原则上，他不受其它法院，甚至是更高级别的法院对某个具体条款解释的约束。尽管如此，上诉法院的意见，在实践中还是得到相当多的尊重，并且通常被低级别的法院所效仿（否则他们的判决就可能在上诉时被推翻）。

德国的法院系统呈相当复杂的金字塔结构，它的等级结构保证几乎所有的低级法院的决定都能得到高级法院的审查，同时保证各个上诉法院对法律的解释达到统一。德国法院系统的结构比较复杂是因为德国是联邦制国家。低级法院由各州 (Laender) 组织和管理的，只有最高上诉法院是联邦法院（因此没有独立的联邦司法制度）。

详细介绍德国的法院系统将超出本书的目的，以下只是概括的介绍：刑事案件全部由普通法院 (ordentliche Gerichte) 处理，包括初级法院 (Amtsgericht)，地区法院 (Landgericht)，高等法院 (Oberlandesgericht) 和联邦最高法院 (Bundesgerichtshof)。它们各自有关刑事案件的管辖权将在第二章涉及到。

联邦宪法法院拥有特殊地位，与一般的法院结构不同，需要进行解释。它包括两个法庭 (Senate)，每个法庭包括 8 名成员。大法官必须是法学家，他们由联邦上议院 (Bundesrat) 或由联邦下议院 (Bundestag) 的一个委员会选举产生（议会的每个议院选举一半大法官）（联邦宪法法院法第 5 条），任期 12 年，没有被再选举的可能（联邦宪法法院法第 4 条）。大法官的选举要求三分之二多数（联邦宪法法院法第 6 条 5 款，第 7 条），以防法院被一个政党的代表所控制。案件按照主体事实在两个法庭中进行分配（具体标准见联邦宪法法院法第 14 条）；有关刑法和刑事诉

讼法的案件两个法庭都有管辖权。

人们不能说联邦宪法法院具有宪法解释的垄断权。由于在基本法和普通法发生冲突时，基本法优于普通法；又由于公民的基本权利（基本法第1-19条）必须受到政府各部门的尊重（基本法第1条第3款），所有的法院在受理涉及宪法的案件时，按照需要必须对宪法作出解释并适用宪法。然而普通法院被禁止宣告普通法（在1949年基本法实施后颁布的）的条款违宪；因此如果一个法院认为一部法律与基本法相冲突，它必须将问题提交给联邦宪法法院作出最终结论（基本法第100条）。此外，联邦宪法法院享有解决国家联邦最高机构之间冲突的权限，包括联邦上议院、联邦下议院和联邦政府等（基本法第93条第1款第1项）。最后，也是最重要的，任何人都可以向联邦宪法法院递交有关国家机关侵犯他的由宪法保障的基本权利的控告（基本法第93条第1款第4a项；Verfassungsbeschwerde）。法院只有在被告人穷尽了其它所有可能的司法手段后才接受这样的控告（联邦宪法法院法第90条第2款）。这种涉及宪法权利的案件的数量正在逐渐增多（在2000年超过5000件），<sup>[23]</sup> 联邦宪法法院已经设立了包括由三名大法官组成的法庭审查递送上来的控告，并且有权驳回那些明显不需要一致表决的控告（联邦宪法法院法第93a条）。

联邦宪法法院相当经常地被要求决定有关刑事诉讼程序的事宜。在一些情况下，低审级法院向宪法法院递交他们认为刑法或

---

[23] Statistisches Bundesamt (ed.), Rechtspflege.. Gerichte und Staatsanwaltschaften 2000, 2002, p. 176.

刑事诉讼法中违宪的条款；<sup>[24]</sup>但更多的情况是被定罪的被告人将他们的案件递交给联邦宪法法院，宣称他们的基本权利受到侵犯，例如，对人的尊严（基本法第1条第1款）或行为的基本自由（基本法第2条第1款）的保障。然而大部分这样的控告已经被拒绝，联邦宪法法院在某些案件中指出了宪法在适用于刑事诉讼法方面的不足与缺陷。联邦宪法法院对普通法院有关非宪法性法律的解释一般不做事后批评，但是在刑法和刑事诉讼法领域被告人的基本权利几乎总是出现问题，因此联邦宪法法院有权——也很期望——监督刑事司法的运行。<sup>[25]</sup>举三个例子：在1959年的一个决定中，联邦宪法法院对法院组织法第24条第3款进行解释，并取消了关于选择向初级法院（Amtsgericht）还是向地区法院（Landgericht）起诉的起诉裁量权（与法条的字面意思和刑事法院所认为的相符合）。<sup>[26]</sup>在1973年，联邦宪法法院认为某刑事法院采用对方当事人秘密录制的谈话录音作为不利于被告人的证据违反了被告人的基本权利。<sup>[27]</sup>在2000年，联邦宪法法院认为“紧急情况”下（Gefahr im Verzug）的无证搜查不能仅仅由警察

---

[24] 举两个例子：在1973年，Lueneburg 初级法院递交了刑事诉讼法第112a条（审前羁押的理由之一是嫌疑人有可能是累犯），要求对其合宪性进行审查（BVerfGE 35, 185）；在1977年，Verden 地区法院提出关于无期徒刑作为对谋杀罪的强制刑罚（刑法第211条）是否合宪的问题（BVerfGE 45, 187）。在这两次审查中，联邦宪法法院都确认了有争议条款的合宪性。

[25] 有关人们个性发展的一般自由（基本法第2条第1款）已经被非常广泛地解释。它几乎总是受到国家机关在刑事诉讼中的行为的影响。因为对这些一般自由的限制只有在符合合理原则（Verhältnismäßigkeit）和法制国家程序原则（Rechtsstaatlichkeit）时才是合宪的，联邦宪法法院实际上能够行使对刑事法院的监督权。但是，联邦宪法法院一直很少这么做。

[26] BVerfGE 9, 223 (1959)。该决定是以基本法第101条第2款为基础的。

[27] BVerfGE 34, 238 (1973)。下级法院的决定被认为是违反了基本法第1条第1款和第2条第1款以及法治国家原则。

作出口头声明，必须具备相关文件以进行详细的司法审查。<sup>[28]</sup>

按照普通的上诉审程序审理，当最终的上诉审法院是联邦上诉法院时，该法院的决定可能因涉及宪法权的控告（Verfassungsbeschwerde）而被联邦宪法法院审查。但是联邦宪法法院并不是一个专门的上诉法院，因此它对法院决定的审查只限于合宪性方面。

联邦宪法法院的判决对所有的法院、联邦和各州的行政机构都具有约束力（联邦宪法法院法第 31 条第 1 款），因此限制了司法独立。

#### 四、刑事诉讼的目的

在开始讨论刑事诉讼程序的细节之前，应当从总体上简要地思考一下刑事诉讼的目的。在何种情形下人们可以说一个具体的刑事诉讼程序是“成功”的，即达到了它的目标？

这可以说是一个理论性相当强的问题，但是目的的定义是与诉讼结构相关联的；甚至与具体法律条文的解释也有关系，例如，证据的可采性问题。（如果诉讼的目的是发现事实真相，而不是，比如说使犯罪人回归社会，人们就希望证据的采用更加自由。）

在德国，这方面的若干理论都比较先进，其中一些理论综合了若干目的。

一些学者在刑事实体法和刑事程序法之间建立了一种紧密的联系。他们认为刑事诉讼程序是实施刑法的工具，或者像许多学

---

[28] BVerfGE 103, 142 (2000)。下级法院仅仅根据警察对紧急情况的口头证明作出决定，因此被认为是违反了基本法第 13 条（住宅不受侵犯的权利）。



者所说的，是实现国家惩罚权（staatlicher Strafanspruch）的工具。<sup>[29]</sup>在某种意义上该定义是有用的，因为这个定义指出未经过刑事诉讼程序就不能施加刑罚。然而，这只是在刑事实体法和刑事程序法之间建立一种形式上的关系。因为保障无辜者不受刑事惩罚也应被看作是刑事诉讼程序的目标之一，所以只认为刑事诉讼程序是执行刑法的工具将导致对诉讼目的的片面解释。此外，刑法的目的（报应、威慑或改造）是否能够在某一具体的诉讼程序中实现，应更多地依赖于刑事实体法的质量（以及执行情况）而不是诉讼程序。

还有人将刑事诉目的片面理解为发现事实真相。<sup>[30]</sup>这个定义非常狭窄并集中于程序本身。但是鉴于刑事诉讼程序的终点是判决，而不仅仅是对事实的陈述，该定义又显得不够充分。法院对被指控人有权作出处理以及发现相关事实仅仅是诉讼程序结束的一个必要的先决条件。另一方面，与历史学家或心理学家采用相同的方式去发现“全部”事实并不是法院的任务—刑事法院只需确定作出公正判决所必要的事实即可。

第三种观点认为冲突的解决或法律秩序的确立（Herstellung von Rechtsfrieden）是刑事诉讼的目的。<sup>[31]</sup>因为这种阐述是没有结论的，所以它的支持者希望达成一致的意見。但是法律秩序的

---

[29] 见 *Henkel*, *Strafverfahrensrecht*, 2<sup>nd</sup> ed. . 1968, p. 17; *Zipf*, *Kriminalpolitik*, 2<sup>nd</sup> ed. . 1960, p. 144; *Hassemer*, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2<sup>nd</sup> ed. . 1990, p. 118.

[30] 见 *Rueping*, *Theorie und Praxis des Strafverfahrens*, 1979, p. 27; 也可见 *Krauss* 中的讨论, 在: *Festschrift fuer Friedrich Schaffstein*, 1975, p. 411.

[31] 见 *Schmidhaeuser*, *Festschrift fuer Eb. Schmidt*, 1961, p. 511, at 516; *Riess*, *Festschrift fuer Karl Schaefer*, 1980, p. 155, at 170; *Wolter*, *Goldammer's Archiv* 1985, 49, at 53.

概念包括了若干实质不同的含义。当案件被最终决定并且没有进一步的合法上诉时，在这种情况下法院可以被认为是确立了法律秩序。相同的含义还可以被社会学而不是法律学用语所表达：诉讼程序积极地对被告人产生影响并尽量避免他对确定的判决提出可信的抗辩（“Legitimation durch Verfahren”）。<sup>[32]</sup> 第三，解决冲突还可以被认为是解决犯罪人和被害人之间的冲突；因此刑事诉讼的目的可以是在所涉及的个人之间进行调和或者至少是对被害人先前损害的赔偿。<sup>[33]</sup>

采纳这种观点对刑事诉讼可能产生深刻的影响。如果在犯罪人和被害人之间进行调解是刑事诉讼的主要目的，那么，如果被害人或许在得到赔偿之后已经原谅了犯罪人，再实施刑事起诉和审判就没有多大意义；结果是，被害人对于惩罚的请求（Strafantrag）将不得不成为刑事起诉的一般前提条件。再者，被害人在刑事诉讼中将不得不扮演重要的，甚至是起主导作用的角色。

解决冲突的定义也可适用于犯罪人和整个社会的关系。人们可以说犯罪会扰乱公共秩序，因为被犯罪人所破坏的社会准则是否继续有效令人产生怀疑；此后，刑事诉讼程序通过正式宣告犯罪人的行为是错误的来重新肯定社会准则的有效性，并且通过对犯罪人施加刑罚来加重宣告的份量。<sup>[34]</sup> 这个理论，同那种认为实现国家惩罚权（staatlicher Strafanspruch）是诉讼目的的更加传统的观点一样，似乎混淆了刑事实体法的目的（positive General-

[32] 这是社会学家 *Luhmann* 有争议的著作中对诉讼程序的理解，*Legitimation durch Verfahren*, 3<sup>rd</sup> ed. 1978, pp. 114-117.

[33] 见 *Schneider*, *Kriminologie*, 1986, p. 780; *Rössner*, in: *Marks/Rössner* (eds.), *Täter - Opfer - Ausgleich*, 1990, pp. 12-16.

[34] *Volk*, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, 1978, pp. 183, 200-201.

praevention 积极的一般预防) 和刑事诉讼程序的目的。

恢复法律秩序 (Wiederherstellung des Rechtsfriedens) 的目标可以从另一个方面来理解。有关冲突可以看作是处于不确定的状态, 一旦怀疑有刑事违法行为存在, 这种不确定的状态将显现出来。某人宣称有犯罪发生, 将导致社会的和平与安全被扰乱。这种扰乱需要由一个有权机关通过发现是否有犯罪实际发生, 谁是犯罪人, 以及动机是什么来解决。刑事诉讼程序通过发现相关事实, 试图解决这种不确定的冲突, 同时为具有建设性的回应可能是构成犯罪的社会冲突提供基础。<sup>[35]</sup>

这个定义的优点是, 它描述了每一特定的刑事诉讼程序都能实现或未能实现的目标。如果诉讼程序排除合理怀疑地确定了犯罪嫌疑人的刑事责任, 并且法院也对他进行制裁, 作为对他非法行为的回应, 这样有关嫌疑的危机就解决了。如果被告人被确认为无罪并被释放, 这表明问题只是部分得到解决: 这一特定的刑事诉讼程序已经确定了犯罪事实的存在, 但是还需要另一程序来发现真正的罪犯。如果一个法院尽管做了很大的努力, 还是不能构成相关事实的清晰画面 (并因此将被告无罪释放), 那么这一程序就没有实现它的目标。

认为确定事实是刑事诉讼程序的目的与德国刑事诉讼强调发现实体真实 (materielle Wahrheit) 是一致的。<sup>[36]</sup> 但是相同的目

---

[35] 这种观点的详细阐述可见 Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, pp. 184 - 189, 213 - 214.

[36] Volk, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, 1980, pp. 15 - 17. 实际上, 这种观点与认为刑事诉讼程序仅仅服务于发现事实真相的主张只有细微的区别。这一区别主要是要求法院从已被确定为真实的事实中推导出特定的结论, 即在事实基础上作出有罪或无罪判决。

事实的追求（例如，事实假设的对抗性陈述，或者犯罪人的自白）。

## 五、德国刑事诉讼程序概览

下述的说明意在展示德国法律规定的“典型”的刑事诉讼程序。为了对诉讼程序的可能发展给予尽量完整的概览；因此，从实证的角度看它不是典型的，在一些诉讼阶段，案件可能偏离这里所概述的一般诉讼程序轨道。

假设一个银行抢劫案。当银行职员报警时，戴面具的犯罪人已经携带大量现金逃跑。几个警察赶到银行。他们对抢劫或是勒索财物行为的初始侦查是针对未确定的犯罪人。警察搜查犯罪现场并询问事件目击者以取得证言。在犯罪现场的一个顾客，X，告诉警察他认出A，一个从前的同事是犯罪人。警察在机场找到A，他正要离开这个国家。警察对A进行临时逮捕（vorläufige Festnahme），对他的人身、衣服和行李进行了搜查，并从他的所有物中扣押了（Beschlagnahme）大量现金。

从现在开始，警察的侦查直接将A作为犯罪嫌疑人（Beschuldigter）。当A被警察羁押后，他被讯问数次，但都否认了与银行抢劫有任何关系。

这时，警察要通知检察院（Staatsanwaltschaft）有关这一事件以及他们侦查的情况。在A被逮捕的当天，检察官负责接触当地初级法院（Amtsgericht）的法官（Richter），取得审前羁押的令状（Haftbefehl）。为支持这一动议，检察官要展示警察的卷宗，包括证人的陈述以及A的陈述。法官立即讯问A。尽管A否认他与此案有牵连，法官还是颁发了审前羁押的令状，因为A可能会逃到国外。

A被关押在地方的审前羁押所（Untersuchungshaftanstalt）实

施审前羁押 (Untersuchungshaft)。与此同时, 警察完成了对该事件和 A 个人情况的侦查。他们发现 A 过去犯有盗窃罪。

侦查终结之后, 警察将卷宗 (Akte) 移送给检察官。在卷宗的结尾处附有侦查结果的概要。检察官审查卷宗并决定对 A 正式起诉 (Anklage), 虽然证明他作案的证据并不很坚实。在做出起诉决定时, 检察官主要依赖的是 X 的陈述。

正式的起诉书 (Anklageschrift) 包括对所指控事实的简要陈述, 可应用的刑法条文和冗长的证据目录。起诉书和包括警察侦查结果的卷宗被移送到当地初级法院 (Amtsgericht) 的审判庭, 由一名职业法官和两名非职业法官 (Schffoen gericht) 组成。

职业法官将起诉书副本交给 A, 然后研究卷宗决定是否已达到审判要求的证明 A 有罪的充足证据 (hinreichender Tatverdacht 合理怀疑)。主审判官同样要求 A 从地方律师协会中挑选一名律师作为他的辩护律师。在 A 这样做之后, 主审法官就会任命那名律师为 A 辩护。辩护律师要求法院容许他查阅此案的卷宗 (Akteneinsicht)。要求必然得到同意, 律师复印卷宗。辩护律师认为案件中对其当事人的指控有某些不足, 但此时在战术上不宜提出这些问题。因此他没有再要求法院取得进一步的证据, 而是要求对审前羁押的命令进行司法审查 (Haftpruefung)。主审法官审查了案卷并且举行了对 A 的听证会, 但是否决了辩护方要求释放的动议。

然后主审法官确定卷宗中收集的证据是充分的并且确定了开庭的日期 (Termin für die Hauptverhandlung)。他通知检察官、被告人和他的律师审判的日期, 并且指令检察官所指定的证人和专家出席审判。在开庭之前不久, A 的女朋友 G 打电话给辩护律师, 告诉他她能够提供 A 不在犯罪现场的证据。辩护律师因此要求法院的执行官 (Gerichtsvollzieher) 发给 G 出席审判的正式命令

(Ladung)。

公开的审判在起诉后的几周内由陪审法庭 (Schoeffengericht) 主持进行, 被告人、他的律师和检察官出席审判。主审法官传唤那些他已传令出席的证人和专家证人出席法庭审判, 并告知他们有责任说出案件事实的真相。然后, 证人和专家证人被带离法庭并在法庭外面等候。在主审法官确认了被告人的身份之后, 检察官宣读起诉书中记录的案件事实和适用的法律 (Anklagesatz)。然后主审法官讯问被告人的家庭、学习和工作的经历, 最后是关于银行抢劫的情况。主审法官完成讯问之后, 非职业法官, 检察官和辩护律师有机会讯问被告人。检察官可能会对 A 就其给予法官的回答追根问底。辩护律师则试图从被告人个人经历中引出免除被告人罪责的事实, 并且加强被告人对相关事实的描述。

在对被告人进行讯问之后, 证人被逐一地传唤至法庭。同讯问被告人一样, 主审法官询问每一个证人他所了解的案件情况。非职业法官、检察官、辩护律师和被告本人也可以另外提出问题。询问专家证人的程序也同样。在询问过程中, 法官经常参考摆在面前的卷宗; 如果证人声称不记得某些细节, 法官就宣读卷宗中所记录的证人以前的陈述来帮助他恢复记忆。多数证人不需要宣誓, 但是 X, 作为一个至关重要的证人, 在他作证之后被要求对他陈述的真实性进行宣誓。在所有的证人和专家证人被询问之后, 辩护律师要求将 G 作为附加的证人被询问 (Beweisantrag)。因为她本人就在法庭, 所以这一动议被批准。对她的询问程序与询问其他证人的程序是相同的。

然后检察官提议检查发生抢劫案的银行建筑 (Augenschein)。由于这一动议也被准许, 因此, 法官与审判的所有参加者一起来到银行审查主要情况。

在审判即将结束之前, 主审判官宣读了被告人先前被定罪的

官方记录 (Strafliste)。

在所有的证据被审查后，检察官做终结发言，在发言中，他对证据进行了总结。他要求法院认定 A 犯有抢劫罪并建议判处他二年监禁刑。然后，辩护律师也总结了证据；他要求法院因缺乏证据而宣告被告人无罪。最后，A 本人也有机会做最后的陈述 (letztes Wort)；他宣称他是 X 进行诽谤指控的被害人。

随后，三位法官退庭进行秘密评议。假设主审法官投票认为 A 无罪，而两位非职业法官都认为 A 犯有抢劫罪，A 被认定为有罪，并被法院判处监禁刑。

主审法官立刻重新开庭。他宣读在评议中做出决定的法院判决，并对法院所发现的事实以及判决的法律基础做了相当广泛的解释。尽管主审法官的意见被其他两名法官否决，但是仍由主审法官做出这一陈述。在庭审结束时，主审法官发布命令维持对被告人的审前羁押，最后通知被告人享有上诉权。

审判可能进行两至三天，这取决于出席审判的证人和专家证人的数量。原则上审判应当不间断地进行，审判期日之间的间隔不能超过 10 日 (刑事诉讼法第 229 条)。

判决宣告后的几天内，辩护律师就陪审法庭 (Schöffengericht) 的判决提出了上诉。结果是新的审判将由地区法院 (Landgericht) 的法庭 (Kammer) 举行，该法庭再次由一名职业法官和两名非职业法官 (Kleine Strafkammer) 组成。审判与第一审的形式相同：主要的证人被再一次传唤来作证，其他的证据也要被再次审查。假设第二次审判也导致对 A 的定罪，而且量刑也是相同的。

A 的辩护律师现在对地区法院的判决提出另一个上诉。这个上诉被称为法律的上诉 (Revision)，必须以主张低审级法院的判决或诉讼程序中有法律错误为基础。A 的律师针对低审级法院对

X 的证言进行的不正确的评价进行上诉。此案中，上诉法院是高等法院 (Oberlandesgericht)，审判庭由三名职业法官组成的。审判庭未听过审就驳回了上诉，因为在法律上诉审 (Revision) 中，对审判法院对事实的调查不能提出异议。

因此，地区法院的判决成为终审判决。A 被移送到监狱执行刑罚。在服满三分之二的刑罚后 (包括折抵刑期的审前羁押期限)，A 被有条件地释放。他向警察控告 X 在对他的审判中做伪证。在接下去的刑事诉讼程序中，确认 X 因为个人报复的原因错误地控告 A，X 被判为犯有伪证罪 (Meineid)。A 然后向另一个地区法院申请对他被定罪的案件进行重新审理。基于 X 被确认为犯有伪证罪的事实，法院接受了 A 的提议，进行重新审判。现在 A 被判为无罪，他将得到从他被监禁起开始计算的金钱赔偿。



## 第二章 刑事诉讼中的诉讼参与人

### 一、刑事法院及其组织

#### 1. 法院的职能

在刑事诉讼过程中，法院履行多种职能。首先，法院（非职业法官不参加）决定是否存在充分的证据将被告人提交审判。如果法院作出肯定性的决定，就要负责准备并进行审判。最后，法院要作出判决。

当检察官准备好正式的起诉书后，他将这一文件提交给初审法院。法院阅读起诉书及公诉人的卷宗，并在此基础上决定是否举行审判。只有在例外情况下，法院才在诉讼的这一阶段依职权收集额外的证据（参见刑事诉讼法第 199 条、第 202 条）。在绝大多数情况下，法院都会批准检察官将案件提交审判的申请。<sup>[37]</sup>有时，当法院认为被指控的行为在法律上不具有可惩罚性时，也会驳回指控；但如果是有关证据是否充分的问题，则通常留待审判中解决。

如果案件将进入审判，则审判长要作好审判的必要准备，特

---

[37] 在 2000 年，只有 1% 的正式起诉在中间程序（*Zwischenverfahren*）被法院驳回；该数据见 Statistisches Bundesamt (ed.), *Gerichte und Staatsanwaltschaften 2000, 2002*, p. 104.

别是向证人和专家证人签发必需的传票，并确定所有的证据都将在法庭上出示（刑事诉讼法第 214 条、第 216 条、第 221 条）。在此阶段，审判长还会为没有聘请辩护人而符合法律条件的被告人指定辩护人（刑事诉讼法第 141 条）。如果在合议庭中有一名以上的职业法官，审判长将会非正式地指定其中一名年轻法官作为“报告员”（Berichterstatter）。报告员有责任熟悉案件的卷宗，并辅助审判长主持审判；报告员同时有义务起草书面判决。<sup>[38]</sup>

在审判过程（Hauptverhandlung）中，审判长（Vorsitzender）是中心人物。由审判长决定证据出示的顺序，并主持对证人和专家证人的询问（刑事诉讼法第 238 条第 1 款）。而且，审判长还要决定当事人的问题是否被允许提出（刑事诉讼法第 241 条第 2 款），以及其他存有争议的诉讼问题，并负责维持法庭秩序（法院组织法第 176 条）。

一人身上集中若干职能是许多大陆法系国家刑事诉讼制度的典型特征。<sup>[39]</sup>这种做法赋予了庭审法官很大的权力，并且使得审判的进程在很大的程度上依赖于法官的个人能力。特别需要指出的是，审判长同报告员一样，需要熟悉检察官和警察所准备的卷宗。因而，他们对于将要在审判中出示的证据和查明的事实会产生一定的预断。尽管如此，他们仍要放开思想，因为判决只能

---

[38] 见 Wolf, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige*, 6 th ed. 1987, p. 148; 关于报告员的实际职能，见 Pohl, *Praxis des Strafrichters*, 1987, pp. 25-28.

[39] 例如，参见法国刑事诉讼法典第 309 条、第 310 条、第 316 条；奥地利刑事诉讼法典第 232 条、第 233 条、第 235 条、第 240 条、第 246 条、第 248 条、第 254 条。

以在审判中经过辩论的事项为基础（刑事诉讼法第261条）。<sup>[40]</sup>

从另一种意义上来说，审判长的任务又是繁重的：他必须主持大部分的讯问和询问，对当事人提出的程序性问题做出裁决，同时还要积累做出判决所必需的信息（在德国，审判时对口头发言不制作笔录；<sup>[41]</sup>法官们必须依靠他们在审判中的记忆或者所作的笔记）。为了减轻审判长的这一多重负担，一些学者建议双方当事人应当在审判中应当发挥更加积极的作用，<sup>[42]</sup>但是迄今为止，这种改革建议还没有战胜德国的传统力量。

## 2. 职业法官和非职业法官

大多数对刑事案件有管辖权的法院由职业法官和非职业法官共同组成。只有在司法审级的最低层和最高层，才由职业法官单独审理。

职业法官在大学的法学院至少要接受3年半的法学培训。在

---

[40] 熟悉检察官的卷宗能够而且经常会导致法官产生某种偏见。曾经对德国法官和检察官进行试测，他们在观看了模拟审判的录像之后被要求作出定罪的建议，而这一试验表明：在同样的证据基础上，对卷宗事先有所了解的法律工作者与那些对卷宗不了解的人比较，更加倾向于判定有罪。见 *Schuenemann, in: Bierbauer/Gottwald/Bämbreier - Stahlberger, Verfahrensgerechtigkeit*, 1995, p. 215.

[41] 根据刑事诉讼法第271条，审判必须制作笔录（Protokoll）。但是在地区法院的审判中，笔录只需要反映庭审的主要过程和相关程式（刑事诉讼法第273条第1款）。只有在初级法院的审判中，笔录还要记载“讯问的主要结果”（刑事诉讼法第273条第2款）；如果对判决提出上诉，在地区法院进行新的审判，证人先前证言的内容可以直接从笔录中被宣读，而不是再次询问证人（刑事诉讼法第325条）。但是，这些笔录经常是不可靠的，因为它们是由法庭书记官（经常是非法律工作者）所书写，而且是由他来决定什么是询问的“主要”结果。主要基于传统的和经济方面的原因，审判中不制作完整的笔录。只有在征得审判中的每一个诉讼参与人的同意后，才允许对审判进行录音录像。OLG Duesseldorf NSZ 1990, 544.

[42] 见 *Baumann* 及其他作者，*Alternativ - Entwurf Novelle zur Strafprozessordnung. Reform der Hauptverhandlung*, 1985, p. 68; *Herrmann*, ZStW 100 (1988), pp. 45 - 70.

学习结束时参加一次综合考试，之后年轻的法律工作者需要参加为期 24 个月的实习，分别在民事法院、检察院、行政机关、私人律师事务所以及由实习人选择的法院或是机关进行，每一处历时几个月。在实习期满后，他们要参加另一次综合性考试，此次考试将覆盖所有核心的法学领域。通过这次考试的人，将获得成为法官、检察官或律师的正式资格。<sup>[43]</sup> 对于法官来说，除此之外不需要再进行特别培训也不要求有执业经验。但是，负责赋予法官资格的司法部通常只接收成绩最好的候选人。<sup>[44]</sup> 因为没有执业经验的要求，法官只有 28 岁或 30 岁是很正常的。初任法官经常被分配到审判庭（刑事或民事的），在那里他们可以从经验丰富的法官身上学到必要的技巧；但是他们自从业的第一天起就享有完全的投票权。在不同的岗位上工作 3 年之后（通常包括民庭和刑庭），年轻的法官一般会得到终身任命。<sup>[45]</sup>

非职业法官参与刑事司法是 19 世纪的主要改革之一。法国在大革命之后吸收了英国的陪审制度，非职业法官的设立就成为自由的、文明的并为大众所欢迎的刑事司法制度的象征之一。非职业法官的参与被视为是解决君主（或政府）干预刑事案件裁断的有效手段，君主或政府对刑事司法的干预在独裁体制盛行的几个世纪里是经常发生的。<sup>[46]</sup> 在 19 世纪，德国的大部分州都在刑事法院中引入了非职业法官。1877 年帝国刑事诉讼法典正式生

---

[43] 见德国法官法第 5—5d 条。

[44] 成为法官除了工作安定、收入颇丰之外，还享有一定的威望；因此，对于年轻的法律工作者来说很有吸引力。在德国，在私人执业后可能会再成为一名法官，但是这种情况不多见。

[45] 见法官法第 10 条。

[46] 关于德国非职业法官历史批判性的记叙，见 *Dubber*, 43 *American Journal of Comparative Law* 227 (1995)。

效，它规定在大多数严重的刑事案件中由陪审团审判。陪审团法庭（Schwurgericht）由3名职业法官和12名非职业法官组成；前者负责裁决程序性事项以及量刑，而后者则在职业法官不参与的情况下，就是否有罪作出裁断。<sup>[47]</sup>另一方面，轻微案件由1名职业法官和2名非职业法官组成的舍芬庭（Schöffengerichte）共同审理裁决。<sup>[48]</sup>

1924年，陪审团法庭实际上已被取消，或者更确切地说，已经演变为由3名职业法官和6名非职业法官组成的混合的合议庭。这一改革发生在国会危机之时，未经集中的讨论，改革的原因并不完全清楚。除了经济原因之外（前陪审团法庭制要求在每一审判日召集30名非职业法官出席），有关法律政策的讨论也是取消受欢迎的陪审团体制的依据：许多学者认为陪审团制度对于德国传统来说是舶来品，指责其所要求的程序过于复杂，并批评陪审团做出的无需说明理由的裁断因为缺少司法审查，是危险的和不可理解的。<sup>[49]</sup>虽然废除独立的平民陪审团的决定在当时引起很大的争议，刑事陪审团的消亡似乎并未造成持久的异议。1975年，在审理最严重刑事案件（尤其是涉及有人死亡的案件）的合议庭中，非职业法官的数目由6个进一步减为2个。然而法院组织法第74条仍旧保留旧有的术语“刑事陪审法庭”，这一司

---

[47] 帝国刑事诉讼法典第276-317条。见 *Beling*, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, 1928, pp. 389-393; 关于在德国陪审法庭如何发展的叙述，见 *Hadding*, *Schwurgerichte in Deutschland*, 1974, 特别见 pp. 43-69; *Renning*, *Die Entscheidungsfindung durch Schoeffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht*, 1993, pp. 33-47.

[48] 关于德国“混合法庭”的全面评价，参见 *Langbein*: “混合法庭和陪审团法庭：这一大陆法系的选择能否满足美国的需要？” *ABF* 研究期刊，1981年，135页。

[49] 见 *Hadding* (n. 50), pp. 54-65; 关于废除陪审团的详细叙述，见 *Vornbaum*, *Die lex Enminger vom 4. Januar 1924*, 1988, pp. 109-149.

法组织实质上已成为地区法院的大合议庭 (Grosse Strafkammer) 之一, 对严重刑事案件享有初审管辖权。

不太严重的案件由一名职业法官和两名非职业法官组成的合议庭审理 (Schöffengerichte; 法院组织法第 24 条、第 28 条、第 29 条第 1 款)。<sup>[50]</sup> 如果只需处以罚金或 2 年以下监禁刑, 则案件由一名职业法官 (Strafrichter) 单独审理 (法院组织法第 25 条)。<sup>[51]</sup>

在审理危害国家安全的严重犯罪时, 没有非职业法官参加, 而是由州上诉法院 (Oberlandesgericht) 的五名职业法官所组成的合议庭审理 (法院组织法第 120 条、第 122 条第 2 款)。

非职业法官也参加二审: 当案件因提出上诉而重新审判时, 由一名职业法官和两名非职业法官所组成的合议庭 (Kleine Strafkammer) 审理 (法院组织法第 76 条第 1 款)。但是, 非职业法官并不参与对基于法律原因提起的上诉 (Revision) 的裁决。<sup>[52]</sup>

非职业法官作为刑事合议庭成员, 他们的参与限于庭审及随后的裁决作出阶段, 而不参加立案和案件的审前准备 (法院组织法第 30 条第 2 款、第 76 条第 1 款第 2 句话)。但是对于判决, 非职业法官发挥很大的作用。在小型合议庭 (Schöffengericht and Kleine Strafkammer) 中, 他们占大多数 (2: 1); 在大型合议庭 (Grosse Strafkammer) 中, 如果非职业法官反对, 就不能作出不利于被告人的裁决, 因为这类裁决需要三分之二多数才能通过 (刑

---

[50] 在复杂的案件中, 法院基于检察官的申请, 有权要求另一职业法官参加合议庭, 这样就由 2 名职业法官和 2 名非职业法官组成 (法院组织法第 29 条第 2 款)。

[51] 2000 年, 在初级法院职业法官审理了超过 90% 的成年人刑事案件。见 Statistisches Bundesamt (ed.), Gerichte und Staatsanwaltschaften 2000, 2002, p. 102.

[52] 这类上诉由州上诉法院或者联邦上诉法院合议庭 (Bundesgerichtshof) 裁决; 法院组织法第 121 条第 1 款、第 135 条。

事诉讼法第 263 条第 1 款)。

遴选非职业法官的程序相当复杂。<sup>[53]</sup> 法院组织法第 31 条规定, 非职业法官必须是德国公民; 25 岁以下或 70 岁以上的人, 或是在社区居住不到 1 年的人、内阁成员、法官、检察官、辩护人、警察以及书记官都不能担任 (法院组织法第 33 条、第 34 条)。<sup>[54]</sup> 每隔 4 年, 各个城市或地区议会都会通过三分之二多数确定适合担任非职业法官的人员的名单。<sup>[55]</sup> 最后的选择由 1 名 (初级) 法院法官、1 名公务员及 10 个由地区委员会选出的人所组成的委员会作出 (法院组织法第 40 条)。该委员会决定<sup>[56]</sup> 每个县法院和地区法院所需要的非职业法官的数目。在具体的案件中, 非职业法官的选派则是通过抽签决定的 (法院组织法第 45 条第 2 款)。

非职业法官被认为是各类团体、各个年龄段和不同社会地位的人口的代表 (法院组织法第 36 条第 2 款)。但是实践研究发现男性、中产阶级特别是公务员中的代表最多。<sup>[57]</sup> 这可能与非职

---

[53] 详见法院组织法第 36—52 条。

[54] 对于某些人来说, 担任非职业法官将带来特定的困难, 可以拒绝担任 (法院组织法第 35 条)。这些人包括, 例如, 外科医生、药剂师以及不得不照管家庭的人。

[55] 制作这些名单的方法各地不同。在有些社区, 政党和其他组织提供候选人名单, 然后由相关的委员会选出可用的非职业法官; 其他社区则主要从志愿者中进行选择; 见 *Katholnigg*, *Strafgerichtsverfassungsrecht*. Kommentar, 2 nd ed. 1995, § 36 note 2. 仅仅从姓氏由某一特定字母开头的公民中选出非职业法官的做法已被宣布为非法; BGHSt. 30, 255 at 256 (1981)。

[56] 法律要求每个非职业法官的选举都要单独进行, 并经委员会三分之二多数通过。委员会绝对不能用抽签代替 (BGHSt. 33, 41 (1984)), 或者直接采用市政委员会的政治部门的提案 (BGHSt. 35, 190 (1988))。

[57] *Klaus*, *Ehrenamtliche Richter*, 1972, pp. 35—43; *Casper/Zeisel*, *Der Laienrichter im Strafprozess*, 1979, p. 77; *Rennig* (n. 50), pp. 477—481.

业法官最初的筛选是由每个社区的政治代表们进行的事实有关，而这些政治代表们则倾向于选择活跃的公众人物，例如政党、工会或类似团体的成员。

非职业法官被召集任职 4 年，大约每年有 12 起审判（法院组织法第 45 条第 2 款）。他们会得到往返法院的交通费和误工工资的补偿，每小时最高可达 20 欧元；家庭主妇每小时将得到 14 欧元（1969 年 10 月 1 日 Gesetz über die Entschädigung der ehrenamtlichen Richter 第 2 条、第 3 条）。

一些法律学者建议取消非职业法官。他们指出，在德国非职业陪审员制度中存在固有的中产阶级偏见，而且非职业法官也不能胜任这一工作。批评家们认为，既然非职业法官不了解他们所审理的案件卷宗，也不熟悉要适用的法律，他们作出的裁断或者完全受合议庭中职业法官的影响，或者是基于偏见，缺乏合理性。<sup>[58]</sup>

另一方面，对非职业人员参加刑事司法的支持者们认为，非职业法官具有三个作用：他们使人们对刑事司法行政有更好的了解；他们的出席迫使职业法官至少用通俗的语言来解释他们的结论；他们被视为对裁决的作出注入了一种“自然正义”的力量。<sup>[59]</sup>然而，最后的论点并非意味着非职业法官有权使确定的

---

[58] *Baur*, Laienrichter - Heute? in: Festschrift fuer Eduard Kern, 1968, p. 49 at 54 - 58; *Volk*, Der Laie als Strafrichter, in: *Hanack/Riess/Wendisch* (eds.), Festschrift fuer Hanns Duennebieber, 1982, p. 373 at 376, 380, 383; *Kuehne*, Laienrichter im Strafprozess? Zeitschrift fuer Rechtspolitik 1985, 237.

[59] 赞同设立非职业法官的意见，见 *Jung*, Die Beteiligung von Laien an der Strafrechtspflege, in: 150 Jahre Landgericht Saarbruecken, 1985, p. 317 at 329 - 331; *Remmig* (n. 50), pp. 570 - 574.



法律失去其价值。<sup>[60]</sup> 非职业法官参与的主要领域在于对证据进行评断以及作出公正的量刑。

纵观德国刑事司法体制，只有少部分刑事案件有非职业法官的实际参与。<sup>[61]</sup> 因此非职业人员参与刑事司法只对司法运行增添了很小的负担，但是作为一种“民主的”制度却具有积极的象征意义。在刑事裁决中取消非职业法官的参与是不可能的。改革的趋势之一可能是选择一些在特定方面，例如经济方面，具有专门知识的非职业法官。<sup>[62]</sup> 在劳动争议法院和社会保险法院中也存在类似的非职业法官制度。<sup>[63]</sup>

### 3. 司法独立

德国宪法第 97 条规定：“法官独立并且只服从法律”。这一原则不仅适用于职业法官，也适用于非职业法官（德国法官法第 45 条第 1 款）。这意味着司法裁决只能完全根据所适用的制定法和其他法律规范（包括非成文法）作出，法官绝对不能根据个人偏见或来自外界的指示作出裁决。为了确保法官独立裁判，不受不正当的影响，德国法律规定，无论何人都无权建议或指示法官如何裁决案件。一般说来，法官甚至不受高级法院先前裁决的约束；因此，即使联邦上诉法院（Bundesgerichtshof）作出相反的裁定，初级法院的法官（Richter am Amtsgericht）仍可以坚持他自己对某一法律的理解。这一规则只有两个例外：如果上诉法院撤销

[60] *Rueping*, Funktionen der Laienrichter im Strafverfahren, JR 1976, 269 at 273-274.

[61] 见 *Dubber*, 49 Stanford Law Review 547 at 561-566 (1997), 其中说只有 5% 的刑事案件有非职业法官的参与。

[62] 见 *Rueping* (n. 64), p. 274.

[63] 见 *Arbeitsgerichtsgesetz* (劳动争议法院法) 第 16 条, 第 20-29 条; *Sozialgerichtsgesetz* (社会保险法院法) 第 12-18 条; 也见法院组织法第 105-113 条 (关于处理经济案件的民事合议庭的规定)。

某一判决，将案件发回重审，被发回重审的法院必须遵循上诉法院对有关法律的解释（刑事诉讼法第 358 条第 1 款）；联邦宪法法院的裁决对所有法院以及行政机关都有约束力（Bundesverfassungsgerichtsgesetz〈联邦宪法法院法〉第 31 条第 1 款）。

虽然法官在作出裁决时是独立的，但是需要有权威机构来监督司法基本原则的贯彻，如处理案件的快速性、准确性以及对当事人的最低待遇。1972 年的德国法官法（Deutsches Richtergesetz）确实设立了这类惩戒机构（Dienstaufsicht），但是强调这一机构仅仅监督法官的执业方式，不包括裁决的内容（德国法官法第 26 条第 1 款）。法院的审判长负责本法院所有法官的惩戒事宜，他本人则受到州司法部（Landesjustizminister）的监督。

法官如果认为他的独立性受到审判长的惩戒措施的威胁，他有权就涉及法官的事项向特别法院提出上诉（Dienstgericht；德国法官法第 26 条第 3 款）。这类法院在联邦系统以及各州都存在（德国法官法第 62 条、第 78 条）。在传统上它们都表现出对司法独立的尊重。例如惩戒法院曾经裁定，法官可以自由分配自己的时间，因此不受强迫必须在法院内工作一定的时间（许多德国的法官比较喜欢在家里完成大部分工作——例如起草判决书）。<sup>[64]</sup>在另外一个案例中，审判长写信要求法官解释为何做出某一判决则被认为是对司法独立的不当干涉。<sup>[65]</sup>

当法官的裁决令国家权力机关不满时，如果后者能任意地将法官撤职，那么法官不受外界干涉的权利就遭到破坏。因此，德国的法律规定法官终身任职，不可被撤职，甚至不可以从一个法院调离至另一个法院（德国法官法第 30 条）。但是，在他们最初

---

[64] BVerwG JZ 1988, 417 (1987).

[65] BGH NJW 1987, 2442 (1987).

(试用) 大约 3 年的任职期间内, 年轻法官能够——通常也是——担任不同的职务, 经常还要在检察院工作一段时间 (德国法官法第 13 条)。在法官获得终身任职后, 只有当法院重新划分管辖区域, 或者因与法官的工作表现无关的原因使得有必要分派新的任务以避免对司法行政体制造成严重损害时, 他才可以被强迫接受新的职务 (德国法官法第 31 条、第 32 条)。

这些条款确保了那些满足于自己在审级中所处位置的法官的独立性。但晋升是另外一回事。被任命更高层级 (上诉) 的法院会带来更高的威望、更大的影响以及更多的薪水, 任命的方式各州略有不同。在许多州, 由司法辖区内的法官选举的司法委员会负责晋升事宜 (见德国法官法第 49-52 条)。而候选法官任职法院的院长对其能力的评价也起到很重要的作用。反过来, 院长也经常参考候选法官所在的审判庭庭长 (Vorsitzender) 的评价。这种做法使得下级法官在起草判决时较之其在所渴望的绝对司法独立的制度中更加小心谨慎。

法律在给予司法独立广泛保障的同时, 假定了法官面对各种案件始终会保持中立。只有在例外情况下, 这一假定才会被推翻, 法官也将被取消资格。

刑事诉讼法第 22 条、第 23 条列举了几种情况, 在这些情况下, 法官因为个人利益与审判事项有关, 被认为不适合进行法庭审理和作出判决。例如, 当法官本身就是争议中的犯罪的受害人或者与受害人系夫妻或其他亲属关系时, 就属于这种情况。当然, 当法官或他的某一近亲属犯罪时也是如此。<sup>[66]</sup> 法律还认为

---

[66] 法官本人是罪犯的情形在法典中并未明确提及, 但是, 一般认为, 在这种情况下他应当回避。见 *Kleinknecht/Meyer - Gossner, Strafprozessordnung. Kommentar*, § 22 note 3.

某些特定的程序性职能是互相矛盾的：在一起案件中任何曾经作为证人、专家证人、警察、检察官、辩护人或被受害人的代理人的人同时不得作为法官（刑事诉讼法第 22 条第 4、5 项）。

证人和法官这两种角色的互相排斥有时会带来一些实际问题：如果被告人希望将某一法官排除在合议庭之外，就可以要求其成为证人，比如为被告人声称的程序违规作证。那时法官将不得不自行回避。为了避免这种对权利的滥用，联邦上诉法院允许法官在这种情况下发表官方声明，即如果被传唤作为证人，他们对此事将无话可说；然后法院就可以驳回被告人的举证申请。<sup>[67]</sup>乍一看，将同时是受害人的法官排除出合议庭的做法似乎是合理的，但也带来一些问题：法官能否参加其拥有小额股份的某一大型公司被诈骗案件的审判？联邦上诉法院允许法官在上述情况下仍可参加审判。<sup>[68]</sup>

刑事诉讼法第 23 条第 1 款禁止法官参与对其所作判决的上诉审。但在下述情形下，联邦上诉法院仍允许其参加：法官参加了某案件的审理，该判决后来被上诉法院撤销，并将案件发回原审判决法院的另一审判庭重审；该法官同时又是进行重审的审判庭的成员。<sup>[69]</sup>

如果法官依法应当回避，即使当事人没有提出申请，他也必须退出涉及该案的任何活动。<sup>[70]</sup>如果应当回避的法官参与了判决，则该判决在上诉审中将不可避免地被推翻（刑事诉讼法第 338 条第 2 款）。

---

[67] BGH Strafverteidiger 1991, 99 (1990)。

[68] BGHSt. 1, 298 (1951)；也见 BGH Monatsschrift fuer Deutsches Recht 1957, 16。

[69] BGHSt. 21, 142 (1966)。应当注意，案件一般被发回至并非原审法庭的审判庭（刑事诉讼法第 354 条第 2 款）。

[70] Kleinknecht/Meyer - Gossner, § 22 note 6。

除了法律规定的法官自动回避的情形之外，还存在着法官自身的行为导致当事人有理由怀疑其公正性的其它情况。因而，刑事诉讼法第 24 条赋予任何一方当事人有权对法官提出有因回避。如果理智的当事人有理由不信任法官的公正性，则法官应该回避（刑事诉讼法第 24 条第 2 款）。在这一问题上，复杂的判例法集中讨论的是，能够怀着对法官公正性的信任而对法官言行进行评价的“理智的”当事人的标准是什么。<sup>[71]</sup> 因此只有严重违反司法职能才被视为对法官提出回避的充分理由。例如，如果法官用激烈的语言试图说服证人或被告人放弃沉默权，<sup>[72]</sup> 如果法官在审判开始之前告知媒介他认为犯罪嫌疑人有罪，<sup>[73]</sup> 如果法官就案件结果与共同被告人<sup>[74]</sup> 或者辩护人<sup>[75]</sup> 进行了秘密交谈（在后一种情况下，检察官对法官的不公正提出异议），则可以构成回避理由。在另一个案例中，联邦上诉法院认可了对一名无正当理由，仅因为辩护人的着装“缺乏尊重”而将其逐出法庭的法官提出的回避。<sup>[76]</sup>

另一方面，法官关于适用的法律以及证据的阶段性的评价的言论并不构成回避理由。被告人在法庭上公开辱骂法官，然后宣称该法官因对自己不满而不宜再继续审判的策略也没有得逞。<sup>[77]</sup>

---

[71] BGHSt. 21, 334 at 341 (1967).

[72] BGHSt. 1, 34 (1951); BGH NJW 1959, 55 (1958).

[73] 见 BGHSt. 4, 264 (1953).

[74] BGH Strafverteidiger 1982, 99; BGHSt. 37, 99 (1990); 见 BGH Strafverteidiger 1988, 417 (如果审判长在办公室内与部分共同被告人的辩护律师讨论案件，则不构成回避的理由)。

[75] BGHSt. 37, 298 (1991).

[76] BGH NSZ 1988, 510.

[77] BGH NJW 1952, 1425; 进一步的参考资料见 *Kleinknecht/Meyer - GoBner*, § 24 note 7.

这里还应当简要提及一些有争议的情况。法官能否因为属于受到犯罪人行为影响的某个政治、宗教团体或是某个种族而被提起有因回避？<sup>[78]</sup> 在法官阅读媒体关于案件的详细报道之后，是否仍能保持公正？<sup>[79]</sup> 当案件发回重审时，做出原审判决的法官能否被提出有因回避？<sup>[80]</sup> 在上述三种情形下，有因回避均被法院拒绝。应当注意的是，即使是通过媒体报道已经熟知案情的非职业法官也不能被提起有因回避；<sup>[81]</sup> 但是，他们绝对不能阅读案件的官方卷宗。<sup>[82]</sup>

即使有理由怀疑法官的公正性，除非一方当事人正式提出回避，他是不能被排除出案件的。<sup>[83]</sup> 回避必须在庭审开始时提出，除非法官在审判过程中的行为构成回避理由（刑事诉讼法第 25 条）。只有法官个人才能被提起回避，审判庭不能，这是规则；但是，如果回避是基于法庭的一致判决，情况就不同了。<sup>[84]</sup>

在回避提出之后，由包括被要求回避的法官在内的法庭来裁

[78] OLG Koblenz NJW 1969, 1177; OLG Frankfurt NJW 1986, 1272.

[79] BGHSt. 22, 289 (1968).

[80] BGHSt. 21, 334 at 341-343.

[81] BGHSt. 22, 289 (1968).

[82] Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.) 69, 120 (1935); BGHSt. 13, 73 (1958). 法院一直认为非职业法官对卷宗的了解不是产生偏见的理由，而是违反了判决必须建立在经过法庭公开辩论而采信的证据的基础上这一原则（刑事诉讼法第 261 条）。法院的这种立场近来有所松动；见 BGHSt. 43, 360 (1997)（允许非职业法官在庭审开始时，通过聆听另一个法院对即将审理的事实所做出的裁决的介绍，来了解有争议的证据）。

[83] 这与法官依法“自动”排除是不同的（刑事诉讼法第 22 条）。在这种情况下，法官必须依职权不得参与案件的任何活动。如果对回避的理由存在怀疑，则法官必须将争议提交法庭裁决（刑事诉讼法第 30 条）。如果法官本人认为自己有偏见，而当事人并未提出回避申请，法庭也有权作出裁定。

[84] Pfeiffer, Karlsruher Kommentar, § 24 note 9.

决这一申请形式上是否可采。如果该申请已经满足形式上的条件，则法庭在被申请回避的法官缺席的情况下，作出裁决（刑事诉讼法第 26a 条、第 27 条）。

在复杂的审判中，回避频繁发生；有时似乎主要是出于策略上的原因（例如使得法庭紧张或出现程序性错误，将来进行上诉）。对回避未做出裁定之前，审判无需中断（刑事诉讼法第 29 条第 2 款）。但是，法庭若继续审判，将冒有很大的风险；如果回避理由成立，则审判必须重新开始。

#### 4. 刑事法院的司法管辖权

刑事法院的地域管辖权（*Örtliche Zuständigkeit*）由刑事诉讼法第 7—21 条规定。检察院有权选择将起诉书提交犯罪地法院、被告人居住地法院或者被告人被逮捕地法院（刑事诉讼法第 7—9 条）。即使不是法律规定的有管辖权的法院也可审理案件，除非被告人在对案情作出陈述之前对法院的管辖权提出异议（刑事诉讼法第 16 条）。

若干法院受理一审刑事案件。法律规定的级别管辖权十分复杂。级别管辖部分取决于将审理案件的犯罪种类，部分取决于可能判处的刑罚，即案件的严重程度。总体上的掌握如下：初级法院（*Amtsgericht*）的独立审判的职业法官（*Strafrichter*）有权审理可以判处 2 年以下监禁刑的犯罪（法院组织法第 25 条）。<sup>[85]</sup> 最高刑罚可达 4 年监禁刑的较为严重的案件，则由 1 名职业法官和 2 名非职业法官所组成的初级法院的审判庭——舍芬庭审理（法院组织法第 24 条）。非常严重的案件则由地区法院（*Landgericht*）的 3 名职业法官和 2 名非职业法官所组成的大刑事审判庭

---

[85] 独立审判的职业法官的管辖权被 1993 年的一部声称“简化”刑事程序的法律所拓展。