

德国刑事 程序法原理

Principles of German
Criminal Procedure Law

Heinz von Holtz

德国刑事 程序法原理

Principles of German
Criminal Procedure Law

[德] 托马斯·魏根特 —— 著

江湖等 —— 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



如同世界上其他国家一样，21 世纪的中国也面临全球化的挑战。这些挑战也与持续的法律改革进程相关。在 20 世纪的漫长岁月中，中国多次改革其法律体系，以便使之适应当时中国人的生存状态。为了获得灵感，在这些改革的过程中，中国曾参考许多外国的法律体系。一方面，随着革命的演进和中华人民共和国的成立，苏联的法律体系成为中国法律体系改革的一个主要参考，但是，中国一直维持着其与那些根植于中国历史和文化的传统之间的各种关联。二十世纪九十年代以后，中国重新面临改革法律体系的挑战，以便反映中国当下的需求和愿望。另一方面，新的法律应当合乎国际标准，这些国际标准会对那些与中国在政治上、文化上和经济上交往的国家的实践与期望产生决定性作用。

这些一般性的观察同样适用于刑事程序法。刑事程序法不仅具有实际的意义，而且，相较其他法律领域，它更能反映国家与个人之间的关系。在刑事程序的语境之下，国家通过确定犯罪是否已经发生以及谁是犯罪人来追求重要的社会利益。正是在刑事程序之中，作为个人的犯罪嫌疑人会遭受对其核心利益诸如自由、尊严和隐私的最严厉的干涉。通过考察法律如何解决这一不可避免的利益冲突，我们可以确定在多大程度上国家在追求其目标之时会保持克制，同时尊重公民个体的权利。

我们可以将 1979 年、1996 年、2012 年和 2018 年颁布的现代中国刑事程序法解释为一个赋予更多法律保障，同时对国家机关施加限制的过程中的连续性步骤。与此同时，修改之后的法律适应了真实世界的特定发展。例如，DNA 分析的可能性以及电讯监控的不断增长，提高了国家机关侦破犯罪的可能性，但这些做法需要在刑事程序法中予以明确。在改革刑事程序法的过程中，中国立法机关通盘考虑了中国人的传统和文化预期，以及刑事司法机关的实际需求及对它们的限制等。但是，参考外国法律中对于类似问题可能的解决方案，也同样是有益的。当然，中国立法不应该简单地照搬照抄或者移植外国法律甚至国际法标准。移植外国法律理念和解决方案的过程是复杂和艰巨的，它要求对理念的输出国和输入国的法律环境均保持敏感。但是，即便我们将借鉴外国方案的明显局限性牢记于心，运用外国经验来启发国内的改革，仍然是有所裨益的。

在刑事程序的语境之下，那些对外国模式感兴趣的人们面临“对抗制”刑事程序与“职权制”刑事程序之间的传统分野。讲英语的“普通法”国家奉行这一理念：刑事程序在结构上与民事程序类似，因为两造（检察官和被告人）均向一个中立的事实裁判者陈述案件，然后由法官或陪审团在证据（这些证据受特定证据规则和假定的约束）的基础上决定争议结果。与之不同的职权制模式盛行于欧洲大陆以及某些受法国法或德国法影响的国家。在这种模式之下，刑事程序被设想为由一个或者多个司法官员开展的单边调查。“职权制”程序的目标在于确定案件真相，以便精确地认定相关事实，并根据这些事实作出正当的裁决。当然，自 13 世纪诞生以来，职权制程序在许多方面已经发生了变化。特别值得关注的是，犯罪嫌疑人被赋予一系列权利，这些权利使得嫌疑人可以积极地参与事实认定的

过程，或者反过来不与国家机关合作，在整个程序中保持沉默和消极被动。

在最近几十年，对抗制模式在全世界大行其道：即使英语世界以外的程序体系，许多也已经至少采用对抗制的某些特征。在刑事程序中，嫌疑人应当与检察官具有平等的地位。这一理念与如下一般的观念相吻合：个人的权利应当得到尊重，这一观念也适用于刑事程序的语境。

早在 19 世纪的下半叶，德国就已经接受了嫌疑人是刑事程序的“主体”，而并非国家追诉的单纯客体的观念。尽管如此，德国体系仍然与全方位的“对抗制”刑事程序格格不入。尽管经历了诸多修改，《德国刑事程序法典》仍然保留着其在 1877 年的版本中所呈现的职权制的基本架构。第二次世界大战之后，为了适应 1949 年颁布的奉行自由主义的《德国基本法》，德国程序法进行了诸多修改，赋予个人大量对抗国家的权利，在刑事程序中，这些权利尤其重要，而司法机关也必须坚决捍卫个人的这些权利。

因此，德国刑事程序法或许可以提供一个切实可行的、替代无处不在的英美模式的方案，并因此可能使思考本国未来改革方向的中国读者产生兴趣。他们或许希望了解纸面上以及在实践中实际运行的德国刑事程序法的优势和劣势以及机遇与挑战。

这就是这本小书的背景。本书并未提供德国刑事程序的所有细节的完整概况。相反，它由一些相互关联的论文组成，有的是专门为本书而写的原创性论文，有的则是在其他地方已经发表过的论文。这些论文旨在帮助外国法律人理解德国刑事程序法的特征和当下的问题。作者并未重点讨论那些 19 世纪和 20 世纪学术讨论之主要课题的程序“理论”。相反，本书收录的论文主要探讨德国体系的实际运作，并将德国体系与其他外国体系尤其是普通法国家的体

系加以比较。

本书第一章对德国刑事程序进行了简要回顾，旨在为外国读者提供一个德国刑事程序法主要特征的导论。第二章研究德国刑事侦查阶段的人权保障。第三章关注所有刑事程序体系的一个关键特征，即嫌疑人（被告人）的地位。这里将展示德国如何努力地解决国家利益与个人利益之间的各种冲突。一个与此紧密相关且有争议的问题是第四章所探讨的无罪推定。这一章将展示无罪推定在德国体系下重要却又有限的功能。第五章研究德国的法院体系，关注法官是什么人以及外行人在德国裁判刑事案件的体系中扮演何种角色。接下来的三章探讨刑事程序的三个阶段，即侦查、起诉和审判，指出每一个阶段的功能和特殊问题，以及与每一个阶段相关联的问题。关于审判的章节同时提出了许多证据法的问题，这些问题与对抗制的证据展示和职权制的证据展示这个二元区分密切相关。德国刑事程序的一个特别显著且具有实际重要性的特征是可以通过合意的方式完成判决，这个程序性选择在功能上类似于美国刑事程序法中的“辩诉交易”。这一相对晚近的现象给德国刑事程序的基本原理带来了一个严峻的挑战：作为刑事程序的目的，查明事实真相仍然具有至高无上的地位吗？根据前一章的研究，第十章随后探讨了职权原则及其存活概率，包括其与对抗制模式相比较的优势与劣势。最后两章在性质上更具概括性：第十一章思考了德国刑事程序可能的未来，第十二章对德国量刑的状况进行了描述。本书作者的愿望是：本书所收录的论文不仅可以被整合在一起，形成一副描述德国刑事程序关键问题的马赛克，而且能够在 21 世纪的初期有所超越。

如果没有我的朋友——北京大学法学院江潮先生的启发、坚持和指导，本书的出版是不可能实现的。他承担了将我的文字转化为

中文的工作。我不仅感激他完成了这一艰苦卓绝的工作，而且感谢他在本书出版过程中始终如一的耐心和友谊。

托马斯·魏根特
2018年6月10日

第一章 德国刑事诉讼概述	1
一、德国刑事诉讼程序概述	1
(一) 刑事诉讼的阶段	1
(二) 《德国刑事诉讼法》的渊源	2
(三) 实行侦查和公诉的机关	5
(四) 侦查和公诉的门槛、合法原则与追诉便宜原则	6
(五) 被追诉人 / 被告人的地位	9
(六) 经济犯罪特别侦查程序	11
二、侦查措施	12
(一) 锁定嫌疑人	12
(二) 审前对嫌疑人的讯问	13
(三) 在侦查阶段对证人的询问 (包括原告 / 遭受损失的当事人)	14
(四) 对嫌疑人的逮捕和羁押查讯	17
(五) 审前拘押	18
(六) 对邮政通信 (信件) 的拦截	23
(七) 对电信通讯内容 (内容数据) 的拦截	25
(八) 对通讯传输数据的监控	27
(九) 公共与私人领域的监听、监视	29

(十) 对银行交易的监控	32
(十一) 对物品的追踪和对人的跟踪	32
(十二) 数据挖掘及建档	34
(十三) 进入相关场所(“犯罪现场”)	35
(十四) 搜查和扣押	36
(十五) 对计算机的在线搜查	41
(十六) 冻结	42
(十七) 提交证据的令状	43
(十八) 借助专家的帮助	44
(十九) 秘密侦查	45
(二十) 控制下交付	46
三、公诉/检察措施	47
(一) 侦查和公诉的启动	47
(二) 单方面的案件转处	48
(三) 多方参与下的案件转处	50
(四) 恢复侦查因各种原因结案的案件	52
(五) 移交审判, 出庭支持公诉	53
四、证据	54
(一) 利用非法或不当手段取得证据的法律地位	54
(二) 书面证言的可采性	56
(三) 在其他成员国取得的证据的地位	58
五、嫌疑人/被告人在侦查和起诉期间的权利	59
(一) 无罪推定	59
(二) 辩方自行调查的权利	60
(三) 获得律师帮助的权利	61

(四) 通知他人逮捕信息的权利	62
(五) 提交书面证言的权利	63
(六) 请求采取特别侦查行为的权利	63
(七) 被告知其陈述有可能被用作证据的权利	65
(八) 要求精确表述证言的权利以及完整、准确 记录证言的权利	65
(九) 在接受讯问时参考文件的权利	66
(十) 查阅相关法律的权利	66
(十一) 被告知与被害人和解可能性的权利	66
(十二) 被告知羁押地点的权利	67
(十三) 被告知指控罪名的权利	67
(十四) 在审前程序中查阅案卷	68
(十五) 嫌疑人在审前程序中获得翻译帮助的权利	69
(十六) 在审前程序中保持沉默的权利	70
(十七) 法人在刑事诉讼中的权利	71
第二章 德国刑事侦查阶段的人权保障	72
一、 导言	72
二、 犯罪侦查的现代技术	72
(一) 宪法考量	73
(二) 侦查手段各论	75
三、 警方讯问	82
四、 法律援助	86
(一) 聘任的辩护人	86
(二) 指定的辩护人	89

五、对侦查的司法控制	91
(一) 令状	91
(二) 无令状情况下采取的行动	92
(三) 救济	94
第三章 犯罪嫌疑人的诉讼地位	97
一、导论	97
二、积极参与的权利	98
三、消极防御的权利	99
四、获得法律援助的权利(略)	105
五、结论	105
第四章 假定被告无罪	106
一、导论	106
二、无罪推定的内容	108
(一) 何谓“推定”	108
(二) 无罪推定的积极作用	109
三、什么不是无罪推定	110
四、无罪推定和举证责任	114
五、无罪推定的后果	121
(一) 口头宣告有罪	121
(二) 事实上将某人作为罪犯来对待	123
(三) 刑事程序的后果	125
六、结论	128

第五章 刑事审判中的职业法官和非职业法官	130
一、职业法官	132
二、非职业法官	134
(一) 历史根源	134
(二) 现今德国陪审员参审的案件范围	136
(三) 非职业法官的选拔	142
(四) 非职业法官参审制是否应该保留	143
第六章 强制措施	147
一、介绍	147
二、宪法背景	148
(一) 人格尊严	149
(二) 隐私权	151
(三) 个人交流自由	152
(四) 通信和通讯秘密	153
(五) 住宅不可侵犯的权利	154
(六) 计算机网络的完整性	155
(七) 行动自由	155
(八) 无罪推定	156
(九) 限制基本权利：比例原则	157
三、强制措施	159
(一) 逮捕和审前羁押	159
(二) 搜查	162
(三) 扣押	166
(四) 人身检查	167

(五) 监听	170
(六) 谈话窃听	173
(七) 卧底	174
四、程序问题	176
(一) 检察官的角色	176
(二) 警察的角色	177
(三) 司法监督	178
(四) 非法侵犯权利的救济	180
五、总结性评论	184
第七章 比较视野下的公诉检察官角色	185
一、引言	185
二、公诉检察官与刑事侦查	186
三、检察官的职权范围	190
(一) 检察官的角色：当事人一方抑或法的守护者	190
(二) 作为法官的检察官	193
四、控制检察官	204
第八章 职权制模式的衰退	208
一、大陆法刑事诉讼中的辩诉交易：一个不可能的实践	208
二、德国协商式司法的惊人发展	213
(一) 辩诉交易在德国	213
(二) 根源与原因	219
(三) 协商式判决的合法化	227

(四) 同意抑或真相	231
三、一个无需理论的实践	238
第九章 当能达成控辩交易时为什么还需要审判	242
一、审理是必要的吗	243
二、审理是有用的吗	254
三、审理会存续下来吗	261
(一) 争议案件	261
(二) 无争议案件	263
四、结论	265
第十章 纠问主义：未来的模式	266
一、真实的重要性	266
二、真相的定义及其与诉讼模式的关系	272
三、对立模式的融合	279
(一) 混合制系统	279
(二) 撤退中的纠问制程序	282
(三) “折衷”模式概述	287
四、结论	292
第十一章 德国刑事诉讼的昨天、今天和明天	294
一、德国刑事诉讼的结构	294
二、原则性革新的模式	304

三、未来的刑事诉讼：趋势	306
（一）审理刑事案件时不让法庭变成剧场	306
（二）诉讼协商	312
四、结论	316
第十二章 没有消息就是好消息	318
一、德国的刑事量刑	319
二、刑事制裁实践	327
（一）现状	327
（二）过去	335
三、刑事政策如何应对	339
四、结论	344
译者后记	345

德国刑事诉讼概述

高原 译

一、德国刑事诉讼程序概述

(一) 刑事诉讼的阶段

德国刑事诉讼被划分为三个阶段：由公诉检察官主导的侦查阶段、检察官向法院提交正式起诉书之后的中间阶段以及审判阶段。如果法院对被告人定罪判刑，就需要执行生效判决。人们也可以将此视为刑事诉讼的下一个（第4个）阶段，但人们通常将执行刑罚这个阶段——尽管部分规定在《德国刑事诉讼法》——视为与真正的刑事诉讼程序分离的一部分。

当检察官或警察发现可能存在犯罪行为时，即启动刑事侦查活动。在大部分案件中，被害人或目击证人向警察和检察官控告或者举报犯罪行为的发生后，检察官随即负有调查这一犯罪行为的义务。^①侦查旨在查清案件事实，事实范围以使检察官决定是否存在充足理由提起公诉（即能否合理期待嫌疑人在审判中被定罪）为限。如果检察官认为存在充足理由，他就会向审判法院提交一份起诉书，并将囊括各种文件及侦查结果的卷宗一并移送法院。

在之后的中间阶段，审判法院将——在陪审员不参与决策的

* 美国纽约大学亚美法研究所研究员。

①《德国刑事诉讼法》第160条第1款。

情况下——审查卷宗，并根据侦查阶段所收集的证据预估审判程序能否作出有罪判决。^①在此一阶段中，审判法院也会审查被追诉人的行为（已经得到证明）是否合乎检察官指控罪名或其他罪名的定义。虽然法律允许法院在中间程序调查证据，但实际上极少发生这种情形。^②在绝大多数案件中，法院会针对（检察官的）指控安排庭审。^③

在审判阶段中，法院——更常见的情况是该法庭的主审法官——有责任收集、展示足以支持法官作出裁判的证据。控方和辩方享有广泛的参与权，但主审法官才是保证现有证据足以查清事实以及主导讯问的主体。^④

（二）《德国刑事诉讼法》的渊源

刑事诉讼法的主要渊源是《德国刑事诉讼法》。^⑤《德国刑事诉讼法》可以追溯到 1877 年，但自那以来，也经过了多次修正。虽然经历了这些变动，但是仍然基本保留了德国刑事诉讼总体上的纠问制结构。

在 1877 年，德国还颁布了《德国法院组织法》，^⑥该法对民事和刑事审判中法院程序的特定事项作了规定。《德国法院组织法》

①《德国刑事诉讼法》第 199 条、第 203 条。

②《德国刑事诉讼法》第 202 条。

③在 2010 年，只有 1% 的正式指控被一审法院驳回。参见 Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege, Strafgerichte 2010* (Statistisches Bundesamt edn, 2011) 28, 66。

④参见《德国刑事诉讼法》第 244 条第 2 款：“为查清真相，法官应当依职权将证据调查涵盖到所有对裁判具有意义的事实和证据材料上。”

⑤最新的《德国刑事诉讼法》(I BGI 1987, 1074) 是 1987 年 4 月 7 日正式颁布的。

⑥最新的《德国法院组织法》(I BGI 1975, 1077) 是 1975 年 5 月 9 日正式颁布的。

确定了各级法院^①的管辖权、审判公开^②以及主审法官维持法庭秩序的权力。^③

德国宪法，即1949年《德国基本法》，^④仅包含了少量与刑事诉讼相关的条文。《德国基本法》第97条规定了法官独立性。《德国基本法》第101条第1款规定不允许存在任何特别法院，任何事项均须经法律事先确定的法官来加以裁决，排除将特定案件分配给特定法官的裁量权。《德国基本法》第103条第1款规定任何人均享有听审权，同条第3款规定了一罪不二罚原则。《德国基本法》第104条为国家机关剥夺公民自由作了保护性规定，其中包括了：任何对自由的剥夺，必须要有国会立法的授权；除非法官作出裁定，否则的话，任何人被逮捕之后，只能被拘留到逮捕日期的第二天。

在这些具体规则之外，宪法一般性地宣告联邦德国建立在法治原则之上。^⑤涉及刑事诉讼的若干规则，都与法治原则有关，例如，被告人接受公正、无偏见的法院审理的权利，接受公平审判的权利以及获得有效辩护的权利。^⑥此外，宪法还广泛列举了基本权利，其中一些权利与刑事诉讼有密切联系。最重要的

① 关于各刑事法院，特别参见《德国法院组织法》第24-26条、第28条、第73-78条。

② 《德国法院组织法》第169-174条。

③ 《德国法院组织法》第175-183条。

④ 《德国基本法》(1 BGBl 1949, 1) 是1949年5月23日正式颁布的。

⑤ 参见《德国基本法》第20条第3款：“立法必须服从宪法秩序，行政和司法权必须服从法律和法规。”

⑥ 关于法治原则对刑事诉讼的影响的概述，参见 B Grzeszick, “Art 20 (Art 20 VII und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit)” in T Maunz and G Dürig (eds), *Grundgesetz-Kommentar* (München, Beck 2012), 边码 142-150。



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

是,《德国基本法》第1条第1款宣告公民的人性尊严不容侵犯。例如,对人性尊严的尊重,意味着要禁止国家对公民施加任何压力以强迫自证其罪,^①人性尊严还要求国家机关尊重每个公民的核心隐私区域。^②为宪法所保护的其他(与刑事诉讼有关的)基本权利还包括了通信、通讯秘密自由(《德国基本法》第10条)、住宅不受侵犯(《德国基本法》第13条)以及发展个人人格的一般性自由(《德国基本法》第2条第1款)——本条被视为赋予公民个人按照自己喜欢的方式行事的自由,除非该自由受到(符合比例原则要求的)立法规定的限制。

《欧洲人权公约》自1952年以来在德国就具有联邦法律的效力。^③在德国法律体系内部,《欧洲人权公约》的位阶在宪法之下。^④德国法院不仅在适用《欧洲人权公约》时考虑欧洲人权法院的判例,还将其作为解释德国宪法或其他法律的辅助材料。^⑤

① Bundesverfassungsgericht in 38 BVerfGE 105, 113 (1974); 55 BVerfGE 144, 150 (1980); H Dreier, "Art 1 I" in H Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar*, 2nd edn (Tübingen, Mohr Siebeck, 2004), 边码 40; M Herdegen, "Art 1 Abs 1" in T Maunz and G Dürig (eds), *Grundgesetz-Kommentar* (Munich, Beck, 2012), 边码 86。不同的观点,参见 C Starck, "Art 1 Abs 1" in H von Mangoldt, F Klein and C Starck (eds), *GG Kommentar*, 6th edn (Munich, Vahlen, 2010), 边码 56。

② 80 BVerfGE 367 (1989) (日记作为证据); 109 BVerfGE 279 (2003) (对私人住宅的秘密监视)。

③ II BGBl 1952, 685。《欧洲人权公约》的德文新译本已经发表于 II BGBl 2010, 1198。

④ R Esser, "Einführung" in E Löwe, W Rosenberg and others (eds), vol 11 "EMRK; IPBPR", *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar*, 26th edn (Berlin, de Gruyter, 2012), 边码 85。

⑤ 参见 111 BVerfGE 303 (2004); 128 BVerfGE 326 at 366-72 (2011)。