

 法大诉讼法学博士文库
总主编 卞建林

3

STATE POWER AND PROCEDURE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

刑事诉讼中的国家权力与程序

◆田心则 著

04



中国人民公安大学出版社

法大诉讼法学博士文库 (3)

刑事诉讼中的 国家权力与程序

State Power and Procedure in Criminal Proceedings

田心则 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼中的国家权力与程序/田心则著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 6

(法大诉讼法学博士文库)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 140 - 4

I. 刑… II. 田… III. 刑事诉讼—研究 IV. D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 087602 号

法大诉讼法学博士文库

刑事诉讼中的国家权力与程序

State Power and Procedure in Criminal Proceedings

田心则 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2008 年 6 月第 1 版

印 次: 2008 年 6 月第 1 次

印 张: 8.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 220 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 140 - 4/D · 125

定 价: 22.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

总序

21 世纪的中国诉讼法学将向何处去？这是每一位诉讼法学者都应当关心的重要问题。历史是昭示未来的一面镜子。我们不妨先从历史的角度来考察一下我国诉讼法学发展的轨迹和趋势。

我国近代诉讼法学肇始于一百多年前的清末修律。1906 年，清政府创办了京师法律学堂，由沈家本亲自制定的法律学堂章程将刑事诉讼法与民事诉讼法均列为主要课程，这标志着诉讼法学作为一门新兴的学科开始独立存在。之后，夏勤、陈瑾昆、蔡枢衡、熊元襄、石志泉、邵勋、邵锋等学者在翻译和介绍日本、德国等国诉讼法律与诉讼理论方面都作出了杰出贡献，并在此基础上对诉讼法学基本原理进行了可贵的探索。至 20 世纪 40 年代，旧中国的诉讼法学理论体系得以初步形成。

新中国成立以后，随着旧中国的“六法全书”被废除，原有的诉讼法学理论体系和研究成果也被抛弃。受当时的政治环境影响，中国的法学理论工作者开始将目光转向前苏联。在 20 世纪 50 年代，伴随着前苏联法学教授来华授课，一批前苏联的诉讼法学著作被翻译推介到我国。我国学者开始在学习前苏联诉讼法律制度与法学理论的同时，结合中国无产阶级专政的实际经验与需要，尝试创建我国的诉讼法学理论体系。然而，不久后的“反右”运动和“文化大革命”动乱，法律虚无主义甚嚣尘上，诉讼法学研究长期陷入停滞。这种状况一直持续到 20 世纪 70 年代末期。

1978 年改革开放以来的 30 年是我国诉讼法学的恢复和迅速发

展时期。随着 1979 年中国第一部刑事诉讼法的颁布实施,我国诉讼法学开始全面“复苏”。在“解放思想、实事求是”方针的指引下,诉讼法学的学术研究变得活跃起来,关于刑事诉讼、民事诉讼、证据理论、司法制度方面的多本专著先后问世。特别是 20 世纪 80 年代初、中期,国家统一组织编写刑事诉讼法学、民事诉讼法学、证据法学教材。这些统编教材,发行量大,适用面广,读者群众,影响力巨,基本确立了诉讼法学与证据学的理论框架与教学体系。诚然,此时的诉讼法学仍不够成熟,大多停留在注释法学的阶段,教学和研究的目的是解释法律、宣讲法律,先进的诉讼理念尚未确立。至 20 世纪 90 年代,此种状况得到很大改善。“刑事诉讼法学的研究登上了一个新的台阶……在理论方面,对刑事诉讼基础理论的研究开始起步并初有成就。”^① 其标志性成果是一系列有关诉讼目的、诉讼构造、起诉制度、审判原理等基本理论问题的学术专著陆续出版。随着我国政治、经济、社会、文化等各个方面日新月异的发展与进步,随着“依法治国,建立社会主义法治国家”基本治国方略的确立与实施,我国社会主义民主与法治建设取得巨大成就。在此大背景下诉讼立法进程加快,诉讼制度日臻完善,诉讼法学理论研究也在不断深入。“程序正义”、“人权保障”等先进的诉讼价值观念得到大力弘扬和广泛传播,公平、正义、人权、自由、秩序、效率等价值观不仅是诉讼理论界热衷探讨的命题,并逐步得到立法和司法实务部门的理解和认同,甚至成为普通百姓耳熟能详的大众话语。进入 21 世纪以来,诉讼法学研究方面最显著的进展莫过于研究方法的转型。不仅实证研究方法受到重视,多元化、跨学科的研究方法也得到了提倡,哲学、社会学、逻辑学、经济学等多学科的研究方法被广泛地应用于诉讼法学和证据法学研究。甚至文理汇聚、社会科学与自然科学交融的现象也已

^① 陈光中、卞建林:《刑事诉讼法学研究现状与发展趋势》,载《法学家》1996 年第 2 期。

出现，国家自然科学实验基地中国政法大学证据科学研究院的成立就是明证。

由以上分析可见，我国诉讼法学的发展史大致可以划分为三个阶段，即萌芽与初创阶段、重建与停滞阶段和恢复与提升阶段。回顾历史，笔者在为我国诉讼法学发展历程的艰难曲折而感叹的同时，也为当前诉讼法学研究所取得的巨大成就而感到欢欣鼓舞。然而，值得注意的是，从历史上看，我国诉讼法学的成长始终伴随着对外来法律文化的学习：从萌芽与初创阶段对日、德等国诉讼理论的借鉴，到重建与停滞阶段对前苏联诉讼理论的模仿，再到恢复与提升阶段对美、英等国诉讼理论的引入。达马斯卡曾经告诫我们：“与私法领域相比，程序法的意义和效果更加依赖于外部环境——尤其是直接依赖于所在国家司法制度运行的制度背景。”^① 诉讼法对其制度背景的依赖使得这门学科较之其他学科具有更强的地域性特征。所以，我们需要思考的一个问题是：我们仿效外国经验而建构起来的理论，我们从西方国家那里所引入的理念以及我们参考国外做法而采用的研究方法，是否真的适合于我国？即使这些理论、理念和方法完全适合于我国，那么，中国学者对人类法治文明的独特贡献又何在？

笔者认为，21 世纪的中国诉讼法学应当以创建具有中国特色、中国风格诉讼法学理论体系为努力方向。回首过去的一个多世纪，中国诉讼法学在对国外诉讼理论持续不断的“效仿”过程中渐渐迷失了自我，始终未能确立起自身的独立品格。因此，我国学者应当从中国实际出发，在了解和借鉴他国诉讼理论的同时，着力构建具有中国特色、中国风格的诉讼法学理论。这是一项艰巨而长期的历史任务。其艰巨性在于，曾经在世界法制发展史上占有一席之地中华法系早已风光不在，一百多年来我国所进行的各项法制改革

^① [美] 米尔吉安·R. 达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀等译，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 231～232 页。

大多是跟在西方国家后面亦步亦趋，我国法学理论缺乏自主发展的传统。其长期性在于，我国民众存在着根深蒂固的“重实体、轻程序”观念，而观念的转变绝非一朝一夕可以实现的。昂格尔就曾经针对我国古代法律评论道，与其他非欧洲的法相比较，中国法是离“法治（rule of law）”理念最为遥远的一极。^①因此，在这一现实背景下生成具有中国特色、中国风格的诉讼法学理论体系可能需要几代学人的共同努力。

历史的经验告诉我们，对于任何事业来讲，人才都是关键。从我国京师法律学堂的创办与诉讼法学的诞生可以看出，诉讼法学学科的发展与诉讼法学人才的培养是分不开的。因此，针对我国诉讼法学研究任务的艰巨性和长期性，我们应当进一步加大对青年诉讼法学高级人才，尤其是对诉讼法学博士生的培养力度。法学博士生群体是一支重要的科研力量。博士生们大多风华正茂，正处于人生创造力最为旺盛的时期，有可能提出富有原创性的学术观点；博士生们思维活跃，较少受到成见的束缚，有利于发掘新思维、新视角，不断推陈出新；博士生们拥有最有利的学习环境和条件，有足够的时间和精力就某些专门问题深入钻研。也正是基于这些原因，有人认为，博士学位论文常常能够代表学者一生的最高学术成就。

中国政法大学是全国最早获得诉讼法学博士学位授予资格的高等学府，由于师资队伍、培养模式、图书资料、学术交流等诸多方面的优势，法大培养的诉讼法学博士人数众多，质量上乘，为我国诉讼法学的学科发展作出过重要贡献。早在20世纪80年代末期，中国政法大学前校长、诉讼法学学科带头人陈光中先生就呼吁学界进一步加强对刑事诉讼法学基本理论的研究和创新，并引进自然科学和其他社会科学中的相关学科的成果，开拓刑事诉讼法学研究的

① [日] 滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，载《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等编译，法律出版社1998年版，第3页。

新领域。^① 在法大导师们的指引下，一批优秀的法大诉讼法学博士生开始对诉讼法学基础理论进行大胆探索，取得了很多填补空白的开拓性研究成果。我国诉讼法学界在 20 世纪 90 年代出版的具有代表性的基础理论著作大多是在他们的博士学位论文基础上完成的。曾经取得的辉煌成就使中国政法大学的诉讼法学学科在全国享有盛誉。1999 年，中国政法大学诉讼法学研究中心（2006 年更名为中国政法大学诉讼法学研究院）成立，这是诉讼法学专业唯一入选全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地的研究实体。从此，中国政法大学在诉讼法学学科建设和人才培养方面掀开了新的一页。

“法大诉讼法学博士文库”是中国政法大学诉讼法学研究院主持编选并组织出版中国政法大学诉讼法学专业（含刑事诉讼法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学、证据法学）博士学位论文的系列丛书。这套丛书旨在搭建学术平台，推出诉讼法学新人新作，营造百家争鸣的学术氛围。此外，由于博士学位论文不仅能够反映博士生个人的勤奋和智慧，还常常凝聚了博士生导师们的辛劳和心血。因此，这套丛书的出版也是对法大诉讼法学教学成果的集中展示。我们希望能够通过丛书的出版，进一步培养和造就高素质的诉讼法学博士生，推动诉讼法学年轻学者之间的互动和交流，促进我国诉讼法学的繁荣和发展。

中国政法大学诉讼法学研究院院长 卞建林

2008 年 4 月 3 日于北京

① 陈光中：《中国刑事诉讼法学四十年（下）》，载《政法论坛》1989 年第 5 期。

绪言

一、选题缘起

作为一种严重的社会失范行为，犯罪不仅侵损了个体人的诸种价值，而且也对国家所试图建立和维护的统治秩序——自法律出现之后则表现为法秩序——造成破坏，因此，国家将由犯罪行为所引起的社会冲突纳入国家权力干预和评价的范畴，并通过刑罚权的创制来实现对犯罪行为的追究和惩罚。然而，虽然在对刑事犯罪的追惩中，人类放弃了自力救济的方式，不再依靠冲突主体自身的报复性手段来矫正冲突的后果，而是将“国家权力”引入到冲突解决中来，即从案件事实真相的查明直至最终处罚结果的作出及其执行的整个过程中都流动着国家权力的身影，但是，这并不意味着法秩序因为国家权力的介入就能够顺利得以重建。一方面，尽管国家无所不能，但是要求其在每一个案中都能够通过具体落实刑罚权从而修复被犯罪所破坏的法秩序显然不切实际；另一方面，在对刑事犯罪的追惩过程中，国家刑罚权自身处于动态行使的状态，并持续地对刑罚权对象产生直接或者间接的影响，而在这一过程中期望本身具有扩张性特质的国家权力总是能够适度、理性行使更是人们的天真幻想。事实上，在国家通过刑罚权的运用修弭法秩序的活动过程中，法秩序亦极有可能被国家刑罚权自身加以破坏。而且，由于国家权力尤其是国家刑罚权所具有的巨大能量，导致国家权力的失范对法秩序破坏的程度将更为严重。因此，如何防范国家权力在维护社会秩序的犯罪追诉行为中的失序委实是一个重大问题。不受任何限制的刑罚权最易实现，但是，也因其不受束缚而最

易桀骜，因此，国家在追求刑罚权的实现过程中面临着进退维谷的两难局面。而历史地看，国家对刑罚权的实现完全可以不选择经由诉讼的方式，但是人类不同文明的发展却都给出了相反的答案，即凡是在人类文明已经进化到一定程度的地方，在社会进入到比较正常的发展轨道之后，诉讼都是国家处断犯罪行为的选择——尽管每一种诉讼各自表现出了极有特色的程序外观。尤其是在刑事诉讼中，由于权力流转的全部过程都在程序中进行，因此，权力与程序之间必定存在着某种紧密的关联，并且在笔者看来正是这种关联为破解刑罚权行使的上述两难境地提供了一个极佳的选择答案——甚至是唯一答案。

现在，在刑事诉讼程序与国家权力的关系上，人们信奉“正是程序法决定了法治和恣意人治的区别”，换言之，在法治国家中，对权力进行规制的法治要义亦成为刑事诉讼程序的功能要义，即刑事诉讼中程序运作的目的主要是规制国家刑罚权，以确保其适度理性行使。但是，在我们对程序之于权力功能的认识立足于法治主义的立场进行解读时，不得不追问的是，如果因国家的出现而产生了对犯罪的界定以及国家与之相对抗的刑罚权，并且如果我们认为国家依据某种固定的程序将刑罚权落实于某一个体人之上的时候，原初状态的诉讼程序亦因此产生。而人类的文明从来都是丰富而多元的，那么，在前法治时代，曾经存在过的刑事诉讼模式及其程序对于运行于其中的国家权力又具有怎样的意义？对于这一问题的解答，我们当然可以依据当下社会的“法治”价值判断标准对历史进行审读，认为只有“我们”“当下”的程序制度选择才是正确的，才是对法治有益的，以此为判准，前法治时代的刑事诉讼程序制度的功能都是维护专制的“人治”统治的，甚至是“野蛮”的、“非理性”的。在笔者看来，这种制度判断的路数有益于我们对当代人理性能力自信心的建立，但是却过于自负。与人类对自然世界的认识不同，人们对自我精神世界的认知很难认为是一个从低阶到高阶的自然过渡。也就是说，不能认为我们现实的社会制度和

精神生活相对于已经成为过去时的社会制度或者人类既有的精神生活就一定具有优越性。因此，前述那种失去了具体的历史情景感的判断尽管在作出时“酣畅淋漓”，却必然无法建立起对既往制度身临其境的理解，必然会严重低估我们的祖先在进行制度选择时的理性能力，从而在对某一历史上的诉讼制度进行简单的否定，甚至对该制度所依存的某一诉讼模式及其程序价值进行简单否定，于是丧失了透视隐藏于权力与程序之间复杂关系的学术机缘。

对此，本书试图进行一种解读刑事诉讼中国家权力与程序关系的崭新尝试。这种解读并不是一种“宏大叙事”，相反力图在一些历史与制度的细枝末节中寻找答案。在笔者看来人文社会科学研究是一种充斥着个体意志的行为，“真理”不过是个人信仰的理论图式而已，因此经由研究所获得的答案本身是否趋近了“真相”可能并不重要，重要的是经由这个思想的“探险”历程，所获得的“答案”是否可以释解长期以来萦绕在自己内心中的疑惑。也正是在这个意义上，本书也仅仅是一种解读，一种平静中的喃喃叙事，而缺少了慷慨昂扬的各种方案、建议，但是由于国家权力构成刑事诉讼的基本面相，因此对二者关系的描述性揭示不也将是对刑事诉讼进行基本法理的分析与阐释、制度价值的判断与选择以及程序方案的安排与建设的前提吗？或许本书也因此能够获得一种学术上的“意义”。

二、理论工具

尽管当今世界各种学术思想杂陈，学术体系林立，但是在笔者看来，马克思主义学说的理论指导意义是重大而深刻的，这种对马克思主义思想的坚持就笔者个人而言与其说是来自于意识形态上的影响，毋宁说是在学术研习中自觉不自觉地运用马克思的历史唯物主义和辩证唯物主义进行思考后对其思想体系所获得的真正内在认同。众所周知的原因，关于马克思主义思想的内容显然不必在此详述。体现在本书的研究中，马克思主义的国家观及其关于经济基础

与上层建筑的关系乃是本书基本逻辑关系构建的理论基础。

本书在对具体制度的考察中，注重对历史的细致省察，其中米歇尔·福柯的历史考察方法及其研究结论为本书所借鉴。福柯的思想受到尼采、弗洛伊德、迪尔凯姆等思想家的影响。尤其是尽管福柯并没有自称是一个马克思主义者，但是在他的学术思想体系中经常可以读出其对马克思曾经作出的深刻洞察。福柯的绝大多数著作都是关于历史的，而在他的研究中，他通过对知识的“考古”创建了一种“谱系学”的方法，他深入到历史的每一个角落，力图展示历史的丰富、细致和复杂，侧重于对极易为人所忽略的偶然事件的细节考察以窥测出繁复历史事件后的端倪。在他的研究中，历史表现为权力四处出没的空间，权力围绕着疯癫、罪行和倒错组织了各种各样的规训形式。在他的对历史事件的组织中，无情地穿透了宽恕、人道和保护的历史表象，释放出一个充斥着权力治理策略的隐性暴力史，从而与马克思遥相呼应。而在本书的研究中，福柯通过刑罚史的研究所展现出的权力运作模式的弥散化、隐蔽化的变迁引导了本书结论的基本归向。

除马克思和福柯之外，布迪厄的“场域”理论亦为本书所借鉴，并依其基本理论构建了本书的理论模型。而笔者对哈耶克的长期阅读必然使其思想渗透进入自己的思维深处，因此在本书中找到哈耶克的影子将极为自然。

三、概念界定

关于本书中所指“诉讼”。在我国的语意中，“诉，告也”，“讼，争也”。“诉”是告诉、告发、控告之意，“讼”是争论、争辩、言之于公之意；“诉讼”即是把争议或纠纷提交官府，在官府争辩是非曲直。因此，“诉讼”在中文里的基本含义就是指经原告的告诉、告发或控告，由国家的权威机构解决原、被告的争议或纠纷。在外语里面，“诉讼”英语为 Procedure，德语为 prozess，法语为 Proces，都由拉丁语 Procedere 转变而来，是向前推进、过程、

程序的意思。在国外，普遍强调“诉讼”的两层含义，一是由原告、被告和裁判者构成基本诉讼主体的活动；二是一系列不断向前推进的程序化活动。本书中的“诉讼”意指由国家主导、由控辩裁三方通过特定程序解决冲突和纠纷的公力救济机制。

关于本书中所指“国家权力”。本书中所指刑事诉讼中的“国家权力”特指国家刑罚权，刑罚权是国家的统治阶级为了保护其政治、经济利益而运用刑罚惩治犯罪的权力，它可以细化为国家刑事立法之制刑权、刑事司法之用刑权和刑事执行之行刑权，其中用刑权发生于侦查、起诉、审判这一刑事诉讼阶段中，也正是本书中的“国家权力”所指涉的内容。

关于本书中所指“程序”。本书对刑事诉讼“程序”作广义上的界定，既包括各方进行刑事诉讼所需要遵守的方式、方法、步骤、过程和法律手续，也包括国家在刑事诉讼中所必须遵循的原则和制度。前者是程序的应有之义，而后者决定了前者的内容和样式，比如，正是公开审判原则决定了法院在审判开始之前的程序性准备行为和开庭审判的具体程序方式，因此刑事诉讼中的各项原则和制度也是本书中所指涉的“程序”的重要构成部分。

除了上述的简短界定，对于这三个重要概念，在本书相关内容的具体论述之处将会有更为详尽的说明。

目 录

绪 言	(1)
一、选题缘起	(1)
二、理论工具	(3)
三、概念界定	(4)
第一章 刑事诉讼的国家权力面相	(1)
第一节 前国家时代的纠纷及其解决机制	(2)
一、原始社会中的纠纷	(2)
二、原始社会中的自力救济及其特质	(4)
三、原始社会中的“公力”救济及其特质	(6)
第二节 国家权力介入纠纷解决与刑事诉讼机制的 形成	(16)
一、原始社会末期的纠纷演化趋势与原始 纠纷方式之间的紧张	(16)
二、国家形态下社会纠纷的性质嬗变	(18)
三、刑事诉讼机制是针对犯罪行为进行 自力救济的否定	(21)
四、刑事诉讼机制是对原始“公力”救济解纷 方式的扬弃与承继	(25)
第二章 刑事诉讼作为国家权力运作的程序场域	(39)
第一节 “场域”和“程序场域”	(39)
一、“场域”	(39)
二、“程序场域”	(41)

第二节 “程序场域”概念建构的工具意义	(43)
一、“程序场域”构成了刑事诉讼中国国家权力 存在的外部场景	(43)
二、“程序场域”揭示了刑事诉讼内部国家权力的 存在状态	(48)
三、“程序场域”设定了刑事诉讼内的国家权力 与国家的位置关系	(61)
第三章 通过刑事诉讼程序的国家权力正当化	(67)
第一节 刑事诉讼中国国家权力正当化的理据	(67)
一、国家权力正当化的压力	(67)
二、刑事诉讼与国家权力的正当化	(77)
第二节 刑事诉讼中国国家权力正当化的要求	(84)
一、刑事诉讼中国国家权力正当化要求的语境论	(84)
二、刑事诉讼中国国家权力正当化要求 与刑事诉讼目的	(94)
第三节 刑事诉讼中国国家权力正当化的依凭	(104)
一、程序作为刑事诉讼中国国家权力正当化的依凭	(104)
二、程序在实现国家权力正当化过程中的 作用与程序的价值	(127)
第四章 刑事诉讼中国国家权力正当化的法治语境	(132)
第一节 “法治”的一般解读与其在刑事诉讼中的 个殊化	(133)
一、现代法治语境的核心价值	(133)
二、刑事程序法治	(139)
第二节 刑事程序法治语境下国家权力正当化 要求的新维度	(149)
一、权利保障维度的确立	(149)
二、权利保障维度的影响	(153)
三、权利保障维度的实现	(160)

第三节 刑事程序法治语境下国家权力正当化的实现 …	(162)
一、法治语境下程序对权力正当化的特殊意义 ……	(162)
二、引导国家权力正当化的程序场域结构 ……	(166)
第五章 我国刑事程序场域中的国家权力 ……	(181)
第一节 我国刑事程序场域中国家权力的历史状态 ……	(182)
一、“政策实施型”诉讼 ……	(182)
二、建构的“法治型”诉讼 ……	(187)
三、“政策实施型”向“法治型”的转向 ……	(194)
第二节 我国刑事程序场域中国家权力的当下迷失 ……	(202)
一、国家权力的非正当放弃：以“公诉转自诉制度” 为样本的分析 ……	(203)
二、国家权力的非正当扩张：以“强制证人出庭作证 制度”为样本的分析 ……	(208)
第三节 我国刑事程序场域中国家权力的未来走向 ……	(218)
一、和谐社会与刑事程序场域中的国家权力安排 ……	(218)
二、宽严相济与刑事程序场域中的国家权力安排 ……	(225)
结 语 ……	(233)
主要参考文献 ……	(235)
致 谢 ……	(254)

第一章 刑事诉讼的国家权力面相

“刑罚之权利，唯有国家方得行使之”，^①这当然不是国家凭恃暴力而产生的人格化的权力欲^②冲动。作为一种定型化的纠纷解决方式，刑事诉讼乃是一种公力救济方式。相较于初民社会，现代性话语下公力救济中的“公力”亦即实质上的国家权力。国家权力强制性地介入到原本为私人之间的纠纷解决中来并最终形成一种常规机制，实际上宣示了自己欲图在此机制中大展宏图的鲜明姿态，而人类文明的发展亦在不断证明着这种国家对刑罚权垄断使用的先见之明。“在以犯罪为由对犯人处以刑罚的时候，连接犯罪和刑罚不可或缺的一个环节就是程序”，^③因此，自刑罚权从国家权力中分化并特定化之时起，国家运用刑罚权就都要依照特定的诉讼程序而进行。当然我们也可以逆向思考，调换二者在因果关系中的位置，认为并不是国家行使刑罚权要依循特定的诉讼程序，而是刑罚权的行使和流转本身不断自我目的化从而最终形成一种定型化的诉

① [德] 克劳恩·罗科信著：《刑事诉讼法》（第24版），吴丽琪译，法律出版社2003年版，第4页。

② 参见[英] 伯特兰·罗素著：《权力论：新社会分析》，吴有三译，商务印书馆1998年版，第1章。

③ [日] 松尾浩也著：《日本刑事诉讼法》（上册），丁相顺译，中国人民大学出版社2005年版，第1页。