

第 1 章 刑事诉讼方式及其正当性阐释

第一节 作为基本理论范畴的刑事诉讼方式

一、刑事诉讼方式的概念

在程序法中，对“方式”一词人们并不陌生，但“刑事诉讼方式”作为一个独立的概念体系的提出却未见经传，因此，一种语境的同构在该项研究中就显得十分必要。同时，缺乏资料参阅的困窘给笔者提供了自我发挥的良好机会——虽然也有不被人接受的危险。本文所说的刑事诉讼方式是指侦查、检察、审判机关和诉讼当事人基于各自的诉讼欲求而在刑事诉讼中所采取的或者应当采取的不同的诉讼立场、原则、行为倾向、活动方法等综合而成的行为定势，或称行为模式。在一般意义上，方式即指方法和形式，^①就其常用的语意范围来看，有宏观和微观之分，前者如行为方式、思想方式、生活方式、领导方式等，是行为（包括思维）系统运行轨迹的概括，具有较强的涵盖性；后者如文书送达方式、询问证人的方式等，是某一具体行为的样态。对刑事诉讼方式的研究无疑是将全部刑事诉讼活动都纳入到了观察的视野，各种具体的诉讼行为也就被涵盖其中了。

无论在哪个意义上，方式都包含有主体、目的和行为三个基

按《现代汉语词典》的解释，方式是“说话做事的方法和形式”。

本要素——主体为着特定的目的或欲求而选择实施一定的行为。方式在基本的方面是主体有意识选择的结果，特别是在有多项具体行为或思维活动沿着同向轨迹运行时，就更为明显。单次行为有时可能是主体无意识或下意识的举动而没有明确的目的，这种行为不属于人们活动方式的正常范畴。在人类社会，对物质客体和思维活动所指向的意义符号具有能动的支配力量的主体，既有单个的人，也有由个人集合而成的单位甚至国家。通常，主体的社会角色决定其不同的主观欲求，并最终决定着他（她、它）的行为走向。“只要社会制约没有重大变化，从生物学上看，每个人都会在一定程度上重复自己先前的行为、视角和分析理解问题的方式，否则他／她就会呈现出必定为社会所拒绝的多重人格。……因此，即使是富有创造力的法官，他／她的多变中也会显现出某种基本的格局和态势，在一定程度上重复着自我。”^①当然，在经验层面，主体的行为及其欲求出现移位、变形甚至自我反动、“自掘坟墓”的情况也并非罕见，如做官的不一定都敬业，为民的不一定都恭顺。这一方面反映了社会及其主体的复杂互动，同时也证明了法律规范存在的必要。立法的功用就在于尊重或设定主体的不同社会角色及其一般的行为规则并设法防止主体对这些规则的超越。规则的设定是以事务的常态为基本依据的。承认“主体——目的——行为”的常态联动规律，有助于我们对刑事诉讼方式基本方面的把握。

刑事诉讼是多种利益主体在不同的主观欲求驱动下的行为互动，是主体之间对现实的权力、权利资源进行文明、合法协商调配的过程。参与刑事诉讼的主体通常有代表政府和国家利益的侦控机关，有维护个体利益但利益指向相反的犯罪嫌疑人、被告人和被害人，有以维护社会正义为己任的司法裁判者等，主体进行

刑事诉讼所追求的实体利益和诉讼目的不同，其诉讼行为方式就有重要区别。通常，被告人不会竭尽全力地抖露甚或控诉自己的犯罪，前苏联对所谓的“托——季集团”进行的著名的莫斯科三次大审判中各被告人争先恐后认罪的反常举动恰恰预示了一个阴谋，一个政治性司法圈套的存在。中国之所以改革其刑事审判方式，根本上是因为审判机关背离了其诉讼角色所厘定的基本的行为模式和价值预期。另一方面，刑事诉讼各主体由于同处于一个诉讼共同体中，彼此要进行对话、沟通，要进行利益协商，因而相互之间又要有行为方式上的一定认同和接受，即具有某种“同质性”。按照刑事诉讼的利益主体划分，刑事诉讼方式可分为：侦查方式、起诉方式、辩护方式和审判方式。广义上的刑事诉讼也包括裁判的执行，但裁判执行方式主要涉及行刑方式和狱政管理方式因而成为其他法学科的研究对象，本文对此不作研讨。从价值评判的角度，刑事诉讼方式又有正当与非正当之分。

刑事诉讼方式的概念萌生于中国正在改革中的民事、刑事审判方式的大众话语，因为审判只是刑事诉讼的一个阶段，对审判方式的关注就同时引发了笔者对侦查方式、起诉方式乃至整个刑事诉讼方式的思考。另一方面，刑事诉讼方式语词在过去虽偶有所见，也只是被用于关于刑事诉讼构造、刑事诉讼模式、刑事诉讼形式的理论探讨之中作为铺垫，如李心鉴所说的“诉讼的基本方式”，^①其本身的学术内涵尚欠缺必要的揭示。可能正是这种理论上的贫瘠所蕴含的创新的刺激促使我注目于这一概念及其“无知之幕”背后的人文景观。

二、刑事诉讼方式研究的意义

对刑事诉讼方式的研究首先迎合了司法仪式性或称格式化的

^① 李心鉴著：《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 16 页。

需要。人类文化发育的重要见证和结果便是司法以特定程序反映的如贺卫方所说的“仪式性”或苏力所说的“格式化”特征。从《汉穆拉比法典》所记载的“水审”“火审”、中国远古流传的关于“独角兽”的传说到现代已经意识形态化了的所谓“当事人主义诉讼模式”和“职权主义诉讼模式”，无不显示出司法的这一特性，不同的只是司法程式的具体样态。司法的仪式性或格式化其实就是韦伯所说的“形式理性”。在韦伯那里，法律的形式化、规范化与人类的文明进程同步运行，法律的现代性或理性化就是“根据形式的合理性准则调节社会活动、社会关系和社会结构的合理化的产物。”^①《法治、启蒙与现代法的精神》的作者将人们依照司法程序解决矛盾纠纷视为法治的第一要义，司法的仪式性或格式化对于法治的重要性应不难理解。至于司法仪式性或格式化本身的意义，人们根据各自对历史和现实的不同感悟而有多种解说，如季卫东认为程序可以限制恣意，保证行为选择合理性，锁定过程即形成“作茧自缚”效应等，^②当然，否定性的评价或者担忧如司法可能陷入“自动售货机”般的僵化、可能对实质正义的实现造成妨害等也同时存在。但不管怎样，司法离不开其仪式性或格式化，就如同马克思所说的植物离不开其外形一样，我们不可能说因为植物的表皮会受到虫害袭击、会产生病变，植物的枝叶会折失而不要这一切，因此，我们必须尊重这种仪式性及其必然的演进。刑事诉讼方式是刑事司法仪式性的一个

公丕祥著：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 74 页。

^② 陈弘毅在该书中说：法治可理解为处理人类社会中矛盾和纠纷的其中一种方法。反过来说，如果社会出现动乱，……，人们随意抢掠或杀害他人，法治便荡然无存了。中国政法大学出版社 1998 年版，第 74—75 页。

季卫东著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 15—1 页。

基本的和重要的方面，反映的是不同刑事诉讼主体在司法舞台上的不同舞姿和艺术造型，对刑事诉讼方式的关注和研究有助于丰富和完善刑事司法的仪式性。在程序法尚不完备因而需要逐步完善即向法制现代化迈进的中国，刑事诉讼方式的改进本身就是刑事司法的格式化过程；其实，对于转型中的西方刑事司法，它也具有相同的意义。这种司法格式化对人们的重要性，借用苏力的话说就是，“如果某个人不是打算在每一次走上司法舞台时都准备受到法律的嘲弄，狼狈下台，如果他／她还打算利用法律为自己的利益争得某种地位，那么他／她就必须接受这种逻辑，他／她必须将自己格式化得符合司法的 *format*。并且他／她还必须注意保持版本升级换代”。^①

对刑事诉讼方式的把握就其实质来讲是为刑事诉讼的各利益主体提供基本的诉讼行为模式标准。诉讼是一种过程和多种主体及其行为的组合，过程容纳了特定主体的不特定多次、多种具体的行为，若期望各诉讼主体与其多次、多种具体行为之间保持合理的对应而不发生主体与行为之间的错位和混乱，就需要立法规则的引导和经验层次上主体趋利避害的功利化选择。但诉讼程序具有自我锁定的特性，“具体的言行一旦成为程序上的过去，即使可以重新解释，但却不能推翻撤回。经过程序认定的事实关系和法律关系，都被一一贴上封条，成为无可动摇的真正的过去。而起初的预期不确定性也逐步被吸收消化。一切程序参加者都受自己的陈述与判断的约束。事后的抗辩和反悔一般都无济于事。申诉与上诉的程序可以创造新的不确定状态，但选择的余地已经大大缩减了。”^② 诉讼主体对行为的选择由于这种“作茧自缚”的效应而有一定的风险性，另一种危险来自任意妄为诸如蔑视法

苏力著：《送法下乡》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 237 页。

② 季卫东著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 19 页。

庭、妨害司法以及司法擅行等所面临的法律上的惩戒。因此，各参诉主体包括侦查、检察、审判机关，都需要在行动前明了自己的当为与不当为，并应当具有识别其他主体诉讼行为妥当性的一定预期，这是诉讼行为互动的基础。仅仅依赖诉讼法有限的条文指引尚不足以应对无限多样情形下行为选择的需要，这既有立法滞后于司法即成文法本身的局限，也有对法律文本理解上的个体差异，还有立法“斜视眼”或“偏激症”留下的后遗症。霍姆斯说：“法的生命不是逻辑，而是经验。”^①格雷和卢埃林进一步指出，只有在法院判决作出时真正的法才被创造出来，这些无疑揭示了司法的实在性和对社会生活所产生的直接影响。实际上，对于经验丰富的侦查、检察、审判机关和人员来讲，诉讼的过程在一定程度上是继续探索司法行为正当性、合理性并因而延伸经验轨迹的过程，这种探索可能在法律原则的框架内，也可能是办案人员基于具体经验的创造性结晶，可能成功也可能不尽人意，之所以在多数情况下没有产生震动社会的效应，最根本的一点可能是，司法经验轨迹内涵了各该国诉讼法影响下的一般的诉讼行为模式。让刑事诉讼行为模式由司法职业者的自在经验上升为大众理性，是学者的使命；进一步看，研究刑事诉讼方式还可为刑事诉讼各主体的诉讼行为模式通道增加幅宽，如同用光缆取代电缆，因为由法律原则、诉讼程序、先验理性、实证经验等共同凝聚而抽象化的刑事诉讼方式具有更广泛的包容性和适应性。

在结构语言学中，语言被认为直接构成人类的存在方式，那么，由语言垒筑的理论则构成人类的另一个世界。在这样一个世界中，刑事诉讼法学则因刑事诉讼方式范畴的补充而趋向完善。20世纪90年代以来，国外有关刑事诉讼目的、刑事诉讼构造（或称模式、形式、结构，下同）、刑事诉讼职能等的学说和理论

^① Holmes, *The Common Law*, Boston, 1923, pl

开始传入我国，一批有作为的学者结合我国情况对相关问题作了基础研究，由此打破了沿袭多年的简单注释法律条文的研究范式，人们开始关注对刑事诉讼法学发展具有决定意义的基本理论和基本范畴，关注直接影响刑事诉讼立法、司法走向的基本理念。但整体上看，这类研究尚有很大的开拓空间，换句话说，就是还只停留在初步阶段。值得肯定的是，李心鉴、徐友军、马贵翔对刑事诉讼构造和程序结构的研究极大地丰富了刑事诉讼构造理论，但宋英辉的《刑事诉讼目的论》至今却仍是孤版，有关其他刑事诉讼理论范畴的论述都主要在论文或教科书中星星闪烁，当然，这与改革背景下学术视角转向实践有一定关系。从刑事司法实践对理论的需要来看，刑事诉讼构造理论强调诉讼“联合舰队”的组合模式及其最佳效用因而过于宏观，其他研究如目的、主体、职能等又较为抽象，无法给复杂多变的司法运作提供具体的指南。刑事诉讼方式理论有望在理论与实践之间架起沟通的桥梁，一方面扩展刑事诉讼的理论范畴，另一方面从制度理念到具体方法上对刑事司法的各参与主体给予行为选择上的有效指导。

三、刑事诉讼方式与其他理论范畴的关系

在同一个领域内，依据不同的核心所组成的不同的范畴之间呈现着交叉重叠、错综复杂的关系。刑事诉讼方式代表了一个新的视角，创造了一个新的圆心，似将泥玩捏碎了重塑，但原材料未变。

1. 刑事诉讼方式与刑事诉讼构造。乍听起来，刑事诉讼方式与刑事诉讼构造，特别是刑事诉讼模式、形式易产生混淆。^①因为，一方面刑事诉讼方式一词在此前未进入该学科的话语系

向朋友提及该论文题目时，他们多提醒说要注意与刑事诉讼构造区别开来，以免混淆。这给了我有益的启示。

统，人们对这一术语缺乏意义假定；另一方面刑事诉讼形式、刑事诉讼模式与刑事诉讼方式的语词仅一字之差。实际上，即使从字面意义分析，刑事诉讼方式与构造、结构、形式、模式等提法也不同。刑事诉讼方式具有动感，表示一种动态行为的方法样式；刑事诉讼构造或结构表现的则是刑事诉讼内部的组合及其关系；刑事诉讼模式带有类型学的倾向，重在强调一种整体化的标准样式或套路，尽管也有诉讼行为模式的含义，但同时还包括有程序结构模式、诉讼主体关系模式等内容；刑事诉讼形式反映的是程序组合成的静态外观。李心鉴用刑事诉讼构造一词将刑事诉讼模式、形式和结构取代，^①由此我们不难看出这几个语词在表现刑事诉讼构成及关系上的共通性。

从当下刑事诉讼法学对有关概念的表述和应用看，刑事诉讼构造与刑事诉讼方式也有着重要区别。在通观国内外学者对刑事诉讼构造、形式、模式、结构表述^②的基础上，李心鉴将刑事诉讼构造定义为“控诉、辩护、裁判三方的法律地位和相互关系”，^③实际上，这个定义因过于受他人的局限而有消瘦之嫌，注重了主体构造而忽略了程序构造。在《刑事诉讼构造论》一书中，作者主要介绍了美国刑事诉讼模式学说，考察了刑事诉讼构造的基本类型如职权主义与当事人主义及其在诉讼各阶段的体现。刑事诉讼形式在我国通常是指“诉讼程序分类形式”或称“诉讼程序结构类型”，人们提及此，就必然会论及弹劾式诉讼、纠问式诉讼、当事人主义诉讼、职权主义诉讼几种诉讼类型。刑事诉讼模式原来主要是国外学者的用语，从各种流行的刑事诉讼

李心鉴著：《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社 1992年版。

^② 相关概念表述可参看李心鉴著：《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社 1992年版，第一章，本文不再赘述。

李心鉴著：《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社 1992年版，第7页。

模式学说看，无论是赫伯特·帕卡的犯罪控制模式和正当程序模式，格里费斯的争斗模式和家庭模式，还是达马斯卡的阶层模式与同位模式，都是以刑事诉讼关系不同组合所呈现的类型单元为考察对象的。这就是说，刑事诉讼构造、形式、模式、结构都旨在探究刑事诉讼主体、程序的组合与关系，并以实在的或虚拟的诉讼构造模型为对象，通过相互比较，力求发现不同构造模型的特点、优劣并期望打造出更好的模型。这就如同工程师对不同年代、具有不同内部构造的一个个船舶的考察和研究一样。这种研究具有集合式、整体化的特点，即使在对诉讼进行分阶段研究时，也是将各个诉讼主体均放入其中加以观察的，控、审、辩三方在不同诉讼阶段的地位和相互关系都有差别。如前所述，刑事诉讼方式则是着重考察刑事诉讼中侦查、检察、审判机关和诉讼当事人由其诉讼职能、目的所决定的诉讼立场和基本行为轨迹，它立足于每个诉讼主体，来研究其参诉的目的欲求和为达此目的所应当选择的行走路线和行为范式，并以此为参照，对刑事诉讼立法与司法中各诉讼主体的立场和行为作出评价。这种研究具有拆分式、单向性、直观明快的特点。

不可否认的是，无论在观念上还是制度上，刑事诉讼构造都为刑事诉讼方式提供了一种宏观的智识背景，也就是说，刑事诉讼方式是被置于各诉讼主体支撑起的司法过程的构架中的，至于这是一种什么类型的构架，则可不受构造理论所绘制的各种刑事诉讼模式的影响。在根据主体所作的具体研究中，刑事诉讼方式也必然会涉及各方主体的地位和相互关系，只是突出的重点是各该主体的行为走向而非各方主体平分秋色。反过来看，刑事诉讼方式的定位有助于检视、修正人们对刑事诉讼构造模式的认识，因为它使刑事诉讼各方主体的地位更为准确和牢固，建立在这一基础上的对各方诉讼主体间关系的把握也就能够恰如其分。

2. 刑事诉讼方式与刑事诉讼目的。一般而言，行为由目的

决定并成为实现目的的手段这一哲学命题已演绎为社会科学无需证明的先验理性。正是在这一前提下，刑事诉讼方式和刑事诉讼目的之间的关系在阐释层面才变得简单、容易。当然，刑事诉讼有其特殊性，在法律层面，刑事诉讼方式是由立法机关规制好的、用以实现国家对于设置刑事诉讼制度所预期的目标和结果的基本保证。在这种目的与手段的对应关系中，立法者首先考虑的是国家和社会在刑事诉讼中的价值追求、利益最大化以及实现的可能性、路径与效果，所有可能的参诉者包括审判机关、检察机关、侦查机关、法官、检察官、警察、诉讼当事人以及其他诉讼参与人都成了立法者手中的道具，也即成了手段，他们进行诉讼活动的过程实际上就是自身工具化的过程。他们都被作为一个特定的零件镶入到一部庞大的机器中，没有角色挑选和行为方式选择的自由。这是在国家和其属下的个体的力量反差中，人们无法逃避的宿命。从这个意义上讲，社会法治化即意味着人的工具化，尤其是当法将个体正义淹没于普遍正义的汪洋大海中时就更为明显。西塞罗说，为了自由，我们做了法的奴隶。^① 这种自由依照孟德斯鸠的解释就是“做法律所许可的一切事的权利”。^② 这正是法治的无奈和魅力。

换一个层面，从司法过程切入，我们看到的却是另一番景象。由法定权力与权利支撑起的各办案机关和诉讼当事人，都成为自力自主的、生动活泼的程序主体，在立法厘定了角色的司法剧场上作着栩栩如生并不乏创造性的表演。在这里，各诉讼主体的诉讼利益不同，追逐的诉讼结果不同，因而所采取的诉讼方式也不同。刑事诉讼目的成为隐匿于刑事诉讼方式背后并对刑事诉讼方式起决定和支配作用的一只“看不见的手”。由于这种原因，

罗·庞德著：《法律的任务》商务印书馆 1984 年版，第 106 页。

^② 孟德斯鸠著：《论法的精神》（上）商务印书馆 1982 年版，第 154 页。

在同一个司法场域中，刑事诉讼方式就呈多样化情态，这种多样化还仅只建立在每个主体只有一个目的而主体的行为都能合乎其目的的假设之上。

就生活的体验而言，欲望膨胀后的目的扩张或多重目的、目的定位错误、无目的甚至反目的行为也并非罕见，这将作为一种亚现象来注解刑事诉讼目的和方式之间的关系。实际上，在多种社会因素的作用下，目的和手段不相符合甚至矛盾的情况难以避免，否则就不会有所谓的“有法不依”、“司法腐败”了。刑事诉讼立法和司法的一个重要内容即在于协调或平衡这种冲突，其基本的路径是：以此方的目的制约彼方的目的，以此方的手段限制彼方的手段。

在目的一定的情况下，手段可以多种多样，正可谓“条条大路通罗马”。马基雅维里曾对目的和行为方式的关系作过精辟的表述，他说：“人们的目的就是追求荣耀与财富，在这项事业中，人们的行为方式会各有不同——有的小心谨慎，有的急躁鲁莽；有的使用暴力，有的玩弄技巧；有的忍辱负重，有的恰恰相反——而所有采取这些不同方式的人都可以达到各自的目的。”^①正因为如此，为了保持诉讼的规范与秩序，各国法律通常会对诉讼的方式作出大致的规定，使参诉各方基本沿着法律的设定前行。当然，诉讼主体可以进行程序选择，但选择的余地受到了限制。这里所要考虑的是，法律对刑事诉讼方式的设定以及刑事诉讼主体对程序的选择，与刑事诉讼主体所追求的目的之间是否具有对应性？对应程度如何？方式本身是否人道？等等。

在当下的研究视野中，不仅仅是未有刑事诉讼方式的影象，人们对刑事诉讼目的的认识也仅限于制度层面非主体化的抽象意义上。国外有关刑事诉讼目的的学说主要有：犯罪控制与正当程

^①（意）尼科洛·马基雅维里著：《君主论》 外文出版社 1998 年版，第 114 页。

序，实体真实主义与正当程序主义等，具体的主张有单一目的说和复合目的说。单一目的说如主张刑事诉讼以犯罪控制为目的；复合目的说如日本有学者主张在“正当法律程序中实现实体真实主义”，我国多数学者认为，我国刑事诉讼的目的是控制犯罪和保障人权的统一。即使说这些都可归入目的范畴，也是从国家的立场阐释的立法目的，至于司法过程中各诉讼主体的诉讼目的则成了被人遗忘的角落。研究刑事诉讼方式就必然会揭示并将重点考察具体的诉讼目的而非一般的立法目的，这也是方式和目的之间亲密关系所产生的“拔萝卜效应”。^①

3. 刑事诉讼方式与刑事诉讼主体。刑事诉讼主体范畴所要回答的问题如：所有从事刑事诉讼活动的机关和个人都是刑事诉讼主体吗？刑事诉讼主体有什么特性？刑事诉讼各主体在诉讼中的地位、作用、权力或权利及义务是什么？历史和现实的、中国与外国的刑事诉讼主体有无不同？有何不同？等等^②。关于刑事诉讼主体的范围国内存在争议，有人认为所有参加刑事诉讼活动并在诉讼中享有权力、权利、承担义务的机关和个人都是刑事诉讼主体；还有人主张只有公、检、法机关才是我国刑事诉讼主体。主流的观点介于此两者之间，即认为刑事诉讼主体包括侦查、检察、审判机关和诉讼当事人。

在哲学上，主体是相对于客体而言的有认识和实践能力的人，人是世界的主人或主体。但在某一领域，主体就特指“事务的主要部分”^③。所谓“主要部分”可能指数量上的优数；也可能指地位和功能上的强势。如果没有比照对象，也就没有了主、

即人们常说的“拔出萝卜带出泥”，这里应为褒意。

^② 也许是我孤陋寡闻，我至今未曾见到有关的专著，也许是根本就还没有这种专著。无论如何，这都是研究的一个好选题。

^③ 《现代汉语词典》商务印书馆 1983 年版，第 1511 页。

次之分。刑事诉讼主体的语词显然取自上述两种含义，取前者意味着设定的话语为刑事诉讼的参与者而非诉讼程序或目的，取后者是在参与刑事诉讼的群体中确定“主要部分”。正是基于这种认识，我本人也持主流观点。从相关的论述看，确定刑事诉讼主体的标准包括：第一，具有法律所承认的哲学意义上的主体资格，即具有独立的人格、尊严和意志自由，享有法律赋予的权力、权利并承担相应的义务；第二，具有参与诉讼的自在利益和自为目的；第三，作为诉讼中的一方承担诉讼职能；第四，对诉讼的产生、运行和结果具有一定的决定和促进作用。可以看出，在刑事诉讼中只有侦查、检察、审判机关和诉讼当事人才同时具备该四个条件，“其他诉讼参与人”如证人、鉴定人、辩护人等因仅仅是为诉讼提供某种服务或帮助的人故自然就被排除在诉讼“主体”之外。卢埃林指出，法律的核心是“官方的调整行为与受这种行为影响的那些人的行为及其相互关系”。^①这无疑也是司法的核心问题。

我之所以不厌其烦地来界定本该由主体理论研究的刑事诉讼主体的范围问题，是因为这个问题对我的研究十分重要。刑事诉讼主体的范围直接决定刑事诉讼方式的范围确定，如若将证人列为刑事诉讼主体，我就得增设证人作证方式的目次与内容。^②这里恰好说明了诉讼主体和诉讼方式之间关系的一个方面。在哲学意义上，行为由主体发出，依赖于主体的使动，没有主体当然也就无所谓行为及其方式，恰如“皮之不存，毛将焉附？”行为可

张乃根著：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 286 页。

尽管证人作证也会有不同的动机和意欲，但作证主要是一种被动的行为，在特定诉讼中，其出现是短暂的，行为多是单次而非连续的，加上各个证人的诉讼倾向是不定的，故实际上也形不成一种“行为方式”。这也是我将其行为排除在研究之外的一个原因。

以是无意识的产物，但其制造者必定是自然人或法人。这一原理对刑事诉讼同样有效，由此我们可以看出刑事诉讼主体对诉讼方式的使动意义。在另一方面，诉讼主体又要靠诉讼方式证明其存在及其主体性。主体在诉讼中的地位、立场与作用是通过其一系列同质同向的诉讼行为表现的。纸上的地位是虚的，纸上的权力和权利是死的，如果不用诉讼行为去赋予其实际的生命，与任何机关和个人都毫不相干。法院不进行审判，就不再是法院而是由人和房舍组成的“单位”。正如美国现实主义法学者所认为的：法不是本本上的官方命令，法存在于人们的实际活动中。^① 诉讼主体在诉讼中的诸多行为还必须保持同质同向性，即呈现出一致的诉讼方式，如果一个检察官在向法庭宣读完起诉书后又使劲替被告人辩护，人们就必然会发出疑问：他究竟是检察官还是辩护律师？

4. 刑事诉讼方式与刑事诉讼职能。刑事诉讼职能是指刑事诉讼主体依法担负的角色功能和应发挥的特定作用。刑事诉讼的基本职能包括控诉、辩护和审判三种，每一种职能都由诉讼目的与其相一致的诉讼主体承担，如辩护职能是由被告人而不是法院行使。根据现代诉讼分工的细化，理论上又提出了侦查职能、监督职能等。

诉讼职能代表着诉讼主体间的角色定位和诉讼分工，侦查、检察、审判机关都是国家机关，其区别仅在于行使的诉讼职能不同，要区别法庭上哪个是被告人，哪个是被害人，只需看其是在辩护还是在控诉，昨天的检察官今天坐到了法官席上进行审判，我们不能说他/她还是检察官。刑事诉讼职能就如同法律为各诉讼主体在法庭上预定的坐席，标示出各参诉主体的具体身份和应

^① 张文显著：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社 1996 年版，第 137 页。

当从事的活动的性质，将各主体的主观欲求外在化、固定化。前现代刑事司法曾经的诉讼职能并合，在剥夺当事人主体地位的背后，是对当事人主观欲望的极度压抑。

刑事诉讼方式的客观指向是诉讼职能的实现，换句话说，刑事诉讼职能要靠诉讼主体运用特定的诉讼方式去履行。没有一系列的诉讼行为的推进，或者不采用恰当的诉讼方式，诉讼职能就无法实现或者不能很好地实现，继而，诉讼主体的欲望和追求就无法得到应有的满足。这一道理不难理解，如果因为控诉方式失当致使检控方的职能没有得到有效的发挥，判决结果就可能对控方不利，检察机关的目的预期的实现就会受到影响。反过来讲，诉讼职能通过法律限定了诉讼主体特有的立场和诉讼方式，也就是说，主体在诉讼中的立场和行为方式并不是随心所欲创造的，其诉讼目的设定也不是毫无根据的，这些都必须与诉讼主体承担的诉讼职能相一致，否则，就可能出现“南辕北辙”效应，甚至为他人做嫁衣裳。

5. 刑事诉讼方式与刑事诉讼程序。单就程式化而言，刑事诉讼方式与刑事诉讼程序具有近似之处，但是，程序是一个更具有包容性的概念。在诉讼法上，程序既包含有立法者对程序参与者行为方式的设定，又包含有诉讼阶段的划分、诉讼活动顺序的排列、诉讼各构件的组合、诉讼时间空间的圈制等等，具有综合性而不像诉讼方式那样单一。

第二节 刑事诉讼方式的正当性阐释

一、关于正当性

在当下的法治话语中，日益主流化的“正当性”如同正义、公正、公平一样，给人以只可意会不可言传之感，犹如雾里看

花。这固然反映了语言在阐释人类内心感受和意欲时的贫乏和局限，语言永远跟不上人的意念的跳跃和思维的闪动，但也不是说，语言就因此而不实和无常。任何语词向大众话语的融汇都意味着它的含义已被广泛理解和认同。

正当与不正当涉及的是一个价值判断问题。在一般意义上，使用“正当性”均表明人们对所论及的事物的赞许和认可，认为它是好的、对的，因而是值得肯定与接受的。在苏格拉底和柏拉图的意念中，正当即正义即善（Good）。苏格拉底说：“正义就是以善待友，以恶对敌的艺术。”“我们应该对正当的东西行善，并憎恨不正当的。”^① 柏拉图认为，凡是正当或正义的东西就是善的。^② 当然，正当和善孰个优先，则是西方伦理思想史上目的论和义务论争执的焦点之一。谷口安平干脆说：“正当性就是正确性。”^③ 还有人将正当性等同于合法性。如在《共和国》第一章中与苏格拉底对话的特拉西马库斯说：“正义不是别的，只不过是强者的利益罢了。”所谓的强者即统治者，按其逻辑，法律体现的是统治者的利益，因而就是正义，服从法律就是正当的，违法就是不正当的。^④ 陈卫东等人在《论刑事程序正当化》一文中指出：“程序合法性是刑事程序正当化的首要条件”。^⑤ 陈兴良等人则将正当性解释为“合理性”，如认为刑法的正当性就是指

转引自张乃根著：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 10 页。

② 转引自张乃根著：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 12 页。

谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 52 页。

参见张乃根著：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 11 页。

⑤ 陈光中等主编：《诉讼法论丛》第 3 卷，法律出版社 1999 年版，第 64 页。

“刑法存在的合理性”。^①《现代汉语词典》对“正当”的注解是“合理合法”。

当然，严格地讲，上述对正当性的解释也是有问题的。何为善？何为正确性？何为合理性？我们似乎步入了“阐释学循环”的迷宫。关于合法性，正如苏格拉底所反诘的：如果被统治者服从统治者制定的法律，就是正当，那么，在统治者立法时犯了错误，服从错误的法律是否正当？^②德国在战后曾审理过一个案件，战争期间，一位妇女为了达到与丈夫离婚的目的，向西特勒政权揭发了其丈夫的反法西斯行为，她的丈夫因而被处死。战后，该妇女被作为纳粹的帮凶而受到起诉，但她在法庭上辩护说，她的行为符合当时的法律，是合法的，如果她违反法律知情不举，她就将受到严惩。这里的问题是，法官该如何判决此案？显然，合法性在这里并不能等于正当性。不过，从另一方面，解释的局限给了我一种启示：也许事物正当性的表现本来就有不同？比如，在现代人的观念中，人在公开场合应当着装，因此，着装是正当的，反之则是不正当的。^③但是，穿什么款式、质地、颜色的衣服，则可由各人根据情况和喜好自由选择。根据这种“分化思维”来考察正当性蓝天下的田园村落，倒有一种豁然开朗之感。实际上，被放置于不同语境中的正当性用语，确实具有不同的内在规定性。

二、制度正当性

人生活在纵横交错的利益之网中，追逐着无尽的利益也为利

^① 《北大法律评论》第1卷第1辑，法律出版社1998年版，第99页。

参见张乃根著：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1993年版，第11页。

新近一位球员在国际赛场比赛完毕，因获胜而兴奋得脱衣裸体绕赛场狂奔，后被弄回其本国受到起诉。