

诉讼法学文库 2011 (8)

刑事诉权研究



总主编 樊崇义

RESEARCH ON THE CRIMINAL RIGHT OF ACTION

本书以民事诉权理论为基础，将诉权理论导入到刑事诉讼法学的研究中，从正反两方面充分论证了刑事诉权理论导入的可行性及制约因素，在此基础上界定了刑事诉权的内涵，并进而结合刑事诉讼制度自身的特点建构起刑事诉权的理论体系。最后，再以此为基础，将刑事诉权理论与刑事诉讼的其他一些基础性理论联结起来，充实刑事诉讼的基础理论体系，并将刑事诉权理论运用到当下刑事诉讼法学理论研究与制度化建设中的一些热点问题的分析上去，以展示刑事诉权理论的价值。



中国人民公安大学出版社

刑事訴訟法



第 11 卷

刑事訴訟研究

RESEARCH ON THE
CRIMINAL SUIT
IN JAPAN

THE JOURNAL OF THE JAPANESE ASSOCIATION OF CRIMINAL LAWYERS
VOLUME 11
NUMBER 1
JANUARY 1978



THE JAPANESE ASSOCIATION OF CRIMINAL LAWYERS

●诉讼法学文库 2011 (8)

总主编 樊崇义

刑事诉权研究

RESEARCH ON THE CRIMINAL RIGHT OF ACTION

陶 杨 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉权研究/陶杨著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 8
(诉讼法学文库/樊崇义主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0512 - 2

I. ①刑… II. ①陶… III. ①刑事诉讼—权利—研究 IV. ①D915. 304
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 143078 号

诉讼法学文库

刑事诉权研究

陶 杨 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: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2011 年 8 月第 1 版
印 次: 2011 年 8 月第 1 次
印 张: 13.5
开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
字 数: 250 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0512 - 2
定 价: 38.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn
电子邮箱: zhs@cppsup.com zhs@cppsuo.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254
读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257
警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253
法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

“诉讼法学文库”总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基础上总结出来的对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理被长期忽视和冷落。由此造成的后果之一：司法机

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第25期。

关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制度所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用,忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式及规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式及规则。由此制定的法律,将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之,如果不能正确把握诉讼原理,对于存在内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和,所以对基本诉讼原理的认识,还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动的公正进行,就必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了一定的研究成果,这有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的来看,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨,缺乏对一般性诉讼原理的全面和系统的探讨。因此,随着我国法治进程的推进,探讨一般性诉讼原理已经成为我国

诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实践工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

“诉讼法学文库”自 2001 年面世以来，得到了诉讼法学界专家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励，在这里特向广大读者和作者致以诚挚的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任

Handwritten signature in black ink, consisting of three characters: 樊崇义.

2007 年元月于北京

序

近些年来，随着理论研究的深入，通过引进国外的一些理论，如刑事诉论目的论、刑事诉讼行为论、刑事诉讼客体论等，刑事诉论法学基础理论体系的框架已经初步成型，并且值得欣慰的是刑事诉论法学界这些对基础理论的研究已经能够在一定程度上反映刑事司法实践的需求，同时也对刑事司法立法与实践起着重要的指导作用。此外，出于对刑事司法人权保障的关注，刑事诉论法学似乎成了法学学科中的显学。这些因素都促使刑事诉讼的理论研究呈现出一派欣欣向荣的局面。然而，在繁荣的表面下，我也有一丝隐忧：刑事诉讼的理论研究仍然未能超越传统的研究范围，许多研究工作不过是在进行重复性的劳动，并且初步成型的理论框架也还未能站稳脚跟。如何拓展刑事诉论法学的研究视野，进一步完善和深入刑事诉讼基础理论体系是一个摆在我们面前亟待解决的问题。

面前的这部《刑事诉权研究》让我有了一丝欣喜。在这本书中陶杨博士走出了刑事诉论法学的领域，触及一个以前并未为刑事诉论法学者们所关注的理论——诉权理论。诉权在传统上是民事诉论法学界的研究内容，近些年来扩展到了行政诉论法学与刑事诉论法学的研究中。但是相对于已趋于成熟的民事诉权理论而言，刑事诉权的研究还显得非常稚嫩。同时基于传统意义上诉权理论的深奥与晦涩，不仅许多民事诉论法学者将其视为一块难啃的骨头，避之不及，由于在传统的理论体系中欠缺对其的研究，刑事诉论法学者更是敬而远之。陶杨博士敢于探索，选择以刑事诉权为主题进行研究，系统介绍了刑事诉权的基础性理论与相关制度问题，体现了其在学术上的创新精神，对于进一步繁荣刑事诉论法学研究来说也是一种十分有益的尝试。

本书从介绍诉权理论开始写起，接着重点对诉权理论在刑事诉讼中的导入进行了分析论证，进而在此基础上构建出了刑事诉权理论的基本框架，并借用刑事诉权理论对具体制度进行了分析。在写作上虽然是借鉴民事诉权理论，在民事诉权理论的基础上来构建刑事诉权理论体系，但是却又并非完全依照传统诉权理论的分析模式，而是考虑到了刑事诉讼制度与民事诉讼制度

的差异，真正融入了对刑事诉讼本身特点的认识，因此并未出现依葫芦画瓢的局面，这一点是难能可贵的。

此外，本书最大的亮点在于，参照之前民事诉权理论的研究成果，刑事诉权理论也应当属于一个纯理论的话题，但作者却并未将视野局限在纯理论的思辨上，而是结合了刑事诉讼中的一些具体制度进行论证与阐述，这样就使本身显得空洞和乏味的理论问题变得具体而生动。这些论证使原来一些刑事诉讼法学界所为之苦恼，曾经激烈争论过却没有定论的问题有了新的观察视角，还有一些则是一些近年来新提出或者借鉴的制度，作者也从刑事诉权理论的角度给予了深入的分析，从其分析中我们能看到新的思维方式及新的研究方法，其研究不但跳出了传统的诉权理论的圈子，也不再囿于刑事诉讼的传统视阈，而是更强调两者的融合，这为现在的刑事诉讼法学界的研究增添了新鲜的血液与新的活力。

陶杨是我指导的2005级诉讼法学专业博士，已于2008年在中国人民大学法学院获得法学博士学位。在博士研究生就读期间，他博览群书，刻苦勤奋，学习成绩优异，发表了不少富有见地的学术论文。对于本书的主题而言，他在一入校时就已向我提出，希望将刑事诉权作为博士论文的选题，我当时虽为其能否把握好这一题目有所担忧，但为其勇气所感动而表示了应允。的确，最后他所提交给我审阅的博士论文也没有让我失望。本书是在其同名博士学位论文的基础上修订而成，虽然框架结构没有大的变化，但在博士毕业后历时两年的修订过程中，他增加了许多对热点问题的诉权理论分析，并对原文的表述进行了字斟句酌的修改，最后才能有这本呈现在读者面前的书。本书的写作过程中凝聚了作者大量的心血，应当说是对其博士阶段的一个交代，同时也是其两年工作的小结。当然，由于刑事诉权理论尚不成熟，还有许多值得深入探讨的问题本书未能涉及，也有个别地方的论证还不够严谨，但瑕不掩瑜，本书总体上是一篇优秀的学术著作。作为其导师同时也是本书的第一读者，我欣然向广大读者推荐此书，并希望陶杨在今后的工作中能再接再厉，学问更上一层楼。

程荣斌

2010年6月2日于万柳新纪元家园

目 录

导 论	(1)
一、问题的提出	(1)
二、研究现状	(5)
三、研究方法、思路及架构	(7)
第一章 诉权理论的形成	(10)
第一节 民事诉权理论概述	(10)
一、民事诉权学说的形成及其演进	(10)
二、民事诉权的特征	(16)
三、民事诉权的内涵	(18)
第二节 广义诉权理论的兴起	(19)
一、广义诉权理论兴起的背景	(19)
二、广义诉权的内涵	(20)
第二章 刑事诉权理论的导入	(22)
第一节 刑事诉权理论导入论争评述	(22)
第二节 刑事诉权理论导入的可行性分析	(25)
一、词源探析：对诉权的历史回溯	(25)
二、诉讼制度的本质：纠纷解决机制	(30)
三、程序多元：公诉与自诉制度中存在的诉权	(39)
四、诉权研究领域的拓展：诉权宪法化与国际化的两种趋势	(44)
五、小结	(48)
第三节 制约刑事诉权理论导入的理论与制度瓶颈	(49)
一、诉权的平等性问题	(50)
二、诉权的可处分性问题	(53)
三、审前程序中的诉权问题	(55)
第四节 刑事诉权理论导入的原因及其意义	(58)
一、刑事诉权理论导入的原因	(58)

二、刑事诉权理论导入的意义	(59)
第五节 小结	(64)
第三章 刑事诉权的内涵及其功能定位	(65)
第一节 刑事诉权的内涵	(65)
一、刑事诉权的概念界定	(66)
二、刑事诉权与相关术语的关系及厘清	(78)
第二节 刑事诉权的类型	(87)
第三节 刑事诉权的性质与特征——基于与民事诉权比较的角度	(89)
一、程序性	(89)
二、平等性	(90)
三、处分性	(90)
第四节 刑事诉权的功能定位	(93)
一、启动和推动刑事司法程序的功能	(94)
二、权利保障功能和权力实现功能	(95)
三、权力制约功能	(96)
第四章 刑事诉权的运作机理——制度化的刑事诉权	(98)
第一节 刑事诉权要件	(98)
一、刑事诉权要件概说	(98)
二、当事人适格	(101)
三、刑事诉讼中诉的利益问题	(105)
四、当事人适格与诉的利益之关系	(107)
第二节 刑事诉权的行使	(108)
一、刑事诉权行使的方式	(109)
二、刑事诉权行使的条件	(112)
三、刑事诉权行使的过程	(122)
四、刑事诉权行使的效力	(127)
第三节 刑事诉权的保障——以中国刑事诉讼为出发点	(129)
一、刑事诉权的理念保障	(130)
二、刑事诉权的制度保障——兼论刑事诉权视野下的制度创新	(132)
三、刑事诉权的实践保障	(141)
第四节 刑事诉权的规制——以“滥用诉权”为核心的分析	(143)
一、刑事诉权滥用的界定及表现形式	(143)
二、刑事诉权滥用的后果	(145)

三、刑事诉权滥用的规制	(145)
第五章 作为一种理论分析框架的刑事诉权	(148)
第一节 宏观理论框架中的刑事诉权理论	
——刑事诉权与其他刑事诉讼基础理论的关系	(148)
一、刑事诉权论与刑事诉讼目的论	(149)
二、刑事诉权与刑事诉讼构造论	(150)
三、刑事诉权与刑事诉讼标的论	(154)
四、刑事诉权与刑事诉讼行为论	(157)
第二节 微观理论框架中的刑事诉权	
——刑事诉权对相关理论与制度的阐释	(158)
一、刑事诉权与公诉权的性质、检察权配置	(158)
二、刑事诉权与公诉案件被害人当事人地位	(162)
三、刑事诉权与免于起诉	(165)
四、刑事诉权与协商性司法	(165)
五、刑事诉权与量刑建议权	(174)
六、刑事诉权与一事不再理	(176)
七、刑事诉权与程序选择权	(176)
八、刑事诉权与涉诉上访	(178)
参考文献	(181)
后记	(196)

导 论

一、问题的提出

卡夫卡在小说《审判》中通过教堂里的牧师讲述给小说主人公约瑟夫·K 一则“法的门前”的寓言：

在通往法的大门前站着一个守门人。有一个乡下人走到守门人跟前，求进法门。可是，守门人说，现在不能允许他进去。这人想了想后又问道，那么以后会不会准他进去呢。“这是可能的，”守门人说，“可是现在不行。”由于通往法的大门像平常一样敞开着，而且守门人也走到一边去了，这人便探头透过大门往里望去。守门人见了后笑着说：“如果你这么感兴趣，不妨不顾我的禁令，试试往里闯。不过，你要注意，我很强大，而我只不过是最底一级的守门人。里边的大厅一个接着一个，层层都站着守门人，而且一个比一个强大，甚至一看见第三道守门人连我自己都无法挺得住。”这个乡下人没有料到会遇上这样的困难；照理说，法应该永远为所有的人敞开着大门，他心里想到。但是他眼下更仔细地端详了这个身穿皮大衣的守门人，看看那个又大又尖的鼻子，又望望那把稀稀疏疏又长又黑的鞑靼胡子，便打定主意，最好还是等到许可了再进去。守门人给了他一只小凳子，让他坐在门边。他就坐在那儿等待，年复一年，日复一日。乡下人甚至给守门人贿赂，希望能买通守门人。但是，守门人每次总是说：“我收下这礼物，只是为了使你不会觉得若有所失。”在这许多年间，这人几乎不间断地注视着这个守门人。他忘了还有其他守门人，而这第一个守门人似乎成了他踏进法的门里的唯一障碍。开头几年里，他大声诅咒命运的不幸。到了后来，他衰老了，便只能喃喃嘀咕了。他变得孩子气，长年累月地观察甚至使他跟守门人皮衣领子上的跳蚤也混熟了，他也求那些跳蚤帮他去说服守门人。最后，他的目光变得模糊不清了，他不知道是自己周围真的越来越黑暗了，还是他的眼睛在捉弄他。但是，就在这黑暗里，他却看到了一道光芒从法的大门里永不休止地射

出来。如今，他就要走到生命的尽头了，弥留之际，这些年来积累的所有经验，凝聚成一个他从未向这个守门人提出过的问题。他挥手叫守门人到跟前来，因为他再也无法直立起自己那僵硬的躯体了。守门人只好深深地俯下身子听他说话，因为躯体大小变化的差别，已经非常不利于这乡下人了。“你现在到底还想问什么呢？”守门人问道，“你真贪心。”“人人不都在追求着法吗，”这人回答说，“可是，这许多年来，除了我以外，怎么就不见一个人来要求踏进法的大门呢？”守门人看到这个人已经筋疲力尽，而且听觉越来越坏，于是在他耳边大声吼道：“这儿除了你，谁都不许进去，因为这道门只是为你开的。我现在要去关上它了。”

这则富于悲剧性的寓言可以从不同的角度进行诠释，但在法律人看来其实际上体现的是一种对“法律之门”的无奈与绝望。虽然这是文学作品，但卡夫卡以自己法学博士的锐利目光来审视并讲述了一个看似离现实很远，却又很贴近现实的故事。法律及司法以其神圣诱惑着人们，但却并未完全向人们敞开大门，而是设置了重重障碍阻挡人们进入法的场域中。“守门人”在这则寓言里的角色便是挡住一些人的进入，同时又会放过甚至引导一些人的进入。

其实这则寓言也是一种对现实的形象刻画。不由得使人联想到，法律总是如此神秘，“法律之门”总是如此让人向往，但在现实的社会之中，经常出现权利得不到救济，有冤无处申的情形。出现这种情况的原因归结起来主要有两点：一方面是法律制度自身具有一定的缺陷，公民权利的法律救济途径缺失；另一方面则可能是司法实践中操作的不当，既有的制度不能得到践行。救济的请求不能通过正常的司法渠道表达可能会导致权利主体寻求非正规化、非制度化的权利主张表达途径，如私力救济，或者是通过政治化的渠道寻求救济，如信访和上访，乃至引发群体性事件。非正规的途径在法治社会当中虽说并未完全禁止，但是这种途径由于欠缺明确的制度规范，容易使纠纷的解决不具有正统地位，也不具备权威性，容易导致社会的无序与失控，更有甚者受侵害方通过暴力复仇达到救济的目的，引发社会冲突进一步恶化。以法律体制外的政治化权利救济途径来处理法律问题，以法律问题政治化的方式来满足权利诉求，弥补司法救济的不足，本身就是一种无奈之举。这种政治化的表达途径在某些法制不健全的历史时期起着一定的维护社会和谐稳定的作用，其在作为一种权利救济的替代性手段的同时，客观上又对法治形成了一种反向张力，只会走入一个恶性循环的怪圈，消解人们对法

律的信仰和尊重,构成对法治现代化建设的潜在威胁。公众在权利受到侵犯,社会发生矛盾后就可能不再求助于法律和司法程序而是求诸政治化的表达,最终造成法制的虚无化,导致社会陷入进一步的无序与混乱。如何来避免人类社会陷入这一个怪圈之中,即便有法律,却又迈不进法律之门?笔者相信,这一问题也是困扰着现代社会法制建设的一个难题。

社会学理论认为,人类社会存在即有纠纷相伴随,纠纷又往往与利益及权利相关联,涉及利益的安排。如果社会不能及时有序地解决纠纷就可能导致社会解体和倒退,如果纠纷能够公正解决则使积压的不满情绪及时释放,就能对社会起到“减压阀”的作用。这样纠纷解决机制的产生就具有了迫切性。从宏观历史上看,人类社会的纠纷解决机制是一个从非理性到理性,从野蛮到文明的过程,而法律层面的纠纷解决机制的发展趋势则是从私力救济占主导地位的模式转向以公力救济为主的法律纠纷解决机制。这里所谓的公力救济,主要是指以诉讼制度为主要表现形式的救济模式。在此种模式中,国家司法权力介入纠纷的解决,主要扮演了纠纷裁判者的角色。诉讼方式在出现不同主张之间冲突的时候,把它们转换成法律主张,并且在法庭听证之后以一种具有实际约束力的方式加以裁决,以实现法律秩序的社会整合功能和法律的合法性主张。^① 诉讼制度这种纠纷解决功能主要是通过对权利的救济来实现的。“当应予以补救的伤害未予补救,这被人们视为没有完成司法(正义)。”^② 诉权便可视作在纠纷和侵害发生后,对受侵害权益予以救济,完成司法正义的权利。纠纷双方当事人在纠纷发生后的权利主张主要就是通过诉权来表达的。上面所谈到的寓言中“守门人”的角色接近于诉讼法领域中的诉权,诉权控制着诉讼程序的启动与运行的整个过程,是诉讼程序中的核心概念,对于整个诉讼程序的架构也具有至关重要的作用。没有诉权就谈不上诉讼程序的启动,进而也谈上进入“法律之门”。可以说,没有诉权整个法律制度的框架就形同虚设,不过是一种虚幻的海市蜃楼。

“享有一项权利,就意味着享有一种正当的诉求,意味着可以有资格提出某种要求。”^③ 宪法规定了公民享有一系列实体上的基本权利,但这些权利

① 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第245页。

② [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第402页。

③ 夏勇:《人权概念的起源——权利的历史哲学》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第28页。

如果没有诉讼救济的保障便只会落于空谈。黑格尔也曾将权利分为人格权、物权和诉权三类,^① 由此可观之诉权在权利体系中的重要性。诉权在纠纷与诉讼程序之间所扮演的角色就是将纠纷引向诉讼程序,并推动诉讼程序对纠纷的解决。“司法制度的巨大威力在于,它能使一项请求变成一条受保护的权利(装甲的权利)。据此,就使请求变成了人们自觉的意识。另外,将请求变成权利也使法院的最终判决罩上了正当性的外壳。更重要的是,将统治权力隐蔽在了法院判决的背后。”^② 正是由于诉权把社会纠纷以及权利的治理纳入了正统化的司法轨道之中,法律成了现代社会治理的一种主要形式,“法律之门”也才真正地开启。

由此可见,诉权作为一项基础性权利,不仅仅对于实现与救济实体权利有保障作用,对整个权利体系的架构与实现均具有根本性的意义,因此,诉权有“现代法治社会中第一制度性人权”^③ 之称。同时诉权在作为司法救济主要空间的诉讼程序中也具有重要的功能,是启动和推动诉讼程序进程的核心力量。然而诉权也是一种易受侵犯的权利。侵犯的力量主要来自于国家权力,尤其是裁判权。诉权的行使对象是裁判权,裁判权对于诉权的实现起着至关重要的作用。但同时,裁判权如果滥用也会构成对诉权的侵犯,可能会压制诉权行使的空间,或者使诉权的行使成为一种形式化的过程,不能真正影响到裁判的形成。此外,作为公共利益代表的公诉权由于渗透着国家强制力因素,也可能作为一种强大的权力,使原来的诉权平等性结构失衡,导致弱势的辩方诉权受到压制。因此,诉权的保障问题在现代法治社会已经成为当务之急。

当前中国正处于经济改革与社会转型的关键时期,在这样一个利益格局剧烈碰撞、调整的历史变迁过程中,一些社会矛盾开始凸显,在司法领域主要体现为各种法律纠纷数量的上升,如何解决这些法律纠纷,平息矛盾,成为当前中国法治社会进程中一个亟待解决的问题。将这些纠纷纳入司法的轨道之中,促进程序化解决可以说是一条毫无商量余地的路径。于是,诉权的重要作用也开始日益凸显。在刑事法领域,既有的研究往往过度注重刑事追诉目标的实现,即实现惩罚犯罪的目的,而忽视了刑事诉权的实现及其保障。在刑事司法制度及实践中,刑事诉权的命运多舛,不仅仅在诉权保障的制度

① 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第48页。

② [日]小岛武司等:《司法制度的历史与未来》,汪祖兴译,法律出版社2000年版,第28页。

③ 参见莫纪宏:《诉权是第一制度性人权》,载《宪法研究》(第1卷),法律出版社2002年版。

上有所缺失,或者是制度导向有所偏差,而且在司法实践中,也屡屡出现了刑事诉权备受漠视,抑或受到压制和侵犯的事例,不仅对于案件的最终处理无益,在一些个案当中甚至于进一步扩大或者恶化了纠纷。

刑事诉权作为诉权在刑事诉讼程序中的类型化产物,对于刑事诉讼程序而言具有重大意义。在已经进行的刑事司法改革中,立法者与司法者也对诉权的保障有所关注,但这些改革却似乎并未达到如初所设想,许多关键性的问题也未能得到解决。面对制度与实践中刑事诉权的现实状况,应从理论上来全面地阐释和论证刑事诉权理论,以回应社会对于刑事诉权保障的迫切需求。

虽然当前刑事诉讼的理论研究已然呈现出“百花齐放、百家争鸣”的局面,但诉讼程序自身应用性和程式化的特性容易使这门学科的理论变得直观和浅俗,研究还有急功近利的心态,关注焦点过于单一和浅薄,疲于应对当下热点与难点问题,出现什么问题,就解决什么问题,没能从多方位和深层次来考虑问题,使刑事诉讼理论逐渐走向僵化。同时,许多问题如果沿袭传统的就制度论制度的研究方法,难以得出令人满意的结论。这样,理论上通过导入诉权理论来丰富刑事诉讼法学的研究对象,对这些问题进行解答实有必要。引进诉权理论,以刑事诉权理论来审视刑事诉讼中的原则和制度,从而促进诉权保障理念的形成,并以诉权研究为契机形成对当事人的其他诉讼权利的尊重,对于刑事诉讼法律制度及其运作机理都会产生重大的影响。

基于以上对刑事诉权重要性以及刑事诉讼理论体系完善的认识,笔者选取了刑事诉权问题作为研究的内容。

二、研究现状

诉权理论的研究具有重要意义,它对于更新诉讼理念,完善诉讼理论,促进司法文明,有着不容低估的意义。然而,从诉权研究的现状来看,遗憾的是当前诉权理论的研究基本上属于民事诉讼法学研究的专利,在其他诉讼法学研究中少有涉及。

我国理论界和实务界所谓的“诉权”一词是外来的专业术语,并非中国法上的固有概念。诉权作为一个概念产生于古罗马法,但作为一种理论体系却生成于德国。诉权理论最初仅仅限于民事诉讼领域的探讨,并且形成了多种理论学说。中国的诉权理论由国外传入,但是在很长一段时间内,由于过度注重学科之间的差异格局,诉权的理论研究也仅仅局限于民事诉讼领域。

但是近年来,随着社会中法律纠纷的不断増加,既有的民事诉权理论出