



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

论宪政与权利维度的 刑事诉讼

王 骥◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

论宪政与权利维度的 刑事诉讼

王 骥◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论宪政与权利维度的刑事诉讼 / 王骥著. —北京:
法律出版社, 2012. 4

(华东政法大学校庆六十周年纪念文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3352 - 5

I. ①论… II. ①王… III. ①刑事诉讼法—研究
IV. ①D915. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 053485 号

华东政法大学校庆
六十周年纪念文丛

论宪政与权利维度的
刑事诉讼

王 骥 著

责任编辑 高 山
装帧设计  ilovee

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9 字数 202 千

印次 2012 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

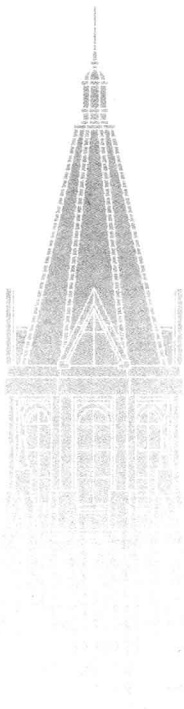
上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3352 - 5

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



编委会主任： 杜志淳 何勤华
编委会委员： 张智强 顾功耘 刘晓红
林燕萍 应培礼 马长山
王 迁 王立民 朱榄叶
刘宁元 刘宪权 牟道媛
杨正鸣 吴 弘 肖国兴
何 敏 何明升 邱格屏
沈贵明 沈济时 沈福俊
张明军 范玉吉 罗培新
金可可 唐 波 高富平
傅鼎生 童之伟



沉舟侧畔千帆过

——华东政法大学校庆六十周年纪念文丛总序

沧海桑田，情怀依旧。六十年来，在逆境中崛起，在忧患中奋进，在辉煌中卓越，一代又一代华政人，将华政精神传承。从长宁旧居赏月苏州河畔，到松江新校读书玉泊湖旁，今天，华东政法大学迎来了六十周年华诞！六十年，华政为国家、为社会培养了大量优秀的人才，而他们，已经成长为国家的栋梁和母校的骄傲。

忆往昔，桃李不言，自有风雨话沧桑。1952年6月，经华东军政委员会批准，华东政法学院（现华东政法大学）由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系（法律学院）、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因，学校曾于1958年和1972年两度停办，1979年3月经国务院批准复校。2007年3月，经教育部批准，华东政法学院正式更名为华东政法大学，2012年系华东政法大学建校六十华诞。

自1952年从苏州河畔的这一片红墙绿瓦中走出

新中国第一批政法干部开始,六十年来,华政经历了三起两落的命运。昨日的历练成就了今日的辉煌,近十万毕业生勤勉工作,开拓进取,奋发向上,成为共和国法治建设及各项事业的骨干力量。复校以来,尤其是2003年于松江进行“二次创业”以后,华政在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究、服务社会等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市市级建筑保护单位”、“上海市花园单位”。学校现设有16个学院(部),现拥有法学一级学科博士学位、硕士学位授予权,以及政治学、马克思主义理论、公共管理、应用经济学一级学科硕士学位授予权,建有10个博士点、25个硕士点、23个本科专业及法学博士后流动站。2002年、2008年两次教育部本科教学工作水平评估均被评为优秀。目前,学校法律史学科为国家级重点学科,法律史学、经济法学本科教学团队为国家级教学团队,外国法制史、中国法制史、经济法学、司法鉴定概论为国家级精品课程,法学综合实验教学中心为国家级实验教学示范中心,法学、侦查学为教育部高等学校特色专业建设点,“开放型国际法律人才培养模式创新实验区”为教育部建设项目。学校已被社会各界广泛赞誉为“法学教育的东方明珠”。

建校六十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。华政的莘莘学子,肩负着建设法治社会的重任,同时也见证着母校各方面的长足发展。硬件方面,从“帐篷办学”到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美仑美奂;软件方面,从实现华东地区法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白。2009年至2011年,学校国家社科基金法学类课题立项数连续三年名列全国第一,2011年又实现了国

家社科基金重大项目的历史性突破。2007年3月,华政更名大学的成功,标志着学校从此踏上了建设多科性大学的新的征程。

岁月悠悠,薪火相传,六十岁的华政犹如惊鸿一瞥。此番出版校庆六十周年纪念文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之契机。故而,入选本文丛的,绝大多数是尚未获得教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政建校六十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学校庆六十周年纪念文丛编委会

2012年6月

目 录

引言 001

第一章 刑事诉讼的宪政考量 008

第一节 宪法与刑事诉讼:以权利为起点的逻辑

关联 010

一、宪法中的权利:宪政的重要指针 010

二、宪法权利的根本性:高级法的普适性应用 013

三、刑事诉讼权利的特殊属性:部门法对高级法的独有 链接 019

第二节 诉讼是宪法的渊源:从权利救济的

视角 025

一、诉讼的权利救济属性 025

二、刑事诉讼权利及其保障的宪法化 028

第三节 刑事诉讼中的权利保护:与权力的

现实对抗 032

一、刑罚权的运行与功能 033

二、刑事诉讼与刑罚权 036

三、权利规则:刑罚权的界限 040

第二章 宪法与刑事诉讼关系的实证考察 043

第一节 强势关联之一:以美国为范例的“绝对强势”的分析 045

一、刑事诉讼宪法化 046

二、形成的历史背景 050

三、形成的原因分析 054

四、美国模式的域外影响 060

第二节 强势关联之二:以德国为范例的“相对强势”的分析 065

一、宪法对刑事诉讼立法的影响 068

二、宪法对刑事诉讼强势影响的制度性保障 071

第三节 强势关联之三:以英国为范例的“实质强势”的分析 075

一、形式上的弱势影响 075

二、实质上的强势影响 079

第四节 宪政欠发达国家宪法与刑事诉讼的弱势关联 084

一、弱势关联的通常表现 084

二、弱势关联的形成原因 086

第三章 宪法与刑事诉讼关联的发展趋势 090

第一节 宪政发达国家宪法对刑事诉讼影响的逐步加强 091

一、强势影响的历史基础 093

二、强势影响的逐渐演化 094

第二节 发展中国家宪法对刑事诉讼影响由弱渐强的演变 趋向 102

一、由弱到强的历史转变 103

二、转变的启示 113

第三节 国际人权公约与刑事诉讼的宪法关联 117

- 一、国际人权公约与刑事诉讼的关联:以人权保障为起点 117
- 二、国际人权公约中的权利保护:刑事诉讼的又一宪法渊源 128

第四章 宪法对刑事诉讼影响趋强的成因 130

第一节 宪法与刑事诉讼共有的政治性 131

- 一、宪法的政治性 131
- 二、刑事诉讼程序决定于宏观政治体制 134
- 三、刑事诉讼反映微观民主政治 138

第二节 刑事诉讼中自由的特殊性与宪法的关联 140

- 一、宪法规范中的自由 140
- 二、刑事诉讼对人身自由的特殊关注 143
- 三、刑事诉讼对自由保护的特殊形态 145

第三节 宪法与刑事诉讼共有的控权性 147

- 一、宪法的控权性 147
- 二、“控权”与“卫权”:刑事诉讼的艰难选择 150
- 三、控权性:刑事诉讼的价值优位选择 155

第五章 我国宪法与刑事诉讼关系研究 160

第一节 刑事司法机关的职权配置 164

- 一、司法权的规范运行:刑事司法改革的前提性命题 164
- 二、司法权运行的权利保障功用:刑事司法改革的宪政基础 168

第二节 刑事诉讼权利的保障与强化 174

- 一、我国刑事诉讼权利宪法化的双重分析 176
- 二、宪法权利对刑事诉讼的有效保障 194
- 三、实现刑事诉讼权利的可诉性:不当限制之后的宪法救济 205

第三节 刑事诉讼程序的合宪性整合 211

一、宪法在刑事诉讼中的制度性转换：释宪制度 212

二、宪法基本权利对刑事诉讼的指引与制约 218

第六章 我国宪政体制下检察权的属性与职能 231

第一节 检察机关的权力性质：围绕宪法规范的争议 232

一、我国关于检察权性质的争论：权利保障的前提性障碍 232

二、监督的语义分析：权利保障的目标化设定 234

第二节 我国检察权的本质属性：法律监督视角下的权利保护 243

一、从宪政过程看我国检察机关法律监督职能的发展 245

二、法律监督权在刑事诉讼审判程序中的适用 248

三、加强法律监督职能的权利保障含量：检察改革的进路分析 253

结语 258

参考文献 260

后记 273

引 言

法治以宪政为基础,没有宪政秩序,法治则难以实现。因此,法治建设的推进必然触及宪政问题。我国虽有宪法,但在一定程度上宪法陈列意义更为浓重一些,其对于部门法和现实生活缺乏规范作用。随着我国法治建设的不断深入,宪法学者开始从静态宪法到动态宪法、从形式宪法到实质宪法展开理论探讨。宪政这一曾经沉寂多年的术语开始悄然复活,并且日益成为宪法理论的关键词语。其他部门法也应从本领域的实际问题出发,触及宪政问题,深入研究其与宪法的深层次关系,刑事诉讼法亦不例外。

宪政作为一种政治统治形式,一种社会形态表达,一种公民生存样式的选择,其形成是复杂的,是多种因素共同作用的结果。无论是从基督教的信仰体系及其表述世俗秩序意识的罪感文化来探讨宪政的最初内容,还是通过经济发展的变迁来透视宪政因素的形成,抑或是伴随国家与政府职能的转变探讨宪政的最终实现,公共权力功能及空间的变化都意味着对权利的尊重与保护,是宪政价值存在的根本。人的独立性作为政治权利的生长点,使宪政国家最重要的关

系——权利与权力关系凸显出来,并分属于两个不同的领域。权利的实际生存样态最直接地反映一国宪政运行状况,而这种属性往往通过一国宪法规范体现。

通常而言,一国宪法与刑事诉讼的关系极其紧密。宪政体制下宪法的核心关系,亦为刑事诉讼法调整的中心。在德国,若写一篇刑事诉讼的博士论文,大概有超过 1/2 的篇幅是在讨论宪法(德国基本法),这是他们认为理所当然的。在美国,几乎所有的程序问题都与宪法关联,排除规则甚至被视为头号宪法难题,刑事诉讼的进行很难与宪法适用严格区分。在日本,宪法与刑事诉讼被视为“一体”,刑事诉讼法是宪法规范下最重要的应用法律。反观我国,宪法与刑事诉讼的链接无论是在理论上还是实践中,都还相对薄弱,缺乏丰富的内容。刑事诉讼程序对宪法的依赖性较小,刑事诉讼程序总体而言公平、公正的价值含量还存有很大的发展空间,刑事诉讼中权力与权利的协调和博弈还有很多需要解决的现实问题,而犯罪嫌疑人、被告人的刑事诉讼权利很难获得宪法层面的规范与救济,往往沦为自我指涉的“符号”等问题,这都需要进行深入的理论研究。只有这样,进行的各项刑事司法改革才会有明确的目标,并能按照既定的科学规范的推进,构建的具体制度才具有可操作性,才会取得实际的效果。

2000 年 4 月 26 日,中国人民大学宪政与行政法研究中心、诉讼制度与司法改革研究中心和《中国律师》杂志社,联合举办了“司法公正:司法制度改革的目标”学术研讨会。与会者围绕“我国宪政体制下的司法、司法权与行政权”、“司法独立与审判独立”、“司法制度与司法公正”、“司法体制改革的价值取向”等问题展开了热烈的讨论。这是我国首次由宪法学者和诉讼法学者共同对中国司法制度进行研讨。学科共同体中的宪法学与诉讼法学共同聚焦某些热点问题,使宪法研究第一次通过“司法”与诉讼程序取得联系。2004 年 5 月 15 日,中国人民大学

宪法与行政法治研究中心和中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心在时隔四年后,又共同主办了“宪法与刑事诉讼法”学术研讨会。会议围绕加强人权保护、推进《宪法》修正案的贯彻及刑事诉讼制度民主化与法治化进程等议题展开深入探讨。与会诉讼法学者普遍认为,为了更好地体现保护犯罪嫌疑人、被告人的权益,一些刑事诉讼的原则或诉讼权利只规定于刑事诉讼法中是不够的,必须在宪法明确规定,即用国家根本大法确定下来。被告人的权利既是公民权的重要组成部分,又是人权保障重点关注的内容。对它的保障机制应从两个方面进行完善:一是设定国家司法机关的权力,限制司法机关的权力。司法机关有“保护性的义务”,必须有足够的权力运行,同时出于保障被告人权利的考虑,司法机关的权力应受到必要的限制。二是正面设定犯罪嫌疑人、被告人的权利,以排除司法机关的侵害。宪法学者在刑事诉讼法与宪法的传统“母与子”关系上,出现了修正或有了新的解读观点。认为传统上对宪法的认识遵循了建构式的唯理主义的、演绎式的认识理路,人为地构造出宪法与部门法的“母与子”的关系。建构式的理路是将宪法看成是“总纲领”,而部门法是对“总纲领”的细化。这种构造的最大缺陷在于,在理论上将宪法看成是万能的,而在实践中却是万万不能的。这也正是我国宪法实施过程中遇到的最大的问题。在深入的交流与碰撞中,宪法学者和诉讼法学者们从各自的视角出发,深入剖析了中国宪法学研究和诉讼法学研究存在的诸多问题,基于不同的理论认知和实践需求,此次研讨会在很多本源问题上产生了分歧。

然而,相较于国外较成体系的研究,我国学者(无论是宪法学者抑或刑事诉讼法学者)的系统研究还很少。宪法学者很少用宪政的眼光去关怀刑事诉讼法,尤其是关涉具体刑事诉讼运行的内容,因过多的强调宪法与部门法之间的差异性,而大多点到即止,相应的宪法学者对刑事诉讼制度改革在宪法学意义上的建议并不多。而刑事诉讼法学者,

虽然近十余年来,一直尝试研究二者的关联,并积极推进二者实现实质意义上的点的对接,但成效甚微。具体到刑事诉讼实践运行对理论的现实需求,我们会发现,很多表面为刑事诉讼层面的法律改革,如果不从宪政的角度和宪法的高度全面统筹,并明确一个中轴主线——权利保障,法律改革很容易产生前提性的逻辑混乱,从而影响整个改革的有效推进。如我国检察机关诉讼职权的优化配置问题,会关涉刑罚权目标的实现,与犯罪嫌疑人、被告人的权利紧密相关,而具体的权力职能又关涉检察权的性质问题,与宪政体制问题密不可分,而绝非一个简单的诉讼程序问题。由此,涉及的实践探索和理论研究,如果只着眼于部门法的视角,则难免会产生新的争议,从而为改革埋下新的隐患,甚至产生新的障碍。如我国现在有地方检察机关尝试对检察机关职权进行优化配置,把法律监督具体分成法律监督和诉讼监督,并设立一个独立的诉讼监督部门进行专门的诉讼监督。这样的改革无形中会产生是否符合宪法的定位以及成立的这个部门有没有合法性等一系列宪法问题。

在以权利保障为核心内容的宪政国家,宪法与刑事诉讼法的关系,相较于其他部门法,到底存有怎样的关系,是否存有特殊的关联,以及存有怎样的特殊关联,我国宪法与刑事诉讼的关系怎样,这样的关联是否适应社会的发展,如果存有问题症结何在,如何改进,解决的时机是否已经成熟,国外的发展如何,怎样的借鉴和认识能够有效促进我国刑事诉讼立法与司法的科学化与规范化,怎样将宪法与刑事诉讼关联,怎样的刑事诉讼能够真正使宪法应用于现实,诸如此类的问题,一直贯穿于笔者从构思到成文的全过程。

2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《宪法修正案》,把“国家尊重和保障人权”写进宪法。这不仅体现了国家对人权问题的重视和关怀,彰显了宪法的人权意识,同时也为国家公权力

在行使的过程中切实保护广大人民尤其是弱势群体的合法权利提供了明确的宪法依据,甚至有学者认为这样的修改为各项改革提供了新的发展路径,如为法官“造法”提供了方向性指导以及要求我们的立法机关在立法时应考虑相应的国际准则。2007年10月28日,第十届全国人大常委会通过了新修改的《律师法》,新的《律师法》于2008年6月1日起正式实施。新《律师法》对律师的会见权、阅卷权、取证权做了较大的修改,而对律师权利的直接加强,从一定意义上就是对犯罪嫌疑人、被告人的权利保障,体现了个人权利制约国家权力能力的增强。2010年5月30日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称两个证据规定)。两个证据规定不仅明文规定了证据裁判原则、程序法定原则和证据质证原则三个证据规则,还使一些重要证据规则,如关联性证据规则、意见证据排除规则、原始证据优先规则、补强证据规则,都在各类证据的审查判断程序中有所体现。总体而言,两个证据规定体现了强调程序制衡、关注案件质量、注意保护人权的精神及相关规范的完善。这些规定不仅仅是具体规则的技术性完善,更反映着我国宪政运行的发展变化。它体现了宪法人权保障原则及其价值理念,蕴涵了权利中心理念,有利于规范制约国家权力的运行,将尊重和保障人权落到实处。2011年8月,第十一届全国人大常委会第二十二次会议初次审议了《刑事诉讼法修正案(草案)》,并向社会公开征集意见。综观刑事诉讼法修正案草案全文可以看出,本次起草工作秉持中国特色社会主义法治理念,坚持实事求是,从国情出发,认真总结司法实践经验,循序渐进地推进我国刑事诉讼制度的完善;坚持分工负责、互相配合、互相制约的原则,完善刑事诉讼中各司法机关的权力配置,更好地适应诉讼活动的需要;坚持贯彻宽严相济的刑事政策,惩罚犯罪与保障人权并重,

既注意及时、准确地惩罚犯罪,维护公民、社会和国家利益,又注意对刑事诉讼参与人包括犯罪嫌疑人、被告人合法权利的保护。可以看出,无论是对强制措施和侦查措施的修改,还是对辩护制度和证据制度的完善,抑或对审判程序、特别程序和执行的补充和修正规定,都体现着我国近年来宪政发展的成果,体现对宪法权利的尊重和保护,这其中加大对“权利的保障”无疑是修改的核心主线。

由此,笔者从宪政与权利的视角切入,并以此为主线,尝试运用多种方法来探究宪法与刑事诉讼法之间的诸多问题。除运用法条主义的研究方法外,还致力于运用比较分析方法寻求各国有关这一问题的共同和特殊法理;运用规范比较方法,比较不同国家和地区的法律规定及实践运作;运用功能比较方法,以问题为中心,就不同国家适应相同的法律需要面对的问题进行比较。横向与纵向较为系统地比较分析主要宪政发达国家、宪政欠发达国家以及发展变化中国家宪法与刑事诉讼的关系类型。考察宪政发达国家宪法对刑事诉讼通常表现为强势影响,宪政相对落后国家则表现为弱势影响,而发展变化中的国家则正经历着由弱到强的历史转变。同时通过对这一发展趋势的原因分析,深入探讨宪法与刑事诉讼法的内在本质性联系,为改变我国宪法与刑事诉讼存在的断裂、整合二者的关系寻求理论支撑。通过横向与纵向结合考察一些主要国家宪法与刑事诉讼法关系的形成状况,得出宪法对刑事诉讼总体上呈现强势影响的发展趋势,并分析了这一趋势形成的原因。

在对我国宪法与刑事诉讼法关系的研究中,从宪政层面、权利视角思考刑事诉讼程序,着重分析宪法规范切实作用于具体刑事诉讼程序需要的制度性保障,尤其是针对宪法规范的核心关系——权力制约与权利保障,对我国刑事司法权力的运作和刑事诉讼权利的保障在宪法层面进行反思与重构。“权利”与“权力”作为宪政的核心关系,亦是宪