

刑事程序法论丛
Criminal Procedure Series



On Modestly Restriction of Criminal Procedure

刑事诉讼谦抑论

本书在国内第一次系统提出了刑事诉讼谦抑论的命题。
其核心内容，可以用一句话来概括：刑事诉讼应该尽可能地克制、妥协和宽容。还可以更通俗地概括为：刑事诉讼应该“温柔一点”。

郭云忠 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

On Modestly Restriction of Criminal Procedure

刑事诉讼谦抑论

郭云忠 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼谦抑论/郭云忠著. —北京:北京大学出版社, 2008. 12
(刑事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14640 - 8

I. 刑… II. 郭… III. 刑事诉讼法 - 研究 - 中国 IV. D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 183964 号

书 名: 刑事诉讼谦抑论

著作责任者: 郭云忠 著

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14640 - 8/Ⅰ · 2205

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 22 印张 268 千字

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言

中国需要什么样的刑事诉讼法？应当如何研究刑事诉讼法？这两个问题一直是值得我们认真思考的重大课题。

自清末改制以来，在这百余年间，伴随着中国社会向现代性的、多方位的结构性转变，刑事诉讼法学的研究也在不断拓宽和深化。在刑事诉讼法学界，不同立场和流派的学者，分别从自身特定的理论背景和研究方法出发，试图给予富有原创性的阐释。在研究对象上，有的侧重基础性问题的阐释，有的关注具体制度和程序的构建。在研究方法上，有的青睐于思辨，有的更注重实证。

云忠的博士论文《刑事诉讼谦抑论》，主要是以思辨的方法研究刑事诉讼法学的基础性问题。人们一般认为谦抑是刑法学的问题，似乎刑事诉讼法学不存在谦抑问题。该文郑重提出了刑事诉讼谦抑这一命题，极具学术创新性。在我国首次提出刑事诉讼谦抑具有历史规律、思想理念和法律制度等三个层面的含义，并对此作了详尽的论证，对我国刑事诉讼法的理论与实践具有重大意义。该文还系统揭示了刑事诉讼谦抑性的基本内容，包括刑事诉讼在纠纷解决空间上的萎缩性、解决时间上的最后性、解决开始时的克制性、解决过程中的妥协性和解决结果上的宽容性，这些理论无疑



对于刑事诉讼法的发展具有指导意义。

学术并非都是绷着脸讲大道理,学术论文也不能总让读者产生手倦抛书的冲动。值得称道的是,该文文笔活泼流畅,引人入胜。此外,该文旁征博引、涉猎广泛,反映出云忠具备较好的知识积累和较开阔的研究视野。

当今学术界,西学的影响无疑是巨大而深远的,而中国社会自身的经验又是如此丰富,使得任何一种理论,如果不能经受这些经验的挑战和检验,就会变得十分苍白和无力;阐释者们虽然具有很大的话语影响力,但是任何一种阐释,如果没有来自被阐释者的创造性解读,就会流于空疏,甚或被束之高阁。因此,当我们气喘吁吁地追随着西方法学时,不要迷失了属于我们自己的精神家园;当我们仰望天空时,不要忘记把种子埋进土里。这不仅是对这篇论文的期望,更是对中国法学的期望。

云忠的博士论文即将出版,我作为老师深感欣慰,是为序。

宋英辉

2008年9月1日

目 录

导言	(1)
一、刑事诉讼谦抑理论的提出	(1)
二、刑事诉讼谦抑的基本含义	(5)
三、刑事诉讼谦抑思想溯源	(13)
第一章 刑事诉讼谦抑的历史彰显	(19)
一、刑事诉讼的历史类型	(22)
(一) 仪式化的神权主义刑事诉讼	(24)
(二) 刑罚化的君(国)权主义刑事诉讼	(26)
(三) 谦抑化的民权主义刑事诉讼	(36)
二、刑事诉讼模式的历史演进	(45)
三、刑事证据制度的历史更替	(50)
四、刑事裁判权的历史位移	(55)
五、刑事被追诉人诉讼地位及权利的历史变迁	(62)
第二章 刑事诉讼谦抑的现实蕴涵	(65)
一、刑事诉讼基本原则中的谦抑理念	(66)
(一) 刑事程序法定	(66)
(二) 无罪推定	(70)



(三) 刑事诉讼诚信	(74)
二、刑事诉讼中的克制	(79)
(一) 强制性措施限制适用与适度原则	(80)
(二) 保释制度	(82)
(三) 令状制度	(90)
(四) 犹豫制度	(92)
三、刑事诉讼中的妥协	(98)
(一) 刑事诉讼中的和解	(99)
(二) 刑事诉讼中的协商	(106)
(三) 辩诉交易	(112)
四、刑事诉讼中的宽容	(119)
(一) 陪审制度	(119)
(二) 不利益变更之禁止	(124)
(三) 一事不再理与禁止双重危险	(126)
第三章 刑事诉讼谦抑的法理基础	(132)
一、刑事一体化视野中的刑事诉讼谦抑	(134)
二、刑事诉讼谦抑的犯罪社会学基础	(136)
三、刑事诉讼谦抑的刑法学基础	(147)
四、刑事诉讼谦抑的刑事政策学基础	(163)
第四章 刑事诉讼谦抑的宪政基础	(173)
一、宪政的基本内涵	(173)
二、宪政视野中的权力	(182)
三、宪政视野中的权利	(190)
四、宪政对刑事诉讼谦抑的影响	(195)
第五章 刑事诉讼谦抑的道德基础	(203)
一、法律与道德的基本关系	(204)

二、近现代道德的发展趋向	(210)
(一) 自由主义与道德多元化	(211)
(二) 平等观念与道德的非对抗性	(213)
(三) 博爱观念与人道主义	(221)
三、道德变迁与刑事诉讼谦抑理念的彰显	(226)
第六章 刑事诉讼谦抑的价值评判	(238)
一、被追诉人的不脱离社会权和复归社会权	(238)
二、解决纠纷与维护秩序	(243)
三、刑事诉讼中的有限理性与非理性	(248)
四、社会的总价值与总福利	(257)
五、社会宽容与多样性	(263)
第七章 刑事诉讼谦抑的限度界定	(279)
一、社会民众的心理	(280)
二、国家统治的实力	(284)
三、国家治理的方式	(287)
第八章 刑事诉讼谦抑的中国之路	(297)
一、中国刑事诉讼谦抑的现状考察	(297)
(一) 刑事诉讼立法方面	(298)
(二) 刑事诉讼司法方面	(299)
二、中国刑事诉讼谦抑的影响因素	(301)
(一) 社会民众心理方面的因素	(302)
(二) 社会政治制度方面的因素	(305)
(三) 社会经济体制方面的因素	(308)
三、中国刑事诉讼谦抑的制度建设	(312)
(一) 刑事程序法定	(314)
(二) 无罪推定与任何人不受强迫自证其罪	(315)



(三) 强制性措施限制适用与适度	(316)
(四) 令状制度	(317)
(五) 保释制度	(318)
(六) 犹豫制度	(319)
(七) 不利益变更之禁止	(320)
(八) 一事不再理与禁止双重危险	(320)
四、中国刑事诉讼谦抑的理念培养	(323)
参考文献	(335)
后记	(342)

导 言

法令滋彰，盗贼多有。

——老子

一、刑事诉讼谦抑理论的提出

法如果有脸的话，会是一张什么样的脸？

刑事诉讼法如果有脸的话，那又会是一张什么样的脸？

带着这些问题，我们来看看一些学者是如何对法律或正义的脸进行形象描述的。罗西将 19 世纪初的英国法律描绘成：“狰狞的屠宰”^①。诺内特和塞尔兹尼克曾将 20 世纪 60 年代的美国法律描述为：“法律穿着长筒鞋，以镇压者的面孔出现，扮演了踏灭愤怒之火的角色。”^②在博登海默看来：“正义有着一张普洛透斯似的脸，变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时，我们往往

① [法]福柯：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，三联书店 2003 年版，第 15 页。

② [美]诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 6 页。



会深感迷惑。”^①

在谈到法有什么样的脸时,日本法学家西原春夫则希望大家一辈子都要思考这个问题,一辈子都要记在心上。西原春夫还曾经具体探讨过刑法应当有一张什么样的脸。他说:“可以说,刑法是法当中最可怕的法律。那么,刑法的脸是什么样的脸?外行人一定会认为那是像寺院山门处站立着的哼哈二将那样可怕的脸。然而,刑法并不是那么单纯的东西。确实,如果违反了它,可能会被处以包括死刑在内的各种刑罚,因此,刑法具有可怕性、严厉性和庄严性,这是不能否认的。但如果你光把它看做是那么可怕的脸,你就不会去考虑有些犯人作出犯罪举动是有其令人怜悯的环境背景的,更不会拥有祈望犯人悔改、赎罪、自新的心。而刑罚按理应该发挥其所有功能的。因此,在刑法的脸中,包含着受害人父母、兄弟的悲伤和愤怒,也包含着对犯人的怜悯,更包含着对犯人将来的祈望。在充分理解犯人的犯罪动机的同时,不得不对他的犯法行为动用刑罚,而这中间必须含有审判官的泪水。你想想看,刑法究竟是什么样的脸。”

西原春夫还意味深长地讲了自己的一个亲身经历:“那是大学里纷争相当多的20世纪六七十年代的事了。一天,一位法学部的校友来找我,他说他自己参加过司法考试并合格,但司法研修所不愿意接受他去进修,理由是他在学生时代曾参加过一个激进组织并被警察逮捕过。为此,他找到了最高法院。最高法院对他说,把你的父母和担保人都叫来,如果有充分的担保可以同意你去研修所。他特地来找我就是想让我做他的担保人。我详细了解了他的情况,也向他详细讲了自己的情况,然后同他父母一起到最高法

^① [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第252页。

院,在担保书上签了名。不知是否由于我的担保,反正他终于进了研修所,顺利地参加了进修培训,现在他是一个非常活跃的律师。他的父亲在兵库县的一个镇上的高级中学当校长,是一个非常出色的人。我意想不到的,在他被允许进入研修所后不久,他父亲给我寄来了一个小邮件。打开一看,里面是一尊质地非常白的瓷观音菩萨像。我这才想起他的家乡是兵库县一个名叫‘出石’的地方,那里出产美丽的叫做‘出石烧’的白瓷制品。显然他父亲是要把这美丽的瓷器像送给我。我把观音像从盒子里拿出来,放在手掌上注视了很久。在观音菩萨安详的脸上,我看到了一个父亲对自己孩子的各种情感和期望,这当中包含着在孩子幼小时希望他茁壮成长的满腔的爱,包含着儿子考进大学时的自豪和看到孩子有出息时的欣慰,也包含着看到儿子参加了激进派组织后的痛苦和烦恼,以及由此而产生的一种想要断绝父子关系的感情和绝望,但尽管如此,他还是满怀着希望儿子成为出色的社会一员的期盼和祝愿,其中还包含着儿子通过了司法考试,直至被允许进入司法研修所进修培训时的喜悦。作为父亲的各种非常深厚的感情都聚集在观音的脸上。然而,当我更加长久地凝视着这尊像时,有一瞬间,我感觉到了这张脸上显示出了超越单纯个人喜怒哀乐的情感。我猛然想到,这不就是刑法吗?如果刑法有张脸的话,一定是这样的脸。当时,这种过去从未有过的感觉,像雷电一样穿透了我的全身。”^①

可见,西原春夫是把刑法比作父亲的脸,并且是一个有着深厚感情的父亲的脸。这使我想起一个流传很广的故事,讲的是严父慈母如何对待犯了错的孩子:一个孩子在窗户附近玩耍,忽然传来玻璃的破碎声。父母赶紧都跑过去。父亲问道:为什么这么淘气,

^① [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,法律出版社2004年版,第138—140页。



竟然打碎了玻璃？母亲的反应是：孩子，伤着你了没有？

就这个故事而言，我认为，父母应当首先关心孩子，看他受伤了没有；然后是查明真相，看看玻璃是风吹坏的，还是孩子打坏的，还是其他什么原因；最后如果真是孩子打坏的，才能责怪甚至惩罚孩子，但还要考虑他是故意的还是过失，是“惯犯”还是“初犯”，等等诸多因素。在查明真相之前，不应当急着去责怪孩子，而应当尊重他、关心他、抚慰他，先看看孩子受伤了没有，甚至还要再想想父母自己对孩子应尽的责任和义务尽到了没有，比如，玻璃安得是否牢固，是否给了孩子其他有趣的玩具，父母是否尽到了看护义务，等等。

查明真相后决定是否对孩子进行责怪和惩罚就像是刑法，尤其是像适用刑罚，在此之前的一系列过程，包括听到玻璃的破碎声、父母跑过去、查明真相的过程等就像是刑事诉讼的过程：发生犯罪、侦查犯罪、开庭审理。

那么，刑事诉讼法如果有脸的话，又会是什么样的脸呢？

顺着西原春夫的比喻，我们可以进一步说：刑事诉讼法应该有着母亲般慈祥的脸。

因为，一般而言，在犯罪事实已经查明的情况下才适用刑法或刑罚，因此，从某种意义上说，刑法或刑罚的严厉是严之有据。但是，随着人们对犯罪现象认识的不断深入和社会的不断进步，刑法出现了谦抑化的趋势，即越来越和缓、人道、宽容。此外，还体现在刑法的补充性和不完整性等特征上。刑事诉讼法的产生，即刑事诉讼法从刑法中分离出来的过程，本身就是刑法谦抑的结果。目的就是在查明真相的过程中，防止侵犯被追诉人的权利，防止提前对被追诉人适用刑罚。甚至可以说，刑事诉讼法谦抑、刑法不谦抑还情有可原。而在刑法谦抑已成大势所趋的背景下，刑事诉讼法的谦抑化得到人们的认可是顺理成章的。试想结果都谦抑了，过

程是否更应当谦抑呢？否则，从刑事一体化的角度讲，如果过程不谦抑，也不可能真正实现结果谦抑。因此，从理性的角度看，刑事诉讼法应当比刑法更克制、更仁慈、更善良、更宽容。

需要说明的是，我们经常要把刑法的谦抑与刑事诉讼法的谦抑结合起来讨论，这源于二者间的特殊关系。我国台湾地区学者陈朴生关于刑法和刑事诉讼法之间的双向联系和依赖曾有过精辟的论述：“刑事诉讼法乃规定国家行使刑罚权之程序的法规之谓，与刑法之规定国家刑罚权实体的事项，性质虽不相同，然何种行为构成犯罪，对该犯罪应科以何种刑罚，应依刑法之规定；而犯罪事件发生时，对之应如何侦查、如何起诉、如何审判及如何执行，换言之，即刑罚权应如何行使，程序则是依刑事诉讼法之规定，故学者间并称刑法与刑事诉讼法为刑事法。”^①正是由于刑法和刑事诉讼法之间这种天然的、密不可分的关系，我们就很难把刑法的谦抑和刑事诉讼法的谦抑截然分开，有时甚至是有意地结合起来讨论，只有这样才可能更深入地揭示刑事诉讼谦抑的内涵、价值和限度。

二、刑事诉讼谦抑的基本含义

在不同语境下刑事诉讼谦抑的含义会有所不同，概括起来，可以从历史规律、思想理念、法律制度三个层面来把握。

首先，作为历史规律层面的刑事诉讼谦抑，是一种纵向的刑事诉讼发展的历史进程和未来趋势，是一种客观存在。纵观中西方刑事诉讼制度发展变化的历史进程，谦抑化是刑事诉讼发展变化的基本方向。自国家介入追诉犯罪以来，刑事诉讼从古到今，总体

^① 陈朴生：《刑事诉讼法论》，正中书局1970年版，第1页。转引自汪建成：《对刑法和刑事诉讼法关系的再认识》，载北京大学法学院编：《刑事法治的理念建构》，法律出版社2002年版，第316页。



上说是沿着由野蛮到文明、由残酷到仁慈、由放纵到克制、由苛刻到宽容这一道路不断向前发展的,并且时至今日,在整体上仍然朝着谦抑化的潮流继续发展。历史规律层面的谦抑向人们揭示了刑事诉讼演变的规律和方向。

其次,作为思想理念层面的刑事诉讼谦抑,就是作为一种内在精神或价值取向的谦抑。法律制定及运用之最高原理,谓之法律之理念。^① 刑事诉讼谦抑理念是人们理性地认识到人类自身价值和刑事诉讼的功能、目的以及刑事诉讼发展的客观规律而产生的思想观念。刑事诉讼谦抑理念是针对刑事诉讼实践中的刑事诉讼仪式化和刑事诉讼刑罚化的弊端而提出的思想观点,宗旨是改变刑事诉讼中的刑罚化、有罪推定、滥用强制措施、刑讯逼供等状况,使刑事诉讼朝着更加文明、人道、和缓、克制、妥协、宽容的方向发展。

最后,作为法律制度层面的刑事诉讼谦抑,包含两层内容:立法谦抑和司法谦抑。立法谦抑,是指在刑事诉讼法的制定过程中所蕴涵和体现的谦抑。司法谦抑,是指在刑事司法过程中的立案、侦查、起诉、审理、判决、执行等一系列程序和制度中所蕴涵和体现的谦抑。立法谦抑和司法谦抑紧密相连,有时甚至难以明确区分。

具体而言,法律制度层面的刑事诉讼谦抑主要包含以下内容:

第一,刑事诉讼在纠纷解决空间上的萎缩性。

法律只是人们解决纠纷的方法之一,除此之外还有多种途径。即使在用法律解决纠纷的时候,也有多种选择,比如通过协商、调解、仲裁、行政处理、民事诉讼、行政诉讼、刑事诉讼来解决。如博登海默所说:“虽然在有组织的社会的历史上,法律作为人际关系

^① 刘作翔:《法律的理想与相关法学概念关系的法理学分析》,载《法律科学》1994年第4期。

的调节器一直发挥着巨大的和决定性的作用,但在任何这样的社会中,仅仅依靠法律这一社会控制力量显然是不够的。实际上,还存在一些能够指导或引导人们行为的其他工具,这些工具是在实现社会目标的过程中用以补充或部分替代法律手段的。这些工具包括权力、行政、道德和习惯。”^①刑事诉讼只不过是法律解决纠纷方式中的一种,并且呈现出一种逐渐萎缩的趋势,许多原来通过刑事诉讼来解决的纠纷,已逐渐通过行政的、民事的等非刑事诉讼的方法来解决,这就是刑事诉讼在纠纷解决空间上的萎缩性。刑事诉讼的萎缩性是刑法的萎缩性紧密相连的。

第二,刑事诉讼在纠纷解决时间上的最后性。

刑事诉讼在纠纷解决时间上的最后性,要求国家和社会在解决纠纷时,能用民事诉讼、行政制裁等其他手段时尽量不用刑事诉讼的手段。只有在其他手段都不能奏效时才使用刑事诉讼手段。刑法或刑罚的实施离不开刑事诉讼,因此,刑事诉讼的最后性与刑法谦抑中的最后性或补充性是相对应的。

人类之间的纠纷既可以通过法律的途径来解决,也可以通过法律之外的途径来解决。在整个国内法律体系中,刑法以外的其他部门法,是维护社会秩序和社会安全的第一道防线,国家把绝大多数危害社会的行为,作为民事、经济、行政违法行为予以制裁,只是当行为达到相当严重的社会危害性程度,采用其他部门法手段难以充分保护时,才动用刑法进行调整。正如卢梭所指出的:“刑法在根本上与其说是一种特别的法律,还不如说是对其他一切法律的制裁。”^②

刑法只不过是保障社会生活中已经实施的行为规范的顺利实

① [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第357页。

② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第73页。



行而已。因而人们往往把刑法称之为二次性规范或保障性规范。社会只有在迫不得已的情况下才能规定并运用刑法。也就是说,刑法仅能在保护社会必要时才能介入,这是指唯一保护人之生命在与其他人共存时所不可或缺以及其他方式不能比以刑法为有效保护之法益,这是刑法不完整的本质,被称为辅助性原则。^① 中外法制发展史表明,随着社会文明的进步和法律部门的分工细化,以刑罚为主要制裁方式的刑法,经历了从介入国民生活各个角落的全面法——调整一定范围社会关系的部门法——作为其他部门法实施后盾的保障法这样一个演变轨迹。刑法像一把高悬的“达摩克利斯之剑”,适时而用,最终成为统治社会的最后一道防线。^②

第三,刑事诉讼在纠纷解决开始时的克制性。

我们要考虑刑事诉讼对被追诉人的影响,如对被追诉人的人身或财产采取强制措施、开庭审理等都往往会对被追诉人产生很大的影响,我们称之为司法影响。这种影响有些是非常不公正的,有些则是永远无法挽回的,而不论被追诉人最终是否被定罪。尤其是在社会竞争日趋激烈和社会分工日趋细化的当代社会,一个人一旦被卷入刑事诉讼中,对他的自由、尊严、财富、生活、工作等方面的影响是非常巨大的。

此外,刑事诉讼的负影响也不应忽视。尼采曾经讨论过刑罚和刑事诉讼程序的负影响:惩罚据说是具有价值的,为的是要在犯人心坎中唤起一种负罪感,人们在惩罚中寻找那种引起灵魂反馈的真实功能,他们把这种灵魂反馈称为“良心谴责”、“良心忏悔”。但是,恰恰是在罪犯和囚徒中绝少有人真心忏悔。总的说来,惩罚能使人变得坚强冷酷、全神贯注,惩罚能激化异化感觉,加强抵抗

① [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第319页。

② 莫洪宪、王树茂:《刑法谦抑主义论纲》,载《中国刑事法杂志》2004年第1期。