

宋远升 ● 著
songyuansheng



刑事诉讼的 冲突与衡平

XINGSHI SUSONG DE
CHONGTU YU HENGPING

——以具体程序和制度为平台

Yi juti chengxu he zhidu wei pingtai



中国人民公安大学出版社

刑事诉讼的冲突与衡平

——以具体程序和制度为平台

宋远升 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼的冲突与衡平: 以具体程序和制度为平台/宋远升著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 3

ISBN 978 - 7 - 81139 - 362 - 0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 200254 号

刑事诉讼的冲突与衡平

——以具体程序和制度为平台

XINGSHI SUSONG DE CHONGTU YU HENGPING

——YI JUTI CHENGXU HE ZHIDU WEI PINGTAI

宋远升 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: 2009 年 3 月第 1 版

印 次: 2009 年 3 月第 1 次

印 张: 13

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 349 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 362 - 0/D · 312

定 价: 33.00 元

网 址: www.cppsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

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

序

在哲学领域中，冲突和矛盾是常态，也是客观的存在，在刑事诉讼中也是如此。刑事诉讼本身就是冲突的结果，同时也是解决冲突的工具。一方面，刑事诉讼中的冲突具有普遍性，冲突贯穿着刑事诉讼的始终，没有冲突就没有刑事诉讼。这其中包括刑事诉讼内部的冲突，也包括刑事诉讼外部的冲突。刑事诉讼内部的冲突体现为目的、价值、原则、制度等蕴涵的冲突，而这些冲突其实都体现为利益的冲突，为国家、社会以及个人利益冲突的缩影。刑事诉讼外部的冲突主要指其与其他学科之间的冲突。另一方面，刑事诉讼中的冲突也具有特殊性。例如，虽然同为刑事诉讼程序，大陆法系和英美法系刑事诉讼中的冲突就存在差异，在英美法系国家中，或者大陆法系国家中，不同国家刑事诉讼中的冲突也会有所不同。即使在一个国家内部，其刑事诉讼在不同的历史时期和时间的冲突都会呈现不同的特征。譬如，作为沉默权制度的肇始国英国，其不同阶段沉默权制度蕴涵的冲突内容以及价值取向也会有较大不同。

刑事诉讼冲突的普遍性原理，可以使我们承认冲突，发现冲突，分析冲突，解决冲突，坚持一分为二的观点，坚持两点论、两分法，反对一点论。而刑事诉讼冲突的特殊性原理，可以使我们想问题、办事情必须坚持具体问题具体分析。因此，冲突原理可以使我们更加客观地看待刑事诉讼中存在的问题，

更加理性地剖析问题的症结，从而形成科学的研究进路，为构建有中国特色的社会主义司法制度建言。

冲突并不是意味着绝对的对立，也不一定总是负面的，消极的。冲突是刑事诉讼的本质特征，表明了刑事诉讼中的一种不均衡状态。冲突原理可以对刑事诉讼制度的构建、运行、发展具有一系列的积极价值。冲突对新的刑事诉讼规范和制度的建立具有激发功能，可以揭示刑事诉讼权力和权利竞争的源动力，从而为刑事诉讼运行提供方法论上的指导。

本书作者宋远升从我国司法现实出发，以刑事诉讼具体的原则和制度为平台，从哲学的视角通过冲突——衡平的路径对刑事诉讼中存在的一些问题进行透视和分析。这使本书既有一定的现实基础，又有相应的理论意义，从而在中国的场景下，努力探寻一条适合中国刑事诉讼运行的路径。

宋远升是我有一定了解的华东政法大学的一位青年教师，勤奋而多学。除了从事法律研究外，还对哲学、文学等多有涉猎，因此，他看待问题的态度具有一定的独特性，行文也比较雅致，或许这也是他与其他法律学者的不同之处。

最后，借用屈原的一句话，路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。虽然作为一位在法律领域刚刚涉水的青年学者，宋远升已取得了一定的成绩，但是，其学术道路漫长而遥远，或许这也正是学术研究道路的迷人之处。作为其师长，我祝他一路顺利前行。

华东政法大学党委书记 研究员 博士生导师

杜志淳

2009年2月5日

目 录

绪论：刑事诉讼冲突与衡平的理论基础与实现路径

——一个辩证法和方法论的思考 (1)

第一章 特殊侦查行为篇 (20)

第一节 诱惑侦查的法理冲突与现实考察 (21)

一、诱惑侦查的法理冲突 (22)

二、诱惑侦查之比较法考察 (24)

三、设伏与破解：诱惑侦查之天生机制
缺陷与补救原则 (29)

第二节 强制身体检查的困境与现实构建 (31)

一、强制身体检查之法理冲突 (32)

二、比较法之视野：强制身体检查的特征 (34)

三、比较法之视野：强制身体检查的分类 (38)

四、我国强制身体检查制度应当坚持的原则导向 (40)

第三节 监听的冲突与比较考察 (43)

一、秘密监听之法理悖论 (44)

二、比较法视野中的各国监听制度 (46)

三、布局与破解：监听制度制定原则与前瞻 (55)

第四节 卧底侦查的冲突与抉择 (60)

一、卧底侦查蕴涵的冲突 (60)

二、卧底侦查的比较法考察：以美国、德国为例 (63)

三、卧底侦查的理论和实践的原则导向 (68)

●—刑事诉讼的冲突与衡平—○

第五节 秘密摄像、拍照的法律分析与考察	(73)
一、秘密摄像、拍照蕴涵的冲突	(73)
二、秘密摄像、拍照的比较法考察	(76)
三、秘密拍照、摄像的理论与实践的省思	(80)
第二章 鉴定证据篇	(84)
第一节 科学鉴定证据的采信	(85)
一、科学鉴定证据采信的二律悖论	(85)
二、比较法视野：两大法系科学鉴定证据的 采信规则	(89)
三、我国科学鉴定证据采信之构建与完善	(93)
第二节 DNA 证据的价值解析与法律判读	(96)
一、DNA 证据的价值解析	(97)
二、DNA 证据的法律困境	(98)
三、DNA 证据收集和采用的立法构思	(102)
四、DNA 证据的采用规则	(105)
第三节 指纹鉴定证据原理、冲突与选择	(109)
一、指纹鉴定的理论基础	(110)
二、指纹鉴定证据中存在的真伪矛盾与价值冲突	(114)
三、指纹证据审查标准的确立及评价：以美国为例 ...	(119)
四、指纹鉴定在我国司法中的思考	(121)
第四节 测谎原理、冲突与法律思考	(125)
一、测谎仪和测谎的原理	(125)
二、测谎蕴涵的冲突	(126)
三、测谎证据法庭适用的情况和模式	(130)
四、测谎结论在我国法庭审判中的价值评析	(133)
第五节 笔迹鉴定的理论与法律思考	(137)
一、笔迹鉴定的历史沿革	(138)
二、笔迹鉴定的理论基础	(139)
三、笔迹鉴定证据适用及冲突考察：以美、德为例 ...	(143)

四、笔迹鉴定的我国现实路径	(147)
第三章 公诉程序篇	
——以权力和权力（利）关系为视角	(150)
第一节 公诉权与侦查权的冲突与衡平	(151)
一、公诉权与侦查权的基本属性	(151)
二、公诉权与侦查权的程序冲突	(155)
三、我国公诉权与侦查权的冲突表现及其原因	(157)
四、域外公诉权与侦查权诉讼关系的程序协调	(163)
五、我国公诉权与侦查权关系衡平的基本路径	(167)
第二节 公诉权与司法权的冲突与衡平	(170)
一、角色的定位：公诉权与司法权的异质性	(170)
二、审判的缘由：公诉权对司法权的程序制约	(175)
三、请求的目标：司法权对公诉权的终极评判	(177)
四、现状的分析：我国公诉权与司法权的冲突表现 ...	(180)
五、比较的视野：域外公诉权与司法权的程序定位 ...	(183)
六、应然的思考：我国公诉权与司法权的衡平路径 ...	(186)
第三节 公诉权视角下的被害人权利	(188)
一、公诉人与被害人：诉讼目标同向却又有差别的 诉讼参与主体	(189)
二、惩治犯罪目标下公诉权与被害人权利的协同性 ...	(191)
三、公诉权与被害人权利在程序进程中的 分化与冲突	(192)
四、求同存异：域外公诉权与被害人权利的 程序协调	(199)
五、权力关照权利：实现我国公诉权与被害人权利衡平的 基本进路	(204)
第四章 审判程序篇	(209)
第一节 司法权的外部冲突、定位与抉择	(210)

●—刑事诉讼的冲突与衡平—○

一、司法权与立法权、行政权冲突	(210)
二、三权划分及其冲突衡平：比较法的视角	(215)
三、我国司法权与立法权、行政权关系的现状	(220)
四、司法独立国际化的过程及基本内容	(224)
五、衡平我国刑事司法权与立法权、 行政权关系的断想	(226)
第二节 刑事审判价值的冲突与衡平	(229)
一、刑事审判的工具价值	(229)
二、刑事审判的内在价值	(234)
三、刑事审判的价值冲突	(241)
四、刑事审判价值冲突的衡平	(243)
第三节 证人拒证的伦理冲突与现实考察	(245)
一、证人拒绝作证的法理基础	(245)
二、证人拒绝作证蕴涵的伦理冲突	(247)
三、证人拒绝作证的国外考察	(250)
四、证人拒绝作证的原则构想	(253)
第四节 法官角色的冲突衡平与定位	(255)
一、法官是多种角色的扮演者	(256)
二、法官深陷于冲突之中	(262)
三、现代法官角色的定位	(265)
第五章 特殊程序篇	(269)
第一节 辩诉交易的冲突及模式选择	(270)
一、辩诉交易蕴涵的冲突	(270)
二、辩诉交易的模式	(276)
三、我国确立辩诉交易的可行性考察	(281)
第二节 未成年人案件侦查分流机制的价值探微和 比较考察	(285)
一、未成年人案件侦查分流机制的价值以及冲突	(286)
二、未成年人案件侦查分流机制的比较	(292)

三、未成年人案件侦查分流与 我国之定位和进路	(296)
第三节 冲突与衡平：刑事和解制度研究	(299)
一、刑事和解蕴涵的冲突	(300)
二、刑事和解的比较考察	(304)
三、刑事和解中国化的现实考察和原则导向	(310)
第六章 国内法关系篇	(315)
第一节 从纸面到现实：刑事诉讼法与宪法的关系	(316)
一、刑事诉讼基本权利宪法化：宪法和刑事诉讼法 关系的价值根基	(316)
二、比较法纬度：宪法和刑事诉讼法的关系	(319)
三、我国宪法与刑事诉讼法关系的追问与形塑	(326)
第二节 限制与保障：刑事诉讼法与刑法的关系	(332)
一、刑法对刑事诉讼法的限制	(332)
二、刑事诉讼法对刑法的限制	(337)
三、刑法对刑事诉讼法的保障	(340)
四、刑事诉讼法对刑法的保障	(344)
五、结语	(348)
第七章 国际法关系篇	(349)
第一节 反恐与国际刑事司法准则的底线	(350)
一、恐怖主义与反恐的正当性	(350)
二、国际刑事司法准则的特征、层次及评价	(354)
三、反恐与国际刑事司法准则价值和 效力之间的冲突	(359)
四、悖论与反证：美、德反恐人权保障与国际刑事 司法底线准则的距离	(365)
五、第三条路线的可能性：反恐与国际刑事 司法准则的协调	(376)

●—刑事诉讼的冲突与衡平—○

第二节 《联合国反腐败公约》视角下的	
特殊侦查措施	(386)
一、《公约》中特殊侦查措施的文本解读	(387)
二、《公约》中特殊侦查措施蕴涵的价值冲突	(391)
三、《公约》视野下适用特殊侦查措施的原则和	
相关证据采信规则	(393)
参考文献	(397)
后记	(405)

绪论：刑事诉讼冲突与衡平的理论基础与实现路径

——一个辩证法和方法论的思考

引言：在政治、经济、文化等上层建筑或者意识形态领域内，冲突都是一个永恒的常态，是保持制度生机的种子。冲突在制度运行中产生一种“鲶鱼效应”，使系统内的各种因素在互动的状态中实现自我改造、完善、重构、再生。社会就意味着统治，统治就意味着不平等，而且不平等带来冲突，冲突构成进步的源泉。^①因此，冲突并不是像其表面上那样只是对立，冲突可以展现问题的症结，为进步提供一种动力机制，为从冲突走向衡平提供思维和进路。在理论视角上，打开了一扇全新的大门。

“我猜想，谁越是要证明社会中矛盾是普遍的，他就越愿意采用宽泛的冲突定义。当冲突可以是任何或隐或现地暗示着对抗的状态时，要证明冲突的普遍存在则比较容易。”^②

——〔美〕乔纳森·H. 特纳

① 〔英〕拉尔夫·达伦多夫：《现代社会冲突》，林荣远译，中国社会科学出版社2004年版，第115页。

② 〔美〕乔纳森·H. 特纳：《社会学理论的结构》，吴曲辉译，浙江人民出版社1987年版，第211页。

冲突的基本含义是抵触、矛盾。冲突是一个社会现实存在，但冲突并不意味着暴力。社会学意义上的冲突，是指人与人之间、群体与群体之间激烈对立的社会互动方式和过程，或者说，冲突是人们之间的一种直接的反对关系。刑事诉讼法学意义上的冲突深受社会学意义上的“冲突”概念的影响。它可以涵盖以下含义：第一，刑事诉讼是阶级冲突、利益冲突的产物；第二，刑事诉讼就是通过法律途径解决冲突的方式和过程；第三，刑事诉讼与国际刑事司法制度、其他国家刑事诉讼制度或者其他部门法之间存在着冲突；第四，刑事诉讼本身运行也蕴涵着冲突。

刑事诉讼是以解决公共秩序与犯罪、国家公权与个人私权等冲突为目的的法律程序，同时也是一个充满辩证的过程，也就是说，刑事诉讼本身也是一个矛盾冲突的集合体。它既有矛盾原理作为其方法论和辩证法的理论基础，也有社会冲突理论作为方法论和辩证法的理论支撑，如何从冲突走向衡平，刑事诉讼也有其特定的原则路径。

一、作为辩证法和方法论的矛盾原理

辩证唯物主义认为，矛盾，是指事物内部包含着的既互相联结、互相依存、互相渗透，又互相分离、互相排斥、互相否定的倾向。简言之，矛盾就是对立统一。同一性和斗争性是辩证矛盾的基本属性。它是指矛盾着的对立面在一定条件下的互相联结、互相依存、互相渗透、互相贯通的性质。矛盾的斗争性，是指矛盾双方互相分离、互相对立、互相排斥、互相否定的倾向。同一性是相对的，斗争性是绝对的；绝对的斗争性存在于相对的统一性之中。

刑事诉讼由矛盾而起，其本身就是解决犯罪与控制犯罪之间的矛盾冲突而设立的。同时，刑事诉讼作为一个在程序法定原则规范下的过程，本身也充满着矛盾，也是一个矛盾展开的过程。在刑事诉讼中，既存在矛盾的对立，又存在矛盾的统一。例如，在公正和效率的价值冲突中，就存在着这种关系。一般而言，公正的程序更

复杂、精细，而这是以更多的时间、更低的效率为代价的。这是价值的对立。但是，公正与效率也有在程序中统一的一面。譬如，在刑事诉讼分流程中，既节省了刑事诉讼成本，实现了效率的价值，同样也满足了公正价值的需求。同时，从对立到统一的相互转化，也可以给刑事诉讼从冲突到衡平的哲理启迪。虽然刑事诉讼中冲突属于常态，但是，通过一定的制度运作，冲突也是能够被解决的。

基于矛盾的对立统一的关系，既然矛盾之间有斗争性，世界各国不同的刑事诉讼制度存在差异、冲突也就在所难免。诸如，英美法系国家的当事人主义刑事诉讼制度与大陆法系国家的职权主义刑事诉讼制度之间的冲突。但是，矛盾双方还存在同一性，不同的刑事诉讼制度之间也存在着合作、交流、依存、互助的关系。通过互相借鉴和吸收，两大法系刑事诉讼制度呈现出逐渐融合的趋势。

矛盾存在于一切客观事物和主观思维的过程中，矛盾贯穿于一切过程的始终，这就是矛盾的普遍性和绝对性，即矛盾的普遍性原理。此外，根据矛盾的特殊性原理，“任何运动形式，其内部都包含着本身特殊的矛盾。这种特殊的矛盾，就构成一事物区别于他事物的特殊的本质。这就是世界上诸种事物所以有千差万别的内在的原因，或者叫做根据……每一种社会形式和思想形式，都有它的特殊的矛盾和特殊的本质。”^① 因此，“不但要研究每一个大系统的物质运动形式的特殊的矛盾性及其所规定的本质，而且要研究每一个物质运动形式在其发展长途中的每一个过程的特殊的矛盾及其本质……我们的研究工作必须着重这一点，而且必须从这一点开

^① 毛泽东：《矛盾论》，《毛泽东选集》（第1卷），人民出版社1991年版，第308～309页。

始。”^①“不同质的矛盾，只有用不同质的方法才能解决。”^②“用不同的方法去解决不同的矛盾，这是马克思列宁主义者必须严格地遵守的一个原则。”^③在这里，矛盾原理不仅具有辩证法的价值，更有方法论的意义。

根据矛盾的普遍性原理，在刑事诉讼整个过程中都存在着矛盾，这是一种绝对的矛盾演绎过程。但是，矛盾的特殊性原理表明，在具体解决刑事诉讼的矛盾时，应当根据变化的情势，考虑各个具体因素，适当进行调整。例如，在法官裁决案件时，虽然有法律条文规定，但是，法官不应当是“法律的售货机”，在某种程度上而言也是造法者，特别是在英美法系国家中更是如此，法官应当再根据法律的精神进行裁量。美国学者德沃金指出，法律本身就是一种阐释性概念，法官的任务就是当法律运用到个别场合时，根据他对法律诚挚的理解来解释法律。^④具体问题具体分析，这也是马克思主义辩证法的理论精髓之一。

根据矛盾普遍性和特殊性原理，普遍性和特殊性的关系是唯物辩证法关于矛盾问题的精髓。矛盾的普遍性和特殊性是辩证统一的关系，两者相互区别，又相互依赖，相互转化。刑事诉讼制度是世界文明的结晶，随着全球化趋势的展开，各国刑事诉讼制度的共性在增加。例如，保障人格尊严、禁止酷刑、程序救济等制度一般都在世界绝大多数国家刑事诉讼法律中明文规定，或者在其法律中体现了类似的精神。刑事诉讼制度特殊性表现为无论世界文明发展到

① 毛泽东：《矛盾论》，《毛泽东选集》（第1卷），人民出版社1991年版，第310页。

② 毛泽东：《矛盾论》，《毛泽东选集》（第1卷），人民出版社1991年版，第311页。

③ 毛泽东：《矛盾论》，《毛泽东选集》（第1卷），人民出版社1991年版，第311页。

④ [美] 德沃金：《法律帝国》，李长青译，中国大百科全书出版社1996年版，第364页。

什么程度，不同刑事诉讼制度总是具有地方性和差异性，因此，需要兼收并蓄，借鉴世界各国有益的刑事诉讼成果，多种刑事诉讼制度长期共存、取长补短、共同发展，使人类的优秀成果为人类所共享。

在刑事诉讼中，根据不同的标准，可以将矛盾划分为不同的类型。根据刑事诉讼矛盾的地位，可以将其分为主要矛盾与次要矛盾。前者是指决定刑事诉讼质的根本变化的矛盾。“在复杂的事物的发展过程中，有许多的矛盾存在，其中必有一种是主要的矛盾，由于它的存在和发展规定或影响着其他矛盾的存在和发展。”^① 后者是指不决定刑事诉讼质的变化，但能对刑事诉讼的产生、发展、完成具有一定影响的矛盾。

主要矛盾和次要矛盾以及矛盾的主要方面和次要方面在刑事诉讼中的地位不同，可以使我们集中精力解决刑事诉讼中急迫解决的问题。譬如，在当前，基于国际社会人权保障的大的趋势，应当对我国刑事诉讼模式进行调整，作为一个总的目的，应建立以人权保障为导向的当事人主义诉讼制度，至于一些较为细微的制度或者原则上的缺失，并不要求一蹴而就，面面俱到，而是在大框架确立的前提下，渐进地、分步骤地完善和调整。明确主要矛盾和次要矛盾以及矛盾的主要方面和次要方面，其实也就是明确刑事诉讼中的具体问题，从而探寻解决刑事诉讼问题或者弊政的路径。“……如果不研究过程中主要的矛盾和非主要的矛盾以及矛盾之主要的方面和非主要的方面这两种情形，也就是说不研究这两种矛盾情况的差别性，那就将陷入抽象的研究，不能具体地懂得矛盾的情况，因而也就不能找出解决矛盾的正确的方法。”^②

① 毛泽东：《矛盾论》，《毛泽东选集》（第1卷），人民出版社1991年版，第320页。

② 毛泽东：《矛盾论》，《毛泽东选集》（第1卷），人民出版社1991年版，第326页。

●—刑事诉讼的冲突与衡平—○

根据刑事诉讼矛盾内在规定性的不同，可以将其分为冲突性矛盾与差异性矛盾。冲突性矛盾，是指矛盾截然对立。例如，在刑事诉讼中，通过刑讯逼供获得的证据，对于证据的可采性而言，证据本身的矛盾是无法通过程序转化的方式来解决的。差异性矛盾，是指矛盾的双方对立不十分明显，虽然存在着一些问题，但是，在一定的情形下，可以通过一定的方式转化获得解决的矛盾。譬如，对于非法获得的物证，在涉及重大公共利益时，如果取证的手段存在瑕疵且恶性不大，可以通过一定的程序补救，使非法证据获得可采性。

根据刑事诉讼矛盾属于本身还是外在的关系，可以分为自相矛盾与相互矛盾。自相矛盾，是指刑事诉讼中，某项程序、制度、原则等内容本身的矛盾。相互矛盾，则是指刑事诉讼中，某项程序、制度、原则等相互之间不能互相配合、协调，而得出不同或相互冲突结论的矛盾，或者是刑事诉讼与其他部门法之间的矛盾。自相矛盾根源在于立法不严谨，前后不能协调一致。相互矛盾除了上述原因外，还可能包括立法缺乏宏观考虑、缺乏前瞻性和国际性，从而出现法律滞后、对立或冲突的现象。

根据刑事诉讼矛盾的内部构成数量，可以将刑事诉讼矛盾分为二元矛盾和多元矛盾。二元矛盾是矛盾的基本形态，即矛盾由相互对立的两个方面构成。多元矛盾，是指矛盾构成不限于两个方面，而由多个方面构成。例如，在刑事诉讼中，存在着打击犯罪与保障人权、公正与效率、秩序与自由之间的二元矛盾。对于多元矛盾而言，可以体现为警、检、法之间的矛盾，当事人、警、检、法之间的矛盾，等等。

二、作为辩证法和方法论的社会冲突理论

（一）社会冲突理论的历史回溯

当代西方社会冲突理论主要有科塞的冲突功能主义与“安全阀”理论、齐美尔的有机功能论理论、达伦多夫的“辩证冲突