

法学学术随笔

刑事诉讼的理念

XINGSHI SUSONG DE

LI NIAN

左卫民 周长军 著



法律出版社

31

法学学术随笔

刑事诉讼的理念

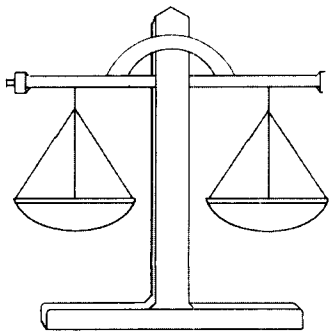
2007

D915.31
299

XINGSHI SUSONG DE

LI NIAN

左卫民 周长军 著



A0929304

法律出版社

第一章 承续一个没有终结的话题

——社会冲突·国家权力·刑事诉讼

人是社会的但具有冲突倾向的动物。

——(美)科林斯

由国家权力而非冲突主体来解决社会冲突,这是诉讼的本质特征所在。

——顾培东

哪里有不受限制的自由裁量权,哪里便无法律制度可言。

——(美)弗兰茨·纽曼

有社会必有冲突。

正如作为个体的人时时处于经验的生物性与超验的道德性的人性对抗中一样,冲突是每一个社会都必须永恒面对的状态。

冲突之产生,既有个体之因由,又有社会之根源。就个体的一面来看,现代西方精神分析学派的泰斗弗洛伊德指出,在生物意义上,人固有二种基本驱动力:一种是建设性的性能量即力比多,另一种是破坏性的侵犯性的能量,即死之本能。后一种驱动力是人之自我破坏性冲动,当这种冲动内向时,人们就将限制自己的能量,惩罚折磨

自己而变成受虐待狂；当这种冲动外向时，就变成侵犯性的好的行为。^① 社会思想家齐美尔的说法则更为邪乎，他说人们不仅愿意进行冲突，而且看上去经常渴望冲突。如果没有冲突，人们也会为鸡毛蒜皮的事而争论不休，总之一句话，人有一种参与冲突的主观偏好。^② 从社会的另一面讲，有限的可欲社会资源面对着的却是人类无限的占有欲望，至少迄今为止的任何一种社会制度都还未寻找到一种令每一个个体成员都满意的绝对公正的资源分配良策，各种形式的社会冲突必然由此而生。德国思想家马克思·韦伯就此分析认为，权力、财富与威望分配的变异和非连续性，以及人们控制这些资源的程度都是导发冲突的根源。^③

有冲突必生混乱。

消除混乱，确保必要的社会秩序是人类社会存续的基本前提，即便是在尚未形成部落组织的原始人群中，人们也认识到了暴力冲突必须加以控制，^④ 于是，如同一对磕磕绊绊又须臾不可分离的夫妻，冲突与秩序构成了相互排斥又必然并存的一对社会矛盾体，它们皆源发于人之本性与社会机理，是人类无法抗拒的一种社会生态现象，或者说是社会的一种宿命。

今日文明社会所称“犯罪”实质上就是一国之内最严重的社会冲突形式。当然，诸如杀人、伤害之类的社会冲突形态并非是在原始社会跨进文明社会的那一瞬间突然从天上掉下来的一种社会现象，而是与人类相伴而生，“携手”而来，只不过由于原始社会没有国家、没有法律，因而也就没有以我们今天的犯罪名称去称呼它而已，但却不能由此否认原始社会存在着上述冲突形式。而且，因这些严重的社会冲突关涉着每一个社会的存续与否，包括原始社会在内的任何一

① 参见：J·C·弗里德曼等：《社会心理学》，黑龙江人民出版社1984年版，第238页。

② 参见：D·P·约翰逊：《社会学理论》，国际文化出版公司1988年版，第337页。

③ 参见：于海：《西方社会思想史》，复旦大学出版社1997年版，第412页。

④ (美)E·A·霍贝尔：《初民的法律》，中国社会科学出版社1993年版，第346页。

种社会形态都把它作为予以重点解决的问题自然也在情理之中。当然,由于社会发展水平以及人们的认识进化程度不同,解决的方式也有一个逐步发展和完善的过程。

从混沌初开,原始先民步入历史的舞台,到当今各国存储的核武器足以把整个人类毁灭数十次的现代社会,主要出现了两种有关严重社会冲突的解决方式:一种是由冲突的当事者各方自行解决,另一种则是由第三者如国家来处理。前者盛行于原始社会,后者则是文明社会产生以来的主导性纠纷解决方式。

在人类社会早期,初民们生活在一种原始自由、平等且没有一个公共权力使大家慑服的环境中,私力救济、血亲复仇是当时社会的惯行解决方式。暴力等同于司法,以武力对抗武力,以暴力还击暴力,构成了其时解决争端的自然景观。美国著名法人类学家E·A·霍贝尔教授讲述的发生在科珀爱斯基摩人中的一个真实的案例可能会增加一些我们的感性认识。1905年,奈特斯林缪特人的一对夫妇和他们3个长大成人的儿子搬到阿西亚格缪特人的区域居住。在这几个儿子中,老大娶了一个阿西亚格缪特人的姑娘。一个当地人宣称:他将定期与这个女子发生性关系。这位做丈夫的不愿默认这件事,但他又没有强壮到足以制止这一挑衅行为,结果,他用矛刺死了自己的妻子,以使他人不得觊觎染指于她。立刻,这位丈夫被他的岳父及其亲信抓住杀害了。为保护他的哥哥,奈特丝林缪特家的老二在前来报仇的他哥哥的岳父背后,用矛将其刺杀,那时他自己也受了重伤。阿西亚格缪特人研究了这一情况,认为最明智的办法就是将奈家斩草除根,以防止复仇流血事件的再度发生。奈家的老三预感到大难临头,便只身溜走了,但他的父亲却在劫难逃,最终被杀害。^①

当然,个人之间的严重冲突通过诉诸武力或互相残杀自行解决的方式之盛行,很大程度上是由于原始社会仍停留在生存竞争的社会发展阶段,没有一个凌驾于氏族或部落各群体之上的公共权威来

^① (美)E·A·霍贝尔:《初民的法律》,中国社会科学出版社1993年版,第93页。

调处社会纠纷。当历史的车轮滚滚向前,驶入一个更高的社会发展轨道之后,一个凌驾于社会各群体之上的公共权威——国家,破土而出,垄断了武力,并以第三者的身份介入了社会冲突的解决过程。我们今天所称“刑事诉讼”制度由此形成。国家权力为什么要取代“人人都是自己案件的裁判者”的状态而介入社会冲突的解决过程呢?对此问题,当今中国社会主要是从利益集团的对立角度来解释的,认为原始社会消亡之后,社会就分裂为两大利益集团——统治集团和被统治集团,两者存在不可调和的根本性矛盾和冲突,犯罪在本质上就是孤立的个人反对统治集团和统治关系的斗争。为了维持社会秩序,巩固自己的优势地位,统治集团必须通过国家权力来惩处犯罪。为此,必须确立司法机构和司法程序。质言之,认为国家介入社会冲突解决过程的目的是维护阶级统治,对阶级利益的考虑是统治者干预诉讼的基本动机。近现代西方学者则以社会契约理论为切入点,为我们提供了另一种殊然不同的解释。近代启蒙运动的思想家霍布斯的理论颇具代表性,他认为,人类社会初期处于一种自然状态中,没有一个共同的权力使人畏惧,社会处于“一切人对一切人的战争”中,生活孤独、贫困、卑污、残忍而短寿,在理性驱使下,人们不得不最终走到一起,相互达成协议,自愿地服从一个人或一个集体,相信他可以保护自己来抵抗所有其他的人,从而结成了政治国家,作为其中的一个必然的伴生物——用以解决社会冲突的法庭也就出现了。^①美国现代哲学家罗伯特·诺齐克的分析则更为直接明快,根据他的说法,人类社会初期处于自然状态,人与人之间的纠纷都是由冲突主体自己以私力救济方式解决的,但这种方法极不稳定、可靠,在某种意义上,正是为了消除这种不良自然状态的弊病,人们组成一些旨在相互保护的社团,这些社团又逐渐归属于一个支配性的保护机构,当这

^① (英)霍布斯:《利维坦》,商务印书馆1996年版,第92页以下。

个机构能独占纠纷的仲裁和处罚权力时，超弱意义上的国家就出现了。^①

当然，还有一些不同的分析和认识。不过，不管如何，这一问题的复杂性，当是不言而喻的。上述两种有代表性的解释一定程度上也仅仅是各自揭示了这一问题的某一个方面，并不具有完整的说服力。同时，我们认为，听凭冲突各方当事者自行解决是一种理性成分较少但社会破坏性极强的冲突处理方式，因而未能经受得住历史风雨的打磨，乃是国家权力介入冲突解决过程并进而发展为主导刑事诉讼之进行的根本原因，也是毋庸置疑的。

经验告诉我们，由于各种原因，刑事犯罪的受害人有时根本不可能或自动放弃了对犯罪人的追究。一方面，在相当一部分刑事案件中，犯罪行为往往已致受害人于死地，以致无人去追究；另一方面，即使被害人还活着，出于某种考虑他也可能不去追究，最常见的情况有两种：一是受害人面对的是一个或多个势力强大的犯罪人，如若复仇，等于以卵击石，因而不敢去追究；二是受害人出于获利动机等原因不愿去追究。在现实生活中，犯罪者在实施犯罪后出于逃避惩罚的目的，往往都愿意给受害人一定经济上的补偿，当受害人认定这种补偿（金钱的或非金钱的）充分并且超过了通过追究行为所能带来的心理和经济上的补偿时，有时宁肯放弃追究而换取高额补偿，这便造成实践中惯称之为“私了”的现象。概言之，缺乏追究主体是这种冲突解决方式常常难奏效的障碍之一。

受害人缺乏追究能力可以说是听凭冲突各方自行解决的方式难以奏效的障碍之二。从学理上讲，犯罪行为大都具有过去性和隐蔽性两个特点。过去性是指，犯罪行为乃是不可回复之已然事实；隐蔽性是指，犯罪者出于逃避惩罚的目的，往往都采取了较为隐蔽的方式实施犯罪的。因此，若想侦破案件，揭露、抓获从而惩治犯罪者，追究

^①（美）罗伯特·诺齐克：《无政府、国家与乌托邦》，中国社会科学出版社1992年版，第18-36页。

人员就必须具备强大的追究能力,包括追究的特别手段和追究的熟练经验。显然,作为普通公民的受害人通常既无侦破犯罪的技术手段和强制手段,也缺乏侦破犯罪的司法经验。司法实践表明,由公民个人成功侦破大要案犯罪的事例极为罕见。据学者考察,即使在1985年以前充分允许自诉的英国,实际上绝大多数案件的侦查起诉权还是握于国家机关手中。^①无他,普通公民缺乏追究能力也。英美学者早就指出,“在自诉制度的缺点中,最显著的一个是使许多犯罪行为没有受到惩罚,因为这些犯罪的被害人太软弱,或者太贫穷,无力提起诉讼。”^②障碍之三则是受害人无力承担高昂的追究成本。对犯罪的追究和惩罚也是一种需要高成本、高投入的活动,究其原因,在于追究和惩罚都必须以充分的司法资源作依托。先说追究活动吧,前已提及,犯罪具有过去性、隐蔽性的特点,而这必然增大了侦破工作的难度,为此,不但需要经验丰富的侦破人员也需要投入大量的技术力量、技术装备和配备其他侦破手段。以金钱来度量的话,这些东西往往都需要支付高额费用,尤其是重大复杂的案件,其侦破的经济成本更为高昂。显然,对于相当多的受害人来说,这种高昂的追究成本远非其一般性收入所能支付。这样,不少受害人将被迫在放弃追究、举债追究或有限追究之间作艰难抉择,以致大大减少了全面和有效的犯罪追究率。再看惩罚方面,我们知道,刑事追究的自然后果就是对犯罪人施加一定形式的惩罚。毫无疑问的是惩罚者自身需要具备一定的惩罚力量才行,比如说执行人员、执行手段、以及排除反抗行为的手段等等,显然,受害人一般并不具备这种力量。从实践中来看,即使受害人力量强于犯罪者一方,要做到有效的惩罚也并非容易之事,因为犯罪者既可能采取反抗措施,从而使惩罚者必须付出高昂的代价方可实施相应的惩罚;也可能采取逃跑等规避行为,使惩罚的实现不得不投入极大的人力、物力和财力。

① 非利浦·约翰·斯特德:《英国警察》,群众出版社,第153页。

② (美)琼·雅各比:《美国检察官研究》,中国检察出版社1990年版,第10-11页。

受害人的追究和惩罚行为常常缺乏公正性是这种冲突解决方式的最后但并非最为次要的一个弊端。从完整意义上讲,公正包括两方面:实体公正和程序公正。实体公正主要是从刑法角度来讲的。指定罪准确,量刑适当,罚当其罪;程序公正则要求,在查明事实、决定惩罚之前必须公正地对待受惩罚者。显然,这在“私力救济”的情况下可谓“蜀道之难”。相反,“私力救济”极易导致的是以下三种悖离公正性的情况:一种是受害人把无罪者错当成有罪之人看待和处置;另一种是受害人在追究犯罪的过程中不适当地侮辱和打骂被追究者;还有一种则是受害人虽然把追究的对象搞对了,但却对其施以过于严厉的惩罚,也就是通常所说的“罚高于罪”。第一种情况的生产主要是由于受害人缺乏侦破技能和侦破手段;后两者的出现则源于人固有的心理倾向和利益偏见。英国启蒙思想家,《政府论》的作者洛克就认为,在自然状态中,每个人都是自然法的裁判者和执行者,而人们又是偏袒自己的,因此,情感和报复之心很容易使他们超越范围,对于自己的事件过分热心,同时,疏忽和漠不关心的态度又会使他们对于别人的情况过分冷淡。^① 法国社会学家涂尔干也指出,任何人仅仅在自己的需要驱使下,永远不会承认他自己的权力已经达到了最大的限度。^②

此外,人类学家的实地考察也为我们提供了具体的佐证。人类学家劳埃德·沃纳对澳大利亚北部孟金人部落的考察证实,就其所知,在20年中就发生了70起杀人案件。在这些案件中,有50件是“氏族复仇”性质的杀人,即一个图腾团体的成员为对一种外来的侵害行为进行报复而杀死另一个图腾团体的成员。这其中又有15件是纯血亲复仇性质的杀人;另有10件是对诱拐妇女者的惩罚;5件是对被指控施行邪巫术者的惩罚。相对于此,另有5起杀人案件。还有5件死刑案件是由于行为人非礼窥视了图腾符号而被杀。这对

① (英)洛克:《政府论》(下),商务印书馆1995年版,第78页。

② 参见:于海:《西方社会思想史》,复旦大学出版社1997年版,第253页。

一个人口不足 1000 名的部落来说,简直是一个血淋淋的记录。这个记录显示:对一个简单质朴的初民社会来说,如果不受限制地实行以牙还牙的复仇方法,则有可能造成毁灭性的灾难。^①就此意义上可以说,正是基于对这种“毁灭性的灾难”之危险的越来越清醒的认识,人类跨进了由国家出面来解决刑事冲突的门槛。

与单凭冲突各方自行解决的方式相比,国家介入刑事冲突的解决并进而成为其中的主导力量,其优越性和必要性都是显而易见。一方面,国家拥有包括军队、警察、法官和监狱等在内的暴力工具,有强大的犯罪追究和惩罚机构,再辅以精明强干的国家专门追究人员,依靠各种先进科学的追究手段和追究策略,完全可以有效地侦破、追控和惩罚犯罪;同时,国家还拥有庞大的国家财政收入和经济实力,这就使得对一般人来说十分高昂的追究成本在国家眼里成了小菜一碟,国家因而可以不必为入力、物力、财力的投入而斤斤计较了。经验事实也表明,在国家的巨大优势面前,任何犯了罪的个人或小集团都不得不甘拜下风,无法有效抵抗。另一方面,由于国家并非冲突的当事人一方,与任何具体的冲突者都无直接的利害关系,也对案情无先入之见,处于一个超脱中立的位置,因此,不仅在形式上给冲突各方及社会公众以公正感,而且在实际上也往往更能做到追究和惩罚的公正性。最后,作为社会公共权威的国家,打击社会危害行为,确保社会公共秩序可称得上是其天职和本能,更何况有不少犯罪行为的直接指向就是国家本身,比如说现代各国刑法典中所规定的危害国家安全罪。因此,国家与犯罪者之间有不共戴天的利益,决无私了调和的余地,国家不可能也不允许放弃追究犯罪的权力和职责。

也正是在这层意义上,E·A·霍贝尔教授深刻精辟地评价了社会冲突解决方式由私力救济向国家作为第三者介入的转变过程的重要意义,他说:“在原始法的发展过程中,真正重大的转变并不是在人与人之间的关系中实体法上的从身份到契约——尽管它是欧洲法在其

^① (美)E·A·霍贝尔:《初民的法律》,中国社会科学出版社 1993 年版,第 344 页。

后来发展过程中的一个显著的特征,而是在程序法上所发生的重心的重大转移,维护法律规范的责任和权利从个人及其亲属团体的手中转由作为一个社会整体的政治机构的代表所掌管”。^①

文明社会产生之初,国家机器并不发达,借用罗伯特·诺齐克的说法,此时的国家只能称得上是“超弱意义上的国家”,国家权力的触须尽管已伸进了刑事诉讼,但由于统治者仍将犯罪视为与国家无涉的私人纠纷,因而,国家是以一种相当被动的姿态介入刑事诉讼的。没有设立专门的侦查和追控机关,侦查犯罪、指控犯罪的责任仍然由受害人承担,国家基于“不告不理”的原则,不主动追究犯罪;而且,即便被害人一方向国家提起了刑事告诉,国家也自始至终以一个消极中立的第三者的身份去充当刑事冲突双方的裁判者,裁判结果如何完全取决于冲突双方的诉讼能力及其为此投入的心血和精力,从而在很多方面都残留着原始社会冲突解决方式的印记。

及至封建社会(在欧美称之为“中世纪”),社会的深入发展及人们认识能力的提高,对犯罪的性质发生了认识上的变化,统治者不再将犯罪仅仅视为老百姓之间的私人纷争,而意识到一切犯罪从根本上都是危害自身统治的行为,“一个针对某个人的渎犯行为已经成了一种违抗政府的犯罪”,由是,加强了国家对犯罪的追控和打击职责,不仅将追究犯罪的权利从被害人手中夺过来,收归国家,并且把侦查、起诉、审判三种职权交由法官一体行使,以更有效地追究犯罪。

现代社会中,对犯罪的侦破、指控和审判主要由国家机关职司,当是一个不争的事实,也是一般公民视之为理所当然的事情。而且,基于权力分立的政治原则和诉讼民主、公正理念的驱动,审判权早已从行政权中独立出来,主要是作为一种行政活动的侦查犯罪和指控犯罪的责任也不再由法官统包统揽,而是分别委诸于专门设立的警察机构和检察机关等。这样,作为审判权行使者的法官得以抽身而退,站到了一个相对超脱和独立的位置上来审查、评判起诉机关与被

① (美)E·A·霍贝尔:《初民的法律》,中国社会科学出版社1993年版,第369页。

告方在他(她)面前展开的法庭控辩活动,并据此作出公正的裁判,实现社会正义。换句话说,现代各国中,在允许国家权力介入刑事诉讼以及权力又呈现为侦查、控诉与审判“三元并存”的格局上,是基本相同的。尽管如此,由于历史文化传统、政治结构及诉讼意识等方面存在的差异,不同国家刑事诉讼中权力的运作状况各具风采,主要差别有两方面:一是法官活动的积极性程度;二是警察、检察机关等犯罪追究部门与从事审判的法院之间的关系。

让我们先从一个案例说起吧。这就是法国有名的“德塞耶案件”。事情发展在1948年5月8日,法国警察总队潘伯佛区分队接到波尔尼克大队的通知,得知在一个村庄里发生了一起抢劫杀人案。两位受害的老人——埃梅里夫妇中,男的被毒打后死去,妻子还活着,但伤势严重。老妇人回忆说,将近晚10点钟时,有两个人谎称带来了他的小孙子的包裹骗其开门后闯进来作的案,但因天黑,老太太说不出这两个强盗的具体特征。后查明他们的小孙子在此案中没有任何责任,但同时也发现了另一个线索。据调查,4月13日一个名叫肖万和另一个名叫格根的人从某拘留所脱逃后,躲到了一个名叫德塞耶的家中避难。后来,肖万外出时被居民雅尔发现并送交警察分队。从肖万那里获悉是格根和德塞耶在普莱纳作的案。5月26日警察据此第一次审问德塞耶时,他完全否认。这时,第一个到达犯罪现场并了解案件所有细节的那名警察来到监守着德塞耶的地方主持审问。面对着神情惊慌的德塞耶,他满以为捉到了真正的罪犯,于是反复地提问:“埃梅里家有几个房间?”

“不知道”。德塞耶回答。

“你很清楚,有两间!”

“是,是的,有两间。”德塞耶回答。

“那么,第一间房里的炉灶在什么地方?”

“不知道。”

“你知道,在右边……”

“是的,是……”德塞耶又同意了。

不仅如此,这名警察还把地图交给了德塞耶,让他重走一遍他和格根“走过”的路程。就这样,在警察的粗暴对待下,德塞耶招了假供,承认是自己和格根一起作的案。但是,格根粗暴地否认了这一切。

案件转到了预审官那里。由于德塞耶不懂刑事诉讼法,以为预审官审讯之后自己还会重新落入警察手中,害怕再受虐待,因此没有翻供。预审官决定马上搞罪行复演。由德塞耶指点路程,预审官、检察官、司法警官等坐车跟随,沿着格根和德塞耶作案时的路程一直到达埃梅里夫妇家。然后由德塞耶再次叙述了他是怎样参与作案的。人们发现,家具的位置竟然与德塞耶在供认时说的一模一样。不过,当德塞耶与埃梅里夫人对质时,由于老妇人看不清他的面孔,所以不能肯定就是德塞耶作的案。而当她看到格根的体形时,她惊慌起来了:“好像就是他!但凭良心说,我又不能十分肯定。”但是,预审官据此指控德塞耶为嫌疑犯,宣布将他正式逮捕拘押,并向他说明:“从现在起,你有权只在你的辩护人在场时回答问题。但是如果你同意不用辩护人出席就立即供认的话,我也准备听取你的陈述。”德塞耶表示同意,当即进一步肯定了他先前的供词,又委托了辩护人。然而,几天以后,在预审官再次审讯时,他完全翻供了,并抗议审讯中受了警察们的折磨,预审官马上反驳了他:“暴力并不能使你了解那些地方!”此后,肖万也翻供了,承认那是因为害怕才声明格根和德塞耶是罪犯的;更困难的是,格根不停地强烈申明自己无罪,并且得到了确认,后被宣布不予起诉。对格根的不予起诉,说明了肖万和德塞耶先前的供词都是不真实的。但尽管如此,倒霉的德塞耶还是被押上了重罪法庭。陪审员们不能理解的是:一个人不是罪犯,却承认自己犯了罪,而且在招供时提供了确切的犯罪细节;如果他是无辜的,就不能了解这些细节。于是,法庭最后采取了妥协、折衷的办法,对按照“罪行”本应判处死刑的德塞耶,只判了10年徒刑。

直到4年多以后,警察在一个偶然的时机里发现了此案的真正凶手之后,德塞耶才洗清冤狱,得以释放,否则他可能要服满刑期,并

且将一辈子蒙受耻辱。

此案发生的年代虽然有些早了,其间法国刑事诉讼法也曾进行过几次修改,但这一案件的基本情况在今天仍具有一定的典型意义,体现了当今世界上颇具代表性的大陆法系国家刑事诉讼中的权力运作状况,即要求法官对刑事审判活动积极介入和充分控制,以担负起查明案件真相,进而惩罚犯罪的职责。与此同时,强调法官与行使侦查、控诉职能的警察、检察官之间相互配合与协作,反对自行其是,彼此扯皮,相互抵销力量。在大陆法系国家的刑事司法实践中,警、检、法三机关通常以伙伴关系相处,彼此都信任他机关的工作过程及工作成果,而不互相猜疑、排斥或者争斗;相应地,各机关是在基本肯定他机关工作的前提下开展工作。例如,审判机关对于起诉机关提供的证据材料,一般都要接受和采纳,并以此作为法庭审理时的基本调查内容和裁判时的基本定案证据。当发现他机关工作中的不足和缺陷时,一般不采取断然否定或予以惩罚的态度或作法,而是从伙伴立场出发,采取各种友好的方式促其改正。常见的有三种方式:一是协商。比如,审判机关与起诉机关意见不一致时,前者主动与后者协商,共同讨论,以取得一致意见。二是退回补充侦查。当案件证据不足,难以下判时,法院便把案件退回起诉机关,继续侦查。三是在一定范围内直接行使他机关的特定职权行为,如法院认为起诉机关所提供的证据不充分时,可以径行调查取证。

当今英美法系国家的刑事诉讼则承载着另一种旨趣迥异的权力运作格局。一方面,法官对于刑事审判活动不主动地干预,而是保持着消极性和低姿态,以把更充足的活动空间留给控诉方和被告方。据说,有一个年轻的英国法官在第一次开庭审判时事先向年长的法官征求建议说:“我怎么准备这次审判呢?”年长的法官就告诉他,你去的时候带一杯茶,喝一小口,但是你别咽,当审判结束时你出来再把这口茶吐了,你在整个审判过程中要保持沉默,不要说话。另一方面,审判机关与追究机关之间呈现出一种严格的制约状态,这种制约还有两个鲜明的特点:一是制约是单向的,是处于中立地位的、以实

现社会正义为宗旨的法官对警察、检察官的制约和监督,而不是相反,其意旨在于矫正国家追究机关与被告人之间过于悬殊的力量对比,使被告人获得足够的自我保护的机会和能力;二是制约具有全面性和严密性。警、检人员为侦破和追控犯罪而采取诸如搜查、扣押、逮捕等强制诉讼行为时,都必须事先申请,征得法官的许可,而且,法律对于这些诉讼行为规定了相当严格的批准条件,法官须遵照执行。对于警、检人员未经许可而擅自采取上述诉讼行为所取得的证据材料,审案法官通常要将其排除出去,不予考虑,以示惩罚。下面这起在美国发生的“库利奇诉新罕布什尔州案”可谓一个极好的注脚。爱德华·库利奇在一个大暴风雪的天气,以找到了一个照看婴儿的工作为幌子,哄骗一个14岁女孩离开家后加以谋杀,情节十分残暴,8天后雪化之时,有人在公路边发现了女孩的尸体。她的喉咙被切开,头部中了一弹。没有搜查证的警察到了嫌疑犯库利奇的家中,她的妻子给了警察一支枪(这枪后来证明就是杀人凶器),还给了警察几件出事那天晚上库利奇穿过的衣服。州司法部长行使权力签发了逮捕证,逮捕了库利奇。此后不久,警察仍然在没有有效的搜查证的情况下就去搜查了库利奇的空车,发现了和被杀女孩身上一样的尘土和其他细微的东西。库利奇被判处有期徒刑。但是,库利奇辩护说,所有这些证据在审讯中都不足为证。结果,最高法院推翻了定罪判决,理由就是:签署逮捕证不应是亲自领导侦查的司法部长,而应是法官;对汽车的搜查没经过法官批准,因而用真空吸尘器收集的汽车里的尘土不能作为证据。

正如有学者所指出的那样,在一个既定的社会中,一种具体的刑事诉讼模式通常是适应该社会的思想意识形态的最高表征和显明的副产品。^①不同国家刑事诉讼中的权力运作模式之形成主要是其各自主流意识形态作用下的结果。

首先,在国家与市民社会关系的认识方面,英美法系国家遵循的

^① 《中国刑事法杂志》总第32期,第90页。

是洛克式“市民社会先于国家”的思想脉络,认为从历史的维度上看,是先有市民社会后有国家,国家决定于市民社会,系为满足市民社会之需要而生的,因而,国家之于市民社会,只有工具性的功用,是手段而非目的。不仅英美近代社会持有这样的认识:“社会在各种情况下都是受欢迎的,可是政府呢,即使在其最好的情况下,也不过是一件免不了的祸害,在其最坏的情况下就成了不可容忍的祸害”,而且,现代英美国家依然维持着同样的信仰:“政府是某种应当加上手铐,加以禁锢使之不能为害的东西”。^①相应地,他们认为,刑事诉讼在不得不接受作为一种“必要的祸害”的国家权力介入的同时,又必须采取有效的措施即把刑事诉讼中的国家权力予以分立,并用其中的一种制约与监督另一种类型的权力,而且处于制约与监督地位的那种权力应加强自我克制,不能太过于主动,以避免刑事诉讼中专权现象的产生,遏制权力滥用所带来的祸害。

与此不同,大陆法系国家则把黑格尔“国家高于市民社会”的思想奉为圭臬,认为国家不是手段而是目的,它代表不断发展的理性的理想和文明的真正精神需要,并以此地位超越市民社会,引导着市民社会的发展。对国家至上的观念认同是这种思想的基本内核,也为刑事诉讼中国家权力积极、全面的介入以及各诉讼权力机关之间的协同配合关系奠定了思想资源和正当化根据。

其次,在诉讼哲学观上,大陆法系国家认为法官只有积极主动地掌握法庭审判活动的支配权并加强与警、检机关的信任与协作,才能更有效率地发现案件真相,并确保裁判结果的正确性,而这正是设立刑事诉讼制度的主要初衷;相反,英美法系国家则相信一个在法庭审判中消极、被动而且在庭审之前严格制约着警、检人员的法官角色,更有利于查明案件的真相,确保被告人的基本权利,刑事诉讼存在的根本目的即在于此。

^① (美)詹姆斯·M·伯恩斯等:《美国式民主》,中国社会科学出版社1993年版,第42页。

不同国家基于本国国情坚守自我立场的状况并不能妨碍我们提出这样一个极其自然的问题：抛开各国参差不齐的具体情况不谈，刑事诉讼中有没有一种理想的权力运作状态等着我们去发掘进而去实现呢？

要分析这一问题，首先必须解决一个基本前提，即刑事诉讼中的国家权力本身是否应受到限制。我们认为，对于现代文明社会来讲，这是一个应作肯定性回答的问题。事实上，法律与权力的关系是政治社会产生以来便始终困扰着人们的一个问题。正如美国法学家埃尔曼教授所言，对此问题的所有争论都表明了法律与权力的辩证关系：法律永远是部分原则加部分权力。如果法律要完成其目标，便必须以权力为支持，但是不受制约的权力却极易由于其反复无常而漠视正义与安全的要求，这种反复无常使得法律无法衡量不同人行为的法律后果。^①阿克顿勋爵几百年前所说的那句至理名言即“权力趋于腐败，绝对的权力便绝对地腐败”，现在不也在我们的学理文章、新闻媒体中被频频引用吗？由此可见，权力虽为刑事诉讼之正常开展所必需的重要元素，但又不可能放任它如脱缰的野马，恣意妄为。总而言之，国家权力介入刑事诉讼确为必要，但介入的权力本身又必须受到限制，这是我们在刑事诉讼领域中应当确立的一个最基本的理念。

那么，如何限制权力的行使？介入刑事诉讼的国家权力应当止步于何处？刑事诉讼中的国家权力与公民权利该如何调适？……诸如此类的问题是亘古即有、常说常新，也是很难有终结的话题，它象一根红线贯穿于本书所谈及的所有重大的刑事诉讼问题之中，如影相随，挥之不去……。

从理念上讲，刑事诉讼领域中还是存在着一种理想的权力运作模式的，至于到底怎样，因关涉很多专门性的知识，非三言两语能说得清楚，着急不得，因此，只有留待后文中慢慢道来……。

① (美)埃尔曼：《比较法律文化》，三联书店1990年版，第93页。