

不用正襟危坐，亦无需专业背景，这里没有理论的深奥，亦无文字的艰涩，仿佛一个个故事，在平易中娓娓道来。于是你知道了程序的作用，程序的意义，程序的缺憾，程序的力量所在。

程序的力量

刑事
诉讼
法学
研究
随
想

甄贞等著

法律出版社



程序的力量

——刑事诉讼法学研究随想

甄贞等著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

程序的力量:刑事诉讼法学研究随想/甄贞等著.北京:
法律出版社,2002.1

ISBN 7-5036-3624-6

I.程… II.甄… III.刑事诉讼法-法的理论-研究
-中国 IV.D925.201

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 089539 号

出版/法律出版社
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何萍

开本/A5
版本/2002年3月第1版

印张/11.375 字数/297千
2002年3月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414131(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3624-6/D·3259

定价:21.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

作者的话：

这是一本以清新、活泼、通俗易懂的语言，介绍与探讨刑事诉讼法学领域中的基本问题和热点问题的随笔性书籍。该书所谈及的话题概括了刑诉法学研究领域的方方面面，既有对系统性、广泛性、前瞻性的宏观学科前沿问题的把握；又有实践性、直观性、详细性的个案分析和具体程序操作问题之探讨。融专业性、知识性与文学性、趣味性于一体，一改法学专业书籍的枯燥和新八股文风，是一本外行人一读就懂，一学就会的部门法学普及性读物；也是一本法律专业人士了解学科领域新知识、新观点、新思维的专业书籍。我们期待着与您在阅读的快乐中沟通，共同感受刑事程序法的魅力和力量。

前 言

经常遇到这样的朋友,当他们的家人、朋友因为涉嫌刑事案件,被司法机关拘留、逮捕之后,怀着急切、焦虑的心情来找我们这些搞刑事诉讼法学研究的人咨询、求助。从他们那些不连贯的、一知半解的叙述中你能感觉到,对于这样一部与公民人身权利、民主权利、财产权利关系密切的刑事诉讼法律,老百姓知之甚少。

也常常遇到另外一种情况,浏览刑事诉讼法学专业书籍或期刊杂志,面对一些“大部头”的学术专著和理论性很强的文章,要么被它的厚度和分量所震慑,怀疑自己的研究能力和学术水平;要么被它艰涩、难懂的文字搞得如坠“五里雾”般,甚至对自己的中文阅读能力都产生了怀疑。不禁要问:这样的书籍、文章,老百姓会掏钱买吗?这样的文风能带给人阅读的享受和快乐吗?有人会不以为然:法律本身就是严肃的、枯燥的,写得人人都爱看,具有可读性、趣味性,那就不叫学术著作而是满大街摆地摊卖的言情、武侠小说了。难道对法律的探讨真的仅仅属于法学家们所有吗?那些急需法律帮助的老百姓又如何从我们这些专业研究刑事诉

讼法学的专家、教授那里获取所需要的法律知识呢?

正因为是专业搞刑事诉讼法学研究的缘故,总感觉这门学问就是我们生活的一部分,离我们很近,离老百姓的日常生活也很近。老百姓需要它,离不开它,而我们有责任、有义务宣传它、普及它。事实上,我们对它的研究还很肤浅,但却很阳春白雪,只限于法学界和司法实务部门的圈子里;而老百姓对它的了解也很有限,仅停留在就事论事或临时“抱佛脚”的阶段。因此,迫切需要找到一种群众喜闻乐见的方式,在刑事诉讼法律条文与百姓日常生活之间建立起一种沟通和联系,使他们不再感觉法律研究只是专家学者们的事情,像这样关乎百姓人身、民主、财产权利的法律,老百姓有权了解并参与制定。

前两年,在法学研究领域一种新的以记录研究心得、随想为主要内容的随笔形式的文章颇受读者青睐。它以清新、活泼、随意的文风,探讨法学研究领域中的热点、难点问题,把看似深奥的法学理论用通俗易懂的文字表达出来,在普通读者中引起共鸣,达到了法律专业书籍所不能达到的宣传法律观念、解释法律条文的作用。给我以很大的启示,也因此产生撰写本书的想法。

本书以刑事诉讼法学研究的体系为基本框架,采用生动活泼、通俗易懂的语言,介绍刑事诉讼法学领域中的基本理念、基本制度、基本程序和相关的证据规则。所谈话题涉及了刑诉法学研究领域的方方面面,既有对系统性、广泛性、前瞻性的宏观学科前沿问题的把握;又有实践性、直观性、详细性的个案分析和具体程序操作问题之探讨。融专业性、知识性与文学性、趣味性于一体,一改法学专业书籍的枯燥和新八股文风。可以说是一本外行人一读就懂,一学就会的部门法学普及性读物;也是一本法律专业人士了解学科领域新知识、新观点、新思维的专业书籍。我们可以在轻松的阅读的快乐中,共同感受刑事程序法的独特魅力和力量。

在本书付梓之际,特别值得一提的是,本书的大部分作者都很年轻,他们初出茅庐,心志高远;系统学习过法律专业课程,对许多问题敢讲真话、实话,较少顾虑;在写作风格上自主、自由、自成体系,尚未

受到法学界“新八股”文风的影响。但是,也因此可能有看问题不全面、言词偏激的毛病。尽管如此,我还是大胆地启用他们。当然,几乎每一篇文章都是众位作者共同探讨的结果,是集体智慧的结晶。在此,我们感谢所有为本书的写作、出版付出过努力的人们,如果没有他们的辛勤劳动和不计名利的付出,本书不可能以现在的水准面世。还应特别感谢法律出版社的贾京平先生、孙志华先生、王政君先生,是他们的大力支持和帮助,使本书得以顺利地与读者见面。

从人性的角度讲,法律的存在是以人性的缺陷为前提,又是对人性缺陷予以遏制的明智选择。从法治的本质讲,法治不应是“治民”,而应是“民治”。要达到民治,就要让老百姓都了解法律,都掌握法律。什么时候,刑事诉讼法学研究不再是法学期刊杂志上那些读来枯燥的“新八股”文章,而是寻常百姓的一种生活观念、一种生活方式、一种生活状态。惟此,人们才能真正感受到,刑事诉讼法是保障诉讼参与人诉讼权利的法律,是宪法赋予公民权利的具体化。它就在我们身边,就在我们中间。

甄 贞

2001年8月

目 录

前言

第一部分 刑事诉讼理念

- 诉讼——解决社会冲突的法律机制 /001
- 安全与自由之争 /5
- 法贵公正、不贵神速 /10
- 我们加入了国际公约——评国际刑诉人权保障热点问题 /15
- 漫话无罪推定 /21
- 疑罪从有与疑罪从无 /26
- 透视法律面前人人平等 /30
- 权大？法大？ /34
- 我们的实力——中外司法资源投入比较 /38
- 服饰与法律 /43
- 私了——岂止是对司法权力的漠视 /47
- 民愤能否左右司法——从张金柱案谈起 /52
- 权力行使至界限时方止 /56
- 高薪能否养廉——从我国当前的反腐倡廉谈起 /62
- 金钱万能乎——贪赃枉法者戒 /66
- 犯罪正在发生、无人制止，无人报案 /69
- 谁来保护被害人的权利——从被害人、当事人地位的确立谈起 /74
- 为胜算渺茫者辩护 /79
- 保护明天——青少年犯罪现象透视 /83

第二部分 刑事诉讼制度

- 时代呼唤阳光——小议公开审判 /88
- 向贫困者伸出援助之手——小议法律援助制度 /93
- 重构我国的人民陪审员制度 /97
- 辛普森无罪,辛普森有罪——简析美国的诉讼制度 /103
- 你愿意认罪吗?——对“辩诉交易”制度的思考 /108
- 小议主审法官制与审判长选任制 /112
- 法官在刑事诉讼中扮演的角色 /118
- 从法院独立到法官独立了吗? /123
- 是不治之症吗?——关于审判委员会的思考 /128
- 从“书记员做到老”说开去…… /133
- “错案追究”的是与非 /138
- 从检察官读小说谈起——兼评主诉检察官制度 /144
- 谁来监督监督者 /149
- 从张金柱案看新闻舆论监督 /156
- 超期羁押何时了 /160
- 律师“蒙难年”的反思 /164
- 沉冤昭雪又如何? /168
- 保人,这职责你可担得起 /173
- 漫谈刑事司法协助 /177
- 张子强案与区际刑事司法协助 /181

第三部分 刑事诉讼程序

- 实体真实与程序正义之争 /185
- 程序的力量——“米兰达规则” /189
- 公检法三机关是流水作业处理刑事案件吗? /192
- 三角与直线——刑事诉讼两重结构分析 /195
- 浅谈立案监督 /199
- 侦查阶段律师的“名分” /203
- 悬于律师头上的达摩克里斯剑 /208

- 由交警提示语想到的 /213
- 不起诉——检察官的自由裁量权 /216
- 浅谈“起诉书一本主义” /221
- 法庭——法律的圣殿 /224
- 站起来吧,公诉人 /228
- 审判方式与法官素质 /233
- 繁简分流——评简易程序的设置 /240
- 突破精神损害赔偿的禁区——精神损害能否纳入刑事附带民事诉讼的赔偿范围 /244
- 婚内致伤案可否提起刑事附带民事诉讼? /249
- 关于收回死刑复核权的思考 /253
- 正义最后的防线——刑事审判监督程序论 /258
- 申诉:从绝望中寻找希望 /262
- 一锤定音 /266

第四部分 刑事诉讼证据

- 坦白不从“宽”,抗拒却从“严” /273
- 测谎仪会“撒谎”吗? /277
- 口供:“证据之王”的神话 /283
- 我有权保持沉默——小议沉默权 /287
- 零口供,无口供? 沉默权,沉默乎? /291
- 庭审中的较量——谈法庭上的举证与质证 /297
- 孩子,你能否出庭作证——浅谈我国的证人资格 /302
- 戏说发誓与保证书 /306
- 质证乎? 纸证乎? /309
- 让正义来得更直接些 /314
- 证人缘何不出庭——浅谈我国证人保障制度 /321
- 同案被告人口供能否互为证言——浅议司法理论与实践的距离 /326
- 鉴定结论,我们如何相信你——浅议我国的司法鉴定 /331
- “毒树之果”可以食乎? ——确立非法证据排除规则 /336
- 有关私录的困惑——从特里普偷录莱温斯基悄悄话说起 /341
- 落入圈套 /344

第一部分 刑事诉讼理念

诉 讼

——解决社会冲突的法律机制

人类的诞生不仅给这个地球带来了希望的曙光,也带来了无休无止的争斗。强烈的生存欲望、匮乏的物质环境,为了给自己索取更多的生活条件,人类不断地与自然抗争,而在与自然抗争的同时,人与人之间也爆发了战争。当时的人们,哪怕是为了争一头野鹿,也会引起流血和死亡。而受害方往往会不惜付出更大的代价与行凶者争斗,同样砍掉他的一条胳膊或杀死他,这种血亲复仇,成了原始社会解决社会冲突的最主要手段。人类社会出现了阶级和国家,统治阶级为了统治的方便和社会的安定,使自己的臣民不至于在无谓的冲突中遭受损失,开始禁止社会冲突的主体采用私力救济去解决冲突。从此,以血亲复仇为特征的暴力性私力救济退出了人类历史舞台,以诉讼为标志的公力救济终于以一种和平的、文明的姿态展现在世人面前。

什么是诉讼呢?从字面上讲,“诉”就是告、

告发;“讼”就是争、争辩。总起来说,也就是由国家专门授权的机关,根据法律来解决争端和处置一些危害公共利益的行为。尽管早期的诉讼还多多少少带有“私力救济”的影子,但在法律上已明确禁止了个人出于报复而采取“私力救济”方式。我们从古罗马狄奥多西二世的一项规定——凡是所有人自动以武力取回所有物,则丧失其所有权^①——也可窥见一斑。随着社会的发展进步,以国家权力来解决和处理社会冲突为本质特征的诉讼,成了现代社会最为主要的冲突解决手段,这也是诉讼本身具有的特性所决定的。

由国家权力来解决社会冲突的诉讼,是由国家的专门机关依据和运用法律来完成的。而法律不是个人意志的恣意横行,而是体现了社会共同的、普遍的价值观和道德观。因而依据法律而做出的解决结果,通常具有社会正义的基础。并且,通过诉讼,裁决一旦作出,不仅对当事人双方,乃至对整个社会都有约束力。双方当事人“不得再向法院提出重新审判的要求,其他任何机构也不得再受理这一案件,更不得就该案件再作出新的裁决或决定”。^②当然,总有一方当事人或双方当事人都可能对裁决结果不满。原告认为自己几年来不停奔波,身心都受到巨大摧残,而诉讼的结果名义上胜诉但仿佛得不偿失。而被告也认为自己不应承担如此之重的责任。尤其在刑事案件中,凶残的罪犯是很难突然良心发现,心甘情愿地接受裁决的。但诉讼解决冲突的有效性,就恰好体现在不论当事人对裁决有何想法,也不论他们是否满意,只要裁决做出了,就要服从和遵守,就要由国家强制力去保障它的实现。

诉讼虽然往往不能给冲突的双方一个十全十美的答复,诉讼结果的产生也并不可能解除双方的对抗情绪,有时,这种情绪还会带来恶果,甚至还会伤及做出裁决的法官和其他无辜的人。但对于以诉讼维护社会秩序、保护法律尊严的重要作用,我们又不可加以忽视。

① 参见周枬(音)著:《罗马法》,群众出版社1983年版,第33页。

② 参见陈瑞华著:《刑事审判原理》,北京大学出版社1992年版,第15页。

审判作为诉讼活动的一个重要组成部分,是在法庭这个固定场地里,在一定时间内,连续、公开进行的。法官有着独立的地位,保证庭审的正常进行,做出公正的裁判,而不受外界任何因素的影响,从而维护了法律的尊严。审判的公开,避免了“暗箱操作”,置庭审于公众、社会监督之下,保证了裁决的公正性。在英美法系国家,存在着由非法律职业的、普遍的公民组成的陪审团参与先例审判权。这一切,都使得诉讼真实地反映在社会公众面前,而不再是一种充满神秘和恐惧的虚无飘渺的东西,也使得公众能正确认识诉讼、认识法律,从而真正保障社会的安定。

诉讼虽然作为解决社会冲突的主要的手段,但并不意味着任何社会冲突都应由诉讼来加以解决。这是不可能,也是没有必要的。法院不会主动地对争端或犯罪行为进行审查和裁判,也就是说总得有人将争端或对犯罪行为的指控提交法院,才有可能通过诉讼来解决。因而有人将诉讼体现的国家权力,称为“被动的司法权”。诉讼所具有的这种特性,也使得解决社会冲突的其他手段如调解、仲裁得以发挥相当的效力。这些解决手段都比较温和,也比较尊重双方的意志,因而它们的适用是有范围限制的。对于一些严重危害社会共同利益的行为,则必须通过诉讼手段来加以处理。

我们难以想象,若是没有了诉讼这个解决社会冲突的手段,世界将会怎样?无辜的人被任意迫害,恣意横行的血腥报复,动荡不安的社会环境,有罪的人得不到应有的惩罚,法律存在的实质意义将荡然无存。评价一个社会是否是法治社会,关键看其解决冲突的法律机制是否健全。从我国的现状来看,诉讼得以发挥其应有的作用,还要走很长一段路。由于受几千年来“厌讼”思想的影响,广大公众尤其在农村,许多人并没有主动地运用法律武器,通过诉讼来解决种种争端和惩罚犯罪。“山杠爷”的悲剧仍在上演,“以牙还牙,以眼还眼”仿佛还是亘古不变的“真理”。另外,我们的社会向人们提供的法律服务,法律援助还太少。中国的律师数量少,分布不均,素质也参差不齐,尚难以发挥应有的作用。而司法机关内部滋生的腐败分子,个别

司法人员轻视诉讼程序的做法,都使得人们视诉讼为“虎穴”。要改变现状,充分发挥诉讼作为解决社会冲突的法律机制的作用,使其真正成为人们可以信赖的手段,就必须提高社会整体的法律意识,进一步完善有关诉讼的规定,为诉讼提供一个良好的法律环境、文化环境和社会环境。

(甄 贞 王若玉)

安全与自由之争

刑事诉讼法立法目的,是理论界常常讨论的一个问题。它的重要性就在于其“牵一发而动全身”的特性,刑诉立法目的不同,其刑事诉讼法的整个立法体系就迥异,它所带来的是一系列原则、规定的不同,真是不容小觑的一个重要问题呀。

目的,是指“想要达到的地点和境地,想要得到的结果”。^①从历史和现实上看,任何法律制度的设计和运用都是以现实一定的法律目的为依归的。作为人类文明产物之一的刑事诉讼法制度亦是如此。刑事诉讼的立法目的就是设计和运用刑事诉讼制度想要追求的基础目的和想要获得的主要结果。

对于何种特定利益可以作为刑诉立法的目的予以肯定及此肯定的程度如何,历史上和现实中都歧见纷纭,莫衷一是。如希腊先贤亚里士多德认为“正义”是法律的最高目的;中世纪的经院哲学家托马斯·阿奎那认为“神的理性”是法律的最终源泉;及至近代,英国思想家霍布

^① 参见《现代汉语词典》,商务印书馆1983年版,第809页。

斯将“安全”列为其最重要和最基本的目的。在现代,有的法学家认为秩序、公平和个人自由为此法律制度的三个基本目的,^①有的法学家则宣称任何可称为法律制度的制度都必须关注某些超越社会结构 and 经济结构的基本价值,包括自由、安全和平等。^②凡此种种,归纳而言,刑事诉讼立法的基本目的主要体现为自由与安全两种。

什么是自由?是那种许多人梦寐以求的生存方式吗?显然不是。按照西方学者的解释,自由就意味着免于约束,即个人可以不受他人控制地作出选择并开展活动。而在刑事诉讼的范围中,自由更多的是对被告人、嫌疑个人权利的关注与强调。为了追求这一目的,刑事诉讼的程序、原则中就必然有保障涉讼的犯罪嫌疑人的合法权利之条款的存在。如英美法系实行的“无罪推定”原则,被告享有的沉默权及延请律师权、保释权等,无一不体现了刑事诉讼保护个人自由的周密考虑。

追求自由是人类根深蒂固的本能,人类的历史就是追求自由,实现自由的历史,刑事诉讼以此为目的,是出于对作为主体的人的肯定和尊重,体现了近现代民主与法制精神的要求。这种要求反映在刑事诉讼中,表现为反对为了社会的安全、秩序而不适当地剥夺犯罪嫌疑人的自由。实现这一目的的途径,仅刑事诉讼领域而言,主要可以通过扩张个体权利,限制司法机关权力。刑事诉讼以追究、惩罚犯罪者为宗旨,对自由的保障易被忽视和弱化,需要格外精心地呵护与照顾,对涉讼公民的一系列诉讼权利并建立相应的程序保障机制。与此同时,应严格限制国家权力,防止其权利的滥用,防止侵犯公民权利的现象发生。刑事司法模式的“线形”结构、“流水作业”对保护公民权利极为不利,所以对刑事诉讼各阶段国家司法权力的适用范围和行使条件应予严格限制,以保障涉讼公民的自由。

在大唱了一通“生命诚可贵,爱情价更高,若为自由故,两者皆可

① 参见彼得·斯坦、约翰·香德著:《西方社会法律价值》,中国人民公安大学出版社。

② 参见F·博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社,第1页。

抛”之后,让我们再回首看看刑事诉讼的另一重要目的——安全。法律是建立和维护安全的手段。古希腊思想家曾把因才定名、名守其分、各得其所、和谐一致看作是秩序和安全的标志。而封建社会,安全主要表现在维护统治阶级对劳动人民的统治,维护贵族的特权地位。到了资产阶级社会,商品经济和契约观念深入人心,安全主要表现为维护商品交换主体的人身安全及平等竞争,调整他们相互可能冲突的利益,减少人们之间的相互冲撞,使社会成员在阻碍最小的情况下充分发挥自己的才智,促进各自素质的提高。

而在刑事诉讼领域中,维护安全主要表现在国家机关通过追诉犯罪而处于紊乱的无序状态,保护社会成员的财产安全和人身安全。

寻求安全始终是人 with 生俱来的本能与天性。原始社会的人类群居正是这一本能的体现。单个个体的脆弱性和社会资源的有限性都极大地激发了人类对安全的渴求与向往。社会发展、文明进步都无法阻扼住人类贪婪的本性,犯罪若不加控制将愈演愈烈,一发不可收拾,这是谁也不想看到的局面。那么要达到安全,在刑事诉讼领域我们该如何做呢?与实现自由恰恰相反,要通过限制涉讼公民尤其是被告人、嫌疑人的权利和扩张国家权力来实现。公民一旦被怀疑,即处于刑事诉讼的弱势地位,因其危险性,而限制其个人权利;而国家机关为增强其揭露,追究犯罪的能力而扩张其权力,以达到安全目的的实现。

自由与安全,性质各异,内容本身亦蕴含冲突,其实现途径及内在规定性甚至是对立的,因而,两者的矛盾的冲突在所难免。但这一冲突也并非是什么“洪水猛兽”,我们要“避之惟恐不及”,或是要强行打倒一个“异端”以达到刑诉目的“纯洁性”。实际上,现代民主与法制的精神恰恰要求刑事诉讼目的有机地涵盖自由与安全,而绝不能偏废其中任何一者,“运用之妙,存乎一心”,这就看如何协调两者的关系了。

现代各刑诉目的均有自己的一个完整体系,虽然都是“五脏俱全的麻雀”,但由于各个国家的社会现实与历史传统的差异,使其目的