

教育部
人文社会科学重点研究基地基金资助

诉讼法学文库 XXXIV

总主编 樊崇义



PROCEDURE LAW TREATIES SERIES

ON THE
DUE PROCESS
OF LAW
—A CRIMINAL
PROCEDURE PERSPECTIVE

正当法律程序研究
——以刑事诉讼程序为视角

◎樊崇义 史立梅 张中 朱拥政 著



中国人民公安大学出版社

● 诉讼法学文库(34)

正当法律程序研究

——以刑事诉讼程序为视角

樊崇义 史立梅 张 中 朱拥政 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

正当法律程序研究:以刑事诉讼程序为视角/樊崇义, 史立梅, 张中等著. —北京:中国人民公安大学出版社, 2005. 6

ISBN 7-81109-119-4

I. 正... II. ①樊... ②史... ③张... III. 刑事诉讼—诉讼程序—研究—中国 IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 065091 号

正当法律程序研究

——以刑事诉讼程序为视角

On the Due Process of Law

——A Criminal Procedure Perspective

樊崇义 史立梅 张 中 朱拥政 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:2005 年 5 月第 1 版

印 次:2005 年 5 月第 1 次

印 张:14.875

开 本:880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数:360 千字

印 数:0001~3000 册

ISBN 7-81109-119-4/D·114

定 价:35.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 翻印必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一,也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明,诉讼制度是否健全与完善,直接决定着实体法律的实际效力;没有相应的诉讼制度作为依托,实体权利只能是“镜中花、水中月”;没有完善的诉讼制度予以保障,实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是,诉讼法制的完善程度如何,还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度,是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家,诉讼制度作为法治的一个重要环节,受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到,“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国 1999 年宪法修正案正式确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,为推进我国社会主义民主、法制建设,完善我国司法体制,提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念,并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下,通过增设新的诉讼制度以充实公民实体

① 转引自季卫东著:“法律程序的意义”,载《比较法研究》总第 25 期。

权利的实现途径,通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施,从而推进依法治国,加快社会主义民主与法制建设的步伐,已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建,与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中,在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时,对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原理

的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律,将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之,如果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和,因此,对基本诉讼原理的认识,还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动公正进行,也必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了一定的研究成果,这有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨,缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统地探讨。因此,随着我国法治进程的推进,探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构,系2000年10月经教育部专家评审并批准的法学类六个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授(博士研究生导师)担任,著名法学家陈光中教授(博士研究生导师)为名誉主任,著名民事诉讼法学专家杨荣新教授(博士研究生导师)担任中心顾问,知名中青年学者宋英辉教授(博士研究生导师)任中心常务副主任,知名中青年学者卞建林教授(博士研究生导师)、陈桂明教授(博士研究生导师)、马怀德教授(博士研究生导师)、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局涵盖整个诉讼法学,下设四个研究机构和研究方向:刑事民事诉讼法学研究室、民事诉讼法学研究室、行政诉讼法学研究室和证据法学研究室。中心研究内容、结构和研究人员的合理组合,乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。该中心在整体科研水平和参与重大决策的能力,以及科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面,均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求,该中心正以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和推动诉讼法学的发展,为建设全国一流,乃至世界一流的重点研究基地而努力拼搏!

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究,同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响,并对司法实际工作有所帮助,中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目,面向国内外专家、学者开

放,凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著,以及对公安、司法工作有指导意义,对立法工作有参考价值或其他诉讼法学著作均可入选。

本书是司法部 2002 年重点科研项目“正当法律程序研究”的最终研究成果。

正当法律程序(due process of law)是发生、发展于英美国家的一个最基本的法律概念。作为一个法律名词,正当法律程序无疑具有最为丰富且变幻莫测的内涵;作为一种法律精神,正当法律程序则经历了一个从英国飘扬过海到美国、进而影响到大陆法系国家乃至全世界的漫长旅程。20 世纪 80 年代、90 年代,正当法律程序开始进入我国学者的视野,并且在学者们的推动下,逐渐从一个仅仅存在于书斋之中、属于少数人的“精英话语”发展到普通民众可以在街头巷尾、用以评价我国司法实践的“大众话语”。这是本书写作的时代背景,同时也是本书写作的旨趣所在。既然正当法律程序已走进我国民众的视野,作为理论工作者,我们就有义务为他们提供有关这一法律概念的最准确的含义,从而使他们在这一问题上从“自发”走向“自觉”,从“盲从”走向“理性的选择”。

然而,真正了解正当法律程序这一“舶来品”的准确含义绝非易事,困难来自于两个方面:一是正当法律程序根植于一套完全不同于我国的法律文化之中,我们站在一个世界观察另一个世界,难免会受到头脑中根深蒂固的本土观念的影响,从而使这种观察不可避免地带有主观的解释色彩;二是正当法律程序产生并发展于英美的普通法传统之中,虽然这一名词也散见于为数不多的成文法,但其真正的含义则蕴含于跨越了几百年的、数以万计的判例之中,因此,准确把握正当法律程序的含义及其精神,必须进行一种类似于采珍珠似的选择工作,剔除其中无关的或者不那么重要的

部分,留下精髓部分以串成完整的历史链条。但是,由于语言的障碍、资料的缺乏,这一链条不可避免会出现断裂或者扭曲,为保证它的完整性和流畅性,我们不得不在其中加入自己的推测,虽然这种推测并非毫无根据的臆断,而是建立在理性和逻辑的推演之上,但毕竟无论如何也无法取代历史事实。

为克服上述困难并防止可能出现的错误和疏漏,我们不得不人为地降低自己工作的难度,这主要表现为研究方法的选择和研究视角的限定。首先,在研究方法上,本书前半部分主要采用历史的方法,对正当法律程序的起源、发展尽可能地进行客观描述,因此,在体例安排上,采用了时间顺序,尤其是正当程序在美国这一部分,基本上是采用顺叙的方法对正当程序的发展过程进行描述,只有在必要之处进行了总结和归纳。其次,在研究视角上,本书将关注的焦点集中于刑事诉讼中的正当法律程序,一来是因为这与笔者的研究领域相适应,二来是因为刑事诉讼视野下的正当法律程序在正当法律程序的历史发展过程中一直居于核心地位,甚至成为正当法律程序发展进程和发展水平的主要标志,因此对刑事诉讼领域内的正当法律程序进行考察可以达到管中窥豹的效果。当然,为论述清楚这一问题,在必要时我们也不得不将视野触及到民事、行政、宪政领域,但仅仅是点到为止,故研究的广度和深度远不及这些方面的专门著作。

客观地再现历史并非本书的惟一目的。虽然针对同一研究对象,不同的人会有不同的结论,尤其是在社会科学研究中很难得出惟一正确的答案,但著书以言志,作为法学理论工作者,基于对我国法治建设的责任感和使命感,我们还是在对正当法律程序的历史进行客观描述之后对其发展规律进行了总结,对其未来的发展趋势进行了预测,同时结合我国的现实国情对正当法律程序的本

土化提出了自己的观点和建议。必须澄清的一点是,我们绝非以真理的宣告者的身份进行这项工作,如果能够给我国的立法者、司法者以及普通民众提供一个较为合理的、可供选择的思路,本书的价值也就得到实现了。

本书作者分工如下:

樊崇义:第四章、第五章、第六章;

史立梅:第一章、第二章、第三章、第四章、第五章;

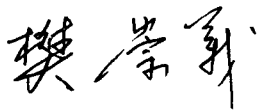
张 中:第六章、第八章、第九章;

朱拥政:第七章。

全书由项目主持人樊崇义教授拟定提纲,并统改定稿,张中博士做了部分编辑工作。

“正当法律程序研究项目”从立项到结项,得到了诸多同行专家、学者及实务工作者的支持及中国人民公安大学出版社的帮助,在此表示衷心的感谢。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters, likely the name of the author or editor, Fan Chongyi.

2005年5月于北京

目 录

第一章 正当法律程序缘起·····	(1)
一、正当法律程序的萌芽·····	(1)
二、正当法律程序的确立及其早期发展·····	(3)
第二章 正当法律程序的发展·····	(16)
一、殖民地时期的正当法律程序·····	(16)
二、独立战争时期的正当法律程序·····	(23)
三、《权利法案》时期的正当法律程序·····	(26)
四、第十四修正案时期的正当法律程序·····	(31)
五、正当法律程序革命·····	(47)
第三章 正当法律程序在英美的调整及其国际化·····	(65)
一、正当法律程序在英美的调整·····	(65)
二、正当法律程序的国际化·····	(88)
第四章 正当法律程序的理论基础·····	(114)
一、正义论——正当法律程序之正当性来源·····	(114)
二、程序论——正当法律程序之程序性来源·····	(122)
三、法治论——正当法律程序之合法性来源·····	(131)
第五章 正当法律程序的价值及特征分析·····	(136)
一、正当法律程序价值分析·····	(136)
二、正当法律程序特征分析·····	(150)
第六章 正当法律程序与刑事诉讼·····	(156)

一、正当法律程序与刑事诉讼的关系	(156)
二、正当法律程序在刑事诉讼中的功能	(164)
三、正当法律程序对刑事诉讼的要求	(170)
四、正当法律程序观念下的中国刑事诉讼	(182)
第七章 正当法律程序与侦查程序改革	(202)
一、正当程序对侦查程序的宏观控制	(203)
二、联合国有关刑事司法准则对侦查程序的基本要求	(211)
三、在我国制约侦查程序正当性的主要因素	(216)
四、正当程序视野中的我国刑事侦查程序改革	(223)
第八章 正当法律程序与公诉制度改革	(254)
一、证据展示	(254)
二、辩诉交易	(277)
三、起诉裁量	(297)
第九章 正当法律程序与审判程序改革	(323)
一、刑事审判原则	(323)
二、刑事审判方式	(354)
三、交叉询问规则	(372)
四、简易程序	(387)
五、上诉审程序	(410)
六、死刑复核程序	(429)
七、再审程序	(447)

第一章 正当法律程序缘起

一、正当法律程序的萌芽

“正当法律程序”(due process of law)作为一个法律名词最早出现于 13 世纪的英国,但其思想源头却可以追溯到古希腊、罗马时期。

据英国学者的考证,“希腊语中没有与我们的‘正当法律程序’观念相对应的术语”,因而可知当时并没有正当法律程序的概念,但他们认为“若一个人未经审判或定罪(akriton kteinein)而被处死是一种暴行……是不经判决的暴力”,这表明在当时“至少存在着一种强烈的,即使并不专业性的支持有序的、无偏的司法程序的情感。”^① 罗马人同样认为在任何情况下“像野蛮人或无所顾忌的暴君那样,不经审理而处罚某人的做法都不应在和平时期采纳,这将会成为可怕的先例。”^② 11 世纪的神圣罗马帝国皇帝康德拉二世(1024~1039)曾颁布诏令:“不依帝国法律以及同等地位贵族的审判,不得剥夺任何人的封邑。”^③ 简短的诏令中包含了对剥夺封邑的三项基本法律规定:依照帝国法律;由同等地位贵族组成法庭进

① [爱尔兰]J. M. 凯利著:《西方法律思想简史》,法律出版社 2002 年版,第 29~30 页。

② 同①,第 73 页。

③ 焦洪昌、李树忠:《宪法教学案例》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 62 页。

行审判;审判是剥夺封邑的必经程序。上述观念和法律规定都体现了未经审判程序而剥夺一个人的生命或财产是非法的、不正当的,这恰恰触及了正当法律程序最核心的内容。

但是,古希腊、罗马的程序观念与正当法律程序仍然相差颇远。当时人类认知水平的有限性决定了神意在审判中的决定性作用,因此,审判程序在多数情况下只是作为获取神意的手段而存在,如果审判程序不能按传统或惯例进行,就不能正确地获取神意。如德国学者马克斯·韦伯认为原始的法律程序具有严格形式主义的特征,“因为特殊的法的形式主义会使法的机构像一台技术上合理的机器那样运作,它为有关法的利益者提供了相对而言最大的活动自由的回旋空间,特别是合理预计他的目的行为的法律后果和机会的最大的回旋空间。它把法律过程看作是和平解决利益斗争的一种特殊形式,它让利益斗争受固定的、信守不渝的‘游戏规则’的约束。氏族之间原始的赔罪程序也好,日耳曼人审判大会的合作社式的司法也好,都有一种严格受形式约束的取证权。如同我们已经看到的那种,按其渊源,这是受魔法观念所制约的:证明的问题必须正确地提出,而且由正确的一方提出来。”^①“因为,如果相关的问题不能以正确的方式提出,魔法技术便不能提供正确的答案”^②。因此,希腊、罗马时期的程序观念固然强调程序在纠纷解决或处分人的生命、财产权利中的重要作用,但其所强调的是程序的形式化特征,而非程序本身的正当性,因此,“没有正当程序

① [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),商务印书馆1997年12月第1版,第140页。

② 转引自郑戈:《韦伯论西方法律的独特性》,载于《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社出版,第77页。

的明确评价和要求”。^①

二、正当法律程序的确立及其早期发展

正当法律程序最早出现在英国,一方面与普通法对程序极为重视的传统有关,另一方面也是国王权力扩张与限制国王权力的需求之间斗争的结果。

(一)普通法“程序先于实体”传统的形成

英国的普通法是在 1066 年诺曼征服之后逐步形成的。根据法国学者勒内·达维德的解释,“Common law 或称普通法,同地方习惯相反,是整个英国普遍适用的法,这种法在 1066 年是不存在的。”^②那么普通法是如何形成的,又因何以程序为特征呢?其实这两个问题的答案是同一的,因为普通法的形成过程本身就足以说明程序何以在普通法中先于实体或者说先于权利而存在。

“普通法是在英格兰被诺曼人征服后的几个世纪里,英格兰政府逐步走向中央集权和特殊化的进程中,行政权力全面胜利的一种副产品”,^③但是,英格兰国王行政权力的胜利并不是通过彻底否定之前盎格鲁萨克逊人的习俗或惯例来武断地实现其对英格兰的集权统治,相反,“征服者威廉(这种称呼是不恰当的)想作为受信赖者爱德华王国的继承人而不凭借征服权统治英国”。^④因此,威廉国王在征服英格兰之后,明确宣布盎格鲁萨克逊法继续有效。其后的历史表明,英国法律的统一或者说普通法的形成实际上是

① 郑成良、杨云彪:“关于正当程序的合法性与合理性思考——兼及中国宪政制度的反思”,载《法制与社会发展》1999 年第 3 期。

② [法]勒内·达维德著:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984 年版,第 295 页。

③ [英]S. F. C. 密尔松著:《普通法的历史基础》,中国大百科全书出版社 1999 年版,第 3 页。

④ 同②,第 294 页。

通过司法审判的中央集权化获得实现的。在这个过程中,令状制度起到了决定性作用。

诺曼征服之后,英国的司法管辖权掌握在四类法院手中:郡法院、领主法院、教会法院以及皇家法院。“被称为郡法院(County Court)或郡分区法院(Hundred Court)的自由人大会适用地方习惯,即限于依照习惯决定当事人中哪一方应按照举证方式提出自己陈述的依据,而这种举证方式并不符合情理。诺曼征服后,郡分区法院或郡法院原则上仍是有管辖权的法院,但逐渐被新型的各种领主法院(男爵法院、民事法院、采邑法院)所取代,但后者也按纯属地方性的习惯法作出判决。征服后建立起来的教会法院实施全体基督教徒普遍适用的教会法。建立整个英国普遍适用的英国法,将是专属于皇家法院的任务,这些法院通常称为威斯敏斯特法院,以13世纪以来法院所在地的地名而得名”。^①通过以上历史资料,很容易看出促成普通法形成的“司法审判的中央集权化”其实就是皇家法院(或称王室法院)的管辖权逐步扩大直至包揽审判权的过程。这一过程在很多学者的著作中得以详细描述,如英国学者密尔松的《普通法的历史基础》以及法国学者勒内·达维德的《当代主要法律体系》。笔者在此处所关注的问题并不在于皇家法院如何形成以及其管辖权如何不断扩大的历史过程,而在于这种管辖权的扩大是以何种方式得以实现的,因为对这一问题的回答直接关系到普通法之“程序先于实体”传统的由来,也关系到正当法律程序最初确立之时所关注的真正焦点及其具体的涵义和要求。

皇家法院统揽英国的司法审判权是通过令状制度得以实现的。令状最早是由国王签发的用以授权郡长来审理不属于郡法院

^① [法]勒内·达维德著:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第294~295页。

管辖范围的案件^①，但我们此处所要考察的令状却是皇家法院本身的令状。由于早期的皇家法院只受理一些特殊的案件，如有关皇家财政的案件、有关土地动产和不动产占有的案件、有关王国治安的重大刑事案件^②。只是随着司法权的中央集权化，皇家法院受理的案件范围才不断扩大，但是对于私人来说，“把诉讼提请皇家法院审理并非一项权利，而是一项特权，必须请求赐给，皇家当局只是在慎重研究后才予以同意。原则上，请求赐给这项特权应向朝廷一位大臣即大法官申请发给命令状(breve)，根据命令状并向大法官公署缴纳费用，皇家法院即可受理。”^③

皇家法院的司法管辖权的扩大是随着增加发给令状的典型案件的数量而实现的，1285年的威斯敏斯特第二项法律准许大法官对类似案件发给命令状。但这也不是皇家法院扩大管辖权的惟一方式，允许提出特种案件(super case)之诉(actions on the case)就是其中一个非常重要的办法。特种案件之诉是指“原告在申诉书(declaration)中详述本案(case)事实，并要求皇家法官考虑这些事实而同意受理”，“随着时间的推移，这类案件逐步变得种类繁多，按其请求受理的事实性质，各有各的专有名称，如违约的损害赔偿之诉、诈欺之诉、非法占用财物的补偿之诉、过失之诉，等等”。^④

然而无论是基于令状提起的诉讼还是特种案件之诉，都导致了皇家法院对诉讼程序的极端重视。由于每种令状都有相适应的既定程序，如“确定应采取的一系列步骤，处理某些附带民事诉讼

① [英]S. F. C. 密尔松著：《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社1999年版，第24页。

② [法]勒内·达维德著：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第296页。

③ 同②，第298页。

④ 同②，第298～299页。