

法 学 专 题 系 列

谢佑平 著

刑事司法程序的 一般理论

D915.318
X484

法 学 专 题 系 列

谢佑平 著

刑事司法程序的一般理论

General Theory on Criminal
Judicial Procedure

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法程序的一般理论 / 谢佑平著. — 上海: 复旦大学出版社, 2003. 12
(法学专题系列)
ISBN 7-309-03840-1

I. 刑... II. 谢... III. 刑事诉讼—诉讼程序—法的理论 IV. D915.318.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 108922 号

刑事司法程序的一般理论

谢佑平 著

出版发行 复旦大学出版社

上海市国权路 579 号 邮编: 200433

86-21-65118853(发行部); 86-21-65109143(邮购)

fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

责任编辑 张永彬 李 峰

装帧设计 陈 萍

总 编 辑 高若海

出 品 人 贺圣遂

印	刷	句容市排印厂
开	本	850×1168 1/32
印	张	14.875 插页 1
字	数	373 千
版	次	2003 年 12 月第一版 2003 年 12 月第一次印刷
印	数	1—4 100

书 号 ISBN 7-309-03840-1/D·244

定 价 28.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

刑事诉讼活动是一项涉及民主政治、自由平等、权利义务、基本人权等重要内容的专业活动，有博大精深的理论。公正的刑事司法程序与刑事司法结果密切相关。一般说来，程序公正的要素包括程序的独立性、平等性、公开性、控权性、民主性和科学性。长期以来，我国刑事诉讼法学的研究被一些看似复杂的问题所困扰，如：司法应否独立，控辩应否平等，警检应否一体，司法审查应否推行，犯罪嫌疑人、被告人应否有沉默权，非法证据应否排除等。如果仅从实用的角度来讨论这些问题，将难以得出正确答案。本著用法理和哲学的眼光，对刑事司法程序的重大问题进行了系统研究，力图揭示其真谛。

目 录

第一章 司法公正与程序优先理论	1
一、实体与程序：司法公正的双重目标	1
二、法与司法：双重公正目标之关系辩证	7
三、程序优先理论的价值	11
四、程序优先理论的功能	19
第二章 刑事诉讼的起源及其本质	22
一、法律秩序的建立与维系	22
二、权益冲突的产生与类型	30
三、刑事诉讼的特征与本质	39
第三章 刑事诉讼的构造原则	46
一、控辩平等	46
二、控审分离	59
三、审判中立	73
第四章 刑事诉讼的基本模式	91
一、奴隶制、封建制时期的刑事诉讼模式	91
二、资本主义国家的刑事诉讼模式	95
三、社会主义中国刑事诉讼模式	102
四、历史视野与文化语境中的刑事诉讼模式	104
第五章 无罪推定原则评论	112
一、无罪推定原则的确立	112
二、无罪推定原则的本质	118
三、无罪推定原则发展的二律背反	126

四、无罪推定原则的例外	131
第六章 强制措施与司法审查	139
一、强制措施的性质与效用	139
二、司法审查：强制措施的风险防范	145
三、保释：嫌疑人的权利	163
四、刑事诉讼中的相应性原则	166
五、中国强制措施考察	175
六、程序法视野下的劳动教养制度	186
第七章 刑事辩护与律师制度	192
一、刑事辩护制度的理论基础	192
二、刑事辩护制度的历史嬗变	195
三、刑事辩护国际标准的内容	207
四、律师辩护的优越性	214
五、属性解读：律师职业透视	221
六、中国古代“辩护士”、“讼师”	246
七、中国律师辩护制度实证分析	265
第八章 证据与非法证据排除	276
一、证据的属性	276
二、刑讯逼供的防范	282
三、关于证人拒绝作证权	292
四、非法证据排除规则	299
第九章 侦、控、审关系与刑事程序的科学化	313
一、中国公、检、法关系评论	313
二、检警一体化：我国检警关系的反思与定位	324
三、模式与选择：中国侦查程序分析	334
四、检察监督原则的理性思考	348
五、诉审关系研究	356
六、陪审制度：司法公正与群众参与	376

七、诉讼期间与诉讼效率	387
八、一事不再理	402
第十章 司法裁判中的实体公正与程序公正	413
一、实体公正的不确定性	413
二、程序公正的确定性	426
三、司法公正的实现	437
四、司法改革与司法权威	444
参考文献	457

Contents

Chapter I	Theory of Impartiality of Justice and Procedural Priority	1
1. 1.	Substance and procedure; dual aims of impartiality of justice	1
1. 2.	Law and justice; explanation on relationship of dual impartial aims	7
1. 3.	Value of the theory of procedural priority	11
1. 4.	Function of the theory of procedural priority	19
Chapter II	Origin and Essence of the Criminal Proceedings	22
2. 1.	Foundation and maintenance of the legal order	22
2. 2.	Emergence and styles of the conflict of interests	30
2. 3.	Character and essence of criminal proceedings	39
Chapter III	Principle of Criminal Proceedings Structure	46
3. 1.	Equality of prosecution and defense	46
3. 2.	Separation of accusation and judgement	59
3. 3.	Neutrality of judgement	73
Chapter IV	Basic Mode of Criminal Proceedings	91
4. 1.	Criminal procedural mode in the period of slavery	

and feudality	91
4. 2. Criminal procedural mode in capitalistic states	95
4. 3. Criminal procedural mode of socialistic China	102
4. 4. Criminal procedural mode in historical view and cultural context	104

Chapter V Comments on Doctrine of Presumption of Innocence

.....	112
5. 1. Establishment of the doctrine of presumption of innocence	112
5. 2. Essence of the doctrine of the presumption of innocence	118
5. 3. Antinomy of the development of the doctrine of presumption of innocence	126
5. 4. Exception to the doctrine of presumption of innocence	131

Chapter VI Compulsory Measure and Judicial Review

6. 1. Nature and effectiveness of compulsory measure	139
6. 2. Judicial review: risk prohibition of compulsory measure	145
6. 3. Bail; right of suspect	163
6. 4. Corresponding principles in criminal proceedings	166
6. 5. Investigations on Chinese compulsory measure	175
6. 6. Rehabilitation-through-labor system in the view of procedural law	186

Chapter VI Criminal Defense and Lawyer System	192
7.1. Theoretic base of the criminal defense system	192
7.2. Historical evolvement of the criminal defense system	195
7.3. Contents of the international standard of criminal defense	207
7.4. Advantages of lawyer defense	214
7.5. Unscrambling the attributes; perspective of lawyer profession	221
7.6. "Advocate" and "pettifogger" in ancient China	246
7.7. Positive analysis on Chinese lawyer defense system	265
 Chapter VII Evidence and Illegal Evidence Exclusion	 276
8.1. Attribute of evidence	276
8.2. Prevention from extorting a confession by torture	282
8.3. Right of witness to refuse to testify	292
8.4. Rules of illegal evidence exclusion	299
 Chapter IX Relationship among Investigation, Prosecution and Judgement and Scientific Regulation of the Criminal Process	 313
9.1. Comments on the relationship among Chinese public security organs, procurator departments and courts	313
9.2. Integration of procurator and police; reflection and orientation of the relationship between our	

procurator and police	324
9. 3. Mode and choice; analysis on Chinese investigative procedure	334
9. 4. Rational consideration on the principle of prosecutorial supervision	348
9. 5. Research on the relationship of prosecution and judgement	356
9. 6. Jury system; justice impartiality and mass involvement	376
9. 7. Time periods of process and efficiency of process	387
9. 8. Principle that none should be twice harassed for the same cause	402

Chapter X Substantial Justice and Procedural Justice in Judicial

Decision	413
10. 1. Uncertainty of substantial justice	413
10. 2. Certainty of procedural justice	426
10. 3. Realization of judicial justice	437
10. 4. Judicial reform and judicial authority	444

第一章 司法公正与程序优先理论

司法公正包括了实体公正和程序公正两层涵义。实体公正指判决结果对案件真实情况的准确再现以及法律适用的正确无误。程序公正指在整个司法过程中公正地对待作为当事人的冲突主体,保证冲突主体能够和充分地表达自己的愿望、主张和请求及其行为的空间。实体公正与程序公正两者是辩证统一的,在司法实践中,完整的司法公正,两者不可或缺。

一、实体与程序：司法公正的双重目标

司法,是国家权力通过法律适用形式在社会纠纷解决领域进行的活动,是国家“为当事人双方提供不用武力解决争端的方法”^①。在法制社会中,司法被视为救治社会冲突的最终、最彻底的方式,社会成员间的任何冲突在其他方式难以解决的情形下,均可诉诸法院通过司法审判裁决。合法的裁决以国家暴力为后盾,具有显著的强制性。“司法最终解决”的原则,要求司法必须是公正的。司法制度或程序真正永恒的生命基础在于它的公正性。“任何社会冲突,都包含着对某一社会公正原则的扭曲,因此,

^① 英国法学家金斯顿伯格在《公正的概念》中谈到这是法治的含义之一。参见张文显:《当代西方法哲学》,吉林大学出版社1987年版,第206页。

矫正这种现象必须有公正的意识、公正的评价和公正的力量”^①。普鲁士国王弗里德里克二世在历史上虽然不是一个尊重法律的典范，但他也曾说过：“如果非正义找到了扰乱事务的手段，那么正义就应当有排除这种扰乱的艺术。”^②从诉讼主体的角度看，任何冲突的主体都必然在形式上强调自身行为和要求的正当性，对这种对立的“正当”作出裁判，必须有真正公正的标准。因此，司法公正，实质上有两层涵义：一是实体公正，二是程序公正。

司法公正，包括实体公正和程序公正，两者是辩证统一的。实体公正有赖于程序公正，程序公正是追求实体公正的手段，不公正的程序是难以实现实体公正的。从另一方面讲，程序公正并不意味着必然会有实体公正，在正当程序下仍有出现冤假错案的可能性，因此，程序公正和实体公正是不可偏废的，两者统一才能实现真正的司法公正。

然而，由于在价值追求上的特殊性以及可供实现目标的资源相对稀缺性，实体公正与程序公正各自实现过程中难免产生分离与冲突。在两者发生冲突的情况下，如何认识和处理两者的关系，实际上涉及如何认识程序法与实体法以及程序与实体的关系问题。

关于实体法和程序法的关系，历来存在两种针锋相对的观点：第一种观点，也是传统观点认为，程序法只是实体法的助法或者说是附法，程序法的所有价值和功能就在于为实体法内容的实现提供手段或工具。英国功利主义法学派代表人物边沁曾经形象地将程序法与实体法的关系比喻为“主人”与“侍女”的关系。“在司法

① 顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，四川人民出版社1991年版，第64页。

② [法]让·文森、塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国法制出版社2001年版，第3页。

上,程序法被定义为‘使法律权利得以强制执行的程序形式,而不同于授予和规定权利的法律;它是法院通过程序来管理诉讼的法律;它是机器,而不是产品’。”^①“法一般分为实体法与程序法,实体法从常识来讲就是以‘应当如此’的法律关系为内容,提示什么是实体正义的规范;与此相对,程序法则被理解为规定如何实现实体法内容的手段性规范。程序法可以包括各种各样的规范,但其中心部分则是规定民事和刑事诉讼程序的法律规范。由于程序法作为手段、工具的性质,有时被称之为‘助法’或‘附带性规范’。”^②这种观点是一种典型的“重实体、轻程序”的程序工具主义甚至是程序虚无主义观。按照这种观点,程序法实际上成为实体法的附庸,程序不过是发现实体真实的手段,本身没有任何独立的价值,程序本身不是“作为自主和独立的实体而存在的,它没有任何可以在内在品质上找到合理性和正当性的因素”,结果有效性是评价一般法律程序优劣的惟一标准。英国功利主义哲学家边沁是这一学说的代表人物,正如他明确指出的,“对于法的实体部分来说,惟一值得捍卫的对象或目的是社会大多数成员的幸福的最大化。而对于法的附属部分,惟一值得捍卫的对象或者说目的乃是最大限度地把实体法付诸实施。”^③

程序工具主义理论的根本特征是“重实体、轻程序”,其预设的前提是实体法本身是完美无缺的,程序法的惟一功能和任务就是保证实体法的内容得以实现,其间无需法官通过程序法创制新的实体法规则,“这里表现出一种思想,即以完美无缺的实体法为前提,程序仅仅是以判决的方式产生出其结果来的机械性过程或就是这个机械本身。孟德斯鸠作为法治理想而描绘出来的所谓‘自

① 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第725页。

② [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第6页。

③ 陈瑞华:“法律程序价值观”,载《中外法学》1997年第6期。

动售货机’式的法官,正是这种程序观念的象征。”^①据此,可以逻辑地延伸出两项结论:一是排斥程序法创制实体法的造法功能。既然实体法已经是完美无缺的了,那么就没有必要再由程序法来补足,因此,反对法官通过程序法在某种程度上弥补实体法的不足,并创制实体法。二是一旦程序法的要求与发现实体真实的目的相违背,则必然导致为追求实体目的而轻易抛弃程序法的要求。由于将程序法仅仅视为手段和工具,因此,当工具性价值和目的性价值发生冲突的时候,当然是毫不犹豫地放弃工具价值。例如当通过刑讯逼供获取的被告人口供具有证明价值时,是允许使用该非法获取的证据来指控被告人呢,还是遵循非法证据排除规则的要求,否认其具有证据能力?程序工具主义往往会毫不犹豫地选择前者。

美国学者德沃金曾对程序工具主义理论作过一些修正,这些修正体现为追求一些非工具性的价值目标:其一,无辜者免受定罪;其二,被告人应获得受到公正审判的权利。这两项价值目标都是基于个人道德权利并考虑到正义的要求而提出的。他指出,奉行绝对工具主义的司法系统为了获得正确的判决而不惜一切代价,如用刑讯手段逼供严重侵害了被告人的“道德权利”,或为了惩治犯罪给本来无辜的人定罪,与正义原则背道而驰。德沃金指出,功利主义强调社会大多数成员幸福最大化,是一种集体性目标,具有综合性,属于政策;而他提出的尊重个人或团体的权利,是一种个体性权利,具有分配性,属于原则;不能因实行政策而改变原则。并且他还指出,在所有的个人权利中受尊重和关怀的权利是最重要的。相对工具主义程序理论,虽然为法律程序设定了功能性和公正性两套价值标准,从而在理论上前进了一大步。但是,由于其

^①〔日〕谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第6页。

仍然坚持了程序工具主义的基本立场,因此,其理论的价值意义就非常有限,因为一旦当功利与正义发生矛盾时,按照德沃金的观点,正义仍然需要让位于功利,这就使其所提出的两项限制性目标不可能得到真正实现^①。

正是基于第一种观点的理论缺陷,有学者指出,第一种观点对程序法价值和功能的认识是相当片面的。该观点认为,程序工具主义理论关于实体法完美无缺的假定是不成立的,“实现实体法内容的方法归根结底是由程序法所规定的诉讼过程,实际上程序法对这个过程进行的调整结果总会归结到实体法上去。换言之,诉讼的实际结果由于诉讼程序或具体过程的差异可以有极大的不同。于是,从这个角度出发,就出现了另一种思想,认为程序法并不是助法,而是具有实体内容形成作用的法的重要领域。实体法上所规定的权利义务如果不经具体的判决就只不过是一种主张或‘权利义务的假象’,只是在一定程序过程产生出来的确定性判决中,权利义务才得以实现真正意义上的实体化或实定化。即使从关于实体法与程序法关系的传统观点出发来看,今天的实体法放弃法律完美无缺的神话,而更多地依赖于程序过程中法官的判断这一点也已经是事实。拿破仑所谓用一部包罗万象的法典即可以调整世间一切事物的豪言壮语已失去了意义,民法典越来越依靠被称为‘一般条款’的立法技术来维持其体系性。作为一般条款的诚实信用、权利滥用、正当事由或重大事由等概念本身并不具有明确的内容,只是在每个个别的案件处理中由法官赋予其具体含义。”^②换句话说,实体法本身的不确定性,决定了其实施必须依赖于程序法的补足。实际上,从法律形态演进的历史进程考

① 陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,第231页。

② [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第6—7页。

察,程序法并非如边沁等所说的是实体法的“侍女”,相反,程序法乃是实体法发展的母体,程序法先行于实体法,实体法是从程序法中派生而出的。

从历史上看,诉讼的功能即使在原始社会的早期也已经存在。有社会就会有纠纷,因为利益纷争引发的社会冲突在任何一个社会里都是普遍的,统治者的首要任务就是平息、消弭冲突与纷争。冲突的频繁发生,使在社会中以某种形式存在着的权力及其支配者们,认识到对于公共事务的管理一味地通过暴力是不可取的,为此就有了通过一定的社会制度来解决纠纷的必要。可以说,纠纷解决机制的孕育、产生,是社会自身为了防止分裂所具有的本能性自卫作用的体现。此时,握有权力者实际上就作为法院发挥了作用。而且,他们又出于保持社会安定的本能,倾向于对一定种类的纠纷采取大致相同的解决方法,社会的组成人员对此承认并形成特定的期待。长期演化的结果是,只要没有特殊的情况,当权者反而逐渐要受这种纠纷解决方式的拘束。正是经过了这样的过程,实体法才得以形成。这种实体法的形成发展并非想像中的遥远的原始社会的故事,而是在今天实体法的发展阶段上也能够看到的现实^①。最突出的例证是在古罗马时期,许多实体权利实际上是由诉权改造而来的。在近代,德国民法典的制定,实际上也是通过将罗马法中的各种诉权转换成“请求权”并进行整理统一之后才完成的。在当今社会,一方面社会的发展日新月异,作为规范社会生活而制定的实体法往往应接不暇,法律的滞后性弊端暴露无遗;另一方面,个人权利意识的不断觉醒,呼唤更加完备的权利保障法律体系。在这种情况下,通过程序法的运作创设新的权利类型,就成为推动法律发展以及人权

^① [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第68页。