

呢?与其他事物一样,刑事诉讼原理亦应具有原理的一般特征。因此,刑事诉讼原理是指总结人类刑事诉讼实践而提炼出来的体现刑事诉讼基本规律的理论。

对于本书研究的刑事诉讼原理,应当说明以下几点。

首先,刑事诉讼原理是诉讼原理的重要组成部分。原理、诉讼原理、刑事诉讼原理是处于三个不同位阶层面、内涵呈递进关系的关联概念。诉讼原理着重诠释与分析刑事、民事、行政诉讼所共有的基础性的规律,从这个角度看,诉讼原理适用于刑事诉讼;而刑事诉讼原理则是从刑事诉讼中提炼与总结出来的基础性理论,它既是诉讼原理在刑事程序中的延伸和具体化,又是刑事诉讼特殊性的体现。换言之,从哲学角度看,诉讼原理与刑事诉讼原理之间的关系,是普遍与特殊、一般与个别、共性与个性之间的关系,两者虽然有着紧密的联系,但又存在明显的区别。这里研究的,主要是区别于民事、行政诉讼的刑事诉讼原理。

其次,关于刑事诉讼原理的研究,着重点是刑事诉讼中基本的具有普遍意义的共性问题。尽管世界各国的历史传统、政治经济制度、社会发展程度不同,但基于人类社会生活的共同性与一致性,各国法律制度包括刑事诉讼法律制度都普遍“存在着一些最低限度的正义要求:这些要求独立于实在法制定者的意志而存在,并且需要在任何可行的社会秩序中予以承认”^①。提炼、抽象、概括、归纳刑事诉讼中具有规律性的理论与规则,就是刑事诉讼原理研究面临的课题。刑事诉讼原理应当是超越国别、法系界限的,许多内容不仅为各国宪法或刑事诉讼法所明确规定,而且还写入了相关的国际条约,其中影响最广、内容最全面的是合称“国际人权宪章”的三个文件:《世界人权宣言》《经济、社会和文化权利国际公约》《公民权利和政治权利国际公约》。这些文件与《联合国宪章》、其他国际公约,以及联合国下属机构制定的专门性法律文件,如《关于司法机关独立的基本原则》《关于检察官作用的准则》《囚犯待遇最低限度标准规则》等,一起构建起刑事诉讼国际准则的体系与基本要求。这些也是刑事诉讼原理要研究的主要内容。只为个别国家所独有或独创的具体制度,不是刑事诉讼原理研究的重点。譬如,刑事诉讼原理并不重点阐释法国的预审法官制度、日本的起诉状一本主义等,而是通过这些具体制度阐明其背后体现出的理念。

再次,刑事诉讼原理的形成与发展是一个动态的历史变迁过程。从时间维度上看,在不同的历史阶段、不同的社会类型中,存在着不同的刑事诉讼制度及与之相对应的刑事诉讼司法实践。由于刑事诉讼制度及与之相对应的刑事诉讼司法实践的不同,从其间提炼出的刑事诉讼原理自然也不尽相同。因此,可以说,刑事诉讼原理不是静态的、恒定不易的,而是一个动态的历史变迁过程。如果从历史的角度考察刑事诉讼原理的发展历程并展开论述,是一个过于庞大的课题,远非本书所能承载和负担。基于此,在此所研究的刑事诉讼原理虽然也会论及历史,但主要着眼于其现实,着眼于现代特别是20世纪中期以来世界各国刑事诉立法、司法及理论研究所反映或总结出来的基本规律。同时,考虑到我国刑事诉讼制度发展和演变的特殊情况,尽管也会论及国内立法与司法实务,但其并非刑事诉讼原理研究的重点。

还有,刑事诉讼原理是一个有机的体系。无论是从结构功能主义的角度审视,还是从系统论的角度观察,刑事诉讼原理都是一个完整的体系。从抽象层面看,这些原理往往表现为高度概括的思想、理论、原则;从具体层面看,则表现为一系列与之相配套的制度设计。其

^① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第273页。

中,前者是内在的灵魂和精髓,后者是外显的表征和体现。在这里展开的分析中,一方面要对相关的思想、理论、原则进行阐述,另一方面还要结合各国刑事诉讼的具体制度设计进行论证,以此增强研究的说服力和理论厚度,同时也力图全景式地勾勒出刑事诉讼原理的理论体系。

最后,刑事诉讼原理研究的视角是多元的、立体的。不同的论者基于不同的立场、不同的标准,对同一对象往往会得出不同的结论。长期以来,受形而上学思维方式的影响,在理论研究中,总是习惯性地认为一个问题只有唯一的真理性认识,其他认识要么是错误的,要么是肤浅和片面的。由此,进行学术论争时,往往习惯于用谁对谁错的标准来衡量。事实上,这种思维既不符合主体把握客观对象的认知规律,也与社会科学自身的秉性相悖。根据认识论,客观对象往往是内含多重要素和属性的复合结构体,而主体对客观对象的认识,总是受视角和时空限制的。因此,任何理论认识都不可能构成穷尽客观对象全部方面的终极真理。况且,任何社会科学理论都讲究内在的逻辑自治性和首尾一贯性,而客观对象往往呈现出截然不同甚至相互对立的属性和规律,所以,一种视角往往只能从某一方面揭示客观事物的属性和规律。这里进行的刑事诉讼原理的研究也不例外。

二、研究的目的与意义

学术研究的理想境界,是具备能够对接三个不同领域的“三栖”能力:一是能够对接学术界,以保持理论的高度与学术的深度;二是能够对接决策层,以为决策政策的制定提供理论支撑与专业意见;三是能够对接实务界,以通过对实务的认肯与总结、反思与批判,引导实务并促使各种弊端与缺憾的革除。概言之,即理论层面的学术意义与实践层面的功利价值两方面。基于此,刑事诉讼原理研究的目的与意义,也可以从这两方面来分析。

首先,研讨刑事诉讼原理研究的学术价值,需要阐明两个问题:一是刑事诉讼原理研究在整个刑事诉讼理论体系中的地位;二是理论界对刑事诉讼原理的研究现状。

就第一个问题而言,众所周知,刑事诉讼法学的研究对象是刑事诉讼法、刑事诉讼实践以及刑事诉讼的法理学问题。与此相对应,形成了注释刑事诉讼法学、对策刑事诉讼法学和刑事诉讼法理学。注释刑事诉讼法学的任务是注释现行刑事诉讼法,为了将一般的刑事诉讼法律规范正确运用于各具体案件,以实现立法意图,注释刑事诉讼法学是必不可少的。然而,在刑事诉讼法的实施中,会出现各种各样的具体问题,立法与司法的错位是不可避免地客观存在着的。为尽可能缩减立法与司法之间的错位,从而避免在其超过一定限度时刑事诉讼对维护法律秩序所可能产生的负作用,就需要对法学提出缩减立法与司法错位的对策。但是,从根本上避免刑事诉讼立法与司法之间错位可能对法律秩序导致的危害,尚需探究刑事诉讼的内在规律性,探究刑事诉讼的目的与构造、刑事诉讼中的法律价值及成为其背景的因素。这属于刑事诉讼法理学的研究对象。这些掩藏于法律条文背后的具有普遍意义的要素,具有稳定性和历史继承性,从而不仅使各国刑事诉讼具有共同性,而且使一个国家的刑事程序具有历史连续性。忽视它们,就不会有发达、系统、完备的注释刑事诉讼法学和对策刑事诉讼法学,也难以有良好的刑事诉讼立法和司法实务。因此,可以说,不论从刑事诉讼法学体系本身而言,还是从刑事诉讼法学理论对于刑事诉讼立法及司法实务的指导作用而言,刑事诉讼法学理论研究趋向成熟的标志,应当是上述完整意义上的刑事诉讼法学的

发达。如前已述,刑事诉讼原理是关于刑事诉讼中基础性规律的学说,是从刑事立法及司法实务中抽象、提炼出来的具有普遍意义的基本理论。因此,原理的研究在整个刑事诉讼法学研究中居于基础和核心的地位。可以毫不夸张地说,刑事诉讼原理的研究能够客观反映一个国家刑事诉讼法学研究的整体水平。如果将刑事诉讼理论体系比喻为一座大厦,则原理的研究无疑是这座大厦的基础;如果期望大厦能弥高弥固,就必须夯实刑事诉讼原理这一基础。由此,可以推定,关于原理的研究不全面、不深入,则刑事诉讼理论研究的整体水平必然不高,与此相对应,则刑事诉讼立法的科学化、现代化必然深受影响,而刑事司法实践的状况也必然不尽如人意。

就第二个问题来说,我国理论界对刑事诉讼原理的研究尚有欠缺。新中国成立以来,我国刑事诉讼法学的发展,经历了1949年至1956年的创建和初步发展时期,1957年后期至1965年的基本停滞时期,1966年至1976年的停顿时期和1976年10月以后的复苏和发展时期。在前三个时期,完整意义上的刑事诉讼法学研究的发达是不可能的。1976年10月以后,特别是随着《中华人民共和国刑事诉讼法》的颁布,我国刑事诉讼法学研究出现了前所未有的新局面。这不仅表现在其间对20世纪50年代后期到十年动乱年间曾受到粗暴批判和简单否定的刑事诉讼原则、制度重新予以肯定性评价,对刑事诉讼理论的一些基本问题如诉讼原则、证据制度和理论等进行了探讨,以及许多建议被有关立法或司法机关制定的有关立法及刑事诉讼法实施细则所吸收或确认,而且表现为理论研究从以解释法律为主逐渐转向针对刑事诉讼法实施中的问题提出完善立法和改进司法的对策,并开始了刑事诉讼法理学的探讨。^①这种格局的出现,表明我国刑事诉讼法学的研究已向更广阔的领域和更深的层次发展,我国刑事诉讼法学研究步入繁荣时期。

尽管如此,在我国刑事诉讼法学理论研究中,关于刑事诉讼原理的研究仍然显得薄弱:一方面,有些研究总体而言深入不够,有些缺乏对刑事诉讼原理的整体把握和宏观建构;另一方面,刑事诉讼的诸多基础性理论,如诉讼客体、诉讼行为、诉讼条件等,尽管在许多国家如德国、日本已经有了相当长时间的系统研究和丰富的理论成果,但在我国学术界,这些问题的研究基本上还处于空白状态。基于上述,从整体上对刑事诉讼原理的相关内容梳理和阐释,对于丰富和完善我国刑事诉讼理论体系,具有十分积极的意义。

其次,关于刑事诉讼原理研究的实践意义和功利价值,主要体现在为我国刑事诉讼立法的修改与完善及司法实务的改进提供理论支撑。理论来源于实践,反过来又对实践具有指导作用。刑事诉讼原理是对刑事诉讼立法及司法实践进行理论提炼的产物,来源于实践,也应当服务于实践,否则,学术研究就会失去生存与发展的土壤,成为无源之水、无本之木,丧失应有的生机与活力。与此相对应,我国刑事程序的制度设计也需要深厚的理论研究作指导。经验表明,刑事诉讼立法中存在的问题,都与理论研究,特别是刑事诉讼原理研究的缺失或对相关原理的理解偏误有关;实践中出现的诸多问题的解决,也都涉及相对应的刑事诉

^① 我国刑事诉讼法理学研究初期的代表性成果有:《刑事诉讼目的论》(中国政法大学1992年度博士学位论文,中国政法大学图书馆藏书;中国人民公安大学出版社1995年版)、《刑事诉讼构造论》(中国政法大学1991年度博士学位论文,中国政法大学图书馆藏书;中国政法大学出版社1992年版)、《刑事诉讼职能论》(中国政法大学1992年度博士学位论文,中国政法大学图书馆藏书)、《刑事诉讼效率论》(中国政法大学1996年度博士学位论文,中国政法大学图书馆藏书;中国政法大学出版社1999年版)、《刑事审判原理论》(中国政法大学1995年度博士学位论文,中国政法大学图书馆藏书;北京大学出版社1997年版),以及相关学术论文。

讼原理,需要原理的支撑。因此,系统、深入地研究刑事诉讼原理问题,无疑具有十分重要的实践意义与功利价值。

三、研究的主要方法

从规范意义上审视,研究方法是指在分析客观对象、揭示事物内在规律过程中使用的工具和手段。如果说刑事诉讼理论体系是一座大厦,则研究方法无疑是构建这座大厦的工具和手段。任何理论体系之诞生都是科学研究方法催生的产物,没有科学的方法,就没有科学的理论。在某种意义上讲,是否有科学的研究方法以及科学方法运用的广度与深度,是衡量一门学科是否成熟的标准与尺度。

刑事诉讼研究,必须求助于科学的研究方法。作为一种哲学思维工具,辩证唯物主义与历史唯物主义在社会科学研究中具有普适性,也是进行刑事诉讼原理研究应当秉持的基本立场与方法。然而,法学研究,特别是法学理论研究,还应根据研究对象之特殊性,采用具有操作性的研究方法。本书特别关注了三种研究方法:一是文献研究法;二是思辨的方法;三是比较的方法。

(一) 文献研究法

所谓文献研究法,是指根据研究对象之内容,对相关文献进行收集、整理、鉴别,进而形成对研究对象之科学认知的方法。在汉语词汇中,“文”指文本,“献”指口头相传的东西,文献则泛指记录有知识的一切载体。2010年2月1日实施的中华人民共和国国家标准《文献著录第1部分:总则》将“文献”分成了普通图书、连续性资源、非书资料、档案、测绘制图资料、古籍、乐谱、电子资源等八大类,这一最权威表述也理应是研究刑事诉讼原理可利用的全部资料范围。然而,从现实性角度考量,文献研究法主要着眼于对期刊、图书资料的运用。

刑事诉讼原理研究中的文献研究法,主要指通过对学术论文、著作及其他研究成果中有关知识之收集、归纳、分析,结合研究主体之理解,发现有关刑事诉讼内在基本规律的新现象、新事物,揭示与阐发具有普世性的新理论、新观点,进而丰富刑事诉讼基本理论,弥补学术研究之不足。在我们看来,之所以要进行文献研究,理由在于包括法治文明在内的人类文明既是当下社会赖以存在的基础与前提,更是人类探索未知世界、开展科学研究的起点,只有“站在巨人的肩上”,才能登高望远,不断前行。刑事诉讼原理研究中采用文献研究法,要求做到以下几点:一是科学界定研究之内容。反映人类文明之文献浩如烟海,因而积累文献应该有明确的指向性,只有将刑事诉讼基本原理的内涵与外延清晰界定,才可能“大海捞针”,找到有用的资料与成果为我所用。二是广泛搜寻相关文献。文献研究之最大特点在于可超越时空之限,尽情徜徉于人类文明的知识宝库,但没有翔实的文献,这一切都无从谈起,因而必须穷尽可能的方法收集有关刑事诉讼原理之资料。三是系统整理提炼已有之文献。文献是一种客观存在的知识载体,对研究者而言,对研究对象内在规律之揭示具有间接性与零散性,这就需要研究者采用一定方法进行整理与提炼,客观展示学界已有成果,夯实进行更深入研究之基础。四是运用思辨方法完成对研究对象之再认识。文献研究最易陷入人云亦云、重复赘述的窠臼,避免这一缺憾最重要的手段在于思辨——思考已有研究成果,辨析真伪美丑,进而提出新观点并加以论证。这既是文献研究的最终目的,也是文献研究最重要

的环节与步骤。

本书在广泛收集、系统整理已有关于刑事诉讼原理研究之文献的基础上,瞄准学术研究之薄弱环节,力图有所建树,无论这一目标是否实现。若本书能至少在一定程度上开启刑事诉讼原理研究的新路径,则回应了“什么是你的贡献”这一学术研究的逻辑前提。

(二) 思辨的方法

“思辨”一词在《社会科学大辞典》中被解释为:“同‘经验的思考’相对,指不依赖于任何经验只进行纯概念和纯理论的思考。”^①这一定义并非本书所使用的含义,在我们看来,思辨在本质上是一种抽象的或曰定性的研究方法,立基于文献资料与实践经验的基础上,通过对一系列概念、术语、范畴、命题及定理等的学术解释,完成新观点、新理论之提出。这正如谢晖教授指出的那样:“法思辨并非主观任性,而是见诸经验的超经验建构。”^②

从起源上看,思辨方法来自古希腊。当时的一些智者,如苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等,运用抽象的概念、范畴去描述客观世界之真实图景,形成了多门学科如伦理学、政治学乃至法学的理论体系。古代中国的《易经》《道德经》及古代印度的一些宗教法典,都在不同程度上闪烁着思辨的色彩。思辨方法的真正勃兴,起源于18世纪以后的以莱布尼茨、费希林、谢林、黑格尔等为代表的思辨哲学家,他们的哲学是“试图从概念中推出实在,使客观世界的发展服从于人的思维构造出来的一般法则的哲学”^③。马克思在青年时代深受黑格尔思想影响,在论著中就曾经借用黑格尔在分析刑法思想时所使用的这种思辨的表述方法。^④此后,思辨的方法逐渐为许多学者自觉使用,并成为人文社会科学中最重要、最常见的研究方法之一。

在刑事诉讼原理研究中运用思辨方法,是丰富与发展刑事诉讼法学的必然要求。如前已述,刑事诉讼原理研究着重于对刑事诉讼基本规律的分析阐释,不是对刑事诉讼法律规范的注释性研究,也不是对刑事司法实践的简单描述与分析,其关注焦点在于揭示隐藏在法律条文和实践表象之下的基础理论、思想及原则。这一研究目标之实现,必须借助于抽象思维,通过对相关概念、范畴、理念等的深入研究和有机整合来实现,而这正是思辨方法在学术研究中的直接运用。因此,关于刑事诉讼原理的研究,无论是有关刑事诉讼理念、刑事诉讼原则、刑事诉讼构造的阐释,还是有关刑事诉讼基本要素、刑事程序准则的分析,都应避免对法律条文和司法现象进行简单阐释,而应从根本入手,从深刻影响和制约刑事诉讼立法构建与司法运作的基本点出发,总结普适性规律,完成知识增量意义上的学术贡献。

当然,思辨方法也有弊端。即与思辨方法形影相随的,是过于偏重这种方法可能会导致研究脱离经验与现实,成为一种超验和空想,乃至主观臆断。对此,费尔巴哈早就深刻地指出:“所谓思辨的哲学家不过是这样一些哲学家,他们不是拿自己的概念去符合事物,而是相反地拿事物去附会自己的概念。”^⑤为了避免陷入这一研究窠臼,就应在运用思辨方法时,将形而上之研究与形而下之分析有机结合起来,杜绝论证时的简单化与空心化。譬如,在阐

① 彭克宏主编:《社会科学大辞典》,中国国际广播出版社1989年版,第85页。

② 谢晖:《法的思辨与实证》,法律出版社2001年版,第3页。

③ 夏征农主编:《辞海(缩印本)》,上海辞书出版社2002年版,第1580页。

④ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第140—141页。

⑤ 《费尔巴哈哲学著作选集》(下卷),三联书店1962年版,第526页。

述刑事诉讼某一原则时,就应考虑引证国内外刑事诉讼法典和国际条约、国际刑事司法文件中的相关规定,列举司法实务中的具体做法,使研究结论言之有理,论之有据,具有说服力。

(三) 比较的方法

科学研究中,比较是一种常见的研究方法。有比较才能分优劣、见长短,才能不断发现真理、论证真理,进而发展真理。比较方法在法学研究中具有十分悠久的历史,法国著名比较法学家勒内·达维德很早就指出:“对不同地区的法制进行比较研究,其历史同法学本身同样古老。”^①正是由于比较方法在法学研究中的广泛应用,才产生了一门新的学科——比较法学。

在我国刑事诉讼原理研究中,比较方法之运用早就相当普遍,但直至20世纪90年代前,既往的比较受制于意识形态之束缚,大多流于粗浅和表面化,范围也比较狭窄,且由于论证不充分,得出的结论往往过于偏颇,难以令人信服。^②进入90年代后,随着理论研究的逐步成熟与域外学术成果的大量引介,比较研究才得以冲破意识形态束缚被广泛使用,并随之出现了一些有分量的刑事诉讼法学专著。

“人们不能够对不可能比较的事物作出比较,而在法律上只有那些完成相同任务、相同功能的事物才是可以比较的。”^③刑事诉讼原理以各国刑事程序中的基本规律为研究内容,显然属于可以比较的对象。运用比较方法进行研究,是一种全方位、多角度的观察对比。既有理念层面的阐释论证,也重视制度层面的列举分析。从广度看,既有溯古及今的对比,更多的还是中国与外国、英美法系与大陆法系、各法系内部不同国家之间的对比;从深度看,既有微观的特写式对照,更侧重宏观的全景式审视;从高度看,既有对国内外学者研究成果的分析评述,但更重视思辨基础上新观点、新主张之提出。只有通过比较式分析,才能以宽容的心态与前瞻之视野揭示刑事诉讼原理的基本内容,达至引进和吸收一切优秀理论成果,丰富学术研究的目的。

在运用比较的研究方法时,可能会遇到两个问题:一是为国外制度设计和理论研究所广泛认可的一些原理性内容,可能在我国刑事诉讼法中没有规定,譬如沉默权规则,或者即便有规定,也立意迥异,相去甚远,如法院统一定罪原则。此时进行比较就存在一个基点和立场的问题。对此,“如果人们在进行比较法研究工作时在国外法当中‘找不到任何东西’,这首先意味着,人们必须对自己的‘原始问题’进行反思,并且必须清除本国体系的一切教条主义的成见。”^④二是比较法学研究同样存在无法克服的内在缺陷。著名比较法学家格拉斯费尔德在其《比较法的力量与弱点》一书中列举了这样一个例子,即对“圈出”(field out)与“圈入”(field in)规则——即应由庄稼种植者还是由放牧者围栅栏——的研究,如果不知道该地区草原与牲畜情况,是会莫名其妙的。^⑤这就是说,比较法的运用往往只能通过对文本资料

① [法]达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第7页。

② 譬如,一些论著将资本主义国家刑事诉讼法与社会主义国家刑事诉讼法相比较、将国外的无罪推定原则与我国“以事实为依据,以法律为准绳”的原则相比较、将一些国家的沉默权规则与我国刑事诉讼法中的“如实供述”义务相比较,几乎无一例外地得出否定前者、肯定后者的结论。

③ [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第56页。

④ 同上书,第57页。

⑤ 转引自左卫民、周长军:《变迁与改革——法院制度现代化研究》,法律出版社2000年版,第19—20页。

的分析展开,不可能随时置身于具体的制度情景中去考察,对历史及国外情况的分析尤其如此。因此,比较研究具有很强的文本依赖性。为此,在进行比较时,应当尽可能收集相对准确完整的原始资料,尽量参考引用相对权威的文本资料,避免一叶障目,只见树木不见林。

四、研究的基本路径

基于对研究对象之理解与把握,本书共有六章。

第一章“绪论”,着重界定刑事诉讼原理研究的内容与对象,研究的目的与意义,研究的主要方法,以及研究的基本路径,阐明作者对本书研究的基本立场。第二章“刑事诉讼理念”,主要分析刑事诉讼中的实体正义与程序正义两个基本概念。第三章“刑事诉讼原则”,主要阐述刑事诉讼的原则体系,并结合国内外立法,有针对性地分析对刑事诉讼具有全局性影响的若干原则。第四章“刑事诉讼基本要素”,主要分析了构成刑事诉讼不可缺少的四种要素:主体、客体、行为和条件,在评介国外主要是大陆法系国家有关理论成果的基础上,提出了我们对主体、客体、行为和条件的若干新见解。第五章“刑事诉讼构造”,主要剖析了刑事诉讼中控、辩、审三方的地位及其相互关系,同时也论及侦查、起诉、审判各个诉讼阶段的排序与位阶等级。第六章“刑事诉讼程序”,主要阐述了分别适用于审前程序、审判程序的一些具体理念与原则,提出了改革我国刑事诉讼程序的一些新思路。

之所以作这样的路径设计,主要是想构建一个以诉讼理念为内核,以诉讼原则为主线,以诉讼基本要素与诉讼构造为基本分析框架,以诉讼程序理念和原则为归宿的刑事诉讼原理体系,以实现研究的体系化,避免研究内容零散、琐碎,形式上流于专题化。我们认为,诉讼理念是刑事诉讼中具有根本性的观念形态,是原理研究中最基础的内容,故应首先予以阐释和研究。诉讼原则是贯穿刑事诉讼全过程的指导性准则,对刑事诉讼立法与司法实务具有极其重要的规范意义,所以,应将其作为主线予以贯穿始终。刑事诉讼基本要素与诉讼构造是大陆法系国家刑事诉讼理论研究的重要课题,同时也是分析刑事诉讼得以展开的基本框架,必须在原理研究中将其置于重要地位。特别是诉讼要素,在我国刑事诉讼法学研究中属于薄弱环节,理应应做更加深入系统的分析。刑事程序的基本理念与原则是整个原理研究中最“形而下”的内容,也是与刑事诉讼立法修改、实务操作联系最密切的部分,刑事诉讼的理念、刑事诉讼的原则、刑事诉讼的基本要素及刑事诉讼构造,最终都要落实于刑事诉讼程序的具体理念与原则之中,因而,将其置于刑事诉讼原理研究的最后一部分,既合乎情理,也体现原理来源于实践,影响与反作用于实践的科学认知规律。

第二章

刑事诉讼理念

中文里的“理念”是英语“idea”一词的意译。“理念”是柏拉图哲学的核心概念,是指事物的原型或者说是永恒形态,而所有的现存事物都是对理念的不完全的模仿。其后,中英文中对于“理念”一词的运用大致上万变不离其宗,主要指一种完美的或指导性的观念形态。刑事诉讼理念的概念也是在这一意义上使用的。刑事诉讼是严重社会冲突的制度化解解决。与任何一种社会制度一样,正义同样是刑事诉讼的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。反过来说,我们之所以能够忍受一种不正义,唯一的正当理由也是需要用它来避免另一种更大的不正义。^①由此看来,正义理念恰恰是指导刑事诉讼制度建设的完美的观念形态。正义可以笼统地区分为实体正义和程序正义,但这种区分只具有相对的意义^②,多数人对实体和程序的理解往往带有一种经验的意味。实体正义主要关注于如何最好地分配和保护社会的实体性价值的问题。这些价值包括权力、财富、地位、秩序、和平以及一个社会所珍视的其他任何一种善。^③程序正义主要关注于为实现实体正义所采用的方法和程序是否有利于实体正义的实现,以及这些方法和程序本身是否符合一定的正义标准。在刑事诉讼领域,无论是实体正义还是程序正义,作为制度完善的指导性观念形态的只能是一种个别化的正义。这一点是由诉讼本身的特性决定的。在任何一种诉讼形态下,争诉双方都只能是对诉讼结果存在对抗利益的具体的、确定的当事人,因此,诉讼解决的只能是个别的法律问题,而不是一般性的社会矛盾。也正是诉讼所具有的这种把一般问题转化为个别问题、把价值问题转化为技术问题的方法论特征,使得普遍的社会矛盾得以掩盖,避免了由于直面面对各种社会矛盾而可能导致的国家政治体系的瓦解。

一、实体正义理念

刑事法领域的实体正义可以从很多角度去理解。例如,一个社会应当把哪些行为规定为犯罪以及社会应当对犯罪人施加什么样的制裁等等,都是实体正义应当解决的问题。但

^① [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第2页。

^② 例如,刑讯逼供所侵犯的是公民的人身权利,人身权利显然是一种实体权利,而且它可能导致对刑讯逼供罪的另案追诉,从这个角度来看,刑讯逼供可以成为一个实体问题。但是,在本案中,刑讯逼供行为的存在只是导致证据被排除的后果,它只具有程序上的意义。

^③ N. Gary Holten & Melvin E. Jones, *The System of Criminal Justice*, Boston Toronto: Little, Brown and Company, 1982, p. 54.

是,刑事诉讼中的实体正义理念却有着自身特定的含义,它是通过刑事诉讼过程而实现的实体正义。因此,刑事诉讼中的实体正义只能是一种结果正义,是以诉讼结果的面目实现的正义。

那么,刑事诉讼中的实体正义有哪些要求呢?概而言之,刑事诉讼运行的理想结果无非包括以下几个方面:第一,实施犯罪行为的人被判决有罪;第二,无辜的人不受定罪;第三,有罪的人得到与其罪行相当的惩罚。作为一种完美的观念形态,实体正义理念包括这三个方面的要求。然而,在现实的刑事诉讼运行过程中,由于主客观条件的限制,这三个方面并不总能同时得以实现,尤其是第一个方面和第二个方面之间,似乎永远是一对矛盾,而放弃了其中的任何一个方面,都只能导致实体上的不正义。但是,正如罗尔斯先生所说的,如果我们可以用一种不正义来避免一种更大的不正义,那么,这种不正义是可以容忍的。这意味着,在不能实现完美的实体正义理念的情况下,可以以牺牲一种较小的不正义的方式来避免一种较大的不正义。也就是说,在实体正义的这三个方面的要求中,可以通过牺牲一种价值而成就另外一种更重要的价值。这产生了对三种实体价值目标的位阶进行排序的需要。

(一) 位阶排序

从逻辑上讲,第三个方面的要求总是附属于第一个方面的要求,也就是说,相对于罪刑相适应的要求,对有罪的人定罪的要求更为根本。从这个角度来说,我们可以暂不理睬第三个方面的要求,而先对第一个方面和第二个方面的要求进行比较,只有在得出对有罪的人定罪的要求优于保障无辜的要求的结论之后,才产生了将第二个方面与第三个方面的要求进行比较的必要。当然,如果结论是保障无辜优于对有罪者定罪,那么,这种比较的必要性也就不存在了。但是,第三种实体价值的牺牲,无论如何也不会促进前两种实体价值的实现,它与另外两种价值的比较是无意义的,而保障无辜与惩罚犯罪之间却存在一种相克相生的关系,一种价值的实现往往以另一种价值的牺牲为条件,一种价值的牺牲也可能会导致另一种价值的实现。因此,实体正义第一个方面和第二个方面要求之间的关系,即保障无辜与惩罚犯罪的关系,是刑事诉讼实体价值目标之间的核心关系。到底惩罚犯罪与保护无辜两种价值之间何者更为重要或者说何者更为根本,远不是一个有着简单答案的选择题。在此,选择惩罚犯罪的根据作为分析的切入点。之所以选择惩罚犯罪的根据,乃是基于这样一个事实:惩罚犯罪是刑事诉讼产生和存在的原始根据。然而,这并不意味着惩罚犯罪具有相对于保护无辜更为根本的价值,因为后者是一个有待展开的论题。关于惩罚根据的讨论,可以在两个层面上展开。这就是:第一,惩罚犯罪的一般根据:为什么要对犯罪的社会成员施以刑罚?第二,惩罚的具体根据:何以能够对社会成员中的某个人施以刑罚?

1. 惩罚犯罪的一般根据

为什么要对犯罪的社会成员施以刑罚?对于这一问题,从古到今,不同的哲学家、政治学家和法学家们作出了形形色色的解答,但归纳起来,解答的出发点只有两个:报应(Retribution)或是功利(Utility)。报应论是立足于分配正义而对刑罚正当性的一种解说。根据这一理论,刑罚之所以应该存在,原因不在于惩罚可以带来有益于社会的结果,而在于作为刑罚之前提的犯罪是一种道德上或法律上错误的行为。道德上或法律上错误的行为必须受到相应的惩罚,因此,刑罚的正当性根据就在于惩罚作为犯错者的罪犯本身,亦即“为惩罚而

惩罚”,至于这种惩罚是否能够带来良好的社会效果,则在所不问。^①

对惩罚根据的另一种解释是以功利主义为出发点的。“各式各样的功利主义都涉及两种因素的某种结合。一种是关于旨在实现这样一种目的状态的准则,即被理解为是具有合理的行动所指向的内在价值的事物状态或状况。另一种为该目的而配置手段,即代理者(人、立法者、社会)所面对的各种可能的行动,其价值是纯工具性的,因为在这些候选手段中的选择取决于每一种如何有效地促成(或会促成)目的状态。”^②

从这一原理出发,功利主义认为,惩罚是给人造成损害的一种制度,而损害本身不是给人以幸福而是给人以痛苦,因而惩罚本身不具有作为惩罚根据的正当性,惩罚的根据只能从惩罚本身之外去寻找。既然刑罚是一种给人以损害的措施,其正当性便只有通过阻止更大的损害才能得到证明,而所谓阻止更大的损害,只有通过预防犯罪才能实现,而预防犯罪有益于社会防卫其生存条件,作为刑罚的目的具有天然的正当性。刑罚预防犯罪的功能不仅在于剥夺刑罚承受对象的犯罪能力,更重要的是它能够对犯罪人以外的人起到震慑(deterrence)作用,使一般人基于对刑罚的恐惧而不敢犯罪。既然预防犯罪是刑罚的目的,那么,根据上述原理,作为工具的刑罚是否有正当根据取决于其促成这一目的实现的程度。

报应论与功利论的长期争论形成了两大流派的世代对垒,也为反思惩罚的根据提供了丰富的思想养料。不是采取一种折中的立场而是本着一种负责的态度来说,单纯的任何一种理论都难以对惩罚的根据提供一种圆满的解释。在实际的社会生活中,这两种因素也是并存的。但是,无论是报应论还是功利论,都是基于各自的立场对惩罚的根据作出的一般性的解释。然而,仅仅确立惩罚犯罪的一般根据是不够的,因为社会不能因此就可以对社会中的任一人适用刑罚。那么,惩罚某一特定社会成员的具体根据是什么呢?

2. 惩罚的具体根据

惩罚的具体根据,即何以能够对社会成员中的某个人施以刑罚?无论是报应还是预防,惩罚的目的还要通过具体的个案来实现。那么,对一个特定的个人实施惩罚的根据是什么呢?这个问题似乎不必诉诸高深的法学理论,实定法中就有现成的答案。惩罚的具体根据应该是一个人的确实实施了法律规定为犯罪的行为。这是惩罚的最原始根据。进入文明社会以后,这一根据发展为“经过恰当的法律程序证明此人确实有罪”。这一根据包括两项要求:一是经过恰当的法律程序;二是此人确实犯罪。前者是程序要求,后者是实体要求。在对一个人实施惩罚的过程中,这两项要求缺一不可。正如国家有关机关不能把抓获的杀人犯当场打死一样,国家同样不能以经过恰当的法律程序为由,惩罚一个罪责不明的人。

可以设想这样两种情形。第一种情形:杀人犯在逃亡过程中被目击其杀人的被害人亲属抓获,被害人亲属是否有权直接处死杀人犯?第二种情形:在一起凶杀案件发生后,只有迅速抓获凶手才能消除案件对社会造成的不安全感,而在无法抓获真凶的情况下,可否通过对另一人的审判和定罪来达到这一目的?

上述两种情形表达了两种不同的价值观,但答案都是否定的。第一种情形在实体方面不发生问题,问题在于法律程序的缺失,而这恰恰是法治社会与原始社会“血亲复仇”的根本

^① 邱兴隆:《关于惩罚的哲学》,法律出版社2000年版,第2页。

^② H. A. Bedau, *Death is Different: Studies in the Morality, Law, and Politics of Capital Punishment*, Boston: Northeastern University Press. 1987. p. 67.

区别。第二种情形以程序的完善为其预设前提,问题的焦点集中于实体方面,因而也是这里要深入讨论的问题。任何人都可以以局外人的身份泛泛地以“人是目的而不是手段”为由否定这种做法的正当性,毕竟强迫一个无辜的人牺牲自己的自由、财产甚至生命来成为某种社会政策的工具,无论从法理、道德还是情感上都是令人难以忍受的。但是,任何人都不是局外人。民主社会的一个最大的特点是立法者同时又是法律实施的对象,这就使得立法者在立法时必须考虑自己有朝一日也可能成为该法实施的对象,出于对自己负责而激发出对所制定的法律负责。学者考虑问题的出发点也应是如此,一旦本人的理论影响到立法,自己也会成为自己理论的承受者。在这种微妙的“作茧自缚”效应下,每个人都不是局外人。也许有人认为自己遵纪守法,一辈子也不会与刑事诉讼搭上关系。这种看法忽略了这样一个重要的事实:一个人成为犯罪嫌疑人、被告人不是直接由某种客观事实决定的,而是“有人”(国家或自诉人)把你变成了犯罪嫌疑人、被告人,在这种不乏人为因素的影响下,社会中的每一个人都有可能成为犯罪嫌疑人、被告人,即使是一个安分守己的人。

一旦一个人成为第二种情形的当事人,事态就变得不可容忍。社会成员中,每一个人都是法律保护的对象,都是自由、财产和生命权利的主体,都享有合法权利不受侵犯的权利。如果一个人在未对任何人实施侵害的前提下被剥夺了自由、财产乃至生命,这不仅是对个人权利的公然侵犯,也是对宪法为公民提供的保护承诺的公然侮辱,即使这种侵犯是打着法律程序的幌子。因此,第二种情形的做法难以为惩罚一个人提供正当根据。那么,这种做法能否在惩罚的一般根据那里寻求庇护呢?就报应论来看,其立论基础在于“给自愿地实施的道德上的恶以回报”^①,除此之外,惩罚不服务于它自身之外的其他目的。刑罚只能以犯罪为施加的前提,以犯罪人为施加的对象。很显然,如果上述第二种情形真的实现的话,无辜或可能无辜的人就成为适用对象,刑罚也不再以自身为目的,而成为某种社会政策的工具。因此,上述第二种情形在报应论那里根本没有容身之地。

功利论与这一问题的关系远没有报应论那样直观。功利论以刑罚预防犯罪的功能为其立论基础。刑罚预防功能的实现依赖于其震慑力,即在犯罪与刑罚之间建立一种至少是民众心理上的必然联系,并强调对犯罪人适用刑罚的现实可能性。因此,刑罚预防功能的实现依赖于刑罚的现实适用,即需要一定的定罪率。但是,这并不意味着定罪率越高,就越有助于预防犯罪。刑罚的震慑力很大程度上源自其道德力量,即被民众感受为正义地施与真正的犯罪人而非无辜者时才可能真正强化普通公民的守法意识。反过来,公民之所以守法,大多数是源于对刑法规范中所包含的道德要求的认同。如果无辜者也可以成为刑罚的对象,那么,就不仅断裂了犯罪与刑罚之间在民众心理上的因果关系,而且在守法与刑罚之间建立了一种随机的联系,不仅导致刑罚的道德力量不复存在,而且极易激发不稳定分子的投机精神。于是,刑罚的一般预防功能彻底丧失,刑罚预防犯罪的功能萎缩为特殊预防,即通过把刑罚施加于特定的个人,剥夺其从事犯罪活动的条件。在这种情况下,刑罚其实已经异化为妨碍自身目的实现的事物,如果美国刑罚学家 Bedau 对功利主义原理所作的描述为正确的话,^②此时刑罚已丧失了它的正当根据。

由此可见,无论是报应论还是功利论,刑罚的正当根据只能以刑罚的准确性为前提。这

^① Hart H. L. A., *Punishment and Responsibility*, New York: Oxford University Press, 1968, p. 232.

^② 在功利主义者看来,任何一种制度或行动正当与否,取决于两个因素,即目的本身是否正当与是否合乎目的。

怀疑的程度,若不能证明被告人有罪或者证明达不到法律规定的要求,则应判定被告人无罪,疑案作有利于被告人的处理,即所谓“疑案从无”; (3) 被告人不负有证明自己无罪的义务,被告人提供有利于己的证据的行为是行使辩护权的行为,不能因为被告人不能或没有证明自己无罪而认定被告人有罪。

可见,由于无罪推定原则的存在,任何宣布公民有罪的企图都必须越过法律上所设置的重重障碍,因此,无罪推定原则构成了保护公民不受专横定罪的第一道法律防线。但是,并非确立了无罪推定原则,无辜者的权利便一劳永逸地有了保障。因为说一个人被推定无罪并不意味着什么,除非这一声明指出了谁应该对罪责问题提出证明,而且最为重要的是这种证明应该达到什么样的标准。如果证明标准很低,那么,就很难说无罪推定原则对无辜者权利提供了实质性的保障。

2. 证明标准

证明标准问题解决的是在作出有罪裁判时,证据的总体证明力应该使法官对指控事实达到何种程度的确信或认识。如果要求达到的确信或认识程度高,意味着对被告人定罪的难度加大,那么,真正的罪犯逃脱惩罚的几率增大,但无辜被告人被错误定罪的可能性则相应缩小;如果要求达到的认识程度低,那么,真正的罪犯逃脱惩罚的几率降低,但无辜被告人被错误定罪的可能性也相应增大。这种程度的高低之间存在一个反变关系:如果侧重于惩罚犯罪,降低证明标准,势必伤及无辜;如果侧重于保护无辜,必然以部分地牺牲惩罚犯罪的政策目标为代价。证明标准制度所涉及的价值权衡主要在惩罚犯罪与保护无辜之间展开,而无论何种价值,都是一种实体价值,因此可以说,证明标准是体现实体正义的一种重要的法律制度。根据上述分析不难发现,如果将保障无辜者作为刑事司法的基本价值的话,那么,就必然要求一个很高的证明标准。实际上,现代世界各国的刑事证明标准几乎都是在各国占支配地位的认识理论的最高标准。

在众多西方国家,存在两种较具代表性的对刑事证明标准的表述,即“排除合理怀疑”和“内心确信”。虽然在措辞上不尽相同,但一般认为,“排除合理怀疑”与“内心确信”确实是同一证明标准互为表里的两种表述。罗素曾经指出:“整个 18 世纪的哲学都处于英国经验主义派的支配之下,洛克、贝克莱和休谟可以看做是这派的代表人物……虽然他们的性情是社会化的,他们的理论哲学却走向主观主义。”^① 刑事诉讼证明是英美文化的重要组成部分,也带有英美经验主义哲学传统的鲜明印记。尤其是在涉及证明的程度或标准的评价时,如“怀疑”“有理由的怀疑”“合理根据”等等,由于对这一主观判断过程进行外在规范存在着现实困难,英美证据法很多时候干脆把判断委诸于“普通”(ordinary)人或“明智而审慎”(intelligent and prudent)的人的常识与经验。诉讼证明有其独特的发现事实的逻辑推理过程:发现事实的基础是证据,但由证据推理案件事实依据的却是普遍接受的人类常识(common sense)。这种常识虽然仅仅作为一种背景性的东西而存在,并不凸显于前台,也不具有数学上的高度精确性,只是在过往的人类经验中它们往往为真,但它们却构成法官、检察官、律师的共同的知识和文化背景,在事实发现的过程中潜移默化地起着作用。由证据所推理的结论的准确性往往依赖于这种知识的可靠性与精确度,这种知识接近或应该接近真理,但却不能绝对肯定它就是真理。所谓“排除合理怀疑”便是指这样一种情况,它并不绝对排除相反

^① [英]罗素:《西方哲学史》(下卷),马元德译,商务印书馆 1997 年版,第 243 页。

情况存在的理论上的可能性,但在人们的经验世界里,这种情况不可能出现。例如,一个人不可能活 200 岁。对于这样一个命题,虽然从理论上讲可能是不正确的,而且未来医学的发展也不排斥这种可能性。但是,陪审团在作出判断时,完全不必考虑这种可能性,并不是因为他们对此没有丝毫怀疑,而是因为经验世界里这种怀疑是没有合理根据的。也许在超越人们感性的时间和空间,这一命题是不正确的,但在人们现实生活的范围内,这一命题却具有普遍性。

在对“排除合理怀疑”的解释中,经常会遇到对这一证明标准的数学描述。例如,有的学者将“排除合理怀疑”的证明标准理解为只要存在 90% 以上的有罪盖然性就认为已经达到了证明标准,因而就可以定罪。有的学者倾向于更高的数学概率,如 95% 以上。这种对于“排除合理怀疑”的量化表述方式存在以下几个方面的问题^①:第一,在绝大多数案件中,法官手头并没有这种关于被告人有罪概率的量化数据,因而这种表述是没有意义的。第二,英美世界选择“排除合理怀疑”作为刑事证明标准的一个重要原因是认为“绝对确定”(100%)达不到,既然我们无法确知 100% 的认识程度是多少,又怎能知道 90% 或 95% 的认识是多少呢?这在逻辑上是有问题的。第三,也是最重要的是,这种表述方式包含着误判无辜的风险,不符合“排除合理怀疑”的基本精神。有学者举例子说明这一点:一个警察走进了有 20 个人的小酒馆。根据无可反驳的证据,其中的 19 个人袭击了警察并把他殴打致死,而剩下的一个人试图救活警察。假如现在这 20 个人中的一个被抓获并以谋杀罪被起诉,在没有进一步证据的情况下,能否对被告人定罪?^②从概率论的角度看,该被告人参与谋杀的概率是 95%,而没有参与的可能性只有 5%。如果按照上述对“排除合理怀疑”的数学描述,定罪是没有问题的。但是,如果要根据这样的概率判决的话,我们就会对所有在场的人定罪,包括那个无辜的人。那么,到底该不该对被告人进行定罪呢?根本的问题还在于,这 95% 的有罪概率是否已经达到了“排除合理怀疑”的标准?反过来说,5% 的无辜概率是否属于“合理怀疑”?按照上述对“排除合理怀疑”的理解,这 5% 的无辜概率仍然属于“合理怀疑”,因为无论被告人参与殴打的概率有多大,他没有参与这起犯罪的可能性仍然是现实存在的。也就是说,这 5% 的无辜的可能性并不是虚无缥缈的,而是有着现实根据的。因此,它构成了“合理怀疑”。这个例子可以比较直观地说明“排除合理怀疑”的数学描述所存在的问题。由于法庭在日常审判活动中并不接触量化的统计数据,这类表述无非是对可以容忍的冤枉无辜的比例进行的粗略描述,暗含于其中的是这样的思想:以冤枉无辜为代价换取某种社会利益是可以认可的。但是,这绝非“排除合理怀疑”的本义,也从未受到过任何正式的肯定或承认。相反,上述例子很好地说明,“排除合理怀疑”的证明标准不容许牺牲无辜者的利益来实现其他的社会价值。因此,英美学者很坚定地指出,“审判仍然对诉诸概率论的努力紧闭大门,无论它多么值得信任。‘排除合理怀疑’标准是绝对地、坚决地不可量化。”^③

2012 年我国《全国人民代表大会〈关于修改刑事诉讼法的决定〉》作出一处涉及刑事证明标准的修改。修改后的《刑事诉讼法》第 53 条增加规定了认定“证据确实、充分”的条件,

① 参见魏晓娜:《“排除合理怀疑”是一个更低的标准吗?》,载《中国刑事法杂志》2013 年第 9 期。

② Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence*, Oxford University Press (2004), p. 370.

③ George Fisher, *Green Felt Jungle: The Story of People v. Collins*, edited by Richard O. Lempert, *Evidence Stories*, Foundation Press (2006), p. 27.

即认定证据确实、充分,应当符合三个条件:(1)定罪量刑的事实都有证据证明;(2)据以定案的证据均经法定程序查证属实;(3)综合全案证据,对所认定事实已经排除合理怀疑。引人注目的是,这里引入了英美的“排除合理怀疑”作为认定“证据确实、充分”的条件。中西法律文化传统不尽相同,但道理是相通的。这是2012年《刑事诉讼法》修正引入“排除合理怀疑”的重要前提。为了保障无辜者在刑事诉讼中能够得到最大限度的保护,在设定刑事证明标准时,我国立法者选择了在辩证唯物主义认识论框架内的最高标准而在立法上则表述为“证据确实、充分”。可以说,“证据确实、充分”标准和英美“排除合理怀疑”标准秉承的基本精神是相通的:保障无辜者——即便以牺牲惩罚犯罪为代价。

(三) 关于惩罚犯罪

惩罚犯罪自古以来就是刑事诉讼活动的主题,也是刑事诉讼的应有之义。人类惩罚犯罪的愿望,其基本动机源于对秩序的需要。所谓需要,指的是主体对客观世界的依赖关系。人在认识和改造客观世界的过程中,基于自身的存在和发展,会产生多方面的需要。但是,“从最低限度来讲,人之幸福要求有足够的秩序以确保诸如粮食生产、住房以及孩子抚养等基本需要得到满足;这一要求只有在日常生活达致一定程度的安全、和平及有序的基础上才能加以实现,而无法在持续的动乱和冲突状况中予以实现”^①。稳定的社会秩序,是人类生产生活和发展的前提条件。犯罪是对现有秩序的最强烈的破坏,出于维护或恢复特定的社会秩序的考虑,国家需要对犯罪进行惩罚。这是国家追究犯罪的初衷。也就是说,惩罚犯罪并不是终极目的,其根本目的在于维护一个稳定的社会秩序。如果对犯罪的追究本身造成了对社会秩序的新的破坏,那么,追究犯罪就背离了追究犯罪的初衷,异化为妨害自身目的得以实现的事物。因此,在现代社会,对犯罪的追究与惩罚只能通过刑事诉讼来进行。

在一种狭义的诉讼形态下,为了保持自己的权威性和普通民众所赋予的信任感,作为裁判者的法官必须具备“谦抑”和“中立”的美德,即法官不能扮演一个四处伸手的管理人,而只能以一个判断者的面目出现。因此,在一种狭义上的刑事诉讼活动(即审判活动)中,法官只能对那些已经纳入刑事诉讼程序的犯罪者判决有罪并科以刑罚,通过这种方式实现惩罚犯罪的功能。而对于那些尚未被纳入诉讼轨道或者已经被纳入刑事诉讼程序但尚未被起诉的犯罪人,法官是无能为力的。因此,可以得出这样的结论:审判所实现的惩罚犯罪的功能,在很大程度上依赖于审判前的一系列环节。在现代刑事司法制度之下,为了保障刑事诉讼惩罚犯罪功能的实现,在审判前程序中主要存在两大原则:职权侦查原则和强制起诉原则。职权侦查原则要求,当存在犯罪嫌疑时,侦查机关必须进行侦查;强制起诉原则要求,当调查结果显示有足够的犯罪嫌疑时,检察官即有义务提起公诉。

在古代法中,并不存在职权侦查的原则。职权侦查原则的出现以国家追诉为前提,只有人类对犯罪性质的认识不再停留于对被害人本人的侵犯的水平上,才可能出现职权侦查原则。“在刑事追诉权的发展史上,国家追诉最终取代被害人个人起诉和其后出现的公众起诉(又称社会起诉),而成为刑事追诉基本的和主要的方式,有其历史的必然性……它是对犯罪本质的认识不断深刻和国家权力强化的结果。”^②早期的罗马法实行全民告诉原则,而日耳

① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第293—294页。

② 宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第44页。

曼法则发展成自诉的方式。直到1532年,卡尔斯五世国王(Kaiser Karls V)制定的《卡洛林那刑法典》(Constitutio Criminalis Carolina)才有了国家主动追诉犯罪的规定。^①毋庸置疑,早期的职权侦查原则往往与纠问式诉讼紧密相连,“因为,纠问式诉讼所要竭力做到的,正是阻止‘由于过分尊重个人权利而不能确保对做坏事的人进行追究’,况且坏人也不值得受到‘一个公民的全部保障’”^②。从总体上看,中央集权国家更热衷于职权侦查原则,尤其是政治制度具有专制倾向,或者存在社会利益优于个人利益的主流价值取向时,这种倾向更为明显。职权侦查原则的意义,在于将社会生活中已经发生的犯罪事件尽可能地强行纳入刑事诉讼轨道,保证国家刑罚权的实现,由此才可能在犯罪行为与刑罚之间建立一定的因果关系,实现刑法的社会规范功能。职权侦查原则就是这种推动业已发生的犯罪行为进入刑事诉讼视野的机制。在德国,职权侦查是刑事诉讼的一项基本原则。根据该原则,检察院、警察对于每个犯罪行为嫌疑,原则性地负有展开侦查的义务。而通过职权原则所应当达到的,是对犯罪行为的规律性地追究,避免检察院滥用其公诉垄断权力。^③德国《刑事诉讼法》第152条第2款、第160条第1款和第163条第1款,是职权原则的法律基础。意大利《刑事诉讼法》第326条也有类似的规定。但是,职权侦查原则不是绝对的。在英国,迄今理论上仍以私人追诉为原则,虽然实务中侦查犯罪的工作主要由警察完成。而且,在目前世界上的多数国家,职权侦查只是一般性原则,被害人的告诉在个别情况下也会成为追诉的条件。例如,德国刑法典将侵入住宅、家庭及亲属间盗窃、家庭或亲属间侵占以及诱拐等犯罪规定为纯粹的告诉乃论之罪^④,对于这类犯罪,只有在被害人提起告诉的情况下,检察机关才可以进行侦查、起诉。如果被害人没有告诉,那么,就不得启动追诉程序;如果已经启动,就必须终止诉讼程序。相反,即使被害人提起告诉,检察机关也没有义务一定要开始侦查,检察机关仅负有审查犯罪嫌疑是否成立的义务,如果犯罪嫌疑不足,仍要终止诉讼程序。^⑤

强制起诉原则,又称为起诉法定原则,与职权侦查原则构成将犯罪案件强行纳入审判程序的两大环节,以实现惩罚犯罪的实体正义目标。根据该项原则,如果调查(侦查)结果显示有足够的犯罪嫌疑,具备起诉的条件,公诉机关就必须提起公诉。起诉法定原则最初在于保证在君主体制下作为行政体系环节之一的检察机关,能够对于每一个犯罪行为,无论行为人身份上的贵贱,一律加以调查追诉。^⑥起诉法定原则的产生,还与当时社会盛行的主流刑罚理论——报应刑思想有关,即国家为了达到绝对的正义,应当对所有违反刑法的犯罪行为无一例外地加以惩罚。报应刑论是一种古老而具有持久生命力的刑罚理论,现代刑罚制度和追诉制度无论如何发展,都不可能完全抛弃报应的因素。强制起诉原则产生于西欧以严密和一丝不苟著称的法治传统,现代民主国家所奉行的法治、确定和平等原则也要求,原则上必须由立法者确定刑罚的前提条件,而不应将其决定权交给追诉机关。德国学者盖斯勒博士特别强调:起诉法定原则确立了检察机关追究犯罪行为的义务,使法典不仅停留在字面

① [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第93页。

② [法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第39页。

③ [德]赫尔曼:“《德国刑事诉讼法典》中译本引言”,载《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1998年版,第15页。

④ 参见德国《刑法》第123条、第247条、第263条第4项、第247条和第182条的有关规定。

⑤ [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第95页。

⑥ 同上书,第102页。

犯罪黑数现象同人的认识局限性密切相关。在第二个环节上,影响犯罪黑数比率的关键因素是社会公众对刑法规范的了解程度和相关的法律素质。在第三个环节上,影响个人,尤其是被害人向国家追诉机关报告犯罪的原因是无法尽数的。^① 由于犯罪黑数现象的存在关系到社会生活的方方面面,彻底消除犯罪黑数是无法实现的。更准确地说,犯罪黑数是一种与犯罪现象相伴相随的必然社会现象,只要犯罪现象没有消灭,犯罪黑数就必然存在。

犯罪黑数的存在在一定程度上瓦解了犯罪与刑罚之间在人们观念中所存在的因果关系,也无情地粉碎了“刑罚确定性”或“刑罚不可避免性”的法治理想主义。如果说职权侦查原则和起诉法定原则的突破是人类社会自主选择的结果的话,那么,犯罪黑数的存在则使人们不得不接受惩罚犯罪这一实体价值目标的相对性,这同时也是人们向客观现实妥协的结果。

(四) 关于罪刑相适应

罪刑相适应,是指经由刑事诉讼而判处的刑罚的性质和强度要与犯罪的性质和严重程度相称。罪刑相适应的实体正义理念以保障无辜和准确定罪的实体正义理念为基础,如果被告人根本就没有实施所指控的罪行,那么,对他判处任何一种刑罚都是有违实体正义的;如果未能将真正实施犯罪行为的被告人实现定罪,那么,也是不可能对他处以相应的刑罚的。因此,罪刑相适应是建立于保障无辜和惩罚犯罪基础之上的更高层次的要求。罪刑相适应,是适应人们朴素的公平正义意识的法律思想,它深深地植根于人们的人格之中。它一方面要求对相同的事件作相同的对待,对相同的犯罪应科处相同的刑罚;另一方面,判决所判处的刑罚应当与该不法行为的危害程度相适应。罪刑相适应与早期人类的同态复仇观念有着密切的联系。“以眼还眼,以牙还牙”“体者以体偿,肢者以肢偿”(Leib für Leib, Glied für Glied)既是同态复仇的表现形式,也是罪刑相适应思想的原始形态。明确提出和阐明罪刑相适应原则并奠定其理论基础的,是贝卡里亚、边沁、康德和黑格尔。他们的理论对后世的刑事立法产生了重大和深远的影响。“如果对两种不同程度地侵犯社会的犯罪处以同等的刑罚,那么,人们就找不到更有力的手段去制止实施能带来较大好处的较大犯罪了。”^② 因此,要求对不同的犯罪设定与之相应的刑罚。但是,这里所讨论的罪刑相适应,是一种通过刑事诉讼实现的结果,所以,它是一种司法领域中的罪刑相适应,而不是对立法的要求。如果一项判决与所判之罪之间存在实质的不一致,同样也会违背一般人的正义感。换一个视角来看,即使公众希望远离犯罪,但罪犯和可能成为罪犯的人的人权还是应当得到保障的。

如前所述,罪刑相适应是以对犯罪人的准确定罪为前提条件的,而惩罚犯罪这一实体法律价值本身就具有相对性,这使得建筑其上的罪刑相适应原则也具有了相对的性质。除此之外,在实际的判决过程中,仍然有许多犯罪行为本身之外的因素在决定着最终判处的刑罚,这些因素之中有许多都被认为是合理的而被社会广为接受。例如,在苏格兰,对于某一地区十分猖獗的犯罪行为,为了达到普遍威慑的目的,一般认为应当判处一项比适当的判决

^① 宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第114页。

^② [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第65页。

我们没有意识到的发生了错误的生效判决,在一个规范的法治社会中,我们依然不能拒绝对它们的执行。对此,如何解释它的正当性问题呢?

这一问题乍看起来非常极端,而且触及许多人不愿直面的尴尬,但这却是一个不可回避的问题。理论、立法和实践的契合当然是一种非常理想的情况,但理论和制度的构建却不能以这种理想状态为出发点,它们必须虑及所有可能出现的问题,这样一来,错误判决的正当性仍然是一个必须回答的问题。所谓正当性,是指这样一种情况:人们对行使权利而产生的结果作为正当的东西而加以接受时,这种权利的行使及其结果就可以称之为具有“正当性”或“正统性”(legitimacy)。^① 刑事判决的正当性指的是判决的可接受性,包括社会对判决的接受和当事人对判决的接受。在诉讼中,刑事判决的正当性包括两个不同的方面:实体结果的正当性和诉讼程序的正当性。实体结果和诉讼程序的正当性都取决于对之进行的正义性评价,即实体的正义性和程序的正义性评价。程序正义和实体正义同时得到实现当然是获得判决正当性的一种非常理想的状态,但根据我们讨论的前提即错误判决的正当性问题,对于这些在实体上已经失当的判决,只能从程序正义中汲取正当性。

实际上,即使不是在这种极端的情况下,程序中的正义性对于判决的正当性而言也是必不可少的。这是因为:第一,事实认定过程离不开裁判者的主观判断。在成文法体系之下,执法者适用法律的过程采用三段论推理的形式,在这种方法论的指导下,如何认定作为小前提的案件事实直接决定着判决的结果。而在事实问题的决定上,则是法律的规范性指导最难以有所作为的领域。因为法的一般性的规范指引是难以穷尽千姿百态的事实状态的。在这种情况下,事实问题的判断只能委诸执法者的知识、经验和价值判断。而且执法者对事实问题的判断往往是难以在事后对之进行审查的。在事实认定正确与否缺乏一个客观的评判标准的情况下,其自身的正当性只能来源于程序的公正性。事实上,判决的利害关系人自主地参与诉讼,并对最终的事实认定施加影响可以视作当事人自主地形成判决的过程,这一过程可以大大提供判决的可接受性,而与事实判决客观上是否正确没有直接的关系。第二,法律适用过程离不开价值判断。在执法或司法领域,总有一些法律的适用是依赖于执法者或司法者的价值判断。如“情节轻微”“没有正当理由”“不当”“可能影响公正审判”等情形的判断,都取决于执法者或司法者的价值判断。在一个具有统一的价值观和意识形态的社会中,判决的正当性取决于是否符合主流价值判断。而在一个多元价值并存的现代社会里,单纯的某种价值观已经很难说服社会大众的情况下,程序的地位就开始凸现。第三,法律适用过程离不开自由裁量。这里的自由裁量不同于前文所指的执法者认定事实和适用法律过程中的价值判断。前两种情形不包括执法者对法律或程序的选择适用权,而自由裁量权的本质特征即在于此。自由裁量权一度曾经被当做法治的对立物而受到否定,尤其是在西欧,传统的法治观以其严格的规则主义特征称誉世界,排斥个人的自由裁量,这一点在刑事司法领域表现得最为突出。进入20世纪以来,随着犯罪数量的激增和刑事政策的重心从报应刑论向目的刑论的转变,刑事司法领域逐渐引入机会主义和实用主义规则,承认自由裁量权的合法地位,其适用也有不断扩大的趋势。所谓自由裁量权,指的是执法者在法律授权的限度内根据具体情形作出选择处理的权力。自由裁量权的特点在于承认执法者在一定限度内可以在没有具体法律规则指导的情况下作出具有法律效力的决定,在某些情况下,裁量权还包含

^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10页。