

刑事诉讼模式与精神

谢佑平 著



成都科技大学出版社

刑事诉讼模式与精神

谢佑平 著

(川)新登字 015 号

责任编辑:周树琴

封面设计:徐 杨

刑事诉讼模式与精神

谢佑平 著

成都科技大学出版社出版发行

新华书店经销

芙蓉矿务局印刷厂印刷

开本:787×1092 1/32 印张 9

1994 年 8 月第 1 版 1994 年 8 月第 1 次印刷

印数:1—1500 册 字数:201 千字

ISBN7-5616-2840-4/D·199

定价:7.00 元

前 言

刑法和刑事诉讼法,是两部联系十分紧密的部门法,司法实践中,两法相互依存,共同构筑刑事司法的法律框架;任何刑事案件的公正处理,都是司法工作者正确运用刑法和刑事诉讼法的结果。但是,在法学教育和研究中,刑法学与刑事诉讼法学是严格区分的,刑法学不涉及诉讼程序问题,刑事诉讼法学不过问刑事实体问题,使刑事司法中不可分离的实体与程序问题在学术界被人为地割裂开来了。要正确认识司法公正及其实现的途径,必须将实体和程序问题联系起来进行系统研究。一般说来,实体公正依赖于程序公正的保障,但是,程序公正并不意味着必须致成实体公正。实体公正与程序公正是一对既相对独立又彼此联系的司法范畴。探索程序公正实现的途径,必须首先认识实体公正的涵义、价值及其与程序公正的辩证统一关系。以往的刑事诉讼理论著述,大都从纯程序的视角进行研讨,难以回答程序的起源、程序的构造、程序模式、程序的价值、程序公正等一系列既具理论性又有实践性的重大问题,导致

刑事诉讼法学成为典型的“注释法学”，其理论基础苍白乏力。从法理学的角度，对刑事司法无法回避的“实体”、“程序”、“模式”、“刑事诉权”、“诉讼法律关系”、“控、辩、审关系”、“无罪推定”、“强制措施”、“定罪量刑与证据”、“诉讼文化”等重大问题进行宏观、系统地理论阐述，揭示出刑事诉讼的基本精神，是作者自攻读硕士学位时始发一个念头。经过多年的实践和探索，丰富了作者对这一系列问题的认识。以下的这些文字，是作者呈现于读者面前的对这一系列问题研究的初步成果。不当之处，敬请指正。

作者：谢佑平

1993年11月18日于重庆陋斋

目 录

第一章	刑事诉讼的起源及其本质	(1)
一	法律秩序	(1)
二	权益冲突	(10)
三	刑事诉讼	(20)
第二章	刑事诉讼的构造要素	(28)
一	犯罪事实	(28)
二	刑事诉权	(35)
三	审判机制	(46)
第三章	刑事诉讼模式	(51)
一	奴隶制、封建制时期的刑事诉讼模式	(51)
二	资本主义国家刑事诉讼模式	(56)
三	社会主义中国刑事诉讼模式	(64)
四	刑事诉讼模式评论	(74)
第四章	刑事诉讼法律关系	(82)
一	刑事诉讼法律关系概述	(82)
二	刑事诉讼法律关系构成	(89)

三	刑事诉讼法律关系意义	(97)
四	刑事诉讼法律关系效力	(99)
第五章	实体真实与正当程序	(106)
一	基本涵义和价值	(106)
二	价值的冲突与选择	(112)
三	中国刑事诉讼中的实体真实与正当程序	(117)
第六章	控、辩、审关系研究	(122)
一	控、辩、审关系概述	(122)
二	控、辩、审关系衡平	(133)
三	中国刑事诉讼结构与运作	(141)
第七章	强制措施及其效用	(149)
一	强制措施概述	(149)
二	强制措施效用	(156)
三	中国刑事强制措施完善	(162)
第八章	定罪量刑与证据	(169)
一	罪行认定	(169)
二	法律适用	(176)
三	证据概述	(183)
四	证明责任	(195)
五	证明过程	(202)
第九章	无罪推定原则评论	(209)
一	无罪推定原则在刑事诉讼中的地位	(209)
二	无罪推定原则的价值取向	(215)
三	中国刑事审判与无罪推定原则	(221)
第十章	审判公正	(229)
一	审判公正的涵义	(229)

二	审判公正的价值·····	(234)
三	审判公正的实现·····	(238)
第十一章	刑事审判错误及其矫正·····	(252)
一	刑事审判纠错机制·····	(252)
二	刑事审判错误分析·····	(258)
三	刑事审判错误矫正·····	(263)
四	刑事审判纠错机制的完善·····	(267)
第十二章	诉讼文化与中国诉讼法制现代化·····	(272)
一	诉讼文化概述·····	(272)
二	诉讼文化的产生与类型·····	(276)
三	诉讼文化比较研究·····	(280)
四	中国近代诉讼文化的发展·····	(284)
五	中国诉讼法制的现代化·····	(287)

刑事诉讼的起源及其本质

一、法律秩序

人类社会制度史表明,建立符合自身利益需要的社会法律秩序,是稳固统治地位和维持社会存续发展的理想方式。法律,是由一定物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现,是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范,它通过对人们权利与义务内容及其关系的规定,确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。在没有国家和法律的社会,是无所谓刑事诉讼的。“十分单纯质朴的民族制度社会解决冲突的基本形式,是氏族组织在公共舆论、道德、习惯力量等支配下的仲裁”或者“以牙还牙,以血还血”式的同态复仇。因此,法律秩序的产生和存在,是刑事诉讼缘起的前提和基础。

(一)国家与法律

国家和法，不是从来就有的，是人类社会发展到一定阶段的产物，是阶级矛盾不可调和的表现和结果。

在原始社会中，社会生产力极为低下，与此相适应，生产关系的基础是生产资料的原始公有制。当时生产工具的极端简陋和落后，使人们不可能单身与自然界作斗争，因而，共同劳动，平均分配成为必需。没有剩余，没有私有制、剥削和阶级，也就没有国家和法。在原始社会中，调整人们在生产和生活中相互关系的行为准则，是世代相传的各种习惯。原始习惯对全体氏族成员具有普遍约束力。当时，人们对习惯的遵守不是依暴力为后盾，而是靠人们的自觉习性、社会舆论的力量和氏族首领的威望。由于没有系统地采用暴力和强迫人们服从暴力的特殊机构，氏族成员的冲突和纠纷大都通过原始习惯予以解决。这正如恩格斯所说：“没有军队、宪兵和警察，没有贵族、国王、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决；……在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了。”^①

随着生产力的发展，人们的劳动产品除了维系生存外，开始有了剩余，出现了产品交换和剥削。同时，氏族不再是共同劳动的组织，集体劳动开始过渡到个体劳动。个体劳动要求实行生产资料私有制，要求产品由公有财产转变为私有财产。私有制，是产生阶级和剥削制度的根源。在第一次社会大分工中，也就产生了第一次社会大分裂，即分裂为两个阶级：主人和奴隶、剥削者与被剥削者。^②在后续的两次社会大分工中，

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，第92—93页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷，第157页。

又分离出了商人、高利贷者等新的社会阶层。私有制和阶级的出现,氏族组织和原始习惯的作用显得软弱无力,无法协调和解决奴隶主和奴隶、富人和穷人、高利贷者和债务人之间日益严重的阶级矛盾和斗争。奴隶主阶级为了镇压奴隶的反抗,维护自己在经济上的统治地位,巩固对奴隶实行剥削和压迫的权力,需要一种暴力组织作为特殊的强制机构,以凌驾于社会之上。这种从社会中产生,掌握在奴隶主阶级手中的暴力组织,就是国家。因此,可以说:“国家是社会在一定发展阶段上的产物;国家是表示:这个社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面,这些经济利益互相冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要有一种表面上驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围以内;这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量,就是国家。①”国家,是阶级矛盾不可调和的产物和表现。“在阶级矛盾客观上达到不能调和的地方、时候和程度,便产生国家。反过来说,国家的存在表明阶级矛盾不可调和。②”

国家产生后,统治阶级为了适应阶级斗争的需要,不仅要借助于国家这一暴力机器,而且需要建立新的社会规范以调整分裂为阶级后的社会关系,使统治阶级的地位合法化和稳固化。因此,当人类社会发展到一定的阶段,社会产生了一种需要:把人们每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使每个人服从生产和交换的一般

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,第166页。

② 《列宁选集》第3卷,第175页。

条件。这一共同规则,首先表现为习惯,后来,随着阶级的出现,习惯便成了法律。由于法律的产生,就必然要建立以维护法律为职责的公共权力机关,于是警察、法官、监狱等国家机器出现了。可见,在阶级社会中,统治阶级“除了必须以国家的形式组织自己的力量外,他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志,即法律的一般表现形式。①”统治阶级通过法律规定人们应该做什么,不应该做什么,怎样做是合法的,怎样做是违法的,违犯了法律的规定,就要受到国家的制裁。这正如恩格斯所说:“官吏既然掌握着公共权力和征税权,他们就作为社会机关而驾于社会之上。从前人们对于氏族制度的机关的那种自由的、自愿的尊敬,即使他们能够获得,也不能使他们满足了;他们作为日益同社会脱离的权力的代表,一定要用特别的法律来取得尊敬,由于这种法律,他们就享有特殊神圣和不可侵犯的地位了。②”可见,法律,是通过国家制定或认可并依靠国家暴力保证实施的行为规范。法律的产生,同国家一样,也是阶级矛盾不可调和的产物和表现。

在阶级社会中,任何一种类型的国家和法律制度,无不反映出统治阶级的政治。法律作为通过国家政权机关表现出来的统治阶级的意志,只有通过统治阶级才能以国家的名义宣布为具有普遍约束力的国家意志,任何人都不得违反,否则,将受到法律的制裁。可以说,法和国家一样,都是保护一定的统治阶级利益的工具。国家与法律的关系表明:如果没有国家的强制力量,任何宪法和法律都不可能发生效力,都将成为一

① 《马克思恩格斯全集》第3卷,第378页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷,第167—168页。”

纸空文。列宁说：“如果没有政权，无论什么法律，无论什么选出的机关都等于零。”^①又说：“用‘意志的明显表现’之类的空话来搪塞是不行：意志如果是国家的，就应该表现为政权机关所制定的法律，否则，‘意志’这两个字只是毫无意义的空气震动而已。”^②因此，国家与法律是不可分割的，统治阶级通过国家政权机关制定和颁布法律；法律一旦制定，就须依靠国家强制力保证其施行。

作为由国家机关制定和认可的法律，具有以下特征：其一，规范性。法律是调整人们社会关系的行为准则，是肯定的、明确的和普遍的社会规范。任何统治阶级总是从自己的利益出发，通过国家将现存社会制度下人与人之间在经济、政治等各方面的关系固定化、制度化和法律化，从中概括出人们行为必须遵守的一般准则，规定人们可以怎样行为、应该怎样行为或不应该怎样行为，倡导并要求人们实施有利于统治阶级的行为，禁止人们的行为违背统治阶级的利益，指明违反法律规范所必须承担的法律 responsibility。其二，强制性。法律是一种国家意志，由国家强制力保证实施，在国家权力管辖的范围内对全体社会成员具有普遍的约束力。在阶级社会中，由于被统治阶级的反抗和破坏，法律的实施必须以国家暴力为后盾。施行国家暴力的突出表现是对违法行为予以惩罚和制裁。正如列宁所说：“一般用什么来保证法律的实行呢？第一，对法律的实行加以监督。第二，对不执行法律的加以惩办。”^③因此，徒法不足以自行，法律的施行需要一系列具有暴力色彩的国家机关、警

① 《列宁全集》，第11卷，第98页。

② 《列宁全集》第25卷，第75页。

③ 《列宁全集》第2卷，第253页。

察、法庭、监狱等，暴力机器的存在不可避免。其三，稳定性。法律是社会经济发展到一定阶段的产物，它也要随着社会经济、政治等情况的发展变化而不断完善和更替。但是，法律是一种特殊的社会规范，不可朝令夕改，任何法律在未经法定程序修改和废除以前，应当是有效的，具有稳定性和连续性。正因为如此，人们才可以普遍地预知国家对自身行为所持的态度，检测自身行为与法律允准范围的适应度，进而选择和规范正确的行为方向与模式。

总之，法律无论是镇压敌对阶级的反抗，还是调整统治阶级的内部矛盾，其目的都在于实现统治阶级的政策和国家职能，稳固符合统治阶级需要的社会关系，建立和维护有利于社会存续的法律秩序。

(二) 权利与义务

法学基础理论表明，社会法律秩序的建构，实质上，是权利和义务的设定、分配、落实和保障的过程。法律的制定，是以规范社会主体的地位，即权利和义务，为基本内容的。可以说，法律部门是特定种类的权利义务所组成的群落；法律体系是权利和义务的等级结构和横向联结所组成的统一体；法律责任和法律制裁是权利和义务的延伸；法律意识和法律行为是社会主体对权利和义务的认识、评价和实践；法律秩序，是以权利和义务形式所表现出来的社会关系。

在阶级社会中，统治阶级是通过确认和设立社会主体的法律地位来分配权利和义务的。制定法律的过程，也就是把某些权利和义务同某种法定地位联结起来的过程。例如：奴隶社会中的主人、奴隶，欧洲中世纪时的公爵、骑士、农奴，现代社

会中的选民、股东、合同当事人、以及丈夫与妻子、父母与子女等等,都是一些有法律意义的社会主体。凡是占据了某种法律地位的社会主体,也就进入了某种特定的法律角色,从而可以享有该角色所包含的权利并承担相应的义务。在人类社会的早、中期,法定社会地位具有等级性和封闭性特征,权利和义务的分配缺乏统一标准,立法形式上表现出特权阶层和差别对待。在现代社会,社会主体的法定地位在最基本的权利享受和义务承担方面平等的,不因性别、种族、民族、肤色、语言、信仰以及财产多寡而有差异。

无论是作为个体存在的个人,还是作为团体存在的若干人的集合,其存在和发展都有赖于必要的行为自由,以显示其个性,实现其目的,履行其职责。权利,正是对社会主体在一定限度内的行为自由的法律确认,是通过法律予以承认和保护的利益以及社会主体根据法律作出选择以实现其利益的一种能动手段。在法律秩序的运作过程中,权利始终处于重要地位。权利构成法律体系的核心,法律体系的许多因素都是由权利派生出来的,由它决定,受它影响,权利在法律体系中具有关键作用。一般说来,在对法律部门、法律体系及其结构进行广泛解释时,权利始终处在起始的位置,是法律体系中主要的、中心的环节,是任何法律规范的基因和基础。因此,权利是最能把法与现实生活联系起来的范畴,它是在一定社会生活条件下人们行为的可能性,是社会主体自主性、独立性的表现,是社会主体行为的自由。“权利,是国家规范的客观界限,是国家创设规范时进行分配的客体。法的真谛在于对权利的

认可和保护。^①

法律权利的界限,主要表现为以下几方面:首先,法律权利所体现的主体自由意志是特定的。主体的自由意志在任何时候都受客观条件和主观因素的制约,权利主体的自由意志是被规范化的,其主动性和能动性的展现被限制在一定的范围内。权利主体在行使权利过程中,要受法律规定的限制,权利主体对所享有利益的获得只能在法律所允准的范围内进行,同时,法律以违法责任的设立加以监护。其次,权利的法律设定,是对社会主体各自特定社会地位差异的肯定。法律权利所表达的主体既自由又非自由的意志界限,反映出立法者所能给予人们利益的一定限度,国家所能承受的程度,以及在何种范围内建立秩序的意向。再次,法律权利的平等只是法律形式上的平等,并不等于社会公平。当法律权利对各主体之间的差异进行肯定时,便将法律平等建立在一个不平等的基础上,而当法律以同一标准对待不同的权利主体时,这种不平等便得以进一步加深。第四,法律权利从产生之日起便分裂为两个部分,即法定权利与实在权利。法定权利表现为法律形式的规定,是纸上的东西,是一种理想状态的权利;实在权利是现实生活中人们实际享受或行使的权利。法定权利与实在权利既相联系,又有区别;一般来说,在阶级社会中,法定权利与实在权利并不完全一致,往往存在差距。

与权利相对的是义务。义务是国家通过法律规定的权利相对人应当适应权利主体的正当要求而作为或不作为的约束。社会主体的权利,通常是通过权利相对人履行义务而实现

^① 孙国华:《法的真谛在于对权利的认可和保护》,载《时代论评》1988年创刊号,第79页。

的。

义务与权利的关系,可以从下述几方面予以理解:

1. 义务来源于权利 义务在实质上是权利的引伸和派生物。当立法者发出禁令,要求人们承担起某种普遍的义务时,只有当它是从权利中合理地被引伸出来时,它才能成为一种合理的存在:如:“不得杀人、伤人”这一义务,是渊源于人们有生存和健康的权利;而不是因为有“不得杀人、伤人”的义务,我们才有理由生存下来。

2. 义务是为了适应权利的需要而被设定出来的 为了保障和实现人们平等享有的普遍权利,普遍的义务约束才成为必要。当立法者为人们设定新的义务时,其能够加以援引的唯一正当理由,是这将有损于人们原本享有或新近享有的权利。

3. 义务与权利是对应的 没有无义务的权利,也没有无权利的义务。人们自觉地、忠实地履行义务,是因为他们相信与之相对的权利主体已经或以后会履行同样的义务,而且确信从该法律关系的另一关系项看或在另一个法律关系中,他们同样是权利主体。

4. 与权利一样,义务也与利益相联系 人们享受权利和履行义务所获得和丧失的利益,在总量上应当是衡平的。权利主体在行使权利过程中,要承担与之相应的义务。以义务限制权利行使的唯一目的,在于保证其他主体的权利能够得到应有的、同样的承认、尊重和保护。也唯有如此,才能创设一个尽可能使所有主体的权利和利益都得以同等实现的法律秩序。

综上所述,权利,是人们能够或实际选择某种行为的自由度,而义务的约束却不允许义务的承担者有自由选择的余地。一般说来,权利的宣告,必须以对应的义务负担为保证;如果