

F AZHI SHIYE XIA DE XINGSHI
SUSONG WENTI YANJIU

法治视野下的 刑事诉讼问题研究

姜淑华 解永照 著



中国政法大学出版社

F AZHI SHIYE XIA DE XINGSHI
SUSONG WENTI YANJIU

法治视野下的 刑事诉讼问题研究

姜淑华 解永照 著



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

法治视野下的刑事诉讼问题研究/姜淑华, 解永照著. —北京: 中国政法大学出版社, 2016. 6

ISBN 978-7-5620-6447-3

I. ①法… II. ①姜… ②解… III. ①刑事诉讼—研究—中国 IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 005407 号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 10
- 字 数 240 千字
- 版 次 2016 年 4 月第 1 版
- 印 次 2016 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价 39.00 元

序 PREFACE

2012年11月8日，中国共产党第十八次全国代表大会召开，法治建设被提到了治国理政的基本方式的高度。2013年11月召开的中国共产党十八届三中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中对推进法治中国建设提出了明确要求。2014年10月20日至23日召开的中国共产党第十八届中央委员会四中全会在党的历史上首次专题讨论依法治国问题，并通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出“法律是治国之重器，良法是善治之前提”。法治中国建设作为一种话语体系和治国方略被提到了前所未有的高度，如何构建和理解中国的法律体系，如何运作中国的法治体系成为法学理论界和法律实务界共同面对的课题。

作为中国法律体系的重要部分，刑事诉讼法占有重要的地位，素有“小宪法”之称。因而，树立宪法权威，全面推进依法治国离不开一部制定良好并得到切实实施和普遍被遵守的刑事诉讼法。2012年3月14日第十一届全国人大五次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》对1996年《刑事诉讼法》进行了多达111条的大修，从指导原则（尊重人权）到具体刑事诉讼制度等诸多方面进行了查漏补缺、矫枉纠偏。为了保障新刑事诉讼法的实施，最高人民检察院于2012年



11月23日发布了《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》，公安部于2012年12月13日发布了《公安机关办理刑事案件程序规定》，最高人民法院于2012年12月底发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会于2012年12月26日发布了《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》。在新的法治中国建设的总体背景下，在刑事诉讼法大修、相关司法解释或者规定全面出台的部门法领域，如何准确理解新的刑事诉讼法律和制度，如何在实践中总结经验将刑事诉讼法治建设再推向前进是摆在刑事诉讼研究者面前的重大任务。笔者多年来一直从事刑事诉讼法学的教学和研究工作，对此有一些自己不成熟的看法和见解，在此展现出来以求教于方家，也希望有益于中国的刑事诉讼法治实践与理论研究。

姜淑华 解永照

2016年6月

目 录 CONTENTS

序	1
第一编 法治与法律程序	1
第一章 法治及中国进路 \ 3	
第二章 法律程序 \ 31	
第二编 刑事诉讼总论	51
第三章 刑事诉讼的人权保障理念 \ 53	
第四章 刑事诉讼法律解释 \ 63	
第五章 刑事诉讼法律的实施 \ 99	
第三编 刑事诉讼程序	123
第六章 侦查监督语境下我国检警关系的完善 \ 125	
第七章 我国侦查监督机制的反思与重构 \ 134	
第八章 论我国口供立法的现状及完善 \ 146	
第九章 我国非法证据排除规则的完善 \ 155	
第十章 刑事诉讼过程中自首的认定 \ 165	
第十一章 司法社会化与人民陪审员制度的完善 \ 171	



第十二章 刑事审判庭前会议与证据开示 \ 179

第十三章 法院变更起诉罪名制度 \ 186

第十四章 本土化刑事和解模式的建构 \ 242

第四编 违反法律程序的刑事制裁 259

第十五章 扰乱法庭秩序罪 \ 261

第十六章 犯罪化的基础理论 \ 265

第十七章 伪证罪的适用范围和犯罪主体研究 \ 288

参考文献 303

跋 记 312

第一编



法治与法律程序

法治是一个古老的概念，在古希腊时期就被提出和讨论，亚里士多德的法治概念至今还被认为是最经典的法治概念。但法治就今天的含义而言已经数度流变，特别是近代以来的含义则已经与初始的法治概念差异甚大。其中最主要的一个区别就是从强调实质法治转向了形式法治，直至两者深度融合。而形式法治主要强调正当程序，与法律程序的设置紧密相关，程序法的发展与发达就与此相关。刑事诉讼法作为主要的程序法，发展成现在的面貌是与强调程序正义是分不开的。所以，我们感觉，在党的十八届四中全会召开的大背景下，在法治中国建设成为中国公共领域主题的语境下，研究刑事诉讼必须从法治和法治程序这两个理论基点出发，才能全面地认识和阐述刑事诉讼问题。



法治及中国进路

法治是一个缘起于西方世界的规范性概念，经过古代的古希腊、罗马法先贤的阐发，以及近现代价值法学、规范分析法学和社会法学的进一步发展和丰富，最终形成了现代法治的概念。对于法治概念和理论的系统追述，有助于我们正确地认识法治以及推进中国的法治进程。建设中国特色社会主义法治体系，就是一个既涵括法治一般要素，又包含中国本土生活元素的推进中国法治建设的综合方略，是内涵不断丰富和明确的法治的中国版本。

从十五大报告提出“依法治国，建设社会主义法治国家”并于1999年载入《宪法》，到2012年提出的“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”^{〔1〕}，再到2014年十八届四中全会提出“坚持走中国特色社会主义法治道路，建设中国特色社会主义法治体系”，这一系列中国语境下的法治论述实现了依法治国到法治中国、从概念提出到内涵丰盈的重大跨越，由是法治中国实现了对依法治国的全面升级和深化，是内涵不断丰富

〔1〕 习近平：“在首都各界纪念现行宪法公布实施三十周年大会上的讲话”，载新华网：http://news.xinhuanet.com/politics/2012-12/04/c_113907206.htm，2014年12月1日访问。

和明确的法治国家的中国版本。在这些重要论述中，都隐含或者明书着“法治”这样一个中心概念，“法治”在当下中国从理论著述到实践展开都是一个热词。因此，本书将立足于中国法治建设，对法治进行多向度的探源和梳理，从而形成对于法治的相对完整的认识。

一、法治：源流与标准

（一）法治源流

谈论法治必须从法治的概念入手，否则无以建立起一个沟通对话的平台。但遗憾的是，法治这个西方的舶来品无论在中国还是在其发源地西方，都是一个语义多样的概念，这一点也将在后面的论述中得到充分的展现。因而，我们不得不在低程度的“重叠共识”的基础上来开展法治概念的阐释工作。

因为当前主流的形式法治与实质法治的两分法，所以，对于法治的定义，我们分别选取了两种的典型定义：一是形式法治立场，我们选取了《布莱克法律词典》的定义：“法治（Rule of law）是由最高权威认可颁布的通常以准则或逻辑命题形式出现的，具有普遍适用性的法律原则称为法治。……法治有时被称为‘法律的最高原则’它要求法官制定判决（决定）时，只能依据现有的原则或法律而不得受任意性的干扰或阻碍。”^{〔1〕}这一定义主要从法律规范的形式方面确认了法的最高性：生成的权威性和规则层次的最高性，而对法律规范的内容则存而不论。二是实质法治的立场，《牛津法律大辞典》认为，法治“意指所有的权威机构、立法、行政、司法及其它机构都要服从于某些原则。这些原则一般被看作是表达了法律的各种特殊性，

〔1〕 Black's Law Dictionary, West Publishing Co. 1979, p. 1196.

如：正义的基本原则、道德原则、公平和合理诉讼程序观念，它含有对个人的至高无上的价值观念和尊严的尊重。”〔1〕这一定义认为法治是一种富含价值的意识形态。

实际上，不论是形式法治还是实质法治都是全面法治或者综合法治的一个面向，并且法治概念的逐渐丰盈实际上是走过了一个从形式法治到实质法治，从“薄”的法治到“厚”的法治这样一个过程〔2〕。

对于“法治”的界定，往往引用亚里士多德的说法：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律本身又应该是制定得良好的法律。”〔3〕虽然学者对这一定义产生了合理质疑〔4〕，但人们普遍承认“法律”和“服从”为法治之必备要素，并引发了关于何为法律和为何服从的问题。亚里士多德法治公式主要偏重于形式法治，其实也涉及了实质法治，即制定得良好的法律，只是没有说明何为制定得良好的法律。这体现了亚里士多德作为逻辑学鼻祖的深厚功力，恰如其对于正义的经典区分法。对于法治的内容我们是无法苛

〔1〕〔英〕沃克主编：《牛津法律大辞典》，邓正来等译，光明日报出版社1998年版，第79页。

〔2〕后一说来自塔马纳哈：“这些不同的法治理论形式，详细地阐述了一个从‘薄的’到‘厚的’移动过程，也就是从更少要求的形式向更多要求的形式移动。一般来说，每一个后面的形式都因整合了以前形式的主要方面而得到日益的累积。”实际上每一个理论的出现都是有其特定社会背景，反映了一定的社会现实或者需要，所以塔马纳哈关于法治理论的这一论述对于法治的现实发展也是贴合的。See Brian Z. Tam an aha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 91.

〔3〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第199页。

〔4〕详见夏勇：“法治是什么？——渊源、规则与价值”，载《中国社会科学》1999年第4期；又见魏治勋：“亚里士多德‘法治’概念之‘谬误’”，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2011年第2期。

求亚里士多德做出实质填充的,正如我们现在也无法对实质法治做出确定的回答一样。后继的法治理论都是在本时代看重和珍视的价值理念范围内不断突出和添加一些内容,但都脱不开亚里士多德的框架。

罗马法受斯多葛学派^{〔1〕}影响至深,在法的形式和内容方面较之于古希腊的城邦法更加具有放之四海的胸怀和愿望,所以对于法治的论述在一般性方面有了较大的进展。《学说汇纂》开篇即提出:“万民……皆受法律和习惯的统治。”^{〔2〕}盖尤斯在《法学阶梯》中提出:“所有受法律和习惯调整的民族,他们一方面遵守自己的法律;另一方面遵守为全人类所共有的法律。……而自然理性为全人类确立的并为所有的民族同等地遵守的法律被称为万民法,换言之,是由所有的民族使用的法律。”^{〔3〕}

近现代的法治理论对于形式法治与实质法治的认识走过了一个“合一—分—合”的过程。第一个阶段以英国的戴雪为代表,认为法治就是:①武断权力的不存在;②普通法律与普通法院居优势,法律面前一律平等;③宪法不是一切法律规范的渊源,而是个人权利与自由的结果。^{〔4〕}但这一阶段关于法治的学说多

〔1〕 实际上斯多葛学派的思想适应了罗马扩张后的“帝国”所必然带来的世界主义或者普遍主义。

〔2〕 Theodor Mommsen & Paul Krueger (eds.), *The Digest of Justinian*, Alan Watson trans., 1985.

〔3〕 [古罗马] 盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第2页。

〔4〕 [英] 戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第232~245页。对于这部分内容,学者多有述及,如夏勇在“法治是什么?——渊源、规则与价值”中概括为:“第一,人人皆受法律统治而不受任性统治;第二,人人皆须平等地服从普通法律和法院的管辖,无人可凌驾于法律之上;第三,宪法源于裁定特定案件里的私人权利的司法判决,故宪法为法治之体现或反映,亦因此,个人权利乃是法律之来源而非法律之结果。”

属于经典自然法学派，民主、自由、宪政等权利、价值才是中心，程序法治、形式法治作为扈从多被作为技术性指标。随着规范法学的滥觞和昌盛，出现了形式法治与实质法治的分流。规范分析法学认为，法治就是主权者命令（奥斯丁）或者不同层次（凯尔森）、不同种类（哈特）规范的普遍实施，而不问这些命令或者规范的内容和性质，从而将法治形式主义推向巅峰。规范法学是以自然法的反对者面目出现的，主张法治的价值无涉性。其实，考虑到自由主义已经完全战胜专制主义的大背景，颇有点“多研究些问题，少谈些主义”的味道，其本质是不反对主流价值主导下的法治的，所以无论是哈特与德沃金的论战，还是哈特与富勒的论战都是围绕是否要包含价值，而不是包含何种价值（这属于价值法学内部之争）。第二次世界大战使价值法学得到了某种复兴，但很快就又退出了中心，实际处于一种外形内实的融合调和状态。如新规范分析法学代表人物拉兹在坚持形式法治论的同时，也认为法治也应该包括“自然正义的原则必须遵守”这样的实质价值标准，而自由主义代表人物菲尼斯认为法治应该“以前后一致和符合法律精神的方式执行法律”。

（二）法治的标准（规训）

上面对于法治概念的考查以及对于法治学说的梳理都是一种一般意义上的宏观的解说，是一种定性研究，但对于到底什么是法治的理解还处于非确定状态。虽然存在形式法治与实质法治之争，以及两种法治论内部的不同观点之间的争论，但法治论发展到现在，其在具体内容上还是有一些基本的共识存在的，这些具体共识对于我们细致的建构或者评价一个社会的法治构造还是具有检视力和指导性的，即使是较低层次的共识。

1. 法治的形式标准（内在道德）

相对而言，学界对于法治的形式标准、程序自然法或者富

勒所言的外在道德争议较少,有点像“法治的普适要素”^[1]。对于法治的形式标准(内在道德)多是在数量和具体内容的权重和层次略有争议,并且标准日繁,所以逻辑结构上的安排费智颇多。比较有代表性的提法出自夏勇^[2]和富勒,笔者稍加杂糅一并提出:①有普遍的法律(法的一般性)。普遍的法律或者法的一般性,是指法律适用对象的普遍性,不针对个别而特殊的事件和行为立法,是针对社会中的一般人而非特定人、针对社会一般事件和行为而非特殊事件和行为而设立的行为模式。②法律为公众知晓,即法律必须公开公布。知法是守法的前提,不知而罪、不教而诛谓之虐。法律公开是法的指引、评价等诸多功能发挥的基础条件。在现代条件下,这一义务不但已经超越了简单的被动对外公开,而且还要主动提供资源使公众了解、理解法律,如普法和法律援助等。③法律可预期性(非溯及既往)。法律规则必须是确定的,不可朝令夕改,也不可用未来的法律来规制现在乃至过去的行为。法律一旦丧失了可预期性,人们的行为将变得无所适从,并可能动辄得咎,社会安全性将无法保障。④法律的明确性。我国法家代表人物商鞅认为:“圣人为法必使之明白易知,愚知偏能知之。”拉兹认为:“一项模棱两可、含糊其辞、晦涩或不确切的法律,很可能造成混乱,至少会使一些希望用法律规范自己的人感到迷惑。”^[3]法的明确性是在法的公开性的基础上对于法信息传达的进一步要求。

[1] 夏勇:“法治是什么?——渊源、规则与价值”,载《中国社会科学》1999年第4期。

[2] 参见夏勇:“法治是什么?——渊源、规则与价值”,载《中国社会科学》1999年第4期;[美]朗·L·富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版。

[3] [英]约瑟夫·拉兹:“论法治原则”,李林译,徐炳校,载《环球法律评论》1990年第5期。

⑤法律无内外矛盾。法体系应该是一个系统、协调、互通、联动的功能体统，要具有逻辑上的融洽性、指向上的统一性，不能传达相互矛盾的信息，或者具有化解规范矛盾的机制。⑥法律可以遵循，即不可强人所难。法律所要求人们去做的必须是人们可以做到的，客观不能或者不可抗力和社会外界因素等非个人原因造成的循法不能可以成为免责的法定理由。⑦法的稳定性。法必须在一定的时间段内保持必要的稳定性，从而使公民可以从事具有一定期限的长期业务和稳定生活，有利于降低知法、守法、用法的成本，也有利于培养人民的法律信赖。⑧官方行为与法律的一致性。前几个方面都是有关或者主要是立法方面的要求，唯有这要求是与法律实施有关。对于这一问题，夏勇教授分了三个方面来加以论述：法律高于政府、法律权威、司法公正^{〔1〕}。一句话，法律具有最高地位，任何官方机构都在法律之下，应该公正、忠实地司法、执法。

法治的形式标准（内在道德）重在法律规范的实施效果，是法的目的的实现方法的要求。上述法治的形式标准是现代法治语境下法治的实质标准的最佳配套措施，是现代法治的外在道德的理想类型，而不是一种价值无涉的普遍形式标准。当然，在法律生活已经成为人类生活的一部分的情况下，法律所构建的“法的空间”的生活也具有了实际生活的意义，而不单纯只是为了处理法律世界的纠纷的手段了。

2. 法治的实质标准（外在道德）

法的实质标准或者外在道德又被称为实体自然法，是法意欲实现的各种实体目的或理想所体现出来的道德性，如安全、公平、正义、平等、自由等。作为被信仰的法，类似于民主，

〔1〕 夏勇：“法治是什么？——渊源、规则与价值”，载《中国社会科学》1999年第4期。

本身是作为一种实现价值的手段和方法而存在的。随着人类整体的社会进步以及良好价值的不断注入,法治与民主本身似乎已经演化成了一种价值物,而非价值的体现物了。而基于各个国家、各个民族、各个阶层等不同社会单位不同的发展历史、生活方式及由此衍生的哲学体系、价值观念,其代表性法学家在不同阶段所阐发的法治的实质标准或外在道德并不相同,乃至完全相背,所以直到现在对于实质法治的认识还是莫衷一是。

对于这些价值之争,先验的性质比较突出,笔者只能择其要者并带有笔者的个人偏好来略加总结。①工具价值^{〔1〕}:秩序。法的产生最根本的原因就是社会生活的复杂程度超出了家庭、氏族这样的基于报偿性、亲缘性的小单位组织结构,需要在更大的社会单位层次上维持人类交往的基本秩序。所以笔者认为,法与国家就是一种天然的孪生体,国家的正常运转需要法,不论是契约型国家还是压制型国家皆然。社会管理或者秩序维护是任何类型的法状态(也包括法治)的基础性价值。这可以称为法治的工具价值。②人的价值^{〔2〕}:安全、自由、尊严、平等,诸如此类为了实现人的价值而细分的价值形式。康德认为,人是万物的尺度,在任何情况下都不能将人工具化。在人的世界里,追求和实现人的价值一直以来就是人类社会进化与延续的不变主题。这种追求在不断扩大,在主体方面,从关注一个人、一个家族、一个阶层扩大到最大多数人(功利主义)、全人类(共产主义),内容方面从基本的人身安全到财产安全,从物质到精神(自由、尊严)。法治的实质价值应当是包

〔1〕 可以参见夏勇:“法治是什么?——渊源、规则与价值”,载《中国社会科学》1999年第4期。

〔2〕 可以参见夏勇:“法治是什么?——渊源、规则与价值”,载《中国社会科学》1999年第4期。