



诉讼与仲裁论丛
Litigation & Arbitration

Xingshi Sifa Chuangxinlun
刑事司法创新论

◇ 刘根菊等 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D925.204
L612

刑事司法创新论

◇ 刘根菊等 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法创新论/刘根菊等著. —北京:北京大学出版社, 2006. 3
(诉讼与仲裁论丛)

ISBN 7-301-10550-9

I. 刑… II. 刘… III. 刑事诉讼法-研究-中国 IV. D925.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第010308号

书 名: 刑事司法创新论

著作责任者: 刘根菊 等著

责任编辑: 蔡素芬 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-10550-9/D·1456

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 25.5印张 433千字

2006年3月第1版 2006年3月第1次印刷

定 价: 40.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序

创新的含义之一,是指有创造性、有新意。创新,既包括原创(初创),又包括继创,即在已有的理论基础上,提出并探求出新观点、新理论、新制度、新原则等新成果。江泽民同志曾经指出,创新是一个民族的灵魂,创新是一个国家发达的不竭的动力。该论断符合马列主义、毛泽东思想和邓小平理论。马克思主义认为,世界上的一切事物都在运动着,永恒的运动与永恒的创新是生活的本质。毛泽东同志也指出,人类总是不断发展的,自然界也是不断发展的,永远不会停留在一个水平上。因此,人类总是在不断地总结经验,有所发现,有所发明,有所创造,有所前进。可见,创新是人类生活的本质要求,是推动人类社会发展的必备条件和原动力。

刑事司法创新,是千万种事物创新中的一种,是司法创新的一个重要分支。上述创新之原理,实为创新之理论依据,此为其一。其二,刑事司法是司法机关依据刑法、刑事诉讼法等法律解决惩罚犯罪和保障人权的问题,旨在维护社会秩序和人权安全、安定。社会的政治、经济、文化、科技等不断发展,新的事物层出不穷,新的思想不断涌现,新的矛盾日渐增多等。为了实现司法公正,顺应急需,与时俱进,保障人权,克减时弊,继往开来,因此,刑事司法创新乃社会发展之必然。

刑事司法,既包括刑事立法、刑事执法、刑事救济等,又包括刑法、刑事诉讼法、律师法、国家赔偿法等部门法。刑事司法事涉公民、犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属、律师和其他诉讼参与人参加诉讼的权益,涉及侦查机关、检察机关、审判机关和司法鉴定机关行使其职权等,因此,其创新的范围很广、内容甚丰。刑事司法创新,既包括刑事司法观念的创新,又包括刑事司法理论的创新;既包括刑事司法的体制创新,又包括刑事司法的制度创新等。本书围绕着上述创新之范围进行了八个专题研究。在研究过程中,采用了理论联系实际、重在理论探讨的方法,相邻学科与刑事诉讼法学学科交融的方法,古今中外刑事司法比较研究的方法,实证研究的方法,现代科技与刑事司法相结合等方法。预期突出和实现四个特点:“新”,即新选题和新论证;“重”,即注重研究当前理论与实践急需探讨和解决的主要问题;“深”,即题目小,挖掘深;“谏”,即为司法制度改革或者修改刑诉法建言献



策。凡此种种,均有助于拓宽刑事司法研究的新视野、展示刑事司法的理论新成果和促进刑事司法立法的完善。

清代学者王国维曾说:“昨夜西风凋碧时,独上高楼,望尽天涯路;衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴;众里寻她千百度,蓦然回首,那人却在,灯火阑珊处。”这既是访贤之境界,又是治学之态度。就治学而言,作为学者,似应以其为向标,力争做到登高望远,俯瞰学界,独辟蹊径;似应锁定目标,为之追求,不惜身瘦面憔悴;似应不惜身心,竭尽全力,实现目标。王国维先生的至理名言,是本书作者进行专题研究的精神支撑,亦是今后继续践行理论探求之动力。

“雄关漫道真如铁,而今迈步从头越”。我们所处的时代,是一个伟大变革的时代。在政治多极化、经济全球化、法制国际趋同化、信息网络化、环保世界化的国际环境下,在“依法治国、建设社会主义法治国家”基本国策、司法改革如火如荼、司法为民风起云涌的高潮中,在司法理论研究日益繁荣,刑事诉讼法修改在即的大好形势下,刑事立法、司法如何与联合国刑事司法准则的有关规定相一致或者相趋同,刑事司法改革的理论研究如何为依法治国和修改刑事诉讼法提供先导和支撑,是从事理论研究的学者理应承担的时代重任。今后,我们将应时势之急需,借改革之良机,扬繁荣法学之帆,乘风破浪,勇往直前,为进一步促进刑事司法理论研究的发展贡献自己的力量。

刘根菊

二〇〇五年六月

于中国政法大学

目 录

上篇 刑事诉讼观念创新

第一专题 刑事诉讼伦理观	(3)
第一章 法律与伦理的关系概述	(4)
第一节 伦理与道德.....	(4)
第二节 法律与伦理.....	(6)
第三节 法律伦理学的研究状况	(12)
第二章 刑事诉讼伦理观	(14)
第一节 中国传统诉讼文化的伦理性	(14)
第二节 伦理观在联合国刑事司法准则中的体现	(21)
第三节 刑事诉讼伦理观的理论基础与价值内涵	(26)
第三章 刑事诉讼伦理观与证人拒证权	(34)
第一节 配偶、近亲属的拒绝作证权.....	(35)
第二节 律师的拒绝作证权	(37)
第四章 刑事诉讼伦理观与防止刑讯逼供	(40)
第一节 刑讯逼供行为在伦理观念上的偏差	(41)
第二节 从观念塑造上防止刑讯逼供的对策	(43)
第三节 从制度设置上防止刑讯逼供的对策	(46)
第五章 刑事诉讼伦理观与完善死刑复核程序	(48)
第一节 完善死刑执行方式	(49)
第二节 增加保障死刑犯的基本权利的法律规定	(51)
第三节 完善死刑减刑制度,增设死刑赦免制度.....	(53)
第二专题 刑事诉讼客体论	(54)
第一章 刑事诉讼客体理论的概述	(54)
第一节 刑事诉讼客体的概念	(54)



第二节	刑事诉讼客体的内容	(58)
第三节	刑事诉讼客体在诉讼中的作用	(62)
第四节	刑事诉讼客体与刑事诉讼法律关系客体的关系 ..	(65)
第五节	被告人在刑事诉讼中地位的转化——由诉讼客体 转变为诉讼主体	(70)
第二章	刑事诉讼客体的识别与特点	(74)
第一节	刑事诉讼客体的识别	(74)
第二节	刑事诉讼客体的特点	(87)
第三章	刑事诉讼客体的变更	(101)
第一节	概述	(101)
第二节	公诉变更制度	(105)
第三节	法院能否变更起诉指控的罪名	(114)
第三专题	刑事附带民事诉讼程序的效益论	(121)
第一章	程序效益分析的基础理论	(121)
第一节	程序效益分析的基本假设和基础理论	(121)
第二节	程序效益的基本要素	(130)
第三节	程序效益的制约机制	(133)
第二章	现行刑事附带民事诉讼程序效益的分析	(138)
第一节	案例引出的思考	(138)
第二节	我国现行刑事附带民事诉讼程序效益的分析	(144)
第三章	从提高程序效益角度改革刑事附带民事诉讼程序 之设想	(150)
第一节	改革刑事附带民事诉讼程序的指导原则	(150)
第二节	提高程序效益的途径分析	(155)
第三节	从诉讼成本角度改革刑事附带民事诉讼程序 之设想	(161)
第四节	从诉讼收益角度改革刑事附带民事诉讼程序 的思考	(167)
结论		(168)



下篇 刑事诉讼理论创新

第四专题 正当程序与程序正当之研究	(173)
第一章 正当程序概述	(173)
第一节 正当程序的正当(性)	(173)
第二节 正当程序的产生和发展	(179)
第三节 正当程序传及全世界	(185)
第二章 正当程序与程序正当之比较	(191)
第一节 正当程序	(191)
第二节 程序正当	(195)
第三节 正当程序与程序正当的相互关系	(197)
第四节 正当程序与我国刑事诉讼程序的完善	(199)
第三章 死刑复核程序正当性及程序完善构想	(202)
第一节 死刑复核程序的正当性	(202)
第二节 死刑复核程序的完善	(206)
第五专题 我国民事、行政诉讼研究	(213)
第一章 民、行公诉概述	(213)
第一节 民、行公诉的概念、性质、特征以及目的、意义	(213)
第二节 外国民、行公诉的历史、现状及比较研究	(218)
第三节 我国民、行公诉的历史及现状	(224)
第二章 我国民、行公诉的理论依据	(227)
第一节 法律监督理论	(227)
第二节 公益原则及国家干预原则	(236)
第三章 民、行公诉的现实依据	(245)
第一节 民、行公诉的必要性	(245)
第二节 民、行公诉的可行性	(254)
第四章 民、行公诉的专有基本原则及基本理论范畴	(261)
第一节 民、行公诉的专有基本原则	(261)
第二节 民、行公诉的基本理论范畴	(265)



第六专题 刑事诉讼合意制度之构建	(275)
第一章 刑事诉讼合意制度解析	(276)
第一节 刑事诉讼合意制度的内涵及与传统司法制度之比较.....	(276)
第二节 刑事诉讼合意制度产生的社会背景和直接动因.....	(278)
第三节 刑事诉讼合意制度在我国的萌芽.....	(281)
第四节 刑事诉讼合意制度的理论基础.....	(283)
第二章 刑事诉讼合意制度的构建	(293)
第一节 国际上相关制度之考察.....	(293)
第二节 构建刑事诉讼合意制度的现实分析.....	(297)
第三节 构建刑事诉讼合意制度所遵循的原则.....	(302)
第四节 构建刑事诉讼合意制度的支撑点.....	(303)
第五节 刑事诉讼合意制度的构建.....	(307)
结语.....	(313)
第七专题 犯罪心理测试结论的证据价值	(314)
第一章 中外犯罪心理测试技术的比较	(314)
第一节 我国犯罪心理测试技术概述.....	(314)
第二节 西方犯罪心理测试技术概述.....	(320)
第三节 中外犯罪心理测试技术的异同.....	(322)
第二章 犯罪心理测试结论证据价值之科学性分析	(325)
第一节 犯罪心理测试技术的科学性考察.....	(325)
第二节 犯罪心理测试技术的局限性考察及应对措施.....	(337)
第三章 犯罪心理测试结论的证据价值考察	(343)
第一节 犯罪心理测试技术证据价值面临问题分析.....	(343)
第二节 犯罪心理测试技术的未来法定证据定位及立法分析.....	(354)
结论.....	(361)
第八专题 刑事代理制度研究	(363)
第一章 刑事代理制度概论	(363)



第一节 刑事代理概述·····	(363)
第二节 刑事代理制度的历史沿革·····	(368)
第三节 刑事代理制度与相近制度的关系·····	(371)
第二章 刑事代理制度的理论基础·····	(373)
第一节 刑事代理是加强被害人人权保障的必然要求·····	(373)
第二节 刑事代理与实体正义之实现·····	(379)
第三节 刑事代理与程序正义之实现·····	(381)
第四节 刑事代理与诉讼效率的关系·····	(383)
第三章 刑事代理人制度·····	(386)
第一节 刑事代理人概述·····	(386)
第二节 刑事代理人的地位·····	(388)
第三节 刑事代理人的权利和义务·····	(394)
后记·····	(400)

上 篇

刑事诉讼观念创新

第一专题 刑事诉讼伦理观

何谓“伦理”?伦理是指用以处理人伦关系的规范与准则,也就是要求人们遵循一定行为规范的道德要求,包含着极为丰富的道德理念与原则。刑事诉讼是国家司法机关如何行使国家刑罚权的活动,是围绕着犯罪嫌疑人、被告人是否有罪与如何处罚而展开的。对有罪者而言,核心是他们如何承担刑事责任问题。人类社会从原始的同态复仇,转向通过刑事诉讼解决罪和刑事责任问题,标志着人类从愚昧走向文明的历史飞跃。冰冷的罪与罚似乎是严肃而苛刻的,与人类的道德情感、伦理观念相距甚远。然而,待我们对两者进行深刻剖析之后,却发现绝非如此。

从不同法律部门的角度来看,无论任何法律规范都是人类的创造物,是最低限度的道德,蕴含着人类最朴素的伦理道德观念。实体法的罪与罚自然如此,程序法的设计则更是如此。它既要保证实体法的正确实施,同时又要满足法律道德化、人性化的操作需要,比如程序公正、程序人道、程序文明,这也是程序的独立价值所在。从法律活动的角度来看,无论是立法、司法、执法,还是守法,都不能背离道德观念。因为,起源于道德的公平、正义、利益、秩序、自由、平等等价值理念,昭示的是整个人类进行社会治理的理性追求和终极目标。要做到法为良法及实现法治,人们的法律活动就必须具有道德基础和伦理内蕴。

刑事诉讼既然是一种国家法律活动,是国家作用于个人的行为,必然体现出国家权力与个人权利的矛盾冲突,必然涉及到国家的安全、秩序与个人的权利、自由之间的价值权衡。如何调节和处理这种关系,如何在矛盾的二者之间做出合乎理性的价值判断,这个任务是法律本身无法完成的,这就需要立法者、执法者运用一种更为博大的人类道德理念来予以评估,并以其为指导做出决定。同时,刑事诉讼也是用以解决人与人之间社会冲突的一种活动,需要有当事人与其他诉讼参与人以及代表国家司法机关的司法工作人员的参与。处理这些人之间的关系,确立这些人在刑事诉讼活动中的基本行为方式和行为规范,还有赖于道德理念的支撑。由此,伦理观念对刑事



诉讼活动的引导和规范成为必要。笔者在本专题中,试图将伦理学的基本观念与刑事诉讼法学研究结合起来进行初步探讨,以期对我国刑事诉讼法的进一步发展完善起到些许精神理念上的启示作用。

第一章 法律与伦理的关系概述

对刑事诉讼与伦理之间关系的研究是由法律与伦理的辩证关系中引申拓展而来的,正是由于法律与伦理这两大人类社会的基本原则规范之间存在着错综复杂的历史渊源与现实矛盾,才使得对本文命题的研究成为可能。因此,本文在展开对刑事诉讼伦理观的理论研讨之前,首先对其理论基础——法律与伦理的关系等相关问题进行一定的理论分析。

第一节 伦理与道德

为了更好地理解“伦理”概念的深层含义,并力求文章阐述简便,我们首先对伦理与道德这组概念进行一定的辨析。在日常生活中,无论是中国还是外国,人们大多都将伦理和道德作为同义词使用。然而,在学术领域,伦理与道德是既存在密切联系,又有一定差异的两个概念。

“伦理”(ethic)一词在西方是由古希腊文“ethos”演绎而来的。早在荷马时代,人们就开始了道德的理性思考。荷马史诗《伊利亚特》中已经出现了“ethos”一词,但当时只表示惯常的住所、共同居住地。后来其意义扩大为性格、人格、风俗、风尚等,然而并不具有现在的“伦理”的意思。公元前3世纪,亚里士多德首先使名词“ethos”成为一个形容词“ethikos”,使之具有道德品性和道德行为规范的涵义。“道德”(morality)源于拉丁文“mos”,含义为习俗与品性。“mores”为“mos”的复数。古罗马思想家西塞罗根据希腊道德生活的经验,从“mores”一词创造了一个形容词“moralis”。之后,英文的“morality”沿袭了这一含义,兼具社会风俗与个人品性之意。^①由此可见,在西方,伦理和道德从词源意义上是基本相通的,都是指外在的风俗、习惯

^① 余亚平、李建强、施索华:《伦理学》,上海交通大学出版社2002年版,第5页。



以及内在的品性、品德,因而说到底也都是指“人们应当如何的行为规范”。^①

在古代中国典籍中,许慎的《说文解字》对于“伦理”的解释是:“伦,从人,仑声,辈也。”即“伦”字的本意是辈的意思,引申为人与人之间不同辈分的关系。“理,治玉也。……玉之未理者为璞。”“理”字本义为加工并显示玉石本身细微精妙而又清晰可辨的文理,引申为规律和规则。伦理二字连用,最早见于战国至秦之际的《礼记·乐记》:“乐者,通伦理者也”。“伦理”在我国古代主要指人与人之间微妙、和谐、有序的辈分关系。“道”的本义为道路。《说文》:“道,所行道也。”后指事物运动变化的规律和规则,引申为做人做事应当遵循的原则和规范。“德”本义为“得”,是指把人和人之间的关系处理得恰当以使自己 and 他人都有所得,引申为品德、道德品质。在春秋战国时期,“道”和“德”合为“道德”一个词并有了确切的含义,即指“人们在社会生活中所形成的道德品质、道德境界和调整人与人之间关系的道德原则和规范”。^②

在当代理论研究中,伦理是指人与人之间以道德手段调节的种种关系,以及人们在处理这种关系时应当遵循的道理和规范。伦理学是研究道德的现象、本质及其发展规律的学科。道德作为人类生活中所特有的社会现象,是由经济关系决定的,以善恶为评价标准的,依靠社会舆论、传统习惯和人们的内心信念所维系的,调整人与人之间以及人与自然之间关系的原则规范、心理意识和行为活动的总和。^③随着现代伦理学的发展,有学者认为伦理和道德是有区别的。伦理侧重于人与人之间的秩序与规范,而道德则侧重这种秩序与规范中的个体意识;伦理的核心是正当(适当、合适等),道德的核心是善(美德、德行等);伦理中本质的东西是共处的公平与适度,道德中本质的东西是完善自身的自由;伦理的约束依赖于人们基于共识的公平与正义感,道德的约束依赖于个人的心性等等。^④

不过,总体而言,伦理与道德有微殊而无迥异,大多数情况下是可以交替使用的。除了个别哲学家如黑格尔、哈贝马斯等人严格区分二者之外,两个概念的趋同是主流。我们在日常生活和理论研究中也应遵循这一主导倾向。在本专题中,笔者对两者的关系也不作区分。

① 王海明主编:《新伦理学》,商务印书馆2002年版,第104页。

② 余亚平、李建强、施索华:《伦理学》,上海交通大学出版社2002年版,第4页。

③ 周中之主编:《伦理学》,人民出版社2004年版,第6页。

④ 李萍主编:《伦理学基础》,首都经济贸易大学出版社2004年版,第22页。



第二节 法律与伦理

法律与伦理是人类建立和维系社会生活秩序的最基本和最重要的两大规范。法律是国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范。伦理是人们处理人伦关系时应当自觉遵守约定俗成的规范与准则。把握法律与伦理的辩证关系,无论是就法学理论研究本身而言,还是就我国当前的伦理道德建设而言,都是一个重要课题。

一、法律与伦理分离与反分离的历史过程

法律与伦理的关系问题是古今中外法学和伦理学发展史上学者们所探讨的一个经久不衰的课题。对于这个问题,笔者可以将各种观点大体归纳为两种,即伦理与法律的分离与融洽学说。前者主张伦理与法律是两种不同的社会规范,各自适应不同的生活领域,互不相干;后者则认为伦理和法律是不可分离的,且呈混同态势而存在。分离说和融合说作为法律和伦理关系的两种基本主张,曾对世界各国的治国方略、思维方式、生活模式都产生了极其深远的影响。不过在历史上,无论是中国还是西方国家,对于这一问题的认识都是不断变化的,而中西方恰好经历了一个截然相反的演变过程。

在西方资产阶级法哲学发展史上,对法律与伦理的关系存在融合说、分离说、折衷说三种不同的观点,前两种观点影响较大。最初,从古希腊理想主义法哲学到德国古典哲学,各种自然法哲学学派主张伦理与法律的一致和统一,他们认为法律和道德密不可分,应然法即是道德。其代表人物从柏拉图开始,经过亚里士多德、西塞罗、卢梭直到康德和黑格尔。在漫长的历史时期里,融合说一直在西方占统治地位,直到近现代,它才逐渐让位于实证主义学派的分离说。实证主义代表人物奥斯丁、凯尔森、埃利希等都主张法律与伦理的分离学说,彻底割断了法律与伦理的关系,抛弃了法律的价值判断观念。他们把价值判断和实证分析割裂开来,并断言:“任何关于价值标准的信念永远不能得到合理的证明。”^①另外,边沁的功利主义作为上述两种学说的过渡,主张伦理与法律的共生和并存。这些理论既有其科学合理之处,也存在着本身固有的谬误。

^① [美]罗伯特·达尔:《现代政治分析》,王沪宁译,上海译文出版社1987年版,第170页。



在中国古代法律思想史上,法律与伦理的关系则经历了由分离说到融合说的演变过程。在先秦时代,百家争鸣,儒家和法家作为其中的重要学派都各持己见,主张自己所坚持的德或者法的重要性和唯一性。例如,儒家认为:“导之以政,齐之以刑,民免而无耻;导之以德,齐之以礼,有耻且格。”^①法家则主张:“威势可以禁暴,而德厚之不足以止乱。”^②直至汉代,董仲舒提出“罢黜百家,独尊儒术”,儒家思想逐渐取得并长期占据了统治地位。其后,儒家吸收了法家的思想因素,形成了“礼法合一”的现象,法律与伦理道德又进入了融合阶段。

中西方思想史上法律与伦理的分离说和融合说都具有其合理性,但也有其局限性。在实际生活中,法律与伦理之间,存在着一种互动的态势。法律与伦理既作为独立的社会规范而存在,又呈现出互相转化、相互渗透的发展趋势。

二、法律与伦理的关联

法律与伦理的关系首先在于它们的关联性。法律与伦理虽然在整个社会规范体系中各自扮演着特殊的角色,但两者在本质上却是一致的。它们不仅建立并服务于相同的经济基础,在一定程度上,两者的思想基础也是一致的,即伦理和法理是一致的。在这种共同的基础上,伦理与法律相互交叉、相互关联、相互作用,共同对人们的行为进行评价,对社会关系进行调整。

伦理与法律的关联主要表现为它们在内容和调整范围上常常交叉融合、互相补充。首先,法律与伦理道德在内容上互相包容、相互转化。法律作为一种社会规范,其形成晚于伦理而又源于伦理。在法律的制定过程中,掌握国家政权的统治阶级往往将社会主流的道德原则用法律形式确定下来;同时,某些道德规范本身就渗透着法律的规定或是由某些法律演化而来。其次,法律与道德在调整范围上存在交叉和重合。一般需要法律调整的社会关系,往往同时也需要道德的评价和调整。凡是法律所禁止的行为都是道德贬斥的行为,凡是法律鼓励的行为道德也加以鼓励。最后,法律和道德又是相互补充的。某些问题法律无从调整,却是道德发挥作用的重要领域;而某些道德问题又可以诉求于法律解决,因为“道德的公平、平等必需

^① 《论语·为政》。

^② 《韩非子·显学》。