

Legal Reform and
Development

法律变革与发展丛书

现代刑事诉讼结构论

孙 记 著

中国社会科学出版社

Legal Reform and
Development

法律变革与发展丛书

现代刑事诉讼结构论

孙 记 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

现代刑事诉讼结构论/孙记著. —北京: 中国社会科学出版社, 2009. 5

ISBN 978-7-5004-7806-5

I. 现… II. 孙… III. 刑事诉讼法—法的理论—研究—中国 IV. D925.201

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 080872 号

选题策划 王 曦

责任编辑 门小薇

责任校对 修广平

封面设计 格子工作室

技术编辑 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2009 年 5 月第 1 版

印 次 2009 年 5 月第 1 次印刷

开 本 880×1230 1/32

印 张 8.375

插 页 2

字 数 215 千字

定 价 22.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

导论	(1)
第一章 我国刑事诉讼结构研究的现状及问题	(12)
第一节 我国早期众说不一的刑事诉讼结构论	(12)
一 两重结构论的提出及其修正	(13)
二 “等腰三角结构”论的提出及其深化	(16)
三 “倒三角结构”论的提出及其转化	(18)
四 通说性的刑事诉讼构造论及其发展	(20)
第二节 我国早期的结构论在制度层面就事论事 存在的问题	(23)
一 以“诉讼”为依据的论说存在的问题	(24)
二 通说性构造论使检察官承担的职能更加混乱	(29)
第三节 我国当下刑事诉讼结构研究的新进展	(33)
一 通说性框架下侦查结构的专题性研究	(33)
二 我国刑事诉讼结构研究的新视角	(39)
第四节 我国刑事诉讼结构研究中存在的问题	(42)
一 共时性研究遮蔽了一些历时性形成的问题	(42)
二 我国刑事诉讼结构研究应该进一步面对的 问题	(46)
第二章 现代刑事诉讼结构的理论基础	(50)
第一节 西方自由主义的基本理念	(51)

2 现代刑事诉讼结构论

一	自由主义及其开端	(51)
二	本体论意义上的自由主义	(58)
三	消极意义上的自由观	(63)
第二节	有限国家论	(74)
一	有限国家论的基本内涵	(74)
二	法治的基本思想	(75)
三	宪政精神	(91)
第三章	现代刑事诉讼结构蕴含的程序理念与原则	(104)
第一节	现代刑事诉讼结构与自由主义的勾连	(104)
一	现代刑事程序与现代刑事诉讼结构	(104)
二	现代刑事诉讼结构在现代刑事程序的 形成中凸显出来	(108)
三	现代刑事诉讼结构与自由主义的勾连	(115)
第二节	现代刑事诉讼结构蕴含的程序理念	(123)
一	现代刑事诉讼结构蕴含的自由观	(123)
二	现代刑事诉讼结构蕴含的程序内在价值	(128)
三	现代刑事诉讼结构蕴含的法治精神	(136)
第三节	现代刑事诉讼结构蕴含的分权原则	(140)
一	追诉权与裁判权分离的由来	(140)
二	诉审分离的理念与原则	(144)
第四章	现代刑事诉讼结构的重塑	(153)
第一节	现代刑事诉讼中的利益	(154)
一	法与利益	(154)
二	现代刑事诉讼中被追诉者的利益	(156)
三	现代刑事程序中国家利益的分化	(158)
第二节	被追诉者的利益被确认为现代 刑事诉讼基本人权	(160)

一 被推定为无罪的权利	(161)
二 任何人不受强迫自证其罪原则及沉默权	(162)
三 保释权	(163)
四 公正审判权	(163)
五 律师帮助权	(165)
第三节 现代刑事诉讼中以被追诉者利益为核心的 分层结构	(167)
一 现代刑事诉讼中的利益结构	(168)
二 现代刑事诉讼中主体间的“三方结构”	(169)
三 现代刑事诉讼中的行为结构	(171)
第五章 我国的刑事诉讼结构及其现代改造	(180)
第一节 我国古代刑事诉讼结构	(181)
一 我国古代刑事诉讼结构的理论基础	(181)
二 我国古代刑事诉讼结构的核心内容	(185)
三 我国古代刑事诉讼中的两面结构	(188)
第二节 我国刑事诉讼法确立的刑事诉讼结构	(190)
一 新中国成立以来刑事程序的理论基础	(190)
二 我国 1979 年刑诉法确立了刑事诉讼的 简单结构	(192)
三 我国当下刑事诉讼中的畸形结构	(198)
第三节 我国当下刑事诉讼结构的现代改造	(205)
一 我国刑事诉讼结构的理论基础应该发生转换 ...	(205)
二 我国的刑事程序观需要转变	(215)
三 我国的刑事程序立法需要完善	(228)
结论	(241)
参考文献	(244)
后记	(260)

导 论

一 问题的提出

(一) 刑事诉讼结构及其由来

一般认为,刑事诉讼结构^①,是指“控诉、辩护和审判三方在刑事诉讼过程中的组合方式和相互关系。它是刑事诉讼中的基本框架,反映了刑事诉讼中控、辩、审三方的不同地位以及国家权力与个人权利之间的关系,决定了整个刑事诉讼的基本运行态势。刑事诉讼结构又称刑事诉讼构造、刑事诉讼形式或刑事诉讼模式”^②。在我国,刑事诉讼结构(或构造)论的研究出现在上个世纪90年代初。其中,在借鉴日本刑事诉讼构造理论和美国

① 本书使用刑事诉讼结构一词。这里笔者通过探讨现代刑事诉讼结构的理论基础来对其进行解读。由特定的理论基础所决定,控、辩、裁三方在现代刑事诉讼中形成了以被追诉者利益为核心的分层结构,即控、辩、裁三方代表的利益间的排序、比例关系构成了现代刑事诉讼的利益结构,不同的利益由不同的主体来维护,形成了主体间的“三方结构”,为了维护利益,各方要以权利制约权力、权力约束权力的方式参与到刑事诉讼的主要过程和关键环节中来,进而形成主体间的“行为结构”。这里仅仅在主体间的“三方结构”上与当下学术界理解的“等腰三角结构”相近,但“等腰三角结构”仍有一些关键内容凸显得不够。这样,本书所理解的现代刑事诉讼结构的内容远不是诉讼“构造”所能涵盖的。因此,本书除了引用学者的观点使用“诉讼构造”外,使用刑事诉讼结构一词。

② 徐静村主编:《刑事诉讼法学》(上),法律出版社1999年版,第64页。

2 现代刑事诉讼结构论

刑事诉讼模式理论的基础上,李心鉴博士明确提出了“刑事诉讼构造论”^①,并运用它来分析中外的刑事程序问题。与此同时,鉴于“刑事诉讼构造”这一概念是“舶来”的,一些学者主张以“刑事诉讼结构”取而代之。当时,基于对“控诉、辩护和裁判三方之间的‘诉讼法律关系’”理解的不同,学术界出现了众说不一的刑事诉讼结构论,其中影响较大、历时较长的理论主要有两重结构论、“等腰三角结构”论、“倒三角结构”论以及通说性的刑事诉讼构造论。当下对两者在称谓上进行严格区分者越来越少,大多数学者在行文中往往对二者交替使用。特别是近两三年来,有的学者在通说性构造论的基础上对侦查构造进行了专题性研究,有的学者还有别于主体的视角对刑事诉讼结构进行了解读。这样,这一理论呈如下发展趋势:一是以主体为视角的研究渐趋细化与深化;二是研究的视角愈加多元化。

(二) 问题的提出

自刑事诉讼结构被提出以来,一直受到学术界的广泛关注。在当时,更多的学者运用这一框架来分析我国的刑事程序,诉讼理论研究也取得了重大进展,其中的很多研究还对我国1996年刑事诉讼法的修改起到了推动作用。今天,学者们在探讨问题时还在自觉不自觉地运用这一框架分析问题,甚至在原有的框架下进行着专题性的研究。对于该范畴的理论贡献,陈瑞华教授明确指出:“其方法论的价值似乎更大于理论开拓意义,它在实证分析方面的意义也更大于规范分析方面的价值。因为通过这一概

^① 这里刑事诉讼构造论是以刑诉构造为研究对象的刑诉理论。它的研究课题应主要包括:评介国外有关刑诉构造的学说;考察刑诉构造的基本类型;研究决定刑诉构造的刑诉目的;认识我国的刑诉构造;探讨我国刑诉构造的完善。参见李心鉴《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1992年版,第17—20页。

念，人们对刑事诉讼程序的观察有别于过去：不再将所有诉讼参与者的权利、义务、责任以及所有的诉讼环节都纳入分析的视野，也不再过于关注诉讼程序的细枝末节，以至于‘只见树木，不见森林’，而是真正从纯粹‘诉讼’的角度，将控诉、辩护、裁判三方主体的地位作为分析的重点，将三方的法律关系作为诉讼程序的整体框架。”^①

可是，刑事诉讼结构研究仅仅意味着停留在制度层面就事论事么？如果这样，刑事诉讼结构论是什么意义上的结构论：它是西方特有的，还是中西通用的？它是现代才有的，还是源远流长的？如果对前两个问题分别加以区分，那么区分的根据是什么？区分的意义何在？诸如此类。我国的结构论者并没有对上述问题进行界定，仅仅停留在制度层面就事论事。笔者认为，他们是在当今的时间段上对问题展开探讨的。

这种在共时性语境下展开的研究容易遮蔽一个带有历时性的问题：刑事诉讼解决的是国家与个人之间的关系问题。在个人与国家何者优位的问题上，近代以来的西方国家主张自由主义，强调个人优位于国家。与之相反，在国家与个人何者优位的问题上，我国强调国家优位于个人，个人服从、服务于国家。这样，近代以来形成的西方自由主义作为现代刑事诉讼结构的理论基础同该结构本身是浑然一体的，它们的制度表达服务于西方由来已久的程序正义观，这对西方学者来说是不证自明的。与此同时，我国刑事诉讼结构的理论基础体现为从古代的家庭本位到当下的集体优位。集体优位与我国当下的刑事诉讼结构在总体上是协调一致的，其在刑事诉讼领域的制度表达服务于我国当下日遭否定

^① 陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2000年版，第221—222页。

4 现代刑事诉讼结构论

的实体本位说。

可是，如下问题在我国当下的刑事结构研究中却不容回避：其一，我国已于1998年10月5日加入联合国《公民权利和政治权利国际公约》（至今尚未被批准生效），“条约必须信守”既是一项古老的国际法准则，也是我国对外交往的一贯基本原则，这表明我国在刑事诉讼领域要确立和保障被追诉者基本权利上有了鲜明立场，因而也决定了我国刑事诉讼法完善过程中应该为履行自己的国际承诺而多做努力。其二，我党最近提出全面建设和谐社会的目标，刑事诉讼领域当然要体现和谐，且已引起实务界的极大关注。但笔者认为，刑事诉讼达到和谐的关键就在于在确保程序公正的前提下对被追诉者准确地定罪量刑。因为在现代刑事诉讼（特别是公诉）中，对被追诉者而言，无论他犯罪与否，仅因为他是人，就应当在诉讼中受到人道、尊严地对待，否则无论针对他的定罪量刑如何准确，他都会对诉讼过程的不公正备感强烈。同时，对被追诉者准确地定罪量刑也是诉讼各方的利益所在。这样，在刑事诉讼中，如果诉讼各方的利益能够得到维护，诉讼就容易达到和谐。反之，冲突就难以解决，甚至愈演愈烈乃至出现新的冲突。这就要求刑事诉讼立法在确保实体公正的同时，也要充分关注被追诉者的程序利益。可是，程序正义观在我国理论传统中却找不到支撑点。

因而，我国当下的刑事诉讼结构即使在制度层面的现代改造可以通过全面立法迅速完成，诉讼观念的转变也是一个漫长的过程，无法收到立竿见影的效果。这样，通过揭示现代刑事诉讼结构的理论基础来考察现代刑事诉讼结构，并以之为参照来考察我国当下的刑事诉讼结构也就变得十分必要和紧迫。因此，现代刑事诉讼结构便成了我国刑事诉讼结构研究中必须面对的问题，对其研究就成了一个中国问题。看不到这一关联，任何刑事诉讼结

构的研究终将可能变得无的放矢。

（三）本书基本概念的界定

应予指出，本书的研究必须澄清以下概念及各概念之间的关系。首先，现代刑事程序并不能简单地以时间为划分标准，而要看它是否具备如下内容：一方面，现代刑事程序是以西方自由主义为理论支撑，以法治理念和分权思想为理论依据，伴随着资产阶级的胜利而确立下来的。这意味着，它与西方自由主义有着内在的勾连；另一方面，现代刑事程序有自身发展的历史，它是彻底抛弃纠问式刑事程序落后因素的产物，^①并且为适应同时代的社会需要而不断地进行理念更新、制度完善。特别是它们发展到一定程度会逐渐脱离自由主义的语境而具有独立性、普适性，最终体现在联合国刑事司法准则之中。其次，现代刑事诉讼结构探讨的是控、辩、裁三方在刑事诉讼中的相互关系，以“追诉权与裁判权的严格分离、被追诉者的基本权利得到立法确认并最终由中立的裁判者予以落实”为核心内容。这样，现代刑事诉讼结构与西方自由主义就发生了勾连。其中，在现代刑事程序中，由自由主义所决定，被追诉者成为诉讼主体，他的诉讼利益获得承认，以往（纠问式程序中）的国家利益出现了分化，构成了以被追诉者诉讼利益为核心的分层结构。因为由自由主义所决定，被追诉者的诉讼利益始终要高于追诉方代表的国家或社会利

① 需要指出：由于英国刑事程序由弹劾式诉讼程序演进到当事人主义诉讼程序，并未经过严格的纠问式阶段，但是它在自身演进中确立的追诉权与裁判权严格分离，被追诉者基本权利得到法律承认并由中立的裁判者予以落实等内容是毫无怀疑的。本书中围绕着大陆法系国家进行的相关考察并不见得符合英国的法律传统，但是考察所得的结论是完全适用于英美法系刑事程序的。进言之，大陆法系在其刑事程序的发展中，形成了很多从直观上看来仅属于当事人主义诉讼程序的因素。这意味着本书通过考察大陆法系刑事程序的相关内容，意在得出一种普适性的结论。

6 现代刑事诉讼结构论

益、裁判方代表的公正利益，形成了现代刑事诉讼中的利益结构。不同的诉讼利益由不同的主体来维护，各主体以权利制约权力、权力约束权力的方式参与到刑事诉讼的主要过程和关键环节中来，利益结构决定了主体上的“三方结构”和主体间的行为结构。^①其三，我国的刑事诉讼结构。在国家与个人的关系上，我国要求个人服从、服务于国家。以家庭本位为理论基础，我国古代刑事诉讼体现为以追诉者对被追诉者进行压制的两面结构；以集体优位为理论基础，我国1979年刑事诉讼法在很大程度上被作为阶级斗争的工具，刑事诉讼体现为追诉者与裁判者共同追究被追诉者的简单结构；仍旧以集体优位为理论基础，我国1996年修改后的刑事诉讼法虽然在庭审中引入了对抗式因素，但由于整个刑事程序排斥被追诉者的程序利益，被追诉者基本权利缺失，追诉权与裁判权分离不彻底，审判前程序中追诉权缺乏制约，导致庭审中的对抗缺乏审判前程序的支撑，因而整个刑事程序体现为一种畸形结构。

二 本书运用的研究方法

在本书的研究中，笔者将运用三种主要的研究方法。一是历史考察法。一方面，本书通过对自由主义开端的考察，揭示出它是在反专制基础上形成的一种现代理论。另一方面，本书通过考察刑事程序由纠问式到现代的演进过程，揭示出它也是在反专制的过程中发展起来的。这就决定了西方自由主义与现代刑事程序

^① 这里需要指出的是：从逻辑或者是生成上讲，是先有主体，然后才有主体在诉讼中的利益；而从诉讼过程来讲，是先有利益，才有主体对利益的维护。本书的现代刑事诉讼结构研究主要是从后一方面着眼的。

的勾连，而现代刑事诉讼程序的核心内容便是现代刑事诉讼结构，因而现代刑事诉讼结构与西方自由主义便发生了勾连。这样，西方自由主义的基本理念与现代刑事程序本身的发展规律决定了现代刑事诉讼结构蕴含的程序理念和原则。这为本书探讨现代刑事诉讼中的分层结构奠定了基础，使本书的分析言之有据。

二是比较分析法。一方面，本书对自由主义基本理念、现代刑事诉讼结构蕴含的程序理念与原则以及现代刑事诉讼中分层结构的研究，都是通过比较分析勾勒出英美法系国家当下的刑事程序、大陆法系国家当下的刑事程序乃至联合国刑事司法准则三者在理论基础、程序理念与原则、刑事诉讼分层结构方面具有的共同性，以便为下一步的对比分析奠定基础。另一方面，上述以对现代刑事诉讼结构相关方面的分析结论为参照，本书接着分析了我国古代刑事诉讼中的两面结构、我国当下刑事诉讼中的畸形结构，指出我国有必要在理论基础、程序观、刑事程序立法三方面对当下的刑事诉讼结构进行现代改造。其中，由于我国当下刑事诉讼结构在理论基础、程序观、程序本身三方面与现代刑事诉讼结构相对应的各方面均存在着差异，决定了我国当下的刑事诉讼结构正处于从传统到现代的转型之中，我国刑事诉讼结构的现代改造要历时较长。

三是利益分析法。本书通过对现代刑事程序形成过程的分析，揭示出在现代刑事程序中被追诉者的主体地位得到确立，他的诉讼利益得到承认，（纠问式程序中）原有的国家利益发生分化，^①并且由于被追诉者的诉讼利益始终要高于（至少不低于）追诉权代表的国家利益，所以在现代刑事诉讼中形成了以被追诉

^① 在英国，即便政府官员起诉以国王个人名义进行，控诉方代表的利益与裁判者代表的利益也是分化的。

者利益为核心的利益结构。由于被追诉者的诉讼利益在立法上体现为他在刑事诉讼中的基本人权，而各方主体为了维护己方代表的诉讼利益，以“权利制约权力、权力约束权力”的方式积极参与到刑事诉讼的主要过程和关键环节中来，形成了主体上的“三方结构”和主体间的行为结构。上述分析有一个贯穿始终的线索便是利益及其维护，因而利益分析法成为本书的一个重要研究方法。

三 本书的写作思路和结构安排

本书认为，我国的刑事诉讼结构研究虽然取得了丰硕的成果，特别是早期刑事诉讼结构的研究对于看到我国当时刑事程序存在的问题，推动刑事诉讼法学理论研究都起了十分重要的作用，当下无论是在通说性结构论的框架下展开的专题性研究还是以新的视角展开的研究都是有益的尝试。但由于这些研究都是在共时性的语境下在制度层面进行的就事论事的探讨，遮蔽了一个共时性的问题：近代以来形成的西方自由主义作为现代刑事诉讼结构的理论基础同该结构本身是浑然一体的，它们的制度表达服务于西方由来已久的程序正义观；我国的刑事诉讼结构的理论基础与该结构本身总体上也是协调一致的，其制度表达服务于我国当下日遭学术界否定的实体本位说。为了落实联合国刑事司法准则、全面建设社会主义和谐社会，我国的刑事程序亟待体现程序正义观。这就需要在准确解读现代刑事诉讼结构与我国当下刑事诉讼结构的基础上以前者为参照对后者进行现代改造。

本书是通过五章展开探讨的。第一章探讨我国刑事诉讼结构研究的现状及其问题。本书全面梳理了我国早期历时较长、影响较大的四种结构论，并对其在制度层面就事论事存在的问题展开

了分析,然后对我国刑事诉讼结构研究的新进展进行了归纳,在肯定这些研究贡献的同时,指出这些在制度层面就事论事的共时性研究遮蔽了一个历时性问题:西方自由主义作为现代刑事诉讼结构的理论基础与该结构本身是浑然一体的,它们的制度表达服务于西方由来已久的程序正义观;我国刑事诉讼结构的理论基础与该结构本身总体上也是协调一致的,它们的制度表达服务于我国当下日遭否定的实体本位说。可是,我国要落实联合国《公民权利和政治权利国际公约》(已经签署加入但仍未批准其生效),要在全面建设社会主义和谐社会过程中在刑事诉讼过程中体现和谐,就需要对我国当下的刑事诉讼结构进行现代改造,因而要面对制度层面和观念层面的难题。

第二章探讨了现代刑事诉讼结构的理论基础,揭示西方自由主义的基本理念,考察了本体论意义上的自由主义和有限国家论。本体论意义上的自由主义体现了个人优位于国家的理念,主张消极意义上的自由观。这决定了现代刑事程序应该充分关注被追诉者的诉讼利益,为现代刑事诉讼结构提供了理论支撑。同时,为了实现消极意义上的自由,西方自由主义主张有限国家论,诉诸于法治与宪政确保个人自由不受国家的不当干预,为现代刑事诉讼结构的制度设计提供了理论依据。

第三章探讨了现代刑事诉讼结构蕴含的程序理念与原则。刑事程序在由纠问式向现代演进的过程中与西方自由主义发生勾连,决定了现代刑事诉讼结构应该以保障被追诉者的基本自由为目的,以约束追诉权滥用为手段。这意味着:一方面,现代刑事诉讼结构蕴含的程序理念在于充分体现自由观、程序的内在价值,现代刑事诉讼要以合法性为原则;另一方面,现代刑事诉讼结构应该以控审分离为原则。

第四章探讨了现代刑事诉讼结构的重塑。由西方自由主义所

10 现代刑事诉讼结构论

决定，现代刑事程序确认了被追诉者的主体地位，承认了他的程序利益，（纠问式程序中）原有的国家利益出现了分化，出现了追诉权代表的国家利益、裁判方代表的公正利益。在现代刑事程序中，被追诉者的程序利益在立法上体现为他在刑事诉讼中的基本人权。由于被追诉者在刑事程序中的利益（主要是程序性利益）始终要按照高于追诉方代表的国家或社会利益来排序或以大于追诉方代表的国家或社会利益的比例来体现。这样，在现代刑事诉讼中就形成了以被追诉者利益为核心的利益结构，不同的诉讼利益要由不同的主体来维护，并以“权利制约权力、权力约束权力”的方式参与到刑事诉讼中的主要过程和关键环节中来，形成了主体上的“三方结构”和主体间的“行为结构”。

第五章探讨了我国的刑事诉讼结构及其现代改造。在国家与个人何者优先上我国强调前者优位于后者，要求个人服从、服务于国家。这在我国古代体现为家庭本位，决定了刑事诉讼中追诉者与被追诉者的两面结构。新中国成立后，我国在国家与个人关系上强调集体优位，它决定了我国1979年刑事诉讼法通过后刑事诉讼的简单结构和当下刑事诉讼中的畸形结构。由于我国要落实联合国人权公约、在刑事诉讼领域体现和谐，因而需要在理论基础、程序观、程序立法三方面对当下的刑事诉讼结构进行现代改造。

结论是现代刑事诉讼结构与其理论基础西方自由主义浑然一体，该结构的制度表达服务于西方由来已久的程序正义观；我国当下的刑事诉讼结构与我国的集体优位在总体上也是自洽的，该结构的制度表达服务于我国日遭否定的实体本位论。现代刑事诉讼结构由西方自由主义所决定，形成了以“追诉权与裁判权严格分离、被追诉者的基本权利获得立法确认并由中立的裁判者予以落实”为核心内容，以充分关注被追诉者的诉讼利益为核心

的分层结构。现代刑事诉讼结构的核心内容由于逐渐脱离的自由主义语境而具有了普适性，并为联合国人权公约所吸收。而且，我国要落实联合国人权公约，在刑事诉讼领域实现和谐，需要以现代刑事诉讼结构的核心内容为参照，对我国当下的刑事诉讼结构进行现代改造。这一改造的关键在于为“追诉权与裁判权严格分离、被追诉者的基本权利获得立法确认并由中立的裁判者予以落实”这一核心内容寻找理论支撑。由于我国刑事诉讼结构的现代改造涉及理论基础、程序观、刑事程序的方方面面，因而这一改造将历时较长。