



华电法学文库

刑事訴訟 的正当性問題研究

趙旭光◎著

Xingshi Susong
de Zhengdangxing
Wenti Yanjiu



中国政法大学出版社



华电法学文库

014C07566

D925.204
84

刑事
诉讼
的
正
当
性
问
题
研
究



Xingshi Susong
de Zhengdangxing
Wenji Yanjiu



中国政法大学出版社



北航

C1695158

D925.204
84

- 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(CIP)数据

刑事诉讼的正当性问题研究/赵旭光著. —北京: 中国政法大学出版社,
2013. 12

ISBN 978-7-5620-5097-1

I. ①刑… II. ①赵… 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(2013)第267866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 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880mm × 1230mm 1/32

印 张 8.125

字 数 205 千字

版 次 2013 年 12 月第 1 版

印 次 2013 年 12 月第 1 次印刷

定 价 26.00 元

前言

本书是笔者承担的教育部人文社会科学一般项目——“刑事诉讼中目的不正当的公权力行为研究”（10YJC820168）的结项成果，是笔者近年潜心研究刑事诉讼正当性问题的结晶。

与正义相比，正当是一个程序标准，是所有程序都尽力追求和秉承的一个标准。正当程序是一个举世公认的程序正义标准，在刑事诉讼法学研究领域，学者们穷经皓首地研究程序的细节，如程序公开、程序参与、程序理性、程序及时、程序终结，等等。然而，在笔者看来，总有一些痒处没有搔到。比如，符合上述所有要求的刑事诉讼程序我们就能肯定地说它是正当的吗？很显然不是。因为正确的逻辑是，符合上述要求的程序未必正当，但是不符合上述要求的程序一定不正当。那么，本书的目的在于增加一些正当的要求。尽管从表面上看，本书也是从刑事诉讼的程序、制度等方面着手进行研究，但是与其他相似著作不同，本书独辟蹊径，研究的多是相关程序中

为学界所普遍忽视的部分。

本书共分六章，在逻辑体系上，第一章为总论，为刑事诉讼程序正当性建立了法哲学基础；其余各章为分论，分别对刑事辩护、刑事侦查、刑事起诉、刑事证据制度、死刑程序的正当性问题进行分析和研究。具体而言：

第一章“刑事诉讼的功能”从哲学中的价值、目的、构造、功能的关系着手，对目前我国大陆地区刑事诉讼基础理论体系进行分析，发现该体系在逻辑上的重大空缺：目前刑事诉讼目的论、价值论、构造论被称为刑事诉讼三大基础理论，却对功能论毫无涉足。这种理论上的缺失导致了实践中的很多问题，而这些问题长期以来被局限在价值、目的、构造三大理论的范围内进行研究，始终未有有效的突破。笔者在本章建立了刑事诉讼功能理论的框架，并意图以此为基础引领全书的正当性问题。从逻辑上讲，价值、目的、构造都是主观的内容，而功能是客观的。我们以良好的愿望构建主观上“完美”的刑事诉讼制度，却在实践中屡屡受挫，其根源在于这些制度的客观功能受到种种不可为主观控制的因素影响。刑事诉讼的运行有表面上的规则，更有背后不可告人的“潜规则”。实际上，是“潜规则”在决定着整个刑事诉讼的走向，表面规则只是在有了“潜规则”之后再去寻找的、能够拿上“台面”的所谓“正当程序”规则而已。

第二章“刑事辩护程序的正当性问题探讨”在对辩护的本来含义进行探讨的基础上，指出刑事辩护在我国刑事诉讼中含

义变得狭窄，这就导致刑事辩护徒有虚名，在侦查阶段实际上只是一种帮助，而非真正意义上的辩护。本章另外分析了辩护律师的职责、保密义务与作证拒绝权，这些都是刑事辩护正当性的基础，辩护律师以维护委托人利益为第一职责，让其承担过多的维护法律和司法公正的职责未免太过牵强，也会发生控诉、辩护职能上的冲突。我国刑事辩护律师的“辩而不护”、畏首畏尾，与此有非常大的关系。为此，必须自制度上确立并且帮助律师履行保密义务，对于其于职业过程中知悉的有关信息（附条件地）有免于出庭作证的特权，这既是对辩护律师自身保护的需要，也是对当事人保护的需要，更是对整个社会维持社会所必需的信任关系的需要。

第三章“刑事侦查程序的正当性问题探讨”对侦查权滥用的两个特殊方面进行了专门研究，即一是侦查权极易滥用的领域——民刑交叉案件；二是侦查权滥用的特殊方式——报复性侦查。在这两方面的阐述之后，对一个看似与正当性无关、实际却是侦查权滥用背后的根本原因的问题——警察违法暴力进行了分析。当前我国刑事诉讼的研究，乃至整个公法的研究都集中在制度正当性问题的研究上，规范的是手段不正当的刑事追诉行为，而对目的不正当的刑事追诉的研究基本处于空白。本章即针对目的不正当，尤其是手段正当但目的不正当的侦查行为进行研究，在某种程度上开创了我国大陆地区刑事诉讼研究新的方向。对于民刑交叉案件，尤其是游走在民事侵权和刑事犯罪边缘或者边界线上的案件，往往是极易被侦查机关

勾兑其自身意愿的案件。而侦查机关勾兑的意愿，若是善良目的，倒也可以成为一种正当；但若是恶意，如出于打击报复而实施的侦查，则肯定是不正当的。

第四章“刑事起诉的正当性问题探讨”紧随前章侦查正当性而来，针对的是两个特殊方面的正当性问题：一是公诉转自诉制度，二是选择性起诉。公诉转自诉案件其实本质上是公诉案件，只是由于政策或者经济的考虑而转为自诉的案件。选择性起诉是基于某些不正当的目的而有选择地实施追诉。这二者实际上都是起诉裁量权的表现，公诉转自诉案件是裁量不起诉，而选择性起诉是裁量起诉，本质是相同的。公诉转自诉制度设立的本意在于为遭遇不起诉的被害人提供一种救济的机会，从而间接地制约起诉裁量权，但问题在于对于本来应是公诉的案件而言，被害人作为个人来实现刑事起诉，是不可能完成的任务。而选择性起诉，至今在我国刑事诉讼法学界，还是一个研究的荒漠。

第五章“刑事证据制度的正当性问题探讨”对犯罪嫌疑人的口供、共犯的攀供、被害人陈述三个言辞证据的相关制度正当性问题进行了探讨。在我国，犯罪嫌疑人的供述和辩解是最为重要的犯罪证据，是在我国目前的刑事诉讼制度下，侦查机关最容易获取的证据。正因为如此，逼取犯罪嫌疑人供述的违法手段也是最不能忍受的，是各国刑事诉讼重点规制的对象。口供有着更为细致的学术分类，包括犯罪嫌疑人对自己犯罪的供述，也包括对同案犯犯罪的供述，后者被称为共犯攀供。很

明显，攀供的证明力问题更应该受到关注，因为该证据受到犯罪嫌疑人自己脱罪意愿的影响更有可能不真实。而更为复杂的问题在于，本着“孤证不能定案”的原则，单凭口供不能认定犯罪，但是与口供相互印证的证据是共犯攀供呢，还是被害人陈述呢？表面上被害人陈述来自于控诉方，如果与来自辩护方的犯罪嫌疑人人口供印证，那么证明力会更高。然而，被害人陈述仍然会受到追诉机关意愿的控制，甚至强迫、威胁、伪造。本章针对这些问题进行了细致的探讨，力图找到制度上的原因，提出相应的解决方案。

第六章“死刑程序的正当性问题探讨”研究的是刑事诉讼中最应当讲究正当的领域——死刑程序。出于对死刑适用的审慎，我国规定了死刑复核制度。然而，如果我们仔细考究死刑复核的发展历史，就会发现，死刑复核实际上并不单纯是一种刑法制度，而更是一种便于贯彻刑罚政策的法律制度安排。有了这个制度，更为方便地“要宽则宽、要严便严”。当然，这并不能绝对否定其正当性，但是很明显需要正当的方式安排。而2013年6月间，沉寂多年却始终未被遗忘的聂树斌案件重新回到了法院的审判轨道。回顾该案，其中一个细节问题自始至终地被忽视了，也即制度上的一个小小的漏洞，导致程序上可以上下其手——犯罪嫌疑人亲属及其辩护律师的及时获知裁决权。死刑犯被执行死刑之后才通知亲属，而辩护律师则压根儿不会被通知到，这显然不是正当的。对于普通刑事犯罪而言，也许这只涉及参与一个程序就应该获知结果的尊重感，可是对

于死刑犯而言，则涉及他可能永远失去了最后的机会。

正当是一个宏大的课题，穷吾一生能够研究透彻其中一个要素，已属不易，在今天浮躁的中国就更为难得。吾叹吾无此志，不得不向烦扰之考核、世俗之标准低头，对于本书提出的这些问题多浅尝辄止，若有贡献，愿为研究者提供一线索足矣。

赵旭光

2013年9月

目 录

◆ 前 言	1
-------------	---

◆ 第一章 刑事诉讼的功能	1
---------------------	---

- 一、现代刑事诉讼基础理论体系的不完整 1
- 二、刑事诉讼功能的界定 5
- 三、刑事诉讼的构造与刑事诉讼的功能 6
- 四、刑事诉讼的目的与刑事诉讼的功能 8
- 五、刑事诉讼的功能与刑事诉讼的职能 9
- 六、刑事诉讼功能与程序正当性问题 11

◆ 第二章 刑事辩护程序的正当性问题探讨	14
----------------------------	----

- 一、辩护的含义 14
 - (一) 辩护的本来含义 14
 - (二) 刑事辩护的含义 15

二、辩护与帮助之辨 17

(一) 律师帮助的意义 17

(二) 侦查阶段律师的地位问题：辩护还是帮助？ 19

三、我国侦查阶段律师辩护的正当性问题探讨 21

(一) 我国侦查阶段辩护律师的地位和作用 21

(二) 确立侦查阶段律师辩护地位、保障律师切实发挥辩护职能的构想 25

四、辩护律师的职责、保密义务与作证拒绝权 26

(一) 刑事辩护律师的职责 26

(二) 辩护律师保守职业秘密的义务 31

(三) 辩护律师的作证拒绝权 33

◆ 第三章 刑事侦查程序的正当性问题探讨 36

一、民刑交叉案件中的侦查权控制 36

(一) 问题的提出 36

(二) 民刑交叉案件中侦查权滥用之制度原因 39

(三) 控制民刑交叉案件中侦查权滥用的思路 45

二、报复性侦查及其规制 52

(一) 侦查之目的正当性 52

(二) 对两个案例的分析 53

(三) 报复性侦查的理论基础 59

(四) 对报复性侦查的正当性规制——确立禁止报复性追诉原则 66

三、侦查正当性的题外话——警察违法暴力问题 69

(一) 对警察违法暴力的界定 70

(二) 警察违法暴力产生之源 71

◆ 第四章 刑事起诉的正当性问题探讨 82

一、公诉转自诉制度的正当性问题 82

(一) 刑事起诉的历史探源 82

(二) 从公诉到自诉——公诉转自诉制度 98

(三) 改造公诉转自诉及相关制度, 实现对不起诉被害人的救济 121

二、选择性起诉的正当性问题 140

(一) 选择性起诉及其“恶” 140

(二) 美国早期判例中选择性起诉的证明 141

(三) 选择性起诉抗辩的证明及困境 144

(四) 选择性起诉证明困境的原因分析 155

(五) 至今未能解决的难题 161

(六) 中国对美国选择性起诉抗辩的借鉴 164

◆ 第五章 刑事证据制度的正当性问题探讨 168

一、口供证明力的正当性问题 168

(一) 口供概念辨析 168

(二) 口供的证明力及影响口供证明力的因素 172

(三) 口供的收集——正当性程序保障口供的证明力 176

二、共犯攀供的正当性问题 187

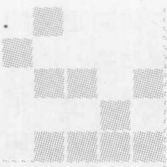
(一) 攀供的概念 187

(二) 对于共犯攀供的性质和证明力的几个观点 189

- (三) 本书的观点 193
- (四) 攀供制度的设计 195
- 三、被害人陈述的正当性问题 199
 - (一) 问题的提出 199
 - (二) 对被害人陈述制度存在问题的简单梳理 201
 - (三) 被害人身份及职能对被害人陈述的影响 204
 - (四) 新近立法对被害人陈述的影响 210
 - (五) 被害人陈述制度的完善建议 214

◆ 第六章 死刑程序的正当性问题探讨 217

- 一、死刑复核的方式正当性——从目的出发 217
 - (一) 关于死刑复核程序的目的 217
 - (二) 关于死刑复核程序的方式 224
- 二、死刑犯的亲属及辩护律师的正当权益保障 229
 - (一) 聂树斌案件的简单回顾 229
 - (二) 对本案判决书送达合法性之分析 231
 - (三) 及时获知裁决权的理论依据 235
 - (四) 死刑复核裁定的获知权、死刑犯亲属的
会见权——“曾成杰案件”的启示 243



第一章

刑事诉讼的功能

一、现代刑事诉讼基础理论体系的不完整

现代刑事诉讼，无论大陆法系还是英美法系，在关于刑事诉讼的价值、目的、构造等基础理论方面，日益达成一种共识，显现出一种同化趋势。注重人权保障、实现社会正义，为世界各国所共同关注与追求。在刑事诉讼的价值方面，两大法系都在重视刑事诉讼工具性价值的同时更加注重刑事诉讼自身的程序价值；在刑事诉讼目的方面，惩罚犯罪与保障人权一直为各国所兼采，在二者之间寻求一个最适合的平衡点一直为各国刑事诉讼法改革的方向；在刑事诉讼的构造方面，控、辩、审三方的职能分工已经成为各国刑事司法的基本框架。尽管不同的国家由于不同的法制传统、法制观念而表现出千差万别的特点，但这种趋同化的趋势是不容抹杀的。因为人之为人，人之组成社会，总是有着一些共同的东西的，不同的种族、国别中总是“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承认”。^{〔1〕} 人类的这些共同正义的要求，根源于人作为人而区别于动物的共有的“生理构造、心理特征和知能力”。这些共同的正义具体反映在人类对自由、平等、安全的追求上的趋同。“而一个法律制度若要恰当地完成其职能，就不仅要力求实现正义，而且还必须致力于创造秩序”，“法律旨在创设一种正义的社会秩序（just social order）”。^{〔2〕} 刑事诉讼作为一种“解决争端的程式化的程序”，也必须在各国中普遍存在“最低限度的有序常规性”。

然而，在这种价值、目的与构造趋同的背景下，我们可以发现这样一个矛盾之处，即世界各国，不管是两大法系之间还是同一法系的不同国家之间，尽管刑事诉讼的理论相似，构造相似甚至相同，但在社会中所表现出的作用、功效却大相径庭。导致这种差别的原因是多方面的，从历史传统、社会环境、民族习惯等各个领域都可以找到相应的因素。对这些因素怎样和在多大程度上影响着一国的法治是一个横跨诸多学科的研究领域，非一本著作所能阐述清楚的，亦不在本书的探讨之列。现在我们关注的是在这些因素与刑事司法实践之间究竟是什么中介在起作用，使得各国的刑事司法展现出千差万别的特点。我们知道无论历史文化传统还是民族习惯要实现对一国司法的影响，必须在综合、交叉作用的过程中形成一定的法治观念，这种观念具体体现在一国法制的理论体系中。历史、环境、习惯等因素正是通过对法制理论及司法实践观念的影响，才使得不同国家的司法表现出不同的特点。因此理论体系应当是前面我们提到的介于诸种因素与司法实践各因素中最重要的一环。

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

〔2〕〔美〕E. 博登海默著，邓正来译：《法理学：法哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第318页。

在刑事诉讼的基础理论中,大致存在以下几个方面,即刑事诉讼价值论、刑事诉讼目的论、刑事诉讼构造论、刑事诉讼阶段论、刑事诉讼职能论、刑事诉讼法律关系论、刑事诉讼主体论、刑事诉讼客体论以及刑事诉讼行为论。^{〔1〕}其中前三论被誉为刑事诉讼三大基础理论,之所以将价值、目的、构造提出来是因为此三论与其余各论不同,因为严格地讲其余各论应当都属于广义的构造论的范畴,无论是阶段、职能、法律关系、主体、客体还是行为都逃不出构造的某个或者某几个因素。对三大理论进行系统地分析,我们会发现刑事诉讼的价值与刑事诉讼的目的其实存在着很明确的辩证体系。所谓价值,一般被认为是客体所具有的能够满足主体自身需要的某种功能或属性。^{〔2〕}而刑事诉讼的价值是指“一项刑事审判程序在具体运转过程中所要实现的价值目标,又是人们据以评价和判断一项刑事审判程序是否正当合理的价值标准”^{〔3〕}。刑事诉讼的价值可以分为两个层面,即外在价值与内在价值。目的是表示在人的有意识的活动中,按照自己的需要和对象本身的固有属性预先设计,并以观念形式预先存在于人们头脑之中的活动结果,是人对自身需要同客观对象之间的内在联系的主观映象。^{〔4〕}刑事诉讼的目的,“就是以观念形式表达的国家进行刑事诉讼所要期望达到的目标,是统治者按照自己的需要和基于对刑事诉讼及其对象固有属性的认识预先设计的关于刑事诉讼结果的理想模式”^{〔5〕}。刑事诉讼的目的反映了刑事诉讼的价值,

〔1〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第74~190页。

〔2〕 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82页。

〔3〕 陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,第25页。

〔4〕 宋英辉:《刑事诉讼目的论》,中国人民公安大学出版社1995年版,第2页。

〔5〕 宋英辉:《刑事诉讼目的论》,中国人民公安大学出版社1995年版,第3页。

而且这种反映不仅仅是目的自身的反映,实现目的所采用的“手段、方法、程序”同样也反映了特定的价值,在刑事诉讼中,这种实现目的的“手段、方法、程序”即刑事诉讼的程序本身。

可见,价值与目的事实上是一个问题的两个方面,价值是客体相对于主体而言的,是一个客观到主观的过程,而目的是主体相对于客体而言的,是一个由主观到客观的过程。主体为了实现一定的目的,而采取一定的手段,在这个过程中这种特定的“手段”会表现出一定的价值。具体到刑事诉讼,这个逻辑应该是这样的:刑事诉讼主体为了实现刑事诉讼的目的,而采取特定的刑事诉讼程序,这种程序的实行表现出其价值,即工具性价值和刑事诉讼程序自身的价值。

应当看到这种表述是不完整的,因为其中并没有回答这种刑事诉讼的程序是什么的问题。在三大理论中,这种程序被视为刑事诉讼的构造及子系统(阶段、职能、法律关系、主体、客体、行为)。根据辩证法的理论,与构造(或称结构^[1])相对应的的是一个很重要的方面,即功能。刑事诉讼法学理论界对刑事诉讼的功能研究一直是个空白,在以下的论述中,我们将着重围绕刑事诉讼的功能的界定来展开。

从上面我们分析的刑事诉讼基础理论的逻辑构成来看,价值与目的相对,价值是客观到主观的过程,目的是主观到客观的过程。那么同样,构造是主观到客观的过程,而功能是与构造相对应的客观到主观的过程。目的与构造都是人为的,而价值与功能则都是自在的。可见,刑事诉讼基础理论中,功能论的缺失不能不被认为是理论体系的不完善。

[1] “构造”或称“结构”,是指事物内部构成要素之间合乎规律的相互关系。参见宋英辉:《刑事诉讼目的论》,中国人民公安大学出版社1995年版,第11页。