

刑事诉讼制度及诉讼意识的文化历史背景探微

●孙建伟

刑事诉讼的实质是国家刑罚权的行使。通过刑罚权的行使,追究犯罪人的犯罪行为。而这个为世所公认的法律和司法制度,却是由中世纪欧洲君主专制时代的纠问主义诉讼制度所确立的。“刑事诉讼”在西方国家法律中通常表述为刑事“程序”(Crimina—Procedure),而在大多数东方国家却被视作“诉讼”。绝不能轻易地认为这仅仅是用词上的不同,正是由于这种不同,而在深层意义上深刻反映了不同的民族历史传统和思维旨趣。由此又可窥见东西方国家法律制度的差异。

从功能上说,法文化应该是一个较为宽泛的概念。首先,它直接与立法、法律制度和司法制度密切关联,后者又成为构成法文化系统的渊藪和最基本载体。各个国家和不同时期的诉讼制度有其自身深刻的历史原因和民族传统。从大地域而论有东方和西方之分,就小地域而言又有中国和日本、英国和美国之异。其发展过程经历了不同历史阶段,各个历史阶段又存在着经济、政治、民族、心理等制度和因素的差异,这就不能不影响到作为法律和司法制度的最直接的表现形式——诉讼制度。因此,比较和研究它们之间的不同特点显然有助于对不同诉讼制度的理解。

(一)

我们先对古代东西方诉讼制度立法作一

个简单的比较。

在上古和中世纪的奴隶制和封建制国家中,法律是原始而零乱的,根本没有体系可言。刑事诉讼法是兼附在刑法典中,即使如此,由于东西方的传统历史文化的原因,使之有着不同的表现形式。例如古罗马的《十二铜表法》中第一表《审判序言和条例》及第二表《审判条例》(续)规定了有关诉讼的内容。欧洲中世纪前期法兰克王国的《萨克利法典》则列有“法庭传唤”和“审判官”等有关诉讼的条文,而中世纪后期的神圣罗马帝国代表君主专制主义的著名法典《加洛林纳法典》在它所列的二个部分中,第一部分就是刑事诉讼法,共计103条。东方的日本从公元七世纪的《大宝律令》直到十九世纪中叶的明治维新,其刑事诉讼的规定始终是作为刑法的附属品而设置的。在古代中国,虽然历朝统治者都对法律和司法制度甚为关注,但始终未见有关刑事诉讼的制度。人们对封建时代刑罚制度的印象莫过于“笞、杖、徒、流、死”。

英国在其封建时代就已通过普通法及判例法形成了一系列有关诉讼制度的规定,如十二世纪中期的《克拉灵顿法令》和十三世纪中期的《威斯敏斯特条例》。

从上述比较中可以发现这样一个事实,虽然东西方国家的法律有着实体与程序不分的共同点,然而就如何运用审判程序行使刑

罚权这一点上不尽一致。究其缘由,显然蕴含着历史传统和治世思想及社会观念形态的歧异之处。古代罗马和希腊社会崇尚民主、自由精神,从其社会政治制度中可以清晰地观察到这一点。然而在东方社会中,绝对的君主专制不允许除帝王以外的其他人拥有生杀予夺的司法大权,一切唯君命是遵,不得有半点悖逆。在这种社会体制下,法律只是封建帝王的奴仆,所谓司法机构在帝王看来如同累赘。于是,封建官吏同时充当帝王的司法“机器”。只是按着帝王的“圣旨”从事。因此,民众的行为和思想必须牢牢地划定在由专制君主规定的范围里。统治者认为,绝对地“规范”和箝制才是治世良方。普通民众根本没有什么“权利”可言。法律的精义就在于处罚,至于用什么刑罚来处罚,以及“应该怎样处罚”或“如何才能处罚”则完全听凭处罚的需要,也就是帝王的需要。这直接导致了封建刑法和刑罚制度的发达。而“审判组织”、“审判机构”或“审判方式”对封建帝王和封建官吏来说,仅仅是处罚附属。这样,东方式的司法诉讼根本就无所谓“程序”可言,如果真要说有,那就是帝王的一句话而已。而民众一旦与“诉讼”发生了瓜葛,就自然而然地将其与“喜讼刁民”联系在一起。“诉讼”就成了一个带贬义的概念,于是“讼累”、“讼棍”等词应运而生。社会和民众更是谈“讼”色变,生怕与之沾边。这与西方社会“以诉讼维护权利”之说南辕北辙,大相径庭。在东方君主和封建官吏的思维型态中,治理国家和社会的过程就是控制和惩罚民众的过程,他们的任务就是不断地警告人们,禁止某种行为某种言论,有时甚至包括某种意识。由此,法律在东方社会的人们看来是那样的可怕,以致人们一触及到“律令”二字,便油然而生出“大祸临头”之感。如其触犯了法律,只有听凭处置,哪那里还有通过审判为自己伸冤的“贼胆”,最多只是在公堂上大

叫几声“冤枉”罢了。

同是古代封建社会,为何产生两种截然不同的司法诉讼制度和诉讼观念,根本原因也许不能仅仅从法律和司法制度本身去探究,更多地应归之于各自不同的具有各自历史、文化、心理诸多因素的异质文化。

(二)

诉讼制度的历史发展也反映了诉讼意识不断从原始走向文明。这里,企图通过对历史上较为发达的诉讼制度的延续过程的观察,来探究形成“这一种”诉讼制度的文化历史背景。从而也可发现其与现代诉讼制度和诉讼思想的联系与区别。

古代及中世纪诉讼制度的总的原则和环节大致可以归结为:侦审不分(或者说“有侦无审”)刑讯逼供和有罪推定。

从封建主义时期的弹劾主义诉讼(也称控告主义诉讼)和纠问主义诉讼(也称审问主义诉讼)发展到近代资本主义国家的辩论主义(当事人主义)和职权主义的诉讼制度是一个长期的过程。其中既包含了内在历史传统的延续,又具有新兴民主思想对法律与司法制度的深刻变革。

弹劾主义诉讼的主要特征在于没有专门的起诉机关,也就是说,原告就是被害人自己或其代理人。法院则采取“不告不理”的原则。同时,当事人双方的诉讼地位是平等的,然而诉讼决断的方式却十分野蛮、落后。

这种诉讼结构是与国家社会政治文明程度低下,文化和科学技术不发达,乃至人们心灵中对神灵的畏惧以及氏族公社原始民主平等的深刻印迹联系在一起的。

纠问主义诉讼确立了由国家对犯罪行为进行追究的原则,而一反过去的“不告不理”,然而要同时摒弃了弹劾主义的当事人的平等诉讼地位。代之以双方辩论的是刑讯逼供,因为在这种诉讼制度下,被告人就是

犯罪人，只要有“一定的证据”即可。至于如何认定，那完全是法官的事。同时，由于无需当事人的辩论，因此审判都在秘密状态下进行。

这个时期，国家机器已经发展到了较为发达的阶段，封建君主对政治权力的欲望更加加剧，而国家机器完全是听命于君主的专制工具，要绝对控制人们的行为和思想，非得用强硬蛮横的手段，才能达到目的。因此刑讯逼供就应运而生了。但是从积极的意义来理解，国家机关追诉犯罪的制度的确立，是国家政治和法律制度的一大发展，也是国家正式走向政治社会的开端和标志。而如果从社会心理的角度看，又可以得出以下结论：人们对诉讼中无休止的冗长辩论和充满野蛮、蒙昧的神明裁判已经感到厌烦不安，迫切需要有的一种迅速有效又非常权威的力量来主持诉讼，只有这样才能在更大程度上惩治犯罪。因此，强硬的法律手段就成了实现这一目的的最好途径。事实上，在纠问主义诉讼制度确立以后，神明裁判和决斗立即被禁止了。这在当时不能不认为是一种进步。因为在实质上，原始氏族公社式的民主不可能是真正起到“惩恶扬善”作用的完美形式。相反，将许多被视作疑难不决的案件交付“神明”进行裁决，其“公正”程度是可想而知的。

到了资产阶级革命时期，刑事诉讼制度有了很大的发展，资本主义刑事诉讼结构类型的最大特点，也是区别于封建主义诉讼制度的关键在于“诉审分立”。即将国家权力由单一的追诉和审判连为一体的职能分离，并由二个国家机构分别行使。以英国、美国为代表的英美法系在形式上则延续了弹劾主义诉讼的基本方法，即由当事人双方以平等的诉讼地位抗辩，但其中实质已发生了根本性的变化。而职权主义则强调以公诉为主，法官主持一切与诉讼有关的事宜。

值得注意的是，随着资产阶级刑事诉讼制度的确立，在程序上又出现了一系列的变化。例如，强调被告人在警察机关侦查时应享有被保护和与之对抗的权利，还可以保持沉默。辩护律师则在侦查时即可介入。起诉方(检察官或起诉律师)和被告方(被告人或辩护律师)都处于平等的诉讼地位，按交叉讯问的程序讯问证人。然后进行终结性辩论。法官从不主动调取证据，只是消极地充当公断人。当然，法官也可对陪审团作总结性的提示，以便其作出裁决。这里，至少有几个问题值得注意，既然警察机关是调查犯罪事实的，为什么又同时要要对被告人进行保护呢？又为什么要使其具备与警察机关对抗的权利？为什么被告人享有沉默权？要回答这些问题并非易事。

事实上，在英美法系国家，尤其是在英国，判例法占有十分重要的地位，而一个判例本身又反映了法官对这一个案件的认识，而这种认识很难断定它仅仅是法律的，往往还夹杂着其他综合因素。诸如社会思潮、政治理想、政策观念、民风习俗乃至舆论、意识形态等等。这样说绝非夸大其辞，而恰恰反映了特定历史文化背景的深刻影响和实质内涵。

而在资产阶级民主革命阶段，标榜“自由、民主、博爱”为其政治宗旨，同时，要取得社会各阶层的支持，就不能不通过立法予以表现。因此，只要以前的某个判例有着某种“民主”或“人权”意识，他们就会原封不动地接受下来。同时，他们又力图在立法上创设一些前所未有的旨在保护被告人的规定，以充分体现其“博爱”精神，这不是不可以理解的。

然而，即使立法上作了规定，但在执行过程中还会受到各种因素的影响。这一点毋庸置疑。这里要探讨的问题是，在理解并运用某种诉讼程序时，也会因操作人的不同而

使其产生变化，这显然又是文化历史原因在发生着某种潜在的作用。

本世纪70年代，美国和法国的刑法专家曾作过一个实验。美国人按本国诉讼程序及法国式的职权主义方式审理案件，法国人也按本国诉讼程序及美国的抗辩主义方式审案。案件内容和适用的实体法规完全一致，但审理结果却不尽一致。美国人模仿法国式诉讼的审理结果与法国人以自己的诉讼程序的审理结果不同，反之亦然。

这里，文化传统、历史经验及思维方式的积淀常会自觉或不自觉地渗透到诉讼过程之中，即使是完善、严密的结构也会被融化，可见文化背景的作用是不容忽视的。同时还取决于从事起诉和审判工作的专门人员受到自身传统文化制约的意识和认知力、感受力及理解力的不同。

我国是一个有着悠久文明和历史传统的国家，法律文化也十分发达。绵延二千多年的封建社会律令、典章，尤其是在刑事法律方面更为突出，然而由于古老的农业文明与落后的自然经济结合在一起，必然产生政治上的绝对君权体制，基于这种君权思想的法律法令也必然要创设一种严酷的、令人畏惧的社会控制环境。反映在刑事政策和刑罚理论上，则是“乱世用重典”等充满专制意识的喧嚣。从诉讼文化的角度来看，这正是对用作社会控制力量之一的刑事处罚手段的司法价值的经验总结，同时也是长期主导中国诉讼制度和诉讼文化的关键所在，又是诉讼制度发展的一个困感情结。从诉讼文化的观点观察，缘由似也并不复杂。我们不能把诉讼制度仅仅理解为一个单纯为实体法而操作和运用的工具和形式，虽然它本身属于程序法的范畴。但它绝不是僵化的、机械的操作。事实上，诉讼制度本身是一种有灵有肉的运行机制，同时，程序的操作人及其观念及一些适时性的法律和政策往往会对诉讼程序发

生影响。这一点，在我国现阶段的刑事司法政策中也可以体现出来。诸如“依法从重从快打击重大刑事犯罪分子”和几种经济犯罪（如贪污、受贿、盗窃等）的限期自首等都对具体的诉讼程序发生着重大影响。又如1991年6月，针对毒品犯罪（包括制毒、贩毒、吸毒）日趋猖獗的严重势态，最高人民法院关于授权云南省高级人民法院核准部分毒品犯罪死刑案件的通知。再如，审判人员对某些疑案顾虑重重，或者受到某种来自外部的干扰，或自己也如坠五里雾中，抑或担心所谓案件的“上诉率”等等，以至拖延、贻误，使正确适用法律成为空话，也使诉讼程序发生变化。

这里，我们打算讨论这种影响在诉讼过程中的具体表现，因为这无关本文宏旨。只是想通过这一事实证明诉讼制度和诉讼程序确实受到国情、政策、形势乃至诉讼操作人员文化素质、心态、知识结构等诸多因素的影响。这就与特定社会的深层文化历史背景发生了千丝万缕的联系。

（三）

考察近代西方国家有关诉讼制度的法律名称同样也可观照出它与东方国家之间存在着迥然差异。

例如英国将刑事讼法令称为《人身保护法》（1679年），美国称之为《权利法案》（1791年）上升到宪法角度。这与其历史传统和文化观念不无关联，至于美国则更与其立国原则和民主理想有着密不可分的联系，仿佛刑事诉讼的目的不足追究犯罪，而是千方百计地为罪犯开脱罪责。无论案件情况，只要牵涉“权利”二字，被告就可提出任何有利于自己的证据和理由，为自己辩护。

而日本在1880年制定的刑事讼法则名之为《治罪法》，其旨十分明显地在于如何发挥惩罚功能。中国在黑暗的封建专制时代，《大清刑律》作为其维护君主绝对权力的工

· 司法实践 ·

“执行难”是当前司法实践中的一个老大难问题，本期发表三篇文章，就“执行难”产生的原因以及如何解决“执行难”等问题作了探讨。欢迎大家继续来稿，以期讨论的深入发展。

“执行难”问题研究

强化对执行当事人的 法律约束

●肖 励

执行难是一个综合性的社会问题。它的形成涉及到社会经济秩序、政治体制、文化传统、法律健全、司法实践等诸多方面。如何解决执行难，司法各界人士进行了广泛的探讨，提出的主张也可谓见仁见智。笔者认为，对被执行人及有关人员法律约束的疲软是造成执行难的一个重要原因。因此，强化对执行当事人的法律约束，制裁妨碍执行的有关单位和人员，是人民法院解决执行难问题，一时一刻不忘如何镇压人民。

在两种不同的法律氛围下，人们对于诉讼制度的认识和观念也必然存在很大的差异。而在具体的司法实践者尤其是审判、检察人员来说，他们对全部诉讼制度的辩识和具体环节的操作将更对诉讼动因和整个诉讼程序、当事人的诉讼权利以及诉讼结果产生直接的影响。

另外，在侦查阶段中，对警察机关的搜查和讯问，法律赋予被告以沉默权，以及法庭审理中的撒谎，在我们看来似乎是不可思议的。

题的重要内容。具体地说，就是要做到敢于执法、善于执法。

所谓敢于执法，是指人民法院在执行工作中，坚持严肃执法，通过强化对被执行人及有关人员的法律约束和制裁，实现执行根据所确认的权利义务关系。敢于执法不仅是因为人民法院执行案件以国家强制力为后盾，而且还是保护申请执行人的合法权益，维护社会经济秩序和执法的严肃性，促进改革开放和经济发展的需要。目前，要做到敢于执法，必须从以下几个方面着手：

1. 充分运用法律规定的强制执行措施。生效的法律文书是人民法院代表国家对当事人权利义务关系作出的确认和评价，它的实际履行由国家强制力所维系，如查询、冻结、划拨存款，扣留、提取收入、查封、

这两项权利原先均是英美法系刑事诉讼的显著特点，但是现在也逐渐被大陆法系国家和日本所采取。如法国法律规定，被告人“有不作供述的自由”，德国规定，讯问时，被告人“有权不予答辩”。日本则走得更远，规定“被告人可以始终沉默或对各个质问拒绝供述”。南斯拉夫规定：“被告人没有义务回答所提出的问题。”

究其根本原因，还是在于诉讼文化这个关键因素在起着作用。

（作者单位：上海市法学会）