

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

● 陈卫东 著

中国刑事诉讼权能的 变革与发展

中国当代法学家文库

陈卫东法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

版权信息

COPYRIGHT

书名：中国刑事诉讼权能的变革与发展

作者：陈卫东

出版社：中国人民大学出版社

出版时间：2018年1月

ISBN：9787300252889

本书由中国人民大学出版社授权得到APP电子版制作与发行

版权所有·侵权必究

前言

刑事诉讼程序是刑事诉讼活动展开的过程，诉讼活动的主角是办案的司法机关与可能被追究刑事责任的犯罪嫌疑人、被告人及其他诉讼参与人。在公安、司法机关追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任的过程中，公安、司法机关行使的是国家权力，犯罪嫌疑人、被告人行使的是个人权利，公安、司法机关必须依照法定程序行使权力追究犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任，犯罪嫌疑人、被告人及其委托的辩护人同样必须依照法定的程序行使自己的诉讼权利，来维护自己的合法权益。这里的权力与权利，是交织的甚至是冲突的。这样的一种权力与权利的交织，构成了刑事诉讼的显著特点，也是一个国家刑事诉讼文明的象征。因此，我们研究刑事诉讼法学，必须关注权力与权利，从权能的视角切入。在法学研究中，权能主要在法理学或者民商法学中研究得比较多，而刑事诉讼法学甚少从权能的角度来研究。正是基于这样的考虑，笔者一直在思考能否把公安、司法机关的权力与公民个人的权利结合起来，也就是研究刑事诉讼权能的问题，这就构成了写作本书的本意。对于刑事诉讼权能应该如何理解，目前还没有一个统一的表述，有人把权能作为权利与义务本身，也有人把权能作为权利义务的下位概念，体现为裁判权、检察权、侦查权、辩护权等。在本书中，作者主张，权能实际上指的就是权力与权利。

本书首先对权能作了理论上的探索，分析了权能的概念、特点、基本原则，以及权能相互之间的关系；然后从人民法院审判权的角度，对审判权进行了探索。人民法院作为国家的司法机关，行使的是司法裁判权，结合当前正在进行的司法改革，本书探索了人民法院在行使裁判权的过程中，如何进一步提升理念，用全新的理念指导权能的实现，主要体现在从过去片面地打击犯罪转变为打击犯罪与人权保障并重，从过去过于强调实体公正过渡到实体公正与程序公正的并重，从过去过于强调言词证据的证明转向注重实物证据的证明，以及强调公正与效率的兼顾。应当如何依法公正、独立地行使审判权，这是学界多年来关注的一个焦点、一个敏感话题，本书对影响审判机关依法独立行使职权的外部环境因素进行了全面的梳理，回应了司法机关依法独立办案与社会效果、政治效果的关系，提出了应以法律效果为主要考虑的因素，过度强调社会效果、政治效果往往导致对法律效果的忽视。结合司法责任制改革，对改革后司法权的独立行使进行了深入探索。本书作者还特别关注了放权以后，司法机关在没有外部干预，在内部没有院长、庭长审批监督的情况下，完全放权于法官，裁判权如何能够公正行使的问题。这是一个令人担忧的问题，极有可能成为未来中国司法不公的一大隐患。在我们启动司法责任制改革之初，如果不对这一问题有一个清醒认识并未雨绸缪，后果将不堪设想。当下亟须探讨如何加强对裁判权的监督。如何建立全方位的监督，是一项刻不容缓的重要课题。对此，笔者提出了一些不成熟的方案，例如，专项检查、定期抽查、专家评查、判例推送、错案追责探讨等，其中，探索新形势下加强院庭长的监督亦是重要环节。在探讨司法裁判权时，笔者也谈到了司法审查机制的问题，应当说，这是司

法权不可或缺的有机组成部分，或者说是司法权的应有之义，同时也是世界范围内司法权的共同特征。我国没有确立法院的司法审查权，而是把相关职能赋予了检察机关，如审查批准逮捕权。在普遍承认检察机关的司法属性前提下，不能不说这就是一种另类司法审查。问题是检察机关所处的刑事诉讼的控诉地位与其担当的中立的司法审查职能角色是冲突的，如何保证审查的正当性及公正性，就成为一个疑问。为此，本书从以下四个方面作了分析：诉讼形式的本质特征要求实行对审前程序的司法控制，司法权的性质是司法审查机制具有天然合理性的理论基石，现代宪政国家的建立是司法审查机制产生的政治基础，现代刑事诉讼构造是司法审查机制存在的制度保障。

检察权是我国刑事诉讼权能中最为复杂也最具中国特色的权力，自我国20世纪70年代检察制度恢复重建以来，有关检察权的争议就没有停止过。长期以来，关于检察权的性质在学术界一直存在不小的争论。本书概括分析了行政权说、司法权说、行政司法双重性说和法律监督权说四种学术观点；认为对检察权、监督权等概念在研究层次上的语焉不详，使得在检察权性质这一问题上，学界长期陷入纷争之中。澄清“检察权”在理论上的纷争，就必须运用语义分析方法，找出同一词语、概念、命题的语义差异，并使同一词语所表达的实际思想内容的差别尽可能缩小，确认要回答什么问题，而不是什么问题以及这个问题是否真的存在。有些争论是可以避免或得到澄清和解决的。笔者从检察职能入手解构我国的检察权，对检察机关所享有的职权，即检察权的内涵予以区分，由此得出检察权的概念其实有广义和狭义的区别：广义上的检察权概念是指法律赋予检察机关的诉讼职权及诉讼监督职权等的总称，主要适用于我国宏观的司法体制层面；狭

义上的检察权概念专指法律赋予检察机关的诉讼职权的总称，主要适用于诉讼结构层面。狭义上的检察权在我国诉讼结构中的性质为行政权，这一点也能在西方尤其是英美法系等国家的检察实践中得以印证。然而，如果从广义的层面讨论检察权的性质，将检察机关（检察官）的诉讼职权、诉讼监督职权和司法救济权等权能进行整体考虑，此时作为广义上的检察权，其性质就有可能发生变化。这是因为，通过考察检察权的概念我们可以得知，检察权是法律赋予检察机关的各种职权的总称。从中我们可以获得两点启示：其一，检察权是检察机关职权的总称，检察权的性质由职权内容的性质决定。职权内容发生变化，检察权的性质也有可能发生变化。其二，赋予检察机关职权的主体是“法律”，在此，“法律”应当指实然法，因而不同国家或地区的法律赋予检察机关（检察官）的职权不同，检察权的性质亦有区别。由此可见，检察权的性质这一课题，既是一个理论（应然）问题，又是一个实践（实然）问题；就世界范围而言，这既是一个共性问题，又是一个个性问题。

当下，国家的司法改革快速推进，特别是涉及司法体制的改革不断深入。日前，中共中央印发了推进国家监察体制改革的文件，并在北京、山西和浙江三省市先行试点，2018年在全国全面铺开。在国家监察机关行使贪腐案件的立案调查权后，检察权面临新的重大课题。笔者坚持监察体制改革后检察权并未发生实质性变化，其批捕、起诉、监督乃至侦查的权能都没有改变，改变的是侦查的案件范围。为此我们应当以改革为背景，深入探讨检察权的发展变化，增强应变能力，把检察权能切实构建好、履行好。尽管国家监察体制改革和司法改革给检察机关带来非常大的冲击和影响，但从宪法和刑事诉讼法来

看，检察机关作为法律监督机关的地位和属性没有改变，所以，职务犯罪侦查权的剥离，并不会降低检察机关在国家法律体系中的地位。但是，一旦排除了法律监督权，检察机关就只能成为代表国家承担控诉职能的公诉人，因而在当前的形势下，检察机关应当牢牢把握住法律监督权这条主线，加强和改进法律监督工作。为此，笔者有以下几点建议：

一是监督的范围。传统的监督主要集中在诉讼领域，但随着依法治国的推进，特别是十八届四中全会作出决定，对检察监督范围进行拓展，使检察机关的监督从诉讼监督扩展到了非诉讼监督。《决定》明确指出，“检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或不行使职权的行为，应当督促其纠正”，这使检察机关对行政权进行监督获得了较为明确的依据。有人将这种监督解读为自上而下的监督，将使检察机关的法律地位和法律监督权威得到提升，甚至在某种意义上高于行政机关，这将使检察机关法律监督的内涵进一步丰富。目前，检察机关的法律监督依然集中在司法权领域，对于行政权的监督，相关的法律法规和改革实践明显不足，检察机关不仅面临权力被剥离的境况，对被赋予的新的权力也没有牢牢把握。因此，检察机关在对该问题进行探讨的同时，适当时候要拿出改革的方案，由最高人民检察院报全国人大批准后开展试点。检察监督的范围能否涵盖国家监察委员会，这个问题已经引起有关方面的重视。目前监察法草案中没有这个规定，监察法草案规定监察委员会监督包括自我监督、社会监督和党的监督，没有专门的法律监督，但是无论如何始终存在一个二者之间的衔接及制约关系，这是需要我们认真研究的一个问题。另外，关于民事行政还有公益案件的监督，这也是检察监督新的增长

点。笔者认为，目前行政诉讼案件大量上升，检察机关相应的行政诉讼监督没有有效跟进。公益诉讼亦如此，很好地体现检察机关作为国家公益的代表，检察机关对此要给予重视。相反，我不是很赞成对民事诉讼的监督，因为这是公权对私权的介入，我始终认为，由公权帮助一方去“对付”另外一方是存在问题的。检察机关的监督重点应该放在行政诉讼、公益诉讼这一块，当然，检察机关的民事监督也是由民事诉讼法规定的。

二是监督的方式和路径。以往的法律监督没有成型的办案组织和程序，法律监督的方式具有一定的任意性和不规范性。在重庆市举办的一次检察改革推进会上，笔者曾提到监督方式改革的问题，主要是提出法律监督办案组织这样一个问题。法律监督不是个人的行为，检察监督是检察院整体实施的，作出的决定就是检察院的决定，不可能由一个独立的或者独办的检察官去完成，而是要由一个组织去完成，要有一个办案组织。这种办案组织表明了监督不是检察官的个人行为，而是代表检察机关行使的。同时，要运用调查思维办理监督案件，使监督事项案件化，用办案的思维来办理法律监督，有专门的组织，构建专门的监督程序，对监督线索开展调查、核实细节。

三是丰富监督手段。可以借鉴监察委员会的监督手段，如约谈、讯问、询问等措施，在法律监督中都要使用，现在的法律监督没有这些手段，多年来没有把法律监督案件化、程序化、规范化研究深、研究透。要建立检察机关诉讼职能与监督职能适当分离机制。笔者非常赞成湖北省的做法。诉讼职能和监督职能为什么要分离？诉讼职能很多带有司法属性，办案的方式不一样；监督职能则带有非常强的行政属性。不能由一个人来行使两项职能，因为办案人员只重视诉讼职能

而忽视监督职能，主要去办案，没有去监督。如果分开了，一些人专门去办案，另一些人可以主动积极地去监督。

四是强化监督实效。法律监督怎样才能有实效呢？过去法律监督，无论是检察建议还是纠正违法通知，抑或是其他方面的监督，被监督的人置若罔闻，检察人员又没有办法，笔者认为应该寻找解决办法。笔者从研究《刑事诉讼法》第263条得到启发，该条规定：“人民检察院认为人民法院的减刑、假释的裁定不当，应当在收到裁定书副本后20日以内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后一个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定。”这是2012年新增加的，是人民检察院监督的最新形式，这种形式就是检察院提出监督意见后，被监督的单位要启动审查监督意见的专门程序，必须要有一个程序，不像以前对公安机关的监督，下一步应积极和公安机关、看守所等联合探讨明确监督以后如何启动审查程序的问题，这是一个创新，是监督的必由之路。我们也要研究进一步执行监督意见的法律后果，确保对违法行为作出的监督决定的贯彻落实，要使我们的监督具有实质的拘束力。一旦违法行为被发现，并提出纠正意见，作为被监督对象的侦查等机关及其相关人员应当作出纠错回应，否则将产生相应不利的后果。这种不利后果或者责任可以包括：

（1）对拒不执行检察机关监督建议的，检察机关可以建议公安机关或者监察机关，追究相关人员的责任，情节轻微的限期纠正或者给予行政处分，情节严重的应当进行刑事案件的移送并建议追究刑事责任。

（2）将违法监督执行情况作为公安民警办案质量和执法规范化考核的重要参考，只有这样才能督促违法者认真执行监督意见或者决定。

（3）在关乎案件能否顺利开展的时候，检察机关可以建议有关单位更

换办案人员。为了使监督更加有效，应尽量减少口头监督的方式，采用书面方式，全程留痕，使监督具有拘束力。

五是检察机关的内设机构问题。机构设置与检察机关职责的履行非常有关，中央高度重视机构设置问题。目前，笔者认为上海市机构改革的方案具有可复制与可推广性。最高人民法院规定省级检察院内设机构不能超过18个，上海市是17个，分成四大块：第一块是司法办案部门，包括：（1）刑事检察一部（审查逮捕部），设立若干审查逮捕检察官办公室，负责审查逮捕案件办理及其指导。（2）刑事检察二部（公诉一部），设立若干公诉检察官办公室，负责普通刑事案件和死刑案件等公诉案件办理及其指导。（3）刑事检察三部（公诉二部），设立若干公诉检察官办公室，负责职务犯罪、金融犯罪、知识产权等专门刑事案件的公诉业务办理以及指导。（4）刑事检察四部（刑事执行监督部）。（5）刑事诉讼监督部，设立若干检察官办公室，负责立案监督和两法衔接、公安派出所监督、审判监督程序中的抗诉案件、类案监督重大线索调查核实和监督跟踪、监督的文书归口管理等。（6）民事检察部，设立若干检察官办公室，负责民事诉讼监督。（7）行政检察部，设立若干检察官办公室，负责行政诉讼监督、行政违法行为和行政强制措施监督、行政公益诉讼业务办理及指导。（8）未成年人检察部，设立若干检察官办公室，负责未成年人案件的办理和指导。（9）控告申诉检察部（检察服务中心），设立若干检察官办公室，履行原控诉申诉处职能，审判监督程序抗诉案件划归诉讼监督部负责。第二块是综合业务部门，包括：（1）业务管理部，设立若干检察官办公室履行原案管处职责。（2）研究室，履行原研究室职能，可设检委会秘书办公室负责检委会运行。第三块是检察辅助部

门，包括：（1）信息技术部；（2）司法检察总队。第四块是司法行政部门，包括：（1）政治部；（2）监察室；（3）检务保障部。笔者认为这些部门设置得很好，但同时提出修改意见：一是不能用12345这样的序号形式表示，人民群众不能理解，职能是什么就取名什么部。二是监督要合一，不能太复杂，刑事执行监督和刑事诉讼监督可统一合并为刑事诉讼监督。三是民事检察部、行政检察部要改为民事检察监督部、行政检察监督部。这种设置把批捕和公诉分开、诉讼职能和监督职能分开，非常符合笔者的想法。上海市强调设立这个部门的主旨是检察官办公室是一种办案主体，检察官过去叫命名检察官，现在叫检察官办公室，这实际上是办案组织的问题。内设机构问题也是一门学问，指导思想是精简、扁平化、科学化，而且需要因地制宜，不要搞上下对应、左右看齐，要根据院的大小、根据案件的情况灵活设置。上面所说的是省一级的设想，地、市和基层的检察院内部机构怎么设，50人以下怎么设，30人以下只能设多少，中央都有原则规定，细节还需要研究。

此外，中国侦查权之大在世界上恐怕是无与伦比的。一方面，我们国家的刑事侦查没有强制侦查与任意侦查之分，公安机关办理刑事案件进行侦查时都是无条件的，没有任何商量余地，所有的侦查都是强制的；另一方面，我国的侦查由实施侦查的公安机关自行决定，大多数强制措施及强制性侦查措施都是自己决定自己执行，没有国际上通行的司法审查制度。坊间曾流行一句玩笑话：“当警察一定要到中国去。”警察的侦查权之大是法律规定的，无论是《人民警察法》还是《刑事诉讼法》都赋予办案警察以较大的而且往往不受制约的权力，主要源于我国对社会治安、社会稳定的高度重视，强调对社会的

有力控制。此作，这也源于我们多年来过多强调打击犯罪、惩罚犯罪，而疏于对被追诉人的权利的保障。但我们必须正视的现象是，自1996年刑事诉讼法修改以来，国家的立法者已经开始对侦查权不断加以限缩与规制，特别是2012年刑事诉讼法修改对强制措施的对象、条件、程序都作了严格限定，讯问的时间、地点、录音录像，不得强迫任何人证实自己有罪，非法证据排除以及违法侦查行为投诉处理机制等，无不彰显了对侦查权的规制。

本书特别关注侦查与人权保障的关系，基于侦查对人权限制的基本特征，以国际公约对侦查活动的规范与共识为基点，探讨了中国语境下如何最大程度实现对侦查权的有效规制，概括起来有三方面：一是强化制约，即依据法定的公检法三机关互相制约的原则，纠正过往只讲配合不讲制约的做法，发挥检法对侦查的制衡作用；二是发挥检察机关对侦查的专门法律监督作用，不但对侦查机关的侦查活动是否合法进行监督，更应强调对犯罪嫌疑人的合法权利侵犯的监督；三是倡导建立司法对侦查的控制，建立司法审查机制。在我国，学者对能否建立司法审查制度一直有不同认识，这一方面缘于我们对法院在诉讼中的地位定位，没有将其视作中心或核心，更多的是定位于与公安机关、检察机关分工负责、配合制约；另一方面，我们的制度设计是把检察机关作为法律监督机关，由检察机关行使司法审查的功能。在全面推进依法治国的背景下，司法改革提出了以审判为中心的诉讼制度的改革，因此，强调法院在整个诉讼过程中的决定性作用，重新思考司法审查机制，并探讨制度的构建路径就显得十分必要。

与公检法的公权力不同，刑事诉讼中还存在另外一种权能形态，即犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师的诉讼权利。客观来讲，我国司

法机关的公权力从来就不缺乏，甚至十分强大，而犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师的权利相对单薄，甚至非常弱势，这些年随着刑事诉讼法的不断完善，特别是持续推进的司法改革，公民的人权保障状况得到了很大程度的改善与提高，刑事诉讼中的人权保障，仅从制度规定层面看与国际标准亦不存在实质性差别，但从司法实践层面看差距还是较大。在本书中，笔者回避了犯罪嫌疑人、被告人的权利，而专门针对律师的辩护权展开研究，不是前者的权利不重要，相反，这些正是我们权利保障的重中之重，这主要是考虑到本书的结构是围绕追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任过程中各个参与主体的权能形态来展开分析的。辩护律师的权利保障多年来主要集中在会见难、阅卷难、调查取证难这所谓的“三难”方面，2012年刑事诉讼法修改后这些问题已有明显改善，但问题依然突出；与此同时，又出现了发问难、质证难、非法证据排除难的新“三难”。本书对这些新老问题均进行了全方位的研究，偏重细节，注重对策，较以往的探讨更为深入。

当前，在深入贯彻以审判为中心的刑事诉讼改革精神以及实施认罪认罚从宽制度试点方案过程中，辩护律师的重要性愈发凸显，最高人民法院、司法部最近提出了刑事辩护全覆盖的实施意见，限于篇幅及时间，本书没有对改革中涉及的法律援助即值班律师问题进行探讨。法律援助律师与值班律师是一种什么样的关系，值班律师的诉讼地位、诉讼权利义务是什么，等等，都需要我们今后继续研究并给出答案。

本书最后一章是刑事诉讼中其他诉讼主体的权利研究，包含鉴定人、证人、被害人以及违法所得没收特别程序中的利害关系人。这一部分人都属于诉讼参与者，可以说，案件的公正处理离不开他们的积

极有效参与。以往的研究或多或少关注的是他们的作证义务或应当履行的诉讼职责，有意无意地忽视了他们的诉讼权利，如片面强调鉴定人的公正鉴定及出庭义务，抱怨证人一般都不出庭作证，但对于确保履行职责必要的权利保障缺乏有效研究。本书从侧重权利保障的视角提出了保障权利的相关建议，目的在于一则引起对此问题的关注，二则提出建议供同行商榷。

有目共睹的是，中国的刑事诉讼权能架构正在发生深刻变革，公权与私权日趋平衡与合理，公权在不断限缩，私权在不断扩张，然而最终的边界在哪里，却是一个无法回答的难题。在本世纪初，笔者在访美期间与美国一位教授谈论这一话题时，他的回答令我印象深刻。他说，这两者就好比两个走路的人，走到前面的人往后走，落到后面的人往前赶，等到两个人碰到一起时，或许就是我们要达到的边界。这一不无幽默与智慧的比喻，表达了公权与私权合理的边界是二者共振、调试、磨合的结果，需要时间的经过、实践的探索。而我国持续不断的刑事诉讼法的修改、司法改革的推进，实际上正是这样的探索过程。

本书得以顺利出版，十分感谢中国人民大学出版社，我的一些学生也提供了大量资料，有些章节是与他们共同研究的成果，在此一并致谢！

陈卫东

2018年1月9日于明德法学楼

第一章
刑事诉讼权能基础理论

自人类社会放弃血亲复仇、私力救济，进入国家刑事诉讼时代之后，刑事诉讼领域内权力的不断分化和权利的不断拓展就成为这一诉讼制度演进的主线。犯罪嫌疑人、“被告人的诉讼角色经历了从仅仅是一种诉讼客体到一种能够积极参与和影响诉讼进程的刑事诉讼主体的变化，由于拥有了逐渐增多的权利保障，而其中每一项权利的范围又不断扩大，被告人作为诉讼主体的诉讼角色也同时得到了巩固”^[1]。而刑事诉讼中的国家公权力也经历了一个由诸权不分到侦查、起诉、审判互相独立的演变过程，呈现为“不断扩张同时又不断分解的一个自我矛盾的过程”^[2]。在这一过程中，权利和权力关系这一针对“个体的诉讼参与人与国家刑事司法机关之间的互动关系而提出的范畴具体表现为，国家机关的权力与诉讼参与人的权利之间的此消彼长”^[3]。日渐分化的权利（力）之间的博弈生动地展示了人类刑事诉讼立法发展的脉络，也将是未来刑事诉讼发展进步的内在驱动力所在。然而在此前有关刑事诉讼领域内权利（力）关系的研究中，更多地强调权利与权力之间，尤其是控诉权与辩护权之间的对抗。不容否认的是，在现代刑事诉讼关系中，控诉权与辩护权之间的关系无疑是界定诉讼模式的一个重要指标，但正如美国学者格里菲斯所指出的，无论是所谓的犯罪控制模式，还是正当程序模式，其实质都是建立在将控诉权与辩护权之间的斗争作为程序的主要内容，即所谓争斗模式下。^[4]然而，当我们抛开对控辩之间对抗偏执般的关注之后，

不难发现，整个刑事诉讼实质上是一个由不同的权利（力）共同作用的“场”，这当中，虽然控诉权与辩护权是天然的主角，但是决不能忽视审判权、被害人及其他诉讼参与人的诉讼参与权等其他重要权利（力）类型。这就要求我们拓展刑事诉讼权利（力）研究的视野，从更为宏观、全面的角度对诉讼程序中所涉及的权利（力）类型及其相互关系进行剖析。唯有如此，才可以在充实具体权利（力）的同时，避免因“只见树木不见森林”，导致诉讼整体结构的失衡与紊乱。

当揭去覆盖在刑事诉讼领域内控诉权与辩护权互相对抗这一面纱之后，浮现在我们面前的是各种权利和权力在对抗、协作、制衡等相互作用过程中所形成的刑事诉讼法律关系体系，而构成这一关系的是所有诉讼参与主体的诉讼行为，而诉讼行为则是建立在行为主体具体的刑事诉讼权能基础之上的。从权能的角度出发，有助于消除因权力和权利主体不同所导致的偏见与歧视，从而真正从诉讼运作规律的角度出发，探讨刑事诉讼领域内权利和权力运行机制的优化与完善。

注释

[1]陈瑞华：《刑事审判原理论》，221页，北京，北京大学出版社，1997。

[2]李蓉：《刑事诉讼分权制衡基本理论研究》，11页，北京，中国法制出版社，2006。

[3]刘涛：《刑事诉讼主体论》，31页，北京，中国人民公安大学出版社，2005。

[\[4\]](#)See John Griffiths, *Ideology in Criminal Procedure*, 79 *Yale Law Journal*, 1359 (1970) .

第一节 刑事诉讼权能概述

一、刑事诉讼权能的内涵

刑事诉讼权能作为一个新概念，在此前的研究中并未对其展开深入的探讨，为避免后续的探讨因概念不同义而陷入自说自话的尴尬境地，有必要对其内涵进行解读，以确定其概念体系，从而使对这一问题的研究建立在共同的客体基础之上。

（一）刑事诉讼权能的概念

“我们都是通过概念来思考、对话和讨论的，有些没有先行澄清概念的争论其实是无意义的，因为可能争论者使用的虽然是同样的概念，他们对这一概念的理解却很不相同，他们不是在同样的层面上争论，没有形成真正的交锋，这样的争论是一种不会使知识增值，倒可能使知识贬值的争论。”^[1] 刑事诉讼权能这一概念的提出，所面临的首要挑战就是对其概念的界定。对于刑事诉讼领域而言，权能是一个新概念，但是在法理学和民法学领域，对这一概念的研究和使用已经取得了一定的经验和成果。因此，刑事诉讼权能概念的界定首先应当从对权能概念的梳理展开。

1. 权能的概念梳理

所谓权能，其基本词义是由法律规定或授予的权利之职能。从语义学角度上，它包括权威，威力；权力与职能；权利的要素，是权利

的具体内容，是指权利的作用或实现的方式，是权利人为实现其权利所体现的目的利益依法所能采取的手段，是体现权利人的意思支配力的方式三种解释。这一概念此前在刑事诉讼法学界的受关注程度并不高，主要是在法理学界和民法学领域研究中有所涉及。法理学作为对法学基础理论和概念进行研究的学科，认为对权能的概念界定是一件非常困难的事情，这是因为权能这一“概念并无——甚至毫无——疑问地遍布于日常生活之中。可是一旦人们着手分析这个概念，一切都显得那么可疑。就此处而言，疑问的主要原因在于，权能这一概念内在地与其他基本法律概念——如规范、效力、义务、主观权利、权威以及自治等概念联接在一起。对于权能概念的分析因而必然是对整个概念网络的分析，又因为所有这些概念都属于基本的法律概念，所以一种权能理论也就涵盖了一种法律本性理论的本质要素”^[2]。就这一含义而言，在权能和权利之间是可以画等号的，二者在本质上并不存在明显的区别。

有观点认为，“权能乃是一种在法律上得到证立的，通过并依据对相关效果的宣示，从而创制法律规范（或者法律效果）的能力”^[3]。权能的概念界定实质上包括可能性、规范性和处分性三个方面，是一个与权利息息相关的概念。法理学界通常将权能作为权利的下位概念使用。例如有学者提出了“权利的权能”概念，认为权利具有防御权能、受益权能和救济权能三大基本权能。“权利的权能范畴，是对权利的基本权益和功能的统一概括，可以更好地表达权利涵盖的基本内容及其力量。主张以权能这一概念表达权利涵盖的要求——义务关系及其能力。”^[4]