

3 刑事诉讼理论的基本范畴--3.3 刑事诉讼状态与刑事诉讼法律关系--3.3.1 大陆法有关理论

在刑事诉讼法学史上，关于刑事诉讼的法律性质的学说经历了三个发展阶段：

第一阶段是实体法与诉讼法尚未分化的时期，当时学说认为，只要发生了犯罪行为，国家对于犯罪人就有刑罚权。为了实现这种刑罚权，检察官可以就犯罪案件向法院提起公诉，要求法院做出有罪判决，并在判决生效后对判决确定的刑罚予以执行。因此，对于刑罚权与公诉权未作明确区分。

第二阶段出现了明确区分刑罚权与公诉权的“诉讼法律关系说”。这种学说认为，是否犯罪的问题，必须等到诉讼终结时才能确定，而公诉权是一种提起诉讼和进行诉讼的权利，把刑罚权作为公诉权的前提，就颠倒了二者的顺序。另外，即使最后判决无罪，仍然是实现了查明事实真相的诉讼目的，就这一点来说，公诉权仍然是存在的。因此，这种学说对于究竟必须具备何种条件才产生公诉权的问题进行了认真研究，认为公诉权的成立要件应当是具备“诉讼条件”，基于一定的诉讼条件而成立的刑事诉讼，实际上是法院、检察官、被告人三者之间的法律关系。德国学者比洛（Bulow）在 1886 年发表的《诉讼抗辩论与诉讼要件》一书中最先提出“诉讼法律关系说”[1]。他认为，诉讼是法院与双方当事人三者相互之间发生的权利义务关系，而且是随着诉讼的进程向前发展的统一的法律关系。“诉讼法律关系说”的意义在于，把诉讼与实体法上的权利义务关系分开，作为一种单独的、统一的法律现象来把握，为诉讼法学借用民法的有关概念（如意思能力、错误、取消、代理等）解决诉讼法上的具体问题提供了理论依据，特别是它“把被告人与国家之间的关系看作是以权利义务为内容的法律关系，对于促进被告人诉讼地位的提高具有不容否认的功绩”[2]。但“诉讼法律关系说”未能把握诉讼的动态特点，因而受到了“诉讼状态说”的批判。

发现了诉讼程序动态性质的理论是第三个阶段出现的“诉讼法律状态说”。这一学说是由德国学者哥尔德斯密特（Goldschmidt）首先提出来的，并且经过查瓦尔（Sauer）和斯密特（E.Schmidt）等人的发展。哥尔德斯密特在 1925 年出版的《作为法律状态的诉讼》一书中提出，对于诉讼，必须运用诉讼法学特有的诉讼法的、动态的法律考察方法来把握；运用动态考察方法可以看出，诉讼不是权利义务为内容的法律关系，而是以既判力为终点的浮动的法律状态；法律（不论实体法，还是诉讼法）不是命令，而是应当由法官适用的判断标准。法官在判决中不一定能够正确地适用法律，但即使适用法律有错误，也不存在违反职务上的义务问题，而只能作为上诉的理由。从当事人角度来看，只是抱有“法院可能会做出有利或不利判断”的期待，并且有为了免受法院做出不利于自己的判决而进行各种诉讼行为的负担。当事人对于预期中的判决的关系，可以称为“诉讼上的法律状态”。可见，在哥尔德斯密特看来，诉讼中当事人的地位完全是期待和负担的关系，而不是权利义务关系，即使可以看到某些权利和义务（如证人的到庭义务），也只是法律上的一般义务，而不是诉讼法上的具体义务。

诉讼既然是这样一种动态的过程，那就不是瞬时终结的，而需要一定的时间。对于诉讼过程的时间性的、发展性的特点进行分析、并且因此而明确诉讼的特殊性的，是德国学者查瓦尔。他认为，诉讼虽是发展性的，但并非单一的过程，而是三个相互重叠的发展过程，既实体形成过程、诉讼追行过程和程序过程。实体形成是指作为诉讼对象的实体法律关系的形成，诉讼追行则指以具体的实体形成为目的而进行的诉讼活动，程序过程指在诉讼程序中现实地进行诉追行为的过程。这三个过程前后依次是目的与手段、内容与形式的关系，但性质各不相同，构成各过程的诉讼行为的要件、完成和行为缺陷的治愈等方面，也有各种差别。在哥尔德斯密特那里，诉讼是以当事人对于应当形成的判决所持有的期待背后的利益变动为中心而展开的；在查瓦尔这里，诉讼对象本身的发展放在实体形成过程中予以考察，诉讼主体的利益变动而放在诉追过程中加以考察。

德国诉讼法学对于诉讼的动态考察方法经小野清一郎博士的介绍传入日本。小野博士在 1933 年出版的《刑事诉讼法讲义》（全订三版）中认为，诉讼可以分为基本的诉讼法律关系和派生的诉讼法律关系，后者以前者为基础，并随着诉讼的发展而发生、消灭和变化，把这些关系从整体上进行考察，就构成一种诉讼法律状态。但这里所说的“诉讼法律状态”与德国学者所指不同，因为它基本上是指法律关系。

日本学者中巧妙地吧“诉讼法律关系”说与“诉讼法律状态”说进行调和，并提出独特的诉讼理论的，是

团藤重光博士。团藤博士对哥尔德斯密特完全否定诉讼法上的权利义务关系的论点进行了批判，指出在诉讼中也存在权利和义务，如证人的到庭、宣誓和提供证言的义务既是国民的一般法律义务，同时也是为实现诉讼目的而确立的诉讼法上的义务。另一方面，团藤又指出了查瓦尔“三面过程”论的不足，认为查瓦尔所说的“诉讼追行过程”应当分别列入他的实体形成过程和程序过程，尤其是程序过程。在此基础上，团藤提出了如下基本观点：诉讼的实体形成过程与程序过程并不是两个孤立的过程，而是“不可分的同一诉讼整体的两个侧面，因而称作诉讼的实体面与程序面更为适当”[3]；诉讼从实体面来看是法律状态，从程序面来看是法律关系。诉讼的实体面是指作为诉讼客体的具体的案件随着程序的发展而逐步形成的过程，也就是实体法在诉讼中的形成过程，即开始是侦查机关的主观嫌疑，逐步根据证据证实而成为客观嫌疑，公诉的提起使诉讼的客体特定化，并通过当事人的攻击和防御对其是否存在进行审查，最后当法官形成内心确信时做出有罪判决，使实体的确定力得以固定。“这其实不过是在具体的案件中实体的法律关系由形成直到确定的浮动的、流动的法律状态”[4]。可见，团藤博士所说的“实体面”与查瓦尔所说的“实体形成过程”基本相同。诉讼的程序面是指舍弃实体面之后纯粹的程序侧面。首先，法院与当事人三者之间的关系就是法律关系，即法院有审判的权利义务，当事人有请求或接受审判的权利义务。这种基本的法律关系是固定不变的，没有动态发展的特性。其次，诉讼的程序面是由直接或间接地以实体面的发展为目的的诉讼行为连起来而构成的，虽然它可因诉讼行为的效力而发展，但诉讼行为的效力可以导致权利义务的产生，因此对于诉讼的程序面原则上可以作为法律关系来把握。

团藤博士认为，对诉讼采取实体面与程序面“两面说”在理论上会产生种种有益的效果：第一，对于实体面与程序面的判断标准不同。实体面既然是浮动的法律状态，实体形成应当以判决为最后的确定基点。如以盗窃罪起诉的案件，如果经审理后查明系侵占，起诉时关于盗窃的认定对法院做出实体判决没有约束力。起诉书上的诉因与罚条对于法院的约束力只是程序上的约束力，不是对于实体形成内容的约束力。与此相反，程序面既然是固定的法律关系，诉讼行为应当以行为时的实体形成作为判断标准，即使后来实体形成发生变化，也必须维持当初行为的效力。由于程序面是由诉讼行为前后联结起来的，后续行为是以前面的行为为基础的，如果允许已经进行的行为以后反复进行，就违反了程序的计划性和诉讼经济的原则。第二，通过区分诉讼的实体面与程序面，可以使诉讼法上的各种基本概念体系化，以便做出统一的解释。如诉讼行为可以分为实体形成行为与程序形成行为、判决的确定力可以分为实体的确定力与形式的确定力等等。团藤的“二面说”得到日本学界多数人的赞同，并对日本战后刑事诉讼法学的发展以及中国台湾刑事诉讼法理论产生了很大的影响。

但日本学界也有人不同意团藤理论。如平野龙一教授对诉讼就采“三面说”，第一是“诉讼追行过程”，即与诉因和证据相应的发展过程，第二是“实体过程”，即对于诉因事实存在与否的判断变化的过程，第三是“程序过程”，即基于诉讼追行而行的各种行为构成的过程。他还对团藤的“二面说”提出了批评，认为：第一，实体面也有法律关系，程序面也有法律状态，诉讼从整体上看，既是法律状态，同时也是法律关系。从实体上看，法官的心证虽然是浮动的，但自由心证必须是合理的、受到制约的心证，在符合一定条件时法官有形成合理心证的义务，当事人有要求做出相应判断的权利；另一方面，从程序上看，对于是否存在诉讼条件（如告诉才处理的犯罪，有没有提出告诉等）、要求回避的申请、管辖转移的请求等做出决定时，仍然会产生期待、负担的关系[5]。第二，“二面说”是以职权主义诉讼构造为前提的，用作分析职权主义诉讼是适当的，对于已经采取当事人主义诉讼构造的日本法应当采取“三面说”。因为战后制定的日本刑事诉讼法转采起诉状一本主义，法庭审判时法官以“白纸的状态”走上审判席，不再能够继受侦查机关形成的犯罪嫌疑，起诉状中记载的诉因不仅是程序面上对实体形成的反映，也是实体形成的目标；另外，新法的原则是，法庭审理中的实体形成应当在当事人提出的证据范围内进行，法庭不得主动为了探求事实真相而收集证据。诉因和证据这个侧面是决定诉讼是职权主义还是当事人主义性质的关键部分，因此有必要从实体面独立出来，但它又不是单纯的程序面问题，所以应当作为单独的诉讼追行过程来处理。

注释：

[1][日]参见阿部纯二主编《学说判例刑事诉讼法》，青林书院新社（日本）1981年出版，第27页。

[2][日]平野龙一著：《刑事诉讼法》，有斐阁（日本）1958年出版，第21-22页。

[3][日]团藤重光著：《新刑事诉讼法纲要》，创文社 1967 年七订版，第 139 页。

[4]同上第 142 页。

[5]参见平野龙一著：《刑事诉讼法的基础理论》，日本评论社 1964 年出版第 33-34 页。