

万 毅 / 著

变革社会的程序正义

—— 语境中的中国刑事司法改革



刑事法文库 (9)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

理论·政策

变革社会的程序正义

——论改革开放初期农村经济体制改革



社会科学文献出版社 (CASS)

CHINA SOCIAL SCIENCE ACADEMY PRESS

北京市西城区德胜门内大街2号

ISBN 7-5097-0594-1

变革社会的程序正义

——语境中的中国刑事司法改革

万 毅 著

中国方正出版社

图书在版编目(CIP)数据

变革社会的程序正义——语境中的中国刑事司法改革/万毅著. —北京:中国方正出版社,2004.1

(刑事法文库丛书)

ISBN 7-80107-394-0

I. 万… II. 万… III. 刑事司法—改革—中国 IV. D922.196

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第108837号

责任编辑:郭一治

责任校对:于新丽

出版发行:中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街41号 邮编:100813)

发行部:(010)66124758 总编部:(010)63094573

编辑部:(010)83085204 出版部:(010)66510958

网址:www.FZPress.com

责编E-mail:fzg001@netmail.com

经 销:新华书店

印 刷:北京昌平长城印刷厂

开 本:850毫米×1168毫米 1/32

印 张:15.625

字 数:398千字

版 次:2004年1月第1版 2004年1月北京第1次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-394-0

定价:29.00元

(本书如有印装质量问题,请与本社出版部联系退换)

『刑事法文库』

总序

随着刑事法治的发展，我国刑事法理论如何适应法治建设的现实需要，提升刑事法的学术水准，成为刑事法学界面临的一个重大课题。在这种情况下，刑事法文库怀着强烈的使命感正式问世。刑事法文库由北京大学刑事法理论研究所主办，并由我担任主编。

刑事法文库由陆续推出的一系列著作构成，力图成为一个展示刑事法理论前沿性研究成果的窗口。刑事法文库的范围，包括刑事法各学科，即刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱法等。收入刑事法文库的著作，我们期望是代表刑事法某个领域的思想性与学术性兼备的专著。前些年，我国刑事法理论研究取得了重要的进展，尤其是刑法和刑事诉讼法这两个刑事法的基础学科出版了一系

列令人瞩目的论著。当然，以往的刑事法理论研究也还存在某些未尽人意之处。在我看来，刑事法理论研究需要从以下三个方面加以突破：一是思想性。刑事法理论，无论是规范刑事法学还是理论刑事法学，都应当进一步强调思想性。这里的思想性，是指刑事法理论不仅要关注法条及其适用，关注理论及其论证，更应当关注刑事法理论的社会人文关怀，反映现实社会的法治要求，以推进我国刑事法治建设为使命。二是学术性。刑事法理论应当建构基石范畴与核心命题，并形成基本原理。只有这样，刑事法理论才能自命为一种学术，而不至于沦为对法条的机械诠释。三是规范性。对于刑事法理论的发展来说，规范性至关重要。以往的刑事法理论虽然聚讼纷纭，表面繁荣，但积淀的观点与形成的共识并不多，因而过眼云烟式的论著为数不少。在此关键是要在刑事法理论研究中引入学术规范，形成规范刑事法学与理论刑事法学各自的语境。只有在此基础上，才能使刑事法研究摆脱无谓的论争，一步步地推进。刑事法文库试图在上述三个方面有所建树，将思想性、学术性与规范性作为价值追求。

刑事法文库是一个开放性的书系，不仅出版我国学者在刑事法领域的力作，而且收入刑事法的译著以及进行比较研究的专著，以每年3—4本的出书进度逐渐推出。写作

虽然是一种个体化的行为，学术却是一项共同的事业。只有形成一个学术共同体，理论才能发展。刑事法理论的繁荣，同样需要这样一个学术共同体。刑事法文库，将为这一学术共同体的建构竭尽全力。

陈兴良

谨识于北京西郊稻香园寓所

2000年3月24日



序

“作为一个亲历这一重大历史事件、并以法律为业的年轻学子，我希望能用自己的手中笔，记录下其间发生的点滴事件，以纪念这个波澜壮阔的时代。”这是我在“中国司法改革网”上开设的随笔专栏《司改日记》中的一段话，大抵能够反映我在写作本书时的心境，书名取为《变革社会的程序正义——语境中的中国刑事司法改革》，也大致反映了我这几年研究的主要问题域和学术兴奋点。

当前，我国正在进行轰轰烈烈、全民动员的司法体制改革，“司法改革”已经成为中国法学界和实务界曝光频率最高的“中心话语”之一，而在这一“中心话语”所营造的“话语霸权”的辐射下，中国基层司法机关的改革逐渐赢得了政治上的合法性，改革成为近年来各级司法机关的工作重心之一。以2002年为例，仅仅这一年，全国各地基层司法机关就出台改革措施100多项，从

“证人出庭宣誓”到“辩诉交易”、从“裁判文书中附法官后语”到“量刑答辩”，各项改革措施的出台频率之高，令人眼花缭乱。但是，一种“中心话语”的出现，只能为主体的相关行为提供合法性支撑，并不能保证具体行为的合理性。虽然在司法改革的名义下，基层司法机关得以顺利展开各项改革活动，然而，由于改革本身的自发性和分散性，整个司法改革进程缺乏统一的规划与布局，在改革方案的出台以及改革走向的宏观把握上明显存在着理性不足的弱点，从而造成了司法改革进程中的诸多悖论。大量悖论的频繁出现，在具体的改革行为与宏观的改革话语之间产生了一种内在的紧张关系，进而动摇到改革本身的合法性基础。例如司法改革的终极目的是通过制度变革型塑良法秩序的法治国家。法治国家是指公民之间、国家与公民之间以及国家内部领域的关系均受法律调整的国家，其标志就是所有国家权力及其行使均受法律的约束。而在司法改革的大旗下，各地司法机关纷纷以司法改革为名，摆脱现行法律的“束缚”，进行大量的“制度创新”，这些所谓的“制度创新”在很大程度上背离了现有立法的规定，如河南省郑州市中原区人民法院实行的“先例判决制度”；黑龙江省牡丹江铁路运输法院首次施行的“辩诉交易制度”；北京海淀区人民法院试行的“被告认罪普通程序”。这些改革

的一个共同特征就在于，脱离现行法律制度而自行其是，改革行为本身在很大程度上就是违法行为。这样，以完善立法、建构真正意义上的法治秩序为终极目的的司法改革，反过来却是以一种“非法”的方式在运行，这不能不说是一个悖论。再比如，由于缺乏全局性的目标指引和统筹性的制度安排，实践中，司法机关更多的是针对一些较为突出的具体制度设计上的瑕疵和不足展开零敲碎打式的矫正和修补。但是，这种“逐点”式改革的弊端也是显而易见的，往往演变为“拆东墙补西墙”式的无奈举措：本来是作为遏制司法腐败对策出台的错案追究制和人大个案监督制，却由于本身违背司法法理而在一定程度上对法院的司法独立构成严重威胁；本来是为了促进法院独立、维护司法公正的法官等级制与院长辞职制，却可能反过来强化法院的行政化色彩。

在我看来，造成这种改革“悖论”的根本原因，就在于改革者本身对司法程序的内在机理缺乏深入的认识和透彻的了解。为此，程序正义的基本原理，成为我关心的首要问题。在本书中，我对刑事司法程序的一些基础性命题，如宪政理念与刑事诉讼制度发展、程序法和实体法之间的互动关系、刑事诉讼的价值以及一些重要的程序制度，如刑事诉讼法律解释体制、侦查程序、审判对象、刑事诉讼国际准则等进行了较为深入的

研究，并以此为基础对我国司法改革的实践进行了精心的评述与展望。

理论可以指导实践，但是却无法代替实践。“程序原理”是架构公正、科学的司法程序的理论基石，也是我们展开改革话语的逻辑起点，但远非终点。在抽象的程序原理下展开改革实践，我们还应当关注改革的语境问题。其实，在我看来，我国司法体制改革乃至更为宏观的司法制度现代化的任务实际上可以归结为两个层面：一是制度化，二是本土化，即不仅要求建构高度制度化的司法体系，而且要求制度的“本土化”。据此，一方面，我们应当借鉴、移植国外先进的制度设计，经验表明，这是后发展国家建设法治的基本路径，但同时，我们更应充分关注这些先进制度的本土化问题，因为无法本土化的制度，可能看上去很美，却无法真正良性运作。自从二十世纪八十年代中期中国启动司法体制改革以来，对现行司法制度的各种改革建议，就成为了法律理论研究和实践活动的中心话语。由于在法制现代化进程中，西方作为先行者积累了更多的经验、教训，建立起了一套已经证明行之有效的现代型司法制度框架，因此，努力向西方法治国家学习，借鉴、移植其先进的制度设计，就成为改造我国现行封闭、保守的司法制度的基本路径。从最早借鉴英美当事人主义诉讼对抗制因素改造我国超职权主义庭审制度，

一直到最近引进罪状认否程序实行刑事普通程序简易审，我们都可以发现这种通过制度移植改造本国法制环境的努力。但是，一种中心话语的出现，同时也可能形成一种“话语霸权”，一种刚性的知识体制。在这种知识体制中，某些知识或话语先验地被认为是正确的、真理性的，而与之相悖的知识或话语系统则被定性为是错误的、异端的，并将受到这种知识体制的排斥甚至打压，不同背景的知识系统之间缺乏对话、交流的渠道，从而妨碍到意见交流机制的形成。我国的司法体制改革现在就正在成为一种中心话语，一种知识体制，而制度移植就是其先行的主题词。在这样的知识体制下，似乎我国现行的所有司法制度都应当加以改造，而唯一正确的改革方式就是大量复制国外先进的制度设计。在这里，我并不是反对司法改革，也赞同对国外先进制度进行借鉴、移植。问题是，这种制度移植是不是不加选择的、可以无条件或者说无成本地进行的，换句话说，国外先进的制度设计是不是一定适合中国，在国外运行良好的制度是不是在中国也一样能够运行良好。对此，我是持怀疑态度的，因为，从某种意义上说，制度本身是文化的产物。一项制度自有孕育其生长、发育的社会、文化环境。正是不同的社会、文化环境塑造了一项制度独特的内在运作机理，并通过外部环境的预设积极支撑着该制度的运

行。制度与社会、文化背景之间的这种高度相关性和互赖性，使得我们在进行制度移植时，必须谨慎，必须注意对制度内在机理和外在环境的斟酌、考量，否则就极有可能造成“南桔北枳”的异化效应或者说“排异”反应，严重的甚至可能导致“南辕北辙”。可见，我国司法改革到底走向何方、可以依赖哪些本土资源、选择何种发展路径；设计良好的正当程序如何从理论走向实践，都是一个值得我们大家深思的问题。

对我而言，“程序正义”是一个充满魅力的问题域；刑事诉讼法，则是一个充满魅力的学术专业。当我还在西南政法大学法律系本科就读时，就已经为刑事诉讼中“人权保障”和“犯罪控制”之间激越的价值冲突所倾倒。1999年本科毕业后，得以免试进入研究生院继续攻读刑事诉讼专业硕士学位，并有幸师从于谢佑平教授。正是在导师的细心传教和精心点拨下，三年来，我对刑事诉讼的基础理论进行了系统的梳理，对刑事诉讼程序的本质和功能形成了一些初浅的认识（虽不深刻，但却是自己的），并开始尝试运用这些认识去分析司法实践中出现的问题和现象。

2002年硕士毕业后，有幸进入四川大学法学院追随左卫民教授攻读博士学位。来川大的时间虽然不长，但川大笃厚、深邃的学术传统，已使我沉浸其中、获益良多，尤

其是综合性大学特有的多学科交融的学术结构以及导师倡导的多学科交叉研究的治学方法，更使我在研究方法和学术取向上产生了新的感悟。我希望这是一个新的起点。

本书的出版得到了许多朋友的支持与帮助，在此我要致以深深的谢意。尤其是我视之为兄的毛建平博士，他不但见证了我的学术成长历程（曾经在相当长的一段时间内，与他的交流是触发我写作灵感的重要源泉），而且在本书的出版过程中给予了鼎力支持与帮助。博士师兄（姐）邓修明、王启庭、赖波军、匡科、杨咏梅、成凯、吴卫军、冯军、吴俐给予我在学业上的极大鼓励和生活上的无私关怀，使我在异地他乡仍感受到家人般的温暖。还要感谢我的同窗好友艾明、李剑、曾大鹏以及同门师弟高德道、林喜芬、何永军等诸君，书中的一些观点得益于与他们的经常性交流。而对于本书的责任编辑郭治先生，我更是要表示由衷的感激，没有他的热情和辛勤工作，本书也就不会以现在这样的面貌呈现在读者面前。

万 毅

2003年10月于川大东一舍

目录

上篇 程序原理

第一章 宪政理念与刑事诉讼制度	3
一、引言：制度的“权力”和“能力” ——宪政制度的正当性基础	3
二、人权、制权、法治：宪政理念的基本要素	6
三、宪政架构下的刑事诉讼制度构造	12
第二章 程序法与实体法之关系	55
一、分析的前提：实体公正的不确定性与程序公正的 确定性	55
二、论证的基础：实体法与程序法的关系辩证	69
三、结论的得出：程序优先理论	79
第三章 刑事诉讼价值	83
一、导言：价值的一般涵义与意义	84

二、检讨：两种主流的刑事诉讼价值观	85
三、目的与形式：刑事诉讼价值的双重分析	92
 第四章 刑事诉讼法解释	103
一、导言：法律解释的本质和功能	103
二、现行刑事诉讼法解释体制的结构特征	104
三、现行刑事诉讼法解释体制的机理缺陷	109
四、现行刑事诉讼法解释体制的成因透析	114
五、我国刑事诉讼法解释体制的制度重构	116
 第五章 刑事诉讼权力（利）配置	118
一、警、检、法关系	118
二、刑事控、辩关系	130
三、检察权运行机制	146
四、刑事辩护权的发展	163
 第六章 刑事诉讼程序架构	178
一、牵连管辖制度	178
二、刑事侦查程序	188
三、刑事审判对象	228
四、非法证据排除规则	238
五、从“无理”的判决到判决书“说理” ——判决书说理制度的正当性分析	252
 第七章 刑事诉讼国际准则	266
一、导言	266
二、刑事诉讼国际准则的产生和内容	268

三、刑事诉讼国际准则的形式和效力	280
四、刑事诉讼国际准则在中国的适用	285

下篇 机制变革

第一章 司法公正与司法改革	295
一、问题的提出：司法公正的双重内涵	295
二、公正的缺失：中国现行司法体制的结构性缺陷	303
三、公正的重塑：中国司法体制改革的目标与步略	311
第二章 司法创新与法律权威	
中国司法改革的合法性危机	318
一、“非法”改革与法律权威：手段与目标的冲突	318
二、法律信仰与法律权威：法治国家的基础性前提	322
三、权威缺失与司法创新：“非法”改革的根源与现实	326
第三章 精英意识与大众诉求：中国司法改革的	
精神危机	333
一、问题的提出：断裂的精英意识与大众诉求	333
二、沟通型与管治型：建构精英与大众关系的两种模式	337
三、逻辑前提：精英与大众沟通的可能性分析	346
四、理论消解：精英与民主	351
五、制度消解：改革与实践	355