

刑事判决是如何形成的

——以S省C区法院实践为中心的考察

肖仕卫◇著

XINGSHI PANJUE
SHI
RUHE XINGCHENG DE

中国检察出版社



刑事判决是如何形成的

——以S省C区法院实践为中心的考察

肖仕卫◇著

XINGSHI PANJUE
SHI
RUHE XINGCHENG DE

中国检察出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

刑事判决是如何形成的/肖仕卫著. —北京: 中国检察出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0162 - 2

I. 刑… II. 肖… III. 刑事诉讼 - 判决 - 研究 - 中国
IV. D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 168961 号

刑事判决是如何形成的

肖仕卫 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 8.75 印张

字 数: 248 千字

版 次: 2009 年 12 月第一版 2009 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0162 - 2

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

在金秋来临的收获时节，肖仕卫博士请我给他的专著作序，作为他的硕士、博士生导师，我当然乐意说上几句。

近三十年来，中国刑事诉讼制度研究得到了长足发展，推动了刑事诉讼立法的变革。但遗憾的是，改革的努力不仅主要体现在立法层面，而且这部分立法的成果在实践层面又呈现出举步维艰的局面。何以如此？经由长期的思考，我逐渐认识到此一现状实与理论研究的盲区有关，尤其与对中国刑事诉讼制度实践把握不够有关。有鉴于此，近年来，我和我的团队开始倡导并尝试用实证研究的方法研究刑事诉讼制度，取得了一些成果；同时，在指导学生的时候，我也有意培养学生的实证研究能力，鼓励并创造条件让他们践行实证研究的方法。作为我的学生，同时也是团队的重要成员，肖仕卫的这本专著，正是在这样的背景和氛围中出炉的。

肖仕卫于2005年四川大学诉讼法研究生毕业后，2006年又考取诉讼法专业博士研究生，2009年获得法学博士学位。作为他硕士、博士研究生导师，我亲历了他硕士论文和博士论文的选题、开题、写作、修改和答辩全过程，看到了一位青年学者的成长。早在攻读硕士学位期间，他就对刑事诉讼实践很感兴趣，并以刑事判决形成的实践逻辑为题写就了硕士论文。博士研究生入学之后，他立足于司法实践和实证调查，写就发表了数篇高质量论文。其间，他在征得我同意之后，沿着自己硕士研究以来的兴趣，选择了以刑事判决形成的实践过程作为博士论文题目。

现在来看，肖仕卫的付出和努力是值得的。在我看来，无论是本书的主体——博士论文还是作为附录的几篇论文，都体现了相当的学

术水准。尤其在博士论文部分，作者秉承一种整体进路，从行动者视角出发，对刑事判决形成的司法过程、法院内部决策过程以及法院同外部因素博弈的过程进行了深入研究，不仅比较翔实地考察了刑事判决形成的实践过程，揭示了刑事判决形成过程中各个层次行动者深陷其中的结构、利益以及采取的技术和策略，而且“超越法律”分析了形成这种实践面貌的各种情境性、制度性原因，有的甚至提出了一些具有一定理论价值的理论模型。细细读来，整本著作无论在方法上还是内容上，都具新意，具有相当的学术价值。

当然，该书也存在一些不足，尤其赖以为基础的材料显得有些单薄，统计数据显得不足，某些观点也还需要进一步推敲和论证。但是瑕不掩瑜，对于年轻学者来讲，能够静下心来进行这样的研究，我认为值得提倡和鼓励的，希望肖仕卫博士在今后的学术道路中取得更大的成绩。

左卫民

2009年10月于川大研究生院

目 录

序	/1
第1章 导论	/1
1.1 问题的提出	/1
1.2 如何触及刑事判决形成的实际	/8
1.3 进一步的限定与说明	/16
1.4 本研究的基本内容	/23
第2章 法官如何审判：判决形成的司法过程	/28
2.1 问题的提出	/28
2.2 法官如何审判：判决形成司法过程的实证考察	/32
2.2.1 如何获取裁判信息：主动收集与指挥庭审	/32
2.2.1.1 依职权主动收集信息：庭审中的消极与 庭审外有选择的积极	/33
2.2.1.2 通过指挥庭审获取信息：放任控方与限制辩方	/35
2.2.2 如何判定案件事实：证据材料的采纳与采信	/37
2.2.2.1 证据能力的认定：对控辩两方证据材料的 不同审查方式	/38
2.2.2.2 证明力的判断：预定的证据采信优先顺序	/39
2.3 制度空间、实践压力与认知倾向：影响法官审判 行为的诸因素	/42
2.3.1 制度空间的促动	/42
2.3.1.1 刑事诉讼目的	/43
2.3.1.2 刑事诉讼权力构造	/43
2.3.1.3 具体诉讼规则的不足	/45

2.3.2 现实压力的作用	/47
2.3.2.1 工作负担的加重	/47
2.3.2.2 绩效考核带来的压力	/49
2.3.2.3 知识与生理上的局限	/51
2.3.3 认知倾向的影响	/52
2.3.3.1 有罪预设	/52
2.3.3.2 政法职业认同	/53
2.3.3.3 对事实可靠性的常识性观点	/54
2.3.3.4 完成工作任务的潜在心态	/56
2.4 如此审判的制度性影响	/57
2.4.1 保障人权与查明事实：不利制度后果的双重分析	/58
2.4.1.1 在查明案件事实上的制度后果	/58
2.4.1.2 在人权保障上的制度后果	/60
2.4.2 从诉讼效率、社会效果到制度创新：法官行为可能的积极效果	/62
2.5 结束语	/66
第3章 法院如何决策：判决形成的组织决策过程	/69
3.1 问题的提出	/69
3.2 判决形成的组织过程：实践中的法院内部诸决策机制	/72
3.2.1 规范与历史上的法院内部决策机制及其实践	/73
3.2.2 近十年来的新发展	/76
3.3 行政权阴影下的多元化整体作业模式	/81
3.3.1 法院内部诸决策机制的基本特征	/81
3.3.2 一种行政决策模式	/85
3.3.3 行政权阴影下的多元化整体作业模式	/88
3.4 为何如此决策：行动者的理由	/90
3.4.1 为什么选择民主集中型决策机制	/91
3.4.2 为什么选择行政审批型决策机制	/93
3.4.3 为什么选择讨论咨询型决策机制	/95
3.4.4 为什么多元化整体作业	/96

3.5 内涵的制度根源, 尤其诉讼制度上的根源	/97
3.5.1 司法制度上的根源	/98
3.5.2 刑事诉讼制度上的根源	/99
3.6 结束语	/110
第4章 判决结果中的能动平衡: 以可能判决无罪的案件为重心	/112
4.1 问题的提出	/112
4.2 法院的外部结构: 影响可能判决无罪案件判决的诸因素	/116
4.2.1 可能判决无罪案件的构成	/116
4.2.2 围绕可能无罪案件的法律外结构	/118
4.3 法院的应对之策及其理由	/125
4.3.1 法院的应对之策	/126
4.3.2 能够如此应对的理由	/128
4.4 以刑易罪与定罪过程中的利益平衡	/133
4.4.1 以刑易罪的独特实践	/133
4.4.2 定罪的利益平衡模式	/135
4.5 可能的制度性后果	/141
4.5.1 利益平衡的负面后果	/141
4.5.2 法官策略行为的意外后果	/146
4.6 结束语	/149
第5章 结论	/153
5.1 判决形成过程的实践全貌: 一个重构	/153
5.1.1 谁在(参与)判决	/153
5.1.2 判决形成过程中考虑哪些因素	/155
5.1.3 以何种方式形成判决	/157
5.1.4 形成什么样的判决	/158
5.2 法律、组织与行动者: 一个框架性解释	/159
5.2.1 框架的构成要素及其说明	/160
5.2.2 对判决形成过程实践面目的解释	/162
5.2.2.1 法律上的自由空间	/162
5.2.2.2 组织因素的影响	/164

5.2.2.3 行动者行动的促成	/166
5.3 可能改变的和难以改变的：对未来判决形成过程 面貌的预测	/168
5.3.1 可能改变的因素	/169
5.3.2 难以改变的因素	/172
5.3.3 未来判决形成过程的可能实践面貌	/173
附录一：基层法院审判委员会“放权”改革的过程研究 ——以对某法院法官的访谈为素材	/177
附录二：刑事法治的“第三领域”：中国刑事和解制度的 结构定位与功能分析	/196
附录三：刑事法治实践中的回应型司法：从中国暂缓起诉、 刑事和解实践出发的分析	/221
参考文献	/249
致谢	/266

第 1 章 导 论

本书研究中国基层法院刑事判决形成的实践过程，目的在于弄清基层法院判决刑事案件的实际，希望能够大致勾勒出一幅较为清晰并略有新意的法院刑事审判素描，并力图以一种内在视角整体性理解和评判这些实践。作为导论，下文将揭示本项研究的缘起即问题的提出，明确本文的研究进路，介绍本研究的主题、材料获取途径并作必要的说明，最后概述全书内容的基本构成。

1.1 问题的提出

先来看一则在 QQ 上流传甚广的笑话：

为了测试美国、中国香港、中国大陆三地警察的实力，联合国将三只兔子放在三个森林中，看三地警察谁先找出兔子。

第一个森林前是美国警察，他们先花整整半天时间开会制订作战计划，严格分工，然后派特种部队快速进入森林进行地毯式搜索，结果开会耽搁了时间，兔子跑了，任务失败！

然后轮到香港警察，他们派了一百多号人和几十辆警车在森林外一字排开，由带头人用喇叭喊话：“兔子，兔子，你已经被包围了，快出来投降……”半天过去了，没动静，飞虎队进入森林，搜索一遍，没结果，任务失败！

最后是中国大陆警察，只有四个，先打了一天麻将，黄昏时一人拿一警棍进入森林，没五分钟，听到森林里传来一阵动物的惨叫，中国警察一人抽着一根烟有说有笑地出来，后面拖着一只鼻青脸肿的

熊，熊奄奄一息地说道：“不要再打了，我就是兔子……”

这不过是一则笑话。但是从另外的角度来看，它却传递了一个非常明确的信息，即普通网友对中国大陆警察执法方式的某种感性认识。许多人肯定马上会争辩说，中国大陆警察的执法方式根本就不是这样。那么，他们执法的实际情况究竟是怎样的呢？可能绝大多数非警察人士又都无法给出一个让人满意的回答。需要马上指出的是，这只是一个引子，而且本书的主旨也不是为了讨论警察的执法方式究竟如何以及应当如何，^① 因此不用较真。

不过，这则笑话还是与本书有一定的联系。与对警察执法方式的认识相似，绝大多数普通公众包括媒体对于中国法院的刑事审理和判决实际，似乎同样知之甚少。从近年来的一系列冤假错案和有重大社会影响案件的公众反映和媒体报道来看，普通公众对中国法院究竟如何形成刑事判决的认识，可以说基本上停留在猜测的层面，并且总是倾向于与素质低下、司法腐败等相联系。那么，事实果真如此吗？如果不是这样，那又是怎样的呢？换句话说，中国法院形成刑事判决的实际情形究竟是怎样的？由于各种原因，作出刑事判决的中国法官一般都不愿意著书立说对裁判形成的过程进行详细的解释，甚至不愿意说明判决的理由。而且即便他们作了解释，由于他们自己就是利益相关方，普通民众似乎也倾向于不大相信。由此看来，或许只能指望相对中立的刑事诉讼法学者来研究和回答这一问题了。

然而，为什么要关注和研究这样的问题？在许多人看来，这似乎并不是一个问题，因为法官怎么形成刑事判决，刑事实体法和程序法不是规定得很清楚吗？！循此推之，研究这样的问题还有什么意义呢？笔者在以下给出的四个前后相关的理由将表明，问题并非想象的那么简单。

第一个理由是，大量的研究表明，规范与实际不仅从逻辑上讲不

① 左卫民教授主持的关于刑事侦查程序的一系列实证研究，从学者的角度较好地同时也是部分地回答了警察实际上如何执法这个问题，感兴趣者可见左卫民等：《刑事诉讼运行机制实证研究》，法律出版社2007年版，第1~9章。

是一回事，而且实际上也确实存在相当大的差异，实践往往内涵着大量正式规范所不具有的特质。比如，一些社会学研究已经表明，行动者的实践（包括法官的实践）本身就具有独立于正式规则和科学知识的地位，实践不仅与正式的规则紧密相关，也与大量的非正式制度和非正式规则存在生存性关联，并内涵了一种非常不同于科学知识的反映性的实践知识。^①再如，在法学领域，庞德早就指出，“如果我们细看，书本上的法和行动中的法之间的区别，支配人与人之间关系的法则和那些实际上支配的规则之间的差别，将会是很明显的”；^②而西方一些法学家的研究，在很大程度上也已表明，法院的审判实践（包括刑事审判实践），乃是特定情境下的“未完全理论化”行动，^③并内涵了大量超出规则模型的非正式制度和实践知识；^④黄宗智教授关于中国清代民法的研究也表明，法律的表达和实践遵循着不同的逻辑，实践中存在着大量的对官方表达的背离；^⑤苏力教授关于中国基层司法制度的研究也表明，基层法官在实践中适用的知识和技术，远远超过法律条文的规定和从教科书上所能学到的东西。^⑥由是推之，刑事判决形成的实践过程，完全可能与法律规定的模型存在差异，因

① 请见〔美〕唐纳德·A. 舍恩：《反映的实践者：专业工作者如何在行动中思考》，夏林清译，教育科学出版社2007年版。

② See Pound, Roscoe, 1910, Law in Books and Law in Action, 44 American Law Review.

③ 关于“未完全理论化”观点的详细讨论，请见〔美〕凯斯·R. 孙斯坦：《法律推理与政治冲突》，金朝武等译，法律出版社2003年版，第二章。

④ 例见〔美〕理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第二章、第三章。

⑤ 详见〔美〕黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2001年版。

⑥ 详见苏力：《送法下乡：中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第八章。

为毕竟生产法律条文的条件并非产生实践的条件,^①而条件或者说变量不同,结果也很有可能不同。在笔者看来,单从满足好奇心的角度来讲,刑事判决形成的实践可能具有的这种特质,就值得我们加以关注和追问。

第二个理由与第一个理由直接相关,但更进一步,就是由于判决形成的实际情况可能与法律规范不同,使得这个问题本身变得相当重要:在相当大的程度上,无论是对普通民众还是对法律学习者,抑或对于专门从事研究的法学者,都是如此。这是因为,首先,对于普通民众而言,这是他(她)们的权利,毕竟“刑不可知,则威不可测”的时代早已作古,而民主已经构成了现代政法制度合法性的基础性来源;所以,借用弗兰克的说法,那些无意成为法律人的普通人,应当被告知他们的法院做了什么和为什么要这样做。^②其次,对于法律学习者而言,法学作为一门最终必然要落到社会实践中加以应用的专业,必须对实际的法律运作包括刑事审判运作有所了解和感悟,否则,完全可能出现书本上的专业知识与实际需要相差太大,所学无用,最终出现“学校学的那点儿东西,都还给老师了”的尴尬情形,^③体现不了法学教育的价值。最后,对法学者而言,辩证唯物主义认识论早就指出,实践乃是检验和获得认识的重要途径,而脱离实际、不了解实践的理论,则可能潜藏着相当大的危险性。^④不仅如此,由于实践不同于书面上的规范,由于司法的无限丰富性,按照苏

① 原文是“由于生产理论知识的条件并非产生实践的条件”,请见[法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思:反思社会学导引》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第102页。

② 请见[美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院:美国司法中的现实于神话》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第1页。

③ 请见苏力:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第369页。

④ 在笔者看来,毛泽东的警告至今在法学研究领域同样适用,关于这一点,详细请见毛泽东:《毛泽东选集》(第一卷)，“实践论”部分，人民出版社1966年版，第259~273页。

力教授的观点,其更可能成为法学理论创新的基础,^①因此不关注中国自身的司法实践,很大程度上即意味着中国刑事诉讼法学者失去了一个重要的理论创新的基础。

第三个理由是,不了解刑事判决形成的实际情况,将会并在许多方面导致一些问题。首先,不了解实践,使得建基于此的刑事审判制度得不到有效施行。由于不了解刑事审判的实际运行情况,法学者在为相关立法提供建言时,理想化色彩通常比较浓厚,域外制度往往成了立法建言的主要论据,从而呈现出某种薄弱的简单化移植趋势,^②使得采纳了这些意见的相关立法和制度由于种种实际原因而不能得到很好的执行,大量的刑事审判规则和制度被虚置和规避,法律权威丧失。其次,对刑事审判实践的不了解,使得刑事审判理论与司法实践严重脱节。由于不关注实际情况,法学理论者在面对实践特别是一些不甚符合应然想象的刑事审判实践时,容易陷入动辄以现代自由主义意识形态化、道德化的权利话语和程序正义观念来评判刑事审判实践的窠臼,^③而不论司法实践者如此实践之超越法律的制度性根源;所提出的解决问题的建议,往往也属于早已耳熟能详的陈词,既不具有理论上的深度,也不具有可操作性;结果导致实践者不仅不甚认同理论上的批评,甚至进而认为理论者是“站着说话不腰疼”,并由此对理论者的批评采取一种“漠然”的态度,最终阻碍了理论与实践之

① 请见苏力:《法治及其本土资源》,“什么是你的贡献”,中国政法大学出版社1996年版,第X页。

② “薄弱的简单化”是斯科特教授对那些国家试图改善人类状况的项目失败原因的一个概括,这里借用其词义在表达类似的意思。请见[美]詹姆斯·C. 斯科特:《国家的视角:那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》,王晓毅译,胡博校,社会科学文献出版社2004年版。

③ 黄仁宇教授认为中国封建经济没能向资本主义发展,原因在于“中国两千年来,以道德代替法制,至明代而极,这就是一切问题的症结”。这种以道德代替法制的观念,至今影响仍在,并构成了中国法制建设的一个障碍,只不过在学者那里由儒家道德换成了自由主义道德而已,这一点在中国法学者的泛道德化学术批评中有着明显的体现。请见黄仁宇:《万历十五年》,生活·读书·新知三联书店1997年版,“自序”第3~4页。

间的良性沟通，导致理论不能发挥应有的批判、促进实践之功效。最后，现代社会很大程度上是一个专业社会，普通人只能从专业人员那里获取相关专业实践方面的信息，尽管中国的法院刑事审判尚远没有英美法系诸国神秘（因为陪审团不说明理由的审判），亦不及大陆法系诸国精密（因为法学方法论的高度发达），但是对于社会公众乃至舆论而言，的确较为陌生。既然连法学者都不了解实践情况，自然这些公众更不可能了解。因此，一旦遇到冤假错案或有重大社会影响的案件，难免出现普通公众乃至社会舆论往往根据自己日常生活经验加以想象，对法院的裁判活动形成一些愤世嫉俗的观点，譬如把法院的审判活动与中国式的关系、人情乃至腐败紧密联系起来等。在笔者看来，要想从根本上缓解乃至解决这些紧张关系，驱除事实上的迷雾和误解，一个重要的前提就是弄清法院裁判形成的实际过程。

第四个同时也是最为直接的理由是，这个问题诉讼法学界还没有很好地回答。毫无疑问，如果他人已经把这个问题解决了，并且解决得很好，尽管还是可以继续深入研究，但是研究的必要性就需要更加详细的论证，研究的难度也会增加。然而，当笔者将目光集中在中国刑事诉讼法学者的相关研究上之后，结果多少让人有些失望，又让人有些庆幸。笔者发现，除了极少数学者，绝大部分学者似乎都不关心这一问题，或者不认为这是一个重要的、值得深入研究的问题。结果可想而知，除了在极少数学者那里获得了一些关于这一问题的富有启发的言说，^① 绝大部分学者都让笔者空手而归。当然，这并不是说这些让笔者空手而归的学者闭门造车、不关注实践中的法院刑事审判。事实上，当司法实践中出现了诸如冤假错案、有重大社会影响的案件

① 例如左卫民教授、陈瑞华教授关于案卷的研究，陈瑞华教授关于刑事和解、程序失灵的研究等。请见陈瑞华：《案卷笔录中心主义：对中国刑事审判方式的重新考察》，载《法学研究》2006年第4期；左卫民：《中国刑事案卷制度研究：以证据案卷为重心》，载《法学研究》2007年第6期；陈瑞华：《刑事程序失灵问题的初步研究》，载《中国法学》2007年第6期。对于这些富有启发的言说，笔者将在后面的几章中分别予以仔细分析和回应，因此这里不作详细的介绍。

等热点问题，他们也会非常积极地给予相当充分的关注，典型的如刘涌案、余祥林案、许霆案等，有的还会以出具专家意见书的方式试图影响法院的裁判。只是他们关注刑事司法实践的方式，并不是为了全面搞清楚“法院实际上如何作出判决”这样的问题，而是以一套自成体系的现代刑事法治之价值标准和规则模型来直接衡量、评判这些案件。因此他们所看到的刑事审判的实践情况，也就是那些违背现代刑事法治基本原则的“疑罪从有”、“先定后审”、“程序滥用”等诸多痼疾；他们的最终落脚点，当然也就不是法院刑事判决的实际过程，而是诸如废弃“有罪推定”、严禁“刑讯逼供”、强化“当庭审判”、确立“直接言词”原则等符合现代刑事法治要求的制度措施。由此可见，学界在这个问题上，尚留存有较为广阔的可供研究的空间。

对于上述四个理由，从研究的角度讲，笔者更愿意特别强调其中第四个方面。这倒不是这个理由本身有着超乎寻常的重要性，而是因为它内涵了一个值得我们在下一步研究中需要特别注意的问题：为什么刑事诉讼法学者没能很好地解释刑事判决形成的实际过程？陈瑞华教授曾经指出，“法学研究中的几乎所有问题，在一定程度上都是研究方法问题”。^①受此启发，笔者经由详细阅读学界的相关研究，发现对于中国法院刑事判决的形成，中国法学者大多从两个应然层面加以介绍和框定。第一个应然层面是从价值追求的角度展开的，在这种研究进路支配下，法学者有意描述一幅理想的，但很大程度上实以西方国家为参照的刑事审判图景，其中内涵了符合人权保障、正当程序要求的作为价值衡量标准的诸多原则。第二个应然层面是以现代实证法的规则逻辑为中心展开的，认为刑事判决的形成过程乃是建立在普遍有效的刑事法律条文基础之上，具体案件的审判只不过是裁判者对相关刑事法律规则的具体适用过程，包括遵循法定的程序展开审判活动，按照证据规则认定案件事实，以及依循相关的程序和实体规则定

① 请见陈瑞华：《程序性制裁理论》之“如何研究法律问题（代序言）”部分，中国法制出版社2005年版，第1页。

罪和量刑等。显然，在刑事诉讼法学者这样的应然路数中，判决形成的实际情况几乎不是关注的重点，更不是被解释的对象。其后果，正如前文已经表明了的，就是导致了一种独特的以一套诸如程序正义之类的价值标准直接审视、批判实践的研究方式，进而，按照戴昕的说法，以“程序上的不正义必然为文明社会不能容忍”这样的激昂却难以经受细致推敲的断语，取消了进一步讨论的可能。^①

如此看来，不是学者们不重视、不愿意弄清刑事判决如何形成的过程，而是因为他们的进路根本就没有提出并进一步深入追究此类问题的空间。看来，为了回答本节一开始就提出的问题，尚需要采用一种新的研究方法。

1.2 如何触及刑事判决形成的实际

前文的分析已经表明，要了解刑事判决形成的实际情况，要害不在于是否关注刑事审判的实践，而是关注的方式。那种以外在价值标准选择性地衡量刑事审判实践的方式，似乎注定难以真正地触及法院实践的全貌和实情。那么，如何才能真正地触及法院刑事判决形成的实际情况呢？哲学家维特根斯坦指出，“洞见或透识隐藏于深处的棘手问题是艰难的，因为如果只是把握这一棘手问题的表层，它就会维持原状，仍然得不到解决。因此，必须把它‘连根拔起’，使它彻底地暴露出来；这就要求我们开始以一种新的方式来思考”。^② 由此看来，要回答这一问题，正如上一部分结尾处提到的，关键乃在于寻找到一种新的思考方式。

笔者以为，这种新的思考方式，首先可以从刑事诉讼法学界对待刑事审判实践之进路的反面去寻找。一如前述，目前学界的绝大部分

① 请见戴昕：《冤案的认知纬度和话语困境》，载苏力主编：《法律和社会科学》（第一卷），法律出版社2006年版。

② 转引自〔法〕皮埃尔·布迪厄、〔美〕华康德：《实践与反思：反思社会学导引》，李猛、李康译，邓正来校，中央编译出版社2004年版，第1页。