

导 言

当我们在潜心研究司法过程的正义问题时，常常因发生在包括我国在内的世界范围内的“诉讼爆炸”^①而感到困惑，因为研究司法程序正义问题的目的是，一方面试图解决司法过程的解纷水平，即提高其实体上正确解决案件的内在素质，另一方面是在考虑诉讼效率的前提下试图改进司法程序的解纷能力即增加其解纷的容量。总之，总是试图把希望寄托在或主要寄托在作为国家专门司法机关的法院身上。但是，“诉讼爆炸”引起的一个不容回避的事实是，一方面，大量的社会纠纷事实上是在法院外解决的，即通过和解、民间调解、行政司法和仲裁等民间性和准司法的途径来解决，法院实际解决的纠纷数量在全部纠纷中所占的比重呈现出明显的下降趋

资料显示，美国 1983 年仅联邦地方法院受理的案件是 1960 年的 3 倍多，达 280000 件，增长率为 250%；意大利区法院 1987 年受理民事案件 48915 件，平均每位法官办案 570 余件；地方法院全年受理的案件 316010 件，平均每位法官办案 250 件；法国从 1975-1995 年的 20 年间，法院受理的一审民事和商事案件增长了 120%，积案增长 300%；我国台湾地区，1994 年-1997 年间，最高法院受理案件数从 16203 增加至 20310 件；高等法院及其分院从 89416 件增加至 94429 件；地方法院从 1895676 件增加至 3025710 件；我国 1990-1999 年的 10 年间，全国法院共受理一审案件 4249 万件，年均受案 424.9 万件。为此前 13 年平均数的 3.4 倍，而且积案居高不下，据中新网 2000 年 9 月 28 日消息，最高人民法院常务副院长祝铭山称：全国法院清理积案的工作虽取得进展，但仍面临严峻形势，2000 年 1-7 月，全国法院结案达 69.43%，比上年同期增加了 3.15 个百分点，但到该年 7 月底，全国法院未结案仍有 185 万件（何兵《纠纷解决机制之重构》，《中外法学》2002 年第 1 期）。单就刑事案件来说，战后西方国家的犯罪率不断上升。英国从五十年代初开始犯罪率就一直上升。1967 年犯罪总数为 1200000 起，1977 年超过 2400000 起，为 1967 年的两倍。从五十年代中期开始，全国的暴力犯罪现象平均每年增加 11%，谋杀罪现在较 1957 年增加了四倍多。美国的杀人、抢劫、强奸等七种重大案件，1952 年发生 2036510 起，1964 年发生 2600000 起，1975 年发生 11256600 起，1984 年则高达 12070200 起。1984 年比 1952 年增加了 6 倍多。日本战后的三年，违反刑法的犯罪率就增加了一倍（陈光中主编：《外国刑事司法程序比较研究》1988 年版，第 30-31 页。）。

势。总之，至少从客观上看，法院已经不再是解决社会纠纷的主力；另一方面，正是在这样的背景下，世界范围内法院的职能已经正在悄悄并且是剧烈地发生着重大的转变，即从传统意义上的全力陷入纠纷解决的职能转向依靠职业法官来解释法律，（即所谓法官创法的本质意义之一），传统意义上的片面增加法官数量以应对急剧膨胀的诉讼案件的思路，已经开始向减少法官数量并实行法官的“精英化”的方向转变。^①面对这样的事实有人提出了一些似乎尖锐的问题：“诉讼爆炸”对司法程序正义的影响是否带有根本性？司法程序正义本身的实际价值是否也在发生着质的转变？

在寻求到下述理由的支持下，我认为我们对司法程序正义的固有信心，不宜发生动摇：其一，法院职能的转变并不意味着法院已经或即将在纠纷解决中“退居二线”，恰恰相反，法院必将在社会解纷机制中充当领导者的角色，即通过对部分案件的审理对民间调解、行政司法和仲裁等民间性和准司法的解纷过程起到示范作用。美国著名学者马库·格兰特认为，法院的主要贡献是为了私人的（如民间私下解决）、公共的（如裁判所）场所中所产生的交涉和秩序提供规范的和程序的背景，成为当事人交易的柜台。法院不仅裁判案件，而且可以传递裁判纠纷的规则信息，也可以传递有关可能的救济、取得成果的困难程度、确定性和成本信息。伦帕特也认为，不能把法院在解决纠纷中所作的贡献简单等同于以判决来解决纠纷，法院在解决纠纷中的功用在于：（1）对私下解决纠纷产生影响，并明确所能控制的范围；（2）认可私下解决结果，并保证

何兵认为，由于对法官角色定位的错误，我国解决法院案件负担的一个主要手段是增员。1998年全国法院享有审判权的人员约17万人。从法官与人口比例来衡量，台湾地区的法官与人口比为1:18348，大陆1998年末人口总数为123626万人，按此测算大陆约需67378名法官。从法官的工作量角度来衡量，以结案率较高的1998年计，大陆法官平均年结案为34.5件，月结案2.88件，而台湾地区地方法院法官的月民事结案达35.9件，为大陆法官的12.5倍。按此，大陆仅需13600名法官即可审结现在由17万法官所审理的案件。从法官占法院雇员总数比角度衡量，按台湾地区的比例15.6%计数，大陆28万法院雇员中，法官数应为43680名。综上，按我国现在地区案件量，约有30000名法官即绰绰有余（何兵：《纠纷解决机制之重构》，《中外法学》2002年第1期。）

当事人服从解决结果；(3) 作为当事人可以正式解决纠纷的成本，使私下解决纠纷的可能性增加；(4) 为当事人提供相互了解对方主张的方法，减少当事人间存在的不可靠性，从而增加私下解决纠纷的可能性；(5) 法院全体工作人员应作为促使纠纷得到合理解决的中介者而采取行动；(6) 适当地引导当事人合理地解决纠纷；(7) 当事人不满时，应根据权威性的审判得以解决。^① 其二，司法最终解决的基本理念乃至基本制度构建不会发生质的改变，法官永远是法官；其三，司法程序正义从另一个层面上讲，它弘扬的是一种理念，即程序正当过程对恣意的预防和控制能力，而这种能力是司法正义的首要功能。而这种理念不仅直接引导着正式的司法过程的构建，它对于各种民间性的、准司法性的纠纷过程也具有间接的引导作用。比如原被告平等和裁判者中立的理念以及接受社会监督的理念同样适用于各种调解和仲裁制度的构建，只不过它们较之正式的司法过程具有更大的灵活性而已。

司法程序正义也可以称为正义的司法程序，即解决一个什么样的司法程序才是正义的司法程序的问题，笔者在本书中主要关注了程序本身的“闭合性”和“开放性”。司法程序结构是诉讼内在规律的反映，这个结构越科学，越能保证对案件的正确处理。司法程序结构功能的发挥表现为这样两个方面：一是科学的司法程序结构保证了法官能真正全面地听取案件正反两方面的意见，使司法程序结构系统对信息的处理更加准确，从而使认定事实和适用法律做到恰如其分。某些法官可能有良好的职业道德，责任心强，不循私情，始终有一颗公正之心，但若没有科学的刑事诉讼结构作保障，有可能不自觉地陷入先入为主或偏听偏信的误区。二是司法程序结构对诉讼主体之间的关系即控、辩、审三方关系和他们各自的内部关系进行了合理整合，使诉讼主体职责分明、相互制约，从而有效地防止了诉讼主体的人情和恣意对诉讼过程产生的干扰，在保证程

^① 参见何兵：《纠纷解决机制之重构》，《中外法学》2002年第1期（原载于莫诺·卡佩莱蒂：《社会国家与接近正义》，法律出版社2000年版）。

序公正的基础上维护了判决的正确性和权威性。某些法官可能与案情有各种各样的情感联系甚至利害关系，或者受到案外人情的拉拢、腐蚀，可能有意使判决走向不公正，但司法程序结构中控、辩、审三方有效制约的程序“闭合性”（包括陪审员和法官的有效制约，控、辩双方的申请回避权）、公开审判的程序“开放性”则可以在很大程度上遏制这种司法腐败倾向。^①

笔者对“闭合性”和“开放性”特别是“闭合性”的研究是在融合了公正、效率两方面价值的基础上关于各种程序制度构建的思索，当然笔者不仅认为公正是优先的，而且认为纯粹理性意义上的司法的正当性不包含效率，效率只是一种外在价值，属于实践

性范畴。另外，笔者认为所谓“看得见的正义”只是在“闭合性”和“开放性”的前提之下程序所实现的一种综合性的外部效果。

刑事司法程序正义当然遵循一般程序正义的理念，笔者关注刑事司法程序正义除了专业取向和兴趣使然外，更考虑了以下两点理由，一是刑事司法较之民事司法、行政（诉讼）司法具有更大的严肃性和规范性，因为它在根本意义上涉及到更多的众所周知的基本人权的保护问题，正如美国学者乔治·W·皮尤所言：“刑事司法制度也许比其他任何社会制度更多地涉及使用政府权力和权威来强制和控制个人的行为。一方面，它谋求实现一个社会关于在一个有正当程序的制度中公正行事的最高愿望；另一方面，它反映了这个社会的最大恐惧和憎恶。”^①它在程序设计上更强调“做工考究”；二是刑事司法过程由于涉及到国家利益和个人利益的“较量”，在程序设计方面具有一些民事司法、行政（诉讼）司法所根本不具有的复杂内容，比如代表国家或社会利益的侦查、检察机关的事实上的强大或控诉方优于辩护方的“先天性失衡”如何防止而又不能造成太多的诉讼效率的减损？当然，笔者在文中运用司法程序正义一般结构理念解读了刑事司法程序的几乎所有重要的理论问题和突出司法的热点问题，并提供了全方位的立法选择模式。

我们看到，社会公众一方面痛恨司法腐败和冤假错案，另一方面又埋怨法院审判的效率低下，对此笔者的评价是，其一，司法腐败和冤假错案的防止关键要依靠司法程序的正当化来刺激促成，司法独立的前提性和根本性只在一定意义上讲是有道理的，从程序正当化角度讲，程序的强制性、无可阻挡性、自治性的运作过程在很大程度上并不在根本上受制于司法独立。至于法官素质，笔者认为，程序正当化在自然促进法官提高素质方面的作用是不可忽视

[美] 乔治·W·皮尤：《美国与法国刑事司法制度之比较》，《法学译丛》1986年第4期，叶逊译。

的。其二，冤假错案从一定意义上讲是不可能完全避免的，^① 方面的原因是罗尔斯所言的不完善的程序正义：“即便法律被仔细地遵循，过程被公正、恰当地引导，还是有可能达到错误的结果。一个无罪的人可能被判有罪，一个有罪的人却可能逍遥法外。在这类案件中，我们看到了这样一种误判；不正义并非来自人的过错，而是因为某些情况的偶然结合挫败了法律规范的目的。”^② 另一方面强调诉讼效率本身意味着必须容忍小比例的冤假错案，既“快”又“好”的要求带有相当强的理想性，公众对冤假错案和诉讼效率低下的埋怨如果包含有近乎苛刻的要求的话，那么，培养公众程序正义观念就显得十分必要，而我国公民的程序正义观念不强是一个众所周知的事实。

司法是解决纠纷的活动。有一种观点认为，司法仅仅以“定纷止争”为目标，然而，可以肯定，最彻底、最理性的司法过程的根本任务是在查明纠纷事实真相的基础上，对纠纷双方的权利、义务进行公平的清理和分配，以恢复受害一方因另一方的侵权行为造成的损失，最终解决矛盾，维护社会关系的稳定。司法追求的最终价值目标在于正确及时地处理每一案件。然而，司法实践的种种经验和教训至少让每一个执法者深深懂得，如何公正、合理地解决每一纠纷，或者说如何使每一纠纷的解决都能做到证据确凿并对事实的评价准确以及最终对纠纷当事人双方做出恰如其分的权利与义务的合理分配，并不像人们想象得那样容易。一个严峻的问题是，不管如何进行操作，都不可能绝对防止冤假错案的发生。操作得好，可以使冤假错案少发生一些；操作得坏，冤假错案就多发生一些。人们追求的正是如何设计一种力求科学的操作过程，使冤假错案的发生率保持到最小限度而又不致造成过分的拖延和财力、物力的浪费。这是一项困难的工作。

^② [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 81 页。

一、刑事司法程序正义的理念与基本实现方式

刑事司法追求的是最大限度地实现控制犯罪和保护人权的目标，就刑事司法制度的建立和完善而言，实现此目标固然需要刑法的完整性与确定性，更重要的在于从理论上探讨刑事司法程序正义的功能与实现途径。实践中由于程序不正义、不完善而导致的较为突出的司法腐败与冤假错案的发生则为这种探讨增加了必要性。

（一）程序正义价值的两种观点及评价

刑事司法要实现正义需要作为实体法的刑法的正当性和作为程序法的刑事诉讼法的正当性。前者主要指刑法的完整性与明确性，亦谓之刑事实体正义；后者的核心在于刑事司法程序的公正，亦谓之刑事司法程序正义。对刑事实体正义和刑事司法程序正义的功能性比较来源于对刑事实体正义和刑事司法程序正义的一般性估价，并直接外化为对程序与实体或程序法和实体法的一般价值判断。而这种对程序与实体的功能性估价和判断历来存在争论，主要是下列两种观点：

一种是所谓的“结果本位主义”（the effect-oriented）或工具主义（instrumentalism）。这种观点的基本思想是认为，法律程序只是实现实体目的的手段或工具，本身不具有独立价值，衡量法律程序有效性的惟一标准就是实体目标的实现程度。由此也认为，程序法和实体法的关系也是手段与目的的关系。十八世纪英国功利主义思想家边沁就对这种理论作过经典性的阐释，他认为，国家在实施刑法时应尽可能对罪犯选择合理、适当的刑罚，以最有效地抑止

犯罪行为而又将他所带来的痛苦和损害降到最低程度。刑事审判的惟一正当的目的就在于确保上述刑法目的的实现。“程序法的惟一正当的目的，则为最大限度地实现实体法。”“程序法的最终有用性取决于实体法的有用性……。除非实体法能够实现社会的最大幸福，否则程序法就无法实现同一目的。”^①边沁的思想对后来一些英美学者产生了很大影响。如美国学者诺齐克（R. Nozick）认为，程序不是为了它本身的目的，确保它本身的内在价值而存在的，正当法律程序充其量只是保护实体权利的手段。L. M. 弗里德曼也认为：“检验法律制度的最终标准是它做些什么，而不是如何做和由谁去做，换言之，是实体，而不是程度或形式”，“程序仅仅是相对于一定目的的手段而已，实体法告诉我们程序的什么部分是重要的”。^②

另一种观点是所谓“程序本位主义”或“非工具主义”（non-instrumental）。其基本观点认为，正义的程序或者公正的程序不仅具有确保查明真相的实际价值，而且具有使裁决或决定实现“看得见的正义”的形式价值，只要坚持公正的程序，就可以做出公正、合理的判决或决定。英国大法官基尔穆尔（Kilmuir）认为：“必须遵守关于审判活动的程序，即使——在一些例外的场合下——有损于事实真相也在所不惜。”^③“如果你遵守仔细现定的、光明正大的司法程序，英国法学家认为你几乎可以有把握地获得公正的解决办法。”^④美国联邦最高法院大法官杰克逊认为：“程序的公正和合理是自由的内在本质。如果有可能的话，人们宁愿选择通过公正的程序实施一项暴力的实体法，也不愿选择通过不公正的程序实施一项较为宽容的实体法。”^⑤英国学者达夫（R. A. Duff）比较

① 参见陈瑞华：《刑事审判原理》，北京大学出版社 1997 年版，第 28 页。

② 参见陈瑞华：《刑事审判原理》，北京大学出版社 1997 年版，第 29 页。

③ 转引自 [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，上海译文出版社 1983 年版 第 337 页。

④ 参见 [法] 勒内·达维德 《当代主要法律体系》，上海译文出版社 1983 年版，第 337 页。

⑤ 参见陈瑞华：《刑事审判原理》，北京大学出版社 1997 年版，第 37 页。

详尽地阐述了程序本位观点，首先他强调程序对于保证审判质量的实际价值，他认为，刑事审判是一项理性的事业，这首先意味着法院通过刑事审判所作的裁定结果必须具备合理的根据并经过充分的论证。一项刑事裁判的质量会因为产生它的程序本身不具有可靠性和合理性而受到损害。其次他强调程序具有向被告人宣示正义的形式价值，认为正如法律本身的合理性必须向那些受其约束的人予以证明一样，一项刑事裁判也必须向那些受其影响的被告人作出合理性证明。法院即使对一名事实上有罪的被告人作出了正确的有罪判决，但如果这一裁判建立在不充分、不可靠的证据基础上，或者它是通过不可信、不合理的程序产生的，那么这一裁判结果就会因为没能得到合理的证明而失去其公正性。^①

对于上述程序工具主义和程序本位主义的两种观点，学术界一般认为其分歧在于前者不适当地贬低了程序的作用，后者则过分夸大了程序的作用，因为一项公正判决需要同时具备实体正义和程序正义。笔者认为，程序工具主义完全强调以结果来衡量裁判是否正义确实有忽视程序正义之嫌，因为这种观点隐含着这样的看法，即只要对案件作了正确判决，而程序作为手段是可以随意选择的，甚至可以选择不择手段。但是简单作出这样的评价似乎过于草率，程序工具主义的合理性比较明显体现在以下两个方面，一是程序工具主义揭示了实体法和程序法的根本目的是相同的；二是程序作为实体法的手段价值从根本的理论上讲并无错误，程序工具主义存在的问题在于未能揭示公正合理的或正义的程序一旦由立法机关确定为法律程序后所具有的对正确裁判的实质用途和形式上的宣示证明作用，换言之，程序工具主义未发现程序正义从实体正义的“阴影”中独立出来的客观事实。程序本位主义最大功绩在于发现了程序正义的独立价值，因而具有更重大的意义。

参见陈瑞华：《刑事审判原理》，北京大学出版社1997年版，第34页。

（二）刑事司法程序正义取代实体正义的内在逻辑

刑事司法程序正义的价值之所以引起人们越来越强烈的关注，是因为它本身具有超越刑事实体正义的内在优秀品质。理由在于：

第一，刑法作为实体法因本身存在依靠自身无法克服的固有缺陷而需要程序补救。实体法的一个普遍性缺陷就是它自身存在的很高程度的不确定性，为了弥补这个不确定性程序法才应运而生，以图通过程序来消除纷争。正如日本法学教授谷口安平所说：“我们的世界已变得越来越错综复杂，价值体系五花八门。常常很难就实体上某一点达成一致。一个问题的正确答案因人而异，因组织而异。程序是他们惟一的能达成一致的地方，而且他们能达成一致的惟一程序是能保证程序公正的程序，因为他们一旦同意了程序，则无论是何结果，都必须接受所同意的程序带来的结果。”^①

刑法追求的目标不能简单地看作是为了控制犯罪，这是传统观点。事实上，一部刑法典之所以要对犯罪的概念与外延以及量刑标准作出力求准确的界定与规定，其目的显然是希望定罪量刑严格按法定标准行事，实际上追求的是达到既不能使有罪者逃脱惩罚也不能使无罪者受到刑罚惩罚的“不枉不纵”的双重效果，它把打击和保护看得同等重要。这是刑法的理想，也是刑法的实体正义的内涵。然而，在具体的司法中人们发现，实现刑法的不枉不纵的双重目标并非像想象那么简单，一个非常明显的问题是，刑法不可能把犯罪的内涵与外延规定的天衣无缝，更不可能描述每一期案件的实际的证据标准，由此直接导致了人们在犯罪事实是否清楚、定罪是否准确、量刑是否适当等问题上形成不同甚至完全相反的看法，并陷入争论的僵局，再加上一部分人的偏见和对刑法的有意曲解，使

^① 宋冰编：《程序、正义与现代化》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 376 页。

得形成一个准确的判定更为困难。刑法规定所存在的这种固有缺陷单靠刑法自身是无法解决的，^①需设置刑事司法程序予以补救。刑事诉讼法与刑法虽然根本目的是相同的，即追求“不枉不纵”，但其直接目的却有严格区别，前者是为了限制恣意和避免纷争，后者则对法官的最后判决只起一种引导作用。

第二，国家刑罚权的产生与运作的必然性直接昭示了刑事司法程序正义取代刑事实体正义的必然性。从理论上讲，上述刑法的固有缺陷所引起的刑法实施上的困难与纷争直接促成了立法者用立法的形式确立国家刑罚权，其直接目的在于把收集证据、认定事实和确立刑罚的权力交给国家的司法机关统一行使，以图用权力来消除纷争与偏见，即由司法机关（主要指法院或法官）在争论不休时进行最终的、权威性的判定。

立法者对国家刑罚权的确定具有极为重要的意义：

其一，国家刑罚权的科学运作是一个侦查、起诉、辩护与审判的合乎理性的程序运行过程，他有利于从实质上保证判决结果的正确性；程序法的价值首先体现在根据经验、逻辑把一些有利于查明案件真相，有利于作出正确判决的实质性方法用法律的形式固定下来。简单地说，比如，从纵的方面讲，设置一种从侦查到起诉再到审判的逐渐推进的过程，是符合人们一惯性认识习惯的，也是符合自然规律的；从横的方面讲，把纠纷双方的相互辩驳和法官听取案情并作出裁决等有效方法予以吸收等等。如果程序法缺少这一品质，那么，它所规定的程序活动将变成一个让人无法理解的、游戏般的、十分荒唐的胡行乱动。在这个意义上讲，所谓“程序工具主义”的观点显然有一定合理性。

其二，刑罚权的运作过程本身又是一个有规则的、看得见的程

^① 刑法目标所带有理想性和刑法的无法完成确定性的特点比较典型地体现了所有实体法的一般特征。

序操作过程，这个过程具有向当事人和社会宣示正义的作用。^① 宣示作用在于让社会公民和当事人亲眼看到程序的运作过程的公正无私，否则，案件的判决即使是正确的，也会引起社会和当事人的种种猜疑，这就是“暗箱操作”本身带有的天然缺陷。美国的一位学者曾对只有律师参加的调解会议进行过调查研究，认为：“律师们常常感到吃惊的是当他们把他们认为有利的调解结果提供给他们的客户时，得到的却是愤怒和敌意”。^② 造成这种现象的一个十分重要的原因是当事人没有看见调解过程，即调解过程未向当事人宣示。所以，有学者认为：“正义必须体现出生动形象的外表，否则人们就看不见她，”^③ “将程序正义视为‘看得见的正义’，其实是英美人的一种法律传统。这源于一句人所共知的法律格言：‘正义不仅应得到实现，而且要以人们看得见的方式得到实现’（Justice must not only be done, but must be seen to be done）”。^④ 一位著名的美国最高法院大法官菲力克斯·弗兰克福特（Felix Frankfurter）在解释他为什么回避审理一起案件时曾说，公正的外表和事实上的公正同等重要。^⑤

其三，实质保障和程序宣示使得刑罚权的合理运作过程变成了一种能够最大程度保证实体正义得以实现的可把握和可操作的程序正义过程，由此完成了程序正义取代实体正义的关键步骤。它的涵义在于，只要国家刑罚权的运作正常进行，就可以保证实体正义得以实现，也就可以避免人们因单纯追求实体正义而出现的并可能导致更多冤假错案的那种无序或混乱状态。程序正义的可操作性使得

^① 判决的制作和生效从理论上意味着结束，那么，判决是否等同于实体正义呢？或者说判决书对事实的认定和法律的适用是否绝对准确呢？回答是否定的。因为判决书毕竟是人的一种认识，只能说在形式上实现了实体正义。它代表的是一种形式正义。形式正义虽然不能完全等同于实体正义，但它可以保证最大可能地实现实体正义，舍此别无它法。

^② 宋冰编：《程序、正义和现代化》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 377 页。

^③ 参见杨一平：《司法正义论》，法律出版社 1999 年版，第 80 页。

^④ 陈瑞华：《看得见的正义》，中国法制出版社 2000 年版，第 2 页。

^⑤ 哥伦比亚特区公共设施委员会诉波拉克 .Public Utilities Commission of District of Columbia v. Pollak, 343 US 451 . 466-7, 1952 年。

程序正义摆脱了实体正义的“阴影”而走向独立。人们必将把追求程序正义作为可把握的、固定的、简捷的目标追求，而此时的实体正义在很大程度上好像一种“海市蜃楼”般的景象而渐渐消失。

（三）刑事司法程序正义的核心机制

刑事司法程序正义的首要内容或者核心是程序公正。那么什么样的刑事司法程序才是公正的程序呢？显然如何设置一种规则使国家刑罚权实现合理运作是思考这一问题的关键。而实现刑罚权合理运作应当考虑的基本原则就是防止权力腐败并有利于法官作出正确判决，包括以下要求：

第一，起诉权与审判权分立与制衡是刑事司法程序公正的第一步。我们知道，国家刑罚权是要靠人来实施的，而人性所固有的偏私、恣意、专断极易使权力出现滥用而走向腐败。正如法国思想家孟德斯鸠认为，自由只存在于权力不滥用的国家，但有权者都容易滥用权力却是一条万古不变的经验。有权力的人们使用权力一直到有界限的地方才休止。^①这种权力腐败将直接导致程序不能实现正义，而实现起诉权与审判权的分立与制衡是限制国家刑罚权的首要一环。所谓分立是指，起诉和审判权由不同的机关行使；所谓制衡是指，一方面，审判程序的起动力由起诉权来决定，没有起诉就没有审判，并且起诉机关对错误审判有权上诉；另一方面，案件的最后决断由掌握审判权的法官进行。事实上，资本主义在完善刑事法治的过程中所完成的检审分离的历史背景就是封建时代实行纠问式审判所导致的审判权失控和对人权的肆意践踏。

第二，辩护权与起诉权的直接制衡和辩护权对审判权的间接制衡。由于起诉的主要职能就是对犯罪的控诉，它占有诉讼原告的地位，对这种权力的限制最简捷的办法就是设计被告人的辩护权予以

^① 参见 [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，张雁深译，商务印书馆 1985 年版，第 66 页以下。

抗衡，这种抗衡与起诉几乎同时运作并且在具体的证据调查和审理中始终相伴，形成一种直接抗衡。辩护权对审判权的间接制衡在于对不利于被告人的错误裁判被告方有权提出上诉。

第三，设置一种有利于法官实事求是听取意见的程序氛围或者环境。这样做的目的是使法官在实体上并在排除偏见和先入为主的情形下冷静听取意见并作出正确的判断，即“需要法律规范来创造一个相对独立于外部环境的隔音空间……通过排除各种偏见、不必要的社会影响和不着边际的连环关系的重荷，来获得一个平等对话、自由判断的解放区”。^①

为实现这一意图，需要对起诉权、辩护权和审判权三方关系进行合理塑造。前面已经讲到，起诉、辩护与审判三权制衡是为防止权力腐败而设计的，但并未解决三方形成的理想格局是什么，而设置一种有利于对话的程序氛围当然需要对三权进行另一种改造。我们看到，既然强调排除偏见和先入为主，那么法官中立应当是理想追求，而实现法官中立的程序技术设计的关键则是承认控辩双方平等辩论的机制，以图通过一种自由、充分、平等的辩论来达到此目标。因为，没有平等就会形成一方对另一方观点上的压制，没有辩论就不利于法官充分听取意见。由此我们看到，控辩审三方自然形成了一个以法官为顶点、控辩双方平等辩论为底边的“等腰三角结构”的理想图形。需要指出的是，平等辩论与对抗不仅典型地体现在庭审中，也体现在庭外诉讼准备阶段控辩双方已经开始的平等对抗，这种对抗实际上使得整个刑事司法程序也构成一个大“等腰三角结构”。^②

季卫东：《法律程序的意义》，《中国社会科学》1993年第1期。

^② “等腰三角结构”的提法，笔者曾在1991年与龙宗智同志的商榷中最早提及（参见《现代法学》1991年第6期《刑事诉讼的两重结构论质疑》一文），此后数年来曾进行过不断探索。理论界另有学者也在关注这个问题，如高一飞在《评刑事诉讼倒三角结构论》（陈光中主编《司法公正与司法改革》，中国民主法制出版社1999年版，第390-399页）文中主张“等腰三角结构”；杨一平更将“等腰三角结构”上升到公平、公正的理念高度（《司法正义论》，法律出版社1999年版，第13-15页。）等。这些现象从一个侧面反映了对此问题探讨的价值。

上述以起诉、审判、辩护三权互动为背景形成的控辩平等对辩与法官中立的理想结构模式是刑事司法程序正义的核心内容。当然，实现刑事司法程序正义的措施还包括回避制度、防止法官先定后审的“起诉状一本主义”、法官与陪审团的制衡、上下级法院的制约以及公开审判等一些附属内容。^①

（四）刑事司法程序正义的实践理性

作为刑事司法程序正义核心的程序公正的理想目标是企图对每一件刑事案件的解决都能实现准确认定事实和适用刑法并实现百分之百的实体正义，这是一种纯粹理性。然而，把程序正义在实践中予以推行时却受到许多现实因素的制约，比如经济发展水平、政治体制、传统文化、执法者的素质等。而关系最为密切的是诉讼效率对程序正义的冲击，如何协调公正与效率以便最大可能实现正义属于实践理性的主要内容。刑事司法程序正义的纯粹理性要求依据公正程序所进行的活动以探求实质真实为目标，并不要求遵循在特定的时限内完成诉讼的效率原则，最多不过强调避免不必要的拖延这一常识问题。但国家为了有效控制犯罪必然要求司法机关加快办案速度，并把这种政策性的效率要求不同程度地体现在刑事诉讼立法中。^②然而，更重要的问题是，“仅仅效率原则本身不可能成为一种正义观”，^③一般而言提高效率将使公正作出不同程度的让步，二者存在一种本质上的对立，因为提高效率一般要求相对放宽对国家刑罚权的限制并相对减少或缩短控辩双方对抗的机会和时间，如

回避制度是为了排除法官、检察官与案件的利害关系，是等腰三角结构正常运作的前提之一；“起诉状一本主义”是为了防止检审亲近、法官先入为主，保证法官的中立性；法官和陪审官的分离是为了防止法官专断；上下级法院的制衡是上级法院的等腰三角结构制约下级法院的等腰三角结构；公开审判则是等腰三角结构实现程序正义或看得见的正义的要求之一。

^② 由此看来，效率根本不是刑事司法程序的要求，它是外部强加的，是程序正义的“入侵者”，我们宁可把效率作为政治目标也不能把效率作为法律追求。

^③ [美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 67 页。

此则必须容忍办案错误率的一定程度的增长。因此，一个国家刑事诉讼法在确定现实的刑事司法程序时应合理协调公正与效率的关系。

首先，现实的刑事司法程序应奉行公正优先的最基本原则。效率对公正的“侵蚀”在不同的程序中程度不同。行政程序受效率的影响最大，根本原因是行政活动从本质上讲是以效率为主的，非此不能保证国家行政机关完成对庞大复杂的社会行政管理职能。公正对效率让步最小的是刑事司法程序，这是因为刑事司法是与人权保护关系最密切、最敏感的活动，它倡导“宁纵勿枉”的司法原则，因而现实的刑事司法程序奉行公正优先的原则。

其次，现实的刑事司法程序设计在考虑效率要求时，一要保证纯粹的刑事司法程序正义所要求的基本结构不致遭受根本性的破坏，二要努力寻找一种公正与效率的调和手段。就第一个要求来讲，对“等腰三角结构”的基本格局不能因顾及效率而进行过多的改造，特别是控辩平等是带有极强程序性的核心要件，无论如何改造也不能使控辩形成不平等，比如，如果因考虑效率而使控诉高于辩护，那么，刑事诉讼活动就成了效率优先，这与程序正义是背道而驰的。我国现行刑事诉讼制度在这方面存在的问题十分突出。^① 实现控辩的真正平等应是我国刑事司法制度改革的基本目标之一。

就第二个要求来讲，实现公正、效率调和的任务是寻找并设置一些既能保证公正又能提高效率的程序机制。公正与效率虽然存在本质上的对立，但并不能认为是水火不相容的。正如美国经济学家奥肯认为：“提出平等与效率的抉择问题，当然不意味着每件对一方来说是好的事情，就必然对另一方是坏的。”^② 相互对立的事物如果能找到结合点往往能产生神奇的效果。公正、效率调和的程序

^① 参见我国宪法第 129 条，检察院组织法第 1 条、刑事诉讼法第 8、93、96、155、161 条等规定及其精神。

^② [美]阿瑟·奥肯：《平等与效率》，王奔洲译，华夏出版社 1999 年版，第 3 - 4 页。

机制可以从多方面考虑，比较突出的可考虑以下两项措施：第一项措施是确立控诉进攻、辩护防御的机制有利于在保证控辩平等的公正本质的前提下提高刑事诉讼效率。控辩对抗是必要的，但如何对抗则应讲究技术性。如果双方都积极进攻，易使诉讼产生太大的“摩擦力”而影响诉讼效率。控诉权的本质就是进攻性权力，控诉方应享有收集证据和采取强制性措施的权力，并以国家财力作后盾，但如果允许辩护方也享有相同权力，容易导致“内耗”与“纠缠”而减缓刑事诉讼步伐，于是设立一种有效的防御机制就成为必要。防御机制的要点包括：其一，辩护方不承担举证责任与举证义务，主要职责在于对控诉提出质疑与反驳；其二，设置无罪推定和犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权作为被告方的防御盾牌以保证控辩实力相当。无罪推定意味着“疑罪从无”，^① 沉默权则有效防止了控诉方强迫犯罪嫌疑人、被告人自我归罪的控诉对辩护进行压制的极端不平等现象。这种进攻、防御机制一方面可以保证控诉方作为诉讼“动力装置”而“大踏步前进”，另一方面又确保了二者地位均衡，其实质是“矛”与“盾”的均衡。^②

第二项措施是完善简易程序制度。作为简易程序的实践理性的基础是相当多的刑事案件在事实认定和适用法律上控辩双方没有争议或争议很小，这样就可以大幅度省去侦查、起诉特别是审判中的双方进行辩论或对抗的一些不必要环节，其中一个关键环节是控辩双方在庭外能够协商一致以作为法官直接下判的基础，特别是尊重被告人对适用普通程序和简易程序的自由选择权，这是当今世界各国简易程序的一个基本特征。显然，刑事简易程序不违背控辩平等又能快速解决案件，是一个融合公正与效率的极有效手段。美国刑事诉讼中的“辩诉交易”（控辩双方就定罪量刑经平等协商签订协

无罪推定是保证公正同时又不减损效率的一个绝妙手段。一方面保证了控辩平衡，另一方面又使疑案得到干脆利落的解决而不致出现“疑罪从挂”的现象。

^② 目前，国内刑事诉讼法学界对新刑事诉讼法颁布后辩护律师收集证据权缩小的普遍性责难，在一定程度上表明我们对控诉进攻、辩护防御机理还未取得共识。其实我们思考的着眼点应当集中保证在无罪推定的确实执行和设立沉默权方面，不应片面强调扩大辩护方收集证据权。