

导 论

M.F. 莫里斯 (M.F. Morris) 在其所著《法律发达史》一书中起首便道：“一国人民最优秀的思想可以从其制定的法律中看到”^①。倘若一国的国内法确实是人民意志的体现，这句话便是允当的。人民最优秀的思想，包括政治智慧、法律观念和社会思想等诸多方面，很难用一两句话加以表达。但有时候，我们临流取其一勺，也可窥其精髓，这精髓就是隐藏在法律的往往是显得颇为干枯的文词和有时严肃得有点冷冰冰的司法活动背后的价值和价值取向。从法律条文、司法活动的横向和纵向比较中，我们可以看到不同法律观念、思想的优劣相争，各种价值和价值取向模式的轩轻互竞。法律之发展进化，司法之脱胎换骨，从长远看，通常是一个寻求良意美法的过程。所谓良意，可以作多重解释，但无论如何，总会含有法律价值这一基本观念，以及在多元法律价值观念的支配下的特定的价值取向。一部善法，应是在此一良意的支配下建构而成的。良意为其精神，美法为其筋肉。一国要从其制定的法律中体现人民最优秀的思想，需要切实反映民众的善良意愿，这就需要寻求一种良意美法的法律境界，将法律建立在良意之上，以美法同良意相匹配。

我国的刑事司法改革，当然也不例外。

我国刑事司法制度，主要由《刑法》、《刑事诉讼法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》、《监狱法》、《法官法》、《检察官法》、《人民警察法》、《国家赔偿法》和《未成年人保护法》等法律

^① M.F. 莫里斯 (M.F. Morris) 著，王学文译：《法律发达史》，商务印书馆 1939 年 3 月版，第 1 页。

构筑而成，上述法律的基本精神是追究、惩罚犯罪与保障人权相结合。追究、惩罚犯罪是国家的一项重要功能，只有有效地追究、惩罚犯罪，才能维护国家安全和社会安定，保护公民的合法权益不受侵犯，否则必然导致犯罪猖獗，人民无法安居，社会难以安宁，国家建设和经济发展也难以顺利进行；但只注重追究、惩罚犯罪而忽视保障人权，又必然导致司法专横和行政权滥用，造成大量的冤假错案，从而在根本上动摇国家的法制基础，难以达到长治久安，危害同样很大。我国刑事法律过去无论立法还是司法实践，都偏重于追究、惩罚犯罪，对保障人权重视不够，近年来随着国家政治民主和社会文明程度的逐步提高，依法治国方略的开始实施，人权保障受到前所未有的重视，在刑事司法领域加强对人权保障的力度已经成为立法的宗旨之一。但不必讳言，我国现行的法律规定与刑事司法国际准则相比，还存在一定的不协调性。随着我国签署联合国人权公约，这种与国际司法标准相统一的步伐已经加快，我国国内法与联合国司法准则协调的问题已经成为广泛关注的问题，刑事司法制度改革需要在这一方面寻求突破。

我国的刑事司法改革应当以提高司法的公正性和判决的公信力为目标。公正是司法的生命，它对纠纷的解决和个人权利的保障以及实现具有决定性影响。司法公正体现为将法律所确立的公正在处理具体案件中加以实现。司法公正可以区别为实体公正和程序公正。实体公正指的是司法机关就诉讼当事人的实体权利和义务关系所作的裁决或处理是公正的，故又称为结果公正。程序公正是指在司法活动中程序的运作具有公正性，表现为：在司法实践中，从事司法活动的人员严格遵守具有公正品质的法律程序，使诉讼程序所具有的公正性在办理具体案件中得到充分体现。联合国《公民权利和政治权利公约》等国际公约以国际法的形式确立了一系列司法公正的具体标准。只有在我国的刑事诉讼活动符合甚至超过国际刑事司法准则的要求前提下，法院判决的国际公信力才能得到确立和维持。而一国法院判决的国际公信力对于这个国家法律的国际威信来说，具有一荣俱荣、一损俱损的关系。

刑事司法改革并不是一蹴而就的过程，需要随着法律观念的不断进步，发现弊端和罅漏，加以革除和裨补。唐代王曾言：“亲承其弊，知所以易之，然在初易，终之实难。伏愿慎终如始，方尽其美。”^①这也是许多关心中国刑事司法发展、进步之士的共同愿望。

^① [唐]吴兢著：《贞观政要》，上海古籍出版社 1978 年 9 月版，第 238 页。

第一章 刑事司法多元价值及其平衡原理

刑事司法制度的建构与其内在的精神结构有着紧密的联系，刑事司法制度及其运作的外在表现往往是其内在精神结构的反映。

伦理是刑事司法制度的内在精神结构的构成要素之一。伦理问题涉及的是一系列价值规范，这一规范与人的选择和行动有关，正如爱因·兰德所言：伦理“是一套价值规范，以此来帮助人们进行选择和行动——而这种选择和行动决定了他生命的目的和进程。伦理学，作为一门科学，就是要发现并确定这样的规范。”^①

刑事司法制度的设计和在此基础上进行的调整，通常意味着在一定的价值规范的支配下进行选择的过程，刑事司法运作则是特定的机关和特定的人（以专门从事司法活动的国家机关及其人员为主）将选定并体现于制度本身的价值规范应用于具体案件的处理活动，在这一过程中，由于法律粗疏或者立法者有意识地赋予专事司法的国家机关及其人员以一定的自由裁量权，则这些机关和人员所遵循的价值规范便会发挥帮助其选择和行动的作用。由于不同的伦理基础（体现为主要价值规范的差异）足以直接造成制度设计及其运作状况的差异，刑事司法的价值问题理应成为理论研究者、立法者和司法实践部门及其人员特别加以注意的对象。

^① [美]爱因·兰德著：《新个体主义伦理观——爱因·兰德文选》，上海三联书店 1993 年 8 月版，第 2 页。

第一节 刑事司法的多元价值

价值是经济学和伦理学的基础概念，当它是指“值得追求的或者美好的事物的概念，或者值得追求的或者美好的事物本身”时，可以用“Value”一词表达。这里的价值反映的是每个人所追求的东西：目标、爱好、追求的最终地位，或者反映的是人们心中关于美好的和正确事物的观念，以及人们“应当”做什么而不是“想要”做什么的观念。价值是内在的、主观的概念，它所提出的是道德的、伦理的、美学的和个人喜好的标准。一个人所持的或者一个团体所持的一组相关价值，称为价值系统。任何价值判断都意味着将价值运用于一定的事物或者状态。价值为人们的作为或者不作为提供了某种动机。^①

对于这一含义下的刑事司法价值，可以开列出如下清单，即社会秩序、公平、个人自由和效率。

社会秩序是法治的基础，社会秩序若陷入崩溃，法治也就无从谈起，因此美国学者彼得·斯坦等人在《西方社会的法律价值》一书中指出，“与法律永相伴随的基本价值，便是社会秩序”，“法律规则的首要目的，便是使社会中各个成员的人身和财产得到保障，使他们的精力不必因操心自我保护而消耗殆尽”。这是因为，“维持社会和平是实现其他法律价值的先决条件”，“必须先有社会秩序，才谈得上社会公平。社会秩序要靠一整套普遍性的法律规则来建立。而法律规则又需要整个社会系统地、正式地使用其力量加以维持。”^②小查尔斯·F·亨普希尔也有类似的观点，他认为：“司法审判是实施刑法的工具。”“司法审判首先要考虑的事，就是要消灭犯

① 《政治学分析辞典》，中国社会科学出版社 1986 年版，第 187 页。

② [美] 彼得·斯坦等著：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社 1989 年 1 月版，第 38 页。

罪和不法行为。’^①

这种将社会秩序放在首要位置并视为其他法律价值实现的基础的观点，在我国司法活动中曾占有主流地位。人们往往认为，适用国家刑罚权来惩治和预防犯罪、维护社会秩序是刑事司法赖以存在的基础。偏离这一基本功能，刑事司法便无立足之地。司法公正首先表现为对案件事实和证据有着正确的判断，发现案件的是非曲直，并正确适用实体法律，也就是实现实体公正。实体公正的先决条件之一是实质真实的发现，发现案件真相是实现刑事诉讼目的的必要条件。实质真实的发现之所以重要，主要原因在于刑事司法的目的在于确认犯罪事实业已发生和犯罪人是谁并在此基础上适用刑罚权。因此，刑事司法程序的建构应当有利于发现案件的实质真实，为将实体法律正确应用于具体案件创造条件。

设定某些证据规则的有说服力的理由是它们具备发现案件实质真实和正确适用法律的能力。只有当证据不足以确认被告人有罪时，亦即事实上的正义无法实现时，才退而求其次，实现法律所确认的正义——在一些案件中的表现是将实际上犯罪而没有得到证明的被告人释放。

当然，维护社会秩序并非刑事法律的惟一价值，个人自由同样是法律——特别是刑事法——的重要价值。按照美国学者 M.J. 阿德勒的划分，自由有三种主要形式，一是人性中固有的自由，包括理性思考、综合说话能力等，这种自由是人类特有的，称为“天生的自由”（natural freedom）；二是与智慧和美德相联系的自由，只有在其个人发展过程中已经获得了一定程度的美德和智慧的人才拥有这种自由，称为“后天自由”（acquired freedom）；自由的第三种形式完全依赖于有利的外部环境，每一个人对这种自由的拥有情况会因时因地而有所不同，它完全取决于外部环境对他有利还是不利。

^① [美] 小查尔斯·F·亨普希尔著：《美国刑事诉讼》，北京政法学院教务处 1984年印制，第6页。

利，称为“环境自由”(circumstantial freedom)^①。相对于不同的环境，人们拥有自由的程度有着或大或小的差别，宽松的外部环境为人们按照自己的欲求去选择与众不同的生活方式提供了条件；不利的环境含有强迫、限制、束缚因素，它可能强迫一个人去做他所不愿去做的事，或者限制人们的选择范围，使一个人只能在限定的范围内进行选择。国家秩序对于一个人来说，构成一种社会环境。人们很早就对秩序与自由的关系问题充满兴趣，例如，在英国早期的政党中，辉格党人注重自由；托利党人注重秩序；持折衷观点的人（如柏克）则认为秩序是自由的条件，没有秩序就谈不到自由，而只能招致强暴和混乱^②。秩序是自由前提的命题，为人们广为接受，美国联邦最高法院时常提到的“有秩序的自由的观念”（the concept of ordered liberty）就含有对这一命题的认同。但这一命题不能被夸大成为以秩序为由压制自由的理由。按照联合国人权公约所确立的标准，只有当一个国家处于其本身的存在受到威胁的社会紧急状态并经正式宣布时才能克减自己所承担的在保障公民权利和自由方面的义务，但这种克减有着严格的实体和程序限制，并且包括生命权、思想、良心和宗教自由等权利不得克减^③。对人及其存在的价值和尊严的尊重是法治的最高价值追求，自由是人及其存在的价值和尊严的重要体现和保障，因而也是现代社会最重要的法律价值之一。对个人自由的尊重在诉讼中表现为符合公正标准的程序被严格遵行。在司法活动中，正当程序理念^④包含了严格执行程序的要求。

公平体现为法律的平等适用，即要求法律无偏倚地适用于每一个人，做到使人们不感到自己受到的对待与和自己情况相似的人不同。法律本身公正性的一个基本要求是在法律中确立平等适用的原

① [美] M.J. 阿德勒著：《六大观念》，团结出版社 1989 年版，第 146 页。

② [英] 柏克著：《法国革命论》，商务印书馆 1998 年 8 月版，第 3 页。

③ 见联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条。

④ 见下文有关诉讼行为的价值判断标准的论述。

则。这里需要防止因性别、民族、种族等造成法律适用中的偏袒和歧视现象，特别需要防止权力因素造成法律适用中的不平等现象。

通过诉讼渠道解决法律纠纷意味着司法资源的投入，如何以较少的投入取得最大的收益，是立法、司法机关和诉讼参与人乃至一般民众都关心的问题。当代诉讼越来越关注诉讼效率问题，其结果是促成了简易速决程序的确立，即对于情节较轻或者被告人自愿供述有罪的案件等采取相对于普通程序简洁明快的程序，以减少司法资源的不必要的浪费。对于像我国这种发展中国家来说，如果有司法资源投入较小而又无损于公正和廉洁的制度，就应当优先考虑采用这样的制度。当然，这里无需笔者提醒，只有在公正得到有效保障的条件下才能进行这类选择，因为，在法律的诸价值中，公正是上位价值，为效率而牺牲公正显然是得不偿失的。

在刑事法律中，作为其基础的法律价值具有多元化的特征，有的已经超越了诉讼本身而具有更为深远的意义，这种意义不是“实体正义（发现案件实质真实）”或者“程序正义（正当程序）”所能尽数涵盖的。

例如，现代诉讼中许多国家的法律赋予律师拒绝披露他从履行辩护职责中获知的其当事人的情况的特权，除非其当事人同意他这样做（但该当事人不能被强迫作出这种同意）。1901年豪斯伯里（Halsbury, L.C.）指出：“为了完美地司法和保护律师与其当事人之间存在的信任关系，基于信任而提供的信息不作为提供的对象被确立为一项公共政策原则。”^①这一法律规定直接保护的对象是律师与其当事人之间存在的信任关系，法国学者色何勒一皮埃尔·拉格特等人就此指出：“法律保护当事人对于他的律师的信任。各个成员国这样做的目的是相同的，即保护每一个需要借助法律实现他的权利和维护他的自由的人能够求助于律师的指点和帮助，并保证法律的正确实施。只有在律师和当事人相互信任的情况下，这些目的才能实现。因此也就产生并且形成了律师的权利和义务，这与其说

^① William Shaw, *Evidence in Criminal Cases*, Butterworth & Co. Ltd. 1954. P. 224.

是为了律师个人的利益，倒不如说是为了社会的利益。因为在这个问题上，律师以及律师的法律服务成了自由社会里保护个人自由的一个必不可少的因素。”^①“信任”在这里是法律所保护的价值，通过对它的保护，防止辩护制度的大厦倾颓并进而对辩护权乃至实体权利提供保护。医师与病人、宗教活动者与信徒之间的信任关系也受到同样的保护，通过保护隐私权不受侵犯，最终保护医疗中的信赖性和安全性，或者宗教制度的存续和发展。

有些证据规则保护的是国家重大利益，许多国家的刑事诉讼法规定国家公职人员对于公务秘密负有保密义务，他们有权不就这样的事实作证。例如意大利刑事诉讼法典第 202 条第 1 项规定：“公务员、公共职员和受委托从事公共服务的人员有义务不就属于国家秘密的事实作证。”又如日本刑事诉讼法典第 144 条规定：“对公务员或者曾任公务员的人得知的事实，本人或者该管公务机关声明是有关公务秘密的事项时，非经该管监督官厅的承诺，不得作为证人进行询问。但该管监督官厅，除有妨碍国家重大利益的情形以外，不得拒绝承诺。”这一类规定，既不是为了发现案件的实质真实，也不是为了所谓程序正义，而是将“国家重大利益”作为法律所保护的价值而在具体制度设计中加以保护。

所以，刑事司法的价值既不是一元的（如实质真实或者程序正义），也不是二元的（实体正义与程序正义），而是多元的，它们共同构成了刑事司法的价值体系。将刑事司法的价值仅仅定位为实体正义或者仅仅定位为程序正义，就将一个多元价值体系简单化了。

第二节 刑事司法程序的功用：内在价值与外在价值

“价值”一词，有时是与“效用”或曰“功用”（Utility）一

^① [法] 色何勒一皮埃尔·拉格特、[英] 帕特里克著：《西欧国家的法律制度》，吉林人民出版社 1991 年 2 月版，第 178 页。

词在相同的意义上加以使用的。这里的“价值”指的是满足人类需要的能力，某一客体对于某一主体的价值取决于它们满足该主体的需要的程度^①，所以这一含义的价值又可称为效用或者有用性。

英国著名学者乔治·爱德华·穆尔提出“善”(good)是伦理学的核心概念，善有三层意思：第一，善性质是什么，即人们用“善”这一观念所表示的那种性质是什么；第二，什么是目的善，即哪些事物本身就具有善性质，或者说，哪些事物是因其本身缘故就值得追求的；第三，什么是手段善，即哪些事物可以作为使善事物本身产生或者存在的工具、原因，或者说哪些事情是应该做的。穆尔指出，凡是能够产生最大的善结果的行为就是应该做的。因此，在“善”这一概念下，结果的善和行为的善是两个相对应的属概念，它们的区别在于是行为还是行为的结果构成判断行为正当的惟一基础。穆尔所提到的“目的善”，又称“独立价值”、“内在价值”或者“本有价值”；“手段善”又称为“外在价值”或者“依他价值”。

将“价值”区别为“Value”意义上的“价值”和“Utility（效用）”意义上的“价值”，是必要的。有的学者将两种不同意义上的价值混同起来，称刑事诉讼的价值为内在价值、外在价值、效率价值。实际上，内在价值、外在价值是“Utility（效用）”意义上的价值，效率则是“Value”意义上的“价值”，后者在逻辑关系上应与自由、秩序、公平等价值并列。从效用上看，某些刑事司法程序——简易、速决程序——或者属于外在价值或者属于内在价值，而不可与内在价值、外在价值并列，成为“第三种价值”或者“第N种价值”，硬将“效率”列为内在价值、外在价值以外的“第三种价值”，是违反逻辑规则的。

外在价值（工具性价值）指的是其结果符合人们的理想，人们认为它具有结果的善。外在价值之可欲，在于其为某一目的之手段。与之相对应的是内在价值（独立价值），指的是其本身便是善

^① 《现代思潮辞典》，社会科学文献出版社 1988年版，第 606、607 页。

的、是人们追求的目标而不依赖于人们用它达到其自身以外的目的。例如体育锻炼的目的在于保持和增进人的健康，体育锻炼具有外在价值，它对于人的价值是与健康想联系并体现为保持和增进健康的有用性；健康则不然，它本身就是一般人所追求的，它毋须借助别的目的证明自己的价值。内在价值是事物本身固有的价值，可以被称为绝对的价值，它自身就构成一个目的，内在价值之可欲，乃因其自身之故。对于内在价值与外在价值作出理论上的区分并不难，但要进行实际分析和运用就要颇费踌躇了。例如对同一事物，不同的人可能以不同的主观要素为依据作出不同的判定。例如，“关于健康的价值即有两种不同的人生哲学，其估量均不一致，依苦行主义者及悲观主义者观之，则健康不过为依他的价值，甚至不认其有价值之可言。而依乐观主义者观之，则又为本有价值矣。”^①又如个人生命、自由，在个人主义、自由主义眼中，为内在的、不依他的价值；但在集体主义、极权主义眼中，则为外在的、依他的价值。我们认识某一事物的价值，评判依据（也就是穆尔所谓的“善性质是什么”）显然发挥着十分重要的作用。

刑事司法程序的效用，属于外在价值还是内在价值，抑或兼而有之，是一个值得探讨的问题。

一般地说，刑事司法程序运作的结果具有实现刑法目的的效能，诉讼过程本身的公正性又具有保障公民自由等自然权利的独特功效，正如美国学者迈克尔·D·贝勒斯所指出的那样，“研究法律程序的另一种方法是要审思程序的价值和利益。这些价值或利益与它们对审判结果的准确性的影响是不同的……即使公正、尊严和参与等价值并未增进判决的准确性，法律程序也要维护这些价值。我们可把这种方法称作一种‘程序内在价值’分析方法。”^②

不过，所谓“程序内在价值”究竟指的是什么，如果指的是法

①温公颐编译：《哲学概论》，商务印书馆 1937 年 7 月版，第 252 页。

②[美]迈克尔·D·贝勒斯著：《法律的原则——一个规范的分析》，中国大百科全书出版社 1996 年 1 月版，第 32 页。

律程序具有不同于刑法目的的独立作用或者地位，大概没有多少人会对此提出异议。但如果它指的是法律程序本身就是人们追求的目标，则这一命题却并非无可怀疑。

与刑事司法程序有关的“善”性质是什么，这一问题涉及刑事司法程序的法律价值，如前所述，刑事司法的法律价值主要包括社会秩序、公平、个人自由和效率等，它们本身即是人们追求的目标或者目的本身，被认为具有“善”的性质。

相对于社会秩序、公平、个人自由和效率而言，刑事程序设置是否本身就具有这些性质，或者说，刑事程序是因其本身缘故就是值得追求的，还是刑事程序可以作为使“善”事物本身产生或者存在的工具、原因呢？

刑事程序具有实现刑法目的（通过惩罚维护公共秩序）的效能。社会秩序是外在于刑事程序的，刑事程序的若干设置（比较典型的是起诉法定制度）能够保障对犯罪行为的进行处罚并进而维护社会秩序，它所发挥的显然是工具性作用。个人自由也是外在于刑事程序的，刑事程序的若干设置具有保障公民个人自由的作用，它所发挥的仍然是工具性作用。同样，简易、速决程序的设置，旨在使司法资源的投入减少，相对于节俭来说，刑事程序发挥的也是工具性作用。

惟公平的程序，如沉默权、自白任意性规则、利益规避、法官中立、偏见的祛除、公平注意、当事人地位平等和权利对等，判断起来比较困难。但仔细思考还是能够发现，对于发现案件真相而言，有些程序设置显然发挥着工具性作用，如沉默权、自白任意性规则、利益规避、法官中立、偏见的祛除、公平注意等程序对于发现案件真相并作出与这一真相相适应的公正裁决，所体现的正是外在的价值。

以法官的中立性为例，法官的中立性并不是以自身为目的的，法官在诉讼活动中保持中立，具有发现案件实质真实和保障人权的双重功能，它在发现案件客观真实和保障人权两方面的有用性才构成了它的价值。

再以自白任意性规则为例：自白任意性规则被接受，主要原因之一是“大体上言，被告倘受犯罪调查人员之强暴、胁迫、利诱或诈欺而为自白，则其所为之不真实性或虚伪性自然大为提高^①。易言之，在被告欠缺自由陈述的意志之下，极可能依犯罪调查人员之意思而为之陈述，如被告被迫承认其犯罪，在此情况下所为之犯罪承认，大多不可靠，是以不应将其作为自白证据予以采用，方为合理。”^②也就是说，基于追求案件真实发现的目的可以确立诸如自白任意性规则等一定的证据规则。

关于沉默权，也可以用自白规则的上述理由作为有力的理论支撑。尽管反对沉默权的人常常认为这项权利妨碍追诉机关获得口供并借此发现案件的实质真实（这在某些案件中确是实情），但沉默权在保障发现案件实质真实方面也具有一定的积极意义：强迫一个人自证其罪，固然可以使部分犯罪人供述所犯罪行，但也会使其在违背自己意愿的情况下虚假供述，甚至攀诬无辜；对无辜者的强迫取供，更有可能使其被迫自诬，从而偏离事实真相。

有论者认为，就保障人权的功能而言，刑事司法程序具有内在价值或者称独立价值。笔者则认为，无论就实体目的实现还是就保障人权的程序功能而言，诉讼程序都体现为外在价值（工具性价值）。程序价值则须依赖于它本身以外的目的，这里需要注意的是，刑事司法程序的结果的善不仅局限于实体法目的这一个方面，相对于保障人权而言，程序的价值同样是工具性的、外在的。我们可以认为沉默权的主要依据是尊重人的尊严、价值和保护人的基本自由权利，特别是美国“米兰达规则”对沉默权等的保障制度加以强化，更体现了对于人及其存在的价值和尊严之尊重。人们评价沉默权制度，往往认为“公权力强迫被告承认犯罪，无异强迫被告在自

①原注：参照日本刑法学会编：《刑事法讲座》（第6卷），第1167页。

②蔡墩铭主编：《两岸比较刑事诉讼法》，五南图书出版公司印行，第60页。

己头上戴枷锁，诚属过于残酷不人道之行为”^①。确立沉默权具有防止酷刑取证等蹂躏、践踏人权的行为发生。这就是人们常说的所谓的不依赖于客观真实发现的刑事司法程序的“独立的内在价值”。

然而沉默权、自白任意性规则等刑事程序规则本身是人们认为好的、值得追求的事物本身吗？换句话说，沉默权、自白任意性规则等刑事程序规则本身构成诉讼的目的吗？如果是，它们在诉讼中应当能够独立存在，人们可以仅仅为了沉默权、自白任意性规则等刑事程序规则本身而确立这一权利，人们也可以单独为了追求、获得它们而提起或者参与诉讼。然而有仅仅为了获得沉默权、自白任意性规则等刑事程序规则而提起或者参加诉讼的当事人，有仅仅为了获得它们而不考虑获得它们的其他目的的立法者吗？换句话说，沉默权、自白任意性规则等刑事程序规则如健康一样不需要别的、外在于它的价值作为目标吗？在进行刑事程序规则设计时完全不是基于它们所具有的工具性作用而确定它们的吗？

实际上，沉默权、自白任意性规则的所谓“独立价值”完全是相对于客观真实发现来说的，即仅仅相对于客观真实发现而言它们具有“独立价值”。但沉默权、自白任意性规则本身并非目的，正如体育锻炼本身不是目的（健康和快乐才是目的），它的目的在于保障人的尊严、价值和人的基本自由权利，相对于人的尊严、价值和人的基本自由权利等价值来说，沉默权实际上同样发挥着工具作用，只不过发挥工具作用的对象有所不同而已。再如，赋予被告人最后陈述的权利是正当程序的重要组成部分，赋予这项权利的目的在于实现公正判决、保障公民的权利，但此项权利本身并不构成目的而只是手段，理智正常的人不会仅仅为了获得最后陈述的权利而参与诉讼，人们通常是被迫参与诉讼之后为了保障自己的人身权利、财产权利才想到以法律设定的这些诉讼权利和程序规则作为防御的武器。

^①田正恒：《刑事被告人之沉默权》，载台湾《法令月刊》第39卷第三期，第39～41页。

一些论者在谈到刑事司法程序内在价值的时候，不自觉地将诉讼目的一元化了，认为诉讼程序的目的是而且只是查明案件真实（在此基础上维护社会秩序），所以凡目的是查明案件真实的，就是工具价值、工具主义，反之就是内在价值。但诉讼程序的目的却不应是单一的，而应当是多元的，至少是二元的，二元论就是人们常说的既要惩罚犯罪又要保障人权。如果承认刑事司法程序至少具有惩罚犯罪和保障人权的双重意义的话，则刑事司法程序要达成的结果的善应该有两个：一是相对于刑法的实体结果的善：通过该程序发现案件的实质真实，从而使国家的刑罚权得以落实，亦即实现刑法的目的；二是相对于人权保障的程序结果的善：通过正当程序的良好运作达到保障公民权利的目的，从而使人及其存在的价值和尊严得以实现。无论对哪一种结果，刑事程序所具有的都是工具性价值或者外在价值，它们都体现为实现自身以外的目的的有用性。

从所设置的刑事司法程序上看，刑事司法程序体现的价值一般都属于工具性价值，典型地具有独立价值的，恕笔者弩钝，迄今尚未发现。退一步言之，即使确实存在刑事司法程序的所谓“独立价值”，仍然不足以推翻刑事司法程序主要体现为外在价值的特性的断言。

实际上，称刑事司法程序价值为工具性价值或者主要为工具性价值，并不值得大惊小怪。过去人们只将刑事司法程序的目的视为“保障惩罚犯罪”，在这种一元目的论下，刑事司法程序的工具性作用只表现为惩罚犯罪的工具性作用，除此之外，似乎再无目的。^①但刑事司法程序所追求的目标并不仅仅是实体法目的的实现，也包括对公民自由权利的保障，防止其受到来自政府的侵犯，对于后者来说，程序可以发挥强大的机制保障作用。认识不到诉讼程序的这一价值，仅以实体法目的是否实现作为评价刑事司法程序的标准，只能将刑事司法程序降为实体法的奴婢，它必然导致或者强化“重实体，轻程序”的司法习惯。如果将刑事司法程序的目的视为多元

^① 我国 1979 年制定并于 1996 年修改的《刑事诉讼法》至今在刑事诉讼法的目的的表述上仍然是一元论的。

的，或者如人们常常表述的那样—— 惩罚犯罪和保护人权，则会自然得出结论：刑事司法程序在惩罚犯罪方面发挥着工具性作用，在保护人权方面同样发挥着工具性作用。两种工具性作用同等重要，其中后一种工具性作用足以使刑事诉讼法摆脱刑法的婢女身份，取得与刑法分庭抗礼的独立地位。

第三节 程序行为的价值判断标准： 目的善与手段善

在伦理学传统中，对于行为的判断两种标准，一是根据行为的结果判断它们是否正当，这一理论称为目的论；二是根据行为所归属的有关规则来判断其是否正当，这一理论称为义务论。美国学者艾伦·格沃斯指出：“现在，义务论这一名称仍在继续使用，但目的论以被更为直接的术语‘后果论’所取代。”

根据行为所归属的规则判断它们是否正当，取决于两个因素，一是规范诉讼行为的规则具有善的性质，它所授权进行并明确界定的诉讼行为是善的行为，即法律法规具有实质性的正当性；二是具有善的性质的程序得到切实有效的遵守，即诉讼行为具有程序性的正当性。程序并不意味着自身具有善的性质，有诉讼程序并遵守诉讼程序也不能必然证明行为的善，只有将程序本身符合善的标准作为前提，才能够对切实遵守这些程序的行为视为善的行为。

“法律的正当程序”（due process of law）的概念就体现了上述两个因素。“法律的正当程序”是盎格鲁—美利坚司法的基本观念，这一观念在当代对一些欧洲大陆国家和一些亚洲国家都具有一定影响，几乎成为一项各国公认的现代诉讼的基本原则。在英美国家，这一理念有两个内容，一是实质性的正当程序，是针对立法而言的，它要求立法机关制定的程序具有正当性；一是程序性的正当程序，是针对法律的执行机关而言的，它要求执行法律的机关必须严格地遵行具有实质正当性的法律或者符合程序正当的要求。“程序性正当程序”是对行政机关和司法机关的限制，旨在消除那些能够

影响一个公民人身和财产权利的司法和行政活动中的专横和不公平的程序。这一理念本身要求听证和审判应当及时并且为被控告的人提供足够的不利于他的资讯，在中立的法官和陪审团面前拥有提供有利于自己的证据的机会，在依合法取得的证据证明有罪之前应被推定为无罪，判决应建立在业已提供的证据的基础之上等要求也包含在“正当程序”的理念中。一部具有实质正当性的法律如果在刑事司法活动得不到认真的遵行，或者司法机关在刑事司法活动中采取的措施不具有实质的正当性，都不能实现司法公正。

为了达到恶的目的而不择手段，一般是无争议地要得到恶的评价；对于为了达到善的目的而行使善的手段，一般是无争议地要得到善的评价；惟对于以恶的手段去达到善的目的，却需要认真地研究，因为为数不少的人对此持有容忍、谅解甚至纵容的态度^①。包括权力的牺牲者在内的许多人有时默认不正当的行使权力，这是因为“社会的头等大事就是防止使其成员陷于不能生存的混乱崩溃状态。因此就是出现不正当的行使权力总会比社会崩溃要好些的状况。”日本学者池田大作也认为：“权力表现为对人的统治、是强制或压制的力量。因此权力往往成为妨碍人的自由、侵犯人权的‘坏东西’。本来权力是为了保护更多的人，因此应当为善良的目的而行使，但由于当权者的心理动机和目的观念的缘故而向坏的方面转化的情况也不少。”^②可见以恶的手段去实现善的目的甚至恶的目的，是由权力的特性和人滥用权力的天然倾向性所决定的，为遏止恶的手段对个人自由权利造成损害，必须强调实现目的的手段的正当性，在司法活动中则要强化法律程序的正当性。

^①比较典型的例证就是刑讯逼供。它已是公开的“秘密”，当然实际情况比人们所知道的更为严重，但在1996年旨在“解决那些亟待解决的问题”的刑法修改中却并没有作为亟待解决的问题加以解决。与此类似的表现是，刑讯致人死亡、重伤虽然应当按照刑法应以故意杀人罪、故意伤害罪惩处，但犯罪者即使得到惩罚，惩罚之轻也往往颇为惊人，这与其手段之恶形成的恰恰是鲜明的对比。无他，因刑讯的目的“纯正”也。

^② [英] 汤因比、[日] 池田大作著：《展望21世纪——汤因比与池田大作对话录》，国际文化出版公司1997年9月版，第250～252页。