

CHENG XU CHAO YUE TI ZHI

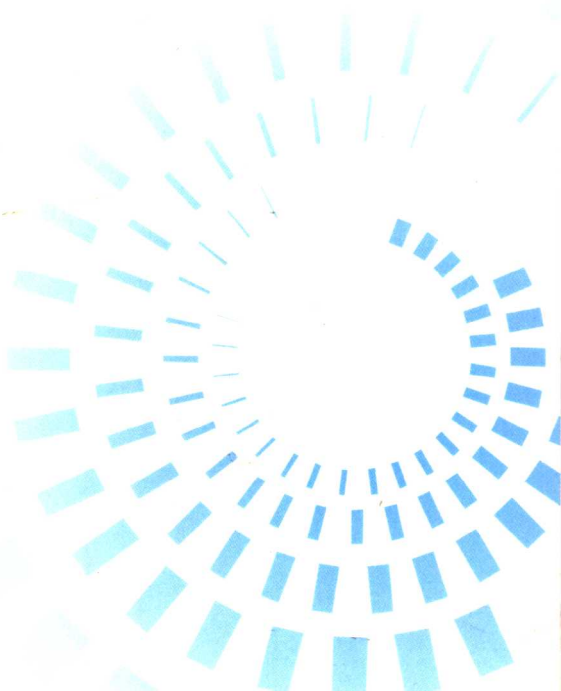
诉讼法文丛

程序超越体制

CHENGXU CHAOYUE TIZHI

◎ 高一飞 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



中国计算机学会推荐教材

程序超越体制

中国计算机学会推荐教材

曹一飞 / 著

清华大学出版社
Tsinghua University Press



HENG JIBEN LILUN YANJIU
HENG JIBEN LILUN YANJIU

诉讼法文丛

湖南省诉讼法重点学科资助出版

程序超越体制

CHENGXU CHAODYUE TIZHI

高一飞 \ 著 ●

中国法制出版社

责任编辑:王烈琦

图书在版编目(CIP)数据

程序超越体制/高一飞著. —北京:中国法制出版社,
2007. 1

(诉讼法文丛)

ISBN 978 - 7 - 80226 - 745 - 9

I. 程… II. 高… III. 刑事诉讼 - 诉讼程序 - 研究
IV. D915. 18

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 013658 号

程序超越体制

CHENGXU CHAOYUE TIZHI

著者/高一飞

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 2 月第 1 版

印张/12.25 字数/315 千

2007 年 2 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 745 - 9

定价:28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66033393

传真:66031119

编辑部电话:66010483

邮购部电话:66033288

作者简介

高一飞，湖南桃江人，男，1965年出生。湘潭大学教授、法学博士、美国丹佛大学博士后。湖南省重点学科诉讼法学科常务负责人、中国法学会刑事诉讼法学会理事。

1988年、1996年、2001年分别从西南政法大学（学院）本科、硕士研究生、博士研究生毕业并获得法学学士、硕士、博士学位。2003年8月至2004年8月由组织部门选派兼任重庆市渝北区人民检察院检察长助理。2004年12月—2005年12月为美国丹佛大学美中合作中心访问学者并获博士后证书。2000年、2005年分别被评为西南政法大学副教授、教授，2006年6月起被聘为湘潭大学教授。

现已出版个人独著《有组织犯罪问题专论》、《刑事简易程序研究》、《刑事法的中国特色研究》、《维护我们的权利》共4部，三人合著著作一部。参编著作、教材18部。在国内外发表论文130多篇。主持西南政法大学重点项目、最高人民检察院项目和国家社会科学基金项目各一项，参加福特基金会项目一项，获省部级科研成果奖一等奖、三等奖、优秀奖各一项。

除从事法学研究以外，另在《人民日报》、《中国青年报》、《解放日报》、《北京日报》、《法制日报》、《检察日报》、《新京报》、《南方都市报》、《中国改革》、《瞭望东方周刊》、《同舟共进》、《杂文月刊》等报刊发表评论文章100多篇。并在《检察日报》、《东方早报》开设个人评论专栏。

论文或者评论文章被《诉讼法学·司法制度》（人大复印资料）、《新华文摘》、《高等学校文科学术文摘》、《光明日报》、《南方周末》、《读者》、《杂文选刊》、《报刊文摘》等数十家报刊转载。

司法改革：程序可以超越体制（自序）

通常，我们把司法改革分为司法体制改革和司法程序改革。司法体制是司法机关的组织制度。司法程序是指司法活动应当遵循的具体步骤和规则。在司法改革过程中，最高人民法院发布了第一个五年改革纲要，全名为《人民法院五年改革纲要》（1999—2003），其结束时间为2003年。2005年10月26日，最高人民法院又发布了《人民法院第二个五年改革纲要（2004—2008）》。

在第一个五年改革纲要共50条的内容中，分为7个部分：（一）进一步深化审判方式改革，（二）建立符合审判工作规律的审判组织形式，（三）科学设置法院内设机构，（四）深化法院人事管理制度改革，（五）加强法院办公现代化建设，进一步提高司法效率和法院管理水平，（六）加强制度建设，健全监督机制，保障司法公正廉洁，（七）积极探索人民法院深层次的改革。我注意到，除了第一部分共11条属于程序改革以外，其他内容基本属于司法体制改革的范畴。

“二五”改革纲要的具体内容包括：一是改革和完善诉讼程序制度。二是改革和完善审判指导制度与法律统一适用机制。三是改革和完善执行体制与工作机制。四是改革和完善审判组织与审判机构。五是改革和完善司法审判管理与司法政务管理制度。六是改革和完善司法人事管理制度。七是改革和完善人民法院内部监督与接受外部监督的制度。八是继续探索人民法院体制改革。在八项改革措施中，属于程序改革的内容只有第一、二项，其他都属于司法体制改革的内容。这一方面反映了最高司法机关看到了司法体制改革的重要性和艰巨性；另一方面，也体现出明显的重体制改革轻程序改革的倾向。

在学术界也有类似的观点，认为司法改革应当同时突出体制改

革，光进行内部的程序改革，难以达到目的。贺卫方教授认为：“十多年来，有一些推动司法改革的人，他们的心中存在着一丝那样的想法，就是能否通过合理的司法技术的不断引入去逐渐推动中国的政治体制改革。例如提高法官的素质，改善证据制度，从而使得司法过程中人权能够得到更妥帖的保护；如何强化司法的公开和透明……凡此种种，我们相信这些技术化的改造肯定有助于推动一个公正司法制度的出现，从而强化人民对于司法体系的依赖。我们很希望能够逐渐通过一种公正的司法体系的建立，使得法院逐渐地成为法治社会中的权力枢纽，法官成为在政治层面上举足轻重的群体，那么过去我们面临的那些难题就解决了。”^①

我认为，司法体制改革与司法程序改革最好同时推进，而在司法体制无法进行改革的情况下，程序改革可以独立进行。

目前司法界和学术界所主张的重体制轻程序的改革是否合理，应当如何处理好司法体制改革与司法程序改革的关系？是不是真的要等到司法体制全部理顺了以后才更加重视程序改革和完善呢？

诚然，司法体制改革是程序改革的基础，确有完善的程序因为体制不宜而变桔为枳的情况，没有好的司法体制，再完善的程序也会被弃而不用。但是，我们丝毫也不能否认体制与程序有相互引导的作用、程序有时具有独立于体制的作用。我国台湾地区学者苏永钦教授的看法与我类似。他不同意贺卫方教授“透过司法改革成功达到体制改革”的想法，认为“透过司法改革成功达到体制改革的例子，情况还没有发生。”但是，另外一方面，他肯定司法制度与政治改革相互发生的积极作用，他说，“这里边一定会有一种良性互动，独立而有效率的司法有利于人民权利意识的增长，司法实践的法律价值和原则，不只有消极稳定社会的功能，也隐含了一股向上提升的积极力量，逐渐传导到其他部门，可以让政府学习到如何更

^① 贺卫方、苏永钦：《司法独立：一场没有终结的“革命”》，载《权衡》杂志2006年11月号。

妥适的响应社会的需要。”^① 所以，司法体制改革还有推动其他国家体制改革的意义，如由最高法院推动的司法考试制度就将过去计划经济年代的招考检察官、法官仅靠政治标准，改变为只有考试过关才能当检察官、法官的法律职业化标准，这对实现人事制度的公平，甚至于带动整个干部选拔制度都具有重要意义。

英国向澳大利亚移民的时候，当初在英国出发的码头查点人数，根据人数支付运输费给船主。结果被运送的人大量死亡在途中。英国加强了所谓的监督措施，依然无效。后来，英国人将查点人头、支付运费的地点，改在到达澳大利亚的港口。情况一下子就改变了，死亡的人数锐减，甚至整船整船的人都无一伤亡。说到程序的价值，人们自然还会想到美国学者罗尔斯所举的一位母亲分蛋糕的故事：“分蛋糕者后选蛋糕”。这也充分展示了程序的价值。可见，在同样的体制之下，程序的意义至少不会消耗体制的作用，只会产生比原来更好的效果。

最高人民法院院长肖扬曾总结现行司法制度存在的问题，主要是司法权力地方化、审判活动行政化、法官职业大众化。前两者简单地说就是司法难以独立，但这两大问题却可以通过一个程序得到一定程度上的解决，那就是集中审判。以刑事审判为例，一个即将审理的案件在事前不确定由哪几位法官审理，而是在开庭或者即将开庭的当天或者前一天突然选任法官；开庭后案件不能中断审理；当庭判决。特殊案件在必要时进行全封闭式审理，法官不能回家，由法警监督到特定的旅馆休息，与外界不能有通讯联络、不能接触他人和获得新闻。违背上述程序的只能进行“程序更新”，即原审无效，重新组成审判组织进行审理。

其实，在美国的陪审团审理案件就是这么做的。在这样一种环境之下，其他机关的干预、当事人的说情与腐蚀就都不可能发生，司法自然更加独立。而第三个问题，法官职业化的问题也会得到一定的缓解：好的规则会使好人不会变坏、使坏人变好。总之，使法

^① 贺卫方、苏永钦：《司法独立：一场没有终结的“革命”》，载《权衡》杂志2006年11月号。

官减少了不公正的机会。

当然，这样的集中审理只有与起诉书一本主义、庭审法官不可更换制度、审判公开、迅速审判、法官中立等一系列的程序制度配合起来才能起作用，但这不更加说明了程序的意义和重要性吗？一项程序的改革还可以带动其他程序的改革；也会促使司法体制发生变化——在这样一种情况之下，打招呼、递条子、说情、行贿就没有了意义。

孙中山先生曾经编写名为《民权初步》的会议规则，当时的“体制”也许并不合适这种程序，但是他却认识到了这些程序的独立意义。

孙中山先生从“临时集会之组织法”、“永久社会之成立法”、“议事之秩序并数额”到“动议”的提出、讨论、表决、搁置、延期、付委的方法和原则乃至“修正”议案的方法，等等，详详细细地写了二十章，最后还附了一个“章程规则”的样本，以便国民需要时仿用。《民权初步》又名《会议通则》。孙先生写了此书惟恐国人不解其意，不予重视，并再三劝导：“此书譬之兵家之操典，化学之公式，非流览诵读之书，乃习练演试之书也。”“凡欲负国民之责任者，不可不习此书。凡欲固结吾国之心人，纠合吾国之民力者，不可不熟习此书。”有些人将《民权初步》视为“可笑的程序”、“繁琐哲学”，但章太炎指出该书系大总统“有忧”之作。

孙中山的这本著作，据说根据的是《罗伯特议事规则》^①，这是一套西方社会通行的会议操作程序，罗伯特自称，他痛感于25岁那年主持的一次会议的失败，觉得议事的成效实在太重要了，必须有

^① 在西雅图附近的圣·璜群岛有一个纪念碑，上面镌刻有罗伯特（Henry Martyn Robert, 1837-1923）的名字，记载着历史上的一件趣事。美国和加拿大（当时在宗主国英国的统治下）的居民为一只猪产生争执，后来几乎引发成两国之间的战争，世称Pig War的冷战（1859-1872），最终由德国的威廉一世调停得而化解。其间双方曾遭军对峙一年多，在剑拔弩张的时期，罗伯特刚从西点军校工程兵种毕业不久，以见习军官的身份驻扎于此地。由于表现卓越，罗伯特最终升任为陆军后勤总监，官拜中将，是工程兵所能达到的最高军阶。他可能是少数不曾亲手杀过人也计划杀过人的美国名将之一，其永垂史册的杰作就是“罗伯特议事规则”。参见孙涤：《通过议事程序来实现民主制衡》，载《南方周末》2006年10月19日。

规则可依。29岁时他出版了《议事规则》。该书意义深远，并且立即为人们所认识，影响迅速扩大，被接受为各类会议的议事准则。《议事规则》同年就有了第二版；罗伯特于1915年订立了第四版，内容大为扩充和完善。由于他的独特贡献，书的名字也早就被公认为《罗伯特议事规则》（Robert's Rules of Order）了。当今世界受惠于罗伯特先生甚厚，无论是公共领域中的联合国大会、欧盟议会、美国国会的议事程序，还是私人领域里如上市公司、合伙小店、兴趣团体、学校班会等的议事章程，无不以罗伯特总结的议事规则为依据和蓝本。而议事规则也成了一门专门的学问，在欧美造就了许多议事规则学的专家和专业协会。

在司法活动中，因为“议事规则”这样看起来小的程序的变化，导致的可能是整个案件的公正性也发生彻底的变化。

根据最高法院的司法改革纲要，在刑事审判中，法官临时选任程序、起诉书一本主义、庭审不间断原则完全没有规定；庭审法官只是一般不得更换（最高法院发布的《合议庭规则》）；人民法院开庭审判的案件，只是要求“应当逐步提高当庭宣判率”（第一个五年改革纲要第12条）。在这样一种没有将程序封闭起来的审判中，就算有再好的体制，再好的法官，又怎能避免地方化和行政化呢，因为不完善的程序给了不当干预充分的时间和空间。

从集中审判一例中，我们还可以发现，程序改革与法院人、财、物管理体制改革不同的是，它更加单纯、独立，这种改革是程序的自我完善，它不必担心在与其他机关和部门的关系上牵一发而动全身，恰恰是最高法院可以大有作为而易见成效的改革。而体制改革则不同，需要宪政体制、人事体制、政府管理体制等各方面的改革。如法院财政独立和人事独立，先要有财政体制和人事体制改革。靠法院内部的改革，这些目标很难实现。所以一味等待体制之变，而忽略程序的意义，是没有必要的。

其实，在很多情况下，程序可以超越体制，组织体制有时奈何不了程序的稳定性，就如在美国，总统提名的独立检察官最后却成了弹劾总统的对手，而同样是由总统提名、国会确认的法官又可以铁面无情地审判总统，这都源于程序的力量让活的人有时改变不了

定死的规则。在这样的情况下，我们在司法改革的目标确立方面，为什么不偏重在简单、有效而又特别必要的方面作更大的努力呢？当然，我们在程序方面的改革规定也有很多，所作的努力也取得了一些效果。但是，我们还大可以在程序改革的措施方面树立更高的目标，在改革的力度方面更加深入、彻底，而完善集中审判及其相关制度就是一个很好的切入点。

目 录

司法改革:程序可以超越体制(自序)	(1)
第一篇 刑事司法的基本理念	(1)
第一章 我国法律对待口供的应有立场	(1)
一、合理界定口供:口供仅仅包括供述	(1)
二、应当合法取证:非法口供应当排除	(2)
三、不能轻信口供:确立口供补强规则	(7)
四、充分使用口供:口供是证据之一	(10)
五、供述不是义务:沉默是一种权利	(12)
第二章 刑法宽容的理由	(18)
一、不能因追求犯罪化而牺牲基本人权	(18)
二、刑法不可能尽数审判所有不道德行为	(20)
三、难以认定的行为入罪难免冤及无辜	(23)
四、犯罪化应当考虑刑法的公平性要求	(24)
第三章 我国检察改革应当处理的五大关系	(26)
一、检察制度与宪政体制的关系	(26)
二、隐形程序与法律规则的关系	(31)
三、打击犯罪与维护公正的关系	(34)
四、检察一体与检察独立的关系	(36)
五、检察机关与侦查机关的关系	(40)
第四章 构建刑事司法审查制度的三个基本问题	(46)
一、构建刑事司法审查制度的进路选择	(47)
二、构建刑事司法审查制度的障碍分析	(49)

三、构建刑事司法审查制度的制度预置	(53)
第五章 性贿赂不能入罪源于证据障碍	(56)
一、要求性贿赂入罪的呼声越来越高	(57)
二、联合国公约是否要求性贿赂入罪	(59)
三、国外立法是否将性贿赂入罪	(61)
四、性贿赂不能入罪源于证据障碍	(64)
第二篇 死刑的司法制度问题	(68)
第六章 人道对死刑的诘难	(68)
一、什么是对罪犯的人道	(68)
二、死刑为什么不人道	(70)
三、不人道是废除死刑的惟一理由	(73)
四、不人道是废除死刑的充足理由吗	(75)
第七章 世界死刑立法和司法的最新动向	(78)
一、大赦国际与废除死刑	(79)
二、2005 年 10 月 4 日止废除和保留死刑的国家	(80)
三、1976 年以来世界各国废除死刑的情况	(81)
四、2004 年世界各国死刑裁判和执行情况	(83)
第八章 美国死刑的程序考察	(84)
一、严格控制死刑的起诉	(85)
二、陪审团决定死刑的量刑	(87)
三、死刑案件中被告人的辩护权	(92)
四、死刑裁判后的救济程序	(94)
五、死刑执行的方法和期限	(96)
第九章 收回复核权前提下的死刑复核程序改革	(100)
一、死刑复核庭的组织和运行应当改革	(101)
二、死刑复核程序应当从秘密走向公开	(106)
三、死刑复核情况的统计数据应当公开	(109)
第十章 美国死刑犯被错杀的启示	(113)

第三篇 程序公正与权力制约	(117)
第十一章 审前羁押基本问题研究	(117)
一、审前羁押的性质	(117)
二、审前羁押的前提	(120)
三、审前羁押的决定	(123)
四、审前羁押的理由	(127)
五、审前羁押的期限	(131)
六、审前羁押的救济	(137)
七、我国审前羁押立法	(142)
第十二章 刑事司法中的专案组分析	(149)
一、专案组的组成形式	(149)
二、专案组办案的本质	(151)
三、专案组办案的弊端	(152)
四、专案组办案的过渡性	(154)
第十三章 美国的证人保护制度	(155)
一、证人保护项目的实施情况	(156)
二、证人保护项目的主要内容	(158)
三、证人保护项目面临的挑战	(161)
第十四章 检察权行使中的民众参与	(162)
一、民众参与检察的模式	(162)
二、人民监督员制度的正当性	(170)
三、完善人民监督员制度的思考	(172)
第十五章 侦查权多重制约体系的构建	(176)
一、侦查权制约体系的现状考察	(177)
二、侦查权制约重构的理念基础	(181)
三、侦查权制约重构的制度基础	(183)
四、侦查权制约的体制重构	(185)
第四篇 司法体制比较与借鉴	(191)
第十六章 陪审制度与基本政治伦理	(191)

一、陪审制度与民主	(192)
二、陪审制度与公正	(195)
三、陪审制度与自由	(197)
四、陪审制度与人道	(200)
五、我国参审制存在的合理性与过渡性	(204)
第十七章 美国陪审团审判观察(上)	(209)
一、为什么需要陪审团	(210)
二、陪审员与我一样排队进法院	(211)
三、候选陪审员从普通人中选出来	(212)
四、所有人向法庭上的候选陪审员起立	(213)
五、通过提问排除和选择陪审员	(214)
六、陪审员在庭审过程中一言不发	(214)
七、密室中的评议与决定神秘而权威	(215)
第十八章 美国陪审团审判观察(下)	(216)
一、把握陪审员的心理感受很重要	(216)
二、陪审员在法庭上睡着了怎么办	(217)
三、旁听亲属和被告人的形象也能影响裁决的结果	(218)
四、法官可以在庭上向证人和控辩双方提问	(219)
五、警察当然应当出庭作证而且具有双重身份	(220)
六、败诉的检察官满脸通红像一个犯错的孩子	(221)
七、进出法院时的安检并不是想象的那么严格	(221)
八、判决后陪审员可以谈自己的想法和评议的情况	(222)
第十九章 美国科罗拉多州的法官制度	(223)
一、科州法官优选制度	(224)
二、科州法官制度的意义	(229)
三、科州法官制度的启示	(231)
第二十章 中美律师资格制度的比较	(234)
一、取得律师资格人员的总体情况	(235)
二、律师资格的教育背景要求	(237)

三、法律考试的主考部门	(239)
四、法律考试的内容结构	(242)
五、法律考试的通过比率	(243)
六、律师资格与法律职业资格	(245)
七、扩大律师群体有利法治进程	(247)
第二十一章 美国被指控者律师帮助权的百年历程	(250)
一、1932 年:死刑案件须有律师帮助	(251)
二、1963 年:重罪案件须有律师帮助	(253)
三、1972 年:所有案件都须有律师帮助	(254)
第五篇 司法程序改革与完善	(255)
第二十二章 我国简易程序体系的重构	(255)
一、境外简易程序体系及其特点	(255)
二、我国简易程序体系的现状	(267)
三、我国简易程序体系的重构	(275)
第二十三章 “从技术到制度”:我国量刑程序改革述论 ...	(289)
一、量刑的“司法化”——确立量刑听证制度	(289)
二、量刑的“精密化”——制定量刑指南	(292)
三、量刑的“现代化”——革新量刑技术	(298)
四、量刑的“透明化”——公开量刑过程与理由	(300)
第二十四章 公诉与自诉关系研究	(302)
一、追诉权分配与立法模式	(302)
二、我国自诉与公诉关系的现状与问题	(306)
三、完善我国自诉制度的构想	(313)
第二十五章 庭审法官同一原则的确立	(316)
一、庭审法官同一原则的含义及程序机制	(316)
二、庭审法官同一原则的理论基础	(318)
三、中国应当确立庭审法官同一原则	(322)
第六篇 媒体与司法关系的艰难协调	(326)
第二十六章 媒体与司法复杂关系与简单关系	(326)

一、司法与媒体的复杂关系	(327)
二、司法与媒体的简单关系	(329)
三、司法靠程序自我完善避免媒体的影响	(334)
四、媒体积极影响司法公正和社会公正	(338)
五、媒体与司法关系的协调机制	(341)
六、司法应当尽可能向媒体公开	(344)
第二十七章 中国的科比案:评黄静案中的媒体与司法	(345)
一、黄静裸死案:中国的科比案	(347)
二、司法中的媒体:至少享有普通公民权利	(349)
三、公开审判:媒体要有抗辩权	(350)
四、司法中媒体的意义:推动社会民主与司法公正	(353)
第二十八章 庭审直播问题的法理与规则	(355)
一、认可庭审直播有一个历史的过程	(356)
二、为什么应当允许和鼓励庭审直播	(359)
三、庭审直播的决定程序和行为规范	(365)
后 记	(371)