

明德青年法学文库



程序合法性研究

以刑事诉讼法为范例

李奋飞 著



法律出版社

PDG



明德青年法学文库

程序合法性研究 以刑事诉讼法为范例

本书在充分论证程序合法性正当性的基础上，结合案例围绕程序合法性的保障问题——程序违法的遏制和制裁问题进行了系统探讨；分析了程序违法的立法成因以及中国现行程序性制裁制度存在的内在缺陷，并就程序性制裁制度的完善提出了较为可行的建议；讨论了与程序性制裁有关的三个重要的司法制度，即确保审判权的独立行使、司法审查机制之构建以及辩护制度之完善。该研究对于时下正在进行的刑事诉讼法的再修改工作具有积极作用。

上架建议：刑事诉讼法学



独角兽工作室

装帧设计

ISBN 978-7-5118-2415-8



9 787511 824158 >

定价：45.00元

明德表年法学文库

2

程序合法性研究

以刑事诉讼法为范例

李奋飞 著



法律出版社

PDG

图书在版编目(CIP)数据

程序合法性研究:以刑事诉讼法为范例 / 李奋飞著.

—北京:法律出版社,2011.11

(明德青年法学文库)

ISBN 978-7-5118-2415-8

I. ①程… II. ①李… III. ①刑事诉讼—诉讼程序—
研究—中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 164751 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/财税出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/吕亚莉
开本/720 毫米×960 毫米 1/16	印张/17.75 字数/358 千
版本/2011 年 11 月第 1 版	印次/2011 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-2415-8	定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



李奋飞 1972年5月生，河南上蔡县人。1995年毕业于河南农业大学获理学学士；2001年、2004年毕业于中国人民大学，分别获法学硕士、博士学位。现为中国人民大学法学院副教授。兼任中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心副主任、中国人民大学律师业务研究所副所长、中国人民大学刑事法律科学研究中心专职研究员、中国人民大学多元化纠纷解决研究中心研究员。

代表性学术成果：《失灵——中国刑事程序的当代命运》（上海三联书店2009年版）、《〈刑事诉讼法〉法律法规精释》（中国人民大学出版社2010年版）、《有一种力量——转型社会的法治细节》（上海三联书店2011年版）等。在《法学研究》、《中国法学》、《政法论坛》、《法学》、《法学家》、《法制日报》、《检察日报》、《中国检察官》等报刊上发表学术论文及随笔70余篇，出版法学著作和法学教材10余部。



导 言	1
第一章 程序合法性之概说	7
第一节 基本内涵	7
第二节 历史嬗变	10
第三节 诉讼地位	15
第二章 程序合法性之根基	19
第一节 法治理论	19
第二节 分权制衡理论	26
第三节 人性理论	35
第四节 人权保障理论	41
第三章 程序合法性之价值	51
第一节 刑事程序价值之概说	51
第二节 程序合法性之结果价值	59
第三节 程序合法性之过程价值	87
第四章 程序合法性之违反	103
第一节 程序性违法的主要表现	103
第二节 程序性违法的本质危害	126

第三节 程序性违法的立法成因	127
第五章 程序合法性之保障(一)	141
第一节 遏制程序性违法之路径选择	141
第二节 现行程序性制裁制度之缺陷	150
第三节 程序性制裁制度之重构	169
第六章 程序合法性之保障(二)	205
第一节 确保司法权的独立行使	205
第二节 司法审查机制之建构	218
第三节 辩护制度之完善	233
主要参考文献	257
关于“程序”的断想(代后记)	265
致 谢	271



导 言

现代刑事诉讼的一个主要问题是如何组织对程序性违法的制裁。

作为一种“孤立的个人反对统治关系的斗争”^①,犯罪不仅是对被害人个人权益的侵害,而且还是对整个社会法律秩序的威胁。正因为如此,犯罪使个人处于整个社会的对立面。“为了惩罚他,社会有权作为一个整体来反对他。这是一种不平等的斗争,因为一切力量、一切权力和一切权利都属于一方。之所以如此,是因为这里涉及保护每个人的问题。”^②

在现代绝大多数国家,对犯罪行为的追究一般不再由直接遭受犯罪行为侵犯的被害人来承担,而是由国家专门设立的机构通过刑事诉讼程序来进行,即“由国家权力而非冲突主体”通过一套法定的诉讼程序来开展对犯罪的追诉。这种法定诉讼程序的存在,使得对犯罪的追诉在很大程度上摆脱了血腥、暴力和不确定。这也是人类社会走向文明、进步、人道的重要标志,反映了刑事司法程序的理性化及人类对自身价值和尊严认识的提高。与此同时,现代的刑事诉讼法已不再仅仅被看做“惩罚犯罪、打击犯罪”的法律,它同时也是为了从程序上规范、限制国家的惩罚权,以保障公民的基本人权,特别是人身自由不受国家的非法侵犯。正因为如此,现代法治国家普遍要求公共权力的行使者按照法定的诉讼程序进行诉讼活动,以及在违反法定程序的情况下承担相应的法律责任。

中国从十一届三中全会以来,特别是党的十四大提出建

① 《马克思恩格斯全集》(第3卷),第379页。

② [法]米歇尔·福柯著:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,三联书店2003年版,第99~100页。

立社会主义法治国家的目标以来,刑事司法的法治化取得了举世瞩目的成就,突出表现为1996年修改后的《刑事诉讼法》在加强对被告人权利保障方面取得了重大进展。作为这次改革的主要成果,“未经人民法院依法判决对任何人不得确定有罪”、“疑罪从无”等基本的诉讼原则得到了一定的贯彻,当事人尤其是被告人的诉讼主体地位也有了一定程度的改善。与此相适应,在司法人员中普遍存在的“重实体、轻程序”、“重打击、轻保护”的诉讼意识有所改变,刑事诉讼中公共权力的行使者赤裸裸地、公然地违反法定程序的情况比以前有所减少。更值得一提的是,诉讼法学界包括整个法学界对诉讼程序的价值有了新的认识,基本上改变了“刑事司法就是对敌斗争”、“司法公正就是实体公正”的观念。越来越多的刑事诉讼法学者已经逐步认识到,“程序不是刑事实体的影子,而且可以使刑事实体美化或丑化的独立的力量。从实效性的角度看,程序比刑事实体能更直接触动社会的神经,能更直接体现刑事诉讼活动是公正、正义的,还是偏私、罪恶的。”“一项法律程序或者法律实施过程是否具有正当性和合理性,不仅看它能否有助于产生正确的结果,而且看它能否保护一些独立的内在价值。”

但是,我们也不能忽视,在中国刑事诉讼中,程序合法性的贯彻还很不彻底。尤其表现在,违反程序合法性的现象还相当严重。近年来,无论从媒体的报道来看,还是从人们的感觉来讲,诸如刑讯逼供、违法取证、超期羁押、随意剥夺或限制当事人及其委托人的诉讼权利等违反程序合法性的现象,还是时有发生,甚至是相当严重的。不过,媒体所揭露出来的程序违法行为,大多是那些造成了严重后果的行为(如导致冤假错案的刑讯逼供),而对于大量的可能没有造成什么严重后果的程序违法行为(如违反法定程序的搜查、扣押行为),则基本上为人们所忽视。程序违法行为的大量存在,不仅客观上妨碍了程序正义的实现,增加了产生不公正诉讼结果的概率,从而使得程序的固有价值与程序的工具价值都无法实现,也严重地损害了公安、司法机关的形象,破坏了法律秩序的安定性和纯洁性,甚至已成为我国刑事法治路上的绊脚石。毕竟,在一个逐步走向法治化的社会里,公共权力机构以合法的方式行使权力乃是维持法治秩序的基础。正因为如此,在我国,程序违法行为的遏制问题已经引起社会各界的极大关注,^①这与人们对刑事诉讼乃是制约公权、保障人权的合理预期有着密切的联系。

近年来,围绕着如何遏制和制裁一些具体的程序性违法行为(如超期羁押的治理、刑讯逼供的遏制),中国诉讼法学界已经倾注了大量的学术资源,并提出了各种

^① 在笔者看来,这种关注突出地表现在以下几个方面:(1)以往各级人大常委会对司法机关刑事司法活动所进行的法律监督主要集中在实体法方面,即主要检查有无放纵犯罪或冤枉无辜的现象,对程序是否违法方面的检查监督则重视不够,现在许多地方人大机关也开始重视对刑事诉讼法的实施进行监督,有的地方还专门对刑事诉讼法的实施情况进行专项执法检查,有的地方把严重违法法定程序的案件

在实务部门看来略显超前的观点。^①在这些研究成果中,主张建立程序性违法的程序性法律后果、^②实施程序性制裁^③以及把刑事侦查权纳入司法权的控制之下^④的观点颇为引人注目。对于这些观点,我是完全赞同的。不过,在我看来,要从根本上树立程序合法性的观念,我们绝不能只是就事论事,还应该对程序合法性的理论根基及其价值底蕴进行深入的论证。在此基础上,我们还必须对遏制程序性违法的路径选择和制度建构等作进一步的研究和论证。

本文分程序合法性之概说、程序合法性之根基、程序合法性之价值、程序合法性之违反、程序合法性之保障(一)以及程序合法性之保障(二)等六章:

第一章,程序合法性之概说。本章分析了程序合法性的基本含义、历史嬗变以及在刑事诉讼中的基础地位。

本文中的程序合法性,主要是指刑事诉讼实践中的合法,而一般不涉及刑事诉讼规则创制上的合法。在刑事诉讼中,程序合法性原则经历了从“形式意义上的合法”到“实体意义上的合法”之嬗变。

程序合法性是法治社会的基石。首先,它是一个基本原则,贯穿于整个刑事诉讼过程的始终,而非仅仅适用于诉讼的某一个阶段或某一个环节;其次,它还是一个普遍性的原则,反映了现代社会进行刑事诉讼活动的共同特征及其规律,并为当今大多数法治国家进行刑事诉讼活动所确认和遵循;最后,它还是一个公理性的原则,对于平衡国家与公民个人的关系,限制和规范国家权力,确认和保障公民个人的基本权利和自由具有普遍的、绝对的价值。

纳入个案监督的范围。(2)为维护国家法律的严肃性,保障刑事诉讼活动的顺利进行,保护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,1998年10月19日,专门下发了最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于严格执行刑事诉讼法关于对犯罪嫌疑人、被告人羁押期限的规定坚决纠正超期羁押问题的通知》,要求各级司法机关必须采取有效措施,对犯罪嫌疑人、被告人超期羁押的问题坚决予以纠正。(3)前公安部部长贾春旺在2002年的全国公安厅局纪委书记会议上就重申,“今后,凡是省级公安机关一年内发生两起刑讯逼供或两起滥用枪支警械致人死亡案件的,或者各发生一起致人死亡案件的,所在省、自治区、直辖市公安厅局长必须到公安部检讨、检查。”(4)为了遏制警察刑讯,有些地方出台了严厉的惩戒措施。例如,浙江就出台了《浙江省公安民警刑讯逼供行为的处理办法》。根据该办法的规定,浙江省公安系统的警务人员在办案过程中,有刑讯逼供者,无论致人重伤或是轻伤,直接参与的民警和指使、授意民警刑讯逼供的领导均一律开除。对办案单位的当班领导和负有直接责任的领导以及主要负责人,则分别予以行政降级和行政记大过处分;情节严重的,分别予以撤职和降级处分。对县(市、区)公安局主管副局长和负有直接责任的领导,分别予以行政记过和行政警告处分;情节严重的,分别予以行政降级和行政记大过处分。

① 为了有效遏制刑讯逼供,不少人都主张赋予犯罪嫌疑人以沉默权和律师在场权,对讯问进行同步录音、录像,将侦查权与羁押权分离,等等。

② 王敏远:“论违反刑事诉讼程序的程序性后果”,载《中国法学》1994年第3期。

③ 陈瑞华:“程序性制裁制度研究”,载《中外法学》2003年第4期。

④ 陈卫东、李奋飞:“论侦查权的司法控制”,载《政法论坛》2000年第6期。

第二章,程序合法性之根基。本章深入探讨了程序合法性的四个理论根基:法治理论、分权制衡理论、人性恶理论以及人权保障理论。

法治的核心在于控制公共权力,围绕着这一核心,现代各国要求国家权力的行使应以法律授权为界限,只有法律才是也应该成为权力设定的唯一根据,即法律之外没有权力。法治原则所蕴涵的内容与程序合法性相辅相成,这使得法治原则不仅可以成为程序合法性的理论依据,而且它也是保障程序合法性得以实现的前提。

分权制衡的本质在于强调权力的相互制约——以权力约束权力。正因为如此,使得分权制衡理论成为程序合法性的理论根基。程序合法性要求刑事诉讼中公共权力的行使者严格遵守立法机关颁布的法定诉讼程序,表明执法者不仅没有权力为自己设定行为规范,更不能在诉讼中胡作非为、任意行事。这正是权力制约的体现,也是权力制约原则在刑事诉讼中的具体化。

在程序合法性的背后,有着深刻的人性基础。尽管人性的善恶是一个难以证实的问题,但是,“与其相信人性善,不如相信人性恶”。因为,只有以人性恶为理论基础,程序合法性才能得到人们的重视,刑事诉讼法才能真正以仁慈的面目出现。

在人权的法律保障中,刑事诉讼法由于其所具有的控权属性,可以通过对国家权力的限制来达到人权保护的目的。刑事诉讼中的人权保障是通过限定公共权力的行使范围,使其只能在法律允许的权限范围内实施诉讼行为来完成的。如果没有这些规范和限制,公民在诉讼中的基本人权就无法得到保障。正是在此意义上,人权保障理论构成了程序合法性的理论基础。

第三章,程序合法性之价值。本章在对价值及刑事程序价值学说进行系统梳理的基础上,重点探讨了两个问题:程序合法性的结果价值、程序合法性的过程价值。

程序合法性的结果价值,是指这一原则在形成某一公正裁判结果方面是否有用或有效的价值标准。在此,评价公正结果的标准是独立的,它们主要是实体正义等价值。对案件事实真相最大限度地揭示,是实现实体正义的基础。

程序合法性的过程价值主要体现在,它可以通过抑制裁判者的随意性和片面性,来实现以更可靠的方式发现案件事实的目标。在程序合法性与结果价值的实现之间并不是在任何时候都能建立起畅通无阻的现实桥梁的。

因此,仅仅将程序的结果价值——实体正义——当做程序合法性的价值底蕴是远远不够的,还必须将程序的过程价值即程序正义作为程序合法性的价值基础。程序合法性的过程价值主要体现在,它不仅有利于提高程序法的独立价值,而且它本身就是矫正控辩不平衡——实现程序正义——的一个重要手段。

第四章,程序合法性之违反。本章在对中国刑事诉讼中典型的程序性违法进行系统描述的基础上,对其立法成因进行全新的解释,深入探讨和论证了为刑事诉讼法律规范注入制裁性要素的必要性。

PDG

在中国的刑事司法实践中,公检法机关及其工作人员违反程序合法性的现象(即程序性违法现象)还相当普遍。其实,程序性违法也是一种违法行为,它不仅在多数情况下可能会对诉讼参与人尤其是犯罪嫌疑人、被告人的基本权利造成侵害,而且在有些情况下还将造成刑事诉讼资源的极大浪费,甚至可能造成大量的冤假错案。但是,这些危害并不是程序性违法的本质危害,程序性违法的本质危害表现在它对法秩序的破坏上。

程序性违法大量产生的立法根源在于,中国的刑事诉讼法某种程度上可以说是一部缺乏制裁,违法之后没有不利后果的法律。现行法律针对刑事诉讼法律规范建立了两大类制裁:一类是实体性制裁。这类制裁本质上是个人责任,由程序性违法行为实施者个人来承担,主要有国家赔偿、纪律处分、刑事制裁;另一类是程序性制裁,这类制裁并不直接表达为对程序性违法行为实施者个人实体利益的剥夺,而是表现为“剥夺通过违法行为所获得的利益”,或者“要求司法机关程序重作”等程序性法律责任。现行的《刑事诉讼法》和相关司法解释规定了两种程序性制裁:一种是发回重审;另一种是非法证据排除。但是,现行的程序性制裁适用的范围非常有限,而实体性制裁也只能针对刑事诉讼法中极小的一部分程序性违法发挥制裁作用,这使得大量的刑事诉讼法律规范存在较为严重的逻辑缺失。由于违反之后没有不利的后果,因此诱发了执法者实施程序性违法的心理动因,程序性违法的大量产生也将不可避免。

第五章,程序合法性之保障(一)。本章对遏制程序性违法的路径选择、我国现行程序性制裁制度的内在缺陷以及重构程序性制裁的理论思路进行了深入分析。

要从根本上遏制程序性违法,就必须使刑事诉讼法成为真正的“法律”。为此,必须为中国的刑事诉讼法律规范注入制裁性要素。而要为刑事诉讼法律规范注入制裁性要素,必须走“以程序性制裁为中心”的道路。这是因为,与实体性制裁相比,程序性制裁具有一些独特的优势。这些优势使得程序性制裁能够发挥很好的一般预防效果。与实体性制裁相比,程序性制裁具有以下几个方面的优势:(1)适用范围更具广泛性;(2)实施结果更具可靠性;(3)消除违法动机更具彻底性;(4)更加符合权利救济的目的。

中国现行的程序性制裁在司法实践中流于形式的根本原因,不仅在于程序性法律后果本身存在诸多缺陷,也在于缺乏实施程序性制裁的程序性裁判机制。在刑事诉讼法中重构中国的程序性制裁体系,应围绕以下两个方面进行:一是重建中国的程序性法律后果体系。为此,必须对我国现行的程序性制裁制度进行一些创造性改造,探索建立一些新的程序性制裁方式,目的是明确和扩大程序性制裁的适用范围,使得那些较为严重的程序性违法都能够纳入程序性制裁的轨道。二是完善程序性制裁的实施机制。为此,必须建立和完善针对诉讼程序的合法性、诉讼申请的可成

立性,加以裁判的诉讼程序和证据规则,使得程序性制裁的实施问题能够被纳入“诉讼”的轨道。

第六章,程序合法性之保障(二)。要确保程序性制裁制度的有效实施,除了要重构中国的程序性制裁体系之外,还应该重构中国的司法制度。

程序性制裁会导致警察、检察官甚至法官因为违反程序规则直接承担不利的法律后果。因此,必须确保法院和法官能够独立行使裁判权。为此,必须改善党对司法工作的领导方式、理顺法院与人民代表大会(以下简称人大)的关系、规范法院上下级的关系、合理定位检查权的性质、协调传媒与司法的关系、改革审判委员会制度并解决好行政管理职能和司法审判职能之间的关系。

要在审前程序中实施程序性制裁,必须借鉴西方国家的做法,在中国的侦查程序中建立一种针对警察、检察官、法官所实施的诉讼行为合法性的司法审查机制,使得警察、检察官所实施的涉及限制公民基本权益和自由的诉讼行为,能够纳入法院的司法裁判范围。

程序性制裁的实施需要律师的有效参与,为此必须扩大刑事法律援助的适用范围,至少应当将目前强制辩护适用的案件范围延伸到侦查阶段。除了要让更多的人能够获得律师帮助以外,还要让他们能够获得律师的有效帮助。为此,必须对侦查阶段律师的诉讼地位作出明确的规定,并赋予其更多地参与侦查程序的权利。如律师在场权、调查取证权等。当然,要想让律师能够大胆地“为权利而斗争”,还应该加强对辩护律师的人身权保护。



第一章 程序合法性之概说

第一节 基本内涵

对于什么是程序合法性?^① 目前中国的诉讼理论界主要有以下几种代表性观点:

第一种观点认为,刑事程序合法性原则既要求国家机关在追究刑事责任时必须依据法律的明确授权,遵守明定的法律程序方得为之,不依法定程序进行的诉讼行为均应承担相应的法律后果(实体无效、程序无效或纪律惩戒)。该原则规范的对象既包括立法活动,也包括广义上的执法活动。一方面程序合法性原则作为宪法原则要求剥夺、限制人身自由与财产的刑事程序事项仅能由事先确定的法律规定。这里所谓的“法律”在英美法系主要体现为“司法法”辅之以成文法,而在大陆法系国家主要是立法机关制定的成文法,辅之以宪法法院或最高法院的判例。另一方面程序合法性原则作为刑事诉讼原则又要求执法人员包括侦查人员、检察官、法官严格遵守法定程序,“无程序则无处罚”。^②

第二种观点认为,程序法定原则是现代刑事诉讼的基本要求,它包括两层含义:一是立法方面的要求,即刑事诉讼程序应当由法律事先明确规定;二是司法方面的要求,即刑事诉讼活动应当依据国家法律规定的刑事程序来进行。^③

第三种观点认为,所谓程序法定原则,也被称为法定刑

① 程序合法性,也称程序法定或程序法制。

② 陈卫东、陈雷:“刑事程序合法性原则论纲”,载《法律科学》2004年第1期。

③ 宋英辉主编:《刑事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第71页。

事诉讼程序原则,是指国家刑事司法机关的职权及其追究犯罪、惩罚犯罪的程序,都只能由作为国民代表集合体的立法机关所制定的法律即刑事诉讼法来加以明确规定,刑事诉讼法没有明确赋予的职权,司法机关不得行使;司法机关也不得违背刑事诉讼法所明确设定的程序规则而任意决定诉讼的进程。^①

第四种观点认为,程序法定原则的基本内容有两点:一是为了追究犯罪和保障人权,国家应当通过立法明确规定刑事程序,例如,大陆法系国家不厌其详地以法典化的方式对刑事程序的基本方面进行具体、周密的规定,就是刑事程序法定原则在立法上的具体表现;二是侦查、起诉、审判机关采取限制人身自由、损害财产权益等诉讼中的强制措施以及给个人定罪判刑时,必须遵守代议机关制定的反映民众意愿的法律所规定的程序。在法定的程序以外,政府无权对任何人判处刑罚或者使其承受相当于刑罚的待遇。^②

应当说,上述几种大同小异的观点已经道出了程序合法性的基本内涵,但是,为了厘清本文之研究范围,笔者在此不妨重新界定一下程序合法性的内涵。本文中的程序合法性,主要是指,在刑事诉讼中,作为公共权力的行使者,公、检、法机关及其工作人员必须遵守“法定的程序规则”。这一界定与人们通常对合法性的理解是一致的。按照通常的理解,合法性的基本含义就是,执法者在执法过程中必须依照既定的法律规定办事。这是为主持公正所必须的最低限度的诉讼程序条件,尤其包含在“自然公正”或“法律的正当程序”概念里的那些条件。按照菲利普、塞尔兹尼克、杰罗姆、斯科尔尼克等人的观点,合法性原则乃是司法实践的首要目标。^③

不过,这里需要进一步界定的问题:一是“法定的程序规则”中的“法”是“既存的法律程序”,还是按自然法观念、理性法则而预测的“未来的法律程序”?二是“法定的程序规则”的含义是什么?也就是说,是广义的刑事诉讼法?还是指狭义的刑事诉讼法?抑或是其他?

为了解决第一个问题,有必要对现存的程序与应然的程序进行区别,即应注意区分“事实”问题与“价值”问题,那种认为“所有既存的法律程序都具有正当性”,或者认为“只有具备正当性的程序才是法律程序”的观点,“都把法律程序的正当性与法律程序的存在本身混为一谈”。事实上,“法律程序的存在与法律程序的正当性并不是一回事。正如一个社会实行的法律制度不一定是具有正当性的法律制度一样,一种法律程序即使已经十分完备,也不一定就是公正的程序;判断法律程序是否具有正当性,不能仅仅看这种法律程序的外观特征,而应当依据一些独立于程序存在

① 谢佑平、万毅著:《刑事诉讼法原则:程序正义的基石》,法律出版社2002年版,第109页。

② 孙长永:“审判中心主义”,载《现代法学》第21卷第4期。

③ 杨一平著:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第154页。

的‘形而上学’的价值标准”。^①正如博登海默所指出的那样,把正义同合法性等而视之的观点显然是令人难以接受的。因为它同那些人类自文明早期就提出的有关正义概念的观点完全相悖。在任何地方、任何时候,一国的实在法都一直是人们所评价的对象,其理由就是实在法中的一些律令未能符合正义之标准。无论是在柏拉图式——基督教的传统中,还是在其他文化中,正义一直被描述为一种更高的法律,而且社会中的实在法应该与其相符合。如果正义概念被认为就是严格适用实在法,而不考虑实在法的内容,那么就违反了该概念的普遍惯用法。^②不过,本文中“法定程序规则”,指的是“事实上”的程序,是“实在法”规定的程序,而不是“价值”、“应然”层面上的程序。这是因为,程序法作为一国法律体系的重要组成部分,不管好坏优劣,本身是有法律约束力的,因此,判断有关主体的行为是否“合法”,首要的标准就在于其是否违反了“既存的”刑事诉讼法律规范。这是因为,作为“法律的心脏”,程序乃是正确适用法律、公正进行裁判的保障机制。尽管程序存在是否“公平”的价值判断问题,但“决定了法治与恣意的人治之间的主要区别”主要还不是程序是否公平,而应是程序是否能够得到尊重。不过,这并不排除本文在对程序合法性进行分析的过程中,对现存的刑事诉讼程序进行价值判断和价值选择。

要解决第二个问题,必须弄清“法定的诉讼规则”的具体内涵是什么?按照我国学界的通常理解,狭义的刑事诉讼法,仅指国家最高权力机关制定的比较系统、全面的成文刑事诉讼法典。例如,中国1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国刑事诉讼法》;根据1996年第八届全国人民代表大会第四次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》。而广义的刑事诉讼法则包括一切与刑事诉讼程序有关的法律规范,它们都属于刑事诉讼法的范畴。大体上包括:(1)《中华人民共和国刑事诉讼法》;(2)国家立法机关制定的其他法律、法令中有关刑事诉讼程序的规定,如《中华人民共和国人民法院组织法》、《中华人民共和国人民检察院组织法》、《中华人民共和国国家安全法》、《中华人民共和国监狱法》、《中华人民共和国律师法》,等等;(3)国家立法机关就刑事诉讼程序有关问题所作的决定或补充规定,如中华人民共和国第六届全国人民代表大会常务委员会第二次会议,1983年9月2日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于国家安全机关行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的决定》,等等;(4)最高人民法院和最高人民检察院,就人民法院审

^① 陈瑞华:“程序正义论纲”,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第23页。

^② [美]埃德加·博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第260页。

判工作和人民检察院工作中,如何具体适用法律、法令问题所作的解释、通知、批复,等等;^①(5)国务院及其主管部门为了执行国家法律、法令,而颁布的行政法规中的有关刑事诉讼程序的规定,或就本部门业务中与刑事诉讼有关的问题所作的规定,如1979年12月24日《公安部关于刑事侦查部门分管的刑事案件及其立案标准和管理制度的规定》,1982年1月22日邮电部《关于军队执行逮捕、拘留的机关扣押被逮捕、拘留人犯邮件、电报批准权限问题的通知》,等等;(6)地方国家权力机关所颁布的地方性法规中,有关刑事诉讼程序的规定及其所作的解释。^②

本文既不采狭义说,也不采广义说。本文所指的“法定程序规则”来源于《中华人民共和国立法法》第8条的规定,即“诉讼制度只能制定法律”。因此,本文中所指的刑事诉讼法规范包括宪法中的刑事诉讼法律规范、刑事诉讼法基本法律和人民法院组织法、人民检察院组织法、全国人民代表大会及其常务委员会制定的其他法律或者发布的决议或者决定中的关于刑事诉讼问题的规定以及全国人民代表大会常务委员会对刑事诉讼法所作的解释。

第二节 历史嬗变

作为近现代国家刑事诉讼中普遍认同的一项基本原则,程序合法性的确立并不是一次完成的,而是经历了漫长的嬗变过程,其间经历了“从形式意义上的程序合法性”向“实质意义上的程序合法性”的转变。所谓“形式意义上的程序合法性”,是指任何刑事责任的追究必须依据法定的刑事程序进行。这一要求首先排除私人追诉。而“实质意义上的程序合法性”,则是指任何刑事责任的追究不仅要依据法定的程序进行,而且要求所依据的程序必须是正当的程序。也就是说,这种程序在本质上必须体现限制国家权力、保护公民权利的要求。

按照有关学者的分析,“形式意义上的程序合法性”的勃兴与刑事诉讼起源的历史基本上是一致的。^③而刑事诉讼起源的历史正是“公力救济”排除“私力救济”的过程。在人类社会,但凡有人群居住的地方,就会有人与人之间的矛盾。随着矛盾的激化,就可能产生冲突。不过,在人类的早期历史中,“人与人之间最强劲的联系

① 尽管,最高人民法院印发的“座谈会纪要”并不具有司法解释的效力,但是,在司法实践中,“座谈会纪要”对各级法院的案件处理工作往往会产生非常大的影响。例如,最高人民法院于1999年10月27日印发的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》;再如,2008年12月1日最高人民法院印发的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》;又如,2009年12月9日最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合下发的《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》;等等。

② 樊崇义主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1998年版,第8~9页。

③ 陈卫东、陈雷:“刑事程序合法性原则论纲”,载《法律科学》2004年第1期。