

中青年法学文库



# 相对合理主义

龙宗智 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

# 相对合理主义

龙宗智 著

中国政法大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

相对合理主义/龙宗智著. -北京:中国政法大学出版社,

1995.5

(中青年法学文库)

ISBN 7-5620-1803-0

I. 相… II. 龙… III. 刑事诉讼—制度—研究—文集 IV.

D915.31-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1998) 第 40520 号

**责任编辑** 丁小宣

**出版发行** 中国政法大学出版社

**经 销** 全国各地新华书店

**承 印** 河北省〇五印刷厂

---

开本 850×1168 1/32 15.125 印张 377 千字

1999 年 4 月第 1 版 1999 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1803-0/D·1763

印数:0.001-4000 册 定价:28.00 元

---

**社址:**北京市海淀区西土城路 25 号

**邮编:**100088 **电话:**62229803 或 62228801

## 中青年法学文库

### 总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在

法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

# 在法理合理性与实践合理性之间

——自序

应“中青年法学文库”编者之邀，我将近年来在司法研究尤其是刑事诉讼程序方面写的一些文章编成一个集子。编自己的论文集也许都是一项“遗憾的作业”。写成的东西，尤其是时间久一些的，总觉得不理想，但或考虑某种历史性，或由于才具不足，或因为懒惰，也就凑合交稿，实在看不过去或确有某种兴趣时才作些修改。也许人们总容易把决心下在今后如何如何，而“从现在做起”就比较难。

我自称是一个跳跃于理论与实践之间的人。二十来岁读本科，三十来岁读硕士，四十岁后读博士，每次都是“从实践中来，再到实践中去”：到法学院探讨法理合理性，回司法实际部门去印证实践合理性，理论与实践倒也能相互“支援”。就我主观愿望，也力求使理论较合于现实并使实践比较理性化。由于这样一种“往来”以及注重理论与实践的兼顾，在做实务操作时容易产生一种“问题意识”，而在专题研究和学理探讨时，则比较注意提出问题的实际背景，解决问题的实际条件以及应对方案的实际可行性及可操作性，力求防止空泛、隔靴搔痒以及不顾及问题的多因素介入和多方面效应而将问题简单化。

然而，这种“跳跃”有时也带来一些矛盾与困惑，甚至在

“学术立场”的设置上也有某种为难。这包括未来观与现实观的冲突、知识分子的批判立场与实务工作者的“实事求是”的矛盾、理论与实际的不合，甚至某个部门的立场与法理和实务上的公允性的纠葛等。在西政大的一个研究生讲座上，一位同学问我，“当前在法制建设问题上有两种观点，一种倡导‘拿来主义’，一种主张‘本土资源论’，你对此怎么看？”略思索，我表达了这样一个意思：这个问题实际上问到了我自己的一个难处。我认为，就倾向性看，“本土资源论”立足于现实，而“拿来主义”着眼于未来。当我的主观角色为实际工作者时，往往主张“本土资源论”；而当自我转换成为一个理论工作者，则可能倾向于“拿来主义”。当然，最好的办法是立足于本土资源实行“拿来主义”，然而在现实中二者间的矛盾不可避免，此时作何种取舍及采何种倾向，我也许对此至今也未解决妥当。

“拿来主义”与“本土资源论”的矛盾也可以看作是法理合理性与实践合理性之间的矛盾。为设置一种较为适当的立场，我近年来发展了一种所谓“相对合理主义”的观点。我认为既然面临一个不尽如人意的法治环境，在多方面条件的制约下，我们只能追求一种相对合理性。即在特定环境和条件的限制下，无论是程序操作还是制度改革，都只能追求相对合理，不能企求尽善尽美。即“只求较好，不求最好”。如果不注意实际条件和多种复杂因素的制约去追求理性化，不仅难以奏效，而且还可能因为完全破坏了既成的有序化状态而使情况更糟。从编选的文章中，读者也许可以看到我对这种“相对合理性”观点的具体运用。是否得当，请读者品评。

选编好文章，又象开中药铺一样把它们分为几个大类，在这个编选过程中，不禁要像苏力先生那样，问一下自己“什么是你的贡献”？在扎实而深厚的学养以及卓有成效的研究方面，我当然不能和学界大师名家相比，只是在中国的程序法研究还比较幼

稚和浮浅的情况下做了一点力所能及的，带有个人特色的工作。一方面，显出一种重视基础理论和方法的研究路数。一是从 80 年代后半期，较早地脱离注释法学模式，将价值论引入刑法研究领域。论文《中美两国刑事司法价值观和手段体系比较研究》（1988 年第 1 期《比较法研究》）以及编入本文集的学位论文《刑事司法的利益机制与刑事司法模式》（1989 年 3 月）算是代表之作。二是从 90 年代初进行刑事诉讼结构研究，提出了刑事司法的三角结构和线型结构理论，作为一种注意到本国状况和需要同时也考虑到普适性的分析手段和诉讼观，在司法改革研究以及诉讼理论分析中的应用可以说已有一定的普遍性。三是在 90 年代后半期，开始进行司法合理性问题研究。除一系列关于刑事诉讼制度的专题论文体现出我在这方面的思考外，“论相对合理主义”一文算是作系统化总结的开始。

另一方面，也是更大量的工作，是在司法制度和实务研究方面。其中的一个特点或许是“干预司法运作”——关注和探讨司法改革和司法操作中比较突出的制度与程序问题。如对司法独立与司法理性之间关系的分析，对三机关配合制约原则的检讨，对坦白从宽和刑事沉默权，对起诉制度、庭审制度以及相关问题，对律师阅卷与证据开示程序等等，都有一些紧扣实践，重视“活法”，注意说理，而且基本上不人云亦云的研究。还有一点也许可称为特色的，是由小及大，即从司法实务中某些细微而具体的问题探讨深层的制度和法理，并由此引发司法改革和操作合理化的思考。如关于检察工作的四个该不该，关于审判活动的三个该不该等。然而，对其中观点把握和论证以及立场设置是否公允妥当，也不敢过于自信。

我虽然长期从事实际工作，但始终觉得自己本质上是一个学人，也许学院将是我的归宿。我的思维可能有比较敏锐的一面，但或因实务缠身，或因有欠勤奋，造成理论功底不厚、学术训练

不足，尤其是对现代普遍性学术思想的把握欠缺，这成为经常的，也是本书编迄后的遗憾（这决不只是自谦）。因此这篇自序的结束语是：不好意思。

1998 年 11 月于成都

# 目 录

|          |         |
|----------|---------|
| 总序 ..... | ( I )   |
| 自序 ..... | ( III ) |

## 基本理论与方法

|                                       |         |
|---------------------------------------|---------|
| 论司法改革中的“相对合理主义” .....                 | ( 3 )   |
| 刑事司法的利益机制与刑事司法模式 .....                | ( 29 )  |
| 返回刑事诉讼理论研究的始点<br>——刑事诉讼两重结构理论重述 ..... | ( 87 )  |
| “诉讼文化”四题 .....                        | ( 113 ) |

## 诉讼机制与原则

|                                    |         |
|------------------------------------|---------|
| 论刑事司法中个人权利与国家权力的冲突<br>与协调 .....    | ( 127 ) |
| 试论我国刑事诉讼中的对抗制因素及其合<br>理限度 .....    | ( 146 ) |
| 论司法独立与司法受制 .....                   | ( 164 ) |
| 法律的可诉性与司法的管辖权<br>——兼与王晨光先生对话 ..... | ( 179 ) |

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 现代刑事诉讼的十项原则 .....         | (188) |
| 论配合制约原则的某些“负效应”及其防止 ..... | (210) |
| 试论刑事裁决权的分割与独占 .....       | (219) |

## 制度操作与完善

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 论我国刑事庭审方式 .....         | (231) |
| 刑事诉讼中的证据开示制度研究 .....    | (258) |
| 论刑事公诉制度的几个问题 .....      | (289) |
| 试析庭审方式改革后的几个操作性问题 ..... | (315) |
| 刑诉法修改后的出庭公诉工作 .....     | (329) |
| 检察官法庭活动比较研究 .....       | (341) |

## 实务中的思考

### 热点问题与深层思考:

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 检察官与刑事诉讼四议 .....         | (353) |
| 刑事审判中的三个该不该 .....        | (377) |
| 论坦白从宽 .....              | (398) |
| 英国限制刑事沉默权的措施 .....       | (414) |
| 试论我国刑事诉讼的证明标准            |       |
| ——兼论诉讼证明中的盖然性问题 .....    | (425) |
| 论我国刑事诉讼的证据规则 .....       | (442) |
| 从一起贪污案认定看诉讼证明的几个问题 ..... | (463) |

# 基本理论与方法



## 论司法改革中的“相对合理主义”<sup>\*</sup>

中国当前司法改革的主要目标是为了实现司法的公正，并进而促进社会的公正。因而，一系列合理化变动，包括思想观念的更新、组织结构的调整、人员素质的提高、制度程序的改善等等，无疑是需要的。然而，如何变革，却涉及不同的思想理路和方法策略。笔者认为，中国的司法改革，总体上看只能采取大系统的方法，即司法内外互动的方法，因而只能是条件论的、渐进性的、改良的，也就是说，应当奉行“相对合理主义”，即：“不求最好、只求较好”。

### 一、理论前提与价值预设：公理化思想

相对合理主义，并不意味着极端的文化相对主义与价值相对主义。它确认人类社会有着一些跨局域文化的，基于人类共同的生存条件和基本需要，反映人类文明共同成果的准则。就社会共同体规制，也存在反映共同规律和要求的普遍性方法。因此相对合理主义的理论前提和价值预设，是承认具有公理性及普适性的基本准则。如对司法制度，就司法功用而言，司法应当成为社会正义的体现、司法应当成为社会关系有效的调节器和平衡器、司法应当成为保护公民权利的最后屏障等；就司法建设而言，在合理社会监督下的司法独立、司法内部的非行政化自治、崇高而高明的法官等；就司法程序而言，程序正当化、法官中立以及利益

---

• 本文原载于《中国社会科学》，1999年第2期。

规避、诉讼公开、诉讼平等、诉讼的参与性、诉讼的及时终结性等等，都可谓具有公理性和普适性的要求。

司法和诉讼基本准则的普适性质，近年来已形成相当的国际共识。从目前国际社会最具有普遍性的政治共同体——联合国所形成的文件看，由联合国世界人权宣言以来的一系列人权文件，到与此相关的关于司法活动的一系列准则，如司法机关独立的基本原则、关于执法人员行为守则、关于检察官作用的准则、关于律师作用的准则、少年司法最低限度司法标准规则等国际法律文件和文书，就其基本内容，表明了不同社会在司法和诉讼的基本构架和操作上的共通性。而就这方面的实际运作状况看，对公理性准则的尊重已成为普遍的趋势。如刑事诉讼国际标准的提出和普遍的认可，<sup>〔1〕</sup>民事诉讼以国际化、宪法化、社会化为特征的改革趋向等等。<sup>〔2〕</sup>

普遍准则的提出和确立，是近代理性主义旗帜下制度合理化即广义的诉讼合理主义的产物，同时它又与超越任何实证法的自然法思想有关。这里所说的合理，包括价值合理性与技术合理性两个方面，即韦伯所谓价值理性与工具理性。价值合理性，承认基于人类基本生活条件和基本需要的目的性要求，它与自然法思想相接；技术合理性，根据 M·葛兰特的说法，是指采取有效手段达到既定目的的合理计算，它相关于实证法中制度与程序的技术性设置。普遍性准则直接反映人类在社会规制方面的价值合理性要求，如任何人不受非法的逮捕和审判，不受酷刑和其他非人

〔1〕 参见岳礼玲、陈瑞华：“刑事程序公正的国际标准与修正后的刑事诉讼法”，《政法论坛》1997年第3期；樊崇义：“论联合国公正审判标准与我国刑事审判程序改革”，《中国法学》1998年第2期。

〔2〕 Mauro Cappelletti：“Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends”，25 Stanford Law Review 651, Copyright (c) 1993.

道待遇；同时也反映基于普遍经验具有普遍适用性的技术合理性规则，如司法独立（目的是保证审判公正，从而有效保护应当保护的社会利益）。

然而，公理性法律原则<sup>〔3〕</sup>的普适性是相对的。也就是说它只意味着原则的普适性而非具体规范的普适性。这是因为：

第一，文化多元以及法律文化的多元性，还是一种不可抹煞、不能忽视的现实。法律文化多元，千叶正士先生强调的是“固有法的同一性”，即移植法与固有法的互动，使源于固有法中的一个基本法律原理作为其他原理包括移植法的基本原理的基础而起作用。<sup>〔4〕</sup>笔者认为，这一观点基本上只是在将移植法和固有法作为两种操作规范体系的意义上是有价值的，而从基本的法律准则看，强调移植法和固有法的区别则缺乏意义甚至容易误导。

本文中所称法律多元，首先是一种法律价值多元。就法律价值，川岛武宜先生称：“大体上在任何一个社会中，都存在赋予人们的行为以动机的特定的‘价值’（或基准、或社会价值）。除了极其特别的例外（奇人、狂人），人们的行为总是支持或共有

〔3〕 法律原则有公理性原则和政策性原则之分。见孙笑侠：“基本原则与行政法”，杭州大学出版社1997年版《法治研究》第2集。孙教授又引用了前苏联法学家雅维茨在其《法的一般理论——哲学和社会问题》一书中一段话予以阐明。雅维茨说：“在由法律实践所发展了的非常重要的公理具有特殊意义并扩展到整个法律工作的领域时，它们也应该包括到这些原则之中。特别是关于任何人都不能做他自己案件中的法官和任何人都不应由同一个犯罪而两次受审的主张，就属于这种公理。这些公理的明显性和无可否认性是如此之大以至于它们不需要特别的法律说明，或者，严格地说是同样的，它们是对其他原则的详述。”

〔4〕 按千叶正士先生的解释，“固有法”是产生于一个民族的本土文化的法律。“移植法”是从其他一种或多种文化中移植过来的法律。见其所著：《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》，中国政法大学出版社1997年版，第十章等。

着在该社会中处于支配地位的价值，并由该价值获得行为的动机。而在各种社会领域、社会集团、阶级等层次中，各种价值相互关联并形成一定的体系（‘价值体系’）。在这些价值之中，法律所保障的或值得法律保障的（存在着这种必要性）的价值，我们将其称之为‘法律价值’”。〔5〕法律价值多元，意味着不同社会的人们对于不同法律价值的意义即轻重缓急认识不同，因而由不同的价值等次排列，形成不同的价值体系。例如同为西方社会，英美与德国法国的法律价值观就有区别。一位美国学者曾在比较法国与美国刑事司法制度时指出：“人们认为，目前在法国，经授权的政府干预个人生活的情况，比在美国广泛而深入。……这是因为法国由于历史和经验的缘故更担心犯罪，因而为了获得更多的保护他们宁愿给予政府当局以较大的权力。美国人，至少到目前为止，因为非常害怕政府干预而不愿赋予政府官员以控制个人生活的广泛权力。”〔6〕而就东西方社会之间，由于所谓团体主义与个人主义的价值认同差异，反映在制度上的差别就更为明显。〔7〕在对普遍原则的适用上，不同的价值观念可能导致在承认一般原则的时候强调某些原则而淡泊另一些原则，同时也可能在不违背原则的情况下采用不同的实施方式。如就无罪推定，不同国家重视的程度可能不同，而且在不同国家具体的表述和贯彻

---

〔5〕 川岛武宜著，王志安等译：《现代化与法》，中国政法大学出版社1994年版，第246页。

〔6〕（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。

〔7〕 法国学者J·埃斯卡拉在考察中国的社会与法制之后曾经得出结论：东西方文化的对极性在法律领域中表现得最为鲜明。笔者也曾就中美两国刑事司法的价值观和手段体系（刑事司法制度）作过比较（见《比较法研究》1988年第1期）。可以说当时的对比性更为显明，近年来，尤其是通过刑法的修改情况有所变化，但价值观与手段体系的差别仍然可以说是十分明显的。