

二十一世纪法学热点系列

A Theory About

刑事司法 程序正义论

the
Justice
of
Criminal
Judicial
Process

三马贵翔 / 著
中国检察出版社

318

刑事司法程序正义论

马贵翔 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法程序正义论 / 马贵翔著. — 北京:

中国检察出版社, 2002. 10

ISBN 7 - 80185 - 013 - 0

I. 刑... II. 马... III. 刑事诉讼 - 诉讼
程序 - 法的理论 IV. D915.38

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 074070 号

刑事司法程序正义论

马贵翔 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: www.zgjccbs.com

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂印刷

开 本: A5

印 张: 9.75 印张

字 数: 270 千字

版 次: 2002 年 11 月第一版 2002 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 013 - 0 / D · 1010

定 价: 20.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

内 容 提 要

A Theory About
**刑事司法
程序正义论**
the
Justice
of
Criminal
Judicial
Process

本书在探析程序正义一般理念的基础上，对作为刑事司法程序核心的正当化结构进行了基本塑造，并对刑事司法程序诸多重要理论问题和司法热点问题进行了程序正义的解读。作者认为刑事司法程序正义的功能在于纠正作为实体法的刑法本身存在的依靠自身无法克服的固有缺陷。作为刑事司法程序正义核心的程序公正的内在机制是以起诉、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格局。刑事司法程序正义实践理性的精髓是寻找一种公正与效率的调和机制。实现刑事司法的“闭合性”和“开放型”的宏观构建和微观设计是实现刑事司法程序正义的基本途径。



马贵翔，男，生于1964年，1986年毕业于山西大学法律系，1989年毕业于西南政法学院研究生部，法学硕士学位。1990、1994和1998年先后破格晋升法学讲师、法学副教授、法学教授，2001年入杭州商学院法学院任教，同年应聘担任复旦大学法学院教授。学术兼职主要兼任中国法学会诉讼法学研究会理事、刑事诉讼法专业委员会委员。专业研究方向以刑事诉讼结构为主，1994年出版专著《刑事诉讼的理想结构与现实结构》，在《中国法学》、《中外法学》等刊物发表论文50余篇，论文《刑事诉讼对控辩平等的追求》，于1999年获中国法学会一等奖。

△ 责任编辑 / 安斌

楼兰 • Design

法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益。它并不在受法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定。假如没有法律他们会更快乐的话，那么法律作为一件无用之物自己就会消灭；而单单为了使我们堕下泥坑和悬崖而作的防范，就不应称为限制。所以，不管会引起人们怎样的误解，法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类的状态中，哪里没有法律，哪里就没有自由。

—— 洛克

目 录

导言	(1)
一、刑事司法程序正义的理念与基本实现方式	(7)
(一) 程序正义价值的两种观点及评价	(7)
(二) 刑事司法程序正义取代实体正义的内在逻辑	(10)
(三) 刑事司法程序正义的核心机制	(13)
(四) 刑事司法程序正义的实践理性	(15)
二、司法程序正义的一般结构的形成与实现	(19)
(一) 公正：从诉讼目的、诉讼法价值到 “等腰三角结构”的内在追求	(19)
(二) 效率：决定司法程序正义一般结构 实现程度的外在价值	(25)
(三) 效益：公正与效率交互作用的结果	(32)
(四) 公正、效率的协调	(38)
三、刑事司法程序结构探微	(40)
(一) 刑事司法程序的目的、价值与结构的内在联系	(40)
(二) 刑事司法程序结构的特点	(42)
(三) 刑事司法程序结构中各主体的诉讼地位	(50)
(四) 刑事司法程序结构简化的实质与刑事特别程序	(60)
(五) 关于“线形结构”的评析	(68)
四、刑事司法基本问题的程序正义诠释	(78)
(一) 形式真实：实质真实的现实化	(78)
(二) 保护人权：保护诉讼权利的直接目标	(79)
(三) 无罪推定：控辩平等对抗的必要条件	(80)
(四) “自由心证”：程序中的法官确信	(85)

(五) 举证责任: 程序运动的“发动机”	(89)
(六) 控辩平等: 刑事司法的永恒追求	(93)
(七) 侦检关系: 控诉主体统一性的塑造	(102)
(八) 辩护律师诉讼地位: 刑事司法程序 结构的薄弱环节	(108)
(九) 证据运用: 实质与形式的区分	(115)
(十) 刑事证据规则: 效率第一的证据整合方式	(121)
五、我国刑事司法程序结构的基本缺陷与改革论纲	(131)
(一) 我国刑事司法程序结构的基本缺陷	(133)
(二) 我国刑事司法程序结构的基本改革措施	(148)
六、社会环境与司法组织制度对实现刑事司法程序 正义的制约作用分析	(159)
(一) 刑事司法程序正义与传统文化	(159)
(二) 刑事司法程序正义与政治制度	(168)
(三) 刑事司法程序正义与经济及教育 科学文化发展水平	(171)
(四) 刑事司法程序正义与司法组织制度	(173)
七、刑事司法热点问题的程序正义透视	(180)
(一) 我国刑事司法程序形式化的程序正义透析	(180)
(二) 对沉默权的迷信与反思	(191)
(三) 对防止刑讯逼供的另一种思考	(195)
(四) “疑罪不敢从无”的困惑与思考	(203)
(五) 刑事诉讼证人出庭难的程序正义解析	(206)
(六) 非法证据排除规则对程序正义的误解	(209)
(七) “检审亲近”的现象与本质	(217)
(八) 刑事辩护萎缩缘于控辩不平衡	(220)
(九) 罪名的指控与审判的本质	(223)
(十) 刑事损害赔偿诉讼的合并与分离	(229)
(十一) 从程序正义到形式正义: 辩诉 交易价值评析	(241)

八、刑事司法程序结构比较·····	(250)
(一) 对当事人主义和职权主义 两种司法程序结构的评析·····	(251)
(二) 庭审方式·····	(253)
(三) 庭外结构·····	(258)
(四) 庭审中各主体的诉讼地位·····	(264)
(五) 庭审外的几个关系·····	(274)
(六) 其他相关问题·····	(286)
主要参考文献·····	(293)

Contents

Preface	(1)
Chapter 1 The just thought of criminal judicial procedure and the fundamental approach	(7)
A. The two views of just value of procedure and the assessment	(7)
B. The internal logic that the just of criminal judicial procedure supersedes substantive just	(10)
C. The key mechanism of the just of criminal judicial procedure	(13)
D. The practical reason of the just of criminal judicial procedure	(15)
Chapter 2 The development and accomplishment of general structure of the just of criminal judicial procedure	(19)
A. The just: From the aim of action, the value of procedure law to internal pursuit to “triangle structure”.	(19)
B. The efficiency: The external value that decides the extent to which the general structure of the just of criminal judicial procedure accomplishes.	(25)
C. The benefit: The result of interaction between just and efficiency.	(32)
D. The coordination of just and efficiency.	(38)
Chapter 3 The inquiry of the structure of criminal judicial procedure.	(40)

- A. The internal connection of aim , value and structure
of criminal judicial procedure. (40)
- B. Features of the structure of criminal judicial
procedure. (42)
- C. The action position of every subject in the
structure of criminal judicial procedure. (50)
- D. The essence of the simplification of the structure
of criminal judicial procedure. (60)
- E. The review on “round structure”. (68)

Chapter 4 The annotation of procedure just of

- basic issues on criminal justice. (78)**
- A. The formal truth; realization of essence truth. (78)
- B. The protection of human rights; the direct aim
to protect action rights. (79)
- C. Innocent presumption; the essential condition of
equal confrontation of prosecuting and defending.
..... (80)
- D. Discretionary evaluation of evidence; the judicial
conviction in proceeding. (85)
- E. Burden of proof; the “motor” in proceeding. (89)
- F. Epuality of prosecuting and defending; eternal
pursuit of criminal justice. (93)
- G. The investigative relationship; the model of unity
of the accusing subjects. (102)
- H. The defense attorney’s action position; the weak
link in the structure of criminal judicial procedure.
..... (108)
- I. The application of evidence; the distinguishment
between essence and form. (115)
- J. Criminal evidence rule; the evidence conformity

way of "efficiency is the first." (121)

Chapter 5 The basic defects and reform outline of the structure of criminal judicial procedure in China. (131)

A. The basic defects of the structure of criminal judicial procedure in China. (133)

B. The basic reform measures of the structure of criminal judicial procedure in China. (148)

Chapter 6 The analysis of interaction of social environment and judicial organ system to the realization of the just of criminal judicial procedure. (159)

A. The just of criminal judicial procedure and traditional culture. (159)

B. The just of criminal judicial procedure and political system. (168)

C. The just of criminal judicial procedure and the development of economy, education, science and culture. (171)

D. The just of criminal judicial procedure and judicial organ system. (173)

Chapter 7 The perspective of procedure just of popular issues in criminal justice. (180)

A. The perspective of procedure just of formalization of criminal judicial procedure in China. (180)

B. Superstition and self - thinking about right to silence. (191)

C. Another thinking about prevention of extorting confessions by torture. (195)

D. Puzzle and "thinking" of "no punishment

in doubtful cases".	(203)
E. Analysis of procedure just about the difficulty that the witness in criminal action have while appearing in court.	(206)
F. Misunderstanding of rules of illegal evidence exclusion to procedure just.	(209)
G. The phenomenon and nature of the close relationship between prosecutors and judges.	(217)
H. The shrinkage of criminal defence arises from the unbalance between the accuser and defender.	(220)
I. The essence of accusation and hearing.	(223)
J. Merger and separation of criminal action for indemnity.	(229)
K. From procedural justice to formal justice: probes into value of plea bargaining	(241)
Chapter 8 Comparison of the structure of criminal judicial procedure.	(250)
A. Analysis of two kinds of criminal judicial procedures' structures.	(251)
B. The way of hearing.	(253)
C. The structure out of court.	(258)
D. Position of every subject of action in hearing.	(264)
E. Some relations out of court.	(274)
F. Other related problems.	(286)
Main Reference	(293)

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

① 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业案件增长了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月底前，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

^① 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,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”(包括陪审官和法官的有效制约,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,属于实践理

① 司法程序结构在设计上的考究使得依据这种结构设计的司法程序就其功能而言最集中地体现了一般法律程序的功能。一般法律程序在整个法律制度中的地位是与实体法相比较体现出来的。社会管理既要解决诉讼,也要进行行政活动。由于诉讼或行政活动最终表现为作出赋予当事人实体权利或强制当事人履行义务的决定,因而法律首先为这种决定规定实质性要件;而这种实质性要件总是依据一定理论、道德规范或实践的需要而作出的一般规定。因而这种规定具有抽象性或理想性的特点。规定这种实质性要件的法律就是实体法,它直接反映了法律所要实现的目标。但是,由于实体法所规定的实质要件的概括性,使人们对这种实质要件的理解经常存在不同的看法,有的执法者更有可能为了私欲曲解法律,出现徇私枉法现象,最终使实体法的规定流于形式。正是在这种情况下,人们想到了用科学的法律程序来限制执法者的偏见和私欲,法律程序的“开放性”和“封闭性”所具有的功能在这方面起到了举足轻重的作用。如果一个社会没有实体法,但有严格的法律程序,人们还可以依据社会普遍公认的道德规范来解决纠纷,但如果没有科学的法律程序制度,那么,实体法在很大程度上将变为一纸空文。这时的实体法将在某些利欲熏心的当权者手中变成“随意控操的面团”,所谓“法治”实质上变成了“人治”,所谓法律只会成为权力的奴仆。可见,科学构建法律程序对于实现从“人治”到“法治”的转变所起的作用是关键性的。由于实体法所规定的实质要件最直接地反映了法律所追求的目标,又是作出法律实体决定的直接依据,因而人们往往容易把实体法看做是真正的法律,而程序法不过是一些手续、次序而已,是从属性的东西,这就不可避免地形成了“重实体、轻程序”的思想倾向。这种思想倾向恰恰有利于执法者的恣意妄为,因为科学程序是套在专制者身上的一个枷锁,一旦没有了这个枷锁,专制者就可以为所欲为了。我国现行法律制度存在的问题人们可以从许多不同的角度去分析,但一个关键性的问题就是程序法的不健全,思想根源在于“重实体、轻程序”的观念偏向。有人说,我国目前法律制度不是“无法可依”,而是“有法不依”。这种说法本身就忽视了程序法在整个法律体系中的地位。众所周知,我们的程序法,不管是司法程序法还是行政程序法,较之实体法都是相对很不发达的,尤其是行政程序法的建立和科学化是目前法治建设的当务之急。我们现存的是一个缺乏程序法的法律体系,怎么能说“有法”呢?既然法律体系不健全,又谈什么“可依”或“不依”呢?可见,观念上真正转变“重实体、轻程序”的偏向,加强法律程序研究和程序立法,对我国法制建设有着特别重要的意义。