



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

国家出版基金资助项目：中国社会主义司法制度构建

2011计划司法文明协同创新中心研究成果

国家社会科学基金重大项目：建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究最终成果之一

课题首席专家：卞建林教授



中国司法制度 基础理论研究

卞建林 等/著



中国人民公安大学出版社



国家出版基金项目

NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

国家出版基金资助项目：中国社会主义司法制度构建

2011 计划司法文明协同创新中心研究成果

国家社会科学基金重大项目：建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究

最终成果之一

课题首席专家：卞建林教授

中国司法制度基础理论研究

卞建林 等/著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国司法制度基础理论研究/卞建林等著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2013. 11

(中国社会主义司法制度构建/卞建林主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1540 - 4

I. ①中… II. ①卞… III. ①司法制度—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 265859 号

中国司法制度基础理论研究

卞建林等著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2013 年 11 月第 1 版

印 次: 2013 年 11 月第 1 次

印 张: 17.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 368 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1540 - 4

定 价: 85.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsu.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

总 序

新中国成立特别是改革开放以来，我国坚持从国情出发，在承继传统法律文化成果、借鉴人类法治文明的基础上，探索建立并不断完善中国特色社会主义司法制度。2012年，随着新《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》的相继出台，新一轮司法改革的任務已基本完成，改革成果陆续显现，中国司法正步入一个新的发展时期。这些立法修改与司法改革举措充分展示了我国民主法制建设所取得的巨大成就，顺应了我国经济社会发展的新形势和人民群众的新期待，对司法实践中迫切需要解决的问题作出了积极回应，使我国司法制度和诉讼程序在立法与司法层面迈上了一个新的台阶。建设公正、高效、权威的社会主义司法制度，是党的十七大对我国司法制度建设提出的总体要求和基本目标。努力使司法公正成为“看得见的公正”、司法高效成为“能感受的高效”、司法权威成为“被认同的权威”，从而真正彰显中国特色社会主义司法制度的优越性，促进经济社会发展，保障人民群众利益，是全体当代法律人为之奋斗的共同目标。

一、全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家

当今世界，各国的历史经验表明，国家发展的方式与路径是多元的，但治理国家的基本方略却只有一种，那就是法治。法治反映了人类管理自身能力的进步，其地位和作用是道德、政策、宗教等其他社会规范所不能替代的。法治全面体现了现代政治文明的理念，是迄今为止人类所发现的最为理想、最为优越的社会管理方式。法治是理性的秩序，通过对权力的规制，使权力的运行摆脱了野蛮、任性的状态；法治是有序的制度，通过规定权利和义务的方式，为人们提供了一个普遍遵从的行为准则；法治是和谐的管理，解决纠纷、化解矛盾、处理案件主要依靠说理和协商，服从法庭和程序，强权只是作为最后的手段而被保留。法治是人类社会管理的基本经验，是政治文明的重要成果。在我们这样一个13亿多人口的大国，要实现政治清明、社会公平、民心稳定、长治久安，最根本的还是要靠法治。法治建设推进得越持久、越深入，其成效就会越显现、越突出。唯有依法治国才能保持庞大国家的有效治理，进而从根本上解决中国社会的诸多复杂问题，使人民得以幸福生活，使国家得以长治久安。



改革开放 30 余年的历史经验表明，坚持依法治国的方略是使未来中国走向强盛、实现民族伟大复兴的必由之路。

正是基于这一原因，从党的十五大把“依法治国，建设社会主义法治国家”确立为治国的基本方略，到党的十八大作出“全面推进依法治国”的重大决策，党和国家在法治道路上的探索持之以恒，卓有成效。党的十七大报告指出，坚持依法治国基本方略，树立社会主义法治理念，实现国家各项工作法治化。依法治国是社会主义民主政治的基本要求，坚持科学立法，民主立法，完善社会主义法律体系，加强宪法和法律的实施，维护社会主义法制的统一、尊严、权威。党的十八大报告根据“到 2020 年全面建成小康社会”的新形势和新要求，进一步强调依法治国是党领导人民治理国家的基本方略，法治是治国理政的基本方式，要更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用，全面推进依法治国，加快建设社会主义法治国家。同时，明确宣布 2020 年国家法治建设的目标是：依法治国基本方略全面落实，法治政府基本建成，司法公信力不断提高，公民的各项权利得到切实保障。指出“要推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，坚持法律面前人人平等，保证有法必依、执法必严、违法必究”。新的领导集体继往开来，与时俱进。习近平总书记在纪念现行《宪法》公布实施 30 周年大会上强调，依法治国，首先是依宪治国，依法行政，关键是依宪行政，要“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”。这些重要论述，丰富和发展了法治国家建设的内涵，对于依法治国的目标、要求、路径和时间表作了更加明晰的表述，具有重要的理论价值和指导意义。

二、努力建设公正、高效、权威的社会主义司法制度

全面推进依法治国，加快建设社会主义法治国家的一项重要内容，就是要不断改革和完善具有中国特色的社会主义司法制度。党的十七大报告为我国司法制度的建设指明方向，确定目标，就是要“建设公正、高效、权威的社会主义司法制度”。随着司法改革的不断深化和诉讼法律的成功修改，我国司法制度正渐渐显现出“看得见的公正”、“能感受的高效”、“被认同的权威”的制度特色和改革成果。

（一）以“看得见”的方式实现司法公正

英国著名法官休厄特曾言：“正义不仅应当得到实现，而且应当以人们能够看得见的方式得到实现。”让老百姓“看得见的公正”才是真正的公正。近年来，随着人民群众法律意识、维权意识显著增强，对司法公正的要求越来越高。一些重大且具有社会影响的案件如果在程序上存在问题或稍有瑕疵就容易受到社会的质疑，甚至引发舆论诟病；一些案件因程序不规范、不公正而损害司法



公信力甚至引起当事人的上访。因此，司法人员应当转变传统的司法观念，强化程序公正、过程公正的意识，着力解决人民群众反映的突出问题，以“看得见”的方式实现公正，切实让人民群众从每一起案件中感受到司法的公正。

“看得见的公正”包含三个方面：“看得见的公正程序”、“看得见的说理裁判”和“看得见的司法形象”。要实现“看得见的公正程序”，就需要司法机关严格遵照法定程序办案，坚持以事实为根据、以法律为准绳，坚持依法独立公正地行使职权，切实纠正重实体轻程序、重结果轻过程的传统观念和错误做法。对一切违反法定程序的诉讼行为要严格禁止，对权利遭受违法办案行为侵害的诉讼参与人要及时救济，对严重违法法定程序收集的证据要坚决排除。要实现“看得见的说理裁判”，就要求司法机关高度重视释法说理，夯实司法公正“看得见”的载体。司法人员在对案件作出处理后，应当采取适当方式做好对当事人的答疑说服工作，认真讲解相关证据的取舍、事实的认定和法律的适用。判决要说理，裁判文书要公开，要注重情、理、法的有机结合，增强司法办案的人文关怀和社会效果，尤其对于影响性案件、涉诉信访案件以及社会关注度较高的案件。要实现“看得见的司法形象”，就要求司法机关不断加强形象建设，凸显司法行为的公开透明。司法人员在司法活动中的形象作风、言谈举止甚至工作外的一举一动都影响着人们对司法的评判。要改进司法作风，强化为人民服务的宗旨意识，树立司法机关严格执法、公正司法、热情服务的良好形象。并且，要注重司法形象，在司法活动中注重职业礼仪，语言规范文明、态度耐心细致，展现司法人员良好的外在形象。要规范司法行为，严格遵守职业道德操守，廉洁自律。

（二）以“能感受”的方式实现司法高效

近年来，随着依法治国的推进和民众维权意识的增强，我国迎来了诉讼爆炸的时代，“案积如山，案多人少”日益成为我国司法机关面临的一个突出问题，如何合理节约司法成本、有效提高司法效率已经成为司法改革的重要内容。

实现“能感受的高效”应以实现“看得见的公正”为前提，不能突破司法公正的底线，不能只顾当前的个案效率，而忽视长远的整体效率。“能感受的高效”应当是司法个案的高效和社会整体效益的统一。实现“能感受的高效”不仅要算“人均结案”、“案均成本”的“经济账”，而且要算程序的功效是否得到充分发挥、司法资源是否得到充分利用、司法运作的公众印象是否良好的“法治账”。为此，实现“能感受的高效”既需要司法机关内部资源的优化，又需要外部社会力量的整合。因此，我们应从动态的、相对的、不断发展变化的，而非静止的、绝对的、一成不变的角度来实现“能感受的高效”。

实现“能感受的高效”，必须遵循司法工作的规律。遵循司法运作内在规律才能如庖丁解牛一般合理分配司法资源，区分案件的不同类型和复杂程度，针对不同案件投入不同的司法资源，以便有效节约司法成本。通过不断改革司法



工作机制,从整体上加强司法机关内部和外部工作的相互配合和衔接机制,避免不必要的拖延和低效率。实现“能感受的高效”,必须建立科学的司法效率评估机制。一套科学的评价标准和评价体系不仅能够全面客观地反映司法机关的办案质量和效率状况,而且还能通过规范司法人员的各项行为,激发其工作积极性。实现“能感受的高效”,必须强化司法的信息化水平。科技是第一生产力,运用现代科技是实现司法高效的重要手段。这就要求司法机关以信息化建设作为推进司法各项工作的切入点,在实践中会用、善用、巧用现代科技手段。

(三) 以“被认同”的方式实现司法权威

惩罚犯罪、化解纠纷是司法最基本的功能。而司法能否发挥其应有的作用和功能,使其价值最大化,很大程度上取决于司法的权威性如何,司法是否具有公信力。近年来,随着社会转型期的各类矛盾纠纷不断凸显,疑难复杂案件日益增多,矛盾化解难度逐渐加大,司法机关的工作面临着巨大挑战,其中司法权威不足的问题日益突出,已经成为影响公正、高效目标实现的重要因素。加强司法公信力建设,显得更加重要和紧迫。而强化司法权威是一个系统工程,既需要深化司法体制改革,优化司法职权配置,也需要加强司法机关与司法人员的自身建设,切实提高司法能力,还需要诉讼当事人、参与人和社会各界的理解、支持和认同。

实现“被认同的权威”,司法人员要做法律适用的释明者。理解才能产生信任感,没有什么比不知道为什么更让人难以接受的了。法律释明包括诉前的风险告知,诉中的辨法析理,诉后的裁判文书讲解及对当事人诉后行为的指导。司法之门是为公众平等敞开的,不能由于双方在诉讼能力上的不平等,使法庭成为强势一方玩弄诉讼技巧的竞技场,也不能由于普通民众法律知识的欠缺,使司法晦涩难懂,疏离于大众,两者都不利于司法权威在公众心中生根发芽。实现“被认同的权威”,司法人员要做公正、高效的践行者。以实体正义为终极价值,以程序正义为诉讼保障,通过具体案件的处理实现司法化解矛盾、定分止争的作用。在诉讼中,司法人员必须严格以事实为根据,以法律为准绳,依据证据认定案件事实,在查清事实的前提下适用法律,只有实体最终公正的裁判,才能赢得社会最广泛的认同和最持久的生命力。同时,要努力提高司法效率,避免案件久拖不决。迟来的正义非正义,诉讼久拖不决、案结事不了本身就是对司法公信力的严重损伤。实现“被认同的权威”,司法人员要做职业操守的卫道者。信誉与声誉是司法权威的基础,司法人员的良好形象和得当举止同样是提高司法公信力的重要方面。必须常抓不懈地加强司法人员的思想道德教育,加强司法人员法律素养建设,加强司法文化建设,培养刚正不阿、淡泊名利、无私奉献、忠于职守的司法职业队伍,以队伍的纯洁性保证司法的信誉与声誉,以换得公众认同。司法,因公众认同而权威。



三、加强公正、高效、权威的社会主义司法制度理论研究

公正、高效、权威是永恒的司法价值追求，建立公正、高效、权威的社会主义司法制度既是司法改革的总体目标，也是法学理论研究的重要内容。在司法制度理论研究方面，目前的学术研究主要集中于以下研究方向或重点：一是有关司法制度的基础理论研究，主要探讨司法的内涵与属性，明确司法内在的、特有的、具有普遍意义和必然性的司法规律，为我国司法制度的改革完善提供理论指导，明确发展方向和目标。二是有关司法体制工作机制方面的研究，主要探讨司法体制的现状与问题，司法职权的合理配置，司法权的行使与规制，为司法体制机制改革提出设想，制订方案，采取措施。三是有关外国、国际司法制度的比较研究，主要探讨具有代表性的一些国家的司法制度和诉讼程序，总结成功经验，吸取失败教训，分析外国和国际司法制度发展动向和趋势，以为我国司法制度建设提供借鉴和帮助。四是有关司法制度改革措施的实证性研究，即深入司法实际，了解司法运作的真实情况，查找司法实践中的突出问题，分析原因，寻求对策，并追踪司法改革措施的贯彻落实情况。

应当说，我国理论界对于构建公正、高效、权威的社会主义司法制度的研究成果比较丰硕，路径比较多元，并且许多理论研究成果已经对立法和司法产生积极的推动和促进作用。但是，相对于建立公正、高效、权威的社会主义司法制度的总体目标和满足司法改革的迫切需要而言，理论研究还相对薄弱，总体有待加强。

为此，作为教育部人文社会科学重点研究基地的中国政法大学诉讼法学研究院，根据党的十七大作出的“深化司法体制改革”的战略部署，以促进司法公正、提升司法效率、强化司法权威为研究重点，成功申请了2007年国家社科基金重大招标项目“建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究”（项目批准号：07& ZD032），以卞建林教授为首席专家，汇集我国从事司法制度和诉讼程序理论研究和司法实务工作的专家学者，组成课题攻关团队，共同承担这一宏大课题的研究任务。总课题下分司法制度基础理论研究、司法体制改革研究、刑事司法制度研究、民事司法制度研究、行政审判制度研究和新型司法制度研究等子课题。全体课题组成员对完成课题高度重视，认真负责，殚精竭虑，历经多年的调研、讨论，发表了诸多阶段性成果，并最终形成由六本著作构成的“建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究”的系列成果，分别是《中国司法制度基础理论研究》、《中国司法体制改革研究》、《公正高效权威视野下的刑事司法制度研究》、《公正高效权威视野下的民事司法制度研究》、《公正高效权威视野下的行政司法制度研究》、《公正高效权威视野下的新型司法制度构建》。在课题研究过程中，时值《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》修改，党的十



八大召开并对依法治国提出新要求，作出新部署。课题组适时跟进时代进程，对研究内容与研究成果进行了多次修改和调整。特别令课题组感到欣慰的是，随着《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》的成功修改，本课题的许多研究成果已被吸收到立法修改和相关司法解释之中，成功实行成果转化，产生了积极的社会效应。诚然，全面推进依法治国，建设公正、高效、权威的司法制度，特别是建设完善具有中国特色的社会主义司法制度是一项宏大的课题和艰巨的任务，尽管作为一项课题，我们的研究暂告一段落，但显然这项任务还远未完成，需要参加本课题研究的同志继续努力，深化研究，产出更多更好的成果，同时呼唤更多的同行专家学者一起加强司法制度理论研究，为建设我国公正、高效、权威的社会主义司法制度而共同奋斗！

课题首席专家：卞建林

2013年7月10日

目 录

第一论 司法语境论	1
一、语境论分析方法的一般理论	1
二、政治语境与中国司法制度建设	13
三、经济语境与中国司法制度建设	16
四、文化语境与中国司法制度建设	18
五、全球化语境与中国司法制度建设	23
第二论 司法价值论	26
一、司法价值的含义	26
二、司法价值的传承	30
三、司法价值间的协调与促进	37
四、司法价值间的冲突与消解	41
第三论 司法公正论	47
一、司法公正的基本理论	47
二、实体公正与程序公正	66
三、司法公正的实现保障	75
第四论 司法高效论	81
一、司法效率的由来	81
二、司法效率的内涵及其与司法公正的关系	85
三、司法效率在司法工作中的要求和体现	93
四、提高我国司法效率的途径和方法	97
五、多元化纠纷解决机制、程序分流与司法效率	102
第五论 司法权威论	111
一、司法权威性的内涵与意义	111



二、司法权威性的来源	116
三、我国司法权威性式微的主要原因	123
四、建构权威司法的理性路径	127
第六论 司法民主论	133
一、司法民主的内涵	133
二、对司法民主的现实诉求	139
三、司法民主的理论支点	142
四、司法民主的局限性	146
五、完善我国司法民主的若干方向	149
第七论 司法文明论	162
一、文明与司法文明概述	162
二、司法文明的历史沿革	165
三、现代司法文明的内涵	171
四、现代司法文明的主要内容	174
五、我国相关制度的完善或构建	179
第八论 司法能动论	187
一、司法能动的内涵诠释	187
二、司法能动的逻辑要义	196
三、司法能动的实现进路	204
第九论 司法监督论	215
一、加强司法监督的必然性	215
二、司法监督的现状与问题	218
三、完善司法监督机制	222
四、加强检察诉讼监督建设	229
第十论 司法对策论	242
一、当前存在的问题	242
二、原因分析	253
三、解决当前司法实践问题的对策	255
后记	263

作为国家政治制度的重要组成部分，司法制度并不是孤立存在的。在时间维度上，司法制度有其历史延续性和流变性，在空间维度上，司法制度具有鲜明的地域性和国别性。在特定的时空场景中，司法制度的创制、发展、运作、变革乃至消亡，又受到政治制度模式、生产力水平、科学技术力量等各种结构性要素的影响和制约。因此，价值和意义层面上司法制度的构建注定应当是一种语境化的判断。对司法功能、司法价值、司法对策的所有理论研究，以及根植于这些理论研究基础上的司法制度建设都应当认识并坚持这一判断。在这一前提下，细致厘清各项语境构成要素并认真分析该要素对司法制度建设的各种直接或者间接影响，乃是在当下中国构建公正、高效、权威的社会主义司法制度的一项必要的前提性作业。事实上，“在当下中国构建公正、高效、权威的社会主义司法制度”，这一命题本身即充满了丰富的语境要素。

一、语境论分析方法的一般理论

（一）语境论分析方法的内涵

所谓“语境”，最早源于语言学的研究之中，与英文中的“context”一词相对应。它是指意义确定的某种特定的语言环境。^① 最早将意义与语境联系起来的是弗雷格，而后，达米特又进一步指出，“一个词只有在特定的句子语境中才有意义”。^② 也就是说，一个词处于什么样的位置，与什么样的指称有关，都要根据具体的语言环境来回答，这就将语意与语境本质地联系在一起。进而言之，语境是一种多向度的思维方式，它是指一种知识背景，是构成某种事物特质的文化台面（包括社会政治、意识形态、价值观念、时代精神）；它是设置和深藏于该事物后面的根据与意

^① 郭贵存、刘俊香：《迎达默尔的理解语境观》，载《自然辩证法研究》2000年第7期。

^② Aiberto Coffa, *The Semantic Tradition from ant to Carnap*, Cambridge University Press, p. 218 (1991).



义；它还指一种我们观察事物所持的角度、立场和文化眼睛，是附属于我们观察者身上的一种无形的文化积淀物或者说是我们分析事物时所能调动的一切文化资源和复杂材料。^① 因此，“语境论”就是指任何一个语境要素的独立存在都是无意义的，任何要素都只有在与其他要素关联存在的具体的或历史的语境中，才是富有生命力的。^② 语境虽然是语言学理论范畴。但是，它的应用早已越出了语言学的疆界，成了包括社会学、文化研究、哲学、心理学、逻辑学、信息科学等众多跨学科领域所普遍关注的重大理论与实践问题。在一定程度上，语境的方法论意义具有普遍性。

在法学研究中，借鉴和运用语境论的研究方法，就是要求论者“力求语境化地（设身处地地、历史地）理解任何一种相对长期存在的法律制度、规则的历史正当性和合理性”，这种研究进路，就总体而言，“反对用一种自我中心的、上帝式的、历史在我这里或在我们这一代终结的眼光来考察和评价任何制度，而主张并力求进入适当的语境，移情地、体贴地、具体地予以考察和评价制度”，“反对以抽象的所谓永恒价值作为对法律制度和规则的评判，而是注重特定社会中人的生物性秉性以及生产力（科学技术）发展水平的限制，把法律制度和规则都视为某些相对稳定的制约条件下对于常规的社会问题的一种比较经济化的回应”。^③ 质言之，法学领域中语境论的研究方法，在于强调特定的法律制度存在及有效发挥作用的特定意义价值谱系和具体的社会、经济、文化、历史等现实图景，是在反思的基础上，从一个多元的、历史的和具体的语境立场出发，反对单元直线的法律进化观，尤其反对以单元直线进化观检讨人类整个法律和司法制度。这一研究方法扎根于传统的法学研究进路和方法，同时又有所超越；它既尊重既定的具体法律制度，强调消极的守成，同时又要求或至少是隐含了对任何具体法律制度的学术的而非仅仅是政治的批判态度，即重视积极的构建。而且，它在本质上同马克思主义关于事物的产生、发展和变化与特定的时间、地点和条件之间关系的哲学原理，同经济基础决定上层建筑等政治原理具有高度的一致性。钱穆先生在论及历史制度的研究方法时，曾经指出以下几条基本进路，“首先，要精熟一代的人事，若离开人事制度单来看制度，则制度只是一条条的条文”。“第二，任何制度，决不是孤立存在的。各项制度间，必然是互相配合，形成一整套。否则那些制度个个分裂，决不会存在，也不能推行。”“第三，制度虽像勒定成文，其实还是跟着人事随时有变动。某一制度之创立，决不是凭空忽然地创立，它必有渊源，早在此项制度创立之先，已有此项制度之前身，渐渐地在创立。某一制度之消失，也绝不是无端地忽然地消失了，它必有流变，早在此项制度消失之前，已有此项制度之后影，渐渐地在变质。”“第四，某一项制度之逐渐创始而臻于成熟，在当时必有种种人事需要，逐渐在酝酿，又必有种种用意，

① 田成有：《歧义与沟通》，载《法律科学》2001年第2期。

② 苗金春著：《语境与工具：解读实用主义法学的进路》，山东人民出版社2004年版，第301页。

③ 苏力著：《也许正在发生：转型中国的法学》，法律出版社2004年版，第235、250页。



来创设此制度。”“第五，任何一项制度，决不会绝对有利而无弊，也不会绝对有弊而不利。”^①实际上，钱穆先生的上述主张与“语境论”的研究方法不谋而合，本质上都要求在对制度的分析实践中结构性地引入与该制度密切相关的其他各种要素，如历史的、社会的、经济的、文化的甚至人的心理的要素，进行系统的、整体的分析。

（二）语境论分析方法的应用：以对刑事司法权正当化的语境分析为例

1. 刑事司法权的正当化

刑事司法权的正当化问题是国家权力正当化问题的一个组成部分。而国家权力的“正当化”与权力的“正统性”和“合法性”紧密相关，在具体的含义上是指权力对象对权力主体强制性行为及其权威在内心中的接受或者事实上、行动上的承认。从根本上说，刑事司法是特定主体代表国家行使刑罚权的活动，^②而其运行的全过程则表现为特定的刑事诉讼程序和制度。与其他国家权力的行使行为相比，在刑事诉讼中运行的刑事司法权的特殊之处在于其是通过对犯罪和罪犯的侦查、起诉和审判，通过对与案件事实相关的证据的收集和拣选而得以实现的。一言以蔽之，刑事司法权行使所针对的是犯罪行为、犯罪人以及联结二者的犯罪证据。但是正如罗尔斯所指出的，假定“只要被告犯有被控告的罪行，他就应当被宣判为有罪”是所有刑事诉讼活动中所共同期望的完美结果，^③显然，刑事诉讼程序并不是一个完善的程序，国家的刑事司法权并不总是能够通过刑事诉讼而达到上述结果。^④刑事案件事实的查明需要运用证据加以证明，而运用证据证明案件事实的活动却是一种回溯性的证明，或曰“历史证明”。^⑤在这种证明活动中，证明的对象是已经发生过的具体事件，而非事物的规律性。^⑥这种回溯性的历史证明有以下两个特点：一是作为证明对象的案件事实不可能通过科学实验来证明，而只能运用证据以推论的方式对争议事实加以“追溯”或“再现”，这就不可避免地要受到各种主客观因素的影响，难以达成绝对性的认识。二是对案件事实的结论也不能通过科学实验来检验。它是司法人员依靠经验法则与伦理法则对既往事实进行的主观推导，其结论是否与案件的客观事实完全相符由于不可能以科学实验或其他实证方法进行验证而具有不

① 钱穆著：《中国历代政治得失》，生活·读书·新知三联书店2006年版，第1~3页。

② 陈光中主编：《外国刑事诉讼程序比较研究》，法律出版社1988年版，第1页。

③ 实际上，罗尔斯针对刑事诉讼所设定的实体正义结果是不周全的，除了其所表述的即“只要被告犯有被控告的罪行，他就应当被宣判为有罪”之外，刑事诉讼中期望的结果还应当包括“只要被告没有犯需由刑法制裁的行为，他就应当被宣判为无罪”。

④ [美] 约翰·罗尔斯著：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第86页。

⑤ [日] 田口守一著：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第223页。“根据诉讼上的证明的特征，首先可以把证明分为论理证明和历史证明。前者是自然科学使用的概念；后者是法律学使用的概念。”

⑥ 陈一云主编：《证据学》，中国人民大学出版社1991年版，第113页。



确定性。加之证明主体和客体的局限性、证明时空资源的有限性等多重因素都决定了证明在大多数情况下达不到证明结果与案件客观事实完全一致的程度。^① 正如有学者所正确指出的,“如果说实体公正等于实体裁决绝对正确,那么我可以说永远都做不到,谁也没有本事说自己做得到”。“在司法裁判中,法官对诉讼事实的认定,是受到多种因素制约的,是有很大局限性的,是与案件的客观事实有一定差距的。可以说,任何高明的法官、任何准确的裁判都不可能完全再现案件的客观事实。”^② 总之,假定在任何动用国家权力处理犯罪行为的机制中,通过证据对案件事实加以证明而不是任由国家权力主体完全自由裁量甚至是天马行空地随性裁断事实均是处断犯罪行为的一个必要前提,那么没有哪一种机制可以完全达致上述的理想实体结果。然而,必须承认的是,尽管国家在刑事诉讼中所进行的证明活动所获得的相对真实的结果乃是缘于时空资源的缺乏等客观原因,但是毋庸置疑,证明程序和证明规则的制约亦是一个重要的制约因素,^③ 甚至现代西方国家刻意确立“非法证据排除规则”等证据规则为国家权力的证明活动设置障碍。

当然,必须看到的是,刑事诉讼活动中所确立的一系列的程序、制度、规则并不仅仅都是为了给国家刑罚权的落实设置障碍,其目的亦是保证国家将刑罚权的行使前提建立于对案件事实的正确认识之上的,从而确保刑罚权的实现更为精准,而不致损及无辜,从根本上破坏刑罚权的行使目的。因此,“非法证据排除规则”确立的原因也不仅仅是基于对国家权力行使的防范,亦是考虑到非法所获取的证据由于在证据能力上存在瑕疵而可能会严重影响其证明力,恐其误导案件事实之真相的发现。也就是说,“它的正当化根据不仅可以立足于人道主义的考虑,也可以立足于保护事实裁判者免受可疑证据的影响”。^④ 但是无论如何,“在刑事诉讼中,根本不需要任何程序就能够查明真相……刑事案件的调查官也无需任何程序上的设置就能查明真相。事实上,没有程序上的障碍,他更便宜行事,也更富实效”。^⑤ 比之于不受程序控制和约束的国家权力,通过刑事诉讼程序行使的权力很难说更为高效,而是正相反。例如,刑事侦查活动,现代国家的刑事侦查权这一刑事诉讼中强制性色彩最为浓烈的权力要受到来自刑事诉讼程序本身的重点“关照”,对其的贯彻与运行设置了重重障碍,如许多国家都规定了司法权对侦查权的制约:在英国,警察

① 卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第42页。

② 最高人民法院副院长沈德咏在中国法学会诉讼法学研究会1999年年会上的讲话,参见陈光中主编:《依法治国 司法公正——诉讼法理论与实践(1999年卷·上海)》,上海社会科学出版社2000年版,第3页。

③ 卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第48页。

④ [美]米尔吉安·R.达马斯卡:《认识论与证明活动的法律调整》,载[美]米尔吉安·R.达马斯卡著:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀等译,中国政法大学出版社2006年版,第4页。

⑤ [斯洛文尼亚]卜思天·M.儒攀基奇著:《刑法——刑罚理念批判》,何慧新等译,中国政法大学出版社2002年版,第123~124页。



要对犯罪嫌疑人实施逮捕或搜查、扣押等行为，必须事先向治安法官提出申请，并说明正当、合理的根据。治安法官经过审查发布许可逮捕或搜查、扣押的令状后，警察方能实施上述行为。在美国，警察要对公民实施逮捕、搜查、扣押、窃听等强制侦查措施，应首先向法官提出申请，证明犯罪行为的发生存在“合理根据”，并说明采取相关的侦查措施是必需的。法官经审查，认为符合法律规定的条件，才签发相关的许可令。在德国，根据德国刑事诉讼法的规定，司法警察和检察官要对公民实施逮捕、羁押、搜查、扣押、身体检查、窃听等强制侦查措施，一般都必须提出申请，由法院通过审查后发布许可令。在意大利，司法警察或检察官采取所有强制侦查措施，如搜查、扣押、窃听等，也必须首先取得预审法官的许可或授权，等等。除此之外，几乎所有涉及公民的人身、自由、隐私的强制性权力的行使都还要受到缜密程序的控制，不能够由侦查主体随意行使。客观地说，此种运行于程序之中的国家权力在贯彻的迅速性、有效性上都必将大打折扣。一如我国有学者所曾指出的，“一个国家对付犯罪并不需要刑事法律”，没有刑事法律“也并不妨碍国家对犯罪的有效镇压与打击，而且，没有立法的犯罪打击可能是更加及时、有效、灵活与便利的”。如果从这个角度讲，刑事法律“本身是多余和伪善的……它主要是束缚国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度”。^① 甚至从国家通过强制性权力的行使来控制 and 打击犯罪的角度来看，使用“军事化”的方式显然是最为有效的，而刑事诉讼中所规定的诸种制度和程序“无一例外地都会‘捆住’公检法的手脚，使其无法随心所欲地打击犯罪，并降低刑罚本应具有的威慑力和恐吓力”。^② 既然如此，国家为什么要通过刑事诉讼这种方式来行使刑罚权？

在笔者看来，刑事诉讼活动以及其中的程序实际上在此担负着正当化国家权力的重要职责。国家权力以暴力为背景，但是不能动辄动用暴力，而需要相对温和地表现出来，以维护国家整体的统治秩序。刑事诉讼制度作为国家制度的一个构成部分，国家整体的权力观与价值取向必然决定刑事诉讼中国家权力的价值观及其取向。国家通过刑罚权旨在控制社会 and 治理社会，而刑罚权在诸国家权力中暴力色彩无疑是最为强烈的，它意味着国家警察、监狱、刑罚甚至冰冷的刑具的动用，它意味着公民自由、健康、隐私甚至鲜活的生命被剥夺。因此，国家不仅必须实现刑罚权，更要慎重行使刑罚权，即以正当化的方式来实现，以克服其“赤裸裸的报复和镇压”^③ 的“狰狞的屠宰”^④ 形象。“统治阶级总是通过他们所确立的司法制度来赢得自身的合法性的。围绕着这一中心……诉讼程序的设计很容易受到主流意识形态波

① 李海东著：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第3~4页。

② 陈瑞华著：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2000年版，第3页。

③ 陈瑞华著：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2000年版，第5页。

④ [法] 米歇尔·福柯著：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第15页。



动”,^① 这就意味着国家最终选择刑事诉讼以及其中的程序运作来作为“美化国家权力”^② 的正当化方式。国家权力通过刑事诉讼以及程序的运作,“与其说是对社会的指导,不如说是对社会的安抚”,“它通常诱导人们安于现实。它在神秘雾霭中营造一个超越法庭的王国,我们在这不公正世界的正义之梦由此得以实现……从实用的角度看,它是维护社会稳定的柱石,因为它承认每一非特权者的愿望,并且提供给他们一个官方认可的实现其愿望的场所,而不必采取可能动摇既存的权力金字塔的特殊行动”。^{③④} 国家权力实现刑罚权的此种经由方式即“在统治者与被统治者之间的关系方面,依公平适用的正当法律程序解决相互间的矛盾”,“这是符合统治阶级利益的。假如被统治者知道自己与统治者之间的关系是建立在正义而不是专制的基础之上的,那么他们将会为自己所处的环境而感到满意,而不会去想改变他”。^⑤ 于是,不仅国家权力通过刑事诉讼程序的正当化这一直接目的得以实现,而且其维护统治和秩序的这一正当化的深层目的亦得以实现。

此外,与国家通过刑事诉讼程序来正当化行使国家刑罚权具有重要意义相同,刑事诉讼中的微观国家权力即侦查权、控诉权和审判权等刑罚权通过诉讼程序的正当化行使亦具有重要意义:对于直接的权力对象即犯罪嫌疑人、被告人以及其他诉讼参与人而言,诉讼过程中权力行使的正当化能够有效促使权力行使效果的内化,至少可以减少诉讼参与人对权力行使行为的异议、申诉,避免诉讼效率的低下和诉讼资源的浪费。从更深层次来看,尤其是对犯罪嫌疑人和被告人而言,感觉到自己被理性和正当对待能够强化其对刑事判决等权力裁决行为的认同,消弭其与国家权力对抗的心理机制,从而有利于其认罪服法和通过真心改造而再次社会化。对于间接的权力对象即一般社会公众而言,诉讼过程中权力行使的正当化则有利于增强公众对国家刑事诉讼制度的整体认同,从而有利于维系国家刑罚权自身的正当性及其对社会一般成员的威慑与教育功能。谷口安平教授在论及程序对于审判权的正当化作用时将之概括为相互联系的两个方面:第一个方面是由于程序进行遭受了不利结果的当事者不得不接受该结果的作用。例如,进行诉讼而导致败诉的当事者经常对判决感到不满,但因为自己已经被给予了充分的机会表达自己的观点和提出证据,并且由于相信是公正无私的法官进行了慎重的审理,所以对结果的不满也就失去了客观的依据而只能接受。这种效果并不是来自判决内容的“正确”或“没有错误”

① [美] 米尔吉安·R. 达玛什卡著:《司法和国家权力的多种面孔:比较法视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第13页。

② 李海东著:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第4页。

③ 转引自[美] 博西格诺等著:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,第270页。

④ [德] 拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第387页。

⑤ [英] 彼得·斯坦、约翰·香德著:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第39页。