

刑事司法改革试点研究

Xingshi Sifa Gaige Shidian Yanjiu

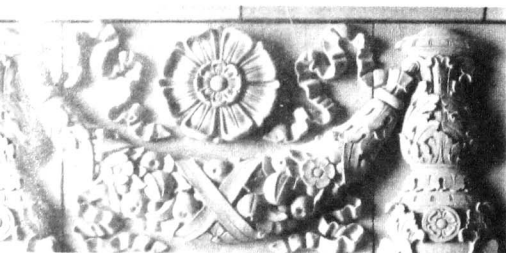


刘 辉 / 著

中国检察出版社

刑事司法改革试点研究

Xingshi Sifa Gaige Shidian Yanjiu



刘辉 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法改革试点研究 / 刘辉著. —北京: 中国检察出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0976 - 5

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑事诉讼 - 司法制度 - 体制改革 - 研究 - 中国 IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 195882 号

刑事司法改革试点研究

刘 辉 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 15.25 印张 插页 4

字 数: 226 千字

版 次: 2013 年 8 月第一版 2013 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0976 - 5

定 价: 38.00 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

序

刑事司法改革试点是创新性制度或机制的试验，主要功能是试错。可不可以刑事司法改革中搞试点，长期以来理论界莫衷一是。

赞同者认为，试点是“试验田”，可以使改革少走弯路，降低了司法改革的风险。的确，从最近十余年中国刑事司法改革的经验来看，很多行之有效的制度最初都是由基层司法机关通过试验摸索出来的。反对者则主张，国家法具有至上性，任何公权力的行使必须严格遵守法律的授权和法律的约束。司法的统一性以至法制的统一性是任何情况下都不能变通的原则，局部性的制度试验意味着对“法律面前人人平等原则”的破坏。正如耶林所说，世上不法之事莫过于执法之人自己破坏法律，此乃天底下最悖公理之事。

自第一轮司法改革以来，司法实务部门和学术机构就已经开展了一系列的试点，但对这种试点的依据和理论阐述至今不甚明晰。对刑事司法改革试点从理论和实践结合的角度进行研究——尤其是关于试点的合法性问题，不论对试点本身还是对整体司法体制改革都是十分必要的。

刘辉的博士论文《刑事司法改革试点研究》独到之处在于，并非从常规角度对试点进行具体的制度分析，而是以近三十年来一系列颇具影响力的试点为观察样本，从社会学的视角进行了完整梳理，包括试点的主体、动因、制度内容、发展过程、争议和影响等全方位信息，体现了对刑事司法改革自身方法问题的关注。

关于试点的争论并不是单纯的试点是否突破了现行法框架的合法问题，而是试点作为刑事司法改革的方法本身是否具有合法性的问题。而合法性与公众的认同度相关，面临合法性质疑的改革方法会使改革背离设计初衷，丧

失了合法性的司法改革将导致整个法治体系的崩塌。故此，以“良性违法”为试点做开脱显得过于轻率。不解决合法性的问题，刑事司法改革试点无疑是在碰运气。为什么试点会出现合法性危机？从认识论的角度出发，产生评价分歧主要有两点原因——评价事实和评价标准。就试点分歧来看，关键是评价标准不统一。

试点评价标准建立于试点合法性的基础理论之上。合法性的研究范式一般可以划分为经验主义、规范主义和重建式的程序主义。为解决试点作为刑事司法改革方式正当性的争议，实质/形式割裂的二维标准一直以来是较具影响力的判断试点合法性标准，它们脱胎于经验主义和规范主义合法性研究范式。实质合法性的判断标准是某种法外优位价值，就评价试点而言可以表现为试点者的动机、试点的功效以及试点制度内容所彰显的价值等。近年来，以实质合法的理由抵抗对于刑事司法改革试点的质疑已力不从心。通过观察试点现象可以发现，刑事司法改革试点实际上处于多元价值语境中，有关试点的各种价值标准多向交织并不断碰撞和磨合，难以用某种优位价值予以评判，因此以实质合法证成试点合法性欠缺说服力。形式合法性则意图将试点合法性标准界定为“法律框架”——一种以立法程序设定的规范文本为载体的合法性形式，但由于试点本身所具有的创新性，因此必然面临着形式违法的指责。表面上存在三条可能的出路：一是通过法律解释将法律框架弹性化；二是默认良性违法理论；三是依托刑事政策，但其实难以行得通。法律实施的合法标准并非评价改革试点的适宜标准，对于试点更应关注的是合法性问题而不是合法，应当为试点合法化寻求新的理论框架。

放弃二维对立评价模式，以程序主义的一维模式重新确立讨论试点合法性的框架是作者新的理论尝试。程序主义是处于多元“价值博弈”中的合法性生存之道，它诉诸于程序，但不放弃价值，兼有形式性与实质性。程序主义的实质性与实质合法性并非同一所指。程序主义的实质性不认同优位价值，承认刑事司法改革试点现象处于多元价值语境，比如摸着石头过河与顶层设计、立法推进主义与司法推进主义、制度生长与程序法定。这些价值理念具有多元性和平等性，研究的目的并不是要通过介评分出高下，而是要将

它们尽可能地输入到论辩程序中，进行持续的沟通协调。同时，程序主义试点的形式性也与以往形式合法性研究的旨趣不同，程序主义的形式性既回避试点逾越现行法律的现实问题，也不诉诸“良性违法”得以解脱，而是谋求通过试点制度的程序化，实现试点的合法化。

程序主义主张商谈的平等性、无强制性、开放性，但同时也主张应对商谈进行程序控制，以避免商谈的持久化。试点程序是诉讼程序和立法程序之外，应对刑事法律变迁需求的装置，是实现试点合法化的辩论平台。遵循程序原理，试点程序首先应具备基本程序要素，进而通过运行机制设计，如启动—交流反馈—评估等，推动静态程序要素的动态运作，以实现预设的各项程序功能。这种以法律程序出现的商谈民主程序可以被理解为确保理想商谈条件的建制化。虽然经由程序的试点难以进行实证化的合法性效度检测，但程序主义合法性的基础理论以及试点程序本身所具有的功能，可以在一定程度上解释试点合法性产生的理据。

除了选题的价值，论文在结构方面也比较合理，逻辑清晰，文字简洁，在一定程度上弥补了部分章节理论性过强造成的阅读不便。

刘辉在我指导的博士研究生中工龄较长，入学时已在国家检察官学院工作了二十年。由于工作中常能接触到来自全国各地的检察官，所以，对司法实务较为了解，尤其是近两年，她参加了我主持的“未成年人刑事司法实证研究”、“刑事司法考评指标实证研究”等课题，对司法实践中的改革试点有了更多的认识，促使她对这一现象进行了较为系统的观察和反思。虽然文章还有一些尚待改善之处，但毕竟是研究改革试点合法性问题的开创性著述，而且是从诉讼法学、法哲学以及社会学等多角度进行的讨论，这种探索的精神值得肯定。如今她的博士论文即将出版，作为老师甚感欣慰。

是为序。

宋英辉

2013年7月

目 录

序	宋英辉	1
导 论		1
一、问题提出		1
二、研究现状		2
三、研究意义		5
四、研究方法		6
第一章 试点现象		9
一、界说		9
(一) 刑事司法改革与试点		11
(二) 刑事司法中的试行与试点		15
二、概貌		17
(一) 刑事司法改革试点样本简略汇总		17
(二) 试点样本中的变量与属性		20
1. 主体		21
2. 动因		23
3. 方法		25
4. 内容		27
5. 争议		29
6. 效果		31

(三) 模式	32
1. 实践型	34
2. 研究型	36
3. 混合型	39
第二章 试点评价	42
一、评价梳理	42
(一) 质疑说	43
1. 违宪性质疑	43
2. 公平性质疑	44
3. 合法性质疑	44
4. 伦理质疑	46
5. 动因质疑	47
(二) 赞同说	48
1. “试验田”论	48
2. 司法推进论	49
3. “革新理由”论	51
4. 启示论	51
二、分歧归纳	52
三、分歧解析	55
(一) 价值认识的前提及评价分歧的原因	56
(二) 相对合理性与真理性之辨	61
第三章 试点的合法性基础	65
一、“合法性”内涵及论域	65
(一) 合法性的语义分析和内涵	66
(二) 合法性的论域	70
(三) 法之合法性	72
二、合法性的研究范式	75
(一) 经验主义研究范式	76

(二) 规范主义研究范式	77
(三) 重建式合法性研究范式	78
三、试点合法性的研究路径	81
(一) 试点合法性的含义	81
(二) 研究方法的启示	83
(三) 形式/实质二维评价模式	84
(四) 一维模式对二维模式的扬弃	87
 第四章 程序主义试点的实质性及其价值语境	91
一、试点的实质合法性与程序主义实质性之辨	91
(一) 何为试点的实质合法性	91
(二) 何为程序主义试点的实质性	95
二、程序主义试点的价值语境分析	98
(一) 摸着石头过河与顶层设计	98
(二) 司法推进与立法推进	104
(三) 善良动机与沽名钓誉	109
(四) 程序法定与法律生成	116
三、程序主义试点的实质性与合法性的关系	120
 第五章 程序主义试点的形式性及其程序载体	125
一、形式合法性理论的困境	126
(一) 形式合法性的解读	126
(二) 面临的困境	127
(三) 可能的出路	131
1. 藉由法律解释	131
2. 默认良性违法	139
3. 依托刑事政策	141
二、程序主义试点的形式性	143
(一) 形式性的解析	143
(二) 试点程序的含义及特征	144

(三) 试点程序的功能与要素	148
三、试点程序的运行机制	158
(一) 启动	159
(二) 交流反馈	162
(三) 评估	166
余 论	171
附录：试点样本汇总	174
样本一：附条件不起诉	174
样本二：普通程序简化审	178
样本三：零口供	182
样本四：刑事和解	186
样本五：三项制度	189
样本六：人民监督员制度	192
样本七：未成年人刑事司法改革试点	194
样本八：附条件逮捕	203
样本九：刑事审判程序改革	206
样本十：取保候审制度的改革与辩护律师作用的扩大	209
样本十一：羁押场所巡视制度试点	211
样本十二：量刑改革	213
样本十三：职务犯罪逮捕权“上提一级”	217
样本十四：人民陪审员团	218
样本十五：非法证据排除	222
参考文献	225
后 记	235

导 论

一、问题提出

刑事司法改革试点是发生于刑事司法领域，创新性制度或机制的试验，主要特征是暂时性、局部性和创新性，主要功能是试错。作为刑事司法改革的方法，试点的目的是通过小规模的制度试验来检验某项刑事司法改革方案的效果和可操作性。无论在理论上正当与否，刑事司法改革试点现象在我国已经存在二十年，遍布从侦查、审查起诉到审判各刑事诉讼环节，试点机构也涵盖了公检法各家及部分学术研究机构。从表面看，试点改革比一步到位的修律式改革显得更务实和具有策略性，但同时也面临着激烈的争论和隐藏着巨大的危险性。如果简单地视之为权宜之计或法制不成熟的表现，不屑于进行认真的理论研究，则未免失之轻率。

从我国司法改革大背景看，随着司改的推进，宏观层面的讨论逐步向技术层面的措施和途径过渡。于是，出现了由基层实务部门自发进行的改革探索。20世纪90年代后期，这种局面渐成雨后春笋之势，有关试点正当性的争论也随后频现于报端。批评者认为，试点有“司法违法”之嫌，无论动因如何，司法机关都不能损害法律的至上性和权威性；而试点者本人则有肆意作秀、沽名钓誉之嫌。赞同者却认为，试点是改革的“试验田”，可以降低改革风险，何乐而不为？试点评价分歧暴露出了试点所隐藏的巨大危险——试点合法性危机。所谓试点合法性危机，研究的落脚点并不在于某些试点是否超越了现行法的框架，即合法或违法的问题，虽然这确实是引发试点现象争议的重要原因之一，但不是问题的实质，更深层的危机是试点作为刑

事司法改革方法的正当性。合法性事关人心归向，即公权运行的认同度问题，丧失了合法性的司法改革不仅会因措施不当而抵销效果，而且还可能导致整个法治体系的崩塌。

基于正当性角度的合法性问题是哲学、政治学、法学、社会学等多学科领域的话题。法哲学家、法社会学家已经确立了经验主义、规范主义和重建式的合法性研究范式。刑事司法改革试点合法性的基础理论和合法化路径也蕴含其中，有待挖掘和梳理。其中的重点和难点是从认识论角度出发，评价分歧的根源探究；合法性、合法律性、合法等概念内涵和理论基础的辨析；试点合法性产生原理的阐释；技术性程序的建构。

二、研究现状

既有理论以形式/实质二维合法性评价模式来研究试点合法性问题。试点赞同说以实质合法性来塑造试点合法性的根基；而质疑说则对此不以为然，要么认为某些试点连实质合法性也不具备，要么认为即使存在试点的实质合法性，也不能替代形式合法性，进而主张支撑试点合法性至少需要具有形式合法性，或者兼有形式合法性与实质合法性。形式/实质二维合法性评价模式虽有合理之处，但尚存瑕疵：一是二维模式没有兼顾到更趋成熟的程序主义合法性评价理论；二是二维模式在试点评价中已力不从心，难以将试点从合法性危机的困境中解脱出来。

实质合法性的研究思路脱胎于规范主义合法性理论，也就是说，研究者先要确立某种法外的优位价值观，然后，以此为衡量标准，如果试点中彰显的价值观与此标准相符合，则试点具有实质合法性；如果不符合，则不具有实质合法性。但实际上，这是非常困难的，尤其对于试点评价而言。有学者主张，法的实质合法性评价标准是所在社会当时占主导地位的社会政治思想和价值观念。也就是说，只有当立法机关的立法权及其立法活动符合当时广大社会成员，特别是社会精英的关于社会权力的取得和运作的一套理论或观

念时,才被认为是合法的。否则,则为不合法。^①这一实质合法性评价标准中,有几个问题是模糊的:第一,实质合法性的判断标准是社会公众的价值观,还是精英的价值观?如果两者不一致,以谁为准?第二,如果不同阶层的公众、不同派别的精英,有不同的社会政治理想、价值观念,又该怎么取舍?在这一实质合法性判断标准中,有一句潜台词——某一特定历史时期的社会价值观是统一的。这种状况在神权、君权压制性统治的时期是可能的,在现代社会已经被社会价值多元所取代。此外,即使存在某个统一的标准,既有理论在选择上也显得举棋不定——徘徊于“占主导地位的社会政治思想和价值观念”、“政权稳固”、“社会实际效果”、“宪法文本”之间。因此,不得不承认,以抽象意义上的优越价值来评价法的实质合法性,在标准上显得太过模糊,欠缺说服力。

就试点评价而言,有研究者主张,实质合法性是以考察试点内容为方向,^②这种观点在试点样本中有一定的代表性。具体说,即主张实质合法性的最低判断标准是国际人权公约,同时,允许各国根据本国的实际情况在正义的不同价值范畴之间进行权衡和选择,以确定最终的实质合法性标准。问题是,如果是权衡,就会出现差异,在标准上难以达到统一化。此外,以试点制度的内容作为试点实质合法性的评价标准也并非公论。比如,试点“试验田”理论强调的是试点的功效,主张试点有利于克服立法的盲目性和理想主义,避免闭门造车,从而使改革少走弯路,降低耗费,增强司法改革的保险系数和保持法律的稳定性。^③另外,还有研究者是从试点单位处于司法一线,最了解法律立、改实际需求的角度来阐释试点的实质合法性。^④另有论者是从试点制度实施后的反馈情况来论证,比如普通程序简易审有利于提高诉讼效率;实行人民陪审员制度有利于公众参与司法,降低信访率,提

① 严存生:《法的价值问题研究》,法律出版社2011年版,第820—821页。

② 史立梅:《论司法改革的合法性》,载《北京师范大学学报(社会科学版)》2005年第6期,第127页。

③ 柯葛壮:《创设司法改革的“试验田”》,载《政治与法律》1999年第3期,第1页。

④ 纵博、郝爱军:《近年台湾地区的刑事诉讼改革及其启示》,载《台湾研究集刊》2010年第3期,第42—43页。

高公众对司法的满意度。^① 凡此种种都是试点样本中所呈现出的试点具有实质合法性的论据。

所以，在实质合法性理论中，无论是主张试点具有实质合法性还是否认试点具有实质合法性，都必须找到一个“正确答案”来支撑自己的论点，不能存在多元价值的冲突，否则，论点就不能成立。因此，这就导致了研究中的一个问题——对不同价值观念有意或无意的忽视。大部分评论主张试点是具有实质合法性的，即以有利人权保障，培养现代刑事诉讼理念，促进司法公正、效率为理由，而不谈及其他；主张试点不具有实质合法性的，一般是以司法违法，有悖司法权威、公正，作秀揽名为反对理由，而对于试点者的善良动机视而不见。

形式合法性理论一般是以试点是否符合现行法规定为判断合法性标准。但问题在于，试点是在我国刑事法律框架基本成熟的情况下开展起来的，试点者并不满足于修修补补式的改革探索。所以，在形式合法性理论下，可能的出路有三个：一是通过法律解释将法律框架弹性化，让试点具有在现行法规范内腾挪的空间。在方法上，有研究者提出，可以通过区分规范约束的类型和重要程度来解决，可以允许突破较为次要的规范约束，突破的程度取决于由谁来作出这种突破的决定，但刚性规范约束则不可突破。^② 但是，这一思路的可操作性其实是一个疑问。第一，不可否认，这种机制的建立需要丰富的改革实践经验和精深的法律技艺做支撑。司法者的普遍素质是不是能满足这一要求？第二，试点中法律的技术性解释或扩张解释需要规范的表达，不可能是实务部门的率性而为。即便是解释也有统一性和权限等问题，如果法律解释的程序问题不解决，试点藉由解释而获得的合法性空间也是难以证成的。二是默认良性违法。默认良性违法是试点可能躲过形式违法批评的另

① 详细内容可参见孙长永：《试论“普通程序简化审”》，载《学术研究》2001年第12期；徐建东：《“刑事普通程序简化审”之思考》，载《审判研究》2002年第7期；周国均、李静然：《试析普通程序简化审及其完善》，载《法律适用》2004年第12期；汤维建：《人民陪审员制度试点的评析和完善建议》，载《政治与法律》2011年第3期。

② 苏宇：《略论“试点”的合法性基础》，载《政治与法律》2010年第2期，第82页。

一个可能出路。它实质上是承认了形式违法这种改革变通手段的合理性，理由是这种违法是良性的。但遗憾的是默认良性违法并没有形成观念上的共识，反对者的态度异常坚决——良性违法也是违法，甚至比恶性违法还具有危险性，因为它更容易使人们丧失警惕，两者在本质上都是与法治背道而驰的。退一步讲，即便良性违法是可以被宽容的，那“善良”、“良性”的判断标准也是模糊的。三是依托刑事政策。刑事政策虽与刑事程序法律有互动关系，但政策并不能成为法律实施的依据。

现有的形式/实质二维合法性评价模式，在解释和实现试点合法化问题上已陷入困局，“当价值前提并非不证自明的时候，程序就一跃而成为价值的原点”。^① 程序主义的一维模式可以接替成为新的试点合法性评价模式和研究工具。

三、研究意义

研究的意义在于研究内容、角度和方法的创新。

第一，试点现象的完整梳理。现象是观察式研究的出发点、价值认识的前提。进行刑事司法改革试点研究，分析有关试点的评价分歧、产生原因，以及寻求解决之道，都必须建立于对试点现象的细致观察。就试点评价而言，在认识论中，作为评价基础的事实既包括客体的属性，也包括主体的需要。这种事实被称为价值事实，价值事实具有复杂性。所以，如果想要作出正确的评价，就必须准确界定刑事司法改革试点的内涵和外延，并通过对一定数量试点样本的观测，详细描绘各个具体试点的主体、动因、背景、制度内容、发展过程、引发的争议和产生的影响等全方位信息，以及不同时期、不同模式的试点信息，不能只谈现在不顾以往；也不能以偏概全，只说有利或不利的一面。我们对价值认识的正确程度与对客体事实了解的深度和广度成正比。

^① 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，中国法制出版社2004年版，第90页。

第二，研究角度的创新。观察和反思刑事司法改革试点现象，关注刑事司法改革自身问题、方法问题是一种新的研究角度。已有的试点研究主要集中于注释法学或对策法学层面，比如，如何降低羁押率、如何提高诉讼效率、如何保障涉罪未成年人权益，侧重的是具体改革措施的设计和评判，对刑事司法改革方法或路径探讨不多。转换角度，以现实发生的试点为观察样本，并将其融入社会现象的组成，可以从法律社会学开阔视阈，全方位研究、审视刑事司法改革试点问题。

第三，试点合法性理论框架的重构。既有理论存在三个方面的缺陷：一是混淆“合法”、“合法性”以及“合法律性”。大多数对试点的批评是从违反程序法定角度出发的，但往往却被直接归为合法性的问题。二是忽视了合法性问题的严重性。因为误读了合法性的内涵，所以失去了应有的关注。合法性问题事关人心归向，任何时代无法回避，在变革时代会变得更加严峻，丧失了合法性的司法改革不仅会抵销改革效果，还可能导致整个法治体系的崩塌。三是既有的形式/实质二维合法性评价模式已经出现困境，实质合法性理论难以寻找到一种优位的价值观，形式合法性理论苦恼于司法改革到底是应该在现行法律的框架之下进行，还是可以突破法律的既有规定。因此，需要新的理论框架予以替代。

第四，程序载体的具体化。规范试点似乎是不言而喻的，但如何规范？效度如何？无论采用何种分析工具，都要回答具体解决措施的问题。程序主义理论需要技术上的试点程序予以保障，否则只能停留于理念层面。遵循程序的基本原理可以设计出启动、交流反馈、评估等程序运行机制，以保障预设的程序功能得以实现。

四、研究方法

研究方法是人们认识社会的软件工具，正确、恰当的方法不仅可以引领我们达到预期的研究目标，而且也可以使我们的研究少走弯路。恩格斯曾说过：“从歪曲的、片面的、错误的前提出发，循着错误的、弯曲的、不可靠

的途径行进，往往当真理碰到鼻尖上的时候还是没有得到真理。”^① 因此，想要达到预期的研究目的，首先要选择恰当的研究方法。

研究方法取决于研究内容，如果以现实发生的试点现象为研究内容，实证研究应是主要方法，即按照一定程序规范和经验法则对各种信息进行定性与定量的分析。实证研究与法学界长期所盛行的思辨研究方法相比较，后者注重从概念出发进行逻辑性的理论建构，而实证研究显然侧重于定量分析。定量分析的优势在于研究成果更直观、更具说服力。实证研究的具体方法包括：观察、调查、文献分析、实验等。文中主要运用的是调查和文献分析的方法。调查是向参加过试点制度的人员了解情况，记录他们对试点起因、过程和结果的描述；而文献分析的范围则更为广泛，文献以浓缩和凝聚的方式积淀和固化着各种社会信息，是社会主体对他们所处社会的记载，波普诺说：“实证研究人员不必总是出去收集资料，以前别人所作的研究在经过重新提炼、整理和分析之后，又变成了回答新问题的主要信息来源。”^② 对于刑事司法改革试点研究来讲，文献的范围相当广泛，有新闻性的报道、学者论评、试点单位经验介绍、座谈会记录、相关规范性文件等。当然文献研究也有一定的风险性，比如文献中记载的出版日期有差错、地名有误或不存在、作者张冠李戴。因此，有条件的情况下需找到最原始的出处，尽量避免转引。实证研究的目的在于用事实说话，尽可能客观地回答我国刑事司法改革试点“是什么”的问题，避免纯价值分析式的批判或颂扬。

实证研究中要防止两种倾向，一是要防止成为魏舍尔^③所说的“材料专业户”。将观察来的数据、统计资料、总结报告堆在一起，缺乏贯穿于全文始终的理论红线。即使码放得整齐有序，充其量也只能是一个资料库。二是

① 《马克思恩格斯选集》（第20卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1971年版，第577页。

② [美] 波普诺：《社会学》，李强等译，中国人民大学出版社2007年版，第59页。

③ 魏舍尔是德国哲学家、神学家，他依据黑格尔的辩证法建立了一个哲学的美学体系，著有《美学或美的科学》。