

A THEORY OF PROCEDURAL SANCTIONS

程序性制裁理论

第三版



陈瑞华 著

法学文库

十二载经典传承

第三版精心打磨

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

陈瑞华作品

本书的研究是将社会科学研究方法运用于法学研究的可贵尝试，体现了一种“从经验到理论”的研究思路，为原创性理论的提出奠定了方法论基础。

本书在学术上的开拓和创新，拓展了刑事诉讼法学的学术版图，有助于刑事诉讼基础理论的发展。



中国法制出版社
官方微信

ISBN 978-7-5093-8218-9



9 787509 382189 >

定价：79.00元

程序性制裁理论

第三版

陈瑞华著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

程序性制裁理论/陈瑞华著. —3 版. —北京:
中国法制出版社, 2017. 2

(法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8218 - 9

I. ①程… II. ①陈… III. ①法律制裁 -
理论研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 028811 号

责任编辑: 胡 斌

封面设计: 蒋 怡

程序性制裁理论

CHENGXUXING ZHICAI LILUN

著者/陈瑞华

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 毫米×960 毫米 16 开

版次/2017 年 2 月第 3 版

印张/26.25 字数/328 千

2017 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8218 - 9

定价: 79.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66065672

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

第三版序言

2004年，笔者在中国法制出版社出版了《程序性制裁理论》一书。该书面世12年来，在法学界产生了一定的影响。该书所提出的程序性制裁理论已经在诉讼法学界广为流传，得到了较高的学术引证频次。该书所创立的以“程序性违法”“程序性制裁”“程序性裁判”“程序性辩护”“程序性上诉”为核心的理论体系，也得到了法学界的接受。

但是，伴随着我国非法证据排除规则的全面确立，被告方挑战侦查程序合法性的案例频频出现，程序性辩护已经成为律师辩护的基本形态。本书对非法证据排除问题的一些表述和论证显然已经不合时宜了。与此同时，经过十几年的不断观察和思考，笔者对程序性制裁问题也有了一些新的想法，有些思考也突破了本书前两版中的既有框架。基于上述想法，笔者开始着手对该书进行全面的修订。

在本次修订中，笔者一方面结合刑事司法制度的变化，对原书中不合时宜的表述和论证进行了调整；另一方面也对自己的相关理论论证作出了补充和完善，将一些新的理论表述充实进来。本书第三版与第二版在结构上并没有发生实质性的变化，但是增加了对我国程序性制裁制度的实证分析，对“非法证据排除规则”和“撤销原判制度”进行了分章讨论。与此同时，本书第三版还对程序性裁判、程序性辩护和程序性上诉问题进行了重新梳理，有关理论表述和论证也发生了较大变化。

法律制度是灰色的，但理论之树常青。身处剧烈社会转型的中国，法学研究者应当具备基本的问题意识，在学术研究中力求探求规律，形成理

论，努力创建富有生命力的思想体系。唯有如此，才能作出独特的理论贡献，为这个国家的法治发展提供智慧和灵感。

“江山代有才人出，各领风骚数百年”。笔者期望未来有更多的优秀学者投入到这一领域的研究之中，也期待着更多富有创见的学术作品问世！

是为序。

陈瑞华

2016年中秋谨记于北大中关园

初版序言

在以往的研究中，笔者曾经提出了“中国的问题，世界的眼光”这一研究方法上的命题。当时主要是针对中国法学界所盛行的“对策法学”和“思辨法学”现象，提出了法学研究应当将问题作为研究对象、法学者应具有问题意识的观点。但是，有关法学研究方法的讨论还可以继续深入进行下去。我们可以继续追问以下问题：怎样才能寻找和发现法律问题？如何才能对问题的成因作出准确的解释？如何通过对问题的解释提出一般的法律理论？如何对该项理论作出令人信服的论证……一言以蔽之，面对一个法律问题，我们究竟如何展开研究活动呢？

在近年来的学术研究中，笔者越来越多地意识到，法学研究中的几乎所有问题，在一定程度上都是研究方法问题。在目前的研究条件下，资料早已不成其为问题。原先为研究者所抱怨的国外研究资料匮乏的问题已经不复存在。大量来自欧洲和北美的法学著作、教科书和法典都被翻译成中文，并被迅速地推向图书市场；大批西方法学者来华进行访问、讲学，将最新的法学理论和立法动向迅速传播给中国法学界；越来越多的法学者或留学欧美，或从事短期的学术访问，将最新的西方法学思想带回国内。与此同时，对中国立法和司法现状认识得越来越深入，对中国问题的把握越来越准确，也使得法学者对于很多问题的分析和解决拥有更大的发言权。然而，这一切似乎仍然不能克服法学研究中的种种缺陷和不足。在表面繁荣的法学研究以及大量“繁衍”的法学论著背后，存在着研究视野狭隘、学术表述陈旧以及高水平法学成果严重匮乏的问题。而这一切问题的核

心，仍然是研究方法问题。

奉献给读者面前的《程序性制裁理论》一书，就是运用社会科学方法研究刑事诉讼问题的一次学术尝试。如果用简练的语言作一概括，本书有两条清晰可见的学术线索：一是在内容上提出了以“权利救济”为核心的“程序性制裁理论”，拓展了刑事诉讼法学的学术版图，提出了一系列新的概念和理论；二是在方法论上强调对问题的解释，注重运用社会科学方法研究法律问题。对于本书的内容，这里不作详细的评述。本书第九章“程序性制裁理论的体系”，就对这一理论的体系以及相关的新概念作出了全面的总结。笔者在序言里将对研究法律的方法问题作出简要的评论，以使读者了解本书的布局和构思。

一般而言，科学研究始于对问题的发现和解释。问题是一切科学研究开始的前提和基础。卡尔·波普尔就认为：“从这种方法论的观点来看，我们从问题开始我们的研究。我们总是发现我们处在一定的问题境况中，而且我们选择一个我们希望解决的问题。这种解决总是尝试性的，是一个理论、一个假说、一个猜想。将各种相互竞争的理论加以比较和批判讨论以便发现它们的缺点，并且总在改变、总不定论的批判讨论结果构成所谓的‘当代科学’。”

在胡适看来，科学方法是用事实作起点的，“不要问孔子怎么说，柏拉图怎么说，康德怎么说，我们须要先从事实下手，凡游历调查统计等事都属于此项”。科学研究始于对客观事实的观察。无论是自然科学还是社会科学，都应围绕着如何解释客观存在的经验事实来展开。按照张五常的告诫，“最蠢的学者，是试行解释没有发生过的事”。

不过，科学研究的前提并不是单纯的事实本身，而是事实所蕴含的无法得到解释的问题。对于这种问题，胡适称之为“困难的发生”，张五常则视之为“不明白”。按照前者的解释，“人必遇有歧路的环境或疑难问题的时候，才有思想发生”，而“有些困难是很容易得到解决的，那就没有讨论和指定困难的所在的必要”。而真正能够引发科学研究活动的往往是

那些既无法得到解释也没有解决之道的“困难”和“问题”。而按照张五常的说法，真正从事学术的人“为文的出发点，永远都是因为有些世事他不明白，要试行解释”，而“为了满足自己的好奇心，要对世事多知一点，也为了要明白而想解释一下”。

对问题的解释离不开归纳方法的应用。按照胡适的形容，“平常论理书里说归纳法是‘从个体的事实力求出普遍的法则来’的方法。但是这句话是很含糊的，并且是很有弊病的。因为没有下手的方法，故是含糊的。因为容易使人误解归纳的性质，故有弊病。宋朝的哲学家讲‘格物’，要认‘即物而穷其理’……后来王阳明用这法子去格庭前的珠子，格了七天，格不出什么道理来，自己犯病倒了”。事实上，“单去观察个体事物，不靠别的帮助，便想从个体事物里抽出一条通则来，是很不容易做到的事，也许竟是不可能的事。从前中国人用的‘读书千遍，其义自见’的笨法，便是这一类的笨归纳”。

过去，中国法学界较为注重理论分析，而不擅长也忽略了经验性实证研究，所进行的“理论研究”大多是对西方法学理论的简单总结而已，而不可能提出富有创新性的法学理论。有鉴于此，一些法学者独辟蹊径，注重对经验实证研究方法的运用，亲自到司法实践中去收集素材、掌握数据，并透过对这些数据的统计分析，来发现一些新的问题，并得出一些新的结论。但是，由于不清楚归纳方法的局限性，也根本缺乏最起码的问题意识，有些学者在运用数据统计分析方面出现了“走火入魔”现象。例如，有的研究者对司法、立法乃至研究理论中所存在的问题缺乏最起码的了解，就匆匆忙忙地投入到实证调查之中；有的研究者还对自己不了解的法律问题“沾沾自喜”，认为这样恰恰可以摆脱一切固有成见之束缚，可以通过数据统计发现一些为正统法学者所“熟视无睹”的问题；还有的学者认为实证研究就如同“公正的审判过程”一样，也要通过数据统计来得出结论，还美其名曰“使结论来自实证研究过程之中”，并为此不惜维护一些尽管符合“实证研究程序”却违背基本经验常识的所谓“科学结论”

……所有这些实证研究的偏差，都说明仅仅依靠收集案例、设计因变量并进行数据统计（哪怕是电脑统计）分析的方法，研究者既发现不了真正的问题，也提不出任何假设命题来。这些研究者忘记了一条常识性命题：科学理论不是靠什么“研究程序”推导出来的，而往往来自研究者在某时、某地和某种情境下所提出的假说或者猜想，甚至来自研究者一时偶然的“顿悟”。没有提出假设的能力，研究者纵然掌握了汗牛充栋般的资料和素材，并试图运用归纳方法对这些资料进行分析，也根本无法提出任何具有创新性的理论来。

其实，归纳方法运用的关键，不在于穷尽一切事实和材料，而是在对若干材料进行分析和总结之后，应当适时地提出带有通则性的假设来。按照胡适的经验，

“这种方法实行的时候，决不能等到把这些同类的例都收集齐了，然后下一个大断案。当我们寻得几条少数同类的例时，我们心里已起了一种假设的通则。有了这个假设的通则，若再遇着同类的例，便把已有的假设去解释它们，看它能否把所有同类的例都解释得满意。这就是演绎的方法了。演绎的结果，若能充分满意，那个假设的通则便成了一条已证实的定理。这样的方法，有几个（有时只需一两个）同类的统则引起假设，再求一些同类的例去证明那个假设是否能成立，这是科学家常用的方法。假设的用处就是能使归纳法使用时格外经济，格外省力。凡是科学上能有所发明的人，一定是富于假设的能力的人……那样的（不用假设）方法，决不能有科学的发明。因为不能提出假设的人，严格说来，竟可说是不能使用归纳方法。为什么呢？因为归纳的方法并不是教人观察‘凡天下之物’，并不是教人观察乱七八糟的个体事物；归纳法的真义在于教人‘举例’，在于使人于乱七八糟的事物里面寻出一些‘类似的事物’。当他‘举例’时，心里必已有了一种假设。如钱大昕举冲、中……赵、竺等字时，他先已有了一种‘类’的观念，先有了一种假设。不然，他为什么不举别的整千整

万的字呢？……汉学家的长处就在他们有假设通则的能力。因为有假设的能力，又能处处求证据来证实假设的是非，所以汉学家的训诂学有科学的价值。”换言之，“汉学家的归纳手续不是完全被动的，是很能用‘假设’的……他们所以能举例作证，正因为他们观察了一些个体的例之后，脑中现已有了一种假设的通则，然后，用这些通则包含的例来证同类的例……把这些个体的例所代表的通则演绎出来。故他们的方法是归纳和演绎同时并用的科学方法。”（胡适：《清代学者的治学方法》）

提出假设尽管是科学研究的关键一步，也是科学理论赖以产生的前提和基础，但是，要提出富有创见的假设，却是十分不容易的。一个没有经过科学方法训练、没有相关学术积累的人，纵然每天面对各种各样的问题，也很难提出富有新意的假设来。正如一个从事侦查、公诉、审判和辩护活动的法律执业者，假如不掌握科学的研究方法，不具备基本的法学素养和法律积累，就根本不可能提出任何假设。对于这一点，胡适就给予了特别的强调：“这种假说的由来，多来平日的知识和经验。语云：‘养兵千日，用在一朝。’我们求学亦复如此。这一不是为最重要的一步。要是在没有思想的人，他在脑袋中，东也找不到，西也找不到，虽是他在平常能够把书本子倒背出来，可是没有观察的经验和考虑的能力，一辈子的胡思乱想，重视不能解决困难的啊。”这显然说明，研究者要具备较高的提出假设的能力，就必须“博学”，因为只有“博学方才可以有许多假设，学问只是供给我们种种假设的来源。”一个顶尖级学者与一个初学者的最大区别，恰恰就在于面对同样的问题和同样的研究素材，前者可以提出出乎人们意料的假说和命题，而后者就很少具备这方面的能力，或者只会提出一些初级的假设。

在提出假设方面，张五常强调想象力的重要性。当然，能够具有想象力的学者往往要同时具备天分、感情和经验等三个要素。具备了这些条件，研究者也不一定会提出富有创见的假设。实际上，“创见并非意图要

有创见——或为创建而下功夫——创建就跟着而来的。创见往往是‘有意栽花花不开，无意插柳柳成荫’，或是‘踏破铁鞋无觅处，得来全不费功夫’的事。创见意味着一个崭新的观点，可遇而不可求，没有什么分析、没有经过什么逻辑推论而‘出现’的。”张五常特别举了科斯的例子。他认为科斯的 genius 所在，是对任何问题先以预感作结论，而这结论往往与一般人所致的不同。科斯的预感不一定对，但肯定令人耳目一新；他的出发点通常是一条浅问题，跟着把问题从不同的角度去看，然后以预感作选择答案。有了答案之后，他才会以逻辑推理来证实。

可见，科学研究是完全允许研究者通过预感、顿悟、想象等方式来提出富有创见的假设的。那种以为所有结论只有在研究过程结束之后才可以产生的观点，多多少少有点形而上学或者教条化了。事实上，对于很多天才学者而言，假设和结论的产生往往是一闪念之间的事情，而要论证这一假设和结论却要花费很多功夫，运用各种各样的方法。

有时候，研究者在解释同一个问题时可能提出了不止一个假设。面对多个可能的假设，研究者需要有所取舍，从中选择一个最适当的假设，以此作为立论验证的对象。研究者在对多个假设都无法作出取舍判断的时候，还可以对这些假设都进行验证活动，从而最终选择那个得到证实的假设，并视那些得不到证实的假设为不成立的。很显然，对假设的证实应为科学研究的重要环节，也是使假设从猜想变成科学结论的关键一步。

对一项假设的命题进行证实，可以有多种不同的方法。对于这一点，很难从一般化的角度作出概括和归纳。不过，无论从何种角度加以论证，研究者都需要提出足以令人信服的论据来。一般而言，这种论据来自两个方面：一是理论上的根据，包括已有的学说、理论和原则；二是经验实证方面的论据，如相关的数据统计、案例、现象、访谈等。要使理论走向客观化，研究者所用的论据必须既要具备真实性和可靠性，又要具备相关性和令人信服性。与此同时，研究者的论证过程也应当具有可验证的属性，也就是说，任何相关领域的学者如果想对该论证过程加以验证的话，都可

以通过对研究者逐项论据的分析和推演，对有关假设作出同样的证明。这一点，可以称为科学理论的“可反复验证性”。

可以看出，在解释问题过程中善用归纳方法的主要标志，就在于提出带有通则性的假设，并对该项假设作出具有客观性的验证。但是，仅仅使用归纳方法是不会自动产生科学的理论的。因为科学理论之区别于一切信仰、神学、形而上学的关键之处，并不仅仅在于它是可以得到验证的。事实上，任何一位信仰基督教的人士都可以提出旨在证明“上帝确实存在”的证据，任何一位坚持某项教条的人士也可以提出证据证明该教条的正当性，这其实并不困难。但是，这种论证未必会产生令人信服的结论。原因很简单，主张这只是证明其结论在某些条件和场合下是成立的，但并没有证明在其他所有场合和条件都是成立的。因此，要使假设得到全面的验证并转化为科学的理论，还必须借助于演绎方法。

按照卡尔·波普尔的看法，一般情况下，“我们决不能根据事实论证理论”。根据盛行的观点，假说属于一种尚未得到证明的理论，而理论则是已经得到证明的假说。但在卡尔·波普尔看来，“在所有这一切的决定性论点，即一切科学理论的假说性质，是爱因斯坦革命的一个相当平常的结果，它表明，甚至极为成功地经过检验的理论，例如牛顿的理论，也应该认为只不过是假说，是对真理的接近”。正是基于任何理论都属于假说的论点，卡尔·波普尔才提出了“科学理论如果未被否定，将永远是假说或猜想”的著名论断。（卡尔·波普尔：《无尽的探索》）

按照这种科学理论的证伪理论，运用归纳方法最多只能提出一种未经证明的假说。除非运用反驳和否定证的方法，否则我们永远无法通过归纳方法提出科学的理论。毕竟，一万个天鹅是白色的事实，也并不能证明所有天鹅都是白色的。“归纳问题的这种解决产生一种科学方法的新理论，引起一种对批判方法、试错法的分析：提出大胆假说，使它们接受最严格的批判以便弄清楚我们在何处犯了错误”。这种可证伪性和试错法的运用，意味着研究者需要用演绎方法来代替归纳方法，也就是“通过对理论的演

绎结果的否证和反驳来对理论本身加以否证和反驳”，这显然属于一种演绎推理方法。因此，要使“所有天鹅都是白色的”这一假说变成科学理论，就需要对这一论断进行演绎推理，看一下能否推导出错误或者虚假的结论。或者，可以提出相反的假设或论断，然后对这些足以推翻上述假设的相反假设进行证伪。如果能证明所有可能提出的相反假设都是不成立的，那么，上述假设就是成立的科学理论。但即便如此，这种理论也并不等于真理，而属于尚未被推翻或者被证伪的假说而已。

卡尔·波普尔对科学理论难以得到证实的断言，可能略显悲观了些。不过，对假说的证伪和否证的确是验证理论之科学性的关键所在。在从事经济学研究的张五常看来，科学研究的过程其实很简单：科学上的学问是因为不明白而要试作解释，“找到了认为需要解释的现象，你就可以自己所知的理论作分析，有了大概的答案，就以假说的形式来处理。再到市场搜集证据，印证自己提出的假说是否被推翻了。这样，博士论文就是一级的。”张五常在谈及自己写作博士论文《佃农理论》的体会时，就强调了证伪对于验证理论的重要性：

“经济是一门科学；科学不是求对，而是求不被推翻。自己的佃农理论在逻辑上找不到错处，那么依照科学的方法。验证时我得设法把理论推翻，若推翻不了。理论就算是有所用场。

“一九六六年六月，我集中于以台湾土地改革的农业资料来推翻自己的佃农理论。苦思两个星期，我写下可以推翻这理论的多个假说或含义。我想，这些含义那样清楚，用不着什么高级的统计了，而把数据谱入电脑，所需时间多于用手加加减减，乘乘除除——这样算出来的推翻了理论就再找题材吧……”

“（验证理论）这章写好后立刻寄给艾、赫二师……我兴高采烈地去找艾师，他竟然说：‘我怎知道你文内的数据资料不是你自己制造出来的？’赶回长堤，过一天的清早又到加大找艾师，把搜获的资料原版给他看。他

竟然又说：‘你怎知道这些资料不是当地政府刻意制造出来的？’我逼着再与台湾的有关机构联络。当我把细说收集资料的方法的台湾回信给艾师看时，他站起来，望出窗外，说：‘我们早知你是可造之才，所以要严格一点。现在你知道学术研究是怎样的一回事了。’”（张五常：《五常论学术》）

张五常所说的验证理论的“求错”方法，其实与卡尔·波普尔所说的“可证伪性”是一回事。这是最为中国学者——尤其是法学者所忽略的研究方法。若干年前，笔者在研究美国学者萨默斯的“程序价值”（process values）理论时，就发现他为了论证“程序价值”的独立性，专门设想五种可以对他的论点构成挑战的质疑，这些质疑涉及他理论的各个方面，然后逐一进行了反驳，并在反驳过程中重申或者进一步阐释了自己的观点。而为了防止自己提出的“程序价值”理论遭到误解，萨默斯在分析“程序价值”的各项具体内容之前，还精心设计了一套旨在确定每一项价值的程序，并按照这一程序逐一分析各项“程序价值”。当时的感觉是萨默斯的论证避免了过于抽象的思辨，而更带有脚踏实地的“实证”色彩，整个论证过程十分严谨和合乎逻辑，得出的结论也令人信服。但在今天看来，萨默斯所运用的就是一种证伪方法，也就是在提出“程序价值”的独立性及其具体内容之后，又提出了若干项可能对其假设构成有力挑战的命题，并对这些命题进行了证伪和反驳。一旦这些反对假说被逐一推翻，那么，不仅自己的假设得到了验证，而且该假设的各项要素还可以得到进一步的解释和论证。事实上，很多学术高手在论证自己的理论时不仅满足于正面的证实——证明其成立，而且还要对相反命题加以证伪——也就是证明相反的命题不成立。实际上，这种证伪方法与几何学中常用的“反证法”，具有异曲同工之妙。

当然，在从正面论证和反证两个角度论证了假设之后，研究者还应当做的工作就是使该项假设上升到一般化的高度。所谓“假设的一般化”，是指将有关假说应用到其他的更多现象和领域中去，从而使该项理论具有

更大、更为普遍的解释力。当然，能够在科学研究上提出一般性理论命题，并不是一般研究者所能做到的。对于大多数研究者而言，穷其毕生精力所能做到的，也只是提出并论证了若干项假设而已。至于提出一些名为“定理”“定律”的，恐怕研究者既要具有较高的智商和才气，也要有一些运气和机遇了。假如有人能够做到这一点，就足可以与学术大师相提并论了。

需要注意的是，不论是所提出的假设还是将假设一般化之后所提出的理论，都必须有确定的外延和边界，也就是要有明确的适用范围。换言之，对于研究者来说，清楚地了解其理论对于哪些场合和哪些对象是不适用的，这是标志着理论具有客观性的重要一点。所谓“没有放之四海而皆准的真理”，“真理往前再走一步，就是谬误”，说的都是这个意思。因此，一项成熟的理论总是具有一个显著的特征：研究者能够告诉后来者该理论具有哪些局限性，以及该理论在那些场合下是不适用的。那种在任何场合下都可以用作解释现象的“万金油”式的理论，要么属于被误用的理论，要么根本就不是科学的理论。

概括起来，几乎所有科学研究或者科学理论的提出，都要包括若干项必不可少的过程要素：（1）在经验事实中发现问题；（2）运用现有的理论对该问题进行解释，在无法作出妥当解释的情况下，提出真正的问题；（3）提出假说，也就是可以对该问题作出解释的假设命题；（4）对假说进行论证，以证明其可成立性；（5）运用证伪或否证方法，提出若干项足以推翻该项假说的命题，然后对这些命题进行证伪；（6）将那些经过证实和证伪都不可推翻的假说，放在其他不同的领域进行验证，以将其上升为一般化的理论命题。

以上就是笔者近年来通过研究刑事诉讼问题在法学方法论上获得的最大体会。法学是一门科学，法学者要进行科学研究并试图提出科学理论，就必须按照科学方法展开法学研究活动。近年来，越来越多的学者在进行自身学术转型的同时，对于法学研究方法问题产生了较大困惑。有的学者

认为法学属于一门社会科学，其研究方法只能效法社会学方法；有的学者则认为法理学理论才属于法学的核心和灵魂，因此法学应当走向哲学；还有的学者认为法学应当拜经济学为师，将经济学较为成熟的方法引入法学中来。自然，这些仁者见仁、智者见智的观点，都有自己的道理，也难免会引发新的争论。不过，无论是社会学、哲学还是经济学，都是科学，也都要按照科学方法开展研究活动。我们与其在法学研究中简单地模仿或者移植其他社会科学的方法，倒不如对科学研究的一般方法加以研究，从中总结出规律，以便将其灵活地运用到法学研究中来。只有这样，在经过长期的积累和探索之后，法学者就有可能逐渐找到法学区别于其他人文社会科学的独特研究方法。相反，假如不按照科学研究的一般方法开展法学研究，而只是简单地模仿或者照搬社会学、经济学以及其他社会科学的方法，那么，法学者就可能在众多纷繁复杂的“方法论”中迷失方向，更不会发展出符合法学研究自身特点的独特研究方法来。

在上述方法论的指引下，本书对于程序性违法、程序性制裁、程序性裁判、程序性上诉、宪法性侵权以及宪法性救济等问题作出了全面的研究。本书第一章对程序性违法的性质及其形成原因作出了初步的解释。通过这种解释，读者可对刑事司法实践中普遍发生的警察、检察官、法官违反法律程序的问题，有更加深入的了解。在这一章中，笔者试图运用社会学的研究方法，从“社会中的法”的角度，揭示出中国司法实践中普遍存在的一系列潜规则，并分析了这些潜规则对于“正式法律程序”的冲击和破坏效果。与此同时，笔者还对作为“书本上的法”的刑事诉讼法的立法技术和立法体例进行了全面的反思，解释了刑事诉讼立法对于程序性违法现象发生的多方面影响。

在第二章和第三章中，笔者分别对中国“以运动方式治理程序性违法”以及“通过追究办案人员实体法律责任来遏制程序性违法”的问题作出了全面的分析。通过这种分析，笔者试图说明，那种由检察机关所主导的运动式治理程序性违法的方式，尽管可能取得一时之成效，却无法从根本上

减少超期羁押、刑讯逼供、侵犯律师会见权等程序性违法现象的发生。无论是追究办案人员法律责任还是进一步发挥检察机关的诉讼监督权，都无助于程序性违法问题的解决。而那种认为“只有剥夺办案人员个人利益才能有效减少程序性违法行为”的观点，尽管在理论上有其可取之处，却无法获得经验实证方面的支持。毕竟，按照中国现行的实体性制裁制度，诸如追究办案人员行政纪律责任、刑事责任、附带民事诉讼责任以及追究国家赔偿责任的做法，对于警察、检察官、法官的绝大多数程序性违法行为而言，都不具有有效的抑制效果，也不足以发挥抚慰和补偿受害者的作用。这显然表明，实体性制裁制度对于少部分会导致受害者人身权利受到侵害的程序性违法行为或许具有一定的积极效果，但对于绝大多数程序性违法行为，尤其是那些侵犯嫌疑人、被告人诉讼权利的程序性违法行为来说，实体性制裁制度的惩罚和遏制效果几乎是微乎其微的。

本书第四章对于程序性制裁的基本原理作出了深入的考察。笔者在分析程序性制裁的五种基本模式的基础上，总结了程序性制裁相对于实体性制裁的四项基本特征，论证了制裁程序性违法的必要性以及程序性制裁制度的独立价值，尤其是通过分析美国学者对于排除规则、撤销起诉制度的争论，讨论了程序性制裁制度的主要局限性。笔者的分析是以现存的五种程序性制裁制度模式为基础而展开的。通过这种分析，笔者既从正面论证了程序性制裁制度的正当性和独立价值，也从反面论证了程序性制裁制度自身所固有的缺陷，还指出了这一制度在可预期的未来可能发生的变化。

在接下来的第五章的讨论中，笔者透过相关法律和司法解释的规定以及有关的案例，分析了中国现行的两种程序性制裁制度，并对其优劣得失作出了评价。与此同时，笔者还对司法实践中普遍存在的通过撤回起诉以及从轻判刑来回应程序性违法问题的“制裁方式”作出了评论。在对上述这些经验事实作出分析的前提下，笔者提出了重新构建程序性制裁制度的六个设想。或许，在重新构建程序制裁制度的问题上，我们首先要做的是提出这一制度所赖以建立的理论框架。

本书第六章以中国法院处理刑讯逼供问题的案例为范例，讨论了现行的程序性裁判机制的特征及其局限性。通过这种讨论，笔者发现检察官、法官与辩护律师在程序性裁判相对于实体性裁判的独立性、有关的证明责任分配原则等问题上都存在着较大的分歧。笔者在提出通过羁押性讯问所获得的被告人供述笔录具有天然强迫性的观点的基础上，重新论证了证明责任倒置原则的正当性，并指出这是建立相关程序性裁判规则的理论前提。笔者还概括了程序性裁判的若干基本构成要素，并从司法体制改革的角度反思了建构程序性裁判机制的主要困难。

在本书第七章中，笔者从诉权行使的角度考察了程序性辩护的性质及其诉讼功能，对中国刑事诉讼中程序性辩护的形态及其法律效果作出了实证分析。通过这种分析，笔者旨在说明中国刑事法庭上尽管已经存在多种程序性辩护形态，程序性辩护在大量刑事审判程序也呈现出惊人的发展趋势，但是，这一制度并没有提供与此相适应的程序性裁判机制以及较为成熟的程序性制裁制度。结果，中国的辩护律师虽然在辩护形态和策略上保持了与一些西方国家的同行同步发展的态势，却没有机会获得与此相对应的司法保障。

本书第八章所讨论的是程序性上诉问题，也就是程序性违法的受害者针对第一审程序中存在的程序性违法行为，向上级法院所提出的法律上诉。笔者对于中国程序性上诉的地位、理由、对象、裁判方式以及两审终审制本身，都进行了重新检讨和反思。在此基础上，笔者还专门就过去研究中所忽略的程序性上诉理由的设计、审判程序违法的法律后果以及审级制度的改革等问题作出了全面的讨论。

在本书第九章的讨论中，笔者对于刑事被告人权利的宪法化以及宪法性侵权行为的司法救济问题作出了全面的分析。笔者首先结合中国现行宪法与刑事诉讼法的关系问题，分析了宪法对于刑事诉讼立法的主要影响以及在宪法缺位的情况下，中国刑事诉讼立法、司法解释制作、刑事司法实践以及官方治理程序性违法活动中所存在的主要缺陷和不足。然后，本章

还从法学原理上重新梳理了刑事诉讼法与宪法的关系以及刑事被告人宪法性权利的基本体系，并从比较法的角度，对宪法性权利的司法救济方式以及违宪审查制度作出了评论。笔者所要论证的主要观点是，如果不把大量刑事被告人权利上升为宪法性权利，如果不确立那种专门针对宪法性权利的司法救济机制，那么，无论是对程序性违法的制裁还是对刑事被告人权利的司法救济，就都缺乏必要的宪法基础和司法保障。

罗曼·罗兰说过：“人的生命本身就是痛苦的，尤其是在那些不甘于平庸的人看来，生命就是无日无夜的斗争。”在经过长达三年的观察、思考和写作之后，笔者的这部呕心沥血之作终于要与读者见面了。本书即将面世之际恰逢 2004 年行将结束之时。在这辞旧迎新的时刻，笔者怀着忐忑不安的心情，在与疾病进行艰苦斗争的同时，等待着读者对这部著作的客观评判。经过多年的学术生涯，笔者已经没有了那种即将出版著作的欣喜和快感，而有着接受裁判般的惶恐和不自信。或许，对于一个在学术道路上蹒跚了一些年头的学者来说，要想作出超越自我的学术贡献，的确是需付出加倍努力和辛劳的。

在本书写作过程中，笔者有幸得到了李仕春博士的大力支持和鼓励。他以一个杰出法学者和法律出版人的眼光，组织出版了中国法制出版社“法学文库”系列丛书。从截至 2002 年该文库第三部著作问世至今，其间再没有出版任何一部著作。本书如果在 2005 年初顺利面世的话，当属该文库在等待了两年多时间之后“等来”的第四部著作。基于这一点，笔者既向他表示衷心感谢，又深恐本书由于没有达到预期的效果而毁了该文库的声誉。

在笔者的学术研究过程中，北大法学院的许多同人给予了各种形式的支持和鼓励。与苏力院长的每次交谈以及对他著作的认真研读，总令我在法学研究方法方面受到启迪；陈兴良教授的著作及其对刑事司法问题的精辟见解，总是使我受益匪浅；龚刃韧教授严谨的治学态度和独立的学品，对我启发良多……

我要感谢我的家人和朋友。本书的出版是他们鼓励、期盼和支持的结果。我还要感谢我的研究生房保国、马明亮、周宝峰、周菁、黄士元、褚福民、胡斌等诸位同学。他们以不同的方式分担了我的大量日常事务性工作，直接起到了我的研究助手的作用。没有他们的帮助和支持，本书是不可能顺利获得面世的。

陈瑞华

2004年岁末于北京大学

CONTENTS



目 录

第一章 程序性违法

一、问题的提出	/ 002
二、对三个案例的分析	/ 003
三、程序性违法的性质	/ 008
四、作为人权法的刑事诉讼法	/ 015
五、刑事诉讼立法的基本缺陷	/ 020
六、“重实体、轻程序”的奖惩机制	/ 034
七、刑事司法中的潜规则	/ 042
八、对程序性制裁制度的观念抵触	/ 053
九、结语	/ 056

第二章 程序性违法的实体制裁问题

一、问题的提出	/ 060
二、对杜培武案件的综合分析	/ 061
三、行政纪律处分的效果	/ 067
四、刑事追诉的可行性	/ 070
五、附带民事诉讼的作用	/ 076
六、国家赔偿制度的局限性	/ 081
七、结语	/ 091

第三章 程序性制裁的法理分析

一、问题的提出	/ 098
二、什么是程序性制裁	/ 101
三、程序性制裁的基本模式	/ 105
四、程序法的独特制裁方式	/ 134
五、为什么要制裁程序性违法行为	/ 141
六、为什么要选择宣告无效的制裁方式	/ 150
七、程序性制裁的局限性	/ 159
八、程序性制裁的未来	/ 180

第四章 对非法侦查行为的程序性制裁

一、引言	/ 190
二、强制性排除与裁量性排除	/ 191
三、瑕疵证据的补正	/ 198
四、非自愿供述排除规则的发展	/ 203
五、非法证据排除规则实施中的主要问题	/ 213

第五章 对非法审判行为的程序性制裁

一、引言	/ 224
二、作为程序性制裁的撤销原判	/ 226
三、撤销原判制度的两种方式	/ 229
四、对撤销原判制度的反思	/ 234
五、撤销原判制度的未来（1） ——积极性程序违法行为制裁方式的重构	/ 240
六、撤销原判制度的未来（2） ——消极性程序违法行为的制裁方式	/ 244

第六章 程序性裁判

一、引言	/ 250
二、程序性裁判的性质	/ 252
三、程序性裁判的基本原则	/ 257
四、对侦查行为合法性的初步审查	/ 271
五、正式调查程序	/ 276
六、程序性裁判中的证明机制	/ 281
七、小结	/ 291

第七章 程序性辩护

一、程序性辩护的出现	/ 294
二、程序性辩护的性质	/ 295
三、作为诉权行使方式的程序性辩护	/ 300
四、对程序性辩护的一些反思	/ 312
五、程序性辩护的两种模式	/ 315
六、程序性辩护的独特方式	/ 318
七、程序性辩护的制度困境	/ 324
八、律师界对程序性辩护的探索	/ 333
九、制度夹缝中的程序性辩护	/ 340

第八章 程序性上诉

一、问题的提出	/ 344
二、对三个案例的分析	/ 345
三、程序性上诉的对象	/ 352
四、程序性上诉的审理方式	/ 355
五、二审法院对裁判理由的说明	/ 357
六、对未经一审法院裁判事项的审理	/ 359
七、程序性上诉与审级制度	/ 361



第九章 程序性制裁理论的体系

一、程序性违法	/ 369
二、程序性制裁	/ 371
三、程序性裁判	/ 373
四、程序性辩护	/ 375
五、程序性上诉	/ 375
六、程序性制裁理论	/ 377

相关文献	/ 379
------	-------

索引	/ 384
----	-------

第一章 程序性违法

- 一、问题的提出 / 002
- 二、对三个案例的分析 / 003
- 三、程序性违法的性质 / 008
- 四、作为人权法的刑事诉讼法 / 015
- 五、刑事诉讼立法的基本缺陷 / 020
- 六、“重实体、轻程序”的奖惩机制 / 034
- 七、刑事司法中的潜规则 / 042
- 八、对程序性制裁制度的观念抵触 / 053
- 九、结语 / 056

一、问题的提出

在刑事诉讼过程中，尽管法院最终宣告某一侦查行为、公诉行为以及下级法院的审判活动“违反法律程序”的情况并不多见，而公诉机关、侦查机关自行纠正程序性违法行为的情况也是凤毛麟角，但从法庭审判中被告人及其辩护律师的辩护意见来看，那种当庭提出侦查人员“刑讯逼供”“超期羁押”“剥夺律师会见权”“违反立案管辖规定”“滥用监视居住措施”“滥用搜查、扣押措施”“滥用诱惑侦查手段”等问题的案件，则呈现出大规模上升的发展趋势。不仅如此，被告人及其辩护律师在法庭上指出公诉人存在“滥用撤销起诉措施”“对辩方证人违法采用补充侦查措施”“对辩护律师滥用刑事追诉权”等问题的案件也在大量发生。很多被告人及其辩护人还在上诉程序中指出一审法院违反法律程序，尤其是存在“违法回避制度”“违反管辖制度”“违反公开审判原则”“剥夺被告人当庭质证机会”“剥夺被告人及其辩护人进行防御准备的机会”“剥夺辩护方向法庭提交本方证据和传唤本方证人的机会”“错误地采纳了侦查人员违法取得的证据”等方面的问题。

当然，对于被告人及其辩护人所诉称的侦查人员、公诉人员和审判人员违反法律程序的情况，我们不能采取一律确信无疑的态度。毕竟，这只是辩护方的一面之词，其中不乏偏见和错误判断。但是，作为一种法律现象，程序性违法又确实存在于中国的刑事司法实践之中，并在一些地方和一段时间内存在着屡禁不止甚至逐渐恶化的趋向。近年来一直为官方所治理的“超期羁押”问题，由一些影响全国的案件所显示出来的“刑讯逼供”问题，由众多媒体所披露的辩护律师“会见难”“调查难”“阅卷

难”“申请法庭调查证据难”“质证难”等问题，都显示出程序性违法行为不仅较为广泛地存在着，而且这个国家的刑事司法体系对于这种违法行为并不存在一种有效的纠正机制。

有鉴于此，我们有必要对程序性违法问题作出一种初步的考察和分析。为了使研究更具有针对性和可信性，笔者将抽取三个实际发生过的普通案例，以展示程序性违法在侦查、公诉和审判三个环节上发生的具体情况。透过这些案例，笔者将分析程序性违法的基本特征、类型及其所可能造成的消极后果。当然，本章的重点将是对程序性违法的发生原因作出尽可能深入的解释。

二、对三个案例的分析

什么是程序性违法？程序性违法与行政违法、民事违法、刑事违法（犯罪）等实体性违法行为究竟有什么区别？程序性违法与刑事诉讼中的侵权行为有什么关系？程序性违法在刑事诉讼中的分布和类型究竟是怎样的……

要回答上述问题，我们就需要考察程序性违法的实际状况，探究其中隐含的问题，而不能像过去那样仅仅作一般的“理性思辨”或“比较分析”。考虑到在程序性违法的研究方面，目前很难获取准确的数据，因此笔者将随机抽取三个普通的案例，以便于分析那些分别发生在侦查、公诉和审判环节上的程序性违法情况。

案例 / 1

“朱建伟在今年4月办了一起勐海县公安局侦破的朱某某等走私武器、弹药案，2013年1月21日朱某被拘留，他接受委托后于3月4日、4月9日两次到勐海看守所、公安局递交辩护手续、要求会见，均被拒绝。直到今天都没有会见到当事人，而该案也已经进入了审查起诉阶段。”

“朱建伟说，看守所拒绝会见给了他一个铁的理由：局领导答复，因朱某某案件涉黑，所以不准会见。朱建伟据理力争：‘你们的拘留通知书上没有写涉黑，再说涉黑案件也不属于不准会见的范围呀？’之后他得到的回复是：‘此案因涉枪犯罪，又是在侦查阶段，领导不准见，我们也没办法。’

“而对于走私武器、弹药这一罪名，朱建伟认为根据刑法规定，根本就不在‘三类案件’之中，他们在偷换概念。朱建伟说：更何况按照刑诉法的规定，‘三类案件’在侦查期间辩护律师会见犯罪嫌疑人应由侦查机关许可，但你无权拒绝会见啊！”

“当然，因为没有能够会见到当事人，最近，当事人家属已经解除了朱建伟的委托。‘律师的委屈到哪里去诉呢？乱解释法律就是对法律的极不尊重。’

“张振宇说，重大贿赂案件，何为重大，不同地方有不同解释，有的地方直接以嫌疑人行政级别作为标准，基层一个副科级干部犯罪，都有可能被认为具有重大社会影响。”^①

在这一案例中，律师在接受嫌疑人的委托后，先后多次向侦查机关申请会见在押的嫌疑人，但都遭到了看守所和侦查机关的拒绝。本来，根据刑事诉讼法的规定，对于那些涉及“恐怖犯罪”的案件，律师会见嫌疑人时需要经过侦查人员的批准。但看守所和侦查机关对此作出了随意性的解释，将这种涉及“组织和领导黑社会性质组织”和“涉及枪支弹药”的案件，也纳入需要侦查机关批准会见的范围之内。在这种情况下，律师的会见权就演变成为“向侦查机关申请会见的权利”；侦查机关的审批已经成为律师会见权的前置程序；律师的会见权遭到拒绝后，也几乎没有任何诉讼程序内的救济途径。

^① 参见邓建华：“新刑诉法缓解律师会见难，非法证据排除仍难”，载云南网，http://society.yunnan.cn/html/2013-05/30/content_2750110.htm，2013年5月30日访问。

当然，对于这种明显违反刑事诉讼程序、侵犯律师会见权的行为，现行刑事诉讼法并没有规定任何明确的法律后果和救济程序。无论是嫌疑人还是律师都无法向法院提出有关的诉讼请求，法院也无法对侦查机关行为的合法性进行司法审查，更不可能在刑事诉讼程序的轨道内作出侦查机关诉讼行为无效之宣告。在不存在这种救济途径的情况下，有些律师只好向法院提出了行政诉讼请求，要求宣告侦查机关剥夺律师会见嫌疑人的行为违反法律规定。但是，法院在没有对有关行为的合法性进行任何审查的情况下，仅仅以侦查机关的行为属于“司法行为”而不属于“行政行为”，因而不属于法院行政诉讼的受案范围为由，拒绝了律师的诉讼请求。这样，律师对于侦查机关拒绝批准会见行为的合法性问题，就无法获得任何司法救济的机会。

案例 / 2

2003年，黑龙江省牡丹江市某基层检察院对赵金库、王永军提起公诉，指控两被告人犯有盗窃罪。9月23日，在法院少年法庭举行的不公开审判中，辩护律师为被告人作了无罪辩护，理由是“起诉书的指控没有事实根据”，“证据严重不足”，“本案取证方式违法”，“不能排除对涉案嫌疑人有诱供和逼供的可能”。庭审结束的当日，公诉人以“事实、证据发生变化”为由，向法庭提出了撤回起诉的请求。9月27日，法院裁定准许检察机关撤回起诉。随后，检察机关将案件退回公安机关补充侦查。同年11月28日，检察机关在指控的犯罪事实没有明显变化的情况下，第二次提起公诉，指控赵金库、王永军犯有盗窃罪。12月10日，在法院举行的第二次开庭过程中，辩护人仍然以“起诉书的指控没有事实根据”“证据仍然不足”为由，作出了无罪辩护。12月12日，法院第二次裁定准许检察机关以“事实、证据有变化”为由撤回起诉。12月17日，被告人王永军的监护人不服法院的第二次裁定书，向上一级法院提出上诉。2004年1月

15日，中级法院作出了驳回上诉、维持原审裁定书的裁定。2004年2月2日，赵金库、王永军被公安机关取保候审。2月24日，被告人的监护人向有关部门提出申诉，要求解除取保候审，对被告人无罪释放。^①

这是一个在司法实践中司空见惯的案例。检察机关在向法院提起公诉以后，一经发现案件事实不清、证据不足，指控被告人有罪的证据不可能达到法定的证明标准，即可以“事实、证据发生变化”为由，向法院提出撤回起诉的要求。而法院出于种种考虑，通常会接受这种申请，并作出准许撤回起诉的裁定。但这种裁定并不禁止检察机关对同一事实重新提出起诉。结果，很多检察机关都在撤回起诉并对案件作了补充侦查工作之后，再次以原来的罪名或者新的罪名对同一被告人的同一事实提出起诉，而法院也会顺其自然地予以受理。有时候，这种“撤回起诉——再行起诉”的行为还可能重复发生，使得被告人反复受到多次的撤回起诉和再行起诉。在本案诉讼过程中，检察机关就两次以盗窃罪对被告人提起公诉，有两次以“事实、证据发生变化”为由撤回起诉。

但是，这种任意撤回起诉的做法基本上是没有法律依据的。由于我国刑事诉讼法并没有确立“撤回起诉”制度，因此，司法实践中大量发生的撤回起诉的做法违背了刑事诉讼法的规定。当然，按照现行的司法解释，在法院宣告判决之前，检察机关要求撤回起诉的，法院应当审查检察机关撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定；撤回起诉的理由只能是“发现不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为或者不应当追究被告人刑事责任”；撤回起诉后，没有新的事实或新的证据，就不得再行起诉。很显然，本案中的检察机关在案件事实没有发生任何明显变化的情况下，连续两次将同一案件作出撤回起诉，这是不符合撤回起诉的理由和条件的。即使按照最高检察院就撤回起诉所做的规定，这种撤回起诉也违反了司法解释的

^① 铁言：“我做无罪辩护之后——质疑庭审后‘撤诉’与‘取保候审’”，载《律师与法制》2004年第5期。

规定。不仅如此，检察机关在没有任何新事实和新证据的情况下，对两个被告人的同一事实再次提起公诉，这也是违反上述司法解释有关重新起诉之规定的。因此，检察机关这种任意作出撤回起诉和任意重新起诉的做法，不仅没有刑事诉讼法上的依据，也违反了司法解释的规定，属于典型的发生在起诉环节上的“程序性违法”。

案例 / 3

2003年2月27日，北京市朝阳区检察院向朝阳区法院提起公诉，指控被告人刘文远犯有受贿罪。2003年8月19日，法院作出一审判决书，判决被告人刘文远受贿罪名成立，判处有期徒刑13年。被告人不服，提出上诉，北京市第二中级法院作为二审法院，公开开庭审理了此案。在审理过程中，辩护人通过查阅一审检察机关移送给法院的案卷材料，发现了两份十分重要的能够证明被告人没有实施受贿行为的证据：一是平安保险公司与东和海公司签订的《代理保险业务协议》；二是证人徐斌于2003年7月23日就本案事实亲笔所写的一份“情况说明”。而对这两份重要的证据，公诉机关在一审审判前后既没有向一审法院移送，也没有在一审审理过程中当庭出示，一审法庭也没有对这些证据进行当庭质证。但是，在一审法院开庭结束后，检察机关却将这些证据连同案卷全都移送给法院。不仅如此，在一审法院所作的判决书中，法院还将上述第一份证据引用在判决书中，并将其作为据以认定被告人刘文远犯有受贿罪的重要证据。根据[2003]朝刑初字第648号刑事判决书，法院认定“在平安保险公司营业部（甲方）与北京东和海船务服务有限公司（乙方）签订的虚假的‘代理保险业务协议’中，双方约定，乙方为甲方代理各类财产保险业务”。北京市第二中级法院经过审理，作出终审裁定：“撤销北京市朝阳区人民法院[2003]朝刑初字第648号刑事判决”，“发回北京市朝阳区人民法院重新审判”。该二审法院的裁定理由是：“原判决引述了未经当庭质证的证据作

为定案的根据，违反了法定程序，可能影响到对本案的公正审理，依法应发回原审法院重新审理。”^①

本案属于一种一审法院将未经当庭质证的控方证据引用为判决根据的典型案。作为一审法院重要判决根据的证据，那份“代理保险业务协议”既没有被检察机关在开庭前作为“主要证据”移送给法院，也没有在法庭审理过程中被检察机关出示在法庭上，更没有接受控辩双方的质证和辩论，最后竟然被一审法院引用为定案的根据。很显然，这种做法违反了刑事诉讼法的规定。根据刑事诉讼法和司法解释的规定，证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，否则不能作为定案的根据。可见，对于上述“代理保险业务协议”，检察机关没有当庭出示和宣读，法庭也没有组织控辩双方对其进行质证和辩论。即使按照现行的刑事诉讼法和司法解释之规定，该证据也是“不能作为定案根据”的。一审法院将这种未经质证的证据作为定案的根据，并明确引用在判决书之中，这显然既违反了刑事诉讼法的规定，也违反了最高法院司法解释的程序规则。

三、程序性违法的性质

通过分析三个案例，我们不难发现程序性违法的主体并不是一般的当事人或诉讼参与人，而是负有侦查、公诉和裁判职责的警察、检察官和法官。毕竟，无论是嫌疑人、被告人、被害人、自诉人还是辩护人、代理人，他们在刑事诉讼中都是通过行使诉讼请求权来推动诉讼进程的，他们在任何诉讼阶段和对于任何诉讼程序事项都不拥有决定权和裁判权。因此，即使这些当事人、诉讼参与人的行为违反了法定的诉讼程序，侦查机

^① 有关本案材料的来源，参见北京市朝阳区人民法院〔2003〕朝刑初字第648号刑事判决书、北京市第二中级人民法院〔2003〕二中刑终字第1753号刑事裁定书。另外，在调查本案有关情况过程中，许兰亭律师向笔者提供了本案审理程序的细节，还提供了两份重要的二审辩护意见。特致谢意。

关、公诉机关或者法院也会主动宣告这些行为不会产生任何法律效果，或者直接对他们采取其他更为严厉的制裁手段。例如，假如辩护人没有按照法定的或者法院指定的时间参加审判活动，法院就有可能拒绝承认其辩护资格；被告方如果没有按照法定的程序要求向法庭提出传唤本方证人出庭的申请，法院就有可能拒绝传唤该证人出庭；辩护人在法庭上提出的诉讼请求假如不符合刑事诉讼法的规定，法院就有可能直接驳回其请求……正是由于当事人、诉讼参与人只是通过行使诉讼请求权来参与诉讼活动，而侦查机关、检察机关、法院对于他们的诉讼行为拥有直接的处置权和裁决权，因此，当事人和一般诉讼参与人的“违反诉讼程序”行为，就不属于典型的“程序性违法”的范畴。相反，侦查人员、检察人员、审判人员在刑事诉讼中享有不同的国家公共权力，他们的侦查行为、公诉行为和裁判行为既有可能违反法定的诉讼程序，也有可能直接侵犯当事人、诉讼参与人的权利。而这些官员又恰恰对各种诉讼程序事项拥有权威的決定权，他们纵然违反了法定的诉讼程序，也不会自动招致消极的惩罚性法律后果。因此，所谓的“程序性违法”，通常也就是指警察、检察官、法官违反了法定的诉讼程序。

与任何形式的违法行为一样，“程序性违法”具有形式上的违法性。换言之，程序性违法一般在形式上违反了刑事诉讼法所确立的程序规则。例如，在案例1中，公安机关拒绝辩护律师会见在押嫌疑人的行为，就违反了刑事诉讼法以及相关司法解释有关律师会见一般不需要侦查机关批准的程序规则。在案例2中，检察机关任意对刑事案件撤回起诉，并在没有任何新的事实和证据的情况下再次对同一被告人的同一行为提起公诉。这既没有刑事诉讼法上的法律依据，也违背了有关司法解释对撤回起诉和再行起诉的限制性规则。而在案例3中，法院将一项检察机关没有移送法庭、没有当庭出示、没有当庭经受调查、质证和辩论的证据作为判决的根据，并明确将其引用于判决书之中，这显然违反了刑事诉讼法和司法解释有关任何证据必须经过当庭质证才能作为定案根据的规则。

仔细分析起来，程序性违法行为的“形式违法性”，因为所涉及的程序规则不同，而具有与此相适应的违法形式和后果。按照法理学上的分类标准，法律规则因其所规范的内容不同，可大体分为“授权性规则”“义务性规则”和“禁止性规则”三种。“授权性规则”一般明确赋予某一主体行使某一权利、从事某一活动的资格。当然，根据法律所授予的权力（权利）的性质不同，授权性规则又可被区分为“授予权利的规则”与“授予权力的规则”两种。前者通常是指法律赋予个人行使某一权利的资格的规则，后者则是指法律明确授予某一公共权力机构行使某一公共权力的资格的规则。在几乎所有涉及调整公共权力与个人权利之法律关系的公法领域中，这两类授权性规则都是存在的。不过，由于程序性违法的主体通常是享有国家公权力的警察、检察官和法官，因此，这里所说的作为程序性违法之对象的“程序规则”，一般是指那些“授予权利的规则”。

与授权性规则不同的是，“义务性规则”一般是指法律要求某一主体承担某种义务、必须从事某一行为的命令性规则；“禁止性规则”则是法律要求某一主体不得从事某一行为的命令性规则。这两种规则都是法律明确对某一主体提出的法律命令，但前者所涉及的是要求其“积极作为”的命令，而后者则属于要求其“消极不作为”的命令。在刑事诉讼法中，无论是“义务性规则”还是“禁止性规则”，都是立法者对侦查机关、检察机关和法院所提出的命令性规则。

针对不同的程序规则，“程序性违法”行为在形式违法性上表现方式也有所不同。一般说来，警察、检察官、法官对“授权性规则”的违反，主要表现为没有按照法律的要求尊重、保障和救济有关的诉讼参与人的权利。这种程序性违法的后果一般是直接导致有关诉讼参与人的权利得不到实现。例如，侦查人员无理拒绝律师会见在押嫌疑人的行为，就直接导致律师会见权得不到实现；法院无理拒绝辩护方有关传唤某一证人出庭的申请，就使得被告人的辩护权受到剥夺……

那些违反“义务性规则”的程序性违法行为，所违反的通常是那些法

律明确设定的义务，也就是法律要求侦查人员、检察人员、审判人员所必须承担的积极作为的义务。这种程序性违法的直接后果是导致侦查人员、检察人员或审判人员对有关法律的义务的不履行或不作为。例如，警察在对嫌疑人、被告人实施刑事拘留或逮捕之后，在数日之内不通知其近亲属，也不进行讯问活动，就违背了刑事诉讼法有关逮捕、拘留后 24 小时之内通知嫌疑人的近亲属并展开讯问的规则。公诉人在审查起诉过程中既不讯问嫌疑人也不听取辩护人的意见，这也违反了法律有关审查起诉期间讯问嫌疑人和听取辩护人意见的规则。

至于那种违反“禁止性规则”的程序性违法行为，所违反的则是法律所明文规定的“禁令”，使得法律对侦查人员、检察人员、审判人员所提出的消极不作为要求得不到实现。例如，侦查人员在预审讯问过程中对嫌疑人实施酷刑或者其他不人道的手段，就违反了刑事诉讼法有关“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗等非法方法获取证据”的规则。检察机关在审查起诉阶段连续多次将案件退回公安机关补充侦查，也违反了刑事诉讼法有关“退回补充侦查以两次为限”的规则。二审法院对于被告人上诉的案件要么直接加重被告人的刑罚，要么通过发回重审的方式变相加重被告人的刑罚，这也违反了刑事诉讼法有关上诉不加刑的规则。

尽管程序性违法一般具有“形式上的违法性”，但是，在这种“形式违法”的背后，却存在着不同类型的违法形态。原则上，只要某一诉讼行为违反了法定的诉讼程序，就都属于广义上的程序性违法。但根据这些程序性违法行为所造成的法律后果的不同，我们可以将程序性违法区分为“侵权性违法”和“公益性违法”两种。所谓“侵权性违法”，是指警察、检察官、法官违反法律程序的行为，程度不同地造成了当事人和一般诉讼参与人的权利受到侵害之后果的违法行为。当然，程序性违法行为所侵犯的权利可能是刑事诉讼法所明文规定的权利，也可能是嫌疑人、被告人以及其他诉讼参与人的实际利益。例如，案例 1 中的公安机关无理拒绝律师会见在押嫌疑人的行为，就明显侵犯了律师的会见权，并因为妨碍了律师

的辩护准备活动，从而最终损害了嫌疑人的辩护权。案例2中的检察机关任意作出撤回起诉并任意再行起诉的行为，就导致被告人因为同一行为而受到多次重复的刑事追诉，从而长时间地处于嫌疑人和被追诉的状态，其人身自由也因此受到长时间的剥夺。这显然导致嫌疑人的实际利益因为检察机关的程序性违法行为而在客观上受到剥夺。而在案例3中，一审法院将某一未经当庭调查和质证的证据作为判决的根据，明显地剥夺了被告人及其辩护人的当庭质证权，使得该证据未经辩护方的防御和辩论，即转化为法院据以定案的根据，从而最终损害了被告人的辩护权。

至于那些“公益性违法”，则是指警察、检察官、法官违反诉讼程序的行为，尽管并不具有明显的侵权后果，却违反了基本的法制原则，使得刑事诉讼法所确立的法律秩序和法律关系遭到程度不同的破坏。例如，公安机关没有经过任何立案程序，即启动了对某一刑事案件的侦查程序；公安机关在依法不享有立案管辖权的情况下，就对某一刑事案件强行实施了侦查行为；法院违反了法定的审判组织制度，对某一依法应当由合议庭主持进行审判的案件，却指派某一法官单独进行审理；法院违反了审判公开的基本原则，对某一依法应当公开审判的案件，却变相地剥夺了社会公众旁听审判和新闻媒体报道的机会……

当然，无论是“侵权性违法”还是“公益性违法”，根据其违法行为的性质和情节的不同，也根据其所造成的法律后果的不同，一般在违法的严重程度会上有一定的区别。尤其是在针对不同的程序性违法设定法律后果时，一些所造成的侵权后果不是十分明显、在损害公共利益和法律秩序方面并不严重的程序性违法行为，还有可能被视为一种“技术性违法”，而不会带来任何明显的消极法律后果。尤其是在中国现行刑事诉讼法中，一些带有技术性和手续性的程序规则充斥其中。侦查人员、公诉人员、审判人员一旦违反这些“法定的诉讼程序”，就可能既不会造成侵犯任何一方权利的后果，也不会破坏任何基本的法制原则，而最多造成某些特定的诉讼程序得不到实施。

在各种程序性违法行为之中，最值得关注的莫过于那些会带来侵权后果的“侵权性违法”。原则上，刑事诉讼法就是为保障嫌疑人、被告人以及其他诉讼参与人的权利而设立的一种“人权法”。尤其是那些作为国家刑事追诉对象的嫌疑人、被告人，其人身权利经常会受到侦查机关、检察机关以追究犯罪的名义所实施的侵犯和剥夺，其诉讼权利也往往得不到有效的保障和救济。可以说，刑事诉讼中发生的大多数程序性违法行为，都往往会导致嫌疑人、被告人的权利受到程度不同的侵犯。笔者前面所分析的三起分别涉及侦查人员、检察人员和审判人员违反法律程序的案例，就都属于这种情况。不过，值得注意的是，这些“侵权性违法”基本上都具有形式违法的属性，在违反了某一法定诉讼程序规则的同时，也造成了侵犯被告人权利的后果。

但是，在很多场合下，警察、检察官、法官的诉讼行为可能并不具有明显的“形式违法”特征，却仍然造成了一定的侵权后果。尤其是在刑事诉讼法对于某种诉讼行为并未作出明确规定的情况下，警察、检察官、法官的行为可能并没有违反任何“法定”的诉讼程序规则，却仍然会严重侵犯嫌疑人、被告人或其他诉讼参与人的的人身权利和诉讼权利，甚至导致基本的司法正义原则和法制准则遭到破坏。例如，警察在侦查贩卖毒品案件过程中，通过特情人员实施诱惑侦查行为，使得某一本来没有任何犯罪意图的嫌疑人产生了犯罪意图，并被诱使实施了犯罪行为。这种带有“犯意引诱”特征的侦查行为，不仅没有任何明确的法律授权，而且严重侵犯了嫌疑人的基本权益，造成警察事实上充当嫌疑人犯罪行为的教唆犯、帮助犯的局面。又如，检察机关在某一证人作出有利于被告人的证言之后，直接对其采取“补充侦查”甚至刑事追诉措施，迫使其改变了原来的证言，而作不利于被告人的证言。这种表面看来并不违反刑事诉讼法的行为，实际却造成检察机关操纵诉讼程序、滥用国家刑事追诉权甚至剥夺被告人辩护权的严重后果。又如，检察机关在案件已经进入法庭审判程序之后，仍然反复要求撤回起诉，或者要求延期审理，使得案件多次被退回侦查机关

补充侦查；法院在二审阶段对于那些“事实不清”“证据不足”的案件，仍然反复多次发回原审法院重新审判。这些针对同一被告人的同一行为重复采取刑事追诉措施的行为，不仅直接导致被告人受到了超期羁押，而且还造成被告人因为同一行为而受到多次重复的刑事追诉，使其遭受多次法律上的危险。再如，公诉人在法庭审理过程中对被告人采取突然袭击策略，将某一在庭审前没有移送法院、没有给予被告方防御准备机会的证据，突然出示在法庭上，并作为重要的指控被告人有罪的证据。但法庭对该证据并没有采取任何阻止出示的措施，也拒绝了被告人提出的有关延期审理、从事防御准备的申请。

在上述例子中，警察、检察官、法官的诉讼行为可能并不具有明显的形式违法性，有的甚至很难说违反了“法定的诉讼程序”。但是，这些行为都带来了侵犯嫌疑人、被告人人身权利或诉讼权利的后果，导致公正审判和程序正义原则受到严重的破坏。这些行为尽管并不属于形式意义上的“程序性违法”行为，却具有较之某些形式违法行为更为严重的侵权后果，因此可以被称为一种“实质上的程序性违法”行为。

这些“实质上的程序性违法”行为，因其所侵犯的权利之不同，可大体被区分为“一般性侵权”和“宪法性侵权”两种。简单说来，所谓“一般性侵权”，也就是警察、检察官、法官的行为侵犯了嫌疑人、被告人的一般人身权利或诉讼权利。而“宪法性侵权”则直接导致嫌疑人、被告人所享有的宪法性权利遭到了侵犯。例如，侦查人员对嫌疑人所采取的任意拘留、任意逮捕以及超期羁押措施，不仅构成了一般的程序性违法，而且还侵犯了现行宪法第 37 条所确立的“公民的人身自由不受侵犯”的宪法性权利；侦查人员在侦查讯问中所采取的刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗以及其他酷刑行为，不仅侵犯了嫌疑人的人身健康权和意志自由，而且还违反了宪法第 38 条有关“公民的人格尊严不受侵犯”的宪法性权利条款；侦查人员为了侦破犯罪案件的需要而采取的任意搜查、任意扣押行为，不仅侵犯了嫌疑人的一般意义上的隐私权，而且还侵犯了宪法第 39