

法内程序与法外程序 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B3\\_95\\_E5\\_86\\_85\\_E7\\_A8\\_8B\\_E5\\_c122\\_483558.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_B3_95_E5_86_85_E7_A8_8B_E5_c122_483558.htm)

法内程序与法外程序  
我国司法改革的盲点与误区??万：整个二十世纪的历史，对于中国来说，就是不断探索现代化发展路径、致力寻求国家现代化的历史。从制度建设的角度说，实现现代化就是要建立与现代文化、观念相适应的政治和经济制度。从历史的经验来看，市民社会的法治化是国家现代化的基础和前提。因此，建构一个公正、高效的现代司法制度是实现国家现代化发展的当务之急。中国自八十年代中期启动司法改革以来已经历时十年，其间颇多制度和技術上的创新与变革。然而，由于改革的自发性和分散性，整个司法改革进程缺乏统一的规划与布局。在实践中，司法机关更多地是针对一些较为突出的具体制度设计上的瑕疵和不足展开零敲碎打式的矫正和修补。但是，这种“逐点”式改革的弊端也是显而易见的，由于缺乏全局性的目标指引和统筹性的制度安排，改革往往演变为“拆东墙补西墙”式的无奈举措。例如本来是作为遏制司法腐败的对策出台的错案追究制和人大个案监督制，却由于本身违背司法法理而在一定程度上对法院的司法独立构成严重威胁。近来，最高人民检察院又开始在一些地方试行刑事案件普通程序简易审，并准备在全国检察系统推广。对此，实务界和理论界传来一片叫好声，一般观点均认为这是实现诉讼经济、提高刑事司法效率的重要举措。然而，不可忽视的是，在我国目前侦查程序缺乏司法审查机制，律师无法同步介入，尤其是犯罪嫌疑人、被告人不享有沉默权的背

景下，被告人口供的自愿性和真实性往往难以保证，那么这种以被告人的有罪供述作为程序启动前提的普通程序简易审，能否保证案件审理的公正性，殊值质疑。这样，本为提高司法效率而出台的改革措施，反过来却可能伤及司法公正这一司法改革的宏观目标。这一现象充分反映了我国目前司法改革理性严重不足的真实状况。

??谢：的确，司法改革的理性不足是我国当前司法改革的一个盲点和误区，这已经成为制约我国司法改革进程的重要因素。我国司法改革缺乏理性，不仅体现在改革目标之间的相互冲突，而且表现在改革者对改革的制度和背景缺乏清晰、深刻的体认，从而导致出台的改革措施与现实司法背景之间始终存在着某种尴尬与间离，难以真正契合。在这方面，普通程序简易审的出台，是一个典型的例证。检察机关出台普通程序简易审的根本动机在于解决困扰实践已久的司法效率问题，希望以此作为改革的突破口，全面提高刑事司法的效率。然而，抛开感性的改革热情，理性地审视，检察机关以普通程序简易审作为提高司法效率的突破口，只能说明改革者对实践中司法效率低下的真正原因缺乏清醒的认识。

??万：愿闻其祥。

??谢：首先，改革不能脱离一国的司法传统和环境而进行。从司法制度背景上看，我国是一个职权主义诉讼传统深厚的国家，职权主义诉讼模式本身是一种注重犯罪惩罚与控制、强调诉讼效率的诉讼构造，可以说，较之“牙科手术式”的英美当事人主义诉讼模式，大陆职权主义诉讼模式的结构优势恰恰就是线条流畅、诉讼高效率。在这一点上，深受职权主义诉讼影响的我国刑事诉讼制度表现得尤为突出，侦查阶段不赋予犯罪嫌疑人沉默权、回避律师同步介入、强调公、检、法

三机关在刑事诉讼中分工负责、互相配合流水线作业等等，诸多制度设计都是围绕如何从快打击犯罪而进行的，惩罚和控制犯罪长期以来一直是我国刑事司法的首选目标，甚至可以说，我国的刑事诉讼在一定程度上是以牺牲犯罪嫌疑人、被告人的权利保障来换取诉讼的高效率的。因此，我国的刑事诉讼模式应当是一种具有较高诉讼效率的诉讼架构，只要我国刑事诉讼法规定的普通程序能够得到切实遵行，完全可以保证刑事诉讼的高效率，根本没有必要搞普通程序简易审这种不伦不类的改革。

??万：既然我国的刑事诉讼模式本身就是一种高效率的程序架构，那么在实践中为什么又会存在大量案件久拖不决、费时费力的突出问题呢???

谢：这是因为我国当前的整体法治环境不良，法律的权威，尤其是程序法的权威未能得到塑立，程序法的独立价值和程序的自治性得不到应有的尊重和维护，从而导致在刑事诉讼法规定的法定程序之外实际上还存在着诸多影响诉讼程序进行的“法外程序”。在司法实践中，造成诉讼迟延的真正原因就是大量“法外程序”的存在。由于这些“法外程序”大规模侵入刑事案件的侦查、起诉和审判过程，造成了案件程序的大量增加和愈益繁琐，直接导致司法效率的降低。

??万：“法内程序”与“法外程序”，这一理论区分和界定颇有新意。应当说，作为一种中性指涉，程序是指按照一定的顺序、方式和手续作出决定，程序本身无所谓合法、非法与否，“法内程序”与“法外程序”的区分应当说是符合这一认识规律的。这也为我们认识、评价程序提供了新的视角，但对于这一概念，还有一些基本理论问题需要廓清。按照我的理解，“法内程序”当然是指刑事诉讼法所明文规定的程序，也即是法律

程序或法定程序，那么“法外程序”呢，其具体的内涵和外延是什么？谢：所谓“法外程序”，是相对于法内程序而言的，它是指刑事诉讼法未予规定，但在诉讼实践中又影响甚至决定着刑事案件的处理结果的手续、步骤等。例如法院内部长期以来实行的合议庭审理的案件须由法院院长、庭长审批的制度，就是种法外程序，它本身并非由国家基本法刑事诉讼法所明文规定，而只是法院内部长期以来行政化管理方式的体现，它游离于法律之外，当然也难谓合理，但它实际上介入并影响着刑事案件的处理结果，你能说它不是一种“诉讼程序”吗？显然，这种法外额加的审批程序，将增加案件的流程和审理环节，极大地滞碍诉讼的及时终结，降低案件的审判效率。万：那么能否对“法外程序”作更为广义的理解呢？因为在我国司法实践中，长期以来存在着一个十分奇怪的现象，就是在立法机关制定的刑事诉讼法典之外，司法机关也自行制发了大量的规范性司法解释文件，如最高人民法院制定的《最高人民法院关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》和最高人民检察院制定的《人民检察院刑事诉讼规则》以及公安部制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》。这三个司法解释性文件，不仅在形式采用了与刑事诉讼法相同的总则、分则、附则以及篇、章、节、条、款的立法结构方式，而且在表述上也采用了与刑事诉讼法律规范相类似的一般性陈述，这些规范化表述或一般性陈述，在逻辑构成上同样包括条件假设、行为模式、后果归结等要件，具备法律规范的所有特征，与立法在形式上并无二致，可以说是一种“准法律”。这就使得司法解释实际上成为细则化的“二次立法”。在司法实践中，这些“二次立法”

对于公、检、法机关办理刑事案件发挥着非常重要甚至是决定性的影响。曾有学者戏言，检察官、法官们可能不知道刑事诉讼法对某一问题的具体规定，但却肯定清楚司法解释对此的相应规定。按照“法内程序”与“法外程序”的区分，司法机关的这些带有“二次立法”性质的司法解释实际上也可以视为是一种“法外程序”。??谢：当然。根据国际通行的程序法定原则，国家刑事司法机关的职权及其追究犯罪、惩罚犯罪的程序，都只能由作为国民代表集合体的立法机关所制定的法律来加以明确规定，刑事诉讼法没有明确赋予的职权，司法机关不得行使；司法机关也不得违背刑事诉讼法所明确设定的程序规则而任意决定诉讼的进程。换句话说，刑事诉讼程序的规则只能由立法加以规定，因此只能具有立法性质。其它任何机关、团体或个人，以其它任何形式对刑事诉讼程序规则作出规定，都只能被视为是对程序法定原则的背离。程序法定原则的主要机能在于，通过对刑事程序法定性的强调，以立法权制衡司法权，抑制司法权的膨胀和扩张，防止司法机关法外立法、专横擅断，以此保障涉讼的犯罪嫌疑人、被告人的权利。根据程序法定原则的要求，凡是涉及国家司法机关的职权配置和犯罪嫌疑人，被告人重大权益保障的事项，都应当由立法机关通过法律的形式加以明确规定，而不能由其他机关、团体或个人以其他任何形式作出规定，司法机关也不能通过制定司法解释的形式变相进行“二次立法”。对于我国司法机关违背程序法定原则，通过制定司法解释进行“二次立法”所规定的诉讼程序，当然只能视为是“法外程序”，其合法性是值得质疑的。在实践中，正是这些通过“二次立法”规定的“法外程序”极大地滞碍

了刑事案件的及时处理，例如关于取保候审、监视居住等强制措施适用期限，刑事诉讼法第58条规定，“人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过十二个月，监视居住最长不得超过六个月”。但是，在司法实践中，公、检、法三机关通过各自制定的司法解释实际上将其解释为在诉讼的不同阶段各自采取取保候审和监视居住最长不得超过12个月和6个月。换句话说，公安机关可以对犯罪嫌疑人、被告人采用取保候审12个月，其后，检察机关又可以对同一嫌疑人再次采用取保候审，时间也是12个月，最后，法院还可以采用取保候审，时间又是12个月。这样，犯罪嫌疑人、被告人从侦查到起诉、最后到审判，可能被累计取保候审长达36个月。这是明显违背刑事诉讼法规定的，是对刑事诉讼法规定的任意扩大解释。这些规定明显将迟延案件的及时处理，不但有损于司法效率，而且严重危及犯罪嫌疑人、被告人的人权保障。

??万：根据前面的讨论，实际上可以从形式上将“法外程序”分为两类：一是“规范性法外程序”，即由法律之外的规范性文件所规定的程序。这类“法外程序”往往具有类似法律规范的形式，即具有逻辑清楚的公式化条文，但却并非出自立法机关所制定的狭义的法律，而是游离于国家法律之外，以其他规范形式作为载体，包括司法机关自行制定的司法解释性文件、行政机关制发的涉及对刑事诉讼法进行解释的文件、以及党内纪检章程、文件中规定的程序如“双规”等。二是“非规范性法外程序”，即不具有规范的形式，没有规范性文件作为载体，而主要是以长期以来形成的司法惯例和习惯体现出来的程序，如三机关联合办案、案前通气汇报等等。

??谢：虽可作此

归纳，但是需注意的是，不论是规范性法外程序，还是非规范性法外程序，“非法定性”都是其突出的形式特征，“法外立法”、“法外执法”则是其常态表现。除了形式上的非法定性外，法外程序的另一个重要特征是其单向性。我国现实中的“法外程序”都是由国家机关制定的或在“办案”过程中内部自发形成的，总体上表现为一种机体内程序，是国家机关的“办案程序”。由于其并非立法，在制定前也就无需履行立法前的面向社会的征求意见程序，作为普通公民也就没有相关途径参与这些程序的制定和形成，而只能被动接受。与此相关的是“法外程序”普遍笼罩着一种隐秘性、神秘性色彩。由于名不正、言不顺，“法外程序”始终处于一种羞羞答答的半遮半掩状态，无法像立法样对全社会公开，普通公民既无法参与这些程序的制定和形成，也无从了解、知悉这些程序的内容，更谈不上援引这些程序来保障自己的权益，整个程序对于普通公民来说，具有某种隐秘性、神秘性。??万：这实际上是历史上的法律神秘主义传统在现代的复活，其本质则是国家权威主义或权力本位主义，即通过权力的非公开化来维持对权力的神化，并通过权力的神化型塑国家权威，这也是传统型统治下司法制度的普遍特征。中国古代统治者不是就崇信“刑，不可知；威，不可测”吗???谢：“法外程序”的另一项典型特征在于其非理性或称人治性。程序的本质是控权，即以“程序制约权力”，因为权力的本性是恣意，这对公民权利构成了严重威胁，必须通过理性的程序来控制权力的行使，才能克服权力的恣意，确保个人自由。为此，程序本身必须理性化，程序的制定和运作必须排除恣意因素或人为干扰，以保证决定的客观公正。但是，

“法外程序”本身却是一种人治程序，一种非理性的程序，程序的制定和运行不受法律理性控制，而是由权力意志包括政党意志、部门意志或领导意志来决定。??万：按照马克斯韦伯的观点，整个“法外程序”的运作过程由于不能根据理智进行监督，因此，属于形式非理性的程序。??谢：“法外程序”对中国司法实践的伤害极大，首先就是导致了刑事司法效率的极大降低。如前所述，中国作为职权主义诉讼的典型国家，诉讼的高效率是我国诉讼制度的长处，而非劣势。但是，大量存在的“法外程序”却制约了法内程序本身效率的发挥，使刑事诉讼以一种臃肿、迟缓的不良状况持续运行。一方面，大量“法外程序”的存在使“法内程序”被虚置，立法所规定的高效的程序设置被照顾部门利益的拖沓的“法外程序”所取代；另一方面，大量“法外程序”侵入、充斥于“法内程序”的机体，导致了法内程序的臃肿和冗长。??万：更重要的问题还在于，“法外程序”的存在亵渎了司法的公正性。“法外程序”的非法定性极易导致司法机关“法外执法”，隐秘性则易滋生“暗箱操作”、“私下勾兑”，而人治性又往往导致权力的失控和权力握有者的恣意妄为。这些都极大地伤害了司法应有的公正性，导致司法权威的下降。??谢：司法不公的最大受害者还是普通公民，因为现代法律是维权的武器，法律的存在是为了约束国家权力、保障个人自由而设，失却了法定程序的保护，公民个人的自由、权利必将遭受重创。??万：从更深层次看，国家其实也是受害者，“法外程序”对司法公正的破坏将直接损坏国家统治的合法性基础。按照现代政治理论，法治实际上具有双重作用，一是通过法律勘定国家的活动空间，从而确保公民



的自由领域；另一方面国家借助法律手段也有助于获得统治的合法性基础。因为国家的管理活动要受到法律的约束，同时也就意味着国家的任何干预实际上都可以还原为法律，并借助法律来完成。而国家的科层管理体制，也通过这种治理的法理化，而获得了合法性基础，这就是马克斯韦伯所谓的“通过法理性获得合法性”。而“法外程序”的大量存在，无疑将破坏国家的这种“法理权威”，进而动摇国家统治的合法性基础。一旦国家统治的合法性基础遭到动摇，就将导致社会结构的全面失衡，激化社会冲突，带来社会动荡。??

谢：从法文化学的意义上讲，诉讼现象同时也是种文化现象。任何诉讼现象的产生与消亡都有其诉讼文化背景，诉讼文化本身包括观念性文化和制度性文化两个层面。观念性文化包括了诉讼理论、诉讼心理、诉讼价值取向等在内的文化结构；而制度性文化则是指以诉讼制度为核心的包括诉讼规范、诉讼设施、诉讼机构等在内的文化结构。作为一种诉讼现象，同时也是一种文化现象的“法外程序”在我国的大量产生，有其特定的制度和观念文化背景。在观念层面上，中国两千年的人治传统是“法外程序”滋生、蔓延的重要原因。

“法外程序”本质上是一种人治程序，它否定法律的权威，违背法律尤其是程序法的自治性，转而强调法外意志(包括政党意志、部门意志、领导意志)对司法程序的干涉、影响，在这里，法外意志取代了法律理性成为程序的主导者和权威，程序的制定和运作为法外意志所左右，人治色彩浓厚，程序本身的法定性不受重视，无法排除恣意因素而实现理性化，非理性构成为“法外程序”的基本成分和重要特色。在制度层面上，现行刑事诉讼法的不健全也是“法外程序”产生的

重要诱因。由于立法经验的不足以及受传统“宜粗不宜细”的立法指导思想的影响，我国的刑事诉讼法典在立法规定上过于粗略，许多重要的诉讼制度和程序缺乏规定，整部刑事诉讼法的可操作性较差。正是由于现行法的不周延和诸多漏洞，为国家机关“法外立法”、大量生产“法外程序”，提供了冠冕堂皇的理由和借口。

??万：更重要的是，在国家权力结构的层面上，司法权的独特性和重要性没有得到足够的重视，司法权本身的独立性基本丧失、抗干扰能力下降，难以抵抗其他权力包括立法权和行政权对司法过程的侵蚀、干扰，从而导致司法权在实际运作过程中难以自保、司法程序的自治性得不到保障。

??谢：对，这是法外程序产生的深层根源。同时，这也就决定了要克服“法外程序”在我国的滋生、蔓延，必须首先保障司法权的独立性和司法程序的自治性。我国对司法独立的理解，长期以来停留在“机构独立”的认识层面上，天真地认为只要在行政机关和立法机关之外设立了司法机构，就可以确保司法权免受其他权力的干扰。而没有认识到，司法独立更多强调的是一种“机体独立”，即司法机构的经费资源、司法人员的产生、培训、升迁等一揽子都应当独立于其他权力机关尤其是行政机关，仅仅只有独立的机构设置而没有独立的机体保障是难以确保司法权运作的独立性的，更难以保证司法程序免受权力意志渗透的自治性。

??万：其次，还必须充分保障程序的民主性，充分尊重诉讼参与人乃至社会公众对程序制定和运作的参与权。这里面有一个托克维尔所说的“以社会制约权力”的问题，即通过社会公众对程序制定和运作过程的参与，来确保程序的民主性，反过来这种程序的民主性，又可以成为公众的一种

法律信仰，成为许多人的不言而喻的价值观，在现实中作为一种实在的力量与权力扩张的倾向相抗衡，自觉抵制法律程序之外的“法外程序”对法律程序的侵入，以形成“以社会制约权力”、“以权利制约权力”的新型权力制衡机制。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问  
[www.100test.com](http://www.100test.com)