

XINGSHI SUSONG
FALÜ YIZHI YANJIU

刑事司法法律移植研究

汪海燕◎著



中国政法大学出版社

刑事诉讼 法律移植研究

XINGSHI SUSONG
FALÜ YIZHI YANJIU

汪海燕◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

刑事诉讼法律移植研究/汪海燕著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 11
ISBN 978-7-5620-6514-2

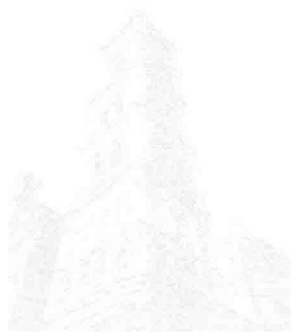
I. ①刑… II. ①汪… III. ①刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 286085 号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 787mm×1092mm 1/16 |
| 印 张 | 22 |
| 字 数 | 340 千字 |
| 版 次 | 2015 年 11 月第 1 版 |
| 印 次 | 2015 年 11 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 56.00 元 |

刑事诉讼 法律移植研究

XINGSHI SUSONG
FALÜ YIZHI YANJIU



序 言

自清末以降，中华文明自我演化进程被打断，无论是政治体制，还是自然科学、社会科学均遭受域外事物的深刻影响甚至冲击。刑事诉讼制度亦不例外。可以说，在很大程度上，我国刑事诉讼制度近代化史是一部法律移植史。

关于法律是否可以移植有三种论点，即乐观论、悲观论和折中说。无论是沃森的乐观派，还是孟德斯鸠、萨维尼等的法律移植悲观主义，抑或是折中说，或者以历史事实为依衬，或者以文化传统等“历史题材”为论据，在很大程度上均存在历史主义的倾向。此种论证方式可能存在两个问题：一是在逻辑上存在以偏概全之嫌；另一个是论述者在历史选材上可能存在价值偏向。是否可以移植法律移植理论的多元性，移植成功或失败的实例，历史上波澜壮阔的移植场景与对法律移植方法甚至结果的反思等，无一不将“法律移植”推入迷宫。我国刑事诉讼制度的移植似乎也走进了此迷宫。一些论者从文明或知识的普适性的角度出发，往往得出可以移植甚至只有移植才能解决中国问题的结论；另一些学者和实务部门以“本土资源”或“地方性知识”为视角，认为外来器物并不能解决吾国吾民之问题，尤其是在一些诉讼制度改革实施效果并不理想甚至是“失败”之后，更加催生了对法律移植的抵触情绪。从“他山之石，可以攻玉”、“不盲目照搬外国的司法制度和诉讼制度”，这些关于法律移植的经典性表述也折射出我们对于外来事物的复杂心态。在这种背景下，本书试图厘清一些刑事诉讼移植的基础理论问题，并对具体制度的移植提出一己之见。

刑事诉讼制度法律移植的研究外延包括三个方面：第一，有无必要进行诉讼制度移植（必要性）；第二，有无可能进行诉讼制度移植（可行性）；第三，如果有必要且有可能进行移植，那么如何进行诉讼制度移植（操作性）。在对

上述问题作答之前,我们应首先厘清法律移植的目的和方法,如果方向不明或方法不当,就很有可能在移植迷宫中迷失方向。

也许与多舛的民族命运相连,从春秋战国时期轰轰烈烈的变法运动,到宋朝王安石变法,及至清末沈家本主持修律,我国改革无不涂抹上“救亡图存”、“富国强兵”等浓厚的功利色彩。无论是对于富有历史使命感的学者,还是对于图强兴国的治国者,此目的都极具诱惑力。在此目标的指引下,法律改革包括移植往往被视为一种功利性手段。当法律移植的效果与“富国强兵”的终极目标不一致的时候,往往对其评价是否定的,甚至持一种抵制的态度。在人口众多、积弱已久、社会转型期矛盾激增的背景下,作为国家治理者,追求安定、富强无可厚非;但是法治社会的构建过程不仅漫长,而且现代法治本身蕴含的形式性和价值的多元性(如规范权力、保障人权、自由等),有时又与上述目标并不完全一致,甚至会发生冲突。如强调人权保障在一定程度上可能与秩序、安全等价值相冲突;强调诉讼权力运行的规范性可能以放弃发现真实为代价。在二者冲突时何去何从,确实在考评国家治理者的智慧和眼光。但是,无论如何,不能以此评价法律移植的失败,甚至将外来之物视为洪水猛兽而将其拒之门外。

在宏观层面,法律移植还应秉持合理的方法,即以何种思维方式对待外来之物、本土资源以及如何处理二者之间的关系。传统西方哲学采用主客两分法去认识世界、改造世界。在此思维模式影响下,尤其是近现代西方在物质、科技等领先于其他地域的背景下,“西方中心主义”得以形成。“西方中心主义”对法律移植的影响甚广。但据笔者观察,在其背后起实质性作用的是“物质崇拜”情结。“物质崇拜”与“富国强兵”目的一脉相承,遵循的是一个比较简单的逻辑:他国(往往指西方)实行此制度,因此,他国强盛;我国如果实行此制度,我国也会强盛。显然,这种逻辑推演未免过于简单化。具有讽刺意味的是,还存在与西方传统哲学中主客两分、“西方中心主义”相类似,但结果却迥异的另一种中心主义,即“本土中心主义”。本土中心主义与西方中心主义思考问题的起点是完全相同的,即“自我”,二者在本质上均为“单中心主义”。我国文化与西方文化,我国刑事诉讼本土文明与西方刑事法治文明,在交流和对话过程中也可能落入这种主客两分的单中心格局的窠臼中。后现代哲学所提出的“主体间性”理论,应该说在很大程度上为我们解开了“单中心主义”的死结。主体间性跳出主客二极思维,强调主体间的交互关系,认同自我

主体与对象主体间的共生性、平等性，单中心格局得以解构。具体到刑事法律制度移植，如果以主体间性理论为指导，将国内外两种文化和制度并为主体，既可以“去神圣化”，消除移植者自卑的心理情结，也可以让其摒弃固步自封的姿态。

笔者博士论文“刑事诉讼模式的演进”是从历史的纵向维度考察影响诉讼模式的因素以及典型诉讼模式的成因。本书欲从横向角度研究法律移植与我国诉讼制度改革问题。但研究过程中，深感涉及问题庞杂，尤其是法律移植理论博大精深，而涉及的其他学科知识更是笔者很难把握。幸运的是，在写作过程中，很多良师挚友给我提供了无私的帮助与支持。我的朋友蒋鹏飞博士无私奉献了其宝贵观点和方法论相关的很多材料，在此谨表谢意！张小玲副教授对本书提供了宝贵的修改意见；肖沛权、王迎龙、于增尊博士，董林涛、付奇艺、马康、殷闻、刘奕君等博士生和硕士生均参加了书稿的修改或校对；本书中所涉及日语资料由董林涛博士翻译。对他们为本书的辛勤付出，表示深深的感谢。当然，对于文中的错误，由本人承担。另外，本书一些内容作为阶段性成果，已在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《政法论坛》、《清华法学》等刊物上发表。在此谨致敬意与谢意！此课题研究受国家社科基金、北京市教委专项经费和中国政法大学优秀青年教师培养支持计划资助，谨致谢意！

文章浅薄，不敢劳大家作序，故自序。

汪海燕

2015年10月18日于北京

CONTENTS 目 录

序 言	1
-----------	---

上 篇

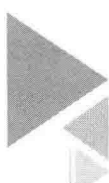
第一章 绪 论	3
一、引 言	3
二、法律移植的概念	8
三、法律移植必要性	14
第二章 刑事诉讼法律移植的方法	39
一、法律移植与普适性规则	39
二、法律移植与地方性知识、本土资源	46
三、法律移植的方法论：从主客两分到主体间性	54
四、刑事诉讼法律移植的基本思路	58
第三章 我国刑事诉讼运行环境	63
一、刑事诉讼制度运行的宏观环境	63
二、刑事诉讼的“法律”渊源	66
三、影响刑事诉讼制度设立和改革的主体	68
四、刑事诉讼制度的运行：“纸面上的法”与“潜规则”	72
五、刑事诉讼制度的改革目标	80

第四章 政治体制与刑事诉讼法律移植	86
一、政治因素与刑事诉讼制度	86
二、政治因素与我国刑事诉讼法律移植	99
第五章 法律文化与刑事诉讼法律移植	105
一、诉讼制度与法律文化的关系	105
二、我国古代刑事诉讼文化检讨	111
三、外来文化对我国诉讼制度的影响	119
四、现代诉讼文化：古代传统、现代传统和自我演化	121
五、法律文化共性和法律移植	123

下 篇

第六章 刑事诉讼基本原则与法律移植	129
一、司法独立原则	129
二、无罪推定原则	148
三、“不得强迫自证其罪”原则	155
四、“一事不再理”与“禁止双重危险”	162
第七章 辩护制度与法律移植	176
一、辩护制度的发展与法律移植	176
二、律师调查取证权	180
三、辩护人阅卷权	184
四、律师在场权的构建	187
五、刑事法律援助制度改革与公设辩护人制度的构建	191
六、有效辩护制度	199
第八章 刑事证据制度与法律移植	207
一、证据裁判原则	207
二、非法证据排除规则	213

三、亲属作证特权	223
四、“排除合理怀疑”与“证据确实、充分”	230
五、“污点证人”作证制度	241
第九章 侦查制度与法律移植	250
一、强制措施的概念：人身自由抑或基本权利	250
二、强制性措施的司法控制	255
三、指定居所监视居住的性质与外部控制	262
四、检察机关自侦权与外部控制	268
第十章 公诉制度与法律移植	277
一、公诉与侦查的关系	278
二、检察机关在审判阶段的诉讼地位	288
三、案卷移送制度和“起诉状一本主义”	294
第十一章 审判制度与法律移植	303
一、从侦查中心到审判中心：以“逮捕中心”为例的探讨	303
二、我国庭审方式：从“卷宗中心主义”到言词审理	310
三、我国量刑模式改革与移植	317
参考文献	326



上篇

绪 论

一、引 言

虽然从古至今法律移植在客观上一直存在,^{〔1〕}但是对于法律移植的相关理论却有太多争论,甚至对法律能否真正被移植也存在很大的分歧。关于法律是否可以被移植有三种观点,即乐观论、悲观论和折中论。

法律移植乐观论者以沃森为代表。沃森认为,作为规则形式存在的法律是自治体系,独立于政治、经济和社会等力量的影响,而且从实践的角度考察,历史上法律规则的跨民族或国家迁移屡见不鲜,法律的发展主要得益于法律规则在不同法系或法律制度之间的移植。因此,法律移植不仅可能而且十分容易,是各国法律得以发展的重要方式之一。^{〔2〕}我国有学者持类似的观点,认为法律移植是世界法律发展的一个基本法律现象。法律移植是法律发展、进化过程中良性的进步运动;在一定意义上,拒绝法律移植,实际上就是拒绝法律的进步。^{〔3〕}

姑且不论乐观派的论据是否成立或者合理,法律移植作为一个国家尤其是近现代国家法律发展的重要方式,这一点是不能否认的。以刑事诉讼为例,法

〔1〕 如早在公元前18世纪,以古巴比伦的《汉穆拉比法典》为代表的民事成文法即对赫梯、中亚述、希伯来以及古希腊等国的民法产生了很大的影响。参见何勤华等:《法律移植论》,北京大学出版社2008年版,第9~23页。而近现代国家对于域外法律理念、制度和规则甚至是立法形式的借鉴、吸收,更是多不胜数。

〔2〕 高鸿钧:“法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向”,载《中国社会科学》2007年第4期。

〔3〕 何勤华:“法的移植与法的本土化”,载《中国法学》2002年第3期。

国资产阶级革命后,其诉讼制度从传统的纠问式转变为职权主义离不开对英国诉讼中的自由精神的吸纳;^[1]英国公诉制度很显然是借鉴大陆法系检察制度的结果;日本刑事诉讼制度现代化是明治维新时期借鉴大陆法系尤其是德国法相关精神和制度的结果,二战后其混合式诉讼制度也是移植美国法一些内容后确立的。^[2]就此而言,法律移植为客观存在的论断并不为过。

然而,对法律移植抱有戒心的学者也并不在少数,其中最具有代表性的莫过于孟德斯鸠和萨维尼。孟德斯鸠非常重视“民族性”。他认为具体的法产生于特定的环境,并将法律文化的民族性推向极致,“如果一个国家的法律竟能够适合于另外一个国家的话,那是非常凑巧的事。”^[3]萨维尼同样认为法律根植于一个民族的血液,“它们几乎乃为一个民族的鲜血和骨骼的一部分”,因此,一个民族应当坚韧不懈持守自古老祖先传承而来的法律。^[4]当代法律移植悲观论者以法国的罗格朗和美国的赛德曼夫妇为代表。罗格朗主要是从文化的角度阐释法律的不可移植性。他认为,法律是文化不可分割的组成部分,文化构成法律规则的语境,规则一旦脱离语境就失去了其生命赖以存在的环境;不同文化对于同样的规则会赋予不同的含义,在规则的适用中也会作出不同的解释,因此规则一旦移植到异质文化中,含义就会发生变化,而这就使得该规则成为一个不同的规则。赛德曼夫妇认为,移植之法很少能够在两个国家导致相同的行为和获得相同的效果,因为不同国家关于法律与非法律的界限不同,人们在回应法律时往往要考虑非法律的因素,相同的法律在不同的社会环境下,对人们行为的影响也有所不同。^[5]

随着后现代主义思潮的滥觞,法律移植理论的根基也被动摇。后现代主义强调多元主义,主张多视角审视和阐释各种问题,即否定对于真理的迷信和绝对盲从,反对宏大叙事和本质主义。后现代主义强调的“否定、批判、怀疑和反思”四大精神无疑给法律移植的合法性打上了一个大大的问号。吉尔兹的

[1] 关于此结论,参见汪海燕:《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第141页。

[2] 此种演进过程,参见汪海燕:《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第308~328页。

[3] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第6页。

[4] [英]F. P. 沃顿:“历史法学派与法律移植”,许章润译,载《比较法研究》2003年第1期。

[5] 高鸿钧:“法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向”,载《中国社会科学》2007年第4期。

“地方性知识”似乎也暗示了法律移植的非法性。而我国学者苏力,也强调了法律是一种地方性知识,法律具有特殊性,因此“似乎”得出法律不能移植的结论。^[1]

无论这些理论作为否定法律移植的理由是否成立,事实上,一些国家在法律移植方面并不总是成功,或者至少没有达到预期的效果。如拉丁美洲国家在独立之后,在继承殖民时期大陆法遗产的基础上,继续沿着大陆法模式前进。然而,在拉美各国的实践中,这些移植的法律制度和法律文化遇到了各种阻力,发生了各种变异,远远没有达到预期的效果。^[2]同样,与刑事诉讼制度中法律移植成功的例子相比,移植失败的例子也并不少见。如法国在大革命后曾经一度移植过英国式陪审团审判的对抗式,但由于种种原因,该制度在实践中的运行与移植和设计的初衷相去甚远,最后难逃夭折的命运。

与上述比较绝对的乐观主义和悲观主义不同,还有第三类观点认为,法律移植是可行的,但是受制于其他条件,如文化传统、政治体制、经济水平等因素的影响。^[3]这种观点似乎在我国甚为流行,以至于有著述总结出其中的“规律”:先是开篇讨论移植的概念,然后列举两派赞同或者反对法律移植的观点;转而回到国内,讨论苏力等学者的本土资源论,接着联系实际,指出要注意本土化,注意移植的方式和效果,或者是分析影响移植成败的几点因素:植体、受体、供体;最后得出结论——谨慎而又稳健的法律移植是可能成功的。^[4]此种法律移植观的研究思路、论证方式甚至论证结论的相似性可见一斑。

其实,上述三种观点在很大程度上均存在历史主义的倾向,无论是沃森的乐观派,还是孟德斯鸠、萨维尼等的法律移植悲观主义,抑或是折中说,都离不开历史事实的依衬,或者以文化传统等“历史题材”作为论证的基础。以此种方式论证法律移植是否可行这一命题存在两个问题。

第一,从逻辑的角度看,存在以偏概全之嫌。一次甚至多次法律移植事件

[1] 苏力关于法律移植的观点,似乎前后有矛盾。参见何勤华等:《法律移植论》,北京大学出版社2008年版,第272、273页。但无论如何,苏力教授强调和重视本土资源这一观点,是很鲜明的。

[2] 高鸿钧:“美国法全球化:典型例证与法理反思”,载《中国法学》2011年第1期。

[3] 关于此结论,参见汪海燕:《我国刑事诉讼模式的选择》,北京大学出版社2008年版,第227页。

[4] 何勤华等:《法律移植论》,北京大学出版社2008年版,第262、263页。

的结果只能表明其本身的成功或者失败,只能说明法律移植“曾经”成功或者失败过,而不能作为法律是否可以被移植这种宏大命题的充分论据。从反面来说,法律移植乐观论者以成功移植为实例,那么悲观论者只需要列举一次法律移植失败的例子就足以反驳其命题。反之亦然。这正如有论者认为“天鹅是白色的”,但只要反对者例举有一只天鹅是灰色或者黑色,那么这个命题就不能成立。更何况法律移植成功和失败的例子均数不胜数。甚至可以这样说,即使历史上所有的法律移植都是成功的,也不能表明当下或者以后的法律移植就必然可行。因为法律移植不等于自然科学试验,其外在条件极其复杂且不具有完全相同性(可能相似)。反之同理,历史上法律移植失败的例子,也并不意味着当下或者以后的法律移植必然不会成功。“从更为广泛的具有相互影响的社会相关因素的角度来说,许多潜在的可能因素,作为法律移植的影响函数,是人们总是无法预先得知的。它们有时可能尚未出现,有时可能十分隐蔽。这些作为函数的因素,在后来的时间序列中,完全可能打乱我们在历史经验中获得的‘预见谱系’,从而,使我们的预见或者预测处于成功/失败的双重可能之中。”〔1〕

第二,论者的价值偏向与历史选材问题。“法学和其他学科一样,最正确的研究方法应当是对任何一个新事物不带一丝先入之见地深入探究,从而由事物本身归纳出新的概念和法则。”〔2〕然而,由于生活阅历、教育背景、智识偏向和性情等方面的差异,论述者在对事物评述之前就已经有了一种潜在的甚至是已经成型的价值预判。“历史意义上的阅读和写作,是特定价值驱使的一种学术言述方式。在法律这一独特的语境中,我们在建构法律移植历史的时候极难摆脱法律价值判断的前提干预。”〔3〕这种价值预判(也就是论证的起点)虽然有时可以改变,但是在很多时候,这种预判则决定了其论据选材进而影响结论,甚至“一开口就知道说什么”了。价值预判不仅决定选材从而影响结论,甚至对同一个事物或现象,不同解读从不同角度解读出的结论也大相径庭。如不同学者对于二战后五十年内日本司法系统观察得出的结论完全相反,一种

〔1〕 刘星:“重新理解法律移植——从‘历史’到‘当下’”,载《中国社会科学》2004年第5期。

〔2〕 [德] J. H. 冯·基尔希曼:“作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲”,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期。

〔3〕 刘星:“重新理解法律移植——从‘历史’到‘当下’”,载《中国社会科学》2004年第5期。

观点认为日本法官资源成为执政党的政治附庸，另一种则认为他们是最独立和诚实的司法人员。^{〔1〕}具有戏剧性的是，即使人们对此有所意识，但是却很难走出价值偏向的困境——因为论者对一个事物的评判不可能离开自己的经验以及价值预判。^{〔2〕}

但是，不同国家、民族之间法律借鉴、吸收的客观事实大量存在，谁也无法否认。从公元前18世纪古巴比伦《汉穆拉比法典》对中亚其他国家的影响，到中世纪罗马法对法国法的影响，至今天我国蔚为壮观的法律改革，无一不表明法律移植过去存在，今天正在进行，明天还将继续——虽然这其中成功的典范，也不乏失败的例证。

具体到我国刑事诉讼制度的发展，无论是沈家本主持制定的《刑事诉律草案》（1911年），还是国民党政府时期的《中华民国刑事诉讼法》（1928年），抑或是新中国的《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）（1979年），甚至是1996年和2012年两次修改的《刑事诉讼法》，无不深深烙上了外国法的印记。审判公开、陪审制度、检察制度、证据制度、辩护制度、法律援助制度、代理制度，等等，无一不为舶来品，只不过舶来的渊源可能有所不同而已。

自1996年《刑事诉讼法》修改以来，针对社会发展变化以及司法实践中存在的问题，我国学者提出诸多修改或完善我国刑事诉讼制度的方案和建议，如规定保障人权、程序法治原则、无罪推定原则、禁止强迫自证其罪原则、构建证据展示制度或者完善阅卷权、讯问时律师在场制度、禁止双重危险、确立非法证据排除规则、合理定位证明标准、重构侦诉关系，等等，无一不脱胎于西方。探讨某一个制度包括提出完善、改革设想时，运用比较法考察是其中重要甚至是不可或缺的研究手段和方法。然而，这种前期包括现在仍然流行的研究方法，遭到了质疑甚至厌倦。不仅实务部门以迟疑的眼光审视这些域外之物，而且学术界也对“外国如何规定，我国现行做法缺陷，我国应如何改革”这种单线条、纯粹技术性的法律移植研究方法进行了反思。“我们习惯性的论证方式是直接引用概念和法律文本，而相对忽视了对法律文本背后的社会、历

〔1〕〔美〕弗兰克·阿帕汉：“政治附庸还是忠诚公仆——关于日本司法系统的两种看法”，胡娟译，载《北大法律评论》2010年第2辑。

〔2〕也许本书也难逃此“魔咒”。