

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



刑事程序法论丛
Criminal Procedure Series

The Trend of Criminal Procedure Model in China



我国刑事诉讼模式的选择

本书从分析我国刑事诉讼制度的缺陷入手，以文化的共性和相异性、法律移植与本土资源的协调、国际法优先原则、宪法修改对刑事诉讼制度的影响等为视角，厘清我国刑事诉讼应当选择何种模式。

汪海燕 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

The Trend of Criminal Procedure Model in China

我国刑事诉讼模式的选择

汪海燕 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

我国刑事诉讼模式的选择/汪海燕著. —北京:北京大学出版社, 2008. 6
(刑事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13284 - 5

I. 我… II. 汪… III. 刑事诉讼 - 研究 - 中国 IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 197618 号

书 名: 我国刑事诉讼模式的选择

著作责任者: 汪海燕 著

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13284 - 5/D · 1955

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 20.75 印张 381 千字

2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 37.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

自序

近几年关于刑事诉讼制度或规则改革的讨论如火如荼,各种观点见仁见智。笔者认为,我国的刑事诉讼制度改革应当有一个宏观的方向,即在我国应选择何种诉讼模式。只有方向明确了,对相关具体问题的讨论才有根基。否则,“就事论事”式的设计方案即使被立法者采纳,最终也很难实现鼓吹者的初衷,甚至还有可能被异化。

相对于微观上设计一种制度或规则,宏观上选择何种诉讼模式则是一项艰巨的工作。这不仅要求研究者了解几种范式意义的诉讼模式现状、特征,更要知道其背后的制约因素,即这些国家为什么选择了此种诉讼模式,而不是另外一种诉讼模式。应当说,对于这一点,我们的研究还不足。随着对外交流的日益频繁,我们对于西方国家当代诉讼制度有了比较全面的认识。遗憾的是,由于不同学科之间的隔阂,以及史学本身的枯燥,学者们对不同诉讼模式“背后的东西”缺少深入、系统的研究。这种状况势必影响制度设计者的甄别能力。

思考解决问题的方案,除了从经验入手之外,还离不开理性。外国的制度、外国的方法只是为解决自身问题设计的,其设计者不会考虑到对其他国家的模范作用和昭示意义。因此,这就需要中国的诉讼制度设计者要从理性的角度考量。不仅要对我国的“本土”有清醒的认识,而且还要寻找国外的经验、教训与我国的联结点,同时还要运用创造性思维寻找问题的答案。需要强调的是,在此过程中,我们对理性也应当抱有“戒心”,不能僭越理性。否则,我们就有可能为之付出代价。基于此,笔者认为我国改革最好的方式是采取一种渐进的方式,而不能采取革命的方式。

笔者试图在这方面作一些尝试,并于2004年4月出版了《刑事诉讼模式的演进》一书。该书主要是从历史的角度描述几种典型的刑事诉讼模式的形成、发展或转型的过程,其中以探寻制约刑事诉讼模式演化的因素为核心,考察的联结点有历史背景、权力结构、生产方式、时代思潮、文化传统与法律移植等。然而,受研究主题所限,对于我国应当选择何种诉讼模式及其原因,相关论证比较简单。此后,为了弥补此缺憾,笔者对我国选择何种诉讼模式作了进一步的研究,并形成此书。因此,此书姑且算是《刑事诉讼模



式演进》的姊妹篇。需要说明的是,由于对我国刑事诉讼模式的选择,离不开对几种典型诉讼模式演进的考察,故而此书在历史部分与前书难免有重合部分。

文章浅薄,不敢劳大家作序,故自序。

目 录

绪论	1
----------	---

上 篇

第一章 大陆法系刑事诉讼模式的演进	19
第一节 古罗马刑事诉讼	19
第二节 古日耳曼刑事诉讼	28
第三节 纠问式诉讼在教会法中的兴起	35
第四节 纠问式诉讼的盛行 ——法国	41
第五节 法国职权主义诉讼模式的形成	51
第二章 英美法系刑事诉讼模式的演进	68
第一节 英国刑事诉讼	68
第二节 美国刑事诉讼	85
第三章 我国刑事诉讼模式的演进	102
第一节 我国纠问式诉讼 ——我国纠问式诉讼盛行原因探究	102
第二节 我国纠问式诉讼盛行原因之分析	109
第三节 清末刑事诉讼转型	125
第四节 强职权主义诉讼模式的形成	139
第五节 1996 年《刑事诉讼法》修改以后的刑事诉讼模式 ——以强职权主义为基调的混合式诉讼	154



下 篇

第一章 我国刑事诉讼制度的缺陷

——从形式理性和价值理性的角度分析 165

第一节 我国刑事诉讼制度的缺陷

——从形式理性的角度分析 165

第二节 我国刑事诉讼制度的缺陷

——从价值角度的分析 185

第二章 我国刑事诉讼制度的缺陷

——从诉讼文化层面的分析 196

第一节 我国刑事诉讼文化论纲 196

第二节 诉讼文化与我国刑事诉讼模式转型 210

第三章 刑事诉讼法律移植与我国本土资源关系的协调 227

第一节 法律移植与本土资源概论 227

第二节 刑事诉讼法律移植与本土资源正当化的理论基础 239

第三节 我国刑事诉讼法律移植与本土资源的协调 253

第四章 国际法优先原则与我国刑事诉讼模式的选择 262

第一节 刑事诉讼国际法优先原则 262

第二节 国际法优先原则在我国的适用 272

第三节 国际法优先原则与我国刑事诉讼制度的改革 280

第五章 宪法修改与刑事诉讼制度改革 293

第一节 “国家尊重和保障人权”与刑事诉讼目的再定位 293

第二节 《宪法》修改与我国《刑事诉讼法》再修改 300

第六章 我国刑事诉讼结构的调整 308

绪 论

控诉、辩护和裁判三方在刑事诉讼中的地位、关系及其形成的基本格局,称之为刑事诉讼模式,又称为刑事诉讼结构、刑事诉讼构造。在法制文明史上,不同的历史时期存在不同的诉讼模式;在相同时代,不同的地区和国家的诉讼模式也不尽相同;从当代社会考察,不同国家也都正在进行不同程度的诉讼制度改革。因此,诉讼模式同其他社会制度一样,是动态的、发展的。从宏观上看,她从非理性走向理性,从野蛮走向文明;从微观上看,不同的国家总在寻求一种适合于自己、适合于发展需要的刑事诉讼制度。我国也面临同样的选择,即寻找一种与我国当前政治、经济体制改革的方向、国民法文化素养日益提高以及国家开放等因素相适宜的诉讼模式。

胡适先生认为哲学史研究有三个目的:一为“明变”,其目的是使学者知道古今思想沿革变迁的历史;二是“求因”,即不但要指出哲学思想沿革变迁的线索,还需要寻求这些沿革变迁的原因;三要“评判”,即辨别各家学说的价值。^①对我国刑事诉讼模式或结构定位的宏观研究,也离不开这几个方面,即不仅要明晰各种诉讼模式的历史沿革和现状,还要探究其变革或演进的动因,更要辨析其中的经验或教训,为今天的变革提供智力支持。然而,仅仅从古人或者外国的制度中寻找解决当代中国问题的答案,显然不够。因为历史是向前的,古人对制度的思考只会解决当时的问题,也许不会顾及几百年后子孙的问题;而外国的制度、外国的方法也是为解决自身问题设计的,其起初也许根本没有想到对其他国家的模范作用和昭示意义。所以,如何选择或定位我国刑事诉讼模式,同探讨解决其他社会问题的方法一样,不仅要从经验方面入手,也要从理性方面加以考量。就经验方面而言,主要是考察我国古代的诉讼制度和当代的西方诉讼制度;就理性而言,一方面要在我国传统和当代西方诉讼制度与当今中国寻找积极的联结点(经验)和消极的联结点(教训),另外一方面就是独创性地设计制度或规则,解决我国现实问题。

^① 参见胡适著:《中国哲学史大纲》,上海古籍出版社1997年版,第2、3页。



与欧洲诉讼发展史相比较,我国刑事诉讼模式显得早熟而单调。我国弹劾式诉讼制度在历史上所占据的地位并不明显,对后来制度影响甚微。相反,纠问式在中国历史上第一个王朝——夏就初显端倪;至周朝,纠问式诉讼制度基本确立。直至清末以前,纠问式诉讼制度与封建专制政体共生了近两千年。随着清末外强入侵和西方民主、自由思想的传入以及政治体制的转型,纠问式诉讼制度至少从形式上淡出了历史舞台。清末以后,虽然国家在体制上确立了共和体制,司法独立、禁止刑讯、程序法定等词也跃于法典之上,但由于没有实现法治语境,这些规定在很大程度上被虚置化,其诉讼呈现强职权特征。纠问式诉讼和强职权主义对权力放任、对人权漠视的内在品性,与当今时代主题已经显得格格不入。正因为如此,我们今天对刑事诉讼模式定位的探讨时,很少提及传统的诉讼制度。但是,这并不表明传统的诉讼制度与当代诉讼模式的选择或定位就没有联接点。在探讨我国当代诉讼模式选择时,对于传统诉讼制度,我们至少要解决以下几个相关的问题:

第一,我国传统诉讼模式在何种背景下形成?或者说,这种诉讼模式生成有无其必然性?对诉讼模式的形成背景,从宏观上考察无非是权力结构、生产方式以及文化等方面。例如,在集权体制下不可能生成一种以人权保障为宗旨的诉讼模式;在小农经济条件和儒家文化中不可能孕育出一种发达的对抗式诉讼。但是,这是否意味着诉讼模式如同经典作家所预测的社会制度进化一样,某些规律性因素促使它们必然会从一种低级形态向高级演化?如果这个命题成立,那么,这其中究竟有哪些具体的因素?这些因素对于刑事诉讼模式的演进是一种单项度的、决定性的制约关系,或者,这些因素与诉讼制度二者之间是一种互动关系?如果这个命题不成立,那么刑事訴訟的演化,是否正如波普和梅特兰认为历史由特殊的史实串结而成那样,毫无规律可循?现有对我国传统诉讼模式成因的研究,显然不能回答上述问题,有些甚至将其中复杂问题简单化。例如,由于受固定思维或前期法史学研究的影响,一些论著往往将儒家文化与纠问式诉讼紧密相连。但是,通过简单逻辑推演不难发现,我国纠问式诉讼制度的确立与盛行和儒教并没有必然的联系。因为从时间顺序上,先有纠问式的确立,后才有儒教的盛行。如果一定要将诉讼模式与思想动因联系在一起,也许法家与纠问式的

关系更为密切,而儒教只不过在一定程度上起了维系、巩固作用。因为法家提倡重刑主义,主张“以刑去刑”,以法律为舟楫;虽然秦朝以后历朝历代不敢标榜以法家思想为治国之本,但他们从来就未曾放弃过法和刑的威慑、镇压功用。儒家强调等级与和谐,则与纠问式强调秩序、强调服从、对权力的信赖等因素暗合。因此,我们在考察思想、文化对生成某一种诉讼模式的作用时,不能夸大其作用。其实,我国早在春秋战国诸子百家争鸣当中,就有人提出了与欧洲古代思想家相一致的人性观点、人权观甚至是法治思想,如荀子的“人性恶”论、孟子的“民贵君轻”的人权思想、慎子的“无知之物”的标准法以及杨子的为我主义等,但是,这些思想并没有光大成为治国思想,甚至在西方文化传播之前,也没有成为广大民众追求的目标。^①因此,对于传统诉讼模式形成的更深层次原因,也许还要从政治体制甚至生产方式中探寻。

第二,古代诉讼制度尤其是相关联的诉讼文化对今天究竟有何种影响?如何去应对这些影响?对待传统文化,学者们主要有两种观点,即“折衷说”和“完全否定说”,前者代表人物如胡适先生,后者代表人物如梁漱溟先生。梁漱溟先生从精神生活、社会生活和物质生活三方面对中西文化进行了比较,其结论是“此三方面中东方化都不及西方化,那么,东方化明明是未进的文化,而西方化是既进的文化。所谓未进的文化大可以不必提起,但采用既进的文化好了”^②。而对于梁启超褒扬中国文明,梁漱溟先生批评道:“其实任公所说,没有一句话是对的!”^③暂不论文化对于一个民族或者族群存在的意义,但不可无视的是,由于文化固有的稳定性和传承性,其对今天的影响(包括积极的和消极的),正如人的基因一样和人如影随形,绝不会挥之即去。经典作家曾言:“人们自己创造自己的历史,但是他们并不是随心所欲地创造,并不是在他们自己选定的条件下创造,而是在直接碰到的、既定的,从过去承继下来的条件下创造。一切已死的先辈们的传统,像梦魇一样纠缠着活人的头脑。”^④这就要求我们必须务实地去面对它,分析究竟存在哪些具体的诉讼文化,这些文化中哪些是积极的,哪些是消极的,如何将传统文化的积极因素融入当代诉讼制度之中,如何扬弃其中的消极因素。如中

① 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8页。

② 梁漱溟:《东西文化及其哲学》,商务印书馆1999年第2版,第20页。

③ 同上书,第22页。

④ [德]马克思:《路易·波拿巴的雾月十八日》,《马克思恩格斯选集》第一卷,人民出版社1973年版,第603页。



国古代的诉讼传统形成了它十分独特的运行机制、精神和原则以及许多特殊的司法方式,如司法的行政化、诉讼的非专门化和非职业化、诉讼的人情化、诉讼的低程序化、司法的个别化以及非形式化等,这些因素直到今天还在刑事诉讼中发挥重要的影响和作用。在再次定位刑事诉讼模式之际,如何去甄别,进而在此基础上改造、借鉴和吸纳,则是一项非常庞大、艰苦的工作。相反,大而言之或抽象地说传统文化应当传承或者说抛弃,对于具体问题的解决毫无意义。

第三,我国历史上刑事诉讼模式转型对今天的启示。在我国历史上,我国刑事诉讼模式经历了三次大的转型,即奴隶制社会末期(约夏朝前)从弹劾式诉讼向纠问式的转型;清末从纠问式诉讼向形式上的职权主义转型;1996年《刑事诉讼法》从强职权主义诉讼向混合式诉讼^①转型。对于第一次转型,由于资料的匮乏,只能从残留资料的只言片语以及当时大的社会背景中推论其中的影响因素,对于今天的启示作用并不是非常明显。而清末刑事诉讼模式转型,则是我们应当关注的重点。虽然现代大时代背景与清末迥异,但是二者转型的很多因素或动因是类似的。如思想方面,清朝末年民权思想从西方大规模的传入,而今天人权保障思想再次勃兴;经济方面,清末小农经济开始瓦解,而今天构建社会主义市场经济已成为不可动摇的目标,经济全球化趋势已成定势;政治方面,清末试图从专制帝制向共和立宪转变,而今天政治民主化改革也成为不可逆之趋势。很明显,纠问式诉讼已经与当时的政治、经济改革和思想潮流格格不入,这也预示其必然淡出历史舞台,或者说对纠问式的改革是一种历史的必然。这是否昭示,在类似的背景下,对强职权主义的改造也是一种必然?与此相关的问题是,为什么清末(包括北洋政府和民国时期)的刑事诉讼模式转型并没有成功?其失败是否是一种必然?此次失败是否折射出诉讼制度自身的软弱性,即,诉讼制度是否必须依赖于其他项配套的制度才能得以存活?这其中的经验与教训对于今天的意义不仅仅是训诂学上的。我国1996年刑事诉讼模式的转型不仅是新旧思想折衷、利益冲突妥协的产物,在很大程度上也是理性建构主义的产物。动机与实效的落差、条文与实践的距离也预示着刑事诉讼法的再次修改。如何避免重蹈覆辙,则是学者和立法者们都应当思索的问题。

^① 此处混合式诉讼不同于日本或意大利的混合式诉讼,而是指在强职权主义的基础上,吸收了一些当事人主义的因素,而不是职权主义与当事人主义的混合。关于此点,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,第十一章。

二

与关注我国传统的诉讼制度相比,诉讼法学界似乎将更多的目光投到域外诉讼制度;确切地说,对当代西方发达国家的诉讼制度更有浓厚的兴趣,甚至已经到了“言必称英美”的程度。但是这并不表明我们对国外诉讼制度的相关研究就已经成熟。现有研究除了存在“中国问题——国外方案”形式单一化倾向外,还有以下实质性缺陷:

首先,缺乏宏观性的历史研究,即我们热衷关注“当代”的西方诉讼制度,而对于西方诉讼制度史或其模式演进的研究显得相对薄弱。这也意味着我们也许知道了“是什么”,而有可能不知道“为什么”。与我国的诉讼制度发展史单向性相较而言,西方的诉讼制度史显得更为纷繁复杂,其背后所蕴藏的知识也许更有启示意义。如对于弹劾式诉讼,我们应当研究,无论是大陆法系国家,还是英吉利王国,都是以弹劾式诉讼为起点,为什么这种模式后来在欧洲大陆被纠问式所取代,而在英国却逐渐演化为当事人主义;对于纠问式诉讼,我们应当研究,教会法对纠问式的形成究竟起了多少作用,如何阐释基督教义与纠问式的悖论;如何客观评价纠问式的作用。我们还应当注意这些史实:法国在大革命以后试图建立类似于英国的对抗式诉讼,但是几经波折之后,最终不得不选择与纠问式相近的职权主义;美国在独立战争以后,出于对殖民者英国的仇恨曾一度试图抛弃普通法而转向法国法,但是,这种企图也遭到了失败;日本在二战失败后,深受占领国美国的影响,起初本意是建立类似于美国的对抗式,但后来却形成了职权因素与当事人主义因素并存的混合式诉讼;等等。从目前的研究现状来看,我国诉讼学界不仅对一些影响诉讼模式发展的重大史实和决定性因素缺乏了解,而且还有将其中一些问题简单化之嫌。对国外诉讼制度变迁背景知识的贫乏,其直接后果是,对诉讼制度的变革复杂性认识不足,容易对我国诉讼制度改革形成误导。仅仅关注现代西方国家诉讼制度,忽视或者回避其背景性因素,不能不说明此种研究方式具有极强的功利性。这种纯粹功利性研究方式不仅使学术丧失其应有的底蕴,而且也使得学术缺乏了自己应有的品性。

其次,缺乏微观的动态研究。刑事诉讼制度与其他社会制度一样,是动态、发展的。从宏观上看,她从非理性走向理性,从野蛮走向文明;从微观考察,不同的国家总在寻找适合于自己、适合于发展需要的刑事诉讼制度。我们不仅对国外诉讼制度宏观历史的发展缺乏把握,对于国外近期发展也缺



少应有的关注。例如,对美国诉讼制度的考察,我们往往集中于现有体现正当程序的各项制度,而忽视了即使将正当程序视为法律灵魂的美国对人权的保障也是呈波浪线型的。美国在二战之后的冷战时期,对外实行“马歇尔计划”,对内实行“麦卡锡主义”,安全的需要使得当局感到有必要对公民的权力进行限制。“从官方的反映来看,暴露出一种傲慢的对自由和正当程序的蔑视。动辄利用匿名和身份不明的告密者、不加区别的实行监视、专断的施政标准和诘难个人信仰与交往,都给维护安全的所有尝试投下浓重的阴影。”^①在刑事诉讼理论上,保守派的观点也随之抬头。最明显的体现是,联邦最高法院在沃尔夫诉科罗拉多案(Wolf v. Colorado, 1951年)的判决意见书中声明,不要求各州法院排除非法取得的证据。20世纪50年代中期以后,冷战趋于缓和,黑人争取民族权利的运动蓬勃发展,美国公民对宪法规定的权利遭到侵犯强烈不满。在这种背景下,在首席大法官厄尔·沃伦领导下,联邦最高法院才进行了“正当程序革命”。^②此后,由于受犯罪浪潮的冲击,伯格大法官领导的最高法院向控制犯罪的政策倾斜,它不仅倾向于赋予政府官员更大的自由裁量权,而且也一改此前非法证据排除的强硬立场。“必然发现的例外”、“独立来源的例外”,以及后来的“善意的例外”、“削弱因果联系”、“质疑”等例外正是在此背景下相继确立。而在“9·11”事件之后,在与反恐相关的案件中,政府的权力进一步扩大。除了美国之外,法国、日本等国都已经或正在进行不同程度的诉讼制度改革。^③这些改革甚至有可能导致这些国家诉讼模式从量变到一定程度的质变。不难发现,国外除了诉讼制度值得我们研究之外,这种变化本身也值得去考究、思索。如果不了解这种动态的变化,仅仅截取一个层面或片段作为评价的对象,我们很难对国外的诉讼制度作出全面、客观的评价,也就无法把握制约诉讼模式定位的某些规律性因素。仅局限于静态的研究,即使可以将国外的诉讼制度作为我国改革可供选择一种经验,这种经验也是表层的,对我国刑事诉讼模式走向的预测并无多大的益处,甚至可能形成误导。

再次,缺乏体系性研究。任何系统都在一定的环境中产生出来,又在一

① [美]科特勒:《美国八大冤假错案》,商务印书馆1997年版,第312页。

② 参见 Charles H. Whitebread, *Criminal Procedure: An Analysis of Constitutional Cases and Concepts*, the Foundation Press, Inc. 1980, p. 2.

③ 关于法国刑事诉讼最近的改革,可参见陈卫东等:《法国刑事诉讼法改革的最近发展》, <http://www.chinalawedu.com/news/21601/21714/21623/2006/3/zh9711428411723600211592-0.htm>; 关于日本刑事诉讼最近的改革,参见宋英辉:《日本刑事诉讼法最新改革评析》,载《河北法学》2007年第1期。

定的环境中运行、延续、演化。^① 现行的研究方法除了在纵向方面缺乏宏观性外,就横向而言,体系性方面也有所欠缺。我们的研究往往是以解决某一个具体问题为出发点,然后以国外的立法例或做法作为参照系或摹本,继而提出解决问题的方案。这种研究方法忽视了任何一项诉讼制度作为一个元素它并不是孤立的存在,其功能的发挥往往还要仰仗其他的配套制度或相关联因素。例如,在刑事诉讼中,司法审查现在已经成为西方国家防止权力异化、保障权利的一项重要制度,而我们国家对强制性措施的控制一般是行政式审查。显然,这种行政式控制有利于诉讼效率,而不利于人权保障和对权力的制约。基于此,有的学者建议我们国家也应当采用西方式的司法审查制度。抛开其他系统要素而言,这种论证方式和论证结果不能说没有说服力。但是,如果不实现实质意义上的司法独立,法官不能蜕变成真正中立裁决者,不改变司法实践中侦查机关的强势地位,即使刑事诉讼法确立了司法审查,这种司法审查只是将刑事诉讼徒添一种程序、多耗费一份宝贵的司法资源而已,它对于权力控制和人权保障也许毫无意义。然而,在关于司法审查的很多论著中,论者有意无意地回避了司法独立的问题。这也使得这种论证成为清谈,其建议即使被立法采纳,对于具体问题的解决毫无帮助。^② 又例如,很多学者主张我国刑事诉讼模式应采当事人主义,因为当事人主义的价值目标和功能定位倾向于自由与控制权力,这可以消除我国现行刑事诉讼偏重惩罚犯罪、人权保障不力的缺陷。众所周知,当事人主义有一个很重要的内涵,即控辩对抗。这种以控辩对抗达到控辩平衡的功能是以被追诉人获得律师的帮助为前提。如果没有律师的帮助,只有控辩双方对抗之名,而没有控辩平衡之实。因此,仅仅依靠法律上规定被追诉人享有种种对抗控方的权利远远不够,如欲实现实质意义上的对抗,被追诉人必须有律师的帮助。英美的对抗式包括与之相对应的一些分流程程序都是以发达的法律援助(如美国的公设辩护人制度)为基础。如果没有发达的律师援助制度,控辩双方的对抗只会演变成控方的独角戏。然而,学者们往往关注的是采用对抗式诉讼或者如何扩张辩护人的权利,但是如何建立有效的法律援助制度,或者受当前客观条件限制,在不能构建大规模法律援助机制的情形下,怎样建立一个务实的方案,则比较鲜见。在研究相关问题时,如果视野更为开阔,就可以避免一叶障目,其结论也许说服力更强,也更有可能为

① 苗东升著:《系统科学精要》,中国人民大学出版社1998年版,第24页。

② 关于此问题,本书将在后文分析。



解决我国的实际问题提出确实可行的方案。

另外,我们将目光过多地投向西方发达国家,而对于法治建设相对落后国家的诉讼制度改革,如东南亚国家、拉美国家等,缺少应有的关注。从可比性而言,这些国家的国情与我国更为相近。它们诉讼制度本身也许对于我国改革的示范作用不是太大,但由于改革的背景有不同程度的相似性,他们已经或正在进行的改革,无论成功与否,其中的经验与教训则可以作为我国改革的前车之辙。而关于此方面的研究寥若晨星,不能不说是一种缺憾。除了客观原因之外,这也折射出此种研究方式带有很强的功利性,以及研究者对西方物质崇拜的浓厚情结。

三

从上可见,我们不仅要从传承的角度研究我国传统的诉讼制度及其背景,而且还要从比较的角度对外国的诉讼制度作历史的、动态的和系统的研究。需要注意的是,除了要客观描述之外,还必须将对传统诉讼制度的研究、外国诉讼制度的研究与我国刑事诉讼模式的定位研究之间架构起桥梁。前者要求加强诉讼文化传承性研究,而后者要求加强法律移植理论的研究。这其中又蕴含了一个前提,即对我国现行刑事诉讼模式必须进行客观、实地地描述。只有对我国的现状有了清醒的认识,明晰了问题之所在,我们的研究才更有针对性,提出的方案才具有可行性。但是,这一点往往被我们所忽视。

纸面上的法与实际运行的法是两个概念。因此,仅仅从法条本身去寻找问题继而又试图从法条本身去解决问题,显然不可行。德国学者拉德布鲁赫把这种局限于概念和结构分析的研究称为“法哲学的安乐死”。^①具体到我国刑事诉讼而言,由于我国是一个非法治国家,除了《刑事诉讼法》本身存在问题之外,还必须意识到法律之外诸多影响刑事诉讼运行的因素。这些因素很有可能异化《刑事诉讼法》的规定,甚至有可能使得法律所规定的刑事诉讼结构发生质的变化。如在我国一个不争的事实是,刑事诉讼运行在一定程度上呈现政治化、行政化。这就增加了问题的复杂性。此种状况要求研究者不仅要关注法条本身,还要将刑事诉讼纳入到系统之中考察,如考察政治体制与诉讼模式的关系、国家整个权力的运行方式对刑事诉讼实

^① 参见〔德〕阿图尔·考夫曼著:《后现代法哲学》,米健译,法律出版社2000年版,第21页。

际运行的影响等等。刑事诉讼子系统的运行在很大程度上受整个社会系统(尤其是权力系统)的制约,这意味着刑事诉讼法律形式上的改变并不必然导致刑事诉讼模式的实质性转型。这在我国不是没有前例。如在我国清末以后至国民政府时期,虽然从法条上看,与大陆法系职权主义国家的规定并无太大的差别,也规定了禁止随意羁押、审判公开、陪审等原则,然而司法实践中刑事诉讼的运行却呈现纠问之倾向。曾任北洋政府修订法律馆总裁的罗文干在被关押后感慨:“刑事诉讼法,余起草者也,今入狱三月,乃知昔日起草之精神与今日实行之实况,迥然不同也。”其实审判,并非“先有罪而后又刑”,实为“先有刑而后有罪”、“凡行政长官所不喜之人,旦夕得而羁押之”、“凡行政长官所袒护之人,不得逮捕之”、“人权保护悉凭有力者之喜怒”。^①因此,除了要关注法律条文本身及其变化之外,还要研究如何使纸面上的法变为现实的法,即法的有效性、独立性和权威性等问题。按照韦伯的术语,即形式理性的问题。这就增加了刑事诉讼模式实质性转型研究的复杂性。但任务的艰巨和富有挑战性并不能成为回避此问题的理由,恰恰相反,它应该成为研究者前行的动力。

选择或定位我国刑事诉讼模式,除了要从经验方面考察我国传统的诉讼制度和当代的西方诉讼制度,要从法律文化传承性和法律移植两个方面寻找联结点外,还有一个非常重要的任务,就是理性地设计规则、制度,因为仅仅依靠经验并不能解决所有的问题。但是,正如理性是一个抽象的词汇一样,理性本身并不能给出我们一个具体的方案。如何保证设计的制度最大的合理化,我们可以从两个方面来加以考量。首先,刑事诉讼法制定过程本身的合理性。变革意味着对现有规则不同程度的否定,其中蕴含着利益的重新分配。为了防止利益方仅从自己的部门利益考虑问题从而阻挠合理的方案出台,在法律制定过程中,应当遵循利益方不参与或最低程度参与原则。因此,司法实务部门提出《刑事诉讼法》修改建议稿的方式最不具有可行性。相较而言,立法机关或者学者提出的草案的方式才是合理的。与此相对应的是,《刑事诉讼法》尽量详细、具有可操作性,留给司法解释的空间要小,以防止有关机关或部门利用解释的权力将自己的部门利益最大化。其次,遵循有限理性的原则。理性在人类文明中的作用是不言而喻的,但是过分相信理性从而招致失败的例子也可以说俯拾皆是。正因为如此,哈耶克反对理性建构主义,认为那是通往奴役的道路。理性如果佞妄,随之而来

^① 罗文干著:《狱中人语》上编,北京民国大学1925年版,第52—54页。



的就是自由的丧失。法国的雅各宾派专政和我国“大跃进”无一不说明理性的有限性。这种有限理性要求我们在前行时不能脱离指引。就目前而言,最理想的指引莫过于宪法精神和有关国际公约(尤其是我们已经签署的或者已经批准的)。《刑事诉讼法》的修改不仅不能与修宪的指导思想相悖,同时作为子法的《刑事诉讼法》的修改还应当积极体现母法修改精神。如我国第四次宪法修改与刑事诉讼相关的内容有“国家尊重和保障人权”、“政治文明”、“公民的合法的财产不受侵犯”、“紧急状态”等对《刑事诉讼法》的再修改都应有直接的影响。而有关的国际公约作为人类共同法制文明的结晶,尤其是在我国签署或者批准生效之后,其中与刑事诉讼相关条款的作用更不能小觑。宪法和有关国际公约的指引也许比西方国家制度的示范作用更为实在、有效。

四

概念是讨论相关问题的基点。对于刑事诉讼的模式,学者们根据不同的标准有不同的界定。如帕卡的“犯罪控制模式”与“正当程序模式”、格里费斯的“争斗模式”与“家庭模式”、戈德斯坦的“弹劾模式”与“纠问模式”、达马斯卡的“职权纠明模式”与“当事人抗争模式”、“阶层模式”与“同位模式”以及麦克尔·金提出的六种模式,“正当程序模式”、“犯罪控制模式”、“官僚模式”、“医疗模式”、“身份贬抑模式”和“权力模式”。^① 还有学者除“犯罪控制模式”、“正当程序模式”而外,还提出了“矫正模式”与“司法模式”。^② 我国比较通行的概念是“弹劾式”、“纠问式”、“职权主义”、“当事人主义”和“混合式”等几种。本文也采用这几种概念界定相应的诉讼模式。

弹劾式是诉讼文明史上最早出现的一种诉讼模式。“弹劾”意为“控诉”,主要是对诉讼启动特征的描述,而且这种特征贯穿整个诉讼过程中,所以在有的国外著述中将弹劾式诉讼又称为“控诉式诉讼”;另外,因为这种诉讼由私人控诉发动,而且诉讼的开始、进展都取决于当事人之间的对抗,所

^① 参见李心鉴著:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1991年版,第1页;陈永生:《侦查程序原理论》,中国政法大学博士论文,第133页。

^② Peter C. Kratcosk & Donald B. Walker, *Criminal Justice in America Process and Issues*, 1982, pp. 10—11.