

▼樊崇义教授
70
华诞友情庆贺文集



XINSHISUSONG FAXUE QIANYAN WENTI YU
SHIFA GAIGE YANJIU

刑事诉讼法学前沿问题与 司法改革研究

樊崇义教授70华诞庆贺文集编辑组 编



中国人民公安大学出版社

樊崇义教授 70 华诞友情庆贺文集

刑事诉讼法学前沿问题与 司法改革研究

樊崇义教授 70 华诞庆贺文集编辑组 编

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼法学前沿问题与司法改革研究/樊崇义教授 70 华诞庆贺文集编辑组编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010.7

ISBN 978-7-5653-0127-8

I. ①刑… II. ①樊… III. ①刑事诉讼法—法的理论—中国—文集 IV. ①D925.201-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 141177 号

刑事诉讼法学前沿问题与司法改革研究

XINGSHI SUSONG FAXUE QIANYAN WENTI YU SIFA GAIGE YANJIU

樊崇义教授 70 华诞庆贺文集编辑组 编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司印刷

版 次: 2010 年 7 月第 1 版

印 次: 2010 年 7 月第 1 次

印 张: 47

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 788 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-0127-8/D·0088

定 价: 128.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

编写说明

2010年8月10日，是我国著名法学家、刑事訴訟法学学科领军人之一、中国政法大学一级教授樊崇义先生70华诞的喜庆日子。在同门弟子和社会各界挚友的多次恳请下，樊崇义先生才同意进行庆贺活动，并决定低调进行、民间进行和廉洁进行，以学术研讨会为主。并把主题定为“刑事訴訟法哲理学术研讨会”，旨在通过庆贺活动，推进学科发展。因此，樊崇义先生身体力行，以身作则，著述《刑事訴訟法哲理思维》一书。同时，围绕庆贺主题，同门弟子撰写的庆贺论文集《刑事訴訟法哲理探索》与法学界友情祝贺论文集《刑事訴訟法学前沿问题与司法改革研究》同时出版发行，以表师生之情和友好往来之谊。也希望通过这种形式，对樊崇义先生严谨治学创新思维之路、对刑事訴訟法哲理的思考研究，以及他取得的各项成果和对我国的民主法制的贡献加以弘扬，以推动刑事訴訟法学的发展！

本文集的出版，得到了同门历届学生和法学界挚友的支持，得到了中国人民公安大学出版社的大力支持，在此表示诚挚谢意！

衷心祝愿樊崇义先生健康长寿！

樊崇义教授70华诞庆贺文集编辑组

2010年5月20日

目 录

刑事诉讼法学研究的困境与出路	陈瑞华 (1)
当前司法的困境及其应对	龙宗智 (17)
刑事诉讼中宽严相济刑事政策的贯彻	宋英辉 (27)
论我国修改《刑事诉讼法》的应有视角与立场	
——以刑事诉讼法与刑法比较为中心	谢佑平 (34)
我国刑事诉讼整体运行的考察分析	
——以程序分流为视角	顾永忠 (55)
实然与应然：中国刑事诉讼模式的本土构建	左卫民 (68)
我国刑事诉讼法律移植与本土化的理论基础	汪海燕 (91)
比较与借鉴：刑事诉讼价值权衡的方法论基础	雷小政 (110)
刑事司法解释的立场及其制度完善	陈国庆 (131)
案例指导制度的思考和选择	
——以刑事案例为例	贾 宇 (147)
关于重庆“打黑除恶”斗争的法理思考	付子堂 (168)
论专业化与民主化相结合原则	谢鹏程 (174)
行政执法与刑事司法衔接机制的调研报告	
..... 王敏远 郭 华 (182)	
刑事司法教育：一个值得关注的问题	熊秋红 (202)
中国近现代社会纠纷解决机制的嬗变	冯 军 (212)
刑事诉讼中“诉”之辨析	卞建林 (223)
对“告诉才处理”的另类解释	张明楷 (233)
论刑事诉讼中的权利告知	杨宇冠 (245)
略论我国的侦查程序现代化	李建明 (257)

论侦查程序中犯罪嫌疑人与被害人人权保障的

平衡 孙长永 兰跃军 (268)

刑事侦讯对侦查程序的影响

——基于实证角度的分析 牟 军 (283)

技术侦察的理论基准及立法模式选择 郭 华 (297)

论检察机关法律监督权的法理和现实基础

..... 李国明 晏向华 (309)

论检察官的客观义务 易延友 (318)

论职务犯罪不起诉裁量权的合理控制 贺恒扬 张 飞 (322)

分权与垄断：域外疑罪不起诉模式的动态

考察 奚 玮 (335)

司法诚信视角下的刑事审判权 左德超 (350)

水中捞月：中国的人民陪审员制度改革

——兼评《关于完善人民陪审员制度的决定》 万 毅 (362)

关于构建中国认罪协商制度的探讨 谭世贵 (377)

刑事诉讼量刑程序改革中需要转变的几个

观念 汪建成 (391)

隔离式量刑程序改革的理论阐释

——基于芜湖模式的分析 陈卫东 (401)

量刑建议制度的必要性与可行性研究 韩 红 赵 铁 (413)

刑事和解与量刑平衡

——一个语境化的分析 周长军 (423)

刑事和解的适用范围 于志刚 (434)

我国刑事二审程序存在的问题、原因及对策 金 钟 (465)

浅议死刑案件大控方格局之构建 王环海 岳宗毅 (477)

刑事错案论 张建伟 (486)

论法律真实与客观真实 陈兴良 (498)

严格证明与自由证明新论 闵春雷 (509)

理解经验法则确实性问题的合理态度 王新清 李江海 (526)

盖然确定性研究 郑 旭 (541)

电子证据规则在我国诉讼实践中的适用及其趋势

..... 张保生 陈煌勳 (562)

我国司法实践中适用证据的问题与思考

——在中国—瑞典证据法研讨会上的演讲 田文昌 (579)

口供概念辨析

——兼谈“犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解”

的更名 卫跃宁 (590)

刑讯逼供诸问题思考 涂俊峰 (599)

非法证据排除之判断标准的比较研究

——兼论我国证据排除应采用的标准 刘梅湘 (605)

论证明责任的性质、结构和形态 王雄飞 (618)

论犯罪嫌疑人、被告人的证明权 余茂玉 (630)

当代中国刑罚制度改革论纲 赵秉志 (642)

被剥夺自由人的人格尊严与待遇

——《公民权利和政治权利国际公约》

第10条评析 王 平 (661)

规范化量刑方法探析 俞 宙 黄超荣 (679)

论服刑人权利保护程序机制之完善 冯卫国 (692)

关于健全和完善我国犯罪记录制度的思考 李玉萍 (704)

论我国腐败犯罪追诉时效制度之改革

——以《联合国反腐败公约》为视角 李秀娟 (714)

略论依法执政的困难及对策 王 挥 (721)

益重青青志 风霜恒不渝

——樊崇义教授法学思想观览 张金海 (729)

刑事诉讼法学研究的困境与出路

陈瑞华*

近年来,刑事诉讼法学研究取得了一些令人瞩目的新进展。法学界在持续关注刑事诉讼法“再修改”问题的同时,就律师辩护、证人出庭、取保候审、刑事和解、量刑程序等问题进行了重点讨论,提出了一些旨在推动中国刑事诉讼立法的新思路。与此同时,实证研究方法在不少学者的研究中得到了初步的运用。有的学者在进行实证调研的同时,开始选取若干基层法院、检察机关、公安机关进行一些“改革项目的试验”,这种试验主要涉及取保候审、量刑程序、刑事和解、律师参与侦查程序等一系列诉讼领域。通过这种项目试验,法学者更加深入地了解基层刑事司法的运作方式及其问题,发现了诸多自生自发的改革出台的背景,并对一些改革方案的实施效果有了更为真切的认识。

其实,要对刑事诉讼法学的前沿问题作出全面的讨论,我们需要有一些历史感,将观察的视角投向此前更长时间的研究历程,从更深层次上发现那些具有重大辐射力的学术问题。^①在本文的讨论中,笔者将从研究方法、理论体系、制度成长的逻辑以及法律传统的冲突等四个方面,对刑事诉讼法学的前沿问题进行初步的分析。

一、研究方法

迄今为止,几乎所有法学方法都在刑事诉讼法学研究中得到了运用,并使得这一学科的研究取得了不俗的成绩。那种旨在探求法律条文背后之“法理精神”的思辨法学研究方法,曾受到众多学者的青

* 陈瑞华,北京大学法学院教授,博士研究生导师,法学博士。

① 关于刑事诉讼法学的整体研究状况,可参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(第2版),中国人民大学出版社2006年版,第1页以下。

睐,被视为研究刑事诉讼价值问题的必备方法。通过运用这种方法,刑事诉讼法学界反思了结果本位主义的价值理论,提出了旨在探究法律程序之内在价值的程序正义理论,引入了法律程序的诉讼成本和诉讼效益理念。这种研究对于弘扬正当程序理念、克服“重实体、轻程序”的倾向,具有积极的推动作用。刑事诉讼法学界对比较法学方法的运用也给予了高度的重视。曾几何时,法学界在讨论刑事诉讼和证据问题时,已经形成了“言必称英美法和大陆法”的研究习惯。通过对两大法系国家各种诉讼制度的比较分析,研究者力图揭示这些国家所具有的不同制度模式,发现制度变迁的某种规律,并从中发现对中国刑事司法改革富有启发性的灵感。伴随着中国刑事诉讼法制的发展历程,法解释学方法也较早地被应用到法学研究过程之中。对于这种经常被冠之以“注释法学”或“法教义学”的方法,研究者往往用来解释法律条文的立法原意,对于那些语言表述较为模糊和抽象的法律条文,则作出较为准确、具有可操作性的解释。不仅如此,那种旨在研究法律实施效果及其问题的实证方法,也在刑事诉讼法学研究中逐渐兴起。特别是在1996年刑事诉讼法的修订工作完成之后,面对刑事诉讼法在实施过程中出现了越来越多的问题,中国刑事诉讼法学者“大兴调查研究之风”,深入到基层法院、检察机关、公安机关和律师执业机构,掌握了不少鲜活的案例和第一手的素材,对中国法律实践乃至中国社会的复杂性有着更为深入的认识。这种研究对于克服那种唯西方法制马首是瞻的教条主义倾向,具有积极的意义。完全可以说,中国今天的刑事诉讼法学研究,逐渐具有了面向本土问题的学术格局。

近二十年来,面对中国刑事诉讼的法典化水平不高、刑事诉讼法的实施效果不尽如人意的现状,法学界一直将“刑事诉讼法的修改与完善”视为刑事诉讼法学研究的首要课题。1979年,在“文革”结束之后出现的法制建设运动中,新中国第一部刑事诉讼法被立法机关颁布实施了。从20世纪80年代中后期开始,法学界发动了一场“刑事诉讼立法运动”,这场运动到90年代中期达到了顶峰,并最终促成了1996年刑事诉讼法的成功修订。而在1996年“修改后的刑事诉讼法”生效实施不到十年的时间里,刑事诉讼法学界又针对刑事司法实践中存在的诸多问题,“同仇敌忾”地提出了“刑事诉讼法再修改”的目标和方案。在长达二十余年的时间里,从事某一部门法研究的学者如此孜孜不倦地推动着刑事诉讼法的修改和再修改工作,

并就此投入了大量的学术资源,取得了数量不菲的研究成果,这本身就是一个值得反思和研究的问题。这种以推进法律的制定、修改和完善为目标的“对策法学”或“法律对策学”,目前已经成为在刑事诉讼法学研究中占据垄断地位的研究方法。

对策法学的长期盛行,造成了20世纪末一度兴起的思辨法学的逐渐式微,也使得刑事诉讼法学界形成一种注重实用和功利的风气。在这种风气的影响下,比较法学成为一种旨在移植和引进西方法制的研究活动,实证研究的成果往往是一份份旨在发现法律实施问题的调查报告,项目试验的研究则被视为一种有效影响刑事诉讼立法进程的实用研究方法。研究者想当然地认为,法学研究无非“发现问题”、“解释问题”和“解决问题”的综合活动。研究者在发现问题的基础上,尽量找到问题形成的原因,并最终提出从立法层面解决问题的方案或对策。至于立法方案的来源,则要么是西方国家的“普遍法制经验”,要么是在中国司法实践中行之有效的改革经验。于是,一种类似于工程科学的研究“策论”的学问,在刑事诉讼法学中大行其道。^①

然而,如果研究者不带有任何成见的话,就不难发现中国司法实践中普遍存在着刑事诉讼程序失灵和程序法律规避的问题。无论是侦查机关、检察机关还是法院,都对书本法律中确立的程序规则视而不见,而有意无意地奉行一套在现实中行之有效的“潜规则”。近年来,法学界所讨论的合议制被架空、逮捕和取保候审的功能出现异化、疑罪从无规则名存实亡、两审终审制形同虚设等方面的问题,以及几乎所有程序性违法行为难以都受到制裁的问题,都足以显示,成文法难以得到实施的问题才是刑事诉讼法制所面临的最大挑战。这一问题的出现,固然与刑事诉讼法典化水平不高、刑事诉讼立法存有疏漏有着密切的关系,但更主要的原因却应当在成文法以外的因素中去寻找。比如,在现行的“公检法三机关相互配合、相互制约”的司法体制中,就暗含着司法裁判机构缺乏足够权威的问题,使得司法终局裁判原则难以得到实现,这在一定程度上造成众多程序规则实施上的困难。又如,目前的“公检法三机关”绩效考核制度,造成办案机关和办案人员对案件的某种实体结局有直接的利害关系,而现行的

^① 对对策法学的分析和评价,参见陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究(第2版)》,中国人民大学出版社2008年版,序言。

司法财政拨款制度，使得办案机关的经费直接或间接地来源于通过办案所罚没的赃款、赃物，从而带来办案机关与案件的处理具有经济利益上的牵连，甚至一些公安机关在案件进入法庭审判阶段之前，就先行组织所谓的“立功嘉奖大会”或者“公开逮捕大会”，以至造成在法庭之外先行定罪的局面……这些情况对于刑事诉讼法的实施都带来负面的影响。^①再如，刑事诉讼法作为“宪法的适用法”和“动态的人权法”，向来都属于一个国家宪政状况的“风向标”。而在我国现行的宪政框架下，刑事诉讼法的有效实施似乎会遇到一系列的体制困难。

成文法难以得到有效实施的问题，就如同公民权利无法获得救济的问题一样，已经成为中国走向法治之路的重大障碍。对于这一问题，立法机关即便“博采众长”，广泛移植西方各国的刑事诉讼制度，颁布一部较为理想的刑事诉讼法典，也无助于刑事诉讼问题的解决。其实，刑事诉讼法制中的问题并不是单纯通过研究刑事诉讼程序所能解决的。要真正地发现问题和寻找问题的成因，我们需要站在法律之外，从政治、经济、文化以及社会转型的视角，作出新的理论分析。而要做到这一点，就需要引进社会科学的研究方法。

所谓社会科学的研究方法，简单说来就是按照社会科学研究的一般规律研究社会问题的方法。按照这一方法，研究者应当将法律问题视为一种社会问题，不仅要关注“书本中的法律”，更要关注“社会生活中的法律”，也就是法律在社会中的实施状况。无论是立法活动、司法活动还是法律改革，都不过属于研究者所要研究的“法律现象”。将社会科学方法引入到法学研究中来，意味着研究者要以科学态度展开自己的研究。具体说来，研究者通过观察和思考已经发生过的经验事实，从中发现根据现有理论无法得到解释的问题；研究者透过对问题的研究，进行“概念化的处理”，提出某一假设或者命题；研究者通过将所提出的假设和命题放入不同的经验事实中进行检验，对其得到论证的部分，确立为理论，并将那些无法得到验证的部分，予以否定；研究者提出的理论要么对某一制度、实践、改革问题的深层结构作出了模式化的概括，要么对某一长期反复发生的问题做出了因果关系意义上的解释，提炼出了某一具有解释力的理论变量，

^① 参见陈瑞华：《刑事诉讼的中国模式》，法律出版社2008年版，第295页以下。

揭示了某种因果律；研究者与本领域最前沿的理论进行学术对话，假如推翻了某一既有的理由，或者提出了某一主流理论的例外，就意味着这项理论研究取得了创新性成果，在不同程度上推进了理论的发展。^①

从20世纪90年代以来，一些学者就已经开始在刑事訴訟法學研究中运用社会科学方法，并取得了一定的成果。例如，对于刑事訴訟构造的研究，在总结和反思“职权主义”与“当事人主义”的二元构造理论的基础上，研究者提出了刑事訴訟横向构造与纵向构造的理论分类，并出现了“线性结构”与“三角结构”、“流水作业模式”与“以裁判为中心的模式”的理论概括，甚至就连“侦查中心主义”与“裁判中心主义”的概念也已经为法学界所普遍使用。^②又如，通过对刑事和解制度的重新解读，一些研究者将其与普通法国家兴起的恢复性司法运动进行了比较，在此基础上作出了概念化的努力，一种以“对抗性司法”与“合作性司法”为核心的新的诉讼模式理论开始出现，而“合作性司法”则被进一步区分为“最低限度的公力合作”、“公力合作”与“私力合作”等三个模式。^③再如，通过总结基层司法机关所进行的量刑制度改革的经验，研究者发现包括无罪推定、程序正义在内的正当程序理论，以及现行的“以被告人权利保护为中心”的诉讼制度，其实大都是围绕着控制定罪问题而确立的，甚至就连证据法也主要是为避免定罪权的滥用而存在的。然而，实践中自生自发的量刑程序改革却已经显示，上述理论和制度并不适用于那种相对独立的量刑程序。于是，一种以量刑控制为中心的程序理论开始出现。^④

二、理论体系

刑事訴訟法學界研究“基本理论”的风气对这门学科的发展产生了重大影响。研究者或者通过继续借鉴欧洲、日本以及我国台湾地

① 在法学研究中引入社会科学方法问题，参见陈瑞华：《程序性制裁理论》，中国法制出版社2005年版，序言。

② 参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》（第2版），第1章、第2章。

③ 参见陈瑞华：《刑事诉讼的中国模式》，法律出版社2008年版，第1章、第2章。

④ 参见陈瑞华：《论量刑程序的独立性——一种以量刑控制为中心的程序理论》，载《中国法学》2009年第1期。

区的法学理论,或者通过对民国时期中国刑事诉讼法学的回顾和总结,对于刑事诉讼法学的理论体系进行了一系列的研究探索。研究者不仅重点研究了“诉讼目的”、“诉讼构造”和“诉讼价值”问题,还进一步讨论了“诉讼主体”、“诉讼职能”、“诉讼客体”、“诉讼法律关系”、“诉讼行为”等理论问题,甚至还一度出现了研究“诉讼文化”的风气和潮流。这种对“基本理论”问题的热衷和讨论,在一定程度上提升了刑事诉讼法学的理论品格,使这一部门法学的研究摆脱了低层次的“法条注释”,也适度远离了那种急功近利的“法对策学”研究。在很多学者编写的刑事诉讼法学教科书中,诸如“刑事诉讼法学的基本理论范畴”、“刑事诉讼法学的基本原理”之类的内容,开始被纳入法学理论体系之中。有的教科书甚至专门以上述概念或范畴为理论线索,来编织刑事诉讼法学基本理论的网络。一些被命名为《刑事诉讼原理》的著作,也将其中一部分概念和范畴作为“刑事诉讼原理”的重要内容。

然而,无论是民国时期的刑事诉讼法学著作,还是今天的刑事诉讼法教科书,都只是将这些概念、范畴置于某一章节之中,作为“刑事诉讼法学研究动向”来展示,而没有将它们所表述的理论贯穿于全部知识体系之中。几乎所有教科书在研究“立案”、“侦查”、“审查起诉”、“第一审程序”、“上诉审程序”、“再审程序”等具体诉讼程序问题时,都仍然采取了“就事论事”和逐条解释的表述方式,更多的是在表述刑事诉讼程序的具体知识,而少有基本理论的具体展开。例如,研究者尽管讨论了“刑事诉讼行为”的理论问题,却对诸如侦查、审查起诉、审判、辩护、上诉、抗诉等具体“诉讼行为”的法律效力问题,缺乏有针对性的分析;研究者概括了“刑事诉讼构造”的主要理论,却在分析侦查、审查起诉、第一审等诉讼程序时,没有运用这些理论来解释各诉讼程序的“具体构造”;研究者尽管重视“实体真实”与“正当程序”的平衡问题,却对于侦查过程中的非法取证问题、审查起诉阶段的滥用公诉权问题以及审判阶段的程序性违法问题,没有给予较为充分的论述……

为什么法学界的理论努力没有从根本上改变刑事诉讼法学的现状呢?在笔者看来,这首先是因为上述理论范畴大都来自西方国家的法学理论,中国学者所作的无非简单的引进和移植而已。这些理论范畴及其所表述的理论,对于解释西方国家的刑事诉讼制度和实践或许是

有意义的，但对于中国刑事诉讼制度及其所存在的问题，却未必具有令人信服的解释力。民国时期，中国学者主要是从日本和德国法学中引入刑事诉讼法学的理论范畴；50年代以后，前苏联的法学理论对中国刑事诉讼法学产生了深远的影响；自90年代以来，中国学者在对前苏联法学理论进行反思的基础上，引入了大陆法系国家的刑事诉讼理论，并受到英美刑事诉讼理论的影响。可以说，一部刑事诉讼法学的发展史，在很大程度上就是法学概念、范畴和理论的引进史。当然，假如中国“原汁原味”地引进西方国家的刑事诉讼法律规范，那么，中国学者使用这些国家的法学理论来解释源自这些国家的法律规范，这的确是无可厚非的。比如说，我国香港地区的学者可以直接援引英国法学理论来解释香港刑事诉讼制度，澳门地区的学者也可以直接根据葡萄牙法学理论来解释澳门刑事诉讼制度。然而，无论是民国时期还是80年代以后，中国刑事诉讼法都没有对某一国家或某一法系的法律制度进行简单的移植，而只是程度不同地受到这些法律制度的影响而已。特别是自从1996年修订后的刑事诉讼法实施以后，移植西方法律的运动在刑事诉讼立法领域遇到了越来越大的障碍，一些自生自发的法律改革勃然兴起，并为中国刑事诉讼法的修改提供了一种新的思路。在此背景下，那种依靠西方法学理论来解释中国法律制度的研究方式，注定会面临越来越多的困难。另一方面，面对刑事法律实践中出现的诸多问题，特别是现行刑事诉讼法律规范受到架空和规避的问题，中国刑事诉讼立法运动已经陷入一定的困境之中。迄今为止，无论是西方法律还是中国本土自生自发的改革，都难以为中国刑事诉讼立法提供足够的灵感和资源。可以说，在可以预计的较短时间里，中国立法机关要颁布一部可得到有效实施的刑事诉讼成文法典，这几乎是不可能的。在此情况下，要创立一套足以对本国刑事诉讼法典具有解释力的刑事诉讼理论，这也是一件同样困难的事情。而源自西方的这套刑事诉讼概念和范畴体系，不仅对中国现行刑事诉讼法缺乏全面的解释力，而且难以对未来的刑事诉讼立法运动具有有效的指导意义，更遑论对中国刑事司法实践中出现的问题进行令人信服的解释了。

其次，这些概念和范畴大都来自大陆法系国家的刑事诉讼理论，对于英美法国家的刑事诉讼制度缺乏足够的解释力，而中国的刑事司法改革更多地受到英美法的启发和影响。这就造成一种“制度引自英美法”、而“理论来自大陆法”的怪异局面。近20年来，中国法

学界对英美刑事诉讼法律制度有着愈来愈浓厚的兴趣。无论是非法证据排除规则、沉默权规则、律师在场权制度，还是交叉询问制度、辩诉交易制度，都无一例外地受到中国法学者的高度关注。与此同时，刑事诉讼立法运动也出现了一种“偏向英美法”、“远离大陆法”的发展趋势。1996年，中国的刑事审判方式发生了重大变化，原来实行的带有大陆法倾向的“职权主义审判方式”，被一种带有明显对抗性色彩的“抗辩式审判方式”所取代。这种“审判方式改革”被普遍认为是中国“引进英美对抗制”的集中体现。时至今日，一种以英美证据法为蓝本的证据立法运动又重新勃然兴起。无论是法律学者起草的证据立法“专家建议稿”，还是司法机关拟议中的证据规则草案，所确立的几乎全都是源自英美证据法的证据规则。包括“非法证据排除规则”、“沉默权规则”、“口供自愿法则”、“传闻证据规则”、“意见证据规则”、“品格证据规则”等在内的一系列证据规则，都被转化成未来中国刑事证据法的组成部分。不仅如此，基于对法官在量刑环节上滥用自由裁量权问题的强烈反应，最高人民法院积极推动了一场旨在建立相对独立的量刑程序的改革运动。而这场改革运动不仅直接受到英美法的启发，而且所要建立的带有对抗性和公开性的量刑听证制度，也有可能吸收英美量刑听证制度的经验，确立相对灵活的量刑证据规则。

在这种普遍“以英美法为师”的法制背景下，法学者所引入的那些源自大陆法的刑事诉讼理论就显得处境尴尬了。这些范畴及其所表述的理论不仅不能解释那些源自英美法的诉讼制度和证据规则，甚至还会支持某种与英美法完全不同的制度安排。例如，按照源自大陆法的“诉讼客体”理论，法院对于检察机关提起公诉的案件，只要不违背公诉事实的同一性，就可以对被告人适用新的刑法条文，判处新的罪名。但是，按照英美法中的起诉制约审判范围的制度，法院的审判不得超出公诉的范围，既要受到公诉所及的被告人、犯罪事实的约束，而且也要局限在对检察机关起诉的罪名是否成立加以裁判，而一般不得变更起诉罪名。又如，按照这种“诉讼客体”理论，对于同一被告人、同一犯罪事实，国家只有一个刑罚权，此同一案件一经法院生效判决加以确定，即产生“既判力”，不容任何法院再行受理针对此同一案件的重新起诉。这就是所谓的“一事不再理原则”。然而，按照英美法中的“禁止双重追诉”的原则，国家对于任何犯罪案件只有一次起诉机会和一次裁判机会，禁止使被告人因为同一行为

受到两次或者两次以上的重复追诉和审判。结果，初审法院一旦对被告人作出无罪宣告，检察机关就连提出上诉的机会都被剥夺了。再如，根据大陆法中的“诉讼行为”理论，无论是法院、检察院、侦查机关的诉讼行为，还是被告人、被害人、辩护人的诉讼为，都有一些共同的成立要件、生效要件，违背这些要件，任何诉讼行为要么属于不成立的行为，要么被归于无效的诉讼行为。大陆法中的诉讼行为理论一般并不对公共权力机关与当事人的诉讼行为作出区分。然而，在英美法中，几乎所有诉讼行为无效制度的设定，都无一例外地建立在“约束公共权力”和“保障被告人诉讼权利”的基础上。无论是非法证据排除规则、撤销起诉制度，还是撤销原判、发回重审制度，都属于针对违法侦查行为、违法起诉行为、违法审判行为的一种程序性制裁，这种制裁带有宣告诉讼行为连同其结果失去法律效力的特征。而对于当事人及其诉讼代理人之诉讼行为的成立和有效问题，则并不为英美法所特别关注。

再次，中国刑事诉讼法学界引入的这些基本理论大都来自大陆法国家的民法理论，属于从民事法律制度中提炼出来的概念体系。然而，民法属于旨在调整私人之间民事法律关系的私法，属于旨在确定公民民事权利、义务和责任体系的实体法，而刑事诉讼法则属于旨在规范国家公共权力、保障当事人个人权利的公法，属于旨在保障实体法实施以及诉讼程序规范自身有效实施的程序法，两者所面临的基本问题是不可同日而语的。

很多学者都想当然地认为，民法存在着以“法律主体”、“法律客体”和“法律行为”为主线的理论体系，刑事诉讼法也可以直接借鉴这一理论体系，按照“诉讼主体”、“诉讼客体（或诉讼标的）”和“诉讼行为”的线索，建立刑事诉讼法学的理论体系。但是，民法中的“主体”、“客体”和“行为”等概念，更多的是从民事权利行使的角度来提出和界定的。民法权利的主体分为自然人和法人，是指民事权利的归属者，也是民事法律关系本质内容的承担者；民事权利的课题或标的是指权利所指向的对象，包括“人格”、“身份”、“物”以及“特定行为”等；民事法律行为则是指以意思表示为要素，因意思表示而发生一定私法效果的法律要件。^① 这些基于私法自

^① 参见龙卫球：《民法总论》（第2版），中国法制出版社2002年版，第122、422页。

治而抽象出来的基本概念，所表达的无非民事法律关系的基本构成要素而已。然而，刑事诉讼属于国家司法机关确定被告人刑事责任的国家活动，除了被告人与其委托的辩护律师产生民事法律关系以外，诸如控诉、辩护与裁判三方的法律关系，就很难被归入到“民事法律关系”的范畴之中，更与私法自治原则没有太多的关系。在很大程度上，刑事诉讼从整体构造上所面临的主要问题是诉权与裁判权之间的诉讼控制关系，同时还涉及注入侦查、起诉和裁判三方国家权力之间的相互关系。这里所面临的核心问题仍然不超出公法所要调整的主要问题——如何限制公共权力和保障个人权利的问题。对于这种“诉讼法律关系”，法学者即便将侦查、起诉、裁判与辩护各方参与者都冠以“诉讼主体”的名称，即使将所谓的“诉讼客体”界定为那种由被告人与指控事实组成的“案件”，又即便将控诉、辩护与裁判各方的诉讼活动一律纳入“诉讼法律行为”的范畴之中，恐怕也仅仅具有形式上的理论意义，而很难概括出其中的实质规律，更遑论作出原创性的理论贡献了。

迄今为止，作为刑事诉讼法学理论体系的集大成者，刑事诉讼的诸多理论概念和范畴受到了法学研究者的普遍重视，它们被置于法学教科书的显要位置，被奉为刑事诉讼法学的“基本理论”或者“原理”。一些年轻的学者更是沿着学术前辈的思路，将这些理论范畴作为博士论文的选题，或者作为基本理论研究的重要突破点。然而，这种研究主要属于对大陆法相关理论的回顾和总结，而很少能结合中国刑事诉讼的基本问题，提出具有学术解释力的理论来。而教科书中所记载的那些“刑事诉讼基本理论”，除了向读者介绍学术动向或者提供学术资料以外，还能有多少实质性的作用呢？

三、两种法律传统的冲突

在告别了那种带有意识形态色彩的阶级分析方法之后，中国法学界迎来了全面研究西方法学理论和法律制度的时代。一时间，西方的法律理念被奉为普适性的“原理”，西方国家的法律制度则被视为中国推进法治过程中可供借鉴和参考的对象，甚至那些能够“体现普遍发展规律和共同趋势”的制度，还被看做中国法律所致力达到的目标。于是，法学界在将大量西方法学理论介绍和引进的同时，也对两大法系国家的法律制度进行了全面的研究，并推动了中国的法治进程。很多源自西方的法律原则、制度和规则连同其所赖以维系的理念