

|天
Borderless
|下

法学新经典

刑事诉讼的 中国模式

——陈瑞华 著——

第三版

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless
|下

法学新经典

刑事 诉讼的 中国 模式

— 陈瑞华 著 —

第三版

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼的中国模式 / 陈瑞华著. -- 3版. -- 北京:
法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2398-9

I. ①刑… II. ①陈… 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(2018)第144381号

刑事诉讼的中国模式(第三版)
XINGSHI SUSONG DE ZHONGGUO MOSHI
(DI-SAN BAN)
陈瑞华 著

责任编辑 韩向臣
装帧设计 鲁娟

开本 720毫米×960毫米 1/16
版本 2018年7月第3版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印业有限公司

印张 30.5 **字数** 417千
印次 2018年7月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版社
经销 新华书店
责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330670

重庆分公司/023-7453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072985



书号: ISBN 978-7-5197-2398-9

定价: 90.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

|天
Borderless
|下

博 稽 古 今 融 汇 天 下



陈瑞华 北京大学法学教授，博士生导师。“全国十大中青年法学家”，教育部“长江学者奖励计划”特聘教授，入选国家“百千万人才工程”计划。兼任国际证据法协会理事、最高人民检察院专家咨询委员会委员、中国检察理论研究会副会长、最高人民检察院和最高人民法院案例指导专家委员会委员、公安部执法监督员。主要研究领域为刑事诉讼法、证据法学、司法制度、程序法理论、法学方法。在程序价值、诉讼构造、程序性制裁、刑事诉讼模式、辩护、证据理论等方面，有较为深入的研究，提出了一些新的观点。出版有《刑事审判原理论》《看得见的正义》《刑事诉讼的前沿问题》《程序正义理论》《程序性制裁理论》《刑事诉讼的中国模式》《刑事证据法》《刑事辩护的中国经验》《刑事辩护的理念》《刑事辩护的艺术》《司法体制改革导论》等著作。

法学研究的社会科学尝试 (第三版序言)

作为一部研究中国刑事诉讼问题的著作,《刑事诉讼的中国模式》第一版已经出版十多年了。令人意想不到的是,这部具有典型学院派风格的“学术专著”,竟然得到了众多读者的厚爱,受到了那些关心中国刑事司法改革问题的各界人士的青睐。如今,本书的第三版出版在即,笔者有必要对新版本的修订情况略作说明。

笔者在第一版序言中曾提到,本书运用社会科学的研究方法,从客观存在的经验事实出发,对中国刑事诉讼领域的诸多问题做出了“模式化”的研究。身处正在发生剧烈转型的中国社会,面对层出不穷的各种“法律问题”,法学研究者确实有必要将学术领域与政治领域区分开来,为法学研究确立一些最低限度的学术准则。在笔者看来,推进司法改革和推动立法进程当然是非常重要的工作,也是很多法学研究者可以一展身手的领域。但这属于“政治活动”或“社会活动”的范畴,并不一定完全遵循学术研究的规律。作为专门的、职业化的学术活动,法学研究应当秉承“价值无涉”的准则,将各种政治的、立法的、司法的乃至社会的问题转化为“学术问题”,对这

些问题存在的形态和发生的原因作出理论上的解释,以探寻制度形成和变迁的规律。与因果关系的分析同样重要的是,对各种制度设计、改革方案以及理论思潮进行模式化的研究,通过一种“概念化”的方法,使这种研究具有理论对话的价值和意义。从经验事实上升到“概念”和“理论”,这是一种“惊心动魄的跳跃”。

按照这种社会科学研究方法,笔者对刑事和解、刑事附带民事诉讼、量刑程序、案卷移送制度、审判程序、被告人地位、制度变革方式等问题进行了跟踪考察,并作出了一些颇有新意的研究。透过实践中的问题(questions),越过对制度缺陷和不足(problems)的关注,笔者发现了制约制度发展变化的理论问题(issues),总结了制度变迁的规律,通过概念化的努力,提出了一些重要的理论命题。例如,通过对刑事和解现象的观察,笔者提出了“对抗性司法”与“合作性司法”的概念,并将“合作性司法”区分为“公力合作模式”与“私力合作模式”;通过刑事附带民事诉讼运行状况的考察,笔者提出了“先刑后民”“刑民分离”与“先民后刑”这三种带有理论模型性质的附带民事诉讼模式;通过观察我国非法证据排除规则和量刑程序的变革发展,笔者将刑事审判区分为三种类型:“定罪裁判”“量刑裁判”和“程序性裁判”;通过研究“认罪认罚从宽”改革以及与此相关的刑事速裁程序,笔者发现了“控辩协商”的制约因素,并提出了“刑事诉讼全流程简化”的思路;通过全面观察我国刑事第一审和第二审程序的运行状况,笔者提出了“案卷笔录中心主义”的诉讼模式;通过回顾“坦白从宽,抗拒从严”这一刑事政策的历史演变,笔者提出了“义务本位主义的刑事诉讼模式”这一命题……不仅如此,对于我国刑事司法改革的模式,笔者还提出了“立法推动主义”与“司法推动主义”这两种模式;对于法院一直以来盛行的“留有余地的裁判方式”,笔者也对其成因进行了概念化和理论化尝试。

当下,法学界出现了“法教义学”与“社科法学”的“学派之

争”,不少学者都被卷入其中,出现了“厚此薄彼”的立场选择现象。应当说,法学界对法学研究方法的讨论才刚刚开始,远远没有达到成熟的地步,更谈不上形成了什么“学派”之争。所谓“法学教义学”,无非是从“法律之内观察法律”,将成文法典或司法解释作为分析的对象,注重对法律条文的解释,强调推动书本法律在司法实践中的顺利实施问题。而所谓“社科法学”,则是从法律之外观察法律现象,注重从社会学、人类学、经济学、心理学等视角解释法律问题,强调分析制度或实践发生的原因。其实,这两种方法既具有一定的竞争性,更带有很大的互补性,完全可以相互补充和整合,而没有必要进行无谓的争鸣。法学研究需要引入真正的社会科学方法,将法律文本和法律现象都作为观察的对象,从中发现真正的理论问题,并发现法律变革方法的规律,提出具有解释力的法学理论。三年前,笔者曾发表《法学研究回归社会科学的思考》的论文,就对这一问题作出过初步的讨论。

与第一版和第二版均不相同,《刑事诉讼的中国模式》第三版试图将笔者对刑事诉讼问题所做的社会科学研究进行较为全面的总结,以帮助读者了解“刑事诉讼研究的社会科学视角”究竟取得了哪些进展,做出了哪些理论贡献。笔者丝毫不掩饰一个学术意图,那就是对刑事诉讼问题的研究,乃至对法律问题的研究,都应当回归社会科学的基本范式之中。过去的规范法学,无论是侧重“良法”构建的对策法学,还是强调“美制”实现的法解释学或法教义学,都仅仅将制度变革或法律实施作为研究归宿,走入了学术的“死胡同”。而近期兴起的“社科法学”,尽管在引进社会科学方法方面有所贡献,但由于过于自负,忽视了对法律制度和法律文本的专业化观察,所做的理论贡献也是十分有限的。而真正的社会科学研究,则是将中国问题作为研究对象,循着“中国的问题,世界的眼光”“先归纳后演绎”“从经验到理论”的思路,提出具有解释力的理论,并对最前沿的理论进行对话,在科学验证的基础上推动法学理论的发展。

当前,经济领域中的“中国模式”问题颇为引人注目。在刑事诉讼领域中,中国究竟是否形成了一种相对独立的“模式”,这是一个可以引发更多讨论的问题。笔者期待着更多关注中国刑事司法改革问题的人士,参与到刑事诉讼模式问题的研究之中,真正从社会科学的角度的角度,展开学术上的对话和交流。

陈瑞华

2017年12月19日于北京大学

惊心动魄的跳跃（第一版序言）

这一部名为《刑事诉讼的中国模式》的著作，记录了我近期研究中国刑事诉讼问题的最新成果。

之所以选择这样一个书名，是因为书中的主体部分涉及对中国刑事诉讼制度的模式化分析，也提出了一些旨在揭示中国刑事诉讼之特性的模式概念。无论是对“对抗模式”与“合作模式”的概括，还是对“案卷笔录中心主义”“积极的实体真实探知主义”的归纳，无不体现了“从经验事实上升到概念”这一研究思路。作为一种新的研究探索和尝试，本书放弃了那种试图提出“放之四海而皆准”的“基本原理”的想法，而专注于研究“中国问题”，并对一些问题形成的原因作出解释，在此基础上实现“概念化”的目标。本书尽量避免那种过于自信的价值判断，也极少提出解决问题的对策和立法构想，而注重对问题的存在及其成因的理论解释；本书没有局限于对法律条文之优劣得失的讨论，而是尽量关注刑事程序法的“实施状况”，从而将“社会中的法律”而不是“书本中的法律”作为研究的对象；本书也不满足于对各种诉讼问题的技术性描述，而是试图透过一系列纷繁复杂的事实和现象，揭示出那些隐藏在制度背后的深层次结构因素，并将这些因素尽可

能地上升为概念和理论。因此,这项断断续续的研究,基本抛弃了传统的对策法学和法解释学方法,引入了社会科学的一般方法。

在法学研究中引入社会科学方法,是由于传统的“规范法学”方法具有一些越来越明显的缺陷和不足。熟悉中国现行刑事诉讼制度的读者不难看出,当下的刑事诉讼问题很多都不再属于一种“规范法学”层面的问题。无论是立法者、司法界人士还是法学者,都可以想当然地认为“法律程序的设计本身没有问题,问题主要出在法律实施环节”。这种说法已经为我们所司空见惯、见多不怪了。但是,为什么一种经过精心设计的法律程序竟然得不到实施?立法者究竟是要建立一套“理论上十分完美”的法律程序,还是要建立一套大体上具有实施可能的程序?假如是前者的话,我们可以很容易地从西方两大法系国家移植最“理想”的制度,而根本不必顾及这些制度有无实施的可能性。但我们只要对法律实施和权利实现问题给予最起码的关注,就不能置法律实施的条件于不顾,而需要研究法律修改和实施的社会背景、社会环境和社会变迁等因素。

由此看来,要对中国刑事诉讼问题做出令人信服的研究,我们就不能再坚持“规范法学”的固有立场,仅仅将法律的制定、修改作为法学研究的对象,而需要关注法律在社会中的实施状况。换言之,我们需要从对“书本法律”的迷恋,转向对“社会中的法律”的高度重视,将法律程序的实施问题视为一种社会现象,从社会科学的视角,经过观察、思考与研究,运用一套科学的方法,提出一些具有普遍解释力的概念和理论。而过去的规范法学方法,在这一点上则具有明显的局限性。

传统的规范法学方法特别推崇对策研究思路。所谓“对策法学”,其实也就是以法律的制定、修改和完善作为归宿的规范法学方法。狭义的“对策法学”,是指那种动辄讨论立法对策、改革建议和制度变革思路的方法。而广义的“对策法学”,则泛指一切为改革法律制度而提出理论思路的研究,这既可以包括那

种实用的对策研究,还可以涵盖以“洋为中用”为目的的“比较考察”和以“古为今用”为归宿的“历史分析”。甚至就连对中国问题的实证考察,都逃脱不了从“发现问题”到“解决问题”的因果锁链。

刑事诉讼法学无疑属于“对策法学”的重灾区。从法学理论推进的角度来说,越来越多的学者投入到对策法学研究之中,必然导致一种实用的、依附于立法决策机构的短视研究越来越盛行。可以说,一种追求充当“某某法之父”的学术氛围,是根本不利于学术大师脱颖而出的,也不可能推动原创性理论的出现。而从对策法学的结果来看,随着不同国家机关对“部门利益”的高度关切,中国的立法活动越来越变成一种针对不同部门利益的协调过程。尤其是涉及公、检、法、司等各个部门权力重新分配的“刑事诉讼立法”活动,更是引起各个部门的高度关注。而在协调部门利益、调整部门权力方面并不具备明显优势的立法决策部门,在推动立法进程方面越来越无法显示其强势地位。在此背景下,法学者对立法的影响力不是在增加,而是呈现出不断萎缩的趋势。于是,无论是法学者提出的“立法建议稿”,还是通过各种论著提出的“立法方案”,都有可能被“打入冷宫”,难以或者根本不可能为立法决策人士所关注。我们不禁担心:当越来越多的对策研究引不起立法决策人士的兴趣的时候,法学研究的意义究竟将被置于何地呢?按照一位德国学者的说法,“法律一旦发生变化,整箱整柜的法律书籍就要被捣毁”。这种严重依附于法律制度的法学研究,一旦沦落到这步田地,还有多少独立性和生命力可言呢?

一部分坚持规范法学方法的学者还提出了“法解释学”的研究思路。这种研究方法尽管在民法、刑法等实体法学科更为盛行,但对诉讼法学研究也产生了一定程度的影响。笔者曾经在一些场合说过,相对那种过于实用的对策研究而言,法解释学具有明显的过人之处和独特优势。比如说,这种研究方法坚持法学者相对于立法活动的独立性,主张用一套独立的概念、理论来

解释法律规范,揭示出法律条文和法律文本本身可能难以包容的含义。再比如说,这种研究方法鼓励法学者提出一套旨在有效解释法律条文的法律理论,甚至对有些法律规范的解释可以不受立法原意的限制,而成为各成一家的学术流派。应当说,对于动辄谈论法律“再修改”的刑事诉讼法学者来说,假如能够掌握“法解释学”的精髓,从独立地解释成文法和司法解释的角度,提出一套自成体系的理论,那么,刑事诉讼法学研究的水平也会取得大幅度的进展。

尽管如此,“法解释学”的研究思路也并非没有需要反思的地方。从民法和刑法研究的情况来看,法学者过多地援引了欧陆法国家的法学概念和理论,尤其是引进了德国法学的现成理论。甚至在很多场合,就连论证和支持某一理论的例子都来自欧陆学者的著述。这种唯大陆法马首是瞻的研究状况,甚至跟随在日本法学后面亦步亦趋的局面,迫使我们不得不进行深思:难道这就是中国法学界孜孜以求的“法学研究”?在这种方法指引下,我们怎么可能做出独立的学术贡献呢?一些刑法学者基于对苏联刑法学理论的反思,对传统的犯罪构成理论进行了“解构”式的研究,认为唯有引进欧陆刑法学之中的犯罪构成理论,才能克服苏联法学理论的缺陷。但是,从苏联法学理论转向欧陆法律理论,这还是在将某一外国法律理论作为构建中国法律理论的基础,这怎么算得上是对中国法学的独立贡献呢?

“法解释学”一旦运用不当,还会带来另一个负面效果:它往往将法律制度视为一个相对封闭的规范系统,主要关注法律制度背后的立法意图,而忽略了法律制度形成的社会环境和社会背景。坚持这一研究方法的学者固执地以为,法律的生命就在于一套貌似完美的概念和逻辑体系,总以为只要依靠并发挥人的理性能力,就可以创制出一套较为理想的法律规范。但是,这种研究思路经常忽略社会具有“自生自发”地形成规则的实际能力,忽略法律实践中的经验事实,更不可能从社会环境和社会变迁的角度来解释各种各样的法律现象。走到极致,“法解释学”

的主张者们很容易坚持一种过于自负的“理性主义”立场,将某种原则和价值套到各种经验事实之上,而不是根据经验和事实来提出和发展法律概念和理论。这很容易出现法律理念的意识形态化,甚至走向危险的教条主义之路。

例如,对于法律程序遭到规避、搁置的情况来说,无论是“对策法学”还是“法解释学”,都没有将其视为真正的“中国问题”。在对策法学家看来,法律程序失灵的问题不过属于一种“理想的法律制度得不到实施的问题”,这主要是法律实施的环境不甚理想、实施法律的司法人员观念和素质难以尽如人意的问題。而在法解释学者的眼里,这最多属于司法人员对于程序法的立法意图理解有偏差的问题。作为一种解决问题的出路,对策法学家最多会提出“改善法律实施环境”的建议,而法解释学者则可能从刑事程序法的立法意图的角度,重新揭示那些遭到规避的法律程序的立法“原意”。

然而,这两种规范法学方法都没有真正将法律程序失灵视为一种值得关注的社会问题,都没有从模式研究的角度分析这一问题的性质和类型,更不可能对法律程序失灵的原因作出令人信服的总结。结果,这种研究很可能会误入歧途:在没有发现问题,更没有找到问题的成因的情况下,研究者就贸然提出一系列旨在“解决问题”的改革思路。例如,没有发现中国法庭审理几乎普遍“流于形式”的问题,法学者却敢于提出引进对抗制的立法建议;没有找到“两审终审制”已经形同虚设问题的原因,司法改革者却敢于开出“死刑案件二审开庭”的药方,甚至部分学者也敢于提出“构建三审终审制”的改革设想;没有发现中国法庭审理普遍奉行“以案卷笔录为中心”的裁判方式,法学者竟然提出证人、鉴定人、被害人出庭作证的改革方案;没有找到侦查人员拒不出庭作证的原因,尤其是没有认识到中国法院难以将侦查程序的合法性问题纳入司法审查的轨道,法学者就贸然提出了强制侦查人员出庭作证的立法对策……可以说,在问题没有找准、问题的成因没有准确揭示的情况下,这种对策法学研究

就犹如“盲人骑瞎马,夜半临深池”一样,只能将中国的刑事诉讼制度带入更加危险的境地。

而“法解释学”的主张者们,面对刑事程序普遍遭到规避和搁置的问题,尤其是面对各种“潜规则”取代了正式的法律规则的情况,也只会从西方法律理论中寻找解决问题的方案,而不知道运用社会科学的基本方法,从经验事实出发提出概念和理论。例如,对于刑讯逼供现象,研究者动辄会根据“严禁非法取证”的原则,揭示诸如“口供自愿法则”“任何人不得被迫自证其罪原则”的立法原意,而不会从社会政治环境的角度考察这一现象发生的原因;对于证人不出庭作证的情况,研究者动辄根据英美法中的传闻证据法则,或者根据欧陆法中的直接言辞审理原则,提出建立证人出庭作证制度的各种设想;对于刑事和解在中国刑事司法中的出现,研究者动辄认为它违反了罪刑法定、罪刑均衡、法律面前人人平等、无罪推定、程序正义等一系列价值理念和原则,而不去关注这一现象出现的真正社会原因……

可以毫不夸张地说,中国刑事诉讼法难以得到实施的问题犹如一面镜子,反映了目前刑事诉讼法学研究方法的幼稚和混乱。“工欲善其事,必先利其器。”要改善我们的法学研究,就只能从改进法学研究方法入手,认识到传统的规范法学的局限和不足,引进社会科学的基本方法。如果说对于刑事诉讼法学中的其他问题,对策法学和法解释学还具有一定的生命力的话,那么,面对刑事程序普遍遭到规避和搁置的局面,无论是对策法学还是法解释学,都已经失去了令人信服的解释能力。对于这一问题的研究,只能引进社会科学方法,舍此之外别无他途。

那么,究竟什么是社会科学方法?一般说来,社会科学研究有三个最基本的特征:一是“客观性”,研究者遵循一定的程序和路径从事研究必然会得到一定的结果,也就是研究结果可以经得起“反复的检验”,任何人只要运用研究者的研究程序、证据和论证方式,就可以得出与研究者的结论;二是“经验品质”,也就是笔者反复强调的“研究已经发生过的问题”,从业已存在

的经验事实出发展开自己的研究,而不能从子虚乌有的概念或者理念出发,来对事实和经验作出任意的解释;三是“概念化”,亦即在总结经验的基础上,提出具有普遍解释力的理论假设,从而作出一定的理论推进。研究者所提出的某一假设可以被用来解释更多的现象和问题,在理论的解释力上就具有更大的普遍性和通则性。当然,作为进行科学研究的逻辑前提,研究者应当具有最基本的“问题意识”,也就是善于从经验事实中发现为现有理论所无法解释的问题,而不能无病呻吟,研究根本不存在的问题,或者研究那种在理论上没有太大意义的技术问题。这就需要研究者站在本学科的理论前沿,敏锐地观察那些反复出现的问题,从中发现一些足以对现有理论构成挑战的问题。通常情况下,越是为现有理论所无法解释甚至难以容纳的问题,其理论创新意义可能就越大。

以上是就社会科学之“科学”属性所作的分析。那么,究竟如何按照社会科学的基本方法展开法学研究?在以前的讨论中,笔者曾经对社会科学研究的一般原则进行过总结和概括。比如说,研究者应当研究“已经发生过的经验事实”,而不能“置身于他处”,讨论一些没有办法收集证据加以论证的虚无缥缈的问题;研究者应当具有最基本的问题意识,应将问题作为法学研究的逻辑起点;研究者应当善于运用归纳方法,从各种事实信息和证据材料中提出假设命题,使整个研究走向“概念化”,从而提出具有普遍解释力的理论;研究者应当掌握证伪方法,使自己提出的假设不仅可以从正面得到证实,而且还要证明那些足以对该项假设构成挑战的显在或者潜在命题是不能成立的,也就是自己的假设至少暂时是“尚未被驳倒的”……

这些当然属于法学研究者需要掌握的基本研究方法,也可以说是运用社会科学方法进行法学研究的基本规范。但是,要成功地进行开创性的法学研究,仅仅遵循上述研究准则还是远远不够的。其实,一篇了无新意的法学论文,也完全可以做到从经验事实出发,发现并提出某一领域中的问题;一部没有太多创

见的平庸之作,也可以对中国法律中的问题给予一定程度的揭示,甚至从对问题的分析中提炼出某些理论上的思路。我们以前所提出的研究准则主要是针对以下三种陷入困境的研究思路而提出的:一是那些过于实用化的对策研究;二是以西方法律原则为出发点的法解释学;三是那种故弄玄虚的理论思辨方法。正是由于过去的法学研究在方法上存在太大的问题和太多的缺陷,因此我们才不得不强调那些在社会科学家眼里属于“常识性”的研究准则。

但是,假如我们站在更高的平台上审视这一问题,假如我们想在本领域的研究中有所理论建树,还必须另辟新径,掌握其他一些研究方法。在笔者看来,任何开创性的法学研究都应具备两个基本特征:一是敏锐地发现中国本土的法制经验,并对这种经验作出深入的总结和概括;二是在总结中国法制经验的基础上,提出一般性的概念和理论,从而对这种经验的普遍适用性作出令人信服的论证。从经验事实、问题、中国经验到基本概念和理论的提出,这是一种“惊心动魄的跳跃”,也是社会科学研究所要达到的最高境界。

什么是中国的法制经验?一般而言,“经验”可以有两个层面的意义:一是在纯粹客观描述的意义,意味着那些“对经历的体验”;二是从价值判断的角度来看,是指那些可供推广的“成功经验”以及值得吸取的“失败教训”。考虑到后一种理解经常会滑向主观性十足的“价值评判”,而容易限制研究者的思考深度,笔者更倾向于从价值无涉的立场上来看待“中国法制经验”问题。

在笔者看来,社会科学研究中有一个不证自明的假设,那就是将一切发生过的事实和问题都视为研究的对象,而不是看作“明天将会消失”的暂时存在物。中国法律制度与中国社会一样,都在经历着有史以来最深刻也最为剧烈的转型。这仿佛会给人一种错觉,以为今天发生的一切相对于明天而言,都将变成一种历史,今天我们所经历的法律制度似乎在不久的将来也会