

超越当事人/职权主义

底限正义视野下的审判程序



万毅/著

CHAOYUEDANGSHIREN
/ ZHIQUANZHUYI

超越当事人/职权主义

底限正义视野下的审判程序



万毅/著

2006年度教育部人文社科研究青年基金项目资助
(项目编号: 06JC820007)

2007年度上海市哲学社会科学规划项目资助
(项目编号: 2007FFX001)

2007年度上海市法学会青年课题资助

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

超越当事人/职权主义——底限正义视野下的审判程序/

万毅著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 80185 - 835 - 1

I. 超… II. 万… III. 刑事诉讼 - 审判 - 研究 - 中国

IV. D925. 218. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 184319 号

超越当事人/职权主义

——底限正义视野下的审判程序

万 毅 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 20. 75 印张 插页 4

字 数: 351 千字

版 次: 2008 年 1 月第一版 2008 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 835 - 1/D · 1811

定 价: 36. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

1996年刑事诉讼法修改,审判程序曾是修改的重点,当时理论界囿于“当事人/职权主义”这一经典范式,(自觉或不自觉地)将改革的基本思路确定为“抑职权主义、扬当事人主义”,并在审判程序中引入了部分当事人主义诉讼的对抗制因素,以增强庭审的对抗性和形式公正性,从而将强职权主义的诉讼模式改造为所谓的“控辩式”诉讼模式。时人对这一全新的诉讼模式寄予了颇高的期望,希望以此为契机完成我国刑事诉讼制度的全面转型。但是,近年来,随着理论和实践的发展,一些带有根本性的问题诸如审判程序与审前程序的冲突等逐渐凸现出来,人们开始反思和检讨96年刑事诉讼法修改的成败得失,尤其是随着当前新一轮刑事诉讼法修改的展开,及时总结96年刑事诉讼法修改的经验教训,就具有了鉴古知今的意义,其中尤为关键的一点就是:96年刑事诉讼法修改时所秉持的“抑职权主义、扬当事人主义”这一思路究竟是否妥当?!新一轮的刑事诉讼法修改是否还要坚持同样的思路?!这一根本性的问题如若不能在理论层面上得到完满的解决,那么,难以保证新一轮的刑事诉讼法修改不重蹈覆辙,因此,时间相当紧迫。

值此之际,欣闻万毅博士的新作《超越当事人/职权主义——底限正义视野下的审判程序》出版,这是刑事审判程序研究领域的又一力作。该书突破了传统的“当事人/职权主义”这一经典范式,转而以“底限正义”这一全新的理论视角来诊断和解读我国刑事审判程序的变迁与走向,用意良深、颇值嘉许。

《超越》一书贯彻了万毅博士一贯的多元化研究风格,引介与借鉴了政治学与宪政学领域的若干原理、框架与模型,并使之与刑事诉讼模式的转型、刑事审判程序的改革有机地勾连一体,旨在以“底限正义”为基本立场和方法、以“宪政/集权型”诉讼模式理论为平台,探讨中国刑事诉讼制度尤其是审判程序改革的理想图景和基本路径,这种具有反思性的理论探索对于当前陷入僵局的中国刑事诉讼制度改革而言无疑具有重要的参考价值 and 启示意义。

当前中国刑事审判程序的病灶集中体现在价值取向、权力配置、制度

原则以及程序构造等方面的错位与缺位。立基于此,《超越》一书进行了有针对性的研究,全书共分为三个主要部分:首先,从刑事审判之价值与权力配置入手,运用历史研究、比较研究、实证研究等多重视角与分析理路,重点考察了司法权威与法官角色、司法民主与人民陪审、底限正义与审判委员会、审判独立与检察监督、审级独立与案件请示等关系范畴,其主旨在于探讨和评判权力配置层面上国际普适性价值与具有我国特色的制度设计之间的冲突与协调;其次,从刑事审判程序之原则和制度设计出发,在阐释国际通行的若干审判原则如控审分离原则、直接言词原则、集中审理原则、审判公开原则、先刑后民原则等的基础上,具体研判了罪名变更、缺席审判、审判期限、判决书说理、刑事附带民事诉讼等基本制度的构建、选择和存废问题,就我国刑事审判制度的改革给出了有说服力的具体方案;最后,从刑事审判程序之构造及其改革趋向入题,在准确把握当代刑事审判程序发展的大势、潮流:程序合法化、程序简易化、程序对抗化、程序正当化、程序合理化的基础上,对刑事证据制度的改革、简易审判程序的改进、量刑答辩程序的增设、死刑复核程序的重塑、审判监督程序的完善等若干专题进行了深入地研讨。据此,全书基本形成了对我国当前刑事审判程序改革方案和长远走向的规划。

书中不乏令人击节的精彩论述,当然也有一些观点是值得进一步推敲和商榷的,至于其中的具体神韵,还是留待读者诸君去细细品味、评判吧!

万毅博士是刑事诉讼法学界青年学者中的佼佼者,他颇为用功,近年来出版了多部个人独立专著,发表了大量的学术论文,这些成果具有较高的学术价值。在这里我也预祝他不断推出新的研究成果,在学术研究的道路上取得更大的成绩。

是为序!

陳正東

自序

本书的出版,是我继续研究“底限正义”理论的产物。近年来我国围绕“底限正义”这一概念做了不少文章,主要是想借此探讨中国刑事诉讼制度改革、发展的理想图景、基本立场与路径问题。近年来,与社会科学研究领域批判“西方中心主义”的潮流相呼应,中国法学界也刮起了一股后现代之风,近代以来一直坚持的以法律移植为内容和导向的刑事诉讼制度变革模式不断遭到质疑甚至被完全否定,以至于从事刑事诉讼法研究的学者们在内心中普遍产生了一个疑问:如果西方的理论资源完全无法借用,自身的本土资源又不敷用,那么我们到底应该用什么样的理论来支撑和指导中国的刑事诉讼制度改革?每念及于此,内心中总不胜恐慌。于是,就有了一种冲动和奢望:有没有可能构建一个沟通西方和东方、域外和本土的理论平台?

其实,在法学研究中批判“西方中心主义”的最终落脚点和目的并非是将中国塑造为与西方完全不同的“他者”,在研究的基本立场上,一方面,我们当然应当对西方的现代性经验抱持充分的“中国意识”,而不能陷于西方话语的漩涡之中,但是,另一方面,我们也应当认识到,“并没有与欧美的现代性决然不同的中国现代性,尽管中国的现代性具有历史的具体性”^①。长期以来,“在西方的大多数理论文献中,……中国从来都不是主题,而仅仅是‘他者’,它们研究中国与其说是为了中国,不如说是把中国当做一个陪衬”。^②然而,可悲的是,当我们自己在反对这种“西方中心主义”的研究思路、强调中国不同于西方时,实际上又自觉不自觉地滑入了他们所框定的进路,因为“无论是同意还是反对,我们都受到了他们所建立的这种原创性的非此即彼的话语结构的影响”^③,所谓中国不同于西方,仍然是以西方为参照系、以西方为中心的。因此,在刑

① 刘小枫:《现代性社会理论绪论》,上海三联书店1998年版,前言第3页。

② 黄宗智主编:《中国研究的范式问题讨论》,社会科学文献出版社2003年版,第109~110页。

③ 黄宗智主编:《中国研究的范式问题讨论》,社会科学文献出版社2003年版,第109~110页。

事诉讼制度研究中，将中国刑事诉讼制度的范型简单地化约为“与西方相同”、“完全以西方语境为参照”，试图单纯通过西语理论或制度经验来实现中国刑事诉讼制度的转型固然是偏颇的；但如果片面强调中国刑事诉讼制度的范型完全不同于西方、把中国化约为西方的“他者”，也是不符合史实的，如果进而将中国刑事诉讼制度的变革与转型“全然抽离于全球化语境”、基于相对主义的立场而完全反对借鉴移植西方的法治经验，就更是武断和不明智的。

正是经由上述反思，我初步形成了一个观点：中国刑事诉讼制度改革理想图景应当是转型为宪政型刑事诉讼制度，其现实路径不应当是片面追求英美对抗制诉讼的“高价正义”，而是不断吸纳那些为各法治国家所低调持守的“底限正义”，在技术方法上，重视立法修改固然是必要的，但更重要的是运用法律解释的技术和方法将“底限正义”引入我国司法实践，从而以一种成本更低廉、手段更隐蔽、效果更垂远的方式推动我国刑事诉讼制度的变革，这就是我所谓的“底限正义”理论。当然，由于研究的初步性，结论必定是不成熟的，这有待于读者诸君的审视与评判。

上述观点的形成，得益于与林喜芬博士、刘沛胥博士、何永军博士、蒋剑鸣博士等学友的经常性探讨与默契合作（本书的第一、九章系与林喜芬博士合作完成，第六、八章系与刘沛胥博士合作完成，而何永军博士对第十二章也有贡献），书中的部分内容也凝聚着他们的心血，我的硕士研究生陈大鹏也对本书的部分内容提出了很好的修改意见，所以在此要向他们致以深深的谢意。同时，本书的研究还得到了2007年度上海哲学社会科学规划项目、上海市市委宣传部第十七届中青班课题、2006年度教育部社科研究青年项目以及2007年度上海市法学会青年项目的资助，对此，我要致以特别的感谢。上海市法学会的史德保副会长、陈冬沪主任、江翔宇先生、上海市宣传部的李明灿老师以及中国检察出版社的李薇薇女士也对本书的研究和出版给予了极大的关心和帮助，在此，一并向他们表示感谢。今年5月初，我受命到上海市徐汇区人民检察院挂职锻炼，在检察工作之余，仍然继续本书的研究和写作工作，为此，徐汇区检察院的检察长、党组书记储国樑先生以及其他党组成员对我的工作给予了极大的方便，并在生活上给予了无微不至的关心，在本书付梓之际，也要借此向他们道以衷心的感谢！

在本书的写作过程中，我正经历自己在学术研究方法和范式上的反思与转型，其间的辗转反侧，一言难尽，我意识到，此前多年的研究可能只

是一种理论上的准备与积累，一些新的思考正在我的心中酝酿、形成，本书的出版也许将是对自己既往研究套路的一个告别！

尤其具有纪念意义的是，在本书的写作期间，爱子万博文这个我生命中的精灵降生人世，他的出现在带给我无穷幸福的同时，也带给我人生新的感悟与责任，激励我写出更具生命力和传承力的作品，也许，人生真的从此不一样……

万 毅

2007年10月1日夜于上海蜗居

目 录

序	/1
自序	/1
导论 超越当事人/职权主义：刑事诉讼模式转型与刑事审判制度改革	/1
一、批判：既有刑事诉讼模式研究范式之理论缺陷	/1
二、建构：“宪政/集权”型刑事诉讼模式——中国刑事诉讼模式研究的理想范型	/8
三、比较与借鉴：宪政型刑事诉讼模式与刑事审判制度改革	/18
 上篇 刑事审判程序之价值与权力配置	
 第一章 司法权威与法官角色	/43
一、法官治理与“治理”法官	/43
二、“规训”法官的机制网络	/47
三、“治理”法官的中国语境	/61
 第二章 司法民主与人民陪审员制	/66
一、历史变迁中的人民陪审员制：实践困境及其应变对策	/66
二、比较法视野下的人民陪审员制：作为一种参审制的机理缺陷	/69
三、现实交困中的人民陪审员制：错位的改革/迷茫的走向	/77
 第三章 底限正义与审判委员会	/81
一、考察：审判委员会制度的历史成因	/81
二、评判：关于审判委员会制度存废的若干理论争议	/84
三、反思：审判委员会制度的合理性——以“底限正义”为视角	/86

第四章 审判独立与检察监督	/90
一、问题之一：检察官应否监督审判	/90
二、问题之二：检察官能否监督审判	/95
三、问题之三：检察官如何监督审判	/102
四、结语	/106
第五章 审级独立与案件请示	/107
一、案件请示制度的历史源起与现状	/107
二、案件请示制度的成因透析	/119
三、案件请示制度的利弊分析	/125
四、案件请示制度的改革与走向	/128

中篇 刑事审判程序之原则和基本制度

第六章 控审分离原则与罪名变更制度之选择	/133
一、立法例审视：比较法视野的考察	/134
二、观点述评：我国法学界关于罪名变更问题的理论争论	/139
三、理论进路：诉因制度本土化理论之提出及其论证	/142
第七章 直接言词原则与刑事缺席审判制度之构建	/148
一、刑事缺席判决制度的概念和特征	/151
二、刑事缺席判决制度的内容	/153
三、我国关于刑事缺席判决的立法与实践	/158
第八章 集中审理原则与刑事审判期限制度之废除	/161
一、制度史的梳理与问题的导出	/162
二、比较法视野内的考察	/165
三、理论与实践层面的驳难	/169
四、改革的走向与进路	/174
第九章 审判公开原则与刑事判决书说理制度之探讨	/179
一、判决书说理制度的正当性基础及其制度设计	/180
二、判决中的不同意见公开制度	/190
第十章 先刑后民原则与刑事附带民事诉讼制度之存废	/210
一、正本清源：“先刑后民”原则的概念与内涵	/210

二、私权受损：“先刑后民”原则的实践困境	/214
三、价值重申：刑事诉讼应当优先于民事诉讼	/217
四、制度重构：加强对刑事被害人民事权利的程序保障	/223

下篇 刑事审判程序之构造及改革趋向

第十一章 程序合法化与非法证据排除规则构建	/233
一、关于非法证据排除规则的适用范围	/233
二、关于申请排除非法证据的适格主体	/239
三、关于排除非法证据的法律后果	/242
四、关于排除非法证据需要权衡的因素——“非法证据”与“瑕疵证据”的区分标准	/249
第十二章 程序简易化与简易程序改革	/254
一、程序简易化改革之价值基础：公正与效率之关系	/255
二、我国简易程序改革的理论与实践	/263
第十三章 程序对抗化与量刑程序改革	/271
一、比较法考察：量刑权的程序制约模式	/273
二、我国量刑权程序制约机制之反思与构建	/279
第十四章 程序正当化与死刑复核程序改革	/284
一、政策变迁背景下的死刑复核制度：以死刑复核权的“命运”为中心	/284
二、司法视野内的死刑复核程序：正当化的难题	/293
三、审级改造与程序改革：我国死刑审判制度改革的两重进路	/297
第十五章 程序合理化与审判监督程序改革	/309
一、宪政型刑事诉讼制度视野下审判监督程序之构造	/309
二、我国审判监督程序之构造特征及其检讨	/313
三、我国刑事审判监督程序的转型	/314

导论 超越当事人/职权主义： 刑事诉讼模式转型与 刑事审判制度改革

一、批判：既有刑事诉讼模式研究范式之理论缺陷

邓正来先生的《中国法学向何处去》一文自登载于《政法论坛》(2005年第1~4期)始,即引起整个法学界的密切关注。邓先生采用“知识—法学”的进路对中国法学进行了整体性的批判,不仅对自1978年以降的中国法学受“西方现代化范式”支配的总体性现象提出质疑并予以反思,揭示出“这是一个没有中国法律理想图景的法学时代”,还对自觉研究“中国法律理想图景”的法学时代与自觉秉持“根据中国”的主体立场提出了召唤。^①

《中国法学向何处去》的论证指涉虽然涵括整个中国法学,对基础理论法学和部门法学均具有启迪意义,但将其深刻洞见和结论以本质主义的思路全然搬迁到刑事诉讼制度变革的探讨上毋宁是背离邓先生“反本质主义”的基本立场的。经由笔者分析,至少邓先生的以下两个理论创见对刑事诉讼法学研究具有启迪性,应当引起刑事诉讼法学研究者的重视:一是,对他域资源,尤其是西语理论或制度资源的接受应当由“前反思性”迈向“反思性”;二是,对中国图式,尤其是中国法律制度的理想建构应当秉持“根据中国”的主体性立场。由此,可以推演认为,对他域资源的“反思性”和根据中国的“理想图景”也应当引领当下中国刑事诉讼的理论探讨,并成为中国刑事诉讼制度变革理论的基点。

第一,“反思性”乃是一种批判立场,主要针对中国当下法学研究中

^① 邓正来:《中国法学向何处去》,载《政法论坛》2005年第1~4期。

不加批判地直接引用或引证西方法学理论作为知识增援的“前反思性接受”现象予以质疑和反思。长期以来，中国刑事程序法界将西方世界的理论资源或制度资源奉为圭臬，亦步亦趋。就理论资源而言，最为显明的例证便是帕卡的“犯罪控制和正当程序”这一经典范畴，尽管犯罪控制和人权保障的消长关系在刑事程序场域较具普适性意义，但毕竟帕卡理论提出的背景乃是依凭美国刑事诉讼环境，有其固有的理论诉求。中文语域基本未经反思便予以接受，对该理论的知识缘起、理论基础、适用场域、关键词的内涵、理论意义及局限等问题疏少探究，更没有对后续的理论发展进行及时地追踪考察；^①就制度资源而言，诸如沉默权、证据开示、辩诉交易等制度经验的引介虽掀起阵阵探讨热潮，但是客观地评价，现有的探讨仍基本停驻于“引介阶段”——学界多集中于对这些制度的起源、概念、内涵、（在其本国的）适用条件等静态层面问题的考察，却疏少对诸如中国司法现实是否需要、在何种程度上需要这些制度资源、中国程序制度有无他种改良选择、这种以移植为基础的进路即使制度上成功但其在实践中的功效又会如何等等动态层面问题展开分析。可见，对他语域理论、制度资源的“前反思性接受”所遮蔽的恰恰是“对中国刑事程序现状问题”的漠不关切——尽管程序理论上人权话语泛滥、制度规范上刑事司法解释频频出台，但司法实践中刑讯逼供、非法羁押和超期羁押却几成常态。

第二，一如邓正来先生所述，当下中国法学正经受一种“现代化框架”的支配，这种“现代化框架”带有明显的“思维定式”的成分或“前见性”功效。“‘现代化范式’对中国法学的影响，不仅表现在它通过给中国法学提供各种与中国本土生活无甚关系的西方问题的方式而为中国法制发展确立了一幅‘西方法律理想图景’，更为重要的是，它转移了我们的关注点，致使我们看不到中国法学所提供的并不是一幅‘中国法律理想图景’，而是一幅未经批判的以西方现代性和现代化理论为依凭的

① 在美国理论界，一般将帕卡（Packer）的“crime control and due process”和格里菲斯（Griffith）的“battle model and family model”等理论称为“经典模式理论”；将“the Neo-federalist model”、“the anti-discrimination model”、“the individual rights model”等理论称为“现代模式理论”。这些模式理论均有自己的理论基础、知识源起等，see Erik G. Luna, the Models of Criminal Procedure, 2, Buff. Crim. L. R. 389, 534.

‘西方法律理想图’。”^① 在刑事程序领域，理论研究主要表现为带有前见的“制度比较论”和机械的“法制移植论”，流露出浓烈的西方中心主义倾向。学者一般采取“中国问题的简要概述——西方主要法治国家制度经验的系统罗列——中国刑事程序改革的制度对策”的论证策略，经由中西制度比较，得出中国低劣和西方优越的结论，进而主张移植甚或照搬西方法制。同样地，中国 79 年刑诉法及其 96 年修正案虽然对我国刑事诉讼制度和实践中种种问题有所关注，但更多地则是受到启蒙式的权利话语以及刑事国际准则的催促，对权力运作的现实情况缺乏必要的关切、检视和反思。应当承认，刑事程序法领域的理论探讨并非没有理想图景的支撑，只不过这种理想图景乃是“西方中心主义定式”支配的、仅关注西方诸问题或直接将西方经验作为判准的西方理想图景，所遮蔽的却是“中国刑事程序法理想图景”尚付阙如的残酷现实。可以说，学界不仅缺乏将西方理论资源或制度资源予以“问题化”处理和将中国理论语境或制度环境予以“细致化”解读的制度比较研究，更缺乏对某一制度经验在跨国情景下或全球结构中如何予以动态借鉴和发展的法制改良研究。

“毋庸置疑，从‘前反思性’向‘反思性’的转向，并不能使我们当然地得出对这些问题的肯定或否定结论，因为，这还取决于我们认真而严肃的思考。”^② 鉴于主题和篇幅的限制，笔者仅就刑事程序法场域中两种具有支配性力量的关于刑事诉讼制度变革的理论模式——“英美当事人主义/欧陆职权主义”诉讼模式和“传统型/现代型”诉讼模式——进行个案考察和反思，期望能够带动程序法学界对他域资源的反思以及对中国程序法理想图景的智性努力。

（一）批判之一：“英美当事人主义/欧陆职权主义”刑事诉讼模式

当前，为刑事程序法学界普遍采行的制度分类模式是“英美当事人主义/欧陆职权主义”。经典理论认为，英美法系国家普遍采行“当事人主义”诉讼模式，欧陆法系国家则广泛运用“职权主义”诉讼模式，两者在诉讼理念和程序结构方面存在着重大差异：英美当事人主义诉讼模式

^① 邓正来：《中国法学的批判与建构》，载《政法论坛》2006年第1期，第77页。

^② 邓正来：《否思社会科学：学科的迷思》，载《河北经贸大学学报》1999年第3期，第23页。

以人权保障为优位价值理念，注重程序的正当性和较之实体的优先性；而欧陆职权主义则以犯罪控制为指导性理念，甚至为此不惜在一定程度上牺牲对公民的人权保障，程序运作也更为注重发现实体真实。

这一分类研究范式自 80 年代中期传入我国之后，便迅速成为我国刑事诉讼法学理论研究界的主流观点，广受征引而少有人质疑，至今仍在指导我国刑事诉讼立法和司法改革实践。然而，笔者认为，这一分类研究范式由于对西语资源未加批判和反思，存在着固有的局限性：一是不切合经验事实地辨异西方；二是不顾及制度条件地移植西方。

第一，不切合经验事实地辨异西方，认为原本采用职权主义诉讼模式的大陆法系国家也在向英美当事人主义诉讼模式学习、借鉴，进而主张我国刑事诉讼模式也应当由职权主义模式转型为当事人主义模式。传统的“英美当事人主义/欧陆职权主义”这一研究范式过分夸大了两大法系诉讼制度间的差异，将两者间的技术性差异夸大为本质性差异、将具体制度设计上的差异夸大为价值导向上的差异，并简单地判定英美当事人主义诉讼模式重视人权保障，而欧陆职权主义诉讼模式注重打击和控制犯罪。这显然是不符合经验事实的。这在一定程度上正是经由帕卡理论机械适用于两大法系刑事诉讼制度，并不加批判地转借到中国的结果。观照我国 20 世纪 80 年代中期以来进行的刑事诉讼制度改革实践，学界因受到“西方中心主义定式”的支配，再加上对两大法系诉讼模式的误读，长期以来秉持一种扭曲的改革逻辑：中国刑事诉讼制度隶属于欧陆职权主义，中国的弊症应归咎于该模式固有的机理缺陷，因此，中国刑事诉讼制度改革应当转向英美。这显然是在用西方“英美当事人主义/欧陆职权主义”的理论框架来框定“中国”和支配“中国改革”。它不仅暗含着“重视当事人主义、否定职权主义”的偏见立场，而且陷入了西方中心主义的思维定式，没有对中国刑事诉讼制度的现实情状、改革要件、目标走向作切实和可行的分析与考察。

着眼于当今西方语域，尽管由于司法传统方面的差异以及具体社会条件及状况的不同，英美当事人主义诉讼制度与欧陆职权主义诉讼制度之间仍然存在着某些局部的、诉讼技术方面（如检察官的角色、法官的能动性、审判阶段的庭审方式等等）的差异，但两者仍然秉持了大致相同的、以人权保障为优位价值理念的制度设计。深入地分析、比较欧陆职权主义诉讼制度与英美当事人主义诉讼制度的价值理念和程序构造，可以发现，在被迫诉人权利保障优先的理念指引下，扩展以辩护权为核心的被追究人

的诉讼权利已成为两者的普遍特征。^① 最为典型的是，各国都普遍扩大和加强了被追究人在审前程序中的防御权利；均确立了旨在保障和救济被追究人权利的司法审查机制。可以说，在程序理念和基本程序构造方面，职权主义与当事人主义并没有本质差异。对此，德国学者赫尔曼曾经专门指出：“对于那些不十分熟悉德国刑事程序的外国人来说，‘inquisitorial’一词可能会（事实上已经）造成了一些误解。它可能在暗示人们德国似乎还在实行那种秘密进行的法庭程序；法官拥有不受限制的调查权，被告人没有律师的协助，也不受无罪推定原则等保护。实际上，在以前的时代，这种类型的程序确在德国和其他欧洲国家存在过。但是，在19世纪上半叶，原有的古老纠问式程序已被一种革新的纠问式程序（reformed inquisitorial system）所代替，后一种程序建立在自由主义、人权以及启蒙哲学基础之上。”^② 在此意义上，欧陆职权主义诉讼模式与英美当事人主义诉讼模式甚至具有实质意义上的同质性。

第二，不顾制度条件地移植西方，由于主张整体上刑事诉讼模式向英美当事人主义模式转型，因而在一系列程序制度和证据制度改革方面出现了不顾我国现实条件进行盲目移植当事人主义对抗制因素的现象，由此导致我国刑事程序改革路径的错误选择，产生了较为严重的“路径依赖”问题，改革顿时陷入困境。仔细审视近年来我国推行的一系列改革举措，都存在着不顾及中国自身司法传统和制度条件而盲目移植的倾向，例如，不顾及“和合文化”机械引进英美交叉询问制度导致现行庭审交叉询问范围效力极为有限，形成了较为畸形的“技术方法型”而非“权利技术型”交叉询问的制度现状，^③ 其中潜在的问题是忽视了被追诉人的“对质诘问权”；为了消解案件负担、提高司法效率，以移植英美当事人主义诉讼制度中的“罪状认否程序”为初衷，在司法实践中尝试“辩诉交易程序”、在法律解释中规范“普通程序简易审”，这一改革虽然体现着繁简分流、程序分化的现代程序发展趋势，但这一改革在移植过程中不仅未能解决好跨文化移植的一系列程序机制冲突问题，也未能关注到其他曾经引

① 左卫民、万毅：《我国刑事诉讼制度改革若干基本理论问题研究》，载《中国法学》2003年第4期。

② 转引自陈瑞华：《刑事审判理论》，北京大学出版社1997年版，第314页。

③ 参见龙宗智：《论我国刑事审判中的交叉询问制度》，载《中国法学》2000年第4期。

进或试图引进当事人主义制度“核心技术”的国家的制度经验（如与中国制度传统较为类似的日本在其程序简易化的改革中就坚持借鉴大陆职权主义模式的刑事处罚令程序和简易公审程序，而没有选择移植英美当事人主义审判模式的罪状认否程序，其中的原因就颇值玩味。就此，日本学者指出，“这并不是因为宪法禁止采用有罪答辩程序，也不是没有人主张采用这种程序，但对这种程序的反感根深蒂固，即使采用也要等待时机”^①），更未能考量和顾及我国当前的相关制度条件和具体国情（当前我国刑事司法实践中刑讯逼供屡禁不止、侦控机关恶性侵犯人权的事件时有发生；犯罪嫌疑人、被告人缺乏沉默权等防御性诉讼权利保障、有律师参与的刑事案件的比例较低等等，在这样的背景下，过分强调被追诉人“自愿认罪”，最终导致的结果很可能是被追诉人认罪的“自愿性”难以保证，甚至不排除被追诉人被“强迫”自愿认罪的情况）。凡此种种，最终都有可能使得增强庭审对抗性的目的落空。此外，诸如设立证据开示程序但却完全忽略了其配套机制改革，未考虑我国检察官和法官的素质与技能即主张引入起诉书一本主义（96年刑诉法规定的起诉书复印件主义就是借鉴了起诉书一本主义的产物）等等改革举措，无一不映射出因缺乏对西方经验的批判性认知以及对中国现状的深切体验，仓促改革和盲目移植所造成的改革僵局。

（二）批判之二：“传统/现代型”刑事诉讼模式

正是鉴于传统刑事诉讼模式研究范式的缺陷，笔者曾在与左卫民教授合作的《我国刑事诉讼制度改革若干基本理论问题研究》^②一文中对“英美当事人主义/欧陆职权主义”诉讼模式的理论局限性进行了系统的反思，经由借用现代化理论，指出法律制度（包括刑事诉讼制度在内）乃是特定社会形态不可分割的有机组成部分，如果把现代化视为涉及方方面面的整体变化过程，那么就不得不承认包括刑事诉讼制度在内的法律制度同样存在一个现代化问题，同样可依照现代化有关理论加以分析、考察刑事诉讼领域。据此，刑事诉讼制度可以划分为“传统/现代型”刑事诉讼模式，两大法系诉讼制度的同质性得到发掘，其作为现代型刑事诉讼制

① [日]田宫裕：《刑事程序的简易化》，载[日]西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，李海东等译，中国法律出版社、日本国成文堂1997年版。

② 左卫民、万毅：《我国刑事诉讼制度改革若干基本理论问题研究》，载《中国法学》2003年第4期。