

争鸣与思辨

刑事诉讼模式经典论文选译

〔美〕虞平 郭志媛/编译

DISCOURSES AND INQUIRIES

A Translation of Classic Literature on Models of
the Criminal Process



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

争鸣与思辨

刑事诉讼模式经典论文选译

〔美〕虞平 郭志媛/编译

DISCOURSES AND INQUIRIES
A Translation of Classic Literature on Models of
the Criminal Process



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译/(美)虞平,郭志媛编译.

—北京:北京大学出版社,2013.1

ISBN 978-7-301-21016-1

I. ①争… II. ①虞… ②郭… III. ①刑事诉讼-模式-研究

IV ①D915.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第170077号

书 名:争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译

著作责任者:[美]虞平 郭志媛 编译

责任编辑:侯春杰

标准书号:ISBN 978-7-301-21016-1/D·3143

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.yandayuanzhao.com>

电子信箱:law@pup.pku.edu.cn 新浪官方微博:@北大出版社燕大元照法律图书

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者:新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 33 25印张 644千字

2013年1月第1版 2013年1月第1次印刷

定 价:68.00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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

没有哪个模式的提出是对应现实或代表理想状态，从而完全排斥另一个模式的。这两个模式仅仅提供了一种讨论刑事诉讼程序的运作的方便途径，该程序的日常运行涉及在两种价值体系的竞争性要求中进行一系列持续的微小的调整，并且程序的规范性前景也涉及对两种竞争性主张之间的紧张状态的一系列解决办法。

——赫伯特·L. 帕克（《刑事诉讼的两种模式》）

导 言

本书的形成源于编者多年来对于刑事诉讼制度的思考。

美国学者非常关心刑事程序中的具体问题,对于制度的理论框架很少有人关注,原因很简单,美国法学界多年来受到法律现实主义的影响,对于解决实际问题的兴趣远远超过抽象的理论阐释。所以我们经常看到美国法学教授非常专业和细致,对问题的研究深度和精度也往往令人叹为观止,他们的研究对于解决具体问题非常有用,至于理论构思或者宏大叙事在美国学者那里却常常付诸阙如。然而这并不意味着美国学者对于重大理论问题完全没有兴趣,在涉及基本价值观和制度实用性时,美国学术界也有着经久不息的争论。有些争论甚至是非常思辨的,糅合了不同思维观点的激烈碰撞,对不同法律制度的建制有很大的益处。美国刑事法学界有关刑事诉讼模式和制度建构的讨论就是这样一例。

对刑事诉讼模式和制度建构的讨论涉及范围远远大于刑事法律,甚至超出法律制度本身。它关乎到社会控制问题,是一个社会决定用什么方式对待社会异常行为(反社会行为)以实现社会控制的根本性问题;其次,它涉及个人与国家的总体关系,它要决定当国家权力与个人权利之间发生激烈冲突时(以国家名义剥夺个人人身自由乃至生命),划出的国家权力行使的界限和个人权利受到法律保护的底线;对这些问题的不同回答直接决定了一个社会采用不同的刑事诉讼模式。

与此同时,另外一个更有趣的文化学意义上的问题是:现代刑事诉讼制度是西方法治化进程的一个产物,对中国而言是舶来品。近代中国为何在与西方交往(或者不如说是冲突)过程中接受了这一制度?这本身就是一个非常值得探讨的问题。换句话说,用西方法治理念研究中国刑事诉讼制度的实然和应然问题也大大超出了刑事诉讼制度本身,它牵涉到法律文化的移植、转化以及内化的复杂过程。

法律文化能否移植他国长期以来困扰着学术界,并考验着不同社会制度下的政治家的智慧。人类历史表明:任何一种制度,无论是从本土衍生发展而来,抑或从异族文化借鉴甚至照搬过来,都不是一成不变的。制度的产生和变迁有着其所在社会的现实环境和历史的原因,也有社会需求和外部压力的因素。以中国为例,现代法律制度的引进和建立主要是近代一系列的历史事件所造成的,特别是在与

西方列强接触、交往、冲突乃至战争过程中形成的。以下试图从历史的角度着手,希冀从中得到一些启示。

一、与西方的法律冲突:失落的刑事司法价值观

早在14、15世纪,中国领先世界文明。无论在物质的丰富程度上,还是在制度的人性化方面,中国均为当之无愧的先进文明之邦。无怪乎当时来中国的西方传教士在回国后通过著作和口述传播了发生在东方的美妙故事,对文艺复兴时期的欧洲产生了巨大的影响。以伏尔泰为首的思想家们在各自的著述中盛赞中国古老文明,并以此鞭策中世纪以来野蛮的欧洲社会及政治制度,开一代启蒙思想之先河。当然,这中间不乏传教士们对中国文化和制度的误解和美化,以及希望通过对理想化中国的制度介绍来激发欧洲走出野蛮的中世纪的美好愿望。但是,毋庸置疑的是,即使是唐宋以降的专制制度本身并不具有现代民主和人权的基本因素,然而与欧洲当时黑暗野蛮的统治相比,中国文明要更加符合人性,这也是启蒙思想家推崇中国的根本原因之一。

这种状态维持到康乾盛世后期,当马戛尔尼爵士(Lord George Macartney)带着英国国王乔治三世的谦卑信件来觐见乾隆皇帝要求与天朝通商并建交时,他得到的回应竟是十分傲慢的拒绝和藐视。此后,西方在多次与中国打交道未能成功之后,通过战争方式开启了中国近现代丧权辱国的痛苦历史。

一方面,我们看到西方列强通过炮舰强迫中国签订了不平等条约,在中国攫取了巨额利益,违反了人类良知甚至当时的国际准则;但是另一方面,从景仰古老中国文明到视中国为俎上之鱼肉,西方对中国的看法究竟为何在数百年内有如此重大的转变?难道仅仅是人性之恶、利己主义驱使?

仔细比较欧洲和中国在不同历史阶段的文明程度有助于我们对后来发生的一系列事件的理解。早在14、15世纪,中国经历了大唐盛世,社会制度逐渐完备,虽然皇权至高无上,但是运用皇权以及政府权力并非毫无限制。在帝王年代,依照儒家伦理以及天人合一的世界观,掌大位之人必须辅之以德,无德者当去其位。这种古老的思想在西方也不乏赞同者,柏拉图就认为最佳的政治体制是哲学王(道德上完善的人)统治国家。所不同的是,柏拉图等西贤认为以哲学王统治世界的情况几乎不可能,因此退而求其次。而在中国,这是两千多年封建体制下的主旋律。落实在制度层面上,我们以皇权为中心,儒家伦理为指导原则,祖祖辈辈延续了一种独特的人治制度。如果说皇权是一头肆无忌惮的野兽,而儒家伦理则是拴住这头野兽的一条巨大绳索。通观中国历史,当儒家伦理有效地束缚了皇权及官僚恣意纵横的时候,中国便出现了政治清明、国泰民安的局面,反之,则民不聊生、天下大乱,便会开始政权更迭“一治一乱”的周期循环。而中世纪远道来到中国的传教士们正好遇到了一个理想的中国,加上他们对欧洲窒息人性的专制政权的憎恶,自然懂

憬能在欧洲效仿中国。需要注意的是,那时候欧洲主要的思想家尚未提出改革社会的方案,换句话说,那时的欧洲尚未产生贝卡利亚、洛克、霍布斯、卢梭、孟德斯鸠等思想家,而这些人的思想才真正影响了后来的欧洲和北美,也主导了当今世界政治制度的发展。

从刑事司法层面上看,虽然当时的中国还是衙门审案,没有辩护律师,酷刑时常在庭审中使用,但是,司法审级层层把关,重大案件特别是死刑案件甚至可以上达天听,由皇帝本人干预,加上各地官僚勤政爱民(儒家伦理的要求),天下比较太平。反观欧洲,以王权和教皇权力为核心,各国政府为了维系统治不择手段,肆无忌惮地盘剥民众,聚敛财物,在司法层面上,神判酷刑无所不在,冤狱腐败比比皆是。显然,与中国相比,欧洲缺乏一条拴住王权和皇权的政治伦理绳索。天下苍生怨声载道、社会乱象丛生。

数百年后,当欧洲经历了文艺复兴和思想启蒙运动,特别是在贝卡利亚、洛克、孟德斯鸠、卢梭等人开启的刑事制度人道运动之后,在涉及个人基本权利的制度设计上已经有了革命性的变化。至少在制度层面上,欧洲已经摒弃了酷刑做法,并通过法国大革命、美国独立战争等重大历史事件,将英国大宪章以来提倡的基本人权在制度上固定下来。而这时的中国基本还停留在几个世纪前,不同的是政治清明度在急剧下降,官僚腐败、皇帝昏庸,以致民怨沸腾,这与欧洲的朝气向上形成了一个鲜明的对比。这种制度性的反差在涉及在华外国人的刑事审判上就显得尤为突出,也给列强觊觎中国、瓜分市场提供了绝佳的借口。

中外冲突首先集中在一系列外国人与中国司法制度的碰撞上,其中最为著名的就是发生在1821年的“Terranova”事件上。Terranova是一个意大利水手,为美国籍船只“艾米丽(Emily)”号工作,他被控失手杀死了一位中国妇人。虽然事实并不清楚:到底是该妇人自己不慎落水死亡,还是Terranova意外将其碰落水中。当出现人命关天的案件后,广东番禺知县便要求美方交出凶手,否则将无限期扣留美国船只。美方船长迫于商业考虑(船上装满了鸦片),交出了Terranova,但是要求中方能够公平审理。然而经过两次审判,包括一次在中国衙门内的没有外国人旁听的审理,Terranova被处以绞刑并被执行。在两次审理中,既没有辩护律师,也没有对证据的审核和辩论,在庭审中有关事实的陈述也是充满了矛盾,疑点重重,这个案件震惊了西方。经过数百年启蒙运动和制度性革命,他们心目中的刑事司法制度是一个人道理性的制度,理应给被告人一个公平申辩的机会,即使所控事实成立,按照罪刑相适应原则,顶多也是个误杀,罪不至死。死刑的判决实在是与已具雏形的欧美现代刑事司法制度格格不入。在中国以后的各类不平等条约签订过程中,Terranova案件一直被广泛引用为建立领事裁判权的重要依据或者说是借口。

在与西方列强因鸦片贸易而发生的战争结束后,中国突然发现无法在自己的领土上行使完整的司法主权。西方列强除了打破中国的闭关自守国策,强行开埠

通商外,还迫使中国接受了丧权辱国的领事裁判权,或称“治外法权(Extraterritoriality)。”即:外国政府在华势力范围内,尤其在租界内由其本国领事来处理涉及本国人的法律纠纷,包括刑事犯罪问题。如果来自不同国家的外国人发生了纠纷,需由该不同外国人所在国驻华领事组成审判庭审理解决,而涉及华人与外国人的纠纷则由所谓的会审公廨之类的华洋混合法庭(Mixed Court)审理。列强提出建立领事裁判权的主要依据就是中国当时的法律制度不符合西方的文明标准,依照中国法律由中国官员裁决纠纷无法保证公平。在自己领土内无法行使司法审判权对于满清政府而言是大失颜面的,而对整个民族来说更是莫大的侮辱。

自1843年中英《五口通商章程》中首次规定领事裁判权后,各国陆续在中国建立了各自的治外法权。满清政府迫于朝廷内外的压力,一直试图取消领事裁判权。在与列强的交涉中,清廷得到的答复逐渐开始清晰起来:只要中国建立起符合西方标准的法律制度,西方各国就会放弃领事裁判权。这种答复不仅是一种口头许诺,而且还有现实方面的例证:1899年日本因为建立了现代法律制度,和平顺利地解除了美国等国享有的领事裁判权。具有讽刺意义的是,日本摆脱治外法权的过程也正是其打败大清帝国的过程。日本的经验给内外交困的清廷注入了一服清醒剂:为什么不能效仿日本走自强的道路,通过建立西方式的法律制度来摆脱治外法权?很快,政府就开始了政治改革,其中最为重要的举措之一就是建立西方式的现代法律制度,从钦定宪法大纲到大清新刑律,虽然清廷希望新体制体现皇权的延续,但大多数改革均是模仿甚至照搬西方国家的法律制度。为了早日恢复司法主权,清廷还延聘了日本法律专家,希望能够借助他们的经验,尽快建立新的法律体制,早日取消领事裁判权。在改革法律的同时,中国与列强之间有关领事裁判权问题的交涉一直从未停顿过。为此,列强曾经组织过华盛顿会议专门审理中国提出的撤销领事裁判权的要求,遗憾的是:每次会议的结论都是中国尚未建立符合西方的法律制度,因此不能取消领事裁判权。^[1]

清末法律改革的最终失败固然与清廷抱残守缺、不能顺应潮流有关,而老大帝国绵延千年的传统包袱也是滞碍新制度建立的重要因素。但是追根溯源,我们不难看出:摆脱领事裁判权、恢复司法主权是清廷乃至民国政府进行法制改革的重要动因,至于法治本身是否中国需要,法律的价值观是否值得推崇在整个社会并未深入的探讨,也未得到社会精英的深刻关注。法律改革的“动机不纯”可以说是导致清末及近代法治改革失败的最大原因之一。最终,各国在华领事裁判权还是因为盟国需要中国积极参与二次大战,才于1943年战争白热化中主动加以取消,中国

[1] 有关华盛顿会议审核中国法律制度的详细介绍参见,George W. Keeton,“中国法律改革之进步(The Progress of Law Reform in China)”*Journal of Comparative Legislation and International Law*, 3rd Ser., Vol 19, No 4. (1937), pp 197-211.

才得以恢复司法主权。以后的故事大家耳熟能详,国共内战直到新中国的建立,我们再也没有机会重新思考是否需要法治。直至 80 年代改革开放后,中国与国际社会有了前所未有的深度接触,我们才开始认真思考什么是法治,什么是符合人性的刑事司法制度,以及法治对社会健康发展的重要作用。回顾清末法律改革,它发端于对颟顸野蛮的刑事司法制度反思的窘境,但是直到一百多年后的今天,我们从某种程度上说依然徘徊在与清末对同样问题解决方案的苦苦思索上(虽然程度上有所不同)。正是在这个意义上,本书讨论的刑事诉讼模式及其价值观对继续深化刑事诉讼程序的改革有着重要的现实意义。

二、法律移植与刑事诉讼模式研究的重要意义

刑事诉讼模式的研究肇始于美国著名学者赫伯特·帕克(Herbert L. Packer),他于 1963 年发表的“两种刑事诉讼模式”给当时比较沉闷的学术界打入一剂强心针,引发了有关刑事诉讼的激烈讨论。当时美国联邦最高法院在沃伦大法官领导下,开展了一场深刻的司法人权革命。通过判例,最高法院确立了一系列旨在保护被告人诉讼权利的规则,米兰达警告、法律帮助权以及限制警察执法滥权的很多规则就是在这个时期产生的。帕克为了诠释当时的刑事司法制度走向,提出了著名的两种刑事诉讼模式理论。

帕克认为存在着两种不同的刑事诉讼程序模式:犯罪控制(Crime Control)模式和正当程序(Due Process)模式。在犯罪控制模式下,效率是一个至高无上的目标。它要求所有国家机关以最大的限度、在第一时间抓获并惩罚犯罪分子,为了达到这一目标,所有的司法力量必须投入如何逮捕羁押犯罪分子以及用最快的速度定罪量刑,并且这种定罪量刑具有终极性——不容有太多的程序性的挑战。在此模式下,各国家机关的关系也必须要以配合为主,整个刑事程序如同一条生产流水线(assembly line),而定罪量刑就是这条流水线的最终产品。

在正当程序模式下,公平和正义是刑事程序追求的主要目标。它对刑事程序中的准确性要求更高,不认为效率是最为重要的价值观。相反,它认为刑事程序中“发现事实(fact-finding)”是非常困难的,所以为了确保事实的准确性,就需要采取各种措施防止出现差错和误判。与犯罪控制模式的生产流水线相比,正当程序模式更像一道跨栏比赛(Obstacle Course):法律设置了许多标准,犹如一道道障碍,跨栏选手要想跑到终点,就必须克服(跨过)所有的障碍(法律准则)。和传统的西方政治哲学相吻合,正当程序模式对国家权力是深具疑心的,为了保护个人权利,防止公权力的滥用,这些制度性的“障碍”是必须的,相比之下,效率就不是那么重要。

帕克深知诉讼模式研究对实践具有重要意义,它给人们在研究刑事诉讼程序时提供了一个平台。他的两种模式理论并非绝对对立的。用他自己的语言来说,世界上并不存在两种绝对的模式。他提出这两种模式只是要警醒世人:我们在考

虑刑事司法权力的使用和配置时,必须要兼顾到这两种模式所代表的截然不同的价值观。事实上,在美国历史上也不存在两种水火不容的刑事程序模式,只不过在不同的历史阶段,这两种模式所代表的价值观互有胜负及消长,反映在刑事程序上则是:有时候刑事程序的效率受到更大的关注,而另一些时候则个人权利保护得到强调。例如,在五六十年代,由于民权运动的蓬勃发展,个人权利在刑事诉讼中受到极大的重视,沃伦法院对于保护被告人和嫌疑人的权利方面做出了极大的贡献。而到了七十年代伯格法院时期,刑事诉讼程序则开始朝着效率方面修正。这些均说明在不同的时代社会对刑事诉讼的关注点不同。

犯罪控制模式和正当程序模式理论自产生至今,饱受各种非议,但是其生命力之强是任何刑事诉讼理论难望其项背的。究其原因,是它客观地分析评述了刑事司法制度下的相互冲突和竞争的不同价值观,给后人分析刑事司法制度(包括新式司法权的配置)提供了绝佳的理性思维平台。

不仅如此,诉讼模式的引入还具有重要的方法论价值。如罗奇教授所言:“模式提供了一种妥善处理刑事诉讼复杂性的有效方法,它们允许简化细节而突出共同的主题及发展趋势。”模式的构建为我们探讨刑事诉讼的实际运行、刑事司法的价值取向以及人们思考并谈论刑事司法的方式提供了一种可评价的话语。由于模式是一种经过简化、抽象所形成的样式,它所反映的不是系统或过程原型的全部特征,但能够描述出原型的本质特征,因而模式分析法具有高度的抽象性和概括性。通过这一概念,人们对刑事诉讼程序的观察从角度上有别于过去:不再将所有诉讼参与者的权利、义务、责任以及所有诉讼环节都纳入分析的视野,也不再过于关注诉讼程序的细枝末节,以至于“只见树木,不见森林”,而是真正从纯粹“诉讼”的角度,将控诉、辩护、裁判三方主体的地位作为分析的重心,将三方的法律关系作为诉讼程序的整体框架。如今,诉讼模式已经与诉讼目的、诉讼价值等范畴一起,成为学者们研究具体诉讼制度、诉讼程序时的重要理论分析工具。特别是在进行比较法研究和法律移植过程中,由于其分析方法的优势而受到研究者的普遍青睐并被广泛运用。

诉讼模式所反映的某一诉讼制度的本质特征不仅能够折射出该制度深层次的精神、理念,而且体现为一系列具体的程序、规则和制度,是刑事诉讼法学研究体系中连接抽象理念与具体制度设置的中介。从更广阔的视角来看,刑事诉讼模式高度抽象、概括了其所代表的刑事诉讼制度,因而在研究刑事诉讼制度与其所在社会背景下各种具体因素,包括政治权力结构、经济因素、文化传统因素等之间的互动关系时,也是一种有力的分析工具。

三、中国刑事诉讼模式研究的现状与局限

中国刑事诉讼理论界对诉讼模式的研究始于20世纪80年代,李心鉴博士的

专著《刑事诉讼构造论》是其中系统研究诉讼模式的代表作,他的最大贡献在于介绍了美国和日本刑事诉讼模式的多种学说和流派,从而引发了中国学者对该问题的思考与探索。诉讼模式这一研究范畴的引入,使得中国刑事诉讼法学得以走出注释法学藩篱,并逐步向理性思辨发展。

诉讼模式的变革是根本性的、全局性的变革,属于牵一发而动全身的变革。“刑事诉讼构造是刑事诉讼法学中的一个基本范畴,其研究对象与整个刑事诉讼格局的设计密切相关,其科学合理与否将会对刑事诉讼的立法与司法产生深远的影响”〔2〕关于刑事诉讼构造问题的研究突破了过去西方学者对刑事诉讼基本类型归属问题的研究局限,在研究的过程中充分注意到以我国实际存在的制度为原型,将刑事诉讼构造问题与刑事诉讼阶段、刑事诉讼主体、刑事诉讼职能等理论范畴结合起来,使之更加贴近和反映中国司法实践的状况,从而为司法改革提供了有力的参考,为刑事诉讼立法的完善提出了建设性的意见。

在中国学者的研究中,诉讼模式与诉讼构造、诉讼结构是同义词。《刑事诉讼构造论》出版之前,“诉讼结构问题在我们的理论研究中却长期被忽视,而且即使论及,也往往循着国外诉讼法学的思路,将其简单地归结为当事人主义与职权主义等既定结构模式,缺乏更基本更深入且具创新意义的思考。”〔3〕

李心鉴博士指出现代刑事诉讼构造的发源地在美国。帕克的犯罪控制模式和正当程序模式学说深入地研究了美国刑事诉讼构造在理念上和在实际运作中的两种倾向。他不仅较为详尽地介绍了帕克的两种模式学说,而且也提到帕克模式学说所引起的争论。例如,格里菲斯反驳帕克的两种模式均属于“争斗模式”,并提出与之相对立的“家庭模式”。戈尔茨坦仍然坚持传统的纠问模式与弹劾模式;达马斯卡提出的职权纠明模式与当事人抗争模式、阶层模式与同位模式学说,则在正面研究刑诉构造基本类型的同时,以刑诉构造背后起决定作用的不同的意识形态、诉讼目的、权力结构形式为研究重点,将刑事诉讼构造理论引入一个崭新的境界。

受到上述著作的启迪,中国刑事诉讼学者先后提出了线形结构与三角形结构(等腰三角形、正三角形)、流水作业结构与“以裁判为中心的结构”、纵向结构和横向结构等富有创见的学说,对于深化刑事诉讼法学的理论研究、更好地理解刑事诉讼实践以及有针对性地进行法律改革、适当进行法律移植提供了强有力的理论支撑。

最早提出两重结构说的是龙宗智教授,他认为刑事诉讼中存在两种结构,一种是“三角结构”,一种是“线形结构”。所谓三角结构,是指在刑事诉讼的控辩审“三方组合”中,原告和被告形成一定的诉讼对抗,法官则是居于其间、居于其上的仲裁

〔2〕 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(第三版),中国人民大学出版社2011年版。

〔3〕 李心鉴:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1992年版。

者,由此而形成一个正三角形结构”。龙宗智认为,“这种三角结构,正是‘诉讼’结构区别于‘命令—服从’这种行政管理结构的特质与特征”。“三角结构”的应有之义包括控审分离、控辩对抗以及司法中立、至上。所谓线形结构,是指国家设置警、检、法机关分别承担一定职能,刑事案件按特定程序由侦查、起诉到审判递传。在三机关之间实际存在着一种“工序关系”,即线形关系。

龙宗智认为,线形结构,是刑事诉讼构造区别于民事诉讼、行政诉讼构造的特征。公、检、法三机关在刑事诉讼中“分工负责,互相配合,互相制约”就是我国刑事诉讼法对这种线形关系的一种注释。两重结构说实际上是从不同角度观察刑事诉讼得出的结论,“现代各国均兼采三角、线形两种结构。不过,由于历史传统、社会结构形式和现时政治文化不同等原因,各国对上述一般结构的具体采纳方式不同,从而形成实际刑事诉讼结构的不同类型。两重结构说的贡献在于看到审判阶段控辩审关系与整个刑事诉讼过程中控辩审关系的区别,其“三角结构”是对审判阶段诉讼构造的描述,而“线形结构”则是从诉讼阶段的进程来看,将刑事诉讼视为一种“双方组合”。两重结构说既注意到诉讼构造与行政管理结构的区别,也指出了刑事诉讼构造与民事诉讼和行政诉讼构造的不同,实际上是后来刑事诉讼横向构造与纵向构造学说的雏形。

继两重结构说之后较有影响的另一有关刑事诉讼模式的学说是陈瑞华教授提出的以裁判为中心的诉讼模式与流水作业式的诉讼模式学说,以及与此相关联的刑事诉讼横向构造和纵向构造学说。根据陈瑞华教授的观点,横向构造强调的是控辩审三方在各个程序的横断面,尤其是在审判程序中的静态关系,纵向构造则强调控辩审三方在整个诉讼程序流程中的动态关系。由于以往的研究者多将关注点放在控辩审三方之地位与相互关系上,且常常将这三方的法律关系置于某一横向的程序平面上进行分析,因此,刑事诉讼的纵向结构问题一直未能受到应有的重视。而相对于刑事诉讼的横向构造而言,由公检法三机关的关系所体现的纵向构造恰恰代表了中国刑事诉讼程序的主要特点,其中的问题也更为集中、更为严重,因此研究刑事诉讼的纵向构造显得尤为重要。

以纵向构造为背景并受到帕克模式论的影响,陈瑞华教授将中国现行刑事诉讼概括为“流水作业式”的构造,将侦查、起诉和审判比作工厂生产车间的三道工序,公、检、法在这三个环节上分别进行流水作业式的操作,通过前后接力、互相配合和互相补充的活动,共同致力于实现刑事诉讼法的任务。与此同时,陈瑞华教授认为现代法治国家的刑事诉讼在纵向上表现为“以裁判为中心”的诉讼构造。根据西方国家普遍遵行的司法最终裁决原则和控审分离原则,司法机构的裁判活动应当居于刑事诉讼的中心,这是将诉讼活动区别于行政活动甚至准军事活动的典型诉讼特征。以裁判为中心的诉讼构造具有如下特点:第一,司法机构介入侦查,并负责就所有涉及个人基本权益的事项进行司法授权和审查;第二,权益受到限制

或剥夺的公民可申请法院的程序性裁判;第三,法院对检察机关的起诉或者不起诉决定可以进行司法审查;第四,法院通过法庭审判,可以对审前活动的合法性继续进行司法审查;第五,控方案卷材料对法院不具有任何预定的法律效力,法庭通过直接听审作出独立裁判;第六,法院与检警机构在组织和运作方式上具有极为明显的区别。

将刑事诉讼构造区分为横向构造与纵向构造表明中国学者对刑事诉讼模式的理论研究已经开始走向深入,从关注控辩审三方的静态关系已经发展到关注控辩审三方在动态诉讼程序中的相互关系。此外,近些年来,随着被害人保护运动在中国的兴起,刑事诉讼法学界的研究者也已经开始思考加强被害人权利保护对传统诉讼模式学说带来的冲击与挑战。该现象与美国在 20 世纪 90 年代末由被害人权利保护的宪法修正案引发的关于刑事诉讼模式的争论极为相像。但是理论上对于被害人参与给诉讼模式带来的变化尚未形成较为成熟的学说。

任何理论研究的成果如果不能有益于司法改革,都只能沦为空谈。上述刑事诉讼模式的学说对于指导中国的刑事司法改革已经并将继续发挥重要的指导作用。例如,从刑事诉讼的横向构造来看,中国原有的刑事诉讼,特别是刑事审判程序具有职权主义的特征,因此 1996 年修正的《刑事诉讼法》吸收了英美对抗制的一些因素,削弱了法官的职权作用,增强了控辩双方的对抗。这一改革使中国的审判程序从职权主义向当事人主义靠近。但是,仅仅改变“横向构造”,而在中国刑事诉讼整体构造(尤其是其中的“纵向构造”)保持不变的情况下,诸如审判方式的改革就只具有极为有限的意义,也不会产生明显的积极效果。因此,理论研究揭示了我国在过去二十年间刑事诉讼改革成效不大的主要原因,说明刑事司法改革必须是整体上协调一致地、有系统地改革。

四、两次刑事诉讼法修改中刑事诉讼模式的变迁

中国自 1979 年颁布第一部刑事诉讼法典以来,分别于 1996 年和 2012 年对其进行了两次较大的修正。以 1979 年《刑事诉讼法》为基础建构的刑事诉讼模式,具有典型的职权主义诉讼模式特征:在刑事诉讼中,侦查、控诉机关的权力强大,侦查手段广泛、多样,使用灵活,限制极少;被告人在侦、控阶段诉讼权利受到局限,不允许延请律师帮助,没有保持沉默的权利;审判阶段,法院依职权主动调查案件事实,以积极姿态出现,始终占据主导地位;人民法院与人民检察院关系过度紧密,使控审关系界限不清,抑制了辩护权能作用的发挥,等等。1996 年《刑事诉讼法》对原刑事诉讼法的修改共有 143 处,删除了 2 条,增加了 63 条,修改了 70 条,是刑事诉讼法的第一次大修。该次对刑事诉讼法的修正引进、吸收了诸多当事人主义刑事诉讼模式的内容,使我国刑事诉讼模式发生了变革,出现了“当事人主义化”趋势。具体表现在:在侦查、控诉阶段,取消了公安机关的收容审查权和检察机关的免于

起诉权,削弱了侦控机关的权力,侦控权力的行使受到更多程序的限制;提高了诉讼参与人尤其是当事人的诉讼地位,犯罪嫌疑人和被侦查机关传讯后,即可聘请律师予以帮助,被告人从被审查起诉时起,便可委托律师充当辩护人;检察机关不予起诉的案件,被害人有足够的证据的,可以径行向人民法院提起诉讼;在审判阶段,实行对抗式法庭审判,举证责任由控、辩双方承担,审判工作主要通过控、辩双方的举证、质证、辩论等活动展开,审判者的职权性作用淡化,仲裁性作用加强等等。

以上改革使我国刑事诉讼模式更加民主和科学,有明显的直接移植美国对抗制诉讼模式的痕迹。然而在实践中,有些改革并未得到切实的贯彻实施。例如,为了切断侦查与审判的联系,防止法官预断,使庭审实质化,1996年《刑事诉讼法》将公诉案件的庭前审查程序由实体性审查改成程序性审查,与此相适应,人民检察院提起公诉时向法院移送的案卷范围也由全案移送改为有限制的移送,仅移送起诉书、证据目录、证人名单、主要证据的复印件和照片。这一改革的初衷是良好的,但是由于立法技术上的原因,主要证据的范围长期以来界定不清,又因为未预见到实务部门对此改革的抵触,后者普遍认为复印件移送主义是人力、财力和时间的浪费。更主要的是,复印件移送主义导致律师阅卷范围明显受到限制,使本就举步维艰的刑事辩护愈加困难。诸多原因使得1996年《刑事诉讼法》关于起诉移送案卷范围的改革基本上未能实现其预期目标。也正因为如此,2012年刑事诉讼法的再次修改又恢复了提起公诉时移送全部案卷和证据的做法。唯其如此,一些学者得出结论:1996年《刑事诉讼法》改革在向当事人主义(或对抗制)靠拢方面,特别是庭审改革上是失败的。^{〔4〕}

2012年,中国又对刑事诉讼法进行了第二次大修改,此次修正增、删、改共计149条,其中增加66条,修改82条,删除1条,修法规模甚巨,引起的社会关注也比第一次大修有过之而无不及。本次刑事诉讼法修改的内容主要包括:(1)在刑事诉讼法中增加“尊重和保障人权”的规定,使之成为整部刑事诉讼法的指导原则;(2)改革完善辩护制度,一方面确认了侦查阶段律师的“辩护人”地位,强调辩护人的责任是实体辩护与程序辩护并重,另一方面改善了辩护律师的会见程序、扩大了辩护人的阅卷范围,更为重要的是,扩大了法律援助适用的阶段和案件范围,进一步保障了犯罪嫌疑人、被告人获得律师帮助的权利。(3)完善证据制度,确立非法证据排除规则,细化证明标准。(4)改革完善侦查讯问程序,一方面要求犯罪嫌疑人被拘留后应当在二十四小时内送看守所羁押,侦查人员讯问犯罪嫌疑人,应当在看守所内进行,另一方面要求对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件的讯问过程进行全程录音录像。(5)完善证人、鉴定人出庭作证制度,加

〔4〕 见前注。另参见汪建成:《刑事诉讼法再修订过程中面临的几个选择》,载《中国法学》2006年第6期。

强了证人、鉴定人的保护,规定了证人作证的补偿机制。(6) 扩大了简易程序适用范围,凡是基层法院管辖的刑事案件,只要符合事实清楚、证据充分,被告人认罪并同意适用简易程序,即可适用简易程序进行审判。这就使无期徒刑以下的所有刑事案件均有适用简易程序的可能性,极大地扩张了简易程序的适用范围,有望使刑事案件切实实现繁简分流。(7) 完善了第二审程序和死刑复核程序,明确二审应当开庭审理的案件范围,死刑复核程序实行调查讯问式的审理方式。这两个程序的改革都遵循了审判程序应当具备诉讼化特征的思路。(8) 增设了四种特别程序,包括未成年人刑事案件诉讼程序,当事人和解的公诉案件诉讼程序、犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序以及依法不负刑事责任的暴力型精神病人的强制医疗程序。

上述改革均以加强刑事诉讼中的人权保障,提高刑事诉讼的民主性、科学性为价值目标,在一定程度上仍然沿着“当事人主义化”的路线前行。然而,本次刑事诉讼法的修改也体现出加强惩罚犯罪、为专门机关扩权的倾向,主要体现在:(1) 对监视居住规定了有别于取保候审的独立适用条件,增加对特定案件适用指定居所监视居住。虽然立法的初衷是扩大羁押替代措施的适用,降低审前羁押率,但是由于指定居所监视居住不限于无固定住处的人,对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大的贿赂犯罪都可以适用,因此其在实践中极有可能演化成一种变相的羁押。(2) 增设技术侦查和秘密侦查手段,强化了侦查能力。修正后的刑事诉讼法增设了“技术侦查”一节,规定了技术侦查、秘密侦查等特殊侦查手段,虽然这一方面使特殊侦查手段的运用纳入法治轨道,但是同时也明确允许侦查机关采用特殊侦查手段侦破案件。(3) 增设犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序,加大了严惩腐败犯罪和恐怖活动犯罪的力度。(4) 在个别方面加强法院的职权作用。例如,修正后的刑事诉讼法规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证。”^{〔5〕}这一规定实际上将是否要求证人出庭作证的决定权交给了人民法院,因为即使控辩双方对证人证言有异议并要求证人出庭作证,如果法院认为没有必要的,仍然无需通知证人出庭作证。这一规定与中国刑事诉讼法自1996年以来不断向当事人主义靠拢的发展趋势是背道而驰的,此处强化的是法院的职权作用。(5) 延长了第一审和第二审程序的审理期限,并赋予最高人民法院无限期延长审理期限的绝对权力。这一规定意在应对某些特殊案件,但是由于司法实践中,审判期限往往等同于羁押期限,延长审限同时也就延长了羁押期限,由此可能侵犯被告人的合法权益。

综上所述,从中国刑事诉讼法的两次修正经历来看,1996年的修法带有更多

〔5〕 新《刑事诉讼法》第187条。

的法治理想主义色彩,基于对当事人主义诉讼模式的青睐甚至膜拜,在修法中进行了大量的法律移植,因此当事人主义化的特征极其明显。与之相较,2012年修法则呈现出截然不同的特点,经过上次修法在实践中的检验,中国的法律改革逐步趋于理性,尽管借鉴域外经验仍然是修法中必不可少的一个步骤,但是法律移植显然不再是修法的主要来源或者模式。本次修法更多关注的是解决司法实践中存在的问题,而不是中国刑事诉讼的模式定位与发展走向。修法中的许多方案甚至既非来自于当事人主义,也非来自于职权主义,而是中国特色的本土化模式。

五、他山之石、可以攻玉:本书导读

如上所述,对刑事诉讼模式的系统探讨滥觞于美国,与美国当时的社会政治历史背景有着深刻的关联。20世纪80年代以来中国法学界对此予以关注,至90年代开始加以系统研究,并引起广泛的讨论。这种理论的探讨没有仅仅停留在书面上,而是和1996年的刑事诉讼法修改紧密地结合起来,对中国刑事诉讼法学界研究和司法实践产生了深远的影响。

然而,毋庸置疑的是:我们刑事诉讼法学界在研究以及运用刑事诉讼模式理论的同时,囿于文献和语言的限制,对美国这场刑事诉讼模式的讨论未能窥见全豹。这从国内讨论刑事诉讼法修改的众多文章中得以佐证:相当多数的文章在讨论刑事诉讼法的修改以及中国未来刑事司法制度改革时,常常在别人已经深入研究过的领域或问题上做简单的低层次的重复,甚至对一些基本理论茫然无知。大多数学者对于帕克的两种刑事诉讼模式理论耳熟能详,但是对其他美国学者与帕克论争的部分就知之甚少,甚至浑然不觉。帕克文章诞生的第一天就吸引了众多的反对者和支持者,经过多年的争论,已经积累了极为丰富的视角和理论。与其说帕克对刑事诉讼制度研究的最大贡献是他提出了两种刑事诉讼模式,倒不如说他的两种模式论激发了人们对整个制度的彻底反思,通过不同价值观的交锋和多种视野的交汇,揭示了刑事诉讼制度以及其赖以生存的整个社会制度的本质及其内在的逻辑。正是在这个意义上说,中国刑事诉讼法学未能恪尽职守,学术研究还有待进一步的发展及深入。

有鉴于此,编者在分析美国长达四十年的刑事诉讼模式论争的基础上,精选了二十篇有关这一主题的经典文章以飨读者,并期望通过系统介绍这些年的有关争论,为中国刑事诉讼法学的进一步思考已经完成的和将要进行的刑事司法制度改革提供深度的资料和理论基础。

本书主要沿着两条脉络来安排的:其一是对刑事诉讼的“价值模式”的讨论。该线索从帕克提出的两种刑事诉讼模式开始,以个人权利为主轴的正当程序模式和以社会控制与防卫为核心的犯罪控制模式入手,讨论刑事诉讼制度应当建立在什么样价值观基础上。其二是对刑事诉讼的“制度模式”的讨论。这条脉络主要

是围绕着模式的外在表现,即对抗制和纠问制的论争。两条脉络既有关联又有区别,但是最终还是归结为一个基础,就是无论是什么样的价值模式和制度形式均是服务于某一特定社会基本价值观的。

在刑事诉讼价值模式论争中,本书以帕克的《刑事诉讼的两种模式》开头,引出对现代刑事诉讼程序模式的具体讨论。有关该文的具体内容前面有所提及,此处不再赘述。但是有一点需要强调的是,帕克有关两种模式的论点是有制度性前提的,即以他本人的话来说就是,两种模式均是建立在认定犯罪的程序和什么是犯罪这一实体问题应当分离,而前者应当先于后者之上的;并且,在决定是否运用司法权力追究犯罪嫌疑人时,警察和检察官具有广泛的自由裁量权;政府在调查和惩罚犯罪存在着权力方面的限制;最后,整个刑事诉讼模式是建立在对抗制的基础上的,即被告一方被允许运用法律积极为自己辩护,而刑事司法制度的设置,无论是哪种模式均允许被告人一方合理运用法律规则的空间,这种制度模式依赖于诉讼双方积极地在整个程序中运用法律规则进行对抗。这些前提看似平实普通,但是比较不同文化和社会制度下的刑事诉讼制度,我们就会发现,如果不具备这些前提条件,粗糙地借用刑事诉讼模式中的那些设置,不是效果不彰,就会适得其反。以此观之,我国曾经借用过美国的对抗制庭审便是其中一例。我们看到对抗制保护个人权利的一面,但却忽略了中国并不存在对抗制基础,我们的律师根本没有能力在法庭上与检察官进行对抗,更不用说法庭本身也不独立,结果为了限制先入为主而不再移送案卷的做法反而变成了削弱律师辩护能力的一个障碍。同理,我们寄希望于刑事程序与犯罪定义相对分离也因为我国刑事制度高度行政化而落空,我们在侦查阶段对犯罪嫌疑人的证据固定和法庭上缺乏直接言辞原则直接导致了很大程度上模糊了程序和实体问题的区隔。所以,在很大程度上,对抗制改革未能成功与其改革所需的制度性前提缺失有着密切的关系。

帕克的文章甫面世即遭到耶鲁大学年轻的格里菲斯教授全面批驳。格氏在其著名的《刑事程序中的理念或刑事诉讼的第三种“模式”》中指出,帕克的两种模式是建立在“竞技(或者说是战斗)”的前提之下的,本身就有很大的局限性。^{〔6〕}用他的话来说,帕克只是提出了一种模式,即竞技模式,它是一种意识形态,把罪犯看成是敌人,只能惩罚和排除出社会。这一模式忽略了与犯罪相关的周边问题,比如说为什么存在对罪犯的挽救和帮助,特别是对青少年罪犯的挽救,它也不能解释为什么还会对精神病患者免除或减轻处罚。如果只使用竞技模式,罪犯一旦定罪就和社会失去了关联,被永久性地排除在社会之外。他形容这种制度只是加强了美国当时固有的视犯罪为洪水猛兽的意识形态,并服务于美国中产阶级的利益。他提出了刑事诉讼的“家庭模式”,在该模式下,社会继续关注罪犯定罪后的利用,并

〔6〕 竞技模式(Battle Model)也译为“战斗”或者“争斗”模式。