

教育部
社会科学重点研究基地基金资助

法学文库 XXI

总主编 樊崇义

THE EVOLUTION OF
CRIMINAL PROCEDURAL
MODEL

刑事诉讼模式的演进

◎ 汪海燕 著

中国人民公安大学出版社

● 诉讼法学文库 (XXI)

刑事诉讼模式的演进

汪海燕 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼模式的演进/汪海燕著. —北京:中国人民公安大学出版社, 2004. 3

(诉讼法学文库; 21/樊崇义主编)

ISBN 7-81087-677-5

I. 刑... II. 汪... III. 刑事诉讼—模式—研究—中国
IV. D925. 204

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第017618号

刑事诉讼模式的演进

**THE EVOLUTION OF CRIMINAL PROCEDURAL
MODEL INTRODUCTION**

汪海燕 著

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:北京蓝空印刷厂

版 次:2004年3月第1版

印 次:2004年3月第1次印刷

张:17.5

开 本:880毫米×1230毫米 1/32

字 数:416千字

印 数:0001~3000册

ISBN 7-81087-677-5/D·505

定 价:35.00元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public. bta. net. cn

www. jgclub. com. cn

《诉讼法学文库》编辑委员会

主 任:陈光中

副主任:樊崇义 杨荣新 应松年

编辑委员会委员:(按姓氏笔画排列)

马怀德 卞建林 江必新 李 浩 宋英辉

汪建成 陈光中 陈桂明 陈卫东 应松年

杨荣新 张树义 张卫平 樊崇义

主 编: 樊崇义

副主编: 宋英辉 马怀德

学术秘书:吴宏耀

电子邮箱:ssfxyj@sina.com.cn

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一,也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明,诉讼制度是否健全与完善,直接决定着实体法律的实际效力;没有相应的诉讼制度作为依托,实体权利只能是“镜中花、水中月”;没有完善的诉讼制度予以保障,实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是,诉讼法制的完善程度如何,还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度,是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家,诉讼制度作为法治的一个重要环节,受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到,“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,为推进我国社会主义民主、法制建设,完善我国司法体制,提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念,并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下,通过增设新的诉讼制度以充实公民实体

^① 转引自季卫东著:《法律程序的意义》,载《比较法研究》总第25期。

权利的实现途径,通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施,从而推进依法治国,加快社会主义民主与法制建设的步伐,已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建,与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中,在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时,对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原

理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律,将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之,如果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和,因此,对基本诉讼原理的认识,还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动公正进行,也必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了一定的研究成果,这有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨,缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此,随着我国法治进程的推进,探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构,系2000年10月经教育部专家评审并批准的法学类六个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授(博士研究生导师)担任,著名法学家陈光中教授(博士研究生导师)为名誉主任,著名民事诉讼法学专家杨荣新教授(博士研究生导师)担任中心顾问,知名中青年学者宋英辉教授(博士研究生导师)任中心常务副主任,知名中青年学者卞建林教授(博士研究生导师)、陈桂明教授(博士研究生导师)、马怀德教授(博士研究生导师)、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局涵盖整个诉讼法学,下设四个研究机构和研究方向:刑事訴訟法学研究室、民事訴訟法学研究室、行政訴訟法学研究室和证据法学研究室。中心研究内容、结构和研究人员的合理组合,乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。该中心在整体科研水平和参与重大决策的能力,以及科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面,均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求,该中心正以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和推动诉讼法学的发展,为建设全国一流,乃至世界一流的重点研究基地而努力拼搏!

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究,同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响,并对司法实际工作有所帮助,中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法文学库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法文学库”是中心的一项长期出版项目,面向国内外专家、学者开

放,凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著,以及对公安、司法工作有指导意义,对立法工作有参考价值或其他诉讼法学著作均可入选。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

樊崇义

2003年8月于北京

序

《刑事诉讼模式的演进》一书是作者在其博士学位论文的基础上修改而成的。

我国刑事诉讼模式正处于转型时期。寻找一种与我国当前政治体制和经济体制改革、民法文化素养以及国家日益开放等因素相适应的刑事诉讼模式,是我国诉讼法学界面临的重大课题。在此背景下,考察几种典型刑事诉讼模式的演化,探寻制约刑事诉讼模式转型的因素,将相关经验运用到我国诉讼制度改革之中,其中包括以教训为前车之鉴,无疑极有必要。

应当说,此书绝非肤浅之作。在阐述几种典型刑事诉讼模式客观演进的基础上,该书重点解析刑事诉讼模式转型的背景和原因,并试图对一些重大的历史问题作答,如在欧洲各国,虽然都是以弹劾式诉讼为起点,但为什么这种模式在欧洲大陆被纠问式所取代,而在英吉利王国却逐渐演化为当代对抗式;欧洲大陆在法国大革命之后,试图引进陪审团审判制度,建立类似于英国的对抗式诉讼,但为什么几经波折之后,最终它们确立的是批判继承纠问式而成的职权主义诉讼;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,为什么这种尝试遭到失败;日本在第二次世界大战之后,深受美国的影响,但为什么没有建立美国式的对抗式;我国在古代就有朴素的民权思想,为什么这些思想没有孕育出保障权利、制约权力的诉讼模式,等等。对于这些与刑事诉讼模式演进或转型相关问题的研究,不仅对于今天我国刑事诉讼模式的转型有借鉴和启示意义,对于建立一个完整的

学科体系也非常有必要。就目前我国诉讼法学界研究现状而言,诉讼法史学,尤其是外国诉讼法史学研究比较薄弱,也许这本著作可以弥补此缺憾。如果从学术的独立品格考虑,该书对几种典型刑事诉讼模式演进的客观描述和相关成因分析,也许是其最有生命力的部分。

对于我国现行刑事诉讼模式的选择,作者从文化的共性和相异性,以及从经济的视角提出了自己的观点。作者强调我国现行刑事诉讼模式的实质性转型,必须以法治环境的营造为前提,而且应当改变现行规范权力的方式。这一点是很有见地的。

由于历史发展的复杂性以及法系的多样性,考察每个国家甚至是每个法系的刑事诉讼模式发展及其规律性的因素是不可能的。作者以政治结构、经济(生产方式)、文化和历史性事件等作为联结点,选择了几个代表性国家作为考察对象。也许是由于篇幅和资料的原因,有些代表性国家刑事诉讼模式的演进和转型,作者并没有纳入到考察之列,如意大利。不过作者已走上学术之路,我相信,他还是有机会弥补此缺憾的。

我作为他的博士生导师,为他的专著面世而感到欣喜,故命笔为序。

陈光中

2003年11月28日

目 录

绪论·····	(1)
---------	-------

上 篇

第一章 弹劾式刑事诉讼模式的形成·····	(23)
-----------------------	--------

一、弹劾式诉讼模式的形成与演化——以古罗马为

分析对象 ·····	(23)
------------	--------

(一)“私犯之诉”及其诉讼模式·····	(24)
----------------------	--------

(二)“公犯之诉”及其诉讼模式·····	(28)
----------------------	--------

(三)“刑事法庭”诉讼程序·····	(32)
--------------------	--------

(四)弹劾式的衰落——非常审判程序及其	
---------------------	--

诉讼模式·····	(35)
-----------	--------

二、弹劾式刑事诉讼模式的形成——以古日耳曼为

分析对象 ·····	(37)
------------	--------

(一)古日耳曼的“侵权”与“犯罪”观念·····	(39)
--------------------------	--------

(二)古日耳曼的刑事诉讼程序及其诉讼模式·····	(40)
---------------------------	--------

(三)弹劾式诉讼模式的演化·····	(46)
--------------------	--------

三、弹劾式诉讼模式的形成——以英国为分析对象

(诺曼征服前) ·····	(48)
---------------	--------

(一)诺曼征服前的社会状况·····	(49)
--------------------	--------

(二)诺曼征服前刑事诉讼与诉讼模式·····	(50)
四、对弹劾式诉讼形成与演化的总结·····	(56)
(一)弹劾式诉讼形成的原因·····	(56)
(二)弹劾式诉讼的演化——以古罗马为 分析对象·····	(59)
第二章 纠问式诉讼模式的形成与盛行·····	(63)
一、引言:弹劾式诉讼模式的淡出·····	(63)
二、纠问式诉讼在教会法中的兴起·····	(66)
(一)教会取得诉讼管辖权的背景·····	(66)
(二)教会法的刑事诉讼程序·····	(67)
三、纠问式诉讼在欧洲大陆世俗政权中的兴起·····	(77)
(一)纠问因素在诉讼中的增长·····	(78)
(二)刑讯·····	(81)
(三)检察制度的产生·····	(83)
四、纠问式在世俗政权中的全面确立·····	(85)
(一)诉讼的启动方式·····	(85)
(二)审判方式——普通程序与特别程序·····	(87)
五、法国确立纠问式的典型法令——1498年、 1539年敕令·····	(90)
(一)1498年敕令·····	(90)
(二)1539年敕令·····	(91)
六、法国纠问式诉讼鼎盛之代表——1670年刑事 诉讼敕令·····	(96)
七、法定证据制度·····	(104)
(一)法定证据制度的产生和早期发展·····	(104)
(二)法定证据制度的内容——以1670年敕令 为分析例·····	(107)

(三)对法定证据制度的评价·····	(111)
八、德国纠问式诉讼的兴起与盛行·····	(113)
(一)德国纠问式诉讼兴起的背景·····	(113)
(二)《卡纳林娜刑事法典》·····	(115)
(三)受法国大革命影响之前的德国刑事诉讼法·····	(117)
九、对17世纪之前纠问式的评价·····	(118)
(一)纠问式产生的必然性·····	(118)
(二)在1670年以前人们对纠问式的基本态度·····	(120)
(三)对纠问式的批评——非主流的评价·····	(122)
第三章 职权主义诉讼模式的形成——法国·····	(124)
一、纠问式诉讼衰亡的历史背景——17世纪	
英国与18世纪法国特定的历史环境·····	(125)
二、纠问式诉讼衰亡的思潮背景——启蒙运动·····	(127)
三、启蒙运动对刑事诉讼模式转型的影响·····	(131)
四、英国对抗式对法国的影响·····	(134)
五、反对改革纠问式诉讼的意见·····	(137)
六、法国刑事诉讼转型的选择——英国对抗式·····	(139)
七、法国诉讼模式转型失败后的再选择——职权主义诉讼模式·····	(143)
八、法国刑事诉讼模式转型对德国的影响及德国诉讼模式的演化·····	(152)
结语·····	(157)
第四章 英国对抗式诉讼的形成与演进·····	(160)
一、引言·····	(160)
二、纠问因素在诉讼中加强·····	(161)
(一)纠问因素在诉讼中加强的背景·····	(161)
(二)纠问因素在诉讼中的增长·····	(165)

三、18~19 世纪刑事诉讼及其诉讼模式分析	(176)
(一)18~19 世纪刑事诉讼程序	(176)
(二)英国刑事诉讼模式的演变	(182)
四、纠问式在英国没有盛行的原因分析	(185)
(一)纠问式诉讼在英国没有盛行的原因——对 王权的限制	(186)
(二)强大的王权与纠问式在英国没有盛行的 “悖论”分析	(193)
(三)陪审团制度与纠问式在英国没有盛行的关系	(195)
结语:英国刑事诉讼模式的走向	(198)
第五章 美国对抗式诉讼的形成与演进	(201)
一、引言	(201)
二、英国法对美国诉讼程序的影响	(202)
三、美国独立战争之后的诉讼模式	(208)
(一)反英情绪与英国普通法的影响	(208)
(二)法国法的影响	(212)
(三)美国的多元主义文化、自然权利观与 诉讼模式	(214)
四、刑事政策与美国诉讼制度的演变	(222)
五、对美国对抗式诉讼演进的小结	(240)
六、对对抗式的评价——对抗式与职权主义的比较	(241)
第六章 前苏联强职权主义诉讼模式的形成与演进	(248)
一、沙俄时代刑事诉讼模式	(249)
(一)15 世纪末之前的刑事诉讼模式	(249)
(二)15 世纪末至 17 世纪的刑事诉讼模式	(251)
(三)18 世纪——1917 年沙俄刑事诉讼模式	(253)
(四)对沙俄刑事诉讼模式演进的小结	(259)

二、1961 年以前前苏联的诉讼模式分析	(261)
(一)十月革命到 1924 年刑事诉讼结构分析	(261)
(二)1924 年到 1961 年刑事诉讼结构分析	(265)
三、强职权主义诉讼模式形成的原因	(272)
(一)马列主义国家学说和法学说与强职权主义诉讼模式	(272)
(二)政治局势与强职权主义诉讼模式的形成	(280)
(三)政治优越性的理念与强职权主义	(284)
(四)亚细亚生产方式和国有制与强职权主义	(287)
四、1961 年以后前苏联和俄罗斯刑事诉讼模式的演变	(291)
(一)强职权主义诉讼模式(1961—1993 年)	(293)
(二)1993 年以后俄罗斯刑事诉讼模式——职权主义为主、多元诉讼模式并存	(297)
第七章 日本混合式诉讼的形成与演进	(305)
一、明治维新前的诉讼模式——纠问式	(306)
二、明治维新以后的刑事诉讼模式——职权主义的形成与发展	(308)
三、战后刑事诉讼模式分析——混合式诉讼模式的形成与演化	(318)
四、以职权主义为基调的混合式诉讼模式成因分析	(328)
(一)神道教与儒教、佛教与日本刑事诉讼的非对抗式	(329)
(二)家族国家观与权力型诉讼模式	(334)
(三)保守性与开放性的结合与刑事诉讼模式的演化	(338)
结语：日本现代司法制度改革及其对刑事 诉讼模式的影响	(340)

下 篇

第八章 中国刑事诉讼模式的形成与演进(一)

—— 纠问式诉讼	(347)
一、初具形态的纠问式诉讼模式—— 周朝以前刑事	
诉讼结构分析	(347)
(一)夏朝之前的刑事诉讼略考	(347)
(二)夏商刑事诉讼结构分析	(350)
二、纠问式诉讼的形成—— 周朝刑事诉讼	
结构分析	(353)
三、我国纠问式诉讼模式典型之分析—— 以	
唐律为对象	(358)
四、中国纠问式诉讼与欧洲之比较	(364)
五、中国纠问式诉讼盛行之原因分析	(366)
(一)政治体制与纠问式诉讼	(367)
(二)生产方式与纠问式诉讼	(372)
(三)儒教与纠问式诉讼	(374)
(四)法家与纠问式诉讼	(382)
结语	(387)

第九章 中国刑事诉讼模式的形成与演进(二)

—— 形式上的职权主义	(390)
一、纠问式诉讼转型的背景—— 清末变法与	
《钦定宪法大纲》的制定	(390)
二、清末刑事诉讼法草案的制定与刑事诉讼	
模式的分析	(393)
三、清末刑事诉讼模式转型与选择	
原因之分析	(401)
(一)西方法文化的传播与纠问式诉讼的转型	(401)
(二)宪政体制的转变与纠问式诉讼的转型	(402)