

刑事诉讼的 中国模式

第2版

陈瑞华 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼的中国模式 / 陈瑞华著. —2 版. —北京:
法律出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0187 - 6

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼—研究—中国
IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 221123 号

刑事诉讼的中国模式(第二版)

陈瑞华 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 冬冬

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 3 月第 2 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 23 字数 327 千

印次 2010 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0187 - 6

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

Preface
for
the 2nd edition

第二版序言

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》已经出版近两年了。令人意想不到的,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,本书的第二版出版在即,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做出理论上的解释,以探寻这些问题发生的规律。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”。

按照这种研究方法,笔者近两年来对发生在刑事附带民事诉讼和量

刑程序领域中的改革进行了跟踪考察,并做出了一些颇有新意的研究。对于刑事附带民事诉讼问题,笔者注意到中国当下已经形成了三种相对独立的制度模式,即现行法律所确立的“先刑后民”模式、法学界和司法界长期倡导的“刑民分离”模式以及司法实践中自生自发的“先民后刑”模式。按照传统的规范法学观点,第一种模式由于存在着日趋严重的问题,其正当性面临着严峻的挑战,第三种模式则代表了各地法院通过自主创新所设计出来的制度,虽能解决各种现实问题,却在理论正当性上不无非议,因此,未来的刑事附带民事诉讼应当以第二种模式作为理想的制度设计。但是,这种运用对策法学方法所作的研究,不仅具有太大的主观性和过于明显的理想色彩,而且对于推进刑事附带民事诉讼领域的理论研究没有实质性的意义。因此,笔者抛弃了这种研究方法,转而采用社会科学的方法,将上述三种制度设计视为独立的制度模式,分析其各自的理论基础、规范内容以及现实困境。通过这种分析,我们可以发现中国的很多法律问题,其实都具有类似的“三种模式并存”的问题,那就是现行制度问题重重,理想制度遥不可及,而自生自发的改革方案则频频出现。

对于量刑程序改革问题,笔者曾对其正当性进行过系统的论证。而确立适当的量刑程序模式,使得定罪程序与量刑程序的关系得到合理的协调,这是量刑程序改革所面临的首要课题。最高法院新近确立的改革方案,尽管在“认罪审理程序”中具有实施的可行性,但在简易程序和普通程序中却很难得到适用,甚至可能面临较大的理论争议和现实风险。通过基层法院的改革探索,一种建立在检察官批量出庭基础上的“集中量刑模式”,逐渐在简易程序中出现;对于被告人不认罪的案件,法学界和司法界也出现了建立“独立量刑程序”的呼声,一种新的“独立量刑模式”在司法实践中逐渐浮出水面;那种适用于“认罪审理程序”中的“交错量刑模式”,也存在着进一步改进和完善的空间。对于这些自生自发的改革经验,笔者进行了全面的考察和评估,对其现实可行性和理论正当性进行了评论。这种研究对于探索中国刑事诉讼的模式问题是富有新意的。

基于上述考虑,笔者在本书第二版中增加了两个部分,分别涉及刑事附带民事诉讼模式与量刑程序关系模式问题的研究。这两项研究连同原来就刑事和解和合作性司法模式的分析,代表了笔者近期对刑事诉讼模式研究的最新成果。考虑到本书集中讨论的是“刑事诉讼的中国模式”

问题,本书第一版中有关刑事辩护的两项研究与此并不具有密切的关系,因此,笔者在第二版中撤掉了这两个部分。最终,本书对刑事诉讼模式的研究,涵盖了“刑事和解”、“刑事附带民事诉讼”、“量刑程序”、“第一审程序”、“第二审程序”和“死刑复核程序”等诸多领域,加上对刑事程序失灵问题的研究,本书大体上形成了一个相对完整的理论体系。

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,真正从社会科学而不是对策法学的角度,展开学术上的对话和交流。

陈瑞华

2009年10月22日

Preface

for
the 1st edition

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做出解释,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”、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。^{〔1〕}

刑事诉讼法学无疑属于“对策法学”的重灾区。从1996年以前“同仇敌忾”地推动刑事诉讼法的修改,到今天几乎“异口同声”地倡导“刑事诉讼法的再修改”,这种为改良刑事程序所进行的对策研究,耗费了法学

〔1〕 对“对策法学”方法的反思性评论,参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2005年第2版,第三章。

界宝贵的学术资源,使得无数法学者付出了极大的学术投入,却只取得一些与投入极不相称的社会效果。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,而是呈现出越来越萎缩的趋势。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,相对于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,还会带来另外一个负面效果: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差强人意的问題。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做出令人信服的总结。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,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……〔1〕

〔1〕 对法解释学方法之局限性的讨论,参见陈瑞华:《法律人的思维方式》,法律出版社2007年版,第44页以下。

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,来对事实和经验做出任意的解释;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,从而做出一定的理论推进。^[1] 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”属性所做的分析。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

[1] 沙依仁等:《社会科学是什么》,世界图书出版公司2006年版,第4页以下。

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，也就是使整个研究走向“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”……〔1〕

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，并对这种经验做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做出令人信服的论证。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之上，意味着那些“对经历的体验”而已；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”以及值得汲

〔1〕 参见陈瑞华：《法律人的思维方式》，法律出版社2007年版，第43页以下。

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，而不是看做“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成为一种“法律史上的素材”。因此，法律学者与其关注中国当下正在发生的经验事实和问题，倒不如尝试着探索那些足以“超越时空限制”的普遍理念，或者对一些西方国家较为成熟的法制经验做出总结。其实，法律学者只要具有最起码的历史意识，就会发现，所有正在和即将发生的事实，作为一种历史的表象或许是杂乱无章的，甚至是没有逻辑联系的，但是，假如我们站在这一系列历史表象的背后，考察各种事实和问题的深层结构的话，那么，上述问题就值得重新反思了。在本书的讨论中，笔者就再三指出，某一法律条文的删除和修改，所改变的不过是一种制度的浅层结构，而通常不会立即影响该项制度背后存在的深层结构；一个制度发生剧烈变化的时刻，恰恰是观察一个制度的深层结构的最佳时机。而对这些制度背后的深层结构做出理论上的概括和总结，这恰恰有助于我们从普遍适用性的角度揭示问题的成因，总结一个社会法制发展和变迁的规律。从这一角度来说，我们应当承认任何事情的发生都是有原因的，而各种不同事情发生的原因又是有着内在关联性的。正是这种内在关联性构成社会科学理论得以发展的经验基础。

如何从中国法制经验出发，提出一般性的理论，这是困扰很多法律研究者的问题。我们之所以将那种有所创见的研究视为一种“惊心动魄的跳跃”，就是因为仅仅对事实本身进行精密的分析，仅仅对问题做出精确的揭示，或者仅仅对问题的成因进行“就事论事”的讨论，这无论如何都是无法提出新的假设和理论来的。在那些针对经验事实所做的分析与新理论的提出之间，其实存在一条若隐若现的“鸿沟”。很多研究者对问题和经验事实的分析都达到了炉火纯青的地步，甚至在对事实的讨论中运用了精确的定量分析方法，但是，研究者的工作在推进到这条“鸿沟”之

侧的时候,就再也没有跨越的锐利和锋芒了。于是,这种研究往往无法完成那种“最后的跳跃”,而注定只能为他人的研究提供“原材料”或者“半成品”。

其实,研究者要成功地完成这种“思维的跳跃”,也就是从“客观层面”的事实分析跳跃到“主观层面”的理论总结,可以沿着两条分析的路径来展开:一是总结出某一问题、事实的基本要素,从而做出一种模式化的分析;二是对某一问题形成的原因做出揭示,并将这种因果关系上升为“普遍的规律”,从而揭示出某种“因果律”。

所谓“模式化”的分析,是指研究者在设定一种参照物的前提下,对一种事物所做的类型化研究。一般情况下,我们说某一制度或理念形成了某种“模式”,往往意味着它相对于其他制度或理念而言,已经具备了若干相对稳定的特征。而那些作为参照物的制度或理念,其实也形成了另外一种与之相对应的新模式。在这种分析中,研究者对事物性质的准确分析,要取决于对与之相对应的“他者”的准确研究,通过分析“他者”的形态和特征,研究者对该事物也就有了更加深入的认识。

在笔者近年来的研究中,有关“对抗模式”与“合作模式”的归纳,就属于运用这种模式分析方法的典型例子。本来,对于刑事诉讼模式的分析,中外法学界已经有相对成熟的理论:就诉讼构造的角度来看,“当事人主义”与“职权主义”的模式分类理论,已经为人们广为接受;美国学者帕克的“正当程序”与“犯罪控制”模式分类理论,对刑事诉讼的二元价值构造做出了开创性的揭示;格里菲斯提出的“第三模式”——家庭模式理论,则讨论了一种相对于争斗模式的关爱和疗救模式,使得有关刑事诉讼价值的讨论走向深入……然而,刑事和解制度的出现,第一次打破了犯罪与侵权、刑事诉讼与民事诉讼的理论界限,确立了一种司法机关通过接纳被告人与被害人的和解协议而解决刑事案件的诉讼模式。不仅如此,侦查机关、公诉机关通过与被告人就认罪和量刑问题达成某种协议,而促使法院做出轻缓裁决的做法,在一些地方也开始出现,并被用来处理那些在证据运用上存在争议的“疑难案件”。很显然,这种以被告人与被害人、被告人与刑事追诉机构达成和解协议为标志的新的诉讼方式,与那种建立在国家追诉原则基础上的诉讼模式迥然不同。如果我们将前者定性为一种“合作模式”的话,那么,后者其实具有“对抗模式”的属性。当然,根

据合作双方的主体差异,我们还可以进一步将合作模式区分为“公力合作模式”和“私力合作模式”。甚至对于那种不存在明显的协商和交易因素的诉讼过程,只要其中存在被告人自愿认罪的问题,我们就可以将其称为一种“最低限度的合作模式”。这种模式分析不仅仅具有一种理论标签的意义,而且还有可能成为刑事诉讼理论创新的契机。那些以无罪推定和程序正义为核心的传统刑事诉讼理论,几乎无不建立在控辩双方存在对立诉讼立场的基础之上,而包括沉默权规则、非法证据排除规则、传闻证据规则在内的各种证据规则,也都与控辩双方的诉讼对抗有着较为密切的联系。而对于在中国司法实践中达到80%以上的被告人自愿认罪的刑事案件,这种对抗性司法理论并不具备令人信服的解释力,我们完全可以从合作性司法的理念出发,深入总结这种诉讼模式的哲学基础。果真如此的话,我们岂不就可以做出超越西方学者的理论贡献了吗?

在本书的讨论中,有关“对抗模式”和“合作模式”的分析占了相当大的分量。这里所运用的就是一种通过总结中国法制经验来提出理论的研究方法。在这些研究中,笔者过去所强调的从经验事实出发、树立问题意识、从问题的分析中提出假设和概念等研究方法,都得到了具体的运用。而对“对抗模式”和“合作模式”等概念的提炼,尤其是对“合作性司法模式”之哲学基础的总结,则无疑属于从中国法制经验出发所做出的理论探索。很显然,笔者试图在经验事实与理论总结之间的“鸿沟”上进行“跳跃”,至于这种跳跃是否成功,所提出的理论能否经得起各种检验,那就只能交由读者自己去评判了。

在对抗模式与合作模式之外,本书还对中国刑事审判的程序模式做出了新的探索。笔者通过观察刑事审判的实际过程,认为中国的第一审和第二审程序都具有一种“以案卷笔录为中心”的裁判模式。法官们在开庭前全面地查阅、研读案卷笔录——尤其是侦查案卷笔录;在法庭上允许检察官任意宣读案卷笔录,要求辩护方就案卷笔录的内容提出意见,进行所谓的“质证”;在开庭结束后继续研究案卷笔录,甚至将那些未经当庭质证的案卷笔录直接采纳为定案的根据。在案卷笔录的直接影响下,控方的证据几乎不受证明力和证据能力方面的审查,法庭上的司法证明活动也失去了存在的基础,辩护也往往失去了有效性,法庭审理过程相对于法院裁决的形成而言,也基本上流于形式。因此,中国未来刑事司法改

革的重大课题,与其说是“审判方式改革”的问题,倒不如说是“重建审判制度”的问题。这一结论不仅适用于第一审程序,也符合第二审程序的实际情况。从近期的情况来看,最高人民法院推行的死刑案件“二审开庭审理”运动,尽管取得了一些积极成效,但并没有从根本上改变二审程序的基本构造。“案件笔录中心主义”在第二审程序中的存在,直接造成法官通过庭前阅卷来确定案件是否达到“事实清楚、证据确实充分”的证明程度,这也造成那种以“全面审查”为基础的事实复审流于形式。

笔者还通过观察死刑复核程序的改革情况,研究了中国刑事司法制度的深层结构问题。按照前面的说法,一种制度发生剧烈变化的时刻,也是观察这一制度深层结构的最佳时机。最高人民法院在决定对所有死刑案件统一行使核准权之后,又对死刑复核程序做出了改革,在原来较为浓烈的行政审批机制中引入了诉权对抗的因素。这与死刑案件的二审开庭问题一样,也属于值得称道的改革举措。然而,法学界一度倡导的“诉讼化改造”方案并没有得到真正的采纳,最高人民法院的死刑复核程序仍然保留了传统的司法模式,也体现了一些传统司法制度的基本理念。其中,最明显的莫过于那种积极的实体真实探知主义的理念、非诉讼化的裁判方式以及法院内部的秘密审批制度。中国刑事司法制度的这些深层结构只要不发生实质性的变化,那么,任何诉讼程序的改变甚或制度的调整,都只能发挥极为有限的效果。

除了运用模式分析方法对中国的法制经验进行总结以外,本书还尝试对一些重要问题进行因果关系层面的研究。在笔者看来,因果关系问题应当属于社会科学研究中最为艰难的部分:一方面,要准确地揭示某一问题发生的原因,并通过这种分析揭示出这一原因背后的理论意义,这的确是不容易的;另一方面,研究者通过分析因果关系问题,如何能够提炼出若干个具有说服力的外生变量,从而使这种分析具有普遍的解释力,甚至上升到“因果律”的高度,这又是为一般研究者所可望而不可即的。

尽管如此,面对层出不穷的中国问题,几乎所有社会科学研究者都不免会产生探究因果关系的冲动。其实,前面所说的模式分析方法,如果运用得当的话,就有助于说明某一问题产生的原因。笔者在分析中国刑事审判模式问题的过程中,就曾有过这样的体验:假如我们将“案卷笔录中心主义”视为一种“理论模式”的话,那么,它是可以被用来解释中国刑事