

诉讼法学文库 2010(8)



总主编 樊崇义

# 刑事诉讼程序的人性分析

吴光升 著

A HUMANISTIC ANALYSIS OF  
CRIMINAL PROCEDURE

本书以人性为视角，从人的利益需求性、有限理性、自利性三个方面对刑事诉讼的一些基本问题，如刑事诉讼的人性假设、程序正当理念、刑事诉讼结构等问题，以及刑事诉讼的一些具体制度与热点问题进行了一种“另类”的思考与分析，提出刑事诉讼程序的设置应当符合诉讼人的人性，尤其应当正视、尊重与保障诉讼人的合理利益需求。



YZLI 0890085992



中国人民公安大学出版社

●诉讼法学文库 2010 (8)

总主编 樊崇义

# 刑事诉讼程序的人性分析

## A HUMANISTIC ANALYSIS OF CRIMINAL PROCEDURE

吴光升 著



YZLI 0890085992

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼程序的人性分析/吴光升著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 1

(诉讼法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0282 - 4

I. ①刑… II. ①吴… III. ①刑事诉讼—诉讼程序—人性—研究—中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 258234 号

刑事诉讼法学文库

刑事诉讼程序的人性分析

吴光升 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: 2011 年 1 月第 1 版

印 次: 2011 年 1 月第 1 次

印 张: 24.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 450 千字

---

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0282 - 4

定 价: 65.00 元

---

网 址: [www.cppsups.com.cn](http://www.cppsups.com.cn) [www.poreclub.com.cn](http://www.poreclub.com.cn)

电子邮箱: [zbs@cppsup.com](mailto:zbs@cppsup.com) [zbs@cppsu.edu.cn](mailto:zbs@cppsu.edu.cn)

---

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905637

---

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

## “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、文明与野蛮的标志。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·道格拉斯曾谈道，“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”。<sup>①</sup>

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：司法

<sup>①</sup> 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第25期。

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,忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。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,所以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。

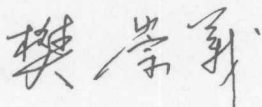
要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动的公正进行,也必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了一定的研究成果,这有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨,缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此,随着我国法治进程的推进,探讨一般性诉讼原理已经成为我国

诉讼法学界必须研究的课题。

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，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”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的其他诉讼法学著作均可入选。

“诉讼法学文库”自 2001 年面世以来，得到了诉讼法学界专家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励。在这里特向广大读者和作者致以诚恳的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后，另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任



2007 年元月于北京

# 目 录

|                                     |        |
|-------------------------------------|--------|
| 引论：刑事诉讼程序人性分析的必要性 .....             | ( 1 )  |
| 一、刑事诉讼程序人性分析的必要性之一：刑事诉讼研究的本土化 ..... | ( 1 )  |
| (一) 刑事诉讼研究范式：一个似是而非的概念 .....        | ( 1 )  |
| (二) 刑事诉讼现代化的“歧途”：边陲化 .....          | ( 5 )  |
| (三) “边陲化”现象的避免：刑事诉讼研究的人性维度 .....    | ( 14 ) |
| 二、刑事诉讼人性分析的必要性之二：人文精神的法律体现 .....    | ( 25 ) |
| (一) 人文精神与人文主义、人本主义、人道主义 .....       | ( 25 ) |
| (二) 刑事诉讼与人文精神 .....                 | ( 32 ) |
| 三、关于本书的主要思路与方法 .....                | ( 39 ) |
| 第一章 刑事诉讼程序人性视角的构建 .....             | ( 41 ) |
| 一、刑事诉讼程序人性视角的构建基础：人性理论概览 .....      | ( 41 ) |
| (一) 人性理论概览之一：中国人性理论 .....           | ( 41 ) |
| (二) 人性理论概览之二：西方人性理论 .....           | ( 51 ) |
| (三) 一个简要的比较：不同的情境与目的导致不同的人性理论 ..... | ( 63 ) |
| 二、人性：一个综合性的概念 .....                 | ( 65 ) |
| (一) 人类行为的发生机制：从欲望到行为 .....          | ( 65 ) |
| (二) 人性概念的综合性：需求、知性与德性 .....         | ( 68 ) |
| 三、刑事诉讼程序人性视角的分析工具：三个不同的人性维度 .....   | ( 71 ) |
| (一) 有关法律制度之人性假设的探讨：不同的法律人图式 .....   | ( 71 ) |
| (二) 诉讼人的人性假设：诉讼人图式 .....            | ( 75 ) |
| (三) 诉讼人的人性假设与刑事诉讼规范：规范人性化之标准 .....  | ( 80 ) |
| 第二章 程序正当理念的人性分析 .....               | ( 84 ) |
| 一、正当法律程序：刑事诉讼活动的“规矩” .....          | ( 84 ) |
| (一) 正当法律程序的含义：形式与实质 .....           | ( 84 ) |

|                                       |         |
|---------------------------------------|---------|
| (二) 正当法律程序的发展: 从形式到实质 .....           | ( 86 )  |
| 二、法律程序的遵守: 形式正当的人性基础 .....            | ( 91 )  |
| (一) 法律程序的意义: 已有的解说 .....              | ( 91 )  |
| (二) 法律程序与诉讼人的自利性 .....                | ( 94 )  |
| (三) 法律程序与诉讼人的有限理性 .....               | ( 103 ) |
| 三、法律程序的正当: 实质正当的人性基础 .....            | ( 106 ) |
| (一) 关于法律程序正当的标准 .....                 | ( 106 ) |
| (二) 刑事程序正当与诉讼人的人性假设 .....             | ( 108 ) |
| 四、刑事诉讼的“潜规则”与我国刑事诉讼程序的正当化 .....       | ( 111 ) |
| (一) 刑事诉讼“潜规则”: 司法人员的自利性 .....         | ( 111 ) |
| (二) 我国刑事诉讼程序的正当化: 诉讼人利益需求的衡量 .....    | ( 117 ) |
| 第三章 刑事诉讼程序结构的人性分析 .....               | ( 128 ) |
| 一、刑事诉讼程序结构的立体性: 横向结构与纵向结构 .....       | ( 128 ) |
| 二、刑事诉讼横向结构的人性考量 .....                 | ( 130 ) |
| (一) 传统刑事诉讼结构面临的挑战: 被害人合理需求的保障 .....   | ( 130 ) |
| (二) 侦查程序结构: 犯罪嫌疑人合理需求的满足 .....        | ( 143 ) |
| (三) 起诉程序结构: 检察官的人性弱点 .....            | ( 151 ) |
| (四) 审判程序的诉讼结构: 法官的人性弱点与当事人的合理需求 ..... | ( 165 ) |
| 三、刑事诉讼纵向结构的人性考量 .....                 | ( 175 ) |
| (一) 侦查程序与起诉程序: 侦检关系的人性解读 .....        | ( 175 ) |
| (二) 起诉程序与审判程序: 控审分离原则的人性基础 .....      | ( 183 ) |
| (三) 审判程序与执行程序: 法院刑罚执行权的人性剖析 .....     | ( 192 ) |
| 第四章 审前程序的人性分析 .....                   | ( 194 ) |
| 一、人性考量与国家控诉原则 .....                   | ( 194 ) |
| (一) 国家控诉原则的产生: 两个转变 .....             | ( 194 ) |
| (二) 私人追诉向国家追诉的转变: 被害人的人性考虑 .....      | ( 195 ) |
| (三) 追诉权的分立与制约: 司法人员的人性考虑 .....        | ( 198 ) |
| 二、人性考量与强制性措施 .....                    | ( 202 ) |
| (一) 强制性措施的正当性: 利益冲突 .....             | ( 202 ) |
| (二) 强制性措施的限制性: 司法人员的人性弱点 .....        | ( 205 ) |
| (三) 监视居住的虚置化: 司法人员的利益计算 .....         | ( 208 ) |
| (四) 逮捕功能的异化: 侦诉人员的另类利益需求 .....        | ( 211 ) |

|                                     |       |
|-------------------------------------|-------|
| 三、人性考量与客观追诉 .....                   | (213) |
| (一) 客观追诉的可能性: 立法要求与理论基础 .....       | (213) |
| (二) 客观追诉实践与理论的差距: 人性的视角 .....       | (216) |
| (三) 客观追诉的努力方向: 抑制措施的人性化 .....       | (220) |
| 四、人性考量与刑事不起诉 .....                  | (225) |
| (一) 刑事不起诉的人性基础: 有限理性与利益需求 .....     | (225) |
| (二) 刑事不起诉的合理制约: 食人间烟火的检察官 .....     | (233) |
| 五、人性考量与亲告罪的追诉 .....                 | (240) |
| (一) 亲告罪并非自诉罪: 域外亲告罪追诉机制的人性考虑 .....  | (240) |
| (二) 亲告罪属于自诉罪: 我国亲告罪追诉机制的人性忽视 .....  | (243) |
| (三) 公诉与自诉并行: 我国亲告罪追诉机制的人性回归 .....   | (248) |
| 第五章 审判程序的人性分析 .....                 | (252) |
| 一、诉讼人的人性 with 审判程序的建构 .....         | (252) |
| (一) 诉讼人的利益需求与审判程序 .....             | (252) |
| (二) 诉讼人的有限理性与审判程序 .....             | (264) |
| 二、诉讼人的人性 with 庭前预备程序的建构 .....       | (269) |
| (一) 庭前预备程序的功能: 人性的视角 .....          | (269) |
| (二) 我国庭前预备程序的现状及问题: 人性的漠视 .....     | (271) |
| (三) 我国庭前预备程序的建构: 人性的关注 .....        | (275) |
| 三、法官的人性弱点与审判委员会案件讨论制度 .....         | (282) |
| (一) 审判委员会案件讨论制度的功能: 一种人性视角的分析 ..... | (282) |
| (二) 审判委员会案件讨论制度的完善方向: 程序的人性化 .....  | (291) |
| 四、人性考量与量刑程序 .....                   | (301) |
| (一) 刑罚自由裁量权: 立法者的有限理性 .....         | (301) |
| (二) 刑罚自由裁量权的不恰当使用: 法官的人性弱点 .....    | (303) |
| (三) 刑罚自由裁量权的制约: 量刑程序的人性关注 .....     | (305) |
| 第六章 刑罚执行程序的人性分析 .....               | (313) |
| 一、刑罚执行的人性呼唤 .....                   | (313) |
| (一) 罪犯社会位置的特殊性 .....                | (313) |
| (二) 罪犯社会处境的不利性 .....                | (315) |
| 二、刑罚执行方式的转变与人性尊重 .....              | (317) |
| (一) 刑罚执行从公开化转向非公开化 .....            | (317) |
| (二) 刑罚执行从残酷化转向文明化 .....             | (322) |

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 三、社区矫正的人性考量 .....             | (328) |
| (一) 社区矫正及其人性意蕴 .....          | (328) |
| (二) 社区矫正程序的人性视角 .....         | (331) |
| (三) 我国社区矫正程序的人性化 .....        | (334) |
| 四、死刑犯器官利用程序的人性考量 .....        | (340) |
| (一) 死刑犯器官利用问题的症结：程序是否正当 ..... | (340) |
| (二) 死刑犯器官利用程序的正当化：人性关注 .....  | (342) |
| 结论：一个未完的话题 .....              | (347) |
| 一、一个有关刑事诉讼程序人性分析的初步结论 .....   | (347) |
| 二、人性之花如何在刑事诉讼程序中绽放？ .....     | (348) |
| 参考文献 .....                    | (352) |
| 后 记 .....                     | (372) |

## 引论：刑事诉讼程序人性分析的必要性

我们所适用的全部法律，或是关于人的法律，或是关于物的法律，或是关于诉讼的法律。首先要考察人，因为如果不了解作为法律对象的人，就不可很好地了解法律。<sup>①</sup>

——〔古罗马〕查士丁尼

### 一、刑事诉讼程序人性分析的必要性之一：刑事诉讼研究的本土化

#### （一）刑事诉讼研究范式：一个似是而非的概念

论及刑事诉讼研究方法问题，有一个目前不少学者常用的词语是不得不谨慎使用的，这个词语就是“范式”。“范式”（paradigm）一词是美国学者托马斯·库恩在1962年的《科学的革命结构》一书中提出的，该书出版后就在国际学术界引起了强烈反响，被译成20多种文字，销售近一百万部，“范式”一词的使用也逐渐拓展到政治学、经济学、社会学甚至工商管理学领域，成为一个流行的词语。<sup>②</sup>从《科学的革命结构》来看，范式是一个很容易让人误解的词语，据有些学者统计，该书对范式的使用，就有20多种不同的用语。以至于作者不得不另文解释该词语，在《必要的张力》一书中，以一篇“对范式的再思考”对该词语的有关问题进行澄清，<sup>③</sup>并在此后逐渐

① 〔古罗马〕查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第11页。

② 对于该词语的流行程度和影响力，美国的一部滑稽剧也许能作一些说明：一只雏鸡破壳而出，环顾四周，啾啾叫道：“哎哟，范式转移了！原来这就是范式转移啊！”见刘钢：《〈科学革命的结构〉导读》，四川教育出版社2002年版，第1页。

③ 参见〔美〕托马斯·库恩：《必要的张力——科学的传统和变革论文选》，范岱年、纪树立译，北京大学出版社2004年版，第287~288页。

将“范式”一词搁置一旁，而用分类学和辞典来对它进行阐述。<sup>①</sup>根据库恩后来的解释，范式是指一个科学共同体在进行常规科学研究时所使用的“专业基质”（disciplinary matrix），<sup>②</sup>是科学共同体在从事常规科学时团体承诺的集合，这种集合主要包括但不限于以下四种成分：一是符合概括，即科学共同体成员没有异议也不加怀疑地使用的公式，是一些可以用逻辑形式来表达的成分，如 $f=ma$ ；二是为科学共同体成员所相信的特定的模型；三是共有价值；四是范例，它指的是共同体成员在他们的科学教育中一开始就遇到的具体的问题解答，它们包括定理、理论、应用和仪器等。库恩认为，在某种程度上，“范式是共有的范例”。<sup>③</sup>

要想对库恩的范式概念有比较准确的理解，还需要结合该概念提出的背景来看。其实，范式只是库恩科学发展理论即“科学革命”观中的一个核心概念。在库恩以前，科学是如何取得发展的，逻辑经验主义认为，科学发展是一种累进式，是将已有定律和理论变成在逻辑上更全面的新理论。如逻辑经验主义的代表人物内格尔（E. Nagel）认为：“一个相对自足的理论为另一个内涵更大的理论所吸收，或者归化到另一个内涵更大的理论，这种现象是不可否认的，而且是近代科学史一再出现的特征。”<sup>④</sup>而科学哲学家波普尔则认为，科学发展是建立在对已有理论的理性批判之上的，并随之提出了一种“四段图式”的科学观：

P1（问题1）→TT（试探性理论）→EE（消除错误）→P2（问题2）<sup>⑤</sup>

库恩通过考察科学发展史后认为，科学发展的过程并不是一种积累性的发展，而是一种具有断裂性的科学革命的发展过程，即范式的转变：

① 刘钢：《〈科学革命的结构〉导读》，四川教育出版社2002年版，第10页。

② 有的学者也译为“学科基质”。参见[美]托马斯·库恩：《必要的张力——科学的传统和变革论文选》，范岱年、纪树立译，北京大学出版社2004年版，第288~290页；[美]托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社2003年版，第163页。

③ 参见[美]托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社2003年版，第9页、第163~168页。同时参见[美]托马斯·库恩：《必要的张力——科学的传统和变革论文选》，范岱年、纪树立译，北京大学出版社2004年版，第290页。

④ 转引自刘钢：《〈科学革命的结构〉导读》，四川教育出版社2002年版，第16页。

⑤ 转引自刘钢：《〈科学革命的结构〉导读》，四川教育出版社2002年版，第18页。

即前范式时期（各种理论相互竞争）→范式建立时期（一种理论占绝对优势）→范式危机时期（已有范式不能解决大量反常问题）→范式转变（科学革命：出现新理论并在范式战争中取得胜利）→新范式（新理论取得统治地位）

明显不同于逻辑经验主义与波普尔批判理性主义（证伪主义）的科学发展观的是，库恩认为，虽然新范式与旧范式之间共有一些术语，但不同范式对此术语的理解是不一样的，即范式之间具有不可通约性；经过范式转变，科学共同体成员的世界观发生了转变：

“从现代编史学的眼界来审视过去的研究记录，科学史家可能会惊呼：范式一改变，这世界本身也随之改变了。科学家由一个新范式指引，去采用新工具，注意新领域。甚至更为重要的是，在革命过程中科学家用熟悉的工具去注意以前注意过的地方时，他们会看到新的不同的东西。这就好像整个专业共同体突然被载运到另一个行星上去，在那儿他们过去所熟悉的物体显现在一种不同的光线中，并与他们熟悉的物体结合在一起……范式改变的确使科学家对他们研究所及的世界的看法变了。只要他们与那个世界的沟通是透过他们所看到的和所干的，我们就可以说：在革命之后，科学家们所面对的是一个不同的世界……革命之前科学家世界中的鸭子到革命之后就成了兔子。”<sup>①</sup>

另外，在库恩看来，科学共同体使用范式从事常规科学研究时，必须对科学研究的一些基本假定、规则等作出共同承诺，不能加以怀疑，如果根据此范式不能解决问题，只能怪自己的能力而不能怀疑范式的有效性。“科学家不能一面拒斥范式，一面又仍然是科学家。”<sup>②</sup>

如此看来，在库恩的范式概念下，范式的形成需要某一专业的科学共同体成员就常规科学研究的基本前提或假定、基本理论、方法以及标准等达成一致意见，在从事常规科学过程中不能加以怀疑而只能在此基础上解决面对的问题，一旦已有范式不能解决面临危机即公认反常现象而发生范式转变后，

<sup>①</sup> [美] 托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社 2003 年版，第 101 页。

<sup>②</sup> [美] 托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社 2003 年版，第 72 页。

新旧范式之间的关系是断裂性的、互相拒斥的,具有不可通约性。范式转变之后,有关教科书就会根据新范式重新编写,且不能涉及旧范式的内容,以免留下科学革命的痕迹,也就是说,让科学革命发生于无形之中。<sup>①</sup>

暂且不问这种断裂性的科学革命是否符合所有自然科学的发展过程,最有疑问的是它能否适用于作为社会科学一部分的法学研究。如英国社会学家安东尼·吉登斯就认为,社会科学与自然科学所面对的研究“世界”有很大的差异,社会科学探讨的不是一个预先给定(pre-given)的客体世界,而是一个由主体的积极行为所构造或创造的世界,缺乏一种能为专业共同体所接受的抽象规律方面的完整基础。<sup>②</sup>我国有的学者也认为:“库恩强调科学革命的范式概念似乎也更多地强调了知识的革命和断裂,也许更多地适用于自然科学这样的‘硬’科学,未必适用于法学这样的‘软’科学或非科学。”<sup>③</sup>确实,法学不同于自然科学,由于研究对象不同,自然科学相对来说可以做到价值无涉性或客观性,而法学研究则不可能游离于价值评价之外,从不同角度着眼可能会提出不同的看法,使法学研究共同体在法学基本假设、基本规则上达成共识几乎不可能,如什么是法?法律与道德的关系是什么?再具体一些,如刑事诉讼的目的是什么?恰当的刑事诉讼结构应当是什么?直到目前都还没有一个统一的答案。没有这些共同体的集体承诺,又何能形成法学研究范式?目前法学研究的现状,其实与库恩所说的前范式时期差不多。没有法学研究范式也就不存在范式的转变问题。即使能够形成一种法学研究范式,又如何能做到范式的转变?要知道,范式的转变意味着一场彻底的革命,新范式与旧范式具有不可通约性,这在法学研究中是很难出现的。因为法学知识的增长注定只能是一种累积性的增长,而不大可能是断裂性增长,后人的研究不可能与前人的研究毫无关联。<sup>④</sup>作为促进法学知识增长的主要

---

① 库恩认为,科学发展虽然是革命性的,但这种革命是无形的,何以做到这一点,这是因为科学家和普通人对创造性的科学活动的印象都是来自同一个权威性的来源,这个来源部分出于重要的功能方面的理由,系统地隐瞒了科学革命的历史及其存在与意义。参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第123~125页。

② [英]安东尼·吉登斯:《社会学方法的新规则——一种对解释社会学的建设性批判》,田佑中、刘江涛译,社会科学文献出版社2003年版,第167页、第73~74页。

③ 苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第19页。

④ 当然,如果发生政治革命,那就另当别论了。对此,库恩作了一些比较,认为政治发展与科学发展在革命的发生方面具有相似性:政治革命的目的是要以现有政治制度本身所不允许的方式来改变现有政治制度,革命的成功必然要部分废除一套制度而代之以另一套制度。从库恩的这种比较也可以得到论证,在和平时期,没有政治革命,也就不可能有法律制度的一种断裂性变革。参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第86页。

方式,法学研究只能是一种多样化或深化而不能发生断裂性的变化,不可能将前人知识全部推倒重建一套。我国刑事诉讼法学乃至整个法学是否需要一种固定的、库恩式的研究范式?是否有可能出现这样一种研究范式以及研究范式的转变?这很值得怀疑!<sup>①</sup>

## (二) 刑事诉讼现代化的“歧途”: 边陲化

### 1. 法制现代化就是西方化?

“现代性”、“现代化”等有关“现代”的字眼,现在不仅充斥于社会学理论,也不时见诸法学理论,尤其“法制现代化”以及各个部门法的现代化问题,更是成为目前讨论的重要问题。如何实现法制或部门法的现代化,恰当理解“现代性”和“现代化”的含义是前提条件。“现代”一般具有两种含义,一是编年史意义上的“现代”,与时间概念相联系;二是社会学意义上的“现代”,与社会发展有关。一般理论所说的“现代”指的是后者,<sup>②</sup>本书在此讨论的也是该种意义上的“现代”。

按美国学者 C. E. 布莱克的说法,现代化是人类在技术、政治、经济以及社会发展诸领域获得现代性的一种过程,<sup>③</sup>因此,何为现代性是问题的关键。问题是,现代性是一个含糊不定、难以捉摸的术语。<sup>④</sup>在美国学者戴维·鲁本看来,所谓的现代性只不过是与传统性相对而言的,是传统文化已经走到其发展线索的尽头,相应地,现代主义是对我们与我们自身文化之过去的复杂关系的一种反应。<sup>⑤</sup>前述布莱克则认为,现代性是指自科学革命以来人类在技术、政治、经济以及社会发展等领域发生迅速变革所显示出来的共同特性。<sup>⑥</sup>吉登斯虽然指出“现代性指社会生活或组织模式,大约 17 世纪出现在欧洲,并且在后来的岁月里,程度不同地在世界范围产生着影响”,

---

① 从这点来看,有些学者认为我国还没有形成或构建起具有共识的研究范式是我国法学不成熟和不发达的主要表现的观点是值得推敲的。参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 367 页。

② 当然不少人使用了编年史意义的“现代”。如我国学者高鸿钧教授就曾按时间顺序将人类社会的历史分为三种形态:血缘身份制社会、特权身份制社会与契约身份制社会,并把前两种社会形态分为传统社会或前现代社会,后一个形态称作现代社会。参见高鸿钧:《现代法治的困境及其出路》,载《法学研究》2003 年第 2 期,第 3~4 页。

③ 参见公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 7 页。

④ [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼:《选择的共和国——法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社 2005 年版,第 22 页。

⑤ [美] 戴维·鲁本:《法律现代主义》,苏亦工译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 22、471 页。

⑥ 参见公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 7 页。

但也承认现代性的主要特性直到目前为止,仍然在黑暗之中藏而不露。<sup>①</sup>现代性作为现代化过程的一个目标,其意义在于为现代化过程树立一个具体标准,以之作为现代化过程的评价标准。但由于现代性含义的模糊性,现代性标准也没有得到统一。在马克斯·韦伯看来,现代性的基本特征在于理性化或合理性,这种理性化包括经济理性化、行政理性化、法律理性化、个人理性化等方面。<sup>②</sup>而对于美国学者劳伦斯·M. 弗里德曼来说,现代性的特征主要有两个:一个是开放社会,二是国家权威和法律机能的运作都依赖于选择或同意。前者是指在社会中,法律机构、权力组织和政府机关的构造应有利于方便它们在某种程度上暴露于公共舆论和公众压力之下,而且该社会的此类机构在某种程度上对这些压力做出实际回应。后者是指选择或同意在正当性构成要素中具有核心地位,如政府是一个能够自由选择的政府;法律制度“并非是继承的、强迫的、固有的,而是通过社会中个人的意图、谋划和默许的行动和行为而产生的”;“由契约形成的人际关系代替了通过传统习惯和道德观念形成的关系”,“废除了世袭制和血统制,敞开了独立自主、迁徙自由和个人选择的大门”。<sup>③</sup>

对于包括中国在内的非西方国家来说,更大的问题在于:从历史上看,现代化源于西欧,现代化的“全球化”在一定程度上是西方的现代化文明模式向世界扩散的过程。<sup>④</sup>从实际情况来看,西方国家的现代文明自18、19世纪开始与非西方国家传统文明交锋以来,在经济、政治、文化方面都占有绝对优势,使非西方国家在发展图强的过程中,不得不将目标视域主要投放于西方国家,以西方国家作为楷模。中国也不例外。“长期以来,中国的现代化在‘目标的视域’上确是以西方的现代模式作为新文明标准的。”<sup>⑤</sup>全球化的现代性似乎成为了西方国家的“特殊主义”的“普世化”,“西方=现代=我们理想的未来”成了现代化的基本信念。<sup>⑥</sup>或许是由于这种不可否认的现象,以致不少理论认为,西欧的经验不止是现代性的“第一个个案”,而且

① [英] 安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2000年版,第1页。

② 毕天云:《论韦伯的现代性思想》,载《云南师范大学学报》2002年第6期,第11~12页。

③ [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼:《选择的共和国——法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,第23~27页。

④ 金耀基:《中国现代的文明秩序的建构——论中国的“现代化”与“现代性”》,载《公共论丛:经济民主与经济自由》,三联书店1997年版,第45页。

⑤ 金耀基:《中国现代的文明秩序的建构——论中国的“现代化”与“现代性”》,载《公共论丛:经济民主与经济自由》,三联书店1997年版,第48页。

⑥ 张汝伦:《激情的思想》,山东教育出版社1999年版,第235页。

也是现代性普世化的“典范”。早期的有“现代性的非文化论”(accultural theory of modernity), 这种观点认为, 西方的传统社会是经历了一个“转化”才出现了现代格局, 这种“转化”是一种“文化—中立”(cultural - neutral)的运作, 是任何文化都会经历以及必难避免经历的过程。简言之, 现代性是不受文化制约的。<sup>①</sup>较晚点的20世纪五六十年代流行的“现代化理论”则认为, 不论现代化的起点有何不同, 所有现代化的社会, 在最终出现的现代格局或“现代性”上都将是近似的, 甚至是同一的。克拉克·寇尔等人的“汇流论”(theory of convergence)也认为, 基于工业主义的逻辑, 所有社会在步上工业化之路后, 无论起点如何不同, 最后必然越走越近似工业体系以及相关的社会与文化的形式。<sup>②</sup>由于这些因素的影响, 再加上一些西方国家的政治压力, 非西方国家如果在社会发展模式的选择上不时刻提高警惕, 作为发展目标的“现代性”就有可能为“西方模式”所代替, “现代化”成了“西方化”的代名词。正因为如此, 百余年来中国人谈到现代化问题时, 总摆脱不了“西化”这个恼人的问题。<sup>③</sup>

法制现代化是社会现代化的一个重要组成部分, 社会现代化面临的问题在法制现代化中也有不同程度的存在。法律的现代性是法制现代化的目标与评价标准, 但何为法律现代性的特征, 现在也没有一个统一的说法。对于美国学者昂格尔来说, 现代法律是一种与习惯法、官僚法比较起来更严格的法律概念。这种法律具备公共性、实在性、普遍性和自治性等特点。其中, 自治性表现在实体内容、机构、方法与职业四个方面。实体内容的自治性主要是指法律内容与宗教无关; 机构上的自治性是指法律规则由专门以审判为主要业务的专门机构加以适用; 方法的自治性是指专门机构论证自己行为合理性方式不同于其他理论或实践所运用的论证方式; 职业的自治性是指由一个活动、特权和训练所确定的特殊集团, 即法律职业集团, 操纵规则, 充实法律机构及参加法律争诉的实践。<sup>④</sup>香港学者陈弘毅则认为, 现代法诞生于西方世界, 它与西方传统文化有非常密切的关系, 甚至可被理解为西方文明的

① 金耀基:《中国现代的文明秩序的建构——论中国的“现代化”与“现代性”》, 载《公共论丛: 经济民主与经济自由》, 三联书店1997年版, 第51页。

② 金耀基:《中国现代的文明秩序的建构——论中国的“现代化”与“现代性”》, 载《公共论丛: 经济民主与经济自由》, 三联书店1997年版, 第49页。

③ 梁治平:《法辨——中国法的过去、现在与未来》, 中国政法大学出版社2002年版, 第139页。

④ [美] R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》, 吴玉章、周汉华译, 译林出版社2001年版, 第50页。