

程序正义的重心

底限正义视野下的侦查程序

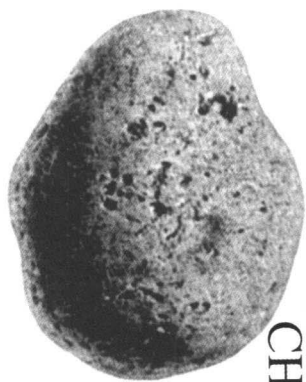
CHENGXU ZHENGYI
DE ZHONGXIN



万毅著

D918
W047

万
毅 / 著



CHENGXU ZHENG
YI DE ZHONGXIN

底限正义视野下的侦查程序

程序正义的重心

图书在版编目 (CIP) 数据

程序正义的重心：底限正义视野下的侦查程序/万毅著.

—北京：中国检察出版社，2006

ISBN 7 - 80185 - 567 - 1

I. 程… II. 万… III. 刑事侦查—研究—中国

IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 022442 号

程序正义的重心：底限正义视野下的侦查程序

万毅著

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.zgjcbs.com)

电子邮箱：zgjcbs@vip.sina.com

电 话：(010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销：新华书店

印 刷：北京东海印刷有限公司

开 本：787mm×960mm 16开

印 张：16.75印张

字 数：267千字

版 次：2006年5月第一版 2006年5月第一次印刷

书 号：ISBN 7 - 80185 - 567 - 1/D · 1542

定 价：28.00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

自序

侦查，一直是我非常关注的一个研究领域，这源自我私下的一个判断：中国刑事诉讼制度改革欲求真正意义的突破，必自侦查程序始；现行侦查程序的结构如果不作根本性变革，那么其他改革举措终将成为“空中楼阁”。然而，侦查程序又是一个相当敏感的诉讼环节，由于在侦查程序阶段，国家公权力与个人权利之间“短兵相接”，犯罪控制与人权保障理念之间的冲突最为激烈，侦查程序中的诸多制度设计直接拷问着一个国家的基本权力架构，牵一发而动全身。

但是，也正因为如此，侦查程序的研究才充满了“魅力”。当前，我国刑事诉讼改革实践及其理论研究陷入两难困境、停滞不前，如果我们能够在侦查目的、侦查模式、侦查权配置等侦查基础原理以及盘查、讯问、强制措施等重要的制度设计方面取得些微突破，都将极大地提升我国刑事诉讼立法和研究的“水准”，真正推动我国刑事诉讼制度的转型与变革。正基于此，一直以来，笔者在侦查程序的研究上倾注了大量精力，从早期发表的一系列论文到本书的出版，都反映了笔者的这一努力。而将本书命名为《程序正义的重心》，也反映出在笔者心中，侦查程序研究在刑事诉讼法学研究中的重要位置。

理论立场和研究视角的选择在学术研究中是相当重要的，研究同一个问题，采用不同的理论和视角，所得出的结论可能完全不一样。对于侦查程序，国内已有学者进行过大量研究，然而，传统的侦查程序研究囿于视野，无法从一个更为宏观的角度对我国侦查程序变革展开深层次的研讨，许多研究流于低水平的重复。最为重要的是，现有的研究无法为我国侦查程序改革提供一个理想图景，即中国侦查程序究竟应当走向何方？路又在何方？

为回应这一疑问，本书采用了一个全新的视角来理解和研究侦查程序，即“底限正义”（所谓“底限”乃取“底线”与“低限”两者合意，意指一种最低限度的正义要求，它是正义的最低标准，也构成正义的底线！），因为笔者深信，惟有运用这一新的理论事场和视角，我们

才能够在诸如沉默权、立案程序、强制措施等难点问题上突破传统侦查程序研究的瓶颈和困境，才能为我国侦查程序改革提供一个可以期待的理想图景和现实路径。“底限正义”理论系笔者最近提出的一种指导刑事诉讼制度变革的方法和策略，其核心内容包括两个基本判断或命题：其一，我国刑事诉讼制度改革理想图景是构建“宪政型刑事诉讼制度”；其二，我国刑事诉讼制度改革的基本路径是对“底限正义”的接纳和吸收。“底限正义”理论对于我国刑事诉讼制度整体转型的指导作用体现在：一方面，它认可人类社会存在着最低限度的正义要求，从而为以法律移植为主要内容的我国刑事诉讼制度变革提供了理论依据；另一方面，它也承认正义的相对性和多元化，承认法律制度移植的可选择性，从而为我国当前刑事诉讼制度改革提供了微观操作步骤。“底限正义”理论同样可以用于指导我国侦查程序改革，因为侦查程序改革本身也是现代刑事诉讼制度变革的基本内容之一，因而，建立一个符合宪政结构要求的法治化侦查程序，就是我国侦查程序改革的理想图景和目标，而不断吸纳“底限正义”的标准和元素，正是实现这一理想图景的应然路径。

当然，由于笔者系首次运用“底限正义”的观点和立场来分析一个刑事诉讼的阶段程序，加上本身学术功底局限，本书的一些观点仍然有待进一步商榷。但作者的意图并非提出一个绝对的真理，而仅仅在于提供一个讨论的理论平台，所以，在这个意义上，任何商榷、讨论甚至反驳，都将是作者所希望的，因为惟有如此，才能将我们的研究引向深入。

必须要向读者说明的是，本书的部分章节曾经以论文的形式在国内一些学术刊物上发表过。但之所以还将之收入本书，一方面，因为它们所涉及的专题本身即是我围绕“底限正义”这一主题进行长期、系统研究的阶段性成果，在研究中自然贯彻了这一基本理论立场；另一方面，这些专题如侦查目的、侦查程序模式、侦查权配置等等，也是我认为在侦查程序研究中所无法回避的基础性命题。写作一部关于侦查程序的专著，不可能不讨论这些问题，为了理论体系的完整，重复在所难免，同时作者也不揣冒昧地认为自己在上述领域的研究已经颇为成型，所以在收入本书时没有进行较大的结构和观点上的变动。作此说明，诚惶诚恐，只是希望读者诸君不要误认为作者在“炒冷饭”、为了出成果

而出成果。因为，在作者心中，“贡献”远比“成果”重要。

本书的顺利出版得益于中国检察出版社李薇薇编辑的热情帮助，在此要特别向她致以衷心的感谢。

万毅

2006年元月于上海陋居

目 录

| | |
|----------------------|------|
| 自序 | /1 |
| 导论：“底限正义”视角下的侦查程序架构 | /1 |
| 一、“底限正义”理论之基本立场 | /1 |
| 二、“底限正义”与侦查程序架构 | /15 |
| 三、“底限正义”与我国侦查程序变革 | /21 |
| 上篇 基础理论 | |
| 第一章 侦查程序之目的 | /29 |
| 一、侦查目的观的理论形态 | /29 |
| 二、侦查目的观的制度形态 | /38 |
| 三、侦查目的观与我国侦查程序改革 | /41 |
| 第二章 侦查程序之模式 | /51 |
| 一、对抗式侦查模式与职权式侦查模式 | /52 |
| 二、司法型侦查模式与行政型侦查模式 | /62 |
| 三、主观型侦查模式与客观型侦查模式 | /71 |
| 四、我国侦查程序模式的定位与改革 | /72 |
| 第三章 侦查程序之法治原则 | /83 |
| 一、侦查法定原则 | /83 |
| 二、任意侦查原则 | /86 |
| 三、案件单位原则 | /89 |
| 四、比例原则 | /100 |
| 第四章 侦查权之配置 | /111 |
| 一、检察官：侦查权的法定主体 | /112 |

程序正义的重心：底限正义视野下的侦查程序

- 二、 检察官行使侦查权的具体样态 /118
- 三、 侦查权配置与我国检察制度改革 /120

下篇 制度设计

| | |
|--------------------------------------|------|
| 第五章 侦查前程序 | /129 |
| 一、 盘查的法律定位 | /133 |
| 二、 盘查的程序控制 | /138 |
| 三、 我国盘查制度存在的主要问题及其改革思路 | /148 |
| 第六章 侦查启动程序 | /152 |
| 一、 侦查程序启动的限制 | /152 |
| 二、 随机型与程序型：侦查程序启动的两种模式 | /153 |
| 三、 我国侦查启动程序的模式定位及其批判 | /162 |
| 第七章 侦查讯问程序 | /168 |
| 一、 现行侦查讯问程序的结构缺陷：口供中心主义下的 强制取供 | /170 |
| 二、 我国侦查讯问程序重构：以确保供述的任意性为中心 实现结构转型 | /172 |
| 第八章 刑事强制措施体系 | /182 |
| 一、 刑事强制措施基础理论 | /182 |
| 二、 人身保全措施的技术改良 | /186 |
| 三、 证据保全措施的正当程序 | /199 |
| 四、 暂时处分措施的合法性问题 | /248 |
| 参考文献 | /256 |

导论：“底限正义”视角下的 的侦查程序架构

自从20世纪80年代中期启动刑事审判方式改革以来，在时间跨度上我国刑事诉讼制度改革已经历时十余年。回顾十年改革历程，虽然其间颇多制度和技术上的变革创新，但是，由于在认识论和方法论上的混沌、缺失，我国刑事诉讼制度改革始终存在着无法克服的“硬伤”，从而导致当下改革陷入“内耗”、“变质”等一系列困境之中，改革大业举步维艰。^①基于这一现实，笔者尝试提出一种称之为“底限正义”的制度变革理论，探寻我国刑事诉讼制度包括刑事侦查制度改革的基本理路及出路。

一、“底限正义”理论之基本立场

作为一种指导刑事诉讼制度改革的认识论和方法论，“底限正义”

^① 万毅：《转折与展望：评中央成立司法改革领导小组》，载《法学》2003年第7期。

程序正义的重心：底限正义视野下的侦查程序

理论立基于下列三个支点：

（一）认可刑事诉讼基本原理的普适性

笔者一直认为，刑事诉讼基本原理作为一种“最低限度的正义要求”，在世界范围内具有普遍适用性，这种普适性超越了国家、种族和社会的具体状况，而体现为一种无差别的公理。

根源于超越文明、种族以及人与人之间具体差异的普遍人性，基于整个人类相同的生存方式和生活需要，人类文明的一些共同成果往往具有普适性价值。就人类迄今为止有限的历史来看，诸如公平正义、仁爱诚信、安全、自由、平等、人权、民主与宽容等基本价值与信仰，构成所谓世道人心，关乎人间的生存和尊严，恒定而不变、万古而长青。这是人世生活本身的要求，也是合理的人间秩序的固有品质。^① 作为法律制度的文明亦是如此，从悠远的历史来看，人类的法律文明是社会主体在特定的社会历史条件下创造和累积起来的，体现着不同民族或国度独特的法律精神、概念和规则，每一种法律文明的形式与实体、意义与价值，都自成一个特殊的系统。然而，处于不同时间和空间条件下的法律文明系统之间无疑存在着某些共通性因素。随着人类社会交往的增进与扩大，潜藏在不同法律文明系统背后的共同性因素，必然要以各种方式和途径显现出来。在这些多样性的法律文明模式下，确乎存在着某种共同的普遍性的东西。尽管一种法律文明与另一种法律文明在许多方面都显现出差异性，但它们之间的相似之处往往也是显而易见的。之所以如此，原因之一就在于人类居住的世界无疑存在着许多相同的特质，不同民族或国度下的人们都会遇到一些共同性的自然与社会的问题（尽管表现形式有差别）。为了解决这些问题，生活在不同国度中的社会主体创造出相应的调整规则，积累起有价值的调整经验。这无疑体现了人类法律实践的普遍性的历史规定，反映了人类的法律智慧和对理性的追求。^② 美国学者博登海默也认为：任何值得称之为法律制度的制度，必

^① 许章润：《主编者言》，载《法律的中国经验与西方样本》，广西师范大学出版社2004年版。

^② 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366页。

须关注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值。^① 因此，人类社会的法律制度中普遍“存在着一些最低限度的正义要求：这些要求独立于实在法制定者的意志而存在，并且需要在任何可行的社会秩序中予以承认。这些要求中有一些必须从人的生理构造中寻找根源，而其他的一些要求则植根于人类所共有的心理特征之中。同样，还有一些要求是从人性的理智部分，亦即是从人的知性能力中派生出来的。这些法律有序化的基本规定的有效性为这样一个事实所证实，即它们在所有诞生于最为原始的野蛮状态的社会中都以某种形式得到了承认”。^② 这种普遍存在的“最低限度的正义要求”正是法律制度本身普适性价值的反映，它使不同文明、种族和国家的法律制度之间存在着基本的相似性。

这一特征在诉讼法律制度中表现得尤为充分。自古以来，人类社会就存在着一些建构和运作诉讼程序的公理性原则，这些公理性原则被视为人类自然理性的反映，直接影响和制约着人类社会诉讼机制的建构和运作，古今中外概莫能外。“这些原则作为自然理性的命令也对人的精神产生了影响。其中的一项原则是，未违反法律者不应被判有罪。第二项原则则要求，在双方当事人之间进行的法律争辩中，双方当事人都应当获得机会陈述己见。第三项原则主张，一个法律制度必须为保护权利和补偿损失提供公正的法庭，而且任何人都不得在其自己的案件中充当法官”。^③ 因此，我们看到，不但“在世界范围内，由法治规范引导下发达的政治制度中的民事诉讼具有基本的相似性”，^④ 而且在刑事诉讼制度领域，也存在着诸如控审分离、控辩平等、审判中立、一事不再理等在世界范围内具有普遍适用性的诉讼原理或原则。这些原理或原则在人类社会早期处理社会冲突的诉讼制度（如古典弹劾式诉讼模式）中即已存在，历经千年，至今仍然指导和规范着人类社会的诉讼实践。

① [美] E. 博登海默：《作者致中文版前言》，载《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版。

② [美] E. 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第273页。

③ 同②，第276页。

④ [美] 杰弗里·C. 哈泽德等：《美国民事诉讼法导论》，张茂译，中国政法大学出版社1999年版，第2页。

在当今世界并存的两种主要刑事诉讼制度模式——英美当事人主义诉讼和大陆职权主义诉讼中，诸如控审分离、控辩平等、审判中立、一事不再理等刑事诉讼的公理性原则仍然得到普遍遵循。^①

这些公理性诉讼原理和原则之所以具有普适性，关键就在于它们是对“刑事诉讼”这一以公力救济为背景的冲突解决机制内在规律的揭示，反映的是人类社会运用刑事诉讼处理社会冲突的普遍经验和生存智慧。人类社会是在历经无数次“试错”尝试后才最终发现了构建刑事诉讼机制的合理方案，这一方案的制度化体现就是控审分离、控辩平等、审判中立、一事不再理等一系列公理性诉讼原理和原则。因此，在经验意义上，这些原理、原则，是构建和运作刑事诉讼的前提和基础，它具有一种逻辑优先性，是一种绝对要求；无论采用何种政治统治形态，只要采用“刑事诉讼”的方式解决国家与被告人之间就刑事责任问题而产生的“争议”或“纠纷”，就必须在建构和运行其刑事诉讼制度时采纳并遵循这些原理、原则，否则，该刑事诉讼制度就面临着合法性质疑，而被视为一种“非正义”的刑事诉讼制度，客观上也无法确保基本社会正义的实现。在这里，刑事诉讼的公理性原则实际上构成了一种最低限度的正义要求，即一种“底限正义”，它被视为实现社会正义不可突破的底限标准。

具有里程碑意义和深远影响的是，第二次世界大战结束之后，以保障刑事诉讼中被追诉人基本权利为内容的刑事诉讼国际准则产生并出现。作为一种最低限度的正义要求，刑事诉讼国际准则的产生和出现是对“底限正义”理论最好的规范表述和实践运用，它表征着一种具有普适性的刑事诉讼价值在世界范围内获得了广泛承认。从根本上讲，刑事诉讼国际准则的生成是刑事诉讼制度自身演绎进化的结果，是诉讼发展文明化、民主化、科学化的世界性趋势的反映。它是在累积、总结、归纳各国刑事诉讼立法与司法经验的基础上，对刑事诉讼机制内在规律性的揭示，是一种获得普遍承认的正当行为规则。同时，刑事诉讼国际准则的制定和贯彻充分估量和考虑到各国在诉讼制度和观念上的多元化和差异性，因此，它并不是以某一个国家或地区的诉讼制度和观念为绝

^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》2004年第4期。

对价值目标，而是一种以多元化与差异性为基础的包容性制度框架，具有“求同存异”的“共识”意义。刑事诉讼国际准则作为一种最低限度的正义要求，它确立了现代刑事诉讼最基本、最优先的规则，为社会正义的实现提供了不可突破的底限标准。它所确立的基本权利保障标准，是一种绝对保护要求，是任何一个现代法治国家的刑事诉讼程序都必须具备的。作为一种基础性要求和基本权利诉求，它并不妨碍各国对更高标准的追求，各国可以在这些基础性标准之上设计和建构更加公正、科学、民主的程序和制度，但它却具有一种逻辑的优先性，不具备这些基本权利保障标准，就不符合一个现代法治国家刑事诉讼程序的基本要求，就难以在国际交往中为其他法治国家所认同和接纳。对此，《世界刑法学协会第十五届代表大会关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》宣称：“即使是反对恐怖主义和有组织犯罪的斗争也只能在最必要的程度上限制这些基本权利；上述文件所规定的基本权利与自由的基本内容，即使在发生战争或危机的时候也不能加以限制；有必要通过将各国的诉讼制度和实际情况具体化和定义化的方式来提高改革的标准，以超过上述保障的现有水平。”这就明确阐释了刑事诉讼国际准则所具有的底线控制意义。从刑事诉讼制度发展的世界性趋势来看，刑事诉讼国际准则是否确立已经成为衡量一个国家刑事诉讼程序科学性、民主性，甚至是一个国家民主、法治、人权状况的重要标准，“现今的刑事诉讼必须遵守这样的标准”。^①

（二）肯认刑事诉讼制度的可移植性

刑事诉讼基本原理的普适性特征，决定了刑事诉讼具体制度和程序设计进行跨文化移植的可行性。关于法律是否具有可移植性，一直是法理学界争论不休的话题，至今仍无定论。^②这主要是因为，法律作为一

① [德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社2004年版，第234页。

② 中国当代反对法律移植的最具代表性的人物是苏力先生，其理论基点是根据吉尔兹关于“法律就是地方性知识”的判断，说明中国法治只能是中国地方性的，因此“现代的作为一种制度的法治……不可能靠‘变法’或移植来建立，而必须从中国的本土资源中演化创造出来”。参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第17页。

种“地方性知识”，往往与其生发的社会政治、经济、文化环境紧密相关，“法律是民族的历史、文化、社会价值观念和一般意识与认识的集中表现，没有两个国家的法律体系是确切地相同的”。^① 法律的这种“地方性”特征，给法律制度的相互理解和借鉴移植造成了障碍，因为，正如不可能找到两个国家的法律体系是确切相同的一样，也不可能找到两个完全相同的社会政治、经济和文化环境，将在一国独特环境下生成的法律制度移植到另一国能否取得成功，人们在经验直觉上颇为怀疑，并进而对法律制度的可移植性产生了质疑。在这方面，法国思想家孟德斯鸠和德国法学家萨维尼的观点是其中代表者。孟德斯鸠基于对法律与物质和文化条件以及政府形式之间关系的研究，得出结论：由于法律必须与国家的一般条件相协调，因此它们不可能在其被制定的国家之外生效。萨维尼也认为习惯法是从具体民族的习俗和信仰发展而来，而非抽象人类习性的表达，所以法律的传统只能是民族性的，而非普遍性的。^②

但是，人类法律活动的实践已经在事实上背离了上述理论。正如法国学者埃尔曼所指出的：“实际上，法律制度自一种文化向另一种文化的移植是常有的情况。当改革是由于物质的或观念的需要以及本土文化对新的形势不能提供有效对策，或仅能提供不充分的手段的时候，这种移花接木就可以取得完全或部分的成功。”^③ 实际上，法律移植是人类社会一种十分古老的实践，早在公元前 17 世纪前后的一些古老法典中就已经存在法律移植的现象。^④ 就刑事诉讼制度的发展而言，近代以来，英美法系当事人主义诉讼制度（也称为“对抗式”诉讼）与大陆法系职权主义诉讼制度（也称为“审问式”诉讼）之间一直在进行着

① [美] M. A. 格伦顿等：《比较法律传统序论》，载《法学译丛》1987 年第 2 期。

② [美] H. W. 埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社 2002 年版，第 7 页。

③ 同②。

④ 英国学者阿·沃森从《埃十南纳法令》、《汉谟拉比法典》以及《出埃及记》等人类古老的法律典籍中，已经发现了在遥远时代就存在着法律移植。参见《法律移植论》，载《比较法研究》1989 年第 1 期。转引自公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 367 页。

制度上的交流与融合：一方面，推行当事人主义的英美法不断吸收职权主义的成分。这方面最典型的是，在侦查中赋予警察一定的灵活的自由裁量权，起诉时奉行检察官起诉原则；另一方面，奉行职权主义的大陆法国家也在大量引进与借鉴当事人主义的合理内容。如加强侦查中被告人权利保护和侦查控制；审判程序大量吸收当事人主义所有的平等、对抗的内容，等等。^① 这种融合是如此有效，以至于“今天，在国际比较诉讼法（研究）领域，人们达成了广泛的共识：对抗与审问（两种）诉讼模式的传统区分已无法确切地描述现代刑事诉讼法与之截然不同的现实”。^②

可见，尽管我们承认法律制度是社会主体在特定的社会历史条件下创造和累积起来的，体现着不同民族或国度独特的法律精神、概念和规则；每一种法律文明的形式与实体、意义与价值，都自成一个特殊的系统。但同样不可否认的是，法律在作为一种地方性知识的同时，也是一种普适性的社会治理经验。基于整个人类相同的生存方式和生活需要，处于不同时间和空间条件下的法律文明系统之间无疑也存在着某些共通性因素，客观上存在着一种类似于“杀人偿命、欠债还钱”这样的朴素的“底限正义”。正是这种“底限正义”的客观存在决定了跨文化法律移植的可行性。在国内学者反对法律制度移植的论述中，吉尔兹关于法律是一种地方性知识的判断，是一个重要的论据和理论资源。但是，应当指出的是，相当的国内论者在引证吉尔兹的相关理论时，总是有意无意地忽视了以下事实：其一，吉尔兹的“法律就是地方性知识”的判断，是建立在“个案裁判即法律”的意义上的。吉尔兹秉承英美法学对法律概念的一种传统认知，强调个案裁判就是法律，并以为直觉和直接个案就是地方性知识，从而得出结论：法律本身就是地方性知识。法理学者陈传法先生指出，在“个案裁判即是法律”的意义上，吉尔兹的观点是有道理的，毕竟，个案的特殊性比规则的特殊性要大，但却不能以之否定法律移植的可行性，主要理由有二：第一，法律移植中的法

^① 左卫民、谢佑平：《刑事诉讼发展的世界性趋势与中国刑事诉讼制度改革》，载《中国法学》1996年第4期。

^② [德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社2004年版，第234页。

律不是指个案裁判，而是指普遍规则。在进行法律移植时，不仅要考察法律的意义，更要考察法律的功能；第二，法律移植中涉及的社会空间也并不等同于吉尔兹所说的“地方”。如果要把一般意义上的法律都视为一种地方性知识，那么，这种知识存在的范围（地方）既可能是一个国家内的某一村落，也可能是超越国界的某一文化同源的地域。在这一地域之内，其中一国的某一法律很可能就是对另一国相同法律的移植。^①因此，法律在作为一种地方性知识的同时，并不排斥它作为一种普适性社会治理经验的存在。其二，吉尔兹在强调法律之于地方性知识的阐释功能的同时也强调了法律之于地方性知识的建构功能，实际上，“法律除了具有解释地方性知识的功能外还同时具有建构地方性知识的作用。如果我们承认法律具有建构作用，那么很多所谓的‘社会需求’本就可以由移植过来的法律去创生。事实上，英国学者米尔恩（A. J. M. Mine）等人所谓的‘构成性规则’理论已经强有力地证明了法律可以创生社会心理、需求、秩序”。^②因而，以吉尔兹的观点为依据完全反对法律移植，反对法律充当社会变革力量的观点是值得斟酌的。^③

清末的修律运动标志着中国本土的法律制度作为一个自足的法律体系已告终结，从此中国开始大规模地、整体性地移植西方的法律制度以及相适应的法律教育，中国的法律制度也被纳入到依西方法律模式建立起来的世界法律体系之中。尽管清末以来，中国很长时间一直处在战争、革命和运动之中，但对西方法律制度的学习和移植却差不多一直延续到今天。^④中国刑事诉讼制度的结构性变革也肇始于清末修律。其时，在主持修律的沈家本等人的推动下，《京师高等以下各级审判厅试

① 陈传法：《法律移植简论——从发展的观点看》，载何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版。

② 周赞、黄金兰：《法律移植问题三议》，载《读书》2004年第11期。

③ 其实，在笔者看来，与其说苏力先生反对法律移植，不如说他反对以法律充当社会变革的力量，他指出：“……法律的一个最重要特点是保持稳定，是一种保守的社会力量。”对于苏力先生观点之间的相互矛盾、冲突，邓正来先生已有较为充分的评述，笔者不再赘述。

④ 强世功：《法律移植、公共领域与合法性——国家转型中的法律（1840～1949）》，载《法制与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社2003年版，第3页。

办章程》奏准颁行，经修订后成为全国各地新式审判机构审理案件的准据。从整体上看，《京师高等以下各级审判厅试办章程》兼具法院组织法与民事、刑事诉讼法的性质，是中国法制历史上第一部从体制到程序全面变革传统审判制度的法律。在中国传统狱、讼分理的基础上，开始实行崭新的民、刑庭告诉、分别审理制度；审判机关与检察机关得以在一定程度上独立于行政机构之外司法；新式的回避、告诉制度也进一步完备和规范。在章程颁行的前后，民、刑合一的《大清刑事民事诉讼法》草案以及民、刑分立的《大清刑事诉讼律》草案也先后拟就，虽因种种原因未能颁行，但其所确立的审判独立、公开审理、控审分离、控辩平等原则等内容仍被其后继起的南京临时政府、北洋政府和国民政府所遵循和沿用。^① 中华人民共和国成立后，于1979年制定刑事诉讼法并于1996年修订，近代以来确立的一些现代刑事诉讼原则也在这两部刑事诉讼法中得到部分遵循和体现。可见，至清末变法之后，我国一直坚持向西方国家借鉴、移植现代法律制度，现行的刑事诉讼制度也基本是在移植大陆法系国家刑事诉讼立法的基础上建立起来的。^② 这种法律改革潜含着一个观念预设，就是认可刑事诉讼制度的可移植性，而刑事诉讼制度移植之所以可能，又是以刑事诉讼原理的普适性为逻辑前提的。

在这样的改革语境下，倡导“底限正义”理论，就具有了认识论和方法论上的双重意义：一方面，肯认刑事诉讼基本原理的普适性，可以为我国清末以来一直进行、当前正在进行的刑事诉讼制度改革实践提供正当性前提和理论基础（反之，如果否认这一点，主张法律不可移植，则我们此前所进行的制度改造都不具正当性、无理可据）；另一方

① 郭成伟：《〈中国近代刑事诉讼制度变革研究（1895～1928）〉序》，载李春雷：《中国近代刑事诉讼制度变革研究（1895～1928）》，北京大学出版社2004年版。

② 虽然有些制度设计是向前苏联学习的结果（如检察制度），但是在整个刑事诉讼法的结构上仍然基本延续了清末以来“远法德国、近采日本”的思路。