

比较刑事诉讼与证据制度系列·第1卷

现代刑事诉讼模式 对话与冲突

施鹏鹏◎主编



MODERN MODELS OF
CRIMINAL PROCEDURE
DIALOGUES AND CONFLICTS



中国政法大学出版社

主编简介

施鹏鹏 男, 1980年6月出生, 福建晋江人, 中国政法大学证据科学研究院教授(2008年), 博士生导师(2009年), 最高人民法院访修学者(2017年), 《证据科学》杂志编辑, 中、法法学双料博士, 可应用英、法、德、意、西、荷、葡、俄等多门外语从事学术研究, 学术专长为司法制度、刑事诉讼法、证据法和比较法。自2004年起在海内外出版专著、译著7部, 在《法学研究》《中国法学》等发表论(译)文百余篇, 主持及主研近十个国家级及省部级项目。自2014年起, 受中央政法委及中国法学会的委托, 担任司法改革及第三方评估的专家。

比较刑事诉讼第一卷

现代刑事诉讼模式： 对话与冲突

Modern Models of Criminal Procedure: Dialogues and Conflicts

施鹏鹏 主编

中国政法大学出版社

2020·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

现代刑事诉讼模式：对话与冲突/施鹏鹏主编. —北京：中国政法大学出版社，2021. 1
ISBN 978-7-5620-9500-2

I. ①现… II. ①施… III. ①刑事诉讼—研究 IV. ①D915. 304

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第046703号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 46.25
字 数 830千字
版 次 2021年1月第1版
印 次 2021年1月第1次印刷
定 价 149.00元

PREFACE 序

学术传承的点滴记忆

施鹏鹏

几乎所有在高校工作的老师都会遇到一个几近无解的难题——教学与科研如何协调。仅就法学而论，这两者更多的是矛盾、冲突，而非局外人所想象的和谐共处、相互促进。2008年，我从欧洲回到中国，开始了高校老师的生涯，转眼间已是12年，早已走出“青椒”的困局，但这一难题依然让我深感困惑。古语云，“师者，所以传道授业解惑也”，站稳讲台、传授学业、培育人才、学术传承本应是学者最重要的工作，但当下以科研为导向的评价体系与学者本人的精力困局似乎正在颠覆传统。从2008年至2014年，我在西南政法大学法学院任教，每年大概要给本科生授课近500课时（最厉害的一年上了900课时），站稳讲台、课比天大一直都是个人奉行的铁律，备课和上课占用了我大半的精力，所以科研的进度几近停滞。有一回，行政领导拿着表格和数据忧心忡忡地说，我们今年的科研指标有所下滑，鹏鹏你不要当了教授就不写文章了？我特别理解行政领导的担忧，中国的学术（学者）评价体系就是数字化的表格，每个学术民工都在自己的表格里填着数字，当权威期刊填到两位数了，就完成了从一般学者到法学家的嬗变，几乎没什么人关注文章内容写着什么，更不用说培养了多少学生，上了多少课。法学教授不给本科生上课，这是当年中国高校的一大怪现象，核心原因便是学术评价体系出了问题。至于因为数字化比拼而导致的学术失范或学术腐败现象，更是不可胜数。而我当时最关心

的，还是学术传承的问题，所以每年在各学院上课时，除传授知识外，还主要吸收优秀的人才进入研究团队。

2015年，我加盟了中国政法大学证据科学院，开始全新的工作模式，因为与原先繁重的授课任务相比，我在学校里竟然找不到本科生的课，一度想到外语学院上法律法语。几乎所有的时间全是科研时间，因此，我在过去4年内完成了很多原先拖延下来的学术任务，每天甚至还有不少时间学外语。未有授课任务的副作用是非常明显的，即无法吸收最优秀的本科生加盟团队。我甚至还尝试开了微博，希望能有课堂外的途径和学生交流，目前看来效果尚可。我在教学上的任务基本上全部转化为对研究生的培养。当下，日趋浮躁的学风与学位学历的贬值，让“研究”生教育的根本任务发生了质的变化。恕我直言，多数研究生直到毕业都不知道什么是“研究”，学历学位只是求职的一纸文凭，研究生的求学生涯更类似于大五、大六和大七，思维方式没有发生根本性的改变，我无法容忍我的研究生如此平庸。这除了作为导师的基本职业素养外，还更因为我很自负地认为，中国政法大学吸收了全中国很优秀（甚至可以说是最优秀）的一部分生源，未来多数将成为法科栋梁，平庸不应出现在这个群体里。

因此，我要求我的研究生每两周开读书会，围绕主题形成论文并宣讲，接受团队成员的批评指正。我也提供了国外最前沿的学术信息，让他们阅读甚至翻译。我希望我们团队的成果应是有价值的，且要接受学术界的评价。这是我主编“比较刑事诉讼与证据制度系列·第1卷”的根本原因。

第1卷的主题是“现代刑事诉讼模式：对话与冲突”，收录了欧美国家一些代表性学者在这一论题上的权威研究。很多乐观的比较刑事诉讼学者认为，职权主义与当事人主义日趋接近，相互借鉴融合是趋势，其实并非完全如此。职权主义与当事人主义之间的结构性排斥依然明显，甚至互相之间存在较明显的敌意。美国加州大学伯克利分校法学院斯科兰斯基（David Alan Sklansky）教授在《反职权主义》（Anti-Inquisitorialism）一文的开篇便指出，“美国法长期以来的传统似乎对欧陆的职权主义诉讼制度

持否定性的引导，而视本国的诉讼制度为理想模式。避免走向职权主义被视为美国法律遗产的核心贡献。”从1787年至1945年，美国的判例、学说以及实务人员开始逐渐形成了对职权主义诉讼模式的贬义解读，将职权主义视为“侵扰私权”（intrusif）、“有罪推定”以及“滥用酷刑”的代名词。而从1945年以后，反职权主义便泛化为“欧洲司法恐惧症”，尽管有小部分联邦大法官更愿意以中性的表述来解读职权主义，但总体的判断还是否定性的，尤其是在涉及对质权、交叉询问、量刑程序、陪审团制度、程序失当、认罪等核心问题。而意大利东方皮埃蒙特大学（Università degli Studi del Piemonte Orientale）的伊丽萨贝塔·格兰德（Elisabetta Grande）教授在研究欧陆刑事诉讼对美国法律制度的移植时则提出了所谓的“接种效应”（inoculation effect），即“法律移植并没有使美国法律制度在欧洲实际扩散，亦没有使欧洲刑事诉讼体系更加对抗，相反它产生了截然不同的结果，即强化了非对抗性大陆法的结构和信条”。

我的团队成员参与了本书的多数选题和翻译，我几乎进行了全部的重译和审校，这让我几近崩溃，尤其是很多成员并不了解学术研究的意义，拖沓的进度尤其是粗糙的品性让我的血压和心脏经历了无数次考验，但我认为，这是我作为导师必须完成的工作。因此，这部作品的质量或许还有些欠缺，但算得上是我们团队过去几年内共同努力的结果，不足之处，请同行及读者多多斧正。

未来，我们团队将持续围绕“比较刑事诉讼与证据制度”的热门主题推出多卷本研究，我希望我的学生们能够真正沉下心来，做点有价值的学术研究，并接受同行最严厉的审视和批判。唯有如此，我们的学术才有了真正的传承。

感谢我的学生们能忍受我的暴躁脾气，但你们务必要理解我在深夜里审校时的无助，甚至曾无数次鄙视自己的灵魂，为什么要花这么多时间来做无任何学术评价意义的事务，而且还要忍受一堆毫无逻辑、缺乏美感的文字。从心理治愈的角度看，这些情绪只能部分转移到你们身上。

尤其感谢我的博士生马志文和褚侨，她们虽未参与此次书稿的写作和

翻译，却为后期的审校付出了非常艰辛的努力。感谢中国政法大学证据科学研究院提供的宝贵支持，中国政法大学出版社的编辑们非常辛苦地进行审校。

书稿完成后，特别想念我的学生关伟薇，我们团队的书稿里永远会有你的名字。

施鹏鹏

2020年3月25日

目 录 CONTENTS

序 学术传承的点滴记忆 · 001

施鹏鹏

第一编 刑事诉讼模式的基础理论



刑事诉讼模式的原理 · 003

施鹏鹏

三种法律模式：世界法律制度的类型与变革 · 020

[意] 乌戈·马太 著 施鹏鹏 译

第二编 职权主义与当事人主义之争



当事人主义和职权主义范畴的长期影响 · 057

[美] 马克西姆·兰格 著 施鹏鹏 李超强 译

反职权主义 · 079

[美] 大卫·艾伦·斯科兰斯齐 著 施鹏鹏 译

为职权主义辩护

——论中国刑事诉讼改革的基本导向 · 143

施鹏鹏

法律移植与接种效应：美国刑事诉讼程序如何影响欧洲大陆 · 177

[意] 伊丽萨贝塔·格兰德 著 施鹏鹏 徐嘉敏 译

欧陆语境下的美国刑事诉讼程序·210

[西班牙] 马尔·吉梅诺·布尔纳 著 施鹏鹏 丛嘉雯 译

证据学研究的普通法传统

——从大陆法的视角观察·251

[荷] J. F. 尼泊尔 著 施鹏鹏 蒲彦萍 译

无罪推定还是宽赦推定

——权衡两种西方司法模式·284

[美] 詹姆斯·Q. 魏特曼 著 王伟 译

美国“例外论”与比较程序·338

[美] 奥斯卡·G. 蔡斯 著 施鹏鹏 丁圆圆 译

第三编 刑事诉讼模式的转型



拉丁美洲的刑事诉讼程序改革：源自边缘国家法律思想的传播·363

[美] 马克西姆·兰格 著 施鹏鹏 周婧 译

审判中心主义的源与流·414

——以日本刑事诉讼为背景的制度谱系考

施鹏鹏 谢文

日本刑事诉讼中的“精密司法”现象及检讨

——兼谈中国刑事诉讼改革的方向性误区·432

施鹏鹏 李佩云

意大利现代刑事诉讼的形成·454

[意] 伦齐·欧兰蒂 著 施鹏鹏 张玄 译

第四编 刑事诉讼模式的制度与技术



欧洲近代刑事证据制度的形成：一个编年史的论纲 · 479

施鹏鹏

美国证据法的百年改革史：塞耶的胜利 · 530

[美] 埃莉诺·斯威夫特 著 施鹏鹏 叶 蓓 译

比较法中的“米兰达规则” · 563

[美] 史蒂芬·沙曼 著 施鹏鹏 刘 越 译

第五编 中国刑事诉讼模式的转型



庭审实质化报告：国际经验与中国实践

——主要以“三项规程”为中心 · 601

施鹏鹏 周 山 应 雪

探索庭审证明实质化是诉讼制度改革重中之重 · 716

施鹏鹏

庭审实质化改革的核心争议及后续完善

——主要以“三项规程”及其适用报告为分析对象 · 719

施鹏鹏



现代刑事诉讼模式：对话与冲突

第一编

刑事诉讼模式的基础理论

刑事诉讼模式的原理

施鹏鹏*



一、刑事诉讼模式——潜藏于不言而喻中的学术陷阱

在中国刑事诉讼的基本理论中，诉讼模式已然作为相当成熟完备的分析方法，主要用于解读比较刑事诉讼的诸多共性和差异。事实上即便在国际范围内，从1882年埃斯曼（Esmein, A.）教授出版《法国刑事诉讼法史——以十八世纪以来法国职权主义程序史为核心（至1882年）》^{〔1〕}一书后，“职权主义/当事人主义”的二分模式便成为比较刑事诉讼的通用分析范式。此后，虽然也有诸多学者提出了颇具影响力的理论模式，但总体还是沿袭“职权主义/当事人主义”的基本分析思路。例如，帕克（Herbert Packer）在1964年所提出的正当程序模式和犯罪控制模式^{〔2〕}经台湾地区学者李玉娜传到中国大陆，在很大程度上奠定了中国现代刑事诉讼模式理论的基础，甚至经本土学者的理论重塑还催生了诸如诉讼构造这一颇具特色的分析方法。格里菲斯（Griffiths）随即提出了家庭模式和战斗模式，作为对帕克理论的反思、批判和替代。^{〔3〕}但正如格里菲斯所自我检讨的，无论是帕克提出的模式，还是他本人所提出的模式，更像是“观点”或“解释”，而不是严格的刑事诉讼模式。所有这些模式都带有某种意识形态的方法，

* 施鹏鹏，教育部、财政部“2011计划”司法文明协同创新中心、中国政法大学证据科学教育部重点实验室教授。主要研究方向：证据法、刑事诉讼法、比较法及司法制度。

〔1〕 1913年，埃斯曼的作品为美国法学院协会（The Association of American Law Schools, AALS）所编撰的“欧陆法史系列”所收录，并翻译为英文，成为大陆法学界援引率最高的著作之一。法文版：Esmein, A., *Histoire de la procédure criminelle en France (et Spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours)*, Paris, 1882, rééd. Verlag Sauer et Auvermann KG, 1969; 英文版：Esmein, A., *A History of Continental Criminal Procedure*, trans. by John Simpson, Little, Brown and Company, 1913.

〔2〕 Herbert L. Packer, “Two Models of the Criminal Process”, 113 *U. Pa. L. Rev.* 1 (1964). 该文后收录于 Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, 1968, p. 149, 中译本参见 [美] 哈伯特·L. 帕克：《刑事制裁的界限》，梁根林等译，法律出版社2008年版。

〔3〕 John Griffiths, “Ideology in Criminal Procedure or a Third ‘Model’ of the Criminal Process”, 79 *Yale L. J.* 359 (1970). 文章的中译版参见 [美] 虞平、郭志媛编译：《争鸣与思辨：刑事诉讼模式经典论文选译》，北京大学出版社2013年版，第51页及以下。

这引发了一些学术批判。^{〔4〕}达马斯卡（Damaška）所提出的科层模式和协作模式^{〔5〕}在国际范围内尤其是在中国也产生了巨大的影响。达马斯卡充分考虑了社会学和政治学的因素，创造性地将国家结构尤其是司法体系的结构与官方政策（政策实施型或纠纷解决型）相联系，较大程度地克服了意识形态的影响。所提出的理论模型除对欧美发达国家刑事诉讼具有相当解释力外，对于转型国家的刑事诉讼亦颇具启发意义。

中国刑事诉讼模式的诸多理论主要受到欧美主流学说（包括日本）的影响，除传统的“职权主义/当事人主义”二分模式外，正当程序和犯罪控制的类型化区分已是当下的通说，并在很大程度上影响了诸如诉讼价值、诉讼目的以及诉讼构造等中国刑事诉讼的基础理论。一些立足本土实践的全新标签虽然更能形象地反映中国刑事司法的现状尤其是诉讼权利的结构和职权配置，但背后深层的法理依然未突破欧美既有的分析框架。

事实上，无论是欧美国家还是中国，刑事诉讼模式理论均面临着诸多方面的严肃追问，有些甚至是方法论的质疑，直接涉及诉讼模式这一研究方法存在的正当依据以及可能的理论混同问题。例如，刑事诉讼模式背后的学理是什么？从既有的著述看，国内外诸多学者在创设刑事诉讼模式的不同类型时，交叉使用了截然不同的研究方法，故表面类似的措辞或者所指向的类似现象似乎并不妨碍学术交流和理解，但背后却隐藏着理论的混同，甚至不乏错误的理论拓展和延伸。因此，进行理论层面的正本清源实属必要。又如在各国刑事诉讼急剧变化的当今时代，刑事诉讼模式的理论延展性及其解释力也受到严峻的挑战。单一标准的类型化划分无力准确反映各国刑事诉讼的特质，甚至还可能在一定程度上造成认知上的误区。例如与当事人主义国家相比，职权主义国家是否更“重打击、轻保护”？这似乎应在世界刑事诉讼新一轮的变迁中作出更恰切的判断。此外，同属某一诉讼模式下的刑事诉讼类型可能也存在较明显的差别，有时候甚至差异大于共性。例如在《欧洲人权公约》和欧洲人权法院的影响下，英国当代刑事诉讼的诸多理念及制度设计可能在很大程度上更趋同于欧陆刑事诉讼，而与美国刑事诉讼呈现较明显的分野。传统职权主义国家刑事诉讼经过多年的发展也呈明显的分化趋

〔4〕 Abraham S. Goldstein, “Reflection on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure”, 26 *Stan. L. Rev.* 1009, 1016 (1974). 中译本参见 [美] 虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译》, 北京大学出版社 2013 年版, 第 95 页及以下。

〔5〕 Mirjan R. Damaška, “Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure”, 84 *Yale L. J.* 489 (1975).

势，德国、法国、意大利、西班牙、瑞士、荷兰等代表性国家的刑事诉讼在诸多理念、制度和技术设计上日渐呈现国家特色，笔者曾以“亚职权主义”这一概念来指代职权主义日渐多元的内涵和外延。再如诉讼模式之间的冲突与对话问题。自20世纪60年代起，欧美学者便曾尝试进行一些较为平和、友好的交流与对话。例如一些美国学者认为欧陆职权主义刑事诉讼模式虽然存在诸多负面评价，但仍有不少值得借鉴的经验，可为饱受诟病的美国刑事司法制度提供某种有效的补救措施。^{〔6〕}也有部分美国学者认为，真正的欧陆刑事诉讼程序与美国的刑事诉讼程序非常接近，远非人们此前所设想的那般差距。^{〔7〕}相比之下，欧陆学界对英美刑事诉讼制度的评价较为友善，事实上也引入了诸如陪审团、辩诉交易等制度以弥补自身刑事机制的不足。但不应为这一学术表象所蒙蔽。倘若我们对欧美主流理论界和实务界作更深层次、更细致的研究，便会发现不同诉讼模式间的貌合神离现象并不如国际研讨会上呈现的那般和谐：一方面，几乎所有比较刑事诉讼的学者均承认，当事人主义与职权主义并不存在孰优孰劣之分，仅与各国的诉讼传统有关。欧洲人权法院甚至还在判例中作了分析，“受害人是否可以阻碍公诉、证据是由双方当事人自行收集或由独立于当事人的法官收集等均不重要……职权主义与当事人主义并无优劣之分，仅取决于各成员国的法律传统”^{〔8〕}。但另一方面，各代表性国家主流的理论界和实务界却又对彼此的诉讼模式嗤之以鼻。例如，传统职权主义国家（如法国和德国）眼中的当事人主义，便是将严肃的刑事诉讼作为竞技场，带有太多的偶发性及戏剧性，喧嚣有余，精确不足^{〔9〕}；而当事人主义国家中的职权主义，基本上作为反面的存在，是刑讯逼供、超期羁押、律师地位低下、辩护权孱弱的代名词。^{〔10〕}而这一相互间的否定性评价在具体的个案（主要是跨国刑事诉讼案件）中显得尤为淋漓尽致。例如发生于2007年的阿曼达·诺克斯（Amanda Knox）案，美国法律界便对意大利刑事司法的运行状况表示了深深的担忧。尽管阿曼达·诺克斯在随后的上诉中最终被判无罪，但美国舆论普遍认为，

〔6〕 Jan Stepan, “Possible Lessons from Continental Criminal Procedure”, *The Economics of Crime and Punishment* 181 (1973); Thomas Weigend, “Continental Cures for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform”, 2 *Crime & Just.* 381 (1980); Rudolf B. Schlesinger, “Comparative Criminal Procedure: A Plea for Utilizing Foreign Experience”, 26 *Buff. L. Rev.* 361 (1976); Amalia D. Kessler, “Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial”, 90 *Cornell L. Rev.* 1181 (2005).

〔7〕 See Abraham S. Goldstein and Martin Marcus, “The Myth of Judicial Supervision in Three ‘Inquisitorial’ Systems: France, Italy and Germany”, 87 *Yale L. J.* 240 (1977).

〔8〕 Cité par Pradel, J., “Défense du Système Inquisitoire”, *Regards sur l’actualité*, N°300, 2004, p. 62.

〔9〕 Pradel, J., “Défense du Système Inquisitoire”, *Regards sur l’actualité*, N°300, 2004, p. 62.

〔10〕 David Alan Sklansky, “Anti-Inquisitorialism”, 122 *Harvard Law Review* 1634 (2009).

意大利的正当程序标准远低于美国。^[11]对于这一现象，刑事诉讼模式的既有理论似乎仅是强化了对立，而非对话，而粗线条式的特征描述在一定程度上加大了彼此间的误解。更为重要的是，这两种互为敌视的观点在转型国家里时常作为对立思潮而存在，并争夺着刑事诉讼发展方向的主导权。例如在中国刑事诉讼学界，当事人主义便是优于职权主义的存在，对职权主义的评价多数带有英美法中心的前见，这在相当程度上误导了中国刑事诉讼的改革方向。^[12]

应当说，中国刑事诉讼的基本理论（包括但不限于刑事诉讼模式理论）经过了几代人的努力已日渐成熟，但早期多渠道的知识借鉴（可能来自欧美、日本甚至台湾地区）在提供丰富学术素材的同时，也导致了一定程度的杂糅和混乱。因此，许多貌似不言而喻的理论范式背后潜藏着危险的学术陷阱。对此，比较法学者马克西姆·兰格（Máximo Langer）在《当事人主义与职权主义的二分法及盎格鲁-撒克逊法律传统中程序机制的重要性》^[13]一文中便敏锐地观察到，刑事诉讼学界至少在六个层面使用“当事人主义/职权主义”这对范畴：历史学的诉讼样态、理想的诉讼类型、完成诉讼制度特定功能的机制或者子系统、目的或价值相对立的诉讼类型、作为规范原则的诉讼类型以及作为规范模型的诉讼类型。尽管马克西姆·兰格教授仅是针对“当事人主义/职权主义”这对范畴而展开，但他的观点对于我们思考刑事诉讼模式的基本法理还是颇具启发意义。依拙见，从目前既有的刑事诉讼模式理论看，^[14]学者们大体从如下几个方面来使用这一理论范式：描述型（Descriptive）/规定型（Prescriptive）的理想类型；历史学或社会学的诉讼样态；意识形态化的对立价值观以及程序的功能主义。需要说明的是，在多数情况下，这几种类型的使用互有交叉，甚至具有一定的对应关系，但均存在一定的局限性。

[11] Nina Burleigh, “The Fatal Gift of Beauty: The Trials of Amanda Knox”, *Broadway Books*, 2012, pp. 265-267.

[12] 施鹏鹏：《为职权主义辩护》，载《中国法学》2014年第2期。

[13] Máximo Langer, “La Dicotomía Acusatorio Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglo-Sajona”, *Procedimiento Abreviado [Plea Bargaining]*, edited by Julio Maier and Alberto Bovino, Del Puerto 97-134 (2001). 在英文论文中，马克西姆·兰格教授也表达了类似的观点，参见 Máximo Langer, “The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories”, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, edited by Markus D. Dubber and Tatjana Höerle, Oxford University Press, 2014, p. 887.

[14] [美]虞平、郭志媛编译：《争鸣与思辨：刑事诉讼模式经典论文选译》，北京大学出版社2013年版。较新的研究，可以参见本书的其他章节。