

文章编号:1674-5205(2011)05-0143-(011)

刑事诉讼的制度变迁与理论发展

——从《刑事诉讼的中国模式》切入

艾佳慧

(南京大学法学院,江苏 南京 210093)

〔摘要〕 根据《刑事诉讼的中国模式》一书展示的两个理论命题(合作性司法模式和案卷笔录中心主义),以一种制度变迁的大历史观和理性行动者视角,站在社会科学研究立场,分别从刑民边界模糊还是清晰、两种司法正义观的冲突以及时空交错背景下的刑事诉讼制度变迁三个角度对刑事诉讼法学中的一些重要的学理问题进行了深入探讨。基于此,对于未来的刑事诉讼制度变革,“拿来主义”式的法律移植效果恐怕不佳。在司法实践层面,我们可能需要更多地方性的制度创新和试错;在理论研究层面,则需要更多扎实的实证研究和基于中国问题的理论创新。

〔关键词〕 刑民边界;司法正义观;刑诉制度变迁

Abstract: According to two academic topics(i.e., the mode of cooperative justice and the principle of centre on Dossier notes) reasoned by Professor Chen Ruihua's "The Chinese Pattern of the Criminal Procedure Law" and from an view of the rational actor and historical transition, which discussed some important theoretical issues in the criminal procedure law, such as the boundary between the criminal law and the civil law, the conflict of two judicial justice thoughts and the transition of the criminal procedure law. Therefore, more parochial system innovations for our criminal procedure reformation in the future are needed. Moreover, more positive research and academic innovations are also needed.

Key Words: the boundary between the criminal law and the civil law; the judicial justice thought; the transition of the criminal procedure law

中图分类号:DF72 文献标识码:A

“存在”只是一个连续的“曾经”,是一个借着否定自己、破坏自己和反驳自己而存活的事物。

——尼采^{〔1〕2-3}

一个广阔的大网连接着所有真理,这些真理越是狭窄,越受局限,就越是易于变化,越不确定,越是混乱;而当它扩展到一个较为广阔的领域并上升到较高的着眼点时,真理就越简明、越伟大、越确定。

——贝卡里亚^{〔1〕}

一、引子:从中国问题到理论贡献

1996年3月17日,在中国刑事诉讼法学者的立

法参与和不懈努力下,承载其无罪推定、抗辩制、程序正义等现代程序理想的《刑事诉讼法》修改案通过了全国人大的审议并于1997年1月1日正式实施。法律人额首相庆,以为法治的春天即将到来。

就在同一年,苏力以其冷静的思考向他自己也向所有的中国法学研究者提出了一个时至今日仍然直指人心的问题——什么是你的贡献?站在整个人类知识传统和知识传承的角度,这个贡献不是西方法学理论的中国翻版,不是中国法制经验的简单堆砌,更不是西方法律制度不问青红皂白的“拿来”和“移植”。用苏力的话来说,“关注中国当代的现实生活,发挥我们的比较优势,是中国学者有可能作出独特学术理论贡献的必由之路”。^{〔2〕VII}

表面看来,以上两个事件毫无关联之处,一个是成文法典的修改和实施,一个是学者的自我反省和理

收稿日期:2011-06-11

基金项目:南京大学985三期项目资助及教育部重点研究基地吉林大学理论法学研究中心招标课题“法治国家与司法权威”(项目批准号:00JJD820179)。

作者简介:艾佳慧(1970—),女,四川成都人,南京大学法学院副教授,法学博士,经济学博士后。

^{〔1〕} 转引自黄风《贝卡里亚传略》,载贝卡里亚《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第133页。

论期许。但在社会急剧转型和变迁的当代中国,对那些不满足于提供立法对策和法条解释的刑事法学者而言,发生在12年前的这两个事件以及1996年刑事诉讼法的实践效果却可能在很大程度上促成他们开始思考既有立法为何无法得到有效实施以及中国司法实践中可能蕴藏的理论创新。

因此,陈瑞华才在《刑事诉讼的中国模式》(以下简称“《中国模式》”)中指出“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。”⁽³⁾²在重修《刑事诉讼法》之声不绝于耳的今天,这种立足现实、着眼于理论贡献的刑诉研究弥足珍贵。因为,在当前的政法制度背景下,面对中国刑事诉讼法在司法实践中的“失灵”,不管是关注“良法”产生的“对策法学”还是重视“美治”实现的“法解释学”都遭遇到了失败。而只有“从现实问题和社会矛盾(而非法律术语或立法者的意愿)出发,选题研究”,才“可以展开对法治话语各个侧面的批判,既推动改革,又提升学术”。⁽⁴⁾

《刑事诉讼的中国模式》一书主要集中于两个看似关系不大的研究主题。前两篇文章从近年来的刑事和解实践出发,总结并提炼了与对抗性司法相对应的合作性司法模式;而后六篇文章却从刑诉法修改以来的实施状况出发,指出“案卷笔录中心主义”在一审、二审、再审甚至死刑复核程序中的畅通无阻导致中国的法庭没有审判、现代辩护制度无从展开的现实,并初步探讨了刑事程序失灵的几个原因。之所以说“看似关系不大”是因为,在我看来,在一个更高的、或者刑事诉讼在不同时空背景下交错变迁的层面上,这两个研究主题完全可以勾连起来。由于笔者并非刑诉法专业出身,也由于读者自可以在陈教授的书中获得很多具体的分析、论述和结论,因此,本文打算站在刑诉法之外,更明确地说站在社会科学研究的立场上,分别从刑民边界、两种司法正义观以及时空交错下的刑事诉讼三个角度深入探讨《刑事诉讼的中国模式》一书展示出来的一些重要的学术问题,辨析进一步研究的可能方向,并在此基础上指出刑诉法学研究方法上可能的突破和贡献。

二、刑事与民事:边界模糊还是清晰

“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。”⁽³⁾⁸《中国模式》一书中对中国刑事司法实践中自发产生的刑事和解经验的总结和理论提炼即为这一研究路向的初步探路。

以一种长时段的视角,作者发现自贝卡里亚以来,几乎所有的刑诉法学者都在倡导一种以无罪推定为基础的司法哲学,现代辩护制度和建立在口供自愿法则及传闻证据规则基础上的证据制度,是这一司法哲学的制度保障。这种以存在诉讼立场直接对立的控辩双方为前提的对抗性司法,致力于加强被告人的防御能力和限制强大的国家追诉权,其基本的程序理念有三:1. 以抵御国家任意追诉个人而设计的“无罪推定”机制;2. 以维系控辩双方“平等武装”而建立的程序公正标准;3. 以及为制衡国家刑事追诉权而确立的程序保障。不仅如此,已有的刑诉模式理论,不管是流行于中国法学界的“职权模式”和“当事人模式”,还是帕克总结的“犯罪控制模式”和“正当程序模式”,甚至格里菲斯强调关爱和教育功能的“家庭模式”,由于忽视了刑事诉讼活动中的被害人,关注点都集中在国家和被告人的对抗层面(只不过侧重点分别在国家利益还是被告人利益而已),因此均被陈瑞华归入刑事诉讼的对抗模式。对中国刑事司法实践中出现的刑事和解制度以及公诉机关与嫌疑人之间的审前协商现象,由于着眼于被告人和被害人、公诉机关和被告人之间的协商和谈判,现有的以对抗性为前提的刑诉理论因此失去了解释力。该怎样解释这一独特的中国现象?

在既有理论无法提供解释的地方,必然蕴藏着理论创新的契机。站在刑诉理论的学术前沿,面对源出于西方、以无罪推定为龙头、程序正义为主干的整套刑事诉讼理论,陈瑞华在中国的刑事和解运动中找到了对抗甚至颠覆西方刑诉理论的可能,那就是重新找回被害人的诉讼地位并构建以协商和诉讼合作为基础的合作性司法理论。在中国司法实践中,如果说对抗性司法理论能解释不到20%的被告人不认罪的刑事案件,那么包括了最低限度的合作模式、协商性的公力合作模式和私力合作模式的合作性司法理论则能够有效解释80%以上的被告人自愿认罪的刑事案件。由于对抗性司法固有的局限性(比如,需要投入巨大的司法资源、在被告人认罪的情况下没有存在的必要、不重视被害人的诉讼参与以及无法解释控辩双方的诉讼合作等),由于世界上所有国家的大多数刑事案件都有被害人,都存在被告人自愿认罪的情形,因此可以预见建立在中国刑事司法经验基础上的,强

调妥协、协商和合作的合作性司法理论同样适用于中国以外的其他国家。在这个层面上,该书基于中国问题、世界眼光做出的理论创新可能具有某种世界性的意义。

这一评价在很多坚持学科分界的学者看来,似乎有些值得怀疑。由于合作性司法理论的哲学基础在于“利益兼得”和协商合作,而这些价值又明显归属于民法和民事司法,因此在固守刑法法律边界的传统法学理论看来,该理论好像有点不伦不类。脱离了国家追诉、无罪推定和程序正义的理论还是刑事诉讼理论吗?但其一,理论来源于生活,任何时候都不应该用既有的理论和边界去“裁减”活生生的现实世界;其二,民事侵权行为和刑事犯罪行为,进而民事法和刑事法的边界真有那么清晰而不可挑战吗?

鉴于犯罪与侵权边界,进而刑民边界的重要性,接下来笔者将就此做一个初步的探讨。

尽管凯尔森从分析法学的角度认为法律上“唯一有效力的区分就是以民事程序技术和刑事程序技术的差别为基础的区分”,⁽⁵⁾²³²但民事程序和刑事程序,进而民事与刑事之间的区分边界却远不如大家想像的那么清晰。根据张维迎教授的研究,如果将法律视为一种激励机制,不管是针对民事侵权行为还是刑事犯罪行为,法律的目的都是通过责任规则的设计和实施诱导人们事前选择从社会角度看最优的行为,或放弃从社会角度看不应该采取或法律禁止的行为。⁽⁶⁾¹⁵⁴只不过我们将前者称为民法,后者称为刑法。由于所有的概念和理论都是方便我们了解这个世界的、一种基于社会生活的理论抽象和事后建构,程度不同上都是韦伯意义上的“理想类型”^①,更由于不同时代、不同社会的“集体良知”(collective conscience)^②大不相同,因此什么行为归属于犯罪,什么行为仅仅只是侵权就不是那么一清二楚。现实生活中有很多行为处于犯罪和侵权之间的灰色地带,还有很多明确的犯罪行为同时又带有民事侵权的成分。前者如轻微犯罪和严重侵权,后者如杀人、抢劫等既有社会危害性又有民事侵权性的行为。

其实,在国家还没有出现的初民社会(可能还应该加上虽然有国家但国家力量太弱小,不足以保障其子民安全的社会),犯罪和侵权是一体的。据波斯纳的研究,虽然巫术和乱伦等潜在危害性很大、侦查起来很有难度的行为被视为对该社会的冒犯而应受惩罚,但初民社会中没有刑法来惩罚诸如谋杀或盗窃这样的行为,几乎所有的震慑功能都由血缘复仇或以赔偿为主要手段的侵权规则承担。⁽⁷⁾¹⁹⁸⁻²¹⁰随着国家,特别是中央集权国家的兴起(在中国是秦朝,欧洲不太

一样,但以教会法统治一切的中世纪可以之类比),将“犯罪”从民事侵权行为中分离出来并视其为“弱小的个人侵犯社会整体利益的不法行为”的纠问式诉讼逐渐替代了将所有涉及侵犯他人财产、人身乃至生命的不法行为都视为民事侵权的弹劾式诉讼。

对这一制度更替的历史性事件,可以有多种角度的解释。其一是基于社会契约论的解释。该理论认为在一个缺乏秩序和安全的社会中,为“使自己脱离战争的悲惨状况”,⁽⁸⁾¹²⁸人们愿意让渡一部分权利给国家(也即霍布斯的“利维坦”)以换得秩序、安全和平^③。因此,国家之所以要把针对某个私人公民的暴力行为视为对自己的冒犯,原因在于这是它的契约责任或者它以出售保护换取公民纳税和对它的服从。其二是基于统治成本论的解释。纠问式诉讼的兴起可能在于杀人或伤害减少了国家从受害者那里获得的税收收入,增加了其统治的成本,因此,它有动力以第三方的姿态“偷走”加害人和被害人之间的矛盾^④。其三是基于激励效应论的解释。由于激励问题的核心在于如何将侵权行为的外部性内部化,在初民社会,由于社会关系和社会生活都相对简单,缺少隐私、亲属群体的连带集体责任和侵权的严格责任就能相当成功地内化侵权人和潜在侵权人可能带来的社会成本,并有效遏制各种侵权行为的发生^⑤。但随着社会的发展和社区范围的扩大:(1)很多侵权行为伤害的是不特定多数人的权益,但集体行动中的“搭便车”现象却使得这些被害人没有积极性提起诉讼和获得赔偿;(2)出现了很多没有直接受害人但对公序良俗和社会秩序造成威胁的行为。这是一种有违集体良知的、具有间接外部性的行为,对它的惩罚明显具有社会价值判断的成分;(3)社会交往密度和广度不断扩展、亲属群体纽带逐渐松懈,使得侵权信息越来越难以获得。不仅如此,在侵权可能带来严重后果时,侵权人的赔偿能力往往非常有限。这些都使得原有的惩罚可信性无从保障;(4)由于私人复仇制度可

① 对“理想类型”和社会科学方法论的深入探讨,See, Weber, The Methodology of the Social Sciences, New York: Free Press, 1949.

② “集体良知”是法国社会学家埃米尔·涂尔干提出来的概念,指人们能够团结和维系起来的意识纽带。

③ 关于社会契约,参见(法)卢梭《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,特别是第六章。也可参见(英)霍布斯《利维坦》,黎思复、黎庭弼译,商务印书馆1985年版。

④ 对这一解释的总结受益于波斯纳法官对初民社会刑法功能的论述,参见(美)理查德·波斯纳《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第211页。

⑤ 一个对连带责任和激励制度的精彩研究,参见张维迎、邓峰:《信息、激励与连带责任——对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释》,载《中国社会科学》2003年第3期。

能导致连环式的恶性报复,该制度的社会成本慢慢超过了其制度收益^①。正是由于以上情形的变化,民事侵权性的弹劾式诉讼才被犯罪、侵权两分的纠问式诉讼制度所替代,国家作为一个中立第三方介入被害人和加害人之间才有历史上的正当性^②。

站在不同的学术立场和观察角度,以上三种解释都有其合理性,虽然笔者更偏好立基于社会变迁和理性选择的激励效应论。但仔细考察这三种理论解读,纠问式诉讼对弹劾式诉讼的替代并不是完全的,民事与刑事、纠问式诉讼和弹劾式诉讼之间还存在很多弹性空间和灰色地带。因此,在民事和刑事的交叉领域,不管是从当事人的角度还是国家的角度,国家追诉主义、起诉法定主义和纠问式诉讼并不当然有效和正当。

张维迎曾敏锐地指出“民法和刑法的管辖范围的划分,与市场 and 政府作用范围的划分标准是类似的:当事人能解决的问题就应该由民法解决(包括法律不介入),只有当事人自己不能解决或不能通过民法解决的问题才应该由刑法解决。”⁽⁶⁾¹⁵⁶与此相似,由于纠问式诉讼花费成本巨大,只要存在被害人,而且纠纷双方可以就严重侵权或轻微犯罪进行协商谈判的地方,国家不仅没有必要介入而且可以帮助和促成双方的和解(这就是中国式的刑事和解,或者弹劾式诉讼得以在现代社会重新出现的一个理由)。只有在没有明确被害人、犯罪行为侵害国家社会利益以及当事人无力解决矛盾之时,国家追诉才有稳定社会秩序、维护公民权利的制度功能。

因此,不管从社会契约论、统治成本论和激励效应论的理论角度,还是从严重侵权行为与轻微犯罪行为难以区分划界的现实出发,我们都可以看出刑事法与民事法之间的边界相当模糊。国家在什么时候、什么地方介入私人争斗往往随时代和地域而流转、变化。进一步讲,如果不带上“有色眼镜”和固有评判标准,民事诉讼和刑事诉讼的区别也没有想像中那么大。面对国家司法资源有限而获得案件事实需要成本这个共同前提,不管是民诉还是刑诉,都需要强调案件的繁简分流,强调司法和解/调解的重要性以及追求一种妥协的正义。中国的刑事和解制度正是这种犯罪侵权化、刑案民诉化的制度样本,体现了一种传统理论所不能企及的制度生长逻辑。因为,“所谓的‘犯罪’与‘侵权’、‘刑事诉讼’与‘民事诉讼’的界限,充其量不过是制度变迁的结果,而不是永恒不变的‘真理’,更不是带有意识形态意味的教条”。⁽³⁾⁹⁸

正是在刑民交叉的模糊地带蕴藏着理论创新的巨大潜力,而传统刑诉理论无法解释的现实正好给了

中国刑诉法学者展示其自身理论功底的空间。同时,这也是合作性司法理论强调“利益兼得”和协商谈判的原因。

三、中国与西方:实体正义还是程序正义

如果说《中国模式》一书前两章是对中国式刑事和解经验的总结和理论提炼,那么后六章就是对刑诉法修改实施以来,中国刑事司法实践中程序失灵、法庭审判流于形式以及律师会见难、阅卷难等司法现象的因果解读。而“案卷笔录中心主义”^③与刑诉学界倡导的“审判中心主义”在话语、实践两个层面的各自立场隐含了中西法制遭遇对抗中的各种张力、矛盾与困境。

与文革时期“砸烂公检法”、运动式治理以及群众公审大会相比,1979年颁布实施的刑诉法无疑是一部比较正式化、程序化和理性化的法律,不仅确立了被告人的辩护权,还在法庭审判阶段初步确立了基本的诉讼形态。但随着中国社会的快速变迁和转型,在接受了无罪推定、抗辩制和程序正义等西方法治理念的刑诉法学者看来,该法律基本上只是一部以发现事实真相和惩罚犯罪为宗旨的带有行政治罪性质的法典,已经不能适应变革中国的需要。该怎么办?修法是不二法门。因此,如何借鉴和移植西方(实际上是英美)理想的刑诉制度以完善和修改79刑诉法成了当时刑诉法学界和刑诉立法机构关注和讨论的热点和焦点。在刑诉法学者的积极参与下,大幅度修改后的新刑诉法于1996年3月正式颁布。此轮修法主要集中在无罪推定原则的确定和抗辩制的引入,意在建立以审判为中心的诉讼形态,不仅强化了犯罪嫌疑人和被告人的防御能力,也欲通过严格程序以限制原来强大的国家追诉权。可以说,96刑诉法的修改是中国刑诉法学者及其接受和坚持的“审判中心主义”在司法话语层面上的一次成功。

但正如陈瑞华所言,“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到这项制度背后存在的深层结构”,⁽³⁾⁹

① 对复仇制度演变的一个精彩解读,参见苏力《复仇与法律》,《法律与文学》,生活·读书·新知三联书店2006年版,第43-81页。

② 张维迎先生曾在《作为激励机制的法律》一文中探讨过刑事和民事界线的设定标准。以一种激励理论的视角,张维迎概括了划分民刑边界的三种标准:外部性标准、惩罚可信性标准和恶性报复标准。本文此处概括的“激励效应论”直接源于张维迎的这部分论述。参见张维迎《作为激励机制的法律》,《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店2003年版,第155-162页。

③ “案卷笔录中心主义”是陈瑞华对中国刑事司法实践的理论总结。参见陈瑞华《案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的重新考察》,载《法学研究》2006年第4期。

“抗辩制”和“审判中心主义”在话语层面上的成功并不意味着其在司法实践中不会走样和变形。“纸面上的法律”不等于“行动中的法律”已是常识,而中国96刑诉法15年来的实施状况正好是“纸上之法”不敌“行动之法”的一个典型样本。

正是由于这一轮的“审判方式改革运动”在刑事司法实践中没有成功,最近几年,之前推动刑诉法修改的学者们又在讨论以一审证人出庭、二审开庭等改革措施为中心的新一轮“审判方式改革运动”^①。这一努力可被视为话语层面上的“审判中心主义”折戟司法实践后的再次振兴。但前度努力失败了,这次的努力会有不一样的结果吗?

不同于其他的刑诉法学者,陈瑞华并不期望立法的修改和完善能改变中国的刑事司法实践。通过对中国刑事审判制度变革前后的细致考察,再佐以大量实例,他敏锐地发现不管是在一审、二审,还是在再审和死刑复核程序中,中国的裁判模式不同于将事实认定放在法庭之上的“审判中心主义”,而是一种依赖于侦查笔录的“案卷笔录中心主义”,其“实质在于法庭对公诉方的案卷笔录保持开放的态度,而不做任何明确的限制”。⁽³⁾¹⁴⁵

只要这种司法实践中的“案卷笔录中心主义”不变,或者案卷笔录仍然是法庭审理的基础和法院作出裁决的直接根据,第一轮“审判方式改革运动”也好,第二轮“审判方式改革”也罢,就都是些没有用的“话语”安慰。鉴于中国法庭没有西方意义上的审判,即便你移植和引进了包括刑事证据法在内的全套理想程序,这一理想制度在实践中也仍然没有存在的空间和实施的可能。因此,“作为法学者的普遍理想,‘审判中心主义’的诉讼构造不得不面临‘案卷笔录中心主义’这一严酷现实的挑战”;⁽³⁾¹⁴⁴也因此,“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”。⁽³⁾¹¹⁻¹²

如果将刑事程序的失灵作为一个中国问题和有待研究的社会现象,进一步的追问必然就是,这一套程序为何失灵?在最后一章中,跳出刑诉法学自身的局限,借用社会科学的方法和视野,陈瑞华从程序实施机制、法律实施成本、司法管理方式、中西法律传统之争以及司法体制滞后等方面总结了中国刑事程序失灵的五大规律。正是基于这五大原因,“立法者对于刑事诉讼法做的每一处修改,几乎都会遇到新规则难以实施的问题;法学者所倡导的几乎每一项改革措施,都有与此背道而驰的实践在大行其道”。⁽³⁾³¹⁹

站在一个更高的着眼点,中国刑诉法30年来的

发展及其面临的现实困境,其实可以化约为中西法制在话语、实践两个层面上不间断的角力、妥协和争斗。在话语层面,改革之初,鉴于中国缺乏法治的历史和实践,中国刑诉法学者和立法者几乎全然接受和采纳了来自西方法治发达国家的刑事程序制度以及相应的理念与理论。直到今天,虽在司法实践中屡受挫折,“无罪推定”和“程序正义”依然是刑诉学者心中的核心信念和追求目标,甚至成为不可撼动的意识形态教条。在实践层面,中国的刑事司法制度一直是在党的领导下,“公检法三机关分工负责、相互配合、相互制约”的流水作业模式,“以事实为依据,以法律为准绳”也一直是中国刑诉法的一条重要经验。在辩证唯物主义认识论和源出于陕甘宁边区的政法制度框架下,该制度强调发现事实真相,强调对国家刑事政策的绝对执行。在刑事侦查技术落后的前提下,对“客观真实”的追求必然导致侦查阶段对嫌疑人口供的绝对依赖,刑讯逼供也就在所难免;而公检法三机关“做饭”、“送饭”和“吃饭”的关系又使得法院的案件审理不得不建立在侦查笔录的基础之上。不仅如此,对“客观真实”的追求还带来“知错就改”、“有错必纠”的司法理念,这在很大程度上导致判决的终局性无法实现。

可以看出,话语层面和实践层面的中国刑事法制无论在逻辑起点、制度体系还是司法理念上都迥然不同,前者是西式和现代的,后者是中式和传统的。很奇妙的,在中国转型变迁的时代大背景下,两套看似没有交集的司法制度却被命运之手“捆”在一起,共同构成了一个有着内在张力的新体制。它们之间的利用与被利用、渗透与抵抗、争斗与妥协则构成了中国刑事司法变革中一幅流动与斑驳的图景。

还有一种解释。依冯象先生所言,在政法架构和实际操作完全是“中国特色”或“人治”传统的刑事司法实践背景下,以“无罪推定”、“程序正义”等西方法律制度为目标的“新法治可说是现行政法体制内的一种寄生性话语,是专门用于淡化意识形态色彩,掩饰社会矛盾、输入‘文明’的精巧设计”。⁽⁴⁾由于寄生话语与宿主话语所依托的价值理想各不相同,政法体制要得以有效运作,两者必须在维持动态平衡的基础上各守各的领地:宿主话语(刑事司法实践所遵循的

① 2003年,在刑诉法学者的推动下,刑诉法再修改的计划已被列入全国人大法工委的立法规划之中。到2008年,“证人保护法”和“刑事证据法”的议案也已送到了立法部门的案头。一个已经成功的立法努力是2008年6月1日正式颁布实施的《律师法》,该法大幅度扩大了律师在刑事辩护中的权利,增加了提前介入权、庭上言论豁免权和申请强制取证权。但这一超前的“立法暴动”能取得实践上的成功吗?

一套话语和制度,也即陈瑞华所称的“潜规则”)负责刑事司法体制的运转,而寄生话语专事法治意识形态的生产和宣传。^[4]以此视角观之,中国刑事司法话语与司法实践的脱节就在意料之中,而以西方为范本的刑事程序制度的失灵以及刑诉法学界“对策法学”和“解释法学”的盛行就都是可以理解的了^①。

更进一步,中国刑事司法实践中盛行的宿主话语其实是一套追求“实体正义”的制度机制,而寄生话语则以“程序正义”为价值理想和依归。中西法制在刑事司法这一层面上的冲突与争斗,本质上是“实体正义”与“程序正义”两种司法正义观及其制度架构的冲突。在审判活动中,核心问题就是获得案件事实。如果说刑事司法活动包括“刑侦——公诉——立案——审判——判决——(上诉)——执行”这一整体过程,追求“客观真实”和“实体正义”的中国式司法会把事实的获得放在刑侦阶段,通过国家追诉机关单方面的努力获得嫌疑人犯罪的客观事实;而追求“法律真实”和“程序正义”的西方式司法则将案件事实的获得放在了审判阶段,有一套意在约束法官自由裁量权的刑事证据规则,有为限制国家追诉权、提高被告防御能力而设计的一系列程序制度,法官和陪审团在公诉方和被告辩护人竞争性地提供支离破碎、半真半假的信息中努力拼凑出一个事后建构的法律真实并以此断案。

这是两种完全不同的正义观,前者会不计成本地追求审判结果的正确,而后者则追求程序的公正性,强调充实和重视程序本身以保证结果能够得到民众的接受。以一种价值中立的学术态度观之,这两种正义观没有高下之分,只不过各有其适用的前提、语境和范围。

就西方刑事司法变迁的历史来看,早期的同态复仇和弹劾式诉讼是建立在了解侵害事实的基础上的,而替代了弹劾式诉讼的纠问式诉讼本质上同样追求实体公正和客观真实,秉承的也是一种实体正义观。在中世纪的欧洲,纠问式诉讼盛行于所有法院和英国的教会法院。在这种诉讼模式下,审讯秘密进行,不受任何外界监督。在法庭上,预审官收集的书面案卷材料,不仅是审判时起诉的依据,也是法官进行审判的资料来源,法官依据案卷材料对被告人进行最后的审讯后,在没有任何证人出庭作证的情况下就作出判决^②。这是一种以案卷笔录为基础的间接、书面审理程序,也是一种以犯罪控制为目标、强调客观真实和实体正义的诉讼模式。

“根据比较法学研究的结论,欧陆刑事诉讼中的直接、言词原则是在否定纠问式诉讼中的间接、书面

审理程序的基础上逐渐得到确立的。”⁽³⁾¹⁴⁹但在什么时候、因什么原因以无罪推定、直接言词、法庭辩论为特征的现代程序制度和程序公正观替代了有罪推定、以案卷笔录为审理中心的纠问式诉讼和实体公正观?虽然“程序的正义观念是以发生、发达于英国法并为美国法所继承的‘正当程序’(due process)思想为背景而形成和展开的。其思想系谱可溯及到1216年制定的英国大宪章”,⁽⁹⁾¹⁴但可以初步认定,强调程序公正的刑事司法制度大概出现在工业革命之后并随着现代陌生人社会的发展而逐渐精致化和复杂化。至于原因,由于贝卡里亚反对刑讯逼供,指出“审判应当公开,犯罪的证据应当公开,以便使或许是社会唯一制约手段的舆论能够约束强力和欲望”。⁽¹⁰⁾²⁰有学者论证18世纪末大陆法系各国关于“无罪推定”和“程序法定”的广泛立法和贝卡里亚的刑事程序法思想之间存在必然的因果关系。⁽¹¹⁾也有学者指出雇佣专业律师打理刑事诉讼的做法导致了刑事程序安排的精致化和程序行动的复杂化;由于律师之间在法庭技巧上的水平差异从总体上小于一般大众在法庭技巧上的水平差异,因此这一做法还导致了更大程度上的当事人平等。⁽¹²⁾²¹⁵⁻²¹⁶

在笔者看来,贝氏的刑事程序法思想固然影响了欧洲大陆的刑事立法,现代辩护制度的发展也在很大程度上推动了刑事程序法的精致化,但以一种社会变迁的视野和风险、信息的视角,程序正义观替代实体正义观的一个原因可能还源于人口流动频繁的现代陌生人社会越来越难以获得案件真相,需要以一种程序上的公正获得公众对审理结果的认同并转移司法错误的风险。程序正义并不是一个普世的理念,它的出现其实是越来越复杂的现代社会面对客观事实和实体正义不可得的困境后寻找的一个“缓兵之计”,也是一种制度变迁的不得不然。正是“现代陌生人社会给传统的纠纷解决带来了严重的信息问题、裁判风险分担问题和附随其上的司法正当性和效率性问题,因此,才需要复杂繁琐的现代程序制度和相应的程序正义观”。⁽¹³⁾

在西方刑事司法变迁的粗略图谱中,我们简单归纳一下实体正义观和程序正义观分别的适用前提、制度背景和适用范围:(1)前者的适用前提是案件真相

① 用冯象先生的话来说,就是“‘学理’同架构、操作脱节,意味着新法治只能侧重于立法、法条诠释与宣传教育,即建构意识形态,而非解决具体问题。”参见冯象《法学三十年:重新出发》,载《读书》2008年第9期,第23页。

② 参见何家弘《司法证明方式和证据规则的历史沿革》,载《外国法述评》1999年第4期,转引自房保国《重读贝卡里亚的刑事程序法思想》,载《中外法学》2003年第3期,第372页。

或客观真实比较容易在国家追诉机关的单方面努力下获得,而后者适用前提却是案件真相较难获得,或者提高案件事实的获得概率需要付出更多的司法成本。(2)适用前者的制度背景是以政策实施为司法目的的能动型国家体制,在这种体制下,程序法只具有陪衬意义,妥当的程序是围绕官方调查和案卷笔录组织起来,并能增加获得实体上正确的结果之可能性的程序。而适用后者的制度背景基本上是以纠纷解决和规则之治为司法目的回应型国家体制,在程序公正和结果正确之间,这种体制当然选择前者^①。(3)前者的适用范围是人口流动不频繁的传统社会,在多维度、长期交往的小社区和熟人社会,破案所需的信息容易获得,因此实体正义基本上能够实现;而后者适用范围是人口流动越来越频繁、破案所需信息越来越难以获得的现代陌生人社会,仅靠国家追诉机关单方面的努力不仅成本越来越高,还有可能带来更多的错判风险。在这种时代背景下,建立在无罪推定、法庭辩论和刑事证据规则基础上的现代刑事程序制度才有减轻法官和当事人之间的信息不对称、转移裁判风险的现代功能。

以上概括虽然不完整,但足以揭示实体正义观和程序正义观差异之根源。依此分析,中西法制在中国刑事司法层面上的碰撞与冲突实际上是有着不同适用范围、源出于不同制度背景两种正义观,借由刑法学学者的努力而在中国社会急剧转型变迁的时代背景下发生的一次面对面的交锋。抛开话语层面的西方中心主义论调,在破案成本越来越高、信息获得越来越难、错判风险越来越大、司法权威越来越低下的今天,固守实体正义观的中国刑事司法实践(或者宿主话语)似乎应该有所调整。虽然复杂程序有其掩饰腐败、加大实质上的不平等等固有的制度缺陷,但因其拥有的转移错判风险的现代功能,我们应该在部分案件的审理中吸纳现代程序的精髓以便重拾司法的尊严并获得民众的司法认同。

四、传统与现代:时空交错下的刑事诉讼

通过前面的梳理和讨论,《中国模式》一书中的两个研究主题已然清晰,那就是两个典型的中国问题:中国刑事司法实践中“自生自发”的刑事和解以及法庭审判流于形式(或者刑事程序在中国的失灵)。一只脚站在刑诉法学的研究传统中,一只脚踏在不合常规但生动多姿的中国刑事司法实践中,该书以一种务实的态度和社会科学的方法挑战了西方自贝卡里亚以来形成和完善的程序正义论,提出了基于协商合作基础上的合作性司法理论。不仅如此,面

对西方法律理想在中国“破产”的现实,通过总结程序失灵的五大定律,更隐含指出司法实践中的“案卷笔录中心主义”是西方式“审判中心主义”在中国被忽视和规避的主要原因。可以说,两大研究各自精彩,但作为一个整体的研究项目,看似不太相关的研究主题之间有没有一个隐秘的通道可以相互连接并彼此相关呢?

虽然作者并没有明说,但一个细心和喜欢“寻根究底”的读者可以在该书的论述和分析中看出一些前后勾连的端倪。比如在讨论刑事和解的现实利益基础时,陈瑞华指出“在刑事诉讼程序中,从英美的有罪答辩、辩诉交易到大陆法对协商性司法的逐渐接纳,一直到波及世界的恢复性司法运动,无一不是强调司法资源的合理配置和诉讼程序的繁简分立,确保被告人、被害人拥有越来越大的处分权,避免国家机关对刑事处罚的绝对垄断和优先适用。”⁽³⁾¹⁴结合后文的阅读,这段话暗示,在大量轻微刑事案件(甚至还可以加上未成年人犯罪的案件)中,体现了国家犯罪控制目的和刑罚绝对权的实体正义观(或者“案卷笔录中心主义”),由于忽略被害人利益,再加上司法运作成本相对高昂,很可能面临被害人不满、案件积压和诉讼拖延的问题。这就是近年来高度重视被害人利益、能够有效减轻刑事司法压力、降低刑事司法成本的刑事和解制度在中国出现的背景和原因。

因此,以一种因果式的解读模式,我们可以将《中国模式》一书的内在结构从后往前进行一次因果倒推。第一步,如果说法庭审判流于形式和刑事程序失灵是一个有待研究的现象,以案卷笔录为中心的裁判模式就是一个重要的原因。第二步,由于案卷笔录中心主义秉承一种实体正义观,主张国家的绝对刑罚权,如果缺乏一个审前的“案件筛选器”,在侦查机关移送起诉的案件几乎可以无障碍进入法庭审理的情况下,这种裁判模式不仅容易增大司法错误发生的概率,间接导致当事人更多的申诉上访,更使得刑事司法运作的成本十分高昂。正是在这种压力之下,刑事和解制度应运而生。经过这样的重新解读,我们看到,处于《中国模式》中心位置的是前连刑事和解制度、后接刑事程序失灵的“案卷笔录中心主义”。在

^① 达玛什卡曾按照政府组织结构和政府职能的不同将司法程序类型化为科层型权力组织的政策实施程序、科层型权力组织的纠纷解决程序、协作式官僚组织中的纠纷解决程序和协作式权力组织的政策实施程序四大类型,并深入讨论了不同程序结构的异同。此处对实体正义观和程序正义观之制度背景的概括受到了达玛什卡观点的影响。具体参见(法)米尔伊安·R·达玛什卡《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,特别是第四章和第五章。

很大的程度上,它既触发了前者又引发了后者,是整个中国刑事司法变革因果链条上的中心环节。

更进一步,其实不管是中国的“案卷笔录中心主义”/实体正义观,还是西方的“审判中心主义”/程序正义观,都忽视了被害人的存在及其利益,也都面临如何实现刑事案件的繁简分流,以便利用有限的司法资源处理那些较为严重的刑事案件和确保司法资源合理配置的问题。在西方,“过度精致的对抗制程序与证据规则使得宪法保障的审判程序成本高昂,以致于它只能用来应付非常少量的严重犯罪”。⁽¹⁴⁾⁸⁰因此,长期以来的刑事司法实践在现实压力下,或者自生自发,或者借鉴移植,产生了繁简分流的各种制度性解决办法^①。经过这些制度“筛选器”的筛选,大多数不太严重的刑事案件根本无需进入程序繁琐、结果难测的正式审判。这样,刑事案件的繁简分流得以完成,建立在“无罪推定”、“平等武装”和“程序正义”基础上的审判中心主义和现代刑事程序才有从容展开的舞台。

在中国,人民公社时期,“弥散性惩罚”的社会无需刑法,当然更不需要刑事诉讼法^②。改革开放后,结束了“无法无天”的时代,刑法和刑诉法相继进入中国。秉承自古以来的实体正义观,为贯彻国家打击犯罪、保护人民的政治目的,79刑法重在发现事实真相和惩罚犯罪。在人口流动不频繁、刑事案件稀少的时代,事实真相容易获得也无需案件的繁简分流。但中国社会的迅猛发展和快速变迁改变了这一切。面对人口流动越来越频繁、刑事案件越来越多、司法错误无法避免的现实,缺乏有效的案件筛选制度,又执着于追求客观真实和惩治罪犯的中国刑事司法实践面临被害人不满意和司法成本过高两大困境。正是在此背景下,各式各样的刑事和解制度才在地方刑事司法实践中自生自发地生长了起来。

因此,无论中西,在案件繁多的现实制约下,都面临司法成本过高、案件信息难以获得的威胁,也都需要各种有助于刑事案件繁简分流的案件“筛选”制度,只不过中西的案件“筛选器”各不相同而已。西方的各式“筛选器”是以国家——犯罪人关系为中心的制度安排,是控辩双方的交易妥协,没有被害人的容身之地;而中国的刑事和解则将被害人——加害人的关系置于刑事司法制度的中心位置,“作为这一程序的核心环节,和解协议的达成过程其实是被害人主导下的协商过程”。⁽³⁾²⁶这种犯罪侵权化、刑案民诉化的制度尝试同时挑战了坚持发现真相、控制犯罪的实体正义观和鼓吹权利保障和正当程序的程序正义观。

在陈瑞华看来,不论是西方的程序正义观(也就

是帕克的“正当程序模式”)还是中国的实体正义观(类似于帕克的“犯罪控制模式”),都是一种基于对抗的司法正义观;而程序正义理论和辩证唯物主义认识论由于只关注国家和被告人之间的对抗,而无法解释大多数体现了协商、合作价值的刑事诉讼活动。中国的刑事和解运动启发了陈瑞华,要想挑战和超越西方既有的刑诉理论,要想解释80%以上的刑事案件如何处理,就必须构建一个与既有对抗性司法理论相抗衡并能有效解释各式中西刑事案件“筛选器”的合作性司法理论。

在一个共时的中西考察背景下,陈瑞华提炼的合作性司法理论告诉我们,这个世界除了实体正义、程序正义两种司法正义观外,还有一种基于合作、妥协、效率与和谐的第三种司法正义观——妥协的正义。如果说实体正义追求一种几乎无法实现的客观真实,程序正义追求一种基于程序的法律真实,那么妥协的正义就是一种不需要获得案件真实的正义。在大多数不太严重的刑事案件中,当客观真实无法获得,而获得法律真实的成本和风险又太大时,如果谈判双方的协商一致和相互妥协就可以解决纷争并快速恢复被损坏的社会关系,何乐而不为?不仅如此,包容了协商性司法的合作性司法理论还暗含了一种新的司法理念和诉讼文化,那就是“在现代社会,必须对犯罪抱有必要的宽容、对刑罚乃至刑事诉讼的局限要拥有清醒的反思态度,允许乃至支持以合作、协商的方式处理刑事犯罪案件,是刑事司法制度在现代社会获得正当性的必然选择。”⁽¹⁴⁾⁶⁵因此,在合作性司法理论的指导下,中国刑事司法的一个未来方向不仅需要进一步支持地方刑事和解制度的实验,并及时总结经验加以推广,也不要轻言放弃辩诉交易制度在中国的尝试,努力造就有利于辩诉交易的各种制度条件。

在现代社会的语境下,如果说不论中西,借由刑事和解、辩诉交易和刑事程序简易审等有助于刑事案件繁简分流的“筛选器”,80%以上的刑事案件都先以一种“妥协正义观”和协商合作的方式圆满解决了,剩下的20%案件该如何审理并获得公众的认可呢?先来看案卷笔录中心主义。首先,在社会日益现代化和陌生化的今天,在刑侦技术有限的前提下,中国公安机关侦查犯错的概率不会小,以单方面、秘密

① 在英美法系是有罪答辩和辩诉交易制度,大陆法系的代表是德国的“刑事处罚令”和意大利的“简易审判程序”(又被称为“意大利式的辩诉交易”)。

② 强世功将人民公社时期既无法,法又无所不在的社会称为“弥散性惩罚”的社会。参见强世功《革命与法制的悖论——新中国的法律改造运动及其后果(1949-1979)》,《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161页。

方式获得的侦查笔录为基础的法庭审理不仅无法转嫁司法错误的风险而且很难获得民众信任。其次,即便侦查能保证不犯错,由于现代社会越来越强调人道主义关怀和被告人权利保障,如果保障侦查不犯错的手段不人道,或者存在刑讯逼供,其侦查结果的正当性也会大大减弱。

再看审判中心主义及其背后的一整套现代程序制度和刑事证据规则。不同于案卷笔录中心主义,审判中心主义将事实获得放在了控辩双方竞赛式的提供案件信息的审判阶段。其弊端在于耗时费财,且不一定比案卷笔录中心主义更能获得嫌疑人是否犯罪的真实信息。但好处在于建立在无罪推定、平等武装和刑事证据规则基础上的复杂程序能够有效限制国家权力,引导、限制当事人和法官行为以及保障人权。

因此,虽然站在价值中立的学术立场看,两种裁判模式各有优劣,并没有高下之分。但在现代社会的背景下,对于不到20%的嫌疑人不认罪案件(或者疑难案件),显然强调审判正当性和“规则之治”的审判中心主义更胜一筹。既然如此,为什么中国刑诉法学者不遗余力地引介、传播、“移植”了这么多年,西方方式的审判中心主义要在中国“落地生根”依然是那么艰难?

通过观察西方刑诉制度从同态复仇——弹劾式诉讼——纠问式诉讼——追求程序正义的现代程序制度的变迁历史,我惊讶地发现欧洲中世纪时代的纠问式诉讼活脱脱就是中国今天“案卷笔录中心主义”的古代版和西方版。两者为什么会如此相似?在西方社会变迁的长河中,为什么纠问式诉讼会被追求程序公正的现代程序制度替代?在未来的中国,案卷笔录中心主义有被审判中心主义替代的可能吗?

笔者在前面分析过实体正义观适用的前提、制度背景和范围,由于以侦查笔录为判案根据的案卷笔录中心主义秉持一种实体正义观,因此这一分析框架同样适用于对欧洲中世纪的考察。欧洲中世纪时代显然是一个人口流动不太频繁的传统熟人社会,刑事案件不会太多,国家追诉行为的单方面努力也比较容易获得犯罪的真实信息,而且处于权力中心的教会倾向于利用刑事追诉来实现其宗教控制的目的。中国呢?我们的案卷笔录中心主义,其精神本质归属于中国人数千年来追求实体公正的传统正义观,这一刑事裁判模式背后的行政司法规则源出于陕甘宁边区并成型和巩固于建国初期和计划经济时代。“天不变,道亦不变”,相比难以事后获得事实真相的现代工商社会,中国二千多年的小农社会能够获得也容易支持一种实体正义观。在同样是小农社会只不过更贫穷的

陕甘宁边区,中国共产党要建立政权并赢得老百姓的支持和拥戴,就不可能采纳那种回应工商社会需要的、以司法独立、司法专业化和繁琐程序为特点的西式司法制度和纠纷解决方式。为确保更快速和准确地打击犯罪以保障红色政权,刑事裁判必然是一种集各种力量共同对付犯罪分子的行政治罪模式。一直到建国初期和计划经济时代,这种行政治罪模式及其秉承的实体正义观不仅和当时的国家控制策略相配合,人口流动不频繁的熟人社会也是实体正义容易获得的社会条件。因此,就刑事追诉而言,改革开放前的中国和欧洲中世纪有很多相似之处,都以犯罪控制和政策实施为目的,并且实体正义比较容易实现。

改革开放以来的中国社会发生了很多变化,其中最显著的就是现代工商社会的兴起和法治话语的滥觞。在此大背景下,案卷笔录中心主义和实体正义观适用的前提正在变迁之中。与此同时,已经在西方几百年的法治实践中打磨成型的现代程序制度及其正当化理论成功地“俘虏”了渴求新知、力图变革的中国刑诉法学者,这也才有了前文指出的以“无罪推定”、“程序正义”、“抗辩制”为代表的西方法治话语满天飞,刑诉法修改、再修改的不懈尝试和努力。但中国的问题在于,在社会变迁没有完成、中西法律传统相互碰撞的今天,不仅审判中心主义需要的一系列制度前提还不具备(比如具有职业操守、技能娴熟、聪明智慧的职业法官),之前的成功和路径依赖也使得案卷笔录中心主义具有很强的制度惯性。不仅如此,审判中心主义意在约束国家的刑事追诉权,但在此轮“法治建设的进路中,法律主要不是作为对国家权力行使的约束而发生的,而是作为强化国家权力的力量进行社会改造的工具而发生的”。⁽¹⁵⁾¹⁷⁸明乎此,当前“政治吸纳法治,行政吸纳司法”的现象也才容易理解。

如果说当前西方的刑诉制度大体上是基于辩诉交易和刑事简易审的合作性司法(适用于大部分不太复杂或者很难获得破案信息的案件),加上基于无罪推定和抗辩制的对抗性司法(即适用于少数复杂疑难案件的正当程序模式)两部分构成的话,那么中国刑诉制度大体上则由基于刑事和解和刑事简易审的合作性司法(适用于轻微刑事案件和被告人认罪的案件)和基于客观真实和案卷笔录中心主义的对抗性司法(目前普遍适用的一种犯罪控制模式)组合而成。除了共同拥有的刑事简易审程序,中西刑诉制度呈现出完全不同的两种风貌。中国刑事诉讼制度的未来之路应该通向何处?是继续坚持目前的案卷笔录中心主义,还是在部分案件的审理中引入审判中

心主义?

“旧制度被替代的前提并不是它本身有多少或多大缺点,而在于有没有更有效率的制度可以替代它。”⁽¹⁶⁾⁶⁹在西方刑事诉讼制度的变迁史上,弹劾式诉讼替代同态复仇,纠问式诉讼替代弹劾式诉讼,追求程序正义的现代程序制度替代追求实体正义的纠问式诉讼,包括了刑事和解、辩诉交易等合作性司法理念的刑诉制度对现代程序制度的部分替代,无不昭示了这一制度更替和变迁的道理。

如果说制度效率论能有效解释西方刑诉制度变迁的历史,它却不能完全解释中国。要深入理解此轮刑诉制度的变与未变,我们需要加上诺斯改良版的制度变迁论。吸收了认知科学的最新理论,诺斯认为制度变迁是一个过程,其中的演化关键是主要参与者的意向性,制度变迁在很大程度上是一个由参与者对自身行动结果的感知所塑造的深思熟虑的过程,其制度变迁的理论框架可以概括为“可感知的现实和已有的意识形态——信念——制度——政策——改变了的现实——强化或弱化已有的信念——新的制度……”并依次循环往复。⁽¹⁷⁾²⁻⁴

以此观之,在应然的层面上,只要中国的社会变迁仍在继续,只要在客观真实越来越难以获得的当代社会,当政者还希望民众认同并接受刑事裁判结果,中国的刑事裁判模式就必须有所改变。换句话说,在嫌疑人不认罪的少数案件中,我们应该构建以法庭审判为中心的刑事程序制度。但“应该”怎么能转化成“是”?案卷笔录中心主义背后潜藏的实体公正信念和意识形态怎样才能被新的程序正义信念取代?诺斯的理论告诉我们,当政者的信念和意向性非常重要。只有在改变了的现实面前,当政者愿意弱化已有的信念态度(即实体正义观)并接纳新的价值观(即程序正义观),并据此调整和改变既有刑诉制度,审判中心主义的理想才有可能实现。

只有在刑事诉讼时空交错的复杂背景下,并充分运用社会科学的种种理论和方法,我们才能理解话语层面和实践层面完全不同的中国刑诉制度,才能理解移植西方制度的诸多立法努力为何最终失败,以及以西方刑诉制度为范本的刑事程序为何全面“失灵”。

五、走出“洞穴”:方法论上的突破(代结语)

一方面,在中国刑诉学界普遍主张全面确定无罪推定原则、贯彻程序正义理念、以英美证据法为样本建立中国刑事证据规则的同时,来自西方的现代刑诉制度却在本土潜规则的挤压下,越来越普遍地受到规避和搁置以致于失灵。另一方面,不符合既有的西方

刑诉理论,中国的刑事司法实践自发产生了一场有声有色的刑事和解运动,不仅挑战了“至高无上”的无罪推定原则、犯罪侵权两分的刑民边界,更挑战了以被告人——国家关系为中心的传统刑事司法理念。面对中国刑事司法实践中生发的“鲜活”问题,既有的规范法学(即对策法学和法解释学)无能为力,跟随西方法学(特别是美国法学)“亦步亦趋”的“殖民地”法学同样无所作为。而正是在这两方面,《刑事诉讼的中国模式》不仅在理论上有所创新,更在法学方法论上实现了“质”的飞跃和突破。

冯象先生指出,出于“经世济用”的迷思,“文革落幕,法学重生”的三十年,中国法学仿佛成了职业培训和立法咨询的代言人。法学家们要么热衷法条解释,要么以跻身“立法咨询者”之列为荣,其结果是主流法学除了充斥毫无价值的立法对策和改革建议,“几乎是清一色的教科书编写法,面目雷同,概论加法条诠释和比较,基本不发掘回应学术问题”。⁽⁴⁾这就是耗费了法学者大量宝贵时间和精力,但对中国法治和中国法学却庶少贡献的“对策法学”和“法解释学”。在刑诉学界,陈瑞华是最早反思和批判这类研究的学者。他指出,面对中国刑事程序失灵这一中国现象,“对策法学家最多会提出‘改善法律实施环境’的建议,而法解释学家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’”。⁽³⁾⁵由于没有将之视为一个值得关注的社会问题,没能提供刑事程序为何失灵的因果分析,这两类研究很可能会误入歧途,其提出的建议很可能将中国的刑事程序制度带入更加危险的境地。

如果说对策法学和规范法学是中国刑诉法研究应该走出的第一个方法论“洞穴”,不迷信西方既有的刑诉理论,“把理论探讨的出发点放在中国的现实,而非任何‘国际规范’或‘普世价值’”(冯象语),陈瑞华基于刑事和解制度提炼的合作性司法理论无疑是中国刑诉法学者冲出法学西方化、美国化这一“殖民地洞穴”的又一个方法论突破。

现代程序制度形成、发展、完善于西方,相应的研究也蔚为大观。除了早期贝卡里亚的刑事程序法思想(奠定了西方刑事诉讼制度的理论基石)^①,重要的理论分支还有以萨默斯、贝勒斯、马修为代表的程序正义理论,以帕克、格里菲斯为代表的诉讼模式理论,以及最近三十年发展起来的以巴内特、马歇尔等学者

^① 对贝卡里亚刑事程序法思想的全面总结和深入分析,参见房保国《重读贝卡里亚的刑事程序法思想》,载《中外法学》2003年第3期。

为代表的恢复性司法理论^①。但以一种敏锐的理论触角,陈瑞华发现既有的西方刑诉理论完全不能解释中国刑事司法实践中自生自发的刑事和解运动。因此,以突破了刑民边界的刑事和解实践为理论起点,能够有效解释除嫌疑人不认罪以外的所有刑事案件,以协商、谈判、合作为特质并覆盖了既有西方理论忽略的辩诉交易、刑事简易程序等诉讼活动的合作性司法理论才能成为一个在刑诉理论传统中突破了既有知识疆界且有知识增量的中国理论。

当中国学者成功突破贝氏奠基的程序正义理论并上升和扩展到一个更为高远的知识领域时,我们发现合作性司法和对抗性司法各有各的适用领域而可以和平共存。犯罪控制、正当程序、关爱教育、妥协合作这些不同的制度目标也不是没有并存的空间。不仅如此,长期以来对立的实体正义和程序正义,甚至妥协的正义,在一国刑事司法制度中完全可以同时实现(被告人自愿认罪意味着实体正义的近乎实现,加害人与被害人、公诉机关与嫌疑人之间的协商合作实现的是一种妥协的正义,而在嫌疑人不认罪的普通程序中,建立在无罪推定、抗辩制和刑事证据规则基础

上的现代程序制度能够保障程序正义的实现)。可以说,相互配合、功能互补的合作性司法和对抗性司法共同维护着刑事司法系统在现代社会中的正当性。

尼采曾说过,“存在”只是一个连续的“曾经”,是一个借着否定自己、破坏自己和反驳自己而存活的事物。无论是制度的生发、演化和不断发展,还是学术上的自我挑战、自我否定和自我突破,熊彼特提出的创新的创造性破坏无处不在。中国的刑诉制度和刑诉理论要打破改革开放三十年以来的困局和羁绊,走出西方文明给我们划定的文明边界,就必须引入这种看似破坏意在创新的创造性努力。

因此,走出规范法学和殖民地法学的“洞穴”,当法学重新出发之际,我们期待更多刑事和解式的制度创新,也期待更多基于制度创新和方法论创新的刑诉法学研究。

① 对恢复性司法运动及其理论,国内已有介绍和比较深入的研究。比如陈晓明《修复性司法的理论与实践》,法律出版社2006年版。

参 考 文 献

- (1)〔德〕弗里德里希·尼采.历史的用途和滥用(M).陈涛,周辉荣,译.刘北成,校.上海:上海世纪出版集团,2005.
- (2)苏力.什么是你的贡献?(自序[M])//法治及其本土资源.北京:中国政法大学出版社,1996.
- (3)陈瑞华.刑事诉讼的中国模式(M).北京:法律出版社,2008.
- (4)冯象.法学三十年:重新出发(J).读书,2008(9):20-28.
- (5)〔奥〕凯尔森.法与国家的一般理论(M).沈宗灵,译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- (6)张维迎.作为激励机制的法律(M)//信息、信任与法律.北京:生活·读书·新知三联书店,2003.
- (7)〔美〕理查德·波斯纳.正义/司法的经济学(M).苏力,译.北京:中国政法大学出版社,2002.
- (8)〔英〕霍布斯.利维坦(M).黎思复,黎庭弼,译.北京:商务印书馆,1985.
- (9)〔日〕谷口安平.程序的正义与诉讼(M).王亚新,刘荣军,译.北京:中国政法大学出版社,1996.
- (10)〔意〕贝卡里亚.论犯罪与刑罚(M).黄风,译.北京:中国大百科全书出版社,1993.
- (11)房保国.重读贝卡里亚的刑事程序法思想(J).中外法学,2003(3):370-384.
- (12)〔法〕米尔伊安·R·达玛什卡.司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序(M).郑戈,译.北京:中国政法大学出版社,2004.
- (13)艾佳慧.从社会变迁的角度重新审视程序制度的功能(J).法商研究,2008(6):61-65.
- (14)马明亮.协商性司法——一种新程序主义理念(M).北京:法律出版社,2007.
- (15)苏力.现代化视野中的中国法治(M)//阅读秩序.济南:山东教育出版社,1999.
- (16)苏力.法律与文学(M).北京:生活·读书·新知三联书店,2006.
- (17)〔美〕道格拉斯·诺斯.理解经济变迁过程(M).钟正生,邢华,等译.杨瑞龙,郑江淮,校.北京:中国人民大学出版社,2008.

(本文责任编辑 周少华)