

# 中国刑事诉讼模式的本土构建

左卫民<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**目前学界关于中国刑事诉讼模式的定位存在一定偏差，这一判断在实证与比较法的分析进路中可以得到确证。由于当下中国刑事诉讼既有传统因素，又受到现实情况、国际因素与中国社会发展的影响，因此它的现实模型具有多样性、变动性与矛盾性特点，但在整体上是过渡式、转型式的，同时也是一种国家本位主义的诉讼形态。未来中国刑事诉讼模式的构建要考虑实际存在的多重因素的影响与制约，遵循本土主义、现实主义、演进与建构主义、创造主义等原则，力争形成一种“本土主义的现代型”刑事诉讼模式。

**关键词：**刑事诉讼模式 实然 应然

---

中国刑事诉讼制度改革正面临着瓶颈，处于十字路口。笔者认为，这种瓶颈的形成与我们对中国刑事诉讼模式的认识与相应的构建有关。因此，本文拟就中国刑事诉讼模式的本土构建这一命题进行讨论。

## 一、当下是什么：对既有理论的回顾与反思

当下中国刑事诉讼模式为何，目前学术界主要有以下观点：一是职权主义模式。<sup>〔1〕</sup>这种观点流行于20世纪80—90年代职权主义与当事人主义诉讼模式被介绍到中国的初期。主要针对1996年之前的刑事诉讼形态，一些学者认为，我国刑事诉讼在诉讼价值方面关注犯罪控制、在诉讼结构方面重视司法机关的职权发挥，因此，属于职权主义诉讼模式。<sup>〔2〕</sup>二是混合模式。这种观点主要流行于1996年刑事诉讼法修改之后，认为1979年刑事诉讼法是职权主义或强职权主义诉讼模式的典范，而修订后的1996年刑事诉讼法引入了当事人主义的因素，遂成为职权主义与当事人主义相结合的混合模式。<sup>〔3〕</sup>三是超或强职权主义模式。随着对西方两大刑事诉讼模式的认知，

---

\* 四川大学法学院教授。

感谢马静华、林喜芬、刘方权、冯露、郭松同学对本文提出修改意见。

〔1〕 参见徐友军：《比较刑事程序结构》，现代出版社1992年版，第3页以下；〔美〕约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第137页以下。

〔2〕 参见李心鉴：《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社1992年版，第160页，第161页；徐益初：《试析我国刑事诉讼结构的特点及其完善》，《法学评论》1992年第3期；龙宗智：《刑事司法的利益机制与刑事司法模式》，载《相对合理主义》，中国政法大学出版社1999年版，第77页。

〔3〕 参见徐静村主编：《刑事诉讼法学》（上），法律出版社1998年版，第80页；参见谢佑平：《理想与现实：评修改后〈刑事诉讼法〉》，《现代法学》1996年第2期。

一些学者越来越发现我国现有的诉讼制度与欧洲大陆职权主义还有区别,为此,提出超或强职权主义模式的概念来概括我国刑事诉讼,特别是1996年刑诉法改革之前的刑事诉讼制度。〔4〕

应当承认,上述三种见解均注意到中国刑事诉讼中自带的职权因素及其背后所蕴含的国家权力的强大作用。然而,细致分析,这些归类并不能全面概括中国刑事诉讼的形态,也不能满足中国刑事诉讼制度改革的现实需求。

其一,这些见解基本上都局限在立法的层面,具有文本导向的特征。在笔者看来,刑事诉讼制度不仅包括立法规范所确立的正式制度,而且还包括在实务中运行的习惯做法等非正式制度。上述见解基本以立法文本上的刑事诉讼制度为概括类比的对象,而未从实证角度考察我国司法实务中运行着什么样的刑事诉讼机制。即使对实务问题偶有涉及,基本上也未以充分关注,至少不是全面、科学、系统的研究。当然,更没有在此基础上得出对当前我国刑事诉讼制度基本形态的类型化结论。然而,在中国语境下这恰恰危险。因为“书面法律”与“实践法律”之异,在中国体现得尤为鲜明。对此,笔者通过实证研究,已经注意到:刑事诉讼法中不少条文与规范得不到贯彻,时常徒具形式,而实践惯习虽于法无据,却构成了占主导地位的非正式制度。可以说,不同于实体法律,程序法律尤其刑事诉讼法是中国立法与司法“两分”现象最为凸显的领域之一。如果把握不当,仅以立法为关注点,显然会导致理论概括之重大偏差。如仅以控辩举证的条款而论,容易产生中国已向当事人主义转变的印象。但如果注意到案卷在控、审之间的流动、书面证据的使用且作用发挥的决定性,这一印象或许会大大冲淡甚至消除。

其二,这些见解基本上都是从比较法角度,以法治发达国家为参照系来观瞻中国。但比较法方法运用却在一定程度上存在着失误。

一是对域外诉讼模式类型的误读。即把职权主义与当事人主义看作法治发达国家刑事诉讼基本类型,而没有看到(至少没有深入而切实地分析)这两种类型之外还存在着其他类型,包括借鉴和引进这两种类型而生成的本土化类型,如日本模式。日本“二战”后在刑事诉讼领域进行了由原来的职权主义模式向当事人主义和职权主义相结合模式的转变,独树一帜并因此被一些学者认为可独成一类。松尾浩也用精密司法来描述日本刑事诉讼制度。〔5〕美国学者丹尼尔·富特(Daniel H Foote)则称日本的制度为“合作式的对抗”。〔6〕当然,更为重要的是,区分职权主义与当事人主义的理论模式即便在西方学界也存在争议。英美法系学者惯用“讯问式(inquisitorial)”来特指从中世纪发展而来的欧陆刑事诉讼制度。而欧陆许多学者却不予认同,认为其诉讼模式自从法国大革命后,便已摒弃原来纠问式的诸多因素,吸收了英国对抗式的不少合理因素,早已是一种既非弹劾也非纠问的混合式制度。〔7〕达玛斯卡也提出更为宏观而有说服力的理论模型,并用来分析西方世界的刑事诉讼制度。〔8〕

特别需要阐明:职权主义与当事人主义并非放之四海而皆准的模式。一些西方学者用此对范畴分析非西方国家的模式,如理查德·沃格勒(Richard Vogler)教授将中国与伊斯兰国

〔4〕 参见樊崇义、张中:《论我国刑事司法体制改革与诉讼结构之调整》,《环球法律评论》2006年第5期;樊崇义:《刑事诉讼法再修改理性思考论纲》,《国家检察官学院学报》2007年第5期;汪海燕:《刑事诉讼模式的演进》,中国人民大学出版社2004年版,第442页。

〔5〕 参见〔日〕松尾浩也:《日本刑事诉讼法》上卷,丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第11页。

〔6〕 Malcolm M. Feeley and Setsuo Miyazawa, *Japanese Adversary System in Context*, Palgrave Macmillan, 2002, pp. 29-41.

〔7〕 参见 Mireill Delmas-Marty and J. R. Spencer, *European Criminal Procedure*, Cambridge Uni., 2005, pp. 10-13; [法]卡斯东·斯特法尼:《法国刑事诉讼法精义(上)》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第65页。

〔8〕 达玛斯卡从权力的组织与司法的目的两个层面来观瞻诉讼制度,具有启发性。从权力的组织层面,他将诉讼制度区分为科层式理想型与协作式理想型。从司法的目的层面,他将诉讼制度区分为政策实施型与纠纷解决型。参见〔美〕达玛斯卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第131页以下。

家均归类为纠问/职权模式，甚至以 20 世纪的恐怖时代为题，将斯大林时期及其后苏联刑事诉讼模式均归之于纠问/职权主义。但他也承认，这些模式在世界不同地区独立发展，而且区域传统显然不同。<sup>〔9〕</sup>因此，难以说在这种情况下形成的诉讼制度形态的相似度会有多高。如果考察历史背景，包括其所发生的变化，如法国大革命后欧洲刑事诉讼模式的变化，便很难再用一个简单的“讯问式”概言时间跨度如此之长、地域面积如此之广的不同国家的刑事诉讼制度。

二是域外刑事诉讼制度研究对象上的偏狭性。我们往往将关注中心放于欧美国家，而对欧美以外的国家如拉美、亚洲国家刑事诉讼制度近现代发展变化缺乏研究。而事实上，这些国家在发展的滞后性、改革的外来冲击性乃至改革的思路与方式等方面，都与中国有相似之处。在相当程度上，中国与这些国家都经历了一个主动或被动借鉴、模仿西方刑事诉讼制度的运动。理查德·沃格勒教授认为，20 世纪的世界展开了一场大规模的正当程序革命。第一次是在 1945 年开始于西欧，第二次为拉美的正当程序革命，第三次为 90 年代东欧国家包括中国在内的正当程序革命。<sup>〔10〕</sup>在某种程度上，这些与中国有相同或类似问题、采用了相似或差异明显的方式来探讨解决问题的国家，往往更值得我们研究。遗憾的是，我们却研究得不够。

三是研究内容不够细致化。我们对域外制度的了解大都限于粗线条、大轮廓的研究，往往深入、细致度不够，导致把握对象上的失焦与研究结论的不当。在把握实务方面，我们对法治发达国家实务的了解经常是浮光掠影式的，或通过国内组织的各种形式的考察尤其是中短期的考察来获取信息，甚至通过影视文艺作品包括好莱坞电影获得对外国特别是英美司法的认识。这种考察对西方制度的了解不仅不是长时间、近距离的观察，也不是介入式的观察，相反，更多的是通过个人或团体到国外的短期考察而获得一些感性的知识片段。客观地讲，巡察式的介绍与研究确实能使国人在一定程度上了解国外诉讼制度的基本概况与最新动态，然而，我们不得不怀疑这种考察方式的本质性缺陷——非全面性和非具体化。正像一个外国人在中国短期考察后就声称自己已经了解中国的刑事诉讼制度一样，我们对西方的巡察式了解也必定会存在诸多谬误。刑事诉讼法学界至今也未有一部与王亚新所著的《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》（清华大学出版社 2002 年版）相类似的、全面而充分地描述一国诉讼制度的著述。实际上，在刑事司法比较方面，关注司法制度的真实运作而非法律文本，通过实证调查来研究刑事诉讼最近若干年来已成西方学者的研究范式。在文本把握方面，问题在于未达致全面和系统，尤其在把握国外的理论体系和当前的理论发展方面更是显得不够充分，可以说，对西方刑事诉讼制度基本理论包括其产生、发展乃至目前的主要流派、重要见解等均缺乏应有的梳理与评介。

四是对国外刑事诉讼制度的解读只注重差异而忽视共同趋势。长期以来，我们过于看重两大诉讼模式之差异，而轻忽其共性。但经由反思可以得知，职权主义和当事人主义诉讼均可归类于现代型刑事诉讼类型，表现出人权保障优先、诉讼职能分化、运作机制理性化等现代性特征。两大诉讼模式之间并非处于非此即彼的敌对态势，两者在秉持各自基本特色的前提下，早已存在共性并继续存在一种相互融合的趋势。达玛斯卡认为：英美与大陆都是同中有异，异中有同，“应当避免通过简单地罗列这些类型概念来区分欧陆诉讼模式和英美诉讼模式的简单化倾向”。<sup>〔11〕</sup>斯潘塞（J. R. Spencer）教授在讨论欧洲和英国刑事诉讼制度时也指出：自从法国大革命以来，欧陆与英国的许多重要变化来自于相似的关注，且在某种程度上引发了类似的解决方案。其中，一个主要的关注在于注重改进被告人的地位，结果是被告人可以更好地获得律师帮助。在英国这表

〔9〕 Richard Vogler, *A World View of Criminal Justice*, Ashgate Publishing Limited, 2005, pp. 61—126.

〔10〕 同上书，第 157 页。

〔11〕 前引〔8〕，达玛斯卡书，第 8 页。

现为废除禁止律师在重罪案件中进行辩护的长期规则（1836年）。在欧陆，这表现为允许律师在场以便被告人更早获得法律帮助，尤其是在警察讯问时。<sup>〔12〕</sup>在“二战”以后，由于全球化进程的加快，主权国家权力的部分让渡，出现了区域性司法一体化现象，如欧洲人权法院关于欧洲人权公约的第5条、第6条的一系列判例，已深刻影响到欧盟各国的刑事诉讼立法与实践。尽管一些国家如法国不大承认其刑事诉讼制度的改革代表朝向对抗式程序的运动，而是将其与达到欧洲人权公约的要求挂钩。<sup>〔13〕</sup>但依笔者之见，这些改革提高了审判中控辩双方参与的公开性与对抗性，无疑吸收了当事人主义的因素。欧洲人权法院在2000年的罗和戴维斯诉英国（Rowe and Davis v. UK）案中宣称，一个公正的刑事审判的基本权利要求是：对抗化与控辩双方的平等武装。<sup>〔14〕</sup>另外，20世纪90年代以来，国际性刑事法院如联合国前南刑事法庭的设立，也加快了国际性刑事司法程序的制定步伐，其中大都渗透与兼容了大陆与英美刑事法的规则。<sup>〔15〕</sup>

## 二、是与不是：基于比较与实证研究之若干见解

如何更好认知中国刑事诉讼模式呢？笔者认为，研究的基本立场与方法必须建立在价值中立与价值无涉的基础之上，避免以我们头脑中已经形成的关于诉讼制度的域外话语，去感知与建构刑事诉讼的中国模式。否则，我们就会自觉不自觉地以自己的“前见”去剪裁事实，导致“事实附和想象”的效果。要避免这一情况，达到“想象奠基事实”的良性效果，就必须坚持科学而理性的实证研究方法。同时，适当运用比较研究方法与交叉学科的知识与方法，唯有如此，才有可能使理论与实践进行有意义的对话。

基于上述研究进路，笔者将从肯定和否定两个方面厘清中国刑事诉讼模式。

（一）“几个不是”：关于当下中国刑事诉讼模式现实形态的否定性判断

其一，当前的中国刑事诉讼模式不是现代职权主义模式。现代职权主义乃是一种根植于欧陆法系的话语范畴与类型划分。在发展脉络上，它是在中世纪纠问式刑事诉讼模式的基础上，借鉴与引进当事人主义诉讼模式，融入英美法而形成的；它起始于法国大革命后，标志性代表为法国1808年的《重罪审理法典》（也常被称为法国刑事诉讼法），后来扩及其他欧陆国家，为欧洲大陆所普遍采用。尽管现代欧洲各国职权主义诉讼制度之间也存在些许差别，但整体上均具有以下几个特征：（1）确立、尊重被告人的主体地位，赋予并保障其相应的权利。实际上，在法国大革命胜利伊始，人权与刑事程序的紧密联系便得到强调。根据1789年法国《人权宣言》第9条关于无罪推定之规定，法国刑事诉讼的几部法典尤其是1808年与1958年的法律，非常明确体现了人权保障。<sup>〔16〕</sup>同样，德国在19世纪深受民主思想影响，刑事诉讼法也承认被告人是具有独立诉讼权利的诉讼主体。<sup>〔17〕</sup>被告主体性地位在审判阶段表现尤为明显，如辩护权的保障等。（2）尽管侦查阶段透明度未如英美般充分，但与法国大革命前的纠问式相比，职权主义模式下的审判程序表现出充分的公开性。其侦查程序在司法官介入时也有一定之开放度。如法国预审法官的侦查在19世纪末即进行改革，包括允许律师讯问在场、查阅卷宗等，从而使其有一定的开放性。<sup>〔18〕</sup>

〔12〕 前引〔7〕，Mireill Delmas—Marty 和 J. R. Spencer 书，第 18 页以下。

〔13〕 Jacqueline Hodgson, *French Criminal Justice*, Hart Publishing, 2005, p. 28.

〔14〕 同上书，第 21 页以下。

〔15〕 参见前引〔9〕，Richard Vogler 书，第 277 页以下；前引〔7〕，Mireill Delmas—Marty 和 J. R. Spencer 书，第 37 页以下。

〔16〕 前引〔9〕，Richard Vogler 书，第 49 页以下。

〔17〕 参见〔德〕克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，第 138 页、第 622 页以下。

〔18〕 前引〔13〕，Jacqueline Hodgson 书，第 27 页。

(3) 适当控制侦查。主要体现在预审法官和检察官对侦查活动的审查,体现在侦查阶段对犯罪嫌疑人保护不断增强的趋势,法国侦查程序在此方面的发展与改革表现得尤为明显。<sup>[19]</sup>尤其对警察讯问控制的加强,表明了对侦查活动法治化的重视。(4) 尽管大陆法对案卷制度长期情有独钟,但言词性与口头化仍然是其审判程序的主要特征——“立法上的口头主义与有限制的例外主义”。职权主义摒弃了纠问式诉讼模式下书面审理的方式,确立了审判的直接言辞原则,这一点在重罪案件中表现尤为明显。<sup>[20]</sup>

与此相反,在中国,一方面侦查程序缺乏实质的外部控制,只有审批逮捕时检察机关可进行监督,所谓的侦查监督徒有形式。侦查权由侦查机关自行掌握,侦查程序封闭性与审问性相辅相成,律师作用相当有限。对此,笔者主持的课题组的相关实证研究可以佐证。<sup>[21]</sup>另一方面直接言辞原则也从未真正确立。在司法实践层面,证人出庭率非常低,已经成为实施控辩式言词审理改革的瓶颈之一。如某地2004年中级人民法院、基层人民法院证人出庭率为0.38%,而全国其他相关实证研究也表明证人出庭率不足1%。<sup>[22]</sup>与此相应,刑事案卷对审判结果起着决定性作用,高度依赖侦查案卷的书面审理主义盛行。中国刑事诉讼制度与职权主义最大的区别还表现在犯罪嫌疑人和被告人的主体地位没有得到实质性确立,在司法实践中更没有得到充分而有效的保障。因此,中国刑事诉讼制度虽然在表面上具有现代职权主义诉讼的某些形式要素和特征,但是从整体上考察,它是一种带有强烈的国家绝对性的刑事诉讼制度,受制于自身的传统性因素,与现代职权主义诉讼之间存在着本质的区别。如果把职权主义定位为一种现代型的诉讼制度,那么,中国的诉讼制度只能说是一种介于传统与现代之间而又迈向现代化的“半现代型”刑事诉讼制度。

其二,当下中国的刑事诉讼模式实质上不具备英美的当事人主义因素。在笔者看来,当事人主义之实质内涵主要体现在两个方面:一是当事人主义庭审,二是当事人主义协商。当事人主义协商在英美法系主要表现为辩诉交易,中国并不存在这种协商式的当事人主义。至于当事人主义庭审主要是指对抗式的庭审模式,按照斯蒂芬·兰德斯曼(Stephan Landsman)的观点,其特征不在于事实发现者中立与被动、当事人展示证据、法庭程序高度结构化。<sup>[23]</sup>显然,中国刑事诉讼实践中控辩双方不享有英美法系那样主导庭审的殊荣,法官远不被动,事实上也不够中立,更遑论有高度发达的证据规则与审判规则。尽管我们在1996年刑事诉讼立法中尝试了控辩双方的举证,但实证研究显示,这种当事人举证缺乏对抗性——单方举证而非双方举证,控方举证而非辩方举证,正面举证而无反方质证,控方举证在形式上只是宣读先前的书面材料而不是口头言辞的举证,在内容上只是简单概括列举式而不是全面详细的问答式举证。尤其是,交叉询问这一对抗式审判精髓,在中国庭审中极为少见。对于他方证人,除了对书面证言偶有异议外,几乎未有对证人的攻击性询问从而无法产生对抗火花。<sup>[24]</sup>在立法上,被追诉方作为可能的举证方却在证据收集手段方面极为匮乏,偶有收集却在实务中常冒有“伪证”之嫌。然而,实践中的法官却进行着大量的庭外阅卷和讨论工作。对抗制下当事人活动应具有的主导性、广泛性、充分性、事实性、中心性与集中性都未体现在中国刑事诉讼中,相反,国家活动的主导性、广泛性、积极性通过控诉方、审判方活动而体现,审判决策通过但不唯一通过庭审而达致。这是一场国家主导的定罪仪式,而非作为当事人双方主宰的竞争与游戏。另外,中国法庭审判乃至诉讼都有操作规范不

[19] 前引 [13], Jacqueline Hodgson 书, 第 1 页以下。

[20] 参见左卫民:《中国刑事案卷制度研究:以证据案卷为对象》,《法学研究》2007 年第 6 期。

[21] 参见左卫民等:《中国刑事诉讼运行机制实证研究》,法律出版社 2007 年版,第 38 页以下。

[22] 参见左卫民、马静华:《刑事证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐释》,《中国法学》2005 年第 6 期。

[23] Stephan Landsman, *The Adversary System — A Description and Defense*, American Enterprise Institute for Policy Research Washington and London, 1983, pp. 1—6.

[24] 参见左卫民:《刑事证人出庭作证程序——实证研究与理论阐释》,《中外法学》2005 年第 6 期。

够周密、可以变动的柔性面相。这些都使得1996年修订刑事诉讼法所增添的当事人主义因素在中国实际的刑事诉讼运行机制中几乎荡然无存。

其三,当下中国的刑事诉讼模式也不是所谓的“混合式”。在笔者看来,所谓“混合式”有两种:一种是传统的“混合式”,即在纠问式的基础上,借鉴当事人主义而形成的现代职权主义,这一制度本身被法国人称为混合式,<sup>[25]</sup>且盛行于欧陆法系。另一种为现代的“混合式”,即现代职权主义国家在职权主义基础上吸收对抗制因素,兼采当事人主义和职权主义诉讼模式的因素而形成。日本、意大利某种程度上即是实行第二种意义上混合式诉讼模式的国家。<sup>[26]</sup>一方面,它继续强调职权主义模式下法官的主导性来查明案件事实,例如,日本法规定,基于法院发现真实的一般性任务,法官可以根据职权调查证据。<sup>[27]</sup>另一方面,它又注重发挥控辩双方的积极性,在法庭调查中注重控辩双方平等对抗,实行交叉询问制度。这种混合主义已经从较为典型的职权主义转向吸收了较多的当事人主义因素、摒弃了职权主义的重要技术。如意大利禁止将检、警在侦查中对被告人、证人的询问笔录作为证据出示与使用于法庭审判中。而在中国,正如上述,实务中既非典型职权模式,也无多少对抗,所谓混合式无从谈起。而我国控辩平等甚至一直未有某种形式上的制度建构,1996年刑事诉讼法实施之初关于法庭的布置结构尤其是控、辩双方的座位是否平等设置的争论,以及法官开庭时检方应否当庭起立,都成为当时学术界与实务界的争执焦点之一,这也凸显控辩平等建构之难。在诉讼过程中,尤其是侦查实践中并没有为控辩双方提供真正平等对抗的条件。审判中在案卷中心主义的桎梏之下直接言辞原则难以展开。法官有权调查核实证据和进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结,而双方举证对审判结果没有实质上必然的拘束力。辩方基本上没有举证与调查,即或调查,也可能不被接受。这样一种缺乏实践表现的“平等举证”决定了中国刑事诉讼制度与日本、意大利那种新型混合式模式形不似神也不似。

其四,中国刑事诉讼模式也不是纠问式。纠问式是西方对欧陆传统刑事诉讼模式的界定,它最早起源于古罗马时期,为中世纪罗马教会所确立,采用非公开性的、书面、秘密的程序设计,以口供为主要证据形式,以刑讯逼供为重要取证手段。<sup>[28]</sup>我国封建社会所采取的是笔者称之为中华传统型的诉讼模式,尽管其与西方纠问式诉讼模式在诸多方面相类似,尤其在决策的科层制、证据信息的书面化、程序的非公开性上等诸多相似,但仍然与发端于宗教法庭的纠问式有所不同。首先是证据规则的体系性上不一致。中国传统刑事诉讼中从未有过欧陆那样的法定证据制度。尽管也有一定形式主义的元素,最突出的如“无供不录案”的证据规则,但两者对客观证据的重视与使用不一,这表明对法官任意性的抑制度上的差异。其次是口供的重要性不同。这与缺乏法定证据制度相关。在中国司法传统中,虽然也强调众证定罪即毋需刑讯,但总体上仍推崇无供不录案。而欧洲中世纪的刑讯只在犯罪难以充分证明时(通常找不到两个完全目击证人情况下)方可运用,因而其使用的普遍性相对较弱。再次,在职能划分上,欧陆纠问式也在侦查、起诉、审判上有所划分,如调查人与决策人之分离,又如检察官制度产生并确立于法国君主时期。相比之下,中国古代刑事诉讼未有此种职能划分。可见,纠问式是一种相对近代一些的诉讼制度,较之中华法系的刑事诉讼制度,其更具理性。对此,伯尔曼曾指出,纠问式虽然存在缺陷,但相对于此前日耳曼程序中的较为原始、程式化以及多变的法律制度,12世纪的教会法诉讼程序更为近代、更为合理和更为系统化。<sup>[29]</sup>

[25] 前引〔7〕, Mireill Delmas—Marty 和 J. R. Spencer 书, 第 10 页以下。

[26] 关于日本“二战”后刑事诉讼从德国模式向美国模式的变化, 参见前引〔5〕, 松尾浩也书, 第 5 页以下。

[27] 前引〔5〕, 松尾浩也书, 第 328 页以下。

[28] 参见前引〔9〕, Richard Vogler 书, 第 22 页以下。

[29] 参见〔美〕伯尔曼:《法律与革命:西方法律传统的形成(第一卷)》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第245页以下。

至于我国当下的刑事诉讼，无论在立法还是实践中都已在相当程度上确立并运用了审判公开原则；确立了“只有被告人供述，没有其他证据，不能认定被告人有罪”的证据规则；也确立了律师在审前程序的有限介入与审判中的辩护活动；以及严禁刑讯逼供的训示性规定及相关的实践改进。可以说，中国目前的刑事诉讼制度已经大异于传统纠问式模式的基本内核。<sup>〔30〕</sup>中国的刑事诉讼正在转向现代型且在诸多方面相当程度上已达到现代水准，国家治理方式与技术运用具有一定的法治面相，刑事诉讼中对权力的运用有所节制。

## （二）“几个是”：关于当前中国刑事诉讼模式现实形态的肯定性判断

中国刑事诉讼模式的界分不能追随任何一个当前流行的理论定位。笔者认为，应在关注与把握主要影响因素的前提下，界定中国刑事诉讼模式。

其一，中国刑事诉讼模式带有一定的传统因素。历史的延续性令人惊奇。尽管百年来的变法力求切断传统与近代，试图用西方法治取代传统人治，但延续了两千多年的中华法系诸特征在当前我国刑事司法制度中依然有相当程度的保留。我国当代司法权力不能完全独立于行政权力，司法权力体系内部的行政化色彩严重，与我国古代行政兼理司法的传统有相当联系；我国当代侦查、起诉、审判机构的“流水线作业”，控审职能界线不能完全划清，机关之间的信任与依赖尤其对侦查的信任，与我国古代诉讼职能一体化的司法与诉讼体制存在相当的关联；法官超越控辩双方的独立调查权和独立决定权等强制性职权运作，与我国古代司法官员的绝对性权力运作不能说没有关系。所有这些，表明现行中国刑事诉讼制度与我国传统诉讼制度有诸多“家族相似”。实际上，注意历史演进性、不与历史上形成的制度割裂，而是承继并继续发挥其良性作用，或许是中国一百多年来尤其新中国几次大规模变革中有意或无意之努力。这在1979年刑诉法中体现尤其明显，其对群众路线的强调体现了现代中国的大众司法传统。

其二，中国刑事诉讼模式带有明显社会主义因素。这种社会主义的“遗传基因”源于新中国初期对苏联制度的全方位复制。同时，也受当下所谓的现代化权威体制的深刻影响。首先，在司法权力的结构上，遵循党对司法机关的领导和管理。管理政法工作的各级政法委、机构内部的党组以及法院、检察院内部负责疑难案件讨论的审委会和检委会等，与中国式的社会主义制度相呼应。其次，在司法认知的理念上，追随唯物主义认识论和“真实探知主义”理念。坚持客观真实的证明标准，法官积极主动调查收集证据、查明案件，重实体轻程序，都与苏联对客观事实真相孜孜不倦的理论追求和制度取向一脉相承。<sup>〔31〕</sup>最后，在司法程序的功能上，重视诉讼程序教育性功能的发挥。强调通过诉讼程序在思想上教育和改造犯罪人，促使他们早日回归社会。

其三，我国刑事诉讼模式受到域外法制影响较大（尤其是大陆法系的影响，英美法系的影响正不断增强）。自清末以来，由于列强入侵，中国传统文化的传承被迫中断。冲击与回应模式成为中国应对挑战的典型样式。在刑事诉讼改革领域，先后受到日德、苏俄、英美等诸多国家的影响。中国刑事诉讼制度在概念术语、立法框架、法律理论、司法机构的设置和运作、以及诉讼程序的设计和建构等方面一直都处于世界刑事诉讼的信息交流之中（当然这种交流主要表现为输入）。中国当前刑事诉讼制度所表现出的职权主义因素大多源于对日、德等国职权主义诉讼模式的引介。建国后，我国刑事诉讼制度转而受到苏联的影响。20世纪90年代左右，又开始受到英美当事人主义诉讼模式的影响。可以说，当前我国刑事诉讼制度在立法文本上已经掺杂德日职权主义、苏俄社会主义以及英美当事人主义等各种诉讼制度因素。在立法文本上，中国刑事诉讼制

〔30〕 近年来，刘方权、马静华等对侦查讯问实践之相关研究可资佐证。参见刘方权：《认真对待讯问——基于实证的考察》，《中国刑事法杂志》2007年第5期；马静华、彭美：《非法审讯：一个实证角度的分析——以S省为主要样板的分析》，《福建公安高等专科学校学报》2006年第4期。

〔31〕 参见陈瑞华：《中国刑事司法的三个传统》，《社会科学战线》2007年第4期。

度基本已成为域外法制构架的翻版,在立法框架、立法术语上都与域外的立法相类似,呈现出一体化的导向与趋势。中国刑事诉讼制度立法上已经在相当程度上世界化、法治化了。

其四,中国刑事诉讼模式受制于诸多中国现实因素。当下的刑事诉讼模式受到我国所特有的既集中化又分散化的国家权力和司法权力的影响,受到有限的但逐步增强的法律职业化的影响,受大众与权力精英所秉持的犯罪控制理念与外来的尤其是学术精英认同的人权保障理念之间冲突的影响,受社会经济水平、科技发展水平的影响,受有限又在增加的资源因素的影响,受日益突出的社会矛盾变化与发展形势的影响,受中国不同阶段国家发展战略、发展目标的影响,受执政党从“阶级斗争为纲”到“改革开放”、“三个代表”、“科学发展观”、“和谐社会”等战略的影响。这些影响的印记不仅表现于文本中制度的建构,更表现为刑事诉讼实务的迎合,所以说,本质上中国刑事诉讼制度是一种具有时代性的制度。诸如互相配合、互相制约原则的提出与实施、宽严相济的刑事政策及其程序应对举措莫不印证。

基于上述分析,当下中国刑事诉讼制度的基本型构既有传统因素,又受到现实情况、国际因素与中国社会发展的影响。如何概括地界定中国刑事诉讼制度的现实基本形态呢?在笔者看来,鉴于其具有多样性、变动性与矛盾性,此乃困难之事。

所谓多样性,是指当下中国刑事诉讼模式的影响因素与实际成分非常复杂、也非常多样。就影响因素而言,既包括国内的内在性因素,也包括国外的外在性因素;既有制度的立法性因素,也有实践的司法性因素;既有传统的文化性因素,也有当前的政策性因素。就实际成分而言,既包括“职权主义”的一些成分,也包括“当事人主义”的点滴因素,还包括传统诉讼制度;既有规定于立法的正式制度成分,也有充斥于实践的非正式制度成分。在此意义上,当下中国刑事诉讼模式乃是一个混合体。即或1996年刑事诉讼法的修改结果也是激进派和保守派折中的产物,保留了传统因素也糅合了现代因素,是传统和现代的互相妥协,也是中西心不甘情不愿的合璧,彼此变异。尽管经过近百年的运行,传统因素在减弱,现代因素在增强,但这并不意味着传统因素在中国将会消亡。在此意义上,中国刑事诉讼模式有其语境性。

所谓变动性,是指中国刑事诉讼的目的、价值与结构均处于时刻变动的历史进程之中。一方面,中国刑事诉讼的宏观、中观、微观层面已经或正在发生着不同程度的变化。在诉讼理念上,经历着从单纯犯罪控制到兼顾人权保障的转移;在权力结构上,经过了国家权力独大到国家权力受限的过程;在个人权利的保障方面,经历了个人权利不彰到个人权利逐渐凸显的变化。另一方面,中国刑事诉讼的宏观背景包括经济、社会、文化等一直处于变动之中。在思想文化领域,人权保障的法治理念文化正在兴起,一味强调社会本位的理念正趋于淡化;在经济和社会领域,经济的高速发展和社会的快速进步导致发案数量逐渐增加以及司法资源相对有限。受到这些因素影响,中国刑事诉讼模式也正发生着趋向于同时注重权利的充分保障与权力的有效行使的变动。

所谓矛盾性,是指当下中国刑事诉讼的立法条文之间、立法与司法之间均存在着诸多的矛盾冲突。立法条文之间的矛盾主要体现在两方面:一是侦查制度与审判制度之间的冲突。在现代刑事诉讼制度中,职权主义与当事人主义之间、侦查制度与审判制度之间都存在着相对协调的关系,尤其是当事人主义下的诉讼模式有相当的协调性,而职权主义下易给人怪异之感,但实际上1808年拿破仑将纠问式侦查(1670年法国的规定)与引入英美的对抗式审判结合在一起,并加以改造,使之逐渐融合并达到相对协调。然而,我国刑事诉讼制度改革的结果之一却是在侦查程序与审判程序之间在近三十年来开始呈现较大的分裂,1979年刑事诉讼法是体现这一分裂的立法先驱。它将侦、审高度重叠乃至同一的模式变成了相对分立、甚至是互相有所制约的机制。但这并未改变侦查程序的活动单向性、司法产品制作的早期性。1996年的改革进一步淡化职权或超职权因素,呈现出向“正当”样态的转化,据此某种程度上强化了审判的中立性、决策中心性,这加剧了两者之间的紧张关系。二是审判制度内部的冲突。一方面,当下中国刑事审判制度



在开始采用具有当事人主义因素的庭审方式的同时，却仍然保留了“讯问被告人”等传统制度，只不过将法官主问改为公诉人主问（第155条），导致被告人仍然是庭审程序的客体，这与庭审中的被告人并非证据之信息来源的现代对抗制的要素不符。虽然有的国家如英国在20世纪有所变化，可以允许法官对在庭审中的被告人之沉默作否定性评价，但这不是当事人主义国家的普遍做法。另一方面，新的“控辩式”庭审方式允许控辩双方举证、辩论（第160条），但与此同时，立法又沿袭了大量基于犯罪控制需要的超职权内容，如规定审判人员庭前可以审查案卷材料（第150条），法院有权使用书面证据（第157条），有权调查核实证据和进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结（第158条）等。就立法与司法之间的矛盾而言，主要体现为许多立法条文尤其是改革性的条文得不到很好的贯彻和执行。如在侦查阶段，律师会见当事人困难重重，刑讯逼供屡禁不止；在审判阶段，证人出庭率极低，使控辩双方的举证变成“照本宣科”，庭审的对抗式改革只是一种“走过场”的展示。

有鉴于此，当代中国刑事诉讼模式的基本面相殊难一言以概之。一方面，“混合制”的表述太易于混淆，它很容易与学界所论及的“当事人主义+职权主义”的“混合制”相区别，也不易于与欧陆学者自我界定的混合模式相混淆，这种混合制绝非中国刑事诉讼模式的现实形态；另一方面，“中国特色”的表述也太过宽泛，无法与其它类似“中国特色”的现象界定相区隔，如果不进行细致界定，在刑事诉讼模式方面的概括力并不强。因为任何中国独具而域外匮乏的制度与实践均可冠之以“中国特色”。那么，如何厘清中国刑事诉讼模式呢？

在笔者看来，可从两方面作大致论析。一方面，当下中国刑事诉讼模式乃是一种过渡式、转型式的诉讼形态。所谓过渡式、转型式，这乃是以中国发展变迁的时代背景而论，主要是指这一制度处于长期变化之中，当然也涵指其形态也处于不断的发展之中，正处于从一种模式向另一种模式的过渡之中，且未有定论。特别要指出，在沈家本清末变法改推大陆刑事诉讼法范式的新法以来、迄今为止的百年间，中国刑事诉讼制度的立法与司法均处于变动之中。同时，关于理想目标的歧见纷纭，至今未有充分共识。因而，某种意义上这一百年的改革将高度成熟的中华法系的刑事诉讼制度在相当程度上改变了，却未型塑一种立法上成熟、实践中可行的新型刑事诉讼制度。这与1808年法国刑事诉讼法至1958年仍基本可用、未予废除的情形，相差甚远。当然，我们更愿意将之与时代变迁的迅猛性、未知性相联系。我们认为，中国社会的大转型在未来几十年内继续且不断变化，相应地，中国刑事诉讼制度的变化也在持续进行，且未有定型。过渡式、渐进式将成为当下标示近几十年乃至更长时期中国刑事诉讼制度最贴切的标签，而相对成熟、长期可用的刑事诉讼制度的形成，或许还要等到中国社会大转型完成后的一段时间才能发生。对于这种未来制度的型态，我们可以合理预期，但无法准确描述。或许这也是理性有限的结果吧。

另一方面，当下中国刑事诉讼模式乃是一种国家本位主义的诉讼模式。这与中国现阶段大背景下，后全能主义时代中的新权威主义的体制相呼应。所谓国家本位主义，是指刑事诉讼在制度变迁及运作中，国家作为唯一的基本角色其支配性地位与功能发挥的优势状态，迄今未有淡化。要指出的是，所谓国家本位主义主要指其主导角色及功能，表明国家在中国现实中的主动性、广泛性，绝非他国所能比拟，相应地，地位突出性也非他国所能超越。可以说，国家本位主义是当下中国刑事诉讼制度最为根本也最为独特的标志。其可在与其它刑事诉讼形态的比较中进一步界定。具体而言，中国刑事诉讼中的国家本位主义可从以下方面阐述：一是，它不同于西方两种基本诉讼模式中的国家作用，后者国家权力的理性和有限性非常突出，而我国刑事诉讼中国家权力的有限性和理性并不如前者那样突出。在本质上，中国刑事诉讼中国家扮演权威主义的角色，而西方现代刑事诉讼中的国家则扮演一个非权威或去权威的角色，权力的有限性与被动性非常明显。即或其需要发挥权威性，也大都以非权威的方式与技术展现。二是，中国刑事诉讼中的国家权力（侦、诉、审）一体化现象非常突出。尽管形式上的分工与职能区分已经成型，但实际

的一体化仍或明或暗地显现。相应地,早期司法行为的关键性、审判的形式展示性在此显现。而西方国家刑事诉讼中的国家权力在形式与实质上却有比较彻底的分化表征,并体现为审判中心主义的特点。可以说,中国刑事诉讼中的国家本位乃是一种准理性化的国家本位主义。三是,它不同于西方传统纠问式与中国传统诉讼模式中的国家作用,后两者表现为“绝对主义”的国家主义,缺乏权力的形式理性与实质理性特征,而我国刑事诉讼中的国家权力不仅具有相当的形式理性与实质理性,而且理性化特征正在增强,国家权力的行使也较重视人权保障,这尤其体现在刑法中禁止刑讯逼供的取证制度。某种程度上,中国近二十年来的改革开放可视为国家从全能主义转化为后全能主义,权威从绝对化迈向相对化,从理性有限迈向理性增加的转变过程,这当然会导致诉讼模式的相应转型。

### 三、应当是什么:未来中国刑事诉讼模式的应然思考

经过多年的理论探索,学界针对中国未来刑事诉讼制度的改革主张大致包括以下立场:其一,当事人主义派。在保障人权的理念指引下,一些学者大力提倡对抗式诉讼,认为我国理想的诉讼模式应是控辩双方地位平等而裁判方居于客观立场的“等腰三角形”结构,并指出,控辩式模式更加强调程序,强调人权保障可以弥补我们存在的缺陷,与大陆法系强调效率、强调打击犯罪不一样。<sup>[32]</sup>其二,职权主义派。有学者认为,中国传统的法律文化与欧洲的职权主义相亲近,因此,主张迈向职权主义诉讼制度。<sup>[33]</sup>其三,混合主义派。一些学者认为,当事人主义与职权主义诉讼制度乃是当今世界最为主要的两种诉讼制度类型,各有优点,也各有弊端。因此,我国在进行刑事诉讼制度转型的过程中不应偏执一端,应吸取两者的优点,将我国建构为一种融合了两者优点的混合型诉讼制度。其四,国情派。此派多为实务界人士,由于长期从事实务,直接感受1996年刑诉法修改后“书本上的法律”与“行动中的法律”之间巨大的差异,因此并不提倡大修改,而主张在保留现有制度的基础上做些更符合现实条件与民情的小修改。不过,在理论界一浪高过一浪的人权保障呼声下,此派的声音较为微弱。上述四派的观点虽然结论不同,但探讨问题的逻辑基础却是一致的。首先,都不否认保障人权的价值理念。即使是强调控制犯罪和迁就具体国情的“国情派”也认为“修改刑事诉讼法,应当既进一步强化打击犯罪的功能,又进一步强化对人权的尊重和保护”。<sup>[34]</sup>其次,基本上都是以域外法律制度和国际法律制度作为改革参考,并承认其价值理念的优越性。最后,无论哪派学者均对中国的刑事司法现状表达了不满的见解,并积极追求改革。尽管改革的方案大相径庭,但是“改”已经在学界取得了共识。

尽管如此,这些观点却仍然存在着共通性问题,也正是基于此,这些改革见解很大程度上不可能全面践行。具体而言:

其一,这些改革见解基本上是学术界的观点,还没有或还不完全是大众与立法者的主流观点。需要指出,在日益分化的中国社会,业已有利益、观念等取向不同的多元群体。从某种程度上,可以分为权力精英、知识精英与社会大众。如同在改革与发展问题上他们并不具有一样的利益与见解,在刑事诉讼制度的变革上情况同样如此。客观地讲,这些学界通行的应然性改革见解在大众和权力精英那里的“市场占有率”并不很高,尽管正在提高。在立法者或大众的观念中,要么并不存在与学界精英所秉持的“应当是什么”的类似概念或见解,要么所存在的应然概念、

[32] 参见秦绪才:《我国刑事诉讼结构的类型属性和运作中存在的问题及其完善》,《河北法学》2000年第3期;袁海勇:《线形结构基础上之双三角结构:对我国刑事诉讼结构之再认识》,《西南政法大学学报》2002年第4期,等等。

[33] 参见左卫民、万毅:《我国刑事诉讼制度改革若干基本理论问题研究》,《中国法学》2003年第4期。

[34] 柯良栋:《谈谈修改刑事诉讼法必须高度重视的几个问题》,《法学家》2007年第4期。

见解与知识精英有很大的不同，甚至截然相反。以体现程序正义的非法证据排除规则为例，尽管非法证据应当予以排除已经成为学界通行的改革见解，但当“刘涌案”中知识精英均倾向性关注非法证据是否应予排除之时，大众舆论却倾向性地关注刘涌是否该杀的实体性问题。为此，虽然学界的看法会在一定程度上影响权力精英和社会大众，但学界的这种看法能否变成并能在多大程度上变成权力精英和社会大众的看法，是需要一个缓慢过程的。而这种影响如何产生以及能达到何种程度，目前尚未有定论。

其二，这些改革见解基本上是域外语体的中国化，普适性和正当性值得深思。需要指出，尽管职权主义为1808年拿破仑刑事诉讼法典确立，并随着拿破仑的军事讨伐与法国革命的政治、文化影响，风行欧陆，以致一度成为唯一具有支配性地位的刑事诉讼模式，且至今也堪称重要。同时，在20世纪，“正当程序”的伟大革命随着美国在一、二战后的势力扩张，而对广大拉美、东欧国家产生了重要影响。但这些模式本质上还是西方模式，尽管我们可以称其为有影响力的模式，却不能将其视为“普适”这一具有“真理”界定性质的模式。还需要看到的是，即使是拉美与东欧的刑事诉讼制度改革，在相当程度上也是捐赠国——欧美有意识努力的结果，这一点西方学者从不讳言。<sup>[35]</sup>以域外为师的观点背后往往暗藏一种域外价值优越的逻辑，而这种道德优越性是谨慎而价值中立的社会科学研究需要摒弃的。因为文明有着差疏性，但并无必然的优劣可言，均是一种“地方性知识”（吉尔兹语）——仅仅以西方的成功来论证我国实行此项模式的正当性，在逻辑上未必成立。

实际上，这些改革见解基本是以西方职权主义与当事人主义诉讼模式作为主要参考谱系，但“模式”及“西方化”均有其固有的狭隘。因为这是对西方模式的抽象描述，运用于非西方国家必然存在局限，即使在西方也面临着此种尴尬。如达马斯卡曾指出，“如果激发国内改革的源泉是一种外来的理念，而且这种理念所来自的国家具有一套不同的程序制度，这种程序制度根植于人们对待国家权力结构的不同态度以及不同的政府职能观念，那么，改革者们必须对此保持高度的谨慎。将英美程序理念移植到中国的尝试就属于这种类型”。<sup>[36]</sup>中国是一个国家本位的社会，与西方社会的个人本位迥异，需要使用大不相同的概念与评价。

其三，这些改革见解基本上是应然性观点，现实的支撑条件相对有限。这些改革见解都是与中国刑事诉讼现实存在差距的见解，特别是当事人主义，当然，其他见解也存在不同程度的差距。一方面，将未来中国的刑事诉讼制度定位为当事人主义制度，不仅将面临我国缺乏英美当事人主义传统的困惑，而且，包括当事人主义诉讼制度所赖以存续的判例法制度、陪审团审理、别具特色的律师行业等也是我国当前的诉讼制度环境所难以达致的。另一方面，即使是主张迈向职权主义制度、混合主义制度，也必须正确对待当前我国的现实支撑条件。首先，在我国当前，民众依然将刑诉的功能定位于犯罪控制，对其人权保障的功能不太接受。其次，当前我国的侦控能力和方式都比较落后，如果一味地强调引入国外先进的权利保障机制，将给刑事案件的侦破和犯罪的有效控制带来非常大的压力，很可能影响到社会的稳定与和谐。再次，宪法规定公、检、法的关系为“相互配合、相互制约”，很难超越宪法，而将刑事诉讼制度改革成“等腰三角形”结构。

笔者主张的“应当是什么”既不是逻辑推演，也非价值期待，而是基于对中国现实及未来条件的客观把握基础上的冷静分析与判断，是一种现实主义或条件论的应然观。这种应然观包括以下判断：第一，它是建基于“实际是什么”并受制于现实的诸多复杂因素而形成的。第二，它是在“实际是什么”的基础上，各种应然观点的综合作业、相互博弈的产物。换言之，关于未来的理想图景，无论学者还是实务者、大众，均有一席之地、一家之言，最终成就的图景乃是无数改革、无

[35] 参见前引〔9〕，Richard Vogler书，第177页以下。

[36] 前引〔8〕，达马斯卡书，引言部分，第2页。

数念头汇聚而成。第三，“应当是什么”的实践受到人类有限理性的约束，也是长期博弈和试错的产物，因此，其具体内涵目前尚不能清晰得出，或者说尚处于一种不断发展变化的过程之中。我们或许可以厘清其大致轮廓，也可以大致描述其中长期面貌，却无法高度概括性地把握其中长期整体结构，因为我们不可能为后来者设定目标，限定角色，更遑论历史往往是意外之果。

尽管如此，“应当是什么”并非不可把握。“应当是什么”既然会受制于当下及未来的多种变量因素，那么，有效地利用其积极因素，即可期待达到一个较好的结果。在笔者看来，未来中国刑事诉讼模式的应然类型的塑造必将遵循以下变动与成型轨迹：

其一，本土主义。未来中国刑事诉讼模式的应然类型必将建基于本土制度环境与本土制度需求。吉尔兹在关于地方性知识的理论中强调，“法学和民族志，一如航行术、园艺、政治和诗歌，都是具有地方性意义的技艺，因为它们的运作凭靠的乃是地方性知识。”<sup>〔37〕</sup>同样的，中国刑事诉讼制度是在中国独特的政治、经济、文化等制度语境中存在并发展起来的。因此，未来诉讼模式的应然类型也必将本土化的。在此意义上，中国不可能建立与其他国家完全一样的刑事诉讼制度，客观上也找不到这样的样板。我们不可能全盘照搬其他国家的刑事诉讼制度，关于是否借鉴、如何借鉴，应当根据自身的需要，结合自身的问题而决定。在此意义上，域外如何、国际怎样，都不能成为中国刑事诉讼制度改革根本动力与理想图景。需要指出，这里的本土主义有两重含义。一种是方法论上的，一种是目的论上的。方法论上的本土主义即指：中国构建与运作自己的现代型刑事诉讼制度的路径与方式，有其独特性，而不同于域外语境。这从外来制度对中国制度的影响力上可见一斑。与英美对抗式诉讼的演进性不一，也与大陆法系的部分引进、长期试错矫正不一，中国刑事诉讼改革呈现复杂面相。一方面，中国是一个外来冲击与影响很大的国家，至少在立法上如此。另一方面，实践中的有效举措却又往往是长期试错的结果。这就形成了中国制度建构与改革的独特性——大规模借鉴、修法与长期渐进路径相结合。目的论上的本土主义，则是从民族、国家与社会的未来图景来论述的。中国未来的理想图景或许与发达国家有诸多相似之处，这在一个日益全球化的时代是可以合理预期的。但不同于其他宣称手段不同、目标相同的改革论者，笔者认为：中国的改革不仅手段不同，改革的目标在相当程度上也是独特的。现有的理解过于以西方为模板，即或其以世界化的普适形式出现。事实上，如果摒弃西方中心主义，回顾历史，我们发现：这与中国长期存在的价值取向存在关系，中国未来理想图景具有独特性。中国传统的重社会、重和谐、重合作的因素，过去、现在与将来都不会在理想图景中被摒弃。

其二，现实主义。一方面，这意味着中国刑事诉讼模式的应然类型必将受制于现实制度条件与现实制度资源。如前所述，中国是一个半现代且正迈向现代化的转型社会，制度条件和制度资源具有复杂性、贫乏性等中国特色，因此，如果不以现实的制度条件和制度资源为依托、为出发点，所提出的诸多应然改革构想最终也肯定会像1996年刑诉法修改一般，愿景美好而现实苍白！在此意义上，务实而合理的实然类型必将充分关照现实制度条件和制度资源的制度类型，否则，不仅在改革的进程中阻力会很大，而且，即使是改革表面成功，运行效果却不可能好到哪里。有鉴于此，能然的制度尽管注定不是一个“看上去很美”的建构，而极有可能是乍看之下平淡无奇、细品之后却发现其为确实有效的运行机制。另一方面，这要求未来的刑事诉讼制度改革采用“问题导向”，着力解决现实中的普遍性问题，而不以实现理想价值、达到特定标准作为基准。现实中的问题必须是司法者能够直接感受，为立法者所关注，以及社会大众普遍关心、呼吁解决的问题，而非少数人以某种观点为标准来视之的问题。当然，这不排除随着时间的推移，少数人的意见获得主流认同，从而成为大众关注的焦点。所以，实际所能采用并推进的改革方案只

〔37〕 参见〔美〕克利福德·吉尔兹：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，邓正来译，载梁治平编：《法律的文化解释》，北京三联书店1998年版，第73页。

可能是一个“低标主义”，至多是一个“中标主义”的方案，“高标主义”方案殊难行之。

其三，合作主义。未来中国刑事诉讼模式必将是各种话语主体和改革主体合力推动的结果。在任何一个领域，应然模式的最终形成都是行动的产物，而非理论的产物。苏力对此指出，“从一定的视角上看，一个社会的形成其实就是在一个确定的社会环境中人们的诸多解说相互冲突、磨合、融合的过程，并进而获得一种关于生活世界的相对确定解说，因此影响了人们的习惯性行为方式，构成‘制度’，形成文化的共同体”。<sup>[38]</sup>在我国刑事诉讼制度改革场域，任何一种外来的制度经验或者任何一种国内的应然假说都不可能掌控、决定和指明未来中国刑事诉讼制度的发展路径，相反，未来中国刑事诉讼模式只可能是各种改革主体和各种改革方案相互博弈、相互合作和相互妥协的结果。在此意义上，不仅包括权力机构，也包括普通公民，不仅包括立法部门，还包括司法机关，均应当成为刑事司法改革的推动主体、塑造主体。事实上，我们以为制度的型塑是立法者之事，但其的确也受广大参与者尤其司法者的影响。对中国刑事诉讼的改革必须基于中国利益集团的分化与多样的现实，认识到立法与司法中均有不同的利益集团，认识到当下改革中各方参与者的不均衡性：立法以学者与专业人士的主张为甚，而司法的运作往往以权力掌握者的意见为上风，广大普通公民与普通专业人士在改革中发挥作用不够。由此，需要充分考虑各方主张，特别关注长期被忽视的广大普通公民的主张。还需指出的是，各方的利益博弈与合作是我们学习要学习与把握的。法国二百年刑事诉讼制度改革的实践也表明，权力掌握者的意见或许一时占上风，却会招致抵制和反复。对中国而言，合作主义也许是改革之最佳进路。

其四，演进与建构主义。未来中国刑事诉讼模式必将兼容建构理性与演进理性。建构理性长于立法和设计，而疏于抽象和空洞；演进理性长于实践和试错，却疏于放任和散漫。由于我国正处于迈向现代化的转型阶段，因此，兼容建构理性与演进理性是必要的，未来刑事诉讼模式也应当兼容两者。一方面，立法和改革总是要超前一些，因此，应然模式必须以宏观的、前瞻式的建构理性为基础。另一方面，人类的有限理性决定了我们不可能通过理性建构的方式攫取所有制度变革的信息，拟定完善的可操作方案。因此，应然模式也必须以微观的、积薪式的演进理性为基础。在此意义上，未来中国刑事诉讼模式必将是一个不断试错的过程，只能在长期的制度博弈中形成。它不可能是一个一蹴而就的过程，这一过程所需时间至少与当代中国社会的转型时间大致相当，短则20—30年，长则40—50年，甚至需要更长的时间，不可能是一代人所能完成的工程。因此，司法机关的试点、试验工作，如检察机关的录音录像试点、实验均是创造未来中国刑事诉讼模式的重要方式。特别需要指出的是，我们不应避讳改革的“试错”路径。在理性有限、信息有限的前提下，据以把握制度改革的复杂互动因素。在“能力——问题”的巨大缺口前，通过尝试、摸索局部经验，渐渐形成可操作的改革方案。在“试错”的大方向下，有两个原则需要强调。其一是“有限打乱”原则，即对现有机制的冲击与打破，在不整体打破现有刑事诉讼制度、社会秩序与稳定的前提下，出台改革举措，而不能打乱现有司法制度的大格局，要在不影响其各环节的正常运作下，推进改革。其二，稳步试错的原则。所谓稳步，首先是指不停步，要不间断地实施改革；二是走小步，改革步伐原则上不宜过大，以点滴式的改革为主。根据这些原则，我们在渐进与演进的路径上会有卓有成效的发展。

其五，创造主义。未来中国刑事诉讼模式必将是体现新中国特色的“中国创造”。制度是无法事先安排的，而是人们行动的产物。因此，我们任何人手中都没有关于未来的真理。<sup>[39]</sup>因此，尽管国外各种现代型刑事诉讼制度为我们提供了良好的制度参照，但是，正如新中国其他领域的改革实践一样，我们有着自身的特殊制度条件和改革语境，只能“摸着石头过河”，在借鉴国外

[38] 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版，第11页。

[39] 参见苏力：《法律与文学：以中国传统戏剧为材料》，北京三联书店2006年版，第113页。

制度经验的基础上,进行创造性的转化、吸收与生产!这既表现在对域外法律制度与法律理念的“汉化”上,更表现在进行中国式的“再创造”。

可以认为,中国刑事诉讼模式的应然类型必将是一种属于中国自己的、非鹿非马的、自成一体的、“made in China”的特色模式,是一种“本土主义的现代型”刑事诉讼模式;在世界范围内,则是刑事诉讼模式体系的一个“新物种”。

---

**Abstract:** At present, the orientation of Chinese criminal procedure model can not comprehensively summarize the form of Chinese criminal procedure, and can not meet the realistic needs of Chinese criminal procedure system reform either. Chinese criminal procedure model can be more clearly analyzed from both negative and positive aspects based upon value-free position. From the negative aspect, the current Chinese criminal procedure model is not modern inquisitorial model, has no adversary factors in essence and is not so-called composite or inquisitorial model too. From the positive aspect, the current Chinese criminal procedure model has traditional factors, and is also influenced by the reality, international factors and development of Chinese society, so its real model has the characteristics of diversity, mobility and contradiction. But on the whole it is a transitional model, and is also a litigation form of State Standards.

As to Chinese criminal procedure system reform in the future, the opinions of academia approximately include “the adversary group”, “the inquisitorial group”, “the composite group” and “the national condition group”. These opinions are basically from academia and not or not wholly the main opinions of citizens and legislators. These opinions are basically the Chinese expression of foreign words and their universal degree and legitimacy are worth thinking. These opinions are basically ideal, but the realistic supporting conditions are comparatively limited.

Based upon the objective analysis and judgment on Chinese realistic and future conditions, the future construction of Chinese criminal procedure model will be restricted by many variable factors in current time and future. Therefore, good results can be expected by using active factors effectively. In this aspect, the construction of Chinese criminal procedure model should consider the influence and restriction of multiple factual factors, and follow the principles of localization, realism, cooperation, evolution and constructivism, creativity, etc., in order to construct a criminal procedure model of “indigenous modern type”.

**Key Words:** Chinese criminal procedure model, reality, ideal

---