

#### 四、结束语

最后要说的是,无论何种制度的建立,都不应当是扼杀行政裁量权,而应当在防止裁量权滥用的同时,充分发挥其行政能动性、实现个案正义的内在功能。为此,我们必须倡导一种以原则为取

向的功能主义建构理论。无疑,这一理论的构建及其在实践中的有效运用,还有待进一步努力。因此可以断言,未来中国行政裁量问题的治理必将是一项十分宏大而艰巨的系统工程,也是中国行政法学理论必须去认真而理性对待的一个重大课题。

## 刑事诉讼法学的未来发展

熊秋红

(中国社会科学院法学研究所,北京 100009)

### 一

从 20 世纪至 21 世纪,我国社会发生了深刻的变化。在这段历史里,先后出现了三种社会形态,即农业社会、工业社会和信息社会。中国社会经历着从传统的乡土社会变为工业化社会,又从工业化社会走向信息化社会的“三级两跳式”的发展。<sup>[1]</sup>与社会转型相呼应,我国的刑事诉讼法学也正经历着一场观念更新、学理递进的演变。

我国现行的刑事诉讼体制很大程度上是新民主主义革命时期的刑事诉讼方式与前苏联的刑事诉讼体制结合和发展的结果,其中也糅合了我国法律文化传统中的某些因素,并吸收了大陆法系国家和英美法系国家的一些规定。从 20 世纪 70 年代末到 90 年代中期,中国社会经历了整体性的嬗变,现在仍然处于这种历史性的转换时期。生产力的解放和人的发展成为社会整体变革的基本动力。经济体制的改革带来了社会各方面的变革或转换,如政治体制的改革、社会观念的转换、生活方式的改变等等。经济体制改革也必然对刑事诉讼理论和实践产生影响。在市场经济体制下,商品生产者是独立的利益主体,具有独立的人格和平等的地位是商品经济活动的内在要求。“个人的人格主体性”是商品经济社会所提供的基本法律价值。该价值观的确立打破了长期以来我国的刑事诉讼理论将犯罪嫌疑人、被告人作为打击对象、纠问客体的历史窠臼,为刑事诉讼主体理论

的研究扫清了障碍。市场经济的发展刺激了公民权利意识的增长,在刑事诉讼中,如何保障诉讼参与人尤其是被指控人的权利不受侵犯,成为刑事诉讼理论研究中的一个核心问题。意识形态壁垒的消除也使我们刑事诉讼中许多问题的认识逐步从“真理论”转向“价值论”,价值分析成为我们评价一项刑事诉讼制度优劣的基本方法。上述种种变化,最终、最直接、最集中地反映在一种现象上,那就是:在刑事诉讼的理论研究中,将权利保护作为一个最基本的研究视角。

在摆脱了前苏联刑事诉讼理论的束缚之后,我国学者将目光转向西方。在对英美法系和大陆法系国家刑事诉讼理论和制度进行比较研究的基础上,尝试着结合我国的实际构建属于我们自己的刑事诉讼法学理论体系。从 20 世纪 80 年代末开始,我国学者相继展开了对刑事诉讼结构、刑事诉讼目的、刑事诉讼职能、刑事诉讼价值、刑事诉讼方式、刑事司法体制等问题的研究。在吸收和借鉴的过程中,我们常常面临着这样的理论困惑:我国的刑事诉讼制度究竟要往何处去?是向英美法的当事人主义靠拢,还是在更高层次上回归大陆法中的职权主义,或者建立带有中国特色的混合式诉讼模式?其立论的根据是什么?一般认为,理想的诉讼模式应是当事人主义与职权主义的有机结合。可是,如何断定我们所预设的模式兼有当事人主义与职权主义二者之利,而非集中

收稿日期: 2011-02-10

作者简介:熊秋红(1965-),女,湖北天门人,中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师,法学博士,主要研究方向:刑事诉讼法学。

了二者之弊?折衷主义是我们思考一系列理论问题的基本方法。惩罚犯罪与保障人权平衡论的刑事诉讼目的理论、实体正义与程序正义并重论的刑事诉讼价值理论、相对合理主义的刑事司法改革理论等等,均与折衷主义的思维方式存在着密切的联系。折衷主义的思维方式往往导致学术立场的丧失,导致刑事诉讼理论研究立法和司法的脱节,导致我们对具体的问题得不出多少有意义的答案。在刑事证据法学的研究领域,由于我们对西方的证据法学逻辑体系缺乏深入的了解和准确的把握,加之原有的思维定势的影响,导致我们在本体论问题上争论不休,而真正具有实质意义的认识论问题却未引起我们的足够重视。在我国刑事诉讼法学的研究中,比较方法是常见方法。在借鉴西方的过程中,出现了对西方的理论和实践“误读”甚至“妄自臆测”的现象。在比较法研究中,如何将结论建立在扎实可信的资料的基础上,避免误断乃至以讹传讹,值得我们关注。从现有的研究看,我国目前对西方刑事诉讼法学的了解还远远不够。无论是赶英逐美、还是仿德效法,我们首先需要正确地解读对方的相关理论和制度。在借鉴外国经验的过程中,尤其应当注意研究制度设置的相关背景、条件、配套措施等等,只有这样,才能避免盲目和简单化的移植。

尽管两大法系的刑事诉讼理论和制度存在着一定的差异,但是,二者之间也有着不少共通之处。这些共通之处,在一定程度上反映了西方学者对于刑事诉讼制度的规律性认识。

## 二

考察世界范围内刑事诉讼制度的发展,我们可以发现:国际化、宪法化、社会化已经成为现代刑事诉讼制度发展的主流趋势。

为有效推动国际间刑事司法领域的合作,促进各国不断改进刑事司法制度,联合国在总结各国刑事司法制度改革经验的基础上,通过制定一系列国际性文件如《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《囚犯待遇最低限度标准规则》等等,确立了关于刑事司法方面的原则和标准。从联合国刑事司法准则的内容看,除极少数涉及被害人在刑事司法中的人权保障外,绝大部分都是受刑事追诉者在刑事司法中所享有的权利保障的标准。刑事司法标准国际化,既反映了国际社会对刑事司法制度的高度重视,也反映了

国际社会在刑事司法制度方面已形成相当多的共识。虽然各种文化和社会模式是有区别的,但在差异性的背后存在着某种基本的一致性。正如美国著名伦理哲学家彼彻姆所说“人类本性的结构相同,至少是人类的需要普遍相同,从而导致了在所有文化中采纳类似的甚至同一的原则。”<sup>[2]</sup>实现和维护法治是各国所追求的共同目标,联合国所制定的人权规范与标准,代表着国际社会公认的评估各国刑事司法体系的司法原则,它们有助于国际法治概念的形成。

刑事程序权利的宪法化也是一个比较明显的趋势。美国1791年的《权利法案》对刑事被告人的诉讼权利作了集中规定。在英国宪政发展过程中,刑事程序权利始终是宪法的重要内容。早在1215年,英国的《自由大宪章》就有了关于刑事程序权利的规定;1998年制定的《人权法案》更是对刑事程序权利作了系统的规定。加拿大《权利和自由宪章》也有一系列关于刑事程序权利的规定。此外,日本、德国、俄罗斯等国宪法中也有关于刑事程序权利的若干规定。从总体上看,刑事程序权利在宪法中的规定经历了从无到有、从少到多的过程,刑事程序权利在公民宪法权利体系中越来越占有重要的地位。正如有的学者所言:“如果说宪政制度在现代社会着陆的时候,宪政制度是以对公民实体性权利的规定为重心,那么随着宪政制度的当代转型,面对国家权力的扩张和个人主义的危机,公民程序性权利作为公民权利不可分割的内容以及重要性日渐凸现。”<sup>[3]</sup>将刑事程序权利载入宪法,提升了对该权利的保护力度。

刑事诉讼制度在发展的过程中还显示出社会化的趋势。在国家与社会的二元结构中,如何体现社会力量对刑事诉讼活动的参与,无疑是一个值得考虑的重要问题。公民法官制度、陪审团制度、参审制度等的设置直接体现了公民对刑事司法活动的参与。在现代刑事诉讼中,律师扮演着极其重要的角色。如果将刑事司法制度比作一台机器,律师辩护则是该机器中最重要的组成部分,“事实上,没有刑事辩护律师的作用该机器便无法运转”。<sup>[4]</sup>从理论架构来看,律师被视为一种独立的阶层或自治的社会力量,律师的参与为传统上由国家官员和个人组合的刑事诉讼格局带来了一股新的力量——一种独立的社会力量。20世纪中叶,刑事被害人学的兴起进一步唤起了人们

对刑事司法功能的反思。长期以来,刑事政策的讨论一直以犯罪为本位,认为犯罪是对国家的暴力侵害,刑事诉讼是解决国家与违法者之间冲突的活动。刑事诉讼的目的是为了社会的利益,实现公众对犯罪进行惩罚的权利,而犯罪对于被害人权利的侵犯却渐渐被世人忘却了。随着上个世纪中叶刑事被害人学的兴起和被害人要求刑事程序保护的呼声的高涨,被害人在各国刑事程序中的地位日益受到重视。新的刑事政策试图实现利益的均衡和被告人、被害人与社会之间的和睦安宁。与此相呼应,“恢复性司法”的概念被提出,“社区矫正”被视为刑罚执行的重要方式。

20世纪60年代,欧洲诉讼法学界提出了“保障公民获得司法正义的权利”的口号,继而掀起了世界范围内的“获得司法正义的权利”运动。该运动关注社会中贫困、弱势、边缘化的群体在法律和权利面前所遇到的困难,意在消除因经济能力或个人条件不平等而产生的法定权利实际不平等的现象,确保贫穷的和其他处境不利的人与其他公民一样能够获得法律的同等待遇、能够获得司法的同等待遇。“获得司法正义的权利”运动不仅关注程序正义的实现,而且关注实质正义的实现;不仅关注法律正义的实现,而且关注社会正义的实现。该运动推动了法律援助、诉权保护、法律信息公开、替代性纠纷解决机制、合理的诉讼费用和诉讼限制制度、程序简易化以及公共教育等有助于促进法律面前实质平等的努力。在刑事司法领域,法律援助制度的发展、对当事人公正审判权的保障、审判前程序公开化程度的提高、对刑事简易程序以及辩诉交易制度的讨论等等,从某种意义上反映了对“公民获得司法正义的权利”的重视。在1999年举办的第11届世界诉讼法大会上,国际诉讼法协会副主席布兰特·伽斯教授作了题为《诉讼法——推动社会的发展》的报告;意大利著名诉讼法学家莫诺·卡佩莱蒂则指出:“程序,不是纯粹的形式,它是各种矛盾的交汇点,是国家政策的结合处,是人类思想碰撞的火花。程序是‘罗斯角’,迅速、效率必须与正义密切相连;程序也是‘好望角’,个人自由必须与机会均等紧密结合。程序忠实地映射出我们时代所有的迫切需要、存在的问题以及不断的尝试,也是对我们时代巨大挑战的客观反映。”<sup>[5]</sup>该论述揭示了诉讼程序的背后所隐含的丰富的社会内涵。与刑事诉讼制度社会化的趋势相辅相成的是法律

现实主义的勃兴。法律现实主义批判法律形式主义的局限性,试图超越法律规范本身,关注司法的过程,关注司法中人的行为和相互关系,关注具体纠纷的解决。实证研究方法以及经济学、管理学、社会学、心理学等其他学科的理论成为践行法律现实主义的重要依托。

### 三

我国的刑事诉讼法学研究理应对刑事诉讼制度发展的世界性潮流作出回应,也应对我国的社会转型作出回应。在社会科学领域,普遍主义与特殊主义的论争一直呈此消彼长的态势。刑事诉讼法学领域也是如此。目前大多数学者主张采取渐进或激进的方式推进我国刑事司法制度向国际标准靠拢,也有少数学者强调不同文化间的差异性,主张充分利用“本土资源”改进司法制度。从总体状况看,普遍主义显然占了上风,但特殊主义并未从人们的心里彻底逸出,这或许与整个民族的文化心理危机有关。自清末变法以来,器用之争、中西文化论辨、文化传统与现代化的关系问题,一直影响着我们的学术思考。许多人想把我国的刑事诉讼制度建设成与原来不同的,但同时能与西方国家的刑事诉讼制度相区别的一种制度。但无情的现实是:在刑事司法领域,过去曾被视为具有中国特色的一些内容正遭受着前所未有的质疑,如公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约的原则;实事求是原则在刑事证据法中的核心地位;受刑事指控者的“如实陈述”义务;以事实为根据、以法律为准绳的司法原则等等。这种观念的转型离不开国际、国内的相关背景。从国际背景看,主要是经济全球化、人权普遍化、法律世界化带来的影响。从国内背景看,则与市场经济的发展及建立法治国家的目标相关。显然,我国刑事诉讼法学的研究及其具体制度的构建,既要考虑世界范围内刑事诉讼制度发展的总体趋势,又要考虑我国刑事诉讼制度发展的现实需要。如何将我国的刑事诉讼传统与现代性相融合,如何促进我国刑事诉讼制度在“中西新旧”合理配置的基础上实现创造性转化,是摆在刑事诉讼法学研究者面前的重大课题。正如苏力教授所言“中国社会转型的空前规模(地域与人口),时空的变更,路径依赖以及资源的限制,都使得任何前人的经验表述——即使是正确的——也不足以充分回答当代中国社会转型和法治建设的许

多具体的因此是特别的问题。”<sup>[6]</sup>

一种脚踏实地的做法是:从中国的问题出发,探讨世界范围内相关问题的理论和实践,寻求对解决中国问题有启发意义的方法或者结论。在目前阶段,尚不宜轻言建立所谓具有独创性的刑事诉讼法学理论体系,因为一种新的刑事诉讼法学理论体系的建立,必须具备诸多的主客观条件,需要相当长的智识积淀,要求具备良好的理性文化环境。在我国目前的条件下,独立地生成一种完全属于自己的现代刑事诉讼理论体系几乎是不可能的。纵观20世纪至21世纪中国刑事诉讼法学的发展,尽管其中不乏带有“中国特色”的精神产品,但从总体上看,一直是以引进、移植、借鉴外国的刑事诉讼理论和制度作为主导性方式,只是学习的对象有所不同,或德国、或日本、或前苏联、或英美……其间,还经历了法制转型以及法律虚无。台湾政治大学的苏永钦教授曾将当今世界范围内的司法改革分为建立法治、深化法治、简化法治、转化法治等4种类型。<sup>[7]</sup>从我国的情况看,大体属于第一种类型。我们很难设想,处于建立法治阶段的中国能够创立出一整套完全不同于西方的刑事法治理论。在我国构建刑事法治的过程中,如果能对西方的理论和制度多一些扎实的分析、能对世界范围内刑事诉讼制度的发展动向多一些了解、能对中国问题的症结多一些揭示、能对一项制

参考文献:

- [1]费孝通.“三级两跳”中的文化思考[J].读书,2001,(4).
- [2][美]彼彻姆.哲学的伦理学[M].雷克勒,等译.北京:中国社会科学出版社,1990:53.
- [3]董茂云,等.宪政视野下的司法公正[M].长春:吉林人民出版社,2003:156.
- [4][英]加瑞·斯拉泊.刑事辩护律师与英国法律制度.王秀梅,译.[C]//.陈卫东.司法公正与律师辩护.北京:中国检察出版社,2002:1.
- [5][意]莫诺·卡佩莱蒂,等.当事人基本程序

度的具体运行环境多一些考察,这一点一的努力或许就是促进我国刑事诉讼法学理论体系最终形成的重要动因。

处于社会转型时期的中国刑事诉讼制度从整体到局部,正在发生着或大或小、或强或弱的变化。作为刑事诉讼法学的研究者,不仅要成为这种变化的见证者、阐释者,更要成为这种变化的预测者、评价者和推动者。应该看到,当下我国刑事诉讼制度的影响因素非常复杂,既包括国内的内在性因素,也包括国外的外在外在性因素;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,也有现时的政策性因素。“对于中国当前的法制建设而言,现代法学的继承至关重要,继受理论的‘本土化,则在其次’<sup>[8]</sup>刑事诉讼法制建设与法学研究也是如此。正当法律程序是我国刑事司法改革应当坚持的方向,与此同时,对刑事司法功能的重新认识、对刑事司法经济性的考量以及国际刑事司法准则的要求等,都是我们在思考中国问题的解决之道时不可忽视的因素。从研究方法的角度看,实证研究方法以及其他学科理论的运用,有助于避免将复杂的问题作简单化的分析和处理。刑事诉讼理论和制度的“中国特色”应当体现在对具体问题的具体而深刻的分析之中。

- 保障权与未来的民事诉讼[M].徐昕,译.北京:法律出版社,2000:176.
- [6]苏力.面对中国的法学[J].法制与社会发展,2004,(3).
- [7]苏永钦.漂移在两种司法理念间的司法改革[C]//.张明杰.改革司法——中国司法改革的回顾与前瞻.北京:社会科学文献出版社,2005:(417-418).
- [8]季卫东.面向二十一世纪的法与社会[J].中国社会科学,1996,(3).