

当代中国刑事诉讼法律移植： 经验与思考

左卫民*

摘 要 达玛斯卡关于刑事诉讼法律移植的论述隐含了一个有待验证的命题：由于制度背景改变艰难，不同法系国家间的制度移植难以成功。对此，当代中国的经验与教训似乎可作回答。纵观刑事诉讼法近三十年变迁，法律移植无疑是贯穿其间的一条主线，并呈现如下特征：首先，制度与背景的“弥合—断裂—再弥合”；其次，内容的“整体—碎片化”过程；再次，改造式与照搬式并用；最后，周期相对较长。中国式移植的原因首先在于“以强者为师”逻辑，西方尤其美英正当程序理念更符合当代中国需求；其次，有限移植是因整体照搬、学习不同背景的域外制度困难重重；再次，改造式移植愈发受主体中国意识觉醒影响；最后，周期较长则因移植共识达成的艰难性。就效果而言，目前中国刑事诉讼的移植利弊互现。当代中国的移植经验一定程度上可证实达玛斯卡命题，但也对其提出修正：成效有限、与既有制度冲突的部分移植能小规模促进法治进步，并能熏染与改变作为制度背景的文化、社会环境；尤其在信息社会兴起、全球化趋势加速情境下，这一改变并非异常艰难，由此，移植的可接受性也大为提高。

关键词 刑事诉讼 法律移植 达玛斯卡命题

随着 2012 年新《刑事诉讼法》的颁布，敏锐的观察者不难注意到此次修法中存在的某些法律移植(包括照搬、借鉴、吸收、融合等)现象。^{〔1〕} 诸如排除非法证据、排除合理怀疑、不得强迫任何人证实自己有罪等立法条文的确立乃至某些话语表述的调整，都可对之印证。在

* 四川大学法学院教授。本文写作得到四川大学国家“985”工程——社会矛盾和社会管理研究创新基地、四川大学中央高校基本科研业务费项目的支持。对本文的写作，程龙同学、段陆平同学、郭松副教授、马静华教授、刘方权教授、兰荣杰博士、何永军副教授均提出了有益的修改意见，在此谨致谢忱。

〔1〕 关于法律移植与法律借鉴、吸收等概念的关系，学界存在不同争论。持“相同论”者认为，法律移植就是指引进、吸收、采纳、摄取、同化外国法律(包括法律概念、技术、规范、原则、制度和法律观念等)，(转下页)

后发国家的法制建设中,法律移植的状况包括是否移植、移植什么、如何移植以及成功与否,它一直是中外学界思考与研究的重要问题。不过,目前的大多数讨论主要集中于抽象的比较法、法律文化层面。^[2]对于部门法尤其是刑事诉讼法领域而言,既有的研究则大多仅针对某一具体制度,缺乏整体性、系统性的观瞻;而少有的整体讨论要么过于抽象,要么缺乏一种基于历史变迁经验的大视角。^[3]有鉴于此,笔者试图通过考察包括2012年《刑事诉讼法》在内的我国刑事诉讼法三十余年的发展变迁,思考中国刑事诉讼中法律移植的相关命题,通过自己的探究以求教于同仁。

一、刑事诉讼法律移植的达玛斯卡命题:一个有待检验的课题

对于法律是否可以移植,国外理论界聚讼不已,未有定见。典型如以苏格兰人艾伦·沃森为代表的法律移植乐观论者和以法国皮埃尔·罗格朗、美国赛德曼夫妇为代表的法律移植悲观论者,双方观点鲜明、针锋相对。^[4]同样,刑事诉讼领域不同法系、不同国家、不同社会背景下

(接上页)使之成为本国法律体系有机组成部分的现象;法律移植的词义与我们通常讲的法律借鉴与吸收是相当的,有时也可能有更多的涵义,但也不会有太大的区别。可参见何勤华等:《法律移植论》,北京大学出版社2008年版,页221及以下;沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,页668、678。持“区别论”者则认为,法律的移植与借鉴、吸收等属于法律文化交往的不同形式,不可相提并论、更不可混用,否则,我们永远讨论不清法律移植问题。可参见米健:“法律文化交往与文化主体意识”,《中国法学》2012年第2期;倪正茂:《比较法学探析》,中国法制出版社2006年版,页288—293。笔者以为,问题的关键在于如何界定法律移植概念,广义上来讲,将法律借鉴、吸收等纳入法律移植范畴似无不妥;而且,纵观中外学者关于法律移植的著述,大多持此立场,本文也将延续这一思路展开论述。

〔2〕如何勤华,见前注〔1〕;黄金兰:《法律移植研究》,山东人民出版社2010年版,(意)D.奈尔肯、J.菲斯特特编:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2006年版;(意)简玛利亚·阿雅尼编著:《转型时期的法律变革与法律文化:后苏联国家法律移植的审视》,彭小龙等译,清华大学出版社2011年版等。

〔3〕针对刑事诉讼具体制度移植、借鉴西方尤其是英美经验的讨论,在当下的研究中俯拾即是;少有的整体、抽象讨论如汪海燕:“除魅与重构:刑事诉讼法律移植与本土化”,《政法论坛》2007年第2期;汪海燕:《我国刑事诉讼模式的选择》,北京大学出版社2006年版;艾佳慧:“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”,《法律科学》2011年第5期等。

〔4〕沃森认为,系统的法律知识以及具体的社会文化、政治制度背景等对于法律移植来说都是无关紧要的,因为从法律移植的历史经验来看,“即使在对外国法律的政治、社会和经济环境一无所知的情况下,也能实现成功的法律借用”。See Alan Watson, “Legal Transplant and Law Reform”, *Law Quarterly Review*, 1976, vol.92, p.79. 与此针锋相对,赛德曼夫妇则认为,移植之法很少能够在两个国家导致相同的行为和获得相同的效果,因为不同国家关于法律与非法律的界限不同,人们在回应法律时往往要考虑非法律因素,相同的法律在不同的社会环境下,对人们行为的影响也有所不同。有鉴于此,他们明确提出了“法律不可移植的规律”。参见(美)安·赛德曼、罗伯特·赛德曼:《发展进程中的国家与法律:第三世界问题的解决和制度变革》,冯玉军、俞飞译,法律出版社2006年版,页52。事实上,赛德曼夫妇也是较早反对中国法律移植的学者,他们批评在改革开放的深圳移植西方的法律制度,理由就在于中国的国情不同于西方国家。参见(美)安·赛德曼、罗伯特·赛德曼:“评深圳移植香港法律的建议”,赵庆培译,《比较法研究》1989年第3—4期合刊。

诞生的制度可否相互成功借鉴也是一个有争论的问题。对此,美国著名比较刑事诉讼法学者达玛斯卡教授曾尝试作出自己的解读。在他看来,移植他国的程序制度,其成败主要取决于新规则与某一特定国家的司法管理模式所植根于其中的文化和制度背景的兼容性。由于不同法系、不同国家之间的文化和制度背景等差异相当大,因此其间的法律移植总是问题多多,难以成功。他形象地比喻,策划一场程序改革(移植他国程序制度)就像是策划一场音乐会。法律规则就好像是一个个音符,尽管它们当中的每一个都可能具有内在的艺术价值,但这并不能保证一场音乐会的成功。完备的乐器、娴熟的演奏者以及音乐类型对听众的吸引力也是同等重要的必备条件。〔5〕以两大法系刑事诉讼领域事实认定制度的移植为例,达玛斯卡认为,法律的模仿——无论在大陆法系还是英美法系,与其原有的纯粹本土化制度相比,这些事实认定制度的实践效果总是不尽如人意。〔6〕可以说,如果乐器和演奏者变了,奏出的法律乐曲也会随之改变。〔7〕法律移植的学者总想在外国程序法律“店铺”中随意挑拣“商品”,“但如果认为在这个商店中可以随意购买这些‘商品’而不要那些‘商品’,无疑是一种不切实际的幻想”。〔8〕当然,必须注意,达玛斯卡对于法律移植的看法虽然较为谨慎,但也远非如19世纪德国的法学家萨维尼那样持一种极端的法律不可移植论观点。〔9〕基于各国在程序制度间相互借鉴呈现出前所未有的密集程度,达氏马上作出补充,他并未完全否定移植程序性条款的可能性。他的研究旨在提醒人们在进行移植的时候保持高度审慎。具体而言,在考虑移植某一外国程序规则时,必须首先仔细考察本国制度背景中是否存在使此项外国规则有可能发挥实际效用的先决条件;本国制度能否接纳新拟议的创新;或者,本国制度在经过适当调整后能否接纳拟议中的创新?〔10〕

达玛斯卡的深刻在于,他敏锐地察觉到程序法尤其是刑事诉讼法的移植具有区别于其他法律移植的特殊性。他指出,与私法领域相比,程序法的意义和效果更加依赖于外部环境——尤其是直接依赖于所在国家司法制度运行的制度背景。〔11〕因此,在移植程序规则时,必须特

〔5〕 (美)米尔吉安·R. 达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较法视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,“致中国读者的引言”,页2。

〔6〕 对此,达玛斯卡以大陆法系移植英国陪审团的后果以及意大利借鉴英美国家的制度改革刑事诉讼法典所引发的不利后果这两个例子来予以论证。参见(美)米尔吉安·R. 达玛斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,中国人民公安大学出版社2006年版,页232,注3。

〔7〕 达玛斯卡,见前注〔6〕,页232。

〔8〕 达玛斯卡,见前注〔6〕,页246。

〔9〕 萨维尼认为,法律是一个国家民族精神的产物,也是民族精神的集中体现,从本质上说,它是不可移植的。他认为,如果我们进一步探究实在法依赖于什么而获得其存在,则会发现正是那个民族。实在法根植于民族的共同意识,因此我们也将它称之为民族的法律。既然法律源自民族精神,而不同的民族有不同的民族精神,因此法律对于一个民族而言是独特的,属于一个民族的法律当然不能适用于另一个民族。参见(德)弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,页7—12。

〔10〕 达玛什卡,见前注〔5〕,“致中国读者的引言”,页3。

〔11〕 对此,达玛斯卡还专门提醒读者注意,他无意贬低整个文化生态在确定规则含义方面的影响。只是,与专门为司法运作而设计的制度所产生的影响相比,这一影响并不明显。达玛斯卡书,见前注〔6〕,页232,注2。

别注意那些外部的制度背景。其中,达玛斯卡又将政府结构和政府功能两种政治因素置于关键位置。在他看来,法律程序是一个从社会生活的政治层面中汲取信息的过程,程序制度的基本设计很大程度上受制于权力结构、政府功能。基于权力结构和政府功能的差异,达氏认为,匆忙地将具有不同政治传统的他国程序制度纳入本国法律体系之中的做法可能很容易导致不尽如人意的结果。^{〔12〕}比如,具有协作性权力结构和回应型特征的国家的刑事程序理念与制度移植到呈现出科层式权力结构和能动型特征的国家,就可能难以成功。中国移植英美刑事程序理念、制度的尝试就属于这种类型。^{〔13〕}换言之,达氏意在提醒人们注意:“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。”^{〔14〕}

通过上述梳理,可以总结出达玛斯卡关于刑事诉讼法律移植的三个基本命题:其一,移植并非绝对不可能,但移植成功与否,并不如法学家们设想的那样,仅仅取决于优良的域外法条,^{〔15〕}而更取决于影响新制度有效运作的本国各种社会条件是否与国外相同。这实际上是指:不同法系间的移植,必须是制度整体性的移植而非部分移植;同时,移植不仅包括刑事诉讼制度本身,而且还需要移植、借鉴该制度赖以生存的文化、政治等背景条件。其二,在众多制度性背景或先决条件中,政治因素又是决定性的,因此,移植成功的关键在于政治传统移植、调整或改造的成功,比如科层式权力结构能否改造成协作式,政治意识形态上的能动国家能否向回应型转变。其三,政治传统、文化环境等背景性因素如果说不是无法改变的话,至少是改革起来非常艰难的,由此,不同法系尤其是制度背景不同国家间的程序制度法律移植难以成功。毋庸置疑,达玛斯卡关于程序制度移植较为谨慎的观点一直受到其对于制度背景难以成功改变的悲观情绪的深刻影响。也正是基于这一隐含的判断,达玛斯卡预测,在典型的普通法事实认定方法黯然退场的同时,大陆法系的诉讼传统不大可能大举登台。^{〔16〕}普通法证据法正在崩塌的支柱,最有可能经由本土泥瓦匠及本土的其他建筑材料得以修复或取代。^{〔17〕}

与此有异的是耶鲁大学法学院兰博约教授的观点。兰博约在对英美法系中最“引人注目”的对抗式刑事审判制度进行“法律史考古”之后认为,对抗式审判制度忽略了对真相的追求和对弱者的保护,而现代欧陆的刑事诉讼制度成功混合了英格兰刑事诉讼制度和欧陆传统,成为更加可靠的刑事诉讼体系。^{〔18〕}他的基本观点是制度可以成功借鉴。当然,对于大陆法系刑事诉讼制度的钦羡毕竟属于少数,更多的学者还是主张大陆法系学习英美法系。^{〔19〕}如日本、

〔12〕 达玛什卡,见前注〔5〕,“致中国读者的引言”,页1。

〔13〕 达玛什卡,见前注〔5〕,“致中国读者的引言”,页2。

〔14〕 达玛什卡,见前注〔5〕,“致中国读者的引言”,页2。

〔15〕 达玛斯卡,见前注〔6〕,页231。

〔16〕 (美)米尔建·R. 达玛斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,页208。

〔17〕 同上注,页212。

〔18〕 参见(美)兰博约:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,页319。

〔19〕 参见(德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》(第24版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,页615以下。

意大利、中国台湾等法治后起地区在其刑事诉讼法制建设中大量吸收借鉴了英美法系的基本制度和经验,一些移植似乎有所成功。这些事实似乎暗示,刑事诉讼中的法律移植是可欲且可行的,这既包括整体移植,也包括部分移植,尽管这其中并未全面移植制度背后的政治、经济、文化等支撑性因素。

显然,上述两种观点与实践似乎反映了一个由达玛斯卡相关论述推演出来、有待验证的命题:由于制度背景改变的艰难性,刑事诉讼的法律移植难以成功。然而,在信息社会兴起与发展、法律不断实现全球化的背景下,面对刑事诉讼制度“外来资源”冲击、影响“本土制度”的既有现实,达氏的命题能否继续成立,是否需要修正,这无疑更值得思考。作为正在经历法律移植过程的国家而言,中国显然具有相当适合的回答资格。自晚清以来百余年间,中国刑事诉讼制度从无到有,从学习欧陆到效仿苏俄再到借鉴英美。尽管有学者认为中国刑事诉讼文化具有巨大历史惯性,不容易因刑事诉讼制度的更替而变化,^[20]但刑事诉讼法学理论与实践一直试图调和引进制度与内生环境间的张力,并尝试摸索出一条适合中国的独特道路。中国的经验与教训似乎有助于证成或证伪达玛斯卡命题。

二、当代中国刑事诉讼立法中的法律移植:一个初步的观察

当代中国刑事诉讼立法中存在法律移植几乎不言而喻。正如笔者所言:“刑事诉讼制度变迁的三十年是面向国际、借鉴域外的三十年。中国自近代以来就不再是‘中国之中国’、‘亚洲之中国’,而是‘世界之中国’,中国刑事诉讼制度的建设正是在这种背景之下展开。”^[21]从1979年新中国第一部刑事诉讼法典颁布从而开启当代中国刑事诉讼法治化进程的“闸门”,经1996年意在推进法治文明并接轨国际的“大改”,再到2012年立足反思刑事诉讼实践,回应国内政治、经济、社会生活形势变化的部分回归和适度改革,移植、借鉴或吸收域外刑事诉讼立法包括理念、制度与技术无疑是贯穿其间的一条主线。回顾刑事诉讼立法、修法的三十年变迁史,可初步勾勒出以下方面的法律移植图景。

1979年《刑事诉讼法》在一定程度上无疑是移植前苏联体制的产物。一方面,此次法律制定在整体上呈现出大幅借鉴、多面学习特点,从立法理念、诉讼原则到具体的制度架构、技术规范、法律术语等,无一不镌刻着《苏俄刑事诉讼法典》的印记。1979年《刑事诉讼法》是在1963年《中华人民共和国刑事诉讼法(草案)》基础上形成的,而1963年《草案》则大幅度移植借鉴了前苏联立法。^[22]另一方面,1979年《刑事诉讼法》虽大量移植,但并非照单全收,而是结合国内政治、经济、社会等多方面国情和形势发展,吸收了建国以来主要是“文革”前各高级法院的审判经验,并总结“文革”时期“无法司法”的惨痛教训,经历了一个本土化过程。如1961年《苏俄刑事诉讼法典》中专门规定了未成年人案件的诉讼程序、采用医疗性强制方法的诉讼程序,对此,1979年《刑事诉讼法》并未照搬。在所移植的具体内容上,1979年《刑事诉讼法》也非

[20] 参见汪建成:“刑事诉讼文化研讨”,《政法论坛》1999年第6期。

[21] 参见左卫民:“中国道路与全球价值:刑事诉讼制度三十年”,《法学》2009年第4期。

[22] 参见刘玫:“中国刑事诉讼法立法和修法的历程”,载中国网(http://news.china.com.cn/2012lianghui/2012-03/07/content_24831142.htm,最后访问日期:2012年7月20日)。

亦步亦趋,而是体现了自己的特点,如规定了公检法三机关“分工负责、互相配合、互相制约”的原则,将提起公诉单独列为一章进行规范等。总之,1979年《刑事诉讼法》对前苏联立法的移植具有相当深远的历史意义。时至今日,在某种程度上甚至还可以说,参考了前苏联的整套制度已成为当下以英美为模仿对象的法律移植的一种“本土资源”,成为影响甚至决定刑事诉讼实践运行效果的“传统”与“文化”。

1996年《刑事诉讼法》呈现出部分向英美对抗制模式靠拢的特征,由于受推进刑事法治文明、与国际规则接轨的压力影响,更多表现为一种“被动性压力驱动下的修法”,^[23]因此,其移植内容中面向未来的理想成分稍多一些。这首先体现在刑事诉讼理念的转变受域外法治发达国家的影响。此次修法,权利话语有所张扬,对抗制的诉讼理念开始移植入刑事诉讼法,甚至一些词语的变迁也间接反映了其中的移植痕迹,如“人犯”向“犯罪嫌疑人”的转变。^[24]与此相应,刑事诉讼法的制度与技术层面也移植了不少属于英美刑事诉讼法的制度。例如,针对当时学界改革呼声高昂的庭前阅卷制度,1996年《刑事诉讼法》取消了1979年《刑事诉讼法》中关于全案卷宗移送的规定,改为只移送证据目录、证人名单和主要证据的复印件或照片,一定程度上吸收、借鉴了英美的“起诉书一本主义”。相对于容易形成审前预断的全案移送来说,显然有了一定改观。又如,在法庭审理程序中,1979年《刑事诉讼法》中赋予了审判人员“审问被告人”的权力;公诉人相较于辩护人来说也有更大的权力;在控辩审三方中,辩护力量萎缩而控审力量超强化。1996年《刑事诉讼法》部分借鉴了英美法系对抗制诉讼模式,弱化了法官主导作用尤其是讯问被告人等调查性权力,目的在于强化控、辩双方在事实调查中的地位及作用。尽管此次修法后距离英美法系的对抗制审判模式仍有较大距离,^[25]但不可否认,其中反映了立法者进行法律移植从而变革、发展中国刑事诉讼制度的良好意图,一定程度上体现出一些参与起草者基于理想主义追求对中国未来应当建立什么样的刑事诉讼制度这一问题的想象和努力。

2012年《刑事诉讼法》修法虽然总体上保持一种介于左右之间、中间可能略显保守的立场,但其继续强化拓展对抗制刑事诉讼模式的倾向依然有所显露,推进正当程序方面的法律移植仍为数不少。同时,由于是“内在需求驱动下的修法”,^[26]在法律移植、借鉴或学习过程中的主体性考量更为凸显。首先,移植内容呈现多点开花样态。具有较强法律移植色彩的重点内容包括详细规定了非法证据排除制度,确立“不得强迫任何人证实自己有罪”的原则与“综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑”的证明标准。此外,2012年《刑事诉讼法》规定的庭审作证、庭前会议、附条件不起诉、刑事和解程序、财产没收程序等制度,也带有一定域外影响因素。其次,移植过程中主体中国的本土考量更为凸显,反思既往实践、回应现实需要是基本立足点。此次修法既有对过去这些年来刑事诉讼法实践的反思,也有对国内政治、经济、社会生活形势变化的回应,其逻辑并不是因为“西方如何”,所以我们也要如何修法,而是直指主体中国的内在需要:我们自己想要什么样的一部刑事诉讼法?在此基础上再考虑借鉴、学习国外

[23] 参见左卫民:“进步抑或倒退:刑事诉讼法修改草案述评”,《清华法学》2012年第1期。

[24] 词语使用的变化反应了法律移植的印记,词语的直观性和可实证性使人们可以从谱系学角度把握法学的发展演变。参见俞江:《近代中国的法律与学术》,北京大学出版社2008年版,页24。

[25] 参见左卫民:“权利话语/实践的艰难展开:1996年刑事诉讼法典修改的反思”,《中外法学》2002年第4期。

[26] 左卫民,见前注[23]。

立法经验。因此,本次修法中法律移植的主体能动性较强,部分制度修改确定前的先行试错性改革举措也更为频繁。以非法证据排除制度的移植为例,此前,学界反对刑讯逼供,并反对采纳刑讯逼供所得证言的意见已成主流;律师界也提出了“程序辩护”的理念,开始有针对性地进行非法证据排除的辩护;〔27〕立法者从理念上也已经意识到“从制度上进一步遏制刑讯逼供和其他非法收集证据的行为,维护司法公正和诉讼参与人的权利”的作用,〔28〕不再一味强调真实,开始强调正当程序。同时,修法之前,“两高三部”联合颁布并开始普遍推行《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。在上述举措的基础上,2012年《刑事诉讼法》总结吸收了先期改革的经验,确立相对完善的非法证据排除规则。一方面,2012年《刑事诉讼法》对于非法证据排除规则的借鉴、引进无疑相对较多;但另一方面,考虑到侦查机关的现实需要,此次修法并未规定绝对的非法物证排除,更没有引进“毒树之果”这一域外往往视为非法证据排除规则重要内容的理念和制度。〔29〕毫无疑问,强烈的主体性考量是移植非法证据排除规则时的重要因素。附条件不起诉制度、刑事和解等制度的确立也遵循了上诉类似的移植逻辑。不过,需指出的是,2012年《刑事诉讼法》的部分移植也存在未经深思熟虑就直接照搬的情况,其借鉴的理想成分略多一些,效果也不好判断。如修改后的《刑事诉讼法》对“证据确实、充分”的证明标准重新进行了界定,明确了“综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑”的条件。〔30〕这某种程度上可视为是在证明标准中直接移植甚至生搬域外“排除合理怀疑”原则的具体表征。但由于过去实务中几乎未出现“排除合理怀疑”的提法与实践,学界对于“排除合理怀疑”也并未普遍认同并且理解也不尽相同,〔31〕因此,这一改革在实践中的实际作用和影响尚不好判断。

由上可见,从动态视角来看,三十年来中国刑事诉讼领域的法律移植在移植背景、移植内容、移植方式和移植逻辑上明显呈现出变化发展样态。进一步而言,我们可以从以下方面深入把握中国式刑事诉讼法律移植的特征。

其一,移植制度与制度背景的“弥合—断裂—再弥合”。移植的制度与影响其有效运作的制度背景在三十年的刑事诉讼法律移植过程中呈现出从基本弥合,到产生断裂,再到有所弥合的变化,但总体而言,制度与背景的断裂仍是其主要面向。1979年《刑事诉讼法》移植前苏联立法时,中国与前苏联的政治体制、社会环境等背景是基本弥合的,由此,大幅移植前苏联体制形成了当下中国刑事诉讼的“本土资源”。1996年《刑事诉讼法》修法中的法律移植则出现了制度与背景的断裂,这主要是由于转向学习英美法系的原因。此次《刑事诉讼法》移植仅仅是

〔27〕 参见陈瑞华、田文昌:《刑事辩护的中国经验》,北京大学出版社2012年版,页74以下。

〔28〕 全国人大常委会法制工作委员会刑法室:《〈关于修改刑事诉讼法的决定〉释解与适用》,人民法院出版社2012年版,页52。

〔29〕 “毒树之果”制度与非法证据排除密切相关,尤其在中国语境下,非法证据漂白、转化后使用从而规避非法证据排除的现象时有发生,“毒树之果”的移植更具现实意义。参见(美)约翰·W.斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,页341—343。

〔30〕 2012年修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》第53条第2款规定:“证据确实、充分,应当符合以下条件:……(三)综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。”

〔31〕 参见宋英辉主编:《刑事诉讼法学研究述评(1978—2008)》,北京师范大学出版社2009年版,页698以下。

对运作机制本身的移植、借鉴,基本不涉及影响其有效运作的司法制度和背景性因素的调整。比如,虽然引入了若干证据与审判规则,但在作为制度背景的权力组织结构上,并未引进专业法官与非专业陪审团分离的二分式审判法庭;而事实上,正如达玛斯卡所指出的,这种二分式审判法庭与不少刑事诉讼的制度存在着强关联性,如众多被广泛采用的证据规则只有放置于二分式法庭背景下才能获得显在的普通法意味。^{〔32〕} 2012年《刑事诉讼法》修法时,移植制度与背景的断裂则有所愈合,这主要是指随着中国政治与社会的深度变迁与转型,立法机构、司法机构、学者和社会公众开始趋于达成对法治、正当程序、人权保障的共识,诉讼文化已经开始发生变化,能够在一定程度上支撑或者接受移植的外来制度。也正是从这一层面上来讲,此次修法中的法律移植是主动接受式的。当然,必须承认的是,由于政治意识形态的原因,以及诉讼文化变迁的艰难性、反复性和难以捉摸性,断裂性仍然是并将长期是中国刑事诉讼法律移植中的重要特征。

其二,移植内容的“整体—碎片化”过程。刑事诉讼立法内容的移植上呈现出从整体、系统、大幅移植到“碎片化”、局部性、有限移植的特征,且这种“碎片化”的局部移植成为当代中国《刑事诉讼法》法律移植的主要内容。从无到有的1979年《刑事诉讼法》注定是大幅度移植的结果。1996年《刑事诉讼法》修法则是一种“碎片化”移植,在移植某一刑事诉讼制度时,并非对其整体内容完全复制,而是片段选择,局部移植,取我能接受者用之。此次修法主要集中于审判制度的移植、借鉴,而对更为重要的侦查制度的改革、移植涉及甚少。2012年《刑事诉讼法》修法则更加凸显了移植内容的“碎片化”,整体移植某一理念或制度少有出现,许多移植仅是局部的、有限的,甚至欠缺考虑地撷取某些片面话语。如引入“不得强迫任何人证实自己有罪”和“排除合理怀疑”等,但却未同时引入与之配套的具体机制、制度;又如,一方面设立庭前会议,但另一方面又未赋予其决定相关事宜、限定庭审的功能。由此,移植后的庭前会议制度在逻辑体系上呈现出断裂状况。同时,由于移植的“碎片化”、有限性,移植后的制度与既有制度之间也未能形成有效协调,制度整体的系统化不足。其最终结果,正如笔者曾指出的,中国现有刑事诉讼制度成为一种类似于“四不像”的复杂组合,互动且不断变化。^{〔33〕}

其三,改造式移植与照搬式移植并用。改造式乃是现今移植的主要方式,实用主义色彩浓厚,尤其是2012修法表现得尤为明显。换言之,改造式移植更多强调在立足自身需要的前提下借鉴、吸收或融合域外经验,而非直接照搬复制。这种改造式移植是名实相对分离的移植,其适用和理解相对中国化,往往通过改变制度的沿袭原意,但有所选取,保留原名称、提法甚至有时变化名称(如2012年《刑事诉讼法》第192条规定有专门知识的人可出庭就鉴定意见提出意见)的方式对实质内容进行改造,正所谓“西方话语、东方理解”。实际上,在三十年刑事诉讼法律移植的历史中,从来就未奉行一种完全“拿来主义”的方式,即便是1979年大幅度移植前苏联立法时也未如此。1996年与2012年《刑事诉讼法》的两次修法更是体现了这种改造式移植的特征,尤其是2012年《刑事诉讼法》修法,移植、借鉴的制度中本土因素仍然众多,比较典型的就是中国式的庭审制度。虽然保留了控辩平等的提法,但却赋予公诉机关较强的控诉权力和法律监督职能;虽然积极引进英美法系对抗式审判模式,但法官却依然可以有条件地主动

〔32〕 达玛斯卡,见前注〔16〕,页35。

〔33〕 左卫民:“中国刑事诉讼模式的本土构建”,《法学研究》2009年第2期。

调取证据;虽然部分强调证人、鉴定人在争议案件中出庭,可是却并未排斥检察官的案卷提出主义与法官“案卷中心主义”的审理模式。同时,庭前会议重在了解相关情况,且其范围有限,这表明该程序的构建是为了适应当下某些庭审在争议性案件中经常出现的尴尬局面,而非像德日等国那样意在整理争点,明确庭审争议。此外,2012年《刑事诉讼法》规定证据排除可在诉讼各阶段、由各机关分别实施,也体现了平分秋色的中国式刑事诉讼运作机制的特点,而实践中允许侦查机关以“情况说明”来阐释自己取证行为的合法性也是偏向侦查的中国国情所在。

其四,呈现移植周期相对较长的阶段性现象。仔细观察,这似乎体现为大约15年为一个运行周期。1996、2012年的两次“大改”之前均经历一个相对较长周期的酝酿过程。其间,包括立法机构、司法机构、学者、公众等在内的主体不断博弈、讨论以谋求共识。同时,各地也在进行有限的试点、试验,允许实践中的一些非制度化做法。由于周期相对较长,因此就有充分的时间讨论与试验有关准备移植的制度,从而在下一轮立法时加以吸收。这一方面体现了中国刑事诉讼法律移植的艰难性,另一方面也体现了立法者在移植时的相对理性和谨慎态度。

三、中国式移植的原因分析与利弊评析

不同法律体系之间的移植、学习、交流和融合无疑已成为当下的世界性趋势,中国刑事诉讼法律制度的发展也必然伴随着法律移植、借鉴。改革开放以来,中国融入世界、接轨国际的进程加快,学习域外先进法律制度和理念成为中国的“后发优势”。尽管官方认为我国刑事诉讼法“坚持从我国基本国情出发,循序渐进地推进我国刑事诉讼制度的完善”,^[34]立法和实践中依然采取了有所取舍的移植策略,但在我国传统刑事诉讼法律本土资源时常“遍寻而不可得”的背景下,主动移植域外法制及其经验成为我国刑事诉讼制度发展的原动力之一。

对于中国式移植原因的分析,首先需要追问的是,在明知移植制度与制度背景会出现断裂的情形下,为何仍向域外尤其是英美移植制度与理念?笔者认为原因主要有三:一是以英美为代表的法治发达国家硬实力发达,尤其美国的综合国力空前强盛。这种硬实力上的优势地位使得美英等国相较于其他国家而言有更多资源投入到软实力的发展中来,从而决定了美英等国的文化、教育、科技、法治等软实力也相当雄厚。正如百年前清末修宪立法时借鉴当时英国、法国、德国等欧陆强国一样,如今我国刑事诉讼法向美英学习也是“以强者为师”逻辑的自然发展;二是美英等国采取文化输出主义的国家战略,并积极配合输出行为。近年来,美英诸多法学教育较为先进的学校、研究机构纷纷来华进行讲学、研讨、模拟审判;很多反映英美法系刑事诉讼制度的电影、文学作品和学术文献被翻译引进。而中国学生、学者也大量走出国门进行留学、访问,而英美法系国家几乎成为了第一选择。这种文化输出战略在一定程度上使中国法律人自然而然地将英美诸国作为最佳模板而进行法律移植;^[35]三是域外尤其美英的正当程序

[34] 王兆国:《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》,2012年3月8日在第十一届全国人民代表大会第五次会议上。

[35] 有学者认为,目前美国法有大举向拉美、欧盟国家和世界上正处于转型阶段国家进攻的态势,美国法出现全球化趋势。参见高鸿钧:“美国法与全球化:典型例证与法理反思”,《中国法学》2011年第1期。

理念更能在话语上满足当代中国立法者与公众的需求。随着国家发展和时代变迁,在刑事诉讼领域出现了许多新问题、新困境,但在现有体制内难以有效化解、处理这些新矛盾,“所谓的中国道路,似乎并未充分地显示出其独特性和全球价值”。^[36]域外经验和法制资源成为解决这些新难题的智识库藏,可以借鉴使用,尽管这种借鉴有着追求功利速效和“治标不治本”的问题。其中,由于美英国家的对抗制刑事诉讼制度对于保障人权的侧重观照,在制度正当性上具有比较优势,因此,对于正当性不足的中国刑事诉讼制度而言,无疑具有吸引力。

其次,当代中国移植为何会呈现有限性特征也值得追问。这主要是指,为何1996年与2012年的两次修法不像1979年大幅度、整体性移植前苏联法律那样移植英美制度?笔者以为,形成中国刑事诉讼法律移植片段化、“碎片式”特点的原因也是多重的。1979年《刑事诉讼法》制定时大幅度移植、借鉴前苏联制度具有其时代特殊性。由于与前苏联的政治、社会体制存在相当程度的同构性,这种整体移植既能为立法者接受,也能得到社会认同。而1996年、2012年两次修法时,移植制度与制度背景则是基本断裂的。一方面,正如达玛斯卡教授所言,整体学习、照搬不同背景的域外法律制度存在诸多困难,移植制度而无法移植制度的生存环境和文化背景,难以得到立法者的认可,其成效也很可能有限;况且中国的法律制度也有其自我发展的历史背景,^[37]这是无法替代和改变的既成事实。另一方面,中国法学界对于美英法制的“舶来品”缺乏深入了解。虽然近年来译著和比较法专著甚多,但真正建立在充分了解域外法治实践基础上并能保持时效性的研究还很缺乏。^[38]因此,建立在比较粗浅、缺乏时效性基础上的一手甚至二手域外材料并不能有效汉化应用。而英美专家虽然对本国法律制度烂熟于心,对制度细节与法治理念胸有成竹,但却无法深谙中国的法治现实和政治、经济、文化背景,因此也难以提出有针对性的建议。即便有,也往往脱离现实。当然,需要指出的是,就刑事诉讼的法律移植而言,政治上的考虑无疑具有重要甚至决定性的作用,决策层包括立法者在内,大都强调谨慎对待域外法治文明及其先验性的价值判断,反对盲目引入或照搬西方理念包括刑事程序法治理念。这当然构成大幅度法律移植的困难与阻力。^[39]

毫无疑问,刑事诉讼各项法律制度间丝丝入扣、相互关联,实有“牵一发而动全身”之意。只不过,立法者、实践部门乃至学者都只能完成中国刑事诉讼拼图的一部分,无法将这闪闪发

[36] 左卫民:《刑事诉讼的中国图景》,生活·读书·新知三联书店2010年版,页220。

[37] 苏力:《也许正在发生:转型中国的法学》,法律出版社2004年版,页11。

[38] 笔者认为,单纯的制度引进和介绍,甚至更为深入的制度评析并不能完全起到中西法学接轨的作用。限于中国主流学者的语言、知识背景、生活环境的限制,对于域外的了解更多是“偶然”的,而不是“日常”的。特别是这些译介性的学术研究很难跟上域外法治实践的发展,大多滞后。同时,这种潜藏着“形式主义”的“比较法学范式”也难以为中国刑事诉讼制度的变革提供足够的理论资源与想象空间,对中国刑事诉讼制度的真实塑造力也必然有限。参见左卫民:“范式转型与中国刑事诉讼制度改革”,《中国法学》2009年第2期。

[39] 全国人大常委会副委员长王兆国在2012年《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》中明确指出,全国人大法工委在起草修正案草案和修改工作中,坚持从我国基本国情出发,循序渐进地推进我国刑事诉讼制度的完善。完善刑事诉讼程序和相关制度,应当立足于我国仍处于并将长期处于社会主义初级阶段的基本国情和阶段性特征,既要与时俱进,又不超越现阶段的实际,不盲目照搬外国的司法制度和诉讼制度。

光的魔镜拼成完整的版图;而现实问题又需要快捷、立竿见影的“对症治疗”,这就注定了中国刑事诉讼的法律移植只能是“碎片式”的。即便学者可以提供全面法律移植的智识资源,但由于法治背景无法跟随移植,因此,这种“碎片式”移植似乎成为了唯一可能。

再次,改造式移植愈发受主体中国意识觉醒的影响。这体现在立法者尤其是参与立法的一些学者法律观的变化,尤其是“重新找回国家的法律观”的出现。中国刑事诉讼法律移植过程中,指导性的法律观念经历了“国家中心主义的法律观——没有国家的法律观——重新找回国家的法律观”的转变。1979年《刑事诉讼法》制定时,中国全能主义的特征明显,法律工具主义论甚嚣尘上,刑事诉讼法律制度受苏联影响颇为强烈。1990年代中后期开始,一种“没有国家的法律观”在学界流行,这种观念和“国家与社会”理论尽管在范式上大不相同,但在理论假设的政治价值上形成默契。出于对国家暴力侵害公民权利的恐惧,“没有国家的法律观”试图把国家从法律的视野中排除出去,或者把国家摆到“恶”的位置,对其进行各种限制。受这种观念影响,刑事移植借鉴司法独立、司法审查、对抗主义等理念与制度成为主要呼声。^{〔40〕}1996年《刑事诉讼法》的修改正是在这一法律观的影响下进行了一些法律移植,学者的参与使得理想化的当事人主义制度得以引入,虽然其也有结合中国国情的一定改造,但略显不足。进入21世纪后,伴随着“中国模式”的提出,以及学界自我意识的觉醒,在法律观和法律移植的学术探讨中开始要求“重新找回国家”。^{〔41〕}换言之,立法者更加意识到,刑事诉讼法的修法即便需要移植、借鉴域外制度与经验,也要体现出中国的主体考虑。由此,我们不难发现,2012年《刑事诉讼法》修改中的理想化移植已不多见,根据中国自身的需要和可接受性进行的改造式移植成为主要形式。

最后,相对较长的周期性移植的原因在于各主体间共识达成的艰难性,同时也是由于移植的制度背景的变化需要较长时间才能较为清晰显现。在中国,影响法律移植的主体是多元的。立法机构当然是决定移植某一法律制度的重要主体,但随着民主立法的不断推进,司法机构、诉讼参加人、知识精英以及代表民间力量的各类主体也都越来越能影响到立法机构决定选择移植某一刑事诉讼程序规则。笔者曾指出,当下中国的刑事诉讼制度正在发生深刻的变化,这些变化不仅来自于多种主体的实践参与,更源于这些主体复合、交叉的作用与共同推进。正因为有了来自不同主体所提供的动力,一种初具中国式现代性气质的刑事诉讼制度正在通过不同主体的实践被塑造。^{〔42〕}中国刑事诉讼制度变迁中的法律移植一直受到学者、立法机构、司法机构、民间力量等多元主体不同观念之间博弈的影响。然而,各利益主体的诉求存在一定程度的冲突,且在短期内难以达成共识,因此,是否移植、移植什么以及如何移植都需要主体间相对较长时间的探讨和妥协。此外,进行移植也必须考虑文化环境等背景的变化以及由此引发

〔40〕 强世功:“迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思”,《中国社会科学》2005年第1期。

〔41〕 事实上,这也与近十年来在比较社会科学研究领域突然兴起的一股“找回国家”的风潮遥相呼应。对此,可参见(美)彼得·埃文斯、迪特里希·鲁施迈耶、西达·斯考克波编著:《找回国家》,方力维等译,生活·读书·新知三联书店2009年版,页2—38。

〔42〕 左卫民:“刑事诉讼制度变迁的实践阐释”,《中国法学》2011年第2期。

的社会现实诉求,而这些变化的显现需要相对较长的时间才能清晰把握。

笔者认为,目前中国刑事诉讼领域的法律移植利弊互现。从消极的一面看,刑事诉讼法律移植的效果相当有限。法律移植后的各制度间往往存在冲突,并不协调。法律条文和制度间存在立法和实践两个层面的矛盾。比较典型的是1996年《刑事诉讼法》中虽然引进了对抗式庭审的某些要素,并意图建立局部的交叉询问制度,可是证人不出庭、法官职权过大和控辩双方询问证人技巧欠缺、案卷支配主义等制度、技术问题又制约了对抗式庭审的真正落实。^{〔43〕}又如2012年《刑事诉讼法》中非法证据排除虽然在法律条文中予以规定,但如何证明、如何调查,具体的救济方式究竟是无罪判决、起诉无效还是民事赔偿等语焉不详,无从规定与操作,由此导致非法证据排除规则很难得到有效运转。2010年“两个证据规定”颁布后,也确实出现了一些提出非法证据排除的辩护意见并就此审理的案件。^{〔44〕}可是,事实上这项制度在实践中并未得到很好的贯彻落实。^{〔45〕}实际操作中对于非法取得的证据还多有“漂白”后使用的情形。而且,即便是在法律文本中确定了非法证据排除,其出发点往往也是害怕“判错案”而不是主要考虑保障人权和震慑不法侦查。

近年来,虽然刑事诉讼法学界在理论研究和实践中注意到法律移植与本土资源间的协调,但是这种调和式移植也很难说是成功的。例如此前学界呼声很高的量刑程序改革,虽然理论界对此进行了诸多讨论研究,量刑制度改革的主要目标也被定位为“规范法官自由裁量权”方面,^{〔46〕}但笔者的调查发现,量刑程序改革的实际效果不尽如意,不仅量刑事实、证据未有明显增加,量刑裁判结果也未见显著变化,司法效率也有相当程度的下降。这意味着,改革后的量刑程序不仅未达到有限的预期目标,对于科学量刑、统一量刑助益不大,^{〔47〕}该项制度改革并没有完全起到改革者预期的效果。就其原因,除了刑事实体法方面的原因之外,^{〔48〕}在程序方面虽然引进了来源于英美法系的相对独立的量刑程序,可是在司法制度上却依然沿袭了定罪与量刑审判组织同一、定罪与量刑审判程序交叉、证据规则单一和法庭裁判信息来源统一等大陆法系传统,^{〔49〕}引进制度与本土背景间存在着张力,自然也就制约了这项制度真正生根发芽。

〔43〕 笔者曾对证人出庭制度做了实证研究,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,页301—354。

〔44〕 如2011年浙江省宁波市鄞州区法院在一起涉嫌受贿案中启动非法证据排除程序,免予被告人刑罚,引起国内法学界高度关注。参见孔令泉:“国内非法证据排除第一案”,载《民主与法制时报》2012年3月26日。

〔45〕 参见陈卫东、程雷、孙皓、陈岩:“‘两个证据规定’实施情况调研报告——侧重于三项规定的研究”,《证据科学》2012年第1期。

〔46〕 参见陈瑞华:《量刑程序中的理论问题》,北京大学出版社2011年版,页9。

〔47〕 左卫民:“中国量刑程序改革:误区与正道”,《法学研究》2010年第4期。

〔48〕 笔者认为当前我国量刑程序改革最主要的问题是学界对英美法系关于对抗式审判模式与量刑程序独立性在中国语境下的误读。我国量刑制度的问题根源在于量刑僵化和量刑不均衡等实体法问题。这也印证了笔者上文关于当下中国《刑事诉讼法》学界容易在对域外制度“片段式”了解基础上进行“片段式”改革的判断。参见左卫民,见前注〔47〕。

〔49〕 陈瑞华,见前注〔46〕,页34—35。

需要指出,虽然在实践中类似量刑制度改革这样效果有限的法律移植还多有存在,但仍不能完全否定法律移植的作用和价值,更不能忽视近三十年来刑事诉讼法律移植的重要成就。尽管效果有限、移植制度与本土环境间存在张力、移植不系统全面,但是这种移植制度所蕴含的刑事法理念和价值取向却在潜移默化中影响着中国刑事司法和刑事法研究。人权保障、正当程序等基本原则已经成为了学界和实务界的共识。^[50]片面追求所谓的实体真实而忽略程序价值进而侵犯人权的危害也为世人熟知。尤其是此前杜培武案、余祥林案、赵作海案等典型错案的发现与纠错,也使学界和实务界更加认识到我国侦查和证据制度中存在的诸多弊病,从而催生了“两个证据规定”,并从刑事诉讼法文本层面确立了非法证据排除制度。公允地说,尽管这些理念和制度在实践中难免走样,在理论中难免误读,可“有”总比“无”好。我们不能期待一蹴而就的改革,而应当有耐心等待文本上的制度转变为实践中的制度。我们将看到这些改变我国立法和实践的法律移植涓涓细流终将汇聚成河。

四、结语:达玛斯卡命题的中国验证与发展

通过对我国刑事诉讼法律移植的粗略观察与思考,笔者尝试验证本文开头部分达玛斯卡关于法律移植的命题。笔者认为,达玛斯卡的命题是部分成立的。成功的法律移植确实不仅仅是单纯的制度移植,其包含的文化、经济、哲学、政治等背景因素也必须适合移植来的制度发展。片段式的法律移植虽然可以起到有限的效果,但是毕竟只是“治标不治本”的功利选择。1996年刑事诉讼法引进对抗制的改革、2012年修法之前借鉴域外经验所进行的某些试验、试错性改革某种程度上均可对此加以印证——正是由于移植的制度与其运作背景之间存在断裂,导致这些制度的实践效果不佳。刑事诉讼法律制度的整体性也注定仅仅“碎片式”、局部性和不涉及制度背景改革、调整的移植难以从根本上改变一国的刑事法实践样态。

但是,中国刑事诉讼法律移植的现实却也在一定程度上对达玛斯卡命题提出了修正意见,甚至进一步发展了该命题。首先,纵然诸如非法证据排除制度、控辩制度改革、量刑程序改革等法律移植、借鉴工作并没有彻底改变中国刑事司法实践样态,也没有完全达到理想主义者预期的效果。可是,这些成效有限、与既有制度可能有所冲突的部分移植却能小规模地促进法治进步。尤其是中短期内的冲突可能有助于推进司法机构行为合法性的提升,改变其工作态度和机制样态。长远看来,这些小规模进步可以和我国体制、社会的发展改革相契合,从而产生根本性变革。

从另一个方面看,虽然移植制度与既存制度背景间存在矛盾、冲突,但正是这种冲突引发了实践与理论的思考。例如,由于此前实务界青睐于实体真实的发现,对于违法侦查、非法取证也就有意无意间予以纵容,以致1979、1996年《刑事诉讼法》中关于禁止刑讯逼供的规定成为具文。赵作海、余祥林等错案使舆论有了较大转向,非法证据排除制度也就应运而生。可

^[50] 最有代表性的就是在2012年《刑事诉讼法》修改时,在第2条中明确了我国刑事诉讼法的任务包含了“尊重和保障人权”。

见,虽然达玛斯卡认为法律移植的先决条件在于制度背景的移植,可是法律移植受体国的制度背景并非一成不变或难以改变。同时,虽然部分法律移植当时不成功,但却可以促进社会观念的发展变化,从而可能推动日后的变革,不能简单否定。

尤其需要指出,对于法律移植问题,相对悲观、保守的达玛斯卡没有预测到信息社会的兴起、全球化趋势所带来的巨大变化,由此导致其命题的基本判断在当下受到了严重冲击。与达玛斯卡所处时代不同,当今世界由于信息社会的兴起与发展,各国之间法律文化、制度的交流已经司空见惯,甚至常态化,特别是网络博客、微博等新媒体的出现与迅猛发展,进一步打破了信息的封锁与交流的障碍,普通民众均可以较为方便地直接接触到域外尤其是美英的政治、法律和社会理念、制度等,这就使得作为制度背景的文化、社会环境的熏染与改变不再总是特别艰难的事情,中国最近若干年来的变化即可对此加以印证。正因为如此,2012年《刑事诉讼法》修改引起了媒体、公众的高度关注,要求程序正当性、保障人权的呼声此起彼伏。这无疑是对达玛斯卡命题的一种修正与发展。也正是基于上述判断,我们可以对2012年《刑事诉讼法》修改中的移植、借鉴结果持一种更为乐观的态度。

其次,改造式的部分移植具有现实生命力。达玛斯卡认为的全面、系统、“原汁原味”的法律移植事实上很有可能过分理想化,而与法律移植受体国的政治、文化、经济等社会现实抵触,从而丧失效用。中国的刑事诉讼法律移植证实,当全面、系统地照搬英美刑事诉讼制度不可行时,对移植来的制度适当改造利用依然可以发挥功用。尽管1996年《刑事诉讼法》修改后,法官保有远强于英美法系对抗制审判模式下法官的庭审调查、控制权力,可是通过加强被告人、辩护人的地位与诉讼权利保障,仍然使原来纠问式的刑事审判逐步向对抗式演变,并且在实践中也能得到一定程度的贯彻。经过十多年发展,辩护律师地位提高和被告人权利保障也已成为进一步修法的方向。中国刑事诉讼领域务实的、改造式的法律移植正契合了中国的“实用道德主义”:^[51]并不从西方抽象的、大写的真理出发,而寓抽象概念和原则于具体之中,以“具体问题,具体分析”的实用主义态度“具体引进”法律制度。长远看来,法律移植的生命力取决于有多少制度能在本国生效,而非究竟有多少制度被移植到法律文本中来。中国刑事诉讼法律移植实践的实用主义或许正好能够提供有益的探索经验。

(责任编辑:傅郁林)

[51] (美)黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,页8以下。