

论中国对抗制移植失败的原因 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_AE_BA_E4_B8_AD_E5_9B_BD_E5_c122_483339.htm 法律移植是中国法制现代化的便捷之路，但便捷之路并不一定是平坦大道，艰难和曲折在等待着我们。我国在刑事诉讼法的修改过程中，移植了被世界各国广泛采用的对抗制诉讼模式，因为它确实反映了刑事诉讼的科学性和民主性。但从施行的效果看，移植的这项法律制度不但没有达到预期的效果，在某种程度上来说还是失败的，原因是什么？这正是本文所要探讨的。

引言 新的《刑事诉讼法》和《刑法》颁布之初，国际评价、学者评价以及代表社会当事人的律师行业评价都是比较高的。因为它的确反映了社会文明的进步以及司法民主化对刑事诉讼的客观要求，顺应了时代潮流。特别是立法思想中体现了对犯罪嫌疑人、被告人的人格承认和尊重，体现出了对各种权利的确认及保护途径，其突出表现是律师在刑事诉讼各个阶段的广泛参与。律师行业也曾欢呼雀跃，以为律师办理刑事业务的美好前景很快就要到了。但是从《刑事诉讼法》和《刑法》实施以来的情况看，对抗制并没有达到预期的效果，特别是在刑事诉讼中起重要作用的律师们已经历了从兴奋、观望、困惑、愤怒到无奈的一个难堪历程。这种现象对法治的危害当然是明显的，我们这里须思考的是：在刑事诉讼中，律师该干什么？通过诉讼对抗和程序公开，保护当事人的实体权利和诉讼权利，从而维护法律尊严，实现社会正义；律师能干什么？这正是现在许多律师和当事人要发问的，国家法律有明文规定律师的刑事辩护权，但律师调查取证

却如履薄冰，律师会见也障碍重重，自己的合法权利都实现不了，怎么能保护他人的合法权益？这个问题的答案将使我们的法制建设处于非常尴尬的地步；律师在干什么？律师在困惑和茫然，他们在探索和思考；律师将干什么？在鲜花与陷阱，律师参与刑事诉讼的真实现状中，在正义与安全，律师参与刑事诉讼的两难选择中，很多律师会退出刑事辩护的舞台。在全国范围内，刑事案件律师参与率下降不到30%。移植对抗制所要达到的目的与现实的巨大反差，不正常情况的出现，是对抗制这种诉讼模式本身的缺陷，还是其它方面的原因，令法学界不得不认真考虑这其中的种种玄妙或法律困惑。笔者经过长时间的实践和理论思考，试从法律移植的整体性角度分析中国对抗制移植失败的原因。二 为何要引入对抗制诉讼模式 刑事诉讼模式的历史演变经历了三个阶段：（一）古代弹核制诉讼模式 弹核制诉讼，又称控告式诉讼，是古代奴隶社会和封建社会前期盛行的一种诉讼模式，其特点是诉讼由个人提起，司法机关不主动追诉犯罪，原被告双方在诉讼中地位平等，审判采取公开的、口头的方式。（二）中世纪纠问制诉讼模式 纠问制诉讼是封建专制时期的诉讼模式，在我国出现得比较早，自秦朝建立中央集权制的封建专制国家以后，这种诉讼形式便随之出现了。在欧洲，由于经历了较长的一段时期的封建割据，直到15、16世纪才真正进入封建专制时期，所以纠问制诉讼模式在欧洲实际上只存在两个多世纪。其特点是：第一控诉职能由国家行使，个人没有起诉权；第二审判职能强大，司法官吏积极追诉犯罪，实际上集审判职能和控诉职能于一身；第三不存在辩护职能。（三）现代对抗制诉讼模式 现代对抗制诉讼是西

方资本主义国家普遍建立的刑事诉讼模式。由于英美法系国家实行当事人主义的诉讼形式，大陆法系国家实行国家职权主义的诉讼形式，因而两大法系在刑事诉讼职能上存在着一些差异，但在以下几个方面则是共同的。

- 1、审判职能和控诉职能分离。法院只行使审判职能，不行使控诉职能，且实行“不告不理”的原则，没有起诉，法院便不进行审判。
- 2、法院对审判职能享有独占权。法院有独立的组织体系，法官依据法律独立行使审判权，不受任何其他国家机关、团体或个人的干涉。
- 3、控诉职能一般由国家行使。从表面看，这与纠问制诉讼有相似之处，但是在本质上却存在重大区别：首先，它是由一个既独立于国家行政机关，又独立于法院的专门机关检察院或公诉人行使的；其次，公诉人行使公诉职能与被告人一样同属于当事人，而不具有凌驾于当事人之上的优越地位；再次，除了英、美、日等少数国家实行国家垄断起诉原则以外，大多数国家采取以公诉为主、自诉为辅的原则，允许被害人个人对少数案件行使控诉职能。
- 4、辩护职能空前发展。对抗制诉讼模式的建立，就是以承认辩护职能为突破口的，各国不仅将保障被告人行使辩护权作为一条宪法原则，而且还赋予了被告人广泛的诉讼权利以保证辩护职能的充分实现；不仅允许被告人自行辩护，而且还通过建立现代律师制度，使被告人能够获得有效的法律帮助。意大利刑法学家贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中曾经写到：“人们只有在对生存和自由来说最重要的问题上成千上万次地走出了迷途之后，只有当他们受尽了极端的苦难而精疲力尽以后，才动手消灭压迫他们的无秩序状态，并且开始理解最显而易见的真理”。刑事诉讼模式演变的上述历史，充分

说明了这段话的精辟性。人类正是经过数千年的不断的探索才最终找到了刑事诉讼的合理配置方案，并在此基础上建立了现代刑事诉讼模式对抗制诉讼模式。社会主义国家和资本主义国家从政体上讲都是民主政治，资产阶级在长期的民主政治建设中积累了大量的公民权利制约国家权力、权力制约权力以及保障权力运行程序和效益的经验，诸如选举制、权力划定、公民各种政治权利规定等。这些制度和规定中有许多是民主政治的当然要求，反映了政治权力运行的一般规律。我们在实行社会主义民主政治的过程中，理所当然的要批判的借鉴和采纳。

三 中国对抗制移植失败的原因 我国对抗制法律移植失败的原因，主要是没有注意法律移植的整体性。整体性并不是指把外国的法律照般过来，而是指移植某一项法律制度，要把与保证此项制度良好施行的其他规则一同移植过来。我国在移植对抗制的本土化过程中，不但没有配套移植证人出庭制度（直接言词原则）、证据开示制度、沉默权制度、律师的会见权制度、调查取证权制度、阅卷权制度、律师刑事豁免权制度，反而规定了律师伪证罪，过多地对这项制度进行剪裁修改，造成共体与受体之间不相似的土壤，出现了“在淮南为橘，移入淮北则为枳”的局面，达不到移植的效果。

（一）证人出庭作证制度方面的原因。修改后的新的刑事诉讼法，以抗辩式主义为取向，对刑事庭审方式作了大胆和重要的改革。这是旨在保护人权、补救侦查程序中过分国家职权主义弊端，并偏重于追求司法公正。由于法庭审判方式在整个刑事审判活动中处于中心和重心地位，证人出庭作证就变得尤为重要，它是现代庭审制度的基本要求，也是保证司法公正的基本措施。如果证人不出庭作证，

控辩方式、庭审方式就无法实现。1、证人证言：必须是证人在法庭上用语言（关键）来表达自己的所闻所见，并由双方当事人当庭进行质证。书证和物证都是死的，而证人是活的，证人是亲眼看见的和听见的，其证言是最有力的证据。证人证言相对于书证、物证来说，客观性小，可变性大，证人在法庭之外随便一说，你一记，谁知道那是不是真的？所以，证人必须亲自到法庭上来作证，并接受当事人的质证，而且只有通过双方当事人质证的证言才能作为定案的依据。对证人在法庭上实行交叉询问制度，在律师和检察官的“百般刁难”和“凌厉攻势”下，证人也很难在法庭上编一套假东西，而能完全自圆其说。所以证人证言的可靠性比较大。我国古代就有“五声听狱讼”，是有深刻的道理的。2、我国证人作证制度三大怪：由于各种原因，我国目前的证人不出庭成为常例，并由此形成中国作证制度的三大怪现象。其一，证人向警察和检察官作证，却不向法庭作证，这就将各国实行的通例颠倒过来了。因为作证制度的普遍要求是：证人必须向法庭作证，却通常有权不向警察和检察官作证，这是一怪。其二，证人不出庭，书面证言在庭审中通行无忌，在证人不出庭的情况下，要有效定罪，必须就会大量采用庭前，尤其是侦查阶段制作的书面证言，因此而造成书面证言在庭审当中通行无忌，这种书面证言的真伪性难辩，这是第二大怪现象。其三，警察不作证，警察不作证的第一层意思，是我国的警察一般不到法庭作证，尤其是他们不会应辩方的要求到庭作证。第二层意思是指即使警察出具书面证言，通常也不是警察的证词，而是以某某刑警队，派出所的名义出具的证明材料。警察向法庭作证，是诉讼制度中天经地义的

事情。因为作为证明对象的案件中的某些实体问题和程序问题，需要警察官来证明，在有些情况下，他们的证人的作用是必不可少和不可替代的，如物证搜集，口供获得的过程与方法等，这种特权也是对法治的反讽。如果一个社会中的法官们不便不愿，甚至不敢传召警察出庭作证，那么任何具有法治意识的外部观察者都会说，这是一个警察社会而不是一个法治社会。

3、现实情况：在目前的刑事审判中，证人出庭率很低。虽然缺乏全国性的统计资料，但据一些局部性资料判断证人到庭率不超过5%。

4、两大法系的证人出庭制度：现代各国审判制度的通例是，在法庭审判中必须实行直接言词原则，排除任何不经过法庭质证的传闻证据，包括庭前获取的书面证言。这一规则的基本内容各国相同，但在大陆法系国家，一般表述为“直接言词原则”，而在英美法系国家，则被称为排除“传闻证据规则”。今天，在走向法治已成为政治动员的口号并逐步成为实际趋向的时候，法治建设中的类似的“怪现象”以及司法界对此“见怪不怪”的状况，显然是法治的悲哀。

（二）证据开示制度方面的原因。证据开示指控辩双方在庭审前相互展示证据的一项制度，它是发端于英美当事人主义对抗制的刑事诉讼，诉讼实行当事人主义，决定了证据开示殊为必要，否则法庭审判将完全演变成一场纯粹的司法竞技，案件的客观真实难以发现，控辩双方在诉讼中的相互突袭不可避免。美国1946年《联邦刑事诉讼规则》、英国1996年《刑事诉讼与侦查》中以实定法典的形式对证据开示问题进行了全面的规定。不仅如此，一些传统上采用大陆职权主义诉讼形式的国家，如日本、意大利等在诉讼模式由纠问制转向对抗制的过程中，也在摒弃卷宗移

送主义的同时，建立了证据开示制度。我国在证据开示制度方面的现状。检察院向法院移送的材料，严格控制在“证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”。这里主要是指什么？在庭审中，检察官时常会抛出主要以外的其他“主要”证据，而且移送都是不利于被告的证据。律师阅卷权不是扩大而是缩小，在旧的诉讼制度中，律师还可以在法院查阅到全部卷宗的全部证据材料，而在新的诉讼制度下，在侦查起诉阶段中，律师只能查阅到部分诉讼文书，还有被检察官肢解和浓缩的主要证据复印件，这哪里是进步，分明是一种倒退。

（三）沉默权制度方面的原因。沉默权制度源于十七世纪英国的利尔伯案件，利尔伯以“自己不能控告自己”为由，对讯问保持沉默，得到了最高立法机构的认可，被告人的沉默权遂成为英国刑事法律原则之一，并在1898年的《刑事证据法》中得以明确。美国最早移植了这一制度。二战后，人权保障问题逐渐走向国际化，刑事沉默权制度在各国得到普遍的确立。1966年12月16日，第21届联大通过的《公民权利和政治权利国际公约》第十四条规定：“任何人不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。”1998年10月15日我国正式签署加入了该公约。沉默权是现代法治国家刑事司法制度的一项重要内容，有助于保障犯罪嫌疑人、被告人作有罪供述的自愿性，体现了对犯罪嫌疑人、被告人人格尊严和自由意志的尊重，为犯罪嫌疑人、被告人充分行使辩护权提供程序性保障，反映出一国刑事程序中犯罪嫌疑人、被告人人格状况和刑事诉讼文明与进步的程度。有的学者甚至认为“沉默权制度是人类通向文明的斗争中最重要里程碑之一”。我国刑事诉讼法第93条规定，犯罪嫌疑人应当承

担如实供述的义务。实行的是坦白从宽、抗拒从严的刑事政策。供述义务不仅违背了无罪推定原则和举证规则，也无助于取证行为的合法化和文明化，并且助长了对犯罪嫌疑人口供过分依赖的心理，这种过分依赖，正是刑讯逼供屡禁不止的原因之一。实际上，规定“抗拒从严”也并不意味着犯罪嫌疑人一定会如实供述，规定沉默权并不意味着被告人、犯罪嫌疑人一定能够保持沉默。从世界范围来看，在实行沉默权制度的国家，被追诉人认罪率均较高，例如日本有90%以上的罪犯认罪服法。

（四）律师辩护制度方面的原因。我们现在律师的辩护地位，应该说和法律赋予他的社会职能、社会使命，还相差很远，但这并不是律师的过错，而是由下列制度方面的原因所造成的。

1、律师伪证罪，悬在律师头上的一把“达摩克里斯剑”。对于新《刑法》增加“律师伪证罪”一条，不管法学界对这一规定如何争论，摆在人们面前的、令人不安和忧虑的活生生的事实却是：律师因涉嫌伪证罪而被司法机关拘留、逮捕、判刑的案件日趋上升。面对如此现实，律师界中正流传着这种比喻：“律师提前介入刑事诉讼，是一个铺满鲜花的陷阱”。律师伪证罪成了一把悬在律师头上的“达摩克里斯剑”。《刑法》第306条规定中的所谓律师“引诱”证人改变证言存在致命的缺陷。这里存在两个关键问题，一是法律上没有界定什么是引诱；二是律师调查过的证人改变了以前的证言，是否能一概认定是律师引诱证人改变了证言。证人证言有可能真，也有可能假，从另一方面来说，也有可能是侦察人员的代表作。换言之，假若不问证言真伪，只要改变了证言，就认为是律师引诱的作用，岂不是太荒谬了。还有几点需要注意：一是检察机关对于

律师向法庭出示的与侦察机关取得的不一致的证据材料，往往依强制力向证人复核证据，证人出于利益的考虑极易将证言变化的原因说成是律师的引诱，导致证人把伪证罪推给律师；二是司法人员威胁、引诱、欺骗证人改变证言如何处理呢？法律没有规定；三是未规定追究辩护律师的刑事责任的正当程序，刑事诉讼在具体职能上控辩双方是对立的，控方有违法行为由其自行处理，但辩方不管有无违法行为，却由其对立的一方处理，既不公平，又容易产生职业报复。上述几个方面为控方滥用该规定追究律师的法律责任提供了“良好的土壤”，成为追究辩护律师刑事责任的“法宝”。95年全国发生的律师案只有十余起，而新的刑事诉讼法实施的1998年达到70余起，其中80%是伪证罪。

2、律师的辩护权难以实现。

新的刑事诉讼法始终把惩罚犯罪与保障人权这对矛盾有机的统一起来。从形式上看，加强了辩方的地位，力求在控辩平等方面有所作为。但实际上，由于公、检、法三机关的内部办案规则对新刑事诉讼法的肢解，从某种意义上讲，律师参与刑事诉讼工作比以往更加困难了，律师刑事辩护制度更加步履维艰了。（1）提前介入难，尤其是“会见难”。虽然刑事诉讼法第96条将犯罪嫌疑人聘请律师提供法律帮助的时间提前到侦查阶段，但由于法律的不完善，加之公安、检察机关的内部办案规则，都能使此条款形同虚设。很多地方司法机关规定律师会见犯罪嫌疑人必须经检察机关审查批准，经同意签章后方能会见。更多的不是涉及国家秘密的案件，即使同意会见也派人在场监听，使这一制度实际上无效发挥作用。有的以办案人员不在、有事为由来推脱，造成律师想会见犯罪嫌疑人去了七、八次都可能没用，有的以

法律规定是可以会见，而不是应当、必须会见为由，玩文字游戏，根本不允许律师会见。在实践上和具体操作过程中，律师的提前介入受到种种人为的限制和刁难，一些侦查机关和侦查人员千方百计阻挠律师的会见。（2）辩护律师的阅卷难。在旧的诉讼制度中，律师还可以在法院查阅到卷宗的全部证据材料，而在新的诉讼制度下，审查起诉阶段，律师只能看到拘留证、搜捕证等部分诉讼文书，进入审判阶段，律师也只能看到证据目录、证人名单和主要证据复印件，其他证据材料却无法见到，从实践上看，律师阅卷权不是扩大而是缩小了。（3）辩护律师调查取证难。修改后的刑事诉讼法规定，辩护律师可以收集与本案有关材料，这一规定并未直接赋予辩护律师调查取证权，仅用可以收集材料这一模棱两可的用语。在实践中，律师要调查取证，首先要经人民检察院或者人民法院的许可，否则律师的取证则无法进行，事实上，由于控方的职责是对抗而往往得不到批准。其次，当侦查机关调查取证时，证人必须作证，而律师调查取证却要证人或者有关单位和个人的同意。辩护律师执业过程的三难，使律师权利受到不当的限制，自己的权利都实现不了，所谓维护被告人合法权益岂不成为纸上谈兵。

3、刑事辩护律师的豁免权。

刑事豁免权基本上是世界各国律师均享有的职业特权，是指其依法履行职业的行为免受法律追究的权利。如卢森堡刑法典第452条规定：“律师在法庭上的发言或者向法庭提交的诉讼文书，只要与诉讼或者诉讼当事人有关，就不能对他提起任何刑事诉讼。”《英格兰和威尔士出庭律师行为准则》规定：“在通常情况下，律师对他在法庭辩护中的言论享有豁免权”。德国、法国、日本、美国等国家也都有

辩护律师刑事豁免权的内容的规定。1990年9月7日，联合国通过的《关于律师作用的基本原则》的国际性法律文件，我国政府在该文件上签字。该文件第二条明确规定：“律师对于其书面或口头辩护时发表的有关言论或作为职务出现于某一法院、法庭或其他法律或行政当局之前发表的有关言论，应当享有民事和刑事豁免权”。这些规定都是为了维护律师在刑事诉讼执业中的合法权益。而我国法律并没有律师刑事豁免权的提法，相反，为刑事律师还单独规定了律师伪证罪，这与世界各国通行的做法截然不同。（五）中国传统文化方面的原因。我国97年开始施行修改后的刑事诉讼法，经过深入地分析论证，移植国外法中的抗辩制的诉讼模式，增强了刑事诉讼法的科学性、民主性，大大地推进了刑事诉讼现代化的进程，被公认是中国刑事诉讼法发展史上的里程碑。这种法文化移植根于西文社会，与我国本土的传统法文化的内容差别较大。西文的法文化是贯彻了民主、平等等原则，完全不同于我国强调官本位的法文化。我国古代社会是礼治文明的社会，礼治的核心是“尊尊”，人们之间总能分出高低贵贱的身份之别，是宗法伦理型社会的典范。在这种情况下，人们没有权利、民主的观念意识，官本位意识浓厚。长时期以来，中国人并没有因为缺少律师制度而感到有什么不妥，所以就历史与文化渊源而言，以“礼”为本的中国本土文明是难以孕育出民主色彩较为浓厚的律师制度的。刑事辩护制度的产生、发展是对人的一种终极关怀，是以对人的尊严给予平等保护尊重为主题的，其内蕴着独立、平等、权利、民主的文化品格，这同样与中国传统法文化是不能完全兼容的。司法人员认为自己代表国家、社会的利益行使

权力，是“尊尊”中的尊者，于是造成公、检、法三机关工作人员对律师的强势心理，视其为异己。对抗制在中国的移植，其实早在91年的“民事诉讼法”“谁主张谁举证”的原则中已体现，将法官从主动调查案件的责任中解脱出来，人们都乐于接受。但同样的问题在刑事审判领域情形就不同了，虽然人人都不得不承认对抗制更符合刑事诉讼规律，但一旦把检察官和刑事被告人（或其代理人）置于同等地位，则不是那么容易被接受的。而且检察机关原本在名义上一一直被赋予监督法庭审判活动的权力机关，突然间降格到了与被告人平等的位置，未免心理不平衡，导致大量的刑讯逼供，甚至对律师的迫害。

四 结语 法律移植的今天，在我国都涉及到一个相同的问题即国情与潮流的关系问题。在历史思想巨匠的精心构建之下，现代社会逐步确立了五大法治原则：即权利本位原则、平等原则、权力分立与制衡原则、程序正当原则、司法独立与律师自由原则，这些原则是世界潮流。司法改革举措是否符合国情固然重要，它涉及到司法改革的直接效果，但这不是评价司法改革的唯一标准，也不是首要标准，更不是导致司法改革走弯路的最主要原因，首先的标准应该是改革举措是否符合时代的潮流。符合时代潮流的举措，即使是遇到挫折和失败也是暂时的，它终将发挥引导功能，推动社会进步。相反，符合国情的举措风险最小，但往往被传统所牵制难有新意。特别是象我们这样一个有深厚文化底蕴的民族，对外来文化的排斥性很强，法律移植的适当超前，往往被习俗所制约。此时，人们很难看清是法律脱离了实际，还是实际滞后于潮流。我们所要移植的对抗制已经不是英美国家所独有的诉讼模式，而是一种被世界各国广泛采

用的或借鉴的有效方式，是世界潮流。借鉴和吸收对抗制的合理成份，改良中国的审判方式实际上是大势所趋，人心所向。诸如“先定后审”、“判者不审”、“审者不判”、“上批下判”、“控审不分”、“辩护职能低弱”等一系列弊端，使庭审完全流于形式。虽然本文分析了中国对抗制移植到目前为止，从实践反馈的信息是失败的，但从上面的分析可看出这并不是对抗制本身的问题，而是在移植过程中对此项制度过多地剪裁所造成的。关注中国的对抗制诉讼模式，关注中国犯罪嫌疑人、被告人的权利，关注中国刑事辩护律师，也是关注我们自己现在的或将来的命运。尹继良 | 江苏省淮海工学院 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com