

黄文艾 黄广进等 著

中国刑事公诉制度的

现状与反思



中国检察出版社

中国刑事申诉制度

现状与反思



中国刑事公诉制度的现状与反思

黄文艾 黄广进 等著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国刑事公诉制度的现状与反思 / 黄文艾, 黄广进等著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 11

ISBN 978-7-5102-0025-0

I. 中… II. ①黄…②黄… III. 刑事诉讼 - 公诉 - 研究 - 中国
IV. D925.210.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 176197 号

中国刑事公诉制度的现状与反思

黄文艾 黄广进 等著

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社址: 北京市石景山区鲁谷西路5号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658769 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 11.375 印张

字 数: 335 千字

版 次: 2009 年 1 月第一版 2009 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5102-0025-0/D·2005

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 言

理论研究和理论创新绝不仅仅是身居书斋的学者的任务，司法者在工作中应当具有对理论进行判断、选择、反思和改造的能力。东莞市检察机关历来十分重视理论研究工作。近年来，东莞市检察机关吸纳了大批优秀人才，干警们的理论调研文章经常被各级各类学术期刊采用，检察理论研究工作在全省名列前茅。高素质的检察队伍自发产生了进行理论调研的需要，与学术界的各种观点进行互动而不再被动接受各种流行的理论或者对理论置之不理。结合自己在工作中对刑事司法实践形成的真实认识和感悟，东莞市的检察官们用自己的心血和热情凝结成了这本《中国刑事公诉制度的现状与反思》。

东莞市位于珠三角东部，毗邻广州、深圳，与港澳交通便利。作为举世闻名的制造加工业名城，近些年来，东莞经济高速发展，人口流动频繁，犯罪也因此大量滋生。高发的刑事案件不仅为理论和实证研究提供了大量丰富、鲜活的素材和资源，同时也对刑事诉讼理论和刑事司法实践不断提出新的要求。

检察机关和侦查机关之间合作多于制约还是相反？强化检察机关对侦查行为合法性的监督为何困难重重？检察机关的提起公诉权是否真的被滥用？检察机关对法院审判行为的监督哪些环节需要强化，哪些环节需要改善？公诉人难道真的不希望证人出庭并愿意将庭审质量维持在较低的水平上吗？在公诉环节，如何提高司法效率，更好更快地解决刑事案件引发的社会矛盾？司法机关的内部考核机制是如何影响各种司法诉讼行为的？关于这些引人深思的话题都可以在书中找到

东莞检察人苦苦思索的印记。《中国刑事公诉制度的现状与反思》的作者们结合自身的工作实践，以检察机关在刑事诉讼中的职能为视角，运用大量实证调查资料，从个案角度生动地展示了检察公诉权的真实生存状态，以翔实材料和深入精致的分析试图对刑事诉讼理论中的一系列重大问题作出回应。例如，由于法律对检察机关的立案监督权缺乏明确具体的程序设计和有效的监督手段，检察机关的法律监督权相对于侦查权呈现弱势地位，检、警之间合作多于制约的现状说明我国职权主义的司法观念仍需进一步改革；在公、检、法三机关分工合作、互相配合、互相制约的近乎“流水线作业”的刑事诉讼构造不发生根本改变的前提下，在诉讼效率的现实需要下，虽然证人不出庭不是检察官所欲求的，但现状却难以改观，应当在正视现实的前提下进行改革；在审查起诉阶段对存疑案件作不诉处理，虽然符合法律的规定，但是通过对实体法和程序法的完善使存疑不诉制度不偏不倚地公正运行则是检察官必须面对的；面临刑事案件的高强度压力及普通程序的功能局限，在审查起诉中进行程序分流也有必要性，书中尝试性地提出了针对地方案件特点如何开挖传统分流形式、如何看待新型分流机制等问题，尽管不够大胆，但还是能提醒读者对程序分流进行更新视角的思考。

可见，全书作者们结合工作实践对公诉制度中存在的诸多问题进行了细致的思量和深入的分析，试图走出从理论到理论的书斋式研究方式，也试图对移植西方法律的惯性思维进行突破，反映出东莞市检察机关在工作中不断创新、积极开拓、走中国之路的特色。本书也是东莞市检察机关理论调研水平的一个总结性展示。

毋庸讳言，《中国刑事公诉制度的现状与反思》一书是东莞市检察机关首次将实证研究方法和检察公诉权相结合进行研究的理论著作，书中实证研究方法的运用还存在着一些不足之处，部分观点还有待于进一步商榷。但总体而言，该书不失为一部道出检察官心声、独树一帜的专著，值得一读。相信书中的研究成果会为推动检察工作实践和理论研究起到积极的作用。

今年是改革开放 30 周年，这 30 年是解放思想、开拓创新、事业辉煌的 30 年。今后，我们要继续在学术争鸣中解放思想、不断进取。

坚持批判性与包容性的统一，互相碰撞、互相吸收，兼收并蓄，求真务实，推动学术的繁荣、工作的进步，创造中国特色社会主义事业（包括法制建设事业）的新辉煌。

是为序。

陈克中

于2008年10月28日

目 录

序言	(1)
第一章 刑事诉讼制度研究范式的反思与批判	
——兼对检察权的批判之回应	(1)
导 言	(1)
第一节 “法律移植论”及其批判	(3)
第二节 迷失的方向：刑事诉讼法学研究价值观的偏离	
.....	(21)
第三节 贫弱的对策法学思维	(27)
第四节 漂浮的法律实证主义研究	(29)
余 论	(36)
第二章 “提起公诉权制约论”的实证检视	(37)
第一节 提起公诉权制约论概览	(37)
第二节 提起公诉权运作的实证考量	(49)
第三节 对提起公诉权制约论的理性分析	(67)
第四节 规范提起公诉权行使的进路思考	(75)
第三章 刑事政策视野中的检警关系及其在实践中的运用	(89)
第一节 实然模式下的检警关系：以 G 省 D 市检警	
关系为分析范本	(89)
第二节 我国检警关系的现状：一种定性分析	(102)

第三节	检警关系的完善	(113)
第四章	存疑不诉裁量权研究	
——	存疑不诉裁量权的理论基点	(135)
第一节	存疑不诉裁量权的概念和适用条件	(135)
第二节	存疑不诉裁量权的实证分析	(144)
第三节	存疑不诉裁量权的规范与制约	(160)
第五章	案卷笔录的证据效力考察	
——	以证人出庭作证为视角	(176)
引 言		(176)
第一节	案卷笔录的概念、特征及证据效力	(177)
第二节	案卷笔录在我国刑事诉讼中的现实地位、形成 原因及存在的问题	(181)
第三节	案卷笔录的证据资格拷问	(193)
第四节	案卷笔录证据效力之客观审视	(204)
第五节	对案卷笔录的理性态度及改革路径	(215)
第六章	立功的实体法价值及其在诉讼程序中的功能异化 ...	(230)
第一节	立功制度的历史沿革	(230)
第二节	立功作为实体法制度的价值追问	(233)
第三节	现行立功制度面临的主要问题及原因分析	(238)
第四节	完善立功制度的建议	(247)
第七章	检察机关刑事审判监督权的梳理与分析	(255)
第一节	检察机关刑事审判监督权的几个基本问题	(255)
第二节	检察机关刑事审判监督职能的必要性与合理性 分析	(270)
第三节	刑事审判监督权存在的问题检视	(280)
第四节	改革进路的可能设想	(295)

第八章 刑事案件程序分流机制研究

——以审查起诉为中心	(305)
第一节 刑事程序分流必要性之研究	(307)
第二节 当前我国刑事程序分流状况之审视	(317)
第三节 构建我国程序分流机制之设想	(331)
第四节 结 语	(348)
后记	(350)

第一章 刑事诉讼制度研究范式的反思与批判*

——兼对检察权的批判之回应

导 言

刑事诉讼法有“动态的宪法”或者“国家基本法的测震器”之称^①，在建设社会主义法治国家的宏大主题下，刑事诉讼制度因为直接关系到公民的基本人权而成为法学研究的焦点。被媒体报道的每一个刑事案件都可能形成刑事诉讼法学研究中的热点问题。^②

刑事诉讼法学研究行进的道路也是对法定刑事诉讼制度批判的历程。改革开放以来，随着对外交流的增进和发展，西方的尤其是英美法系国家^③的诉讼制度设计和价值目标对我国诉讼法学研究和制度建

* 本部分由黄文艾、黄广进合作完成。

① 陈瑞华：《问题与主义之间》，中国人民大学出版社2003年版，第552页。

② 例如重庆綦江虹桥案引发的关于法院是否可以变更检察院指控罪名成了研究热点；刘涌案引发的最高人民法院通过提审改变生效判决是否违背一事不再理的原则又成了研究的热点；陕西邱兴华案件又引起人们对司法鉴定制度的热议。

③ 之所以英美法系的诉讼模式更受青睐，很大程度上是由于英语是我国大陆学者更为熟悉、更易于掌握的语言，大陆翻译介绍英语写成的诉讼制度的资料大大多于其他语种的资料。另外大陆学者更倾向于认为大陆法系国家的诉讼制度具有较强的职权主义色彩，具有浓厚对抗色彩的英美当事人主义诉讼制度似乎更具有吸引力。

设具有风向标的意义。一旦美式诉讼制度成为学术产品生产者自觉的追求,学术产品要么就成了展示美式诉讼制度的橱窗,要么就成了批判中国本土诉讼制度的靶场。学术产品生产者“打靶归来”总是不忘以启蒙者的姿态将西方的诉讼制度——展示。这是“文革”结束、法学恢复近30年来我国刑事诉讼法学研究中一条鲜明却毫不复杂的研究范式。介绍、学习西方制度原本无可厚非,但是一旦这种研究路径固定下来,就会造成研究能力的贫弱化。西方制度优良——我国制度落后——借鉴西方,采用这种论证方式,研究者并没有真正属于自己的见解,在对西方诉讼制度的仰望中,中国转型时期的现实社会条件没有进入他们的视线,大量介绍性的理论无法有效回应现实,因此无法产生变革现实的实践性力量,甚至不具有增进研究者思维和论证能力的益处。刑事诉讼法学研究成了在对西方的想象中研究者的自说自话和简单的资料重复。

在越来越多的人对中国刑事诉讼法学研究中这种固化的模式感到不满时,学界悄然兴起了一场实证研究之风。研究者走出书斋,在与司法实践部门的合作下,大量带有数据分析的调查报告、访谈等颇具社会学田野调查风格的研究成果纷纷出炉。刑事诉讼法学研究似乎在回归其作为一门社会科学的应有样态,甚至刑事诉讼实践中某些“潜规则”也可以被深度展示并加以讨论^①。在“移植论”之外,刑事诉讼法学研究似乎正在开辟另一条道路。刑事诉讼法学实证研究的最大贡献在于它生动而细致地展示了中国刑事诉讼实践的复杂性,一定程度上解释了纸上的诉讼制度为什么在实践中没有得到真正运行,但是由于研究者已经习惯于带着意识形态化的观念先入为主地观察现实,因此不少实证研究成果是否有效地揭示和反映了刑事司法实践中存在的规律性问题还需要经过时间的检验。中国式实证研究中存在的另一个倾向是“移植论”中的那种对现行制度的批判意识以及积极进行制度建构的热情消失了,“法律与社会科学研究似乎仅满足于指

① 参见黄维智:《刑事司法中的潜规则与显规则》,中国检察出版社2007年版。

出问题的复杂性”^①，对于制度改进的方向在何方，大量的实证研究给出的答案要么是对简单总结的几点原因的一一对照式的回应，要么根本就把问题留给读者。法学研究如果仅仅将自己的任务设定为描摹现实，法学家可能根本不是小说家的对手，任何一个有着丰富司法实践经验的人也都能够更加生动详细地展示司法制度的生态环境。“维特根斯坦认为，哲学家的使命就在于能够引领那只掉在瓶子里的苍蝇飞出去。”^②如果理论只停留在对经验的摹写层面上而不能引领经验的发展方向，理论的力量就会大打折扣。

刑事诉讼法学研究中所形成的以上述两种倾向为代表的典型范式在其他部门法学研究中也不同程度地存在着^③，刑事诉讼法学研究中的问题只是整个中国法学研究进程中的一个缩影，在学者早已提出“中国法学向何处去”^④的反思时，对刑事诉讼法学研究中的范式进行反思批判的时刻已经到来。

第一节 “法律移植论”及其批判

法律移植是指“特定国家（或地区）的某种法律规则或制度移植到其他国家（或地区）”。^⑤法律移植论并不是什么新鲜事物，自从鸦片战争之后，中国就被迫走上一条大规模移植西方法律制度的道路。尽管“全盘西化”已经成为一个不太受欢迎的词语，但是对西方制度的借鉴和移植在观念和实践中仍然是一股强大甚至不可阻拒的潮流。

① 贺欣：“转型中国背景下的法律与社会科学研究”，载《北大法律评论》（第7卷第1辑），北京大学出版社2006年版，第29页。

② 朱学东：“经验的边界”，载《南风窗》2008年第14期，第3页。

③ 例如刑法学研究中不仅存在着大量介绍大陆法系刑法理论的著作，甚至部分教科书干脆直接采取大陆法系三段论式的犯罪成立要件模式展开论述，公开主张改造我国的犯罪构成要件模式只能采取大陆法系的犯罪构成理论，别无其他选择。参见陈兴良：“主客观相统一原则：价值论与方法论的双重清理”，载《法学研究》2007年第5期，第120页。

④ 著名学者邓正来先生2005年发表在《政法论坛》上的系列文章，后由法律出版社集结以《中国法学向何处去？》为名于2006年公开出版。

⑤ 张文显：《法理学》，高等教育出版社2002年版，第160页。

只要去搜索一下任何一个刑事诉讼法研究中的热点话题,不难发现,研究者们好像不是生活在当下中国研究本土的刑事诉讼制度,而是在中国的土地上热烈地讨论着西方的问题。甚至可以不用深究文章的内容,从文章的题目上就可以窥见那顶高高戴起的“移植论”的帽子。例如关于取保候审制度的就有《我国取保候审制度之完善——以加拿大的保释制度为借鉴》;关于庭前审查的文章即有《法国的预审制度及其对我国庭前审查程序的借鉴》、《比较法视野下的刑事庭前审查程序之改造》、《美国刑事预审程序考察与评价》、《法国刑事预审程序考察与评价》等;谈到公诉裁量权,就有《德国公诉裁量权的发展及启示》、《中美公诉裁量权之比较》,论证的逻辑只有一个:因为美国检察官和德国检察官拥有更大的自由裁量权,因此我国的公诉裁量权也就应该扩大;谈到非法证据排除规则,就必然要到英美国家的诉讼制度那里去寻找对策和药方,例如,《美国非法证据排除规则的新变化——以〈爱国者法〉为视角》,又如《英国刑事诉讼中对非法获得的证据处理之评析》、《两大法系证据制度比较研究》,还有《关于中国借鉴德国非法证据排除理论的思考》等。几乎刑事诉讼法学中激烈争论的任何一个题目都需要从比较法学的角度从英、美、德、法这些法治化国家寻找医治我国刑事诉讼制度病患的良方。总体上,移植论基本上按照我国存在的问题——西方国家相关制度的优越性——我国借鉴的必要性这样的思维模式展开叙述的。

一、“法律移植论”的表现

(一) 不了解西方刑事诉讼制度运行的整体环境

移植论存在的一个很大的问题就是对西方诉讼制度仅仅作局部的切割,不了解也不关心某一诉讼制度运行的整体制度环境和法治状况,这大概是移植论的先天缺陷,因为“移植”^①一词的本来含义中已经隐藏着这种缺陷。一旦不了解某种诉讼制度在西方国家的生存环境,那么这种制度是否适于移植就会受到质疑。正如英国比较法学家

^① “移植论”中的移植类似于医学意义上的器官移植中的“移植”一词的含义,而器官移植总是局部的,基本不可能顾及器官整体的生存环境的差异。

奥·卡恩—费罗因德所言：“所有我所讲的是：使用比较方法不仅需要外国法律的知识而且还要有外国社会，特别是外国政治方面的知识，人们只要持有法条主义（legalistic）精神而忽视法律的这些方面，对比较法的实际目的的应用就会成为误用。”^①

以检察机关的审查批捕权为例。很长时间以来，学术界的主流观点是在侦查阶段引入对抗机制，检察院应当作为羁押的启动者，而羁押决定权应该交给法院^②，当前检察机关的审查批捕权应该转归法院。对当前批捕制度的批判和改革建议起码包含着如下的思维逻辑：（1）西方国家侦查阶段羁押由法院审查决定的模式比我国逮捕由检察机关进行审查的模式更优越。（2）侦查阶段对羁押的审查制度在中国是可接受的。（3）当前我国由检察院审查批捕存在诸多弊病，所以必须改变批准逮捕的机关。（4）由法院进行审查批捕能够避免检察院审查批捕存在的问题。当然上述四个问题的答案又是相互关联的，只有回答了上述问题，将审查批捕权由检察院转移到法院才能够得到支持。

要回答上述问题必须考察主要西方国家的审前羁押制度运行状态。以德国为例，审前羁押的适用率极低，在2000年前被实行审前羁押的大约只占刑事法院被判决人数的4%，不仅如此，在审前即被羁押的人之中，50%得到了缓刑判决。侦查阶段决定对犯罪嫌疑人的羁押令状是由侦查法官签发的，决定对犯罪嫌疑人进行审前羁押最常见的理由是犯罪嫌疑人存在“逃避的危险”，即侦查法官对其将来是否会自愿到庭表示怀疑。^③除此之外，对于涉嫌特定重罪例如严重伤害、抢劫、勒索、纵火、毒品等犯罪行为的嫌疑人进行审前羁押可以

① 沈宗灵：“论法律移植与比较法学”，载天益网。

② 参见陈卫东主编：《刑事审前程序与人权保障》，中国法制出版社2008年版，第81—91页；陈瑞华：“审前羁押的法律控制——比较法角度的分析”，载《政法论坛》2001年第4期；袁劲秋：“论现代审前羁押制度遵循的普遍原则”，载《河北法学》2005年第3期；赵春燕：“从世界人权标准看我国的审前羁押现状”，载《山西警官高等专科学校学报》2003年第3期。

③ 参见〔德〕托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社2004年版，第95—97页。

不需要特别的理由，这和德国刑事诉讼法所强调的对犯罪嫌疑人施加审前羁押应当与犯罪的严重程度成比例的立法精神是一致的（《德国刑事诉讼法》第112条）。德国在1991年被科处罚金刑的被判刑人占被判刑总人数的比率已经达到84%^①，罚金刑成为德国适用比率最高的刑罚。综合以上各种原因，不难发现审前羁押在德国适用率极低，甚至是侦查阶段极为特殊的情况，根本的原因不是侦查法官司法审查行为将警察或者检察官对犯罪嫌疑人的审前羁押决定过滤出去，而是因为德国所发生的犯罪行为绝大多数都不是重罪。嫌疑人所犯罪行为本来不重，嫌疑人面临的刑罚惩罚又很轻缓，“逃避的危险”就会大大降低，审前羁押就会成为例外而不是原则。如果用德国决定审前羁押的标准“逃避的危险”来衡量，在我国即使将批捕权交由法官行使，也不可能会使我国的审前逮捕率降得比现在更低。逮捕率的下降主要不是依靠独立的司法审查，其实在德国，侦查法官一般很少驳回检察官对羁押令的申请，这和我国检察机关较少驳回警察逮捕犯罪嫌疑人的申请的情况很类似，应该说司法机关的审查制约行为绝不是审前羁押率明显下降的根本原因甚至重要原因。如果认为承担控诉犯罪职能的检察机关审查批捕会导致适用逮捕比率居高不下，那么在我国司法机关尚不独立的情况下，在法院和检察院一样承担着维护社会稳定的政治任务，而不是超然中立的国家机关时，很难想象由法院审查批捕就会降低逮捕的适用率。另外德国审前羁押制度设置的目的是保证犯罪嫌疑人在审判时到庭，而我国逮捕制度设置的目的是很大程度上是为了便于警察继续侦查，所以如果我国警察侦查犯罪的能力不加以提高，逮捕在侦查阶段承担的职能就不会发生实质的改变，即使将审查批捕权转移到法院，破案的压力始终会存在，批捕率就很难降低。所以，如果不了解德国刑事诉讼的实际情况，将侦查阶段的司法审查当做是减少我国逮捕适用的药方，那么这剂药方不仅不会带来预

^① [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第927页。

期的效果，可能还会降低侦查犯罪的效率^①。换言之，为了保障犯罪嫌疑人、被告人在审前羁押阶段的基本人权，最紧迫的恐怕不是将批捕权转移到法院或者大量降低逮捕的适用数量，而是利用现有的制度资源，如强化检察机关对侦查行为的监督权来为保障犯罪嫌疑人在羁押候审期间的基本人权寻找到切实可行的空间。我国刑事诉讼法赋予了检察机关在审查起诉阶段对侦查机关侦查行为合法性进行法律监督的权力。如果一项制度的改革并不能带来预期效果，维持现状未尝不是最好的选择，因此强化检察机关的法律监督权比简单地将审查批捕权转移到法院在当前是更加务实的选择。

（二）对西方诉讼制度缺乏系统了解

任何知识都是相对的，社会科学知识更是如此。社会政治法律制度的构建更加不存在绝对真理。人类思维的惰性导致许多流行的观点和结论很容易不被深究而成为市面上流行的“真理”。这种习见一旦成为流行的“真理”，思想的论争就可能会终结。刑事诉讼法学界真正按照西方制度原来的面貌反映介绍西方制度的成果不多，使用别人的二手乃至三手、四手资料辗转介绍国外制度的成果比比皆是，这种多重转述所造成的后果就是对西方制度缺乏系统性了解，论者并不真正了解甚至也不愿意真正了解所介绍的制度，而只是在多重介绍中将流行的观点或者结论一遍遍传递，到了最后，大家所接受的就是一个被遮蔽了复杂内涵的简单结论。

在刑事诉讼法学界，一个主流的并且在越来越广的范围内被接受

① 如果要求一切审前拘留、搜查、逮捕行为都得到法官的令状许可，影响侦查效率几乎是必然的。