

冯军 卢彦芬 等著

法学新思维 文丛

中国刑事诉讼模式的选择应当根植于中国现实社会，从中国的现实着眼来谈刑事诉讼模式的选择，看哪种机制运作的模式更能贴近中国社会，更能获得中国现实社会的支撑，尤其是能否获得公众的普遍认同。抛弃传统是一个民族的悲哀，传统的回归与理性的改革才是我们正确的抉择。

Xingshi Sifa de Gaige:
Lintian yu Lujing

刑事司法的改革： 理念与路径

Faxue Xinsiwel Wencong

中国检察出版社

法学新思维 文丛

中国检察出版社

刑事司法的改革： 理念与路径

■ □ — 冯军 卢彦芬 等 著



图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法的改革: 理念与路径/冯军等著. —北京: 中国
检察出版社, 2007. 9

ISBN 978 - 7 - 80185 - 819 - 1

I. 刑… II. 冯… III. 刑事诉讼 - 司法制度 - 体制
改革 - 研究 - 中国 IV. D925. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 152547 号

刑事司法的改革: 理念与路径

冯军 卢彦芬 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)68682164(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 8.75 印张 插页 4

字 数: 244 千字

版 次: 2007 年 10 月第一版 2007 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 819 - 1/D · 1795

定 价: 22.00 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

作者简介:

冯 军 男, 1972年生, 河北临城人。现任河北大学法律硕士教育中心副主任, 教授, 硕士研究生导师, 法学博士。近年来, 先后在《法学家》、《法学评论》、《法制与社会发展》、《刑法论丛》等刊物上发表学术论文60多篇, 其中《中国新刑事诉讼法: 剖析与前瞻》(与左卫民先生等合作)获全国第三届中青年诉讼法学优秀科研成果论文类二等奖, 《两大法系刑法判例法渊地位与拘束力之比较》获河北省第七届优秀社会科学研究成果三等奖。出版有《刑事一体化理论研究》、《理念、制度与实践: 从司法制度到司法改革》、《刑事诉讼法学》等论著和教材。

作者简介：

卢彦芬 女，1964年生，河北易县人，法学硕士，现任河北省保定市北市区人民检察院检察长，2002年8月至2007年5月任河北省安新县人民检察院检察长。主要研究领域为检察制度、刑事司法，近年来，在《检察日报》、《河北大学学报》、《河北政法报》等报刊杂志上发表论文多篇，其中《检察机关的纠纷解决功能探讨》一文荣获河北省检察系统优秀调研成果二等奖。



代序：我国刑事司法改革的 宏观思考^{*}

我国刑事司法制度的改革已是大势所趋。但是对于应当如何改良的问题，由于理论界和实务界尚未达成默契，不仅制约了改革的进程，也在很大程度上影响了改革实践的效果。笔者以为，刑事司法制度改革的顺利推进，有赖于我们妥善处理好观念定位、目标追求、模式选择、焦点锁定等问题。

一、观念定位

一般认为，人权保障和犯罪控制之间是对立和冲突的，强调犯罪控制必然要在一定程度上限制人权；而彰显人权保障又必然不利于对犯罪的控制，人权保障和犯罪控制犹如鱼之与熊掌，二者不可

^{*} 本部分由冯军、卢彦芬合作完成。

兼得。事实确实如此。在犯罪日益猖獗的社会压力下，曾经一度被推崇为人权保障典范的西方刑事司法，也不得不通过限制涉诉公民的基本权利来加强对犯罪的社会控制。刑事证据排除规则的例外、沉默权的限制以及后“9·11”时代侦查权力的强化，无不印证了这个特点。其实，刑事诉讼在本质上无非是一种社会控制的机制，只是由于控制手段的特殊性，人们才开始关注对这种手段的规制问题。法治发达国家的社会治理经验表明，人权观念的张扬内在地要求：经由刑事司法进行社会控制不能以牺牲人权为代价；当然，在通过刑事司法实现社会控制的过程中，在尽可能最大限度地保障基本人权的基础上，人权不是也不应成为实现社会控制的障碍。因此，对于目前我国刑事诉讼制度的改革而言，切实彰显并保障刑事司法的人权保障功能是当务之急，然而物极必反，我们不能在强化刑事司法人权保障功能的同时，贬低甚至忽略刑事司法的社会控制功能。

二、目标追求

公正是刑事司法的重要价值目标，但不是终极目标，作为一种社会控制机制，刑事司法应当最大限度地获得公众的认同和接受，否则，在漠视公众认同价值的刑事司法环境中，通过刑事司法的社会控制必然意味着血腥和暴力，面对公然的、合法的国家暴力，社会公众无从选择，不是屈从就是反抗，而反抗意味着更为严厉的暴力，其结果只有屈从。此时，人们对司法的不满转而会影响人们对政治的认同和服从。尽管公正性在一定程度上支撑并促进了刑事司法的公众认同，但是公正的刑事司法并不一定就意味着刑事司法的公众认同，因为对于法律职业共同体来说，基于法律规范的评价，刑事司法可能是公正的；但是对于社会公众来说，基于道德规范的评价，刑事司法却可能是不公正的，从而不予认同和接受。所以，刑事司法改革应当努力促进刑事司法的公众认同，而不应仅仅关注

刑事司法本体正当性的建构。

三、模式选择

在模式选择上，我们首先应当认识到，刑事诉讼作为一种社会控制机制，旨在通过正当地解决冲突主体间的矛盾和纠纷实现对社会的有效控制。在当今世界，哪一种模式的刑事诉讼运作机制无疑都不否认并且在客观上确实都在强调对人权的保障。是否有利于保障人权，已经不再是两大刑事诉讼模式分野的重要标志。其次，刑事诉讼模式的划分是理论研究的需要，即通过类型化研究来分析不同国家刑事诉讼机制的共性和差异。毋庸置疑，刑事诉讼机制的形成同一个国家或民族的政治制度、经济体制、社会结构和文化传统等因素休戚相关，没有任何一个国家能够脱离本国的政治、经济、社会和文化根基来成功地、卓有成效地实现刑事诉讼机制的转型。但是，随着国际化的影响，没有哪一个国家是纯粹的当事人主义或者纯粹的职权主义。最后，中国刑事诉讼模式的选择应当根植于中国现实社会，从中国的现实着眼来谈刑事诉讼模式的选择，看哪种机制运作的模式更能贴近中国社会，更能获得中国现实社会的支撑，尤其是能否获得公众的普遍认同。就此而言，答案无疑是肯定的，由于我们比欧陆国家更强调实体正义，所以我们只有从大陆法系的刑事诉讼运作机制中寻求灵感。抛弃传统是一个民族的悲哀，传统的回归与理性的改革才是我们正确的抉择。

四、焦点锁定

在焦点锁定上，我们应当思考一个非常现实的问题，即我们能否通过刑事诉讼法的不断修改，在完善刑事诉讼立法的同时，最大限度地实现司法的公正，最终达至社会公众对司法的认同。立法者的愿望无疑是良好的，但是刑事司法运作的现实却并不令人满意：

在我们不断地完善刑事诉讼立法的过程中，大量的司法腐败空前地滋生。现实告诉我们：不是立法出了问题，而是司法出了问题。找不到真正的病灶之所在，再完善的刑事诉讼立法也解决不了现实中国的司法不公问题。因此，解决中国当前的司法不公问题，与其旷费时日地在立法上下工夫，不如在司法上用点心思，只要司法从业人员尤其是法官本着良心、善心和爱心来推动刑事司法的运作，我们就不必担心司法不公的问题——即使我们的刑事立法并不完善！其实历史已经告诉我们，在刑事诉讼运作机制正当性不足的中国古代社会，包拯、海瑞等之所以被称为“青天”而名垂青史，是因为他们的人格魅力弥补了程序的缺憾而获得公众的认同。所以，中国当前的刑事司法改革不应仅仅着眼于刑事诉讼立法本体的完善，更需要对司法从业人员的道德自律和法律规制给予充分的关注。

目 录

代序：我国刑事司法改革的宏观思考	/1
第一章 刑事立案程序研究	/1
一、刑事立案程序的价值分析	/2
二、域外刑事立案程序述评	/10
三、我国刑事立案程序的现状与反思	/19
四、我国刑事立案程序的改革	/34
第二章 侦查程序改革问题研究	/41
一、历史梳理：国家形态变迁与侦查程序变革	/42
二、当代趋势：人权理念攀升与侦查程序改良	/47
三、中国语境：侦查程序法治化的困境	/51
四、改良策略：中国侦查程序法治化的多元视角	/55
第三章 诱惑侦查制度研究	/58
一、诱惑侦查概述	/59
二、国外的诱惑侦查制度述评	/64
三、我国诱惑侦查制度的现状及其反思	/78
四、我国诱惑侦查制度的立法建构	/83
五、违法诱惑侦查的权利救济	/93
第四章 强制措施救济机制研究	/97
一、刑事强制措施救济概述	/98
二、刑事强制措施救济理论基础	/107
三、刑事强制措施救济的价值	/114

四、西方各国刑事强制措施救济的基本路径	/125
五、我国刑事强制措施救济机制的现状分析	/134
六、我国刑事强制措施救济机制的完善	/147
第五章 暂缓起诉制度研究	/157
一、暂缓起诉概念的界定	/158
二、暂缓起诉制度的理论基础	/165
三、域外暂缓起诉制度考察	/178
四、我国暂缓起诉制度的现状及其反思	/195
五、我国暂缓起诉制度的建构	/202
第六章 公诉权制约机制研究	/216
一、提起公诉权制约机制的基本理论	/217
二、提起公诉权制约机制的比较研究	/227
三、我国提起公诉权制约机制的现状与反思	/238
四、我国提起公诉权制约机制的完善	/252
附录：检察机关的纠纷解决功能探讨	
——以社会主义法治理念为视角的分析	/261
一、问题的提出	/262
二、检察机关纠纷解决功能的根据	/262
三、检察机关纠纷解决功能的实现原则	/264
四、检察机关纠纷解决功能的实现途径	/266
五、结语	/270
后记	/271

第一章 刑事立案程序研究*

根据我国刑事诉讼法的规定，刑事立案是刑事诉讼的开端程序，是一个独立的诉讼阶段，主要是指公安机关、人民检察院、人民法院等机关，对报案、控告、举报和犯罪嫌疑人自首的材料进行审查，依据事实和法律，决定是否作为一个案件进行侦查或审判的诉讼活动。可以说，立案程序输出的结果（立案或者不立案）直接决定着侦查权的启动与否。^①刑事立案最重要的功能是输入犯罪信息并迅速回应犯罪。然而，实践中的景观与立法预期却存在着很大的落差，边破边立、不破不立等问题长期存在。当然，这也从侧面凸显出我国刑事立案程序设计的先天不足，严重影响了侦查活动的效率，因此，建构一个符合侦查规律特点的、切实可行的刑事立案程序对于我国刑事诉讼制度的理性化无疑具有极其重要的现实

* 本部分由张付军、王海波合作完成。

① 本文主要围绕公安机关和检察机关的立案程序展开立论。

意义。

一、刑事立案程序的价值分析

刑事立案程序的价值主要体现在秩序维护、人权保障以及提升刑事追诉的合法性三个方面。

（一）刑事立案程序的秩序维护价值

根据法哲学家博登海默的定义，“秩序”意指在自然进程和社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。而“无序”则表明存在着断裂和无规则性。^①在秩序与无序之间，人类文明更多地青睐前者，“可以说，消除混乱，确保必要的社会秩序是人类存续的基本前提，即便是在尚未形成部落组织的原始人群中，人们也认识到了暴力冲突必须加以控制”，^②人类社会进入现代文明，对秩序的需求俨然已成为一种社会心理结构，固化在每一种文明、每一种具体制度以及每一种社会行动之中。因此，秩序的维系不仅重要，而且已经制度化。通过刑事司法的方式来实现秩序维系便是其中较为重要的一种。在笔者看来，刑事立案制度正是通过有效率的方式来推进刑事司法进程，并最终实现犯罪控制与秩序维系之制度机制。

通过刑事立案程序，侦查机关迅速及时地将犯罪活动纳入刑事追诉的视野，以保障刑罚权的实现，有力地打击犯罪，进而达到控制犯罪、维护秩序的目的。在现实生活中，几乎每时每刻都有刑事犯罪发生，并且犯罪具有不可回复性，转瞬即逝，侦查的主要任务

① [美] E. 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1998年版，第219页。

② [美] 霍贝尔：《初民的法律》，中国社会科学出版社1993年版，第346页。

就是要查找和收集犯罪证据,并据此查获、缉拿犯罪嫌疑人。犯罪行为实施当场与犯罪后短时间内会遗留很多诸如指纹、毛发、体液、脚印等有价值的痕迹物证,但是这些犯罪证据由于自然或人为因素很容易发生变质、毁损、灭失,因此,犯罪后较短的时间内是发现、收集、固定证据以证明犯罪的关键时机。正如法国刑事侦查学家艾德蒙·罗加儿所说,侦查工作的头几个小时其重要性是不可估量的,因为失掉了时间,就等于蒸发了真理。^①正是犯罪的这个特点决定了侦查具有很强的时效性,要求侦查活动的开展必须迅速及时,尽可能减少延误,特别是在当今犯罪日趋狡猾、隐蔽、智能化的情况下,尤其应当强调这一点。刑事立案作为刑事追诉权的启动程序,是追诉机关对所发现犯罪的第一反应,是追究、惩罚犯罪的第一个步骤,无疑更要强调这个特点,否则稍微的迟延滞后将导致犯罪证据收集的极为困难甚至无法收集。所以,刑事立案作为刑事诉讼的启动程序必然要求其能对犯罪作出迅速及时的反应。

就应然而言,所有已发生的犯罪都应通过刑事追诉得到应有的惩罚。但是事实上,在特定的时间内,由于多方面的原因,侦查机关不可能发现所有的已然犯罪,未被发现和记录的犯罪实际上大量存在,而且不可避免。这些未被发现的案件被称为“隐案”,隐案的存在导致犯罪黑数的产生。所谓犯罪黑数,也即犯罪暗数,是指虽已发生但由于种种原因未予记载的犯罪数量。^②造成犯罪黑数的原因主要有:(1)犯罪发生后能否为社会中的个人所感知;(2)感知犯罪行为的人是否能认识到该行为是犯罪,主要和社会公众的法律素质密切相关;(3)认为某项行为构成犯罪的个人是否愿意向国家追诉机关控告,而影响个人尤其是被害人是否向国家追诉机

① 左卫民、周长军:《刑事诉讼的理念》,法律出版社1999年版,第169页。

② 王树林:“关于犯罪黑数问题”,载《湖南公安高等专科学校学报》2000年第3期。

关揭发犯罪的原因很多。根据英国学者的研究，公民拒绝报告犯罪有以下几种原因：首先，尽管某项事件在法律技术上构成犯罪，但个人并不以之为然，如雇主不会向追诉机关报告从车间窃取物品的行为，因为在他看来，这属于工作中的“揩油”现象。其次，犯罪事件可能被认为太微乎其微了，或者太习以为常了——我们又有许多人曾向追诉机关报告过交通违章犯罪呢？即使严重的犯罪，在某些人看来，也并非都有报告的必要。第三，可能认为向警察报告是没有多大意义的。如果认为破案率低下，那么，被害人将不会报告其遭受的住宅盗窃，除非存在其他积极的原因，如由此可以产生保险赔偿权。第四，该事件可能会被视为私人的事而无须警察插手。如具有亲密关系的团体（家庭、学校、小型社区等）常常会作出自行处理相关事件的选择。第五，对警察怀有敌意，如由特定种族、年龄或阶层关系而形成的群体，通常不会向警察报告其身边发生的犯罪。第六，当人们认识到作为证人将会给个人带来很大的不方便，或者在某些时候将造成人身危险时，往往会放弃报告犯罪的企图。第七，在某些犯罪中，例如绑架案，被害人所处的极为尴尬的地位保证了其不会报告该犯罪行为。^①

在现代法治国家，刑事诉讼是实现国家刑罚权、对犯罪进行谴责和否定的重要路径，业已发生的犯罪能否进入刑事追诉，对于国家刑罚权的实现从而否定和扼制犯罪具有至关重要的意义。然而，犯罪黑数表明有相当一部分业已发生的犯罪未能进入刑事诉讼的视野。基于此，尽管在实质意义上这些犯罪行为已经对现行法律秩序造成了程度不同的实际损害，但是却无法通过合法的途径予以非难。犯罪黑数的存在显然地对国家刑罚权的实现产生了障碍，降低了刑事诉讼程序通过刑罚具体化所产生的威慑作用。关于刑罚对犯罪之预防作用，意大利著名刑法学家贝卡利亚认为，“对于犯罪最

^① Mayhew, et al., The 1992 British Crime Survey (Home Office Research Study No. 132) (1993) chap. 3, henceforth BCS.

强有力的约束力量不是刑罚的严酷性，而是刑罚的必定性……即使刑罚是有节制的，它的确定性也比联系着一线不受处罚希望的可怕刑罚所造成的恐惧更令人印象深刻；因为，即便是最小的恶果，一旦成了确定的，就总令人心悸”。^① 同时，“如果让人们看到他们的犯罪可能受到宽恕，或者刑罚并不一定是犯罪的必然结果，那么就会煽惑起其犯罪不受处罚的幻想”。^② 英国法学家边沁也持相似的观点，他认为，“除非存在免受刑罚之希望，否则没有人会愿意去犯罪。如果刑罚恰好是由犯罪之获利而产生，且又是不可避免的，那么就不会有人犯罪了”。^③ 二位学者均强调刑罚的确定性，然而，刑罚的确定性仅仅是思辨上的理想主义，犯罪黑数的存在表明实践中相当一部分业已发生的犯罪并未受到惩罚——现实粉碎了理想。既然必定性的刑事处罚是现实所不可欲求的，理论与实践不如退而求其次，将“权力的眼睛（福柯语）”放置在如何最大限度地提高刑罚的兑现率。其实，从某种意义上讲，刑罚的兑现率愈高，也就愈接近于刑罚的必定性或确定性。因此，为了在犯罪行为与刑罚处罚之间建立相当的因果关联，发挥刑法的社会调整功能，刑事诉讼程序必须能够从最大限度上便于对业已发生的犯罪行为的追诉。或言之，刑事立案必须通过各种措施努力发现犯罪，将犯罪黑数降低到尽可能小的程度，以提高刑罚的实际兑现率，从而增强刑法规范的威慑力和社会控制力。

（二）刑事立案程序的人权保障价值

那么，为了秩序维系的功能维度，人类制度及其刑事程序机制

① [意] 切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第59页。

② [意] 切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第60页。

③ [英] 吉米·边沁：《立法原理——刑法典原理》，中国人民公安大学出版社1993年版，第69页。

就可以不关注其他价值了吗？答案当然是否定的。现代社会中，人权保障已经成为最基本的“叙事”——权力的秩序维系功能仅能在权力规则的范围内实施才具有正当性，人权保障的叙事、话语及技术就在于抵消权力的蛮横和强制支配性。^①而现代社会的几乎所有制度都必须蕴涵人权之维度，用人权哲学家米尔恩的话语就是，“一个保护人权的制度就是好制度，一个侵犯人权甚至根本不承认人权的制度便是坏制度”。^②具体到刑事法制度领域，刑罚是最具有威慑的社会治理手段，但也是最受争议的一项，“刑罚之执行亦正意味着，为了大众之安全利益而完全地忽视了犯罪行为人之自由利益”。^③因此，近现代刑事诉讼制度均致力于对公民基本人权提供保障，赋予被追诉人在诉讼中的主体地位，确保人性尊严之维护和较为充分的辩护权利。^④

刑事立案程序的人权保障价值主要体现在其屏蔽功能，即通过限制国家刑事追诉权的启动来保护公民的正常社会生活免遭侵扰。在现代国家，政府拥有强大的司法资源、社会资源、信息资源，公民始终处于相对弱小的地位，公权力恣意行使的危险时时存在，法律必须限制这种恣意，规制其行为，保护公民权利，特别是在涉及刑事追诉的领域。

在现代刑事诉讼程序中，刑事立案是前承社会正常生活、后启

① 参见〔法〕福柯：《权力的眼睛——福柯访谈录》，上海人民出版社1997年版，第229～230页。

② 〔美〕米尔恩：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社1995年版，第1页。

③ 〔德〕罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第13页。

④ 参见〔德〕罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第13页。