



审判外 刑事案件 处理方式研究



吕清 著

Shenpan wai xingshi anjian
chuli fangshi yanjiu

14

中国检察出版社



审判外刑事案件 处理方式研究



Shenpan wai xingshi anjian
chuli fangshi yanjiu
吕清 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

审判外刑事案件处理方式研究/吕清著. —北京:

中国检察出版社, 2007. 5

ISBN 978 - 7 - 80185 - 774 - 3

I. 审… II. 吕… III. 刑事犯罪—研究—中国

IV. D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 071165 号

审判外刑事案件处理方式研究

吕清 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)68639243(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: 6.875 印张

字 数: 197 千字

版 次: 2007 年 5 月第一版 2007 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 774 - 3/D · 1750

定 价: 18.00 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

前 言

目前，中国正处在由于建设社会主义市场经济而开始的社会转型期。在这个杂夹着热情与困惑、憧憬与迷茫的时代，传统刑事司法制度也面临着前所未有的挑战和机遇：一方面，犯罪态势不断升级（既表现为犯罪数量的增加，也表现为犯罪性质和手段不断翻新），而正统的通过审判来处理刑事案件的方式已经力不从心；另一方面，当刑事司法正沿着正统的现代刑事法制专业化和程序化的轨道前进之时，中国社会却出现以追求实质正义为使命的“为民”司法的呼声（既表现为宏观的司法为民指导思想的提出，也表现在金桂兰式的专家型与实用型并举的法官榜样的树立）。中国刑事司法究竟何去何从？刑事法律研究者和实践者都在进行深入而广泛的探索。本书正是在这样一种探索精神的鼓舞下所作的一些努力，主要论点是中国可以通过开辟多元化的刑事案件审判方式来缓解刑事司法的危机、巩固刑事司法的权威，从而更好地回应时代的需求。

随着 18 世纪西方近现代法治思想和体系的建立及传播，审判作为人类对纠纷的理性处理方式，代表了一种更高层次的文明。特别在刑事领域，审判几乎垄断了对犯罪案件的处理，这与人类社会对于犯罪性质认识的变化以及国家思想和机器的发达有关。但是，进入到 19 世纪后，西方社会的社会结构和国家职能发生变化，这样一种刑事司法模式开始受到越来越多的质疑。不少国家

开始通过变革刑事司法体系来寻找出路。时至今日，我们发现西方世界已经逐渐背离了经典的自由主义法治模式，而审判外刑事案件处理方式的迅速发展便是其中的表现之一。在不少国家，依靠审判进行实质性处理的刑事案件已经成为少数。不过，在发展方向的一致性表象下，各国审判外刑事案件处理方式的具体种类、程序以及在司法体系中的地位等都不尽相同，价值取向和目的追求也有很大差异。

再来考察我国的刑事司法现状。我国具有某些审判外刑事案件处理的立法支持，虽然从司法实际来看，无论是正规化的司法实践作业，还是司法机构和公众舆论的主流思想，都对非正统的审判外刑事案件处理方式持否定的态度，但是审判外刑事案件处理方式在民间依然生生不息，而且部分司法机构现在也开始在法内和法外环境中进行多元化案件处理的尝试。如何评价民间社会的非正式的犯罪案件的处理，是落后文明的顽固的残存，还是社会发展的内在规律性的体现？如何评价部分司法机构的大胆创举，是制度化发展的契机，还只是心血来潮的昙花一现？对这些问题，都要从理性思辨的角度对审判外刑事案件处理进行分析和论证，这样方可为正确评价我国的相关立法和实践提供依据，为是否构建以及如何构建我国的多元化刑事案件处理提供理论框架。

本书分六章，基本内容与结构如下：

在第一章审判外刑事案件处理方式概述部分，首先介绍了人类历史上刑事案件处理方式的简要发展历程，描述了当今审判外刑事案件处理方式发展所属的历史轨迹。紧接着，着重分析了以国家垄断主义为特征的现代刑事司法制度，指出了审判作为最权威、最正统的刑事案件处理方式的制度基础，这同时也是审判外刑事案件处理方式产生和发展的制度背景。再接下来，提出了西

方世界诸多国家审判外刑事案件处理的现实，揭示了多元化的刑事案件处理的趋势。最后，就本研究围绕的若干概念进行定义，从而明确研究的对象和范围。

第二章较为详细地分析了当今世界两大法系代表性国家审判外刑事案件处理方式的立法和实践现状，然后对两大法系国家审判外刑事案件处理方式实践中的差异加以理论上的分析。这个部分是本书研究的基础，因为正是这些国家的实践为本书提供了鲜活的实证经验，也为我国的审判外刑事案件处理方式的构想提供了可资借鉴的思路。

第三章对两大法系国家中比较普遍的审判外刑事案件处理的几种主要方式加以深入的比较分析和理论阐述。针对每一种方式，都详细分析了不同的表现形式，同时深入到表象背后剖析了造成差异的原因。这些无疑为深刻认识和理解审判外刑事案件处理方式的本质有着重要的帮助。

第四章分析了审判外刑事案件处理方式产生的时代背景和作为审判外刑事案件处理方式理论支持的社会思潮。时代背景的分析对于考察我国审判外刑事案件处理的可行性提供了参照，而对于理论思潮的介绍，则有助于客观分析审判外刑事案件处理方式的合理性和正当性。

第五章在前几章介绍分析基础上，对审判外刑事案件处理方式的正当性进行了正面分析。该部分首先对现代刑事审判制度进行了反思，指出刑事审判的外在压力和内在的局限性。接下来，围绕审判外刑事案件处理方式的若干本质性特征，从多角度对审判外方式的正当性进行了论证。

最后，对我国审判外刑事案件处理方式的立法和实践现状进行了剖析。在此基础上，论证了发展我国审判外刑事案件处理方

式的必要性和可行性，并提出了建构我国以刑事审判为核心的多元化刑事案件处理方式体系的理论框架。

就方法论来说，由于审判外刑事案件处理方式具有开放性特征，研究对象的这种特点决定了用单一规范注释法学的研究方法难以奏效。因此，本书把审判外刑事案件处理方式放到一个比较开阔的理论和实践背景里加以探讨。申言之，由于研究对象自身突破了社会科学之间的界限，因此，社会学（包括社会思想史）、法学（包括刑事法学、行政法学、民事法学）等研究路径都穿插其中。总的来说，基于现行法律规范进行的传统注释法学以及建立在法与社会关系基础上的法社会学是其中两大主要方法。

在本书完成前，有些内容曾以论文的形式公开发表，其中部分观点也被吸收进来。由于审判外刑事案件处理方式在国外还处在探索阶段，制度化和理论化程度都不高，而我国也尚处于萌芽期，同时作者所掌握的资料还十分有限，因此书中的观点或结论难免有偏颇与幼稚之处，尚待各方的批评和指正。所以，本书并不是研究的结束，而是探索旅程的新起点。

目 录

第一章 审判外刑事案件处理方式概述	/1
一、早期人类社会刑事案件处理方式的发展历程	/2
二、现代刑事司法制度与刑事审判	/5
(一) 国家垄断主义	/7
(二) 规则的形式主义	/9
(三) 程序的自治主义	/12
三、审判外刑事案件处理方式	/16
(一) 多元化刑事案件审判方式的出现	/16
(二) 审判外刑事案件处理方式的概念	/18
(三) 审判外刑事案件处理方式的种类	/24
第二章 外国审判外处理刑事案件的立法和司法现状 及其比较分析	/28
一、法国	/30
(一) 裁量不起诉	/30
(二) 刑事调解	/31
(三) 刑事和解	/32
(四) 行政机关对处理刑事案件的影响	/34
二、德国	/35
(一) 警察和检察官终止诉讼	/35

(二) 处罚令	/39
(三) 刑事调解	/39
三、英国	/41
(一) 警告	/41
(二) 检察官不起诉	/44
(三) 其他行政管理机构对刑事案件的处理	/45
(四) 刑事调解	/47
四、意大利	/49
(一) 裁量不起诉	/49
(二) 辩诉交易	/50
(三) 处罚令	/52
五、美国	/54
(一) 非犯罪化处理	/54
(二) 审判替代性实验	/55
(三) 辩诉交易	/57
小结：两大法系国家审判外刑事案件处理方式的差异	/60
第三章 审判外刑事案件主要处理方式的解析	/67
一、刑事调解	/68
(一) 刑事调解的含义	/68
(二) 刑事调解的表现形式	/69
(三) 刑事调解的评介	/75
(四) 走向世界的刑事调解	/76
二、行政化手段	/79
(一) 定义	/79
(二) 表现形式	/79
(三) 评价	/81

三、准司法性方式	/87
(一) 定义	/87
(二) 表现形式	/87
(三) 分析	/91
(四) 规范检察机关自由裁量权限的国际性司法文件	/95
四、辩诉交易	/95
(一) 辩诉交易的定义	/96
(二) 辩诉交易的表现形式	/96
(三) 辩诉交易的评介	/102
第四章 多元化刑事案件处理方式的时代背景和理论思潮	/107
一、多元化刑事案件处理方式的时代背景	/108
(一) 社会形态的变化	/108
(二) 人权观念的发展	/112
二、审判外刑事案件处理的相关理论思潮	/115
(一) 恢复性司法运动及其理论	/115
(二) 刑事政策学的理论与发展	/121
(三) 多元化争端解决理论	/125
(四) 经济分析法学理论	/131
第五章 审判外刑事案件处理方式的理性思辨和正当化基础	/135
一、刑事审判的局限性	/137
(一) 审判思维的局限性	/138
(二) 审判功能的有限性	/142

二、审判外刑事案件处理方式的正当性	/146
(一) 处理依据的多元化	/146
(二) 主体的多元化	/147
(三) 处理手段的多元化	/150
(四) 处理结果的多元化	/152
小结	/156
三、审判外刑事案件处理方式与刑事审判的关系	/157
(一) 审判外刑事案件处理方式的局限性	/158
(二) 刑事审判的正统性	/159
(三) 刑事审判与审判外刑事案件处理方式的关系	/162
第六章 中国审判外刑事案件处理方式研究	/164
一、中国审判外刑事案件处理的立法和实践现状	/165
(一) 刑事和解与刑事调解	/165
(二) 行政方式	/173
(三) 裁量不起诉	/176
(四) 辩诉交易的尝试	/180
二、审判外刑事案件处理的前景分析	/182
(一) 审判外刑事案件处理方式的必要性考察	/182
(二) 审判外刑事案件处理方式的可行性考察	/192
三、中国审判外刑事案件处理模式之建构	/200
(一) 原则性规划	/200
(二) 审判外刑事案件处理方式的具体制度建构	/204
主要参考文献	/208

第一章 审判外刑事案件 处理方式概述

刑事案件的处理是人类社会对犯罪行为进行理性化处置的过程，而其具体方式则是随着人类对犯罪行为本质的认识以及如何处置犯罪人的观念的演变而逐渐发展的。当犯罪被上升为对共同体利益的侵犯之时，对犯罪人的惩罚权被交由第三者行使并逐渐被国家所垄断。为规范国家刑罚权的使用，人类社会发展出复杂而精致的刑事审判程序。时至今日，通过审判明确被告人的刑事责任，已经成为最正统和最权威的刑事案件处理方式。

当然，刑事案件的处理方式并没有因为刑事审判的出现而停止演进的脚步。当刑事审判被认为是最公正最文明的刑事案件处

理方式而成为现代法治国刑事司法的中心之时，刑事案件的审判外处理方式也初露端倪。

和任何社会现象一样，对审判外刑事案件处理方式而言，历史的研究方法必不可少。对于历史的方法，列宁曾有精辟的阐述：“不要忘记基本的历史联系，要看某种现象在历史上怎样产生，在发展中经过哪些主要阶段，并根据它的这种发展考虑它现在是怎样的。”通过历史的研究，我们不仅可以发现刑事案件处理方式的发展历程，而且可以摸索其发展规律，从而为新的刑事案件处理方式的发展提供指南。

一、早期人类社会刑事案件处理方式的发展历程

法人类学的研究指出，原始社会氏族内部成员都是平等的，一切问题都由当事人自己解决。在大多数情况下，氏族内部历代相传的习俗可以满足调整社会关系的需要。当然，在氏族共同体内部和氏族之间，都存在破坏共同生活的现象，也就存在对破坏共同生活的社会性反应。

在以血缘为基础的史前社会组织，神的戒律和人所制定的规则是混在一起的。犯罪的人被视为亵渎神灵者而被赶出该部落，被赶出部落的人起初被视为给神的祭品。逐渐地，由于不同的血缘部落并存，社会对触犯共同生活准则行为的反应发生了变化。将破坏共同生活准则者赶出部落已失去了原先所具有的神灵特征，而仅仅被看做是对公民权的剥夺。此时，惩罚不是表现为某个人基于生存本能而进行的复仇，而是作为法秩序与和平秩序主体的部落联盟的反应。部落联盟作出反应的那些行为总是直接或间接地被视为破坏部落联盟的共同利益。人们固定住所的增加导致

了纯部落联盟的解体，起初那种对破坏共同利益者无节制、无目标、本能的从肉体上加以消灭的反应变得缓和了。将犯罪人逐出社会共同体逐渐让位于死刑和致残的身体刑、长期或短期的流放以及各种财产刑。特别是财产刑的出现，更为深刻地改变了刑事案件的处理方式。根据这种刑罚，违法扰乱社会秩序的行为人及其亲属得向部落联盟缴纳一定数额的金钱（和平费），至少在轻微案件中如此。部落之间的血族复仇被调停，责任方向被伤害的部落交纳赔偿费，以求和解，调解不成功的，则强制执行。^①

在国家出现之后，对于共同社会秩序和利益的破坏行为被认为是国家利益和统治秩序的破坏，立法的犯罪概念也就应运而生。英国刑法学家特纳指出：犯罪一词最早出现在14世纪，从“重罪”一词原来的含义中，能再精确不过地找到犯罪的含义：它给人们的印象是某种不名誉、邪恶或卑鄙的东西。任何行为，只要任何特定社会的某一具有足够权力的部门感到有害于其自身的利益，如危及其安全、稳定或舒适，该部门便通常将其视为特别邪恶，并力图以相应严厉的措施加以镇压。而且，只要可行，它便确保将国家主权所能支配的强制力用于防止危害或惩罚造成危害的任何人。这种危害行为便称之为犯罪。^②

而当把某些传统意义上对个人的侵害行为也上升为罪行时，犯罪的内涵得以进一步扩充，这是人类对犯罪行为的价值认识上的飞跃。在这个方面，英国法学家梅因经过详细研究后，分析了罗马法中一些特殊的民事不法行为向犯罪行为转化的过程。其时，

① 参见〔德〕李斯特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，法律出版社2000年版，第30—31页。

② 〔英〕特纳著：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第1—2页。

罗马法中已经存在犯罪和民事不法的区分。这种划分表明罗马人的犯罪概念中包括对国家社会集体所施加损害的内容。这时犯罪的危害性仅仅被看做是对国家或者社会的危害，对个人的侵害仅仅是私人之间的关系，通过民事诉讼的方式加以解决。随着社会的发展，罗马人对犯罪的危害性认识不断深化，终于出现了一个梅因称之为从“不法行为”改变为“犯罪”的过程：起初，罗马立法机关对于比较凶暴的罪行并没有废止民事救济，它给被害人提供了其一定愿意选择的一种赔偿。即使在奥古斯都完成立法以后，有几种罪行仍继续被视为“不法行为”，而这些罪行在现代社会看来是应该作为犯罪的。直到后来，在一个不能确定的时期，当法律开始注意到一种在法学汇纂中称为非常犯罪的新罪行时，它们才成为刑事上可以处罚的罪行。无疑，罗马法律学理论是单纯地把这一类行为看做不法行为的；但是社会的自尊心日益提高，反对对这些行为的犯罪者在其给付金钱赔偿损失以外不加其他较严重的处罚，因此，如果被害人愿意，准许把他们作非常犯罪而起诉，即通过一种在某些方面和普通程度不同的救济方式而起诉。从这些非常犯罪第一次被承认的时期开始，罗马法国家的犯罪表一定和现在世界任何社会中所有的同样的长。^①

国家在界定了犯罪的概念以及确定犯罪行为范围后，随着国家机器的发达和国家思想的强化，凌驾于各部落之上的近代国家逐渐剥夺了对犯罪者的处罚权，并将之委托给一个中立的审理案件的法官。法官审判成为了刑事案件的主要处理方式。国家无限的处刑权发展成国家刑法，而法官的审理权则发展成了刑事程序法。刑法决定了刑罚的内容和范围，而程序法规定了审理过程

^① 参见[英]梅因著：《古代法》，商务印书馆1959年版，第222页。

的步骤、方法和依据。因此，任意地处理和处罚被排除，各具体情况被置于固定的、有约束力的规定之下。

就这样，在人类发展过程中，随着国家的出现及近现代国家司法权的逐步加强和统一，就人类社会刑事案件处理方式的发展趋势而言，由国家进行的理性的审判制度取代个人与民间社会进行的感性的复仇或者反应方式，是人类文明发展进程中的一次伟大成就。审判摒弃了早期人类社会处理犯罪的野蛮性、任意性，并由此建立起国家法律的权威。审判制度的出现，使得当事人之间的争端以及被告人刑事责任的确开始以一种理性而和平的方式得以解决。与此同时，历史上曾经存在的其他各种刑事案件处理方式被否定或取代，诉讼审判最终成为刑事案件处理最主要的法律途径。

二、现代刑事司法制度与刑事审判

一般认为，西方现代刑事司法制度起源于17、18世纪的启蒙运动。在这场思想革命基础上的政治革命运动中，建立在资本主义市场经济基础上的西方国家，以民族国家的形式实现了政治上的中央集权。毫无疑问，为处理犯罪问题而形成的刑事司法制度，在现代国家制度中占据着重要地位。

就刑事实体法而言，无论是对于犯罪种类的认识还是对于刑罚的一般方法论，整个西方文化内部并无多大差异，而存在于刑事诉讼具体制度上的传统差异也随着当事人主义对抗式模式的普

及而走向融合。^① 虽然具体刑事司法制度的差异依然存在，特别是刑事诉讼程序的差异依然明显（有关内容见下章），但是建立在相同的资本主义市场经济基础之上，并具有相似历史渊源的西方国家，其刑事司法体制表现出共同或者相似的本质性特征。尤其是随着美国单极世界的形成，西方国家的刑事司法制度出现了趋同的态势。西方国家的刑事司法制度如同其他法律制度一样成为普适性制度被主动或被动地移植到了各殖民地以及新近独立的民族国家之中。正如千叶正士所指出的：在最近的几个世纪里，西方国家所发展起来的法学和法律制度已被强加于世界上的其他国家或者被它们所接受。西方的法律和法学似乎具有无可辩驳的普适性。^② 刑事审判制度是刑事司法制度的组成部分，因此，剖析现代刑事法制的特征正是为了深入理解现代刑事审判的制度性基础。

① 这主要是因为随着二次世界大战、尤其是冷战的结束，美国法律制度成为世界上最有影响力的法律制度。因此，从一般的法理学研究方法（比如实证主义和现实主义）、抽象的法律原则、具体的法律知识理论（比如宪法、税法、经济法、专利法等）、法学教育体制（如LLM），到司法体制的设置（比如分权）等，美国的法律体系在世界范围内产生了深远的影响。在最近的二十年里，几乎所有欧洲国家都对刑事诉讼法进行了修改，而英美当事人主义的对抗式诉讼模式毋庸置疑地成为现代国家学习和效仿的对象。在审判阶段，许多国家改变了检察官和被告人的相对作用，引进了直接和交叉询问程序，允许控辩双方传各自的证人到庭作证，更多地运用言词方式处理案件，从而减少传统的书面审理方式。因此，公开性、言辞性、对抗性这些英美法系国家典型的刑事审判特征也为大陆法系国家所采纳，成为现代模范刑事审判制度。

② [日] 千叶正士著，强世功等译：《法律多元》，中国政法大学出版社1997年版，第30页。