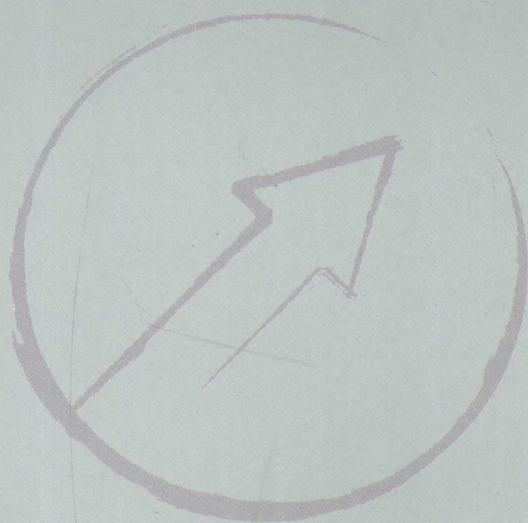


新视点法学丛书

总主编 | 张文显 王利明

刑事程序分流研究

姜涛 / 著



人民法院出版社

新视点法学丛书

刑事程序分流研究

姜 涛 著

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事程序分流研究/姜涛著. - 北京: 人民法院出版社, 2007. 12

(新视点法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 509 - 9

I. 刑… II. 姜… III. 刑事诉讼—诉讼程序—研究—中国 IV. D925. 218. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 189198 号

刑事程序分流研究

姜涛 著

责任编辑 吴秀军 侯笑宇 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250578 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 202 千字

印 张 11. 625

版 次 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 509 - 9

定 价 22.00 元

版权所有 侵权必究

《新视点法学丛书》编委会

编

委：（按姓氏笔划为序）

马怀德	卞建林	王利明	王振民
田平安	孙长永	朱 勇	江 平
江 伟	余劲松	吴汉东	吴合振
张文显	张明楷	张锦同	李汉昌
汪建成	沈德咏	陈光中	周叶中
罗玉珍	姜建初	姜明安	胡建森
徐显明	常 怡	黄 进	童兆洪
潘剑锋	宋随军(执行)		

丛书总主编：张文显 王利明

总主编助理：宋随军

总 序

由于众所周知的历史原因，我国的法制建设和法学研究经历了诸多曲折环节，在这段历程中，我们这一辈的人深刻感受到历史的吊诡：我国在解放前基本上实行的是西方资产阶级的法学教育，解放后则全面转向社会主义法律资源，其后是法律虚无主义，再后是法治和法学的复生、发展，直至今日，我们基本上走的是与世界接轨的法律和法学之路。这道弯转得大了，似乎隐含了经典作家所说的“否定之否定”，无论如何，我们看到历史的轨迹转向了正确的方向，与此相应，我国的法治事业和法学研究正呈现出蒸蒸日上的好气象。作为一名年长的法学教育工作者，我对此甚感欣慰。

然而，我在欣慰之余，我也有些失望。我感到，由于传统、历史和文化等原因，也由于一些学者欠缺自主意识和理性自觉意识，尽管近些年有一些振聋发聩之作品的问世，但从整体上看，与法治发达国家和地区相比，我国理论法学的研究大体上还是处于浅层次，没有进行深入分析、认识和理解传统并借鉴外学的基础上自觉形成针对我国现实的问题意识，没有深入挖掘、抽象和总结法学自身规律的同时自觉运用和借鉴其他学科的知识和方法，正是因为有这样的缺憾，能清晰阐明我们“应当怎么样”、“为何这么样”和“怎么这么样”的著述比较罕见，这不仅导致我国法学家在国际法学界基本上是集体失语，这种状况与我们泱泱大国的风范极为不符；更重要的是，这还导致实践操作上的人文式微和无力。

我希望新一代法学研究者在进行研究时，首先要敢于立足法学前沿问题，至少是某一突出的热点问题，敢想人之不敢想，敢言人之不敢言，敢提出有创建性的见解和建构性的思想；其次还要在熟练运用法学自身方法外，尽量运用哲学、社会学、经济学等其他学科的方法和知识，使得法学能从其他学科汲取营养。如是以来，在百花齐放、百家争鸣中，中国的法学和法治事业势将有大的作为和大的突破。

《新视点法学丛书》给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平

台，以上寥寥数语算是我给它的寄语，希望它因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究因他而增辉！套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

江 平

2005 年 8 月

编者的话

(一)

中国法制的近代转型始于清末改制。自清末改制以降，中华法系的传统法制逐步解体，西方的法学概念、法学理论以及法律制度开始在中国落地生根。迄今，中国法制近代转型的历程已逾百年。在这百年间，中国法制尽管有所中断、顿挫，但是，其基本方向却一直未变，即借鉴西方法律文明，推动中国法律制度从传统法制到现代法治。

从历史的纵向发展看，中国法制的近代转型经历了移植、磨合、融合、发展四个阶段。但是，从历史的横断面看，中国法制的近代转型在不同法域却表现出不同的发展状况。其中，在我国台湾地区，在继承清末改制的历史遗产基础上，已经能够较好地融合外来法律文化与中国传统文明，并根据自身的社会现实条件在求进一步的发展。在我国香港，在英国普通法传统的影响下，已经形成了自己较为稳定的法律制度和风格。在我国澳门，法律制度则呈现出较明显的大陆法系传统。在我国大陆地区，新中国建立后，法制建设经历了诸多顿挫与波折。其中，由于人为中断了法律制度、法律文化的历史继承，我国大陆地区现今的法律制度建设、法学发展面临着双重的问题：一方面，必须面向过去“继承”、“补课”；另一方面，又必须回应现在“创新”。就前者而言，只有将我国法制建设置于中国法制近代转型的历史视野中，才能清楚地看到我国法制建设的历史使命、发展方向以及自身的真实状况和不足；而就后者而言，通过借鉴我国其他法域的经验 and 尝试，可以减少不必要的周折和成本。

近年来，随着我国大陆地区社会经济条件的变化，尤其是基于社会主义市场经济的客观需要，法律制度正在经历着一场新的变革：社会生活对法律可预测性的要求越来越高；现代都市化生活对法律制度提出了新的需求。因此，通过对法律制度自身变革应当注意问题研究与探讨、司法实践经验的总结与体认、热点学术问题的争鸣与争锋乃至对其他法域法律制度

的研究,不仅有助于我国自身不同法域间的相互了解,为我国大陆地区法律制度的发展完善提供较为可行的借鉴方案,而且,还将在一定程度上推动我国不同法域之间的融合。

(二)

自党的十一届三中全会以来,在伟大的法治实践和时代精神的召唤下,我国法律研究工作者解放思想,推陈出新,在理论法学方面进行了广泛而有益的工作,极大地推动了我国法制实践和理论建设的前进步伐,也颇有成效地丰富和拓展了法学研究的领域和视野。

然而,由于传统及历史的原因,也由于一些学者自主意识和主体意识的匮乏和理性自觉意识的迷失,我国的理论法学研究总体来说始终停留在浅层次中:尽管理论法学的研究已逐渐成为许多人神往和关注的对象,但真正深入地剖析其理论改革和精神旨趣,从而在全面、深刻地分析、认识、理解传统并借鉴外学的基础上而能清晰地阐明我们法制现状及基础条件如何(既若何)、法制改革应当怎么样(应若何)和法制改革怎么才能这样(怎若何)的著述却甚为罕见,至于实践操作上的人文式微和无力也更是不言而喻的了。

这样说,可能有点吹毛求疵,也可能有点急于事成,法制事业的进展和法学研究的开展,不是一蹴而就的容易事,它需要几代人脚踏实地地辛勤工作。然而,“一万年太久,只争朝夕”,我们必须有正视自己弱项的勇气和视野,并尽快为弥补弱项而努力。新一代法学研究者绝不能只是在前人铺就的轨道进行简单承继和发展,而是要立足于深刻变迁的时代背景,掌握实践需求的动向,凭借理论敏感、社会良知和责任意识,借助古今中外的研究成果,运用多学科的方法技巧,走出属于自己的道路,真正践行自己的应有使命和贡献。当然,这也绝不是说打倒前人、从头再来。

尤应强调指出的是,由于法原本存在于人的社会生活之中及人的观念中,立法者、法官和法学家的任务不是制造法律,而是从现实社会生活中和人的理念中去发现法律,然后运用条文的形式、判例的形式或学说的形式将其表现出来。在这个意义上,我们的历史传统、我们所处的变革时代以及众多在场和不在场的“人民群众”给了我们一个学术的“富矿”,也让我们肩负起历史的重担。因此,法学研究从本土出发,从司法实践中体认并总结其经验教训,不断地从最新、最丰富的实践中汲取营养,丰富自己、修正自己、发展自己,是这门科学发展的必然要求。可喜的是,近些年来,许多年轻学者在各自的研究领域里做出了许多有益的探索,取得了

相当的成就。

(三)

有鉴于上述不太成熟的认识,编者以《新视点法学丛书》为平台,按照如下要求选辑出版了这套书目:

论文要注重研究中国问题,能立足于我国法学研究前沿,或至少是部门法学、或是实践中的突出热点问题,有创见性见解。它们要或能显示出有利于学术发展的价值,展拓我们的视野;或能立足于现状,就制度性缺陷提出建构性思路或设想。

论文的研究要是跨学科的,特别注意不要为我们的学科所限定,应当注意交叉学科的法学研究。根据特定的研究对象,尽量从社会学、人类学、经济学、哲学等学科的不同视角来研究中国法律问题。

论文的研究是运用多种方法进行的。

在我们的设想中,这是一个致力于推动我国法学理论研究的更生与繁荣、法律制度改革与完善的开放性学术文库。

易言之,她的宗旨是:立足于深刻变迁的时代要求和实践需要,凡足以反映某一流派学术观点、某一学科的建树、某一问题新的方法以及其他足资长期参阅的作品,均拟收录之,而结论的对错本身无需立现,只要言之有理,立之有据即可,端赖于在百花齐放、百家争鸣的争辩中展示出材料、方法论乃至思维定式,以此企求能对我们这个时代的学术风气、学术习惯有些许触动,并期望广大读者能够就著述者观点展开激烈争鸣,以有益于法学学术之研讨而取便于我国社会法制改革的进步。

《新视点法学丛书》书稿依照以下方法选定:初步选题首先由各高校知名法学教授参照选辑标准从本校遴选,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国现阶段学术发展及司法实践需要组织相关专业知名专家匿名评审而定。

鉴于各高校知名专家难以全部详耘相关书稿的实际情况,编委会特从北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、中国社会科学院法学研究所、清华大学法学院、华北电力大学等单位邀约了十余位不同学科、具有博士学位的青年学者参与初稿评审,先由他们对初定书稿详阅后就学术价值、市场前景提出审读意见供评审组专家参考。为保证书稿质量,编委会对遴选书稿实行评阅人、推荐人评语负责制,专家推荐意见署名附录相关书稿封后,供市场及广大读者检验。

《新视点法学丛书》从策划、选稿至今已经历时两年多,由于出版的

原因一直拖至今日。其间，我们也曾和有关出版社达成出版协议，但由于种种原因，原先选定的部分书稿一直未能面世，致使有的作者另转他处出版，不能不说是我们心中难以忘却的痛。当然编者因此也更加感受到人民法院出版社对我们支持的宝贵，在此，谨对人民法院出版社的领导以及责任编辑陈建德博士表示感谢。

最后，借用江平先生的鼓励作为结束语，与广大法学研究者和爱好者共勉：《新视点法学丛书》是给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平台，希望她因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因她而增辉！

编 者

2005 年 8 月 18 日

目 录

总序	(1)
编者的话	(1)
引 言	(1)
第一章 世界性的分流思潮与实践	(10)
第一节 分流思想的缘起:为了更好的法律控制	(10)
一、刑事法的目的观	(10)
二、刑事法中的参与主体	(16)
三、刑事法秩序的实现方式	(19)
第二节 程序分流:域外的制度实践	(23)
一、英国的分流实践	(24)
二、美国的分流实践	(25)
三、德国的分流实践	(28)
四、日本的分流实践	(33)
五、我国台湾地区的分流动向	(36)
六、联合国刑事司法准则中的分流制度	(37)
第三节 程序分流的世界性趋势	(38)
一、分流思潮的发展及趋势	(38)
二、分流制度的发展与趋势	(43)
第二章 惩罚与控制——当今中国的追诉与分流	(47)
第一节 中国的刑事政策与刑事实践	(47)
一、中国刑事政策的基本思想	(47)
二、中国的刑事立法及相关制度	(49)
三、中国刑事实践的困境与出路	(52)
四、刑事程序分流——一条可行的出路	(56)
第二节 未有分流之前:重压、无序与权威的沦落	(58)

一、犯罪的不断蔓延及其对刑事司法系统的挑战	(58)
二、刑事诉讼程序改革的搁浅与普通程序质量的下降	(62)
三、司法资源捉襟见肘与案件追诉的随机拣选	(63)
四、司法权威在民众心目中的状况	(65)
第三节 中国为什么不分流?	(65)
一、刑事司法系统的整体性异化	(65)
二、深陷于考绩制度中的执法者	(68)
第四节 中国是否不需要分流	(70)
一、有关分流的实例及现象分析	(70)
二、分流的萌芽:中国的分流实践	(75)
第三章 矫正与救赎——分流对象(犯罪人)之考察	(80)
第一节 刑罚是否最佳措施:从犯罪人行为矫正角度的分析	(81)
一、刑罚功能之质疑:刑罚追惩与犯罪人矫正	(81)
二、刑罚正当性之质疑:犯罪的多样性与控制的多元化	(83)
第二节 刑事惩罚对被追诉者命运的影响:从犯罪人复归	
社会角度的分析	(87)
一、刑事惩罚的效果与标签理论	(87)
二、犯罪人的种类	(91)
三、犯罪人的行为选择:犯罪因何而生? 刑罚是否正义?	(94)
第三节 刑事程序对被追诉者的侵害:从程序中的被追诉者	
处遇角度的分析	(95)
一、程序的一般痛苦和风险	(95)
二、审前羁押对被追诉者权利的侵害	(96)
第四章 在法律与利益之间——分流主体之考察	(99)
第一节 警务衡量制度与警察行为选择	(100)
一、警察背负的沉重压力	(100)
二、警察刑事职能的评价	(101)
三、警务衡量模式的重构	(104)
第二节 检察管理制度与检察官追诉策略	(107)
一、检察官的业绩评价	(107)
二、检察官的个体利益与追诉倾向	(108)
第三节 重压之下的司法者:不分流对法官形成的巨大压力	(109)
一、法院面临的现实困境	(109)
二、法官的业务评价与司法资源配置	(110)

第五章 仇恨与宽容——分流环境之考察	(115)
第一节 民意与分流	(115)
一、民众意愿对程序分流的影响	(115)
二、我国民众能否接受分流	(118)
三、分流程序中如何吸纳民意——民主如何实践	(120)
第二节 被害人在分流制度中的角色	(123)
一、被害人意愿对刑事追诉的影响	(123)
二、被害人对分流程序的参与:刑事和解制度	(125)
第六章 归于理性还是走向恣意——分流制度之构造	(126)
第一节 中国程序分流制度的整体建构	(126)
一、国家追诉政策的观念性转变	(126)
二、程序分流的时序分布	(128)
三、程序分流的参与主体	(128)
四、程序分流的具体方式	(130)
第二节 追诉利益	(131)
一、人格调查:有关犯罪人矫正的追诉利益	(132)
二、公共利益:有关社会秩序修复的追诉利益	(136)
第三节 追诉裁量权	(138)
一、检察裁量权	(139)
二、警察裁量权	(141)
第四节 控辩协商与刑事和解	(143)
一、典型的控辩协商制度:美国的辩诉交易	(144)
二、其他国家的控辩协商实践	(145)
三、我国控辩协商制度的构建	(146)
四、我国被害人参与制度的改良	(147)
第五节 替代性措施	(148)
一、舆论的责罚(对被追诉人)与抚慰(对被害人)	(149)
二、社区服务与经济赔偿	(150)
第七章 迈向多元化的刑事程序——分流程序之规划	(153)
第一节 侦查程序中的分流	(153)
一、微罪处分	(154)
二、案情查明之前的分流	(156)
三、对警察的监督	(156)
第二节 起诉中的分流	(157)

一、不起诉裁量权的扩大	(157)
二、分流的条件与程序	(159)
三、分流的效果	(161)
四、对检察官的监督	(163)
第三节 审判程序的繁简分流	(167)
一、简易程序的条件与程序	(168)
二、被告人的程序选择权	(168)
三、简易程序中的被告人诉讼权利保护	(169)
余 论	(171)

引 言

一切法律制度的最终价值，必将落实于其对社会控制所能发挥的功能之上。刑事程序也是如此，对其功能之衡量与评价，须视其维持和改善特定社会的刑事法秩序之效果来确定。承认了这一功能论的前提，则一切其他观念和规则的正当性都并非绝对，而是可以通过对其效能的考核来检讨和反思的。

为此，刑事法学者已经对报应刑的观念进行了彻底的清算。刑罚观念上的转变，在我国也已催生了社区矫正这一行刑方式的尝试。在刑事程序法实践中，传统上有罪必诉、务求定罪的执法惯例也在悄然松动，辩诉交易、暂缓起诉等新生事物也在人们的争论声中破土而出，回应着社会的法律需求。本书所探讨的刑事程序分流制度，则是针对当下普通程序所面临的种种困窘，用司法现实主义的思路观察刑事诉讼法实践之后，所构想的一种整体性的新制度。

所谓分流，是指刑事案件从通常程序中被过滤出来的状态。它主要是与追诉决定相对而言的，而与不起诉决定有着密切联系。分流在英语中的对应词是 diversion，不过需要指出的是，diversion 所指称的，主要是检察官在审查案件之后，在刑事追诉中让“时间停止”，使程序暂时中断，而让被追诉人在一段时间内按照要求参与特定的替代性措施。如果其按照要求参与或反应，则指控将被取消，审判不再开启；如果其没有履行义务，则可能被起诉。根据 2003 年出版的《元照英美法词典》，diversion program 被翻译为“（审前）转化程序”，其含义为：“在审判之前将刑事被告人移交社区处理，使其接受工作培训、教育等，如果改造成功，则可能会导致取消指控。”在该词典中，与 diversion program 含义接近的 pretrial diversion 被译为“审前改造”，具体解释为“一种新近采用的方法。即在刑事案件审理前中止对某些被告人的追诉，将被告人交由社区团体安排。被告人将接受职业培训、劝导和教育。如被告人在一定期间（例如 90 日左右）表现良好，则可撤销对他的刑事指控”。另一含义相近的词 pretrial

intervention 被译为“审前介入”，是指“一项改造方案，即有选择地对某些刑事被告人不进行通常的追诉程序，使其成为无犯罪记录的有用公民”。^① 笔者所运用的“分流”概念，是一个宽泛的、广义的概念，即涵盖了英语中 diversion 所指称的内容，认为检察官的追诉裁量权应当进行合理的扩充。此外，笔者更主张在刑事程序纵向发展的过程中，始终保留分流的机制，使得掌管侦查、起诉、审判职责的机关，都拥有合理的、将案件从追诉系统中过滤出去的权力。因此，笔者所界定的程序分流，概念要大于其英文对应词 diversion，也大于日本法中的对应概念“非刑罚化”或言“非刑事程序化”，包括了警察在侦查中斟酌情形作出不立案决定、撤销案件决定、检察官对案件不予起诉^②、以及在审判程序中将部分案件纳入简易程序审理等一系列过滤机制。通过这一整套过滤机制，国家的整个刑事司法系统在纵向上看起来就呈现为一个漏斗的形状，它将众多刑事案件吸纳进来，却经由不同的出口、在不同的阶段分别进行合理的分流，而最终交法院按照正式司法程序审理的，只是其中争议最大、最值得对簿公堂的一部分案件。由此，笔者就把“分流”建构而为一个制度性的复杂设置，它并不局限于某一诉讼阶段，也并不局限于检察官的权限，而是包含了一切致力于将刑事程序停止下来、或者加以简化的法律措施。这一系列措施由于在犯罪控制和缓解司法资源压力方面具有独到的优势，能够为传统的刑事追诉提供最必要的替代，而正日益获得当今世界各国的普遍关注。

关于分流制度的构设，本书主张，一个最基本的线索就是要求执法者在刑事程序之中，应当摒弃“见物不见人”的做法，改变传统上过于关注犯罪行为本身而疏于考察犯罪人具体情况的执法模式。意大利学者菲利在其著作中，曾经自认为其研究的意义在于“开辟了一条研究犯罪行为的新途径，在研究和理解犯罪之前，必须首先了解犯罪人。”^③ 他在批评刑事古典学派时指出：“这种否认一切基本常识的刑事司法制度，竟使聪明人得出这种结论，他们忘记了罪犯的人格，而仅把犯罪作为抽象的法律现象进行处理。这与旧医学不顾病人的人格，仅把疾病作为抽象的病理现

① 参见：《元照英法词典》，法律出版社2003年版，第426、1086页。

② 具体来说，检察官的分流决定，既包括不起诉这种单纯的终止诉讼程序的决定，也包括延缓起诉、让被追诉人参与替代性措施的决定。

③ 转引自马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第171页。

象进行治疗一样。”^① 菲利就此提出，为了有效地预防和制止犯罪，应当对犯罪人进行分类研究，在此基础上做到“因人施罚”。菲利的思想虽然还带有明显的犯罪人类学痕迹，但是他对犯罪人问题的重视，却无疑对整个刑事司法制度中只关注犯罪行为、只强调绝对的公平报应的“见物不见人”的做法进行了革命性的创新。强调刑事程序的分流理论，也依赖这一视角的确定。因为概括性地讲，程序分流所针对的诉讼案件，在单纯的事实方面经常是相近的，而最后却要迎来不同的处理结果。既然在犯罪行为上不存在区别，那么导致其命运截然不同的，只能是行为主体方面的要素。也就是说，程序分流的一个重要视角，是要给予人的要素以高度的关注。另外，除了对犯罪人的关注，本书还进而从社会学的角度，对刑事程序中的执法主体进行了必要分析，分析他们在刑事诉讼程序中的行为方式，尤其是着意去发现导致他们的某些行为方式与法律规定相悖的方面，以求更合理地找出实行分流的正当性依据，设计妥当的分流措施。

引发本书研究的最初动因，是我国刑事司法制度目前存在的巨大“犯罪黑数”^② 现象，以及由此折射出的整个刑事法系统失去对社会的有效控制的令人担忧的局面。犯罪黑数的生成与扩大，原因在于国家一方面大规模地在刑事实体立法中规定诸多新罪名，意图填补所谓“法律真空”，意欲用刑罚手段控制许多社会失范现象，扩大刑法之适用，而另一方面，在现实的刑事司法实践中，受制于司法资源的有限性与犯罪增长的持续性，国家想要追究其发现的全部犯罪或者大部分犯罪都已经是力不从心，因而有大量的犯罪行为逸出了刑事司法系统之外，民众既对刑事司法的权威丧失信心，也对司法机关刑事追诉和审判的公平性心存疑虑。在我

① 菲利：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社1987年版，第9~10页。转引自马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第172页。

② 犯罪黑数（dark figures of crime），乃是指社会中实际发生而未被官方犯罪统计（criminal statistics）所掌握的犯罪数量。一般而言，犯罪黑数都是官方犯罪统计最大的缺陷。受到社会大众的态度、执法机构的行为偏差、犯罪人与被害人关系、犯罪事件的本质等多方面因素影响，在任何国家，都无法把全部的犯罪统计清楚进而全部加以查处。但是，如果犯罪黑数庞大到黑数本身甚至超过了实际被查处和统计的犯罪数字，使得人们对一国刑事司法系统对犯罪的处理能力产生怀疑的程度，则民众对刑事法秩序的信心就会受到严重影响。国家的刑事法秩序就是存在重大缺陷的。在这种情况下，国家必须检讨其刑事政策，或者通过在立法中除罪化而减少被界定的犯罪（例如将轻微犯罪转入行政管理范围），或者通过在司法模式上实施改革，增强刑事司法系统处置犯罪的能力，以维持国家正常的刑事法秩序。笔者认为，就我国目前的犯罪黑数现象而言，显然已经不是司法统计疏漏的问题，而是由于国家刑事司法模式过于单一、控制犯罪的能力严重受限所造成的。可以说，我国现在面临的是一种超过了正常范围的“犯罪黑数”问题。