



左卫民 著

刑事诉讼的中国图景

生活·读书·新知 三联书店



左卫民 著

刑事诉讼的中国图景

生活·读书·新知 三联书店

Copyright © 2010 by SDX Joint Publishing Company

All Rights Reserved.

本作品著作权由生活·读书·新知三联书店所有。

未经许可，不得翻印。

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼的中国图景 / 左卫民著. — 北京: 生活·
读书·新知三联书店, 2010.2

ISBN 978-7-108-03372-7

I. 刑… II. 左… III. ①刑事诉讼法—研究—中国
IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 218466 号

特约编辑 徐维华

责任编辑 张艳华

封面设计 罗 洪

出版发行 **生活·读书·新知** 三联书店

(北京市东城区美术馆东街 22 号)

邮 编 100010

经 销 新华书店

印 刷 北京隆昌伟业印刷有限公司

版 次 2010 年 2 月北京第 1 版

2010 年 2 月北京第 1 次印刷

开 本 635 毫米 × 965 毫米 1 / 16 印张 18.25

字 数 254 千字

印 数 0,001 — 3,000 册

定 价 33.00 元

序

本书是我关于刑事诉讼的第三本个人著作。自从1985年选择刑事诉讼作为研究方向，迄今已有二十余年。其间，对此方向既有极感兴趣的时候，也有心意转向的时刻。究其原因，可能在于我个人长期好读书、广读书，但不求甚解，所以很难持续关注一个问题，包括自己的教学“饭碗”。因此，我曾经当然现在也在关注司法制度，以及超出司法制度甚至法学领域的纠纷解决。在研究方法论上，我对法学包括诉讼法学的规范性研究长期不以为意。事实上，规范式的研究曾在很大程度上削减了我对刑事诉讼的关注。然而，近年来，在原来运用法哲学研究刑事诉讼基础上，我开始更多运用其他社会科学的理论与方法探讨刑事诉讼。进一步地，基于自己对立法、司法二元化的感触，还提倡并力推实证研究。正是通过这种多角度的路数，使我在刑事诉讼法的研究上小有成就，实证研究与多元理论构成了我当下研究刑事诉讼的突出特征。这些尝试与思考的代表性成果，主要和集中体现在本书中。当然也体现在我所带领的科研团队所完成的《中国刑事诉讼运行机制实证研究》中。毋庸讳言，新研究范式的尝试与运用非常困难，实证研究的酸甜苦辣，我曾在另一本书中的序提及。社会学、统计学的方法对未经系统训练的笔者，需要从头学起。但令人欣慰的是，笔者正在努力，且有所进步。刑事诉讼法学应否朝向科学化呢？但愿如此。

多元理论的研究，已成为当今自然科学、社会科学所广泛应用的

方法，尽管中国刑事诉讼法学界运用不多，且已有的尝试多见稚嫩（包括我自己的研究在内），或许如达玛斯卡所说，社会科学如后现代方法在诉讼法研究中难有一席之地，但笔者依然认为，故步自封于传统的学科界限是在束缚自己的眼界，学术研究应该勇于尝试与突破，创造另一片新天地。多元理论的可用范围虽不及实证研究，但存在展开的相当空间及可能性。正因为此，笔者延续了以前尝试过的多学科研究路数，只不过不如以往单一，期待这种方法能助力于诉讼法研究的深化。

以《刑事诉讼的中国图景》为书名，是因为改革开放三十年之际，人们在探讨“经济奇迹”的同时，思考是否有一幅中国图景与一条中国之路？相应地，中国法治是否正在建设这样一条中国之路和勾勒一幅中国图景呢？有何利弊得失？从一个刑事诉讼学者的角度，我们应该探讨这一问题。事实上，我以为，尽管在中国刑事诉讼的立法界、司法界与学界表面上盛行“拿来主义”，强调借鉴，但改革取向的目标和思路决定了我们已在建构与摸索一条中国之路。笔者的研究何尝不是试图如此呢？当然，对我而言，一个渐渐形成的清楚意识是，中国刑事诉讼的现代化之路应该有自己的独特路径和图景，这种路径和图景在相当程度上与法治发达国家有类似之处，但注定有其特异之质。对中国而言，现实和未来便是怎么选择与建构一条成功的中国路径和图景，以适应中国的现实与发展需要，并获得世人之认同，甚至为国际社会尤其是发展中国家提供借鉴。若是如此，中华新文明的复兴尤其是法治文明的构建便是我们的努力方向，也是作者的深深关怀。由是，便构成作者这本书终极的关怀主题。当然，中国法治的现代化是一个漫长过程，但作者相信，如若学界同仁都意识到这一点并为之孜孜努力，则中国法治的现代化大有可为。

最后，笔者要感谢我所带领的科研团队成员马静华、刘方权、郭松、冯露、肖仕卫、全亮等人，他们与笔者共同从事研究，对本书的很多章节都提出了建议。笔者以我们的团队为傲，并将沿着上述的道路继续走下去。我的学生赵琪协助整理了文稿，在此一并致谢。当然，作为国家“985工程”四川大学宗教与社会研究创新基地的学术带头

人，我还要对基地的首席科学家、德高望重的卿希泰教授致以深深的谢意，因为他大力支持了本人的研究与本书的出版。是为序。

左卫民

2008年岁末

于阳光明媚的川大校园

目 录

序	I
---------	---

上 篇

第一章 规避与替代：搜查运行机制的实证考察	3
一 文书内外：过程与结果的反差	5
二 应然与实然：对原因的追寻	13
三 问题解决的可能进路	18
第二章 侦查中的取保候审：基于实证的功能分析	25
一 问题的提出与分析范式之设定	25
二 话语功能：从适用理由角度的分析	28
三 实践功能：从取保候审处理结果的角度分析	32
四 功能背离的双重解释	35
五 改革进路	41
第三章 中国简易程序改革：一个初步的考察与反思	48
一 如何兴起：我国简易程序的一个简短回顾	49
二 效果如何：简易程序适用的初步实证分析	52
三 问题解析：从权利与权力角度展开的讨论	56

四 进路：从单一型效率结构迈向平衡型效率结构	60
第四章 刑事证人出庭作证程序：实证研究与理论阐释	67
一 研究背景、研究目的与方法	67
二 案件试点：运行中的证人出庭程序	69
三 问题与进路	92
第五章 中国刑事案卷制度研究：实证与比较法上的	
考察与前瞻	104
一 刑事案卷：实践面目与制度特征	105
二 中国刑事案卷制度的独特性：与两大法系的比较	122
三 中国独特性：多角度的解释与分析	135
四 可能的制度性转变：中国刑事案卷制度的未来	141
下 篇	
第六章 刑事诉讼的经济分析	149
一 引言	149
二 权力的经济与权利的经济：诉讼经济的两种框架	152
三 刑事诉讼经济性的制度分析	156
四 中国刑事诉讼制度的经济问题	164
第七章 职权主义：一种谱系性的“知识考古”	168
一 中国语境中的“职权主义”	169
二 域外语系中的“职权主义”	181
三 初步结论与反思	196
第八章 中国道路与全球价值：刑事诉讼制度三十年	199
一 制度变迁谱系	199

二	制度变迁的动因与基本特征	208
三	既往的经验与教训之反思	216
四	未来如何：中国道路与全球价值	219
第九章	实然与应然：中国刑事诉讼模式的本土构建	222
一	实际是什么：对当下中国刑事诉讼模式的检讨	222
二	应当是什么：未来中国刑事诉讼模式的应然类型	242
第十章	范式转型与中国刑事诉讼制度改革：基于实证研究的讨论	251
一	既有研究范式的反思与实证方法的提出	251
二	实证研究范式下的中国刑事诉讼制度改革	257
三	一些初步的结论与思考	266
参考文献		270

上 篇

第一章

规避与替代：搜查运行机制的实证考察

基于搜查对公民人身权、财产权、隐私权等的影响，在法治发达国家，其实施大都受法律保留原则以及比例原则的拘束：^{〔1〕}持证搜查是通行的原则，搜查的实体和程序受到了严格的规制，其启动除了必须具备一定的实体条件外，^{〔2〕}在程序上还必须经过司法审查。^{〔3〕}

-
- 〔1〕 如日本宪法第35条规定，只有根据法官签发的，明确规定“搜查场所以及押收物品”的令状才能进行搜查和扣押，因为搜查、扣押的要件为“对侦查犯罪有必要”，因此，授权时必须根据犯罪的形态和轻重、对象物的重要程度、被扣押和被搜查对象的利益受损程度等各种因素决定有无搜查、扣押的必要，在明确认定不具有搜查、扣押必要时，则不允许搜查、扣押。参见〔日〕松尾浩也：《日本刑事诉讼法》（上），丁相顺译，中国人民大学出版社2005年版，第74—75页。
- 〔2〕 关于搜查措施启动的实体条件，各国有所差异，德、日等国刑事诉讼法针对犯罪嫌疑人本人搜查通常只要求目的正当，即可启动搜查措施。如《德国刑事诉讼法》第102条规定，对具有犯罪行为主犯、共犯嫌疑，或者具有庇护、藏匿犯人或者赃物罪嫌疑的人员，为了破获他，或者在推测进行搜查可能收集到证据材料的时候，可以搜查他的住房与其他房间以及他的人身和属于他的物品。类似的规定还可参见《日本刑事诉讼法典》第102条，该条规定，法院在必要时，可以对被告人的身体、物品、住居或其他的场所，进行搜查。而意大利的规定则与美国法上的“合理根据”（Probable cause）较为相似，要求搜查的启动必须有确定的事实根据来证明特定的证据或犯罪嫌疑人、被告人处于特定的人身或场所，必须在确有理由认为某人身上藏有犯罪物证或者与犯罪有关的物品，或确有理由认为前述物品处于某一特定地点或者在某一特定地点可能逮捕被告人或逃犯时，才可以对人身或场所进行搜查，参见《意大利刑事诉讼法典》第247条及美国联邦宪法第四修正案。
- 〔3〕 基于搜查对公民基本权利的侵犯，法治发达国家的刑事诉讼法及判例原则上都要求搜查须经法官审查批准后方可实施。相关规定可以参见《德国刑事诉讼法典》第105条、《日本刑事诉讼法典》第102条、《法国刑事诉讼法典》第92条、《意大利刑事诉讼法典》第247条以及美国联邦宪法第四修正案。

但是,基于公共利益的考虑,^[1]各国亦在立法或判例中明确了无证搜查的例外,^[2]并且逐渐成为搜查实践的常态。^[3]从理论研究的角度看,法治发达国家的学者大多从司法审查与权利保护角度展开研究,并在与实践的互动中丰富了理论。

与此形成鲜明对比的是,在中国,无论是立法、司法实践还是理论研究,搜查制度都没有得到足够重视,概而言之:立法粗疏、实践任意、理论单薄。具体而言:立法上,刑事诉讼法虽然规定了搜查适用的实体条件以及持证搜查的原则,但却并未规定搜查证获取的程序;实践中,表现出较大的任意性;理论研究方面,尽管近几年来这一主题得到了一定程度关注,但更多停留在概念层面的比较,而缺乏在中国法制框架下对搜查实践深入细致的考察,以至有“名”、“实”不符之虞。^[4]

鉴于此,笔者带领的科研团队在S省C市J区、Y市Y区、N市

[1] 如日本法学界的主流观点认为,无证搜查是在紧急情形下,无法及时获得法官授权,但存在犯罪嫌疑人毁灭证据的重大危险,出于公共利益(诉讼利益)的考虑,作为一种必要的证据保全措施有其存在的正当根据。参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第68页。

[2] 如《德国刑事诉讼法典》第105条规定,搜查由法官决定,但是在延误就有危险时也可以由检察官及其辅助官员决定;《日本刑事诉讼法》第220条第1至3款规定检察官、检察事务官或司法警察职员在逮捕被疑人或逮捕现行犯的场所,在必要时可以在没有搜查证的情况下进入有人居住的宅邸进行查封或搜查。而美国则在Terry v. Ohio案的判决中明确了警察在紧急情形下进行无证搜查的正当性。

[3] 例如在英国的刑事诉讼实践中,绝大多数的搜查都是无证搜查,只有很少一部分搜查是通过常规的程序进行的有证搜查,据调查,经治安法官审查批准后的搜查只占全部搜查的12%,而无证搜查达88%,其中经过被搜查对象同意后进行的无证搜查为33%,附带于逮捕的无证搜查占55%。参见孙长永:《侦查程序与人权》,中国方正出版社2000年版,第106页。

[4] 就概念的外延而言,搜查在西方语境中的使用要明显大于其在中国法中的外延,如在英、美法律框架中,搜查就不仅包含了中国刑事诉讼法上的搜查,还包含了中国警察法上的盘查(盘查在英国法中的对应行为为stop and search,在美国法上为stop and frisk),而且在美国法中,自Katz v. U.S. (1967)案后,监听、通讯监控等措施也都被纳入了宪法第四修正案调整的范畴,被视为是一种发生在虚拟空间的搜查(参见*Searching and seizing computers and obtaining electronic evidence in criminal investigation*, at www.cybercrime.gov)。但是国内目前对搜查的研究却并未注意到这一点,在进行制度比较时,大都简单地比较概念,而忽视了概念之“名”与实践之“实”间的差异。

N县（以下简称“三区县”）进行了调研，C市J区位于省会所在城市的经济发达区域，Y市Y区则是一个经济中等发达城市的城区，N县则是典型的经济不发达的小型县城。在调研中，我们根据案件审结的时间，从2003年至2004年度三区县法院审结的刑事案件中，每季度各抽取二十起，共从三区县法院各抽取八十份案卷作为实证研究的重要材料来源，从而保证了抽样案卷在地域和时间分布方面的广泛性和代表性。同时，我们还就实践中的搜查措施运用等问题对三区县公安机关侦查人员进行了广泛而且深入访谈，获取了大量的一手资料。访谈的对象既有从事侦查实践的一线侦查人员，也有侦查办案单位的负责人、公安机关内部负责执法监督与审核的法制部门的负责人，以及公安机关分管侦查工作的领导，保证了访谈对象的代表性。

我们以对抽样案卷中的统计数据作为对量分析的根据，以访谈所获得的信息及案卷中的相关法律文书样本作为定性分析的参照，展开对搜查措施的实践运行状况研究。本文第一部分通过对抽样案卷中的搜查证、搜查笔录、扣押文书（包括扣押物品、文件清单及提取笔录）的数量情况进行考察，对搜查在中国侦查实践中的运行状况进行了全面展示，进而发现存在的问题。第二部分分析了问题存在的原因，指出侦查机关为什么以检查替代搜查，以及为什么选择通过取得犯罪嫌疑人或第三人的合作，以提取的方式来避开程序规范，获取物证、文件。第三部分对如何在控制犯罪与保障人权平衡的价值观下改革与完善我国的搜查制度进行了简短的讨论，提出了我们的看法。

一 文书内外：过程与结果的反差

（一）文书之内：被规避的搜查程序

1. 稀少的搜查证与有证搜查的缺位

作为一项常规性侦查措施，我们虽然不能假设每一起案件中都会发生对物品、住处或其他有关地方的搜查行为（以下简称场所搜查），但是，无论是出于收集证据，还是保障侦查人员的人身或羁押场所的安全

考虑，在犯罪嫌疑人到案后都必定会对犯罪嫌疑人进行人身搜查。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第111条第1款，进行搜查时，必须向被搜查人出示搜查证。因此，从理论上可以认为，通过对案卷中搜查证数量的考察，可以对侦查中有证搜查运用的频度得出一个大致的印象。

但是，通过对抽样案卷的分析，我们发现，搜查证的数量很少，甚至可称得上稀缺，J区、N县、Y区各八十起抽样案件中，分别有一百一十二名、一百二十四名、一百二十一名犯罪嫌疑人，而搜查证的数量分别为二张、八张、二张（参见图1—1）。因为每次有证搜查行为都必须对应一份搜查证，那么即意味着在八十起抽样案件的侦查中，三区县分别只采取了二次、八次、二次有证搜查措施，如果以犯罪嫌疑人人数来计算抽样案件中的对犯罪嫌疑人人身搜查的有证搜查率，则三区县的有证搜查率分别为1.79%、6.45%、1.65%。

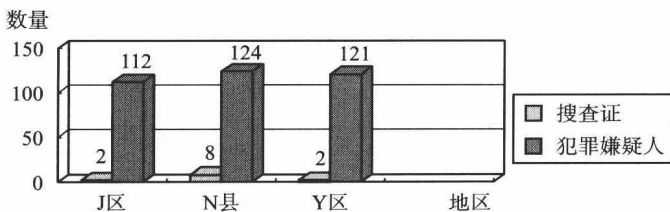


图1—1 J区、N县、Y区各八十起抽样案件中犯罪嫌疑人人数与搜查证数量比较

2. 稀缺的搜查笔录与看不见的无证搜查

基于《中华人民共和国刑事诉讼法》第111条第2款的规定，针对执行拘留、逮捕过程中的紧急情形，赋予侦查人员无证搜查的权力，因此，从逻辑上说，只要实践中确实需要进行无证搜查的话，那么，搜查证数量的稀缺，或者说有证搜查行为稀缺并不是什么问题。那么，无证搜查在实践中运用的情况又如何呢？

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第113条的规定，无论是无证，还是有证搜查，都必须将搜查过程写成搜查笔录，因此，在理论上可以假设，如果侦查机关对每一次搜查行为都能根据《中华人民共

和《刑事诉讼法》第 113 条的规定制作搜查笔录。据此可以得出两个推论：第一，案卷中的搜查笔录数量应当相当于有证搜查与无证搜查的总和，即“搜查笔录数 = 搜查证数 + 无证搜查数”，第二，无证搜查的数量应当与被拘留或逮捕的犯罪嫌疑人数量相当。^{〔1〕}于是本文转向第二个分析参照——案卷中的搜查笔录，希望通过对案卷中搜查笔录数量的考察来反映无证搜查措施在侦查实践中的运用情况。

从案卷材料看，在三区县各八十起抽样案件中，J 区、N 县、Y 区侦查机关在侦查中分别对九十七名、一百零五名、一百一十一名犯罪嫌疑人采取了拘留措施，但是，案卷中搜查笔录的数量分别只有三份、十份、两份，大体上与搜查证的数量相当，而与对被拘留犯罪嫌疑人人数之间有着巨大的差距（参见图 1—2）。

因此，从图 1—2 反映出的情况看，如果说我们在前文的“搜查笔录数量 = 搜查证数 + 无证搜查数”假设成立的话，那么，在八十起抽样案卷中，J 区、N 县、Y 区进行的无证搜查次数分别只有一次、二次、零次，也就是说，如果从搜查笔录的数量看，我们无法在抽样案卷中看到实践中的无证搜查状况。

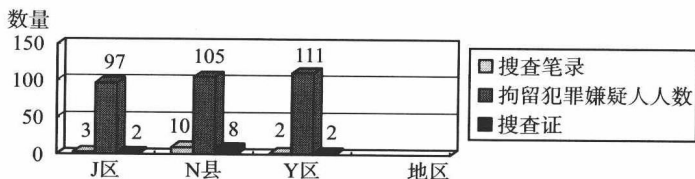


图 1—2 J 区、N 县、Y 区各八十起抽样案件中拘留犯罪嫌疑人人数与搜查笔录数量比较

3. 充分的扣押文书：一个悖论

就搜查和扣押的实践关系而言，前者是过程，后者是结果，即如

〔1〕 基于中国侦查实践中拘留与逮捕存在一种延续关系，绝大部分案件中的犯罪嫌疑人都是通过拘留之后转逮捕的，因此，在本文的分析中，我们主要通过考察被拘留犯罪嫌疑人的数量与搜查笔录数量之间的比较来分析实践中的无证搜查情况，而不考察被逮捕犯罪嫌疑人数量问题。

果没有搜查过程，通常也就不会有扣押结果的发生。在上文对搜查证和搜查笔录的考察过程中发现，作为有证搜查分析参照的搜查证和作为搜查总量参照的搜查笔录的数量都非常有限，因此，在规范的意义上可以认为，如果侦查人员在所有搜查过程中都能遵守《中华人民共和国刑事诉讼法》关于搜查的程序要求的话，搜查措施的运用非常有限。因此，从逻辑上说，在搜查措施运用非常有限的情况下，定然意味着扣押结果也相当有限，基于这样的逻辑，我们进一步对抽样案卷中用来表征证据获取情况的扣押文书的数量情况进行了考察，^{〔1〕}看看在搜查措施运用有限的情况下，侦查实践中的证据获取结果是否也一样的少（参见图1—3）。

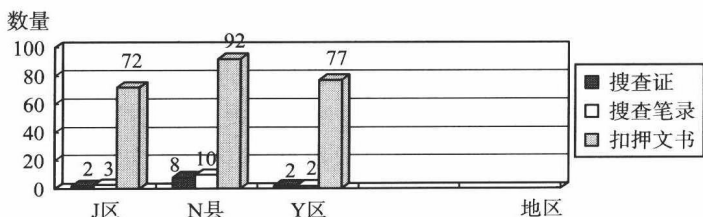


图1—3 抽样案件中搜查证、搜查笔录和扣押文书数量比较

图1—3反映出来的是抽样案卷中搜查证、搜查笔录与扣押文书数量的对比情况，一方面表明，在侦查实践中搜查措施的运用非常有限，这一点前文已经做了详细的分析，另一方面，令我们吃惊的是，抽样案卷中的扣押文书大大多于搜查证、搜查笔录，从而表明，侦查实践中还是发生了大量的物品、文件扣押行为。因此，面对过程（搜查）与结

〔1〕 根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第213条的规定，对于扣押的物品和文件，应当会同在场证人和被扣押物品、文件的持有人清点清楚，当场开列扣押物品、文件清单一式三份，写明物品或者文件的名称、编号、规格、数量、重量、质量、特征及其来源，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章后，一份交给持有人，一份交给公安机关保管人员，一份附卷备查。但是，我们在调研中发现，N县、Y区公安机关在扣押过程中更多使用的是提取笔录而不是扣押物品、文件清单，因此，文中统一使用扣押文书来统称二者。