中 国 刑 事 诉 讼 法 学 研 究 会
2024 年 学 术 年 会

论文集

主办单位：中国刑事诉讼法学研究会

承办单位：湖南大学法学院

2024 年 11 月 9 日-10 日

目录

一、刑事诉讼法总则及一般性问题研究 1
（一）刑事诉讼基础理论研究 1
1.《刑事诉讼法》修改若干重点问题研究 谢佑平 1
2.轻罪治理视角下《刑事诉讼法》修改重点问题研究 胡铭 20
3.轻罪诉讼程序的体系化构建 史立梅 34
4.一场未竟的改革：轻罪案件快速办理机制再考查 王迎龙 45
5.论数字时代的《刑事诉讼法》修改 郑曦 56
6.刑事诉讼法的解法典化与再法典化研究 聂友伦 67
7.认罪认罚从宽制度礼法结合路径研究 宋桂兰 82
8.认罪认罚具结书立法完善问题研究 刘原 92
9.认罪认罚从宽协商程序的实践困境及破解理路 李哲 104
10.司法智能化研究——刑事诉讼视角 张吉喜 112
11.生成式人工智能应用于刑事司法的场景.风险和对策 徐丹彤 120
12.刑事诉讼领域个人信息保护的现实困境与制度突围 钱程 130
13.刑事“逆向”诉讼制度文本研析 张品泽 143
14.刑事诉讼程序性违法制裁立法完善研究 崔凯 161
15.从公权越位到私权救济：刑事附带民事诉讼的制度设计及其改进 李佳威 173
16.检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼程序研究 王亚萍 185
17.刑事代表人诉讼的理论审视 程照锦 198
18.刑事被害人补偿制度研究 全宏亮 206
19.刑事诉讼法与监察法的衔接问题研究 卫跃宁 214
20.《刑事诉讼法》与《监察法》有效实现相互衔接配合相互制约的规范路径 曹琼 226
（二）刑事辩护制度研究 236
1.刑事辩护制度的修改与完善 刘仁琦 237
2.刑事检察听证中的律师帮助 程龙 246
3.刑事法律援助案件有效辩护的实现 高超 258
4.人工智能辩护：辩护效果.应用前景与司法认同 来宇 266
5.辩方证据保全申请权的权利证成及其实现路径 付静宇 279
（三）刑事证据制度研究 291
1 我国刑事证据制度的立法完善 闵春雷 292
2.刑事诉讼中专门性证据制度完善研究 周长军 303
3.电子数据收集应当被纳入本次《刑事诉讼法》的修正 陈永生 314
4.《刑事诉讼法》“证据章”的体系化重塑 吴洪淇 325
5.刑事诉讼专门性问题审查的体系化完善 谢澍 337
6.刑事诉讼中电子数据冻结的性质及其法律规范 吴羽 345
7.刑事诉讼中涉案野生活体物证管理机制完善研究 李鹏飞 358
8.刑事司法中行政意见的审查与运用 陈苏豪 367
9.行刑反向衔接制度的理论探析与规则完善 吕泽冰 376
10.论刑事诉讼中“引诱取证”的解释与认定 赵亮 384
11.我国实物证据保管制度研究 王兴玉 393
12.刑民交叉案件中的证据审查与适用 赵文胜 401
13.论减刑假释案件的证明 黄群峰 410
14.认罪认罚案件证据开示制度研究 张云鹏 416

15.认罪认罚案件事实基础审查研究……万力 421
16.人工智能生成证据的定位与刑事诉讼法制回应……黄健 428
17.刑事专门性问题报告适用的理性阐释与路径优化……吴庆棒 437
18.刑事诉讼法修改与庭审人证调查制度的完善……姬艾佟 457
19.证人出庭作证制度的实践逻辑与调适路径……曾庆容 467
（四）刑事强制措施研究……481
1.刑事强制措施制度完善研究……熊秋红 482
2.我国刑事拘留的合理期限研究……刘红岩 513
3.逮捕措施适用事由的检视与完善研究报告……程捷 522
4.刑事诉讼维度中强制措施对刑罚折抵关系的完善……张淼 530
5.指定居所监视居住制度正当化研究……孔凡洲 538
6.侦查阶段刑事传唤的性质厘清.实务展开和立法建议……方荀 548
7.社会危险性量化评估中一贯表现的法结构及其适用的可能性……刘兆东 564
8.涉产权强制措施的立法谦抑化研究……林艺芳 573
9.论紧急型对物强制措施……刘晨 582
二、刑事诉讼立案.侦查程序和制度研究……593
1.刑事立案监督机制的现状检视与路径优化……梁静 594
2.我国刑事立案内部监督制约制度的理论阐析与实践优化……张杰 603
3.论检察机动侦查的独立性与从属性……李勇 613
4.监控类技术侦查的范围界定与规范完善……王仲羊 625
5.侦诉审配合制约机制的完善……洪刚 638
6.检察侦查的资源供给及法治化保障研究……漆晨航 647
7.涉案财物处置机制现代化路径研究……李华伟 655
8.民营企业刑事涉案财物处置现存问题及程序完善……徐歌旋 664
9.探析我国审前刑事涉案财物处置的法律监督……张云霄 676
10.检察监督视野下刑事涉案财物处置的规范完善与机制构建……张皓巽 686
11.刑事审判阶段案外人参与涉案财物处置制度的完善……徐兵 694
12.新型经济犯罪中涉案虚拟财产管理模式的重塑……温家珠 702
13.刑事涉案财物处置中的“刑民执行竞合”现象……李胥 710
14.刑事涉案财物处置中“与案件无关”条款的解释与优化……张浩若 723
三、公诉程序和制度研究……733
1.轻罪治理视角下附条件不起诉制度的完善……王宏璎 734
2.轻罪治理背景下裁量不起诉的类型化重构……蔡艺 745
3.功能视角下附条件不起诉制度的改革方案……李辞 753
4.轻罪治理时代检察机关裁量权的规范化研究……张东生 764
5.体系化视角下起诉必要性审查制度的现状检视与功能优化……魏小来 774
6.轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接的内在逻辑与实现路径……戴紫君 785
7.裁量不起诉制度的功能厘清与体系化构建……吴桐 798
8.社会治理视角下不移送审查起诉的权力克制与程序再造……王伟 811
9.“两卡”类掩饰.隐瞒犯罪所得案分层处理模式的构建……周红年 827
10.轻罪起诉裁量的附加条件：理论检视与制度建构……吴琼 836
11.自诉转公诉规则完善研究……孙潇琳 851
12.刑事诉讼中的“不准许撤回起诉”机制：功能.反思与展望……林健星 858
13.检察听证入法的路径规划与重点内容……程序 867

四、刑事审判程序和制度研究 877
1.构建刑事庭审实质化的中国模式 封利强 878
2.以审判为中心的诉讼制度改革成果入法研究 高一飞 886
3.深化以审判为中心的刑事诉讼制度改革 陈实 896
4.刑民交叉案件审理顺序规则的规范构造与程序设置 秦策 904
5.重罪案件治理范式的本土省察 步洋洋 914
6.刑事裁判方式的法定化与类型化 夏永全 925
7.论二审抗诉新增抗诉请求及其应对 张世文 937
8.论刑事二审证据调查程序的规范化构建 刘亦峰 946
9.刑事二审独任制审理模式研究 张金科 957
10.论数字技术介入刑事审判的类型化控制 王瑞剑 966
五、刑事执行程序和制度.特别程序和制度及其他问题研究 980
1.涉外刑事诉讼特别程序研究报告 刘计划 981
2.涉外刑事诉讼的立法进路：体例.逻辑与技术 郭志媛 990
3.反腐败涉外刑事诉讼程序问题研究 陈远鑫 1000
4.刑事涉案财物执行程序构建研究调研报告 万毅 1009
5.减刑.假释案件实质化审理的实践检视与完善理路 罗海敏 1018
6.法典化背景下刑事特别程序体系配置完善研究 吕晓刚 1029
7.行为者主义导向的罪错未成年人分级干预 李子龙 1043
8.新质生产力导向下强制医疗程序优化策略研究 何敏 1052

一、刑事诉讼法总则及一般性问题研究

（一）刑事诉讼基础理论研究

《刑事诉讼法》修改的若干重点问题研究

谢佑平　米仕俊　曹 元　全宏亮[*]

我国《刑事诉讼法》自 1979 年制定实施以来，前后经历了三次修改，侦查、起诉、辩护、审判、执行等基本制度不断进步，在打击犯罪、保障人权、维护社会秩序稳定中发挥了重要作用。但是，也应当看到，随着我国社会进步和经济发展，以及人们对刑事司法公正尤其是程序公正的期望日益提高，现有的刑事诉讼法律制度在立法和司法中暴露出了诸多问题，与新时代党中央对刑事司法的要求不相适应，亟需完善。因此，全国人大常委会计划将《刑事诉讼法》作为"条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案"列入第一类项目，修改工作正式启动。我们认为，此次《刑事诉讼法》的修改，应该直面和回应刑事司法实务中存在的以下热点难点问题。

一、健全立案监督机制,防范错误立案

刑事立案监督是中国刑事司法体系中的一个关键环节，旨在确保刑事诉讼程序的合法启动和依法进行。根据《刑事诉讼法》，人民检察院作为法律监督机关，负责监督公安机关的刑事立案活动，以防止滥用立案权或不作为的情况发生。立案监督机制自 1996 年《刑事诉讼法》修订时确立，赋予检察机关监督公安机关对应当立案而未立案案件的权力，并通过发送立案通知书的方式，要求公安机关履行其法律职责。这种制度设计旨在确保刑事案件能够得到及时有效的处理，防止因公安机关的不作为而导致案件无法进入司法程序，影响法律的公正实施。[1]

然而，近年来的司法实践中，除了公安机关不立案的现象外，另一种问题——违法立案现象逐渐浮现。违法立案是指公安机关将不符合立案标准的案件错误地作为刑事案件进行处理，滥用刑事司法权力。这种现象不仅对个体权利造成了直接且严重的侵害，还对法治环境和社会信任体系产生了深远的负面影响。

首先，违法立案对个人的影响尤为显著。对于被违法立案的个人来说，这种随意性所带来的危害甚至超过不立案的消极后果。被违法立案后，个人不仅面临失去人身自由的风险，例如遭遇错误拘留或逮捕，还可能经历漫长且复杂的司法诉讼程序。这些程序往往伴随着巨大的心理压力和经济负担，包括高昂的律师费以及因长期诉讼导致的收入损失。此外，违法立案还可能对个人的社会地位和人际关系造成毁灭性打击。这种伤害难以通过事后的法律补救手段完全恢复，严重损害了公民的合法权益。

其次，违法立案对企业的影响也非常深远。尤其是对于民营企业，违法立案不仅可能导致其正常经营活动受到不当干扰，还会大大增加企业的法律风险和运营的不确定性。当企业被错误立案后，人财物都可能受到公安机关的管制，而漫长的复议和复核程序更是让原本已经脆弱的民营企业难以承受。《人民检察院刑事诉讼规则》第 565 条规定，如果公安机关对人民检察院撤销案件的通知有异议，可以要求同级人民检察院复议；对复议决定不服的，还可以提请上一级人民检察院复核。但是由于复议和复核程序的时间冗长，一旦被错误立案，企业将长期处于被追诉状态。这种状况严重影响了企业的生产和运营，造成不可估量的经济损失。这种情况在市场经济中具有极大的破坏力，影响不仅限于个体企业，还会波及整个行业和市场环境，进而危及经济秩序的稳定。同时，部分公安机关在违法动用刑事手段插手民事或经济纠纷，或利用立案实施报复陷害、敲诈勒索等行为，给企业带来的冲击更加严重。[2]违法立案往往是形成挂案的重要原因，一些涉民营企业的刑事案件因超期滞留在侦查环节，既未被撤销，也未被移送审查起诉，导致企业及其相关人员长期处于被追诉状态。[3]

违法立案的后果不仅限于对个体和企业的直接伤害，还对整个社会的法治环境产生负面影响。

---

[*] 谢佑平：湖南大学法学院教授，中国刑事诉讼法学研究会副会长。米仕俊、曹元、全宏亮：湖南大学法学院博士研究生。

[1] 参见朱良:《我国刑事立案制度的发展轨迹与未来展望》,载《河北法学》2021 年第 12 期,第 110-111 页。

[2] 参见龙宗智:《刑事诉讼指定管辖制度之完善》,载《法学研究》2012 年第 4 期,第 175 页。

[3] 参见姜保忠,来宇:《优化营商环境视角下刑事立案监督机制的完善》,载《广西政法管理干部学院学报》2021 年第 3 期,第 49 页。

一方面，这种现象削弱了法律的严肃性和权威性，使得法律在公众心中的公正性和可靠性受到质疑。这种信任危机可能导致民众对法律和司法体系的抵触和不信任，进而削弱法治社会的基础。另一方面，违法立案使得大量司法资源被消耗在本应通过行政手段解决的问题上，进一步加剧了司法资源的紧张和匮乏，使得真正需要刑事司法介入的案件无法得到及时和公正的处理。[1]这种资源错配不仅影响了司法效率，还严重干扰了司法公正的实现。

立案监督的条件不够明确,使监督程序启动相对滞后。我国《刑事诉讼法》对立案监督的规定不够清晰，尤其是在启动条件和监督标准上缺乏明确的规范。例如，刑事立案的标准是“有犯罪事实需要追究刑事责任”，但这一标准本身比较模糊。学界和司法实务中，对于“追究刑事责任”的理解存在较大分歧，导致实践中立案和监督的标准并不一致，并且监督标准往往高于立案标准。“需要追究刑事责任”的判断无疑将侦查或审判阶段的要求前置到立案环节，使得立案审查演变成对犯罪事实的实质性审查，这在无形中增加了立案环节的司法成本，也使得是否决定立案在很大程度上取决于公安机关的主观裁量。这种裁量权的主观性决定，使得一些案件虽然满足基本立案条件，但在传统“检警分离”的刑事诉讼体制下，在证据不足或无法逮捕等情况出现时，无法进入检察监督的范围,使得立案监督滞后或乏力。结果是，在实践中立案监督的条件反而高于立案本身，除了满足“发现犯罪事实”“发现犯罪嫌疑人”以及“对报案、控告、举报和自首的材料，认为有犯罪事实需要追究刑事责任”之外，还必须具备更严格的要求，如能逮捕、起诉、判刑的案件。如此一来，由于对刑事责任的理解和把握不明确，实质性提高了监督中立案的标准，导致一些达到立案标准但未达到逮捕等标准的案件不能进入检察机关的视线范围，以致无法主动启动立案监督。另外，出于司法成本与资源的考量，对于一些案件，如果检察机关在立案阶段就需要对案件的犯罪事实、证据完整性以及嫌疑人是否可以逮捕等问题作出全面审查，无疑会增加司法资源的消耗。为了减少这种成本，司法系统可能会倾向于设置较高的监督标准，确保只有那些证据充分、事实较为明确的案件才进入监督程序，从而减少检察机关的工作量。

现有法律框架下，检察机关的监督职能更多集中在不立案的纠偏上，而对违法立案的监督和纠正缺乏明确和有力的法律保障。这种立法缺失直接导致了对违法立案行为的监督效力有限。尽管1999 年的《高检规则》曾将违法立案纳入检察监督的范围，但 2012 年和 2018 年《刑事诉讼法》两次修订时均未吸收这一内容。目前，针对违法立案监督的最具效力的文件仅是司法解释，这在实践中削弱了检察监督的强制性和刚性。

为了全面落实司法责任制，防止因公安机关违法立案导致的司法不公问题，检察机关应扩大其立案监督范围。当前，我国《刑事诉讼法》赋予检察机关监督公安机关不立案行为的权力，但随着违法立案现象的增多，检察机关对公安机关立案行为的监督也应更加全面。首先，在违法立案的范畴界定上，目前《高检规则》采取了列举的方式，规定了四种具体情形：公安机关违法插手经济纠纷、报复陷害、敲诈勒索、谋取非法利益。虽然条文中使用了“等违法立案情形”作为兜底条款，但并未对违法立案的范围作出更广泛和明确的定义。违法立案的定义应更为宽泛，包括不属于公安机关管辖的案件、依法不应追究刑事责任的案件、没有犯罪事实或不构成犯罪的案件，以及证据不足以证明有犯罪事实发生或犯罪嫌疑人不明的案件等。简而言之，凡是不符合立案标准的行为均属于违法立案，均应通过检察监督予以撤销。

此外，在现行的刑事诉讼中，检察机关通常是在案件进入一定阶段后才对侦查行为进行监督。如果检察机关能够在侦查初期就介入，即在公安机关作出立案决定后立即启动监督机制，可以有效预防违法立案及程序不公的情况。这种提前介入不仅能够纠正不当立案，还可以帮助引导侦查方向，确保侦查权所及之处,均应有监督。[2]具体来说，检察机关不仅应对公安机关未依法立案的情况进行监督，还应审查公安机关立案的合法性和合理性，确保每一起立案都符合法律要求。因此，建议《刑事诉讼法》作出相应修改，明确规定公安机关在作出立案决定时，必须将立案决定书及相关证据材料提交同级人民检察院备案审查。通过这样的制度设计，可以在立案环节建立起一种外部监督机制，

---

[1] 参见张泽涛:《规范对民营企业家刑事立案的制度设置》,载《法学》2020 年第 9 期,第 157 页。

[2] 参见孙谦:《刑事立案与法律监督》,载《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期,第 4 页。

避免公安机关因主观判断或其他原因作出错误的立案决定。同时，检察机关在接收到公安机关的立案材料后，可以及时发现并纠正潜在的错误，确保案件从源头上得到公正的处理，避免司法资源的浪费和不必要的社会成本。

二、细化管辖规定，阻断逐利执法

受我国刑事诉讼法有关地域管辖规定不完善的影响，公安机关逐利执法现象仍十分严重，集中表现为违规立案、违规长期挂案、违规抢案、违规扣押涉案财物等。其中受到较多关注的是违规跨区域立案抓捕民营企业家，查封、冻结、甚至划转外地企业和个人财产的情况，因此也被称为“远洋捕捞”式办案。[1]

针对实践中上述公安机关逐利执法乱象，公安部有出台过专门治理的部门规章性质的法律文件，如 2020 年 6 月《公安机关禁止逐利司法“七项规定”》、《公安机关异地办案协作“六个严禁”》，但这些部门规章效力层级较低，且与现行刑事诉讼法涉异地办理刑事案件相关规定存在割裂，操作性差，缺乏争议解决和违规跨地区立案的处理办法，难以在立法层面上对逐利执法乱象作出有效规制。

（一）地域管辖规定失灵，赃款赃物处置安排不合理

逐利本身是一个中性词，追逐利益是人作为社会性动物满足自身主体需要的本能活动，但司法机关工作人员在履行职务的过程中，不能将职务活动与利益挂钩，必须要严格遵循程序法定原则的要求，因为“程序规范的严守是评价公权行为结果正当与否的决定性条件”。司法机关活动的正当性并不以其作为一种组织力量而获取，而是基于活动本身是否保障人类的尊严。[2]不满足程序法定原则的逐利执法必然带有不能公开的决策——执行过程，因此是不能容忍的“法外程序”，因其违反了法律法规的规定，破坏了法治秩序的建构，因此需要被取缔。从社会学角度来看，我国长期存在的“晋升锦标赛”通过考核体系将财政收入增长的压力下放给到了执法者个人层面，而为了实现地方经济增长，执法者因而“铤而走险”。根据财政部《罚没财物管理办法》，按一定比例将罚没财物、款项留作己用，事后作为津贴、奖金发放的潜规则也确实存在。[3]刑事执法暗藏利益输送的现象屡禁不绝，甚至在“整风运动”推行下仍时有声音传出，本质上是管辖法律规定失灵，地方财政部门与当地公安机关的“法外互动”的双重作用。有观点表明，这种双重作用机制可以表现为部门利益与地方经济利益的交错。[4]

我国《刑事诉讼法》对于地域管辖的规定过于简陋，只在第二十四条规定了一项总的原则，即“刑事案件由犯罪地的人民法院管辖”。根据刑事诉讼法学理论，地域管辖应当包括审判管辖与侦查管辖，侦查管辖是为了规范侦查机关在刑事案件中的分工、解决侦查机关在刑事案件上的侦查权分配问题而出现的概念。从概念产生的源头来说，侦查管辖集中规定在我国公安部、最高人民检察院有关刑事案件办理的若干规则中，如公安部 2012 年《公安机关办理刑事案件程序规定》、2020 年《公安机关办理刑事案件程序规定》以及最高人民检察院 2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》等。[5]但随着现实生活不断变化，以包括信息网络犯罪案件在内的新型犯罪样态对刑事司法管辖提出了新要求，2022 年两高一部发布《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》，将信息网络犯罪案件的犯罪地解释为包含服务器、服务提供者、被侵害信息网络系统及管理者、犯罪嫌疑人等所在地，这相较于 2017 年最高人民检察院联合公安部发布的《关于公安机关办理经济犯罪

---

[1] 2017 年 12 月 19 日,医生谭秦东在网上发布帖子对“鸿茅药酒”具有的致害性进行分析;2017 年 12 月 22 日,鸿茅药酒公司报案;2018 年 1 月内蒙古凉城县警方以“损害商品声誉罪”跨省抓捕谭秦东。据谭秦东与辩护律师的谈话,抓捕过程中鸿茅药酒公司派人全程陪同,办案人员有与报案人鸿茅药酒公司存在利益输送往来的嫌疑。此案例是部分地区公安机关办案人员逐利执法的倒影。参见袁超岚、蒋海松《医生发帖遭跨省抓捕,谁该担责》,载《人民之友》2018 年第 5 期,第 52-53 页。

[2] 谢佑平主编:《程序法定原则研究》,中国检察出版社 2006 年版,第 166 页。

[3] 参见王旭东、邓雁玲:《执法人员逐利执法行为的生成逻辑——基于舞弊三角理论的分析》,载《领导智库》2023 年第 2 期,第 120-121 页。

[4] 参见狄小华、吴啟铮:《利益因素对司法的影响及其治理》,载《理论探索》2015 年第 3 期,第 100 页。

[5] 张曙:《刑事诉讼管辖制度研究》,法律出版社 2020 年版,第 13 页。

案件的若干规定》中“犯罪地”的解释来说，更加宽泛，无疑进一步突破了刑事诉讼法关于犯罪地的原有范围，这也给了趋利执法、争抢立案打开了方便之门。有学者观点认为，我国侦查管辖配套制度不完善体现在对侦查管辖矛盾缺乏有效处理的办法，对于管辖错误、无管辖权的侦查行为主体确认，难以解决，而这主要是因为侦查管辖是参照审判管辖的规定倒推设立的。[1]因此有必要通过严格解释，对地域管辖的各连接点重新审视。

此外，逐利执法的产生还来源于涉案财物、赃款赃物处置相关规定的不合理。有观点认为，现阶段涉案财物处置的制度安排明显缺乏系统性，由于在我国刑事实务中侦查阶段没有建立相应的对物强制措施制度，对涉案财物的程序性处置皆是出于诉讼经济主义，却忽视了刑事诉讼价值追求的多样性。[2]早自 2014 年起从中央到地方，包括最高人民法院在内的各部门就已印发了相应文件对刑事诉讼中涉案财物管理处置工作进行规范，[3]但近 10 年以来对查封扣押冻结的赃款赃物违规长期占用甚至是没收的现象，还时有发生，如内蒙古自治区阿拉善右旗人民法院某庭书记员卢某某盗窃案，卢某某违反规定擅自挪用涉案财物并变卖，整个过程中竟然无任何人发现。[4]此案的作案时间在涉案财物管理处置规范行动之后 5 年，回头看来仍然存在涉案财物处置乱象，这些都说明了在此问题上监督机制的缺位。[5]

（二）切断地方利益输送，填补涉案财物处置法律漏洞

如前所述，我国现行《刑事诉讼法》关于地域管辖的规定已经不能回应实践的需要，急需修改细化，可以从以下几个方面进行应对：

一是修改并细化《刑事诉讼法》有关地域管辖的规定，吸收散见于各部门规章中的“侦查管辖制度”，设置单独的“侦查管辖”章节，规范侦查行为，强化逐利执法法律责任追究；同时设计跨区域案件的立案审批程序、争议解决方案和违反规定擅自立案的处理办法。《刑事诉讼法》现有关于侦查制度相应的条文如第 3、4、19、44、109 等，规定了侦查主体包括我国公安机关、检察院、安全机关、军队保卫部门等，这些主体都享有依法实施侦查活动、采取相应强制措施的职权，我国侦查管辖制度呈现主体多元化、职能分散化的特点，而在侦查管辖的具体实践中很容易引发职能交叉、职责推诿、职权寻租等现象，在公安机关执法领域表现最为严重。虚构犯罪地连接点、恶意行使侦查管辖权、违法立案并跨区域抓捕“犯罪嫌疑人”的行为通常发生在办案机关所在地之外，针对性明显、目的明确，对此，应在修改后的《刑事诉讼法》“侦查管辖”章节加入对于跨区域案件规范化的立案审批流程。明确跨区域案件的立案审批权为市级以上公安机关，经审批确有必要交由下级公安机关侦查的，由“最初获得犯罪线索”的公安机关所在地管辖；下级公安机关同时获得犯罪线索的，由上级公安机关指定侦查管辖。同时设置侦查管辖权异议和救济制度，建立健全上级公安机关与人民检察院受理犯罪嫌疑人及近亲属有证据证明立案侦查违反侦查管辖制度的救济程序，上级公安机关与人民检察院受理申诉过分延迟的，可以同时向同级人民法院提起侦查管辖权异议。

二是对涉案赃款赃物的归属问题做重新安排，明确所有刑事案件的赃款赃物和罚没收入，上缴中央财政统一支配。同时制定赃款赃物处置特别程序，实现涉案财物处理的公开性和法治化。目前涉案赃款赃物罚没收入因与地方财政链接，加之部分侦查机关工作人员违法违规占用使用涉案财物、

---

[1] 桂梦美:《刑事诉讼管辖制度研究》,中国政法大学出版社 2019 年版,第 148-149 页。

[2] 李江贞、李笑娜、王志晴:《侦查阶段刑事涉案财物处置中存在的问题》,载《山西省政法管理干部学院学报》2020 年第 4 期,第 64-65 页。

[3] 如 2014 年 10 月最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》、2015 年 1 月中共中央办公厅等印发《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》、2015 年 3 月 6 日最高人民检察院印发《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》、2015 年 9 月公安部印发《公安机关涉案财物管理若干规定》。2021 年 12 月中央纪委印发《纪检监察机关涉案财物管理规定》。又如 2015 年 11 月,四川省委政法委建立规范刑事诉讼涉案财物管理处置试点机制,打响全国政法系统涉案财务处置工作规范第一枪。

[4] 参见曾那迦:《涉案财物岂能成为“唐僧肉”》,载《廉政瞭望》2022 年第 4 期,第 34 页。

[5] 其他案例参见金泽刚:《商人黄金被扣 26 年:“公安部责令返还”捍卫了程序正义》,载新京报,https://www.bjnews.com.cn/detail/161407179715004.html,2024 年 9 月 4 日访问。

赃款赃物等，甚至导致负有监督、救济职责的国家工作人员对执法乱象视而不见，诸多因素累加并长期恶性循环难以根治，逐渐形成一种畸形的司法保护主义。为此必须重新考虑地方财政权与刑事执法的二元关系，以刮骨疗毒的方式切断利益输送链条，清理现行法律体系中将涉案财物、赃款赃物罚没收入与地方财政捆绑的部分文件，建议由中央财政统一收取分配。有观点提出地方罚没收入收归中央一步走实现比较困难，可以先统一收归于省级财政部门，应该说这种观点有一定合理性。[1]修改后的《刑事诉讼法》中应加入赃款赃物处置特别程序，建立处置后信息披露制度，指定专门机关受理适格主体查询申请，并以专门机关所在地行政区划为单位制定赃款赃物处置公报，定期向社会公众、上级主管部门公布。

三是针对特殊刑事案件，如黑社会性质组织罪，要做出特别安排。因涉黑嫌疑人为犯罪集团，通常涉案人数多、金额巨大、受害者众多，且特别容易与当地保护主义勾连、与执法机关产生利益输送，因此，建议在修改《刑事诉讼法》时将其审判管辖级别提高到中级人民法院管辖。[2]此外，还可以通过委托专门机关保管涉黑财产、赋予人民检察院提前介入涉黑案件侦查阶段等措施，建立相对独立的涉黑案件财产处置机制。[3]

三、建立被害人国家补偿制度

《刑事诉讼法》第一百零一条规定，被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中有权提起附带民事诉讼。然而这条规定过于笼统，司法实践中对于刑事附带民事诉讼程序的具体展开、意义导向均不够明确。附带民事诉讼制度设计目的虚化、内生逻辑错位，为此，可以参考域外经验，建立被害人国家补偿制度。

（一）刑事附带民事诉讼制度目的虚化，效果不佳

经过考察，在立法中对附带民事诉讼的赔偿范围作出限制是有其内生逻辑的。我国刑事附带民事诉讼制度实际上来源于前苏联刑事诉讼法，是对苏维埃式刑事诉讼理论的接受和移植。[4]上个世纪50年代始，中国法学界掀起对苏维埃刑事诉讼制度的全面学习和继受，究其根源，一方面是受到国家政策的影响，当时国内环境不稳、国家法治工作陷入停滞，精研法理、负责起草法律草案的法治人才相对缺乏，无法给立法工作提供强有力的智力支撑；附带民事诉讼程序的制度设计涉及民刑责任交叉问题，为了提高诉讼效率，从而限制其赔偿范围就是自然的逻辑。精神损失赔偿的计算相较物质损失而言复杂，计算标准带有主观性，在当时的法制背景下难以统一，因此被拒斥纳入赔偿范围也是能够理解的。

但随着司法实践不断发展，最初设计的刑事附带民事诉讼制度的目的实现并不理想。首先，从诉讼价值的实现角度看，刑事附带民事诉讼制度设立初衷是为了在“稳固”刑事审判公正价值的基础上提高诉讼效率，目的是为了减少被害人在刑事审判过程中的“诉累”，维护被害人的民事权益。但在多数刑事案件中，被告人因为缺乏实际赔付能力，附带民事诉讼判决无法实际执行。有实证研究结果显示，附带民事诉讼程序的适用，主要集中在侵犯公民人身权利、民主权利罪案件，其中被害人物质损害请求案件占了绝大多数，为88.5%。而在这部分的物质损害案件中，财产损害案件占比41.8%、人身损害案件占比43.1%。[5]换而言之，因人身伤害造成物质损失的刑事案件，如故意伤害罪、故意杀人罪，粗略估计下只占比适用附带民事诉讼制度案件的38.1%。而也仅有这部分案件才能提起附带民事诉讼的必要，因为对于单纯财产性犯罪案件中，被害人的财产损失，根据《刑事诉讼法》和《刑法》的有关规定，需要返还被害人，被害人没有必要对此专门提起附带民事诉讼，法院原则上也不会支持被害人的请求。

其次，现行附带民事诉讼制度并没有将精神损害纳入赔偿范围，一定程度上削减了此制度对于被害人权益保障的必要性。恢复性司法理念要求附带民事诉讼制度应当着眼于刑罚与对被害人赔偿

---

[1] 满真真:《公安机关逐利性刑事执法治理对策研究》,载《湖南警察学院学报》2022年第34卷第5期,第111页。

[2] 谢佑平:《法治现代化视野下<刑事诉讼法>再修改》,载《政法论坛》2024年第1期,第63页。

[3] 参见余俊峰、彭峰:《涉黑案件财产处置的难点及解决办法探析》,载《特区经济》2024年第3期,第139页。

[4] 参见孙光妍、于逸生:《苏联法影响中国法制发展进程之回顾》,载《法学研究》2003年第1期,第148页。

[5] 参见夏伟:《基于大数据样本的刑事附带民事诉讼司法重构经验与逻辑》,载《法学论坛》2021年第5期,第114页。

的互动关系，这就需要将对被害人权益损害的一切加以复原。[1]有实证研究结果显示，在法院审判的故意伤害附带民事诉讼案件中，法院判决被告人赔偿被害人损失的只占谅解协议赔付数额的一半，而这个比例在致人死亡情况下赔付比例不到 1/4。[2]固然这其中有谅解协议赔付数额相对过高，法院酌量裁定减少支持金额数的空间，但从结果上看，法院裁判不支持被害人诉求，从赔偿范围上，限制裁判效用也是重要因素之一。[3]

关于附带民事诉讼是否应当纳入精神损害，长期以来学界争论未定。有支持者认为，从合理性与合法性层面分析，不支持者以刑罚替代精神损害赔偿的观点难以推敲，而在实践逻辑层面否定精神损害纳入赔偿范围更多是体现了最高人民法院想要达成的司法体系治理效果。[4]另有支持者认为，精神损失赔偿因体现马克思主义人文思想，是我国社会主义核心价值观的具现化，因此在强调法秩序统一的情况下拒斥精神损害赔偿必然丧失其正当性。[5]与之相对的，反对论者以最高人民法院为典型，其在相关司法解释对精神损害赔偿纳入附带民事诉讼赔偿范围采取相对严厉立场。实践中虽然已有地方法院对特定案件支持了被害人附带民事精神损害赔偿的诉求，但从整体效果来看此举并未引发制度效应，反而只暴露了更多理论与实务界观点的分野。[6]

（二）刑事附带民事诉讼制度逻辑错位，矛盾重重

刑事附带民事诉讼制度设计不仅与普通民事诉讼制度存在矛盾，也与刑事诉讼制度存在矛盾，因此刑事附带民事诉讼制度内在逻辑上存在一系列问题。根据最高人民法院于 2021 年所作出的刑事诉讼法解释可知，刑事附带民事诉讼程序本质上应为民事诉讼，目的是为了解决被告人对被害人的民事赔偿责任。但在考察具体民事责任时，不可避免地会发现理论上附带民事诉讼会体现一种“刑民责任互相吸收”的诡谲状况。一方面，现有认为“被告人承担了刑事责任既已完成主要的刑罚目的，对于被害人而言也是最主要的告慰”的立法思想，是重刑轻民政策的反映。但问题在于，民事责任与刑事责任本身并不存在替代关系，更何谓之有观点从双重处罚理论出发为刑事责任吸收民事责任正言，更是体现了对以公民利益为代表的私权为以国家利益为代表的公权让位的国家本位法治观，而这以观念已明显过时，应当跟随时代发展而更新。[7]另一方面，除了适用刑事和解程序的公诉案件外，附带民事诉讼案件中民事责任亦有消解刑事责任的可能性。现行刑事诉讼法及司法解释对于附带民事诉讼案件中被告人追缴、退赔情况可认定为悔罪表现在量刑时加以考虑的规定，在实践中被法官作为以减轻刑事责任之可能使被告人承担犯罪后果的激励，作为“酌定量刑情节”的民事赔偿已经异化为被告人经济实力的竞技，换而言之，富有的被告人大可以以钱买刑，而困窘的被告人只能面对被法院从重判处刑罚的“潜规则”。[8]

事实上，欲使我国附带民事诉讼制度同时具有民事责任与刑事责任“依附性”和“独立性”的观点难以证成。有前述观点认为，现行附带民事诉讼制度是吸收各国经验所形成的平衡协调产物，[9]但理

---

[1] 参见阮诗闲:《恢复性司法视域下刑事附带民事诉讼制度的反思与完善》,载《广西警察学院学报》2024 年第 3 期,第 50 页。

[2] 参见高通:《故意伤害案件中赔偿影响量刑的机制》,载《法学研究》2020 年第 1 期,第 170 页。

[3] 有观点认为,法官在判决时甚至法律规在制定时,就提前认定犯罪行为人无赔偿能力是本末倒置。因此被害人赔偿权不应当受到犯罪行为人民事赔偿能力的“预先影响”。参见刘道钱:《中国刑事附带民事诉讼的局限性及其完善》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》2019 年第 5 期,第 139 页。

[4] 参见聂友伦:《刑事附带民事诉讼赔偿范围限制的制度逻辑》,载《环球法律评论》2023 年第 3 期,第 186-189 页。

[5] 参见段后省:《我国刑事附带民事诉讼拒斥精神损害赔偿的立场批判与制度重构》,载《政治与法律》2021 年第 12 期,第 113-114 页。

[6] 2021 年上海市宝山区人民检察院支持牛某某强奸案被害人精神损害赔偿诉求,参见上海市第二中级人民法院(2021)沪 02 刑终 484 号刑事裁定书。

[7] 参见杨立新、刘洪林:《刑事附带民事诉讼的基础理论问题》,载《国家检察官学院学报》2013 年第 21 卷第 6 期,第 154 页。

[8] 参见谢佑平、江涌:《质疑与废止:刑事附带民事诉讼》,载《法学论坛》2006 年第 2 期,第 65 页。

[9] 参见胡凌宇:《刑事附带民事诉讼制度反思与法理回归》,载《山西省政法管理干部学院学报》2021 年第 3 期,第 76

论上刑事诉讼与民事诉讼不可忽视的矛盾使得附带民事诉讼制度亟待变革。首先是刑事诉讼与民事诉讼的目的矛盾，刑事诉讼意在实现国家刑罚权，通过法定正当程序对被告人课以刑罚，惩罚犯罪行为，所体现的是被告人个体与国家之间的“斗争”。而民事诉讼的目的是对平等私权利主体之间权利义务指向的定纷协调。前者是国家本位思想的天然亲和者，而后者则是个人本位思想的拥护者。现代刑事诉讼理念彰显人文关怀，首先体现在限制公权力和保障人权，而人权与私权利的内涵有所不同，所涵摄的法律规范构建的具体制度也不相同，无法混为一谈。

其次是刑事诉讼与民事诉讼的证明制度矛盾。依照现行法律法规规定，刑事诉讼证明标准比民事诉讼要严格，前者以“案件事实清楚，证据确实充分”的“客观真实”作为标准，后者以“高度盖然性”为标准；举证责任上，前者则是由公诉方承担举证责任，证据证明力不足时由公诉方承担举证不能的后果，被告人则获得积极证明结果，后者则是采用主张者举证的证明责任分配规则。法官在混杂了两套完全不同证明制度的同一案件中难以保持定力，司法实践法官倾向于采用刑事诉讼证明标准，民事诉讼证据部分存在直接沿用刑事部分调查取证材料认定事实，而相关司法解释的规定又将附带民事诉讼定位为民事诉讼。

（三）吸收域外经验，建立被害人国家补偿制度

附带民事诉讼制度想要解决的是在刑事诉讼中被告人的民事责任，因此必须考虑民刑责任交叉、混合的现实问题。为此，世界各国从自身国情出发制定了不同的诉讼解决制度，以一定的标准可以将其分为三种模式：混合制、平行制和赔偿令模式。[1]但无论是英美法系国家还是大陆法系国家，均建立起了被害人国家补偿机制，并设立了专门机构负责被害人补偿工作。

混合制附带民事诉讼模式下，国家通过立法创设附带民事诉讼程序并给予被害人选择权，被害人既可以单独提起民事诉讼也可以在刑事诉讼中提起民事赔偿请求。这种模式以大陆法系国家如法国、德国为代表，但其特点又各不相同：法国模式下原告主体资格十分广泛。不仅包括被害人本人，还将被害人特定权利的继受人纳入范围，如被害人的继承人、债权人等。赔偿范围上，不仅包括物质损失，还包括精神损失。此外，法国还特别设立了国家补偿制度，与附带民事诉讼制度两者互为补充，为被害人赔偿所得提供保障。相比之下，德国模式下的附带民事诉讼制度在被害人提起民事赔偿请求上设定了严格限制，不仅立法上将民事赔偿请求权的范围严格限定在财产损失，还允许法官基于“不合适”的简易理由拒绝对民事部分作出裁判。与德国模式相比，法国模式无疑更为人性化，不仅设定了两种请求民事赔偿的方式、互为补充，并且赔偿的主体、客体范围更为广阔，体现了全面赔偿原则。在国家补偿制度方面，德国将被害人补偿与刑罚、保安处分共同称之为新三元犯罪人处理结构，体现了对被害人补偿工作的重视。[2]

平行制又称民事、刑事诉讼分离模式，该模式下不会产生两种诉讼法律关系与责任的混淆，强调民事诉讼单独提起、民事责任单独处理。该模式以英美法系国家和日本为代表。在刑事被害人民事损害赔偿问题上，美国一直采取严格的民刑分离模式，但自上个世纪 60 年代之后被害人权利运动开始兴起，受到英国赔偿令模式的影响，美国立法者亦开始在刑事诉讼程序中允许被害人一并提起损害赔偿的请求，但这与混合制下附带民事诉讼制度并不一样，因为法官是通过发出赔偿令的形式来完成被害人民事损害赔偿的实现。此外，在美国模式下也设置有其他救济方式，如私人保险制度、国家补偿制度等，而美国的联邦制政体下国家补偿制度呈现更加复杂的样态，部分州，如加州，在补偿对象、补偿限额方面更为严格。日本处理刑事犯罪的民事赔偿责任问题经过了前后两个历史阶段。第二次世界大战以前大致可以认为是第一阶段，这个阶段日本在大陆法系的传统影响下建立了附带民事诉讼制度；二战以后则借鉴、吸收了美国的民刑分离诉讼制度，虽然这之后在被害人权利运动的影响下通过了《刑事程序中保护被害人等附带措施的法律案》，允许刑事案件被害人、被告人双方在诉讼中达成和解，但整体而言日本仍是一种民刑分离的诉讼处理模式。日本在 1980 年颁布了《犯罪被害人等给付金支付办法》建立了被害人国家补偿制度，但没有专门设立被害人补偿

页。

[1] 参见申莉萍:《我国犯罪被害人损害救济法律问题研究》,西南政法大学 2012 年博士学位论文,第 26 页。

[2] 徐永强:《刑事法治视野中的被害人》,中国检察出版社 2003 年,第 177 页。

机构，而是将对应职能设置在公安委员会。

总体而言，大陆法系国家与英美法系国家在面对被害人民事赔偿请求问题上都没有坚持单一、僵化的处理模式，建立起多元化的救济机制，被害人国家补偿制度是对被害人救济体系的有力补充。

四、废除指定居所监视居住,完善强制措施

指定居所监视居住是我国《刑事诉讼法》规定的一种特殊强制措施。根据《刑事诉讼法》第 75 条，监视居住应当在犯罪嫌疑人或被告人的住处进行，除非嫌疑人无固定住处或涉嫌危害国家安全、恐怖活动犯罪，并且在住处执行可能妨碍侦查。在这种情况下，经上一级公安机关批准，可以在指定的居所执行监视居住。同时为了规避办案机关滥用这一强制措施，立法规定了指定居所监视居住不得在羁押场所或专门的办案场所进行的限制要求。此外，执行机关应当在 24 小时内通知被监视居住人的家属，且被监视居住的嫌疑人有权根据《刑事诉讼法》第 34 条的规定，委托辩护人，并享有辩护权。

指定居所监视居住的最大问题，在于其“准羁押”的性质。《刑事诉讼法》第 76 条规定，指定居所监视居住的时间可以折抵刑期。对于被判处管制的，监视居住一日折抵刑期一日；被判处拘役或有期徒刑的，监视居住两日折抵刑期一日。这意味着，尽管法律上规定指定居所监视居住不属于羁押，但实际上其已具备了羁押的某些特征。特别是在刑期折抵的情况下，指定居所监视居住的性质几乎与羁押等同。也因此，不少观点认为指定居所监视居住实际上已经成为独立的介于羁押与非羁押之间的强制性措施。[1]“实际上监视居住就是羁押的一种变通执行方式，强制力度上接近羁押本就无可厚非。”[2]《刑事诉讼法》第 79 条进一步规定，监视居住的最长期限为六个月，虽然设定了监视居住的最长期限，但在实际操作中，侦查机关可以通过反复延长或重新启动监视居住的方式，长期限制嫌疑人的人身自由。相比于拘留和逮捕，指定居所监视居住在审查程序上要宽松许多，但其时间却可能与羁押相同，甚至更长。这使得该措施实际上成为了侦查机关控制嫌疑人的一种便捷手段。

虽然法律为指定居所监视居住设定了严格的适用条件和程序保障，但在实践中，侦查机关往往通过各种手段滥用这一制度。例如，侦查机关在许多案件中，通过制造“无固定住处”的理由，或者以“有碍侦查”为借口，将本应在住处监视居住的嫌疑人转移到指定的居所，实际上对其实施变相羁押。[3]这一行为不仅违背了立法初衷，还导致指定居所监视居住成为长期限制人身自由的手段，甚至异化为规避拘留或逮捕程序的工具。虽然第 75 条明确规定了该措施需经上级公安机关批准并受到人民检察院的监督，但这些程序保障，在实际操作中往往流于形式，难以有效约束侦查机关的滥用行为。另外，在实施过程中，指定居所监视居住也往往与羁押无异。侦查机关指定的居所通常选择在一些偏远、条件简陋的场所。这些场所的条件不仅远低于羁押场所的标准，而且缺乏独立监督，犯罪嫌疑人在这些场所的基本权利，尤其是人身自由、通信自由、辩护权等，遭受严重侵犯。[4]根据《刑事诉讼法》第 77 条，被监视居住的犯罪嫌疑人必须遵守一系列限制措施，包括未经执行机关批准不得离开居所、不得会见他人或通信、在传讯时必须到案等。这些规定在理论上是为了防止嫌疑人逃避侦查或干扰证人作证，但在实际执行中，这些限制严重剥夺了嫌疑人的行动自由与通信自由。此外，侦查机关可以通过拖延批准会见律师的申请或以“有碍侦查”为由拒绝批准，使得嫌疑人在监视居住期间无法及时获得法律援助。执行机关在监视居住期间，还可以依据《刑事诉讼法》第 78 条的规定，采取电子监控、不定期检查等方式，对嫌疑人的遵守情况进行监督。这种广泛的监控和限制手段往往进一步强化了指定居所监视居住的羁押性质，使得嫌疑人在长达六个月的时间内几乎丧失了与外界接触的自由，陷入长期、严密的监控之下。

在对比住所监视居住与指定居所监视居住的实施效果时，可以明显看出二者在执行方式、生活条件和权利保障方面的差异。住所监视居住是《刑事诉讼法》规定的一种相对较宽松的强制措施，

---

[1] 参见左卫民:《指定监视居住的制度性思考》,载《法商研究》2012 年第 3 期,第 33-34 页。

[2] 冀祥德主编:《最新刑事诉讼法释评》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 68 页。

[3] 参见施鹏鹏:《对羁押及类似措施的法教义学解读及反思:以人身自由权保护为视角》,载《政治与法律》2023 年第 11 期,第 102-114 页。

[4] 参见王峥:《讯问黑恶势力犯罪嫌疑人工作的问题与建议》,载《中国刑事警察》2020 年第 2 期,第 16-19 页。

允许犯罪嫌疑人在其住所中接受监视。这一措施的初衷是为了减少羁押，并在不剥夺嫌疑人人身自由的情况下保障案件侦查的顺利进行。住所监视居住的执行场所是嫌疑人的家，嫌疑人可以与家人正常生活，虽然行动受到限制，但与外界的接触和生活条件较为宽松。这种措施对嫌疑人心理上的负担较轻，身心压力相对较小。相较之下，指定居所监视居住的执行场所通常是宾馆、招待所等非正式的场所。这些场所往往偏僻、条件简陋，缺乏完善的生活设施。执行机关采取的封闭管理措施，如"24 小时监控""不见阳光、不见外人"的策略，使得嫌疑人长期处于极度压抑的环境中，身心压力远超住所监视居住。此外，指定居所的生活条件往往低于看守所的标准，且缺乏有效的监督机制，嫌疑人的基本权利，受到了极大的限制，甚至完全丧失。《刑事诉讼法》第 77 条明确了被监视居住的犯罪嫌疑人不得离开指定居所、不得与外界通信、不得会见他人等各项规定。这些规定使得嫌疑人在指定居所监视居住期间，基本上处于被隔离状态，几乎与羁押无异。虽然这些限制是为了防止嫌疑人逃逸、串供或干扰侦查，但在长时间的监视居住下，与住所监视居住相比，嫌疑人几乎与外界隔离，无法与律师自由会见，辩护权也因此受到严重削弱。

指居保留论者的观点虽然从程序正义、刑事强制措施体系的衔接性以及减少审前羁押等角度提出了保留这一制度的理由，但这些论点在实际操作中面临严峻的挑战：

首先，关于程序正义的论据。[1]保留论者引用国际人权条约，主张监视居住是一种体现程序正义的手段，能够在不羁押嫌疑人的情况下保障诉讼进行。这一观点固然看似合理，但在实际操作中，指定居所监视居住已经演变为变相的羁押手段，严重侵犯了被追诉人的人身自由权。虽然国际条约规定羁押应是审前程序中的最后选择，但由于我国侦查机关对"由供到证"的依赖，使得监视居住制度并未真正实现其程序正义的目标。相反，在许多案件中，侦查机关利用指定居所监视居住规避羁押程序，使其成为变相的长期羁押。因此，即便保留这一制度，也无法彰显程序正义，反而加剧了权力滥用和对嫌疑人权利的侵害。

其次，关于刑事强制措施体系的衔接作用。[2]保留论者认为，监视居住制度能够在取保候审和拘留、逮捕之间发挥衔接作用，是刑事强制措施体系中的一个必要环节。然而，现实中，监视居住并没有起到应有的过渡功能，反而成为了羁押的一种替代形式，特别是在指定居所监视居住的执行过程中，嫌疑人的人身自由和诉讼权利都受到了严重限制。事实上，取保候审和其他非羁押类强制措施已经足以满足刑事诉讼中的灵活需求，监视居住这一制度的存在只是在刑事体系中增加了不必要的复杂性，并未真正有效地优化体系。因此，保留这一制度不仅没有增强体系的衔接性，反而给侦查机关提供了更多绕过法律程序的机会。

最后，关于减少审前羁押的论据。[3]保留论者认为，监视居住制度的存在能够减少审前羁押的频率，降低嫌疑人在诉讼程序中的人身自由限制。但在实践中，监视居住特别是指定居所监视居住，往往被用作规避羁押程序的工具。尽管理论上监视居住可以减少羁押，但由于对该措施缺乏有效的司法监督和明确的适用标准，侦查机关通过人为制造"无固定住处"等方式滥用这一制度，导致嫌疑人在长时间内处于变相羁押的状态。相比之下，废除指定居所监视居住制度，严格限制羁押措施的适用范围，才能真正减少审前羁押，保障嫌疑人的人权。

我国法律体系中已经赋予侦查机关充足且多样化的强制措施，以便在刑事诉讼过程中实现对犯罪嫌疑人或被告人的有效控制和管理。鉴于指定居所监视居住在实践中存在的滥用和异化问题，废除这一制度显得尤为重要。在这种背景下，废除指定居所监视居住并不会削弱侦查机关打击犯罪的能力。指定居所监视居住虽然在理论上是一种介于羁押与非羁押强制措施之间的手段，但在实际操作中却容易被滥用为变相羁押，成为侦查机关规避羁押程序的工具。因此，废除这一制度，反而有助于回归刑事诉讼法中已有的成熟强制措施体系。拘留和逮捕在程序上受到更严格的法律监督，特别是检察机关的审查和批准，能够更好地避免权力滥用；而取保候审则提供了一个非羁押性措施的

---

[1] 参见李昌林:《侦查阶段的取保候审与监视居住》,载《刑事法评论》2009 年第 2 期,第 156 页。

[2] 参见杨正万:《监视居住制度功能分析》,载《贵州民族学院学报(哲学社会科学版)》2008 年第 6 期,第 46-50 页。

[3] 参见孙长永:《比较法视野中的刑事强制措施》,载《法学研究》2005 年第 1 期,第 111-126 页。

灵活选项，能够在确保诉讼顺利进行的同时，最大程度保障嫌疑人的人身自由。此外，我国应借鉴国际社会的通行做法，进一步优化刑事强制措施的实施，特别是在羁押和拘留的时间上进行改革。根据《公民权利与政治权利国际公约》等国际人权规范，审前羁押应当作为刑事诉讼中的最后手段，且必须严格限制其使用的时间和条件。许多国家在刑事程序中已经采取了缩短拘留时间的做法，只有在明确证据表明嫌疑人涉及暴力犯罪或存在再犯危险时，才会延长拘留或羁押的时间。对于非暴力犯罪，特别是轻微犯罪，通常优先适用取保候审等非羁押措施，以避免不必要的长期羁押对嫌疑人基本权利的侵害。

五、将法律援助律师纳入司法责任制主体

随着法律援助制度的不断推进，法律援助律师在刑事诉讼中的地位愈加重要。法律援助律师的职责不仅限于为经济困难的被告人提供法律服务，还承载了保障司法公正的使命。然而，近年来由于部分法律援助律师的不负责任，导致刑事案件中出现了辩护质量低下的现象，甚至在极端情况下，法律援助律师“异化为第二公诉人”，助长了冤假错案的发生。这种现象不仅违背了法律援助制度的初衷，更直接威胁到司法的公正性。因此，法律援助律师应被纳入司法责任制的范围，成为承担司法责任的主体，确保他们为辩护行为负责，尤其是在因其不负责任导致严重司法后果时，必须承担相应的司法责任。

法律援助制度起源于罗马法，最初是宗教组织和公共机构为穷人提供的慈善帮助。随着资本主义的发展，特别是 19 世纪中叶后，法律援助逐渐从慈善行为转变为国家义务，成为社会保障体系的重要组成部分。[1]这表明，随着社会的发展，国家在保障公民司法权利上的义务日益增强。律师的职责不仅限于代理和辩护，还包括捍卫宪法，保障公民的基本权利 。尤其是在法律援助领域，律师的责任更加突出。法律援助制度的建立是为了防止贫困等原因将公民排除在“法律大门”之外，确保每个公民都能获得应有的法律救济。[2]在这一过程中，律师对经济困难的当事人提供援助，实际上是在落实人权保障，确保司法公正原则的实现。 因此，法律援助律师作为国家法律援助体系中的实施主体，承担着保障公民获得司法救济的责任。国家通过法律援助机构向律师委托辩护任务，律师因此获得了为被告人提供法律服务的权利和义务。这种权利与义务的结合意味着法律援助律师必须对其辩护行为负责。

法律援助律师在我国刑事诉讼中扮演的角色极其重要，他们的参与直接影响到被告人的辩护权和案件的最终结果。然而，尽管法律赋予了律师一系列的辩护权利，实践中法律援助律师的权利行使受到多种因素的限制。在一个健康的司法体系中，律师的辩护权应当与公诉方的权力相平衡，以确保对抗式诉讼的有效性。然而，现实中法律援助律师在面对强大的司法机关时，往往缺乏足够的权力和资源进行有效抗辩。另外，部分法律援助律师由于补贴不足或案件压力大等原因，在实际工作中表现消极，未能履行应尽的职责。具体而言，如果律师在刑事案件中未能履行其辩护职责，例如未能仔细阅读案卷、与被告人充分沟通、提出有效辩护策略，或者在庭审中表现消极，未能质疑控方证据，这种行为导致了被告人在刑事诉讼中无法获得有效辩护，那么被告人的辩护权利便难以得到保障，严重影响了审判的公平性。

根据司法责任的理论，司法行为是一种具有利益分配功能的权力行使行为，必须遵循权责一致的原则。这意味着，享有法律赋予的辩护权利的法律援助律师，也必须为其行为负责。如果法律援助律师因疏忽或故意不履行其辩护职责，导致被告人失去有效辩护权利，从而产生了不公正的裁决，那么这些律师应当与司法机关的其他人员共同承担责任。法律援助律师不仅是刑事诉讼中的辩护者，也是司法公正的维护者，他们的责任与权力必须相匹配，任何违反职业伦理和责任的行为都应受到追究。

律师作为法律职业者，其职业使命就是维护正义，尤其是在法律援助领域，律师有义务为经济困难的当事人提供高质量的法律服务。法律援助律师的责任不仅体现在为当事人提供具体的辩护服务，还包括确保整个司法程序的公正性和合法性。当法律援助律师未能履行职责时，不仅影响了被

---

[1] 程滔:《法律援助的责任主体》,载《国家检察官学院学报》2018 年第 4 期,第 4 页。

[2] 程滔:《刑事被害人的权利及其救济》,中国法制出版社 2011 年版,第 45-47 页。

告人的辩护权，还可能导致错案的发生。因此，法律援助律师应成为司法责任的承责主体。在刑事辩护的司法责任制框架下，法律援助律师应当承担更大的责任。这不仅因为他们是被告人辩护权的主要保障者，还因为他们的行为直接影响到司法公正和审判结果。如果法律援助律师在履行职责时出现失职行为，导致被告人未能获得应有的辩护保护，司法体系应当对其进行惩戒，以确保法律援助制度的有效运作。在具体实施过程中，既要通过程序性制裁防范严重的辩护失职行为，又要通过行政惩戒规范轻微的辩护失职行为。同时，相关制度的建立必须兼顾律师参与法律援助的积极性，防止过度制裁对法律援助的覆盖面产生负面影响。

法律援助律师在刑事辩护中的不尽责行为，反映出辩护工作中的无序状态。这些不尽责行为的表现形式多种多样，包括律师不主动会见被告人、不亲自出庭辩护、未能提出有效的辩护策略等。[1]这些行为严重影响了被告人在诉讼中的合法权益，并可能导致不公正的判决结果。我国对于法律援助律师的不尽责行为，通常采取行政惩戒的方式进行处理。例如，法院可以通过发送司法建议书，建议司法行政机关或法律援助机构对律师的辩护行为进行调查，并根据调查结果对其进行纪律处分。此外，受援人也可以向司法行政机关投诉，要求更换法律援助律师。然而，这些行政惩戒措施虽然在一定程度上可以规范法律援助律师的行为，但其制约效果仍然有限。有学者主张引入更为严格的制裁机制，借鉴美国的经验，将无效辩护纳入程序性制裁的范围。[2]这意味着，如果法律援助律师的辩护行为存在严重缺陷，并且这些缺陷对案件结果产生了实质性影响，法院可以认定该辩护行为无效，并撤销原判，将案件发回重新审理。这种程序性制裁机制不仅是对不尽职律师的警示，更是对被告人权利的保护。

为了确保法律援助律师承担应有的司法责任，必须在现有的责任追究机制上进行改进。根据有效辩护的标准，法律援助律师的责任追究可以区分为两种情况：1.严重不尽责行为的程序性制裁：对于不履行基本职责的行为，如不与被告人沟通、不亲自出庭、不调查取证等特别严重的行为，应当将其纳入程序性制裁的范围。法院可以判定该辩护行为无效，撤销原判并发回重新审理。这种制裁不仅是对律师行为的约束，也是在司法程序中保护被告人权利的重要手段。2.轻微不尽责行为的行政惩戒：对于一些较轻的辩护失职行为，例如辩护策略单一、未能全面提出有利于被告人的量刑证据等行为，可以采取行政惩戒的方式。通过法律援助机构或司法行政机关对律师进行纪律处分，以警示律师在未来案件中更加尽职。

在此基础上，应建立完善的法律援助律师责任追究机制，明确在何种情况下律师应承担司法责任。为了有效防止法律援助律师不尽责行为，必须建立完善的责任追究机制。根据刑事司法责任制的理论，律师的责任包括行为要件、危害要件和主观要件 。首先，律师的行为必须符合辩护职责的要求，若明显不履行职责则应承担责任。其次，律师的不当行为若造成了严重的司法后果，特别是导致了被告人遭受不公正判决，则应加重责任。最后，律师的主观过错也是判断其责任大小的重要依据，故意或重大过失行为将承担不同法律责任。具体来说，若律师因未履行职责导致被告人遭受严重的法律后果，例如被错误定罪或判处过重刑罚，则这些律师应承担职业失职责任。同时，若律师的行为被认定为故意配合控方，未能维护被告人的合法权益，则应追究其刑事责任。这种追责机制不仅能够防范法律援助律师的失职行为，还能够有效提升法律援助的整体服务质量。

六、将认罪认罚从宽定位为诉辩协商制度

中国认罪认罚从宽制度的起源可以追溯到改革开放初期。当时，国家在刑事政策上逐渐从“严打”走向“宽严相济”，这一转变体现了对犯罪控制模式的重新思考。[3]随着社会的发展和法律观念的进步，人们逐渐认识到，刑事司法不应仅仅是对犯罪行为的严厉打击，也应包括对犯罪嫌疑人、被告人权利的适当保护，以及对社会资源的合理利用。在这种背景下，认罪认罚从宽制度作为一种在效率和公正之间寻求平衡的制度创新，开始被提上议事日程。

---

[1] 参见臧德胜、杨妮:《论值班律师的有效辩护——以审判阶段律师辩护全覆盖为切入点》,载《法律适用》2018 年第 3 期,第 66 页。

[2] 参见闵春雷:《认罪认罚案件中的有效辩护》,载《当代法学》2017 年第 4 期,第 27-37 页。

[3] 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,载《中国法学》2016 年第 2 期,第 49-50 页。

认罪认罚从宽制度作为刑事诉讼制度的重要改革措施，体现了多重司法价值。首先，它有助于提高刑事诉讼的效率。通过简化审判程序，法院可以更快地处理认罪案件，减轻了司法系统的压力，节省了诉讼成本。对于轻微刑事案件，尤其是事实清楚、证据确凿、被告人认罪的案件，认罪认罚从宽制度能够实现快速审判，从而有效缓解法院的案多人少的矛盾。[1]其次，认罪认罚从宽制度体现了对被追诉人权利的尊重和保护。通过鼓励犯罪嫌疑人、被告人认罪，司法机关能够在法律框架内给予他们从宽处理的机会，体现了宽严相济的刑事政策。这一政策既考虑到了社会公共安全的需要，也注重了对个体权利的保护和对犯罪行为人的教育改造。第三，该制度还促进了刑事司法的公开和透明。认罪认罚从宽制度的实施要求司法机关在处理认罪案件时，必须依法公开程序，保障被追诉人的知情权和参与权。这种公开透明的程序设计，有助于提升司法公信力，增强公众对司法制度的信任。

当前的认罪认罚从宽制度在中国司法实践中取得了一定的成效。通过简化诉讼程序，认罪认罚从宽制度有效地缓解了案件积压和司法资源不足的问题，为提高诉讼效率、降低审判成本发挥了重要作用。在大量案件中，犯罪嫌疑人和被告人通过认罪认罚获得从宽处理，既节约了司法资源，又减少了社会对抗，实现了快速定罪与量刑，从而达到了分化瓦解犯罪的效果。然而，随着实践的深入，一系列新的问题逐渐显现。这些问题的存在，不仅制约了制度的进一步发展，也在一定程度上损害了司法公正的实现。

首先，认罪认罚从宽制度在被追诉人自愿性的保障上存在显著不足。在理论上，认罪认罚应建立在被追诉人自愿、知情和理解的基础上，确保其在充分了解认罪法律后果的前提下，自主做出认罪决定。然而，现实操作中，很多被追诉人在信息不对称、法律知识缺乏、甚至是在压力和引诱下做出认罪决定。尤其是在侦查阶段，侦查机关常常以讯问的方式威胁或诱导犯罪嫌疑人认罪，这使得认罪的自愿性受到严重质疑。[2]

其次，辩护律师在认罪认罚案件中的参与度和实效性有限。认罪认罚从宽制度本应赋予辩护律师更大的参与权，确保其在案件办理过程中能够充分发挥辩护作用，为被追诉人提供有效的法律帮助。然而，现实中，辩护律师的作用往往被弱化，很多时候他们仅仅充当程序见证人，而非实质性的法律顾问和辩护者。由于律师的介入不足，很多认罪认罚案件未能保障被追诉人获得公平公正的程序权利，这也削弱了认罪认罚从宽制度的合法性和正当性。[3]

此外，检察机关在办理认罪认罚案件时的功利性倾向也引发了众多问题。受到考核指标的影响，部分地方检察院过于强调结案率和认罪率，甚至通过迅速达成认罪协议来提高办案效率。这样的操作方式虽然在短期内提高了司法效率，但在一定程度上损害了案件处理的公正性和合理性。当检察机关追求数量而忽视质量时，认罪认罚制度的公正性便会受到挑战。

同时，法院的审判裁量权在认罪认罚从宽制度下也受到挤压。传统上，法院应独立审查案件事实和法律适用，但在认罪认罚案件中，法院往往依赖于控辩双方达成的认罪协议，审判过程被大大简化。[4]这一情况导致法院在实际审判中更多地承担程序执行者的角色，而非独立审查者。法院对案件的独立审查能力被削弱，可能引发司法公正性的质疑和公众信任的下降。

这些问题反映了中国认罪认罚从宽制度在实际运作中所面临的困境。纵观现代刑事诉讼制度的发展历史，协商性司法模式是从对抗性司法的基础上逐步演变和发展而来的。在许多西方国家，刑事诉讼中的协商性司法已经成熟发展，它通过控辩双方的平等对抗和协商达成认罪协议，既节省了司法资源，又确保了被告人权利的保障。这样的司法实践建立在强有力的对抗制诉讼基础上，是双方经过充分辩论和对抗后的结果。因此，“可以说，现代刑事诉讼的诉辩协商，是以成熟对抗制诉讼为前提的，没有对抗性就不可能有协商。”[5]然而，中国的刑事诉讼制度具有强烈的审问式传统和职权

---

[1] 参见陈卫东:《公正和效率——我国刑事审判程序改革的两个目标》,载《中国人民大学学报》2001 年第 5 期,。

[2] 参见左卫民、吕国凡:《完善被告人认罪认罚从宽处理制度的若干思考》,载《理论视察》2015 年第 4 期,第 40 页。

[3] 参见顾永忠:《关于“完善认罪认罚从宽制度”的几个理论问题》,载《当代法学》2016 年第 6 期,第 131 页。

[4] 参见龙宗智:《完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平等》,载《环球法律评论》2020 年第 2 期,第 12-13 页。

[5] 冀祥德:《构建中国的控辩协商制度》,载《法律适用》2007 年第 8 期,。

主义特征，这种背景下的诉讼模式强调控方的主导地位和法院的调查职能，对抗性天生不足。由于缺乏强对抗性的司法传统和实践，试图直接引入协商性司法的内容往往会遇到制度和操作上的挑战。认罪认罚从宽制度的实施过程缺乏对抗性司法基础的支持，导致控辩双方的力量对比失衡，使得被追诉人在整个诉讼过程中处于相对被动的地位，这正是上述问题产生的根本原因。

我国认罪认罚从宽制度在一定程度上具备了控辩协商的特点，但从法律框架和实际运作上看，二者仍有显著区别。认罪认罚从宽制度在我国刑事司法体系中更倾向于简化处理程序。对于被追诉人自愿认罪的案件，法院在审查认罪的自愿性、明智性和证据的基础上适用简化程序，迅速作出判决。这种简化处理程序并不强调控辩双方的协商过程，只要被追诉人对指控的事实无异议，法院就可以根据简化程序作出判决。相比之下，控辩协商制度侧重于控辩双方通过协商就定罪和量刑问题达成一致意见。控辩双方的协商过程不仅限于自愿认罪，还涉及对量刑标准的讨论和调整。这种协商模式更强调双方的参与性和对话性，而非单方面的认罪。在控辩协商制度中，法官的审查职能主要体现在对协商结果的合法性和合理性的确认上。法官在审查时不会过多干涉控辩双方的协商过程，而是集中于确保协商结果符合法律规定。这与简化处理程序中法官更多承担审查案件事实的角色存在较大差异。

尽管认罪认罚从宽制度在操作上体现了某种控辩协商的特点，但从制度的完整性和规范性上看，它并不是真正意义上的控辩协商制度。认罪认罚从宽制度更多强调的是案件处理的快速和简化，而控辩协商制度则追求更为深入的控辩对话与合作。因此，当前的认罪认罚从宽制度还需要进一步改进，以真正实现控辩协商的实质性功能。首先，需要加强诉讼对抗性的改造，提升辩护律师在认罪认罚程序中的作用，确保其能为被追诉人提供有效的法律帮助。这意味着，应当保障辩护律师实质性权利，包括查阅案卷材料、与被追诉人充分沟通、参与量刑协商等，确保被追诉人在认罪认罚过程中能够获得公平、公正的程序保护。其次，需完善法律援助制度和值班律师制度，确保被追诉人在任何情况下都能获得有效的法律援助。“值班律师是认罪认罚案件的律师类型的‘主力军’，超过一半以上甚至三分之二以上的案件都由值班律师参与并处理完结。”[1]现有的值班律师制度应进一步改革，增加律师资源和保障律师在认罪认罚过程中的积极作用，使其不仅仅是形式上的“见证人”，而是真正的被追诉人权利保护者。再次，应优化检察机关的考核机制，将案件的质量和公正性纳入考核标准，避免过度追求案件的结案数量和认罪率。通过科学合理的考核机制，引导司法机关在办理认罪认罚案件时注重程序公正和实体公正的有机统一，避免因效率优先而忽视司法正义的实现。最后，为了保障认罪认罚从宽制度的公正性和正当性，还需要完善法院的审判监督机制，确保法院在认罪认罚案件中能够独立行使审判权。法院在审理认罪认罚案件时，不应仅仅依赖于控辩双方达成的认罪协议，而应对案件的事实和证据进行独立审查，确保判决的公正性和合法性。法院应当在认罪协议的审查过程中，充分考虑被追诉人的陈述和辩护律师的意见，注重对被追诉人认罪自愿性的审查，确保其在充分了解案件事实和法律后果的前提下作出认罪决定。如果法院在审理过程中发现被追诉人受到外部压力或未得到充分的法律帮助，应当中止程序，重新审查案件事实和认罪程序的正当性

七、完善录音录像和证据制度

证据是指用于证明某一事实存在或者不存在的证人证言、书面文件、实质性物体或者其他事物的总称。[2]在刑事诉讼过程中，证据是证明被告人行为的唯一依据，也是被告人获得公正审判的基石。修改现行录音录像措施与证人、鉴定人出庭的有关规定，对于完善证据制度，保障被追诉人合法权益具有重要意义。

（一）录音录像措施的适用争议

我国《刑事诉讼法》尚未规定讯问（询问）时的律师在场权，作为一种折中方案，讯问时的同步录音录像在一定程度上遏制了非法取证行为，然而，现行《刑事诉讼法》中录音录像措施被规定在了第二编第二章第三节“讯问犯罪嫌疑人”之中，与“证据”一章相互割裂，并且相关条文表述也较

[1] 周新:《值班律师参与认罪认罚案件的实践性反思》,载《法学论坛》2019 年第 4 期,第 43 页。

[2] 参见谢佑平:《刑事程序法哲学》,中国检察出版社 2010 年,第 214 页。

为简单，未能明确规定录音录像作为证据的属性与证明功能，与此相关的司法解释之间也存在矛盾。[1]模糊的立法与矛盾的司法解释在录音录像措施的适用上产生了一系列争议。学术上，有观点认为录音录像的立法目的在于遏制逼供、诱供等非法取证行为，只是作为讯问合法性的证明材料；[2]另一种观点则认为录音录像不仅可以作为讯问合法性的证明材料，也能够作为证明案件事实的证据使用。[3]司法实践中，一方面，由于尚未明确录音录像的法定证据地位，存在公诉人引用最高人民检察院的规定，以录音录像不属于案卷材料，不需要随案移送为借口，拒绝提供同步录音录像，使同步录音录像措施面临被架空的境地。另一方面，在判决文书中又存在大量将录音录像作为证据使用的情况，其在不同案件中被归类为视听资料、电子证据以及书证等不同法定证据种类。[4]

（二）录音录像的二元性

录音录像措施在适用上产生的争议并非不可调和。这是因为录音录像事实上具有二元性。承认录音录像的二元性，才能够理顺并完善现行录音录像措施。

首先，录音录像具有证明材料属性。无论何种司法模式，讯问都具有隐秘性和封闭性。隐秘、封闭的环境既能够降低被追诉人之间串供的风险，又有利于侦查人员利用特定场所与环境产生的优势地位获取被追诉人的供述。但在隐秘、封闭的环境下，难以保证讯问的合法性以及自白的任意性，暴力取证、逼供、诱供等非法取证行为根植于讯问活动的隐秘性和封闭性之中。非法取证行为的发生将损害被追诉人的合法权利，导致冤假错案。可见，侦查讯问活动作为一把“双刃剑”，利用得当则是破案利器，利用不当则是冤案工具，对其使用需要严格监督。同步录音录像措施作为讯问（询问）时律师在场权缺失情况下的折中方案，其原始目的就是作为“自证工具”。同步录音录像作为讯问合法性的证明材料，能够将讯问的过程呈现于刑事审判活动之中，消除侦查讯问活动的隐秘性和封闭性，对侦查讯问活动进行监督，证明讯问的合法性以及自白的任意性，在一定程度上遏制非法取证行为。

其次，录音录像具有证据性。在实践中，存在讯问笔录对讯问程序、讯问方式以及嫌疑人供述与辩解记录不实和孪生笔录的现象。[5]造成上述现象的重要原因在于传统侦查模式中，侦查讯问笔录受纸质载体形式的限制，只能大致反映出侦查人员讯问的过程，是对被追诉人供述和辩解的二次加工，不可避免的带上了侦查人员的主观意志。而录音录像是通过科技手段对讯问过程的全程记录，是一种随时代发展而产生的新型记录方式。侦查讯问笔录与录音录像所记录的内容都是用于证明案件事实的材料，因此，录音录像无疑具有证据性。并且，与侦查讯问笔录相比，录音录像更具有直观性和完整性的优势。一方面，录音录像是对讯问过程直观的再现，既能够全面准确的记录侦查人员讯问被追诉人的过程，避免对被追诉人供述和辩解的二次加工，排除讯问笔录中侦查人员的主观意志，又能够反映出被追诉人的语音语速、精神面貌、身体状况和讯问场所的环境等其他信息，辅助法官判断，避免诱供、逼供等违法取证行为。另一方面，侦查人员的身份定位决定了其更愿意在侦查讯问笔录中选择性记录被追诉人有罪、罪重的供述，有意无意的会忽略无罪、罪轻的辩解。与

---

[1] 2012年12月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部和全国人大常委会法制工作委员会联合发布的《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第19条,2017年6月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若于问题的规定》第22条,均将其定性为证明取证合法性的证明材料,有别于证据材料。但2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第54条则又规定录音录像可以作为证据材料使用。

[2] 参见郭志远:《我国讯问录音录像证据规则研究》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2013年第1期,第138页;孙谦:《关于修改后刑事诉讼法执行情况的若干思考》,载《人民检察》2015年第7期,第8-9页;董斌:《浅议同步录音录像在刑事证据体系中的定位》,载《中国检察官》2014年第19期,第74页。

[3] 参见董坤:《侦查讯问录音录像制度的功能定位及发展路径》,载《法学研究》2015年第6期,第157-158页;朱孝清:《讯问录音录像三题》,载《人民检察》2014年第12期,第5-6页;秦宗文:《讯问录音录像的功能定位:从自律工具到最佳证据》,载《法学家》2018年第5期,第157-161页。

[4] 参见党德强:《侦查讯问中同步录音录像制度的实践省思与完善进路》,载《广西警察学院学报》2023年第3期,第57-58页。

[5] 参见张彦:《侦讯笔录制作的实证研究》,载《证据科学》2022年第3期,第298-304页。

之相比，录音录像具有完整性的优势，能够不偏不漏的同时记录罪与非罪、罪轻罪重的信息。

（三）录音录像措施的完善

在《刑事诉讼法》再修改的背景下，进一步完善《刑事诉讼法》中关于录音录像措施的规定，需要兼顾录音录像的二元性，明确录音录像的证据资格与法定形式，细化规定适用范围及法律后果。

一是要明确录音录像的证据资格与法定形式。录音录像具有记录用于证明案件事实材料的证据性，符合《刑事诉讼法》关于证据的规定，应当明确录音录像可以作为证据使用。这即符合判决文书中大量将录音录像作为证据使用的现状，也能解决司法解释之间的矛盾。因此，建议将同步录音录像赋予法定证据种类之地位。

二是要明确录音录像在刑事案件中全面适用。随着科技进步、办案人员素质整体提升，办案机关普遍配置了讯问录音录像设备或执法记录仪，完全具备讯问或询问时进行同步录音录像的条件。现行全程录音录像措施仅针对“无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件”，导致普通刑事案件的讯问基本没有同步录音录像，讯问过程的合法性无法进行有效监督，不利于保障被追诉人的合法权益。同步录音录像作为法定证据，应当排除其在案件中选择性适用的余地，做到每案必用、每讯（询）必录。因此，建议明确对所有刑事案件的讯问或询问进行同步录音录像。

三是明确录音录像的制裁性法律后果，以保障录音录像措施的实施。一方面，作为讯问程序合法性的证明材料，应当进一步明确录音录像在非法证据排除中的作用。另一方面，作为直观、完整的固定被追诉人供述与辩解的证据材料，在口供笔录与录音录像不一致时，应赋予录音录像更高的证明力。

（四）关于证人、鉴定人出庭作证问题

我国一直存在证人、鉴定人出庭作证率低的问题。有实证研究显示，一审法院有证人证言的案件中证人出庭率最高不超过 2.3%，最低仅为 0.33%，二审法院有证人证言的案件中，证人出庭率最高也仅有 7.38%，最低仅有 1.35%，[1]。而 2017 年司法鉴定人共接到出庭通知 14917 次，仅占三大诉讼委托业务量的 1.20%，[2]这个数字在 2022 年更是下降到了 4262 次。[3]

造成证人、鉴定人出庭作证率低的一个重要原因就在于现行刑事诉讼法本身的规定存在缺陷。《刑事诉讼法》第 192 条赋予了法院极其自由而又模糊的裁量权，可以说只要法院认为证人、鉴定人没有必要出庭，则证人、鉴定人就无需出庭。但证人、鉴定人出庭作证事实上既是直接言词原则的必然要求，也是保障被追诉人质证权的现实需要。应当贯彻直接言词原则，在对证人证言、鉴定意见有异议时，当庭听取证人、鉴定人的陈述，通过客观证据、直接询问和交叉询问等方式判断证人证言以及鉴定意见的真实性，保障被追诉人的程序权利。因此，关于证人、鉴定人出庭作证问题，应当规定：公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言、鉴定意见有异议并申请证人、鉴定人出庭的，证人、鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，证人、鉴定人拒不出庭作证的，证人证言、鉴定意见不得作为定案的根据。

八、明确二审案件开庭审理要求

两审终审制是我国的基本诉讼制度，刑事第二审程序首要功能是对公民人身权利的救济和最终保障,同时还兼有防止错误裁判、统一司法和安抚劝慰的功能。[4]但在司法实践中存在二审开庭难的现实问题，这个问题是由多种原因造成的，在立法上完善二审程序，改变二审开庭难的现状是此次刑事诉讼法修改的题中应有之义。

（一）二审案件的开庭现状

刑事二审开庭的规范与现实脱离是我国刑事诉讼长期面临的一个现实问题。1996 年《刑事诉讼

---

[1] 参见陈光中,郑曦,谢丽珍:《完善证人出庭制度的若干问题探析——基于实证试点和调研的研究》,载《政法论坛》2017 年第 4 期,第 41 页。

[2] 参见党凌云,张效礼:《2017 年度全国司法鉴定情况统计分析》,载《中国司法鉴定》2018 年第 4 期,第 100 页。

[3] 参见司法部公共法律服务管理局:《2022 年度全国司法鉴定工作统计分析报告》,载《中国司法鉴定》2024 年第 1 期,第 110 页。

[4] 参见谢佑平:《刑事二审程序的功能与检察机关的作用》,载《人民检察》2007 年第 10 期,第 5-6 页。

法》几乎是以明文的形式明确了“刑事二审以开庭审理为原则”。但在刑事审判中，规范并没有的到实施，当时即使在某些发达地区，上诉案件开庭率最高时也不过 10%左右，而且呈下降趋势。[1]2012 年《刑事诉讼法》对二审开庭程序予以了重大修改，以列举的形式明确了第二审开庭审理的具体情节，试图通过限制法官对于开庭问题的自由裁量权，再次明确“刑事二审以开庭审理为原则”。但这次改革也并未取得理想效果，2012 年《刑事诉讼法》修改后，刑事二审开庭几率仍然难以过半，基本维持在 30%-40%，2017 年以后甚至降至 20%以下。[2]为此，2023 年 8 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发《关于开展促进提高刑事案件二审开庭率专项工作的通知》（以下称为《通知》），针对刑事案件二审开庭率总体偏低的问题开展专项工作。随着专项工作的开展，虽然全国法院刑事案件二审开庭率较 2022 年同期提高 16.48 个百分点，提高到了 33.76%，[3]但只是大致回到了 2017 年之前的平均水平，刑事二审开庭审理的改革任重而道远。

（二）二审案件开庭难的原因

刑事二审开庭难是刑事诉讼客观存在的现实问题，其主要问题又集中在上诉案件开庭上，造成这个问题的原因主要在于以下几个方面。

首先是立法存在缺陷。程序的“刚性”意味着司法机关只能根据立法清晰明确的指示行动，不得违背刑事诉讼法所明确设定的程序规则而任意决定诉讼的进程。程序的“刚性”是保证程序公正的关键，也是司法公正的重要组成部分。但上诉案件二审开庭审理的立法缺乏程序应有的“刚性”。对于上诉案件，《刑事诉讼法》规定合议庭经过阅卷，讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，认为对第一审认定的事实、证据提出异议不会影响定罪量刑，可以不开庭审理，这种仅凭阅卷和讯问后的个人主观感受来决定是否开庭审理的方式严重缺乏客观性，法官拥有过大的自由裁量空间。这是造成司法实践中上诉案件二审开庭审理程序被架空的主要原因。

其次是庭外机制的影响。在立法存在“刚性”不足缺陷的基础上，庭审之外的一些法院工作机制又进一步促使法官有选择性的避免开庭审理。一是上下级法院之间的司法行政化工作机制降低了上诉案件开庭率。我国上下级法院关系的司法行政化现象明显，下级法院会就案件审理向上级法院请示汇报，要求上级法院给予指示，[4]这种请示汇报的工作机制使上级法院成了实质的审理者，既然如此，下级法院很自然的就会认为第一审的审判是正确的，对认定的事实、证据提出异议不会影响定罪量刑，并以此为理由拒绝开庭审理。二是法院内二审开庭的审批程序烦琐使法官不愿开庭审理。司法实践中，二审法官若想要开庭审理，一般需要报庭长、院长审批，部分重大、疑难、复杂案件甚至还要征求同级检察院、政法委意见，若试图发改案件则法官又要再次报请审批，甚至再次征求政法委意见，这必然导致法官二审开庭审理的积极性降低。[5]

最后是法官个体认识不足。《通知》中指出部分法官有二审开庭是“浪费司法资源”、“走过场”的错误思想，在二审中存在“不重庭上重庭下”、“只审卷宗不审人”的片面做法。这事实上是我国法官个体认识中“重实体，轻程序”、“重结果，轻过程”的具象化体现。个别法官片面的认为二审只具有纠错防错的实体功能，只要能够实现二审纠错防错的实体功能，就达到了二审的价值追求。在这种认识下，法官很自然的就会认为既然可以在庭前以案件卷宗审查的形式认定案件没有错误，不开庭不会影响定罪量刑，也不会产生实体错误，那么就没有开庭审理“走过场”的必要，强行要求开庭就是“浪费司法资源”。

（三）二审案件开庭审理的立法改革

二审开庭难是我国刑事诉讼中长期被人诟病的问题，有必要在认识和尊重《刑事诉讼法》的个性与刑事司法规律的基础上，从立法层面予以修改。首先，对于保护被追诉人权利的立法要凸显程

---

[1] 参见陈光中,曾新华:《刑事诉讼法再修改视野下的二审程序改革》,载《中国法学》2011 年第 5 期,第 8 页。

[2] 参见孙长永:《中国刑事诉讼法制四十年:回顾、反思与展望》,中国政法大学出版社 2021 年,第 701 页。

[3] 参见王丽丽:《全国法院刑事案件二审开庭率稳步提升》,载人民法院网,https://www.chinacourt.org/article/detail/2024/03/id/7839738.shtml,2024 年 8 月 9 日访问。

[4] 参见龙宗智,袁坚:《深化改革背景下对司法行政化的遏制》,载《法学研究》2014 年第 1 期,第 136 页。

[5] 参见谢澍:《刑事案件二审开庭难的理论反思》,载《地方立法研究》2024 年第 3 期,第 119-120 页。

序的“刚性”。刑事诉讼法是被追诉人权利的大宪章，程序的核心作用与主要职能在于限制权力和保护权利。[1]因此，在保护被追诉人合法权利的立法上必须要凸显程序的“刚性”。程序的“刚性”是程序正义的必然要求，是司法公正的重要组成部分，也是立法上遵循刑事司法规律的必然选择。其次，需要明确二审案件开庭审理的范围。二审案件开庭难是司法问题，但更重要的是立法问题。《刑事诉讼法》赋予了抗诉案件必须开庭审理的义务，法院对此没有自由裁量空间，检察机关抗诉案件开庭率得到了保障，在不开庭审理常态化的司法实践中，抗诉成为了刑事二审开庭的主要理由。[2]可见，缺少程序必要的“显性”与“刚性”，法官在立法上对上诉案件拥有过大的自由裁量权是二审开庭难的决定性因素。最后，以“显性”与“刚性”的立法为基础，进一步完善庭外机制，转变法官个体认识。立法既能决定法院的工作机制，也能影响法官的个体认识。司法实践中复杂、烦琐的庭外机制与法官“不重庭上重庭下”、“只审卷宗不审人”的片面做法既不利于以审判为中心的刑事诉讼制度改革目标，也违反了刑事诉讼的一般规律。因此，在立法修改的基础上，要进一步贯彻以审判为中心的诉讼改革，减少请示、审批的庭外机制，加强教育和培训，转变法官个体认识。

我国实行二审全面审查制，二审法院就第一审判决事实认定和法律适用进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。二审是一次独立审判，而不是一审的延续，合议庭审判应当不受一审影响，既负责对事实的认定，又负责对法律的适用。既然如此，在二审中书面审理就是一种倒果为因的做法。因为，能否影响定罪量刑只能是审理的结果，而不能成为审判的理由。只有通过开庭审理，通过控辩双方对质，才能更深刻的理解案件，才能得出对第一审认定的事实、证据提出异议能否影响定罪量刑的结论，实现二审纠错防错的功能。当法官通过庭前对卷宗的审查，产生能够影响定罪量刑的观点以后，就已经将第一审产生的预断带入了二审当中，二审就已经丧失了中立审判的基石。另一方面，二审不仅具有纠错防错的实体功能，还具有安抚劝慰的功能，其要求不仅要实现司法公正，而且还要以看得见的方式实现司法公正。只有保障被追诉人有尊严的参与到司法过程当中，才能安抚劝忿被追诉人对社会对立、不满的情绪，实现案结事了，增强司法裁判的可接受性和权威性。二审案件采用书面审理的方式进行，忽略了二审全面审查制度的立法要求，背离了司法裁判必须建立在事实认定没有争议基础上的逻辑要求，也不符合直接言词原则的诉讼一般规律，并且明显违反了控辩平等的刑事诉讼原则，不利于被追诉人的权利救济与保障，违背了刑事第二审程序提供对公民人身权利的救济和最终保障的首要功能。既然抗诉案件必须开庭审理，那么就没有任何理由可以认为对第一审认定的事实、证据提出异议的上诉案件无需开庭审理。因此，《刑事诉讼法》应当做出对第一审认定的事实、证据等实体问题提出异议的二审案件必须开庭审理的规定，明确未开庭审理的法律后果，并进一步构建二审上诉案件权利救济与司法监督机制。

九、规范诉讼期限延长制度

迟到的正义是非正义。意大利刑法学家贝卡利亚也曾指出“惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时，就越是公正和有益。”[3]刑事诉讼的价值目标不仅是保障正义和公正的实现，更是要保障公正的及时实现。在刑事诉讼程序中具体体现这一价值目标的就是诉讼及时原则。[4]诉讼及时原则是法治体系现代化的一项基本原则，但《刑事诉讼法》对及时性原则的规定仍有需要完善之处。

（一）羁押期限的合理化

羁押是依法在审判前限制和剥夺被追诉人人身自由的诉讼保障制度。我国的羁押并不是一种法定的强制措施，而是随着法定强制措施的适用而产生的一种自然后果或者现实状态，其中与羁押有关的强制措施主要是拘留和逮捕。尽管从法律功能上看，羁押与监禁刑不可同日而语，但从对人身自由的限制程度来看，两者却并无实质上的区别。[5]理论上，羁押应当受到比一般监禁刑更加严格的

---

[1] 参见谢佑平:《法治现代化视野下《刑事诉讼法》再修改》,载《政法论坛》2024 年第 1 期,第 60 页。

[2] 参见田源:《刑事二审不开庭审理常态化现象透析与问题疏解——以 D 省 Z 市中院为分析样本》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 5 期,第 46 页。

[3] [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,商务印书馆 2017 年版,第 69 页。

[4] 参见谢佑平,万毅:《法理视野中的刑事诉讼效率和期间:及时性原则研究》,载《法律科学》2003 年第 2 期,第 48 页。

[5] 陈瑞华:《审前羁押的法律控制——比较法角度的分析》,载《政法论坛》2001 年第 4 期,第 110 页。

限制，只有这样才能贯彻无罪推定原则，否则将是对无罪推定原则的严重违反。但是，羁押却在立法上未得到应有的重视，现行羁押制度任然存在不少问题。

首先，以司法机关内部工作需要为本位构建羁押制度，导致羁押期限不明。一方面，根据《刑事诉讼法》的规定，侦查期间延长羁押的要素，有且仅有侦查羁押期限届满仍不能侦查终结，而在司法实践中，部分地方检察机关对公安机关延长侦查羁押期限把关宽松，批延率甚至达到 99%，[1]《刑事诉讼法》关于羁押的必要性审查的规定形同虚设。并且，由于《刑事诉讼法》没有对重新计算羁押期限进行限制，事实上赋予了侦查机关只要有工作需要就可以自行决定无限期延长侦查羁押期限的可能。这些以侦查需要而延长羁押期限或者重新计算羁押期限的立法，无不体现了以工作需要为本位的制度构建。另一方面，审查起诉、一审、二审的羁押期限则完全依附于审查起诉、审理的期限。而在审判阶段，第一审与二审程序又规定了延长审理、重新计算审理期限的多种情形，并且案件在办案机关之间、上下级法院之间移送时间不计入办案期限，审判阶段到底要羁押犯罪嫌疑人多长时间，几乎是个“迷题”。[2]可见，《刑事诉讼法》对于羁押的规定是以司法机关的工作需要为本位构建，在立法时并未考虑及时性原则，这将导致羁押期限不明，不可避免地出现“超期羁押”、“久押不决”等现象。

其次，以行政化方式决定适用羁押或者延长羁押期限，导致被追诉人参与受限。正是由于认为羁押的本质是为了司法机关内部工作的需要，在羁押的决定与批准时很自然的也就采取了内部行政化的方式。其行政化方式体现在以下几个方面：一是决定的单方性，在羁押适用以及延长程序中，公安机关、检察机关通过内部“提请—批准”进行单向度的审查以及单方面的决定。二是过程的封闭性，在司法实践中，公安机关、检察机关仅公开适用羁押或者延长羁押期限的最终结果，无需举证适用羁押或者延长羁押期限的理由、根据以及必要性。三是举证的倒置性，即公安机关、检察机关不仅无需举证羁押的理由、根据以及必要性，而且根据司法解释的规定，在申请羁押必要性审查时甚至需要被追诉人提供不需要继续羁押的理由及相关证据或者材料。[3]公安机关、检察机关以行政化方式决定适用羁押或者延长羁押期限，被追诉人无法参与决定过程，无法了解被羁押的根据以及原来的羁押理由是否已经发生变化，无从有针对性的进行反驳和及时地提出救济，严重限制了被追诉人参与权，导致适用以及延长羁押的正当性存疑。

羁押作为审判前限制剥夺未决被追诉人人身自由的措施，以司法机关内部工作的需要为本位构建的行政化羁押制度，不符合全面依法治国的法治要求。羁押期限的合理化应当贯彻刑事诉讼的基本原则，以被追诉人权益保障为本位，构建司法化的羁押制度。首先，需要以被追诉人权益保障为本位合理化羁押期限的设置。为了正当、迅速解决刑事案件，防止出现“超期羁押”、“久押不决”等严重侵犯被追诉人人身自由的现象，应当以立法的形式贯彻比例原则与程序法定原则，根据被追诉人可能判处的刑罚，明确终审判决前羁押被追诉人的累计最长期限，使羁押的期间法定化，对累计羁押期限届满的被追诉人必须变更强制措施。其次，需要以司法审查的方式决定羁押的适用以及延长，保障被追诉人的诉讼权利。现代法治国家也被称为“司法国家”或“裁判国家”，“司法国家”的典型特征和核心要素是司法审查原则的确立，即法院充分发挥司法的能动作用，对国家强制权的合法性进行审查，以保障个人的权益，防止国家强制权的违法侵害。[4]羁押的本质是限制剥夺人身自由，其严厉程度与监禁刑相似，应当受到比一般监禁刑更加严格的限制，因此，对羁押的适用以及延长应当贯彻司法审查原则。对于羁押的司法审查，一是要明确公诉方的举证责任，提请批准逮捕或者延长羁押期限都必须由公诉方承担相应的举证责任，不能由被追诉人证明自己不需要被羁押；二是要明确被追诉人的知情权，提前告知被追诉人羁押理由、根据以及必要性，确保被追诉人有充足的时间准备，保障其享有实质性参与决定的权利；三是明确被追诉人的抗辩权，被追诉人与公诉人应当在法

---

[1] 参见顾明:《我国延长侦查羁押期限制度的反思与调试——以某直辖市近三年延期羁押案件为研究样本》,载《天津法学》2017 年第 4 期,第 74-76 页。

[2] 参见廖荣辉:《刑事案件“延长羁押期限”问题研究》,载《河北法学》2008 年第 1 期,第 182 页。

[3] 参见《人民检察院刑事诉讼规则》第 574 条第 2 款。

[4] 谢佑平:《刑事程序法哲学》,中国检察出版社 2010 年,第 108 页。

官面前，就羁押的理由、根据以及必要性进行公开对质与辩论，法官在充分听取双方意见后，才能最终做出予以批准或者不予批准的决定。

（二）审理期限的合理化

案件的审理期限是诉讼及时原则在审判程序中的具象化体现，其要求审判工作应当以正当、迅速解决刑事案件为目的，迅速、及时地开展审判工作，提高司法效率，使案件在合理的时间内得到解决。但是，应当看到现行的审限制度任然存在一些问题。一是立法上的疏忽导致审判程序拖延。我国《刑事诉讼法》规定法院可以在审判结束之后定期宣判，但是《刑事诉讼法》并未规定定期宣判的期限，这就为审理结束后长时间不宣告判决，拖延审判程序留下了操作空间。二是并没有在立法上明确超期审判的法律后果。无论是拖延审判程序，还是案情重大复杂导致审理期限届满，法官均不能终结审判，超期审判并不会产生程序上的制裁后果。

《刑事诉讼法》应当修改关于审理期限的有关规定，在立法中明确集中审理原则。一方面能够在审判的过程中贯彻诉讼及时原则，实现迅速裁判，防止诉讼拖延、“久押不决”等现象的发生，保障程序正义的实现；另一方面能够贯彻直接言词原则，在法庭内集中完成法庭调查与法庭辩论，保障法庭调查与法庭辩论的鲜活性，确保审判组织组成人员集中、全面的了解案情，从而准确的做出裁判，实现实体正义。明确集中审理原则，一是要明确一个案件由一个审判组织进行审理。一方面要明确审判组织组成人员不可更换，并且在审理过程中必须始终在场，另一方面要明确在审理尚未结束前不允许审理其他案件，避免记忆穿插，打破审理活动的连续性。二是要明确在庭审集中法庭调查与法庭辩论。确保控辩审三方必须参与案件的全部庭审活动，在平等武装、平等保护的控辩对抗基础上，审判组织组成人员集中、全面的直接接触在案证据，听取法庭辩论，认定案件事实，并以此做出裁判。三是要明确以不间断审理为原则。审理原则上应当在法定审判期间内，无长时间间断地集中进行，明确例举庭审中断的法定理由和最长时间。四是明确以当庭宣判为原则。在审理结束后原则上应当当庭宣判，明确例举定期宣判的法定理由，对于必须定期宣判的，法律应当明确规定法庭定期宣判的期限。五是明确违反集中审理原则的程序性制裁后果，违反集中审理原则的，已进行的审判活动应当归于无效。

轻罪治理视角下《刑事诉讼法》修改重点问题研究

胡 铭　杨云皓*

摘要：随着社会经济的发展与公众对公平正义要求的提高，现行《刑事诉讼法》在应对轻罪治理方面暴露出一些不足。为此，本研究主张从三个方面着手进行修订：一是扩大附条件不起诉制度的应用范围，以促进轻罪嫌疑人的再社会化，并体现刑事政策中的人文关怀与非报应论思想；二是完善前科消灭机制，减少轻微犯罪记录对个人的长期负面影响，促进犯罪者重返社会，增强社会稳定；三是改进刑事强制措施，特别是羁押审查制度，以确保在保障公共安全的同时，也能维护个人权益，避免过度限制人身自由。通过上述改革，旨在构建一个更加公正、高效的刑事司法体系，为推进法治建设、构建和谐社会提供有力保障。

关键词：轻罪治理；附条件不起诉；犯罪附随后果；刑事强制措施

一、引言

目前我国法律并没有明确轻罪的概念，现行主流观点是以三年有期徒刑为界划分轻重犯罪、以一年有期徒刑划分轻微犯罪。[1]自 2011 年刑法修正案八“醉驾入刑”以来，轻罪问题日益受到学者们关注。近十年来，全国范围内的杀人、抢劫、绑架等严重暴力犯罪数量连续下降，而与此相对应的，则是危险驾驶、帮助信息网络犯罪活动等轻微犯罪案件的显著增加。被法院判处三年有期徒刑以下的轻刑案件占到了刑事案件总量的八成以上，[2]这表明中国已经步入轻罪为主的刑事司法新阶段。在此背景下，如何推进轻罪现代化治理已成为必须回应的时代命题。

刑事诉讼法不仅是规范国家权力运作与保障公民权利的重要法律文本，在某种程度上亦具备社会治理的功能与属性。为满足与适应社会发展的治理需求，我国刑事诉讼程序近年来经历了多次重大改革，诸如认罪认罚从宽制度的改革、以审判为中心的诉讼制度改革以及国家监察体制的改革等。数字时代为轻罪治理带来了重要契机，大数据分析、人工智能等技术在诉源治理、犯罪预测预警、法律监督及非羁押措施执行等方面发挥了积极作用，促进了轻罪防控的前置化、智能化与科学化。在此背景下对《刑事诉讼法》进行修改，正是刑事诉讼程序发挥犯罪控制与社会治理功能的重要体现。从学界研究成果来看，程序出罪、犯罪附随后果、强制措施等治理路径仍需完善，应以本次《刑事诉讼法》修改为契机推进轻罪治理现代化。

首先，“从 2016 年至 2020 年，我国刑事案件无罪率分别是 0.09%、0.13%、0.09%、0.08%、0.07%，平均每年仅有千余人能够在实体上出罪。”[3]可见，在实际操作层面，轻罪案件一旦进入刑事诉讼程序，出罪概率即偏低。对此，主流观点认为有必要拓宽实定法关于附条件不起诉的适用条件，以程序出罪机制节制刑罚的司法适用，并至少呈现两条阐释脉络：一是以犯罪生态和结构的剧变为背景反思传统的一元治罪体系，并围绕程序出罪的体系化构建，提出附条件不起诉的精细化作业方式；[4]二是从实践出发，吸收部分地区司法机关在醉驾等轻罪案件上自发进行的有益探索，主张将附条件不起诉制度扩大适用到全部轻罪案件。[5]附条件不起诉是程序出罪的重要方式，数字技术在辅助量刑预测、羁束检察裁量、个性化监督矫治等方面发挥的作用有助于全面激活附条件不起诉的适用。但数字时代下附条件不起诉制度也面临内外双重困境，突围之路在于明晰数字化评估与不起诉裁量间既联袂互动又适度分离的关系，在运用数字技术前主动开示数据并提供救济管道，寻求数字化监督考察平台的多部门联通共建。数字时代下附条件不起诉的程序改良宜从运用数字技术辅助识别适用条件出发，依靠数字技术呈现“可视化”的公共利益并严格限制裁量权，同时加强个性化考察模块开

---

* 胡铭，中国刑事诉讼法学研究会副会长，浙江大学光华法学院院长，教授、博士生导师；杨云皓，浙江大学光华法学院博士研究生。

[1] 参见陈光中、李作：《轻微犯罪无罪化处理问题探讨》，载《法律适用》2024 年第 1 期,第 53-64 页。

[2] 参见陈慧娟：《最高检：着力完善轻罪治理体系》，载《光明日报》2024 年 2 月 1 日第 04 版。

[3] 参见王迎龙：《轻罪治理背景下出罪模式研究——实体与程序路径的双重反思》，载《比较法研究》2023 年第 4 期，第 18-32 页。

[4] 参见樊崇义：《中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践》，载《中国法律评论》2023 年第 4 期，第 199-200 页；王迎龙：《轻罪治理背景下出罪模式研究》，载《比较法研究》2023 年第 4 期，第 18-32 页。

[5] 参见陈瑞华：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期，第 145-163 页。

发的规范供给。

其次，在现行的犯罪附随后果制度中，对于轻微犯罪行为的判决虽轻，但其附随后果却较为严重，甚至在某些情况下出现了影响范围过广的问题。尤其是犯罪记录的累积性存在，即所谓的“只增不减”，可能会衍生一系列负面的社会后果。以危险驾驶罪为例，除了法定的吊销驾驶执照外，尚存在至少二十九种附加的资质剥夺或禁止措施。若不及时探讨刑事司法实践中轻罪与轻罚间的合理匹配，并通过建立前科消灭制度来帮助犯罪者融入社会，则可能导致相当一部分人群被社会边缘化，最终难以平衡社会公共安全与犯罪者基本人权的保护。

最后，我国刑事强制措施制度中存在羁押性强制措施适用率较高、逮捕措施过度使用以及滥用指定监视居住等问题。数据显示，尽管诉前羁押率有所下降，但若计入刑事拘留或留置措施，实际羁押率依然较高。实践中，“构罪即捕”的现象普遍存在，同时指定监视居住作为逮捕替代措施，由于操作简便，在一些情况下被不当使用，甚至异化为实质羁押措施。这些问题反映出强制措施制度的基本功能未被明确界定，缺乏独立羁押审查程序，且现有救济措施效果有限。为此，构建逮捕听证程序以提高决策的公正性与准确性，废除指定居所监视居住以恢复监视居住措施的非羁押本质，充分利用数字技术如“非羁码”系统以提升非羁押执行工作的精确度与可靠性，被视为优化现行制度的重要途径。通过这些措施，有望实现刑事诉讼程序的公正性与效率性，同时更好地保障被追诉人的合法权益。

二、轻罪治理视角下的不起诉制度

（一）当前不起诉制度存在的问题

1. 审前分流机制的效用尚未充分发挥

欧美国家采用“立法定性+司法定量”的模式，在立法上对犯罪成立没有数量和程度的限制，因此犯罪圈相对较大。为了处置大量的轻微犯罪，欧美国家主要通过程序出罪来限定刑罚适用范围，从而使大量的刑事案件在审前即被分流。有学者将这种刑事司法体制比喻为“漏斗式”刑事司法体制。[1]与欧美国家不同，我国采用“立法定性+定量”模式，犯罪圈相对而言较小，通过程序出罪的案件较少。然而，随着刑法积极参与社会治理，我国不断增加轻罪罪名，刑法结构也由“厉而不严”转变为“严而不厉”。[2]在处理轻微犯罪时，司法系统仍倾向于对所有犯罪行为采取同等严厉的态度，缺乏足够细致和高效的出罪机制。程序出罪是司法实践中处理轻微犯罪的一种方式，其中检察机关在审查起诉阶段通过对符合法定条件的轻微犯罪行为作出不起诉决定，发挥了关键作用。“从 2016 年至 2020 年，我国刑事案件无罪率分别是 0.09%、0.13%、0.09%、0.08%、0.07%，平均每年仅有千余人能够在实体上出罪。”[3]可见，在实际操作层面，轻罪案件一旦进入刑事诉讼程序，出罪概率即偏低。审前分流机制的效用尚未充分发挥。

2. 不起诉种类匮乏

依据《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）的规定，对犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，可以作出不起诉决定。具体来说，包括法定不起诉（《刑事诉讼法》第 177 条）、酌定不起诉（《刑事诉讼法》第 177 条）、证据不足不起诉（《刑事诉讼法》第 175 条）、特别核准不起诉（《刑事诉讼法》第 182 条）、未成年人附条件不起诉（《刑事诉讼法》第 282 条）等五种不起诉类型。[4]在轻罪案件范畴内，法定不起诉的标准设定严谨，符合此类不起诉条件的案例数量相对稀少。同时，值得注意的是，附条件不起诉制度在我国法域内限定适用于未成年人犯罪案件，故而在处理非未成年人轻罪案件时，检察官仅能依赖酌定不起诉这一裁量机制来实现对轻罪行为的灵活处置。换言之，在轻罪案件的实际操作中，鉴于法定不起诉门槛较高及附条件不起诉对象的特定性，检察官在决定是否发起公诉时，酌定不起诉成了常规性的、唯一可普遍适用

---

[1] 何荣功：《我国轻罪立法的体系思考》，载《中外法学》2018 年第 5 期，第 1202-1221 页。

[2] 徐岱、王沛然：《中国轻罪治理体系规范检视与路径选择》，载《社会科学战线》2022 年第 10 期，第 266-270 页。

[3] 王迎龙：《轻罪治理背景下出罪模式研究——实体与程序路径的双重反思》，载《比较法研究》2023 年第 4 期，第 18-32 页。

[4] 邵俊：《轻罪时代附条件不起诉的立法建议》，载《法学杂志》2024 年第 2 期，第 60-74 页。

的不起诉类型。此外，我国酌定不起诉制度的局限性在于其并非纯粹意义上的检察官自由裁量制度，而是一种介乎酌定与法定之间的“半酌定半法定”模式。《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款规定了酌定不起诉的两个必备条件，一是犯罪情节轻微，看似提供了裁量空间，但在实践中常将其与可能判处特定刑期以下刑罚的标准相挂钩；二是必须符合刑法中规定的无需判处刑罚或免除刑罚的 17 种具体情形。这两个条件实际上带有“事实法定化”的特点，对检察官的自由裁量权形成了相当大的限制。[1]

（二）我国不起诉制度适用困境的成因分析

1. 不起诉改革缺少法律依据

近年来，随着轻罪案件数量的显著增加以及社会对于高效治理轻罪行为的需求日益迫切，我国检察机关在处理此类案件时面临着前所未有的压力。为了应对这一挑战，检察机关在现有法律框架内积极探索并实施了一系列旨在提高司法效率与公正性的改革措施。其中，附条件不起诉作为一种创新性的司法实践，旨在通过对轻微违法行为采取更为灵活的处理方式，既减轻了司法系统的负担，又促进了违法行为人的改正与回归社会。附条件不起诉的核心理念在于，检察机关在决定不起诉之前，要求被不起诉人履行一定的义务或条件。这种制度不仅体现了现代法治精神中的宽容与教育原则，也为司法资源的有效配置提供了新的思路。最具代表性的便是醉驾案件的附条件不起诉。

以醉驾为例，当前众多地区正积极探讨对拟不予起诉的酒驾者实施社会公益服务机制的可能性。诸如浙江省瑞安市发布的《关于“醉驾”案件实行购买公益服务落实不起诉的意见（试行）》、福建省福安市推出的《关于醉驾刑事案件交通志愿服务考察机制的实施办法（试行）》以及广东省广州市越秀区人民检察院在轻度醉驾案件中引入的“社会公益服务考察项目”，均明确规定了对拟不予起诉的醉驾者需完成一定量的社会服务。[2]虽然各地改革名目各异，但内容上具有一些共同点，比如将醉驾人员的社会公益服务表现作为不起诉的重要依据。各地司法机关为了响应实际需求而自主启动的程序改革，展现出了明显的成效优势。这些举措实际上体现为一种附带条件的不起诉模式，而非简单的相对不起诉决定。但在推进诸如志愿服务等社会活动的过程中，应当审慎行事，确保此类举措在法律框架内实施。例如，在早些时候，北仑地区曾尝试开展类似项目，但由于缺乏明确的法律基础而被迫中止。鉴于检察机关作为法律监督机构，若在缺乏相应法律依据的情况下单方面推行此类活动，可能会引发负面的社会反响。

2. 检察起诉裁量权行使积极性不高

检察起诉裁量权是指检察官作为公诉机关代表，在审查起诉阶段对是否起诉及如何起诉具有决定权。这一权力的合理使用直接关系到轻罪案件处理的公正性和效率。理论上，起诉分为起诉法定主义和起诉便宜主义两种模式。起诉法定主义要求检察官在犯罪事实满足法定条件时必须起诉，不得自行裁量。相反，起诉便宜主义允许检察官在法律规定范围内，即使犯罪事实满足起诉条件，也可以根据具体情况和多种考量因素自主决定是否起诉。起诉便宜主义赋予了检察机关一定的裁量权，使他们能够根据犯罪者的个体特征和具体犯罪情节灵活做出起诉决策。这不仅有利于犯罪人的个性化矫正与改造，还能通过适当排除部分轻罪案件不进入正式审判程序，实现司法资源的有效配置和诉讼效率的提升。[3]

尽管我国法律规定了检察官在特定条件下有权根据案件具体情况，酌情决定是否起诉，但在实践中，却遭遇了显著的操作障碍，表现为“不敢用、不愿用、不会用”的现象。究其原因，主要在于检察机关在行使起诉裁量权时，面临着多重顾虑与制约。首先，由于担心承担过高的责任风险，检察机关在作出不起诉决定时往往显得尤为谨慎，以防因不当的不起诉决定而招致后续的追责。其次，我国长期以来深受“严打犯罪”和“重刑主义”思想的影响，这一思想在社会舆论和公众认知中占据主导地位。[4]公众普遍期望严厉打击犯罪以维护社会正义和秩序。因此，检察官若对一些轻微犯罪不予起诉，易遭误解为纵容或失职。此外，在信息时代，媒体和公众的高度关注也使检察官在行使起诉

---

[1] 参见赵兴洪：《酌定不起诉的时代命运》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 2 期，第 74-90 页。

[2] 参见陈文聪：《醉驾案件附条件不起诉制度研究》，载《比较法研究》 2022 年第 6 期，第 78 页。

[3] 参见陈光中、张建伟：《附条件不起诉：检察裁量权的新发展》，载《人民检察》2006 年第 7 期，第 5-9 页。

[4] 参见张文显：《法治与国家治理现代化》，载《中国法学》2014 年第 4 期，第 5-27 页。

裁量权时更为谨慎，更倾向选择起诉以彰显司法的严肃性和权威性。再者，由于缺乏系统的指导与培训，部分检察人员在面对具体的案件时，对于酌定不起诉标准及方法的把握不够准确，导致其在实际操作中难以有效行使该权力。最后，有限的司法资源和沉重的办案压力是影响检察官行使起诉裁量权的关键因素。在案件数量庞大而资源有限的情况下，检察官面临巨大工作压力。案件总量的逐年增长导致每位检察官的办案量都在增加。为确保司法效率，检察官倾向于迅速处理案件。对于轻罪案件，鉴于起诉程序相对标准化，能快速完成案件处理并释放资源，而决定不起诉则需更多时间和精力进行评估，这在资源紧张的情况下不被优先考虑。此外，检察官担忧过多投入轻罪案件会影响重大案件的处理进度，进而影响整体司法效率和公众对司法公正的信任。因此，在资源紧张和办案压力下，检察官更倾向于通过起诉程序来高效解决问题，而非深入评估每个案件后作出不起诉决定，这在一定程度上降低了他们行使裁量权的积极性。

3. 数字技术应用于不起诉制度的系统性痼疾

围绕人工智能展开的各类数字技术已在刑事司法中普遍应用，在实现各种法律、政治与道德目标的过程中，相关争议阐之未尽。实际上，人工智能应用于刑事司法系统所面对的冲击和挑战兼具融贯性和本体性，不因具体应用的场域而转移。数字技术介入下的不起诉制度同样面临这些共性的困境，主要有三。

其一，评估嫌疑人社会危险性、特殊预防必要性算法的结果公正性存疑，可能动摇附条件不起诉的基石。量刑辅助系列应用的出现使得检察机关的量刑预判能够趋近法官平均集体经验值，但蕴含隐性偏见的集体经验也可能包含在算法之中。数字技术可能将那些人类潜意识里蕴含偏见的不当决策固化；[1]此外，因性别、年龄或任何其他不可改变的特征而加重惩罚，让人觉得相当不公。[2]试举一个不现实但能说明问题的例子，假设算法存在系统性缺陷，任何出生于贫困家庭、涉嫌抢劫犯罪的嫌疑人均被列入高风险类别，而其中部分洗心革面、痛改前非的行为人亦得遭致畸重量刑建议的裹挟，无法适用附条件不起诉。此类评估结果显然受到广泛质疑，原因在于：一方面，主流量刑评估算法运用的是假说推理，这种不保真的推理类型可能使运行结果与真实的应用不相匹配。[3]现阶段人工智能在辅助检察官作出不起诉风险判断时所依赖的还是静态的算法，不具备自动迭代和根据个案灵活变动的能力，错误的输出致使检察官判断失准。另一方面，机器学习的复杂性可能会降低检察官推翻机器建议的可能性，[4]从而形成结果依赖，加剧“理念锚定”[5]的系统性风险。长此以往将动摇附条件不起诉的制度根基，背离公平正义的刑事司法理念。

其二，嫌疑人、被害人和社会公众对裁量过程的参与权和知情权受限，侵蚀不起诉的正当程序。数字技术为不起诉的决策过程，尤其在公共利益的识别和判断上提供相对客观的指引，拘束了检察裁量权的运行。但一般情况下，检察机关在不起诉决定书的正文部分不会详述量刑评估的缘由，风险评估在社会调查情况的部分带过，而不诉是否符合社会公共利益则通常不予论证。质言之，诉讼当事人无法获取检察裁量的过程性信息，间接增加了救济的难度。数字时代的程序正义赋予当事人了解算法运行的权利，尤其强调其应深度参与算法决策运行程序。然而我国司法机关对于人工智能产品的公开尚属起步阶段，一方面当事人无法从终局性文书中得知司法机关是否采用人工智能工具；另一方面，根据《最高人民法院关于规范和加强人工智能司法应用的意见》（以下简称《意见》）

---

[1] See Frank Fagan & Saul Levmore, The Impact of Artificial Intelligence on Rules, Standards, and Judicial Discretion, Southern California Law Review, Vol. 93:1, p.1 (2019).

[2] See Dan Hunter, et al., A Framework for the Efficient and Ethical Use of Artificial Intelligence in the Criminal Justice System, Florida State University Law Review, Vol. 47:749, p.791 (2020).

[3] 参见胡铭：《数字法学研究的实验方法与风险防控》，载《华东政法大学学报》2023 年第 1 期，第 58 页。

[4] See Michael E. Donohue, A Replacement for Justitia's Scales: Machine Learning's Role in Sentencing, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 32:657, p.666 (2019).

[5] “锚定”作为一个行为经济学术语，指的是人类决策者对某一切实可用的证据进行权衡的现象，这种权衡方式通常不利于刑事司法决策。See Criminal Law - Sentencing Guidelines - Wisconsin Supreme Court Requires Warning before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing - State v. Loomis 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), Harvard Law Review, Vol. 130:1530, p.1536 (2017).

等现有的规范性文件，数字技术公开的范畴仅限于功能、性能与局限，[1]至于算法的编码、结构、变量、原理等事项通常当事人无法获知。[2]这也使得控辩双方处于先验的不平等的状态，辩方难以审查不起诉的决策过程是否形式正确抑或考虑了不当因素。此外，不仅算法输出结果的准确性关乎程序正义，当事人对用于生成结果的数据之准确性也具有正当程序利益。[3]在辩方提出数据方面的异议时，司法机关通常以数字技术的评估是过程性、辅助性的行为而拒绝公开数据的来源，这显然背离正当程序的基本要求。

其三，数字化监督考察平台的建设无法剥离现实场景的支持，且总体设计仍较为单一和粗疏，容易形成范式依赖。与数字技术的其他的应用场景相似，司法数字化的背后需要充分的现实资源支撑，否则只能是无根之木。例如，人脸识别系统实现犯罪精准侦查的前置性条件在于天网监控系统的密织；实现刑罚执行的智能化亦需在物理上设置不同安全等级、不同监控力度的羁押场所。就附条件不起诉的监督考察而言，云题库、在线课程等虚拟场景仅是多元教育矫治措施中的一面，社区服务场所、特定诊疗项目、社工群体招募等现实场景是数字化平台无法替代的。除此之外，当前基于地方实践供给的教育考察项目仍显单调，无法缓解数字时代新型犯罪频发与被动治理间的紧张关系。显然，犯罪治理是一个需要多方主体参与的系统性工程，目前已经投入实践的监督考核平台主要聚焦未成年人司法以及醉驾等轻微案件的公益服务考察，是形势、政策驱动下的产物，缺乏统一、智能的全方位聚合平台，即使推广到其他类型的犯罪矫治，也无法实现个性化治理。

（三）关于不起诉制度的修改建议

2012 年《刑事诉讼法》修改时，立法者审慎地限制了附条件不起诉制度的适用主体和刑度范围，既有对当时法治状况的综合考量，也有对检察机关可能滥用自由裁量权之虞以及对社会公众认可度的重重顾虑。随着数字技术在要素、平台、产出三个层次的全方位兴起，附条件不起诉或可跳出刑事犯罪结构性变化的论证逻辑，转向迎接数字时代的新机遇。

数字技术的机能和特性决定了数字时代附条件不起诉的实践运行总体应符合“宽进严出”的基本原则。这意味着，首先，在案件准入上，可进一步放宽对涉案对象的限制。实定法将适用主体框定在未成年人本就出于渐进式立法的考量，那些对社会危害性不大、改造较为容易的人群理应进入附条件不起诉的视野。[4]考虑到未成年司法的特殊性，有学者建议构建成年人与未成年人案件附条件不起诉制度的二元化处理模式，[5]因此，本次刑事诉讼法修改可以考虑塑造附条件不起诉的二元立法体例，即在第二编第三章明确附条件不起诉的一般性规范作为总则性条款，同时通过特别程序的方式规定未成年人附条件不起诉的特别条款。其次，对于适用的案件类型，当前限制在《刑法》分则第四章至第六章主要是基于未成年人犯罪的特点。进入数字时代，附条件不起诉的评估主要围绕风险和量刑评估展开，一套科学且保障正当程序的算法具有极强的个案生命力，没必要削足适履，大范围限制案件类型。但完全不加限制似乎也不合适，依据数学原理和统计学原理建构的算法得出的分析结果尽管可能是准确的，但不排除严重冲击社会公众对公平正义之观感。实际上，域外国家多从反面列举不能适用的具体情形，例如美国审前转处计划将涉嫌严重暴力犯罪、性虐待或性侵犯、危害国家安全、公职人员违反职务公正等犯罪的人员排除在外。[6]对此我国可予以借鉴，绝对禁止危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等严重损害公共利益的案件适用附条件不起诉制度；此外，围绕数字技术提供的社会危险性量化评估结果，将人身危险性较大的、共同犯罪中的主犯、累犯、再犯等具有国家追诉利益的情形亦排除在外。

---

[1] 参见《最高人民法院关于规范和加强人工智能司法应用的意见》第 6 条。

[2] See Rebecca Wexler, Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System, Stanford Law Review, Vol. 70:1343, p.1349-1350 (2018).

[3] See John Villasenor & Virginia Foggo, Artificial Intelligence, Due Process and Criminal Sentencing, Michigan State Law Review, Vol. 2020:295, p.322 (2017).

[4] 参见陈光中：《关于附条件不起诉问题的思考》，载《人民检察》2007 年第 24 期，第 8 页。

[5] 参见郭烁主编：《刑事诉讼法案例进阶》，法律出版社 2023 年版，第 212 页。

[6] See U.S. Department of Justice, Justice Manual: Pretrial Diversion Program, U.S. Department of Justice, at https://www.justice.gov/jm/jm-9-22000-pretrial-diversion-program (Last visited on Dec. 5, 2023).

再次，在刑罚条件上，一方面，实定法“可能判处一年以下有期徒刑”的限制导致了部分轻罪被排除在适用范围之外，使得罪刑不均衡等缺陷更为突出。另一方面，倘若直接将适用条件放开到“可能判处三年以下有期徒刑”，在数字量刑和风险评估技术的精准性尚待实证进一步检验时，这种突兀的空间释放无疑极大地扩张了裁量空间，极端情况下一些法定刑在十年以上的案件亦可满足附条件不起诉的法定要件。对此，本文原则上主张将全部“事实的轻罪”纳入附条件不起诉的审查范畴，但同时也主张“两步走”的改革路径，即：第一步，在下一轮修法时率先解决当前实践中基层检察机关在醉驾等轻罪探索的所谓“附条件的”相对不起诉之正当性问题，将刑罚条件规定为“可能判处一年以下有期徒刑”的案件，既囊括了危险驾驶罪、妨害安全驾驶罪、高空抛物罪等法定刑在一年以下的轻罪，也为像袭警罪、故意伤害（轻伤）这样法定的轻罪提供了过渡地带；第二步，以部分区域试点的形式，为“可能判处一年以上三年以下有期徒刑”的案件提供准入许可，但应同步限制为“再犯可能性低或过失犯罪”，后续再根据试点情况解除全部限制。如此，既涵盖了全部有出罪必要的轻罪，同时也提供了数字辅助技术的充分运转的空间。

最后，在罪后主观表现方面，现行规范中所谓“有悔罪表现”尚不足以吸收协商式司法的理念，且存在重叠认定的问题。具言之，虽然具有自首或立功表现，犯罪中止等情节可以视为有悔罪表现，但这部分情节已经在数字技术评估风险、提出量刑预测的时候被吸收，不具有独立价值。实际上，该要件的意义在于凸显嫌疑人在刑事诉讼中的主体地位，赋予其直接参与形塑附条件不起诉之负担的权利。实践中，检察机关也通常将附条件不起诉的意见和附带条件作为具结书的内容让嫌疑人一并签署。[1]未来修法时，应当明确认罪认罚从宽与附条件不起诉制度的衔接，将“有悔罪表现”修改为“认罪认罚”，当然具体的表现形式可以是向被害人赔礼道歉、积极退赃，尽力减少或者弥补损失等。

综上所述，为因应数字时代的到来以及犯罪结构的变革，附条件不起诉的制度设计既有全局性、根本性的变动，也有细节方面的调整。我国未来在修改《刑事诉讼法》及相关司法解释时，可以重点考虑以下几个原则性问题：

1. 在《刑事诉讼法》第 177 条后增加一条，作为第 177 条之一：“对于可能判处一年有期徒刑以下刑罚，符合起诉条件，但认罪认罚的犯罪嫌疑人，人民检察院可以作出附条件不起诉的决定，但有下列情形的除外：（一）危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件；（二）罪行较重、人身危险性较大的；（三）共同犯罪中的主犯；（四）累犯、再犯；（五）不符合社会公共利益的其他情形。人民检察院在作出附条件不起诉的决定以前，应当听取公安机关、被害人的意见。犯罪嫌疑人及其法定代理人、辩护人对人民检察院决定附条件不起诉有异议的，人民检察院应当作出起诉的决定。”

2. 细化规定附条件不起诉矫治和教育项目的司法解释，新增公共安全类犯罪、破坏经济秩序犯罪、侵犯人身类犯罪、侵犯财产类犯罪、妨害社会管理秩序类犯罪的矫治项目。同步修改附条件不起诉的考验期为一个月以上一年以下，考验期的长短应符合比例原则，可以参考犯罪嫌疑人可能判处的刑期确定具体考察期限。

3. 在相关司法解释中增加一条：“人民检察院可以借助量刑智能辅助系统分析案件、计算量刑，并综合考虑全案情况和量刑情节，衡量是否‘可能判处一年有期徒刑以下刑罚’。”

4. 在相关司法解释中增加一条：“审查、评估犯罪嫌疑人是否有附条件不起诉的必要性，可以采取委托社会调查、开展人工智能量化评估等方式，调查评估情况作为作出审查、评估决定的参考。”

三、轻罪治理视角下的犯罪附随后果制度

（一）当前犯罪附随后果制度存在的问题

1. 轻罪轻刑但不轻罚

轻罪轻刑但不轻罚的现象是指虽然轻罪案件的刑罚相对较轻，但犯罪附随后果却可能十分严重，导致实际承担的社会后果与刑罚的轻重不成正比。尽管刑罚较轻，犯罪附随后果却可能十分严重，这对犯罪人的未来职业发展、社会地位、个人声誉、经济状况以及社会融合能力等多个方面产生了长远且深刻的影响。具体而言，犯罪记录可能成为雇主拒绝录用或晋升犯罪人的理由，即便该犯罪与工作内容无关，这限制了犯罪人在特定领域的职业发展。此外，即便轻罪案件的刑罚较轻，

[1] “李某诈骗、传授犯罪方法牛某等人诈骗案”，参见《最高人民检察院公报》2021 年第 5 号，第 24-26 页。

犯罪记录也可能使犯罪人被贴上负面标签，影响其在社会中的地位和形象，不仅限于个人层面，还会影响到其在社区中的角色和地位。除了刑罚本身，犯罪人还可能需要支付罚款或进行赔偿，这进一步加重了经济负担。由于就业机会受限，犯罪人可能面临收入减少的情况，进而影响其家庭的生活质量。犯罪记录还可能使犯罪人在寻找伴侣、建立友谊等方面遭遇困难，从而影响其社会融合能力。长期的社会排斥和职业发展受限可能会引发心理健康问题，如抑郁、焦虑等，进而影响其社会功能。总之，尽管轻罪案件的刑罚较轻，但犯罪附随后果却可能十分严重，导致实际承担的社会后果与刑罚的轻重不成正比，这对犯罪人的未来职业发展、社会地位、个人声誉、经济状况以及社会融合能力等多个方面产生了长远且深刻的影响。

2. 附随后果多样化且缺乏统一标准

附随后果多样化且缺乏统一标准的现象在我国轻罪治理中尤为突出。对于某些轻罪，除了直接的法律制裁外，还存在多种多样的附随后果，例如资格剥夺、禁止从业等。这些附随后果在不同地区和不同领域可能存在差异，缺乏统一的标准和监管，增加了实施过程中的不确定性。[1]具体而言，这种现象主要体现在以下几个方面：第一，附随后果的多样性表现在不同类型的轻罪案件中，犯罪人可能会面临多种不同的附随后果。例如，对于危险驾驶罪，除了法律规定的吊销驾驶证外，还可能涉及资质剥夺或禁止从业等附随后果。这些附随后果不仅限于驾驶资格的剥夺，还可能包括其他方面的限制，如禁止从事特定职业、限制出国旅行等。这些多样化的附随后果增加了犯罪人重新融入社会的难度，影响其未来的就业和发展；第二，缺乏统一的标准和监管导致附随后果在不同地区和不同领域存在较大差异。例如，在某些地区，对于有轻微犯罪记录的人员，可能在就业时受到更严格的限制，而在其他地区则可能没有类似的限制。这种差异不仅体现在地域之间，还体现在不同领域之间。例如，在金融行业，对于有轻微犯罪记录的人员，可能被禁止从事某些高风险的岗位；而在教育领域，则可能被禁止担任教师或与未成年人接触的职务。这种差异化的处理方式缺乏统一的标准，导致实施过程中的不确定性和不公平性。例如，在一起危险驾驶罪案件中，某犯罪人因酒后驾车被判处短期监禁，并吊销驾驶证。然而，在后续的社会生活中，该犯罪人发现自己的驾照被永久吊销，并且无法重新考取驾照。此外，他还发现自己被禁止从事与驾驶相关的任何职业，如出租车司机或货车司机。这种附随后果不仅影响了他的职业发展，还严重影响了其家庭的经济状况。而在另一个类似案件中，另一名犯罪人在同一城市的不同区域，却仅被暂时吊销驾照，并未受到其他限制。这种差异化的处理结果凸显了附随后果缺乏统一标准的问题。

（二）我国犯罪附随后果适用困境的成因分析

1. 我国犯罪附随后果规定的体系化程度低

我国现行的犯罪附随后果相关规定的分布呈现多元化的特征，不仅限于刑法本身的规制，且广泛存在于各类法律、行政法规、部门规章乃至行业自律规则等多个层面的规范之中。这一分散式的立法模式造成了适用标准的多样化，缺乏一个统一且系统化的管理框架，从而使得在实际操作中难以形成一致性和稳定性。

据北大法宝官网的数据统计显示，截至 2021 年，以“受过刑事处罚”作为关键词进行检索，可以发现直接针对犯罪个人的附随后果规定总计达到 388 项。这其中涵盖了 52 项法律、10 项行政法规、52 项司法解释、258 项部门规章、15 项党内法规制度以及 15 项团体规定和 16 项行业规定。然而，对于犯罪人亲属或其他特定社会关系人的附随后果，则多数由地方机关制定，尽管这些规定的效力层级相对较低，但是它们仍然能够对相关人员的权利造成一定的限制甚至剥夺。[2]

值得注意的是，除刑法第三十七条之一与第一百条明确规定的职业禁止及前科报告义务之外，其他形式的犯罪附随后果主要通过刑法以外的法律法规予以确立。这表明，尽管存在大量旨在规管犯罪附随后果的规范性文件，但由于缺乏一个整体性的协调机制，现行体系呈现出一定程度的混乱与不合理性。这种现状不仅可能削弱法律实施的效果，也可能对犯罪者的再社会化进程造成不利影

---

[1] 参见彭文华：《我国犯罪附随后果制度规范化研究》，载《法学研究》2022 年第 6 期，第 171-188 页。

[2] 山东省高级人民法院首都经济贸易大学课题组：《犯罪附随后果研究》，载《人民法院报》2024 年 1 月 11 日，第 8 版。

响，进而对社会的整体和谐稳定产生负面影响。

2. 缺乏有效的前科消灭制度

前科消灭制度是指在一定条件下，允许犯罪人申请消除其犯罪记录，从而恢复其社会地位和个人声誉的一种法律机制。这种制度能够为犯罪人提供一个重新开始的机会，有助于其更好地融入社会。然而，目前我国在这方面尚存在诸多不足。

缺乏前科消灭制度的影响不仅限于对犯罪人本人的直接打击，还会对其未来的生活和发展造成长期且深远的影响。具体而言，由于缺乏前科消灭制度，犯罪记录可能伴随犯罪人终生，即便犯罪情节轻微，犯罪记录也可能成为其人生中的一道不可磨灭的污点。[1]犯罪记录还可能使犯罪人在社会中遭到排斥，影响其社会地位和个人声誉，这种排斥不仅限于个人层面，还可能影响其家庭成员，造成社会关系的紧张。此外，犯罪记录可能成为雇主拒绝录用或晋升犯罪人的理由，即便该犯罪与工作内容无关，某些行业或职位对于有犯罪记录的人员设有明确的准入门槛，这限制了犯罪人在特定领域的职业发展。除了刑罚本身，犯罪人还可能需要支付罚款或进行赔偿，这进一步加重了经济负担，由于就业机会受限，犯罪人可能面临收入减少的情况，进而影响其家庭的生活质量。长期的社会排斥和职业发展受限可能会引发心理健康问题，如抑郁、焦虑等，影响其社会功能。例如，假设某人因帮助信息网络犯罪活动被判处短期监禁并处以罚款，虽然刑罚较轻，但其犯罪记录仍然存在于其档案中，成为其人生中的一个污点；即便他不再从事与信息技术相关的工作，其犯罪记录也可能成为其他行业的雇主拒绝录用的理由；他在社区中的声誉可能会受到负面影响，影响其社会地位和个人声誉；长期的社会排斥和职业发展受限可能会引发心理健康问题，如抑郁、焦虑等。因此，缺乏有效的前科消灭制度不仅影响犯罪人的个人发展，也不利于社会稳定和谐。

3. 亲友株连效应

我国《刑法》秉持罪刑法定与罪责自负的基本原则，然而，犯罪附随后果制度的实际运作却在某种程度上超出了个人责任的范畴，产生了实质上的连带效应。尽管法律明文规定犯罪行为的法律责任应由行为人本人承担，但在现行制度框架下，犯罪附随后果的广泛适用往往导致超出直接责任主体之外的社会关系人亦受到不同程度的影响。这种现象不仅体现了法律实施过程中的一种复杂性，同时也对传统个人责任原则提出了挑战，引发了对现行制度合理性与正当性的深入反思。具体而言，犯罪人的犯罪记录可能影响其就业机会，导致家庭收入减少，增加家庭的经济负担。犯罪附随后果不仅限于对犯罪人本人的影响，还可能波及至其亲属，尤其是在民事活动和社会参与方面。[2]更为严重的是，由于前科制度的存在以及现实中存在的“连坐”做法或政策（例如，如果近亲属中有违法甚至犯罪的记录，子女可能会在入党、就业等方面受到限制），使得犯罪人的子女和近亲属在入党、参军、公务员以及国有企事业单位招考中遭遇不公平的“二次伤害”。这些连带影响不仅加剧了犯罪人家庭成员的社会负担，还可能导致家庭内部的社会关系紧张，进而影响整个家庭的社会功能和心理健康。因此，有必要通过立法改革、司法实践改进以及社会政策调整等多种途径，探索更加合理有效的前科制度，减少对犯罪人亲属的不公平待遇，促进社会的整体和谐与进步。

株连效应不仅增加了犯罪人的负担，还可能增加社会的整体负担，包括社会支持系统的压力增大、公共资源的浪费等。株连效应可能导致社会关系紧张，增加社会冲突的可能性，影响社会的和谐稳定。犯罪人的社会融合难度加大，不仅影响其个人发展，还可能导致犯罪率的上升，影响公共安全。

（三）关于犯罪附随后果制度的修改建议

1. 设置差异化的犯罪附随后果

为优化我国现行的犯罪附随后果制度，应依据罪行的性质与程度，区分故意与过失的不同情形，设置差异化的附随后果。具体建议如下：

首先，对于微罪，即法定刑为拘役以下刑罚的犯罪行为，建议将其排除在前科报告制度的适用

---

[1] 田刚：《性犯罪人再次犯罪预防机制——基于性犯罪记录本土化建构的思考》，载《政法论坛》2017 年第 3 期，第 57-68 页。

[2] 彭文华：《我国犯罪附随后果制度规范化研究》，载《法学研究》2022 年第 6 期，第 171-188 页。

范围之外。公安机关不应保留此类犯罪的记录，从而使微罪犯罪人在就业和社会生活中不再面临任何形式的限制。此举旨在减轻微罪对犯罪人未来生活的潜在负面影响，促进其社会再融入过程。

其次，对于轻罪，即法定刑为三年有期徒刑以下刑罚的犯罪行为，建议采取有条件地设置较轻的附随后果。具体而言，仅当犯罪行为与特定的工作或生活事项存在直接因果关系时，方可对该事项设定职业禁止或限制措施。此措施旨在确保附随后果的设定具有合理性和必要性，避免对犯罪人造成不必要的负担。

再次，对于重罪，即法定刑超过三年有期徒刑的犯罪行为，应设定适度的附随后果。在此类案件中，只有当犯罪行为与特定的工作或生活事项之间存在必然的因果联系时，才可设定相应的限制措施。对于那些与犯罪行为不存在必然因果关系的事项，则不应施加任何限制。这一做法有助于平衡犯罪惩治与犯罪者基本人权之间的关系。

此外，对于过失犯罪，应设置低于故意犯罪的附随后果。即过失犯罪者的就业限制应严格限于其犯罪行为所涉及的职业领域之内。这一区别对待的目的在于反映过失与故意在主观恶性上的差异，从而在法律后果上作出相应区分。

最后，对于犯罪人的亲属及其他特定社会关系人，原则上不应设定任何附随后果。然而，考虑到国家安全、政治安全等极为特殊的情形，对于少数涉及这类敏感职位的职业，可设定针对犯罪人亲属及其他特定社会关系人的职业限制。此种例外措施应严格限定在确有必要的情形之下，以避免对无辜者造成不公。

上述建议旨在通过对不同类型的犯罪行为及其附随后果进行精细化调整，实现法律惩罚与社会公平之间的合理平衡，促进社会的和谐稳定与发展。

2. 完善犯罪记录封存制度

二十届三中全会《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（简称《决定》）提出，加强人权执法司法保障，建立轻微犯罪记录封存制度。在构建轻罪记录封存制度时，应着重考量以下几项核心议题：

第一，鉴于轻罪记录封存制度的设计理念，不起诉决定、初步刑事程序记录以及治安管理处罚记录均应一并纳入封存范畴。这一点在 2020 年修订的《预防未成年人犯罪法》中有具体体现，该法明确指出，未成年人在接受专门矫治教育、专门教育过程中形成的记录，以及因行政处罚、采取刑事强制措施或不起诉决定所产生的记录，均应适用犯罪记录封存制度，从而有效纠正了法律适用过程中可能存在的不均衡现象。

第二，建议对现行《刑事诉讼法》第 286 条进行必要的修正与补充，使之更加符合现代法治的要求。现行法律虽已规定未成年人犯罪记录封存制度，但为实现全面封存的制度目标，应将该制度的适用对象从仅限于犯罪时未满十八周岁的未成年人扩展至所有符合条件的个体。同时，还应明确查询主体及其查询条件，确保公权力机构的查询仅限于办理刑事案件的合法需要，而私人或非政府组织的查询则须遵循法律及行政法规的相关规定。在具体执行过程中，相关司法机关在处理符合封存条件的案件时，应严格遵守案件信息与当事人个人信息的保密要求。封存记录的核心目的在于为当事人重返社会创造积极条件，但在其再次实施危害社会的行为时，则应依法解除已封存的记录。

3. 设立轻罪前科消灭制度

进入数字时代，信息技术的发展与社会记忆机制的变化使得数据存储变得无限且持久，信息遗忘成为一项难以克服的挑战。互联网与数字化数据库的广泛应用，使得获取犯罪者信息变得异常便利，这实际上削弱了犯罪记录封存制度的实际效果。为此，有必要引入前科消灭机制，通过设定合理的申请条件与程序，允许符合条件的个体在一定期限后申请消除其犯罪记录，为其提供重新融入社会的机会，从而促进社会的整体和谐与进步。

综上所述，通过上述制度设计与改革举措，犯罪记录封存制度不仅能够得到更为广泛的适用，更能充分实现其制度价值，即为曾有不当行为的个体提供社会接纳与重新开始的机会，进而促进社会的稳定与发展。

四、轻罪治理视角下的刑事强制措施制度

（一）当前我国刑事强制措施制度存在的问题

1. 羁押性强制措施适用率较高

当前我国轻罪治理体系中，羁押性强制措施的高使用率问题引起了学界和实务界的广泛关注。尽管学界一直主张通过教育矫治、社区矫正和替代性制裁等方式替代传统监禁，以减少监禁对犯罪者造成的二次伤害，促进其尽快回归社会，但在实践中，羁押性强制措施在轻罪案件中的应用频率仍然较高。

2023 年 3 月，最高人民检察院在年度工作报告中指出，“诉前羁押率从 2018 年 54.9%降至 2022 年 26.7%，为有司法统计以来最低”，但诉前羁押率这一术语在最高人民检察院的表述中，指的是在检察机关正式提起公诉或决定不予起诉的所有犯罪嫌疑人总数中，被批准或决定实施逮捕的犯罪嫌疑人所占的比例。然而，对诉前羁押的全面理解不应仅仅局限于提起公诉前已被逮捕的犯罪嫌疑人，还应当涵盖那些在起诉前曾经历过刑事拘留或监察委员会留置措施因而失去人身自由状态的嫌疑人。因此，从广义上讲，诉前羁押的概念应当延伸至检察机关决定起诉或不起诉之前的整个阶段，只要是因刑事执法机关采取强制措施导致嫌疑人被临时剥夺人身自由的情况，均应纳入诉前羁押的范畴之内。有学者对我国部分地区 2017—2021 年羁押类强制性措施适用率进行统计后发现，拘留、逮捕的适用率虽然到 2021 年已经分别下降至 60%和 50%左右，但五年间的平均适用率分别达到 83.81%和 65.61%。[1]可见，若将刑事拘留或留置措施纳入“诉前羁押”范围内，我国诉前羁押率仍然较高。

2. 逮捕措施过度适用

实践中，“构罪即捕”的现象较为普遍，而对于特殊犯罪主体，则更倾向于采用非羁押措施。法律对未成年人、残疾人、孕妇等特殊群体给予特别保护，在符合条件的情况下，这些群体比普通犯罪嫌疑人更可能采取取保候审或监视居住等非羁押措施，以体现人文关怀。但对于一般犯罪嫌疑人，在相似案情下，采取非羁押措施的概率较低。[2]这一现象的出现，一方面是因为我国刑事诉讼法中关于逮捕条件的规定在实际执行中可能存在理解和适用的偏差，另一方面，也可能与长期以来对重点打击犯罪、严控社会治安的司法政策有关。公安司法机关在处理轻罪案件时，出于风险考虑，对非羁押性措施持谨慎态度。非羁押性措施，如取保候审、监视居住等，旨在尽可能减少不必要的羁押，保护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，并体现宽严相济的刑事政策。然而，在实践中，公安司法机关常担忧采取非羁押措施后，嫌疑人或被告人可能会逃避法律责任，出现所谓的“脱保”（取保候审期间逃离监管）或“脱逃”（包括监视居住期间逃脱）现象，一旦这种情况发生，不仅影响案件办理，还会引发公众对司法公正性和执法效率的质疑，甚至导致相关执法人员承担法律责任[3]。因此，在某些情况下，即便轻罪案件并不完全符合羁押条件，检察机关也可能倾向于批准逮捕，以防风险发生。

3. 指定监视居住遭到滥用

监视居住作为逮捕的一种替代性措施，本应在客观上无法实施逮捕的情况下方得以适用。然而，由于法律对监视居住的规定较为宽松，相较于逮捕，监视居住措施对办案机关的操作更为便捷，一些地方即便不符合监视居住条件，也会选择适用监视居住，甚至演变为指定居所监视居住，导致实践中指定居所监视居住异化为侦查措施与剥夺自由的实质羁押措施。《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安部规定》）第 112 条与《人民检察院对指定居所监视居住实行监督的规定》第 4 条都对指定居所监视居住的执行地点进行了规定，要求指定地点应当以具备正常的生活条件并实行“居审分离”为基础，但实际执行的合法地点并未明确，赋予各地公安司法机关裁量余地。在某

---

[1] 参见孙长永:《诉前羁押实证研究报告——基于两个基层检察院 2017～2021 年起诉书和不起诉决定书的统计分析》，载《现代法学》2023 年第 3 期，第 49-73 页。

[2] 参见陶杨:《轻罪案件非羁押化问题研究》，载《中国刑事法杂志》2017 年第 6 期，第 131-142 页。

[3] 参见宋英辉、上官春光、王贞会:《涉罪未成年人审前非羁押支持体系实证研究》，载《政法论坛》2014 年第 1 期，第 98-111 页。

些地区，侦查机关甚至建立了所谓的“指定监居大厦”，作为变相的羁押场所。[1]这一现象反映了现行制度中存在的缺陷以及法律适用过程中出现的偏差。

此外，根据《公安部规定》第 109 条第 2 款之规定：“对于人民检察院决定不予批准逮捕的犯罪嫌疑人，若案件需进一步侦查，并且符合监视居住条件，则可采取监视居住措施。”实践中，对于检察机关决定不予批准逮捕之后，部分公安机关为了案件侦查的便利，倾向于变更强制措施为指定居所的监视居住。然而，《刑事诉讼法》明确要求监视居住的适用前提是必须满足逮捕条件。因此，在检察机关已经认定嫌疑人不符合逮捕条件而不予批准逮捕的情形下，公安机关依据其内部规章实施监视居住，显然超出了《刑事诉讼法》的授权范围。同时，检察机关亦未能有效行使监督职能，导致公安机关在嫌疑人不符合逮捕条件的情况下仍频繁采用监视居住措施的现象长期存在。尤其是在嫌疑人于案件发生地无固定住所的情况下，指定居所监视居住成为了常见的处理方式。

（二）我国刑事强制措施制度适用困境的成因分析

1. 未厘清强制措施制度的基本功能

强制措施作为刑事诉讼程序中的重要组成部分，其基本功能在于保障诉讼活动顺利进行的同时，维护被追诉人的合法权益。然而，在实际操作中，强制措施制度的功能定位并未完全清晰化，这在一定程度上影响了其作用的有效发挥。

首先，强制措施的首要功能在于确保刑事诉讼程序的正常运行。这包括防止犯罪嫌疑人、被告人逃避侦查、起诉和审判，以及避免其在诉讼期间可能实施新的犯罪行为或干扰证人作证等妨害诉讼的行为。然而，实践中往往过分侧重于控制犯罪嫌疑人、被告人的行动自由，而忽视了其作为诉讼主体应有的基本权利保障。

其次，强制措施还肩负着保护公共安全和社会秩序的责任。特别是在涉及严重犯罪案件时，适当的强制措施有助于消除潜在的社会危害因素，稳定社会秩序。但是，若不加区分地广泛使用羁押等严厉措施，则可能导致对个人自由过度限制的风险，从而与法治精神相悖。

再者，强制措施制度还应具备一定的恢复性正义功能，即通过合理的措施安排，促进犯罪嫌疑人、被告人与受害人之间的和解，为前者提供改过自新的机会。然而，当前的制度设计往往忽视了这一点，更多地关注于惩罚而非修复，使得强制措施未能充分发挥其在促进社会和谐方面的潜力。

综上所述，厘清强制措施制度的基本功能，不仅有助于实现诉讼效率与人权保障之间的平衡，也有利于推动刑事诉讼向更加公正、合理、高效的方向发展。未来，有必要从立法、司法等多个层面深入探讨和完善强制措施的功能定位，确保其既能满足打击犯罪的需求，又能充分尊重和保障人权。在厘清强制措施基本功能的同时，应当纠正一切关于强制措施功能的错误认识和做法，切实防止以捕代罚、以捕代侦、以捕代防等现象的发生。

2. 缺少独立羁押审查程序

在现代刑事诉讼体系中，羁押作为一项在未决裁判前较长时间内剥夺被追诉人人身自由的强制措施，其适用条件和审查程序至关重要。国际上普遍遵循的原则是以非羁押为常态，以羁押为例外，并且采取逮捕前置主义，即将逮捕与羁押相分离，以确保对人身自由的干预最小化。这一原则的贯彻不仅体现了对人权的尊重，也为防止滥用羁押措施提供了制度保障。然而，我国现行的羁押制度尚缺乏一个独立且有效的羁押审查程序，这在一定程度上影响了羁押措施的正当性和合法性。

首先，从审查主体的角度看，我国目前羁押决定的审查主要由批准逮捕的检察机关或作出羁押决定的公安机关自身来进行。这种自我审查的模式容易引发程序上的正当性质疑，因为缺乏一个真正独立的第三方机构来对羁押决定的合法性与合理性进行全面审视，难以完全排除因利益冲突而导致的审查偏差。相比之下，许多国家法律规定审前羁押必须经法官批准，并设置了多重审查程序，包括事先审查、当面聆讯以及羁押审查，以确保羁押措施的公正性与透明度。

其次，从审查标准来看，现行羁押审查的标准相对模糊，缺乏明确的、可操作性强的具体条款指导实践中的羁押审查工作。这导致在具体案件中，羁押决定的审查往往依赖于审查人员的主观判

[1] 参见郭烁：《论作为“超羁押手段”的指定居所监视居住制度》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 6 期，第 122 页。

断，缺乏统一的标准和尺度，容易造成羁押决定的随意性和不确定性。而在一些国家，羁押审查的标准清晰明确，审查程序严格规范，有助于保障羁押措施的合法性和必要性。

再次，从审查程序的角度分析，现行制度下的羁押审查程序较为简单，往往仅限于书面材料的审核，缺乏听取被羁押者意见的机会，也未能为被羁押者提供充分的参与机会和辩护空间。这样的程序设置不利于全面了解羁押的背景信息，也无法有效保障被羁押者的陈述权和辩护权。与此不同的是，在一些国家，羁押审查程序中包含了当面聆讯环节，保障了被羁押者的陈述权和辩护权，增加了审查程序的公正性和透明度。

最后，从救济途径上看，现有制度中虽赋予了被羁押者及其代理人提出申诉或控告的权利，但这些救济途径的实际效果有限，因为它们主要依赖于公安司法机关内部的纠错机制，缺乏外部监督力量的有效介入。而在一些国家，羁押审查程序中设置了羁押审查环节，允许被羁押者随时申请法官审查羁押的必要性，增强了羁押审查的权威性和公信力。

3. 缺乏有效的救济措施

《刑事诉讼法》第 97 条赋予了犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或辩护人申请变更强制措施的权利。与此同时，第 98 条明确规定，若案件未能在法定期限内办结，公安司法机关应依职权释放被羁押的犯罪嫌疑人、被告人，或将其转为取保候审或监视居住的状态。为了解决实践中存在的“一押到底”现象，2012 年修订时特别设立了逮捕后羁押必要性审查制度。此外，《刑事诉讼法》第 117 条进一步强化了当事人的权益保护，规定当事人和辩护人、诉讼代理人及利害关系人有权就司法机关及其工作人员未按法定期限释放、解除或变更强制措施，或未退还取保候审保证金的行为向有关机关提出申诉或控告。受理申诉或控告的机关应当及时处理，申诉人如对处理结果不满意，可以向同级人民检察院申诉；对于人民检察院直接受理的案件，申诉则应向上一级人民检察院提出。人民检察院收到申诉后，应迅速进行审查，并在情况属实时通知有关机关予以纠正。

然而，根据最高人民法院的相关司法解释，“公安、国家安全等机关依据《刑事诉讼法》明确授权所实施的行为”并不属于行政诉讼的审理范畴。[1]因此，若公安机关在适用刑事拘留、取保候审、监视居住或执行逮捕，以及检察机关在批准或决定逮捕、批准延长羁押期限过程中违反法律，受侵害的犯罪嫌疑人、被告人无法通过行政诉讼请求法院进行司法审查。现存的救济途径尽管多样，但无论是继续羁押、释放还是变更强制措施，最终决定权均归属于公安司法机关，且被追诉人及其辩护人只能向这些机关提出申诉、控告或申请变更强制措施，羁押必要性审查亦须向批准或决定逮捕的检察院提出。因此，这些救济手段的实际效力较为有限。[2]

（三）关于刑事强制措施的修改建议

1. 构建逮捕听证程序

基于当前司法实践中的探索与改革需求，本文建议在《刑事诉讼法》中引入逮捕听证程序以优化现行逮捕制度。具体而言，该程序应在公安机关提请逮捕时启动，其中公安机关需公开其提请批准逮捕意见书中的事实依据与理由，而犯罪嫌疑人及其辩护律师则享有陈述意见及抗辩的权利。此举措旨在确保检察官在决定是否批准逮捕时能够充分听取控辩双方的意见，从而提高决策的准确性与公正性。

依据《人民检察院审查案件听证工作规定》第四条的相关规定，人民检察院已对羁押必要性审查案件及其他类型案件采取了听证程序，积累了丰富经验。这不仅为听证程序的有效运作奠定了实践基础，也表明将此类听证机制纳入《刑事诉讼法》具备可行性。由此，本文呼吁立法者考虑将听证程序作为审查逮捕案件的标准程序之一，特别是对于非羁押性强制措施适用范围扩大的背景下，对于可能判处三年以下有期徒刑的案件，应要求检察机关进行全面听证。[3]

---

[1] 参见《最高人民法院关于适用 〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第 1 条。

[2] 孙长永:《少捕慎诉慎押刑事司法政策与人身强制措施制度的完善》,载《中国刑事法杂志》2022 年第 2 期,第 108-131 页。

[3] 参见陈卫东、王然:《<刑事诉讼法>第四次修改中的强制措施问题研究》，载《浙江工商大学学报》2024 年第 4 期，第 13 页。

进一步地，逮捕听证程序的设计应体现检察官的客观中立地位，遵循高效便捷的原则，聚焦于案件的核心争议点。随着重罪案件数量的减少，对于存在较大争议或具有重大社会影响力的案件，听证应当成为必经程序，并逐渐推广到所有报批逮捕的案件中。同时，为了提高审查效率，听证可以采用线上线下相结合的方式进行。此外，必须强调辩护律师在听证中的作用，特别是在犯罪嫌疑人未能自行聘请律师的情况下，应由值班律师介入，以维护犯罪嫌疑人的合法权益，强化对其权利的保护。

2. 废除指定居所监视居住

关于指定居所监视居住（以下简称“指定居所”）自其纳入立法以来，一直面临诸多质疑与批评，该措施在实际应用中的缺陷与问题尤为显著。一方面，“指定居所”这一形式使得监视居住措施原本的非羁押特性发生了实质性的改变，使其偏离了设立初衷。另一方面，由于缺乏明确的司法审查机制来评估采取此类措施是否符合逮捕的法定标准，这在一定程度上赋予了侦查机关较大的自由裁量权，从而导致在实践操作中出现了超出法律规定范围滥用“指定居所”的情形，进而使“指定居所”逐渐演变为一种实际上的羁押措施，甚至呈现出比常规羁押更为严格的态势。此外，由于缺乏有效的权利保障机制，处于“指定居所”状态下的个人的基本人权面临严峻挑战。

鉴于上述分析，在未来的刑事诉讼法修订过程中，有必要重新审视并考虑废止“指定居所”制度，以恢复监视居住措施作为非羁押手段的本质属性，并在此基础上进一步完善相关的适用程序，确保其符合法治原则，更好地保护犯罪嫌疑人的人权。

3. 充分利用数字技术推动逮捕制度变革

轻罪案件通常社会危险性较低，因此对涉案人员采取羁押措施往往不是必需的。近年来，随着一系列刑事司法政策的调整以及在 2022 年 9 月由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于取保候审若干问题的规定》的影响下，我国诉前羁押率呈现下降趋势，并取得了积极的法律效果和社会效果。对于涉及企业的轻罪案件，应谨慎使用查封、扣押、冻结等强制性侦查措施。从法学理论来看，这些措施属于“强制处分”，其实施必须遵循合法性原则和比例原则。在涉企轻罪案件中，过度使用这类措施可能会导致企业因单一刑事案件陷入困境，违反比例原则。[1]

2020 年，杭州市人民检察院与市公安局共同开发了名为“非羁码”的数字监控系统。同年 10 月 30 日，杭州市举办了一场以“非羁码”为核心的数字赋能监控工作推广研讨会，对该系统的实际应用和全面推广起到了关键作用。“非羁码”系统利用先进数字化管理技术，实现了对非羁押人员监管方式的根本革新，包括自动化控制、智能化预警和电子化监督。该系统不仅提高了管理效率，还增强了对潜在风险的预见性和实时干预能力，体现了司法机关运用现代科技手段推进社会治理现代化的决心和成效。[2]通过精心构建并应用智能监控系统和电子监管平台，司法机关得以实现对非羁押人员的实时动态管理及有效监督，从而显著提升非羁押执行工作的精确度与可靠性。

首先，智能监控系统的引入，实现了对非羁押人员行为轨迹、活动规律的精准记录与分析，增强了预防脱逃、再犯风险的能力，确保了非羁押措施的严谨执行。同时，借助于物联网、大数据等先进技术手段，可以实时监测并预警潜在的违规行为，有力地提高了非羁押执行的效率与准确性。

其次，电子监管平台的建设，则为非羁押人员的日常监管提供了便捷化、规范化的途径，减轻了传统人力密集型管理模式下的司法资源压力。该平台能够集成各类信息资源，进行一体化管理和数据分析，进一步提升了司法行政效能，使得有限的司法资源得以优化配置，服务于更为广泛的社会治理领域。

最后，非羁押措施的数字化转型亦是对我国宽严相济刑事政策的深度诠释与践行。它不仅体现了刑罚轻缓化、人性化的一面，强调对犯罪个体的教育挽救而非简单惩治，而且在确保公正执法的同时，更注重社会和谐稳定与公平正义价值的实现，这对于维护法律权威，促进法治国家建设具有

---

[1] 陈卫东：《论中国式轻罪治理体系现代化的程序法供给》，载《中国法治》2023 年第 9 期，第 19-21 页。

[2] 吴立志、周雨薇：《“非羁码”的风险隐忧与前景展望》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期，第 47-55 页。

深远的意义。

五、小结

《刑事诉讼法》作为我国刑事司法程序的基本规范，在保障公民基本权利、维护社会秩序方面发挥着至关重要的作用。然而，随着社会经济的快速发展，以及公众对公平正义期待的不断提升，现行《刑事诉讼法》在处理轻罪案件时逐渐显露出一定的不足。因此，从推进法治建设的角度出发，对《刑事诉讼法》进行必要的修订和完善，不仅是适应时代发展需求的必然选择，更是构建和谐社会、实现司法公正的重要举措。

首先，扩大附条件不起诉制度的适用范围。附条件不起诉制度不仅关涉轻罪嫌疑人的再社会化，更关乎社会宽宥以及刑罚哲学非报应论的义理，是刑事程序中恒常的命题。随着数字时代愈来愈多的人工智能应用于刑事司法的各色场景，附条件不起诉制度同样应当紧随浪潮，以开放的姿态去吸纳时代的变革、技术的赋能。

其次，完善前科消灭机制是促进犯罪者重新融入社会的关键环节。随着社会的进步与发展，人们对犯罪者再社会化的重视程度日益增加。通过建立健全的前科消灭制度，可以有效地减少因轻微犯罪记录而给个人带来的长期负面影响，帮助他们重建自信，积极地参与到社会生活中去，进而减少再次犯罪的可能性，促进社会稳定。

最后，改进刑事强制措施，特别是羁押审查制度，是确保公共安全和个人权益之间达到合理平衡的有效途径。现行羁押制度在实际操作中有时未能充分考虑到犯罪嫌疑人的合法权益，容易导致过度限制人身自由的问题。因此，改革羁押审查制度，建立更为科学合理的评估标准，既能够有效防止犯罪嫌疑人逃避法律责任，又能保障其正当权益不受侵害。

在轻罪治理视角下，《刑事诉讼法》的修改工作涉及众多复杂且互相关联的议题。然而，鉴于本文的篇幅限制及研究主题的聚焦，本文将主要围绕不起诉制度、犯罪附随后果制度以及刑事强制措施制度等三大核心问题展开深入探讨。通过对上述三个关键领域的分析与探讨，本文力图提炼出具有实践指导意义的观点与建议，为我国《刑事诉讼法》第四次修改提供有价值的理论支撑。同时，期望本研究能够引起学术界对轻罪治理问题的关注与讨论，汇聚更多专家学者的智慧与力量，共同推动我国刑事司法制度向更加公正、高效的方向发展，进而为构建和谐社会贡献力量。

轻罪诉讼程序的体系化构建

北京师范大学法学院课题组*

摘 要： 轻罪治理的现实趋势向着轻罪化、轻刑化和协商性的方向转变，这使得轻罪诉讼程序的价值追求转向多元化。我国当前的轻罪诉讼程序同时存在内部和外部两方面的体系化缺陷。前者在修复性、协商性和实质性上存在体系化缺陷。后者则在程序地位和程序转换上存在疏漏。欲使轻罪诉讼程序发挥出轻罪治理的多元功能，则需要从体系化视角进行反思。针对目前内部缺陷，应当从修复性、协商性和实质性三重价值入手，以三者的科学结构实现内部体系化。同时应当明确轻罪诉讼程序的主干地位，并建立完善的程序转换机制，以实现轻罪诉讼程序的外部体系化。

关键词： 轻罪治理 轻罪诉讼程序 体系化 多元价值 程序转换

体系化的思维方式延续至今，仍然是法学最为基本的思考方式。[①]依萨维尼之见，体系化的本质是把单个的、隐蔽的法律规范连成一个巨大整体的内在联结。[②]更有学者直言，法典化就是体系化。[③]我国民法典以二十多部法律、百余件司法解释为基础，从形式上实现了民法一般法的体系化。[④]《刑事诉讼法》再修改中所提倡的法典化，亦是法律的科学化和体系化。[⑤]其中轻罪诉讼程序在实践中的重要性日益凸显，但内外两部分的缺陷成为妨碍其体系化不可回避的问题。基于此，轻罪诉讼程序的体系化构建应当从现实趋势出发，以体系化思维检视、完善其内部与外部程序。

一、现实趋势：轻罪治理之变

（一）刑事立法之变

进入二十一世纪以来，我国刑事立法产生巨大变化，在实体法中体现为犯罪的轻罪化，在程序法中体现为繁简分流逐渐成形。

一方面，刑法立法中的轻罪化趋势凸显。其主要体现为法定刑最高为三年有期徒刑以下刑罚的罪名数量增加。我国《刑法》在数次修正中呈现出轻罪化趋势。其一，罪名的轻罪化趋势明显。自1997年以来，十一次刑法修订，罪名从414个扩展到483个[⑥]，立法上的犯罪圈不断扩大，主要表现为轻罪罪名的增加以及犯罪门槛的不断降低，最典型者莫过于危险驾驶、高空抛物、妨害安全驾驶、帮信罪等行为的入罪。自2011年以来，历次刑法修正案均呈现出轻罪为主的增量，其中轻罪罪名占比在2020年达到21.81%。[⑦]

另一方面，刑事程序法亦逐步向程序简化、繁简分流的趋势演变。换言之，轻罪之“轻”不仅体现在实体法方面，更体现在程序法中协商性司法的产生与发展。其制度体现则是简易程序、刑事和解程序与认罪认罚从宽制度。其一，简易程序开拓了最低限度的协商性司法。依据《刑事诉讼法》中相关规定，简易程序的适用应确认“被告人是否同意适用”。且送达期限、讯问、询问、出示证据以及法庭辩论等都可以不受普通程序一般的限制，程序环节大大减少。“两高一部”曾于2003年发布《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》，其中提出对自愿认罪的被告人酌情予以从轻处罚。这一规定虽于2013年被废止，但其已与认罪认罚从宽制度形成了融合嵌套，故客观上仍然具有实体从宽的功能。因此，简易程序是我国司法实践中最低限度的合作模式。[⑧]其二，刑事和解程序拓

---

* 本课题主持人为史立梅教授，课题组成员包括何挺、王超、郭理蓉、肖萍、孟军、李金珂、朱帝坤。本成果执笔人为史立梅、朱帝坤。

① 参见张翔：《基本权利的体系思维》，载《清华法学》2012年第4期，第26页。

② 参见白斌：《论法教义学：源流、特征及其功能》，载《环球法律评论》2012年第3期，第11页。

③ 参见王利明：《民法典的体系化功能及其实现》，载《法商研究》2021年第4期，第3-15页。

④ 参见孙宪忠：《民法体系化科学思维的问题研究》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022年第1期，第34页。

⑤ 参见陈卫东：《论刑事诉讼法的法典化》，载《中国法学》2021年第3期，第51页。

⑥ 参见卢建平：《轻罪时代的犯罪治理方略》，载《政治与法律》2022年第1期，第56页。

⑦ 参见卢建平：《为什么说我国已经进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2022年第3期，第137-138页。

⑧ 参见陈瑞华：《司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论》，载《法学研究》2007年第3期，第118页。

展了刑事诉讼中的私主体合作。刑事和解程序弥补了传统对抗式诉讼忽视被害人及其家属意愿和权利的不足。[9]有学者认为，刑事和解程序更倾向于各方利益兼得的制度调整，其中加害方与被害人、司法机关收益以及社会和谐收益三者形成了刑事和解制度的现实利益基础，并将其称之为“刑事诉讼的私力合作模式”。[10]其三，认罪认罚从宽制度的实施加强了刑事诉讼中的协商性司法。自认罪认罚从宽制度试点以来，其在促进社会稳定、及时惩治犯罪、提升诉讼效率以及保障当事人权利等四个方面呈现出了充分优势。依据“两高”发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》，认罪认罚的量刑减让主要分为30%以下、60%以下以及60%以上或免除处罚三个分档。在程序上，速裁程序的适用简化了庭审流程，缩短了刑事诉讼程序的耗费时间，提高了诉讼效率。

（二）刑事司法之变

与犯罪形式变化相呼应，我国刑事司法亦随之而变。其总体上可分为刑事政策、刑事司法以及刑罚效果的转变。

第一，宽严相济刑事司法政策的提出和贯彻。早在二十一世纪初，我国刑事司法理念就呈现出了轻罪化的特点。自世纪之交的“严打”整治斗争结束后，为了适应经济社会的快速发展和建设社会主义和谐社会的需要，刑事政策理念亦亟待更新。德国刑法学家李斯特认为，刑事政策要求刑法能够适应犯罪人的特点，以此防卫其将来继续实施犯罪。故而一方面需要找到对现行法律进行批判性评价的可靠标准；另一方面则可以找到未来立法的出发点。[11]具体而言，宽严相济的刑事司法政策所发挥的整合功能、导向功能与调节功能愈加重要。2004年，全国政法工作会议提出要正确适用宽严相济的刑事政策，既要严厉打击又要坚持惩办和宽大相结合。2006年《最高人民检察院工作报告》中提出“认真贯彻宽严相济的刑事政策”，坚持区别对待严重刑事犯罪和主观恶性较小、犯罪情节轻微的犯罪。[12]2006年10月，第十六届六中全会通过的《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中明确提出“实施宽严相济的刑事司法政策”。[13]此后，最高人民检察院与最高人民法院工作报告中几乎每年均提到当年宽严相济刑事司法政策的具体落实情况。[14]由此可见，刑事政策的转变凸显出了对轻罪案件的“当宽则宽”。

第二，刑事司法的轻刑化和认罪认罚高适用率。一方面，刑事司法的轻刑化趋势凸显，总体呈现出案件总数增加、重罪持平以及轻罪翻倍的趋势。其一，如图1所示，人民法院判处的罪犯从1999年的60余万人[15]增长到2021年的170万人。如图1所示，自2011年以来，我国判处刑罚的生效裁判数量波动上升，其中2018年成为总数增长的关键节点。生效刑罚人数持续上升，五年有期徒刑以上的重刑人数和三年至五年的普通刑罚人数并无明显的升降趋势。但三年有期徒刑以下的轻刑人数在十年中翻倍，故而其在总人数中的占比也从原来的76.32%增长到2021年的85.03%。根据中国法律年鉴的数据统计，1999年判处缓刑、拘役、管制、其他处罚以及免予刑事处分共152789人，占判处总人数的25.12%。[16]而2019年中，判处缓刑、拘役、管制、其他处罚以及免予刑事处分的共

---

⑨ 参见陈光中、葛琳：《刑事和解初探》，载《中国法学》2006年第5期，第3页。

⑩ 参见陈瑞华：《刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起》，载《中国法学》2006年第5期，第19页。

⑪ 参见［德］李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，北京大学出版社2021年版，第13页。

⑫ 参见《最高人民检察院工作报告》，载最高人民检察院网站，https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/201208/t20120820_2493.shtml，2024年8月18日访问。

⑬ 《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，2006年10月11日中国共产党第十六届中央委员会第六次全体会议通过。

⑭ 自2006年后，最高人民检察院工作报告中仅2016至2018年未提及“宽严相济”，最高人民法院工作报告中仅2014年未提及“宽严相济”。

⑮ 参见《最高人民法院工作报告》，载中华人民共和国最高人民法院公报网站，http://gongbao.court.gov.cn/Details/ab5bbf03a2e6b9a3a5347b139830d5.html，2024年8月18日访问。

⑯ 参见中国法律年鉴编辑部：《中国法律年鉴（2000年）》，中国法律年鉴出版社2000年版，第122页。

684145 人，占判处总人数的 41.18%。[17]另一方面，刑事诉讼法立法中的协商性和效率化趋势明显。数据显示，2023 年检察环节认罪认罚的犯罪嫌疑人超过 90%，一审服判率达到 96.8%。[18]根据中国法律年鉴的统计数据，如表 1 所示，2019 年至 2021 年三年中认罪认罚从宽制度中适用普通程序、简易程序以及速裁程序的人数逐年上升。

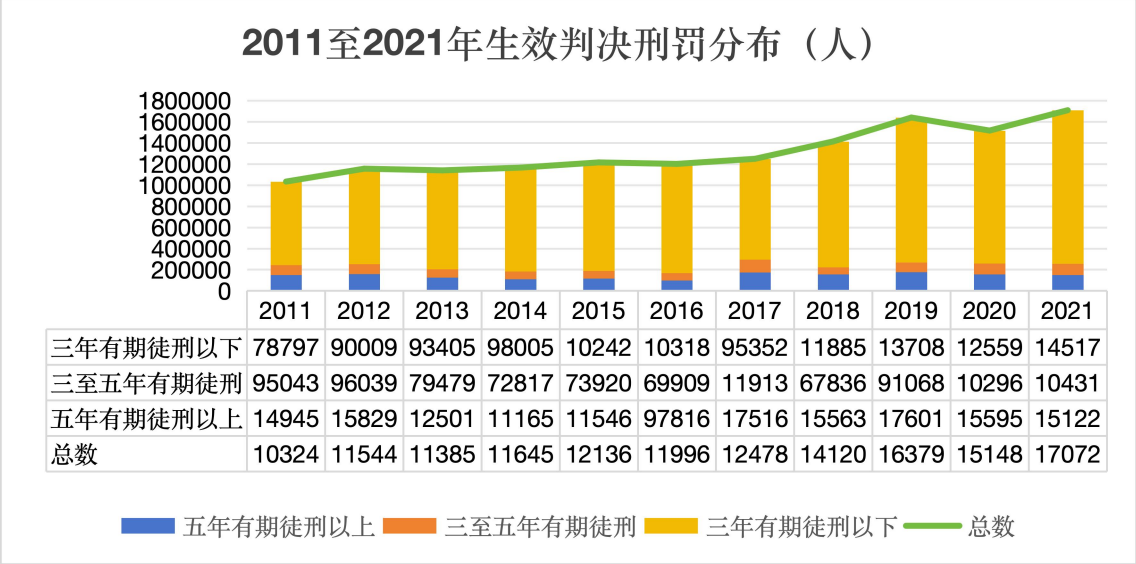


图 1-2011 至 2021 年生效判决刑罚趋势图

第三，轻罪的犯罪标签效应（或称刑罚溢出效应）问题日益凸显。行为人因其所实施的轻微犯罪行为面临失业、难以再就业，家庭、社会关系难恢复等困境，从而引发新的社会矛盾，增加社会不稳定因素。在就业方面而言，行为人将无法报考国家机关或事业单位，其特定职业资格也会被吊销。低教育程度和高流动性的外卖骑手职业亦需要提供无犯罪记录证明。[19]实践中的案例同样证明，犯罪标签会使得行为人在不被社会接纳后实施报复，并带来新的社会问题。[20]此外轻罪的间接附随后果严重。其行为人的家庭成员或亲属亦会产生报考公务员考察不合格等负面影响。

年份	普通程序	简易程序	速裁程序	合计
2019	113128	306468	184161	603757
2020	249707	402584	224996	877287
2021	268217	403345	327853	999415

表 1-2019 至 2021 年认罪认罚从宽案件程序适用情况表

（三）价值追求之变

在刑事立法与刑事司法的双重变化之下，我国轻罪诉讼程序背后的治理逻辑和价值追求产生了转变。刑事司法政策、刑事诉讼价值以及刑事诉讼构造三个维度均转向了多元化趋势。

第一，由强调“严打”向强调“相济”转变，即从单一的“严打”理念向“当宽则宽，当严则严”转变。图 1 数据显示，2011 年判处五年有期徒刑以上刑罚的人数为 149452 人，而 2021 年则为 151221 人，基本趋于平稳。二十一世纪以来，我国对三年有期徒刑以上犯罪的打击并未减弱，犯罪数量的增加仅是轻罪案件的增加。2005 年最高人民法院和最高人民检察院对于贯彻落实“严打”工作的表述为“坚持‘严打’方针和宽严相济的刑事政策”“始终保持对严重刑事犯罪的高压态势”。而 2024 年则认为“依法

---

[17] 参见前注⑯，中国法律年鉴编辑部书，第 1284 页。

[18] 参见《最高人民检察院工作报告》，载最高人民检察院网站，https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202403/t20240315_649603.shtml，2024 年 8 月 18 日访问。

[19] 参见李怡然：《困住骑手的是系统吗?——论互联网外卖平台灵活用工保障制度的完善》，载《中国劳动关系学院学报》2022 年第 1 期，第 70 页。

[20] 参见刘艳红：《民刑共治：国家治理体系与治理能力现代化路径》，载《法学论坛》2021 年第 5 期，第 43-44 页。

严惩重大恶性犯罪，切实增强人民群众安全感”“全面准确落实宽严相济刑事政策，该严则严、当宽则宽、罚当其罪”。[21]可以看出，审判机关和检察机关所体现出的刑事政策并非舍此即彼的转向，而是依法打击严重暴力犯罪与贯彻落实宽严相济刑事政策并重。因此，宽严相济刑事司法政策与其说是对“严打”政策的替代，毋宁说是重罪与轻罪的区别对待。由此，刑事司法政策遵循刑事犯罪治理的现实逻辑，呈现出了向宽严相济转变的多元化特点。

第二，由实体价值向多元价值转变。从“命案必破”[22]到佘祥林案亡者归来，刑事司法中的实体价值导向不断受到冲击。随着社会治安的稳定、刑事案件数量的增加以及社会治理需求的提高，刑事司法从单一的实体价值追求，转向多元价值平衡。一方面，刑事诉讼程序的内在价值逐渐凸显，程序公正受到重视，如尊重和保障人权写入刑事诉讼法的基本原则、疑罪从无、排除非法证据以及仅有口供不可定罪等程序性规定逐渐完善。另一方面，人民检察院和人民法院亦重视检察和审判工作的治理效果，枫桥经验的贯彻落实工作愈加凸显。经检索，“诉源治理”在两高司法解释及工作文件中出现的件数达到 239 件。[23]刑事司法实践的治理效果愈加重要。因此，刑事司法的价值追求从原来实质真实的单一追求，转为了对实质真实、程序正当以及治理价值的多元并重。

第三，由对抗式司法向多元化司法转变。轻罪诉讼程序中的控辩互动逻辑从原来的对抗式向多元化转变。以认罪认罚从宽制度为代表的协商性司法逐渐兴起，进而改变了传统对抗式司法的单一局面。从规范角度而言，“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称《认罪认罚指导意见》）第三十三条中要求，检察机关应与犯罪嫌疑人及辩护人、值班律师尽量协商一致。《人民检察院办理认罪认罚案件监督管理办法》（以下简称《认罪认罚监督办法》）第五条中进一步要求，在提出量刑建议前，应切实开展量刑协商工作，并在协商一致后才可签署具结书。《人民检察院办理认罪认罚案件听取意见同步录音录像规定》（以下简称《认罪认罚录音录像规定》）中明确了听取意见时同步录音录像的条件、内容、地点、保存及要求等，进一步规范了检察机关听取意见、控辩协商过程的平等性。从数据角度看，自 2018 年《刑事诉讼法》修改以来，认罪认罚从宽制度的适用人数快速增长，在 2019 年中从 20.5%增长到 83.1%[24]，此后至 2023 年一直稳定在 85%以上。2024 年上半年，适用认罪认罚从宽制度的案件比例也已经高达 85%以上。[25]由此，规范逻辑和实践数据均表明，我国刑事诉讼程序的构造已然发生转变，认罪认罚从宽制度所代表的协商性司法已与传统对抗式司法并立。由此可见，轻罪程序法的转变呈现出由传统一元对抗式到二元并行模式的特点。

二、轻罪诉讼程序的体系化缺陷

体系化之所以成为法学的传统和法学的主要任务，主要取决于体系化所具有的功能。为了维护法秩序的一致性、安定性，简化法律工作，保证法律知识和技艺的可传承，并为实践中争议的解决

---

[21] 参见《最高人民法院工作报告(2005 年)》，载最高人民检察院网站，https://www.gov.cn/guoqing/2015-06/11/content_2878123.htm，2024 年 8 月 18 日访问；《最高人民法院工作报告(2024 年)》，载最高人民检察院网站，http://gongbao.court.gov.cn/Details/91879661d9288abc72798a23b1ecec.html，2024 年 8 月 18 日访问；《最高人民检察院工作报告(2005 年)》，载最高人民检察院网站，https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/201208/t20120820_2492.shtml，2024 年 8 月 18 日访问；前注⑱，2024 年 8 月 18 日访问。

[22] 参见《公安部召开新闻发布会通报侦破命案工作有关情况》，载中国政府网，https://www.gov.cn/xwfb/2006-05/16/content_281558.htm，2024 年 8 月 18 日访问。

[23] 经北大法宝网公开检索，以“诉源治理”为检索式进行全文检索，可得到 239 件司法解释、司法解释性质文件以及两高工作文件，检索时间：2024 年 8 月 18 日。

[24] 参见《2019 年全国检察机关主要办案数据》，载最高人民检察院网站，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202006/t20200602_463796.shtml#1，2024 年 8 月 18 日访问。

[25] 参见《2024 年 1 月至 6 月全国检察机关主要办案数据》，载最高人民检察院网站，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202408/t20240806_662470.shtml#1，2024 年 8 月 18 日访问。

提供解决方案上的指引，法学的科学体系化就是必须的。[26]目前我国的轻罪诉讼程序由司法实践中的诸多法律规范、工作文件以及典型案例组成。但其并未形成一致、安定的内部秩序，其亦未能在外部与刑事诉讼中的其他程序形成分明的区别和交叉转换。轻罪诉讼程序故而体现出内外部两方面的体系化缺陷。

（一）轻罪体系之基：内涵界分

“何谓轻罪？”是轻罪诉讼程序的理论基点，亦是探索轻罪诉讼程序体系化的原点。轻罪的判断是刑事诉讼程序轻重分流、繁简分流的核心机制。因此有必要先确定轻罪的内涵界分。

1.轻罪内涵界分之争鸣

在轻罪内涵的界定问题上，学界至今尚未形成统一的通说，但主要立场分为形式标准说与实质标准说。前者认为刑罚是犯罪轻重的度量衡，应以法定刑的轻重作为区分轻罪和重罪的标准[27]；后者则认为应坚持犯罪的严重程度标准，同时认为应当从多主体视角展开分析[28]。

坚持形式标准说的学者中存在多种观点。卢建平认为，三年有期徒刑与缓刑适用条件、速裁程序以及认罪认罚从宽制度实践相关联，故而以三年有期徒刑为标准更为合理。[29]张明楷认为结合刑法的诸多规定，可以考虑将法定刑最低为三年以上有期徒刑的犯罪为重罪，其余则应为轻罪。[30]换言之，其亦认为应以三年有期徒刑为划分标准。卞建林以程序法的视角从规范表述和司法数据统计两个角度出发，认可这一标准。[31]陈兴良认为关键不在于划分标准，而在于纯正轻罪与不纯正轻罪的理解，鉴于我国刑法所采用的“定性+定量”模式，故而应当区分纯正轻罪和不纯正轻罪的治理路径。其甚至坦言，轻罪与重罪的区分只能坚持法定刑的形式标准，法定刑之设立已经考虑了行为的危害性程度，在法定刑之外寻找实质标准并无必要。[32]坚持实质标准说的观点认为，形式标准说片面地只站在立法者的角度，其不符合贝卡利亚关于“罪刑阶梯”的应然状态，缺乏逻辑性。而应当以国家视角、专家视角和民众视角三维角度综合判断。[33]此外，亦有部分学者试图融合形式标准说和实质标准说的理论贡献，其认为应以形式标准说为主，实质标准说为辅，形成综合标准说。[34]

2.轻罪内涵界分之思考

前述多种理论观点的争议焦点在于，是否以明确的刑期来界定轻罪的内涵。但《刑法》分则中的哪些罪名属于轻罪，在逻辑中应属于归类活动。法律逻辑中的归类活动是司法工作中必不可少的一部分。[35]轻罪是《刑法》分则中诸多罪名的归纳总结，其在犯罪构成要件要素上应当具有概括的一致性。因此在界定轻罪内涵前，应当梳理犯罪构成体系中的具体要素。张明楷教授将构成要件要素主要分为客观的要素与主观的要素、违法的要素与责任的要素、积极的要素与消极的要素、成文的要素与不成文的要素、规范的要素与记叙的要素以及真正的要素与表面的要素。[36]具体而言，故意与过失、违法与责任、是否成文、真正与表面等并非界分轻罪内涵的可行方法。规范性要素与记

---

[26] 参见张翔：《基本权利的体系思维》，载《清华法学》2012 年第 4 期，第 26 页。

[27] 参见陈兴良：《轻罪治理的理论思考》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 3 期，第 3-18 页。

[28] 参见叶希善：《论犯罪分层标准》，载《浙江师范大学学报（社会科学版）》2008 年第 2 期，第 83-84 页。

[29] 参见前注⑥，卢建平文，第 51-66 页。

[30] 参见张明楷：《刑法学（第六版）》（上册），法律出版社 2021 年版，第 120 页。

[31] 参见卞建林：《轻罪治理的程序响应》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 35 页。

[32] 参见参见前注㉗，陈兴良文，第 5 页。

[33] 参见前注㉘，叶希善文，第 83-84 页。

[34] 参见刘传稿：《犯罪化语境下的轻罪治理——基于《刑法修正案（十一）》的分析》，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2021 年第 2 期，第 20-29 页。

[35] 参见雍琦：《法律逻辑学》，法律出版社 2004 年版，第 34 页。

[36] 参见张明楷：《犯罪构成要件与构成要件要素》，北京大学出版社 2010 年版，第 117-121 页。

叙性要素、积极要素与消极要素则成为界分轻罪内涵的主要视角。因此，轻罪内涵的界定应当包括以下要素。其一，以记叙性要素为主，以规范性要素为辅。轻罪内涵的功能在于把控轻罪诉讼程序的入口，快速筛选案件加以分流。而规范性判断中必然进行价值判断，其无疑将泛化轻罪内涵的理解，既不利于统一标准，更不利于提高诉讼效率。记叙性要素的判断仅为事实判断，在实践中易于进行逻辑归纳，具有较强的可操作性。故应以记叙性要素为基础，规范性要素为例外。结合当前的司法实践与学界主流观点，应以"法定刑为三年有期徒刑以下刑罚"为记叙性要素，其为纯正的轻罪；以"可能判处三年有期徒刑以下刑罚"为规范性要素，其为不纯正的轻罪。其二，以积极要素为主，以消极要素为辅。从法益的重要性程度判断，《刑法》分则中的部分犯罪并不适宜采用轻罪诉讼程序，其在法定刑上或许符合记叙性要件的要求，如《刑法》第一百零五条第一款所规定的颠覆国家政权罪，其中其他参加者的法定刑为三年有期徒刑以下刑罚，因此其属于纯正的轻罪，即轻罪的记叙性要素。但由于国家安全法益重大，因此《刑法》分则中第一章所规定的犯罪并不应当归于轻罪，而应当通过普通程序实现充分的实质正义。同理，《刑法》分则中第十章亦如此。因此，《刑法》分则中第一章与第十章应当成为轻罪内涵中的消极要素。

需要指出的是，轻罪案件与轻罪诉讼程序二者并不相同。轻罪案件多为一种实体法上的判断，不论是立法上的轻罪还是司法上的轻罪均不例外。已有学者指出，轻罪的界定除了实体法要素还应当有程序法要素，仅凭借实体法标准的轻罪未必适应程序法的需要。[37]认罪认罚从宽制度实施后的协商性司法模式使得轻罪诉讼程序的体系愈加复杂。轻罪案件中的被追诉人并非全部愿意接受速裁或简易等轻罪诉讼程序；同样亦有部分重罪案件被告人愿意接受认罪认罚从宽制度进行协商，但其仅可以适用普通或简易程序，而无法适用速裁程序。[38]轻罪与重罪案件、轻罪诉讼程序与普通诉讼程序呈现出了交叉情况。因此，根据被追诉人是否认罪以及是否接受轻罪诉讼程序可以分为四类交叉情况。

表 2-轻罪案件与程序分类表

案件类型 / 认罪与否	轻罪案件	重罪案件
认罪且接受	速裁程序、简易程序、普通程序	简易程序、普通程序
不认罪且不接受	普通程序	普通程序

因此，轻罪诉讼程序中的轻罪应为，《刑法》分则中法定刑在三年有期徒刑以下的为纯正的轻罪，可能判处三年以下刑罚的犯罪为不纯正的轻罪，但分则第一章和第十章除外；且被追诉人自愿认罪并选择速裁、简易或普通程序进行审理。

（二）内部体系化

基于知识之间的内在关联及其所具备的功能，通过调整这些知识之间的关系，实现特定目的的过程，可谓之体系化。为了维护大量轻罪案件的刑事法律秩序，轻罪刑事案件治理的安定性应当得到保障。其有赖于轻罪诉讼程序的确定性、可预测性以及统一性。轻罪诉讼程序的内部体系化成为实现法律价值的必须。[39]基于前述的三方面变化，轻罪诉讼程序在我国刑事司法实践中呈现出多元逻辑内涵，即修复性逻辑、协商性逻辑以及实质性逻辑。因此，这三重逻辑自然也成为检视轻罪诉讼程序的重要标尺。

1.修复性缺陷：犯罪附随后果严重

---

[37] 参见孙道萃：《犯罪分层的标准与模式新论》，载《法治研究》2013 年第 1 期，第 67 页。

[38] 经裁判文书网公开检索，以"认罪认罚+普通程序"为检索式进行全文检索，可得到 3435 篇文书，检索时间：2024 年 8 月 18 日。

[39] 参见梁迎修：《方法论视野中的法律体系与体系思维》，载《政法论坛》2008 年第 1 期，第 62-63 页。

依据前述，轻罪诉讼程序所蕴含的修复性价值已是不可忽视的方面。但严重的犯罪附随后果阻碍了轻罪诉讼程序修复性价值的实现。这使得轻罪诉讼程序的体系内部呈现出悖论：意在解决纠纷的轻罪诉讼程序反而因犯罪附随后果衍生出了更多的纠纷，其中主要成因根据对象的不同可以分为两个方面。

一方面对行为人而言，犯罪附随后果的严苛性甚于刑罚本身。有学者统计，自 2014 年至 2018 年，“刑罚附随性制裁”的法律、行政法规、部门规章以及行业规定的数量逐年上升，由 643 个增加到 880 个。[40]如《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》中规定，有交通肇事、危险驾驶以及暴力犯罪记录的，不得从事网约车驾驶员。这一规定虽然该规定以驾驶员职业相关罪名为限，但暴力犯罪的解释仍然模糊，比如寻衅滋事、催收非法债务等犯罪中亦有暴力手段，但其是否应当限制行为人的网约车驾驶员从业仍需讨论。又如《导游管理办法》中第 12 条规定为受过除过失犯罪外的刑事处罚的，不予核发导游证。其中并未限制具体的犯罪类型，且诸多故意犯罪与导游职业相关度较低，相较于前述的网约车驾驶员形成了更为严格的限制。

另一方面，附随后果的人身传递效果显著。犯罪的弥散性影响会延伸至近亲属的社会生活中。[41]犯罪附随后果中的“政审”限制在参军、就业等方面的限制有“株连”之嫌。[42]例如，《征兵政治审查工作规定》中规定，家庭主要成员等有被刑事处罚的，不得征集服现役。又如，虽然《公务员法》中仅规定了受过刑事处罚不可报考公务员，但实践中考察环节对报考人父母、配偶等家庭成员的考察亦在其中。在长期的犯罪标签化效应之下，行为人及其近亲属在社会生活所受到的负面影响逐渐超出刑罚的范围，衍生成为社会层面的负面评价，如求职、求偶、升学等过程中均受到隐形的压力。

简言之，轻罪诉讼程序本应所发挥的修复性价值难以实现，其不仅为案件中的行为人与被害人之间的社会关系修复埋下隐患，亦可能为行为人及其家庭成员带来法律责任之外的矛盾隐患。如此，以认罪认罚从宽制度为代表的轻罪诉讼程序“有效促进社会和谐稳定”的首要优势[43]难以发挥。

2.协商性缺陷：控辩协商效力备受质疑

轻罪诉讼程序中的程序内在价值实现主要依靠控辩协商得以实现。其中最为主要的制度依靠则是认罪认罚从宽制度。量刑协商是控辩双方进行意思表示交互的程序载体。但轻罪诉讼程序中的控辩协商在程序与实体的两个侧面均存在缺陷，使得控辩协商的效力备受质疑。

一方面，控辩平等在协商过程中难以实现。其中突出重点为控方在协商过程中占据主导地位，证据不开示、信息不对等。证据开示制度有助于形式上的平等对抗走向实质上的平等对抗。其所蕴含的效率价值可以减少控辩双方的诉讼资源投入，明确矛盾焦点，促进诉讼程序顺利进行。[44]因此刑事诉讼的协商型司法正是建立在完善的对抗式诉讼基础上。但目前《认罪认罚指导意见》第 29 条中仅规定了“可以针对具体情况，探索证据开示制度”，以此来保证认罪认罚的自愿性。《认罪认罚监督办法》第 26 条中，认为检察机关在“必要时”可以通过出示、宣读、播放等方式开示全部或部分影响定罪量刑的主要证据。而其目的则在于“促进犯罪嫌疑人认罪认罚”，同时应避免“妨碍诉讼，影响庭审。”这意味着检察机关在证据开示过程中仍然遵循着权力逻辑。[45]而由于控辩双方在资讯平等方面存在巨大差距[46]，进而架空了认罪认罚从宽制度的“协商”特性。[47]因此被追诉人的证据弱势地位

---

[40] 参见王瑞君：《“刑罚附随性制裁”的功能与边界》，载《法学》2021 年第 4 期，第 46 页。

[41] 参见刘炳君：《论犯罪附随后果制度的反思与限缩》，载《西南政法大学学报》2024 年第 3 期，第 129 页。

[42] 参见张庆立：《隐形之罚：犯罪附随后果的法治化重构》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 4 期，第 98 页。

[43] 参见史立梅：《认罪认罚从宽制度中的修复性逻辑之证成》，载《法学杂志》2021 年第 3 期，第 23 页。

[44] 参见宋英辉、魏晓娜：《证据开示制度的法理与构建》，载《中国刑事法杂志》2001 年第 4 期，第 51-52 页。

[45] 参见陈子奇：《论认罪认罚案件证据开示的两种逻辑》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022 年第 4 期，第 168 页。

[46] 参见魏晓娜：《认罪认罚从宽制度中的诉辩关系》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 6 期，第 55 页。

[47] 参见张进帅、李金珂：《证据开示嵌入认罪认罚从宽制度的构建进路》，载《辽宁警察学院学报》2024 年第 4 期，

是轻罪诉讼程序中协商性缺陷的程序侧面。

另一方面，控辩平等的协商结果定位模糊。控辩双方对案件实体和程序方面的一致合意均载于认罪认罚具结书中，其中既包括对案件事实的认可和罪名以及量刑建议的确认，也包括所适用程序的同意。但控辩双方之间的合意一致效力仅约束控辩双方。由于《刑事诉讼法》第 201 条中的理论争议和实践难题，诉权与审判权之间的冲突尚需弥合。但量刑建议不仅仅是检察机关的建议权，亦是认罪认罚具结书的体现。换言之，检察机关量刑建议权的行使不仅是诉权的一部分，亦是辩护权的一部分。《刑事诉讼法》第 201 条、《认罪认罚指导意见》中第 39 条中关于认罪认罚自愿性、真实性和合法性的审查主要侧重是否受到暴力威胁、认知能力及精神状态和相关程序性规定展开。其并非围绕量刑是否符合法院已生效判决展开。因此检察机关诉权与被追诉人辩护权之间的合意与审判权之间的权力（权利）边界是轻罪诉讼程序中协商性缺陷的结果侧面。

3.实质性缺陷：认罪真实性的潜在风险

当前我国认罪认罚从宽制度仍然面临着较高的潜在风险，如出于非法侦查讯问、律师帮助权缺位和证据先悉权缺陷的非自愿性认罪，以及被追诉人主观原因、审讯策略和技术、无罪判决率低和无效律师帮助均可能导致的虚假认罪。[48]我国是在刑事诉讼“第三范式”尚不健全的情况下迈入“第四范式”，放弃审判制度无疑会对实质真实原则产生冲击。[49]因此，以协商型司法为基底的轻罪诉讼程序所面临的实质性缺陷主要体现为被追诉人认罪的真实性风险较高。

一方面，协商性司法的理论观点与刑事传统理论存在差异。由于目前控辩之间尚未在规范上确立控辩平等的基本原则，控辩双方对程序形成的影响悬殊。如检察机关可以提前介入侦查环节，但犯罪嫌疑人虽然可以委托辩护人，但其只能自移送审查起诉后才可阅卷。再如检察机关实行“捕诉合一”的大部制。审查批捕的检察官大概率是审查起诉的承办人。检警之间的承接关系以及侦查和审查起诉两阶段的部分贯通均可能使得被追诉人因缺少控辩平等对抗的前提基础而被迫认罪。

另一方面，域外经验表明了认罪真实性的潜在风险。阿尔福德案表明，即使被告人做出有罪答辩时辩称无罪，法官仍然可以依据控方证据和其他证据认定有罪答辩的事实基础。[50]类似于美国“西孟菲斯三人组”案件频繁发生，学者认为美国的辩诉交易制度缺乏监督，增加了无辜被告人在刑事诉讼中被定罪的风险。[51]Lucian · E.Dervan 和 Vanessa · A.Edkins 则通过对几十名大学生的心理学试验，结果显示超过一半的无辜参与者愿意谎称自己有罪以换取利益。其得出了真实情境下无辜者更厌恶风险的结论。[52]

因此，无论是从放弃审判制度的理论分析抑或域外经验的探索而言，认罪真实性的潜在风险只会愈加凸显。例如，通过相关性分析可以发现，犯罪嫌疑人的程序选择在定量上与其刑罚轻重相关性较低，在定性上与缓刑适用有显著的相关性。[53]简言之，轻罪诉讼程序以协商性司法来提高诉讼效率，但却不可避免地对实质真实价值产生动摇。

第 90 页。

[48] 参见史立梅：《认罪认罚从宽程序中的潜在风险及其防范》，载《当代法学》2017 年第 5 期，第 121-131 页。

[49] 参见熊秋红：《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》，载《比较法研究》2019 年第 5 期，第 100 页。

[50] 参见史立梅：《美国有罪答辩的事实基础制度对我国的启示》，载《国家检察官学院学报》2017 年第 1 期，第 32-33 页。

[51] 参见 John · H.Blume、Rebecca · K.Helm、郭烁：《“认假罪”：那些事实无罪的有罪答辩人》，载《中国刑事法杂志》2017 年第 5 期，第 129-144 页。

[52] Lucian · E.Dervan, Vanessa · A.Edkins, The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem, Journal of Criminal Law & Criminology, Vol.103:1, p.1-48(2013).

[53] 参见贾志强：《程序简化带来量刑从宽了吗？——基于醉酒型危险驾驶案件的实证研究》，载《法学》2023 年第 8 期，第 143-144 页。

（三）外部体系化

当前轻罪案件以其数量的快速增长和所占比例的增加成为刑事纠纷解决的“主要矛盾”。换言之，轻罪诉讼程序与其他普通犯罪之间的内在联系应是刑事诉讼程序体系化的关键问题。因此轻罪诉讼程序的外部体系化本质上是刑事诉讼程序内部体系化的轻罪本位视角。所以轻罪诉讼程序的外部体系化缺陷主要为轻罪诉讼程序的次要地位和程序转换机制缺位两方面。

1.轻罪诉讼程序地位失衡

依据前述数据，轻罪案件目前已经占据刑事案件的 80%以上。对于这一比例数字而言，其意味着刑事诉讼的主要矛盾和任务所发生的变化，即办好 80%的案件是刑事诉讼的首要目标。但目前而言，轻罪诉讼程序是从普通程序中脱离而出的诉讼程序。如《刑事诉讼法》中以公诉案件普通程序为一般，以简易程序和速裁程序为例外，呈现出普通程序为“干”，而简易、速裁程序为“枝”的区别。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》普通程序章中可以分为详细的 9 节共 99 条。而相比之下简易程序一章中仅有 11 条，速裁程序章中仅有 9 条。法律规范体例反映出部门法的逻辑脉络。轻罪诉讼程序在法律规范中的次要地位直接影响刑事司法的逻辑。司法工作人员需要先耗费精力按照普通程序审查案件，而只有当其符合轻罪案件要求且被追诉人同意适用时，才可转换为轻罪诉讼程序。因此轻罪诉讼程序的规范地位与其在司法实践中的重要性并不匹配。此种地位失衡影响着刑事诉讼规范的逻辑链条，进而将其传导到基层司法工作人员中，导致司法实践中出现唯“数据论”的轻罪治理导向。这体现出轻罪诉讼程序相较于普通刑事案件诉讼程序在立法中的次要地位。这种规范体例虽然符合刑事诉讼的发展逻辑，但其并不符合当前乃至未来的刑事司法趋势。

2.诉讼程序转换不畅

轻罪诉讼程序与普通程序的转换存在多个节点，其既受程序转换的变相加重量刑的影响，也受到认罪证据沉没成本的影响。一方面，诉讼程序的转换加重了犯罪嫌疑人的负担。根据已有实证研究表明，速裁、简易或普通程序的适用对量刑并无直接影响。[54]而从轻罪诉讼程序中简易程序或速裁程序到普通程序的转换使得检察机关取消所谓的“量刑减让”，使得被追诉人面临比协商时更重的刑罚。此时未给予的从宽被撤销，反而成为对被追诉人刑罚的加重。而这一问题前因则是认罪认罚从宽与自首、坦白等量刑情节的单一适用。这使得认罪认罚的程序从宽被自首、坦白等实体从宽情节所遮蔽。因此其成为被追诉人在面对不平等协商时难以做出反悔决策的阻碍。另一方面，《刑事诉讼法》及司法解释中并未明确程序转换后的证据采信问题。若被追诉人为了获得更大幅度从宽而早认罪，在协商中主动坦白并使检警机关获得了证明被追诉人有罪的关键证据。但该证据并不会因为程序转换而不被采信，其依然会被用以证明被追诉人犯罪成立。此时被追诉人若选择反悔和程序转换，则将面临控辩协商中所付出的沉没成本，因此在客观上抑制了诉讼程序转换的实现。

三、轻罪诉讼程序体系化的二元构建

轻罪诉讼程序的体系化构建是符合刑事司法实践发展的选择，亦是弥补制度缺漏的宏观方案。因此，轻罪诉讼程序的体系化构建首先应当梳理其内部的逻辑构造，修补其在修复性、协商性和实质性三方面的缺陷。

（一）内部体系化

1.拓宽轻罪程序出罪路径

对于实体法上构成犯罪之人，在司法上做无罪处理，一般被称为司法上的非犯罪化，也可称之为“程序出罪”。需罚性判断是拓宽轻罪诉讼程序出罪路径的选择之一。其基本逻辑为，首先从犯罪构成要件出发进行应罚性判断，若有一项为否定，则不应构成犯罪；其次，应从报应刑和预防刑两方面进行需罚性判断。若报应刑较重则应当追诉，若报应刑较轻则进行预防刑判断：若有特殊预防必要性则应当追诉；若无特殊预防必要性可直接决定不起诉；若有特殊预防必要性但适用非刑罚方法即可实现特殊预防目的的，应附条件不予追诉。以需罚性理论丰富程序出罪路径的关键在于检察机关不起诉权的精细化。其中应当区分相对不起诉和附条件不起诉的适用。并在附条件不起诉中衔

---

[54] 参见前注[53]，贾志强文，第 143-144 页。

接司法转处机制。两种不起诉的适用范围可以限制为法定最高刑为三年有期徒刑以下刑罚的案件。同时应当按照比例原则要求附条件的被不起诉人履行附加义务。例如侧重修复性的赔礼道歉、赔偿损失、修复关系等；侧重矫正性的接受辅导或治疗、从事公益服务等。[55]

2.犯罪记录封存制度的构建

为弥补轻罪诉讼制度的修复性缺陷，轻罪犯罪记录封存制度的实施势在必行。有学者认为应当围绕高发微罪建立前科消灭制度，且应当在经过一段时间后才可适用。[56]当前学界的讨论重点在于犯罪记录封存制度的主体、适用范围、有权查询机关等具体内容。但犯罪记录封存制度在轻罪诉讼程序体系中的地位更为重要。具体而言，在犯罪记录封存制度的入口处应当考量是否应当给予被追诉人重新融入社会的机会，其中最为主要的则是其悔罪态度。因此，犯罪记录封存制度可与认罪认罚从宽、附条件不起诉以及社区矫正等制度相结合。同时，如有累犯则应当连同前罪都不予以封存。如此既弥补了轻罪诉讼程序的修复性缺陷，亦能够考察被追诉人的悔罪态度。具体而言，第一，在封存的范围上应为适用轻罪诉讼程序的案件。第二，封存的决定应与其认罪悔罪、退赔道歉的考察相关，未实现案件矛盾纠纷化解的则不应当予以封存。第三，构成累犯的，前罪与后罪均不予封存。第四，封存制度的构建应结合公安机关《公安机关办理犯罪记录查询工作规定》，在刑事诉讼法中构建起“封存—查询”一体化的工作机制。

3.控辩协商效力的确定

针对轻罪诉讼程序中的协商性缺陷，应当从建立证据开示制度和具结书效力确定两方面入手。前者应当从立法学的角度切入，后者则应当从解释学的角度切入。

一方面，证据开示制度的难点在于其权力逻辑根深蒂固。检察机关长期依赖于证据信息不对等的优势地位，使其难以在短时间内转换为遵循控辩协商中证据开示的权利逻辑。但必须明确的是，至少有相当一部分案件的证据开示并不会阻碍诉讼。如危险驾驶罪中的核心证据是血液中乙醇浓度测试，犯罪嫌疑人亦会在执法现场同步得知测试结果，这相当于当场证据开示。执法记录仪与检测结果相互印证，已然形成了危险驾驶罪证据链中的关键部分。由此，证据开示制度并非一定会带来阻碍诉讼的效果，可以逐步探索适用。

另一方面，具结书效力的确定应当站在控辩审三方契约的角度予以讨论。虽然认罪认罚从宽制度作为协商性司法已经成为学界的多数观点，但必须承认协商结果的具体属性并不明确。作为承诺的具结书应当具备控辩双方的合意效力[57]，但协商性司法并非只有控辩双方。斯科特教授和斯坦茨教授认为，辩诉交易过程中检察官与被告人达成的协商一致并不具有法律效果，其可执行性（enforceability）仍然受到法院的约束，因此其认为真正的交易并不在于检察官和被告人之间，而是法官和被告人，检察官仅是谈判代理人（negotiating agent），而法官有权拒绝或接受检察官的代理工作。[58]我国《刑事诉讼法》第 201 条从规范上预设了审判机关的强制缔约义务，其仅在五种情形下才可不受具结书和检察机关量刑建议的约束。故而应当确立控辩审三方契约的相互拘束力。若法官依据《刑事诉讼法》第 201 条不采纳量刑建议，则应当承担不采纳的论证义务。[59]

4.认罪真实性的强化保障

轻罪诉讼程序的实质化保障是必须持久回应的问题。当前轻罪诉讼程序中的实质化缺陷应当进行填补，同时亦应当着眼其未来可能出现的实质化漏洞。对于前者而言，对抗式诉讼是协商型诉讼的演进基础。若无平等充分的对抗，则无平等高效的协商。因此可以从信息平等和权利平等两个方

---

[55] 参见史立梅：《论醉驾案件的程序出罪》，载《中国法学》2022 年第 4 期，第 263-266 页。

[56] 参见梁云宝：《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》，载《政法论坛》2021 年第 4 期，第 42 页。

[57] 参见夏红、朱帝坤：《缔约程序视角下的认罪认罚具结书属性探析》，载《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2023 年第 1 期，第 140-150 页。

[58] Robert · E.Scott, William · J.Stuntz, Plea Bargaining as Contract, The Yale Law Journal, Vol.101:1909, p.1953-1955(1992).

[59] 参见孙远：《“一般应当采纳”条款的立法失误及解释论应对》，载《法学杂志》2020 年第 6 期，第 116 页。

面展开。一方面，控辩双方应对案件信息平等享有。例如应当允许值班律师和辩护人在侦查期间查阅案件卷宗材料，并在不透露案件证据信息的情况下向犯罪嫌疑人提供法律帮助。另一方面，应当强化被追诉人辩护权的程序形成效力。如增加辩护律师讯问时在场的权利。[60]此外，轻罪诉讼程序亦应当着眼防范潜在的实质化风险。应从原则上确立控辩平等的基本理念，并将其写入《刑事诉讼法》中。同时，还应当从审判阶段对量刑建议的审查入手，将控辩是否平等协商作为审查被追诉人认罪认罚自愿性和合法性的必要因素。若控辩协商过程中未能做到控辩平等，则应当不认可协商合意的效力，不接受检察机关的量刑建议。

（二）外部体系化

1.轻罪诉讼程序主干地位的确立

首先应当以轻罪的界分为基础，明确区分轻罪诉讼程序与普通诉讼程序，并以轻罪的判断和被追诉人认罪与否为分流节点。其一，案件分流节点应当前提至审查逮捕期间。在捕诉一体的结构中应将强制措施的适用与审查起诉进行综合审查，明确轻罪诉讼程序中非羁押性强制措施和起诉或不起诉决定的衔接对应，避免出现检察机关“构罪即捕、批捕即诉”以及审判机关“实报实销”的被动局面。其二，应当扩充轻罪诉讼程序的规范体例，吸收司法解释、两高工作文件以及案例的规范效力。例如，《认罪认罚指导意见》《认罪认罚监督办法》《认罪认罚录音录像规定》等司法解释及工作文件的内容应当在《刑事诉讼法》中加以明确。其三，《刑事诉讼法》的体例安排应以轻罪诉讼程序为主干，并明确被追诉人在侦查、审查起诉以及审判阶段可选择的转出节点和程序转换条件。

2.程序转换方式纾困

轻罪诉讼程序的转换方式纾困路径的关键在于保障被追诉人的期待利益。一方面针对变相加重量刑问题，应先确立认罪认罚在自首和坦白之外的独立量刑情节地位[61]这一前提条件，再确定综合考量中程序要素的具体从宽幅度。故应明确认罪认罚从宽与自首、坦白等从宽量刑情节的重合适用规则，调整《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》中自首、坦白与认罪认罚从宽的减让幅度。同时应在《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》中“犯罪的性质、罪行的轻重、认罪认罚的阶段、程度、价值、悔罪表现”等认罪认罚从宽综合考量要素中增加适用程序要素。明确适用普通程序、简易程序和速裁程序的从宽幅度，实现从宽幅度的透明化并解决程序转换导致变相加重量刑的问题。另一方面，应当限制控辩协商中所获取证据在程序转换后的使用。这既是为了保证被追诉人的信赖利益，免除协商的后顾之忧，亦是在协商性司法中对对抗式司法的维护。控辩协商中所获取的证据在程序转换后可以按照实物证据和言辞证据分别进行限制。其一，针对控辩协商中依据被追诉人的主动认罪所获得的实物证据，其在程序转换后应按照所证明的事实以自首、坦白或立功进行处理，并给予相应的量刑从宽幅度。其二，针对控辩协商中被追诉人主动认罪的言辞证据，如犯罪嫌疑人供述等不应当作为定案依据。

四、结论

法律规范的体系化不仅仅是简单的规范罗列与组合，其还应当表征出法治的逻辑性。[62]轻罪诉讼程序的体系化构建并非刑事诉讼法中的部分内容体系化，而是刑事一体化中的轻罪治理体系化。同时轻罪诉讼程序的体系化构建丰富了宽严相济刑事司法政策的新时代内涵。二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》中指出，要完善强制措施制度；推进刑事辩护律师全覆盖；建立轻微犯罪记录封存制度。而轻罪诉讼程序则是诸多中国式刑事现代化改革举措的底层逻辑。由是观之，轻罪诉讼程序的体系化构建不仅需要建立健全具体制度，更应着力于刑事和解、附条件不起诉、认罪认罚从宽制度、证据开示、刑事辩护全覆盖以及轻微犯罪记录封存等要素的内在联系。并以体系化思维融贯各部分制度，使前述诸多要素成为系统整体——即具备体系性的轻罪诉讼程序。如此方能实现轻罪诉讼程序乃至轻罪治理的多元价值追求。

---

[60] 参见黄永:《建设公正高效权威的中国特色社会主义刑事诉讼制度——中国刑事诉讼立法历程回顾和再修改前瞻》，载《法律适用》2024 年第 7 期，第 12 页。

[61] 参见樊崇义:《认罪认罚从宽与自首坦白》，载《人民法治》2019 年第 1 期，第 54 页。

[62] 参见陈金钊:《作为法治原则之法律的体系性》，载《济南大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期，第 124 页。

一场未竟的改革：轻罪案件快速办理机制再考查

王迎龙*

摘 要：以 2018 年《刑事诉讼法》修订设立速裁程序为节点，我国轻罪案件快速办理机制的改革探索可以分为两个阶段，速裁程序的创建并不意味着改革的结束。在轻罪治理背景下，高企的认罪认罚率、不断攀升的不起诉率与不捕率营造了不同于传统重罪治理的刑事司法生态，亟待完善契合轻罪治理特点的轻罪程序体系。然而，当前“简易-速裁”的双层程序简化供给侧无法满足轻罪治理需求侧的现实需求。《刑事诉讼法》第四次修订已经提上日程，应当结合轻罪案件办理实际需求，确立侦查、起诉、审判全流程简化的轻罪案件快速办理机制。一方面，针对速裁程序程序的问题，运用“流程简化”模式，将程序精简向审前程序延伸，构建全流程简化的轻罪快速办理机制；另一方面，对于一些轻微犯罪，采取“放弃审判”模式，考虑有限度地适用书面审理。如此，才能形成更加程式化的轻罪诉讼程序，完善更加梯度化的刑事诉讼简化程序体系，在国家投入整体司法资源有限的前提下，实现犯罪治理的“帕累托最优”。

关键词：轻罪治理；快速办理机制；速裁程序；全流程简化；书面审理

引言

基于重罪与轻罪的区分，设置有所区别的诉讼程序，是司法规律的客观要求。2016 年最高人民法院《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》 明确要求“科学调配和高效运用审判资源，依法快速审理简单案件，严格规范审理复杂案件，实现简案快审、繁案精审。”《人民法院第四个五年改革纲要（2014-2018）》将“健全轻微刑事案件快速办理机制”、“构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制，优化配置司法资源”作为重要工作予以推动。《2023—2027 年检察改革工作规划》也将“推动案件繁简分流”作为完善认罪认罚从宽制度的重要内容进行推动。在上述文件与政策指引下，我国于 2014 年开展速裁程序改革试点，2016 年开展认罪认罚从宽制度改革试点，并在 2018 年刑事诉讼法修订时将成熟经验上升为立法，确立了速裁程序与认罪认罚从宽制度，形塑了当前刑事案件“普通程序—简易程序—速裁程序”三级递减的程序格局。

随着社会治理转型与刑法立法变革，判处三年有期徒刑以下刑罚的罪犯数量常年占据 80%以上，我国逐渐步入“轻罪时代”。轻罪治理成为犯罪治理体系与治理能力现代化的关键环节，也对现有轻罪诉讼程序体系提出了挑战：目前三级递减的程序格局，尤其是速裁程序是否能够满足轻罪治理的程序需求。换言之，在积极刑法观主导下，醉驾型危险驾驶罪、帮信罪等轻罪数量急剧增加，对诉讼程序的繁简分流、快速办理等功能提出了更高的要求。在此背景下，各地司法机关积极主动开展轻罪程序试点，如试点“刑拘直诉”[1]、“一站式”轻罪案件快速办理机制[2]等，以适应轻罪治理的实践需求。在试点经验基础上，最高法、最高检、公安部、司法部于 2023 年 12 月 18 日联合出台的《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》（以下简称《办理醉驾案件意见》）中规定了醉驾案件的快速办理机制，首次以法律文件的形式肯定了轻罪案件快速办理机制。

然而，目前关于轻罪案件快速办理机制是立足于“点”上的探索，尚未形成统一适用于所有轻罪案件的“面”上的规定。如今，《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第四次修订在即，是否以及如何新增轻罪案件快速办理机制值得细致讨论。首先，在轻罪治理背景下，是否有必要在当前三级递减程序格局基础上新增轻罪案件的快速办理机制；其次，如果具有必要性，结合域外经验，我国轻罪快速办理机制应当采取何种简化方式；最后，基于试点实践经验，如何进一步构建与完善我国的轻罪案件快速办理机制，实现轻罪治理的“帕累托最优”[3]。基于上述问题，本文对轻罪案件快速办理机制展开理论反思，在此基础上提出程序完善的建议，以期对于轻罪的程序治理有所裨益，促进犯罪治理体系与治理能力的现代化。

---

* 中国政法大学法学院副教授、法学博士，钱端升学者。

本文受到中央高校基本科研业务费专项资金（项目号：24CXTD06）和中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助。

[1] 参见高阳：《繁简分流 推行刑拘直诉机制》，载《检察日报》2021 年 9 月 28 日第 3 版。

[2] 参见黄晓宇：《海淀推进全流程简化刑事速裁 诉讼全程平均仅用 40 天》，载《北京晨报》2018 年 3 月 7 日第 5 版。

[3] “帕累托最优”也称为“帕累托效率”，指假定固有的一群人和可分配的资源，从一种分配状态到另一种状态的变化中，在没有使任何人境况变坏的前提下，使得至少一个人变得更好。完善轻罪案件快速办理机制的目的即在犯罪治理资源供给侧不变的前提下，通过诉讼程序的精简与优化，实现轻罪治理效益的最大化。

一、轻罪案件快速办理机制的试点运行

（一）轻罪案件快速办理机制改革试点的两个阶段

探索“繁简分流”程序机制，构建与重罪程序有别的轻罪诉讼程序，一直是司法体制改革的重要内容。实际上，以试点刑事速裁程序为契机，我国早在 2014 年即开展了轻罪案件快速办理机制的实践探索。对于轻罪快速办理机制的试点运行，以 2018 年《刑事诉讼法》修订创建速裁程序为节点，本文将其分为以下两个阶段：

一是 2018 年之前的刑事案件速裁程序试点。2014 年 6 月，全国人大常委会授权最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）在北京等 18 个试点地区开展刑事案件速裁程序试点工作，对犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚、可能判处有期徒刑一年以下刑罚的案件依法从宽、从简、从快处理。2014 年 8 月，两高会同公安部、司法部制定了《关于在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的办法》，正式启动为期两年的试点工作。2016 年 9 月，两高提请全国人大常委会审议通过决定，授权在原试点地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作，同时将速裁程序适用范围扩大至三年有期徒刑以下刑罚案件，纳入认罪认罚从宽制度试点，继续试行两年。在此阶段，试点地区积极探索速裁程序创新机制，普遍实行专人办理、集中起诉、集中开庭。如郑州在看守所设立速裁法庭，北京市海淀区由法官、检察官、值班律师在看守所建立集中办案平台，实现侦诉辩审无缝对接，南京、福州等地在侦查阶段就委托进行调查评估，为非监禁刑适用创造条件，深圳、杭州等地探索视频提讯、视频开庭、短信快速送达、诉讼文书及电子证据网上流转，充分利用信息技术提高工作效率。[1]在此基础上，2018 年《刑事诉讼法》第三次修订将刑事速裁程序试点的成熟经验予以吸收。

二是 2018 年之后的轻罪案件快速办理机制试点。随着刑事立法变革与社会治理转型，近些年来我国犯罪结构呈现轻刑化趋势，判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪罪犯数量急剧增加。在积极刑法观主导下，轻罪治理成为当下犯罪治理的关键问题。针对轻罪罪名的增加与轻罪数量的高企，各地司法机关自发主动地开展了新一轮的轻罪案件快速办理机制试点。如北京市海淀区检察院在原有试点经验的基础上进一步完善“48 小时全流程结案速裁模式”，研发轻罪治理图鉴，发布《轻罪治理白皮书》；[2]山东省检察院展开“一站式”诉讼模式与“事心双解”刑事检察办案机制两项轻罪治理试点；[3]四川省成都市检察院试点探索轻微犯罪案件的“简案优质办”机制。[4]一些试点地方还出台了关于轻罪案件快速办理机制的规范意见，如北京市朝阳区法检等机构联合出台《关于推进轻微刑事案件“一站式”办理工作意见》（以下简称《朝阳“一站式”办理意见》）、福州市出台《福州市轻微刑事案件“一站式”快速办理工作规范（试行）》（以下简称《福州“一站式”办理规范》）、佳木斯市出台《关于轻微刑事案件“一站式”快速办理办法》等。当然，这些试点仅仅是地方经验，而《办理醉驾案件意见》的出台，虽然仅针对醉酒型危险驾驶罪进行适用，但表明这一阶段快速办理机制试点的成熟经验开始得到法律认可，也意味着适用于所有轻罪案件的快速办理机制初具雏形。

（二）轻罪案件快速办理机制改革试点的承继脉络

上述两个阶段的的改革试点，虽然都可以称之为轻罪案件快速办理机制改革，但既有联系也有区别。两者之间的联系在于：一方面，两轮改革初衷均在于贯彻宽严相济刑事政策，推行繁简分流机制。2012 年《刑事诉讼法》修订实施后，刑事犯罪总体仍呈高发态势，案多人少的矛盾依然突出，且随着刑法修正案（八）、（九）的出台，轻微刑事案件数量攀升，因此需要刑事诉讼制度及时调整，在简易程序的基础上探索更加简化的诉讼程序。[5]而 2018 年刑诉法修订后，随着积极刑法观主导下轻罪罪名的不断增设，轻罪治理需求引导下简化轻罪诉讼程序的需求更加迫切；另一方面，两者之间存在延续关系。虽然 2018 年《刑事诉讼法》修订增设了速裁程序，但这并非是轻罪快速办理机制改革的终点。第一阶段试点的一些作法，如刑拘直诉、全流程简化等，由于经验过于超前，经过权衡并未吸收进入立法，但给第二阶段的试点奠定了基础。

---

[1] 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于刑事案件速裁程序试点情况的中期报告》，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2015-11/03/content_1949929.htm，访问日期 2024 年 6 月 10 日。

[2] 参见简洁、殷小伟：《轻罪治理数字化的“海淀实践”》，载《检察日报》2024 年 1 月 16 日第 5 版。

[3] 参见崔晓丽、高峰、李卫东：《精准破题，蹚出轻罪治理新路径》，载《检察日报》2023 年 12 月 17 日第 1 版。

[4] 参见孙凤娟、查洪南：《身边小案件承载为民大情怀》，载《检察日报》2023 年 7 月 10 日第 1 版。

[5] 王爱立主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社 2018 年版，第 472 页。

两轮试点最大的区别在于，开展的时代背景存在差异。第一轮改革时虽然轻罪案件数量已经开始攀升，但是积极刑法观主导下过度犯罪化的负面效应彼时尚未完全显现。但在 2018 年刑诉法修订后，这一问题在司法实践中逐渐充分暴漏出来。如危险驾驶罪于自 2019 年以来始终处于发案量首位，判处三年有期徒刑以下刑罚人数占比达到 80%以上。[1]2011 年《刑法修正案（八）》确立该罪当年全国法院审结的危险驾驶案件仅有 5 万余件，到 2021 年激增至 34.8 万件，[2]之后每年都有几十万人因危险驾驶而入刑；帮助信息网络犯罪活动罪自 2020 年开始快速增长，2021 年检察机关共起诉 12.9 万人，2022 年起诉 13 万人，2023 年起诉 14.7 万人。[3]因此，轻罪治理成为时下犯罪治理的关键问题。《2024 年最高人民检察院工作报告》明确指出：2024 年要推动完善轻罪治理体系，充分发挥检察建议作用，促进诉源治理、社会治理。[4]《2024 年最高人民法院工作报告》也将轻罪案件中践行新时代“枫桥经验”、促推诉源治理作为 2024 年重点推进工作。[5]

因此，关于轻罪快速办理机制的两轮改革之间存在着承继关系。虽然 2018 年《刑事诉讼法》修订将第一轮改革的成熟经验予以吸纳，但这并不意味着改革的结束。速裁程序入法是改革的阶段性成果，轻罪案件快速办理机制仍是一场未完成的改革。在新一轮改革中，各地试点的轻罪案件快速办理机制普遍具有以下新的特点。

第一，公安司法机关“一站式”集中办公。所谓“一站式”轻罪办案模式，是指公检法等办案机关不受物理空间限制，设立集中办案场所，通过建立专业团队、类案归纳、轻罪证据指引、刑拘直诉等机制创新，快速有效处理轻罪案件。例如，《朝阳“一站式”办理意见》第 2 条规定：“一站式”办理模式是指区公安局、区检察院、区法院依托轻微刑事案件“一站式”办理中心，在依照法定程序、确保办案质量的前提下，简化审核、审批工作流程、缩短办案期限，实现在较短的时间内区公安局侦查终结、区检察院在审查起诉阶段依法作出不起决定或提起公诉，区法院适用速裁程序审判的全流程办结模式。”《福州“一站式”办理规范》第 2 条规定“公安机关、人民检察院、人民法院、司法行政部门在执法办案管理中心集中办理符合速裁适用条件的轻微刑事案件，48 小时内完成刑事诉讼流程。”各地试点中，“一站式”轻罪办理模式一般依托公安机关执法办案中心设立固定办公地点，法院、检察院派驻专门负责轻罪办理的工作人员，以实现集中快速办理轻罪案件。

第二，侦查、起诉、审判阶段的全流程简化。在第二轮试点中，各试点机关为进一步释放轻罪诉讼程序效率，普遍进行了诉讼全流程简化改革。具体而言，在刑事速裁程序的基础上，将程序简化向审前阶段延伸，在侦查阶段采取刑拘直诉、快速鉴定、检察提前介入侦查、社会调查前置等机制，在审查起诉阶段通过使用表格化讯问笔录、审查报告、完善不起诉后的刑行衔接机制等，极大提高了审前程序效率。此外，为加快内部程序流转，避免程序空转，试点机关普遍设置专门轻罪办案团队，通过集中受理、集中审查、集中讯问、集中开庭等办案模式，批量化快速处理轻罪案件。全流程简化的快速办理机制改革效果显著，如北京市朝阳区实行轻罪案件“一站式”办理模式后，公安分局每月平均可办结 14-16 起危险驾驶、盗窃等案件，工作效率大幅提高，案件自公安机关移送审查起诉时间由平均 20 日降至 7 日，办案效率提速 50%；[6]山东省寿光市“一站式”速裁中心运行以来，快速办理的刑事简案数量占同期审结刑事案件总量的 60%，速裁案件审查起诉阶段平均办案用时仅 4 日。[7]

第三，适用罪名较为集中。第二轮轻罪快速办理机制改革试点突出轻罪的类案处理，即在总结某类轻罪案件办理要点的基础上，通过类案规范机制，如归纳常见轻罪量刑依据与意见、总结轻罪

---

[1] 参见《最高检案管办负责人就 2022 年全国检察机关主要办案数据答记者问》，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202303/t20230307_606553.shtml#2，访问日期 2024 年 5 月 1 日。

[2] 参见周强：《最高人民法院工作报告——2022 年 3 月 8 日在第十三届全国人民代表大会第五次会议上》，https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-349601.html，访问时间 2024 年 5 月 1 日。

[3] 数据来源于《2021-2023 年全国检察机关主要办案数据》。

[4] 参见应勇：《最高人民检察院工作报告——2024 年 3 月 8 日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》，https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202403/t20240315_649603.shtml，访问日期 2024 年 5 月 1 日。

[5] 参见张军：《最高人民法院工作报告——2024 年 3 月 8 日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》，http://gongbao.court.gov.cn/Details/91879661d9288abc72798a23b1ecec.html，访问日期 2024 年 5 月 1 日。

[6] 参见黄洁：《“轻案快办”助推办案效率提速 50%》，载《法治日报》2023 年 12 月 18 日第 8 版。

[7] 参见郭树合、刘珊：《办案时间缩减了 权利保障更到位》，载《检察日报》2014 年 1 月 1 日第 2 版。

证据审查要点，从整体上对轻罪办理程序精简提速。因此，第二轮改革试点的快速办理机制适用的轻罪罪名较为集中。如《福州“一站式”办理规范》第 7 条规定符合条件的盗窃、诈骗、故意毁坏财物、故意伤害、寻衅滋事、交通肇事、危险驾驶等案情简单、情节轻微的案件优先适用快速办理机制。《朝阳“一站式”办理意见》第 3 条规定对危险驾驶、交通肇事、盗窃、诈骗、抢夺、故意伤害、寻衅滋事、非法拘禁、破坏环境资源类犯罪、网络电信诈骗关联犯罪、在公共场所实施的扰乱公共秩序犯罪等情节较轻的刑事案件可以适用“一站式”办理模式。

第四，数字赋能轻罪治理。在本轮试点中，各试点机关充分利用科学技术，通过大数据等智能技术赋能轻罪案件办理，实现轻罪治理的智能化，这体现在两个层面：一是助力轻罪案件办理效率。如运用远程视频方式快速办理简单案件，采用线上提审、线上取证、线上信息交流等方式实现快速办结。同时，利用智能语音识别技术实现语音同步转化为文字并生成笔录，推进诉讼档案电子化，引导当事人、律师等提交电子诉讼材料，运用电子卷宗移送方式，推动案件信息共享及案卷无纸化流转等，以实现轻罪诉讼程序进一步简化；二是提高轻罪案件办理质效。如海淀检察院研发的“轻罪治理图鉴”、无锡检察院研发的“轻罪热力地图”等，通过构建轻罪案件大数据法律监督模型，运用大数据算法进行数据碰撞开展轻罪治理。[1]还有检察院构建轻罪罪名量刑数据库，数字赋能提供智能量刑参考，运用大数据量刑样本平衡量刑建议。[2]

第五，“治罪”与“治理”并重。第二轮试点过程中，司法机关不仅追求轻罪的快速办理，还追求轻罪的有效治理。轻罪案件通常是日常、高发型犯罪，例如故意轻伤害罪、帮信罪、醉酒型危险驾驶罪等，其产生除了行为人个人原因外，还存在诸多的社会诱发因素，反映了社会治理的末端问题。对此，各地司法机关在轻罪治理方面进行了大量有益探索。例如，随着“自助购”经营模式的推广，超市盗窃案件易发多发，北京、上海、南京、杭州等地检察机关通过制发检察建议书、检察意见书等，推动行政主管部门、公安机关、商超企业等多种社会主体共同开展系统治理；[3]山东省人民检察院展开“事心双解和为贵”办案试点，积极借助人民调解员、律师、人大代表、政协委员等力量，运用检调对接、公开听证、释法说理等机制措施，推动矛盾纠纷实质性化解，[4]等等。在试点经验基础上，《办理醉驾案件意见》以法律形式首次规定了醉驾案件的综合治理机制。

二、轻罪案件快速办理机制的理论反思

（一）未竟的改革：进一步完善轻罪快速办理机制的必要性

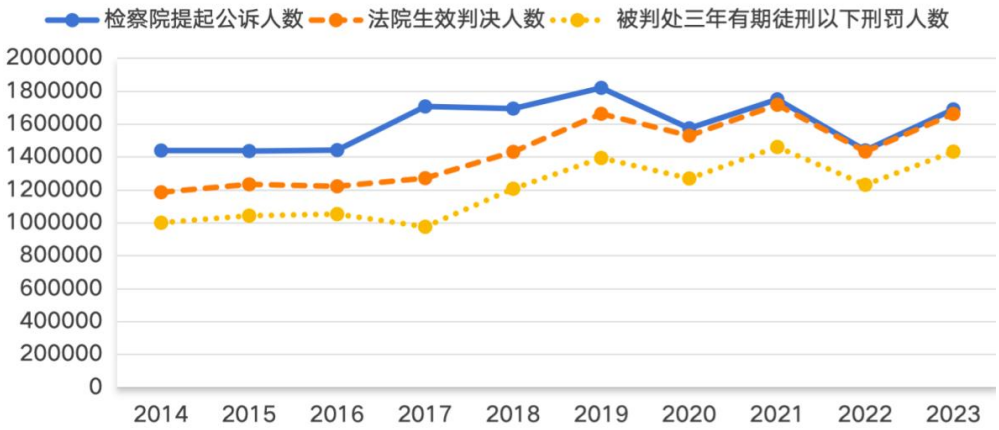
虽然 2018 年《刑事诉讼法》修订正式确立了刑事速裁程序，但是伴随着刑事立法变革与社会治理转型，在轻罪治理背景下有必要进一步深化轻罪快速办理机制改革。

一方面，轻罪治理的现实需求倒逼轻罪诉讼程序改革。近年来，在积极刑法观主导下，十二部刑法修正案共增设了 79 个罪名，旨在通过刑法立法不断强化社会治理。虽然通过刑事手段参与社会治理能取到立竿见影的效果，但是也催生了过度犯罪化与刑罚化的问题。根据图 1，[5]2014 年至 2023 年十年间，无论是法院生效判决人数还是判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪罪犯，在数量上都大幅提高。2023 年法院生效判决人数为 166.03 万人，相较于 2014 年增长了 40.1%。其中，被判处三年以下有期徒刑以下刑罚的有 143.1 万人，相较于 2014 年增长了 43.2%。尤其是在 2018 年之后，这种上升趋势尤为明显，被判处三年有期徒刑以下刑罚的罪犯常年占据生效判决人数的 80%以上。有学者将此现象归纳为犯罪结构的“双升”与“双降”，即严重暴力犯罪占全部犯罪数量的比例以及重刑率逐渐下降，而轻罪案件的比例以及轻刑率却逐渐提高。[6]面对犯罪结构体系内部发生的变化，刑事司法体系也应当作出应对，在程序层面进一步完善繁简分流机制，构建契合轻罪特点的快速办理机制。毕竟，对于正义的追求，不能无视其代价。尤其是在司法资源给定的前提下，只有通过诉讼程序的进一步精简，优化现有司法资源配置，才能有效实现轻罪治理的“帕累托最优”。

---

[1] 参见卢志坚、郝红梅、张文碧：《打出治罪与治理并重“组合拳”》，载《检察日报》2023 年 12 月 31 日第 2 版。
[2] 参见张环：《“三位一体”轻罪案件办理模式助力提升监督质效》，载《检察日报》2023 年 1 月 3 日第 7 版。
[3] 参见戴佳：《以检察担当助力轻罪治理现代化》，载《检察日报》2023 年 9 月 27 日第 02 版。
[4] 参见崔晓丽、高峰、李卫东：《精准破题，蹚出轻罪治理新路径》，载《检察日报》2023 年 12 月 17 日第 01 版。
[5] 2014 年至 2021 年的数据通过《中国法律年鉴（2014-2021）》获取，2022 年与 2023 年的数据通过最高人民检察院与最高人民法院发布的当年办案数据获取。
[6] 参卢建平：《犯罪统计与犯罪治理的优化》，载《中国社会科学》2021 年第 10 期，第 109 页。

图1 2014-2023年罪犯数量与刑罚趋势



此外，认罪认罚从宽制度于 2018 年正式确立后，目前适用率以达全部刑事案件的 90%

以上。结合上述轻刑比例可知，绝大多数轻罪案件适用了认罪认罚从宽制度，这为进一步完善轻罪快速办理机制奠定了基础。在 2023 年，共适用认罪认罚从宽制度审结案件 200 万人，认罪认罚适用率为 90.3%，其中适用简易程序 43.4 万件，适用速裁程序 37.8 万件，合占比例超七成。[1]可见，在认罪认罚适用率高企背景下，轻罪案件快速办理机制具有巨大适用空间，结合轻罪本身特点完善快速办理机制能够进一步释放效率红利。

另一方面，速裁程序的设计缺陷导致程序供给乏力。目前，我国虽然构建了“普通-简易-速裁”三级递减的程序格局，但在积极刑法观主导的轻罪治理领域，以轻罪为适用对象的速裁程序因设计缺陷仍无法有效释放效率红利，这表现在：一是快速办理程序特点不显。速裁程序仅在审判程序有所简化，轻罪案件侦查、起诉程序与普通、简易程序并无区别，缺乏基于轻罪特点的独立程序品格，审前环节的繁简分流效能并不突出。如学者所言，相对于刑事普通程序，速裁程序的简化主要体现在审判阶段，审前程序中侦查、起诉环节并无实质层次区分；[2]二是速裁程序适用意愿不高。速裁程序虽然简化了诉讼程序，但是司法实践中工作量并无变化，甚至有所增加，实际上是依靠压缩程序时间来达到快捷目的，未能从根本上缓解轻微刑事案件的压力。[3]质言之，速裁程序变相地增加了办案压力，导致司法实践中办案人员启动速裁程序的意愿不高；三是速裁程序适用比例较低。在程序设计上，虽然速裁程序与简易程序呈现梯度化适用特征，但就对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件而言，两种程序在适用上存在重合，速裁程序在司法实践中适用乏力。目前，速裁程序的适用比例占全部刑事案件的 30%左右，[4]不仅在适用总量上少于简易程序，而且与轻罪案件占据 80%以上的比例极不相符。

当前，犯罪结构变化对轻罪治理提出了新的要求，程序的宽缓化已成为办理轻罪案件的必然趋势。在宽严相济刑事政策指引下，秉持少捕慎诉慎押的工作要求，我国刑事案件的不捕率与不起诉率不断提高，2019 至 2023 年五年间的不捕率分别为 22.4%、23.3%、31.2%、43.4%、40.7%，不起诉率分别为 9.5%、13.7%、16.6%、26.3%、25.5%。[5]因此，高企的认罪认罚率、不断提高的不起诉率与不捕率营造了不同于传统重罪治理的刑事司法生态，亟待完善契合轻罪治理特点的轻罪诉讼程

---

[1] 参见《最高检案管办负责人就 2023 年全国检察机关主要办案数据答记者问》，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202403/t20240310_648482.shtml#2，访问时间 2024 年 7 月 1 日。

[2] 参见樊崇义、何东青：《刑事诉讼模式转型下的速裁程序》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 3 其，第 10 页。

[3] 参见郑敏：《在正当程序的框架下构建刑事速裁程序书面审理制度》，载《中国审判》2015 第 17 期，第 25 页。

[4] 截至 2020 年 10 月，检察机关认罪认罚从宽制度办理的案件，起诉到法院后适用速裁程序审理的仅占 27.6%，适用简易程序审理的占 49.4%，适用普通程序审理的占 23%。参见史兆琨：《兼顾办案质量与效率 推动落实速裁程序——最高人民检察院第一检察厅厅长苗生明解读认罪认罚案件适用速裁程序典型案例》，载《检察日报》2020 年 10 月 14 日。在 2023 年，在法院适用认罪认罚从宽制度审理的案件中，适用简易程序 434474 件，占 38.8%；适用速裁程序 378497 件，占 33.8%。参见《最高检发布<刑事检察工作白皮书（2023）》，https://news.cctv.com/2024/03/09/ARTI9u3dbH3jseGrTjJf79sB240309.shtml，访问日期 2024 年 7 月 1 日。

[5] 数据来源于《2019-2023 年全国检察机关主要办案数据》。

序。然而，2018 年设立的速裁程序基于上述问题，显然无法完全承担轻罪治理背景下轻罪快速办理的重任。质言之，当前“普通-简易-速裁”三级递减的程序供给侧无法满足轻罪治理需求侧的现实需求。由此，最高司法机关权威专业人士指出，应当进一步完善“轻重有别、区别对待”的程序治理体系，在当前速裁程序的基础上结合轻罪案件办理实际需求，构建侦查、起诉、审判全流程简化的轻罪诉讼程序。[1]

（二）以速裁程序为基础构建轻罪快速办理机制的正当性

前文已述，关于轻罪案件快速办理机制的两轮改革试点并非割裂，而是具有承继性的。2018 年设立的速裁程序以及前后试点运行经验，不仅为深入推动轻罪快速办理机制奠定了基础与条件，也为轻罪案件的快速办理提供了正当性保障。

首先，认罪认罚从宽制度的经验保障。适用速裁程序以犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚为前提，因此速裁程序中必然适用了认罪认罚从宽制度。并且，认罪认罚从宽制度与速裁程序同于 2018 年设立，至今已经实施了近 6 年。认罪认罚从宽制度所涉及到的认罪认罚自愿性、上诉权、辩护权、控辩协商、量刑建议等问题，实际上也是速裁程序中存在的问题，可以说两者具有天然的亲缘关系。在认罪认罚率高企的背景下，认罪认罚从宽制度的相关完善经验，对于保障轻罪案件办理机制改革的正当性具有重要意义。例如，完善认罪认罚自愿性保障机制，对于轻罪快速办理机制的适用同样重要；秉持“减程序不减权利”的原则，推动认罪认罚从宽制度中的诉讼权益保障，如增设值班律师保障认罪认罚犯罪嫌疑人、被告人的辩护权益、维护其上诉权益、进行控辩协商的权益等，对于适用快速办理机制的被告人也具有保障作用。当然，认罪认罚从宽制度当前还存在一系列问题，如因自愿性保障不充分导致非自愿认罪认罚、缺乏控辩协商的机制与空间、被告人上诉遭受报复性抗诉等，需要进一步予以应对完善。但随着认罪认罚从宽制度的发展完善，其边际效应也必然波及快速办理机制，从而更好地保障快速办理机制的正当运行。

其次，刑事诉讼基本原则的规范保障。相对于复杂精密的普通程序而言，速裁程序在程序设计上大幅精简，必然影响被追诉人诉讼权利的保障。在速裁程序实践运行过程中，有些地方司法机关为了图快，悖离刑事诉讼法规定，通过克减被追诉人权利加快诉讼流程。如针对某些地方试点推行的“刑拘直诉”模式，有观点认为在被拘留过程中决定起诉犯罪嫌疑人，与拘留的临时性强制措施的性质相悖，应在决定起诉前立即释放被拘留的犯罪嫌疑人或者变更强制措施。[2]更为严重的是，效率至上的功利主义还可能进一步导致冤假错案的产生。根据官方数据，2023 年检察机关在审查起诉环节对 200 余万人适用认罪认罚从宽制度，比例达到 90.3%，其中对 142 万余人提出了确定刑量刑建议，法院最终采纳确定刑量刑建议 139 万余人，采纳率达 94.9%。[3]高企的认罪认罚比例与确定刑量刑建议采纳比例，能够体现我国刑事诉讼过程中公、检、法三个诉讼阶段认定案件的准确性。但值得反思的事，认罪认罚案件的处理，尤其是适用速裁程序的案件，如此高企的量刑建议采纳率背后是否存在类似“流水作业式”诉讼构造的弊端呢？在一些地方试点中，法庭审理仅用很短甚至只有几分钟的时间完成，使得庭审名存实亡，实践中还存在值班律师法律帮助形式化、控辩协商机制缺失等问题，为认罪认罚尤其是适用速裁程序的轻罪案件埋下了诸多隐患。当下，因认罪认罚自愿性困境而导致的冤假错案问题也已初现端倪。[4]因此，在进一步的改革过程中，应当始终坚守刑事诉讼的基本原则，如三机关分工负责、相互制约原则、有权获得辩护等，防范重蹈之前“流水作业式”诉讼结构的覆辙，才能确保轻罪快速办理机制具有基本正当性。

最后，党政主导的组织保障。轻罪快速办理机制的改革完善需要统筹与整合公、检、法以及有关行政部门等多元力量，仅凭公、检、法任一个部门没有能力承担起这一组织重任。相较而言，党委和政府拥有决策权和执行权，具有很强的资源聚合能力，可以有效推动部门联动、社会协同、公众参与、科技支撑的协同治理。在“一站式”轻罪案件快速办理机制的地方试点中，之所以能够整合

---

[1] 参见苗生明：《醉酒型危险驾驶的治罪与治理——兼论我国轻罪治理体系的完善》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期，第 16 页。

[2] 顾顺生、刘法泽：《“刑拘直诉”方式不妥》，载《检察日报》2015 年 9 月 9 日第 3 版。

[3] 参见《最高检发布<刑事检察工作白皮书（2023）》，https://news.cctv.com/2024/03/09/ARTI9u3dbH3jseGrTjJf79sB240309.shtml，访问日期 2024 年 7 月 1 日。

[4] 参见王迎龙：《认罪认罚自愿性困境实证研究》，载《环球法律评论》2023 年第 6 期。

公检法司等多部门力量协同快速办理轻罪案件，非常重要的原因在于党委或政府的主持与协调，从而为轻罪的快速办理提供了强有力的组织保障。当然，党政对于轻罪治理的领导作用体现在组织保障与宏观引导，而非插手或干预具体个案。“推进国家治理现代化的核心是法治化”。[1]近些年来，无论是立法层面推动轻罪立法、出台诸如醉驾、故意伤害等轻罪治理文件，抑或在司法层面贯彻少捕慎诉慎押工作要求等，贯穿于轻罪治理过程中的一条主线就是法治化。

（三）“放弃审判”抑或“流程简化”的模式选择

基于上述轻罪快速办理机制的必要性，本文认为应当在速裁程序的基础上进一步构建针对轻罪案件的快速办理机制，但如何构建应当审慎讨论。根据案件轻重区分构建繁简分流机制，是世界法治国家的普遍做法。综观域外法治，与普通程序相区别，刑事案件的快速办理程序大致可以分为以下两种模式：一是“放弃审判”模式，即被追诉人通过答辩有罪而无需进行正式审判，法律制度通过降低指控、减轻量刑等鼓励被追诉人这样做，[2]典型如美国的辩诉交易程序、意大利简易审判程序；二是“流程简化”模式，即基于案件情节轻微，在普通程序的基础上对诉讼程序加以精简，但仍然保留法庭审理程序，典型如德国的认罪协商程序、日本的即决裁判程序。我国刑事简易与速裁程序均属于“流程简化”模式，即在普通程序的基础上进行不同程度的程序精简，体现了梯度化特征。但速裁程序无法进一步满足轻罪治理现实需求，本文主张综合运用上述两种简化模式，进一步完善轻罪快速办理机制。具体而言，一方面，针对速裁程序程序设计问题，运用“流程简化”模式，将程序精简向审前程序延伸，构建全流程简化的轻罪快速办理机制；另一方面，对于一些轻微犯罪，采取“放弃审判”模式，考虑有限度地适用书面审理。换言之，在我国“普通-简易-速裁”程序格局基础上，采取“流程简化”与“放弃审判”相结合的模式，构建契合轻罪特点的全流程简化程序与有限的书面审理程序。

针对当前速裁程序存在的问题，上文已经阐释了构建全流程简化轻罪快速办理机制的必要性。关于速裁程序中是否可以不开庭而径行采取书面审理，学界目前存在巨大争议。反对观点的一个重要依据是，在采取一元治理模式的域外国家中，那些在我国适用治安管理处罚程序的违法案件，才须由简易化的刑事程序来处理。[3]而我国采取行政违法与刑事犯罪两分的二元制裁机制，速裁程序所适用的案件尚未“轻微”到可以书面审理的程度。[4]上述观点在传统犯罪治理领域下是成立的，但伴随我国社会治理转型与犯罪结构变化，我们应当注意到轻罪治理领域的以下变化：

首先，在积极刑法观主导下，诸多行政违法行为升格为犯罪行为。当前，立法者通过不断增设新的罪名加强社会治理，将诸多之前属于行政违法的行为升格为犯罪。有学者统计，前七次刑法修正案中行政违法行为犯罪化的条文共 26 条，而《刑法修正案（八）》和《刑法修正案（九）》涉及的条文总数即达 35 条，2021 年实施的《刑法修正案（十一）》，又增设了危险作业罪、妨害药品管理罪等新罪名，并为非法狩猎、违规披露、不披露重要信息、欺诈发行证券等罪名增加了新的行为方式，这些都是行政违法行为犯罪化的立法体现。[5]在积极刑法观主导下，我国刑事法网正由“厉而不严”向“严而不厉”发展，对其中本属于行政违法的轻罪案件适用司法化的书面审理程序，在权利保障程度上还要高于治安处罚程序，并不能必然得出违背比例原则的结论。

其次，“放弃审判”模式并非以情节轻微为唯一适用标准。综观域外，“放弃审判”模式除了适用于情节轻微案件外，还适用于被追诉人认罪的案件，如美国与英国的辩诉交易程序、意大利简易审判程序。当然，基于我国诉讼传统，无法像英美法系国家那样，无限度地对被告人认罪案件进行精简，我国适用速裁程序必须同时符合被追诉人认罪与情节轻微两个要件。但即使以案件情节轻微为前提，

---

[1] 李林：《依法治国与推进国家治理现代化》，载《法学研究》2014 年第 5 期，第 7 页。

[2] 参见熊秋红：《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》，载《比较法研究》2019 年第 5 其，第 4 页。

[3] 参见李本森：《我国刑事案件速裁程序研究——与美、德刑事案件快速审理程序之比较》，载《环球法律评论》2015 年第 2 期，第 122-123 页。

[4] 参见贾志强：《“书面审”抑或“开庭审”：我国刑事速裁程序审理方式探究》，载《华东政法大学学报》2018 年第 4 期，第 135-137 页。

[5] 参见卢建平、王昕宇：《十八大以来犯罪形势的宏观、中观与微观考察——基于司法统计数据的分析》，载《犯罪研究》2023 年第 1 期，第 41 页。

如欧洲陆法系的“放弃审判”模式，也并非完全限定在财产刑范围。如根据德国刑法第 12 条，德国处罚令程序就适用于最高刑为一年以下自由刑或科处罚金的案件。再看我国，在犯罪轻刑化趋势下，轻微自由刑的刑罚比例已不占少数。以拘役为例，2019-2023 年判处人数为 258293、214958、275450、229301、250658，分别占生效判决人数的 15.55%、14.07%、16.05%、16.07%、15.10%。对于这一为数不少的情节轻微的罪犯群体具有适用书面审理的空间。因此，以域外书面审程序单纯适用于情节轻微的案件，尤其是财产刑案件作为反对我国书面审理的理由并不充分。

最后，庭审的形式性。在被告人认罪认罚适用速裁程序的案件中，即使有律师参与，在司法实践中也只是形式性地进行配合认罪认罚进行辩护。在很多地区，速裁程序几分钟的庭审时间具有宣示意味，[1]对于案件实质审理并无任何作用，案件的实质审查工作几乎都是庭下进行的。因此，只要能够有效保障被告人认罪认罚的自愿性和真实性，简略庭审环节，甚至将之精简为书面化审理也就变得可接受了。[2]

基于上述理由，本文认为在轻罪治理背景下不妨为轻罪案件书面审程序留有一丝余地，将其适用范围限定在可能判处拘役、管制、罚金刑更加轻微的案件中，并在此基础上完善相关程序机制。

三、轻罪案件快速办理机制的程序完善

在刑事普通程序之外，我国构建了“简易程序-速裁程序”双层简易化程序格局，但与域外国家形成的多层级简易程序体系相比，梯度化适用特征不明显，未能形成更加程式化的轻罪快速处理机制。在犯罪轻刑化趋势下，因应轻罪治理现实需求，构建构建更加契合轻罪特点的快速办理机制。

（一）构建全流程简化快速办理机制，完善梯度化程序体系

针对当前速裁程序快速办理特点不显的问题，应当在总结试点经验的基础上，将程序简化向侦查、起诉阶段延展，加强侦诉辩审联动，采取“一站式”集中办案，构建轻罪案件的统一快速办理机制，完善梯度化的刑事诉讼程序体系。

一是缩短时空距离。试点经验表明，“一站式”快速办理机制依托于公安机关执法办案中心，检察院、法院入驻专门负责轻罪快速办理工作人员，司法行政机关指派法律帮助律师值班，侦诉辩审汇聚一堂集中处理对于轻罪案件，能够在时间、空间维度提高轻罪案件流转效率。因此，在条件成熟时，可以考虑在全国范围内推广建立“一站式”轻罪案件快速办理机制，保障侦诉辩审快速联动处理轻罪案件。

二是精简内部流程。传统刑事诉讼程序存在内部流程空转、重复性审查以及内部审查报告种类繁多等方面的缺憾，造成公检法三机关内部以及相互间的程序内耗以及大量重复性劳动等问题。[3]因此，在轻罪案件快速办理机制中应对轻罪案件诉讼流程进行精简，包括采用刑拘直诉机制，不再报检察院审查逮捕；简化不起诉等决定的审批流程，轻微犯罪案件作出不起诉决定不再由检察长或检察官联席会讨论决定；精简相关诉讼文书，采取合并式、要素式、表格式等方式简化文书，取消不必要的轻罪案件审查、审理报告等。

在精简诉讼流程的基础上，相应缩短轻罪案件快速办理的期限。试点中，“一站式”轻罪案件快速办理期限主要分为三类：一类是要求自立案后 48 小时内结案。如《福州“一站式”办理规范》要求“集中办理符合速裁适用条件的轻微刑事案件，48 小时内完成刑事诉讼流程；二类是适用刑拘直判机制的案件在拘留期限内结案。刑事拘留期延长至 7 日或 30 日的，检察院移送审查起诉和法院作出裁判的日期也相应延长，但整体上应当在拘留期限内结案。三类虽然也适用快速办理机制，但仍然遵循速裁程序的办案期限。相较而言，48 小时办理期限由于时间比较紧张，对于办案机关要求更为严格，基于实践中办案压力等因素，试点中很多办案人员不愿意启动该机制。因此，对于轻罪快速办理机制适用的范围与条件，尤其是此类 48 小时的快速结案机制，应当审慎探讨。

三是归纳类案指引。轻罪案件往往数量庞大，且具有类型化特点。根据最高人民检察院官方数

---

[1] 参见赵恒：《刑事速裁程序试点实证研究》，载《中国刑事法杂志》2016 第 2 期，第 106 页。

[2] 参见林喜芬、王延延《论速裁程序的模型定位与配套制度之改革》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 3 期，第 14 页。

[3] 参见陈瑞华：《论刑事诉讼的全流程简化——从刑事诉讼纵向构造角度的分析》，载《华东政法大学学报》2017 年第 4 期，第 19 页。

据，2023 年受理审查起诉各类犯罪 1786635 件 2511263 人，其中危险驾驶罪占 22%、盗窃罪占 10%、帮助信息网络犯罪活动罪占 8%、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪和诈骗罪各占 7%，而最终判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件人数占比为 82.3%。[1]可见，司法实践中存在大量的构成危险驾驶罪、盗窃罪、帮信罪等轻罪罪犯。而且，诸如醉驾型危险驾驶罪、盗窃罪、诈骗罪、帮信罪等罪名，犯罪构成要件中均存在一定的定量因素，具有类型化特点。基于轻罪案件数量巨大且类型化的特点，可以归纳常见轻罪罪名的办案指引，包含类案证据收集指引、审查判断指引、量刑指引等，以促进常见轻罪案件的类型化处理。

（二）明确适用范围与适用条件

如上所述，速裁程序在实践中存在的问题之一即在于比例偏低，原因在于对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件，速裁程序与简易程序的适用条件并无区别。因此，如何在适用轻罪案件快速办理机制时避免出现类似问题，需要审慎对待。在试点过程中，是否适用快速办理机制主要由公安机关在立案后根据案情研判分析决定，并没有相关强制适用条件。如《朝阳“一站式”办理意见》第 12 条规定:“区公安分局查获犯罪嫌疑人进入执法办案管理中心后，开始对案件进行筛选分流，在审批强制措施时，可结合案情决定是否适用‘一站式’办理模式，并立即通知办案部门。”在快速办理机制的适用程序上，缺乏建立在司法控制基础上的程序分流机制。因此，明确轻罪案件快速办理机制的适用条件与适用范围就尤为重要。

在适用条件上，明确必须同时符合罪行轻微与主体合意两个要件。从世界范围来看，英美法系国家对程序精简的理由以诉讼主体合意为主，而欧陆法系国家对程序精简则倾向于以案件本身的罪行轻微为前提。[2]我国轻罪案件快速办理机制适用条件则兼采两个要件，既要求罪行轻微又要求主体合意。具言之，一方面应当将快速办理机制的适用范围限定可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件中，另一方面还应当以被追诉人的认罪认罚且同意适用该机制为提前。而且，主体合意不仅限于被追诉人的合意，还应当包括共同犯罪的同案犯以及辩护人的合意，如果同案犯不认罪或辩护人做无罪辩护，则不应当适用该机制。

此外，针对轻罪案件快速办理机制的启动，应当建立类似于西方预审法官的司法审查机制。在试点中，公安机关执法办案中心引入智慧司法，建立了共同的办公平台，公检法三机关能够共享案件信息。笔者认为可以考虑在快速办理机制中完善检察提前介入侦查机制，在轻罪案件信息进入办案系统之初，由检察机关和公安机关共同研判是否符合快速办理的条件，以决定是否适用快速办理机制。

在适用范围上，限定在可能判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件，并优先适用于常见的轻罪罪名。轻罪案件快速办理机制建立在速裁程序的基础之上，可以速裁程序的适用范围为限，即可适用于基层人民法院管辖的可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件。但是，为了避免出现类似速裁程序与简易程序可能重叠适用的问题，应当明确快速办理机制优先适用于司法实践中常见的轻罪罪名，如醉酒型危险驾驶罪、达成和解的故意轻伤害罪、一定数额内的盗窃罪。《福州市“一站式”办理规范》就明确规定以下类型的轻罪案件优先适用快速办理机制：1.犯罪情节达到追诉标准，犯罪嫌疑人系初犯、偶犯的盗窃、诈骗和故意毁坏财物的案件；2.因民间纠纷引起，致一人轻伤，犯罪嫌疑人取得被害人谅解或者双方自愿和解的故意伤害案件；3.因日常生活中偶发矛盾引发，犯罪嫌疑人积极赔偿被害人损失或者取得被害人谅解的寻衅滋事案件；4.致一人重伤、死亡或者公私财产遭受损失的，事故责任认定等相关意见已出具，犯罪嫌疑人取得被害人谅解或者双方自愿和解的交通肇事案件；5 危险驾驶案件。

（三）有限地适用书面审程序

如上所述，本文赞成有限度地适用书面审理程序，但适用范围和适用程序应当审慎限定：在适用范围方面，将书面审理的范围限定在可能判处拘役、管制、单处罚金的轻罪案件。换言之，在快

---

[1] 参见最高检发布《刑事检察工作白皮书（2023）》，http://www.zgjcgw.com/fzyw/202403/t20240309_6338879.shtml，访问日期 2024 年 8 月 1 日。

[2] 参见林喜芬、王延延《论速裁程序的模型定位与配套制度之改革》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 3 期，第 11 页。

速办理机制适用的可能判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件中，进一步限定书面审理程序的适用范围。其中，拘役是最轻的自由刑刑罚种类，只剥夺六个月的时间，管制并不限制人身自由，单处罚金刑并不限制、剥夺人身自由。因此，可以先考虑将轻罪案件书面审理程序限定在上述轻罪案件。此外，轻罪案件是否适用缓刑由于涉及到多种因素，相对复杂，不宜通过书面审理程序解决，以防范缓刑适用过程中的“暗箱操作”；在适用程序上，轻罪案件适用书面审理程序同适用快速办理机制的唯一区别在于，前者可以省略快速办理机制中形式化的具有宣示意义的庭审程序。对于轻罪案件事实基础与被告人认罪认罚自愿性的审查与确认，完全可以通过法官庭下的案件材料审查以及讯问进行保障。应当明确的是，虽然可以省略审判环节，控辩审三方无需当庭进行法庭调查与辩论，但法官仍应当讯问被告人并听取律师的意见。此外，如快速办理机制的启动，轻罪案件适用书面审理程序也应当由检察机关和公安机关共同研判，由检察机关提前介入侦查。通过在轻罪快速办理机制中有限地适用书面审程序，完善全流程简化的快速办理机制，可以形塑表 1 所示的梯度化刑事诉讼简化程序体系。

表 1 快速办理机制、速裁程序、简易程序梯度关系表

程序	快速办理机制	速裁程序	简易程序
案件适用范围	可能判处 3 年有期徒刑以下刑罚的案件，优先适用于事实清晰、无争议的常见轻罪罪名	可能判处 3 年有期徒刑以下刑罚的案件	除可能判处死刑、无期徒刑以外的所有一审案件
主要简化事项	1.全流程简化，侦查、起诉阶段也相应简化 2.集中受理、集中审查、集中讯问、集中开庭、集中宣判 3.有限地适用书面审理程序 4.刑拘直判或 48 小时结案	1.法官独任审理 2.省略法庭调查和法庭辩论 3.应当当庭宣判 4.审限为 10 日（可能判处 1 年以上有期徒刑的可延长至 15 日）	1.法官独任审理或合议庭审理（可能判处 3 年以上有期徒刑的必须由合议庭审理） 2.法庭调查和法庭辩论适当简化 3.一般应当当庭宣判 4.审限为 20 日（可能判处 3 年以上有期徒刑的可延长至 1 个半月）
简化程度	高	中	低

（四）配套保障机制的完善

除精简诉讼流程外，快速办理机制还需要完善相关配套保障机制，在保障被追诉人合法权利的同时，有效地实现轻罪案件的快速办理：一是法律援助机制。据笔者了解，目前试点快速办理机制中均由值班律师以坐班制的形式为犯罪嫌疑人、被告人提供法律援助，既不阅卷，也不会见，仅在签署认罪认罚具结书时形式化地参与见证，无法实质性提供法律援助。在当前刑事辩护全覆盖背景下，基于轻罪案件快速办理机制期限较短，笔者建议采取跟班制的法律援助方式，即从立案初期即指定一名律师为多个轻罪案件集中提供法律援助，之后的集中起诉、审判流程均由该律师承担法律援助。为此，办案机关可以将办案信息系统部分开放给律师，实现律师材料上传与案卷材料的无纸化传达，以保障轻罪案件的集中阅卷，并事先将援助律师的信息公布给犯罪嫌疑人、被告人，为律师会见当事人提供便利；二是轻罪办理协作机制。一些常见轻罪罪名如醉驾型危险驾驶罪、故意轻伤害罪、毁坏财物罪等，虽然案情简单、事实清晰，但是涉及到诸如血液酒精含量、人体损伤、物品价值等方面的鉴定。此外，对于可能判处缓刑的轻罪案件还要事先进行社会调查，对其社会危险性进行评估。鉴定与社会调查均需要一定时间，因此需要构建快速鉴定与提前社会调查机制，协作轻罪案件的快速办理。具体而言，可以采取驻点鉴定、集中鉴定、网上办理等方式，加快鉴定意见的出具速度。对于可能判处缓刑的轻罪案件，公安机关和检察机关经研判决定适用快速办理机制后，应当立即联系司法行政机关进行社会调查，提前出具社会调查报告；三是数字司法赋能机制。轻罪

案件的全流程简化需要数字化技术的赋能，包括构建公检法司办公信息共享系统，实现轻罪案件快速办理的电子化与可视化；完善远程视频提审、开庭机制；构建轻罪案件大数据法律监督模型；推进非羁码、电子手环等数字监管措施等。

（五）快速办理机制的立法模式

根据 2023 年 9 月公布的全国人大常委会立法规划，《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）修改被列为第一类项目，第四次《刑事诉讼法》修订在即。基于轻罪治理的现实需求，轻罪案件快速办理机制经试点试错后，其成熟经验应当体现在此次修订之中。关于轻罪案件快速办理机制的法律化，有以下两种立法模式：一是分散模式，指在不打破原有结构体例的前提下，将涉及到轻罪快速办理的程序条文新增或合并到刑事诉讼法律条文之中；二是专章模式，指专门设立轻罪案件快速办理机制一章，集中规定如何快速办理轻罪案件，类似于专章规定简易程序、速裁程序、死刑复核程序，以及《刑事诉讼法》第五编所规定的五大特别程序等。分散模式的优势在于轻罪案件快速办理的法律规定与一般规定联系相对紧凑，而且不需要改变原有法律规范的体例，专章模式的优势则在于不受篇幅的限制，体系性较强，但改动了法律规范的体例。笔者主张采取分散模式，理由如下：一是轻罪快速办理机制涉及到刑事诉讼的全流程简化，修改涉及到的程序相对较多，并非如速裁程序主要体现在审判程序的精简。因此，轻罪案件快速办理机制需要打通刑事诉讼的各个流程，在每一诉讼阶段都进行相应修订，分散模式更能够保障法律修订的体系性；二是专章模式尤其是特别程序的设立需要满足诉讼标的的特殊性，否则不宜设立。虽然域外法治国家基于诉讼效率的追求设置了诸多特别程序，如德国的如处罚令、简易审判、保案处分、意大利的省略审判的特别程序等，但是我国《刑事诉讼法》第五篇规定的五个特别程序明显并非基于诉讼效率，而是基于特殊的诉讼标的，如不负刑事责任的精神病人、未成年人、被追诉人的财产、达成和解的被追诉人。“特别程序的设置条件需要进行严格限定，否则所有的程序特别都可以上升为特别程序，刑事诉讼立法就会呈现出极度的零散性和无序性。”[1]轻罪案件虽然具有社会危害性小、行为人易改造等特点，但其并没有区别于一般刑事案件的实质特殊性，并不适宜以特别程序的形式规定快速办理机制；三是轻罪案件往往案情简单、争议不大，且当前数量巨大，如上文所述具有普遍的进一步精简诉讼程序的需求。因此，轻罪案件快速办理机制应当说具有一般性而非特殊性，其构建与适用符合普遍的公共利益需求，也不宜再以凸显“特殊”的特别程序予以规范。所以，笔者建议将轻罪案件快速办理机制分散规定在立案、侦查、起诉、审判、辩护、期限等章节，之后再通过出台司法解释进一步予以细化。

结语

轻罪治理成为我国犯罪治理现代化的时代课题。目前，我国构建了速裁程序与简易程序的双层简化程序体系，承载着轻罪案件在审判阶段繁简分流的重任。然而，随着犯罪结构的轻刑化发展，轻罪案件诉讼程序供给已无法满足现实需求。这突出体现在，刑事诉讼双层简化程序体系的梯度化适用特征不明显，未能形成更加程式化的轻罪快速处理机制。在轻罪治理背景下，应当结合轻罪案件的本身特点与办理实际，构建与完善侦查、起诉、审判全流程简化的轻罪诉讼程序。如此，一方面能够优质高效地办理轻罪案件，另一方面可将节省的司法资源投入到复杂的重罪案件，促进以审判为中心、庭审实质化改革，在国家投入整体司法资源有限的前提下，实现犯罪治理的“帕累托最优”。《刑事诉讼法》第四次修订已经提上日程，在速裁程序的基础上，对于轻罪案件快速办理机制的讨论与修订十分必要。本文只是探讨了轻罪治理的一个侧面即如何快速“治罪”，对于另一个侧面即如何“治理”，留待日后另文探讨。

[1] 蔡元培：《论刑事诉讼中的程序特别与特别程序》，载《环球法律评论》2024 年第 2 期，第 169 页。

论数字时代的刑事诉讼法修改

郑曦*

摘 要：《刑事诉讼法》修改已被列入立法规划，在本次修改中应当回应数字时代的需求，关注新型数字技术在刑事诉讼中运用所带来的新问题。具体而言，应当从基础理念、基本原则和制度规范层面展开分析研讨。在基础理念层面，应当协调数字时代刑事诉讼中技术运用和人权保障的关系，兼顾法律修改的前瞻性与稳妥性，平衡数据安全与个人信息保护之间的冲突。在基本原则层面，应当确立合法原则，要求目的、程序与手段的合法性，通过确认比例原则，协调目的、手段与后果之间的关系，并依据区分处理原则做对象、场景、行为方式与监管方式的区分处理。在制度规范层面，应强化对数字侦查取证的控制，推动数字检察法律监督工作，规范智慧审判，确保公检法机关的数字化改革符合刑事诉讼法的基本原理。由此三个层面出发的《刑事诉讼法》修改，能对数字时代做出有效的回应，使刑事诉讼的数字化转型在法治的轨道内得以实现。

关键词：数字技术；《刑事诉讼法》修改；基础理念；基本原则；制度规范

一、问题的提出

在 2023 年 9 月公布的全国人大立法规划中，《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称：《刑事诉讼法》）修改被列为第一类立法项目，[1]引发了人们的普遍关注。相较于 2018 年那轮目的明确、针对性极强的修改，本轮《刑事诉讼法》修改并未预设议题，因此学者们各自就其所关心的话题提出意见和建议。[2]但由于此轮修改恰处于社会生活向数字时代转型的背景之下，一个无法回避的议题由此而生，即作为社会生活不可分割部分的刑事诉讼制度如何回应数字时代的需求。

与社会生活的其他方面一样，随着网络、大数据、区块链、人工智能等新型数字技术的广泛运用，近年来刑事诉讼领域的数字化变革趋势明显。一方面，刑事诉讼中的公权力机关在数字化建设方面做出巨大努力，以应对数字时代刑事案件办理的挑战。例如公安机关运用大数据侦查技术办理网络犯罪案件，检察机关开展数字检察改革支持法律监督工作，法院运用人工智能技术提高办案效率、探索在线诉讼解决疫情时期线下诉讼不便的难题。另一方面，人们对于数字时代刑事诉讼程序中的权利保障有更高的期待。在重视隐私权保护的基础上，对个人信息权利和数据权利的关注也逐渐向刑事诉讼领域渗透，社会公众对数字技术在保证刑事诉讼公平正义前提下的依法运用提出了更高的要求。针对这两方面的现实需求，《刑事诉讼法》对刑事诉讼的数字化转型作出相应的规定，已有迫在眉睫的必要。

从域外的情况看，以制定或修改法律方式对刑事诉讼的数字化变革做出回应，已是常见的做法。2016 年欧洲议会和欧盟理事会颁布了“关于保护自然人针对主管当局为预防、调查、侦破或检控刑事罪行或执行刑事刑罚而使用个人数据，和有关该收据的自由流动，以及撤销理事会第 2008/977/JHA 号架构决定”的第 2016/680 号指令，[3]针对刑事诉讼领域的数据处理问题作出了细致规定。《德国刑事诉讼法》在第 100b 条专门规定了网络搜查，第 477 条规定了刑事诉讼中的数据传输问题，第 481 条规定了警察机关如何使用个人数据的问题。[4]《法国刑事诉讼法典》第 57-1 条规定了司法警察收集数据的程序，第 706-56-2 条对“在司法程序范围内收集的个人性质的资料查询系

---

* 郑曦，北京外国语大学法学院教授、博士生导师。

[1]参见《十四届全国人大常委会立法规划》，http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202309/t20230908_431613.html，2024 年 1 月 21 日访问。

[2] 参见陈光中：《〈刑事诉讼法〉再修改的若干重要问题探讨》，载《政法论坛》2024 年第 1 期；陈卫东：《〈刑事诉讼法〉第四次修改前瞻》，载《政法论坛》2024 年第 1 期；谢佑平：《法治现代化视野下〈刑事诉讼法〉再修改》，载《政法论坛》2024 年第 1 期；喻海松：《法典化时代刑事诉讼法再修改的基本向度》，载《法学论坛》2024 年第 2 期；陈光中：《〈刑事诉讼法〉再修改中辩护制度的完善》，载《河北学刊》2023 年第 3 期。

[3] Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN, last visited on Jan. 19, 2024.

[4] Strafprozeßordnung (StPO), https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html#BJNR006290950BJNE016515125, last visited on Jan. 19, 2024.

统”作出规范。[1]

由此可见，在刑事诉讼相关法律中对数字时代的新问题作出规定，既符合现实的要求，也已成普遍的趋势。于是，此次《刑事诉讼法》的修改就为我国立法中做出契合数字时代要求的调整提供了极佳的机会，应当充分把握。但为实现《刑事诉讼法》修改对数字时代的有效回应，有几个方面的问题需要认真思考：一是数字时代的《刑事诉讼法》修改应当秉持何种理念，方能实现数字技术运用与刑事诉讼基本原理的协调？二是《刑事诉讼法》修改中应当确立何种符合数字化要求的原则，以指导数字技术的运用？三是在制度规范层面，《刑事诉讼法》应当做出何种具体的调整，以使得刑事诉讼的数字化转型依法而为？只有在细致分析这三个方面问题的基础上，此次《刑事诉讼法》修改才能实现对数字时代需求的有效回应。

二、基础理念的明确

基于对数字时代所带来变革的准确认识而确立的基础理念，虽不直接体现在法律文本规范之中，却对《刑事诉讼法》修改有重要的指导意义。根据新型数字技术运用所带来的影响，刑事诉讼领域有三方面理念性问题需要探讨。

（一）技术运用与人权保障的协调

人是目的而不是手段。[2]在刑事诉讼领域，诉讼的主体是人，尤其是自然人。尽管作为拟制人的单位亦可能成为诉讼主体，但其主体地位是依托于自然人的主体地位而衍生形成的。对人的主体地位的尊重，就是对人的权利和尊严的尊重，这是现代法治的刑事诉讼区别于将人客体化、物化的封建专制的刑事诉讼的基本特征，也是《中华人民共和国宪法》第 33 条所明确规定的“尊重和保障人权”要求在刑事诉讼领域的贯彻和体现。然而和社会生活的其他领域一样，数字时代下各种新型技术的出现，给刑事诉讼中人的主体地位造成了一定的冲击。[3]具体表现在两个方面：一是对诉讼参与人特别是当事人的权利的冲击，例如增加了知情、阅卷、对质等权利行使的难度；二是对司法工作人员主体性作用的消解，新型技术甚至在一些场景下取代了司法工作人员作为案件办理者的职权，例如一些人工智能工具的运用减少甚至剥夺了法官对特定事项的裁量权。

面对数字时代带来的此种挑战，在刑事诉讼中再次强调人的主体地位，就变得尤为必要。对于这一问题，事实上我国的最高司法机关已有准确的认识。最高人民法院曾于 2022 年底发布《关于规范和加强人工智能司法应用的意见》（法发〔2022〕33 号），其中第 5 条规定了“辅助审判原则”，提出“坚持对审判工作的辅助性定位和用户自主决策权，无论技术发展到何种水平，人工智能都不得代替法官裁判”。这样的认识显然是清醒明智的，在人与工具的关系上，应当始终坚持人是主体、工具发挥辅助作用的原则，从而从本质上解决工具是为了谁的问题。

强调人的主体地位、厘清人与工具的关系之后，就能明确地认识到，刑事诉讼的数字化转型、数字技术的运用，从根本上看，其价值即在于实现“保障人权”的刑事诉讼目的。在我国，社会主义法治的根本目的就在于实现人民的幸福，那么刑事诉讼的数字化转型也不能偏离这个基本目标。从这个意义上看，本轮数字时代的《刑事诉讼法》修改，固然要回应新型技术运用带来的相关问题，但在人与工具的关系这一基本问题上，仍要毫不动摇地坚持对人的主体地位的尊重和保障，进而强化对人权的保障，以符合我国刑事诉讼“司法为民”的根本价值取向，保证“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”[4]的目标实现。

（二）修法前瞻性与稳妥性的兼顾

开展此轮数字时代的《刑事诉讼法》修改，必然要求立法对新型数字技术运用于刑事诉讼所带

---

[1] 参见本书编辑委员会编译：《世界各国刑事诉讼法 欧洲卷》（上），中国检察出版社 2016 年版，第 561 页、第 735 页。

[2] 参见［德］康德：《道德形上学探本》，唐钺译，商务印书馆 2012 年版，第 46 页。

[3] 甚至有人认为数字技术、人工智能带来机器觉醒，导致社会关系中“物”的主体性不断被强化。参见骆正林：《数字空间、人工智能与社会世界的秩序演化》，载《阅江学刊》2023 年第 6 期。

[4] 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2022 年版，第 42 页。

来的新样态、新问题提供指引。然而技术运用的更新迭代会不断带来新的问题，立法倘若仅是亦步亦趋地跟在技术发展后面，就会导致法律陷入“一事一立法”的窘境，不免首尾不能相顾，不但不利于保证法律的协调一致，也有损于法律的权威。有鉴于此，本轮《刑事诉讼法》修改应当有一定的前瞻性，对于因新型数字技术运用于刑事诉讼领域可能导致的新问题有一定程度的预判，力图将提炼归纳出的具有相对普适性的原则与规则纳入《刑事诉讼法》文本中。如此一来，此次修改虽不可能“毕其功于一役”，但至少能使得修改后的《刑事诉讼法》的内容在相当一段时间内都不至于陈旧和落后。

另一方面，法律常表现出一种“滞后”的特征，这是因为法律需要保持相对稳定的状态。法律的制定与修改与科学技术的变革之间存在张力。科学技术的进步常常不计成本，以极高的错误容忍度为前提，甚至从某种意义上看，恰是这些失败奠定了科学技术发展的基础。但是对于法律制定或修改而言，其成本已不像科学研究中那般是金钱和精力上的投入，而常需考虑导致政治、社会、经济、生态等方面的成本，不能不审慎为之。[1]尤其在刑事诉讼领域，法律的规定直接关系到公民的生命、自由、财产这些最为重要的利益的剥夺，兹事体大，也正因如此，社会公众对于刑事诉讼领域的错误结果即错案的容忍度极低，一旦处之不慎，就可能动摇刑事诉讼公平正义的根基。有鉴于此，《刑事诉讼法》的修改除了需有一定的前瞻性之外，仍要审慎稳妥，特别是对存在显著风险的技术不宜过早认可、对于仍有重大争议的问题不宜操之过急，可以留待日后经过实践检验后再做处理。

总之恰如庞德所言，“法律必须稳定，但又不能静止不变”，要“力图协调稳定必要性与变化必要性这两种彼此冲突的要求”。[2]在应对刑事诉讼数字化转型之时，本轮《刑事诉讼法》的修改也要重视协调法律的前瞻性与稳妥性之间的关系，既不固步自封，也不冒失突进，妥善处理好新型数字技术在刑事诉讼领域运用的相关问题。

（三）数据安全与个人信息保护的平衡

数字时代带来的新问题，最主要体现在数据安全和个人信息保护两个方面。一方面，数据承载的利益常为人所觊觎，一旦数据被非法处理，可能带来政治、经济、社会等方面的风险，由是引发了人们对于数据安全的焦虑。另一方面，作为个人信息主体的公民对自己的个人信息失控，倘若其个人信息被滥用，则可能给公民的隐私、名誉、财产甚至人身安全带来威胁。在此种情形下，数据安全保护和个人信息保护就成为了数字时代下最受关注的两项议题。

然而，尽管数据安全保护和个人信息保护之间存在重叠交叉的关系，但二者仍有重大的区别。个人信息保护显而易见是以对公民个体的权利保护为指向的，如《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称：《个人信息保护法》）第 2 条就明确其保护的对象是“自然人的个人信息”。对个人信息的保护，其目标主要在于保护作为个人信息主体的公民的隐私、财产、人格尊严、人身安全等利益，体现出对公民个体的尊重与关怀。数据安全保护则是在更广阔的维度下展开的，其目标除了“保护个人、组织的合法权益”之外，还在于“维护国家主权、安全和发展利益”，以及保护“公共利益”。[3]

基于目标指向上的区别，数据安全保护和个人信息保护二者可能在刑事诉讼的特定场域内发生冲突。例如在相对封闭的侦查阶段，基于对数据安全保护的重视，与案件相关的数据处理常以秘密方式进行，则相应的个人信息处理也常不为信息主体所知。再如在某些涉及国家安全的案件中，为维护更为重要的利益，数据安全保护的要求就凌驾于个人信息保护之上；但在另一些涉及公民基本权利、特别是生命、健康权利的案件中，个人信息保护的重要性就高于数据安全保护。针对数据安全保护和个人信息保护之间的区别与冲突，不能一概而论地判断二者之间的优先地位，应根据具体情况做出适当的平衡。从本质上看，二者之间冲突的根源在于其所承载的价值之间的冲突，而价值冲突则应以价值衡量的方式予以解决。此次《刑事诉讼法》修改中可以适当吸收价值衡量的理念，针对数据安全保护和个人信息保护在刑事诉讼领域可能发生的冲突，根据不同场景下二者所承载利

---

[1] 参见何晓琦、刘建平：《政府社会成本控制的问题及其对策研究》，载《中国行政管理》2004 年第 11 期。

[2] ［美］罗斯科 · 庞德：《法律史解释》，邓正来译，商务印书馆 2016 年版，第 4 页。

[3] 参见《中华人民共和国数据安全法》（以下简称：《数据安全法》）第 1 条、第 2 条。

益的重要性和优先程度，提供解决二者“此消彼长的竞争”[1]而导致冲突的思路和方法。

三、基本原则的确立

刑事诉讼已有许多具有普遍约束力的一般原则，例如为人们所熟知的国家追诉原则、无罪推定原则等，但在刑事诉讼的数字化转型问题上还应当有更具针对性的基本原则。根据上文所述的基础理念，此次《刑事诉讼法》修改针对新型数字技术的运用带来的新问题，应当确立合法、比例、区分处理这三方面原则。这三项原则之间存在着密切的逻辑联系，形成了相互衔接的结构。

（一）合法原则

合法原则是数字时代下数据和个人信息处理的基本原则，《个人信息保护法》第 5 条就规定了处理个人信息的合法原则，《数据安全法》第 3 条也强调数据安全是指数据处于有效保护和合法利用的状态。在刑事诉讼领域，无论是数据和个人信息的处理，还是新型数字技术在诉讼中的运用，都应当遵循合法原则。具体而言有以下三个方面的要求。

第一，目的合法。目的合法是指数据和个人信息的处理以及数字技术的运用，应当符合刑事诉讼的法定目的，即《刑事诉讼法》第 1 条规定的“保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护人民，保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序”。数据和个人信息处理以及数字技术运用偏离刑事诉讼法定目的的可能性确实存在，并非只是杞人忧天，实践中亦曾发生过办案人员滥用数字技术以牟取个人利益的案例，[2]因此确立目的合法原则方能保证数字时代下基于合法之目的开展刑事诉讼活动。基于其重要价值，上文提及的欧盟第 2016/680 号指令即在序言部分第 29 条要求个人数据应在法律限定的目的范围内被特定化、明确、合法地收集，且不得被用于预防、侦查、发现、起诉犯罪或执行刑罚的目的之外的其他不当目的。[3]事实上我国对目的合法原则也已有初步规定，例如《刑事诉讼法》第 152 条规定“采取技术侦查措施获取的材料，只能用于对犯罪的侦查、起诉和审判，不得用于其他用途”，但目前的规定内容过于狭窄，目的合法性仅用于规制技术侦查获取材料的使用，在此次《刑事诉讼法》修改中有必要予以拓展，确立起全面适用于刑事诉讼数据和个人信息处理以及数字技术运用的目的合法性原则。

第二，程序合法。程序正义是刑事诉讼的命脉，没有正当的程序保障，不但司法公正无法实现，甚至刑事诉讼也失去了存在的必要性基础，因此程序正义是刑事诉讼的核心价值追求，在一些国家甚至被上升为宪法的要求。[4]而程序合法作为程序正义在数字领域的体现，要求数据和个人信息处理以及数字技术运用遵循法定程序，依法而为。2016 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合颁布的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（法发〔2016〕22 号）（以下简称：2016 两院一部《电子数据规定》）第 2 条就规定：“侦查机关应当遵守法定程序，遵循有关技术标准，全面、客观、及时地收集、提取电子数据。”2019 年公安部《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》（以下简称：2019 公安部《电子数据取证规则》）第 2 条也规定：“公安机关办理刑事案件应当遵守法定程序，遵循有关技术标准，全面、客观、及时地收集、提取涉案电子数据，确保电子数据的真实、完整。”但实际上不仅侦查阶段收集提取电子数据应当遵守法定程序，刑事诉讼中处理数据和个人信息以及运用数字技术的全过程都应当遵守法定程序。在此次《刑事诉讼法》修改中，有必要针对刑事诉讼中数据和个人信息的处理以及数字技术的运用确立程序合法的要求，特别应当强调实施处理行为或运用相关技术的审批程序必须严格依法进行，以防止掌握数字技术的公权力机器不当启动、对公民权利造成非法侵害。

第三，手段合法。除了目的和程序合法之外，合法原则的第三项内容是手段合法。公权力运行

---

[1] William H. Rehnquist, Is an Expanded Right of Privacy Consistent with Fair and Effective Law Enforcement?, 23 Kansas Law Review 1, 2 (1974).

[2] 参见江苏省苏州市虎丘区人民法院（2017）苏 0505 刑初 332 号判决书。

[3] Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN, last visited on Jan. 19, 2024.

[4] Fifth Amendment & Fourteenth Amendment, Constitution of the United States, https://constitution.congress.gov/constitution/, last visited on January 19, 2024.

的基本原理是“法无明文规定不可为”，在刑事诉讼法领域，法律对刑事诉讼的手段做了明确的规定，例如《刑事诉讼法》明确规定了讯问、询问、勘验、检查、技术侦查、侦查实验等十余种侦查机关可以实施的侦查手段，并要求办案机关严格遵循。当刑事诉讼涉及数据和个人信息的处理以及数字技术的运用时，亦需遵守手段合法性的要求，因为在数据和个人信息处理的层面上，收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除、销毁中任何手段违法都可能导致数据和信息泄露、破坏的风险，而在新型数字技术的运用层面上，超越法律规定之手段而使用这些技术，更可能导致严重后果。为防止这些风险，可以在此次《刑事诉讼法》修改中明确手段的合法性限制，使之契合合法原则的内容和要求。此外为保证手段合法要求的实现，应对以违法手段处理数据和个人信息以及运用数字技术的行为规定必要的制裁性后果，如排除非法取得的证据，下文详述。

（二）比例原则

在合法原则的基础上，手段的运用还需“合理”，因此需有比例原则予以指引。比例原则是公法上的“帝王原则”，由于其在防止公权力滥用、保障公民权利方面的独特价值，在刑事诉讼领域中有适用的空间。[1]尤其在刑事诉讼的数字化转型背景下，比例原则能够就公检法机关权力的行使划定基本的界限，从而防止本就强势的公权力与数字技术的结合形成新的数字“利维坦”。[2]根据比例原则下辖的适当性原则、必要性原则与均衡性原则三项子原则，[3]可以提出数字时代的《刑事诉讼法》修改的比例原则要求。

第一，适当性原则的要义在于手段与目的的匹配，即要求公权力行使的手段与其目的相适应，使其手段的运用有助于目的的实现。这一原则在上文所述的目的合法和手段合法的基础上，关注的是手段与目的之间的关系，强调手段对目的要有正向的促成作用。换言之，当有若干种可选择的合法手段时，根据适当性原则的要求就应当选择最有利于促进合法目的实现的那种手段。在刑事诉讼领域，依托数字技术的公权力行使也应当以适当性原则为基准，尽可能使用有助于刑事诉讼公平正义目标实现的手段。例如在有各种数据处理手段可供选择时，应当选择对达成刑法正确实施、推动程序公正进展等目的最为有益者；反过来看，倘若某种智能化工具的运用无助于、或者不能有效促进刑事案件的公正办理，则对此种工具应当弃之不用。从本质上看，适当性原则对刑事诉讼中数据和个人信息的处理以及数字技术的运用提出了在手段与目的关系之间做出最优选择的要求，对于刑事诉讼中提升案件办理效率、促进公平正义、防止靡费国帑，都有重要的指导价值，因此应当在此次《刑事诉讼法》修改中予以肯认。

第二，与适当性原则不同，必要性原则不关注手段和目的之间的关系，而是将目光转向手段与其实施后果之间的关系。根据必要性原则的要求，当有若干种能够完成目的之手段可供选择时，应当选择造成损害最小的那种，即所谓“不可大炮打鸟”，从而使得手段与后果之间形成相对合理的关系，故此必要性原则也被称为最小侵害原则。必要性原则对于防止公权力不顾后果、肆意妄为有着直接的规制效果，对于保护公民权利免受滥用之公权力侵害也有重大意义，因此已是数据和个人信息处理领域的重要原则，《个人信息保护法》第 5 条就明确规定了必要性原则。在刑事诉讼中，由于公权力机关与公民个人之间的巨大实力差距，必要性原则的要求应落脚在排斥可能导致公民权利遭受过度损害之手段的应用上，通过考量手段与后果之间的关系，尽力实现刑事诉讼中的“帕累托最优”。[4]当刑事诉讼面对数字时代的需求而展开转型时，必要性原则有重要的指引作用。从其内在逻辑看，必要性原则要求在处理数据和个人信息以及使用数字技术之前，就应对结果有预先的估计和判断，倘若某项手段的采取可能带来不成比例的严重后果，特别是可能导致对公民权利的重大侵犯时，则此种手段不应当被采用。确认必要性原则，在刑事诉讼规范中已有基础，《刑事诉讼法》在“侦查”一章多次使用“必要的时候”的表述，在电子数据处理的问题上，2016 两院一部《电子数据规

---

[1] 参见裴炜：《论刑事跨境取证中的数据先行冻结》，载《当代法学》2023 年第 2 期，第 130 页。

[2] 参见齐延平：《论人工智能时代法律场景的变迁》，载《法律科学》2018 年第 4 期，第 37 页。

[3] 亦有学者将目的正当性原则纳入比例原则之中，从而提出比例原则的“四阶说”。参见刘权：《比例原则适用的争议与反思》，载《比较法研究》2021 年第 5 期，第 184-185 页。

[4] Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, 65 Cambridge Law Journal 174, 198 (2006).

定》和 2019 公安部《电子数据取证规则》多次使用“确有必要的”“必要时”等表述，因此此次《刑事诉讼法》修改中可以对这些规定加以吸收并予以更广泛地适用。

第三，与关注于目的与手段之间关系的适当性原则、关注于手段与后果之间关系的必要性原则不同，均衡性原则或称狭义比例原则关注的焦点在于目的与后果之间的关系，要求手段所造成的损害同其所促进的利益成比例，禁止损益失衡。[1]刑事诉讼领域也需要考虑目的与后果之间的关系，例如需考虑付出的成本与取得的结果之间是否成比例、办案效率的提升与案件公正办理的目标是否相一致等，因此也需要遵循均衡性原则的要求。按照均衡性原则的精神，数字时代下的刑事诉讼中，公权力机关无论是处理数据和个人信息还是运用新型数字技术时，都要权衡得失，全面考虑目的、手段、结果之间的关系，以免目光狭窄、顾此失彼。

（三）区分处理原则

信息公开中有区分处理原则，例如《中华人民共和国政府信息公开条例》第 37 条规定，若申请公开的信息中含有不应公开的内容，“能够作区分处理的”，就应分别做出处理。在刑事诉讼领域，为贯彻比例原则下合理协调目的、手段和后果之间关系的要求，就刑事诉讼回应数字时代挑战而引发的问题，亦有区分处理的必要。此处的区分处理原则，是指在刑事诉讼中对数据和个人信息处理的不同对象、场景、行为方式、监管方式等进行区分，并设置相应的规则，以实现目的、手段和后果之间的平衡。

第一，对象的区分处理。刑事诉讼在数字时代下无论数据和个人信息的处理还是数字技术的运用，都是以数据和个人信息为对象的，然而因其属性、承载的法益、处理的后果的区别，需要予以区分对待。以数据为例，《数据安全法》第 21 条规定了数据分类分级制度，根据数据的内容、来源、特征、作用等方面的属性将数据分为不同类型，再根据数据所承载法益的重要性以及一旦被非法处理可能导致的危害后果大小将数据分为国家核心数据、重要数据和一般数据三个层级。同样，对个人信息也可以参考此种思路进行分类分级，例如区分一般个人信息与敏感个人信息等。刑事诉讼中所处理的数据和个人信息也有属性、法益和处理后果的差异，也应当遵循此种分类分级的思路做出区分，而对刑事诉讼中数据和个人信息的区分，其目的在于根据不同的类型和层级，对不同的数据和个人信息采取不同的处理手段，以契合比例原则关于目的、手段和后果平衡的要求。[2]

第二，场景的区分处理。在刑事诉讼的不同场景下，对数据和个人信息的处理也应当有所区分。一方面是案件的区分。根据不同案件的性质和具体案件办理的需要，往往有不同的办案方法，如《刑事诉讼法》第 150 条就规定技术侦查仅可适用于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等少数几类案件，这就是基于对案件性质的区别来考虑的。同理，根据刑事案件的不同性质和办理需求，应当对数据和个人信息的处理以及对数字技术的运用进行区别。另一方面是诉讼阶段的区分。刑事诉讼侦查、起诉、审判这几个主要阶段存在明显差别，侦查阶段为防止犯罪嫌疑人逃跑或证据灭失，具有封闭秘密的典型特征，而起诉和审判则相对公开透明，例如允许辩护人阅卷、庭审一般公开等。那么根据案件所处诉讼阶段的不同，刑事诉讼中处理数据和个人信息的规范也应有所区别。

第三，行为方式的区分处理。刑事诉讼中有强制侦查主义与任意侦查主义的界分，[3]同样的，刑事诉讼中处理数据和个人信息时，亦有强制与任意之分。以强制方式处理数据和个人信息时，是以国家暴力机器为后盾的，此间最易发生的风险在于公权力的滥用导致对公民权利的侵害，因此必须有充分的监督制约机制以防范此种风险。而在以任意方式处理数据和个人信息之时，公权力机关能够与数据或信息主体就数据和个人信息的处理内容、方式等达成一致，则此间有适用《个人信息保护法》第 13 条第（一）项“告知—同意”的空间，需要关注的问题重点在于告知的充分性和同意的自愿性。可见，针对刑事诉讼中不同的数据和个人信息处理方式，应有不同的关注重点，并由此形成不同的公权力行使方式。

第四，监管方式的区分处理。由于存在上文所述的行为方式的区分，对刑事诉讼中数据和个人

---

[1] 参见刘权：《比例原则》，清华大学出版社 2022 年版，第 24 页。

[2] 参见郑曦：《刑事司法数据分类分级问题研究》，载《国家检察官学院学报》2021 年第 6 期。

[3] 参见[日]田口守一：《刑事诉讼法（第七版）》，张凌、于秀峰译，法律出版社 2019 年版，第 53 页。

信息的处理应采取不同的监管方式。例如，对于数据和个人信息的收集，其监管的侧重点应集中于事前，即强调事前的内部审批或外部审核程序，遵循“严格的批准手续”方可实施；[1]对于数据和个人信息的传输特别是向境外传输，除了一般的严格批准手续之外，还可能需经专门的评估程序；[2]对于数据和个人信息的存储、加工以及数字化工具的运行、维护，则监管应主要在事中进行，以防止数据的泄露、篡改等风险；对于数据和个人信息的使用，除事前与事中的监管外，还应加强事后的监督，及时纠正非法使用可能导致案件违法办理和错误裁判的风险。针对不同行为方式采取不同的监管方式，方可有的放矢地保证监管的有效开展，实现防止公权力滥用的监管目标。

四、制度规范的完善

数字时代的刑事诉讼法修改，在明确理念和确立原则的基础上，需要在制度层面对相关的规则进行调整和完善，方能实际落地运用。由于公检法针对刑事案件的办理，各自在其职权范围内展开数字化建设，故可针对三机关的实践展开规则完善方面的探讨。

（一）数字侦查取证行为的控制

侦查工作需直接面对犯罪形态的快速变化、并承担由此带来的案件侦破和证据收集方面的压力，因而公安机关是三机关中最早开展数字化建设的。经过二十余年的努力，公安机关在依托数字技术、以数据处理为重要侦查手段的数字侦查方面取得了长足进步。面对高速发展的数字侦查实践，规范其合法性，确保目的、手段与结果相协调的关键点在于严格规制数字侦查中的取证行为，因为取证是侦查的核心内容，也是数字技术在侦查阶段运用的主要目标。为此，本次《刑事诉讼法》修改对数字侦查的规制应当集中于取证方面，主要包括以下三个方面的内容。

一是运用技术侦查规则规制数字侦查。数字侦查取证所依托的技术不断更新迭代、所使用的方法和手段也种类繁多，以罗列的方式予以规范不但难以周全、而且容易陈旧落伍，因而应当在已有的法律规范中寻找一种能够包容涵盖数字侦查取证的制度，将规范此种制度的相关规则进行调整后适用于数字侦查。在美国，联邦最高法院以第四修正案的“搜查”作为涵盖 GPS 追踪、[3]手机定位[4]等绝大多数数字侦查取证手段的制度。在我国，最适合作为此种具有高度包容性的制度则是技术侦查，因为技术侦查是指利用现代科学知识、方法和技术的各种侦查手段的总称，[5]这一概念的开放性使得数字侦查的各类取证手段都可以被其所涵盖。因此可以将数字侦查这类运用数字技术、以数据处理为手段的侦查方式纳入技术侦查的范畴，将技术侦查的案件类型、适用主体、批准手续等相关规定适用于数字侦查。在此次《刑事诉讼法》修改中，可以考虑在不变动具体规则的情况下，对技术侦查做一个广义的概念界定，从而使得数字侦查纳入技术侦查范畴有据可依，在保持法律稳定性的基础上减小修法的难度，有效应对数字侦查中取证行为规制的现实需求。

二是网络在线收集提取数据规则的完善。网络在线收集提取数据作为一种新型的取证方式，是应对网络犯罪数量迅猛增长趋势的必然选择。以网络为工具的犯罪，突破了传统犯罪的时空限制，其犯罪证据主要存在于网络空间。如此一来，依靠传统的侦查手段例如查封扣押等便不足以满足取证的需求，由是产生了网络在线收集提取数据的取证方式。2016 两院一部《电子数据规定》第 9 条规定:“对于原始存储介质位于境外或者远程计算机信息系统上的电子数据，可以通过网络在线提取。”2019 公安部《电子数据取证规则》第二章第四节“网络在线提取电子数据”对此种取证手段的适用对象、实施方式、数据保全方式、流程记录、网络远程勘验规范等做了较为细致的规定。此次《刑事诉讼法》修改中，除了应当吸收上述两个规范性文件中关于网络在线收集提取数据的相关规定，还需要加强对此种取证手段的事前审批程序的规定。例如针对批准主体，参照技术侦查的审批规则，应规定由设区的市一级以上公安机关审批；针对实施时限，应规定以三个月为限；针对延长时限，应规定就申请再做审批，每次以三个月为限。

---

[1] 参见《刑事诉讼法》第 150 条。

[2] 参见 2021 年国家网信办《数据出境安全评估办法》第 4 条。

[3] United States v. Jones, 565 U. S. 400 (2012).

[4] Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206 (2018).

[5] 宋英辉:《刑事程序中的技术侦查研究》，载《法学研究》2000 年第 3 期。

三是非法证据排除规则的明确适用。2016 两院一部《电子数据规定》第 24 条规定了电子数据合法性审查规则，第 27 条规定了电子数据收集提取程序存在瑕疵时的排除规则，第 28 条规定了基于电子数据真实性的排除规则，这些规定被 2021 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》所吸收。但仍有观点认为电子数据合法性审查规则、基于收集提取程序瑕疵的排除规则、排除不具有真实性电子数据规则与非法证据排除规则存在差异。[1]由于非法证据排除规则的逻辑在于通过排除证据实现对非法取证手段的否定和震慑，[2]因此对于以违法方式、特别是对公民基本权利造成侵害方式取得的数据，也应基于对取证方式的否定而加以排除。故而在本次《刑事诉讼法》修改中，应当对非法证据排除规则适用于电子数据这一问题予以明确，将现行《刑事诉讼法》第 56 条第 1 款第 2 句修改为"收集物证、书证、视听资料、电子数据等不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。"

（二）数字检察法律监督的推动

为满足人民对检察履职的更高期望，[3]近年来检察机关积极推进数字检察建设，以"数字革命"驱动新时代法律监督提质增效。[4]对数字检察建设促进法律监督的目的的确立，符合检察机关"国家法律监督机关"的宪法定位。[5]但为实现强化数字时代的法律监督之目标，最为关键的问题在于明确检察机关在刑事诉讼数字化转型中的角色定位与职责权限。笔者在以往的论述中曾多次强调，因检察机关具有专业性、独立性和全程参与性方面的优势，应当在数字时代担负起刑事诉讼领域数据安全和个人信息保护的专门监督机构的职能。[6]为确保数字时代刑事诉讼领域检察机关法律监督职能的实现，在此次《刑事诉讼法》修改中，应在具体规则层面对以下三方面问题作出更为明确的规定。

第一，强化检察机关对数字侦查的监督。检察机关作为刑事诉讼领域的国家法律监督机关，其最为重要的职能之一就在于对相对封闭秘密的侦查行为展开合法性监督，这一点在数字时代面对数字侦查技术带来侦查能力提升的现实下更应予以强调。首先，此次《刑事诉讼法》修改中应当对检察机关提前介入侦查作出相对明确的规定。目前《刑事诉讼法》中没有关于提前介入的规定，[7]实践中检察机关提前介入侦查的依据主要来自最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第 256 条和 2021 年最高人民检察院与公安部联合印发的《关于健全完善侦查监督与协作配合机制的意见》等规范性文件。[8]倘若此次修改中能对检察机关提前介入侦查问题作出相对明确的规定，一方面可以划清侦检之间的职权范围，另一方面对数字检察监督对侦查合法性的审查运用有提升效果。其次，检察机关对数字侦查的监督主要应当体现在对取证行为合法性的审查方面。取证行为的合法性是侦查程序合法性的核心要点，在数字时代下亦是如此，取证行为的合法不仅是程序正义的要求，还会对所取得数据的真实性造成影响。有鉴于此，2016 两院一部《电子数据规定》第 24 条关于电子数据合法性审查的规定中就强调对取证行为合法性的审查，这一点应在此次《刑事诉讼法》修改中予以必要规定。最后，应当强化检察机关在非法数据排除工作中的作用。如上文所述，有必要明确规定非

---

[1] 参见谢登科：《非法电子数据排除的理论基点与制度建构：以数字权利的程序性救济为视角》，载《上海政法学院学报》2023 年第 3 期。

[2] Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009).

[3] 参见贾宇：《论数字检察》，载《中国法学》2023 年第 1 期。

[4] 参见高景峰：《数字检察的价值目标与实践路径》，载《中国法律评论》2022 年第 6 期。

[5] 参见《中华人民共和国宪法》第 134 条。

[6] 参见郑曦：《论检察机关在刑事司法领域的个人信息保护职责》，载《中国政法大学学报》2022 年第 1 期。

[7] 《刑事诉讼法》对于检察机关提前介入侦查并无规定，只是在第 87 条允许审查批捕阶段在"必要的时候，人民检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论"。

[8] 其他依据还包括 2005 年《关于进一步深化检察改革的三年实施意见》中对进一步规范介入侦查的具体要求，2016 年《"十三五"时期检察工作发展规划纲要》和 2021 年《"十四五"时期检察工作发展规划》中关于提前介入侦查的相关内容。

法取得数据的排除规则，我国的非法证据排除规则的主体包括法检，为实现数字检察监督功能的迅速发挥，应对检察机关在排除非法数据方面的职能予以强调。

第二，重视检察机关数字化改革中的自我监督。数字检察建设固然有利于提升检察机关的法律监督职能，但此种数字化改革与其他领域的数字化转型一样，也可能带来一些问题和风险，例如导致对办案检察官主导性的削弱、对检察官裁量空间的挤压、以及相应的数据安全方面的风险，因此也需要有必要有效的监督机制。但在目前的刑事司法权力配置体制下，对数字检察建设相关风险的防控尚无有效的外部监督力量，主要仍需依赖于检察机关的自我监督。众所周知，自我监督存在监督者与被监督者思维方式近似、利益高度一致的弊端，需依赖于有针对性的制度设计予以克服。从当前的实际情况看，相对合理的选择是在检察机关内部做必要的职司分离，将参与开发数字检察技术工具的部门、运用数字检察技术实施法律监督的部门与数字检察的内部监管部门做相对独立的设置，从而确保内部监督的有效性。

第三，开展对法院智能化技术运用的监督。数字检察法律监督在刑事诉讼领域的另一个面向是针对法院智能化技术的运用而展开的。法院系统近年来轰轰烈烈开展的智慧法院建设，提升了案件办理的质量和效率，但也带来了数据安全、算法合法性、诉讼权利保障、采购廉洁性等方面的隐忧。检察机关依托数字检察建设，可以对这些问题展开有针对性的监督。例如，检察机关可以通过三机关互联互通系统而对审判机关的数据处理和数据安全保护问题进行常态化与突击式相结合的巡查；对于法院所使用的智能化算法，检察机关可以运用数字技术进行合法性评价，以确保算法在一定程度上的透明度和可解释性；对于因法院智能化工具运用而导致对公民诉讼权利产生侵害的情形，检察机关可以通过数字检察监督的途径、或根据当事人或其他诉讼参与人的申诉和控告予以纠正；在法院向科技企业外包司法辅助职能而涉及采购时，检察机关也可以开展必要的监督，发现腐败问题的及时处理或及时移交监察委等有关部门处理。对于数字检察面向法院智能化技术运用展开的监督，倘若《刑事诉讼法》修改时能够明确检察机关在刑事诉讼领域中作为数据安全和个人信息保护的专门监督机构定位，则可以一并解决。

（三）数字法院智慧审判的规范

最高人民法院提出“以数字法院助力提质增效”，[1]本质是围绕着推动案件办理即审判的智能化而展开的，从这个意义上看，数字法院建设的核心就是智慧审判。针对智慧审判，本次《刑事诉讼法》修改中应对以下三个方面的问题予以着重关注。

一是在线诉讼对刑事诉讼的冲击及其解决。在线诉讼的普遍运用，有其特定的时代因素，尽管时过境迁，但在刑事诉讼数字化转型的背景下，在线诉讼仍有运用的空间与必要。在线诉讼的司法实践得到了最高司法机关的肯定，2021 年最高人民法院通过《人民法院在线诉讼规则》，对刑事、民事、行政的在线诉讼做了统一规定。尽管根据《人民法院在线诉讼规则》第 3 条的规定，目前刑事诉讼领域在线诉讼仅适用于刑事速裁程序案件、减刑假释案件、以及因其他特殊原因不宜线下审理的刑事案件，但由于其独立、有效的特征，有学者认为其可能成为未来司法活动的主流。[2]然而在线诉讼与刑事诉讼的某些传统原理或原则存在一定抵牾：一方面，在线诉讼与直接言词原则有潜在冲突，在线诉讼中法官对部分证据或事实直接印象的缺失、对卷宗的依赖，减损了直接言词原则的要求；[3]另一方面，在线诉讼使得面对面的质证虚拟化，证人出庭也可能以证人以注册账号所对应的虚拟身份进入电子诉讼系统平台的方式进行，[4]如此一来法庭质证的效果可能大打折扣。面对这两方面的潜在风险，此次《刑事诉讼法》修改针对在线诉讼应有适当的限制。其一，对严重违背刑事诉讼原理和原则的在线诉讼方式予以否定，例如异步审理可能导致直接原则被架空，不宜被用于事关

---

[1] 张军：《最高人民法院工作报告——2024 年 3 月 8 日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》，https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/427412.html，2024 年 1 月 21 日访问。

[2] 参见左卫民：《后疫情时代的在线诉讼:路向何方》，载《现代法学》2021 年第 6 期。

[3] 参见高通：《在线诉讼对刑事诉讼的冲击与协调——以刑事审判程序为切入点》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2022 年第 1 期。

[4] 参见谢登科：《在线诉讼中证人出庭作证的场域变革与制度发展》，载《法制与社会发展》2023 年第 1 期。

公民生命、自由、财产的刑事审判中，这也与《人民法院在线诉讼规则》第 20 条的精神相一致。[1]其二，应为在线诉讼中控辩双方围绕证据展开的充分有效质证提供必要的制度保障，例如强制关键证人在线出庭接受控辩双方质证、保障辩护人审前阅卷权的行使等，以提升质证的效果。在此次《刑事诉讼法》修改中，应当对在线诉讼制度作出适当的规定，限制在线诉讼的适用范围和方式，保障在线诉讼中公民的权利。

二是人工智能技术运用对法官裁量权的影响。人工智能技术在社会生活各个领域的广泛运用也渗透到刑事审判之中。无论是传统的判别式人工智能、还是新兴的生成式人工智能，其运用的本质都在于令人工智能工具理解并模仿人类的某些智能行为、从而取代或部分取代人类的某些工作。[2]在刑事诉讼中，司法人工智能的运用目的也在于取代法官的部分工作，以提升案件办理的质量与效率。然而问题在于，排除了价值判断的、具有普遍性和非人格性特征的形式合理性品格的人工智能工具，[3]并不足以应对刑事诉讼千变万化的案件办理需求以及蕴含于其中纷繁复杂的价值判断，于是仍需尊重法官的裁量权。而人工智能工具高度的“科学性”恫吓着法官裁量权的行使，例如在量刑程序中，人工智能做出的量刑意见往往为法官所直接接受，甚至有些法院强迫或半强迫地要求法官接受人工智能量刑意见。如此一来，人作为刑事诉讼主体的地位受到了冲击。面对此种潜在风险，应当参考最高人民法院《关于规范和加强人工智能司法应用的意见》第 5 条“辅助审判原则”的规定，强调人工智能工具对审判工作的辅助性定位，尊重法官作为人工智能工具用户的自主决策权，禁止人工智能代替法官裁判。就这一问题，此次《刑事诉讼法》修改中也可以考虑作出原则性的规定。

三是智慧审判建设中的当事人权利保障问题。诉讼参与人特别是当事人的诉讼权利保障，是刑事诉讼的重中之重。在数字时代下数字技术的运用使得本就强大的公检法机关力量进一步增强，而作为个体的当事人愈发弱势，于是诉讼权利保障的必要性更为凸显。在审判阶段，智慧审判建设也会带来当事人权利保障方面的潜在威胁。其一，当事人的参与权难以保障。当事人在刑事审判中“有充分的机会富有意义地参与刑事裁判的制作过程”并对“裁判结果的形成发挥其有效的影响和作用”，[4]是其主体地位的核心要义。然而智慧审判建设中，法院运用的智能算法的封闭秘密性，使得作为当事人参与前提的知情权难以保障，而后续的对质困难也进一步加剧了参与权受损的可能。其二，当事人数据处理能力低下导致平等对抗权利减损。审判中以数字技术武装的检法均有较强的数据处理能力，而作为个体的当事人方数据处理能力的低下，使得其与检法之间形成了显著的“数据鸿沟”，减弱了其进行平等对抗的能力。其三，当事人平等适用法律的权利也可能面临威胁。在国外的司法实践中，已有不少因算法歧视引发争议的案件，[5]我国尽管通常不存在种族歧视的问题，但是因性别、年龄、受教育水平、经济能力等导致遭受智能化工具不平等对待的可能性同样存在。针对当事人权利保护在智慧审判中可能面临的上述三项潜在威胁，此次《刑事诉讼法》修改中应当从限权与增权两个视角展开必要的规制。一方面，从限权的角度出发，应当对智慧审判中智能化数字技术运用和数据处理可能给当事人诉讼权利带来的重大侵害、特别是严重侵害当事人基本权利的方式进行严格规制，例如禁止歧视性的技术运用等。另一方面，从增权的角度出发，应当有选择地赋予当事人某些数据权利，例如肯认当事人的数据访问权以保障知情和有效参与、允许“有专门知识的人”协助处理数据以增强当事人的平等对抗能力，从而实现智慧审判中当事人诉讼权利的有效保障。

---

[1] 最高人民法院《人民法院在线诉讼规则》第 20 条规定：“经各方当事人同意，人民法院可以指定当事人在一定期限内，分别登录诉讼平台，以非同步的方式开展调解、证据交换、调查询问、庭审等诉讼活动。适用小额诉讼程序或者民事、行政简易程序审理的案件，同时符合下列情形的，人民法院和当事人可以在指定期限内，按照庭审程序环节分别录制参与庭审视频并上传至诉讼平台，非同步完成庭审活动：（一）各方当事人同时在线参与庭审确有困难；（二）一方当事人提出书面申请，各方当事人均表示同意；（三）案件经过在线证据交换或者调查询问，各方当事人对案件主要事实和证据不存在争议。”

[2] See Nils J. Nilsson, Artificial Intelligence: A New Synthesis, Morgan Kaufmann Publisher, Inc., 1998, p.1-2.

[3] 参见徐骏：《智慧法院的法理审思》，载《法学》2017 年第 3 期。

[4] 陈瑞华：《刑事审判原理论》（第三版），法律出版社 2020 年版，第 80 页。

[5] 其中最著名是美国的卢米斯案，Loomis v. Wisconsin, 881 N.W.2d 749 (2016).

五、结语

数字时代技术的飞速更新带来了人类社会生活方式的根本变革，于是作为社会生活“测震器”[1]的刑事诉讼制度也不得不发生转型。人工智能等新型技术越来越广泛地应用于刑事诉讼，数据和信息处理亦成为刑事案件办理的基本方式，这既带来了机遇，也引发了挑战。在机遇与挑战并存的现实下，作为刑事诉讼领域纲领性的法律，《刑事诉讼法》急需利用此次修改的契机，对相关的问题作出回应。此次《刑事诉讼法》的修改，既应顺应数字时代的革新潮流，更要重视对新型技术应用和数据或信息处理行为的规制，一方面制约公权力，将其限制在“制度的笼子”之中，另一方面保障公民权利，确保其不因数字技术的应用而受减损，从而使得人权保障与打击犯罪这两项刑事诉讼基本目标在数字时代依然得以协调。面对数字时代的汹涌大潮，《刑事诉讼法》修改应以开放与审慎并重之心态，从理论和实践的探索中汲取营养，吸收数字法治领域立法及刑事司法相关司法解释等规范性文件中的合理内容，促进刑事诉讼法治在数字时代始终围绕着“司法为民”的根本目标实现改革与完善。

[1] [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》（第 24 版），吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，原著者序，第 X 页。（原书中该页无页码，仅有“原著者序”的标题）

刑事诉讼法的解法典化与再法典化

聂友伦*

摘 要：法典化以某一领域缺乏统一法典为前提，“刑事诉讼法的法典化”的说法在逻辑上并不成立。然而，法典化旨在解决的分散立法问题，在刑事诉讼领域同样存在。公安司法机关各自出台的司法解释将《刑事诉讼法》拆散并架空，造成了明显的解法典化现象，引发了法律权威减损、法律稳定破坏、法律价值扭曲、法律体系动摇等严重弊病。为终结“以规代法”的局面，恢复法权威性、维护法安定性、重塑法统一性、强化法自主性，就需要对既有规范体系展开再法典化操作。在《刑事诉讼法》第四次修改的背景下，以再法典化为导向，重新审视刑事诉讼领域内的全部规范，通过适当的模式与技术，取精用宏、去芜存菁，继而将其完整、和谐地汇编为一部新的法典，是法典化时代应当完成的历史重任。

关键词：刑事诉讼法　解法典化　再法典化　司法解释

一、引论：刑事诉讼法的法典化?

2020 年《中华人民共和国民法典》的颁布标志着中国特色社会主义法治体系达到了新的历史高度，进入了新的发展阶段。同年，习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上提出：“民法典为其他领域立法法典化提供了很好的范例，要总结编纂民法典的经验，适时推动条件成熟的立法领域法典编纂工作。”[1]在此背景下，刑事诉讼法学界迅速展开了关于法典化的讨论，有关方面专门组织了以此为题的研讨活动，“刑事诉讼法的法典化”已俨然成为刑事诉讼领域的一项热点议题。[2]

所谓法典化（codification），是指将单行立法、法规、判例、习惯乃至学说予以成文化、条款化、类型化、体系化，最终编纂形成一部专门部门法典的过程。法典化的本质在于“化零为整”的编纂，《民法典》的形成便是如此。此前，我国的民法规范分散于《民法通则》《物权法》《合同法》《婚姻法》《侵权责任法》等次级部门法中，通过编纂将这些法律及关联法规、司法解释等系统整合为一部《民法典》，使民法领域的规范得到了统一。通常而言，法典化以某法律部门缺乏统一法典为前提，受关注较多的环境法、教育法、行政法即为典型。在此意义上，2021 年中共中央印发的《法治中国建设规划（2020-2025 年）》指出，“对某一领域有多部法律的，条件成熟时进行法典编纂”。相较之下，刑事诉讼领域形式上并不存在分散立法的状况。自 1979 年《刑事诉讼法》施行以来，刑事诉讼法律部门便唯此一部基本法律，缺乏编纂整合的先决条件，如此，“刑事诉讼法的法典化”所为何来？

单就语用逻辑而言，在已有法典的背景下谈论法典化并不恰当，但实质上，刑事诉讼领域同样面临着分散立法的问题。刑事诉讼规范的分散化和碎片化，体现为各类规范性文件对法典的拆解与再制，以及由此形成的法律、立法解释、司法解释、部门规章、司法解释性质文件等多重法律渊源样态。在实践中，当办理刑事案件的公安司法人员面对程序问题时，通常先查阅所属部门出台的统一规定，再检索该部门单独或与其他部门联合发布的专门规定或个别规定，只有仍无确切答案的，才会勉强回到法律文本。很明显，《刑事诉讼法》已被各类次级法源所解构，其身为法典的基本功能，包括为适法者提供行动指引、稳定当事人预期的作用正在变得微乎其微，最终难免沦为所谓“剩余法”（diritto residuale）。[3]“我国《刑事诉讼法》徒具法典之名，而无法典之实”，[4]这正是本法的真实写照。

刑事诉讼领域出现的这种“解法典化”（decodification）现象，引致了诸多理论与实践问题，阻碍了程序法治的现代化进程。以司法解释、部门规章、司法解释性质文件为主的规范性文件（以下概

---

*华东师范大学法学院副教授。

[1]习近平：“坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障”，《求是》2021 年第 5 期，第 10 页。

[2]参见蒋安杰：“刑事诉讼法法典化研讨会在京举行”，载《法治日报》2022 年 12 月 21 日，第 9 版。

[3]参见（意）纳塔里诺·伊尔提：“解法典化的时代”，薛军译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法（第 4 卷）》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 80 页。

[4]陈卫东：“论刑事诉讼法的法典化”，《中国法学》2021 年第 3 期，第 52 页。

称为司法解释）大规模出台，首先造成了法律权威的减损。《刑事诉讼法》理应得到公安司法机关的实质遵守，但办案人员的诉讼行为却大多是根据各种部门规定作出的——“司法解释的‘大而全’直接架空了刑事诉讼法，严重影响到法律的权威与尊严”。[1]其次，法秩序的稳定性也因此遭到了破坏。作为具有立法性质的规范，[2]司法解释仅受内部制定程序的约束，其立、改、废远较法律轻易，动辄变更将频繁影响法秩序的具体内容。再者，司法解释的泛滥扭曲了法律统一的价值表达。囿于立场差异，不同机关针对同一法律条款的规定往往不尽一致，[3]其背后暗含价值取向的分歧，这对完成《刑事诉讼法》维护法制、保障人权的任务殊为不利。此外，“自说自话”和“各说各话”的司法解释还动摇了法律自身的体系结构，导致原本相对融贯的刑事诉讼法制逐渐失去了内在的协调性。

欲解决刑事诉讼规范分散化和碎片化带来的问题，法典化就有被再度考虑的必要。确切地讲，我国《刑事诉讼法》所需要的与其说是法典化，不如说是“再法典化”（recodification）。[4]重新审视刑事诉讼领域内的全部规范，通过适当的模式与技术，取精用宏、去芜存菁，继而将其完整、和谐地编纂为一部新的法典，是我们在法典化时代肩负的历史使命。目前，《刑事诉讼法》修改已写入人大立法规划，应当抓住这一历史机遇，以再法典化为导向，彻底消解解法典化现象，重塑刑事诉讼规范体系，推动实现刑事诉讼法治的现代化。

二、刑事诉讼法的解法典化

解法典化系相对于法典化的反向过程，其字面意思就是对现存法典的“拆散”（deleave）。[5]解法典化现象最初出现在民事领域。进入 20 世纪以来，众多已有民法典的国家逐渐开始使用特别立法调整法典所涉事项，大量特别立法确立了如劳动关系、知识产权、公司行为、证券交易等有别于法典本旨的法律制度，它们不仅构成法典的补充，更直接与法典竞争。[6]在我国，刑事诉讼法律部门并无相互竞争的立法，《刑事诉讼法》名义上仍是基本法律，但法典被司法解释拆散的结果却又显而易见，这构成了一种特殊形态的解法典化。

（一）刑事诉讼法解法典化的表征

作为概念首创者的纳塔里诺·伊尔提（Natalino Irti）认为，解法典化有如下渐进的体现：首先，法典外出现了大量的特别立法；其次，特别立法将某些原本受法典规制的事项析出并归于其调整；再次，特别立法在前述范围内形成了自洽的体系，而这些体系与法典自身的价值、逻辑并不相容。[7]玛丽亚·路易莎·穆里约（Maria Luisa Murillo）指出，解法典化描述的是这种现象：法典外的特别立法激增，后者从前者涵盖的领域“挪走”了大量内容，并构建起了全新的、不能容于法典结构的微观系统。[8]从既有文献看，几乎“所有关于解法典化的论述中都认为存在于法典之外的特别法是导致解法典化的直接原因”。[9]

与前述典型的解法典化相较，我国《刑事诉讼法》实际并非由严格意义上的特别立法，而是由司法解释拆散的。司法解释是否属于特别立法，无不疑问。鉴于司法解释的立法性质，且考虑到其内容须符合“立法的目的、原则和原意”，将法律和司法解释的关系表述为上位法与下位法，可能更

---

[1]陈卫东：“立法原意应当如何探寻：对《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》的整体评价”，《当代法学》2013 年第 3 期，第 116 页。

[2]参见聂友伦：“论司法解释的立法性质”，《华东政法大学学报》2020 年第 3 期，第 138-148 页。

[3]实践中因检察与审判系统对法律解释的意见不同而引发冲突的状况并不鲜见。参见敬大力：“最高人民检察院司法解释工作近年发展、存在问题及其展望”，《检察实践》1999 年第 2 期，第 24 页。

[4]参见张建伟：“刑事诉讼再法典化的契机与基本构想”，《法治研究》2023 年第 6 期，第 59 页。

[5]参见梁慧星：“再谈民法典编纂的若干问题”，载何勤华主编：《民法典编纂论》，商务印书馆 2016 年版，第 103 页。

[6]参见（美）约翰 · 亨利 · 梅利曼、（委）罗格里奥 · 佩雷斯 · 佩尔多莫：《大陆法系》（第三版），顾培东、吴荻枫译，法律出版社 2021 年版，第 171-173 页。

[7]参见伊尔提文，第 86 页。

[8]参见（秘鲁）玛丽亚 · 路易莎 · 穆里约：“大陆法系法典编纂的演变：迈向解法典化与法典的重构”，许中缘、周林刚译，孙雅婷校，《清华法学》2006 年第 2 期，第 74 页。

[9]瞿灵敏：“从解法典化到再法典化：范式转换及其中国启示”，《社会科学动态》2017 年第 12 期，第 6 页。

容易理解。[1]不过，若非要以“一般/特别”这对二元符码标示，则仍得将司法解释作为法典外的特别立法对待。此处仅涉及观念问题，因为从结果看，司法解释确已导致实践中《刑事诉讼法》的解构，这比域外学者所言的解法典化有过之而无不及。

以约翰·亨利·梅利曼（John Henry Merryman）的论述为参照，有助于理解司法解释属于特别立法，也有助于厘清《刑事诉讼法》解法典化的发生过程：其一，特别立法并非与法典完全无关，许多特别立法本身便是依据法典制定的，只不过其未进入法典，而是在外部调整法典涉及的事项；其二，特别立法的内容，一部分系对法典条文的具体化，功能在于明确既有规范的适用，另一部分则大致属于对法典的变通，其构建了与法典异质的制度，与法典意旨不甚契合；其三，特别立法还包含法官造法——法典规定粗放、欠缺实施意义，使法官不得不根据个案裁判创设适用的“法律”——此时规范亦将改变。[2]将《刑事诉讼法》的司法解释代入，不难发现其与前述特别立法的定位类似：其一，司法解释是根据《刑事诉讼法》制定的，其调整的法律关系范围处于法典之内；其二，司法解释有些是对《刑事诉讼法》条文的细化，有些则新增了法律未规定且无法解释出的规则乃至制度；其三，司法解释具备司法系统内部规范的属性，这与法官造法在一定程度上是相通的。基于此，《刑事诉讼法》的司法解释也会造成特别立法所导致的解法典化效应。

与域外民法典解法典化不同的是，司法解释对我国《刑事诉讼法》的拆解更加彻底。就前者而言，即便存在大量的特别立法及法官造法，民法典的绝大多数规范，依然具有调整法律关系的实效。换言之，这些民法典在经历解法典化之后，虽已退却为略显边缘的“剩余法”，但司法者仍有必要在相当数量的案件中诉诸其规范内容。[3]对于后者，公、检、法等机关出台的统一规定[4]将《刑事诉讼法》拆分为了数个针对各自职能的“部门刑事诉讼法”，再加上作为统一规定之补充的专门规定[5]以及对具体法律适用问题有求有应的个别规定，[6]法律似乎已不再被实践需要。申言之，由于司法解释基本满足了公安司法人员对办案依据的规范需求，使得《刑事诉讼法》连“剩余法”的地位都难以确保，直至成为事实上被“悬置”（iustitium）的法律。不过，在形式上，《刑事诉讼法》仍将起到为诉讼活动提供权威依据的作用，纵使办案人员完全依据司法解释办结案件，依然需要在各类法律文书中援引法律条文，因而，《刑事诉讼法》的解法典化还具有一定的潜在性。

（二）刑事诉讼法解法典化的成因

宏观上看，法典一旦颁行即面临着解构的风险，这是由其性质所决定的。为满足体系性与安定性的要求，编纂形成的法典须保持稳定。规范一经编列固定于法典中，除非有重大事由及合理根据，立法机关一般不会马上对其进行修正或删改。[7]在法典施行后，即便出于社会发展或政策更替等原因导致法典内容不再适应实践，决策者通常也更倾向出台补救措施以维持法典的运作，如制定单行立

---

[1]参见王利明：“ 论《民法典》实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维”，《中国社会科学》2022 年第 3 期，第 17 页。

[2]参见梅利曼等文，第 171-173 页。

[3]参见陆青：“论中国民法中的‘解法典化’现象”，《中外法学》2014 年第 6 期，第 1486-1488 页。

[4]《刑事诉讼法》的统一规定，包括《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》（即所谓《六机关规定》）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》《人民检察院刑事诉讼规则》《公安机关办理刑事案件程序规定》《国家安全机关办理刑事案件程序规定》等。

[5]《刑事诉讼法》的专门规定，系专门针对某一制度作出的系列规定，通常以最高人民法院、最高人民检察院与其他相关部委的名义共同发布，如《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》等。

[6]《刑事诉讼法》的个别规定，指相关主体针对法律条文作出的专门规范性说明，主要包括批复与答复两种类型，如《最高人民法院关于适用刑事诉讼法第二百二十五条第二款有关问题的批复》《最高人民法院研究室关于交通肇事刑事案件附带民事赔偿范围问题的答复》等。

[7]此处的思想基础在一定程度上可归于规范的惯性原理，即，过去一度被承认的观点，若没有足够的理由，不可以加以放弃。参见（德）罗伯特·阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，商务印书馆 2019 年版，第 215 页。

法、立法性决定或出台立法解释、司法解释等。这些典外规范的不断累积构成了法典解构的推动力。简言之，"'解法典化'现象的根源在于现代社会的复杂性所导致的立法膨胀"。[1]

不过，在微观层面，我国《刑事诉讼法》之所以出现如此彻底的解构现象，仍有发生学上的特殊性。为明确此种解法典化的特殊成因，须依序回答"解法典化因何而来""解法典化如何可能""解法典化为何彻底"这三个问题。

首先，《刑事诉讼法》条文的粗疏创生了解构法典的需求。虽然任何法典都面临着被拆解的内生风险，但风险却未必会迅速地现实化。例如，《拿破仑法典》颁行于 19 世纪初，但直到 20 世纪中叶，解法典化现象方才初显。究其缘由，主要是法典规定较为精细，能够长期满足法律关系调整的需要；反之，法典条文愈粗疏，规范密度越低，解构的可能性就越高。与此相较，1979 年《刑事诉讼法》实施后不久，有关刑事案件办理的司法解释便开始大量涌现，这些司法解释实际上起到了补充立法、二次规范的作用。[2]《刑事诉讼法》被司法解释迅速拆散的内因在于，一方面，法典条文太过粗疏、不便操作，程序未得细化、缺乏实践检验，使得业务水平参差不齐的公安司法人员很难据此妥善办理案件；另一方面，法典条文粗疏间接扩张了办案机关的裁量权，其在诉讼活动中往往采取于己有利的解释，导致立法的预期目的无法规范实现。有学者即明白指出，《刑事诉讼法》存在具体化、清晰化不足的问题，一是条文数量过少，无法支撑起一套完备的诉讼制度，二是条文含糊之处过多，造成司法实践经常产生理解和适用上的分歧，而这些问题最终都将留给司法解释处理。[3]

其次，司法解释权的存在使《刑事诉讼法》的解构成为可能。解法典化由特别立法的成规模出现引发，那么，若无生成特别立法的机制，则解构仍不会发生。《刑事诉讼法》的解法典化主要由司法解释推动，此处的机制其实也就是包括司法解释在内规范性文件的制定制度。在现行体制下，全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等中央部委皆得以解决法律适用问题的名义制定司法解释，形成了"不同部门的司法解释各管一段""法工委的联合解释负责协调"的权力分配样态。[4]在法律条文粗疏的背景下，碎片化的司法解释权使得司法解释主体——次级的立法者——能够主动、预先、系统地对本部门可能适用的规范进行阐释、细化乃至增补。作为以上操作的结果，《刑事诉讼法》的司法解释成为了法典外的特别立法，继而随着解释数量的膨胀，引发了后续的法典解构。质言之，司法解释制度构成了《刑事诉讼法》解法典化的必要条件。

再次，公安司法机关的科层制组织架构与刑事诉讼的分工负责原则加速且加深了《刑事诉讼法》的解构。若仅有前两项因素，解法典化可能局部发生，但不会导致法典彻底解构。刑事诉讼领域的异常情况在于，法典被完全肢解了——办案人员基本不用理会法律写了什么，只需把握所属部门适用的司法解释即可。这种效应既源自刑事诉讼机关各自条线的科层制结构，也是受分工负责原则影响的结果。在科层制系统中，位于条线顶端的最高机关为便于垂直管理，本就有出台内部规范的倾向，而组织成员则会逃避到这些内部规范中来，要求为其提供稳定预期，减少乃至消除工作中的不确定性与错误风险。加之宪法法律对刑事案件分工办理的明确要求和体制安排，"公检法各管一摊"的分隔倾向更加强化。于是，公安司法机关开始不由分说、不约而同、不遗余力地拆解法典，将涉及本部门职权的规范从中抽出，乃至按照法典体例"编纂"各自适用的"部门刑事诉讼法"，终使《刑事诉讼法》的解法典化由风险变为现实。

（三）刑事诉讼法解法典化的问题

法典解构之后，《刑事诉讼法》部分丧失了原有的法治功能，其从办理刑事案件、保护基本权利应当遵循的具体规范，退化成了徒有形式的抽象宣示——司法解释充斥且支配着司法领域，法律在实践中难以起到直接作用。类似状况被称为"以规代法"——"这些规范的位阶低于法律，但实际作

---

[1]石佳友："解码法典化：基于比较法的全景式观察"，《比较法研究》2020 年第 4 期，第 14 页。

[2]参见万毅："法典化时代的刑事诉讼法变革"，《东方法学》2021 年第 6 期，第 188 页。

[3]参见陈光中、于增尊："关于修改后《刑事诉讼法》司法解释若干问题的思考"，《法学》2012 年第 11 期，第 25 页。

[4]王敏远："2012 年刑事诉讼法修改后的司法解释研究"，《国家检察官学院学报》2015 年第 1 期，第 134-135 页。

用却大于法律，长此以往，不可避免会出现架空法律、严重损害法律实施的倾向”。[1]《刑事诉讼法》解法典化至少已造成如下后果：

第一，解法典化对《刑事诉讼法》的权威性产生了严重的负面影响。法律权威包括制度性权威与事实性权威。[2]前者依正式制度生成，主要来源是法定的立法程序。当法律被依法制定并生效后，便将自动获得制度性权威。后者则源自规范内容的正确性与制定机关的权威性，通常由规范实效所反映。若规范能够反复适用于对应事实并产出稳定后果，则其事实性权威便会愈发强化，也愈将得到信服和认可。在这两个方面，《刑事诉讼法》均受到了解法典化的巨大冲击。按理说，司法解释非依立法程序制定，制度性权威远低于法律（司法解释性质文件甚至无此权威），但公安司法机关实际适用的却是司法解释，这会给公众乃至办案人员带来司法解释效力高于法律的错觉。[3]同时，司法解释通过不断适用并稳定输出结果，获得了可能超越法律的事实性权威，导致后者相对贬损，以致难以得到应有的尊重。

第二，司法解释形式上不受法安定性原则的约束，但又能实际起到变更法秩序的效果，这会对刑事诉讼法秩序的稳定造成破坏。能够变更法秩序的活动，须具备突破法律的权限，而“符合立法的目的、原则和原意”的司法解释显然不在此类。严格来说，司法解释本身不是立法，不得创设、修改或废止法律规则。[4]然而，立法的目的、原则和原意缺乏明确性，客观性程度较低，落实到具体条款，更会直面不同观点的冲突，[5]这给司法解释留下了调整的余地。比如，非法证据排除规则的立法本旨，究竟是为了保障人权、发现真实还是阻吓违法？仅根据法条很难得到确切结论。[6]此时，司法解释实质上拥有了造法的权力，它选择任何既有学说，都可以获得理论支持，也很难论证其违反了法定限制。在司法实践普遍按甲说理解法律规定的情况下，基于乙说制定的司法解释突然实施，这当然属于实质意义上的法秩序变更，势必动摇刑事诉讼法治的稳定性。

第三，不同机关对《刑事诉讼法》的理解存在差异，分别制定的司法解释难免扭曲法律统一的价值表达。为便利本部门完成刑事案件的办理任务，司法解释机关常会朝于己有利的方向进行解释，尤其在司法解释权按职能分配的情况下，很难保证司法解释正确贯彻法律意旨。《刑事诉讼法》的总任务在于维护法制、保障人权，虽然公检法各自的“部门刑事诉讼法”均在开头照抄了本法的任务规定，但其中仍不乏为办案方便而偏离法制维护与人权保障的规范内容。比如，《刑事诉讼法》第56条规定，采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述应当予以排除。基于维护法制、保障人权之立场，对于“等非法方法”应尽量作严格解释，将类似刑讯逼供的行为均予纳入。2012年《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《刑诉规则》）采此正确观点，明确“其他非法方法是指违法程度和对犯罪嫌疑人的强迫程度与刑讯逼供或者暴力、威胁相当而迫使其违背意愿供述的方法”。与之相对，2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法解释》）的规定则更为苛刻，不仅限定方法必须造成“痛苦”，还额外要求“迫使被告人违背意愿供述”，这显已背离了非法证据排除面向正当程序的价值追求。[7]

第四，司法解释对法典的拆解动摇了《刑事诉讼法》的体系结构。法律的体系化包括概念、规范与制度的匹配衔接，以此形成富有逻辑的有机整体，为 适用与解释法律的主体提供思考的规范

---

[1]刘松山：《中国立法问题研究》，知识产权出版社2016年版，第375页。

[2]参见雷磊：“指导性案例法源地位再反思”，《中国法学》2015年第1期，第274-275页。

[3]典型例证是关于律师会见与阅卷权的。2007年《律师法》对辩护律师的会见权与阅卷权作出了规定，但此规定在后续实践中常被办案机关以“律师法不适用于公安司法机关”为由抵制，直到2008年全国人大常委会法工委作出解释，明确要求公安司法机关执行《律师法》后，“会见难”“阅卷难”等问题才逐渐纾解。参见“全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会对政协十一届全国委员会第一次会议第1524号提案的答复”，《中国律师》2008年第9期，第33页。

[4]参见聂友伦：“刑事诉讼法时间效力规则研究”，《法学研究》2020年第3期，第182页。

[5]参见聂友伦：“论司法解释的权力空间——我国《立法法》第104条第1款的法解释学分析”，《政治与法律》2020年第7期，第120-121页。

[6]参见张建伟：“排除非法证据的价值预期与制度分析”，《中国刑事法杂志》2017年第4期，第44页。

[7]参见吴洪淇：“非法言词证据的解释：利益格局与语词之争”，《法学家》2016年第3期，第71-73页。

语境。[1]《刑事诉讼法》的体系结构大致以诉讼发展为建构思路，而司法解释只是一个部门制定的或数个部门针对一类问题制定的，即便考虑了法律的整体逻辑，也往往限于部门内部或个别事项调整的层面，极有可能突破体系约束。例如，《刑事诉讼法》第 61 条规定，证人证言必须在法庭上经过控辩双方质证并查实后，才能作为定案根据；第 192 条第 1 款规定，证人证言符合“有异议”“有影响”“有必要”三项条件的，证人应当出庭作证。前者作为总则条款，构成后者的解释语境。从“在法庭”“质证”“查实”的表述看，分别对应着证人原则上必须“出庭”接受“对质”与“交叉询问”的意思。[2]准此，“证人应当出庭作证”即须被合目的地解释为“（关键）证人应当以出庭的方式（而非以提供证言的方式）作证”，否则其证言不得作为定案根据。然而，2021 年《刑诉法解释》却未依此理解，规定即便关键证人不出庭的，依然可采信其庭前证言，这使实践中证人不出庭的状况进一步恶化。[3]类似违反体系解释基本要求的司法解释，既会导致法律的规范目的落空，也将造成法律的内在逻辑陷于断裂。

三、刑事诉讼法的再法典化

在刑事诉讼多重样态的法律渊源中，起主要作用的不是法律而是司法解释。与单行立法拆散民法典不同，《刑事诉讼法》的解法典化是由法外规范推动的，前者尚有讨论适当性的余地，后者的不合理性则是明显的。虽然法典解构后的局面依旧能够应付刑事司法的日常运作，但架空法律的法治毕竟不是长久之计。为解决《刑事诉讼法》解法典化带来的问题，终结“以规代法”的局面，就应当诉诸再法典化。如果说解法典化是对法典的否定，那么再法典化就是对法典的否定之否定，其意在将已被拆散的法典按照一定的编纂模式与立法技术予以重构，使法典重新在法律活动中获得应有地位并发挥实际作用。

（一）刑事诉讼法再法典化的意义

宽泛地讲，在某一领域已有基本法律的情况下，以形成新法典为目标而对旧法典进行的全面修改，都可称作再法典化。不过，若将解决规范失当或分散立法等问题的修法都理解为再法典化，则未免失之过宽。再法典化不等于普通修法，两者不仅“量”有不同，更存在“质”的差异。一般而言，只有涉及篇章体例重构、宏观价值更新、体系逻辑调整的修法，才属于再法典化的范畴。例如，为因应解法典化带来的挑战，2016 年《阿根廷民商法典》围绕 1871 年《阿根廷民法典》及大量单行立法展开的大规模重整——拆分、合并、新增、删除大量编、篇、章、节，将规范的整体方针由具体的决疑式转为抽象的概括式，使条文总数削减近一半——便是典型的再法典化。[4]

再法典化的意义在于通过规范体系的再造，从根本上治理所在领域立法的沉疴痼疾，解决解法典化导致的系列问题。就刑事诉讼领域而言，司法解释对法典的拆解减损了法律权威、破坏了法律稳定、扭曲了法律价值、动摇了法律体系，而这些弊病均可通过再法典化得到处理。具言之，以问题为导向的再法典化有如下意义。

第一，恢复法的权威性。法律权威大体源自制定与实施两个方面。就制定而言，《刑事诉讼法》的权威旁落，主要是因司法解释大量涉入法律调整的事项所致。《立法法》第 11 条规定，有关“法院、检察院的职权”“限制人身自由的强制措施”“诉讼制度”等事项只能制定法律，但借解释之名，司法解释即可轻易侵入法律保留的范围。再法典化通过提高规范密度，能够大幅压缩解释的空间，防止司法解释越俎代庖，从而巩固法律制定的权威。至于实施，则是《刑事诉讼法》本身的可实施性不佳所致。可实施性应被视为“立法的生命和灵魂”，若法律实施过分依靠司法解释，则法律便会被司法解释所架空而沦为具文。[5]再法典化要求细化规范内容，基于精细立法实现精密司法，为绝大部分司

---

[1]参见（德）莱茵哈德·齐默尔曼:“法典编纂的历史与当代意义”，朱淼译，载明辉、李昊主编:《北航法律评论》(2012 年第 1 辑)，法律出版社 2012 年版，第 27 页。

[2]立法机关工作部门持类似观点:“一般来说，证人都必须通过言词的方式，当面向法庭提供证人证言……并接受控辩双方的质证，来确定证人证言的可靠性和证明力。”王爱立主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》，中国民主法制出版社 2019 年版，第 127 页。

[3]参见陈卫东:“从关键证人回归必要证人：关键证人出庭作证逻辑反思”，《法学研究》2023 年第 6 期，第 173 页。

[4] 参见徐涤宇:“解法典后的再法典化：阿根廷民商法典启示录”，《比较法研究》2018 年第 1 期，第 183-184 页。

[5]参见陈瑞华:“制度变革中的立法推动主义——以律师法实施问题为范例的分析”，《政法论坛》2010 年第 1 期，第 56

法活动提供直接依据，进而强化法律实施的权威。

第二，维护法的安定性。法的安定性是实证法的基础，不安定的“法律”不能称之为法律。作为形式原则，法安定性的本质是对权威制定且有实效之规范的一种承诺——为保障行为主体的规范预期进而有效规划未来的行为，法秩序应在形成后的一段时间内维持稳定。法安定性原则在伊曼努尔·康德（Immanuel Kant）、古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）那里已得清楚论证，被认为构成了法治国的支柱之一。[1]《刑事诉讼法》的解法典化由司法解释造成，而司法解释的立、改、废相对容易，其稳定性不仅远低于作为基本法律的法典，也低于单行立法与立法解释。在现实中，司法解释的变动极易导致刑事诉讼法秩序的变化，这是法安定性原则所无法容忍的。法安定性的实现以规范的妥善安置为条件：“ 各种法律必须在单一的系统或者多样化的系统中找到其有序且有意义的安身之所。暂时性的规范注定要被孤立，并且将因其特殊性而很快消散。”[2]再法典化旨在构建科学完备的刑事诉讼规范体系，确保刑事诉讼的诸项原则规则融洽地纳入其中，如此一来，法安定性无疑会基于法典修改的高门槛得到大幅提升。[3]

第三，重塑法的统一性。法典化的原初目的便在于减少法律渊源的数量，结束法源多元混杂的局面。早期罗马的法典编纂便多出于整理策略，意在以法典统一法源。[4]晚近普鲁士、法国、奥地利等国亦曾致力于使法典成为法源的主体，及后一度盛行的法典中心主义更是要求尽可能地通过法典编纂形成法源的排他性地位。[5]然而，即便法典在出台伊始实现了法源的统一，但经历解法典化之后，法源又将回到过去的分散样态。针对分散法源的再法典化，自然有利于法统一性的重塑。就刑事诉讼领域而言，再法典化通过筛选与编纂，整理吸收分散在既有法典和司法解释中的适当规则，扩张立法的规范容量，能够使法典直接成为刑事诉讼机关统一的办案依据。更重要的是，在统一法源的基础上，《刑事诉讼法》再法典化还具有统一价值取向的意义。虽然刑事诉讼整体内含多元价值，但特定制度的价值表达仍应有主次之分，以统一权威的立法锚定规范的主要价值，有利于法律的准确适用。

第四，强化法的自主性。法自主性是法治的下位概念，其强调法律定义、规范程序、制度结构对思维和行为的指引，侧重于概念与规范的分析，意图从法律已有的意义中确定未知的意义。[6]法自主性以立法的体系性为依托，呼唤严密、自洽且富有逻辑的规范建构，要求形成并维系法律作为一个无缝系统的融贯性，实现法律更高程度的内容自治。[7]法律体系化程度越高，法律自主性就越强，也就越有助于法治水平的提升。囿于法律条文的粗疏，再加上司法解释者往往未能站在立法者的高度解释法律，使得刑事诉讼规范的整体结构与规制逻辑难免存在一些内在的不清晰、不一致、不自洽。在此背景下，立法者的意图难以被准确把握，法律自主运作的条件无法得到满足。《刑事诉讼法》的再法典化旨在通过体系的更新再造以强化法的自主性——根据理性主义原则，重审既有规范体系，对其进行系统化与简易化的改造，以便消除框架的复杂性，形成一部规则融贯一致、清晰明确、完备可靠的法典。[8]

（二）刑事诉讼法再法典化的模式

《刑事诉讼法》的再法典化能够妥善处理当下相伴解法典化而生的一系列问题，是全面推进刑

页。

[1]参见（德）罗伯特·阿列克西：“法的安定性与正确性”，宋旭光译，雷磊校，《东方法学》2017 年第 3 期，第 136 页。

[2]（意）那塔利诺·伊尔蒂：“ 民法典的理念”，李飞译，载明辉、李昊主编：《北航法律评论》（2012 年第 1 辑），法律出版社 2012 年版，第 96 页。

[3]参见陈金钊：“ 法典化语用及其意义”，《政治与法律》2021 年第 11 期，第 7 页。

[4]（日）穗积陈重：《法典论》，李求轶译，商务印书馆 2014 年版，第 43 页。

[5]参见王利明文，第 5 页。

[6]参见陈金钊文，第 14 页。

[7]参见翁壮壮：“法的自主性及其对法治的意义”，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第 30 卷），研究出版社 2020 年版，第 106 页。

[8]参见穆里约文，第 69 页。

事诉讼法治现代化的必由之路与必然抉择。再法典化的作用，在于通过规范重整与法典编纂，大幅提高立法的质量、解决法律粗疏的问题，从而切断解法典化的源头。不过，这些只是理论上的功能，欲使再法典化产生实效，仍须进一步就其具体落实展开讨论。对于《刑事诉讼法》的再法典化，应先在宏观上确定实施模式，包括方案的选择、体例的安排、观念的确立等。

首先，对《刑事诉讼法》应予全部抑或部分的再法典化？解法典化后的法典重构，关键在于处理法典与特别立法之间的关系。根据方案着眼点的不同，再法典化可以分为全部的再法典化与部分的再法典化。[1]前者是指废弃既有法典与特别立法构成的叠床架屋的规范体系，将规范中的原则规则打散，重新按照法典编纂方法对该领域进行彻底的再体系化；后者是指在部分保留现存规范体系，尤其是维持既有法典结构的基础上，将特别立法中有实效性的规则乃至原则纳入，从而对法典作出的大幅修整。如果将既有法典比作建筑，那么完全再法典化即是“原拆原建”，而部分再法典化则类似“修缮加固”。如众周知，1979 年《刑事诉讼法》在很大程度上是对苏联法的移植，后虽历经三次修改，但整体的结构框架与体系脉络仍然延续着当初的立法逻辑。[2]随着犯罪状况的迅速变化、治理技术的不断发展、人权标准的逐渐提高，基于大国家主义与超职权主义的刑事诉讼规范体系已经难以适应中国特色社会主义法治建设的新布局与新要求。为构建承载新时代法治精神的现代化规范体系，将适当的规范以更加整全融贯的方式有机整合，就应当选取完全再法典化的方案，否则《刑事诉讼法》的再法典化很容易沦为普通的法律修订，无法解决寓于体系内部的深层次问题。[3]

其次，《刑事诉讼法》的再法典化应以何种指导思想规划篇章结构？近代民法典的体系构造，存在德国式潘德克吞体系与法国式法学阶梯体系的对峙，后世编纂民法典时通常择一或稍加融合即可。但是，对于刑事诉讼法典却无如此模式化的总结，各国差异也较明显。与民法典不同，刑事诉讼法所涉制度大部分处于诉讼展开的线性过程中，不同程序对应着不同的处理对象，很难全部从权利义务类型出发打造结构。不过，法治发达国家刑事诉讼法典的篇章风格仍有共通之处，其中，最突出的莫过于审判中心主义的格局。《德国刑事诉讼法典》第一编总则，以法官职权为基本视角，规定了管辖、回避、证据、强制措施等内容；第二编一审程序以审判涵括公诉、以公诉涵括侦查，“精准地反映出公诉引起一审的诉审关系以及公诉对侦查的统摄地位”；第三、四、五、六编分别为上诉程序、再审程序、被害人参加程序、特别程序，“充分体现了以审判为中心为主线的审判中心主义理念”。[4]从《法国刑事诉讼法典》之公诉与民诉、公诉与预审、审判法庭、非常上诉、特别程序、执行程序的篇章排布看，其大致是以预审法官、审判法官、上诉法官、执行法官的职权为线索布局的，这亦是审判中心主义的反映。我国《刑事诉讼法》的构造并未围绕审判展开，而是分段规制，由公、检、法分别主导对应阶段，这在实践中早已酿成诸多问题，[5]党中央提出“以审判为中心”的诉讼制度改革正是为此而来。[6]鉴于审判在刑事诉讼中的中心地位，有必要参照大陆法系国家法典的谋篇布局，以审判中心主义为指导思想构造法典的体系框架。

再次，《刑事诉讼法》的再法典化应当以何观念为基石？立法者制定法律，必然出于某种实际的动机，意图达成特定的目的，这种预设的意识导向即贯穿该法的基础观念。观念的确立在法典化及再法典化的过程中尤为重要，它将起到稳定各类制度价值取向的锚点作用。比如，民法的基石观念是私人自治，民法典在设置规则时便要一以贯之地对私人自治及其限制作重要考量。对于刑事诉讼目的虽未形成全面共识，但整体上看，人权保障特别是对被追诉人基本权的保障，该当本法须一以贯之的基石观念。一方面，正当程序以人权保障为出发点。作为程序规范，《刑事诉讼法》再法

---

[1]参见徐涤宇文，第 184 页。

[2]参见陈卫东文，第 57 页。

[3]法律包含制定时的价值取向，其本身就是一种特定意识形态逻辑一致的表达。此处的深层次问题，本质即内嵌于概念与体系中过时的假定、价值或意识形态。参见梅利曼等文，第 76-77 页。

[4]刘计划:“刑事诉讼法总则检讨——基于以审判为中心的分析”,《政法论坛》2016 年第 6 期，第 31 页。

[5]参见陈瑞华:“从‘流水作业’走向‘以裁判为中心’——对中国刑事司法改革的一种思考”,《法学》2000 年第 3 期，第 25-27 页。

[6]参见陈卫东:“以审判为中心：解读、实现与展望”,《当代法学》2016 年第 4 期，第 15 页。

典化的首要任务乃确保程序的正当性，而 某种程序是否属于正当程序，须视该程序重视人权保障的程度而定。[1]换言之，若有两种以上同等有效的程序方案，则应选取对人权保障更为周延的规范。另一方面，权力限制以人权保障为落足处。为有效治理犯罪，必须赋予公安司法机关一定的强制性权力，包括侦查权、公诉权、审判权及专门的强制措施决定和执行权等，而鉴于“权力具有天然的膨胀性和向恶性”，又必须对其予以限制。作为权力限制规范而非国家治罪章程，《刑事诉讼法》的再法典化应注重明确权力边界、规范权力行使、防范权力滥用。由于强制权针对的均是公民基本权，故制约权力的设置很大程度上就是有助于人权保障的规定。

（三）刑事诉讼法再法典化的技术

在宏观上明确方案选择、体例规划、价值锚点后，《刑事诉讼法》再法典化的落实还需要回答微观上的方法论问题，其核心在于，应当采取哪些立法技术来实现再法典化预期达成的精细化、固定化、集约化、体系化刑事诉讼规范的目标？由于再法典化既是立法也是编纂，故常用的立法技术及法典编纂技术，在此过程都有应用空间。其中，最重要的是“提取公因式”的抽象技术。作为构建法律体系的基本方法，“提取公因式”要求识别分散规范的共通特征，并将这些特征提炼为上位规范，再识别上位规范的共通特征，进一步将其抽象为更上位的规范，依此递进，最终形成树状的整体框架。在民法典的编纂中，这种抽象技术的运用贯穿始终，确保了法典的逻辑性、体系性与简洁性。[2]依靠上述技术，识别刑事诉讼领域分散规范的公因式并加以抽象，可以有效构建规范体系，从而使规范得到妥当且稳定的安置。

不过，由于《刑事诉讼法》再法典化的特殊性，“提取公因式”的立法技术未必能够直接应用，其尚存有待解决的前置问题。民法法典化的任务是将分散的民法规范进行体系整合，重点是梳理既有规范，消除彼此之间的不一致。[3]考虑到民事单行法及司法解释始终伴随法秩序的调整持续更新，规范适当性基本无虞，故对其规则“提取公因式”，继而建构法典的整体框架，并无根本性问题。然而，《刑事诉讼法》再法典化的整合对象则非单行立法，而是既有法典与司法解释。暂且不论现行法本身，相关司法解释就存在不少适当性甚至合法性问题，[4]就这些质量不明的司法解释“提取公因式”，不但无益于形成科学的规范体系，更可能导致对前述模式的整体背离。因此，《刑事诉讼法》再法典化的技术重点，应定位于协调法典与司法解释的关系，以为后续规范的整合与清理奠定基础。

在再法典化的过程中，需先以一定标准确定得由法典吸收整合的司法解释范围。司法解释应当符合“立法的目的、原则和原意”，即满足合法性和适当性的要求，[5]那么，能否直接以此作为前述标准？

就规范论而言，司法解释须合乎法律是不言自明的，但在立法论看来则未必如此。再法典化的目标是形成新的法典，既有法典对其仅有参考价值，并不构成限制，即便是目前存在合法性问题的司法解释，仍有上升为立法的可能。典型情况，一是司法解释涉及越权性违法，但创设了法律有必要规定但未规定的制度。如根据《立法法》的权限设定，有关“法院、检察院的职权”“诉讼制度”的事项只能制定法律，而《刑诉规则》《刑诉法解释》却在法律之外规定了显属此类的公诉变更与追加、补充，构成越权性违法无虞。但鉴于公诉的客观性和效率性，这些规定又是符合诉讼规律、具有规范意义的，并非不能纳入法典。二是司法解释存在抵触性违法，但其规定较法律更为科学且更具实

---

[1]参见（日）田口守一：《刑事诉讼法》， 张凌、于秀峰译，法律出版社 2019 年版，第 27 页。

[2]参见朱芸阳：“民法典抽象技术的逻辑与路径”，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2016 年第 1 期，第 62-65 页。

[3]参见薛军：“中国民法典编纂：观念、愿景与思路”，《中国法学》2015 年第 4 期，第 50 页。

[4]参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《〈法规、司法解释备案审查工作办法〉导读》，中国民主法制出版社 2020 年版，第 109 页。

[5]有观点认为司法解释还存在单独的合宪性要求。参见朱铮：“论对司法解释的合宪性审查”，《中外法学》2024 年第 2 期，第 505 页。该文引用了笔者此前的文章，认为司法解释具有立法性质即说明司法解释存在违宪可能。不过，从该文所举司法解释创设醉酒驾驶与“同命不同价”条款的例证看，所谓司法解释的合宪性问题，其实都是司法解释越权性违法或抵触性违法所间接导致的，这在合法性层面就能得到解决，是否需要上升至合宪性层面讨论，不无疑问。

效。例如，《刑事诉讼法》规定了证人出庭的条件，按其原意，只有证人证言同时符合“有异议”“有影响”“有必要”的，证人才应当出庭作证。其中，“有必要”这一条件赋予了法庭过大的裁量权，使得证人几乎在庭审中绝迹。为此，“两高三部”《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》直接删去了“有必要”，将证人出庭的条件缩减为“控辩一方有异议”“法院认为有影响”。该解释虽与法律存在不一致，但在落实人权保障与贯彻审判中心主义等诸多方面，后者均优于前者，故仍有为法典吸收的价值。

确定司法解释是否具有被法典吸收整合的资格，关键不在合法性，而在适当性。既然《刑事诉讼法》的再法典化要求对刑事诉讼规范体系进行全面整饬，那么就需要将所有适当规范都作为考察对象，而不必考虑其是否合法。质言之，在再法典化的过程中，既有法典和司法解释的规定，皆可视为潜在的立法资源，并无高低之分。对于司法解释的适当性判断可以直接参考《立法法》为法律法规设定的条件。根据立法机关工作部门的释义，法律法规“不适当”的情形包括：（1）要求公民、法人和其他组织执行的标准或者遵守的措施明显脱离实际；（2）要求公民、法人和其他组织履行的义务与其所享有的权利明显不平衡；（3）赋予国家机关的权力与要求其承担的义务明显不平衡；（4）对某种行为的处罚与该行为所应承担的责任明显不平衡。[1]不难看出，这些均是手段与目的不成比例的情形。《法规、司法解释备案审查工作办法》第 39 条对此作了总结，其规定“实现立法目的所规定的手段与立法目的明显不匹配”的司法解释即“明显不适当”。[2]手段与目的的适当性判断一般经由比例原则的审查实现，为筛选出适当的司法解释，可以引入比例原则的四阶审查模式细致考察。[3]就结论而言，只有司法解释本身目的正当、采取的手段有助于目的实现、手段未超过必要限度、手段获得的目的利益小于其造成的损失的，才具有适当性，得以作为再法典化吸收借鉴及“提取公因式”的对象。

此外，处理好法典与司法解释的关系，还有两个问题应予关注，一是法典编纂后的司法解释清理，二是法典施行后的司法解释制定。对于前者，可以借鉴民事领域的相关经验作出处理。在《民法典》编纂完成后，最高人民法院随即展开司法解释的集中清理工作。一方面，将主要内容已被吸收至法典的司法解释，予以废止；另一方面，对未被法典整合但仍有规范价值的司法解释，按照法典的新规定批量修改，使其继续发挥解释的作用。参照该做法，《刑事诉讼法》再法典化后的司法解释清理可作如下安排：对于统一规定，如《六机关规定》《刑诉规则》《刑诉法解释》等，因其主体部分已被纳入法典，故应集中废止；对于专门规定和个别规定，若主要内容已经入法的，则应废止，若未入法但仍有意义的，则应按法典作出修正。对于后者，应当严格执行《立法法》对司法解释的规定加以限制。符合法定要求的司法解释不会导致解法典化，之所以刑事诉讼领域出现“以规代法”的问题，主要原因是法条粗疏诱发的司法解释权滥用。根据《立法法》第 119 条，司法解释“应当主要针对具体的法律条文”，按此规定，司法解释须依附于法条，通过法条的适用发挥作用，如此，便不至于造成架空法律的问题。如《刑法》亦有大量司法解释，但因其内容大都是针对条文概念的列举与阐述，司法机关直接适用的仍是法律条文，司法解释起到的仅是间接作用，故该领域并未发生明显的解法典化现象。反观刑事诉讼领域，因法条粗疏，多数司法解释皆无明确的解释对象，这使得司法解释可在法律之外独立发挥作用，由此架空了法律。为防止《刑事诉讼法》再法典化后再次出现解法典化，可考虑禁止制定不针对法条的司法解释，确保法典得到直接实施。

四、再法典化语境下的刑事诉讼法修改

2023 年，随着《刑事诉讼法》以“条件比较成熟、任期内拟提请审议”的项目列入第十四届全国人大常委会立法规划，本法的再修改已是箭在弦上。作为新时代以来的首次修法，《刑事诉讼法》

---

[1]参见乔晓阳主编：《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》，中国民主法制出版社 2015 年版，第 300 页。

[2]此外，本条涉及司法解释“明显不适当”的情形还有“明显违背社会主义核心价值观和公序良俗”“因现实情况发生重大变化而不宜继续施行”。就前者而言，核心价值观与公序良俗内含多元价值，产生违背的情况通常是价值权衡不当所致，这得在“目的—手段”范畴中讨论；对于后者，出现的原因大多源于价值取向的变动，某种程度上也可归于“目的—手段”比例失衡。

[3]具体审查步骤，参见聂友伦：“论司法解释的行权规则”，《法学家》2023 年第 5 期，第 22-24 页。

的修改不仅承载着党的十八大至今法治中国建设的成功经验，也寄托着面向第二个百年奋斗目标的法治现代化的美好愿景，意义重大。因此，本次修法不应局限于“小修小补”，而应站在再法典化的高度进行大刀阔斧的改造，只有这样才能因应解法典化的现实，改变长期存在的“以规代法”现象，使《刑事诉讼法》成为《民法典》那样的成熟法典。以下将基于前文讨论，扼要指出《刑事诉讼法》修改须重点关注的内容。

（一）刑事诉讼法基本原则的重述

在法典整体基调大体定型的前提下，以再法典化为导向的《刑事诉讼法》修改，主要工作便是应用相关立法和编纂技术筛选有效规范、调整失当规则、新增所需制度、构建规范体系等。法典编纂活动看似路径清晰，实则难度不小，其原因之一在于价值尺度的不统一。价值集中由原则体现，原则体系构成了法典的价值体系，只有诉诸原则才能确保法律的纵向和横向一致性。正因如此，戈特弗里德·威廉·莱布尼茨（Gottfried Wilhelm Leibniz）认为，一旦基础性的法律原则得到确定，整个法律体系都可以被推导出来。[1]该观点虽无法证立，但其背后原则统摄规则的思想无疑是正确的，即，原则虽然不能推导出规则，但得以其价值取向限制规范内容、引导规制方向。申言之，若能预先明确刑事诉讼的基本原则以为参照，则后续法典的编纂工作必将事半功倍。

刑事诉讼包括哪些基本原则？虽然《刑事诉讼法》第一编第一章规定了“基本原则”，但就对应条款的内容而言，很难说皆有基本原则之性质。其一，本法第 3 条第 1 款公、检、法的职能分工，第 4 条国家安全机关的职权，第 9 条民族语言的使用及翻译，第 10 条两审终审制，第 13 条人民陪审员制，第 14 条权利保障与申诉控告，第 15 条“认罪认罚从宽”，第 16 条不追究刑事责任的情形及处理，第 17 条外国人犯罪的法律适用，第 18 条司法协助等，皆非所谓基本原则，而是明显的共通规则。其二，本法第 3 条第 2 款严格遵守法定程序，第 5 条法院与检察院独立行使职权，第 6 条依靠群众、依法办事与法律适用平等虽有原则性质，但实际处于更高位阶，并非专门针对刑事诉讼的原则。严格意义上讲，在本法规定的“基本原则”中，只有“分工负责、互相制约、互相配合原则”（第 7 条）、“检察院法律监督原则”（第 8 条）、“审判公开原则与辩护原则”（第 11 条）、“未经人民法院判决不得确定有罪”（第 12 条）对刑事诉讼的整体构造与制度设置产生了特别的塑造性影响，具有基本原则的地位。除此以外，那些未经法律列举但又起着支撑刑事诉讼规范体系的基本原则还有许多，亟待挖掘发现和系统归纳。[2]其中一些重要的基本原则，略述如下。[3]

全局性的基本原则，包括司法救济原则、无罪推定原则、有效辩护原则等。其一，司法救济原则是所有程序性权利的基础，其要求任何人都有在主观权利受侵害时获得司法机关有效救济的机会，这是刑事诉讼法作为人权保障法的基线。我国《刑事诉讼法》虽就一些程序事项赋予了诉讼主体申诉、控告、复议、上诉等救济权，但一方面并不完备（如对侦查措施、批捕决定的异议），另一方面则普遍缺乏必要的程序性后果，前者违反了救济途径保障有效性的要求，后者不符合权利保护有效性的标准。按照审判中心主义的精神，此处的司法救济通常特指法院的救济，尤其是对基本权的重大干预，如羁押、搜查、扣押等，均须法院审查以提供救济。其二，无罪推定原则作为正当程序

---

[1]参见（美）罗杰·伯科威茨：《科学的馈赠——现代法律是如何演变为实在法的？》，田夫、徐丽丽译，法律出版社 2011 年版，第 34 页。

[2]一些域外国家并未在刑事诉讼法中专章规定基本原则，而是分散规定于宪法、刑事诉讼法等各处。如《德国基本法》第 19 条（基本权的司法救济）、第 97 条（法官独立行权与职业保障）、第 101 条（法定法官）、第 103 条（公平审判、罪刑法定、禁止双重处罚）、第 104 条（人身自由的特别保障）以及《德国刑事诉讼法》第 152 条第 1 款（职权原则）、第 2 款（法定原则）、第 151 条（控诉原则）、第 226 条第 1 款（直接原则）、第 244 条（调查原则）、第 261 条（言词原则）等。

[3]下述刑事诉讼基本原则大都为各大国际人权公约所载明。如《联合国公民权利与政治权利公约》第 14 条，即规定了平等原则（第 1 款）、无罪推定（第 2 款）、获得辩护（第 3b、3d 款）、迅速审判（第 3c 款）、对质诘问（第 3e 款）、不得强迫自证其罪（第 3g 款）、禁止双重危险（第 7 款）等。通过修改《刑事诉讼法》将公约要求吸收进入内国法，有助于实现我国“在适当的时候批准该公约”的庄严承诺。参见（奥）曼弗雷德·诺瓦克：《〈公民权利和政治权利国际公约〉评注》，孙世彦、毕小青译，生活·读书·新知三联书店 2008 年版，前言第 13 页。

的压舱石，其重要性无需赘言，但仍有规范上的争议需要澄清。有观点认为《刑事诉讼法》第 12 条明确了无罪推定，这是不准确的。[1]从立法史上看，“未经人民法院判决不得确定有罪”在 1996 年入法时，其目的仅在于通过明确审判机关的定罪权，巩固废除免予起诉制度的效果，一并防止类似制度死灰复燃，欠缺确立无罪推定原则的意思，因而须在法典中予以明确。其三，有效辩护原则旨在确保“有权获得辩护”这一宪法条款的实质落实。获得辩护权不仅赋予被追诉人自行或请人辩护的权利，更对获得辩护的有效性提出了要求。[2]目前实践中普遍存在的辩护走过场、辩护权行使受阻、值班律师见证人化、法律援助律师强制替代委托律师等问题，均与该原则的缺位有关。

侦查的基本原则，包括职权启动原则、法律保留原则、侦查比例原则、侦查秘密原则等。其一，职权启动原则是规范侦查发动的原则，其原则要求侦查机关在犯罪发生且为其知悉后，迅速基于职权启动侦查程序，既不得拖延，也不得任意为不予侦查的处分。其二，法律保留原则系对侦查权的形式限制，属立法权对其他权力的制约，对于人权保障意义重大。[3]根据法律保留原则，侦查机关不得以任何理由对任何人，执行法律无明确规定的干预处分。其三，侦查比例原则是指，侦查机关对犯罪嫌疑人采取的干预处分，应当有助于实现正当目的、有必要实施且损益相当，这是对侦查权的实质限制。侦查比例原则以往在立法上得到的重视不够，一些严厉的干预处分被规定了宽松的实施条件，对涉嫌轻微犯罪、社会危险性不高的犯罪嫌疑人亦可适用，须在修法时作出调整。其四，侦查秘密原则要求侦查机关对侦查获得的各类信息对外保密，这一方面是为防止犯罪嫌疑人及相关人员灭证、串供、逃跑或打击报复被害人、证人，另一方面更是出于保护犯罪嫌疑人名誉与隐私的需要。需要特别注意侦查秘密原则的适用范围，其强调的是对公众保密，而非对抗辩护律师以及检察官、法官的理由。

起诉的基本原则，包括控诉原则、法定原则等。控诉原则在起诉制度中居于核心地位，塑造了现代刑事诉讼控审分离的基本格局。控诉原则要求将国家刑罚权以请求权与决定权的形式分别赋予检察院、法院，由起诉拘束审判，确保权力相互制约的效果。这种制约有如下体现：一方面，法院审判仅得在检察院起诉后进行，且只能针对起诉书载明的事项展开，前者乃“不告不理”，后者为“诉审同一”；另一方面，法院对任何形式上有效的起诉均须作出处理，若案件程序要件欠缺无法实质审判的，则应以形式判决终结案件，若案件得为实质审判的，则应作出实体裁判。法定原则系控诉原则的配套，其要求检察院对侦查终结并达到起诉门槛的案件，一概提起公诉。如此安排是为了保证法院对定罪量刑之审判权的垄断。在控诉原则下，检察院无权决定有罪无罪、罪轻罪重，故而应将所有存在定罪可能性的案件交予法院审理。不过，就法定原则而言，目前受关注较多的是其例外，如出于诉讼经济、纠纷解决、社会关系恢复的考量，容许检察官对轻微案件作出不起诉处分等。

审判的基本原则，包括直接审理原则、言词辩论原则、集中速审原则等。其一，直接审理原则要求法院对犯罪事实认定，只能以直接所得的材料为依据。该原则包括两层内涵，一是审判的直接性，即在两造具备的情况下进行对席审判，二是证据调查的直接性，即当庭对案件证据展开质证与调查。直接审理原则是现代审判程序的建构基础，也是“以审判为中心”改革的亟待推进的方向。[4]其二，言词辩论原则是指，案件审理须经言词辩论程序，方可作出本案判决。基于审判程序的言词交互性质，为查明案件事实、正确适用法律，控辩双方的质证、辩论是不可或缺的。不过，该原则亦有例外，如对形式审查事项、上诉中的法律审及简化程序等，言词辩论可能缺乏必要。其三，集中速审原则要求案件得到尽可能密集且迅速的审理，防止破碎、延宕的庭审程序影响法庭调查的质量、平添当事人的诉累、造成司法资源的浪费等。由于价值取向基本没有外部矛盾，集中速审原则适用于所有的审理程序，任何违反该原则尤其是可能造成程序倒流的制度设置都应重点检视。此外，审

---

[1]参见陈卫东：“刑事诉讼法治四十年：回顾与展望”，《政法论坛》2019 年第 6 期，第 20 页。

[2]参见熊秋红：“有效辩护、无效辩护的国际标准和本土化思考”，《中国刑事法杂志》2014 年第 6 期，第 129-131 页。

[3]作为宪法层面的要求，检察机关、审判机关实施的基本权干预同样受法律保留的限制，对此亦可概称干预处分法定原则，但刑事诉讼中的干预处分主要是侦查机关实施的强制侦查与采取的强制措施。参见林钰雄：《干预处分与刑事证据》，北京大学出版社 2010 年版，第 11-12 页。

[4]参见陈卫东：“直接言词原则：以审判为中心的逻辑展开与实现路径”，《法学论坛》2022 年第 6 期，第 79-80 页。

判基本原则还有公平审判（统摄管辖制度、回避制度以及证据裁判制度）、公开审判（包括被动公开与主动公开）、调查原则（相对于民事诉讼中的处分原则）等。

（二）刑事诉讼法重点问题的修正

为通过《刑事诉讼法》的修改实现再法典化，对分散的司法解释予以体系整合是不可或缺的。按照前文所述的技术路径，应先确定适当的司法解释，再对其展开“提取公因式”的操作，继而参照基本原则进行调整，最终完成类型化的安置。然而，仅靠将司法解释吸收入法的方式，充其量只能填补规范密度的不足，这虽在一定程度上能够化解解法典化的风险，但恐怕无法祛除既有的积习与弊病——司法解释是法律的延伸，而一旦法律存在问题，则其解释也难逃错误的结果。故除上述方式外，还应针对既有法典的不足之处作出修正。从基本原则以及诉讼法理、实践需求出发审视现行法律，不难发现其中许多制度都存在一些缺陷或短板。以下将基于刑事诉讼各制度板块的突出问题，扼要指出《刑事诉讼法》修改应予考虑的重点内容。

第一，辩护制度。首先应扩大强制辩护的范围。对于认罪认罚的犯罪嫌疑人，若未聘请律师的，有必要为其指派法律援助律师，以保障认罪认罚的自愿性及具结书的真实性、合法性，实践中的值班律师难以实质性参与案件办理，无法有效承担该任务。[1]与之相关，值班律师需要回归应急性法律帮助者的应然定位，为首次被采取强制措施的犯罪嫌疑人提供急诊式的法律帮助，从而填补获得辩护权在侦查初期的空洞。[2]其次，辩护律师的职权范围应有所扩张。一是阅卷权的行使须提前至审查逮捕阶段。鉴于逮捕与否对案件的后续走向影响甚巨，为平衡该阶段的控辩力量，亟需赋予律师阅卷权。二是明确讯问当事人时的律师在场权。律师在场既能防止不正讯问，亦可保证供述的自愿性，对于构建正当程序具有重要意义。出于稳妥之考虑，得先在可能判处无期徒刑或死刑的案件、未成年人案件中试行，至法典编纂时再予整体纳入。再次，创设无效辩护制度。目前刑事案件的辩护质量普遍堪忧，即便有律师（特别是法律援助律师）参与亦是如此。为强化辩护的实质性，就应当设置一定的底线标准，并配套规定相应后果，如程序上的重新审理、实体上的辩护责任等。

第二，强制措施。其一，限缩拘留时限。作为临时性的自由剥夺措施，拘留可持续的时间（37天）远超世界平均水平（2-4 天），这严重背离了制度目的，应予大幅缩减。[3]其二，废除指定居所监视居住。指定居所监视居住作为监视居住的补充，适用情形罕见、规范意义不足，且在实践中早已沦为规避监督的办案措施，应整体废弃为宜。其三，废止径行逮捕。所有逮捕均须以犯罪嫌疑人、被告人存在社会危险性为前提，而径行逮捕的笼统规定与此不合，应删除此种逮捕情形。[4]其四，将逮捕的批准、决定权统一归口法院行使。由法院决定逮捕，既是落实司法救济原则的关键，也是“以审判为中心”改革的应有之义，更是世界范围内的通行做法（除了朝鲜、古巴等极个别例外）。需要注意，将检察院批捕权转由法院行使可能存在宪法障碍，但这并非没有解释空间，因为法院批捕对人权的保障程度，明显超过宪法设定的标准，反而更有助于实现人身自由条款的规范目的。[5]其五，增加独立的羁押期限规定。现行法只规定了侦查羁押期限，起诉与审判中的羁押则附随于办案期限，“办多久关多久”的情况极为普遍，这不符合比例原则的要求。未来应当针对不同案件设定最长羁押期限，并规定常态化的羁押必要性审查（如每隔 2 个月），以保证羁押的正当性。其六，对于非羁押措施的执行，各地针对不同情况采取了一些配套性技术手段（如电子手环、电子围栏、非羁码等），效果良好，对此有必要在法律中明确，以减少不必要的羁押。

---

[1]参见贾志强:“回归法律规范：刑事值班律师制度适用问题再反思”,《法学研究》2022 年第 1 期，第 129-131 页。

[2]参见顾永忠:“追根溯源：再论值班律师的应然定位”,《法学杂志》2018 年第 9 期，第 15-16 页。

[3]1954 年《中华人民共和国宪法（草案）》曾规定:“在紧急情况下临时拘留，至迟要在 3 日内得到法院或者检察长的批准，否则被拘留的人应得到释放。”本款之所以删去，可能主要是考虑到“城市不需要 3 天，偏远地方 3 天又不够”（邓小平语）。参见韩大元:《1954 年宪法制定过程》，法律出版社 2014 年版，第 292 页。该理由现已不能成立，回归 3 天的期限较为适当。

[4]参见陈卫东、崔鲲鹏:“逮捕措施适用条件反思与建构——从‘一般逮捕’与‘径行逮捕’展开”,《上海政法学院学报（法治论丛）》2023 年第 5 期，第 30 页。

[5]参见张翔:“逮捕权配置与宪法相关条款的释义”，载《法制日报》2013 年 5 月 22 日，第 12 版。

第三，证据制度。首先，使用证据能力和证明力概念重述制度。当前法律和司法解释关于证据使用的表述，包括“应当予以排除”“不得作为定案根据”“可以作为证据使用”等，系基于难以规范的“三性说”作出的概括安排，这使得不同层次的问题被混为一谈，不利于制度的体系化。可以考虑区分证据的法律要求和事实要求，以证据能力和证明力为概念工具安置具体的证据规则和心证条款。其次，以法定证据方法替代证据种类作为制度基础。为规制证据使用，现行规范采取的是限定证据种类并明确各类证据审查规则之方案，其优势是简单明了、便于操作，劣势则是无法穷尽证据类型且易造成证据能力和证明力的混淆，阻碍证据制度的现代化。基于职权主义的刑事诉讼模式，采大陆法系国家通行的讯问、询问、鉴定、勘验、宣读五种证据方法，以法定方法规制证据使用，较继续补充证据种类并大规模引入当事人主义下证据规则的方案，可能更为适宜。[1]再次，完善非法证据排除规则。除将司法解释中相关规定进一步扩充并上升为法律外，非法证据排除还须特别关注实物证据，如严格限制补正规则的适用、适当引入毒树之果规则等。同时，一些新型证据如人工智能、大数据证据的使用与排除，也有待规则提炼后纳入规范体系。

第四，审前程序。首先，进一步限制侦查机关的权力。现行法虽对立案侦查权作了一些规制，但与法治发达国家相比仍有较大限缩空间。如立案前的初查环节，公安机关无权采取干预处分，对此应予明确。再如，侦查人员讯问犯罪嫌疑人时要求“如实回答”的规定，既不符合口供的自愿性原则（尤其会影响认罪认罚的正当性），也有违禁止自我归罪的精神，应当予以废除。还有，执行干预处分时，必须告知犯罪嫌疑人及其近亲属具体理由与救济途径。其次，强化检察机关的主导地位。作为法律监督暨公诉机关，检察院应在审前阶段发挥制约侦查、推进程序的关键作用。一方面，要充实侦查监督职能，增加对违法立案的监督纠正、对侦查措施的审查批准、对侦查活动的介入引导等；另一方面，要明确各类必要的诉讼职权，如受理与审查申诉后的处理权、适用认罪认罚制度的决定权、附带民事公益诉讼的起诉权等。在此处，还应注意附条件不起诉制度的扩充。进入轻罪时代，将刑事案件全部交由法院处理已无现实可能，必须构建层级化的审前转处体系，而附条件不起诉正是其中关键。将附条件不起诉的适用范围由未成年人案件扩张至所有可能判处一年有期徒刑以下刑罚的认罪认罚案件，是较为稳妥的方案。再次，适当引入审判机关的参与。法院在审前阶段的角色缺失，不仅背离了司法救济原则的基本要求，也不符合“三机关”互相制约（审判几乎无法制约侦查）的宪法精神。为深入推进“以审判为中心”改革，可考虑应将那些严重干预基本权的强制侦查措施，如搜查、扣押、查封、技术侦查等的决定权保留给法院行使。[2]

第五，审判程序。其一，明确起诉的受理条件。对于诉讼要件，现行法仅要求“起诉书中有明确的指控犯罪事实”，这并不确切，应基于形式审查的要求予以补充。其二，赋予庭前会议程序效力。庭前会议是集中速审原则的制度保障，但因欠缺规范刚性，许多问题仍无法在庭前解决，对此可参考审理前整理程序[3]对庭前会议加以改造，规定必要的程序后果，一并赋予被告人出席的权利。其三，强化法院的诉讼指挥权。如在规定检察机关有权申请变更、追加补充起诉的基础上，明确具体情形与法庭审查处理的职权。再如对扰乱法庭秩序的行为，相应罚则及程序须进一步细化。其四，完善庭审的流程设置。此处最明显的问题是宣读起诉书后公诉人对被告人的即行讯问，这实乃“被告客体主义”的残余，颠覆了控辩平等，必须作出调整。其五，修改证人出庭规则。证人出庭并非单纯的诉讼指挥事项，而是直接与被告人对质诘问权挂钩，属于基本权保护之范畴。[4]以证言宣读替代证人出庭作证的做法，将损及对质诘问权的核心内涵，必须予以严格限制。应当明确，除客观上不能或被告人同意外，提供的证言与案件定罪量刑相关的证人必须出庭作证（视情况可允许远程视频作证或适用其他替代措施），否则排除其庭前证言。其六，规定二审必须开庭。刑事案件二审不开庭严重违反司法救济、有效辩护、直接言词等原则，实践争议极大、政策效果不佳，两审终审名存实亡，如今看来只能以立法作出强制要求。其七，限缩审判监督程序的适用。目前再审程序的制度设置不

---

[1]参见孙远：“论法定证据种类概念之无价值”，《当代法学》2014 年第 2 期，第 99-106 页。

[2]参见闵春雷：“以审判为中心：内涵解读及实现路径”，《法律科学》2015 年第 3 期，第 42 页。

[3]参见田口守一，第 352-369 页。

[4]参见张翔：“‘近亲属证人免于强制出庭’之合宪性限缩”，《华东政法大学学报》2016 年第 1 期，第 60-61 页。

符合禁止双重危险的国际司法标准，有必要对不利于被告人的再审予以限制。其八，取消附带民事诉讼的赔偿范围限制。在《民法典》明确民、刑责任互相独立的背景下，将附带民事案件的判赔范围限定为物质损失已全无规范上的理由，必须作出修正。其九，关于在线庭审。考虑到程序公正性与结果重要性，将刑事庭审全部移至线上并不合适，[1]但借助信息手段完成一些非必要当庭进行程序事项有其容许性，可在法律修改中加以明确。

第六，特别程序。首先，新增涉案财物的追缴与处置程序。现行法就涉案财物处理的规制严重不足，极易造成对财产权的不当侵犯。可以考虑规定专门的审理程序，设置如公告、异议、调查、辩论、上诉等环节，由法院对涉案财物统一处理，同时一并将死亡型违法所得没收程序予以纳入。其次，归并外逃型缺席审判与逃匿型违法所得没收程序。这两类程序的核心规范目的均指向海外追逃追赃，涉及复杂的外交沟通与司法协助，在技术上合并规制较为适当。最后，废除刑事和解程序。从实践情况看，由于与附带民事诉讼的调解存在交叉，刑事和解的适用率较低，尤其在认罪认罚从宽制度全面实施后，基本已失独立价值。

五、结语

“刑事诉讼法的法典化”之提出，意在通过法典编纂一揽子解决刑事诉讼规范体系存在的问题。这些问题不仅源自规范内容的缺陷，更在于规范本身的分散化与碎片化——司法解释几乎肢解了法律，公安司法人员直接按照所属部门出台的各类文件办案，以致《刑事诉讼法》沦为“剩余”乃至“悬置”的法律，丧失了作为行为依据的法治功能。刑事诉讼领域出现的这种特殊形态的解法典化，本质是一种反法治现象。为扭转现状，恢复法的权威性、维护法的安定性、重塑法的统一性、强化法的自主性，就需要对整个刑事诉讼法律部门展开再法典化操作：在宏观上，应当采取完全的再法典化方案，基于审判中心主义的指导思想构造法典的体系框架，以人权保障为基石观念确立法典的整体基调；在微观上，应当处理好既有法典和司法解释之间的关系，以适当性为标准筛选有效规范，继而应用“提取公因式”等立法技术和法典编纂技术构建新的法典。《刑事诉讼法》的第四次修改已经提上日程，欲使此次修法取得重大突破、实现立法质的飞跃，必须坚持再法典化的导向。在再法典化的语境下展开修法，宜先明确刑事诉讼的基本原则，再围绕这些原则推进编纂工作；同时，还应注重现行法存在的一些突出问题，有针对性地作出修正，最终完成刑事诉讼规范的汇集、整饬与体系化任务。

[1]即便著名的在线司法鼓吹者对此亦留有余地。参见（英）理查德·萨斯坎德：《线上法院与未来司法》，何广越译，北京大学出版社 2021 年版，第 106-107 页。

认罪认罚从宽制度礼法结合路径研究

宋桂兰　李丹阳*

摘　要：目前，认罪认罚从宽制度虽已在司法实践中得到广泛适用，且已出台了较多法律法规对其具体程序予以规范，但现有规定对被追诉人认罪认罚自愿性的保障仍然不足。主要表现为在立法上认罪认罚程序的透明度不够、协商机制不健全、救济机制不完善；司法实践中值班律师和辩护律师无法提供实质性帮助、司法审查不足。为解决上述问题，可以引入礼法结合的思路，在严格依照相关法律法规使被追诉人获得实质性帮助、认罪认罚案件得到实质性审查的基础上，由多方主体参与其中并以教化作为主要工作方式，以"无讼"作为目标。一方面，可通过教化的方式使被追诉人在有罪事实清楚、证据确实充分的基础上尽快认罪认罚；另一方面也可平衡控辩双方力量，对认罪认罚工作进行监督。该思路也可引入《刑事诉讼法》第四次修改中，并通过明确多方参与认罪认罚工作、完善认罪认罚协商制度、完善认罪认罚审查工作等规定实现。

关键词：刑事诉讼法修改　认罪认罚从宽制度　自愿性　礼法结合

认罪认罚从宽制度目前已在刑事诉讼程序中广为适用，截至 2022 年底，认罪认罚从宽制度在审查起诉中的适用率已高达 90%；法院对检察院的量刑建议的采纳率达 98.3%；认罪认罚案件一审服判率达 97%，高出未使用该制度案件 29.5 个百分点。[1]但在认罪认罚工作中仍存在理念和制度方面的缺失与不足，其中如何保障认罪认罚的自愿性就是典型问题之一。如何实现认罪认罚的"身脑一致"，防止被追诉人被迫认罪认罚；对认罪认罚后不服一审判决又提出上诉的，检察院的"策略性抗诉"是否有必要；如何在认罪认罚工作中切实发挥辩护人、值班律师的作用为被追诉人提供帮助等问题都需要进一步探讨，以完善认罪认罚从宽制度，更好地保障人权，实现司法公正。

一、问题的提出

2018 年《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第 15 条正式将认罪认罚确立为刑事诉讼的基本原则。随后，《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（高检发〔2019〕13 号）（以下简称《认罪认罚指导意见》）《人民检察院办理认罪认罚案件监督管理办法》《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》（高检发办字〔2021〕120 号）（以下简称《量刑建议工作指导意见》）《人民检察院办理认罪认罚案件听取意见同步录音录像规定》（高检发办字〔2021〕117 号）（以下简称《同步录音录像规定》）等规定均回应了司法实践中认罪认罚工作存在的争议，为正确实施刑事诉讼法的新规定，精准适用认罪认罚从宽制度，确保严格公正司法提供了更为明确的司法解释依据。目前认罪认罚工作已经初具成效，根据《最高人民检察院关于人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况的报告》《最高人民检察院就十三届全国人大常委会对人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况报告的审议意见提出 28 条贯彻落实意见》，自 2019 年来全国检察机关主动加强与其他机关的协同合作，规范有序推进认罪认罚从宽制度的落实，已经取得了明显成效。认罪认罚从宽制度已有效促进社会和谐稳定，使犯罪得到更加有效及时地惩治，显著提升了刑事诉讼效率，同时更好地保障了当事人的合法权利。但目前在相关法律法规和司法实践中，认罪认罚从宽制度仍存在有待完善之处，其中对认罪认罚自愿性的保障尤为不足，具体阐释如下：

（一）认罪认罚从宽制度之立法不足

目前，认罪认罚从宽制度已经在司法实践中得到广泛适用，相关法律法规也日臻完善，但在认罪认罚过程的透明度、协商制度的具体规定、救济机制对被追诉人的保障上仍存在不足。上述问题尤为影响对认罪认罚自愿性的保障，可能会导致被追诉人被迫认罪认罚现象的出现。

1.认罪认罚从宽制度的透明度尚未得到全面保障

根据《同步录音录像规定》第 2 条之规定，检察院办理认罪认罚案件应当同步录音录像，但同步录音录像不包括讯问过程。多次听取意见的，至少要对量刑建议形成、确认以及最后的具结书签

---

* 宋桂兰，北京农学院法学系系主任、教授，中国刑事诉讼法学研究会理事。李丹阳，上海政法学院刑事司法学院 2022 级硕士研究生。本文系中国刑事诉讼法学研究会"刑事诉讼法制完善"项目"认罪认罚从宽制度的完善——以礼法结合为路径"结项成果。

1 徐日丹:《张军作最高人民检察院工作报告》,《检察日报》2023 年 3 月 8 日第 2 版。

署过程进行同步录音录像。根据上述规定，认罪认罚案件的讯问过程、多次听取意见的认罪认罚案件的认罪过程并不被要求必须进行录音录像，可能会导致认罪过程缺乏透明度。其一，根据《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》（高检发反贪字〔2014〕213 号）以及《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安部规定》），我国目前仅对职务犯罪；可能判处无期徒刑、死刑的案件以及其他重大犯罪案件要求侦查讯问过程同步录音录像，对大部分刑事案件的侦查讯问过程并未强制要求同步录音录像，只要求制作讯问笔录。而讯问笔录只能记录被追诉人认罪的结果，无法客观真实地显示被追诉人认罪的全过程。在没有同步录音录像的情况下，检察官和法官仅通过对讯问笔录的书面审查很难判断认罪认罚是否系本人自愿所为。[1]其二，对于多次听取意见的案件，可能系案情较为重大、复杂、疑难的刑事案件或被追诉人对是否认罪认罚摇摆不定的案件，或上述二者兼而有之。上述案件对认罪认罚的审查本就复杂，如果仅就量刑部分录音录像，可能无法客观真实地展现认罪认罚全貌，进而使检察人员在认罪认罚具体情况尚不明确的情况下制作起诉书并提出量刑建议。审判人员依据起诉书和量刑建议中的意见作出判决，进而导致冤假错案的发生。此外，该规定为最高人民检察院颁布，不能对公安系统和法院系统形成规制，可能使在公安机关侦查阶段的认罪认罚、审判阶段的认罪认罚过程无法形成录音录像，影响认罪认罚的透明度。

2.认罪认罚从宽制度的协商机制尚不健全

根据《认罪认罚指导意见》中的规定，检察机关在认罪认罚工作中占主导地位，尽管司法实务部门一致将“控辩平等协商一致”作为开展认罪认罚从宽的基本要求，但并无法律法规的明确规定作为依据。[2]目前仅有《同步录音录像规定》和《认罪认罚指导意见》对协商过程做出了一定的规定，其中《同步录音录像规定》第 2 条规定，要对量刑意见的形成过程、确认及最后签署具结书的过程进行同步录音录像；《认罪认罚指导意见》第 33 条规定，检察院应当充分听取犯罪嫌疑人、辩护人或值班律师的意见，对量刑建议尽量协商一致。但上述规定对认罪认罚协商过程规定得不够全面，协商程序的启动、具体流程、协商后果等都不甚明了，很可能出现以司法机关为主导，控辩力量失衡的认罪认罚局面。导致被追诉人要么被动接受明显不当的量刑建议；要么协商不成，给原本有罪事实清楚、证据确实充分的案件徒增诉累。此外在部分案件中，值班律师未能与被追诉人进行充分沟通，辩护协商缺位，可能会导致被追诉人在认罪认罚中“孤军奋战”的情况。[3]被告人可能在面对强大的司法机关时迫于压力而认罪认罚，如此更违背了认罪认罚的自愿性。

3.认罪认罚从宽制度的救济机制尚不完善

认罪认罚从宽制度没有较为完善的救济机制，很可能导致非自愿认罪认罚的案件因得不到有效救济，酿成冤假错案。其一，根据《量刑建议工作指导意见》第 39 条的规定，在认罪认罚案件中，因被告人反悔不再认罪认罚致从宽量刑明显不当的，检察院应当依法提出抗诉。但在具体实践中可能出现检察院“报复性抗诉”的局面。部分被告人在一审前被迫接受了检察院不适当的量刑建议，在一审阶段希望通过上诉维护自身的合法权利。但检察院对被告人“报复性抗诉”反而会加重被告人的刑罚使被告人实质性丧失通过上诉维护自身合法权利的机会。其二，对认罪认罚自愿性的审查救济机制尚未完善。目前在司法实践中对认罪认罚案件的审查工作存在审查内容过于片面、审查方式浮于表面、审查过程仓促随意的现象。[4]而法院对认罪认罚量刑建议的采纳率较高，可能会出现对认罪认罚案件审判后直接采纳量刑建议，出现冤假错案。现有法律法规并未明确规定认罪认罚在违反真实性和自愿性时被追诉人如何自我救济。根据现有的法律法规，被追诉人只能通过上诉途径进行救济，但被追诉人上诉后往往不但不能维护自身合法权利，反而可能还会面临检察院“报复性抗诉”的风险。

---

1 参见孙长永,郭航:《被追诉人认罪认罚自愿性再审视》,载《河南社会科学》2024 年第 1 期,第 56 页。

2 参见卞建林,张可:《构建中国式认罪协商制度:认罪认罚从宽制度的反思与重构》,载《政法论坛》2024 年第 1 期,第 15 页。

3 参见韩旭:《认罪认罚从宽制度中的协商问题》,载《法学论坛》2022 年第 6 期,第 95 页。

4 参见吴思远:《认罪认罚自愿性审查规则的重构进路》,载《法学家》2022 年第 6 期,第 128 页。

（二）认罪认罚从宽制度之司法实践不足

在认罪认罚从宽制度的司法实践中存在诸多不足之处，主要表现为：由于案件数量多、津贴低、办理刑事案件水平不一等原因，值班律师在认罪认罚案件中无法为被追诉人提供实质性帮助；受控审合作模式、捕诉一体制度等因素影响，辩护律师在认罪认罚案件中话语权受限、独立辩护权有限；司法机关对认罪认罚案件的审查工作也具有局限性。上述问题可能会导致冤假错案的发生，因此，亟须对上述问题进行深入探究，以保证认罪认罚案件得到公正地处理。

1.值班律师无法提供实质性帮助

根据《认罪认罚指导意见》第 12 条的规定，值班律师应当维护被追诉人的合法权益，确保被追诉人在充分了解认罪认罚性质和法律后果的情况下，自愿认罪认罚。但目前在认罪认罚案件中，由于值班律师工作态度消极、被追诉人对值班律师信任度不高、司法机关对值班律师的限制等原因值班律师未能切实维护被追诉人的合法权利，具体阐述如下：

首先，在部分认罪认罚案件中值班律师怠于履行职能。其一，值班律师在认罪认罚案件中多通过阅卷、会见为被追诉人提供帮助。但目前在具体实践中认罪认罚案件繁多而值班律师人数有限，不得不压缩值班律师的阅卷时间和会见时间。有数据表明，值班律师半天值班面对案件多达十几起的现象十分普遍，这就导致了值班律师阅卷和会见的时间十分有限。[1]为在有限的时间完成任务，值班律师只能机械式地处理案件，是否能在实质上保证被追诉人认罪认罚的自愿性，全凭值班律师的个人责任感。其二，办案津贴低廉导致值班律师工作态度消极。据调研，被告人自行委托辩护律师的收费水平远高于全国多省市值班律师的津贴。[2]值班律师津贴的高低与工作积极性存在一定关联，低廉的津贴可能会使值班律师消极怠工，参与认罪认罚工作也只流于形式，而不做实质性的参与，难以确定值班律师是否见证认罪认罚过程是否仅是走过场。其三，各地值班律师水平不一，影响认罪认罚案件中对被追诉人自愿性的保障。目前各地值班律师中的社会律师一般为各律所中的职业律师，其中专门从事刑事案件的律师人数十分有限，这就导致了部分长期从事民事和行政案件的律师也加入了值班律师的队伍。[3]由于对刑事领域的业务不熟悉，他们也难以为被追诉人的认罪认罚提供有力保障，在认罪认罚中值班律师的位置也只是为了应付程序性规定而设置的“摆设”。

其次，在认罪认罚案件中部分被追诉人缺乏对值班律师的信任。律师与被追诉人之间信任的建立往往需要较长时间的业务关系，但值班律师常常采用定期或轮岗制的工作方式，为被追诉人提供的法律帮助往往是即时性的、一次性的帮助，被追诉人很难在一次谈话中对律师形成完全信任，也很有可能在与值班律师的交谈中出于自我保护目的而隐去关键信息。[4]此外，对律师给出的法律建议也往往抱着半信半疑的态度，很难完全接受。从而可能导致在未了解相关规定的情况下就认罪认罚，被动接受认罪认罚后果；或隐瞒受到司法机关逼迫认罪认罚的情况，被迫认罪认罚。此外，从司法实践来看，各地办案机关提供的告知书、履行告知义务的时间不一致，甚至一些办案机关未在权利告知书中写明被追诉人有权约见值班律师，并向其寻求法律帮助。[5]许多被追诉人对值班律师的具体职责和工作范围并不了解，很可能认为值班律师与司法机关属于同一方，对值班律师缺乏基本信任，不敢对值班律师吐露认罪认罚的真实原因和情况，使值班律师无法为其提供有效的法律帮助，维护被追诉人的合法权利。

最后，部分司法机关限制值班律师履行职能。其一，在实践中，不少地区出于安全考虑，将值班律师工作站设置在监区之外，因而，在押的犯罪嫌疑人、被告人想要直接接触值班律师、向其寻

1 参见程衍:《论值班律师公设化》,载《中国刑事法杂志》2023 年第 3 期,第 167 页。

2 参见刘玫:《平等权视角下的法律援助制度研究——以值班律师“同案不同援”问题为切入点》,载《南京师大学报(社会科学版)》2024 年第 1 期,第 118 页。

3 参见上海市宝山区人民检察院、上海大学法学院联合课题组、郭宗才、等:《认罪认罚案件值班律师权利研究》,载《犯罪研究》2022 年第 1 期,第 75 页。

4 参见程衍:《论值班律师公设化》,载《中国刑事法杂志》2023 年第 3 期,第 166 页。

5 参见卫跃宁、朱雨晴:《认罪认罚案件中值班律师功能虚化的样态、成因与对策》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2024 年第 4 期,第 256 页。

求法律帮助也比较困难。[1]在这种情况下，值班律师想要了解犯罪嫌疑人、被告人的情况也多是通过阅卷的方式，但仅凭阅卷无法了解被追诉人的真实所想，也更无法真正了解其认罪认罚是否完全出于自愿。其二，在司法实践中，公安司法机关普遍存在认罪认罚的数字指标，办案人员为完成指标需要尽可能地促成被追诉人认罪认罚，提高办案效率。而值班律师的会见工作、阅卷工作无疑会延长办案周期，与司法机关的业务考评要求相悖，可能会遭受办案机关的抵触。[2]

2.辩护律师行使权利受限

被追诉人委托的辩护律师是认罪认罚工作的主要参与者之一，但目前在司法实践中辩护律师行使权利可能受阻，不能实质性地保障被追诉人的合法权益。主要体现在辩护律师在认罪认罚协商中缺乏话语权、独立辩护权受限、控辩力量不平等等方面。这主要是受到控审合作模式、检察主导模式、司法实践中的认知错误等方面的影响，具体分析如下：

首先，辩护律师面对检察院主导的认罪认罚案件缺乏话语权。检察院在认罪认罚中起到主导作用，其提出的量刑建议效力强，也多会被法院采纳。被追诉人多会担心如果不选择认罪认罚很可能造成更加不利的影响，因而更倾向于签署认罪认罚具结书，导致认罪认罚案件出现“一边倒”的现象，控辩双方难以实现平衡。

其次，受到控审合作模式的影响，辩护律师无法为被追诉人提供实质性的帮助。控审合作模式要求在认罪认罚案件中控辩双方需要尽量达成一致，法院对检察院的量刑建议也是“一般应当采纳”。[3]但控审之间的过于注重合作，会降低对认罪认罚案件实质性的制约，认罪认罚案件中控审之间的“合作”关系也将异化为法官对控方所提的量刑建议的形式化确认，一旦无辜者认罪，形式性的审查很难发现被告人有违自愿性的认罪认罚情况。而在司法机关面前，辩护律师往往缺乏话语权和救济途径。根据《量刑建议工作指导意见》第 28 条、第 39 条的规定，检察院、法院在审查认罪认罚的自愿性和合法性时应当听取犯罪嫌疑人和辩护人的意见，但并未规定不采纳意见是否应当说明理由。因此，在认罪认罚案件中很可能存在办案机关仅在形式上听取意见，而对有道理的意见不进行实质上回应的情形。当检察院、法院不采纳辩护律师的建议时，辩护律师又无相应的救济机制，因而无法为被追诉人提供相应的帮助。

最后，对于被追诉人认罪认罚的案件，辩护律师是否还能做无罪辩护，目前尚存在争议。辩护律师作为一个独立的、自主的诉讼参与人，为了维护被告人的利益，有权在被告人意思之外进行独立辩护，而不受到被追诉人的约束。但是，辩护律师独立辩护的原因也非绝对，辩护律师只能就其固有权利行使独立辩护权，且只能在忠于被告人的利益的前提下展开独立辩护。[4]在被告人认罪认罚后律师再坚持做无罪辩护，一方面在司法实践中数量较少，最终判处无罪的案例更是少之又少；另一方面，司法机关对此态度也尚不明确，很可能因此给被追诉人带来不利影响。针对律师作无罪辩护的情形，大部分案件审判机关并不会直接否认被告方认罪认罚的效力；但在极少数案件中，审判机关采取较为严苛的态度，因律师的无罪辩护否认对整个案件适用认罪认罚从宽制度，[5]给被追诉人带来不利的影响，这反而与律师辩护的初衷相悖。

3.司法审查不足

认罪认罚案件的审查主体为检察院和法院，审查对象主要是认罪认罚的自愿性、真实性、合法性。但由于认罪认罚的自愿性的主观性较强，目前相关法律法规中也尚未规定一套完善的标准来判断认罪认罚的自愿性，因此认罪认罚的自愿性难以得到实质性的审查。同时，受到控审合作模式、捕诉一体模式的影响，认罪认罚案件的审查工作也多流于形式。上述问题的出现不仅难以保证认罪

---

1 参见林艺芳:《值班律师再审视:与认罪认罚从宽的捆绑与解绑》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 4 期,第 41 页。

2 参见卫跃宁、朱雨晴:《认罪认罚案件中值班律师功能虚化的样态、成因与对策》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2024 年第 4 期,第 256 页。

3 参见郭恒:《认罪认罚从宽制度下的辩护冲突》,载《东北大学学报(社会科学版)》2024 年第 1 期,第 118 页。

4 参见万毅:《从李庄案二审看辩护律师的独立性》,载《江苏行政学院学报》2011 年第 4 期,第 126 页。

5 参见闵春雷:《认罪认罚案件中的无罪辩护》,载《当代法学》2023 年第 6 期,第 100 页。

认罚案件得到公正地处理，还可能酿成冤假错案，具体分析如下：

首先，认罪认罚自愿性的认定尚无明确标准。目前《刑事诉讼法》及相关法律法规并未明确规定认罪认罚自愿性的明确标准，而“自愿性”又存在极强的主观性因素，在审查时极易出现空洞化、形式化的风险，因而目前在学界和实务界一致存在对认罪认罚自愿性标准的讨论。当前在学界形成的较为统一的认知认为将“自愿性”划分为“明知性”“明智性”等要素，再在审查中对各要素逐一进行判断，从而明确被追诉人是否自愿认罪认罚。但采用上述判断标准的问题在于判定过程琐碎、缺乏系统性。也有学者从主观方面和客观方面入手，采用明知性、事实基础、自愿性三个要素对认罪认罚的自愿性进行认定。[1]笔者认为上述方法较为系统全面，同时兼顾了事实真相与内心意愿两个方面，有利于防止冤假错案。但在具体实践中，还需要对上述标准进行细化。例如，在认罪认罚案件多而值班律师人数较少精力有限的情况下，如何确保被追诉人全面确切地了解相关法律规定，对认罪认罚具有明知性。再如，在以控方主导的认罪认罚案件中，如何打破“一边倒”的局面，切实发挥辩护方的作用，为认罪认罚的自愿性提供保障。又如，如何调试“如实供述自己罪行”和禁止强迫自证其罪之间的关系，对未能主动如实供述的认罪认罚案件，如何判定其认罪的自愿性。

其次，检察院未对认罪认罚的自愿性进行实质性审查。其一，检察院是批准逮捕、起诉的主导者，受到捕诉一体办案机制的影响，对于已经被批准逮捕的案件，由于与案件结果存在一定的利害关系，检察院更在意的是刑事追诉的成功与否，可能出现迁就侦查环节的认罪认罚问题，对被追诉人在侦查环节的认罪认罚采用普遍接受的态度。[2]其二，检察院认罪认罚案件存在明确的指标。在实践中，检察官为了完成相应的指标可能采用对在侦查阶段认罪认罚案件进行形式性的审查，能认定认罪认罚的案件尽量认定为认罪认罚的案件。而被追诉人是否自愿认罪认罚往往需要实质性的审查才能发现，片面的审查案件无法使认罪认罚的自愿性得到保障。

最后，法院对认罪认罚的审查工作存在局限性。其一，检察院在认罪认罚从宽制度中起主导作用，因此法官的角色在认罪认罚案件中被后置，在案件移送法院前往往已形成较为确定的结果。法官又受到控审合作模式的影响，对检察院的量刑建议“一般应当采纳”，因而往往仅对案件进行形式性的审查后就采纳检察院的量刑建议。其二，由于对被追诉人的讯问侦查过程、认罪认罚过程并非全然透明，而法官对认罪认罚自愿性的审查方式只有通过调阅现有案卷材料和讯问被告人。但案卷中的基本信息只有控方提供的信息；在已经与控方达成合意的情况下，被告人很可能为了防止法官不认可认罪认罚信息而隐瞒关键信息，从而导致法官的讯问工作往往流于形式，[3]难以洞察认罪认罚的全过程，更无法知悉认罪认罚是否完全出于自愿。

二、礼法结合路径在认罪认罚从宽制度中的展开

以礼法结合为代表的中华优秀传统法律文化对认罪认罚从宽制度的完善具有重要意义。礼法结合的治理思路在认罪认罚从宽制度中有很大的适用空间：认罪认罚从宽制度的基本要求是确保认罪认罚的合法性和自愿性，其中合法性的要求即为法治的体现；自愿性则可在符合法律法规规定的基础上通过礼治的教化作用予以加强保障。

（一）礼治在认罪认罚从宽制度中的适用路径

在坚持《刑事诉讼法》及相关法律法规对认罪认罚从宽制度的规定的基础上引“礼”入“法”，并在讲“礼”的同时说“法”，一方面可使被追诉人尽快认罪认罚；另一方面也可对认罪认罚工作形成有效监督。具体阐释如下：

首先，根据不同案件情况和不同诉讼阶段引入不同的第三方主体。其一，针对不同案情，引入不同主体参与。例如，在因家庭暴力引发的刑事案件中，可以让被追诉人的亲朋好友参与其中。一方面，可以降低部分被追诉人对侦查机关的抵触心理，积极配合侦查工作，在有罪事实清楚、证据确实充分时及时认罪认罚。另一方面，亲朋好友对被追诉人的家庭情况也较为了解，可以对量刑提

1 参见拜荣静,罗景文:《认罪、认罚自愿性的有效审查机制》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 2 期,第 71 页。

2 参见李奋飞:《以审查起诉为重心:认罪认罚从宽案件的程序格局》,载《环球法律评论》2020 年 4 月,第 30 页。

3 参见王汀,刘计划:《认罪认罚具结活动中的法官参与》,载《社会科学研究》2024 年第 2 期,第 107 页。

出一定的建议，使量刑建议更加科学，也更容易让被追诉人接受。其二，不同阶段可引入不同主体参与其中。例如，在侦查阶段，因主要工作是在查明案件事实的基础上进行认罪认罚的有关工作。所以，可以邀请被追诉人的邻里、亲朋介入，通过邻里、亲朋的叙述可以对犯罪嫌疑人的一贯表现、家庭情况、成长经历等有更深入的了解，使案件材料更加详实。再如，在审判阶段，法院的主要工作是对认罪认罚的真实性、自愿性、合法性进行审查，并在此基础上作出公正的审判。在此过程中，可以邀请社会工作者、被追诉人的长辈、被害人或其亲属介入其中。一方面，对有罪事实清楚，证据确实充分的案件的被追诉人进行教育，让他们彻底认识到自己的错误，并坚持认罪认罚，争取从宽处理；另一方面，在多方主体的参与下也可以协助法院一起审查认罪认罚的真实性、自愿性、合法性，保障被追诉人的合法权利。

其次，借鉴“无讼”中的内涵作为目标。在新时代，无讼的价值观念主要体现为通过强调和谐理念，建立起公民个人对良好道德的追求，使人们由被动地接受法律规定而守法转化为自觉依据自身良好品格而守法，[1]从而降低诉讼效率。而认罪认罚也追求通过各种方式激发被追诉人内心的善念，并通过被追诉人的认罪悔罪、积极赔偿等行为，让控辩双方对定罪和量刑问题协商一致，尽快使被破坏的社会关系得到修复，促进社会和谐。这与无讼的价值观念存在一定的契合度。此外，认罪认罚中所包含的减少被追诉人的诉累与“无讼”的观念也不谋而合。

最后，以教化为手段。礼治在认罪认罚从宽制度中主要体现在通过教化的方式，在有罪事实清楚、证据确实充分的前提下及时促成被追诉人认罪认罚，保障被追诉人认罪认罚的“身脑一致”性。此外，采用讲“礼”的方式对有罪事实清楚、证据确实充分的被追诉人进行教育，也更容易让他们接受，激发他们内心深处的善念，更容易让他们及时认识到自己所犯罪行，自愿认罪认罚。

（二）法治在认罪认罚从宽制度中的适用路径

法治是认罪认罚工作的根基，但目前在具体实践中相关规定有时未能得到全面具体地落实。其中，在值班律师和辩护律师的工作中、认罪认罚的审查工作中体现得尤为突出，致使被追诉人的合法权益尚未受到实质性的保障。为此，应当对相关法律规定的切实落实进行深入探究，以实现在打击犯罪的同时保障人权。

第一，值班律师和辩护律师依法提供帮助。首先，值班律师依法切实发挥作用。根据《认罪认罚指导意见》第 12 条的规定，值班律师的职责为维护被追诉人的合法权益，确保被追诉人在充分了解认罪认罚性质和法律后果的情况下自愿认罪认罚。因此，值班律师在认罪认罚中的工作主要体现为运用自己的法律知识帮助被追诉人在有罪事实清楚、证据确实充分的基础上充分了解认罪认罚的性质和后果，确保认罪认罚的自愿性，而非仅仅充当认罪认罚工作中形式上的见证人。此外，相关司法机关也应当依法保障值班律师的会见权。其次，应当依法实现控辩双方地位平等。根据《最高检规则》第 269 条的规定，检察院应当在认罪认罚过程中听取被追诉人、辩护人或值班律师的意见，并笔录在案。此处听取意见应当为实质性地听取意见，而非形式上地听取意见。为体现实质性听取意见，检察院也可向其说明不予采纳的理由，并且该理由应当具有合理性。最后，依法保障辩护律师在认罪认罚案件中的相对独立性。根据《认罪认罚指导意见》第 15 条之规定，即使被追诉人认罪认罚，辩护律师也有独立提出辩护意见乃至提出无罪辩护意见的权利。[2]但是，需要注意的是，在具体实践中仍存在辩护律师对认罪认罚提出异议或提出无罪辩护意见就等于被追诉人反悔的案件。在这种情况下，根据《律师办理刑事案件规范》（律发通〔2017〕51 号），律师在辩护活动中，应当在法律和事实的基础上充分尊重当事人意见，按照有利于当事人的原则开展工作，不得违背当事人的意愿提出不利于当事人的辩护意见。因此，律师在刑事辩护中的独立权是有限的。当辩护律师的意见可能给被追诉人带来不利影响时，辩护律师应当认清自身在刑事诉讼中的“配角”地位，严格依法提出辩护意见，切忌“喧宾夺主”，否则可能动摇或危及辩护律师与被告人之间的信赖关系，

1 参见游志强:《“无讼”思想对中国古代法制的影响与当代启示》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 4 期,第 135 页。

2 参见王敏远、胡铭、陶加培:《我国近年来刑事辩护制度实施报告》,载《法律适用》2022 年第 1 期,第 43 页。

导致双方委托关系解体。

第二，对认罪认罚案件依法进行审查。目前，我国《刑事诉讼法》及相关法律法规中并未明确规定认罪认罚违反自愿性的救济机制，而通过传统上诉模式推翻违反自愿性的认罪认罚案件，则可能会招致检察院的抗诉，反而会给被追诉人带来更加不利的影响，因此审查机制成为保障认罪认罚真实性、自愿性、合法性的最后一道防线。然而认罪认罚的审查机制尚不十分完善，受到控审合作模式、捕诉一体、法官职权在认罪认罚工作中后置等因素的影响，一些认罪认罚案件的审查工作只是流于形式，被追诉人是否真心认罪认罚无法真正查明。根据《刑事诉讼法》190 条、《最高检规则》271 条，检察院、法院应当审查认罪认罚的自愿性、真实性、合法性。但目前上述审查多流于形式，为此，司法机关应当制定相关细则，明确自愿性、真实性、合法性的具体标准，将相关规定落实下来。

（三）礼法结合在认罪认罚从宽制度中的适用路径

新时代提倡的礼法结合模式，是以法治为主体，把礼治融入法治之中，构建良法之治，是批判性汲取中国传统治理模式中的合理因素，并为现代所用的礼法结合模式。其一，礼法结合，确保被追诉人对认罪认罚心服口服。礼治在保障被追诉人认罪认罚的自愿性中主要体现为，通过发挥教化的作用，激发被追诉人内心的道德规范，在有罪事实清楚、证据确实充分的前提下尽快认罪认罚。使被追诉人认罪认罚“身脑一致”，避免认罪认罚案件出现当庭翻供的现象。而在此过程中法治也要通过对认罪认罚案件的审查，防止假借教化名义迫使被追诉人认罪认罚，严格把控好在认罪认罚工作中保障人权的最后防线。其二，在对认罪认罚进行法治改革的过程中也需要借助礼治推进。目前认罪认罚工作中存在值班律师不能提供实质性帮助、辩护律师行使职能受限、案件审查工作流于表面等困境。为此，可以发挥礼治的作用，让更多主体参与到认罪认罚案件的办理工作中。例如，可以邀请社工、被追诉人的亲朋好友或长辈、法律行业的其他从业人员等共同参与其中，一方面对有罪事实清楚、证据确实充分的案件，相关人员可以对被追诉人进行劝说、教育，发挥礼治中的“教化”功能，使被追诉人迷途知返，尽快通过认罪认罚复归正途。另一方面，相关主体在参与其中时也可以监督认罪认罚工作并提出相应的建议。一则，可以防止被追诉人受到司法机关胁迫被迫认罪认罚；二则，也可为案件的处理提出更多建议，供办案机关参考，对被追诉人的处置结果也可更加适当。

三、礼法结合完善认罪认罚从宽制度——兼论对《刑事诉讼法》第四次修改的建议

自 2018 年《刑事诉讼法》确立认罪认罚从宽原则后，认罪认罚在分化瓦解犯罪、提高司法效率等方面发挥了很好的作用，[3][23]但目前认罪认罚工作仍存在一些问题。在《刑事诉讼法》第四次修改之际，有必要将认罪认罚中存在的问题纳入考虑范围之内，并为其找到合适的调适路径，以便更好地实现刑事诉讼惩罚犯罪和保障人权的直接目的。

（一）多方参与提升认罪认罚透明度

目前《刑事诉讼法》及相关法律法规中并未规定刑事诉讼全过程录音录像，可能会出现被追诉人被迫认罪认罚的情况。录音录像在刑事诉讼中的功能主要为监督作用，防止司法机关在办理案件过程中出现非法取证、刑讯逼供等现象。虽然对刑事诉讼全过程进行录音录像可以使刑事诉讼透明化，更有利于保障被追诉人的合法权利。但一方面，把全程录音录像置于刑事诉讼全过程中，对于突发性的刑事案件和偏远地区的侦查机关来说具有实际困难。另一方面，目前关于对刑事诉讼全程录音录像的规定尚不完善，例如对“全程”的定义过于简单，容易引起误解。再如，讯问地点规定得不够明确，可能会出现办案人员巧借“法定情形”“客观原因”等规定，编造法定的讯问场所无法进行同步录音录像或设备故障等理由，在看守所或讯问室之外的其他场所进行讯问，而又可能在此过程中侵犯被追诉人的合法权利，这反而与全程录音录像的目的相悖。

---

[3] 参见谢佑平:《法治现代化视野下《刑事诉讼法》再修改》,载《政法论坛》2024 年第 1 期,第 64 页。

如果可以借鉴礼治的思路，将有别于控辩双方的第三方社会力量引入认罪认罚程序中，并在相关法律法规中做出明确规定，则可以对刑事案件的侦办过程形成有效监督，在一定程度上弥补录音录像的缺失。邀请第三方主体参与到认罪认罚工作中来，一则，第三方主体可以发挥教化的功能，激发被追诉人内心的善念；二则，其作为不同于控辩双方的第三方主体可对认罪认罚过程形成良好的监督；三则，第三方的参与主体可以根据案件的不同情况不同阶段聘请，具有灵活性。

（二）明确认罪认罚从宽制度中的协商机制

为确保认罪认罚的自愿性，保障被追诉人的合法权利，在订立认罪认罚“契约”的过程中做到控辩平等，有必要对认罪认罚协商机制中参与主体、具体流程、救济机制进行完善。

第一，要明确认罪认罚协商机制中的参与主体。在认罪认罚的过程中，既要让被追诉人知悉相关法律法规，明晰自身的权利和义务；又要让被追诉人心服口服，迷途知返。因此，在协商的过程中应当将讲“礼”与说“法”结合起来。由值班律师、辩护律师、司法工作人员等主体主要负责说“法”的工作。由于他们是法律的专业人士，更适合在认罪认罚中告知被追诉人认罪认罚的相关法律法规，并为被追诉人详细解释其在认罪认罚过程中享有的权利和承担的义务。社会工作者、被追诉人的亲朋好朋友、被追诉人的长辈等主体主要负责讲“礼”，激发被追诉人内心的道德感，从而自愿认罪认罚。同时，讲“礼”与说“法”在认罪认罚协商工作中也要结合起来：值班律师、辩护律师、司法工作人员等主体要对讲“礼”过程进行监督，防止他们超越法律的规定，私自给予被追诉人承诺；社会工作者、被追诉人的亲朋好友等主体也要对认罪认罚工作进行监督，防止司法工作人员迫使被追诉人认罪认罚的情况的发生。

第二，要明确认罪认罚协商的具体流程。其一，同时赋予检察院和辩方启动认罪认罚协商程序的权利。当前，认罪认罚程序主要是由检察院主导的，在大多数案件中被追诉人必须接受检察院指控的罪名和量刑建议才能获得从宽的机会，因此，存在控辩双方力量不均衡的问题。赋予被追诉人、辩护律师、值班律师等主体启动协商程序的权利，可以保障被追诉人的诉讼主体地位，是双方平等协商的基础。[1]其二，设立单独的认罪认罚协商程序。被追诉人、辩护律师、值班律师以及其他有利于认罪认罚工作开展的社会主体要参与到认罪认罚程序中来。认罪认罚协商程序主要包括：由司法工作人员对案情进行简要介绍；控辩双方就认罪、认罚问题分别展开协商，并详细听取被追诉人的意见，尊重被追诉人的意愿；在双方达成一致后签署认罪认罚具结书，并由在场人员签名，见证认罪认罚的自愿性。为保证认罪认罚的公正合法，还应当对认罪认罚全过程制作笔录，在有条件的情况下应全程录音录像。

（三）完善认罪认罚从宽制度的审查和救济机制

根据《刑事诉讼法》190 条、《最高检规则》271 条之规定，检察院、法院应当审查认罪认罚的自愿性、真实性、合法性。但目前对认罪认罚的审查多是流于形式，对于较为主观的自愿性的审查工作更是过于片面。为此，可以以礼法结合为进路，在法律规定的范围内明确审查标准、完善审查流程并强化救济机制对认罪认罚工作的保障。

第一，完善认罪认罚工作中的审查机制。目前在司法实践中，基于控审合作模式、捕诉一体、法官职权后置等因素的影响，一些认罪认罚案件并未得到实质性的审查，被追诉人的自愿性也无法得到实质性保障。需要在《刑事诉讼法》第四次修改中予以考虑。检察院和法院主要承担对认罪认罚案件的审查工作，因此，可以从以下几个方面入手，完善认罪认罚的审查。其一，检察院作为认罪认罚工作的主导者应当明确认罪认罚自愿性认定的主客观判断标准。通过讯问被追诉人、审查全案材料、听取辩护律师的意见等方式审查认罪认罚的自愿性，而不能为了追求完成认罪认罚指标而罔顾公平。在具体审查工作中，可以通过采用具体问题询问的方法，尤其是对疑难、复杂案件的认罪认罚审查，检察院在审查时应当就某些具体问题甚至某些细节发问，以判断其认罪认罚的自愿性和真实性。[3]26在必要时也可以询问辩护律师、值班律师或是充当认罪认罚见证人的其他社会主体；

[1] 参见卞建林,张可:《构建中国式认罪协商制度:认罪认罚从宽制度的反思与重构》,载《政法论坛》2024 年第 1 期,第 15 页。

[3] 参见龙宗智:《认罪认罚案件如何实现“以审判为中心”》,载《中国应用法学》2022 年第 4 期,第 20 页。

审查有关的录音录像、物证、书证，通过多渠道确定认罪认罚的自愿性。在对《刑事诉讼法》修改时，也需要明确检察院要对认罪认罚案件进行实质性审查。其二，法院在认罪认罚审查工作中也承担着重要的角色。法官可以在庭审过程中面对面地直接感知认罪认罚的真实性和自愿性。在庭审的过程中，对于认罪认罚自愿性存疑的案件，法官可以就认罪认罚的自愿性问题展开专门调查。在采用礼法结合方式处理认罪认罚案件时，法官可以传唤充当认罪认罚见证人角色的第三方社会主体到庭，对认罪认罚过程作出说明。由于相关第三方主体出庭的目的主要是证明认罪认罚是否符合法律规定，因此，可以参照证人出庭的有关规定。法庭对认罪认罚自愿性的审查工作也可以考虑纳入《刑事诉讼法》规定的范围内。

第二，要明确认罪认罚协商的救济机制。根据《刑事诉讼法》及其相关法律法规的规定，目前尚无有效的认罪认罚协商救济机制，这可能损害被追诉人的合法权利，亟需列入《刑事诉讼法》修改的考虑范围之内。其一，可以将认罪认罚的撤回权纳入认罪认罚规定中。撤回权的对象包括认罪供述、认罚供述、认罪认罚具结书等。撤回的形式可以通过书面形式或口头形式。撤回认罪认罚的后果包括被追诉人的认罪认罚供述和认罪认罚行为自始无效，不得用于任何不利于被追诉人的指控，但因此取得的物证、书证后经合理解释仍可使用。设立认罪认罚的撤回权。一方面，赋予被追诉人在被迫认罪认罚后反悔的机会，有利于保障被追诉人的合法权利；另一方面，也给认罪认罚的参与主体一定的压力，为避免被追诉人行使撤回权，他们必须认真履行讲“礼”与说“法”的工作，让被追诉人心服口服。其二，完善认罪认罚案件中被追诉人的上诉权。上诉权是被追诉人的基本权利，检察院通过“报复性”抗诉对被追诉人的上诉权造成实质性的剥夺显然是不合理的。对于被告人反悔不再认罪认罚致从宽量刑建议不当的案件，不应一概以抗诉应对，而应该仔细审查被告人反悔的理由，如果存在被迫认罪认罚现象的，可以在必要时按程序无效处理。法院可将案件退回检察院，由检察院在更换办案人员的前提下，重新主导认罪认罚程序。在有罪事实清楚，证据确实充分时重新明确其是否认罪认罚。对于认罪认罚的案件应当由检察院重新提出科学的量刑建议并重新向法院提起公诉，由法院更换办案人员重新对认罪认罚的自愿性进行审查。虽然上述做法可能会延长诉讼时间，但效率必须在保证公平的基础上实现。采用这一方式更有利于保障被追诉人的合法权利，使被追诉人对认罪认罚心服口服。

（四）保障认罪认罚从宽制度中值班律师和辩护律师切实行使权利

由于控辩力量悬殊，辩方力量在认罪认罚工作中明显不足，为平衡控辩双方的力量，可以采用礼法结合的方式，通过制定值班律师的评估标准、引入第三方主体确保案件得到公正处理、构建有效辩护制度等保障被追诉人的合法权利。同时，相关建议也可考虑纳入《刑事诉讼法》及相关法律法规中，以促进法律实践的完善。具体阐释如下：

首先，激活值班律师在认罪认罚中的作用。其一，司法行政机关作为值班律师工作管理的牵头机关，应当牵头制定切实可行的值班律师对认罪认罚案件的办理评估标准，并将该评估标准落实，确保值班律师为被追诉人提供实质性帮助。在具体标准的制定上，可以将阅卷情况、会见次数、反悔率等都纳入其中。如果发现值班律师未在认罪认罚工作中起到实质作用或与司法机关联合逼迫被追诉人认罪认罚的现象，则要由司法行政机关做出严肃处理。其二，促进值班律师向辩护人的角色转化。如果被追诉人在接受值班律师的帮助后，愿意委托值班律师作为其辩护人，有关机关应当予以支持并鼓励值班律师转化为案件的辩护人，激活值班律师的工作积极性，让值班律师的角色从被动的见证人转变为案件的参与者，从而切实保障被追诉人的合法权益。[2]上述内容也可以作为明确规定，写入《刑事诉讼法》及相关法律法规中。

其次，辩护律师为被追诉人提供实质性帮助。其一，在礼法结合语境下构建有效辩护制度。我国现阶段对有效辩护的标准判断尚未有明确规定，但被追诉人获得有效辩护又是获得公正审判的关键。为此，可以从律师是否尽职尽责使被追诉人获得公正审判角度考虑，而不能片面地认为只有通

[2] 参见魏化鹏:《认罪认罚自愿性的话语表达与实践逻辑》,载《中国政法大学学报》2023 年第 5 期,第 107 页。

过辩护为被追诉人争取了多少额外的“好处”才是有效辩护。此外，辩护律师也要尽职尽责了解案件情况，当被追诉人对法律有抵触时可以引“礼”入“法”，通过宣传中华优秀传统文化中的“仁”“义”“信”等精神促使被追诉人吐露案件真实情况，使律师对案件情况能有较深入的理解，从而促进案件的公正审判。其二，通过礼法结合，平衡控辩双方的力量。在认罪认罚工作中引入礼法结合模式，让社会工作者、被追诉人的亲朋好友、邻里等多方主体参与到认罪认罚协商的过程中，防止认罪认罚过程中因力量悬殊过于严重，被追诉人的合法权利得不到保障的现象出现。具体来讲：各主体在参与认罪认罚协商时，在对认罪认罚工作进行监督的同时，可以从自己的专业、角色出发，对案件提出不同的建议，使量刑建议更加科学，从而弥补因控辩力量不协调造成的缺陷。此外，对于认罪认罚不符合自愿性、合法性的案件或量刑建议不当的案件，在辩护律师的地位无法保证相对独立性时，相关主体也可以及时提出意见。由于社会工作者、亲朋好友等参与主体在认罪认罚工作中的地位与被追诉人、辩护人的地位不同，他们提出意见也不会直接对认罪认罚的效果产生影响，反而可能会引起司法机关的重视和对认罪认罚工作的反思。上述关于有效辩护和通过第三方主体参与调整控辩双方力量的规定也可考虑纳入《刑事诉讼法》修改完善的范围之内。

四、结语

认罪认罚从宽制度的不断优化，不仅能提升司法效率，合理配置司法资源，还能促进社会稳定，降低社会冲突。自 2014 年党的十八届四中全会上提出“认罪认罚从宽制度”的概念以来，经过 2016 年的试点实践，到 2018 年《刑事诉讼法》修订时正式确立了认罪认罚从宽原则，目前该制度在我国刑事诉讼实践中已得到广泛应用，对我国刑事司法改革，特别是对刑事诉讼体系的完善产生了深远的影响。[1] 但当前，认罪认罚从宽工作在实际操作中依然面临若干挑战。在此背景下，采用礼法结合的方式为解决这些问题提供了新的视角，可以考虑将其纳入《刑事诉讼法》中，使被追诉人的合法权利得到更好地保障，同时也可使认罪认罚达到“身脑一致”的效果。更加健全的认罪认罚从宽制度，也将有助于推进我国法治建设的现代化进程，促进中国特色的现代化发展，并为实现中华民族的伟大复兴贡献力量。

1 参见冀祥德:《习近平法治思想指导下的认罪认罚从宽制度》,载《政法论坛》2024 年第 3 期,第 3 页。

认罪认罚具结书立法完善问题研究

刘 原*

摘 要：认罪认罚具结书推动“宽严相济”刑事政策的具体化，但其存在制度化不足的问题。回归立法原点，认罪认罚具结书是具有表述和证明认罪认罚从宽功能的契约，对控辩审三方产生约束力。设立认罪认罚具结书的法律原则：明确检察机关任务作用的检察主导原则，确保控辩平等、意思自治的平等协商原则，实现实质化协商的充分协商原则，推动检察官有效办案的客观全面原则。构建认罪认罚具结书的法律制度，形成程序包括协商启动、过程和议定，法律规定文本的框架结构和内容表述，效力规范包括生效和失效两方面。

关键词：认罪认罚具结书 认罪认罚从宽制度 契约说 控辩协商

一、问题的提出

认罪认罚从宽制度的创立，定位于“宽严相济”刑事政策的落实。[1]2018 年，第三次修订的《刑事诉讼法》确立了认罪认罚从宽的原则和制度。认罪认罚具结书是特定的新生法律事物，在认罪认罚从宽制度中处于核心地位。一是在于它能够固定协商内容，二是它作为认罪认罚案件审判的对象。[2]更为重要的是，认罪认罚具结书的性质和效力，足以决定认罪认罚制度下控辩双方的法律关系和行为规范。[3]

所以在基本功能上，认罪认罚具结书是推动“宽严相济”刑事政策具体化的一项举措，但当前的问题是制度化不足。《刑事诉讼法》第 174 条规定签署条件，第 176 条规定起诉手续，第 190 条规定内容审查要求。两高出台的司法解释中，也仅是略微细化认罪认罚具结书的内容以及明确程序手续，[4]以及重复强调了内容审查要求。[5]

显然，法律制度中认罪认罚具结书的相关规定在形式上过于单薄，无法形成制度体系，这与其作为认罪认罚从宽制度核心的地位，已不匹配。尽管《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》对认罪认罚具结书签署时的要求进行了较为详细的说明，并且规定了失效情形及其处理，但总体而言仍停留在既有法律规范框架之内。[6]在该法律文件中，认罪认罚具结书的相关规定看似较多，实际上仍为“点到为止”，对于其究竟为何物，性质为何，都没有涉及。与此同时，学界对于认罪认罚具结书的性质界定，分歧较大。[7]

近年来，完善认罪认罚从宽制度一直是我国刑事诉讼改革的重点命题。2023 年 9 月，十四届全

---

* 山东理工大学法学院讲师。

1 全国人民代表大会常务委员会《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》(2016 年 9 月 3 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过)。下文简称《授权认罪认罚从宽制度试点工作决定》。

2 刘少军：《性质、内容及效力：完善认罪认罚从宽具结书》，载《政法论坛》2020 年第 5 期，第 108 页。

3 刘原：《认罪认罚具结书的内涵、效力及控辩应对》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 4 期，第 160 页。

4 参见《人民检察院刑事诉讼规则》（2019 年 12 月 2 日最高人民检察院第十三届检察委员会第二十八次会议通过，自 2019 年 12 月 30 日起施行）第 272 条、第 274 条、第 358 条、第 359 条和第 368 条。

5 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（2020 年 12 月 7 日最高人民法院审判委员会第 1820 次会议通过，自 2021 年 3 月 1 日起施行）第 218 条、第 349 条、第 351 条和第 372 条。

6 最高人民法院、最高人民检察院联合、公安部、国家安全部、司法部于 2019 年 10 与 24 日联合发布《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》

7 “契约说”参见杨立新：《认罪认罚制度理解与适用》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期；刘原：《认罪认罚具结书的内涵、效力及控辩应对》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 4 期。“证据说”参见：胡云腾：《认罪认罚从宽制度理解与适用》，北京：人民法院出版社，2018 年，第 126 页；步洋洋：《认罪案件中口供适用的逻辑与限度》，载《社会科学》2021 年第 7 期。“保证说”参见魏晓娜：《冲突与融合：认罪认罚从宽制度的本土化》，载《中外法学》2020 年第 5 期。

国人大常委会法将《刑事诉讼法》的第四次修改列入立法规划。所以，研究并解决认罪认罚具结书的制度化问题，实际上也就是助力于认罪认罚从宽制度的完善。值此《刑事诉讼法》面临再修改之机，应有必要从认罪认罚具结书的应然功能出发，澄清其本质和效力，再结合有关实践经验和学理讨论，提出其法律原则和法律制度的立法对策建议。

二、认罪认罚具结书的原理

（一）认罪认罚具结书的功能

古希腊哲学家亚里士多德提出了“第一性原理”（the First Principle Thinking），强调从最基本的原则出发，而不是依赖于已有的经验和知识，通过逻辑推理来推导出事物的本质和规律。[1]认罪认罚具结书是认罪认罚从宽制度的组成部分，所以对其功能的认知应首先洞悉立法者的意图，明确制度的功能，进而才能讨论其在制度内的特定作用。

对于认罪认罚从宽制度的功能，学界存在多种见解。有研究认为，认罪认罚从宽制度的功能定位于优化司法职权配置。[2]也有研究最近提出，认罪认罚从宽制度在程序法上的功能是提升司法效率和优化司法资源配置，在实体法上的功能是落实“宽严相济”政策中的“从宽”面向，在恢复性司法上的功能是保护被害人的合法权益。[3]但笔者认为上述观点有待商榷。第一，制度的功能应遵从立法本意，而不应加入价值判断。第二，制度的功能应考察制度设立时的最主要和最直接的目的，而不应从制度发展经验中归纳得出。根据《授权认罪认罚从宽制度试点工作决定》的内容可知，认罪认罚从宽制度的主要功能即是落实“宽严相济”刑事政策。虽然配置司法资源、办案质效、公正效率等也有提及，但这些方面的实现，实际上最终还是服务于落实“宽严相济”刑事政策。就如同刑事诉讼制度改革的最终根本目的永远是服务于刑事实体法的正确实施，而绝非追求制度本身的完美。

认罪认罚从宽制度是“宽严相济”刑事政策的制度化和具体化，这一来源于制度功能的内涵表述，应作为研究认罪认罚具结书功能的逻辑起点。相较于立案决定书、拘留决定书、起诉书在各自程序制度之中的功能，认罪认罚具结书也能够起到书面描述诉讼活动（认罪认罚），提出司法意见结论（从宽建议）的作用。也就是说，“宽严相济”之“宽”不仅有制度的支撑，而且在个案当中于认罪认罚具结书当中落实，绝非停留在口头。然而，上述法律文书系司法机关根据案件证据依法作出的结论意见，具有主体的特定性和职权行使的法定性，认罪认罚具结书的达成，却是控辩双方合意的结果。正是鉴于这一特点，审判机关还需着重审查被追诉人认罪认罚的自愿性和合法性。因此，认罪认罚具结书是“从宽”的初步落实，以书面形式证明被追诉人存在认罪认罚的行为和公诉机关对其从宽处罚的建议。假设当前的认罪认罚从宽制度不存在认罪认罚具结书或者其不具备上述功能，那么可以预见到，第一，控辩双方对于是否存在认罪认罚从宽的协商合意、合意内容等极容易产生争议；第二，审判机关缺乏审查对象，对认罪认罚的真实性、合法性和自愿性等问题无从下手。这就相当于，合同法律制度并不否认“口头合同”的效力，但面对纠纷或者特殊事项时，“书面合同”在清晰表述双方意思表示以及证明合同内容的真实、合法和自愿方面的作用是十分明显的。

由此可见，认罪认罚具结书的功能实际上遵从着认罪认罚从宽制度的功能，并且以其特定的形式，对个案当中发生的认罪认罚从宽起到表述和证明的作用。所以，落实“宽严相济”刑事政策需要内容完备、科学合理的认罪认罚具结书及其配套体系。更进一步说，完善认罪认罚从宽制度的重点是解决认罪认罚具结书的立法完善问题。

（二）认罪认罚具结书的性质

事物性质决定效力，进而影响围绕其产生的社会活动，故认罪认罚具结书的性质是基础性问题。目前关于认罪认罚具结书的性质，主要是“证据说”和“契约说”的对立。[4]笔者的基本观点是，事物的性质应源于其功能，基于认罪认罚具结书对认罪认罚从宽活动的表述和证明作用可知，其性质应为

---

1 [古希腊]亚里士多德：《形而上学》，吴寿彭译，北京：商务印书馆，2012 年，第 50-52 页。

2 汪海燕：《认罪认罚从宽制度视野下的“以审判为中心”》，载《中国法学》2023 年第 6 期，第 64 页。

3 吴雨豪：《认罪认罚从宽适用常态化之实效检验》，载《中国法学》2024 年第 3 期，第 270-271 页。

4 个别研究提出的“保证说”，限于本文篇幅不再展开讨论。参见杨文革：《认罪认罚具结书的性质解构与效力重塑》，载《长白学刊》2024 年第 1 期，第 63 页。

契约。

“证据说”存在着“笔录证据”“过程证据”“量刑证据”等观点。“笔录证据”观点的根据是认罪认罚具结书与法定的笔录类证据特征和功能相似。[1]而实际上，如果从制作主体特定、记录形式书面、形成过程同步这些方面观察，认罪认罚具结书的确与勘验、检查、辨认、侦查实验笔录较为相似，但其主要特征是控辩双方合意的形成。也就是说，“笔录证据”是侦查机关单方依法依职权对证据收集情况的一种客观书面记叙，而认罪认罚具结书尽管在讯问模式下形成，且源自于检察机关的制式文书，但其最大特点仍是被追诉人的意思自治。同理，证明功能的指向是控辩双方认罪认罚从宽的合意过程和合意内容。

“过程证据”观点认为认罪认罚具结书不能直接作为证明被追诉人有罪的证据，本质上是证明诉讼过程事实的证据，证明对象是认罪认罚的真实性和合法性，故不应定性为“笔录”。[2]笔者认为，认罪认罚具结书的功能是证明认罪认罚从宽的存在，认罪认罚的真实、合法、自愿问题虽是审判机关依职权审查的对象，但并非是认罪认罚具结书能够直观反映或体现的事物。认罪认罚从宽不仅仅是一个诉讼过程，更重要的是合意结论，合意结论还包括检察机关的量刑建议，故“过程证据”观点略为片面。

“量刑证据”观点并没有明确其理由。[3]但从外在形式上看“量刑证据”与“过程证据”的侧重点恰恰相反。前者实际上侧重于“从宽”，而后者是“认罪认罚”。同上文的分析理由，认罪认罚与从宽都是体现认罪认罚具结书性质的内容。尽管量刑建议与裁判活动存在更为密切的联系，但是仅以审判机关的视角定性是不恰当的。

此外，支持“证据说”的理由还有，最高人民检察院制发的《认罪认罚从宽制度告知书》中有“认罪认罚具结书撤回后仍可能作为被追诉人曾做有罪供述的证据”内容。[4]笔者认为，第一，上述告知内容没有法律依据支撑；第二，检察机关不是立法机关，也不宜代行此职能；第三，在表述上采用“可能”系模棱两可，且归根结底案件材料是否能够作为证据，还需审判机关认定。因此，不仅检察机关的这种做法值得商榷，而且认罪认罚具结书也不宜以此定性为证据。

综上，“证据说”以“存在即合理”做为定性的原点，但实际上诸如“协商虚化”“讯问模式”“听取意见模式”这些现象也正是“契约说”所批评和期望改进的问题。“证据说”无法解释解决认罪认罚具结书撤回、失效的情形。“证据说”对于认罪认罚从宽制度而言，其根本目的是与现有司法制度，特别是证据制度相融合，甚至完全遵照司法机关的态度进行解释，而非站在立法机关立场，回到认罪认罚从宽制度的功能原点，也即以协商型方式落实“宽严相济”刑事政策。[5]

“契约说”观点的基本理由主要包括立法意图和司法理念两个方面。

第一，《刑事诉讼法》条文明确了控辩双方的协商及其达成合意。认罪认罚具结书是控辩双方经过协商后就量刑和程序适用问题达成的“合意”。[6]无论司法机关如何解释和适用法律，法律规范本身是立法意图的直接体现。站在法律规范执行者的角度，难免不以责任和效率等因素自身处境为考量，对法律规范做出对自己最有利的解释。再者，根据《刑事诉讼法》对何为认罪认罚从宽有明确规定。其中，认罪是指被追诉人如实供述和承认指控，认罚是被追诉人愿意接受处罚。那么，既然控辩双方达成的认罪认罚具结书形成于检察机关起诉之前，所以被追诉人此时所谓的认罪，除了达到如实供述要求外，还需承认检察机关还未正式提起指控的犯罪事实，即拟指控的犯罪事实。而被追诉人签署认罪认罚具结书，也并不意味着丧失了未来庭审当中针对指控发表意见，特别是异议的权利。诚然，认罪认罚具结书能够证明控辩双方之间发生了上述协商活动，但其根本意义是期望控

---

1 步洋洋：《论认罪认罚具结书的笔录性质及司法适用》，载《证据科学》2022 年第 1 期，第 27 页。

2 刘少军：《性质、内容及效力：完善认罪认罚从宽具结书》，载《政法论坛》2020 年第 5 期，第 110 页。

3 李松杰：《论认罪认罚具结书的证据属性及其司法适用》，载《证据科学》2022 年第 3 期，第 290 页。

4 胡云腾主编，最高人民法院刑事审判第一庭编著：《认罪认罚从宽制度的理解与适用》，人民法院出版社，2018 年。

5 将认罪认罚具结书理解为“悔过书”，也是曲解了立法机关的原意。参见陈瑞华：《论量刑协商的性质和效力》，载《中外法学》2020 年第 5 期，第 1136 页。

6 杨立新《认罪认罚从宽制度理解与适用》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期，第 60 页。

辩双方遵守约定内容而实施诉讼行为。这就如同民事主体之间订立的书面合同，虽然在发生纠纷时确实能够作为证据证明双方的约定，但其本质是促成各方履约，实现合同目的。

第二，协商型司法理念在认罪认罚从宽制度中的体现。契约也是公法的法律形态。[1]契约精神对于刑事诉讼功能具有重要意义，包括犯罪惩罚、纠纷解决，还是人权保障、权力制约、政策昭示等。[2]契约精神在刑事司法中演变成各种刑事契约，从而形成了协商型司法。[3]提倡协商型司法理念，在于改变过去职权性逻辑下“坦白从宽”的适用困境，以控辩协商的新方法新手段落实“宽严相济”刑事政策，其要求是宏观制度模式和微观办案方式的变革。认罪认罚从宽是具有中国特色的契约化刑事诉讼制度改革，有利于节约司法成本，提高司法效率，也有利于减少社会对抗，修复社会关系。[4]所以，契约精神是刑事诉讼制度发展应坚持的基本理念，它的引入符合我国刑事诉讼制度发展的规律。因此，认罪认罚具结书实质上是认罪认罚从宽中契约精神的文本表达，具有记载被追诉人认罪认罚和检察机关从宽处罚建议之真实意思表示的功能，并且双方就此达成共识后，进而以契约效力的形式约束双方履约。有研究直接提出，认罪认罚具结书是量刑协议，系控辩双方量刑协商的结果。[5]尽管目前存在着控辩协商形式化等问题，[6]所以当前更要注重落实控辩平等协商，坚持以诚信、平等、自愿作为协商行为准则，在外部通过司法审查、合理监督来实现对契约订立及效力的保护。

总而言之，“契约说”与“证据说”、“保证说”的对立，实际上可以归结为认罪认罚从宽制度建设之“应然”路径与“实然”路径的分歧，甚至可以聚焦为“实质化”与“形式化”的争论。“契约说”有制度和理念两方面的支撑，绝非理想化的，并且体现着对制度的完善和革新精神，其他性质观点都不具备这些方面。

（三）认罪认罚具结书的效力

效力问题作为核心问题，其有无与大小决定了认罪认罚具结书能否切实发挥作用及作用力的范围。[7]认罪认罚具结书实为控辩双方达成的契约，故其效力应为契约约束力。契约效力在于契约成立生效后，以违约责任为风险代价，督促签约各方依照约定履行约定义务，此为认罪认罚具结书的一般效力。

认罪认罚具结书的一般效力针对检察机关和被追诉人。认罪认罚具结书的内容主要包括认罪、认罚和从宽三个方面。在其中，被追诉人的认罪以检察机关提出具体的犯罪事实指控为先决条件。所以，检察机关按照认罪认罚具结书的内容约定履行约定义务，即是指其应按照认罪认罚具结书中记载的犯罪事实提起指控。除此之外，还包括依约定提出量刑建议和程序适用建议。被追诉人在审判活动中应严格按照认罪认罚具结书内容实施诉讼行为，包括与庭前供述一致、对指控的犯罪事实无异议、对量刑建议和程序适用无异议。

认罪认罚具结书的效力还取决于违约责任。众所周知，契约制度应对守约方予以保护、违约方加以制裁。检察机关未按认罪认罚具结书内容履行的，也应承担相应的不利后果。或者说，如果检察机关“违约”，认罪认罚具结书的内容不能约束被追诉人。如果起诉书中指控犯罪事实与认罪认罚具结书中不一致，那么被追诉人可以以此为由进行“抗辩”——推翻认罪认罚，且不应因此而遭受不利后果。同理，被追诉人“翻供”或对指控的“罪名“犯罪事实”提出异议”，应当首先被定性为违约行为，检察机关有理由撤回量刑建议或要求适用普通程序审理。此外，审判机关发现检察机关起诉指控、量刑建议与认罪认罚具结书不一致的，应宣布认罪认罚具结书中有利于指控的内容材料都不得作为定案的依据。

认罪认罚具结书的特殊效力针对审判机关。通常来说，契约效力具有相对性，不应及于契约以

---

1 [德]赫费：《政治的正义性》，庞学铨、李张林译，上海：世纪出版集团，2005 年，第 316 页。

2 詹建红：《论刑事诉讼功能的契约化嬗变》，载《中国刑事法杂志》2011 年第 5 期，第 67 页。

3 王景龙：《契约精神与协商型司法》，载《西部法律评论》2010 年第 3 期，第 41 页。

4 李璐君：《契约精神与司法文明》，载《法学论坛》2018 年第 11 期，第 71 页。

5 陈瑞华：《论量刑协商的性质和效力》，载《中外法学》2020 年第 5 期，第 1126 页。

6 吴思远：《论协商性司法的价值立场》，载《当代法学》2018 年第 2 期，第 136 页。

7 刘少军：《性质、内容及效力：完善认罪认罚从宽具结书》，载《政法论坛》2020 年第 5 期，第 112 页。

外的主体。但鉴于从宽处罚为审判机关之司法裁判职能，故为了能够最大限度的在审前落实“宽严相济”刑事政策，认罪认罚具结书的效力适当突破了契约的相对性。《刑事诉讼法》第 201 条规定人民法院审理认罪认罚案件，除法定情形之外，一般应采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议。也就是说，控辩双方达成的认罪认罚具结书，对审判机关也有一定的约束力。

认罪认罚具结书的效力是为了充分保护“协商果实”。效力的缺失，会使控辩协商过程“流于形式”，控辩协商协议“束之高阁”，这无疑是对司法资源的巨大浪费。由此可见，认罪认罚具结书作为契约的效力，体现了公平对待控辩双方，维护制度程序的公正性价值。这样的定位才能提升制度的公信力和可行性，促使更多的刑事公诉案件由“对抗”转为“合作”。

三、认罪认罚具结书的法律原则

契约不是自然形成的，它是主体之间经过邀约、承诺等协商环节，所建立的法律关系。基层社会治理现代化的重要推动方式是建立并完善“契约化治理”理念。[1]但目前，认罪认罚从宽制度只有实体处理原则而无程序适用原则。为了规范认罪认罚具结书的协商、订立等活动，应有必要在制度立法完善方面首先考虑认罪认罚具结书的法律原则。

（一）检察主导原则

检察机关在程序启动和协商过程中能够发挥主动作用。检察机关原本刑事审前程序在角色定位具有三重属性：一是侦查质量的评价主体，二是司法资源的调控主体，三是诉讼权利的保障主体。[2]刑事审前程序中的主导权，是检察机关能动履职推进落实“宽严相济”刑事政策的前提条件。然而，订立和履行契约方式的检察活动，毕竟不同于以往的检察追诉办案工作。认罪认罚从宽制度改革后检察机关主导诉讼活动实际上扩充为程序和实体两个方面。检察机关在程序方面主导程序启动、程序选择、类型选择和协商程序，在实体方面主导认罪、认罚和定罪量刑。[3]根据上述属性和改革内容，结合契约性质，认罪认罚具结书的检察主导原则要求：

首先，检察机关主动审查如实供述条件。如实供述罪行作为认罪的内容之一，也是被追诉人的法定义务，故其本身虽不是控辩协商的内容，但却是认罪认罚从宽启动的先决条件。检察主导原则要求办案检察官在审查起诉程序中对于经手案件应依职权主动审查被追诉人的审前供述情况，做好关口把控。

其次，检察机关依职权将案件引入认罪认罚从宽协商。在刑事公诉案件中，检察机关不仅拥有程序启动的权力，而且也属于争讼的一方。对于事实清楚、证据确实充分且被追诉人如实供述罪行的案件，检察机关承担启动协商的法定义务，而不是裁量的权力。而对于案件事实清楚、证据确实充分，却未能如实供述的被追诉人，在充分尊重当事人认罪认罚的自愿性的前提下，仍要依法积极劝服。

最后，检察机关保障协商的平等和充分。虽然检察机关在治理启动方面具有便利，但其固有的地位、职权并不利于契约精神的实现，具体而言就是会危及协商过程的平等性。检察主导责任的根本目标就是要尊重被追诉人的主体地位和保护协商的充分、自愿。[4]由此，检察主导原则还应强调和发挥检察机关主动履职保障协商平等方面的积极作用，尤其是在辩方获得案件信息以及实质协商方面。检察机关以协商主体身份积极履行职务，也是检察主导原则在维系控辩平衡，实现协商平等的现实需要。在认罪认罚从宽制度中确立认罪认罚具结书的检察主导原则，会扩大“宽严相济”刑事政策的影响力，使得更多案件适用认罪认罚从宽制度。

（二）平等协商原则

契约精神，就是在契约订立过程及生效履行中，所体现的订立主体平等、意思自治、积极追求合意、效果互利和诚实守信的思想。协商调解是纠纷解决的核心，纠纷双方按照法律规定平等自愿

---

1 汪世荣：《“枫桥经验”视野下的基层社会治理制度供给研究》，载《中国法学》2018 年第 6 期，第 6 页。

2 李奋飞：《论检察机关的审前主导权》，载《法学评论》2018 年第 6 期，第 46 页。

3 曹东：《论检察机关在认罪认罚从宽制度中的主导作用》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期，第 136 页。

4 汪海燕：《认罪认罚从宽制度中的检察机关主导责任》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 6 期，第 56 页。

地参与对话协商，符合契约精神。“协商”是指“共同商量以便取得一致意见”。[1]“协商”之所以能够作为争议解决的基本模式，是因为平等环境下双方自愿达成的契约合意，或者单方自主放弃，既能够产生法律和道德两个方面的约束力，使纠纷得到有效化解，又体现了制度程序的公正价值。平等协商原则要求协商主体之间的地位平等。平等协商原则是指法律地位平等与诉讼手段对等的控辩平衡，而不应是双方平均分配实际资源或平等赋予实际能力。[2]检察机关办理认罪认罚案件，仍然采用的“讯问模式”背离了协商的本意。[3]目前控辩双方的平等协商也是理论界较为关注的理论热点问题之一，研究大多都主张采用提升辩方能力实现“力量平等、地位平等”的路径方式。[4]然而，目前形式化辩护等问题尚未得到合理解决的情况下，寄托于提升辩方协商能力来促进控辩平衡，恐怕遥遥无期。

平等协商原则的主要调整对象是检察工作，从检察活动入手实现控辩平衡。检察机关应改变工作方式方法，来实现控辩双方法律地位的平等和协商手段的对等。控辩双方法律地位的平等，应是指检察机关主动以协商主体的身份，与被追诉人进行协商活动。如同契约的双方，检察机关与被追诉人在协商中的地位平等。那么就需要检察机关切实担当起契约主体的“当事人”角色，而非凌驾于契约之上的“审查者”角色。控辩双方协商手段对等，应是指检察机关主动放弃协商过程中的一些特权，遵照权利义务对等的基本框架与被追诉人进行协商。基于功利主义观，当事人能够积极（或不排斥）参与诉前的纠纷解决，都会做两个方面的考量：一是诉前解决纠纷会为自己带来便利或减少损失；二是即便纠纷未能解决，但也不会带来风险或不利。如果检察机关在协商过程中仍然把持一些特权，例如“模糊认罪”[5]“具结书证据”[6]等，那么对犯罪嫌疑人的主动参与是不利的。即便协商程序能够顺利启动，也会影响协商成果的顺利达成，最终引起司法资源浪费。

此外，检察机关既是权力主体——肩负推动案件进入程序以及机制规范搭建的责任，也是协商主体——作为参与一方提出方案意见、进行交流，践行确保平等充分协商的义务。如果强调权力机关角色，而忽视协商角色，那么认罪认罚具结书的相关活动将演变为权利对权力的服从或对抗。同样，如果只强调协商角色，那么由于职权性的缺失，协商活动将陷入无序状态。所以，需要检察机关同时落实检察主导和平等协商原则，不能偏废。

（三）充分协商原则

目前认罪认罚从宽制度面临的诉讼力量配比失衡、实质协商缺乏、[7]协商性不足的等问题。[8]“讯问模式”简化了检察机关的办案过程，突出检察职权而虚化协商，虽然能够最大化地提升案件处理效率、节约司法资源，但弊端也较为明显。犯罪嫌疑人难以在理性情况下独立做出抉择，其从宽利益的实现，完全依赖检察活动的正确性。按照契约精神原理，矛盾纠纷解决的风险应由双方共担。所以，为了避免协商流于形式，影响认罪认罚具结书的效力，有必要确立认罪认罚具结书的充分协商原则。平等协商与充分协商是形式与内容的关系，后者包括保障信息对等和充足协商。

保障控辩双方的信息对等是为了实现客观理性协商。协商主体的理性是协商活动充分性的前提条件。确保协商主体，尤其是犯罪嫌疑人的理性，关键在于其掌握的案件信息的充分性。犯罪嫌疑

---

1 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典（第五版）》，北京：商务印书馆，2005 年，第 1506 页。

2 龙宗智：《完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡》，载《环球法律评论》2020 年第 2 期，第 16 页。

3 刘原：《认罪认罚具结书的内涵、效力及控辩应对》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 4 期，第 163 页。

4 例如有研究提出，应确保被追诉人获得律师辩护，有效行使会见、阅卷和调查的权利，并与公诉方行使平等的协商和对话。参见陈瑞华：《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》，载《中国法学》2017 年第 1 期，第 35 页。

5 “模糊认罪”有两种表现形式，一种为犯罪嫌疑人明确表示认可“指控某罪名的犯罪事实”这种文字表述；另一种为对拟指控的犯罪事实进行记载，但有意忽略了对犯罪事实的定性。参见刘原：《认罪认罚具结书的内涵、效力及控辩应对》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 4 期，第 166 页。

6 有学者认为控辩协商后签订的“认罪认罚具结书”系“过程性”笔录类证据。参见步洋洋：《论认罪认罚具结书的笔录性质及司法适用》，载《证据科学》2022 年第 1 期，第 23 页。

7 刘泊宁：《我国控辩协商程序的规范进路：以认罪认罚案件为视角》，载《法学》2022 年第 2 期，第 135 页。

8 杜磊：《认罪认罚从宽制度适用中的职权性逻辑和协商性逻辑》，载《中国法学》2020 年第 4 期，第 223 页。

人需要掌握的案件信息包括案卷证据内容、律师法律服务等。虽然受限于个体认知能力，犯罪嫌疑人充分掌握案件信息后，并不必然导致协商决定的理性，但如若不能对等掌握案件信息，理性协商必然无法实现。因此，保障控辩双方对等掌握案件信息，至少为犯罪嫌疑人提供了理性判断的可能。协商理性不应仅是理性信任，而是基于掌握客观事实后的决策理性。否则的话，犯罪嫌疑人的协商决定，无非就是选择听从律师还是听从检察官。

控辩双方充足协商。控辩双方应充分交流意见，避免“形式化”的协商。充分交流意见，不仅有利于矛盾争点的有效识别，而且有利于检察机关促成协商成果的达成。与之形成反差的是，目前“讯问模式”下的协商“问答”强调维护检察的权威性，以及犯罪嫌疑人的从属地位。所以犯罪嫌疑人但凡表达意见或辩解，往往被检察机关视为是“对抗”或“不服从”。笔者认为，应给予犯罪嫌疑人必要的程序宽容。协商环境强调协商主体角色的平等，任意一方主体既可以提出自己的想法、意见和方案，也可以否决对方提出的任何动议。检察机关可以依法拒绝对方不合理的要求，但不应认为犯罪嫌疑人不具有对话的资格，或者定性为对抗司法权威。剥夺或削弱犯罪嫌疑人交流表达的权利，不能称之为真正意义上的协商。反之，应通过落实控辩双方的充足协商，来体现制度程序的文明。

检察机关依职权审查案卷证据，如果认定犯罪嫌疑人在侦查阶段如实供述了罪行，且通过对话协商能够认定犯罪嫌疑人自愿如实供述，那么检察官可以提出具体的指控罪名和犯罪事实，由犯罪嫌疑人决定是否接受；如果认定没有如实供述罪行，那么可以通过对话协商劝服犯罪嫌疑人，再进行下一步环节。同样，检察官提出的拟指控罪名和拟指控犯罪事实应当是明确且具体的。在犯罪嫌疑人承认罪行的前提下，控辩双方充分交换意见。检察官既可以在协商中考察犯罪嫌疑人承认指控的真实性和自愿性，也可以纠正错误、消除误解说服犯罪嫌疑人承认指控。犯罪嫌疑人可以对检察官提出的量刑建议提出自己的意见，检察官亦有权接受或拒绝。

总而言之，充分协商原则就是以层层过滤的模式，促进犯罪嫌疑人由对抗转为合作，预防矛盾纠纷解决不彻底，追求前端化解矛盾的充分性和可能性。

（四）客观全面原则

检察官客观公正履行职责，即为客观全面原则的内涵。基于检察活动的政治性要求、法律监督性质以及司法定位，检察官应当超越控方立场，坚持客观公正。[1]客观全面原则源自于检察官客观义务，但也有所不同。在认罪认罚具结书的协商、订立和履行过程中，客观全面原则是检察主导的拓进、平等协商的落实以及充分协商的保障。依法办案之外，检察官的正义精神、公平意识、公益之心、法治信仰和诚信伦理仍应加以提倡。[2]

认罪认罚具结书相关的正义精神要求检察官既要发挥主导作用，也要当好协商主体。检察官客观公正地提出协商意见，使尽可能多的刑事案件能够进入协商程序，而不是凌驾于协商之上或是一味追求协商成功。公平意识要求检察官全面落实协商过程中的平等和充分，公平对待犯罪嫌疑人，尊重犯罪嫌疑人的协商主体地位，并根据个案的特殊情况，合理安排协商活动，向犯罪嫌疑人提供必要的案件信息和权益保障。公益之心要求检察官在履行职责过程中，对于刑事政策落实的深刻关注和积极贡献。法治信仰要求检察官严格依法履行职权，实施协商，服从协商契约的效力，以法治手段实现“宽严相济”刑事政策的个案落实。诚信伦理要求检察官应诚实守信，实事求是地进行控辩协商，既不能擅自为案件结果“打包票”，也不能在协商中故意利用信息不对等而“留一手”。认罪认罚从宽制度价值的发挥取决于犯罪嫌疑人的自愿主动配合，而彼此之间的诚信即为双方协作配合的基础。[3]

检察官客观全面地办理认罪认罚案件，是其作为协商主体应当采取的具体工作方式。犯罪嫌疑人往往因自身对待纠纷的认识或者提出的解决方案不够客观、全面，而错失协商解决纠纷的良机。检察官作为专业的司法工作人员，也是办案责任人，全面掌握案件情况是其工作要求。在协商过程中，检察官具有专业上的优势、职务上的便利以及职权的主动性特征。所以，检察官审查案件卷宗

---

1 龙宗智：《中国法语境中的检察官客观义务》，载《法学研究》2009 年第 4 期，第 146 页。

2 龙宗智：《检察官客观义务与司法伦理建设》，载《国家检察官学院学报》2015 年第 3 期，第 21 页。

3 刘泊宁：《司法诚信视野下的认罪认罚从宽制度》，载《政法论坛》2018 年第 3 期，第 164 页。

材料后，必须客观得出结论意见，以保证犯罪嫌疑人得到协商意见的正确性和合理性。这也是控辩协商达到“理性协商”程度的有力保证。同样，在收到犯罪嫌疑人对于如实供述、指控罪名和犯罪事实、量刑建议的反馈意见时，检察官应当实事求是的分析、判断，然后接受或拒绝意见，而不能背离客观，一味追求协商成功。

四、认罪认罚具结书的法律制度

认罪认罚从宽依托于程序制度，体现于契约文本，成就于效力规范。检察主导功能的发挥、控辩双方平等充分的协商模式、检察官客观全面履职的约束和激励，都依托于形成程序。契约文本是协商过程、协商内容的客观反映，也是协商效力的根据，故有必要以法律规范形式指导认罪认罚具结书的内容。此外，为避免协商程序形式化和契约文本虚化，还应明确认罪认罚具结书的效力规范。

（一）认罪认罚具结书的形成程序

制度明确认罪认罚具结书的形成程序，分别为协商启动、协商过程以及协商议定三个主要环节。

1.协商启动

检察机关承担启动控辩协商的法定义务。法律制度应明确检察机关的审查范围。接受侦查机关移送审查起诉的刑事案件后，检察机关应对其进行实质审查和形式审查。实质审查的内容限于是否符合起诉的法定条件以及是否具有法律禁止适用认罪认罚从宽的情形。如果存在法定不起诉的情形，那么检察机关应依法直接做出不起诉决定。形式审查主要针对如实供述罪行情节是否成立。检察官对案卷卷宗进行单方书面审查，以确定犯罪嫌疑人在侦查阶段的供述情况。分为两种情形：第一，在确定如实供述罪行的情况下，检察官应主动与犯罪嫌疑人对话，以确保供述稳定，并且通过交流来判断供述的真实性和自愿性问题。第二，如实供述罪行条件不成立。检察官通过案卷审查发现犯罪嫌疑人没有如实供述罪行，或者前后供述不稳定、不一致，仍然可以通过对话方式进行劝服。检察官给予犯罪嫌疑人充分的机会，相当于给予其理性判断的空间。同时，检察官也能通过对话交流发现供述存在的问题，以及不能如实供述的症结之所在。即便因此协商不成，但听取的意见，也能够为将来补充侦查、庭审指控提供帮助和参考。

协商程序的价值，既在于其以开放性和包容性的姿态应对刑事案件，也在于其“推定”犯罪嫌疑人具有合作意愿或存在合作可能。在形式审查和实质审查都通过之后，检察机关应依法启动认罪认罚从宽协商程序，与犯罪嫌疑人就认罪认罚具结书的内容进行协商。

2.协商过程

协商程序启动后，检察机关由启动协商的权力主体，转变为实践协商的协商主体。法律制度中确立协商过程，并分为五个步骤：（1）检察官提出拟指控犯罪事实和拟指控罪名。满足如实供述罪行条件之后，检察官应当根据案件审查情况，客观提出清晰明确的犯罪事实指控和罪名指控，以确保犯罪嫌疑人明知其面临的指控。（2）协商解决接受指控问题。犯罪嫌疑人在经过必要的思考之后，可以理性决断是否接受检察机关拟指控的犯罪事实和罪名，也可以通过对话提出自己的异议。检察官既能够通过对话劝服犯罪嫌疑人接受，也能够在协商破裂的情形下，获得参考。在协商中，检察官仍然需考察犯罪嫌疑人承认指控的真实性和自愿性。（3）检察官提出量刑建议。检察官以犯罪嫌疑人认罪的情况为前提，结合对案卷证据材料的判断，客观提出对犯罪嫌疑人的量刑建议。（4）控辩量刑协商。犯罪嫌疑人可以就检察官的量刑建议提出自己的意见。检察官仍应充分尊重其协商主体地位，给予其必要的时间考虑量刑建议，也应有充足的耐心对话解决分歧。（5）检察官审查认罚的自愿性。

3.协商议定

认罪认罚从宽协商的结果分为两种，一种是因为不能达到认罪条件或认罚问题不能协商一致，而导致的协商破裂；另外一种就是认罪认罚成立而签署书面的协商契约，即认罪认罚具结书。协商议定是认罪认罚具结书形成程序的最后一个环节。首先，认罪认罚具结书的内容拟定。检察官将犯罪嫌疑人如实供述罪行的情况，承认的拟指控犯罪事实与罪名，接受的量刑建议客观完整记载于认罪认罚具结书。其次，犯罪嫌疑人检查核对。由于之前的协商方式基本采用口头对话交流的方式，程序应给予犯罪嫌疑人检查核对认罪认罚具结书书面落实协商内容的必要时间，确保口头协商和书面契约的一致性。假如犯罪嫌疑人对书面内容提出异议，检察官需要甄别其异议是基于“反悔”还是“误

解”。如系前者，检察官应说服教育，努力使犯罪嫌疑人回归理性；如系后者，检察官应找到问题根源，有针对地重新协商。最后，控辩双方同时签署认罪认罚具结书。制度应赋予检察官代表检察机关签署认罪认罚具结书的职权。控辩双方同场同时签署，能够体现公平公正，避免产生新的争议。此外，犯罪嫌疑人有权保留签署后的认罪认罚具结书。

（二）认罪认罚具结书的契约文本

认罪认罚具结书系由控辩双方就认罪认罚从宽问题协商一致后，经共同签署和律师见证的书面契约。认罪认罚具结书不仅是“静态”的文书，更是“动态”的制度整合，在认罪认罚从宽制度中发挥着收束审前程序、归纳审前结论并引导审判程序的承上启下作用。[1]在法律制度层面，应从框架结构和内容要素两方面加以规定。

1.认罪认罚具结书的框架结构

契约文本的框架结构实际也是控辩双方协商过程的映射。为了体现契约精神，避免成为“单方承诺说明”，[2]认罪认罚具结书应包括五个部分：（1）协商主体信息。列明参与协商的双方主体信息，进而落款由双方共同签署，这项设计能够体现协商的平等性。但近年来，最高人民检察院先后两次发布了认罪认罚具结书的“格式文本”。[3]“格式文本”中只有犯罪嫌疑人的身份信息，不符合契约文本的基本形式。故应增加检察机关名称以及具体负责办案的检察官姓名职务，从形式上确定检察机关协商主体的角色身份。（2）双方权利义务。契约文本明确记载双方的权利义务，这是平等协商的必要性条件。例如发表意见的权利、知情权、获得法律帮助权等，以及起诉一致、诉讼行为一致的义务等。而“格式文本”只有犯罪嫌疑人的“权利知悉”，应加以改进。（3）协商过程。除了权利义务清晰明确，犯罪嫌疑人的自愿性和真实性也是认罪认罚具结书生效的关键之处。认罪认罚具结书中如实记录协商过程，一方面有利于督促检察官积极主动化解矛盾纠纷，促进认罪认罚；另一方面有利于保障犯罪嫌疑人的程序权利。（4）认罪认罚从宽内容。较试点期间发布的文本，“格式文本”增加了指控犯罪事实部分，细化了量刑建议。此项改革具有积极意义，应予保留。（5）违约责任。契约的功能即是通过明确约定权利义务来规范双方的行为，也通过约定违约责任和协议效力使双方明知违反约定的不利后果，促使双方诚实守信、履行约定。“权利知悉”“自愿签署声明”这样单方声明知晓权利义务责任的文本形式，类似于控方的“免责条款”。犯罪嫌疑人对上述两项的书面认可，并不必然保证客观上存在或不存在对应的上述情况。所以，与其沿用这种“单方声明”式的文本框架，倒不如切实回归契约精神，以约定违约责任的形式，使双方都明知违反诚实守信、意思自治的法律后果。这样一来，协议文本更能够凸显协商主体平等，犯罪嫌疑人更容易理解和接受认罪认罚从宽协商，最终达到定纷止争的目的。

2.认罪认罚具结书的内容表述

契约文本的内容不仅仅体现协商的成果，更应反映协商过程以及指明协商效力。所以，内容表述需要突出协商主体的平等性和内容的客观性。除认罪认罚内容以外，目前“格式文本”仍然以犯罪嫌疑人的单方声明及认可为主，并以此方式证明其认罪认罚的自愿性和真实性，以及程序过程合法、权益得到保障。不得不说，这种“概括认可”的模式提升了检察官办案效率，对每一个认罪认罚案件都尽最大可能地进行了“格式化”。然而，这并非真正意义上的契约，仍然是“讯问模式”下得出的“单方声明”。

对此，法律制度应明确对认罪认罚具结书的内容表述要求：第一，对认罪认罚具结书的形成过程应予以如实记录。例如，检察官对证据材料的审查，认定犯罪嫌疑人具有如实供述罪行情节的理由和说明；又如，犯罪嫌疑人提出辩解意见后，检察官的对话说服情况以及综合审查判断情况。实

---

1 刘少军：《性质、内容及效力：完善认罪认罚从宽具结书》，载《政法论坛》2020 年第 5 期，第 109 页。

2 钱春：《认罪认罚从宽制度的检视和完善》，载《政治与法律》2018 年第 2 期，第 160 页。

3 2017 年 3 月 1 日，最高人民检察院下发了“高检诉【2017】7 号”《关于印发<人民检察院认罪认罚案件法律文书格式样本（试行）>的通知》，其中第 9 部分为“认罪认罚具结书格式（样本）：认罪认罚案件适用”。2020 年 5 月 20 日，最高人民检察院印发《人民检察院刑事诉讼法律文书格式样本（2020 版）》，其中有多种类型的认罪认罚具结书，以下简称“格式文本”。

际上，认罪认罚形成过程记录既是认罪认罚协商的工作记录，也是检察官办案案件审查记录。与其让犯罪嫌疑人“概括认可”程序的合法性和认罪认罚的真实性、自愿性，不如详细记载协商过程。这样一来，既能体现协商主体平等、协商充分，也能体现客观性。第二，对等表述双方的权利、义务和责任。需要将《认罪认罚从宽制度告知书》的部分内容再次表述于认罪认罚具结书当中，并且增加相应内容。例如，犯罪嫌疑人有获得法律帮助权、案件知情权、意见表达权等，检察机关相应有保障义务；又如，协商双方都有权根据协商情况终止程序，拒绝对方不合理要求，同时也有义务不能做出契约文本外承诺。再如，签订认罪认罚具结书后，检察官有责任按照认罪认罚内容提出指控（或不起诉）、量刑建议和程序适用建议，被告人有责任按照约定内容继续如实供述罪行、承认指控、接受量刑建议和同意审判程序。

除了上述有关认罪认罚具结书的框架形式和内容表述的立法建议，笔者认为司法机关还应重新发布格式。笔者根据上文内容尝试整理如下。

图 1 认罪认罚具结书

认罪认罚具结书

一、协商主体信息

检察机关：___人民检察院，检察官：___。

犯罪嫌疑人：姓名___，性别___，民族___，出生日期___年__月__日，身份证号码：___，住址：___。

二、协商主体的权利和义务

1．检察机关、检察官的权利和义务

（示例：有权依法独立提出认罪认罚内容，有权依据法律禁止性规定而终止本程序，有权拒绝犯罪嫌疑人提出的与具结书内容无关的要求，应当保障知情权，应当协助犯罪嫌疑人获得法律帮助，确保辩护人/值班律师独立且不受干涉地提供法律帮助，应当按照认罪认罚内容起诉或对案件做出其他处理，不得对犯罪嫌疑人做出本具结书之外的关于案件处理的承诺，等）

2．犯罪嫌疑人的权利和义务

（示例：有权获得辩护人/值班律师的有效法律帮助，有案件证据材料的知情权，应当如实表述是否接受认罪认罚内容的义务，应当如实提供有关理解力和判断力的事实情况，应当按照遵照认罪认罚内容进行诉讼活动，等）

3．辩护人/值班律师的责任

（示例：应当向犯罪嫌疑人提供有效法律帮助，应当于犯罪嫌疑人签署具结书过程中在场，等）

三、认罪认罚从宽内容

1．检察机关拟指控犯罪嫌疑人的罪名：___

2．检察机关拟指控犯罪嫌疑人的犯罪事实：___

3．检察机关拟提出量刑建议（或案件处理）：___

4．适用速裁程序/简易程序/普通程序。

四、协商过程

1．犯罪嫌疑人如实供述罪行的协商和认定过程。（略）

2．犯罪嫌疑人承认拟指控的犯罪事实和罪名的协商和认定过程。（略）

3．犯罪嫌疑人接受量刑建议（或案件处理）的协商和认定过程。（略）

4．适用速裁程序/简易程序/普通程序。

五、违约责任

1.检察机关保证本《认罪认罚具结书》中拟指控罪名与拟指控犯罪事实与起诉书一致，量刑建议一致，适用程序建议一致。否则（略）

2.犯罪嫌疑人保证遵照《认罪认罚具结书》约定，不以任何行为违反认罪认罚内容。否则（略）

犯罪嫌疑人___已阅读《认罪认罚从宽制度告知书》和本《认罪认罚具结书》，且理解并接受其全部内容。犯罪嫌疑人___自愿适用认罪认罚从宽制度，对拟指控的罪名、拟指控的犯罪事实全部没有异议，同意___人民检察院提出的___量刑建议。同意适用速裁程序/简易程序/普通程序。犯罪嫌疑人___就第三款的内容已经获得辩护人/值班律师的法律援助并听取了法律意见，知悉认罪认罚可能导致的法律后果。犯罪嫌疑人___承诺上述表示是真实和自愿的，未受任何暴力、威胁或任何其他形式的非法影响，亦未受任何可能损害本人理解力和判断力的毒品、药物或酒精物质的影响。除了本《认罪认罚具结书》载明的内容，犯罪嫌疑人___没有获得其他任何关于案件处理的承诺。

辩护人/值班律师___。本人证明，犯罪嫌疑人___已经阅读了《认罪认罚具结书》及《认罪认罚从宽制度告知书》，根据本人所掌握和知晓的情况，犯罪嫌疑人系自愿签署了上述《认罪认罚具结书》。

六、其他事项

1.豁免：本《认罪认罚具结书》失效后，其不能作为公诉方的证据或其他材料用以证明其具体指控和事实主张。

2.文本持有：本《认罪认罚具结书》一式___份，检察机关持有___份，犯罪嫌疑人持有一份，辩护人/值班律师持有一份。均具有同等效力。

公诉机关（盖章）：___人民检察院　　犯罪嫌疑人（签名）：　　辩护人/值班律师（签名）：

检 察 官（签名）：　　执业机构：

年　月 日　　年　月　日　　年　月　日

（三）认罪认罚具结书的效力规范

1.认罪认罚具结书的生效

认罪认罚具结书一经双方签署，对控辩双方生效，具有约束力。按照契约的一般原理，书面契约的经各方签署，即视为成立和生效。故法律应当明确，认罪认罚具结书经公诉机关盖章、检察官签名、犯罪嫌疑人签名以及辩护人（值班律师）签名后即生效。如上文所述，认罪认罚具结书生效后，控辩双方应按照认罪认罚具结书的内容实施诉讼行为。为了敦促控辩双方在认罪认罚具结书生效后积极履约，法律制度应设置违约责任。发生违约行为时，一方面保护守约方的利益，另一方面视具体情况，对违约方加以制裁。

例如，被追诉人无正当理由反悔，包括翻供、对指控提出异议等，视为认罪认罚情节丧失。并且，认罪认罚具结书中的量刑建议和程序选择建议失效，公诉机关可以重新提出量刑建议。

又如，公诉机关的指控与认罪认罚具结书内容不一致，包括变更罪名、变更犯罪事实，认罪认罚具结书内容不得作为指控的佐证，但审判机关可将被追诉人的守约视为有利于被告人量刑的情节。公诉机关有正当理由的，审判机关应建议控辩双方协商签署新的认罪认罚具结书。

审判机关审理案件后认定认罪认罚从宽合法，那么认罪认罚具结书才对审判机关生效，具有约束力。目前制度中的相关规定应予以保留，[1]但法律制度应解决控辩各方违约后审判机关的应对问题。按照先后顺序，认罪认罚具结书对控辩双方发生效力，早于对审判机关发生效力。如果在对审判机关生效之前存在违约情形，那么认罪认罚具结书自然不能产生对审判机关的约束力。但被告人上诉或检察机关抗诉，审判机关应区分情况进行处理。第一，二审法院审理上诉案件，查明一审判决正确的，但因认罪认罚情节消失，应发回一审法院重新审理。第二，二审法院审理抗诉案件，查明一审判决正确的，应驳回抗诉，维持原判。第三，二审法院审理上诉或抗诉案件，查明一审判决在认定事实或法律适用方面确有不当的，依照相关法律规定处理。

2.认罪认罚具结书的失效

完善的法律制度，应对认罪认罚具结书的生效和失效都加以明确规定。按照上文观点，认罪认

1 参见《刑事诉讼法》第 201 条之规定。

罚具结书经控辩双方签署后即推定生效。生效乃失效之前提，故未经签署的认罪认罚具结书不存在失效问题。目前法律制度虽然没有规定认罪认罚具结书的失效，但相关法条中存在着认罪认罚从宽失效的规定。

第一，犯罪嫌疑人违背真实意愿认罪认罚。[1]当事人的意思表示真实是契约的生效要件，但鉴于刑事诉讼活动的非公开性，以及司法机关办案的职权性色彩仍较为浓重，所以法律制度对犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性问题颇为重视。认罪认罚案件进入审判程序之后，审判机关依职权对认罪认罚自愿性进行审查。显然，无论出于何种原因，认罪认罚自愿性存在瑕疵的，认罪认罚从宽即无效，故认罪认罚具结书不产生约束审判机关的效力。对此，法律制度应明确犯罪嫌疑人违背真实意愿签署认罪认罚具结书的，认罪认罚具结书失效。这样有利于敦促检察机关全面落实平等协商和充分协商。

第二，认罪认罚具结书内容违法或不符合客观事实。[2]法律明确规定认罪认罚具结书的内容应真实、合法，也赋予审判机关相应的审查权力。笔者认为，建构完善的认罪认罚从宽制度，还应对此情形发生时的法律后果进行规定。明确规定认罪认罚具结书内容不真实或者不合法，导致认罪认罚具结书失效。

除此之外，控辩各方的违约行为，也会导致认罪认罚具结书的失效。明确这一点的意义在于：一方面，通过明确法律后果的方式，敦促控辩双方积极履约；另一方面，加强违约制裁，提倡诚实信用，杜绝违约方不当利用认罪认罚具结书，保护守约方的利益。

五、结语

认罪认罚具结书立法完善方面问题的研究，有助于实现协商性司法、控辩协商研究的“言之有物”。以认罪认罚具结书为中心而构建的认罪认罚从宽制度，能够有效指引和评价控辩审三方的诉讼行为，通过认罪认罚从宽过程和载体的实质化来实现“宽严相济”的个案落实。此外，未来有关认罪认罚具结书的制度研究，应具备更广阔的视域，不能仅停留在功能、性质、效力等基础原理问题。在新时代法治建设的背景下，制度搭建既离不开司法权能的配置，也离不开配套制度发挥功效。所以，在本文研究的基础上还需关注：第一，认罪认罚制度完善背景下检察官的权力、责任和工作任务应与时俱进，故亟需做好理论和对策分析研究；第二，完善认罪认罚从宽制度，需要做好制度之间的协同和机制之间的衔接，解决好有效辩护、辩护全覆盖等问题，以便形成合力贯彻落实“宽严相济”刑事政策，谋求我国刑事诉讼制度的新发展。

1 参见《刑事诉讼法》第 190 条之规定。

2 参见《刑事诉讼法》第 190 条之规定。

认罪认罚从宽协商程序的实践困境及破解理路

李哲*

摘要：认罪认罚从宽制度正式写入《刑事诉讼法》以来，充分发挥了优化司法资源配置、促进刑事诉讼程序繁简分流等重要作用，也书写了我国量刑协商程序发展的新篇章。现有认罪认罚从宽协商程序呈现出较强的“封闭式”特征，面临着法官被排除在程序之外、被追诉人主体地位虚化、律师参与缺失等实践困境，因此，需要通过改变我国“封闭式”协商程序之格局，促进其向“开放式”协商程序发展，在准确厘定我国量刑协商程序性质的同时，适时、适当吸纳审判权参与，发挥司法审查的监督和制约作用，同时应进一步加强被追诉人在协商程序中的主体地位，整合辩护资源，合理划分辩护律师与值班律师职责范围，促进协商程序的实质化构建。

关键词：认罪认罚从宽　“封闭式”协商程序　“开放式”协商程序　量刑协商

一、问题的提出

我国在2016年开始推进完善认罪认罚从宽制度的改革，并在经过两年多的试点工作后，于2018年作为一项基本原则正式写入《刑事诉讼法》。与域外协商制度多产生于诉讼爆炸、法庭堵塞这一背景不同，认罪认罚从宽制度在我国的确立很大程度上呈现出一定的主动性，[1]是决策者主动选择的一项顶层设计。需要指出的是，在该制度推进之初，我国立法者持较为谨慎的态度，并将认罪认罚从宽制度与域外典型的协商制度——辩诉交易、认罪协商制度等作出区分，因而在最初的官方文本中并没有出现“刑事协商”“认罪协商”“量刑协商”等描述。“协商”的相关表述首次出现在官方文本中的是2019年两院三部的《关于认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称《指导意见》），第33条规定，“人民检察院提出量刑建议前，应当充分听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见，尽量协商一致”。在理论界，学者并不避讳探讨“协商”一词，大多数学者赞同认罪认罚从宽制度不仅是一项程序性制度，也是一项平等沟通、协商的合意性制度。[2]

随着认罪认罚从宽制度的推进，“合意型诉讼”的发展进入快车道，协商成为合意达成的主要手段，也是制度发展的主旋律，总体而言，我国量刑协商程序经历了从无到有的建构过程。中国特色的控辩协商制度不仅丰富了国际刑事协商的理论和实践，也进一步丰富和发展了我国刑事诉讼控辩合作新格局。遗憾的是，我国认罪认罚从宽制度并非独立的诉讼程序，而多是“嵌入”于速裁程序、简易程序和普通程序中，[3]这就导致了我国量刑协商是“嵌入审查起诉阶段‘讯问犯罪嫌疑人’的非独立程序”，是一种“‘背对背’的异步协商方式”。[4]质言之，“封闭式”特征导致其实难具有协商的完整内核。“作为全面推进依法治国重大决定的顶层设计之一，‘完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度’肩负着特定的时代使命”[5]，而完善量刑协商程序又是完善认罪认罚从宽制度的必要环节，鉴于此，本文从协商程序的实质化构建角度，以《刑诉法》修改为契机，提出完善我国认罪认罚协商程序的对策和思路，以期为制度的建设作出智识贡献。

二、“封闭式”协商程序的实践困境

现有研究中，多是围绕协商的主体、方式等要素，对我国量刑协商程序的现状进行理论反思。其实，对于这项带有协商形式外观的制度在实践中的运行效果，还可以围绕认罪认罚从宽制度的适用主体这一命题，以检察机关作为研究基点，通过对控审关系、控辩关系变化进行研究，深入探讨“封闭式”协商程序所面临的实践困境。

（一）“封闭式”协商的特征之一：法院被排除在协商程序之外

第一，随着认罪认罚从宽制度的落实，检法地位发生一定的变化。在传统刑事诉讼中，法官对

---

* 李哲，安徽医科大学法学院讲师，中国政法大学诉讼法学博士，联系电话：18210598100.

1 参见施鹏鹏：《论实质真实——以德国刑事诉讼为背景的考察》，载《江苏社会科学》2020年第1期，第135页。

2 参见杜磊：《认罪认罚从宽制度适用中的职权性逻辑和协商性逻辑》，载《中国法学》2020年第4期，第236页。

3 参见孙道萃：《论认罪认罚从宽协商的有效模式》，载《学术界》2021年第1期，第166页。

4 参见贾志强：《从嵌入式的“听取意见”到独立式的“量刑协商”：我国量刑协商程序模式的反思与重塑》，载《当代法学》2023年第5期，第125页。

5 吴宏耀：《认罪认罚从宽制度的体系化解读》，载《当代法学》2020年第4期，第67页。

程序的适用、审判过程以及裁决结果的作出具有较为强势的话语权。然而，在认罪认罚从宽制度中，检察机关是认罪认罚协商的主力，即便是在法庭审理环节才做出认罪认罚的被告人仍然要与检察官进行协商。可以说，检察机关是认罪认罚协商中不可或缺的一方主体，拥有协商的主导权，而法院则被排除在协商程序之外，履行的是较为消极的审查义务，这在一定程度上弱化了司法审判的职能。控审之间在传统刑事诉讼中所形成的“分工负责、相互配合、相互制约”的关系格局在认罪认罚从宽制度中某种程度上演变为协商中“此消彼长”的态势。

第二，控辩双方的协商合意对法院具有实质拘束力，且有愈演愈烈之势。量刑建议是控辩双方协商意志的集中体现，其不仅仅是检察机关对被追诉人量刑提出的建议，更凝聚着被追诉人对预期利益的合理期待。我国《刑事诉讼法》第 201 条规定，对于适用认罪认罚的案件，人民法院“一般应当采纳”人民检察院指控的罪名和量刑建议，并规定了不予采纳的例外情形。毫无疑问，“一般应当采纳”意味着法院仍保留对定罪和量刑的裁判权，控辩双方的协商合意对法官仅具有相对约束力，即便是达成合意也不能实质上弱化甚至是架空法院定罪量刑权。但在实践运行中，这一相对约束力有演变为实质约束力的趋向：一方面，有关统计数据显示法院对量刑建议的采纳率高。例如，根据最高人民检察院有关统计数据显示，2020 年前七个月中，刑事案件中认罪认罚从宽制度的适用率为 82.8%，量刑建议采纳率为 90.7%，[1]在部分地区，量刑建议采纳率甚至达到了 98.68%。[2]截至 2021 年 8 月，认罪认罚从宽制度适用率有轻微下降，为 72.2%，但量刑建议采纳率却持续上升，为 92.7%。[3]这较之协商制度早已发展几十年的域外国家来说是相当高的，如此之高的量刑建议采纳率引发理论界对法院审判权行使的担忧。

另一方面，由于检察机关的量刑建议是否具有“承诺”的性质在理论界与实务界一直存在分歧，对于检察机关应当提出精准量刑建议还是幅度量刑建议的问题上形成泾渭分明的两种观点。如果将量刑建议视为检察机关对被追诉人主动认罪认罚的一项承诺，那么，一旦法院并未采纳检察机关量刑建议，被追诉人往往会认为是检察机关背弃诺言进而选择上诉。为避免上诉率过高带来的绩效考评等负面影响，检察机关往往会期望法院能够采纳量刑建议，这在一定程度上“绑架”了法院审判权的行使。尤其是精准量刑建议的适用，更会使法院的审判活动流于形式，法院“橡皮图章”式的裁决过程使检察官成为事实上的审判主导者，成为“法官之前的法官”“站着的法官”[4]。

可以说，“封闭式”的量刑协商程序，排除了法官的参与，使检察机关不仅能够主导审前程序，甚至在很大程度上主导了裁判结果。[5]

（二）“封闭式”协商的特征之二：被追诉人主体地位虚化

第一，从启动方式而言，量刑协商的启动呈现出一定程度上的单向性。放眼域外，认罪协商制度多是采行单双向相结合的发起模式。以意大利认罪协商程序为例，被追诉人与检察官可以协商一致提出认罪协商请求，也可由一方提出认罪协商请求后另一方表示同意。[6]回视我国，认罪认罚协商的启动呈现出一定程度上的单向性，即主要由检察官在“讯问犯罪嫌疑人”的环节告知被追诉人认罪认罚之后可能会获得哪些“利益”，由被追诉人自行考量是否进行认罪认罚。正因为如此，有学者否定我国认罪认罚从宽制度中存在量刑协商，认为这一控辩合意程序呈现的是类似于“要约+同意”的机

---

1 参见《认罪认罚案件检察机关量刑建议采纳率超过 90%》，https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202008/t20200827_478070.shtml.

2 参见《宿迁市人民检察院：切实提高量刑建议适用采纳率》，http://sq.jsjc.gov.cn/tslm/wenhua/202011/t20201108_1123783.shtml.

3 参见《2019 年来“认罪认罚从宽”适用率超 70%，中国官方重审并非一律从宽》，载中国新闻网，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1711587990547322153&wfr=spider&for=pc.

4 陈文聪、李奋飞：《刑事控辩协商机制的确立与争议——认罪认罚从宽制度研究述评》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 5 期，第 62 页。

5 参见李奋飞：《论“交涉性辩护”——以认罪认罚从宽作为切入镜像》，载《法学论坛》2019 年第 4 期，第 32 页。

6 参见孙志伟：《意大利认罪协商程序及其对刑事案件速裁程序的启示》，载《河北法学》2016 年第 4 期，第 142 页。

制，主要是落实“职权式从宽”，在“协商”层面的意义极为有限从而难以被解释为真正的认罪协商。[1]可以说，我国这种量刑协商的启动方式本身就异化了“协商”的实质内涵。既然认罪认罚是被追诉人的权利，被追诉人就有权选择是否认罪认罚，在何阶段认罪认罚、认罪认罚的程度和具体内容等。同样的，其也应当有权提出与检察机关协商。然而现实是，“封闭式”的量刑协商程序弱化了被追诉人的主体地位，赋予被追诉人认罪认罚的权利，却没有赋予其启动认罪认罚协商的权利，这无疑会导致在量刑协商程序的启动上呈现出一定程度上的不平等性。

第二，“封闭式”协商程序弱化被追诉人主体地位的同时，也在一定程度上弱化了其“力量”。协商要求双方在力量上处于大致相当的水平之上。在域外，有不少学者就协商双方的力量不对等而形成的协商合意提出质疑。德国就有学者指出，“合意或者说合同只能存在于权力大致上相等的人之间，无权者只能放弃他本就微弱的反抗而屈服”，该学者以“猫和老鼠”[2]的示例表明二者之间实力的悬殊。事实上，量刑协商所强调“合意”应在双方力量大致对等的情况下通过平等对话沟通而达成，认罪认罚从宽制度中存在协商性基因和达成合意的夙愿，因而，“‘从宽’不再仅仅是国家司法机关单方面给予认罪认罚被追诉人的一种‘恩赐’，而应当成为控辩双方协商交流的内容和结果”[3]。这种协商交流内容和结果实现的基本前提是控辩双方的力量对比大致处于同一水平线上。

然而，“封闭式”的协商程序，将被追诉人严密“裹挟”至程序的漩涡中，其面对的是以国家机器作后盾的检察机关，量刑协商上明显处于不对等态势。一方面，控辩双方地位上具有天然的不对等性。被追诉人的人身自由往往受到限制乃至被剥夺，而检察机关作为国家机关具有较强的权威和威慑感，这种弱势地位使被追诉人在面对检察官时往往会形成一种“畏惧”之感，更遑论与检察官进行“讨价还价”。另一方面，“封闭式”协商程序导致控辩双方在信息资源获取手段、获取量等方面存在悬殊。虽然被追诉人享有知悉权，但是这一权利的实现仍具有被动性，即主要依赖于公安司法机关的主动告知，至于告知的具体内容和告知的方式以及告知之后是否能够达到使被追诉人“明知”的程度，则取决于公安司法机关告知的量度。如若办案机关隐瞒对被追诉人有利的量刑情节，那么被追诉人则很难获悉。

综上，被追诉人虽具有刑事诉讼主体地位，但作为认罪认罚从宽制度适用效果的直接和最终承担者，在“封闭式”的量刑协商程序中其主体地位趋于弱化。我国量刑协商中控辩双方之间地位、力量等对比的悬殊，导致实际参与协商的两方“议价”能力差异巨大，这在一定程度上背离了“协商”的根本要求。正如有学者指出，“检察官与嫌疑人之间的这种量刑协商根本不具有‘协商’的性质，至于所谓的‘平等协商’和‘理性妥协’，那就更谈不上了”[4]。

（三）“封闭式”协商的特征之三：律师参与的缺失

大多数的被追诉人往往不具有法律知识，加上被羁押阶段信息来源相对闭塞，如果没有律师帮助，很难说我国的认罪协商是在平等、自愿基础上达成的。可以说，律师的帮助对于保证控辩双方在平等基础上进行协商具有重要意义。从我国现行认罪认罚从宽制度的规定来看，量刑协商的主体是检察机关和被追诉人，这是因为被追诉人对某些直接影响着自身关键性权益和深层次道德自由的权利享有最终的决定权，[5]但这并不妨碍律师进入协商程序，为被追诉人提供智识支撑。然而，“封闭式”协商程序在一定程度上压缩了律师发挥作用的空间。尽管法律规定了值班律师提供法律帮助，力

---

1 参见陈卫东：《认罪认罚从宽制度的理论问题再探讨》，载《环球法律评论》2020 年第 2 期，第 23 页。

2 当猫向老鼠建议一种不那么痛苦的死法，条件是老鼠放弃本就毫无希望的逃跑努力，并且老鼠接受了建议，没有人会认为老鼠确实赞成自己随后变成一顿大餐，这种表面上宣称的同意实乃来自于“压榨”。详见贝恩德·许乃曼：《公正程序（公正审判）与刑事诉讼中的协商（辩诉交易）》，载陈光中主编：《公正审判与认罪协商》，法律出版社 2018 年版，第 33 页。

3 魏晓娜：《结构视角下的认罪认罚从宽制度》，载《法学家》2019 年第 2 期，第 114 页。

4 陈瑞华：《刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起》，载《法学论坛》2019 年第 4 期，第 15 页。

5 参见方柏兴：《论辩护冲突中的权利保留原则——一种协调被告人与辩护律师关系的新思路》，载《当代法学》2016 年第 6 期，第 139 页。

图推进刑事辩护领域实现辩护数量从有限到普遍的重要转变，[1]但值班律师提供法律帮助往往呈现出“流水线作业”的特征，很难精准的为协商时的被追诉人提供持续性帮助。甚至到具结书签署阶段，值班律师被作为双方具结书签署的“见证人”“背书人”[2]，为被追诉人提供的法律帮助仍旧十分有限。这些均导致刑事协商中被追诉人孤身一人与检察机关对抗、协商的状态。更进一步说，“封闭式”量刑协商程序缺乏律师的有效参与，引发制度适用的危机：

一方面，无法充分保证被追诉人认罪认罚的自愿性、明知性。司法实践中，主要由检察官单向抛出协商的意图，尔后由被追诉人选择是否认罪认罚。在这种情况下，被追诉人往往会处于较为茫然的状态，甚至根本无法全然洞悉、了解检察机关提出的量刑“优惠”，从而稀里糊涂选择了认罪认罚。缺乏律师有效帮助情况下的协商合意是否是被追诉人自愿、明知的意思表示，这是存疑的。而一旦被追诉人表达反悔的意图，诉讼程序可能会面临停滞甚至倒流，这时不仅不会达到节约诉讼资源、实现案件分流的效果，反而会在一定程度上导致程序的回转，造成司法资源的浪费。

另一方面，对法院的审判造成一定的影响，甚至可能会造成冤错案件的发生。协商作为认罪认罚从宽制度的重要环节，其主要作用场域是在审查起诉阶段，量刑建议是控辩双方协商合意最直观的体现。这在一定程度上导致到庭审过程中法官审查的重点发生变化，即由一般案件中的全面审查到认罪认罚案件中的重点审查。那么，缺乏律师有效帮助下所达成的合意是否真的是公正、合理的，正如有学者指出，“在被告人认罪认罚的案件中，被告人假如无法获得辩护人的有效辩护，那么，法庭审理的形式化几乎是不可避免的结局”[3]。实践中，本来无罪的被追诉人可能出于替人定罪、早日摆脱诉累等方面的考量而“主动”或“被迫”选择认罪，而法庭认为合意既已达成无需作过多的审查，那么，冤错案件的发生不可避免。

三、“封闭式”协商程序的破解路径：从“封闭”走向“开放”

（一）厘清量刑协商程序的实质

协商是认罪认罚从宽制度的灵魂与核心，也是该制度运作的基点和动力。与域外尤其是英美法系辩诉交易制度中协商的“纯粹性”不同的是，我国认罪认罚从宽制度中的“协商”在某种程度上带有一定的职权主义色彩。“封闭式”的协商程序在一定程度上成为公权力在诉讼空间中的延续：从主体而言，检察机关和被追诉人两方的参与弱化了认罪认罚从宽制度的协商性色彩，权力运作相对主动，而权利行使相对被动；[4]从方式而言，“封闭式”协商程序也造就了讯问环节“捎带”询问被追诉人认罪认罚意愿的实践样态，协商的实质发展缓慢。推动我国认罪认罚从宽制度中量刑协商程序的实质化建构，首先应明确将量刑协商从现有的闭塞程序、固化方式中释放出来，促进“封闭式”协商走向“开放式”协商。

从域外来看，辩诉交易制度由于受当事人主义的影响，协商中的个体意志因素和自由性特征在刑事司法这一较为传统的领域得到较大程度的释放。协商被认为是控辩双方自由意志的体现，而且为保障协商的实质效果，将辩护律师作为控辩协商的当然主体，从而弥补被追诉人信息掌握不充分、权利保障不足等缺憾。可以说，辩诉交易制度之下的协商具有较强的协商特质，而这种对协商特质最大化发挥的做法也推动了辩诉交易制度从实践中来且更好地融入、适应司法实践发展的需要。而在大陆法系的认罪协商制度中，协商不可避免受到较为浓烈的职权主义传统的影响，呈现出一定的“不完全性”特征。尤其是在以法官作为法定协商主体的德国，协商所达成的合意更带有一定的职权宽恕意味，甚至有学者认为，职权主义与认罪协商在理念上即存在着根本性的冲突，[5]职权主义刑事司法体制下并无太多协商制度存在、发展的沃土。回视我国，“封闭式”的协商难以被理解为真正意义

---

1 参见王敏远、胡铭、陶加培：《我国近年来刑事辩护制度实施报告》，载《法律适用》2022 年第 1 期，第 38 页。

2 汪海燕：《三重悖离：认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境》，载《法学杂志》2019 年第 12 期，第 20 页。

3 陈瑞华：《刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起》，载《法学论坛》2019 年第 4 期，第 16 页。

4 参见吴思远：《我国控辩协商模式的困境及转型——由“确认核准模式”转向“商谈审查模式”》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 1 期，第 149 页。

5 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（上），台湾元照出版有限公司 2017 年版，第 60 页。

上的“认罪协商”，也不能将其推定为量刑协商。[1]基于此，认罪认罚从宽制度下的控辩协商结果只能理解为是检察机关职权宽恕行为引起的从宽实效，其效果同自首、立功等相类似，而并非双方之间讨价还价所达成的结果。从当前我国控辩协商的实际运行状态、配套措施等方面来看，在实然层面反映出“封闭式”协商的诸多问题，其中最突出的问题就在于“协商”不充分、协商配套机制不完善导致协商结果并不能彻底反映双方对抗、合作的意图，而具结书作为协商结果的集中体现也往往被认为是被追诉人的单方承诺书和忏悔书，是对接受量刑建议和同意程序适用的书面确认。[2]

从域外来看协商机制的确立都力图在一定程度上摒弃协商的不彻底性之弊病，因此，我国量刑协商应走向“开放式”协商的新格局，确保控辩合意是在充分对抗基础上形成的。从应然角度来说，协商不应仅仅被认为是公权力机关对被追诉人积极认罪的职权宽恕，否则其与自首、立功等量刑情节无异而无需单独设置专门的协商环节予以规制。因而，需要认识到协商所具有的独立程序价值，应破除我国量刑协商“封闭式”格局，在“开放式”协商程序中实现从对抗走向合作：首先，关于“对抗”，这是协商的前提和基础，“开放式”协商程序所期望的是双方在势均力敌的基础上进行“讨价还价”行为，其互动性特征明显。如若双方中的任何一方不具有协商的能力，则这样的协商并不能被视为真正意义上的协商。其次，关于“合作”，“开放式”协商程序具有动态特征，通过对抗走向合作是协商的终极目标。无论是对抗抑或是合作都需要双方具有大致对等的地位、权利/权力配置，尤其是对于被追诉人而言，其地位及权利武装水平将直接影响到协商的实质效果。因此，协商不是公权力机关的单向宽恕行为，而是双向交互作用的结果，协商结果在本质上应体现出“你情我愿”之特征，将协商视作职权宽恕行为的做法最终会导致被追诉人对协商结果的不满。厘清协商的本质，对于我国当下控审关系的调整、合理配置辩方资源等方面具有重要的指引作用。

（二）适当吸纳审判权参与，发挥审判权对协商合意的尊重与监督

“参与原则适用于各种制度”[3]，这在量刑协商程序中同样适用。前已述及，当下我国“封闭式”量刑协商程序最突出的弊病就在于，排斥了审判权、以律师为代表的辩护权等的参与。有学者指出，“我国刑事诉讼最大的问题是审前程序中审判权不能介入并发挥作用，这意味着审前程序并未形成控辩审三方组合的诉讼构造，而是一种行政化的治罪模式”[4]，这一问题在我国认罪认罚从宽量刑协商程序中同样存在。“开放式”量刑协商程序主张适当吸纳审判权的参与，在确保审判权对协商合意尊重的同时，发挥审判权对协商的制约和监督作用，确立严格的司法审查环节，防止量刑协商沦为“无需司法介入的私人缔约行为”[5]。因此，需要在“开放式”量刑协商程序中进一步廓清检法关系之基本格局，这是制度适用的前提和稳健运行的保障。对于检法来说，无论案件是否适用认罪认罚从宽制度，即无论被追诉人与检察机关是否达成了认罪认罚的协商合意，都不影响二者之间的地位和分工。详言之：

第一，法院仍是我国法定的、唯一的审判机关，协商合意的达成并不能改变法院所享有的实质审判权。量刑建议是控辩协商合意的集中体现和意愿的直观表达，《刑事诉讼法》第 201 条赋予量刑建议以相对约束力，这也就意味着量刑建议或者说是双方合意对法院裁决结果一般来说确应具有一定的约束力，但这种约束力并不以牺牲法院审判权为代价。应破除将法院视作“签字先生”的旧有观念和做法，合意行为不能阻碍法院审判权的行使。以协商合意来绑架法院审判权的行为不具有正当性和合法性基础。同样的，量刑建议亦不能成为掣肘法院审判权行使的武器，量刑建议所具有的约束力始终应维持在“相对拘束”这一限度，量刑仍应是法官自由心证作出的结果，否则即可能架空法院审判权的行使，破坏司法公正。对此，在“开放式”协商程序之下，法院仍应保留调查和审判的权限，改进司法审查的方式，防范因量刑协商不当而引发的冤错案件。

---

1 参见陈卫东：《认罪认罚从宽制度的理论问题再探讨》，载《环球法律评论》2020 年第 2 期，第 23 页。

2 参见陈文聪、李奋飞：《刑事控辩协商机制的确立与争议——认罪认罚从宽制度研究述评》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 5 期，第 61 页。

3 [美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 217 页。

4 韩旭：《刑事诉讼法典化的实现路径》，载《法治研究》2023 年第 6 期，第 97 页。

5 See Gerard E. Lynch，Our Administrative System of Criminal Justice，66 Fordham Law Review 2117，2118 (1998).

第二，法院对协商合意的尊重并不等同于审判权减让，而是审判权的适当简化与调整。“以审判为中心的诉讼制度改革和完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度根植于相同的时代背景，服务于共同的司法目标”[1]，认罪认罚从宽并不意味着要动摇以审判为中心的核心地位。同理，量刑协商也不代表取代法院审判权。虽然我国认罪认罚从宽制度确立了复合型的价值目标，但是对于司法公正和诉讼效率的追求仍是其中重要的两大方面。诚然，适用认罪认罚从宽制度的案件确实在一定程度上节省了庭审资源，这是“法院和检察院共同追求和维护的价值，也是认罪认罚从宽制度得到广泛认同和接受的主要理由”[2]，但是我们也应当意识到庭审资源的节约以量刑协商的全面、充分、有效进行为前提。

在“开放式”量刑协商程序之下，量刑建议不仅仅是控辩双方对诉讼结果的合理期待，还是对协商过程是否具有公正性、实效性等的检验和反映，因此，法院对这类经过充分量刑协商所得的量刑建议在审查后予以采纳是对此类案件审理适度简化后的结果。事实上，法院对协商合意更进一步说对量刑建议“一般应当采纳”并不能视为法院审判权的减让，前文已述，无论制度施行对刑事诉讼效率提升等方面具有多大的推动作用都不能改变法院作为审判权行使的唯一主体这一宪法规定。对于审判权减让来说，既然有减让就应有受让客体，但是法院审判权是一项宪法规定的职权，作为唯一的审判机关其审判权的转移与让渡均不具有合理合法性，因此，只能说是审判权内容的适度简化。

第三，应当坚持实质真实原则。“开放式”量刑协商程序吸纳审判权参与，并非意味着法官成为“旁观席上的见证者”，而是要充分发挥司法审查的作用。在德国，立法将事实发现和法律适用排斥在刑事协商的范畴之外，[3]认为分属于法官职权范围内的事项不因协商制度的适用而有所改变，法官仍应严格遵守真相发现这一宪法性义务。

“开放式”量刑协商程序并非放弃对实质真实的追求，：一方面，“开放式”量刑协商程序的构建，能够促进控辩协商实质平等性的实现。另一方面，“开放式”量刑协商程序吸纳法官的参与，由法官对案件实质真实进行探查。被追诉人的有罪供述为量刑协商程序的推进提供了客观前提，但该供述仅是在一定程度上降低了法官查明真相的难度，但并不能就此免除法官的实质真实发现义务。诚如在德国认罪协商程序中，被告人供述仅作为其握有的“主要交换物”而并非处分声明，这也就意味着它和其他证据一样要接受法官的证据评价，在证据体系中不享有任何优先地位。[4]事实上，将被告人供述作为定罪的唯一依据的做法背离了对实质真实发现义务的要求，也为司法实践中“替人顶罪”“非出于自愿认罪”等情形的出现埋下了隐患，而这些最终将导致冤错案件的发生。因而，在“开放式”量刑协商程序之下，法院仍有权依据事实和法律改变对被告人的定罪和量刑。

此外，事实真相的实质发现离不开对法定证明标准的坚持。有观点认为，“证明标准僵化是历次程序简化改革效果不彰的根本原因”，“认罪认罚从宽制度不宜坚持统一的证明标准”[5]。其实，该观点的合理性有待商榷。在刑事诉讼中，应不区分案件轻重、类型、适用的程序而一体遵循“事实清楚，证据确实、充分”的法定证明标准，这已渐成理论研究中的共识。因为对于“开放式”量刑协商程序来说，“案件事实清楚、证据确实、充分”这一证明标准是不能动的底线，对公正的追求永远是第一位的。

（三）发挥辩方对协商实质化的推进作用

“开放式”量刑协商程序力求检察机关与被追诉人之间平等的对话与沟通，平等的前提则是尽力实现双方在权利/权力配置上的相对均衡。作为协商中的另一方主体，辩方权利的明确、实质作用的发挥是激活协商、实现“开放式”量刑协商新格局的关键因素。如果说法院主要是从事后层面对协商的进行监督，那么辩方的参与则是对协商过程的持续性动态影响。因此，应系统整合辩方资源，优

---

1 汪海燕：《认罪认罚从宽制度视野下的“以审判为中心”》，载《中国法学》2023 年第 6 期，第 64 页。

2 张建伟：《协同型司法：认罪认罚从宽制度的诉讼类型分析》，载《环球法律评论》2020 年第 2 期，第 41 页。

3 参见高通：《德国刑事协商制度的新发展与启示》，载《环球法律评论》2017 年第 3 期，第 158 页。

4 参见托马斯 · 霍内尔：《检验台上的德国协商模式——在鼠疫和霍乱之间》，刘昶译，载陈光中主编《公正审判与认罪协商》，法律出版社 2018 年版，第 252-254 页。

5 秦宗文：《认罪案件证明标准层次化研究——基于证明标准结构理论的分析》，载《当代法学》2019 年第 4 期，第 94 页。

化权利配置，发挥被追诉人、辩护律师、值班律师等主体在量刑协商中的作用，以辩方之力促进协商的实质性推进，这也是我国“开放式”量刑协商程序发展的重要维度。

第一，从被追诉人角度而言：首先，确保被追诉人事实上享有提出协商的权利。所谓“开放”，即从开始即打通被追诉人通向协商的轨道，使双方均应享有向对方发出协商“要约”的机会。然而，如前所述，我国认罪认罚从宽是否适用主要采取由检察机关单方提出后经被追诉人确认的模式。虽然是否认罪认罚都是被追诉人的权利，但被追诉人主动提出协商的情形并不多见，故而，应当明确规定被追诉人享有主动提出协商的权利并能事实上行使该权利。其次，确保被追诉人有权获取充分的案件信息并能获得对信息解读的实质性帮助。提出协商之意以信息的获取为前提，只有充分摄取案件信息才能对是否进行协商有相对合理的、初步的判断和权衡。但是，对于大多数被追诉人来说，信息的获取并不等同于对信息的充分吸收，需要信息提供者（如公安司法机关）或者熟知法律者（如律师）的合理解读和及时帮助。因此，应当确保被追诉人有权获取充分的案件信息并能真正运用这些信息。再次，确保协商达成合意所需对价的相对平等性。协商的开展以被追诉人对部分权利的放弃为前提，其中最为突出的就是承认有罪即意味着放弃无罪辩护的权利。可以说，这是被追诉人为获取较为宽缓处理结果不得不支付的协商对价。但是对于自身力量弱小的被追诉人而言，与国家机关相抗衡本就存在着一定的难度，立法之所以强调对被追诉人进行权利保障，其中一个重要原因就是弥补控辩力量的巨大落差。那么，在“开放式”的量刑协商程序中，要求公权力机关不得以协商合意来引诱或迫使被追诉人放弃本不应放弃的权利，以确保被追诉人参与协商无后顾之忧。对此存在较大争议的是应否保留被追诉人上诉权的问题。对于协商合意是否排斥被追诉人上诉权行使的问题，学界存在不同的主张，[1]有观点从速裁程序的效率价值出发，主张在认罪认罚的轻刑案件中不应当赋予被告人上诉权，而应实行一审终审制。[2]事实上，从诉讼效率的角度考量，不赋予被告人在认罪认罚的轻刑案件中的上诉权固然有一定的合理性，因为被告人上诉意味着浪费了一审程序的诉讼资源。但是“开放式”量刑协商程序意味着对于因程序所引发的各种结果都要能够提供相应的救济，对认罪认罚案件被告人而言，不能以牺牲其基本权利作为代价。基于确保司法公正、保障被追诉人诉讼权利的需要，应当赋予认罪认罚案件被告人上诉权。

第二，“开放式”协商程序应充分发挥律师对协商的促进作用，确保被追诉人参与协商确系得到律师的有效帮助。辩护权是刑事司法中的首要人权保障，[3]然而辩护在认罪认罚从宽制度改革中呈现出

---

1 如有学者认为，“考虑到我国认罪认罚从宽制度在适用范围上具有广泛性、适用速裁程序的案件最高可判处 3 年有期徒刑、检察官的量刑建议有时缺乏精准性、量刑指南尚不完善、认罪认罚从宽具有强烈的职权色彩、被追诉人诉讼权利保障不充分等因素，对于认罪认罚从宽案件原则上不宜限制被告人的上诉权”。详见熊秋红：《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》，载《比较法研究》2019 年第 9 期。亦有学者主张，考虑到认罪认罚从宽制度的效率目标，应区分案件类型从而决定是否限制被告人上诉权的行使，如对于适用普通程序审理的案件，有必要赋予被告人上诉权。详见陈卫东：《认罪认罚从宽制度研究》，载《中国法学》2016 年第 2 期。也有学者主张根据案件判处刑罚情况决定是否赋予被告人上诉权，如对于速裁程序审理的案件，判处一年以下刑罚、一年以上三年以下刑罚及三年以上刑罚的案件，应分别采取放弃上诉权、赋予仅针对程序问题的上诉权及完整的上诉权三种不同的措施。详见臧德胜，杨妮：《论认罪认罚从宽制度中被告人上诉权的设置——以诉讼效益原则为依据》，载《人民司法（应用）》2018 年第 34 期。还有学者认为，被告人应享有上诉权但上诉权的行使仅限于合理理由的情形下，应推行的是有因上诉制度，对于有证据证明判决量刑畸重、认罪认罚违背资源、程序重大违法等理由允许上诉。详见董坤：《认罪认罚从宽案件中留所上诉问题研究》，载《内蒙古社会科学》2019 年第 3 期。

2 参见方俊民、胡妃华：《从宽从简:刑事速裁程序实行一审终审制可行性分析--以认罪认罚从宽制度的二维属性为视角》，载贺荣主编：《深化司法改革与行政审判实践研究-全国法院第 28 届学术讨论会获奖论文集(上下)》，人民法院出版社 2017 年版，第 855 页。

3 参见陈光中：《如何理顺刑事司法中的法检公关系》，载《环球法律评论》2014 年第 1 期，第 64 页。

一种“被动性”特征，[1]“开放式”协商程序的建构意义就在于，推动辩护在认罪认罚案件中的“主动性”变革。首先，整合辩护律师与值班律师资源，确保协商的每一位被追诉人都能获得有效的法律帮助。当前我国刑事辩护率尤其是轻微刑事案件辩护率低、强制法律援助辩护范围较窄等问题仍较为突出，通过立法扩大强制法律援助辩护范围非一日之功，故而应系统整合辩护律师、值班律师等资源，确保值班律师在无辩护人又不符合强制法律援助辩护条件的案件中及时、有效的参与。具体而言，应当赋予律师量刑协商程序的在场权，并将协商的主体扩大至律师层面。需要指出的是，律师协商主体性地位具有附属性特征。质言之，被追诉人仍是提出协商的意愿、同意检察机关的协商“要约”的当然主体，律师只是从法律层面对是否进行协商提出较为专业的建议和判断，而不能无视被追诉人意愿主动提出是否进行协商。但是协商程序一旦启动，即应确保律师在场权的实现。需要指出的是，此种律师在场权与当前司法实践中值班律师异化为“见证人”角色有着本质的不同。律师在场旨在通过专业知识弥补被追诉人自身存在的不足、增强其与检察机关进行协商的砝码，从而切实提高协商的质量和效果。

其次，合理划分辩护律师与值班律师职责范围。《指导意见》第 15 条规定了辩护人与犯罪嫌疑人、被告人“就是否认罪认罚进行沟通，提供法律咨询和帮助，并就定罪量刑、诉讼程序适用等向办案机关提出意见”。该条对辩护人的职责与作用进行较为细致的规定。当前理论界与实务界对值班律师的定位和职责存在争议，尤其是对值班律师是否应具有辩护人身份存在截然不同的观点。从我国现行立法来看，《刑事诉讼法》并未赋予值班律师以辩护人身份，而是将其规定为“法律帮助者”，并将值班律师的职责分为“提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、对案件处理提出意见”等，《指导意见》第 12 条进一步细化了值班律师的职责，但是很明确的是，《刑事诉讼法》和《指导意见》等都将值班律师排斥在了协商之外。司法实践中，值班律师多是在签署具结书时作为见证者存在而几乎不对刑事协商发表实质性意见。这与辩护律师的作用显然有较大差距。其实，辩护律师与值班律师应是相互配合、相互补充的关系。值班律师即便只是“法律帮助者”的身份，其职责范围仍有进一步拓展的必要。当前，立法已基本确认了值班律师具有阅卷、会见等权利，那么借助于这些权利的行使能够为其参与量刑协商提供助力。尤要扭转值班律师司法实践中对值班律师的错误认知，明确其是为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助，而非为检察机关的职权行为提供背书。唯如此，值班律师制度方能发挥其本初价值，从而促进“开放式”协商程序的实质化建构。

四、余论

随着认罪认罚从宽制度的推进，我国量刑协商进入新的发展格局。但当前“封闭式”协商程序导致诸多问题，引发理论和实务界对协商质效的担忧，改革迫在眉睫。值得注意的是，本文提出“开放式”量刑协商程序的构想，囿于文章篇幅，仅从基本理念等着手进行阐发，至于程序的具体架构等方面仍有待进一步研究。我们需要思考的是中国式量刑协商程序其实质为何、该如何发展、发展到何种程度，这是一项未竟的课题。

---

1 参见谢澍：《直面认罪协商制度的“复杂性”——<庭审之外的辩诉交易>之方法论启示》，载《政法论坛》2019 年第 6 期，第 175 页。

司法智能化研究——刑事诉讼视角

张吉喜　许峰*

摘　要：司法智能化要经历三个阶段，即收集检索阶段、判别阶段和生成阶段。我国目前司法智能化总体发展较为缓慢，只有极少数单位在实践中实际运行司法智能化应用系统。在数字化驱动智能化发展的大背景下，司法智能化已成必然趋势。应以《刑事诉讼法》第四次修改为契机，在《刑事诉讼法》"任务和基本原则"一章增加在刑事诉讼活动中推进数字技术、人工智能技术应用的条文。为了推进司法智能化发展，理论研究要立足于司法实践；司法实践要客观看待司法人工智能的作用。同时要通过完善其他配套保障机制，共同推动刑事诉讼智能化水平。

关键词：人工智能；刑事诉讼；司法智能化；制度回应

引言

二十世纪 80 年代钱学森先生便指出了在法律事务中应用人工智能的可能性并描绘了应用前景。[1]近些年来，数字化驱动智能化发展的浪潮对司法工作的影响正越来越受到重视。最高人民法院和最高人民检察院对此也高度关注。《最高人民法院关于规范和加强人工智能司法应用的意见》指出，要推动人工智能同司法工作深度融合，全面深化智慧法院建设，努力创造更高水平的数字正义。《最高人民检察院关于深化智慧检务建设的意见》提出，要强化办案全过程的智能辅助应用。

新近有很多研究成果着眼于人工智能的法律定位、人工智能风险的法律控制、人工智能对法学研究的影响等方面，其中不乏真知灼见。但相关研究成果对信息化与智能化相关概念及原理存在一定混淆，在一定程度上曲解了人工智能嵌入司法的进路。智能化研究浪潮导致了一些理论成果牵强附会，"'泛人工智能化'研究正在产生大量学术泡沫"[2]，难以有效助推司法智能化的发展。将生成式人工智能嵌入司法受到理论研究的追捧，但司法实践中呈现的却仅仅是信息化数据化升级，离智能化发展相距甚远。这种理论研究与司法实践的悖反现象包含两重内涵：一是"中国司法人工智能的'冷热'悖论"[3]；二是司法智能化理论研究的超前与司法实践的滞后。基于提升司法效率、保障司法公正的导向之维，基于案件数量与司法资源配比失衡的现实之维，需要以智能化助推司法的发展。在这方面，我们面临着以何种态度、何种方式在司法中正当运用人工智能，如何以系统性视角推进人工智能在司法实践中的运用，如何看待人机交互司法决策的发展前景等问题。司法智能化的发展并不仅是刑事诉讼面临的课题，民事诉讼、行政诉讼均会一体历经此阶段，在本文中笔者选用刑事诉讼为角度切入，与后两者不同的是，刑事诉讼领域对人工智能介入的回应可以更加广泛、全面体现在公检法机关与诉讼当事人的行为交互中。应当明确司法智能化并不只是单纯地锚定效率，其发展必然要经历技术成熟度曲线。[4]有鉴于此，司法智能化的研究与实践应当遵循渐进式的发展进路。在本文中，笔者将首先探讨司法智能化的发展历程及应用场景，然后考察司法智能化的实践状况，进而指出司法智能化的未来面向，最后提出刑事诉讼制度回应司法智能化的进路，以期裨益于司法决策的优化及刑事诉讼制度的发展。

一、司法智能化的发展历程及应用场景

回溯人工智能技术的发展历程，司法智能化发展的美好蓝图已经擘画。判别式人工智能与生成式人工智能的并重运用是司法智能化的必由之路，二者在实践中并非泾渭分明，只是在介入司法活动的各程序间发挥效用的形式不同，在人工智能嵌入刑事司法程序执行任务时各有所长，前者侧重于侦查阶段，后者则侧重于起诉和审判阶段。

（一）司法智能化的发展历程

"法律人工智能的发展史是整个人工智能发展史中的重要组成部分，它与人工智能的发展几乎同

---

* 张吉喜，西南政法大学法学院教授；许峰，西南政法大学法学院博士研究生。

1 参见钱学森：《现代科学技术与法学研究和法制建设》，载《政法论坛》1985 年第 3 期，第 1-6 页。

2 刘艳红：《人工智能法学研究的反智化批判》，载《东方法学》2019 年第 5 期，第 119 页。

3 参见左卫民：《数字司法的中国图景》，法律出版社 2023 年版，第 191-205 页。

4 即"高德纳技术成熟度曲线"，笔者用来指代司法智能化从提出、论证、实践到产生实际效用的过程。

步，同样经历了三次波峰”。[1]一是收集检索阶段，这属于人工智能发展的第一阶段，是基于人类灌输的知识驱动型人工智能。在此阶段，司法智能化应用停留在法律信息检索、分类，缺乏学习能力，应用信息需要人工输入系统。“法律信息检索系统是弱人工智能阶段的典型应用。随着技术的进步，人工智能在法律领域的实践应用开始从简单的成文法检索向更高精确度和完整度的案例检索、深度检索、启发式检索等人工智能技术发展”。[2]二是判别阶段，这属于人工智能发展的第二阶段，是基于神经网络的深度学习型人工智能。“通过建立深度神经网络感知模型，深度学习能够更好地处理复杂的非线性问题。特别是在图像识别和语音识别等领域”。[3]其典型应用是犯罪智能预测系统，该系统让人工智能学习样本数据，再对其进行识别测试，通过测试后的系统可以分类识别预测对象的犯罪风险。三是生成阶段，这属于人工智能发展的第三阶段，是未来将要发展的人工智能[4]，是基于感知、认知多要素构造的人机交互型人工智能。该阶段主要依托生成式人工智能强大的生成能力、迁移能力、交互能力建立大模型[5]，整合知识、数据、算法、算力，在此基础之上融合证据收集分析指引、法律监督、文书生成、量刑辅助等系统，实现司法全流程要素化、可视化、智能化。

（二）司法智能化的应用场景

刑事司法的程序原理与人工智能系统的运用机理在一定程度上具有类似性，均可视为材料输入—数据处理—结果输出的过程。无论是判别式人工智能还是生成式人工智能，在刑事司法领域都具有广泛的应用场景。

判别式人工智能是通过学习样本数据的目标特征来对未知数据进行标记和预测的一种机器学习方法。在刑事诉讼中，判别式人工智能可以通过司法大数据驱动，为相关问题提供预测性决策支持。其主要包括两类：以特征信息识别为核心的判别式人工智能和基于 NLP（自然语言处理）技术为核心的判别式人工智能。

以特征信息识别为核心的判别式人工智能在司法领域的典型应用是犯罪预测系统。有学者认为“大数据的核心就是预测。它通常被视为人工智能的一部分，或者更确切地说，被视为一种机器学习。但是这种定义是有误导性的。大数据不是要教机器像人一样思考。相反，它是把数学算法运用到海量的数据上来预测事情发生的可能性”[6]。早在 20 世纪 90 年代中期，美国国家执法和惩戒技术中心便开始研究了犯罪分析与电子地图相结合的软件，这是预测性警务的工具雏形。[7]美国的 COMPAS、Predpol 系统和英国的 NDAS 系统都是代表性的犯罪预警预测系统。现在我国一些地区公安机关开发应用的智能化系统已具备犯罪预测系统的特征，其功能集辅助执法办案、综合查询、智能预警等为一体。此类系统运用大数据分析平台，抓取犯罪特征信息，研判重点人员行动轨迹及动向，可以根据消费记录、生活轨迹等来预测需要重点关注的“潜在犯罪人”，还可以对重点人员进行分级分类预警，以有效实现犯罪预防。

基于 NLP（自然语言处理）技术为核心的判别式人工智能在司法领域的典型应用包括证据指引系统、大数据法律监督模型等。2016 年 10 月，全国首个司法辅助办案系统在贵州落地，该系统依托统一证据标准和证据规则的数据化，为公检法机关案件办理全过程提供证据指引，同时为缺乏经验的一线办案人员提供智能辅助。[8]但对证据的形式、规格、收集程序巨细无遗的规定形成的“填鸭

---

[1] 魏斌：《法律人工智能：科学内涵、演化逻辑与趋势前瞻》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2022 年第 7 期，第 50 页。

[2] 冯子轩主编：《人工智能与法律》，法律出版社 2020 年版，第 15-16 页。

[3] Liu W & Li M, A Brief Overview of the Development of Generative AI, International Journal of Mathematics and Systems Science, vol.7:137, p.138(2024).

[4] 参见张钹等：《迈向第三代人工智能》，载《中国科学：信息科学》2020 年第 9 期，第 1281-1302 页。

[5] 参见张钹：《大模型：一条通往通用人工智能的道路》，载《科学新闻》2024 年第 2 期，第 10-13 页。

[6] [英]维克托 · 迈尔—舍恩伯格，肯尼思 · 库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕，周涛译，浙江人民出版社 2013 年版，第 16 页。

[7] 参见李晶：《美国“预测性警务”的发展与困境（上）》，载《现代世界警察》2021 年第 3 期，第 72-76 页。

[8] 参见王健：《贵州开启大数据办案新模式》，载《民主与法制》2017 年第 17 期，第 13-16 页。

式”定罪，可能会忽视个案的差异性，[1]从而“造成智能应用‘标准化司法建设目标’与‘案件个别正义’的不合拍”。[2]当前，在数字检察工作要求的推动下，各地检察机关大数据法律监督模型的开发及应用正在如火如荼进行中，实现了检察机关法律监督由被动到主动、由个案到类案的转变。

生成式人工智能是指基于算法、模型、规则生成文本、图片、声音、视频、代码等内容的一种机器学习方法。如果说 NLP 技术专注于文本数据的分析，那么 NLG（自然语言生成）技术则是在此基础上将分析结果与原始文本相结合进行内容预测性生成。玛莎 ·梅德韦德瓦（Masha Medvedeva）教授等曾以欧洲人权法院公开的司法判决为样本，使用自然语言处理工具来分析法院诉讼文本，以便自动预测（未来的）司法裁决。[3] 相较于判别式人工智能，生成式人工智能具有更高的拟人性，在案件材料审查、事实认定、量刑辅助、法律文书生成方面具有更强的融贯性，足以完成司法辅助活动，完美契合“AI 司法助手”的定位。

上述司法智能化应用系统锚定司法效率，包括提高犯罪预测能力，降低犯罪率；提升文书撰写的规范性与量刑的准确性；减轻法官辅助性工作负担等方面。立足于上述角度来看，司法智能化具有良好的应用前景。

二、司法智能化的实践状况

现阶段，最高人民法院、最高人民检察院均已对司法智能化进行工作部署，全国各地司法机关或多或少对此项工作的开展均有消息对外发布，但较为显著的问题是所发布信息大多过于简短或笼统，不仅没有运行成效的介绍，大多连所用系统的基本运行状况与功能均未能讲清。以下是笔者通过对 18 家公检法机关实地调研或对实务人员访谈简要总结的实践现状，调研结果在一定程度上反映了司法智能化的实践现状。（参见表 1）

表 1 司法智能化实践现状调研、访谈信息表

地区	单位	实践现状总结
S 省 Z 市 X 区	公安分局	可视化智能指挥调度系统、物联网数字装备室
G 省 L 市	公安局	“龙头警务”实战化合成作战机制
J 省 W 市	公安局	“智慧公安数字化管理”场景
Z 省 T 县	公安局	警综及大数据平台
J 省 L 市	公安局	数据综合研判分析及预警的合成作战中心
N 自治区 M 市	公安局	以 PGIS 警用地理信息系统为依托，自主研发应用“国门管控系统”
HN 省 L 县	检察院	省院统一下发大数据法律监督模型模板;法律文书基础信息辅助生成
G 省 Q 县	检察院	市院统一配置量刑辅助系统;法律文书基础信息辅助生成
J 省 L 市	检察院	大数据法律监督模型(除

[1] 参见熊晓彪:《司法证明数字化转型研究》，中国政法大学出版社 2023 年版，第 31-32 页。

[2] 孙道萃:《我国刑事司法智能化的知识解构与应对逻辑》，载《当代法学》2019 年第 3 期，第 19 页。

[3] See Medvedeva M, Vols M, Wieling M. Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights, Artificial Intelligence and Law, vol.28:237, p.237-266 (2020).

		海警侦查的刑事案件外）
S 省 Z 市 S 区	检察院	依托内网模型仓库，建立运行涉未成年人性侵案件大数据法律监督模型
HB 省 X 市	检察院	从基础案件到执行监督均已应用大数据法律监督模型
HN 省 L 县	检察院	“三色码”刑事案件分类管控系统、“云上管”非羁押人员数字监管系统
Z 省 H 市	检察院	院内自购量刑预测系统；大数据法律监督模型
H 省 Z 市 J 区	法院	法律文书基础信息生成
S 省 Z 市 X 区	法院	法律文书基础信息生成
S 省 C 市	法院	电子卷宗同步生成、在线庭审、智能云柜收转材料、智能辅助办案系统
Z 省	法院	“全域数字法院”改革进行中
G 省 L 市 A 区	法院	法律文书基础信息生成

对于公安机关，上述各项探索实践归根结底都是“情指行”一体化运行机制建设的变体，突出体现的是系统“信息化、数据化的升级”。虽然各地称谓不同，诸如大数据实战中心、合成作战中心、可视化指挥系统等，但所体现的发展方向具有高度相似性。该机制将情报预警、分析、研判、防控、指挥、行动职能一体整合，“不断拓展从人到案、从案到人、从物到案、从案到案的多元化侦查，在海量信息资源中不断碰撞产生一层次、二层次甚至多层次研判结果，形成集群效应，提高精确、快速、批量打击的效能”[1]。

对于检察机关，据调研结果显示，多数检察人员并未意识到本单位智能化发展的重点取向，除内部信息化系统升级外，大数据法律监督模型的运用是谈及较多的内容。目前，大数据法律监督模型的建设运行已经在全国范围内铺开，模型的使用对于犯罪治理有一定的效用，但是公开发布的信息鲜有提及大数据法律监督模型的运行成效，这在一定程度上反映了大数据法律监督模型的实际运行情况不佳。有受访者坦言，现在上级机关已经注意到了该问题，为平衡上级要求和办案压力，不再要求我们必须使用大数据法律监督模型，但每天都要进入数据建模库浏览一遍，后台要留下浏览记录，不浏览就会被通报。虽然各地陆续将大数据法律监督模型的使用纳入考核指标，但其属于综合类考核而非业务类考核，只有业务类考核是针对员额检察官本人的，综合类考核则是针对全院整体的。无论是院领导还是办案检察官，都希望综合类考核排名提升。由于综合类考核指标不设单一限制，因此，许多办案人员更愿意选择性价比较高的撰写典型案例或论文来获得加分。

对于法院，Z 省高院倾力打造的“全域数字法院”[2]是最接近于司法智能化发展应然样态的实践成果。暂不论运行实际效果如何，但其智能化系统已发展为包括案情分析、量刑智能预测、裁判文书生成、跨部门业务协同等场景在内的综合性应用系统。而其他地区的法院智能化发展水平却参差不齐。虽然早在 2017 年，最高人民法院刑三庭和信息中心召开的“推进量刑规范化智能辅助系统建设”

[1] 郑柯：《深化县级公安机关“情指行”一体化运行机制建设》，载《人民公安报》2024 年 5 月 19 日，第 03 版。

[2] 李国毫：《“浙江全域数字法院改革”：以数字正义保障“公正与效率”》，载中国法院网，https://www.chinacourt.org/article/detail/2023/05/id/7315037.shtml，2024 年 8 月 13 日访问。

座谈会就提出“计划用二至三年时间构建一个完善的全国法院量刑智能辅助系统”[1]，但是至今法院内部量刑智能辅助系统应用仍未实现均衡发展。

从上述调研情况来看，一方面，司法实践呈现的样态并非全然属于智能化应用，部分应用仅属于信息化系统的升级。另一方面，各地区公检法机关的智能化发展并未齐头并进，而是各自为战，各系统内部也未能达到同一水平。公安机关着重于开发信息共享、分析平台，且发展速度较快，各地区发展水平较为均衡。而对于检察院和法院来说，实践中呈现出的样态是：第一，总体发展较为缓慢，只有极少数单位在实践中实际运行并检验了司法智能化应用系统；第二，部分地区虽发展较为迅速，但未展现出实质性运行成效。上述境况的形成至少包括以下原因：一是司法人员存在认同障碍与抵触心理，表现为“主观上数字贫困”[2]的变体；二是缺乏法律规定的背书，因而司法机关内部无法形成发展合力；三是现实条件的掣肘，技术、资金、人才都是制约司法智能化发展的现实动因。

三、司法智能化的未来面向

在数字化智能化发展的大背景下，建立刑事诉讼全流程智能应用系统已成必然，未来还会广泛建立多部门共享的智能应用系统。司法实践应当注重人工智能技术在侦查、起诉、审判工作中的均衡应用，理论研究应当立足司法实践产生的现实问题，积极探索推进司法智能化发展。诚然，在锚定司法智能化发展目标的同时亦须警惕人工智能技术存在的内生性风险。

（一）司法智能化发展的趋势

人工智能嵌入司法程序的因果关系并不简单地表征为 A（人工智能技术发展）决定 B（司法范式转变），而是 A 与 B 在 C 环境/条件作用下的耦合。[3]笔者想要表达的是，并不是人工智能技术发展迅速，法学理论研究就要强势融入、追赶热点，而是因为人工智能技术确实已经成为促进社会各领域发展的重要推动力，时代需求亟待司法制度进行回应，首当其冲的便是司法工作范式的转变。（参见图 1 和图 2）司法改革从来都不是一蹴而就的，如不提前研究擘画，司法工作可能会与社会发展脱节。这就要求理论研究要充分认识到这场广泛而深刻的宏大叙事的内在机理，不可急于求成，亦不可本末倒置。司法智能化发展不仅是一个实践性问题，同时也是一个理论性问题。以实践为导向，司法智能化理论研究不是进行单向演绎，而是要立足实际，遵循司法活动的内在规律及人工智能技术发展的外在走向，既要避免与实践脱节的反智化研究，又要警惕游离于人工智能技术发展之外的泛化研究。即司法智能化研究要从“法治实践的智能化问题”与“智能技术的法治化问题”两个维度展开。[4]

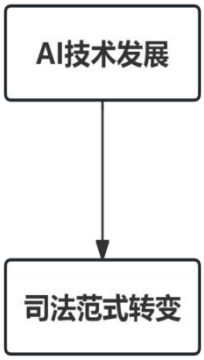


图 1

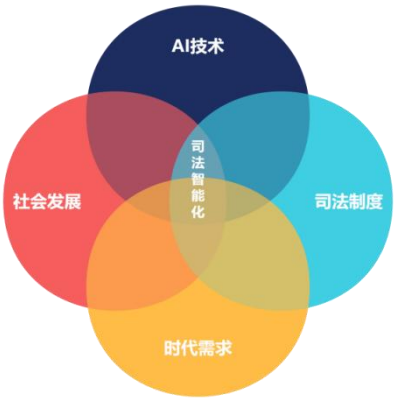


图 2

[1] 陈学勇：《最高人民法院立项开发建设量刑智能辅助系统》，载中国法院网，https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/09/id/3006148.shtml，2024 年 9 月 30 日访问。

[2] 参见宁立标：《论数字贫困的法律治理》，载《南京社会科学》2020 年第 12 期，第 88 页。

[3] See Cartwright N, Causation: One Word, Many Things, Philosophy of Science, vol.71:805, p.805-819(2004).

[4] 参见刘艳红：《人工智能法学的“时代三问”》，载《东方法学》2021 年第 5 期，第 36-37 页。

在人机协作的背景下，“人工智能辅助审判或人机交互早已不是一个‘能不能’的问题，而是一个早已存在如何面对的问题”。[1]要回答司法实践与人工智能如何产生协同效应这一问题，司法实践理应回归“决策”视角。诸多学者已经描绘了司法决策范式的发展趋势，并对司法人工智能进行了分类（辅助决策型与自主决策型）[2]，还有学者对人工智能司法决策模型建构进行了论证[3]。司法智能化的实践趋势体现为司法决策范式将由司法人员单一决策模式动态演进为“人+AI”交互协作决策模式。

回顾实践现状，公安系统的智慧警务工作是在大数据整合的基础上，对判别式人工智能的初步应用，未来应加强与生成式人工智能的融合应用。检察系统大力推动法律监督工作符合其法律监督机关的宪法定位，但大数据法律监督模型的运行距离司法智能化的未来图景尚有很大空间。法院系统不应将智能量刑辅助等系统的应用束之高阁，应着手推动“建立覆盖审判执行各领域的数字场景模型”[4]。公检法机关应当革新发展理念，将“智慧警务”“数字检察”“智慧法院”建设视为实现政法工作现代化的重要路径，着力推动实现刑事诉讼全流程、全要素智能化发展。

（二）司法智能化发展的风险挑战

一是公民权利可能遭受冲击。例如，相关犯罪预测系统会将部分人刻画为具有一定犯罪风险的人，基于该预测结论相关部门会对此类人员进行特殊“关照”。犯罪预测系统提取公民个人信息往往呈现出公民权利向公权力的单向让渡或妥协[5]，公民在未知处境下受到“全景式监控”。基于打击犯罪的现实需要，侦查机关进行的警务技术革新是必要的，但在技术革新的同时要防止侦查机关的权力扩张对公民个人权利带来的不当影响。

二是存在算法黑箱与算法歧视问题。首先，算法黑箱与刑事司法所要求的公开性相违背。其次，算法歧视与刑事司法所要求的法律面前人人平等相违背。地域要素、品格要素、性别因素乃至种族因素，[6]都可能使智能化系统的算法产生偏见性与不平等性。例如，美国公众普遍相信，披着人工智能外衣的社会治理工具将会延续警察执法带有种族偏见的痼疾。[7]算法歧视并非能全部归因到人工智能技术本身，导致这种歧视的原因至少有二：一是研发者将某些带有个体偏见性的命令输入系统，导致内容生成模式为“偏见输入——偏见输出”；二是系统内能够作为决策分析参考的数据可能不具有代表性，抑或系统分析出的可能是样本案件中的“共性”，忽略了特定案件的“个性”。

四、司法智能化的因应之策

“司法工作是十分严谨的工作，90%、95%的准确率在其他行业也许可以应用，但是法律工作中哪怕有1%的失误都是不能接受的，这也是许多智能化产品投入使用后，传统信息化产品还要并行使用的原因之一”。[8]法律的更新速度与技术发展速度的不匹配将是永久性的。[9]在社会发展的大背景下，人机交互司法决策范式的革新并不影响刑事诉讼程序运行的内在机理，在相当长的一段时间内，仅应将其视为司法工作范式的技术性转变，而非颠覆性重构。面对司法智能化发展的必然趋势，需要“坚持以‘公正高效’为抓手，着力推动形成‘数据挖掘、深度学习、技术赋能、透明有序、均衡发展’的刑事诉讼数字化、智能化发展基本格局”。[10]也正因如此，刑事诉讼制度需要对司法智能化发展作出原则性回应，同时我们也要关注司法智能化的相关保障措施。

---

[1] 丁晓东：《人机交互决策下的智慧司法》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023年第4期，第62页。

[2] 参见葛金芬：《司法人工智能应用中法官的渎职风险及其刑事责任》，载《湖南社会科学》2023年第3期，第99-102页。

[3] 周尚君、伍茜：《人工智能司法决策的可能与限度》，载《华东政法大学学报》2019年第1期，第63-66页。

[4] 贾宇：《论数字法院》，载《法学研究》2024年第4期，第3页。

[5] 参见左卫民：《数字化背景下刑事诉讼法修改的重要方向》，载《中国刑事法杂志》2024年第4期，第50-52页。

[6] See State of Wisconsin v Loomis, 881 N. W. 2d 749.

[7] 参见李晶：《美国“预测性警务”的发展与困境（下）》，载《现代世界警察》2021年第4期，第55页。

[8] 赵志刚：《检察智能化建设的战略转型和发展趋势》，载《中国法律评论》2018年第2期，第36页。

[9] 参见[英]罗杰·布朗斯沃德：《法律3.0：规则、规制和技术》，毛海栋译，北京大学出版社2023年版，第32页。

[10] 参见中国刑事诉讼法学研究会敬大力会长在2024年数字化智能化与刑事诉讼研讨会上的致辞。

（一）刑事诉讼制度对司法智能化的回应

人工智能对司法公正与司法效率带来影响是深刻且有益的。刑事诉讼制度对司法智能化的回应是必要且迫切的，司法智能化只有落实到法律中，才能广泛凝聚司法人员的共识，消除认知差异，司法人员才会积极推进司法智能化发展。

2023 年 9 月 7 日，全国人大常委会公布了十四届全国人大常委会立法规划，将“刑事诉讼法（修改）”列入第一类项目，即“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”。《刑事诉讼法》自 1979 年颁布以来，1996 年进行了第一次修改，与颁布《刑事诉讼法》的时间间隔 17 年；2012 年进行了第二次修改，与第一次修改间隔 16 年。2018 年进行了第三次修改，与第二次修改只间隔 6 年，但是此次修改“主要是落实中央有关决策部署，指向明确、内容特定”。[1]《刑事诉讼法》第四次修改大约于 2028 年完成，与第二次修改间隔 16 年。由此，大概可以看出，除了应急性修改之外，间隔十余年修改一次是《刑事诉讼法》修改的基本规律。按照这一规律，《刑事诉讼法》第五次修改大约会在 2040 年左右。人工智能技术的发展日新月异，如果等到彼时才考虑将司法智能化写入《刑事诉讼法》，可能会造成刑事诉讼制度与司法智能化发展不匹配。此次《刑事诉讼法》修改对司法智能化作出适当回应恰逢其时。

考虑到司法智能化目前的实践状况和逐步推进的特征，《刑事诉讼法》修改时对司法智能化的规定以原则性、总括性条文为宜。针对后续实践中遇到的问题，可以通过相关机关制定司法解释或多机关联合发布指导意见等方式予以解决。此类规定能有效消弭人工智能技术发展与司法实践的内在张力，在给司法机关指明方向的同时也预留了适用上的裁量空间，较为具有可行性。需要指出的是，数字化发展是智能化发展的必由之路，数据是人工智能发展的三大引擎之一，人工智能的司法应用离不开数据的支撑，离不开数字化发展作为保障。《刑事诉讼法》在规定司法智能化的同时，需要同时对数字化作出相应规定。另外，只能将人工智能的功能定位为辅助地位。综上，笔者建议在《刑事诉讼法》“任务和基本原则”一章增加一条，规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当推进数字技术、人工智能技术在刑事诉讼活动中的应用，以辅助提高案件质量和诉讼效率。”

（二）司法智能化配套保障机制

1.理论研究与司法实践的理念转变

其一，理论研究者开展研究要立足实际。“对我们的决策过程去情绪化和去特殊化，以运算法则取代审判员和评价者的主观评价，不再以追究责任的形式表明我们的决策的严肃性……听起来都是不错的主意”，[2]但法律职业者从事的是一项复杂工作，不是单一的事实判断问题。在很多领域，人工智能替代人类工作的趋势越发显著，但在法律领域，目前人工智能并未表现出代替人类的可能性。因此，对司法智能化的理论研究要聚焦发展现状，把握实践痛点，避免理论与实践的脱节。不宜过于超前预设发展图景，导致该解决的问题没有回应，没有产生的问题却进行了深入研究。

其二，司法实践要客观看待司法人工智能的作用。第一，缓解“案多人少”的矛盾局面并不是司法智能化发展的唯一目标。人工智能嵌入司法程序要围绕以审判为中心的基点，助推刑事案件由个案治罪向类案治理转变，保障司法公正。第二，要重申司法责任机制，以防办案人员向人工智能助手变相“卸责”。[3]掺杂过多情感无法保障完全的正义，同样不会存在完全不加感性思考的机械司法。“AI 法官”是否会来临虽然是一个真值待定命题，但是，现阶段人工智能仍然仅能视为司法助手，不能因为有人工智能助手的辅助而豁免司法人员的责任。第三，避免对司法智能化心存抵触。数字化、信息化改变了传统的办案方式，大幅度提高了案件质量和诉讼效率，这是大家有目共睹和亲身经历的。可以想象，以数字化为基础的司法智能化必将更有作为。

---

[1] 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国刑事诉讼法（修正草案）〉修改情况的汇报》，载中国人大网，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2018-10/26/content_2064436.htm，2024 年 9 月 30 日访问。

[2] [英]维克托 · 迈尔—舍恩伯格，肯尼思 · 库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕，周涛译，浙江人民出版社 2013 年版，第 225 页。

[3] 参见高童非：《我国刑事司法制度中的卸责机制——以法院和法官为中心》，载《浙江工商大学学报》2019 年第 5 期，第 102-119 页。某些地区法院的关联案件强制类案检索在一定程度上就是一种向人工智能卸责的现象，笔者注。

2.算法风险规制的完善

司法智能化涉及案件质量和诉讼效率，其开发与运用应当受到恰当的规制。公众对司法的信任是建立在司法活动公正、平等、透明的基础上，如果司法智能化的发展没有围绕这一取向，那么人工智能技术的司法应用将很难取得公众的认同。司法智能化的内生性风险集中于对公民权利的冲击、算法黑箱和算法歧视问题，需要通过人工智能辅助决策的限制性、可解释性与可问责性予以解决。首先，在肯定侦查机关使用预测性警务系统的同时，又要对其运用进行严格的限制。其次，应当根据案件当事人申请或案件实际需要由法官代为作出或要求开发者作出算法解释。[1]阿什利·迪克斯（Ashley Deeks）教授指出，对机器学习通常的担忧是由于"算法黑箱"的存在，很难确定算法是如何以及为什么做出特定的决定、建议或预测，由此法官应该要求算法设计者或开发者对这些算法结果作出解释，并在塑造"可解释人工智能"的性质和形式方面发挥开创性作用。[2]算法如果未经解释或公开，法官自己可能也不理解自己正在使用的人工智能工具。[3]最后，实现对智能化系统开发、运行、应用的全过程、透明化监督，明确各阶段负责主体，同步增强当事人的权利救济机制。算法歧视源于算法产生的权力结构，[4]如果当事人受到来自算法决策行为的差别对待，而司法机关无法证明这种差别对待是合理的，司法决策者应当对歧视行为负责。概言之，要从技术开发的第三方主体与技术运用的司法机关两方面增强行权的限制性、可解释性与可问责性。

3.专门人才和专项经费的支持

目前，司法智能化所投入的资金和人才资源仍然较为短缺，且缺乏规划，个别化的投入模式与产出不成正比。[5]首先，算法是驱动人工智能发展的核心要素之一，但算法的升级不具有自主性，仍需依靠技术型人才推动，人才是技术迭代的重要推动力；其次，以工作性质为界，参与司法人工智能开发的人员从源头上就界分为了工科、文科两类人才，多数司法机关缺乏复合型人才，尚不具备自主研发系统的现实条件；再次，以职业目的为因，司法机关的公益性、服务性与科技企业的趋利性存在明显差异，供需主体的失调极易导致产出的智能化产品无法有效运行；最后，司法机关能够自主决定用于智能化发展的经费有限。基于上述原因，实现技术的更新迭代不仅需要复合型人才提供智力支持，也需要专项经费予以保障。

五、结语

霍金曾说过"超智能 AI 的出现将是人类有史以来最好或最糟糕的事情"。[6]未来的未来会如何，谁都没有定论。就司法智能化而言，人机交互共生的环境或许既没有那么美好，也没有那么可怕，我们需要做的便是不夸大、不依赖，遵循事物发展的既有规律，按照人工智能技术的发展同步推进司法智能化。秉持凡事预则立的原则，《刑事诉讼法》应当对人工智能嵌入司法作出原则性规定。无论现在抑或将来，社会公众对司法智能化是否具有认同障碍，评判的标准仍将是智能化司法所做出的裁判是否符合司法公正的要求，司法公正是至高无上的追求。刑事诉讼制度的发展关涉公民权利的保护和社会秩序的维护，凡涉司法改革，均不是一蹴而就的，需要理论界与实务界共同总结经验、协同推进，司法智能化也不例外。

---

[1] 笔者认为，司法智能化应用的可解释性应体现在案件当事人的可理解性与可接受性，而非具体算法原理的可视分析。

[2] See Ashley Deeks, The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence, Columbia Law Review,vol.119:1829, p.1829-1850(2019).

[3] 参见李本：《美国司法实践中的人工智能：问题与挑战》，载《中国法律评论》2018 年第 2 期，第 56 页。

[4] 参见许娟：《生成式人工智能的"三经九纬"法治新模式》，载《西南政法大学学报》2024 年第 3 期，第 154-155 页。

[5] 参见左卫民：《数字司法的中国图景》，法律出版社 2023 年版，第 213-214 页。

[6] Stephen Hawking, Brief Answers to the Big Questions, Bantam Books, New York, 2018, p.205-206.

生成式人工智能应用于刑事司法的场景、风险和对策

徐丹彤　徐鹤松　胡玉华*

摘　要：生成式人工智能运用于刑事司法领域，有助于维护司法公正，提升司法效率，可以助力智慧警务、数字检察、智慧法庭建设，在辅助司法文书制作、直观展示证据和数据、辅助犯罪侦查和预防、辅助量刑和裁判等多个场景提升刑事司法质效。生成式人工智能运用于刑事司法也面临一系列风险，如司法者主体性风险、算法歧视和黑箱风险、数据信息准确性风险等。为了有效应对这些风险，国家可以统筹规划人工智能刑事司法系统的建设，加强对人工智能刑事司法系统的立法规制，明确生成式人工智能在刑事司法中的辅助地位，运用技术和法律手段解决算法缺陷和数据信息准确性问题，培养司法科技专业复合型人才，利用生成式人工智能为新时代刑事诉讼现代化提供最新的技术驱动。

关键词：生成式人工智能　刑事司法　智能司法

近年来，人工智能领域迎来了一场由生成式人工智能大模型引领的爆发式发展。生成式人工智能技术是指具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术。它是一种新型人工智能，基于模型、算力、训练等多方面技术突破，利用复杂的算法、模型和规则，从大规模数据集中进行深度学习，能够创造文本、图片、声音、视频和代码等多种类型的原创内容，全面超越了传统人工智能的数据处理和分析能力，实现了高质量、高效率、多样化的内容生产，标志着弱人工智能向强人工智能的转变。生成式人工智能已经成为人工智能的最前沿技术之一，被认为是通往通用人工智能的重要阶梯。

如今，以生成式人工智能为代表的新一代人工智能的发展和创新应用已成为推动新质生产力发展和生产方式变革的重要驱动力量。2023 年 7 月，国家网信办联合国家发改委、教育部、科技部、工信部、公安部、国家广电总局公布的《生成式人工智能服务管理暂行办法》第 3 条规定："国家坚持发展和安全并重、促进创新和依法治理相结合的原则，采取有效措施鼓励生成式人工智能创新发展，对生成式人工智能服务实行包容审慎和分类分级监管。"这充分说明国家主管部门对生成式人工智能的发展支持和鼓励的主基调。最近几年来，生成式人工智能加快了模型迭代速度，技术的发展和成熟的速度十分惊人，需要进行前瞻性研究。"在生成式人工智能理论研究日趋成熟的当下，如何开展高效、合理、可控的应用成为生成式人工智能下一步的发展重点。"[1]

在刑事司法领域，如何利用生成式人工智能技术为新时代国家治理现代化提供最新的技术驱动，成为一个重要的课题。学界可以对生成式人工智能在刑事司法领域的运用场景、可能风险和应对之策进行前瞻性研究，在此基础上，进一步完善刑事诉讼制度，使刑事司法改革能够更好地顺应信息化的发展潮流，实现刑事诉讼现代化。未来可期的是，在刑事司法领域，生成式人工智能可以助力智慧警务、数字检察、智慧法庭建设，实现刑事司法资源的合理配置，进一步提升刑事司法的质效。

一、生成式人工智能应用于刑事司法的场景

生成式人工智能在刑事司法中的应用场景广阔。例如，在智慧警务中主要的应用场景包括智能识别、情报检索、犯罪数据挖掘、犯罪监控等。在数字检察和智慧法庭中主要的应用场景包括量刑建议、结果预判、类案推送、电子送达、电子卷宗生成、裁判文书分析等。随着技术的不断发展，生成式人工智能在刑事司法中的应用场景还会继续深化和拓展。本文选取其中一些主要场景加以分析。

（一）辅助司法文书的制作

相较传统人工智能，生成式人工智能在自然语言理解和生成能力上实现了重大跃升。它基于大模型技术，具有了自主学习能力，在文本生成方面具备了文本修正、长文本输出、生成个性化内容和输出形式多元化等多种能力。同时，它使用了基于人类反馈的强化学习技术，能够按照人类的思

---

*徐丹彤，中国人民警察大学公安法学院、警察法学研究中心副教授。徐鹤松，北京邮电大学计算机学院 2023 级学生。胡玉华，中国人民警察大学侦查学院讲师。

[1] 王亚珅：《2023年生成式人工智能技术主要发展动向分析》，载《无人系统技术》2024年4月第2期，第111页。

维习惯更好地理解人类复杂语言所表达的意义和逻辑，生成的语言能够与人类语言习惯和语言逻辑具有高度拟合性。

基于以上能力，生成式人工智能可以在司法文书制作上发挥重要作用。它可以根据法律规定、先前判决和个案证据，自动生成或辅助生成司法文书，如起诉书、判决书等，大大提高司法文书的制作效率和准确性。例如，海南法院量刑规范化智能辅助办案系统能够自动生成程序性法律文书和框架性裁判文书。北京法院推出的“睿法官”系统具备裁判文书自动生成功能，使裁判文书编写效率提高 80%、裁量要素覆盖 95%以上。具体来说，司法文书的制作流程分为三部分：一是输入生成司法文书需要的案件信息并不断修正提问，利用生成式人工智能快速制作司法文书初稿；二是在司法文书初稿基础上进行人工修改完善，生成第二稿；三是利用生成式人工智能对司法文书第二稿进行智能校对和润色，经人工审定后形成终稿。运用生成式人工智能辅助生成司法文书，能够在有效理解当事人和案件具体事实等个性化因素的基础上，生成规则与事实相融合的说理性司法文书内容，实现从单纯表达结论到结论判断与说理相结合的质量跃升。尤其是简单轻微案件，司法文书具有模块化、重复性特点，司法人员在司法文书制作上的相当一部分简单机械劳动可以被生成式人工智能替代，司法文书整体生成质量和效率得到提高。可以预见，随着技术的加速迭代升级，生成式人工智能对司法语言规律的理解领悟能力将继续优化，其生成的司法文书将更具智能性。

（二）证据和数据的直观展示

1.示意证据的生成

示意证据是相对于“实在的证据”而言的，是指为了说明或解释某个案件事实而使用的视听辅助材料，它们通常复制或描绘了与案件有关的人、物或场景，用作直观说明或解释案件。生成式人工智能可以利用多模态基础大模型，处理不同模态类型数据，并将它们融合起来进行综合理解，加速文本、图像、音频和视频的融合处理、理解和生成。生成式人工智能可以基于用户输入的文字内容生成图像、音频、视频和代码等，有效降低图像、音频、视频制作中的工作量和成本。

生成式人工智能运用于刑事诉讼，可以生成模型、地图、照片、X 光片、模拟案发现场的动画等示意证据，以辅助解释和说明刑事案件情况。示意证据可以实现对案件特定现场环境的可视化摹写，如杀人现场的模型、现场平面示意图等。在庭审中，举证方出示示意证据，可以辅助说明案件事实和证据，帮助诉讼参与者更直观地理解案件事实和证据，减少因语言表达能力不足而导致的误解。

2.司法数据可视化

司法数据可视化，是指通过图形、图表和其他视觉手段，将复杂的司法数据进行直观呈现，以便更好地理解和分析这些数据。生成式人工智能可以通过生成图形、流程图、关系图等方式，展示案件证据和数据，提供更加智能化、个性化的数据分析和展示服务，提升证明效果。刑事司法数据可视化的内容主要包括以下几个方面：一是司法统计数据可视化，即通过图表等方式展示不同刑事案件类型的数量、趋势，帮助司法机关直观地了解司法系统的运行状况；二是刑事案件管理可视化，即通过可视化的案件分布图、案件处理进度图等，帮助司法机关优化资源配置，提高工作效率；三是审判结果可视化，即通过公开的案件审判结果图表，展示不同类型案件的审判结果和判决趋势，增强司法透明度。借助生成式人工智能实现刑事司法数据可视化，有助于提高刑事案件数据的可读性，增强数据分析能力，支持裁判过程，提高刑事司法透明度和公信力，提高司法效率和准确性。

（三）辅助犯罪侦查和预防

生成式人工智能辅助犯罪侦查和预防具体包括以下几方面内容：

1.数据监测和分析

生成式人工智能可以通过大数据技术和算法，对社交媒体、通信记录、交易记录等方面的海量数据进行实时监测和分析，以发现潜在的犯罪线索，还可以对特定区域、时期的犯罪数据进行深入分析，帮助司法机关了解犯罪形势和治安状况，为制定有效的犯罪防控措施提供依据。

2.重点人群和时空监控

生成式人工智能基于历史犯罪数据和犯罪模式，可以识别出高风险人群和地区，并进行有针对性的监控，有助于司法机关在犯罪发生前采取预防措施，或在犯罪发生时迅速响应。

3.犯罪预测和预防

生成式人工智能通过深度学习等技术，可以预测犯罪的发生概率和趋势，为司法机关提供决策支持。例如，通过分析犯罪活动的季节性、地域性特征，以及犯罪分子的行为模式，预测未来可能的犯罪热点区域和类型。

4.提供侦查方向和线索

生成式人工智能可以通过分析案件信息和犯罪嫌疑人行为模式，为司法机关提供侦查方向和线索，还可以快速检索和匹配类似的犯罪案例，帮助司法机关及时发现新的案件线索和证据，提高侦查效率。

5.证据收集审查工作

生成式人工智能可以辅助司法机关收集、整理和审查证据。例如，通过自然语言处理技术对案件材料进行快速阅读和分析，提取关键信息和证据线索。再如，在讯问犯罪嫌疑人时，可以识别犯罪嫌疑人供述和辩解的真伪，提高审讯效果。

总之，司法机关借助生成式人工智能，能够有效应对犯罪活动智能化、隐蔽化的趋势，打击犯罪、维护社会治安，还可以合理配置侦查资源，加强犯罪防控，减少犯罪行为的发生，推动侦查机关主动警务、预防警务的实施。[1]

（四）辅助量刑和裁判

利用大数据和算法，生成式人工智能的类比推理能力跃升，可以对案件结果进行预测，为检察官提出量刑建议和法官进行量刑、作出判决裁定提供参考。在刑事案件量刑和裁判程序中，生成式人工智能可以帮助司法人员快速梳理案件焦点，生成有关量刑幅度与裁判依据的资料，还可以通过辅助量刑建议和类案推送，帮助司法机关及时纠正量刑和裁判中存在的错误，规范司法机关裁量权的行使。

二、生成式人工智能应用于刑事司法的优势

（一）有助于维护刑事司法公正

在实践中，刑事司法活动常常受到权力和人情的干扰，而人工智能系统对于刑事案件的裁量具有中立性和客观性，它的“铁面无私”有利于维护司法公正。“有人情世故的地方最适合机器人，公平公正，一视同仁。”[2]它可以“尽量排除情绪化因子和暧昧涵意对推理的影响”[3]，有效解决“同案不同判”问题。例如，智能辅助办案系统通过对刑事证据的校验与提示，克服刑事司法过程中司法人员认定与采纳证据的随意性，统一规范刑事案件的证明标准，降低冤假错案发生的风险，保障程序正义的实现。

（二）有助于提升刑事司法效率

随着我国社会结构的转型，诉讼案件数量居高不下，“案多人少”的矛盾十分突出，提升效率成为刑事司法改革的重要目标。对于提升司法效率，过去主要着眼于诉讼程序从简，例如实行案件繁简分流，设置简易程序、速裁程序，探索刑事诉讼全流程简化等。当前，司法技术革新已经成为司法体制改革的热点，通过技术进步推动司法改革深化、实现司法改革的目标，是一个新的思路和途径。近年来司法机关积极采用互联网、大数据、云计算、人工智能等新型信息技术，其中，生成式人工智能系统可以高效梳理案件的争议焦点和法律要素，提升司法效率，解决“案多人少”难题。“通过计算机信息检索系统和其他辅助手段来减少机械性劳动的负荷，提高材料、数据等处理的速度和质量，这的确是行之有效的。”[4]可以说，通过人工智能技术手段的运用来提高刑事司法效率，已是大势所趋。

生成式人工智能之所以能够在维护刑事司法公正、提升刑事司法效率方面发挥重要作用，是因为其相较于传统人工智能，具有更加强大的能力：一是深度学习能力。深度学习是一种使计算机能

---

[1] 参见卞建林：《人工智能时代我国刑事诉讼制度的机遇与挑战》，载《江淮论坛》2020 年第 4 期，第 151 页。

[2] 孙凝晖：《十四届全国人大常委会专题讲座第十讲讲稿：人工智能与智能计算的发展》，中国人大网：http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202404/t20240430_436915.html，2024 年 9 月 5 日访问。

[3] 季卫东：《人工智能时代的司法权之变》，载《东方法学》2018 年第 1 期，第 129 页。

[4] 参见季卫东：《人工智能时代的司法权之变》，载《东方法学》2018 年第 1 期，第 132 页。

够从经验中学习并以概念层次结构的方式理解世界的机器学习形式。生成式人工智能通过构建和训练深层神经网络模型，使计算机能够从大量数据中学习和提取特征，以实现复杂任务的自动化处理和决策。二是自我修正能力。生成式人工智能具备基于外部反馈的交互和自我修正能力。自我修正能力是指人工智能系统在执行任务过程中，能够自动识别错误、分析错误原因，并采取相应的措施进行纠正，以提高系统性能和决策准确性的能力。生成式人工智能主要借助错误检测、分析和纠正、验证和更新措施来不断提高自我修正能力。三是泛化能力。生成式人工智能的泛化能力是指模型或算法在面对新的、未见过的数据时，能够准确识别和处理的适应能力。其在新的数据或任务上往往具有优异表现，能够通过一般性、普遍性和通约性的应用实现多元任务，执行和应对复杂社会中新的问题。[1]生成式人工智能的泛化能力对刑事司法智能系统建设的意义在于，能够帮助司法机关增强解决新问题的能力，为类案裁判和证据转化提供智能支持，对于提高刑事司法质效产生巨大的推动作用。

三、生成式人工智能应用于刑事司法的风险

当前，生成式人工智能的发展进入了新维度，展现出前所未有的强大功能。但科学技术如同一把双刃剑。生成式人工智能运用于刑事司法，也带来了一系列风险和挑战，例如司法者主体性风险、算法歧视和黑箱风险、数据信息准确性风险等。

（一）司法者的主体性风险

随着人工智能技术的不断发展，已经有人预言，智能机器人摆脱人类的纯粹工具地位而获取主体身份是一个必然的趋势。[2]在刑事司法领域，一些地方法院已经开始宣传诸如判决通过人工智能自动生成、根据大数据对法官判断的误差进行矫正等创新举措。人们开始关注人工智能系统未来是否会取代司法人员，成为刑事诉讼的主导者。有学者指出，“智慧法院的设想如果……普及计算机自动生成判决的机制，势必导致算法支配审判的事态。……一旦这样的情况司空见惯，算法独裁就无从避免。……如果在不经意间司法系统被唯算法论所支配，那么合法正义就难免被算法绑架、被数据处理商绑架的命运。”还有人担心，“让人工智能自动生成判决、根据大数据矫正法律决定的偏差等做法势必形成审判主体的双重结构、甚至导致决定者的复数化，事实上将出现程序员、软件工程师、数据处理商、信息技术公司与法官共同作出决定的局面。一旦审判主体和决定者难以特定，那么权力边界也就变得模糊不清，司法问责制就很容易流于形式，至少推卸责任的可能性被大幅度扩充了。”[3]总之，人工智能在刑事司法中的应用引发了一个伦理争议，即是否应将刑事司法的决策权完全交给机器（人工智能）。

（二）算法缺陷的风险

算法是指人类和机器交互的决策，即人类通过代码设置、数据运算与机器自动化判断进行决策的一套机制。算法是人工智能系统的核心，其本身十分复杂，也不可避免地存在缺陷。“算法缺陷对司法公正的影响主要表现在算法歧视和算法黑箱带来技术侵蚀司法权的风险”[4]。在目前生成式人工智能的能力涌现原理未知、算法不可解释的情况下，算法歧视和算法黑箱的问题始终存在。

1.算法歧视

算法歧视是指人工智能自动化决策中，由数据分析导致的对特定群体的系统的、可重复的、不公正的对待。算法极易产生歧视与偏见的问题。例如，算法可能因种族、民族、性别等因素而产生歧视性结果。因此，算法歧视的风险不容忽视。从理论上来说，运用算法技术可以减少影响司法过程的主观偏见因素，因为算法的运算过程是不含价值判断的。但当前的算法技术并非完全客观中立，受历史数据偏差、设计者偏见或技术不完善等因素的影响，算法可能会得出歧视性运算结果。造成

---

[1] 参见张洪雷：《生成式人工智能参与数字政府建设的技术跃迁、目标导向与可行路径》，载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2023 年第 4 期，第 104 页。

[2] 参见卞建林：《人工智能时代我国刑事诉讼制度的机遇与挑战》，载《江淮论坛》2020 年第 4 期，第 153 页。

[3] 参见季卫东：《人工智能时代的司法权之变》，载《东方法学》2018 年第 1 期，第 132-133 页。

[4] 虞浔、魏健宇：《生成式人工智能赋能数字检察的路径、风险与纾解》，载《太原理工大学学报（社会科学版）》2024 年第 3 期，第 15 页。

“算法歧视”的主要原因有两个方面：一是作为算法运算基础的数据信息可能存在偏差。二是算法开发者将自身的立场和喜好嵌入算法之中，以致算法带有开发者的逻辑思维方式和道德评价标准。

2.算法黑箱

算法黑箱是指那些内部机制对用户或开发者而言不可见或难以理解的系统或模型，人们虽然可以观察模型的输入和输出，但模型内部如何处理这些输入并得出输出结果的过程是复杂且不透明的。生成式人工智能的算法和决策过程可知性低，欠缺公开与透明，引发信任危机。算法黑箱产生原因在于，生成式人工智能的运行逻辑并非遵循特定规则算法，而是经验主义，即基于大规模语料库的训练，根据上下文预测所有可能输出的下一个字符，并选择概率最大的语句作为最终输出结果。生成式人工智能对某项任务进行输出时，服务提供者无法控制其输出结果。[1]

从司法实践来看，人工智能刑事司法系统面临着司法裁判的黑箱决策风险。因为受到深度学习算法的积极影响，人工智能刑事司法系统可以直接从案件的原始特征出发，自动学习并生成裁判结果，在数据分析和裁判结果之间产生“黑箱”。人工智能技术的高新性复杂性，使司法人员很难得知算法产生决策结果的原理，导致人工智能刑事司法系统存在黑箱决策的风险。

算法黑箱的消极后果包括：第一，“算法黑箱的存在使得具体刑事司法决定的产生过程缺乏监督，通过算法直接输出决策结果相当于法官不经释法说理直接产生裁判结果”[2]。第二，“算法黑箱的隐秘性导致司法人工智能对司法决策的操纵可以隐藏于技术权威之中，随着技术权力的介入，司法权力的独立性与权威性受到侵蚀，产生了技术操纵司法的风险”[3]。而且算法不同于个体化、发散的人脑决策，一旦出现问题就会形成自动化、系统化的普遍侵害结果[4]，这可能导致大面积的司法不公。

（三）数据信息准确性风险

人工智能辅助刑事司法系统的科学性在很大程度上受到司法数据的真实性、客观性的影响。如果人工智能的训练数据包含错误，就会导致在案件预测和量刑等方面出现不公正现象。我国的刑事司法数据资源建设处于起步阶段，数据库尚不完备，数据信息准确性风险客观存在。数据信息准确性风险主要源于人工智能刑事司法系统运行前人为的信息录入错误，例如，由于犯罪嫌疑人身份和信息、案件证据信息等录入的错误，导致最后的结果出现偏差。人为信息录入的错误相比较而言容易被发现和更正。

不过，一般人工智能系统中存在的数据样本不足、数据偏差等问题，在人工智能刑事司法系统中并不突出。这是因为，刑事司法数据来源于司法机关和裁判文书网、全国法院裁判文书库等，比较权威，客观性强，而且全国司法数据库庞大，数据信息丰富，足以支撑大模型对于训练语料的需求。未来可以不断完善细节，例如强化裁判文书的说理释法，进一步加强高质量数据处理、标注工作，更大发挥人工智能刑事司法系统的功效。

四、生成式人工智能应用于刑事司法的对策

面对生成式人工智能应用于刑事司法的风险，需要学界在理论上进行前瞻性研究，在立法上准备应对之策，其中就包括修改刑事诉讼法、进一步完善刑事诉讼法律制度。

（一）统筹规划人工智能刑事司法系统的建设

目前，各地刑事司法机关在发展人工智能方面主要呈现出以下特点：一是个性化实践、各自为政成为常态。从全国范围来看，人工智能刑事司法系统的开发运用缺乏统一领导、统筹规划，缺乏统一的信息共建共享机制和平台。每个机关分别开发各类办案系统，不同的机关开发不同的系统，各自为政的状况比较普遍。“在司法信息化建设的浪潮下，各级公安司法机关迸发出极大的热情，纷

---

[1] 参见王新、王宣亿、黄晓亮等：《ChatGPT 类生成式人工智能的法律风险及治理（笔谈）》，载《天津师范大学学报(社会科学版)》2024 年第 3 期，第 28 页。

[2] 参见虞浔、魏健宇：《生成式人工智能赋能数字检察的路径、风险与纾解》，载《太原理工大学学报（社会科学版）》2024 年第 3 期，第 16 页。

[3] 参见虞浔、魏健宇：《生成式人工智能赋能数字检察的路径、风险与纾解》，载《太原理工大学学报（社会科学版）》2024 年第 3 期，第 17 页。

[4] 参见张玉洁：《人工智能辅助量刑的法律风险与制度建构》，载《学术交流》2023 年第 3 期，第 62 页。

纷结合自身需求，进行探索研发，形形色色的信息化成果不断涌现。”[1]例如，上海市高级人民法院研发了刑事案件智能辅助办案系统（简称“206 系统”），浙江省高级人民法院推出了全省人民法院信息管理系统，北京市高级人民法院推出了智能研判系统“睿法官”，被称作“机器人法官”。由于各自为战、资源分散，难以形成合力。二是人工智能刑事司法系统在经济、科技发达地区的运用比较普遍，而经济、科技欠发达地区则较为稀缺，地区发展不平衡。三是刑事司法机关开发人工智能刑事司法系统缺乏自主性，需要借助社会的外部技术力量，主要是购买数字平台企业的生成式人工智能服务，外包业务庞大。“生成式人工智能耗资巨大，我国的生成式人工智能平台目前主要是由数字平台企业及其背后的资本力量推动的。”[2]

司法机关开发运用人工智能的初期阶段，各自积极探索，虽然无可厚非，但弊端也是明显的，由于缺乏全国统一的规划，成本效益较低，地区间发展不平衡，造成了负面影响，主要包括：（1）造成资源的极大浪费。“司法信息化建设需要投入相当的人、财、物，硬件设施的更新换代、系统设计的技术支持、系统上线后的日常维护等一系列工作需要经费支持和统筹安排。”[3]在缺乏统筹规划的情况下，各地区各政法部门都要投入大量的人力、物力、财力进行系统研发，难免造成重复建设，造成资源的极大浪费。（2）导致信息孤岛现象严重。在刑事诉讼中，司法机关出于安全保密等方面的考虑，互设壁垒，各自为政，缺乏人工智能司法系统的互联互通，制造出信息孤岛，严重阻碍刑事诉讼质效的提高，甚至“消解了司法信息化建设带来的效率提升”[4]。（3）造成系统不兼容。“公检法的业务应用系统由不同的研发公司制造，甚至分支的业务系统会分包给不同的供应商，因此各系统之间的端口和指标设计不一致，存在不兼容的问题。”[5]

解决这一问题的方法是统筹规划人工智能刑事司法系统的建设。具体设想包括两个方面：

1.实现系统开发的统一性

未来，我国刑事司法机关可以参照铁路系统 12306 的建设模式，在全国范围内统一规划建设人工智能刑事司法系统。即：基于国产成熟工艺生产芯片，由国家统一开发、运行、维护人工智能刑事司法统一技术平台，构建全国司法系统这一专用领域的垂直大模型，采用司法领域专有高质量数据训练大模型，形成完整可控的技术体系和生态，全国各地、各级、各类司法机关在统一的技术平台上办案、互联互通，相互衔接。目标是最终建成一个“统一的、完备的、能够适用整个刑事诉讼过程、连接各个诉讼阶段的系统体系”[6]。

统筹规划的益处是：第一，人工智能刑事司法系统能够涵盖各地区公检法机关甚至可以涵盖司法行政机关，可以改变不同职能、地域的司法机关各自为政、技出多门的状况，减少成本，提高效益和权威性，并可帮助经济科技欠发达地区司法机关实现跨越式发展。第二，作为专用系统，可以利用或构建服务器在国内的大模型，在我国司法系统内部运行，减少个人信息、商业秘密泄露的风险，消除数据安全风险、网络安全风险和国家安全威胁。第三，人工智能的开发部署需要较高投入，“举国体制”有其优点。统一开发、统一使用司法人工智能系统，通过参与全国一体化算力网建设，发挥规模效益，不仅实现全国司法系统全覆盖，为司法人员提供高品质智能司法服务，而且可以大幅降低建设维护运行成本、算力使用成本和使用门槛，充分发挥综合效益。

2.实现智能刑事司法系统的协同性

---

[1] 卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，第 27 页。

[2] 参见张洪雷：《生成式人工智能参与数字政府建设的技术跃迁、目标导向与可行路径》，载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2023 年第 4 期，第 108 页。

[3] 参见卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，第 28 页。

[4] 参见卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，第 27 页

[5] 参见卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，第 28 页。

[6] 参见卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，第 27 页。

增强各个司法机关人工智能刑事司法系统之间的协同性，打破“部门信息孤岛”格局，形成跨时间、跨区域、跨层级的协同系统。具体方法是搭建联盟区块链，破除数据壁垒。区块链技术根据准入标准可以分为专有链、公有链和联盟链三种，其中的联盟链可以设置访问人员的具体权限，在保留分布式存储和去中心化特点时还能保存一定的中心控制功能，技术人员可以根据数据需求对访问人员的权限进行设置，能够在确保数据安全的同时允许相关人员访问并处理数据。因此，联盟链以其低成本、高可信度和可靠的安全性成为司法机关之间组织搭建数据协同处理平台的重要技术力量。

（二）加强人工智能刑事司法系统的立法规制

目前，我国人工智能运用于刑事司法的法律依据主要是 2018 年修订的《人民检察院组织法》第 52 条和《人民法院组织法》第 58 条的规定，即：“应当加强信息化建设，运用现代信息技术，促进司法公开，提高工作效率”。此外，2017 年国务院印发的《新一代人工智能发展规划》，2021 年科技部发布的《新一代人工智能伦理规范》，2022 年全国信息安全标准化技术委员会发布的《信息安全技术机器学习算法安全评估规范》，2022 至 2023 年中央网信办先后发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定》《互联网信息服务深度合成管理规定》《生成式人工智能服务管理办法》，2023 年国家网信办等七部门联合发布的《生成式人工智能服务管理暂行办法》，对引导我国生成式人工智能的科学发展具有基础性保障作用和重要指导意义，但它们对于人工智能（包括生成式人工智能）在刑事司法领域的运用，要么属于原则性规定，要么属于间接性规定。可以说，在刑事司法中运用生成式人工智能技术尚缺乏直接、明确的法律规定和规则、标准。“新规则体系尚未建立但新技术已投入应用”。[1]对刑事司法人工智能系统进行立法规制，是填补立法空白的需要，也是精细化规制刑事司法人工智能的必然要求。为了进一步规范人工智能在刑事司法领域的运用，我国除了应当出台《人工智能法》外，《刑事诉讼法》等部门法可以结合人工智能在本领域的运用，做出相应规定。“人工智能在刑事司法中的应用从粗放式发展走向精细化规制，将是数字时代刑事法治发展的必由之路。”[2]这就需要立法规制的跟进。适时完善《刑事诉讼法》，为推进刑事诉讼智能化发展进行规制、提供保障，是十分必要的。在修改《刑事诉讼法》时，可以明确规定生成式人工智能在刑事司法中的应用范围、适用条件、适用程度、适用程序、适用效力、权限和责任、监督救济机制、证据效力等问题，为人工智能的应用提供法律依据和保障。

（三）明确生成式人工智能在刑事司法中的辅助地位

现阶段，人们广泛关注的一个问题就是生成式人工智能是否会替代司法人员。随着人机协同程度的不断提高，人工智能刑事司法系统日益成为司法人员离不开的助手，以至引发了应否将刑事司法决策权完全交给机器的伦理争议。从实际状况看，目前人工智能只是司法人员的辅助工具。例如，上海“刑事案件智能辅助办案系统”被定位为法官的“智能办案助手”，这不是用机器替代法官，更不是“机器定案量刑”[3]。主要原因是人工智能的能力局限性。目前，“人工智能难以单独胜任复杂的证据判断工作，只能作为司法人员判断证据的辅助性措施。”“人工智能无法将人类能够运用于司法的经验全部植入或模拟，虽然人工智能能够通过大数据或深度学习而发现一些统计学意义上的‘经验’，但人工智能所能获得的数据相对于人类生活来说毕竟是有限的”。[4]“人工智能是根据事先设定好的程序规定的模式使其进行后续类似于人的思考和运算，其实质是对人类行为的模仿，本质上还属于智能的人工系统，因此其不具备人的主观情感和判断能力。”[5]

---

[1] 参见虞浔、魏健宇：《生成式人工智能赋能数字检察的路径、风险与纾解》，载《太原理工大学学报（社会科学版）》2024 年第 3 期，第 15 页。

[2] 熊秋红：《刑事司法中的人工智能应用探究》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022 年第 6 期，第 115 页。

[3] 参见《揭秘“206”：法院未来的人工智能图景》，中国法院网:https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/07/id/2916860.shtml，最后访问日期:2024 年 10 月 5 日。

[4] 纵博：《人工智能在刑事证据判断中的运用问题探析》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 1 期，第 62、66 页。

[5] 参见卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，

对于未来人工智能的定位，笔者认为，首先，对于生成式人工智能要有发展的眼光。生成式人工智能技术发展很快，根据学者的预测，人工智能的发展可能会经历三个主要阶段：一是必须经过长期专业训练的狭义人工智能，二是具有强大自我学习能力和跨领域能力的通用人工智能，三是远超人类智能的超人工智能。通用人工智能时代——也就是人工智能具有广泛的学习能力并在大多数领域达到或超过普通人类的能力。“生成式人工智能已然具备类人类意志，拥有实践理性、价值判断等能力，呈现出‘拟人化’之特征。”[1]例如，我国的文心大模型建设了多维数据体系，形成了数据挖掘、分析、合成、标注、评估闭环，充分释放数据价值，大幅提升模型效果。基于有监督精调、偏好学习、强化学习等技术进行多阶段对齐，保证模型更好地与人类的判断和选择对齐。”[2]可以预见的是，在不远的未来，人工智能所获得的数据可能涵盖全部人类生活，这是个体的司法人员难以企及的，在强大的人工智能刑事司法系统面前，个体的司法人员的司法经验再丰富，也是极为有限的。

第二，生成式人工智能仍应定位为司法辅助性技术工具。生成式人工智能虽然具有深度学习与进化的能力，但在可以预见的未来，无法取代司法人员的主体地位，只能扮演司法辅助手段的角色。刑事司法中司法人员的地位作用无法取代，主要基于以下原因：

（1）生成式人工智能具有局限性。生成式人工智能在处理复杂案件时可能存在准确性问题，导致证据生成或诉讼文书制作出现偏差。“人工智能本质上仍是一种算法，而人类思维中除了算法之外，社会思维、形象思维、灵感等占了大多数，但恰恰在这一方面人类自己都尚不清楚其运作机制，又如何能实现人工智能的模拟？因此，虽然计算机硬件能够绝对地超越人脑的计算能力，但算法作为一种演绎推理能力的反映，是不可能达到人类形象思维、灵感思维的能力的”。例如，“人工智能用于证据判断时只能限于特定的方面，并不是所有的证据判断问题都可由人工智能进行。”[3]而刑事诉讼的核心难题是证据判断和证明，人工智能可以发挥的实质作用是有限的，这决定了其不可能替代司法人员。

（2）刑事司法的特点规律使然。一是刑事司法具有高度复杂性。刑事案件的诉讼程序不同于民事案件和行政案件，刑事案件事实的多样性、证据收集的困难性、程序正义的严格性、法律条文的复杂性、法律解释和适用的主观性、社会影响的广泛性构成了刑事司法的重要特点。有学者指出：“在案件事实曲折、人际关系复杂、掺杂人性和感情因素的场合，如何根据法理、常识以及对机微的洞察作出判断并拿捏分寸进行妥善处理其实是一种微妙的艺术，不得不诉诸适格法官的自由心证和睿智，即使人工智能嵌入了概率程序、具有深度学习能力也很难作出公正合理、稳当熨帖、让人心悦诚服的个案判断。”[7]有学者指出：“证明力判断绝非能够简单地用算法或量化方法解决的问题，面对千变万化的证据，人工智能根本不可能独自承担起判断证明力的重任。”[4]还有学者指出：“价值判断、法律解释、法律论证、漏洞填补等法律方法以及想象、直觉、灵感等思维方式，在人工智能无法模拟人类上述法律方法和思维方式的前提下，就只能将其运用于有限的方面，如计算单个证据的似真概率、查验证据之间的逻辑矛盾、构建案件事实的可能解释，但在需要人类运用法律方法和想象、直觉等思维方式的方面，不可运用人工智能。”[5]二是人工智能取代司法人员容易把刑事司法引入歧途。“让人工智能超出辅助性手段的范畴而全面应用于审判案件，甚至在很大程度上取代法官的判断，那就很有可能把司法权引入歧途。”[6]三是刑事司法不同于其他司法活动，涉及

第 26 页 。

[1] 王新、王宣亿、黄晓亮等：《ChatGPT 类生成式人工智能的法律风险及治理（笔谈）》，载《天津师范大学学报(社会科学版)》2024 年第 3 期，第 28 页。

[2] 百度百科：文心一言 https://baike.baidu.com/item/%E6%96%87%E5%BF%83%E4%B8%80%E8%A8%80

[3] 参见季卫东：《人工智能时代的司法权之变》，载《东方法学》2018 年第 1 期，第 132 页。

[4] 参见纵博：《人工智能在刑事证据判断中的运用问题探析》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 1 期，第 65 页。

[5] 参见季卫东：《人工智能时代的司法权之变》，载《东方法学》2018 年第 1 期，第 130 页。

[6] 参见卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，

生杀予夺，更加重大、复杂，需要格外慎重。

因此，在刑事司法中，应当始终坚持司法人员在裁判中的主导地位，通过人机协同的方式提高办案质效。司法人员在充分利用人工智能的辅助功能时，需要保持对案件的独立判断和思考能力。当人工智能系统的预测结果与司法人员的判断结论出现严重偏差时，司法人员享有最终决定权，并且不得因人工智能刑事司法系统的运用而推卸责任。

（3）人的主体作用使然。我国发展新一代人工智能的一个重要思想是重视和发挥人的主体作用。人工智能包括四个要素：数据、算力、算法、知识。把知识从数据中剥离出来，构成独立的要素，就是要发挥知识的作用，而知识是人类智慧的源泉，人类的作用比机器的作用更重要。在人工智能刑事司法领域，仍要发挥司法人员的主体作用。刑事司法不能像自动驾驶、医疗诊断、智能家居、智能制造、安防监控那样，通过技术手段完全交给机器。司法是公平正义与道德的体现，法官解读法律需要考量社会背景、道德伦理、人性的复杂性，进行综合判断与权衡需要深厚的人文素养和丰富的实践经验，这是人工智能难以企及的。“机器不是社会的个体，不能实践，因此机器绝对不能完全替代法官。”

总之，人工智能刑事司法系统的运用，需要经过长期反复训练和观察评估，在人工严格审核下，从事辅助性的知识提供工作，即司法人员通过运用人工智能，减少机械性劳动负荷，提高材料、数据的处理质量和效率。从目前情况看是这样，从可以预见的未来看也是如此，尽管生成式人工智能发展速度惊人，但其与人类智能的区别以及刑事司法的复杂性决定了人工智能难以代替人类的司法活动。

立法的功能是确认社会关系而非创造社会关系。未来的问题应当交给未来的立法解决，现在的立法只需适用于当下和可以预见的未来的状况。基于以上分析，笔者建议，《刑事诉讼法》可以就此问题作出规定：生成式人工智能在刑事司法中只能作为辅助性手段；生成式人工智能作出的结论仅具有参考性作用。

（四）运用技术和法律解决算法缺陷和数据信息准确性问题

出现问题与解决问题总是相伴而生的，算法缺陷和数据信息准确性问题是随着人工智能应用于刑事司法而暴露出来的一个问题，问题暴露出来就有望解决。而技术的问题需要运用新的技术加以解决，并且受到法律的规制。随着人工智能技术的不断成熟，加上法律规制和技术审查的跟进，算法缺陷和数据信息准确性问题并非不能解决。

1.运用法律手段加以规制

《生成式人工智能服务管理暂行办法》第 4 条规定：“提供和使用生成式人工智能服务，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德和伦理道德，遵守以下规定：……（二）在算法设计、训练数据选择、模型生成和优化、提供服务等过程中，采取有效措施防止产生民族、信仰、国别、地域、性别、年龄、职业、健康等歧视……（五）基于服务类型特点，采取有效措施，提升生成式人工智能服务的透明度，提高生成内容的准确性和可靠性。”这一规定表明，立法者已经注意到算法缺陷问题，对提供和使用生成式人工智能服务提出了明确的要求，通过法律手段着手解决这一问题。解决数据信息准确性问题，可以采取以下法律方法：一是由最高司法机关设立专业委员会，通过监督，保证人工智能所使用的司法数据的质量。二是对于程序运行前人为录入信息的错误，建立发现和纠正机制，并且明确规定纠正主体和纠正程序。

2.运用技术手段加以解决

解决算法黑箱可以采取的技术方法包括：一是建设高质量的司法数据处理、标注服务以及完善的司法数据收集、评估体系。二是努力实现裁判生成过程的透明化、可视化。例如，百度在大模型的基础上，研制了智能体机制，能够在一定程度上将思考过程白盒化。这一方法可以借鉴。三是设置算法核查机制，提升算法的透明度。解决数据信息准确性的技术方法主要是采取数据监控和数据清洗等预处理技术，提高人工智能刑事司法系统全面的能力。

第 27 页。

（五）培养司法科技专业复合型人才

目前，司法机关中同时具备法学专业素养和信息技术知识的复合型人才极少。这就导致如下后果：一方面，刑事司法人员不懂人工智能技术。“我国的司法工作人员大部分是法学专业出身，一般拥有较好的法学素养和专业能力，但普遍欠缺科技方面的知识背景，缺乏运用信息科学技术的能力。当前公安司法机关中同时具备法学专业素养和信息技术知识的复合型人才少之又少，不能很好地操作系统、使用系统，这将对刑事诉讼信息化的建设造成一定阻碍。”[1]另一方面，从事刑事司法人工智能系统开发的技术人员缺乏司法技能和素养。在人工智能刑事司法系统的开发中，在算法设计等领域，可能存在个人偏见、歧视或者忽视司法伦理等先天缺陷，导致系统生成的结果缺乏公正性。

我国应当适应刑事司法智能化的现实要求和发展趋势，“有目标、有计划地开展高层次复合型人才培养，促进法律与科技两类知识的融合”[2]。既要提升公安司法人员操作和运用信息化系统的技术水平，也要提升司法智能系统设计人员（特别是算法设计者）的司法技能和素养，从而增强刑事司法大模型算法的公正性可靠性。为此，需要高度重视培养既懂法律又懂技术的复合型人才，持续培养生成式人工智能相关的研发和应用人才，为生成式人工智能赋能刑事司法提供人才基础。（1）新型人才培养的重点是年轻一代司法人员。新一代人工智能技术发展极快，这就需要进一步加强新工科、新文科的建设，跨专业融合培养智能技术和法学素养兼备的专门人才，满足智能司法所需。例如，可以在理工科或综合性高等学校开设跨理学、工学和法学学科的专业，主要依托人工智能等理工科专业培养法学人才，也可以在工科院校开设的法学专业中大幅增加智能技术类课程。在培养法学和人工智能技术复合型人才时，专业培养可以有所侧重：对于未来的司法人员，可以侧重于法学专业，对于未来从事司法人工智能开发、运行、维护等工作的人员，可以侧重于人工智能专业。（2）年老一代司法人员需要与时俱进，通过专业培训更新知识，提高运用人工智能刑事司法系统的技术水平，跟上时代的步伐。

---

[1] 参见卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，第 28 页。

[2] 参见卞建林、曹璨：《信息化时代刑事诉讼面临的挑战与应对》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期，第 29 页。

刑事诉讼领域个人信息保护的现实困境与制度突围

钱程*

内容提要：数字时代刑事诉讼领域个人信息保护面临的过程性风险与结果性危害陡增，现行刑事诉讼中个人信息保护制度生成于物理环境，倚重消极性保护，关注结果性保护。目前面临刑事诉讼中个人信息缺乏明确话语体系，难以为个人信息保护提供直接、明确的制度支持，以及公安司法机关采取的信息干预行为在制度层面难以有效规制的现实困境。未来应当转向积极全面保护，在刑事诉讼领域中注入个人信息保护理念；在制度层面肯认公民个人信息权利的地位；在刑事诉讼制度中强化信息干预程序规制；有效衔接刑诉法与个保法的相关制度规定。

关键词：积极保护；全面保护；个人信息权；程序规制；两法衔接

一、问题的提出

刑事诉讼领域个人信息保护问题并非因信息数字技术应用而产生，而是因信息数字技术与刑事程序高度融合而变得突出。为应对激增的涉网犯罪以及提高刑事办案质效，刑事诉讼领域积极推进信息化数字化改革，吸纳科技发展的成果，运用先进的技术手段提升司法效能。公安司法机关广泛应用大数据、人工智能等技术，处理个人信息的能力显著增强，所能干预的个人信息主体范围扩大，干预的个人信息规模激增，干预个人信息的程度加深。这种信息干预行为包括但不限于收集调取、分析使用、存储保留、披露公示等形式，在不同程度产生公民权利限制甚至剥夺的效果。在获享信息技术带来刑事执法便捷与效率红利的同时，公安司法机关处理信息不当侵害公民隐私、通信秘密等权利的可能与个人信息泄露的风险也随之提升。

刑事诉讼中公安司法机关不当干预公民个人信息权益存在两种风险，即个人信息处理过程中对公民权利不当干预造成的隐性风险以及个人信息不当处理所造成的显性危害。其一，隐性风险集中体现为公安司法机关信息处理的前端行为，即收集调取与分析使用信息不当对公民的隐私权、个人信息权、通信秘密和通信自由等人格权益形成侵害。如公安机关通过信息搜查、信息调取等措施掌握大量甚至是与案件无关的公民的个人信息，对与案件无关的信息主体进行基本身份信息、日常行为活动轨迹、主要社会关系分析，完整地描绘公民的数字人格，公民对其信息自主、隐私安全缺乏控制力。在犯罪从物理场域向虚拟场域的转化过程中，刑事执法与司法活动也转向数字场域，公安司法机关对于个人信息的干预“由产生具体且真实的损害后果的行为转向侵害风险”，[1]这种过程性风险不强调“明确的、直接的损害后果”，[2]信息主体甚至不知晓自己遭受侵害。其二，显性危害存在于公安司法机关信息处理全过程，在刑事审判前、审判中及审判后各个诉讼阶段均存在不当处理信息造成实际损害的可能，但这种结果性风险更集中体现在信息处理中后端行为，即信息存储保留与信息披露公开中高频出现公民个人信息泄露、个人信息处理错误等损害信息主体合法权益的显性危害结果。如刑事裁判文书中未对被害人信息进行去标识化处理，被害人个人信息不当公开造成信息主体承受精神层面的二次伤害；又如公安司法机关未合理封存未成年人犯罪记录，未成年人犯罪信息不当公开造成信息主体隐私被不当披露，影响其正常求学工作。个人信息处理错误导致无辜公民被错误抓捕的事例在国内近年来的执法实践中屡次出现，多名无辜公民由于身份证被冒用或重名、重号等原因被警察错误羁押。2007 年至 2010 年媒体陆续曝光 22 起因留存的个人信息不准确导致错误的网上通缉事件，也是刑事程序中个人信息处理不当造成公民权利受到实际侵害的佐证。

数字时代个人信息保护面临的过程性风险与结果性危害陡增，刑事诉讼制度层面尚未作出应对之举。我国刑事诉讼规范中信息保护内容生成于传统的、物理性质的社会环境，而非数字化、信息化环境。刑事诉讼法律规范中明确出现“个人信息”这一概念的条款不多，保护公民个人信息的内容较少，散见于刑事诉讼法律法规、司法解释以及相关法律规定之中，未形成对刑事诉讼中公民个人信息进行积极保护、直接保护的制度规范。既有刑事诉讼规范在一定程度上对公民隐私信息提供制度保护，但是未对个人信息的程序地位予以重视，没有确立公民个人信息的权利话语体系，对公安

---

* 作者简介：钱程，女，大连海事大学法学院讲师，法学博士，主要从事刑事诉讼法学研究。

1 裴炜：《数字正当程序 网络时代的刑事诉讼》，中国法制出版社 2021 年版，第 264 页。

2 谢远扬：《信息论视角下个人信息的价值》，载《清华法学》2015 年第 3 期，第 94-110 页。

司法机关处理个人信息的措施规制不足，刑事诉讼中个人信息保护效果不佳。与民法领域的个人信息保护、个人信息保护法对政府行政行为的约束相比，基于国家安全、社会安全的例外事由遮蔽下的刑事司法、执法领域的个人信息保护已经成为个人信息保护整体制度的短板，[1]刑事诉讼领域个人信息保护制度完善迫在眉睫。本文从制度规范角度出发，厘清我国刑事诉讼领域个人信息保护制度的现实样态，阐明缘何现行制度在面临实践中公安司法机关日益增多增强的信息干预行为时应对不暇。在对制度特点进行剖析的基础上，明晰我国刑事诉讼领域个人信息保护制度层面的困境，进而针对性提出应对策略，探索我国刑事诉讼中个人信息保护制度完善路径。

二、刑事诉讼领域个人信息保护的制度特点

我国刑事诉讼法律规范整体上生成于物理性社会环境，尚未注入数字信息保护理念，《刑事诉讼法》直接涉及公民个人信息保护的条款数量不多，保护信息主体范围较小，重点保护公民隐私信息，主要采取消极的、禁止或限制披露方式进行保护。现行刑事诉讼中个人信息保护制度呈现以下三个特点：生成于物理环境，而非数字环境；倚重消极性保护，而非积极保护；关注结果性保护，而非过程保护。以上特点可以解释缘何现行刑事诉讼制度难以满足信息时代个人信息保护的要求，呈现对个人信息权益干预过度而保护不足的现实样态。

（一）生成于物理环境，而非数字环境

目前刑事诉讼法律法规与司法解释涉及公民个人信息的法律条文内容主要包括三类：一是对公安司法机关干预公民个人信息行为进行法律授权与程序规制；二是规定国家负有保护义务，主要包括信息保密、技术保真、更改删除三类义务条款；三是明确单位与个人负有配合公安司法机关侦查的义务，既包括消极地配合侦查义务，也包括提供技术支持协助的积极配合义务。此三类与个人信息保护相关的内容生成于传统的、物理性质的社会环境，而非数字化、信息化环境，对数字技术带来的冲击尚未进行有效制度反应。

其一，目前《刑事诉讼法》中涉及公安司法机关干预个人信息的行为停留于物理性干预行为，如搜查扣押、逮捕拘留等措施均通过限制有体的、物理性的物品、人的身体附带性实现对个人信息的收集处理，只有技术侦查措施是针对数据信息进行动态收集监控。相应地，规范个人信息干预行为的机制也是针对物理性措施，而非数字性措施。但是现实社会环境与犯罪模式已经向数字化、虚拟化过渡，实践中侦控机关广泛采用信息调取、信息搜查、信息监控等措施获取数字信息技术催生的各种类型、各种形式的个人信息，如互联网用户 IP 地址、网上购物交易记录、线上生活缴费记录、电子聊天记录、手机 APP 上交通出行记录、电子信箱、QQ 号、微信号等，并运用大数据、人工智能等技术进行信息聚合重整。[2]制度层面并未将搜查扣押等传统侦查措施适用对象扩充至包括信息数据，仅通过司法解释形式对电子数据类证据收集使用程序进行规定，对于实践中侦控机关具有隐秘性、远程性、海量性、普遍性、精密性的信息干预措施难以有效规制，很难通过规范干预措施实现保护个人信息权利的效果。

其二，国家负有保护公民个人信息的义务，在现行刑事诉讼制度中体现为隐私信息保密义务、技术保真义务以及信息删除更正义务。其中，隐私信息保密义务的设定对于保护个人信息作用最为直接，技术保真义务与更正删除义务设置的主要目的在于保障实体真实，并非保护个人信息权益，但是间接起到保护信息真实、准确、完整的作用。《刑事诉讼法》基本将个人信息保护范围基本限定为特定类型犯罪的证人、鉴定人、被害人本人或者其近亲属的个人信息以及刑事诉讼涉及的公民隐私信息（未成年人犯罪信息属性上当归为隐私信息），对于非隐私类信息未予以提及。刑事诉讼中与国家保护个人信息义务相关的条款围绕传统信息类型设定，进行严格范围限定，未将数字信息时代各种非隐私信息以及非隐私信息深度处理后形成的衍生信息纳入保护范围。

其三，以《刑事诉讼法》第 54 条、《反恐怖主义法》第 9 条为代表的配合义务条款，其设置目的在于保障刑事诉讼程序及时、顺利进行，所设置的义务对象主要面向物理环境中有案件关系密切

---

1 程雷：《刑事司法中的公民个人信息保护》，载《中国人民大学学报》2019 年第 1 期，第 105 页。

2 参见李亮：《新刑事诉讼法中个人信息保护的检视与路径探索——基于传统和互联网两种样态的考察》，载《海南大学学报(人文社会科学版)》2014 年第 2 期，第 89 页。

的单位与个人，未将作为信息处理者的第三人，尤其是信息数据平台作为主要适用对象，故而尚未考量刑事诉讼中第三人的法定配合义务与其作为信息处理者保护信息主体个人信息义务之间的冲突。数字时代，公民个人活动与社会活动均产生数字痕迹，海量非敏感隐私信息、非内容信息留存于第三方数字设备或系统中，第三方信息数据平台负有保护公民个人信息的义务，这也是企业数据合规的要求。刑事诉讼中第三方配合的法定义务具有优位性，但并非没有边界性，数据合规即为一重边界。制度层面对数据合规这一内容的忽视使得第三方配合刑事诉讼的义务履行缺乏边界，存在无限度配合损伤信息主体权利的风险。

（二）倚重消极性保护，而非积极保护

个人信息的公法保护存在积极保护与消极保护两种方式，积极保护是指国家积极履行国家保护个人信息义务，在制度层面进行信息主体权利确权，通过建立具体权利行使机制、权利救济机制、组织保障机制形成个人信息保护的制度规范，并以积极作为方式落实保护的具体措施。消极保护是国家应避免过度侵入个人信息领域，减少对个人信息相关权利的干预与限制。我国刑事诉讼法律规范层面存在积极保护与消极保护两种保护方式的内容，但是明显更倚重消极性保护，而非积极保护。

现行刑事诉讼中个人信息消极保护主要体现为公安司法机关履行信息保密义务与对公安司法机关信息干预行为进行必要的规制两个层面，通过限制甚至禁止披露，以及对干预行为设置程序限制达到降低干预范围、程度的消极方式进行信息保护。《个人信息保护法》中对信息主体在个人信息的处理过程中享有知情权、决定权等权利的保护属于积极保护，但是信息主体的个人信息权利并未嵌入《刑事诉讼法》之中，刑事诉讼法律规范中缺乏对公民个人信息权利的确认，积极性保护方式缺乏权利依托，仅以隐私权保护方式对部分隐私信息进行积极保护。

在消极保护领域，制度层面采取附带性保护方式，而非进行独立保护。从刑事诉讼法律规范条文的表述看，很少有对当事人个人信息保护直接进行规定的内容，而是在具体刑事诉讼制度规定中以例外性、补充性方式进行信息保护，如保护未成年犯罪嫌疑人、被告人的隐私信息是公开审理制度的例外，又如在技术侦查措施中以补充性方式要求对公民隐私信息保密，将涉及无关信息的材料及时销毁。这种附带性保护在法律规范形式层面体现为规定缺乏独立性和体系性，既不以专门的章节、条文形式呈现，也没有按照诉讼阶段进行有序展开，而是散见于不同章节、不同诉讼阶段，在公安司法机关干预公民人身自由、财产等权利附带产生干预隐私权的情况下，要求公安司法机关以保密、不公开披露这种消极的、相对不作为的方式附带性保护隐私信息。刑事诉讼中对个人信息采取消极、附带性保护方式具有明显的局限性，刑事程序中个人信息长期发挥着案件线索、证据等工具性功能，制度层面未将个人信息权作为独立权利对待，会导致个人信息在刑事程序中愈发功能化、客体化，公民理应享有的信息权利被进一步侵蚀。刑事司法场景中，国家公权机关处理个人信息以信息处理为常态，以禁止处理作为例外情况避免过度干预公民权利。为达到有效侦破案件、充分调查取证的目的，公安司法机关强化信息收集处理的过程中，很大程度上进一步挤压禁止处理的空间，将制度层面缺乏独立保护的权利不断挤压，个人信息承载的人格尊严与自由独立价值难以实现。

（三）关注结果性保护，而非过程保护

刑事诉讼中公安司法机关不当干预公民个人信息权益存在过程性与结果性双重风险，目前我国制度层面仅关注结果性风险，通过限定保护隐私信息，落实公权机关信息保密义务等方式进行保护，以防止发生信息泄露事故造成具体且真实的损害后果。但是，对于公安司法机关在个人信息处理中对公民权利干预所形成的隐性的过程性风险缺乏未予以关照。制度层面关注结果性保护，忽视过程性保护的现实样态体现个人信息保护理念的缺失，仅以隐私权作为信息保护的权利基础。个人信息权与隐私权不同，公权力对个人信息的干预、侵犯也区别于对传统隐私权的干预、侵犯。个人信息干预行为并不强调明确的损害后果，且很多时候信息干预行为造成的损害后果并不以有形的方式呈现，也难以量化损害的程度。信息主体在不知情的情况下将信息交予第三方处理，在很多场景下权利人对信息处理行为并不知悉，也很难意识到自身权利被侵害。数字环境下，信息流动规模与速度已超出信息主体控制范围，在信息海量、高速处理过程中，公权机关对于个人信息的干预已经由产

生具体且真实的损害后果的行为转向侵害风险。[1]故而对个人信息之保护也应当注重过程保护，在个人信息收集、使用、传送等处理过程进行保护，而非仅在不当处理个人信息造成实际损害结果后进行保护。

三、刑事诉讼领域个人信息保护的现实困境

刑事诉讼领域个人信息保护面临的现实困境体现为刑事诉讼中个人信息缺乏明确的话语体系，难以为个人信息保护提供直接、明确的制度支持；同时刑事诉讼中对公安司法机关干预行为未进行有效的数字化应对，各种信息干预行为在制度层面难以有效规制。

（一）刑事诉讼中个人信息缺乏明确的话语体系

我国刑事诉讼制度层面涉及的公民个人信息类型包括身份信息、生物信息、轨迹信息、通信信息等多种，但是个人信息本身在刑事程序中缺乏明确的话语体系，不具有证据地位、不具有隐私属性的个人信息难以纳入现行保护范围，公民个人信息权缺乏明确的权利地位，单向度的消极保护方式难以应对刑事程序中高强度干预行为带来的权利侵害风险。

公民个人信息在刑事程序中的工具性地位较为明显，制度层面尚未将其作为公民权利客体进行直接、独立的保护。刑事程序中个人信息较为直观的功能体现为用于线索和作为证据。其一，刑事初查以及刑事侦查中获取的公民个人信息可以作为案件线索，为案件侦破提供侦查方向、缩小侦查范围，帮助寻找并确定犯罪嫌疑人、犯罪行为等重要事实。其二，刑事程序中个人信息可以直接用作证据或转化为证据。如侦查机关采取技术侦查措施获得的监听、监控信息可以直接作为证据使用；又如手机定位信息、GPS 定位信息等在转化为法定证据类型后，可作为间接证据与其他证据印证使用。因此类个人信息可转化为刑事证据，相应的信息处理措施能够通过侦查措施规定与刑事证据规则进行规范调整。然而，除此类信息外，刑事程序中还存在大量不具备证据地位的、仅作为刑事程序运行基础要素的个人信息，如公民基本身份信息；同时刑事司法活动本身亦可形成新的信息数据，如涉及审判组织成员信息的数据、被追诉人被采取强制措施的相关信息等。此类信息数据承载的人格价值长期被忽视，缺乏刑事证据地位的信息、非隐私类信息在制度层面缺乏保护依据，在司法实践中难以得到重视，个人信息的功能性地位亟待改变。

刑事诉讼领域公民权利保护应当以宪法权利确认为基础，目前我国宪法层面公民个人信息权利保护呈现碎片化状态，并未以列举公民基本权利的方式保护个人信息与隐私。宪法规范中只有第 40 条与个人信息保护直接相关，其规定公民通信自由和通信秘密受法律保护，对公民通信信息得以进行直接保护，同时通信秘密保护能够将公民部分敏感隐私信息纳入保护。但是个人信息的内容范围远远超过通信信息与敏感隐私信息范畴，宪法第 40 条对通信权利的保护难以涵盖内容更丰富、范围更广泛的个人信息权。宪法层面个人信息权利的地位不明影响刑事诉讼领域对个人信息权的接纳与保护，刑事诉讼中个人信息权利规范处于缺位状态，个人信息权是一种什么属性的权利，在刑事诉讼保护的权利体系中处于什么位置，公民基于何种依据享有这项权利，其与隐私权等权利关系如何，在刑事程序中具体如何行使此项权利，这些问题在我国刑事法律体系中尚无明确答案。以科技定位信息为例，侦查机关通过 GPS 定位或手机定位等科技追踪方式获取公民位置信息，被定位的主体对其位置信息享有何种权利，刑事诉讼中公安司法机关何种行为可以被视为侵犯该权利，刑事制度层面如何对此类信息进行保护，现有刑事诉讼权利体系对此处于失语状态。又如 DNA 信息，对于这样一种具有高度敏感性与隐私性的信息类型，被采集 DNA 的信息主体享有何种权利，刑事诉讼中侦查机关大规模采集不特定信息主体的 DNA 信息的正当性何在，在特定案件中大量 DNA 信息被公安司法机关采集、留存使用后，信息主体享有何种权利保护自身生物识别信息的安全性，现有刑事诉讼制度对此也处于失语状态。刑事诉讼制度层面个人信息保护权利的缺失，使得公民身份信息、生物信息等各种类型信息缺乏保护依据，隐私信息保护条款粗疏，难以起到有效保护隐私信息效果，更何谈保护非隐私信息。

我国《个人信息保护法》明确规定公民在个人信息处理活动中享有知情权与决定权、查阅复制

---

1 参见裴炜：《个人信息权的建构和立体式法律保障——由隐私权保护的范式困境展开》，载《北大法律评论》2017 年第 18 卷第 2 辑，第 359 页。

权与可携带权、更正补充权、删除权等多项权利。但是目前个人信息权利在公法制度中处遇不明，刑事诉讼理论层面对于个人信息权这一新型权利的基本问题尚未解决，刑事诉讼制度层面并未与《个人信息保护法》进行规范衔接的状态下，难以将个人信息保护法中公民个人信息权利规范直接导入刑事司法领域适用。刑事诉讼领域个人信息权利规范的缺位导致公民缺乏权利维护依据，对于实践中公安司法机关广泛且深刻的信息干预行为，公民权利保护缺乏直接、明确的制度支持。

（二）公安司法机关个人信息干预行为规制不力

目前刑事诉讼制度层面对公安司法机关干预个人信息行为的规制不力具体体现为三个方面，即干预行为的法律属性不明、干预行为的适用程序设置不妥以及干预行为的审查监督乏力。

1.干预行为的法律属性不明

刑事诉讼中公安司法机关干预个人信息的行为主要包括收集调取、分析使用、存储保留、披露公示几种类型，刑事诉讼制度层面对干预行为的授权集中于信息收集调取行为，未对信息分析行为与信息留存行为进行独立授权，信息分析使用与存储保留往往依附于收集调取行为存在，缺乏独立的法律地位。在制度规范与实践运行中，信息留存、分析行为缺乏独立属性，信息收集行为的属性混淆，导致程序适用存在错位情况，影响刑事程序规范对信息干预行为的有效规制。

其一，信息分析行为缺乏独立属性。2016 年公安部印发《公安机关执法细则（第三版）》在第十六章中规定公安机关可以采取查询、检索、比对数据措施，此内容具有授权侦查机关运用计算机技术进行信息分析，将信息分析行为作为一项独立措施的意味。但此规定仅为公安机关内部规定，法律层级较低，无法对侦查措施进行法律授权。且该细则也未涉及信息碰撞、信息挖掘等干预程度较高的信息分析行为。侦查机关采取的信息分析行为仍处于依附信息收集行为、缺乏独立侦查措施地位的境遇，信息分析行为的程序规制也处于真空状态。

其二，信息留存行为缺乏独立属性。在刑事诉讼法律规范中，只有《刑事诉讼法》第 152 条对技术侦查措施适用程序中规定应当及时销毁获取的与案件无关的材料。这一规定仅适用于技术侦查措施附带的信息留存行为，且销毁的信息范围限于与案件无关的材料。对于公安司法机关其他信息收集行为所附带的信息留存行为，并没有规定留存期限、及时删除的规定，这在一定程度上默许，至少没有禁止公安司法机关实施长期信息留存行为。

以信息收集行为的合法性为信息留存与后续使用行为的正当性背书并不妥当，信息留存与信息分析行为缺乏独立法律属性、依附于信息收集行为的设置方式导致信息收集行为其后阶段的信息干预行为的法律规制处于真空状态，易滋生公安司法机关过度留存、过度分析公民个人信息的不良行为。如侦查机关为侦破特定案件大规模采集公民 DNA 信息，在制度未要求其限期删除的情况下，作为信息控制者的侦查机关随时可能对公民敏感隐私信息进行查询、分析，甚至可能为某种私人目的将刑事程序中的敏感隐私信息挪作他用，公民的隐私权与个人信息权处于相对危险、失控的状态。

其三，不同类型信息收集行为的属性难辨。目前刑事诉讼法律规范层面存在多种能够实现信息收集目的的侦查措施与方式，如调取、搜查、技术侦查措施、网络远程勘验、收集提取电子数据等多种。以任意性亦或强制性侦查措施对侦查机关信息收集行为进行属性界分，刑事调取、网络在线提取数据、网络远程勘验措施以及各种新型信息监控措施存在法律属性不明，是否隶属强制性侦查措施难辨的现实情况。以刑事调取为例，2019 年最高检《刑事诉讼规则》第 169 条、2020 年公安部《刑事程序规定》第 174 条将调取作为不限制被调查对象人身权利、财产权利的措施进行列举，能够佐证调取作为任意性侦查措施的属性。但是，2019 年公安部《电子数据取证规则》第 41 条、《数据安全法》第 35 条均规定调取数据应当经过审批手续，《数据安全法》所要求的“经过严格的批准手续”这一审批要件与技术侦查措施的审批要件严格程度一致，引发调取措施是否与技术侦查措施属性同为强制性侦查措施的疑问。[1]

侦查机关不同类型的信息收集行为法律属性难辨，实践中存在混淆行为属性造成程序错位使用的问题，如刑事调取与技术侦查措施混用，网络在线提取与网络远程勘验与搜查措施、技术侦查措

1 参见王仲羊：《调取电子数据的三重维度与优化路径》，载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2023 年第 1 期，第 66-68 页。

施混用，新型信息监控措施与刑事调取混用。侦查实务中对不同类型信息收集行为混用的原因一方面是因为制度层面未明确界定，实践中具体应用的不同类型信息收集行为确实难以辨别法律属性；另一方面原因是侦查人员为减少审批程序、提高办案效率，会有意识地规避适用规范密度高、规范强度大的侦查措施，而是适用具有实际功能替代性且规范密度低、规范强度小的侦查措施。但是，制度层面不同类型的信息收集行为长期属性不明、界限模糊，导致实践中错位适用，存在严重的权利侵害风险。具体而言，侦查机关在适用侦查措施过程中采取"降格处理"方式，以特定信息收集行为不属于搜查、技术侦查措施等强制性侦查措施为由，规避强制性侦查措施实施的严格程序。在便捷地收集公民个人信息的同时，深度干预公民隐私领域，侵犯公民隐私权与个人信息权。因缺少强制性侦查措施之名，在适用过程中也无需履行必要的告知义务，事后的信息删除销毁义务，加剧公民个人信息安全风险。

2.干预措施适用程序设置不当

刑事诉讼中侦查机关个人信息干预行为最为密集，对公民隐私权与个人信息权干预程度较深。但是制度层面侦查机关个人信息干预行为的发动条件较低，程序设置比例失调，导致实践中干预行为的程序控制效果不佳。

其一，侦查机关个人信息干预行为发动要件设置模糊，程序控制宽严失衡。以刑事调取为例，《刑事诉讼法》第 54 条第 1 款对公安司法机关调取数据作出概括性授权，未阐述调取行为的适用范围与启动条件，未作出具体程序规定。从立法语义来看，调取行为与收集行为不同，收集应当界定为直接收集，调取类似于间接收集，调取行为的相对方为刑事诉讼中的第三人。《数据安全法》第 35 条对数据调取的目的要件"维护国家安全或者侦查犯罪的需要"，侦查机关依职权启动的干预措施均具有此目的，以过于笼统方式设定具体干预措施的目的要件难以发挥目的要件的限制功能。2016 年两院一部《电子数据规定》与 2022 年两院一部《信息网络犯罪刑事程序意见》对数据刑事调取作出相对具体的程序规定，但适用范围与启动条件仍不明确，以书面形式、通知程序、审批程序进行技术性限制，以保障所调取数据的完整性与真实性，并未关注调取过程中信息主体权益。另外，刑事调取措施以第三人为干预对象，作为任意性措施的刑事调取干预程度较低，但是程序控制机制中混杂存在"经过严格的批准手续"的程序规定。当调取信息触及隐私领域或相对人拒绝配合调取时，刑事调取措施具有强制侦查属性，但是适用的程序规定未将调取措施的不同属性进行区分，使得程序控制宽严失调，难以有效规范干预行为。

其二，侦查机关信息分析行为程序控制不足，不符合比例原则。信息分析行为不同于信息收集行为，在行为对象、行为起止时间以及权利干预方式方面具有其特殊性。相较于信息分析行为，信息收集行为的起止时间、行为对象比较明确。原因在于信息分析行为的对象通常是不特定的非结构化数据，受存储成本、处理技术等多方面因素影响信息分析的起止时间也难以确定，一般情况下信息主体很难知晓其个人信息被采取挖掘碰撞、解析整合等分析措施。[1]信息分析行为的特殊性使得其长期处于被忽视的状态，缺乏独立的程序地位，处于程序规制的真空状态。事实上，很多场景中，侦查机关的信息分析行为对公民权利的干预程度并不亚于侦查机关信息收集行为的干预强度，甚至持续性、深度的信息分析行为对公民隐私领域侵入程度更高。制度层面以信息收集行为的合法性作为信息分析行为合法性的依据并不妥当，目前对侦查机关信息分析行为的程序规制并不符合比例原则，干预行为的程度与其受到的程序规制程度不合比例。

第三，侦查机关信息使用行为的程序控制不符合比例原则要求。目前刑事诉讼中个人信息使用行为大多缺乏程序规范机制，信息使用行为依附于信息收集行为，处于程序规制的相对真空地带。刑事诉讼中存在大量公权机关超越初始目的使用公民个人信息的情况，在公法领域通常以"必要性"原则评价超目的的信息处理行为，而刑事司法活动往往天然构成"必要"之情形，惩罚犯罪的必要性毋庸置疑，但是不能以必要性为所有超目的信息处理行为背书，必要性不能消解所有的正当性质疑。在刑事程序法缺乏对刑事诉讼中个人信息使用行为进行明确规制、个人信息保护规则难以对其产生

1 参见王仲羊：《科技定位侦查与隐私权的层级保护——以美国 Carpenter 案为视角》，载《河北法学》2021 年第 3 期，第 176 页。

约束的情况下，容易造成公权力机关恣意使用公民个人信息，侵害公民权利。如黑龙江某地警方在预防毒品犯罪演练活动中将石女士作为模拟活动中涉嫌毒品犯罪的嫌疑人，在全国禁毒信息管理系统输入其个人信息，但是演练活动结束没有进行信息删除。因石女士信息进入公安系统禁毒名单，其各项权利受到不当限制，如无法取得保险金，无法申办营业执照，无法赴境外旅游，在其居住地个人名誉也受到严重损害。[1]石女士的个人信息存储于当地公安机关信息数据库中，公安机关将其信息用于预防犯罪演练，此信息使用行为形式上具有正当目的，干预程度看似符合比例原则，未对信息主体个人信息权与隐私权直接造成侵害。但是缺乏程序规制使得这种信息使用程序启动与运行都过于随意，公民对其信息被处理并不知情，也缺乏权利救济途径，公权力机关不当处理个人信息导致公民权利受到严重侵害。

3.干预行为的审查监督乏力

公安司法机关干预个人信息的能力持续增强，侦查机关尤为突出，但信息干预行为的审查监督相对乏力，对干预行为的规制效果不甚乐观。

其一，公安系统内部监督难以克服自我监督存在的弊端，侦查职能与自我监督难以有效平衡。公权力进行本体监督容易出现监督死角，侦查机关的内部监督审查往往忽视监督功能的实现，仅单向重视侦查效能的实现。公安系统内部监督主要包括公安机关上下级监督、公安督察系统监督以及公安法制部门的监督。[2]刑事执法领域尚未全面建立个人信息保护理念，公安系统执法规范化建设重点依然围绕干预人身自由权利、财产权利的行为规范展开，没有对干预个人信息权、隐私权的行为进行重点规范，内部监督体系中未将公安机关干预公民个人信息行为是否合法、必要、适当作为直接监督对象。公安系统内部对于侦查中干预公民个人信息行为的审查主要体现在技术侦查措施、刑事调取措施等信息收集行为启动的事前审批，但是为保障办案效率，避免延误侦查战机，往往仅对侦查措施的合法性进行形式审查，倾向于批准适用，忽视侦查措施不当适用存在的权利侵害问题。另外，公安系统内部侧重结果型监督，即当公安机关在刑事执法过程中不当处理公民个人信息造成严重后果时，才会引发系统内部对此问题的重视。如在实务中出现多起警察违规查询、泄露个人信息案后，公安部在 2015 年出台《公安机关信息查询共享应用“七不准”》，强化对公安机关信息查询共享行为的监督。若公安机关在其刑事执法中的信息处理行为未引起执法争议，则信息处理的过程性监督往往处于相对真空状态，难以引起内部监督的重视。[3]

其二，检察机关与审判机关对侦查机关干预行为的事前审批与事后审查机制尚不成熟，对信息干预行为难以进行有效审查。一方面，在侦查机关干预个人信息措施的发动要件中，多数干预措施没有设置事前司法批准要件，技术侦查措施、刑事调取、搜查等措施发动要件均为公安机关内部审批，司法权事前审查缺位。以技术侦查措施为代表的信息干预措施具有强制性侦查属性，不当适用对公民隐私权与个人信息权存在显著的权利侵害风险，司法权事前审批缺位难以制约侦查权不当行使。另一方面，在侦查机关发动信息干预措施后，缺乏有效的事后审查机制。我国刑事诉讼领域尚无违宪审查机制，难以通过将侦查机关干预基本权利行为认定为违宪而将其程序法效力归于无效。非法证据排除规则实际应用并不广泛，刑事调取、技术侦查措施、电子数据取证等措施获取的信息往往不在非法证据排除规则审查范围内，法院难以通过非法证据排除规则对侦查机关不当信息干预行为进行程序性制裁。制度层面对电子数据合法性审查判断关注“取证是否符合技术标准”及“是否手续齐备”，未将侦查机关信息收集措施的法律属性、发动要件作为重点审查监督对象。司法权所起到的作用仅是对侦查机关取证手续进行核验检查，未关注侦查措施背后对公民权利的干预，对个人信息的保护并无多大助益。

---

1 参见《女子遭警方杜撰吸毒记录 输入全国禁毒系统 4 年多》，载新浪网，https://news.sina.com.cn/s/2011-06-17/061622656536.shtml，最后访问时间：2022 年 12 月 3 日。

2 参见卞建林：《论公安刑事执法规范化》，载《东方法学》2019 年第 4 期，第 12 页。

3 参见蒋勇：《大数据时代个人信息权在侦查程序中的导入》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 3 期，第 161 页。

四、刑事诉讼领域个人信息保护的制度突围

我国《个人信息保护法》已经出台，但刑事诉讼领域个人信息保护制度仍处于发展的初级阶段，面对刑事诉讼领域个人信息保护不力，干预过度的现实问题，需要通过制度完善实现困境突围。

（一）在刑事诉讼领域中注入个人信息保护理念

我国刑事诉讼程序、权利保护体系在传统诉讼时代生成发展，长期“重人身权、轻财产权”，隐私权、通信权等权利更是备受冷遇。目前刑事司法领域对个人信息保护的疏漏已经成为个人信息保护整体法律体系的短板，实践中公安司法机关对隐私与数据信息权利的干预日益加深，我国应当重视刑事诉讼领域个人信息保护问题，在刑事诉讼中注入个人信息保护理念，在刑事执法、司法活动中贯彻个人信息保护原则，逐步完善刑事诉讼领域个人信息保护制度。

刑事诉讼领域个人信息保护应当坚持全面保护理念，在保护对象、保护范围、保护阶段方面予以贯彻。其一，对刑事诉讼中个人信息主体进行全面保护，包括犯罪嫌疑人、被告人、已定罪之人；被害人；证人及其他诉讼参与人；不特定的案外人。四类信息主体与刑事诉讼程序的紧密程度不同，个人信息受干预的程度、受侵害的风险也不同，应对四类信息主体予以全面保护，但依主体差异予以不同程度的保护。其二，对刑事诉讼中不同类型个人信息进行全面保护，不同场景中保护的个人信息范围往往需要通过具体信息处理者与个人信息处理活动两个条件进行界定，在平衡多重价值关系过程中决定予以何种程度的保护。原则上将内容信息与非内容信息、直接信息与间接信息、敏感隐私信息与一般信息均纳入保护范围。其三，刑事诉讼领域个人信息保护应覆盖刑事程序全过程，包括刑事审判前、刑事审判中以及刑事审判后。在全面保护理念指导下，刑事诉讼制度层面应当对公权机关干预个人信息行为进行全面规制，关注不同程序阶段、不同信息处理行为存在的个人信息权利侵害风险，[1]从原来仅规制信息收集调取行为转向对信息处理行为的全程化规制，信息获取、信息留存、信息使用、信息公开等处理行为均受到法律规制。[2]

刑事诉讼领域个人信息保护应当秉持价值平衡理念，平衡国家权力与公民权利的关系，追诉犯罪与信息保护的关系。刑事诉讼领域个人信息保护问题集中体现为个人信息干预与个人信息保护之间的矛盾，本质上是打击犯罪与保障人权在信息数字时代的具体体现。公安司法机关个人信息干预行为的上位利益是国家打击犯罪的需求，为实现打击犯罪所承载的国家社会利益，信息主体的个人信息利益当进行适度让步，但是这种让步并非无限度的。刑事司法领域个人信息保护的关键在于实现国家刑事执法、司法权与个人信息权、隐私权之间的平衡，公安司法机关不能毫无限制地处理公民个人信息，应当以适当的程序规范控制分析行为，防止其超越合理界限过度干预公民权利。公民个人信息权与隐私权应当成为刑事执法、司法权的行使边界，在法律明确授权前提下，依照法定程序对个人信息权、隐私权进行适度干预，既不能过分强调权利保护，导致刑事诉讼活动无法正常进行；也不能过分强调公共利益，任由刑事司法权恣意行使，以维护国家公共利益名义对个人信息权、隐私权空间进行无限压缩。[3]

（二）在制度层面肯认公民个人信息权利的地位

为解决目前刑事诉讼领域个人信息缺乏话语体系，公民个人信息权利保护缺乏直接性制度支持的问题，在制度层面应当肯认公民个人信息权的地位，明确个人信息权利保护机制，从单向的消极、结果性保护转向全面综合的保护，即兼具消极保护与积极保护，结果性保护与过程性保护。

《个人信息保护法》作为个人信息保护领域的基本法，以宪法为立法依据，对公民个人信息权利予以保护。个人信息承载着数字时代信息主体的人格尊严与自由平等，公民个体通过控制及使用个人信息构建自身的人格图像、个性特征以及社会角色，通过个人信息自决实现自我确定与自我发

---

1 Joh, Elizabeth E., Policing by Numbers: Big Data and the Fourth Amendment, Washington Law Review, 2014, Vol. 89, pp. 35-68.

2 参见王仲羊：《刑事诉讼中的个人信息保护研究——以科技定位侦查为视角》，载《理论月刊》2020 年第 12 期，第 114-117 页。

3 参见张晶：《大数据侦查中的信息隐私权保护》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2022 年第 3 期，第 3 页。

展。公民享有个人信息权，个人信息自由与信息隐私安全免受第三方的不当干预，这一意涵在宪法人权保护条款与人格尊严不受侵犯条款中能够得到解释与支持。个人信息权利具备公民基本权利的特点，应当对其地位予以肯认。需要注意的是，作为信息社会运行的基础资源，个人信息被第三方处理是不可避免的，个人信息权必然受到一定程度限制。尤其在刑事诉讼领域，刑事程序中信息处理行为具有较高的封闭性和强制性，个人信息主体的自决权必然受到限制。肯认公民个人信息权的基本权地位，在刑事诉讼中积极保护此权利，能够对公安司法机关信息干预行为进行必要限制，防止其为实现惩罚、控制犯罪目的，过度限制公民权利甚至造成权利侵害后果。

目前刑事诉讼制度层面仅对公民隐私信息给予必要保护，在对公民个人信息权利有效确权的基础上，应当拓宽个人信息保护范围，综合运用消极保护与积极保护方式、结果性保护与过程性保护方式，实现对个人信息的全面、综合保护。具体而言，以隐私权与个人信息权共同作为个人信息保护基础，建立“隐私权- 个人信息权”复合型权利保护模式，即保留现有刑事诉讼中隐私权保护的制度建设，以隐秘性、私密性作为标准，将公民个人信息划分为隐私信息与一般信息，对隐私信息予以高强度保护，对一般信息予以次高强度保护。“隐私权- 个人信息权”复合型模式能够兼顾保护隐私信息安全与个人信息自由双重目的，防止刑事诉讼中公民隐私信息被不当收集、留存、披露、使用，防止公民一般信息被非法处理，不当干预。“隐私权- 个人信息权”复合型模式能够兼采两种权利保护优势，沿用隐私权这一权利基础契合我国制度传统与客观现实需求，将个人信息权纳入权利基础能够发挥此权利对个人信息全面保护、积极保护的优势。个人信息权具体内容包括信息主体享有信息知情权、信息决定权、信息访问权、信息更正权、信息删除权以及解释说明权，信息主体通过直接、主动行使以上权利能够在信息处理前、处理中、处理后进行信息全程性保护，弥补隐私权消极防御的不足。

（三）在刑事诉讼制度中强化信息干预程序规制

刑事诉讼中强化个人信息干预行为的规制应以法律保留原则与比例原则作为主要规范工具，对公安司法机关信息处理行为进行明确授权，对刑事诉讼中个人信息干预措施进行系统的程序法整合与合比例的程序法规制。

1.完善刑事诉讼中个人信息调取的程序控制

实践中信息调取措施适用的广泛性与扩张性存在侵害相对人合法权利的显著风险，信息调取措施难以单纯地被定性为任意性侦查措施，应当强化刑事诉讼制度层面对侦查机关个人信息调取行为的程序控制，构建个人信息的分级调取程序。

其一，明确信息任意调取措施的授权依据与程序规范。在强制性侦查和任意性侦查理论中，若侦查相对人自愿选择放弃其所享有的基本权利的排他效力，强制性侦查措施因权利人放弃权利而不具有强制干预性，干预行为转为任意性侦查措施。[1]信息调取措施属性的界定中，也需要将相对人是否放弃权利纳入考量因素，当侦查机关信息调取的对象为公民一般信息，且信息控制者同意提供信息并予以相应协助时，信息调取措施属于任意性侦查。《刑事诉讼法》第 54 条能够为侦查机关采取信息任意调取措施提供授权依据，但任意调取措施的适用范围限于调取一般信息，而非隐私信息。任意调取措施的启动由侦查人员自行决定，以关联性作为信息调取范围判断标准，制作调取通知书，注明需要调取的信息范围，将告知书送达信息控制者。

其二，明确信息强制调取措施的授权依据与程序规范。信息强制调取存在两种情形，即侦查机关调取公民隐私信息，调取措施隶属强制侦查措施；以及信息控制者拒绝配合任意调取措施，侦查机关若欲继续取证则需转为使用强制方式实现信息调取。概括性授权条款不能作为强制性侦查措施的法律依据，应当以具体授权条款作为信息强制调取的合法性依据，将强制调取整合进搜查、扣押措施，以《刑事诉讼法》搜查、扣押措施的规范内容作为强制调取措施的授权依据，对现有规范内容予以“信息化”调适。具体而言，在刑事诉讼法增设“侦查机关调取的信息数据涉及公民隐私信息，或者被调取的单位或个人拒绝配合调取、不如实提供信息的，依据搜查与扣押的相关规定进行处理。”

---

1 参见谢登科：《论侦查机关电子数据调取权及其程序控制——以<数据安全法(草案)>第 32 条为视角》，载《环球法律评论》2021 年第 1 期，第 58 页。

进而以《刑事诉讼法》第 136 条至第 145 条的搜查、扣押规范作为信息强制调取的合法依据，但是具体程序有必要进行完善。即改变目前由办案部门负责人内部审批的方式，以外部审查代替内部审查，由检察机关对扣押措施启动进行审查批准，强化审查的中立性与司法性。侦查机关提出程序适用的书面申请，写明法律依据、扣押对象、所欲调取的信息类型与信息范围，并阐明特定事实连同从该事实所做出的合理推论使其相信犯罪活动正在进行，其所欲获取的信息材料与特定事实之间存在合理推论关系。检察机关对申请进行审查，并采用更高的心证标准，即认为达到合理怀疑标准可批准程序启动申请。[1]

2.完善刑事诉讼中个人信息搜查的程序控制

实践中侦查机关利用技术侵入计算机、手机等信息载体的行为，对公民隐私权形成较高程度干预，与传统的搜查措施具有同质性。此种行为实质上是搜查行为延伸至网络信息空间，以信息搜查方式获取犯罪证据材料。有必要在刑事诉讼制度层面将实践中广泛应用的信息搜查措施纳入搜查制度范畴，进行制度授权以及程序规范控制。

刑事程序立法规范层面确立信息搜查措施，可以将《刑事诉讼法》第 136 条中搜查措施的客体由有体物扩展至包括无体物，侦查机关依法定程序可以对信息数据进行搜查。信息搜查措施以信息数据为搜查对象，对相对人手机、计算机等电子设备内存储的信息数据进行搜查事实上存在两个强制性行为，其一为搜查扣押电子设备，其二为对电子设备内信息数据进行搜查，即本文所欲在制度层面确立的信息搜查措施。若相对人同意侦查机关对其电子设备等数据信息存储载体进行信息搜查，则为任意性措施，无需搜查证即可进行。相对人同意应当基于自由意志而同意，并提供搜查所需的电子设备、软件的用户名、密码。若无相对人同意，侦查机关经批准或依职权进行搜查，则属于适用强制性侦查措施。[2]

隶属强制性侦查措施的信息搜查行为对公民隐私权与个人信息权干预程度高，制度层面应进行更为严格的程序控制，具体程序设置如下：其一，发动条件。信息搜查在刑事立案后可以启动，侦查机关启动信息搜查措施应有合理根据证明有犯罪事实发生，有合理根据证明所欲搜查的载体与证明案件事实具有关联性。其二，搜查范围。侦查机关在提出信息搜查措施申请时，应当明确搜查对象，包括对何人的、何种信息存储介质（如电脑、手机等电子设备）中存储的何种信息数据进行搜查。侦查机关在搜查令状授权范围内进行搜查，避免概括性搜查对无关公民的进行权利干预。其三，审批程序。目前信息搜查措施的审批主体可以设置为检察机关，在未来逐渐向法官审查过渡。侦查机关提出信息搜查措施申请，检察机关对是否达到信息搜查的法定启动条件、申请搜查的范围进行审查，心证门槛需达到“合理根据标准”。

3.完善刑事诉讼中个人信息监控的程序控制

信息监控措施以技术性、科技性作为权力运行的底层逻辑，具有秘密性、实时性特点，侦查机关运用信息监控措施能够动态获取犯罪嫌疑人正在生成以及未来即刻生成的信息。实践中手机定位侦查、GPS 侦查等新型信息监控措施缺乏有效法律规制，存在以利用数字信息技术进行侦查之名，行技术侦查措施之实的情况。有必要在刑事诉讼制度层面对信息监控措施进行制度授权以及程序规范控制。

刑事程序立法规范层面确立信息监控措施，可以将《刑事诉讼法》“侦查”章第八节的“技术侦查措施”改为“秘密侦查措施”，包括信息监控措施、隐匿身份侦查以及控制下交付三种。信息监控措施强调秘密性与实时性，侦查相对人对信息监控措施的适用不知情，侦查机关通过技术协助能够以外设监控设备或植入木马等技术内侵方式即时获取相对人特定类型动态信息。信息监控措施存在任意侦查与强制侦查之区分：以追缉嫌犯为目的的短期信息监控属于任意侦查，以取证为目的的长期持续性信息监控属于强制侦查。[3]原因在于追缉嫌犯的短期信息监控是以获取犯罪嫌疑人位置信息为目

---

1 参见贝金欣、谢澍：《司法机关调取互联网企业数据之利益衡量与类型化路径》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 6 期，第 137-138 页。

2 参见孙长永：《侦查程序与人权——比较法考察》，方正出版社 2000 年版，第 93 页。

3 参见王仲羊：《科技定位侦查与隐私权的层级保护——以美国 Carpenter 案为视角》，载《河北法学》2021 年第 3

的的一次性监控，持续时间较短。短期信息监控处理的信息类型限于特定信息主体的位置信息，处理此信息的目的在于抓获犯罪嫌疑人，并不对犯罪嫌疑人的其他信息进行持续获取和深入挖掘，对其隐私权与个人信息权干预程度远远低于长期信息监控。目前《刑事诉讼法》第 150 条也将两种监控作出差异化设置，隶属任意性侦查的信息监控措施可参照此进行程序适用。

隶属强制性侦查的信息监控措施针对尚未实施或正在实施的行为，可以长期、动态收集即时生成的信息，能够在技术上实现对特定信息主体一段时间内生活轨迹的实时性描绘，对公民隐私权与个人信息权干预程度甚深。[1]制度层面应进行更为严格的程序控制，具体程序设置如下：其一，发动条件。侦查机关启动信息监控措施的时间节点限于刑事立案后，启动此措施只能基于惩罚、控制犯罪目的，通过此措施收集犯罪证据、查获犯罪人。侦查机关在申请发动此措施时，能够明确提出发动信息监控措施与收集犯罪证据、查获犯罪人具有的直接关联性。其二，适用范围。参照现行法中技术侦查措施的适用范围，将隶属强制侦查的信息监控措施适用范围限定为严重犯罪案件，犯罪类型沿用《刑事诉讼法》第 150 条公安机关与检察机关适用技术侦查措施的犯罪类型。其三，审批程序。未来在秘密侦查措施适用中应建立司法审查机制，由法官对信息监控措施进行审查，心证门槛应达到“合理根据标准”。对于复杂、疑难案件，信息监控措施期限届满仍有必要继续采取信息监控措施的，适用更高的“清楚令人信服的标准”。

4.完善刑事诉讼中个人信息分析的程序控制

侦查机关借助数字信息技术对单一、离散、缺乏相关性的信息数据进行深度分析，可以积沙成塔地聚合出公民穿梭于世间的全貌，存在干预公民隐私权风险。我国刑事诉讼侦查措施体系中应当对个人信息分析行为进行单独评价，创设个人信息分析程序以强化法律控制。

立法规范层面创设侦查机关信息分析程序，规定侦查机关可以利用计算机技术对信息数据进行查询、检索、比对、碰撞、聚合、挖掘、画像等分析行为。个人信息分析措施仅限于运用数据信息处理技术的信息分析，而不包括隶属于公安司法机关进行的案情分析、会议研讨、自由心证等内部活动。侦查机关运用现代数字信息技术进行信息分析措施存在任意侦查与强制侦查之分，划分依据为分析的信息类型以及分析的行为方式。若侦查机关启用分析措施对公民一般信息进行处理，或分析的行为方式限于信息查询、信息检索、信息对比三种干预强度低的方式，则属于任意侦查。隶属任意侦查的信息分析措施适用范围较宽，条件与程序并不严格，即在立案前犯罪预测以及初查活动中，侦查机关认为达到关联性标准即可适用，侦查人员自行决定启用，无需审批程序。

若侦查机关启用分析措施处理的信息内容触及公民敏感隐私领域，或者采取信息聚合、信息碰撞、信息挖掘、数据画像等深度分析方式，对公民信息隐私领域干预强度高，分析活动可能还原信息主体人格形象与完整生活轨迹，则属于强制侦查，[2]应设置更严格的程序规定。具体设置如下：其一，发动条件。侦查机关启动信息分析措施的时间节点原则上应当在刑事立案之后，对于预防与侦破严重犯罪，可以考虑立案前启动。启动信息分析措施只能基于惩罚、控制犯罪目的，不能用于行政执法活动或社会维稳、管控上访人群等非犯罪控制目的。侦查机关应当在确实已经发现犯罪事实、判断具备初步犯罪嫌疑的前提下启动此措施，不得在无犯罪嫌疑、无犯罪事实的情况下进行大面积、撒网式信息挖掘、聚合等信息处理行为。其二，适用对象。侦查机关运用信息分析措施存在干预不特定公民信息隐私领域的风险，故该措施启用应当坚持重罪原则，即预防或侦破可能判处 3 年以上有期徒刑的重罪案件可以适用。其三，审批程序。目前较为可行的审批方式是检察官审批制，辅之以紧急情形下的侦查机关内部先行审批机制。检察官对此程序启用进行事前审查，以程序法定原则和比例原则对其进行考量，着重判断是否符合启用条件与适用对象，心证门槛达到“合理根据标准”，谨慎决定是否启用此高强度干预措施。

5.完善刑事诉讼中个人信息使用的程序控制

刑事诉讼中个人信息使用行为缺乏独立的程序地位，前端的信息收集行为完成后，公安司法机

期，第 179-180 页。

1 参见王燃：《大数据侦查》，清华大学出版社 2017 年版，第 38 页。

2 参见王仲羊：《刑事诉讼中个人信息的权利保护》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 3 期，第 173 页。

关基于职权行使的必要性进行后续信息留存使用。个人信息在公领域的超目的使用通常以“必要性”作为判断标准，而刑事司法活动往往天然构成“必要”之情形，[1]不能以必要性解决所有正当性质疑，且不受限制的超目的使用容易滋生权力不当行使。应当以法律保留原则与比例原则约束刑事诉讼中个人信息使用行为，防止信息不当使用诱发权利侵害风险。强化刑事诉讼中个人信息使用的程序控制宜从以下方面展开：

其一，建立刑事诉讼中信息他用制度，严格限制不当的信息他用行为。建立刑事诉讼中信息他用制度需要区分“内用”与“外用”，内用是指刑事诉讼程序中此案处理的个人信息用于刑事他案，信息依然处于刑事程序这一相对封闭的场景内使用。外用是指刑事诉讼程序中处理的个人信息用于刑事程序外目的使用，如用于一般性行政执法、政策制定参考、学术研究等。原则上，刑事诉讼中信息内用的限制应当低于信息外用的限制程度。原因在于刑事司法具有高度的封闭性和强制性，个人信息在相对封闭的处理场景中被泄露的风险较低，同时，相较于其他领域信息收集行为，刑事诉讼中信息收集行为的发动要件设置的更为严格，程序适用更为谨慎。

第二，规范刑事诉讼中的信息数据使用方法，采取适当的信息隔离措施、信息去标识处理，尽可能在不进行概括性识别信息主体的情况下达到信息处理目的。如公安机关在刑事诉讼程序外基于犯罪预测目的收集的信息应当与刑事诉讼程序进行必要的信息隔离，原因在于犯罪预测以有罪推定为逻辑底色，以信息相关性为推进原理，在犯罪预测过程中公安机关收集信息、分析信息、使用信息带有明显的有罪推定倾向，与刑事诉讼中无罪推定精神相悖，将有罪推定的信息材料适用于刑事诉讼程序明显不当。

第三，明确刑事诉讼中个人信息使用的期限，公安司法机关不能无限度使用公民个人信息。当特定刑事案件诉讼程序结束或已经确定特定公民或特定信息与此刑事案件无关，即应当尽快切断特定公民与刑事案件的关系，使信息主体的权利恢复正常的、不受干预的状态。所以，应当明确规定刑事诉讼中个人信息使用的期限，公安司法机关在期限内依照法定程序合理使用信息，期限届满应当履行信息删除义务，不再进行信息留存。对于公安司法机关使用自行留存的公民信息，一般情况下，留存期限与使用期限保持一致；对于使用从其他信息控制主体处调取的公民信息，应当遵守调取过程中对信息使用期限的规定。

6.完善刑事诉讼中个人信息公开的程序控制

强化刑事诉讼中个人信息公开的程序规制，应当设定更加合理的刑事司法信息数据公开制度，在向社会公众公开的同时，强化保护公民个人信息。

其一，识别公民敏感隐私信息，选择适用不公开规则与限制公开规则。同为公民敏感隐私信息，指向人身财产安全利益的敏感隐私信息更容易识别，指向人格尊严的敏感隐私信息则需要司法机关结合信息处理场景中各种因素综合考量后识别判断。司法机关应当从整体层面与个体层面进行识别，有的案件从整体层面判断可以发现案件围绕诉争法律关系所展开的案件事实整体都属于敏感私密信息，这种情况下往往对案件整体予以信息不公开处理。个体层面识别是对其中隐私敏感信息是否具有可分割性进行判断，即案件本身往往不被当然认为具有整体上的隐私性，但是内部涉及敏感隐私信息，如果敏感隐私信息具有可分割性，则仅敏感隐私信息不应公开，案件整体仍处于可公开状态，涉及敏感隐私信息隐去或删除即可。

其二，强化刑事司法公开中公民个人信息的隐名处理与去标识化处理。在刑事司法信息公开中，以隐名处理、去标识化处理等方式切断信息数据与特定主体的识别关系，则信息公开行为不会侵害信息主体隐私利益与信息利益，同时也并不影响刑事司法公开欲达到的外部监督效果。在刑事司法公开过程中，应当适当扩大隐名处理与去标识化处理的适用范围，提高处理精准程度。原则上对当事人基本信息进行隐名、去标识处理，例外情况下进行全面开示。如在个别有重大社会影响的刑事案件中，隐名或去标识化处理被追诉人信息可能会影响司法公开效果，这种情况下考虑不进行信息隐匿处理。但是，应当将证人姓名和被害人姓名进行隐名处理。

其三，完善对犯罪记录留存开示的程序规制。国家留存公民犯罪信息，进行集中管理与合理适

1 参见裴炜：《个人信息保护法与刑事司法的分离与融合》，载《中国政法大学学报》2020 年第 5 期，第 155 页。

用具有正当性，但是不能以权力运行在目的层面具有正当性为由要求公民无限度地让渡权利。犯罪人群体让渡其个人信息权与隐私权也并非无限度放弃权利，其权利让渡的内容与时间均有限制，且犯罪人群体利益的让步不包括回归社会的基本权利。应当完善犯罪记录开示制度，公民犯罪记录信息开示程序依申请启动，特定主体申请开示犯罪信息需要明确申请理由、开示的信息范围、所获信息的适用范围，留存信息的司法机关对开示申请进行实质性审查，批准后提供相关信息。同时，明确规定公民犯罪记录留存使用期限，留存使用期限已满的犯罪信息不得进行公开披露。

（四）有效衔接刑诉法与个保法的相关制度规定

我国《个人信息保护法》对国家机关处理个人信息规则进行专门规定，且并未作出排除刑事执法机关、刑事司法机关适用的规定。刑事诉讼中，公安司法机关处理公民个人信息行为与《个人信息保护法》中信息处理原则、规则基本契合，应当有效衔接刑诉法与个保法相关规定，进一步规范公安司法机关信息处理行为，防止公民个人信息权在刑事程序中被不当干预。

首先，在刑事诉讼中适当引入个人信息处理规则。其一，引入合法、正当、必要原则，信息质量原则与责任、安全原则。公安司法机关处理个人信息应当遵守合法、正当、必要原则，制度层面以程序法定原则与比例原则作为规范工具，以规范公权机关信息干预行为，防止不当限制公民个人信息权利。同时，公安司法机关应当保障信息处理完整、准确、安全，防止瑕疵、错误信息进入刑事程序造成司法错误，或因处理不当引发信息不当披露。其二，鉴于刑事诉讼具有较高程度的封闭性和强制性，目的限制原则、公开透明原则以及知情同意规则难以完整适用，需要适度限缩后适用。结合信息处理行为所处的程序阶段、信息主体的具体情况、所处理的信息类型、具体采取的处理方式等多重因素，将信息处理目的限于刑事诉讼目的，将处理行为的影响范围、影响程度尽可能限于可以实现处理目的的最小范围、最低程度。同时，设置刑事诉讼中知情同意规则及其例外条款，对信息主体进行“告知、延后告知、不告知”的阶层化知情权制度设计。其三，引入规制信息自动化决策规则以及个人信息保存期限规则。在刑事诉讼中引入信息自动化决策规则，要求公安司法机关审慎运用信息自动化决策，不得仅以此作为决策依据，同时履行向信息主体释明所用算法的义务。同时，引入信息保存期限规则，不得以初次合法信息收集行为作为后续限制信息处理行为的依据。结合信息主体类型、个人信息类型、刑事诉讼阶段等因素设置个人信息保存期限，超过法定留存期限，公安司法机关应当及时进行信息清理与删除。

其次，在刑事诉讼中确立个人信息保护配套措施。其一，建立刑事诉讼个人信息专项监督机制，考虑强化检察机关在刑事诉讼中监督个人信息处理行为的职权，将检察机关作为刑事诉讼领域个人信息保护监督审查的专责机关。一方面，对刑事诉讼中公安司法机关个人信息处理行为进行常态化监督，接受个人信息安全事件报告和违法个人信息处理投诉举报，对不当信息干预行为进行处理。另一方面，可以通过民事公益诉讼、行政公益诉讼、刑事附带民事公益诉讼以及对侵犯公民个人信息企业的数据合规监督对个人信息进行程序性保护。其二，建立刑事司法信息数据安全保障机制。国家公权机关处理刑事司法信息数据应当恪守数据安全保障职责，探索建立刑事司法信息数据处理溯源跟踪机制，对于刑事诉讼程序外，国家机关查询、使用、共享刑事司法信息数据等处理行为进行全程性记录，通过技术性留痕使得刑事司法信息数据处理过程具有可回溯性。同时，对刑事司法信息数据库、刑事司法信息公开网站等信息数据的载体、平台运行进行常态化风险监测。一旦发生刑事司法信息数据安全事故，立即启动信息安全应急机制，采取信息数据隔离、查杀病毒、关闭信息数据访问权限、更换修理数据硬件等措施，并及时告知信息主体及相关主体发生刑事司法信息安全事故的情况，提示其采取必要的权利保护措施。

刑事“逆向”诉讼制度文本研析

张品泽[*]

摘 要：补充侦查（调查）、撤回公诉和发回重审制度，具有“回转-折返路径”,“停止-重启效力”及“阻断-附加期限”等两项以上“逆向”诉讼制度特征。“不捕补侦”剥夺侦查机关复议、复核权，背离批捕中立性，宜分离职能主体。“起诉退补”条件模糊易被滥用，需明确。“庭前补侦”和“新事实补侦”违反裁判中立原则，且前者易致庭审虚化，应废止。“立功补侦”利于被告人正当权益保障，可保留。“补充调查”程序规范盲区多，损害涉案者权益，可先立原则再定规则。撤回（一审）起诉制度“野蛮生长”，严重冲击不起诉效力，需明令禁止。二审及再审撤回抗诉，应止步于抗诉期满前。以“事实不清或证据不足”为由发回重审，违反“疑罪从无”原则，助长滥用而起的循环审判，急待细化。再审发回重审理由违反《刑事诉讼法》，且将审判监督程序沦为“加长版”，应遏制。

关键词：补充侦查（调查）；撤回公诉；发回重审；逆向

一、引言

我国刑事诉讼中的补充侦查（调查）、撤回公诉及发回重审等三项制度，自设立以来，一直饱受争议。学者的探讨，或以单个（如补充侦查、撤回公诉）为研究对象，或以整体（如程序倒流、程序回转）为考察样本。前几次刑诉法修改虽有触及，但并未遏制以司法解释为规范基础的多方位扩张。其中，补充侦查制度，不仅跨越侦查、起诉与审判等主要刑事诉讼程序，而且与自行补充侦查、调取证据材料等相关制度交织并行，格局场景错综复杂。退回补充调查制度，因监察权（程序）与公诉权（程序）的衔接而呈现特殊性。仅有司法解释为其做合法性支撑的撤回公诉制度，情形多样，关系复杂，乱象丛生。上一次修法并未触及，急需本次修法重视。一方面，需厘清法律监督权与公诉权关系；另一方面，受检察权与审判权关系制约，发回重审制度虽不乏《刑事诉讼法》规范基础，但在司法解释肆意扩展种类、随意设立条件（理由）的冲击下，新老问题并发引发关注。

因上述三项制度均以与正常诉讼行为方向（正向）相反方式延续案件办理，故本文称之为刑事“逆向”诉讼制度。对于此类特殊诉讼制度，可探究的角度或层面较多：

其一，从规范与理论层面入手，可分析该制度框架下不同形态“逆向”诉讼行为结构、文书表达、主体诉求、交互关系及其生成的制度体系功效与“阴影”。通过对刑事“逆向”诉讼制度赖以确立与运行的规范依据与理论文献的全面收集和整理分析，达成目标：一是了解该制度生成的规则基础、合法属性及相关学理解析、观点纷争。二是勾勒该制度体系下不同规则的演变路径与学术共识。三是洞察他山之石，转换思考方位，度量他域制度经验于本土融合之方寸。

其二，从我国近年各刑事“逆向”诉讼形态实践样本中，观察该制度体系运行的场景模式、需求条件及矛盾冲突，检测其实践价值。努力收集能充分表达上述四类“逆向”诉讼制度的实践样本，逐一在特定场景中挖掘其产生的实现动因与条件，尤其关注各类“逆向”诉讼行为实施及相关文书表达后，受其不当影响的各方主体的感知与反应，捕捉矛盾冲突点及其烈度。

其三，面向未来发展与演变，关注我国犯罪形态、结构的变化以及世界范围内人工智能（如大模型 AI）等科技工具辅助司法的能力，预测、评估其对刑事司法领域带来的变革，统筹考量、论证与构建刑事“逆向”诉讼制度体系修缮的必要立法规划方案。我国刑事案件未来图景是：轻罪占比日益增大，巨型案件不断涌现。尽管办案机关大规模参与诉源治理，但还难以承受案件数量急涨，也难以应对日益猖獗的网络犯罪（如电诈、网赌、集资诈骗、非吸等）不断引发的巨型案件（涉案人员众多、分散，巨额资金流复杂，追捕、追缴难度大）的挑战。

其四，从近年各刑事“逆向”诉讼形态实践样本中，观察该制度体系运行的场景模式、需求条件及矛盾冲突，检测其实践价值。论证减少、限制“逆向”诉讼制度适用场景，以及利用 AI 技术提升“正向”诉讼质效同时，减少、限制、监控“逆向”诉讼制度，防止滥用。一方面，发现、归纳我国各类“逆向”诉讼制度现实场景需求条件与程度区分；另一方面，结合犯罪形态、结构以及人工智能等因素，统筹设计刑事“逆向”诉讼制度修缮方案。“逆向”诉讼是质效低劣的表征（如案-件比指标），与未来大幅度提升刑事办案质效的需求格格不入。加之，轻罪案件快捷（速裁、简易）程序占比渐大，无需

[*] 中国人民公安大学法学院教授，博士生导师，中国刑事诉讼法学研究会常务理事，侦查制度专业委员会副主任。

“逆向”诉讼。因此，尽量限制、减少“逆向”诉讼是未来刑事诉讼必然趋势。巨型网络犯罪案件以及职务犯罪案件，对“逆向”诉讼制度的需求短期内仍难以消除，是修缮关注重点。未来修法可考虑利用 AI 技术提升“正向”诉讼质效同时，减少、限制、监控“逆向”诉讼制度，防止滥用。

限于项目成果提交时间，本文先从规范文本层面开展，系统解析制度特征、功能，揭示弊端，建议解决思路。

以《刑事诉讼法》、《监察法》及相关规范性解释为依据，刑事诉讼进程中的补充侦查（调查）、撤回公诉和发回重审等三项制度，虽然在文书表达、主体诉求、交互关系等方面有差异，但均有以下两项以上“逆向”行为特征，该特征构成“逆向”诉讼制度的要件。

1.回转-折返式行为路径:“正向”诉讼进程——→“逆向”程序回转已完成的程序——→可折返“正向”程序。以“走回头路”方式，可形成一个往返式闭环，也可在“逆向”回转后，不再正向折返，以撤销案件、不起诉终结案件，或违反法定期间久拖不决，既不折返、恢复被停止的程序，也不终止案件办理。

2.停止-重启行为效力：停止正在进行的（正向）程序——→重启已完成的（逆向）程序。

3.阻断-附加行为期限。即，阻断“正向”程序期限计算——→设立专门“逆向”程序期限。该特征在某些“逆向”诉讼制度中规定不明或缺失。

上述三项刑事“逆向”诉讼制度分布于侦查、调查、起诉、审判等多个阶段，与制度功能关系密切，在解析各“逆向”诉讼制度结构时，需给予关注。

二、补充侦查（调查）

现行规范确立了三类补充侦查形式：[1]一是公安机关在侦查阶段提请检察院批准逮捕时，检察院作出不批准逮捕且认为需要补充侦查的，通知公安机关补充侦查，即“不捕补侦”。二是检察院在审查起诉阶段，对于公安机关移送的案件，认为需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，即,“起诉补侦”。三是审判期间，检察人员建议补充侦查，或人民法院建议（通知）检察院补充侦查（证据材料），即,“审判补侦”。

以《监察法》与《刑事诉讼法》为规范基础的补充调查制度，与起诉阶段补充侦查程序结构与功能等方面均较为相似，但考虑到退回补充调查期间，被调查对象的身份、地位、权利义务等方面的变化特点，需要单独考察。

（一）“不捕补侦”

检察院对公安机关提请逮捕的案件审查后，7 日内需作出批捕或不批捕决定。对于批捕的案件，公安机关执行批捕决定即可。对于不批捕的案件，有两种情形：一是检察院作出不批捕决定后，说明不批捕的理由，同时，也可提出采取其他强制措施（如采取监视居住）建议，或通知公安机关撤销案件，或终止侦查。[2]公安机关如不服上述不批捕理由，可在法定期限内提出复议、复核。二是检察院作出不批捕决定后，可列明补充侦查提纲，通知公安机关补充侦查。公安机关可在补侦后，再提请批捕或不提请批捕，也可对不批捕决定，提出复议、复核。不过，公安机关补充侦查后，又提出复议、复核的，检察院不再受理，只能再次提请批捕。[3]

对于上述不批捕情形二，公安机关“补侦”后再次折返提请批捕时，其“逆向”行为特征便凸显出来：

1.回转-折返式行为路径：公安机关提请批捕——→检察院作出不批捕决定，通知公安机关补充侦查——→（回转）公安机关执行不批捕决定，同时开展补充侦查——→（折返）再提请批捕——

---

[1] 参见《刑事诉讼法》第 90 条、第 170 条、第 175 条、第 204 条；《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称“公安程序规定”）第 138 条、第 295 条、第 296 条；《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称“高检规则”）第 135 条、第 257 条、第 285 条、第 292 条、第 288 条、第 299 条、第 342-346 条、第 349 条、第 356 条、第 367 条；《监察法》第 47 条；最高人民检察院、公安部《关于加强和规范补充侦查工作的指导意见》（以下简称“指导意见”），该意见未涉及庭审期间补充侦查。

[2] 参见“高检规则”第 141 条、第 287 条。

[3]“高检规则”第 292 条：人民检察院作出不批准逮捕决定，并且通知公安机关补充侦查的案件，公安机关在补充侦查后又要求复议的，人民检察院应当告知公安机关重新提请批准逮捕。公安机关坚持要求复议的，人民检察院不予受理。

→批准逮捕/不批捕——→公安机关执行。

2.停止-重启行为效力：检察院不批捕决定，具有停止批捕审查行为的效力，但该程序并未终结。当侦查机关按照退补提纲补充证据后，可再次重启批捕程序。

3.阻断-附加行为期限。检察院有 7 日内作出批捕与否的期限要求。但只要在该期限内作出“不捕补侦”决定，便可阻断审查批捕期限的计算，补充侦查结束后再次提请批捕时，便重新计算检察院批捕的期限。不过，“不捕补侦”仅受侦查期限约束，并未附加独立、专门的期限。

批准逮捕和不批捕情形一无“逆向”特征：公安机关提请批捕——→检察院作出批捕决定——→公安机关执行逮捕；公安机关提请批捕——→检察院作出不批捕决定，说明理由——→公安机关不服不批捕——→提出复议、复核。

从检察院决定“补侦”的条件中，可探察“不捕补侦”制度功能。《刑事诉讼法》规定的三类逮捕法定情形中，[1]第一类案件（第 81 条第一款）是以“社会危险性”判断作为逮捕的关键条件，且列举的具有“社会危险性”的五种情形，均以“可能”、“企图”为判断标准。尽管《人民检察院刑事诉讼规则》有进一步解释，但仍易引发公安机关与检察院对上述条件把握和标准理解的分歧，“不捕补侦”通常集中于此类案件。第二、三款规定的两类逮捕案件，不仅明确规定了各特定情形，也不要求预判犯罪嫌疑人的社会危险性，更未使用模糊性标准。因此，对逮捕条件把握和理解分歧是引发的“补侦”的主要原因，“不捕补侦”案件仅限于第一类逮捕案件中，后两类逮捕案件中缺乏必要性。公安机关提交的证据材料中有关社会危险性条件证据不足，便是第一类逮捕案件“不捕补侦”的条件：“依据在案证据不能认定犯罪嫌疑人符合逮捕社会危险性条件的，人民检察院可以要求公安机关补充相关证据。”[2]

检察院以“社会风险性”证据不足为由不批捕，需要补充侦查时，便提出补侦提纲，[3]要求公安机关对照提纲，补充收集能够证明犯罪嫌疑人具有“社会风险性”的证据材料。

上述规范逻辑结构足以表明，检察院主导下的“不捕补侦”“逆向”诉讼制度功能，旨在最大限度预防“社会危险性”，尽量让公安机关将批捕时“社会危险性”尚达不到逮捕标准的犯罪嫌疑人，通过补侦收集证据而逮捕。实现“不够捕，补证再捕”目标。在当前捕诉一体化格局下，[4]“不捕补侦”还难免被捕诉部门利用来迫使公安机关按照公诉标准，收集指控犯罪嫌疑人实施犯罪的相关证据，履行控诉职能。检察院以“社会风险性”证据不足为由作出不批捕决定，根据现有证据预测犯罪嫌疑人的“社会风险性”即可，无需审查涉嫌犯罪的事实，也不同于第二、三类案件批捕，审查已经发生事实（发生犯罪、曾故意犯罪、身份不明、严重违反取保候审、监视居住规定），以及有关量刑的法律适用问题。

检察院不批捕虽需依法说明理由，但并非都需要“补侦”。只有当检察院认为公安机关提请批捕的证据不足时，才会在作出不批捕同时认为需要以补充侦查，且制作补充侦查提纲，“列明证据体系存在的问题、补充侦查方向、取证要求”，[5]要求公安机关提纲要求补充证据，以便达到逮捕条件。显然，“不捕补侦”的启动权由检察院掌握。

由检察院决定启动的不捕补侦“逆向”程序正当性基础何在？“补侦”的功能是什么？检察院批捕权是一项暂时剥夺人身自由权的重要职权，公正行使批捕权不仅是理论界共识，也获得国际公约普遍认可，以及域外大多数国家相关制度确认。《刑事诉讼法》及相关规范均明确要求检察机关批捕时，除了审查侦查机关提请批捕材料，还需要以讯问犯罪嫌疑人，询问证人、被害人和鉴定人，听取辩护律师意见等方式，[6]全面审查逮捕理由。显然，审查批捕具有居中裁决的法律属性。检察机关批捕时应不偏不倚，保持中立。中立性原则是批捕程序公正的指针。检察机关批捕偏离中立，逮捕的公正性必然受损。在德、日等国立法中，检察机关被要求履行客观关照（职责）义务，我国《检

---

[1] 参见《刑事诉讼法》第 81 条。

[2] 参见“高检规则”第 135 条。

[3]参见《刑事诉讼法》第 90 条；“高检规则”第 285 条。

[4] 参见“高检规则”第 8 条。

[5] 参见“指导意见”第 5 条。

[6] 参见《刑事诉讼法》第 88 条，“高检规则”第 135 条、第 258-263 条。

察官法》第 5 条也要求检察官“秉持客观公正的立场 ”。[1]检察官拥有逮捕裁决权理论上被认为是其具有准司法身份的应然之意。《人民检察院羁押听证办法》确立的逮捕听证方式，从制度层面回应了上述理论，认可中立性原则。[2]

对于检察院附理由的不批准逮捕决定书，公安机关有两种选择：认可服从或不服。如选择不服，有权提出复议、复核。[3]但是，在检察院不批捕同时又要求“补侦”情形下，公安机关即便不服不批捕决定，也需按照检察院通知开展“补侦”，再重新提请逮捕。“公安机关坚持要求复议的，人民检察院不予受理。”[4]如果公安机关认可不批捕决定，能否不按照检察院要求“补侦”？或“补侦”后不再次提请逮捕？对于前者，尚无明确规定；就后者而言，“对于公安机关补充侦查后应当提请批准逮捕而不提请批准逮捕的”，“或者说明不提请批准逮捕的理由不成立的，人民检察院可以直接作出逮捕决定，送达公安机关执行。”[5]可见，检察院不仅决定“补侦”的启动权，还有权在“补侦”后公安机关未提请逮捕情形下，单方主动批准逮捕。该规定凸显了检察院不仅是批捕的裁决方，也是逮捕的发动方。该角色特点在检察院批捕过程发现“漏人”时，也极为明显：“人民检察院办理公安机关提请批准逮捕的案件，发现遗漏应当逮捕的犯罪嫌疑人的，应当经检察长批准，要求公安机关提请批准逮捕。公安机关不提请批准逮捕或者说明的不提请批准逮捕的理由不成立的，人民检察院可以直接作出逮捕决定，送达公安机关执行。”[6]

检察院完全掌控“不捕补侦”的主导权，不受公安机关制约，且以本部门解释方式自我授权：一方面，在“补侦”“逆向”诉讼程序中，排斥与剥夺公安机关对“不捕”的复议、复核权；另一方面，超越批捕具有的裁决性中立地位（角色），在公安机关不提请批捕时，单方、主动决定逮捕。该情形合理性和合法性存在以下问题。

其一，补充侦查的原本目的是为了给公安机关不服检察院不批捕决定，提供一个补救的机会，由公安机关自行决定。《刑事诉讼法》就检察机关“不捕”决定，为提请方侦查机关设立复议、复核权，不仅符裁决程序基本原理，也是互相制约原则的要求。检察院用“补侦”权压制公安机关不服不批捕的救济权，在公安机关不提请逮捕情形下，单方直接决定逮捕的权力行使方式，属于典型的既当运动员也当裁判员现象，违反程序公正原理。

其二，检察机关将原本属于侦查机关的逮捕请求权和复议、复核救济权，合并变更为检察机关完全主导逮捕的批准权与补充侦查的决定权，违反法律。检察院以通知公安机关补侦方式限制、制止或剥夺后者不服不批捕的复议、复核权的规范依据是《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称“高检规则”），属于部门解释，效力层级低于《刑事诉讼法》。后者虽然没有明确规定如何协调、处理不批捕补充侦查与复议、复核的关系，但是，并不意味前者有权限制、剥夺法律效力层级高的后者赋予公安机关的法定职权。

其三，公安机关对不批捕的复议、复核行为，属于“正向”程序，以“逆向”补充侦查否定“正向”复议、复核，不符合诉讼程序规律。从完善刑事“逆向”诉讼制度角度看，为了保障诉讼程序正常运行，不受“逆向”诉讼制度阻碍，有必要在《刑事诉讼法》中明确规定，公安机关对不批捕的复议、复核权，优先于检察院补充侦查要求。

其四，为缓和公安机关对检察院不批准逮捕的复议、复核权受损引发的冲突。最高人民检察院、公安部联合发布《关于加强和规范补充侦查工作的指导意见》（以下简称“指导意见”），新增加一种“捕后侦查意见”方式，即，检察院批捕后，“可以根据案件证据情况，就完善证据体系、补正证据合法性、全面查清案件事实等事项，向公安机关提出捕后侦查意见”。[7]

可见，上述“补侦”及此后的“直捕”规范逻辑结构和功能显然背离批捕中立性原则，修法时可从如下方面填补该疏漏：一是禁止检察院利用“不捕补侦”主导权，以“补侦”优先方式限制、剥夺侦查

---

[1] 韩旭：《检察官客观义务的立法确立》，载《人民检察》2019 年第 15 期，第 23-24 页。
[2] 参见《人民检察院羁押听证办法》：第 2 条、第 3 条。
[3] 《刑事诉讼法》第 92 条。
[4]“高检规则”第 292 条。
[5]“高检规则”第 292 条、第 288 条。
[6] “高检规则”第 288 条。
[7] 参见“指导意见”第 5 条。

机关复议、复核权；二是检察机关不得主动要求“补侦”机关收集证据补强“社会危险性”，扩大逮捕；三是不得在补侦提纲中要求“补侦”机关，按照提起公诉证明标准收集有罪指控证据。

（二）“起诉补侦”

1.“起诉补侦”结构与属性。《刑事诉讼法》和“高检规则”对审查起诉期间的补侦规定了两种形式：[1]一是退回公安机关补充侦查（以下简称“退补”）；二是检察院自行侦查（以下简称“自补”）。“指导意见”又增加了一种新的补充证据形式，即，在某些情形下，“人民检察院可以直接向公安发出《调取证据材料通知书》，通知公安机关直接补充相关证据并移送，”[2]这种直接向公安机关调取证据材料的补充证据形式，以下简称“调补”。可见，规范层面上的“起诉补侦”有“退补”、“自补”与“调补”等三种形式。值得注意的是，“退补”与后二者（“自补”、“调补”）的行为结构和属性均有明显差异。

“退补”程序规范结构上分为三个步骤：（步骤一）启动“退补”——（步骤二）——回转至公安机关（补充）侦查程序——（步骤三）补充侦查结束后，可重新移送审查起诉，恢复或激活审查起诉程序。其中，（步骤二）由起诉程序至公安机关侦查程序的回转环节，程序属性上构成“逆向”诉讼。原因有三：其一，“退补”回转侦查程序一个月期限是专门、独立的，不占用或共用审查起诉期限。“退补”结束移送检察院审查起诉后，重新计算期限。[3]其二，一旦启动“退补”，审查起诉活动便停止计算期限，不要求同时开展审查起诉活动，也意味着“退补”具有停止审查起诉的法律效力。等待“退补”结束后再次移送审查起诉时，重新计算期限，恢复审查起诉活动。不过，法律规范并未明确中止“退补”期间的审查起诉活动。如果“退补”期间的卷宗材料也一并退回公安机关，则审查起诉活动无法开始，也自然停止；如果卷宗材料并未一并退回公安机关，则检察院具有继续开展审查起诉获得的条件。此外，在“退补”期间，犯罪嫌疑人的委托辩护人能否行使阅卷权，也与该期间是否一并退回卷宗相关。即，如一并退回公安机关，则辩护人在该期间，无法去公安机关阅卷；如该期间未一并退回卷宗材料，则可继续在检察院行使阅卷权。其三，回转侦查程序后，即便有不再折返起诉程序或撤销案件情形可能，也改变不了回转侦查程序的独立性和“逆向”属性。

“自补”或“调补”程序规范结构则仅有两个步骤：（步骤一）启动“自补”或“调补”——（步骤二）与审查起诉并行开展补充证据材料活动，即，在审查起诉同时自行侦查或向公安机关调取证据材料，不回转启动公安机关侦查程序，也无需重新移送审查起诉。“自补”和“调补”无独立回转侦查程序，不具备“逆向”程序属性特征，是审查起诉程序附带并行的补充证据环节，不构成完整意义上“逆向”诉讼程序，原因如下： 其一，“自补”和“调补”均未专设独立的法定期限，需在审查起诉期间完成，占用审查起诉期限。[4]因而，“自补”和“调补”不构成独立的回转侦查程序。其二，启动“自补”或“调补”步骤，不停止计算审查起诉期限，审查起诉活动不受影响，仍在同时开展。“自补”或“调补”不具有停止审查起诉的程序效力。

2.“起诉补侦”条件与功能。

自 1979 年《刑事诉讼法》确立“自补”、“退补”以来，一直未明确规定其适用条件（情形）。《人民检察院刑事诉讼规则》将“事实不清、证据不足或者存在遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形”，作为二者共用条件。[5]“指导意见”则为“自补”设置独立的适用条件（情形），[6]区分“自补”与“退补”适用条件，将上述共同条件调整为仅适用“退补”。同时，“指导意见”为新增的“调补”形式也设定具体情形作为适用条件。可见，对于审查起诉中发现的“事实不清、证据不足或者存在遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形”，“指导意见”将“高检规则”确立的“退补”与“自补”共担模式调整为“退补”独担模式。“退补”已成为“起诉补侦”解决案件事实问题的主导形式。该趋势早在 1997 年第一次修改后《刑事诉讼法》中已显现。如，1997 年修法将“起诉补侦”的两种方式，由 1979 年《刑事诉讼法》条文列举的

---

[1] 参见《刑事诉讼法》第 175 条，“高检规则”第 342 条。
[2] 参见“指导意见”第 10 条。
[3] 参见《刑事诉讼法》第 175 条。
[4] 参见“高检规则”第 348 条；“指导意见”第 10 条。
[5] 参见“高检规则”第 342 条；《刑事诉讼法》虽未明确对“退补”、“自补”的法定情形，但第 171 条对审查起诉提出的要求也与前二者规定的情形一致。
[6] 参见“指导意见”第 6 条、第 11 条。

先“自补”后“退补”次序，修改为先“退补”后“自补”。[1]

“指导意见”框架下“起诉补侦”的三种形式（“退补”、“自补”和“调补”）均有相应适用条件（情形），其相应的功能有何不同？

“高检规则”和“指导意见”围绕（案件）犯罪事实，确定两种法定情形“退补”：一是“犯罪事实不清、证据不足”；二是“存在遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形”。

情形一条件下的“退补”，是检察院对公安机关已认定的犯罪事实进行审查判断，如果认为存在“犯罪事实不清、证据不足”，便启动“退补”。该情形首要功能，是补救公安机关查明犯罪事实能力不足的缺陷。检察院除了在退补提纲中指出“案件事实不清、证据不足的具体表现和问题”、“侦查方向和取证目的”、以及“补侦的具体事项和证据目录”之外，还特别要求公安机关“根据起诉和审判的证据标准，明确补充、完善证据需要达到的标准和必备要素。”[2]最终达到“案件事实清楚，证据确实、充分”的公诉标准。[3]

从认知判断和适用操作上看，“犯罪事实不清、证据不足”是一项高度概括、笼统的、原则性标准。无论作为“退补”的适用条件，还是判断要求，都有较大的自由裁量空间及滥用风险。如，检察院认为案件事实不清，证据不确实或不足，便可单方启动“退补”。对于“退补”案件，公安机关与检察院在判断事实清楚与否、证据充分与否等方面，难免因认知不同而出现分歧、争议。为应对检察机关滥用“退补”风险，一方面，公安机关通过部门规范性文件授权公安机关以“说明理由”方式，回应不当“退补”。即，公安机关认为“原认定犯罪事实清楚，证据确实、充分，人民检察院退回补充侦查不当的，应当说明理由，移送人民检察院审查。”[4]另一方面，“指导意见”提出两套缓解方案：[5]一是明确列举不“退补”的六种情形。二是新增检察院向公安机关“调取证据材料”方式（以下简称“调补”）。缩小不当退侦范围，将难度不大的补充证据情形，调整为由检察院直接向公安机关“调取证据材料”。

情形二是检察院认为公安机关移送的案件“存在遗漏罪行（漏罪）、遗漏同案犯罪嫌疑人（漏人）”启动的“退补”。该“退补”适用条件虽然仍基于案件事实，但不同于情形一针对公安机关已认定的犯罪事实，而是公安机关起诉意见书并未涉及、检察院认为存在的犯罪事实和犯罪主体（嫌疑人）。该“退补”是在情形一基础上，检察院履行法律监督职能，积极主动发现犯罪事实和犯罪主体，具有以能动检察方式，补强公安机关打击惩罚犯罪侦查能力不足的功能。

情形二虽避免了情形一“犯罪事实不清，证据不足”适用条件笼统、模糊的弊端，限制了检察院自由裁量权。但该类型仍有多种特殊情形，容易引发公安机关与检察院就“退补”恰当性产生分歧与争议。“指导意见”和“高检规则”以明确列举不退补情形和检察院直接公诉方式，来消除公安机关与检察院在适用该情形“退补”的分歧、争议。如，对于“遗漏同案犯罪嫌疑人或者同案犯罪嫌疑人在逃，在案犯罪嫌疑人定罪量刑的事实已经查清且符合起诉条件，公安机关不能及时补充移送同案犯罪嫌疑人的，”检察院一般不退回补充侦查[6]。又如，检察院“发现遗漏罪行或者有依法应当移送起诉的同案犯罪嫌疑人未移送起诉的，应当要求公安机关补充侦查或者补充移送起诉。对于犯罪事实清楚，证据确实、充分的，也可以直接提起公诉。”[7]

“指导意见”将“自补”从共享“退补”适用条件中剥离后，专门规定的“自补”情形较具体、灵活。除了明确列举三种情形之外，还有一个兜底的弹性情形：一是“影响定罪量刑的关键证据存在灭失风险，需要及时收集和固定证据，人民检察院有条件自行侦查的”；二是“经退回补充侦查未达到要求，自行侦查具有可行性的”；三是“有证据证明或者有迹象表明侦查人员可能存在利用侦查活动插手民事、经济纠纷、实施报复陷害等违法行为和刑讯逼供、非法取证等违法行为，不宜退回补充侦查的”；四

---

[1]1979 年在《刑事诉讼法》第 99 条：“人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以自行侦查，也可以退回公安机关补充侦查。”1997 年《刑事诉讼法》第 140 条：“人民检察院审查案件，可以要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料。人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。”

[2] 参见“指导意见”第 4 条。

[3] 参见《刑事诉讼法》第 176 条。

[4] 参见“公安程序规定”第 295 条。

[5]参见“指导意见”第 9 条、第 10 条。

[6] 参见“指导意见”第 9 条。

[7] 参见“高检规则”第 356 条

是“其他需要自行侦查的。”[1]第一种是紧急补救；第二种是退补后再补救；第三种是违法纠正；第四种是弹性条款。

值得注意的是，第一、二种情形适用条件中，分别附加了“检察院有条件自行侦查”、“自行侦查具有可行性”。从附加条件中，除了可看出该两种情形的“自补”对检察院有难度和挑战，其能力和信心不足之外，还可发现检察院保留了自由裁量权。即，检察院认为缺乏条件及时收集和固定有灭失风险的关键证据，或在“退补”未达标“自补”无可行性时，也可不“自补”，而选择以“退补”方式通知公安机关及时收集和固定，或二次“退补”。第三种情形有较大变化：一是形式或名义上是补充侦查，性质上则是检察院依托法律监督职能而非公诉职能，对公安机关违法侦查行为的监督与追责。二是对象上并非起诉意见书中犯罪嫌疑人主体，而是办理起诉意见书中案件的侦查人员。三是结果上不涉及其起诉意见中的犯罪事实，与公安机关办理的案件事实无关，而指向公安机关侦查行为的违法性与责任问题。如果说“退补”情形二中，检察院要求公安机关补充侦查漏罪、漏犯，具有检察院间接监督公安机关侦查职能履行的功能；那么，“自补”情形三则具有检察院直接监督公安机关侦查职能履行的功能。

可见，“指导意见”确立的“自补”的第一、二种情形，功能上虽与“退补”一样，补救公安机关查明犯罪事实能力不足，但该两种“自补”情形具有不确定性，且即便出现，检察院出于其难度和挑战性考虑，也可选择不“自补”。因而，并非“自补”的主导适用情形。第三种情必然成为“自补”的主导情形，其情形的制度功能不在于补救案件事实查明，而是监督公安机关侦查行为合法性。其中有关“非法取证”情形的“自补”，弥补了“退补”仅关注证据充分性，未涉及证据合法性问题。

与“退补”、“自补”相比，“调补”条件不仅多样（六种），列举内容明确具体，且可行性强，其适用情形有如下几类：一是案件事实基本清楚，证据缺失不多，收集、补充难度不大，能及时补充的证据材料。二是补正、说明证据材料书写瑕疵和弥补证据制作轻微违法。三是修改或补充诉讼文书瑕疵。提高办案效率是增加“调补”形式的主要价值取向，因而，所有情形均需满足“在审查起诉期间内能够完成”的前提条件。

“调补”情形一功能上与“退补”、“自补”一样，其情形一仍保留了补救公安机关查明案件事实能力不足的功能，但仅适用于“案件基本事实清楚”，“欠缺某些证据”，“收集、补充证据难度不大”的情形，区别于“退补”情形中基本“案件事实不清，证据不足”问题。可见，“调补”是对“退补”的精细化补充。情形二是以证据为考量，但并不像“退补”那样关注证据的充分性，而是考察证据书写形式与制作过程的规范性，具有监督、纠正与提升公安机关证据收集、制作能力的功能。情形三抛开事实和证据问题，关注与纠正诉讼文书的瑕疵，与“退补”、“自补”的功能定位有较大变化。

综上可见，“起诉补侦”的三种形式中，仅“退补”的规范结构具有“逆向”诉讼程序特征，可认定为“逆向”诉讼制度；“自补”和“调补”虽然也是检察院在审查起诉期间启动，针对公安机关侦查活动提出的程序要求，但规范结构上缺乏“逆向”诉讼程序的本质特征，不属于典型的“逆向”诉讼制度。

不同规范结构的三种形式“起诉补侦”，虽然功能上均有补强公安机关收集证据查明案件事实的能力，但是，仅“退补”的适用完全以犯罪事实为要件，制度功能均指向明确单一。“自补”和“调补”的适用仅有部分情形以案件事实为要件，相当部分情形则以检察院对公安机关的法律监督职能为依托，以公安机关侦查行为违法纠正、证据瑕疵修补乃至诉讼文书的规范性不足为适用条件。尤其在“自补”情形中，对公安机关“利用侦查活动插手民事、经济纠纷、实施报复陷害等违法行为和刑讯逼供、非法取证等违法行为”的监督，完全改变公诉职能下的“补侦”功能属性。由公安机关移送案件犯罪事实的查明补强，转向对公安机关办案行为的监督发现、纠正与追责。检察院利用其兼具公诉与法律监督双重职能的便利，在“自补”和“调补”适用条件中，契入具有法律监督功能的情形，强化“起诉补侦”制度的应用价值的同时，消弱了“自补”查明案件事实的功能。同一主体时间、精力有限定律下，无法避免多功能负荷中此消彼长现象。建议修法时将检察院的法律监督职能与公诉职能行使主体分离、相对独立行使职权，维护“自补”的证据收集补充功能定位不受影响。

[1]参见“指导意见”第 11 条。

（三）审判补侦

自 1979 年《刑事诉讼法》颁布以来，一直允许法院在法庭审判过程中，以延期审理方式，同意公诉方提出的补充侦查建议。除了 1997 年修法时删除合议庭主动以“案件证据不充分，或者发现新的事实”为由，“退回人民检察院补充侦查或者自行调查”之外，[1]该制度规范再未变化。现行《刑事诉讼法》构建的审判补侦制度规范特征如下：[2]

1.启动时间。《刑事诉讼法》规定的审判补侦的启动时间为“法庭审判过程中”，既非庭审前，也不是庭审结束后。即“庭审补侦”。[3]

2.启动方式。在《刑事诉讼法》框架下，启动庭审补侦的方式是：检察人员以补充侦查为由提出建议，审判人员以延期审理决定表达同意。

3.启动理由（条件）。《刑事诉讼法》并未直接规定补充侦查的具体理由（情形），仅规定延期审理的理由（情形）之一是:“检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议的”。即，只要检察人员在庭审过程中提出补充侦查建议的，法院便可决定延期审理方式同意检察院启动审判补侦。

4.启动效力。审判补侦以延期审理为前提，法院决定延期审理，具有停止庭审活动和消除已计算的审理期限的效力。该效力同样伴随审判补侦的启动，直至补充侦查结束，恢复庭审，重新计算审理期限。因而，审判补侦的启动，也附带具有停止庭审活动和消除已计算审理期间效力。

5.期限、次数。审判补侦每次期限为一个月，不超过两次。该期限、次数与侦查补侦一致。拥有独立法定期限是审判补侦具有程序独立性的重要特征。由于该期限内审判活动已停止，因而，审判补侦期限不为审判活动共享。

《刑事诉讼法》确立的上述审判补侦制度规范结构如下：（步骤一）庭审开始——（步骤二）检察院申请延期审理，停止庭审，折回侦查程序，补充证据材料——（步骤三）补侦结束后，可向法院移送补充侦查材料，回转审判程序，重新计算审理期限。其中，步骤二、三程序符合“逆向”特征。

值得注意的是，相关司法解释对《刑事诉讼法》确立的“审判补侦”，从不同层面做了增补。

“高检规则”从两方面做了增补：一方面，明确规定了检察人员建议延期审理，补充侦查的三种具体情形：一是“事实不清、证据不足”；二是“遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人”；三是“被告人揭发他人犯罪行为或者提供重要线索”。[4]另一方面，将“审判补侦”的启动时间，由庭审过程中扩展至开庭审理之前以及庭审结束后宣告判决之前。即，不限于庭审过程，可在整个审判期间启动补充侦查。其中，上述三种情形均可在庭审前提出延期建议，补充侦查；第二种情形（漏罪、漏人）可在宣判前要求公安机关补充侦查，[5]是否延期审理未明确规定。

“高法解释”突破《刑事诉讼法》规定，将由检察院单方发起的“审判补侦”方式，拓展至法院可主动建议或通知检察院补充材料或补充侦查：一是在庭前会议中，“对明显事实不清、证据不足的案件，可以建议人民检察院补充材料。”[6]该规定虽未明确要求检察院以侦查方式补充材料，但其理由“事实不清、证据不足”与庭审过程中的补充侦查相同，该情形可视为“庭前补侦”。二是在审判期间，“被告人提出新的立功线索的，人民法院可以建议人民检察院补充侦查。”[7]该情形可称为“立功补侦”。三是在“审判期间，人民法院发现新的事实，可能影响定罪量刑的，或者需要补查补证的，应当通知人民检察院，”[8]由检察院决定是否补充侦查。该情形可称为“新事实补侦”

《刑事诉讼法》确立的上述“审判补侦”是在“延期审理”前提下开展的，具备前文“逆向”诉讼制度“要求的诉讼路径”、“行为结构”和“诉讼期限”三项特征。

---

[1] 参见 1979 年《刑事诉讼法》第 123 条，1997 年《刑事诉讼法》第 165 条。

[2] 参见《刑事诉讼法》第 204 条、第 205 条、第 208 条、“高检规则”第 420 条、第 421 条；“高法解释”第 274 条、第 277 条、第 297 条。

[3] 参见《刑事诉讼法》第 204 条。

[4] 参见“高检规则”第 420 条。

[5] 参见“高检规则”第 423 条。

[6] 参见“高法解释”第 232 条。

[7] 参见“高法解释”第 277 条。

[8] 参见“高法解释”第 297 条。

“高检规则”增补的审判前补充侦查与庭审补侦适用同一条款，建议法院延期审理，同样符合“逆向”诉讼制度所有特征。其增补的宣判前发现“漏罪、漏人”补充侦查，未明确是否建议延期审理，无法判断是否停止宣判，也未明确享有一个月补侦期间，更未规定停止计算审理期限，以及在补充侦查后再重新审理，重新计算期限。不具备“逆向”诉讼制度“行为结构”和“诉讼期限”两项特征，难以作为“逆向”诉讼制度。

“高法解释”增补的“庭前补侦”，检察院认可后，按照“高检规则”第 420 条第 2 款规定，可建议法院延期审理。增补的“立功补侦”和“新事实补侦”，检察院认可后，建议法院延期审理通常也会获得同意。因而，“高法解释”增补的三种“审判补侦”均以延期审理为前提，符合“逆向”诉讼制度各项特征。不过，“庭前补侦”必然引发法院庭前审查实质化，导致庭审虚化，违背以庭审实质化为核心的以审判为中心的诉讼制度改革方向。“庭前补侦”、“新事实补侦”本质上与早被废除的 1979 年《刑事诉讼法》第 123 条第（三）项极为相似，[1]违反裁判中立性原则，应当废止。“立功补侦”出于保障被告人正当诉求与权利考虑，本质上与申请法院调取有利被告人的证据一样，应继续保留。

（四）补充调查

对于监察委移送审查起诉的案件，检察院可根据《刑事诉讼法》和《监察法》，作出退回监察机关补充调查决定，也可自行补充侦查。与该阶段的补充侦查相似，补充调查也有一个月的期限，以两次为限。[2]检察院需要“出具补充调查提纲，写明补充调查的事项、理由、调查方向、需补充收集的证据及其证明作用等，连同案卷材料一并送交监察机关。”[3]一旦启动补充调查，该案审查起诉活动便停止，直至一个月内补充调查后，再次折返移送审查起诉。可见，该制度具备“逆向”诉讼制度各项特征。但因折返的路径属于监察调查程序并非诉讼，因而，严格意义上，应称之为“逆向”调查-诉讼制度。

与补充侦查不同的是，其一，审判阶段未规定补充调查，仅规定：在审判过程中，或在人民法院作出生效判决之前，“需要补充提供法庭审判所必需的证据”，或“认为需要补充提供证据材料的，”可以书面要求监察机关提供。[4]该补充证据材料形式，既不具有延期审理，停止审判活动效力，也无一个月专门期限，不具备补充调查的完整要素。其二，未明确规定补充调查的具体情形（条件）。[5]不过，《监察法实施条例》规定退回补充调查案件处理情形时，可间接看出适用的具体情形为：“认定犯罪事实的证据不够充分的”；“发现新的同案犯或者增加、变更犯罪事实，需要追究刑事责任的”；“犯罪事实的认定出现重大变化，认为不应当追究被调查人刑事责任的。”[6]此外，上述实施条例还规定了监察机关在移送检察院审查起诉前，案件审理部门认为调查部门移送的材料需要补充调查适用的具体情形：“主要违法犯罪事实不清、证据不足的，应当经审批将案件退回承办部门重新调查。”如果存在“部分事实不清、证据不足的；遗漏违法犯罪事实的；其他需要进一步查清案件事实”等情形之一的，“可以退回补充调查”。[7]从实施条例两处规定的具体情形看，与补充侦查适用情形相同，均为“事实不清，证据不足”和“漏人、漏罪”两大类型。

在退回补充调查期间，犯罪嫌疑人的身份、被采取的措施以及相应诉讼权利（尤其是辩护权）在缺乏法律明确规定情形下，是否相应变化或改变？

其一，犯罪嫌疑人身份，再次转化为被调查人？监察机关原本已结束的案件调查，在检察院作出退回补充调查决定后，又重新激活。审查起诉阶段的犯罪嫌疑人重新成为监察机关调查对象，在

---

[1] 1979《刑事诉讼法》第 123 条：在法庭审判过程中，遇有下列情形之一影响审判进行的，可以延期审理：(一)需要通知新的证人到庭，调取新的物证，重新鉴定或者勘验的；(二)检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议的；(三)合议庭认为案件证据不充分，或者发现新的事实，需要退回人民检察院补充侦查或者自行调查的；(四)由于当事人申请回避而不能进行审判的。

[2] 参见《刑事诉讼法》第 170 条，《监察法》第 47 条。

[3] 参见“高检规则”第 343 条。

[4] 参见“高检规则”第 340 条、第 422 条。

[5] “高检规则”在第 342 条规定的补充侦查，明确具体情形（条件）“人民检察院认为犯罪事实不清、证据不足或者存在遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形需要补充侦查的”；第 343 条规定的补充调查，仅规定“人民检察院对于监察机关移送起诉的案件，认为需要补充调查的”，未明确适用的具体情形（条件）。

[6] 参见《监察法实施条例》第 227 条。

[7] 参见《监察法实施条例》第 196 条。

监察机关移送审查起诉前原先的被调查人身份同样也被激活。那么，在退回补充调查期间，审查起诉活动虽然停止，但并未撤销或终结，因而，犯罪嫌疑人身份与审查起诉活动一样，处于停留或停滞状态，但并未消失或结束。如果退回补充调查的仅为某人涉嫌多个犯罪中的某一罪，则被退回补充调查案件中涉案人员的犯罪嫌疑人身份仍存在就更为明显。同一涉案人员，对不同办案机关来说，就具有相应的不同身份，即，对于监察机关来说，退回补充调查期间，涉案人员身份为被调查人；对于检察院来说，涉案人员仍然是犯罪嫌疑人身份。某种意义上，涉案人员的身份，只有从办案机关角度观察和界定才有意义和合理。

其二，被采取强制措施的犯罪嫌疑人，相关强制措施是否需要由监察机关做相应的措施转换？相关法律规范并未明确要求。“高检规则”仅要求：“犯罪嫌疑人已被采取强制措施的，应当将退回补充调查情况书面通知强制措施执行机关”，[1]未进一步要求检察院变更或撤销已采取的强制措施，也未要求通知监察机关。公安机关是强制措施执行机关，无权变更强制措施或将其转换为监察措施，在强制措施未转换之前，应继续履行执行职责。《监察法》及其实施条例同样也未就该问题作出明确规定。该情形下，如果监察机关与检察院不办理衔接手续，将强制措施转换监察措施，则出现强制措施与案件材料法律效力分离状态。涉案人员也随着呈现为被调查人和犯罪嫌疑人双方身份。如果监察机关及时办理衔接手续，将强制措施转换为监察措施，则可避免上述现象。

其三，审查起诉期间的各项诉讼权利受何影响？当监察机关启动补充调查时，涉案人员应当以被调查人身份，依照《监察法》及其实施条例行使权利履行义务审查起诉期间获得的各项诉讼权利因审查起诉活动的停止，虽继续保留，没有消灭，但无法行使，处于休眠状态。只有当补充调查结束后重新移送审查起诉才重新激活诉讼权利。如果部分案件退回补调，仍有部分案件处于审查起诉阶段情形下，则可分别行使诉讼权利和监察调查权利。

在退回补充调查“逆向”制度期间因缺乏具体适用情形、相应措施衔接、身份转换以及权利变化具体规定，容易导致办案实践混乱，损害涉案人员合法权益，建议修法时至少在原则层面做出相应规定，以便进一步制定相关具体规则。

三、撤回公诉[2]

（一）撤回公诉制度演变

新中国撤回公诉（起诉/抗诉）制度源自 1979 年《刑事诉讼法》，其主要内容有三项：1.撤回时间。撤回第一审起诉的时间是：法院审查公诉案件材料阶段；撤回第二审案件抗诉时间：未明确规定。2.撤回条件。撤回第一审起诉的条件是：“不需要判刑”；撤回第二审抗诉案件的条件是：“认为抗诉不当”。3.启动撤回主体。撤回第一审起诉启动主体是：第一审法院；启动撤回第二审抗诉主体是：上级检察院。4.撤回的方式。撤回第一审起诉方式是：第一审法院“可以”（主动）要求检察院撤回起诉；撤回第二审抗诉方式是：“可以向同级人民法院撤回抗诉，并且通知下级人民检察院。”[3]

1997 年修改后的《刑事诉讼法》废除了上述撤回第一审起诉制度，保留了撤回抗诉制度。然而，最高人民法院和最高人民检察分别自 1998 年和 1999 年开启的有关《刑事诉讼法》的解释，[4]自我授权，公然违反被解释的《刑事诉讼法》废除的撤回第一审起诉制度，分别在司法解释自行设立撤回起诉制度。一方面，将已被废除的撤回起诉的时间，由开庭前拓展至法院宣告判决前。将公诉权等

---

[1] 参见“高检规则”第 343 条。

[2] 撤回公诉包括撤回第一审起诉和撤回第二审抗诉，为了避免与撤回自诉混同，除了容易区分的情形之外，本文均用撤回公诉表达撤回第一审起诉。

[3] 参见 1979 年《刑事诉讼法》第 108 条：人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于犯罪事实清楚、证据充分的，应当决定开庭审判；对于主要事实不清、证据不足的，可以退回人民检察院补充侦查；对于不需要判刑的，可以要求人民检察院撤回起诉。第 133 条：地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，应当通过原审人民法院提出抗诉书，并且将抗诉书抄送上一级人民检察院。原审人民法院应当将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并且将抗诉书副本送交当事人。上级人民检察院如果认为抗诉不当，可以向同级人民法院撤回抗诉，并且通知下级人民检察院。

[4]即，1998 年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》和 1999 年的《人民检察院刑事诉讼规则》，统称为“两高司法解释”。

同自诉权，完全按照自诉案件自由行使撤诉权。[1]另一方面，将已被废除由法院主动要求检察院撤回起诉的启动方式，修改为检察院主动要求撤回起诉的启动方式。[2]自此，撤回公诉二元模式由此产生并延续至今。

2007 年，最高人民检察院专门制定《关于公诉案件撤回起诉若干问题的指导意见》（以下简称“撤诉指导意见”）在保留检察院主动要求撤回起诉启动方式同时，增加（恢复）法院主动建议检察撤回起诉的启动方式。

2012 年、2018 年两次修订《刑事诉讼法》除了继续保留撤回抗诉之外，[3]并未赋予检察院和法院在任何情形下撤回第一审公诉（以下简称撤回公诉）的职权。两高司法解释则不断延续自我授权方式，扩张各自在撤回公诉问题上的职权，形成当前内容庞杂、类型多样的如下撤回公诉制度：

1. 撤回公诉的时间。撤回公诉贯穿审判全过程，不仅在第一审庭审前、庭审中以及判决宣告之前均可撤回公诉，而且在第二审程序和再审程序，也可撤回公诉。[4]2.撤回公诉名称。从本质上看，检察机关是公诉权行使的法定主体，因而，检察院在第一审期间撤回的起诉以及第二审撤回的抗诉，均可用撤回公诉表述。[5]3.撤回公诉启动主体。有检察院主导启动撤回公诉和法院主导启动撤回公诉。[6]4.撤回公诉效力。撤回公诉类型不同，效力也多样。有终止诉讼不再起诉撤回公诉和重新起诉撤回公诉。[7]5.撤回公诉的理由（原因/条件/情形）。有不构成犯罪撤回公诉、不追究刑事责任撤回公诉和证据不足撤回公诉。[8]其中，证据不足撤回公诉中通常伴随补充侦查、延期审理等情形出现，因而，该类型撤回公诉较不构成犯罪和不追究刑事责任撤回公诉两种类型复杂，是理论和实践关注重点，也是下文考察的主要样本。此外，根据补充侦查（调查）与撤回公诉的前后关系，可分为前置型撤回公诉和后置型撤回公诉，前者是指以补充侦查为前置条件，先启动补充侦查，补充侦查后，证据不足，不符合起诉条件，再撤回公诉。后者是指撤回公诉后，作出不起诉决定后或经不起诉，将案件退回侦查（监察）机关重新侦查（调查），再根据重新侦查（调查）结果，选择重新起诉或建议撤销案件。[9]由于该重新侦查是在已经侦查的案件基础的补充证据，因而，本质仍是对之前案件的补充侦查。

值得注意的是，《刑事诉讼法》保留的撤回抗诉制度，仅限于上级检察院对下级检察院提起抗诉的撤回，是基于上下级检察院之间领导与监督关系而设置，且通常在抗诉期满前由上级检察院提出，与撤回第一审起诉的性质、时间和原因等方面均有显著不同。尤其是撤回抗诉后的后果是第一审裁判发生法律效力，与撤回第一审公诉后，建议补充侦查，重新起诉等后果截然不同。撤回抗诉不具有“逆向”诉讼制度特征，不作为本文讨论对象。

（二）撤回公诉效力及其与补充侦查关系

撤回公诉的效力及其与补充侦查（调查）的关系，与“逆向”诉讼制度的构成要件关系密切。

撤回公诉既然都发生在审判阶段，其对正在进行的审判程序是否具有停止或终止法律效力？学界有观点认为，“撤回起诉与不起诉决定的诉讼效力完全相同，因此撤回起诉后再做不起诉决定，意

---

[1] 参见 1997 年《刑事诉讼法》第 172 条：人民法院对自诉案件，可以进行调解；自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉。本法第一百七十条第三项规定的案件不适用调解。

[2]1999 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 351 条规定：“ 在人民法院宣告判决前，……；发现不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为或者不应当追究被告人刑事责任的，可以要求撤回起诉。”第 353 条：“……撤回起诉后，没有新的事实或者新的证据不得再行起诉。”1998 年最高人民法院在其《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 177 条规定：“在宣告判决前，人民检察院要求撤回起诉的，人民法院应当审查人民检察院撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定。”

[3] 参见《刑事诉讼法》第 232 条。

[4] 参见《刑事诉讼法》第 232 条、“高检规则”第 420 条、第 424 条、第 426 条。“撤诉指导意见”第 7 条；“高法解释”第 23 条 、第 232 条 、第 296 条、 第 385 条 、第 470 条。

[5] 参见《刑事诉讼法》第 232 条；“高检规则”第 424 条、第 426 条、第 589 条。

[6] 参见“撤诉指导意见”第 4 条；“高法解释”第 232 条；“高检规则”第 424 条。

[7] 参见“撤诉指导意见”第 10 条、第 11 条；“高检规则”第 424 条。

[8] 参见“撤诉指导意见”第 3 条；“高检规则”第 420 条、第 424 条。

[9] 参见“撤诉指导意见”第 7 条；“高检规则”第 424 条。

味着将两个完全相同的诉讼效力叠加在一起，属于没有必要的重复。”[1]然而，相关司法解释未被接受该观点。现行规范均要求撤回公诉后一定期限内作出不起诉决定。其中，“高检规则”要求 30 内作出不起诉决定，[2]“撤诉指导意见”则要求 7 日内作出不起诉决定。[3]二者除了对作出不起诉的时间要求不同之外，还对不起诉是否唯一选择，以及不起诉后处理方式的要求也不同。其中，“撤诉指导意见”并未将作出不起诉决定作为撤诉后的唯一、必然选择。撤回公诉后也可不作出不起诉决定，“书面说明理由将案卷退回侦查机关（部门）处理，并提出重新侦查或者撤销案件的建议。”[4]“高检规则”则不同，将 30 日内作出不起诉决定作为撤诉后的必选方式。只有在法定期限内作出不起诉决定后，才可进一步提出两项处理要求：一是案卷材料退回监察机关或者公安机关，建议监察机关或者公安机关重新调查或者侦查，并书面说明理由。二是“没有新的事实或者新的证据，人民检察院不得再行起诉。”[5]该处理要求与“撤诉指导意见”无需作出不起诉决定便可退回侦查机关，且可建议其重新侦查或撤销案件的处理结果，明显不同。

在后置型撤回公诉方式下，由于撤回公诉会导致审判对象（客体）缺失，审判活动无法开展，只得停止，因而，首先是具有停止审判活动的效力。此后，还具有阻止以被撤回公诉案件事实再次提出公诉行为，但并不就此终结审判，被停止的审判活动，仍可在折返时恢复。具体原因如下：其一，现在规范要求撤回公诉后，既可法定期限内作出不起诉决定，也可无需做不起诉决定，“书面说明理由将案卷退回侦查机关（部门）处理，并提出重新（补充）侦查或者撤销案件的建议。”[6]即以撤回公诉为手段，实现补充侦查目的，形成无不起诉决定情形下的撤回公诉与补充侦查直接“接力”关系，可称为“直接接力撤回公诉”。其二，即便选择作出不起诉决定后，检察院仍可“将案卷材料退回监察机关或者公安机关，建议监察机关或者公安机关重新调查或者侦查，并书面说明理由。”[7]撤回公诉与补充侦查（调查）再次互为手段与目的，形成间接“接力”关系，可称为“间接接力撤回公诉”。其三，撤回公诉后通过重新（补充）侦查发现新的证据或事实，仍可与被撤回的公诉事实合并再次提出公诉，恢复审判。[8]

综上，在“后置型撤回公诉”中，无论是否作出不起诉决定，都可以退回公安机关或监察机关补充侦查或调查，再以补充后的新证据或事实重新起诉。“后置型撤回公诉”仅具有暂时阻止以被撤回的公诉事实再次提出公诉的效力，不具有完全终结审判活动的效力。值得注意的是，在“前置型撤回公诉”中，“人民检察院发现提起公诉的案件证据不足或者证据发生变化，需要补充侦查的”，便“要求法庭延期审理；经补充侦查后，仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出撤回起诉决定。”[9]由于该类型撤回公诉，是在已经补充侦查仍证据不足情形下作出的选择，因而，撤回公诉后，再获取新证据或事实的途径和概率极小，通常只能以不起诉或建议侦查机关撤销案件方式终结诉讼，不再折返激活被延期审理停止的审判程序。因而，“前置型撤回公诉”通常不具有重启审判活动的现实效力。

与补充侦查形成“接力”关系的撤回公诉，除了有 30 日或 7 日作出不起诉决定的期限之外，还因与补充侦查“捆绑”结合而受一个月补充侦查期限的连带约束。

（三）撤回公诉的“逆向”特征及其弊端消除

对照“逆向”诉讼制度的三项特征，可以看出，后置型撤公诉符合程度高，前置型撤回公诉符合程度低。

1.回转-折返式路径。后置型撤回公诉路径：检察院要求或法院建议撤回公诉——法院裁定同意撤回公诉——（回转侦查或调查程序）30 日或 7 日作出不起诉决定后或直接说明理由退回侦查（监

---

[1] 张建伟：《论公诉之撤回及其效力》，载《国家检察官学院学报》2012 年第 4 期，第 104 页。
[2] 参见“高检规则”第 424 条。
[3] 参见“撤诉指导意见”第 11 条。
[4] 参见“撤诉指导意见”第 11 条。
[5] 参见“高检规则”第 424 条。
[6] 参见“撤诉指导意见”第 11 条。
[7] 参见“高检规则”第 424 条。
[8] 参见“撤诉指导意见”第 10 条；“高检规则”第 424 条。
[9] 参见“撤诉指导意见”第 7 条；“高检规则”第 421 条。

察）机关补充侦查（调查）——（折返公诉程序）依据补充的新证据或事实，重新提起公诉/无新证据、事实——（折返审判程序）恢复审判活动/维护不起诉状态或建议侦查机关撤销案件。前置型撤回公诉路径：检察院建议或法院同意延期审理——（回转侦查程序）补充侦查——证据不足，不符合起诉条件——撤回公诉——作出不起诉决定或建议侦查机关撤销案件。可见，前置型撤回公诉则仅有回转，无折返路径；后置型撤回公诉路径中包含完整的回转-折返路径，更符合"逆向"诉讼制度特征。

2.停止-重启效力。以补充侦查在后为特征的后置型撤回公诉，检察院的撤回公诉行为具有停止审判活动的效力，且无论是否作出不起诉决定，后期的补充侦查如果足以支持重新起诉的话，仍具有重启审判程序的效力。以补充侦查在先为特征的前置型撤回公诉，撤回公诉之前的补充侦查获得的延期审理，已具有停止审判活动的效力，其后的撤回公诉无需对已停止审判活动重复产生阻断效力。补充侦查如果证据足以支持公诉，便会在补充侦查结束后，不再选择撤回公诉，而是重启延期的审判活动。补充侦查后选择撤回公诉通常是在证据不足情形下的决定，重新起诉的可能极小，因而，前置型撤回公诉几乎不具备重启审判的行为效力。

3.阻断-附加期限。停止计算或阻断审判期限，既可由后置型撤回公诉中的撤回公诉行为所致，也可因前置型撤回公诉中的因补充侦查而要求的延期审理引起。后置型撤回公诉的撤回公诉能直接阻断审判活动，审理期限也随着停止计算，二者关系直接且确定性。前置型撤回公诉中，检察院首先提出的延期审理（补充侦查）是停止审判活动，阻断审理期限计算的直接原因，补充侦查后的撤回公诉对审判活动的影响，体现为向法院表达不再重新起诉而恢复审判，也无需重新计算审理期限。撤诉与期限阻断存在间接联系。可见，从阻断期间特征看，后置型撤回公诉的"逆向"属性更为明显。

只有补充侦查获取新证据或事实，撤回公诉后便可折返审判程序。为了畅通后置型撤回公诉"逆向"路径，"高检规则"从两个方面扩张性自我授权：一是赋予检察院有权在后置型撤回公诉案件中，无论作出证据不足不起诉，还是法定不起诉决定，均可建议侦查（调查）机关启动重新（补充）侦查（调查）[1]。二是检察院在后置型撤回公诉中，既可作出不起诉决定后，建议侦查机关（补充）重新侦查或撤销案件；也可不作出不起诉决定，直接建议侦查机关补充侦查或撤销案件。[2]其实，检察院作出不起诉决定后，启动补充侦查的职权，并非仅与撤回公诉关联，也同样隐身于审查起诉阶段，如，在审查起诉期间，检察院作出证据不足不起诉后，"在发现新的证据，符合起诉条件时，可以提起公诉"。[3]此处虽未明确建议补充侦查，但是，发现新的证据显然离不开补充侦查，补充侦查是应然之意。又如，在审查期间，"对于犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为"的情形作出不起诉后，也允许"书面说明理由，将案卷材料退回监察机关或者公安机关并建议重新调查或者侦查。"[4]可见，当前以司法解释为支撑的后置型撤回公诉呈现"逆向"诉讼特征的主要原因是，检察院撤回公诉后，除了延续审查起诉阶段做法，无论做证据不足不起诉，还是法定不起诉，均可重新启动补充侦查；还可在撤回公诉后，不作出不起决定，便可建议重新侦查，重新起诉，恢复审判程序。

无论按照《刑事诉讼法》，还是"高检规则"规定，检察院作出不起诉后，被不起诉人如在押或被采取其他强制措施，应当立即释放或解除强制措施。[5]不起诉决定具有终结诉讼程序的法律效力，毋庸置疑。撤回第一审起诉制度自 1997 年废除以来，在两高司法解释中"野蛮生长"不断自我授权扩张，严重影响《刑事诉讼法》实施。建议本次修法完善如下：

其一，维护不起诉决定程序法效力。明确规定检察院作出证据不足不起书决定后，如发现新的证据或事实，应重新立案后才可重新启动侦查，不得不经立案程序，直接恢复已被不起诉的案件侦查程序，维护不起诉决定终结诉讼的程度法效力及其程序安定性，避免检察院撤回公诉作出不起诉决定后，被不起诉人仍处于在案被追诉状态。只有明确赋予不起诉终结所有诉讼活动的程序法效力，方可遏制不起诉后（重新）补充侦查的"接力"。如，"高检规则"仅要求撤回公诉后 30 日内作出不起

[1] 参见"高检规则"第 424 条、第 365 条、第 369 条。
[2] 参见"撤诉指导意见"第 11 条;"高检规则"第 424 条。
[3] 参见"高检规则"第 369 条。
[4] 参见"高检规则"第 365 条。
[5] 参见《刑事诉讼法》第 177 条、第 178 条;"高检规则"第 376 条。

诉决定，但并未规定不起诉决定后建议重新（补充）侦查的附加期限，为侦查（调查）权滥用大开方便之门。又如，“撤诉指导意见”对于撤回起诉的案件，在要求 7 日作出不起诉决定的同时，又允许选择不做出不起诉决定，“或者书面说明理由将案卷退回侦查机关（部门）处理，并提出重新侦查或者撤销案件的建议。”[1]

其二，将当前撤回公诉的情形分别纳入相关制度，明令禁止撤回第一审起诉。“高检规则”和“撤诉指导意见”规定的撤回公诉情形有三大类：一是不构成犯罪（不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为，情节轻微、危害不大，不认为是犯罪）；二是不负（追究）刑事责任的情形；三是证据不足或发生变化，不符合起诉条件。[2]“撤诉指导意见”已按照《刑事诉讼法》第 16 条原则，明确禁止多种不追究刑事责任的情形撤回起诉。[3]因而，在审判期间发现存在第一、二类情形的，应按照《刑事诉讼法》第 16 条，“由法院作出终止审理”。对于第三类情形，检察院可按照《刑事诉讼法》第 204 条，在庭审结束前要求延期审理，在一个月内补充侦查完毕。无论是否移送补充侦查证据材料，法院均应依法作出判决，而不允许检察院再撤回公诉，启动无期限约束的重新侦查。

其三，明令禁止法院在任何时间，以任何理由和方式，主动要求或建议检察院撤回公诉，维护法院裁判中立性。

其四，明确第二审以及再审程序撤回抗诉的时间，仅限于抗诉期满前。考虑到撤回的抗诉是法律监督抗职权行使的结果，并非因证据不足原因所致，因而，撤回抗诉后要求侦查机关补充新的证据，形成“接力”关系。

四、发回重审

（一）发回重审制度及其演变

1979 年《刑事诉讼法》确立的发回重审制度，至今已在发回重审的案件范围、启动主体、理由，以及重审程序和结果等方面，逐步形成规则体系。

1.发回重审案件范围与类型。自 1979 年至今，《刑事诉讼法》规定的发回重审案件范围，一直确定为第二审案件和死刑复核核准案件两类。“高法解释”则将发回重审适用的案件范围，逐步扩展至再审案件、判处法定刑以下案件核准、停止执行死刑、没收违法所得以及强制医疗等五类案件。[4]可见，由“高法解释”推动的发回重审案件范围越来越越广。以《刑事诉讼法》为依据，发回重审类型有：普通案件的第二审发回重审和死刑案件发回重审。以“高法解释”为依据，普通案件中，还有再审案件发回重审，则除了上述类型之外，还有特殊案件的发回重审，如，判处法定刑以下的复核案件发回重审；没收违法所得案件发回重审以及强制医疗案件发回重审。

2.发回重审启动主体一直属于第二审和上级人民法院。第二审法院是当前多数发回重审案件的启动主体；死刑案件中，高级人民法院和（2012 年增加）最高人民法院是复核、核准案件发回重审的启动主体。检察院对发回重审案件享有法律监督权，对于依法应当发回重审案件，有权督促法院启动发回重审。[5]

3.发回重审理由（条件）。1979 年《刑事诉讼法》确立第二审法院发回重审的两项理由（条件）：一是“原判决事实不清楚或者证据不足”；二是“违反法律规定的诉讼程序，可能影响正确判决”（以下简称“违反法定程序”）。高级人民法院复核死刑案件发回重审的条件是：“不同意判处死刑”。[6]

1997 年《刑事诉讼法》将第二审法院发回重审的第二项理由（条件），列举为五种情形：违反本法有关公开审判的规定的；违反回避制度的；剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；审判组织的组成不合法的；其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。[7]至

---

[1] 参见“撤诉指导意见”第 11 条。

[2] 参见“撤诉指导意见”第 3 条；“高检规则”第 424 条。

[3] 参见“撤诉指导意见”第 5 条第（六）项：“对于犯罪已过追诉时效期限并且不是必须追诉的，经特赦令免除刑罚的，依照刑法告诉才处理的犯罪没有告诉或者撤回告诉的，或者被告人在宣告判决前死亡的，”

[4] 参见《刑事诉讼法》第 236 条、第 247 条、第 250 条；“高法解释”第 394 条、第 414 条 、第 417 条、第 423 条 、第 428 条、第 429 条、第 472 条 第 504 条、第 623 条、第 640 条。

[5]“高检规则”第 570 条、第 590 条，第 604 条、第 617 条。

[6] 参见 1979 年《刑事诉讼法》第 136 条、第 138 条、第 145 条。

[7]参见 1997 年《刑事诉讼法》第 191 条。

今，第二审案件发回重审的两项理由（条件）一直保持未变。其中，在“原判决事实不清楚或者证据不足”第一项理由（条件）下，可裁量发回重审，即，以此理由（条件）“可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。”[1]在“违反法律规定的诉讼程序”理由（条件）下，“应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。”[2]发回重审具有法定性，不可裁量。

始自 1998 年的“高法解释”，除了以“原判事实不清，证据不足”作为第二审案件发回重审的理由（条件）之外，还以此作为增加的死刑复核案件、再审案件发回重审的理由（条件）。[3]

2012 年《刑事诉讼法》增加了最高人民法院核准死刑案件发回重审的理由（条件）为：“不核准死刑”。[4]2012 年“高法解释”增加了四项发回重审案件：一是将增加的死刑复核案件发回重审的条件“不核准死刑”明确为：“原判事实不清、证据不足的”；“复核期间出现新的影响定罪量刑的事实、证据的”；“原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的”；“原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的”等四种具体情形。[5]二是增加“确认罪犯有其他犯罪，依法应当追诉的”，“确认原判决、裁定有错误或者罪犯有重大立功表现，需要改判的”，作为最高人民法院停止执行死核准案件发回重审的条件。三是将“原裁定确有错误的”，“原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的”，作为没收违法所得案件第二审发回重审的条件。四是将“发现被告人可能符合强制医疗条件的”，“原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的”，作为第二审和强制医疗复议审发回重审的理由（条件）。[6]

2021 年“高法解释”在保留上述增加的发回重审案件类型的同时，[7]又在普通类型案件中，新增“第一审判决未对随案移送的涉案财物及其孳息作出处理”（以下简称“涉案财物”）和“利害关系人非因故意或者重大过失在第一审期间未参加诉讼，在第二审期间申请参加诉讼的”（以下简称“利害关系人参诉”），两类特定案件发回重审的理由（条件）。[8]即，在普通类型案件中，涉及“涉案财物”和“利害关系人参诉”的普通案件中，满足一定条件也可发回重审。

4. 重审程序与结果。1979 年《刑事诉讼法》对于发回重审案件提出两项要求：一是“依照第一审程序进行审判。”二是“对于重新审判后的判决，当事人可以上诉，同级人民检察院可以抗诉”。[9]1997 年《刑事诉讼法》除了增加一项重要的“上诉不加刑原则”之外，还要求“应当另行组成合议庭”，同时，明确了发回重审期限的计算。[10]为防止发回重审法院加重被告人刑罚，变相违反“上诉不加刑原则”，2012 年《刑事诉讼法》要求重审法院加刑必须同时满足“有新的犯罪事实”和“补充起诉”两项条件。[11]此外，为了防止因“事实不清、证据不足”原因反复、循环发回重审，还明确禁止第二审法院再次发回重审。[12]但是，对于“违反法定程序”的情形，仍允许第二审法院再次原重审法院再审。[13]

相对于发回重审案件范围越来越多的扩展，“高法解释”对发回重审程序与结果的规定增补较少。在“高法解释”增加的再审案件发回重审规定中，对于因“事实不清或证据不足”的案件，可发回重审案件，也可自行审理。在选择自行审理情形下，“事实仍无法查清，证据不足，不能认定被告人有罪的，应当撤销原判决、裁定，判决宣告被告人无罪。”[14]但是，仍保留了选择发回重审情形，违背《刑事诉讼法》第 200 条第（三）项要求。值得注意的是，“高法解释”并未要求再审案件按照《刑事诉讼

---

[1]参加 1979 年《刑事诉讼法》第 136 条；1997 年《刑事诉讼法》第 189 条；2012 年《刑事诉讼法》 第 225 条；2018 年《刑事诉讼法》第 236 条。

[2] 参见 1979 年《刑事诉讼法》，第 138 条，1997 年《刑事诉讼法》第 191 条，2012 年《刑事诉讼法》第 227 条，2018 年《刑事诉讼法》第 238 条。

[3] 参见 1998 年“高法解释”第 259 条、第 270 条、第 278 条、第 285 条、第 312 条。

[4] 参见 2012 年《刑事诉讼法》第 239 条。

[5] 参见 2012 年“高法解释”第 350 条。

[6] 参见 2012 年“高法解释”第 389 条、第 424 条、第 518 条、第 534 条、第 537 条。

[7] 参见 2021 年“高法解释”第 472 条、第 504 条、第 623 条、第 640 条、第 643 条。

[8] 参见 2021 年“高法解释”第 446 条、第 624 条。

[9] 参见 1979 年《刑事诉讼法》第 139 条。

[10] 参见 1997 年《刑事诉讼法》第 90 条、第 92 条、第 94 条。

[11] 参见 2012 年《刑事诉讼法》第 226 条。

[12] 参见 2012 年《刑事诉讼法》第 225 条；2018 年《刑事诉讼法》第 236 条。

[13] 参见 2021 年“高法解释”第 406 条。

[14] 参见 2021 年“高法解释”第 427 条。

法》第 238 条要求，将程序违法情形，作为发回重审的法定条件。

（二）发回重审“逆向”特征

发回重审案件案件类型较多，以上述“逆向”诉讼制度特征开展分析时，需兼顾各类型案件的不同规定。

1.诉讼（程序）行为路径。发回重审案件启动前后程序均具有方向相反的“回转”情形，且回转后，也有再次“折返”决定发回重审法院再次审理的规范基础，符合“逆向”诉讼制度的首个特征。发回重审“回转”的程序环节，主要为上下级法院之间，即，第一、二审法院之间回转，不过，死刑复核案件则会出现回转于（中级、高级和最高）三级法院之间。

2.诉讼（程序）行为效力。发回重审案件均具有结束（终止）上级（第二审、复核、核准）法院审理的程序性效力。除了死刑复核案件之外，其他类型发回重审案件的启动法院均为接受重（原）审案件的上级法院，审理后无继续审理程序，即，启动发回重审的法院审理的案件已处于程序的终点，发回重审是终结上级法院审理的方式之一。因“事实不清或证据不足”理由而发回重审案件，发回重审诉讼行为一旦启动，便具有停止该法院继续查清案件事实，补充相关证据的法律效力。如果不发回重审，法院需继续审理，因而，此类案件发回重审前并未到达程序终点。但是，以“违反法定程序”理由发回重审的案件，上级法院启动发回重审时已到程序终点，无继续审理的必要与可能。无论是否发回重审，此类案件在上级法院的审理程序都到终点。启动发回重审停止诉讼行为的效力与该程序原本已停止重合，因而，该类案件发回重审的停止诉讼行为效力不凸显。

按照相关法律规范，重审后的案件均可以上诉或抗诉等方式，再次折返上级法院。不过，发回重审后再次折返上级法院案件，并非从发回重审前停止的审理阶段（通常为庭审结束后评议宣判阶段）重启被停止的、未完成的、非完整程序，而是重启一个完整的第二审或复核/核准等审判程序。在规范缺乏规定情形下，办案人员也未必是原审判组织。[1]因而，发回重审案件具有重启上级法院的诉讼行为特征，但并非从原先发回重审的程序节点重启。该变化特征，从时间上看，增加诉讼成本，加剧“逆向”诉讼制度的弊端，不过，如果上级法院仍由原审判组织审理的话，即便折返后重启第二审或复核/核准程序，因原审判组织已熟悉发回重审后又折返的案情，也不会增加过多的审理时间。如果另行组成合议庭，则必然增加重启后的审理时间，但是，从有助于摆脱原审判组织的偏见角度看，有利于审判公正。值得注意的是，“高法解释”明确允许第二审法院以“违反法定程序”理由，再次发回重审，[2]因而，该情形下会出现多次“逆向”诉讼行为。

3.诉讼（程序）行为期限看，发回重审案件阻断-附加行为期限的“逆向”诉讼特征较为显著。如上所述，发回重审案件启动的时间节点均为案件庭审后的评议宣判期间。对于以“事实不清或证据不足”为由发回重审的案件，上级法院有继续查明案件事实或补充证据的可能性和必要性情形下，发回重审的启动具有阻断计算审理期限的效力与效果，该效力与效果在实践中会被上级法院滥用，以解决审理期限不足问题。对于以“违反法定程序”理由发回重审的案件，虽具有阻断法院审理期限的效力与效果，但是，对于审理该类案件的上级法院来说，无继续延续审理的必要性，因而，出现阻断行为期限的效力与案件已至程序终点结束审理期限的效力重合情形，以至该阻断审理行为期限的效力与效果不易凸显。

《刑事诉讼法》仅明确规定第二审发回重审的案件，审理期限重新计算。[3]对于发回重审后又上诉或抗诉的案件，结合相关规定，也可看出是重新计算案例期限。[4]“高法解释”增加的其他类型发回重审案件，虽未就相关审理明确规定，但参照《刑事诉讼法》有关第二审发回重审案件的有关审理期限规定，可认定均重新计算审理期限。总之，不仅发回重审的案件依法享有独立完整的审理期限，而且重审后又“折返”上级法院的案件，也有独立完整的审理期限。

---

[1] 《刑事诉讼法》及“高法解释”均未规定，发回重审后又上诉或抗诉至第二审法院的案件，是否另行组成合议庭，《刑事诉讼法》第 239 条仅要求发回重审案件，“应当另行组成合议庭”。因而，实践中，会出现由原审判组织或新的审判组织审理重审后又返回第二审的案件的不同情形。

[2] 参见“高法解释”第 406 条。

[3] 参见《刑事诉讼法》第 241 条。

[4] 参见《刑事诉讼法》第 239 条、第 242 条、第 243 条。

（三）发回重审“逆向”诉讼弊端及消除

发回重审案件的“逆向”特征，除了因案件审理期限延长，诉讼环节增多，司法资源投入增大，裁判结果滞后，正义迟来，效率低下等显性弊端之外，还存在以下具体制度性缺陷：

1.“事实不清或证据不足”发回重审理由模糊。第二审案件是发回重审的主要对象。自 1979 年《刑事诉讼法》确立至今的第二审发回重审的两大理由“事实不清或证据不足”和“违反法定程序”，一直未曾有实质性变化。1997 年修改的《刑事诉讼法》仅以列举程序违法具体情形形式，完善了第二项理由，并未对适用率更高的第一项理由“事实不清或证据不足”细化或解释。“事实不清或证据不足”是一个笼统的结论性意见，如果缺乏具体情形列举或明确标准要求，由认识、理解的模糊性必然导致认定的随意性和不稳定性，人为因素影响下的自由裁量空间极大，为滥用发回重审权，反复发回重审，循环审判，提供了极大便利。

2.“事实不清或证据不足”发回重审理由违反“疑罪从无”原则。第二审法院以“事实不清或证据不足”为由可以发回重审的规定，源自 1979 年《刑事诉讼法》。该理由是第二审法院可选择的发回重审理由，又因该理由判断标准模糊的叠加，第二审法院在以该理由发回重审时就获得了极大的自由裁量空间。出于减少自身审理时查明案件事实或补充证据的的工作负担，以及避免查明案件事实改判给第一审法院的不利影响等多重因素考虑，必然导致第二审法院以该理由发回重审的案件比例较高。

既然 1997 年修改的《刑事诉讼法》已明确规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”[1]该规定确立的“疑罪从无”原则，应当适用于所有审判程序，不应止步于第一审程序。第二审法院发现上诉或抗诉的案件存在“事实不清或证据不足”情形，应当及时作出证据不足无罪判决，而不是以此为由发回重审。如果上级法院乃至最高人民法院对于证据不足（事实不清）的疑案，都不敢依法作出疑罪从无判决，那么，大量下级（基层）法院对于此类案件，无论是第一审，还是发回重审，乃至再审案件，要么效仿上级法院，按照“疑罪从有”原则作出判决，侵害被告方合法权利，导致其不满，引发上诉、申诉。案件循环反复于上下级法院的情形难以避免。要么让检察院撤回公诉或补充侦查，收集新证据，以发现新的犯罪事实，补充起诉。加重上诉后被发回重审案件的被告人刑罚，威慑与减少上诉案件，抵消上诉不加刑原则鼓励上诉的积极效果。

3.反复发回重审情形仍未消除。《刑事诉讼法》对发回重审后又因上诉或抗诉折返第二审法院时，仅对以“事实不清或证据不足”为由发回重审的案件，要求“不得再发回原审人民法院重新审判”。[2]对于以下三种情形，第二审法院仍可将第一次发回重审后，经原审法院重审后又上诉或抗诉的第二审案件，第二次发回重审：其一，《刑事诉讼法》未限制以“违反法定程序”为由发回重审的案件，又上诉或抗诉至第二审法院时，第二审法院以“事实不清或证据不足”第二次发回重审。其二，第二审法院第一次以“违反法定程序”为由发回重审后，又上诉或抗诉至第二审的案件，再次以“违反法定程序”为由发回重审。其三，“高法解释”明确规定，第二审法院对于发回重审后又折返该院的案件，如发现下级重审法院存在“违反法定程序”情形时，应当再次发回重审。[3]此处，并未限制第一次发回重审案件的理由，包括以“事实不清或证据不足”为由第一次发回重审的案件，第二次仍可以“违反法定程序”为由发回。“高法解释”显然将《刑事诉讼法》第 236 条第二款“不得再发回原审人民法院重新审判”的情形限定为：第二审法院第一次以“事实不清或证据不足”为由发回重审后，第二次不得再以此理由发回重审。

4.再审案件确立的发回重审理由违反《刑事诉讼法》相关规定，容易引发循环审理。

“高法解释”增加的再审程序发回重审理由中，仅有“事实不清或证据不足”裁量性理由，没有“违反法定程序”强制性理由。该情形打破了 1979 年至今《刑事诉讼法》构建的，“违反法定程序”（强制性理由）和“事实不清或证据不足”（裁量性理由）并存格局。[4]值得注意的是，“违反法律规定的诉

---

[1] 参见 1997 年《刑事诉讼法》第 162 条。

[2] 参见《刑事诉讼法》第 236 条。

[3] 参见“高法解释”第 406 条。

[4] 参见 1979 年《刑事诉讼法》第 138 条；1997 年《刑事诉讼法》第 189 条 ；2012 年《刑事诉讼法》第 227 条；2018 年《刑事诉讼法》第 236 条。

讼程序，可能影响公正审判”，一直是“当事人及其法定代理人、近亲属”申请再审的法定理由之一。[1]对于以“违反法定程序”为由启动的再审案件，“高法解释”规定的处理情形中没有作出任何针对性裁判结果。即，既未以此为由发回重审，也未要求再审法院纠正违法情形，自行审理。[2]有意忽略强制性发回重审理由，凸显裁量性发回重审的用意显而易见。该规定若不及时废除，很容易成为再审案件发回重审权滥用，大量再审案件陷入循环审理“怪圈”的规范根源。建议本次修法时，明确规定再审案件不得以任何理由发回重审，防止以纠错为目标的审判监督程序，沦为“加长版”。

五、结语

规范性文件是“逆向”诉讼制度赖以生存的基础，规范文本的解析虽仅为“逆向”诉讼制度“全生命周期”的“起点”，但具有研究上的必要性与优先性。

从规范文本看，以补充证据，查明案件事实为主导功能的“补充侦查”、“撤回公诉”和“发回重审”刑事“逆向”诉讼制度，因“事实不清或证据不足”标准模糊，主观自由裁量大，深受办案机关欢迎。自 1979 年《刑事诉讼法》确立以来，在部门规范性文件助推下，野蛮生长，不断扩展：从侦查程序、起诉程序、第一审程序、第二审程序，延伸至再审程序和执行程序（停止死刑执行）；从普通程序，扩张至特殊程序（如强制医疗、没收违法所得）；从适用一个案件，到适用于一个案件的特定事项（利害关系人参诉、涉案财物移送）。“逆向”诉讼制度的迅猛趋势对“正向”诉讼制度的不当影响，学界虽捕捉其一、二，并发声关注，但仍缺其全貌考察与解析。

“逆向”诉讼制度以“走回头路”方式“节外生枝”，除了徒增诉讼环节与期限，打断“正向”运行诉讼程序，减损效率，降低刑罚及时性之外，还在错综复杂、各具特色的“逆向”细节中，以隐形、附生、暗合、明示等方式，侵蚀“正向”程序生成的权利与公正。揭开“逆向”诉讼制度的所有“面纱”，本文仅是起点，后续任重道远。

[1] 参见 2012 年《刑事诉讼法》第 241 条；2018 年《刑事诉讼法》第 253 条。
[2] 参见“高法解释”第 472 条。

刑事诉讼程序性违法制裁立法完善研究——以审判程序违法发回重审为视角

崔凯　高洁 *

内容提要：刑事审判程序违法发回重审既是一种程序性制裁方式，通过程序回流对一审违法程序施以否定评价；同时也是一种程序性救济机制，希冀恢复原状并保障当事人重获公正合法的审判。经比较研究与实证分析发现，我国刑事审判程序违法发回重审条款存在价值不彰、并列失当、层次失衡、说理疏漏的问题。在刑事诉讼法第四次修订时，我国需要扭转发挥重审的价值定位，调整优化现有三个列举式条款，适当扩展规范范围，放大发回重审制度在程序性违法制裁措施体系中的作用。

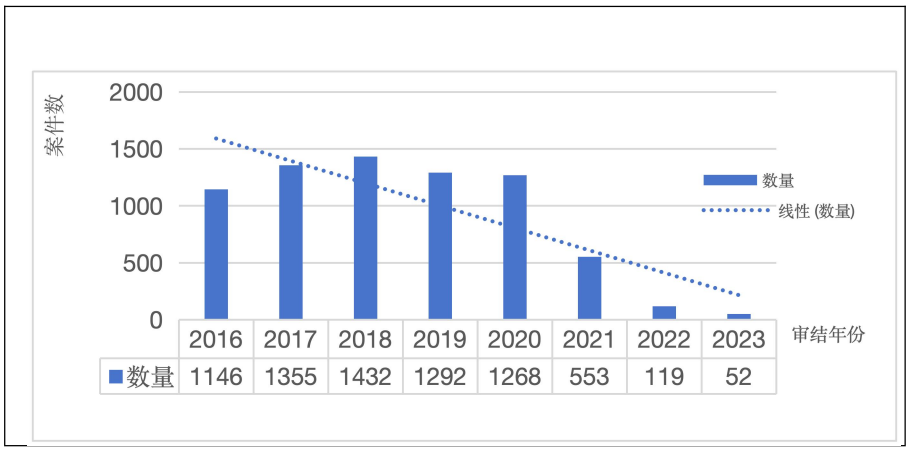
关键词：刑事审判　程序违法　发回重审　例示条款　概括条款

一、刑事审判程序违法发回重审的适用现状

现行《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑诉法》）第 238 条采用了例示规范的立法技术，制定了“三项列举+两项概括”的违法事由，明确列举的三项事由为“违反公开审判”“违反回避制度”“审判组织不合法”，该类事由规定清晰且不需要接受违法审查，因此可以理解为“直接发回型条款”。而概括事由中“剥夺或者限制当事人的法定诉讼权利”与“其他违反法定程序的”均需要结合特定案情审查何种诉讼权利受侵害、何种程序违法达到了“可能影响公正审判的”标准，可以理解为“违法审查型条款”。

接到中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善”项目资助通知之后，课题组积极响应，全面开展研究工作，以裁判文书为基点、以司法问题为导向，力求通过案例数据“准”“细”“实”地发现并纾解刑事审判程序违法发回重审的实践难题。鉴于 2016 年以前的裁判文书上网数量不具有代表性，文书释法说理也不够清晰，本课题最终在宏观层面，横向比对自 2016 年-2023 年引用违反法定程序处理条款的数量；在微观层面，详细分析所有引用本条的裁判文书中五种发回重审事由的适用频率、适用理由等，生成新《刑诉法》实施以来该条款适用的全面数据。

数据显示（参见图 1-1），从 2016 年—2023 年，一审程序违法发回重审的条款适用明显呈现线性走低态势。[1]从发回重审的整体数据来看，依据现行《刑诉法》第 236 条实体违法发回重审的案件高达 216090 件，程序违法发回重审的案件在全部发回的案件中仅占 1.65%，这表明我国刑事司法仍然是“重实体、轻程序”。具体到各发回重审事由的适用情况，在筛选出的 3388 件有效样本（参见图 1-2）中，适用第 2 项“违反回避制度的”仅有 43 件，占比最低；第五项兜底条款以高达 2111 件案件数，远超所有案件总和的一半。其中，三项例示条款总和占比 10%，两项概括条款适用总和高达 90%，五项条款的适用频率明显不均衡，这背后也折射出了条款内容本身的失范与设定不合理，产生了诸如例示条款适用一路走低、新兴违法事由不断出现背景下概括性条款的滥用、误用乃至错用等实践问题。



* 崔凯，武汉大学法学院副教授，法学博士。高洁，淮安市司法局行政复议处工作人员，法学硕士。本文系中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善”一般项目《刑事诉讼程序性违法制裁立法完善研究》研究成果。

[1] 2023 年的部分裁判文书疑似上网并不充分，但不影响整体数据的走向。

图 1-1：一审程序违法发回重审条款适用现状

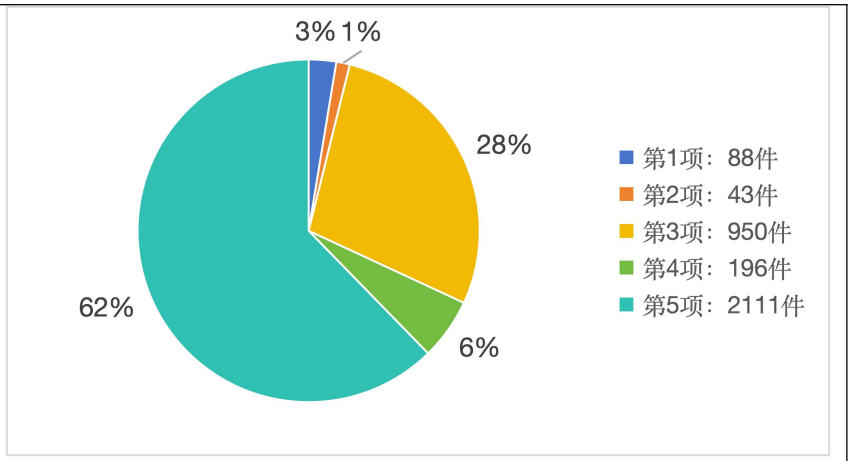


图 1-2：第 238 条各违法事由适用频率

（一）直接发回型条款适用现状

1.违反本法有关公开审判的规定的

总案件数	详细阐明违法事由案件数				未阐明违反事由案件数
	宣判违法	开庭违法	公告违法	证据违法	
87	10	5	2	1	69

表 1-1：违反公开审判案件司法现状

刑事二审中，以“违反公开审判”发回重审的案件共计 87 例，而详细阐明何种程序违法、如何违法的案件数仅有 18 例，占比 20.7%。其中宣判类案件 10 例，9 例均为人民法院在案件宣告判决时未公开进行；1 例为原审法院当庭宣判结果与书面判决不一致，即法院在当庭宣判后又变更刑事判决书。开庭类案件 5 例，程序违法事由均为没有公开开庭审理案件。公告类案件 2 例，为原审法院开庭前未在法定期日内发布公告。证据类案件 1 例，违法事由为一审法院对判决中采信的证据未经开庭质证，也未在庭外征求意见。此外 69 例案件均援引现行《刑诉法》第 238 条规定但未说明何处程序违法。

2.违反回避制度的

总案件数	详细阐明违法事由案件数			未阐明违反事由案件数
	资格违法	决定违法	审议违法	
42	1	1	1	39

表 1-2：违反回避制度案件司法现状

二审法院以“违反回避制度”发回重审的案件共计 42 例，在整体程序违法发回重审案件中的占比最低。其中详细阐明违法事由的仅 3 例，1 例为同一审判员在一个审判程序参与本案审理，又参加本案其他程序的审判，属于审判人员资格违法；1 例为在辩护人提出的回避申请中，院长既担任审判长又参与审委会对自身的回避决定的讨论，属于回避决定违法；1 例为庭审合议庭成员与判决书署名不一致，属于审议违法。其余 39 例案件未阐明违法理由，呈现出压倒性的态势。

3.审判组织组成不合法的

总案件数	详细阐明违法事由案件数				未阐明违反事由案件数
	资格违法	人数违法	审议违法	管辖违法	
189	9	12	8	1	159

表 1-3：审判组织组成不合法案件司法现状

二审法院以“审判组织组成不合法”为由发回重审的案件共计 189 例，详细阐述违法事由案件数共计 30 例，其中 9 例为审判员资格违法，包括 8 例合议庭组成成员中的代理审判员不具有行使国家审判权的资格，剩余 1 例违反了“凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得参与本案其他的任何审判程序”的规定。人数违法案件 12 例，较为典型的案件为原审法院在不具备适用简易程序或速裁程序条件的情况下，错误适用该程序，导致本应该组成合议庭进行审理而采用独任审判的方式，造成审判组织不合法；或案件性质为社会影响重大、公益诉讼案件等，原审合议庭人数错误。审议违法案件 8 例，这里的审议违法主要指审判组织在审判与评议期间违反法定程序，造成发回重审的情形。如案件的开庭审理与评议不是由同一个合议庭进行，或者案件审理中途更换合议庭成员，造成更换的审判人员没有参与全案审理。剩余 1 例为管辖违法，原审法院无管辖权，却以审判组织组成不合法为由发回重审，明显错误适用该条款，有张冠李戴之嫌。

（二）违法审查型条款适用现状

1.第 3 项概括条款

相较于例示条款的确定性，概括条款在司法实践中的适用则更多表现为灵活性与不确定性。案件繁杂、适法混乱，成为概括条款适用的常态。[1]鉴于本课题在本版块主要考察各项具体程序违法事由，下文将以人工完全统计出的 239 例仅以第 3 项发回重审的案件为研究对象，[2]考察司法实践中适用第 3 项的程序违法事项。[3]

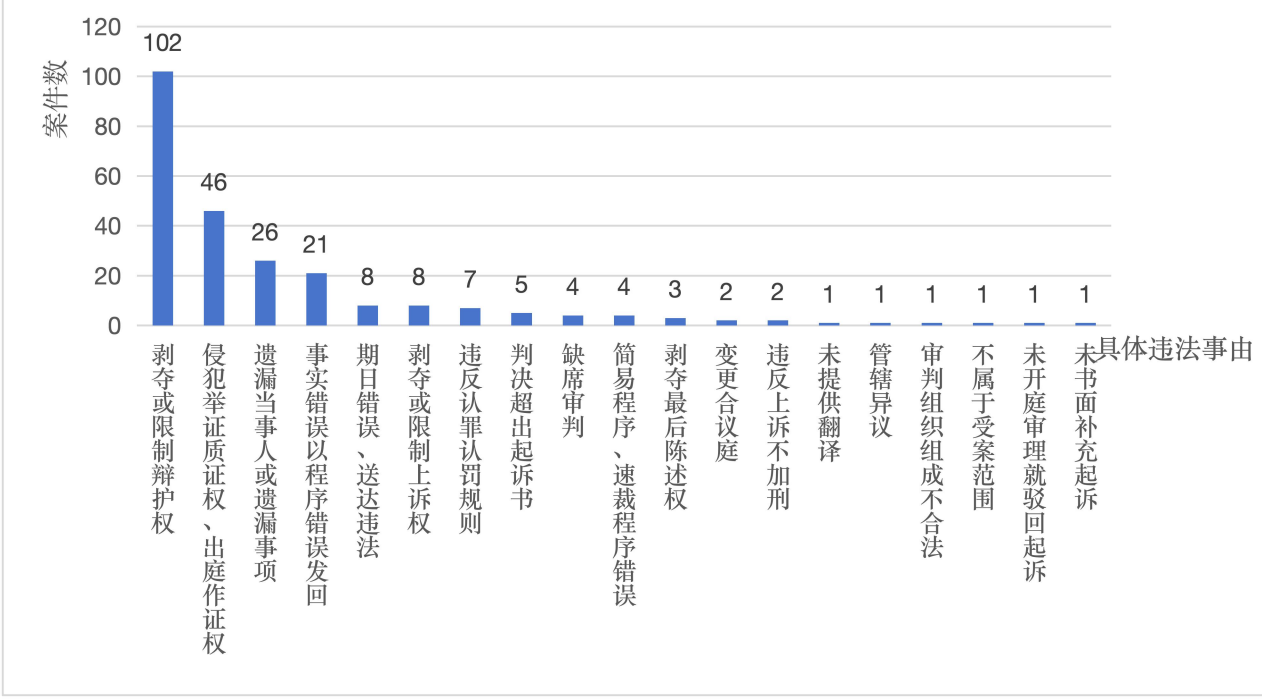


表 1-4：第 3 项 239 例程序违法事由考证

在 239 例援引第 3 项释法说理的案件中，剥夺或限制当事人的辩护权占领了该条款的“半壁江山”。102 件侵犯辩护权的实例中，最为典型的是法院未履行通知义务，导致被告人在审判期间没有获得律师辩护，其次是人民法院变更被告人的定罪罪名却没有听取控辩双方的意见，不当剥夺了当事人

[1] 就援引第 238 条第 3 项的全部 950 例案件来看（参见表 1-4），司法实践已经出现仅援引第 3 项、程序实体同时发回、第 3 项与其他项同时发回等诸多纷繁复杂现象。

[2] 图标各项违法事由数据总和为 244 例，之所以超过 239 例，是因为部分案件有多个程序违法事由，如（2021）苏 10 刑终 163 号案件，适用速裁程序既没有组织法庭调查与辩论，也没有对证据进行举证质证。

[3] 迫于图表篇幅，只能将程序违法事由予以大类概括，将在论述中详细说明如何违法。

对新罪名的辩护权，还有如没有通知辩护人出庭、辩护人不合法等具体而微的违法事由。第二大类为证据类违法事由，集中聚集在定案证据未经法庭举证质证、法院未同意证人出庭作证等，侵犯了当事人的质证权。在多判或者漏判违法事由中，遗漏主体成为常态，如遗漏被害人、附带民事诉讼原被告等，或者超出公诉机关的的起诉书范围予以判决。值得一提的是，在 239 件案例中，出现了 21 例错误适用情形，即案件仅出现事实不清，证据不足的情形，二审法院最终裁定却以程序违法发回重审，这种情形既有可能出于人民法院的疏漏而错误适用条款，也有可能是二审法院为了规避实体发回的次数限制，以便将来在案件再到二审程序时还能有发回重审的机会。除上述数量较为客观的程序违法事由外，还有体量较小的其他程序违法事由，均在上表可见，不再详细论述。

2.第 5 项概括条款

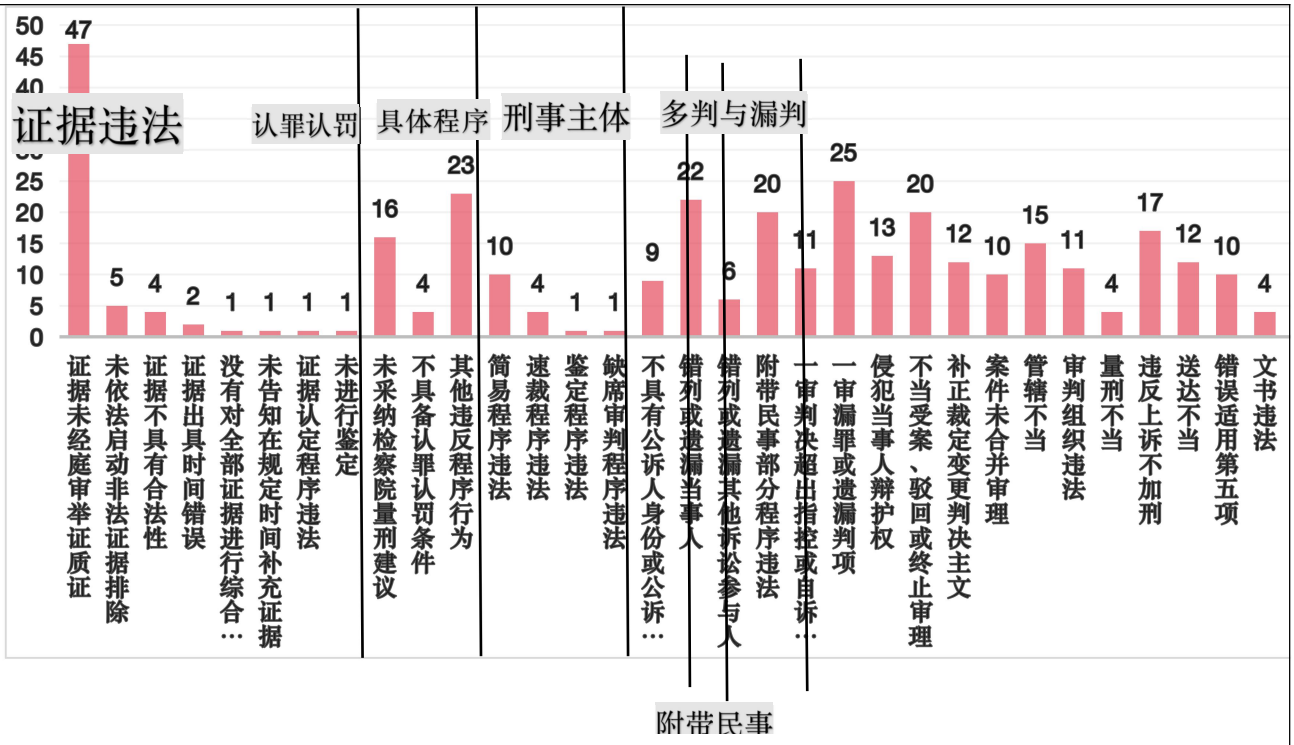


表 1-5：第 5 项 355 例程序违法事由考证

在第 5 项的司法适用中，总体而言程序违法事由涵盖了证据违法、认罪认罚违法、具体程序违法、刑事主体违法、多判漏判等情形，具体事由复杂繁多，可见该项法律规定在实践中发挥“兜底”作用，在无法寻求其他款项的解释时都可归入该情形。具体分析，首先在 355 例程序违法发回重审的案件中，因证据未经庭审举证质证而援引该项释法说理的案件就达到 47 件，数量远超其他违法事由。但结合表 1-4 可知证据未经庭审举证质证的案件也存在援引第 3 项作为发回重审的依据的现象，此间法律适用的不一致值得研究。其次，13 例侵犯当事人辩护权的案件、11 例审判组织违法的案件也援引第 5 项的规定作为发回重审的依据，而有些法院对这类案件以“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利”“审判组织的组成不合法”为由发回重审，也体现实践中法律适用的不统一。此外，在 355 例案件中还有 10 例错误适用第 5 项的案件，多是由于第 5 项作为兜底条款的抽象性提供了任意解释的空间。

（三）“可能影响公正审判的”司法现状

在司法实践中，当案件涉及程序性的释法说理，二审法院往往笼统地以一审程序违法为由发回重审,而不履行相应的说理与论证义务。就本次实证研究而言，遍寻三千多份裁判文书，详细阐述“可能影响公正审判”标准的案件数量寥寥。在已阐释审查标准的裁判文书中，法院间既有审查方法的基本共识，也存在实际适用的标准异议。

基本共识有二：其一,“可能影响公正审判”指程序错误需达到影响实体公正的程度，即存在违反

法律规定的诉讼程序的行为，足以影响案件事实的认定和被告人的定罪量刑。其二，“可能影响公正审判”标准仅适用于两项概括条款。现行《刑诉法》第 238 条中，“可能影响公正审判”的审查标准只出现在第 3 项和第 5 项中，剩余三项例示条款未做标准规定，故而司法实践中基本认定“可能影响公正审判”标准仅适用于两项概括条款。这种认知本质上与法条明文相契合，但从立法技术上来看，各项违法事由采用不同标准，实则违背了例示条款的同质性与共性要求。

如果说，“可能影响公正审判”是一种结果论，那么(2019)津 01 刑终 163 号文书首次给出了抵达“可能影响公正审判”结果的一种审查方法，这种方法类似美国上诉审查中的“正确结果论”，即程序错误如果被排除，案件中的其他证据仍然能够支持最初判决，那么这种已经出现的程序违法事由就并未“影响公正审判”。在(2019)津 01 刑终 163 号案中，一审法院在论理部分采信了未经庭审质证的证人证言和相关证明材料，并基于上述证据作出了无罪判决，天津市人民检察院第一分院为此提出抗诉。二审法院首先认定一审法院的确存在程序违法行为，但在不采信未经质证的证人证言及相关银行交易明细的情况下，综合本案已经一审法院庭审质证的证据，被告人构成诈骗罪的证据仍然不足，仍需作出无罪判决。因此，一审法院在审理本案中虽违反诉讼程序，但未影响案件的公正审判。

二、刑事审判程序违法发回重审的问题检视

（一）价值不彰：条款定位体现国家本位

首先，从条款数量上来看，违反公开审判、违反回避制度、审判组织不合法三项违法事由都是围绕国家公权力机关与司法工作人员予以规制的；而人权保障条款仅体现在第 3 项，这种国家权力与个人权利间的明显偏向，体现了鲜明的国家本位色彩。其次，该条规定过于强调法院在整个诉讼中的主导地位，[1]是否发回重审全权由二审法院裁量，当事人只能服从法院发回重审的裁定，而其私人意愿则几近失声。再次，《刑诉法》的程序条款主基调仍然以服从为主，制裁不详。现行《刑诉法》对程序违法行为主要起两种作用，一是制裁已经发生的违法行为，二是震慑未发生的违法行为。对于前者，没有建立切实可行的制裁机制，案件一味发回重审，违法主体何种责任语焉不详；后者则是国家政治统治中的服从观的具象化，是对国家利益的集体保护。最后，法官在程序违法发回重审的审判中可类比行政角色扮演。在“人民法院依法独立行使审判权”的规范语境下，审判组织中的法官与人民陪审员只是去个性化的话语表达，只是终身责任制下“审理者裁判、裁判者负责”的履职者，每一个案件的审判都处在国家公权力的主导下，这也是国家本位主义的典型表现。

程序违法发回重审条款的国家本位色彩与特定的立法背景密切相关。现行《刑诉法》第 238 条的全部规定缘起于 1979 年《刑事诉讼法》第 138 条，成型于 1996 年《刑事诉讼法》第 191 条。以今日之视角反观 20 世纪 8、90 年代的立法环境，国家本位主义和强职权主义是当时刑事诉讼法的价值底色。乃至 2012 年《刑事诉讼法》修订之时，才在第 2 条任务中增加“尊重与和保障人权”，此前所谓的“人权保障”虽有“话语”，却在《刑事诉讼法》的条文中“无迹可查”。从司法环境上来看，20 世纪 90 年代以来，国内与国际都面临着社会矛盾多发、恐怖犯罪活动猖獗、利益冲突加剧的困境。可以说，作为程序法的 1996 年《刑事诉讼法》施行以来，仍然主要在为“惩罚犯罪”的宗旨服务，司法实践多有偏重惩罚犯罪，而对当事人的诉讼权利保护不足。因此，囿于立法与司法环境的双重限制，该条款沿用至今已形成一种价值定势，既与当今法治环境不相吻合，也让该条款在实践中难免“老调重弹”，多有力所不逮之处。

（二）并列失当：横向各条款间不当交叉

一项合格的例示列举规范，既包括例示条款的合理并列，又蕴含概括条款的有效兜底。然而，《刑诉法》第 238 条各款项间非但没有形成界限分明的横向并列逻辑，还出现了不甚恰当的包含与被包含关系，本次实证研究就出现了为数甚多的条款“搭伙”发回现象。如表 2 所示，例示条款与例示条款间、例示条款与概括条款间、概括条款与概括条款间均存在同时发回乱象，或因各条款间的不当交叉所致。

表 2：援引第 238 条多项的案件情况一览表

[1] 参见廖中洪：《民事程序立法中的国家本位主义批判——对我国民事诉讼立法指导思想的反思》，载《现代法学》2002 年第 5 期，第 66—67 页。

同时发回的条款	案件数
第 1 项、第 2 项	1
第 1 项、第 3 项	9
第 1 项、第 4 项	3
第 1 项、第 5 项	4
第 2 项、第 3 项	7
第 2 项、第 4 项	1
第 2 项、第 5 项	2
第 3 项、第 4 项	5
第 3 项、第 5 项	123
第 4 项、第 5 项	17
第 1 项、第 3 项、第 5 项	2
第 3 项、第 4 项、第 5 项	1

1.例示条款与概括条款的不当包含

例示条款与概括条款的不当包含，主要表现在其他项与第 3 项之间。公开审判制度、审判组织组成与回避制度本质上是三种程序，而剥夺或限制当事人法定诉讼权利的出发点是权利。保障权利是根本目的，而程序是具有自身独特价值的保障权利的独立工具。因此，每一项程序的设定都蕴含权利价值的彰显，这也决定了权利和程序不应出现在同一层级。《刑诉法》第 238 条将第 3 项与其他三种程序事由并列同级，从本质上讲是一种错误的立法行文结构，因为第 3 项实际上构成了第 1、2、4 项的直接上位概念。如“违反本法有关公开审判的规定的”是否也会“剥夺或限制当事人的法定诉讼权利”？对此最高法给出了肯定的答案。2007 年时任最高法新闻发言人倪寿明将《关于加强人民法院审判公开工作的若干意见》表示为“这是一份保护当事人诉讼权利的承诺书，是一份人民法院审判公开的责任书”，明确加强审判公开工作来确保当事人的诉讼知情权。[1]因此，一审法院若未公开审判刑事案件，既违反公开审判原则，也侵犯了当事人的诉讼知情权、诉讼公正权等法定诉讼权利。从适法层面，就会同时触发《刑诉法》第 238 条第 1 项和第 3 项的适用，这显然与立法本意相悖。

2.例示条款与例示条款的交叉冲突

例示条款间的不当交叉，集中表现在第 2 项“违反回避规定的”和第 4 项“审判组织的组成不合法”间。回避制度的创设是为了规避刑事诉讼活动中办案人员利益勾连从而造成可能影响案件公正办理的情形，审判人员必然在受规制之列。而审判组织的组成则是在人数、审议程序等层面仅对审判人员作出规定，二者虽然各有偏重，但在审判人员的违法问题上无疑会出现交叉。如《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（以下简称《刑诉法解释》）在回避一章第 29 条第 2 款规定了“在一个审判程序中参与过本案审判工作的合议庭组成人员或者独任审判员，不得再参与本案其他程序的审判”，那么对于裁定发回重审的案件，若原案件承办人再次参与发回重审后的审判，则案件已经出现回避事由，此时可以依据第 2 项“违反回避规定的”发回重审，如（2018）鲁 10 刑终 150 号；但从审判组织的组成上来看，此时该承办人的再次参审也遭致审判组织的不合法，因此(2021)内 01 刑再 3 号案件在同样案情下以第 4 项为依据发回重审。换言之，“合法”一词本就宏观概括，具有法定回避事由的审判人员继续参与审判必然引起审判组织的组成“不合法”，如此规定极易出现同案不同判的司法乱象。

3.概括条款与概括条款的重复兜底

课题组研究发现，依据第 3 项和第 5 项规定同时发回重审的案件数量高达 123 件，在所有援引第 3 项的案件中占比 13%，在所有援引第 5 项的案件中占比 6%。司法实践现已形成了以第 5 项为主兜底条款，以第 3 项为次兜底条款的适用格局，二者在具体的违法事由中具有大范围的交叉重叠，

[1] 《最高法院完善审判公开制度确保当事人诉讼知情权》，载中国政府网，https://www.gov.cn/jrzg/2007-06/14/content_649418.htm，2024 年 9 月 17 日最后访问。

如简易程序、速裁程序适用错误，证据未经举证质证，管辖错误等。对于法律未明示的程序违法事由，各级法院在宣判过程中畏惧适法错误，此时同时适用此二类概括条款，以寻求确保判决正确的心理安慰和说理支撑。

条款之间的混乱交叉或可归因于立法水平的落后与法律更新的脱节。从立法技术视角来看，《刑诉法》第 238 条采用了竖式例示列举规范的行文结构，即由上而下纵向排列例示事项，在最后一项以兜底性条款的形式对无法穷尽或未知的事项加以概括。[1]这种立法方式弹性折中，本是为了确保有限性和无限性的良性互动、确定性与开放性的两者兼得，然而《刑诉法》第 238 条看似具备了竖式例示列举规范的形式外观，实则各款项间安排不尽合理，没有厘清各条款之间的关系，也未处理好涵摄范围问题，导致混用乱用错用现象频发。因为程序违法发回重审的五项条件初次确定于 1996 年，限于当时的立法水平以及实践经验不足，条款之间难以达到较为合理无暇的状态，同时该条规定自 1996 年以后毫厘未改，在新的时代背景下，数次修改下的无限重复无疑难以适应新的需求、回应新的关切。

（三）层次失衡：纵向各条款间涵摄不清

现行《刑事诉讼法》第 238 条以 5 项一级标题为脉络勾勒框架，然而，其规范表述下的具体内容却略显空洞，部分条款涵摄不清、法律规定抽象不明。我们认为，适法者有必要继续填充各条款下的二级乃至三级标题的详细内容。诚然，对于其中的三项例示条款，鉴于《刑事诉讼法》及其司法解释已有详尽规定，绝大多数审判者在实践中能够遵循司法惯例，较少出错。但对于本条第 3 项与第 5 项这种具有半开放要件的程序性事项，则需以法律解释方法确定其要件，[2]以确保各项程序违法行为都能在这 5 项条款中找到恰当的归宿，避免其游离于法律规制之外。

实证研究表明，仅就“定罪证据未经庭审举证质证”这一项程序违法事由而言，司法实践中就已经出现了三种不同的处理方式。其一是按照第 1 项“违反本法有关公开审判的规定的”予以发回，此观点在早期的学术理论和现今的司法实践中均有印证。如在（2018）甘 10 刑终 164 号案件中，一审法院对判决中采信的证据未经开庭质证，亦未在庭外征求意见，二审法院认定程序违法并依据《刑诉法》第 238 条第 1 项的规定裁定发回重审。其二是按照第 3 项“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的”予以发回。在本次课题组的实证研究中，二审法院仅以第 3 项发回重审的案件共计 240 件，与证据相关的案件共 46 件，其中具体违法事由为“证据未经庭审举证质证”的案件共 33 件，占案件总数 13.8%，在证据类违法事由中占比高达 71.7%。如(2019)鲁 04 刑终 12 号、(2019)鲁 04 刑终 19 号系列案件中，二审法院认定部分证据未经法庭调查程序查证属实，将会剥夺当事人的质证权、辩护权等法定诉讼权利。其三是按照第 5 项“其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的”兜底条款予以发回。

以上述程序违法事由为例，《刑诉法》第 238 条各款之间涵摄不清、司法实践中存在大量解释空间，如何界定“公开审判”“剥夺或者限制当事人的法定诉讼权利”“可能影响公正审判”等法属概念，我国的立法技术并不规范健全，实务工作者各执一词，难以解决实践中刑事审判程序违法发回重审的法律适用难题。

（四）说理疏漏：裁判文书缺乏详细说理

2010 年最高院发布《关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意见》，其中第 6 条要求，二审法院应当在发回重审的裁定书中详细阐明发回重审的理由及法律依据。2018 年最高院在《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》中再次要求对发回重审案件强化释法说理。

审判程序违法发回重审条款的适用本就蕴含着严谨的释法导向与详细的说理要求。然而，实践中绝大多数刑事裁判文书在对《刑诉法》第 238 条的适用中，在阐明事理、释明法理、讲明情理、讲究文理等共性问题上未达规范性要求；在个性说理中则存在同质化明显的问题，更有甚者仅寥寥数语、浅浅带过。如（2023）辽 03 刑终 182 号、（2023）京 01 刑终 83 号，（2023）吉 24 刑终 29

---

[1] 参见占善刚、施瑶：《例示列举规范的正确表达——以现行<民事诉讼法>为文本的分析》，载《河北法学》2021 年第 5 期，第 49 页。

[2] 纵博：《刑事证明对象理论的反思与重塑》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 5 期，第 89 页。

号等案件均以“本院认为，原审判决有违反法定程序的情形，应发回原审法院重新审判”的表述草草作结，且引证依据多为第 238 条第 5 项兜底条款，令人遗憾的是，实际违法事由并不为我们所知。上述说理不清的行为，与我国司法权运行日趋理性的步伐背道而驰，不利于发挥刑事裁判文书的重要作用。应当看到，刑事裁判文书应当体现法律专业评判人员身为中立方的价值取向和解释理由，而不是法官用来“自说自话”，将裁判结果简单告知的傲慢文书。[1]

三、刑事审判程序违法发回重审的完善建议

（一）定位扭转：重整多元价值新优位

1.强化人权保障价值

恰逢现行刑事诉讼法第四次修改契机，违法发回重审条款扭转价值定位，将“尊重与保障人权”的宪法精神贯彻落实，已经刻不容缓。前文已述，现行《刑诉法》第 238 条的例示条款背后多为国家本位色彩，人权保障条款数量仅有一项且为半开放条款，其具体权利尚不够明晰。若想要保留第 3 项这一款项，构建诉讼权利谱系则势在必行。

比较研究发现，构建权利谱系同样是至关重要的议题。在美国的“无害错误”上诉审查中，外国学者经常视“无害错误”规则为一项“被操控的标签判例”。法国更是以“宪法性文件”的形式确立了刑事诉讼的基本权利谱系，这其中包含一部分程序性权利，在法国《刑事诉讼法典》的程序制裁模式下，宪法所规定的被告人的基本权利体现在《刑事诉讼法》的程序条款中，若刑事诉讼法中的程序条款没有保障被告人的基本权利，则将直接触发违宪审查机制。[2]

回望我国，结合我国的基本国情，诉讼权利宪法化或许并不具备生长土壤，但概念化与类型化刑事诉讼权利和程序违法事由确是必须且尤为必要。针对《刑事诉讼法》第 238 条第 3 项的规定，课题组认为，优化并激活该条款的有效途径，在于制定专门的司法解释文件，以明确界定“诉讼权利”的范围，确保与人权保障紧密相关且在司法实践中频繁出现的各类人权均被纳入其中。然而，当前立法修订或难以即时达成此目标，鉴于该条第 3 项与第 5 项在违法事由上存在的大量重叠以及主次兜底条款在司法适用中的混乱现象，我们主张遵循“各司其职，各安其位”的原则：将第 3 项中已经较为成熟、具有明确适用标准的例示条款单独列出，以增强其针对性和可操作性；而对于那些尚不成熟、需进一步观察的条款，则由第 238 条中的兜底条款统一处理。此举不仅有助于彰显人权保障价值，也有利于有效遏制兜底条款在司法实践中被混用、滥用的现象，维护法律的严肃与公正。

2.增强实体程序边界

清晰界定并严格遵循实体法与程序法之间的界限，确保每一项法律决定都既符合实体正义的要求，也遵循正当程序的原则，是法治建设的应有之义。然而，刑事审判程序违法发回重审存在程序价值不彰的特性，其重要导索或是我国刑事司法长期以来形成的“重实体，轻程序”的传统惯例，应当看到，程序要想如期发挥自身价值，就必须与实体保持合理的距离。

实证研究表明，司法实践中既出现了实体错误以程序错误为由发回重审的闹剧，也出现了大量实体程序均存在错误而被要求同时发回重审的案例。进一步检索发现，二审法院依据《刑诉法》第 238 条各项规定而裁定实体程序同时发回重审的案例共计 682 例，以全部有效检索样本数为基数，其占比高达 20%。[3] 究其原因，不乏案件确实存在实体错误和程序违法兼具的可能性，但如此不成比例的基数不禁让我们深思，是否存在名为实体错误（或程序违法）实则程序违法（或实体错误）的可能性？我们建议增强实体程序边界，并非阻止实体与程序间的融合，而是明确程序不该是实体的附庸，刑事审判程序违法发回重审条款的适用应当更充分地彰显程序正义、程序效益、程序监督价值，保障程序性制裁的广度和深度。

3.确立公正裁量思想

---

[1] 刚青卓玛:《刑事裁判文书释法说理的现状及优化路径》,载《贵州警察学院学报》2021 年第 6 期,第 65 页。

[2] 参见施鹏鹏、褚侨著:《德国刑事诉讼与证据制度专论》，法律出版社 2023 年版，第 19 页。

[3] 第 1 项中实体程序同时发回的案件有 14 例，占比 16%；第 2 项中实体程序同时发回的案件 8 例，占比 18.6%；第 3 项中实体程序同时发回的案件 191 例，占比 20%；第 4 项中实体程序同时发回的案件 22 例，占比 11.2%；第 5 项中实体程序同时发回的案件 447 例，占比 21.2%。

“可能影响公正审判”从本质上来讲，是一种唯结果论，即以程序违法事由是否影响到了判决结果的公正为审查标准，其仅集中于审查错误程序是否影响司法程序的结果，却忽视了很多非结果利益，如为被告提供自主决策、刑事司法内部运作的透明化等。[1]这种基于结果的分析方法无法匹配刑事诉讼广泛的伦理视野，我们有必要建议法院确立公正裁量的指导思想，以求全面反映刑事诉讼法的全方位利益价值。

我们认为，除了依照现行法律规定审查程序错误是否影响实体结果之外，二审法院还应考虑：第一，撤销案件发回重审是否有助于防止未来的错误；第二，错误对与结果无关的受法律保护的利益是否造成重大损害。在上述两个条件同时具备的情况下，逆转的好处将大于不予发回。这种成本——收益的衡量模式明显纳入了面向未来的考量因素，即如果确定为“可能影响公正审判”并裁定发回重审，是否有利于司法程序的严格执行与非结果性利益的保护。这种建议并非是个论，在司法实践中也有所运用，它可以极大扭转审判程序违法发回重审条款成为“被操纵的标签工具”，让法院在考虑个案时，不再局限于案件本身的实质性影响，而是综合司法效果。正如 Murray Justin 教授在《刑事诉讼中基于偏见的权利》一文中提及的“这些改革将大大改善刑事程序的公正性，而不会过分扰乱法院审判的终局”。[2]

（二）不破不立：焕发例示条款新生机

1.对接“公开审判”的核心内涵

早在 1999 年颁布的《最高人民法院关于严格执行公开审判制度的若干规定》中就已明确，公开审判包括庭审公开、举证质证公开以及宣判公开，近些年《人民法院改革纲要》的陆续出台又为这一概念注入了审判流程公开、裁判文书公开等新鲜血液，但这一核心内涵并没有渗透进司法实践中。

就举证质证未公开这一项违法事由而言，根据官方文件定义，其显属“违反公开审判”事由，但在司法实践中却大量援引了第 3 项与第 5 项规定。[3]中国程序制裁效果一直不甚理想，一项重要的因素在于中国刑事诉讼的大量规范性文件为部门立法，夹杂着诸多部门利益，无力提供刚性的程序机制。[4]就公开审判这一程序事由而言，其在最高院、最高检的部门规范性文件中均有体现，但核心内涵却在《刑事诉讼法》及其解释中有所缺失，进而引发实务中误用错用的乱象。对此，课题组认为，可在现行《刑事诉讼法》第 11 条公开审判原则下，新增第 2 款，草拟为“本条的公开审判，指公开开庭，公开举证、质证，公开宣判，公开审判流程，公开裁判文书等”；或可在《刑诉法解释》中予以明确规定，从而在刑诉法中对接“公开审判”的核心内涵，使现行《刑诉法》第 238 条第 1 项的适用不至于虚置。

2.合并“回避规定”的条款内容

“违反回避规定”与“审判组织的组成不合法”之间具有严密的逻辑联系。回避规定是审判公正的重要保障，如若审判人员违反了回避制度，则意味着审判组织的组成不合法，进而危及审判公正。由此可见，《刑诉法》第 238 条第 1 项和第 2 项间存在适用交叉关系，重复规定略显累赘，“回避规定”条款的存在必要性值得探讨。在刑事诉讼法及其解释的框架下，回避制度有着较为健全的复议保障机制，并不全然依靠发回重审这一程序性制裁方式，但我们认为，直接删除这一条款并不妥当。

其一，刑事诉讼中“违反回避规定”这一条款的规制主体并不仅仅是审判人员，还涵盖了侦查人员和检察人员等所有与案件有利害关系或可能影响案件公正处理的人员，假设一位与被告人有利益

---

[1] Murray, Justin, A Contextual Approach To Harmless Error Review, Harvard Law Review, vol.130:1791 p.1791 – 1826(2017).

[2] Justin Murray, Prejudice Based Rights in Criminal Procedure, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 168:277, p.277-330(2020).

[3] 如在 239 例援引第 3 项规定的案件中，46 例具体违法事由为侵犯当事人举证质证权和证人出庭作证权，占比 19.2%；在 355 例援引第 5 项规定的案件中，47 例具体违法事由为证据未经庭审举证质证，占比 13.2%，错用条款占比之高可见一斑

[4] 参见施鹏鹏、褚侨著：《德国刑事诉讼与证据制度专论》，法律出版社 2023 年版，第 4 页。

裙带关系的检察官提起了公诉，二审法院仍然可以以“违反回避规定”为由裁定发回重审，以恢复司法天平的平衡。其二，“违反回避规定”虽是《刑诉法》第 238 条适用率最低的条款，但其作为维护审判正当性不可或缺的基石的地位却不容置疑。它超越了单纯“审判组织的组成不合法”这一技术性描述的范畴，触及到司法公正更为深层次的灵魂——即确保每位参与者的中立性与无私性。若简单地将二者等同视之，无疑是对法律体系内在逻辑与价值的轻视，也忽视了立法者将二者分别阐述以彰显其各自重要性的良苦用心。为此，课题组认为可以将“违反回避规定”与“审判组织组成不合法”予以适当合并，可草拟为“审判组织的组成或审议不合法的，或者违反回避规定的”。这一调整，旨在提升条款的适用效率与覆盖面，同时，也将审判组织内部可能存在的各类违法事由系统化、条理化，为司法实践提供更加明确、有力的指导，从而进一步巩固司法公正的防线。

3.更新“审判组织”的违法样态

现行《刑事诉讼法》第 238 条的 3 项例示条款明显存在过时或不适当的表述，第 4 项“审判组织的组成不合法的”表述尤为突兀，其将程序违法事由定位在“审判组织的组成”，偏重强调审判员与陪审员的个体成分，而忽略了大合议庭的整体审议功能。进入新时代，审判组织的违法重心已经从旧有的人数、资格转移到审议程序的全过程。即便是审判组织组成人数错误等旧有违法事由，也几乎压倒性地发生在速裁程序或简易程序案件中，或者微量出现在公益诉讼案件中。此时在更宏观的视野下，各级人民法院若偏向于以“简易程序违法”“速裁程序违法”等理由援引第 3 项或第 5 项条款，就容易使第 4 项条款的适用落空。

除程序性违法事由的更新之外，“组成”的表述也无法涵盖新兴的合议庭违法事由。在我国现行刑事诉讼法的框架下，审判组织不仅要有合法的“组成”，更要有公平公正的“审议”。此时，诸如“合议庭作出的无罪判决未提交审委会讨论研究”、“原审法院审理过程中变更合议庭却未重新开庭审理”等事关审判与评议的事项，若再适用“审判组织的组成不合法的”表述，难免牵强附会。也因此，检索结果显示，针对上述违法事由仅有少数地方法院援引了第四项规定进行释法说理。针对第 4 项辖制范围过窄的问题，治本之策还在于法律条文的规范表述上，基于法律规范的精确性，我们建议对我国《刑诉法》第 238 条第 4 项进行修订，可将“审判组织的组成不合法的”修改为“审判组织的组成或审议不合法的”，如此表述更充分地体现了审判组织的整体功能，也能动回应了当前司法实践的需要。

（三）除旧布新：扩充发回重审新规范

1.单列成熟的辩护违法事由

从司法实践与理论研究双向考察，我国已经出现了实务适用广泛、理论研究成熟的新兴违法事由——辩护权保障程序违法事由，立法者有必要及时将成熟且适宜的辩护权程序违法事由纳入《刑诉法》第 238 条规定，于内解决现行刑事诉讼法条款混用的司法困境，于外对接国际刑事司法规则和完备立法技术。

就国内立法而言，部分地方法院的规范性文件中已经出台了全面且成熟的审判阶段辩护工作办法，目前只差“捅破一层窗户纸”，使其在法律层面具备更系统全面的适用效力。如安徽省高级人民法院、安徽省司法厅关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的实施办法明确规定，若第一审法院未履行通知辩护职责，导致被告人在审判期间未获律师辩护的，二审法院将依据现行《刑事诉讼法》第 238 条第 3 项规定裁定发回重审。此外，课题组进一步统计发现，第 238 条第 3 项适用理由中，近一半的案件都是因限制或剥夺当事人的辩护权而被裁定发回重审，可以说辩护权问题在第 3 项的适用中已经“独占鳌头”，也正是因为刑事诉讼法律层面的不明确，辩护权保障问题适用第 5 项规定的案件同样不在少数。由此可见，现阶段立法与司法环境已经给予了刑事辩护成熟的生长土壤，单列辩护权条款将有助于推动法律适用的统一性、彰显人权保障与程序正义理念。

至于辩护权条款的表述问题，我们认为，辩护权保障程序违法形态纷繁复杂，既要明文规定又不可过于细致造成啰嗦不清，课题组建议可以沿用第 3 项的表述，补充例示条款“剥夺或限制了当事人的法定辩护权”，使其与其他例示条款居于平等地位。应当注意的是，本条的规制主体不应限制于一审人民法院，实践中缺乏职业操守的辩护律师比比皆是，“倘若一个案件因辩护律师的无效辩护行

为被二审法院撤销原判，那么律师应当承担相应的责任”。[1]

2.完善认罪认罚风险的研判

随着司法体制改革逐步推进，近年来，轻罪案件大量涌入刑事立法与司法领域，《刑诉法》第238条面临认罪认罚案件中各种程序性违法事由的挑战。在实践与理论的双重施压下，认罪认罚案件已经出现了如下争议：

其一，认罪认罚案件中法院不采纳检察院量刑建议而径行裁判是否属于程序违法？这是第238条适用过程中备受争议的一道议题。现行《刑事诉讼法》第201条的态度是“一般应当采纳”，但从公权力机关的权力配置而言，最高人民法院、最高人民检察院站在各自分权的角度，给出了截然相反的答案。2021年最高检发布《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》，规定如果人民法院未采纳检察院的量刑建议，也未告知人民检察院进行调整，检察院应当以违反法定程序为由提起抗诉；最高人民法院却认定未履行告知调整量刑义务“连程序瑕疵都够不上，仅是内部工作机制”。[2]法检两巨头尚具有如此严重的认知鸿沟，遑论各地方法检机关在该问题适用上的争议。即便最高院态度明确、言辞凿凿，在（2021）冀09刑终506号、（2019）津04刑终163号等诸多认罪认罚案件中，二审法院仍将法院未建议调整量刑建议作为程序违法事由，援引第238条第5项的规定予以发回重审。

其二，认罪认罚案件中的审判程序类型适用错误该援引何种违法事由？假设在一起认罪认罚案件中，审判员错误地适用了速裁程序并独任审判该案，案件进入二审程序该如何处理？就第238条的适用而言，实践中已经出现了三种裁定情形：第一，独任审判即意味着审判人数错误，应当组成合议庭而未组成合议庭，可按照第4项发回重审；第二，速裁程序的错误适用必然带来当事人诉讼权利的减损，速裁之所以“速”，便是在一定程度上简化程序运行，剥夺了当事人在普通程序中本该享有的诸多诉讼权利，因此适用238条第3项规定也在理；第三，由于缺乏明文规定，便适用第5项条款对新兴违法事由进行无限兜底。这三种情形皆有众多实证案例予以印证，在此不一一论述。

上文所述的两种问题不过是认罪认罚制度对第238条的显性挑战，司法实践中还多有如一审法院未依法审查认罪认罚具结书、律师未在场情况下签署认罪认罚具结书、当事人以认罪认罚获得量刑优惠后再次上诉等诸多隐性挑战。课题组认为，第238条在新修法的契机下有必要完善认罪认罚制度的风险预判与风险防范措施，有必要以单独之认罪认罚程序保障条款规范认罪认罚案件的程序问题。

3.融合主次兜底条款的机理

在本次实证研究中，我们观察到一项引人注目的数据：第3项与第5项法条同时作为重审依据的案件数量高达123件。面对法律条文中未明确列举的程序违法情形，二审法院在裁判时往往担忧适法错误而趋于保守。在此情境下，同时援引这两种具有概括性质的条款，为处理那些较为罕见或法律尚未明确规定具体制裁措施的程序违法行为提供了相对稳妥的路径，从而至少确保了判决结果的合法性与正确性。

《刑诉法》第238条第5项与第3项条款之间已构建起主辅相成的兜底条款关系，根源在于两者在涵盖的具体违法事由上存在着广泛的交集与重叠。毋庸讳言，“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利”与“违反法律规定的诉讼程序”相辅相成、兼而有之，违反法律规定的诉讼程序必然间接影响当事人的法定诉讼权利，剥夺或者限制当事人的法定诉讼权利也是违反法律规定的诉讼程序的表现之一，“可能影响公正审判”则是上述两种形态的必然指向。法律条文往往难以穷尽所有可能的违法情形，法官在面临纷繁复杂的案件时，不得不依赖兜底条款来填补法律漏洞。然而，当兜底条款过多或适用标准不够明确时，便可能引发适用上的混乱与争议，进而促使法院倾向于同时援引多个兜底条款以确保判决的稳妥。为了体现法律规范的精确性与简洁性，我们建议，融合主次兜底条款的机理，将第5项和第3项条款适当合并并修订草拟为“其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审

[1] 陈卫东：《<刑事诉讼法>第四次修改前瞻》，载《政法论坛》2024年第42期，第55页。

[2] 参见李少平，杨万明著：《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>》的解释理解与适用》北京：人民法院出版社2021年版，第400页。

判或者当事人的法定诉讼权利的”表述作为第 238 条唯一兜底条款。如此，既体现了立法的简明扼要，又避免了司法的不当混淆。

四、结语

我国刑事诉讼程序性违法制裁立法亟需完善，课题组以刑事审判程序违法发回重审为视角，通过实证分析、比较分析及规范分析等方法分析了刑事审判程序违法发回重审的适用现状、存在问题，并分别从价值层面和规范层面、从“破旧”角度和“立新”角度提出立法完善建议，颇具亮点。刑事审判程序违法发回重审这一程序性制裁方式彰显了对程序正义的坚守与对司法裁判统一性和可预测性的追求，恰逢刑事诉讼法即将迎来第四次修改之际，立法学界和理论学界应当给予必要的关注度，以期推动法治的健全完善。

从公权越位到私权救济：刑事附带民事诉讼的制度设计及其改进

李佳威*

摘 要：公诉权与私诉权的冲突与协调是刑事诉讼永恒的话题之一。我国刑事附带民事诉讼制度具有明显的效率取向，以程序集约为制度外观，实践中表现为先刑后民。在刑事诉讼中附带解决民事责任，诉讼效率的提升固然重要，被害人的诉权实现亦须给予必要关注。从权利与权力之交互运作模式来看，刑事附带民事诉讼可被分为权力主导、权力克制与权利保障三种类型，其中被害人的诉讼主张、诉权行使和诉权落实是评估制度设计与价值取向之契合程度的重要因素。受国家本位追责思想和报应主义刑罚观影响，我国刑事附带民事诉讼的公诉权行使明显越位于私诉权保障，在诉讼主张、诉权行使和诉权落实方面均存在不足。因此，为强化被害人诉权保障，应扩张刑事附带民事诉讼之诉请范围以提升诉权主张的全面性，明确独立承接程序以平衡诉权行使的便利性，另需完善国家救济制度以增益诉权主张的有效性。

关键词：刑事附带民事诉讼 被害人参与 诉讼权利 国家救济

一、问题的提出

就处理犯罪行为引发的民事赔偿责任问题，不同制度设计呈现出各异的价值取向。作为一种相对而言较为现代化的司法制度，附带民事诉讼的产生和发展与国家的法制观念发展、部门法学分化及公民的主体权利觉醒息息相关。现代意义上的附带民事诉讼制度诞生于法国。近些年来，随着合作式司法的兴起，刑事诉讼中被害人的权利保障问题逐渐得到关注。在保护被害人的立法动向之下，各国均在立法层面进行了有益探索，权力色彩逐渐弱化。如日本从 2004 年开始旨在保障被害人权利的一系列法律改革，[1]制定《犯罪被害人等基本法》，丰富被害人参加刑事诉讼的制度设计。[2]英国通过 Higgins v. Butcher 判例，确立了早期刑事责任吸收民事赔偿责任的基本原则。[3]随着人权理念的渗透，英国法院逐渐重视被害人在刑事诉讼中的权利恢复，在程序上体现为允许被害人单独提起民事诉讼，并规定了刑事诉讼优先进行的范围和条件，[4]整体形成包括“赔偿令”在内的多轨救济模式。

我国立法同样在保护刑事被害人问题上有所进展，但遗憾的是自 1979 年《刑事诉讼法》正式确立以来，刑事附带民事诉讼制度的基本内容并未发生根本变化。从诉请范围来看，1979 年《刑事诉讼法》对刑事附带民事诉讼制度的规定仅有一条，且明确将遭受物质损失作为提起附带民事诉讼的条件。[5]1980 年最高人民法院颁行的《关于刑事附带民事诉讼问题的批复》亦明确指出审理范围应限制为“附带赔偿物质损失的民事诉讼”。[6]客观而言，立法初期奠定的这一基本制度架构与审理范围，带有明显的国家本位色彩，忽视了被害人权利救济，已然难以满足当下被害人恢复受损权益的现实需求。

刑事犯罪固然会对精神性权益造成严重侵害，但附带民事诉讼并未对此给予足够重视，被害人

---

* 李佳威，天津师范大学法学院讲师，天津师范大学公益诉讼研究中心研究人员，法学博士，主要从事刑事诉讼法学研究。

[1] 具体而言，包括审讯时的录音录像制度、侦查与公诉的合作型司法制度、刑事免责制度以及为了保护犯罪受害人及证人的补充制度设计等。详见滝沢誠「犯罪被害者と時代に即した新たな刑事司法の構築の在り方の予備的検討」専修法学論集第 123 号（2015 年）236 頁-248 頁.

[2] 参见酒巻匡「犯罪被害者と刑事手続をめぐるこれまでの動きと共同研究の趣旨」刑法雑誌,第 47 巻第 3 号（2008 年）374 頁以下.

[3] See Seipp, David J, The Distinction between Crime and Tort in the Early Common Law, Boston University Law Review17(2),p.74-75(1996).

[4] 参见纪格非：《刑事判决在民事诉讼中的效力——英国规则的演进与启示》，载《法制与社会发展》2017 年第 3 期，第 13 页。

[5] 1979 年《刑事诉讼法》第 53 条：被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。

[6] 参见武延平、刘根菊主编：《刑事诉讼法学参考资料汇编（中）》，北京大学出版社 2005 年版，第 1243 页。

难以在犯罪行为引发的侵权诉讼中得到充分的赔偿是我国刑事司法改革面临的困境之一。[1]基于此，对刑事附带民事诉讼制度加以完善，既有研究集中于对附带审理模式的审思，核心诉求可归纳为强调民事诉讼的独立性。依笔者之见，在重视民事诉讼的表征之下，强调程序独立性的根本动因，在于保障被害人在刑事诉讼中诉请恢复因犯罪行为受损的权利。从实体法与程序法的互动关系切入，实体性权利的救济需要以良好的程序设置为载体，被害人诉权的实现将直接影响其受损权利的救济。有鉴于此，本文拟从公诉权与私诉权的互动关系角度切入，反思国家本位影响下刑事附带民事诉讼制度的困境及其成因，对制度完善提出对应建议。

二、程序集约与先刑后民：刑事附带民事诉讼的制度设计与现实影响

我国刑事附带民事诉讼制度的基本特征可被概括为追求诉讼效率高度实现的集约化程序设计，此种制度设计对司法实践的影响可被概括为“先刑后民”。

（一）程序集约：刑事附带民事诉讼的制度设计

刑事诉讼合并民事诉讼的附带审理模式贯穿于制度史的过去与当下，民事诉讼的附带性一以贯之，立法文本可以作为佐证。据《周礼》所载，我国古代即存在与刑事损害赔偿相似的制度，[2]唐律及明清规定的“赔铜”“备偿”等，亦体现了刑事损害赔偿的内在精神。[3]其中，具有在刑事案件审理中对民事权利加以救济色彩的制度雏形，是始于元代的“烧埋银”制度。[4]“烧埋银”意指行凶者在接受刑罚时，亦需比照“命价银”向死者家属提供丧葬费用，此为对杀人者施加的附带惩罚。[5]直至清代，随着封建君主专制制度和中央集权的进一步加强，烧埋银制度得以完善，规定也更加严密。近代以来，附带民事诉讼亦成为刑事法律中的一项重要制度。[6]

真正意义上的刑事附带民事诉讼制度诞生于新民主主义革命时期。附带民事诉讼作为一项程序法条文出现，内容即为可以在刑事诉讼中提起民事诉讼，对“民事部分同时审理之”。[7]法制建设初期，最高人民法院在《十四个大城市高、中级人民法院刑、民事案件审理程序初步总结》中，明确提出在审理过程中，对刑事附带民事诉讼可以予以合并审理。随后，相对成熟的刑事附带民事诉讼制度伴随 1979 年《刑事诉讼法》的颁布得以正式确立，程序集约的主要制度色彩在立法层面得以彰显并延续至今。

（二）先刑后民：刑事附带民事诉讼立法对司法实践的影响

先刑后民是附带审理模式在司法实践中不断发展的产物。具体来说，在刑事附带民事诉讼制度的实践中，“先刑后民”的体现也有诸多不同，主要为以下几个方面。

其一，是审理顺序上的“先刑后民”，这是司法实践层面“先刑后民”最为直观的体现，体现为刑事附带民事诉讼原则上先行审理刑事案件，确定被告人的刑事责任。随后，审理被害人一方提出的被告人犯罪行为造成损失的民事赔偿请求。

其二，是责任确定上的“先刑后民”，这是司法实践层面“先刑后民”在归责方面的首要表现。根据

---

[1] 参见詹建红：《论我国刑事司法回应型改造》，载《法学杂志》2020 年第 4 期，第 110 页。

[2] 《周礼》：凡过而杀伤人者，以民成立（郑先农注内，举一说云：以乡里之民，共和解之）。鸟兽亦如之（注：过失杀伤之畜产）。

[3] 参见陈卫东：《附带民事诉讼的产生与发展》，载《法学杂志》1987 年第 3 期，第 42 页。

[4] 关于这一制度的介绍，详见张晋藩主编：《中国法制通史》，法律出版社 1999 年版；李光灿、张国华主编的《中国法律思想通史（三）》，山西人民出版社 2001 年版。转引自张群：《烧埋银与中国古代生命权侵害赔偿制度》，载《中西法律传统》2004 年第 4 期，第 291 页。

[5] 参见张群：《烧埋银与中国古代生命权侵害赔偿制度》，载《中西法律传统》2004 年第 4 期，第 291-293 页。

[6] 详见 1907 年《各级审判厅试办章程》第 47 条：于公诉时，并要求追还赃物、损害赔偿及恢复名誉者，得附带私诉。1921 年北洋政府将前清《刑事诉讼律》修改为《刑事诉讼条例》，第 3 条规定：“因犯罪而受损害之人于刑事诉讼程序得附带提起民事诉讼，对于被告及民法负赔偿责任之人，要求其恢复原状。”

[7] 详见 1946 年《冀南区诉讼简易程序试行法》第 38 条：刑事案件受害人于刑事诉讼程序中得提起附带民事诉讼，请求判令被告赔偿其损害部分。1948 年《辽北省各市县旗人民法院的组织职权、义务及办事细则（草案）》参见武延平、刘根菊主编：《刑事诉讼法学参考资料汇编（上）》，北京大学出版社 2005 年版，第 588 页。

法律责任竞合原理，刑事附带民事诉讼之所以同时追究被告人的刑事责任和民事责任，是因为其实施的犯罪行为严重侵犯个人权益而具有国家追诉必要。依照归责原理，侵权行为即犯罪行为的认定，是追究责任的前提条件，是故作为明确民事责任前提的犯罪行为具有先行确认的必要性。

其三，是由“先刑后民”衍生的“以刑代罚”之责任追究观念，此为司法实践中量刑环节重刑轻民的集中体现。“先刑后民”的责任追究观念，集中表现为“以刑代罚”，即对部分民事赔偿请求不予支持，以避免重复评价与可能出现的空判情形。有论者认为，刑事附带民事诉讼制度之所以在赔偿范围方面作出严格限制，目的在于避免对被追诉人重复评价。概言之，实施犯罪行为的被告人已经在刑事诉讼中受到刑罚处罚，对其人身自由、财产权利甚至是生命权利已经剥夺，如果仍要求起履行民事赔偿，则属于“一事二罚”，将被告人居于一个明显不利的地位。[1]另有实务工作人员以“吸收或从重”的责任竞合处理方式出发，认为被告人在刑事诉讼中不承担民事赔偿责任，因而无须赔偿其造成的民事损失。[2]

三、权利与权力之交互：刑事附带民事诉讼的三种基本制度设计

在刑事诉讼中，无论何种制度安排，总是企图实现保护和侵害之间的平衡，刑事附带民事诉讼亦将此平衡点的选择作为制度设计的关键问题。诉诸比较研究领域，在权利与权力的交互与平衡运作之下，刑事附带民事诉讼制度可大体被归纳为三个基本类别，即权力主导型、权力克制型和权利保障型。

（一）权力主导型——集约化附带审理模式

权力主导型对应集约化附带审理模式，以刑事诉讼合并民事诉讼且刑事诉讼为主为基本特征。

集约化附带审理模式广泛地存在于大陆法系国家，孕育并成长于职权主义诉讼模式。在权力主导的集约化附带审理模式中，刑事诉讼与民事诉讼并存，但由于公权力的参与，刑事诉讼通常占据主要地位，民事诉讼一般附随于刑事诉讼。从特征来看，集约化附带审理模式主要具有审理人员合一、顺序明确但程序可分、诉请赔偿需有明确条件几个特征。

首先，集约化附带审理模式以审理人员合一且刑事法官为主作为主要特征。如在法国刑事法中，犯罪分为三类，据以最高处罚区分，每一类违法行为的管辖权都交给特定类型法院。[3]自 1810 年以降，法国将民事司法和刑事司法由同一个人负责确立为一项基本原则。[4]在实践中，体现为让同一法官在诉讼中分别处理民事和刑事事项。[5]这一审理形式延续至今，是集约化附带审理模式的主要特征。

其次，在集约化附带审理模式中，刑事责任与民事赔偿的审理有先后顺序，动因在于民事法官有义务遵从刑事法院的判决。[6]在刑事诉讼和民事诉讼同时存在时，在先进行的刑事诉讼对后序民事诉讼事实认定的影响毋庸置疑。若民事诉讼在先进行，则会出现事实认定不一的问题。[7]易言之，同一个法院裁决可以尽量避免在刑事法院和民事法院出现相反裁决的可能性。[8]另外，在审理方式上，普遍为附带审理与后续单独审理两种方式共存。原因在于实施刑事犯罪会导致两种不同的诉讼：一是刑事公诉，其目的在于威慑与惩罚。二是民事诉讼，其目的在于便利受到犯罪行为侵害的人得到

---

[1] 参见杨立新、刘洪林：《刑事附带民事诉讼的基础理论问题》，载《国家检察官学院学报》2013 年第 6 期，第 154 页。

[2] 参见孙华璞：《关于附带民事责任正当性问题的思考》，载《法律适用》2017 年第 9 期，第 16 页。

[3] See Doris Jonas Freed, Aspects of French Criminal Procedure, Louisiana Law Review, 17(4),p.730(1957).

[4] See Doris Jonas Freed, Aspects of French Criminal Procedure, Louisiana Law Review, 17(4),p.731(1957).

[5] According to “The Code D’instruction Criminelle,1808” art.138. The judge of the Tribunalde Simple Police acts also as a judge in civil matters within his competency. The Court of First Instance is a Tribunal Correctionel when dealing with délits (Id. arts. 174, 179) and a civil court when dealing with civil matters.

[6] See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), p.699 (1964-1965).

[7] See Bogdan Florin Micu, The Relation between the Criminal Action and the Civil Action, Lex ET Scientia International Journal, 20(1), p.123(2013).

[8] See C. Howard,Compensation in French Criminal Procedure, Modern Law Review21(4),p.398(1958).

救济。虽然这两个诉讼源于同一事实，但它们是完全独立的，可以同时或单独审判。[1]因此，即便立法采集约化附带审理模式，被害人既可以在刑事诉讼中附带提起民事诉讼，也可以另行提起民事诉讼。如果选择附带审理，民事诉讼与刑事诉讼需在同一法院、同一时间进行。由于刑事诉讼与民事诉讼在程序上可分，且刑事诉讼的优势地位主要体现为事实认定的决定性而非刑事处罚对民事赔偿的吞噬，所以无论是附带审理抑或单独审理，被害人一方可诉请赔偿的范围都几乎不受限制，包括物质、身体的和精神损害。在此前提下，为尽快解决纠纷并得到赔偿，被害人一方通常选择提起附带民事诉讼，而非在刑事诉讼结束后单独提起民事诉讼。

最后，提起附带民事诉讼亦需以犯罪行为造成切实损害为必要条件。附带民事诉讼是因刑事犯罪而遭受损害的人在刑事诉讼中寻求补救的法律手段，目的是弥补犯罪行为造成的损害，责令罪犯通过民事审判对受害人的损害承担责任。附带民事诉讼制度意图修复的损害属于私人利益。因此，制度设立的适法基础为刑事犯罪造成的损害侵犯个人利益。如若在刑事诉讼中提起民事诉讼，必须先假定受害人一方存在物质或精神上的损害。没有损害，则不得提起民事诉讼。[2]

权力主导的附带审理模式广泛地存在于中国、法国、德国、罗马尼亚和早期日本[3]。根据罗马尼亚《刑事诉讼法》的规定，没有在刑事诉讼中提起附带民事诉讼的受害人可以提起民事诉讼以恢复犯罪行为造成的损害。同时，如果附带民事诉讼没有解决民事赔偿问题，受害人也可以在刑事诉讼结束后提起民事诉讼。[4]基于上述，集约化的附带审理模式具有以下优点，包括：对刑事证据的直接利用、诉讼程序的高效、费用更低以及受害者参与刑事诉讼获得的心理满足感。[5]但也正因如此，刑事法官需要同时处理刑事案件并决定民事案件的审理，使得其承担的责任变得繁重。[6]据统计，法国上诉法院在审理刑事案件时，需要用大约 70%的时间解决民事问题。[7]附带审理模式给刑事法官审理案件带来一定的现实工作压力，其在审理刑事案件的同时，需要将部分精力甚至大部分精力分割给民事赔偿审理。

（二）权力克制型——分立式独立审理模式

权力克制型对应的分立式独立审理模式以奉行正当程序理念的英美法系国家为代表，主要在北美地区和英国得到采用。

与集约化附带审理模式不同，分立式独立审理模式以刑事诉讼和民事诉讼的绝对分离为主要特征。之所以将刑事案件审理与犯罪行为引发的民事赔偿诉讼程序作出明确划分，是因为从诉讼目的来看，刑事诉讼旨在恢复公益，强调诉讼的公共性与社会目的；而民事诉讼则是旨在恢复私益，强调诉讼的相对性与私人目的。在刑事诉讼中，国家权力介入的空间更多，因此刑事诉讼与民事诉讼合并，会使得“刑事诉讼中以私益救济代替刑事处罚，那么刑事诉讼的公共性就会消失。”[8]

---

[1] See Doris Jonas Freed, Aspects of French Criminal Procedure, Louisiana Law Review, 17(4),p.734(1957).

[2] See Gheorghiţă Mateuţ, Tratat de Procedură Penală. Partea Generală (volumul 1), Editura C.H. Beck, 2007, p.666, 669,728-730.// Mihail Udroiu, Prolegomena to the Civil Action in Criminal Proceedings, Romanian Review of Private Law, 2018(4), p.417(2018).

[3] 从立法沿革来看，明治维新以后，日本的刑事法律为参照西欧法律制定的“律令法”，对犯罪行为引发的民事侵权之诉，参照法国和德国的制度设计，设立了刑事附带民事诉讼制度。二战后，在美国的影响下，日本的司法制度逐渐吸收当事人主义因素，形成混合式诉讼模式，刑事附带民事诉讼制度也随之被废除。参见松尾浩也「犯罪被害者と法」日本學士院紀要第 64 巻第 2 号（2010 年）71 頁-74 頁.

[4] See Bogdan Florin Micu, The Relation between the Criminal Action and the Civil Action, Lex ET Scientia International Journal, 20(1), p.121-122(2013).

[5] See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), p.687 (1964-1965).

[6] See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), 687-688 (1964-1965).

[7] See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), p.688 (1964-1965).

[8] James D. Barnett, Trial of Civil and Criminal Causes in the Same Action, Oregon Law Review, 30(1), p.60(1950).

另外，分离审理亦考虑到合并审理方式将会不利于被害人一方有可能获得的赔偿。在合并的诉讼程序中，除对原告遭受的损失加以赔偿之外，民事救济应如何实现并不明确。对原告而言，对被告的惩罚又意味着怎样的民事救济？这样一种不可见的、有害的讼累，扭曲了诉讼中法律主体的对称性。[1]在奉行程序正当的司法模式中，为保障公民权利的自由行使，权力行使需要始终保持谦抑与克制，将刑事处罚视为对民事权利的救济难以作为一项法律原则得到确立

因此，将刑事诉讼与民事诉讼的审理程序分离，可以在保障诉讼的独立性的同时，避免国家处罚与私益救济的相互影响，实现不同诉讼的效能。如此一来，刑事法官与民事法官的职责完全分离，各司其职。诚然，在此前提下，分别审理模式也隔断了犯罪事实认定对民事赔偿认定的预决效力，将判决的影响力限制在有限的范围之内。

（三）权利保障型——相对独立审理模式

进入 21 世纪后，随着世界范围内被害人保护运动的兴起，日本为强化对被害人的救济，确立了刑事程序中的损害赔偿命令。损害赔偿命令程序类似于日本刑事诉讼法修法前的附带民事诉讼程序，但存在一定不同。[2]

损害赔偿命令程序规定于《犯罪被害人等保护法》，也称《关于为保护犯罪被害人等附带刑事程序措施的法律》。[3]从立法目的来看，《犯罪被害人等保护法》主张在刑事程序中尊重被害人的情感，以恢复其所受侵害为目的。[4]这一程序设置可以让受害人的损害赔偿请求更容易得到满足，并在一定条件下承认刑事审判中诉讼记录的使用。[5]

损害赔偿命令程序不同于美国和英国具有刑罚性质的损害赔偿命令，因为在该制度中宣判的损害赔偿命令本质属于民事损害赔偿。该制度也不同于附带民事诉讼，其不是在一个程序中同时审理刑事案件和民事案件并将两个程序融合在一起，而是在刑事审判宣判有罪后审理损害赔偿相关事项。[6]损害赔偿命令程序具有以下三个方面特征：一是利用刑事程序“成果”，二是减轻被害人一方诉讼负担，三是程序自身需要简洁、迅速。[7]从规定上看，所谓利用刑事诉讼的成果，具体是指对因犯罪行为产生的损害赔偿请求，审理时须遵循民事诉讼中的损害赔偿程序，并且独立于刑事程序。损害赔偿程序直接承接刑事诉讼程序，提升了被害人参与审理的效率，为其减轻了另行提起诉讼可能产生的不必要的讼累。另外，被害人提出损害赔偿请求的，损害赔偿命令需在 4 日内审理终结的审限规

---

[1] “What is a civil remedy but reparation for a wrong inflicted, to the injury of the party seeking redress, compensation for damage sustained by the plaintiff ? How could the idea of punishment be deliberately and designedly installed as a doctrine of civil remedies? What kind of a civil remedy for the plaintiff is the punishment of the defendant? The idea is wrong. It is monstrous heresy. It is an unsightly and an unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law.” See Fay v. Parker, 53 N. H. 342(1872).

[2] 损害赔偿请求制度，是指被害人对于某些刑事案件，可以请求法院作出损害赔偿命令。损害赔偿命令，则是指对该被告案件的诉因所确定的事实而实施的不法行为提出的损害赔偿请求，命令被告人对此进行赔偿。这一命令的审判，在刑事被告案件中于裁判告知之后进行。除此之外，损害赔偿命令需在 4 日内审理终结，如果审理需要较长时间，则需要转变为民事诉讼程序。参见[日]田口守一著：《刑事诉讼法》（第七版），张凌、于秀峰译，法律出版社 2019 年版，第 324 页。

[3] 参见鯰越溢弘「刑事司法における被害者の法的地位——修復的刑事司法の理念的前提条件」法政理論第 35 巻第 4 号(2003 年) 26 頁以下.

[4] 参见鯰越溢弘「刑事司法における被害者の法的地位——修復的刑事司法の理念的前提条件」法政理論第 35 巻第 4 号(2003 年) 27 頁以下.

[5] 参见鯰越溢弘「刑事司法における被害者の法的地位——修復的刑事司法の理念的前提条件」法政理論第 35 巻第 4 号(2003 年) 28 頁以上.

[6] 参见川出敏裕「損害回復のための刑事手続の成果の利用」刑法雑誌第 47 巻第 3 号（2008 年）379 頁以下.

[7] 参见加藤克佳「犯罪被害者の権限拡充法制の意義と課題」刑法雑誌第 47 巻第 3 号（2008 年）394 頁以上；川出敏裕「損害回復のための刑事手続の成果の利用」刑法雑誌第 47 巻第 3 号（2008 年）379 頁以上.

定体现了制度设计者对于简洁程序的追求，其力图在维持附带民事诉讼提高诉讼效率的同时，实现程序的分离，并为被害人一方提供更为全面的保障。

四、被害人参与刑事诉讼的价值展开与制度分析

（一）价值展开：被害人提起附带民事诉讼的权利基础

贝洛夫提出，刑事诉讼存在第三种诉讼模式，即被害人参与模式，其核心为被害人至上，该模式与帕克教授提出的犯罪控制模式和正当程序模式分庭抗礼。[1]被害人模式延续了被害人参与刑事诉讼的历史传统，肯定了被害人角色应当具备真正价值的共识。[2]概言之，其之所以应当参与到刑事诉讼的进程之中，是因为"人们至少有理由期望，在作出关系他们的判决之前，法院听取其意见，即他们拥有发言权"[3]。

被害人在刑事诉讼中主张民事权利的恢复与救济之权利基础为其享有的私诉权，其行使目的在于赔偿而非惩罚——惩罚是一种国家权力施加于个人的权利剥夺，填补损害则是平等民事主体双方之间的、被侵权人的权利救济与恢复的一种主要途径。二者在适用对象、救济方式与适用目的以及价值取向上均存在明显不同。"刑法存在的必要性是用惩罚补充损害赔偿"，[4]意味着与损害赔偿相比，刑罚存在的意义是补充而非替代。被害人在刑事诉讼中提起民事损害赔偿请求，原因在于其因犯罪行为遭受到物质或精神侵害，目的在于就此侵害获得金钱补偿。要言之，私诉权的权利主体必须是受到损害、诉请从被告人处得到赔偿的人。[5]

以此为基础，刑事附带民事诉讼应同时具备"诉讼过程的经济合理性"和"诉讼效果的合目的性"。[6]附带民事诉讼制度为被害人行使诉权提供了便利的场域，允许被害人就其因犯罪行为受到的损失提起损害赔偿，则是为其恢复受损权利、寻求精神安定、防止因诉讼推进而再次受到精神打击提供了途径。其中，被害人民事权利的恢复程度悉系于其诉权行使的关联样态，具体包括诉权主张、诉权行使和诉权落实三个方面。

一是诉权主张，其指向权利实现的全面性，直接体现为诉请范围，即在刑事附带民事诉讼中可以就何种事项提出诉讼。从权利救济和恢复的层面反思，诉请得到救济的权利范围越广泛，诉权的实现也就越全面，对被害人提供的保障程度也将随之提升。因此，诉权主张的范围，对诉讼实现的全面性发挥着前提性影响。

二是诉权行使，其基于权利实现的便利性，关乎被害人行使权利的方式和效率。诉权行使的方式多元化，也就是被害人可以通过不同方式诉请救济受损权利。作为对应，诉权行使的效率则是指被害人行使诉讼的便捷高效。换言之，被害人在刑事诉讼中主张恢复民事权利，目的在于便利救济受损权利，故而制度设计不应使其承受过多讼累。

三是诉权落实，其等同于权利实现的有效性，即被害人直接参与刑事诉讼产生的效果。所谓诉权落实，即刑事附带民事诉讼中作出的判决可以在何种程度得到落实。刑事附带民事诉讼的判决一般由两部分组成，其中刑事判决的执行效果自不待言，与被害人直接相关的即为民事判决中应履行的赔偿义务的落实。也就是说，影响刑事附带民事诉讼中被害人诉权落实效果的因素，主要为民事赔偿的执行。这一判决能否得到实现，有时甚至会影响被害人是否会因为刑事诉讼的开展而遭受第二次伤害。

（二）权力主导抑或权利优先？制度设计之契合度分析

结合前文论述，从公权行使与私权保障之间的互动关系切入，可以对刑事附带民事诉讼的三种

---

[1] 参见陈卫东:《中国刑事诉讼权能的变革与发展》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 474 页。

[2] 参见[美]道格拉斯·埃文·贝洛夫:《刑事诉讼的第三种模式：被害人参与模式》，郭志媛译，载虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨：刑事诉讼模式经典论文选译》，北京大学出版社 2013 年版，第 190-216 页。

[3] [美]迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 35 页。

[4] [美]罗伯特.D.考特、托马斯.S.尤伦:《法和经济学》，施少华译，上海财经大学出版社 2002 年版，第 374—375 页。

[5] 参见加藤雅之「フランスにおける私訴権（附带私訴）」慶應法学，第 10 号(2008 年 3 月) 333 頁以上.

[6] 参见宋英辉、李忠诚主编:《刑事程序法功能研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 199-204 页。

制度设计作如下评价。

1.诉权主张的全面性

就诉权主张的全面性而言，权力主导、权力克制与权利保障三种制度设计并不存在较大区别。换言之，无论是强调国家权力入场的作用、通过限制国家权力作用范围保障程序公正，还是积极拓宽被害人一方参与诉讼的渠道，立法层面通常不会对被害人一方可以提出诉讼请求的民事赔偿范围加以限制。可以说，就权利实现的全面性而言，契合度结论为：权力主导型=权力克制型=权利保障型。

2.诉权行使的便利性

在诉权行使的便利性方面，将犯罪行为引发的民事赔偿并入刑事程序具有天然的效率优势。在法国，被害人可以自由进行诉讼选择，刑事证据亦可在民事诉讼中直接利用以保证诉讼程序的高效。[1]同样，日本的损害赔偿命令程序要求民事法官在事实认定上对刑事法官的心证加以继承，[2]且证据调查中仅对刑事案件记录进行形式调查。[3]如果被告人对损害赔偿命令提出异议，其请求也会转到民事诉讼程序审理，由审理刑事案件并作出有罪判决的相同法院负责。[4]二者在犯罪行为与侵权行为的认定方面，均肯定前序刑事诉讼认定的犯罪事实对民事诉讼认定损害赔偿的影响，减轻被害人的举证负担。[5]作为对比，重视正当程序的权力克制型要求刑事诉讼与民事诉讼完全分离，裁判认定的事实之影响有限，[6]故而在诉讼效率方面稍显逊色。因此，就诉权行使的便利性而言，契合度结论为：权利保障型=权力主导型＞权力克制型。

3.诉权落实的有效性

诉权落实主要体现为对被害人的物质补偿和安慰作用。就物质补偿问题，意大利实证主义者费里曾就犯罪被害人的权利救济困境消除提出一个激进的建议。他提出的论点为，对刑事犯罪造成的损害进行赔偿原则上属于国家义务。国家应该防止错误行为，当它不履行这一义务时，它应当修复其过错造成的损害，并代位行使受害方对罪犯的任何权利。[7]这一国家承担责任的精神在权利保障型制度设计中被立法者采用，但在表现形式上较为温和。如根据日本《犯罪被害者等基本法》第 14 条规定，国家应承担救济被害人因犯罪行为所致心理创伤之责任。[8]另外，安慰作用体现为被害人直接参与刑事诉讼获得的心理满足感，[9]有利于防止第二次被害人化，[10]宽慰其心理和精神上受到的伤

---

[1] See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), p.687 (1964-1965).

[2] 参见芦塚增美「適正手続と被害者参加制度，損害賠償命令」九州法学会会報（2009 年）1 頁以上.馬場嘉郎「犯罪被害者等の簡易迅速な被害の回復に向けて」法律のひろは 60 巻 11 号(2007 年)43 頁.

[3] 参见川出敏裕「損害回復のための刑事手続の成果の利用」刑法雑誌第 47 巻第 3 号（2008 年）380 頁以下.

[4] 参见川出敏裕「損害回復のための刑事手続の成果の利用」刑法雑誌第 47 巻第 3 号（2008 年）380 頁以下.

[5] 参见加藤克佳「犯罪被害者の権限拡充法制の意義と課題」刑法雑誌第 47 巻第 3 号（2008 年）395 頁以下. See James F. Culver, Evidence: Admissibility of the Record of a Criminal Conviction in a Subsequent Civil Action Resulting from the Crime, Dicta 33(5),p.285(1956). See also Bogdan Florin Micu, The Relation between the Criminal Action and the Civil Action, Lex ET Scientia International Journal, 20(1), p.124(2013).

[6] See Eugene Gold, Admissibility of a Judgment of Conviction in a Subsequent Civil Action , Brooklyn Law Review 14(2), p.246(1948). See also in Admissibility and Weight of a Criminal Conviction in a Subsequent Civil Action, Virginia Law Review 39(7), p.995(1953).

[7] See C. Howard, Compensation in French Criminal Procedure, Modern Law Review21(4),p.400(1958).

[8] 日本《犯罪被害者等基本法》第 14 条：国家和地方政府应采取必要措施，根据犯罪受害者的精神和身体状况，为其提供适当的医疗保健服务和福利服务，使犯罪受害者能够从心理创伤和其他因犯罪而受到的精神和生理影响中恢复过来。

[9] See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), p.687 (1964-1965).

[10] 参见山本光英「犯罪被害者の刑事訴訟上の地位の明確化について」山口経済学雑誌，第 47 巻第 6 号（1999 年）254 頁以下.

害。是故，在精神救济层面，三种制度设计大同小异。就诉权落实尤其是重视精神权利和物质补偿的实现问题而言，契合度结论为：权利保障型 > 权力主导型=权力克制型。

综上所述，从制度目的蕴藏的价值选择与制度设计的外观表现之契合度来看，刑事附带民事诉讼应以保障诉权主张的全面性为前提，调和权力主导与权利保障两种制度设计，最大化地实现诉权行使的便利性。另外，需要兼采权利保障型的国家参与救济制度设计，实现诉权落实的有效性。

五、权力越位与诉权回归：刑事附带民事诉讼的制度反思及其改进

（一）制度反思：权力主导模式的实践异化

1.诉权主张的全面性不足

诉权主张的有限，表现为被害人在附带民事诉讼中可以提出的损害赔偿范围长期受到严格限制。在职权主义诉讼模式中，“实体真实主义的背景正是权威的国家主义思想”[1]，国家代替个体追诉犯罪行为，当然地吸收了被害人一方寻求救济的权利。根据法律及司法解释规定，附带民事诉讼的赔偿范围仅限于犯罪行为导致的物质损失，明确排除其他民事赔偿请求。[2]另外，受到有限赔偿范围和执行可能性较低的双重影响，司法实践中出现了以被告人有无赔偿能力作为是否支持民事赔偿考量因素的情况。基于此，“避免空判”也成为了最高人民法院不支持赔偿民事损失的理由之一。因此，被害人的诉讼请求也常常难以得到认真对待，进而畸变为一种“粗糙的简易民事程序”，[3]将受犯罪行为侵害的被害人置于十分不利的境地，严重削弱其通过诉讼恢复受损权利的能力。

2.诉权主张的便利性失衡

诉权主张的便利性是集中附带式审理模式和损害赔偿命令程序的主要优势，其所谓便利性，主要是指被害人一方可以直接在刑事诉讼进行过程中提出诉讼请求，方便被害人受损权利在法律层面尽快得到恢复。基于上述，可以发现附带审理民事纠纷最大的优势即在于可以通过简洁、高效的方式推进诉讼，减轻被害人一方的诉讼负担。

刑事附带民事诉讼中被害人诉权主张的便利性失衡问题，意指制度设计具有高效、简洁的外观，但实际并为被被害人一方提供真正的诉讼利好。值得注意的是，无论是集中附带式审理模式和损害赔偿命令程序，均未对被害人一方提出的民事诉求范围加以限制，并且也都允许被害人一方在刑事诉讼结束后单独提起民事诉讼。我国的刑事附带民事诉讼制度在诉讼程序合并的前提下，仅具有便利的外观，但实际上并不重视被害人一方权利的救济。这种空虚的便利一方面体现为附带审理模式中对诉讼请求的直接限制，另一方面则体现为限制单独提起民事诉讼之诉讼请求的间接限制。换言之，真正的诉讼主张便利性应当基于权利本位，目的在于便利被害人。而诉讼主张的便利性失衡，则是基于司法权力行使的效率本位，甚至有可能侵蚀诉权行使的最终效果。

3.诉权主张的有效性阙如

诉权主张的有效性阙如，主要指被害人一方藉由附带民事诉讼可以获得的物质补偿不足，同时心理安慰亦时常缺位。

就司法实践来看，在大部分的刑事案件中，被告人的执行能力非常有限，以致“空判”情形经常出现。[4]在物质损失都难以得到有效执行的情况下，被害人提出的精神损害赔偿请求，势必更加难以执行，最终造成申诉、上访的严重后果，引发新的社会矛盾。客观而言，物质补偿的缺位问题并不是刑事附带民事诉讼制度内部存在的问题。但是，空判问题的长期存在却会最终倒逼审理者作出裁判时考量被追诉人的执行能力，间接导致心理安慰功能的缺失。

另外，从被害人角度来看，恢复并不单纯指向物质补偿，更多的是寻求重建安全感的需要。[5]出

---

[1] [日]田宫裕：《刑事诉讼与正当程序》，有斐阁 1972 年版，第 137,140 页。转引自[日]田口守一：《刑事诉讼的目的》，张凌，于秀峰译，中国政法大学出版社 2011 年版，第 81 页。

[2] 《刑事诉讼法》第 101 条，高法解释第 175 条第 2 款。

[3] 陈瑞华:《刑事诉讼的中国模式》，法律出版社 2010 年版，第 103 页。

[4] 参见胡学相：《我国刑事被害人民事赔偿权的缺陷与完善——兼评相关司法解释的合理性》，载《法治研究》2016 年第 4 期，第 81-82 页。

[5] 参见李卫东：《恢复性司法视野下的被害人量刑参与权》，载《学习与探索》2015 年第 11 期，第 75 页。

于此种考量，刑事法官常常需要扮演一个为被害人争取更多的民事赔偿的“老娘舅”角色，甚至有时需要用加重刑罚来讨价还价。[1]因此，为了避免“空判”导致被害人不满，引发社会矛盾，立法者选择在审判阶段就规避此类判决。

这无疑是一种本末倒置的做法，因为“就法律补偿而言，主要受益的是被害人，但对犯罪人也有益处，这是由法律补偿所产生的附属效益。”[2]无论是出于实践维度还是人情角度，民事损害赔偿都是被害人寻求权利救济与权利恢复的主要途径之一。进一步讲，如果被害人无法通过刑事诉讼有效地恢复受损的权利并获得精神上的补偿，诉诸“同态复仇”以伸张个体正义的行为方式就会萌芽。当被害人权利恢复的需求无法得到满足时，其内心的愤懑将倾泻于刑事诉讼的全部环节，甚至溢出常规诉讼程序。[3]当个体权利的让渡没有得到社会制度层面的恰当回应时，诉权主张无法发挥真正效果，常规的社会秩序就极易被破坏。

（二）异化成因：权力越位对被害人权利恢复的侵蚀

1.“国家本位”追责思想对私权救济的压制

客观而言，监禁刑等刑罚的执行并不能弥补被害人受到侵害的权益。[4]从最基本的侵权行为理论出发，“有损害就应该有救济，这与加害人是否承担刑事责任并无直接联系”[5]。在刑事附带民事诉讼中，制度设计呈现的国家权力主导色彩，可被概括为法律追责的“重刑轻民”。所谓“重刑轻民”，是指在刑事案件与民事纠纷相互纠缠、相互影响的案件中，司法工作人员倾向于将刑事案件的解决置于比民事纠纷的解决更加优先的位置。从成因来看，“重刑轻民”的追责程序在我国有着较为牢固的历史根基，根源在于“国家本位”的追责思想。

“国家本位”的追责思想意指在刑事附带民事诉讼案件的审理中，将国家公权力行使置于公民私权利的恢复、救济之上的一种惩罚性思维。从公权力行使的主体来看，之所以在刑事附带民事诉讼的制度设计中出现“国家本位”的追责思想，原因在于公共利益较之个人利益位阶上的优先性，[6]这是一个根植于传统家国理念的价值选择。早期，国家利益的优位性体现在个人利益与国家利益发生冲突的所有场域，并当然地对个人利益呈压倒性态势。就刑事诉讼而言，因为国家公诉制度的存在，国家将通过行使刑罚权力的方式，对犯罪人实施的犯罪行为施加制裁。在这样一种以国家权力为主导的诉讼制度中，个人能够施加的影响无疑是非常有限的。因此，作为犯罪行为直接侵害的对象，被害人却常常无法得到有效的救济。直观来看，“附带”二字本身就具有十分强烈的刑事诉讼本位色彩。[7]其中不仅包括有限的损害赔偿范围对被告人权利救济的不当压缩，[8]也包括破坏控审平衡状态加剧的被追诉人一方孤立无援的状态，[9]直接体现为被害人权利保障体系的弱化。

2.报应主义刑罚对被害人权利保障的弱化

“报应主义”是刑事实体法中刑罚正当性的理论基础，是一种“认为刑罚是对犯罪人的犯罪行为进行报应的刑罚理论”[10]。报应主义刑罚观认为，罪犯因实施恶行而对社会承担应偿付的债务，社会也

---

[1] 如“实践中，经常发生刑事法官们为被害人多争取一点赔偿金额而与被告人亲属讨价还价，法官们常以增加刑罚来威慑，被告人亲属则以经济困难相对抗；或法官以从轻处罚来要求增加，被告人亲属则要求法官承诺减轻刑事处罚才愿代为赔偿。”参见谌鸿伟、贾伟杰：《我国刑事附带民事诉讼制度的设计缺陷及重构》，载《法学评论》2006 年第 2 期，第 102 页。

[2] [英]吉米 · 边沁：《立法理论——刑法典原理》，李贵方等译，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 112 页。

[3] 参见栗峥：《中国刑事司法中的被害人抗争》，载《探索与争鸣》2012 年第 11 期，第 50 页。

[4] 参见孙华璞：《公平正义刑罚观之提倡》，载《法学》2016 年第 10 期，第 146 页。

[5] 薛军：《<民法典>对精神损害赔偿制度的发展》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 3 期，第 98 页。

[6] 参见于改之：《刑民交错案件的类型判断与程序创新》，载《政法论坛》2016 年第 3 期，第 147 页。

[7] 参见蒋凌申：《“刑事附带民事责任”的证伪与建议》，载《国家检察官学院学报》2016 年第 3 期，第 139 页。

[8] 参见刘道前：《中国刑事附带民事诉讼的局限性及其完善》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2019 年第 5 期，第 134 页。

[9] 参见谢佑平、江涌：《质疑与废止：刑事附带民事诉讼》，载《法学论坛》2006 年第 2 期，第 62 页。

[10] 金翼翔：《报应主义的历史梳理》，载《刑法论丛》2016 年第 3 卷，第 118 页。

因此具有向其索赔的权利。[1]从内涵上看，报应主义刑罚观强调了国家权力对被追诉人实施的犯罪行为的责任追究，与之对应，被害人权利的救济常常会被置于一个相对弱势的位置。

“在一个缺乏政治力量维持公正的社会中，允许私人自行寻求赔偿自不足为怪。”[2]从词意上看，报应主义与复仇存在一定关系，但并不完全相同。在解决纠纷的中立第三方介入制度出现之前，平民之间恢复受损权利往往依赖于血亲复仇或者是同态复仇等原始的私力救济方式。[3]后来，国家逐渐成为追究侵权方责任的主体，向国家部分让渡被害人权利，成为了现代社会终结同态复仇的一种普适理念。[4]在法制发展十分有限的时代，这种权利救济主体上的交接并没有从根本上磨灭传统的权利救济方式，而是将其形式保留了下来。因为“即使是在古老的弹劾式诉讼中，被害人也诉诸刑事诉讼手段来获得物质上的补偿或者恢复精神上的荣誉，以避免私力复仇带来的社会动荡。”[5]概言之，被害人权利的保障是刑罚权行使过程中应当关注的内容。

报应主义并非一味地关注刑罚，其更加关注犯罪行为、刑事责任与刑罚之间的适配性。[6]但作为一种国家代为复仇的刑罚理论，其在保障被害人权利方面存在劣势。概言之，在报应主义刑罚政策指导下形成的刑事附带民事诉讼制度，倾向于高度重视对被追诉人刑事责任的解决，注重剥夺罪犯的生命或是自由，往往忽视对具体权益和抽象权益的恢复。而其中的具体权益，就是指向被侵权人受到犯罪行为伤害的个人生命、健康等权益。[7]

（三）强化诉权保障：刑事附带民事诉讼的制度改进

1.提升诉权主张的全面性

就诉权主张的全面性不足问题，首先应扩张被害人的民事诉请范围。民事损害范围的确定是附带民事诉讼主要存在争议的问题。犯罪行为具有严重的暴力性，通常会对被害人造成严重的精神损失，但在附带民事诉讼中无法诉请精神损害赔偿，既不利于保护被害人的精神利益，更有损于法制统一，甚至有可能导致刑事诉讼的“第二次被害人化”。我国《刑法》早在 1997 年就增设了民事责任优先原则，体现了以民为本、国家让利的“国不与民争利”原则。[8]除此之外，就承担责任问题而言，根据《民法典》第 187 条的规定，如果侵权人实施的侵权行为构成了犯罪，其承担刑事责任并不影响其对被侵权人承担民事责任。这意味着，尽管被告人的犯罪行为已经受到了刑罚的处罚，但并不会抵消其需要对被害人承担的民事侵权赔偿责任。因此，无论是在理论层面抑或立法层面，均应肯定被害人全面的诉请范围。

2.平衡诉权行使的便利性

将犯罪行为引发的全部民事赔偿请求并入刑事程序，在便利诉权行使方面具有天然的制度优势，因此可以维持现有的集约附带审理模式。一是效率优势，体现为对刑事证据的直接利用与诉讼程序的高效。[9]合并审理天然存在诉讼经济优势，对于简单的案件而言，分离审理并无必要。另外，被害人遭受的损害直接源于犯罪行为，基于此因果关系可以高效地利用刑事诉讼对犯罪事实的认定，有利于尽快恢复被害人受损的权利，将其纳入到相对安定的精神状态之中。二是对被害人的精神安慰作用，体现为被害人直接参与刑事诉讼获得的心理满足感，[10]有利于防止第二次被害人化，[11]宽慰其

---

[1] 参见陈兴良、周光权：《超越报应主义与功利主义：忠诚理论——对刑法正当根据的追问》，载《北大法律评论》1998 年第 1 卷，第 10 页。

[2] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆 2010 年版，第 81 页。

[3] 参见金翼翔：《报应主义的历史梳理》，载《刑法论丛》2016 年第 3 卷，第 127-134 页。

[4] 参见[西]S.维拉尔：《刑事调解：让被害人可见的工具，刑事司法公正的有机组成》，郭烁译，载《求是学刊》2018 年第 3 期，第 10 页。

[5] 汪海燕：《刑事诉讼法律移植研究》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 90 页。

[6] 参见王芳：《刑事诉讼中积极赔偿对量刑的影响及其合理控制研究》，载《法学论坛》2020 年第 5 期，第 102 页。

[7] 参见孙华璞：《公平正义刑罚观之提倡》，载《法学》2016 年第 10 期，第 146 页。

[8] 参见兰跃军著：《刑事被害人人权保障机制研究》，法律出版社 2013 年版，第 284 页。

[9] See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), p.687 (1964-1965).

[10] See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), p.687 (1964-1965).

心理和精神上受到的伤害。三是合并审理可以尝试发挥民事责任履行对刑事判决的影响力，借此倒逼民事损害赔偿的实现。即在民事诉讼部分审结后，如果被告人表示愿意承担赔偿责任并履行相应义务，刑事法官可以在量刑上酌情给予优惠。将积极承担损害赔偿责任作为降低量刑的条件，可以在一定程度上解决附带民事诉讼固有的“空判”问题。

提高诉讼便利性，亦可将单独的民事诉讼作为后备承接程序，同时不对其加以限制。如在法国，被害人可以自由进行程序选择。而在日本，损害赔偿命令亦可转变为独立的民事诉讼程序。[1]同时，如果被告人对损害赔偿命令提出异议，其请求也会转到民事诉讼程序审理，由审理刑事案件并作出有罪判决的相同法院负责。[2]可以在允许提起全部民事损害赔偿请求的前提下，在附带民事诉讼与独立的民事诉讼之间连接桥梁，明确例外情形下的程序转换条件。

以精神损害赔偿为例，即使是在单纯的民事诉讼中，精神损害赔偿的审理与认定均存在现实困难。在附带民事诉讼中，刑事法官额外承担审理精神损害赔偿的任务则会使审判更加困难。[3]因此，对精神损害赔偿认定困难问题，可以尝试划定赔偿范围及对应情形。[4]进一步说，如果刑事审判法官认为在一定期限内审理精神损害赔偿确有困难，可以建议被害人单独提起民事诉讼。同时，被害人也可以在未提起附带民事诉讼的前提下，在刑事判决作出后提起单独的民事诉讼寻求精神损害赔偿。为满足诉讼经济需求，降低材料流转、人员移送成本，单独的民事诉讼仍由审理刑事案件的法院审理，以减轻被害人的诉讼负担，同时提升诉讼效率。

3.增益诉权主张的有效性

保障被害人在刑事诉讼中获得民事救济体现了刑事司法对被害人权利重视程度的提升。以国家救济制度对附带民事诉讼中难以实现的损害赔偿进行保障，在我国并不是一个全新议题，其不仅有学理依据，亦有实践支持。

客观而言，早期的刑事被害人救助制度实现了有限性救济功能，囿于当时司法实践的有限性，其积极社会效果仍需进一步彰显。[5]但是自 2004 年淄博市率先在全国范围内开展被害人救助工作开始，历经二十年发展，适应我国国情的被害人救助制度已颇具成效。[6]在论及附带民事诉讼执行难问题时，很多学者都建议引入国家补偿制度等救济制度作为后盾，并在补偿对象、补偿范围、补偿金额和补偿资金来源方面提出具体建议。[7]实践中，确实存在被告人对履行民事赔偿有心而无力的情形。如在检例第 82 号的某故意伤害案件中，被告人虽积极承担民事责任，但执行能力有限，而被害人对民事诉讼的执行有着迫切的需要。鉴于此种情形，检察机关在促使被告人一方履行赔偿责任的同

---

[11] 参见山本光英「犯罪被害者の刑事訴訟上の地位の明確化について」山口経済学雑誌，第 47 巻第 6 号（1999 年）254 頁以下.

[1] 参见[日]田口守一著:《刑事诉讼法》(第七版)，张凌、于秀峰译，法律出版社 2019 年版，第 324 页。川出敏裕「損害回復のための刑事手続の成果の利用」刑法雑誌第 47 巻第 3 号（2008 年）381 頁以上.

[2] 参见川出敏裕「損害回復のための刑事手続の成果の利用」刑法雑誌第 47 巻第 3 号（2008 年）380 頁以下.

[3] 据统计，法国上诉法院在审理刑事案件时，需要用大约 70%的时间解决民事问题。See Jean Larguier, Civil Action for Damages in French Criminal Procedure, Tulane Law Review, 39(4), p.688 (1964-1965).

[4] 参见李本森:《生命价值的法律与经济分析——中国生命赔偿法律的改革路径》，载《中国社会科学》2011 年第 6 期，第 93 页。

[5] 参见熊秋红:《从刑事被害人司法救助走向国家补偿》，载《人民检察》2013 年第 21 期，第 12 页。

[6] 参见孙长永主编:《中国刑事诉讼法制四十年：回顾、反思与展望》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 177-180 页。

[7] 参见袁小文:《公诉案件被害人参与诉讼的现实困境及解决路径》，载《中南大学学报（社会科学版）》2016 年第 2 期，第 65-66 页；李强、李革明:《刑事附带民事诉讼赔偿范围的改造——以人身权利被侵害为视角》，载《人民检察》2016 年第 10 期，第 67 页；胡学相、甘莉:《我国刑事被害人民事赔偿权的缺陷与完善——兼评相关司法解释的合理性》，载《法治研究》2016 年第 4 期，第 86-87 页。

时，积极开展司法救助。[1]同时，从最高人民法院发布的人民法院国家赔偿和司法救助典型案例来看，为刑事被害人提供司法救助均发挥了缓解其因刑事犯罪和无法得到有效救济产生的心理创伤之作用。[2]因此，对于确有必要给予安慰但获得民事损害赔偿存在现实困难的刑事案件，司法机关可以依托国家救助制度，通过提供司法救助的方式给予被害人精神抚慰，促进被害人受损权利的恢复与救济。

[1] 检例第 82 号：钱某故意伤害案。本案中，钱某因琐事致使被害人马某某死亡，案发后，钱某向被害人亲属进行了民事赔偿。检察机关在走访过程中发现，被害人生活窘迫，被告人尽管积极承担责任但家境困难，尽力赔付仍不足以弥补被害方的损失。因此，检察机关积极为被害人家属申请了司法救助金，帮助其解决困难，促进双方矛盾化解。来源：北大法宝指导性案件库，网址如，https://www.pkulaw.com/gac/f4b18d978bc0d1c7036d629b90353df43089a20c5b892c67bdfb.html，最后访问时间：2024 年 6 月 18 日。

[2] 最高人民法院在 2019 年 12 月 19 日发布《人民法院国家赔偿和司法救助典型案例》，其中在刑事附带民事诉讼案中体现民生关怀的司法救助典型案例有：吴振永申请刑事被害人司法救助案、王素芳申请刑事被害人司法救助案，载最高人民法院官网，网址如 http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-211061.html，最后访问时间：2024 年 6 月 18 日。

检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼程序研究

王亚萍 *

摘 要：环境刑事附带民事公益诉讼是检察公益诉讼的重要类型之一，相关案件数量整体呈上升趋势，但是观察司法实践，检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼时仍然存在诉前公告程序虚置空转和诉讼审理程序运行肆意。诉讼辅助程序展开受阻等程序运转不畅情形。相关法律制度储备不足是构成该程序运转不畅的制度成因，而关键原因则是在理论研究层面尚未厘清此类诉讼所涉及的民刑关系。鉴于"先民后刑""先刑后民""民刑并行"三类案件处理模式与环境刑事附带民事公益诉讼之间的尚不兼容，以"刑—民—刑"作为此类诉讼的案件处理模式更具合理性和可行性。在此基础上，以"诉前公告程序为主、其他前置程序为辅"配置检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼之诉前前置程序，并强调诉前前置程序启动的审慎性。而就诉讼审理程序而言，一要从规范化明晰和程序性保障两方面出发落实诉讼请求的精准化，二要通过构建具备阶段性、附带性等特色的证明标准，以及夯实"谁主张、谁举证"的证明责任，完善正当合理的环境刑事附带民事公益诉讼的证明制度。

关键词：检察机关；检察公益诉讼；刑事附带民事公益诉讼；环境刑事附带民事公益诉讼

自最高法和最高检联合发布的《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《检察公益诉讼解释》）实施以来，检察机关在生态文明司法保障中的地位明显提升，逐渐成为提起生态环境损害赔偿诉讼、保护环境公共利益的重要力量。据最高检官方统计，自 2018 年至 2023 年 6 月，全国检察机关共办理环境资源类案件 82.3 万件，其中立案办理生态环境和资源保护领域公益诉讼案件 39.5 万件，年均上升 12.5％，同时也加大了对环境资源犯罪的惩治力度，其中污染环境类犯罪受理审查起诉 4.3 万人，破坏资源保护类犯罪受理审查起诉 35.1 万人。[1]检察机关就环境犯罪提起刑事公诉的同时，还会向审理刑事案件的法院附带提起民事公益诉讼，此类诉讼即"环境刑事附带民事公益诉讼"，而此类诉讼的案件数量远超检察机关单独提起的环境民事公益诉讼数量，[2]在整个生态环境检察公益诉讼体系中占据重要地位，逐渐成为检察机关保护环境公共利益的常态性司法手段。理论界已经厘清了检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼的必要性和可行性，[3]并围绕环境刑事附带民事公益诉讼的起诉依据、审理顺序、诉讼程序、责任承担等方面展开深入研究，积累了具有借鉴意义的研究成果。然而，相较于单独针对环境刑事诉讼和环境民事公益诉讼的专门研究，以及针对整个刑事附带民事公益诉讼体系的全景研究而言，以环境刑事附带民事公益诉讼为侧重的研究仍然较为薄弱，理论研究尚存不足，而在具体程序方面的研究也呈现出局部性、碎片化的现状，系统性、融贯性的研究阙如。

本文将按照"提出问题——分析问题——解决问题"的传统研究思路。以"北大法宝""中国裁判文书网""威科先行"为案例检索库，整理分析符合一定条件的环境刑事附带民事公益诉讼案例，观察分析司法实践中呈现程序运转不畅现状，其成因主要在于法律制度储备不足和民刑诉讼关系不清。在确定环境刑事附带民事公益诉讼采取"刑—民—刑"审理模式的基础上，优化完善环境刑事附带民事公益诉讼的诉前前置程序和诉讼审理程序，全面提高检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼的诉讼效率，有效惩治损害环境公共利益的环境犯罪行为。

一、检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼程序的运转不畅现状

以刑事案件类型中的"破坏环境资源保护罪"作为检索案由，以判决书作为法律文书类型，以"一

---

* 基金项目：中国刑事诉讼法学研究会"刑事诉讼法制完善"项目研究：检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼研究。
作者简介：王亚萍，中南财经政法大学法学院博士研究生，联系电话：15623630980.

1 最高人民检察院.最高人民检察院关于人民检察院生态环境和资源保护检察工作情况的报告——2023 年 10 月 21 日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第六次会议上
[EB/OL].(2023-10-21)[2024-03-27].https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202310/t20231021_631451.shtml.

2 以 2018 年为例，时任最高人民法院环境资源审判庭庭长王旭光采访时透露："2018 年受理检察机关提起的环境民事公益诉讼案件 113 件，审结 72 件；受理检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼案件 1248 件，审结 949 件。受理检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼案件 1248 件，审结 949 件。

3 在刑事附带民事公益诉讼诞生之初，学界对此类诉讼模式的独立性存在否定观点，认为最理想的模式是刑事诉讼与民事公益诉讼彼此分离。参见程龙.刑事附带民事公益诉讼之否定[J].北方法学,2018,12(06):117-124;奚玮,叶良芳.刑事附带民事诉讼制度反思与重构[J].政治与法律,2003,(03):122-127.

审”为审理程序，以 2018 年—2024 年为检索时间，[1]以“刑事附带民事公益诉讼”作为检索关键词，从“北大法宝”“中国裁判文书网”“威科先行”检索库中进行题目和全文检索，在剔除重复、错置案件后截止到到 2024 年 8 月 8 日，总共筛选出 5638 件有效分析案例样本。观察发现，检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼主要以民事公益诉讼程序为运作框架，呈现出运行不畅现状。

（一）诉前公告程序虚置空转

在 2015 年 12 月最高检发布的《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》中，针对检察机关向审判机关提起的民事公益诉讼，规定了督促起诉、建议起诉两类必经的诉前前置程序，且分别采取督促起诉意见书或检察建议书的形式。[2]由于此书面形式在实践中出现的明显不合理性，《检察公益诉讼解释》出台后，逐渐转向公告形式，采取诉前公告程序。[3]在最高检、最高法于 2019 年发布的《关于人民检察院提起刑事附带民事公益诉讼应否履行诉前公告程序问题的批复》（以下简称《诉前公告程序批复》）中，也明确了诉前公告在刑事附带民事公益诉讼程序中的重要前置性地位。[4]观察本文所筛选的 5638 件司法实践案例可见，履行诉前公告程序的案件数量大幅度提升，但仍存在虚置空转的嫌疑

1.诉前公告程序的适用率较低

在单独的民事公益诉讼中，诉前公告已然成为诉前必经程序，但在附带的民事公益诉讼中，理论界对诉前公告程序的认知理解仍存争议，而这无疑给环境刑事附带民事公益诉讼之诉前公告程序的司法实践产生冲击，导致该程序在司法实践中存在低适用率问题。在本文所筛选的 5638 件环境刑事附带民事公益诉讼司法案例中，明确履行诉前公告程序的案件仅占案例样本总数的 56%，而自 2018 年至今，涉及诉前公告程序司法案件的年度占比呈现出持续上升趋势。

图 1　涉及诉前公告程序司法案件的年度占比趋势图

1 将检索的开始日期确定为 2018 年，主要因为最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》于 2018 年 3 月 2 日起实施 ，该司法解释是首次在法律层面对刑事附带民事公益诉讼制度进行规定，为刑事附带民事公益诉讼判决奠定诉讼法基础。

2 《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》第 13 条：人民检察院在提起民事公益诉讼之前，应当履行以下诉前程序:

(一)依法督促法律规定的机关提起民事公益诉讼;

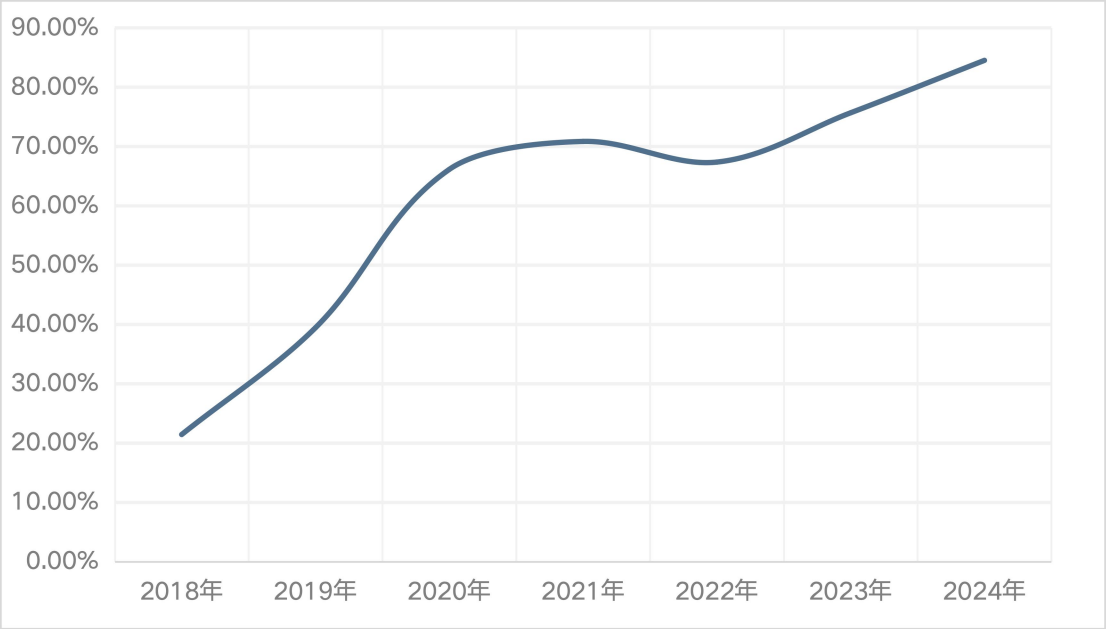
(二)建议辖区内符合法律规定条件的有关组织提起民事公益诉讼。有关组织提出需要人民检察院支持起诉的，可以依照相关法律规定支持其提起民事公益诉讼。

法律规定的机关和有关组织应当在收到督促起诉意见书或者检察建议书后一个月内依法办理，并将办理情况及时书面回复人民检察院。

3 《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 13 条：人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,拟提起公益诉讼的,应当依法公告,公告期间为三十日。

公告期满,法律规定的机关和有关组织不提起诉讼的,人民检察院可以向人民法院提起诉讼。

4 人民检察院提起刑事附带民事公益诉讼，应履行诉前公告程序。对于未履行诉前公告程序的，人民法院应当进行释明，告知人民检察院公告后再行提起诉讼



整体观察，环境刑事附带民事公益诉讼之诉前公告程序的适用率偏低，仍未达至 100％，其关键在于地方机关对该程序的定位认知存在偏差。

一是地方司法机关对诉前公告程序在环境刑事附带民事公益诉讼程序体系中的地位认知仍存偏差。重点观察本文案例样本，面对未履行诉前公告程序或履行尚不明确的情形，有的法院不予受理，如在甘肃省所办理的某非法占用农用地刑事附带民事公益诉讼案中，检察机关在提起诉讼前并未履行公告程序，而受诉法院却要求提起诉讼的检察机关必须履行诉前公告程序，否则不受理该案。[1]但也有的法院仍然受理，如湖南省保靖县人民法院审理的秦某某滥伐林木刑事附带民事公益诉讼案、[2]江苏省盱眙县人民法院审理的左某、徐某污染环境刑事附带民事公益诉讼案，[3]等等。甚至在北京市平谷区人民法院审理的王某某等非法采矿、盗窃案中，法院明确表示刑事附带民事公益诉讼与单独的民事公益诉讼存在明显差异，理应不受《检察公益诉讼解释》中关于诉前公告的法律条款限制，故无需进行诉前公告程序。[4]然而，未履行诉前公告程序的案件即便被法院受理，也是由于检察院和法院之间进行了有利于己方的沟通协调，而此非常态、任意性的操作实际上降低了检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼的法治化水平。[5]

二是地方立法机关对诉前公告程序在环境刑事附带民事公益诉讼程序体系中的地位认知仍存偏差。如前所述，最高法和最高检在 2019 年就以联合批复的方式，确定了诉前公告程序在检察机关提起刑事附带民事公益诉讼程序体系中的前置性、必经性地位。各地方立法机关在相关地方性法规中也都进一步予以夯实，但是仍然存在反对的立法情形，如于 2020 年 8 月发布的《深圳经济特区生态环境公益诉讼规定》中明确规定检察机关可以不经诉前公告程序而直接提起环境刑事附带民事公益诉讼。[6]

2.诉前公告程序的实效性较差

观察我国检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼的司法实践，诉前公告程序不仅适用率较低，

---

1 甘肃省人民检察院课题组.检察机关刑事附带民事公益诉讼制度研究[J].中国检察官,2019,(03):69-72.

2 湖南省保靖县人民法院一审判决书：（2018）湘 3125 刑初 5 号。

3 江苏省盱眙县人民法院一审判决书：（2019）苏 0830 刑初 534 号。

4 北京市平谷区人民法院一审判决书：(2018)京 0117 刑初 224 号。

5 刘加良.刑事附带民事公益诉讼的困局与出路[J].政治与法律,2019,(10):84-94.

6 《深圳经济特区生态环境公益诉讼规定》第 8 条：人民检察院发现污染环境、破坏生态等损害社会公共利益的行为，有关行政机关和社会组织未提起诉讼的，可以向人民法院提起生态环境民事公益诉讼。

对跨部门、跨领域、跨区域的重大生态环境民事公益诉讼案件以及生态环境刑事附带民事公益诉讼案件，人民检察院可以直接提起诉讼。

而且实效性也较差。

根据历年的《中国环境司法发展报告》数据显示，环境民事公益诉讼体系中存在起诉主体比例失衡问题，由检察机关提起的环境民事公益诉讼占比较高，而社会组织作为起诉主体的案件数量虽有增长，但占比微小，普遍低于 5％，甚至在 2022 年仅达 1.8％。因此在检察机关单独提出的环境民事公益诉讼中，通过诉前程序办结的案件数量占比较低。而在检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼中的占比更低。在本文案例样本中，检察机关通过法制报、正义网，以及走访环保部门、函询民政部门等方式履行诉前公告程序，而在公告期满后，通常出现辖区境内无符合法律规定的适格主体、适格主体互相推诿怠于起诉或者明确放弃提起诉讼等“诉前办结案件失败”情形，最终结束诉前程序，启动诉讼程序。因此有学者明确表示，以限制公权力介入私权领域、注重发挥其他机关和组织专业优势为主旨的诉前公告程序，实际上并未关注到我国其他机关和组织在公益诉讼中的现实弱势，并不利于公共利益的保护。[1]而且检察机关实际上也并不愿其他适格主体参与诉讼，因为这无疑会导致诉讼程序过于复杂，增加检察机关的诉讼负担。[2]最关键的是，鲜少有案件可以实现提起刑事公诉、启动公告程序、提起附带民事公益诉讼三种程序间的无缝衔接，存在诉前程序与提起诉讼程序之间衔接不畅的技术问题，这会影响对诉前程序的效果评判，也会损及检察机关的检察公信力和司法权威。[3]由此可见，诉前公告程序既未实现督促适格主体起诉、实现诉前办结案件的预期制度效果，也未落实简化诉讼流程、提升诉讼效率的预期司法效果，反而产生了延长诉讼时间、妨碍诉讼进程、降低诉讼效率的弊端，既干扰了刑事审判的正常进行，难以保障罪刑法定原则的有效实现，[4]也影响了刑事公诉和附带民事公益诉讼的协同办理。[5]

整体而言，在检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼程序体系中，诉前公告程序在司法实践中“形同虚设”，而是否要将其设置为必经的前置程序，至今仍是理论界和实务界均亟待解决的难题。

（二）诉讼审理程序运行肆意

环境刑事附带民事公益诉讼之诉讼审理程序亦表现为运行肆意现状，关键问题有二：一是民事公益诉讼请求的确定困难，存在诉讼请求精准化不足问题，二是环境刑事附带民事公益诉讼的证据规则缺乏规范指引，导致证明困难。

1.诉讼请求的精准化不足

观察环境刑事附带民事公益诉讼的司法实践发现，检察机关针对所附带的民事公益诉讼提出的诉讼请求主要包括预防性请求、恢复性请求和赔偿性请求三种类型。受公益诉讼职能的制约，检察机关作为环境刑事附带民事公益诉讼之起诉主体向法院提出的诉讼请求时，应当具体明确，做到对具体实体权利内容的“精准化”表达。具体而言，就是检察机关所提出的诉讼请求应以实现环境公共利益保护救济的最优效果为目标，针对个案情况并结合具体法律规范，通过准确地选择、划分责任承担方式与份额，保证检察机关提出种类清楚、范围明确、内容特定的诉讼请求。[6]然而，检察机关针对附带的民事公益诉讼所提出的诉讼请求仍存在不精准情形。

环境刑事附带民事公益诉讼以维护环境公共利益为主旨，而环境公共利益损害本就具有潜伏性、复杂性、不可逆性等特点，这在无形中增加了诉讼请求的提出难度和复杂程度。在司法实践中，检察机关所提出的民事公益诉讼请求主要表现为多种诉讼请求类型的组合。最常见的就是“赔偿性请求＋恢复性请求”的组合式诉讼请求，有的案件均表现为金钱形式，如在刘某某非法采矿刑事附带民事公益诉讼案中，检察机关的民事公益诉讼请求为赔偿生态环境服务功能损失和支付生态环境损害修复费用。[7]还有的案件则均表现为行为形式，如在黄某某等 8 人非法捕捞水产品刑事附带民事公益诉

1 参见谢小剑.论刑事附带民事公益诉讼诉前公告制度的废除[J].法治研究,2024,(02):72-83.

2 参见穆赤 · 云登嘉措,杨本加.检察机关环境民事公益诉讼诉前程序的制度分析及其完善——基于学理和实践的视角[J].青海民族大学学报(社会科学版),2022,48(03):165-173.

3 参见朱全宝.检察公益诉讼的理论优化与机制完善[J].国家检察官学院学报,2024,32(02):70-85.

4 刘艺.刑事附带民事公益诉讼的协同问题研究[J].中国刑事法杂志,2019,(05):77-91.

5 刘加良.刑事附带民事公益诉讼的困局与出路[J].政治与法律,2019,(10):84-94.

6 郑若颖,张和林.论检察民事公益诉讼请求的精准化[J].华南师范大学学报(社会科学版),2022,(06):158-169+208.

7 江西省瑞昌市人民法院一审判决书：（2022）赣 0481 刑初 304 号。

讼案中，检察机关的民事公益诉讼请求为赔礼道歉和增殖放流。[1]无论是金钱形式还是行为形式的诉讼请求，均存在内容模糊不清、模棱两可的“非精准化”问题，主要表现为预防性请求和恢复性请求缺乏具体的措施与效果评价参考标准、赔偿性请求缺乏正确合理的计算标准，以及同类诉讼请求间衔接与折抵规则匮乏，等等。[2]尤其是尚处于初步探索阶段的预防性请求，还存在抽象表达与多元司法、公益诉权与职权审判、重大风险与模糊证据、行政监管与司法救济、临时诉请与永久执行、损害性填补与惩罚性赔偿等几类冲突。[3]诉讼请求的非精准化难免会减损诉讼效率，导致司法公益保护机制失灵，无法充分回应以权利保护为基本内核的民事公益诉讼目的，[4]还会减损检察机关的公信力和司法权威，招致众多负面诉讼效果。

2.证明规则的匹配度不足

环境刑事附带民事公益诉讼具备刑事诉讼和民事诉讼双重属性，在诉讼审理过程中亦存在刑事证明规则与民事证明规则，这两种证明规则的逻辑构造具有同一性、作用机制具有相似性、讨论意义具有相当性，[5]此乃两种证明规则共存于环境刑事附带民事公益诉讼证明体系的理论基础。检察机关作为环境刑事附带民事公益诉讼的起诉主体，肩负着证明环境刑事犯罪和环境民事侵权两部分的责任。司法实践中存在刑事证明规则和民事证明规则相互冲突、混同适用的情形，甚至并不存在民事证明规则的适用空间，导致该类诉讼异化为单纯的刑事赔偿诉讼，[6]在《人民检察院公益诉讼办案规则》（以下简称《检察公益诉讼办案规则》）第 88 条中也明确表示刑事领域的证据材料可以直接适用于所附带的民事公益诉讼案件。[7]

表 1　环境刑事附带民事公益诉讼证明规则类型比较

证明规则	证明对象	证明责任	证明标准
刑事证明规则	定罪事实+量刑事实：被告人的身份，被指控的犯罪行为是否存在，被指控的行为是否为被告人所实施，被告人的罪过和行为的动机、目的，实施行为的时间、地点、手段、后果，被告人的责任以及与其他同案人的关系，被告人有无法定或酌定从重、从轻、减轻处罚以及免除处罚的情节等。	“谁主张、谁举证”	“排除合理怀疑”
民事证明规则	当事人主张的事实：环境损害事实是否存在、损害行为具体加害方的确定、是否存在免责事由，以及损害事实与损害后果之间是否存在因果关系等	“举证责任倒置”	“高度盖然性”

然而，环境刑事附带民事公益诉讼证明体系中所适用的两种证明规则仍有区别（见表 1）。首先在证明对象方面，两种证明规则虽均为案件事实，有时存在同一性或牵连性，[8]但民事案件事实作为引致刑事案件事实的手段或方法，并不能直接作为蕴含行为人最终目的的刑事案件事实。[9]其次在证

1 湖南省岳阳县人民法院一审判决书：（2021）湘 0621 刑初 244 号。
2 参见郑若颖.张和林.检察民事公益诉讼请求精准化之实现进路[J].人民检察,2021,(18):69-70.
3 宋汉林.论预防性环境民事公益诉讼请求之确定[J].中州学刊,2023,(10):65-74.
4 参见任重.民法典的实施与民事诉讼目的之重塑[J].河北法学,2021,39(10):38-70.
5 参见齐一村.刑法教义学视野下的实体规范与证明标准[D].吉林大学,2020.
6 参见魏盛礼,赖丽华.试论取消刑事附带民事诉讼制度[J].法学论坛,2005,(01):111-115.
7 《人民检察院公益诉讼办案规则》第 88 条：刑事侦查中依法收集的证据材料，可以在基于同一违法事实提起的民事公益诉讼案件中作为证据使用。
8 参见亢晶晶.刑事鉴定意见在民事诉讼中的使用问题[J].证据科学,2022,30(06):645-658.
9 参见殷炳华.法治公安视阈中的刑民交叉案件研究[J].山东警察学院学报,2020,32(02):13-28.

明责任方面，刑事领域主要采取“谁主张、谁举证”的一般规则，民事领域则主要采取“举证责任倒置”的特殊规则。诚然，鉴于环境犯罪的案情复杂程度和证明困难程度，实务界也倾向于降低检察机关在某些环境犯罪中的举证责任，理论界也主张引入举证责任倒置规则。[1]民事领域也存在采用“谁主张、谁举证”一般证明规则的学术观点。[2]最后在证明标准方面，“排除合理怀疑”是贯穿于刑事诉讼全过程的证明标准，此乃从负面审视既有证据的证明效果，而“高度盖然性”则是民事诉讼的最高证明标准，[3]是从正面审视既有证据的证明效果。刑事证明标准明显高于民事证明标准，且前者侧重于对被告人的倾斜性保护，而后者则要求平等对待双方当事人。[4]因此，在证明环节，环境刑事犯罪和环境民事侵权两部分理应采取不同的证明规则，既不能套用刑事证明规则来免除环境损害行为人的民事责任，这明显背离原被告双方的利益均衡原则，还会增加原告的错判率，[5]出现证据越充分、行为人责任越小的悖论。[6]另外，也不能全盘适用民事证明规则而降低刑事犯罪证明标准，这会导致刑事犯罪的入罪门槛过低从而突破罪刑法定原则，导致刑法谦抑性遭受诘难。[7]况且在实践中，“高度盖然性”的民事证明标准还存在“高标准低操作”的悖论，亟需“以规则高标准防范操作低标准。”[8]

二、检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼程序的问题成因

（一）制度成因：法律制度储备不足

检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼的程序运转需要规范指引。然而梳理我国既有法律体系，《检察公益诉讼解释》第 20 条[9]和《检察公益诉讼办案规则》第 14 条、[10]第 97 条[11]明确规定了检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼的起诉资格和管辖规定，是最为直接且重要的程序规范依据，其中《检察公益诉讼解释》第 20 条也是法院判决书所引用的主要法律条文。但是根据《中华人民共和国立法法》第 8 条的法律保留规定，检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼的制度规定只能由全国人大及其常委会制定法律，司法解释无法成为其最高法源。立法缺位容易导致司法实践各行其是。观察实践发现，法院主要从刑事诉讼法律或民事诉讼法律的程序规范中寻找依据，详言之，参考刑事诉讼法律体系中关于刑事附带民事诉讼的程序规范，[12]或民事诉讼法律体系中关于民事公益诉讼的程序规范。[13]然而通过对具体法律条文的细致梳理和严格解释，这两类诉讼程序规范

---

1 主张在环境犯罪证明领域引入举证责任倒置规则的学者观点参见董邦俊,胡德葳.环境犯罪之证明责任研究[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2014,30(06):37-46；张勇.整体环保观念下污染环境罪的理解与适用[J].新疆社会科学,2011,(06):89-94；谢治东.环境犯罪的惩治与传统刑事归责原则的创新[J].环境污染与防治,2006,(11):841-844+871；梅宏.刑法生态化的立法原则[J].华东政法学院学报,2004,(02):70-78.等等。

2 学术界主张采用“谁主张、谁举证”一般证明规则的观点主要存在两大领域：一是预防性环境民事公益诉讼领域，相关观点参见马煜,曾彩琳.风险视域下预防性环境公益诉讼制度理路[J].合肥工业大学学报(社会科学版),2023,37(02):126-134.二是环境民事公益诉讼之惩罚性赔偿领域，相关观点参见单平基.环境民事公益诉讼惩罚性赔偿的适用及规制[J].政法论坛,2023,41(06):28-38.

3 吴如巧.我国民事诉讼证明标准体系的再检讨[J].南大法学,2023,(01):131-147.

4 参见熊晓彪.证明标准多维解构与体系重塑[J].中国刑事法杂志,2023,(04):157-176.

5 牟军.民事证明标准论纲——以刑事证明标准为对应的一种解析[J].法商研究,2002,(04):27-36.

6 参见户恩波.附带民事公益诉讼不能适用刑事诉讼证明标准[N].检察日报,2018-05-02(03).

7 陈哲.我国自然资源损害民刑救济机制一体化的制度设计[J].暨南学报(哲学社会科学版),2024,46(04):84-96.

8 霍海红.提高民事诉讼证明标准的理论反思[J].中国法学,2016,(02):258-279.

9 《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 20 条：人民检察院对破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的犯罪行为提起刑事公诉时，可以向人民法院一并提起附带民事公益诉讼，由人民法院同一审判组织审理。

人民检察院提起的刑事附带民事公益诉讼案件由审理刑事案件的人民法院管辖。

10 《人民检察院公益诉讼办案规则》第 14 条：人民检察院办理民事公益诉讼案件，由违法行为发生地、损害结果地或者违法行为人住所地基层人民检察院立案管辖。

刑事附带民事公益诉讼案件，由办理刑事案件的人民检察院立案管辖。

11 《人民检察院公益诉讼办案规则》第 97 条：人民检察院在刑事案件提起公诉时，对破坏生态环境和资源保护，食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益，侵犯未成年人合法权益，侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉等损害社会公共利益的违法行为，可以向人民法院提起刑事附带民事公益诉讼。

12 梳理刑事诉讼法律体系，关于刑事附带民事诉讼的程序规范主要集中于《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第七章和《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释（2021）》（以下简称《刑事诉讼法解释》）第六章。

13 梳理民事诉讼法律体系，关于民事公益诉讼的程序规范主要分布在《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《环境民事公益诉

与环境刑事附带民事公益诉讼的匹配度较低，并无法与该类诉讼实现完美融贯，导致检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼仍然面临法律制度储备不足问题，这也是导致诉讼程序运作不畅的制度成因。

表 2　与检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼相关的法律规范文件

层级	法律规范
法律	《中华人民共和国刑事诉讼法》
	《中华人民共和国民事诉讼法》
司法解释	《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》
	《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》
	《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》
	《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》
	《最高人民法院、最高人民检察院关于人民检察院提起刑事附带民事公益诉讼应否履行诉前公告程序问题的批复》
	《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》
	《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》
	《最高人民法院关于生态环境侵权民事诉讼证据的若干规定》
	《最高人民法院关于具有专门知识的人民陪审员参加环境资源案件审理的若干规定》
	《人民检察院公益诉讼办案规则》
	《人民检察院刑事诉讼规则》
	《检察机关民事公益诉讼案件办案指南（试行）》

刑事诉讼法律体系中可作为环境刑事附带民事公益诉讼程序依据的法律条文主要集中于《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第七章和《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国刑事诉讼法＞的解释（2021）》（以下简称《刑事诉讼法解释》）第六章，章名为“附带民事诉讼”，法律条文中均未出现“附带民事公益诉讼”字眼。理论界通常将刑事附带民事诉讼划分为私益性刑事附带民事诉讼和公益性刑事附带民事诉讼，而《刑事诉讼法》第 101 条第 2 款被称为“公益性刑事附带民事诉讼”，通过对该法律条款进行法律解释可知，公益性刑事附带民事诉讼实际上并不等同于刑事附带民事公益诉讼。首先，借助历史解释方法，“刑事附带民事公益诉讼”首次提及是在最高检于 2016 年印发的《关于深入开展公益诉讼试点工作有关问题的意见》，首次提出刑事附带民事公益诉讼这一新类型的公益诉讼，而在 1979 年《刑事诉讼法》首次公布时就提及“公益性刑事附带民事诉讼”，[1]而该条款延续至今并未做任何实质性的变动修改，由此可知，“公益性刑事附带民事诉讼”条款并不涵盖“刑事附带民事公益诉讼”，这两种诉讼类型之间存在区别。其次，借助限缩解释方法，《刑事诉讼法》第 101 条第 2 款的起诉要件是“国家财产、集体财产遭受损失”，“国家财产、集体财产”蕴含的“公益”为国家利益、集体利益，而环境刑事附带民事公益诉讼所涉及的“公益”不仅包括国家利益、集体利益，还包括社会公共利益，[2]其指称可识别的和不可分割的社会公众利益，[3]是社会全部

讼解释》）《检察公益诉讼解释》《检察公益诉讼办案规则》《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《检察刑事诉讼规则》）等法律规范文件。

1 《中华人民共和国刑事诉讼法（1980 年）》第 53 条：被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。

如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。

人民法院在必要的时候，可以查封或者扣押被告人的财产。

2 我国学界通常将公共利益划分为国家利益和社会公共利益，参见朱孝清.公诉裁量中的公共利益考量[J].国家检察官

或部分成员所享有的利益。[1]正因如此，《刑事诉讼法》第 101 条第 2 款表述的“公益性刑事附带民事诉讼”的起诉要件不包括社会公共利益受损情形，故该条款无法完全作为“刑事附带民事公益诉讼”的规范依据。最后，借助体系解释方法，《刑事诉讼法》中关于附带民事诉讼的章节位居总则编，而非特别程序编，因此可知在我国刑事诉讼法律程序体系内，并未将附带民事诉讼视为一种以保护特定群体和特定罪案类型权利为主旨的刑事特别程序，[2]而仅仅是以处理刑事案件特殊问题、提高整个诉讼体系效率为主旨，对普通刑事诉讼程序起到一定辅助、补充作用的诉讼程序。然而，附带民事公益诉讼与附带民事诉讼不同，其处理的是特定主体侵犯公共利益的案件，[3]涉及的罪案类型有限，保护的群体仅为社会公众，最关键的是，附带民事公益诉讼亦关注对被告主体的权利保护，[4]隶属于赋权型的刑事特别程序。[5]在《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《检察刑事诉讼规则》）中也明确将附带民事诉讼和附带民事公益诉讼分别阐述，[6]因此，刑事诉讼法体系中关于附带民事诉讼的程序规定无法适用于附带民事公益诉讼案件，“公益性刑事附带民事诉讼”也就无法完全等同于刑事附带民事公益诉讼。

民事诉讼法律体系中可作为环境刑事附带民事公益诉讼程序依据的法律条文较为零散琐碎，主要集中于《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 58 条第 2 款，《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《环境民事公益诉讼解释》）第 282 条至第 289 条，以及《检察公益诉讼解释》《检察公益诉讼办案规则》等等。民事公益诉讼和附带民事公益诉讼都以维护公共利益为落脚点，根据《检察公益诉讼解释》第 26 条的规定，[7]检察机关提起刑事附带民事公益诉讼的程序运作可以参考适用民事诉讼法及其司法解释，理论界亦有学者认为刑事附带民事公益诉讼的本质就是民事公益诉讼，检察机关提起的刑事附带民事公益诉讼是检察民事公益诉讼的特殊形态，因此将《民事诉讼法》确定为基本法律规范依据，借助民事公益诉讼程序实现环境刑事附带民事公益诉讼的程序运作，有利于从物质损害赔偿和精神损害赔偿两个维度实现对公共利益的全面保护，充分捍卫检察公益诉权的谦抑性与补充性，促进环境刑事附带民事公益诉讼程序正常、稳健运行。[8]然而，环境刑事附带民事公益诉讼与环境民事公益诉讼之间仍然存在些许不同，尤其是在诉讼程序方面，如程序启动要件不同，环境刑事附带民事公益诉讼以刑事诉讼为启动开关，而检察机关单独提起民事公益诉讼则不考虑刑事诉讼，仅以没有适格主体或适格主体不起诉为前提。[9]在民事程序独立性、附带性和完整性方面亦有不同，环境刑事附带民事公益诉讼的民事诉讼部分依附于刑事部分，因此相较于环境民事公益诉讼，其民事程序的独立性和附带性

学院学报,2023,31(03):89-105.杨柳.论检察公益诉讼受案范围的拓展[J].政法论坛,2023,41(06):50-59.王轶,董文军.论国家利益——兼论我国民法典中民事权利的边界[J].吉林大学社会科学学报,2008,(03):68-76.

3 Christopher C. Osakwe:The Public Interest and the Role of the Procurator in Soviet Civil Litigation:A Critical Analysis,Texas International Law Journal,Vol.18:1,P.49-52.

1 参见颜运秋.公益诉讼法律制度研究[M].北京:法律出版社,2008:26-27.

2 根据权利流动保护说的观点，特别程序主要是基于每一种特别程序的个性化追求而创设，突出表现在特定群体和特定罪案类型权利保护强度定位不同以及权利配套救济制度配置的差异化上。参见李树民.论刑事特别程序创设的一般法理[J].政法论坛,2019,37(06):130-141.

3 聂友伦.刑事附带民事公益诉讼的理论反思[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2023,47(05):90-96.

4 之所以将检察机关作为刑事附带民事公益诉讼的唯一起诉主体，减少其他民事公益诉讼适格原告通过附带诉讼维护公共利益的机会，这实际上是旨在保护被告主体的权利，避免对其进行滥诉，加大惩罚力度。参见杨雅妮.论刑事附带民事公益诉讼的起诉主体——基于“身份”与“范围”的分析[J].求索,2022,(06):147-155.DOI:10.16059/j.cnki.cn43-1008/c.2022.06.017.

5 赋权型特别程序是指在一审普通刑事程序的基础上，对所赋予的权利内容进行适当调整，扩大被追诉主体权利保护的范围和强度，进行更多的赋权型制度配置。参见李树民.论刑事特别程序创设的一般法理[J].政法论坛,2019,37(06):130-141.

6 比如《人民检察院刑事诉讼规则》第 339 条:人民检察院对案件进行审查后，应当依法作出起诉或者不起诉以及是否提起附带民事诉讼、附带民事公益诉讼的决定。

7 《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 26 条:本解释未规定的其他事项，适用民事诉讼法、行政诉讼法以及相关司法解释的规定。

8 参见刘加良.刑事附带民事公益诉讼的困局与出路[J].政治与法律,2019,(10):84-94.苏和生,沈定成.刑事附带民事公益诉讼的本质厘清、功能定位与障碍消除[J].学术探索,2020,(09):74-83.

9 参见万春,缐杰,张杰,等.最高人民检察院第八批指导性案例解读[J].人民检察,2017,(06):27-32.

更强，而该民事程序的完整性则相对较弱。[1]因此，若直接将民事公益诉讼程序规范作为环境刑事附带民事公益诉讼的制度框架，难免存在不相兼容的困境，甚至还会产生程序冲突。

（二）关系成因：民刑诉讼关系不清

如前所述，环境刑事附带民事公益诉讼无法完全适用刑事诉讼法体系中关于刑事附带民事诉讼的程序规范，也无法完全适用民事诉讼体系中关于民事公益诉讼的程序规范，探其究竟。关键在于环境刑事附带民事公益诉讼是环境领域刑事诉权和民事公益诉权在同一程序中偶合的结果，其程序运作过程中也呈现出民刑交叉特点。厘清民刑诉讼关系是解决检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼程序运行问题的关键所在。

1.民刑诉讼之阶层性关系隐含程序衔接问题

对于环境刑事附带民事公益诉讼中民刑诉讼关系，实务界通常认为二者存在先后的阶层性，故采取先刑后民或先民后刑的案件处理模式，但是此类民刑诉讼关系认知实际上忽视了刑事诉讼与民事诉讼之间的巨大差异，导致环境刑事附带民事公益诉讼程序运转出现矛盾，隐含程序衔接问题。

（1）先刑后民关系的反思

在我国司法实务界的传统认知中，通常认为应当以“先刑后民”为基本原则应对民刑交叉案件，这主要基于四方面原因：一是我国传统的“重刑轻民”认知；二是刑事审判权实际存在的广泛性或超限性、扩张性；三是在揭示案件事实或真实性方面，刑事案件相对于民事案件的优越地位；四是民刑交叉诉讼中当事人人身自由受限。[2]我国理论界对环境刑事附带民事公益诉讼中民刑关系的主流认知也是“先刑后民”关系，而实务界也采纳该观点，在相关案件判决书的“本院认为部分”，先论证刑事部分、再论证附带环境民事公益诉讼部分，先解决定罪量刑问题、再解决民事公益诉讼责任的承担问题，[3]故对此类案件采取“先刑后民”模式。

“先刑”是指法院同一审判组织先大体查明犯罪事实并对刑事诉讼形成裁判意见，“后民”是指该审判组织在解决刑事犯罪纠纷后，再继续就附带的民事赔偿部分进行审理并形成裁判意见。[4]诚然，这仅仅是该模式的理想样态。我国司法实务人员在以“先刑后民”为原则处理环境刑事附带民事公益诉讼案件时，尚未完全达致此理想样态，暴露出诸多弊端，如在审理中，“先刑后民”模式致使定罪量刑成为法庭的审理重点，民事公益诉讼部分的解决过度依附刑事判决，这就导致所确定的民事责任难免存在不合理之处。此外，刑事部分的判决也缺乏对民事部分的考虑。民事责任与刑事责任之间无法充分协调，导致附带民事公益诉讼部分出现“空判”现象，这必然使得被告人难以获得公平合理的责任承担，被害人的合法权益也难以获得合理保障。[5]而“先刑后民”模式所衍生的最大问题就是容易使“民事纠纷升级为刑事问题”，诱使当事人以刑事手段压迫解决民事纠纷，这必然加大了对损害生态环境主体的打击力度。[6]

（2）先民后刑关系的反思

随着“先刑后民”模式的弊端愈发明显，我国司法实践中开始尝试民事案件先行调解结案或者民事诉讼在刑事诉讼审结前审理完毕，即“先民后刑”模式。[7]最常见的就是对附带民事公益诉讼部分的先行调解，[8]此乃“先民后刑”模式的重要程序机制。[9]在本文所筛选的案例样本中，此类案件数量达

---

1 参见胡铭,陈高鸣.数字时代个人信息保护的困境与程序法回应——以刑事附带民事公益诉讼为切入点[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2023,53(06):5-25.

2 参见张卫平.民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理[J].法学研究,2018,40(03):102-117.

3 杨雅妮.环境刑事附带民事公益诉讼审理顺序的反思与优化[J].河南社会科学,2024,32(02):34-42.

4 自正法,刘倩楠.论环境案件中赔偿影响量刑的实证检视及其规范路径[J].浙江社会科学,2024,(05):46-58+157.

5 参见刘少军.论“先民后刑”刑事附带民事诉讼程序的构建——兼论《刑事诉讼法修正案》对附带民事诉讼制度的改革[J].政治与法律,2012,(11):139-148.

6 参见蒋大兴.“民事赔偿责任优先”抑或“民事诉讼优先”?——“私权优先”应从实体规范向程序规则演进[J].中国社会科学院大学学报,2023,43(04):27-45+164-165+169.

7 “先民后刑”模式强调在确定被告人构成犯罪的前提下，先进行附带民事诉讼的调解或判决，及时有效地解决民事赔偿问题，并将民事赔偿作为重要的量刑情节，然后再进行刑事审理以确定被告人的最终量刑。参见陈瑞华.刑事附带民事诉讼的三种模式[J].法学研究,2009,31(01):92-109.

8 此处的调解采取广义理解，包括和解和调解这两种非诉纠纷解决方式。

9 杨良胜.刑事附带民事诉讼理论与实践探索[M].北京:人民法院出版社,2015:71.

867 件，几乎涉及所有的环境犯罪类型，在有些情节特别严重的环境犯罪案件中也存在以调解方式结案的情形，如郑某等盗伐林木案、[1]牛乙某某等非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物案、[2]左某某等非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物案，[3]等等。“先民后刑”模式中还有一个关键环节，就是法院会针对被告人在民事公益诉讼中的不同表现作出不同的刑事裁决，如在责任承担方面，大部分案件都在刑事责任判决时考虑了民事责任承担情况，根据被告主体通过行为或金钱方式填补或恢复受损利益的情况，酌定刑事量刑幅度，为减免刑事责任提供道义基础，这在我国最高法于 2000 年出台的《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》中也予以法定化认可。[4]

然而，“先民后刑”这种极具实用主义色彩的处理模式也并非完美无缺，极其容易遭受理论正当性质疑，比如刑事责任和民事责任作为两种不同性质的法律责任，其相互取代、吸收的理论正当性质疑，以及以“是否赔偿”衡量刑事责任与民事赔偿关系引发的“以钱赎罪”的质疑。[5]

2.民刑诉讼之并行性关系暴露程序冲突问题

解读我国《刑事诉讼法》第 104 条，[6]“附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判”实际上是将刑事附带民事诉讼中的民刑诉讼关系认定为并行性关系，相关案件处理采用民事诉讼程序与刑事诉讼程序各自独立，民事责任与刑事责任各自确认、互不吸收的“民刑并行”模式。《刑事诉讼法》第 101 条第 2 款中规定检察机关“可以”提起附带民事诉讼，赋予其程序选择权，亦是对待民刑交叉案件采取“民刑并行”模式的法律依据之一。另在我国《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）中也针对民刑交叉列案件的审理顺序采取了以“民刑并行”为原则，“先刑后民”为例外的审理顺序，并在第 128 条列举了部分采取“民刑并行”模式的案件情形，关键要件是否系基于同一主体实施的行为判断。[7]“民刑并行”模式充分认识到刑事诉讼程序和民事诉讼程序这两种诉讼程序之间在程序构建、诉讼基本原则、价值取向、证据规则等方面的差异，但仍强调同时启动、同步处理、并行推进两种诉讼程序，更强调两种诉讼程序在证据移交、勘验鉴定等方面的协同配合、相互支持。[8]

虽然前文认为《刑事诉讼法》所提及的附带民事诉讼并不囊括附带民事公益诉讼，《九民纪要》中围绕民刑交叉案件之间民刑诉讼关系的相关法律规定也主要针对经济类民商事案件。但就环境刑事附带民事公益诉讼中民刑诉讼关系的界定而言，上述法律规范文件中所蕴含的并行性民刑诉讼关系理念具有重要的借鉴参考意义。在环境刑事附带民事公益诉讼案件中，生态环境损害赔偿纠纷事实和被告主体承担赔偿责任并不需要以刑事案件判决为前提，民事诉讼程序和刑事诉讼程序孰先孰后对该诉讼的审理并无影响。[9]因此，司法实践中可以将“民刑并行”作为环境刑事附带民事公益诉讼案件的处理模式，允许检察机关在环境刑事诉讼作出生效裁决前后的任意时段提起环境民事公益诉讼，并经深入研究探索，亦可引入类型化思维，构建层次分明、作用不同的环境公共利益保护体系，充分发挥民事诉讼与刑事诉讼的各自优势。

---

1 被告人郑权盗伐林木上千株，严重破坏森林资源的生态环境服务功能、损害环境公共利益，被判处长达十一年的有期徒刑。参见黑龙江省宝泉岭农垦法院一审判决书：（2020）黑 8101 刑初 30 号.

2 被告人严重损害自然资源、破坏生态环境，满足情节特别严重的法律规定，均被判处约十年的有期徒刑。参见青海省格尔木市人民法院一审判决书：(2018)青 2801 刑初 267 号.

3 被告人左有辉非法猎捕、杀害十余只国家保护动物，严重损害自然资源物权，满足情节特别严重的法律规定，被判处长达十年的有期徒刑。参见云南省巍山彝族回族自治县人民法院一审判决书： (2021)云 2927 刑初 289 号.

4 《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第 4 条：被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。

第 5 条：犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受物质损失的，人民法院应当依法予以追缴或者责令退赔。被追缴、退赔的情况，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。

经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理。

5 参见陈纯柱.樊锐.“先民后刑”模式的正当性与量刑研究[J].中国政法大学学报,2012,(02):59-67+160.

6 《中华人民共和国刑事诉讼法》第 104 条：附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

7 李玉林.民刑交叉案件并行处理原则的理解与适用——以《九民会议纪要》第 128 条的规定为中心[J].法律适用,2022,(08):85-92.

8 参见牛正浩.知识产权刑民交叉程序优化理论研究[J].湖南社会科学,2024,(02):102-110.

9 郭小冬.检察机关提起刑事附带民事公益诉讼的实践争议及理论回应[J].法律科学(西北政法大学学报),2023,41(05):162-175.

对环境刑事附带民事公益诉讼案件采取“民刑并行”模式，填补了“先刑后民”“先民后刑”两类以民刑诉讼阶层性关系为价值理念指导的案件处理模式之弊端，但是未必发挥了比这两类案件处理模式更优质的环境公共利益保护效果。在环境司法领域仍有司法成本较高、结案时间较长、涉案财产可能被转移等弊端，不利于赔偿义务人积极履行生态环境修复义务、无法保证对生态环境进行及时有效修复，[1]仍然未充分实现对环境公共利益的全面保障。

三、检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼程序的健全完善

检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼是解决生态环境损害纠纷、维护环境公共利益的重要诉讼途径，健全完善相关诉讼程序更是生态环境司法发展的关键所在。检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼是刑事诉讼和环境民事公益诉讼的结合体，其程序运作存在民刑诉讼交叉情形，理应在厘清民刑诉讼关系的基础上，通过诉前前置程序和诉讼审理程序两方面实现对相关诉讼程序的优化完善。

（一）厘清环境刑事附带民事公益诉讼之“刑—民—刑”关系

检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼所针对的是因同一损害环境公共利益事实而引发的民刑交叉类案件。如前所述，“先刑后民”“先民后刑”“民刑并行”三种民刑交叉案件之处理模式，在司法实务操作中均暴露诸多不足，无法实现与该类诉讼的完美自洽，难以全面保护环境公共利益。刑事诉讼程序与民事诉讼程序存在共性，但又鉴于归属于不同的部门法，又存在区别，但此区别是相对的、具体的、历史的，故两种诉讼程序并不绝对排斥，完全可以并存。剖析检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼的诉讼法理，“刑—民—刑”处理模式既可以填补上述三种民刑交叉类案件处理模式之不足，也与检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼之价值理念相契合，有利于充分实现该类诉讼的多元化目的，更有益于生态环境损害纠纷的高效解决，全面保障环境公共利益。

检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼时存在角色交织情形，既是以公诉主体角色提起环境刑事诉讼，又是以起诉主体角色提起具有附带性的环境民事公益诉讼，还有可能以支持主体角色支持其他适格主体提起或者参与环境民事公益诉讼，但最重要和核心的角色是刑事公诉主体角色，此乃检察机关承担法律监督职能的关键角色之一，主要是通过指控和证明环境犯罪来进行法律监督。[2]另外，追溯检察权项的发展趋势，结合检察机关的功能优势，法律监督职能也是检察机关最重要的基础性职能，“刑事公诉的本质是法律监督”。[3]鉴于此，环境刑事诉讼程序理应在整个环境刑事附带民事公益诉讼程序体系之首，而附带提起的环境民事公益诉讼所涉及的民事诉讼程序则置于刑事诉讼之后。但是，又鉴于“民法不是自足的，它需要刑法赋予它最终的制裁。”[4]故在最终制裁之时，仍需要刑事诉讼程序兜底，保证被告主体因同一生态环境损害行为而承担的法律责任符合公平理念，所遭受损害的环境公共利益可以得到充分有效的保障。

将检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼中的民刑诉讼关系视为“刑—民—刑”关系，以“刑—民—刑”作为该类诉讼案件处理模式，一是要求在审理程序方面遵循“定罪—附带环境民事公益诉讼—量刑”的审理顺序。详言之，即在法院确定被告主体的损害生态环境的行为构成犯罪后，期望通过对附带环境民事公益诉讼部分进行调解或者先行确定被告主体的环境民事公益诉讼责任，之后，再充分考虑行为主体履行环境民事公益诉讼责任的情况，将其作为环境刑事责任的量刑情节，以“被告人认罪态度好”“主动缴纳罚款”“已履行生态修复责任”等为由，以作出刑事判决，主要表现为在量刑方面进行从宽处理，甚至直接免除“免予刑事处罚”，[5]二是要求在责任承担方面理应进行民事责任与刑事责任的综合认定。在检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼中，涉及因同一环境犯罪行为而引起的刑事责任和民事责任，此乃聚合责任的表现。虽然刑事责任和民事责任之间因所隶属的部门法不同而存在区别，但是仍然难掩其同质性，而理论界和实务界均同质性责任相互折抵原则，故

---

1 参见汪劲,马海桓.生态环境损害民刑诉讼衔接的顺位规则研究[J].南京工业大学学报(社会科学版),2019,18(01):25-34+111.

2 参见田凯,单民.论公诉权与法律监督权的一致[J].法学评论,2006,(04):21-26.

3 孙谦,刘立宪.检察论丛(第 2 卷)[C].北京:法律出版社,2001:109-110.

4 [英]韦恩 · 莫里斯.法理学:从古希腊到后现代[M].李桂林,李清伟,候健等译.武汉:武汉大学出版社,2002:206.

5 参见杨雅妮.环境刑事附带民事公益诉讼审理顺序的反思与优化[J].河南社会科学,2024,32(02):34-42.

主张运用量刑情节、环境刑事附带民事损害赔偿、非刑罚处罚方式等多元方式实现生态环境损害赔偿或者生态环境修复责任。[1]

（二）确立环境刑事附带民事公益诉讼之诉前前置程序

诉前程序已然成为检察机关的主要办案手段和结案方式，是检察机关落实法律监督职能的重要保障。配置诉前程序彰显了检察机关通过环境刑事附带民事公益诉讼履行法律监督职能的谦抑性，也可以充分调动多主体参与生态环境保护工作的主动性和积极性。建议以“诉前公告程序为主、其他前置程序为辅”配置检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼之诉前前置程序。又鉴于诉前前置程序先天存在降低诉讼效率、延长诉讼期限之弊端，检察机关过度依赖诉前前置程序也容易导致诉讼程序被架空。[2]因此，无论是法院还是检察机关，都应当对诉前前置程序秉持审慎态度。

鉴于检察机关在提起环境刑事附带民事公益诉讼仍以刑事公诉主体为关键角色，以环境刑事诉讼为首要诉讼，故要求刑事检察部门在拟对环境犯罪行为提起刑事诉讼时，先初步简单审查是否满足提起附带民事公益诉讼的条件，如若符合，则应通知公益诉讼部门配合调查。[3]结合污染物的种类、排放地点、数量、辐射面积、超标幅度、具体方式、涉及人群、直接损失、违法所得等考量因素，以及辐射范围所达面积、涉及人群所达数量、侵害对象重要程度等法定客观标准，最终决定是否启动环境刑事附带民事公益诉讼之诉前公告程序。[4]此外，囿于诉前公告程序容易导致诉讼拖延、影响诉讼效率，因此需要以提升诉讼效率为主旨优化诉前公告程序，一方面理应缩短公告期间，毕竟前述实践证明在检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼时鲜少有其他适格主体提起诉讼亦或参与诉讼，而缩短公告期间可以提升检察机关介入环境民事公益诉讼的效率和及时有效维护环境公共利益。[5]另一方面可以借助互联网技术，搭建一个专门和统一的公告发布平台，该平台亦是“检察机关、法院、法律规定的机关以及有关社会组织可以随时查询的公告信息交流平台，”[6]如此方可全面增强环境刑事附带民事公益诉讼的诉讼效能。

除诉前公告程序外，检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼时还可结合案件具体情况，以提升诉讼效率、增强诉讼效能为主旨，适时启动其他诉前前置程序。一类是以其他适格主体单独提起环境民事公益诉讼或参与检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼为目的的督促建议程序。督促建议程序主要采取发出检察建议书方式，将检察建议书附相应的证据材料在有限日期内送达其他适格主体，并将检察建议书报送上一级检察机关备案。[7]另一类则是以在诉前以非诉手段解决生态环境损害纠纷为目的的诉讼调解程序。诉前解决纠纷可以有效避免环境刑事附带民事公益诉讼的“爆炸式增长”，在诉前调解程序中，法院作为统领者和监督者身份存在，将满足条件的案件暂停在诉前阶段，由法院引导被告主体、检察机关及其他利害关系人就生态环境损害争议先行调解，最大限度将生态环境损害纠纷在诉前化解。[8]诚然，诉讼主体在诉前调解程序中具备程序选择权，以此消解法院强制启动诉前调解可能带来的正当性危机，谨防此程序功能的异化。

（三）优化环境刑事附带民事公益诉讼之诉讼审理程序

1.诉讼请求精准化之合理性落实

一是细化环境刑事附带民事公益诉讼中生态环境损害责任的表现形式，包括生态环境损害预防性责任、生态环境损害恢复性责任和生态环境损害赔偿性责任。生态环境损害预防性责任以预防环境损害结果发生或扩大为主旨，主要以停止侵害、排除妨碍、消除危险、技术更新、加装环保设备等行为作为责任表现形式。生态环境损害恢复性责任以恢复环境损害、提升环境综合质量为主旨，其表现形式包括两种，一是借助物理、化学、生物学技术措施进行直接性恢复，亦或通过劳务代偿、

---

1 杨红梅.修复生态环境责任刑民衔接的困境与完善路径[J].学海,2023,(06):180-190.

2 欧元捷.论环境公益治理中的关系秩序[J].理论探索,2020,(03):121-128.

3 参见刘艺.刑事附带民事公益诉讼的协同问题研究[J].中国刑事法杂志,2019,(05):77-91.

4 参见张佳华.刑事附带民事环境公益诉讼的经验反思与重塑[J].学术界,2022,(06):155-164.

5 朱全宝.检察公益诉讼的理论优化与机制完善[J].国家检察官学院学报,2024,32(02):70-85.

6 穆赤·云登嘉措,杨本加.检察机关环境民事公益诉讼诉前程序的制度分析及其完善——基于学理和实践的视角[J].青海民族大学学报(社会科学版),2022,48(03):165-173.

7 参见杨玉俊,贺英.检察机关开展民事督促起诉工作的路径选择[J].人民检察,2015(16):32-34.

8 参见左卫民.通过诉前调解控制“诉讼爆炸”——区域经验的实证研究[J].清华法学,2020,14(04):89-106.

增殖放流、补植复绿等方式替代性恢复的行为责任，一是以生态环境恢复行为成本货币化为主要表现的经济责任。生态环境损害赔偿性责任以赔偿环境公共利益损害为主旨，是在无法修复受损的生态环境赔偿情况下才采取的责任形式，其主要以赔偿金钱的经济责任为表现形式。

二是明确环境刑事附带民事公益诉讼中生态环境损害责任的适用标准。生态环境损害预防性责任的适用关键在于是否存在生态环境损害风险，这就需要在法律层面完善生态环境风险评估标准、细化风险评估内容，并通过生态环境风险评估程序确立不同类型生态环境损害的评估标准和阈值。[1]生态环境损害恢复性责任的适用主要考察是否同时满足恢复必要性、技术可行性和经济合理性，其中行为责任重点关注技术可行性，经济责任则重点考察经济合理性，而就经济责任而言则主要通过生态环境恢复成本法确定恢复费用。生态环境损害赔偿性责任则是在生态环境恢复性责任适用要件不满足的情况下才予以适用，该经济责任则是通过生态环境价值量化方法计算，若无法计算，则可由法院结合生态环境损害的范围和程度、生态环境恢复的难易程度、生态环境自身状况等因素，自由裁量确定。

2.证明标准和证明责任的明确

一是确定特殊的环境刑事附带民事公益诉讼之证明标准。在对检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼采取“刑—民—刑”案件处理模式的基础上，环境刑事附带民事公益诉讼之证明标准理应接近于刑事证明标准，但又不可完全与刑事证明标准等同，因此环境刑事附带民事公益诉讼所采用的证明标准具备两大诉讼特色。一是阶段性特色。鉴于检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼的阶段性特色，可以结合其纵向诉讼结构，建立阶段性的证明标准体系，即针对不同诉讼阶段设定不同程度的证明标准。[2]此外，从证明过程阶段性观察，针对不同的证明对象也应适用不同的证明标准。[3]二是附带性特色。由于检察机关在提起环境刑事附带民事公益诉讼时仍以刑事公诉主体为主要角色，民事公益诉讼的附带性致使该部分的证明标准亦具备附带性，需要结合环境犯罪性质改变证明标准高低程度，即“犯罪的性质越重，必要的证据最低要求就越高”。[4]

二是夯实环境刑事附带民事公益诉讼之证明责任。检察机关在环境刑事附带民事公益诉讼中本就肩负着重要的证明责任，既需举证证明被告主体的行为构成犯罪，还需对附带民事公益诉讼部分的案件事实承担证明责任。但就所附带民事公益诉讼部分而言，其不同于传统的环境民事公益诉讼适用“举证责任倒置”规则，毕竟在此类诉讼场域中，原被告在举证能力方面明显不是“被告强原告弱”的传统样态，而是表现为“原告强被告弱”，故建议适用“谁主张、谁举证”的证明规则，即检察机关对其民事赔偿请求所依据的事实负有提出证据加以证实的责任，而附带民事诉讼被告则对其提出的抗辩事实及反诉主张负证明责任。[5]

四、结语

随着生态文明法治建设的深入推进，检察机关提起的环境刑事附带民事公益诉讼将会是生态环境治理的重要诉讼方式。面对在司法实践中暴露出的重重诉讼困境，优化完善检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼的程序，乃是破解诉讼困境的关键之处。在此基础上，还需要提升环境检察机关提起环境刑事附带民事公益诉讼之法律依据的层次，可以从公共利益维护角度出发，在《刑事诉讼法》中增加关于刑事附带民事公益诉讼的独立条款，并在未来生态环境法典部分设置环境刑事附带民事公益诉讼的独立章节，尤其明确检察机关的起诉主体地位，并且细化具体的诉讼环节，实现诉讼程序运作的规范有序。

---

1 参见董岩.环境公益损害救济诉求下排除危害责任的解释论分析[J].法学论坛,2020,35(03):151-160.

2 参见洪浩,朱良.论检察公益诉讼的证明标准[J].山东社会科学,2019,(07):97-103.

3 参见孙洪坤,翁如强.论环境公益诉讼证明标准的认定——以“天价环境污染赔偿案”为例[J].环境保护,2016,44(10):55-58.

4 [英]塞西尔·特纳.肯尼刑法原理[M].北京:华夏出版社,1989:549.

5 卞建林,郭志媛.刑事证明主体新论——基于证明责任的分析[J].中国刑事法杂志,2003,(01):60-70.

刑事代表人诉讼的理论审视——兼论刑事诉讼中的利害关系人

程照锦 王金茹*

摘 要：源自于实践经验的被害人代表人诉讼被司法解释所吸收，学界亦有讨论分析，但将集资参与人与被害人合并的观点有待商榷。由于涉众犯罪中人员的复杂性和权利来源的差异性，被害人代表人诉讼在涉众案件中具有片面性，无法应对此类案件中不属于被害人的特殊群体。涉众案件中特殊的第三类人应属于当事人，可以被纳入“利害关系人”这一概念，并将“利害关系人”定义为“刑事诉讼中对涉案财物提出权利归属请求或异议的自然人和单位”，囊括刑事诉讼活动中存在民事权利纠纷但无法提起附带民事诉讼的群体，成为半开放的概念范畴。应对刑事诉讼活动中的涉众情形，需要承认并建立刑事诉讼中的任意诉讼担当理论，以指导不同群体中代表人诉讼的具体适用。

关键词：被害人代表人 利害关系人 诉讼担当 涉众型经济犯罪

一、问题的提出——从刑事被害人代表人诉讼谈起

在吸收司法实践经验和借鉴民事集团诉讼的基础上，2021 年修改的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（以下简称《高法解释》）中新增第 224 条，规定了被害人可以推选若干代表人参加或旁听庭审，使被害人代表人进入公众视野。推选代表人参与刑事诉讼的做法，源自于以非法吸收公众存款、集资诈骗为代表的“涉众型经济犯罪”[1]的实践需求。此类案件往往具有涉案人员众多、金额巨大、分布范围广泛、隐蔽性强等特点，不仅给公安司法机关增加了办案难度，也面临着较大的信访压力和维稳风险。被害人代表人建立起了公安司法机关和被害人群体之间沟通的“桥梁”，提高了办案机关与被害人群体沟通协调的有效性。在涉众型经济犯罪中每位被害人均到庭参加庭审不具有可行性的情况下，被害人代表人的存在能够保障被害人权利的间接行使，降低了办案机关在人力、时间等方面资源的投入。被害人代表人是符合办案机关和被害人群体双方的现实需求的产物，是程序公正和诉讼效率协调平衡的结果。

学界也有对被害人代表人的相关研究，认为被害人代表人诉讼是应对涉众型经济犯罪的有效方案，并对被害人代表人的制度适用和程序规则进行了系统建构。[2]值得注意的是，在讨论被害人代表人与集资参与人代表的关系时，有观点认为“集资参与人”与“被害人”并无本质不同，两种角色完全可以合并，换言之，集资参与人推选的代表人参与诉讼活动时与被害人代表人相同，相关权利行使也无差别。[3]这种观点值得商榷。集资参与人的实体法定位争议较多，能否被认定为被害人，能否行使谅解、退赔等权利，这些问题均有待探讨。涉众型经济犯罪中涉案人员复杂，身份认定是其中一大难题，一概认定为被害人进而适用被害人代表人诉讼制度，存在对集资参与人此类过错群体的过度保护之嫌，也未必能够真正解决涉众型经济犯罪案件办理中的程序困境。基于以上，本文从被害人与以集资参与人为代表的刑事诉讼中的特殊群体的分析展开，尝试论证刑事诉讼中的利害关系人群体，以期指导刑事诉讼中代表人诉讼制度的实践和发展。

二、被害人代表人诉讼在涉众案件中的片面性

刑事诉讼活动中涉案人员数量众多的情况并非少数，但对不同诉讼地位的诉讼参与人有着不同的应对方式。例如，被追诉人不论人数多少，均需本人出庭接受审判，办案机关不能因同案犯罪行相似而省略诉讼程序。被害人虽具有人身专属性，但在收集其陈述作为证据后，被害人参与后续诉讼活动的必要性降低，这是因为国家追诉原则下被害人与公诉机关在诉讼构造中均属于控诉方，诉讼程序的推进主要由公诉机关进行。因此在面对众多被害人时，办案机关才会倾向让被害人群体推

---

* 程照锦，北京师范大学法学院博士研究生；王金茹，北京市密云区检察院检察官助理。本文系中国刑事诉讼法学研究会刑事诉讼法制完善项目“刑事被害人代表人的实践检视与制度完善”课题论文。

[1] 《最高人民检察院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第 78 条规定：“本规定所称的‘涉众型经济犯罪案件’，是指基于同一法律事实、利益受损人数众多、可能影响社会秩序稳定的经济犯罪案件，包括但不限于非法吸收公众存款，集资诈骗，组织、领导传销活动，擅自设立金融机构，擅自发行股票、公司企业债券等犯罪”。

[2] 参见李晓：《涉众型经济犯罪案件当事人权利保障问题研究：以审判程序为视角》，中国法制出版社 2019 年版，第 218-223 页。

[3] 参见郭晶：《刑事被害人代表人诉讼的理论逻辑及优化路径——以民事代表人诉讼的制度得失为镜鉴》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期，第 162-163 页。

选代表参与庭审等诉讼活动。民事诉讼中代表人诉讼便是为了应对当事人众多的的共同诉讼案件，涉众群体能否以节省诉讼资源的方式参与刑事诉讼活动，核心在于其在该诉讼活动中是否具有必要性或不可替代性。

但各类罪名的特殊性决定了司法实践中涉众情形的复杂性，典型代表便是涉众型经济犯罪。此类犯罪的涉众特点给公安司法机关带来了办案压力，实践中逐渐产生了被害人或者集资参与人等推选代表人参与庭审的做法，相关司法解释或文件最早可追溯至 2010 年。[1]其中非法集资案件中产生了“集资参与人”这一特殊群体，即向非法集资活动投入资金、且未向非法集资活动提供帮助并获取经济利益的单位和个人。[2]实践表明，除了被追诉人和被害人外，存在其他与犯罪案件利害相关的群体且人数较多的情形，对于此类群体能否适用被害人代表人诉讼制度，是本文要解决的首要问题。以涉众型经济犯罪为代表，以争议较大的非法集资类案件中的集资参与人为主要研究对象，分析被害人代表人诉讼无法彻底解决涉众案件困境的原因。

（一）涉案人员的复杂性

刑事犯罪中人员复杂的代表便是涉众型经济犯罪，此类犯罪所造成的基本为经济利益损失，参与人在犯罪活动中的作用和诉讼活动的法律地位非常复杂：既有纯粹的受害人，也有纯粹的加害人；还有处于二者之间灰色地带的人，存在受害人与加害人之间的身份转变，或同时具备双重属性；也存在不属于受害人和加害人，反而获得了经济利益的人。[3]人员的复杂性决定了身份认定的困难，司法机关出台的文件将其列为集资参与人或投资人，办案机关在刑事活动中存在被害人和证人两种不同的诉讼身份认定，或者是直接以投资人、存款人等称呼。不论是学界讨论还是司法实践，对于受害人和处于灰色地带的参与人等的身份，均存在是否认定为被害人的观点争议。

虽然涉众型经济犯罪涉及罪名不少，但身份认定困难的案件集中于非法集资案件，具体为集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪，而这两个罪名中集资参与人的身份认定也存在不同观点。对于集资诈骗罪中的集资参与人，学者多认为其属于被害人，主要原因在于集资诈骗罪属于金融诈骗罪，侵犯的法益为市场经济秩序与财产权利，即该罪名有被害人的存在，且被害人过错并不能否定该罪名的成立。[4]支持集资参与人为被害人的理由还包括有利于保护集资参与人的权利、挽回财产损失等。[5]而对于非法吸收公众存款罪中的集资参与人，以否定其为被害人的观点居多，主要理由为：一是非法吸收公众存款罪只侵犯了经济秩序，不侵犯财产权，没有存在被害人的理论基础；二是相关规定中将集资款等涉案财物返还给集资参与人，[6]只是为了满足化解矛盾和维护社会稳定，并不是将其认定为被害人的依据；三是将其认定为被害人会对社会公众产生不良的示范和教育。[7]可见，非法集资案件中集资参与人诉讼地位的争议较大。也有学者认为集资参与人既是违法行为的参与者，同时面临集资行为的经济损失，身份具有双重属性，应将其定位为特别被害人，保障其实体权利的同时限度保护诉讼权利。[8]这种观点虽然仍然将集资参与人定位在被害人中，但也指出了其不同于一般被害

---

[1] 最早涉及到被害人代表人的相关文件为 2010 年《北京市高级人民法院关于审理涉众型经济犯罪案件的若干意见(试行)》。2017 年《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第 9 条规定了被害人可以推选若干代表人参加或者旁听庭审，也可以由法院指定若干代表人。2019 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第 10 条规定了集资参与人可以推选代表人向法院提出相关意见和建议，法院可以视案件情况决定集资参与人代表人参加或者旁听庭审。

[2] 参见 2019 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第 10 条。

[3] 参见王晓东：《论涉众型经济犯罪案件中的维权——以与维稳的衡平为视角》，载《法学论坛》2017 年第 5 期，第 78 页。

[4] 参见汪明亮、唐韵：《非法集资案件审理中的被害人过错因素》，载《法律适用》2020 年第 11 期，第 147、150 页；参见时方：《非法集资犯罪中的被害人认定——兼论刑法对金融投机者的保护界限》，载《政治与法律》2017 年第 11 期，第 47 页。

[5] 参见郭华著：《非法集资的认定逻辑与处置策略》（第 2 版），经济科学出版社 2021 年版，第 192-193 页。

[6] 参见 2014 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第 5 条、2019 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第 9 条。

[7] 参见非法集资犯罪问题研究课题组：《涉众型非法集资犯罪的司法认定》，载《国家检察官学院学报》2016 年第 3 期，第 108-109 页。

[8] 参见彭新林：《非法集资犯罪司法疑难问题探讨》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 1 期，第 87-88 页。

人的特殊性。与此同时，有学者指出集资参与人与被害人之间并非等同或排斥关系，而是前者对后者的包容关系。[1]这种集资参与人包含了被害人的观点，点明了集资参与人与被害人的实体关系，也为诉讼地位的确定提供了思路。将集资参与人一律给予被害人地位以进行法律救济的观点和做法，有违司法公平正义的要求。那些明知高投资风险或为非法集资行为却仍然投资、甚至获益的集资参与人，却能与与完全不知晓行为非法性而遭受损失的集资参与人一样具备被害人身份，显然不符合常情常理。

概言之，集资参与人不能等同于被害人，准确来说，在非法集资案件中，被害人是集资参与人的一种。由此不难看出，犯罪行为本身的复杂性造就了涉案人员的复杂性，也因此，集资参与人等特殊群体并不能理所当然地适用被害人代表人诉讼制度。

（二）权利来源的差异性

能够被认定为被害人的集资参与人，自然能以被害人的身份参与诉讼活动并维护实体权利和诉讼权利。而被害人以外的集资参与人，不能被简单认定为证人，也不能无视其遭受的经济损失。此类集资参与人维护权利的正当性和参与诉讼活动的必要性，均有待讨论。[2]仍以非法集资案件中的集资参与人为例，虽然集资参与人不能被认定为被害人，但是不能否定集资参与人的经济损失与成为犯罪嫌疑人、被告人的集资人之间没有因果关系，二者存在民事交易关系。就集资诈骗罪而言，甚至有学者指出集资人与公众投资人通常会缔结标准化的“委任-代理”合同，集资诈骗的犯罪行为本质上是一种涉众型金融交易行为，是一种长期且稳定的商事代理关系。[3]这种民事或商事关系，意味着集资参与人享有向集资人请求退还或赔偿经济损失的权利。因此，集资参与人参与刑事诉讼活动的基础是其与集资人之间的民事关系，即集资参与人享有民事诉权。换言之，集资参与人对集资人提起民事诉讼后，所享有的变更、放弃诉讼请求以及进行和解等实体权利和参加庭审、发表意见、提交证据等程序权利，理论上在刑事诉讼中也可以享有。但由于集资人的行为构成犯罪，使得本可由民事诉讼解决的问题进入刑事诉讼活动，使得其民事诉权的实现变得复杂。[4]

刑事诉权是刑事诉讼当事人权利的核心和源泉。[5]刑事被害人参与诉讼活动的正当性来源于其所享有的刑事被害人诉权，即遭受犯罪行为侵害的公民、法人和其他组织所依法享有的请求司法机关启动诉讼程序并满足其合法诉求的权利。[6]公诉案件中被害人的起诉权、程序处分权、定罪建议权被公诉权吸收，但在限制以外，被害人对国家追诉和公正程序的请求权、对诉讼进程的知悉权、量刑建议权、在一定条件下对诉讼程序甚至诉讼结局的选择权、获得及时裁判权等依然为被害人经由公正程序获致公正结果提供着最有力的支撑。[7]概言之，被害人诉权包括实体权利和程序权利两方面的内容，实体权利可以进一步分为申诉权、谅解权等对定罪量刑有影响的刑事实体权利，和请求退赔等民事请求权利。

由此可见，虽然集资参与人和被害人同样因犯罪行为遭受经济损失，但所享有的诉权并不相同。被害人的民事诉权仅是被害人诉权的一部分，[8]但集资参与人这类群体并不享有被害人在谅解等方面的刑事诉权。被害人和集资参与人背后诉权基础的不同，也再次说明了二者不能一概而论，即便同样可以推选代表人参加诉讼，理论基础的不同也会使具体权利行使有较大差异，无法直接对集资参与人适用被害人代表人诉讼制度。

（三）涉众案件中特殊的第三类人

理清集资参与人与被害人的关系，并不意味着在司法实践中可以准确区分二者，也未必能解决

---

[1] 参见董文蕙：《P2P 模式下非法集资犯罪参与人与被害人之界分》，载《环球法律评论》2020 年第 1 期，第 58-64 页。

[2] 为便于成文，后文未作特殊说明的“集资参与人”均为“被害人以外的集资参与人”。

[3] 参见张龙：《刑商交叉视域下集资诈骗罪构造的背信模式转型》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 3 期， 161 页。

[4] 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 12 条规定：“借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的裁判认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效”。本文在此暂且不论集资人与集资参与人之间的民事关系是否受到民事法律的保护。

[5] 黄豹著：《刑事诉权研究》，北京大学出版社 2013 年版，第 47 页。

[6] 程滔、封利强、俞亮著：《刑事被害人诉权研究》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 102 页。

[7] 韩流：《论被害人诉权》，载《中外法学》2006 年第 3 期，第 285-286 页。

[8] 高洁著：《刑事被害人民事诉权多元实现方式研究》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 32 页。

办案过程中身份认定的困境，也未必能实现集资参与人各项权利的保护。一方面，各种区分集资参与人不同类型、划分被害人的方法，对办案人员的法律素养要求较高，而集资参与人的主观明知类似于犯罪的主观故意，外在证据仅能辅助分析，多半只能通过行为人的自认确定，集资参与人也会以完全不知道集资行为非法为由要求被害人身份。并且在人数众多的情形下逐一区分，办案机关的工作量不言而喻。另一方面，刑事诉讼活动是动态的过程，证据会随着诉讼进程不断被补充完善，案件事实也可能发生变化，这不仅会影响到罪名的认定，还会影响到被害人身份的确定。公安、检察、法院三家对于同一犯罪事实的法律认定未必相同，我国法院也有权改变罪名，可以不以公诉机关起诉的罪名判决。事实上，司法实践中不乏集资参与人在案件作出裁判后不断申诉要求改变罪名的情形，原因就在于集资诈骗罪能够被认定为被害人，在退赔环节更具优势，而非法吸收公众存款罪则难以被认定为被害人而需风险自担，难以弥补财产损失。通过划分集资参与人与被害人以实现相应群体诉讼权利保障的思路无可厚非，但问题在于这种划分过于理想而难以实现，实际办案中公安司法机关可能面对仍然是一群鱼龙混杂的集资参与人，难以辨别身份。

既然身份识别困难较大，不如在办案机关尽力识别的基础上，让仍无法确认身份的参与人继续以集资参与人的身份参与诉讼活动，作为不同于被害人和证人的第三种人。其既拥有民事诉权，也具有作证的义务，这种特殊性也决定了其难以被直接纳入被害人或证人的范畴。一方面，这种身份在我国相关规定中已有所体现，并未将其冠以被害人或证人身份，并且要求公安司法机关通过公布案件进展、涉案资产处置情况等方式保障集资参与人的合法权利，同时可以推选代表人参加或旁听庭审。另一方面，避免办案机关因将其理解为证人，而拒绝其要求退还资产、参加诉讼等合理请求。更重要的是，避免了因认定为被害人而产生的逻辑悖论。被害人可以对犯罪嫌疑人、被告人进行谅解，在如今认罪认罚从宽制度的广泛适用中，被害人的谅解也会影响到对被告人的量刑建议和最终刑罚。存在加害行为同时面临经济损失的集资参与人，虽然可以因犯罪情节轻微而依据《刑法》第13条的“但书”条款不予处罚，但无法否定其可能构成的教唆犯或帮助犯身份。[1]若对此类集资参与人认定为被害人，就可以对被追诉的犯罪嫌疑人、被告人进行谅解，实际为同一案件之间的共犯进行谅解，显然有悖常理。

三、刑事诉讼中的利害关系人

2012年《刑事诉讼法》修改后新增了违法所得没收程序，“利害关系人”也首次出现在法律规定中。根据《刑事诉讼法》及《高法解释》的规定，“利害关系人”是指在违法所得没收程序中，犯罪嫌疑人、被告人的近亲属以外的对申请没收的财产主张权利的自然人和单位。这一定义明确了与案件定罪量刑无关、对涉案财物享有民事权利的特殊群体。这类群体虽然享有民事诉权，但无法通过附带民事诉讼的方式保护财产权益，只能在刑事审判等刑事诉讼活动中实现财产权。前文以集资参与人为代表的特殊群体，同样面临此种尴尬境地。长期以来，学界和实务界总是试图将其纳入被害人或证人，以各种理由和论述试图在二者中择一而定，但其实际上是一种不同于被害人和证人的特殊的第三类人。利害关系人与涉众案件中特殊的第三类人均享有民事诉权，或许能够通过“利害关系人”为确定此类特殊群体的诉讼地位提供新的视角。

（一）涉众案件中特殊的第三类人属于当事人

仍以集资参与人作为涉众案件中特殊的第三类人的代表。集资参与人的作证义务、财产权益的保护等表明，其属于在刑事诉讼中享有诉讼权利并承担诉讼义务的人，符合学理上对刑事诉讼中的诉讼参与人的定义。[2]虽然从我国《刑事诉讼法》第108条的规定来看并不包括此类群体，但该条以穷举的方式定义“诉讼参与人”的立法模式已被学者所诟病，并且我国司法实践中也产生了值班律师、有专门知识的人、见证人等无法被法律规定所囊括，但实际上符合理论预设的“诉讼参与人”。[3]因此，集资参与人这类特殊群体可以被理解为诉讼参与人。

而诉讼参与人成为当事人需要具备两个条件：一是合法权益可能会受到刑事诉讼活动过程和解决的直接影响；二是在诉讼中拥有广泛的诉讼权利，并能够对诉讼过程和结局发挥比其他诉讼参与

[1] 参见卢勤忠著：《非法集资犯罪刑法理论与实务》，上海人民出版社2014年版，第213-214页。
[2] 参见陈光中：《刑事诉讼法》（第7版），北京大学出版社、高等教育出版社2021年版，第74页。
[3] 参见蔡元培：《刑事诉讼参与人的教义延展》，载《法学》2023年第4期，第120-121页。

人更大的影响。[1]已有学者指出，利害关系人参与诉讼活动可以对案件产生重大的影响，诉讼权利较为广泛，诉讼结果与其有直接的利害关系，与当事人的特点类似，并且利害关系人参与诉讼的目的并非是为了使诉讼活动顺利进行而提供帮助，因此可将利害关系人的性质可以归类于诉讼参与人中的当事人之中。[2]结合当事人的条件和利害关系人的分析逻辑，可以得出涉众群体中特殊的第三类人属于当事人的结论。一方面，集资参与人的集资款能否退还，显然会受到最终裁判的影响，并且诉讼过程中公安司法机关是否及时对涉案财物查封、扣押、冻结，也会影响到其最终财产权利的实现。另一方面，集资参与人除了承担类似于证人的作证义务外，其民事请求权也会影响到涉案财物的处理，并非是为了辅助诉讼活动顺利进行，其作用超出了法律规定中的“其他诉讼参与人”。若抛开学理上的定义，从行为本身出发，集资参与人参与了集资活动，不论其属于加害人还是受害人，都可以被理解为通俗意义上的“当事人”。若从诉权的角度出发，这类特殊群体享有民事诉权，其也属于民事法律关系中的当事人。

（二）刑事诉讼中利害关系人的再定义

《刑事诉讼法》已有规定中实际具有当事人地位，但未被列入第 108 条的只有“利害关系人”，可以说是立法漏洞，未能完成特别程序与一般程序中相关规定的统一，这也是利害关系人诉讼地位被人质疑与置喙的的原因。然而《高法解释》等相关法律文件中，除了集资参与人外，还存在着与利害关系人相似的群体。这些角色参与诉讼活动的目的是保护财产权利，无法提起附带民事诉讼，与犯罪行为的定罪量刑没有关系。这些需要在刑事诉讼活动中解决民事争议和保护财产权利的特殊群体，游离于诉讼参与人体系，但其权利的正当性无法被忽视。可以考虑在刑事诉讼中给予此类群体以“利害关系人”的诉讼身份和当事人的诉讼地位，以实现其诉讼活动的顺利参与和实体权利的有效保护。

一方面，在不考虑在被告人在案与否这一适用场景差异的情况下，“利害关系人”和“案外人”可以等同。利害关系人规定在违法所得没收程序中，而在涉案财物处理程序中的案外人与利害关系人相似。“案外人”是指当事人以外对涉案财物提出权属异议的自然人和单位。按照刑事之诉的类型划分，违法所得没收程序和涉案财物处理程序均属于刑事对物之诉，并分别属于缺席案件的对物之诉和对席案件的对物之诉。[3]除了对违禁品的没收外，凡是涉及到利害关系人或案外人财产部分的争议，本质上仍然是民事请求权诉讼，适用民事诉讼的证明规则和证明标准。[4]因此，“利害关系人”和“案外人”的诉权基础相同，二者的程序地位和诉讼权利等方面并无本质区别。[5]二者均可以行使申请参加诉讼、就主张财产权利提供证据材料、委托诉讼代理人等诉讼权利，以保护自身的合法权益。

另一方面，不同罪名涉众案件中的特殊群体复杂，但存在相似相通之处。集资参与人与利害关系人可以同属于刑事诉讼中的当事人，二者的最大共同点便在于民事诉权的相似性，且均无法通过附带民事诉讼的方式维护财产权利，故而二者可以理解为是同一类人。除了非法集资案件中的集资参与人外，其他经济金融犯罪中存在复杂的人员关系和层级结构，存在类似于集资参与人的特殊群体。例如传销犯罪中一定层级的人员具有加害人的角色却也遭受了经济损失，与集资参与人的双重属性如出一辙，理论上可以免除其刑事处罚并不意味着其民事权利不应被保护。仅仅涉众型经济犯罪就包含多种类型的罪名，若每涉及一类案件公安司法机关便要依据所涉行为设置新的称呼，以界定此类特殊群体，或许有助于实体意义上的区分，但却让刑事诉讼活动中诉讼参与人的体系更为混乱，也更容易使此类群体陷入权利保护的困境中。因此，可以考虑将这类特殊群体给予特定身份以实现诉讼地位的统一，利于实现诉讼目的。

考虑到“利害关系人”来自于《刑事诉讼法》的规定，法律层级高于《高法解释》和其他规定，以“利害关系人”界定刑事诉讼中具有民事诉权但无法提起附带民事诉讼的群体。结合《高法解释》的相关定义，对刑事诉讼中的“利害关系人”可以重新定义为“刑事诉讼中对涉案财物提出权利归属请

---

[1] 陈光中：《刑事诉讼法》（第 7 版），北京大学出版社、高等教育出版社 2021 年版，第 74 页。
[2] 陈卫东、李响：《论违法所得没收特别程序中的利害关系人》，载《政法论坛》2015 年第 1 期，第 74 页。
[3] 参见陈瑞华：《论刑事之诉的类型和效力》，载《法学论坛》2020 年第 4 期，第 52-53 页。
[4] 参见陈瑞华：《刑事对物之诉的初步研究》，载《中国法学》2019 年第 1 期，第 208-209 页。
[5] 参见李奋飞：《刑事诉讼案外人异议制度的规范阐释与困境反思》，载《华东政法大学学报》2021 年第 6 期，第 47 页。

求或异议的自然人和单位”，具体表现为违法所得没收程序中的利害关系人、涉案财物处理程序中的案外人、以及存在经济利益损失但无法被认定为被害人的特殊群体等。已有学者指出，利害关系人类似于民事诉讼中“有独立请求权的第三人”，[1]本文对此观点表示赞同。重新定义的“利害关系人”可以囊括刑事诉讼活动中存在民事权利纠纷但无法提起附带民事诉讼的群体，成为半开放的概念范畴，可以在第四次《刑事诉讼法》修改中增加至第 108 条对“当事人”的罗列界定之中，同时为“当事人”这一相对封闭的概念提供缓冲的空间，以应对刑事诉讼活动中需由刑事审判解决的民事争议。

四、涉众因素在刑事诉讼中的合理应对

来源于司法实践中的代表人诉讼，是应对刑事案件中被追诉人以外的群体，在人数众多情况下的重要方式，是提升诉讼效率、节约司法资源、维护利害关系人和被害人诉讼权利的有效途径。但刑事诉讼领域对代表人诉讼的学理支持并不充分，理论体系中也缺乏对刑事诉讼活动中涉众因素的应对方案。因此，有必要对刑事诉讼中代表人诉讼的性质进行理论界定，并以此出发理清不同群体在刑事诉讼中适用代表人诉讼时的差异。

（一）刑事诉讼中的任意诉讼担当

民事代表人诉讼制度的性质为诉讼担当，被害人或利害关系人推选代表人参加诉讼也可以理解为刑事诉讼中诉讼担当的一种形态。民事诉讼的诉讼担当，是指本不是权利或民事法律关系主体的第三人，对他人的权利或法律关系有管理权，以当事人的地位，就该法律关系所产生的纠纷而行使诉讼实施权，而主张一项他人享有的权利。[2]民事代表人诉讼制度属于任意诉讼担当，主要作用是简化诉讼程序，提高诉讼效率，作为代表参加诉讼的诉讼担当人是实体法律关系的主体，其获得授权进行诉讼。[3]利害关系人的诉权属于民事诉权，利害关系人推选代表人参加诉讼本质上与民事代表人诉讼制度并无差别，只是处于刑事诉讼程序中，利害关系人推选代表人的行为被理解任意诉讼担当并无障碍。

在刑事诉讼理论体系内，并非没有诉讼担当的先例。有学者总结，我国现行规范中的死亡被害人的近亲属提起刑事自诉或附带民事诉讼，属于为了担当人利益的诉讼担当；检察机关或近亲属代为告诉、外逃型缺席审判被告人近亲属的独立上诉权，属于为了被担当人利益的诉讼担当，检察机关在公有财产遭受犯罪侵害提起附带民事诉讼以及附带民事公益诉讼，属于为了公共利益的诉讼担当。并指出由于刑事诉讼的诉讼标的不可让与或转移的性质，刑事诉讼中只能有来源于法律明确规定的法定诉讼担当，而不能有经由直接利害关系人授权取得的任意诉讼担当。[4]这对我国刑事诉讼中诉讼担当的实践样态进行了总结，为构建刑事诉讼中的诉讼担当理论提供了基础。

但是这种认为刑事诉讼中仅有法定诉讼担当的观点有待商榷，这一问题的关键在于刑事诉权的内容以及是否拥有处分的空间。首先，诉权并不等同于起诉和应诉的权利，起诉权仅仅是诉权的内容之一。诉权的本质是司法请求救济权，是所有实体权利存在和发展的前提和基础，具有实体权利和程序权利的双重属性。[5]若从刑事诉讼标的以及起诉应诉的角度出发，刑事诉讼中确实仅有法定的诉讼担当这一种形式，自诉和公诉即包括了刑事追诉的所有形式。然而，诉权或诉讼实施权的内容并非仅有起诉和应诉，公诉案件中被害人追诉的权利被国家追诉权所吸收，并不意味着被害人在刑事诉讼活动中就没有起诉以外的诉权内容。换言之，除了起诉权外，其他与被害人直接利益相关的权利仍然由被害人行使。其次，刑事诉权具有有限处分性。民事实体法奉行处分原则，民事主体有权自由处分诉权，而刑事实体法奉行的罪刑法定、罪刑相适应等原则，决定了刑事诉权主体不可能有民事当事人行使处分权的自由。[6]检察机关决定是否公诉、被害人是否提起自诉，是诉权处分的表现；检察机关行使国家诉权时受到法律的严格限制，公诉案件中被害人不得随意撤回追诉请求，是刑事诉权处分限制的表现。就公诉案件被害人而言，被害人可以通过报案、控告乃至申诉等方式行

---

[1] 参见陈瑞华：《刑事对物之诉的初步研究》，载《中国法学》2019 年第 1 期，第 219-220 页。

[2] 参见肖建华：《群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究》，载《比较法研究》1999 年第 2 期，第 232 页。

[3] 纪格非：《功能论视角下任意诉讼担当的类型研究》，载《东方法学》2020 年第 2 期，第 163 页。

[4] 聂友伦：《论刑事诉讼中的诉讼担当》，载《法学》2023 年第 3 期，第 135-140 页。

[5] 程滔、封利强、俞亮著：《刑事被害人诉权研究》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 52-53 页。

[6] 参见程滔、封利强、俞亮著：《刑事被害人诉权研究》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 98 页。

使诉权，也可放弃行使这些权利。除了申诉、控告等传统的诉权行使模式，当事人行使诉权也发展出了新模式，例如刑事和解程序中被害人的谅解、量刑程序中被害人的参与，都体现了被害人实体处分权，是被害人实体诉权的主动表达。[1]概言之，虽然受到国家追诉主义和法律规定的限制，刑事诉权的处分空间有限，但是利益主体仍可在合法的范围内行使和处分诉权。

既然刑事诉权具有处分的空间，那么通过直接授权方式的任意诉讼担当并非不能存在。权利可以让渡也可以放弃，无论其以自由为基础还是以利益为基础，[2]诉权同样也是权利的一种。被害人推选代表人代为参加诉讼，本质上并不需要法定的授权，取决于被害人个人意愿，这是被害人对所拥有诉权的正当处分。被害人代表人虽然也是被害人，甚至与其他被害人受到来自同一犯罪行为的侵害，但不同被害人的诉权各自享有，与其他被害人的诉权没有直接关系。从被害人有限处分诉权的角度出发，其推选代表人并授权代表人代为行使相应诉讼权利的行为，应当属于任意诉讼担当，而代表人与被害人之间是代表与被代表、被授权与授权的关系，授权的范围和内容也由被害人自行决定。综上，刑事诉讼中存在任意诉讼担当的适用空间，而被害人代表人诉讼正是任意诉讼担当的实践样态。若不区分诉权来源，仅考虑是否属于刑事诉讼活动，那么利害关系人推选代表人也可以属于刑事诉讼中的任意诉讼担当。任意诉讼担当的相关理论，则使得刑事诉讼中代表人诉讼的适用和制度设计有理可依。

（二）不同群体代表人诉讼的适用区别

代表人诉讼是应对涉众情况的有效途径，但在不同群体中的适用存在差别。其在刑事诉讼中适用的基础是报案登记与身份识别程序。虽然在推选代表人的过程中会自然划分出不同利益群体并选出相应的代表人，但这并不意味着身份识别程序可以被忽略。越早确认当事人的身份，越能更好地保护利益主体的权利。学者们在构建被害人代表人诉讼制度时，对于将案件公告或身份识别程序作为代表人产生的前置程序，已基本形成共识。[3]办案机关可以从当事人的个人身份、主观上是否存在故意、客观上是否有实际财产损失等方面，对当事人进行类型化区分。[4]办案机关应尽量识别出被害人群体，对于确实无法识别的可以暂时列为利害关系人，之后不同群体分别推选代表人参加诉讼以维护各自群体的利益。代表人的产生方式和程序没有区别，可以按照法律规定和学者设计的自行推选与办案机关指定相结合的方式进行。[5]

整体而言，两类代表人在行使程序权利方面基本一致。《高法解释》中对被害人代表人可以参加庭审，涉众型经济犯罪相关司法解释中规定代表人可以向法院提出相关意见和建议，办案机关通过代表人实现利害关系人和被害人的知情权。[6]案例中表明，被害人代表人会向司法机关提供重要证据，例如在拒不支付劳动报酬案件中，被害人代表人提供的欠条、工资条等是重要书证。[7]司法机关也会将司法鉴定意见书的内容通知被害人代表人，以保障被害人群体的知情权。[8]在被害人代表人到庭参加庭审的案件中，被害人代表人可以参与法庭调查、举证质证环节，当庭对物证书证进行辨认、

---

[1] 马明亮：《刑事诉权体系的立法设定与实践表达》，载《当代法学》2014 年第 5 期，第 128 页。

[2] 参见宋振策著：《刑事诉讼权利放弃研究》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 27-28 页。

[3] 参见郭晶：《刑事被害人代表人诉讼的理论逻辑及优化路径——以民事代表人诉讼的制度得失为镜鉴》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期，第 167 页；参见谢韵静：《涉众型经济犯罪被害人参与权的程序保障机制之厘定——以被害人诉讼代表人制度构建为突破口》，载《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第 30 届学术讨论会获奖论文集（下）》，人民法院出版社 2019 年版，1650-1651 页；边锋，尉增奎，李恩泽：《论涉众型经济犯罪案件被害人诉讼权利的实现路径——以构建刑事案件诉讼代表人制度为思路》，载《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第 30 届学术讨论会获奖论文集（下）》，人民法院出版社 2019 年版，第 1638-1639 页。

[4] 参见时方：《非法集资犯罪中的被害人认定——兼论刑法对金融投机者的保护界限》，载《政治与法律》2017 年第 11 期，第 45-46 页；参见董文蕙：《P2P 模式下非法集资犯罪参与人与被害人之界分》，载《环球法律评论》2020 年第 1 期，第 64-71 页。

[5] 参见郭晶：《刑事被害人代表人诉讼的理论逻辑及优化路径——以民事代表人诉讼的制度得失为镜鉴》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期，第 167-170 页。

[6] 参见 2019 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第 9 条，2010 年《北京市高级人民法院关于审理涉众型经济犯罪案件的若干意见（试行）》第 8 条、第 9 条。

[7] 沈阳经济技术开发区人民法院（2015）经开刑初字第 85 号刑事判决书。

[8] 湖南省吉首市人民法院（2017）湘 3101 刑初 360 号刑事判决书。

就案件情况进行陈述等。

但利害关系人代表人与被害人代表人在实体权利的行使方面既有相同也有差别。二者相同之处体现在维护财产权利的诉讼活动中，即在不涉及犯罪行为的定罪量刑、只涉及到涉案财物等民事争议时，被害人代表人和利害关系人可以代表各自群体积极作为。实践表明，代表人参与涉案财物的处理主要有两种方式：一是在审前阶段以不同形式参与财产保全；[1]二是代表人参与退还欠款、资金，主要形式为代表人与被告人达成还款协议、清偿协议，被告人退还款项直接交给代表人并由代表人发放，[2]也存在被害人代表人代被害人持有被告人抵偿股权的情况。[3]利害关系人代表人与被害人代表人权利差异的本质原因在于权利来源不同，刑事诉权的有限处分性决定了其与民事诉权在权利内容上存在差异，具体差异主要表现为以下两点。一是被害人代表人可以代表被害人群体代为谅解，这一权利来源于被害人对被追诉人谅解的权利。被害人的谅解情况对于被追诉人的量刑有重要影响，是公诉机关提出量刑建议和审判机关决定量刑的考量因素。被害人的谅解往往发生在被追诉人退还赃款和资金后，相较于取得众多被害人的谅解，取得被害人代表人的谅解更为容易。实践中便有被告人及其辩护律师在一审判决作出后取得被害人谅解，因而将其作为上诉理由申请二审改判的情形，[4]或者法院将取得被害人谅解作为从轻处罚的依据。[5]二是利害关系代表人和被害人代表人提出异议、申诉的具体内容有所不同。被害人代表人可以在对案件定罪量刑存在异议的情况下，代表被害人群体向检察机关、审判机关申诉，以启动审判监督程序，[6]利害关系人对刑事裁判提出异议的范围仅限财产内容。除此之外，被害人或利害关系人授权代表人的权利范围，也会在不同案件中产生不同的情况，这也是任意诉讼担当的核心特征。除了证券纠纷代表人诉讼，[7]民事代表人诉讼中代表人为一般授权，“代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求、进行和解，必须经被代表的当事人同意”。这也与代表人的产生方式有关，但确实可能存在代表人未获得被害人或利害关系人在谅解、变更诉讼请求等方面权利授权的情况。

结 语

代表人诉讼是应对案件人数众多的有效方式，刑事诉讼中的代表人诉讼已有多年的实践探索。在《刑事诉讼法》第四次修改之际，可以对代表人诉讼及其相关基本问题作出基础性规定，明确代表人的产生方式和基本的诉讼地位，并对利害关系人推选代表人作出参照性的规定，以回应我国实践需求，避免司法解释突破法律规定之嫌，同时具体规则及程序由司法解释进行细化规定。具体来说，可以在第三编“审判”第二章“第一审程序”中新增一条：“被害人人数众多，且案件不属于附带民事诉讼范围的，被害人可以推选代表人进行诉讼。无法推选出代表人的，办案机关可以与被害人商定代表人。代表人进行诉讼过程中，在授权范围内可以行使被害人的诉讼权利。与本案的涉案财产有利害关系的人人数众多的，可以参照前款规定推选代表人参加诉讼”。与此同时，在第 108 条对“当事人”的解释中增加“利害关系人”，以弥补诉讼参与人的立法漏洞，明确刑事诉讼中利害关系人的诉讼地位，保护刑事诉讼活动中民事诉权当事人的合法权益。

---

[1] 例如，在孙某集资诈骗案中，侦查阶段被害人代表人已经协商将相关涉案财产进行转让，转让产生的费用由公安机关扣押；在曹某、胡某非法吸收公众存款案中，被害人代表人拍卖了涉案公司的家具，相关款项在案发后由公安机关扣押。参见江苏省连云港市海州区人民法院（2015）海刑初字第 287 号刑事判决书、湖南省长沙市中级人民法院（2017）湘 01 刑终 515 号刑事裁定书。

[2] 除此之外，较为特殊的有辩护律师、被告人亲属、被害人代表人共同签订三方协议，由辩护律师保管钱款。参见北京市高级人民法院（2019）京刑终 45 号刑事判决书。

[3] 在程某等非法吸收公众存款案中，被告人将其所持有公司股权抵偿给了全体被害人，由被害人代表人代为持有。参见四川省雅安市中级人民法院（2019）川 18 刑终 54 号刑事判决书。

[4] 江西省赣州市中级人民法院（2016）赣 07 刑终 297 号刑事判决书。

[5] 吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院（2020）吉 24 刑终 206 号刑事判决书。

[6] 参见山西省太原市中级人民法院（2019）晋 01 刑申 48 号驳回申诉通知书。

[7] 参见《最高人民法院关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》第 7 条第 2 款：“参加登记视为对代表人进行特别授权”，第 32 条第 1 款：“人民法院已经根据民事诉讼法第五十四条第一款、证券法第九十五条第二款的规定发布权利登记公告的，投资者保护机构在公告期间受五十名以上权利人的特别授权，可以作为代表人参加诉讼。先受理的人民法院不具有特别代表人诉讼管辖权的，应当将案件及时移送有管辖权的人民法院”等。

刑事被害人补偿制度研究——以被害人补偿制度与附带民事诉讼的二元视域展开

全宏亮*

摘 要：刑事被害人补偿制度是指对于受犯罪侵害而又未能从特定渠道获得充分有效赔偿的刑事被害人，基于法定程序给予一定标准补偿的制度。世界主要国家、地区在被害人补偿问题上采取了不同的、多元化的救济机制，如将被害人国家补偿制度作为被害人救济体系的有力补充。我国附带民事诉讼因其在程序上对被害人补偿产生重要影响，在借鉴域外有益经验的基础上需要完成被害人补偿制度的本土化构建，为此需要选择被害人补偿制度与附带民事诉讼制度并行的二元进路。

关键词：被害人补偿制度 附带民事诉讼制度 国家补偿

一、导论

新时期的我国刑事司法实践，犯罪治理和行刑衔接研究方兴未艾。在《刑事诉讼法》再修改的背景下，学界还需要更多回应“热板凳”之外的“冷门”领域。长久以来，犯罪被害人研究并未得到与其他方向相等的关注，但因其能更直接体现刑事法对人权保障、司法公正、预防犯罪等重要价值的维护，值得重新审视。犯罪被害人国家补偿制度是国家功能的高级形态，也是将恢复性司法理念贯彻在被害人权利与社会关系修复工作中的重要举措。[1]但长期以来关于被害人补偿的研究在方法上采取“拿来主义”、路径上依赖经验介绍、成果上满足于对策性研究，理论上缺乏对我国已有司法制度资源的有效利用。刑事法律现实表现出被害人损害补偿对附带民事诉讼制度高度的路径依赖，因此需要重点关注附带民事诉讼制度对我国被害人补偿制度构建的影响。我国《刑事诉讼法》第一百零一条规定，被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中有权提起附带民事诉讼。这条规定过于笼统，司法实践中对于刑事附带民事诉讼程序的具体展开、意义导向均不够明确。

我国附带民事诉讼制度设计目的虚化、逻辑错位，然而实践中附带民事诉讼制度已成为处理被告人民事责任、补偿被害人损失的“上位”制度选择。考察当今世界各国刑事被害人补偿解决模式，附带民事诉讼制度与被害人国家补偿制度已然成为紧密联系的二元整体。为了解决制度异化、功能失灵的现实问题，需要参考国外有益经验建立起符合我国国情的被害人国家补偿制度作为补充救济手段。

二、国外刑事被害人补偿制度之二元视域考察

以刑事被害人补偿制度与附带民事诉讼制度并行的二元视域来考察需要引入恢复性司法理念，后者关注受犯罪侵害的被害人与社会关系的恢复而不以犯罪人为中心，可以说是“恢复正义”的体现。附带民事诉讼制度想要解决的是在刑事诉讼中被告人的民事责任，其必须考虑民刑责任交叉、混合的现实复杂问题；而刑事被害人补偿制度作为对被害人权益保护、恢复的一项救助制度，在制度逻辑上天然地具有其他救济机制失灵时的补充介入性。

考察世界各国从自身国情出发制定的不同附带民事诉讼制度，并将其以一定的标准分为三种模式：混合制、平行制和赔偿令模式。[2]但无论是英美法系国家还是大陆法系国家，在各种诉讼解决模式下均已建立起了适合本国国情的被害人国家补偿机制，亦设立了专门机构负责被害人补偿工作的具体运作。

在混合制或是附带民事诉讼模式下，国家通过立法创设附带民事诉讼程序并给予被害人选择权，被害人既可以单独提起民事诉讼也可以在刑事诉讼中提起民事赔偿请求。这种模式下以大陆法系国家如法国、德国为代表，但其特点又各不相同：法国模式下原告主体资格十分广泛。不仅包括被害人本人，还将被害人特定权利的继受人纳入范围，如被害人的继承人、债权人等。赔偿范围上，不仅包括物质损失，还包括精神损失。在被害人救助制度上，法国特别设立了国家补偿制度，与附带民事诉讼制度两者互为补充，为被害人赔偿所得提供保障。法国模式下被害人补偿制度以案件所涉

---

* 湖南大学法学院博士研究生，主要研究方向：刑事诉讼法、国际刑法。

[1] 参见王瑞君：《也论建立刑事被害人国家补偿制度》，《河南省政法管理干部学院学报》2008 年第 1 期，第 179 页。

[2] 参见申莉萍：《我国犯罪被害人损害救济法律问题研究》，西南政法大学 2012 年博士学位论文，第 26 页。

是否为恐怖活动犯罪为界，分别适用不同的程序和标准。遭致恐怖活动犯罪伤害的被害人较之普通犯罪行为被害人而言，前者在赔偿范围、赔付门槛上更为宽松：恐怖活动犯罪被害人可以从“身心”损害中得到赔偿；普通犯罪被害人的申请补偿判断标准较为复杂，依据被害人遭受的物质损害（人身或财产）程度分别可以申请不同上限的补偿金，其中受轻伤及单纯财产性损害的被害人需要满足严格的经济状况审查，而无论是恐怖活动还是普通犯罪被害人补偿专门机关都是设立在地方人民法院的暴力犯罪被害人补偿委员会。[1]

相比之下，德国模式下的附带民事诉讼制度在被害人提起民事赔偿请求上设定了严格限制，不仅立法上将民事赔偿请求权的范围严格限定在财产损失，还允许法官基于“不合适”的简易理由拒绝对民事部分作出裁判。与德国模式相比，法国模式无疑更为人性化，不仅设定了两种请求民事赔偿的方式、互为补充，并且赔偿的主体、客体范围更为广阔，体现了全面赔偿原则。在国家补偿制度方面，德国将被害人补偿与刑罚、保安处分共同称之为新三元犯罪人处理结构，体现了对被害人补偿工作的重视。[2]从补偿主客体范围上来看，德国被害人国家补偿将具有德国国籍的被害人及其近亲属乃至欧盟公民纳入申请补偿主体范围，但又限制了以人身损害为限并将法律规定为过失犯罪的被害人排除在外；从补偿受理与裁定机关来看，德国内受理被害人补偿申请的机关为地区补偿局，若被害人对补偿局决定不服者可向社会人民法院提起诉讼。[3]

平行制又称民事、刑事诉讼分离模式，该模式下不会产生两种诉讼法律关系与责任的混淆，强调民事诉讼单独提起、民事责任单独处理。该模式以英美法系国家如美国与少数大陆法系国家如日本为代表。在刑事被害人民事损害赔偿问题上，美国一直采取严格的民刑分离模式来解决，但自上个世纪 60 年代之后被害人权利运动开始兴起，受到英国赔偿令模式的影响，美国立法者亦开始在刑事诉讼程序中允许被害人一并提起损害赔偿的请求，但这与混合制下附带民事诉讼制度并不一样，因为法官是通过发出赔偿令的形式来完成被害人民事损害赔偿的实现。此外，在美国模式下也设置有其他救济方式，如私人保险制度、国家补偿制度等，而美国的联邦制政体下国家补偿制度呈现更加复杂的样态。以加州为例，部分州如加利福尼亚州在补偿对象、补偿限额方面更为严格。加州领先于其他州早在 1965 年已制定了对遭致暴力犯罪侵害的无辜被害人金钱补偿的《暴力犯罪被害人补偿法》，这一补偿法也最具典型，补偿申请主体规定为以下几种：1、遭致暴力犯罪受到人身损害的；2、依法律规定由被害人扶养的；3、犯罪发生时为被害人家属或近亲属的；4、被害人死亡时愿意支付医疗、丧葬费用的；5、犯罪发生时为本州居民；6、因犯罪经济陷入严重困难的。此外，美国《联邦犯罪被害人法》对将补偿机构可以受理的补偿客体确定为“经济损失”，虽然规定中有“精神上的或心理上的伤害引起”的有关描述，但结果归因原则的适用结果是补偿客体仍回归到了经济损失上。在补偿金的克减要件方面，美国《联邦犯罪被害人法》规定有犯罪被害人所得如加害人赔偿、保险理赔、政府伤残补助等需要补偿金额度内予以扣除；对被害人与司法机关的合作义务上亦做出了严格规定，要求犯罪发生后 72 小时内有人报案，且被害人提出补偿请求申请的时效为受到犯罪损害之后的两年内。[4]

日本处理刑事犯罪的民事赔偿责任问题经过了前后两个历史阶段。第二次世界大战以前大致可以认为是第一阶段，这个阶段日本在大陆法系的传统影响下建立了附带民事诉讼制度；二战以后则借鉴、吸收了美国的民刑分离诉讼制度，虽然这之后在被害人权利运动的影响下通过了《刑事程序中保护被害人等附带措施的法律案》，允许刑事案件被害人、被告人双方在诉讼中达成和解，但整体而言日本仍是一种民刑分离的诉讼处理模式。日本在 1980 年颁布了《犯罪被害人等给付金支付办法》建立了被害人国家补偿制度，但没有专门设立被害人补偿机构，而是将对应职能设置在公安委员会。需要注意的是，在被害人补偿金支付程序上，日本特别规定了涉被害人补偿裁定相关之基本事实存在不清的可以先行支付部分比例的补偿金，这与美国的被害人应急贷款制度相类似，均体

---

[1] 参见卢希起：《刑事被害人国家补偿制度研究》，中国检察出版社 2008 年版，第 72-75 页。

[2] 参见徐永强：《刑事法治视野中的被害人》，中国检察出版社 2003 年版，第 177 页。

[3] 参见卢希起：《刑事被害人国家补偿制度研究》，中国检察出版社 2008 年版，第 78-80 页。

[4] 董文慧：《犯罪被害人国家补偿制度基本问题研究》，中国检察出版社 2012 年版，第 25 页。

现了人道主义精神。[1]

现世界各主要国家、地区采取了不同的被害人补偿模式。将附带民事诉讼解决模式与被害人补偿制度以整体来考察之，可以发现世界主流现代法治国家均已建立了相对应的二元制度体系。以法国为例，其采用的是附带民事诉讼与国家补偿制度并行的方式。法国在其《刑事诉讼法典》中规定了附带民事诉讼程序，同时在“特别程序”中增设了被害人国家补偿制度；德国虽然也设立有附带民事诉讼，但其被害人补偿制度规定在单行法中。

国外刑事被害人补偿制度经验告诉我们，制度规定需要与本国国情相结合才能稳定、高效、可持续运行。各国的文化传统、经济发展状况各不相同，制度内生逻辑所依据的本土资源也迥异。以日本被害人补偿制度为例，日本法律中关于被害人补偿的先行赔付条款体现了东方法文化中增进尊严、保障公民人权的基本价值，是人本主义的具象体现。在外部建设具体推进上，需要确立以国家立法推进引导为主、学界经验贡献力量为辅的“双通道”模式。这不仅是因为被害人权利、社会关系的回复需要依靠国家权威和强制力实现，还因为通过科学、民主的立法程序使制度执行“有法可依”，一定程度上消解了恢复性司法失位、不规范。但无论是大陆法系国家与英美法系国家在面对被害人民事赔偿请求问题上都没有坚持单一、僵化的处理模式，建立起多元化的救济机制如被害人国家补偿制度是对被害人救济体系的有力补充。

三、我国刑事被害人补偿制度的二元展开及其弊端

首先需要认定的是，我国尚未形成真正意义上的刑事被害人补偿制度，各地业已开展的被害人补偿工作模式也逐渐纳入了所谓“大司法救助”体系内，其概念有遭到消解的趋势。[2]被害人补偿本是国家对遭受犯罪侵害生活困难的被害人给予一定经济救助的工作，受世界各国被害人运动浪潮的影响，近年来我国也在各地开始试点被害人司法救助工作。受到强政策引导作用，其工作机制基础理论不统一，实践中出现救助标准低、资金短缺、审批机关混杂、缺乏救济程序等乱象。除社会观念、刑事政策等因素影响外，补偿机制的功能失灵主要市因为我国附带民事诉讼制度的强烈影响，在制度层面其强有力地占据了“高位”，页严重影响了我国被害人补偿工作的实际效能。

在我国被害人补偿制度尚未成型的背景下，被害人寻求救济长期以来主要选择附带民事诉讼制度，是因附带民事诉讼制度实乃我国基于效益价值和诉讼传统文化的现实选择，是具有我国自主知识产出的诉讼经验。从我国古代传统法律文化来看，以附带民事诉讼制度解决被害人补偿问题有其合理性。传统法律文化内，我国长期以来盛行国家本位观，体现在刑事领域就是个人利益遭到忽略、国家利益至上的惩罚犯罪刑事政策。“在中国古代，法、刑、律同义。法即是刑，法的职能不外是对外征服诛、对内镇压两个方面。”[3]中国古代法律文本乃是刑法、公法合一的状态，民事法律没有独立存在的空间，公民权利与民事责任处于刑事法制裁领域内的附属地，民事违法行为动辄以公法领域法律处置，没有单独的被害人概念之说，也没有所谓被害人的民事补偿问题。刑事正义的内涵被狭隘限制、误解为对犯罪人的正义，通过刑事附带民事诉讼制度“附带”解决被害人民事权利补偿的逻辑也能在历史文化找到了对应资源了。

在直接来源上，我国刑事附带民事诉讼制度实际上是对苏维埃式刑事诉讼理论的接受和移植，因此是法律嫁接的产物。[4]20 世纪 50 年代始，中国法学界掀起对苏维埃刑事诉讼制度的全面学习和继受，究其根源，一方面是受到国家政策的影响，当时国内环境不稳、国家法治工作陷入停滞，精研法理、负责起草法律草案的法治队伍人才相对缺乏，无法给立法工作提供强有力的智力支撑；加之国家工作全面恢复之后迫切急需组建足够数量的司法队伍，因此牺牲了法官选拔程序的严谨性，这也必然带来法官个体能力专业性的显著不足，而附带民事诉讼程序的制度设计涉及民刑责任交叉问题，为了提高诉讼经济从而限制其补偿范围就是自然的逻辑。精神损失赔偿的计算相较物质损失

---

[1] 郭建安：《犯罪被害人学》，北京大学出版社 1997 年版，第 307 页。

[2] 参见黄华生、徐世民：《我国刑事被害人救助制度的回顾与展望》，《江西科技师范大学学报》2019 年第 1 期，第 45 页。

[3] 都玉霞、赵延波：《中西方法律起源与发展之比较研究》，《政法论丛》1998 年第 4 期，第 40-41 页。

[4] 参见孙光妍、于逸生：《苏联法影响中国法制发展进程之回顾》，《法学研究》2003 年第 1 期，第 148 页。

而言复杂，计算标准带有主观性，在当时的法制背景下难以统一，因此被拒斥纳入补偿范围也是能够理解的。

随着司法实践的不断发展，最初设计的刑事附带民事诉讼制度的目的实现并不理想。首先，从诉讼价值的实现角度看，刑事附带民事诉讼制度设立初衷是为了在“稳固”刑事审判公正价值的基础上提高诉讼效率，目的是减少被害人在刑事审判过程中的“诉累”，维护被害人的民事权益。但在多数刑事案件中，被告人因缺乏实际赔付能力，附带民事诉讼判决实际上无法执行。实证研究显示，附带民事诉讼程序的适用主要集中在侵犯公民人身权利、民主权利罪案件，其中被害人物质损害请求案件占了绝大多数，为 88.5%，而在这部分的物质损害案件中，财产损害案件占比 41.8%、人身损害案件占比 43.1%。[1]换而言之，因人身伤害造成物质损失的刑事案件，如故意伤害罪、故意杀人罪粗略估计下只占比适用附带民事诉讼制度案件的 38.1%，而也仅有这部分案件才能有提起附带民事诉讼的必要，因为对于单纯财产性犯罪案件中，被害人的财产损失根据《刑事诉讼法》和《刑法》的有关规定需要返还被害人，被害人没有必要对此专门提起附带民事诉讼，人民法院原则上也不会支持被害人的请求。[2]

其次，现行附带民事诉讼制度并没有将精神损害纳入范围，一定程度上削减了此制度对于被害人权益保障的必要性。恢复性司法理念要求附带民事诉讼制度应当着眼于刑罚与对被害人补偿的互动关系，这就需要将对被害人权益损害的一切加以复原。[3]另实证研究显示，在人民法院审判的故意伤害附带民事诉讼案件里，人民法院判决被告人赔偿被害人损失的只占谅解协议赔付数额的一半，而这个比例在致人死亡情况下赔付比例不到 1/4。[4]固然这其中有谅解协议赔付数额相对过高，人民法院酌量裁定减少支持金额数的空间，但从结果上看人民法院裁判不支持被害人诉求，从赔偿范围上限制裁判效用也是重要因素之一。[5]关于附带民事诉讼是否应当纳入精神损害，长期以来学界争论未定。有支持者认为，从合理性与合法性层面分析，不支持者以刑罚替代精神损害赔偿的观点难以推敲，而在实践逻辑层面否定精神损害纳入赔偿范围更多是体现了最高人民法院想要达成的司法体系治理效果。[6]另有支持者认为，精神损失赔偿因体现马克思主义人文思想，是我国社会主义核心价值观的具现化，因此在强调法秩序统一的情况下拒斥精神损害赔偿必然丧失其正当性。[7]与之相对的，反对论者以最高人民法院为典型，其在相关司法解释对精神损害赔偿纳入附带民事诉讼赔偿范围采取相对严厉立场。实践中虽然已有地方人民法院对特定案件支持了被害人附带民事精神损害赔偿的诉求，但从整体效果来看此举并未引发制度效应，反而只暴露了更多理论与实务界观点的分野。[8]以恢复性司法理念审视之，被害人利益实际上可以视为实现社会危害性减小的重要因素。在恢复性司法看来，犯罪的社会危害性降低意味着被害人利益得到恢复，在“被害人中心主义”的影响下，精神损失也应当得到弥补。[9]

刑事附带民事诉讼制度逻辑错位，矛盾重重。刑事附带民事诉讼制度设计不仅与普通民事诉讼

---

[1] 参见夏伟：《基于大数据样本的刑事附带民事诉讼司法重构经验与逻辑》，《法学论坛》2021 年第 5 期，第 114 页。

[2] 谢佑平：《法治现代化视野下<刑事诉讼法>再修改》，《政法论坛》2024 年第 1 期，第 63 页。

[3] 参见阮诗闲：《恢复性司法视域下刑事附带民事诉讼制度的反思与完善》，《广西警察学院学报》2024 年第 3 期，第 50 页。

[4] 参见高通：《故意伤害案件中赔偿影响量刑的机制》，《法学研究》2020 年第 1 期，第 170 页。

[5] 有观点认为，法官在判决时甚至法律规在制定时，就提前认定犯罪行为人无赔偿能力是本末倒置。因此被害人赔偿权不应当受到犯罪行为人民事赔偿能力的“预先影响”。参见刘道钱：《中国刑事附带民事诉讼的局限性及其完善》，《华南师范大学学报（社会科学版）》2019 年第 5 期，第 139 页。

[6] 参见聂友伦：《刑事附带民事诉讼赔偿范围限制的制度逻辑》，《环球法律评论》2023 年第 3 期，第 186-189 页。

[7] 参见段后省《我国刑事附带民事诉讼拒斥精神损害赔偿的立场批判与制度重构》，《政治与法律》2021 年第 12 期，第 113-114 页。

[8] 2021 年上海市宝山区人民检察院支持牛某某强奸案被害人精神损害赔偿诉求。具体参见上海市第二中级人民人民法院（2021）沪 02 刑终 484 号刑事裁定书。

[9] 陆诗忠：《恢复性司法“中国化”之制度抗衡问题研究》，《北方法学》2011 年第 6 期，第 114-115 页。

制度存在矛盾，也与刑事诉讼制度存在矛盾，因此刑事附带民事诉讼制度在内在逻辑上存在一系列问题。根据最高人民法院于 2021 年所作出的《刑事诉讼法解释》可知，刑事附带民事诉讼程序本质上应为民事诉讼，目的是解决被告人对被害人的民事赔偿责任。但在考察具体民事责任时，不可避免地会发现理论上附带民事诉讼会体现一种"刑民责任互相吸收"的诡谲状况。一方面，现有认为"被告人承担了刑事责任即已完成主要的刑罚目的，对于被害人而言也是最主要的告慰"的立法思想是重刑轻民政策的反映。但问题在于，民事责任与刑事责任本身并不存在替代关系，更何谓之有观点从双重处罚理论出发为刑事责任吸收民事责任正言，更是体现了对以公民利益为代表的私权为以国家利益为代表的公权让位的国家本位法治观，而这一观念已明显过时，应当跟随时代发展而更新。[1]另一方面，除了适用刑事和解程序的公诉案件外，附带民事诉讼案件中民事责任亦有消解刑事责任的可能性。现行《刑事诉讼法》及司法解释对于附带民事诉讼案件中被告人追缴、退赔情况可认定为悔罪表现在量刑时加以考虑的规定，在实践中被法官作为以减轻刑事责任之可能使被告人承担犯罪后果的激励，作为"酌定量刑情节"的民事赔偿已经异化为被告人经济实力的竞技，换而言之，富有的被告人大可以以钱买刑，而困窘的被告人只能面对被人民法院从重判处刑罚的"潜规则"。[2]

附带民事诉讼制度目的虚化，效果不佳。根据现行《刑事诉讼法》规定，人民法院对于经查证属于违法所得及其他涉案财产的应当裁定予以没收，但依法返还被害人的除外。应当认为，以体系解释方法审查现行法律规定，涉被害人财产返还的对应条款适用范围只能是为物质损失。事实上，欲使我国附带民事诉讼制度同时具有民事责任与刑事责任"依附性"和"独立性"的观点难以证成。有前述观点认为，现行附带民事诉讼制度是吸收各国经验所形成的平衡协调产物[3]，但理论上刑事诉讼与民事诉讼不可忽视的矛盾使得附带民事诉讼制度亟待变革。首先是刑事诉讼与民事诉讼的目的矛盾，刑事诉讼意在实现国家刑罚权，通过法定正当程序对被告人课以刑罚，惩罚犯罪行为，所体现的是被告人个体与国家之间的"斗争"。而民事诉讼的目的是对平等私权利主体之间权利义务指向的定纷协调，前者是国家本位思想的天然亲和者，而后者则是个人本位思想的拥护者。现代刑事诉讼理念彰显人文关怀，首先体现在限制公权力保障人权，而人权与私权利的内涵有所不同，所涵摄的法律规范构建的具体制度也不相同，无法混为一谈。其次是刑事诉讼与民事诉讼的证明制度矛盾。依照现行法律法规规定，刑事诉讼证明标准比民事诉讼要严格，前者以"案件事实清楚，证据确实充分"的"客观真实"作为标准，后者以"高度盖然性"为标准；举证责任上，前者则是由公诉方承担举证责任，证据证明力不足时由公诉方承担举证不能的消息后果，被告人则获得积极证明结果，后者则是采用主张者举证的证明责任分配规则。法官是否能在混杂了两套完全不同证明制度的同一案件中不迷失？更何况司法实践法官倾向于采用刑事诉讼证明标准，民事诉讼证据部分存在直接沿用刑事部分调查取证材料认定事实，而相关司法解释的规定又将附带民事诉讼定位为民事诉讼。立法与司法层面的的现实割裂让人不得不心生疑惑。

单独的附带民事诉讼制度已无法很好地适应新形势下的刑事被害人补偿工作需要，即使该制度在在法律制度沿革的历史价值体现出了人文关怀，但紧迫的现实呼唤对其加以改良、建立更新的被害人补偿制度。

四、构建具有中国特色的被害人补偿制度

我国现行《刑事诉讼法》第七章规定了附带民事诉讼制度，该制度下被害人对被告人的犯罪行为所遭致的物质损失有权提起附带民事诉讼。但从整个第七章的篇幅来看，作为解决民刑交叉复杂法律关系、责任问题的这一重要程序仅有四条法律规定，相关条文数量严重不足，亦无法支撑起合理有效的被害人补偿制度。为了妥善处置遭受犯罪行为侵害但无法获得及时有效赔偿的被害人问题，需要国家以立法建立规范的被害人补偿制度。

早在 2004 年开始我国已展开了"被害人救助"工作的地方试点。山东淄博市首创了刑事被害人经

---

[1] 参见杨立新、刘洪林：《刑事附带民事诉讼的基础理论问题》，《国家检察官学院学报》2013 年第 6 期，第 154 页。

[2] 参见谢佑平、江涌：《质疑与废止：刑事附带民事诉讼》，《法学论坛》2006 年第 2 期，第 65 页。

[3] 参见胡凌宇：《刑事附带民事诉讼制度反思与法理回归》，《山西省政法管理干部学院学报》2021 年第 3 期，第 76 页。

济困难救助制度，据悉到 2006 年止有 9 人获得共计 26 万元的救助资金，但这一试点工作到了 2010 年前后就已戛然中止。究其根本，固然有地方财政统筹救助金而“僧多粥少”的重要影响，但更多是因为支撑制度所需的立法因素不规范、不统一，救助对象、标准，救助资金来源、组成，资金管理发放、监督反馈等模糊、混乱。2009 年中央政法委员会联合最高人民法院、最高人民检察院、公安部等八部门发布《关于开展刑事被害人救助工作的若干意见》（以下简称八部门意见）规定了刑事被害人的救助数额以“实际损失”做综合考虑，但又同时规定“一次性救助”原则与“36 个月工资总额”补偿上限。[1]这对于受犯罪行为严重侵害死亡或是失能的被害人仅是杯水车薪，[2]之后 2014 年中央政法委联合财政部、最高人民法院、最高人民检察院等六部门印发《关于建立完善国家司法救助制度的意见（试行）》（以下简称六部门意见）对各部门在司法救助工作中的职责作了详尽规定，但“36 个月工资总额”补偿上限的规定还是得到了沿用。此外在救助对象上，无论是八部门意见还是六部门意见都规定有“涉法涉诉信访人”，但对于这类群体的救助要不是附加了“不再给予刑事被害人救助”，就是规定了救助必须“息诉息访”的额外条件。有学者观点认为在政策层面分析我国被害人救助立法实际已经走入“大司法救助”的模式，在这种模式下无论是刑事被害人还是民事侵权被害人、设法涉诉信访者乃至因经济困难无法及时缴纳诉讼费用的当事人都被纳入司法救助的对象。[3]这一种将不同诉讼类别、不同事由所涉可能主题都囊括进一个框架内的制度有些过于粗疏，而办案单位均有权审批司法救助申请且无有效审批救济渠道的问题无一反映了这一模式的前景暗淡。

如前所述，我国附带民事诉讼制度对刑事被害人补偿产生了重要影响，有别于部分学者认为需废止附带民事诉讼制度的声音，应当在保留该制度的基础上建立具有我国重要特色的被害人补偿制度，这需要完成附带民事诉讼与被害人补偿制度在制度层面的有效衔接。对此首先需要解决理论问题，这也是被害人补偿制度的正当性基础。具有代表性的理论基础学说包括国家责任说、社会福利说、刑事政策说等。我国现行大司法救助模式正当性应当来源于社会福利理论，社会福利说的观点主要体现为国家自上而下对国民的抚恤、恩赐，国家给予特定对象以救助、补助是社会福利的延伸，而非被害人应有的权利。[4]然而社会福利说并不能单独解释为何要通过立法文件来对被害人在内的社会弱势群体加以保护，“充其量只要修正社会福利法规即可”。[5]司法救助使用纳税收入救助被害人，关注点在社会状态的稳定而不是被告人的自我承责因而被认为是一种家长式制度。[6]我国并不是福利国家，有关类似概念也根本区别于英美国家所推崇的社会福利制度，从司法救助制度所依托的规范性文件精神而言，国家实施救助的目的在于“改善民生、健全社会保障体系”而不是为了恢复犯罪被害人的受损利益，从这个角度分析社会福利理论似乎割裂了刑事司法领域被害人与犯罪的关系。此外，国家补偿责任说与刑事政策等理论单独适用均有理论上无法自洽的逻辑问题：国家责任认为国家负有保护公民的责任，而现代社会公民无法通过私力救济解决刑事冲突完成自我保护，因而需要国家在公民个体遭到犯罪侵害时担有补偿责任。这种观点遭到了许多质疑，有学者认为国家责任说存在规范、结论和性质的缺陷。[7]刑事政策说与“平衡保护说”、“犯罪预防说”等理念无异，认为国家有义务平衡犯罪人与被害人的均衡。但这种理论有回归家长式制度的疑问，因被害人在此理论中失去了主体地位被迫成为被平衡的对象，最终将与保护被害人的理念相悖。[8]不难看出的是，欲以国家补偿责任说、社会福利说、社会公正等理论作为被害人补偿制度之理论基础均存在一定缺陷，需进一步考

---

[1] 《关于开展刑事被害人救助工作的若干意见》“四、开展刑事被害人救助工作的基本要求.....（二）救助标准.....救助以一次性为原则。对刑事案件被害人或其近亲属的救助数额，以案件管辖地上一年度职工月平均工资为基准，一般在 36 个月的总额之内。”

[2] 参见熊秋红：《从刑事被害人司法救助走向国家补偿》，《人民检察》2013 年第 21 期，第 14 页。

[3] 方军：《刑事被害人救助：问题与前景》，《犯罪研究》2020 年第 4 期，第 41 页。

[4] 黄富源、张平吾：《被害者学新论》，台湾铭传大学出版社 2008 年版，第 255 页。

[5] 许启义：《犯罪被害人保护法之实用权益》，永然文化出版公司 2001 年版，第 24-28 页。

[6] ［美］安德鲁·卡曼：《犯罪被害人学导论》，李伟等译，北京大学出版社 2010 年第六版，第 399 页。

[7] 参见赵国玲：《刑事被害人救助立法根基的比较与重构》，《东南学术》2015 年第 1 期，第 153 页。

[8] 参见王思源：《犯罪被害人的权利与救济》，法律出版社 2008 年版，第 85 页。

察并加以修正。对此可以采用系统方法论，将众多理论的优势点整合形成“综合理论”。[1]

在规范形式上，应当采用混合立法模式。所谓混合立法模式，指的是将刑事被害人国家补偿制度之设计在《刑事诉讼法》中加以规定，而不单独另外颁行单行法律法规。[2]在我国被害人补偿制度不宜进行单独立法的原因包括：以功利主义考虑，单独设立刑诉法章节有利于节约立法资源，减少修法设制的阻力和难度。各地被害人补偿法规不一致、实践混乱不利于被害人权利的保障。从政策宣告考虑，在《刑事诉讼法》中新增单设章节，既是保护人权的刑事目标的具体体现，也有利于转变我国偏重犯罪惩罚的刑事政策。2023 年 9 月，十四届全国人大常委会公布立法规划，修改刑事诉讼法被列入第一类项目，即“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”。进入 2024 年以来，全国人大常委会法工委已多次就刑事诉讼法新一轮修改广泛调研，听取意见。《刑事诉讼法》第四次修改应当立足新时代下刑事司法新动态、面向新要求、展望新需要。[3]长期以来我国《刑事诉讼法》强调工具主义，即将法律作为打击犯罪的工具发挥功效，虽然保障人权观念近年来逐渐得到宣贯，但对于被害人的权益保障仍关注不够，将被害人补偿规定作为单独章节写入《刑事诉讼法》将有力地推进这一目标的实现。

在具体制度方面，在《刑事诉讼法》第七章“附带民事诉讼”之后新设第八章“刑事被害人补偿”，并对本章做如下安排：确认对刑事被害人补偿工作的及时性与相当性原则。所谓及时性原则，指向的是对被害人获得救助的有效性，毕竟“迟来的正义非正义”。从这个逻辑可以进一步“得出”刑事被害人补偿的肯定与否定条款，肯定条款规定了补偿对象主体资格与补偿金涵盖范围。刑事被害人应救助性的主体资格应当根据被害人“生活困难”程度来具体判断，具体而言应当是遭受犯罪行为侵害陷入严重经济困难或失能状态等难以负担因犯罪导致的生命健康救治费用，且无法及时从附带民事诉讼程序中获得及时赔偿的的被害人；因补偿帮助被害人获得必要精神支持、减轻痛苦具有必要性，还应当将精神损害纳入补偿金涵盖范围。[4]

相当性原则包含两个层面的意涵，第一层面指向救助对象的甄别，即拟被救助被害人是否具有应救助的主体资格。因为被害人补偿制度的补充性，被害人在刑事案件中的过错也是满足相当性原则的事由之一。相当性意涵的第二层面指向被害人遭受犯罪侵害所受损的实际程度、类型等所对应的补偿价值。在法益保护位阶上，生命保护法益高于财产法益保护和精神保护法益，当被害人因犯罪直接受到生命健康权损害的，应当构成最为严重的补偿情景、需要适用最高等级的补偿标准；单纯财产法益遭致损害的，应当适用比生命健康权遭致损害之次等的补偿标准；因犯罪行为遭致精神健康严重损害的，经法定程序鉴定评估后适用更次一等的补偿标准。

确定由人民法院统一决定被害人补偿金的审批与否，以解决司法救助制度中审批机关不统一、不独立的弊端。为了贯彻及时性原则，无论刑事诉讼程序处于哪个阶段，规定被害人均可以向办案机关提出补偿请求。当附带民事诉讼程序陷入“久拖不决”、“判久无执”的僵局时，被害人可向公安机关、检察机关或人民法院提出“临时补偿”申请，统一由人民法院内专门法官组成的审查委员会初步审查是否满足救济条件，通过补偿金总额“多退少补”的原则进行控制，满足条件的先行发放，同时防止补偿的过分延迟和申领过度。被害人补偿审查委员会对补偿申请受理后的实体决定，可以与刑

---

[1] 关于被害人补偿制度之“综合理论”基础的构想，主要参见赵国玲、徐然：《中国刑事被害人国家救助的现状、突围与立法建构》，《法学论坛》2015 年第 1 期，第 6 页。赵国玲主编：《中国犯罪被害人研究综述》，中国检察出版社 2009 年版，第 168 页。

[2] 有观点认为，“我国被害人国家补偿制度立法应当将程序内容在刑事诉讼法中做出原则性规定，将实体内容用单行法、条例的形式加以具体明确。然后各地根据本地区的实际情况对法规加以解释。”应当认为这种观点对于我国被害人补偿制度的前景过于乐观，然而纵观现行被害人救助的实践表现，完成这一目标应当还是分步骤进行为妥。吴淼：《刑事被害人国家补偿制度研究》，吉林大学 2012 年博士学位论文，第 108 页。

[3] 《全国人大常委会法工委有关负责人就十四届全国人大常委会立法规划答记者问》，载全国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202309/t20230908_431612.html，2024 年 9 月 23 日访问。

[4] 王宏璎：《被害人国家补偿制度入法正当其时》，载《上海法治报》2024 年 4 月 29 日，B1 版“法治论苑”。

事案件判决一并或单独作出，视案件承办具体情况分别处理。由人民法院内部独立部门负责被害人补偿申请的审批意义在于：人民法院作为刑事案件的裁判机关，负责案件审理裁判定分止争，在案情与被害人具体情况的了解方面更为专业、便利。不将该职责设置于检察机关的原因在于，检察机关负有法律监督职责，犯罪被害人补偿工作涉及专门资金的调用和管理易导致本身职能的混乱。与之相对的，在被害人补偿制度下设立程序救济和监督机制，进一步明确同级检察机关对于审批机关违反法律规定发放、不发放、违规使用补偿金等情形的法律监督权。在资金筹集方面，通过设立专项基金管理机构将补偿审批权与发放权相分离，确保被害人补偿金管理职权的相互监督与制约。在补偿资金来源上采取“中央地方二级政府拨款+执行财产刑及相关财产+社会捐赠”三元结构，为了保障补偿金的稳定来源，必须确保中央与地方政府的财政预算支出，而中央地方二级财产拨款模式也可以一定程度上缓解地方财政的支出不足，因此将执行财产刑及相关财产纳入补偿金另一来源也是必要的。此外还需要通过社会捐赠与慈善救助对基金进行补充，社会捐赠、慈善救助制度作为统筹社会力量共济、减少财政压力的第三来源有着特殊的意义。

五、结论

我国附带民事诉讼制度从积极和消极两个层面影响着被害人补偿的实现。我国附带民事诉讼制度在保障诉讼程序效益、实现诉讼经济上有独特价值，我国古代审判实践与当代政策提供了本土资源和文化内因，附带民事诉讼制度已成为我国解决被害人损害救济问题的重要选择，这是其对被害人补偿的积极影响。此外由于附带民事诉讼制度因镶嵌于刑事诉讼程序，被害人实体、程序权利均难以得到实现，从立法层面被害人之物质损失不能全面补偿到执行阶段判决利益难以实现，这是都是附带民事诉讼制度的消极影响。民刑交叉案件中本身就存在复杂的民事刑事责任处理难题，处置不当易导致责任互相吸收，有侵害罪刑法定原则之嫌。应承认的是，尽管附带民诉在立法层面仍存在缺陷，尚不宜对其全盘否定。引进并参照“恢复性司法”理念改良附带民事诉讼制度，汲取国外类似制度有益经验并建立具有我国特色被害人补偿制度是更好的选择。确立相对补充性程序介入原则，在附带民事诉讼制度运行迟滞时及时启动，以免被害人陷入犯罪行为带来的双重伤害困境。具体制度上，在《刑事诉讼法新设》第八章“被害人补偿”，确认补偿的及时性与相当性原则；规定人民法院内独立被害人补偿审查委员会统一审批申请，建立健全检察机关在被害人补偿工作上的法律监督和实施评估职责；通过设立专项基金筹集资金，成立专门基金管理机构，分离补偿金审批权与发放权，采取“中央地方二级政府拨款+执行财产刑及相关财产+社会捐赠”三元通道进行统筹。

刑事诉讼法与监察法的衔接问题研究

卫跃宁 熊馥琳*

摘 要：在《刑事诉讼法》与《监察法》均面临修改的背景下，对于两法之间的衔接问题再次进行探讨已成必要。目前，《监察法（修正草案）》已经过人大常委会首次审议后向社会公布，总结开来，立法所体现的“新旧”衔接主要包括“人权保障”“公正”理念的衔接；“侦查”与“调查”、留置与强制措施、从宽处罚建议与认罪认罚从宽的衔接；管辖、证据、审查起诉、审判等方面的衔接，这在一定程度上加强了《刑事诉讼法》与《监察法》的联系。不过，深入考察两法之间的衔接样貌，实际上还存在一定的不足与缺漏。首先，在办案原则层面，两法在衔接上还存在较大差异；其次，在制度层面，两法衔接在立案制度、管辖制度、辩护制度、先行拘留制度、证据制度上尚存症结或缺失；最后，在实践层面，“调查中心主义”的显现以及缺乏对监察机关与监察人员的有效监督也造成了两法衔接之间的桎梏。因应之策在于进一步加强两法之间原则、制度的衔接协调以及完善实践中的监督制约机制，最终实现《刑事诉讼法》与《监察法》之间的顺畅衔接。

关键词：刑事诉讼法；监察法；法法衔接；职务犯罪

一、问题的提出

为了构建集中统一、权威高效的反腐败机制，2016 年国家监察体制改革拉开序幕。经过试点，《中华人民共和国监察法》（以下简称《监察法》）于 2018 年 3 月 20 日由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第一次会议通过，正式将改革成果纳入立法之中。2018 年 10 月 26 日，《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）修改通过，其中主要的修改内容即为适应《监察法》的颁布而作出。《刑事诉讼法》与《监察法》的衔接问题也一直是学术界与实务界关注的热点话题，由此形成了一系列的研究成果。[1]从《监察法》对职务犯罪调查、处置的规定来看，很多表述实际上借鉴了《刑事诉讼法》的规定，两法在形式上存在一定的相似性，但在实质上两法之间仍存在着诸多的不同。因此，在对《刑事诉讼法》与《监察法》衔接问题研究的肇始，研究者们便形成了一个共识，即刑事诉讼程序与监察程序是两套独立运行的程序。[2]在此基础之上，对于两套程序内的具体机制应当如何设计至关重要，事关两套程序的顺畅运行。有学者从法教义学的角度出发，指出《刑事诉讼法》与《监察法》在措施、证据制度上还相差较大，故在衔接过程之中还面临着众多的难题。[3]有学者从更深层次的意义指出，在关注《刑事诉讼法》与《监察法》的衔接问题上，应当关注两法精神实质的融贯，从而解决为何衔接以及如何衔接的问题。[4]研究者们卓有洞见的观点为《刑事诉讼法》与《监察法》的进一步衔接提供了启发，对具体制度的完善有所裨益。

当然，需要指出的是，2018 年《刑事诉讼法》的修改更多的是一种被动式修改，为了适应《监察法》的颁行，而不得不对有关内容进行调整。因此，此次《刑事诉讼法》针对《监察法》的修改内容也具有一定的仓促性，从而进一步激发了上述研究者们的讨论。但是，对于《刑事诉讼法》与

---

* 作者简介：卫跃宁（1964— ），男，博士，中国政法大学刑事司法学院、诉讼法学研究院教授，博士生导师，人民法院司法改革研究基地、检察基础理论研究基地高级研究员，研究方向：刑事诉讼法学、监察法学；熊馥琳（1998— ），女，中国政法大学纪检监察学院诉讼法学专业博士研究生。

1 参见姚莉、秦文峰：《国家监察体制改革语境下的若干刑诉法问题应和》，载《求索》2018 年第 4 期；姜涛：《国家监察法与刑事诉讼法衔接的重大问题研究》，载《南京师大学报（社会科学版）》2018 年第 6 期；樊崇义：《2018 年<刑事诉讼法>修改重点与展望》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期；陈国庆：《刑事诉讼法修改与刑事检察工作的新发展》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期；朱孝清：《修改后刑诉法与监察法的衔接》，载《法治研究》2019 年第 1 期；程雷：《刑事诉讼法与监察法的衔接难题与破解之道》，载《中国法学》2019 年第 2 期；吴建雄：《刑事诉讼法与监察法衔接的反腐逻辑与反腐理念》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 3 期；朱孝清：《刑事诉讼法与监察法衔接中的若干争议问题》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期等文。

2 参见李勇：《<监察法>与<刑事诉讼法>衔接问题研究——“程序二元、证据一体”理论模型之提出》，载《证据科学》2018 年第 5 期，第 563 页。

3 参见谢小剑：《监察调查与刑事诉讼程序衔接的法教义学分析》，载《法学》2019 年第 9 期，第 67 页。

4 参见王敏远：《刑事诉讼法修改重点问题探讨》，载《法治研究》2019 年第 2 期，第 6 页。

《监察法》两法衔接的研究热潮主要集中于《监察法》颁布以及《刑事诉讼法》第三次修改前后。之后，对于相关问题的研究热度逐渐减少，尽管《中华人民共和国监察法实施条例》（以下简称《实施条例》）出台后对《监察法》的一些规定进行了细化，但仍有很多问题还有待深入探讨。加之，实践的发展日新月异，现有研究并不能充分满足实践的需求，同时，《刑事诉讼法》第四次修改已经被列入十四届人大常委会立法规划，《监察法》第一次修改被纳入全国人大常委会 2024 年度立法工作计划。2024 年 9 月 10 日，全国人民代表大会常务委员会对《中华人民共和国监察法（修正草案）》（以下简称《监察法（修正草案）》）进行了审议，并于 2024 年 9 月 13 日公开向社会征求意见。中共中央在之前党的二十届三中全会上，也进一步对《刑事诉讼法》与《监察法》的修改完善以及协调衔接提出了要求。全会明确指出，要推进执纪执法与刑事司法有机衔接。[1]在此背景之下，对于《刑事诉讼法》与《监察法》的衔接问题进行深入研究和再次讨论已然成为必要。因此，本文也应时而生，通过系统梳理《刑事诉讼法》与《监察法》的衔接现状，指出现行《刑事诉讼法》与《监察法》衔接之中存在的不足与疏漏，并进一步对《刑事诉讼法》与《监察法》的衔接完善提出展望，希冀能够在本轮《刑事诉讼法》与《监察法》修改之中以及为日后两法的进一步完善，提供智识性贡献。

一、《监察法（修正草案）》出台后《刑事诉讼法》与《监察法》衔接的“变”与“不变”

《监察法（修正草案）》的出台对现行立法规范中关于《刑事诉讼法》与《监察法》的衔接有所改变，进一步建起了两法衔接的桥梁，通过这些规定实际上也可以窥见当下《监察法》与《刑事诉讼法》衔接的整体样貌。具体而言，有关两法新的衔接包括“公正”理念的衔接与“人权保障”理念的衔接以及留置期限的变化和与刑事诉讼法相关规定类似的强制到案、责令候查、管护等规定；两法之间旧的衔接则主要包括侦查与调查的衔接、留置与强制措施的衔接、从宽处罚建议与认罪认罚从宽的衔接、管辖的衔接、证据的衔接、以及与审查起诉、审判的衔接。

（一）两法衔接之“变”

1、“公正”理念的衔接

本次《监察法（修正草案）》将“遵守法定程序，公正履行职责”纳入《监察法》第 5 条所规定的工作原则之中，这是“公正”理念在《监察法》中的确立。罗尔斯指出“每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性，这种不可侵犯性即使以整个社会的福利之名也不可能逾越。”[2]应当说，公正本身处于一种至高无上的地位。虽然监察机关不是司法机关，但其在工作之中一定程度上仍体现出司法机关的属性，因此，监察机关在办理职务犯罪案件过程之中同样需要强调公正的办案理念，“公正”理念在《监察法》中的明确有着重要意义。这一理念的确立也促进了《监察法》与《刑事诉讼法》的衔接。党的二十大报告提到“加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。[3]由此可见，“公正高效权威”是司法体制改革的重要目标，并且“公正”位于首位。在刑事诉讼之中，公正体现得尤为重要，特别是当司法领域冤假错案的涌现，司法公正受到不断的拷问，也使得人们对于司法公正更为强调。[4]并且在刑事诉讼之中，公正既包括实体公正，也包括程序公正，需要实现二者的有机统一。

值得欣喜的是，本次《监察法（修正草案）》也注意到吸收刑事诉讼中程序公正与实体公正相结合的理念，“遵守法定程序”本身蕴含着要实现程序公正，“公正履行职责”就是公正执法，也包括实现监察机关办理职务犯罪案件的实体公正，这弥补了之前“公正”理念在《监察法》中的空白，使得《监察法》与《刑事诉讼法》的衔接更为紧密。

---

1 《中共中央关于进一步全面深化改革推进中国式现代化的决定》，人民出版社 2024 年版，第 46 页。

2 [美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 2009 年版，第 3 页。

3 参见习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》，载《人民日报》2022 年 10 月 17 日，第 2 版。

4 参见王建国、周恒：《司法公正实现的法治化路径——以刑事诉讼为视角的分析》，载《学习论坛》2015 年第 10 期，第 74 页。

2、“人权保障”理念的衔接

本次《监察法（修正草案）》还将“尊重和保障人权”纳入《监察法》第 5 条规定的工作原则之中，这意味着“人权保障”理念将在《监察法》中正式确立。在此之前，《监察法》中并无明确的“人权保障”理念。这一理念进一步加强了《监察法》与《刑事诉讼法》的衔接。《刑事诉讼法》第 2 条明确规定了刑事诉讼的任务，其中重要的一点为“尊重与保障人权”。在刑事诉讼之中，对于保障人权的强调，是为了防止国家过度追求追惩犯罪的效率，而不当侵犯个人权利，换言之，刑事诉讼规制的对象主要是国家，而非被追诉者。[1]“尊重与保障人权”理念也成为刑事诉讼中的“王冠”。而监察机关调查职务犯罪的行为在本质上与公安机关侦查犯罪的行为并无显著差异，均属于追惩犯罪的行为。毫无疑问，普通刑事犯罪与权力腐败和职务犯罪一样都直接或者间接地侵犯了个人或大多数人的基本权利、国家以及社会的公共利益，公检法机关追究普通刑事犯罪和监察机关反腐败本身是间接实现保障被害方人权的法治方式。但是，公检法机关和监察机关不能因此而成为侵犯被追诉人人权的“发源地”，[2]在执法与司法实践中被追诉人的人权最容易受到忽视和侵犯。监察机关调查职务犯罪本身对被调查人的人身限制性本身就比侦查机关更强，在此过程中确立“人权保障”理念也是应时之需，并将有助于法秩序的统一，进一步缩小《监察法》与《刑事诉讼法》衔接的差距。

除以上主要两点之外，《监察法（修正草案）》还规定了留置时间的延长、强制到案、责令候查、管护、禁闭等内容，这些变化有一些是吸收了《刑事诉讼法》的规定，丰富了《监察法》的内容。

（二）两法衔接之“不变”

《监察法（修正草案）》除了上面变化之外，还有一些未涉及的内容。

1、“侦查”与“调查”的衔接

2018 年《刑事诉讼法》修改了“侦查”的定义，将原先“依照法律进行的专门调查工作”修改为“依照法律进行的收集证据、查明案情的工作”，而“调查”一词则见于《监察法》之中，《监察法》中明确规定了监察委员会承担调查的职责。这是为了将监察机关的工作与公安机关、人民检察院的工作相区分，即监察机关针对职务违法与职务犯罪案件收集证据、查明案件的工作称之为“调查”，以防与《刑事诉讼法》的“侦查”相混淆。[3]

2、留置与强制措施的衔接

根据《刑事诉讼法》第 170 条之规定，对于监察机关移送起诉已经采取留置措施的，人民检察院应当先行拘留，留置措施自动解除。人民检察院在规定的期限内，即最长不超过 14 日，决定对犯罪嫌疑人适用何种强制措施。这一规定是基于在移送起诉时及时剥夺犯罪嫌疑人的人身自由，既满足办案需求，也实现司法制约的考量。[4]对于在监察调查阶段未被采取留置措施的被调查人，移送审查起诉后，人民检察院根据具体情况对犯罪嫌疑人采取强制措施。当然，需要另外说明的是，本次修正草案中形成了监察强制措施体系，改变了以往单一的留置调查措施的面貌。此前有学者呼吁在第四次《刑事诉讼法》修改中应将监察调查措施纳入刑事诉讼体系之中加以规制，以实现法秩序与法规范的统一[5]，由于监察机关与司法机关的不同属性和监察机关的实质优势地位，这一点目前显然无法实现。不过，在之后的《刑事诉讼法》修改之中，或可进一步强调相关监察强制措施与刑事措施的衔接，使之成为两法衔接的“新面貌”。

3、从宽处罚建议与认罪认罚从宽的衔接

《监察法》第 31 条规定职务犯罪的被调查人主动认罪认罚并具有相应的情形之一时，监察机关经过研究、批准程序后，可以向人民检察院提出从宽处罚的建议。这一规定既体现了《监察法》

---

1 参见左卫民、周长军：《刑事诉讼的理念（第三版）》，北京大学出版社 2022 年版，第 303 页。

2 参见吕松锋：《监察调查的属性、原则及特征探析》，载《河南社会科学》2024 年第 5 期，第 19 页。

3 参见朱孝清：《修改后刑诉法与监察法的衔接》，载《法治研究》2019 年第 1 期，第 12 页。

4 参见谢小剑：《衔接留置型刑事拘留的法规范分析》，载《内蒙古社会科学》2022 年第 1 期，第 105 页。

5 参见韩旭：《<刑事诉讼法>第四次修改如何防范刑讯逼供发生》，载《浙江工商大学学报》网络首发：2024 年 9 月 9 日，第 10 页。

的立法精神，又体现了《刑事诉讼法》的立法精神。[1]因此，能够和刑事诉讼中的认罪认罚从宽制度形成衔接。进一步而言，人民检察院在审查起诉阶段对监察机关提出的从宽处罚建议进行审查，决定是否对犯罪嫌疑人适用认罪认罚从宽制度。

4、管辖的衔接

监察体制改革将 101 种职务犯罪归于监察委员会管辖，基于监察机关的性质和实质优势地位，立法确定了一种“监察优位主义”，即《监察法》规定“一般应当由监察机关为主调查，其他机关予以协助”，这与《刑事诉讼法》所规定的“主罪”管辖原则完全不同。[2]例如，监察机关与公安机关在办理互涉案件之中，并非以主罪确定管辖，而是以监察机关为主，整体上进行统筹协调。同时，由于《监察法》规定了监察委员会对职务犯罪的调查权，《刑事诉讼法》第 19 条第 2 款因此也修改了人民检察院直接受理案件的范围。[3]目前，人民检察院管辖的职务犯罪为司法工作人员涉嫌的 14 种职务犯罪，但这一管辖权并不属于人民检察院专属管辖，监察机关亦有管辖权。根据《实施条例》第 52 条的规定，监察机关在调查司法工作人员贪污贿赂等职务犯罪案件中，可以对司法工作人员涉嫌的人民检察院管辖的职务犯罪进行并案管辖。《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《高检规则》）第 17 条也规定，当人民检察院办理直接受理侦查的案件时，发现还有监察机关管辖的职务犯罪线索的，应当与同级监察机关进行沟通，如经沟通，认为全案交由监察机关更合适的，应当将全案移送监察机关管辖。

5、证据的衔接

《监察法》第 33 条明确规定，监察机关依照《监察法》收集的证据材料可以在刑事诉讼中作为证据使用。根据这一规定，监察机关在调查职务犯罪中收集的证据并不需要经过司法转化而具有直接进入刑事诉讼的资格。[4]同时，本条规定了监察机关的证据要求和标准应当与刑事审判相一致，这也是监察机关办理职务犯罪案件应当坚持以审判为中心的法条依据，有助于《刑事诉讼法》与《监察法》之间的衔接。

6、审查起诉、审判的衔接

一方面，在与审查起诉的衔接上，《监察法》第 45 条明确规定，对于职务犯罪案件，监察机关经过调查，认为犯罪事实清楚，证据确实、充分，应当依法移送人民检察院审查、起诉。《刑事诉讼法》第 170 条规定，对于监察机关移送的案件，人民检察院依照《刑事诉讼法》和《监察法》的规定进行审查起诉。如果需要补充核实的，则应当退回监察机关，由监察机关补充调查，必要时，人民检察院也可以自行补充侦查。根据《监察法》第 47 条规定，对于存在《刑事诉讼法》规定的不起诉的情形，经上级人民检察院批准，人民检察院依法作出不起诉决定。另一方面，在与审判的衔接上，可以适用没收违法所得程序、缺席审判程序。在监察机关调查的职务犯罪案件中，如果被调查人逃匿，在通缉一年后不能到案，或者死亡的，由监察机关提请人民检察院，依照法定程序，向人民法院提出没收违法所得申请。对于贪污贿赂案件，犯罪嫌疑人、被告人在境外，监察机关移送起诉，人民检察院认为犯罪事实清楚、证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，可以提起公诉，如果人民法院认为符合缺席审判程序的，则可以适用缺席审判程序。

二、《刑事诉讼法》与《监察法》衔接的不足与缺漏

从上文所述，当前规范中对《刑事诉讼法》和《监察法》的衔接虽然已有所规定，而且《监察法（修正草案）》对两法之间的衔接也有一定的进步，但由于监察体制改革试点时间较短，通过的时间并不长以及《刑事诉讼法》修改的被动性，两法在衔接上仍体现出一定的仓促性，还面临着一些不足与缺漏，尤其是随着时间与实践的发展，一些问题也显现得更为明显，使得两法之间产生一定的割裂性。

---

1 参见卫跃宁、熊馥琳：《监察从宽处罚建议适用的阻滞与纾困——以司法衔接为视角》，载《江苏警官学院学报》2023 年第 3 期，第 20 页。

2 参见卫跃宁：《监察法与刑事诉讼法管辖衔接研究》，载《法学杂志》2022 年第 4 期，第 101 页。

3 参见刘计划：《监察委员会职务犯罪调查的性质及其法治化》，载《比较法研究》2020 年第 3 期，第 161 页。

4 参见罗灿：《监察证据的司法认定规则》，载《中国应用法学》2023 年第 1 期，第 164 页。

（一）原则层面的不足与缺漏

监察机关办理职务犯罪案件的原则和检察机关办理职务犯罪案件以及公安机关办理刑事犯罪案件的原则有许多不同。《刑事诉讼法》规定了人民检察院对刑事诉讼进行法律监督的原则、犯罪嫌疑人及被告人有权获得辩护原则、法定情形不追究刑事责任原则；还规定了疑罪从无原则、控方负举证责任原则、不得强迫任何人证实自己有罪原则，等等。而这些原则在监察法中都没有规定或体现。[1]这实际上也为两法在具体的办案过程之中带来了诸多困境。

（二）制度层面的不足与缺漏

1、监察立案与刑事立案之间存在错位

我国《刑事诉讼法》受到前苏联刑事诉讼法的影响，采用的是诉讼阶段论这一模式。而刑事诉讼阶段论决定了我国刑事程序的启动必须经过立案程序。[2]刑事立案也意味着犯罪嫌疑人身份的确定、相关强制措施可以适用等，这一程序非常关键。《监察法》对于立案也有规定，即《监察法》第 39 条规定，监察机关经过初步核实对于涉嫌职务违法犯罪，需要追究法律责任的，应当办理立案手续。这是监察立案的体现。但是问题在于：一方面，监察机关的立案具有复合性，即对于职务违法和职务犯罪行为一并进行立案，这就有可能导致以职务违法的标准来约束职务犯罪的标准，相较于其他犯罪，被调查人涉嫌职务犯罪更容易被立案，也更容易被错误立案；另一方面，针对监察机关办理的职务犯罪案件中，只有监察立案，却未有刑事立案，无论是《监察法》还是《刑事诉讼法》对此均未有规定，监察机关办理的职务犯罪案件何时进入刑事诉讼程序缺乏明确的标志。此外，由于刑事立案的缺乏，也导致在同类措施的适用上有所不同。典型为技术侦查与技术调查措施采用的时间不一致。在刑事诉讼中，基于技术侦查对基本权利的干预性考量，只有在刑事立案之后才能采取。而技术调查措施与技术侦查具有同质性。尽管《监察法》规定监察机关调查涉嫌重大贪污贿赂等职务犯罪，可以采取技术调查措施，但《实施条例》却规定部分监察机关在立案前的初步核实程序中就可以采取技术调查措施。这一规定突破了《刑事诉讼法》“立案后”才可以采取技术侦查措施的规定。

2、监察管辖与刑事诉讼管辖的衔接仍有阻碍

首先，检察机关的职能管辖存在不确定性。一方面，由于监察机关与检察机关对 14 种司法工作人员的职务犯罪共同享有管辖权，但是，在监察机关具有实质优势地位的情形之下，只要监察机关认为有必要，监察机关当然可以管辖这 14 种职务犯罪案件。同时，目前法律规范规定了监察机关与检察机关办理互涉案件，监察机关能够并案管辖，这也容易忽视检察机关的办案优势，容易致使不分情况一律由监察机关并案管辖，最终导致检察机关自侦权难以落实的尴尬局面。而且，在检察机关可以管辖的 14 种司法工作人员涉及的职务犯罪中，滥用职权罪、玩忽职守罪、徇私枉法罪、非法拘禁罪、非法搜查罪、刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人员罪、私放在押人员罪、失职致使在押人员脱逃罪等 10 种职务犯罪监察人员实际上也能构成，但这些案件不由检察机关管辖，而是由监察机关自己管辖，既不利于诉讼经济，导致司法资源浪费，又不利于互相制约的实现。其次，在监察机关与公安机关的管辖上，还面临着一定的困境。《监察法》规定监察机关应当对所有行使公权力的公职人员的职务违法犯罪进行管辖，但是，在目前所列职务犯罪的罪名里，并非所有公职人员的职务犯罪均由监察机关进行管辖，公安机关仍然管辖公职人员利用职权实施的包庇、纵容黑社会性质组织罪和包庇毒品犯罪分子罪这两种职务犯罪，与监察管辖全覆盖实际上存在一定的冲突。[3]最后，是审判管辖问题。实践中大量的职务犯罪案件的审判都是通过指定管辖来确定，不利于诉讼经济与诉讼效率，也不利于审判公开原则的贯彻。[4]

3、《监察法》中辩护制度的缺失

《刑事诉讼法》明确规定犯罪嫌疑人第一次被侦查机关讯问或者被采取强制措施时，即可以委托辩护律师。因此，在侦查阶段，律师便可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助。律师在侦查阶段起着重

---

1 卫跃宁：《刑诉法与监察法修改应贯通“法法衔接”》，载《上海法治报》2024 年 4 月 22 日，B1 版。

2 参见姚莉：《监察案件的立案转化与“法法衔接”》，载《法商研究》2019 年第 1 期，第 25 页。

3 参见卫跃宁：《监察法与刑事诉讼法管辖衔接研究》，载《法学杂志》2022 年第 4 期，第 96-97 页。

4 卫跃宁：《刑诉法与监察法修改应贯通“法法衔接”》，载《上海法治报》2024 年 4 月 22 日，B1 版。

要的作用，当犯罪嫌疑人的利益面临现实的危险之时，辩护律师的存在可以产生一种制衡的力量，能够对抗侦查机关的侦查行为，防止侦查机关滥用权力，并在遇有违法行为时能够寻求司法救济。[1]但是，现行《监察法》完全排除了律师介入的空间，在监察调查阶段并不存在辩护制度。究其本源，在职务犯罪案件的办理过程中，很多办案人员认为律师是不稳定的因素，委托律师本身属于商业活动，会产生逐利因素，从而不利于腐败案件的查办。[2]虽然排除律师的介入有助于监察机关构建集中统一、权威高效的纪检监察工作机制，更快地查明案件事实，收集被调查人职务犯罪的证据，但是却使被调查人处于孤立无援的状态。尤其是，通过《监察法》的规定，可以发现监察调查的众多措施都借鉴了《刑事诉讼法》的规定，甚至一些措施比《刑事诉讼法》规定得更为严格，典型的如留置，当前《监察法（修正草案）》不但延长了留置期限，而且还规定了重新计算的情形，留置期限最长可至 16 个月。但是在类似的场域或者情境中却没有律师为被调查人提供法律帮助，着实难以理解。以司法工作人员所涉 14 个罪名为例，监察机关和检察机关均有权进行管辖，但是在监察机关调查时不允许律师介入，若由检察机关侦查时律师则可以介入，这在程序上对于职务犯罪人而言实际上并不公平，从法理上也讲不通。另外，将辩护制度予以引入，也是对《监察法（修正草案）》中“尊重和保障人权”原则的具体体现。进一步而言，日后《监察法》“人权保障”理念若要真正贯彻落实，还有赖于具体的规定，需要形成具体的规则，否则这一理念只能是“空中楼阁”。

4、先行拘留制度本身带来一定障碍

《刑事诉讼法》与《监察法》衔接中的先行拘留可以说是留置与强制措施过渡的一条纽带。但是此“先行拘留”并非彼“先行拘留”，即与《刑事诉讼法》中强制措施章节所规定的“先行拘留”本身并不相同，后者是在紧急状态下或者对现行犯采取的一种临时性的羁押措施，而前者不具有紧急性，只是一种过渡手段。但是这种为了衔接而规定的带有过渡性质的先行拘留本身还面临着现实难以解决的困惑。按照规定，先行拘留的最长期限可达至 14 天，但如果先行拘留错误，发现犯罪嫌疑人无罪，应当由监察机关还是检察机关进行赔偿，实际上于法无据。同时，检察院采取强制措施的期限不计入审查起诉期限，那应当计入何种期限。[3]在这种情形之下，监察机关与检察机关就会对赔偿事项相互推诿，因为此时的留置措施已经解除，监察机关无须再对此负责，但检察机关的先行拘留又不得不采取，并未有裁量权，由检察机关进行赔偿也并不合适。目前，法律并未对这一问题予以回应，无论是对监察机关与检察机关的分工，还是对犯罪嫌疑人的权利保障而言均造成了一定的障碍。

5、证据制度的衔接存在一定的困境

虽然现行法律规范规定监察机关收集的证据具有直接进入刑事诉讼程序的资格，但是由于监察和刑事诉讼属于两个不同的话语场域，在证据衔接上还面临着一定的困境。例如，《监察法》规定了被调查人的陈述这一证据，但是《刑事诉讼法》中并未有这一证据种类。同时，实践中也存在一些原本应按照“第三种形态”处理但因被调查人态度问题或有其他从重情节时，监察机关可以提档按照“第四种形态”处置，此时被调查人陈述是否能够作为刑事证据还有疑问，监察机关往往采取实质判断，认为行为内容符合职务犯罪，前述证据就能够作为刑事证据，但司法机关往往采取形式判断，认为前述证据不能直接作为刑事证据使用。[4]并且在实践之中也存在着大量职务违法证据甚至违纪证据直接进入刑事诉讼程序，用作证据使用，这种做法是否合理还需要反思。又如，上述提及的《刑事诉讼法》中规定了不得强迫自证有罪、控方负举证责任、疑罪从无等原则，但是《监察法》对此并无要求，这实际上也影响着两法之间的证据衔接。[5]再如，监察机关在调查职务犯罪案件时，对一

---

[1] 参见陈瑞华：《刑事辩护制度四十年来的回顾与展望》，载《政法论坛》2019 年第 6 期，第 8 页。

[2] 参见胡铭：《刑事辩护律师全覆盖与值班律师制度的定位及其完善——兼论刑事辩护全覆盖融入监察体制改革》，载《法治研究》2020 年第 3 期，第 69 页。

[3] 参见卫跃宁：《监察法与刑事诉讼法管辖衔接研究》，载《法学杂志》2022 年第 4 期，第 106 页。

[4] 参见卫跃宁、王玮玮：《监察与刑事诉讼证据衔接问题研究》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》网络首发：2023 年 5 月 5 日，第 4 页。

[5] 参见卫跃宁：《刑诉法与监察法修改应贯通“法法衔接”》，载《上海法治报》2024 年 4 月 22 日，B1 版。

些证人的询问往往在留置后在留置场所进行，但在刑事诉讼中对证人询问的地点却不能在羁押场所，这与刑事诉讼中的取证方式不尽一致。另外，在非法证据排除的适用上也存在一定困境。2024 年 9 月 2 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《办理刑事案件排除非法证据规程》中明确规定人民检察院对于侦查机关非法取证行为能够进行纠正以及相关非法证据被排除后检察院在必要时也可以自行调查取证，但由于监察机关并未参与此规定的制定，这一规定也无法对监察机关形成约束。同时，关于当前法律规范中非法证据排除的规定即便有一些能够适用于监察机关，但是在实践之中往往难以排除。由此，在适用非法证据排除规则之上，对于监察机关办理的职务犯罪案件也将更为困难，也难以实现与刑事证据规则的有机统一。

（三）实践层面的不足与缺漏

1、“调查中心主义”的显现

在实践之中，《刑事诉讼法》与《监察法》衔接的首要困境便是基于监察机关处于的实质优势地位，往往会产生“调查中心主义”的现象。进一步而言，由于监察机关与纪律检查机关合署办公，监察机关在办案过程之中往往享有更多的话语权，同时，官方对其作为“政治机关”的强调，赋予了其广泛而强大的权力，在办理职务犯罪案件过程之中便极易挤压检察权、审判权的行使空间，检察机关与审判机关往往受到来自监察机关强大的约束压力。例如，实践中对于监察机关办理的职务犯罪案件，虽然立法上规定了退回补充调查制度，但是实践之中会存在一些地方监察机关盲目地追求“零退查”“零不诉”的现象，致使检察院很难独立作出不起诉处理。这样，监察机关办理的案件通常能够较为顺利地提起公诉，难以受到检察机关的制约。[1]又如，《监察法》所规定的同步录音录像制度比《刑事诉讼法》更为严格，对于职务犯罪的讯问以及重要的调查取证工作如搜查、查封、扣押均应进行同步录音录像。[2]但是，在同步录音录像的使用上，如果司法机关要调取同步录音录像，还应当与监察机关进行协商沟通，实践之中这种方式的“调取”存在着很大的困难。[3]这些实际上便是“调查中心主义”的体现。

在以往的刑事诉讼实践中，公检法之间形成了流水线作业的模式，即公安机关负责“做饭”，检察机关负责“端饭”，人民法院则负责“吃饭”。这种线性模式在实践中极易形成“侦查中心主义”的后果，弊端也不断显现。之后逐渐引起理论界和实务界的关注，更加强调对侦查机关的监督。但就目前而言，侦查中心尚未得到彻底解决，检察院在一些认罪认罚的案件处理上的主导地位异化成检察中心，监委会职务犯罪调查案件也有异化为调查中心的问题。监察机关在获得职务犯罪案件的调查权后，虽然行使着与侦查机关类似的权力，但并未充分关注到既往侦查权膨胀所带来的问题，似乎又有“重蹈覆辙”之趋势，这对《监察法》与《刑事诉讼法》之间的顺畅衔接造成了巨大的阻力。

2、缺乏充分的对监察机关及监察人员的监督制约机制

监察机关本身属于权力监督机关，对于检察人员、审判人员对职务犯罪案件进行的审查起诉、审判活动有权进行监督，但是，对于监察机关自身而言，其在办理职务犯罪案件过程之中，主要是受到内部的监督制约，缺乏司法机关对于监察机关及监察人员的监督机制。尤其是，作为法律监督机关的人民检察院，是否对监察机关及监察人员的办案活动进行监督还存有疑问。有学者就表示，监察机关办案需要遵循政治监督的逻辑，纪检监察权不能成为检察机关法律监督的对象。[4]即使有学者认为检察机关能够对监察机关及监察人员进行监督，但只是事后的被动性的监督，即只能在审查起诉后对监察机关及其人员的办案情况进行监督，这种监督并不全面。[5]原先职务犯罪侦查权的转隶

---

[1] 参见卫跃宁、熊馥琳：《职务犯罪治理视域下监察监督与检察监督的关系研究》，载《青少年犯罪问题》2024 年第 3 期，第 9 页。

[2] 参见郭烁：《纠结的“查阅”同步录音录像：新<刑诉法解释>第 54 条述评》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2022 年第 1 期，第 139 页。

[3] 参见卫跃宁、熊馥琳：《监察讯问录音录像调取制度之反思与完善》，载《广西政法管理干部学院学报》2023 年第 3 期，第 4 页。

[4] 参见王琦：《纪检监察监督与司法监督贯通衔接机制研究》，载《河北法学》2023 年第 9 期，第 140 页。

[5] 参见詹建红、崔玮：《职务犯罪案件监察分流机制探究——现状、问题及前瞻》，载《中国法律评论》2019 年第 6 期，第 68 页。

实际上也带来了检察机关作为法律监督机关所面临的新的难题。与此同时，检察机关办理的职务犯罪自侦案件适用的对象是司法工作人员，并不包括监察人员，监察人员如若构成职务犯罪，仍然由监察机关自行办理。在这种情形之下，如何确保案件的公正办理，实际上是有一定困难的。由此可见，在衔接过程中，缺乏充分地对监察机关及监察人员的监督制约。最终，也容易形成实践中监察机关“强监督”，司法机关“弱制约”这样实质不对等的关系。

三、《刑事诉讼法》与《监察法》衔接的持续展望

监察体制改革与司法体制改革有着不同的改革初衷，监察体制改革以政治改革为主，兼具司法体制改革的属性，而司法体制改革则属于单一的司法体制改革[1]，两种不同属性的改革使得衔接具有相当的难度，这就需要我们更加重视《刑事诉讼法》与《监察法》之间的衔接。同时，虽然监察程序本身是独立的，但是其在与司法机关、执法部门之间互相配合与互相制约之中，向刑事程序得以敞开。[2]监察程序与刑事程序的衔接也格外重要。目前《监察法（修正草案）》虽做了一些修改，但在两法衔接的具体内容上仍存在有待完善的空间。针对当下两法衔接存在的不足与缺漏，在未来还应持续积极加以改进，尽量弥合衔接过程中存在的不畅之处。

（一）实现两法在办理职务犯罪案件相关原则的有机统一

虽然监察与司法分别属于不同性质的法律规范，但是由于所办理的案件都包括职务犯罪，仍有同一性，因而决定了二者应当在相关法律规范上的融贯统一。[3]首先就应当体现在办案原则之上。前述提及的刑事诉讼中明确的原则，应当在监察法律规范中也有所体现，作为办理职务犯罪案件的指引规定，毕竟在监察体制改革之前，对于人民检察院办理的职务犯罪案件本身就需要严格恪守这些原则，进而决定了职务犯罪办理的规范化，虽然现在有专责的监察机关，但也应当具有规范化的原则指引，继续延续进步的、法治的精神实质，以实现《监察法》与《刑事诉讼法》的有机统一。因此，建议《监察法（修正草案）》对《刑事诉讼法》规定的人民检察院对刑事诉讼进行法律监督的原则、犯罪嫌疑人及被告人有权获得辩护原则、法定情形不追究刑事责任原则、疑罪从无原则、控方负举证责任原则、不得强迫任何人证实自己有罪原则等进行借鉴吸收。

（二）加强制度之间的衔接协调

1、加强监察立案与刑事立案的衔接

针对前文提及监察立案与刑事立案错位的现象，建议《监察法（修正草案）》予以改进。正如有学者一针见血地指出“监察委调查程序缺少刑事立案这一手续，检察机关的移送案件审查起诉的基础便不存在”。[4]本文也认为，在监察机关办理的职务犯罪案件过程中，应当有单独的刑事立案程序。对于监察机关的刑事立案问题学界主要有两种观点，有学者认为，应当在监察机关将职务犯罪移送至人民检察院之后，由人民检察院进行刑事立案，这样既能区分监察立案与刑事立案，也能满足实际工作需要。[5]有学者则认为，可以在纪检监察机关内部设立单独的刑事调查部门，与党纪政纪调查相分离，具体承担调查职务犯罪案件的工作，针对职务犯罪单独立案。[6]对于以上两种观点，本文认为均存在不足之处。第一种观点实际上“延迟”了职务犯罪刑事立案的时间，这就意味着对于职务犯罪人而言很多保障措施需要到审查起诉阶段才能适用，虽然从形式上确立了刑事立案，但是本质上与刑事立案所想达成的效果以及体现的精神还相去甚远。第二种观点虽然及时地确定了“刑事立案”

---

[1] 参见姜涛：《国家监察法与刑事诉讼法衔接的重大问题研究》，载《南京师大学报（社会科学版）》2018 年第 6 期，第 104 页。

[2] 参见卫跃宁、赵伟中：《新时代十年监察法治建设的回顾与展望》，载《贵州师范大学学报（社会科学版）》2022 年第 6 期，第 141 页。

[3] 参见董坤：《监察与司法的衔接 理论、制度与机制》，北京大学出版社 2022 年版，第 10 页。

[4] 参见莫良元、周阳：《国家监察体制改革背景下监检权力衔接运行的法治实践路径》，载《学术交流》2023 年第 12 期，第 91 页。

[5] 参见杨正万：《审判中心背景下监察程序若干问题研究》，载《贵州民族大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 6 期，第 195 页。

[6] 参见李海峰、杨玉华：《监察调查与刑事诉讼协调与衔接的再考量》，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2019 年第 4 期，第 89 页。

的节点，但是要求设立单独的部门，这在无形之中增加了当前反腐败的成本，尤其是在案多人少的情况之下，很难顺应现实的需要。

在本文看来，应当相对区分职务犯罪与职务违法的立案，这意味着还是由同一主体进行立案，并不需要设立单独的机构和人员，不过需要对职务犯罪进行单独的立案，此时，这种单独立案即具有刑事立案的效果，这也符合认识论的规律，即实践之中职务违法和职务犯罪最初往往交织在一起，随着调查机关认识的深入，逐渐将二者区分开来，并且也更符合当前我国的反腐败实践。当然，还要特别予以说明的是，这里的"刑事立案"并非严格意义上刑事诉讼中的刑事立案，而是一种特别的刑事立案。因为根据目前《监察法（修正草案）》的规定来看，监察机关调查职务犯罪适用独立的措施，典型的即为独立的监察强制措施，这与刑事强制措施还有所区别。特别的刑事立案的意义在于，在《监察法》对职务犯罪调查上有实质性差异的特殊规定时，仍然适用相关规定，若无实质性差异的措施或者没有相关规定，参照适用《刑事诉讼法》的规定，例如，前文提及的技术调查措施，还有律师的介入，这实际上有程序二元并存的效果。

2、强化监察管辖与刑事诉讼管辖的衔接

首先，在修改《刑事诉讼法》时，应该确定检察院对司法工作人员实施的 14 种职务犯罪案件有优先管辖权，对监察机关工作人员利用职务实施的前述 10 种职务犯罪检察院则享有专属管辖权，一方面可以防止管辖争议和推诿；另一方面，可以有效制约监察机关。同时，对于监察机关与检察机关的互涉案件，应当明确并案管辖的情形，并且也应当明确检察机关有权并案管辖的情形，以充分发挥检察机关自侦权的优势。其次，为了进一步促进监察全覆盖，明确监察管辖与侦查管辖的范围，应当将当前由公安机关管辖的公职人员利用职权实施的犯罪归为监察机关管辖。最后，对于职务犯罪案件指定管辖的情况，应该予以规制。职务犯罪案件的办理应当先遵循法定管辖的原则，以维护法的稳定性与确定性。[1]如果确需要指定管辖，应当明确指定管辖的范围，并且还需要注重与监察管辖的衔接，综合考虑干部管理权限、案件性质、情节轻重与影响大小，确保审判活动的顺畅展开。[2]

3、适时引入辩护制度

按照上文提到的区分职务违法与职务犯罪立案，之后也应当允许律师介入职务犯罪的调查过程。不过，由于监察调查的主体是监察机关以及职务犯罪案件的调查往往由"人到案"，对于律师如何介入还需要再进行论证。有学者认为，可以由公职律师，即监察机关指派律师为被调查人提供法律帮助，行使有限的探视权、法律咨询等权利。[3]实践中，也有地区纪委监委设立了公职律师，虽然是协助纪委监委办案，但是对于促进监察法治以及确保案件处理的正确性起到了非常重要的作用。[4]可见，公职律师的设立实际上是一个可行的方式。但本文认为，从更长远的角度来看，还是应当适时引入辩护制度，允许职务犯罪的被调查人委托律师为其提供法律帮助，这也是进一步贯彻"人权保障"理念与"公正"理念的具体体现。更为重要的是，这样才能进一步加强《监察法》与《刑事诉讼法》的衔接。具体而言，在实践之中，可以通过试点的方式，在部分地区也做出这种积极尝试，即可借鉴侦查阶段的辩护制度，当被调查人首次被采取留置措施或者被讯问时，即可以委托律师。辩护律师能够在调查阶段为被调查人提供法律帮助、代理申诉、控告、申请解除留置措施以及了解案件的相关情况。基于职务犯罪中特别重大贿赂犯罪的调查有一定的特殊性，在律师会见方面，可以要求律师向监察机关提出书面申请，由监察机关进行审核。待这些做法在实践中形成经验之后，再逐步推广，最终在修改《监察法》的时候，将辩护制度引入职务犯罪案件的调查之中。[5]

---

[1] 参见郭烁：《法定法官原则：刑事管辖制度的确定性与救济性》，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2024 年第 3 期，第 45 页。

[2] 参见周长军、冯俊伟、韩晗：《监察调查的法治逻辑 以涉罪被调查人的权利保障为视角》，北京大学出版社 2024 年版，第 91-93 页。

[3] 参见王译：《职务犯罪调查程序中的公职律师行使法律帮助权之探讨》，载《华南理工大学学报（社会科学版）》2019 年第 1 期，第 73-74 页。

[4] 参见《纪检监察干部的另一种"打开方式"》，载 https://m.thepaper.cn/baijiahao_17535080，2024 年 8 月 22 日访问。

[5] 笔者曾提出建议：鉴于职务犯罪调查的复杂性，在调查阶段可以考虑先规定法律援助辩护和值班

4、去除监检衔接过程中的先行拘留制度

目前监检衔接过程中的先行拘留无论是从形式上看还是从实质上来看均对衔接造成了一定的障碍。本文认为为了避免不必要的歧义以及相关争议，监检衔接过程中的先行拘留制度无存在之必要。有学者也提到监检衔接过程中的先行拘留混淆了拘留的原本紧急和临时的性质，在措施转换上显得十分生硬，并认为较为可行的方式应当增设留置措施转入刑事强制措施的适用性条件，以体现出衔接的层次性。[1]在本文看来，这种观点有一定的道理，能够使得先行拘留制度回归原本的定位，但是这种观点并未指出留置措施应予合适解除，继而与刑事强制措施进行衔接，但并不能解决诸如前述提到的赔偿问题，只"治标"而"不治本"。

本文认为，可以借助预告移送制度来解决这一衔接问题。《实施条例》第 220 条规定了预告移送制度，即监察机关在将案件正式移送至人民检察院审查起诉前十日，应当向人民检察院书面通知预告移送的事项。[2]这一制度实际上就是一项过渡制度。检察院可以运用这一制度，在这一期限届满时，即监察机关移送起诉时直接作出对犯罪嫌疑人应适用何种强制措施的决定或者是否适用强制措施的决定，之前的十天则用于检察机关的考虑期间。当然，在特殊情况之下，还可以考虑延长一至四日。[3]进一步而言，建议《刑事诉讼法》第 170 条第 2 款修改为："对于监察机关对被调查人已采取留置措施的预告移送的案件，人民检察院应当在 10 日以内对被调查人作出是否逮捕、取保候审或者监视居住的决定。在特殊情况下，决定的时间可以延长 1 日至 4 日。监察机关应当在解除留置措施时协助执行。"这样修改：一是删除了原来不符合法理的"拘留"；二是不再存在国家赔偿推诿问题；三是可以解决"不计入审查起诉期限问题"。

同时，如前文所述，本次《监察法（修正草案）》中构建了轻重结合、配套衔接的监察强制措施体系。这实际上将预告移送期间作为检察院决定适用何种强制措施的期间更具可行性。比如之后可以规定，监察机关在职务犯罪调查过程中对被调查人采取责令候查措施的，在预告移送期限内检察院经查阅相关事项，如无特殊情况，则在期限届满时，对犯罪嫌疑人采取取保候审措施，这也使得监察强制措施与刑事强制措施形成更为紧密的衔接关系。

5、促进证据制度之间的衔接

针对《监察法》与《刑事诉讼法》证据制度衔接存在的一些困境，本文认为应当进一步明确和细化相关规定。前文提到被调查人陈述是否能够作为刑事证据，这一点应当在《刑事诉讼法》的修改中有所体现，对于职务犯罪被调查人所作的陈述应当转化为被调查人供述和辩解才能够作为刑事证据。而像前述提到的职务违纪与职务违法证据直接作为刑事证据使用的情况，本文认为应当禁止这些证据直接作为刑事证据使用，不仅因为违纪、职务违法证据与职务犯罪证据的标准不一致，各自的证明力也有所差异，而且直接作为刑事证据使用也会导致不少与职务犯罪事实本身无关的证据进入刑事程序，提高司法审查的成本，浪费司法资源。因此，《监察法》与《刑事诉讼法》均应当予以严格限制。此外，也需要加强监察机关在收集证据过程中的程序保障，吸收《刑事诉讼法》规定的不被强迫其罪原则[4]、控方举证原则，实现《监察法》与《刑事诉讼法》在证据制度上的顺畅衔接。同时，在证据收集的方式上，《监察法》也应当与《刑事诉讼法》保持一致，如上文提到的监

律师法律帮助（在留置场所设立办公室），再到普通刑事辩护全面适用，逐渐与《刑事诉讼法》统一。为慎重起见，初期可以考虑由党员律师介入。参见卫跃宁：《刑诉法与监察法修改应贯通"法法衔接"》，载《上海法治报》2024 年 4 月 22 日，《法治论苑》B1 版。

[1] 参见虞浔：《职务犯罪案件中监检衔接的主要障碍及其疏解》，载《政治与法律》2021 年第 2 期，第 154 页。

[2] 参见《实施条例》第 220 条："监察机关一般应当在正式移送起诉十日前,向拟移送的人民检察院采取书面通知等方式预告移送事宜。对于已采取留置措施的案件,发现被调查人因身体等原因存在不适宜羁押等可能影响刑事强制措施执行情形的,应当通报人民检察院。对于未采取留置措施的案件,可以根据案件具体情况,向人民检察院提出对被调查人采取刑事强制措施的建议。"

[3] 需要说明的是，笔者曾经撰文提到过"基于检察院已经完成了捕诉合一改革的现实情况，修法可以这样规定：'监察机关对于拟移送检察机关审查起诉的被留置人，应当在留置期限届满 14 日前移送检察机关。检察机关应当在 10 日以内作出是否逮捕、取保候审或者监视居住的决定。在特殊情况下，决定的时间可以延长 1 日至 4 日。'"卫跃宁：《监察法与刑事诉讼法管辖衔接研究》，载《法学杂志》2022 年第 4 期，第 101 页。但因为预告移送制度的出现，笔者认为可以进一步吸收进这一制度之中，而为了兼顾特殊情况，期限最长仍可至十四日。

[4] 参见冯俊伟：《<监察法>实施中的证据衔接问题》，载《行政法学研究》2019 年第 6 期，第 95 页。

察机关对职务犯罪案件证人证言的收集。针对上述非法证据排除规则适用的困境，在后续《刑事诉讼法》与《监察法》的修改完善过程之中，还应当明确将相关规则适用于监察机关办理职务犯罪案件过程之中，以真正实现监察机关在收集、固定、审查、运用证据时与刑事诉讼的要求和标准相一致。同时，对于已有的能够适用于监察机关的非法证据排除规定，司法机关应当严格按照落实相关规定。

（三）完善实践中的监督制约机制

1、坚持以审判为中心

要解决实践中"调查中心主义"的危险，必须明确，监察机关在办理职务犯罪案件过程中应当坚持以审判为中心。当前《监察法（修正草案）》对于监察机关与司法机关办理职务犯罪的关系并未明确理顺。但至少可以如有学者提出在第四次《刑事诉讼法》修改过程之中，进一步理顺监察机关与司法机关的权力配置关系。[1]日后《监察法》的规定也需对此逐步完善。党的十八届四中全会提出要推进"以审判为中心"的诉讼制度改革，突显了审判的重要地位，这对弥补以往"侦查中心"具有重大意义。在监察体制改革背景之下，进一步强调以审判为中心，能够防止监察机关在打击职务犯罪过程之中出现冤假错案，以实现打击犯罪与保障人权相结合。[2]具体而言，监察权必须在法定的框架之中运行，像前文中提及的退回补充调查、不起诉、同步录音录像调取等问题，最终的决定权应属于司法机关，监察机关不应干预，也必须明确在办理职务犯罪案件的过程中监察权与司法机关的权力处于平等地位，有着明确的分工，各司其职，并且案件办理应当服务于审判，以实现职务犯罪案件办理的质效。因此，即便监察机关是职务犯罪调查的专责机关，其也只能负责审查起诉前的一段，而不能决定职务犯罪案件最终的结局，对于职务犯罪是否提起公诉应当由检察院决定，如何判决，如何定罪，最终应交由审判机关决定。

2、加强对监察机关与监察人员的外部监督

本文认为除了上述措施之外，在《刑事诉讼法》与《监察法》衔接上，还需要加强对监察机关与监察人员的外部监督。这里的外部监督是指检察机关的监督。监察体制改革实际上并未改变人民检察院作为法律监督机关的地位。一方面，检察机关法律监督职能在于确保法律正确实施，理应包括《监察法》的实施。另一方面，监察体制改革使得原先属于检察机关对于职务犯罪的侦查权转隶至监察机关，有利于避免检察机关"自侦自诉"的弊端。从这个角度来看，监察体制改革实际上加强了检察机关法律监督的职能。更为重要的是，中共中央在党的二十届三中全会上，强调要"健全公正执法司法体制机制。健全监察机关、公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职，监察权、侦查权、检察权、审判权、执行权相互配合、相互制约的体制机制，确保执法司法各环节全过程在有效制约监督下运行。"[3]这里的"确保执法司法各环节全过程在有效制约监督下运行"就是指监察执法和公检法等机关的司法活动都应该受到有效的制约监督。应当说，监察机关作为执法主体，也必须受到监督制约。由此，也更应当运用好检察机关法律监督的优势，进一步明确检察机关能够对监察机关及监察人员在职务犯罪的立案活动、调查活动、非法取证等进行监督。如果检察机关发现监察机关或者监察人员在办理职务犯罪案件过程中存在违法行为，应当予以及时纠正。特别是前文提到要相对区分职务违法与职务犯罪立案，在这种情形下，检察机关应当重点对监察机关的职务犯罪立案活动进行监督，关注"有案不立""不当立案"的现象，适当扭转检察机关被动监督的局面。同时，需要强调的是，在对监察人员的监督上，更为有效的方式是前文提到的将监察机关工作人员相关的 10 个职务犯罪归为检察机关专属管辖，这样一来才能更好地防止"灯下黑"，跳出监察机关自我监督的困境，也能更好地平衡监察机关和检察机关的关系，避免监察机关一家独大，从而进一步促进《监察法》与《刑事诉讼法》之间的衔接。

此外，还应当探讨建立监察机关向人大报告的工作制度，我国宪法规定，人大产生政府机关、监察机关、检察机关和审判机关，但目前，只有政府机关、检察机关和审判机关每年向人大报告工

---

[1] 参见陈光中、陈琼雯：《<刑事诉讼法>修改的回顾与展望》，载《法学杂志》2024 年第 2 期，第 20 页。

[2] 参见陈邦达：《推进监察体制改革应当坚持以审判为中心》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018 年第 6 期，第 172 页。

[3] 《中共中央关于进一步全面深化改革推进中国式现代化的决定》，人民出版社 2024 年版，第 46 页。

作，接受人大监督，而监察机关却是例外。监察机关同纪委只是合署办公，内部的工作机制依然是有所区分的，所以监察机关每年向人大报告工作，并接受人大监督，从法理上是讲得通的，实践上也是可行的。

五、结语

法律本身是一套有系统、有组织的科学[1]，《刑事诉讼法》与《监察法》的衔接更是一项庞大且系统的工程，完成这项工程并非一朝一夕，但必须引起足够重视。两法的衔接既是监察机关与司法机关合力治理腐败的现实需要，也是监察机关与司法机关之间权力相互制衡的实际需求，同时还是促进监察机关法治反腐的必由之路。自上次《刑事诉讼法》修改以及《监察法》颁布施行已有六年之久，一些问题也随着时间的推移而愈发明显，在本轮《刑事诉讼法》与《监察法》修改的背景之下，可以看到《监察法（修正草案）》中两法衔接体现的进步之处，这是值得肯定的，但是仍然需要关注的是，两法衔接尚有不足，必须采取积极措施加以解决，未来两法均应以积极的姿态与对方对接，以实现两法之间的“良性互动”。需要说明的是，本文提出的解决方案并非“旧瓶装新酒”，而是直面《刑事诉讼法》与《监察法》衔接中现实的痛点、堵点，提出一些具有可操作性和现实性的完善建议，从而推动我国法治不断发展。总而言之，时代的车轮滚滚向前，法律的形式可能千变万化，但不变的是对法治进步的孜孜以求。

[1] 参见杨鸿烈：《中国法律思想史》，商务印书馆 2020 年版，第 17 页。

《刑事诉讼法》与《监察法》有效实现相互衔接配合相互制约的规范路径

江苏省南京市栖霞区人民检察院课题组*

内容提要：监察体制改革顺利推进和监察法修改的背景下，《刑事诉讼法》与《监察法》两法衔接或监检衔接成为我国反腐败和刑事司法实践中的新课题。监检衔接既是"相互配合、相互制约"原则的题中应有之义，也是实现人权保障、腐败治理等的现实需要。目前监检两机关衔接存在理论欠缺与规范缺如、认识误区和思维惯性、权力异化和实践越轨等现实困境，推进监检衔接的法理逻辑包括对监察权特性的充分认识、对以审判为中心原则的坚守、对理论模型的探讨等。在"程序分立、证据相通"理论模型框架下，具体分析探讨《刑事诉讼法》与《监察法》中立案程序衔接、管辖衔接、留置与强制措施的衔接、证据的衔接以及被调查人权利保障等方面具体制度。随着监察实践的发展和国家法治进步，监察法治建设应该在"更加规范、更加理性"原则下，推动监检两机关之间的衔接机制建设，进一步优化提前介入等衔接措施，扫清监检衔接中存在的理论与实践障碍，促进监察法和刑诉法相互衔接，推动实现国家治理腐败目标。

关键词：职务犯罪调查　监检衔接　证据转换　权利保障

监察体制改革作为一项重大的政治体制改革，进行了一种全新的制度设计。国家监察体制改革后，《刑事诉讼法》与《监察法》两法衔接、监检衔接便成为我国反腐败和刑事司法领域学术和实务界共同关注的新课题。《监察法》修正案已于 2024 年 9 月 10 日提请十四届全国人大常委会第 14 次会议首次审议。监检衔接既是监察机关和检察机关"相互配合、相互制约"原则的题中应有之义，也是实现人权保障、腐败治理等的现实需要。目前《刑事诉讼法》与《监察法》衔接的理论基础、立案与管辖的衔接、留置与强制措施的衔接、证据的衔接以及被调查人权利保障等方面存在的问题较为突出。随着监察体制改革顺利推进，监察法治建设应该在"更加规范、更加理性"原则下，进一步优化提前介入、调查（强制）措施、证据等衔接制度，推动两法衔接顺畅以及被调查人（犯罪嫌疑人）的权利保障，清除两法衔接中存在的理论与实践障碍促进监察法和刑诉法相互衔接制约，推动实现国家治理腐败和人权保障目标。

一、《刑事诉讼法》与《监察法》衔接实践中存在的问题

（一）理论欠缺与规范缺如：两法供给与需求之间的紧张关系

为了快速推进监察体制改革，2018 年监察法出台后，刑事诉讼法也作出对应的修改，立法采取"宜粗不宜细"的指导理念和综合立法模式，以保障改革的顺利进行。《监察法》作为一部法律，其与《刑事诉讼法》位阶相同，两法之间的关系如何？这是司法实践中遇到的新课题，也是中国的"本土问题"。在《监察法》已经实施并即将修改的背景下，研究两法衔接不能仅仅按照刑事诉讼法的原理，也不能仅仅按照监察法的规则来分析理解两法之间的矛盾与冲突，更不能零敲碎打地解决其中某一个具体问题，只有打破固有观念、概念，从理论模型上和制度设计上找到一揽子解决问题的理论方案，才能系统解决问题。但目前研究监察法和研究刑事诉讼法的学者都没有提供很好的理论来指导和解决两法衔接实践的悖论现象和相关规章制度制定。理论的欠缺也导致具体衔接制度的研究均显得较为碎片化、肤浅化，难以形成体系化、逻辑化的衔接理论和问题分析模型、框架。

监察法只有 69 则条文，集实体法与程序法于一体，融组织法、行为法、责任法和救济法内容在一起，刑事诉讼法中与监察法相衔接的条款仅有 14 处，两法都没有详细的内容规范监检衔接的具体制度，这种过于原则的规定亦无法指明两法衔接的具体流程，不利于实践工作的开展。[1]为了推进工作，高检随后修订了《人民检察院刑事诉讼规则》，从证据移送、指定管辖、留置衔接以及检察介入侦查等方面予以规定。国家监察委员会也制定了《监察法实施条例》，对监察法中有关两法衔接的内容进行了一定延展，此外各级监察、检察机关也制定了不少有关监检衔接，比如关于互涉案件管辖与办理的规范性文件。总体上，这些具体

---

* 江苏省南京市栖霞区检察院课题组，组长：曹琼　南京市栖霞区检察院检察长，成员：尹吉，东南大学法学院教授；龚霞、刘和海，南京市栖霞区人民检察院检察官。

1 参见秦前红：《监检衔接的逻辑与方法》，载《东方法学》2024 年第 4 期

制度或法律解释能解决一些法治实践中的难题，但是并不能完全回应实践中出现的各种复杂问题。另外，针对监察法、刑事诉讼法本身并未涉及的制度缺漏，司法解释、监察法实施条例这些下位规范也不应该起到填补作用。

因此，从反腐败法治长远发展角度来说，只有创新理论分析模型和推动两法修改才能缓解这种理论基础和法律规范供给与需求之间的紧张关系。

（二）认识误区和思维惯性：监察中心主义思想的影响

监察机关的性质和地位特殊，是政治机关。由于监察委主任由纪委书记兼任，一般由本级党委常委兼任，因此，监察委员会的实际地位和威望高于检察机关。在两法衔接和反腐败实践中，监察机关这种性质地位会对职务犯罪案件办理产生全局性、决定性影响的倾向，可以称之为“监察中心主义”[1]，类似于侦查中心主义含义，与以审判为中心的刑事司法改革趋势不相符合。在“监察中心主义”之下，监察权对于两法衔接过程的影响遍及案件全程，包括管辖层面的绝对排他管辖权、退回补充侦查层面的参与决定权、不起诉的同意权等。例如，职务犯罪案件以退回补充调查为先，只有必要时才可由检察机关自行补充侦查。而且检察机关认为需退回补充调查的还应先报上级检察院批准，上级检察院若要批准还应当先与监察机关沟通，在实践中因监察委内部考核压力等种种原因，监察委一般都不接受检察机关的退查决定，这使得检察机关的自行补充侦查受局限。因此，在实践中，监察中心主义使得监察案件移送审查起诉后不起诉率、退回补充调查率、自行补充侦查率、排除非法证据率都很低，同时，起诉率和有罪率极高，这明显与以审判为中心的司法现代化改革目标不完全一致。

（三）权力异化和实践乱象：损害刑事诉讼独立程序价值

在两法衔接缺乏法律规范的情况下，监检衔接实践中会出现一些合乎法律规定而实质上游离于法律之外的惯常操作，成为所谓的“办案技巧”和规避法律规定的借口。例如，调研中，我们发现，有些地方监察委内部留置审批时掌握的标准是，一般干部案件留置二个月，科级干部案件留置三个月，副处级干部留置 4-5 个月，正处级及以上级别干部案件留置六个月。批准的留置时间取决于涉案人员级别而非案件的侦破难易程度。就像一片树叶随风舞动的运动轨迹描述要难于高速上奔驰的汽车轨迹一样，级别低的干部所涉案件也有可能比更高级别干部案件疑难复杂。某些案件基层监察委调查时间显得仓促，通过检察机关退回进行补充调查制度来变相延长调查期限，甚至有些时候发生监察机关直接“借用”检察机关强制措施办案的情况。又如，提前介入程序是履行法律监督职能的具体举措，可以有效发挥“互相配合，互相制约”的功能，但目前，提前介入程序的发动有赖于监察机关的商请。面对监察机关的介入诉求和监察机关的政治地位，检察机关一般都会选择介入案件，检察机关提前介入职务犯罪调查已然成为监检衔接的常态，在有些地方逐渐异化为审查起诉的替代程序，无疑严重损害了刑事诉讼的独立程序价值。

二、《刑事诉讼法》与《监察法》衔接的法理逻辑

（一）监察权性质的再认识

监察机关依照《监察法》行使的调查权到底是怎样一种权力？对这一问题的正确判断和科学回答，将直接决定《监察法》和《刑事诉讼法》相衔接的逻辑前提。需要从监察权根源上进行科学严谨考察和分析来予以研究。

一般监察权是国家监察体制改革中新设立的一种国家权力，具有以下基本特性：

1.从国家权力的溯源分析角度来理解

权力源头本源是一项权力的本质特征，也是权力的主要权能和内容，这是此项权力区别于他项权力的根本所在。我国《监察法》第 3 条明确规定，“各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关，依照本法对所有行使公权力的公职人员进行监察，调查职务违法和职务犯罪。”这就是监察机关依法履行监察权的法律条文依据。监察机关所行使的监察权并非是原监察局职权、检察机关职务犯罪侦查权的“简单相加”，而是对较为分散的反腐败权力和相关资源的有机整合，是一种全新的“权力

[1] 参见秦前红：《监检衔接的逻辑与方法》，载《东方法学》2024 年第 4 期

集合体”。[1]监察权在地位上是一种同检察权和审判权、执行权并列位阶的国家权力，是具有自身特性的新的权力类别。根据《监察法》第 11 条，即“监察委员会依照本法和有关法律规定履行监督、调查、处置职责。”由此可见，监察权作为一个融监督、调查、处置于一体的集合概念，是一个类似存在占有、使用、收益等多项权能的物权概念的权能统一体。首先，监督权是监察权的重要基础和首位权能，一般被视为监察机关的“第一位职能”和“内在权能”，最能体现监察权主动性的特征。其次，调查权是监察权的核心，也最能体现监察权本质特性的权能。监察机关的调查权包括对公职人员涉嫌违法违纪行为所实施的调查以及对公职人员涉嫌犯罪行为所实施的调查。监察机关依法履行完调查权，并直接进行性质判断和行为处理，但不意味着案件就直接进入到刑事司法程序。最后，处置权是决定性权能，也最能体现监察权权威性的特质。监察机关在监察调查的基础上，依据调查结果，对人和事进行认定和处置。调查权是监察权的一部分，明显不同于《刑事诉讼法》规定的侦查权。

2.从国家权力的运行机理角度来理解

权力的运行机理就是权力在具体运作的体制机制保障，是权力取得实际成效的基本规律。与一般犯罪相比，职务违法犯罪有自身显著的特点：无直接的被害人、无空间意义上的案发现场、物证较少，加之调查对象往往具有非常复杂的社会关系以及较强的反侦查能力，调查活动干扰较多。正是职务犯罪案件与一般刑事犯罪案件有着明显的区别，其决定了调查权和侦查权有着不同的运行机理，对涉嫌职务违法犯罪的调查必须更加注重坚决的手段和更多便利的强制措施。从权力的运行机理理解，监察机关的调查权有独特的运行规律，不受司法审查程序控制。

3.从权力运行的目标角度理解

权力追求的目标也是考察权力属性的一个重要方面。调查权的最终目的是调查发现职务违法犯罪行为事实，促进和保障职务行为廉洁性，“惩前毖后、治病救人、防患于未然”，助力构建反腐败长效机制，这也是腐败治理的“治本”思想。而《刑事诉讼法》中侦查权是为查证一般犯罪事实，打击和预防犯罪行为，保障人权，和调查权的权力追求目标有共同之处也有不同之处[2]。因此，侦查权和调查权两者目标存在交叉和差异，但调查权追求的目标更具多元性和综合性，不是侦查权所能涵盖。

综上，在理论上对《监察法》规定的调查权与《刑事诉讼法》规定的侦查权相互之间的关系进行厘清的基础上，才能对《监察法》和新《刑事诉讼法》的衔接配合问题进行科学理性地探讨。

（二）“以审判为中心”原则的重申

监察体制改革后，宪法将原刑事诉讼中公检法三机关“互相配合，互相制约”原则沿用至职务犯罪案件中，监察法对这一原则进行了确认。“衔接”一词本身就是“互相配合，互相制约”这一原则的具体表述，两法衔接关系的关键是明晰和落实“互相配合，互相制约”原则。“互相配合，互相制约”原则落实到监察调查和刑事司法过程中，应坚持“以审判为中心”，亦即监察权应当尊重和保障审判权 。

监察机关应当牢固树立证据意识和程序意识，向审判阶段的证据标准看齐，全面、客观、及时收集与案件有关的证据。证据裁判原则内在要求是认定诉讼中案件事实，必须依据证据作出，“无证据，不认定”。《监察法》第 33 条规定，“监察机关在收集、固定、审查、运用证据时，应当与刑事审判关于证据的要求和标准相一致。以非法方法收集的证据应当依法予以排除，不得作为案件处置的依据。”本条内在要求监察机关在对涉嫌职务犯罪案件进行调查之时，应当牢固树立证据意识和程序意识，向审判阶段的证据标准看齐，全面、客观、及时收集与案件有关的证据。“全面”要求就是监察机关及监察人员在对涉嫌职务犯罪案件办理时，既要收集调查对象罪重的证据，也要收集其罪轻或者无罪的证据。“客观”要求就是监察机关及监察人员在收集证据时应当尊重客观情况，实事求是，客观公正，严格遵守非法证据排除规则，以保障所获得的证据材料能够经得起司法的检验。“及

[1] 参见刘练军：《论作为一种新型中国式宪法权力的监察权》，载《政治与法律》2023 年第 3 期

[2] 参见李勇：《《监察法》与《刑事诉讼法》衔接问题研究---《“程序二元、证据一体”理论模型之提出》，载人大复印报刊资料《诉讼法学、司法制度》2019 年第 4 期

时”要求就是监察机关及监察人员注重提高收集证据的效率，避免不必要的挂案、拖延。《刑事诉讼法》应明确规定监察机关移送审查起诉的证据标准，以进一步实现两法内容的有效衔接。

《监察法》已经实施并修改的背景下，必须通过《刑事诉讼法》修改为两法衔接面临的一些列悖论现象提出一揽子解决方案。当前从监察机关办理职务犯罪案件与检察机关衔接的实践问题出发，坚持“以审判为中心”，按照“程序分立、证据相通”的理论模型就两法衔接上的悖论现象寻找解决之道。

（三）“程序分立、证据相通”理论模型的主要内容

《监察法》与《刑事诉讼法》法律效力位阶相同，监察机关和检察机关在宪法定位上分别属于监察机关和法律监督机关，但工作上相互衔接。从监察调查到刑事司法，二者如何衔接？我们可以从程序的衔接和证据的衔接进行分析。

1.程序与证据的关系

一直以来，程序和证据都属于诉讼法学的重要内容。立足于程序与证据在诉讼法学上的相对独立性，监察委员会的调查程序即便适用监察法而不适用刑事诉讼法规范，但是监察委员会调查过程中所形成的证据材料必须符合刑事诉讼法的法定要求。所谓“程序分立、证据相通”是建立在程序与证据相对区分基础之上的，“程序分立”就是指监察程序与刑事司法程序相互分离；“证据相通”是监察调查的证据的证据能力和证明力规则都和刑诉法是相同的，不因取证机关不同而有所区别[1]。

2.程序分立

《宪法》和《监察法》已经在法律上明确将监察委员会界定为“监察机关”。监察委员会调查情形不仅包括职务犯罪，也包括职务违法、干部违纪，有时甚至以事立案，进行是违法、违法与犯罪综合调查，监察机关的立案条件、程序审批、调查措施、时限要求、处置措施，明显不同于以往检察机关职务犯罪侦查的模式，也不等同于一般侦查权。

这种管辖上的不同与差异决定了监察机关调查案件不适用《刑事诉讼法》。监察调查程序与刑事诉讼程序是二元独立的，主要体现在以下三方面：一是初核方面。监察初核与公安初查不同，前者是初步核实公职人员违纪、职务违法、职务犯罪线索，后者是刑事立案前的初步侦查；二是立案方面。监察立案与刑事立案不同，前者是针对职务违法和职务犯罪的程序入口，刑事立案是针对刑事犯罪案件的程序启动；三是强制措施方面。监察留置在种类、审批程序、适用法律、期限等方面不同于刑事强制措施。

3.证据相通

理论上承认“程序分立”，只是承认监察委员会调查案件中的立案、审批程序、调查措施适用等程序性事项与刑事诉讼中的相关程序具有差异性和不同性。但监察委员会在履行这些程序过程中的取证行为应当符合《刑事诉讼法》关于犯罪嫌疑人（被告人）供述和辩解等人证、物证证据能力和证明力规则。

证据相通就是指监察机关调查的职务犯罪案件，其取证规范、证据规则、证明标准仍然适用《刑事诉讼法》，不允许另搞一套。这项理解被《监察法》第 33 条所支持。监察机关遵循审判中心主义的原则，应当与刑事司法关于证据的要求和标准相一致，也就是与《刑事诉讼法》关于证据的规范和标准相一致。《刑事诉讼法》及其配套的司法解释所有关于证据的要求和标准，均适用于监察机关调查的职务犯罪案件及关联案件。

根据“证据相通”要求，《监察法》第 23 条关于查询、冻结的规范，第 24 条关于搜查的规范，第 25 条关于调取、查封、扣押财物、文件、电子数据的规范，第 26 条关于勘验检查的规范，第 27 条关于鉴定的规范，除内部审批等程序性事项之外，涉及到取证规范的内容均按照《刑事诉讼法》要求。当然，坚持“就高不就低”的原则，《监察法》对个别取证行为规范，比《刑事诉讼法》的规定还要严格，如《监察法》第 41 条第 2 款规定“调查人员进行讯问以及搜查、查封、扣押等重要取证工作，应当对全过程进行录音录像，留存备查。”此时，应该执行《监察法》要求。

因此，《监察法》与《刑事诉讼法》的关系，可以用“程序分立、证据相通”来进行解释和衔接制

[1] 参见李勇：《《监察法》与《刑事诉讼法》衔接问题研究---《“程序二元、证据一体”理论模型之提出》，载人大复印报刊资料《诉讼法学、司法制度》2019 年第 4 期

度设计。

三、“程序分立、证据相通”模型下《监察法》与《刑事诉讼法》衔接问题

（一）管辖方面的衔接

管辖是犯罪案件办理的前提与基础，涉及权力分工和工作机制运行的顺畅。案件管辖包含职能管辖、地域管辖、级别管辖，另外还有互涉案件的关联案件管辖、指定管辖等。与刑事诉讼法相比，《监察法》对管辖规定比较模糊，《监察法》和刑事诉讼法修改时都必须做好衔接工作。

1.职能管辖的衔接

《监察法》第 11 条规定，监委“对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查”。这一职责规定，存在逻辑上的混乱，因为贪污贿赂必然涉及权力寻租、利益输送等行为，滥用职权、玩忽职守与徇私舞弊、浪费国家资财不是刑事实体法上的并列关系，内容混乱，导致职能管辖不清晰。职能管辖中比较难的是关联案件的管辖问题，对数罪、共同犯罪等存在关联关系的案件，可能涉及监察委、公安机关、检察机关、国家安全机关等多个不同办案机关的管辖权，这类关联案件管辖争议比较多。《监察法》第 34 条第 2 款确立了以监察为主的管辖原则。但在办案实践中，这条规定会引发一些问题。例如，一些涉黑犯罪和非法集资案，主要犯罪疑难复杂，仅部分实施了行贿犯罪，如果将案件一律交由监察机关为主调查，由于监察委其它犯罪调查经验不足，就可能“力不从心”、办不好案件甚至产生案件“夹生”的问题，给打击犯罪带来不利影响。[1]此时，以监察委调查为主，不仅与监察委的职能相违背，而且也将影响办案质效。实际上，对关联案件的管辖，最高法、最高检等六部门 2012 年《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第 1 条第一项，明确对于关联案件，由主罪的办案机关侦查为主，其他罪名的办案机关予以配合，这一规定符合司法办案实践，具有合理性，在刑事诉讼法修改时应予以坚持，对《监察法》第 34 条可以在修法时在“一般”的原则规定之外，做出灵活的制度安排，实现国家权力在机关之间的合理分工。

2.地域管辖的衔接

因为监察对象是公职人员，公职人员的职务犯罪主要是利用所在职位、单位的职务便利，把受贿犯罪中受贿收钱等行为发生地点作为犯罪行为地，意义并不大。《人民检察院直接受理立案侦查职务犯罪案件管辖规定》（高检发反贪字［2013］2 号）第 4 条对犯罪地管辖为主的原则扩大解释为以工作单位所在地管辖为主符合办案实际，建议刑事诉讼法和监察法的修改中可以借鉴这一规定精神，考虑职务犯罪地域管辖的特殊性，设置较为灵活的地域管辖原则。明确地域管辖以公职人员所在单位为主的管辖原则，实现监察法与刑事诉讼法的有效衔接。职务犯罪实行工作单位所在地管辖，不是突破犯罪地管辖原则，而是对该原则的一个补充，是对特殊类型犯罪实行犯罪地管辖的具体方式的界定。

（二）职务犯罪案件从监察到检察的立案衔接问题

如上所述，监察程序与刑事诉讼程序是相对独立的，监察案件要进入刑事司法程序必须要建立相应的衔接机制。监察立案并不区分违法和刑事犯罪。监察机关以违法违纪嫌疑立案即启动调查手段，而刑事司法上的立案以涉嫌犯罪为条件，只有涉嫌犯罪才能启动侦查。因此，监察立案与刑事立案存在根本性不同和差异。监察立案制度有违反法律面前人人平等的原则之嫌疑。比如，对于普通人犯罪，依照刑事诉讼法，必须涉嫌刑事犯罪，才可以立案侦查并启动强制措施，而对公职人员犯罪，只要涉嫌职务违法，就可以立案调查并启动一系列强制措施，这个作为对公职人员的较高要求也无妨，但在关联案件中冲突较为明显。例如，在公职人员与非公职人员共同行受贿的关联案件中，按照监察法，那么意味着对关联案件中的非国家工作人员，只要达到违法程度，就可以立案并启动强制调查措施，违背比例原则和“罪责刑”相适应原则。此外，监察法中强制调查措施的区别适用将存在冲突。例如，对如何区分是职务违法或是职务犯罪并确定强制性调查措施，并未设定相应程序及法律手续。因此，认定某调查手段是否违法适用，就缺乏较为客观的标准，为个别调查人员较随意适用开了方便之门，不符合程序法定原则，给司法对监察取证的合法性审查带来干扰。根据

[1] 参见史卫忠：《监察机关与检察机关办案衔接难点问题解析》，载《人民检察》2021 年第 21-22 期

“程序分立、证据相通”理论模型，监察委员会调查的职务犯罪案件要进入刑事司法程序，就必须要经过检察机关的相应程序，即刑事立案程序进行衔接。

结合监察办案和职务犯罪检察实践，由于非国家工作人员不涉及职务违法问题，因此，不能以违法嫌疑对其实施监察立案。对国家工作人员已涉嫌职务犯罪的案件，以及对于非国家工作人员涉嫌犯罪而应由监察委管辖的案件，实施刑事立案程序。因此，对监察法规定的监察立案，应当区分为两种情形，即职务违法的监察立案和职务犯罪的监察立案，明确这两种监察立案分别可以采取的强制措施种类和审批程序，实现监察立案的二元分立。修改刑事诉讼法的相关规定，对接职务犯罪监察立案，同时考虑到高效反腐的需要，对监察立案之后所依法取得的证据，应当予以认定。

工作程序可以这样安排：监察委员会职务违法监察立案的，一般不移送；监察委员会职务犯罪监察立案后，经监察调查，涉嫌职务犯罪的，移送检察机关，检察机关接收到案件材料后，先就是否符合刑事立案的条件进行审查，并决定是否刑事立案追究刑事责任，然后再审查决定是否采取强制措施以及采取何种强制措施，然后进入审查起诉阶段对案件进行审查决定是否起诉。检察机关立案程序是进入刑事诉讼的开始时间节点，也是案件进入刑事司法程序的重大标志。

（三）案件流转程序衔接

职务犯罪案件，通过检察机关向法院提起公诉，必须研究和处理程序冲突问题，以便实现程序协调和有效衔接。

1.案件移送问题

监察法第 43 条规定，“对公职人员涉嫌职务犯罪，监察机关经调查认为犯罪事实清楚，证据确实充分的，制作起诉意见书，连同被调查人、案卷材料、证据一并移送检察机关依法提起公诉，检察机关依法对被移交人员采取强制措施。”这里要求检察机关“依法提起公诉”，而非“审查决定”，减损了检察机关审查起诉职能。监察委调查终结，移送起诉的案件，应当按照刑事诉讼法第 160 条的规定，写出起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定；同时将案件移送情况告知犯罪嫌疑人及其辩护律师（目前没有律师介入）。因此，在刑事诉讼法修改时应坚持“移送同级人民检察院审查决定”原则，同时明确将案件移送情况告知被调查人。

2.检察机关审查起诉的程序控制

检察机关依据刑事诉讼法受理监察委移送的案件，必须强调，检察机关按照相互配合、相互制约的原则承担审查起诉职责。不能只讲配合，不讲制约，将审查职责丢弃，沦为单纯的起诉手续办理机关，不符合法律监督机关的宪法定位。检察机关对监察案件审查起诉，应履行以下职责：一是刑事诉讼法第 168 条，坚持审查实体问题和程序合法性同步，重点审查犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认定是否正确；有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；是否属于不应追究刑事责任的；有无附带民事诉讼；调查活动是否合法。二是根据刑事诉讼法第 171 条，人民检察院根据案件情况，可以要求监察机关提供法庭审判所必需的证据材料；或者要求其对证据收集的合法性作出说明；对于需要补充侦查的，可以退回监察机关补充调查，也可以自行侦查。补充侦查（调查）严格遵守刑事诉讼法的时限规定。三是根据刑事诉讼法第 173 条，对于欠缺起诉条件的案件，人民检察院应当或可以作出不起诉决定。监察法第 45 条的规定，监察机关移送的案件，受理案件的检察机关“对于证据不足、犯罪行为较轻，或者没有犯罪事实的，应当征求监察机关意见并报经上一级检察机关批准，依法作出不起诉的决定。”这一规定，对拟作不起诉的案件，增加向调查机关征求意见和纵向报经批准双重约束。[1]横向征求意见是尊重监察权中处置权能的具体体现，有利于监委统筹把握全案违纪、违法、不移送、不起诉、起诉之间的处罚衡平问题；纵向征求意见，在现行刑诉法中无依据，建议刑诉法修改时规定由办案机关经过检察委员会讨论决定后，对拟作不起诉案件正式行文报请上一级检察机关职务犯罪检察部。若上级职务犯罪检察部同意下级不起诉意见，直接制发书面批复。若上级职务犯罪检察部不同意下级不起诉意见，则由上级检察机关征求同级监委意见后，提请本级检察委员会讨论决定，并形成书面批复交由下级检察机关执行。若上级监察委不同意本级检察机关不起诉意见，

[1] 参见龙宗智：《监察与司法协调衔接的法规范分析》，载《政治与法律》2018 年第 1 期

则分别报请各自上一级机关研究决定，并通知下级机关执行。实践中，有些地方检察机关在提请本院检委会研究之前，口头请示上一级检察机关职务犯罪检察部，取得口头同意后再上会研究。笔者认为，通过刑诉法和《人民检察院刑诉规则》对不起诉审批予以制度化、法定化后，对这样忽上忽下的、非正式的有违诉讼程序线性运行原理的程序应该予以禁止。

对于监察委员会商请提前介入的案件，检察机关应指派主办检察官进行审查，决定是否提前介入。对于没有提前介入必要的案件，可以函告监察委不予提前介入；对于有提前介入必要的案件，可以就是否进行职务犯罪监察立案以及在立案后及时引导调查方向，指导取证等方面提供法律意见。在检察机关内部，应就提前介入实行案件化办理，落实司法责任制改革要求。

3.加强对职务犯罪调查活动的法律监督

对监察调查实施法律监督，是检察机关落实宪法对检察机关定位和职责的具体体现，是遵循犯罪追诉讼基本原则的制度保障。如果在监、检关系上，不确认法律监督，产生不受监督的主动性权力，将打破侦、诉关系方面国家权力配置的平衡性与合理性，并产生一系列难以预料的社会问题。需要说明的是，检察机关的法律监督与监察委的监察具有互相促进、互相补充关系。检察监督是对事的监督，而且是刑事追诉中对特定事项的有限监督，监察监督是对人的监督，是全面监督，二者相互支持。

监察法要求监察机关取证必须合法，并贯彻非法证据排除规则，检察机关审查监察证据合法性，正是贯彻监察法中证据合法性原则的程序体现，也是检察机关履行审查起诉职责的基本内容。此外，检察机关审查起诉还包括审查“有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人”，这是立案监督的性质。因此，监察机关移送案件后检察机关和法院适用刑事诉讼，检察机关审查起诉中，实际执行取证合法性监督与立案监督两项具体内容。关于取证合法性监督，即排除非法证据，后面再展开。对立案监督，如国家工作人员共同实施的职务犯罪，或不同主体的犯罪行为有牵连的案件，有的被立案查处后移送起诉，有的则没有被立案及追究刑事责任，会造成案件处理的不平衡，使司法公平公正受到减损，检察机关可以行使立案监督权，建议监察委立案。

（四）人身强制措施的衔接问题

1.调查措施与刑事强制措施的衔接

对监察委员会办理的案件，在检察环节，分为以下类型：1.没有采取留置措施的涉嫌职务犯罪案件送检察机关后，检察机关应当在做出刑事立案决定后十日内做出审查，决定是否采取取保候审。2.已经采取留置措施的案件，应当在留置期限届满前七日将案件移送检察机关，由检察机关决定逮捕或刑事拘留，或取保候审。《刑事诉讼法修正案》第 12 条规定:“对于监察机关移送起诉的已采取留置措施的案件，人民检察院应当对犯罪嫌疑人先行拘留，留置措施自动解除。”仔细分析，这里规定“应当对犯罪嫌疑人先行拘留”是不对的。采取拘留的措施标准应当以《刑事诉讼法》第 80 条关于拘留的条件为标准，监察委员会采取留置措施并不必然能成为拘留的先决条件。这样的规定，意味着对于明显不构成犯罪的，检察机关也要先行拘留。根据《刑事诉讼法》第 82 条的精神，建议修改为“可以先行拘留”而不是“应当先行拘留”。

根据诉讼法原理和国际人权规则，长时间羁押措施应当接受独立、中立、权威的外部审查即司法审查的要求，有利于兼顾打击犯罪与保障人权的双重目的，体现实体公正与程序正义的双重价值。考虑我国实际情况，较长时间的羁押，现阶段，可以由作为法律监督机关的检察机关审查批准。监察体制改革完善和刑事法治发展的背景下，职务犯罪调查，可以构建类似刑事诉讼法所规定的强制措施体系：即可以即时传唤、拘传，又可以采取较为缓和的强制措施，如取保候审、监视居住，还可以采取高强度的人身强制措施——或短或长的完全限制人身自由。短期羁押，可用拘留；长期羁押，即报逮捕。值得欣慰地是，2024 年 09 月 13 日，《中华人民共和国监察法（修正草案）》发布，修正草案共二十三条，新增了三种监察措施——强制到案、责令候查和管护。对标刑事诉讼中的拘传、取保候审和刑事拘留。同时，赋予被调查人及其近亲属申请变更监察措施的权利。延长留置时间，符合特殊情形最长留置可达 14 个月。增加对监察人员的禁闭措施。应该说，多样化强制措施的灵活运用，既能适应职务犯罪侦查取证对强制措施的多元需求，又有利于平衡人权保障和打击职务犯罪价值。

2.退回补充调查的衔接问题

根据《监察法》第 47 条第 2 款、第 3 款和《刑事诉讼法》，对退回补充调查案件，依据“禁止程序倒流”的一般原理，根据“程序分立”理论模型，监察委员会将案件移送检察机关后，从检察机关刑事立案开始，案件就从监察程序转入了刑事诉讼程序，因此，即使退回补充调查，也仍然处于刑事诉讼程序。基于“证据相通”，案件退回监察委员会进行补充调查，监察委员会只能按照《刑事诉讼法》的规范进行补充完善证据，不能将检察机关已经采取的刑事强制措施恢复为留置；也不能将犯罪嫌疑人的羁押场所从看守所转移到留置点或办案点等。提审讯问必须在看守所内进行，监察人员持检察机关置换的提押证进行提审。退回补充调查后，仍然处于逮捕状态，一次补充调查的期限为 1 个月为宜[1]。

3.调查措施的协助执行问题

监察法明确规定搜查、通缉、限制出境、留置由监察机关决定，公安机关配合执行。监察机关办案适用监察法的相关规定，公安机关刑事执法适用刑事诉讼法的相关规定，在执行过程中，公安机关应当遵循监察法还是刑事诉讼法，如果两法存在冲突的情况下，如何遵循？监察机关的很多调查措施依靠公安机关协助执行，并没有改变监察机关主导调查的地位，公安机关此时作为配合协助监察机关办案单位，应适用监察法的相关规定，如果监察法没有相关规定，则公安机关应当适用刑事诉讼法及相关司法解释的规定，依法协助监察机关采取调查措施。

（五）证据的衔接转换

证据是案件办理的核心，是刑事诉讼的基石。《监察法》第 33 条为监察机关收集的证据能直接进入刑事诉讼程序提供了明确的法律依据，也解决了因证据转化重复取证而导致的效率降低的问题。但是，刑事证据属于刑事诉讼法规制的范畴，应由刑事诉讼法来规定，并非国家监察法规定的范围。仅有监察法的规定，而刑事诉讼法没有做出相应修改，就会引起适用冲突。从证据分类的角度看，证据可分为言词类证据和实物类证据，一般言词类证据具有主观性、反复性，实物类证据具有客观性、稳定性。正因为这两种证据的不同特点，《刑事诉讼法》第 54 条规定：“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。”明确行政机关收集的实物证据可以直接作为证据使用。由于监察委不是原监察局，目前监委收集的证据不需要适用《刑事诉讼法》第 54 条的规定解决实物证据的效力问题。应该看到，在监察法中规定证据转化规则显然不够，必须同时对我国刑事诉讼法中的相关条款也应进行修改调整，才能确保监察机关调取的证据顺利进入刑事诉讼程序，从而实现监察法与刑事诉讼法的衔接。《监察法》第 33 条规定监察机关收集的证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用，但并不意味着监察机关在整个调查阶段收集的证据都可以直接作为证据使用。对于监察立案之后正式调查阶段收集的言词证据，可以依据《监察法》第 33 条的规定，直接进入刑事诉讼程序作为证据使用。对于监察立案之前收集的言词证据，必须加以转化。

需要研究的是《监察法》第 19 条：“监察机关在其权限范围内对可能存在职务违法的人员，可以直接方式或以委托方式通过其他相关机关或人员与之进行谈话，或是要求监察对象对具体情况加以说明。”通过这些方式所形成的材料，特别是“委托有关机关、人员进行谈话或者要求说明情况”所形成的记录、材料等，要作为作为刑事证据适用，需要在刑诉法修改中进一步研究、明确其证据能力。

此外，还有以下两个具体问题值得研究：

1.非法证据排除规则的适用

非法证据排除是证据适用的重中之重，是规范司法行为，维护司法公正的重要证据规则。《刑事诉讼法》第 56 条正式确立了非法证据排除规则。《监察法》第 33 条、第 40 条规定对监察程序的证据合法性要求作出了规定，与《刑事诉讼法》第 52 条“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据”规范基本一致。监察法虽然确立了非法证据排除规则并明确了收集证据的禁止性事项，但并没有明确非法证据排除的情形、种类和条件。那么，监察机关在具体适用非法证据排除规则时，是否同时应当遵循刑事诉讼法和司法解释的相关规定？由于职务犯罪调查具有较强的

[1] 参见谢小剑：《法教义学视角下退回补充调查的诉讼阶段定位》，载《法律科学》2023 年第 3 期

隐秘性，对口供的依赖性更高，律师目前无法介入辩护。因此，需要特别关注证据收集的客观性合法性。监察法确立了非法证据排除规则，而且明确监察机关在收集、固定、审查、运用证据时，应当与刑事司法证据规范和标准相一致，刑事司法对于证据标准包括证据合法性的标准，审查证据合法性就是适用非法证据排除规则。因此，监察程序和刑事诉讼程序应当适用相同的非法证据排除规则标准，才能实现两者的有效衔接。

在办理职务犯罪案件非法证据排除的过程中，还涉及三个问题：一是检察机关应当证明证据合法性。案件移送检察机关后，检察机关承担指控证明犯罪的主导作用，对于职务犯罪案件调查程序中证据的合法性负举证责任，应当依照刑事诉讼法和相关司法解释的规定，对监察证据的合法性进行审查，对非法证据依法予以排除，体现司法机关依法独立行使职权。

二是同步录音录像随案移送的问题。《监察法》第 41 条规定:“调查人员进行讯问以及搜查、查封、扣押等重要取证工作，应当对全过程进行录音录像，留存备查。”该条款规定同步录音录像资料“留存备查”，而不是“随案移送”，导致辩护律师无法查阅，甚至有些地方检察机关、审判机关查阅起来也不便，不利于对案件的客观审查，也无法落实非法证据排除规则。建议刑诉法修改时，以方便司法机关查阅为一般原则，以同步移送为一般原则，并明确留存备查的情形，从而确保证据审查更为客观。

三是对非法取证的理解。《监察法释义》对“刑讯逼供”的定义“威胁、引诱、欺骗等非法方法”与“两高三部”所规定的“采取暴力、威胁以及非法限制人身自由等非法方法”概念不完全一致，而是有所交叉。另外，《监察法释义》将非法方法针对的对象设定为当事人，而刑事诉讼法相关规定则包含了犯罪嫌疑人、被告人供述以及证人证言，被害人陈述。鉴于非法证据排除规则的意义在于规范取证行为、维护司法公正，非法证据排除的范围是一个不断扩大的过程，“非法方法”又无法完全列举，因此刑事诉讼法修改时可以借鉴监察法合理成分，尽可能包括程度相当的非法手段，从而更好地实现非法证据排除规则设置的目的。《监察法释义》强调:“凡通过非法程序获得的证据，不能全部作为非法证据被排除，需加以区别处理。但若无法根据要求补正或说明，那么这些证据需要排除。”因此，非法监察证据除了要具备非法的特征以外，还需同时满足以下两个条件：对案件实体处置结果造成严重影响，无法给予补正或进行说明，才应当予以排除。

四是证人出庭作证问题。《监察法》中没有此方面的规定。监察人员出庭作证是为了解决证据问题，根据“证据相通”理论，应当按照《刑事诉讼法》及其配套解释的规定出庭作证。当辩方对监察机关调查的证据合法性提出质疑的时候，检察机关需要承担合法性证明责任。证明的方法除了出示监察委员会的讯问笔录、讯问录音录像外，最直接的方法就是监察机关的调查人员出庭说明情况。这可以从《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第 13 条第 3 款的规定来分析，在表述“侦查人员出庭”的同时特意增加表述了“或者有关人员”。这里的“有关人员”实际上为监察人员出庭作证留下了制度空间。同时，刑诉法应明确监察委有协助安排一般证人出庭事宜的义务。

五是留置期间的律师介入问题。律师介入有助于保障人权。留置期间的律师介入问题存在法律空白，导致被留置者无法获得法律帮助。另外，律师介入只限于犯罪，对于职务违法行为，律师以辩护人身份介入，存在法理依据的欠缺。对一般的职务违法或违纪行为，律师以何种身份介入，如何介入，律师权利义务，目前都没有相关规定。依据法理，对于已经构成职务犯罪的，被调查人有权委托辩护人，辩护人也可以会见被调查人。刑事诉讼法规定所有案件都可以委托辩护人，辩护律师原则上可以不经许可即可以会见当事人，只有“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件，在侦查期间辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关许可。”可见，特别重大贿赂犯罪案件可以委托辩护人，经过侦查机关许可就可以会见当事人。由于目前不存在贿赂犯罪侦查机关，刑事诉讼法应当对本条进行修改，明确为经过贿赂犯罪调查机关批准可以委托辩护人，经许可后可以会见当事人。从腐败治理角度看，对于构成职务犯罪的，应当允许律师介入，至少应当允许辩护律师在经过监察机关许可的情况下，会见被留置的被调查人。着眼于“以审判为中心”的诉讼制度改革，在监察程序中应该有条件地引入辩护制度，比如限定可以担任辩护人的执业律师范围（要求党员身份、经监委审批许可的特定资格等）、要求辩护律师签署保密协议、对辩护律师的权利进

行适当限制、要求委托合同须经监察委审批等特殊限制[1]，也可以借鉴最高检《刑事诉讼规则》第46条第2款、第3款精神，规定在有碍侦查的情形消失后，辩护律师可以不经许可会见犯罪嫌疑人，且在侦查终结前应当许可辩护律师会见犯罪嫌疑人，实现腐败治理和保障人权的平衡和统一。对于一般职务违法行为，也应当允许被调查人委托律师提供法律帮助，法律帮助仅限于法律咨询和顾问，不得会见。

2.初核阶段的言词证据及技术调查证据的衔接问题

（1）初核阶段的言词证据衔接问题

《监察法》第38条规定了监察立案之前的"初步核实"。《监察法》第33条没有提到立案前的初核阶段的证据使用问题。初核类似于刑事诉讼中的初查，初核阶段的书证、物证一般认为可以作为刑事诉讼证据使用。由于言词证据必须是立案之后才能作为刑事诉讼证据使用。因此，初核阶段等监察立案前所形成的言词证据，均不能直接作为刑事诉讼证据使用，必须在监察立案后重新做笔录转化。

（2）初核阶段的技术调查证据衔接问题

根据《监察法》第28条，实践中初核阶段可以实施技术调查，但初核阶段技术调查获取的证据如何与刑事诉讼衔接？根据"证据相通"理论，根据《刑事诉讼法》第150条，立案是采取监听、监控、监视等技术侦查的前提条件。初核阶段应当限定为任意性调查措施而不得采取强制性措施。初核阶段技术调查获取的证据不具有证据能力，必须重新转化后才能作为定案根据。考虑到职务犯罪调查难度的特殊性，在初核阶段采取技术调查措施，只能作为侦破案件的手段，至于获取的证据并不直接具有证据能力，而应当在立案后采取重新提取、重新制作等方式进行转化。

在"程序分立、证据相通"理论模型指导下，从预防和惩治腐败犯罪、保障人权和公正司法价值追求出发，在刑诉法和监察法修改完善以及相关司法解释、监察法规制定过程中妥善处理程序衔接、证据转换和工作配合制约，全力推进刑事司法和腐败治理现代化发展。

[1] 参见虞浔：《职务犯罪案件中监检衔接的主要障碍及其疏解 》，载《政治与法律》2021年第2期

（二）刑事辩护制度研究

刑事辩护制度的改革与完善

刘仁琦*

摘 要：第四次《刑事诉讼法》修改在即，辩护制度的修改应是重中之重。从 1979 年《刑事诉讼法》实施至今，我国刑事辩护制度历经初建阶段、发展阶段、完善阶段与创新发展阶段四个时期，从发展脉络及制度现状而言，其存在理念滞后、原则缺失、伦理规范缺位、规则内容不尽等问题。必须正视我国经济社会高速发展、司法改革深入推进、辩护理论快速演进等对辩护制度的推动与冲击，站在中国立场，以国际视野，解决辩护问题。藉由本次《刑事诉讼法》修改，应当在总则中确立"犯罪嫌疑人、被告人有权辩护""辩护律师独立权""犯罪嫌疑人、被告人有权获得法律援助"等一般性原则，在"辩护与代理"章首确立"有效辩护"原则、辩护律师"忠诚义务"伦理规则；还应赋予辩护律师讯问在场权、逮捕阶段阅卷权，取消非律师辩护、辩护律师人数限制，明确委托辩护优于指定辩护等相关规则。

关键词： 辩护权 辩护独立 有效辩护 辩护伦理

辩护制度是刑事诉讼制度中尤为重要的组成部分。自辩护制度被 1979 年《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）正式确立后，历经 1996 年、2012 年、2018 年三次修改，其内容不断完善、体系不断健全，辩护律师的辩护权逐步丰富，被追诉人的辩护权也得到了周延的保障。但近些年来，随着经济社会的不断发展、刑事司法改革的深入推进、刑事辩护理论的快速演进，辩护领域发生了新的变化、辩护制度出现了新的问题；同时，快速发展的刑事司法实践也向辩护制度提出了更高要求。当前，相关机关已经启动《刑事诉讼法》第四次修改的相关工作，应以中国立场审视刑事辩护制度的完善问题，明确刑事辩护制度的修改理念与总体发展方向、确立刑事辩护的基本原则与特殊原则、树立刑事辩护的职业伦理规范、完善刑事辩护相关规则，以回应社会发展、民众期待及司法实践的需求。

一、改革开放后我国辩护制度的发展历程

辩护权是被追诉人享有的根本性权利，也是辩护律师享有的基本诉讼权利，所以，辩护权具有"双重性"。但由于被追诉人本身对法律知识的认知能力有限，其辩护权必须在律师的帮助下才能获得周延保障，因此，刑事辩护制度的内容至少应包括："被告人获得律师帮助、辩护律师行使辩护权以及被告人与辩护律师进行有效合作"[1]三方面，需要强调：我们笔墨更重于后两者。

只有回顾改革开放至今辩护制度的改革、发展历程，才能发现我国辩护制度存在的问题，并有的放矢地提出完善、改革方案。以改革开放后四部《刑事诉讼法》的出台为线索，以"刑事辩护制度"主要集中的第四章"辩护与代理"为坐标，可以将我国刑事辩护制度发展历程大致划分为初建阶段、发展阶段、完善阶段与创新发展阶段。

（一）辩护制度的初建阶段（1979 年至 1996 年）

1979 年《刑事诉讼法》关于辩护制度的规定，虽然粗疏，却具有划时代的意义。首先，将"被告人有权获得辩护"写进刑事诉讼法的基本原则中，该法第 8 条规定："……被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护"，该条规定内容至今未变，并被 1982 年《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第 125 条所确认。其次，将辩护分为自行辩护、委托辩护和指定辩护等三种类型，虽然辩护权的行使场域还只能是审判阶段，但已经摹画出我国委托律师辩护、法律援助[2]的基本模型。最后，明确了辩护人的责任，该法第 28 条规定："辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护被告人的合法权益"，该条规定奠定了我国刑事辩护律师的诉讼职能，为后续诉讼结构不断完善，起到了推动作用。

---

* 西北政法大学教授。

[1] 陈瑞华：《刑事辩护制度四十年来的回顾与展望》，载《政法论坛》2019 年第 6 期，第 3 页。

[2] 1980 年 8 月第五届全国人大常委会通过《中华人民共和国律师暂行条例》，这是新中国成立后第一部有关于律师制度的法律规范，该暂行条例对律师的业务、工作机构等内容进行了规定，其中，第 2 条关于"律师的主要业务"明确规定，律师可以"接受刑事案件被告人的委托或者人民法院的指定，担任辩护人……"，且指定方式上规定的"可以指定辩护"与"应当指定辩护"两种立法表述被沿用至今。

1979 年《刑事诉讼法》关于辩护制度的规定，虽然粗疏，但奠定了我国现代刑事辩护制度的基础，具有重大意义。但在当时特殊的历史背景下，时代痕迹也较为明显：首先，辩护阶段有限，主要集中在审判阶段，侦查阶段和审查起诉阶段的辩护权利保障十分不足；其次，辩护权能有限，只规定了辩护律师查阅案件材料以及会见和通信等内容，其他辩护权应有之权能内容规定不详，如调查取证权；再次，法律援助制度的援助对象范围较小、援助阶段较为靠后。回溯 1979 年《刑事诉讼法》中的"辩护"章节，可以发现前述规定虽然勾勒出现代我国辩护制度的雏形，但也在一定程度上限制了辩护制度对司法公正的正向价值。

（二）辩护制度的发展阶段（1996 年至 2012 年）

受 1996 年《刑事诉讼法》确立的"抗辩式审判方式"影响，辩护制度也有了重大的刑事司法革新。

其一，辩护律师介入诉讼的时间被提前至审查起诉阶段。为此该法第 33 条规定："公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人。……人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。"

其二，强化了辩护律师在诉讼中的权利。首先，完善了辩护律师的阅卷权，提前了辩护律师阅卷时间，明确了阅卷方式与阅卷范围；其次，明确了辩护律师的调查取证权，该法第 37 条规定了辩护律师的直接调查取证权、申请调查取证权；最后，明确了辩护律师的违法责任，该法第 38 条警示、禁止辩护律师有隐匿、毁灭、伪造证据或串供等干扰司法机关诉讼活动的辩护执业行为，并在 1997 年《中华人民共和国刑法》修正时，明示以第 306 条"辩护人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪"处罚之。

其三，基本形成了中国特色的刑事法律援助制度。1996 年《刑事诉讼法》正式确立"法律援助"的立法称谓，并扩大了刑事法律援助的援助对象，区分"可以指定辩护"与"应当指定辩护"两种援助情形：前者包括公诉的案件中"因经济困难或者其他原因没有委托辩护人"的被告人；后者特指"盲、聋、哑、未成年人，或可能被判处死刑而没有委托辩护人"的被告人。此后，《刑事诉讼法》与《中华人民共和国律师法》[1]（1996 年 5 月，以下简称《律师法》）《法律援助条例》（2003 年 7 月）《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》（2005 年 9 月）等规范共同合力，初步形成了我国刑事法律援助法律体系。[2]

1996 年《刑事诉讼法》对发展阶段的辩护制度具有里程碑意义，但总体而言，后续进一步改革仍具有较大空间。首先，辩护律师介入诉讼虽然已经提前至审查起诉阶段，但还是存在辩护权行使时间滞后、辩护效果不佳等问题；其次，由于法律规定粗疏，导致司法实践出现刑事辩护权行使的会见难、阅卷难、调查取证难等现象；再次，律师权利保障有待加强：律师在行使辩护权的过程中，受办案人员意识、诉讼规则等方面影响存在一些限制和阻碍，影响辩护效果的充分发挥；最后，刑事法律援助范围相对较窄、援助律师介入时间还停留在审判阶段，被追诉人无法获得充分、有效的法律援助服务。

（三）辩护制度的完善阶段（2012 年至 2018 年）

"国家尊重和保障人权"原则于 2004 年被写入《宪法》，为顺应时代发展，回应《宪法》修改，以及总结自 1996 年《刑事诉讼法》颁布以来的刑事司法改革经验、理论研究成果、2012 年《刑事诉讼法》进行了较为全面的修改，辩护制度作为"重点内容"继续被优化、完善。

第一，辩护律师在侦查阶段即可以辩护人身份介入诉讼。为此，2012 年《刑事诉讼法》第 33

---

[1] 该法后经 2001 年 12 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议第一次修正；2007 年 10 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订；2012 年 10 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议第二次修正；2017 年 9 月 1 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议第三次修正。

[2] 1996 年八届人大第十九次会议通过了我国首部《律师法》，设"法律援助"专章对相关事项进行规定；2003 年 7 月，国务院发布了我国法律援助领域的第一部法规—《法律援助条例》，从总则、范围、申请和审查、法律援助事实、法律责任与附则等六大方面对法律援助制度进行了系统规定；2005 年 9 月，"两高两部"联合印发《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》（该规定自 2013 年 3 月 1 日起，被修订施行的《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》替代），对刑事法律援助中的相关事项进行了专门规定。

条规定:“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。……”这一规定标志着在绝大多数案件中，被追诉人随时可以获得委托辩护。

第二，强化辩护权的具体保障。首先，着力解决辩护律师会见难问题，规定除危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪等特殊犯罪案件外，辩护律师持“三证”即可会见在押被追诉人，且会见时不被监听；其次，扩充辩护律师阅卷权，规定辩护人自案件移送审查起诉之日起，有权查阅、摘抄、复制全部案卷材料；再次，赋予辩护律师申请调查取证权，规定辩护律师可以向法院申请调取办案机关未提交的、可证明被追诉人无罪或者罪轻的证据材料；复次，苛以辩护律师告知和守密义务，基于打击犯罪、维护辩护律师职业伦理的要求，2012 年《刑事诉讼法》第 40 条、46 条规定辩护律师对特殊事项必须及时告知，对委托人有关情况和信息应予保密；最后，赋予辩护律师救济权，对于办案机关阻碍辩护律师依法行使诉讼权利的，辩护律师有权向人民检察院申诉或者控告。

第三，扩大了法律援助适用的阶段和案件范围。首先，扩大了适用对象，在应当指派辩护的对象上增加被追诉人是尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人，或可能被判处无期徒刑的被追诉人；其次，在适用阶段上，将应当指定法律援助的案件类型从审判阶段跨越式提前至侦查阶段，受援人得到了更为周延的辩护保障；再次，扩大了适用的案件类型，该法第 34 条删除“公诉案件”的表述，将“可以指定”的适用情形扩展至自诉案件被告人，正式确立自诉案件法律援助制度；最后，程序更加规范，由原人民法院指定援助律师辩护，改为法律援助机构指派律师，将“使用者”与“管理者”进行分离。

总体来讲，受 2014 年开始的新一轮刑事司法改革影响，我国刑事辩护制度进入完善阶段，更加立足中国现状、解决中国问题，更加关注被追诉人辩护权的有效保障以及辩护律师辩护权的有效实现，也更加注重辩护制度的系统优化、辩护律师权利内容的完善丰富；在逐步推进从“有辩护律师提供辩护”到“辩护律师如何提供更有效的辩护”的进程中，法律援助持续发挥制度优势，并开始着力强化质量提升。[1]但受我国固有诉讼模式、传统思想、法律环境等多因素制约，这一阶段的辩护制度还存在以下问题：首先，对逮捕阶段辩护律师的阅卷权有所保留，以致“无卷可阅”的侦查阶段，被限缩为“提供法律帮助”的辩护权的有效行使显得异常艰难；其次，2012 年《刑事诉讼法》并未规定“被追诉人阅卷权”[2]，因此，辩护律师与被追诉人“核实有关证据”的权利受到一定制约；再次，该法并未对委托辩护与指定辩护之间的顺位问题进行明确规定，以致司法实践中，指定辩护挤占委托辩护之事常有发生；最后，基于我国当时律师人数、经济发展水平等综合考量，该法规定的刑事法律援助对象，还仅针对经济困难群体、视听残障人员、精神疾病人员，以及可能被判处无期徒刑的被追诉人，并未做到“刑事法律援助全覆盖”。

（四）辩护制度的创新发展阶段（2018 年至今）

伴随我国监察体制改革、认罪认罚从宽制度改革的完成，尤其是随着刑事司法改革的不断深入，刑事诉讼法积极巩固既有改革成果、解决实践问题、回应民众需求，2018 年《刑事诉讼法》应时而生。大致内容而言，该法建立了认罪认罚从宽制度、值班律师制度、速裁程序、缺席审判制度，并完善了刑事诉讼法与监察法的衔接程序，调整了检察机关立案的范围等。

---

[1] 如，2012 年 4 月司法部《办理法律援助案件程序规定》出台，2013 年《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》接续实施，刑事法律援助更加制度化、规范化、标准化；2015 年 6 月 29 日发布的《关于完善法律援助制度的意见》，重点明确了对法律援助案件的质量要求：综合运用质量评估、庭审旁听、案卷检查、征询司法机关意见和受援人回访等措施强化案件质量管理；加大信息技术在法律援助流程管理、质量评估、业绩考核等方面的应用；逐步推行办案质量与办案补贴挂钩的差别案件补贴制度，根据案件办理质量确定不同级别发放标准；完善法律援助投诉处理制度，提高投诉处理工作水平，“有效辩护”“援助案件质量”开始受到理论界与实务界高度重视。

[2] 虽然有论者认为，阅卷权是被追诉人辩护权的权利内容之一（参见杨波:《被追诉人阅卷权研究——以阅卷权权属为基点的展开》,载《当代法学》2012 年第 1 期，第 24 页-29 页），辩护律师会见时可以为其提供案卷以便其翻阅，但实践中辩护律师还是较为谨慎，大多数不敢“以身犯险”。

值班律师制度，是该法涉及辩护制度的最大亮点。根据该法第 36 条的规定，被追诉人没有委托辩护人或者没有得到法律援助的临时情况下，由值班律师为其提供紧急法律帮助。值班律师制度的确立，弥补了我国法律援助体系中除规定援助情形之外的“临时、紧急”情况下的法律帮助，就辩护制度而言形成了“自行辩护+委托辩护+指定辩护+法律帮助”的辩护体系。

刑事辩护制度创新发展阶段的法律援助制度也在稳步推进，尤其是 2022 年 1 月 1 日开始 施行的《中华人民共和国法律援助法》（以下简称《法律援助法》）的实施开启了我国法律援助新时代。首先，2018 年《刑事诉讼法》确立了缺席审判制度，并于 293 条规定，缺席审判案件的被告人及其近亲属，有权获得法律援助；其次，逐步推行法律援助的全覆盖，2018 年正式开始的刑事案件律师辩护全覆盖改革[1]，至今已经覆盖到审查起诉阶段的部分案件，援助阶段不断提前、援助范围不断扩大、案件类型不断增多；最后，法律援助案件质量规范体系不断健全，随着辩护全覆盖的推进，司法实践对援助案件质量不断提出更高要求，2019 年 2 月 25 日，司法部发布我国首部刑事法律援助案件国家标准规范—《全国刑事法律援助服务规范》(SF/T0032-2019)，[2]对提升刑事法律援助案件质量具有重大意义。

可以说，创新发展阶段的刑事辩护制度至今还在继续推进，这是我国深化刑事司法体制改革的必然要求，这一阶段刑事辩护制度不断纵深发展，辩护权的权能配置不断优化，被追诉人的合法权益保护更为全面，刑事法律援助案件的质量和效果持续提高，打击犯罪与保障人权之间的关系愈加平衡。但新时代背景下仍存在一些妨害我国辩护制度进一步发展的问题：其一，刑事辩护制度中并未更多体现辩护律师的职业伦理，其道德准则和行为规范并未得到明确，以致辩护律师的执业行为时而失范；其二，辩护律师辩护权的行使尚有较大挖掘空间，比如，监察体制改革后，辩护律师在监察机关的调查阶段尚无法介入案件；其三，未确立有效辩护标准，“实质审判不可或缺有效辩护”[3]，我国刑事辩护制度不应仅停留于让被追诉人“享有”刑事辩护权，更应追求如何让被追诉人享有更为“优质”的刑事辩护权。

二、辩护制度改革的总体方向

回顾我国刑事辩护制度四个阶段的发展历程，可以总结制度的发展历程、发现发展中存在的问题、反思经验与教训，并提出法律修改建议。实际上，随着我国人权保障水平的不断提升、《刑事诉讼法》的修改优化，刑事辩护制度也不断科学、完善。应当注意的是，辩护制度的发展完善也与同时期的刑事司法理念、刑事司法现状、刑事司法改革等相关。总结起来，我国刑事辩护制度改革始终遵循与刑事司法改革共进的“碎步式”“修补式”立法，大都是“回应刑事司法实践需求”的立法内容。

综上，我们认为，应当以第四次《刑事诉讼法》修改为契机，“以强化人权司法保障为修法重要任务”[4]，遵从以下方向进一步优化刑事辩护制度：

第一，理念上应有所改变。刑事辩护制度改革当然要与我国民众的法感情、经济发展水平、刑

---

[1] 实际上，2017 年 10 月我国就出台《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》，准备推行审判阶段的辩护全覆盖，其第 2 条规定：“除原有法定的指定辩护案件外，其他适用普通程序审理的一审案件、二审案件、按照审判监督程序审理的案件，被告人没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。适用简易程序、速裁程序审理的案件，被告人没有辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构派驻的值班律师为其提供法律帮助”，但各试点正式开始改革是在 2018 年；2018 年 12 月，《关于扩大刑事案件律师辩护全覆盖试点范围的通知》决定将试点期限延长，试点范围扩大到全国；2022 年 10 月，最高《关于进一步深化刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的意见》又将指定辩护扩展至审查起诉阶段，并规定，“犯罪嫌疑人没有委托辩护人，且具有可能判处 3 年以上有期徒刑、本人或其共同犯罪嫌疑人拒不认罪、案情重大复杂、可能造成重大社会影响情形之一的，人民检察院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”

[2] 《规范》规定了刑事法律援助服务原则、服务类型、法律咨询、值班律师法律帮助、刑事法律援助和服务质量控制的基本要求等，给出了各诉讼阶段承办案件应归档材料目录（《规范》附录 A）；针对未成年人案件的特殊性，进行了单独规范。

[3] 张建伟：《审判的实质化：以辩方的视角观察》，载《法律适用》2015 年第 6 期，第 10—12 页。

[4] 陈光中：《<刑事诉讼法>再修改的若干重要问题探讨》,载《政法论坛》2024 年第 1 期，第 37 页。

事司法实践相匹配，但刑事辩护制度是“保障被追诉人人权的核心制度，在国家司法体系中占有重要的地位”[1]，因此，此次刑事辩护制度的修改，至少应坚持以下理念：首先，贯彻人民司法理念，以现行《刑事诉讼法》第 2 条规定的精神与内容为指引，科学安排、修改刑事辩护制度的相关内容，积极回应民众对刑事司法的期待；其次，坚持中国立场，以解决中国刑事辩护制度问题为指引，参照国际通行规则、学理研究共识，系统化刑事辩护制度修改与完善的中国方案；最后，突显刑事辩护的诉讼职能价值，以体系化、系统化的刑事辩护制度助益刑事诉讼制度的发展与完善，由“刑事诉讼制度的革新带来刑事辩护制度的改革”的传统认知，转换为“以刑事辩护制度的改革引领刑事诉讼制度的革新”的现代理念。

第二，立法体例的系统性应更强。刑事诉讼制度是关于刑事诉讼程序设计与运行的法律规范有机体，是高度复杂的程序系统，作为子系统的刑事辩护制度寓于其中，其运行质效直接关系刑事诉讼制度系统能否发挥应有价值。在结构上，我国《刑事诉讼法》把“辩护与代理”安排于总则之中，构建了刑事辩护制度的基本模型，但在该法的其他章节也存在部分与刑事辩护制度有关的内容。总体而言，我国刑事辩护制度的系统性、体系性、结构性不强，分散化、条块化较为严重。我们认为，刑事辩护制度的内容安排上，应在“基本原则”中明确与刑事辩护有关的、重要的基本原则；在第四章“辩护与代理”内容中明确与刑事辩护制度有关的特有原则；分则中与刑事辩护制度有关的内容，应尽可能统摄于第四章之中；同时，各部分内容安排中，应强化系统性、协调性。

第三，体现国际通行规则。改革开放以来，尤其是上世纪九十年代以来，我国签署、加入了《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会及文化权利国际公约》《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》等多个国际公约；并于 2012 年 12 月，积极推动《联合国关于在刑事司法系统中获得法律援助机会的原则和准则》（以下简称《原则与准则》）的通过，该《原则和准则》第 14 条明确了“获得法律援助的权利”对于现代法治国家的重要性，要求：“各国应当尽最大可能在本国法律体系中保障获得法律援助的权利。”上述国际规范中体现旨在保障被追诉人合法权益的相关规定、准则，如律师辩护、法律援助、有效辩护等，对我国的辩护制度完善均大有裨益，可以转化为国内法而予以规定。

三、辩护制度相关原则的确立

刑事诉讼基本原则，是刑事诉讼活动必须遵循的基本行为规范和准则，应当反映刑事诉讼基本规律、体现刑事诉讼基本理念。现行《刑事诉讼法》并未将“基本原则”单独分章节进行规定，而是在第一编“总则”的第一章“任务和基本原则”部分对刑事诉讼基本原则予以了明确。该法第 11 条规定了“被告人有权获得辩护”的基本原则，又在第 14 条再次强调人民法院、人民检察院和公安机关应保障被追诉人依法享有的辩护权，这是落实《宪法》第 130 条“被告人有权获得辩护”宪法性原则的具体举措。但除此之外，《刑事诉讼法》中未见有关于刑事辩护原则的规定。

刑事辩护制度是刑事诉讼制度的重要组成部分，是考察、衡量一国刑事诉讼制度是否科学、人权保障水平高低的重要指征。刑事诉讼包括控诉、辩护、审判三大职能，辩护职能由犯罪嫌疑人、被告人、辩护人行使，以“反驳指控，进行申辩和解释”[2]。以权利保障为核心与使命的辩护制度助力推进现代刑事诉讼制度的运行，是稳定刑事诉讼制度结构的重要支撑点。但从立法技术和立法体例而言，我国有关辩护制度的基本原则并未区分刑事诉讼的基本原则与特殊原则、基本原则与刑事司法改革取得的成果及现行司法实践并不对应、总则中的基本原则未与第四章“辩护与代理”相关规则具有对应性。

我们认为，本次《刑事诉讼法》修改，应着力革新、确立有关于刑事辩护制度的基本原则、特殊原则，立法体例安排上，基本原则仍处于第一编“总则”之中，特殊原则在第四章“辩护与代理”开篇部分予以规定。

第一，总则中明确“犯罪嫌疑人、被告人有权辩护”原则。建议将现行法第 11 条“被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护”，与第 14 条内容进行合并，并单列一个条文表述为：

---

[1] 陈光中：《<刑事诉讼法>再修改中辩护制度的完善》,载《河北学刊》2024 年第 3 期，第 1 页。

[2] 陈卫东主编：《刑事诉讼法学》，高等教育出版社 2022 年版，第 81 页。

“犯罪嫌疑人、被告人有权辩护。公安机关、人民检察院、人民法院等机关或部门，应当保障犯罪嫌疑人、被告人的辩护权。”理由有四：其一，该条意见仅针对被追诉人的自我辩护权，该自我辩护权是一项自然权利，无需“获得”或“依法享有”，《刑事诉讼法》只需确认、保障该辩护权得到充分行使即可；其二，被追诉人的自我辩护权是辩护律师辩护权的产生基础，必须予以规范表达、独立确认；其三，无论何种案件的被追诉人都天然享有辩护权，被追诉人所涉案件的机关或部门都有义务保障被追诉人的辩护权；其四，“等”为省略意，涵盖参与刑事诉讼法的相关机关，如军队保卫部门、中国海警局、监狱等。

第二，总则中增加“辩护律师独立”原则。建议在总则中增加“辩护律师独立、依法在刑事诉讼中履行辩护职责，不受任何机关、社会团体和个人的干涉，其人身权利和诉讼中的权利不受侵犯。公安机关、人民检察院、人民法院等机关或部门，应当保障辩护人充分、有效行使辩护权”，以此明确辩护律师独立的诉讼地位，为分则各部分辩护律师行使各项合法权利提供原则性指引。理由如下：其一，本条建议意在确认辩护律师独立的诉讼地位，以明确其在刑事诉讼中的辩护职能；其二，只有《刑事诉讼法》增加该原则，辩护律师的会见权、调查取证权、质证权、辩论权等才有合法性来源与本源性基础；其三，本条建议，只与辩护律师的诉讼地位、诉讼职能相关，至于近年来理论界与实务界较为关注的“辩护律师独立辩护权”，我们认为该权利应在保证被追诉人利益最大化前提下行使，才具有正当性。

第三，在总则中增加“犯罪嫌疑人、被告人有权获得法律援助”原则。刑事法律援助制度在刑事司法体系中发挥着重要作用，表征着刑事诉讼制度的进步与文明。除《原则和准则》第 14 条明确了被追诉人有“获得法律援助的权利”外，《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条规定的国际刑事法律援助之最低限度标准，也已经得到当代国际社会的普遍认同。我们认为，为了突显《刑事诉讼法》人权保障理念与水平，应在总则原则中对“犯罪嫌疑人、被告人有权获得法律援助”原则予以明确规定，立法理由如下：其一，法律援助是国家责任，《法律援助法》第 2 条，明确将法律援助确定为国家责任，是国家“公共法律服务体系的组成部分”；国家责任之下，为保证刑事法律援助在组织管理体制、适用条件、经费保障、人员建设、质量管理[1]等方面提升实施效果，需要在基本原则中予以确立；其二，刑事法律援助的范围与对象，标志着一国刑事诉讼制度的人权保障水平，也是《刑事诉讼法》中最低人权保障要求，应予在基本原则中得到彰显；其三，结合现行《刑事诉讼法》与正在推进的刑事辩护全覆盖改革，审判阶段的全覆盖已经基本完成，审查起诉阶段正在有序推行该项制度改革，侦查阶段的改革还未开始，使用“犯罪嫌疑人、被告人”的称谓，即是对现有改革成果的肯定，也可以为将来侦查阶段的辩护全覆盖改革留有空间。

第四，在第四章“辩护与代理”部分开篇增加“有效辩护”原则。一般认为，源于美国的有效辩护理念（effective assistance of counsel）[2]，是指辩护律师“为被告人提供了认真而有意义的法律服务……。”[3] 从世界范围内有效辩护的发展轨迹上看，其经历了从“被告人有权获得辩护”到“被告人有权获得律师帮助”，再到“被告人有权获得律师的有效帮助”[4]的三个阶段。就我国而言，近些年关于有效辩护的研究主要集中于认罪认罚案件中[5]，虽学界对有效辩护的衡量指标、无效辩护的判断标准等还存在诸多争论，但基本认可在认罪认罚案件、不认罪认罚案件两种诉讼程序中，辩护人提供的辩护服务及其有效性标准具有截然不同的特征[6]，二者不可同日而语；同时，也就有效辩护并非“有效果的辩护”达成共识。我国大力推进刑事辩护制度改革、推行辩护全覆盖的背景下，无论是委托辩护还是指定

---

[1] 参见樊崇义：《我国法律援助立法重点和难点问题研究》，载《中国法律评论》2019 年第 3 期，第 154 页—176 页。

[2] 参见祁建建：《美国辩诉交易中的有效辩护权》，载《比较法研究》2015 年第 6 期，第 126—142 页。

[3] 《元照英美法词典》，北京大学出版社 2014 年版，第 460 页。

[4] 陈瑞华：《刑事诉讼中的有效辩护问题》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 5 期，第 98 页。

[5] 较为有代表性的研究成果，如樊崇义：《值班律师制度的本土叙事：回顾、定位与完善》，载《法学杂志》2018 年第 9 期，第 1—12 页；贾志强：《论“认罪认罚案件”中的有效辩护—以诉讼合意为视角》，载《政法论坛》2018 年第 2 期，第 171—184 页；闵春雷：《认罪认罚案件中的有效辩护》，载《当代法学》2017 年第 4 期，第 27-37 页。

[6] 参见熊秋红：《“两种刑事诉讼程序”中的有效辩护》，载《法律适用》2018 年第 3 期，第 59 页。

辩护，也无论是认罪认罚案件还是非认罪认罚案件，都绕不开对刑事辩护有指导、约束价值的“有效辩护”话题，但也必须承认，我国关于有效辩护的理论与实践还处于起步阶段，并不宜规定过细，也不宜设定相关指标，应更加强调“辩护的过程性”。综上，我们认为，《刑事诉讼法》关于“有效辩护原则”可以表述为“犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护律师平等、及时、尽职的刑事辩护。”

四、辩护制度伦理规范的构建

辩护律师职业伦理，是指从事刑事辩护（包括刑事法律援助）的律师，应当遵循的道德准则和行为规范。根据我国刑事诉讼法，“辩护律师”是基于委托或指定而产生，在刑事诉讼程序中行使“辩护职能”，其职业应当具有合道德性、规范性与技术性；“伦理”，是“人与人之间的行为准则，在这个意义上，‘伦理’与不涉及他人时的内心状态的‘道德’（morality）是有差异的”，[1]一般而言，伦理具有“合道德性”。

（一）辩护律师职业伦理的特质

第一，由刑事诉讼程序运行中衍生而来。辩护律师辩护权的行使，离不开刑事诉讼程序的运行，辩护律师职业伦理必须在刑事诉讼程序运行中得到体现。作为程序法的刑事诉讼法，不仅为辩护律师与国家公权力进行理性对抗提供了制度性保障，更重要的是对参与刑事诉讼的国家司法机关和司法人员进行各种权力的限制，但辩护权的行使也不是无度的、无序的，更不是肆意的。辩护律师的辩护权，来源于被追诉人的辩护权，在我国，刑事诉讼程序对辩护律师在侦查程序、审查起诉程序、审判程序中规定的权利、义务各不相同，但对辩护律师的职业素养要求、职业行为要求、职业道德要求等，大体相同。只有在程序规定极为严格的刑事诉讼程序运行中总结、提炼的辩护律师职业伦理规则，才具有实践性、有效性、执行性，才能保证辩护律师单纯为保障被追诉人权益正确、有效行使辩护权。

第二，由法律规范明确规定。作为辩护律师应当遵循的道德准则和行为规范，辩护律师职业伦理虽具有道德性，但一般由法律规范明确规定。首先，刑事辩护律师职业伦理的内容的法定性。为规范刑事辩护律师的执业行为，绝大多数国家均采用“法令”方式，明确规定刑事辩护律师职业伦理的内容，例如，我国《律师法》就规定了律师对于委托人“不愿泄露的有关情况和信息”负保密义务等职业伦理规则。其次，刑事辩护律师职业伦理实现方式的法定性。为保证刑事辩护律师执业过程中能够“诚信”“勤勉”“守密”地追求并实现“被追诉人利益最大化”，《律师办理刑事案件规范》第 2 条就规定：“律师参与刑事诉讼应当坚持维护当事人的合法权益、维护法律的正确实施、维护社会公平和正义的原则，忠于职守，认真负责。”最后，刑事辩护律师违反职业伦理惩戒方式的法定性。刑事辩护律师违反职业伦理的惩戒方式一般以行政责任、刑事责任为主。例如，我国《律师法》第六章“法律责任”部分，就规定了律师违反职业道德、职业规范、职业伦理的行政责任、刑事责任等。

第三，在辩护职权行使中得到具体体现。辩护制度是现代法治国家的普适制度，其核心内容是犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，辩护律师职业伦理须在不同的诉讼阶段、不同的案件类型、不同的辩护策略中均得到体现。

（二）辩护制度伦理规范的立法表达

我们认为，应以《刑事诉讼法》对辩护律师的特殊要求为核心，遵循简洁、明确的立法规范要求，将“忠诚义务”作为辩护制度的伦理规范。辩护律师的忠诚义务，是辩护律师在履行职责时必须遵循的基本规范，是辩护律师职业道德的核心，是指“辩护律师应将维护嫌疑人、被告人的利益作为辩护的目标，尽一切可能选择有利于实现这一目标的辩护手段和辩护方法。”[2]忠诚义务要求辩护律师在行使辩护权时，主观上要以最大真诚和努力进行辩护，客观上要以被追诉人最大利益为核心。

具体而言，《刑事诉讼法》可将有关辩护律师忠诚义务的内容规定为：“辩护律师应遵守忠诚义务，遵守国家法律和司法程序、忠实履行辩护职责、尊重被追诉人意愿、保守被追诉人秘密、保障被追诉人诉讼权利有效行使、遵守司法程序。禁止从事有损司法廉洁、随意披露案件信息、随意炒作案

---

[1] [日]佐藤博史：《刑事辩护的技术与伦理—刑事辩护的心境、技巧和体魄》，于秀峰、张凌译，法律出版社 2012 年版，第 5 页。

[2] 陈瑞华：《论辩护律师的忠诚义务》，载《吉林大学社会科学学报》2016 年第 3 期，第 6 页。

件等辩护行为。”至于现行《刑事诉讼法》第38条“辩护人的责任”、第42条“辩护人对特定证据的处理原则”、第44条“辩护人的义务”、第48条“辩护律师的保密义务及其权利”等相关内容可予以保留。

五、辩护制度相关规则的完善

刑事辩护规则是刑事辩护活动中辩护律师应当遵守的一系列准则和规范，是辩护职能发挥的行动指南。就我国《刑事诉讼法》而言，绝大部分的辩护规则被安排在“辩护与代理”章节。伴随刑事辩护制度历经的初建阶段、发展阶段、完善阶段与创新发展阶段，我国刑事辩护的职能配置不断科学、刑事辩护的规则愈加完善、刑事辩护的执业环境也不断好转。但不断深入、推进的刑事司法改革，对辩护制度提出了更多、更高的要求，只有在刑事辩护制度原则与伦理规范的指导下，修正相关辩护规则，才能使辩护制度更加匹配刑事司法改革、平衡刑事诉讼结构，才能使辩护权充分有效行使。

第一，明确辩护律师逮捕阶段的阅卷权。我国辩护律师在侦查阶段、逮捕阶段并无阅卷权。侦查阶段的案件尚处于调查、侦查、收集证据过程中，证据材料可能并不完整和确定，案卷大都未形成，因此，侦查阶段的辩护律师只能提供相关法律帮助，辩护权行使受限。众所周知，我国是“卷宗中心主义”的办案模式，检察机关受理批准逮捕案件，必须审查监察机关、侦查机关呈送的案卷卷宗，但无权阅卷的辩护律师只能以会见获取的信息、自行调取的证据作为出具该阶段辩护意见的参考，辩护权受到严重限制。我们认为，现行《刑事诉讼法》第 40 条应修改为:“辩护律师在人民检察院受理监察机关、侦查机关审查批准逮捕期间，以及案件审查起诉之日起，可以……。”理由如下：首先，强化刑事司法公开性，完善逮捕审查机制，提升刑事司法程序的正当性；其次，保障辩护律师辩护权的充分、有效实现，切实有效维护被追诉人的合法权益；最后，规范批准逮捕权的审慎行使，提高“封闭式”“行政审批式”审查逮捕模式的案件质量。

第二，删除非律师辩护。1979 年至今，非律师辩护一直被《刑事诉讼法》明确规定。改革开放后，允许非律师参与辩护是为了缓解律师资源不足，保障被追诉人的合法权益得到有效满足。然而，近年来，律师队伍迅速增长，律师资源不足的司法现状已经得到根本改变，截至 2022 年底，全国共有执业律师 65.16 万多人，2024 年底有望达到 75 万名。[1]我们认为，取消非律师辩护的时机已经成熟，建议现行《刑事诉讼法》第 33 条删除可以被委托为辩护人的非律师主体，该法内有关于“其他辩护人”内容一并修改。理由如下：其一，刑事辩护具有专业性，非经专业学习、系统训练不能胜任；其二，《刑事诉讼法》中非律师的辩护权受到多种限制，难以实现有效辩护；其三，非律师主体和非律师辩护，难受律师职业道德、职业伦理等相关职业规范制约，其辩护权难以制约。

第三，增加辩护律师的讯问在场权。我国《刑事诉讼法》中并规定辩护律师的讯问在场权。参照相关国际条约、国际刑事司法准则及其他国家的立法规定，侦查人员讯问犯罪嫌疑人时辩护律师的在场，似乎是通行做法。我们认为，鉴于我国刑事司法现实情况，可以引入“消极在场权”，[2]可在《刑事诉讼法》中增加“侦查人员讯问犯罪嫌疑人时，辩护律师有权在场，但不得干扰、打断侦查人员的正常讯问；对于侦查人员刑讯逼供、诱供、骗供等非法讯问行为，辩护律师有权制止。”如此规定，我们认为理由有二：一方面，辩护律师的讯问在场权是辩护权有效行使的世界惯行做法，需要甄别后引进、吸收；另一方面，改革需要循序渐进，现阶段可保证犯罪嫌疑人供述的自愿性即可，还不适宜引入辩护律师的讯问“积极在场权”。

第四，明确委托辩护律师、法律援助辩护律师与值班律师的顺位问题。近年来，多个有社会影响的刑事案件出现了委托律师、援助律师的辩护顺位冲突问题，对我国法律援助制度的公益性基础造成重大冲击,并“可能引发整个社会对我国法律援助制度公益性的重大质疑”[3]；同时，司法实践中也出现了值班律师在被追诉人已经委托了辩护律师，或被指定辩护的情况下，为被追人提供法律帮助、

---

[1] 《全国公共法律服务体系建设规划（2021-2025 年）》，载司法部官网，http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxxgk/fdzdgknr/fdzdgknrghjh/202207/t20220722_460268.html，2024 年 5 月 28 日访问。

[2] 陈卫东：《<刑事诉讼法>第四次修改前瞻》，载《政法论坛》2024 年第 1 期，第 55 页。

[3] 吴洪淇：《法援辩护与委托辩护顺序问题的机理与根源》，载《现代法学》2024 年第 2 期，第 60 页。

见证签署认罪认罚具结书。实际上，四部《刑事诉讼法》对委托辩护律师、指定辩护律师的顺位表述从未发生过改变，从来都是被追诉人没有委托辩护人的前提下，才指定辩护律师，《刑事诉讼法》第 36 条关于委托辩护律师、指定辩护律师与值班律师的顺位亦同。但为被追诉人利益最大化，并解决刑事司法实践中出现的类似问题，建议根据现行《刑事诉讼法》第 35 条增加“委托辩护律师优先于法律援助辩护律师介入诉讼”的规定；在第 36 条增加“委托辩护律师优先于法律援助辩护律师优于值班律师介入诉讼”的规定。

第五，其他相关规则的修改与完善。我们必须承认，《刑事诉讼法》以打击犯罪和保障人权为基本任务，任何条款、规则都围绕这两大任务设计，具有极强的系统性，牵一发而动全身。因此，刑事辩护规则的修改与完善，是个系统工程，必须照顾到某一规则修改后对刑事诉讼程序整体造成的影响。上文我们主张修改、增删的条文，都是近些年来讨论比较集中，且基本已经达成共识、对刑事辩护制度或刑事诉讼制度影响较大的内容，除此之外，我们认为，以下内容也可以考虑一并修改：首先，删除现行《刑事诉讼法》第 33 条关于辩护律师人数为“一至二人”的限制规定；其次，增加“辩护律师拒证权”，明确免除辩护律师在执业过程中，对知悉的不利于被追诉人及其近亲属的相关情况进行作证的权利；再次，探讨增加侵犯辩护权刑事的违法制裁措施，建议现行《刑事诉讼法》第 49 条增加“因严重侵犯辩护律师辩护权而获取的相关证据不得作为定案依据；构成犯罪的，应追究刑事责任”，以增强违法制裁的刚性；最后，删除辩护制度涉及的不文明、不规范用语，例如，用“精神障碍者”一词替换“精神病人”用语，用“视障者、听障者、语障者”替换“盲、聋、哑人”，彰显刑事诉讼制度、辩护制度的人本、人文精神。

刑事检察听证中的律师帮助

程龙*

摘 要：检察听证目前在刑事诉讼中已经覆盖了羁押必要性审查、审查批捕、不起诉和刑事申诉等方面。由于上述程序处理结果对当事人诉讼权利和命运影响重大，因此，需要通过律师帮助促成刑事检察听证三方构造的维持、公开透明、实效发挥和当事人利益维护，从而确保听证正当性。当下刑事检察听证中的律师帮助存在立法和实践上的诸多缺陷，而刑事检察听证也并未成为具有完整司法形态的决策机制，其"弱诉讼化"形塑了有别于审判阶段的特殊律师帮助形态，即发表意见式、交涉增信型和情理说服性律师帮助。为充分发挥刑事检察听证律师帮助的功能，一方面，需要坚持传统诉讼中律师帮助的成熟方案；另一方面，也应根据听证的特殊性，构建"双层说服"的整体性律师帮助方案。

关键词：刑事检察听证；律师帮助;"弱诉讼化";"双层说服"

一、问题的提出

2020 年 10 月 20 日，最高人民检察院颁布实施了《人民检察院审查案件听证工作规定》（以下简称《听证规定》），其中第 4 条明确规定了检察机关的听证范围，涉及刑事诉讼的主要听证案件有羁押必要性审查案件、拟不起诉案件和刑事申诉案件。该条第 2 款进一步规定，检察机关在审查批捕时，需要核实评估犯罪嫌疑人是否具有社会危险性、是否具有社会帮教条件的，可以召开听证会。据此，目前我国刑事检察听证已经覆盖了羁押必要性审查、不起诉、申诉和审查批捕等四个方面。

应该说，检察听证并不是一个新生事物。早在 1999 年《人民检察院办理民事行政抗诉案件公开审查程序试行规则》（已失效）就已经出现了检察听证的相关规定。2000 年《人民检察院刑事申诉案件公开审查程序规定（试行）》（已失效）和 2001 年《人民检察院起诉案件公开审查规则（试行）》也相继规定了刑事申诉和公诉阶段的检察听证制度。然而，由于种种原因，实践中检察听证并未广泛开展。直到此次《听证规定》的颁布实施，才使检察听证制度大放异彩。仅在 2020-2021 年一年间，全国检察机关就组织听证了 13.5 万余件，其中基层检察机关检察听证量就占到总数的 93%。[1]

从检察听证制度改革动因角度看，有研究总结了三个原因：确保检察权能发挥合理性；提升检察程序民主性以及保证检察决策正当性。[2]"听证制度的内涵在于，任何机关在对当事人作出影响其权利的决定之前，应该为当事人提供一个申辩的机会。"[3]故此，检察听证的主要功能可以概括为人民参与司法、辅助案件审查、权力制约监督、权利保障救济、促进纠纷解决以及推动社会治理等方面。[4]总体来看，当下检察听证正在发挥着日益重要的作用，听证案件的数量和质量正在稳步上升，在很大程度上拓展并提升了我国检察工作的质与效。

既往刑事诉讼活动中，审前活动的正当程序问题一直引起理论界和实务界的关注。其中，由于检察机关的司法机关属性，事实上行使着诉与不诉、捕与不捕的司法审查判断职权，这些职权行使的规范化、程序化成为研究的重心。但是,"没有司法裁判机关参与的审判前程序，注定无法为律师辩护提供有效的司法保障。"[5]审查起诉阶段检察机关权力超强化,"两方构造"中控诉权缺乏制约，且制约方式呈现为行政化制约，这是审前决定听证化改造的逻辑起点。[6]以诉讼化方案改造审前检察权的运行机制，成为了刑事检察听证的核心目标。[7]既然如此，诉讼化改造必然伴随着控辩审三方结构的建立；两造对抗的实质化也决定了诉讼化改造的成败。刑事诉讼本身固有的控辩力量悬殊的特性

---

* 云南大学法学院副教授，本文得到国家社会科学基金青年项目"人工智能辅助量刑研究"（20CFX004）的支持。联系电话：18628114333，电子邮箱：430081008@qq.com。

[1] 参见谭金生、陈荣鹏：《检察听证制度实践的审视与完善》，《西南政法大学学报》2022 年第 2 期，第 62 页。

[2] 参见林喜芬、刘思宏：《论我国检察机关的听证办案模式》，《国家检察官学院学报》2022 年第 5 期，第 60-62 页。

[3] 彭玉：《认真对待检察听证》，《检察日报》2021 年 8 月 6 日第 003 版。

[4] 参见李淮：《检察听证的功能定位》，《人民检察》2023 年第 14 期，第 26-28 页。

[5] 陈瑞华：《增列权利还是加强救济？——简论刑事审判前程序中的辩护问题》，《环球法律评论》2006 年第 5 期，第 533 页。

[6] 参见汤尧：《司法听证与刑事诉讼构造之匡正——以不起诉听证为切入点的考量》，《金陵法律评论》2007 年秋季卷，第 21-22 页。

[7] 参见刘国媛：《刑事检察听证制度的"理"与"法"》，《法学评论》2015 年第 1 期，第 175-176 页。

必然要求强化辩方的辩护力量，于是，刑事检察听证中的律师帮助问题就此浮现。

本文的问题意识就来源于此：刑事检察听证需不需要律师帮助？为什么需要？需要什么样的律师帮助？本文将首先从理论上证立刑事检察听证中律师帮助的不可或缺，以及分析律师帮助如何保障刑事检察听证的正当性；而后分析刑事检察听证的“弱诉讼化”性质对律师帮助的影响，进而提出刑事检察听证中有别于传统诉讼律师帮助的非对抗性“听证律师帮助”主张。

二、律师帮助与刑事检察听证的程序正当

（一）刑事检察听证的目的与律师帮助

从刑事检察听证的类型上看，主要集中在审前羁押[1]、不起诉和再审申诉三个主要方面。从构成要素上看，司法的前提是出现利益争端，裁判者需介入争端解决，[2]而审前羁押、不起诉和再审申诉都会出现控辩双方的利益争端。从辩方角度看，最大程度上争取不采取审前羁押或尽早变更非羁押强制措施、最大可能争取不起诉处理均关系着被追诉人的切身利益。而再审申诉无论是被害人还是被告人作为申诉人，也都希望能够获得再审审查。从《听证规定》的规范看，上述案件的检察听证并非“应当”而是“可以”，可以看出，在控辩双方或申诉人与检察机关没有争议的情况下，其实并不需要以检察听证的方式做出审前羁押、不起诉和再审申诉的相关决定。因此，在刑事检察听证中，可以承认控辩双方某种程度上的争端对抗性，而这种争端需要一个中立的裁判主体加以解决。

从制度安排上看，这个中立的裁判主体显然应当是检察机关。然而，过往检察机关在上述审前或申诉决定时，并未采取诉讼化的处理程序。在审前羁押的决策中，缺乏控辩双方的对抗辩论，不利于被追诉人程序参与权的实现。[3]在不起诉决策中，由于案件承办人既是提起审查公诉的主体，又是决策诉与不诉的主体，缺乏中立性。而在刑事申诉审查中，又存在着立案审查书面化，立案审查与是否启动再审程序的说理性不足的问题。[4]因此，以刑事检察听证的方式参与审前羁押、不起诉和申诉的决策，其核心意旨在于建构一种相对中立、控辩平等对抗的机制，更加正当化、公开化地处理相关审前检察决策工作。从整体上看，刑事检察听证的目的就在于强化被追诉人（申诉人）的主体地位，保障被追诉人（申诉人）的程序参与，进而实现控辩双方的主体协商。[5]

从正当程序的角度看，律师帮助有助于实现上述刑事检察听证的目的。首先，由于刑事诉讼固有的控辩权利地位不对等，律师帮助更有助于强化被追诉人的辩护能力，进而确保在能力与地位上与控方的尽量对等。在申诉程序中，申诉人也往往势单力孤，难以与法院、检察机关对等协商，律师帮助显然有助于他们的主体地位提升。其次，审前羁押、不起诉与申诉中，其决策机制的运行具有不透明性。检察机关在审查相关材料时往往以书面审查为主，很少或基本不听取当事人意见，其决策机制具有行政化的封闭性特征，被追诉人或申诉人难以参与到相关程序中。在听证活动中，尽管部分实现了程序的开放性，但若没有律师帮助，相关当事人也很难实质性地参与到决策程序中来。在这个意义上看，律师帮助具有保障被追诉人或申诉人实质性程序参与的功能。最后，从控辩双方协商角度看，律师帮助可以提供更加专业、全面的信息沟通。同时，也可以为当事人提供协商策略的拟定、变更等法律服务，更加高效、准确地实现控辩协商。

（二）律师帮助与刑事检察听证程序正当性

辩护制度的要义在于使当事人参与一项判决。[6]2012 年刑事诉讼法修改，明确将律师辩护前移至侦查阶段；在审前阶段不仅可以做出实体辩护，也可以进行程序性辩护。[7]从全流程辩护的角度看，在侦、诉、审各阶段，只要有可能做出不利于被追诉人的决定、裁判，律师就应当参与；同时，只要被追诉人参与的程序，律师就应该如影随形。[8]而在申诉案件中，尽管不存在审前辩护的需要，但

---

[1] 包括了审查批准逮捕的听证以及羁押必要性的听证，可以统称为审前羁押听证。

[2] 参见陈瑞华：《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》，《法学研究》2000 年第 5 期，第 33 页。

[3] 参见张泽涛：《构建中国式的听证审查逮捕程序》，《政法论坛》2018 年第 1 期，第 20 页。

[4] 参见陈卫东、赵恒：《刑事申诉听证制度研究》，《法学杂志》2016 年第 1 期，第 49-50 页。

[5] 参见拜荣静、霍晋涛、姚平：《我国检察听证制度的诉讼功能及其实现》，《兰州大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期，第 68 页。

[6] 参见陈兴良：《为辩护权辩护——刑事法治视野中的辩护权》，《法学》2004 年第 1 期，第 14 页。

[7] 参见顾永忠：《2018 年刑事诉讼法再修改对律师辩护的影响》，《中国法律评论》2019 年第 1 期，第 191 页。

[8] 参见陈瑞华：《刑事辩护制度四十年来的回顾与展望》，《政法论坛》2019 年第 6 期，第 9 页。

由于申诉审查结果对于申诉人存在着重要利害关系，而正当程序的本质在于任何可能受到裁决结果影响的当事人都有权获得司法审查，[1]因此，申诉案件的审查处理也是一个司法过程，同样需要律师的参与。

从正当程序实现的角度看，律师帮助对于刑事检察听证而言，具有如下促进和保障作用。

其一，维持三方构造。虽然刑事检察听证的设计初衷在于实现审前决定和申诉审查的诉讼化，但正如后文将要论证的观点，目前来看，检察听证尚处于“弱诉讼化”阶段。主持人、控方的协同化、超强化会在一定程度上削弱辩方或申诉人的听证地位和权利落实。与此同时，听证员对听证活动的影响有限，更加倾向于成为一个居中听证、判断的主体，这就会进一步放大控辩双方权力的不对等性。而律师介入帮助，可以有效提升辩方或申诉人的法律专业能力，保障辩方的听证主体地位，从而维持听证三方结构的形式、外观正当性。

其二，促进听证透明。如前所述，审前程序和申诉审查的公开度、透明度有限，而检察听证的设立目的就在于提高审前程序与申诉审查的司法公开程度。例如，有研究指出，不起诉听证的意义就在于防止暗箱操作，推进检务公开；同时，增强检察机关决策民主性和科学性，完善检察机关的监督机制。[2]但是，如果刑事检察听证只是一种形式化的、走过场式的活动，是无法实现上述检务公开、检察决策民主科学的目标的。而公开、透明的关键在于决策信息来源的多元化、对抗化。只有在决策意见并非由检察机关单方面形成，而是积极听取、吸收不同意见的情形下，才有可能保障刑事检察听证的公开、透明。进一步看，仅仅形式、程序上的公开并不是终点，而是要做到决策理由的公开。无论审前羁押案件听证、不起诉听证还是申诉听证，当事人参与的目的不仅仅是“听”，而是需要得到“证”。即无论结果如何，检察机关应当充分证立其处理的正确性，并将这一证立过程展示给当事人。这就要求检察机关必须进行听证结果的说理论证。律师参与可以为听证结果的论证说理提供必要的信息支撑，以其意见独立性、对抗性为听证员、检察机关提供不一样的视角，从而完善听证结果的说理论证。

其三，保障听证实效。目前，关于检察听证的功能实效具有两种理论，即辅助决策和形成共识。[3]可以明确的是，刑事检察听证不是实质性的决策机制，《听证规定》第 16 条也仅将听证员的最终意见作为检察机关案件处理的重要参考而非决定性结论，因此，检察听证在案件处理决策方面的效力应当是辅助性的。另一方面，刑事检察听证事实上提供了一个不同利益主体交涉、沟通和博弈的平台，[4]可以协调争端主体间的不同意见，促进共识形成，从而吸收各方不满，限制检察机关的自由裁量。[5]不过，从刑事检察听证的实质功能的发挥看，不能听而不决，也不能将听证室变成调解室。刑事检察听证是服务于审前羁押、不起诉和申诉的审查判断工作的，律师参与刑事检察听证可以为检察机关的决策提供有效且必要的帮助。一方面，真理越辩越明，通过律师参与进而提供不同视角的思考路径，可以为听证员意见的形成乃至检察决策提供智力支持。另一方面，律师凭借其地位、知识优势，可以有效监督检察机关、听证员的相关工作，从而确保听证程序和听证意见形成的合法性、公正性。

其四，维护当事人利益。获得辩护权既是司法原则，也是基本权利。[6]顾永忠教授指出，“以审判为中心的诉讼制度实质上是充分保障犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师辩护权的诉讼制度。”[7]从律师帮助的角度看，不仅在程序上要向前拓展，也要向后延伸。[8]因此，不仅审前羁押、不起诉的决策程序需要律师参与，在审后申诉程序中同样应当提供律师帮助。由于审前程序与申诉程序的封闭性、

---

[1] 参见黄维智：《不起诉制度听证程序研究》，《社会科学研究》2004 年第 1 期，第 76 页。
[2] 参见邓晓霞：《不起诉听证制度探究》，《政治与法律》2004 年第 5 期，第 126-127 页。
[3] 参见拜荣静、霍晋涛、姚平：《我国检察听证制度的诉讼功能及其实现》，《兰州大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期，第 67 页。
[4] 参见李淮：《检察听证的功能定位》，《人民检察》2023 年第 14 期，第 28 页。
[5] 参见张弘、魏磊：《论司法听证的建构——以刑事诉讼为视角》，《中国刑事法杂志》2004 年第 2 期，第 74-75 页。
[6] 参见尹晓红：《获得辩护权是被追诉人的基本权利——对<宪法>第 125 条“获得辩护”规定的法解释》，《法学》2012 年第 3 期，第 63-65 页。
[7] 顾永忠：《以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题研究》，《中国法学》2016 年第 2 期，第 66 页。
[8] 参见陆而启：《刑事救济程序中律师辩护：从扩大参与面到检验有效性》，《政法论坛》2010 年第 4 期，第 77-79 页。

单方性，当事人的权利有较大可能遭到侵犯。现实中，存在不及时告知当事人委托律师的权利、拒绝律师了解罪名、无正当理由拒绝律师变更强制措施申请、增加会见障碍、审查批捕和审查起诉阶段所作讯问笔录不允许律师查阅等问题。[1]为维护当事人合法权益，同时确保刑事检察听证的正当性、实效性，律师为当事人提供帮助成为了必然的前提性保证。反之，在刑事检察听证中对当事人获得律师帮助权的任何限制或剥夺，都将会减损听证的程序正当性，使刑事检察听证虚置化、空洞化。

（三）刑事检察听证中律师帮助的不足

律师帮助直接关系着刑事检察听证的正当性、实效性。然而，从当前立法与实践来看，刑事检察听证中的律师帮助制度设计、功能发挥存在明显的不足。

首先，《听证规定》缺乏律师帮助的相关制度设计。《听证规定》第 6 条规定，听证会参加人除听证员外，可以包括案件当事人及其法定代理人、诉讼代理人、辩护人、第三人、相关办案人员、证人和鉴定人以及其他相关人员。同时，在第 9 条中规定了辩护人、代理人有权向检察机关申请召开听证会。这是《听证规定》中仅有的与律师帮助相关的条文，存在比较明显的疏漏。第一，辩护人、诉讼代理人是可以参加而非应当参加。从规定文义上看，当事人虽然委托、聘请了律师，但其是否有权出席听证会应由检察机关决定，存在着当事人委托、聘请律师但不被允许为刑事检察听证提供帮助的可能性，但《听证规定》并未详细说明当事人委托、聘请的律师何时可以或不可以出席听证会，在律师是否可以出席听证会的决策上，检察机关享有过大的自由裁量权。第二，没有详细规定律师意见发表程序与意见效力。《听证规定》仅在第 15 条规定当事人及其他参加人可以就需要听证的问题分别说明情况，同时，听证员可以向当事人或者其他参加人提问。这是仅有的律师意见发表的可能情形。上述规定的问题在于，它将律师意见等同于当事人陈述，并没有独立发表律师意见的程序设计。与此同时，也没有规定律师意见对听证意见的约束效力。听证员最终意见的形成是否需要根据律师意见，以及如果不认可律师意见是否应予以说理，均无规定。第三，没有规定律师权利。事实上，《听证规定》不仅没有规定律师在刑事检察听证中的相关辩护、代理权利，甚至对当事人的权利也规定阙如。这就导致在实践中，当事人及其辩护人、代理人的程序性保障不足，削弱了律师帮助的有效性。

其次，审前辩护与申诉律师参与不佳影响了刑事检察听证中律师帮助的实效。实证研究指出，当前我国侦查、审查起诉阶段辩护率低于审判阶段。[2]另一方面，辩护率不仅相对较低，辩护的实效也值得重视。“侦查阶段律师辩护有效性不足仍然是我国刑事诉讼亟需解决的重要问题之一。”[3]与此同时，在申诉环节我国法律并未对律师帮助做出明确、强制性规定，实践中，申诉案件也存在缺乏律师帮助的问题。这些诉讼中的律师帮助缺陷也会直接影响着刑事检察听证中的律师帮助实效。尽管不能作为论据，但值得注意的是，近期热映的电影《第二十条》中，片尾是以不起诉检察听证作为全剧的高潮。然而，其中并未出现当事人律师的身影。这固然是编剧和导演法律实践经验不足所致，但也可侧面反映刑事检察听证中律师参与容易被忽视的现实。进一步看，即便刑事检察听证案件中有律师参加，但由于听证与诉讼的差异，以及缺乏必要的案件办理经验，律师对听证案件的处理还处于“摸着石头过河”阶段，因此，刑事检察听证中律师帮助的实效还有待进一步观察，但整体不容乐观。

最后，刑事检察听证中律师权利保障缺失。由于《听证规定》缺乏对于律师权利的相关规定，导致实践中律师在刑事检察听证过程中缺乏必要的权利保障。其一，阅卷权保障不足。由于刑事诉讼法规定辩护律师在检察机关审查起诉之日起，方可查阅、摘抄、复制本案的案卷材料，因此，在逮捕听证、羁押必要性听证中存在难以阅卷的情况。进一步看，由于听证程序与诉讼程序的不同，在刑事检察听证程序中的阅卷权应当是对听证案件本身的阅卷，但该阅卷权并未明确。这就导致实践中律师能阅的只是刑事案件本身的诉讼卷宗，但无法查阅听证程序中所使用的案卷材料。其二，没有申请回避权。《听证规定》第 10 条仅规定当事人有权获知主持人和听证员的姓名、身份，但未要求告知其辩护人、代理人。也没有规定当事人及其辩护人、代理人有权要求主持人、听证员回避。

---

[1] 参见罗海敏：《被审前羁押者获得律师帮助权探究》，《当代法学》2022 年第 4 期，第 157 页。
[2] 参见顾永忠：《刑事辩护制度改革实证研究》，《中国刑事法杂志》2019 年第 5 期，第 141 页。
[3] 张中：《论侦查阶段的有效辩护》，《当代法学》2017 年第 6 期，第 25 页。

其三，没有举证权。如前所述，当事人及其律师只有权说明情况和回答听证员提问，并没有举证权。这就大大降低了律师通过举证证明辩护或代理意见成立，进而获得有利听证意见的可能性。其四，听证意见采纳与否的知悉权受限。《听证规定》第 17 条规定，检察机关听取各方意见后，可以当场作出决定的，由听证主持人当场宣布并说明理由。但不能当场作出决定的，听证会后做出的决定只告知、送达当事人，并未包括辩护人、代理人。在非当场决定的情形下，律师难以获悉检察机关对听证意见的采纳情况，进而也无法获知检察机关决定与刑事检察听证的关联性。其五，对于律师帮助受侵害的救济阙如。虽然律师参与刑事检察听证的相关规定较为稀疏，但根据刑事诉讼法和《听证规定》可以得出律师在刑事检察听证中应当享有出庭权、辩论权、有限阅卷权等，但如果这些权利受到不当限制乃至侵害，是否有权获得救济、怎样救济，均规定阙如。当然，正如下一节将要论述的，检察听证不同于司法审判，其仅具有“弱诉讼化”特性，并不需要如同诉讼中侵犯被追诉人及其辩护人辩护权那样强化救济，但以司法经验看没有救济的制度终将成为具文。因此，如果刑事检察听证中对限制乃至剥夺律师出庭权、辩论权没有配置救济措施，将会大大影响律师帮助的实际效果。

三、“弱诉讼化”刑事检察听证对律师帮助的形塑

刑事检察听证中的律师帮助如何展开与听证本身的属性密切相关。如果刑事检察听证本身具有诉讼化特征，则可以将其作为审判程序的前序拓展对待，在制度设计上便可以比照、准用刑事审判中的律师帮助制度。但是，如果刑事检察听证不具有诉讼化的属性，则其律师帮助的功能定位与实效发挥就应有所调整。通过对实践的分析，刑事检察听证目前仅具有“弱诉讼化”的属性，因此，听证中的律师帮助就会有别于刑事审判中的律师帮助。

（一）刑事检察听证的“弱诉讼化”

1. 听证的诉讼化改造

学界和实务界普遍认为，刑事检察听证主要是为了实现审前程序的诉讼化改造，顺应检察权运行诉讼化的大趋势。[1]从本质上看，刑事检察听证的诉讼化改造也是检察官司法的具体体现。随着我国公诉权的强力扩张，公诉权司法化、检察官司法将成为普遍现象。[2]然而，长期以来检察司法决策却又没有贯彻司法活动的基本程序与制度设计。“检察机关是有司法权的司法机关，却始终采用行政性办案方式而欠缺司法特征”。[3]因此，必须对检察司法决策进行听证化、诉讼化改造。其目的首先在于在实体上保障案件处理的妥当性，同时，可以对包括羁押必要性、不起诉、申诉等案件的证据材料进行初步审核。[4]其次，在程序上，主要是为了改变传统检察审前决策或申诉处理的行政化色彩过浓，检察权缺乏必要监督机制的问题，[5]从而通过诉讼化的模式，建立三方裁断机制，确保权力相互制衡以及决策公开、正当。

实践中，当下刑事检察听证在诉讼化改造上已经有了明显进展。首先，发展完善了刑事检察听证三方构造。既有审查逮捕听证中就已经有三方构造的初步建构，“逮捕听证程序应当体现诉讼中的三方构造，即控辩双方加上居中裁决的中立机构”。[6]检察听证进一步将这一三方构造予以制度化、明确化。基本建成以承办检察官或侦查人员为控方，被追诉人（申诉人）及其律师为辩方，听证员为听证方的三方构造。其次，检察机关相对中立并深度参与听证。检察机关除派员作为控方参与听证外，听证会的主持者也往往由检察官担任，体现出检察主导的基本特征。[7]尽管如此，检察机关并不过度干预听证意见的形成，听证员可以根据自己的观点形成听证意见，检察机关相对中立。同时，检察主导还意味着检察官深度参与听证，尤其是承办案件的检察官能够通过听证深入了解案情。虽然《听证规定》中并未规定听证意见的决定性、拘束性效力，但最终做出检察决定的检察官参与案

---

[1] 参见霍敏：《检察听证制度完善研究》，《国家检察官学院学报》2022 年第 1 期

[2] 参见左卫民：《迈向新型的检察官司法？反思公诉权变迁》，《法学论坛》2023 年第 2 期，第 55-56 页。

[3] 龙宗智：《检察机关办案方式的适度司法化改革》，《法学研究》2013 年第 1 期，第 170 页。

[4] 参见周新：《审查逮捕听证程序研究》，《中外法学》2019 年第 4 期，第 1032 页。

[5] 参见陈少林、连真：《刑事侦查程序听证制度初探》，《法学评论》2007 年第 4 期，第 146 页。

[6] 彭志刚：《论审查逮捕制度的分流听证式改造》，《中国刑事法杂志》2012 年第 1 期，第 78 页。

[7] 参见韩建霞：《控告申诉检察听证存在的问题及完善》，《人民检察》2021 年第 19 期，第 35 页。

件听证，本身可以保障其决策的亲历性。[1]第三，基本建立辩论机制。刑事检察听证不是会议调停，而是以控辩对抗的形式发表意见或反驳对方意见，控辩双方均有发表意见的权利，能够通过辩论影响听证意见的形成。最后，听证意见具有一定法律效力，能够部分影响最终的检察决定。根据《听证规定》第 16 条的规定，听证员的意见是人民检察院依法处理案件的重要参考；同时，如果检察机关拟不采纳听证员多数意见的，应当向检察长报告并获同意后作出决定。

上述刑事检察听证的诉讼化努力值得称道，但从目前的实践上看，当下刑事检察听证还存在毕竟明显的非诉讼化特征，主要包括非对抗式听证；非证据式裁判；非中立性主导和非决定性意见等四个方面。

2. 非对抗式听证

虽然目前刑事检察听证已经具备了三方构造的外观，也基本建立了控辩双方的辩论机制，但这与刑事审判意义上的对抗式还有较大的距离。

首先，在听证案件选择上，本身就具有对抗性不强的特点。有实务机关研究发现，当下刑事检察听证存在形式化的问题，其中突出表现在听证案件选择上会选择没有争议的案件听证。[2]该问题的产生逻辑在于，检察听证数量与比例已经成为了各级检察机关的一个考核目标，但是，如果听证案件本身情况复杂，争议较大，会给检察机关带来较沉重的工作负担。选择没有争议或者争议很小的案件听证，既可以减轻听证压力，又可以满足数目字考核的要求。但设若如此，听证案件本身没有争议或争议较小，也就不可能形成真正的对抗。

其次，控辩立场并非绝对对立。如前所述，检察听证的主要目的在于辅助决策和形成共识，事实上，从辩方角度看，被追诉人（申诉人）及其律师固然以争取不捕、不诉和启动再审为目的，但从控方角度看，未必不会支持上述主张。与刑事审判中控方立场与辩方立场绝对对立不同，检察听证中存在控方犹豫的情况，即控方对于是否支持辩方主张存在不确定性。这是因为在刑事审判中，由于“存疑有利被告”和“排除合理怀疑”的要求，控方如果对起诉事项犹豫，在法理上就不应起诉进而启动审判。但在刑事检察听证中，检察机关启动该机制是为了更好地辅助决策、形成共识，目的在于强化其检察决定的信念，故有可能会带着是否支持辩方主张的疑虑参加听证，进而有可能形成支持辩方主张的信念。

最后，现有听证规则并未提供对抗式辩论的制度装置。《听证规定》第 15 条规定，作为控方的承办案件检察官先介绍案情和需要听证的问题，而后由作为辩方的当事人及其他参加人就需要听证的问题分别说明情况，最后由听证员向当事人和其他参加人提问。该制度设计其实是一种“调查型”的问询机制，缺乏控辩对抗的可能。控辩双方在既有制度下没有相互反问、质问的空间，而且，需要听证的问题是由控方确定，即控辩双方只能在控方既定的“议题”下说明情况，并非对抗式辩论。此外，检察听证没有类似诉讼审判的“开头程序”或“庭前准备”，案件细节基本不披露、不阅卷，这也导致听证时辩方准备能力有限，难以形成实质性对抗。笔者参与的多个刑事检察听证中，也主要是控辩双方各自说明情况，基本没有控辩双方的激烈对抗。

3. 非证据式裁判

刑事检察听证不仅没有明显的对抗，而且其听证过程以及听证意见的形成也不是以证据裁判的蓝本建构的。整体上看，整个刑事检察听证的过程其实是一个听取各方意见的过程，而控辩双方的意见是不需要建立在证据之上的。尽管在实践中，控辩双方会提供一些证据材料并加以展示，但是与证据裁判差别甚大。因为，这些证据材料不是为了证明事实或主张的成立，而是为了感染听证员，为其提出的意见增添某种事实上或情感上的影响力。而且，听证意见的形成也不需要根据证据，不受双方举证范围的制约。因此，“没有证据出示，就不存在后续的证据裁判、证据采信；本质上，目前的检察听证是一种出离于证明机制的客观实在。”[3]需要格外注意的是，当前刑事检察听证仅是作为检察机关的部门规定加以运行，在刑事诉讼法和相关司法解释中并没有规定，因此，也不能准用或援引刑事诉讼法及其司法解释中的证据、证明规定，对刑事检察听证的证据裁判进行规制。

---

[1] 参见苗生明：《新时代检察权的定位、特征与发展趋向》，《中国法学》2019 年第 6 期，第 233-234 页。
[2] 参见林晖、涂子涵：《检察听证应注意避免形式化倾向》，《人民检察》2022 年第 7 期，第 76 页。
[3] 孙皓：《从检察听证到刑事审前程序诉讼化》，《比较法研究》2023 年第 1 期，第 75 页。

某种意义上可以认为，非证据式刑事检察听证就是我国刑事诉讼中“听取意见式”诉讼的延续。从积极方面看，检控机关能够听取意见体现了对辩护权的重视以及辩护制度的完善，也承担了获取证据、提供诉讼参与渠道、协商的功能。[1]但是，其缺陷也十分明显。一方面，没有证据为依托的意见表达不能满足现代司法对裁决公正性、准确性和正当性的要求，会削弱裁判者的判断能力。另一方面，没有证据规则和采信制度的约束，裁判者是否听取意见的自由裁量权过大，[2]加之没有听证说理的要求，还会让为何听取或不听取控辩意见的理由及论证陷入迷雾之中。

4. 非中立性主导

刑事检察听证坚持检察主导，这与检察机关在审前程序中的定位相关。李奋飞教授认为，审前检察机关的定位有三：侦查质量评价主体、司法资源调控主体、诉讼权利保障主体。[3]为使上述主体地位能够实现，整个审前程序中检察机关都居于主导地位，自然及于检察听证。虽然申诉检察听证不属于审前程序，但检察机关作为控申决定主体，也具有“唯二”的再审启动权。在当下的检察权发展中，检察机关司法资源调控角色日益鲜明。[4]是否启动检察听证、检察听证的“议题”如何确定、听证后如何决策，都体现了检察机关司法资源调控功能。当然，对于检察机关的主导性地位本文并不持异议，因为检察官本身根据法律就享有独立的判断权和处置权。[5]与此同时，学界对于检察机关办案过度司法化并非不存在顾虑。龙宗智教授指出，这有可能导致检察办案过度独立，削弱监督进而导致办案质量下降；同时，也有可能妨碍法院的司法权威。[6]基于上述理由，检察机关并未绝对化地宣称检察听证是一项纯粹司法化的程序，其自身也并非绝对中立的主体。

这种非中立性主要体现在：（1）主持人与控方具有同质性。目前刑事检察听证的主持人均由办案机关派员担任，而控方基本上也由承办案件检察官担任。特别是有些听证案件就是由案件承办人担任主持人，会给人以“先定后听”之感。[7]（2）听证员由检察机关选任。实践中，听证员的选任由举行听证的检察机关确定，同时，根据《听证规定》第 11 条的规定，听证员确定后，人民检察院应当向听证员介绍案件情况、需要听证的问题和相关法律规定。这就意味着作为选任主体的检察机关还可以向听证决策者提供单方面的信息，甚至限定听证决策内容。在一些听证个案中，检察机关还有可能向听证员暗示或建议听证意见内容，实务中甚至出现将检察听证作为“背书机制”的做法。[8]从正当性上看，应当明确听证员不应定位为检察院拟处意见的评议者。[9]但在当下听证制度环境下，还难以确保听证员的完全中立，听证员权利虚化的风险需要引起重视。[10]（3）检察机关主导刑事检察听证启动。从规范上看，听证会是否启动检察机关具有相当大的权力。尽管《检察规定》第 9 条规定了当事人及其律师申请启动权，但最终是否启动仍然由检察机关绝对主导。而且，对于不启动听证的案件，检察机关只需要向申请人说明理由，并未规定相应复议、申诉等救济措施。从这个角度看，检察机关在刑事检察听证中不仅作为运动员，还是裁判员，更是“赛事主办方”。

5. 非决定性意见

司法的要义在于做出权威性的裁判从而消弭争议，恢复法和平状态，这就要求所有司法决定须具有终局性、决定性的效力。但是，刑事检察听证的最终听证意见并不具有这样的效力。如前所述，根据《听证规定》检察机关是否采纳听证意见享有裁量权；不采纳听证意见的程序限制薄弱，仅需向检察长报告并获同意即可，这就导致事实上听证意见只有建议性而非决定性。不仅如此，尽管《听证规定》第 17 条规定了检察机关非当场做出的决定应告知听证员，但事实上一方面大多数检察听证检察机关均未当场做出决定，但另一方面，就以笔者作为听证员参与的数个刑事检察听证看，检

---

[1] 参见刘金松：《刑事“听取意见规则”的规范生成与理性反思》，《法学杂志》2022 年第 5 期，第 164 页。
[2] 参见刘金松：《刑事“听取意见规则”的规范生成与理性反思》，《法学杂志》2022 年第 5 期，第 167 页。
[3] 参见李奋飞：《论检察机关的审前主导权》，《法学评论》2018 年第 6 期，第 46-49 页。
[4] 参见周新：《论我国检察权的新发展》，《中国社会科学》2020 年第 8 期，第 77-78 页。
[5] 参见龙宗智：《理论反对实践》，法律出版社 2003 年，第 272 页。
[6] 参见龙宗智：《检察机关办案方式的适度司法化改革》，《法学研究》2013 年第 1 期，第 180-182 页。
[7] 参见谭金生、陈荣鹏：《检察听证制度实践的审视与完善》，《西南政法大学学报》2022 年第 2 期，第 65 页。
[8] 参见卫跃宁：《检察听证的价值定位及推进建议》，《人民检察》2021 年第 12 期，第 42 页。
[9] 参见孙皓：《从检察听证到刑事审前程序诉讼化》，《比较法研究》2023 年第 1 期，第 81 页。
[10] 参见于丽红、邓洪涛：《论检察听证制度诉讼化改造》，《江西社会科学》2022 年第 9 期，第 159 页。

察机关均未将其嗣后决定及理由告知我本人。有研究认为，听证意见的非决定性是因为听证员作用在于润滑各方摩擦，而非“辩论—决策”司法化样态，[1]因此，从根本上看，刑事检察听证虽然具备了诉讼化的外观，但究其实质，仍然是传统检察办案模式的延续，仅具有适度司法化特征，远非域外审前决策的高度司法化。[2]综上所述，本文将当下我国刑事检察听证的性质与样态概括为“弱诉讼化”。

（二）“弱诉讼化”对律师帮助的形塑

1. 审判场景中的律师帮助样态

刑事检察听证的“弱诉讼化”导致其中的律师帮助与审判场景中的律师帮助有较大差异。在审判场景中，由于证据裁判、两造对抗和中立决断的影响，律师帮助主要呈现出证据辩护、对抗辩论和法理论证等基本样态，均与刑事检察听证中的律师帮助不同。

首先，由于刑事审判遵循证据裁判原则，因此，审判场景下的律师帮助主要呈现出证据辩护的基本样态。虽然在刑事诉讼中，由于各种因素的制约，律师一般不通过取证、举证方式进行辩护，主要体现出前述“提出意见式”的辩护形态。但其发表的意见本身是根据控方证据而提出的。“为论证公诉方的某一证据不能转化为定案根据，律师可以从证明力和证据能力这两个角度展开抗辩活动。”[3]在审判场景下，律师普遍重视质证意见的发表，同时注意使用各项证据规则，以攻击控方证据资格为目的展开证据辩护。

其次，审判场景下控辩对抗较强，律师对抗辩论发挥空间较大。尽管检察机关在理论上承担着“客观义务”，但在审判阶段，检察机关更多体现为支持公诉机关，故其追诉利益成为诉讼核心追求，这必然与辩方产生较突出的矛盾，因此审判阶段控辩对抗较强。律师会通过无罪辩护、罪轻辩护、程序性辩护等方案综合对抗控方。当然，目前由于认罪认罚从宽制度的广泛适用，控辩对抗性有所减弱，有研究认为此时体现出“交涉性辩护”的特征，沟通、协商、对话是交涉性辩护的主要方式。[4]不过，由于认罪认罚从宽制度中检察机关强势主导，辩方交涉能力有限且交涉机制严重缺失，[5]故“交涉性辩护”的实质是控辩对抗不对等的恶化，而非控辩对抗的转变。

最后，法院作为审判主体具有中立决断性，律师帮助可以通过法理论证取得实效。法院作为中立主体，可以尽可能地保障审判的相对公平公正，辩方意见的提出、采纳可以得到制度上的保证。与此同时，法院的裁判具有终局性、决定性的法律效率，因此，律师帮助如果成功，又可以获得确定的、理想的裁判结果。由于作为裁判主体的法官是具有专业素养和法学知识背景的专家，因此，在辩护策略的选择上，律师往往采取的是专业化道路，即通过法理论证的方式影响乃至说服法官，进而获得满意的诉讼结果。

上述诉讼化的审判场景律师帮助样态与“弱诉讼化”刑事检察听证中的律师帮助差异较大。“弱诉讼化”的听证场景对律师帮助具有形塑作用，主要呈现出发表意见式、交涉增信型和情理说服性的特征。上述特征既是实然层面对刑事检察听证律师帮助的概括，同时，也在应然层面指导着听证律师帮助，以下分述之。

2. 发表意见式律师帮助

如前所述，刑事检察听证其实是我国“听取意见式”刑事诉讼的延续，故而律师帮助主要呈现出发表意见式的基本样态。但与审判场景中“提出意见式”辩护仍然针对控方证据不同，刑事检察听证中控方往往不提出证据支持其主张，或者虽然提出证据，但基本上是片面化、原子式的个别证据，不会也不需要对整个听证案件构筑完整的证据体系。与此同时，由于刑事检察听证缺乏庭前准备阶段，辩方也很难获得听证前阅卷机会，所以也就难以针对控方提出的证据进行辩护。

此外，听证员听证前往往不接触案件材料，主持人向听证员告知听证情况比较简略、仓促，[6]同时，听证员的构成相对复杂，虽然一些案件中配置了法学专家、律师等专业人员，但通常还有人大代表、政协委员、社区或单位代表、社会贤达等非专业人士。他们往往难以像专业法官一般专业、

---

[1] 参见孙皓：《从检察听证到刑事审前程序诉讼化》，《比较法研究》2023 年第 1 期，第 77 页。
[2] 参见林喜芬、刘思宏：《论我国检察机关的听证办案模式》，《国家检察官学院学报》2022 年第 5 期，第 65 页。
[3] 陈瑞华：《刑事辩护的理念》，北京大学出版社 2017 年，第 37 页。
[4] 参见李奋飞：《论“交涉性辩护”——以认罪认罚从宽作为切入镜像》，《法学论坛》2019 年第 4 期，第 33 页。
[5] 参见李奋飞：《论“交涉性辩护”——以认罪认罚从宽作为切入镜像》，《法学论坛》2019 年第 4 期，第 37-39 页。
[6] 参见林晖、涂子涵：《检察听证应注意避免形式化倾向》，《人民检察》2022 年第 7 期目的 76 页。

严格地依照法律程序和标准裁断案件。过于专业化的律师帮助往往作用不佳，甚至使非专业听证员产生抵触情绪，因此，以发表意见式方式进行“情感说服”，在实践中效果可能更好。

3. 交涉增信型律师帮助

刑事检察听证不是为了解决实体性问题而设，换言之，它的主要目的在于保障检察机关做出正确的程序性裁决。[1]虽然以往有观点认为检察权本质上属于行政权，[2]但在审查批捕、审查起诉等环节检察权的运行方式主要体现了司法权的特性。[3]而刑事检察听证能为相对应的检察决策提供正当性和正确性支持。这种正当性和正确性支持主要通过公开的两造对抗辩论达致。但由于“弱诉讼化”的影响，两造事实上主要以信息交涉的方式进行案件沟通，从辩方的角度看，就是通过交涉而非对抗辩论争取听证员和检察机关的有利意见或决定。

前文已述，刑事检察听证中并非都存在着检察机关的绝对对抗立场，而且，即便检察机关可能对辩方听证主张完全持否定态度，但听证意见仍然具有一定程度的拘束性，使其至少有可能思考不同于检方主张的听证意见。因此，当事人及其律师通过交涉、沟通，使听证员能够增加对辩方的信任，进而将这份信任传递给做出最后决定的检察机关，这就成为了理想的律师帮助进路。“可以说，在刑事诉讼的各个阶段，辩护律师在委托人同意的前提下，与侦查机关、公诉机关乃至法院通过协商达成协议、通过妥协换取委托人利益最大化的辩护活动，都有越来越大的空间。”[4]刑事检察听证并非控辩双方的最终“决斗场”，而是决赛前的热身，为最终的审判“竞赛”提供更有利于辩方的程序环境而已。从这个角度看，控方对辩方的反对乃至“敌意”未必那么强烈，律师在提供法律帮助时完全可以以更加柔和、协作的交涉形式，以增加听证员和检察办案人员信任为目的展开工作。

4. 情理说服性律师帮助

传统刑事诉讼的辩护目的有二，即推翻或削弱控方主张，以及说服裁判者接受本方主张。[5]事实上，在刑事检察听证中推翻控方主张，既缺乏可能也没有必要，因为听证是为了解决检方决策疑问或犹豫，而非两造非要分出个你对我错、谁输谁赢。因此，说服而不是战胜控方、听证员，是刑事检察听证律师帮助的目标所在，但如何实现这一目标需要正确的方法与思路。刑事检察听证中的听证员大多是非专业人员，因此，以审判场景下的法理论证方式提供律师帮助不一定能够取得多大效果。而且审前羁押、不起诉和申诉问题本身主要涉及的是程序意义上的法律“资格”或“条件”问题，而非对实体性法律问题的裁决，法理性相较实体问题而言并不太强。同时，审前羁押、不起诉和申诉涉及大量个案考量因素，如人身危险性、案件社会影响、司法错误的实质性影响等。这些个案考量因素既属于个案事实评价，又充斥着大量价值判断内容，以法理论证个案的个性化事实评价与价值判断并非最优选择。相反，通过情感表达与感化，让听证员乃至承办检察官感受到辩方的真诚与可信赖，进而在前述个案评价与判断中倾向于做出有利于被追诉人（申诉人）的决定，这种方案更具可行性与合理性。

四、刑事检察听证中律师帮助的基本方案

由于刑事检察听证的“弱诉讼化”，其中的律师帮助基本方案也应所有调整。具体来看，就是在重视传统律师帮助方案的基础上，进一步创新听证律师帮助，同时，不能“就听证而听证”，而应利用听证机会实现整体式律师帮助。

（一）重视传统律师帮助技巧发挥

1. 与办案机关密切沟通

在审前羁押听证中，“被羁押者能否获得及时、有效的律师帮助，直接关系其获得权利救济的可能性大小。”[6]事实上，几乎所有的检察决策都有相似特点，律师越及时介入，就越有希望获得理想的结果。具体来看，就是要在听证启动、听证阅卷和听证员选取三个方面尽量与检察机关密切沟通。

在听证启动方面，当事人及其律师具有启动建议权。律师应及时与检察机关沟通听证启动事宜，

[1] 参见孙皓：《从检察听证到刑事审前程序诉讼化》，《比较法研究》2023 年第 1 期，第 82 页。
[2] 参见陈卫东：《我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析》，《法学研究》2002 年第 2 期，第 5-7 页。
[3] 参见陈海锋：《检察官权力清单制定中的分级与分类》，《国家检察官学院学报》2018 年第 5 期，第 69-70 页。
[4] 参见陈瑞华：《刑事辩护的艺术》，北京大学出版社 2018 年，第 280 页。
[5] 参见陈瑞华：《程序性辩护的理论反思》，《法学家》2017 年第 1 期，第 111 页。
[6] 罗海敏：《比较法视野中的未决羁押撤销、变更机制探析》，《比较法研究》2021 年第 4 期，第 79 页。

强调听证的必要性。在羁押必要性审查、不起诉和申诉案件的启动沟通上，应着重提出案件在事实认定、法律适用和案件处理方面的争议，强调听证对检察机关准确、合理决定的重要性。在审查逮捕案件中，则应提出犯罪嫌疑人不具有社会危险性、具备社会帮教条件的相关意见和证明材料。在启动阶段，上述沟通说理的目的不是让检察机关做出有利于当事人的决定，而是通过争点的叙明与强调，说服检察机关启动听证程序。

在听证阅卷方面，尽管当下规范性文件并未进行明确规定。但应充分利用目前刑事诉讼法及其司法解释的阅卷规定，尽可能争取阅卷机会。需要注意的是，此时的阅卷并非争取全案阅卷——如果能当然更好，而是争取对拟听证事项相关材料的阅卷，这样可以尽可能减少检察机关的抵触、防备情绪。

在听证员选取方面，当下规范性文件同样未予以规定。但律师可以就选取和回避两个方面与检察机关进行沟通。在听证员选取上，目前存在着选取主观性较强，适配度不高的问题，[1]律师应着重于听证员选取客观、适配两个方面与检察机关进行沟通。在客观方面，律师应积极审查听证员与本案的利害关系，可以援引、比照刑事诉讼法中回避的规定，对立场有可能不中立，与本案有利害关系的听证员提出回避申请。在适配方面，律师应着重研究听证员的知识背景与专业身份，应尽量确保至少有一名法学专家参与听证。对于专业性较强的专门案件，应有相应专业知识或技能的专家担任听证员。

2. 律师援助的开展

刑事检察听证并未明确规定律师提供法律援助相关内容，目前主要遵循刑事诉讼中法律援助的相关规定，但在众多轻罪案件中，很有可能在听证中无法获得律师帮助，这就要求进一步拓展或准用现有法律援助制度资源。

审前羁押、不起诉和申诉检察听证中都是对当事人关键诉讼利益的裁断，需要律师尽可能全面的参与，应尽量落实法律援助。[2]在不修改刑事诉讼法指定辩护相关规定的前提下，可以充分发挥值班律师的功能，让值班律师为没有聘请律师且不符合刑事诉讼法规定的法律援助条件的当事人，提供刑事检察听证帮助服务。因为，值班律师的制度逻辑是为当事人提供便利，“值班律师有权通过行使会见权、阅卷权、核实证据权、调查取证权等权利来了解案情并提出意见，只要这些请求是有利于被追诉人的，检察机关就应当确保值班律师的上述权利得到实现。”[3]可以考虑规定，检察机关在刑事检察听证中应为没有律师帮助的当事人指派值班律师提供听证时的法律帮助。

3. 重视会见当事人

由于刑事检察听证所涉及案件在裁断因素上，有相当比例的个性化因素。如人身危险性、社会帮教条件、案件个人情况、案件处理社会效果等，因此，当事人的个性化因素应成为刑事检察听证说理、辩论中的重要组成。律师应当重视会见当事人，在与当事人的沟通过程中积极汲取、使用当事人的个性化信息作为论据，用以论证支撑有利于当事人的听证请求，更有说服力地促进有利于当事人的听证意见和检察决定的做出。

4. 证据帮助的坚持

虽然在刑事检察听证中，主要以提出意见和听取意见作为主要内容，但律师在提供帮助时不应完全放弃证据帮助。在检察机关程序性决定做出时，强调说理论证，必然需要相应证据材料作为支撑。在既往羁押必要性审查中，律师参与的一项重要内容就是提供法律意见和证据材料，[4]刑事检察听证更应如此。证据帮助至少包括两个方面的内容。其一，针对控方提出的证据材料阐明反对意见。如反驳控方提出社会帮教条件不具备的证据材料；又如反驳检察机关提出不具备刑事再审事由的证据材料等。其二，自行提出相关证据材料证明辩方主张。如提出被追诉人真诚悔罪，取得被害人谅解的事实证据，用以证明当事人妨害诉讼危险性显著较低，可以采取非羁押性强制措施等。

（二）“双层说服”：听证律师帮助的方案创新

---

[1] 参见林晖、涂子涵：《检察听证应注意避免形式化倾向》，《人民检察》2022 年第 7 期，第 76 页。
[2] 参见孙长永：《批准逮捕决定的公开说理问题研究》，《法学》2023 年第 6 期，第 130 页。
[3] 蔡元培：《法律帮助实质化视野下值班律师诉讼权利研究》，《环球法律评论》2021 年第 2 期，第 157 页。
[4] 参见钱列阳：《羁押必要性审查及律师参与》，《国家检察官学院学报》2012 年第 6 期，第 18 页。

刑事检察听证的决策其实有两个层级。第一层是听证员做出听证意见，第二层是检察机关根据听证意见做出最终决定，因此，听证中的律师帮助也应据此形成“双层说服”的基本方案。

在第一层说服中，目的在于说服听证员做出有利于己方的听证意见。具体的帮助方案可以由如下几个要点：首先，如前所述，在听证员选取上就应积极争取潜在的、有可能更同情、理解当事人的人员被选取为听证员。应向主持听证的检察机关尽职沟通，争取最优听证员构成。其次，在听证过程中，重视用情理打动乃至说服听证员。由于听证员的构成不全是法学专家，而且听证拟解决事项也不完全是法律上的规范判断，还包括了价值判断、情理判断等，因此，完全以审判阶段的律师帮助为模板，进行法理说服并不一定起到理想的效果。以情动人，以情说理，可能获得较好的说服结果。不过，同样需要注意的是，在说服听证员的过程中，应重视听证员中法学专家的比例。如果法学专家比例较高（半数及以上），或是法学专家听证员威望较高，则应适当加强法理说服的比例。以笔者作为听证员参与的多次检察听证为例，在听证员评议过程中，如果法学专家人数较少，则通常会更多采纳一些情理因素用以形成听证意见；但如果法学专家人数较多或具有较高的权威性，则非专业听证员可能会依附于法学专家意见，压抑、回避自身的情感判断。

在第二层说服中，目的在于说服检察机关做出不批准逮捕、转换适用非羁押性强制措施、不起诉或再审抗诉的决定。应该说，第二层说服才是通过刑事检察听证达到的最终目的。从听证形态上看，必须引起重视的是，尽管在外观上刑事检察听证具有三方结构，意图“要从程序化方向打造公正行使的裁判性公诉权，通过一种律师与当事人可以充分参与的公正程序来决定检察官如何提出、实现其定罪和量刑主张。”[1]但在检察机关最终的决定时仍然使用传统的的双方形态、行政化决定模式。更重要的是，在听证程序中与辩方相对的控方，在嗣后检察决定程序时，又成为了裁断者。尽管听证意见对检察决定的形成具有重要参考价值，但没有拘束力和强制力。因此，在刑事检察听证中，律师帮助与控辩对抗的关系应更有技巧地处理。第一，控辩双方不宜过强对抗，律师帮助应以说服而不是“辩赢”为目标。鉴于听证时的“对手”之后将成为真正的“命运主宰者”，出于技术化的考虑，过度对抗可能会引发决策主体的不满；同时，过多将诉讼“底牌”透露，也不利于之后的诉讼效果发挥。而且，控方并不一定坚持反对立场，理想的听证案件应是解决控方决定时的犹豫，因此，过分对抗反而会把本来有可能转向支持己方的“犹豫”变成“反对”。在听证过程中，律师应尽量以平和、协作的态度，将自己立足为检察官的“合作者”，共同解开这道“犹豫的难题”。第二，在说理论证时，注意司法政策和社会效果的运用。政治效果、社会效果和法律效果的有机统一，是当前检察工作的重要理念与追求。在刑事检察听证及之后的检察决定中，必然应当贯彻“三个效果”的有机统一。因此，律师在提供听证帮助时，不应拘泥于法理论证，还需要站在司法政策的高度，论述案件办理的政治效果；同时，也应强调案件的个性因素，积极挖掘案件办理对于实现良好社会效果的重要性，促使检察机关做出有利于己方的最终决定。

（三）整体式律师帮助方案的形成

刑事检察听证的律师帮助需要注意避免就事论事、“就听证而听证”的片面化帮助方案，而应综合运用现有刑事诉讼制度资源，制定综合性律师帮助方案，从而形成整体式听证律师帮助，最大程度上维护当事人利益。

首先，与认罪认罚从宽制度形成连接。在审前羁押和不起诉的案件中，都存在适用认罪认罚从宽而获得更有利检察决定的可能性。律师应尽量促成当事人与被害人的和解，获得被害人的谅解。对于被追诉人认罪悔罪的案件，律师应注意收集并提出相关悔罪的证据材料；如果符合认罪认罚从宽中“特殊不起诉”条件的，应注意在不起诉检察听证中进行举证、说理。而对于不满足“特殊不起诉”条件的认罪认罚从宽案件，也应在审前羁押检察听证中争取不批捕，或证立羁押必要性不满足，转换为非羁押性强制措施。不过需要注意的是，是否选择认罪认罚从宽必须由被追诉人自愿选择，绝不能为争取不羁押、不起诉强迫无罪或不认罪的被追诉人认罪认罚，绝不能“捡了芝麻丢了西瓜”。

其次，与涉案企业合规制度形成连接。当下涉案企业合规制度改革正快速发展，在刑事检察听证中也应注意与该项制度的同频共振。具体在律师帮助层面，应当注意在听证时提出适用涉案企业

[1] 左卫民：《迈向新型的检察官司法？反思公诉权变迁》，《法学论坛》2023 年第 2 期，第 56 页。

合规的申请，阐明案件符合适用涉案企业合规的条件，将本来的审前羁押、不起诉听证适度引导至涉案企业合规条件的判断上，以争取有利的案件处理。

最后，可以适当提出程序性辩护的主张。在申诉听证中，程序严重违法可能影响案件公正处理本来就是再审事由。而在审前羁押、不起诉听证中，也可以通过程序性辩护获得对控方的程序性制裁，进而取得较好的听证效果。例如，可以通过证明审前羁押违法、羁押期间取证违法等，用以论证不应采取羁押性强制措施；或是论证用以起诉的证据属于非法证据，以动摇检察机关起诉信念。不过，应予注意的是，在听证阶段提出程序性辩护应当比较谨慎且适度。一方面，避免与控方过度对抗反而引发更不利的听证后果；另一方面，在审前程序中提出包括非法证据排除在内的程序性辩护主张，可能实效不大，更有“打草惊蛇”之虞。因此，听证中的程序性辩护应当建立在律师与听证主持人、控方的充分沟通上，只有在检察机关还处于犹豫状态时谨慎为之。如果听证本身是“无争议的背书机制”，则尽量将程序性辩护推迟至审判阶段。

结语

包括刑事检察听证在内的检察听证是目前我国刑事诉讼最新制度革新，其中有许多问题亟待学界和实务界的协力解决，律师帮助就是其中的一个关键问题。这既是传统刑事诉讼律师帮助权的延伸落实，也是刑事检察听证能够发挥实效，实现制度目的的基本保障。本文就是在这个基础上对当下刑事检察听证中的律师帮助进行的初步研究。最终的结论是，在“弱诉讼化”的刑事检察听证制度框架内，律师帮助应有特别且独立的功能目标和基本方案，以期实现最好的律师帮助效果。

本文仅是对这个主题的初步研究，主要采取的是宏观、理念性的研究视角和论证，所得出的一些结论只是勾勒出刑事检察听证中律师帮助的基本逻辑和可能的前进方向。事实上，由于刑事检察听证具体内容的不同，对于审查批捕、羁押必要性、不起诉和申诉的检察听证也有各自具体不同的特点，必然影响着各自律师帮助的功能设定和具体形态，有待进一步细化研究。律师帮助是塑造“刑诉之美”的必然途径，不过，“各美其美，美美与共”，各类不同的刑事诉讼中的律师帮助必然也会遵循着共通的法理，本文的最终目标就是争取将上述共通法理，以不太糟糕的方式予以阐明。

刑事法律援助案件有效辩护的实现

高超*

摘 要：刑事法律援助的有效辩护是法治社会的重要组成部分，它确保了每一个犯罪嫌疑人或被告人都能获得公正的审判。针对刑事法律援助案件中有效辩护的实现路径，研究主要包括对当前刑事法律援助制度实施现状的分析，探讨了影响辩护效果的主要因素，如辩护律师的执业能力、法律援助经费的保障情况、辩护覆盖率与质量的关系，以及认罪认罚从宽制度下值班律师介入的影响。分析结果表明，尽管刑事案件律师辩护全覆盖政策实施后整体辩护参与率有所提升，但辩护效果的提升幅度有限，尤其是值班律师参与的案件中，辩护的独立性和有效性存在明显差异。覆盖率的提升并未带来辩护质量的均衡，部分地区的法律援助依然面临资源短缺、辩护律师专业水平不均等问题。基于研究结果，提出通过提高法律援助经费保障、加强律师专业化培训、死刑案件律师专门化等措施提升法律援助机构独立性以及引入多元化法律援助主体等方式改善辩护效果的路径。有效辩护的实现需要进一步优化法律援助制度设计加强法律援助内外部监督和法律援助律师奖励机制，提升辩护律师的执业水平，确保法律援助在覆盖面扩展的同时实现服务质量的提升。

关键词：刑事法律援助；有效辩护；法律援助机构；法律援助覆盖率；认罪认罚制度

一、问题的提出

刑事法律援助是现代法治国家为了保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益而设立的一项重要制度。刑事法律援助制度的健全与否是衡量一国刑事诉讼现代化程度的一个重要参考指标，其制度设计往往都蕴含着一国对人权保障的尊重程度。[1]这一制度的建立和完善，是法治发展的必然要求，也是人权保障的重要体现。有效辩护是指在刑事诉讼过程中，辩护律师通过充分的事实调查和法律分析，运用专业技能和知识，为犯罪嫌疑人、被告人提供全面、有效的法律辩护，最大限度地保护其合法权益。有效辩护的标准不仅包括辩护的服务质量，还包括辩护内容的准确性和策略的合理性。要实现刑事法律援助的有效辩护，需要多个方面的共同努力，包括法律援助的规范建设、辩护律师的执业能力和职业道德、以及司法机关对案件办理的监督和保障。

刑事法律援助在实现有效辩护方面具有深远的理论与现实意义。理论上，它体现了现代法治国家对公正审判和人权保障的重视，确保了刑事司法程序的正当性和权威性。[2]刑事法律援助有助于实现控辩平衡。在刑事诉讼中，被告人往往面临着强大的国家追诉机关，而法律援助为他们提供了专业的法律帮助，增强了他们的辩护能力，从而在一定程度上平衡了控辩双方的力量对比。刑事法律援助有助于提升司法公信力。当社会公众看到即便是弱势群体也能得到公正审判时，他们对司法系统的信任度会提高，这有助于维护法律的权威和社会的稳定。

在过去一段时间，我国刑事案件辩护率一直保持在30%左右，能够获得律师为其辩护的刑事被告人数量很有限。[3]在《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》、《关于扩大刑事案件律师辩护全覆盖试点范围的通知》推动刑事案件律师辩护全覆盖后。广东适用普通程序审理的案件律师辩护率达92.8%，北京一审案件律师辩护率达95%。到2019年年底，刑事案件律师辩护全覆盖要在第一批试点的8个省市和天津、江苏、福建、山东等发达省市基本实现，其他省份要在省会城市和一半以上的县市区基本实现全覆盖。[4]

当前刑事案件律师辩护全覆盖的统计口径显然是将律师、基层法律工作者的法律援助服务与委托刑事辩护律师的委托率同化为“案件律师辩护率”。官方宣传的各地律师辩护率数据以一种虚假繁荣的形式掩盖被告人、犯罪嫌疑人真正获取有效法律援助的需求。获得案件律师辩护覆盖与获得有

---

* 基金项目：本文系中国刑事诉讼法学研究会刑事诉讼法制完善项目一般项目资助“刑事法律援助案件有效辩护的实现”阶段性研究成果。作者简介：高超（1998-），贵州民族大学法学院研究生、贵州人文科技学院法学院联合培养研究生，通讯地址：贵州省贵阳市花溪区贵州民族大学南校区，联系方式：13189272474。

[1] 樊崇义.我国法律援助立法与实践的哲理思维[J].江西社会科学,2021,41(06):167-178+2+256.

[2] 陈光中,褚晓囡.刑事辩护法律援助制度再探讨——以《中华人民共和国法律援助法(草案)》为背景[J].中国政法大学学报,2021,(04):266-277.

[3] 顾永忠.刑事诉讼律师辩护全覆盖的挑战及实现路径初探[J].中国司法,2017,(07):21-26.

[4] 刘子阳.刑辩律师全覆盖实现质变尚需克难[N]法治日报.2019-1-28.（007）.

质量的律师辩护一般不是成正比的，甚至有成反比之趋势。[1]例如将值班律师加入到统计口径中，使得案件律师辩护率虚高。值班律师的介入主要是为了实现刑事案件律师辩护的全覆盖，但这种做法可能会降低辩护的标准，不利于实现有效辩护。值班律师虽然介入的是认罪认罚案件，但这并不意味着律师对检察机关的指控罪名和量刑建议没有异议。由于值班律师不能进行法庭质证和辩论，法庭审理环节可能会变成控诉机关单方面的治罪活动，法官也无法做到兼听则明。以这种形态的案件律师辩护甚至是反向压缩委托律师辩护。

刑事法律援助在保障社会弱势群体权益中扮演着至关重要的角色，但实践中仍存在一些问题。法律援助的实施程序存在漏洞，公安司法机关在告知当事人有权获得法律援助的规定不全面，时限不具体，导致实践中通知不及时甚至不通知的情况发生。[2]法律援助的经费保障不足，律师办案补偿不足，导致律师参与法律援助的积极性不高，影响了法律援助案件的质量。一方面法律援助补助尚且不能覆盖办案过程中所必要的开销，另一方面因较低的补助，长期以来法律援助成为律所安排给新执业律师“练手形”辩护的试炼场。部分地区因人员不足，法律援助的人员数量无法满足实践的需要，特别是在律师资源短缺的地区，法律援助工作力量不足，例如在西部某些地区2022年以前存在的“无律师县”。法律援助的经费保障不足，律师办案补偿不足，导致律师参与法律援助的积极性不高，影响了法律援助案件的质量。[3]为了提高刑事法律援助的有效性，需要从以下几个方面着手：（1）扩大法律援助的范围，确保更多的弱势群体能够得到法律援助；（2）提高法律援助律师的专业素养和服务质量，确保他们能够为被告人提供有效的法律帮助；（3）加强法律援助的经费保障，提高律师办案的补偿标准，激发律师参与法律援助的积极性；（4）加强对法律援助工作的监管和评估，确保法律援助服务的质量。

二、刑事法律援助制度的现状分析

（一）法律援助律师的独立性保障机制

律师独立辩护是法学界和律师界奉行的理念，律师不受委托人意志左右，在委托关系成立后就不受委托人意志约束，根据自己对法律和案件事实的理解独立进行专业辩护。[4]《刑事诉讼法》第37条和《律师法》第31条规定了律师的责任是根据事实和法律提出材料和证据，以维护被告人和嫌疑人的诉讼权利和合法权利。全国律协《律师办理刑事案件规范》第5条：“律师担任辩护人，应当依法独立履行辩护职责……。”当被告人权益受到国家权力侵害时，律师应当扮演“最后的人权维护者”角色。[5]在司法程序中，辩护人的独立辩护权是法律赋予的一项重要权利，旨在确保辩护人能够不受外界干扰，独立地履行其辩护职责。这种独立性有两个层面：一是独立于机关、团体、组织和个人，确保辩护活动不受任何外在压力或影响；二是独立于当事人，即犯罪嫌疑人或被告人，辩护人应基于法律和事实进行辩护，而不是简单盲从当事人的意愿。

独立辩护并不意味着辩护人可以随意行事。辩护人的独立性是有条件的，必须遵循一定的原则和边界。辩护人的辩护权是派生自被告人的辩护权，因此，其辩护活动必须有利于当事人，不能损害被告人的合法权益。辩护人有忠诚义务，应致力于帮助当事人实现其合法利益的最大化，而不是损害当事人成为第二“公诉人”。辩护人在独立辩护时，应遵循独立辩护的行动指南和辩护行为的边界。辩护律师确保辩护活动有利于当事人、律师忠诚义务、遵守律师职业规范。

法律援助机构也需要有相对的独立性。根据《法律援助法》第十二条，指派律师参与法律援助的法律援助机构一般是由县级以上人民政府司法行政部门设立并管理的。法律援助机构负责组织实施法律援助工作，包括受理、审查法律援助申请，指派律师、基层法律服务工作者、法律援助志愿

---

[1] 王敏远,胡铭,陶加培.我国近年来刑事辩护制度实施报告[J].法律适用,2022,(01):37-50.

[2] 陈永生.论刑事法律援助的保障机制——以法律援助范围之扩大为分析重点[J].政治与法律,2022,(06):160-176.

[3] 陈光中,褚晓囡.刑事辩护法律援助制度再探讨——以《中华人民共和国法律援助法(草案)》为背景[J].中国政法大学学报,2021,(04):266-277.

[4] 陈瑞华.刑事辩护的理念[M].北京：北京大学出版社.第 59-60 页.

[5] 董林涛.论辩护律师的角色定位与伦理义务——兼谈四种“伦理困境”的破解对策[J].广东行政学院学报,2021,33(02):54-61.

者等法律援助人员提供法律援助，以及支付法律援助补贴等。根据《法律援助法》第五条，全国的法律援助机构由司法部负责指导、监督全国的法律援助工作，而县级以上地方人民政府司法行政部门则指导、监督本行政区域的法律援助工作。法律援助机构还可以根据工作需要设置法律援助工作站或者联络点，就近受理法律援助申请。法律援助律师接受指派开展法律援助工作时，根据《法律援助法实施工作办法》的规定，法律援助机构应当积极协调、创造条件，探索建立跨部门大数据办案平台，实现公检法机关和法律援助机构办案信息互联互通，确保高效办理案件。而实践中，当偶发司法机关不支持法律援助律师阅卷时，法律援助机构并无做出任何协助法律援助律师协调改善措施。

（二）刑事案件的有效辩护问题

1. 认罪认罚从宽制度：提升司法效率与确保辩护质量的双刃剑

就认罪认罚从宽制度自身而言，认罪认罚只是基础，从宽处理才是关键。[1]根据最高检的数据，2023年适用认罪认罚从宽制度审结的案件有2,000,048人，认罪认罚的适用率为90.3%。[2]正因为法院、检察院因为案多人少的现状，认罪认罚制度的提出，主要是为了解决司法实践中的“案多人少”问题，同时提高司法效率和促进社会和谐。通过鼓励犯罪嫌疑人和被告人自愿如实供述自己的罪行，并真诚悔罪、愿意接受处罚，可以从宽处理，这有助于缓解司法资源的紧张状况，实现刑事案件的繁简分流，确保司法资源的优化配置。[3]认罪认罚制度的实施确实对辩护功能带来了一定的影响。一方面，随着认罪认罚案件的比例增加，传统意义上的对抗式辩护需求有所下降，导致辩护律师的作用在一定程度上被弱化。另一方面，由于值班律师和法律援助律师的介入，当事人对于委托辩护律师的需求减少，这在一定程度上影响了委托辩护率。认罪认罚从宽制度下，引入大量的低效辩护提高了案件律师辩护覆盖率，稀释了原来的有效辩护律师的辩护委托律师辩护率，使得真正的辩护无法落实，法律援助律师也未有辩护质量的保证。

在实践中，确实存在一些律师认为在认罪认罚案件中，自己的作用有限，因为刑期的提议权在检察官手中，律师的辩护空间受到限制。同时，检察官在认罪认罚制度中扮演了类似于运动员和裁判员的双重角色，这可能会使得控辩双方的力量对比失衡，律师的辩护难度增加。[4]

2.刑事辩护全覆盖：值班律师制度的补充与挑战

刑事案件律师辩护全覆盖工作在中国正逐步推进和深化。值班律师制度作为其中的一个重要组成部分，为没有辩护人的犯罪嫌疑人、被告人提供初步的法律帮助，如法律咨询、申请变更强制措施等。值班律师的存在确实在一定程度上填补了刑事案件辩护律师的缺位，保障了被追诉人的基本诉讼权利。

值班律师与辩护律师在职责和提供的法律服务上存在差异。值班律师主要提供的是“法律帮助”，而不包括出庭辩护等服务。因此，在评估刑事案件律师辩护全覆盖工作时，应当区分值班律师参与的案件和辩护律师参与的案件，确保数据的准确性和法律服务的质量。

对于刑事案件律师辩护全覆盖的评价体系，应当细致划分，剔除值班律师参与的刑事案件，以更真实地反映刑事辩护的覆盖情况。将值班律师纳入全覆盖的评价体系，可能会导致对整体刑事辩护品质的误解。为了提高刑事辩护的质量和覆盖率，需要进一步深化律师制度改革，加强律师资源的统筹调配，提高法律援助经费保障，并加强对试点工作的调查研究和情况统计。加强对值班律师和辩护律师的监督管理，确保他们依法履行职责，维护当事人的合法权益。[5]

---

[1] 陈卫东. 认罪认罚案件量刑建议研究[J]. 法学 研究，2020(5):158 -174.

[2] 最高人民检察院.刑事检察工作白皮书（2023）[EB/OL].(2024-03-09) 访问地址：https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309_648173.shtml.

[3] 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》

[4] 徐晓明.认罪认罚从宽制度下的有效辩护之道[C]//《上海法学研究》集刊（2020 年第 18 卷 总第 42 卷）——海华永泰律师事务所文集.上海市海华永泰律师事务所;,2020:7.

[5] 王敏远,胡铭,陶加培.我国近年来刑事辩护制度实施报告[J].法律适用,2022,(01):37-50.

三、刑事法律援助有效辩护的难点与对策

（一）认罪认罚下从宽制度下的有效辩护难点与对策

认罪认罚从宽制度使“控辩平等说”走向“控辩协商说”，另外《刑事诉讼法》中除认罪认罚制度中还加入了速裁程序，有效的实现了“简者更简，繁者更繁”的刑事诉讼制度，减轻了办案人员的压力。[1]认罪认罚从宽制度虽然旨在提高司法效率和保障被告人的合法权益，但在实践中也可能出现一些负面影响。司法机关为了追求效率，可能会牺牲程序公正，导致被告人的辩护权和知情权得不到充分保障。值班律师可能因资源不足而无法提供实质性的法律帮助，使得辩护形式化。检察官的量刑建议可能过于刚性，缺乏灵活性，使得被告人即使有合理异议也难以得到充分考虑。此外，被告人可能因缺乏法律知识或受到压力而违心认罪认罚，未能充分理解法律后果。上诉权的滥用、司法机关的反悔以及控辩双方地位不平等，都可能影响案件的公正处理。法律援助资源的不足也可能导致被告人无法获得必要的法律帮助。这些潜在问题需要通过完善法律制度、加强法律援助、提高司法人员素质等措施来解决，以确保制度的公正性和有效性。

在被告人认罪认罚并同意适用速裁程序下，接受辩护的比例较低，2020年度我国刑事速裁案件中委托辩护率约为14.07%，指定辩护率约为3.51%，总辩护率为17.58%;2021年度我国刑事速裁案件中委托辩护率约为17.14%，指定辩护率约为3.11%，总辩护率为20.25%。[2]值班律师制度在速裁案件中的应用确实面临一些挑战。由于速裁程序强调效率，值班律师可能没有足够的时间和资源进行深入的案件分析和辩护准备。值班律师的角色可能更多地局限于提供程序性建议，而不是进行实质性的辩护，这在一定程度上限制了他们的作用。为了提高刑事辩护的质量和效果，有必要进一步明确值班律师和法律援助律师的职责分工，加强律师资源的统筹调配，并提高法律援助经费保障。

在这一背景下法律援助律师需要，随着认罪认罚从宽制度的实施，案件处理速度加快，律师需要快速适应新的办案节奏。法律援助律师应当及时介入，为被告人提供有效的法律咨询和辩护策略。例如，在案件移送审查起诉后，律师应迅速了解案情，预判可能的量刑建议，并及时与办案机关沟通，以保障被告人的合法权益。[3]在认罪认罚案件中，律师有时不敢与检察官协商，担心影响案件处理。但实际上，法律援助律师应积极与检察官沟通，提出合理的量刑建议和辩护意见。如果检察官的做法不当，律师应敢于提出异议，维护被告人的合法权益。法律援助律师需要熟悉认罪认罚从宽制度的具体规定，掌握如何运用这一制度为被告人争取最大利益。律师应清楚地向被告人解释签署认罪认罚具结书的后果，帮助其做出明智的决定，并在协商过程中充分发挥律师的专业优势。在认罪认罚案件中，检察官往往占据主导地位，而法律援助律师可能面临协商难题。为了实现有效辩护，律师需要克服这一难题，通过专业能力和沟通技巧，争取在量刑协商中获得平等的发言权。在签署认罪认罚具结书后，有时会出现检察机关或法院不认可具结书的情况，导致被告人被突袭加刑。法律援助律师应对此保持警觉，并在审判阶段做好充分的辩护准备，确保被告人的辩护权不被侵犯。

（二）刑事法律援助案件中的辩护困境

1.法律援助律师的培训和经验问题。刑事案件辩护长期处在低质量的状态，法律援助律师接受的刑事辩护培训不足。由于前文提及的统计口径问题，较高的案件律师辩护率背后是对刑事律师辩护的业务都挤压。许多并未经历足够刑事辩护训练的民商事律师、非诉讼律师参与到刑事法律援助辩护的工作中。另外加上刚执业的年轻律师缺乏刑事辩护训练，律所将所接受到的法律援助指派再派发给年轻律师，参与到刑事法律援助的律师的主体大多为经验匮乏的“练手形”律师。这些问题体现出，法律援助律师的指派过程可能缺乏透明度和公正性，有时可能导致被追诉人无法选择自己信任的律师，或者被分配到经验不足的律师。新手律师可能没有接受足够的专业培训和指导，就被指派处理复杂的刑事案件，这直接影响了辩护的质量。法律援助体系中可能缺乏有效的经验传承机制。

2.法律援助律师的职业伦理问题。法援律师在“配合式”、“指控式”、“应付式”辩护中可能违背了

---

[1] 冀祥德.以刑事辩护八大学说助推法治现代化[J].中国社会科学院大学学报,2024,44(04):23-39+140-141+145.

[2] 丁中伟.我国刑事速裁程序中被追诉人权利保障研究[D].青岛大学,2023.

[3] 陈会. 认罪认罚从宽制度的推进与有效辩护制度的构建[M]//胡铭,冀祥德. 律师辩护全覆盖与有效辩护，2024: 81-100.

职业伦理，未能维护被追诉人的利益。这表明律师可能没有充分履行其法定职责，而是在一定程度上迎合了公安司法机关的意愿，这种做法损害了被追诉人的合法权益。“指控式”辩护和“应付式”辩护这两种现象，共同揭示了法律援助案件中辩护律师可能未能遵守职业伦理和基本职责的问题。在“指控式”辩护中，律师可能会不当地支持公诉方的指控，甚至违背被追诉人的意愿进行辩护，这不仅损害了被追诉人的合法权益，也破坏了法律援助制度的公信力。而在“应付式”辩护中，律师可能不会认真地阅卷、会见被告人，或者准备辩护意见，这种辩护方式往往缺乏深度和针对性，无法有效保护被追诉人的法律权益。

这些问题的存在，反映出法律援助制度在实施过程中的一些深层次问题，如律师的职业伦理教育和培训不足，以及法律援助案件的质量监管和激励机制不健全。为了解决这些问题，需要从加强律师的职业伦理教育、提高法律援助案件的办理质量标准、建立有效的监督和评估机制等方面入手，确保法律援助律师能够提供符合职业标准的法律服务，有效维护被追诉人的合法权益

3.委托辩护优先未落实。在“占坑式”辩护中，被追诉人无法自由选择辩护人，其辩护权受到侵犯。这种情况通常是由于法律援助机构强行指派律师，取代了被追诉人或其家属已经委托的辩护人，这种做法剥夺了被追诉人的选择权，影响了其获得有效法律帮助的可能性。“占坑式”辩护现象的根源在于现行法律规范在确立“委托辩护优先于法援辩护”原则时存在缺陷。立法层面没有准确把握“占坑式法援”现象的核心冲突，即应是被追诉人的监护人、近亲属与法律援助律师之间的冲突，而非被追诉人自行委托的辩护人与法援律师之间的冲突。其次，相关司法解释可能与上位法存在矛盾，如最高法《解释》第51条与《刑事诉讼法》第34条、第35条的规定相冲突，以及刑事诉讼其他规范性文件中关于监护人、近亲属代为委托辩护人时法援辩护应终止的规定。[1]此外，部分规范条文用词模糊、不当，如《法律援助法》第27条中的“不得限制”“损害”的内涵及外延不明确。最高法《解释》第51条强调“法律援助机构”而忽略了“公安司法机关”，可能导致后者规避责任。

（三）死刑等重大案件的刑事法律援助的问题与对策

冀祥德教授提出了“辩护律师三年以上相关执业经验”，在《法律援助法》第二十六条中也将这一理念落地。[2]尽管《法律援助法》要求负责死刑案件的法律援助律师应具有至少三年的执业背景，但相关规定的模糊性在实践中引发了多种解释和应用上的不确定性。[3]目前尚不清楚这三年经验是否必须包括连续的刑事辩护工作，以及涉及的案件是轻微罪行还是严重罪行。仅凭年限的衡量并不足以证明律师是否具备为死刑案件提供充分法律援助所需的专业辩护技巧和策略。一个粗旷的认准标准

我国当前的法律援助机制尚未特别规定律师在死刑案件中必须具备的特定经验和技能，证据分析能力，这些对于有效辩护至关重要。《法律援助法》尚未为死刑案件的法律援助律师建立专门的培训和评估体系，也未向这些律师提供额外的资源和支持。如果缺乏专门的培训和实践指导，即使律师具备三年执业经验，也可能无法满足死刑案件中对高质量法律援助的要求。

为了加强法律援助的有效性，确保死刑案件被告人的合法权益得到充分保护，应当为法律援助律师提供专门的培训，内容涵盖最新的实体法律知识、辩护策略，以及特定技能的学习。这样的培训有助于律师更好地理解案件的复杂性，提高辩护的质量和效果。组建一支由具有丰富办案经验的律师构成的专业团队，成立专门的死刑复核案件法律援助律师库，是确保死刑复核案件能够得到高质量法律服务的关键措施。这种律师库的建立，不仅是实现法律援助专业化的可能途径，而且是推动法律援助服务向更高标准发展的必然趋势。

在确立了死刑案件法律援助律师的准入名单后，可以对这些律师进行针对性的辩护技能培训，这不仅包括法律知识和程序的培训，还应涵盖特定技能的培养，如病理学知识、DNA证据分析等。

---

[1] 最高人民法院《关于适用〈中 华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 51 条使得被 追诉人拥有对辩护人的选择权，即法律援助机构为被追诉人指派法律援助律师之 后，被追诉人的监护人、近亲属又代替被告人委托了辩护人的，此时应当听取被 追诉人的意见，由被追诉人确定由法律援助律师还是代为委托的辩护律师作为其 最终的辩护人。

[2] 冀祥德.我国死刑复核法律援助制度的发展与重构——以《法律援助法》颁行为研究视角[J]环球法律评论. 2022 年(05):140-141.

[3] 苏亭玮.死刑案件法律援助律师准入标准的中美比较研究[J].湖南警察学院学报,2023,35(06):100-111.

这样的培训旨在确保律师在承担死刑复核案件时，不仅在资质上符合要求，而且在专业技能上也能够满足案件的特殊需求。

通过建立统一的死刑案件法律援助律师库，可以实现资源的优化配置，提高法律援助服务的专业性和有效性。这将有助于提升律师在死刑复核案件中的辩护质量，确保每一位被告人都能获得公正和专业的法律服务，从而保障其合法权益。

四、刑事法律援助案件辩护有效性的完善路径

（一）刑事法律援助案件有效辩护主体保障

1.辩护多元主体化保障

法律援助是一项重要的公益事业，它体现了一个国家对法治和公正的承诺。在全球范围内，法律援助的提供主体是多样化的，不同国家和地区根据其法律体系、经济发展水平和社会需求，形成了不同的法律援助服务体系。[1]但一个国家的经济再发达，所能投入进法律援助建设的资金总是有限的，需要从形成一个多元化的法律援助群体，一群热心公益，具备法律知识和辩护技能的群里参与到较为简单的法律援助工作中。

在许多国家，律师是提供法律援助的主要力量。他们通常具备专业的法律知识和实践经验，能够为当事人提供专业的法律服务。律师在提供法律援助时，通常需要遵循律师法和相关诉讼法的规定。公证员、基层法律服务工作者、离退休法官、检察官等类律师群体是重要的法律援助辩护力量。这些群体虽然不是律师，但他们具备一定的法律知识和实践经验。对于这一群体，可以设定特定的权利和义务，如职业回避原则、服务范围限制等，同时在资质审查和认证后，允许他们提供诉讼服务。

工会、青年组织、妇女组织等，它们在提供专门性的法律服务方面具有独特优势，特别是针对儿童、残疾人、妇女、老年人等特殊群体提供公益服务有大量专业工作经验。对于这些组织提供法律援助，可以设定一定的资质要求，通过考核后允许为特殊群体提供专门化法律化的法律援助辩护，可能出现更好的社会效果。

大学法律诊所通常由法学师生运营，为学生提供实践机会，同时为社会提供法律服务。对于法律诊所的法律援助服务，需要考虑是否要求其成员具备相应的法学学位和专业培训，在教师或执业律师的监督下提供服务。

2.辩护主体权利义务明确化

（1）权利明确化

刑事法律援助独立性权利是法律援助服务提供者能够公正、客观地提供服务的前提。只有当服务提供者不受外部不当影响时，他们才能做出公正的判断和决策。通常，法律援助服务提供者会通过法律和职业道德规范来确保其独立性。此外，他们可能会受到监督机构的监管，以确保他们遵守相关规则。

服务提供者可能会面临来自政府、政治团体或个人的压力，这些压力可能会影响他们的独立性。法律和制度上的支持对于保护他们的独立性至关重要。

获得支持和协助的权利，法律援助服务提供者在处理复杂的法律问题时，可能需要额外的资源和信息。获得支持和协助可以帮助他们更有效地提供服务。这种支持可能包括法律研究资源、培训、资金支持或其他形式的援助。专业协会可以提供这些支持。资源的有限性可能会限制服务提供者获得支持和协助的能力。

合理的报酬是对法律援助服务提供者专业劳动的认可，也是激励他们继续提供服务的重要因素。报酬通常由政府或相关机构根据服务的性质和复杂程度来确定。这与前文独立性有内在矛盾，因此应当尽量消除政府色彩的法律援助补贴发放，改成更合理的报酬给付。

拒绝和终止服务的权利保护了服务提供者在面对不合理要求或潜在的职业风险时的权益。它确保了服务提供者能够在安全和专业的环境中工作。服务提供者在面临利益冲突、受援人不合作或提

---

[1] 熊秋红.法律援助服务提供主体及其权利义务[EB/OL].（2019-02-07）.访问地址：https://legalaid.cupl.edu.cn/info/1063/1495.htm.

出非法要求时，可以依据相关法律和职业道德规范拒绝或终止服务。服务提供者在行使这项权利时可能会遇到来自受援人或社会的压力。因此，他们需要有明确的指导原则和支持，以便在必要时能够坚定地行使这项权利。

（2）义务明确化

法律援助服务提供者遵守保密原则至关重要。受援人的隐私和信息安全是维护受援人信任的基石。服务提供者必须恪守相关保密规定，严禁泄露受援人的个人信息及案件细节。然而，在数字化时代背景下，信息安全面临诸多挑战，如数据泄露和网络攻击，因此服务提供者需采取先进技术和措施来确保信息安全，以防范潜在风险。

定期培训对于法律援助服务提供者而言不可或缺。定期培训有助于更新和提升服务提供者的专业知识与技能，从而提高服务质量。服务提供者需要参与定期的培训课程和继续教育活动，以保持对最新法律知识的掌握。尽管如此，培训资源的分配和获取可能会受到限制，因此需要确保有足够且高质量的培训资源对所有服务提供者开放，以满足他们专业发展的需求。

法律援助服务的质量和职业道德的遵守需要通过有效的监督机制来保证。服务提供者须接受来自律师协会、司法行政部门等机构的监督与评估。这种监督不仅有助于提高服务透明度，还能增强公众对法律援助工作的信任。监督机制的建立和执行可能会面临资源和人力的限制，需要通过合理的制度设计和资源配置来克服这些挑战。

当法律援助服务提供者因自身过错导致受援人遭受损害时，他们应当依法承担相应的赔偿责任。这一义务的确立，确保了受援人的权益得到保护，并对服务提供者提出了更高的职业要求。实施过程中，需要建立清晰的责任认定和赔偿机制，让受援人了解如何维权，同时让服务提供者明确自己的责任范围。不过，赔偿责任的确定和执行可能涉及复杂的法律程序，这需要进一步的研究和明确规定以简化流程。

（二）法律援助机构内外部的监督与援助律师激励

1.法律援助机构内部监督。笔者在参与法律援助工作中，偶然会遇到司法机关不为法律援助律师提供便利的情况，这时去咨询法律援助机构并不提供解决方案，而是让法律援助律师放弃阅卷权。法律援助机构在处理司法机关的不合理行为问题上存在一些不足。根据《法律援助法实施工作办法》的规定，法律援助机构应当积极协调、创造条件，探索建立跨部门大数据办案平台，实现公检法机关和法律援助机构办案信息互联互通，确保高效办理案件。法律援助机构应当综合运用庭审旁听、案卷检查、征询司法机关意见和回访受援人等措施，督促法律援助人员提升服务质量，最重要的是不应当轻易让法律援助法律放弃部分辩护权。

法律援助机构应当建立健全法律援助工作投诉查处制度，制定法律援助服务质量标准，通过第三方评估等方式定期进行质量考核。如果您认为法律援助中心的处理不当，可以向司法行政机关提出投诉或举报，以便他们能够调查核实并采取相应的措施。为了改进法律援助的有效性，法律援助机构应当加强对法律援助内部人员的培训和指导，确保他们能够充分了解案件情况并提供有效的法律服务。

2.法律援助机构外部监督。

建立审查机制是确保法律援助律师遵守职业标准和道德规范的重要手段，它涉及案件受理前的资格审核、案件进行中的监督以及案件结束后的评估，保证审查过程的公正性、透明性，同时不干预律师的独立性。强化案件管理有助于提高服务效率和质量，需要建立案件管理系统以确保案件得到及时处理和有效监督。定期评估是及时发现并纠正无效辩护的关键，通过案件审查和律师评估监控辩护质量，评估过程必须客观、公正，并提供有建设性的反馈。公开透明能够提升公众对法律援助服务的信任度，通过公示相关信息让公众了解法律援助的条件、程序和申请方式，确保信息的更新和易懂性。接受投诉和反馈是提供受援人表达不满和提出建议的途径，需要设立专门的投诉渠道并确保投诉得到及时公正的处理，同时保护投诉者的隐私。培训和指导对提高法律援助律师的专业技能和服务质量至关重要，通过定期培训课程和研讨会提供最新法律知识和技能，保证培训内容的质量。同行评审通过同行之间的相互监督和学习提高服务的质量，组织同行评审小组对案件进行评估和反馈，评审过程的公正性和专业性需要得到保障。

围绕《全国刑事法律援助服务规范》《刑事法律援助案件质量同行评估规则》这两份标准展开评估工作。机构需要对法律援助案件进行严格审查，确保每位律师的辩护活动都符合职业标准和道德规范。此外，通过强化案件管理，机构能够为公民提供便利的法律援助服务，同时对案件进行有效监督。法律援助机构应设立投诉机制，鼓励受援人或公众提出意见或投诉。同时，定期对法律援助律师进行培训和指导，以提高他们的专业技能和辩护质量。通过实施案件质量同行评估，法律援助机构可以确保服务达到既定标准。法律援助人员应依法履行职责，恪守职业道德和执业纪律，不得向受援人收取任何财物，并且在接受指派后，无正当理由不得拒绝、拖延或终止提供法律援助服务。

3.提升辩护实质性和专业性的激励手段奖状、职称评审条件

激励法律援助律师提升辩护的实质性和专业性，可以通过奖状、职称评审条件等方式进行。例如，南京对优秀法律援助案件进行奖励，以表彰律师在法律援助工作中的杰出表现额外提供现金奖励。届“高铭暄优秀法律援助案例奖”设立了一、二、三等奖，其中一等奖奖金5000元每例等。江苏省司法厅发布了2023年度江苏省法律援助十大优秀案件和十大好案件，并在新闻发布会上予以表彰广州市司法局、广州市律师协会联合举办的2023年度法律援助民事、刑事十大典型案例评选结果揭晓，评选出了10个民事法律援助案例和10个刑事法律援助案例，并进行了表彰。然而，也需警惕这类奖励机制可能被滥用，成为“配合式”辩护和“占坑式”辩护的工具，这可能会损害法律援助的公正性和有效性。因此，确保激励机制的合理性和公正性至关重要。建立法律援助质量评估机制，通过庭审旁听、案卷检查、征询司法机关意见和回访受援人等方式，由无政府机构背景的机构对法律援助案件的办理质量进行评估。建立法律援助工作投诉查处制度，对违规行为进行调查处理，确保公正性。为提高刑事法律援助案件有效辩护建立差别化的补贴制度，根据案件难度和律师工作量给予不同补贴，激励提供更高质量的服务。

五、余论

刑事法律援助制度有效辩护在保障犯罪嫌疑人和被告人合法权益方面扮演着重要角色，同时也是衡量一国刑事司法现代化水平的重要标志之一。实现有效辩护需要辩护律师能够运用专业知识和技能，进行充分的事实调查和法律分析，为当事人提供有力的法律帮助。刑事法律援助的实践中，仍存在辩护质量不高、法律援助人员资源不足等问题，这在一定程度上影响了辩护的有效性。律师参与刑事法律援助的积极性受到影响，导致法律援助案件的辩护质量参差不齐。辩护律师在执业过程中还面临职业道德与司法实践间的冲突，刑事法律援助律师的培训和经验、职业伦理以及委托辩护的优先权等问题也需得到妥善解决。这对保障法律援助的公平性提出了新的挑战。

在完善刑事法律援助制度的过程中，法律援助机构、司法机关和律师协会需要密切合作，提升辩护服务的规范性和专业性。法律援助机构应当注重刑事法律援助律师的专业培训和指导，确保他们具备处理复杂案件的能力，同时通过优化法律援助补贴制度，提高法律援助的吸引力。机构加强对法律援助工作的监督与评估，确保辩护律师能够依法、独立地履行职责，避免出现“应付式”辩护和“配合式”辩护的情况。最后，通过建立多元化的法律援助体系，引入公证员、基层法律服务工作者等多种专业力量，进一步弥补律师资源的不足，提升法律援助的覆盖率和服务质量。唯有在制度和实践上持续改进，刑事法律援助的有效辩护才能真正实现，保障犯罪嫌疑人和被告人的合法权益，为法治社会的健康发展奠定坚实基础。

人工智能辩护：辩护效果、应用前景与司法认同

来宇 *

摘 要：人工智能辩护已随着 AIGC 技术的成熟逐渐兴起，是新兴科技与传统刑事司法相互融合的重点领域。人工智能在输入端可以基本理解自然语言与法律语言，在输出端的表现能够满足程序性辩护要求，实体辩护方面却受到“真伪难辨”与“缺乏深层理解”的制约。具备“自主学习”能力的人工智能将高效赋能个人律师辩护水平提升，但也为律师行业带来了剧烈的重塑效应：大型律所的消散。同时，受算法黑箱的约束，人工智能辩护应用面临偏见与谬误，隐私与信息安全的绝对风险。人工智能生成辩护意见的法律地位在“工具性”基础上具备合法效力，但在“主体性”资格上必须经受责任能力的检视。

关键词：人工智能；刑事辩护；机器学习；有效辩护；主体责任

一、人工智能辩护的兴起

随着 ChatGPT 等生成式人工智能的重大突破，我们进入了一个全新的人工智能知识生产（AIGC，AI Generated Content）时代。在专业领域，人工智能可以被理解为基于机器系统，能够模拟人类智能，产生诸如预测、建议或决定等影响物理或虚拟环境的产出。[1]进一步理解人工智能的运行规则，以 ChatGPT 为例，其通过大型语言模型（Large Language Mode）在大量文本上进行训练，以学习预测一个句子中下一个最佳文字或词汇，当用户向其提出问题或请求时，它会根据所学习到的知识和语言规律，生成并提供相应的回答或信息。

在律师行业中，人工智能的使用和应用自 20 世纪 60 年代以来就已经存在。计算机辅助法律研究（Computer-Assisted Legal Research，CALR）在 20 世纪 60 年代中期首次出现，但当时的 CALR 系统在今天的标准下显得相对原始，且并不广泛可用。1973 年，Lexis 的推出标志着 CALR 革命的兴起，这是第一个商业化的全文本电子案例数据库，并积极推向律师和法官。同年，四家纽约律师事务所订阅了 Lexis 法律信息服务。这一事件开启了法律技术的新纪元。[2]

目前，人工智能（AI）已在法律服务界成为热门话题。[3]正如 ROSS 智能公司的安德鲁·阿鲁达（Andrew Arruda）所述，ROSS 是世界上第一位 AI 律师，基于 IBM 的认知计算机“沃森”开发，旨在阅读和理解自然语言，提出假设回答问题，进行法律研究，并撰写详尽的法律备忘录，包括参考文献和引文。基本上，ROSS 使用算法模拟人类大脑的学习、分析和决策。[4]人工智能的发展成熟将为社会带来全面的变革，司法也不例外。从历史上看，新兴技术为人类社会带来的发展与革新呈现愈加强烈的趋势：第一次工业革命持续了一个世纪，第三次工业革命仅发展了几十年便使人类社会发生了翻天覆地的变化，可以预见的是，以人工智能等技术为代表的第四次工业革命将再次重塑当今的社会结构与职业分布。在变革的大背景下，“人工智能+”成为了新的时代旋律，[5]“人工智能辩护”就这样出乎意料又理所当然的出现在人们视野之中。

人工智能辩护变革的首要方面是通过人工智能完成传统的辩护服务，如当事人通过人工智能进行法律咨询，获得程序选择建议、案件处理意见等法律帮助，律师通过人工智能辅助查找案件资料、书写辩护意见等场景。在这一层面上，人工智能作为“工具”赋能刑事辩护，[6]极大的提高了辩护的效

---

* 作者简介：来宇，男，中南财经政法大学博士研究生。

1 《欧盟人工智能法案》第 3 条第 1 项将“人工智能系统”定义为“基于机器的系统，它被设计为以不同程度的自主性运行，并且可以为了明确或隐含的目标，产生诸如预测、建议或决定等影响物理或虚拟环境的产出”。我国《人工智能法（专家建议稿）》第 94 条第 1 项将其定义为“为实现专用或者通用目的，利用计算 机模拟人类智能行为，用于预测、建议、决策或者生成内容等用途的技术；”《英国人工智能司法人员使用指南》将其定义为“能够执行通常需要人类智能的任务的计算机系统”。

2 See Stephen Miller, "For Future Reference, a Pioneer in Online Reading" (2012) WALL ST. J.

3 See Hannah Augur, "AI Is the Future of Law - And Lawyers Know It", (2016) Dataconomy.

4 See Andrew Arruda, "Artificial Intelligence Systems and the Law" (2016) Peer To Peer Mag. 38, 39.

5 国家发改委在两会期间发布的《关于 2023 年国民经济和社会发展计划执行情况与 2024 年国民经济和社会发展计划草案的报告》提出：“开展"人工智能+"行动，推动人工智能技术与经济社会各领域深度融合，形成更广泛的以人工智能为创新要素的经济社会发展新形态。”

6 有学者提出“刑事诉讼人工智能化”,实质是对刑事侦查、公诉、辩护和审判活动在借由人工智能辅助决策后而转型

率，当事人更加便捷的获得法律服务，在社会整体层面获得正向收益。这一设想是有着历史经验支撑的，在上一轮以互联网技术为代表的工业革命中，互联网技术极大的便利了辩护工作的进行，辩护律师通过互联网可以便捷的进行法律查询、案例检索、辩护意见书写以及法律意见提供，视频通讯技术的发展为远程会见、远程开庭辩护提供了可能，因此，人工智能辩护也被归入到了“智慧辩护”的范畴之内。[1]然而，人工智能辩护带来的革新绝不仅仅停留在这一阶段。

人工智能辩护将带来主体性的变革。人工智能可能取代律师充当辩护法律服务的提供者，换而言之，人工智能的提供者可以为其“人工智能产品”开拓辩护业务，诉讼当事人无需通过聘请律师获得法律服务，仅需注册一款人工智能软件即可。[2]在这一层面上，人工智能不再单纯作为律师高效提供辩护服务的“工具”，而转变为辩护服务提供的主体。这一转变是在之前的信息革命冲击中仍未曾出现的，互联网演变为律师提供在线服务、招揽案源以及扩大影响的工具，不曾发生互联网将律师取而代之的现象，律师相较于互联网仍有着不可取代的优势。在技术发展的初级阶段，人工智能与律师辩护有所耦合，然而在更精进的技术发展阶段，“辅助辩护”演化为“替代辩护”。

在世界范围内，司法实践中已经出现了人工智能辩护的情形，以英国为例，2023 年 12 月 12 日，英国的司法官网发布了“Artificial Intelligence (AI) Guidance for Judicial Office Holders”《人工智能司法人员使用指南》（以下简称《指南》），其中第 2 节 7 项明确表示“一些类型的人工智能工具已经在法律专业人士中使用了相当长的时间”，“人工智能聊天机器人现在正被无律师代理的诉讼当事人所使用”。通过对实践的洞见可以发现：人工智能辩护已在实践中盎然生长。可以毫不夸张的说，人工智能（AI）正在重新塑造法律行业。[3]这一塑造具有着积极意义：实现面对公权力人工智能运用的平等武装。[4]

即使我们都曾受到“存在即合理”的规训，但在面对一切新兴事物时，否定总比肯定来得要快、来得要多。秉持着刑事司法的庄严与肃穆，这样一种质疑是普遍的：在人工智能的华丽外衣之下，智能辩护真的有效吗？被告人可以得到充分的法律帮助吗？这样一种忧思也是确切的：超出刑诉法第 37 条约束的人工智能辩护，存不存在使被告人陷入更加不利局面的可能？为此，进行一项实证研究分析人工智能辩护的有效性是必要的，同时，基于以上种种审慎考虑，考量人工智能辩护的司法认同方案是必然的，在此之外，技术发展为社会生活所带来的便捷与高效也吸引着我们去关注、畅想人工智能辩护的应用前景，基于人工智能技术的发展方向，人工智能辩护的蓝图应当被进行描绘。

二、人工智能辩护的辩护效果

人工智能辩护的辩护效果是智能辩护领域的核心问题。在理论上，人工智能辩护的有效性决定着 AI 辩护意见能否获得合法的法律地位，能够进行有效辩护且风险可控的人工智能才具备司法认同的理论基础。在实践中，人工智能辩护的辩护效果是 AI 技术在辩护领域推广、应用的关键，人工智能法律援助实践应用的前提是 AI 辩护意见能够实际的发挥辩护作用，帮助被告人获得客观公正的审判结果。

当前人工智能系统在辩护领域的表现图景可以通过人工智能系统对当事人法律请求的理解与回应两个锚点进行初步勾勒。人工智能辩护的辩护效果主要通过两方面展现，第一是 AI 系统对当事人描述的理解程度，第二是 AI 系统对当事人法律请求的具体回应内容。随着人工智能技术在法律领域的不断渗透，当前人工智能系统不仅在理解当事人自然案情的表述、法律术语的表达以及具

的趋势的描述，参见[1]白文静.刑事诉讼人工智能化转型研究[J].学术探索,2022,(03):89-99.
“智慧辩护”也是站在这一角度，有学者指出“智慧辩护”即是在卷宗审阅、证据审查判断、类案/关联法条推送、司法规律挖掘等工作中强化科技支撑成分，辅助律师作出辩护决策，参见李奋飞，朱梦妮：《大数据时代的智慧辩护》，载《浙江工商大学学报》2018 年第 3 期，第 22 页。

1 参见李奋飞，朱梦妮：《大数据时代的智慧辩护》，载《浙江工商大学学报》2018 年第 3 期，第 22 页。

2 当然，此处可能会提出“当庭辩护业务无法被人工智能取代”，笔者对此持悲观态度，从可见的技术发展角度来看，“人工智能+机器人”即可适配这一业务。

3 See Alyson Carrel, "Legal Intelligence Through Artificial Intelligence Requires Emotional Intelligence: A New Competency Model for the 21st Century Legal Professional" (2019) 35 (4) Georgia State U. L. Rev. 1153, 1183

4 参见郑曦：《司法人工智能运用背景下的被追诉人权利保障问题》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 6 期，第 41 页。

体诉求的阐述等方面展现出了一定的能力，还可以根据法律规定和案例库的分析为具体案件提供一定的辩护建议。然而，AI 辩护系统在理解和回应辩护请求两方面的具体表现仍需从多个维度展开讨论，并结合实际案例进行分析。通过设定合理的指标，评估人工智能辩护的实际效果是一条可行的路径。

（一）输入端：人工智能对当事人辩护请求的理解

人工智能辩护的本质是当事人对人工智能辩护系统提出一项指令（输入），系统根据指令运行并作出回应（输出）。这一项指令可能是案件事实、法律咨询、程序选择建议或者案件结果预测请求等，在指令输入之后，系统的首要任务是理解当事人的指令，[1]正确理解当事人指令是输出有效辩护意见的前提。由于当事人通常不是法律专家，其陈述的内容可能包含情感、个人经历和非法律化的语言，这对系统的自然语言处理能力提出了挑战。人工智能系统对当事人辩护请求理解的准确性直接决定了后续辩护效果的优劣。因此，从自然语言处理技术的角度探讨人工智能对辩护请求的理解能力具有必要性。

1.人工智能辩护系统对自然语言的理解

当前，主流的人工智能辩护系统主要依赖于大型语言模型（LLM），如 ChatGPT 等，这类模型通过对海量法律文本和案例的学习，具备了理解自然语言的能力。[2]模型的学习能力来源于其对语言结构和法律术语的高度敏感性，这使其能够从当事人的日常表达中提取出关键信息。当事人在描述自己的处境时可能会混杂情感和非法律语言，人工智能通过分析其表达，可以提取出其面临的法律问题、诉求和具体的辩护需求。以一项具体的实例来表示：

当事人：昨天晚上在餐馆吃饭时，后桌有个男的和我吵了两句，结果他生气了，上来就抄起板凳打我，一下子砸我胳膊上了，疼的不得了，我也急了，抄起酒瓶就朝他头上砸了过去，我就是想给他个教训没想别的，谁知道一瓶子下去他直接倒了，拉医院就说不行了。

这是一段自然语言的测试，通过一段以日常用语表述的个人经历，夹杂着个人情感陈述以及口语化表达，将其输入人工智能窗口，观察人工智能对这段话的理解能力：

人工智能：这段话描述了一场由口角引发的暴力冲突，最终导致一方受重伤甚至可能死亡。可以从以下几个角度理解这段话：事件的起因与发展：双方因言语争执产生冲突，进而升级为肢体暴力。一方（“我”）因被对方打伤后产生愤怒和恐惧，做出了用酒瓶袭击对方头部的举动。冲突从简单的争执迅速升级为致命暴力。（限于篇幅，后省略）

从中可见，人工智能系统较好的理解了当事人的自然陈述，较好的完成语义理解、逻辑顺序、情感分析以及法律推理等任务，具体表现在：

第一，语义理解与词汇转换。人工智能系统不仅能准确识别口语化的词汇，还能将其转化为更加规范的书面表达。比如“吵了两句”被理解为“发生言语争执”，以及“拉医院就说不行了”被解读为“对方死亡或濒临死亡”，这表明系统在语义分析上具有较高的准确性。 第二，逻辑顺序与时间线识别。通过识别动作词如“吵、砸、疼、抄”等，系统能够清晰地梳理出事件发生的先后顺序。它正确捕捉了事件由口角升级为肢体冲突的时间线，并展现出对因果关系的理解，这表明人工智能具备一定的时间逻辑推理能力。

第三，情感与心理分析。系统不仅能够处理事实，还可以识别情感层面的表达。通过分析“我就是想给他个教训没想别的”这样的语句，系统得出结论，认为“行为人在当时的情绪是愤怒与冲动的，缺乏对后果的预见”。这种对人物心理状态的推测能力，展示了人工智能在理解自然语言的隐含情感和心理意图方面的能力，国内的实证研究也证明了这一点。[3]

第四，法律框架下的分析：人工智能不仅理解了自然语言，还能将其与相关的法律概念（如正当防卫、故意伤害罪、过失致人死亡罪）相结合，进行多层次的分析。这表明系统在处理复杂的语

---

1 参见王子威：《人工智能的“理解”——论语言的工具性与存在性》，载《东岳论丛》2024 年第 45 卷第 1 期，第 125 页。

2 参见陈保亚、陈樾：《人类语言习得的亲知还原模式——从 ChatGPT 的言知还原模式说起》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 2 期，第 167 页。

3 参见张华平、李林翰、李春锦：《ChatGPT 中文性能测评与风险应对》，载《数据分析与知识发现》2023 年第 3 期，第 16-25 页。

义信息时，能够结合不同领域的知识背景，给出符合逻辑的专业判断。

从上可见，在输入端，人工智能具备对自然语言的处理能力，不仅能准确理解口语化表达，还能根据上下文进行场景化分析，并在法律领域提供合理建议，这种理解能力为人工智能的有效辩护提供了良好的基础。

2.人工智能辩护系统对法律语言的理解

在人工智能辩护的具体场景下，AI 不仅需要准确的识别自然语言，而且需对法律语言进行深入的识别与理解。法律语言具有高度专业化和严谨性，包含复杂的逻辑结构和精确的词汇选择，如“抽象危险”、“法益”、“累犯”、“正当防卫”、“原因自由行为”等，因此 AI 需要将法条、推理模式等法律知识融入自然语言理解模型。[1]同时，在刑事诉讼中，辩护环境要求的法律语言中的一些语句含义迥异与日常语言，往往包含以下特点：

第一，术语多、专业性强，辩护语言中充斥着专有术语，“从犯”、“证据三性”、“主观目的”、“确实充分”等等，这些词汇通常有明确的法律定义，AI 需要准确理解并运用这些术语。第二，逻辑复杂，刑事法律文本要求较为严密的逻辑推理和因果关系，证据之间形成相互印证，许多法律条文需要在特定情境下解释，AI 必须能够识别出这些隐含的条件和逻辑链条。第三，严谨性和准确性，法律文件对用词非常严格，细微的语言差异可能带来不同的法律后果。例如，“应当”和“可以”在法律条文中意味着不同的义务和权利，“应当”与“一般应当”也具有巨大差异，AI 需要具备分辨这些细微差别的能力。第四，情境依赖性，法律语言常与特定的案件情境、事实背景相关，[2]如“防卫限度”需结合具体案情进行判断，AI 必须结合上下文来理解法律条款的适用性及其解释。以一项具体实例来表明：

当事人：胡某明知其饲养的是烈性犬，曾经咬伤过多名被害人，继而带所饲养的烈性犬外出时未套狗链、未尽看管义务，轻信自己能够制止狗伤人的行为，又咬伤被害人致重伤二级，被告人胡某应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生危害后果，属于过于自信的过失，其行为危害了不特定多数人的生命、健康安全，情节较轻，已构成以过失方法危害公共安全罪。

这段话是一个具体的刑事案例判决，其中提到了“看管义务”、“过于自信的过失”、“危害公共安全”等专业法律词汇，本身是一项对当事人构成“危害公共安全罪”的法律论证，逻辑严密完整，将其输入人工智能端口。

人工智能：这段话描述了一个典型的过失犯罪案例，具体涉及的是过于自信的过失以及以过失方法危害公共安全罪的相关法律概念。下面分步骤解释：1.胡某的行为和心理状态，明知危险性：胡某知道自己饲养的烈性犬有危险性，曾经咬伤过多名被害人，这表明胡某对烈性犬的危险性是有充分认知的。（省略）2.过于自信的过失是指行为人预见到自己的行为可能会引发危害后果，但错误地相信自己能够避免危害后果的发生。3.危害公共安全，胡某的行为不仅对单一个体构成威胁，而是对不特定多数人的生命、健康安全造成潜在的危害。（限于篇幅，后省略）

从上述回答中可见，人工智能具备对法律语言的理解能力，表现在以下几个方面：第一，法律术语的准确识别，AI 能够准确识别和解释复杂的法律术语，例如“过于自信的过失”、“以过失方法危害公共安全罪”等，并准确描述出了其法律含义。第二，对案件情境的理解与分析，AI 不仅能解释法律术语，还能通过具体情境进行法律分析，胡某案中，回答结合了具体情节解释了胡某的行为如何构成犯罪，通过识别案件的主体、行为、结果等要素，AI 将法律术语与案件事实结合起来，并准确分析出行为的违法性及其罪责。第三，演绎推理逻辑的掌握，法律分析要求三段式的逻辑推理，特别是在分析行为的因果关系、罪责判断，上述问答展示了 AI 对法律逻辑的较好掌握，通过逐步推理的方式将法条规定与案件事实对应了起来。

（二）输出端：人工智能对当事人辩护请求的回应

人工智能识别当事人指令（包括自然语言与法律语言）之后，下一步便是运行指令并作出回应，在合理理解指令的基础上，人工智能系统能否在输出端为当事人提供合理且有效的回应是决定人工

1 参见安震威、来雨轩、冯岩松：《面向法律文书的自然语言理解》，载《中文信息学报》2022 年第 8 期，第 1 页。
2 参见肖娟、李春玲：《基于事件背景驱动的行为完型分析——自然语言理解与人工智能的语篇视野》，载《长江学术》2021 年第 1 期，第 121-128 页。

智能辩护效果的关键问题。通过商谈式刑事辩护场景的构建可以检测人工智能辩护的回应质量。[1]人工智能的回应质量不仅要关注法律适用的准确性，还取决于 AI 对复杂案情的分析能力、案件事实与法律事实的转化能力以及提出具体辩护策略的方案力等。

依据辩护请求中程序性辩护与实体性辩护的分类，可以对人工智能辩护系统的回应从两个层面进行划分：程序性回应与实体性回应，程序性回应是指对案件当事人程序性请求作出的指导，包括诉讼流程规则、程序选择建议、强制措施变更等。实质性回应是指对案件当事人的实体性请求提出意见，包括提出无罪、罪轻的辩护意见、预测法官判决、对证人证言进行质证等。相较而言，程序性回应基于标准化的程序规则，实体性回应则需根据当事人的具体案情准确定制。

1.人工智能辩护的程序性回应

程序性辩护是指在诉讼过程中，当事人或辩护律师针对案件的程序环节提出的合法主张，旨在保障当事人在刑事、民事或行政诉讼中的程序性权利。典型的程序性辩护包括对诉讼流程的合法性提出质疑、申请强制措施变更、选择适当的诉讼程序等。人工智能（AI）系统的程序性回应主要体现在为当事人提供程序选择的指导、流程梳理、申请书撰写以及对程序性要求的合规性分析。

当事人：家人 H 因涉嫌诈骗罪，现被公安机关刑事拘留，应该如何提出取保候审?

这是一起常见的刑事案件法律咨询，当事人处于拘留阶段，提出取保候审的程序性请求。

人工智能：对于当事人因涉嫌诈骗罪被拘留申请取保候审。

1.确认取保候审的条件。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 67 条规定，以下情形可以申请取保候审:（省略）在诈骗案件中，如果情节较轻、涉案金额较小，且当事人不具有社会危险性（如无逃跑、串供、妨害证据等行为），则有较大可能符合取保候审的条件。

2.准备申请材料。为当事人申请取保候审，需要准备一份取保候审申请书，以及相关材料。主要包括:（1）取保候审申请书，申请书的内容应当包括：申请书标题:（省略），被申请人信息:（省略），案件基本情况:（省略），申请理由：主要依据法律规定和案件具体情况，陈述为什么认为当事人符合取保候审的条件。可包括以下几点：当事人无社会危险性，无逃避侦查或审判的可能性。当事人有固定居所，且其家庭背景和社会关系稳定。案件情节较轻，涉案金额小，且当事人愿意积极配合调查。当事人患有严重疾病，或其他不宜羁押的情况。担保方式：担保可以通过两种方式进行：保证人担保：保证人应无犯罪记录、有固定住所和收入，并愿意承担保证责任。财产担保：提供一定数额的财产作为保证金，通常由公安机关决定担保金额。（2）担保材料:（省略）。

3.提交申请（省略）4.申请取保候审的理由陈述（省略）5.公安机关的审查和决定（省略）

从上可见，人工智能辩护系统在回答取保候审等程序性辩护请求时表现出了以下特点：第一，法条的准确检索，精确检索出了《刑事诉讼法》中关涉取保候审的第 67 条规定，并结合案情提出了满足取保候审的可能条件。[2]第二，程序的完整建议，回答提供了一个详细的、符合实际操作流程的取保候审程序建议，从申请材料的准备，到递交申请的程序，以及公安机关的审查过程，条理清晰，说明能够为请求者提供一个较为完整的操作指导，确保其了解如何进行程序申请。第三，回应内容较为标准化，在笔者对人工智能提出的系列涉及“程序变更申请”时，人工智能的回答具有标准化、程式化的表现，如上述回答中的第 2、3、4 部分，系适用于大多数案情的格式化内容。

2.人工智能辩护的实体性回应

实体性辩护是刑事辩护领域的核心业务，辩护律师面对纷繁复杂的案情，需要从中抽丝剥茧，寻找到为当事人减轻或免除处罚的线索，为当事人进行无罪或罪轻辩护。同时，辩护意见的视野必须广博，不仅仅停留对客观事实的法律争论，还涉及对据以认定事实的证据质证，证人证言的询问确认，程序违法对实体公正的干涉，心理状态及精神健康的认知等。因此，对实体性辩护请求的回应是对人工智能辩护效果的最大考验，能否实现针对具体案情的实体性辩护正是人工智能辩护与律师辩护最大的区别。

当事人：被告人李某（男）与张某（女）系夫妻关系，2019 年 10 月 31 日 12 时许，张某因行

---

1 参见马靖云:《智慧时代商谈式刑事辩护的情境构建与司法功效》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 4 期，第 95 页。

2 但缺乏对于《公安机关办理刑事案件程序规定》以及《人民检察院刑事诉讼规则》的有效关注。

车问题与被害人王某发生口角，张某与王某互殴，李某到现场后，用脚踢王某嘴唇一脚。当天下午15时许王某到济南市某医院颅脑CT检查：1多发脑梗塞，2符合右侧额颞顶部硬膜下血肿表现，3右额叶钙化灶，并入住该院。该伤经济南某某公安局法医鉴定为轻伤一级。2020年1月4日，王某经抢救无效死亡。该伤经某某医学院司法鉴定中心鉴定，王某外伤及造成的精神刺激为其死亡的诱因，其心肌梗死为其死亡的根本原因。济南某某人民检察院向某某人民法院以被告人李某和张某的行为构成故意伤害罪提起公诉，建议量刑10年以上。请根据这一案情为被告人李某撰写辩护词。

这是一起较为复杂的故意伤害案件，被告人李某的故意伤害行为与被害人死亡结果间隔一个月，二者之间的因果关系判断存在困难，提出了较高的实体辩护要求。

人工智能：一、被告人李某的行为不符合故意伤害罪的构成要件。故意伤害罪的成立需具备故意和伤害结果两个要件。根据本案现有的证据和事实，李某的行为与故意伤害罪的构成要件不符：李某的行为并不具备故意伤害的主观故意。（省略）

李某的踢踹行为与王某的死亡结果之间不存在直接的因果关系。

二、李某的行为情节较轻，社会危害性低（省略）

三、被害人王某的死亡与其自身疾病密切相关。根据司法鉴定意见，被害人王某的死亡是由于心肌梗死，虽然李某的行为被认定为“精神刺激的诱因”，但真正导致死亡的根本原因是王某自身的疾病。（省略）

四、李某认罪态度良好，建议从轻处罚。李某在案发后积极配合调查，且在庭审过程中对其行为深表悔过，态度诚恳，认罪悔罪态度良好。同时，李某没有任何犯罪前科，属于初犯、偶犯，并且在案件中的角色相对次要。（省略）

从上述问答可见，人工智能的辩护方案属于无罪辩护，主要落脚点在于被告人的伤害行为与被害人死亡结果不存在直接因果关系，主要论据在于鉴定意见。这一辩护意见表现出一大特点：对案件争点可以把握关键（在李某案中锁定争点为因果关系），但在处理复杂案件、制定辩护策略时，仍暴露出一些显见的不足，与律师辩护意见相比，[1]其具有以下缺陷：

第一，人工智能辩护无法辨别真伪。在人工智能辩护词中，缺乏对关键事实及证据的质疑，律师辩护词中则展现了较为明确的真伪辩证能力。首先，辩护人认为被害人王某根本不存在“额颞顶部硬膜下出血”这个伤情，并通过调查取证等措施对这一推论进行了系列的证明，其次，辩护人对《鉴定意见》进行了质疑，认为其摘录事实内容不完整，导致引用医学标准不充分，鉴定结论错误，足以影响案件性质的认定。在这一点上，人工智能辩护对案件事实认定未进行质疑，认同被害人确实发生了“硬膜下血肿”，只是并非被告人造成的，认同鉴定意见的结论，“李某的行为被认定为"精神刺激的诱因"”，只是指出其并非致使被害人死亡的主因。由于未对关键证据和关键事实表现出质疑，极大的限制了人工智能辩护策略的展开和辩护效果，展现出了人工智能辩护的一项关键弱点：难以辨别真伪，若不具备辨别真伪能力，在刑事案件的实践中，人工智能辩护将无法推翻形式合理但实质伪造的证据和事实，辩护效果将是极为有限的。

第二，人工智能缺乏对案件细节的深层理解。在输入的案情描述中表示：李某用脚踢王某嘴唇一脚，王某检测出右侧额颞顶部硬膜下血肿表现，但是根据人体面部器官分布，正常人嘴部距离额颞部直线距离20厘米左右，李某未直接击打到被害人额颞顶部属于对案情细节的深入推理，人工智能辩护词并未关注到这些细节。律师辩护词中深入剖析了案件细节：从距离上分析，正常人嘴部距离额颞部直线距离20厘米左右，且额颞顶部没有外伤，可以排除被告人的脚蹬到了被害人的额颞部，排除被告人行为与被害人伤情的直接关系；根据对冲伤分析，从嘴部伤情上看，与对冲力对位的是颈枕部，并非额颞顶部，是外力打击所致，且力度非常小，不可能对额颞顶部形成对冲伤。由于缺乏对案件细节的深层理解，人工智能辩护词只能空泛的提出“王某的脑梗塞及硬膜下血肿均与被告人李某的行为无直接关联”，但却无任何论证逻辑，导致辩护缺乏说服力。同时，由于对人类社会的具体理解不足，人工智能辩护难以发现一些案件疑点，比如本案当中被害人死亡结果与被害人伤害行为之间的究竟有无联系，有多大程度的联系，都难以进行专业的病理学分析，也无法对病例、

1 参见《优秀辩护词 | 李某某故意伤害案辩护词》，载“舜天律师事务所”微信公众号，https://mp.weixin.qq.com/s/mITwERpnCWsRFOz0KcKJQQ，最后访问时间：2024年9月23日。

CT 中的一些说明基于常识进行质疑。

三、人工智能辩护的应用前景

经济合作与发展组织（OECD）的 AI 专家组（AIGO）对 AI 的定义进行了权威解释：AI 系统是基于算法(algorithm)和自主学习(self-learning)的系统,自主学习功能由机器学习(machine learning)和深度学习（deep learning）共同组成。[1]依此对人工智能（AI）进行一个初步的定义，人工智能是由算法、机器学习和深度学习三个元素共同组成的一项系统。从中可见，人工智能所具有的“自主学习”能力决定了人工智能技术的延展性，人工智能知识边界不断拓展，回应质量不断提升，在社会实践中应用的广度与深度都将不断提升。同时，由于人工智能存在“算法黑箱”的问题，将关涉个人敏感信息的材料上传到人工智能端口将诱发个人信息的隐忧（黑客、勒索软件与元数据问题），同时，由于人工智能工具根据他们赖以训练的数据集生成回答，因此智能服务将诱发伦理问题（偏见与谬误）。整体来说，未公开受到有效监管的算法黑箱将导致智能辩护服务蕴含着对当事人隐私权、平等权、公平审判权等权利的侵犯风险。

（一）基于自主学习的发展：重塑法律辩护的未来图景

机器学习（machine learning）和深度学习（deep learning）共同构筑了人工智能的“自我完善”功能。基于自主学习的内在构造，人工智能将不断自主发展完善，因此对待人工智能的应用必须采取动态视角。随着人工智能技术的不断发展，其在两个层面上将重塑法律辩护的未来图景：第一，专业化的人工智能服务将大幅提高辩护律师工作效率，实现辩护业务的智慧赋能；[2]第二，高度发达的人工智能自主承担刑事辩护业务，取代律师辩护的角色功能，更加有效的完成辩护业务。

1.人工智能工具高效赋能律师辩护：个人辩护能力提升

传统上，辩护律师承担着极为繁杂的业务工作。辩护律师不仅需要通过阅卷、会见了解基本案情，还需要通过法条检索、类案查询进行案件的法律分析。同时，为获取辩护有利信息，制定辩护策略，辩护律师需要深入分析厚重的刑事案卷、当事人的口头争辩以及证人证言的书面陈述。在出庭辩护工作之外，与侦查机关、检察机关以及审判机关工作人员的沟通、与被害人及其家属的磋商以及当事人及其家属的互相配合都是律师需要处理的关系。换言之，辩护工作并非简单的书面撰写答辩词，一份完整的辩护业务是建立在大量基础性的调查工作之上的。因此，基础性的法律研究与职业调查工作占据了律师的主要精力，据实证研究显示，一名律师每年在辩护基础工作方面付出的时间多达 2300 个小时。[3]此时，人工智能作为辅助工具的加入大幅改变了律师的工作状态，提高了律师的辩护效率。

首先，人工智能通过其强大的数据处理与分析能力，使律师从基础琐碎的法律工作中解脱。域外实证研究表明，接入人工智能工具的律师事务所在辩护业务工作方面展现出以下优势：（1）法律信息、判例指导检索质量更高；（2）人员成本下降，律师培训需求减少；（3）工作时间大幅减少，业务办理效能提高。[4]这使得律所可以减少对助理律师的招聘，并减少辩护业务所需的时间，从而使助理律师能够参与其他实质性活动。琐碎辩护工作的自动化处理意味着律师能够有更多时间专注于案件的核心问题，而非繁琐的文书工作和数据整理。这种转变促使律师从“数据搬运工”向“策略规划师”的角色转变，更加注重案件的整体布局和策略制定。

其次，人工智能辩护技术的引入，使得个人律师在复杂案件分析方面获得了前所未有的支持。在涉及海量证据和复杂法律条文的案件中，人工智能能够迅速筛选出关键证据，并基于大数据分析提供可能的辩护路径。这不仅减轻了律师的工作负担，还拓宽了律师的辩护思路。这种工具赋能使个人律师获得了“专业团队”的协助效果，提升了律师的办案能力，有助于当事人获得更加公正的审判结果。[5]

---

1 See Whittlestone J., Nyrup R., Alexandrova A., & et al., "Ethical and societal implications of algorithms, data, and artificial intelligence: a roadmap for research" (2019) London: Nuffield Foundation 1, 59

2 参见胡铭、钱文杰：《现代科技融入刑事辩护的机遇、挑战与风险防范》，载《江淮论坛》2019 年第 1 期，第 140 页。

3 See David Houlihan, "Ross Intelligence: Artificial Intelligence in Legal Research" (2017) Blue Hill Research

4 See Sean Semmler & Zeeve Rose, "Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow" (2017).

5 参见李思远：《人工智能时代被告人质证权实现中的隐忧及其消解》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2022

最后，人工智能辩护技术的引入使得非精英律师辩护水平显著提高，缓解精英律师和非精英律师之间的辩护水平差距。人工智能辅助对不同水平的辩护律师的帮助程度不同，正如一项实证研究所表明的，在人工智能的帮助下，初始技能水平较差的学生在法律分析测试中取得了巨大的提升，而初始技能水平较强的学生则在测试中表现出了下降。[1]这表明，人工智能可能会对法律职业产生平等效应，非精英律师的辩护水平将较精英律师获得显著提高，从而缓解精英律师和非精英律师之间的辩护水平差距，这也正是科技领域的"后发优势"。

2.人工智能辩护取代律师角色功能：大型律师事务所的消散

人工智能的普及将让外行（一般民众）获得传统上完全由律师提供的信息和服务，律师法律服务的垄断被打破。随着法律辩护的门槛降低，低成本、高净值的人工智能辩护服务不断涌现，律师的角色功能、行业特征都将发生改变，大型律师事务所面临消散，独立个人律师业务不断扩张，辩护资源打破集聚形势，下层辩护水平不断提高，精品辩护业务虽仍然存在，但受低价市场挤压，市场空间减小。

（1）法律辩护服务垄断打破

人工智能的出现带来了律师生产力提高，法律成本降低，并改善人们对获得司法公正的担忧。[2]AI 技术的应用促进了法律服务模式的转变，法律服务的可及性大幅提高。越来越多的法律服务可以通过在线平台和自助服务工具进行，打破了传统上法律专业服务的垄断。掌握人工智能技术的法律科技公司不断进入市场，提供高效、便捷的法律服务。在 AI 法律服务普及之后，普通民众能够通过智能法律平台、在线法律咨询和聊天机器人等，迅速获取法律信息与服务。AI 法律服务的普及降低了辩护服务的门槛，大幅扩张了援助辩护的范围，降低了援助辩护的成本，提高了援助辩护的质量。传统上，许多人因经济原因无法获得律师辩护，致使合法权益无法受到充分的保障，而将来他们可以通过低成本的人工智能法律服务获得必要的法律信息和辩护支持，从而强化个人合法权益的保障，免受非法侵扰，以技术进步推进公平正义的实现。

（2）低价竞争不断涌现

AI 技术能够完成自动化文书撰写、案件分析及法律研究等传统辩护业务，法律服务 AI 被作为独立的产品发布。相较于传统的辩护业务，这些新兴的 AI 法律服务产品具有两大优势：第一，成本低廉，AI 法律服务无需支付人力报酬，无需租用固定的办公场所。第二，回应高效，AI 法律服务可以进行高速响应，快速回答当事人法律诉求，即时提供法律服务。

由于低廉的成本与高效的回应，人工智能法律服务产品将为律师行业带来低价竞争风潮。以前只能由高素质律师团队完成的辩护服务现在可以通过 AI 法律服务产品以更低的价格向客户提供。许多具备技术的新兴法律科技公司纷纷进入法律服务市场，推出低价的法律服务产品。这些公司利用 AI 工具，提供在线咨询、文书生成和案件分析等服务，以低于传统律师事务所的价格吸引客户，抢占现有市场。这一变化使得传统律师行业面临来自新兴公司的激烈竞争，迫使他们重新思考自身的市场定位与服务策略。

（3）大型律师事务所的消散

人工智能辩护技术的普及还引发了法律行业内部的重新洗牌，大型律师事务所将逐渐消散，取而代之的是小型化、专业化、个性化的法律服务模式。大型律师事务所以往凭借其庞大的规模、丰富的资源和强大的团队优势，在法律服务市场中占据主导地位。然而，随着人工智能技术的不断发展和普及，这些优势逐渐减弱，甚至转化为劣势。大型律师事务所的运营成本高昂，包括租金、人力、管理等各方面费用，而人工智能辩护技术能够大幅度降低法律服务的成本，使得小型律师事务所和独立律师能够以更低的价格提供高质量的法律服务。大型律师事务所的决策链条较长，响应速度相对较慢，而人工智能辩护技术能够快速处理大量数据，提供实时的法律分析和建议，使得小型律师事务所和独立律师能够更快地响应客户需求，提供更加灵活和个性化的法律服务。

年第 1 期，第 126 页。

1 See Choi, Jonathan H., and Daniel Schwarcz. "AI assistance in legal analysis: An empirical study." Available at SSRN 4539836 (2023).

2 See Abramowicz, Michael. "The Cost of Justice at the Dawn of AI." Available at SSRN (2024).

由于财务模型的限制，大型律师事务所难以应对低价竞争。大型律所提供精品辩护服务的优势虽仍然存在市场空间，但受低价市场挤压空间不断减小，聚集化带来的规模效益无法弥补市场的萎缩，传统的律师计费制度在人工智能冲击下也将过时，大型律所内部的离心力将逐渐增强，辩护行业形势整体受到重塑。

（二）基于算法黑箱的风险：伦理风险与信息安全

基于数据集训练出的人工智能蕴含着潜在的偏见问题，某类当事人可能受到“算法歧视”，在评估结果中易遭至负面评价。同时，人工智能生成内容存在典型的谬误现象：知识幻觉，[1]人工智能引用案例、法条可能存在编造、杜撰的情形，或者其他深度伪造的信息，[2]难以保障信息的准确性。此外，人工智能辩护需要个人信息在人工智能端口上的上传，刑事案件信息涉及诸多个人敏感信息，在共用人工智能系统以及系统利用案件信息自主学习的过程中潜藏着个人信息的泄露风险。

1.人工智能伦理风险：偏见与谬误

基于大型语言模型的人工智能工具根据他们赖以训练的数据集生成回答。人工智能生成的信息会不可避免地反映其训练数据中的错误和偏见。AI 工具的生成回答是基于其训练数据集。这些数据集通常来源于历史文本、网络内容等，难免受到偏见和不准确的信息影响。若训练数据中存在性别、种族或社会经济地位的偏见，AI 生成的输出内容也将反映这些偏见。这种情况在法律领域尤为严重，如智能系统对当事人案件处理的评估过程中，个人的职业、年龄、性别、住所乃至受教育程度都潜在的影响着评估结果的作出，基于训练数据中潜藏的偏见，无业、中年、男性、无固定居所以及受教育程度低等因素都指向了被告人有罪的推定，客观上形成了对这类群体的“算法歧视”。[3]

同时，基于人工智能的“机器学习”功能，AI 模型会不断根据用户的反馈进行优化。如果初始模型存在偏见，这些偏见将通过反馈循环不断强化，形成更为严重的歧视性结果。这种现象不仅影响个体案件的处理，也会在更大范围内加剧社会不平等。正因为此，《英国人工智能司法人员使用指南》（以下简称《指南》）专门强调司法人员在面对人工智能意见时应当“始终考虑到产生偏见的可能性以及更正偏见的需要”。

人工智能辩护可能存在谬误现象：引用不存在的案例或者错误的法条，不准确的信息作为辩护意见提交将严重损害被告人的合法权益。AI 生成的信息可能存在错误或不准确的情况，这些谬误可能源于数据集中的错误信息、算法设计中的缺陷或模型理解能力的局限性。[4]AI 在生成法律咨询时，如果基于错误的法律条款或案例，可能导致误导性建议，在作为辩护意见提交时，不准确的信息将使被告人遭至更加不利的境地。深度伪造辩护的出现，可能消解刑事诉讼中对证据的信任基础，同时可能导致在刑事诉讼中出现“说谎者红利”的情形，甚至可能影响对案件事实的认定。[5]

谬误将诱发社会以及司法机关对人工智能意见的信任危机。刑事法庭是严肃庄重的场景，辩护涉及对被告人生命、自由、财产权利的处分，更应当格外慎重，当事人及诉讼参与人禁止在法庭上说谎，若辩护意见引用了错误乃至不存在的法条、案例或者解释，将破坏法官的内心推定，使被告人遭至有罪后果。当事人的权利不仅未能受到有效辩护，还要承受辩护意见谬误的不利后果，从而使公众丧失对人工智能意见的信任。由于个人知识水平的有限，这类谬误若非全面排查难以发现，谬误的潜在性加大了对人工智能意见的审慎。

2.人工智能信息安全风险：黑客、勒索软件与元数据

保密是辩护律师的关键义务，是律师与客户之间信任的基石，然而随着人工智能（AI）技术的

---

1 参见宋华健：《论生成式人工智能的法律风险与治理路径》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2024 年第 3 期，第 134 页。

2 参见文铭、孙圆圆：《深度伪造技术应用风险及法律规制研究》，载《中国科技论坛》2023 年第 4 期，第 158 页。

3 参见[美]弗吉尼亚·尤班克斯：《自动不平等 高科技如何锁定 管制和惩罚穷人》，李明倩译，北京：商务印书馆 2021 年版，第 171 页。

4 参见何丽：《人工智能可以作为置信对象吗？——为可信人工智能辩护》，载《科学学研究》2023 年第 10 期，第 1729 页。

5 参见刘学敏：《人工智能时代“深度伪造辩护”对刑事诉讼的挑战及其应对》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 1 期，第 109 页。

引入，案件信息需要输入到 AI 端口，这一过程也诱发了多种信息安全风险，[1]包括黑客攻击、勒索软件和元数据泄露等。

（1）黑客攻击

人工智能技术为黑客攻击带来了新的端口，随着科技发展黑客攻击手段与形式也在趋于复杂，他们会盗取各种信息，从银行账户到电子邮件地址，案件信息以及其中包含的个人敏感信息。在人工智能等新兴技术尚缺乏足够完备的安全屏障的情况下，人工智能工具以其蕴含的海量丰富信息容易成为黑客的围猎目标：AI 系统通常会集中处理大量法律文档和用户数据，成为黑客的理想目标。

黑客可能利用钓鱼邮件、恶意软件或漏洞利用等方式，获取 AI 系统的访问权限。虽然律师事务所通常重视信息安全，但由于技术复杂性和专业知识的缺乏，许多律师可能并不具备足够的技术能力来抵御黑客攻击。这些攻击可能导致客户信息以及案件秘密泄露，进而损害客户的隐私和权益，严重时甚至会影响案件的公正性和律师的职业声誉。

（2）勒索软件

勒索软件已成为信息安全领域的一大隐患，尤其是在接入人工智能的法律行业中。勒索软件恶意侵入法律服务 AI 系统，锁定重要文件并要求赎金才能恢复访问权限。

对于律师而言，面临的风险不仅包括财务损失，还包括客户机密信息的泄露和信任的丧失。若关键案件资料被锁定，律师将无法访问必要的信息，可能导致案件处理的延误和辩护策略的受限，严重影响客户的权益。

同时，勒索软件攻击可能迫使律师在道德和法律之间进行艰难的权衡。律师是否选择支付赎金以恢复访问权限？支付赎金即意味着承认信息的敏感性，从而可能使客户的敏感信息遭到进一步的损害。我们认为，在面对勒索软件的风险中，对客户负有受托责任的律师，可能有义务根据被盗信息的敏感性支付赎金。[2]每个律师都有义务意识到这些类型的威胁已经存在，并尽可能地提前为他们做好最好的准备。

（3）元数据泄露

元数据泄露同样是 AI 技术带来的重要信息安全风险。元数据（Metadata）指的是描述其他数据的数据，例如文件的创建时间、作者和修改记录等。虽然元数据在管理和组织信息方面具有重要作用，但若未妥善处理，它们可能成为个人敏感信息泄露的另一重要途径。

在 AI 工具生成法律文档时，未经过滤的元数据可能会暴露出重要的案件信息和客户细节。想象一下，一名辩护律师在人工智能端口不断上传要求，调整辩护策略，如果能够超越律师的最终辩护意见，并能够查看所有能洞察他对案件的思考过程的编辑，若其泄露会对当事人的案件处理产生多大的负面影响？这种泄露不仅可能导致客户的案情细节受到披露，使一些保密的事实公之于众，还可能使得辩护失效，辩护意见的着力点与缺陷一并暴露。若发生元数据泄露问题，将严重动摇律师与客户之间的信任基础，律师也因违背忠诚义务。因此，律师在使用 AI 工具时，必须采取措施确保元数据得到妥善处理，以避免潜在的泄露风险。

四、人工智能辩护的司法认同

所谓人工智能辩护的司法认同，是指通过人工智能生成的辩护内容能够获得法庭的认可，具有合法的法律效力。这一认同包含两层含义；第一，人工智能工具生成的辩护意见是否具有法律地位？[3]第二，人工智能主体生成的辩护意见是否被法庭承认？

（一）人工智能工具生成辩护意见的法律地位

人工智能生成的辩护意见能否在法庭上使用？对这一问题应该进行两个维度的讨论：理论定性（上升）问题与实践操作（下拆）问题：

第一，人工智能生成辩护意见的理论定位。律师通过人工智能生成辩护意见的合法性问题理论升维一步为律师使用工具生产的辩护意见能否为法庭承认，回答这一问题便涉及辩护意见的法律要

1 参见王秀平：《人工智能司法应用法律风险及法治应对》，载《政法论丛》2024 年第 2 期，第 151 页。

2 See Sean Semmler & Zeeve Rose, "Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow" (2017).

3 有学者提出人工智能只能以“人的工具”的身份介入刑事诉讼，这是“人”保持其主体性地位的根本哲学要求在刑事诉讼领域的延伸和体现。参见白文静：《刑事诉讼人工智能化转型研究》，载《学术探索》2022 年第 3 期，第 89 页。

求，刑事诉讼法第 37 条对辩护意见进行了范围规定：辩护意见必须根据事实和法律证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任，[1]律师法第 31 条也作出了相同规定，都无明文规定辩护意见的提出方式要求。换言之，辩护意见的法律要求仅为由法律认定具有辩护资格的辩护人根据事实和法律提出用以证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的意见即为辩护意见，可以在法庭上进行陈述，由法官听取。只要满足以上条件，即使是律师通过人工智能生成的意见依然可以在法庭上陈述，法官应当听取，但是需要注意的是，辩护意见必须"根据事实和法律"，这意味着其必须确保人工智能生成信息的准确性，必须引用正确的法律以及案例，如果使用了虚假信息，则不具有法律资格。

第二，人工智能生成辩护意见的实践操作。律师通过人工智能生成的辩护意见与其自行撰写的意见是否具有本质区别？能否被法庭识别？部分生成与全部生成的法律地位是否具有差异？首先，律师提交的辩护意见并无原创性要求，律师通过人工智能生成的意见与其引用法条、案例或摘录观点并无本质区别，仅仅在于律师是否标明该部分系引用或人工智能生成。[2]其次，从法律识别的角度来看，法庭并无法精准识别出辩护意见系手工撰写还是智能生成，正如《指南》也仅列举了文本可能由人工智能生成的一些迹象，而无法精准识别。[3]最后，辩护意见的部分智能生成与全部智能生成的区别在于，如果人工智能引用了虚假的信息，则其法律效力排除，但智能生成之外的辩护意见效力不受影响，若全部智能生成，则全部意见效力排除。

（二）人工智能主体生成辩护意见的法律地位

我国刑事诉讼法第 33 条限定了辩护人的身份，[4]人工智能主体生成的辩护意见想要获得法庭承认，首先必须获得法律的辩护人授权。然而，辩护人地位不仅代表着发表辩护意见的权利，还需要承担确定的义务：对当事人的保密义务以及对公权力机关的客观公正义务。义务的约束力以违背义务的责任承担为前提，人工智能欲要成为义务主体必须先具备责任承担的能力。

1.司法认同：辩护人授权

许多人相信，将来会有一个普通的人工智能。机器将会转变为一个有感觉的实体。当这种情况发生时，人工智能主体能否获得司法认同？[5]根据我国刑事诉讼法第 33 条，辩护人的身份受到严格限定，除亲友以及单位推荐的人外，只有律师才能担任辩护人。必须考虑的是，人工智能实体是否与其他律师一样受到规则和规章的约束？这个实体没有上过法学院，也没有参加过律师资格考试。我们不得不决定是否对这些类型的实体在何时以及在何种程度上可以参与辩护职业提出不同的要求。人工智能主体生成的辩护意见想要获得法庭的承认，首先必须获得法律认可的辩护人授权，这意味着，在现行法律框架下，AI 工具无法作为主体直接成为辩护人，因其并不具备法律主体资格。

司法认同不仅限于阅卷、会见等程序上的授权，辩护人的身份还体现了对辩护意见合法性的认可。法庭在审理案件时，会基于辩护人资格对其提出的意见进行评估。如果辩护意见来自于非法律主体（如人工智能），则该意见在法庭上可能不会被听取或采纳。辩护人的授权不是随意的，律师主体有着严格要求，不仅要符合特定的条件，通过国家法律职业资格考试，还需通过实习期的考核获得执业证明，同时律师执业受到刑法、刑事诉讼法、律师法等法律的约束，这一系列要求旨在充分保障当事人的辩护权，保证案件的顺利进行，以此获得辩护人的授权。因此，人工智能发表的意

---

1 《刑事诉讼法》第三十七条 辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。

2 《英国人工智能司法人员使用指南》认为，所有法律代理人对他们提交给法院/法庭的材料负责，并有职业义务确保其准确性和适当性。只要负责任地使用了人工智能，法律代理人就无须提及对其的应用。

3 表明工作可能是由人工智能完成的一些迹象：引用听起来并不熟悉的案例，或者陌生的引文（有时来自美国）当事人就同一法律问题引用了不同的判例法提交的内容与您对该领域法律的一般理解不符提交的内容使用了美式拼写或者引用了海外案例，以及内容（至少表面上）看起来很有说服力，写作精良，但仔细检查后却存在明显的实质性错误。

4 《刑事诉讼法》第三十三条 犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外，还可以委托一至二人作为辩护人。下列的人可以被委托为辩护人：（一）律师；（二）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；（三）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。

5 有学者认为，通用人工智能应当在法律层面上应被赋予相应的独立法律主体资格。参见孙那：《确立人工智能法律主体地位的再思考》，载《法学论坛》2024 年第 5 期，第 112 页。

见能否在法庭上陈述的关键是能其能否获得司法认同：法律对其进行辩护人授权。

2.授权前提：义务约束

辩护人授权不仅代表着在法庭上发表辩护意见的权利，还必须承担相应的义务。人工智能[1]辩护人义务主要包括对当事人的保密义务和对公权力机关的客观公正义务。辩护人的保密义务是指辩护人对执业过程中知悉的当事人关情况和信息，应当予以保密，正如《刑事诉讼法》第 48 条以及《律师法》第 38 条所规定的，律师（受托人）应当保守当事人（委托人）的秘密，不得泄露当事人的隐私。客观公正义务则要求辩护人不能帮助当事人隐匿、毁灭、伪造证据，并在了解当事人或者其他人，准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的，应当及时告知公安司法机关，正如《刑事诉讼法》第 44 条，《律师法》第 40 条所规定的。

只有受到义务的约束，才可以获得法律的授权。为保障当事人的合法权益，同时保证对犯罪的控制，辩护人的法定义务要求是必须的。辩护人资格并非单向的授权行为，而是权利与义务的集中体，只有遵循法定的义务，才具备获得法律授权的资格。

3.义务前提：责任承担

人工智能能否能否承担法律义务？回答这一问题的关键在于人工智能能否承担违背义务的责任，且这一责任具备威慑性。人工智能能否承担责任？假如一项人工智能违反了法定义务，这一人工智能主体应当如何受到惩罚？受到什么惩罚？

从客观的角度来讲，假设一个人工智能律师违反保密义务泄露了当事人的隐私，当事人如何获得救济？起诉人工智能？人工智能程序仅存在于互联网上，你应该在哪个管辖区起诉呢？这个程序遍布整个互联网，既无处不在，又无处可寻。任何一个法院可能都没有权利审理这样的案件。同时，这样一种可能性也是必要考虑的：不同区域使用的人工智能律师可能是不同的，即使他们属于同一主体，比如在北京使用的人工智能律师可能与在上海某个事务所使用的同一程序有所不同，因为它可能适应了不同的用户偏好等。因此，你可以论证该程序在每台计算机上都是一个不同的实体，或者同样可以尝试论证它是一个大型的系统。

人工智能的责任承担形式是什么？罚金？自由刑？吊销资格？或是其他？如果被泄露隐私的当事人在案件中胜诉，可能没有任何可供追索的东西。毕竟，单独的人工智能程序没有银行账户。当事人可以起诉开发该程序的公司，主张它对其“员工”承担间接责任，也可以起诉程序的设计工程师，主张其设计了程序漏洞，或者是智能辩护服务的提供商，主张其承担产品责任。[2]尽管人工智能责任承担方式具有许多种方案，[3]但毫无疑问的是，传统的自然人责任体系无法解决科技主体责任承担的问题。[4]因此，笔者认为人工智能等新兴技术的司法认同问题，本质上必须在责任承担的前提下进行。

结语

人工智能辩护本质上是新兴科技与传统刑事司法逐渐融合的产物，这一课题已在实践中萌生，并茁壮发展，在可见的未来将席卷整个辩护领域。科技的发展是迅速的，为传统司法程序带来的变革也是巨大的（甚至要超过社会结构变革所带来的），人工智能辩护将为辩护行业乃至刑事司法程序带来巨大的冲击。当前，通用人工智能可以理解当事人的“自然表述”，并回应基本法律诉求，提供合理建议。在司法数据喂养下的专用人工智能可以提供精确的案件预测、策略选择、审判模拟乃至交叉询问等专业化服务。人工智能辩护已满足通用型、标准化辩护需求，但仍距“有效辩护”存在一定差距。人工智能辩护将在法律援助辩护领域大放光彩，极大的提高辩护覆盖率。在甄别辩护信息的真实性前提下，人工智能辩护具备司法认同的合法区间。本文虽进行了人工智能辩护的辩护效果、应用前景以及司法认同的系列讨论，但这一领域仍存在大量需要回应的基础性问题。无论如何，

---

1 参见孙伟平：《智能机器人的主体地位、权利、责任和义务问题》，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 1 期，第 1-8 页

2 参见郭少飞：《主体论视域下人工智能侵权责任承担构想》，载《地方立法研究》2023 年第 3 期，第 64 页。

3 参见姚志伟、李卓霖：《生成式人工智能内容风险的法律规制》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2023 年第 5 期，第 147-160 页。

4 参见刘博韬、金香花：《人工智能的责任鸿沟——基于归因过程的分析》，载《道德与文明》2021 年第 6 期，第 115 页。

“星星之火”已经燃起，时代洪流无法阻遏。

辩方证据保全申请权的权利证成及其实现路径

付静宇 卢正己 林树建 陈泽仪 吕帅*

摘 要：纵观域外相关的立法实践，证据保全申请权已然成为弥补侦查阶段辩方取证能力不足的重要防御武器。同样地，我国赋予辩方证据保全申请权已势在必行。为此，应深入探究其基本内涵、法律性质及其功能定位，这是探索和理解证据保全申请权的逻辑起点。同时，作为一项新兴权利，证据保全申请权的权利规范力可依据价值支撑与制度基础进行证成。一方面，可依托程序主体理论、诉讼效益理论和控辩平等理论来构筑其理论基础；另一方面，通过阐述该权利与政策导向的契合性、与证人出庭制度的协调性，以及相较于调查取证权的本质区别，可论证其存在适用空间和规范基础。为避免辩方的证据保全申请权流于形式，应在明确界定其权利主体、权利客体以及权利内容等内部结构的基础上，从证据保全的全过程视角出发，构建全阶段、全流程的保障机制，包括：优化证据保全申请条件、合理选择证据保全决定主体、精准把握证据保全审查逻辑以及完善被保全证据的保管机制与救济途径。

关键词：证据保全申请权 权利证成 申请取证权 控辩平等

一、引 言

证据问题是诉讼活动得以顺利开展的核心问题。我国《刑事诉讼法》虽然赋予了辩方调查取证权，但也设置了司法机关同意与否的关卡，这就赋予了司法机关较大的自由裁量权。尽管后续的司法解释尝试以是否存在查证的必要性作为司法机关是否同意的依据，但由于该标准的界定相对模糊，因此在实践中，辩方的调查取证申请大多可能会被检察院或法院拒绝。事实上，关于辩方的调查取证权不具有法律上的强制力的问题，这并非只有我国刑事诉讼领域的弊端，而是世界各国立法通例。[1]同时，再加上侦查阶段辩护律师并无调查取证的权利，这就导致面对涉案关键证据证明力急剧下降、灭失以及毁损等情形，辩方难以及时收集和保全证据，致使案件真伪不明。针对于此，域外大部分国家和地区在明确辩方享有广泛取证权的同时，也赋予其证据保全申请权，使得辩方能够提出证据保全申请以加强防御能力。可见，刑事证据保全制度已成为各国立法的重要组成部分。

与此相反，我国现行的《刑事诉讼法》及其配套司法解释体系中，均未赋予辩方申请证据保全的权利。尽管 2021 年修订的《刑事诉讼法》将刑事附带民事诉讼中财产保全制度纳入法治轨道，但始终未提及证据保全的相关内容。一方面，与立法空白相对应的是，我国刑诉法学界对刑事证据保全制度也未能给予应有的重视，并未形成一定规模的核心研究群体，相关文章的核心议题主要集中于域外刑事证据保全制度的借鉴与移植，缺乏对其内涵界定、法律性质、功能定位以及内部结构等基础理论的研究，使得既有研究过于保守和零散化。另一方面，法律依据的缺乏也给司法实践带来了诸多不利影响，例如，由于辩方无法及时申请对关键证据进行保全，证据可能会因时间推移、人为干预等因素难以取得，严重影响控辩平等对抗，甚至可能造成冤假错案。可见，在刑诉法中增设证据保全申请权已然成为当前《刑事诉讼法》第四次修改所面临的一个紧迫任务。有鉴于此，本文在澄清证据保全申请权内涵、法律性质等基本范畴的基础上，从价值支撑和制度基础这两个维度证成权利设置的合法性，并剖析其权利内部结构，结合证据保全的各个环节设计了相应的保障措施与实现路径，以确保权利的有效行使与程序的顺畅运行。

二、证据保全申请权的厘清

考虑到“证据保全申请权”是近年来法学理论研究和实践中出现的“新事物”,在展开具体讨论之前，有必要对其内涵、法律性质和功能定位进行明确界定。

（一）证据保全申请权的内涵界定

自 1979 年《刑事诉讼法》颁布实施以来，其先后经历了 1996 年、2012 年及 2018 年的三次重要修订，但始终未触及并深入探讨证据保全制度的构建问题。目前，针对证据保全的内涵界定，学界存在争议并初步形成以固定保管说、确定证据说和预先调查说为主的观点。持“固定保管说”的学

* * 付静宇，项目负责人，中国政法大学刑事司法学院 2023 级博士研究生。项目参与人：卢正己，中国政法大学刑事司法学院 2023 级博士研究生；林树建，中国政法大学刑事司法学院 2023 级直博生；陈泽仪，中国政法大学刑事司法学院 2022 级直博生；吕帅，湘潭大学法学学部 2023 级博士生。

[1] 参见顾永忠等：《刑事辩护：国际标准与中国实践》，北京大学出版社 2012 年版，第 289-290 页。

者认为，证据保全就是在证据取得之后对其进行固定和保管。[1]这一观点固然指出了证据取得是证据保全的必要前提，但存在混淆证据保全与证据固定的嫌疑，并未明确证据保全的独特性。为便于保存和使用，相关人员采取拍照、书面记录等方式将指纹、照片、账单等转化为法定证据形式的，属于刑事证据的固定，其侧重点在于保存证据形式，使其达到证据的外观标准。而刑事证据保全则强调保护证据的证明能力，即被保全的证据不受传闻证据规则的约束，可被采信。同时，证据固定并非证据保全的必经环节，有些证据本已具备证据外观，无需加以固定，可直接通过搜查、扣押等手段予以保存。与前一观点相比，持“确定证据说”的学者明确了证据保全的适用情形、适用主体方式，即在日后难以取得或证据有灭失可能的情形下，法院可以依申请或依职权适用证据保全。[2]同时，也肯定了证据保全申请权是当事人的一项程序性权利，具有积极意义。遗憾的是，该学说也未凸显证据保全的真正意义，即保全证据的证明能力，使其在审理阶段得到法官的认可和采纳。持“预先调查说”的学者将证据保全归为进行证据调查并保存其结果的诉讼程序，但缺乏对其适用主体、方式和效果的描述。[3]

可见，现有学说在不同角度上对证据保全进行了阐述，并肯定了证据保全对查清案件事实的重要性，有其合理性，但也存在各自的不足之处，包括证据保全的参与主体均未明确、证据保全的适用效果不可知、证据保全的适用程序缺失等。因此，对证据保全申请权的内涵界定应当尽可能清晰、简洁、统一。证据保全申请权，是指当与案件事实有关的证据材料面临毁损、灭失或以后难以取得的紧迫危险的，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人享有向检察院或法院提出证据保全申请，使得被保全的证据在法庭上无需质证即可采信的权利。

（二）证据保全申请权的法律性质

从权利性质来看，证据保全申请权是一种程序性权利，其权利指向的对象是证据保全，是一种程序性事实。程序性事实与定罪量刑等实体性事实相对应，是指刑事诉讼法规定的程序性事项，包括程序性争议与程序性请求。[4]显而易见的是，在证据保全申请中，并不存在控辩双方的程序性争议，而是辩方单向的程序请求。因此，证据保全申请权在本质上属于一种程序请求权，是向法庭提出的程序性主张，必然会伴随着程序性证明的出现，也会引起一定的程序性后果。换言之，如果证据保全申请权的行使并不必然导致程序性证明的进行和程序性后果的发生，那它就形同虚设。可见，证据的物理固定与保存仅为证据保全的表象，其最终目的在于，通过证据调查程序，确保被保全证据能够充分发挥其证明价值，服务于后续的司法程序与事实认定。[5]

一方面，支撑辩方证据保全申请权运行的必要前提是存在中立的裁决者，此时仅需辩方向裁判者予以证明，如此方可彰显程序价值。然而由于司法审查机制的缺失，审前阶段并不存在中立的裁判者，此时辩方的程序性请求也不可能诉之法院。因此，未来应当进一步重塑审前程序的诉讼结构，从而限制侦查权的扩张和滥用，为被追诉人诉权的实现提供必要支持。另一方面，证据保全申请权的落实离不开程序性后果的存在。这一程序性后果包括两方面内容：一是裁判者需就辩方的证据保全申请作出裁决；二是辩方应当能够对法庭裁判进行抗辩。[6]对于辩方提出的证据保全申请，裁判者应当在认真审查后作出程序性裁决。同时，基于程序正当理念，辩方作为刑事诉讼程序的推动者，也应当对其程序权利的行使给予充分的尊重，从而允许其进行抗辩。

（三）证据保全申请权的功能定位

自 20 世纪后半期以来，世界大部分国家和地区针对证据保全之制度作了大幅度的修正。这其中最大的亮点便是扩张对证据保全的功能定位。除了传统的保全证据的功能外，诉前的证据开示功能和证据收集功能也从各国的修法中得以反映。因此，多元化扩展证据保全的功能乃现代刑事诉讼

---

[1] 参见何家弘、刘品新：《证据法学》，法律出版社 2008 年版，第 225 页。

[2] 参见钱国耀、黄双全：《诉讼法大词典》，复旦大学出版社 1989 年版，第 427 页。

[3] 参见[日]兼子一，竹下守夫：《民事诉讼法》（新版），白绿铉译，法律出版社 1995 年版，第 117 页。

[4] 这其中，是否存在控辩双方的程序法争议和是否在完整的程序性裁判结构中进行证明是二者区分的标准。参见闵春雷：《刑事诉讼中的程序性证明》，载《法学研究》2008 年第 5 期，第 139-148 页。

[5] 参见孔令章：《论法院诉前证据保全制度-借鉴德国独立证据调查程序的思考》，载《现代法学》2011 年第 3 期，第 126 页。

[6] 参见姚莉、李力：《辩护律师的程序动议权》，载《法商研究》2002 年第 2 期，第 103-109 页。

的大势所趋。具体而言，证据保全申请权的功能包括：

第一，保全证据。不可否认，通过预先进行的证据调查对证据资料予以固定是证据保全最传统的功能，其能够为当事人证明权的行使清除潜在的障碍。[1]以证人证言为例，在证人因身患严重疾病或由于工作等计划向海外移居等情形出现时，如果仍要求证人在庭审期间出庭作证，显然难以为继，此时辩方可向裁判者提出证据保全申请，通过证据调查程序，使证人证言在法庭上无须质证即可采信。因此，证据保全，目的不仅仅在于收集证据，更重要的是保证此类证据的证据能力，使其在庭审阶段得到法官的认可。

第二，收集证据。从世界范围来看，刑事证据保全制度已成为各国诉讼制度的重要组成部分，且已突破保全证据的传统功能，成为收集证据，以弥补被追诉方取证手段不足的重要防御武器。事实上，保全证据的行为本质上蕴含了证据收集的效果，是证据收集的前提和基础。证据收集则是保全证据目的实现的必要手段。如果没有收集证据，保全证据的价值和意义将无从体现。[2]无论是大陆法系还是英美法系的国家，在肯定辩护律师享有调查取证权的同时，都赋予被追诉人及其辩护人提出证据保全申请的权利，以追求控辩平等。如《日本刑事诉讼法》明确规定，符合特定情形时，“被告人、被疑人或者辩护人”有权提出证据保全申请。《美国联邦刑事诉讼规则》在相关条款中也认可了辩方享有证据保全申请权。同时，从各国立法实践来看，证据保全申请权的功能已经由传统对证据资料的固定开始向事证资料的收集扩展。[3]以德国为例，证据保全是辩方重要的参与调查证据的途径之一，按照《德国刑事诉讼法》规定，当对被指控人有利的证据存在灭失风险或该证据的收集能使其释放的，被指控人可提出证据保全申请，法官应当收集。这一规定彰显了证据保全作为弥补辩方取证局限性的重要手段，已成为国际司法实践的共识。为此，在各国纷纷选择证据保全功能扩大的同时，我国也应增设证据保全申请权，以强化当事人的事证收集能力，促进辩方平等。

第三，开示证据。辩方申请证据保全后，必须通过证据调查程序，给予申请人在场见证权、质证权等，使得辩方能够充分对证据保全程序提出自己的意见及理由，确保程序正当性。然而证据保全的调查程序必然会引发证据开示，使得控方或其他主体提前开示证据。此时证据保全的主要目的并非开示证据，开示证据仅是证据保全所带来的间接效果。例如，《美国联邦刑事诉讼规则》第 15 条规定，由于特殊情况的存在，当事人提供的证人证词需要先行采证并保存的，法院可以根据当事人的申请，命令将有关的书籍、纸张等不属于特权保密范围的材料开示。[4]

总之，从世界范围来看，证据保全制度实际上已经成为具有独立程序地位，集证据保全、收集和开示等多元化功能于一身的法律工具。因此，我国在增设证据保全申请权的时候，需要与时俱进，突破证据保全的传统功能，推进证据保全功能扩大化的改革。

三、证据保全申请权的权利证成

在明确证据保全申请权的内涵、性质和功能定位等基本范畴的基础上，应当考虑将证据保全申请权引入刑事诉讼领域的正当性和合理性。事实上，作为一项新兴权利，对证据保全申请权的权利证成绝非简单的识别工作，而是涉及价值支撑、制度基础等考量因素的复杂活动。具体而言，证据保全申请权如何完成从新兴权利到实在权利的转化过程，应当从两个方面进行探究：一是权利规范力的价值根基，即提供一种哲学的或权利理论的论证，使得辩方的证据保全要求有资格成为权利；二是权利规范力的制度基础，即证据保全申请权具有法律上的规范基础，能够获得立法与司法的形式性确认。[5]其中，证据保全申请权的制度基础应当是研究其规范力的主要方面。

（一）证据保全申请权权利规范力的价值支撑

新兴权利要想得到价值证成，就要证明其具有被保护的合理性和正当利益，[6]这是对其司法证成的第一步。换言之，对辩方证据保全申请这一利益主张的辩护，意味着必须从现有的诉讼理论出发，

---

[1] 参见段文波、李凌：《证据保全的性质重识与功能再造》，载《南京社会科学》2017 年第 5 期，第 81-88 页。

[2] 参见许少波：《诉前证据保全之适用》，载《江海学刊》2015 年第 3 期，第 138-145 页。

[3] 参见[法]让.文森、赛尔日.金沙尔：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国法制出版社 2001 年版，第 316 页。

[4] 参见卞建林译：《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 52 页。

[5] 参见朱振：《认真对待理由——关于新兴权利之分类、证成与功能的分析》，载《求是学刊》2020 年第 2 期，第 105-119 页。

[6] 参见雷磊：《新兴（新型）权利的证成标准》，《法学论坛》2019 年第 3 期，第 20 页。

寻找相应的实质论据以证明这一权利值得具有规范效力。为此，程序主体理论、诉讼效益理论和控辩平等理论能够为证据保全申请权提供正当性解释。

1. 程序主体理论

程序主体理论根植于哲学领域内人的主体性理念的深化与演进，经历了从哲学思想到法律实践的具体化过程。伴随着人类对自身认识的不断深入，普罗塔戈拉、康德、黑格尔等一大批哲学家纷纷强调主体性是人所特有的根本属性，是人之存在的终极意义。即“如果没有人类, 整个世界就成为一个单纯的荒野, 世界的存在就是徒然的, 没有最后目的的了。”[1]人的主体性理论本质上是对主体自由意志的认可的尊重，强调人格独立和自主。投射在诉讼领域中，人的主体性理论旨在强调在诉讼程序中，被追诉人具有和国家机关同等重要的程序主体地位。也就是说，被追诉人能够在一定程度上自主选择程序进行的方式,对诉讼的裁判结论产生积极影响,而非沦为诉讼客体，成为追诉机关任意处置的对象。赋予辩方证据保全申请权是强化被追诉人程序主体地位的必然要求和具体体现。允许辩方根据自行取证和申请取证的行使效果进行证据保全申请与否的选择，不仅体现了其自身对程序利益的追求，也是对其程序主体地位的尊重。此外，赋予被追诉者证据保全请求权，不仅能够增强其在诉讼进程中的自主决策、防御能力，而且可以改变以往由追诉机关主导的侦查程序，弥补辩方在诉讼资源及取证手段上的天然劣势。

2. 诉讼效益理论

刑事诉讼制度在追求发现案件真实、实现司法公正的前提下，也注重诉讼效率的提升。换句话说，整个刑事诉讼活动实际上就是在司法公正与诉讼效益之间不断取舍和平衡的过程。然而不同于诉讼效率，诉讼效益既要求提高刑事程序运行效率，降低司法成本，也注重案件处理所带来的社会效益。[2]刑事诉讼对效益的追求，必然通过各种具体的制度来实现，这其中，赋予辩方证据保全申请权是实现诉讼效益价值的重要手段之一。辩方可以借助国家机关的强制力预先固定容易灭失或毁损的辩护证据，减少“错误耗费”和“直接耗费”的取证成本。“错误耗费”，是指辩护律师因存在非法取证的情形，致使其所收集证据被依法排除，从而造成的不必要成本。“直接耗费”，是指辩方为达成收集证据目的所必然投入的金钱、时间等直接成本，如交通费、食宿费等。[3]

很显然，证据收集的成本越高，则效益越低，现有立法虽然规定了辩护律师有权收集证据，但对于收集程序、收集手段以及证据收集与个人隐私保护之间发生冲突时如何处理均未明确规定，这就导致实践中存在辩方耗费了大量取证成本，但仍然未收集到证据或因取证非法等导致证据丧失证据资格。因此，赋予辩方证据保全申请权已势在必行。辩方通过向专门机关提出证据保全申请，既可以避免自行取证所带来的成本耗损和取证风险，也可以将国家机关强制取证的的优势应用于辩方的证据取得，从而借助国家力量全面、客观收集对己方有利的证据。可见，证据保全申请权的引入有利于取证效益的提升和取证成本的降低，实现低成本高收益。

3. 控辩平衡理论

控辩平衡是现代法治国家的基本要求，其实质是要实现刑事诉讼中个人权利与国家权力的平衡。[4]具体而言，控辩平衡要求控辩双方的诉讼地位平等、权利义务对等。虽然控方代表的是国家利益，但控辩双方不存在身份上的高低，仅是根据诉讼职能分工而形成的不同诉讼角色，分别行使控诉职能和辩护职能，两者并无高下优劣之分。为对抗控方对被追诉人的有罪指控，辩方能够行使一系列诉讼权利进行反驳、辩护。然而，与以国家强制力作为后盾的控方相比，辩方无论是证据收集能力抑或是证据分析能力，都与控方存在力量悬殊。可见，在刑事诉讼中，控辩失衡是固有的、天生的。[5]

为追求控辩实质平等，应当对辩方进行适当的权利保护倾斜，使得控辩力量趋于平衡。赋予辩方证据保全申请权就是增强辩方实力的手段之一。其基本逻辑是：诉讼攻防以证据为基础，故证据

---

[1] [德]康德:《判断力批判（下卷)》商务印书馆 1996 版，第 109 页。

[2] 参见宋英辉:《刑事诉讼目的论》,中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 16 页。

[3] 参见[美]理查德.A.波斯纳：《证据法的经济分析》，徐昕、徐昀译，中国法制出版社 2004 年版，第 5 页。

[4] 参见陈光中等:《诉讼理论与实践:司法理念与三大诉讼法修改》，北京大学出版社 2006 年版，第 83 页。

[5] 参见韩旭：《庭审阶段补充侦查制度合理性省思——以审判中心主义为背景》，载《法商研究》2022 年第 1 期，第 71-84 页。

持有量决定诉讼实力，然而考虑到案件证据大多由控诉机关掌握，必须建立证据保全申请权，使得控辩之间的对抗延伸到侦查这一收集证据、查明案件事实的关键阶段。具体而言：当辩方在侦查阶段发现有利于被追诉人的证据，而该证据面临灭失或毁损的风险时，辩方即可行使这一权利确保关键证据在案件审理前不被破坏、篡改或丢失，从而维护证据的完整性和真实性，为庭审阶段的有效辩护作准备。同时，考虑到辩方行使证据保全申请权客观上也制衡了控方的不规范取证行为，促使控方全面客观收集证据，从而防止控方取证的随意性。

（二）证据保全申请权权利规范力的制度基础

上述理论能够证明辩方对证据保全的权利诉求是正当的，但这种价值支撑尚不足以表明这一新兴权利最终能够形成法律上的权利，还需要进一步考虑其是否具有无害性、与现行规则体系相兼容以及可行性。[1]一方面，辩方证据保全申请的主张，必须与国家推行的政策导向相一致，不会给社会、给他人造成损害。另一方面，证据保全申请权还需要其能够被现有的法律体系相容纳，有有被实现的可能性。

1. 证据保全申请权与政策性考量取向一致

纸面上对新兴权利的法律认可，若在实际执行中屡屡落空，不仅会削弱法律的权威性与公信力，更可能会影响公众对该权利重要性的认知与评价。[2]所以，新兴权利要想落在实处，必须从权利实现需要的社会成本出发，考量该权利在现实政治以及政策导向下有被实现的可能性。一方面，增设证据保全申请权有助于强化庭审实质化，符合我国目前推行的以审判为中心的改革要求。2014 年，党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，强调要推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实和证据经得起法律的检验。随后，相关部门陆续发布了《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》、《最高人民法院关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》等相关文件，进一步细化了改革的各项措施，包括坚持证据裁判原则、坚持非法证据排除原则、坚持程序公正原则等。以审判为中心的诉讼制度改革，是以证据裁判原则为核心的，要求侦查、审判起诉阶段的事实证据必须在审判中予以认定。辩方通过在审前阶段申请证据保全，能够让证明被追诉人有罪或无罪的证据都呈现在审判环节，从而有效发挥审判对审前程序的制约和引导作用，这与以审判为中心的改革精神是内在一致的。

另一方面，增设证据保全申请权与我国一贯主张不断加强辩护权保障的政策导向相一致。自 1979 年第一部刑事诉讼法颁布以来，我国陆续在 1996 年、2012 年和 2018 年对该法进行相应修订，而每次修订都涉及刑事辩护制度的改革，呈现出“刑事诉讼的历史就是辩护权扩充的历史”的明显特点和趋势。[3]律师参与刑事诉讼的范围正逐步拓宽，形成了一种由审判向侦查阶段延伸的发展趋势。[4]遗憾的是，相关立法仅规定辩护律师在案件进入审查起诉阶段后方可调查取证，这就导致辩方在侦查阶段遇到有利于己方的证据，且该证据有毁损风险时，也无能为力。实践中，有相当一部分案件由于关键证据的灭失而造成冤假错案。如山东陈世江案中的“指纹等痕迹”证据的丢失，内蒙古呼格案中“凶手精斑”的丢失，广西覃俊虎兰永奎案中“皮鞋”证据丢失等。此外，有学者对 20 世纪 80 年代以来在我国发生的 137 起错案调查后发现，审前收集的证据呈现出单一指向性，即用于证明被追诉人有罪或罪重。[5]可见，侦查阶段辩方取证权利缺失所带来的直接后果就是有利于被追诉人的证据容易被忽视以致酿成惨案。因此，有必要引入证据保全申请权以弥补辩方侦查阶段取证能力的不足，强化侦查阶段的控辩对抗。

2.证据保全申请权与证人出庭作证制度相协调

一项新兴权利要从应然权利转变为实在法意义上的权利,必须能够被既有法律体系所容纳。证据保全申请权能够被证人出庭作证制度相接纳并融合，这大大减少了对证人证言进行证据保全申请权赋权的立法成本和赋权难度。在刑事诉讼中，证人出庭作证是保障直接言词原则得以实现的重要方

---

[1] 参见陈阳：《互联网新兴权利的司法证成——以法官解释权为视角》，载《学习与探索》2018 年第 9 期，第 77-84 页。

[2] 前注雷磊文，第 28 页。

[3] 参见顾永忠、肖沛权：《“以审判为中心”刑事辩护研究》，法律出版社 2021 年版，第 91 页。

[4] 参见陈瑞华：《刑事辩护制度四十年来的回顾与展望》，载《政法论坛》2019,年第 6 期，第 7 页。

[5] 参见何家弘：《短缺证据与模糊事实》，法律出版社 2012 年版，第 337 页。

式之一，也是保障当事人质证权，实现程序正义的必然要求。世界各国诉讼法都明确规定了证人出庭作证这项制度，课予证人出庭的诉讼义务。作为我国刑事庭审实质化改革中的重要部分，我国先后颁布《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》、《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》等一系列法律文件，进一步强化证人权益保护和证人出庭作证的义务。然而，与立法的理想状态大相径庭的是，实践中证人出庭作证率非常低，有实证研究显示，以审判为中心的诉讼制度改革中，证人出庭问题并未有实质改变，证人出庭率 2014 年为 0.67%,2018 年为 0.33%。[1]证人不出庭作证，仅通过书面证言、视听资料等方式作证，其证言的真实性和可靠性难以保证。显然，证人不出庭作证已成为制约我国刑事审判方式改革的现实难题。[2]

此时，赋予辩方证据保全申请权，能够作为证人当庭作证的一种替代措施和证人作证的特殊方式。如《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》规定，法院可依当事人的申请对审判前提供的证人进行采证，以便在将来的审判中使用。[3]《日本刑事诉讼法》也规定被告人和嫌疑人及辩护人可以在第一次庭审前，申请法官询问证人。证据保全通过在审前保全证人证言的诉讼效力，从而免除证人出庭作证，既可以拓展证人证言的质证空间，也可以最大程度降低书面证言所带来的真实性隐患。保全证据的实质不仅在于把证人证言固定、收集下来，更重要的是将庭审阶段双方对证人证言的质证权转移至保全阶段实施，使证人证言免受传闻证据规则的约束，免除因特殊情况下的出庭义务。

3.证据保全申请权与调查取证权存在本质差异

从司法证明角度看，网络犯罪展现的犯罪手段和犯罪内容的科技化、现代化，除导致海量电子数据等证据数量方面的变化外，更重要的是对案件的证据结构和证明体系产生冲击，因此，传统的调查取证权使得辩方取证无法获得适当且周延的保护，辩方调查取证的内容和要求需要同步调整。如果辩方只是照搬传统的取证规则，势必会加剧控辩之间的实力差异。为此，引入证据保全申请权是弥补当前辩方取证立法缺陷的重要选择。具体而言：

其一，根据刑事诉讼法规定，调查取证权的权利主体仅包括辩护律师，而被追诉人本人却被排除在外。事实上，被追诉人是案件的亲历者，其充分知晓哪些证据能够证明自己无罪，却无调查取证之权利，往往只能寄托于所委托的辩护律师予以取证，这显然是本末倒置的。赋予被追诉人证据保全申请权，恰恰是回应了以往有关被追诉人是否有调查取证权的争议，可以激发被追诉人自我防御和对抗的意愿，使得无罪的被追诉人尽快摆脱诉讼之累。

其二，申请取证程序保障不尽人意。申请取证权的有效落实很大程度上取决于司法机关对取证必要性的主观判断。从辩方提出申请到法院最终裁决，这其中存在明显的权利真空期，一旦办案人员怠于履行作为义务，则辩方取证就此落空。有问卷调查显示，266 名辩护律师在审查起诉阶段向检察院申请取证，同意申请的仅为 0.62 次，置之不理的为 1.08 次，认为没必要而未同意取证的为 0.7 次。[4]可见，辩护律师申请取证权不受到国家强制力保障，也不具有任何救济渠道，这就导致辩护律师申请取证在实践中步履维艰。证据保全申请权则不然，一旦辩方提出证据保全申请，相应机关必须予以回应，如果存在异议，辩方还可以通过诉讼等方式获得权利救济。

其三，侦查是证据收集和固定的关键阶段，如不及时进行证据保全，势必会影响案件事实的发现。然而现行立法并未明确规定辩护律师在侦查阶段享有调查取证权。为此，在侦查阶段引入证据保全申请权已势在必行。就目前辩护律师取证效果来看，单纯依赖调查取证权的全面实现或扩大，未免显得不切实际。赋予辩方证据保全申请权，旨在填补侦查阶段辩方取证能力之不足，以激励律师更为积极主动地行使权利，从而唤起司法机关对律师意见和质疑的重视。

四、证据保全申请权的内部结构

在完成对证据保全申请权基本范畴的厘清以及其权利证成后，应当明晰这一权利的内部结构，防止造成辩方权利体系的混乱。上述已经提及，证据保全申请权是一种程序请求权，其一般表述为：

---

[1] 参见魏晓娜：《以审判为中心的诉讼制度改革:实效、瓶颈与出路》，载《政法论坛》2020 年第 2 期，第 155-172 页。
[2] 参见熊秋红：《刑事庭审实质化与审判方式改革》，载《比较法研究》2016 年第 5 期，第 31-44 页。
[3] 参见《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，卞建林译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 110 页。
[4] 参见陈瑞华：《刑事辩护制度的实证考察》，北京大学出版社 2005 年版，第 254 页。

a 有权请求 b 做 G。[1]其内部结构可分为：请求权的享有者即权利主体；请求权指向的对象即权利客体；请求他人作出某种行为即权利内容。具体而言：

（一）证据保全申请权的权利主体

所谓权利主体是指法律关系的参加者，即哪些主体可以享有并行使这一权利。因刑事司法传统或制度设计考量不同，域外国家和地区证据保全申请权的主体有重合但不完全相同。德国刑事诉讼法将权利主体认定为被指控人。日本刑事诉讼法将其限定为被告人、嫌疑人或者辩护人。我国台湾地区的刑事诉讼法典同样认为犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人可以申请证据保全。意大利刑事诉讼法则规定在初期侦查期间，公诉人和被调查人可以申请证据保全。美国联邦诉讼规则更是将权利主体扩大到控辩双方，认为证据保全规则公平地适用于控辩双方。尽管各国和地区对于证据保全申请主体的规定不尽相同，但其相通之处在于都毫无疑问地肯定了被追诉人及其辩护人的权利主体地位，以追求控辩平等之实现。

从理论上而言，被追诉人有权获知与自身犯罪事实相关的证据信息，这是其知情权和参与权的自然延伸，被追诉人当然地享有证据保全申请权，这是不可质疑的。然而，无论是从辩护的专业程度还是从保障被追诉人利益最大化的角度来看，仅仅依靠被追诉人的自身力量很难发挥出权利的实际效用，因此，辩护律师作为被追诉人的辩护人，基于代理关系可以享有被追诉者享有的大部分诉讼权利，这就构成了律师享有证据保全申请权的代理性权利来源。同时，辩护律师独立的法律地位及其法律职责决定了法律赋予其超越当事人诉讼权利外的辩护权利。因此，代理性权利来源和固有性权利来源共同构成了辩护律师作为证据保全申请权主体的正当性基础。

此外，有学者认为除了被追诉人及其辩护律师之外，权利主体还应包括公安机关、检察机关、被害人及其诉讼代理人，以实现控辩双方权利平等和手段对等。[2]然而现实是，尽管我国刑事诉讼法并未明确规定证据保全制度，但证据保全并未刑事程序的陌生概念，在侦查机关强制性侦查所收集的证据方面，已有相当妥善的扣押规范。如《刑事诉讼法》第 141 条规定，对查封、扣押的财物、文件，要妥善保管，不得使用、调换和毁损。可见。证据保全本就是侦查机关的必然性义务，无需任何申请，在证据调查完毕前本就应当及时保存。此时如果赋予控方证据保全申请权，这是否意味着“不申请即无拘束力”“不申请即不为保全”，这显然与其刑事侦查的职能相违背。此外，侦查机关拥有庞大的人员队伍，包括物证检验、鉴定部门等，其取证手段多样化、取证力量强大，具有查封、扣押、搜查、勘验、检查的法定权力，本就可以依职权保全，此时再赋予其证据保全申请权，那么辩方的处境只会雪上加霜。

另有学者认为赋予被害人权利主体地位，既符合保障被害人合法权益的实践需求，也与其他国家和地区的立法趋势一致。[3]值得注意的是，追诉机关和被害人利益诉求的一致性，决定了被害人完全可以借助国家机关的力量维护自身权益，赋予其证据保全申请权并无太大必要。

（二）证据保全申请权的权利客体

刑事证据保全申请权的权利客体是证据材料，具体指向辩方有权申请证据保全的证据材料。然而我国《刑事诉讼法》共规定了八种证据，是否所有的证据种类都可以适用证据保全申请权？纵观域外各国的刑事证据保全制度，无一不肯定了物证、书证、证人证言、鉴定意见能够予以证据保全。以我国台湾地区为例，其刑诉法相关条文对“为搜索、扣押、鉴定、勘验、讯问证人或其他必要之保全处分”的文字表述也证明了这一点。同样地，《日本刑事诉讼法》第 179 条规定了证据保全的相关内容，通过“请求法官作出扣押、搜查、勘验、询问证人或者鉴定的处分”的表述，不难看出物证、书证、证人证言和鉴定意见属于证据保全申请权的适用范围。随之而来的疑问是，被害人陈述、视听资料、电子数据等其他证据是否可以适用证据保全申请权？

在回答这一问题之前，需要进一步明确证据保全的适用情形，即证据材料同时满足“紧迫性”和

---

[1] 请求权的承载者或享有者为 α，请求权的受众或接收者为 b，请求权的对象或客体 G，而 α 有权请求 b 做 G 本身就是一种权利内容。参见雷磊：《法律权利的逻辑分析:结构与类型》，载《法制与社会发展》2014 年第 3 期，第 54-75 页。

[2] 参见兰耀军：《建立我国刑事证据保全制度刍议》，载《政治与法律》2008 年第 4 期，第 154-156 页。

[3] 参见张泽涛：《我国刑诉法应增设证据保全制度》，载《法学研究》2012 年第 3 期，第 164-180 页。

“相关性”。所谓紧迫性是指申请保全的证据可能毁损或以后难以取得。相关性强调申请保全证据与案件事实有关。因司法惯例和诉讼价值取向不同，各国对于证据保全的适用情形在肯定“紧迫性”和“相关性”基础上也有所不同。如我国台湾地区将适用情形归为“证据有湮灭、伪造、变造、隐匿或碍难使用之虞”。日本将适用情形规定为“不预先保全证据将会使该证据的使用发生困难”。两国都强调证据保全的适用必须满足紧迫性这一要求。但也有国家除“紧迫性”和“相关性”外，还规定了其他情形，客观上为证据保全的适用开拓了空间。如德国除规定“证据有可能丧失”这一紧迫性要求外，还规定有“能使被指控人释放”这一情形，并从反面规定法官只有在满足五种法定情形的情况下，才可作出不予保全的决定，包括要求查明的事实对于裁判没有意义或者已经查明；证据毫不适当或者不可收集等。[1]

可见，各国立法体例既有采用正面列举、也有采用“正面列举和反面排除”的情况对证据保全申请权的适用范围进行限定。由此观之，各国并未将被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述、视听资料和电子数据等排除在证据保全的适用范围外，只要满足“紧迫性”的条件，辩方即可申请证据保全。如面对电脑中存储的数据资料可能因程序错误或病毒攻击而消失时，如不及时保全，可能会影响对案件事实的查清。同样地，保障辩方证据保全权不能完全寄托于中立机关负责任的工作态度，而应当将其转化为具有极强可操作性的规范。我国应当明文列举中立机关拒绝证据保全的事由和禁止证据保全的事由，只要证据材料满足“相关性”、“紧迫性”的要求且不存在上述拒绝或禁止申请的情形，就应当允许辩方针对这一证据材料提出证据保全申请，而不应对其证据种类有所限制。这不仅是保全证据整体面貌的必然要求，更是尊重被追诉人主体地位的重要体现。

（三）证据保全申请权的权利内容

从权利内涵来看，证据保全申请权的权利内容，是指辩方享有向中立机关提出证据保全申请的诉讼行为。从权利层面来看，证据保全申请权作为一种集合权利，包含了受通知权、在场见证权、获得意见反馈和救济权等在内多个具体的子权利。这些子权利共同构成了辩方在申请证据保全过程中的完整权利体系。证据保全本质上是独立的证据调查程序，与庭审中的证据调查并没有本质的不同，因此，对辩方申请权、受通知权、在场见证权等子权利的保护，是程序保障的必然要求，也是确保证据保全程序正当性的重要来源。具体而言：

其一是受通知权和在场见证权。相应机关在实施证据保全措施时，除情况紧急或存在有碍侦查的情形外，应当通知申请人在场。对此，我国台湾地区刑诉法和《德国刑事诉讼法》均有明确规定。例如，我国台湾地区刑诉法相关条文规定，除有妨害证据保全的情形外，申请人应当在场，保全证据的日期、地点，也应及时通知申请人。需要注意的是，在大多数案件中，被追诉人往往处于羁押状态而失去人身自由，综合考量司法成本和警力资源，可由其委托的辩护律师代为在场，司法机关应当及时转告辩护律师，通过监所会见办理委托及告知时间、地点等后续事宜。对于没有被采取羁押措施的被告人，应当在场。

其二是获得意见反馈权。辩方有权就证据保全的过程和结果向司法机关提出意见和质疑，并要求司法机关给予合理的解释和答复。辩方提出证据保全申请后，对于符合申请条件且情况紧急的，应当予以证据保全，对于案件较为复杂的，应当在较短时间内作出批准或不予批准的裁定，除有碍侦查的情形外，必须告知不予证据保全的理由。

其三是获得救济权。对于相应机关毁灭证据或恶意不予保全证据的，辩方有权向上一级检察院或法院申请复核。“无救济，无权利”，为避免证据保全申请权和调查取证权一样被虚置，必须赋予辩方相应的救济途径，使得证据保全发挥应有的功能和意义。

五、辩方证据保全申请权的实现路径

必须指出的是，尽管各国均在肯定证据保全申请权的价值的基础上，对证据保全的申请条件、审查程序、保管制度和救济程序等进行了明确规定，但我国不可简单照搬和照抄其制度建构。“随意地将域外法律制度从其历史社会环境中抽离出来，并试图将其移植到我国这种与其完全不同的历史社会环境之中都是基本性的错误。”[2]因此，应当在借鉴域外相关国家的立法经验的基础上，结合我国

[1] 参见宗裕昆：《德国刑事诉讼法典》，知识产权社 2015 年版，第 147 页。
[2] 黄宗智：《中国的新型正义体系：实践与理论》，广西师范大学出版社 2020 年版，第 260 页。

诉讼体制、具体制度和原则等立法和司法现状，规范证据保全程序，使辩方能够有效行使证据保全申请权。

（一）证据保全申请条件的细节优化

辩方在申请证据保全时，必须同时符合形式与实质两方面的要求。形式条件方面，原则上辩方需提交正式的申请书，并载明申请人基本信息、案件摘要、申请保全的证据及其所在地点以及证据保全方法等事项。仅在情况紧急，不立即保全证据将会灭失或毁损等情形下，辩方才可以口头申请，但事后仍需补交申请书。这是避免辩方权利行使随意性和程序规范性的必然要求。所谓实质条件，是指辩方申请保全的证据必须具有相关性和紧迫性。首要考量的是证据的相关性，具体而言，假设辩方申请保全的证据为真，那么它会提高或降低某个要件事实存在的可能性。[1]换言之，此处的相关性倾向于“潜在关联性”，至于这一证据经审判阶段法庭调查后实际的相关性大小，则不在辩方的考虑之内。以故意杀人罪为例，辩方申请保全被追诉人案发时在公司而不在犯罪场所的监控视频的，与案件事实有关，但这一监控视频最终的证明效果如何，不影响辩方审前的证据保全申请。

相反地，如果辩方申请保全的证据，是用以证明被害人的死亡与被追诉人无关，是因巫蛊这一诅咒方法致死的，依据经验法则判断，这显然与案件事实无关，不具有关联性。当然，予以保全的证据除了具有相关性外，还必须满足紧迫性的要求。此时，辩方需要提供初步证据以证明如不及时保全，该证据存在灭失或难以取得的风险。需要注意的是，基于证据保全的现实性、紧迫性，若要求辩方对其证明程度达到高度盖然性的标准，这不仅是对其证据收集能力的苛刻，而且会造成时间拖延，给待保全证据造成不可逆的侵害。在此情况下，辩方对申请证据保全的理由只需提供初步证据以使中立机关形成大致心证即可，无需严格要求。

（二）证据保全决定主体的合理选择

当辩方提出证据保全申请后，便进入了中立机关的审查环节。此处需要解决的疑问是，就我国目前刑事诉讼所涉及的公安机关、检察院和法院来说，谁更适合受理并审查证据保全的申请。纵观域外不同国家和地区的刑事诉讼立法可知，证据保全的审查主体大致归为两类；一是由法院进行证据保全审查并予以决定。这也是世界大部分国家和地区的典型做法。例如，日本刑诉法规定，法官依申请保全证据，可进行搜查、勘验等。意大利、瑞典、韩国、美国和德国等都作出了类似的规定，认为只有法院才可以决定是否予以证据保全。二是除法院外，检察官在侦查阶段也可以决定是否进行证据保全。典型国家为我国台湾地区。我国台湾地区刑诉法根据诉讼阶段的不同，划分为侦查阶段的证据保全和审查阶段的证据保全。在侦查阶段，如果案件已经移送或报告检察官的，应由侦查中负责该案的检察官决定，案件尚未移送的，由其所在地的地检署检察官进行管辖。在审判阶段，证据保全一概由管辖该案的法院进行。

那么，我国应当把证据保全的决定权交付于哪一机关。针对此问题，我国学界存在争议。有学者从诉讼结构、司法实践以及国际刑事诉讼发展趋势等角度进行论证，认为应当由法院批准并执行证据保全。[2]另有观点认为，我国刑事司法体制与西方国家存在根本区别，赋予人民检察院证据保全决定权更符合我国现行立法和侦查策略。[3]不可否认，西方法治国家三权分立的政治格局和司法独立的法律传统，决定了由法院批准并决定证据保全有其合理性。然而无论是我国司法令状主义尚未形成、审前程序不存在法院提前介入的传统等现实障碍，都揭示出侦查阶段由法院予以证据保全的局限性。为此，我国不能简单照搬西方国家的制度设计，而应在结合我国国情和实践经验的基础上，合理改造审前阶段的证据保全。

具体而言，在侦查、审查起诉阶段，辩方可以向人民检察院提出证据保全申请；案件进入审判阶段后，法院则成为证据保全的决定主体。否定检察院享有证据保全决定权的观点认为，如果赋予其证据保全决定权，与其法律监督机关的角色定位存在冲突，且检察院代表国家刑事控诉权，虽享

---

[1] 参见李昌盛：《论拒绝辩护方查证申请的正当事由》，载《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2020 年第 4 期，第 69-76 页。

[2] 参见古卫爽：《刑事证据保全制度新论——化解关键证人出庭难的新思路》，载《学习论坛》2018 年第 8 期，第 95 页。

[3] 前注张泽涛文，第 175 页。

有客观公正义务，但难免会倾向控方。[1]这显然是站不住脚的。事实上，辩方行使证据保全申请权的目的之一正是为了规范侦查机关权力行使，避免侦查机关忽视对被追诉人无罪或罪轻证据的收集，从而维护控辩平等。辩方通过向检察院申请证据保全，恰恰是与检察院的法律监督职能是取向一致的，不存在角色冲突。至于前述提及检察院追诉权会影响其公平、公正决定证据保全的顾虑，可以通过明晰禁止证据保全申请情形、加强辩方程序参与、提供有效救济途径等方式，促使控方正确行使决定权，而不能一概否定审前阶段检察院决定证据保全的权力。因此，我国应当采取“两步走”方式，在肯定审前阶段检察院享有证据保全决定权的同时，也要逐步实现对审前程序的司法控制，达到由法院统一行使证据保全决定权的最终结果。

（三）证据保全申请审查的内在逻辑

在明确证据保全申请条件和决定机关的前提下，此处需要讨论的是，决定机关在进行证据保全申请审查的时候，能否进行证据预断，如果禁止证据预断的话，其又遵循何种审查逻辑。正如上述已经提及，证据保全是预先进行的独立证据调查程序。与法庭调查、辩论等评价程序不同，证据调查活动并不涉及对证据证明力大小的分析判断，其核心在于收集证据。具体而言，证据保全申请审查的流程应当如下：其一是中立机关考虑辩方提交的证据保全申请书是否明确记载申请人信息、拟保全证据及其地点等事项，若事项存在遗漏，应当通知申请人及时补正，否则不予受理。同时，明确辩方拟保全的证据不属于应当拒绝或法律禁止证据保全的情形。这是证据保全审查的第一个层次。其二是中立机关应结合辩方提供的初步证据，从申请保全的证据是否与案件事实存在关联性、申请保全的证据是否存在灭失风险或者以后难以取得等方面对辩方申请进行审查。这是证据保全审查的第二个层次。

必须指出的是，贯穿证据保全申请审查的内在逻辑在于，辩方行使证据保全申请权优先于中立机关对证据保全必要性的判断，法院不得预先判断证据价值而排除证据申请，即中立机关在审查时，禁止证据预断。[2]所谓证据预断禁止原则，是指禁止法院基于该证据可能不被采纳等预测结果，拒绝对辩方申请保全的证据进行证据调查。其包括两重含义：一是禁止法院消极预测证据的证明效果从而拒绝证据调查；二是禁止法院基于预测的证据评价拒绝证据调查。具体到证据保全申请的审查中，中立机关既不能随意否定辩方申请保全证据的证明力大小，也不能认为现有证据调查结果已足以认定被追诉人有罪为由，拒绝对该证据予以调查后保全。[3]如果允许中立机关以证据预断排除辩方的证据保全申请，这不仅是对辩方诉讼权利的侵害，更是会造成将关键证据排除在案外，加大案件真伪不明的风险。

当然，如果辩方的证据保全申请属于应当拒绝证据保全或禁止证据保全的事由，中立机关应当拒绝其保全申请，这是证据预断的例外情形。应当拒绝证据保全的事由，主要是指：其一是众所周知的事实。在资源有限的背景下，证据保全活动必须讲求效率与成本，而非无限制地进行证据调查。因此，对于众人所知晓的事实，可以直接作为已知事实予以认定，无需再进行证据保全。其二是不具备相关性的证据。相关性强调证据与待证事实之间的关联。不具备相关性的证据客观上就已丧失了证据资格，中立机关可以以不具有相关性为由拒绝辩方的证据保全申请。其三是与经验法则明显不符。所谓经验法则，是指“人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的一切法则或知识。”[4]若辩方申请保全的证据明显违背经验法则，这一证据显然无助于证明案件事实，是不具备证据资格的，自然也没有必要进行证据保全。

一般认为，众所周知的事实、不具有相关性的事实、明显违背经验法则的事实，虽然具有一定的预断色彩，但由于符合证明原理和程序法理，可以作为否定辩方申请的事由。除了应当拒绝保全的情形外，辩方的证据保全申请也不得属于法律禁止保全的情形。法律禁止保全的情形，是指采用非法手段所取得的不具有可采性的证据。正如我国《刑事诉讼法》第 56 条规定，对非法证据不得进行法庭调查，更不能作为定案依据。同样地，如果某个证据属于依法应当排除的非法证据，辩方

---

[1] 前注古卫爽文，第 96 页。

[2] 参见胡骁：《程序保障视角下证据调查请求权的理论构造》，载《法制与社会发展》2024 年第 1 期，第 73-90 页。

[3] 参见张卫平：《民事证据法》，法律出版社 2017 年版，第 264 页。

[4] 张卫平：《彭宇案与“常理”———谈民事诉讼中经验法则的运用》，载《司法改革评论》2008 年第 1 期，第 3 页。

不得申请证据保全。

（四）证据保全申请的配套措施完善

在辩方提出证据保全申请、中立机关完成证据保全审查后，证据保全程序并未完全结束，中立机关仍需作出是否证据保全的决定。如果中立机关认为需要立即采取保全措施的，被保全证据应当由谁负责保管；如果中立机关不予批准证据保全的，辩方是否拥有相应的救济途径。为此，应当分情况讨论：

一方面，关于中立机关决定证据保全的，应当由申请人还是决定机关保管的问题，域外不同国家和地区采取了不同做法。有的国家认为保全后的证据材料应当移交给检察院保管，辩护人有权查阅和复制其副本。典型国家如德国和意大利。另有国家认为由保全证据的法院予以保管更为合适，如《日本刑事诉讼法》相关条文规定，检察官及辩护人可以在法院阅览和抄录经法院保全的文书及证物，但辩护人应当取得法官许可。而我国台湾地区则进一步细化了不同阶段保全证据的保管机关，将侦查阶段和审判阶段的申请保全证据，分别交由保全证据的检察官和法官进行保管。通过对域外立法的考察可以发现，保全后的证据材料交由国家机关保全是大势所趋。这不难理解，申请人作为私权利主体并不具备证据保管的条件和资格，且证据保管需要花费大量的人力和财力，由国家机关保管更为适宜。此处需要进一步考量的是，由决定机关保管还是交由专门的证据保管部门进行保管。

在此，我国应当交由法院对保全证据进行保管。原因有二：一是法院作为中立的裁判者，能够最大程度地为辩方阅卷提供便利。由法院保管证据后，控辩双方都可到法院进行阅卷，避免出现检察院保管证据后干扰或阻止辩方阅卷的情形。同时，法院不应限制辩方阅卷、摘抄和复制的次数和权利。二是由于证据保全的证据材料与法庭调查所得的证据材料具有同等效力，因此，在审前阶段交由法院予以保管，不会造成法官预断。审前阶段检察院决定证据保全的，应当及时移交给法院保管。

另一方面，当中立机关裁定不予证据保全的，辩方应当享有相应的救济途径。若仅赋予辩方申请证据保全之权利，却不给予其相应的救济手段，则证据保全申请权将形同虚设，难以发挥弥补辩方取证能力的预期功能。为此，不同国家和地区也纷纷立法予以保障。以美国为例，美国联邦最高法院认为，专门机关故意毁灭证据或不予保全证据的，已经构成对宪法正当程序权利的侵犯，应施以刑罚并补偿相应的申请人。[1]同样地，我国应当赋予证据保全申请人相应的救济权。具体而言：在审前阶段，如果辩方认为检察院不予证据保全的理由不成立的，可以直接向上一级人民检察院或法院申请复核，或请求上一级人民检察院直接作出决定交由下级人民检察院执行。在审判阶段，如果辩方认为法院不予证据保全的理由不成立的，可以向上一级人民法院申请复核，上一级人民法院应当要求原法院进行复议并说明理由，理由成立的，裁定驳回辩方证据保全申请，理由不成立的，裁定由原法院进行证据保全。必须指出的是，有学者认为，如果因未及时保全该证据而使其证明力已经明显下降或灭失的，辩方可以在法庭上提出异议并提供相应线索或证据，法院据此作出对控诉不利的推论。[2]这一观点有其合理性和必要性。由于辩方申请保全的证据面临灭失或毁损的风险，不排除在申请复核期间这一证据就已灭失或毁损，因此，在法庭审判中，只要辩方能够提供初步证据证明应当保全而未保全，法院就应当作出有利于辩方的推论。

六、结语

赋予辩方证据保全申请权有相应的价值支撑和制度基础。一般而言，证据保全申请权有两种行使形态，即提出证据保全申请与申请后的证据调查。就前者而言，对于具有相关性和紧迫性的证据材料，辩方有权在审前阶段向检察院、在审判阶段向法院提出证据保全的申请，而检察院或法院不能无理由拒绝辩方的证据保全申请，也不得在尚未实施证据调查的情况下驳回保全申请。就后者来说，检察院或法院应当基于证据预断禁止原则对证据保全申请进行审查。如果辩方的证据保全申请符合相应条件且并非应当拒绝或禁止证据保全的事由，法官拒绝证据保全涉嫌违法。此时，辩方可

---

[1] see Monzw v. Trombetta,467U.S.479,486(1984).

[2] 所谓不利的推论，是指法院可以减损控诉方提出的证据的证明力，并作出与公诉人控诉事项相反的结论。参见拜荣静：《构建实效性的刑事证据保全制度——以审判中心主义为视角》，载《中国政法大学学报》2018 年第 1 期，第 143 页。

以通过诉讼程序提出权利救济并获得适当的补偿，如法院对控方指控作出不利推论等。可见，对辩方证据保全申请权的保障是一个全方位、多系统的整体化体系，包括申请、审查、保全和救济等具体程序。在此仅是在分析证据保全申请权基本范畴和内部结构基础上，提出的初步性、框架性的建构方案，如何确保辩方证据保全申请权流于形式，还需进一步深入思考和探讨。

（三）刑事证据制度研究

我国刑事证据制度的立法完善

闵春雷 杨波 谢登科*

《刑事诉讼法》的第四次修改，刑事证据制度改革必然是重中之重，这不仅是因为刑事证据制度是诉讼制度的核心和灵魂，还因为伴随着我国刑事诉讼程序的不断完善，证据制度所依托的程序环境得到实质改善，这就为证据制度改革提供了更广阔的空间、提出了更高的要求。因此，刑事证据制度改革应在证据与程序一体化的视野下展开，力图确立程序性事实观，并在此基础上，着重于证据规则的体系化建构和刑事证明制度的科学完善，积极回应数字时代刑事证据制度变革的要求，从整体上提升刑事证据制度立法的体系化、法治化、科学化水平。

一、当前刑事证据制度立法存在的主要问题

我国自 1979 年《刑事诉讼法》颁布以来，就采取了在《刑事诉讼法》中专章规定证据制度的立法体例。纵观我国《刑事诉讼法》中证据章的规定，还存在下列亟待解决的问题。

（一）条文数量少，证据制度改革成果亟待入法

我国《刑事诉讼法》中专章规定证据制度的内容，但一直以来，关于证据制度的条文数量偏少，与刑事证据制度的重要性不相匹配。1979 年《刑事诉讼法》中关于证据的条文仅有 7 条，1996 年《刑事诉讼法》修改时，并未就证据制度的内容进行改革，条文数量仅增加一条至 8 条。2012 年《刑事诉讼法》修改，将非法证据排除规则入法，关于非法证据排除规则增加五个条款，加上举证责任、证人保护和证人作证补偿三个新增条文，一共增加至 16 条。2018 年《刑事诉讼法》证据章的条文未作改动。从横向比较来看，1979 年《刑事诉讼法》的条文是 164 条，关于证据制度的条文共 7 条。2018 年《刑事诉讼法》的条文共 308 条，关于证据制度的条文仅 16 条。换言之，《刑事诉讼法》颁布之后的四十余年间，我国刑事诉讼程序立法完善显著，但刑事证据制度立法却长期踯躅不前，条文数量极为有限。

值得关注的是，虽然，我国刑事证据制度的立法推进有限，但 2010 年之后的证据制度改革却取得长足进步，主要体现在以下四方面：第一，冤错案平反催生“两个证据规定”出台。进入 21 世纪，伴随一系列冤错案的平反，2010 年最高人民法院联合五部委共同颁布“两个证据规定”（《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》），并在《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中，首次具体阐发证据裁判原则：“认定案件事实，必须以证据为根据”。[1]第二，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《最高院刑诉法解释》）细化和完善了刑事证据制度规定。伴随《刑事诉讼法》的修改，结合司法实践的需要，《最高院刑诉法解释》（包括 2012 年和 2020 年两部解释）中，以证据裁判原则为统领，细化和完善了一系列证据审查判断、认定规则。第三，司法改革推动证据制度的完善。十八大以后，启动新一轮司法改革，以审判为中心的诉讼制度改革尤其成为重心，作为以审判为中心诉讼制度改革的落地举措，2017 年最高人民法院推出“三项规程“（《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》、《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》（以下简称《排非规程》）和《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》）。同年，最高人民法院等又颁布了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》。在冤错案防范的压力以及严格司法的要求下，围绕非法证据排除规则的立法得到强化，我国刑事证据制度的整体内容得到进一步完善。第四，关于电子数据审查判断的专门性规定出台。电子数据作为独立的证据种类入法后，为规范电子数据的收集提取和审查判断，最高人民法院等出台了《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》等，新证据种类的适用规定为刑事证据制度注入了新的内容。

上述证据制度改革成果源于实践部门的积极探索，反映了实践部门的需求，也是实践智慧的凝结，在《刑事诉讼法》第四次修改启动之际，亟待将这些证据制度改革成果入法，甚至可以考虑将

---

* 吉林大学法学院课题组。闵春雷，吉林大学法学院教授；杨波，吉林大学法学院教授；谢登科，吉林大学法学院教授。

[1]证据裁判原则的表述在司法解释文件中被首次规定是在 2007 年，最高人民法院等联合出台《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》，在办理死刑案件应当遵循的原则要求中，明确提出：办理死刑案件，要“坚持证据裁判原则，重证据、不轻信口供。”

证据章扩容为“证据编”，以健全并完善刑事证据制度立法。

（二）体系性不强，需要整合建构完备的证据制度体系

目前，《刑事诉讼法》中关于刑事证据制度的规定较为笼统、粗疏。实践部门出台的一系列证据规定，虽丰富和发展了刑事证据制度内容，但体系性不强，即立法目的不明，基本原则缺失，证据规则体系不健全，证明制度欠缺科学性、合理性。所以，亟待明确刑事证据制度立法的宏观进路，整合建构完备的证据制度体系。

其一，刑事证据制度立法目的不明。我国《刑事诉讼法》中证据章的规定以及相关司法解释和证据规定中，都未明确提出刑事证据制度立法目的问题。由于立法目的的缺失，直接导致证据规则立法缺乏整体性和体系化的考量，与准确认定案件事实相关的证据规则在立法中没有得到重视和凸显，基于其他价值考量的证据规则更被忽视。同时，由于立法目的缺失，导致刑事证明制度背离诉讼证明的基本规律，陷入追求客观真实的误区。证据法是规范事实认定之法，其立法目的指向事实认定的准确性。刑事证据制度改革，应首先解决立法目的入法的问题，并以之为统领，整合证据规则体系和证明制度。

其二，基本原则缺失。刑事证据法是事实认定之法，事实认定需要遵循证据裁判原则，其是证据法理性价值的体现。证据裁判原则作为刑事证据制度的核心原则，已经在司法解释与相关证据规定中得以确立，亟待入法，以统合整个刑事证据制度立法。同时，直接言词原则、自由心证原则、疑罪从无原则等也是指引刑事诉讼证明活动的重要原则，对于规范庭审证明活动，引导证明活动遵循规律、保障人权都具有重要意义，应一并确立为刑事证据制度的基本原则。

其三，证据规则体系不健全。证据规则是刑事证据制度的重要组成部分，证据规则的体系性和完备性反映了刑事证据制度立法的水平和程度。目前，我国刑事证据规则体系不健全，主要体现在：一方面，刑事证据规则立法以非法证据排除规则为主。2010 年以来刑事证据制度的发展集中于非法证据排除规则从无到有，由简单到精细化的逐步发展。在证据规则体系尚不够健全，以准确认定案件事实为目标的规则体系尚未完整建立的情况下，以非法证据排除规则为主体的立法强化不可避免地影响到我国刑事证据制度立法的整体走向，影响到证据规则体系的全面建构。另一方面，以相关性为主线，确保事实认定准确性的规则体系尚未确立。目前，《最高院司法解释》中关于证据适用规则的系列规定初步反应了实践中准确认定案件事实的需求，对于单一证据种类的审查适用从相关性的角度进行了规定：如物证、书证与案件事实有无关联，与案件事实有关联的物证、书证是否全面收集；鉴定意见与案件事实有无关联；视听资料、电子数据内容与案件事实有无关联，等等。但此种规定散见在各个证据种类审查与认定的诸多要求之中，存在零散、重复的问题，未能上升到规则层面进行整合与提炼。同时，由于相关性规则的缺失以及我国证据种类的封闭性规定，导致司法解释需要不断地就特殊证据材料可以作为证据使用进行单独规定，如“专门性问题报告”和“事故调查报告”、行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的证据材料、监察机关依法收集的证据材料、来自境外的证据材料等等。上述规定，进一步加剧了证据规则立法的零散和无序，也给司法实践造成诸多误解和不便。

其四，刑事证明制度欠缺科学性、合理性。证明是证据的动态运用过程，刑事证明制度立法应体现诉讼证明活动的本质和规律。刑事诉讼证明是一个主客观相结合的过程。长期以来，我们对于刑事诉讼证明过程的性质存在模糊性认识，陷入客观化误区，并直接导致刑事诉讼证明制度的异化，如对印证的强化和机械适用，排斥法官自由心证。同时，证明对象、证明责任、证明标准等三大核心证明制度都亟待调整，以提升刑事诉讼证明制度的精细化、科学化和合理化水平。

（三）伴随程序改革，需要确立相适应的证据规则与证明机制

当下，我国正在推进审判中心与认罪认罚从宽两种程序改革。那么，两种程序模式下是否应区分不同的证据规则与证明机制就是一个问题。学界就认罪案件证明标准应否降低存有激烈争议。最高人民法院等实践部门强调要统一证明标准，但实践中，认罪案件证明标准的松动已是不争事实。实际上，在定罪程序与量刑程序、普通程序与特别程序中，也都存在类似问题。应否伴随程序改革建立相适应的证据规则与证明机制，是本次《刑事诉讼法》修改应予以考虑和突破的一个重要问题。程序是证据的适用空间，证据法与程序法具有融贯性，不同的程序环境下，证据适用规则和证明的

机理存在差异性。伴随多元化的程序改革，刑事证据制度立法应该回应程序改革的要求，至少在证据规则的适用、证明标准的差异化等方面应该有所突破。

（四）数字时代到来，需要证据制度的革新与回应

在信息网络社会和数字经济时代，电子数据已经成为诉讼活动中的“证据之王”。我国 2012 年修订后《刑事诉讼法》将电子数据纳入法定证据种类之中，由此确立了电子数据在刑事诉讼中的法律地位。但 2012 年修订后《刑事诉讼法》没有针对电子数据的特征而设置相应侦查取证规则和审查认定规则。《刑事诉讼法》中的现有侦查措施和证据制度，主要是为物证、书证、供述、证人证言等传统实物证据或者言词证据所设立。电子数据作为广义的实物证据，固然可以适用传统实物证据的搜查、扣押、勘验等侦查取证措施予以收集，也可以适用相应证据规则，但电子数据具有的虚拟性、海量性、可复制性等特征，决定了对其仅仅适用传统侦查措施和证据规则予以收集取证、审查认定就会有较大局限性。电子数据作为网络信息技术的产物，其在证据形态、取证模式和审查认定方面有其自身的特殊，亟待确立适应电子数据证据调查取证、审查认定规则与证明制度。

另外，既有证据规则亦没有对电子证据作出回应，将其纳入规则适用范围。如非法电子数据排除规则的确立也是立法亟待解决的一个问题。很多电子数据承担着公民的财产权、隐私权、通信秘密权等基本权利，对电子数据的违法调查取证可能干预公民基本权利。我国刑事诉讼中的非法证据排除规则并不适用于电子数据。对于侵犯数据权利的严重违法侦查取证行为，还无法通过适用非法证据排除规则予以相应程序性制裁。

基于以上问题，刑事证据制度的立法完善应该明确立法修改的理念与方向，以刑事证据制度立法的体系化为目标，从证据种类、证据规则、证明机制到数字时代刑事证据制度的发展等方面入手，探究刑事证据制度立法完善的基本路径。

二、证据制度的立法目的及基本原则

（一）“准确认定案件事实”立法目的之确立

立法目的是全部立法的根基和基础。刑事证据制度的立法完善应以事实认定的准确性为核心，并协调其他价值目标与准确认定事实之间的关系。

1.“准确认定案件事实”立法目的确立的必要性

首先，证据法是规范事实认定之法，“事实认定的准确性”反映了证据法的本质及现代刑事司法的内在要求

证据是人们在从未知到达已知的认识过程中用来推导和了解未知事项的既知材料，证明则指从未知出发而达到的已知状态，往往还包括从未知转化为已知的过程本身。[1]以事实为逻辑起点，规范证据资格和调整证明活动的过程也就是从未知到已知的过程。因此，证据法就是法律认识论，在证据法的塑造之下，一定的事实才能得以呈现，事实认定者才能据以作出裁判。在现代刑事司法中，裁判的正当性主要源于两大方面：其一，事实认定的准确性；其二，程序的正当性。证据法作为规范事实认定之法，以事实认定的准确性为核心，最终为司法裁判的正当性提供事实保障。没有哪个证据法不是以事实认定的准确性为目的，否则，应该没有人会接受这种证据法。也正是在这个意义上，证据法在任何诉讼制度中都是最重要的、最基础的方面，确切地说，它是法治的基石。[2]

其次，现代刑事证据法的价值具有多元性，多元价值以事实认定的准确性为核心

现代刑事证据法最突出的特点就是存在认识论与价值论两条路线的交错，在事实认定的准确性之外，还需要承载人权保障、家庭和谐、职业信誉等其他特定价值的保护，以求得本国证据法之良好的社会适应性。如现代各国刑事证据法中大多都有关于非法证据排除规则、证言特免权规则等规定。在中国，基于冤错案的教训，对人权保障这一价值给予了充分的关注和强调，2010 年以来的非法证据排除规则立法就充分反映了这一点。因此，证据法除了准确认定案件事实之外，还要负载一些旨在实现特定社会利益的价值目标。刑事证据法的价值本身是一个开放性的体系。但证据法作为规范事实认定之法，能够在多大程度上促进事实认定准确性的实现，始终是我们评价其优劣的一个

---

[1]王亚新：《民事诉讼中的证据与证明》，载《证据科学》2013 年第 6 期，第 761 页。

[2]罗纳德 · J · 艾伦：《刑事诉讼的法理和政治基础》，载《证据科学》2007 年第 1、2 期合刊，第 163 页。

关键的、不可动摇的标准。没有准确的事实认定，就没有理性的证据法，所有其他价值的追求不是不可能，也会造成极度的困难。特定情况下，当准确的事实认定已不可能，或者社会对某一价值的保护已经超越了事实认定之准确性价值的重要性时，则其他价值目标登场，成为证成裁判之正当性的必要依据。

最后，事实认定的准确性凸显了证据法与程序法的差异，彰显了证据法独特的品格

运用证据重建案件事实的活动需要在特定的程序内展开，证据法与程序法交织适用，分别承担不同的角色。证据法就是法律认识论，涉及认识规律、对证据材料的感知和判断、逻辑推理等等，这里的知识和理性工具是人类理性改造世界的经验积累和总结，不因国别、制度的差异而不同。因此，证据法主要在认识论的指导下，以证据规则剪裁证据，以证明活动重建事实，力求实现"事实认定的准确性"。程序法则不同，其主要为事实认定活动提供程序空间与正当性保障，即如何以正当的、人道的和公正的程序完成刑事诉讼活动，实现"程序正义"是各国刑事诉讼制度所孜孜以求的，也是程序的独立价值所在。现代法治社会的刑事程序法是限制权力与维护权利之法，需要各国结合其实际情况，平衡权利与权力的关系，明确权力的限度，实现权利的维护。正是在这个意义上，罗纳德·J·艾伦教授认为：证据法与程序法不同，程序法是本土化的，属于地方性知识。而证据法是普适的，它是人类理性的产物，是人类精神实现认识和改造周围环境的目的的方式。[1]总之，证据法与程序法的理论基础及价值基点均有不同，证据法与"事实"、"事实认定"之间具有天然的"血缘关系"，事实认定的准确性恰恰是证据法价值追求的核心。

2.“准确认定案件事实”立法目的的立法体现

以本次《刑事诉讼法》的修改为契机，将刑事证据制度的立法目的明确为"准确认定案件事实"是必要之举。具体应通过如下方式在立法中加以规定、强化。

第一，修改《刑事诉讼法》第二条关于刑事诉讼任务的规定，现行法第二条规定，刑事诉讼法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律……。在当下，将整个刑事诉讼活动的任务归结为查明事实，显然不符合刑事诉讼程序及证据适用的机理，因此，建议将查明犯罪事实改为准确及时地"查明、认定案件事实"。第二，在证据章，现行法第五十条之前增加两个条款：增加第 50 条，刑事证据的收集、审查、认定应当依法展开，确保事实认定的准确性；增加第 51 条，将证据裁判原则入法，具体表述为：认定案件事实，必须以证据为根据，坚持证据裁判原则。证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据。这样，立法目的与证据裁判原则一体呼应，证据裁判原则以立法目的为依据，立法目的以证据裁判原则为抓手，并借助证据裁判原则进一步延伸到具体的证据规则和证明规则当中。

（二）刑事证据制度基本原则之确立

基本原则的确立为证据规则和证明制度提供直接依据和支撑。证据裁判原则是刑事证据法的核心原则，已经在司法解释与相关证据规定中得以确立，亟待入法，以统合整个刑事证据制度立法。同时，直接言词原则、自由心证原则和疑罪从无原则等亦应在刑事证据立法中确立，并将其贯穿于证据规则和证明制度之中。

1．证据裁判原则之确立

证据裁判原则是人类认知理性和价值理性结出的一个硕果，依据证据认定案件事实，以及其所衍生出来的证据资格、证明方法、证明程序、证明标准，形成一体化的要求，缺一不可。证据裁判原则的核心要义集中体现为三个方面：

其一，对案件事实的认定必须以证据为根据，没有证据不能认定案件事实。古罗马有一句谚语叫无证据不事实。英国法学家边沁也提出，证据是正义的基石。这些格言所强调的就是证据对于裁判的决定性意义和不可替代性。证据裁判原则的基本要求就体现为对案件事实的认定必须以证据为根据。如果没有满足这个要求，那它就不是证据裁判。

其二，证据必须要有证据能力，必须是经过法庭调查的证据。证据能力是指法律资格，哪些证据允许出现在法庭上，证据在具备相关性的同时，还要满足各项法定的要求。对此，两大法系都有

[1]罗纳德 · J · 艾伦：《刑事诉讼的法理和政治基础》，载《证据科学》2007 年第 1、2 期合刊，第 169 页。

相关的规定：在大陆法系，主要是一些证据使用禁止的规定，在证据进入法庭调查之前要进行合法性筛选；英美法系是以可采性为核心的证据规则体系。我们国家的证据能力规则集中体现在非法证据排除规则的规定上。我国 2021 年《最高院司法解释》第 71 条规定，证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据。这个条款删去了原来第 63 条“但法律和本解释另有规定的除外”的表述。例外规定的删除，显然是更加严格地贯彻证据裁判原则的体现。

其三，法定证明标准的达到。有罪判决必须要满足法定的证明标准，既有证据没有达到法定证明标准应该疑罪从无，作出无罪判决。在大陆法系，证据裁判原则是和自由心证原则联系在一起的。自由心证原则要求法官要凭理性、良心自由地判断证据的证明力。为了防止法官主观片面、滥用司法权力，证据裁判原则要求法官的自由心证必须以证据调查为基础，以法定的证明标准为衡量。所以证明标准就是制衡裁判者自由心证的最终要求，也是制约司法权力滥用的重要屏障。没有证据裁判，自由心证就成了脱缰的野马；没有自由心证，证据裁判原则也会走向机械和僵化。在这中间，证明标准是一个重要的桥梁，它蕴含于证据裁判原则的要求当中，为自由心证设定边界。

综上，证据裁判原则直接反映了刑事证据制度准确认定案件事实的目的，能够涵摄证据规则及证明制度的规定。目前，我国两高的司法解释和相关证据规定中，均强化了证据裁判的要求。《刑事诉讼法》证据章理应将“证据裁判原则”确立为证据制度的基本原则，与“准确认定案件事实”的立法目的相呼应，成为统领整个证据规则和证明制度的一个基本原则。

2．直接言词原则之确立

直接、言词原则是大陆法系国家在审判阶段适用的重要原则。英美法系国家的刑事诉讼法没有规定直接、言词原则，但在其当事人主义诉讼构造之下所确立的传闻证据规则也具有与直接、言词原则非常相似的理念和要求。在刑事诉讼证明活动中，直接言词原则体现为以下两方面的要求：其一，法官在刑事诉讼证明活动中必须亲自接触证据，赋予控辩双方通过言词陈述方式对证据进行质证的机会，然后在此基础上进行认证，否则，其所作出的裁判不具有法律上的效力。其二，控辩双方的举证、质证等一系列证明活动必须在法官面前以言词的方式进行，证人、被害人、鉴定人必须出庭，反对书面材料。凡是通过书面材料、不出庭等间接方式参与证明活动的，将遭致不利的裁判后果。

直接言词原则的确立对于确保刑事诉讼证明活动的公正性、公开性、民主性具有重要意义。我国刑事证据制度的立法完善应将直接言词原则确立为基本原则，并通过强化证人出庭作证制度，确立传闻证据规则、法官当庭认证制度，建立保障诉讼证明活动集中进行机制等，确保这一基本原则的实现。

3．自由心证原则之确立

自由心证原则是在近代自由心证制度的基础上确立的。自由心证原则的基本含义是，法律对于证据的证明力及其取舍不作具体的规定，而是由法官依据自己的良心、理性独立、自由地进行判断，并以在此基础上形成的心证作为裁判的基础。证据的取舍和证明力的判断是刑事诉讼证明最重要的环节，亦是法官职责中最重要、最关键的一项。现代自由心证原则更加强调对于法官心证的制约，这种制约主要体现在： 其一，通过证据资格的法律化，裁判者自由心证的适用范围呈缩减趋势。其二，强调心证的形成必须符合经验法则和逻辑法则。其三，强调裁判理由制度的确立。其四，明确心证所应达到的标准。

现代自由心证原则的确立使法官的事实认定活动更加理性、方式更加灵活，增强了证明活动的开放性和透明性，也使得刑事诉讼证明活动的正当性得到进一步的增强。我国刑事证据制度的立法完善应将自由心证确立为一项基本原则，淡化印证对于法官自由心证的绑架，走出刑事诉讼证明客观化的误区，并全面建立健全自由心证原则的保障和制约机制体系。

4．疑罪从无原则之确立

疑罪从无原则是无罪推定精神的典型体现。疑罪从无原则是指在刑事诉讼中，对刑事案件主要事实情节处于认定上的真伪不明状态，证据不够确实充分，不足以形成对指控犯罪的确凿和有力的证明力，不能认定被告人有罪，从而推定被告人无罪，对被告人作出无罪的宣告和判决。在现代刑事诉讼中，根据证明责任制度的规定，证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的责任由控方承担，辩护方不

承担证明自己无罪的的责任，如果控方不能证明犯罪嫌疑人、被告人有罪，则他们不应当被起诉或者应当被宣告无罪。

疑罪从无原则凝结了刑事诉讼证明活动的目的性要求，强化了刑事诉讼证明活动中被告人的权利保障。我国刑事证据制度的立法完善应将疑罪从无确立为基本原则，并在刑事诉讼证明活动中贯彻这一原则：规范认证程序，减少疑罪的出现；确立非法证据排除规则，扫除疑罪认定的障碍；确立多元化的刑事诉讼证明标准，尽早解决疑罪问题。

三、完善证据制度与证明机制

如何去打造一个有助于事实认定的证据制度，仁者见仁，智者见智。课题组认为，本次《刑事诉讼法》的修改，证据制度的立法完善应本着立法目的、原则、规则的序位去建构与完善。传统证据法由证据和证明两大部分组成，以往学界对于证据部分研究较多，对证明规则的研究相对薄弱，从国外的研究经验看，亦是经历由证据规则到司法证明的研究重点的转变。因此，在本次修法中应兼顾对证据与证明两大主体部分的修改完善。

（一）“法定证据”的突破与完善[1]

伴随证据制度的发展，我国刑事证据种类呈现出逐步扩大的趋势，在《刑事诉讼法》确立的 8 种证据种类之上，2021 年《最高院司法解释》第 100 条、第 101 条又增加了“专门性问题报告”“事故调查报告”在刑事诉讼中可以作为证据使用的规定。但当下的证据种类仍无法满足科技的发展与审判实践的需要。如对于大数据证据、人工智能证据应如何归类及运用，理论界一直充满争论。在第四次修法之际，是不断增加证据种类还是对法定证据种类予以适当的突破进而选择相对灵活的立法模式是必须直面的问题。

课题组认为，通过不断增加证据种类的立法思路是不可取的，主要理由如下：其一，无论立法如何缜密都无法避免“出台即滞后”的局面。修法不同于理论创新，其需要吸收与反映理论与实务中相对成熟的观点与做法，对于争论过于激烈的问题通常并不会用法律的形式予以固定，例如“情况说明”可否作为证据的问题，一直以来都没有明确结论，但司法机关却在诉讼中不断使用。更重要的是，新问题总会不断出现，立法滞后难以避免。其二，当立法规定了某一新的证据种类可以在刑事诉讼中使用，在实践中便出现直接使用该证据而忽略对其审查的问题。尽管法律规定了需要证据经过查证属实才可作为定案根据，但作为新的证据种类，无论视听资料还是电子数据亦或是专门性证据，司法实务部门对其的态度往往均是直接采信，这与实务部门无法尽快适应新变化不无相关。每当新证据出现，最高法院通常会出台解释性文件，学界亦会涌现批量研究成果，其目的均在于加强对该证据的审查判断，但司法实务的惯性使得办案人员对上述文件、成果的学习收效甚微，往往直接采信新证据导致事实认定出现差错。其三，“法定证据”构成对辩方的多重限制，在证据的提供及质证等方面背离控辩平等原则。事实上，在我国不仅证据种类是法定的，证据的收集主体也受到法律的授权与限定，如《刑事诉讼法》对于“行政机关收集的实物证据”“监察证据”亦规定可以在刑事诉讼中使用。一方面，“主体法定性”给予公权力机关更多提供证据的权力与机会，淡化与否定了公民个人及辩方举证的权利。一些办案机关以证据是个人收集提供为由，不采纳对事实认定有关键意见的证据材料，影响了事实认定的全面性与准确性；另一方面，行政机关及监察机关提供的证据被赋予当然的证据能力，对辩方的质证权及辩护权构成压制。其实，“行政机关收集的实物证据”“监察证据”也仅仅是可以在刑事诉讼中使用，其是否具有证据能力及证明力需要经过控辩双方的质证与辩论，查证属实方可作为定案的根据，法官应时刻对其保持审查的中立立场。

基于“准确认定事实”的立法目的，证据制度需要突破“法定证据”的束缚和局限，应当保持适当的开放性与灵活性，进而将对证明案件事实有价值的信息材料尽量多的纳入诉讼轨道。其后，通过“证据能力”“证明力”的审查判断，将不具有证据能力的证据予以排除，最后，通过庭审程序中的控辩质证辩论划定法庭采信的定案根据的范围，据此完成裁判者对证据的审查判断。为此，立法者无需将改革的重点放置于证据范围的厘定，亦或是遵循成熟一个发展一个的固有立法思路，而应重点强调对证据种类的审查判断，使之符合“证据能力”“证明力”的证据要求，并明确相应的证据规则体系。

[1]“法定证据”在本文主要是指证据种类法定，取证主体法定，未涉及审查判断证据的具体规则。

考虑到当下证据种类法定化严重及司法机关的办案习惯等情况，可采用列举式+兜底条款的做法予以完善。一方面，将现有证据种类进行整合，如可根据证据审查判断的方法，将相近似的几种证据合并为“笔录证据”“意见证据”“数字证据”等完成证据种类的“瘦身”，另一方面，增加一条兜底的灵活性规定，“可以证明案件事实的其他材料也可以作为证据”，同时强调对所有证据的审查判断。

（二）明确证据制度的分析工具，规范司法解释中的概念和术语

在证据法的分析工具问题上，存在“三性”“两力”“相关性与可采性”等不同的理论模型，或者说是证据要素的分析工具。传统的三性说不能满足立法的需要。首先，“三性”的内涵具有不确定性。比如说什么是客观性、相关性、合法性？各种解释纷繁复杂，无一定论。其次，“三性”过于抽象。比如对于相关性缺乏具体规则的支持。一些证据材料表面相关但实际上无相关性，如品格证据，需要通过证据规则予以明确，把好证据的入口关。最后，对合法性的泛化理解，不能为非法证据排除规则提供理论支持。总体上，“三性”理论没有为证据规则的建构提供支持，亦不能涵盖应有的证据规则体系，司法实践的运用主要依靠经验，实践效果不彰。从理论上看，“三性”说的背后，反映的其实是一种结果性的事实观，就是用难以外化为规则的、脱离了程序的经验性的内心活动去审查证据。在以审判为中心的改革背景下，我们应当从结果性事实观迈向程序性事实观，而证据能力和证明力这“两力”正是通向程序性事实观的重要通道。

选择证据能力和证明力作为分析工具，有助于证据规则的立法建构和完善。证据能力是对于证据的法律要求，证明力是对证明的事实要求，前者是由证据规则进行规制，后者通常是法官的内心裁断。《最高院刑诉法解释》在试图区别一些概念，在证据的审查判断中，我们看到“不得作为证据使用”“不能作为定案的根据”的表述。“不得作为证据使用”多是用来解决证据资格问题，即解决证据准入问题，比如说非法证据排除规则的规定，用的是“不能作为证据使用”；“不能作为定案根据”的表述存在于八种证据的审查判断中，明确一些情形下不能作为定案的根据，一些情形下有瑕疵可以进行补正或者作出合理解释，如果不能补正就不得作为定案的根据。在此，“不得作为定案根据”更多地体现了证明力的要求。所以，应当把现有司法解释进行进一步梳理，进行证据能力规则的甄别，将“不得作为定案根据”的一些规定予以厘清，归并到“不得作为证据使用”项下，进而作为排除规则体系的内容。我国刑事证据立法取得了长足的进步。比如《最高院刑诉法解释》第 86 条：“在勘验、检查、搜查过程中提取、扣押的物证、书证，未附笔录或者清单，不能证明物证、书证来源的，不得作为定案的根据。”其实这是用来解决证据来源问题的，应提炼为鉴真规则予以明确规定。相似的情况还有一些，需要系统梳理，将证据能力与证明力的规则予以区分。

（三）以规范证据能力为中心，构建我国刑事证据规则体系

根据我国司法解释和程序改革的现状，诸如相关性规则、品格证据规则、鉴真规则、意见证据规则、传闻证据规则、非法证据排除规则、供述自愿性规则、证人特权规则等等，都是相对成熟的规则，可以确立为证据能力的规则体系。除了相关性规则外，上述规则主要是从证据能力的否定方面去规定的，即主要从排除规则角度建构证据规则体系。对证据能力的规范主要是经由一系列的排除规则来实现，已然成为共识。相应的，对证明力的规范则主要依赖于采信规则。[1]就立法目的而言，证据资格（证据能力）规则旨在识别出不符合法定要求的证据并将其剔除，对证据范围进行筛选与把关。证明力规则旨在对证据力的评价过程进行引导，对证据所蕴含的事实信息进行确认。就适用效果而言，证据资格规则由于对证据范围的限缩而或多或少的给事实认定设置了一定的屏障；证明力规则则通过对证据事实的揭示而有利于促进案件事实的准确认定。[2]通过排除规则体系的确立，能够激活庭审的实质化，同时也是对目前非法证据排除过于单一局面的突破。应当确立与时俱进的、开放的证据规则体系，打破非法证据排除规则一枝独秀的局面。在证据规则体系的完善方面，应重点强化以下方面：

1．鉴真规则的明确

---

[1]证据的采纳是入门问题，证据的采信是定案问题。参见何家弘：《证据的采纳和采信——从两个证据规定的语言问题说起》，载《法学研究》2011 年第 3 期，第 138 页。

[2]孙锐：《事实认定视阈下证据资格规则的体系性重塑》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 2 期，第 163 页。

虽然《最高院司法解释》及其他规范性文件均体现出鉴真规则的要求，但总体而言，《刑事诉讼法》对鉴真规则的规定缺乏明确性、系统性。鉴真规则旨在解决的是举证一方于法庭上出示的实物证据，与其在诉讼主张中所声称的实物证据之间是否具备同一性的问题。此处的“真”是对相关性的初步筛查，至于证据到底是否为真，是否对案件具有证明力，并非鉴真所解决的问题。由于实物证据是“哑巴证据”，在实践中实物证据从收集提取到当庭出示存在时空间隔、地点转换，更加剧了其同一性认定的难度。鉴真规则有助于规范证据的收集与证据的保管，从源头上规范司法活动，保障事实认定的准确性；同时该规则可以改变庭审的质证方式，证人出庭作证的适用对象从言词证据扩展至实物证据，注重对过程实物证据产生与保管过程的质证，使庭审调查实现实质化。同时，鉴真规则尝试用不同规则解决不同问题，使我国的证据规则体系更加丰满，更具有针对性。对于鉴真不能的证据材料，应否定其证据能力，不得作为证据使用。

需要特别提出的是，针对电子数据的虚拟性、可复制性、易篡改性，还需要将建立适应电子数据表现形态、技术特征的鉴真规则和原件规则。电子数据作为实物证据，其可以采取物证、书证等传统实物证据的鉴真规则和原件规则。在现有制度规定和司法实践中，“保管链证明”和“独特性确认”仍是电子数据鉴真的重要途径，比如在电子数据收集中需制作取证笔录、同步录像、见证人见证等。但是，电子数据与传统实物证据的存在形态、取证模式有较大差异，传统鉴真方法在电子数据中适用存在局限性。我国各级司法机关探索将完整性校验、可信时间戳、数字签名、区块链存证等信息技术应用于电子数据鉴真，由此形成了电子数据的技术性鉴真。[1]《电子数据规定》《电子数据取证规则》《在线诉讼规则》等司法解释和规范性文件，已经明确规定了可信时间戳、数字签名、哈希值校验、区块链存证等技术方法来鉴真电子数据。《刑事诉讼法》再修改，应整合现有电子数据的鉴真规则，建立包含电子数据技术性鉴真在内的规则体系。

作为实物证据的电子数据，也需要适用原件证据规则。由于电子数据具有可分离性、可复制性等特征，这使得电子数据的原件认定标准更为复杂。《电子数据规定》《电子数据取证规则》等司法解释和规范性文件采取了“原始载体为主，拟制原件为辅”的认定标准。《刑事诉讼法》再修改，应当吸收现有制度中的成熟经验，明确电子数据原件的认定标准、法律效力等问题。

2．传闻规则的确立

针对当前庭审实质化改革遭遇的证人不出庭的困境，确立传闻证据排除规则尤为必要。传闻证据，是指陈述人不在审判或听证程序中所作出的而被作为举证一方主张事实为真的陈述，原则上传闻证据应被排除。唯有证人到庭接受控辩双方的质证询问，才能提升事实认定的准确性，保障被告人的质证权与辩护权，方可改变书面证言充斥法庭的现状。为此，一方面，应取消《刑事诉讼法》第 192 条规定的法院认为有必要的证人出庭的限制条件。将该条“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”扩大为“证人证言对案件公正处理有重要影响”，以包容程序性争议及涉案财物处置等问题，扩大证人出庭的范围。另一方面，明确规定排除传闻的例外，特别是细化证人因正当理由不到庭的情况，强化规则的可操作性。同时，确立证言优先的规则。对于有证据能力的庭前陈述，其在与庭上证言比较证明力时，对于出庭证人的证言应优先采信，除非有较为充分的证据证明庭上证言为虚假证言。[2]对于现在第五章中证人的保障程序等一些程序性规定，可以移出证据章（篇）放入审判程序中予以规定。

3．非法证据排除规则的完善

首先，应细化和完善非法言词证据和非法实物证据规则。如进一步规范言词证据的排除规则，对于争议较大的“引诱、欺骗”等非法方法收集证据的证据能力予以细化规定；针对实物证据排除规则很少适用的情况，应进一步对实物证据排除规则予以完善，如果非法收集物证、书证程序已经达到可能严重影响司法公正的程度，是否再允许补正及合理解释，有学者主张此种情况下就不应该允

[1]谢登科：《电子数据的技术性鉴真》，载《法学研究》2022 年第 2 期，第 209-224 页。

[2]吴洪淇：《〈刑事诉讼法〉“证据章”的体系化重塑——以〈刑事诉讼法〉再修改为背景》，载《当代法学》2024 年第 5 期，第 43 页。

许补正，在此情况下的任何解释也都是不合理的。[1]使得纸面的法成为行动中的法。

其次，应当以基本权保障为中心，对非法证据排除规则的适用范围予以适当扩大。对于严重违反搜查扣押程序获取的电子数据等应纳入非法证据排除规则的范围。比如在初查中适用技术性侦查措施来收集电子数据、以网络远程勘验替代网络远程搜查来收集承载公民隐私权的电子数据等。这些电子数据的违法侦查取证行为严重侵犯了公民基本权利。但是，我国现有非法证据排除规则并不适用于电子数据，司法机关在实践中处理涉及非法电子数据的刑事案件时，有的司法人员会以欠缺法律规定为由直接拒绝对电子数据适用非法证据排除规则，有的司法人员则将电子数据依附于其原始存储介质而作为非法物证来适用非法证据排除规则。前者无异于鼓励和纵容侦查机关的电子数据违法侦查取证行为，既无法实现对侦查机关违法收集电子数据行为的程序性制裁，也无法对公民在电子数据违法取证中遭受侵害的权利予以程序性救济。后者会让承载公民财产权、隐私权等基本权利的电子数据依附于其原始存储介质获得程序性救济，但此种救济方式存在较大局限性，特别是随着电子数据的云存储、远程取证普遍兴起，在很多电子数据侦查取证中并不收集其原始存储介质，此时就无法依附性适用非法物证排除规则而予以程序性制裁。从域外相关国家或者地区的非法证据排除规则来看，其适用对象主要是侦查取证行为严重违法而侵害公民隐私权、财产权方式收集的实物证据，并不局限于传统物证、书证，也包括电子数据、视听资料。随着数字经济的不断发展，电子数据已经成为诉讼程序中的“证据之王”，数据已经成为承载公民各类基本权利的重要载体。为了有效保护公民的数字基本权利，实现对侦查机关违法收集电子数据的程序性制裁，此次刑诉法再修改有必要将电子数据纳入非法证据排除规则的适用范围。

最后，需要强化证据资格的程序保障，重视证据能力异议的优先处理。如果证据能力存在问题，就进入不到下一步的证明力审查。反之，如果先进行证明力审查，证据能力的审查其实就落空了，证据规则大多也就失去了意义。法官对于证据能力异议应当有回应，应强化证据能力的程序保障，重视证据异议的优先处理。《排非规程》中确立了对非法证据的先行调查原则，即最好在庭前会议中解决，庭前会议中如果不能解决，即在法庭审理时先进行程序性调查，再进行实体性调查，只有证据能力问题解决了，才能进一步举证质证、进行证明力审查。但这一规则并没有在《刑事诉讼法》中予以体现，实践中更是没有得以履行，故需要进一步的立法推进并将其适用于其他证据能力规则。

（四）证明基本要素的明确与细化

证明对象、证明责任、证明标准、证明程序组成司法证明的构成要素。各个要素之间相互联系，存在内在连接，不可分割地共同组成诉讼证明的有机整体。证明对象决定了证明的走向，证明责任和证明程序呈现出证明的实现路径，证明标准作为事实认定的标准链接证明活动与裁判，是刑事证明的关键和归宿。

1.证明对象的拓宽

刑事诉讼中的证明对象，是指在刑事诉讼中证明主体需要用证据予以证明的案件事实。作为证明对象的事实是由法律明确规定的事实，伴随刑事诉讼裁判形态的发展与细化，证明对象所包含的事实亦应保持跟进：具体应包括：实体法事实、程序法事实、证据法事实、涉案财物事实；同时应对免征事实予以明确规定。

2.证明责任的动态调整：健全辩方证明责任的规定

证明责任与裁判结果紧密相连，是行为责任与结果责任的统一，更多应强调结果责任。原则上被告人不承担证明责任，法律另有规定的除外：其一，《刑法》明确规定应由被告人承担证明责任的情形或者其他可反驳的法律上的推定。如《刑法》第 395 条“巨额财产来源不明罪”。第二，阻却违法性及有责性的事实。如不可抗力、意外事件、正当防卫、紧急避险等事实。有学者借鉴大陆法系犯罪构成要件理论，指出应明确证明责任分配之一般原则，即构成要件符合性方面的事实由控方承担客观证明责任，若与犯罪构成要件有关的任何一项事实最终落入真伪不明状态时均应作对被告人有利的认定，即由控方承担不利后果。对于事关违法性与有责性的事实，原则上由被告人承担证

[1]张中：《刑事证据制度现代化的中国标准与制度安排》，载《国家检察官学院学报》2024 年第 5 期，第 7 页。

明责任，即若违法阻却或责任阻却事由是否存在出现真伪不明时由被告人承担不利后果。[1]发挥程序法对实体法完善的促进作用。其三，被告方主张的程序性事实。《刑事诉讼法》第 58 条第 2 款规定："当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的，应当提供相关线索或者材料。"其四，量刑证明中有利于被告人的量刑事实。其五，涉案财物处置中被告人主张的有利于其的财产事实。

3.主观证明标准的强调和保障

我国刑事诉讼证明标准经历了从客观标准到主观标准的兼容与发展。2012 年《刑事诉讼法》在原来"案件事实清楚、证据确实充分"的基础之上增加"排除合理怀疑"的规定，实现了客观标准与主观标准的兼容发展。有关客观标准与主观标准的关系，学界存在争论：有学者认为，二者相辅相成，缺一不可：客观标准是证标准明建构的过程；主观标准是反面问询的结果。[2]也有学者认为，主观证明标准是对客观证明标准的补充与完善。[3]本文认为，刑事诉讼证明是一个主客观相结合的过程，但是，证明过程的终端归结为裁判者内心的主观确信。因此，证明标准是一个主观范畴，其表征的是证明活动最后在事实认定者内心形成的刻度。我国《刑事诉讼法》中一直将"案件事实清楚，证据确实、充分"作为证明标准，力求为刑事诉讼证明活动确立一个最高的标准。实践中，为了追求事实真相的发现，追求高标准，将刑事诉讼证明标准客观化，掩盖了证明标准的主观性，法官通过印证定案，规避主观判断问题。本文认为，在证明标准问题上，亟待走出客观化误区，厘清其作为主观心证标准的本质。

4.证明程序中辩方参与的强化

刑事诉讼中的证明程序包括举证、质证、认证以及定案等构成环节。辩护律师的出庭，举证、质证和辩论，是准确认定事实的制度要求和保障，也是庭审实质化的必然要求。只有充分保障辩方的诉讼权利，证据排除规则才有可能启动并实现，"排除合理怀疑"的证明标准才能有望落实。

（五）淡化印证证明，提倡多种证明方法

龙宗智教授认为，印证与心证相对应，印证更加强调客观层面的内容。印证起初是作为一种证明方法，例如被告人供述是否真实需以相关物证、书证等进行印证。随着司法实践对印证的强调，除了对于个别证据进行印证外，还需要对全案证据进行印证，这将印证从证明方法的视角提升到了证明标准的层面。有学者统计，2012 年《最高院司法解释》 增加了 10 处通过"印证"审查证据和认定有罪的表述，具体使用方式均为证据与证据之间相互"印证"，也有证据的综合审查判断。2021 年的解释沿用了这些规定，对实践产生极大影响。[4]

印证是对证据证明力的审查判断，而非完整证明活动，更不能将其提升到证明标准的高度；单纯强调印证的证明作用，会出现印证的形式化甚至虚假化，导致裁判者心证的缺失。印证不应在证明标准涵义上去要求，严格说也不应成为一种证明模式，其只是审查判断证据的一种方法而已。应重视其他传统的审查判断方法，除了印证法之外，常用的审查判断证据的方法还有甄别法、比较法、辨认法、 鉴定法、实验法、对质法、反证法和排除法；此外，国外证据理论中的叙事法（故事与最佳解释）亦都可被证明方法容纳。同时，需要警惕"唯证据论"的倾向，证明中对于经验法则、推定规则的适用条件及规则亦需要立法凝练与体现。

（四）证明机制的多元化

"有裁判必有证明"，刑事诉讼证明并不局限于定罪活动，不同的证明对象、证明主体及证明程序都对证明活动发挥影响，最后体现为多层次（差异化）的证明标准。《刑事诉讼法》只对定罪证明标准予以规定，不能满足多样化诉讼程序的发展与需求，为此应探讨多元化的证明机制，其中一个重要方面是区分定罪证明与认罪证明。

伴随认罪认罚从宽制度的推进，在合意式诉讼模式已然形成，与此相适应，证明理论亦需变革

---

[1]孙远：《证明对象、要件事实与犯罪构成》，载《政治与法律》2011 年第 8 期，第 109 页。

[2]龙宗智：《中国法语境中的"排除合理怀疑"》，载《中外法学》2012 年第 6 期，第 1137 页。

[3]陈瑞华：《刑事证明标准中主客观要素的关系》，载《中国法学》2014 年第 3 期，第 191 页。

[4]魏晓娜：《为客观真实辩护》，载《法学家》2024 年第 2 期，第 151 页。

并跟进，亦服务于新的诉讼模式的需要。首先，通过控辩协商所建构起来的是一种合意性事实，是控辩双方对事实结论的一致认同，是最终经法院所审查确认的事实，体现为由“事实认定”到“事实确认”的转变。其次，合意式诉讼凸显了口供的地位和作用，证据规则的设置和适用出现宽缓和限缩的特征，口供补强规则的作用得以凸显。最后，在合意性事实的证明中，由于辩方针对于控方指控事实的证伪不复存在，“排除合理怀疑”失去赖以存在的程序空间，导致实际上主观心证程度的降低，加之证据合意所带来的客观方面的减损，“清楚可信”的证明标准将更加契合合意式诉讼模式的理论与实践。

刑事诉讼专门性证据制度完善研究

山东大学法学院课题组*

内容摘要：为回应社会发展和案件处理的需求，我国刑事诉讼实践中对专门性问题的解决已形成“以鉴定意见为主，以专门性问题报告、事故调查报告为辅”的多元化模式。不过，刑事诉讼法规定的解决专门性问题的证据类型仍只限于鉴定意见，司法解释对专门性证据类型的拓展亦难以满足司法实践的紧迫需求。建议在刑事诉讼法修改时，将专门性证据增设为新的证据种类，包括鉴定意见、专门性问题意见和专家意见报告三种子类型，同时确立法院的实质审查立场，明确各类专门性证据的审查重点，优化专门性证据的审查程序。

关键词：刑事诉讼；专门性证据；类型化思维；实质审查

随着社会分工的细化和科技的发展，刑事诉讼过程中办案人员时常会面临一些超出办案人员认知范围的专门性问题，需要有专门知识的人提供专业支持，弥补其认知能力的不足。为回应司法实践的急迫需求，我国刑事诉讼实践中对专门性问题的解决模式已形成“以鉴定意见为主，以专门性问题报告、事故调查报告为辅”的多元格局。不过，目前刑事诉讼法只规定了鉴定意见这一专门性证据类型，对于其他专门性证据如行政执法机关出具的食品安全检测结论、税务稽查报告等检验报告以及事故调查报告等专门性认定，在证据种类、审查标准、质证规则等方面均缺乏明确规范，法院通常只进行形式审查即普遍采信，从而容易引发当事人的不满，甚至造成冤假错案。鉴此，本文拟对刑事诉讼专门性证据进入深入研究，进而提出解决思路和规制建议，以期裨益于刑事诉讼法的第四次修改。

一、刑事诉讼专门性证据的概念界定与实践样态

（一）刑事诉讼专门性证据的概念和特征

何谓专门性证据？目前尚存在不同的认识。有学者认为，专门性证据是需要具备专业技能的专业人士借助专门性知识通过司法鉴定等特定程序获得的证据，且形成该专门性证据所需的专门性知识和专业技能通常是普通人不具备的。[1]也有学者指出，专门性证据是具有专门知识的人依据相关法律规定、根据自己的经验学识，对案件中与待证事实相关的专门性问题进行的推理与判断。[2]而所谓专门性知识，“是指特定领域内的人员理解和掌握的、具有专业技术性的认识和经验等。”[3]专门性问题，则是指涉及科学、技术、经验或者其他专业领域的知识、需要求助于对相关问题具有专门知识的人进行检验并且作出判断的复杂问题，[4]因而办案人员无法凭借其直观、直觉或者逻辑推理直接做出肯定或否定判断。[5]综括相关的观点，我们认为，刑事诉讼专门性证据是指，由特定领域内具有专业技术性认识的人或者机构，运用科学技术或专业知识，对刑事诉讼中超出一般人正常认知能力的、仅凭办案人员直觉或逻辑推理无法直接做出判断的事实认定问题进行的推理与判断。

刑事诉讼中的专门性证据具有如下特征：

第一，专门性证据的运用目的在于解决案件事实认定过程中的专门性问题，而非对案件事实情况的法律评价或者法律适用。正如有学者指出的，专门性问题是一个由科学问题转换过来的事实认定问题，是法律适用的前提要素。[6]专门性问题尽管可能与法律评价相交织，但本身不是法律性问题，因此，诸如市场监督管理部门出具的传销认定报告等就不是专门性证据。

第二，专门性证据具有“科学性”，即需要运用科学技术或专业知识方可获得。在刑事证明领域，除物证鉴定、法医学鉴定等以自然科学知识、技术为基础的传统法证科学领域外，心理学、精神病

---

* 中国刑事诉讼法学研究会刑事诉讼法制完善重点项目“刑事诉讼中专门性证据制度完善研究”的结项报告。课题组成员包括：周长军，山东大学法学院院长、教授；冯俊伟，法学院副院长、教授；丁瑶，法学院博士后；孙戈，法学院诉讼法学博士生；刘腾飞，法学院诉讼法学博士生。

[1] 吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期。

[2] 吕泽华、渠澄：《专门性问题报告的审查判断困境与制度重塑》，载《青海社会科学》2023 年第 5 期。

[3] 参见《最高人民检察院关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定》第 2 条第 2 款。

[4] 马贵翔、张海祥：《意见证据规则探析》，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2009 年第 2 期。

[5] 顾永忠：《涉案财产价格认定的应然属性及其管理体制》，载《法治研究》2021 年第 2 期。

[6] 邵俊武：《论专门性问题的诉讼证明》，载《现代法学》2000 年第 6 期。

学、社会学等社会科学知识或利用各自领域的研究方法所得的知识，也逐渐用于各种专门性问题的解决。[1]

第三，专门性证据的出具主体多元化。专门性证据的证明对象既不是法律问题，也不是一般的常识性问题，因此通常无法由公安司法人员直接作出肯定或否定回答。[2]实践中，专门性证据的出具主体主要是各类鉴定机构、对某一行业负有行政管理职责的国家机关、拥有相关职能的事业单位、所涉领域的行业协会等社会组织、具有专门知识的个人等。

第四，专门性证据属于言词证据。专门性证据运用特定领域的专业知识对专门性问题所作的经验阐释、推理判断等，往往只能通过语言描述的方式进行表达和呈现案件事实，应当归属于言词证据。实践中，有法院将专门性证据定性为书证的做法是不妥当的。

第五，专门性证据的载体、质量和呈现方式等具有多样性。专门性证据的证明对象具有复杂性，因而适宜的证明载体是不同的。与此同时，专门性证据的出具主体不同，在取证规范性、能力高低等方面存在差别，进而影响了其证据质量和呈现方式。

（二）刑事诉讼专门性证据的实践样态

我国刑事诉讼实践中存在着多种多样的专门性证据，有些是法律明确规定的，有些则是由位阶较低的其他规范性文件提及的。

首先，鉴定意见是刑事诉讼法明确规定的证据种类，司法解释及相关规范性文件则细化了鉴定机构、鉴定人、鉴定程序以及鉴定意见的相关规定。

其次，司法解释拓展了专门性证据的范围。2012 年“高法解释”规定，对缺乏法定鉴定机构处理的专门性问题，允许由有专门知识的人出具检验报告，但只是“作为定罪量刑的参考”。随着实践中对专门性证据需求的不断高涨，司法解释认可了非鉴定意见类专门性证据在刑事诉讼中的使用。在 2021 年“高法解释”第 100 条和第 101 条，就分别明确了有专门知识的人出具的专门性报告和事故调查报告在刑事诉讼中可以作为证据使用。[3]

最后，其他规范性文件进一步确立了行政执法中的专业性认定或报告的刑事诉讼证据地位。比如，2017 年环保部、公安部和最高人民检察院联合发布的《环境保护行政执法与刑事司法衔接工作办法》规定，环保部门在行政执法和查办案件过程中依法收集制作的监测报告、检验报告、认定意见等，在刑事诉讼中可以作为证据使用。此类专业性认定或报告有别于“高法解释”中的专门性问题报告和事故调查报告：前者是在行政执法过程中制作的，出具主体往往是主管的行政机关或其直属机构；后者中的专门性问题报告是在特定情形下由有专门知识的人出具的报告，事故调查报告则多指安全生产责任事故案件中由专业行政执法机关、公安司法机关及第三方专业机构等参与对案件专业问题形成的综合判断。[4]此外，一些规范性文件还规定了行政机关的专业性认定可以在刑事诉讼中“作为认定案件事实的参考”。比如 2024 年“两高”与公安部、中国证监会联合发布的《关于办理证券期货违法犯罪案件工作若干问题的意见》规定，在涉及证券期货专业问题的案件中，公检法机关可以商请证券期货监管机构出具专业认定意见，作为认定案件事实的参考；证券期货监管机构作出行政处罚的案件，进入刑事诉讼程序后主要事实和证据未发生重大变化的，公检法机关可以参考行政处罚决定的认定意见。

概而言之，刑事审判中用以解决专门性问题的证据呈多元化发展趋势。除法律规定的鉴定意见、司法解释规定的专门性报告和事故调查报告外，越来越多的行政执法机关的专业性认定或报告等专门性证据在刑事诉讼实践中得以运用，有些甚至超出了现行规范性文件的覆盖范围。

---

[1] 王星译：《刑事诉讼中的社会科学证据》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2022 年第 4 期。

[2] 陈光中：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》，中国法制出版社 2004 年版，第 277 页。

[3] 2021 年“高法解释”第 100 条规定：“因无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告，可以作为证据使用。”第 101 条规定：“有关部门对事故进行调查形成的报告，在刑事诉讼中可以作为证据使用；报告中涉及专门性问题的意见，经法庭查证属实，且调查程序符合法律、有关规定的，可以作为定案的根据。”

[4] 张泽涛：《行刑衔接中采信专业性认定之困境及其破解》，载《法学研究》2024 年第 1 期。

二、刑事诉讼专门性证据的适用困境

由于我国刑事诉讼法对专门性证据的规定单一，难以适应日益复杂的案件处理需求，以致实践中出现了专门性证据类型的自发扩张，加之法院审查流于形式化，因而存在出现冤假错案的风险。

（一）专门性证据的立法滞后

如上所述，对于专门性证据，我国刑事诉讼法只将鉴定意见纳入法定证据种类，同时由于刑事诉讼法对证据种类的规定采取的是列举性的封闭模式，因而当刑事案件中的某一专门性问题（如是否文物、是否艺术品、是否淫秽物品等）难以运用鉴定意见加以解决，法官需要采取法定鉴定以外的方式时，就遇到了法律难题。为满足审判实践中日益增长的专门性问题的解决需求，最高司法机关不得不通过颁布司法解释或其他规范性文件的方式拓展专门性证据的范围，但由于超越了刑事诉讼法的规定，因而容易引发案件当事人对证据出具主体资质的质疑和对裁判正当性的挑战。[1]不仅如此，零敲碎打式的增补性规定难以全面覆盖法院审理刑事案件中涉及到的所有专门性证据材料。这些都显示出刑事诉讼立法在专门性证据方面的滞后性。

（二）专门性证据的种类归属不明

除鉴定意见外，专门性证据的种类归属都缺乏法律的明确规定。由此导致，司法实践中对专门性证据的种类缺乏统一的认定标准，不同法院在处理同类专门性证据时，可能做出完全不同的归类和认定。比如，对于专门性报告，有的法院认定为书证，有的法院则归类为鉴定意见或者直接将专门性报告单列出来作为单独的证据种类。[2]又如，对于事故调查报告，相关的认识也是莫衷一是，有的视之为新的证据类型，有的视之为特殊的鉴定意见，也有的认为是书证与鉴定意见的集合体。[3]专门性证据的种类归属混乱，在实践中会导致无论生成环节还是审查判断环节都缺乏统一的参照标准和指引规范，从而赋予办案机关很大的灵活处理空间，容易出现恣意而为的问题，影响专门性证据的质量和裁判的公正性。

（三）专门性证据“参考”适用的语义模糊性

如前所述，一些规范性文件中规定，行政机关的专业认定意见可以在刑事诉讼中作为办案机关的“参考”。但何谓“参考”，语义上存在较大的模糊性，以致法官审理刑事案件时，对于行政机关的专业认定意见，到底是可以直接采纳还是需要独立评估，缺乏明确的操作标准。实践中，有些案件中的法官可能认为行政机关的专业认定意见具有科学性和权威性，因而高度依赖，作为主要的裁判依据；而另一些案件中的法官则可能仅将行政机关的专业认定意见作为辅助材料使用，并结合其他证据综合判断，由此出现了司法的不统一性和不确定性。

（四）专门性证据“参照”审查的局限性

按照 2021 年“高法解释”的规定，专门性问题报告“参照”鉴定意见的有关规定进行审查和认定。尽管没有同时规定事故调查报告及其他专门性证据的审查方式，但实践中法院基本上也是参照鉴定意见的有关规定审查的。不过，由于不同类型的专门性证据在出具主体、出具程序等方面存在较大差异，因而“参照”审查的方式具有很大局限性。主要体现在：一是出具主体的审查。鉴定意见依法由法定鉴定机构出具，而其他类型的专门证据由无法定鉴定资质的机构或个人提供，因而在主体资格方面很难“参照”审查。据学者调研，法院对于提供鉴定意见以外的专门性意见报告的检验机构、检验人的审查力度是有所放松的，使得这种证据形式能够较为轻易地跨过法庭质证和认证的门槛。[4]二是出庭主体的审查。由于鉴定人和有专门知识的人不完全重叠，因而在刑事诉讼法尚未扩大出庭主体范围的情况下，“使法庭对其他有专门知识的人的出庭理由审查缺乏规范依据”。[5]三是质证程序。2021 年“高法解释”对鉴定意见之外的专门性问题报告的审查规定的仅仅是“参照适用本节的有关规定”，

---

[1] 有实证研究发现，在样本案件的裁判文书中，刑事被告方以鉴定机构与／或鉴定人没有法定资质为由提出抗辩的案件高达 26 件，约占 70.3％。参见涂舜、陈如超：《刑事检验报告制度的实证研究》，载《甘肃政法学院学报》2018 年第 3 期。

[2] 刘静：《<刑事诉讼法>第四次修改背景下的证据制度完善研究》，载《浙江工商大学学报》2024 年第 4 期。

[3] 张泽涛：《行刑衔接中采信专业性认定之困境及其破解》，载《法学研究》2024 年第 1 期。

[4] 涂舜、陈如超：《刑事检验报告制度的实证研究》，载《甘肃政法学院学报》2018 年第 3 期。

[5] 龙宗智：《立法原意何处寻:评 2021 年最高人民法院适用刑事诉讼法司法解释》，载《中国法学》2021 年第 4 期。

因而规定在其他章节中的专家辅助人出庭协助质证制度、鉴定意见认证制度等能否适用于专门性问题报告[1]及其他专门性证据，存在不明确性。相应地，控辩双方是否有权申请专家辅助人出庭对鉴定意见之外的其他专门性证据进行质证，也是不确定的。

（五）专门性证据的司法审查形式化

刑事诉讼实践中，法官对交通事故认定书、行政执法检验报告等专门性证据往往高度认可和普遍采信。有学者检索 2013 年 11 月 11 日至 2022 年 7 月 28 日的 59 起涉嫌内幕交易案件发现，法院均采信了证监部门的专业性认定。[2]这一方面反映了法官对专业机构和人员技术能力的信任和尊重，反映了裁判对科学技术的高度依赖性，另一方面也折射出法官审查的形式化倾向，即法官常常只进行程序性的审查，而不对专门性证据的生成原理和方法进行实质性审查。

三、刑事诉讼专门性证据适用的类型化思维

基于上述分析，刑事诉讼法修改时，应当充分考虑对实践中广泛运用且未来还会不断衍生出新的专门性证据的规制问题。一方面，鉴于专门性证据的类型多元性和形态复杂性，单一的鉴定意见已难以涵括；另一方面，为了让立法保持一定的开放性和前瞻性，为可能出现的新型专门性证据留出制度空间，建议将专门性证据写入刑事诉讼法，明确为一种独立的证据种类，并将鉴定意见作为下面的子类型。

与此同时，应当采取类型化的思维审视和对待专门性证据的具体表现形态，将具有相似特征的专门性证据进行理论归类，以提升立法规制的科学性，并有针对性地引导和规范专门性证据的实践运用，强化法院的审查能力和案件事实认定的质量，提高裁判的公正性和可接受性。

根据出具主体、出具程序等标准，可以将专门性证据划分为三类：鉴定意见、专门性问题意见和专家意见报告。鉴定意见是已被刑事诉讼法明确规定的，也是主要的专门性证据类型；专门性问题意见和专家意见报告则是刑事诉讼法尚未规定但为满足实践中案件处理的需要而亟待规定的专门性证据类型，是对鉴定意见的必要补充。

（一）鉴定意见

鉴定意见是由具备法定鉴定资质的鉴定人依据法定程序出具的专门性证据。根据鉴定主体、适用程序和作用功能的不同，又可以划分为司法鉴定意见和行政鉴定意见。

司法鉴定意见是在刑事诉讼中，为解决案件中涉及的专门性技术问题，由具备相应资格的鉴定人或鉴定机构根据法律授权进行的科学检验、鉴别和评估活动而出具的意见。刑事诉讼法和司法解释对司法鉴定的适用范围、程序和法律效力作出了较为明确的规定。

行政鉴定意见则是行政执法过程中，行政机关委托具有一定资质机构中的有专门知识的人对专门性事项发表的意见。行政鉴定意见能否在刑事诉讼中作为证据使用？应当结合行政鉴定的程序、标准及独立性、公正性等情况，进行区别处理。其一，如果对于专门性问题的解决，仅存在行政鉴定方式或者法律上认可的行政机构鉴定时，那么这类行政鉴定意见就可以直接运用于刑事诉讼中。前者如对医疗事故的技术鉴定、交通事故责任认定、价格认定等；后者如“两高”《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》中规定，对案件所涉的环境污染专门性问题难以确定的，由司法鉴定机构出具鉴定意见，或者由国务院环境保护部门指定的机构出具检验报告。其二，如果对于专门性问题的解决，既可以进行行政鉴定又可以进行司法鉴定，或者仅认可司法鉴定时，则原则上需要在刑事诉讼中重新进行司法鉴定。比如，根据“两高”《关于办理盗窃、盗掘、非法经营和走私文物的案件具体应用法律的若干问题的解释》之规定，对于涉案文物的鉴定或价格的评定，必须有 3 名以上经文物主管部门指派、经司法机关聘请的文物鉴定人参加。据此，行政执法阶段仅由执法部门指派的鉴定人作出的鉴定意见不能在刑事诉讼中使用。

（二）专门性问题意见

专门性问题意见是在无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，由有关机构就案件的专门性问题出具的意见。专门性问题意见的作出主体多是行政执法机关内设、附属或委托的机构，这些

---

[1] 吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期。

[2] 张泽涛：《行刑衔接中采信专业性认定之困境及其破解》，载《法学研究》2024 年第 1 期。

机构根据其专业知识和技能对案件中的专门性问题提供分析意见。比如，在盗窃、诈骗、职务犯罪、侵害商业秘密等案件中，多会涉及涉案财产价格的认定，往往需要借助价格认证机构出具的《价格认定结论书》予以解决。价格认定机构作为各级发展和改革委员会的直属事业单位，经过内部审核或集体审议，作出的《价格认定结论书》由法定代表人或者负责人签发并加盖公章。因此，涉案财产价格认定与鉴定意见存在显著区别，可以归类为专门性问题意见。又如，在行政犯罪案件中，常常会见到行政机关委托其内设机构或国家设立的检验、检测中心出具的专门性问题意见，或者行政机关委托社会上的企业、其他非鉴定机构出具的专门性问题意见。

需要指出的是，应当对行政认定意见与刑事诉讼专门性问题意见进行区分。前者虽然也涉及行政机关依据专业知识对专门性问题进行判断，但往往是由不具备检验、检测资质的行政机关及其工作人员作出的，且可能涉及对相关违法性问题的法律认定意见。比如，行政部门对非法集资的性质认定，其对于案件事实作出的技术性与专业性判断是专门性问题意见，但对于是否构成非法集资的性质认定则属于法律问题，不应作为专门性问题意见。

专门性问题意见具有以下特点：一是，依托行政执法机关等的专业性和实践经验，提供较为权威的专业判断。专门性问题意见往往涉及复杂的技术问题和专业判断，法官并不一定完全具备相关领域的专业知识，因此需要依靠这些意见来帮助理解案件的技术性细节。[1]当然，专门性问题意见并非决定性证据，能否被采纳，取决于法官对其独立性、客观性及与其他证据的关联性等方面的综合考量。二是，专门性问题意见的出具相对灵活，往往不像司法鉴定一样遵循严格的司法鉴定程序。[2]因此，在应对复杂多样的案件情形时，专门性问题意见能够更为迅速地提供技术支持，避免司法程序的拖延。

（三）专家意见报告

专家意见报告是指在刑事审判过程中，因无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告。出具主体不是相关专业机构或者具备鉴定资质的鉴定人，而是特定领域的专家。之所以将该专门性证据类型称为专家意见报告而非专家意见，一是为了承接 2021 年“高法解释”第 100 条的规定，即“有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告”；二是因为这类证据往往以书面形式作出，从而与刑事诉讼法第 197 条规定的“有专门知识的人”（又称“专家辅助人”）出庭提供的意见存在区别。

专家意见报告与鉴定意见存在以下区别：一是出具主体。鉴定意见由具备法定资质的鉴定机构或鉴定人出具，可信度较强；专家意见报告的出具主体则是具有特定专业知识的专家，不需要具备法定鉴定资质。二是法律地位和适用情形。在有相关鉴定机构时，应当以鉴定意见作为解决专门性问题的主要方式；专家意见报告则更多作为辅助手段，仅在无鉴定机构或法律和司法解释有规定时，用以帮助法官解决案件中的专门性问题。三是适用领域。鉴定意见一般适用于需要经过专业检测、分析和科学实验才能得出结论的问题；专家意见报告则常用于那些虽然涉及专业知识，但无需通过复杂实验或科学程序即可得出结论的情形，如对公司财务状况提供的专业意见等。四是出具程序。相较于鉴定意见，专家意见报告的出具程序更具灵活性。

四、刑事诉讼专门性证据的审查立场及其展开

（一）确立法官的实质审查立场

长期以来，法院往往将对专门性证据的审查重点放在主体资质、出具程序、签名印信、文书格式等形式要件上，从而对专门性证据是否可靠难以发挥应有的审查把关功能，甚至因对鉴定意见的盲从而造成冤假错案。[3]由于专门性证据即便符合形式要件，也不代表内容可靠，更不等同于意见正确，因而法官应当确立实质审查立场，强化对专门性证据的科学依据、运用过程、逻辑推理等深层内容的审查，以确保专门性问题解决的科学性和公正性。

第一，重视科学原理、技术标准或方法的可靠性审查。专门性证据赖以为据的科学原理、技术

---

[1] 参见苏志远：《刑事司法的“专门知识”系统：扩张原理与调控逻辑》，载《甘肃政法大学学报》2024 年第 3 期。

[2] 参见龙宗智、胡佳：《论技术性证据专门审查意见的证据能力》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 5 期。

[3] 陈永生：《论刑事司法对鉴定的迷信与制度防范》，载《中国法学》2021 年第 6 期。

标准或方法是否可靠，是实质审查的首要方面。专门性证据解决的是专门性事实问题，其出具必须基于专门知识和科学论证。正如有学者所言，原理和方法的可靠性是专门性证据可靠性的关键因素，而可靠性是可采性的前提，原理和方法的可靠性是其中最为核心的方面。[1]实践中，一旦科学原理欠缺充分的可靠性，就会导致案件事实认定的错误。比如 20 世纪末，骨龄鉴定、利用人类白细胞抗原（HLA）进行亲子鉴定等鉴定方法的科学性存在问题，所以其在我国司法实践中的运用容易导致出现错案。[2]对于专门性证据所依赖的科学原理、技术标准或方法是否可靠的审查，重点把握四方面：(1)该理论或技术是否能被且已被检验；(2)理论或技术是否受到同行评议并发表；(3)某一项技术的潜在误差率；(4)在科学界内的接受程度。[3]

第二，重视科学原理、技术标准或方法运用的正确性审查。科学原理或技术方法本身具有可靠性，不等同于其运用的正确性。正确的原理或技术方法若被错误运用，则由此出具的专门性证据仍然不能采信。对于科学原理、技术标准或方法是否正确运用，可以着重从两方面进行审查：一是专门性证据形成的过程和方法是否符合科学原理的要求。绝大多数专门性证据的生成都需要进行一定的检验、检测操作，操作中是否遵循了其原理所要求的流程和方法，就是决定其是否正确运用科学原理的关键。为此，对于需要进行检验、检测等操作的专门性证据，审查时应当要求举证方的专家讲述操作过程和方法，并同时提交检验检测记录等材料进行证明。二是分析计算方法是否符合科学原理要求。不同类型专门性证据的形成原理不同，对分析计算方法也有着特定的要求，因此应当对分析计算方法进行重点审查。[4]

第三，重视推理过程的合逻辑性审查。正如有学者指出的，专门性意见证据区别于其他证据的一个根本特征是其独特的演绎式推理结构，即将某一科学原理或技术方法(大前提)应用于具体个案情境（小前提），从而得出一个结论性意见（结论）。[5]而在科学结论与待证事实之间，往往需要一定的理论推导和逻辑推理。因此，对于专门性证据，法官应当注意审查其内容是否符合逻辑，如果发现前后矛盾、自相冲突或者推理不充分等问题，则不应予以采信。

（二）专门性证据审查重点的类型化考量

在明确法官实质审查立场的基础上，针对各种类型的专门性证据，应当确立不同的审查重点，为司法审查提供合理有效的指引。

1.鉴定意见：观念上避免忙从化

鉴定意见作为我国刑事诉讼法早已肯认的解决专门性问题的证据类型，在形式要件上有较为明确的规定，也形成了要素相对齐备的形式审查要求。不过，从以往的实践看，不少司法机关存在“只要鉴定意见认定的，就是正确的”错误认识，对鉴定意见的审查形同走过场。

为此，目前鉴定意见的审查重点应当是着力进行观念纠偏，摒弃盲从心态，强化实质审查立场，认真进行“科学原理或技术方法的可靠性”、“科学原理或技术方法是否正确运用”、“推理过程是否符合逻辑”三个层次的审查，不轻率地采信鉴定意见。当然，面对实践中“送检材料、样本不符合相关规定或来源不明，检材调取违反规定，或者因污染不具备鉴定、检测或认定条件的；鉴定、检测或认定对象与送检材料、样本不一致的；证据出具程序违反规定”等鉴定乱象，司法机关也要注意形式审查的事项，并通过严格适用证据排除规则解决这些问题。

2.专门性问题意见:“内容”与“程序”并重

专门性问题意见通常是在没有鉴定机构的情况下，由在相应行业领域具有一定专业知识或实践经验的有关部门出具的，且往往是多个工作人员参与并经集体审议作出，有相对规范的内部程序控制机制，责任也不直接归结于个人。因此，对专门性问题意见的审查应当侧重“内容”和“程序”两方面。

---

[1] 陈邦达：《鉴定意见审查认证规则及配套机制的优化》，载《法学》2023 年第 9 期。

[2] 陈永生：《论刑事司法对鉴定的迷信与制度防范》，载《中国法学》2021 年第 6 期。

[3] 王进喜编译：《证据科学读本:美国 Daubert 三部曲》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 52 页。

[4] 纵博：《论科学证据的实质审查》，载《法商研究》2024 年第 1 期。

[5] 吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期。

其一，审查专门性问题意见的内容。一是专门性问题意见与相关事实材料是否有明显矛盾之处。在这方面，应当核查作出专门性问题意见所依据的事实材料，确保专门性问题意见与其依托的事实基础相符合。二是专门性问题意见是否符合必要的专业标准和技术要求。三是专门性问题意见所使用的方法是否符合行业普遍公认的检验、检测或认定方法。

其二，审查专门性问题意见的出具是否符合相应的程序性规范。着重审查专门性问题意见的出具流程，从程序启动、材料送检、检验、检测或认定过程、结论出具等方面，审查是否符合法律和相关规定的要求。此外，还要审查行政规范性文件所设定的程序是否与刑事诉讼规范存在冲突，倘若不符合刑事诉讼程序要求，原则上应当重新检验、检测或认定。

当然，对专门性问题意见的审查，也不能忽略其出具主体的资格。对于主体资格，应当坚持"意见出具主体"与"实际制作主体"审查并重，既要审查专门性问题意见的出具部门是否具有相关资质或是否符合相关规范的要求，也要审查其实际制作主体是否具备相应的专业技术能力或资格。对于行政机关委托社会上的公司、其他非鉴定机构出具的专门性问题意见，法院更应加强主体资格审查，以决定是否作为定案依据。

3.专家意见报告："主体资格"重心化

专家意见报告的出具，主要依赖"专家"即"有专门知识的人"的专业性，因而专家意见报告的审查重点应当是主体资格。具体包括：（1）是否具备相关的从业资格及职称。从业资格是指从事某一专业学识、技术和能力的起点标准。从业资格通常具有等级划分，因而针对刑事诉讼中复杂程度相异的专门性问题，需要匹配以不同职称的报告人。（2）是否符合从业经历和从业年限的要求。从业经历和从业年限能在一定程度上反映报告人的专业实践能力，因而有必要将其作为主体资格的审查要素。（3）是否从事过相关研究并发表研究成果。有理论素养但欠缺实践经验的报告人肯定不符合专家意见报告的主体资格要求，不过，"理论—实践—再理论化"的发展路径显然更优，因而在实践基础上产出相关的研究成果能彰显报告人的专业水平。（4）其他能证明研究专门性问题能力的材料，比如该领域著名的学术奖项、权威性的职务头衔等。

当然，除报告人的专业资质和能力外，专家意见报告的内容、出具程序、形式要件等也应作为审查的重要方面。

五、刑事诉讼专门性证据审查的程序优化

刑事诉讼实践中专门性证据类型的不断拓展及其广泛适用，不仅需要立法层面的合理肯认与科学规范、司法层面对实质审查的强化，还要求优化相应的司法审查程序。

（一）庭前会议程序中嵌入专门性证据的形式审查

2024 年 7 月，"两高三部"联合发布了新的《办理刑事案件庭前会议规程》，进一步规范了庭前会议的召开情形、审查范围、程序机制等。庭前会议的功能在于对刑事审判的程序性问题进行"初筛"，[1]确保庭审的顺利进行，提升诉讼效率。建议将对专门性证据的形式审查也嵌入到庭前会议程序中，更好地契合以审判为中心的诉讼制度改革。

在庭前会议程序中，对专门性证据的形式审查主要包括两方面：其一，就是否申请重新鉴定、检测或认定，向控辩双方了解情况并听取意见。控辩双方对专门性证据出具主体的资质或资格、参与出具意见的有专门知识的人的资质、送检材料、出具程序等提出质疑的，法院认为有必要的，应当准予重新鉴定、检测或认定。比如，若被告人认为参与出具事故调查报告的行政执法人员存在应当回避的情形而未予回避的，法院经调查属实，应当同意被告人关于重新出具报告的申请。其二，就是否申请鉴定人、有专门知识的人出庭，向控辩双方了解情况并听取意见。专门性证据的出具主体较为复杂，专业水平也存在较大差异，控辩双方可能会申请其出庭接受质询，或申请专家辅助人出庭进行质证，因而在庭前会议中，法官有必要询问控辩双方是否申请鉴定人、有专门知识的人出庭接受质询或辅助质证。

（二）健全有专门知识的人出庭制度

虽然刑事诉讼法早已确立鉴定人等有专门知识的人出庭制度，但实践中鉴定人等有专门知识的

[1] 左卫民等：《庭审实质化改革实证研究》，法律出版社 2022 年版，第 32-33 页。

人出庭仍然属于凤毛麟角。究其原因，我国刑事诉讼法对鉴定人等有专门知识的人出庭采取的是“申请+审批”模式，在是否同意鉴定人等有专门知识的人出庭方面，法官掌握着相当大的裁量权。因此，在实际操作中，法官由于对案件的内心确信、有专门知识的人因无惩罚压力而不愿出庭以及审判效率等因素的考虑，往往不会通知鉴定人等有专门知识的人出庭。

然而，随着专门性证据类型的不断拓展，出现了“有专门知识的人”的范围扩张，各类质量品性参差不齐的专门性证据纷纷进入刑事案件处理过程中，意味着专业水平参差不齐的专家、专业人士出具的意见都可能成为刑事诉讼证据甚至定案依据，这就迫切需要健全有专门知识的人出庭制度，以确保法官对专门性证据进行实质审查的有效性以及案件事实认定的可靠性。

首先，拓展有专门知识的人出庭的范围和情形，同时要求法院对控辩双方的出庭申请只作形式审查。相较于鉴定意见，一些专门性问题意见或专家意见报告缺乏较为严谨的质量控制机制，更需要通过庭审质证活动强化法院的司法审查，因而有必要拓展有专门知识的人出庭的范围和情形，便于控辩双方与专门性证据的出具主体进行当庭对质，确保证据质量。相应地，对于控辩双方提出的关于有专门知识的人出庭的申请，法院只作形式审查即可，应当删除现行刑事诉讼法第 192 条中规定的法院认为“有必要出庭的”条件限制。此外，关于应当出庭的“有专门知识的人”的范围，既包括专门性证据的出具人，也要包括出具专门性证据的实际参与人，如出具专门性问题意见的有关部门中实际参与检验、检测、认定的工作人员；对于某些由多个部门联合出具的专门性证据，不同部门的参与出具该证据的有专门知识的人应该分别就其监管领域的专业性判断出庭作证。[1]

其次，严格规定有专门知识的人拒不出庭的法律后果。对于经法院通知，有专门知识的人或参与出具专门性问题意见的人拒不出庭作证的，一方面，法院原则上应当不予采信该专门性证据，更不得将其作为定案根据[2]，而当专门性证据不被采信时，相关的专门性问题可以通过补充鉴定、检测或认定的方式予以解决；另一方面，法院可以向拒不出庭的有专门知识的人的所在单位或主管部门发送司法建议，并视情形对其采取一定的执业限制。同时，可以参考《德国刑事诉讼法》第 77 条的规定，通过修改立法作出规定，有专门知识的人拒不出庭的，法院有权对其科处罚款。

最后，强化对有专门知识的人的出庭保障。一方面，完善有专门知识的人出庭补助规定。相关立法或司法解释应当明确，对有专门知识的人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐费用给予全额补助。此外，各地还应根据当地的经济发展水平和消费水平，通过地方性文件规定，对有专门知识的人出庭产生的其他费用也要给予标准不等的补助。有专门知识的人出庭补助费用，应当纳入地方司法机关的业务经费中，由同级政府财政加以保障。另一方面，加强司法行政机关对有专门知识的人的行业队伍的规范。从供给角度看，我国目前尚未形成有专门知识的人构建的职业团队，当事人一般从鉴定机构、大专院校、科研机构等聘请相关人员兼职担任诉讼中有专门知识之人。[3]由此导致，在刑事审判实践中，控辩双方有时需要有相关专门知识的人员出庭，法院亦予以准许，但难以觅得合适人选。为解决此难题，司法行政机关可以借鉴法律援助队伍的管理模式，尽快探索出一条适应实践需要的、具有中国特色的“专家证人”队伍构建之路。

（三）构建法官主导的控辩质询制度

为落实对专门性证据的实质审查要求，应当构建法官主导的控辩质询制度。专门性证据具有较强的专业性，司法审查难度大，尤其是当案件涉及高新技术领域时，法官通常难以凭借自身的知识储备判断专家意见是否具有可靠性和可采性，因而有必要通过强化控辩双方对有专门知识的人的质询活动，帮助法官做出合理判断。同时考虑到我国职权主义的刑事诉讼传统，法官对于控辩双方的庭审质询活动应当进行主持与把控，必要时可以对有专门知识的人补充发问。

在宏观层面，建构法官主导下的控辩质询模式。在当前的庭审实践中，对于鉴定人等专门性证据出具主体的发问和质询主要是由专家辅助人进行的，但专家辅助人具有较强的倾向性和对抗性，客观性和中立性稍弱，可能对专门性事实的公正解决产生不利影响。因此，建议适度借鉴英美法系

---

[1] 张泽涛：《行政认定在刑事诉讼中的证据种类归属及其审查配套机制》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 3 期。

[2] 因不可抗力或者其他正当理由等导致无法出庭的情形除外。在此情况下，法院可根据情况决定延期审理。

[3] 刘振红：《司法鉴定：诉讼专门性问题的展开》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 342 页。

的专家证人出庭质证模式，构建由检察机关和辩护律师作为主要质询者、专家辅助人作为质询的辅助配合者、法官必要时进行补充发问的专门性证据质证模式。

在中观层面，确立法官主导的控辩质询规则。首先，主询问。申请鉴定人等专门性证据出具主体出庭的一方先进行询问，并通过有其回答来表明己方主张。其次，反询问。对方针对主询问中的内容向专门性证据出具主体进行质询，揭示和反驳主询问中存在的问题或者缺漏，削弱乃至否定专门性证据出具主体的陈述之可信性。又次，再主询问。主询问一方再次对专门性证据出具主体进行询问，弥补第一轮主询问和反询问中存在的遗漏和不足，化解对方提出的质疑和批驳。再次，再反询问。以此类推，根据案件具体情况可以进行若干轮。在此过程中，专家辅助人应控方或辩方的询问发表专业性的意见，以此发挥对申请其出庭的一方庭审质证的辅助作用；法官维护程序规则，控制庭审节奏，并在认为必要时，对专门性证据的出具主体进行补充询问。

在微观层面，允许有限度的诱导性发问。诱导式发问是指在提问中暗示被询问者如何回答，或者将需要被询问人回答的有争议的事实假定为业已存在的事实加以提问。这种询问方式通常包含答案，被询问者只需回答“是”或“不是”，或者选择回答问题本身，就意味着对某个暗含假定事实的承认。鉴于其存在极大的倾向性，我国刑事诉讼法目前禁止庭审中对证人和鉴定人进行诱导式发问。然而，控辩双方在庭审中对专门性证据的出具主体进行诱导性发问，主要是为了使其陷入自相矛盾，以否定专门性证据的证明力，而非引诱其得出确定性结论。因此，在对专门性证据出具主体进行反询问的过程中，不应完全禁止诱导性发问。不仅如此，由于相当部分的诱导性发问是过渡性问题，比如“你是否了解该领域”等，并非对定罪量刑事实的诱导，因而即便在主询问中，对于过渡性问题等无争议事实也应有限度地允许诱导性发问。

附：刑事诉讼专门性证据的立法建议

（一）对《刑事诉讼法》的修改建议

1.将《刑事诉讼法》第五十条第二款第六项“鉴定意见”修改为“专门性证据”，将专门性证据纳入法定证据种类。

第五十条　可以用于证明案件事实的材料，都是证据。

证据包括：

（一）物证；

（二）书证；

（三）证人证言；

（四）被害人陈述；

（五）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；

（六）专门性证据；

（七）勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录；

（八）视听资料、电子数据。

证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。

2.对《刑事诉讼法》“第二章 第七节 鉴定”进行如下修改：

第七节　专门性问题的解决

第一百四十六条　为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请、委托有专门知识的人或者机构进行鉴定、检测或者认定。

第一百四十七条　有专门知识的人或者机构进行鉴定、检测或者认定后，应当写出专门性意见，并且签名或者盖章。

有专门知识的人或者机构故意出具虚假专门性意见的，应当承担法律责任。

第一百四十八条　侦查机关应当将专门性证据告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定、检测、认定或者重新鉴定、检测、认定。

第一百四十九条　对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。

3. 将《刑事诉讼法》第一百九十七条中的“鉴定人”修改为“专门性证据”：

第一百九十七条 法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。

公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就专门性证据提出意见。

法庭对于上述申请，应当作出是否同意的决定。

（二）对 2021 年“高法解释”的修改建议

建议将第四章“第五节 鉴定意见的审查与认定”修改为第四章“第五节 专门性证据的审查与认定”。具体修改如下：

第一条 本法所称专门性证据，是由特定领域内具有专业技术性认识和经验的人或机构，运用科学技术或专业知识，对刑事诉讼中超出一般人正常认知能力的、仅凭办案人员直觉或逻辑推理无法直接做出判断的事实认定问题进行的推理与判断，包括鉴定意见、专门性问题意见和专家意见报告。

多人参加鉴定、检测或者认定，有不同意见的，应当注明。

第二条 因无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告，或者由有关机构出具的专门性问题意见，可以作为证据使用。

第三条 对专门性证据的形式审查应当着重审查以下内容：

（一）证据出具机构和有专门知识的人是否具有法定资质、专业职能或相应的专业能力；

（二）参与出具证据的有专门知识的人是否存在应当回避的情形；

（三）检材的来源、取得、保管、送检是否符合法律、有关规定，与相关提取笔录、扣押清单等记载的内容是否相符，检材是否可靠；

（四）专门性证据的形式要件是否完备，是否注明提起鉴定、检测或者认定的事由、委托人、出具机构、证明事项、出具过程、出具方法、出具日期等相关内容，是否由出具主体签名或者盖章；

（五）鉴定、检测或者认定程序是否符合法律、有关规定；

（六）鉴定、检测或者认定的过程和方法是否符合相关专业的规范要求；

（七）专门性证据的意见是否明确；

（八）专门性证据与案件事实有无关联；

（九）专门性证据与勘验、检查笔录及相关照片等其他证据是否矛盾；存在矛盾的，能否得到合理解释；

（十）专门性证据是否依法及时告知相关人员，当事人对专门性证据有无异议。

第四条 对专门性证据的实质审查应当着重审查以下内容：

（一）所采用的科学原理、技术标准或方法是否可靠；

（二）所采用的科学原理、技术标准或方法是否被行业内多数专家接受或者得到检验；

（三）所采用的科学原理、技术标准或方法是否考虑已知或潜在的误差；

（四）相关科学原理、技术标准或方法是否被正确地运用；

（五）所运用的推理过程是否符合逻辑；

（六）其他影响专门性证据可靠性的因素。

第五条 专门性证据具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：

（一）专门性证据出具机构不具备法定资质或者专业职能，或者专门性问题的解决超出该出具机构的业务范围、职能范围、技术条件的；

（二）有专门知识的人不具备法定资质或者专业能力，不具有相关专业技术或者职称，或者违反回避规定的；

（三）送检材料、样本不符合相关规定或者来源不明，或者因污染不具备鉴定、检测或认定条件的；

（四）鉴定、检测或认定对象与送检材料、样本不一致的；

（五）鉴定、检测或认定程序违反规定的；
（六）鉴定、检测或认定过程和方法不符合相关专业的规范要求的；
（七）专门性证据文书缺少签名、盖章的；
（八）专门性证据与案件事实没有关联的；
（九）所采用的科学原理、技术标准或方法不具备可靠性的；
（十）相关科学原理、技术标准或方法没有被正确运用的；
（十一）所运用的推理过程不符合逻辑的；
（十二）违反有关规定的其他情形。

第六条　经人民法院通知，鉴定人等有专门知识的人拒不出庭作证的，其出具或参与出具的专门性证据不得作为定案的根据。

鉴定人等有专门知识的人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由无法出庭的，人民法院可以根据情况决定延期审理或者重新鉴定、检测或认定。

鉴定人等有专门知识的人无正当理由拒不出庭作证的，人民法院应当通报司法行政机关或者有关部门。

电子数据收集应当被纳入本次《刑事诉讼法》的修正

陈永生　张睿*

摘　要：《刑事诉讼法》的修正引起了广泛关注，但是电子数据收集纳入本次《刑事诉讼法》修正尚未获得足够重视，这与电子数据收集在刑事诉讼中日益重要的客观趋势不相符合。将电子数据收集纳入《刑事诉讼法》的必要性基于以下三个事实：一是电子数据收集在侦查实践中越来越被依赖，二是将电子数据收集手段纳入刑事诉讼法进行规制已在全球范围内形成共识，三是我国当前相关立法存在严重不足。当前理论和实践的阶段性成果为将电子数据收集纳入《刑事诉讼法》奠定了可行性基础。理论界对电子数据证据属性、电子数据取证程序构建及个人信息保护等议题已做出大量贡献，为电子数据收集的法治化提供了坚实的理论支持。同时，我国在电子数据收集立法上已积累了丰富经验，相关的技术标准和真实性审查规则已日趋完善。因此，在《刑事诉讼法》修正中纳入电子数据收集的内容，是顺应信息化发展趋势的必然选择，对于平衡追诉犯罪和保护公民权利之间的关系，促进刑事诉讼的公正和效率，具有重大的理论和实践意义。

关键词：刑事诉讼法修正　电子数据　刑事侦查　规则构建

一、问题的提出

随着《刑事诉讼法》的修正被列入本届人大的立法规划，理论界展开了对《刑事诉讼法》修改的研讨。此次刑事诉讼法修改有三个方面的动因：一是满足经济社会发展对刑事诉讼法治提出的新要求，二是回应人民群众对司法公正抱有的更高期盼，三是解决执法司法实践中暴露出的立法空白与短板。[1]截至目前，对于本次刑事诉讼法修正应当包括哪些方面，以及具体应当如何修正，理论界和实务界尚无定论。笔者认为，不论是着眼此次修正的动因，还是基于刑事诉讼立法的客观需求，刑事诉讼中电子数据收集的相关问题都应当被纳入到此次《刑事诉讼法》修正的范围中。

2012 年，《刑事诉讼法》将电子数据规定为一种法定的证据种类，一定程度上回应了电子数据作为新兴证据种类的证据资格问题。此后不久，就有学者提出应当对电子数据取证的具体程序进行立法，规范电子数据的收集、保全、审查、提交，同时建立侦查中电子证据取证的当事人救济制度，保障当事人的知情权、申诉权、获得赔偿权。[2]遗憾的是，时至今日，遍览《刑事诉讼法》，有关电子数据的规定仍仅有第 50 条关于证据种类的规定，以及第 54 条有关行政、刑事证据衔接的规定，尚无针对电子数据收集的专门性规定和系统性规范。

在具体规范层面，相关立法不可谓不多，但存在“大而无当”和“顾此失彼”两方面的问题。所谓“大而无当”，就是说“关于电子数据的立法和司法解释比较多，在实践中难以把握平衡关系。”[3]早在 2005 年，公安部就先后发布了《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》和《公安机关电子数据鉴定规则》。2009 年，最高人民检察院发布了《电子证据鉴定程序规则（试行）》。随后最高检、最高院、公安部在 2014 和 2016 年又陆续出台了《关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》和《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称三机关《电子数据若干规定》）。2019 年，公安部发布施行了《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》（以下简称《电子数据取证规则》）。最高人民法院在 2021 年的《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（以下简称《高法解释（2021）》）的第 4 章第 7 节专门对电子数据取证做出规定。2022 年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》，其中第 13、14 条，第 17 条—第 20 条规定了办理信息网络案件过程中的电子数据取证问题。总体上看，公检法三机关都曾单独或联合出台过电子数据取证的规定，但各规定之间存在不少冲突和不协调之处。譬如，三机关《电子数据若干规定》第 2 条要求人民法院应当围绕真实性、合法性、关联性审查电子数据，而《高法解释（2021）》第 110—112 条则围绕电子数据的真实性、完整性、合法性构建审查规则，两者之间显然存在龃龉。所谓“顾此失彼”，指的是现有规

---

* 作者简介：陈永生，北京大学法学院教授、博士生导师；张睿：北京大学法学院博士研究生。

[1] 参见陈卫东：《<刑事诉讼法>第四次修改前瞻》，载《政法论坛》2024 年第 1 期。

[2] 参见关仕新：《仰仗法度，用好电子证据这把剑》，载《检察日报》2014 年 12 月 30 日，第 3 版。

[3] 李春薇：《破除电子数据在司法实践中的运用壁垒》，载《检察日报》2019 年 4 月 13 日，第 3 版。

定“侧重于从取证技术层面来保障电子数据的真实性与可靠性，对电子数据收集中的权利保障关注不足”。[1]从上述规定的制发机关来看，绝大部分规定都是由侦查机关制发或参与制发，其结果是刑事侦查中的技术性规定大多顺利地转化为规范性文件，但公民权利，尤其是公民个人信息权利保护则完全被忽视。实践中，由于相关权利保护条款的缺失，侦查机关在收集电子数据信息方面几乎处于“放飞自我”的状态。比如，被追诉人被拘留逮捕以后，侦查人员通常会“例行”搜查其手机，此种情况在拘传、传唤时也同样存在。更严重的是，侦查人员不仅会查看手机的物理信息，还会查看手机内所记录的电子邮箱、网上购物、聊天记录等电子数据。可以说，电子数据收集的专门性规范缺失已经造成了侦查程序中个人信息权等公民权利保护的严重缺位。[2]鉴于当前电子数据收集立法中此种“大而无当”和“顾此失彼”的现状，有必要在《刑事诉讼法》中对电子数据收集做出专门性、系统性的规范。

在本次《刑事诉讼法》修正引发学界广泛关注的大背景下，电子数据收集手段的规制尚未获得足够的关注。目前，学界主要关注企业合规、侦查讯问、辩护制度、审判制度等议题。[3]对于电子数据收集这一问题，则少有学者在刑事诉讼法修正的相关论文中提及，提议将电子数据收集手段纳入本次《刑事诉讼法》修正的专论更是极度缺乏。因此，电子数据收集问题不仅仅是当前《刑事诉讼法》的立法空白，同时也是本次《刑事诉讼法》修正大讨论的理论空白。2012 年《刑事诉讼法》修正后，笔者就曾呼吁在之后的《刑事诉讼法》修正中完善电子数据的搜查、扣押、存储、证据链保管等制度。[4]目前来看，电子数据收集问题较之当年更具备必要性和可行性，应当被纳入到本次《刑事诉讼法》修正之中。

二、将电子数据收集纳入本次《刑事诉讼法》修正的必要性

从修法角度看，电子数据收集纳入《刑事诉讼法》客观上存在三方面的必要性。首先，电子数据收集手段在实践中越来越多地被侦查人员所采用，这些侦查手段有些是必要的，有些存在过度适用之嫌，此种实践中被大量采用的侦查措施理应成为《刑事诉讼法》规制的重点。其次，电子数据收集被纳入一国刑事诉讼法（典）已然成为数字时代各国——不论是发达国家还是发展中国家的通行做法，我国有必要顺应国际趋势，在《刑事诉讼法》中设立专章对电子数据收集进行规制。最后，现有的诸多电子数据收集具体规则存在协调性不佳和法治化不足的问题，应当依靠法律效力层级更高的《刑事诉讼法》进行系统性的梳理和建构。

（一）电子数据收集手段在侦查实践中越来越被依赖

实践中，侦查人员越来越依赖电子数据收集进行案件侦破。一方面，受互联网技术的影响，个体的私人信息越来越难以独立于社会公共环境；[5]另一方面，“在证据信息化的大趋势下，以计算机及其网络为依托的电子证据在揭露案件事实的过程中起着越来越重要的作用。”[6]这就导致数字时代侦查权力对公民权利的侵蚀必然要超过前数字时代。[7]如何在此情况下妥善保障公民权利，已然成为当前《刑事诉讼法》面临的重要课题。为此，需要首先明确电子数据收集这一侦查措施的适用状况。笔者认为，实践中侦查机关对电子数据的收集呈现出以下特征。

1.收集数据的数量大

侦查机关在办案过程中往往会收集海量的电子数据，其收集数量之庞大远远超过其他任何侦查手段。譬如，在某电信网络诈骗案件中，侦查机关耗时两周，提取了 17 个 G 的报告，相关电子数

---

[1] 谢登科：《论电子数据收集中的权利保障》，载《兰州学刊》2020 年第 12 期。

[2] 参见王仲羊：《侦查中的个人信息保护——以<个人信息保护法>为视角》，载《中国刑警学院学报》2023 年第 3 期。

[3] 参见陈光中：《<刑事诉讼法>再修改的若干重要问题探讨》，载《政法论坛》2023 年第 1 期；陈卫东：《<刑事诉讼法>第四次修改前瞻》，载《政法论坛》2024 年第 1 期；韩旭：《第四次<刑事诉讼法>修改的法治现代化期待》，载《政法论丛》2024 年第 1 期；卞建林：《企业刑事合规程序的立法思考》，载《政治与法律》2023 年第 6 期。

[4] 参见陈永生：《电子数据搜查、扣押的法律规制》，载《现代法学》2014 年第 5 期。

[5] 参见徐艺心：《信息隐私保护制度研究：困境与重建》，中国传媒大学出版社 2019 年版，第 1-2 页。

[6] 戴士剑、刘品新主编：《电子证据调查指南》，中国检察出版社 2014 年版，第 4 页。

[7] 参见王仲羊：《监控型侦查权的扩张趋势与规制路径》，载《中国刑警学院学报》2022 年第 6 期。

据检查工作报告多达 16 本，144 份。[1]事实上，此案涉案金额为 395 万，案件规模不算特别大，而所涉电子数据数量就已经如此庞大。在某跨境网络赌博案件中，侦查机关不仅收集了大量 IP 地址，投注赌博交易流水、输赢情况等大量电子数据，仅在前期摸排统计中，就查获涉案 app 已发展代理 3000 余个，会员 6.8 万余个，其所涉及的电子数据更是不可计数。[2]由此观之，涉及电子数据收集手段的案件，其信息量远非其他侦查手段所能比拟。

造成这一现象首先是因为电子数据在存储内容上具有海量性，随着数字技术的进步，体积有限的电子设备能够存储越来越巨量的信息。[3]其次，侦查机关大量收集电子数据也是符合通过电子数据复现案件事实这一办案方式的基本规律。李双其教授认为，“在大数据侦查时代……有些时候，必须进行模糊取证”[4]相较于传统侦查手段而言，要明确某一案件事实，往往需要大量的电子数据作为支撑。例如在美国 2018 年的卡朋特诉美国案（Carpenter v. U.S.，以下简称卡朋特案）中，为证明卡朋特在几个特定时间出现的特定地点，侦查机关调取了其 127 天，包含 12898 个位置点的手机基站位置信息。[5]可见，即便为证明一个较为简单的事实，所需的电子数据数量也很庞大，换言之，收集电子数据这一方式天然带有收集海量数据的特征。

2.收集数据的手段多

电子数据收集的第二个特征是收集数据的手段繁多，此种手段多样性可以从电子数据载体和收集渠道两部分加以理解。从电子数据载体方面看，在侦查实践中，侦查人员不仅会搜查手机、电脑等常见的电子设备，还可能搜查诸多其他多种电子设备。传统印象中，电子数据收集往往与“查手机”“查电脑”等侦查手段划等号。事实上，尽管当事人手机、电脑等电子设备是侦查实践中较为普遍的侦查对象，但电子数据收集所针对的载体远不止于此。实践中，侦查机关还会收集诸如基站信息、现场监控、无线路由器等电子设备中储存的电子数据。在一些具体案件中，电子数据的载体种类甚至可能是侦查技术人员都未曾接触过的。[6]电子数据收集渠道同样随数据技术的发展而呈现出多样化趋势。在侦办案件时，侦查人员不仅会查看涉案电子设备所载内容，还会查看设备上的通讯数据、电子邮件等与该设备相连接的网络数据。例如，在某猥亵儿童案中，侦查机关就提取了犯罪嫌疑人手机内的 qq 聊天记录，用以证明犯罪嫌疑人明知被害人未满 14 周岁。[7]又如，在某开设赌场案中，侦查机关对包括当事人电子邮件在内的电子数据进行提取、复制、固定，用以证明赌博犯罪案件真实情况。[8]此外，侦查人员还可以通过网络远程勘验、向第三方调取、大数据侦查等多种渠道收集犯罪嫌疑人、被告人的电子数据。总之，随着侦查科技的进步，电子数据收集的手段已经呈现出纷繁复杂的态势，并且新的数据收集手段仍在不断出现并得到运用。

3.收集数据的启动门槛低

实践中，电子数据收集的第三个特征是启动门槛较低。随着侦查活动中能够收集的电子数据数量越来越庞大，侦查机关采用的电子数据收集手段越来越多样，侦查机关也愈发倾向于采用电子数据收集手段开展刑事侦查活动。而在相关法律规范，尤其是《刑事诉讼法》中相关规范不健全的情况下，侦查机关普遍倾向于放低收集电子数据这一侦查措施的启动门槛。[9]在一些案件中，侦查机关可能会在既有线索已经足以证明案件事实的情形下仍然采用电子数据收集的方式对案件事实进行进一步印证。例如，在某些案件中，侦查机关在已经获取了证人证言和犯罪嫌疑人供述的情况下，

---

[1] 参见陈慧芳、邵日强：《业务与技术碰撞，提升检察办案质效》，载《检察日报》2021 年 4 月 10 日，第 3 版。

[2] 参见谭广涛、陶薇：《广元破获特大跨境网络赌博案》，载《人民公安报》2021 年 8 月 7 日，第 2 版。

[3] 同前注 7。

[4] 李双其等著：《大数据侦查实践》，知识产权出版社 2019 年版，第 9 页。

[5] See Carpenter v. U.S., 138 S.Ct. 2206, 2208-2209 (2018).

[6] 譬如，在某帮助信息网络犯罪活动罪案件中，侦查机关就需要提取犯罪嫌疑人的虚拟拨号设备（GOIP 群呼设备）。参见张吟丰、徐高：《用电子数据还原案件真相》，载《检察日报》2022 年 11 月 29 日，第 6 版。

[7] 参见“邱超华猥亵儿童案”，案件编号：（2013）穗中法少刑终字第 42 号。

[8] 参见“田某某等开设赌场罪”，案件编号：（2020）新 02 刑终 13 号。

[9] 参见程雷：《大数据侦查的法律控制》，载《中国社会科学》2018 年第 11 期。

仍进一步收集犯罪嫌疑人的手机基站位置信息，以确认其在案发时所处的物理位置。[1]事实上，在当前侦查实践中，即便没有证明具体案件事实的需求，侦查机关也时常启动电子数据收集措施。一方面，大数据时代的侦查思维以发掘线索之间的相关性为主导，发现线索与收集证据的路径不再重合，在时间上往往存在先后差别。[2]这就导致即便没有证明案件事实的客观需求，侦查人员也可以启动电子数据收集措施以寻找办案线索。另一方面，侦查机关内部对于电子数据收集也没有形成统一的认识，总体上倾向于采取较为简易的审查方式规制电子数据收集措施的启动。谢登科教授曾以"快播案"为例，详细展示了侦查机关通过混淆远程勘验和刑事搜查，在电子数据取证过程中"借远程勘验之名，行刑事搜查之实"的现象。[3]整体上看，我国侦查机关正在通过网络远程勘验、电子数据调取等审查程序不太严格的侦查手段，获取以往通过强制性侦查手段才能获取的案件信息。

总的来说，电子数据收集正在日益成为实践中规模化、复杂化和常态化的侦查手段。侦查手段的科技化正在使得侦查机关能够越来越频繁地开展"详尽、百科全书式且毫不费力的"[4]侦查活动，此种侦查权能的膨胀必然导致侦查权力的扩大。鉴于侦查权的滥用极易导致公民权利受损，侦查权在实践中的此种变动应当被纳入到严密法律体系的规制之中。[5]

（二）电子数据收集手段纳入《刑事诉讼法》在各国立法中已然成为共识

在世界各国的刑事诉讼法律体系之中，电子数据收集手段的相关规定已普遍被设立为专章。不论是在发达国家还是发展中国家，无论其历史文化和刑事诉讼模式如何，均将电子数据的收集问题摆在了自身刑事诉讼法的重要位置，这足以说明电子数据收集这一侦查手段已然成为各国都无法回避，也不得不规范化的现实问题。他山之石，可以攻玉。在世界各主要国家均已对电子数据收集做出规定的大潮之中，我国同样有必要将电子数据收集活纳入到《刑事诉讼法》之中。

美国是较早对电子数据收集手段进行规范的国家，其规范主要围绕信息隐私权（Right to information privacy）这一宪法权利展开。美国联邦宪法修正案第 4 条明确规定："公民的人身、住宅、文件和财产免受无理搜查和扣押的权利不受侵犯，除非存在合理根据（probable cause），并以宣誓或代誓宣言（oath or affirmation）作保证，不得签发令状"。第四修正案的这一规定在 1967 年的卡兹诉美国案（Katz v. U.S.）中被确立为隐私保障条款，从而使得可能侵犯公民合理隐私期待的侦查活动必须要先行获得法院签发的令状。[6]1995 年，美国法院判例就要求，在扣押电子存储介质以后，如果需要对电子存储介质中的电子数据进行搜查，也必须符合特定性的要求，也就是说，侦查人员在向法官申请搜查令时必须说明意图搜查的电子数据的内容、具体特征。在执行搜查时，只能对可能与案件有关的信息进行搜查，对显然与案件无关的信息不得进行搜查。如果在搜查过程中发现了涉嫌新罪行的证据，必须重新就新的罪行向法官申请签发搜查令；反之，如果没有向法官重新申请签发令状，那么收集的证据必须被排除。[7]在 2014 年 6 月 25 日，在赖利诉加利福尼亚州案（Riley v. California）和美利坚合众国诉沃瑞案（United States v. Wurie）的合并判决中，美国联邦最高法院的九名大法官以 9：0 的压倒性优势一致判决，警察在逮捕犯罪嫌疑人时无权搜查其手机中的数据信息，警察要想搜查手机中的数据信息，必须单独获得令状。[8]2018 年的卡朋特案进一步限制了侦查权力，在部分否定"第三方原则"[9]的同时，要求侦查人员获取公民 7 天以上的手机基站位置信息需要

---

[1] 参见"牟某、张某某和赵某等人犯贩卖毒品罪、故意伤害罪、非法买卖枪支罪案"，案件编号：（2020）渝 02 刑终 367 号。

[2] 参见陈刚：《大数据时代犯罪新趋势及侦查新思路》，载《理论探索》2018 年第 5 期。

[3] 参见谢登科：《电子数据网络远程勘验规则反思与重构》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 1 期。

[4] Carpenter v. U.S., 138 S.Ct. 2206, 226 (2018).

[5] 参见陈卫东、李奋飞：《论侦查权的司法控制》，载《政法论坛》2000 年第 6 期。

[6] See Katz v. U.S., 88 S.Ct. 507 (1967).

[7] 同前注 7。

[8] See Charlie Savage, Between the Lines of the Cellphone Privacy Ruling, the New York Times, Jun. 25, 2014.

[9] 所谓第三方原则，是指"通过向第三方披露，主体放弃被披露信息中的所有第四修正案权利。" Orin S. Kerr, The Case for the Third-Party Doctrine, 107 Michigan Law Review 561, 563 (2009).

预先申请搜查令。[1]藉由卡朋特案，美国联邦最高法院创设了“卡朋特标准”，该准则被美国学界认为是美国司法界对电子数据收集的一次革命。[2]从上述一系列规制措施可以看出，美国将侦查机关收集电子数据视为其宪法第四修正案所保护之公民隐私权的潜在威胁，并据此视为电子数据收集措施作出专门规范，以防公民权利受到侦查机关的不当损害。

德国刑事诉讼中对电子数据收集的规制主要围绕电讯秘密保护和公民核心隐私保护展开，对电子数据收集进行了严格的限制。《德国基本法》第 10 条第 1 款明确了电讯秘密受到保护的原则。[3]1968 年，德国《刑事诉讼法典》第 100 条 a、第 100 条 b 设立了“监听并记录电讯内容”这一侦查手段，但设置了包括重罪原则、比例原则、司法审查原则、及时删除原则等严格限制。[4]德国《刑事诉讼法典》还特别规定了拉网式缉查。所谓拉网式缉查，是指德国《刑事诉讼法典》第 98 条 b 规定的，刑事司法机关为排查犯罪嫌疑人，将其他机关出于其他事由通过一定程序获取、储存的个人数据进行自动化核查、比对，其实质是将不特定多数人的个人数据与其他数据进行自动化核对，目的在于排查犯罪嫌疑人。[5]这实际上是对概括式收集电子数据的规范。德国国会于 2013 年 6 月 20 日对《电信通讯法》以及相关法律，包括《刑事诉讼法典》进行了修改，对执法机关获取电信通讯数据做出了规定。其中，仅《刑事诉讼法典》就增加了第 100 条 f、第 100 条 g、第 100 条 h、第 100 条 i、第 100 条 j、第 101 条等多个法律条文，对电子数据，尤其是电子通讯数据的收集作出了细致的规定。根据德国《刑事诉讼法 》第 100 条 g 的规定，在德国，收集电子通讯数据必须遵守类似监听的条件：重罪原则（借助电信通讯手段实施的除外）、必要性原则、司法审查原则。2017 年，针对侦查权的扩张，德国通过修订《刑事诉讼法典》第 100 条 a、第 100 条 b、第 100 条 d、第 100 条 e 的内容，对源端电信监控[6]和在线搜查等电子数据收集措施进行了规定。在这些规定中，德国《刑事诉讼法典》强调了法官保留原则、令状原则以及个人数据保护这一立法目的。[7]

意大利于 2008 年 3 月 18 日通过第 48 号法律对其《刑事诉讼法典》第 256 条、第 260 条、第 352 条、第 353 条、第 354 条等条款进行修改，并增加第 254 条-2，对电子数据的搜查和扣押做出了全面规定。就第 256 条、第 260 条和第 254 条-2 的修改而言，《刑事诉讼法典》主要针对电子数据扣押的具体方式和基本原则：司法机关应当在搜查、扣押上述电子数据材料时考虑到正常提供信息、电信和电讯服务的需要；在法定情况下相对人应当在侦查机关收集电子数据时履行配合义务，以及涉及国家秘密、职务或职业有关秘密时的例外情况；要求侦查人员确保电子数据的一致性与不可变更性，同时命令服务商、司法机关文书室、秘书室妥善保存和保护原始数据。[8]《刑事诉讼法典》第 353 条、第 354 条明确了电子数据收集作为搜查措施的启动条件，并再次规定了扣押作为物证的电子数据在何种情形下可以实施：侦查机关在有理由认为电子或电讯系统藏有与犯罪有关的数据、信息、电子程序或任何痕迹，并且他们可能被删除或者丢失时，可以对上述系统进行搜查，并采取技术措施以确保原始数据的保存并防止被删改；如果司法警察扣押电子通讯数据并通知公诉人后 48

---

[1] See Carpenter v. U.S., 138 S.Ct. 2206, 2206 (2018).

[2] See Paul Ohm, The Many Revolutions of Carpenter, 32 Harvard Journal of Law & Technology 357, 370-378 (2019); Natalie Ram, Genetic Privacy after Carpenter, 105 Virginia Law Review 1357, 1373-1374 (2019).

[3] 《德国基本法》第 10 条规定:“1.书信秘密、邮件与电讯之秘密不可侵犯。2.前项之限制唯依法始得为之。如限制系为保护自由民主之基本原则，或为保护联邦或各邦之存在或安全，则法律得规定该等限制不须通知有关人士，并由国会指定或辅助机关所为之核定代替争讼。”

[4] 参见[德]特马斯 · 魏根特著，江溯等译：《德国刑事程序法原理》，中国法制出版社 2021 年版，第 75-78 页。

[5] 参见邵建东：《德国司法制度》，厦门大学出版社 2010 年版，第 267-269 页。

[6] 源端电信监控（Quellen-Telekommunikationsüberwachung）是指侦查机关“利用技术手段侵入相对人的信息技术系统，在发出者的终端加密之前或者接收者的终端解密之后截获通讯内容”。施鹏鹏、褚侨：《德国刑事诉讼与证据制度专论（第一卷）》，法律出版社 2023 年版，第 154-155 页。

[7] 参见施鹏鹏、褚侨：《德国刑事诉讼与证据制度专论（第一卷）》，法律出版社 2023 年版，第 372-373 页。

[8] 参见意大利《刑事诉讼法典》第 254 条-2、第 256 条、第 260 条，黄风译，载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译：《世界各国刑事诉讼法 · 欧洲卷（下）》，检察出版社 2016 年版，第 1664-1665 页。

小时内，公诉人未做出扣押决定，可以将信件发送；紧急情况下，司法警察可以对电子数据采取技术措施或者发布必要的规定以确保电子数据的保存，防止其被删改和被查阅，必要时可以将有关物品加以扣押。[1]可以看出意大利《刑事诉讼法典》有关电子数据的相关规定主要依照“搜查应严格遵循特定的程序以保障宪法所规定的自由权”[2]这一原则，在立法过程中，意大利《刑事诉讼法典》主要通过对侦查人员实施电子数据搜查、扣押这一过程的细致规定，实现对侦查权的规范与控制。

不仅发达国家普遍对搜查、扣押电子通讯数据的法律程序做出了明确规定，许多发展中国家也对搜查、扣押电子通讯数据做出了明确规定。俄罗斯于 2010 年 7 月 1 日对其《刑事诉讼法典》进行修改，增加了一条（第 186-1 条），对侦查人员获取电子通讯数据的适用条件、申请与审批程序、期限等做出了详细的规定。[3]按照该条的规定，侦查机关收集电子通讯数据必须申请法院颁发许可令。乌克兰早在 2001 年 6 月 21 日就对其《刑事诉讼法典》第 187 条进行修改，并增加第 187-1 条，对搜查、扣押电子通讯信息做出规定。[4]保加利亚于 2010 年 5 月 28 日颁布生效的《国家公报》对其《刑事诉讼法典》第 159 条进行了修改，对搜查、扣押计算机信息、计算机用户资料做出了规定。[5]土库曼斯坦于 2012 年 12 月 22 日对其《刑事诉讼法典》第 282 条进行修改，对搜查、扣押电子计算机信息以及电子邮件信息做出了规定。[6]

（三）我国电子数据收集的现行规范存在严重不足

正如前文所说，我国电子数据取证手段的相关规则存在“顾此失彼”和“大而无当”两方面的问题。事实上，不论是片面追求确保电子数据真实性，忽略当事人权利保障，还是相关规定繁多而不协调，其根源都是电子数据取证手段相关规范的体系化建构不足。这就要求立法机关从《刑事诉讼法》层面统合当前的电子数据取证原则和具体规则，实现对现有规范的梳理和完善。

1.重视对真实性的保障，忽视对诉讼参与人权利的保障

从规范上看，当前电子数据收集的相关规定存在仅注重证据真实性，忽略权利保障的问题。例如，在三机关《电子数据若干规定》中，第 22—24 条名义上是要求司法机关分别审查电子数据的真实性、完整性和合法性。但从实质上看，上述三条规定均围绕着“确保电子数据真实性”这一目的。具体而言，三机关《电子数据若干规定》第 22 条旨在审查电子数据作为证据材料的客观真实性。第 23 条名义上是为了确保电子数据的完整性，但从具体规定看，其项下规定的审查原始存储介质的扣押、封存状态；审查电子数据的收集、提取过程，查看录像；比对电子数据完整性校验值；与备份的电子数据进行比较；审查冻结后的访问操作日志等，均表明此种完整性审查本质上是通过确保侦查机关所收集的电子数据的完整性，保证电子数据的内容是真实的。[7]三机关《电子数据若干规定》第 24 条看似是通过保证电子数据取证的合法性保障相对人权利，实际上是通过保障取证规范性确保电子数据取证的真实性不受到质疑。具体来说，不论是本条项下对侦查人员人数的规定，对笔录、清单、相关人员签名盖章的要求，还是对见证人、活动录像、写保护设备、备份制作的要求，

---

[1] 参见意大利《刑事诉讼法典》第 353 条、第 354 条，黄风译，载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法 · 欧洲卷（下）》，检察出版社 2016 年版，第 1686-1687 页。

[2] 同前注 35。

[3] 参见俄罗斯《刑事诉讼法典》第 186-1 条，赵路译，载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法 · 欧洲卷（上）》，检察出版社 2016 年版，第 447 页。

[4] 参见乌克兰《刑事诉讼法典》第 187 条、第 187-1 条，张璐译，载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法 · 欧洲卷（中）》，检察出版社 2016 年版，第 1496-1497 页。

[5] 参见保加利亚《刑事诉讼法典》第 159 条，栗峥等译，载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法 · 欧洲卷（上）》，检察出版社 2016 年版，第 103 页。

[6] 参见土库曼斯坦《刑事诉讼法典》第 282 条，赵路译，载《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法 · 亚洲卷》，检察出版社 2016 年版，第 520 页。

[7] 吴洪淇在分析《高法解释（2021）》中有关电子数据完整性和真实性的条款中指出，电子数据的真实性审查被完整性审查架空，其实质与本文所要表达的内容是一致的，即在电子数据的证据审查当中，真实性审查与完整性审查事实上被混淆了。参见吴洪淇:《电子数据完整性的法律定位与理论反思》，载《国家检察官学院学报》2024 年第 1 期。

均属于侦查活动中的技术性规范，或者说“操作规程”。可以看出，本条所载合法性的“合法”与保障公民合法权利的“合法”并非同一概念，有观点将其称为“合法性审查的真实化”，[1]其目的仍然是希望通过严格的操作规程确保电子数据的真实性不受到“不合规范”的质疑，至多只能称为“真实性存疑”的合法性审查规则。[2]同样的问题也出现在《高法解释（2021）》第 110 条—第 112 条，此处不再赘述。

电子数据收集对人权保障的轻忽需要通过《刑事诉讼法》进行校正。一方面，从价值追求层面，《刑事诉讼法》作为保障刑事诉讼中公民权利的“小宪法”的地位是无可争议的。保障人权是《刑事诉讼法》的应有之义，刑事诉讼法律体系中的任何其他法律都无法替代。早在 2012 年，我国就将“尊重和保障人权”写入《刑事诉讼法》中，一些学者认为，从此以后，保障人权已然成为我国《刑事诉讼法》的根本任务。[3]因此，要解决保障人权这一价值在电子数据收集过程中的缺失，《刑事诉讼法》这一层级的立法具备价值导向上的不可替代性。另一方面，从效力上看，全国人大及其常委会制定的《刑事诉讼法》更有能力解决电子数据取证中的人权保障问题。从前文所罗列的诸多规范性文件可以看出，公安机关、检察机关、法院单独发布或联合发布的有关电子数据收集的规范性文件均未能给予人权保障问题足够的关注。之所以如此，是因为在没有《刑事诉讼法》条文的明确指引时，侦查机关和司法机关既没有自缚手脚的意愿，也无法超出《刑事诉讼法》的范畴自行划定电子数据收集中的侦查权力范围和公民权利边界。从宪法角度看，基本权利只能由全国人大及其常委会制定的法律加以限制，其保障也围绕着该层级的法律展开，这是“法律保留原则”的必然要求。[4]因此，电子数据收集中的人权保障问题只能通过《刑事诉讼法》层面的立法方能解决。

2.重视具体的电子数据取证措施规范，忽视对侦查行为性质的类型化区分

实践中，电子数据取证措施的另一个问题是以具体侦查行为为要素，忽略了对侦查行为性质的类型化规制。一般而言，刑事诉讼中针对侦查措施的规制均着眼于行为性质而非行为模式。根据是否限制公民基本权利，可将初步将侦查措施区分为强制性侦查和任意性侦查。[5]对于一些可能严重侵犯公民权利，预先进行侦查部署，针对将来发生的犯罪活动，刑事诉讼中还规定了技术侦查措施。从而，按照对公民基本权利的干预程度，可以将刑事侦查措施分为技术侦查、强制性侦查和任意性侦查三类。[6]譬如，同样是获取当事人的行踪轨迹，如果是通过询问/讯问的方式获取，属于任意性侦查，应当按照刑事诉讼中关于询问/讯问的程序开展；如果是通过搜查、扣押犯罪嫌疑人日记、手机等方式获知，则属于强制性侦查，应当按照刑事诉讼中关于搜查、扣押的程序开展；如果是通过派出侦查人员跟踪、安装 GPS 定位装置等方式取得，则属于技术侦查，应当按照刑事诉讼中关于技术侦查的程序开展。也就是说，就获取当事人行踪轨迹而言，刑事诉讼不会按照行为模式设置“获取当事人行踪轨迹”的法定程序，而是根据侦查措施可能侵犯公民基本权利的程度，划分不同的行为性质，设置严密程度不同的规制机制。综上所述，同一类型的侦查手段不能涵盖两种以上的侦查类型，这有助于在提高侦查效率的同时，最大程度地降低对公民基本权利的损害。

而在电子数据收集过程中，上述有层次性的系统规制尚未建立。以网络远程勘验为例，现行规定将网络远程勘验单独作为一种侦查措施加以规定，但事实上，网络远程勘验就包含了任意性侦查、强制性侦查和技术侦查三种性质的侦查措施：如果是勘验网络上公开的信息，一般属于任意性侦查；对于非公开的网络信息，如勘验特定个人的电子邮件，则属于强制性侦查；对于持续跟踪未来一段

---

[1] 参见褚福民：《电子数据合法性审查的真实化问题》，载《比较法研究》2024 年第 1 期。

[2] 关于“真实性存疑”的证据合法性审查规则，参见卞建林：《证据法学》，高等教育出版社 2020 年版，第 200-201 页。

[3] 参见易延友：《刑事诉讼法 规则 原理 应用》，法律出版社 2019 年第 5 版，第 82-83 页。

[4] 参见张翔：《基本权利限制法律保留的中国方案》，载《法律科学》2023 年第 6 期。

[5] 参见卞建林：《中国式刑事司法现代化的愿景》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 1 期。

[6] 有些学者认为，侦查措施应当采用“强制性- 任意性”二分法，技术侦查属于强制性侦查的一种。参见熊秋红：《监察体制改革中职务犯罪侦查权比较研究》，载《环球法律评论》2017 年第 2 期。也有观点认为，技术侦查是比强制性侦查措施更为强制的侦查措施，属于“超强制性措施”。从而将侦查措施分为技术侦查、强制性侦查和任意性侦查。参见谢登科：《论侦查机关电子数据调取权及其程序——以〈数据安全法（草案）〉第 32 条为视角》，载《环球法律评论》2021 年第 1 期。本文采用后一种分类方式，将技术侦查单独作为一类侦查措施。

时间的非公开网络信息，则属于技术侦查，如通过网络技术进入到他人的电子邮件，收集将来一周的邮件内容。在这种情况下，不加区分地对网络远程勘验这一侦查措施进行规制显然难以涵盖不同的行为性质。事实上，不论是学界还是实务界，都已经注意到了这一问题。有学者指出，“依据网络远程勘验行为和内容的划分，其适用于侦查和初查阶段，可能是任意性侦查措施，也可能是强制性侦查措施或技术侦查措施，3 种措施之间并无天然界限。”[1]在具体规定层面，电子数据取证规则也开始做出相应调整，主要体现在切割数据提取与勘验的附带关系、扩张远程勘验的具体措施、嫁接远程勘验与技术侦查三个方面。[2]在《电子数据取证规则》第 33 条和三机关《电子数据若干规定》第 9 条中，均对网络远程勘验可能存在的技术侦查情形做出了规定，这说明实务部门也已经意识到这一问题。下一步，“有必要在厘清远程勘验法律性质上建立科学的电子数据网络远程勘验规则体系。”[3]网络远程勘验集中体现了电子数据取证措施整体缺乏类型化区分的问题，有必要通过《刑事诉讼法》梳理不同性质、不同类型的电子数据取证措施，实现电子数据收集法律规制的体系化建构。

三、将电子数据收集纳入本次《刑事诉讼法》修正的可行性

将电子数据收集纳入本次《刑事诉讼法》修正不仅是必要的，而且已经具备了较为成熟的条件。法律的制定离不开一定数量的理论研究成果和司法实务积累。目前为止，不论是理论界还是实务界，都已经长期关注电子数据收集问题，并总结了大量实践经验。本部分将对理论和实务中的丰硕成果进行总结，用以说明将电子数据纳入到本次《刑事诉讼法》修正是具有可行性的。

（一）理论可行性：学术界对电子数据收集的诸多关键问题做出了大量理论研究

近年来，理论界对于电子数据收集方面的诸多问题都做出了较为成熟的论证。围绕电子数据取证的三个重点议题，即电子数据证据、电子数据取证程序和电子数据取证中当事人的权利保护，学界已经进行了充分的讨论，这无疑为将电子数据收集纳入《刑事诉讼法》构建了坚实的理论基础。

1.电子数据的证据属性和证据审查

早在电子数据还没有成为法定证据种类时，就有学者对各种电子数据，如手机短信、[4]电子邮件、[5]数据电文资料[6]等电子数据的证据属性展开零星探讨，同时期已有学者提出了“电子证据”这一概念。[7]随着 2012 年电子数据作为法定证据种类被纳入到刑事诉讼法中，电子数据的证据属性日益受到重视，相关研究开始形成体系。刘品新教授提出，认识电子证据首先应当明确其环境的虚拟性，而电子证据的系统性、稳定性及多元性，是研究电子证据的认识起点，应当从电子证据的这三大特色出发，反思各种各样的审查判断规则——关联性规则、合法性规则、客观性规则、证明力规则。[8]笔者也曾总结过电子数据的四个主要特征：存储内容的海量性，形态的易变性，变动的可察觉性，内容的难以直接感知性。[9]

在对电子数据形成较为全面认知的基础上，许多学者对电子数据的证据审查规则展开了研究，主要包括电子数据的真实性、完整性、关联性、合法性四个方面。针对电子数据的真实性问题，应当对现有规则进行适当的扩展和完善，以增强电子数据的证据效力和合法性。[10]有研究者认为，电子证据真实性包含三个层面：载体的真实性、电子数据的真实性和电子证据内容的真实性。当前法

---

[1] 李晓东：《比例原则视角下网络远程勘验中的个人信息保护》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期。

[2] 参见裴炜：《论远程勘验：基于侦查措施体系性检视的分析》，载《政法论坛》2022 年第 4 期。

[3] 同前注。

[4] 参见詹德强：《关于手机短信证据效力的初步探析》，载《社会科学》2004 年第 7 期。

[5] 参见王申：《全国首例以电子邮件为定案证据的劳动争议案理论研讨会综述》，载《法学》2001 年第 2 期。

[6] 参见吴卫明、吴俐：《数据电文资料保存及认证的证据学研究》，载《情报杂志》2006 年第 11 期。

[7] 参见周晓燕：《电子证据检察实务研究》，载《中国刑事法杂志》2011 年第 1 期。需要指出，一直以来，都有学者在研究中采用“电子证据”一词，意指“作为证据的电子数据”，本文之后出现的“电子证据”一词亦照此理解。

[8] 参见刘品新：《电子证据法》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 6-18 页。

[9] 同前注。

[10] 参见谢登科：《电子数据真实性审查规则的反思与完善》，载《学术交流》2021 年第 3 期。

律规定和司法实践中存在的问题包括审查规则的不明确和区分不足，应当建立系统、明确的审查规则，建立技术措施与程序规则有效衔接的对策。[1]针对电子数据的完整性问题，有学者指出，电子数据完整性规范从边缘走向核心，处理电子数据的鉴真问题，确保电子数据在取证过程的同一性，这为电子数据的采纳奠定了基础。但电子数据完整性的泛化问题不容忽视，需要进一步理顺电子数据完整性、真实性和合法性三者之间的关系。[2]针对电子数据的关联性问题，有研究指出电子数据应同时满足内容和载体上的关联性，并明确大数据背景下证据审查的新挑战。[3]也有学者从统合电子数据四种性质之间的关系入手，审视我国电子数据证据制度，指出制度设计应更多考虑电子数据的真实性、完整性、合法性和关联性，以克服传统证据规则在电子数据领域的局限性。[4]

学术界对电子数据证据属性及其证据审查规则的探讨，凸显了电子数据在证据制度中的特殊性。对于电子数据特性的理解和规范，不仅关系到电子证据的采纳和效力，也影响到司法公正和效率的实现。因此，对现有规则进行反思和完善，积极应对新兴技术的挑战，从法定电子数据迈向电子数据法定，是电子数据证据研究和实践的重要方向。[5]

2.电子数据的取证程序构建

在数字化转型的背景下，传统的刑事侦查程序在基本理论层面面临着前所未有的挑战。随着数字技术的发展，新的侦查手段和侦查需求不断涌现，如跨地域取证、及时保全数据、获得第三方协助等，这些都对现有的法律框架提出了挑战。具体而言，刑事诉讼法律制度对于数字技术的适应性显示出了明显的滞后，导致实践中的数字侦查措施缺乏相应的法律支持。[6]有研究者在对刑事取证制度的困境与应对措施进行探讨时，指出了在数字时代背景下，传统的刑事取证体系难以应对网络空间取证和跨境犯罪侦查等新兴问题。因此，取证制度必须进行根本性的改革和调整，以适应数字时代的要求。[7]同时，随着网络时代的到来，侦查机关必须适应“数字化生存”的新环境，实现侦查活动的信息化转型。这种转型应以新的技术原则为指导，建立更加有效的电子取证措施。[8]面对数据载体和数据内容在物理空间上的重叠和具体内容上的分离，有必要通过双重司法审查机制应对刑事诉讼中逐渐增多的搜查、扣押手机等电子设备的问题。[9]

在具体的侦查措施的程序规制方面，理论界同样提出了一些建设性的意见。对于公安电子数据取证的规范化，研究指出当前规范已经从最初的阶段进入到了一个更加精细化的发展阶段。但实践中仍然存在诸多问题，例如取证行为与侦查行为体系的不匹配，以及电子数据取证行为的具体规则尚未完全明确。[10]在电子数据搜查和扣押的行为相关性研究方面，现代信息技术的发展已经使得侦查行为与对象之间的关系变得更加复杂。这不仅扩大了侦查取证的范围，同时也带来了新的风险，特别是在涉及公民隐私权和财产权的领域。[11]关于侦查机关电子数据调取权及其程序控制，争议在于如何平衡强制性侦查与个人权利之间的关系。《数据安全法》的相关规定尝试为电子数据调取提供法律基础，但与现有的刑事诉讼制度之间存在矛盾，需要进一步澄清和完善。[12]笔者也曾提出和

---

[1] 参见褚福民：《电子证据真实性的三个层面——以刑事诉讼为例的分析》，载《法学研究》2018 年第 4 期。

[2] 参见吴洪淇：《电子数据完整性的法律定位与理论反思》，载《国家检察官学院学报》2024 年第 1 期。

[3] 参见刘品新：《电子证据的关联性》，载《法学研究》2016 年第 6 期。

[4] 参见奚玮：《我国电子数据证据制度的若干反思》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 6 期。

[5] 参见占善刚、王超：《从法定电子数据迈向电子数据法定》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 2 期。

[6] 参见裴炜：《刑事侦查程序的数字化转型》，载《地方立法研究》2022 年第 4 期。

[7] 参见冯俊伟：《数字时代背景下刑事取证制度的困境与回应》，载《北方法学》2024 年第 1 期。

[8] 参见刘品新：《论网络时代侦查制度的创新》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2012 年第 11 期。

[9] 参见陈永生：《刑事诉讼中搜查手机的双重司法审查机制》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2022 年第 2 期。

[10] 参见刘铭：《公安电子数据取证规范的文本分析》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2021 年第 4 期。

[11] 参见吴桐：《电子数据搜查、扣押的行为相关性研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2021 年第 5 期。

[12] 参见谢登科：《论侦查机关电子数据调取权及其程序控制》，载《环球法律评论》2021 年第 1 期。

论证在电子通讯数据搜查和扣押的问题上应该建立更为严格的制度，以保护公民的隐私权不受侵犯。这包括设定更高的搜查和扣押标准，以及在搜查和扣押过程中提供适当的法律程序保护。[1]

可以看到，在数字时代背景下，电子数据取证程序和具体措施正面临着重大的挑战和改变。这些研究不仅分析了问题和面临挑战，而且提供了改进的方向和建议，对于完善我国的电子数据取证体系具有重要的参考价值。

3.电子数据的个人信息保护

明确个人信息权的权利性质和权利体系是构建刑事诉讼中电子数据权利保护机制的基本前提。随着信息技术的发展，个人信息保护已从私法领域扩展至公法领域，成为刑事诉讼中的重要议题。在刑事诉讼中，为查清犯罪事实、查获犯罪人，侦查机关可能对公民个人信息进行大范围收集和调取。因此可以说，刑事诉讼是公民个人信息可能面临最严重侵害的领域，因而要保护公民个人信息，首先必须在刑事诉讼中保护公民个人信息不被非法、不当侵犯。理论上，个人信息权与隐私权的结合为个人信息保护提供了坚实的法律基础，这包括对信息种类的区分和侦查行为的梯级程序化管理。[2]有学者指出，刑事诉讼应当通过设置程序性权利保障个人信息权不受侵犯。类比个人信息权在私法领域的保护方式，该权利的实现与当事人诉讼权利的实现具有相类似之处，合理地将个人信息权纳入诉讼权利体系，并妥善处理其与既有程序性权利的关系，是保障刑事诉讼中公民个人信息，同时保持刑事诉讼体系稳定的关键。[3]个人信息权的引入，可以作为大数据时代刑事诉讼中权利保护的重要组成部分。通过对权力机关的信息安全保护设置法定义务，构建起相对完整的个人信息保护制度体系，实现对诉讼参与人个人信息权利的保护。[4]

在明确个人信息收集制度后，如何将《个人信息保护法》的精神融入到《刑事诉讼法》之中，是电子数据收集制度的又一重要议题。《个人信息保护法》的颁布实施要求《刑事诉讼法》与之有效衔接，以强化刑事诉讼中个人信息的保护。这不仅需要规范公安、司法机关的信息处理行为，也需要在刑事诉讼中引入个人信息保护规则，包括引入合法、正当、必要原则和信息质量原则。[5]当前刑事侦查中调取网络信息业者的用户个人信息已成为重要的取证手段。然而，这一过程中存在的任意性问题亟待矫正，需要在保障信息主体知情权的基础上，协调网络信息业者与侦查机关之间的信息调取机制。[6]在刑事电子数据取证过程中，应明晰电子数据所承载的基本权利，遵循法律保留主义、令状主义、比例原则以及非法证据排除等基本原则，以尊重和保障涉案个体的人权。[7]尽管个人信息权益在刑事诉讼中呈减损状态，但仍应通过增强刑事执法和司法机关的个人信息保护义务来构建支撑配套制度。[8]

（二）实践可行性：我国在收集电子数据的立法方面积累了诸多成熟经验

不仅理论研究在许多重要议题上取得了重要进展，我国立法实践同样在电子数据收集问题上积累了足够丰富的立法成果。正如前文所说，我国已经陆续出台了多部有关电子数据收集的规范性法律文件，这一方面说明我国在电子数据收集问题上有着紧迫的立法需求，另一方面也说明有关部门已经积累了较为丰富的实务经验。有关现有电子数据收集相关的法律文件，前文已经做出较为全面的罗列，此处不再赘述。事实上，我国在电子数据立法方面的经验累积不仅表现在规范的数量上，更体现在规范框架的初现端倪和规范质量的有序提升上。

---

[1] 参见陈永生：《论电子通讯数据搜查、扣押的制度建构》，载《环球法律评论》2019 年第 1 期；陈永生：《刑事诉讼中搜查手机的法律规制》，载《现代法学》2018 年第 6 期。

[2] 参见王仲羊：《刑事诉讼中个人信息的权利保护》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 3 期。

[3] 参见郑曦：《作为刑事诉讼权利的个人信息权》，载《政法论坛》2020 年第 5 期。

[4] 参见黎晓露：《个人信息权引入刑事诉讼的理论证成与体系化建构》，载《河北法学》2021 年第 12 期。

[5] 参见卞建林、钱程：《刑事诉讼法与个人信息保护法的衔接》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 6 期。

[6] 参见裴炜：《论个人信息的刑事调取——以网络信息业者协助刑事侦查为视角》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021 年第 3 期。

[7] 参见谢登科：《刑事电子数据取证的基本权利干预——基于六个典型案例的分析》，载《人权》2021 年第 1 期。

[8] 参见程雷：《刑事诉讼中适用<个人信息保护法>相关问题研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期。

自从 2012 年电子数据作为证据被写入《刑事诉讼法》中，我国刑事诉讼立法一直在各相关领域明确电子数据的法定证据地位，目前电子数据的证据资格已经在刑事诉讼法律中被完全地确立。一方面，许多司法解释性质的文件都明确将电子数据作为法定证据之一予以认可。除了前文所提到的规范性文件外，最高人民检察院 2019 年发布的《人民检察院刑事诉讼规则》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部 2020 年联合发布的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》以及 2022 年联合发布的《关于办理利用信息网络实施黑恶势力犯罪刑事案件若干问题的意见》，等等，均在具体实施层面进一步明确了电子数据的法定证据地位。另一方面，在与刑事诉讼相关的许多法律领域中，电子数据的法定证据地位也已经得到确立。在监察法领域，《监察法》第 25 条、第 33 条，《监察法实施条例》以及《国家监察委员会与最高人民检察院办理职务犯罪案件工作衔接办法》中都有诸多条文都属于电子数据的证据能力条款。在国际刑事司法协助领域，《国际刑事司法协助法》第 25、26 条也规定了电子数据属于国际司法协助中可以向国请求获取的证据种类。

在收集、提取电子数据方面，尽管如前文所述，相关的公民权利保障机制尚未建立，但有关收集、提取的技术规范已基本完善的事实亦不容忽视。《电子数据取证规则》作为办案人员收集、提取电子数据的“办案手册”也已经足够翔实。《电子数据取证规则》第二章“收集提取电子数据”的篇幅占据了其全部规定的一半以上，对侦查人员的实践操作起到了非常重要且详尽的指引作用。此外，尽管《高法解释（2021）》第 110 条—第 112 条混淆了真实性、完整性、合法性三者的概念，但通过明确审查判断规则，能够有效指引侦查人员在实际进行收集、提取电子数据时应当按照怎样的流程进行。可以说，实践中收集、提取电子数据的技术规范问题已经基本得到解决。

在取证规则方面，尽管电子数据的证据审查规则，尤其是合法性审查规则仍有待改进，但电子数据的真实性审查规则已经基本被建立起来。从司法实践的情形看，保障电子数据的真实性一直是实务部门最为关注的。不论是三机关《电子数据若干规定》第 22 条—第 24 条，还是《高法解释（2021）》第 110 条—第 112 条，都将电子数据的真实性审查摆在首位，可见一斑。应当承认，保障刑事诉讼中电子数据的真实性也极为重要，因为只有保障电子数据的真实性，才能有效实现实体公正。[1]从具体规定上看，上述 6 个条文尽管未能建立起一套真正意义上全面审查电子数据真实性、完整性和合法性的审查判断规则，但在司法实践中对指引实务人员的依法审查电子数据的真实实性已经可堪使用。

总的来说，当前的电子数据收集规范已经基本实现了对现有司法实务经验的总结和归纳，基本完成了电子数据被确立为《刑事诉讼法》的法定证据种类后，将司法实务相关经验转化为具体规范的立法任务。下一步，应当对已具雏形的电子数据收集规范从权力制约、权利保障的角度进行整合，并纳入到《刑事诉讼法》之中，实现电子数据取证程序的法治化。

四、结语

电子数据被《刑事诉讼法》规定为法定的证据种类已有 12 年之久，在这长达 12 年的时间当中，我国刑事侦查活动经历了从“被动侦查”向“能动侦查”，从“由供到证”到“由证到供”，从“人员密集型”到“技术密集型”的转变。[2]一方面，随着侦查技术的日新月异，《刑事诉讼法》必须充分认识并解决法律滞后性带来的规范与现实不相协调的问题。同时也应当认识到，科技的进步不仅仅显著改变了侦查活动的基本形态，也深刻影响了公民基本权利的形态和权利保护诉求。如何妥善保护侦查中的公民权利这一古老问题面临着全新的挑战，这种挑战既面向刑事诉讼学界，同时也指向刑事诉讼立法。另一方面，科技的进步不仅仅是对侦查法治化的挑战，同时也是机遇。在经历了长久的理论储备和实践积累下，电子数据收集纳入到《刑事诉讼法》可谓“万事俱备”。借此次《刑事诉讼法》修正的“东风”，立法机关应当广开言路，充分地将近年来相关重要成果转化为《刑事诉讼法》的法律条文，实现电子数据收集的专业化、规范化，巩固刑事侦查法治化重要成果，为全面深化司法改革，实现中国刑事诉讼的法治化做出贡献。

---

[1] 参见陈如超：《电子证据审查判断的模式重塑——从混合型审查到分离型审查》，载《河北法学》2022 年第 7 期。

[2] 参见刘小庆：《从“权力监督”到“权利制约”：大数据侦查法律规制的理性之维》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2022 年第 2 期。

《刑事诉讼法》“证据章”的体系化重塑——以刑事诉讼法再修改为背景

吴洪淇*

摘 要：最近十多年以来，随着刑事证据制度改革的快速推进，《刑事诉讼法》证据制度规范已经呈现了非常明显的滞后性。刑事证据制度在立法层面特别是《刑事诉讼法》“证据章”还存在诸多问题，亟待在《刑事诉讼法》再修改中在立法层面上加以修改完善。应该通过本次刑事诉讼法修改对证据制度开展消弭矛盾、填补空白与制度整合三项工作。在宏观层面上，通过《刑事诉讼法》立法层面上的修改来实现刑事证据制度的体系化,以司法证明过程为经线、以证据种类为纬线，通过证据裁判原则发挥组织性架构的基础作用。在具体制度修改方面，应该以规则是否对事实错误风险分配具有重大影响为标准，着重对证据种类制度、证人证言、电子数据、专门性证据、技术调查、侦查证据等问题进行修改完善。

关键词：刑事诉讼法　立法修改　证据制度　体系化

随着第十四届全国人大常委会立法规划将刑事诉讼法修改列入条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案，刑事诉讼法第四次修改逐渐成为法学界热议的重大问题。[1]相关研究已经围绕刑事诉讼法修改的背景、必要性、原则、路径、基本议题等展开较多的讨论。在前期讨论的基础上，本文主要以第四次刑事诉讼法修改为背景和契机，重点探讨刑事证据制度立法问题特别是《刑事诉讼法》第五章“证据”一章（以下简称“证据章”）的修改与完善问题。自 2010 年以来，我国在刑事证据制度改革方面取得了重大的进展，仅仅由最高法院等机构独立或联合出台的相关规定便有十部以上，相关规范条款达数百条。但刑事证据制度相关的改革成果在刑事诉讼法立法层面并未得到及时的体现。在 2012 年刑事诉讼法修改的时候，尽管对刑事证据制度做了一定的修改，但 2012 年之后在非法证据排除规则、电子数据规则、专门性证据问题、技侦证据规则等方面又进行了许多改革，亟待在刑事诉讼法立法层面进一步吸收和确认。但 2018 年刑事诉讼法第三次修改的时候，由于其主要及时吸收认罪认罚制度等试点到期改革举措的“专题式修改”，因此对刑事证据制度和以审判为中心的相关制度改革举措并没有进行相应的修改。[2]

在这一背景下，如何通过立法修改来完善我国刑事证据制度便成为法学界应该直面的重要问题。之前法学界对历次《刑事诉讼法》修改中刑事证据制度改革问题已经有许多富有启发的讨论。[3]但总体来看这些讨论主要立足于具体修改的证据规范本身，对作为整体的刑事证据制度关注不足。但要对这一问题进行回答，就不能仅仅局限在个别证据规则问题本身，从体系化角度来关注刑事证据制度如何重塑的“宏观性”问题。[4]为此，本文着重从以下四个方面展开讨论。首先，本文将对《刑事诉讼法》“证据章”存在的缺陷进行理论层面的反思，对刑事证据制度立法修改的基本任务进行探讨；其次，对刑事诉讼法“证据章”的体系化的宏观问题进行探讨；最后，对刑事证据制度立法层面应该重点修改的具体制度进行梳理与讨论。

一、《刑事诉讼法》“证据章”的体系化缺陷与立法任务

在第四次刑事诉讼法修改中，刑事证据制度应该成为修改的重点领域，这既源于刑事证据制度在近年来的快速发展，也与《刑事诉讼法》“证据章”本身存在不足有关。在我国《刑事诉讼法》中，“证

---

* 北京大学法学院研究员、博士生导师。本文系北京市社科基金青年项目“刑事案件的事实认定模式研究”（17FXC032）和北京大学基本科研业务费项目“证据法的基础理论与话语体系”（7100603688）的研究成果。

[1] 相关的讨论很多，比如陈光中：“刑事诉讼法再修改的若干重要问题探讨”，《政法论坛》2024 年第 1 期，第 36-44 页；陈卫东：“《刑事诉讼法》第四次修改前瞻”，《政法论坛》2024 年第 1 期，第 45-56 页；陈瑞华：“企业合规改革与刑事诉讼立法”，《政法论坛》2024 年第 1 期，第 67-77 页。

[2] 参见樊崇义：“2018 年 《刑事诉讼法》修改重点与展望”，《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期，第 4 页。

[3] 比如龙宗智：“进步及其局限——由证据制度调整的观察”，《政法论坛》2012 年第 5 期，第 3-13 页；汪建成：“刑事证据制度的重大变革及其展开”，《中国法学》2011 年第 6 期，第 51-60 页。

[4] 参见[美]罗纳德 · J.艾伦：《艾伦教授论证据法（上）》，张保生、王进喜、汪诸豪等译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 434 页。

据章”是刑事诉讼法中集中规定证据制度的核心部分，“证据章”的相关规定是刑事证据制度体系中效力层次仅次于宪法性规范的重要规范。但从目前来看，“证据章”的条文数量与证据在刑事诉讼中的核心作用还很不相称，“证据章”本身在内部体系化方面还存在严重缺陷，“证据章”的规定也严重滞后于刑事证据制度的快速发展。

（一）《刑事诉讼法》“证据章”的演变

《刑事诉讼法》自 1979 年颁布以来经过三次修改，其中“证据章”修改状况如下表一所示。从中可以看出以下三个特点：第一，“证据章”的条文数量非常少。1979 年《刑事诉讼法》中只有 7 个条文，2012 年《刑事诉讼法》即使大幅度修改之后，依然只有 16 个条文。正如陈光中先生所言，目前我国《刑事诉讼法》对证据规定的条文比较少、证据部分规定得比较简单，这样就可能导致过于简单的规定无法适应实际情况的快速发展。[1]第二，“证据章”在整部《刑事诉讼法》所占的比例非常低，无论是 1979 年还是 2012 年刑事诉讼法中，“证据章”所占比例只有 5%左右。这与证据运用与事实认定在刑事诉讼过程中的基础性地位是完全不相称的。正如艾伦所言，在一定意义上，证据法在任何诉讼制度中都是最重要、最基础的方面，确切地说，它是法治的基石。[2]相比之下，其它一些法治发达国家在刑事诉讼法中将证据放在更为重要的位置，且不说有独立证据法的英美法系国家，在日本刑事诉讼法中，与证据直接相关的主要有“公审”章下的“证据”节、“询问证人”章、“鉴定”章、“保全证据”章等 50 个条文，占整部刑事诉讼法条文数 10%左右。[3]第三，从时间维度来看，“证据章”变化落后于整部《刑事诉讼法》的变化。在 1996 年刑事诉讼法重大修改中，“证据章”部分仅仅增加了一个证人保护条款，在 2018 年刑事诉讼法修改中，“证据章”更是完全没有变化。正是因为“证据章”的数量相当有限且修改严重滞后，无法对刑事诉讼中证据问题进行有效的规制与回应，从而一定程度上催生了司法机关甚至许多地方机构去积极推动刑事证据制度的出台，甚至催生了大量的“地方性刑事证据规则”。[4]

法律	刑事诉讼法条文数	证据章条文数	内容
1979 年	164 条	7 个条文	证据审查框架，合法自愿取证原则，忠于事实真相原则，取证权、行政证据使用规则及相关义务，口供补强要求与证明标准，证人证言规则（2 条）
1996 年	225 条	8 个条文	增加证人保护条款
2012 年	290 条	16 个条文	增加证明责任分配条款、非法证据排除规则（5 个条文）、证人保护与证人补偿（2 个条文），修改 4 个条文
2018 年	308 条	16 个条文	无变化

表一、四部《刑事诉讼法》中“证据章”演变状况

[1] 陈光中：“刑事诉讼法再修改的若干重要问题探讨”，《政法论坛》2024 年第 1 期，第 40 页。

[2] [美]罗纳德·J.艾伦：《艾伦教授论证据法（上）》，张保生、王进喜、汪诸豪等译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 30 页。

[3] 具体参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会：《世界各国刑事诉讼法》（亚洲卷），中国检察出版社 2016 年版，第 331-334 页，351-352 页。

[4] 参见吴洪淇：“刑事证据制度变革的基本逻辑——以 1996-2017 年我国刑事证据规范为考察对象”，《中外法学》2018 年第 1 期，第 103 页；以及房保国：“现实已经发生——论我国地方性刑事证据规则”，《政法论坛》2007 年第 3 期，第 41-43 页。

2012 年刑事诉讼法修改时吸收了 2010 年出台的“两个刑事证据规定”的部分内容，对证据一章进行了较大幅度的修改，新增了 8 个条文，另外有 4 个条文经过不同程度的修改。但这种是选择性的，从“两个刑事证据规定”吸收整合的主要有非法证据排除规则和证人保护规则这两类规则，对“两个刑事证据规定”其他规定并没有涵盖到。2018 年刑事诉讼法修改时对“证据章”未作修改。以 2018 年刑事诉讼法为对象，“证据章”条款分布如下：证据审查框架（第 50 条）、证明责任分配（第 51 条）、合法自愿取证原则（第 52 条）、忠于事实真相规则（第 53 条）、取证权、行政证据使用规则及相关义务（第 54 条）、口供补强要求与证明标准（第 55 条）、非法证据排除规则（第 56-60 条）、证人证言规则（第 61-65 条）。

（二）《刑事诉讼法》“证据章”的体系化缺陷

第一、“证据章”缺乏比较明显的体系性，各个规则之间的逻辑关系缺乏比较清晰的主线。作为一个完整的体系，刑事证据的具体规定之间应当互相协调、衔接、配套，具有内在的统一性。[1]“证据章”相关规定存在比较明显的缺陷。这主要表现在两个方面。

首先，“证据章”所包含的规则之间排列顺序缺乏比较清晰的逻辑性，存在较大的跳跃性。刑事诉讼法不同部分规定一般都会有比较明确的内在逻辑，比如第六章强制措施主要按照拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕五种强制措施及其变更顺序来展开，侦查一章以一般规定开头，侦查终结结尾，其余部分主要按照侦查措施来展开。而就“证据章”不同规则之间的内在逻辑联系则是不清楚的，显得比较杂乱。从证明过程展开的角度来看，应该按照取证、举证、质证和认证四个阶段先后展开，而证明责任和证明标准则是居于证明过程的两个端口。[2]按照这一展开顺序来看，除 50 条对证据审查框架进行规定之外，第 51 条为证明责任，第 52 和 54 条主要规定取证问题，第 56 至 60 条主要规定非法证据排除规则，第 61 条至 65 条主要规定证人作证问题，从大的层面上大致遵循了证明过程的逻辑。但其中 52 条和 54 条之间又夹杂着公检法等办案机关忠于真相的义务（第 53 条），然后将属于认证环节、本应该放在最后的证明标准放在非法证据排除规则和证人作证问题之前，这就使规则之间存在一定的跳跃性。

其次，尽管从现有条款排列顺序来看，证据章相关规定背后隐含着一个大致的顺序，也就是按照证明过程先后顺序来展开，但由于缺乏一个核心的原则性条款将证据章的相关条款统合起来，导致这种排列逻辑并不是非常的清晰和明确。目前《刑事证据法》第 50 条作为“证据章”第一个条款来说无论从规范位置还是其规范内容来说应该承担这样一个原则性条款的整合性功能。第 50 条实际上潜含着一个“材料—证据—定案根据”这样一个递进式的证据审查基本框架，该框架在一定程度上是可以对“证据章”中的刑事证据规范条款起到整合性功能的。[3]但由于第 50 条主要关注证据审查本身，关注的对象主要还是在审判阶段前后的证据审查问题，对取证阶段的规则缺乏足够的关注，从而导致第 50 条的整合性功能受到很大的限制。

第二、从规范内容上看，“证据章”存在非常严重的结构性缺陷。这种结构性缺陷主要体现在两个方面。

首先、“证据章”在关注重点上存在比较严重的结构性缺陷。目前“证据章”的证据规范主要还是以言词证据为核心关注点，对物证、书证、鉴定意见、电子数据等新型的、客观性证据缺乏必要的关注。目前“证据章”16 个条文有 10 个条文主要聚焦于非法证据排除规则（5 条）和证人证言规则（5 条）。比如，证人作证问题上，一共用了 61-65 五个条款，其中证人保护制度就有 61 条和 62 条。而作为司法实践中越来越依赖的电子数据、鉴定意见都没有关注，仅仅在 50 条证据种类提及“鉴定意见”、“电子数据”，而针对两者的审查规则完全缺乏。对物证、书证等实物证据也仅仅在非法证据排除规则部分有所提及，对实物证据的其它相关规则均没有涉及。相比之下，德国《刑事诉讼法》则将“鉴定人与勘验”作为第一编“总则”下专门设置了“鉴定人与勘验”一章，用了 31 个条款对鉴定问题专门加以规定。

---

[1] 参见张栋:“中国刑事证据制度体系的优化”,《中国社会科学》2015 年第 4 期，第 128 页。

[2] 参见张保生主编:《证据法学》（第四版），中国政法大学出版社 2023 年版，第 94 页。

[3] 参见吴洪淇:“刑事证据审查的基本制度结构”,《中国法学》2017 年第 6 期，第 175-179 页。

其次、不同类型规则之间在立法资源的分配方面严重不均衡。有的证据规则用了多个条款来加以规定，有的不同类型的多条规则却被挤压在一个条款之中。比如，第 52 条仅在一个条款中则规定了五项规定：（1）办案人员依照法定程序取证义务；（2）办案人员全面取证义务；（3）不得强迫自证其罪原则；（4）严禁非法取证原则；（5）保证公民客观充分提供证据义务。这五项规定之间尽管内容存在相关或者交叉之处，但并不完全相同。特别是“不得强迫任何人证实自己有罪”这一条款被放在严禁非法取证要求的后面，似乎是将其作为严禁非法取证的一个禁止性要求和保障性条件。[1]这种处理方式与“不得强迫任何人证实自己有罪”这一条款作为原则性条款的丰富内涵与重要地位是完全不相称的。[2]存在类似情形的还有第 54 条。第 54 条包括四项项内容：公检法办案人员的取证权和相对人的配合义务、行政机关获取证据可以作为刑事证据使用、取证人员的保密义务和不得伪造、隐匿证据义务。其中行政机关获取证据可以作为刑事证据使用和其它三项规定之间其实关系不大，性质也不相同，放在三者之间彼此很难协调。其它三项规定主要规定取证人员的权力和义务，而行政机关获取证据可以作为刑事证据使用则是对证据资格的授权性条款。

（三）刑事证据制度立法修改的基本任务

首先，提升既有证据规范的效力层次，化解证据规范的正当性危机。从表二可以看出，自 2012 年刑事诉讼法修改以来，我国在刑事证据制度方面又由多个机构、通过多种形式发布了十多个相关规范性文件，在非法证据排除、防范冤假错案、电子数据、毒品犯罪证据、网络犯罪证据等方面取得了重要的进展。刑事证据制度的这些进展在很大程度上丰富了《刑事诉讼法》中与证据制度有关的相关规定，有些规定甚至在一定程度上突破了现有立法规定，在合法性方面受到质疑，亟待从立法层面加以回应。比如 2021 年最高法院在《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（以下简称《最高院刑诉法解释》）在第 100 条和第 101 条分别规定了“专门性问题报告”和“事故调查报告”，并明确其在满足一定条件下可以作为证据使用，同时在审查规则方面参照鉴定意见的相关规定。尽管这两类报告在司法实践中确实在使用，作为证据使用有其司法实践方面的合理性，但由于《刑事证据法》第 50 条所规定的证据种类并没有包含这两类报告，因此，仅仅在最高法院司法解释层面授权两类报告的证据资格容易招致对其存在之合法性的批评。[3]为了避免类似的问题出现，亟待从刑事诉讼法立法层面对 2012 年以来刑事证据制度一些改革成果及时加以吸收，调整相关的制度。

序号	发布时间	发布机构	规范名称	与证据相关的规范数量
1	2010 年	最高法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家安全部	《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》	41 条
2	2010 年	最高法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家安全部	《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》	15 条
3	2013 年	最高法院	《最高人民法院关于适用<中	62 条

[1] 参见汪建成:“刑事证据制度的重大变革及其展开”,《中国法学》2011 年第 6 期，第 51 页。

[2] 全国人大法工委在刑事诉讼法的权威解读中也认为该规定是具有刑事诉讼法原则性质的规定，具有“重要的法律引领和引导作用”。参见李寿伟主编:《中华人民共和国刑事诉讼法解读》，中国法制出版社 2018 年版，第 25 页。

[3] 比如参见龙宗智:“立法原意何处寻:评 2021 年最高人民法院适用刑事诉讼法司法解释”,《中国法学》2021 年第 4 期，第 256-257 页。

			华人民共和国刑事诉讼法>的解释》(证据章)	
4	2013 年	最高检察院	关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见	27 条
5	2014 年	最高法院	关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见	27 条
6	2016 年	最高法院、最高检察院、公安部	《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》	30 条
7	2017 年	最高法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家安全部	《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》	42 条
8	2017 年	最高法院	《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》	36 条
9	2019 年	公安部	《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》	61 条
10	2019 年	最高法院、最高检察院、公安部	《关于办理毒品犯罪案件收集与审查证据若干问题的意见》（内部文件）	56 条
11	2021 年	最高检察院	《人民检察院办理网络犯罪案件规定》（第三章）	19 条
12	2021	最高法院	《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》	78 个条
13	2022	最高法院、最高检察院、公安部	《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》	11 条

表二、2010 年以来全国层面刑事证据相关规范性文件

其次，填补刑事证据制度的空白，回应科学时代与数据时代的重大问题。《刑事诉讼法》在证据制度方面还存在许多空白地点，亟待吸收现有刑事证据规定来予以充实。比如，在电子数据方面，《刑事诉讼法》除了在第 50 条中将“电子数据”作为证据种类之一外，在“证据章”其余部分甚至整部刑事诉讼法中就完全没有涉及，这与电子数据作为新时代“证据之王”的重要地位完全不相称。由于《刑事诉讼法》在电子数据方面完全未曾涉及，所以目前在电子数据方面的主要规定只能遵循 2016 年由最高法院、最高检察院和公安部联合出台的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》和 2019 年公安部颁布的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》。由此带来的问题不但是规范层次较低，更为重要的是电子数据作为一种重要的证据种类却完全由办案机构来起草其相应的审查规则，导致相关机构在起草中更多从办案方便角度来考虑电子数据审查，而对于电子数据取证中的人权保障问题和合法性控制却有意无意的忽略。[1]《刑事诉讼法》在证据制度留存大量的空白的直接结果是《最高院刑诉法解释》中有关证据的相关规定在一定程度上替代了《刑事诉讼法》“证据章”的规范作用，但仅仅通过由最高法院主导的规范性文件来完成刑事证据制度设计在

[1] 参见吴洪淇:“刑事诉讼电子数据合法性制度框架的虚化与矫正”,《上海政法学院学报（法治论丛）》2022 年第 6 期，第 92-94 页。

法律空间、权威性以及整合性方面似乎还存在诸多不足之处，需要通过刑事诉讼法修法来予以有效的弥补。

最后，通过立法修改对相互冲突的证据规范加以整合。刑事证据制度存在诸多相互重复、相互冲突的地方，亟待从刑事诉讼法层面加以整合。从上表二可以看出，2012 年以后的刑事证据制度变革与调整主要是由最高法院、最高检察院、公安部、司法部、国家安全部等机构或联合颁布或独立颁布来完成的。由于证据规定属于侦查、审查起诉和审判三机关都会涉及的问题，不同机构因不同的立场和角度对证据规定的范围、严格程度等问题往往会存在不同看法。这种由部门出台刑事证据法规范的改革方式导致现有刑事证据制度之间存在相互重复、相互冲突的地方，不但造成资源的浪费，更重要还容易因标准与规范的多元化而导致基层司法实务部门与律师在司法实践中无所适从。以非法证据排除规则为例，出于对非法证据排除的重视，我国最高法院等不同机构先后以独立颁布或联合颁布的方式出台了多部与非法证据排除有关的规定，由此导致非法证据排除规则在非法供述排除范围、非法证据排除程序等多个问题上存在不同的规定。[1]为了对这些重复性、冲突性规定进行化解和整合，就需要摆脱部门立法的困境，由最高立法机关通过刑事诉讼法修法的方式来加以有效的整合。

二、刑事证据制度立法修改的宏观体系问题

基于《刑事诉讼法》“证据章”所存在的问题和承担的任务，在《刑事诉讼法》再修改的过程中应该进行全方位的体系重塑，而不宜再像 1996 年和 2012 年刑事诉讼法修改那样采用个别条款打补丁的修订方式。因为打补丁的方式不仅无法从根本上解决现有“证据章”体系化不足的难题，反倒可能进一步加剧内部条款不均衡的问题。基于“证据章”的滞后性，未来修改中更应该进一步大幅度增加“证据章”条款数量。在这一背景下，如何强化体系化问题将是对刑事证据制度修改的宏观问题。以下从“证据章”的基本框架与基本原则两个角度讨论刑事证据制度立法修改的体系化方案。

（一）“证据章”的基本框架

如何将零散的证据法规范整合成一个紧凑有序的规范体系一直是证据法传统上的一个重大问题。斯蒂芬在其《证据法概要》当中曾抱怨道:“这些规则总是看起来像是形成了一团令人绝望的乱麻一般，绞尽脑汁或许可以将它们记住，但却无法将它们作为一个整体来加以理解或者将它们压缩成一个系统”。[2]从法律体系内部来说，法律体系的体系性主要表现在法律规范内部的融贯性上。法律体系的融贯性的核心特征在于法律体系的各个规范之间建立起积极关联。这种积极关联一方面意味着法律规范之间要相互支持而不是相互冲突，彼此之间要形成相对独立的规范作用，共同服务于整体规范体系；另一方面则意味着体系内部的规范间发生冲突时能够有序形成优先关系。[3]以此为标准，“证据章”的不同规范的展开应该形成一个有序的基本逻辑框架，这一基本逻辑框架应该以司法证明过程为经线，以证据种类为主体兼顾其它跨种类证据为纬线来展开。

“证据章”的规范以司法证明过程为经线来组织，以证据收集—证据审查—证据认定为基本顺序来依次展开。这主要考虑以下两个方面的因素。首先，是对“证据章”现有基本格局的尊重。如前所述，“证据章”现有规范的格局大体上遵循了司法证明过程的展开顺序。因此，以司法证明过程为经线既是对既有规范排序的尊重，也避免了完全推倒重来的负担。其次，更为重要的是，从规范所处位置上看，“证据章”在是《刑事诉讼法》“总则编”的有机组成部分，“证据章”应该关照刑事诉讼整个过程，将司法证明过程展开作为基础。“证据章”以证据的审查和认定环节为重心，但对取证环节有所规范。这一点与美国的《联邦证据规则》和我国最高法院《刑诉法解释》“证据章”的关注点都不同。《联邦证据规则》主要关注证据可采性问题，主要由证据的可采性规则组成，关注的焦点是哪些证据可以被准许进入法庭审判阶段。[4]我国《刑诉法解释》“证据章”的核心关注点主要是法院的证据审查问题，这主要由法院这一角色和立场所决定的。如果以司法证明过程为经线来组织，那么应该按照证据审查框架、证明责任、取证规则、证据审查规则、证明标准的基本顺序对“证据章”的规则来进行重新

---

[1] 参见吴洪淇:“非法言词证据的解释:利益格局与语词之争”,《法学家》2016 年第 3 期，第 71-73 页。

[2] 参见[英]威廉 · 特文宁:《反思证据：开拓性论著》，吴洪淇等译，中国人民大学出版社 2015 年版，第 68 页。

[3] 参见雷磊:《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》，载《法学家》2012 年第 2 期,第 3 页。

[4] 参见[英]威廉 · 特文宁:《反思证据：开拓性论著》，吴洪淇等译，中国人民大学出版社 2015 年版，第 207 页。

排列。以此为标准,“证据章”现有规则只需要加以微调，也就是将证明标准放到整章的最后一部分即可。

分布	最高法院《刑诉法解释》“证据章”规定
总	第一节，一般规定。主要包括证据裁判主义原则（69-71 条）、证明对象（72 条）、证据移送（73、74 条）、行政证据、监察证据与刑事证据的衔接（75、76 条）、域外证据（77、78 条）、法院调查核实证据（79 条）、见证人资格（80 条）、庭审中不宜公开证据的处理（81 条）。
分（第 82-138 条）	第二节物证、书证的审查与认定 第三节证人证言、被害人陈述的审查与认定 第四节被告人供述和辩解的审查与认定 第五节鉴定意见的审查与认定 第六节勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录的审查与认定 第七节视听资料、电子数据的审查与认定 第八节技术调查、侦查证据的审查与认定 第九节非法证据排除
总	第十节证据的综合审查与运用。主要包括证据综合审查规则（139 条）、无直接证据案件的定罪标准（140 条）、隐蔽证据规则（141 条）、情况说明（142 条）、瑕疵证据补强要求（143 条）、量刑证据（144-45 条）、法定责任年龄证据（146 条）

表三:《最高院刑诉法解释》的证据规范分布格局

“证据章”中的证据审查规则应该以证据种类为基础来展开，兼顾跨证据种类的一些证据规则。自 1754 年第一本证据法专著——吉尔伯特的《证据法》——出版以来，如何将证据规则以一种合理的方式组织起来并以一种体系化的方式呈现出来，一直是证据法学者努力克服的难题。[1]《刑事诉讼法》“证据章”之所以需要以证据种类作为核心架构来组织证据审查规则，主要基于以下两点原因。首先，在我国现有的刑事证据规则中证据审查规则的数量特别多，将会成为“证据章”数量最多的一部分规则，对这部分规则如何加以组织也是未来修改中需要解决的问题。目前“证据章”仅仅对非法证据排除规则和证人出庭及其保障性规则加以规定。从 2012 年以来刑事证据制度改革发展趋势来看，主要增加的就是针对各种证据种类的审查规则，比如像证人证言、电子数据、物证、书证、鉴定意见等等。其次，从 2010 年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》到 2021 年最高法院《刑诉法解释》，几个覆盖面比较广的证据规范文件已经逐渐形成了以证据种类为基本组织架构的模式。以 2021 年最高法院《刑诉法解释》为例，如表三所示，该规范的主体部分就是以证据种类为基本框架，另外加上非法证据和技术调查、侦查证据这两类跨证据种类的证据规则。以证据种类为主体来架构刑事证据审查规则是具有中国特色的一个模式，在既有证据种类的基础上对证据规则加以分类，比较简明直接，也比较容易为司法实务人员掌握应用。当然，证据种类与证据规则的分类逻辑毕竟不完全相同，以证据种类为基础来对证据规则进行分类需要特别考虑证据规则本身的特殊性。现有规范的做法是采用合并同类项的方式，一些在证据审查标准上比较相近的证据种类被放在一起加以规范，比如物证和书证、证人证言与被害人陈述就被放在同一类证据审查规则当中来加以规范。与此同时，一些证据规则涵盖了多个证据种类，则被单独拿出来作为一种独立的证据规则。比如非法证据排除规则，同时涵盖了犯罪嫌疑人、被告人供述、证人证言、物证、书证、电子数据、视听资料等多种证据类型。[2]在“证据章”修改过程中，也可以借鉴现有的做法，以证据种类

[1] 参见[英]威廉·特文宁:《证据理论》，吴洪淇、杜国栋译，中国人民大学出版社 2015 年版，第 3 页。

[2] 参见吴洪淇:“刑事证据制度的体系化塑造及其隐忧——最高院‘新刑诉解释证据规定’的宏观分析”,《当代法学》2021 年第 5 期，第 71-72 页。

为基础兼顾非法证据排除规则和技术侦查、调查证据规则，从而有效矫正“证据章”中仅仅规定非法证据排除和证人证言这两类证据的偏颇格局。

（二）作为体系化基础的基本原则

基本原则在法律体系中具有引领性和奠基性作用。在证据法系统化的过程中，证据法的基本原则一直发挥着引领性作用。18 世纪中叶，吉尔伯特出版的《证据法》尽力用一条“最佳证据原则”将所有的证据规则都纳入麾下，边沁对吉尔伯特的观点加以批判，提出应该用一条相关性原则来作为证据审查的基本原则。[1]美国的塞耶在前人基础上提出了“包容性原则”与“排除性原则”相结合的双原则模式，这两个原则最终成为美国《联邦证据规则》的基础性原则，为美国证据法法典化的成功奠定了基础。[2]在我国《刑事诉讼法》中，证据制度的基本原则却一直不甚明确。在《刑事诉讼法》“任务与基本原则”一章中，与证据制度直接相关的一条原则是“以事实为根据，以法律为准绳”。该原则确实为证据作为刑事诉讼之基础提供了一定的可能性，但由于该原则仅仅是谈论抽象意义上的事实范畴，没有将事实与证据关系纳入其中，因此很难直接发挥作为证据制度之基础性原则的作用，需要一条新的基本原则来承担起承上启下的作用。一方面，该原则需要能够与“以事实为根据”实现对接，由于“事实”概念本身的模糊性，因此，需要进一步追问“事实”背后的基础性概念也就是证据概念。因为从一定程度上说，正是证据相关性与实质性理念“把法治与真实世界的实际情况相联系的努力，锚定了可知事物中的权利和义务，并使其摆脱了反复无常和任性的支配”。[3]另一方面，该原则需要能够对“证据章”相关规范起到引领性和组织性作用。“事实”概念本身的抽象性也决定了其无法对“证据章”证据规范直接进行引领，而需要一条与证据直接相关原则来与这些证据规范进行对接。这条新的原则就是“证据裁判原则”。

“证据裁判原则”在各国尽管表现方式不同，但多个国家都以不同的形式表达了这一基本原则。日本《刑事诉讼法》在第 317 条（“证据”节第 1 条）明确规定:“认定事实,应当依据证据”。美国尽管没有在《联邦证据规则》中直接规定证据裁判规则，但其基本原则本身就体现出来证据裁判原则的基本精神。美国《联邦证据规则》通过 401 和 402 规定确立起了最小关联性原则和可采性原则，要求案件事实认定只能以具有相关性且能够被采纳的证据为基础。其中《联邦证据规则》401 规定:“下列情况下，证据具有关联性:（a）与没有该证据相比，它具有使一个事实更可能或更不可能的任何趋向性；并且（b）该事实对于决定该诉讼是要素性的”。《联邦证据规则》402 规定:“相关的证据具有可采性，除非下列任何一项另有规定:《美国宪法》、联邦法令、本证据规则或最高法院制定的其它规则，不相关的证据不可采”。[4] 德国《刑事诉讼法》第 244 条规定:“为了调查事实真相，法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对裁判具有意义的事实、证据上。”

在我国,“证据裁判原则”首先是在最高法院等机构联合发布的规范性文件层面的规范性文件确立起来的。[5]2007 年最高法院等机构联合出台的《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》提出“坚持证据裁判原则，重证据、不轻信口供。”这是在全国规范性文件层面第一次明确了“证据裁判原则”概念，但对该原则的内涵并未作出明确的规定。2010 年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》用 3 个条款进一步丰富了证据裁判原则。该规定第 2 条规定:“认定案件事实,必须以证据为根据。”第 3 条规定:“侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序，全面、客观地收集、审查、核实和认定证据。第 4 条规定:“经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查

---

[1]参见[英]威廉·特文宁:《反思证据：开拓性论著》，吴洪淇等译，中国人民大学出版社 2015 年版，第 43-44 页。

[2] See Eleanor Swift, One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph, California Law Review, 88 : 2437 – 57.

[3] [美]罗纳德·J.艾伦:《艾伦教授论证据法（上）》，张保生、王进喜、汪诸豪等译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 3 页。

[4] 参见[美]罗纳德·J.艾伦等，《证据法的分析进路：文本、问题与案例》，张保生、王进喜、汪诸豪等译，满运龙校，中国人民大学出版社 2023 年版，第 153-4 页。

[5] 关于证据裁判原则的历史梳理，参见陈光中:“证据裁判原则若干问题之探讨”,《中共浙江省委党校学报》2014 年第 6 期，第 16-18 页。

证属实的证据，才能作为定罪量刑的根据。”2012 年最高法院《刑诉法解释》和 2021 年最高法院《刑诉法解释》又对三个条款加以重申。最高检察院《人民检察院刑事诉讼规则》也在“证据章”第一条第一款规定:“人民检察院认定案件事实，应当以证据为根据”。《公安机关办理刑事案件程序规定》尽管没有规定这一条款，但在其第一章“任务与基本原则”中强调“公安机关办理刑事案件，应当重证据，重调查取证，不轻信口供”。(第 8 条)因此，在全国规范性文件层面，证据裁判原则已经得到了公检法等各个部门的共同确立，成为指引办案机关证据运用和事实认定的基本原则。

证据裁判原则在现有证据规范体系中发挥着引领性与组织性作用，为证据规范提供了基本框架和正当性基础。首先，证据裁判原则强调证据是认定案件事实的基础。当代法律裁判的一个区别性特征，就是以案件事实认定为取向。[1]而案件事实的认定以证据为基础，这是区分理性事实认定方式与非理性事实认定方式的一个重要分水岭。[2]其次，本原则就将证据与事实连接起来，从而将证据规范与《刑事诉讼法》中的“以事实为根据，以法律为准绳”的基本原则连接起来，填补了该原则与“证据章”之间留下的断裂之处。再次，构成案件事实之基础的证据并非日常意义上的证据，而是具有证据能力的证据，而且要经过调查之后才能作为案件事实认定的基础，这是证据裁判原则的规范意义。[3]通过这一规范意义，证据裁判原则就为证据的规制提供了正当性基础。

证据裁判原则可以为证据规范提供一个基础的组织性作用，但该原则目前在《刑事诉讼法》“证据章”中并无直接体现。这一方面严重制约了该原则的效力层次，使得该原则缺乏足够的权威性；另一方面该原则对于“证据章”的规范很难发挥引领性作用。目前第 50 条第一款和第二款主要规定了证据概念与证据种类，并不能体现证据对案件事实的基础性作用。第三款规定“证据必须经过查证属实，才能作为定案根据”强调的是证据的真实性，无法涵盖证据的合法性，这与刑事证据规范中越来越多的合法性规范不相符，也很难为现有“证据章”和其它刑事证据规范提供一个恰当的正当性基础。为此，在本次《刑事诉讼法》再修改中，可以考虑将证据裁判原则的核心内容吸收进来，其位置可以放在第 50 条之前作为引领“证据章”证据规范的基础性原则，同时可以发挥其与“以事实为根据，以法律为准绳”基本原则的连接作用。第 50 条第三款由于在内容上已经为证据裁判原则所覆盖，故可以被证据裁判原则所吸收。

三、刑事证据制度立法修改的具体制度问题

在刑事证据制度立法修改方面需要考虑的一个问题是应该对哪些具体证据制度进行修改？基于《刑事诉讼法》基本法律地位和有限容量，显然不可能将所有的刑事证据规则都吸收到“证据章”中。从裁判者与立法者的分工来看，因为裁判者在其事实认定中始终存在犯错的风险，因此，立法者应该对不同的错误风险加以评价，并通过相关证据规范来合理分配这些错误风险。[4]《刑事诉讼法》再修改中应该对两类规范特别加以关注：（1）一类是对公民基本权利产生影响的规范；（2）另一类是那些对案件事实认定错误风险分配造成重大影响的规范，其中包括对证据将会产生制裁性效果的排除规范。以下主要就“证据章”中一些比较重要的、急迫的具体制度安排进行探讨。

（一）证据种类制度

“证据章”第 50 条中规定的证据种类制度因其封闭性和标准不一致性而长期遭受学界批评。[5]就本次《刑事诉讼法》再修改而言，证据种类制度主要存在两个方面的挑战：一方面，最高法院《刑诉法解释》已经在一定程度上突破了刑事证据种类制度的封闭性结构。2021 年最高法院《刑诉法解释》第 100 条和 101 条所确立的“专门性问题报告”和“事故调查报告”的证据资格已经在一定程度上突破了证据种类所确立的“鉴定意见”的范围，而这种突破又被认为是司法实践所需要的。另一方面，

---

[1] 参见[新加坡]何福来:《证据法哲学——在探究真相的过程中实现正义》，樊传明、曹佳、张保生等译，中国人民大学出版社 2021 年版，第 3 页。

[2] 参见[英]威廉 · 特文宁:《反思证据：开拓性论著》，吴洪淇等译，中国人民大学出版社 2015 年版，第 91 页。

[3] 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》（第七版），张凌、于秀峰译，法律出版社 2019 年版，第 437 页。

[4] 参见[美]亚历克斯 · 斯坦:《证据法的根基》，樊传明，郑飞等译，中国人民大学出版社 2018 年版，第 11 页。

[5] 参见龙宗智:“证据分类制度及其改革”,《法学研究》2005 年第 5 期，第 87-88 页；孙远:“论法定证据种类概念之无价值”,《当代法学》2014 年第 2 期，第 99-102 页。

随着数据社会的到来，事实认定的数据带来的新型证据，比如像大数据证据、人工智能证据等也在不断挑战证据种类的边界。大数据证据的证明机理与传统的电子数据并不相同，大数据证据是通过数据挖掘与数据碰撞产生了不同于既有数据的“新”的信息,与当前电子数据这一法定证据种类存在着本质区别。[1]其对案件事实的证明也不同于传统的证据类型，更多的是一种非个别化的盖然性指向，正因为如此，不少研究者主张其应该拥有独立的证据种类地位。[2]

基于前述考虑，为了更好适应刑事案件事实认定专门化与数据化趋势，《刑事诉讼法》再修改中应该考虑从以下两方面修改：（1）在证据种类中可将“鉴定意见”修改为“鉴定意见及其他专门性意见”或者直接修改为涵盖面更广的“专家意见”，将传统的“鉴定意见”和新近确立的“专门性问题报告”与“事故调查报告”都涵盖在内。（2）为了应对数据社会所带来的各种层出不穷的新型证据，可以考虑在八种证据种类之外增加一个兜底类型。这样一方面可以打破证据种类的封闭性和僵化性，使刑事证据种类更好适应社会发展需要，同时也避免证据种类规定被频繁地改动。

（二）证人证言规则

目前“证据章”有 5 个条文针对证人出庭作证进行了规定，但这些规定主要包括证人证言质证规则、证人作证义务和证人资格要求、证人保护与补偿规则。证人出庭作证要求主要体现在审判编下的“第一审程序”一章的第 192 条，而证人不出庭作证的排除规则要求则在《刑事诉讼法》中没有规定，而是体现在《最高院刑诉法解释》第 91 条中。因此，“证据章”证人作证规则存在一种碎片化问题，相关的规则散落在刑事诉讼法的不同规范中。尽管“证据章”用了 5 个条文对证人出庭作证进行了规范，但存在两个问题：首先，最为重要的证人出庭作证要求及对不出庭作证的制裁性条款没有在“证据章”体现，制裁性条款甚至在《刑事诉讼法》中都完全没有规定，削弱了证人出庭作证要求的效力和权威性；其次，必要证人出庭作证规定本身存在比较大的问题，只有在满足三个条件证人才需要出庭作证：控辩双方提出异议、证人证言对案件定罪量刑存在重大影响、以及人民法院认为证人有必要出庭作证。该规定为必要出庭的证人设置了过高的门槛，赋予了法官过大的裁量权，其结果必然导致司法实践中证人出庭成为罕见的例外情形。

因此，在推进以审判为中心的诉讼制度改革背景下，刑事诉讼法应该对证人证言规则进行比较系统全面的修改，对“证据章”相关条款进行整合优化。首先，应该将必要证人出庭作证规则从审判篇“第一审程序”和证人出庭不作证的排除规则中挪到“证据章”中，放到第 61 条中。目前第 61 条强调的是证人证言的质证要求，而必要证人出庭作证及其排除规则是证人证言质证的有机组成部分。其次，应该对必要证人出庭作证的要求进行修改，去掉“人民法院认为证人有必要出庭作证的”的要求，限缩法院在必要证人出庭作证方面的裁量权。再次，应该确立必要证人出庭作证庭上证言优先规则，原则上出庭之后所作出的证人证言在证据能力上应该优先于庭前证言，除非确有较为充分的证据证明庭上证言为虚假证言。

（三）实物证据规则

目前“证据章”绝大部分证据审查规则与口供、证人证言有关，与物证、书证有关的规则只有非法证据排除规则涉及到，大量与物证、书证有关的规则主要规定在司法解释当中。这一格局与刑事诉讼中越来越强调以客观性证据为主的客观性证据审查模式无法匹配。[3]因此，在本轮《刑事诉讼法》修改中，应该进一步加强“证据章”中对物证、书证等客观性性证据的审查，矫正目前完全以口供和证人证言等主观性证据为绝对主导的失衡格局。

针对实物证据的规范，可以将司法实践中已经非常成熟的两个条款提升到立法层面。第一，实物证据鉴真规则。实物证据鉴真问题要解决的核心问题是实物证据在收集、提取、移送、流转过程要避免发生隐匿、污染、变化等失真问题，为此需要实物证据的提出方对实物证据从收集到最后提

---

[1] 卫晨曙:“论刑事审判中大数据证据的审查”,《安徽大学学报》2022 年第 1 期，第 80 页。

[2] 参见周慕涵:“论大数据证据的法律地位”,《法律科学（西北政法大学学报）》2023 年第 4 期，第 110-111 页。

[3] 参见樊崇义、赵培显:“论客观性证据审查模式”,《中国刑事法杂志》，2014 年第 1 期，第 4 页。

交法庭之间保持同一性承担相应的证明责任。[1]自 2010 年“两个刑事证据规定”颁布以来，实物证据鉴真规则在全国规范性文件层面和理论界已经得到了广泛的接受。最高法院不仅在《最高院刑诉法解释》中对物证、书证的鉴真规则进行了一般性规定，而且在 2016 年与其它机构联合颁布的《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》和 2023 年《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》中都用详细的规定对毒品、血液等物证的取证过程进行专门的要求。为此，在“证据章”中应该增加实物证据鉴真规则，物证、书证等实物证据来源不明的，不得作为定案的根据。第二，实物证据原物原件规则。实物证据的原物原件规则是最佳证据规则这一古老证据规则的中国式表述，强调据以定案的物证应当是原物、据以定案的书证应该是原件。该规则同时也设定了原物原件规则的例外情形，但物证的照片、录像、复制品不能反映原物的外形和特征的，对书证的更改或更改迹象不能作出合理解释或者书证的副本、复制件不能反映原件及其内容的，则不能作为定案的根据。

（四）专门性证据规则

刑事诉讼中专门性问题的解决一直是困扰着办案人员的重大难题，传统上办案人员主要是依赖鉴定人员提供的鉴定意见来解决相应的专门性问题。自 2010 年以来，在专门性问题的解决方面开始出现了两个趋势：第一，鉴定意见受到了越来越严格的审查。针对鉴定意见的审查无论从程序、证据规则还是相应的配套措施都得到了重大改进。从程序角度来说，建立了鉴定人出庭作证制度；从证据规则角度来说，对鉴定意见建立了完整的审查规则与排除规则；从配套措施角度来说，建立了专家辅助人出庭辅助质证制度。第二，在专门性问题的解决方面，所依赖的专门性知识来源和证据类型呈现了扩大化趋势。[2]由于我国鉴定意见主要限定在法医类、物证类、声像资料类及其它等四大类，仅仅依靠鉴定意见不能完全解决司法实践需要解决的专门性问题，因此，最高法院在《最高院刑诉法解释》通过“专门性问题报告”和“事故调查报告”两种类型进一步拓宽了办案机关解决专门性问题的途径。但由此，也带来了这些专门性证据类型的合法性和审查问题。

与前述两大趋势相比，《刑事诉讼法》对刑事诉讼中专门性证据的规范并没有得到相应的体现。“证据章”中仅仅在证据种类规定中提到“鉴定意见”一词，“侦查章”也仅仅用了 4 个条款对鉴定做了规定。相比之下，德国《刑事诉讼法》则将“鉴定人与勘验”作为第一编“总则”下专门设置了“鉴定人与勘验”一章，用了 31 个条款对鉴定问题专门加以规定。因此，在《刑事诉讼法》再修改中至少应该对刑事诉讼中专门性证据就以下两个问题进行考虑：第一，进一步强化办案人员对包括鉴定意见在内的专门性证据种类的审查责任。基于专门性证据种类的进一步扩张以及我国鉴定体制改革所带来的鉴定机构社会化，将会有越来越多的专门性证据进入到刑事诉讼领域。司法实践表明，这些专门性证据并不具有天然的可靠性，依然存在错误的风险，需要进一步强化对其适用的审查。[3]第二，鉴定意见与其它专门性意见的进一步整合，建构一个更具包容性的专门性证据审查标准。目前针对鉴定意见和新证据类型的审查标准是采用分而治之的一种处理方式：对鉴定意见，有着相对全面的一套审查制度和标准，而对新证据类型则是按照不同的类型“参照”鉴定意见进行适用。这样一种分而治之的处理方式一方面为新证据类型的审查带来双重弱化的重大风险，另一方面也会使裁判者在审查相关专门性证据的时候出现混乱。在《刑事诉讼法》再修改中，应该以鉴定意见审查标准为基础对现有专门性证据的审查标准进行整合。以最高法院《刑诉法解释》第 98 条规定的鉴定意见排除规则为基础，建构出相对明确的、统一的排除标准。

（五）电子数据证据规则

在刑事诉讼法层面上应该进一步吸收电子数据的相关规定。随着数字社会的到来，越来越多的刑事案件都会涉及到电子数据取证，电子数据在案件办理中发挥着关键的证明作用。然而，与电子数据取证相关的规范性文件的层级较低，与电子数据所起到的作用极为不符。比如，两高一部联合

---

[1] 参见陈瑞华:《刑事证据法的理论问题》（第二版），法律出版社 2018 年版，第 248 页。

[2] 吴洪淇:“刑事诉讼专门性证据的扩张与规制”,《法学研究》2022 年第 4 期，第 177-179 页。

[3] 左卫民、官胜男:“刑事错案与鉴定意见：复杂关系的实证考察”,《华东政法大学学报》2022 年第 3 期，第 154-155 页。

印发的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》与公安部印发的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》，均是由最高人民法院、最高人民检察院、公安部等部门以独立或者联合的方式来颁布的，规范层级较低，缺乏足够的权威性和包容性。与此同时，由相关部门主导的这些规定容易从办案需要出发，对电子数据的合法性关注不足，容易出现对隐私权等公民权利保障不利的问题。[1]

在《刑事诉讼法》再修改中，可以重点考虑以下两个方面的问题：第一，将刑事诉讼法第 56 条中非法证据排除条款扩展覆盖到电子数据。《刑事诉讼法》第 56 条已经确立起针对非法言词证据的强制排除规则和针对非法实物证据的裁量性排除规则。但电子数据作为一种特殊的证据没有被纳入第 56 条的规范范围，导致电子数据非法证据排除规则缺乏坚实的法律基础。第二、进一步明确电子数据的排除规则。目前最高法院《刑诉法解释》第 113 条和 114 条分别规定了电子数据的裁量排除规则和强制排除规则，分不同层次对电子数据进行程序性制裁。但现有规则也存在对电子数据合法性关注不足的问题，应该将现在我国刑事诉讼法相关规范性文件已经确立的审批要求像电子数据冻结、电子数据远程勘验等都列为电子数据合法性审查内容。

（六）技术调查、侦查证据规则

如前所述，在《刑事诉讼法》中，技术调查、侦查证据唯一规则规定在“侦查”一章下面，位置不尽合理。在证据审查方面也呈现一种不对称的问题，因为《刑事诉讼法》的规定仅仅授权技术侦查证据的使用，没有涵盖技术调查证据；而对技术侦查、调查证据的审查规定主要规定在《最高院刑诉法解释》中，在法律效力层面缺乏足够的权威性。与其它刑事证据种类相比，技术侦查、调查证据有其特殊性：一方面，技术侦查、调查证据是通过技术侦查、调查方式来取得，其取证手段的秘密性对公民的基本权利具有重大干涉效应，因此在法律层面设置了严格的审批手段，同时需要通过事后对其合法性审查来保障该证据的合法性；另一方面，技术侦查、调查取得的证据从其形式上又可能表现为物证、书证、视听资料、电子数据、证人证言等多种证据形式。基于这个原因，《最高院刑诉法解释》第 119 条设置了双重审查模式，既要按照不同证据种类的规则来对技术侦查、调查证据进行审查，还要按照技术侦查、调查证据本身的特点来加以第二重审查。基于技术侦查、调查证据特殊性，《最高院刑诉法解释》将其独立出来作为一类证据专门设置相应的审查规则，有其合理性和必要性。

在《刑事诉讼法》再修改中，可以重点考虑以下三个方面的问题：第一、将技术调查、侦查证据条款从“侦查”一章调整到“证据”章下面，从名称上将其修改为“技术调查、侦查证据”，从而使其名实相符。第二、授权技术侦查、调查证据可以在刑事诉讼中进行使用，但应明确采取技术调查、侦查措施收集的证据材料，应当经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证才能作为定案根据，同时进一步明确采取技术调查、侦查措施收集的材料，作为证据使用的，应当随案移送。第三，应该明确技术侦查、调查证据的排除规则，特别是针对没有按照程序进行审批、未按照审批范围来开展技术调查侦查以及未随案移送相关证据材料等情形的。

[1] 详细的论证参见吴洪淇:“电子数据完整性的法律定位与理论反思”,《国家检察官学院学报》2024 年第 1 期,第 157-158 页。

刑事诉讼专门性问题审查的体系化完善

谢 澍　周梓睿*

内容提要 以鉴定人为代表的技术专家利用专业优势弥补了法官在某些专门性问题领域的知识空白，帮助法官更好地作出事实认定，但专门性问题审查的虚化也成为了我国刑事诉讼发展面临的重要问题。专门性问题制度是一个牵一发而动全身的体系性问题，通过赋予某一类证据之证据资格的简单处理并不能有效解决实践问题，反倒会造成新的实践与理论混乱，无助于办案人员对专门性问题的实质性审查。为了针对性、体系性地弥补这一制度短板，《刑事诉讼法》修改应当走向开放性的法定证据种类设计，明确"有专门知识的人"的法定地位与法定要求，并对控辩双方进行平等武装，从而借助平等对抗辅助裁判者进行实质审查。否则，在现有制度框架之下，局部调整反而可能进一步加剧专门性问题审查的虚化。

关键词 专门性问题 司法鉴定 有专门知识的人 刑事诉讼法修改

一、问题的提出

诉讼中的专门性问题是需要用科学技术解答的案件事实，所谓用科学技术解答是指依靠特别知识、技能或借助专业的仪器设备加以解答。[1]伴随着科学技术的飞速发展，越来越多的科学技术被运用于诉讼事实的查明过程中，包括法医学、物证技术学等在内的法庭科学的发展和应用，不仅提高了疑难案件的侦破率，而且为事实认定提供了更为精确、科学的证据支持。正如达玛斯卡于上个世纪末指出的，证据法的未来很大程度就是要探讨正在演进的事实认定科学化问题。[2]在这样的背景下，司法人员对刑事诉讼中涉及专门性问题的技术专家意见的需求和依赖正在逐步提升，对专门性问题的意见成为事实认定的基础证据材料，以鉴定人为代表的技术专家利用专业优势弥补了法官在某些专门性问题领域的知识空缺。

技术专家的意见帮助法官更好地作出事实认定，但专门性问题审查的虚化也成为了我国刑事诉讼发展面临的重要问题。1979 年《刑事诉讼法》中规定了解决专门性问题的鉴定制度，并将鉴定人进行鉴定后给出的鉴定结果称为"鉴定结论"，如果被告人对鉴定结论有异议，则需要申请补充鉴定或者重新鉴定。这一阶段专门性问题的解决模式被研究者总结为"一维遵从模式"，不仅限制了当事人的质证权，还变相剥夺了法官事实认定的权力。[3]"鉴定结论"在诉讼占据了重要分量，甚至是事实认定一锤定音的关键，法官无意识地或不得不遵从于技术专家就专门性问题给出的意见，以至于在一些案件中技术专家实际成为了"真正的法官"。2005 年全国人大常委会颁布了《关于司法鉴定管理问题的决定》（以下简称《决定》），国家对从事司法鉴定业务的鉴定人和鉴定机构开始实行登记管理制度，该《决定》中将鉴定结果从原来的"鉴定结论"更改为"鉴定意见"，后续 2012 年《刑事诉讼法》修改时吸收了这一规定，并特别增设了"有专门知识的人"出庭的条款，目的是进一步减少办案人员对鉴定结果的过度依赖，并通过"有专门知识的人"的加入，协助办案人员对专门性问题进行实质化审查。但在此次修法之后，"专门知识的人"及其意见在立法定位上的模糊性，导致司法实践中出现了混乱和分歧，也未能动摇"鉴定意见"在诉讼中的支配性地位。同时，由于司法鉴定无法涵盖大量专门性问题，越来越多的关于专门性问题的报告在司法实践中被用于证明案件事实。为应对实践需求、明确该类报告的性质，2021 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称为《解释》）增加了第 100-101 条两个规定，给予了部分"'有专门知识的人'出具的报告"及"事故调查报告"证据资格。遗憾的是，此次改革同样是一场不彻底的改革，不仅制度自身存在问题，还带来了一系列连锁反应，无助于办案人员对专门性问题的实质性审查。

专门性问题的准确认定对于司法公正的实现有着重要价值。专门性问题的认定通常具有其他措

---

* 谢澍，法学博士，中国政法大学刑事司法学院副教授、博士生导师，中国政法大学钱端升学者；周梓睿，中国政法大学证据科学研究院博士研究生。本文系中国刑事诉讼法学研究会"刑事诉讼法制完善"项目"刑事诉讼专门性问题审查的体系化完善"的阶段性成果。

[1] 参见刘振红：《司法鉴定：诉讼专门性问题的展开》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 34 页。

[2] 参见[美]米尔健·R·达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 200 页。

[3] 参见郑飞：《论中国司法专门性问题解决的"四维模式"》，载《政法论坛》2019 年第 3 期，第 68 页。

施不可替代的作用，能够延伸办案机关的认知能力，能够对在案供述、物证、书证等证据的真伪、证明力大小、证据价值高低进行补强，对于准确认定事实常常发挥关键性作用。[1]并且，第四次《刑事诉讼法》的修改已经列入立法规划,“以审判为中心”有望在此轮刑事诉讼法修改中入法，专门性问题的实质化审查正是保障和实现“以审判为中心”的诉讼制度的重要内容。有鉴于此，本文将在检视当前专门性问题审查实践问题的基础上，在《刑事诉讼法》第四次修改的关键时期，提出刑事诉讼专门性问题审查的体系化完善意见，以期为《刑事诉讼法》的第四次修改提供智力支持。

二、聚焦专门性问题报告的制度检视

虽然在数次改革中分别增加的“有专门知识的人”及专门性问题报告相关规定是对旧有司法鉴定制度的重要发展，但赋予专门性问题报告证据地位，不仅造成了一定的概念谬误，还导致了规范冲突，并形成了一些实践混乱。

（一）受制于法定证据种类的概念谬误

我国 1979 年《刑事诉讼法》即规定了封闭式的六大法定证据种类，后逐步在 96 年修法、12 年修法中增加了视听资料、电子数据、辨认笔录及侦查实验笔录这四种新的法定证据形式，并将鉴定结论更改为鉴定意见，由此形成了当前的法定证据种类格局。证据种类法定化意味着只有符合法定的证据类别，才可以经查证属实后作为定案的根据。封闭的法定证据种类则意味着法定证据种类之外的材料不具有证据能力，被排除了转化为定案根据的可能。[2]也就是说，以“鉴定意见”形式呈现的专门性问题报告，属于具有独立证据能力的法定证据种类，能够直接作为定案根据。而其他形式的专门性问题报告，直至 2021 年《解释》第 100 条的出台，才明确了其可以在“因无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定”这一特定条件下作为证据使用。从概念上来看，鉴定只是专门性问题的解决措施之一，鉴定人属于“有专门知识的人”，鉴定意见也属于专门性问题报告的一种，亦即鉴定人与鉴定意见本应是“有专门知识的人”及专门性问题报告的下位概念，却因为鉴定意见被列入了法定证据种类而形成了制度分野，产生了概念谬误。

（二）突破法定证据种类“代为立法”的规范冲突

为满足案件办理与审理的需求，最高法、最高检不得不在《刑事诉讼法》尚未修改的情况下不断突破法律规定，出台各类司法解释，以司法解释的形式替代立法职能。例如，仅是 2021 年《解释》第 100 条就形成了两处明显规范冲突，一是由司法解释确立的证据种类，与现行法规定的证据种类体系存在冲突；二是突破了“有专门知识的人”出庭功能及陈述性质的刑事诉讼法规范。[3]再如，基于特殊领域审理案件的需要，过往出台了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》《关于办理妨害文物管理等刑事案件适用法律若干问题的解释》等若干司法解释，2021 年《解释》第 100 条发挥了与此前出台的若干司法解释的衔接作用，对相关行政主管部门出具的“报告”“书面意见”等证据地位进行了明确，但在 2021 年《解释》出台前，相关行政主管部门出具的“报告”“书面意见”实际早已作为鉴定制度的补充或替代进入了刑事诉讼。

（三）忽视“因无鉴定机构”前置条件的实践混乱

2021 年《解释》第 100 条所规定的“因无鉴定机构”的条件限制，表明专门性问题报告仅作为鉴定制度的兜底补充。在存在鉴定机构的情况下，不得径直使用专门性问题报告。但是，司法实践中为办案便利，常忽视“因无鉴定机构”的条件限制，存在具有相应的鉴定机构而不用的情况，架空了原有的司法鉴定制度。以曹某某生产、销售伪劣产品案[4]为例，案件中所涉的化肥所含氮、磷、钾及其他成分是否满足国家标准或行业标准的问题，本应属于物证类司法鉴定类别下微量物证鉴定中的

---

[1] 参见梁健、胡祖平：《从刑诉法修改看鉴定意见的审查和判断》，载胡祖平主编：《司法鉴定理论与实践》，浙江大学出版社 2013 年版，第 3 页。

[2] 参见陈瑞华：《证据的概念与法定种类》，载《法律适用》2012 年第 1 期，第 24 页。

[3] 参见龙宗智：《立法原意何处寻:评 2021 年最高人民法院适用刑事诉讼法司法解释》，载《中国法学》2021 年第 4 期，第 256-257 页。

[4] 参见陕西省长武县人民法院（2022）陕 0428 刑初 60 号刑事判决书。

化工产品类鉴定，但该案鉴定意见一栏列出的是某有限责任公司出具的检验报告及检测报告。辩护人关于本案“鉴定意见”不能作为定案依据的主张，被法院根据《解释》第 100 条“专门性问题报告可以作为证据使用”而驳回，文中还特意隐去“因无鉴定机构”的前置条件。王某春、陆某星等滥伐林木案[1]同样存在这一问题，滥伐林木所导致的植被损害应当属于生态系统环境损害鉴定中的生态破坏行为致植物损害鉴定，但该案以某林业发展有限公司出具的《检验报告》作为定案根据，同样依据《解释》第 100 条“专门性问题报告可以作为证据使用”驳回了辩护意见。另外，马某飞滥伐林木案[2]、刘某林等故意毁坏财物案[3]、韦某菊、彭某光等滥伐林木案[4]、袁某宏滥伐林木案[5]等案中均存在这一问题。

以上问题的形成，究其原因，主要是因为高度依赖鉴定制度这一单一路径来解决专门性问题的制度框架无法满足司法实践需要。一是部分专门性问题没有必要进行鉴定，只需“有专门知识的人”利用其专长进行解释即可解答问题。二是部分专门性问题出现鉴定不能的情形难以避免，既有因待证事项性质导致的鉴定不能，也有技术或审查时间限制导致的鉴定不能。三是部分专门性问题在本辖区没有相应鉴定机构，而异地鉴定严重影响办案效率，受诉讼经济的驱使，办案人员更倾向于就近委托国家司法鉴定人和司法鉴定机构名册外的第三方机构。换言之，鉴定制度并不是解决所有专门性问题的最佳方案，司法实践并未因此僵化，但这种“灵活”的做法也造成了鉴定意见与专门性问题报告的概念谬误，导致了司法机关通过司法解释的形式行使了立法职能，驱动了办案机关为方便办案而忽视“因无鉴定机构”的规范要求。然而，法定证据种类的封闭性又阻碍了专门性问题制度的彻底改革，规范供给始终无法满足诉讼实践的需要，于是从最高司法机关到基层办案机关只能不断尝试“突破”法律与规范，陷入循环。

三、基于专门性问题报告的理论反思

目前看来，专门性问题报告在获得证据资格之后，不仅制度本身存在问题，还引发了更为深层的理论问题。具体而言，这些问题包括“四类外”鉴定意见证据属性混乱、参照鉴定制度的审查认定难题以及控辩双方力量失衡加剧。

（一）“四类外”鉴定意见证据属性混乱

根据 2005 年《决定》第 2 条，国家对法医类鉴定、物证类鉴定、声像资料鉴定以及商定类别四大类司法鉴定业务的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度，截至目前，仅商定增加了环境损害司法鉴定这一个类别。[6]但是，由于“四大类”显然无法满足纷繁复杂的鉴定需求，[7]地方性法规曾一度将统一登记管理的范围进行拓展，对“四类外”的鉴定事项均纳入了统一司法鉴定管理，使“四类外”的鉴定事项做到了有法可依。[8]但随着 2017 年《关于健全统一司法鉴定管理体制的实施意见》《关于严格准入严格监管提高司法鉴定质量和公信力的意见》以及 2018 年《关于严格依法做好司法鉴定人和司法鉴定机构登记工作的通知》（以下简称为《通知》）的颁布，对于“四类外”的鉴定人员和机构，司法行政机关将不再进行准入登记。自此之后，各省司法厅公布的《国家司法鉴定人和司法鉴定机构名册》也仅涵盖“四大类”司法鉴定业务。然而，2018 年《通知》同时指出，从事“四类外”鉴定业

---

[1] 参见广西壮族自治区百色地区（市）中级人民法院（2023）桂 10 刑终 359 号刑事判决书。

[2] 参见辽宁省盘锦市中级人民法院（2022）辽 11 刑终 77 号刑事裁定书。

[3] 参见广东省东莞市中级人民法院（2020）粤 19 刑终 1619 号刑事裁定书。

[4] 参见广西壮族自治区罗城仫佬族自治县人民法院（2021）桂 1225 刑初 182 号刑事判决书。

[5] 参见湖南省长沙市中级人民法院（2021）湘 01 刑终 970 号刑事裁定书。

[6] 最高人民法院、最高人民检察院、司法部在 2015 年颁布了《关于将环境损害司法鉴定纳入统一登记管理范围的通知》，决定将环境损害司法鉴定纳入统一登记管理范围。

[7] 例如，司法部于 2000 年颁布的《司法鉴定执业分类规定（试行）》将司法鉴定执业类别分为了十二类，分别是法医病理鉴定、法医临床鉴定、法医精神病鉴定、法医物证鉴定、法医毒物鉴定、司法会计鉴定、文书司法鉴定、痕迹司法鉴定、微量物证鉴定、计算机司法鉴定、建筑工程司法鉴定、声像资料司法鉴定。众多学术专著和教科书都以这一规定为基础，对司法鉴定类型进行分类。

[8] 参见杜志淳：《司法鉴定法立法研究》，法律出版社 2011 年版，第 23 页。

务的鉴定机构与鉴定人员，仍然可以依法接受委托，为案件或者其他活动中涉及的专门性问题提供鉴定服务。换言之，目前仅有法医类鉴定、物证类鉴定、声像资料类鉴定及环境损害鉴定四大类被纳入了司法鉴定行政管理之列，“四类外”的鉴定机构与鉴定人员虽不在司法鉴定行政管理之列，但仍可提供鉴定服务。那么，司法鉴定行政管理之外的鉴定机构是否仍属于“鉴定机构”？由司法鉴定行政管理之外的鉴定机构出具的报告又属于什么性质？

从司法实践的做法来看，长期以来大多将“四类外”司法鉴定业务中的报告归入为鉴定意见。以司法会计鉴定为例，司法会计鉴定属于传统的司法鉴定类别，亦列入司法部《司法鉴定执业分类规定（试行）》之中。在《解释》第 100 条颁布之前，虽“四类外”的鉴定机构及鉴定人员是否具备法定资格常常成为争议要点，但由于司法部不再准入登记，这些机构和人员实际上无法获得正式的“司法鉴定机构”或“司法鉴定人”资质，实践中相关机构和人员多通过进入所在地人民法院对外委托名册、所在地司法机关招投标入围单位等形式承接司法会计鉴定业务。[1]人民法院则以《决定》第 2 条没有将司法会计鉴定纳入法定登记管理之内为由，不要求相应机构及人员提供“司法鉴定机构”及“司法鉴定人”资质，只需要参照《决定》第 4 条、第 5 条满足“四大类”鉴定机构申请从事司法鉴定业务的条件以及司法鉴定人申请登记的条件，即可接受司法会计鉴定委托。并且，司法实践中明确将其归入为鉴定意见。[2]这正是有观点将我国司法鉴定人分为“资格型司法鉴定人”以及“专聘型司法鉴定人”两种类型的原因所在。[3]

在《解释》第 100 条之规定颁布后，“四类外”鉴定制度被认定为专门性问题报告的趋势开始增强。部分案件中当辩护人提出出具《司法鉴定意见书》的鉴定机构与鉴定人无鉴定资质时，法院的回应中先是指明司法会计鉴定被排除在司法部的登记管理机制外，再援引《解释》第 100 条将该《司法鉴定意见书》作为“有专门知识的人”出具的报告予以采用。[4]这是因为，根据《解释》第 97 条和第 98 条的规定，鉴定机构和鉴定人不具备法定资质的，不得作为定案的根据。既然“四类外”的鉴定机构及鉴定人员并未纳入司法鉴定行政管理，自然也不具有法定资质。过去，以《决定》第 2 条没有将司法会计鉴定纳入法定登记管理之内为由，并不要求相应机构及人员具备“司法鉴定机构”及“司法鉴定人”资质，不过是对证据种类法定化限制的一种无奈应对，否则，许多案件中的专门性问题将难以得到解决。相反，在没有法定资质证书的情况下，“四类外”的鉴定人通过参照《决定》第 4 条的条件，提供具有其相关高级专业技术职称、专业执业资格或相关专业本科以上学历、相关工作经历的证据来证明自身具备司法会计鉴定资质，[5]与其说是对其法定资质的证明，不如说其提供的是具备相关领域专门知识的证明。可以预见的是，随着专门性问题报告被赋予了证据资格，将会有越来越多的“四类外”的鉴定意见被作为专门性问题报告予以采用，尤其是在辩护人提出了鉴定机构、鉴定人资格异议的案件中。这就导致了传统的“四类外”司法鉴定制度与专门性问题报告制度的边界开始模糊。

（二）参照鉴定制度的审查认定难题

有研究者将以中立身份提供的独立的专家意见与为质证鉴定意见所提供的专家意见区分为“原生性专家意见”与“派生性专家意见”。[6]依照此思路，专门性问题报告可以区分为“原生性专门性问题报告”与“派生性专门性问题报告”。[7]“原生性专门性问题报告”起到的是鉴定制度的补充和兜底作用，

---

[1] 参见丛晓华：《会计师事务所司法会计鉴定业务的挑战与应对》，载《中国注册会计师》2024 年第 3 期，第 99 页。

[2] 参见胡耘通、罗淳、魏晓岚、熊敬霞：《司法会计鉴定在经济犯罪案件中的应用研究——基于 2016—2021 年中国裁判文书网的样本分析》，载《会计之友》2023 年第 1 期，第 129 页。

[3] 参见廖根为：《计算机司法鉴定：理论探索》，法律出版社 2012 年版，第 28 页。

[4] 参见云南省水富县人民法院（2023）云 0630 刑初 8 号刑事判决书、四川省彭州市人民法院（2021）川 0182 刑初 148 号刑事判决书。

[5] 参见于朝：《论司法会计鉴定人的鉴定资质与鉴定资格》，载《会计之友》2019 年第 5 期，第 4 页。

[6] 参见陈如超：《专家参与刑事司法的多元功能及其体系化》，载《法学研究》2020 年第 2 期，第 101-102 页。

[7] 从《刑事诉讼法解释》起草小组的介绍来看，第 100 条的增加主要是为应对“现实中的专业性问题层出不穷，司法鉴定的范围却非常有限，无法一一涵盖”的矛盾，即明确“原生性专门性问题报告”的证据属性。参见姜启波、周加海

与“原生性鉴定意见”性质类似。并且，由于专门性问题报告被不当地扩张性解释，允许出具报告的个人或机构的资质“降格”处理，也允许专门性问题报告在形式要件上存在瑕疵，[1]“原生性专门性问题报告”从而成为了降低资质和形式要求的“低配版”鉴定意见。

《解释》第 100 条第 2 款虽然明确了专门性问题报告的审查与认定应参照适用鉴定制度的有关规定，但这一条款明显“水土不服”。原因在于，一方面，专门性问题报告的审查与认定在实际操作中难以完全参照鉴定制度。《解释》第 97 条集中反映了审查鉴定意见应着重审查的合法性四要件的内容，即鉴定意见的资格要件、客体要件、程式要件、形式要件。[2]其中，对于资格要件，专门性问题报告的出具人多不具备亦难以获取鉴定人资质；对于程式要件，专门性问题报告类型复杂，这些领域相较于已经成熟稳定的“四大类”司法鉴定而言，尚未形成普适成熟的技术规范与标准指引；对于形式要件，不仅众多领域习惯于遵循所属行业领域的惯用文书格式，[3]而且诸如价格认定类等一些类型的报告存在专门的适用规范，相应规则与一般的鉴定规则有所区别，适用何者成了一个问题。[4]严格参照适用鉴定制度的有关规定，会让大量专门性问题报告丧失证据能力，从而失去其制度价值。因此，各个法院对于专门性问题报告审查的标准和尺度不一，且大多较为宽松。

另一方面，实际操作中存在执行不严的问题。正如前文指出的，办案机关有意忽视“因无鉴定机构”前置条件，只要存在资质与形式瑕疵，鉴定意见就改以专门性问题报告的形式成为定案根据。专门性问题对于事实认定具有关键作用，法院一旦排除“原生性专家意见”，就会明显削弱起诉证据体系，导致指控证据不足。相比已经成熟且规范的司法鉴定审查规则，针对专门性问题报告的审查认定规则还处于模糊状态。因此，当鉴定意见存在资质和形式瑕疵时，只要法院没有对专家意见的可靠性产生疑问，降格为专门性问题报告予以采纳就成为了一种处理方式。然而，这些“原生性专门性问题报告”发挥着与鉴定意见同等重要的作用，但出具这些报告的第三方机构以及“有专门知识的人”却不必接受司法行政机关依法进行的监督管理，不适用司法行政机关对不合格鉴定主体的惩戒、整顿及淘汰机制，也不必承担司法鉴定管理制度中鉴定机构和鉴定人所应履行的义务。况且，司法鉴定尚且还有司法鉴定执业活动投诉制度予以制约，但面对出具专门性问题报告的第三方机构，在众多相关行业尚未成熟规范的情况下，案件当事人面临“救济无门”的窘境。

（三）控辩双方力量失衡加剧

对辩方来说，此次改革伴随而来的是“原生性专门性问题报告”在司法实践中的广泛应用。一方面，网络技术的发展带来了生活、工作方式的转变，犯罪活动也越来越多地转移到网络平台或通过利用网络技术来实施，网络犯罪案件数量正持续攀升。新型网络犯罪所具有的跨域化、技术性、产业化等特点，大大增加了案件证明难度，传统刑事诉讼程序以及相关规定并不足以应对。在这类犯

等：《〈关于适用刑事诉讼法的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2021 年第 7 期，第 26 页。“派生性专门性问题报告”指的是“有专门知识的人”就鉴定人作出的鉴定意见出具的专门性问题报告。例如，《刑事诉讼法》第 197 条规定，“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知“有专门知识的人”出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”。第 197 条之意见虽属质证意见，但若“有专门知识的人”就鉴定人作出的鉴定意见以报告的形式提出意见，此时该报告即属于“派生性专门性问题报告”。但是，“派生性专门性问题报告”是否属于《解释》第 100 条规定的就案件的专门性问题出具的报告从而具有证据资格，尚未明确。

[1] 参见艾明、庄嘉伟：《专门性问题报告的证据法问题研究》，载《证据科学》2023 年第 3 期，第 267 页。

[2] 参见徐月笛：《论物证鉴定意见的合法性—从刑事错案和规范分析两个视角》，载《证据科学》2016 年第 4 期，第 434 页。

[3] 参见吕泽华、渠澄：《专门性问题报告的审查判断困境与制度重塑》，载《青海社会科学》2023 年第 5 期，第 153-154 页。

[4] 例如，在杨某、郑某某甲等盗窃案中，对于辩护人辩护称价格认定结论书不应作为本案价格认定依据的辩护意见，法院认为，根据国家发展和改革委员会价格认证中心文件发改价正办［2016］84 号《关于印发价格认定行为规范的通知》第三十六条规定，价格认定机构应当制作价格认定结论书正式文本并加盖价格认定机构公章。通知中未要求附工作人员的相关资质和价格认定人员签字。参见青海省共和县人民法院（2024）青 2521 刑初 35 号刑事判决书。

罪中，电子数据成为主要取证对象，已然取代口供成为新的“证据之王”。以电子数据为主要取证对象的侦查活动也使得刑事司法对专门性问题的解答之依赖性显著增强。例如，在当前频发的网络电信诈骗案件中，犯罪分子通过层层资金账户转移、洗白涉案资金，传统的资金分析手段已经难以应对如此庞杂的资金数据以及如此复杂的资金流转关系。为了有效应对资金查处难题，基于算法和数据模型的资金数据审查分析技术已在实践中投入应用，该技术应用所产出的成果通常被称为资金分析报告，暂时以专门性问题报告的形式在刑事诉讼中使用，其重要性亦将日益凸显；另一方面，辩方本就因缺乏专门知识难以理解和评价专家意见，更是缺少对专家意见的质证手段。面对控方所提供的鉴定意见，由于专门性问题报告发挥的兜底作用，辩方以鉴定人资格、鉴定意见的形式要求为核心的质证策略基本无效。

易言之，从趋势上来看，辩方理解、评价专门性问题的门槛越来越高，只能更为依赖“有专门知识的人”出庭进行质证。但由于改革并未服务于庭审中的“动态”质证过程，法律规范始终未能体系化、全面化地明确“有专门知识的人”与鉴定人之间相对等的权利义务，即便“有专门知识的人”出庭质证，也无法与鉴定人平等对话，同时也难以动摇“原生性专家意见”在诉讼中的支配性地位。我国刑事司法对鉴定意见的审查存在“重形式、轻实质”的特点，借助平等对抗辅助裁判者进行实质审查的制度还存在缺陷，[1]允许资质与形式瑕疵的专门性问题报告之存在又削弱了形式上的审查，这使得“原生性专家意见”更加畅通无阻地成为了案件事实的认定结论。

四、建构体系化的专门性问题审查制度

当然，前文所述并非认为不应当赋予专门性问题报告证据资格，也并不认同规范鉴定机构的隶属与加强鉴定机构的管理就能与保障鉴定意见的质量划上等号，而是指出，专门性问题制度是一个牵一发而动全身的体系性问题，通过赋予某一类证据之证据资格的简单处理并不能有效解决实践问题，反倒会造成新的实践与理论混乱。为针对性、体系性地解决这一制度缺憾，《刑事诉讼法》修改应当走向开放性的法定证据种类，明确“有专门知识的人”的法定地位与法定要求，并对控辩双方进行平等武装这三个方面加以完善，从而借助平等对抗辅助裁判者进行实质审查，否则在现有制度框架下，可能会进一步加剧专门性问题审查的虚化。

（一）开放性的法定证据种类

当前，对于《刑事诉讼法》证据种类部分的修改意见，学界主要认为应当对法定证据种类这一概念本身进行修改。例如，有观点认为，应当彻底抛弃法定证据种类的陈腐套路；[2]也有观点指出，不应该完全否定法定证据种类，而应从封闭式列举的“法定证据种类限制”向“规范证据的分类审查判断”转变，保持法定证据种类的开放性。[3]实务人员则倾向于将司法实务的操作中被广泛运用的，或是更具前瞻性地将未来司法实务的操作中可能被广泛运用的可以用于证明案件事实的材料列入法定证据种类之中。例如，有实务人员正积极论证将资金分析报告作为法定证据种类之一正式写入《刑事诉讼法》的可行性。[4]

本文认为，保持现有证据种类法定化的基本特征，同时不断地增加证据种类的做法并非良策。证据种类的有限性与可以用于证明案件事实材料的无限性必然存在矛盾。如果此次修改增加的证据种类仅是满足当前实践需要，随着技术发展，证据种类的法定化又将不断对未来案件的办理形成制约；如果更具前瞻性地将未来司法实务的操作中可能被广泛运用的材料也列入法定证据种类，则极具危险性。列入《刑事诉讼法》的法定证据种类一定是有普遍性的，这一普遍性与法律的前瞻性会形成冲突。现有的八种证据种类是全国普遍适用的，并不存在适用差异，但利用算法、数据模型进行资金分析的这类前沿、新型的分析技术尚未普及，各地的技术能力存在差异，如果在这种情况下把它贸然放在法定证据种类中，则会出现在不同的区域办理同一种类型的案件，甚至大量数据可能

---

[1] 参见谢澍：《数字时代刑事证据理论的三重挑战及其变革》，载《法学论坛》2024 年第 3 期，第 106 页。

[2] 参见孙远：《论法定证据种类概念之无价值》，载《当代法学》2014 年第 2 期，第 99-106 页。

[3] 参见郑飞：《证据种类法定主义的反思与重构》，载《中国法学》2024 年第 1 期，第 119 页。

[4] 此观点出自北京市朝阳区人民检察院与中国政法大学刑事司法学院于 2024 年 7 月 7 日共同举办的金融犯罪检察理论创新研讨会。

差不多的情况下，产生严重的同案不同判的情况。

另外，从资金分析报告的性质来看，其本质上是建立在证据之上的分析，既不存在证据能力的问题也不存在证明力的问题，因此也不适宜增加到现有法定证据种类之中。其一，资金分析报告不存在证据能力问题。证据分析报告的制作基于对原始数据的抓取与收集，原始数据既可能是线上的电子数据，也可能是线下书证等其他原始证据。资金分析报告是把原始证据收集起来之后，基于算法等技术手段或是审查验证所形成的分析报告。对于这个分析报告，我们能再去分析它的证据能力吗？即便是分析其证据能力，也是分析原始电子数据以及原始书证的证据能力，而并非资金分析报告的证据能力；其二，资金分析报告不存在证明力问题。这是因为资金分析报告的分析资料来源本身就是电子数据、书证以及其他相关证据，资金分析报告的证明力并非源自其本身，而是通过科学的分析技术与审查方法，提升了作为原始数据证据的证明力。亦即，这个证明力不是资金分析报告的证明力，而是电子数据、书证及其他原始证据的证明力。所以从这个角度来说，资金分析报告既不存在证据能力的问题也不存在证明力的问题，甚至都不需要作为证据。至于有研究者提出，鉴定意见是基于原始证据分析得出，但鉴定意见无疑具有证据能力和证明力，从而反驳前述观点，则是混淆了鉴定意见与检验报告的区别。检验是一种基于检材直接得出检验结果的科学技术方式，但鉴定意见则需要鉴定人在检验数据的基础上运用专门知识进行主观分析、推断，才成为鉴定意见，两者的区别在于是否需要进行主观甄别和判断。[1]鉴定意见自身所具备的证据能力和证明力也在这个意义上产生的。

但是，从长期来看，也不应当彻底放弃具体证据种类。过往司法实践中的证据种类发挥的是约束司法机关规范适用证据的作用，贸然放弃反而有增加证据不当运用的风险，可以在细化增加大数据证据、“有专门知识的人”的意见、专门性问题报告以及社会调查报告等已经成熟的证据种类后，继续发挥规范运用各类证据的作用，并增加“其他可以用于证明案件事实的材料”这一兜底条款。[2]需要指出的是，当专门性问题报告与鉴定意见同样列为法定证据种类之后，适用时需要进行区分：其一，该专门性问题是否需要鉴定，不需要通过鉴定就能解答的专门性问题，适用专门性问题报告作为证据。其二，如若需要鉴定，所需鉴定事项是否在法定登记管理的鉴定事项范围内，在范围内则应在具有法定资质的鉴定机构进行鉴定，适用鉴定意见作为证据；不在范围内则适用专门性问题报告作为证据。

（二）“有专门知识的人”的法定地位与法定要求

司法鉴定出现错误是造成冤假错案的重要原因，但我国司法人员迷信鉴定意见的现象非常普遍。[3]这是因为证实偏见的主导下认知流畅度更高，包括法官在内的司法人员倾向于对鉴定意见的证据能力及证明力作出肯定评价，以降低自己的认知负担。而法官基于“专门知识”作出有效审查的关键，在于控辩双方作为“认知提示主体”的有效质证，来补充法官知识结构的不足。[4]为更好地发挥“有专门知识的人”挑战“原生性专家意见”的作用，进而在专门性问题上进行实质交锋，此次修法应当对以下问题加以明确。

对于“有专门知识的人”的诉讼地位。虽然鉴定人应属于“有专门知识的人”的下位概念，但司法鉴定制度经过长期发展，已经形成了独特的制度体系，因此不能简单地将其重新归类为“有专门知识的人”。鉴于此，鉴定人应当作为接受司法行政管理、具备法定资质的特定“有专门知识的人”，在“诉讼参与人”中予以保留，但同时应当在“诉讼参与人”中增加“有专门知识的人”，明确与鉴定人相对等的权利义务。

对于“有专门知识的人”的资格条件。有观点认为，为减少庭审间围绕“有专门知识的人”资质的有无与高低所展开的不必要对抗，应当从资质条件上进行限制，从登记备案的范围内或是“专家库”

---

[1] 参见奚玮：《论检验报告的证据能力》，载《浙江工商大学学报》2022 年第 5 期，第 78 页。

[2] 参见谢澍：《〈刑事诉讼法〉修改“证据独立成编”的基本思路》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 4 期，第 62-63 页。

[3] 参见陈永生：《论刑事司法对鉴定的迷信与制度防范》，载《中国法学》2021 年第 6 期，第 264 页。

[4] 参见谢澍：《刑事诉讼主体理论的扬弃与超越》，载《中国法学》2023 年第 3 期，第 264 页。

的范围内选任。[1]但部分“有专门知识的人”本就是鉴定制度的补充，用以解决无法定鉴定机构的专门性问题，即便重新登记备案了常见专门性问题事项的选任范围，这样的做法仍可能导致未来不断产生更多层级的补充制度。另外，如若要求基于申请而委托的“有专门知识的人”必须在登记备案或“专家库”的范围内，也不当限制了控辩双方的诉讼权利，况且登记备案的初次审查并不意味着今后均能为其出具的报告质量作背书。因此，“有专门知识的人”仅应当符合《决定》第四条最低限度的资质要求，即满足（1）具有相关的高级专业技术职称；（2）具有相关的专业执业资格或者高等院校相关专业本科以上学历，并从事相关工作五年以上；（3）具有从事相关工作十年以上经历，具有较强的专业技能。

对于“有专门知识的人”的偏向性。从英美法系专家证人的发展经验可知，专家证人不可避免地具有偏向性，绝对公正的专家证人是没有的，即便存在，法官也缺乏识别与找到他们的能力。[2]从本质上来看，律师与当事人所聘请的“有专门知识的人”发挥的作用一样，同样是弥补当事人在知识储备上的缺憾。[3]正如同难以要求律师恪守中立义务，也不应违背诉讼规律向“有专门知识的人”强加中立义务。同样，为避免“有专门知识的人”成为法庭竞技的手段与掩盖事实真相的工具，应当参照律师制度，要求其遵循职业伦理、遵循一定的客观义务，至少可以成为“有专门知识的人”拒绝委托、终止委托、自我风险隔离的事由。

（三）对控辩双方的平等武装

刑事诉讼构造是实现刑事诉讼目的的手段之一，等腰三角形的理想诉讼构造要求控辩双方的平等武装。在专门性问题视域下，控辩双方平等武装主要包括鉴定人、“有专门知识的人”出庭制度以及鉴定检材的分配的问题。

对于鉴定人、“有专门知识的人”出庭制度。完善鉴定人、“有专门知识的人”出庭作证与发表意见的制度是法庭围绕专门性问题展开交锋的前提。为落实直接言词原则、贯彻以审判为中心，应当赋予辩方充分的制度空间。首先，即使未申请鉴定人出庭或法院认为鉴定人没有必要出庭的，辩方也可以申请“有专门知识的人”出庭，法院应当同意相关申请；其次，“有专门知识的人”出庭发表意见，在范围上不应仅局限于“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”，还可以扩展至其他案件相关的“专门知识”；最后，一旦“有专门知识的人”出庭“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”，鉴定人就应当出庭接受质证，否则鉴定意见不得作为定案的根据。[4]

对于鉴定检材的分配问题，不可否认的是，部分刑事诉讼案件中的物证、书证等原始证据具有不可替代性，对证据的保管、储存要求较高，司法鉴定机构一般具有严格的鉴定材料管理制度，严格监控鉴定材料的接收、保管、使用和退还。因此，在这类案件中让“有专门知识的人”直接接触检材并不适宜。根据《司法鉴定程序通则》，司法鉴定人应当对鉴定过程进行实时记录，并形成鉴定档案，载明了主要的鉴定方法和过程，检查、检验、检测结果，以及仪器设备使用情况等。鉴定人或鉴定机构往往不会主动提供鉴定档案，大部分地区对司法鉴定档案实行严格保密。[5]然而，“有专门知识的人”对抗手段有限，鉴定档案是最适宜“有专门知识的人”审查鉴定过程是否符合国家标准、行业标准的重要材料，也是“有专门知识的人”充分、有效质证的重要保障。因此，应当规定，公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人、“有专门知识的人”申请查阅、摘抄、复制鉴定档案的，法院应当同意，出具鉴定意见的鉴定机构应当提供鉴定档案。

---

[1] 参见陈斌、王路：《论我国刑事诉讼中的专家辅助人及其制度构建》，载《湖北社会科学》2011 年第 1 期，第 166-167 页。

[2] 参见蔡颖慧：《对抗制危机中的专家证人制度》，载《河北法学》2014 年第 9 期，第 81 页。

[3] 参见李学军、朱梦妮：《专家辅助人制度研析》，载《法学家》2015 年第 1 期，第 155 页。

[4] 参见谢澍：《刑事司法证明中的专门知识:从权力支配到认知偏差》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018 年第 4 期，第 110 页。

[5] 参见李学军、贺娇：《鉴定意见可靠性审查的实务问题及应对研究——以文书形成时间鉴定技术方法切入》，载《法律适用》2023 年第 7 期，第 46-54 页。

刑事诉讼中电子数据冻结的性质及其法律规范

吴　羽　姚浩亮 *

内容提要　当前电子数据冻结具有适用率整体偏低、适用情形多元、冻结方法多样、争议点主要是冻结的合法性等特点。从立法和实践上看，电子数据冻结存在适用范围、批准程序、冻结及其方法关系、冻结成本、权利保障、法律责任等方面的问题。从法律性质上看，电子数据冻结应属于保全性侦查措施和强制性侦查措施。立足于保障人权与惩罚犯罪的目标，电子数据冻结应以法律保留原则、比例原则为适用原则，同时应明确电子数据冻结的适用范围、优化电子数据冻结的决定及执行程序、厘定电子数据冻结及其方法的关系、建立电子数据冻结费用承担机制、健全电子数据冻结中的权利保障机制以及构建电子数据冻结中的程序性制裁机制。

关键词　电子数据　电子数据冻结　保全性侦查措施　强制性侦查措施 冻结成本　协助义务

一、引言

“当世界开始迈向大数据时代，社会也将经历类似的地壳运动。”[1]当前，我国数据生产总量达32.85ZB，同比增长22.44%，数据存储总量达1.73ZB。[2]很多传统犯罪活动呈现网络化趋向，网络犯罪高速迭代发展，已经占到全部犯罪的1/3以上，成为我国第一大犯罪类型。[3]侦查机关通过扣押原始存储介质进行“两步式取证”或者直接提取电子数据都可能面临技术与效率的双重压力。在部分数据体量较大的案件中，如果采用直接提取电子数据的方式取证，在全程无中断情况下，可能需要耗费15～16个月的时间。[4]但侦查机关如果不能及时保全、固定电子数据，可能面临数据失真的风险，进而承担不利的诉讼结果。例如，在某网络科技有限公司破坏计算机信息系统案中，法院因侦查机关未能及时采取措施保护电子数据的完整性，否定了49934条个人用户数据和2582条商户数据的证据资格。[5]在此背景下，电子数据冻结开始应用于刑事司法活动。一般而言，电子数据冻结是通过技术手段，锁定相关电子数据，防止对其进行增删、修改等操作。[6]在电子数据取证体系化的构建中，电子数据冻结将是不可或缺的重要组成部分。可以预见，电子数据冻结将会越来越多地得到应用，发挥保全、固定证据的作用。[7]事实上，为解决侦查机关面临的获取电子数据压力和固定电子数据乏力的困境，一些网络服务提供者开始提供数据冻结服务。[8]

2016年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部发布《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称《电子数据规定》）首次明确提出“冻结电子数据”的概念以及规定了电子数据冻结的情形、批准程序、执行程序和冻结方法等内容；2019年公安部发布《公安

---

* 吴羽，华东政法大学刑事法学院教授，法学博士；
姚浩亮，华东政法大学刑事法学院硕士研究生。

1 [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶：《大数据时代》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社2013年版，第219页。

2 参见《数字中国发展报告（2023年）》，载数字中国建设峰会官网，https://www.szzg.gov.cn/2024/szzg/xyzx/202406/P020240630600725771219.pdf，2024年9月24日访问。

3 参见江溯主编：《中国网络犯罪综合报告》，北京大学出版社2021年版，第1页。

4 参见万春、王建平、吴孟栓等：《〈关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定〉理解与适用》，载《人民检察》2017年第1期，第54页。

5 参见江苏省南通市崇川区人民法院（2018）苏0602刑初844号刑事判决书。

6 参见周加海、喻海松：《〈关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定〉的理解与适用》，载《人民司法（应用）》2017年第28期，第33页。

7 参见吴洪淇：《电子数据完整性的法律定位与理论反思》，载《国家检察官学院学报》2024年第1期，第159页；左卫民：《数字化背景下刑事诉讼法修改的重要方向》，载《中国刑事法杂志》2024年第4期，第51—52页；刘品新、谢登科、裴炜等：《电子证据的法治化路径》，载《数字法治》2024年第4期，第6—27页。

8 参见喻海松：《刑事电子数据的规制路径与重点问题》，载《环球法律评论》2019年第1期，第42页。

机关办理刑事案件电子数据取证规则》（以下简称《电子取证规则》）专节规定了“冻结电子数据”，细化了冻结电子数据的适用规则；2021 年最高人民检察院发布《人民检察院办理网络犯罪案件规定》专门规定了审查冻结的电子数据的主要内容。但总体而言，上述规范性文件效力层级较低，尤其是在理论和实践中，电子数据冻结的法律性质、适用范围、决定与执行程序、电子数据冻结及其方法的关系、权利保障、法律责任等内容仍应进一步的厘清与明确。在《刑事诉讼法》第四次修改之际，有必要深入探讨电子数据冻结适用规范的相关问题。

二、电子数据冻结的适用现状

电子数据冻结并非是所有刑事案件取证的必要环节，侦查机关可以通过调取等措施直接获取电子数据。但是，随着数字技术的发展，用以证明案件事实的电子数据往往体量较大或者是处于境外，如果侦查机关不能及时固定有关电子数据，这些电子数据可能面临失真的风险。笔者依据《电子取证规则》第 37 条、第 38 条、第 40 条的规定，分别以“协助冻结电子数据通知书”“解除冻结电子数据通知书”“完整性校验”“锁定网络应用账号”“写保护”为关键词进行检索，共获得 172 份裁判文书，[1]经过人工筛选获得 12 份有效文书，另有 2 件案例来自有关文献（见表 1）。[2]

表 1 收集样本案例中电子数据冻结的适用情况

案件名称	冻结内容	冻结方法	争议事项
崔某、鄢某开设赌场案	崔某在香港某电信机房内租赁 124 个 IP 及对应的 IP 地址及其对应的服务器数据	第三方协助冻结	/
余某某、徐某某等提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案[3]	/	仅提及“冻结电子数据通知书及清单”	/
黎某、张某非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪	虚拟货币	虚拟货币变现处理，冻结对应金额	（1）争议焦点：辩方认为公安机关应采取冻结电子数据的方式，而非采用虚拟货币变现冻结的执行方式。 （2）法院认定：未予回应。
周某某开设赌场案	/	仅提及“冻结数据”	/
孔某某盗窃案	电能表电压、电流及电量等数据	提及“冻结数据”，将相应数据转化为书证固定	（1）争议焦点：辩方对公诉机关提出对窃取电量总额存在异议。 （2）法院认定：支持辩方主张。
刘某引诱、容留、介绍卖淫案	微信钱包冻结数据	/	/
韦某 1 非法侵	查扣电子设备中存	采取写保护措施	（1）争议焦点：辩方认为手段

1 裁判文书来源于威科先行法律信息库，2024 年 4 月 19 日访问。

2 参见孙明泽：《刑事诉讼电子数据冻结的程序规制研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 63 页。

3 参见江苏省邳州市人民法院（2018）苏 0382 刑初 837 号刑事判决书、江苏省徐州市中级人民法院（2020）苏 03 刑终 122 号刑事裁定书。

入计算机信息系统案	储数据		非法导致电子数据在送鉴定前已被污染。 （2）法院认定：结合电子数据检查工作记录可证实数据真实性、完整性，符合法律规定。
惠某某侵犯公民个人信息案	采用具有写保护功能的手机勘验软件从原始手机中提取数据	采取写保护措施	（1）争议焦点：辩方质疑公诉机关提供的电子数据证据能力。 （2）法院认定：侦查人员使用的手机勘验软件本身为写保护只读设备，不会对手机原始数据产生变化，同时其他证据可以印证数据存在证据能力。
陈某组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施案	涉案电脑硬盘中的电子数据	采取写保护措施	/
陈某等诈骗案	原始存储介质中数据、被告人的微信、支付宝账户	计算完整性校验值、锁定网络应用账号	（1）争议焦点：辩方质疑取证程序违法、鉴定意见所依据电子数据证据能力。 （2）法院认定：侦查机关采用《电子数据规定》第 5 条中的 3 种方法保护电子数据完整性，且侦查机关出具的说明和物证登记保存清单亦可证明完整性。
闫某等组织、领导传销组织案	/	光盘记录、截图打印冻结情况	/
杜某、朱某某提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案	被告人的交易明细及相关网络数据	第三方协助冻结	（1）争议焦点：辩方质疑电子数据取证合法性。 （2）法院认定：侦查机关对案件情况说明确信，认可鉴定意见。
陈某等组织、领导传销活动案	县市场监督管理局收集的电子数据	/	（1）争议焦点：辩方质疑行政机关的电子数据收集行为违法，涉案电子数据合法性存疑。 （2）法院认定：收集部门对相应情况作出说明，可以补正。

根据表 1 以及电子数据冻结的实践运作，当前电子数据冻结的适用现状具有如下特点：[1]

第一，电子数据冻结的适用率整体偏低。2016 年《电子数据规定》就已规定了电子数据冻结，但实际上侦查机关采取电子数据冻结的案件较少。从现有的样本案例来看，裁判文书明确标明侦查机关采用电子数据冻结的案例仅有 7 件。在大部分案例中，侦查机关采用写保护措施、完整性校验、锁定账号等方法冻结电子数据。例如，在韦某某非法侵入计算机信息系统案中，侦查人员采用写保护措施对电子数据进行初步取证，并制作成物证、书证照片；[2]又如，在惠某某出售、非法提供公民

1 由于受限于裁判文书的体量，尚难以切实反映电子数据冻结的适用全貌，故仍需持续跟进司法实践进行观察。

2 参见广东省广州市越秀区人民法院（2019）粤 0104 刑初 1253 号刑事判决书。

个人信息案中，侦查人员采用具备写保护功能的手机勘验软件直接提取电子数据；[1]再如，在陈某等诈骗案中，侦查人员采用锁定网络应用账号的方法实施冻结。[2]实践中，第三方对于电子数据冻结的配合度相对较低，有的办案人员在侦查取证环节会有意无意地绕开这种方法。[3]

第二，电子数据冻结的适用情形多元、冻结方法多样。电子数据冻结主要涉及非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪等计算机网络犯罪，以及诈骗罪、开设赌场罪等传统犯罪。上述犯罪所涉电子数据往往体量较大，可能面临数据失真的风险，符合立法预设的适用情形。另外，司法实践中已经出现跨境冻结电子数据的案例。例如，在崔某等开设赌场案中，侦查机关通过第三方协助冻结的形式，依法冻结崔某在香港的某电信机房内租赁的 124 个 IP 及对应的 IP 地址及其对应的服务器数据。[4]随着打击电信网络诈骗犯罪、网络赌博犯罪等跨境犯罪的不断推进，电子数据冻结在跨境场合将发挥重要作用。在冻结电子数据的方法方面，除了现行规范性文件规定的计算电子数据的完整性校验值[5]、锁定网络应用账号[6]、采取写保护措施[7]外，还包括虚拟货币变现处理[8]、第三方主体协助冻结[9]等方法，其中虚拟货币冻结是否属于电子数据冻结尚存争议。在部分案件中，侦查机关采用多种方法相结合的方式冻结电子数据。例如，在闫某等领导传销组织案，侦查机关采用光盘记录方式冻结数据，并对冻结情况进行截图打印；[10]又如，在陈某等诈骗案中，侦查机关除采用锁定网络应用账号的方法实施冻结外，在扣押原始存储介质的基础上，用移动硬盘存储了备份的电子数据，并采用完整性校验（MD5 值）确保证据完整性、真实性。[11]

第三，电子数据冻结中的争议点主要是冻结的合法性。从样本案件来看，“明确”冻结字样的 7 份裁判文书中，有 1 份存在控辩争议，争议点是侦查机关对虚拟货币的变现处理是否具有合法性的问题。[12]在采用冻结措施而未明确“冻结”字样的裁判文书中，控辩双方的争议点主要是侦查机关采取冻结措施的合法性问题。例如，在韦某某非法侵入计算机信息系统案中，辩护律师对侦查机关采用写保护措施的合法性提出质疑，否定本案中《鉴定意见书》的合法性。又如，在杜某等侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案中，侦查机关冻结了犯罪嫌疑人的银行账户、第三方支付平台，但未明确是否将犯罪嫌疑人位于某购物网站的账号予以冻结，因程序问题而引发争议。[13]总体而言，在收集的裁判文书中，对于已经采取电子数据冻结措施的证据，控辩双方的争议点主要在于侦查机关冻结电子数据程序和手段的合法性。

---

1 参见江苏省徐州市泉山区人民法院（2018）苏 0311 刑初 50 号刑事判决书。

2 参见甘肃省白银市白银区人民法院（2019）甘 0402 刑初 96 号刑事判决书。

3 参见尹鹤晓:《电子数据取证程序问题研究》，载《广西社会科学》2024 年第 2 期，第 97 页。

4 参见山东省龙口市人民法院（2019）鲁 0681 刑初 132 号刑事判决书。

5 在收集的样本案例中，符合采用计算电子数据的完整性校验值进行冻结的案例较少，仅有陈某等诈骗案。另外，在万某某等破坏计算机信息系统案中，法院援引《电子数据规定》第 5 条的规定，认为“侦查机关取证时间相距本案案发及报案时间较长，未能及时采取封存、备份等保护电子数据完整性方法，此时提取的电子数据的原始性、完整性难于确保”，进而排除相应涉案数据。可见，以“计算电子数据的完整性校验值”实现冻结目的，具有适用空间。参见江苏省南通市崇川区人民法院（2018）苏 0602 刑初 844 号刑事判决书。

6 参见甘肃省白银市白银区人民法院（2019）甘 0402 刑初 96 号刑事判决书。

7 参见四川省成都市青白江区人民法院（2019）川 0113 刑初 148 号刑事判决书。

8 参见辽宁省阜新蒙古族自治县人民法院（2019）辽 0921 刑初 120 号刑事判决书。

9 参见河南省郑州市金水区人民法院（2017）豫 0105 刑初 1616 号刑事判决书。

10 参见山东省平原县人民法院（2019）鲁 1426 刑初 4 号刑事判决书。

11 参见甘肃省白银市白银区人民法院（2019）甘 0402 刑初 96 号刑事判决书。

12 参见辽宁省阜新蒙古族自治县人民法院（2019）辽 0921 刑初 120 号刑事判决书。

13 参见河南省郑州市金水区人民法院（2017）豫 0105 刑初 1616 号刑事判决书。

三、电子数据冻结适用中存在的问题

《电子数据规定》《电子取证规则》《人民检察院办理网络犯罪案件规定》等在一定程度上弥补了《刑事诉讼法》在电子数据冻结规范上的空白，但当前电子数据冻结的法律供给仍无法满足司法实践的需求。有研究者认为，我国电子数据冻结在适用中存在没有统一制式的相关法律文书，公安机关、检察机关等不了解文书的制作与实施程序，冻结数据不及时，第三方主体协助冻结意愿较低等问题。[1]从理论和实践出发，当前电子数据冻结在适用方面仍需关注以下 6 个问题：

第一，电子数据冻结的适用范围问题。我国电子数据冻结主要适用于数据量大，无法或者不便提取、提取时间长，可能造成电子数据被篡改或者灭失以及通过网络应用可以更为直观地展示电子数据等 3 种情形。[2]由于对于电子数据冻结采取的是“可以”进行冻结，另外为应对未预见的情形，又规定了“其他需要冻结的情形”作为兜底性条款。可见，侦查机关对电子数据冻结的采用有较大自由裁量权。[3]从另一个角度上说，对于哪些情形下能纳入电子数据冻结的适用范围仍不够明晰，侦查人员采取电子数据冻结时可能缺乏有效的法律规制。例如，根据《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第 38 条第 2 项的规定，冻结的电子数据应与案件事实相关，但数据是科技的产物，它不仅反映过去而且面向未来，而且部分数据基于其承载内容具有经济价值。因此，动态数据、数字化财产性利益（如虚拟货币）是否应纳入电子数据冻结的适用范围需要予以明确。

第二，电子数据冻结的批准程序问题。在冻结电子数据的决定程序方面，应当经县级以上公安机关负责人或者检察长批准，[4]这表现为“内部审批”的模式；在电子数据冻结的执行程序上，应当制作《协助冻结电子数据通知书》，送交电子数据持有人、网络服务提供者或者有关部门协助办理。[5]因此，在冻结电子数据的实施层面，大体是由侦查机关决定和执行的。有学者认为，我国《刑事诉讼法》中涉及证据调查与审查的具体条款主要是一些“授权性”的取证规则，表现出浓烈的“取证或查证中心主义”倾向，缺乏限制公权力与救济私权利的法治内涵，[6]电子数据冻结的审批程序与刑事诉讼的程序正义理念等存在冲突。[7]例如，在前述陈某等诈骗案中，辩护律师对“电子数据的提取程序违法，鉴定意见所依据的电子数据的客观性、真实性、合法性均无法确定”提出辩护意见。[8]

第三，电子数据冻结及其方法的关系问题。立法一方面规定冻结电子数据的方法包括计算电子数据的完整性校验值、锁定网络应用账号等措施，[9]另一方面又规定冻结电子数据和计算电子数据完整性校验值都属于保护电子数据完整性的方法。[10]对此，有观点认为电子数据冻结属于技术措施。[11]进而言之，就冻结电子数据和计算电子数据的完整性校验值的关系而言，《电子数据规定》第 5 条将二者并列为保护电子数据的完整性的方法，又在第 12 条将后者作为实现前者的方法，在一定程度上混淆了二者的关系。尤其是，如果将电子数据冻结视为技术措施可能会导致刑事诉讼法律解释

---

1 参见尹鹤晓：《电子数据侦查取证程序研究》，中国人民公安大学 2019 年博士学位论文，第 71—72 页。

2 参见《电子数据规定》第 11 条、《电子取证规则》第 36 条、2018 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理恐怖活动和极端主义犯罪案件适用法律若干问题的意见》。

3 参见谢登科：《电子数据冻结：一种新兴的证据保全措施》，载《东岳论丛》2023 年第 6 期，第 162 页。

4 参见《电子数据规定》第 11 条、《电子取证规则》第 37 条。

5 参见《电子数据规定》第 12 条第 1 款、《电子取证规则》第 37 条。

6 参见万毅、林喜芬、何永军：《刑事证据法的制度转型与研究转向——以非法证据排除规则为线索的分析》，载《现代法学》2008 年第 4 期，第 134 页。

7 参见孙明泽：《刑事诉讼电子数据冻结的程序规制研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 61 页。

8 参见甘肃省白银市白银区人民法院(2019)甘 0402 刑初 96 号刑事判决书。

9 参见《电子取证规则》第 40 条、《电子数据规定》第 12 条第 2 款。

10 参见《电子数据规定》第 5 条。

11 参见刘浩阳等：《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则释义与实务指南》，中国人民公安大学出版社 2020 年版，第 53 页。

体系的失衡，电子数据冻结的法律地位不免也会降格，从而无法在更严格的层面规制电子数据冻结的适用，不利于司法实务中的正确适用。

第四，电子数据冻结成本高问题。对于一些涉及海量数据的案件而言，冻结电子数据意味着需要承担较高的成本。一般来说，云计算服务提供者不会考虑冻结程序的设计，如果要协助冻结电子数据就需要对系统进行改造，需要投入额外的算力以及其他资源予以执行。这些成本主要包括为冻结数据而产生的数据存储成本、技术更新成本、人员成本等直接成本以及可能产生的生产运营方面的间接成本等。[1]根据《电子取证规则》第 39 条的规定，冻结电子数据的期限为 6 个月；有特殊原因可以续冻，每次续冻期限最长不得超过 6 个月。因此，即便在常规冻结电子数据 6 个月的期限内，也会产生非常高额的成本。如果电子数据持有人、网络服务提供者自行承担协助冻结的各项支出，对其经济损失不容忽视，而且需要关注的是这也可能会影响电子数据持有人、网络服务提供者和数据所有人之间的数字信任纽带，从而最终对其经济利益产生影响。从某种意义上说，电子数据冻结适用率较低的重要原因是电子数据冻结的成本较高。然而，当前立法对冻结费用是由侦查机关承担还是电子数据持有人、网络服务提供者承担，没有明确规定，这无形中降低了电子数据冻结的适用率。

第五，电子数据冻结中的权利保障问题。电子数据冻结中的权利保障主要是指电子数据所有人、电子数据持有人、网络服务提供者的权利保障问题。一是电子数据所有人的权利保障问题。根据《个人信息保护法》的规定，电子数据所有人享有知情权，但法律规定应当保密或者不需要告知的情形，可以不履行相关告知义务。[2]由于侦查工作的性质，侦查活动具有秘密性，在一些案件中侦查机关不履行告知义务有其合理性，这也符合《个人信息保护法》的相关规定。但是，知情权属于公民的基本权利，在电子数据冻结的适用中，如何平衡侦查工作的需要与数据所有人相关的合法权益是值得关注的问题。二是电子数据持有人、网络服务提供者的协助豁免问题。当前，我国现行相关规范性文件主要关注的是电子数据持有人、网络服务提供者的协助义务，在一定程度上忽视了其享有的合理权利。“‘权力属性’比‘义务设定’更容易让网络服务提供者配合，‘权力’因素也比‘权利’事宜更易受到网络服务提供者的重视，因为违抗权力的后果是显而易见的。”[3]因此，如果有办案机关提出的冻结协助义务请求不合理时，电子数据持有人、网络服务提供者往往也很难予以拒绝。

第六，违法采取电子数据冻结的法律责任问题。如果说保障电子数据所有人和电子数据持有人、网络服务提供者的合法权利是从正向视角确保电子数据冻结的依法适用，那么对违法电子数据冻结的制裁性机制则是一种反向规制手段，尤其是程序性制裁机制可以在很大程度上促使电子数据冻结的依法适用。针对违法电子数据冻结的行为需要承担两个方面的法律后果：一是实体性制裁，即追究实施违反法定程序采取冻结电子数据的行为人的民事责任、行政责任、刑事责任等；二是程序性制裁，即因违反法定程序进行冻结电子数据承担的程序上的不利后果。[4]应该说，当前对于违反法定程序冻结电子数据的法律责任体系仍不够健全。

四、电子数据冻结的法律性质分析

在立法沿革上，电子数据冻结大体延续了财产冻结的立法思路，二者存在诸多相似之处。例如，在功能定位上，二者能够保全适用对象；在对适用对象的干预程度上，二者呈现出强制性。然而，电子数据冻结并非传统意义上的财产冻结，对此，我们需要进一步明确电子数据冻结的法律性质，在此基础上才能有效构建电子数据冻结的适用规则。

（一）电子数据冻结应属于保全性侦查措施

侦查措施一般可以分为程序保障型侦查措施与调查取证型侦查措施。[5]证据保全是一种重要的程

---

1 参见裴炜：《论刑事电子取证中的数据冻结》，载《北外法学》2021 年第 2 期，第 13 页。

2 参见《个人信息保护法》第 18 条第 1 款、第 35 条、第 44 条。

3 李延舜：《刑事数据调取中网络服务提供者的角色定位及关联义务》，载《法学》2023 年第 1 期，第 159 页。

4 参见陈永生：《刑事诉讼的程序性制裁》，载《现代法学》2004 年第 1 期，第 89 页。

5 参见吴桐：《侦查措施分类的逻辑转向与改革进路》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2020 年第 2 期，第 43—45 页。

序保障型侦查措施，旨在防止证据在后续程序中灭失、伪造、变造、藏匿或者难以取得等风险，因而通过事先固定证据以保障刑事诉讼的顺利进行。[1]调查取证型侦查措施以调查案件事实、收集证据为目的，强调对适用对象的获取，而非固定。对此，电子数据冻结存在“取证说”与“保全说”两种观点。由于我国立法将冻结电子数据与现场提取电子数据、在线提取电子数据、网络在线提取电子数据等侦查措施规定为收集、提取电子数据的措施，有主张电子数据冻结应采“取证说”，但更多的研究者主张“保全说”。应该说，电子数据冻结的“保全说”更具合理性。

其一，侦查阶段的电子数据冻结属于电子数据获取的前置性环节，适用意义在于“存”而非“取”，其功能在于取证阶段及时固定数据，防止证据灭失，确保侦查机关能够有效收集证据材料。以锁定网络应用账号为例，如果将网络空间视为数据主体的房间，那么账号相当于门牌、密码相当于钥匙，冻结电子数据与物理空间中的换锁行为无异。[2]换锁仅制止了数据主体对数据的使用权，换锁行为的执行者往往是第三方主体，所以侦查机关尚未实质占有数据。反观网络在线提取电子数据、网络远程勘验等侦查措施，侦查机关能够直接获取电子数据，呈现调查取证型侦查措施的特征。在取证完毕后，侦查机关已经获取了电子数据，所以无须再“取”。可见，电子数据冻结更在于通过“存”，保障数据完整性与真实性，电子数据冻结无疑具有保全属性。从域外经验来看，欧盟《电子证据条例》规定，欧洲保存令是要求网络服务提供者保存电子数据以备后续出示的指令，欧洲提交令是调取电子数据的指令。[3]可见，保存令属于保全性侦查措施。

其二，电子数据冻结与查封、扣押等具有保全功能的侦查措施属性相近。查封、扣押均以实体物为适用对象：查封通过加贴封条等形式向社会展示司法机关对实体物的控制，实现证据保全功能；扣押通过侦查机关实际占有特定物品，实现证据保全功能，具有保全与取证的双重属性。侦查机关通过扣押、封存原始存储介质能够实现对电子数据的保全。从域外实践来看，扣押措施是实现保全电子数据的重要手段。例如，德国《刑事诉讼法典》规定，在电子邮件等电子消息尚处于发件人电脑上的草稿阶段，侦查机关能够采用类推适用扣押的形式，通过扣押原始存储介质，进而扣押数据。[4]在扣押情形下，侦查机关仅获取了原始存储介质，而电子数据尚需提取，扣押数据在此情形下为保全性侦查措施。因此，区别于扣押的间接保全，电子数据冻结直接以电子数据为适用对象，通过对数据主体的行为限制，实现保全目的，与查封措施更为相近。在《电子数据规定》制定之时，该项措施就面临“冻结”或“查封”的名称之争，而冻结和查封属于性质、效果相同的侦查措施，二者仅在适用对象有所差异。[5]就此而言，“电子数据冻结是一种新兴的保全措施”[6]，它是在虚拟场域中对电子数据的查封，因而属于保全性侦查措施。

（二）电子数据冻结应属于强制性侦查措施

理论上而言，强制性侦查措施与任意性侦查措施的区分标准存在相对人意愿说与权利干预说两种主张：前者认为侦查相对人是否同意或者自愿配合是区分二者的关键；[7]后者以侦查行为对基本权利的干预程度作为区分标准，“所谓强制措施，就是侵害个人重要利益的处分”[8]。由于不当的财产冻

---

1 参见张泽涛：《我国刑诉法应增设证据保全制度》，载《法学研究》2012 年第 3 期，第 164 页。

2 参见汪振林、张从慧：《刑事初查电子数据取证措施适性研究》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2019 年第 2 期，第 35 页。

3 See Stanislaw Tosza, All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other:Therelationship between the European Investigation Order and the European Production Order, New Journal of European Criminal Law, Vol.11:2, p.167 (2020).

4 参见[德]维尔纳 · 薄逸克、萨比娜 · 斯沃博达：《德国刑事诉讼法教科书》（第 15 版），程捷译，北京大学出版社 2024 年版，第 266 页。

5 参见刘浩阳等：《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则释义与实务指南》，中国人民公安大学出版社 2020 年版，第 158 页。

6 参见谢登科：《电子数据冻结：一种新兴的证据保全措施》，载《东岳论丛》2023 年第 6 期，第 159 页。

7 参见徐为霞主编：《侦查学原理》，中国民主法制出版社 2007 年版，第 114 页。

8 [日]田口守一：《刑事诉讼法》（第七版），张凌、于秀峰译，法律出版社 2019 年版，第 52 页。

结可能侵犯所有人的财产权、用益权，学界普遍认为财产冻结属于强制性侦查措施。然而，数据不一定涉及数据主体的基本权利。对此，电子数据冻结的法律性质存在“任意说”“强制说”“区分说”三种主张。“任意说”认为电子数据冻结没有干预侦查相对人的财产权、人身权等基本权利；[1]“强制说”认为电子数据冻结对财产权的侵犯更多是间接性的，而且可能对数据主体隐私权、通信自由权等基本权利造成实质侵害，应该严格适用；[2]“区分说”的区分标准是冻结电子数据会不会妨碍电子数据持有人的数据使用活动。[3]从域外实践来看，往往将类似电子数据冻结的措施作为强制性侦查措施予以规定。[4]而且电子数据冻结在指向境外网络服务提供者等持有的数据时，不仅干预数据主体的合法权利，还涉及数据主权问题，这体现了电子数据冻结的强制性。总体而言，目前“强制说”获得更多的认可与接受。

其一，就“任意说”而言，考虑到对电子数据进行冻结需要经县级以上公安机关负责人或者检察长批准，如果以该批准的程序来看，一般认为电子数据冻结具有权利干预的属性，因此，“任意说”与现行立法规定不符。从另一个角度上看，当前学界对于数据与信息、财产的关系存在诸多观点。例如，数据和信息概念的并用论认为数据与信息没有差别，仅存在表述差异，本质相同；[5]数据包含信息说认为数据中承载着信息与非信息，数据范畴广于信息；[6]数据概念的单一信息论将数据安全作为信息隐私或者财产信息的附属品，[7]将数据包含于信息、财产等范畴内，上述观点的共通之处在于肯定数据的权利属性。在此基础上，有的学者从民法角度提出了诸多数据确权的方案，如所有权说、用益物权说、知识产权说、债权说等。[8]此外，侦查机关要求网络服务提供者协助冻结数据，不仅会干预数据主体的知情权、删除权等权利，而且协助冻结的网络服务提供者的部分权利也会受到影响。因此，电子数据冻结可能会干预基本权利，“任意说”也并不符合其本质特点。

其二，就“区分说而言，电子数据内容承载着不同性质的权利，这是“区分说”的重要依据之一。然而，电子数据冻结的主要功能是在侦查机关通过其他措施切实取得目标数据前，对其进行暂时性固定。[9]为了实现这一目的，电子数据冻结方法多为限制数据主体的数据处理权限。如前文所述，电子数据冻结犹如“换锁”，当侦查机关采用锁定网络应用账号方法实施冻结时，它不仅限制了数据主体对一般数据的访问权限，而且可能涉及重要数据、核心数据，通常很难有效地实现区分冻结。在此意义上，对数据主体的数据处理权限的暂时性的剥夺，无疑会干预其基本权利，符合权利干预说的预设理论。而且从有效规制电子数据冻结的角度出发，电子数据冻结的“强制说”更为妥当。

五、电子数据冻结适用规则的优化路径

人类已经走过农业文明和工业文明两个时代，正步入数字时代。数字时代催生了新型经济关系和社会关系，对既有法律体系形成了严峻的挑战。[10]立足于保障人权与惩罚犯罪的目标，有必要完善电子数据冻结的适用规则，以发挥其应有的功能，避免电子数据冻结适用过程中可能存在的权力被滥用之风险和权利被侵害之问题。

---

1 参见刘浩阳等：《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则释义与实务指南》，中国人民公安大学出版社 2020 年版，第 158—159 页。

2 参见裴炜：《论刑事电子取证中的数据冻结》，载《北外法学》2021 年第 2 期，第 7 页。

3 参见龙宗智：《寻求有效取证与保证权利的平衡——评“两高一部”电子数据证据规定》，载《法学》2016 年第 11 期，第 12 页。

4 See Dobrinka Chankova, Ralitsa Voynova, Towards New European Regulation for Handling Electronic Evidence, US-China Law Review, Vol.15:3, p.124 (2018).

5 参见郭明龙：《个人信息权利的侵权法保护》，中国法制出版社 2012 年版，第 19 页；涂龙科：《网络时代经济刑法变革的系统阐释》，载《法学评论》2019 年第 6 期，第 125—134 页。

6 参见李爱君：《数据权利属性与法律特征》，载《东方法学》2018 年第 3 期，第 64—74 页。

7 参见李凤梅：《个人数据权利刑法保护的立场选择及实现路径》，载《法商研究》2021 年第 6 期，第 46—60 页。

8 参见欧阳本祺：《论数据犯罪的双层法益》，载《当代法学》2023 年第 6 期，第 65 页。

9 参见裴炜：《论刑事跨境取证中的数据先行冻结》，载《当代法学》2023 年第 2 期，第 129 页。

10 参见马长山：《迈向数字社会的法律》，法律出版社 2021 年版，第 7 页。

（一）遵循电子数据冻结适用的基本原则

在一定程度上，世界范围内的刑事诉讼法变革本质即为侦、诉、审三者的权力分离，侧重强调权力间的相互独立与彼此制衡，并有配合与协作的色彩。[1]作为一项具有较强权利干预属性的强制性侦查措施，在使用电子数据冻结时应坚持人权保障的精神。

其一，电子数据冻结的适用应当坚持法律保留原则。法律保留原则是指国家行为涉及对公民基本权利侵害时，应有法律依据，以此凸显国家行为的实施已经获得立法机关的授权。[2]2012 年修订的《刑事诉讼法》将电子数据规定为法定证据，2018 年修订的《刑事诉讼法》延续了这一规定，但并未明确涉及电子数据取证的内容，“刑事立法的变动滞后于实践是必然现象”[3]。鉴于电子数据冻结存在较大的侵权风险，应当由立法机关制定的法律来规范电子数据冻结。“在追求实质合理性时，不能抛开形式合理性的限制，以至于突破法律的外在形式，从而导致法律虚无主义。”[4]当前，规范电子数据冻结的内容主要见于司法解释、部门规章等规范性文件，虽然能够为制度创新提供检验与调适的空间，以指导司法实践。但是，作为一项具有权利干预属性的措施，《刑事诉讼法》第四次修改时应当将该措施纳入其规制的范畴。

其二，电子数据冻结的适用应当坚持比例原则。一般认为，比例原则包括适当性原则、必要性原则和均衡性原则。其中，适当性原则旨在限制达成目的的手段适用，强调手段与目的的关联性；必要性原则强调在公权力行使过程中应选择对私权利侵害最小的手段；均衡性原则实为利益衡量，仅有当达成目的之利益大于权利侵害之利益时，手段才具有正当性。如前文所述，电子数据冻结的适用范围构造主要是“3+1”式的列举与兜底相结合形式。然而，列举内容难以涵盖司法实践中的所有情形，而兜底条款隐含着权力滥用的风险。因此，遵循比例原则的目的在于严格限制电子数据冻结适用的法律边界。

（二）明确电子数据冻结的适用范围

从欧盟《电子数据条例》的内容来看，欧洲保存令的适用范围包括用户数据、访问数据、流量数据在内的非内容数据和内容数据。[5]如果立足于进一步规范电子数据冻结适用的角度出发，其适用范围应限于已有的静态数据，以此区别于数据留存、技术侦查等措施，另外以数字形态存在的财产性利益也不宜纳入电子数据冻结适用的范围。

其一，动态数据不宜纳入电子数据冻结的适用范围。从欧盟的经验来看，数据冻结仅适用于网络服务提供者在收到指令时已经存储的数据（即静态数据），不包括收到指令后的某个未来时点内可能存储的数据（即动态数据）。[6]目前我国尚未就此问题予以明文规定，侦查机关可能不当扩大电子数据冻结的适用范围，形成“口袋化”现象。[7]从性质上看，动态数据冻结实则与技术侦查中的监听、监控等措施无异。我国《网络安全法》规定了 6 个月的数据留存期限，借助网络服务提供者等第三方主体的数据汇集优势，侦查机关能够实现动态数据冻结。动态数据冻结本质上是对特定主体相关数据的持续性保存，易侵犯数据主体的知情权、通信秘密权等权利。而且，由于侦查活动期限的不确定，该措施可能突破法定留存期限的限制，变成超期冻结。当前，电子数据冻结的适用规则并未完全对标技术侦查，该措施适用于动态数据的风险较大。值得说明的是，动态数据冻结与欧盟数据留存制度较为相近，欧盟曾颁布《数据保留指令》，规定数据留存制度以实现对动态数据的持续存

---

1 参见冀祥德：《世界刑事诉讼的四次革命》，载《中国法学》2024 年第 1 期，第 44—64 页。

2 参见万毅、林喜芬：《现代刑事诉讼法的“帝王原则”：程序法定原则重述》，载《当代法学》2006 年第 1 期，第 27 页。

3 左卫民：《数字化背景下刑事诉讼法修改的重要方向》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 4 期，第 43 页。

4 刘艳红：《实质刑法观》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 51 页。

5 See Regulation(EU)2023/1543 Article3.(9) ~ (12).

6 See Maciej Rogalski, The European Commission's e-Evidence Proposal-Critical Remarks and Proposals for Changes, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol.28:4, p.337 (2020).

7 参见孙明泽：《刑事诉讼电子数据冻结的程序规制研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 62 页。

储，以服务于刑事侦查活动。[1]但由于全面留存数据超出比例原则的限度，加之缺乏保护机制等，欧盟法院依据《欧盟基本权利宪章》第 7 条、第 8 条和第 52 条第 1 款裁定《数据保留指令》无效。[2]

其二，以数字形态存在的财产性利益不宜纳入电子数据冻结的适用范围。“法律上关注的数据并非在信息学等技术意义上以 0 和 1 二进制单元表示的信息，此类数据并非法律规范的客体。”[3]换言之，数据因其承载内容具有法律价值。但是，不同数据承载内容反映不同的权利。虚拟货币作为一种以数字形态存在的财产性利益，以数据为虚拟载体，承载着财产权。有学者认为，对虚拟货币的冻结行为在一定条件下属于电子数据冻结；[4]也有学者肯定虚拟货币的财产属性，认为相应的冻结措施属于财产冻结。[5]司法实务中，虚拟货币等以数字形态存在的财产性利益具有的去中心化特征使得侦查机关无法通过冻结措施对其实现完全控制。当前，侦查机关主要通过要求网络服务提供者协助锁定用户平台账户或者将虚拟货币变现处理予以控制，从而实现冻结。由于虚拟货币交易尚未在我国取得合法地位，要求网络服务提供者协助锁定用户平台账号可能存在诸多不便。而且侦查机关对虚拟货币的变现冻结仍以实体财产为冻结对象，所以认定为财产冻结更为合适。此外，财产权可以分为实体财产权与虚拟财产权，通过法律保护所有者的虚拟财产权已经成为基本的共识。[6]因此，对于虚拟货币等以数字形态存在的财产性利益的冻结可以适用财产冻结的规则。

（三）优化电子数据冻结的决定及执行程序

理论上而言，冻结电子数据作为强制性侦查手段应当受到令状原则的限制。[7]例如，欧盟《电子证据条例》规定的欧洲保存令与电子数据冻结具有同等功效，但该项指令仅能由法官、法院、侦查法官或者主管案件的检察官等特殊主体签发。[8]可见，这一决定模式旨在限制冻结电子数据的不当使用。当前，侦查活动中的强制性侦查措施大都由侦查机关自行决定、自行执行，侦查权的运行失去必要的司法控制，存在滥用的风险。[9]“在任何国家，法治的重心都是制约和控制权力，防止其滥用和异化。”[10]基于对电子数据冻结有效规制的需要，立足于现行法律规范的视角，可以在区分电子数据冻结基本类型的基础上，进一步优化电子数据冻结适用的决定程序。《电子数据规定》第 11 条规定了电子数据冻结适用的 3 种情形，有学者基于功能性与必要性的不同，将电子数据冻结分为两种基本类型：一是服务于后续证据审查和运用的数据便宜冻结，即提取不便、展示不便的情形；二是服

---

1 2006 年 3 月 15 日，欧洲议会和欧盟理事会通过了《数据保留指令》。该指令要求电子通信服务提供者与网络服务提供者就电话通信、电子邮件相关的流量数据履行 6 个月～2 年的数据留存义务。See Francesca Bignami, Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive, Chicago Journal of International Law, Vol.8:1, p.238 (2007).

2 See Silvia Signorato, ICT, Data Retention, and Criminal Investigations of Economic Crimes, Journal of Eastern-European Criminal Law, Vol.2015:2, p.208-211 (2015).,

3 彭诚信：《数据利用的根本矛盾何以消除——基于隐私、信息与数据的法理厘清》，载《探索与争鸣》2020 年第 2 期，第 83 页。

4 参见谢登科：《电子数据冻结：一种新兴的证据保全措施》，载《东岳论丛》2023 年第 6 期，第 162 页。

5 参见赖早兴：《加密资产刑事案件：样态、种类、问题及解决——基于 551 份刑事判决的分析》，载《经贸法律评论》2022 年第 4 期，第 91—92 页。

6 参见张明楷：《非法获取虚拟财产的行为性质》，载《法学》2015 年第 3 期，第 12—25 页；陈兴良：《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》，载《中国法学》2017 年第 2 期，第 146—172 页；熊波：《数据财产权的分置性理论构造与刑法保护》，载《清华法学》2024 年第 2 期，第 31—45 页。

7 参见孙明泽：《刑事诉讼电子数据冻结的程序规制研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期，第 61 页。

8 See Regulation(EU)2023/1543 Article4.3.

9 参见闵春雷：《刑事侦查程序中司法审查机制的构建》，载《法制与社会发展》2003 年第 4 期，第 16 页。

10 张文显：《全面推进法制改革,加快法治中国建设——十八届三中全会精神的法学解读》，载《法制与社会发展》2014 年第 1 期，第 18 页。

务于后续取证程序的数据先行冻结，即数据可能灭失的情形。[1]根据这一分类，数据便宜冻结的紧急性较低，主要服务于后续诉讼活动的顺利进行，可以由检察机关行使决定权；数据先行冻结具有适用上的紧急性，可以由侦查机关先行审查决定执行，事后再由检察机关审查，判断作出该电子数据冻结的决定是否符合法律规定。另外，在依据兜底情形适用冻结或者电子数据续冻的场合，宜建立必要性审查机制，由检察机关基于比例原则进行审查，作出是否冻结、续冻的决定。当然，今后可以进一步探索更具司法性的决定模式。值得说明的是，强制性侦查措施决定程序的司法化改造是一项系统性工程，电子数据冻结决定程序的司法化构建需要纳入这一系统化的改造之中，并非可以孤立地完成。

在电子数据冻结的执行程序上，是以侦查机关执行为主、第三方主体协助为辅的模式。当前，电子数据的收集、提取面临侦查人员缺乏专业技术、技术人员缺乏取证资质等问题，这也体现在电子数据冻结上。另外，部分电子数据冻结是由电子数据持有人、网络服务提供者等第三方主体协助办理，有的第三方主体缺乏协助的积极性，但数据先行冻结依赖于第三方主体的快速响应，应建立侦查机关与第三方主体的合作机制。值得说明的是，在电子数据冻结期限问题上，从欧盟《电子证据条例》及《联合国打击网络犯罪公约（草案）》的规定来看，在跨境数据取证的背景下，前者采用 60 日基础期限、30 日延长期限、必要时再行延长的期限设置；[2]后者设定了 90 日的基础期限。[3]就此而言，我国可以适当缩短电子数据冻结的期限，以兼顾权利保障的需求。

（四）厘定电子数据冻结及其方法的关系

根据现行立法规定，冻结电子数据的方法主要包括计算电子数据的完整性校验值等措施，这些措施并非冻结电子数据本身，而是冻结电子数据的具体方法（见表 2），它们应附属于电子数据冻结而存在。因此，厘定电子数据冻结与电子数据冻结方法之间的关系应首先立足于电子数据冻结的法律性质，当前电子数据冻结作为侦查措施得到较为广泛的认可，这也体现在相关规范性文件的规定上。[4]电子数据冻结属于保全性侦查措施，具有防止数据失真，保障数据完整性、真实性的双重目的；而计算电子数据的完整性校验值等应为实现冻结目的的具体方法，二者属于目的与手段的关系。进而言之，在电子数据冻结及其方法的关系上，应根据电子数据冻结的性质优化相关立法内容，如《电子数据规定》第 5 条中将计算电子数据完整性校验值与冻结电子数据并列的立法模式应当予以调整。

表 2　电子数据冻结法定方法的内涵与功能

方法类型	具体内涵	主要功能
计算电子数据的完整性校验值	采用一种指定算法对原始数据计算出一个校验值，再对校验或者保全过程中的数据采用同样的算法计算一次校验值。[5]	鉴真功能：通过比对校验值，审查认定电子数据的真实性。
锁定网络应用账号	通过网络应用账号划定的数据边界，借助网络信息技术进行设置，锁定账号以限制数据访问权限。[6]	限制功能：限制数据主体的数据处理权限以实现证据保全。[7]
采取写保护措施	实务中的常见做法是将电子数据存储入具有写保护功能的存储设备中，以此保护数据不被篡	

1　参见裴炜：《论刑事电子取证中的数据冻结》，载《北外法学》2021 年第 2 期，第 8 页。

2　See Regulation(EU)2023/1543 Article11.1.

3　参见《公约案文修订草案》第 25 条第 2 款。载联合国官网，https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v23/039/50/pdf/v2303950.pdf，2024 年 9 月 10 日访问。

4　《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第 28 条、《电子取证规则》第 7 条等将冻结电子数据与现场提取电子数据、在线提取电子数据、调取电子数据等并列为收集、提取电子数据的方式。

5　参见刘品新：《电子证据法》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 304 页。

6　参见谢登科：《电子数据冻结：一种新兴的证据保全措施》，载《东岳论丛》2023 年第 6 期，第 161 页。

7　实践中存在一种“云空间电子数据冻结”，即通过限制电子数据的访问、操作等权限，以此实现冻结目的。参见谢登科：《电子数据冻结：一种新兴的证据保全措施》，载《东岳论丛》2023 年第 6 期，第 163—164 页。

	改。	

（五）建立电子数据冻结费用承担机制

电子数据持有人、网络服务提供者协助冻结电子数据往往会产生协助成本，有时这笔费用非常高昂。根据我国《刑事诉讼法》第 65 条的规定，证人因履行作证义务所产生的相关费用可以获得补助，而电子数据持有人、网络服务提供者协助冻结电子数据虽然是一种法定义务，但不能认为这是一种无偿的协助义务。从域外经验来看，欧盟《电子证据条例》规定了协助费用报销制度，以保障协助主体的合法权益。[1]美国《1986 年电子通信隐私法》第 2706 节规定网络服务提供者能够请求政府对其协助必要费用（如搜索、收集、复制）等予以报销，金额由政府机构与协助人员、机构协商确定。[2]2015 年澳大利亚《电信修正案》中规定，应为履行强制留存义务的通讯服务提供者提供资金支持。[3]随着云计算的发展，网络服务提供者持有大部分电子数据，而从犯罪嫌疑人的设备上收集证据已经成为一种传统做法。[4]因此，在电子数据冻结可能成为一种常规的保全和固定证据措施的情况下，应当有效地解决电子数据冻结的费用问题。这可以从两个方面着手：一方面是考虑增加侦查机关在电子数据冻结方面的经费，另一方面可以倡导网络服务提供者开发电子数据冻结的操作系统。当然，即使要求网络服务提供者承担一定的冻结费用，也应当有时限限制和救济机制，即立法不能要求电子数据持有人、网络服务提供者承担电子数据冻结期限内所有的冻结费用，而应当划定一个合理的期限，期限届满后应由侦查机关承担冻结费用，同时一旦侦查机关被认定为违法进行电子数据冻结，应当返还电子数据持有人、网络服务提供者已经承担的冻结费用。而且对于确实存在经营困难等的网络服务提供者，应当建立电子数据冻结费用的免除制度。

（六）健全电子数据冻结中的权利保障机制

一方面，构建保障电子数据所有人的知情权机制。从域外经验来看，欧盟《电子证据条例》并未规定欧洲保存令适用时的告知义务，但执法机关在采用欧洲提交令收集电子数据时原则上需要履行告知义务，在特殊情形时可以延迟、限制或者不履行告知义务。[5]这些特殊情形主要包括：一是防止阻碍官方或者司法非正式调查、正式调查或程序；二是避免损害刑事犯罪的预防、发现、侦查、起诉或者刑罚执行；三是保护公共安全；四是保护国家安全；五是保护他人的权利与自由。[6]因此，电子数据冻结告知义务一般可以在冻结执行之后或者提取电子数据时进行告知，但因侦查工作的需要，在一些特定案件中，可以延迟、限制或者不进行告知。

另一方面，建立电子持有人、网络服务提供者协助义务的例外规则。从域外实践来看，在一些特定情形下，法律赋予了电子数据持有人、网络服务提供者的协助豁免权。[7]例如，2021 年欧洲刑警组织和欧洲刑事司法合作署（Eurojust）发布的 SIRIUS 报告显示，世界上大型互联网企业往往会基于“请求协助的法律依据不明”“请求协助内容过于宽泛”“缺乏有效的身份验证信息”等原因拒绝或者延迟响应侦查机关的协助请求；[8]欧盟《电子证据条例》赋予了网络服务提供者质疑欧洲保存令合法

1 See Regulation(EU)2023/1543 Article14.1.

2 See Electronic Communications Privacy Act of 1986 § 2706 (a) (b).

3 See Data Retention Industry Grants Programme, at https://www.homeaffairs.gov.au/about-us/our-portfolios/national-security/lawful-access-telecommunications/data-retention-industry-grants-programme (Last visited on September 20, 2024).

4 See Halefom H. Abraha, Regulating law enforcement access to electronic evidence across borders: the United States approach, Information & Communications Technology Law, Vol.29:3, p.326 (2020).

5 See Regulation(EU)2023/1543 Article13.

6 See Directive (EU) 2016/680 Article 13.3.

7 See Regulation(EU)2023/1543 Article11.4～6.

8 See SIRIUS EU Digital Evidence Situation Report 3rd Annual Report 2021, at https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/SIRIUS_DESR_12_2021.pdf (Last visited on September10, 2024).

性、必要性、相称性的权利。[1]实践中，电子数据持有人、网络服务提供者并非都能完全满足侦查机关的协助要求，而且域外部分大型网络服务提供者，往往会对侦查机关的协助请求进行事先审查，再决定是否提供协助。这些协助豁免的情形主要包括：一是履行不能，如协助主体并非协助通知书的电子数据持有人、网络服务提供者；二是执行不能，如协助主体不具备冻结技术和冻结资质、协助通知书内容不明、协助请求内容过于宽泛等；三是违法不能，如协助请求缺乏法律依据和法定程序、电子数据冻结超出法定范围和法定期限等。如果存在上述情形，电子数据持有人、网络服务提供者应当享有拒绝或者延迟协助的权利。当然，电子数据先行冻结的情形具有紧急性，原则上应当及时协助进行电子数据冻结，不过立法应明确"紧急情况"的具体情形。

（七）构建电子数据冻结中的程序性制裁机制

《人民检察院办理网络犯罪案件规定》规定了审查冻结电子数据的内容，[2]这种事后的审查机制，是对电子数据冻结适用的反向规制手段。例如，审查发现冻结手续不符合规定的，应当对违反法定程序进行电子数据冻结的行为人追究其实体性责任，同时也应当明确违反法定程序下冻结的电子数据的程序性制裁后果。对此，需要在电子数据冻结中引入非法证据排除规则，真正发挥其反向规制的作用，督促侦查机关依法采取电子数据冻结措施。立足于现行法律确立的非法证据排除规则，冻结电子数据不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以排除，不得作为证据使用，但是经过补正或者作出合理解释的，冻结的电子数据可以作为证据使用。

六、结语

随着网络技术、人工智能等新兴技术的不断涌现，犯罪态势发生了巨大转变。一方面，犯罪空间由物理场域转向虚拟场域，以新兴技术为犯罪对象、犯罪工具的犯罪类型不断涌现；另一方面，犯罪行为呈现跨境发展的态势，加大了侦查机关侦破案件的难度。电子数据冻结作为保全、固定电子数据的重要手段，将发挥越来越重要的作用。然而，当前电子数据冻结尚未实现法律保留，相关规定也不够明确，经费保障制度也不够健全，这些因素都导致电子数据冻结没有得到真正有效的适用，运用电子数据冻结措施存在侵权的风险。随着刑事诉讼制度的日趋完善，我国公民对于刑事司法公平正义的主观感受及其满意度也与日俱增。[3]因此，在《刑事诉讼法》第四次修改之际，结合理论研究和实践运作，有必要进一步优化电子数据冻结的适用规范，以统一和促进电子数据冻结的实践运用。

---

1 See Dobrinka Chankova, Ralitsa Voynova, Towards New European Regulation for Handling Electronic Evidence, US-China Law Review, Vol.15:3, p.127-128 (2018).

2 根据《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第 31 条第 4 项、第 38 条的规定，对电子数据是否完整，应当审查冻结后的电子数据是否生成新的操作日志；同时，对冻结的电子数据，应当审查冻结手续是否符合规定、冻结的电子数据是否与案件事实相关、冻结期限是否即将到期、有无必要继续冻结或者解除、冻结期间电子数据是否被增加、删除、修改等内容。

3 参见吴洪淇：《刑事司法公平正义感受的主观程序正义框架与测度——以 2015—2023 年全国调查数据为基础》，载《法学研究》2024 年第 4 期，第 39—57 页。

刑事诉讼中涉案野生活体物证管理机制完善研究

四川省乐山市人民检察院课题组*

摘 要：涉案野生动物活体物证是在刑事诉讼中发挥证据作用的活体野生动物，具有应激死亡率高、疾病死亡率高的特点。当前，活体物证管理面临刑事诉讼法律体系不健全，管理衔接机制不完善，管理能力不足以及管理费用追偿路径不明等问题。为了解决上述难题，活体物证管理应以“人与自然和谐共生”为目标，以实现办案与野生动物保护平衡为落脚点，通过完善刑事诉讼法律体系、建立活体物证管理衔接机制、提高活体物证管理能力、构建活体物证管理费用追偿制度等举措实现活体物证管理的优化。

关键词：活体野生动物；涉案财物；活体物证管理；问题与优化

一、问题的提出

刑事诉讼中的物证大致可分为两类：一类为非活体物证，如查扣的赃款赃物、作案刀具等；另一类为活体物证，如查扣的活体野生动物等。这些扣押物均属于涉案财物的范畴。早在 2015 年，中共中央办公厅、国务院办公厅就印发了《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》，要求规范涉案财物的查封、扣押、冻结和保管。在此背景下，全国多个地区也纷纷启动了刑事诉讼涉案财物管理处置试点。但是从部分实证案例来看，改革效果并不明显，涉案财物保管混乱、移交不畅、非法挪用、处置不及时等沉疴顽疾仍未得到有效解决。[1]随着破坏野生动物资源犯罪案件的增多，大量活体野生动物被解救、扣押，进入刑事诉讼程序，涉案野生动物活体物证[2]的管理出现了一些新的情况。如 L 省 D 市“斑海豹案”、G 省 G 县“画眉案”和 S 省 M 县“小熊猫案”等案件中，扣押在案的野生动物均因放生不及时出现了死亡的现象。以“小熊猫案”为例，该案中因应激反应死亡的小熊猫数量高达 9 只，占比 45%。这些小熊猫在经历猎狗追逐、陷入捕猎陷阱以及长途运输的过程后，一直处于惊恐的状态，这最终导致了它们的快速死亡。此外，因外伤感染及疾病在动物园死亡的小熊猫有 11 只，占比 47%。目前，办案机关对活体物证的重视程度不足，导致执法司法程序出现了一些问题。处理好办案与野生动物保护之间的关系，改变“重人轻物”的办案理念，解决好活体物证管理问题，既是贯彻落实习近平生态文明思想，构建以环境权为核心的生态文明法治体系，加快推进“人与自然和谐共生的现代化”的必然选择，也是弥补活体物证管理制度的缺憾，优化活体物证管理的手段和模式，实现刑事诉讼自我完善和自我调适的应然路径。

有关活体物证的研究主要集中在实务领域。例如，2022 年 11 月 G 省 Q 州检察机关发布了一篇名为《贵定县检察院创新工作方法优化活体物证的闭环式管理》的文章，该文详细阐述了当地检察机关在涉案野生动物保护方面所采取的闭环管理措施，首次提出了“活体物证”这一概念。[3]在办理 L 省 D 市“斑海豹案”过程中，L 省检察机关与法院、公安、农业等部门出台意见，在省级层面率先建立起野生动物保护“诉救协同”机制。在 S 省 M 县“小熊猫案”中，扣押在案的 60 余只小熊猫在寄养机构死亡 20 余只，这一事件引发了广泛的社会关注和舆论热议，M 县检察机关与相关部门会签了《M 县进一步优化野生动物活体物证管理协作配合办法（试行）》，建立起 S 省首个涉案野生动物活体物证救护协作机制。2023 年 5 月，最高人民检察院发布微信公众号文章，强调检察机关要“坚持对野生动物实施优先保护的原则，积极探索涉野生动物案件的办理模式，从优化顶层设计上加强衔

---

* 本文系中国刑事诉讼法学研究会刑事诉讼法制完善项目“刑事诉讼中涉案野生活体物证管理机制完善研究”（课题编号:一般项目 6 号）成果。课题负责人：李鹏飞，男，重庆人，法学硕士，四川省人民检察院检委会专职委员（原乐山市人民检察院党组书记、检察长），一级高级检察官，全国检察业务专家。课题组成员：但未丽，女，四川眉山人，博士，首都师范大学副教授；童华，男，四川乐山人，四川省乐山市人民检察院第六检察部主任、四级高级检察官；张槐勤，男，江西上饶人，法律硕士，四川省马边彝族自治县人民检察院常务副检察长、一级检察官；阿小松，男，四川乐山人，四川省马边彝族自治县人民检察院副检察长、二级检察官；李玉杰，男，四川乐山人，法律硕士，四川省马边彝族自治县人民检察院第三检察部副主任，五级检察官助理。（课题联系人：童华，手机：13508139266）

1参见江佳佳：《刑事诉讼涉案财物管理的改革模式与路径选择》，载《地方立法研究》2023 年第 3 期，第 114 页。

2 为便于行文，涉案野生动物活体物证在正文中统一简称为“活体物证”。

3参见《贵定县检察院创新工作方法优化活体物证闭环式管理》，载黔南布依族苗族自治州人民检察院 2022 年 11 月 24 日，http://www.qiannan.jcy.gov.cn/jcdt1/202211/t20221124_3890404.shtml。

接协同，为珍贵动物的回家之路保驾护航。”[1]2023 年 8 月，最高人民检察院第一检察厅举办“环境资源犯罪检察理论与实务研究”专题研讨会，此次会议深入探讨了活体物证管理的相关议题。[2]这一系列举措，充分显示了检察机关在野生动物保护上的坚定决定，是检察机关积极完善活体物证管理机制的有力证明。关于物证保管问题，现有研究也有所涉及。笔者在中国知网（CNKI）以“物证管理”为主题进行检索（检索日期 2024 年 7 月 8 日），共获取相关论文 70 余篇，这些文献的研究对象均为非活体物证，研究方向主要集中在物证保管和物证信息化两个方面。在物证保管的研究上，余永丰、刘雷元等学者主张对涉案物证分类管理。[3][4]何永军指出，实务中对涉案物证的处理存在严重问题，应该处理的物证没有被及时处理，以致其经济价值基本上完全丧失，给国家和人民带来严重损失。其主张完善物证保存时效和分类处理制度[5]。对于物证信息化，许满军、董放等人指出要加强信息智能采集，将物证保管与现场勘查、检验鉴定、移送起诉等工作紧密衔接，实现对物证提取、登记、送检、检验、比对、流转、入库、出库、处理以及移送销毁整个生命周期的自动追踪管理。[6][7]

综合来看，在活体物证管理的研究上，实务界形成了一些好的做法和经验，为推动活体物证管理的规范化提供了借鉴和参考。但是，实践形成的经验还有待于进行总结，以形成更多的研究成果。而且，虽然学界已形成对物证进行分类管理的共识，但有关分类管理的研究深度还不足，在物证保管期限上，学界未有形成统一的意见。显然，关注活体物证的特殊属性，并在法律实践中改进管理模式，构成了一个新兴的研究领域，当前这一领域的学术贡献仍相对有限。本研究立足于 S 省 M 县的活体物证管理经验，深入剖析活体物证管理领域存在的关键性问题及面临的挑战。同时，通过综合分析当前的物证管理理论与实践，以及借鉴其他地区在活体物证管理方面的成功案例与失败教训，提出了具有针对性且切实可行的优化策略与建议。

二、涉案野生动物活体物证管理存在的问题

面对不断涌现的环境资源犯罪案件，司法机关正积极探索和优化执法办案流程，然而，活体物证的管理过程仍充满挑战。当前，法律体系的不健全、制度机制的不完善等问题是司法机关面临的严峻考验。

（一）刑事诉讼法律体系不健全

我国并未制定统一、明确的活体物证管理规范，有关活体物证管理的规定散见于《刑事诉讼法》《公安机关办理刑事案件程序规定》《公安机关涉案财物管理若干规定》《野生动物收容救护管理办法》以及《最高人民检察院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》等法律、部门规章和规范性文件之中，这些法律文件就活体物证的管理作了原则性的规定，并未就活体物证的特殊性再作详尽规定。这一现状也直接造成了当前活体物证法律体系的不完善，具体体现于以下几个关键方面：

其一，活体物证与非活体物证的性质差异未得到充分界定。《刑事诉讼法》第 141 条第 1 款、第 2 款规定：“在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件，应当查封、扣押。”“对查封、扣押的财物、文件，要妥善保管或者封存，不得使用、调换或者损毁。”《公安机关办理刑事案件程序规定》第 235 条第 1 款、236 条第 2 款规定：“对查封、扣押的财物及其孳息、文件，公安机关应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得违规使用、调换、损毁或者自行处理。”“对于违禁品，应当依照国家有关规定处理；需要作为证据使用的，应当在诉讼终结后处理。”《野生动物收容救护管理办法》第 10 条第 2 款规定：“处理执法机关查扣后移交的野生动物，事先应当征

1《让可爱的精灵早日回家》，载微信公众号“最高人民检察院”，2023 年 05 月 11 日，https://mp.weixin.qq.com/s/l_MLzci1wtelLE09eYfwUw。

2参见《在“两山”理论发源地共谋绿色新篇》，载最高人民检察院，https://www.spp.gov.cn/zdgz/202309/t20230918_628501.shtml。

3参见余永丰、王小宝、叶卓龙：《浅谈对刑事案件涉案物证的保管》，载《广东公安科技》2018 年第 4 期，第 65-67 页。

4参见刘雷元：《侦查机关物证保管机制研究》，载《黑龙江工业学院学报（综合版）》2017 年第 11 期，第 105-110 页。

5参见何永军：《刑事物证的困境与出路》，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2016 年第 3 期，第 31-38 页。

6参见许满军、刘鹏：《智慧新刑技建设的探索与实践》，载《中国刑事警察》2021 年第 1 期，第 58-60 页。

7参见董放、张萍、柯婷雅：《试论刑事案件物证管理工作》，载《广东公安科技》2018 年第 2 期，第 38-40 页。

求原执法机关的意见，还应当遵守罚没物品处理的有关规定。”《最高人民检察院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第 46 条规定:“除法律法规和规范性文件另有规定以外，公安机关不得在诉讼程序终结之前处置涉案财物。”

综上可知，在物证的保管上，立法者并没有对活体物证和非活体物证予以严格区分。根据刑事诉讼优先的原则，立法、司法及行政机关在处理涉案财物时持有明确的倾向性立场，即通常需待诉讼程序终结后方能处置。即便野生动物收容救护机构受公安机关委托，负责活体物证的管理工作，这些机构也并无独立处置活体物证的权力。值得注意的是，与一般的涉案财物相比，活体野生动物是“活着的”的物证，滞后的处理模式可能导致活体物证无法“熬过”漫长的等待处置过程。

其二，活体物证管理规定层级低、可操作性不强。现有规范不能为办案人员提供明确指引，还在一定程度上影响了活体物证处置的效率。比如，《公安机关涉案财物管理若干规定》第 11 条第 3 款规定:“对于……鲜活动植物……以及其他对保管条件、保管场所有特殊要求的涉案财物，应当存放在符合条件的专门场所。公安机关没有具备保管条件的场所的，可以委托具有相应条件、资质或者管理能力的单位代为保管。”《野生动物收容救护管理办法》第 7 条规定:“有下列情况之一的，野生动物收容救护机构应当进行收容救护:（一）执法机关、其他组织和个人移送的野生动物……”基于上述活体物证管理规定，可以看出其存在较为明显的问题：一是以公安部门为核心构建的相关规范，其法律效力层级不高；二是活体物证管理的相关规定不明确，公安机关在是否选择委托单位以及选择何种单位代为保管活体物证方面，享有自主决定权；三是各部门根据自身职能对活体物证进行管理，极易出现管理交叉和协作空白的情况。如，在公安机关不移送活体物证的情况下，野生动物收容救护机构很难及时介入到活体物证的救护工作中来。

综上所述，法律效力层级过低导致了法律规定适用范围的受限；法律规定过于原则化，导致了选择性执法问题的出现；法律制定时的部门分割导致管理上出现了空缺。就目前活体物证管理规范来看，彼此还无法在功能上相互支持，在价值上也无法相互协调和融贯，达不到法律的体系性要求。[1]

其三，活体物证保管费用的相关规定与《民法典》冲突。对于物证保管费用负担问题，《刑事诉讼法》并未予以详细规定。《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》第 36 条规定:“对涉案财物的保管、鉴定、估价、公告等支付的费用，列入人民检察院办案（业务）经费，不得向当事人收取。”《公安机关涉案财物管理若干规定》第 7 条亦规定:“公安机关对涉案财物进行保管、鉴定、估价、公告等，不得向当事人收取费用。”这种“政府买单”的方式貌似解决了物证保管费用的出处问题，却对检察机关行使职权造成了一定阻碍，极易导致检察机关丧失活体物证保管费用的求偿权。《民法典》第 1235 条规定:“违反国家规定造成生态环境损害的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用：……（五）防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。”相较于非活体物证，活体物证的保管方法具有特殊性，对保存环境、保管人员资质、饲养方法等有更为严格的要求，由此产生的保管费用显著高于非活体物证。依照《民法典》的相关条款，检察机关有理由将活体物证饲养、修建保管场馆以及野化训练等费用视为防止野生动物死亡损害发生和扩大而支出的合理费用，从而要求被告人承担这笔保管费用，然而，这一主张与最高人民检察院和公安部所发布的涉案财物管理规定存在一定冲突。笔者认为，从《民法典》生态破坏责任制度设计的初衷出发，不宜将活体物证保管费用与非活体物证保管费用混为一谈，现行《刑事诉讼法》以及有关部门制定的涉案财物管理规定存在改进的空间。

（二）管理衔接机制不完善

活体物证管理工作涉及不同部门与组织。实证案例表明，司法机关与寄养机构、行政机关协作机制的不完善，在一定程度上影响了活体物证管理成效。

其一，办案机关与寄养机构的衔接机制不完善。通常情况下，公安机关自建的一般物证保管场所不具备活体物证保管条件。实践中，有的办案机关将活体物证直接送往野生动物救护站，有的办案机关交由专业人员看管，有的暂养于动物园或水族馆。在“小熊猫案”办理过程中，公安机关先是

1参见李桂林:《论法律的体系性》，载《求索》2021 年第 5 期，第 121 页。

委托 S 省 Y 市某野生动物园对涉案小熊猫进行救治和饲养，涉案小熊猫在该动物园出现死亡的现象后，林业部门将剩余的活体小熊猫转移至了 C 市大熊猫繁育研究基地。[1]这一事件也引发了公众对执法部门的广泛质疑，有网民甚至推测，公安机关初期将涉案小熊猫送至动物园暂养可能动机不纯，存在私人利益考量。

实际上，C 市大熊猫繁育研究基地曾明确表示，即使公安机关联系它们寄养，也会因难以接纳如此大数量的小熊猫而予以婉拒。[2]经上级部门协调后，涉案小熊猫最终成功转移并被安置于 C 市大熊猫繁育研究基地。显然，若将基层执法部门定位为野生动物后续救助工作的主要承担者，其在解决问题时可能存在权威性与合法性局限，或将对野生动物的救助工作造成负面影响。这表明，野生动物的救助工作不仅应当有更高层级的国家机关介入协调，还应引入具有权威性的专业救护机构。另外，C 市大熊猫繁育研究基地新修建了寄养场馆，在该案办理之后，如何避免新建的场馆空置？司法机关在办理后续案件时，是否可继续利用该设施寄养活体物证？优化衔接机制是解决这些问题的关键。

其二，“刑事司法”与“行政执法”的衔接机制不完善。实现活体物证的有效管理，不仅依赖于先进的技术手段，更依赖于各部门的紧密协作。目前，活体物证管理领域面临的一个关键问题是，司法机关与行政机关之间的协作效率较低，配合度不高。造成这一现象的原因，主要在于司法机关与行政机关之间缺乏有效的合作机制。最大程度降低野生动物死亡风险是司法活动的首要考量，这要求司法机关除了要提高办案效率，也要与行政机关密切合作。在“小熊猫案”中，公安机关将扣押的小熊猫移交野生动物园后，未告知行政执法机关。司法人员集中精力于案件侦破，未充分关注小熊猫生存。舆情发酵后，司法机关才移交剩余活体小熊猫至行政机关。行政执法人员指出，介入过晚导致“硬放归”条件丧失，需野化后放归。流程过长增加了小熊猫死亡风险，我们迫切需要完善野生动物案件提前介入及证据固定机制。

（三）管理能力不足

管理能力，是一个偏行政领域的术语，其涵盖了管理技能和领导能力两个范畴。活体物证管理能力不足意指办案机关缺乏采取、促进集体性行动的足够能力，常常表现为办案机关专业人才缺乏、责任追究不到位以及风险应对能力不足。[3]

其一，专业人才缺乏，管理责任落实不到位。复杂性和风险性贯穿了活体物证的管理过程，越是复杂的刑事案件，对办案机关活体物证管理能力的要求也就越高。这是因为野生动物犯罪刑事司法不仅涉及刑事法律的运用，它还融合了动物医学、鉴定技术等多学科的专业知识。因此，对执法者而言，具备基础的动物医学知识至关重要，它能够显著提升执法者案件分析与预判的精准度，从而有效减少司法过程的不确定性及潜在风险。但是，此类人才在侦查机关及检察机关内相对稀缺。而且办案人员常见的一种认知误区是，司法工作者仅需聚焦于案件处理，野生动物救助是专业机构的责任。由于办案人员缺乏野生动物管理专业知识，他们很难深度参与到活体物证管理工作中，从而使得管理的主动权转移到了寄养机构手中。此外，活体物证死亡后的责任追究机制也尚不完善，在目前的活体物证死亡案例中，鲜有办案人员被追究法律责任。

其二，办案机关风险应对能力不足，应急准备不到位。“在法庭上，没有事实，只有证据”，这句英国谚语凸显了证据在案件审理中的主导性角色。为了准确惩罚犯罪，正确适用刑法，办案机关必须妥善保管证据，避免使证据受到污染、毁损。这既是避免冤假错案的需要，也是追诉犯罪的客观要求。“小熊猫案”中，犯罪嫌疑人本具有驯养繁殖小熊猫的资质，但其为掩盖收购野生小熊猫的罪行，伪造了虚假的驯养繁殖记录。在这种情况下，虽然已有 10 多只小熊猫死亡，但为了确保取证工作

1该基地同时挂牌 S 省林业厅小熊猫保护研究中心，有更优的收容条件、更强的技术力量及更高的资质，能够提供更为专业的救护。

2参见《偷猎者还没判，小熊猫先被“关起来了”》，微信公众号“中国新闻周刊”，2022 年 12 月 27 日，https://mp.weixin.qq.com/s/AhI8c8tMUDPseTHUY_eY0g。

3参见俞海山、周亚越：《公共政策何以失败？——一个基于政策主体角度的解释模型》，载《浙江社会科学》2022 年第 3 期，第 37 页。

的顺利，准确区分小熊猫的来源，检察机关还是决定继续“扣押”小熊猫。然而，侦查进度迟缓，加之在采取行动前未咨询专家意见，种种原因导致了小熊猫的大量死亡。该案例揭示了检察机关在惩治犯罪的过程中，可能因担心证据灭失而选择不释放涉案野生动物，导致案件的处理结果偏离了保护野生动物的初衷，这实际上是司法机关风险应对能力不足的一种典型表现。

（四）管理费用追偿路径不明

破坏野生动物资源犯罪，不仅牵扯到犯罪主体的刑事责任认定，还涉及到活体物证管理费用追偿问题。当前，检察机关在寻求犯罪嫌疑人赔偿的过程中面临三个主要难题。

其一，活体物证场馆修建及野化训练等管理费用追偿渠道不明确。在“小熊猫案”中，涉案小熊猫在动物园寄养期间产生了饲养费用 40 余万，新建场馆及场馆维护费用 20 余万，移交 C 市大熊猫繁育研究基地继续寄养和开展野化训练的费用 120 余万。这些支出是进行小熊猫保护和管理的必要投入。然而，当前的司法实践并未明确回应检察机关是否能就新建野生动物寄养场馆及野化训练费用提起公益诉讼的问题。[1]由于缺乏司法案例的指引，检察机关不得不进一步研究相关法规，就自己的主张范围进行探讨和权衡。

其二，保证诉求合理性的具体方法不明确。尽管检察机关可以通过法定程序诉请犯罪嫌疑人承担管理费用，但在实际操作中却面临着一系列复杂的问题。一方面，我们需要评估 180 余万资金的投入是否具备必要性和合理性，以及资金的使用过程中有关部门是否遵循了既定的规范和流程；另一方面，为了保证这笔费用能够获得犯罪嫌疑人的认可和支付，检察官需要引导犯罪嫌疑人理解并接受这些费用。这对检察机关而言，是一项极具挑战性的任务。

其三，专家评估费用分担制度尚不明确。为了确保诉请赔偿金额的合理性，有检察官建议引入独立第三方机构进行费用评估，而且聘请独立第三方机构进行评估所产生的费用应由犯罪嫌疑人承担。对此，有反对意见指出，场馆修建以及野化训练并非犯罪嫌疑人自主决定的事项，而且司法机关在事前也未征求其意见。在费用的产生并非出于犯罪嫌疑人自主意愿的情况下，不宜将评估费用转嫁给犯罪嫌疑人承担。

这些活体物证管理费用问题，既是野生动物保护领域检察公益诉讼的新课题，也是刑事诉讼法制完善过程中需要关注的问题。同时，上述四个问题引发了我们的深刻反思。首先，我们需要建立怎样的刑事诉讼法律制度；其次，我们的衔接流程是否可以再优化；我们的管理能力是否满足活体物证管理的严格要求；最后，关于场馆修建及野化训练等费用，我们应采取何种方式进行认定与主张。

三、涉案野生动物活体物证管理的优化路径

笔者认为，活体物证管理所揭示出的复杂性，实际上体现了人类与自然环境和谐共生的内在追求，以及在司法实践中，检察机关为保护野生动物权益所面临的多重挑战。活体物证管理应兼顾办案与野生动物保护，这一定位体现了“人与自然和谐共生”的现代化理念，有助于促进办案与生态保护的平衡。遵循此核心理念，司法机关要审视并修正那些阻碍野生动物保护的法律条款与运作机制，提高活体物证管理能力，构建活体物证费用追偿制度。通过这些措施，我们不仅能够解决当前面临的挑战，更能在根本上推动人与自然的和谐共生。

（一）以“人与自然和谐共生”为基本立场

为实现司法办案与野生动物保护之间的平衡，笔者认为，既要办好每一起破坏野生动物资源刑事案件，也要努力使涉案野生动物获得新生，应当成为活体物证管理工作的基本立场。就检察机关而言，这蕴含着两个方面的要求。

一是活体物证管理工作要服务于高质效办案。严格执法、公正司法是习近平法治思想的核心要义之一，这既是对公平正义的朴素追求，又是对司法机关的殷切期望。新一届最高检党组坚决贯彻

1从目前的公开的信息来看，人民法院一般都支持了检察机关要求被告人承担野生动物寄养费用的请求，如青岛市中级人民法院 2021 年就判令被告人王某某、赵某某赔偿寄养涉案野生动物的费用 1687.49 元，但 S 省 M 县这种涉及野生动物数量众多，需要新建场馆及开展野化训练的案例并不多见。

落实习近平法治思想，强调要“高质效办好每一个案件”，刑事检察的“高质效”重在“以精准司法确保严格执法、公正司法”[1]。笔者认为，自野生动物被扣押进入刑事诉讼程序，野生动物就开始发挥证据的作用。为了查清案件事实，使犯罪分子得到应有惩治，检察机关需不枉不纵，综合运用在案活体物证指控犯罪。若出于活体物证死亡的担忧或出现活体物证死亡事件，就“一刀切”地将野生动物放归，导致证据链断裂，最终“活体物证死了，犯罪分子放了”，这样的结果恐不能很好地满足人民群众对公平正义的期望。因此，为了高质效地开展司法办案，活体物证就应当处于司法机关有效的管理之下，服务于法庭审判，充分发挥其查明案件事实的作用。

二是活体物证管理工作要有利于野生动物保护。司法机关在活体物证管理工作中既不能被舆论裹挟，丧失原则地将野生动物“一放了之”，也不能一味强调司法办案，置野生动物生死而不顾。习近平总书记指出“绿水青山就是金山银山”。野生动物作为自然生态的一部分，在生态系统中扮演着不可或缺的角色，野生动物的非正常消减不仅会造成人类生态财富的损失，也会对生态环境造成损害。基于整体生态观，将涉案野生动物及时放归，既是对野生动物资源的保护，也有利于让野生动物尽早地发挥生态功能。“案子诉了，活体物证死了”，这样的结果不是检察机关所愿见到的。同时，“活体物证保管费用由政府买单”这种看似合法却不合理的做法，不利于强化生态环境司法保护的力度和传递“谁破坏谁治理”的价值取向。因此，为了避免活体物证死亡风险，就必须提高涉案野生动物的存活率，尽早地将其放归；为了从根本上贯彻“谁破坏谁治理”的生态环境治理原则，就必须改变政府买单的传统做法，实现“谁破坏谁买单”。

笔者认为，活体物证管理工作既服务于司法办案，具有一定的工具属性，同时也具有一定特殊性，有着制约司法办案的独特价值。“人与自然和谐共生”，这意味着我们不能离开办案只谈野生动物保护，也不能离开野生动物保护只谈办案。司法办案与野生动物保护如“鸟之两翼”，是并行不悖的关系。检察机关必须努力适应生态文明建设背景下野生动物保护的新要求，将“高质效办案”同野生动物保护有机结合起来，通过物证管理规范的明确化，工作衔接的精细化，责任追究的严格化，最大程度降低对野生动物的伤害。

（二）对活体物证管理体系的调整

在明确涉野生动物案件办理的核心价值取向后，我们的关键任务是优化活体物证的管理体系，有效解决实际中遇到的各种复杂情况。在修订刑事诉讼法等法律时，我们应聚焦构建全面支撑野生动物保护的法律框架，在操作层面，应确保活体物证管理衔接环环相扣，办案能力能够跟得上涉案野生动物管理需求，刑事责任追究与民事求偿问题能够实现无缝对接，具体可以从以下几方面着手：

1.完善刑事诉讼法律体系

解决刑事诉讼法律体系不完善的问题，需要我们有一个全局性的观察视角。在法律修订过程中，我们要关注到活体物证的特殊性，进一步提升规范的明确性，并确保法律体系的协调和统一。

其一，要正视物证的差异性，建立活体物证快速处置流程。如上文所述，《刑事诉讼法》《公安机关办理刑事案件程序规定》以及《野生动物收容救护管理办法》等相关规定是以“办案优先”为价值取向的，因为没有考虑活体物证的特殊性，所以不利于提高野生动物的存活率。鉴于此，建议修订物证管理规定，将物证细分为活体物证与非活体物证两类，建立一套分类快速处置流程。同时，应明确公安、检察、法院等相关部门在物证处置过程中的具体职责及处置时限。比如，对于案情简单，证据已固定完毕的案件，公安机关应在证据固定完毕 7 日内完成野生动物放归。案件移送审查起诉后，尚有活体物证待处置的，经野生动物主管部门评估适宜放归的，检察机关应当在 15 日内组织放归。

其二，要提高活体物证法律的层级，并增强可操作性。首先，现有部门规章及规范性文件效力过低，这直接制约了活体物证价值的充分彰显。因此，有必要将“活体物证”写入《刑事诉讼法》之中。针对活体物证管理的新情况和新要求，立法机关要秉持“多元共治”的理念，打破业务和条线的壁垒，在《刑事诉讼法》中增设专门章节，将相关活体物证规范吸纳为法律条款，系统提升活体物证的法律地位。其次，要明确活体物证处置流程，避免出现模糊不清的条款。比如《公安机关涉案

[1]姜昕、元明等：《落实“三个善于”高质效办好每一个案件》，载《人民检察》2023 年第 13 期，第 41 页。

财物管理若干规定》第 11 条第 3 款“公安机关没有具备保管条件的场所的，可以委托具有相应条件、资质或者管理能力的单位代为保管”中的“可以”便留给了办案机关选择的权利，法律的指引性和禁止性不足，使得法律缺乏导向性。立法机关应结合活体物证管理工作实际情况，协调并指导相关部门修订和完善部门规章、规范性文件，消除含糊不清、过度倚重执法者个人判断的规则条文，为办案人员提供足够的指引。最后，要填补法律的漏洞，避免管理上的盲区。应在法律层面确立明确条款，规定野生动物收容救护机构介入活体物证救护工作的具体时间节点。而且，为了有效推动野生动物救护工作，建议授予相关救护机构自主决定权，允许其直接决定涉案野生动物放归事宜。

其三，要增设与物证保管费用相关的法律条文。在实践中，检察机关、公安机关以“一刀切”的方式承担了活体和非活体物证的保管费用。笔者认为，这种费用承担方式并不合理。就因果逻辑而言，正是犯罪嫌疑人实施危害珍贵、濒危野生动物的犯罪行为，才导致国家机关需要启动刑事诉讼程序，对活体物证予以妥善安置，由此产生活体物证保管费用。基于《民法典》第 1235 条确立的“谁破坏谁买单”原则，我们需要在法律框架内明确区分活体物证与非活体物证的保管费用，要在《刑事诉讼法》中明确规定活体物证保管费用由犯罪分子承担。同时，为了确保有效执行这一原则，我们有必要建立一套健全的活体物证管理费用追缴机制。那些查扣在案的犯罪嫌疑人非法所得，应优先用于支付活体物证管理费用。当然，为了避免行政、司法权力的滥用，可以赋予犯罪嫌疑人实体知情权、程序参与权以及相应的救济权利。[1]

2.建立活体物证管理衔接机制

实践证明，加强各部门信息共享和办案协作，可以降低办案机关与寄养机构的沟通成本，有助于打通司法机关与行政机关的沟通壁垒。这样的做法不仅能够有效提升活体物证处置效率，还能确保活体物证得到妥善管理和及时处理。

其一，要强化办案机关与寄养机构的衔接机制。《公安机关涉案财物管理若干规定》第 11 条第 3 款规定，收容救护机构应“具有相应条件、资质或者管理能力”。这一标准过于宏观，不易掌握。“小熊猫案”带来的教训是：一个规范的寄养场所不仅能够减少公众对司法机关的怀疑，也更有利于野生动物救护。首先，省级政法机关应当对活体物证救护工作予以高度重视，对于涉案野生动物数量众多，社会关注度高的案件，要提前协调寄养机构开通涉案野生动物救护“绿色通道”；其次，省级政法机关要联合野生动物主管部门公布本地区涉案野生动物救护机构名单，依照野生动物类别对救护机构进行分级管理，要将同一类别的活体物证统一寄养，以减少分散寄养、混合寄养带来的死亡风险；最后，对于救护工作中形成的场馆，省级有关部门要综合考虑后续活体物证保管的需要，纳入地区野生动物救护规划，实行定点救护制度。

其二，要强化司法机关与行政机关的衔接机制。[2]若行政机关在行政执法活动中查获活体野生动物，而不移送犯罪线索，那么司法机关就无法及时介入引导取证，证据收集时间便会过度延长。反之，若司法机关在刑事案件中查扣活体野生动物，不通知行政执法机关，那么后续寄养经费、托管、放生等问题便不能得到相应解决。完善野生动物保护行政执法与刑事司法的协作配合机制，优化活体物证管理方式，是避免对涉案野生动物造成“二次伤害”的关键。因此，行政机关与司法机关应畅通信息共享渠道，强化线索移送和协作配合，共同做好涉案活体野生动物的救护、放生工作。一方面，行政主管部门在行政执法工作中发现破坏野生动物资源刑事案件线索，查获活体野生动物的，应及时将相关情况通报人民检察院及公安机关。人民检察院及公安机关在接到通报后应第一时间派员到场；另一方面，要在刑事诉讼法中新增活体物证处置通报条款，公安机关决定扣押、处置活体物证的，需将相关情况通报人民检察院和行政主管部门，人民检察院及行政主管部门接到通报后要

1参见上海市第一中级人民法院课题组：《刑事案件涉案财物处置问题研究》，载《人民法院报》2024 年 01 月 18 日，第 8 版。

2 2024 年最高人民检察院、最高人民法院、公安部、农业农村部、海关总署、国家林业和草原局召开专题研讨会就涉案活体野生动物移交救护形成了《关于建立健全司法涉案活体野生动物移交救护协作机制的会议纪要》。笔者认为，在完善刑事诉讼法的过程中，立法机关可以考虑吸纳该会议纪要具体条款，从而为野生动物保护提供更高层级的法治支撑。

第一时间指派办案人员及从事野生动物管护的专业人员到场监督、指导扣押及处置程序。此外，对扣押在案的活体物证，公安司法机关应及时做好证据收集固定，证据固定完毕后立即移送相关行政主管部门，由相关行政主管部门综合评判野生动物健康状况，符合放生条件的立即组织放生，不符合放生条件的，联系定点救护机构寄养和救护。

3.提高活体物证管理能力

专业人才匮乏，责任追究不到位，风险应对能力不足的问题，是当前司法机关面临的严峻挑战。专业人才匮乏会导致管理能力下降，而责任追究不到位则可能引发管理失灵，损害司法机关声誉。同时，风险应对能力不足使得司法机关在面对突发事件时显得手足无措。对此，我们提出以下策略。

其一，提高办案人员素养，建立责任追究机制。活体物证的管理工作需要专业人才提供智力支持，办案人员中有懂动物医学的专门人才，也会提高整个办案团队对活体物证的重视程度。一方面，公安、检察等办案机关要做好队伍建设工作，加强相关人才储备，要招录懂动物医学、鉴定知识的专业人才，在办理重大破坏环境资源犯罪时，要充分考虑团队配置的合理性，配齐、配好办案团队；另一方面，责任追究机制的不健全，不利于扭转办案人员对活体物证管理工作“消极懒散”的态度。因此，有必要明确活体物证管理的主体责任。办案人员严重不负责任，致使涉案野生动物死亡，影响刑事诉讼顺利进行的，应当承担相应责任，我们要在立法上完善相应的行政、刑事处罚方式。

其二，强化办案机关风险应对能力，做好应急预案。首先，要做好应急预案。要建立司法机关与野生动物保护组织、专家的联系机制，扣押野生动物后，要征求野生动物保护专家意见，形成科学的涉案野生动物处置方案。其次，要加快证据固定，改变证据收集模式。一方面，有关部门可以事先确定省内或区域内有动物类别鉴定资质的机构名录，方便办案机关邀请鉴定专家“上门鉴定”，最大程度减少活体物证应激死亡风险；另一方面，办案机关可以提前提取涉案野生动物血液、毛发等检材，辅以科学技术手段的运用，将活体物证特征转化为可随时调用的电子信息。此外，在证据收集、转化完毕后，司法机关在开展野生动物野放归工作时要确保全过程有记录可查，持续监控涉案野生动物的去向。

4.构建活体物证管理费用追偿制度

建立一套合理的活体物证管理费用追偿制度，对于提升案件处理的效率与质量、维护司法公正以及提升公众对司法机关的信任度至关重要。笔者认为，在活体物证管理费用的追偿上，应始终坚持“谁破坏谁买单”的原则，并积极践行“恢复性司法”理念，确保责任明确、损失补偿到位。

其一，加强“刑—民”责任承担的协同配合，赋予检察机关就活体物证场馆修建及野化训练等费用提起诉讼的权利。被告人的违法行为是引发后续资源投入的根本原因，检察机关在刑事附带民事公益诉讼的框架内要求被告方承担相应费用，这一做法蕴含着内在的正当性。笔者建议，要研究制定相应司法解释，明确赋予检察机关在犯罪行为引发生态环境损害及合理费用支出的情况下，依法提起民事公益诉讼的权利。在未来，我们或许还可以通过专门的检察公益诉讼法律来解决活体物证管理费用索赔问题。

其二，强化经费使用监管，以“认赔从宽”提高“诉求”的可接受度。检察机关提出的诉求是否合理，这涉及到对实际支出合理性的评判以及被告人的接受度两个问题。笔者认为，一方面，检察机关在办理案件过程中，可以联合相关部门实地考察，强化经费使用监管，保证救护款项专款专用，以此确保活体物证处置适度、节约资源、费用使用合理性；另一方面，我们可以通过“认赔从宽1”推动检察机关与犯罪嫌疑人的磋商，从而促使犯罪嫌疑人认可检察机关主张，积极履行民事赔偿义务。在刑事诉讼法修改完善过程中，我们要落实这种恢复性司法理念，重视民事责任承担对刑罚轻重的影响，在犯罪嫌疑人具体责任承担方面，要将犯罪嫌疑人认赔作为适用认罪认罚制度的情节考量，对于达成“认赔协议”的，除了在刑罚裁量上予以从宽外，检察机关可以不再提起刑事附带民事公益诉讼。

其三，完善专家评估费用负担制度。在是否需要聘请专家论证这一问题上，笔者认为，是否聘请专家论证应基于案件的具体情况。若犯罪嫌疑人对管理费用无异议，则无需聘请专家论证。若犯

1 2021 年最高人民检察院印发的《检察机关办理长江流域非法捕捞案件有关法律政策问题的解答》强调，认罪认罚与认赔均为刑事悔罪表现，可作为酌定情节在诉前和诉中予以从宽考量。

罪嫌疑人对管理费用异议较大，根据《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 22 条[1]的精神，检察机关可聘请专家论证，并结合专家意见，酌情确定犯罪嫌疑人应承担的赔偿数额。而且，在犯罪嫌疑人对管理费用有较大异议的情况下，专家论证费用应当由犯罪嫌疑人承担。当然，对于明显过高的专家评估费用，检察机关应当审慎评估，确保费用的合理性，并在必要时进行调整，避免其不当地增加犯罪嫌疑人的经济负担。

四、结语

我国刑事诉讼涉案财物处置改革虽然已经取得了较为明显的成绩，但仍有进一步完善的空间。汉书有言:“为政而不行，甚者必变而更化之，乃可理也。”笔者认为，活体物证管理实现“改易更化”的关键在于实现办案与野生动物保护的统一。从这个层面而言，习近平生态文明思想中的“人与自然和谐共生”理念以兼顾环境权益与民生福祉的全局视野来衡量与规范人类行为，为新时代的活体物证管理工作提供了解决方案。“人与自然和谐共生”理念通过从生命共同体的视角看待办案与野生动物保护的关系，把活体物证视为宝贵的社会财富，赋予了涉案财物处置工作较强的生态意义。一方面，我们有必要努力适应新形势下活体物证管理的需要，更新司法理念，走灵活性和精细化的活体物证管理道路；另一方面，我们要关注活体物证独特的生成机制和长期的制度需求，完善活体物证法律体系，为实现“人与自然和谐共生”提供充足的法律支撑。

1 原告请求被告承担检验、鉴定费用，合理的律师费以及为诉讼支出的其他合理费用的，人民法院可以依法予以支持。

刑事司法中行政意见的审查与运用

陈苏豪*

摘 要：关于行政执法与刑事司法衔接的程序视角探讨，通常将其中的证据问题概括为证据转化。对完善行刑衔接机制来说，此类研究是不充分的，需要引入证明视角，将行政意见区别于物证、书证、证人证言等作为一种独立的证据类型予以剖析。刑事司法中的行政意见可以分为对专业技术问题出具准鉴定意见、就前置的行政违法性作出职权判定、为刑事责任的追究提出明确建议三种类型。前两者分别针对技术性事实与行政法评价，都属于专业性判断，最后一种则经常与前两者混同。对行政意见进行审查，面临证据分类障碍、专业知识独占和采信范围模糊的困境。对此，首先需要从证明功能的角度将行政机关的具体处理意与专业性判断区分开来。其次是参照司法鉴定意见对准鉴定意见进行审查，并建立沟通协调机制，强化对行政意见的诉讼规制。再次是加强辩方的质证权保护以及对行政机关不移送涉嫌犯罪案件的法律监督，从而实现行政意见的单向说明到双向说理转变。适时修改《刑事诉讼法》关于行政衔接的规定，有助于对行政意见进行实质审查并予以规范化。

关键词：行刑衔接；行政鉴定；行政认定；证据审查；证据分类

关于行政执法与刑事诉讼的衔接，理论界已有大量探讨。行政执法与刑事司法衔接的核心是程序问题，而证据收集与转化是其中一项重要的程序机制。[1]所谓证据转化问题，简单来说，就是行政执法机关所获证据能否以及如何在刑事诉讼中使用。对此，既有研究大多采用一种静态视角，从证据形式与证据分类角度提出规制方案。在行政执法机关收集的物证、书证、证人证言等证据之外，对行政鉴定、行政认定的审查也成为独立的理论问题。然而，这种“零敲碎打”的研究路径忽视了一个具有共性的两难问题：在法定犯时代，随着社会分工和行政监管日益复杂，司法机关办理刑事案件不得不参考行政机关的意见，若因证据形式与分类而排除此类意见，则将给实践办案造成无法克服的困难，若不能对行政意见进行独立审查，刑事司法又将沦为行政执法结果的确认程序。畅通行刑衔接机制、对刑法扩张进行司法限缩的一项重点是由司法机关独立认定刑事违法性。[2]有鉴于此，本文将行政鉴定、行政认定一并纳入行政意见的范畴予以类型化梳理，再围绕前述两难问题展开分析，以期更全面地检视刑事司法中行政意见的审查困境，并就运用模式的完善提出若干建议而不限于认定。

一、刑事司法中行政意见的基本类型

刑事司法中的行政意见区别于行政机关在执法过程中收集的物证、书证、证人证言等证据。这些证据可以由侦查机关在刑事立案后重新收集，而行政意见本身就是一种专业性判断，通常具有不可替代性和不可复制性。以形式与内容为划分标准，刑事司法中的行政意见大致包括三种类型。

（一）对专业技术问题出具准鉴定意见

行政鉴定是行政机关及其授权机构依照法律、法规等规范根据专业知识对专业技术问题所进行的一种鉴定。需要注意的是，实践中一些关于法律问题而非事实问题的行政认定也被视为鉴定。[3]总体而言，此类行政意见未必冠以“鉴定”的名称，但所涉内容却是事实层面的专业技术问题，或是被虽称为“鉴定”，却更接近关于行政违法性的行政认定。因此，将其统称为行政机关对专门性问题出具的准鉴定意见更为妥当。

准鉴定意见体系庞杂、门类繁多，以下试举几例：价格主管部门的价格认定机构出具的价格认定报告，其直接规范依据是国家发展改革委员会制定的《价格认定规定》；公安机关治安部门对淫

---

* 作者信息：陈苏豪（1989-），男，江苏南京人，法学博士，南京航空航天大学人文与社会科学学院法律系副教授。电话：15123370975，邮箱：suhaochen@nuaa.edu.cn。

项目基金：中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善项目”一般项目。

[1] 参见刘艳红、周佑勇：《行政刑法的一般理论》（第二版），北京大学出版社 2020 年版，第 307-309 页。

[2] 参见陈苏豪：《法定犯扩张背景下少捕慎诉慎押的内涵阐释与实现路径》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 3 期，第 99-100 页。

[3] 参见罗翔：《论行政权对司法权的侵蚀——以刑事司法中行政鉴定的乱象为切入》，载《行政法学研究》2018 年第 1 期，第 56-62 页。

秽物品的认定，这一授权源于 1993 年《新闻出版署、公安部关于鉴定淫秽录像带、淫秽图片有关问题的通知》，公安机关内部规定对资质、程序等具体事项进行了细化；野生动物保护主管部门指定的机构出具的关于野生动物及其制品鉴定与价格评估，这一授权源于《野生动物保护法》第 62 条，国家林业局于 2015 年发布了《野生动物及其产品的物种鉴定规范》，又于 2017 发布了《野生动物及其制品价值评估方法》，因最高人民法院和最高人民检察院 2022 年颁布的《关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》不再以数量进行定罪量刑，价格评估的证明价值更加凸显；公安机关在办理涉枪刑事案件中对涉案枪支、弹药性能的鉴定，其规范依据是 2019 年修订的《公安机关涉案枪支弹药鉴定工作规定》……

上文列举的准鉴定意见，或是因为常见于高发刑事案件或是因为在热点案件中存在采信争议而进入公众视野。例如，盗窃刑事案件几乎都包含价格认定报告，在“快播案”“鹦鹉案”“气枪案”等热点案件中，辩方分别对淫秽物品鉴定、动物品种鉴定、枪支鉴定提出异议。目前，只有法医类、物证类、声像资料、环境损害鉴定由司法行政部门统一登记管理。实际上，根据中办、国办《关于健全统一司法鉴定管理体制的实施意见》,“四类外”鉴定机构和鉴定人，也应依法予以监管。只不过，因缺乏统一的管理部门，在一段时间内，由行政机关对部分专业技术问题出具的准鉴定意见很难实现标准化、规范化。

（二）就前置的行政违法性作出职权判定

当刑事犯罪以前置的行政违法性为基础时，行政机关的事实判断和法律评价将对后续司法处理产生约束性影响。这是因为,“行政违法的专业性证据往往只能由行政执法机关才能认定”，且“行政违法认定必须援引行政法规，而行政法规往往变化频繁，数量庞杂，专业性强”。[1]按照较为宽泛的界定，行政机关对案件事实作出专业性判断、以及对行为作出的法律评价都属于行政认定，而行政认定是追诉行政犯的重要条件。[2]据此，价格认定、文物保护单位就是否属于文物出具的鉴定意见、林业或渔业部门对是否属于珍贵与濒危动植物作出的鉴定，都属于行政认定的范畴。这一界定揭示了刑事司法中行政意见的主要内容，但模糊了行政机关判断和评价的事项及方式，需予以适当限缩。

行政机关根据职权对特定行为是否违反具有前置的行政违法性给出意见，与前文的准鉴定意见有所区别，应将其作为一种独立的行政意见予以规制。相比于解决专业技术问题的准鉴定意见，这一依职权判定更侧重于是否合法的规范评价，无需设置或授权专业机构、专门人员进行，也不必参照司法鉴定程序和规则。当然，由于部分行政监管事项具有高度专业性，其本身也属于一种专门性问题。[3]这一见解可以通过部分解释性规范得到佐证。例如，2021 年发布的《最高人民检察院关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》第 13 条第 2 款规定:“人民检察院在办理案件过程中，可以就行政执法专业问题向相关行政执法机关咨询。”

行政机关就前置的行政违法性作出的依职权判定仅是一种狭义的行政认定，不包括行政机关或其授权机构就专业技术问题提出的意见。较为典型的如：证监部门出具的离开行政认定函，其中包含价格敏感期、内幕信息等犯罪构成要件要素；税务部门出具的逃税鉴定，其中包含对逃税比例、逃税金额等问题作出了专业判断。

对同一事项究竟是适用准鉴定意见还是依职权判定，实际上也存在模糊地带。例如，根据 2014 年的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第 14 条，是否属于假药、劣药难以确定的，司法机关可以根据地市级以上药品监督管理部门出具的认定意见等相关材料进行认定。必要时，可以委托省级以上药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构进行检验。而根据 2022 年的《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解

---

[1] 参见张泽涛:《构建认定行政违法前置的行政犯追诉启动模式》，载《中国法学》2021 年第 5 期，第 127-128 页。

[2] 参见张泽涛:《行政认定在刑事诉讼中的证据种类归属及其审查配套机制——以证监部门的认定为研究对象》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 3 期，第 4-7 页。

[3] 参见陈苏豪:《限缩法定犯适用的证明困境及其出路》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2025 年第 1 期，第 138 页。

释》第 19 条，对于依据《中华人民共和国药品管理法》第 98 条第 2 款、第 3 款的其他规定认定假药、劣药，或者是否属于第 98 条第 2 款第 2 项、第 2 款第 6 项规定的假药、劣药存在争议的，应当由省级以上药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构进行检验，出具质量检验结论。可见，后一司法解释特别强调了存有争议时应进行检测，即适用准鉴定意见而不宜由药品监督管理部门根据职权直接认定。相比于前一司法解释，这是一种较为明显的立场变化。

（三）为刑事责任的追究提出明确建议

根据国务院《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第 6 条，行政机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件时，应当附上涉嫌犯罪案件移送书、涉嫌犯罪案件情况的调查报告、涉案物品清单、有关检验报告或者鉴定结论等材料。可见，行政机关在移送案件时，还需要对刑事责任的追究提出初步意见。

除移送书和调查报告外，行政机关对刑事责任的追究提出的建议，还会混杂于准鉴定意见和依职权判定之中，并呈现出不同的表述方式。例如，一份完整的事故调查报告不仅会就事故发生原因和责任划分的技术性说明，有时还会将单独的技术鉴定文书作为附件，在调查报告的最后部分还会直接列举调查组对涉案人员的处理意见。有学者将事故调查报告的内容分为事实认定和责任认定两个部分，并指出:“责任认定部分包括对相关责任人的法律责任认定、对追责的建议，这与法官根据事实和法律而确定当事人法律责任的性质类似。”[1]与此类似但稍有区别的是，公安机关在道路交通事故认定书中也会进行责任划分，尽管文书表述中不会直接涉及是否应当追究刑事责任，但考虑到全部责任、主要责任是交通肇事罪的构成要件要素之一，这种责任认定实际上构成一种间接的刑事责任追究建议。

二、刑事司法中行政意见的审查困境

在刑事司法中，三种类型的行政意见各有特点、彼此交叉，给司法机关的审查带来了困难。这首先表现为无法参照既有证据类型予以分类审查，其背后的原因是行政监管专业知识方面的壁垒，在一些情形下，司法机关还会因此混同专门性问题的说明与具体的处理建议，从而在个案办理中过度依附于行政意见。

（一）证据分类障碍

采取封闭式的证据法定分类是我国证据立法的一个显著特征，以至于司法实践中长期存在一种倾向：不属于八种法定证据种类的材料，在刑事诉讼中就不能采信。[2]理论界对此多有批判。例如，有学者指出，关注证据本身的法定分类概念无助于证据规则的构建，应以证据方法为基础建构证据法的理论和规则体系。[3]实际上，就专门性问题的判断而言，无法予以准确分类并非采纳证据材料的障碍，如价格认定等准行政鉴定便可畅通无阻地进入刑事诉讼。司法解释也采取了这一立场。2012 年《最高人民法院关于适用 <中华人民共和国刑事诉讼法 >的解释》（以下简称《刑诉法解释》）第 87 条第 1 款规定:“对案件中的专门性问题需要鉴定，但没有法定司法鉴定机构，或者法律、司法解释规定可以进行检验的，可以指派、聘请有专门知识的人进行检验，检验报告可以作为定罪量刑的参考。”2021 年《刑诉法解释》更进一步，不再限于检验报告一种形式，第 100 条规定:“因无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告，可以作为证据使用。”该条同时要求，对此类报告的审查与认定适用鉴定意见的规定，并且，经人民法院通知，出具报告的人应当出庭作证，否则该报告不能作为定案的根据。

由此可见，在刑事诉讼中审查行政意见的证据分类障碍，并不涉及证据采纳问题，而是表现为应该如何参照既有证据规则进行审查，而予以准确分类便成为一个逻辑前提。行政机关为刑事责任追究提出明确建议不属于证据，主要难题是将之与另外两类行政意见相区分。

尽管司法解释已经明确规定，关于有相应专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告的审查与认定，应参照鉴定意见进行，但是，因为没有统一的管理部门，部分由行政机关出具或监督的准

---

[1] 参见纵博:《事故调查报告在刑事诉讼中的运用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》，第 193 页。

[2] 参见陈瑞华:《证据的概念及其法定种类》， 载 《法律适用》2012 年第 1 期，第 29 页。

[3] 参见孙远:《论法定证据种类概念之无价值》，载《当代法学》2014 年第 2 期，第 105-106 页。

鉴定意见从形式到内容上，都与司法鉴定意见存在较大差异。例如，一些准鉴定意见被冠以“认定”“报告”“意见”等名称，或是只有单位公章而没有个人署名。据此，有学者认为，行政鉴定意见不满足司法鉴定意见的资质要求，对行为人是否存在特定犯罪构成要件难以起到直接证明作用，且与司法鉴定意见相比，其形式要件有实质差异，故不能作为刑事证据使用。[1]但是，很大一部分由行政机关出具的准鉴定意见，并不具备重新进行司法鉴定的条件，甚至没有对应的司法鉴定机构。如果严格审查其形式要件，将导致准行政鉴定意见被排除在定案根据以外。如此一来，很多刑事案件将无法顺利办理。

关于准鉴定意见证据分类的另一争议是，鉴定能否将社会科学知识作为基础。有学者提出：“鉴定意见是以自然科学知识解决诉讼中的技术性问题，而案件事实的专业性判断则是行政执法人员在立足于案件基础性事实的前提下，依靠自己的专业知识、阅历、经验以及实证调查等作出的判断。”[2]按此见解，价格认定、文物鉴定等应被归入行政认定的范畴，属于事实认定类的公文书证。“四大类”鉴定显然是以自然科学知识解决诉讼中的技术性问题，但不能据此否认其他领域的专业性。另据学者统计，在 2021 年之前的司法案例中，至少用到了以下几种“四大类”之外的专门性证据：价格认定，文物鉴定，珍贵、濒危动植物鉴定，会计鉴定，名胜古迹损毁鉴定，商品真伪等其他类型的鉴定。[3]不难发现，其中大部分都是以社会科学知识作为判断的基础。相比于“四大类”鉴定意见，上述专门性证据缺乏有效的质量控制机制，这可能也是无法采取严格准入模式予以监管的原因之一。但是，如果将之排除在鉴定意见之外，便放弃了通过法庭审查对这部分鉴定意见进行质量控制的努力。

对行政违法性的依职权判定是狭义的行政认定，限于违法性评价，可归属于专业性质的公文书证。其证据分类的主要障碍是难以与准鉴定意见相区分。行政认定是关于违法性的认定，它的依据是法律规范；行政鉴定则是对技术性事实问题进行的专业判断，其依据是某种专业技能。但是，因为事实问题与法律问题之间本来就存在模糊地带，对两者进行严格区分较为困难。[4]

（二）专业知识独占

“随着科学技术的不断发展，刑事诉讼中不断出现一些超出裁判者知识范围的专门性问题，传统上主要由以社会成员经验为基础的常识来构成的知识库逐渐无法应对这些专门性问题，而需要借助专家引入专门性知识。”[5]因行政监管的专业性与复杂性，行政意见俨然已经构成刑事司法中一类重要的专门性知识。实践表明，这种专门性知识呈现出行政机关独占的状态，以至于在一定程度上阻碍了行刑衔接，并给涉法定犯辩护造成了困难。

行政意见不同于物证、书证等证据，通常不具备重新制作、重新收集的条件，因此，侧重于行政执法程序与刑事诉讼程序差异的证据规则，并不能为行政意见的审查与认定提供指引。根据《刑事诉讼法》第 54 条的规定，行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。主要争议在于如何理解“等”的范围。有学者主张，能否获得接受法庭调查之资格和作为定案依据之资格，与证据种类并无必然联系，而是由法庭予以审查决定。[6]与此理论观点相悖，在司法实践中，人民法院倾向于根据证据种类采取较为限缩的解释立场。

例如，在一起涉枪刑事案件中，人民法院认为：“本案认定被告人朱某购买 10 支枪支及非法制造

---

[1] 参见陈瑞华：《行政不法事实与犯罪事实的层次性理论——兼论行政不法行为向犯罪转化的事实认定问题》，载《中外法学》2019 年第 1 期，第 87 页。

[2] 张泽涛：《行政认定在刑事诉讼中的证据种类归属及其审查配套机制——以证监部门的认定为研究对象》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 3 期，第 9 页。

[3] 参见吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期，第 177 页。

[4] 参见罗翔：《论行政权对司法权的侵蚀——以刑事司法中行政鉴定的乱象为切入》，载《行政法学研究》2018 年第 1 期，第 62 页。

[5] 吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期，第 169-170 页。

[6] 参见孙远：《行政执法证据准入问题新论》，载《中国刑事法杂志》2018 年 1 期，第 139 页。

2 支枪支的检查笔录、鉴定意见、证人证言均是定案的关键证据，均在刑事立案之前依据《中华人民共和国治安管理处罚法》取得，且不属于前述《中华人民共和国刑事诉讼法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》规定的四种可以直接作为刑事证据的类型，应当重新取证。”[1]该案中，因为涉案枪支已经销毁，故不具备重新鉴定条件。并且，即使是在刑事立案后重新鉴定，也是由公安机关根据几乎相同的程序进行。就准鉴定意见类的行政意见而言，通常并没有对应的司法鉴定机构可以出具相似意见。而关于行政违法性的认定，更是由行政机关依据职权提出的意见，无法由公安司法机关或其他专业机构替代。因此，行政行政意见审查与认定不能以是否刑事立案、是否由公安司法机关收集为形式标准，需要由法庭予以审查证据合法性、实质真实性。

这种专业知识独占还表现为，即使是公安司法机关，也未必掌握咨询行政意见的主导权。例如，生产安全事故发生后，各级人民政府予以调查的规范依据是《生产安全事故报告和调查处理条例》，公安司法人员可以作为事故调查组成员参与。但是，如果相应级别人民政府未按照事故调查程序进行调查并出具调查报告，公安司法机关也没有申请启动调查的权限。这种局面将给后续司法处理带来直接障碍。试举一例说明。在一起工地施工期间致一人死亡的事件中，事故调查组经讨论认为该事件不构成生产安全事故，故没有出具事故调查报告。随后，公安机关以过失致人死亡罪移送审查起诉。审查起诉阶段，检察机关认为犯罪嫌疑人应构成重大责任事故罪，但因为没有事故调查报告可供参考，案件办理陷入困境。又如，在一起违规发放贷款案件的法庭审理阶段，人民法院向银行业监管部门发函询问所涉贷款行为是否违反监管规定，仅得到了列举相关规范及条文的回函。除此之外，回函并未对行政违法性提出明确意见。该案中，因为这些规范层级较低且具有技术性，行政机关的回函并没有为刑事案件的审理提供参考。

相比于公安司法机关，辩方征询行政意见、予以质证或申请重新出具行政意见的的困难更大。尽管《刑诉法解释》第 100 条已经规定，对专门性问题的报告的审查与认定适用鉴定意见的规定，但是该条并未明确，辩方能否聘请具有专门知识的人对此类报告进行质证，也没有提及，辩方能否要求重新检测、重新鉴定、重新认定。一些与准鉴定意见有关的规定，并未赋予辩方提出异议的权利。例如，《价格认定规定》仅提及专门机关对价格认定结论有异议时可以提出复核。实际上，即使是允许通过专家辅助人对行政意见进行质证，他们也很难找到具备相应资质的专业人士。原因很简单，这些专业人士通常具有国家公职人员身份，并且很有可能与案件处理结果具有利益冲突。

（三）采信范围模糊

司法机关不会直接采信行政机关提交的涉嫌犯罪案件移送书、涉嫌犯罪案件情况的调查报告等文书的意见。但是，若行政机关关于追究刑事责任的意见以其他更为技术化的方式呈现时，予以甄别并实质审查便显得较为困难。

事故调查报告通常会包含调查组关于刑事责任追究的明确意见，这就超出了专门性问题的范畴。因此，《刑诉法解释》第 101 条关于事故调查报告的规定与专门性问题的报告有所区别，在肯定其证据能力的同时，特别强调“报告中涉及专门性问题的意见，经法庭查证属实，且调查程序符合法律、有关规定的，可以作为定案的根据”。换言之，报告中的处理建议部分不能作为定案的根据。实践中，司法机关基本能够准确区分处理建议与关于事故的专门性问题。以江苏某地检察机关的一项统计为例，在其辖区内的 163 起安全生产犯罪案件中，有 11 起案件最终承担刑事责任者与事故调查报告中的认定不一致。[2]

真正导致行政意见采信范围模糊的因素是，证据分类障碍与专业知识独占相叠加，导致行政机关对刑事案件处理的倾向性意见，以对专业技术问题或行为违法性的专业判断的形式呈现出来。由此产生的刑罚过度适用风险，已经为理论界所充分认识。有学者提出，为了避免对法定犯的审理沦为对行政执法结果的简单确认，行政机关对行政违法的事实和性质的认定，不能成为司法机关认定

[1] 参见北京市第二中级人民法院（2022）京 02 刑终 40 号刑事裁定书。

[2] 参见吴宇云、魏国巍：《重大责任事故罪责任如何认定》，2022 年 4 月 14 日，https://www.jsjc.gov.cn/qingfengyuan/202204/t20220414_1373157.shtml，最后访问时间：2024 年 9 月 20 日。

法定犯的直接根据。[1]还有学者着眼于微观层面，详细阐述了司法机关办理交通肇事罪案件时，对交通管理部门的责任认进行实质审查应注意的问题，如在交通管理部门认定行为人负事故全部责任或者主要责任的情况下，刑事司法机关必须分析行为人的违章行为是否是造成伤亡结果的原因等。[2]

理论认识相对容易，实务操作却十分困难。实践中，涉法定犯案件的司法处理，不可避免地会受到行政意见的束缚。以事故调查报告为例，即使是其中关于责任认定的内容，也因为事故调查在责任追究上与刑事责任追究存在本质差异、 适用的实体法依据不同、证明标准宽严不一等原因，不能直接适用。[3]但是，离开事故调查报告关于事故成因与责任的专业性分析，司法人员几乎无法准确认定犯罪事实。《刑法》新增加的一些罪名体现了法益保护的早期化和抽象化，进一步加剧了刑事司法对行政意见的依赖。例如，上海市嘉定区人民检察院办理该市第一起涉嫌危险作业罪案件时，便依据上海化工院检测有限公司出具的《储存化学品的危害评估报告》，认定涉案非法储存点存在发生火灾、爆炸重大伤亡事故及造成环境污染严重后果的现实危险。这一评估报告不仅无法纳入司法鉴定范畴，甚至还是由应急管理局牵头组织召开风险评估会并形成专家综合意见后，再委托上海化工院检测有限公司进行危害评估，方才形成，而该局正是直接负责安全生产监督的行政执法机关。而如果没有这一评估报告，司法机关很难认定《刑法》第 134 条之一中“具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的”这一构成要件要素。[4]

如果再考虑司法责任、司法理念等因素，情况将更为复杂。正如有学者指出的，除了没有正确认识行政法与刑法的关系、行政违法与刑事违法的本质区别外，司法人员“缺乏正义追求与责任担当”也是导致行政违法被认定为刑事犯罪的一个重要原因，直接表现为一些检察官和法官认为“按行政法规与行政机关的认定结论处理刑事案件，不会给自己带来任何麻烦”。[5] 造成此种局面的因素是极其复杂的，如果忽视政法体制机制中存在的深层次问题，仅仅寄希望于司法人员通过理念更新自觉予以扭转并不现实。相反，当行政机关的倾向性处理意见以专业判断的形式呈现时，推翻、否认此类意见的的障碍将更为凸显，司法机关对犯罪事实认定的独立性将被进一步削弱。在此意义上，我们需要着重解决的直接问题是：如何准确区分专业判断和处理意见。

三、刑事司法中行政意见的运用模式

相比于侧重法庭审判阶段的“认定”，对刑事司法中的行政意见进行规制，更需要一种贯穿行刑衔接全流程的、从形式到内容的“运用”。综合运用模式有利于落实以审判为中心的要求，激活刑法扩张的司法限缩。具体构建，需要从规制对象、方式和机制三个方面着手。

（一）从证据类型到证明过程

如上文分析所表明，刑事司法中行政意见的审查困境首先表现为证据分类障碍，理论研究者和实务工作者都希望将行政意见归入某种证据类型，进而参照适用与之对应的证据审查规则。实际上，不仅是在行政意见的审查领域，在整个关于刑事证据的理论研究和实务操作中，我们对证据类型的关注都高于证明过程。当前，证据审查实务由规则审查和方法运用两个部分组成。前者关注取证程序与证据采纳的关系，强调特定类型证据的收集应符合相应的取证规则且具备完整的形式要求，否则不可采纳。后者则侧重于推动经验推论的系统化、科学化，尽管一定程度上引入了跨学科知识，但实践经验总结远多于理论研究。

这种静态的、以法定证据分类为基础的证据运用思路，因未能根据类型区分行政意见的证明作用，故无法为精细化审查提供指引。应该认识到，在刑事司法中，本文所列举的行政意见主要发挥

---

[1] 参见陈兴良：《法定犯的性质和界定》，载《中外法学》2020 年第 6 期，第 1487 页。

[2] 参见张明楷：《交通肇事的刑事责任认定》，载《人民检察》2008 年第 2 期，第 5-8 页。

[3] 参见张泽涛：《行刑衔接中采信专业性认定之困境及其破解———以事故调查报告为研究对象》，载《法学研究》2024 年第 1 期，第 174-175 页。

[4] 上海应急守护：《本市首例危险化学品非法储存涉嫌危险作业罪案件被提起公诉》，2021 年 7 月 22 日，http://yjglj.sh.gov.cn/xwzx/sgtb/20210802/815877332d944cf38ef008636f474ad4.html，最后访问时间：2024 年 9 月 1 日。

[5] 参见张明楷：《避免将行政违法认定为刑事犯罪：理念、方法与路径》，载《中国法学》2017 年第 4 期，第 50-51 页。

两种证明功能：一是在“四大类”事项以外解决与专业技术有关的事实认定问题，二是辅助司法机关在涉法定犯刑事案件中认定行为的前置行政违法性。上述两种证明作用对应于前两类行政意见，而第三类行政机关为刑事责任追究提出的明确建议，经常与专业技术问题和行政违法性判定相混淆，是需要审慎甄别的对象。

证据规则对书证的规制重点是保证其具有同一性，而行政意见的实质内核却是专业性。可见，无论将行政意见归入何种类型的书证，都不能揭示其内在的证明机理，并进行有针对性的规制。综合来看，行政意见应属于司法解释中关于专门性问题的报告，参照鉴定意见予以审查。

需要进一步说明的是，准鉴定意见类的行政意见，本应该由司法鉴定机构出具，但受限于我国目前的鉴定管理模式，方才呈现出各类行政机关多头管理的局面。就专业技术问题的判断，不一定以自然科学知识为基础，也可以根据社会科学知识作出。社会科学证据的出现，“打破了传统的以自然科学为中心的专家意见话语体系的封闭性，在鉴定意见之外拓展了证据种类的外延，有助于促进控辩双方的手段平等和信息对称，进而为法官事实认定提供更多证明信息”。[1]例如，价格认定、司法会计鉴定便是被广泛使用的社会科学证据。行政机关依职权判定行政违法性，则属于一种以社会科学知识为基础的专门性证据。凡是不属于专业技术问题和行政违法性判定的内容，都是行政机关的具体处理意见，仅是一种辅助资料。无论其以何种形式呈现，都与移送书和调查报告中的处理意见无异。

（二）从消极审查到积极引导

司法机关对行政意见的审查是一种被动和消极的活动，若离开有效的沟通协调机制，不予采信证据的个案并不会提升行政意见制作的规范性。有学者指出，在规范采信行政认定的审查机制的同时，还需要从撰写方式、专业技术岗位的配套制度、行刑双向咨询机制、指导案例等方面完善行政认定的制作程序及其配套机制。[2]上述观点准确地认识到，证据的审查机制只是在刑事司法中加强对行政意见法律规制的一个方面。但是，该学者关于行政认定的界定过于宽泛，不利于分类规制。并且，其并未探讨审查机制与制作程序、配套机制之间的交互作用关系。在司法鉴定领域，“加强司法鉴定的诉讼规制，赋予当事人更多与鉴定相关的权利，合理衔接司法鉴定的行政管理与诉讼规制，应当是司法鉴定制度改革的另一项重要内容”。[3]这一论断同样适用于行政意见的法律规制，我们需要探索刑事司法中行政意见的诉讼规制模式，其基本思路是从消极审查转向积极引导。

一方面，对准鉴定意见，应该严格根据司法鉴定意见的标准进行审查，特别是关于技术可靠性的部分。可以预见，随着司法鉴定管理体制的完善，这部分准鉴定意见也将纳入统一的管理模式。主要的挑战是，对“四大类”鉴定意见而言，鉴定机构、鉴定人员的资质可以成为推定技术可靠性的依据，而这部分准鉴定意见并无统一技术标准可供参考，这就要求司法人员对技术可靠性进行实质审查。必要时，需要咨询相关专家，司法机关也可以相应建立专家库辅助案件办理。对于类案中反映出的普遍性问题，还应该向行政机关提出司法建议。另外还需要注意的是，在参照适用时不必苛求形式符合性，应根据实际情况有所变通。例如，在一定时期内，不必严格要求此类行政意见被统一冠以鉴定意见的名称。再如，价格认定等没有工作人员签名，与司法鉴定意见相异，不应成为予以采信的障碍。只要在存有疑问时，相关人员经人民法院通知可以出庭说明情况、接受询问即可。

另一方面，行政机关就行政监管事项作出的职权判定，本质上是关于行政违法性的认定，根据各自不同管理要求，其具体形式必然存在较大差别，可以对其采取渐进分层的诉讼规制。首先，在重点领域应着力推动规范化。如在完善证券、金融类案件行刑衔接机制时，可以通过联合发布指导性文件的形式规范此类行政意见的制作。此外，司法机关还应该通过解释性文件规范向行政机关函询行政违法性的条件、方式等事项。此类行政意见，不仅应该详细列举依据的法律、法规和其他规

---

[1] 参见王星译：《刑事诉讼中的社会科学证据——兼论专门性问题解决方法的整合路径》，载《华中科技大学学报(社会科学版)》2022 年第 4 期，第 31 页。

[2] 参见张泽涛：《行政认定在刑事诉讼中的证据种类归属及其审查配套机制——以证监部门的认定为研究对象》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 3 期，第 15-20 页。

[3] 参见陈如超：《司法鉴定管理体制改革的方向与逻辑》，载《法学研究》2016 年第 1 期，第 208 页。

范，还应该具体地说明违法违规的事实和理由。

（三）从单向说明到双向说理

如前文所述，无论是专业技术问题还是行政违法性认定，都呈现出行政机关对相关专业知识的独占。这本质上是一种单向说明，因而加剧了采信范围的模糊性，才使行政机关对刑事案件处理的意见，披着专业性判断的外衣大行其道，畅通无阻地成为定案的根据。对此，笔者曾在另一篇文章中提出，如果辩方没有相应的程序参与权，受制于公安司法机关与行政机关之间的专业知识壁垒，对行政违法行为的刑事违法性进行独立的司法认定将成为空谈。因此，在刑事立案后，就应当授权公安机关针对行政意见所涉事项，委托具备相应资质的机构进行鉴定、检测或评估，并赋予犯罪嫌疑人、被告人申请重新鉴定、检测或评估的权利，以及申请具有专门知识的人出庭辅助质证的权利。同时，检察机关就行政执法专业问题向相关行政机关后，如果拟将咨询内容作为辅助资料予以参考，应把咨询过程及记录附卷一并告知犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师，必要时，应当允许辩方聘请具有相应知识的专家提出审查意见。[1]需要补充说明的是，此处的检察机关向行政机关的咨询，应拓展至公安机关和人民法院就行政违法性问题向行政机关的咨询。

关于准鉴定意见事项，在完善司法委托、异地委托、建立专家库等机制的基础上，不至于出现无法重新鉴定、检测或评估，或是无法聘请到具备相应专门知识的专家辅助人的局面。例如，在一起涉嫌非法买卖爆炸物罪案中，事实争议焦点是二氧化碳爆破技术产品应否认定为爆炸物。经鉴定，从某机械设备有限公司扣押到的 108 型号加热管以及从祖某某公司营业场内扣押到的加热管装药均是爆炸物品。此类鉴定在“四大类”以外且与行政监管密切相关，可以归入本文的准鉴定意见范畴内。人民法院并没有采信这一鉴定意见，主要理由是鉴定没有相应标准、鉴定过程不具有科学性。实际上，在公安机关对相关公司立案侦查后，犯罪嫌疑人还自行委托某检测中心对涉案物品进行鉴定，鉴定认为，该货物不属于爆炸品。[2]该案中犯罪嫌疑人自行委托且得出相反结论的“鉴定”，对人民法院审查后不采信检察机关提供的鉴定意见，或许起到了一定积极作用。

但是，关于行政违法性的判断附属于行政机关的职权，并且是一个法律适用问题，将其转化为对专门性问题进行说明的技术问题，就存在一些机制障碍。对此，可以采取有所区别的规制方式。行政违法性判断专业性主要源于行政监管事项的技术性与复杂性。应通过解释性文件将前置行政违法性明确为需要由检察机关举证证明的对象。相应地，行政机关关于行政违法性的意见就是主要的证据材料。只要这种行政意见详细列举了前置规范，并说明了事实和理由，就不至于因专业知识壁垒而阻碍辩护。必要时，也可由人民法院通知行政执法人员出庭说明情况并接受询问。需要注意的是，刑事司法对行政违法性的认定是相对独立的，不采信相应行政意见，并不一定意味着有关行政处罚存在错误。

为了实现从单向说明到双向说理，还需要同时加强对行政机关不移送涉嫌犯罪案件的监督。例如，在涉及重大责任事故责任犯罪是，如果不经过事故调查程序，公安机关很难直接启动刑事侦查并准确查明犯罪事实。对此，《最高人民检察院关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》第 6 条、第 7 条已有明确的规定，国务院《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》也有关于行政机关应当移送涉嫌犯罪而不移送的责任。主要的问题是，即使公安机关根据检察机关要求直接立案侦查，也会遭遇专业性证据收集和专业性判断的困难。

结语

本文从动态的司法证明视角切入，以行政意见的审查与运用为中心，对行刑衔接机制的完善进行了探讨，超出了“证据转化”的理论课题，展现出一种对专门性问题进行诉讼规制的思路。本文的核心观点是，行刑衔接的实践困境未必是源于程序差异，社会分工细化以及由此造成的专业知识壁垒可能才是主要原因。因此，刑事司法必须认真对待各类行政意见的审查和运用。本文提出的完善

---

[1] 参见陈苏豪：《法定犯扩张背景下少捕慎诉慎押的内涵阐释与实现路径》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 3 期，第 101-102 页。

[2] 参见王永兴、朱康华：《二氧化碳爆破技术产品应否认定为爆炸物》，2024 年 9 月 26 日，https://www.chinacourt.org/article/detail/2024/09/id/8126417.shtml，最后访问时间：2024 年 9 月 27 日。

建议主要着眼于司法过程。但是，这一理论构想的实现，仍存在一些规范障碍，如《刑事诉讼法》封闭的法定证据类型、关于行政机关不移送涉嫌犯罪案件的立案侦查等，需要适时修改立法。

目前条件较为成熟的是在行刑衔接条款中增加关于专业技术问题和行政违法性认定的规定。可以将《刑事诉讼法》第 54 条第 2 款的规定修改为:“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集和出具的物证、书证、视听资料、电子数据、鉴定等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。人民法院、人民检察院和公安机关可以要求行政机关就与刑事诉讼有关的行政执法专业问题出具意见。”

行刑反向衔接制度的理论探析与规则完善

吕泽冰*

摘 要：行刑反向衔接制度的内涵应当持广义的理解，除不起诉决定外，还应当囊括诸如撤销案件、撤回起诉、无罪或者免除刑罚判决等所有的出罪程序。对内，检察机关理应享有在诉讼全流程归口处理反向衔接工作的主导地位。对外，检察机关则应当定位为对行政机关办案的合法性和合理性进行指导的角色。反向衔接制度的顺畅运作，在外部运行规则上应当畅通沟通交流渠道、提升检察意见的专业性。在内部运行规则上应当设置合理的绩效考核指标、加强刑行检察部门的内部沟通、灵活采用多种办案组织形式，并强化检察意见的督促机制。在证据衔接规则上，应当允许刑事案件中公安机关、检察机关收集的证据直接转化为行政执法证据使用。

关键词：行刑反向衔接；行政违法行为监督；检察主导；检察指导

近年来，如何健全刑事司法到行政执法的反向衔接，逐渐成为检察工作的重点问题。关于行刑反向衔接的规范依据，在我国刑事实体法与程序法中都能找到法律依据。就程序法而言，1996 年修正《刑事诉讼法》新增第 142 条第 3 款规定:“对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。”对实体法而言，次年 1997 年修正《刑法》新增第 37 条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”虽然两部法律后续经过多次修正，但上述规定都保留了下来。[1]

虽然立法层面已经有较为明确的规定，但实务中上述条款几被虚置，行刑反向衔接制度长期空转。近年来，在行刑正向衔接取得一定发展的基础上，反向衔接工作也逐渐被党中央和最高人民检察院的一系列文件所强调。比如中共中央发布的《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》以及最高人民检察院发布的《“十四五”时期检察工作发展规划》和《2023—2027 年检察改革工作规划》中，都对行刑反向衔接工作提出了明确的要求。然而，受限于基础理论研究的薄弱，各地检察机关在办案中普遍反映对行刑反向衔接工作的若干适用问题无所依从，极大影响了该制度的进一步完善。有鉴于此，本文拟就行刑反向衔接中的若干关键问题展开研究，并提出具体完善的建议。

一、行刑反向衔接制度的内涵解读

相较于正向衔接，行刑反向衔接制度的内涵不容易确定，导致的后果是实务中检察人员对于某些情形是否属于反向衔接存在疑问。比如，2021 年《最高人民检察院关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》（以下简称“《行刑衔接规定》”）第 8 条将反向衔接的案件范围限定为“需要对被不起诉人给予行政处罚”，而《刑事诉讼法》第 177 条第 3 款尚包括需要给予“（政务）处分”的情形。对此，若被不起诉人为《监察法》第 15 条所称之“公职人员”，检察机关是否应当在决定不起诉时，一并向有关主管机关提出给予处分的检察意见？再比如，根据《行刑衔接规定》第 8 条的规定，反向衔接仅适用于“决定不起诉”的案件。实务中刑事诉讼中出罪的转向分流程序并非只有不起诉一种，还包括侦查机关撤销案件和法院的无罪或者免除刑事处罚的判决。那么，上述情形是否也属于反向衔接的范围？如果考虑到实务中的大量案件，都是检察机关以撤回起诉的方式结案，则上述问题显然要把该程序也考虑进去。再比如，检察人员在办理反向衔接案件时，若发现被追诉人的其他违法行为或者案件中其他非被追诉人员的违法行为，是否属于反向衔接的范围，是否也应当由承办检察官向相应主管行政机关提出行政处罚的检察意见？再比如，对于行政机关已经作出行政处罚的案件，是否仍然属于反向衔接的范围？具体来说，若该案件又移送由侦查机关立案，而承办检察官审查时认为行政处罚显然不足，是否应当在作出不起诉决定时提出检察意见，要求主管行政机关再给予其他种类的处罚？等等。

上述种种都是实务中承办检察官可能会面临的问题，需要从理论层面加以厘清。

---

*作者简介：吕泽冰（1990-），男，河南驻马店人，法学博士，四川轻化工大学法学院讲师。

[1] 仅有 2018 年修正《刑事诉讼法》第 177 条第 3 款，将“行政处分”之“行政”二字省去。

相较于行刑正向衔接，反向衔接之所以会出现上述种种复杂问题，根本原因在于前者的理论基础较为扎实，而后者的理论基础实际上已经触及当前检察理论的薄弱地带，因此，更不容易取得共识，对实务的指导能力也更有限。具体而言，欧陆检察官制向来被称为“一个未完成的机关”，一个重要原因就是，相比警察机关和法院，检察官的职能始终处于变动不居的发展状态。我国检察官制亦是如此。在传统刑事检察外，学界之所以对民事、行政诉讼检察职能的发展，较易能够达成共识，就是因为上述职能仍然是在传统诉讼范畴内行使，也即三大诉讼检察。行政公益诉讼检察虽然针对的是违法行政行为，但由于是通过诉讼方式达成监督目的，因此，并未引起多少理论质疑。

对于行刑衔接，虽然通说认为其由正向衔接和反向衔接构成，但实际上二者的理论基础存在较大差别。正向衔接本质上仍然是传统刑事检察的职能延伸，是法定原则的必然要求。对于大陆法系国家来说，所谓法定原则，乃是国家垄断犯罪追诉的结果，“意指原则上对于所有犯罪嫌疑人，检察机关均有追诉义务。”[1]由此，对于有初步犯罪嫌疑的案件是否应当受到刑事追诉，理应由执掌侦查之检察官来审查决定。这里的“审查决定”之权，就来源于检察官负有的上述“追诉义务”。于我国而言，检察机关虽然仅对少部分刑事案件具有立案侦查的权限，但《刑事诉讼法》关于立案监督的程序设计，显然表明我国立法也是将所有刑事案件的“审查决定权”都交由“检察官”来掌握。这与前述大陆法系国家并无区别。正因如此，不管是何种行政机关主管的违法行为，对其是否属于犯罪行为，检察机关都负有审查决定的权限，相应的，任何行政机关都负有移送案件的义务。

行刑反向衔接则不然，其对行政违法行为的检察监督已经脱离了“诉讼”，而迈入了单纯的诉讼外的监督领域。甚至更进一步，反向衔接所针对的，还不是已经发生的行政违法行为，而是包含有较强的“防患于未然”的预防性监督的意味。因此，除去行政违法行为监督所固有的，容易使检察监督导向一般监督的风险之外，反向衔接因其“预防性监督”的特性，而更加不容易得到行政机关的接受，承办检察官办案时也总是显得“理不直气不壮”。这也是实务中办案检察人员在面对前述种种情形时，总是瞻前顾后、难以适从的根本原因。

本文认为，行刑反向衔接制度应当持广义的理解：对于通过撤销案件、不起诉、撤回起诉、无罪或者免除刑罚结案的刑事案件，检察机关有权就犯罪嫌疑人、被告人或者与案件相关联人员的违法行为，督促主管行政机关给予相应行政处罚、处分的法律监督活动。

针对上述内涵界定，尚有下述两点需要说明：

第一，上述内涵界定有助于避免制度上的内在矛盾。比如，根据 2023 年最高人民检察院《关于推进行刑双向衔接和行政违法行为监督 构建检察监督与行政执法衔接制度的意见》（下文简称“《衔接监督意见》”）的要求，行刑反向衔接是为解决“不刑不罚、应移未移、应罚未罚”的问题。从目的出发，仅仅将反向衔接的程序范围限定为“不起诉决定”，显然无法实现上述目的。合乎逻辑的制度安排，自然是将程序范围扩大至所有出罪程序中，如此方能实现“行政执法与刑事司法的无缝衔接”。对此，2021 年《行刑衔接规定》第 8 条显然作出了较为狭窄的理解，既未涉及行政处罚以外的“行政处分”，也仅将程序范围限制为“决定不起诉”。该规定在现阶段有利于实务部门把握监督对象，集中监督资源，但长期看，检察机关应当逐步回归反向衔接应有的制度内涵。对此，2021 年修正《行政处罚法》第 27 条就将反向衔接的案件范围界定为：“依法不需要追究刑事责任或者免予刑事处罚，但应当给予行政处罚的”的案件。这显然比《行刑衔接规定》第 8 条的案件范围要大。

第二，行刑反向衔接中的检察监督应当定位为一种特殊的行政违法行为监督。一般意义上，行政违法行为监督针对的是“行政机关违法行使职权或者不行使职权”，检察机关督促其纠正的活动。[2]而在行刑反向衔接中，检察机关提出检察意见时，行政机关往往并未作出行政处罚。那么，这里检察机关的监督活动是否依然能够以行政违法行为监督作为理论基础？笔者认为，根据宪法层面的职权法定原则，司法机关与行政机关彼此分权，不得干涉对方的司法、执法活动。基于此，检察机关的法律监督原则上只能是事后监督，是从事后来评判被监督机关履职的合法性问题。反映在行政违法行为监督中，原则上检察机关无权预先干涉行政机关的办案活动。之所以在反向衔接活动中，检察

[1] 林钰雄、王士帆、连孟琦：《德国刑事诉讼法注释书》，新学林出版股份有限公司 2023 年版，第 442 页。

[2] 参见童建明、孙谦、万春主编：《中国特色社会主义检察制度》，中国检察出版社 2021 年版，第 364 页。

机关有权先行提出检察意见，这是考虑到行刑反向衔接案件中，因为与刑事司法机关衔接不畅而出现行政机关漏罚或者不合法、不合理处罚的风险，高于一般的行政案件，因此，有必要赋予检察机关预先监督的权限。也正因如此，检察机关对于案件被追诉人的其他行政违法行为或者涉案其他人员的行政违法行为，也都有通过检察意见予以监督的必要，理应属于反向衔接的案件范围。[1]

二、行刑反向衔接制度的检察定位

除制度内涵外，行刑反向衔接的顺畅运作还有赖于检察机关对自身角色定位的清晰理解。本文认为，以提出检察意见为程序节点，这一问题应当从对内之刑事司法环节和对外之行政执法环节两个方面进行把握。

（一）主导刑事司法环节的衔接工作

仅从规范层面来看，检察机关并非唯一有权与行政机关进行反向衔接的刑事司法机关。比如《刑法》第 37 条明确规定非刑罚性措施包括“由主管部门予以行政处罚或者行政处分”。按照通常理解是指，“法院根据案件情况，向主管部门提出对犯罪人予以一定行政处罚或者行政处分的司法建议，并由主管部门具体确定的处理方法。”[2]同时，根据 2021 年修正《行政处罚法》第 27 条的规定，对于应当给予行政处罚的，“司法机关应当及时将案件移送有关行政机关。”通常认为，这里的“司法机关”包括检察机关和法院。类似的，《公安机关办理刑事案件程序规定》第 298 条第 2 款也规定，对于无罪或者免除刑事处罚的判决，“对人民法院建议给予行政处理的，应当依照有关规定处理或者移送有关部门。”上述规定似乎表明法院有权向行政机关提出行政处罚的建议。对此，有观点也认为，“对于已经提起公诉的刑事案件，是否建议对无罪或免予刑事处罚的被告人予以行政处罚应由法院向行政机关发出司法建议，检察机关在刑事诉讼全流程开展反向衔接工作有待商榷。”[3]

本文认为，上述观点值得质疑，且检察机关理应享有在刑事诉讼全流程，归口负责反向衔接工作的主导地位。理由在于：

第一，《刑法》第 37 条和《行政处罚法》第 27 条不能理解为立法者赋予了法院向行政机关提出具体的行政处罚或者处分建议的权力，而只能理解为法院有权向行政机关移送案件线索。具体而言，《法官法》第 6 条规定：“法官审判案件，应当以事实为根据，以法律为准绳，秉持客观公正的立场。”按照通常对《刑法》第 37 条和《行政处罚法》第 27 条的理解，一旦行政相对人提起行政诉讼，法院将既是行政处罚决定的建议者，又是该案件的审理者。虽然实际审理案件的法官未必就是建议作出行政处罚的法官，但仍然难以期待其能够做到“客观公正”，这显然与《法官法》第 6 条存在逻辑冲突。“法律体系是由具有内在逻辑联系的制度和规范所构成，由具有内在一致性的价值所组合的体系结构。”[4]因此，对《刑法》第 37 条和《行政处罚法》第 27 条的理解，应当选择最合乎体系解释的方向，将上述两个条款解释为，仅仅是赋予了法院向行政机关移送违法线索的权力。

鉴于法院在实务中提出上述司法建议，几已成为常规操作，因此，相对合理的作法是，法院应当在判处免除刑罚时，自觉地尽量避免向行政机关提出具体的行政处罚或者处分的司法建议。但是，这种向行政机关提供违法线索的行为，已非本文所探讨的行刑反向衔接制度的范畴。

第二，检察机关在轻罪治理中的主导地位，内在契合行刑反向衔接的制度目的。因应轻罪治理的时代背景，近年来刑事司法进行了深刻的变革，尤其以认罪认罚从宽制度改革为代表。轻罪治理意味着，轻微刑事案件应当尽可能作出罪化处理，“而在这一过程中，行刑衔接，即以行政处罚替代、衔接刑事处罚的方式应当发挥更大作用。”[5]由于检察机关在上述变革中已经占据了主导地位，[6]因此，

---

[1] 有观点将此种类型归纳为“与不起诉案件相关责任承担的‘关联类’”案件，认为应当开展反向衔接工作。参见尚帅帅、张熏尹：《“行刑反向衔接”中的行政违法行为监督》，载《中国检察官》2023 年第 11 期，第 60 页。

[2] 张明楷：《刑法学》（第六版），法律出版社 2021 年版，第 818 页。

[3] 白秀峰、赵林：《更新监督理念优化行刑双向衔接机制》，载《人民检察》2023 年第 Z2 期，第 74 页。

[4] 王利明：《法律解释学导论——以民法为视角》，法律出版社 2021 年版，第 277 页。

[5] 张杰：《行刑衔接视阈下轻罪出罪路径优化探析》，载《法学论坛》2024 年第 2 期，第 31 页。

[6] 参见吕泽冰：《轻罪治理背景下我国检察机关的挑战及应对》，载《内江师范学院学报》2023 年第 11 期，第 108-109 页。

由其主导行刑反向衔接工作，能够更好地将轻罪治理与行政处罚相衔接，以避免“不刑不罚”和“应罚未罚”的情形。

第三，相较于法院，检察机关的角色更适合对外衔接行政机关。行刑反向衔接制度的起点在于刑事诉讼，但其所追求的是整个社会治理体系的良性运作。一方面，法院作为中立的审判机关，只能被动接受案件，不适宜积极主动地介入到社会治理当中。检察机关则不然，无论是我国还是域外，检察机关从来都是被定位为积极参与社会治理的制度角色。以域外为例，大陆法系国家和地区的检察机关本就属于政府的组成部门，本就有职责贯彻政府制定的刑事政策。在我国，检察机关虽独立于政府，但历来在食品药品安全、环境治理、知识产权等多个领域均服务于国家治理的大政方针。另一方面，与法院一样，检察机关也享有事实认定和法律适用的优先地位。通常来讲，主导后一诉讼阶段的公权力机关更享有事实认定和法律适用上的优先地位。比如关于案件是否立案，公安机关对事实认定和法律适用的判断显然无法约束检察机关，凭借立案监督，后者的审查判断对于公安机关具有约束力。在法院和检察机关之间，理论上法院应当享有更加优先的地位，但实际并非如此。不论是刑事诉讼，还是民事行政诉讼，对于已经生效的判决裁定，检察机关都享有理论上不限次数的抗诉权。这种制度设置意味着立法者赋予了检察机关在事实认定和法律适用方面，基本等同于法院的地位。结合上述两方面原因，由检察机关对外代表刑事司法机关来指导行政机关如何进行事实认定和法律适用，显然更加适合。

综上所述，除细化决定不起诉程序中的反向衔接规则外，下一步检察机关对于其他出罪程序的反向衔接工作，也应当出台具体的司法解释予以补充规定。一方面依托立案监督，对于侦查阶段公安机关撤销案件的，检察机关认为需要予以行政处罚或者行政处分的，应当向主管行政机关提出检察意见。另一方面，实务中检察机关以撤回起诉的方式结案的，也应当准用《行刑衔接规定》的相关规定。再一方面，对于法院判处无罪或者免除刑罚，且未提出司法建议的，检察机关认为需要予以行政处罚或者行政处分的，也应当予以补位，向主管行政机关提出检察意见。

（二）指导行政机关的衔接工作

关于检察机关在对外反向衔接行政机关时的角色定位。有观点从类型分析的角度，将《行刑衔接规定》第 8 条总结为“刑事责任型”，认为由于该类型的反向衔接需要立足于刑事责任，“只不过这个刑事责任的实现需要行政机关给予配合”，因此该外部衔接中，“检察机关是主导，行政机关是辅助”。[1]

本文认为从立法规定出发，不论是《刑法》第 37 条和《行政处罚法》第 27 条，还是《行刑衔接规定》第 8 条，都并未赋予检察机关决定行政处罚或者行政处分的权力，而只能理解为检察机关有权指导行政机关作出相关决定。在制度设计上，这种指导关系是宪法层面职权原则和法律监督二者互相作用的必然结果。

如前所述，职权原则要求各国家机关各负其责，权力一经授予，其他机关原则上即不得干涉。法律监督同样是宪法层面的规定，它赋予了检察机关监督其他机关履职行权的法定权力。二者显然存在内在冲突。为消弭这一冲突，我国立法作出了两方面的制度设计：一是将监督事后化，也即，检察机关原则上只能等待被监督机关履职的结果出现之后，才能事后进行相应的事实认定和法律评价，而不能事前插手。二是将监督柔性化，也即，就整个法律监督的运用场景而言，对于绝大多数被监督机关的违法行为，检察机关都只能通过提醒、建议等柔性的方式进行监督，而不能强行要求对方如何履职。[2]对于行刑反向衔接制度来说，检察机关通过提出检察意见来指导行政机关履职，这种监督本已一定程度超出了传统监督关于事后监督的制度设计，自然应当更加注意监督的柔性化，以避免产生“干涉”行政机关办案的嫌疑，也能够降低检察机关办案的阻力。甚而，检察机关在行刑

---

[1] 李勇、丁亚男：《检察环节行刑反向衔接类型化规则建构》，载《中国检察官》2024 年第 3 期，第 53 页。

[2] 学界通常运用刚性监督和柔性监督的二元框架来阐释检察机关法律监督的效力，二者区别在于是否对被监督机关有约束力。参见丁鹏,维英：《论检察建议与法律监督理念创新》，载《内蒙古大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 6 期，第 98 页；卢护锋：《检察建议的柔性效力及其保障》，载《甘肃社会科学》2017 年第 5 期，第 172 页；李润生、史飚：《民事检察建议制度初探——以新<民事诉讼法>为视角》，载《湖南社会科学》2014 年第 1 期，第 65 页。

反向衔接中的监督，更类似于为行政机关履职提供法律意见，既实现了被追诉人（行政相对人）的罚（刑事处罚和行政处罚、处分）当其过（刑事犯罪和行政违法），又预先从法律上进行了把关，一定程度保障了行政机关的执法质量。

承上，检察机关在行刑衔接中的目标应当是从刑、行案件办理的整体视野出发，来实现最终结果的罚当其过，这自然意味着对被追诉人（行政相对人）的勿枉勿纵。这要求检察机关从案件办理的合法性和合理性两个层面来进行指导，由此也可以区分反向衔接案件的两种基本类型：

第一，合法性的指导案件。这主要是指检察机关对于拟决定不起诉的案件，认为需要对被不起诉人予以处罚或者处分的案件，比如应当没收违法所得和非法财物、应当予以拘留或者罚款、应当吊销涉案企业营业执照、应当禁止相关人员从事经营活动等等，通过检察意见来提醒相关行政机关予以处罚、处分。这也是实务中检察机关办案最为常见的案件类型。

第二，合理性的指导案件。案件又可以细分为：（1）结合刑事案件的处理结果，检察机关认为应当予以减轻处罚的案件。比如承办检察官为争取犯罪嫌疑人认罪认罚，而承诺在决定不起诉后，为其争取减轻行政处罚、处分。为兑现承诺，承办检察官理应按照工作流程提出检察意见。（2）结合刑事案件的处理结果，承办检察官认为已作出的行政处罚不足以实现罚当其过，尚需要对涉案企业或者相关人员予以补罚的，也应当制发检察意见。比如醉驾案件中，作为被不起诉人的犯罪嫌疑人已被处以罚款，承办检察官认为应当一并吊销其驾驶执照。上述情形并不涉及严格意义上的行政违法，而仅涉及执法合理性层面的问题。

三、行刑反向衔接制度的规则完善

长期以来我国采取的是违法和犯罪二元制裁体系，两种制裁权分别统属于不同的国家机关，规范体系也都是以此为前提进行建构，缺乏一体化的内在逻辑。[1]因此，行刑反向衔接制度的运作必须完善若干具体规则，以实现两套制裁体系的顺畅衔接。

（一）完善外部运行规则

所谓外部运行规则，是指刑事司法机关与行政机关之间在办案机制上的衔接规则。行刑反向衔接制度外部运行规则的完善应当做到下述两点：

第一，畅通沟通交流渠道。行刑反向衔接制度面临的突出问题就是如何提升行政机关对于检察意见的接受度。由于检察意见对于行政机关并无法律意义上的拘束力，因此，检察机关应当主动与行政机关建立沟通交流渠道，尽量就案件办理意见达成共识。

一方面，检察机关应当与行政机关建立常态化的沟通机制，就行政处罚的类案标准、证据规则、程序障碍等问题及时交流意见，并形成联合工作文件，具体形式可以选择定期或不定期的联席会议、座谈交流等。另一方面，检察机关应当在适当的程序节点，就个案处罚意见及时与行政机关进行沟通。根据《行刑衔接规定》第 8 条，行政处罚意见经检察长批准后，应当自不起诉决定作出之日起三日以内连同不起诉决定书一并送达主管行政机关。实务中，检察机关应当灵活处理与行政机关的具体沟通时点。对于在侦查阶段就已经介入案件的，检察机关认为可能决定不起诉的案件，可以在案件被移送审查起诉之前就征求行政机关的意见。对于在审查起诉阶段方才介入案件的，检察机关可以建立分流机制。对于标记为可能不起诉的案件，检察机关应当尽早与行政机关进行沟通。同时，实行听证化办理的不起诉案件，检察机关也可以将听证程序与上述沟通机制相结合，通过邀请相关行政机关派员参加的形式，提升办案的社会效果。第三，检察机关和行政机关之间应当实现两法衔接办案平台的互联互通，以提高办案效率。

此外，对于《行刑衔接规定》未予以规定的其他刑事诉讼出罪程序，未来检察机关在办理相关案件时，也应当以及时性为原则，参照上述规则进行办理。

第二，提升检察意见的专业性。由于在反向衔接制度中，检察机关与行政机关是指导与被指导的关系，因此，检察意见的专业化水平就很大程度决定了行政机关的接受度。在违法和犯罪二元制裁体系的背景下，司法机关只有在行政处罚决定本身成为诉讼标的的前提下，才享有对处罚决定的

---

[1] 参见刘艺：《检察机关在行刑反向衔接监督机制中的作用与职责》，载《国家检察官学院学报》2024 年第 2 期，第 25-27 页。

审查判断权。在这一过程中，检察机关只能通过抗诉的方式对行政诉讼进行法律监督，来实质性动摇地行政机关的法律意见。除此之外，诸如检察建议、检察意见等，都只能依靠其法律判断的专业性，来说服行政机关，让其心服口服地自愿听从检察机关的意见。

在行刑反向衔接中，提升检察意见的专业性应当重点考量下述三方面因素：

（1）是否罚过相当。检察机关对于所建议的处罚种类、幅度，应当结合违法行为的性质、违法程度、危害后果、行政相对人的悔过态度、羁押期限等因素综合决定。需要注意，对于先前刑事出罪程序已经考虑过的从轻或者减轻处罚的因素，检察机关在检察意见中不宜重复评价。

（2）是否处罚折抵。行刑反向衔接中的处罚折抵问题主要针对拘留而言，也即，刑事诉讼被追诉人已被采取刑事强制措施时，后续行政处罚应当如何处理。对此，实务中关于刑事拘留和行政拘留之间的折抵规则，《公安机关办理行政案件程序规定》第 163 条有明确规定，也即，先前被采取限制人身自由的强制措施一日，折抵行政拘留一日。鉴于诸如《安全生产法》《食品安全法》《药品管理法》《农产品质量安全法》等涉及行政拘留的法律，都是将拘留交由公安机关决定，因此，检察机关在办理涉及上述行政机关的反向衔接案件，建议给予行政拘留的，应当准用前述规定第 163 条，同时向公安机关提出检察意见。此外，第 163 条中的“限制人身自由”的强制措施，应当指逮捕、拘留以及指定居所监视居住。

（3）是否说理充分。检察意见的专业性还体现在法律文书的说理水平上，也即，书面检察意见应当载明所建议之处罚种类和幅度的详细理由。尤其对于建议行政机关减轻处罚或者需要补罚的案件，检察机关应当着重阐明理由。

（二）完善内部运行规则

除外部运行规则外，检察机关内部的若干规则也要进行适当的调整。

第一，设置合理的绩效考核指标。合理的考评可以提高检察人员履职的积极性。在具体考核指标的设置上，不宜过分强调检察意见的采纳率，而应当在合理设置采纳率的基础上，综合考虑检察意见书的说理水平、写作规范程度、督促落实情况等因素，制定合理的标准。此外，考核应当按照刑事检察和行政检察部门的分工进行设计。比如对于行政检察部门，应当将后续跟踪督促情况、检察建议书的写作水平等纳入该部门的考核。此外，检察机关应当积极取得同级人大、政府的支持，将行政机关对于检察意见的采纳情况纳入法治政府建设考核指标，充分调动其支持行刑反向衔接工作的积极性。

第二，加强行刑检察部门的内部沟通。根据 2023 年最高人民检察院《衔接监督意见》的规定，对于反向衔接工作，由刑事检察部门负责提出初步意见，行政检察部门认为需要给予行政处罚的，经检察长批准，提出检察意见。对此，检察机关内部应当常态化加强刑事、行政检察部门的沟通。这一方面有助于避免办案时间和精力的无谓损耗。另一方面也可以避免两部门基于各自立场而产生的分歧。实务中，刑事检察和行政检察部门的分歧往往并不在于是否要给予行政处罚、处分，而在于检察意见中应当如何建议。是提出精准的处罚、处分意见，还是提出模糊、概括的处罚、处分意见？给出何种内容的意见？等等。上述一系列问题都需要行刑检察部门提前达成共识，才能进一步取得行政机关的认可。

本文认为，检察机关内部理应区分关于公职人员的行政处分和关于一般公民的行政处罚这两种基本类型。对于前者，由于涉及纪委监委的职责范围，检察机关应当以提出概括处分意见为原则，以提出精准处分意见为例外。对于后者，则应当以提出精准处罚意见为原则，以提出概括处罚意见为例外。

第三，灵活采用多种办案组织形式。反向衔接案件的基本办案单元应当是独任检察官，但对于某些特殊案件，也可以考虑采用检察官办案组的形式，比如社会影响较大的案件，具有典型指导意义的案件，刑、民、公益诉讼交叉案件，等等。

第四，强化检察意见的督促机制。对于行政机关拒不采纳或者不予回复的检察意见，检察机关应当按照《行刑衔接规定》和《衔接监督意见》的规定，有梯度地选择进一步的督促手段，而不能“一发了之”。案管部门应当对办案进度进行流程监控，对督促不力的案件应当及时提醒行政检察部门的承办检察官，避免程序空转。

（三）明确证据衔接规则

关于行刑衔接中的证据问题，学界研究的重点是正向衔接过程中，行政执法机关收集的证据如何在刑事诉讼中转化使用。此处探讨的证据衔接问题是，先前侦查机关、检察机关收集的证据，如何在反向衔接中后续行政机关作出处罚决定过程中使用的问题。相关法律和部门规章也基本是规范行刑正向衔接中的证据转化规则，而缺乏反向衔接的证据转化规则。

对此，现行《行政处罚法》第 27 条第 2 款仅规定要加强行政处罚实施机关与司法机关之间的"证据材料移交、接收衔接"，但具体如何衔接，该法并未规定。2020 年修正的《公安机关办理行政案件程序规定》第 32 条规定："刑事案件转为行政案件办理的，刑事案件办理过程中收集的证据材料，可以作为行政案件的证据使用。"该条款对公安机关行政执法与刑事司法反向衔接中的证据转化规则进行了规定，允许刑事证据向行政执法证据的全盘转化。但另一方面，由于该规定仅能覆盖公安机关的行政执法行为，并不及于环境资源、税务、市场监督管理等其他领域，因此，显然无助于通盘解决行刑反向衔接中的证据转化问题。

本文认为，行刑反向衔接制度中的证据转化应当准用《公安机关办理行政案件程序规定》第 32 条的规定，允许刑事案件中公安机关、检察机关收集的证据直接转化为行政执法证据使用。原因在于：

第一，在形式上，刑事证据与行政执法证据在法定种类上具有极强的相似性。现行《行政处罚法》第 46 条第 1 款规定的证据种类与《刑事诉讼法》第 50 条相比，有两点主要区别。一是前者规定的是"当事人的陈述"，后者则规定的是"被害人陈述"和"犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解"。二是笔录类证据中，前者规定的是"勘验笔录、现场笔录"，后者则规定"勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录"。其余"物证""书证""证人证言""鉴定意见""视听资料""电子数据"，两法都有规定。但是，上述区别仅仅是因为证据作用的程序环境不同，"至于不同的证据种类主要是由于不一样的诉讼中所存在的主体称谓不同而已。"[1]比如行政处罚所谓"当事人"，既包括受到处罚的行政相对人，也包括受侵害人。在刑事诉讼语境下，这实际上囊括了犯罪嫌疑人、被告人和被害人双方的"陈述"。再比如，行政执法与刑事诉讼的需求不同，由此才体现出不同的笔录类型。"行政执法笔录主要包括勘查笔录、现场笔录、询问笔录等取证笔录，以及听证笔录、审核笔录等行政程序笔录。"[2]而刑事诉讼中需要进行侦查实验、辨认等活动，故而需要相应的笔录，却并无所谓听证笔录和审核笔录的说法。

第二，相较行政执法证据，刑事证据在取证程序上的要求更为严格。[3]在正向衔接中，学界主流观点之所以反对行政执法证据直接作为刑事证据使用，原因之一就是刑事案件有罪的证明标准要远高于行政执法案件有违法行为的证明标准，进而刑事证据的取证程序也比行政证据要更加严格。比如讯问犯罪嫌疑人时，《刑事诉讼法》第 123 条第 1 款后段明确规定了应当同步录音或者录像的情形，《公安机关办理刑事案件程序规定》第 208 条第 1 款则作出了更严格的规定，需要"录音"且"录像"。同时，上述规定第 208 条第 3 款对录音录像的完整性作出了进一步解释，也即"不得选择性地录制，不得剪接、删改"。相应的，对于询问违法嫌疑人，《公安机关办理行政案件程序规定》第 77 条第 3 款则仅规定："询问时，可以全程录音、录像，并保持录音、录像资料的完整性。"二者相较，显然刑事程序的规定要更为严格。

此外，由于刑事侦查机关收集的证据要想成为定罪量刑的根据，还需要经历检察机关审查以及法庭调查程序的严格筛选，因此，行政执法人员和刑事侦查人员在取证时所面临的程序压力相差较大，进而导致实际取得的刑事证据的质量要比行政证据要高。

第三，对于已经在先前的刑事程序中收集固定的物证、书证、视听资料、电子数据等实物证据，反向衔接中行政机关客观上没有机会再次收集。更何况，如果是通过行刑正向衔接移送立案侦查的案件，部分实物证据可能原本就是由行政执法机关收集后移交给公安机关，再由公安机关通过证据

---

[1] 董坤：《行刑衔接中的证据问题研究——以<刑事诉讼法>第 52 条第 2 款为分析文本》，载《北方法学》2013 年第 4 期，第 119 页。

[2] 邱爱民：《行政执法证据收集与运用规则研究》，知识产权出版社 2022 年版，第 89 页。

[3] 参见吴猛、程刚：《刑事诉讼中行政执法证据的法律地位——以证据的审查核实为视角》，载《人民司法》2016 年第 19 期，第 60 页。

转化规则固定的证据。[1]那么，行政机关直接运用这部分刑事证据来作出行政处罚，自然不存在问题。

综上所述，行刑反向衔接应当允许刑事证据向行政证据的直接转化。在具体的证据转化规则上。对于“物证”“书证”“证人证言”“鉴定意见”“视听资料”“电子数据”“勘验笔录”这七个共通的法定证据种类来说，行政机关直接同类转化使用即可。被害人陈述和犯罪嫌疑人供述和辩解应当转化为《行政处罚法》第 46 条第 1 款第六项“当事人的陈述”来加以使用。对于刑事诉讼中除勘验笔录以外的“检查”“辨认”“侦查实验”等笔录，行政机关应当将其作为“勘验笔录、现场笔录”或者“书证”来使用。此外，虽然刑事证据在取证程序上要更加严格规范，但毕竟并未经过法庭调查，行政机关仍然要查证属实后才能作为据已认定事实的根据。

[1] 参见孙康：《行政证据与刑事证据的衔接与转化》，载《学习论坛》2012 年第 3 期，第 73 页。

论刑事诉讼中“引诱取证”的解释与认定

赵亮*

摘 要：引诱取证是在我国吸取近十年来冤假错案的教训、严厉禁止刑讯逼供的背景下，产生的替代性取证方法——“软审讯法”。引诱取证在实践中被大量使用，主要反映出我国刑事取证方法由“刚性”向“柔性”、由“对抗性”向“合作性”、由“身体强制”向“心理强迫”的过渡与转变。引诱取证的认定难、查证难、排除难，主要由于立法对“何为引诱”“如何排非”的暧昧与忽视。因此，建议将引诱界定为“利诱”，采取“概括式+列举式”的立法范式，辅以指导案例，禁止以法律之不许利益相允诺、超出法定权限许之以利益、严重损害道德人伦和司法公信力，以及影响证据真实性的引诱取证行为，并将非法证据排除规则的“痛苦标准”扩展至“心理强制”。

关键词：引诱 非法证据排除 心理强制

近年来，一系列冤假错案的平反使得刑讯逼供、威胁等非法取证行为被大加挞伐。自《刑事诉讼法》2012 年修改以来，历次修法及相关司法解释，包括最新出台的《办理刑事案件排除非法证据规程》，三令五申强调严禁采用刑讯逼供、威胁等暴力型取证方法收集犯罪嫌疑人、被告人供述，以及被害人陈述和证人证言。看似非法证据排除规则在有效制约侦查机关取证活动中发挥越来越明显的积极作用，实则却可以探查到一个“此消彼长”的现象：以引诱、欺骗为典型代表、带有强烈心理或精神强制色彩的“隐性暴力”取证方法逐渐成为刑讯逼供的替代措施，成为获取言词证据的“一线手段”。特别是在“认罪认罚从宽”制度铺陈开来的当下，它们的出现，预示着一种危险：案件仍然有可能因这种隐形作用力的存在而继续走向误区。

本文正是以引诱为研究对象，在梳理引诱立法沿革的基础上，讨论当前关于引诱的立法缺陷，并提出相应的排非规则，借以呼吁理论和实务界对“心理强制”取证方法予以关注，并将非法证据排除规则的“痛苦标准”进行扩展完善。限于篇幅，本文的观点还有诸多值得商榷和再行深入研究之处，敬请各位专家批评指正。

一、刑事诉讼中“引诱取证”规制的总体评析

（一）关于“引诱”规制的立法沿革

自新中国成立以来，我国颁行了两部《刑事诉讼法》，并于 2012 年和 2018 年对 1997 年的刑事诉讼法进行了较为重大的修订。两部刑事诉讼法在引诱取证的规制问题上基本都采取了“禁止”的立场，但立法所彰显的力度有所差异。

1979 年《刑事诉讼法》第三十二条规定，“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。同时，该条要求保障案件知情人士供证的客观条件，以确保查明案件真实情况的目标实现。由此可见，在新中国成立之初，立法者对于引诱取证已经保持相对谨慎的态度，与刑讯逼供“等同视之”，列示为非法取证方法。究其原因，概因十年浩劫使得社会对“暴行”取证心有余悸，要建立社会主义法制，必须严令禁止违法取证方法，加强人权保障意识。[1]但限于打击犯罪的现实需求，以及对刑事诉讼程序价值的重视不足，1979 年刑事诉讼法的人权保障功能被弱化。同年 9 月 9 日，中共中央印发《关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》（以下简称《指示》），明确要求司法机关应当依照刑事诉讼法的规定办理刑事案件，确保及时、准确地查明案件事实，同犯罪行为

---

* 赵亮，法学博士，成都大学法学院讲师，研究方向诉讼法学、诉讼心理学，联系电话 15208289101。本文系中国刑事诉讼法学研究会 2024 年刑事诉讼法制完善项目“心理强制型取证的‘排非’规则研究——以引诱取证为例”结项成果；国家社科基金 2023 年后期资助项目“刑事诉讼中的引诱取证问题研究”阶段性成果。

[1] 1978 年 10 月 29 日《人民日报》第 2 版发表专题《在法制建设问题座谈会上的讲话》，时任公安部部长的赵苍璧主持座谈会，共同商量加强法制建设的相关问题。赵苍璧两次谈到刑讯逼供问题：一是指斥“文革”中非法抄家捕人，私设公堂，刑讯逼供，滥施酷刑；二是不讳言“文革”后有基层干部仍然知法犯法，侵犯人权，甚至任意捕人，刑讯逼供，捆绑吊打。赵部长大声疾呼：加强社会主义法制已经刻不容缓。目前存在的法律不完备，有法亦不依，以致有些角落仍是无法无天的状况，再也不能继续下去了。参见《党报旧文：在法制建设问题座谈会上的讲话》：载《人民日报》1978 年 10 月 29 日第 2 版，在线访问地址 http://yuqing.people.com.cn/n/2014/0417/c357068-24910299.html，最后访问时间 2019 年 8 月 10 日。

作斗争。在具体办案方式上，该《指示》仅规定办案人员不得以侮辱人格、变相体罚、刑讯逼供的方式对待犯罪嫌疑人、被告人，并未依照 1979 年刑事诉讼法的规定，全面禁止以威胁、引诱等非法方法收集证据。

时隔 18 年，我国施行了第二部《刑事诉讼法》，即 1997 年《刑事诉讼法》。新法关于引诱的规制基本沿用了 1979 年刑事诉讼法的原文，"严禁采用刑讯逼供、威胁、引诱和欺骗等非法方法收集证据"。新法配套的司法解释《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释（试行）》第五十八条特别规定，凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。但是，由于刑讯逼供在此期间屡禁不止，引诱、欺骗等其它非法方法尚未引起足够重视。

直至 2012 年《刑事诉讼法》大修时，关于"引诱"规制的立法选择一度引发争议。起先公布的草案中，将刑事诉讼法原有的"威胁、引诱、欺骗"的列示予以删除，保留"严禁刑讯逼供和以其他非法方法收集证据"，并增加了"不得强迫任何人证实自己有罪"的立法表述。这一改变，一方面是为了解决我国刑事诉讼法体系内部的协调问题，[1]如"两个证据规定"、《办理刑事案件排除非法证据规程》等司法解释中仅针对刑讯逼供和以暴力、威胁方法收集口供加以强调；另一方面，也借此回应实务部门的反对声音，即：保障犯罪嫌疑人、被告人权利的同时，也需要考虑办案实际需要，尤其是像引诱、欺骗等与侦查谋略存在一定重合关系的取证方法，无须一一列举全面禁止，以便为侦讯工作提供可操作的技术空间。但这一做法在审议时，并没有得到社会公众的普遍认同。刑事诉讼法对于威胁、引诱、欺骗的列示，使得非法证据排除规则具有明确的指向性，作为指标性规定，应当清楚、明确。虽然草案用"其他非法方法"作为兜底性条款，但是"什么是其他""非法又是什么"都存在肆意解释的空间，这样笼统、模糊的规定因缺乏可操作性将导致效力落空。[2]换言之，刑事诉讼法明确列示严禁"引诱"，对提高办案人员依法取证、合规取证的意识具有警示作用。即使现行立法并未对引诱的内涵及排非标准加以明确，存在立法规定过于笼统以至难以在实践中应用之嫌，但其彰显的是立法者严肃对待非法取证的态度和决心。特别是在司法公信力恢复和重建的当下，更显重要。[3]因此，2012 年《刑事诉讼法》修正案二审稿时，保留了旧法关于"威胁、引诱、欺骗"的规定，同时增加了"不得强迫任何人证实自己有罪"的表述。由此，可以说我国基本确立了自白任意性原则，在刑事诉讼法中明确了非法言词证据绝对排除的制度规范。针对这样的规定，有学者将其比作是"组合拳"式的狙击。[4]

（二）关于"引诱"规制的实践困境

我国刑事诉讼法对于"非法言词证据排除规则"的完善并没有使得引诱取证的司法规制得以全面实现。虽然实践中，部分法院对采用"诱惑侦查"方式取得的证据持谨慎态度，[5]但是总体来说，当前刑事司法实践中对于引诱取证的规制存在认定难、查证难、排除难的"三难"困境。

诚如所言，"引诱"这一概念界定不清，导致实践中引诱与侦查谋略、攻心策略难以区分，认定"何

---

[1] 例如陈光中教授指出："恢复《刑事诉讼法》（旧法）第四十三条的表述会使《刑事诉讼法修正案》陷入自相矛盾的窘境。一方面，修正案明确规定要严禁以威胁、引诱、欺骗的方法收集证据；另一方面，修正案却没有明确规定以威胁、引诱、欺骗的方法收集的证据必须排除。……这显然是自相矛盾的。"郭书原主编：《刑事诉讼法修改的深度访谈》，中国检察出版社 2012 年版，第 335 页。

[2] 参见林燕：《刑诉法修正案草案亮点应有保障条款衬托——对话参与刑诉法修正案草案起草前期讨论律师之一田文昌》，载《法制日报》2011 年 10 月 19 日第 4 版。

[3] 参见张建伟：《"威胁、引诱和欺骗"，为何不能删除？》，载《检察日报》2012 年 2 月 6 日第 3 版。

[4] 参见汪海燕：《刑事诉讼法修正草案出组合拳遏制刑讯逼供》，在线访问地址 http://news.china.com.cn/2012lianghui/2012-03/07/content_24831139.htm。

[5] 也有学者将引诱与诱惑侦查等同视之。对此，笔者认为，虽然诱惑侦查在行为的模式上具有诱惑、利诱的基本特征，应当从属于广义上的引诱取证行为。但诱惑侦查常以"组合拳"的形态呈现，是侦查机关实施警察圈套中一系列侦查行为的实践统称，其中包含了隐瞒身份的欺骗、"筑巢引凤"的引诱、控制下交付等等。其与"引诱"在实施阶段、内容、程序性要件等方面都存在明显区别，因此，"诱惑侦查"与"引诱取证"也应当进行区分。

为引诱”就存在困境。本质上，引诱取证作为一种生物存续、繁衍和进化的本能，广泛的根植于人类社会活动。在刑事案件侦办中，办案人员通过分析被诱者的内在需要和供证动机，为被诱者提供物质利益、政策优待或者满足被诱者的某种情感需求，促使被诱者在心理牵制状态下作出“趋利避害”的供证选择。其中，物质利益包括诸如金钱、烟酒等；政策性优待如从宽处理的许诺；精神情感性利益可以是安排犯罪嫌疑人与近亲属见面等。当办案人员提供的“诱饵”极具吸引力时，犯罪嫌疑人、被告人可能因难以抗拒而违背自愿性原则作出不利于自己的供述，甚至是虚假供述，从而进一步影响证据的真实性。同时,“诱饵”的内容或者实施引诱的行为也可能有损程序正义理念。因此，理论上既存在合乎情理的引诱，如向犯罪嫌疑人、被告人告知“如实供述可能获得从宽处理”，承诺给证人提供充分的安全保障，等等；也存在不少可能有背程序正义理念的引诱行为，如以金钱给付、免除罪责等方式收买证人，为犯罪嫌疑人、被告人提供法律没有规定的利益等等。引诱取证现实样态的多样性和复杂性决定了认定引诱的现实难度。

其次，排非程序的启动通常由犯罪嫌疑人、被告人提出，并须提供相应线索，但引诱作为施诱者与被诱者之间进行的利益交换，被诱者为避免失去既得利益，其主动申请排非的动力和意愿不足，这是造成引诱查证困难的原因之一。应当注意的是，引诱不同于平等主体间构建的契约关系，施诱者与被诱者之间交涉能力的不平等是客观上无法回避的事实，施诱者不仅掌握“诱饵”资源的分配和供给，还可以在侦讯中假借“政策宣教”之名，行收集证据之名。不同于刑讯逼供、疲劳审讯等可能造成的身体伤害或其它客观留痕，引诱通常不会给被诱者造成实质性损伤，其实施的隐蔽性及施诱者的主导性使得被诱者难以提供有效线索证明其存在，这也是造成引诱查证困难的原因。

正是由于当前引诱取证存在认定难、查证难的问题，司法实践中对于非法引诱的排除也面临困境。当然，这还与我国刑事司法的制度设计和司法理念密切相关。虽然刑事诉讼法倡导办案人员严格依照法律规定收集证据，禁止使用影响犯罪嫌疑人、被告人供证自愿性的方式获取口供，实现办案目标，但司法实践往往只关注那些给犯罪嫌疑人、被告人造成生理或严重精神痛苦的暴力型取证方法。不仅如此，鉴于引诱建构的交易结构，有效弱化了被诱者的抗审心理，其所供证据的真实性一般能够得到保障，或许这也是立法者对其是否应当“严禁”存有暧昧的另一原因。

二、刑事诉讼中“引诱取证”规制的立法缺陷

事实上，引诱取证在我国刑事司法实践中被泛滥使用，难以实现有效规制，其首要原因在于刑事诉讼法立法规范存在严重缺陷，以至于法律所规定的“严禁以引诱的方法收集证据”成为一句宣示性的口号。一方面来源于有意回避严令禁止引诱的立法选择和司法理念；另一方面，则是立法技术不足，在坚持“宜粗不宜细”的立法原则指导下，难以准确把握“引诱”取证的内涵及样态。在此，笔者简要归纳了刑事诉讼法及相关司法解释对于引诱取证规制的不尽完善之处，以供诸君参考。

（一）立法对引诱界定不明，导致法律适用出现乱象。

我国刑事诉讼法及相关司法解释等规范性文件[1]对于引诱取证的规定局限于两种情况，主要用于限制两类主体的取证行为。

第一种是以我国《刑事诉讼法》第五十二条为基本内容的“严禁以引诱的方法收集证据”。该条主要针对于国家公权力机关在办理刑事案件时，不得采用引诱的方法收集证据，是我国非法证据排除规则的重要法律规范。相关司法解释在规制引诱取证方面，基本援引了刑事诉讼法的原文表述，并没有作进一步的扩大或限缩解释。

第二种是以我国《刑事诉讼法》第四十四条为蓝本，规定“辩护人或者其他任何人不得引诱证人作伪证”。从文义解释角度来看，该条款主要用于规范辩护人或者当事人、当事人近亲属等非国家公权力机关的取证行为，并且将禁止范围局限于证人证言，且仅限于伪证之情形。虽然该条款没有明

[1] 相关司法解释及规范性文件包括:《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》《人民检察院公诉人出庭举证质证工作指引》《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》《关于严格依法履行职责，切实保障刑事案件办案质量的通知》《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》，以及最高人民检察院《讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定(试行)》和新出台的《办理刑事案件排除非法证据规程》。

确辩护人或其他人员采用引诱方法要求证人作伪证，在证据评价层面会产生何种法律效果，但是根据《刑事诉讼法》第五十五条第二款的规定，虚假的证人证言不符合“属实”条件，不得作为定案的根据。

看似刑事诉讼法对于引诱取证进行了周全的考虑，区分了实施主体不同导致的违法可能性差异，但是在法律条文的理解和适用中，仍然存在不少令人困惑之处，具体而言：

一是，无论是公权力机关进行的引诱，还是辩护人等意图伪造证人证言实施的引诱，刑事诉讼法及有关司法解释均没有具体阐述何为“引诱”。由此必然造成执法者认识不一、裁判者难以认定的乱象。目前，有不少学者借鉴“诱惑侦查”的概念，将“引诱”解释为引导、利诱。然而事实上讯问询问往往都具有一定的指向性，如果将引诱理解为包含引导之义，任何一种提问，都有被认定为引诱取证之嫌，非法证据排除规则将因不当扩张而难以适用。因此，确立有关引诱的排非规则的逻辑前提是明确界定引诱的概念内涵。对此，可以借鉴我国台湾地区立法规定，直接将其明确为“利诱”，那么一般性的引导则不在此列。

二是，刑事诉讼法对于引诱适用的范围存在语义理解的歧义，以至于应当适用排非规则的范围存在争议。根据《刑事诉讼法》第五十二条的规定，引诱取证的对象是包括物证、书证在内的所有法定证据类型，还是仅限于以保障“不得强迫任何人证实自己有罪”为核心的犯罪嫌疑人、被告人的供述，或者可扩大解释为言词证据。同时，《刑事诉讼法》第四十四条对于辩护人或其他任何人实施的引诱取证，局限于证人证言。对于辩护人或其他任何人实施的对鉴定人、被害人的引诱，是否需要予以规制？况且，理论上非法证据排除规则主要用于限制侦查人员的行为，但是法律条文本身并没有对实施主体进行明确的限定。那么，显然《刑事诉讼法》第五十二条和第四十四条是属种关系。由此可见，刑事诉讼法内部对于这一问题的规定存在逻辑上的混乱，亟待厘清。

三是，立法对于引诱取证达到何种程度才需要予以排除也没有给出明确的答案。《刑事诉讼法》第五十二条有关引诱取证的禁止，在条文的解读上存在三种理解：第一种，因引诱与刑讯逼供、威胁并列，所以只有当引诱达到与刑讯逼供相同的权利侵害程度时，才予以禁止；第二种，因引诱与“其他非法方法”并列，也就是说，引诱取证存在合法的可能，只有当其达到违法程度时才予以排除；第三种，引诱取证只有强迫犯罪嫌疑人、被告人自证有罪时，才属于禁止范围。显然，第一种理解是引诱取证客观上难以达到的，引诱的实施是以被诱者利益增加为交易条件，很难造成实质的生理伤害或者严重的精神痛苦；而第三种解释实际是对第二种“非法”在对象方面的进一步补充。但是，不论持有何种观点，刑事诉讼法及有关司法解释，都没有对引诱非法限度进行明确，显然是立法在该问题上的严重缺陷。

（二）缺少“非法”引诱的界定标准，导致与侦查策略界限不清。

与社会公众偏见有别，非法证据排除规则的确立实际上受到了办案人员的普遍欢迎，因为在有据可循的规则框定的限度内开展取证工作，能够最大限度避免证据不被采纳的风险。但问题是，非法证据排除规则因缺乏具体的“非法”标准，而不具备操作性。[1]

就引诱取证而言，刑事诉讼法和有关司法解释对于引诱取证的限度没有进行明确规定，有关机关的办案手册也没有说明可以采取引诱取证的具体方法和情形。鉴于引诱取证与侦查谋略的天然竞合，侦查机关难以区分二者界限，也意味着只要法律没有明确规定的不许行为，在侦查中都可以使用。

在证据审查环节，因缺乏明确的规范指引，司法机关对于采用引诱方法收集的证据，只能进行“综合审查判断”，其结果往往是没有标准，不予排除。即使在司法机关存疑时，侦查机关也借以“侦查策略”的借口进行解释，导致相关证据仍可以作为定案依据。可以说，缺少“非法”引诱的界定标准，是非法引诱排除规则失灵的原因之一。

此外，正如前文所言，我国《刑事诉讼法》第五十六条第一款中特别强调了对刑讯逼供和威胁的禁止，立法者对引诱、欺骗等其它非法方法的有意忽略，反映了立法者对不同取证方法造成权利侵害性的认识存有差异。在立法者看来，引诱取证，特别是通过政策的引诱，为办案机关攻破犯罪

[1] 参见毕惜茜：《非法证据排除与取证合法性审查》，载《国家检察官学院学报》2016 年第 2 期，第 166 页。

嫌疑人、被告人抗审心理提供了有力的非暴力方法，既符合我国打击刑事犯罪的社会管理目标，同时也并不会严重损害被诱者权利，严重影响程序正义价值实现。这样的暧昧立场，也为相应司法解释所承继。

但应当注意的是，随着刑讯逼供、威胁等非法取证方法被有效遏制，以引诱为典型代表的具有一定心理强制色彩的取证方法将逐步取代暴力型取证，作为“权力-证据”置换的载体，成为制造冤假错案的新型工具，立法应当加以重视并予以规制。

三、刑事诉讼中“引诱取证”规制的修法建议

刑事立法对于引诱规制的技术难点与引诱取证自身的特点具有一致性，具体而言：第一，引诱取证具有隐蔽性和形态多样性的特征，通过立法形成明确的概念，这个概念要能够囊括所有情形，存在不小的技术困难；第二，引诱取证具有心理牵制效果，将其转化为证据法层面客观的、可量化、可检验的查证标准，存在难度；第三，刑事诉讼程序为解决刑事案件而设，刑事诉讼的目的是查明事实，程序正义是实现客观真实的保障。[1]为保证刑事侦讯工作的有力开展，引诱“排非”标准的确立，必须充分考虑引诱排非与侦查谋略之间的衡平。

因此，考虑到引诱取证对所采证据的证据能力和证明力，以及对刑事诉讼程序正当性可能造成的潜在影响，采取“有限”的规制主义既符合司法实践的需要，也同国际主流趋势相一致。

（一）引诱的概念界定与明确

从广义上来说，一切采用引导、诱导、利诱等诱惑的方式收集目标证据的行为，都可以称之为“引诱取证”。广义的“引诱取证”立足于《刑事诉讼法》第五十二条最直接的文义解释，不仅包括以循循善诱的方式获取犯罪嫌疑人、被告人、证人、被害人的言词证据及相关实物证据的行为，还包括“机会提供型”和“犯意引诱型”的诱惑侦查及特情侦查等其他引诱取证行为。但司法实践中，引诱取证更为普遍的样态是办案人员对犯罪嫌疑人、被告人、被害人及证人进行的直接引导和利益诱惑，以获取目标证据（通常为言词证据）。由此，催生了“引诱取证”的狭义概念，即通过利诱行为，使得被诱者因得到物质、精神的满足，进而在意识受到牵引的情况下提供目标证据的取证方法，但不包括因此而获得的派生证据。

如此一来，“引诱”是否应当直接解释为“利诱”。对此，学界存在不同的认识。大多数学者将“引诱”解读为引导和利诱，即引诱既包括办案人员对被诱者的引导，同时也包括以向被诱者许诺利益的利诱。[2]笔者认为，对于“引诱”的理解，应当解释为“利诱”更具有合理性。原因在于：第一，“引诱”确实包含了两个行为，一个是“引”、一个是“诱”，但是二者结合使用时，“引”是目的，“诱”是手段。办案人员允诺、兑现利益的根本目的在于引导、要求被诱者提供目标证据，脱离了“诱”，“引诱”中的“引”则不具意义。第二，如前文所言，侦讯的开展都具有一定的指向性，单独将“引导”作为引诱应有之义，则无益于非法证据排除规则的落实，亦容易造成与指供的概念混同；第三，比较域外立法，德国刑事诉讼法及我国台湾地区刑事诉讼法一律以“利诱”取而代之。我国立法者也曾与笔者持同一观点，将“引诱”限于“利诱”。[3]

---

[1] 牟军：《非法自白何去何从？——由关键词展开的一种法理学和本体论的思考》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2007 年第 1 期，第 200-201 页。

[2] 如龙宗智教授曾对引诱取证进行解释，认为其可能包括两种情况：一是诱导性讯问，即诱导嫌疑人按照侦查人员的意图、根据侦查人员的提示做出供述；另一种是利益诱导，即许以好处，嫌疑人以认罪供述换取此种“好处”。参见龙宗智：《我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题》，载《政法论坛》2013 年第 5 期，第 20 页。对此，理论界和一线办案人员大部分也均持此种观点，如：赵桂芬、邢福和、刘湘梅、戴铁浩、姚淑记等专家学者都曾撰文做出相同或相似解释。

[3] “两高三部”的《排非规定》（征求意见稿）中，曾对“引诱”和“欺骗”专门规定：“采用以许诺法律不准许的利益等进行引诱或者指供的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。……”后综合考虑各种因素，《排非规定》删去了上述征求意见稿的规定。参见裴显鼎主编：《非法证据排除程序适用指南（第二版）》，法律出版社 2018 年版，第 13 页。当然，有学者可能提出不同主张，认为立法者在此将引诱解释为“以许诺法律不准许的利益等进行引诱”和“指供”两种含义，故“引诱”还是指引导和利诱。但笔者认为，将“指供”作为一种独立于“引诱”的其他非法取证方法是

因此，将引诱直接解释为“以利诱之”的“利诱”，并无不当。

（二）引诱取证“有限”规制的理论基础

世界各国刑事诉讼的理论与实践在非法证据排除方面主要存在三种基本立场：一是“严格禁止主义”，即对于采用非法方法收集证据的行为严格限制，由此取得的证据一律排除，也包括由此产生的衍生证据。二是“宽松许可主义”，即个别国家或地区，考虑社会治理的需求，在刑事司法领域或者针对特殊案件，允许办案人员可以超越法律的规定收集证据，由此取得的证据也不受非法证据排除规则的限制，可以作为定案根据。三是“有限禁止主义”，即作为一种折中方案，虽不过分苛求取证方法的绝对合法，保证惩罚犯罪与司法效率双重目标之实现，但对于严重违法的取证行为应当进行必要的程序性制裁，以实现刑事诉讼独立价值之目标。结合我国当前的基本国情和刑事司法现状，对于引诱取证的司法规制采取“有限”主义更为适宜。

首先，引诱取证是侦查谋略的当然组成部分，二者难以绝对区分。“心理学研究表明，在对抗性的人际交往活动中，如果不让对方承受一定的压力，是很难促成其妥协或让步的。”[1]事实上，任何供证行为都存在自愿性的问题，只是在收集犯罪嫌疑人、被告人供述时显得尤为突出。当前，现代审讯的基础已经由三级审讯[2]转变为心理操控。就是说，办案人员乐意通过欺骗、诱惑、诡计等方式对犯罪嫌疑人、被告人实施心理强制，从而抵消其抗审心理以获取供述。我国关于侦查谋略的研究中，专门有“诱导型侦查”的概念，并根据诱饵的种类分为“态势诱饵”（情景诱饵）和“实体诱饵”两种，具体的实施方法包括明撤暗攻、抛砖引玉、引蛇出洞等等。[3]实践中，“坦白从宽，抗拒从严”“认罪认罚从宽”的刑事政策都带有引诱色彩，控辩双方就认罪与量刑建议达成一致，本质上是一种协商程序。[4]不仅我国如此，域外侦查学研究中也将引诱作为一种基本的取证方法，如教科书式的“莱德的九步讯问法”将犯罪区分为情感型和非情感型，提示针对不同的犯罪起因，情感引诱与利益引诱（利弊分析）都具有相当的有效性。因此，从某种意义上来说，引诱已经是宽严相济刑事政策与侦查谋略的当然组成部分，二者内容的高度重合性导致无法将引诱排除在取证的基本方法之外。这是由引诱行为自身特点所决定的。因此，倘若全面禁止引诱取证，将导致案件侦办工作面临无计可施的困境。

其次，我国刑事司法注重证据真实性，对于轻微违法行为可容忍。我国刑事诉讼向来强调客观真实，在证据法学中具体可以体现在三个层面：一是，证据概念对于案件事实的强调；二是，证明标准以“客观真实”为导向；[5]三是，证据排除规则注重评价相关证据对案件事实的客观证明作用，对于轻微违法的证据可以采取补正等方式纠违。对于引诱取证而言，它的实施并没有严重侵犯被诱者的身体权、生命权和健康权，也基本不会有损被诱者的人格尊严。甚至，引诱的实施可以满足被诱者在现实处境下的某种精神或者物质需求。相对于社会公众对犯罪惩治的期待，引诱对程序正义的挑战并非严峻，可以为法律所容忍。只有在引诱取证严重侵害法益和法的秩序，或导致证据真实性存疑时，才应当严令禁止，以保证刑事诉讼的程序正义。所以，“有限”规制主义更符合我国刑事诉讼追求客观真实的目标。

从价值层面来说，引诱取证的“有限”规制主义有助于实现“内在价值”与“功利价值”的统一。刑事诉讼的基本价值是目的价值与过程价值的统一。目的价值强调刑事诉讼作为满足社会及其成员的需要，所应当具有的自由、秩序、效益，是实现司法公正的基础和基石；过程价值包括刑事诉讼程序正义的内在价值和惩罚犯罪、预防犯罪的功利价值。其价值的统一，不仅要求在诉讼活动中积极

目前学界基本达成的共识，因此应当将“指供”“引导”从“引诱”中剥离。

[1] 彭玉伟：《我国侦查讯问心理强迫法律规制之完善》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2015 年第 3 期，第 47 页。

[2] 三级审讯意指极端审讯方式。“威克沙姆委员会”（The Wichkersham Commission, 1931）将三级审讯界定为“通过给被审讯者带来肉体或者心理上痛苦以获取犯罪信息的做法”。参见[美]理查德 · A. 利奥：《警察审讯与美国刑事司法》，刘方权、朱奎彬译，中国政法大学出版社 2012 年版，第 39 页。

[3] 参见程小白、瞿丰主编：《新编侦查学》，中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 305-310 页。

[4] 参见万毅：《认罪认罚从宽程序解释和适用中的若干问题》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期，第 91-92 页。

[5] 参见陈卫东：《中国刑事证据法的新发展——评两个证据规定》，载《法学家》2010 年第 5 期，第 20 页。

查明案件事实，确保实体公正，实现惩罚犯罪目标的实现；更重要是从心理或行动上解决纠纷，要求纠纷解决的过程具有形式的合理性。[1]在严禁刑讯逼供、威胁的情况下，采用类似引诱的替代性方法是一种必然。因此，非法证据排除规则不是简单的证据运用技术规则，而是在其中寻找到惩罚犯罪与保障人权之间的平衡的结果。[2]采用"有限"规制主义，才是更符合我国国情的应然选择。

（三）引诱取证"有限"规制的排非情形

"有限"即施诱者采用引诱的方法收集证据时，必须遵守的底线，是引诱取证不能逾越的"雷池"。在引诱的使用中，应当坚持合法性原则、合目的性原则、比例原则、合理性原则、成本节约原则。[3]但原则的抽象性、概括性影响了其指导侦讯工作开展的实效，因此必须建立明确的、具备可操作性的排非标准，将原则视为一种标准缺位下的补充。引诱取证排非标准的设计，主要考虑三个基本维度：一是，法律标准，即是否违反法律法规的禁止性规范，包括不能达到现行立法所确立的"痛苦标准"，不得超越法定的权限、承兑法律所不许的利益，不能违背法律法规的其他限制性规定，达到足以影响程序正义之实害。二是，道德标准，即引诱的方法、内容是否违反道德伦理，以至于引起舆论哗然，令社会公众难以接受。三是，心理标准，即引诱取证是否严重侵害供证自愿性，达到让一般人都难以拒绝的程度。[4]具体而言，笔者提出以下几种参考情形，以供理论和实务界共同探讨。

第一，不得以法律之不许利益相允诺。例如，针对吸毒人员的讯问工作，不得以为其提供毒品以缓解其生理不适为条件，迫使吸毒人员作出有罪供述。这一行为有违国家毒品管制规定，具有社会危害性，不应当为法律所允许。对此类引诱行为，应当以是否违背现行法律法规的强制性、禁止性之规定为标准。

第二，不得超出法定权限许之以利益。实践中，通常表现为办案人员超越法定权限，向被诱者许诺不追究刑事责任，或者以减少起诉罪名、减轻量刑幅度为条件，或者在不符合变更强制措施的情况下对犯罪嫌疑人取保候审等，对价是犯罪嫌疑人、被告人提供有罪供述。对此情形，理查德·梅在《刑事证据》中提到，检控方必须证明供述是在自愿的情况下作出的。如果在讯问中受审之人因希望获得好处而服从诱导，无论是多么微小的诱导行为，由此获取的证据都应当排除。在 Nothtam 案[5]中，犯罪嫌疑人在受审时问警方是否能将他另一项罪行一同考虑。警察说"警方不反对"。该嫌疑人于是进行了供述。上诉法院认定该行为构成引诱并撤销了定罪判决。[6]借鉴我国台湾地区对引诱规制的做法，援引"越权无效"原则，禁止办案人员向被诱者许诺自己无权决定的法律事由，避免罪与刑严重的不相适，导致法律的实质平等被破坏。

第三，不得违背道德伦理达到足以强制供证的程度。宗教伦理、职业伦理以及家庭人伦，作为人类社会的基本伦理和道德规范，是人类社会组织化、有序化的基础，理应受到法律的尊重和保护。[7]违背道德人伦的引诱取证，基于以下两点原因而必须被严禁：其一，办案人员利用被诱者的宗教信仰、职业秘密及家庭关系实施引诱，通常会对被诱者造成极大的心理压力乃至精神痛苦，从而使得被诱者在巨大的心理强制下提供目标证据，违背供证的自愿性原则。同时，由于这种情感利诱往往使得被诱者产生"只能供证"的主观认识，被诱者也深知只有提供施诱者所期待的目标证据，才会因施诱者的"满意"而获取对应的利益，那么证据失真的风险就会显著增加。其二，一旦以宗教伦理、职业伦理和家庭人伦作为引诱的条件，极容易发生司法信任的危机，让社会公众震惊，为全社会所

---

[1] 参见樊崇义主编：《刑事诉讼法学（第四版）》，法律出版社 2016 年版，第 33-36 页。

[2] 参见谢佑平、吴炜炜、栗旭峰：《确立符合国情的非法证据排除规则》，载《检察日报》2008 年 7 月 14 日第 3 版。

[3] 受限于篇幅，采用引诱收集证据应当坚持的原则，在此不展开详尽论述。

[4] 关于达到让一般人难以拒绝的标准，笔者在此特别作出说明。引诱限度的判断，实际上需要根据个案情况进行分析和讨论。由于被诱者个人特质的不同，同一引诱条件对于不同的被诱者可能产生不同的作用效果。因而，"达到让一般人都难以拒绝的程度"并不是以社会公众的普遍群体为对象，而是聚焦于同被诱者情况类似的普遍人群中，来评价引诱是否足以使得这一类人产生普遍的供证行为。

[5] （1968）52 Cr App. R.97.

[6] 参见[英]理查德·梅：《刑事证据》，王丽、李贵方等译，法律出版社 2007 年版，第 259-260 页。

[7] 万毅：《侦查谋略之运用及其底线》，载《政法论坛》2011 年第 4 期，第 141 页。

不能接受，让司法承担无力负担的道德成本。[1]当然，应当注意的问题是，以道德人伦为条件进行引诱时，存在一个合理的限度，并不是所有利用情感进行心理强制的取证都一律视为不法。这种不法的认定应当满足两个基本条件：一是，引诱违背道德人伦的程度达到足以压制被诱者的内心反抗，使得被诱者不得不说，或者在大多数情况下任何人都会作出供述；二是，引诱的内容及实施方法，让社会公众感到诧异。只有当二者同时具备时，才是可视为"非法"的取证方法，并对由此收集的证据予以排除。若办案人员所使用的引诱取证没有同时满足"必然强制"和"社会难以接受"两个条件时，法官应当结合引诱的条件、方法、可能造成的社会影响，在考察被诱者个体差异的基础上，综合判断是否需要排除相关证据，以正视听。[2]

第四，不得以牺牲社会公信力为代价。社会公信力是一个社会得以有序、健康、长足发展的基石，它既体现在以信用机制建设和健全为核心的制度层面，也根植于以单位和个人彼此信任、遵法守法的共识和观念里。在刑事诉讼程序中，有关机关代表国家惩治犯罪，是社会公众唯一可以信赖的权利保障主体。因此，办案人员应当尊重和维护公民这份对自己生命、财产安全的交付与嘱托，不得以有损权力公信力的方式实施引诱，收集证据，实现办案目标。实践中曾经发生过多起控方、辩方收买证人的典型案例，这将给社会公众对于法治公正的信任造成重创。

第五，其他有证据证明引诱的使用足以影响证据真实性的情况。上文中提到的四个具体排除标准，主要是基于此种引诱取证的方式本身即为正义所不许、为社会所震惊，或者所使用的引诱方法、内容可能直接导致被诱者产生难以抗拒的供述意愿，违背供证的自愿性，故应予排除。与此同时，我国刑事诉讼法之所以强调对于采用引诱方法收集的证据应当予以排除，其主要原因是由于这种方式可能有损证据真实性。那么对于那种虽然一定程度上违背了供证自愿性原则，但是没有达到"必然强制"和"社会难以接受"的引诱行为，并不需要全然予以排除，关键还是看由此获取的证据是否能够客观、真实的反映案件事实，对查明犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任是否具有积极的证明价值。对于证据真实性的判断，无需设置特殊的裁判规则，法官可以结合在案其他证据，根据经验法则，通过证据裁判规则，综合确定证据的证明力。此条作为兜底条款，当有其他证据足以证明采用引诱方式收集的证据真实性存疑时，法官可以根据情况，作出不予采信或者部分采信的决定。

四、结语

引诱取证是在我国吸取近十年来冤假错案的教训、严厉禁止刑讯逼供的背景下，产生的替代性取证方法——"软审讯法"[3]。引诱取证在实践中被大量使用，主要反映出我国刑事取证方法由"刚性"向"柔性"、由"对抗性"向"合作性"、由"身体强制"向"心理强迫"的过渡与转变。很显然，无论是立足于我国刑事诉讼的改革动向，还是各国刑事诉讼法发展的国际化趋势，学术界基于诉讼理念的更新

---

[1] 例如，在一起案件侦查过程中，犯罪嫌疑人被逮捕。在其被羁押期间，侦查人员将他的罪行及可能面临的刑事处罚通知其家人。嫌疑人的母亲听后，突发心脑血管疾病送医，由于年事已高，医院下达病危通知书。在审讯中，侦查人员利用了犯罪嫌疑人是一孝子的心理特点，故意告知其母亲病重的事实，并声称"你赶紧说了，我们就安排你去看你母亲一眼"。遂犯罪嫌疑人按照侦查机关的指示，作出有罪供述。

[2] 在美国，判断自白是否具有任意性的标准就是"综合一切情况标准"。在日本，对于自白任意性的审查要求"具体个别地进行判断，而不能抽象的评价"。在英国，根据《警察与刑事证据法》第 76 条（2）（b）的规定，也要求综合考虑"审讯时的情景以及侦查人员的言行"。因此，强调个体差异以及综合考量，是各国审查心理强制方法获取自白的可采信的共识。参见吴继奎：《三元化递进式的自白排除法则——自白排除法则的比较法考察》，载《当代法学》2011 年第 2 期，第 91-92 页。

[3] 正如《审讯与供述》的作者弗雷德·英博教授所说"我们应该采取措施来防止不正当的审讯行为，但我们不能采取消极的控制方法，我们应考虑审讯和执法的效率"。警察不能使用刑讯逼供的方法了，就必须寻找其他方法让犯罪嫌疑人张口说话。于是"软审讯法"应运而生。所谓"软审讯法"是建立在心理科学和行为科学之上的审讯方法，其基本模式是在分析被审讯人的心理特征和行为特点的基础上，通过语言或其他模式来说服犯罪嫌疑人如实供述，不是硬逼着犯罪嫌疑人供述，而是以软的方式说服犯罪嫌疑人，让其自愿供述。唐亚楠：《刑事错案产生的原因及防范对策——以 81 起刑事错案为样本的实证分析》，知识产权出版社 2016 年版，第 137 页。

及新型立法构想的提出，都将使得这种合作性司法的模式逐步根植于司法制度与司法观念之中，并在未来我国的刑事诉讼制度改革中占据更为重要的位置。[1]鉴于刑事司法改革的整体性、系统性和长期性，[2]引诱取证的规制牵一发而动全身，建议可采取“概括式+列举式”的立法范式，辅以指导案例，明确引诱取证的边界。

本文写作的初衷，是希望在刑事诉讼法修改之际，以引诱为典型代表的心理强制取证方法的合法性应当引起学界关注，我国非法证据排除规则所确立的“痛苦标准”应当考虑“心理强制”的影响，作出适应性调整，“明确禁止一切形式的强迫陈述行为”，同国际主流趋势保持一致。[3]

---

[1] 参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题（第五版）上册》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 426-429 页。

[2] 张能全：《社会转型中的刑事司法改革与制度创新研究》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 194 页。

[3] 参见宋英辉、刘广三、何挺等：《刑事诉讼法修改的历史梳理与阐述》，北京大学出版社 2014 年版，第 111-112 页。

我国实物证据保管制度研究

王兴玉*

摘 要：建立以证据为中心的刑事指控体系是推进以审判为核心的刑事诉讼制度的重要举措，旨在实现案件高质量、高效率办理的目标，并促进犯罪惩治与人权保障的统一。在构建以证据为中心的刑事指控体系中，关键在于确保证据的收集、审查、评估和运用的质量，这直接影响整个刑事诉讼程序的质量。相对于言词证据，刑事实物证据具有更高的证明力，因此刑事实物证据的保管至关重要，但在司法实践中，实物证据的保管无论是保管规范还是监督上都存在问题，本文旨在探讨如何在整个刑事诉讼过程中，通过完善实物证据保管法律规范、操作指引，以确保在刑事案件中实物证据的连贯性和完整性。

关键词：证据保管 信息记录 实物证据

在 2012 年我国新修改的《刑事诉讼法》中，对于证据的规定进行了重大修改。相对于过去在案件事实查明中过度依赖口供证据的调查方法，修改后的诉讼法更加强调实物证据的运用。然而，在刑事实物证据保管方面，仅有第 134 条提到了“妥善保管或者封存”以及第 234 条则涉及了证据保管工作的指导原则、移交程序、结案后财物处理以及对司法工作人员违法行为的处罚。对于刑事实物证据保管实际操作中的细节规定并未提及。2018 年修订的《刑事诉讼法》第 245 条仍延续了这一规定，并未有增加。在我国的基本法律中提到证据保管的除了上述的《刑事诉讼法》外，就只有 2013 年《民事诉讼法》中的第 66[1]条,其它相关的规定则是零散地存在于一些司法解释、公安部的相关规定以及行业标准中。以上所列举的四个层次的法规基本上已经涵盖了我国对于实物证据保管的规定，尽管我国在立法方面对于证据保管的规定已初步具备系统性，并正在逐步完善和进步，但其中涉及的一些具体问题的规定仍然存在模糊性。因此，在具体的司法实践中，侦查人员和证据保管人员存在过大的“自由发挥”间，这对于确保案件中证据的完整性不利。观察国内外的许多冤案，可以发现导致冤案的一个重要原因是对实物证据保管不当。因此，完善刑事实物证据保管的相关制度变得越来越必要。实物证据在刑事案件中具有重要的价值和作用，它们可以提供直接的、客观的证明材料，对于案件的审理和判决具有重要影响。然而，如果实物证据在保管过程中受到污染、损坏或篡改，将严重影响案件的公正性和司法公信力。

在刑事诉讼过程中，证据扮演着至关重要的角色。实物证据的收集、保管、转移及鉴定等环节，均对证据的证明力产生深远影响，进而决定着审判的公正性是否得以实现。随着我国刑事诉讼模式逐渐向以当事人为中心的方向发展，对证据间相互关系的重视程度也随之提升。长期以来，司法实践受到职权主义传统的影响，过分强调证据的证明力度，尤其是其真实性。实物证据的保管链制度不仅对证据的真实性产生直接影响，也对证据的相关性和证明力具有重大意义。为此，需要建立健全的刑事实物证据保管制度，明确规定实物证据的收集、封存、保管和使用程序，确保其完整性和可信度。这包括明确责任人员的职责和义务，建立严格的监督机制，加强对证据保管环节的监督和管理，以防止滥用职权、篡改证据或其他不当行为的发生。此外，还应加强对侦查人员和证据保管人员的培训和教育，提高他们的法律意识和职业道德水平，增强他们对于证据保管重要性的认识，提供必要的技术支持和设施，确保他们能够有效地履行证据保管的职责。通过完善刑事实物证据保管制度，可以有效地提升司法公正性和公信力，减少冤假错案的发生，维护社会公平正义和法治秩序。无论是在现行的刑事诉讼法律体系内，还是在传统证据法理论中，实物证据的保管链制度都未能获得应有的关注与重视。面对证据存储的挑战，我国公安机关已经开始作出一定程度的探索，包括在内部建立专门的存储机构，并与检察院和法院合作，建立共享的存储机制，为构建完整的实物证据保管链积累了宝贵经验。

明确界定实物证据保管链制度的内涵和理论价值，借鉴国际经验，并结合我国实际情况，构建

---

* 王兴玉，贵州省金沙县人民检察院第二检察部主任，电话：18396998207，地址：贵州省毕节市金沙县人民检察院。
基金项目：本文系 2024 年中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善”一般项目《浅析我国刑事实物证据保管制度》（编号 59）的最终成果。

1 2013 年《民事诉讼法》第 66 条：“人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等，并由经办人原签名或者盖章”。

一套具体可行的实物证据保管链制度，将对刑事诉讼程序产生积极影响，促进我国社会主义法治建设的快速发展。

一、我国刑事实物证据保管的法理基础

证据，是指可以用于证明案件事实的材料。[1]从证据的概念来看，俄罗斯联邦刑事诉讼法讲证据分为：犯罪嫌疑人、刑事被告人的陈述；被害人的陈述、证人的证言；鉴定人的结论和陈述；物证；侦查行为的笔录和审判行为的笔录以及其他文件。[2]在英美法系国家，通常在形式上讲证据大致地分为人证、物证、书证三类，将所有形式是实物的证据称为实物证据。根据我国刑事诉讼法对于证据的分类不难看出在一定程度上受到俄罗斯联邦法律的影响，而实物证据亦是对应联邦法律的“物证”概念。综上所述，“证据保管链是指负责保管证据的人员，从证据收集到证据最终被处理期间，按照实践顺序持续记录的证据被收集、转移、存放、使用、处理全部环节的证明文件所反映的证据流动路径”[3]

实物证据并不是我国的法定的证据种类，它是相对于言词证据的一种概括性的概念，是指以实物形态为存在和表现刑事的证据。从我国 2012 年新修的《刑事诉讼法》可以看出，案件事实的查明越来越重视实物证据，并且相对于言词证据来说，实物证据对案件事实的认定有着更加令人信服的说服力，相较于言辞证据而言，实物证据具有其自身的特性：

（一）实物证据具有客观性

“物证不怕恫吓，物证不会遗忘，物证不会像人那样受外界影响而情绪激动……在审判过程中，被告人会说谎，证人会说谎、辩护律师和检察官会说谎，甚至法官也会说谎，唯有物证不会说谎。”[4]实物证据的客观性相对于言词证据而言。言词证据主要由证人证言和被害人陈述构成，其来源具有主观性。尽管收集言词证据的工作人员会强调保证陈述的真实性，但人类是情感动物，所说的话往往会带有自己一定的主观色彩。更重要的是，有些证人可能与案件当事人有利害关系，甚至有人冒着犯罪风险提供虚假证词。

言词证据的主要来源是证人以及被害人，而他们在对侦查人员讲述时也许会因为譬如心理因素、环境因素或者时间长短而遗漏、隐瞒、添加，因此言词证据最容易发生前后矛盾，或者是出现翻供等情况。实物证据往往是以物的外部形态或者物所表达的内容来表现其与案件事实之间的联系，而物的形体、状态、性质都相对比较稳定，只要案件发生，那么留在之上的信息就是客观的，它还能长久并稳定地存在下来。相比之下，实物证据相对更加客观。它没有情绪，一旦形成，一般不会因其自身的因素而改变附着的信息。即使被无意或恶意破坏，它仍会留下被毁坏时的痕迹，依然可以作为实物证据用来证明案件事实。实物证据的客观性使其在刑事审判中具有重要价值。它们可以提供直接、可靠的信息，有助于还原案发现场的真实情况，为法庭提供客观的依据。与言词证据相比，实物证据更难以被篡改或捏造，更能够抵御人为因素的影响。

（二）实物证据具有动态变化性

实物证据虽有其客观性，从犯罪行为开始实施时它即已经产生和存在，其在被侦查人员发现后即收集和固定，但这只是理想状态，事实是，在刑事案件中，从证据在案发现场被发现和提取之后到最终提交法庭，这个过程中涉及多人之手和多个场所之间的移转。正因为如此，确保实物证据在整个过程中不被毁损或失实是至关重要的。在证据的收集和移交过程中，可能存在一系列交接和移送环节。这涉及到警察、鉴定人员、法医、检察官等多个参与者，以及不同的场所，例如案发现场、实验室、存储设施和法院。在这个过程中，如果不妥善处理，证据可能会遭受损坏、丢失或被篡改的风险。这些会使证据“增加、改变、模糊、污染甚至毁损的影响页被成为证据的’动态变化’”。[5]其变化的过程可能是因为挥发、温度、湿度等自然因素的影响，也有可能是因为认为的过失或者故意

---

1 参见 2012《刑事诉讼法》第 48 条.

2 俄罗斯联邦刑事诉讼法典[M],黄道秀，译，北京：中国政法大学出版社，2002：64.

3 杜国栋.证据的完整性[M].北京：中国政法大学出版社，2012：171.

4 何家弘主编：《外国证据法》，法律出版社 2003 年版，第 188 页.

5 W，杰瑞 · 奇泽姆，布伦特 · E · 特维.犯罪重建[M].刘静坤，译，北京：中国人民公安大学出版社，2010：162.

导致变化。

在我国司法实践中，实物证据的动态变化往往在三个关键环节产生：首先是现场勘查阶段。大多数实物证据来源于案件现场的勘查，然而，我国一线侦查人员在缺乏全面、详细且可操作的规范指导和相应硬件设施的情况下，面对多样的物品，在判断其可能作为证据使用并进行收集时，由于意识不强，导致证据没有第一实践被收集，又或者因为操作不当致使证据的性质发生改变。例如，在收集现场血迹时，如果采集工具不洁净，可能会污染血迹。同样，如果现场足迹未及时固定，暴露在空气中一段时间后可能会变得模糊，失去固定价值。

其次是实物证据的保管阶段。在保管过程中，实物证据可能会遇到多种问题，最常见的是保管条件不足。许多生物性实物证据对温度和湿度有特殊要求，如果包装和存放环境不适宜，可能会对其造成损害。此外，由于基层对实物证据管理的混乱，增加了实物证据遭受不必要的人为接触，从而增加了污染、损坏甚至丢失的风险。

最后是司法鉴定环节。实物证据要发挥其证明作用，通常需要经过司法鉴定，如现场提取的 DNA 证据需要通过同一性认定来确定与犯罪嫌疑人的关系。然而，我国目前的司法鉴定技术尚未达到无损鉴定的标准，一旦操作不当，可能会导致不可逆转的损失。

实物证据在证明案件事实方面确实存在一定的局限性。与言词证据相比，实物证据只能间接地证明案件事实，它本身无法主动展示所记录的信息。人们需要借助科学技术手段和实践经验来解读实物证据，并理解其中蕴含的含义。此外，除了视听资料之外的实物证据往往只能片面地反映案件事实，而无法像言词证据那样全面地展现案件事实的全貌。因此，在使用实物证据时，结合言词证据才能更好地发挥实物证据的作用，以综合的方式呈现案件的真实情况。为了确保案件事实的准确性和真实性，妥善保管刑事案件中的实物证据非常重要，只有通过严格的保管程序和监督机制，才可以保证实物证据的完整性和可信度。这意味着需要建立健全的实物证据保管制度，明确责任人员的职责和义务，并加强对证据保管环节的监督和管理。

我国基本法律中关于证据保管制度的变化

	修改前	修改后	对应条文
刑事诉讼法1	公安机关、人民检察院和人民法院对于查封、扣押、冻结犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。	公安机关、人民检察院和人民法院对查封、扣押、冻结犯罪嫌疑人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查，并制作清单，随案移送。	第二百四十五条第一款
民事诉讼法2		新增：人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等，并由经办人原签名或者盖章	第六十九条

二、我国现阶段刑事实物证据保管制度的司法现状分析

需要注意的是，证据的保管期限并不仅限于法庭审理结束后。实际上，证据的保管期限可能会延长至结案后的相当长一段时间。这是因为在一些情况下，案件可能会进入上诉阶段，或者需要进行其他法律程序。在这段时间内，证据仍然需要妥善保管，以确保其完整性和可靠性，为了保护实物证据的完整性，需要建立健全的证据保管制度和监督机制。这包括确保证据在移交过程中的记录

1 2018 年《刑事诉讼法》，2018 年 10 月 26 日通过并实施。2012 年《刑事诉讼法》2012 年 03 月 14 日通过，2013 年 01 月 01 日实施。1996 年《刑事诉讼法》1996 年 03 月 17 日通过，1997 年 01 月 01 日实施。

22021 年《民事诉讼法》2021 年 12 月 24 日通过，2022 年 1 月 1 日实施。 2013 年《民事诉讼法》2012 年 08 月 31 日通过，2013 年 01 月 01 日实施。2007 年《民事诉讼法》2007 年 10 月 28 日通过、实施。

和追踪，制定严格的标准和程序，以确保证据的安全性和完整性。同时，需要提供适当的设施和条件来存储和保护证据，以防止损坏、丢失或篡改。结合以往案例可看出，实物证据的保管在实际操作中一般会出现以下几种问题：

（一）法律规定不完善

在我国刑事诉讼法律体系中，实物证据的保管只有零星的法律规定。《刑事诉讼法》第 139 条和第 140 条明确要求，在侦查过程中发现的实物证据必须得到妥善保管，严禁使用、调换或损毁。此外，对于查封、扣押的财物和文件，必须当场制作清单。《人民检察院刑事诉讼规则》进一步规定，在案件受理阶段，检察部门需对提交的证据材料和物品进行登记，并制作清单以确保其安全。《公安机关涉案财物管理若干规定》对涉案财物的保管提供了更为详细的指导，确立了办案与管理分离、来源去向清晰、依法及时处理和全面接受监督等原则。该规定还要求公安机关内部设立专门的保管部门，对涉案财物进行统一管理，并通过管理信息系统进行实时、全程的记录和管理。并要求对不同案件和不同种类的涉案财物进行分案、分类保管，并在 24 小时内完成移交。管理人员在接收涉案财物时，必须进行查验核对、登记入册并签字。对于调用的涉案财物，应及时归还并记录其状况。若出现损毁、短少、调换或灭失等情况，必须如实记录。在审查起诉阶段，检察院案件管理部门需核实相关证明材料是否随案移送，涉案款物是否得到妥善保管，清单是否齐全，并确保及时将涉案财物入库。检察院还需履行法律监督职责，对不符合规定的查封、扣押、冻结、保管、处理涉案财物的行为进行纠正。《公安机关办理刑事案件程序规定》也对公安机关保管实物证据提出了规范要求，包括在受案时对证据材料进行登记、制作清单并妥善保管；对证据的采信与否均需如实记录、妥善保管，并附卷；严禁任何单位和个人使用、调换、损毁或自行处理查封、扣押的财物。侦查人员应当做好检材的保管和送检工作，并注明检材送检环节的责任人，确保检材在流转环节中的统一性和不被污染。

尽管如此，我国现行的实物证据保管规定仍显得较为分散，主要法律和司法解释中的规定较为原则化，缺乏具体的操作指南。具体规定多体现在部门规章或其他规范性文件中，导致司法实践中的实物证据保管标准不一，质量参差不齐。此外，不同部门间的协调不足，特别是公安机关与检察院之间的规定衔接不够紧密，使得实物证据从收集到入库保管的过程中存在一定的风险。

（二）证据包装不规范

1.实物证据未独立包装。

在侦查过程中，如果负责收集证据的人员没有严格地将有用的证据分开包装，而是将它们随意装在同一个容器中，可能导致案件的侦查结果出现两种情况。首先，可能无法抓到真正的犯罪嫌疑人，使得案件成为一起永远留在卷宗里未破的案件。其次，可能会抓错犯罪嫌疑人，导致案件成为一起冤案，真正的犯罪嫌疑人仍然逍遥法外。

每当发现一个证据时，都应该将其安全且独立地包装。这是为了防止证据之间的交叉污染。然而，并非所有的侦查人员都会遵守这一原则，或者由于其他原因而在包装证据时犯下了没有分开包装的错误。正是因为这种行为，法院在审判过程中可能因为证据之间的污染风险而不采纳该证据，导致缺失了一项能够有力证明犯罪嫌疑人有罪的重要证据。在侦查过程中，确保证据的安全和独立包装非常重要，这需要侦查人员严格遵守规定，确保每个证据都得到适当的包装和标识，以防止交叉污染。另一方面，应该加强对侦查人员的培训和监督，提高他们对证据保管的重视和意识，以减少因包装错误而导致的证据损坏或污染情况的发生。正确的证据包装和保管对于案件的侦查和审判至关重要。侦查人员应该意识到这一点，并严格遵守相关规定，确保每个证据都得到妥善的处理，以保证案件的公正和真实性。

2.包装容器密封性差

包装容器的密封性对证据的证明价值是否还存在同样重要。包装容器的密封性在很大程度上可以证明所存放的证据在移送中途是否被人拆封、毁损、调换，密封完整的证据包装能够直接地证明证据是完好的。法官的职责就是进行公正的审判，因此，即使认为正在被审理的人很大程度上就是真正的犯罪嫌疑人，但还是要严格地履行法官的职责，以有效的证据结合法律作出公正的判决。在这一基础上，证据的包装的密封性就显得尤为重要了，特别是对于血液、尿液、精斑等生物类实物

证据，容易受到环境温度、湿度等的影响而产生变质，更加需要注意密封性。但是在司法实践中，侦查人员往往会忽视这一问题，对于相关实物证据的包装往往采用的是塑料袋，甚至对于一些重要的证据没有包装。

3.标签标记不清晰

在证据包装的外表上贴上标签并标记证据基本信息是证据保存中的一项微小的工作，但成败往往取决于细节，即使是毫不起眼的东西，它也许就会影响整个事件的发展进程。没有做到清晰的、与其他证据有明显区分的标志这一要求的教训在中国的司法实践中也是非常大的。在李久明的冤案严重就是因为侦查人员将案发后在李久明处提取的毛发与侦查人员在案发现场提取的毛发混肴了，最后将李久明的毛发送去检验，并将检验结果与李久明自己的血样比对，因而就造成了一场冤案的发生。[1]在青海的李建林杀人案一案中也有相同的情况发生，[2]因此，在证据保管中，在证据包装上作上清晰明显的、可与其他证据区分开来的标志是极其重要的，虽然仅是一个细微的动作，但对于整个案子的侦查以及对保障当事人的权益的作用却是非常大的。标记不清晰往往还会带来样品的混乱而最终无法鉴定，美国的 Lifecodes 公司在鉴定 Neysmith 涉嫌强奸案时因为样品混乱三次鉴定后宣布鉴定失败。[3]

（三）证据保存不规范

以 2004 年的湖南女教师黄静裸死一案为例，[4]这个案件一共进行了五次尸检，制作了六份死亡鉴定书，并且之后因侦查机关保管不善致使被害人的器官标本变质，因此而被焚烧销毁，以致于当司法部法医鉴定中心准备重新鉴定时已经没有了可鉴定的标本。并且侦查人员在案件现场找到的可能带有被告人精液的内衣内裤也丢失了，正是因侦查机关没有妥善保管证据，最终法院在判决时判决被告人无罪。若是侦查机关在此案中能够将证据保管妥当，那么当司法部法医鉴定中心鉴定时也有标本可鉴定，也就能够得出一份有效的鉴定意见，最后的判决也会更有说服力。相同的情况在 2007 年发生的彭宇是否实施了撞人侵权行为一案中也有体现，虽然这是一件民事侵权案件，但其中对于警方保管证据不当的行为也同样能说明警方对于证据保管方面还是存在很大的不足。[5]在此案中，作为重要证据的派出所对彭宇的询问笔录原件被派出所丢失，而在法庭中所提交的只是原告之子自行用手机拍摄的该原始笔录的照片以及根据照片所誊写的材料，派出所丢失询问笔录原件并提交利害关系人所提供的照片作为证据这一行为让彭宇一方及社会大众有所质疑。侦查机关未对证据妥善保管不仅影响了对犯罪嫌疑人的定罪量刑，还使得社会上的众人也开始质疑法律的权威。

证据是帮助法官辨明是非、查清案件事实、作出公正裁决的重要依据，根据《刑事诉讼法》第一百六十八条[6]的规定可知，人民检察院能否提起公诉的依据之一就是由证据是否确实、充分。因此，若是由于证据保管不当而导致证据缺失，则人民检察院就无法提起公诉，无法使犯罪分子得到惩罚了。诉讼的结果也是由证据所决定，法官审理案件是证据结合法律而得出审理结果，不恰当的实物证据保管会导致原有的证据失去其证据价值，甚至于被篡改或者毁损，致使真正的犯罪分子逍遥法外，得不到法律的惩罚，更加严重的是或许会混肴视听，导致法官错判。

对证据保管不当而导致被告人蒙冤，并使得被告人及其亲属在翻案时异常艰难的后果在陈满案和呼格吉勒图案中有所体现，这两起案例的相同点是：原本保存证据的部门将证据丢失，以致于被告人没能得到公正的审判而蒙冤在牢中浪费了几十年的大好光阴。

---

1 参见何家弘主编：《迟到的正义——影响中国司法的十大冤案》，中国法制出版社 2014 版，第 114 页。

2 参见《法制日报》，2001 年 3 月 31 日第一版。

3 参见杨庆恩主编：《DNA 在法庭科学中的运用》，北京：中国人民公安大学出版社。

4 参见“湘潭裸死女教师黄静案续：主要证据被莫名销毁”，引自 http://news.sohu.com/2004/04/22/32/news219913260.shtml。

5参见 郑冉，《论证明过程中的设证推理——以南京彭宇案为例》，《证据科学》2014 年 01 期。

6 2012《刑事诉讼法》第一六十八条第一项：“犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认定是否正确”。

三、完善我国刑事实物证据保管制度的现实意义

（一）规范刑事实物证据保管人员的行为，保障刑事实物证据的完整性

从我国目前的实物证据保管制度来看，零散的规定给了侦查人员太大的“自由裁量权”，在实际的证据保管的操作过程中，侦查人员没有一部完备的、系统的指导性规范，就容易使得刑事实物证据在整个保管过程中的某个环节发生改变、遗失或是被盗，因此，完善刑事实物证据保管制度有助于规范有关证据保管人员的行为。

在司法实践中，对证据来说，它最大的作用就是用于证明案件事实情况，而想要使用一项证据来证明案件，就要求该证据原件具有关联性，并且还要求该证据的真实性——该出示的证据就是出自于案发现场的或者是从犯罪嫌疑人处获取的证据是同一个证据，即是该证据的性状和性质都没有发生改变。因此，要证明某一证据的有效性就要能够证明该证据的真实性和关联性。完善实物证据保管制度，可以在诉讼中及时有效地证明证据的关联性和真实性，使得证据在诉讼中发挥它的效力，帮助司法人员查清案件事实。

（二）保障诉讼效率，节约司法资源

陈满案和呼格吉勒图案是两起引起广泛关注的案件，揭示了健全的实物证据保管制度对于当事人及其家属申诉翻案的重要性。如果当时的证据保管人员能够完善地保存证据，就可以避免在申诉翻案过程中遇到困难，并防止当事人冤狱多年的悲剧发生。此外，健全的实物证据保管制度还能够节约承办这些案件机关的人力和财力资源。

在诉讼过程中，与案件实物证据接触的人员可能需要在法庭上作证。然而，每个案件通常涉及不同机关和专业领域的人员，要求所有人都出庭作证可能会对诉讼效率产生负面影响。相对而言，健全的实物证据保管制度通过各个环节的证据保管人员严格按照规定进行保管，并将证据的每个细节完整记录在案。这样，对于一些明确、无疑点的证据，在法庭上的诉讼参与人员就无需再次出庭作证，从而提高了诉讼效率，并避免对司法资源造成不必要的浪费。

四、完善我国刑事实物证据保管制度的建议

（一）制定专门的刑事实物证据保管的法律规范

在我国的法律规范中，关于实物证据保管的法律规定尚不完备这导致证据保管人员在实施证据保管时具有较大的操作空间，证据保管的质量往往依赖于保管人员的职业素养和主观意愿。

因此，制定一部完备、系统的实物证据保管制度对于我国司法实践中的证据保管人员至关重要。这样的制度规定将为保管人员提供具体的操作指引，确保证据保管工作符合规范和标准。通过明确的规定，保管人员能够依法履行职责，保证证据的安全和完整性。因此，有必要对现有的证据保管规定进行整合和完善，确保规定具有可操作性和可执行性，为证据保管人员提供法律依据和操作指南。这样的制度将有助于提升证据保管的专业水平，并保障司法实践的公正性和效率。

在制定针对实物证据保管的规定时，应当全面考虑证据保管流程的各个阶段。这包括从侦查人员在案发现场发现并提取证据的具体操作步骤开始，一直延伸至审判结束后判决执行完毕的整个过程。在此期间，应当对涉及证据保管人员及其具体操作行为、保管场所、保管设备、证据移送时的记录，以及案后证据的处置等问题进行明确并具体地规定。

（二）建立具体的刑事实物证据保管的操作规范

有关刑事实物证据保管在实际操作中各个方面的建议，将结合上文所提到的刑事实物证据保管相关条文以及中国人民公安大学法学院院长李玉华教授负责的课题“公安机关侦查人员合法取证指引”中关于设立统一的物证、书证保管中心的相关观点加以论述。

1.证据收集阶段

本阶段包括了证据采集与包装，在证据被侦查人员发现后，侦查人员首先应当保护现场，其次才是安排人员对现场遗留的可能与案件有关的物品以及痕迹等提取。不论是证据的采集还是包装，都应该严格按照该实物证据的特性来提取，避免证据被损坏或者被污染 。在此阶段对证物的保管就应该做到《公安机关刑事案件现场勘验检查规则》中第十条、五十二条、五十七条所提到的“早发现，早维护；分别提取，分开包装，统一编号；记录完整”。

（1）证据采集。依据《公安机关刑事案件现场勘验检查规则》第十条的规定，警方在接到报

案或者是发现犯罪后，应当尽早地到达犯罪现场，以免最先到达现场的其他人员无意或是有意地损毁、更改甚至是盗窃证据，因此负责勘察现场、收集证据的工作人员应早早地到达现场，保护现场证据不受破坏。并且侦查人员还应当具备较高的专业素养，在案发现场不仅要善于发现证据，而且在提取证据时也要运用专业手段，参照《规则》的第五十二条，提取时要适用清洁干净的工具，侦查人员也须穿上防护服，带上手套、脚套、戴上口罩，一定要保证证据是在不会被破坏或是被污染的情况下提取，只有这样，才能在最大程度上保证证据的状态与原始状态一致。在该《规则》的第五十七条的表述中，在证据被安全地提取后侦查人员还应做好相关记录，且应尽量保证记录的全面性，为了能够区分证据，侦查人员在发现和采集证据是应由专门的人员立即为证据进行编号和设置标签。[1]为以后能够更有效地证明所提取的证据的来源，不仅要在记录本上写明证据的名称、编号、数量、特征、来源并由现场的侦查人员、见证人或者是该证物的持有人签字或者盖章，侦查人员还应对证据的提取过程进行拍照，最好是进行录像。

（2）证据包装。侦查人员在包装证据时应做到“一物一包装”的原则，同一案件的证据要分开包装，不同案件的证据更是不能放在同一个包装里。安全、独立的包装是避免证据之间相互污染的一个有效的手段，对于如血液、尿液、毛发或是化学物质一类的特殊证据，应当分开包装，而包装的方式是用于防范证据不会再存储中发生变质并因此导致意图从证据中获得的证据流失。[2]包装的容器也要根据证据的特性来选择，固体证据与液体证据使用的容器不同，具有腐蚀性的物质使用的容器与一般的证据所用的容器也不同，还有易挥发的，等等。

进行包装后包装容器的封存也是不容忽视的，这是能够证明证据在移送和存储期间容器中封存的证据是否被人打开，证据是否被破坏、调换或是污染的最好的证明。

2.证据保存阶段

不同的证据适用的存储环境不同，因此，负责保管证据人员应当根据证据所适用的条件对证据分类保存。比如，血液、尸体一类容易腐败、变质的生物类证据，就要将它们放置于低温且湿度较低的场所，而且与这一类证据接触时的物品也要是干燥的；而像痕迹一类的证据，收集时不能破坏它原有的物理性状；录音录像一类的证据，则需将其放在干燥无尘并且没有磁场干扰的地方即可。

3.证据运输阶段

证据的运输存在于证据保管的每一个阶段：从案发现场送到侦查部门、将证据送去鉴定、移送检察院起诉、移交法院，与保存阶段的要求差不多，证据的运输要求也因证据的形态、性质不同而不同。对易碎物品的运输要轻拿轻放而且采取防震措施，对易撒的液体类证据要正确放置，对于纸质的证据，在运输是就要注意好防水防潮防蛀；而对于比较大型或是因对环境有要求的证据，如尸体，则可以不必运输。

4.证据管理阶段

在这一阶段的管理主要是针对上述的证据采集、包装、运输等阶段中的记录问题，笔者认为证据的管理自侦查人员提取到证据开始至案后证据的处置止。

“在食品安全领域，需要强调从农场到餐桌的管理体系；在诉讼证明领域，则需要强调由现场到法庭的证明体系”。[3]关于证据的信息的记录，主要包括记录发现和提取证据的人员信息，证据入库时交接双方的人员信息，确保责任明确，所有在保管过程中与证据有接触的人员，包括他们的姓名、职位和接触证据的具体时间，证据被接触的具体地点，在每个环节中，记录证据的状态，如完整性、是否有损坏或变化等，这些都是需要尽可能地全面地记录的，一份完整的记录不仅能在诉讼时证明证据的真实性和同一性，而且在发现差错时也能在相应的环节找到相关的信息查漏补缺并以此确定相关人员的责任。

对于法院判决结案后证据，并非是“报废”了的，笔者认为一个案子即使在审判时你认为事实有多么地清楚，证据有多么地充分，但只要是人难免犯错，因此，没有人敢保证他办理的案件是百分

1杜国栋：《论证据的完整性》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 192 页。

2杜国栋：《论证据的完整性》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 195 页。

3 刘静坤：《证据动态变化与侦查阶段证据保管机制之构建》，《山东警察学院学报》，2012 年第 2 期。

之百正确的，所以，为了保证司法的公正，为了保证当事人的权益，在结案后案件的证据仍然继续保存是很有必要的。继续保存已结案的证据，有利于当事人在翻案时能够以现有的证据为参考，找到现有证据存在的瑕疵，能够有针对性地找到能够证明自己的主张的证据。

有关证据保管的期限，从笔者查找的相关文献来看，对证据保管的期限可分为三种情况：第一，将卷宗材料与相关证据共同保管，期限则是与卷宗保管的期限相同，[1]即定为永久、长期为 60 年、短期为 30 年三种；第二，对于判决已经生效的案件至少应继续保管 15 年，重大命案的证据则应当永久保存；第三，参照《公安机关物证鉴定规则》第五十二条所说的对鉴定材料保管期限的规定，可分为永久保管和 30 年两种。对于保管期限的上述三种情况，笔者个人认为第一种比较合适，从证据保存部门成本和效益的角度考虑，保存结案后的证据的期限可以参照卷宗保管期限，将保管证据的截止时间与卷宗保管的截止时间定为相同时间，这样既保护了当事人的权益，也不损害保管部门的利益。

五、结语

在刑事实物证据的保管过程中，应当特别注重确保证据的原始性不受干扰，避免发生任何形式的篡改、遗失或盗窃等情况。为此，在整个刑事实物证据保管的各个环节都必须有严格的记录，构建起完整的“证据保管链”。这一链条应当清晰记录负责保管实物证据的人员自证据发现开始至提交法院审理结束甚至一段时间后的所有活动，包括证据的收集、转移、存放、使用和处理等环节。这些详细记录有助于保管人员准确了解证据的流向以及与证据接触的相关人员，一旦发现证据发生任何改变、丢失或被盗等情况，能够迅速确定发生在哪个环节，并及时采取相应措施并确认责任人员。为确保保管人员有明确的法律依据、维护当事人权益和司法公正，国家可制定相关的证据保管制度，加强保管人员的法律意识，提升证据保管意识，规范保管人员行为，从而减少因不当证据保管而导致冤案的发生。

1 郭淼：《我国证据保管链制度的构建及其意义》，《法制与社会》2017 年 5 月上，第 41 页。

刑民交叉案件中的证据审查与适用——以检察刑事办案为视角

赵文胜 张译文[*]

摘 要：随着我国社会经济快速发展,刑民交叉案件在司法实践中日益凸显，这类案件的处理逐渐成为司法领域的难点之一。本文认为，从检察刑事办案实践的角度，有些案件刑民交叉审查难点并非法条的适用与理解，而是在于证据的审查与适用。司法办案人员在案件审查时，要从证据审查的角度，厘清案件法律关系，查清行为人主观故意，固定案件情节，注重证据的综合运用和多角度分析，严格把握证据标准来准确认定民事纠纷还是刑事犯罪。

关键词：刑民交叉 证据审查 主观故意

刑民交叉案件是指由同一行为引发的民事和刑事法律关系相互交织的案件。此类案件由于刑事法律关系和民事法律关系错综复杂等而颇具挑战性，如果不能准确判断案件性质，就会发生罪与非罪的错误判断。[1]依法妥善处理好刑民交叉案件,厘清刑事犯罪与民事行为的界限,对于准确打击犯罪、保护无罪的人不受刑事追究，维护诉讼参与人合法权益，同时对于民事主体规范自己的行为，把握行为边界，避免违法犯罪都具有重要意义。

一、关于刑民交叉案件的定义和范围

在法学研究中，对研究对象进行精准的定义与类型划分，往往是深入探究某一法律问题的先决条件和基础性工作。“刑民交叉”案件的高度复杂性和多样性给司法实践带来了诸多挑战。因此，学术界和实务界均致力于对“刑民交叉”案件进行准确而详尽的定义与分类，期望通过抽象归纳和整理，将这类复杂的案件简单化，从而根据不同类型案件的特点和规律，为每个类别下的“刑民交叉”案件提供一套清晰、有条理的处理范式，以指导司法实践中的案件处理。

当前，学界还未对“刑民交叉”这一术语有统一的定义。例如杨兴培教授认为，刑民交叉案件是指特定事实要素的紧密关联导致了刑事法律关系与民事法律关系在案件中的交织与重叠的情形。[2]陈兴良教授认为，该定义以法律关系为视角，主要从诉讼法角度进行定义，而从实体法的角度，刑民交叉案件是指刑事犯罪与民事不法相竞合的案件。[3]毛立新教授认为，法律关系竞合只是表象，其本质是刑民法律事实的竞合或牵连。[4]而对于分类，也有不同的二分说、三分说、四分说等，未有统一意见。

笔者认为，从诉讼程序的角度考虑，对“刑民交叉”案件进行合理的定义与分类是可行的。通过明确案件类型，可以针对性地设计相应的诉讼程序来提升司法效率，从而推动整个诉讼体系的优化。但是从实体法角度考虑，这一概念在学术和实践中的使用呈现出多样性。例如李蓉教授在分类中认为，有一类刑民交叉案件是指由于司法机关认识歧义而导致的非实质性交叉的刑民交叉案件。[5]这其实也是大多数令人感到“难办、棘手”的刑民交叉案件所具有的特点。因此，我们必须认识到，由于“刑民交叉”案件本身的复杂性和多样性，很难有一个统一的定义能够完全囊括不同司法实践人员所认为的“刑民交叉”案件。

综上，本文不对“刑民交叉”案件整体进行定义或分类，只规定本文中的特定使用语境。具体而言，本文所指的“刑民交叉”案件，主要聚焦于那些事实认定及法律责任认定存在争议的案件，即某一行为究竟应当作为犯罪处理，还是应当被认定为民事违法行为而承担民事责任，难以明确的案件类型。在这一内涵下，笔者期望能够更加精准地探讨这类案件在司法实务中所面临的问题，并为解决这些问题提供有针对性的分析和建议，为司法实践提供有益的参考和指导，从而推动相关案件的公正、高效处理。

---

[*] 赵文胜，北京市东城区人民检察院副检察长；张译文，北京市西城区人民检察院检察官助理。

[1] 陈兴良：《民事欺诈和刑事欺诈的界分》，载《法治现代化研究》2019 年第 5 期。

[2] 参见杨兴培：《刑民交叉案件的类型分析和破解方法》，载《东方法学》2014 年第 4 期。

[3] 参见陈兴良：《刑民交叉案件的刑法适用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 2 期。

[4] 参见毛立新：《刑民交叉案件的概念、类型及处理原则》，载《北京人民警察学院学报》2010 年第 5 期。

[5] 参见李蓉：《民刑交叉案件中管辖权异议制度探析》，载《政治与法律》2010 年第 6 期。

二、刑民交叉问题理论研究

（一）刑法与民法价值构造上的差异

刑法和民法是我国法律体系中两大重要的部门法，具有不同的法律功能和，在价值取向上存在差异。具体来说，刑法是社会本位的公法，重在维护社会秩序和保护公共安全，强调的是惩罚思维，其价值构造体现在对犯罪行为的预防、惩罚和教育上[1]。而民法是个人本位的私法，聚焦于调整平等主体之间的财产关系和人身关系，强调的是补偿思维，其价值构造体现在保障个人权利不受损害，实现个体间公平正义[2]。

刑法和民法的差异在立法上也有体现。刑法的价值构造强调的是对社会秩序的维护，它通过刑罚威慑起到犯罪预防的效果。因此，刑法强调罪行法定原则，要求立法工作者在制定刑法规范时，要尽可能地制定出清晰、明确的法律规范，让人们有稳定的预期，以发挥刑法的教育和预防功能。相比之下，民法的价值构造则更注重于个体权利的实现和平等原则的体现。因此，民法立法的立法更具开放性，注重平等、自愿等原则，在处理民事纠纷时也不必须有明确的民法规定，可以依照民法的基本原则进行处理。

在司法实践中，刑法与民法的价值构造差异也导致了不同的法律适用原则。民法的适用原则主要包括平等原则、自愿原则、诚实信用原则等，这些原则增加了民法体系的弹性，赋予了民法体系以开放性。相比之下，刑法的适用原则主要包括罪刑法定原则等，这显示出刑罚体系的封闭性，这种封闭性正是现代刑法所追求的重要价值。[3]即刑法强调的是法律的确定性和权威性，而民法则更注重法律的灵活性和适应性，以适应不断变化的社会关系。[4]

实体性刑民交叉案件往往案情错综复杂，司法办案人员不可避免地面临着人权保障与打击犯罪的双重考量，甚至可能包含信访、舆论等法外因素的干扰。这就要求司法办案人员不在处理案件时，必须深入理解和把握刑法与民法的适用原则，既要考虑到刑法的严厉性和对犯罪的惩罚作用，也要兼顾民法的人文关怀和对民事主体权益的保护，在确保法律的公正性和合理性要求的同时，充分考虑到案件的实际情况和法律的发展趋势，以实现法律的最佳效果。

（二）刑民关系的检视

在深入研究刑民关系的理论框架中，刑法与民法的相互作用也是法学界关注的重要议题。目前，刑民关系的主要学说包括从属性说、相对从属性说、相对独立性说与独立性说。上述四种学说对以下关键问题作出了不同回答：民法上合法的行为，刑法上是否也合法？民法不予保护的权利受到侵犯，刑法是否可以保护？民法上具有违法性的行为，刑法上是否可以认定为合法？

1.从属性说

从属性说认为其他部门法对于刑法具有前置性，刑法作为其他部门法的保障法，需要以前置法的规范作为定罪的重要参考。[5]即刑法不是首选的社会控制手段，而是在其他法律手段（如民法）不能有效保护法益时才介入的最后手段。从属性说的法理基础在于严格的违法一元论，认为民法上的合法行为不能被认为是犯罪行为，民法上的违法行为也不能在刑法上被认为是合法的,[6]民法上不予保护的权利刑法上也不予保护。但这一理论忽视了刑法与民法在价值取向和功能上的差异，在实际中应用较少。

2.相对从属性说

相对从属性说对从属说进行了改良，其法理基础在于缓和的违法一元论。缓和的违法一元论一方面主张应该在整体法秩序视野下对问题进行考量，认为民法上的合法行为在刑法上也合法，民法

---

[1] 参见朱清雨：《刑法与民法、行政法的关系》，载《人民法院报》2021 年第 2 期。

[2] 参见姚万勤：《新时代民法典与刑法的协调与衔接》，载《检察日报》2020 年第 6 期。

[3] 参见劳东燕：《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》，载《政法论坛》2012 年第 4 期。

[4] 参见翟新辉：《民法、刑法、行政法的划分原理》，载《我眼中的合同法》2017 年第 12 期。

[5] 参见陈兴良：《民法对刑法的影响与刑法对民法的回应》，载《法商研究》2021 年第 2 期。

[6] 转引自[日]木村龟二：《犯罪论的新构造》，有斐阁 1966 年版，第 221 页。

上不予保护的利益受到侵犯不具有刑事违法性。另一方面，也认为不同法域有不同的目的，所要求的违法性程度也各不相同。[1]据此，民法上禁止的行为不一定具有刑事违法性。刑法上的违法性是“质”与“量”的统一，民法上的违法性属于一般违法性，刑事违法性不仅要求具有一般违法性，同时还必须达到“量”的要求，具有可罚的违法性。[2]

3.相对独立性说

相对独立性说的法理基础在于违法相对论。该理论对于法秩序统一性的理解更为宽松，认为民法、刑法等不同法域在法律目的、适用、效果上的要求不同，因此其所要求的违法性程度也不同，对于违法的统一性判断，只要在整体法秩序范围内不存在矛盾即可，而不需要绝对一致。[3]民法上合法的行为在刑法上也可能犯罪，民法上违法的行为刑法上不一定违法，民法上不予保护的利益受到侵犯，可能触犯刑法。

4.独立性说

独立性说的法理基础在于违法多元论，认为虽然整体法秩序内应尽量排除冲突，但刑法有自己的目的和使命，[4]民法、刑法等不同法域之间的违法性判断是“相对”的。[5]独立性说过于强调刑法的目的自主性，不符合我国当前立法和司法现状，已被学界彻底摒弃。[6]

5.上述学说在司法实践探中的适用

（1）黄静天价索赔案[7]。黄静以 20900 元的价格购买一台华硕笔记本电脑，后因电脑故障向华硕公司提出了 500 万美元的“天价”赔偿款，被警方以敲诈勒索罪刑拘。北京市海淀区人民检察院认为，黄静的行为系行使民法赋予其的合法权利的行为，属于过度维权，但不能认定为敲诈勒索罪。即民法上合法行为不应被认定为犯罪。

（2）帅英保险诈骗[8]。1998 年帅英欲为其母亲投保，保险条款的约定被投保人年龄应在 70 周岁以下且身体健康，但帅英投保时其母实际年龄已达 77 周岁。为顺利投保，帅英将其母亲户口档案年龄改为 54 岁，并找人代为体检。2003 年帅母去世，帅英获得 27 万元保险金。后该事情被人举报，公安机关以保险诈骗罪对帅英立案侦查。该案最终以帅英无罪结案，但对于该案，理论界看法各不相同。《保险法》第十六条规定了二年的除斥期间，支持无罪说的学者以严格的违法一元论为基础，认为民法作为刑法的前置法，民法上的已经承认合同的成立，可以阻却保险诈骗罪的成立。[9]支持有罪说的学者一部分以“违法相对论”为理论基础，认为民法与刑法在违法性上相互独立，该案完全符合保险诈骗罪的构成要件，民事上不具备违法性不影响刑事犯罪的成立。[10]另一部分学者以“缓和的违法一元论”为基础，该观点承认民法上的合法性应当阻却犯罪的成立，但该合法性必须是实质上的合法性，不包括形式上合法有效的民事行为。民事上关于时效、程序的规定不影响民事违法性在实质上的判断，更不能影响刑事违法性的判断。帅英骗保案中，除斥期间的规定只涉及合同生效问题，其骗保行为依旧具有实质上的民事违法性，进而可以认定为保险诈骗罪。[11]对于这个问题，笔者认同相对从属性说的观点，承认民法对于刑法的前置性，违法性应当在整体法秩序下统一。

---

[1] 转引自[日]佐伯千仞:《刑法における違法性の理論》，有斐阁 1974 年版，第 391 页。

[2] 参见王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，载《中外法学》2015 年第 1 期。

[3] 转引自[日]平野龙一:《刑法総論 II》，有斐阁 1975 年版，第 218 页。

[4] 转引自 Vgl. Bruns. Die Befreung des Strafrechts von ZivilistischenDenken,1938,p.45.

[5] 转引自[日]前田雅英:《“法秩序の統一性と違法の相対性”》，研修 1982 年版，第 559 页。

[6] 参见于改之:《法域冲突的排除: 立场、规则与适用》，载《社会科学文摘》2018 年第 9 期。

[7] 参见佚名:《因索赔 500 万美金被关押 10 个月“勒索华硕案”女生将获国家赔偿》，载《北京晨报》2008 年 10 月 27 日第 5 版。

[8] 参见何海宁:《“难倒法官的骗保案”》，载《南方周末》2005 年 4 月 14 日第 1 版。

[9] 参见张建,肖晚祥:《刑民交叉案件中的关系分析及处理原则》，载《法治论丛（上海政法学院学报）》2009 年第 2 期。

[10] 参见吕海燕:《保险诈骗罪司法认定疑难问题研究》，山东大学 2023 年博士学位论文。

[11] 参见于改之:《法域冲突的排除: 立场、规则与适用》，载《中国法学》2018 年第 4 期。

综上所述，通过对刑法的独立性与从属性的讨论，我们可以更清晰地理解刑民关系的复杂性和法律实践中的平衡艺术。在处理刑民交叉案件时，法律实践者需要综合考量刑法和民法的原则与功能，注意两者在法律思维上的差异，以保障法律的公正与合理性，维护法律体系的协调和社会公共利益。

（三）处理刑民交叉案件的遵循原则

1.法秩序统一性原则

无论民法还是刑法，都不是单独发挥作用的，而是需要与其他社会规范相互协调、共同运作。法秩序统一性原理的核心在于确保法律秩序的内部一致性和协调性，特别是在处理涉及多个法律领域的情形时，确保不会因为法律规范的应用而出现相互矛盾或冲突的判断。[1][2]这一概念强调，法律体系中的不同部门法对于同一个行为的判断应当持一致态度。它要求刑法、民法和行政法等不同法律部门之间相互协调、相互补充，避免各法域之间法律效力的相互抵消，以维护法律的整体性和公信力。同时，它也保证了法律体系的稳定性和公正性，是法律体系内部有机统一的关键。需要注意的是，正如上文所讨论的，法秩序统一性是指整体法律体系的内在有机有一，最终实现的是法律价值和公理上的一致[3]，而非单个法条间生硬的一致。

为了确保法秩序统一性的实现，必须在不同法律部门之间建立有效的沟通和协调机制，包括法律条文的修订、法条的解释以及不断的法律实践，以适应社会发展的新需求。[4]在这一原则的指导下，法律体系才能更好地服务于社会，实现其维护秩序、保护权利和促进公正的目标。

在处理刑民交叉案件时，应当遵循法秩序统一性原理。在判断罪有罪无时，应当考虑该行为在民法中的合法性或行政法中的违法行，这些规定可能为刑法的适用提供法律基础。这种交叉和融合也要求司法实践人员在处理案件时，不仅要深入理解不同领域的法律规定，还要能够识别和处理不同法律规范之间的潜在关联。在关注法律规范性的同时，兼顾法律的人文关怀，确保法律的公正与合理，最终实现法律的普遍适用性和权威性，维护法律体系的和谐。

2.谦抑性原则

谦抑性原则是刑法学中一个重要的概念，它在强调刑法在法律体系中的重要性的同时，也明确了刑法应该保持适度的克制，认为在其他法律手段无法有效解决问题时，才应当动用刑法手段。这一原则具体表现在刑法的补充性和最后手段性上。谦抑性原则通过要求刑法对其他法律手段保持一定的克制，避免对公民自由的过度限制，以保护个人权利不受不必要的侵犯。[5]

以往观点认为，谦抑性原则作为基本原则仅适用于形式立法活动，不能直接应用于刑事司法过程。但谦抑性原则除了在立法层面要求刑法的制定和修改要谨慎，还在司法实践中要求法官在裁判时充分考虑刑法的适用条件，以确保刑罚的正当性和必要性。[6]通过这种方式，谦抑性原则可以有效维护法律体系的和谐，确保法律适用的合理性和公正性。[7]

谦抑性原则在处理刑民交叉案件中显得尤为重要。刑法与民法之间的规范冲突，其内核实际为刑民关系间的协调问题。[8]在这一背景下，通过合理、适当地运用刑法谦抑性原则，司法实践人员能

---

[1] 参见陈禹橦：《法秩序统一性原理下的刑事违法性判断研究》，中国社会科学院大学 2023 年硕士学位论文。

[2] 参见王骏：《违法性判断必须一元吗——以刑民实体关系为视角》，《法学家》2013 年第 5 期。转引自[日]松宫孝明：《刑法総論講義》，成文堂 2009 年版，第 107 页。

[3] 参见王骏：《违法性判断必须一元吗——以刑民实体关系为视角》，载《法学家》2013 年第 5 期。北京大学法学院车浩教授以“法秩序统一与刑民关系”为题作主旨演讲。

[4] 参见翟新辉：《民法、刑法、行政法的划分原理》，载《我眼中的合同法》2017 年第 12 期。

[5] 参见周光权：《法秩序统一性原理的实践展开》，载《法治社会》2021 年第 4 期。

[6] 参见房慧颖：《刑法谦抑性原则的价值定位与规范化构造——以刑民关系为切入点》，载《学术月刊》2022 年第 7 期。

[7] 参见马春晓：《法秩序统一视域下的刑事违法性判断研究》，载《华东政法大学学报》2022 年第 1 期。

[8] 参见房慧颖：《刑法谦抑性原则的价值定位与规范化构造——以刑民关系为切入点》，载《学术月刊》2022 年第 7 期。

够更有效地解决刑民规范间的冲突，实现法律之间的良性互动与互补，从而维护社会秩序的稳定与公正。具体来说，谦抑性原则要求司法实践人员在处理刑民交叉案件时，尊重刑法的补充性特点，首先应当考虑通过民事或行政手段是否能解决这一问题，只有在这些手段无法达到预期效果时，才考虑刑法的介入。[1]这种处理方式不仅可以确保刑法的适用符合谦抑性原则，还可以维护法律体系的完整性，避免在处理刑民交叉案件时出现法律适用冲突的情况。

在实际案例中，谦抑性原则的应用有助于解决法律适用中的难题。蒋某作为 A 公司法定代表人，与 B 公司签订合作协议，2014 年，约定双方在 A 公司所属地块上合作建楼，由 B 公司出资 1 亿元，A 公司不得将该笔资金挪作他用。合同生效后，B 公司向 A 公司转款 4000 万元，但 A 公司擅自将转款用于偿还公司债务，而非约定的合作项目。后 A 公司法定代表人蒋某失去联系，公司财务资料因被欠薪员工拿走抵债而遗失。2015 年 3 月，B 公司提起民事诉讼，请求 A 公司返还合同款项、蒋某承担连带责任。同年 6 月，B 公司以蒋某诈骗为由向公安机关报案。同年 8 月，A 公司民事诉讼胜诉。2016 年，蒋某被公安机关抓获，此时蒋某正在上海开发其他地产项目。至审查起诉时，蒋某已偿还 A 公司 2200 万元，且余款已达成还款协议。对于该案，公安机关认为蒋某签订合同时提供的材料造假，A 公司大量欠债，没有偿还能力，B 公司的款项被用于偿还其他债务，构成合同诈骗罪。检察机关审查后认为，A 公司没有专款专用的行为属于欺骗行为，但 A 公司仍在进行正常经营活动，名下固定资产价值较高，且已经就民事执行问题达成和解并开始履行，因此，一方面，该案认定非法占有目的证据不足。另一方面，处于谦抑性原则的考虑，本案能够通过民事途径完成救济，则不能轻易认定为刑事犯罪。检察机关最终做出不起诉决定。

鉴于借款类合同中，主要的义务为还款，资金的运用方式只是次要义务。因此，若仅仅是未遵循约定的资金用途，这应当属于违约行为或民事欺诈的范畴，本质上仍属于民事领域的议题。[2]市场经济中的民事、商事纠纷，若民事诉讼能提供救济，则应通过民事诉讼解决，而非轻易动用刑罚。当然，这并不意味着对犯罪的放纵。在符合犯罪构成要件的情况下，仍应依法论处，特别是在民事侵权与刑事犯罪竞合时，刑罚应作为保护法益的必要手段。

因此，在理解刑法谦抑性时，应平衡其审慎与必要的干预，确保刑法的正确适用，既维护社会秩序，又保障个人权益。通过这种方式，可以确保刑法的适用与其他法律手段相协调，在维护社会公共利益和个人权利方面实现平衡。

3.严格把握证据标准

在刑事诉讼的各个环节中，证据作为核心要素，贯穿于整个司法过程。证据的效力及其证明能力的强弱，直接关乎检察机关办案的成效，并对检察权的正确行使具有决定性影响。刑民交叉案件往往证据复杂，法律关系难以界定，检察人员一旦对证据的处理存在疏忽、轻视或漠视，均可能引发误判，导致错案的发生。

鉴于刑民交叉案件的复杂性，检察人员在刑事诉讼程序中必须对证据进行严谨细致的审查。这一审查过程应紧扣犯罪构成要件，严格遵循证据标准，细致入微地审核证据，审慎研究案件细节，以确保对刑事犯罪的准确认定。

检察人员在日常办案实践中，必须深入贯彻以证据为核心的原则，持续提升自主取证和证据运用的能力。这种证据思维应贯穿于证据的收集、固定、审查、运用及采信的每一环节，确保全面贯彻证据裁判原则，从而夯实案件事实基础，切实保障案件质量。

4.正确把握法律条文

检察机关肩负着维护法律正确统一实施,追诉犯罪和诉讼监督的法定职责，正确把握法律条文的基本规定对做好做优刑事检察业务至关重要。

一是要严格遵守罪刑法定原则。罪刑法定原则是刑法体系中基础且关键的原则。刑法的罪刑法定原则确保了法律的确定性和权威性，明确规定了仅有法律预先明文规定的行为才构成犯罪，确保

[1] 参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，载《中外法学》2015 年第 1 期。

[2] 参见周光权：《“刑民交叉”案件的判断逻辑》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 3 期。

了个人的法律安全和法律规则的预见性。[1]在处理涉及刑事与民事交叉的案件时，必须时刻铭记“法无明文规定不为罪”的立法初衷，这是准确理解法律条文、明晰刑事与民事界限的关键，以防止将民事不法行为错误纳入刑事犯罪的范畴。

二是法条的解释与适用应当契合立法原意。刑法的根本目的在于预防犯罪而非单纯的惩罚，因此，在运用刑法时必须审慎而克制。对于日常生活中常见的犯罪行为，我们更应遵循刑事立法的宗旨，审慎地加以适用。举例来说，对于那些社会危害性较小的行为，如意外高空抛物、故意高空抛物但情节轻微、过失高空抛物未造成伤亡等，都可以考虑作无罪处理。这种做法更符合刑法所倡导的价值理念及立法本意，有助于维护社会的公正与和谐。[2]此外，深入理解民法理论有助于刑民交叉案件的办理。检察机关应当将民法典的精神内涵、基本理念与价值追求融入刑事检察办案的全过程，以民事权利为界限，准确划定刑事检察权的行使范围，防止以刑事案件名义插手民事纠纷、经济纠纷，厘清刑民责任划分与承担，保障和实现当事人合法权益。

（四）总结

本章通过对刑法与民法在价值构造上的差异、刑民关系的检视、处理刑民交叉案件的遵循原则等方面的探讨，揭示了刑民交叉问题的复杂性和法律实践中的平衡艺术。

在法律体系中，刑法与民法各自承载着独特的法律价值和功能，两者在目的、功能、立法原则和司法实践中均表现出显著的差异性。在处理刑民交叉案件的原则上，法律实践应遵循法秩序的统一性与谦抑性原则。统一性原则要求法律体系内不同法律分支之间保持一致性和协调性，而谦抑性原则强调在可能的情况下优先考虑非刑事手段解决争议，避免过度依赖刑法介入，以免不必要地限制个人权利。实际办案中，全面贯彻证据裁判原则，正确把握法律条文，确保案件质量。

通过将刑法与民法的理论差异与案件处理原则分开讨论，可以提高论述的逻辑清晰度，确保对刑民交叉问题的深入理解和有效应对。可以看出，司法办案人员不仅深刻掌握各法律分支的特点和应用，还要能够在实践中灵活运用法律原则，以实现法律的公正与效率。

三、刑民交叉案件中的证据审查与司法实践

如何正确认定犯罪是刑事司法实践中的难点。在实际办理“刑民交叉”案件过程中，对于行为人的行为已经构成犯罪还是单纯的民事纠纷的争议和分歧也比较多。司法办案人员必须坚持证据裁判原则，以犯罪构成为立足点，以是否能够形成完善的证据锁链，来全面认定案件事实和证据。能够形成完整的证据链条，排除合理怀疑，就能够认定构成犯罪，否则，证据链条不完善，不能排除合理怀疑，就是案件存疑，按照刑法谦抑原则，就要将这类案件排除过滤出刑事诉讼的范围。

进入刑事诉讼环节的刑民交叉案件，很多时候不是绝对的刑事、民事的问题，而是证据问题，确实需要我们审慎审查，严格把握。根据近几年办案实际，办理“刑民交叉”案件应当重点审查以下要点。

（一）厘清案件民事关系

在解决刑民交叉案件中的证据审查问题时，首先需要明确案件中的民事关系，这涉及两个关键方面，一是判断特定行为是否属于民事法律行为，二是厘清案件当事人间的关系。

1.判断特定行为是否属于民事法律行为

民事法律行为要符合基本形式，即具有确定的当事人、明确意思表示和确定并且可能标的。但必须强调，具有民事法律行为的形式特征并不等同于实际具备民事法律行为的实质内容，因此需要依据证据情况对上述要素进行实质审查。例如，在“套路贷”案件中，通过签订借款合同等形式，“套路贷”都能穿上“合法外衣”，但调取资金流水等相关证据，就会发现嫌疑人只是通过虚假走账的行为制造出合法借贷的假象，随后便会以各种形式拿回资金，“借贷”金额并未真实给付被害人。这种行为实际上并不具备民事法律行为的实质内容，而是以民事法律关系来掩盖其犯罪行为，应当认定为犯罪。

相反，某些民间借贷行为看似具有“套路贷”的外表，但细致审查证据后发现认定“套路贷”证据

---

[1] 参见夏伟：《在程序与实体之间：财产犯罪中的刑民交叉问题研究》，东南大学 2020 年硕士学位论文。

[2] 参见马仁帝：《刑民交叉视野下高空抛物的刑民责任之认定与运用》，延边大学 2022 年硕士学位论文。

不足，则不能纳入刑法规制的范围。例如，某案中，嫌疑人 A 编造某高额回报的投资项目，被害人为了获取高额回报，通过 A 介绍的中介 B 认识放贷人 C，被害人以房屋为抵押，向 C 借款 200 万元，收到本金后向 A 转账 150 万用于投资，向 C 转账 50 万作为“砍头息”及 B 的中介费。后嫌疑人 A 未按期支付投资收益，致使被害人无法按期还款，故又通过中介 B 认识放贷人 D（D 与 C 为亲戚关系），被害人再次以房屋为抵押，向 D 借款 300 万元，其中 200 万用于偿还 C 的借款，60 万转账给 D 作为“砍头息”及 B 的中介费。后被害人无还款能力，中介 B 通过静坐等方式强制被害人搬家并以 400 万的价格将房屋出售，拿走全部房屋价款。该案件从表面上看，似乎符合“套路贷”故意垒高债务、制造违约，最终占有房屋的套路，但通过细致审查证据发现：第一，被害人实际取得了大部分资金。通过调取转账记录、被害人陈述等证据，被害人收到转账后立即转出是基于个人投资需要，存在真实的债权债务关系，而非嫌疑人虚构资金流水；第二，被害人对于借款金额、高额利息明知且自愿。被害人第一次借钱系为了投资，第二次借钱是为了偿还第一次借款，嫌疑人不存在虚增借贷金额的情况，对于两次高额“砍头息”被害人明知，根据《<关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见>的理解与适用》，民间借贷亦可以约定“砍头息”；第三，现有证据不能证明犯罪嫌疑人具有非法占有目的。嫌疑人放款时确实让被害人拿到了绝大部分的借款本金，双方自愿约定的高额利息，在不能实现债权的情况下，嫌疑人出售了被害人的房产，不能证实其主观上具有非法占有的目的；第四，嫌疑人 BCD 与嫌疑人 A 的意思联络证据不足。要认定嫌疑人 BCD 构成诈骗罪，需要证明嫌疑人 BCD 与真正制造高额利息骗局的上游犯罪行为存在共谋，但是目前并没有相关证据能够证实。此类案件可以通过民事诉讼程序恢复房屋所有权，而无需、也不应纳入刑事程序。综上，对于民事法律行为与犯罪交织模糊的案件，只有根据证据情况审慎认定案件事实，才能不枉不纵、正确处理。

2.厘清案件当事人间的关系

民事纠纷对刑事犯罪也存在一定阻断作用。判断案件是否存在民事纠纷、民事纠纷对刑事违法是否具有阻断作用，就需要厘清案件当事人之间的关系。尽管行为人可能采用了财产犯罪手段，但如果之前存在经济纠纷或其他特殊原因，即使行为人实际上使用刑法规定的某些财产犯罪手段获取了财物，也不宜认定为财产犯罪。例如，工人 A 与 B 公司签订合同，工人 A 承诺为 B 公司制作大门两侧石像，工人 A 按合同约定完成制作后，B 公司迟迟不履行付款义务，多次协商未果后工人 A 在夜间偷偷搬走 B 公司门口的两个石像，要求 B 公司支付合同约定的价款，B 公司报警。从犯罪构成上看，工人 A 实施了秘密窃取 B 公司财产的行为，但在非法占有目的方面，双方签订的合同能够证明 AB 双方存在经济纠纷，A 要求 B 公司履行合同的行为也能证明 A 没有非法占有目的，A 的行为不具有法益侵害性，因此，A 的行为虽然是“偷窃“行为，但应当由民事法律关系进行调整，不构成盗窃罪。“民事纠纷阻断刑事犯罪”这一观点在非法拘禁罪的规定上也有所体现。《刑法》第 238 条第 3 款规定，为索取债务而非法扣押、拘禁他人的，以非法拘禁罪论处。这也是典型的以非法手段实现合法目的例子，由于当事人双方具有经济纠纷，因此刑法并没有追究行为人侵犯财产的行为，只保护侵犯人身的行为。

此外，在涉及股权纠纷等复杂案件中，厘清当事人间的关系亦尤为重要。股份纠纷案件往往涉及多次多人股权转让、是否实际出资、代持股、实际控股、多层嵌套持股等复杂情况，厘清当事人往往成为案件定性的关键。例如，在某职务侵占案中，被害人 A 为嫌疑人所经营公司的员工，持有公司部分股份，被害人 A 举报嫌疑人 B 伪造 A 的签名，将 A 名下公司股份改变为他人所有，认为 B 涉嫌职务侵占。本案焦点之一，关于侵占股东股权是否构成职务侵占罪，在学术界和司法实践中一直存在争议。有罪判决认为，根据公司法的基本原理，股东出资后，财产与股东个人脱离，由公司对股东的财产享有独立支配权，因此，侵吞他人股权就是侵占公司财物。在侵害被侵占股权股东权益的同时，必然侵害公司的财产权益。但周光权教授认为，股权是股东对于公司所享有的财产权益的体现，侵占股权可能使股东丧失获取收益并参与公司重大决策、选择管理者等权利，但不等于公司财产权受损。[1]无论股东之间的股权如何进行转移，公司的出资总额、财产总量等“本单位财物”

[1] 参见周光权：《“刑民(行)关系与犯罪认定”之十三：擅自转移、变更股权不构成职务侵占罪》，载《法治日报》2021 年 7 月 21 日，第 9 版。

都不会减少，因此不宜将转移股权行为认定为职务侵占罪。本案焦点之二，嫌疑人 B 辩称被害人 A 所持股权为特定情况下为公司代持的股权，即股权本质上非被害人 A 所有。对于这一辩解，结合公司创始之初相关工作人员证人证言、被害人 A 不能提供出资证明、涉案公司系多层嵌套持股等证据情况，承办人认为无法排除该辩解的合理性。而认定犯罪应当看其实质，不能简单因为嫌疑人 B 伪造 A 的签名并转移其股权这一形式，而认定 A 构成刑事犯罪。在由此可见，厘清案件当事人关系，对于避免陷入由结果反推行为的结果归罪窠臼中非常关键。刑法应当保持其谦抑性，对于能够通过民事法律手段解决的争议，排除在刑法规制之外。

（二）查清犯罪嫌疑人主观故意

判断刑事犯罪与民事纠纷界限的关键点在于是否具有犯罪的主观故意。实施犯罪的行为人都不会主动承认自己有犯罪的主观故意，这就要求我们必须坚持证据裁判原则，妥善运用经验法则和办案思维，提升证据分析判断能力，有效运用间接证据完善证据逻辑，消除证据冲突，构建完整证据链条，最终形成内心确信。

一般来说，嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言等主观证据可以为我们提供调查取证思路，例如，对于真实发生、且对嫌疑人有利的事情，嫌疑人必然会主动提供相关客观证据证实，而对于不存在的事实，嫌疑人可能会出现前后供述不一致等问题。我们可以通过主观证据提供的线索补充完善客观证据，利用客观证据印证主观证据、案件当事人言词证据间相互印证，弥补缺少直接证据的证据锁链漏洞，从而排除合理怀疑，认定犯罪嫌疑人主观故意。

以诈骗罪的办理为例，诈骗类刑事案件与民事欺诈行为总是相互交织，成为刑事案件办理难点。二者学理上的差异其实较为明晰。同样是在主观认知上具有谋取不正当利益的故意，但民事欺诈是通过民事行为来获取这种不正当利益，例如一方当事人通过夸大或隐瞒事实诱使对方当事人签订合同，后通过合同的履行而实现合同的利益；而诈骗犯罪则具有非法占有为目的，行为人不打算付出任何对价或付出极少的对价，来获取对方财物，这种故意表现为一种直接故意。因此二者权利义务上的对称性不同，在民事欺诈中，其主体行为依然是通过履约获得利益，双方在权利义务上仍具有一定的对称性。而刑事诈骗中，行为人旨在直接取得对方的财物，双方在权利义务上不具有对称性。[1]在司法实务中，事实是定案的基础，之后才是实体法律适用，案件事实只能由证据还原，因此，要想准确区分刑法上的诈骗类犯罪和民事欺诈行为，最终还是要落脚在证据问题上。

例如王某合同诈骗案，嫌疑人王某与被害人李某某签订借款合同，并约定以某保税区 A 货运服务有限公司与 B 码头有限公司的入库合同协议书中的货物为抵押，向李某某借款 280 万元，用于购买运输车辆。王某收到借款后，未按照约定购买运输车辆。借款到期后，王某及其父母共归还 125 万元，余款未还。从欺骗行为上看，被告人借款用途与实际用途不符，且使用无法实现抵押债权的抵押物继续抵押，存在欺骗行为。但单从上述欺骗行为上无法区分民事欺诈还是诈骗罪，必须进一步论证行为人是否具有非法占有的目的。仅在有非法占有目的的情况下，才能认定为诈骗罪。[2]根据实践经验，认定非法占有目的应当遵循主观见之于客观，客观反应主观的原则。可以从以下几个方面对在案证据进行审查：第一，缔约前是否使用真实身份、有无履约能力、是否实施了虚构事实、隐瞒真相的客观行为等；第二，合同履行过程中有无履约的实际行动、履约态度如何等；第三，事后未履约的原因、对取得财物的处置方式、是否有隐匿、毁灭证据行为等。涉案资金的最终流向往往最能反应认为人的主观心理，办案人员需要仔细审查上述证据，综合考量，审慎判断行为人是否有非法占有的目的。

（三）固定案件情节

从违法行为到刑事犯罪往往是量变到质变的关系。例如侵财类案件，侵财行为侵犯了公民财产法益，如果数量较小，则不构成犯罪，以民法手段恢复物权秩序或者行政处罚即可。但如果达到了刑罚所规定的“数额较大”的界限，则需要动用刑法。这就使同一性质的行为从“量”的区分转变为“质”

---

[1] 参见陈曦：《民事欺诈与刑事诈骗的法理辨析与实务认定》，载《人民检察》2017 年第 10 期。

[2] 参见李云洁、贺鑫:《王喆合同诈骗案——民间借贷案件引发的诈骗案件中被告人主观非法占有目的的认定》，载《天津法院案例评论》2015 年第 4 期。陈兴良：《民事欺诈和刑事欺诈的界分》，载《法治现代化研究》2019 年第 5 期。

的区别。有学者指出，罪量要素是妥当地区分行政违法与刑事犯罪的重要方面之一。[1]罪量要素包括情节、犯罪金额、后果的严重程度、被害人数量、案件持续时间的长短等。因此判断民事上的不法是否达到了犯罪的程度，必须固定好有关犯罪数额及情节的相关证据。

以“超市盗”为例，在自助结账的经营模式下，有些消费者在使用自助结账机结账时，会故意通过漏扫、少扫、扫后删除商品等方式盗窃超市内商品，“超市盗”案件在一段时间内急剧增多。此类案件具有盗窃对象以食品日用品等低价值商品为主、单次盗窃金额低、盗窃次数多、盗窃地点相对固定等特点。多数情况下，“超市盗”的多次盗窃金额累计仍达不到单次盗窃在数额上的追诉标准，公安机关都是以“多次盗窃”向检察院移送审查起诉。然而，“超市盗”与其他类型的“多次盗窃”存在差别。从立法原意上看，将“多次盗窃”入罪是为了打击那些通过故意降低每次盗窃数额以规避法律制裁的“惯犯”。相比之下，“超市盗”的行为人更多是基于贪占便宜和侥幸心理进行盗窃，其主观恶性和社会危害性相对较低。在处理此类案件时，对案件情节证据的固定显得尤为重要。司法实践中应当全面收集犯罪嫌疑人的盗窃对象[2]、涉案次数、涉案金额、盗窃手段[3]、前科情况、认罪态度、退赔情况以及被害人谅解情况等证据，综合考量决定是否入罪处理、是否有必要提起公诉追究刑事责任。

四、结语

刑民交叉案件因其内在的复杂性和特殊性，一直是司法实践中的难点。实践中，刑民交叉案件主要集中在批捕阶段，经过批捕阶段的审查和过滤把关，基本上把不符合犯罪构成要件的案件以不批准逮捕的形式排除出刑事诉讼程序。在处理刑民交叉案件时，应当坚持以下几个核心原则：首先是法秩序统一性原则，避免出现不同部门法之间的混乱和冲突。其次是谦抑性原则，避免司法权力的过度干预和滥用。此外，证据裁判原则和正确把握法律，要求我们在认定犯罪事实时必须依据充分、确凿的证据，确保裁判的公正性和准确性。在实践层面，必须加强对刑民交叉案件证据审查的研究和实践，加强案例分析和经验总结，注重证据的综合运用和多角度分析，严格把握证据标准来准确认定刑事犯罪。

---

[1] 参见马春晓:《区分行政违法与犯罪的新视角:基于构成要件之质的区别说》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 1 期。

[2] 例如，多数“超市盗”以价格较低的食品、日用品为主，也有嫌疑人盗窃化妆品、白酒等价格较高的商品，反映出行为人不同的主观恶性。

[3] 例如有嫌疑人会将每个商品经过扫码区，但不积极追求每个商品都被机器成功扫描，“随缘”带走没有被扫到的商品；再如有嫌疑人会将高价商品的标签替换为低价标签，利用自助机无法核实标签与商品是否对应的漏洞，以低价带走高价物品；还有嫌疑人直接将部分商品藏入包中，未经扫码便直接带走。以上不同的作案方式反映了行为人不同的主观恶性。

论减刑假释案件的证明

黄群峰*

内容提要 减刑假释不仅关系到罪犯自身的利益，也深刻影响着刑事司法正义的实现。建立健全减刑假释案件证据规则体系有利于激励罪犯改造、实现刑罚目的。减刑假释案件的证明对象包括罪犯“确有悔改表现”“没有再犯罪的危险”等。减刑假释案件待证事实涉及的主观、抽象的要素较多，办理减刑假释案件，其证明方式应当有别于一般刑事案件。将待证事实为真的心证要求降低，使审判人员自由心证的程度应高于一般刑事案件，可以起到减轻证明责任负担的效果。减刑假释案件证据的审查判断从形式、主体、实质、程序角度予以展开。构建减刑假释案件证据规则体系，对于规范取证、贯彻证据裁判原则以及落实减刑假释案件实质化审理要求而言具有重要意义。

关键词 减刑假释 证明对象 证据标准 证明标准

一、问题的提出

减刑假释是激励罪犯积极改造，体现刑罚人道精神的重要制度。作为我国刑事诉讼法明确规定的刑罚变更执行方式，减刑假释属于刑事程序的末端环节。长期以来，在减刑假释案件中，刑罚执行机关负责减刑假释案件的提请和举证，审判机关负责案件审理裁判，检察机关对减刑假释全过程进行执法监督。表面上看，罪犯的减刑、假释是经由庭审程序作出的，但庭审过程中缺少证据审查、质证、法庭调查等必要环节，主要依靠翻阅执行机关报送的减刑假释提请材料，从本质上看是一种形式化的审理程序。[1]按照现代刑事司法理念，法庭审理案件必须遵循证据裁判原则，以证据为中心开展庭审活动。党的十八届四中全会亦明确提出要“全面贯彻证据裁判规则，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据”。2021 年 12 月，两高两部共同发布《关于加强减刑、假释案件实质化审理的意见》（法发〔2021〕31 号），提出对减刑假释案件进行实质化审理的基本要求。当前，虽然除“六类重点案件”[2]外，减刑假释案件仍然采取书面审理方式，但一个显著的变化是证据裁判原则在减刑假释案件中发挥的作用愈发凸显。减刑假释案件与一般刑事案件一样，都需要运用已收集或者形成的各类证据，认定与减刑假释活动有关的待证事实。在现有证据规则体系中，我国刑事诉讼法及相关司法解释对刑事证据的种类、收集方式以及审查判断等作了相对细致的规定，但这些规定主要适用于刑事侦查、刑事诉讼案件，而有关减刑假释案件的证据规则体系则一直处于缺位状态。

减刑假释不仅关系到罪犯自身的利益，也深刻影响着刑事司法正义的实现。近年来发生的孙小果、郭文思等违法违规减刑、假释案件，严重破坏了司法公信力，对司法权威带来的负面影响不亚于一般的刑事案件。因此，建立健全减刑假释案件证据规则体系对于激励罪犯改造、实现刑罚目的而言具有重要意义。从司法实践来看，减刑假释案件的办理流程与一般刑事案件差异很大，减刑假释案件中的证据材料在种类、内容、关联性等方面与一般刑事案件相比，存在着证据形式单一、关联松散、法定证据多、证据出示行政色彩浓厚等特点。[3]另外，由于刑事立法已经明确了减刑假释的法定条件，基于减刑假释案件待证事实的特殊性，其证明标准也与一般刑事案件有所区别。我们认为，探索建立与减刑假释案件相适应的证据规则体系，必须明确减刑假释案件的证明对象，厘清其证据标准，并构建与减刑假释案件相适应的证明标准，以解决减刑假释案件证据规则匮乏，证明过程难以展开的现状，为司法实践中减刑假释案件的实质化审理提供指引和依据。

二、减刑假释案件的证明对象

减刑假释案件证明过程的展开，首先需明确减刑假释案件要证明什么？亦即证明对象（或“待证

---

* 浙江警官职业学院刑事司法系刑事执行教研室主任，讲师。

[1] 参见刘天响：减刑、假释开庭审理形式化之检讨，载《中国刑事法杂志》2011 年第 11 期，第 70-71 页。

[2] 这六类减刑假释案件分别是：因罪犯有重大立功表现提请减刑；提请减刑的起始时间、间隔时间或者减刑幅度不符合一般规定；在社会上有重大影响或社会关注度高；公示期间收到投诉意见；检察院有异议的；法院认为有开庭审理必要的。

[3] 参见谬伟君等：《减刑、假释制度改革研究》，中国检察出版社 2017 年版，第 128 页。

事实”）是什么。证明对象，是证明主体进行证明活动所指向的对象[1]，是证明基本范畴中的前置性概念。在刑事诉讼活动中，证明对象是指公安司法机关、当事人等运用证据加以证明的案件事实和有关情况。具体来说，是证明与犯罪嫌疑人、被告人的定罪及量刑相关的案件事实，其核心主要包括犯罪构成要件事实、阻却违法性事实、阻却有责性事实、有关量刑情节的事实等实体法事实。[2]减刑假释在刑罚执行环节进行，刑罚执行是刑事程序的末端环节，相对于其前端的刑事诉讼程序而言，减刑假释案件的证明对象不是有关定罪与量刑的事实。我国刑法第七十八条和第八十一条分别规定了减刑和假释的条件。对于减刑案件而言，刑罚执行机关需要证明罪犯认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，或者有立功表现，或者有重大立功表现。而对于假释案件而言，刑罚执行机关除了应当证明罪犯确有悔改表现外，还须证明罪犯没有再犯罪的危险。可见，减刑假释案件证明对象的核心是罪犯确有悔改表现的事实、立功的事实、重大立功的事实以及评估其没有再犯罪的危险等实体性事实。此外，罪犯的自身条件、原犯罪情况以及财产性判项履行情况，也是影响减刑假释从宽从严尺度的因素，同样是待证事实的一部分。

司法实践中，由于“确有悔改表现”这一概念过于宽泛和抽象，2016 年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》（以下简称“《规定》”）将“确有悔改表现”细化为四项：认罪悔罪；遵守法律法规及监规，接受教育改造；积极参加思想、文化、职业技术教育；积极参加劳动，努力完成劳动任务。该解释意图通过考核和评价罪犯服刑期间的具体行为和表现，来证明罪犯是否“确有悔改表现”，具有一定的参照意义。反观假释的另一条件“没有再犯罪的危险”，由于刑事立法并没有提供“没有再犯罪的危险”的明确标准，究竟何为“没有再犯罪的危险”并如何对其进行证明，尽管学术界争论颇多，但至今并未形成共识，实践中往往以对罪犯的再犯危险综合评估进行考量。例如，近年来，浙江在人工智能辅助审判的思维导向下，编制了减刑假释的两个核心评价指数：确有悔改表现指数与再犯危险评估指数，初步构建起减刑假释评价模型[3]，但依然存在存在标准模糊不清、欠缺可操作性等问题。

可见，减刑假释案件待证事实涉及的主观、抽象的要素较多，难以和一般刑事案件中证明有无犯罪事实那样客观、具体。据此，为有效证明罪犯能否减刑或者假释，有必要检视减刑假释案件的证据标准与证明标准，并构建与一般刑事案件差异化的减刑假释案件证据标准与证明标准。

三、减刑假释案件的证据标准

在理论界，证据标准与证明标准的概念经历了从相互混用到逐渐分野的过程。上世纪 80 年代，证据标准往往与证明标准混为一谈。当时有学者认为，证据标准是“司法人员评断证据证明力时的依据”[4]，从这一概念可知，证据标准（或证明标准）指向的是司法人员对证据的证明力进行审查判断的依据或准则。进入 21 世纪，随着证据法理论探讨的深入，对两个概念的区分逐渐明晰。例如，有学者提出证据标准是“在刑事诉讼中运用证据作为定案依据时所应达到的要求或程度”[5]；也有学者认为证据标准“是以个罪的定罪量刑为证明对象，就证据的种类、形式乃至数量所提出的具体要求”[6]。这一变化说明刑事证据标准的概念从对证明力的评价转向了对证据能力的判断。

在刑事司法实践中，证据标准是法庭审判前收集、审查证据材料的要求，一般被认为是犯罪构成要件的证据种类和形式要求。[7]如 2005 年出台的《毒品犯罪案件公诉证据标准指导意见（试行）》中规定：“一般证据标准，包括证明犯罪的客体、客观方面、主体和主观方面的证据种类和形式”。近年来，在以审判为中心的诉讼制度改革背景下，证据标准成为实务部门在制定规范性法律文件时的

---

[1] 陈光中主编：《证据法学》，法律出版社 2019 年版，第 286 页。

[2] 参见《刑事诉讼法学》编写组编：《刑事诉讼法学》（第 4 版），高等教育出版社 2022 年版，第 166-167 页。

[3] 参见金华市中级人民法院课题组：《论减刑假释评价指数的建构》，载《浙江警察学院学报》2024 年第 4 期，第 64-77 页。

[4] 王国枢、袁红兵：《论证明标准与证据制度》，载《政法论坛》1988 年第 5 期，第 35 页。

[5] 李小平、张礼萍：《刑事诉讼中应当确立“证据标准”概念》，载《河南社会科学》2009 年第 2 期，第 87 页。

[6] 董坤：《证据标准：内涵重释与路径展望》，载《当代法学》2020 年第 1 期，第 111 页。

[7] 参见黄嶷嶷：《证据标准的理论阐述与实践思考》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2022 年第 1 期，第 112 页。

高频词汇。例如，2016 年，中央政法委提出要“把统一的证据标准镶嵌到数据化的程序之中”[1]。此后，贵州、上海两地司法机关试图借助科技手段开发“数据化的统一证据标准”，并成功研发出“案件证据数据化+标准化”系统、“206”系统等刑事案件辅助办案系统。这类辅助办案系统的实质就是以构建的统一的刑事案件证据标准作为推进以审判为中心的诉讼制度改革和开发办案系统的关键，是刑事证据标准这一理论概念在刑事司法实务中的具体运行机制。由此，同一类案件需要收集的证据范围及程序，形成统一的证据标准成为办案系统的一部分。考察与办案系统配套的证据标准，其内容主要包括对各类犯罪的证据种类、形式及合法性来源的规定。可见，司法实践中证据标准主要涉及对证据能力、证据性质、证据数量及完成形态的判断。

刑事案件发生后，在纷繁复杂的案件事实中，哪些案件事实属于待证事实，这些待证事实需要何种证据加以证明？这些萦绕其中的问题需要通过规范严谨的证据规则体系予以科学判断。在法庭审判过程中，不是所有的证据都可以成为刑事案件定案的依据。构建证据标准的意义就在于审判程序启动前，明确哪些证据符合案件证据的要求，并确保进入法庭审判时，案件证据合法有效并经得起审判人员的检验。综合理论界与实务界有关证据标准的定义，我们可以发现，当案件证据具备证据能力，满足案件待证事实对证据的最低要求且已形成完整的证据链条时，案件可以被允许进入法庭审判程序。这种标准即是证据标准。

与一般刑事案件不同的是，减刑假释案件的提请主要由刑罚执行机关负责。从我们调研的情况来看，刑罚执行机关在减刑假释案件的证据标准研究方面，相比于公安机关而言起步更晚。当前，在减刑假释案件实质化审理的背景下，以地方监狱管理局为代表的刑罚执行机关已经开始了“监狱综合执法办案体系”（以下简称“办案体系”）的建设，这种办案体系类似于刑事案件辅助办案系统，并取得了初步的成效。与刑事案件辅助办案系统一样，“办案体系”的建设依然以“统一的减刑假释案件证据标准”为关键条件。因此，有关减刑假释案件的证据标准的研究逐渐引起刑罚执行实务部门的关注。但是，由于理论准备不足，在“办案体系”建设过程中，减刑假释案件的证据标准构建无疑是一项前置性与挑战性兼具的工作。由于减刑假释案件的办理主要由刑罚执行机关、法律监督机关和审判机关相互配合、相互制约，“办案体系”的建设同样需要三部门共同参与。从一定程度上讲，“办案体系”的建成与运转，有助于三部门为构建减刑假释案件的证据标准达成共识，以改变当前减刑假释案件理念不统一、标准不统一，退案率和变更率较高等现实问题。

根据一般刑事案件证据标准概念，结合减刑假释案件办理程序，我们认为，在减刑假释案件中，减刑假释案件证据标准是依照减刑假释案件证明规则，对提请减刑假释案件事实（条件）进行论证所要求的证据总和；是刑罚执行机关提请减刑假释并建议人民法院对罪犯予以减刑、假释所应具备的符合证据规范的总体证据框架。减刑假释案件证据标准的功能在于明确案件证据要求，使案件能够进入审判阶段并经得起审判程序检验。据此，刑罚执行机关证明减刑假释案件的相关待证事实，其证据标准应当满足以下基本关键要素：

（一）证明“确有悔改表现”的证据标准

认定罪犯确有悔改表现从两个方面展开，一是实体方面符合《规定》所明确的四个条件。对在报请前不满十八周岁、且所犯罪行不属于刑法第八十一条第二款规定情形的罪犯，能认罪悔罪，遵守法律法规及监规，积极参加学习、劳动的，应视为确有悔改表现。对基本丧失劳动能力或者生活难以自理的罪犯，能够认真遵守法律法规及监规，接受教育改造，应视为确有悔改表现。主要证据应当包含：罪犯入监教育小结、入监评估材料、个人自传，罪犯考核月考评表、年度评审鉴定表、奖励审批表，罪犯获得的各类资格证书或奖励证书等。二是程序方面符合规定流程。刑罚执行机关各层级的合议、公示、告知程序符合法律法规规定，法律监督机关出具了明确的监督意见等。主要证据应当包含：监区合议记录、公示记录，监狱减刑假释审核表，检察机关监督意见书等。

（二）证明“有立功或重大立功表现”的证据标准

在减刑案件中，认定罪犯有立功或重大立功表现的证据应达到确实、充分的程度。根据刑法第七十八条和《规定》，立功表现包括：1.阻止他人实施犯罪活动；2.检举、揭发监狱内外犯罪活动，

[1] 王地：《善于运用科技创新成果，不断提升政法综治工作智能化水平》，载《检察日报》2016 年 9 月 23 日版，第 1 页。

或者提供重要的破案线索，经查证属实的；3.协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人的；4.在生产、科研中进行技术革新，成绩突出的；5.在抗御自然灾害或者排除重大事故中，表现积极的；6.对国家和社会有其他较大贡献的。其中，第 4、6 项中的技术革新或者其他较大贡献应当由罪犯在刑罚执行期间作为独立或者主要负责人完成，并经省级有关部门确认。“重大立功表现”包括：1.阻止他人实施重大犯罪活动的；2.检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；3.协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人的；4.有发明创造或者重大技术革新的；5.在日常生产、生活中舍己救人的；6.在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；7.对国家和社会有其他重大贡献的。其中，第 4、7 项中的发明创造、重大技术革新或者其他重大贡献应当是罪犯在刑罚执行期间作为独立或者主要负责人完成，并经国家有关部门确认。“有立功或重大立功表现”的证据材料内容能如实反映事实真相，形成完整的证据链条。

（三）证明“没有再犯罪的危险”证据标准

“没有再犯罪的危险”是对“未来的否定性事件”进行判断，在司法实践中，“没有再犯罪的危险”应合目的性解释为解释为“因为没有再犯罪的危险”以及“为了没有再犯罪的危险”[1]。认定罪犯没有再犯罪的危险应有“相对合理的根据”。采集的证据需要证明：1.罪犯符合刑法第八十一条规定的情形；2.犯罪的主观恶性不强，犯罪情节一般，社会影响一般；3.罪犯服刑期间各项量化考核数据符合规定；4.罪犯入监评估量表和中期评估量表数据显示社会危害性较低或处于一般风险，假释前评估量表结论符合规定；5.审前调查意见明确，罪犯假释后对所居住社区的负面影响较小；6.保证人情况符合规定，社区矫正条件较为成熟。

综上，减刑假释案件证据形成完整的证据链条，至少包含以下证据要素：1.罪犯主体身份确认材料；2.“确有悔改表现”证据材料；3.“立功、重大立功表现”证据材料；4.“没有再犯罪的危险”证据材料；5.罪犯从宽或从严情节材料；6.财产性判项的履行情况认定材料；7.刑罚执行机关各层级的合议记录；8.刑罚执行机关各层级的公示及公示结论；9.刑罚执行机关减刑假释建议书；10.法律监督机关监督意见书。

总之，减刑假释案件的证据标准是刑罚执行机关在审前阶段收集证据所要达到的要求，其目的是使相关证据材料符合进入减刑假释审理程序的条件。在获取、研判、固定和运用各种证据证明待证事实的环节中，刑罚执行机关应当严格以减刑假释案件证据标准为参照，遵循一定的步骤和方法，对案件证据的形式、质量、种类等证据要素做出细致的判断，以符合减刑假释案件证据所应具备的关联性、真实性、合法性要求。

四、减刑假释案件的证明标准

有关证明标准的概念，在理论界已基本形成共识，是指法律规定的，证明责任主体运用证据对待证事实加以证明所要达到的要求或程度。[2]在审前阶段依照证据标准收集有关案件证据后，对这些证据材料的证明力进行判断，考察证据材料是否足以印证待证事实，是否达至审判人员的内心确信程度，这一过程即诉讼意义上的证明。在纷繁复杂的刑事案件中，针对不同类型的案件建立相应的证明标准，诉讼意义上的证明工作就有了参照。这说明一般刑事案件证明标准的确立，有助于统一司法裁判尺度，提升法律的安定性与可预测性。

从证明标准的概念可以看出，证明标准是法官依据案件证据对案件事实进行法律评价的标准。从证明标准与证据标准之关系上来说，证明标准决定了证据标准的内容范围和程度要求。实践中，针对不同类型的案件事实，不同性质的证明责任，证明标准亦有所不同。例如，刑事程序中的立案、逮捕、侦查终结、提起公诉以及有罪判决过程均有其相应的证明标准。这表明证明标准具有一定的层次性和复杂性。相较于证据标准的内容即办案人员对案件证据进行的相对固定的、单向度的审查来说，证明标准是审判人员对案件事实的综合性评价，往往与庭审过程中的各种因素息息相关。一般来说，证明标准主要涉及证据标准的审查，证据证明力强弱、要件事实融贯性证成与否以及案件整体论证强度的评估。[3]

---

[1] 曾文科：《论假释实质条件的合目的性解释》，载《环球法律评论》2024 年第 1 期，第 157-174 页。
[2] 参见陈光中主编：《证据法学》，法律出版社 2019 年版，第 344 页。
[3] 参见熊晓彪：《刑事证据标准与证明标准之异同》，载《法学研究》2019 年第 4 期，第 191-208 页。

既然证明标准不是一个笼统而单一的标准，而是一个多元化、层次化的体系。实践中，由于案件性质、案件阶段、证明对象等不同，证明标准的设定也有所区别。例如，在认定被告人有罪的刑事程序中，刑事诉讼法将此证明标准设定为“案件事实清楚，证据确实、充分”，并从以下三个方面作了进一步解释：一是定罪量刑的事实都有证据证明。这是对证据量的要求。二是据以定案的证据均经法定程序审查属实。这是对证据质的要求。三是综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。这要求法官综合全案证据，以“排除合理怀疑”为标准对案件全部事实进行判断。可见，在认定被告人有罪的问题上，排除合理怀疑是“案件事实清楚，证据确实、充分”这一证明标准的重要补充，是证据确实充分的判断依据。

减刑假释案件是特殊的刑事案件，又不同于一般的刑事诉讼案件——证明对象不同。证明对象既是证明的出发点，也是证明的归宿。从减刑假释案件相对特殊的证明对象“确有悔改表现”、“没有再犯罪的危险”来看，前者是抽象的界定，后者是对未来的定性评价，与“认定有罪”不同，反映的只是一种高度的盖然性，需要法官遵循自由心证原则进行评判。设置减刑假释案件证明标准的程度，均不可能也没必要达到“排除合理怀疑”的程度。因此，减刑假释案件证明应当破除一般刑事案件中客观化方法和客观化标准的“唯客观化”的证明路径依赖。办理减刑假释案件，其证明方式应有别于一般刑事案件的证明，也就是说，将待证事实为真的心证要求降低，使审判人员自由心证的程度应高于一般刑事案件，这样可以起到减轻证明责任主体证明负担的效果。

综上，减刑假释案件的审理，应当遵循“案件事实清楚，证据确实、充分”的刑事案件证明标准，其中，“有相对合理的根据”应作为“案件事实清楚，证据确实、充分”这一证明标准的重要补充，是证据确实、充分的主观判断依据。据此，可以将减刑假释案件证明标准进一步概括为：一是符合减刑、假释条件的要件事实都有证据证明；二是据以认定符合减刑、假释条件的证据均经既定程序查证属实；三是综合全案证据，对提请减刑假释待证事实“有相对合理的根据”。

五、减刑假释案件证据的审查判断

在我国刑事诉讼活动中，证据审查判断的基本要素是“三性”，即证据的关联性、真实性与合法性；审查方法也是基于“三性”审查而形成，即通过对“三性”的审查认定，同时审查判断证明力，判定证据材料能否成为认定案件事实的依据，并判断其证明作用。无论是证明责任主体对证据标准的运用，还是审判人员对证明标准的把握，其共同的落脚点都是对案件证据的证明能力进行审查判断，即审查特定证据材料是否具有作为认定事实的资格。在减刑假释案件中，每一种证据都应当具备相应的证明能力的要求。判断某一项证据材料是否具有证明能力，首先需要审查该证据材料与案件事实是否具有关联性，只有与案件事实有关的事实材料才能作为证据使用。其次，还需要审查该证据材料是否具有真实性、合法性，如果有关联性的证据材料不符合真实性、合法性等其他要求，也不具有证据能力。在对减刑假释案件依法全面审查的要求下，结合减刑假释案件全案证据，我们可以将减刑假释案件证据的审查判断从形式、主体、实质、程序角度予以展开。

（一）减刑假释案件证据的形式审查

减刑假释案件证据的审查判断，应根据每一种证据的不同形式要求进行形式审查，也即办理减刑假释案件所收集的证据，应当符合刑事诉讼法规定的八种类型的证据的形式要件[1]。根据刑事诉讼法及相关司法解释的规定，人民法院审理减刑假释案件，主要审查以下材料：1.减刑、假释建议书；2.原审法院的裁判文书、执行通知书、历次减刑裁定书的复制件；3.证明罪犯确有悔改、立功或者重大立功表现具体事实的书面材料；4.罪犯评审鉴定表、奖惩审批表等；5.罪犯假释后对所居住社区影响的调查评估报告；6.刑事裁判涉财产部分、附带民事裁判的执行、履行情况；7.根据案件情况需要移送的其他材料。减刑假释案件的每项证据必须符合证据的形式要求，才能成为定案依据。

（二）减刑假释案件主体性证据审查

减刑假释的主体主要是被判处有期徒刑、无期徒刑以及被判处死刑缓期执行的罪犯。由于我国刑罚变更执行制度对被减刑假释的罪犯主体资格要求较高，因此对罪犯主体的审查应当特别重视。一是对原判决书、裁定书、入监登记表等进行审查，核查罪犯是否符合法律规定的减刑假释的主体

[1] 刑事诉讼法规定的证据包括：1.物证；2.书证；3.证人证言；4.被害人陈述；5.犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；6.鉴定意见；7.勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录；8.视听资料、电子数据。

条件；二是对“三类罪犯”[1]或者其他在社会上有重大影响、社会关注度高的罪犯进行重点审查；三是对未成年犯、老、残、病犯等年龄、身体状况方面的证据进行重点审查。四是对“踩点减刑”、因立功或者重大立功减刑、减刑起始时间早、减刑幅度大、减刑间隔时间短等罪犯进行重点审查。

（三）减刑假释案件证据实质性证据审查

人民法院审理减刑假释案件，除“六类重点案件”外，一般采取书面审理方式进行。从孙小果等案件可以看出，减刑假释案件办理仍然存在审查不严等问题，导致某些案件的处理结果不够公正客观，从而严重损害司法权威和司法公信力。因此，建立减刑假释案件证据实质条件审查机制，对规范减刑假释工作、促进司法正义而言具有重要意义。其中，以下几个方面需要严格审查：一是反映罪犯服刑期间改造表现的考核材料，重点审查有无违纪行为以及违纪行为所受处罚类型；二是财产性判项履行情况；三是原判犯罪事实、性质、情节、对社会的危害程度以及有无假释的禁止性情形；四是再犯危险性，重点审查假释罪犯的身体状况、性格特征、假释后生活来源和监管条件等影响再犯罪的因素；五是是否具备社区矫正条件。

（四）减刑假释案件程序性证据审查

当前，受现有刑事变更执行制度的制约，我国减刑假释案件审理程序总体呈现出行政化色彩过于浓重、司法化属性不强的特征。在减刑假释案件实质化审理的背景下，对减刑假释案件的办理程序进行审查，对落实实质化审理要求而言意义重大。减刑假释案件的程序，主要包括监狱提请程序和法院庭审、裁定程序。对监狱提请程序的审查主要包括：1.审查是否经过规定的合议程序；2.审查是否具备规范的公示环节；3.审查是否出具明确的公示结论；4.对公示异议的调查结果及处理意见。在庭审、裁定过程中，审判人员审查案件证据时，认为确有必要的，应当通知罪犯的管教民警、同监室罪犯等有关人员出庭了解情况，法庭对证据材料有疑议时，应当及时调查核实。

总之，在减刑假释案件证据审查过程中，应当始终围绕证据的关联性、真实性和合法性进行。证据的关联性要求证据与案件待证事实有关联。证据的真实性要求证据从内容到形式都是真实的。证据的合法性要求证据的形式及来源符合法律规定。只有所有适格的证据构成完整的证据链，相互印证，才能证明减刑假释案件的待证事实。

六、结语

我国司法实践中，减刑、假释的适用极不平衡，罪犯减刑比例一般在百分之二十以上，而假释比例只有百分之一左右，假释适用率极低。近年来，一些地方试图通过减刑假释案件证据标准与证明标准的构建改变这一现状，且在刑事司法实践中已有较为成功的经验。与司法实践中减刑假释案件证据规则意识的觉醒形成鲜明对比的是，理论界对减刑假释案件证据制度的构建未给予足够的理论关切。在以审判为中心的诉讼制度改革的背景下，减刑假释案件证据规则体系的构建对于规范取证、贯彻证据裁判原则以及落实实质化审理要求而言都无疑具有重要意义。

[1] 三类罪犯，是指职务犯罪、破坏金融秩序和金融诈骗犯罪、组织（领导、参加、包庇、纵容）黑社会性质组织犯罪等罪犯。

认罪认罚案件证据开示制度的建构

张云鹏*

内容提要：证据开示是保障犯罪嫌疑人证据知悉权的有效路径，比照直接赋予犯罪嫌疑人阅卷权，优越性显著。在值班律师提供法律帮助的认罪认罚案件中，通过证据开示保障犯罪嫌疑人的证据知悉权具有现实的必要性。证据开示制度的建构以平衡实现知情权保障与诉讼效率价值为基本立场，检察机关是证据开示的责任主体，有义务应犯罪嫌疑人的要求于量刑协商程序之前以适当的方式，向犯罪嫌疑人和值班律师全面开示有关定罪量刑的证据信息。检察机关违反证据开示职责需要承担不利益的程序后果。

关键词：认罪认罚 证据开示 知情权

在刑事诉讼中，所谓证据开示，是指控辩双方在审判之前相互展示、披露与案件有关的证据信息的诉讼活动。证据开示的制度功能，在于实现控辩双方在证据信息上的“实质性平等”，为被追诉人进行有效辩护提供可能。2019 年“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称《认罪认罚指导意见》）倡导“人民检察院可以针对案件具体情况，探索证据开示制度”[1]以迄，学界和地方检察机关不乏对于认罪认罚案件证据开示制度建构的理论研究与有益实践[2]，但在学理探讨的充分性与开示规则设计的合理性、可行性等方面仍然存在有待深化与商榷之处。本文以“权利保障”的规范目的为制度建构的逻辑基点，在剖析认罪认罚案件增设证据开示制度[3]之必要性的基础上讨论具体规则的设计问题，希冀能为认罪认罚案件证据开示制度的科学设立以及认罪认罚从宽制度的进一步完善发挥不无小补的作用。

一、认罪认罚案件证据开示的规范目的

建构认罪认罚案件证据开示制度的规范目的，在于“保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性及自愿性”[4]。所谓犯罪嫌疑人的知情权（又称知悉权），是指犯罪嫌疑人知道、了解案件有关证据信息、程序决定与后果、诉讼权利及诉讼地位的权利，是具有宪法性权利属性的基本程序权利。[5]知情权来源于程序主体性理论与程序参与原则，是程序开展与被追诉人通过参与诉讼影响诉讼结果的基础。[6]证据知悉是知情权的主要内容，而证据开示是被追诉人知悉证据的有效路径。在认罪认罚案件中，被追诉人充分、全面地掌握指控证据信息，是理性权衡、明智选择是否认罪认罚的基础。

自愿且真实的认罪认罚是认罪认罚从宽制度的正当性根基，如果被追诉人的认罪认罚非自愿或者不真实，必将对刑事司法公正造成严重的损害[7]。在认罪认罚从宽制度的语境中，“自愿性”是指犯罪嫌疑人在充分知悉证据信息、理解指控内容和认罪认罚后果基础上的理智评估与自由选择，包括认识的明知性、评估的理智性和选择的自由性三个核心要素[8]；而“真实性”则强调被追诉人所认之罪与罚有切实证据证明的事实基础，符合“事情的真实情况”[9]。“真实性是认罪认罚的灵魂”[10]，缺乏事实

---

*辽宁大学法学院教授。

[1] 《认罪认罚指导意见》第 29 条。

[2] 具有代表性的研究成果主要包括：鲍文强：《认罪认罚案件中的证据开示制度》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 6 期；李昌盛、李艳飞：《比较法视野下认罪认罚案件证据开示制度之构建》，载《河北法学》2021 年第 9 期；陈子奇：《论认罪认罚案件证据开示的两种逻辑》，载《法律科学》2022 年第 4 期；谢佑平、高寒：《认罪认罚从宽制度中证据开示的学理展开》，载《广西大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 1 期；韩旭：《认罪认罚从宽制度中证据开示制度的构建》，载《甘肃社会科学》2023 年第 3 期，等等。

[3] 本文在狭义上使用证据开示概念，证据开示不包含阅卷权，二者是并列的关系。

[4] 参见《认罪认罚指导意见》第 29 条。

[5] 参见蔡国芹：《程序正义视野下的犯罪嫌疑人知情权》，载《中国刑事法杂志》2008 年第 2 期，第 72 页。

[6] 参见高一飞：《不能简化的权利——评刑事简易程序中的国际人权标准》，载《现代法学》2002 年第 4 期，第 65 页。

[7] 参见王敏远：《认罪认罚从宽制度疑难问题研究》，载《中国法学》2017 年第 1 期，第 27 页。

[8] 参见谢登科、周凯东：《被告人认罪认罚自愿性及其实现机制》，载《学术交流》2018 年第 4 期，第 97 页。

[9] 《现代汉语词典》对于“事实”的解释即“事情的真实情况”。（参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典（第 7 版）》，商务印书馆 2016 年版，第 1194 页。）

[10] 张威：《被告人认罪认罚真实性保障机制研究》，载《法商研究》2022 年第 6 期，第 102 页。

基础的认罪认罚即使出于被追诉人的自愿亦毫无意义。认罪认罚之自愿性与真实性的关系，因“自愿”类型的不同而呈现或一致或分离的样态。在“屈从型自愿”[1]的涵义上，自愿性是真实性的必要条件，保障被追诉人处于“非压迫”境况下的认罪认罚，有利于避免认罪认罚内容的虚假；反过来讲，追求认罪认罚内容的真实性是保障认罪认罚自愿性的归宿。但是在个别“主动型自愿”的类型里，例如甘愿为他人顶罪、错误以为自己的行为构成犯罪等而自愿认罪认罚的情形，认罪认罚的自愿性却无关认罪认罚内容的真实性，不能将二者简单地关联起来。

不论认罪认罚之自愿性与真实性的关系如何，二者的实现皆需建立在控辩双方“信息对称”“资源对等”的基础上。被追诉人通过证据开示获取全面、充分的证据信息，是其理智评估与自由选择认罪认罚的前提和基础，也是避免因“信息不对称”“资源部对等”而作出错误判断[2]、保障认罪认罚真实性的必要条件。

二、认罪认罚案件证据开示的必要性

一般而言，证据开示与阅卷权行使是被追诉人知情权实现的主要路径。证据开示匹配对抗制诉讼程序，解决控辩双方庭前信息交换、避免庭上证据突袭问题；而在采用案卷移送制度的诉讼程序之中，被追诉人或通过自己行使阅卷权，[3]或借助辩护律师阅卷后与其核实证据[4]的途径了解证据情况。换言之，证据开示与阅卷权行使具有功能上的重合性，在保障被追诉人或者辩护律师阅卷权的诉讼程序中，证据开示似乎并无存在的必要与空间。

在我国，辩护律师是阅卷权行使的主体，有鉴于赋予被追诉人阅卷权的正当性尚未在理论上形成共识，[5]加之对于控诉方证据保全、多元主体复杂利益关系平衡等现实问题的考量，为避免被追诉人直接阅卷可能带来的毁损卷证、侵害证人、被害人等相关人员合法权益等潜在风险，被追诉人的阅卷权仍处于立法上的缺位状态。简言之目前，被追诉人对于案件证据信息的知悉途径，主要来自于辩护律师借助“核实证据”方式的间接告知。

在认罪认罚案件中，值班律师是为犯罪嫌疑人提供法律帮助的核心力量。尽管《认罪认罚指导意见》和《法律援助值班律师工作办法》皆赋予了值班律师会见犯罪嫌疑人、“查阅案卷材料”的权利[6]，但在司法实践中，值班律师切实行使会见权、阅卷权的情形极为鲜见。究其原因，值班补贴偏低是值班律师缺乏权利行使主动性的关键因素。以 S 市[7]为例，值班律师的值班补贴按日计费，一日三百元，而值班律师一日的“具结见证”案件数量通常在十件以上。调研了解到，许多值班律师认为对案件投入过多的时间和精力与较低的值班补贴标准不相匹配。而且，集中“见证”十余件案件，客观上也不具备会见与阅卷的时间条件。值班律师怠于行使会见权、阅卷权，疏于了解案件事实与证据情况，不仅影响其为犯罪嫌疑人提供法律帮助的有效性，也在一定意义上阻断了犯罪嫌疑人知悉案件证据信息的渠道，导致后者对于证据信息占有的严重不足。依赖值班律师权利行使的主动性保障犯罪嫌疑人的证据知悉权有着结构性缺陷，由对值班律师的主动性期待转向证据开示制度，后者对

---

[1] 有学者将被追诉人认罪认罚的自愿性大致类型化为“主动型自愿”与“屈从型自愿”。前者包括被追诉人在正确认知犯罪事实及其行为违法性基础上真诚悔罪而自愿认罪认罚，和以主动提供证据及同意程序简化为合作筹码换取从宽处罚利益而自主认罪认罚；后者是指被追诉人处于被动、迫于无奈情境下选择认罪认罚。（参见郭烁：《认罪认罚背景下屈从型自愿的防范——以确立供述失权规则为例》，载《法商研究》2020 年第 6 期，第 128-129 页。）

[2] 参见苗生明、周颖：《认罪认罚从宽制度适用的基本问题——<关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见>的理解与适用》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 6 期，第 16 页。

[3] 例如，德国《刑事诉讼法》第 147 条规定，“没有辩护人的被追诉人有权准用本条第 1 至 3 款之规定阅卷以及在受监督下检视官方保存之证物。”（参见[德]维尔纳·薄逸克、[德]萨比那·斯沃博达：《德国刑事诉讼法教科书（第 15 版）》，程捷译，北京大学出版社 2024 年版，第 666 页。）

[4]《刑事诉讼法》第 39 条第 4 款规定，辩护律师“自案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据。”

[5] 例如，有学者主张阅卷权是专属于被追诉人的权利，是辩护权的内容之一和辩护权行使的具体制度保障，被追诉人行使阅卷权具有理论上的正当性；有检察官则认为权利来源与权利内容是两个问题，“一方的权利来源于另一方，并不意味着二者的权利内容就完全等同，也不意味着前者享有的权利本来就是后者的权利”。（参见杨波：《被追诉人阅卷权探究——以阅卷权权属为基点的展开》，载《当代法学》2012 年第 1 期，第 25-26 页；石献智：《律师能否将复制的案卷提供给犯罪嫌疑人》，载《检察日报》2008 年 8 月 6 日，第 3 版。）

[6] 参见《认罪认罚指导意见》第 12 条、《法律援助值班律师工作办法》第 6 条。

[7] S 市为东北地区中心城市、副省级市，常驻人口 920 万。

于保障犯罪嫌疑人的证据知悉权具有特别的优势。[1]

有观点主张，赋予认罪认罚案件犯罪嫌疑人阅卷权，是保障其认罪认罚的自愿性以及补正值班律师制度缺位的实践需求。[2]笔者认为，相较于犯罪嫌疑人直接行使阅卷权，证据开示制度的优越性显著。首先，犯罪嫌疑人即使能够亲自查阅案件的证据信息，囿于多数犯罪嫌疑人法律知识的匮乏，其往往不能正确理解、准确判断指控的性质、证据的内容以及证据的确实、充分性等，阅卷的意义十分有限。其次，犯罪嫌疑人认罪认罚自愿性、真实性的切实保障离不开值班律师的实质参与和有效帮助。同时向犯罪嫌疑人与值班律师开示证据，既保障了二者的证据知悉权，又便利了值班律师为犯罪嫌疑人解答法律疑问，帮助其有效评估证据材料，提出准确的实体处理意见。简化犯罪嫌疑人与值班律师分别阅卷后再行会见沟通的繁复程序为一并开示即时交流，无疑节省了诉讼资源，彰显认罪认罚案件的效率价值。

概言之，对于犯罪嫌疑人没有委托辩护律师且不符合指定辩护条件的认罪认罚案件，引进证据开示的制度方案弥补值班律师提供有效法律帮助的不足，保障犯罪嫌疑人知情权的实现，具有现实的必要性。

三、认罪认罚案件证据开示的规则设计

毋庸讳言，认罪认罚案件有条件增设证据开示环节，在保障犯罪嫌疑人知情权的同时，亦增加了检察官的工作负担和司法成本的投入，延缓了诉讼进程。“公正基础上的效率观”[3]是认罪认罚从宽制度的首要价值取向，认罪认罚案件证据开示的规则设计应当与之契合，以知情权保障与诉讼效率价值的平衡实现为基本立场。

（一）证据开示的责任主体与对象

一般认为，证据开示具有双向性，是控辩双方之间的相互展示。但在认罪认罚案件中，将证据开示首先理解为关于犯罪嫌疑人之“证据先悉权”的规定是适当的。[4]在刑事诉讼中，检察机关占有充分的资源，侦查行为所获证据是建构案件事实的主要基础，检察机关理应承担向辩护方披露案件相关证据的更大责任，改善控辩之间在证据信息占有方面的不对称，是证据开示不容置疑的责任主体。

有学者主张将辩护方纳入证据开示的主体，认为如此顺应域外证据开示制度的发展趋势，符合我国《刑事诉讼法》要求辩护方就“三类证据”向控诉方开示的规定[5]。并且，伴随着犯罪嫌疑人羁押率的降低和辩护律师调查取证权保障的加强，辩护方收集证据能力的增强也使得其作为证据开示的主体具有现实可能性。[6]笔者对此不敢苟同。辩护方是否应当承担向检察机关开示证据的责任及大小，取决于辩护方是否具有调查取证权与获取证据的能力。诚然，近年来，普通刑事案件审前羁押率呈现明显下降态势[7]，然而，拥有“自由之身”的犯罪嫌疑人的取证手段依旧十分有限。加之，法律和司法解释等规范性文件尚未赋予值班律师调查取证的权利，辩护方获得证据的能力仍然羸弱，而是更多地依赖控诉方的“案件材料”。辩护方有权提供诸如“三类证据”、与被害人达成的和解或者谅解协议等能够证明犯罪嫌疑人无罪或者罪轻的证据材料，但不宜将其定位为证据开示的责任主体。

犯罪嫌疑人与值班律师是证据开示的对象。有研究者认为，证据开示制度与阅卷权是互补的关系，证据开示的对象理应包括辩护律师。[8]调研了解到，在有辩护律师参与的认罪认罚案件中，辩护律师（尤其是委托辩护律师）行使阅卷权、会见权以及核实证据的动力和质量皆有基本的保证，辩护律师与犯罪嫌疑人获取证据信息的渠道较为畅通，犯罪嫌疑人的证据知悉权能够得到相对充分的

---

[1] 参见赵常成：《美国纽约州刑事证据开示制度改革——兼论认罪认罚前的证据知悉》，载《证据科学》2020 年第 5 期，第 585 页。

[2] 参见何静、孙滢滢：《认罪认罚案件中被追诉人阅卷权的实现》，载《长白学刊》2020 年第 2 期，第 89-91 页。

[3] 陈卫东：《认罪认罚从宽制度研究》，载《中国法学》2016 年第 2 期，第 51 页。

[4] 参见王敏远、杨帆：《认罪认罚从宽制度的新发展——<关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见>解析》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 3 期，第 62 页。

[5]《刑事诉讼法》第 42 条规定：“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据，应当及时告知公安机关、人民检察院。”

[6] 参见韩旭：《认罪认罚从宽制度中证据开示制度的构建》，载《甘肃社会科学》2023 年第 3 期，第 116 页。

[7] 有司法数据统计，全国普通刑事案件的审前羁押率从 2005 年的 90%下降到 2016 年的 59%左右。（参见孙谦：《司法改革背景下逮捕的若干问题研究》，载《中国法学》2017 年第 3 期，第 23 页。）

[8] 参见陈子奇：《论认罪认罚案件证据开示的两种逻辑》，载《法律科学》2022 年第 4 期，第 180 页。

保障。故此，基于诉讼效率因素的考量，仅对没有委托辩护律师且不符合指定辩护条件的犯罪嫌疑人及其值班律师开示证据，具有合理性。

（二）证据开示的时机

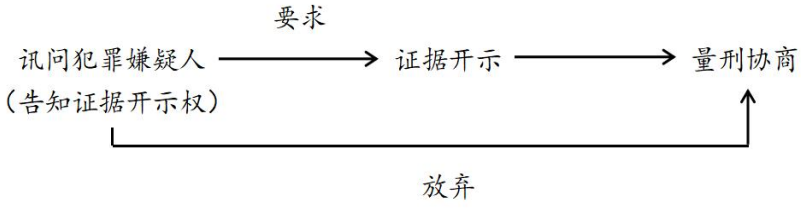
审查起诉阶段是认罪认罚案件办理的核心环节，犯罪嫌疑人于该阶段知悉控诉方掌握的案件事实和证据材料具有重要性和紧迫性。[1]根据《刑事诉讼法》第 39 条第 4 款、第 40 条的规定，辩护律师自案件移送审查起诉之日起，可以行使阅卷权、向犯罪嫌疑人核实有关证据。作为与阅卷权行使相当的证据信息获得方式，证据开示的时间适宜与阅卷权的行使时间保持一致，始于“人民检察院对案件审查起诉之日”。

至于审查起诉阶段证据开示的具体时机，2021 年最高检《人民检察办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》（以下简称《量刑建议工作指导意见》）第 26 条规定，“人民检察院在听取意见的过程中”，必要时可以向犯罪嫌疑人开示或者部分开示影响定罪量刑的主要证据材料，“促使犯罪嫌疑人认罪认罚”。司法实践中，地方检察机关通常也是在认罪认罚案件听取意见的程序中，根据实际办案的需要组织进行证据开示。笔者认为，该规范规定和实践做法的合理性值得商榷。一是认罪认罚案件证据开示的目的在于保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性、自愿性，实现控辩双方的“信息对称”和“资源对等”，而不是追求犯罪嫌疑人在信息缺乏状态下非明智的认罪认罚。以“促使犯罪嫌疑人认罪认罚”为目标的证据开示，与证据开示的制度功能相违背。二是“真实性”“自愿性”不仅是对“认罚”的要求，也是对“认罪”的约束，犯罪嫌疑人只有在做出认罪认罚决定之前全面、充分知悉案件事实和证据信息，才能在理性评估的基础上明智、自由地选择认罪认罚与否。而在针对量刑建议“听取意见”环节开展证据开示工作，即“认罪”之后“认罚”之前的时段，仅能保障犯罪嫌疑人“认罚”的自愿性、真实性，而无助于“认罪”的自愿性、真实性。

笔者主张，证据开示的适宜时机应当是在讯问之后、量刑协商之前。讯问犯罪嫌疑人是审查起诉环节的法定程序。[2]司法实践中，不乏检察官于讯问犯罪嫌疑人的过程中向其部分开示证据的情形。但是，该情形的证据开示，开示内容具有片面性，多为不利于犯罪嫌疑人的、能够证明其构成犯罪的证据，且开示的目的往往是基于追诉犯罪的实用性考量[3]，而非保障犯罪嫌疑人的知情权。此外，值班律师没有讯问犯罪嫌疑人时的在场权，如前所述，犯罪嫌疑人在有效法律帮助缺位的情境下对证据信息的知悉仅具有形式上的意义。

检察官在讯问犯罪嫌疑人之时，以书面形式专门告知其有要求检察机关开示证据的权利，并询问其是否要求开示证据。对于犯罪嫌疑人提出证据开示需求的，应当在“量刑协商”程序之前组织证据开示；对于犯罪嫌疑人明确放弃行使证据开示权利的，应当签字确认，由检察官记录在案。除犯罪嫌疑人享有证据开示的启动权而外，检察机关也可以依据职权主动进行全面的证据开示，保障犯罪嫌疑人的知情权。值班律师应当于证据开示程序中全程在场，且参加证据开示的值班律师与参与量刑协商、具结见证的值班律师需为同一人。证据开示的过程应当同步录音录像。

图：认罪认罚案件证据开示的时机



需要强调的是，证据开示主要是应犯罪嫌疑人的要求而启动的程序，并非认罪认罚案件的必经环节。调研了解到，事实清楚、证据充分的“简单案件”在认罪认罚案件中的占比较高，此类案件中的犯罪

[1] 参见王敏远、杨帆：《认罪认罚从宽制度的新发展——<关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见>解析》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 3 期，第 61 页。

[2]《刑事诉讼法》第 173 条规定，“人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人”。

[3] 参见陈子奇：《论认罪认罚案件证据开示的两种逻辑》，载《法律科学》2022 年第 4 期，第 169 页。

嫌疑人多缺乏申请证据开示的需求和动力，如果不以犯罪嫌疑人的要求为启动条件，而是设置证据开示为认罪认罚案件的必经环节，既与司法实践的状况不符，也同认罪认罚案件对效率价值的诉求相悖。

（三）证据开示的范围和方式

有鉴于认罪认罚案件证据开示的终极目的在于保障犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性、真实性，证据开示的范围原则上应当小于阅卷权的范围，仅涉及“案卷材料”中能够证明定罪事实与量刑情节的证据材料，特别是要充分地披露在实质意义的有利于犯罪嫌疑人的证据信息。如果只是片面开示有罪、罪重的证据，无疑会拉大控辩双方的信息差，加重犯罪嫌疑人形成自己行为有罪、罪重的偏向性认识。至于“案卷材料”中的程序性材料，因不影响犯罪嫌疑人的认罪认罚，不在开示之列。有资料显示，在美国，检察官有义务将其知晓的开罪信息（exculpatory information）即能够证明被告人不构成所指控犯罪的重要证据资料主动交给辩护方，而无需被告人提出要求[1]；纽约州刑事诉讼法第245条也充分吸收了“全面的证据开示”的理念，证据开示的范围几乎涵盖了全部证据类型，包括无罪、罪轻和弹劾证据等[2]。

至于证据开示的方式，首先，向犯罪嫌疑人、值班律师出示开示证据清单（或者开示证据一览表），列明用以证明定罪事实与量刑情节的证据种类、名称和拟证明的事实。之后，就犯罪嫌疑人或者值班律师有疑问的证据，根据证据来源、种类的不同，分别采用出示、宣读、播放等方式[3]向犯罪嫌疑人、值班律师开示证据的具体内容和细节。例如，对于讯问笔录等来源于犯罪嫌疑人的证据材料，或者物证、书证、勘验、检查等笔录证据以及鉴定意见等客观性较强的证据材料，可以直接出示给犯罪嫌疑人、值班律师阅读；对于视听资料、电子数据证据，可以采用播放的方式展示相关内容；对于犯罪嫌疑人口供而外的言词证据，尤其是证人证言，适宜采用隐去证人姓名、住址、电话等身份信息，只宣读证言内容的方式开示。

值得注意的是，为防范犯罪嫌疑人毁损原始卷宗，有条件的检察机关可以向犯罪嫌疑人出示电子卷宗，如此亦能提升“案件材料”携带的便利性。没有电子卷宗制作条件的检察机关，可以提供给犯罪嫌疑人复制卷宗。避免被追诉人直接接触原始卷宗是域外国家的通行做法。例如，在德国，基于无辩护人的被追诉人之申请，可以向其提供相关信息和案卷副本，而非案卷本身。[4]

（四）违反证据开示的程序后果

无救济则无权利。知情权是被追诉人其他诉讼权利行使的基础，而证据开示是知情权实现的有效路径。由是，施加检察机关违反证据开示的职责以不利益的程序后果，无疑裨益于证据开示制度的推行与犯罪嫌疑人知情权的切实保障。

对于检察机关没有履行证据开示的告知义务，或者未能应犯罪嫌疑人的要求而组织进行证据开示的情形，在审查起诉阶段，犯罪嫌疑人可以通过向上一级检察机关申诉寻求救济；案件进入审判程序后，因认罪认罚是在被追诉人尚未充分掌握证据信息的状态下作出，可以推定其自愿性不足，被告人有权向法庭主张签署的具结书无效。法庭经过审查确认检察机关存在违反证据开示职责的行为，应当认定认罪认罚具结书无效，并根据被告人的意愿重新启动具结程序，或者转为普通程序重新审理。如果被告人是在上诉审环节提出证据开示程序违法诉求，二审法院可以根据《刑事诉讼法》第238条第5项的规定，裁定“撤销原判，发回原审人民法院重新审判”。

---

[1] 参见陈玲：《美国刑事诉讼法》，上海社会科学院出版社2016年版，第83页。

[2] 参见赵常成：《美国纽约州刑事证据开示制度改革——兼论认罪认罚前的证据知悉》，载《证据科学》2020年第5期，第582页。

[3]《量刑建议工作指导意见》第26条。

[4] 参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，中国法制出版社2021年版，第69页。

认罪认罚案件事实基础审查研究——非法言词证据排除规则适用的新困境及化解

*万 力**

摘 要：认罪协商机制在我国的确立及发展，对涉及被追诉人的非法言词证据排除规则的适用产生了一定程度的“震荡”效应：宏观维度制约着立法基点的实现，中观层面削弱了司法职权的行使，微观视角稀释对执法机关的监督。为确保被追诉人供述的真实性和可信度、庭审的公正性、裁判结果的可靠性、审判流程的效率性，以及维持风险责任承担的均衡性，认罪认罚案件需要进行事实基础审查。就案件事实基础审查与非法言词证据排除规则适用之间的关系，可以归纳为内容与形式、目的与手段。因此，加强认罪认罚案件事实基础审查，亟需回归规则的立法基点、凸显法院司法职权的行使、强化对执法机关的监督，藉此优化非法言词证据排除规则的适用思路，促进我国刑事证据规则的规范完善。

关键词：认罪认罚案件；认罪协商机制；事实基础审查；言词排非规则

2018 年我国《刑事诉讼法》进行修改，确立了认罪认罚从宽原则，至此认罪认罚从宽制度得以规范化。为维护刑事诉讼中的底限正义，并确保司法公正与诉讼效率二元价值目标的平衡，认罪认罚案件需要进行事实基础审查[1]。然认罪协商机制在我国的确立，猛烈地冲击着我国刑事证据规则的司法实践，其中，对涉及被追诉人的非法言词证据排除规则（以下简称“言词排非规则”）[2]的影响尤为明显。从本质属性上讲，一个属于制度或机制范畴，一个秉承规则内涵，在规范话语下，二者本应统一于我国现行《刑事诉讼法》的规定之中，共同促进刑事诉讼制度的发展与完善。然囿于认罪认罚案件的特殊性，在被追诉人自愿认罪认罚这一基本条件下，基于控辩双方的“合意”内容，或者说据此形成的案件事实、证据材料，一定程度上会对言词排非规则的适用产生侵蚀效应或者稀释作用。在认罪认罚案件中，法院依旧需要恪守基本的底限正义，那么对案件事实基础的审查便具有了现实意义，需要我们作进一步的探讨。但是，在认罪认罚从宽制度普遍推行这一背景下，如何兼顾控辩“合意”的内容，或者说据此形成的案件事实、证据材料与言词排非规则适用之间的关系，便成为认罪认罚案件事实基础审查的关键所在。鉴于此，行文拟从“认罪协商机制对言词排非规则适用的‘震荡’效应、认罪认罚案件事实基础审查的现实价值、案件事实基础审查与言词排非规则适用之间的关系厘定以及认罪认罚案件中言词排非规则适用的优化思路”几个方面展开论述。期望通过上述分析，能够协调认罪协商机制与言词排非规则适用之间的关系，将此二者统一于认罪认罚案件事实基础的审查之中，共同服务于庭审事实认定，最终提升刑事审判的质效。

一、认罪协商机制对言词排非规则适用的“震荡”效应

协商式司法在职权主义国家、地区的出现，并未在刑事诉讼中调试出更平等的权力分配，其也不会完全替代传统刑事司法模式，仅是对职权制模式的一种可悲的稀释。职权制模式通过对发现真实设置屏障，保护被告人免受滥用的和不公正的惩罚：即使法官真诚努力地查证相关事实，确信被告人有罪，他所作出的判决也必须罚当其罪。[3]当发现真实被一个旨在迫使被告人对检察官的量刑建议作出“同意”的机制取代时，在个案中，将导致与通过审判机制判处的刑罚同样的甚至更轻的惩罚。

---

* 本文系国家社科基金重点项目“认罪认罚案件的事实认定方式与卷证制度研究”（20AFX015）、国家毒品问题治理研究中心项目“认罪认罚中重大毒品案件事实认定方式研究”（[DR（2021）Y009]）、刑事诉讼法制完善项目“认罪认罚案件事实基础审查研究”的研究成果。万力（1989-），男，云南大学法学院博士研究生、国家毒品问题治理研究中心研究人员，西南医科大学法学院专任教师，主要从事刑事诉讼法学、刑事证据法学研究。Email:18782983989@163.com，通讯地址：四川省泸州市江阳区江南路三段 66 号碧桂园凤凰首府 117 栋，18782983989,646000。

1 本文所提及的事实基础审查，时间跨度界定在庭前阶段，包括庭前审查和庭前准备两个阶段，系因：满足庭审程序简化的实体性条件要求，以及出于确保庭审事实认定的可靠性与准确性考虑，事实认定有向庭前迁移的倾向，故此认罪认罚案件需要在庭前进行事实基础审查。

2 被追诉人，系对犯罪嫌疑人、被告人的统称。且本文的言词排非规则，特指涉及被追诉人的应当型非法言词证据排除规则，涉及证人、被害人的非法言词证据排除规则此处不作讨论。

3 [德]托马斯 · 魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，北京：中国法制出版社 2021 年版，第 240 页。

至此，许多法官和检察官都在竭力地控制他们的权力不被滥用，并将努力公平地对待被告人，但这并不是核心之所在。问题是，协商式司法的实践欠缺法律上的或者诉讼原则上的基础。其依据仅仅是权宜（expediency）,这无法成为刑事司法制度适当的基础。[1]具体分析我国认罪认罚从宽制度运行的司法逻辑，可以发现，认罪协商机制的开展，对我国言词排非规则的适用会产生明显的冲击，一定程度也制约着这一规则运行实效的发挥。

（一）制约着立法基点的实现

2012 年我国《刑事诉讼法》进行修改，确立了非法证据排除规则，2018 年《刑事诉讼法》再次修改，该规则得到了进一步的规范与完善。非法证据排除规则，作为现代刑事证据法的重要组成部分，所规范的不是证据的证明力问题，而是证据能力问题。该规则也不对一般意义上的证据适用问题加以限制，主要涉及控诉方证据的法庭准入资格问题。[2]我国确立非法证据排除规则，不仅是为了适应世界潮流，更在于该规则具有保障实现司法公正的重要价值。一是程序价值，即保障程序人权的价值，在刑事诉讼中，人权保障主要是指诉讼参与人的权利保障，其中重中之重是被追诉人的程序人权保障。通过对非法证据的排除，可以有效地遏制侦查违法取证现象的发生，使被追诉人的合法权益免受侵害，从而加强诉讼人权保障，彰显正当程序的正义价值。二是实体价值，即有利于查明案件事实真相。[3]正如意大利著名刑法学者贝卡利亚所指出的，刑讯“保证使强壮的罪犯获得释放，并使软弱的无辜者被定罪和处罚”。[4]非法证据排除规则把非法取得的证据排除在诉讼之外，在很大程度上避免了根据虚假的证据对案件事实作出错误的认定，有利于最大限度地防止、减少冤假错案的发生。[5]申言之，作为我国非法证据排除规则的重要组成部分，言词排非规则的适用，立法基点也在于规范侦查取证行为，促进公安司法机关及其工作人员法治观念的转变，[6]同时还体现在对司法公正和程序正义的保障上，通过排除非法言词证据，确保刑事诉讼程序的公正性和合法性，保护被追诉人的合法权益。

然认罪认罚从宽制度的普遍推行，在此基础上构建的认罪协商机制，一定程度上阻却了言词排非规则立法基点的实现。一方面，程序价值的实现受到限制。鉴于被追诉人程序性权利的实现前移至庭前阶段，被追诉人自愿认罪认罚对其供述及整体证据可靠性具有认知上的强化作用，代之以削弱被追诉人的辩护权、对质权内容。[7]但根据“正常的人不会提出对自己明显不利的证据”这一论断，被追诉人自愿认罪认罚，与控诉机关达成协商“合意”，由此确认起认罪认罚案件中的事实、证据，至此，原本应发挥保障被追诉人合法权利的诉讼设置，亦如：辩护权、对质权呈现式微景象。另一方面，实体价值的实现存在风险。言词排非规则的确立及适用，旨在利用合法的言词证据认定案件事实，规避虚假言词证据支撑起的案件事实，进而防范冤假错案的发生。然现今认罪协商机制基础上构建起的案件事实，更多依靠的是被追诉人的认罪认罚获取的，或者说是在认罪认罚的基础上形塑的案件事实，加之法院庭前审查更多呈现出书面化或形式化，案件事实基础并不稳靠。一旦被追诉人自愿性存在问题，或者说存在虚假认罪认罚的情形，由此建构的案件事实在根基上便会受到直接性的影响，对于认罪认罚案件事实的查明也是存在风险的。

（二）削弱了司法职权的行使

就言词排非规则的功能而言，其可能放纵犯罪，但其最大的优点是能够保证有罪判决的准确性。有针对性地遏制非法取证手段，尤其是刑讯逼供，言词排非规则的设立，能够有效保证言词证据的自愿性，从而达到定罪处刑准确性的目的。[8]自愿性审查既是言词排非规则适用的题中之义，也是认

---

1 [德]托马斯·魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，北京：中国法制出版社 2021 年版，第 241 页。
2 陈瑞华：《刑事证据法的理论问题》（第二版），法律出版社 2018 年版，第 103 页。
3 陈光中主编：《证据法学》（第五版），法律出版社 2023 年版，第 198-199 页。
4 [意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 32-33 页。
5 陈光中主编：《证据法学》（第五版），法律出版社 2023 年版，第 199 页。
6 樊崇义主编：《证据法学》（第六版），法律出版社 2017 年版，第 102 页。
7 囿于庭审的简约性、裁判的即时性以及程序周期的精炼性，认罪认罚案件事实的认定也有向庭前阶段倾斜的趋势。此处庭前阶段，涵盖起诉机关提起公诉之后，法院依法审查并决定采取开庭审理的方式，但尚未正式开庭审理之前的时段，包括庭前审查和庭前准备两个阶段。
8 樊崇义主编：《证据法学》（第六版），法律出版社 2017 年版，第 102 页。

罪认罚案件事实认定的前提性条件，即审查被追诉人认罪认罚的自愿性。鉴于认罪认罚案件事实认定有向庭前转移的趋势，关于被追诉人认罪认罚的自愿性审查也应由法官在庭前进行，以此确保案件事实基础的成立。不论是一般刑事案件中言词证据的自愿性审查，还是认罪认罚案件中被追诉人认罪认罚的自愿性审查，都属于司法职权范畴。但相较于一般刑事案件中言词证据的自愿性审查，被追诉人认罪认罚的自愿性审查，法院司法职权的行使明显较弱。具体而言，系因：一般刑事案件中言词证据的自愿性审查，与言词排非规则的适用本质上是一致，只是彰显的侧面不同，一个是从正面切入，一个是从反面进行规制约束，且法院都需要实质性的开展工作。根据现行《刑事诉讼法》及相关司法解释等规范性文件的规定，法官需要严格恪守关于言词证据的自愿性审查规范内容，也需要严格适用言词排非规则，然关于被追诉人认罪认罚的自愿性审查，这是存在于认罪认罚案件中的环节设置，在认罪协商机制冲击下，外加我国原本呈现出的庭前审查形式化现状，法院在庭前围绕被追诉人认罪认罚的自愿性确认，也更多呈现为形式化的审查，司法职权的行使也徒具表征性。

（三）稀释对执法机关的监督

言词排非规则的适用，也能够督促执法机关守法，制止警察的非法取证行为。非法言词证据的排除，是对执法机关调查取证工作的最终的否定和谴责。言词排非规则也有利于公民、法人或者其他组织监督执法机关，在执法机关采取非法手段调查收集证据时，公民、法人或者其他组织有权拒绝，并且有权在以后的诉讼程序中要求排除。[1]而认罪协商机制的设立，对言词排非规则的适用产生了一定的消解作用，也稀释了公民、法人或者其他组织对执法机关的监督，这其中，尤其是弱化了被追诉人的监督功能。因为在被追诉人自愿认罪认罚并与控方进行认罪协商后，被追诉人更多扮演的是磋商者，纵然涉及之前侦查机关采取了非法手段获取的言词证据，也有可能被稀释在控辩协商之中。于此，被追诉人作为对执法机关的执法行为负有监督权利的主体，也会因为自己深陷认罪协商机制之中而不能发挥应有的监督作用。

二、认罪认罚案件事实基础审查的现实价值

对于人们究竟把什么当作“公正的”刑事判决的最低（事实）要求，并不存在可信的经验数据。[2]即便如此，公众也不会愿意接受一个明显建立在谎言之上的刑事判决。所谓的阿尔弗德答辩（Alford Plea）就是一个例证：如果被告人对谋杀的指控答辩有罪，但同时又在开庭审判时宣称“我没有杀人”，那么有罪认定的有效性在技术上就是模棱两可的。[3]然而，被告人供述的莫衷一是以及法院判决缺乏可信事实基础的事实，使公众（包括法律人以及非法律人）感到，程序未能适当地解决引发诉讼的冲突。虽然美国认罪答辩的程序规则允许法院忽略被告人“仅仅因为害怕可能判处死刑而被引诱进行认罪答辩”的抗议，但如果有理由认为判决是建立在虚构的事实或者真假难辨的假定之上，那么这一判决就仍然是有缺陷的。[4]事实上，社会可以容忍（因为它别无选择）法院在事实认定方面存在一定幅度的误差，即便在普通法系，一个甚至都不标榜以“真相事实”为基础的判决也不会被社会视为对冲突的公正解决，反而只能以专横的司法命令的面目出现。[5]“可行的妥协（practical compromise）”并不足以使定罪判决合法化，合法性只能通过真诚地“发现事实”的努力获得。[6]至此，我们可以得出结论：刑事案件适用认罪认罚从宽制度时，需要在一定的事实基础上方可进行后续的协商程序，作为补充，法官依旧负有发现案件实质真实的义务，至此，法官对认罪认罚案件进行事实基础审查也便获得了适契的正当性。与此同时，认罪认罚案件事实基础的审查还存在确保被追诉人供述的真实性和可信度、庭审的公正性、裁判结果的可靠性、审判流程的效率性，以及维持风险责任承担的均衡性等现实功能。

（一)提高被追诉人供述的真实性和可信度

刑事案件的证据链条中，被追诉人的供述对刑事审判发挥着至关重要的作用，而在认罪认罚案

---

1 樊崇义主编：《证据法学》（第六版），法律出版社 2017 年版，第 101 页。

2 See Gibson, supra note 5, at 126.

3 See North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25, 28(1970).

4 See Alford, 400 U.S. at 37,168.

5 [德]托马斯 · 魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，北京：中国法制出版社 2021 年版，第 270 页。

6 See Weigend, supra note 82, at 60.

件中，由于法院对案件事实的确认前移至庭前阶段，那么被追诉人供述对事实的影响也更多体现在庭前这一阶段。人民法院通过庭前进行事实审查，可以有效提高被追诉人供述的真实性与可靠性，最终为庭审事实认定服务。然而，基于被追诉人自愿的认罪认罚，法官在庭前阶段并不会过多的去审查其他供述的真实性及合法性，反而会在主观意识层面强化认知，下意识地认为被追诉人的其他供述也是真实、可靠的。正是基于这一惯式思维，认罪认罚案件中被追诉人的供述也易出现真实性与可靠性问题。鉴于此，亟需人民法院在庭前进行事实基础审查，以此夯实被追诉人自愿认罪认罚的真实性及可靠性。

（二）确保庭审的公正性

根据我国 2018 年《刑事诉讼法》第 186 条[1]的规定，在公诉案件庭前审查中，法官应侧重对起诉机关指控的犯罪事实进行明确，继而确定是否应当开庭审理，嗣后再由审判法官在庭审时对案件事实、定案证据进行实质审查，最终作出符合“案件事实清楚，证据确实、充分，排除合理怀疑”这一证明标准的有罪判决。然认罪认罚案件有别于适用普通程序审理的一般刑事案件，通常适用的是速裁程序与简易程序，上述两类庭审程序中，法庭调查、法庭辩论环节一般会进行简化或者省略。如此一来，本应由法官在庭审阶段对被追诉人进行的认罪认罚自愿性和合法性的审查，极有可能在庭前阶段就会有所体现，通过对上述内容的庭前审查，也能确保庭审事实认定的可靠性与准确性，进而凸显庭审的公正性。

（三）夯实裁判结果的可靠性

根据 2018 年《刑事诉讼法》第 186 条的规定，庭前审查程序是我国刑事诉讼中办理公诉案件的必备环节，不论是认罪认罚案件还是一般刑事案件，庭前审查程序的基本功能在于开启公正审理、维护审理的公正与效率以及抑制公诉权，决定是否对被追诉人适用认罪认罚案件审判程序。[2]庭前审查这一方式，在认罪认罚案件中发挥着重要的事实把关作用，是确保庭审可靠性、彰显司法正义以及保障被追诉人诉讼权利的重要手段。且在认罪认罚案件中，速裁程序与简易程序的适用极为普遍，根据 2018 年《刑事诉讼法》第 214 条[3]、第 222 条[4]的规定，上述两类庭审简化程序需要满足开庭条件“实体化”，即通过庭前事实审查，明确案件事实与确保证据的充分性。然自 2012 年《刑事诉讼法》修改以来，我国便恢复了全案卷宗移送制度，法官在庭前对犯罪事实的审查更多借助的是侦查机关制作、起诉机关移送的刑事案卷材料，审查方式也主要采取书面审核的形式。认罪认罚案件，通过简化庭审程序达到节约司法资源的价值目标，然司法正义仍是刑事审判的重要价值目标，庭审阶段的时间压缩，亟需置换为庭前阶段对犯罪事实的有效把关，如此一来，才能真正平衡刑事审判所彰显的司法正义与诉讼效率的二维价值，确保裁判结果的可靠性。

（四）提升审判流程的效率性

鉴于认罪认罚案件一般会选择适用速裁程序与简易程序，且庭审阶段要求简化操作流程，那么要符合上述两类简化程序的实体条件，以及确保法官庭审时事实认定的可靠性，理应在庭前对犯罪事实进行有效审查，以便促成案件的合理推进。换言之，相较于适用普通程序的一般刑事案件而言，认罪认罚案件更应在庭前对犯罪事实进行有力把关，以此契合刑事庭审程序简化这一规范性实践。然司法实践表明，规范性的实践需求也并不一定能够正向、合理地推动制度性的完善，围绕认罪认罚案件事实基础的确立，法院并未完全跳脱出书面审核方式的藩篱，更为严重的是，基于被追诉人认罪认罚这一前提，对庭前书面审理方式也不甚关切，只是以形式化的方式进行书面审查。庭前书

---

1 2018 年《刑事诉讼法》第 186 条规定：“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实的，应当决定开庭审判。”

2 郝廷婷：《认罪认罚案件审判程序研究》，人民法院出版社 2023 年版，第 43 页。认罪认罚案件审判程序，泛指基于被告人自愿认罪认罚，后续在庭审阶段所适用的程序，包括速裁程序、简易程序以及普通程序的简化审。

3 2018 年《刑事诉讼法》第 214 条规定：“基层人民法院管辖的案件，符合下列条件的，可以适用简易程序审判：(一)案件事实清楚、证据充分的；(二)被告人承认自己所犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议的；(三)被告人对适用简易程序没有异议的。人民检察院在提起公诉的时候，可以建议人民法院适用简易程序。”

4 2018 年《刑事诉讼法》第 222 条规定：“基层人民法院管辖的可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件，案件事实清楚，证据确实、充分，被告人认罪认罚并同意适用速裁程序的，可以适用速裁程序，由审判员一人独任审判。人民检察院在提起公诉的时候，可以建议人民法院适用速裁程序。”

面审查的把关不力，或者说庭前书面审查的形式化，让庭审程序的简化得不到应有的保障，极有可能延缓案件的审理进程，进而制约刑事庭审效率，长此以往，认罪认罚从宽制度的效率目标也会受到一定程度的影响。自庭审实质化改革推行以来，刑事案件的事实认定更加强调在庭审阶段完成，但在认罪认罚案件中，囿于庭审程序的简化以及简化程序适用的实体性条件，致使对案件事实的确认需要在庭前阶段完成。相较于适用普通程序的一般刑事案件庭审事实认定而言，认罪认罚案件在庭前采取适契的事实审查方式，能够更好地提高案件事实认定效率和配置合理的审查成本。

（五）维持风险责任承担的均衡性

在被追诉人自愿认罪认罚的情形下，法官疏于庭前事实审查或者在庭前对事实进行形式化审查，由此产生的案件事实不可靠的风险，一般来说，都是由被追诉人承担，而法官只需承担一定的道德责任。法官审查认定被追诉人自愿认罪认罚后确定的案件事实，嗣后发现案件事实内容具有虚假性或不法性，法官可基于实体真实原则，重新适应新的庭审程序，并认定被追诉人的认罪认罚不再适用，如此一来，被追诉人便丧失了因认罪认罚而获得量刑从宽的权利，从这一层面讲，案件事实不可靠的风险最终还是落在了被追诉人头上。相应地，法官对案件事实不可靠这一风险的出现，具有不可推卸的责任，但我国现行《刑事诉讼法》及其司法解释等规范性文件，并未规定法官应对此承担相应的法律责任，只是会受到一定的道德谴责，或法官的公信力、诚信度会在一定程度上受到影响。通过庭前事实基础审查，一定程度上能够扭转这一格局，让被追诉人与法官共同承担案件事实不可靠的风险责任，改变案件事实不可靠的风险实际由被追诉人承担而法官承担道德责任的现状，实现被追诉人与法官就认罪认罚这一基本事实风险责任承担的均衡性。

三、案件事实基础审查与言词排非规则适用之间的关系厘定

在认罪认罚案件中，案件事实基础审查与言词排非规则适用存在一定的关联性，共同指向庭前案件事实的确认这一内容时，如果存在悖反现象，将不利于案件事实的固定，相反地，如果二者能够相互契合且彼此促进，将有助于夯实庭前案件事实。但无论是完全悖反还是相互契合，我们都需要明晰二者之间到底存在怎样的关联性，以便在此基础上找寻二者的最佳契合点，共同确保认罪认罚案件事实认定的可靠性与准确性。

（一）内容与形式

在认罪认罚案件中，关于言词排非规则的适用，我们可以将之视为对被追诉人认罪认罚的自愿性审查，系因二者是从正反两方面围绕证据的证据资格或称证据能力作出的规定。如此一来，案件事实基础审查与言词排非规则适用的关系，便可以换化为案件事实基础审查与被追诉人认罪认罚的自愿性审查之间的关系。在认罪协商这一机制下，案件事实基础审查是被追诉人认罪认罚的自愿性审查的最终依皈，而被追诉人认罪认罚的自愿性审查则是案件事实基础审查的重要表现形式，二者呈现出内容与形式的关系。认罪认罚案件作为我国刑事案件的类型之一，并不能因为案件庭审程序的简化，就搁置刑事诉讼所需要彰显的底限正义，即行文所提的案件事实基础的审查。为有效甄别被追诉人认罪认罚的自愿性，或规避被追诉人认罪认罚的虚假性，据此确保庭审事实认定的真实性，法院需要在庭前确认案件事实基础。此外，在认罪认罚案件中，言词排非规则适用可换化为对被追诉人认罪认罚的自愿性审查，如此一来，通过上述形式也能很好地固定案件事实内容。

（二）目的与手段

就认罪认罚案件中事实基础审查与言词排非规则的适用，还呈现出目的与手段的关系。将案件事实基础审查作为言词排非规则适用的目的，系因法院依法排除非法手段获取的言词证据，主要是该类证据存在严重的真实性问题，证据能力或说证据资格欠缺，不能顺利进入法庭审判这一场域，且也不足以支撑起法院需要建构的法律事实，通过做出否定评价的方式将其剥离出法官的视野，能够有效确保法官根据真实可靠的证据，形塑出彰显刑事司法正义的案件事实。相应地，将案件事实基础审查作为目标，也能督促法官依法适用言词排非规则，竭力塑造符合程序规范与实体正义的认罪认罚案件事实内容。通过案件事实基础审查的目标指引与言词排非规则适用的手段敦促，共同确保认罪认罚案件庭审事实认定的可靠性与准确性。

四、认罪认罚案件中非法证据排除规则适用的优化思路

2004 年，米尔建·达马斯卡作出这一论断：完全（Full）的司法程序在任何地方都在衰减……

一个新的模式是，国家机关向被告人作出让步，以换取被告人的自我供述，其可以避免司法程序或者至少简化司法程序。[1]无独有偶，实践表明，职权主义国家刑事司法模式也正在发生急剧变化，协作式、合作式或协商式司法模式逐渐兴起，并日益发展壮大，亦如当下我国推行的认罪认罚从宽制度。然适用一个更“有效率”和更低成本的协商式司法（认罪认罚从宽制度）的原则通常会侵蚀这一机制的可靠性赖以存在的基础。[2]程序简化（速裁程序、简易程序）用于解决毫无争议的案件是可取的，这些程序的结果并非基于“同意原则”，而是基于辩方充分参与、控辩双方和裁决的法官都认可的足以认定相关事实的审前程序。审前阶段越是全面和双向地调查，审判的合意模式越是……能够宣称最大地接近真相。[3]在确定人民法院需要在庭前开展事实审查这一情形下，我们也需要重新明确言词排非规则适用在案件事实基础审查中的优化思路。

（一）回归规则的立法基点

围绕言词排非规则的设立初衷，事实裁判者在事实裁判过程中，必须忽略那些被法律禁止的证据信息。[4]但是，假如被禁止的证据信息具有说服裁判者的能力，且在认罪认罚案件中，基于认罪协商机制的运行，被追诉人也未提出排除的申请，可否就能将其保留，以待后续作为庭审事实认定的证据材料？答案是否定的。我们认为，认罪协商机制的构建，虽在一定程度上会稀释言词排非规则的适用，但我们依旧需要坚守规则的立法初衷，即规范侦查取证行为，保证司法公正和程序正义，并通过排除非法言词证据，确保刑事诉讼程序的公正性和合法性，保护被追诉人的合法权益。通过回归言词排非规则的立法基点，更进一步扎实认罪认罚案件事实基础，兼蓄程序与实体价值。

一是实现程序价值，即保障被追诉人的程序人权。在认罪认罚案件中，基于事实认定的前移，虽说庭前阶段被追诉人的辩护权、对质权有所削弱，但作为权利保障的重要规则，我们应重视其存在价值。具体而言，作为事实认定的主体，法官不论是秉持“原子模式”形成内心确信，亦即针对每一个证据信息分别判断其证明价值，然后合计这些分别存在的证明价值而得出最终的认识，还是以整体模式的方式进行事实认定，亦即不对个别存在的证据信息进行具体的证明力判断，[5]都应将言词排非规则的程序价值实现作为基本的目标。

二是突出实体价值，即发挥查明案件事实真相的功能。言词排非规则把非法取得的言词证据排除在诉讼之外，在很大程度上避免了根据虚假的证据对案件事实作出错误的认定，有利于最大限度地防止、减少冤假错案的发生。[6]概言之，作为我国非法证据排除规则的重要组成部分，言词排非规则的适用，立法基点也应在于规范侦查取证行为，促进公安司法机关及其工作人员法治观念的转变，[7]同时还应体现在对司法公正和程序正义的保障上，通过排除非法言词证据，确保刑事诉讼程序的公正性和合法性，保护被追诉人的合法权益。

（二）凸显法院的司法职权行使

在认罪认罚案件中，根据案件性质、社会危害和社会影响等因素，以及侦查和起诉机关事实调查和证据收集的基本工作情况、被追诉人认罪情况，应选择实施符合认罪认罚案件具体情况的庭前事实基础审查方式，推进言词排非规则的落地践行，扎实庭审事实认定的可靠性基础，提升刑事审判质效。总的来说，传统书面审核方式主要运用于案件事实简单、明了，证据材料的收集、固定较为稳定的认罪认罚案件；书面审核与庭外调查相结合的方式，则可运用在案件事实的确认存在一定疑问的认罪认罚案件，法官还需要行使其庭外调查核实权[8]，弥补书面审核存在的不足；而书面审核与听证相结合的方式，则适配于被追诉人诉讼权利行使受阻，且对案事实的确认存在一定影响的认

---

1 [德]托马斯·魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，北京：中国法制出版社 2021 年版，第 208 页。
2 [德]托马斯·魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，北京：中国法制出版社 2021 年版，第 227 页。
3 [德]托马斯·魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，北京：中国法制出版社 2021 年版，第 238 页。
4 [美]米尔吉安·R·达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜等译，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 220 页。
5 [美]米尔吉安·R·达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜等译，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 220 页。
6 陈光中主编：《证据法学》（第五版），法律出版社 2023 年版，第 199 页。
7 樊崇义主编：《证据法学》（第六版），法律出版社 2017 年版，第 102 页。
8 类似于庭审阶段的庭外调查核实权，出于庭前事实审查的考虑，可赋予法官以庭前阶段调查核实权。

罪认罚案件。唯物辩证法认为，事物的发展是对立统一的，任何事物内部都包含着矛盾，矛盾双方既相互排斥又相互依存，并在一定条件下可以相互转化，正是这种矛盾运动推动着事物的发展。[1]上述三类庭前事实审查模式，自身的存在并无孰优孰劣之分，只要适配于特定的认罪认罚案件或者认罪认罚案件的特定场景之中，便能发挥应有的功能作用，实现将劣势转化为优势。申言之，不同庭前事实基础审查方式的存在，都是契合认罪认罚案件最终认定案件事实的需要的，也是法官行使司法职权的应有之义，且在价值层面对刑事审判质效的提升也是有所助益的。

（三）强化对执法机关的监督

认罪协商机制的设立，对言词排非规则的适用产生了一定的稀释作用，也弱化了公民、法人或者其他组织对执法机关的监督，这其中，尤其是弱化了被追诉人的监督功能。就认罪认罚案件事实基础审查而言，为保证被追诉人的资讯获取，在信息交流之中确保控辩双方诉权的平等，避免信息的不对称影响诉讼的平衡，进而影响庭审事实的认定，根据控辩双方一方的申请或者依职权，法官可以组织庭前听证程序。庭前听证程序的开展，主要在于确保被追诉人正当诉讼权利的行使，并借此监督执法机关的权力行使，夯实法官对于案件事实的审查。法官除了对侦查卷证材料进行书面审核外，还需要组织听证程序，进而扎实庭前准备工作，以达确认案件事实、契合庭审程序简化、实现庭审优质高效的目的。该类模式兼蓄书面审核与听证程序两种方式，既汲取了侦查卷证材料中合法、合理的内容，同时又对可能影响庭前事实审查的被追诉人诉讼权利加以保障，继而监督执法机关的执法行为。通过设置程序性的听证，确保控辩双方的信息对称、诉权平衡，继而将控辩协商得出的案件事实内容确定下来，并稳步地向后续诉讼流程推进，奠定庭审事实认定的坚实基础。

五、结语

根据我国 2018 年《刑事诉讼法》第 186 条[2]的规定，可以得知，庭前审查制度是我国刑事诉讼中办理公诉案件的必备步骤，结合当下我国刑事司法实践，可以看出，庭前审查更多依赖于书面方式进行，呈现出形式化特征。纵然如此，仍在很大程度上影响乃至决定着整个审判程序和审判内容以及庭审效率，庭前审查制度的设置方式也会影响着整个案件的结果。[3]纵览我国认罪认罚案件的运行现状，不难发现仅仅依靠庭审阶段有限的时间，由审判法官查明案件事实，无法满足事实认定的准确性、可靠性要求，且也不符合刑事司法实践的理性内核。故此，应赋予法官庭前阶段进行事实基础审查的职权，同时，应当明确认罪协商机制对我国言词排非规则的冲击，仅仅是形式层面的，具化为稀释或者消解作用，我们依旧需要恪守非法证据排除规则的立法基点，并协调其与案件事实基础审查之间的关系，以期实现共同推进认罪认罚案件庭审事实认定的准确性与可靠性。

---

1 [德]卡尔·马克思、弗里德里希·恩格斯:《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社 1972 年版，第 111 页。

2 2018 年《刑事诉讼法》第 186 条规定:“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实的，应当决定开庭审判。”

3 龙宗智:《刑事庭审制度研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 146 页。

人工智能生成证据的定位与刑事诉讼法制回应

黄健*

摘 要:“人工智能+”时代背景下，各行业与人工智能技术的全面融合渗透，引发了人工智能产生的数据材料能否成为诉讼证据，以及如何在诉讼中使用的问题。形成于我国司法实践的“技术性证据”范畴，在当前新兴技术的驱动下具有扩张趋势，可将我国人工智能生成证据问题研究置于技术性证据谱系，进而以专门性问题报告的形式呈现人工智能生成证据，并参照当前鉴定意见与专家辅助人意见制度审查判断人工智能生成证据。在此基础上，仍应在制度与理论维度，进一步锚定人工智能生成证据的必要革新，例如：补充与修正现有鉴定意见审查认定规则、探索构建社会组织、政府机构主导的中立性测试抑或可靠性背书机制。

关键词：人工智能生成证据；技术性证据；专门性问题报告；证据审查认定

一、问题的提出

第十四届全国人民代表大会第二次会议审议通过的政府工作报告首次提出“开展‘人工智能+’行动”的工作部署，与人工智能技术全面融合渗透势必成为各行业发展的主攻方向。在刑事司法实践中，许多国家的警察、司法人员依赖人工智能来提升他们的工作，如人工智能辅助的面部识别、法医分析、司法决策等。[1]诚然，人工智能生成材料大都并非专门为诉讼而生，但随着社会生产、生活领域的不断人工智能化，经由人工智能产生的数据或信息能否成为诉讼证据材料的前瞻性问题值得探讨。诉讼实践中确已出现将人工智能产生材料用作证据的情况：在美国，具有一定人工智能程度的TrueAllele 系统生成的 DNA 混合物的解读，被用作证据以指控犯罪成立。[2]在我国，刑事诉讼之于人工智能人脸识别系统产生的比对结果的运用，可谓是当前最常见的例证。[3]

人工智能产生材料能否及如何被用作诉讼证据问题的研究极具前瞻性，并无现成的制度与实践基础。当前，我国学者主要依托人工智能的通识性知识与证据法学的基础理论，对人工智能产生材料用作诉讼证据的观点表示支持抑或担忧。[4] 同时，我国学者在回应因人工智能引发的证据问题时，多表现出技术主导下的创新论，主张人工智能产生的证据材料应被视为一种新的证据形式，现有证据审查判断规则已不能涵盖人工智能生成证据这一新形式，应建构新的证据审查机制。[5]美国学者对人工智能引发证据问题的研究则呈现另外一番图景：即将人工智能产生的证据材料置于“机器证据”（machine evidence）的范畴，将其视作机器证据演进过程中的最新呈现形式，使人工智能生成证据问题的研究承继此前影像设备产生证据、法庭科学仪器产生证据、计算机程序产生证据的研究，从而以丰富的证据可采性规则、判例为出发点，对人工智能生成材料在诉讼实践中的未来，做更具有制度与实践基础的展望。[6]当然，这并非技术否定论与规则怀旧主义，而意在探索已有证据理论及制度在应对“超前性”问题时的承继适用，并锚定应进行的必要革新。虽然我国诉讼理论与实践更符合大陆法系特征，并不具备系统性的证据可采性规则，但在研究人工智能生成证据问题时，亦可尝试由当前技术主导下的表面探讨与盲目革新，深入至从过往研究与实践中挖掘经验并探索必要性革新的方法论转向。从而为人工智能生成证据问题研究引入新素材、形成新论证。

本文试图将当前人工智能生成问题的研究，置于我国既有证据理论与实践探索之中，从而分析

---

* 作者简介：黄健，中国政法大学法律硕士学院讲师，联系电话 15811358445。

[1] See Artificial Intelligence and the Criminal Justice System, 7 Ct. Uncourt 2,2-3 (2020).

[2] See PEOPLE v. WAKEFIELD,195 N.E.3d 19 (N.Y. 2022).

[3]参见陈法生走私、贩卖、运输、制造毒品案，云南省高级人民法院(2020)云刑终 1101 号刑事裁定书，法宝引证码：CLI.C.121254085；庞南经故意杀人案，浙江省高级人民法院(2020)浙刑终 101 号刑事裁定书，法宝引证码：CLI.C.113933846。

[4] 参见马国洋：《论刑事诉讼中人工智能生成证据的审查》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 5 期，第 158-159 页；鲁慧雯：《人工智能的司法应用与规制研究》，载《北京政法职业职业学院学报》2023 年第 1 期，第 52 页。郑曦：《人工智能技术在司法裁判中的运用及规制》，载《中外法学》2020 年第 32 卷第 3 期，第 682 页。

[5] 参见郑飞：《证据种类法定主义的反思与重构》，载《中国法学》2024 年第 1 期，第 122 页。

[6] See Patrick W. Nutter, Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight, 21 U. PA. J. Const. L. 919, 944-949 (2019).

已有证据理论的可承继性与已有证据制度的解释适用性，并在此基础上探索超越已有证据理论与制度的必要革新。

二、人工智能生成证据的定位

鉴于“人工智能+”时代，新兴证据问题的理论超前性，笔者试图将该问题研究置于过往证据理论与制度的谱系之中，以尽量避免在无充足实践样本的情况下，使相关问题的思考沦为空想，并意在赋予此类实践超前性问题更充足的理论基础与历史经验验。

（一）机器证据演进下的人工智能生成证据

美国学者将人工智能生成材料视作机器证据演进过程中的最新呈现形式，从而将人工智能生成证据纳入机器证据的谱系之中。机器证据演进过程大致分为“铁壳机器”生成证据、“代码机器”生成证据与“智能机器”生成证据。

尽管机器大多具有金属外壳，但这里使用“铁壳机器”特指非代码驱动的、原理相对简单的早期机器设备，例如：胶片相机、温度计、气压计、计步器、风速仪等基本科学仪器、非数字呼气酒精测试仪等。此类“铁壳机器”的设计与运行过程大都简单、透明，且发明之初并非以诉讼为目的。然而，在科技持续发展与还原案件事实迫切需求的共同作用下，“铁壳机器”产出的若干材料被用于诉讼，成为认定案件事实的关键证据。以胶片相机生成的影像材料为例，当影像材料被用作证明它们所捕捉到的事件或情况的证据时，这其中就暗含了对成像设备证明能力的认可。影像证据的可采性基于两种不同的理论：其中之一是“图片证词”（pictorial witness）理论，即影像证据仅是对人类证词的说明，只有当存在能够根据个人观察的支持证人，且能证明影像是对主题内容公允并准确的陈述时，才得以被采纳。另一种理论是“沉默证人”（silent witness）理论，即影像证据是一个“沉默的证人”，它为自己发声呈现其所描绘内容，是独立的实质性证据，并不要求支持证人的佐证。绝大多数司法区在采纳摄影证据时所依照的“沉默证人”理论。[1]“沉默证人”理论的兴起，意味着法院越来越倾向于对影像证据采用自由的鉴真标准，同时表明司法上对生成此类证据材料的影像设备可靠性的信赖。值得注意的是，胶片相机生成影像材料的过程同样存在一定程度的“黑箱”风险，机器本身因素，如镜头类型、滤镜、相机质量及开发过程等，均会对相机拍摄的影像材料产生影响。[2]同时，此类机器证据的形成亦受到人类操作的影响。除镜头、滤镜等已经嵌入的影响因素外，摄影者个性化程度极高的创作过程，更加深了照片内容的主观性。[3]

综上，虽然“铁壳机器”运行原理简单、透明，并非专门为诉讼而生，但当将此类机器产出材料用作诉讼证据时，仍难完全消除机器运行过程对产出证据真实性的影响。同时，站在铁壳背后的操作者同样可能造成输出内容的失真。尽管如此，司法人员多基于乐观直觉，并不以严格的技术可靠性检验规则、证据可采性规则来规制“铁壳机器”产出证据的诉讼准入。

随着计算机技术的普及与发展，早期基于理、化等基础原理，直观呈现运行过程的仪器设备，经历了不断数字化的发展趋势。人民诉米勒案指出：尽管在酒精测试仪时代，被告有权保存呼吸样本，但这一权利将随着 Intoxilyzer 8000（一种新型呼气酒精测试仪）的出现而消失，因为该设备直接且仅仅输出检测结果。[4]任何计算程序的“核心”都是它的源代码。[5]源代码规定了程序执行哪些任务、程序如何执行任务，以及程序执行任务的顺序。由此，传统“铁壳机器”向着“代码机器”演进。

以复杂混合 DNA 样本分析程序 TrueAllele 为例，该计算机程序的运行由近 20 万行代码驱动，且代码尚未对社会公开，也未在诉讼中被开示，由此，无论是社会公众还是诉讼参与者，均无法知悉 TrueAllele 的运行机制。美国总统科学技术顾问委员会（PCAST）关于法庭科学方法的有效性报

---

[1] See Fisher v. State, 7 Ark. App. 1 (1982).

[2] See Benjamin V. Madison II., Seeing Can Be Deceiving: Photographic Evidence in a Visual Age-How Much Weight Does it Deserve, 25 Wm. & Mary L. Rev. 705,716 (1984).

[3] See Wagner v. State, 707 So.2d 827 (1998).

[4] See People v. Miller, 125 Cal. Rptr. 341, 342 (1975).

[5] See Christopher M. Mislow, Protecting Source Code from Disclosure During Pretrial Discovery, 12 Utah B.J. 39, 47 (1984).

告指出："尚未确定对复杂 DNA 混合物主观分析的有效性，它也不是一种可靠的方法。"[1] 此后，复杂混合 DNA 样本的计算化分析，呈现出对纯粹主观解释的重大改进，并被许多司法管辖区认可。DNA 混合样本的计算分析，依赖概率化的基因分型（probabilistic genotyping）技术，使用数学模型来估计一个特定个体的 DNA 是样本中混合物的一部分的可能性。TrueAllele 就是这一算法分析演进中最突出的程序之一。[2] 然而，由于程序代码的繁琐、复杂与不公开，使得作为司法参与者甚至是决策者的人们，却无法对此类分析技术的可靠性及其结果的准确性进行彻底的审查。这是因为，当一个机器运转过程涉及多层自动化或相对难以接近的代码时，人们逐渐发现：对该机器运转程序进行有意义的审查会变得不大可能。[3]即便如此，检察官通常也能成功引入基于 TrueAllele 生成的证词。[4]TrueAllele 生成证据已在美国若干州、澳大利亚和英国，通过弗莱依或道伯特检验，被法庭采纳。[5]也就是说，即便在未对代码进行彻底审查的前提下，司法实践仍然对代码机器生成证据持乐观态度。

法律领域依赖机器生成证据的终极形态，可能是机器作证的完全自动化。[6]从通过代码驱动的各类设备或程序获取证据，飞跃到依靠人工智能主动提供证据，在当前可能并非纯粹的幻想。"我们只要回顾自 20 世纪初以来犯罪侦查的真正惊人发展，就会相信更伟大的事情即将发生。"[7]虽然人工智能也表现为一组算法，但与通过代码赋予输入内容与运行程序的传统算法不同，通过简单地向人工智能算法输入大量结构化数据即可完成目标任务，而无需通过编写代码以执行任务。同时，人工智能算法从此前的结果中学习并获得信息更新，而无需人工干预。"代码机器"通常以固定模式运行，并产生既定输出内容，而"智能机器"从数据中学习并提出独特的解决方案，并使用预测模式开发逻辑，当它基于该逻辑接收到新输入时，它将为使用者提供新输出。

当下，人工智能面部识别算法产生结论的司法适用即是一例。面部识别软件使用神经网络和人工智能，基于图像的像素并通过三个阶段形成一个面部识别结果。[8]面部识别技术的准确性，可通过人工智能的自身运行得以实现。随着人像数据供给量的不断提高，人脸识别智能算法可能会自行产生新的边缘确定方法及特征标记与比对方法，从而在没有人为干预的情况下，提高识别的精确度并降低反应时间。在 2020 年对全球近 200 个人脸识别系统的研究中，美国国家标准与技术研究所（NIST）发现，最好系统的假阳性率只有 0.01-0.03%，而表现最差的系统的假阴性率不超过 1%，且这一准确率随着新技术的运用仍在不断提升。[9]由此，人工智能辅助下的人脸匹配（AI-Guided Face-Matching）在警务与安全领域被广泛使用，但社会科学研究同样指出：这些技术充满了错误并可能受到多种算法与人为因素的影响。[10]

---

[1] Id.

[2] See Katherine Kwong, The Algorithm Says You Did It: The Use of Black Box Algorithms to Analyze Complex DNA Evidence, 31 Harv. J. L. & Tech. 275, 282 (2017).

[3] See Sabine Gless, AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials, 51 Geo. J. Int'l L. 195,211 (2020).

[4] See Edward J. Imwinkelried, Computer Source Code: A Source of the Growing Controversy over the Reliability of Automated Forensic Techniques, 66 DePaul L. Rev. 97,108 (2016).

[5] See Katherine Kwong, The Algorithm Says You Did It: The Use of Black Box Algorithms to Analyze Complex DNA Evidence, 31 Harv. J. L. & Tech. 275, 283 (2017).

[6] See Andrea Roth, Machine Testimony, 126 Yale L. J. 1972,2021 (2017).

[7] Edward C. Fisher, Modern Traffic Law Enforcement, 36 Neb. L. Rev. 258, 275 (1957).

[8] See Jessica Gabel Cino, Heather Kleider-Offutt , Beth Stevens , Kat Albrecht, Robert Evans & Emma Riedley, The Oracle Testifies: Facial Recognition Technology as Evidence in Criminal Courtrooms, 61 U. Louisville L. REV. 137, 151-152 (2022).

[9] See Ari B. Rubin, A Facial Challenge: Facial Recognition Technology and the Carpenter Doctrine, 27 Rich. J.L. & Tech. 1,6-7 (2021).

[10] See Danielle M. Rumschik, Steven N. Gosney & Brian L. Cutler, Identification and Interpretive Testimony from

综上，在代码时代，尚有包括开发者在内的少数人知悉机器运行机理，但在人工智能时代，即便是开发者也不能完全理解机器的运行逻辑、预测机器输出的新结果，黑箱风险可能会演变为一个根本无解的问题。当然，人类会不会愿意创造随时可能“失控”的人工智能，尚需在技术哲学范畴进行深入思考。

（二）技术性证据扩张下的人工智能生成证据

在我国证据制度与理论研究中，“机器证据”的语词使用与专门论述并不常见。那么，应如何将人工智能生成证据置于我国已有证据理论与制度之中呢？有学者提出，人工智能生成证据适用的难题，同已被确定为法定证据形式的鉴定意见及电子数据的过往情况相类似。[1]这一论断展现了人工智能生成证据相较于已有科技设备生成证据、计算机生成证据的历史延续性。进而有学者指出：人工智能生成证据是数字时代的科学证据，而 DNA、毒品等鉴定意见是此前我国科学证据的重要形式。也就是说，人工智能生成证据与过往法庭科学仪器设备生成证据，具有历史关联性并可被统一在科学证据的谱系之下。[2]我国学者所使用的科学证据概念，与美国专家证言体系中，科学性专家证言的亚类相对应。至于何谓科学证据，学界尚不能给出具有通说性质的概念，这是因为：英美法并不纠结于对科学证据进行界定，而是更为实用地关注科学证据所包含的具体类别。[3]在我国，包含“科学证据”一词的规范性法律文件，通常涉及法医类鉴定工作，[4]即便近年来该语词使用范围有所扩张，但也大都局限于国家医药卫生领域。[5]此外，由于“科学证据”概念与美国科学性专家证言相对应，我国现有主题文章，大都会论及美国采纳科学证据的弗莱伊（Frye）规则与道伯特（Daubert）规则。而前述规则均是当事人主义诉讼模式下的判例法规则，与我国制定法中意图通过有专门知识的人辅助裁判者解决专门性问题的机制不甚相同。

与科学证据概念相比，我国检察机关广泛使用并出现在司法解释中的“技术性证据”一词，更宜被视作“机器证据”的类似指称，且该概念有伴随新兴科学技术扩张的趋势，并与我国鉴定制度、专家辅助人制度等密切相关。因此，将人工智能生成证据问题研究，置于“技术性证据”谱系之下，更能契合我国过往证据制度与理论的探索。

诚如前文所述，机器证据的兴起与演进，直接源于所依托科学技术的产生与发展。美国机器证据概念与我国技术性证据的语词差异，可被视作存在“表里关系”的不同概念表述。在我国证据制度与理论中，“技术性证据”的发展呈现出一定的历史脉络。我国《刑事诉讼法》《民事诉讼法》并未出现“技术性证据”语词，但 1998 年的《人民检察院刑事诉讼规则》第 257 条出现了“涉及专门技术问题的证据材料”的概括表述。现行 2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 334 条第 2 款更是直接出现了“技术性证据材料”的概念。当然，检察系统关注的技术性证据审查肇始于法医工作中的文证审查，也即技术性证据最早所指法医鉴定书、司法精神病学鉴定书、医疗事故鉴定意见书、病历以及现场勘验、调查访问等文证材料。[6]但随着各种新兴技术同诉讼实践的融合，技术性证据逐渐从文证

Photo/Video Evidence: The Coming Battle of Experts over Facial Recognition, 20 Appalachian J.L. 59,69 (2020-2021).

[1] 参见李育林：《人工智能生成证据的表象之争与实质之辨》，载《政法学刊》2022 年第 3 期，第 23 页。

[2] 参见孙鹏庆：《数字时代下科学证据可靠性规则的变革困境与本土重构》，载《数字法治评论》2023 年第 3 辑，第 189-190 页。

[3] 参见何家弘主编：《刑事诉讼中科学证据的审查规则与采信标准》，中国人民公安大学出版社 2014 年版，导论部分第 1 页。

[4] 参见《人民法院法医学鉴定文书立卷归档办法》，法[办]发〔1991〕46 号，第 2 条；《精神疾病司法鉴定暂行规定》，卫医字[89]第 17 号，第 2 条；《最高人民法院关于加强法院法医工作的通知》，法[司]发〔1986〕34 号，第 1 部分。

[5] 参见《医疗器械注册与管理办法》，国家市场监督管理总局令（第 47 号），第 36 条；《国家卫生健康委、中央宣传部、中央网信办等关于建立健全全媒体健康科普知识发布和传播机制的指导意见》，国卫宣传发〔2022〕11 号；《保健食品新功能及产品技术评价实施细则（试行）》，国家市场监督管理总局公告 2023 年第 37 号，第 17 条。

[6] 参见涂舜：《人民检察院检察技术工作的制度变迁及其完善：1979-2019——基于刑事司法的研究视角》，载《证据科学》2020 年第 28 卷第 4 期，第 487 页。

材料扩展至鉴定意见、视听资料、电子数据等更广泛视域的证据材料。[1]《2018-2022 年检察改革工作规划》在“主要任务”部分指出：“建立健全技术性证据专门审查制度，完善对鉴定意见、电子数据、视听资料等技术性证据审查机制，发挥技术性证据审查对办案的支持作用。”2021 年 1 月 22 日生效施行的《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第 23 条规定：“对鉴定意见、电子数据等技术性证据材料，需要进行专门审查的，应当指派检察技术人员或者聘请其他有专门知识的人进行审查并提出意见。”

值得提出的是，形成于我国司法实践的“技术性证据”语词是被笼罩在检察机关技术性证据专门审查制度之下的，由此，对于什么是技术性证据，司法实践与学术研究并无概念化的界定。即便如此，相关问题的研究者也较为一直地关注到了技术性证据在科学技术发展下的扩张趋势。例如，有学者在谈及检察机关审查技术性证据时指出：技术演进会催生诸多新型证据，并向诉讼涌入。因此，应将技术性证据审查对象拓展至人工智能生成证据、算法证据等新型技术性证据。[2] 亦有学者在对技术性证据进行列举式定义时指出：随着科学技术在司法证明中的渗透，技术性证据除传统的“四大类”司法鉴定意见与诉讼中其他专门性问题的鉴定意见，以及勘验笔录、检查笔录、视听资料之外，还应包含诸如区块链证据、大数据证据、人工智能分析报告等新类型的证据。应当“技术性证据”概念囊括源源不断的新兴技术性证据，以避免概念外延不周引起的局限性。[3]另有学者提出了“专门性证据”的概念，用以指称超出裁判者知识范围，而依赖专业人士专门性知识的产物，并指出此类证据同样具有扩张趋势。[4]“专门性证据”概念虽不同于前述“技术性证据”，但所谓超出裁判者知识范围的专门性知识问题，正是科学技术不断发展的产物。因此，笔者将“专门性证据”视作“技术性证据”的近似表述，并在本文论述中统一使用“技术性证据”的概念。

三、现有刑事诉讼法制的承继适用

将人工智能生成证据问题研究置于机器证据抑或技术性证据的谱系之下进行研究，其逻辑延伸就是为了从过往类似证据理论与制度实践中汲取经验，以承继适用已有证据制度及理论，为技术驱动下源源不断的新兴证据问题提供相对稳定的分析框架。

面对机器证据的司法适用，美国理论及实务界始终围绕传闻证据规则、证据鉴真规则、科学证据可采性规则等加以讨论。人工智能生成证据问题研究，同样被置于经典的证据可采性规则体系之中。随着典型判例的形成及证据规则的修订，面对机器证据，美国司法实践呈现出顺应科技发展，放松准入限制的趋势。可以预见，在不远的将来，人工智能生成据同样会成为美国司法实践中常见且流行的证据形式。相较于美国具有丰富的证据可采性规则的特点，我国则以法定证据种类为逻辑起点，分别制定了审查判断各类证据的若干规则。若要将人工智能生成证据问题研究回归我国现有证据制度，则难以逾越证据法定种类归属的探讨，在确定可以划归的证据法定种类后，尚可进一步谈及相应证据审查判断规则的可承继适用性。

（一）人工智能生成证据的种类归属

已有研究多主张将人工智能生成证据作为独立证据种类，[5]这与此前视听资料、电子数据等技术性证据问题的探索有所不同。虽然前述两类证据最终在程序立法中被确定为新的法定证据种类，但在这一过程中充斥着应否新增证据种类的争论，且均有将新兴证据形式归入已有证据制度框架内的尝试。当前，我国法定证据种类体系不断完善，且《刑诉法解释》第 100-101 条确认了专门性问题报告与事故调查报告的证据资格，因此，承继过往经验，人工智能生成证据可先通过契合现有证据制度的方式进入诉讼。

---

[1] 参见朱梦妮、刘品新：《转型中的技术性证据审查》，载《人民检察》2017 年第 13 期，第 28 页。

[2] 参见涂舜、罗宇昂：检察机关技术性证据审查困境及优化路径，载《中国刑警学院学报》2023 年第 4 期，第 118 页。

[3] 参见陈邦达：《技术性证据专门审查问题研究：基于实证调研的阐释》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期，第 80 页。

[4] 参见吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期，第 169-171 页。

[5] 参见马国洋：《论刑事诉讼中人工智能生成证据的审查》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 5 期，第 173 页。

我国诉讼实践，尤其是刑事诉讼，亦有采纳技术性证据的偏好。以视听资料为例，其作为一种独立的证据类型，在 1982 年首先被写入《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》，但直到 1996 年才被《刑事诉讼法》确定为第 7 种证据形式。即便如此，在这相差的 14 年间，法学界同仁不断致力将视听资料纳入刑事诉讼法定证据种类。[1]同时，视听资料作为尚未入法的证据形式，也已被用于刑事审判。无独有偶，尽管在 2012 年，电子数据作为新的证据种类才被双双写入《民事诉讼法》与《刑事诉讼法》，但学界早已对如何在诉讼实践中运用电子证据展开讨论，具体包括将电子数据归入视听资料、[2]区分具体情况分别划归不同的传统证据种类、[3]取代视听资料、[4]作为独立证据种类等观点。[5]

当前，我国学者同样对人工智能生成证据用作诉讼证据的问题持乐观态度。然而，无论是通过新增证据种类还是取消封闭式种类限制的方式迎接人工智能生成证据，均尚待时日。可先在已有证据制度与实践框架内，为适用人工智能生成证据寻找依据。通过对美国司法实践的观察，人工智能生成材料可能会以自我鉴真的电子记录形式，或者科学性专家证言的形式进入法庭。前述形式可分别划归我国电子数据与鉴定意见范畴。当然，对人工智能系统或设备运行过程与结果提出的专门性意见，并不能划归法医、物证、声像资料、环境损害这四大类全国统一管理的鉴定范围。2021 年修订的《刑诉法解释》第 100 条规定：因无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告，可以作为证据使用。对于此类证据材料的审查认定，参照鉴定意见的相关规定。尽管尚无公开案例显示该条司法解释已用于专家针对大数据、人工智能等专门性问题出具的报告，但无论如何，该解释为后续人工智能生成材料以“准鉴定意见”形式进入诉讼，提供了规范基础。有学者在谈论人工智能算法生成证据时主张，算法证据属于特殊性专家意见，应纳入专门性问题报告范畴。[6]

（二）鉴定意见审查认定规则的比照适用

为应对诉讼中不断涌现的技术性问题，我国《刑诉法解释》在鉴定意见这一法定证据种类基础上，新增了专门性问题报告与事故调查报告的材料形式，并赋予该两类报告证据资格。由此形成以鉴定意见为核心，两种新型报告并存的技术性证据体系。技术性证据审查也主要依据或参照鉴定意见的审查认定规则进行。这是因为，无论是新兴技术性证据，还是传统种类的鉴定意见，其依据有专门知识的人发表专门性意见以辅助司法裁判的内在机理未曾改变。因此，将人工智能生成证据问题置于技术性证据谱系之下，可以从鉴定制度本身，以及鉴定意见审查判断规则中汲取可承继的经验。

《刑诉法解释》第 100 条第二款规定：对专门性问题报告的审查与认定，应参照该节有关鉴定意见审查认定规则。就该节证据规则的具体内容而言：《刑诉法解释》第 97 条规定了鉴定意见审查判断的十项要点。这些要点均可被人工智能生成证据的审查认定所承继，其中，第（二）项回避、第（十）项告知与其说是证据规则，不如说是普适于诉讼活动的程序性规则；第（三）和（五）项可统称为证据形成合法性的整体要求，亦具有普适性；第（八）项关联性、第（九）项同其他证据无矛盾属于证据审查认定的普适逻辑；第（四）项形式要件完备、第（七）项意见明确，虽聚焦于鉴定意见的证据种类，但显属浮于表面且易于成就的元素。只有第（一）项鉴定资质要求与第（六）项方法与过程的规范性要求，属于决定鉴定意见可靠性、真实性的核心要素，进而《刑诉法解释》第 98 条第（一）（二）（六）项规定：鉴定机构抑或鉴定人无资质、鉴定过程和方法不符合相关专业规范要求，均为鉴定意见排除的适用情形。因此，参照我国现有鉴定意见审查认定规则，未来在

---

[1] 参见董承红：《浅析刑事诉讼中的视听资料》，载《法律科学》1989 年第 5 期，第 20 页。

[2] 参加车丽华、吴鹏飞、戴谋富：《电子证据可采论》，载《湖南师范大学社会科学学报》2001 年第 S2 期，第 78 页。

[3] 参见刘品新：《论电子证据的定位——基于中国现行证据法律的思辨》，载《法商研究》2022 年第 4 期，第 43 页。

[4] 参见王金辉、劳伟刚：《检察机关开展电子证据鉴定探析》，载《中国刑事法杂志》2009 年第 12 期，第 82 页。

[5] 参见杨雄：《论电子证据》，载《国家检察官学院学报》2002 年第 6 期，第 79 页；徐燕平、吴菊萍、李小文：《电子证据在刑事诉讼中的法律地位》，载《法学》2007 年第 12 期，第 134 页。

[6] 张迪：《刑事诉讼中的算法证据:概念、机理及其运用》，载《河南大学学报(社会科学版)》2023 年第 3 期，第 41 页。

对人工智能生成证据进行审查认定时，应重点关注发表专门性意见的人的资质、专门意见形成的过程和方法是否符合专业规范的内容 。此外，《刑诉法解释》第 99 条规定的鉴定人无故不出庭的证据排除规则，可以且应当被呈现为专门性问题报告的人工智能生成证据所承继。这是因为，只有督促人工智能生成证据的专家出庭，才能保证辩方对该证据质证的实质性。[1]

当然，就《刑诉法解释》第 100 条的本意而言，不应仅局限于本节规定的上诉三条证据规则，“刑事诉讼法及相关司法解释中有关鉴定意见的审查规定，也应该适用于专门性问题报告”，[2]其中较为重要的当属《刑事诉讼法》第 197 条、《刑诉法解释》第 250 条规定的专家辅助人对鉴定意见进行质证规则。2012 年我国在立法层面确立了专家辅助人制度，当事人有权聘请有专门知识的人出庭对已有鉴定意见或其他专业问题发表意见。[3]人工智能生成证据，通过专门性问题报告的形式进入诉讼，由于其明显的技术属性，当事人只有引入专家辅助人，才有可能对人工智能生成证据有效质证。以刑事诉讼为例，在引入专家辅助人阶段，虽然《刑事诉讼法》规定控辩双方均有权聘请专家辅助人出庭，但需要法庭批准，而法庭究竟需要考量哪些因素却无明确的法律规定。[4]不仅如此，有实证研究指出，面对控辩双方提出的专家辅助人出庭申请，法官更倾向准许控方申请，辩方提出申请遭到拒绝的情况时有发生。[5]在专家辅助人质证的实际运行中，存在质证形式化现象，复杂的专门化问题质证，往往因追求法庭效率而被牺牲，专家辅助人不出庭，反而提交书面意见的情况屡见不鲜。[6]当然，上述专家辅助人制度存在问题自始有之，只是随着人工智能生成材料等高技术依赖型证据的出现，完善专家辅助人制度问题再度凸显。

四、现有刑事诉讼法制的回应性革新

强调将人工智能生成证据问题研究回归已有制度与理论，并不意味着在技术与规则维度的守旧主义，而是主张在面对新兴技术性证据问题时，应在充分分析现有证据理论的可承继性、现有证据规则可解释适用性的基础上，锚定必要的革新。技术驱动下的诉讼证据制度变革不应是颠覆性的，而应是回应性的。目前，技术性证据的审查框架主要参照鉴定意见展开。由于新类型技术性证据频频出现，“而针对这些新领域、新技术和新方法的审查，恰恰是鉴定意见审查框架所忽略的。”[7]所以，对技术性证据审查的框架不能局限于现有司法解释确立的鉴定意见的审查认定标准，还应当从科学规则的角度，建立起相关性、可靠性等方面的审查认定规则体系。[8]

（一）现有鉴定意见证据规则体系的完善

当前关于技术性问题的鉴定同未来对人工智能展开的“鉴定”存在同样的问题——黑箱与知识鸿沟。而现有鉴定意见审查认定规则并未陷入科学技术的漩涡，而是通过程序性、逻辑性、证据性规则的设计，试图优化技术性证据的审查效果。因此，未来在面对人工智能生成证据的审查认定问题时，应首先对现有鉴定意见证据规则体系进行完善。

当人工智能生成证据以专门性问题报告的形式进入诉讼时，应参照鉴定意见证据规则进行审查认定。而现有若干规则在意图落实这一参照审查模式时，存在表意不完整、不科学，需要补充、修正之处。如上文所述，《刑诉法解释》第 100 条关于专门性问题报告的审查认定“参照适用本节的有

---

[1] 参见李育林：《人工智能生成证据的表象之争与实质之辨——以刑事司法事实认定进路为视角》，载《政法学刊》2022 年第 3 期，第 23 页。

[2] 吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期，第 178 页。

[3] 参见李学军、朱梦妮：《专家辅助人制度研析》，载《法学家》2015 年第 1 期，第 148 页。

[4] 参见潘广俊、陈喆、胡铭：《专家辅助人制度的现状、困境与改善建议——以浙江省为例的实证分析》，载《证据科学》2014 年第 22 卷第 6 期，第 725 页。

[5] 参见孙鹏庆：《数字时代下科学证据可靠性规则的变革困境与本土重塑》，载《数字法治评论》2023 年第 3 辑，第 202 页。

[6] 参见陈邦达：《专家辅助人制度：面临问题与完善路径》，载《理论探索》2016 年第 1 期，第 124 页。

[7]吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期，第 180 页。

[8]参见陈邦达：《技术性证据专门审查问题研究：基于实证调研的阐释》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期，第 76 页。

关规定”的表述，应率先扩充为“参照刑事诉讼法及相关司法解释中的鉴定意见规则”，从而得以参照全部鉴定意见的程序规则、证据规则，对新兴技术性证据进行更有效的审查认定。与此同时，专家辅助人作为对技术性证据进行有效质证的重要手段，应明确在专门性问题报告审查认定中的适用。将《刑事诉讼法》第 197 条控辩双方申请出庭的有专门知识的人仅能对鉴定意见发表意见的规则，修改为可对鉴定意见和参照鉴定意见进行审查认定的证据形式发表意见。此外，在基于主体资质因素审查判断抑或排除技术性证据时，应对“四大类鉴定”和“其他类专门性意见”予以区分。这是因为，四大类外的鉴定主体资格缺乏鉴定人的资质证书，也不存在专家名册。因此在有专门知识的人多元化的情况下，应当赋予法官庭上审查主体资质的裁量权，可将专门知识人的教育经历、从业情况、既往发表意见的情况和职业操守等作为法庭综合评判其资质的要素。

（二）有效审查人工智能生成证据的革新举措

同美国围绕已有证据可采性规则体系探索新兴机器证据问题的理论与实践相类似，我国也有学者主张，在对新兴技术性证据进行审查认定时，现有鉴定意见制度框架虽具有一定参考价值，但并具备完善的有效性。“人脸识别分析结果生成主体系人工智能，若采用鉴定意见审查规则既无法实现对其算法原理的可靠性审查，也无法实现对其分析结果的准确性审查。至于鉴定意见其他方面的审查要求，对人脸识别分析结果的审查而言必要性并不明显。”[1]

有学者主张借鉴全面质量管理理论中，人、机、料、法、环、测的六大因素体系，来分析技术性证据，即从主体是否适格、设备是否精确、检材是否可靠、方法是否得当、环境是否达标、测量是否准确等方面来审查技术性证据的可靠性。[2]具体到人工智能生成证据的审查认定，学界主张应主要围绕其关联性与可靠性展开。在关联性问题上，对于人工智能生成证据所依托的技术和数据的关联性，应分别审查是否有助于待证事实要素的认定；对于人工智能生成证据结论的相关性，在审查结论与待证事实要素间的逻辑关系的同时，还应着重审查该结论对于待证要件事实证明的有效性。[3]至于人工智能生成证据的可靠性审查，同样应分别对人工智能技术可靠性、数据可靠性、结论可解释性三个维度的可靠性进行审查。以技术可靠性为例，我国现有规定主要关注鉴定机构的资质等外部问题，而忽略了技术内部因素的审查，这导致现有规则无法有效适用于人工智能生成证据技术可靠性的审查。可借鉴美国科学证据可采性中的实证检验规则，例如开示并审查人工智能技术的普遍接受程度、已被检验的错误率等。[4]

除上述内部技术路径外，尚可在外部规范的视角下探索确保人工智能生成证据有效性的革新举措。综观鉴定意见证据制度，纵使经历了较长时间的理论研究与实践探索，但考虑到专门性知识与司法工作人员知识间的鸿沟，现有鉴定意见审查认定规则并未深入至专门性知识的技术性审查，而是倾向采用司法工作人员更擅长的规范性判断。可仿照司法鉴定的行政与司法二元制管理体制，探索通过外部管理机制确保人工智能生成证据可靠性的新举措。对于人工智能生成证据在诉讼实践中的应用，我国学者也有类似于美国学者提出的通过中立组织或政府机构进行测试抑或可靠性背书的主张。可以建立一个较为权威的人工智能生成证据监管组织，对于人工智能生成证据质量控制及可靠性进行权威与中立的测试。[5]相关人工智能行业协会可以制定用于诉讼证据实践的人工智能技术的行业标准、操作标准，并探索构建能够产生诉讼证据的人工智能技术的黑白名单制度。相关国家机构亦能发挥此作用且更能突显可靠性背书的功能。有学者在以算法证据为关键词展开的探讨中指出，

---

[1] 杨菲：《刑事诉讼中人脸识别证据探究》，载《证据科学》2023 年第 31 卷第 4 期，第 479 页。

[2] 参见陈邦达：《技术性证据专门审查问题研究：基于实证调研的阐释》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期，第 80 页。

[3] 马国洋：《论刑事诉讼中人工智能生成证据的审查》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 5 期，第 173 页。

[4] 参见马国洋：《人工智能生成证据适用的双重风险及其规制》，载《大连理工大学学报》（社会科学版），2023 年第 4 期，第 90 页。

[5] 参见马国洋：《人工智能生成证据适用的双重风险及其规制》，载《大连理工大学学报》（社会科学版），2023 年第 4 期，第 90 页。

官方应主导算法的开发、设计、优化、监督及公开。[1]更为具体地，我国应以评估优先级为指引建立政府主导的算法影响评估机制，同时由国家互联网信息管理部门牵头，按照职责权限推进算法影响评估服务体系建设，并支持有关机构开展算法影响评估和认证服务。[2] 将算法影响评估机制运用于人工智能生成证据审查，应当准许适用优先级高、可靠性前、偏见程度低的算法，而未能达标的算法应立刻停止使用。考虑到司法机关参与诉讼的角色冲突，在探索人工智能生成证据可靠性的国家机构背书制度时，可采取行政机关主导的模式。

[1] 参见张迪:《刑事诉讼中的算法证据:概念、机理及其运用》，载《河南大学学报（社会科学版）》2023 年第 3 期，第 42 页。

[2] 参见张欣: 《算法影响评估制度的构建机理与中国方案》，载 《法商研究》 2021 年第 2 期，第 115 页。

刑事专门性问题报告适用的理性阐释与路径优化

吴庆棒*

摘 要：刑事专门性问题报告是检验报告的进阶化，旨在进一步解决刑事司法中层出不穷且未纳入司法鉴定范围的专业性问题，《高法解释》第 100 条构成了专门性问题报告的规范基础。专门性问题报告的证明机理呈现三阶性样态：一阶样态，即从专门性问题材料到专门性问题信息的转化；二阶样态，即从专门性问题信息到科学事实的转化；三阶样态，即从科学事实向专门性问题报告的转化。但总体上，专门性问题报告的实践认识与理解不明，司法适用不畅。对此，首先，应将专门性问题报告纳入法定证据种类，未来在刑事诉讼法修改调整时，可以将“鉴定意见”修改为“鉴定意见及其他专门性意见”或者涵盖面更广的“专家意见”；其次，界定专门性问题报告的合法性、关联性、可靠性要素，明晰其审查要点；最后，回归程序场域，依托公开性与对抗性程序机制，校正专门性问题报告实质性审查不足所引致的证明风险，推进庭审质证的实质化。

关键词：专门性问题报告 可靠性 科学事实 鉴定意见

2012 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》突破了原一元制的专家制度或单一的司法鉴定模式，于第 87 条增设了检验报告，以作为定罪量刑的参考，即创设了鉴定制度与检验制度并行的二元制模式。但在司法实践中，大量的关于专门性问题的报告被用于证明案件事实，有些还被用于证明与定罪量刑直接相关的构成要件的事实，发挥着与鉴定意见同等的作用。因此，无论从法条的规定来看，还是从司法实务的操作出发，该类报告可以并已经作为证据使用，而非“定罪量刑的参考”。换言之，在二元制下，检验报告的立法意图难以与其实践价值相兼容。并且，当前刑事司法中的专业性问题层出不穷，司法鉴定的范围却非常有限，无法一一涵盖，允许出具报告已不仅仅是应急之策，而是已成为常态。[1]基于此，在 2021 年 3 月 1 日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（本文简称《高法解释》）第 100 条规定了专门性问题报告制度，即因无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告，可以作为证据使用。对前款规定的报告的审查与认定，参照适用本节的有关规定。经人民法院通知，出具报告的人拒不出庭作证的，有关报告不得作为定案的根据。但如何准确理解专门性问题报告的制度规范，如何厘清专门性问题报告的证明机理，以及从专门性问题报告的实践适用角度来看，其属于何种证据种类、应当构建何种有效审查标准以及如何完善专门性问题报告的法庭审理程序等问题亟待解决，故有必要对此予以探索，并寻求专门性问题报告的优化适用路径。

一、专门性问题报告的规范释明

（一）《高法解释》第 100 条第 1 款的规范逻辑

1.产生的前提：无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定

“无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定”是专门性问题报告产生的两项前提性条件。其基本内涵体现在，对于司法实践中某些需要解决案件的专门性问题，可能由于某些原因（如技术难度、专业领域特殊性等）导致没有合适的鉴定机构能够承接此类鉴定工作。或者根据现有的法律、司法解释的规定，在某些特定情况下，可以不通过传统的鉴定机构，而是采取其他方式来解决这些专门性问题。总体而言，“无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定”的规定较为笼统，实践中对此应如何具体把握，需从规范层面对此进行分类分析并作进一步明确。

（1）无鉴定机构

对“无鉴定机构”判断的关键在于此处所指的“鉴定机构”的具体范围。对“无鉴定机构”的理解可以从以下四方面展开。

第一，从专门性问题报告的适用范围分析，“鉴定机构”为“四大类”司法鉴定机构。有关鉴定机构的管理问题，我国相关法律和司法解释已明确将法医类、物证类、声像资料类和环境损害类鉴定机

---

* 吴庆棒，西南政法大学证据法学研究中心研究人员，博士研究生。本文系中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善项目”“刑事诉讼中专门性问题报告研究”的结项申报成果。

1 参见姜启波、周加海、喻海松等：《<关于适用刑事诉讼法的解释>的理解与适用》，载《人民司法》2021 年第 7 期，第 26 页。

构纳入了统一登记管理范围。鉴定意见通常针对的即为“四大类”司法鉴定问题，“四大类”司法鉴定机构是作出鉴定意见的法定主体，但由于专门性问题报告一般并非指向“四大类”司法鉴定中的专门性问题，因此，在适用范围上，专门性问题报告并不等同于鉴定意见，无法由“四大类”司法鉴定机构作出，这也就意味着，“无鉴定机构”中的“鉴定机构”包括“四大类”司法鉴定。

第二，从立法意图分析，“鉴定机构”包括公安司法机关内设的鉴定机构。专门性问题报告制度是司法鉴定制度的补充，其所要求的“无鉴定机构”前提条件意指相关专门性问题无法被当前司法鉴定范围所涵盖，进而无法通过相应司法鉴定活动得以解决，包括公安司法机关内设鉴定机构所开展的相关司法鉴定活动。例如 2017 年《公安机关鉴定规则》第 2 条明确指出“本规则所称的鉴定，是指为解决案（事）件调查和诉讼活动中某些专门性问题，公安机关鉴定机构的鉴定人运用自然科学和社会科学的理论成果与技术方法，对人身、尸体、生物检材、痕迹、文件、视听资料、电子数据及其它相关物品、物质等进行检验、鉴别、分析、判断，并出具鉴定意见或检验结果的科学实证活动。”同时，该规则第 25 条进一步明确，鉴定机构应当在公安机关登记管理部门核准的鉴定项目范围内受理鉴定事项。由此，专门性问题报告所针对的专门性问题应并不属于此范围，无法通过公安机关鉴定机构予以解决。

第三，从诉讼现实分析，“鉴定机构”为当前未纳入法定司法行政机关统一管理范畴但仍具有鉴定资质的“四大类”外司法鉴定机构。当前，推进“四大类”外鉴定人和鉴定机构规范整改工作周期较长，仍有部分“四大类”外的鉴定机构已经在省级司法行政部门登记，具有鉴定资质，实践中只要是有资质的鉴定机构，所作的鉴定意见都具有证据资格，[1]并不仅限于法定的“四大类”司法鉴定机构。据司法部主管国家司法鉴定名录网统计数据显示，截至到 2021 年 9 月 16 日，全国经司法行政机关审核登记的司法鉴定机构总量下降至 2981 家，较 2011 年高峰期已减少近 2000 家。具体到细分领域来看，“四大类”司法鉴定机构数量为 2693 家，“四大类”外司法鉴定机构合计 288 家，占总量的 9.7%，其中会计司法鉴定机构 89 家；建筑工程司法鉴定机构 50 家；知识产权司法鉴定机构 23 家。[2]并且，法院专业机构名册中也并未排除“四大类”外司法鉴定机构，进一步讲，纳入司法行政机关管理范畴的“四大类”司法鉴定机构未必能进入审判部门名册中，未纳入司法行政机关管理范畴但具有鉴定资质的“四大类”外司法鉴定机构也可以择优进入审判部门名册中。[3]不过，“无鉴定机构”本质上仍指的是没有法定司法鉴定机构，[4]因而，从长远来看，在司法行政机关完成对“四大类”外鉴定人和鉴定机构规范整改工作后，从事“四大类”外鉴定业务的法人或其他组织、有关人员便不再属于法定鉴定人或鉴定机构，不再具有鉴定资质，但其仍然可以依法接受办案机关或者有关组织、个人委托，为案件或者其他活动中涉及的专门性问题提供鉴定服务，相关人员即为出具专门性问题报告的主体。

第四，从鉴定公正性分析，“无鉴定机构”不包括地域限制的情形。当相关专门性问题并未超出前述鉴定机构的承接范畴，但受制于地区的司法水平，当地没有该种鉴定机构的，则不属于“无鉴定机构”的情形。在我国，地域限制可能导致鉴定资源分配不均，使得某些地区难以在当地获得相应鉴定服务。一般而言，受统一管理的鉴定服务或许可以提供高质量的鉴定服务，因此，出于鉴定公正性的考虑，应当保障鉴定服务的可及性，消除地域壁垒，实现全国范围内的资源共享和服务互通，必要时，以跨越地域限制寻求鉴定服务，而非舍弃鉴定机构鉴定人员的鉴定服务，以专门性问题报告替代鉴定意见。综上，《高法解释》第 100 条所指的“鉴定机构”，意为“四大类”司法鉴定机构、公安司法机关内设鉴定机构以及当前未纳入司法行政机关统一管理范畴但仍具有鉴定资质的“四大类”外司法鉴定机构。

（2）根据法律、司法解释的规定

“根据法律、司法解释的规定”具有两层含义：既明确了出具专门性问题报告所依据的规范的位阶；也表明了此种情形下出具专门性问题报告的前置条件，即存在鉴定机构。具体分析如下。一方

1 参见刘静坤：《最新刑事诉讼法司法解释条文对照与适用要点》，法律出版社 2021 年版，第 82 页。

2 参见周小松：《2021 年中国司法鉴定机构发展现状与区域市场格局分析 华东司法鉴定发展最成熟》，载前瞻产业研究院网，https://www.qianzhan.com/analyst/detail/220/211115-ff2a7093.html，2024 年 8 月 26 日访问。

3 参见远丽辉：《司法鉴定机构管理优化相关问题初探》，载《中国司法》2020 年第 12 期，第 95 页。

4 参见刘丽云：《常用司法鉴定意见质证要点》，法律出版社 2021 年版，第 207 页。

面，规范的位阶。关于规范的位阶，“根据法律、司法解释的规定”仅明确了“法律”与“司法解释”两种位阶的规范，不包括行政法规、部门规章等位阶的规范。而基于法律文本的明确性和严谨性，此处的“法律”与“司法解释”应作文义解释，即“法律”应指由国家立法机关制定的具有普遍约束力的规范性文件；“司法解释”则是司法机关对法律条文的具体应用问题所作的解释，通常由最高人民法院或最高人民检察院发布，用以指导各级法院和检察院在司法实践中正确理解和适用法律。另一方面，存在鉴定机构。从基本语义来看，在“因无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告”中，作为连词，“或者”用来连接“因无鉴定机构”和“根据法律、司法解释的规定”两个并列的选项，表示在这两种选项中存在一种成立的可能性，即当“因无鉴定机构”成立时，“根据法律、司法解释的规定”不成立；当“因无鉴定机构”不成立时，“根据法律、司法解释的规定”则成立，这就意味着，“根据法律、司法解释的规定”成立的前置条件为“有鉴定机构”。《高法解释》作出此一规定多基于鉴定现实和行业规定的考虑，其一，鉴定现实和证明目的、司法公正之间可能存在一定的张力，由此，在特定领域、特定需求或特定情境下，由既有的鉴定机构开展鉴定活动并不适宜时，可以根据法律、司法解释的规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具报告。其二，如前文所述，实践中仍存在未纳入法定司法行政机关统一管理范畴但具有鉴定资质的“四大类”外司法鉴定机构，因此，尽管在适用范围方面，专门性问题报告要广于鉴定意见，但这些超“四大类”鉴定机构鉴定范畴的专门性问题，却可能属于具有鉴定资质的“四大类”外司法鉴定机构的承接范畴。但相关专门性问题可能属于特定行业内的专业问题，如针对特种进出口物品的检验鉴定，有关法律、司法解释已作出由特定行业主管部门负责检验鉴定的规定时，则应根据法律、司法解释的相关规定，指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具报告，而非由司法鉴定机构出具鉴定意见，如《中华人民共和国保守国家秘密法》第 53 条“办理涉嫌泄露国家秘密案件的机关，需要对有关事项是否属于国家秘密、属于何种密级进行鉴定的，由国家保密行政管理部门或者省、自治区、直辖市保密行政管理部门鉴定”的规定，以及《国土资源部、最高人民检察院、公安部关于国土资源行政主管部门移送涉嫌国土资源犯罪案件的若干意见》（国土资发[2008]203号）“二、关于移送证据”之中作出的“（三）……需要对耕地破坏程度进行鉴定的，由市（地）级或者省级国土资源行政主管部门出具鉴定结论”规定。

2.产生的过程：指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具报告

（1）专门性问题的提出。在专门性问题报告制度适用中，首先需要识别并提出哪些问题属于需要解决的专门性问题。这通常依赖于相关人员的专业知识和经验，当遇到超出自身知识或经验范围的问题时，就需要考虑将其视为专门性问题进行处理。正如英国法庭科学家 Graham Jackson 所言，只有了解诉讼双方的竞争性主张，我们才能够知道需要针对性地检验什么，[1]否则，将无法对检验结果的价值予以评估。同样地，瑞士法庭科学家 Alex 认为，鉴定人评价检验结论不能仅依赖于单一主张，强调设定竞争性主张意在达成某种平衡，需要听取诉讼双方的意见。与此不同的是，在我国，关于鉴定意见所针对的专门性问题的提出，《刑事诉讼法》第 148 条将侦查机关明确为鉴定启动权的唯一主体，有权作为鉴定委托人提出鉴定委托事项（主张），即专门性问题（鉴定的事由）。辩方有权就“重新鉴定或者补充鉴定”提出申请。可见，司法鉴定被作为刑事侦查的一种独特工具。[2]类似地，专门性问题报告中的专门性问题的提出亦是如此，具有权力性。

（2）指派、聘请。指派、聘请是确定有专门知识的人的方式。在刑事司法的职权主义诉讼构造下，指派、聘请司法鉴定被认为是公安司法机关享有的职权，而非当事人可任意支配的证据方法，所以当事人私下聘请专家提供的意见不被法庭认可。[3]在我国，依据《刑事诉讼法》第 146 条的规定，“指派、聘请”鉴定的主体即为公安司法机关，辩方并非当然的主体。如 2016 年司法部《司法鉴定程序通则》第 11 条也已明确，司法鉴定机构应当统一受理办案机关的司法鉴定委托。在具体意涵和对象上，指派和聘请有所不同。以检察机关指派、聘请有专门知识的人为例，对检察机关内的有专

1 See Graham Jackson,The Scientists and the Scales of Justice,Science & Justice,2000 40(2),pp.81-85.

2 National Research Council,Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward,The National Academies Press,2009,at https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091 (Last visited on August 26,2024).

3 参见陈邦达：《鉴定意见审查认证规则及配套机制的优化》，载《法学》2023 年第 9 期，第 147 页。

门知识的人，可“指派”其参与办案，如对本院、下级检察院或同一办案组的人员，也可通过“聘请”进行，如对上级、同级或外地检察院的人员；检察机关外的有专门知识的人参与办案的方式则为“聘请”，如聘请第三方检验机构或行政机关的检验人员进行检验鉴定。

（3）出具报告。与鉴定意见相似，对于同一检验、鉴定事项，应当指派两名具备相应专门知识的人员共同承担鉴定工作。这一做法旨在通过双重审查与验证，减少个人主观偏见或错误的可能性，提升鉴定结论的可靠性。完成司法检验与鉴定任务后，两名专家需联合出具专门性问题报告。该报告也应严格遵循规范性的要求，包括但不限于清晰简洁的表述、准确无误的数据、科学合理的分析以及符合行业规范的结论。通过这一系列标准化流程，以确保报告内容全面、客观、公正，能够为司法决策提供坚实的事实基础与科学依据。

3.产生的效力：可以作为证据使用

“可以作为定罪量刑的参考”否定了检验报告的证据地位，[1]与之不同的是，“可以作为证据使用”，意味着专门性问题报告成为了适格的诉讼证据。不过，这一规定可能面临着“合法性”的质疑。的确，这一质疑具有一定的合理性，但通过司法解释明确专门性问题报告的证据资格，既具有理论可解释性，又具有实践迫切性，是在证据形式上的一个突破。[2]一方面，在理论可解释性上，相关性是证据能力的必要条件。[3]专门性问题报告的相关性体现在其是对涉案专门性问题作出的分析、解释与判断，对案件待证事实的证明具有重要作用，即专门性问题报告增加或降低了待证事实存在的可能性，进而影响司法人员的心证，这是专门性问题报告何以具有证据能力的本质性、理论性的证成；另一方面，在实践迫切性上，法律实践对专家意见日益增长的需求与司法鉴定供应不足之间所存在的矛盾。这也是《高法解释》将“检验报告”扩大为“专门性问题报告”的主要原因所在。

在确证专门性问题报告的证据资格后，“可以”从整体上也明确了三个问题：其一，明确了专门性问题报告的诉讼功能，即可以对待证事实的存在更有可能还是更无可能产生影响，[4]这是证据的本质属性所在；其二，明确了公安司法人员在面对案件中的专门性问题时，可以借助专门性问题报告制度加以解决，即使有专门知识的人并无法定鉴定资质，其就案件专门性问题出具的报告仍然可以作为证据。除非辩方针对专门性问题报告的合法性、可靠性等提出质疑，否则并不影响其证据资格；其三，明确了专门性问题报告使用的非绝对性，即其仅是可以作为证据使用，而非必然使用，办案人员不宜轻易采信专门性问题报告。

此外，“作为证据使用”也存在两层含义，一方面，“作为证据”表明了专门性问题报告应当符合基本的证据“三性”。其一，可靠性。专门性问题报告必须真实可靠，不得伪造、篡改或变造。在具体适用时，应仔细审查其来源、内容和形式，确保其真实无误；其二，合法性。专门性问题报告的收集和使用必须遵循法律规定，严禁采用非法手段获取证据；其三，关联性。专门性问题报告必须与案件事实具有关联性，即能够证明案件中的某一事实或问题。无关紧要的证据不应被采纳。另一方面，“使用”表明了专门性问题报告也应受制于诉讼法规定的证据规则，按照法定程序进行收集、审查、整理、提交、质证和认证，并应遵守程序与纪律的要求，不得有妨碍诉讼的行为。司法办案人员应当综合考虑专门性问题报告的来源、内容、形式以及与其他证据的关系等因素，判断其是否可以作为定案的根据。

（二）《高法解释》第 100 条第 2 款的规范指向

《高法解释》第 100 条第 2 款规定“对前款规定的报告的审查与认定，参照适用本节的有关规定。”该规定意在为专门性问题报告司法适用的公正性、高效性，设定一套保障性规则，即在审查与认定专门性问题报告时，参照适用鉴定意见的有关规定。因此，从一定程度上说，如何深入分析与理解“参照适用”，是《高法解释》第 100 条第 2 款司法落实的关键。针对于此，需从以下内容展开。

1.“参照适用”的对象

---

1 参见涂舜、陈如超：《刑事检验报告制度的实证研究———评最高法院<关于适用刑事诉讼法的解释>第 87 条》，载《甘肃政法学院学报》2018 年第 3 期，第 110 页。

2 参见龙宗智：《立法原意何处寻——评 2021 年最高人民法院适用刑事诉讼法司法解释》，载《中国法学》2021 年第 4 期，第 256 页。

3 参见郑飞：《证据属性层次论——基于证据规则结构体系的理论反思》，载《法学研究》2021 年第 2 期，第 128 页。

4 参见易延友：《刑事诉讼法：规则原理应用》，法律出版社 2019 年版，第 229 页。

《高法解释》第 100 条第 2 款已明确审查与认定专门性问题报告参照适用的对象为鉴定意见。此一立法表述进一步确认了专门性问题报告与鉴定意见的同质性，至少是相似性。在最初阶段，我国的鉴定制度主要是借鉴了大陆法系国家以及前苏联的相关制度，从而逐步发展起来的。但随着大陆法系与英美法系之间法律交流的逐渐频繁，在某些制度设计方面，两大法系开始逐渐吸收和借鉴，典型的即为德国与法国等国的专家证人制度。[1]从事物的本质和比较法视野来看，鉴定人和有专门知识的人实际上同源，其提供的证据的基础要素组成是相同的，包括专家、专门性知识、专门意见推理以及专门性意见等，在性质上，这些证据均归属于专门性证据的范畴，具有相似的法律地位。并且，专门性问题报告以鉴定意见为参照适用的对象，也具有以下妥适性：一方面，通过参照适用鉴定意见，可以弥补专门性问题报告在程序适用性和意见科学性方面的不足，提高专门性问题报告的可靠性；另一方面，在司法实践中，不同领域、不同案件的专门性问题报告可能存在较大的差异，而通过参照适用鉴定意见，可以在一定程度上统一证据标准，减少因证据差异而导致的司法不公的情况。

2.“参照适用”的依据

从规定可知，《高法解释》第 100 条第 2 款“参照适用”的依据为“第五节鉴定意见的审查与认定”的规定。该节的主要内容为：《高法解释》第 97 条“对鉴定意见应当着重审查的内容”、《高法解释》第 98 条“鉴定意见不得作为定案根据的情形”。为专门性问题报告明确审查与认定的依据，有助于提高专门性问题报告司法适用的质量和可信度。但此处存在一个问题，即全部参照适用还是部分参照适用。从专门性问题报告适用的实际情况来看，参照适用应仅限于部分规定。依据《高法解释》第 97 条第 1、4 项的规定，鉴定意见着重审查“（一）鉴定机构和鉴定人是否具有法定资质；”“（四）鉴定意见的形式要件是否完备，是否注明提起鉴定的事由、鉴定委托人、鉴定机构、鉴定要求、鉴定过程、鉴定方法、鉴定日期等相关内容，是否由鉴定机构盖章并由鉴定人签名；”但在没有法定鉴定机构，而由有专门知识的人解决专门性问题的情况下，如果对有专门知识的人出具的专门性问题报告的审查依前述规定，则意味着专门性问题报告缺乏鉴定机构盖章这一形式要件，并且有专门知识的人也不具有法定资质，不属于出具专门性问题报告的适格主体，这就产生了专门性问题报告实际适用中自我否定的逻辑悖论。因此，对《高法解释》第 100 条第 2 款“参照适用”依据的理解，需要结合专门性问题报告适用的特点，分情况予以实质性把握。此外，“参照适用”的依据也并非鉴定意见适用的形式性要求，而应主要为保障鉴定意见适用实体公正的规定，通过参照适用此类规定，在实质层面上保障专门性问题报告的可靠性、真实性。

（三）《高法解释》第 100 条第 3 款的规范立意

《高法解释》第 100 条第 3 款规定“经人民法院通知，出具报告的人拒不出庭作证的，有关报告不得作为定案的根据。”这是对出具报告的人即有专门知识的人出庭作证义务的程序性要求与相关法律后果的规定。从具体规定来看，出具报告的人出庭作证程序与《高法解释》第 99 条鉴定人出庭作证程序相似，二者主要差异在于，《高法解释》第 99 条第 2 款还规定了鉴定人可以不出庭作证的例外情形，以及第 3 款就鉴定人无正当理由拒不出庭作证，人民法院应当向司法行政机关或者有关部门履行通报义务。不过，通过对规范的体系性解释，这种差异性可以得到一定程度的限制。《高法解释》第 100 条第 2 款已明确对专门性问题报告的审查与认定参照适用鉴定意见的相关规定。虽然出具报告的人出庭作证义务被规定在第 3 款，但在同一条文、同一规范对象下，第 2 款的“参照适用”要求，也应适用于本条第 3 款。并且，在应然层面上，参照适用的内容包括实体与程序两方面，《高法解释》第 99 条作为对鉴定意见审查与认定的程序性规定，可以成为对专门性问题报告的审查与认定的程序依循。但须注意的是，程序性“参照适用”存在两处限制。一是参照适用的依据范围限制，即限于本节鉴定意见的相关规定。这意味着其他章节中有关鉴定意见的规定难以对专门性问题报告的适用产生约束力。例如《高法解释》在第 9 章第 250 条对人民法院应当通知鉴定人出庭作证的条件作出了规定，即公诉人、当事人及其辩护人、诉讼代理人申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定意见提出意见的，应当说明理由。法庭认为有必要的，应当通知有专门知识的人出庭。

1 参见龙宗智、孙末非：《非鉴定专家制度在我国刑事诉讼中的完善》，载《吉林大学社会科学学报》2014 年第 1 期，第 103 页。

可见，相关诉讼参与人对鉴定意见提出意见是人民法院通知有专门知识的人出庭的前提性要件，而由于章节所属不同，导致该款难以为专门性问题报告的审查与认定所用，由此，《高法解释》第 100 条第 1 款“经人民法院通知”的规定便欠缺了对专门性问题报告设置异议前提的考虑，出具报告的人是否出庭的实质性决定权也完全由法院掌握。二是出具报告的人的惩戒实效限制。出具报告的人可能并未受到司法行政机关或有关部门的管理，具有一定的社会独立性，此时《高法解释》第 99 条第 3 款的惩戒效力难以对其产生实质影响力。

二、专门性问题报告的证明机理

从出具专门性问题报告的外部程序来看，程序始于专门性问题材料，终于专门性问题报告。但从出具专门性问题报告的内部程序来看，在专门性问题材料到专门性问题报告之间，还经历了专门性问题信息与科学事实的认识节点。由此，以专门性问题信息与科学事实作为分界点，专门性问题的认知与证明过程呈现三阶性样态：一阶样态，即从专门性问题材料到专门性问题信息的转化。这是将复杂的专门性问题材料提炼并转化为易于理解、具有针对性的专门性问题信息的过程。二阶样态，即从专门性问题信息到科学事实的转化。在这一转化阶段，有专门知识的人通过综合运用多样化的科学知识与技术方法，对专门性问题信息进行深入且系统性地分析，旨在将专门性问题信息中潜在的有效信息以科学的方式固定下来，进而形成能够准确反映其本质特性的规律性表达，即科学事实；三阶样态，即从科学事实向专门性问题报告的转化。在这一转化阶段，有专门知识的人运用逻辑推理，特别是演绎推理的方法，对科学事实进行进一步的证据化构建与描述，从而生成具有法律效力的专门性问题报告，这一过程实现了对专门性问题信息科学性认识的法律化呈现。

（一）专门性问题材料→专门性问题信息

证据信息是连接证据材料与证据事实不可或缺的中介，能够辅助人们超越物质层面的认知局限，深入探索并还原案件的真实面貌。在专门性问题的分析与判断过程中，专门性问题信息即是“材料”和“事实”之间联系的桥梁。专门性问题信息是由专门性问题材料（原生性证据材料）中分析提炼，并作为科学事实认定基础的事实信息。

证据所蕴含的事实信息可归结为两大类：一类为直观可视型，此类信息无需特定的专业知识、技术或设备辅助，仅凭普通人的直接观察即可从证据中获取。例如，物证的外在形态、尺寸以及书证中明文记载的内容等，均属于这一范畴。另一类则为专业识别型，其要求有专门知识的专家、精密的仪器以及先进的技术手段来加以识别和收集。专门性问题信息属于专业识别型，就专门性问题信息的提炼而言，应符合专业识别型信息的基本要求。而在证据生成过程中，人和环境等因素都会对生成的证据信息产生影响。[1]“专门性问题材料→专门性问题信息”过程是专门性问题报告证据生成的初始过程，应当对过程中的人和环境因素予以合理控制。其一，控制专门性问题信息提炼中的人的因素。这主要体现为保证主体的适格性，并在信息提炼过程中诉诸科学性的经验与思维，以保障专门性问题信息提炼的充分性；其二，控制专门性问题信息提炼中的环境因素。这主要是指确保证据生成环境因素的安全可靠，既包括保障公安司法人员提供的专门性问题材料的全面性、合法性、可靠性；也要求专门性问题信息提炼中应视具体情况适用先进的设备和技术手段。从实践情况来看，原始专门性问题材料可能包含大量细节、术语或复杂结构，呈现出零散化无序化的特征，这需要具有实质性资格的专家持以严谨的态度，深入分析、筛选和整合材料中的关键信息，去除冗余和不必要的部分，确保不遗漏任何可能对案件有关键影响的事实信息，并保障转化后的信息针对特定的专门性问题，具有明确的指向性和实用性。如价格认定人员发现公安司法机关提供的工业品信息与实际情况不符或有疑问时应向有关机关提出，经有关机关核实并书面确认后方可进行价格认定信息提取，以避免有价值的信息丢失或失真的风险。

（二）专门性问题信息→科学事实

事实命题是作为认知主体的人类，对认知对象进行考察后，所做出的与事物真实状况相一致的判断。专门性问题报告中的科学事实即是基于有专门知识的人对专门性问题信息的感知与分析所得出的推理性结论。“专门性问题材料→专门性问题信息→科学事实”这一序列，正是黑格尔认识中介论

1 参见冯俊伟：《刑事证据“生命流程”的理论阐释》，载《中国法学》2023 年第 1 期，第 269 页。

“客体—中介—主体”三者间相互作用、相互转化的认识运动在专门性问题报告这一证据科学领域的具体体现和应用。不过，需要明确的是，证明是一个利用逻辑和经验进行推理的过程，作为科学事实的推理依据，有专门知识的人对专门性问题信息的感知与分析不能根据日常经验进行，更不应具有主观任意性，而应当以经过归纳推理形成的科学原理、方法或者特殊的规范性经验为依托，包括科学有效性程度较高的必然性推理和部分或然性推理。本质上，科学事实的认识过程是一个三段论的演绎推理过程。

1.推理依据

科学原理、方法或者特殊的规范性经验之所以成为科学事实的推理依据，主要是因为其作用于专门性问题信息，具有确保科学事实认定结果的准确性、客观性和可靠性方面的独特优势。专门性问题信息的感知与分析属于科学、专业问题范畴，区别于常识性或一般经验性判断，因此，需要能够揭示各种专门性问题信息、条件之间复杂关系的的特殊性知识。科学原理、方法或者特殊的规范性经验是各科学领域通过长期的观察、实验、总结而获得的特殊性知识，相对稳定且可靠，并带有预言和解释的特征和能力，可以帮助社会理解和利用现象世界，[1]在专门性问题信息的感知与分析中，能够作为有专门知识的人的知识工具，揭示专门性问题信息的本质特征和规律，从而对科学事实加以准确合理的认定。仍以价格认定报告为例，价格认定报告中价格事实的推理依据主要是指价格认定的科学方法和特殊的规范性经验。通常，价格认定的科学方法包括市场法、成本法、收益法、专家咨询法。不同价格认定方法有着具体的适用条件，不同价格认定方法下的价格事实也可能存在差异。如同一种物品，在市场发展良好的情况下，利用市场法得出的价格认定要比成本法得出的价格高。此时，还需要充分利用价格事实认定方法择取经验和方法，根据检材状态和具体的市场情况确定合适的价格事实认定方法，如对于某市场交易度并不高的物品，如具备可以采用的成本资料，能够取得被盗财物重置价格和实体性、功能性、经济性贬值或者成新率等指标的，采用成本法更能公平合法的反映产品价格。

此外，科学原理、方法或者特殊的规范性经验推理效能的完整发挥还要求专门性问题信息达到质与量的标准，因为专门性问题信息是其直接作用的基础或对象。其一，专门性问题信息的质。切实控制专门性问题信息提炼中的人的因素与环境因素是保障专门性问题信息质的实质要求。其二，专门性问题信息的量。信息论的奠基人之一香农指出,信息是用来消除不确定性的东西。[2]因此，信息，本质上是对确定性的增益，它代表着认知主体所获取的新知识，这些新知识有助于降低或消除关于某事物的不确定性。在司法领域中，证据信息扮演着至关重要的角色，它旨在消除未知事实层面的不确定性。由此可推知，证据信息之量，是衡量其减少事实不确定性的程度。这一过程体现了证据信息在促进案件事实清晰化、提高司法判断准确性方面不可或缺的价值。故而，在专门性报告的科学事实证明与认定过程中，亦应在保障专门性问题信息质的基础上，借助有关科学知识与经验，充分提炼专门性问题信息，必要时可以能动地收集案件相关证据，扩增专门性问题信息量，使之组成有序的信息结构与系统，从而证明相应科学事实。

2.推理结构

司法决策的基本框架是三段论，科学事实的推理结构体现了司法三段论的实质内涵。通常认为，司法三段论的推演模式表现为：T→R（对 T 的每个事例均赋予法效果 R）；S=T（S 是 T 的事例之一）；S→R（S 应被赋予法效果 R）。卡尔·拉伦茨将其称为确定法效果的三段论。其中，确定小前提的推演模式为：T 借助要素 a、b、c 而被穷尽描述，S 具有 a、b、c 等要素，因此 S 是 T 的一个事例。此过程称为涵摄。[3]司法三段论在法律适用的具体过程中发挥着相当重要的作用。无论是普通法系还是大陆法系，其判决均以必然的、逻辑的形式来作出，其中演绎推理的结构更为常见。法律规定是大前提，案件事实是小前提，结论就是裁判。”[4]从形式上看，“专门性问题信息→科学事实”过程即呈

1 See Jay P.Kesan,Who Knows Where the Time Goes?A Critical Examination of the Post DaubertScientific Evidence Landscape,52 Food Drug L J.225,2007,p.232.

2 参见[美]C.E.香农：《通信的数学理论》，《贝尔系统技术杂志》，1948 年第 27 卷，第 11-14 页。

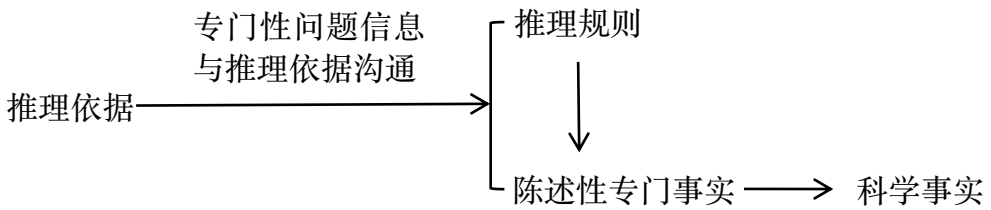
3 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 150 页。

4 参见解兴权：《通向正义之路———法律推理的方法论研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 22 页。

现出三段论的演绎推理结构，其中，推理依据是大前提，专门性问题信息因能够被推理依据所涵摄而成为小前提，结论就是科学事实。因此，三段论演绎推理结构是科学事实取得的重要思维技术。科学事实的三段论演绎推理具有以下优势：一是逻辑严密性。通过三段论演绎推理，可以确保专门性问题信息的分析判断过程符合逻辑规则，减少逻辑谬误的发生，如偷换概念、循环论证等，使得推理结构更为清晰。二是提高事实认定准确性。三段论演绎推理也可以辅助专家将专门性问题信息中的各个要素进行梳理和分析，找到合适的推理依据，挖掘并利用专门性问题信息认定科学事实。

当然，前述优势以科学事实推理的过程性视角来看更为显著。科学事实的取得应是三段论演绎推理结构构建的动态过程，既以专家思维层面上的推理方法为依循，又以经验推论、价值判断等方法为论证前提，因为，专门性问题信息具有一定的复杂性，推理依据也具有一定的多样性，专家科学事实的推理目光应在专门性问题信息与推理依据之间交互流转，其中涉及科学性的经验或价值分析方法的运用。进言之，面对待决的科学事实，专家既要着眼于事实领域所存在的科学推理依据，还要着眼于具体的专门性问题信息和推理依据适用过程中的现实问题，要把针对科学事实的各种可能适用的推理依据，根据实际情况明确化为一个具体的推理规范，以作为三段论演绎推理的大前提。这里，在专门性问题信息与推理依据的目光交互流转后，将经验与价值分析融入其中而确定的大前提可以称之为推理规则，经整合后的专门性问题信息可以称之为陈述性专门事实，由此，“专门性问题信息→科学事实”具体表现为一种动态性三段论演绎推理结构（详见图 1）。

图 1“专门性问题信息→科学事实”的演绎推理结构



（三）科学事实→专门性问题报告

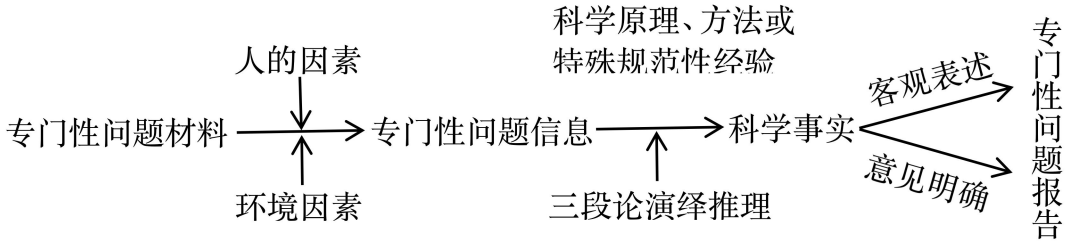
“科学事实→专门性问题报告”要求有一个形式上可以在诉讼中运用的意见，其关键在于对科学事实认定意见的表述。从形式上看，专门性问题报告是在严谨的逻辑推理指引下，将原本可能显得晦涩或抽象的数字、图像、图谱等科学事实信息，转化为当事人和公安司法人员所能理解和接收的文字表述，从而以专门性问题报告这一证据形式有效解决涉案专门性问题。从实质上看，专门性问题报告要求报告出具人需秉持客观立场，对科学事实予以详尽阐述，并在此基础上，作出明确性的鉴别与判断意见。不过，这种“明确性”并非绝对，而可能是一种特定程度的表达。这是由检验鉴定的现实所决定的。具体而言，参照《高法解释》第 97 条的规定可知，审查专门性问题报告时应注重判断其结论是否具有明确性，即报告中的结论应当呈现为肯定或否定意见。任何带有倾向性、模糊性表述的报告，诸如“倾向于认定（或否定）”、“有可能是”等，因其缺乏明确性，而不得作为最终定案的依据。但受制于多种主客观因素，有专门知识的人依据科学原理、技术、方法、手段对专门性问题的分析判断意见不可避免地具有不明确性。这种主客观因素主要包括鉴定材料的质量、作为判断基础的鉴定技术和专门知识的科学局限性、有专门知识的人的鉴定能力和水平等，即使鉴定能够获得确定性，也因其确定性源于不完美、不完全事实前提的假设，其本身也难以排除不确定成分。[1]对于鉴定意见而言，当前在国家制定并实施的部分司法鉴定技术规范标准体系中，已经出现了非确定性鉴定意见的规范类型。如 2018 年中国国家标准化管理委员会、国家市场监督管理局联合颁布的一批文件检验鉴定技术规范，即是将部分鉴定项目的鉴定意见，明确分为确定性意见、非确定性意见、无法判断三类。如《印刷文件鉴定技术规范 GB/T37232-2018》8.1 规定，印刷文件种类鉴定的鉴定意见分为确定性意见、非确定性意见和无法判断三类五种：a)肯定某（同）种类；b)否定某（同）种类；c)倾向肯定某（同）种类；d)倾向否定某（同）种类；e)无法判断。这意味着，国家在技术规范的层面，正式承认了非确定性鉴定意见在法律实践中的合法地位与合理性价值。

1 参见郭华：《不确定鉴定意见的证据属性及功能》，载《中国法学》2023 年第 5 期，第 293 页。

同样地，在某些情况下，专门性问题报告亦具有特定程度的不确定性。已有学者指出任何比较样本与检材的系统和技术，都会受到不确定性的影响。[1]因此，从逻辑上讲，在“同一认定”领域，专家对样本与检材作出百分之百的、确定性的认定几乎是不可能的。对此，采用似然比（Likelihood Ratio, LR）作为主要形式的概率表述体系，正逐渐成为量化表述证据价值的重要方式（LR 值越大或越小，证据的价值越大）。这一体系在实践中已获得广泛认可，许多国家和地区已将其确立为司法鉴定意见的标准表述形式，[㉑]并被认为是迄今为止最正确的证据评价体系。[㉒]LR 采用基于贝叶斯理论的似然率体系，以概率计算的方法推断检材和样本同源的可能性，进而量化地评价证据支持起诉（同源）假设或辩护（非同源）假设的程度，以提供科学表述的检验结果。与简单使用认定/否定来评价证据相比，采用 LR 方法来评价证据，可能使证据证明力的评价更加精确化，使鉴定意见的表述更加精确化。这种追求精确化的努力，在欧洲法庭科学研究机构联盟《法庭科学评价报告指南》（以下简称《指南》）中体现到极致，LR 方法得到如下系统阐述：[㉓]（1）检验结果的支持强度评价只能基于 LR（《指南》2.4）。（2）法庭科学评价报告结论应该用 LR 表达（《指南》3.14）。（3）在《指南》术语表中，LR 被定义为是特定检验结果对某一特定主张而非另一替代主张相对支持强度的度量。（4）LR 是基于竞争性主张中一个特定主张之检验结果的概率赋值。（《指南》注释 3）LR 可通过运用专家知识的主观概率获知。这些概率赋值仍将由 0-1 之间的数值表达，而不能用未限定的修饰词（例如经常、稀有等）表达。综上，“科学事实→专门性问题报告”不仅要求有专门知识的人就科学事实进行客观、全面的记录，不能带有主观偏见或预设结论，并且在专门性问题报告意见明确性难以完全实现时，也可以探索基于 LR 的表述新范式，以在一定程度上降低报告意见的偏差。

综上所述，专门性问题报告的证明逻辑较为明确且严谨（详见图 2），即有专门知识的人需从专门性问题材料中提炼有关专门性问题信息，进而推理出相应科学事实，并对科学事实进行逻辑拟合和客观、详尽地表述，以得出意见明确的专门性问题报告。

图 2 专门性问题报告的内部证明逻辑与路径



三、专门性问题报告实践适用的现状考察

实证研究方法能为法律事实与法律规范之间的互动提供一种新的模式。[㉔]作为《高法解释》所创设的新型证据，专门性问题报告适用的规范内容与理论依据需得到进一步的明确，同时，在实践层面上，专门性问题报告的适用又有何种表现，或者能够在何种程度上对规范加以体现，实践与规范之间是否相出入、实践与理论之间是否相冲突等，则需要对司法实践中专门性问题报告适用的具体样态进行实证观察。因此，本章将采用实证研究的方法，观察、描摹和分析专门性问题报告在我国刑事诉讼司法中的实践样态，并借此对专门性问题报告的实践适用问题予以一定的诠释和解答。

为了较为全面地考察当前专门性问题报告及其相关规范能否得到准确地认识和有效地实施，本

1 参见王华朋、许锋：《论法庭证据评估体系的发展》，载《证据科学》2014 年第 1 期，第 57 页。

㉑ ENFSI,Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science,at https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf.(Last Visited on September 11,2024).

㉒ 参见谭铁君：《指纹证据的量化评价模式》，载《刑事技术》2020 年第 6 期，第 618 页。

㉓同前注㉑。

㉔ 参见何挺：《刑事司法改革中的实验研究》，法律出版社 2020 年版，第 33 页。

文拟从“专门性问题报告证据属性认识”和“专门性问题报告规范理解”两方面开展问卷调查实证研究方法。关于调查问卷设计，笔者通过专家咨询、文献回顾、座谈访谈及学者论证等方式，对问卷设计的效度与信度进行了检验，并验证问卷的有效度和可信度均较高。问卷分别针对公检法机关办案人员、律师群体及曾出具过专门性问题报告的人员（已下简称“专家群体”）发放。问卷内容设计如下：①在专门性问题报告证据认识方面，主要考察实践对专门性问题报告的类型、证据资格、种类、证明力、审查要素与证据污染等的认识。②在专门性问题报告规范理解方面，主要考察实践对“无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定”、“参照适用”的理解。

（一）研究方法

本次问卷调查对象的招募主要是通过网络方式进行，当然，为进一步提高调查对象选取的有效性和针对性，笔者还通过座谈、电话访谈的方式开展了问卷调查。网络参与问卷调查的要求为受访者利用个人微信账号点击问卷调查的特定电子链接，在线完成知情同意书的确认后，随即进入匿名答题模式。为确保数据的独立性与准确性，问卷系统设定了每个微信账户仅限作答一次的限制，有效避免了数据重复录入的问题。问卷收集完毕后，系统智能识别并剔除了无效问卷，经过严格筛选，最终汇总得到 588 份有效问卷。其中，公检法工作人员 324 份（包括公安人员 63 份、检察人员 115 份、法官 146 份），律师群体 231 份，专家群体 33 份。

需要强调的是，本次问卷调查所采取的抽样方式是笔者首先将问卷投放于特定受访者，以及笔者的微信朋友圈和相关微信群中，再由部分受访者将问卷进一步投放至其所在的其他相关微信群中。通过这一过程逐步扩大样本范围，在本质上体现了滚雪球抽样法的核心思想。[㉕]一方面，采用这种滚雪球抽样方法可以显著提升在“专门性问题报告实践理解与适用”这一小众且敏感领域内开展问卷调查接触目标群体的便利性，有助于获取更为贴近实际情况的数据；然而，另一方面，滚雪球抽样方法也可能因本次问卷调查专业领域和受访者所在地区法制发展水平的限制而导致样本构成上代表性不足的问题，参与者中公安人员和专家群体仅分别占比 10.71%、5.61%便是例证。因此，应当充分认识到这一潜在的限制因素，在得出问卷调查结论时，保持谨慎态度，并结合其他实证调查方法所获得的结论，予以科学全面地理解。

（二）专门性问题报告证据认识

1.熟悉程度与类型列举

受访者被问及《高法解释》第 100 条所规定的专门性问题报告的熟悉程度。结果显示，“非常熟悉”“比较熟悉”“不熟悉”的占比分别为 30.56%、58.31%、11.12%。不过，应当考虑到的是，问卷调查的选项具有指引性，部分受访者在面对此一问题时，可能会受到选项和其他因素的影响，而作出与自身实际情况不相符合的选择。笔者在本次问卷调查前曾就此一问题作过初步访谈，在涉及两省三市的 10 位访谈对象中，仅有 3 位访谈对象明确表示对《高法解释》第 100 条的规定有所了解。可以说，在一定程度上，《高法解释》第 100 条关于专门性问题报告的规定尚未被实务所完全熟知。为对该问题作进一步地探析，问卷还要求受访者就“请问您在办案中遇到过哪些您认为应属于专门性问题报告的材料？”填写相关信息，在回收的 418 份问卷中，列出三种及以上专门性问题报告具体类型的仅 117 份，多数的受访者仅列出一种或两种专门性问题报告的具体类型，其中价格认定报告（意见）、审计报告（意见）、会计鉴定、检验报告的出现频次相对较多，但仍有部分受访者给出了“精神病鉴定”“笔迹鉴定”“人体损害程度鉴定”“毒物鉴定”的回答，这一结果印证了实务人员对专门性问题报告的表述、样态及其与司法鉴定意见的区分等的认识与理解并不充分的问题。

2.证据资格与种类

为探析实务中专门性问题报告的证据资格与种类认定问题，参与者被要求回答以下问题：①专门性问题报告可以作为证据使用吗？②专门性问题报告在诉讼中的地位如何？（①题选择“不可以”

㉕ 滚雪球抽样，一种非概率抽样方法。一般采用线索触发的方式进行抽样,即通过同伴推荐和再推荐来逐次抽取并组织样本。在实际调查中，对于一些敏感主题、特殊人群甚至隐秘世界的调查（如特殊疾病人群、社会敏感问题或者人们认为不愿意公开个人意愿的调查等），一般会借助非概率抽样调查来组织样本。参见米子川：《并发多样本滚雪球抽样的捕获再捕获估计》，载《统计研究》2015 年第 6 期，第 99 页。

才会显示本题）③专门性问题报告属于何种证据？（①题选择“可以”才会显示本题，以及继续作答后续问卷问题）

在问题①中，有 49 位受访者（公、检、法、律、专家的人数分别为 2 人、8 人、7 人、29 人、3 人）认为专门性问题报告不可以作为证据使用，占比 8.33%，在问题②中，相应地，分别选择“作为定罪量刑的参考，辅助法官认定案件事实”“作为出罪的依据，设置定罪的疑点”“其他”的问卷数量为 41 份、6 份、2 份。而在问题①中，另有 539 位受访者认为专门性问题报告可以作为证据使用，占比 91.66%，随即在问题③中，选择“鉴定意见”“证人证言”“书证”“独立证据”“其他”的问卷分别有 260 份、95 份、83 份、100 份、11 份。表 1 结果表明，该 539 位受访者认为专门性问题报告属于“鉴定意见”的比例为 48.23%，高于“证人证言”“书证”“独立证据”“其他”的选择比例。为进一步分析各类受访者的内部选择情况，可将“鉴定意见”“书证”“证人证言”“独立证据”“其他”的数据与各类受访者身份的数据进行交叉分析，由此，在认为专门性问题报告属于“鉴定意见”的受访者中，公安人员、检察人员居多，分别占比 54.10%、47.66%;“书证”“证人证言”“独立证据”则为专家群体和审判人员仅次于“鉴定意见”的选择，且比例相近；专家群体选择“证人证言”的比例为 40.00%，高于审判人员的 19.42%、检察人员的 11.21%，专家群体选择“书证”“独立证据”的比例为 16.67%，分别低于审判人员的 15.83%、17.99%以及检察人员的 23.36%、26.17%，而通过卡方检验结果可知，[26]上述数据的差异并未达到统计学意义上的显著性水平(p>.05)。这一结果说明，不能认为受访者身份与其主观对专门性问题报告证据种类的认知之间存在显著关联，例如，并非审判人员更倾向于认为专门性问题报告属于鉴定意见，而检察人员不然。但总体而言，对于专门性问题报告的证据资格与种类问题，司法实践中还远未形成完全一致的认识。

表 1：受访者身份与专门性问题报告证据种类之间的卡方检验结果

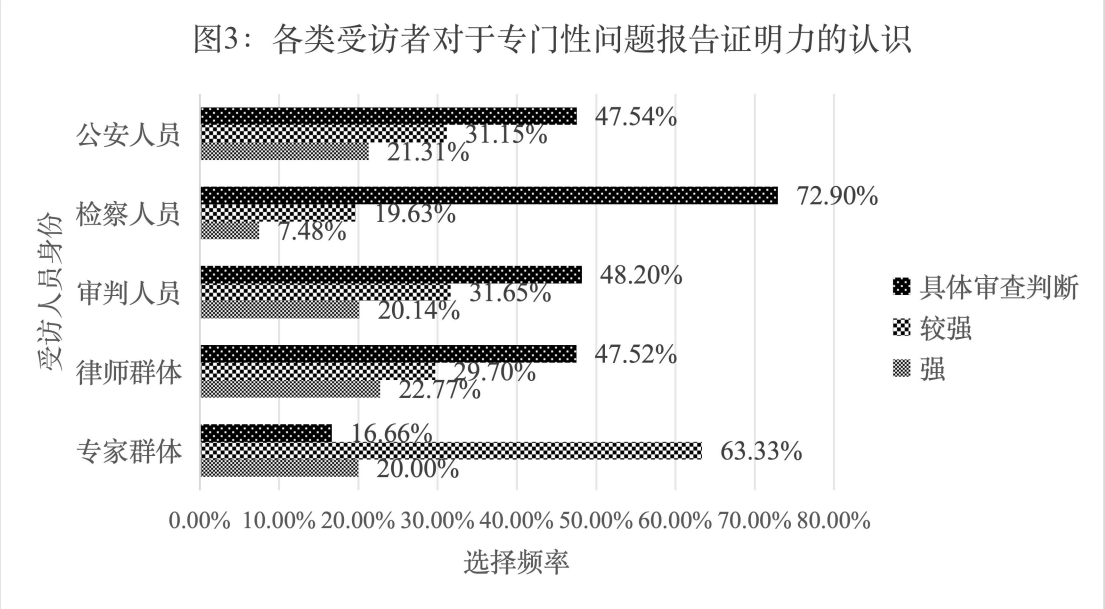
（注：括号外为频数，括号内为频率%，下文中问卷统计数据表格亦是如此）

类型	公安人员	检察人员	审判人员	律师群体	专家群体	总计	χ^2	p
鉴定意见	33（54.10）	51（47.66）	64（46.04）	100（49.50）	12（40.00）	260（48.23）		
独立证据	11（18.03）	28（26.17）	25（17.99）	31（15.35）	5（16.67）	100（18.55）		
证人证言	9（14.75）	12（11.21）	27（19.42）	35（17.33）	12（40.00）	95（17.63）	17.87	>.05
书证	8（13.11）	25（23.36）	22（15.83）	27（13.37）	1（3.33）	83（15.40）		
其他	0（0）	1（0.93）	1（0.72）	9（4.46）	0（0）	11（2.04）		
总计	61	107	139	202	30	539		

[26]“卡方检验”是一种统计方法，它用于判断两个或多个分类变量之间是否存在相关性。这种检验方法的基本原理是比较样本的实际观测值与理论推断值之间的偏离程度。卡方值的计算公式为：$\chi^2 = \Sigma((O - E)^2 / E)$，其中 O 是观察频数，E 是期望频数。同时，在卡方检验中，p 值则是指观察到的数据与理论预期之间的差异至少达到或超过实际观察到的差异的概率。通过将 P 值与预设的显著性水平（α，通常为 0.05）进行比较，可以判断观察到的结果是否具有统计学意义。如果 P 值小于显著性水平，则拒绝原假设，认为观察到的结果具有统计学意义；如果 P 值大于显著性水平，则接受原假设，认为观察到的结果可能仅仅是由随机因素引起的。卡方检验的 p 值计算公式可以表示为：$p = 1 - F$，其中 F 为卡方分布的累积分布函数。通常需要先计算出观察到的卡方值，然后基于卡方分布和自由度，查找或计算出累积分布函数在卡方值处的值，最后用 1 减去这个值得到 p 值。

3.证明力

如果认为专门性问题报告可以作为证据使用，那么其证明力强弱的问题也应得到明确。对此，针对受访者，问卷中设计了“如何认识专门性问题报告的证明力？”问题。从 539 份问卷的数据统计分析可知（详见图 2），选择“强”的有 101 人，占比 18.74%；选择“较强”的有 163 人，占比 30.24%；选择“需具体审查判断”的有 275 人，占比 51.02%。统计数据也反映了不同职业受访者对于专门性问题报告证明力的主观认识，在受访者中，专家群体选择“较强”（63.33%）的比例要高于其他群体，检察人员最低，仅有 19.63%；但在“具体审查判断”的选择中，相较于其他群体，检察人员的选择比例（72.90%）最高，专家群体的选择比例最低（16.66%）；在选择“强”的群体中，除检察人员（7.48%）占比最低外，其他群体的选择较为均衡，公、法、律、专家等群体的选择比例依次为 21.31%、20.14%、22.77%、20.00%。上述结果表明，虽然在整体上实践中对于专门性问题报告证明力的认识存在一定的分歧，但多数的办案人员与律师均认为专门性问题报告的证明力需要作出具体的审查判断。



4.审查要素

对专门性问题报告的可靠性有无与关联性强弱的审查，关涉专门性问题报告证据能力与证明力的评判。但从笔者研究前期所初步开展的实证调研情况来看，专门性问题报告的可靠性与关联性的实践审查存在一定的混淆问题。从学理层面分析，针对这一实践问题，应当平衡可靠性与关联性之间的价值，突出可靠性兼关联性并重的审查模式，换言之，不仅要注重两者之间的共性与差异性规则，还应强调可靠性审查与正当程序保障的平衡。但在明确此一模式之前，尚需在司法实践认知维度，探寻实务人员对专门性问题报告要素审查模式的主观认知，以提高专门性问题报告审查模式理论研究的有效性和切实性，即是以专门性问题报告可靠性审查为主，还是以关联性审查为主，或者可靠性与关联性并重。从问卷结果来看，72.17%的受访者认为应当坚持关联性审查与可靠性审查并重，17.81%的受访者认为应当以可靠性审查为主，有 9.46%的受访者选择了以关联性审查为主，另有占比 0.57%的 3 位受访者选择了其他方面，并分别给出了相应理由：应严格地全面审查、合法性审查很重要、依报告类型而定。将这一问题的数据与受访者身份关系的数据进行交叉分析，结果如表 2 所示：在各类受访者中，认为“关联性审查与可靠性审查并重”的占比均最多，认为“其他”的占比均最少。但在具体选择中，存在一定的受访者身份差异下的结果差异，不过这种差异可能仅为问卷调查的非随机性所致，并不构成统计学意义上的显著性差异。因为通过受访者身份与专门性问题报告审查要素主观认知之间的卡方检验结果可知，卡方值χ^2=13.48，当自由度为 12，显著性水平为 0.05 时，临界值约为 21.026，而由于 13.48<21.026，所以在显著性水平为 0.05 的情况下，不能拒绝原假设，即无论何种身份的受访者，在对专门性问题报告审查要素的主观认知方面并没有统计学意义上的显著性差异($p>.05$)，不能认为身份与对专门性问题报告审查要素的主观认知之间存在显著关联。但仍须明确的是，在整体上，实践中对于专门性问题报告的要素审查并未形成“关联性审查与可

靠性审查并重”的统一性主观认知，这将很可能导致专门性问题报告的实践适用存在错误认定案件事实的情况。

表 2：受访者身份与专门性问题报告审查要素主观认知之间的卡方检验结果

类型	公安人员	检察人员	审判人员	律师群体	专家群体	总计	χ^2	p
关联性审查与可靠性审查并重	43（70.49）	82（76.64）	97（69.78）	150（74.26）	17（56.67）	389（72.17）	13.48	>.05
以可靠性审查为主	11（18.03）	15（14.02）	28（20.14）	35（17.33）	7（23.33）	96（17.81）		
以关联性审查为主	7（11.48）	9（8.41）	13（9.35）	16（7.92）	6（20.00）	51（9.46）		
其他	0	1（0.93）	1（0.72）	1（0.50）	0	3（0.57）		
总计	61	107	139	202	30	539		

5.证据污染

证据污染是指有专门知识的人在出具专门性问题报告过程中，由于受到主客观因素的不当影响，而导致决策偏差甚至鉴定错误。为保障后续专门性问题报告理论研究结论的实际可行性，需对专门性问题报告的证据污染问题开展实践认知性研究，以期明确专门性问题报告合理适用所应重点关注或审查的一个或多个方面。证据污染涉及证据能力的有无问题，与专门性问题报告证明力偏于主观评估有所不同，专门性问题报告证据能力的有无则偏于对其生成过程的客观审查。对此，可主要从有专门知识的人的专业资质和中立地位、检材的收集与固定程序、检材的数量和质量、科学依据、检验过程、分析推论方法等因素进行观察，有关证据污染的问卷亦是从此方面设置问答选项。受访者被问及“实务中以下哪些方面易成为专门性问题报告的证据污染问题？（多选）”，在对问卷数据进行统计后发现，选择“有专门知识的人的专业资质和中立地位”“检材的收集与固定程序”“检材的数量和质量”“科学依据”“检验过程”“分析推论方法”“其他”的受访者分别有 268 人（49.72%）、487 人（90.35%）、458（84.97%）、359（66.60%）、424 人（78.66%）、322（59.74%）、132（24.49%）。由此可见，实务人员通常认为“检材的收集与固定程序”“检材的数量和质量”更易成为专门性问题报告的证据污染问题。但具体来看，不同受访者之间对此一问题的认识具有一定的分歧。通过将这一问题的数据与受访者身份关系的数据进行交叉分析，结果如表 3 所示，尽管“其他”选项在各类受访者中的选择比例均最低，但对于其他选项，不同受访者之间的选择比例存在较大差异，如对于“有专门知识的人的专业资质和中立地位”，律师群体和专家群体的选择比例分别为 63.86%和 23.33%，此类数据间的差异达到统计学意义上的显著性水平($p<.01$)，可以认为受访者身份与专门性问题报告证据污染因素选择之间存在显著关联。由此，实务中，不同主体对于可能造成专门性问题报告证据污染问题的认识具有较大差异，这就意味着其对可能造成专门性问题报告证据污染问题的审查易出现疏漏。

表 3：受访者身份与专门性问题报告证据污染因素之间的卡方检验结果

类型	公安人员	检察人员	审判人员	律师群体	专家群体	总计	χ^2

有专门知识的人的专业资质和中立地位	21（34.43）	50（46.73）	61（43.88）	129（63.86）	7（23.33）	268（49.72）		
检材的收集与固定程序	59（96.72）	103（96.26）	123（88.49）	178（88.12）	24（80.00）	487（90.35）		
检材的数量和质量	55（90.16）	83（77.57）	99（71.22）	193（95.54）	28（93.33）	458（84.97）	7 3.82	.01
科学依据	20（32.79）	52（48.60）	110（79.14）	162（80.20）	15（50.00）	359（66.60）		
检验过程	46（75.41）	81（75.70）	116（83.45）	169（83.66）	12（40.00）	424（78.66）		
分析推论方法	31（50.82）	67（62.62）	60（43.17）	155（76.73）	9（30.00）	322（59.74）		
其他	9（14.75）	31（28.97）	45（32.37）	41（20.30）	6（20.00）	132（24.49）		
总计	61	107	139	202	30	539		

（三）专门性问题报告规范理解

1.适用前提的理解

《高法解释》第 100 条设定了专门性问题报告的适用前提，即无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定，此一适用前提是专门性问题报告制度适用的基础。但笔者在同部分实务人员访谈交流中发现，实践中对于此一适用前提的理解存在一定的模糊性，因此，为更深入地了解实务人员对专门性问题报告适用前提的把握情况，便于后续有针对性地提高专门性问题报告的适用效果，在调查问卷中设置了“作为专门性问题报告适用前提，您认为‘无鉴定机构，或者根据法律、司法解释的规定’是否明确？”问题，从问卷数据统计情况来看（详见表 4），整体上，选择“明确”“较为明确”“较为笼统”“笼统”的受访者比例分别为 37.66%、30.61%、19.11%、12.62%，呈现下降趋势。而将此选项数据与受访者身份关系的数据进行交叉分析可知，同类受访者对于“明确”“较为明确”“较为笼统”“笼统”的选择比例也呈现下降趋势，但不同受访者之间的选择则存在一定的差异，并且此数据差异达到了统计学意义上的显著性水平($p<.01$)，以上结果表明，实践中对于专门性问题报告适用前提的理解既存在一定的笼统性，也存在因实务人员的身份差异性所引致的理解差异性。

表 4：受访者身份与适用前提的理解之间的卡方检验结果

类型	公安人员	检察人员	审判人员	律师群体	专家群体	总计	χ^2	p
明	30	45	56	57	15	203	2	<

确	（49.18）	（42.06）	（40.29）	（28.22）	（50.00）	（37.66）	1.37	.01
较为明确	22（36.07）	34（31.78）	44（31.65）	56（27.72）	9（30.00）	165（30.61）		
较为笼统	3（4.92）	15（14.02）	30（21.58）	51（25.25）	4（13.33）	103（19.11）		
笼统	6（9.84）	13（12.15）	9（6.47）	38（18.81）	2（6.67）	68（12.62）		
总计	61	107	139	202	30	539		

2.“参照适用”的可行性

针对《高法解释》第 100 条第 2 款“专门性问题报告参照鉴定意见审查”规定，受访者被要求作可行性的认可度评定以及理由选择：①可行，因为二者相同。②比较可行，因为二者相似。③比较可行，因为无其他有效标准可供参照。④比较可行，因为是“参照”审查而非“完全依照”审查。⑤不可行，因为二者不同。⑥不可行，因为报告类型不同则审查标准不同。⑦不可行，因为鉴定意见审查标准自身不尽合理。表 5 提供了每个表述的选择频数（频率），总体来看，有 24.86%的受访者认为“参照适用”可行；有 55.47%的受访者认为“参照适用”比较可行，另有 19.67%的受访者认为“参照适用”不可行。在“比较可行”的表述②③④与“不可行”的表述⑤⑥⑦中，同类受访者内部与不同类受访者之间的选择也不尽相同。不过，在同类受访者内部，表述②的占比最多。

通过将表述①至⑦的数据与受访者身份关系的数据进行交叉分析可知，不同类受访者更倾向于选择表述①与表述②，表述⑦的选择比例最小，其中受访检察人员的选择比例为 0。对此，通过卡方检验，$\chi^2 \approx 31.64$，小于当自由度为 24、显著性水平为 0.05 时的 36.415 临界值，所以此类数据间并无统计学意义上的显著性差异($p>.05$)，不能认为受访者身份与表述①至⑦选择之间存在显著关联。由此，在统计学视角下，不同实务人员在同样面对表述①至⑦的选择时并不存在显著的差异性。此外，通过将表述①、表述②③④、表述⑤⑥⑦的数据与受访者身份数据进行交叉分析可知，在“比较可行”的选择上，公、检、审、律、专家的选择比例依次为 55.74%、64.49%、63.31%、45.05%、56.67%，选择结果的差异相对较小；而在“可行”的选择上，各类受访者的选择结果差异相对较大，公（32.79%）、检（26.17%）、律（30.20%）的选择比例高于审判人员（14.39%）与专家群体（16.67%）；同样地，在“不可行”的选择上，各类受访者的选择结果差异也相对较大，如审判人员、律师群体和专家群体对此的选择比例（22.30%、24.75%、26.67%）是检察人员（9.35%）的二至三倍。对此，通过卡方检验，$\chi^2 \approx 20.62$，大于当自由度为 8、显著性水平为 0.05 时的 15.507 临界值，所以此类数据间存在统计学意义上的显著性差异($p<.01$)，即在统计学视角下，不同实务人员对于“参照适用”可行性的主观认识方面存在显著性差异。上述问卷结果意味着，实务人员对于“参照适用”可行性及其程度的认识差异，将制约着司法对专门性问题报告的有效审查与落实。

表 5：受访者身份与“参照适用”可行性之间的卡方检验结果

型	公安人员	检察人员	审判人员	律师群体	专家群体	总计	χ^2	p	χ^2	p
	20（32.79）	28（26.17）	20（14.39）	61（30.20）	5（16.67）	134（24.86）	1.64	>.05	0.62	<.01
	19（31.15）	51（47.66）	42（30.22）	41（20.30）	13（43.33）	299				

	7（11.48）	8（7.48）	11（7.91）	20（9.90）	2（6.67）	（55.47）
	8（13.11）	10（9.35）	35（25.18）	30（14.85）	2（6.67）	
	4（6.56）	8（7.48）	11（7.91）	14（6.93）	1（3.33）	1
	2（3.28）	2（1.87）	18（12.95）	22（10.89）	6（20.20）	06（19.67）
	1（1.64）	0	2（1.49）	14（6.93）	1（3.33）	
计	61	107	139	202	30	5 39

（四）专门性问题报告的适用难题

通过前述问卷调查结果来看，总体上专门性问题报告的实践认识与理解不明，这将在一定程度上导致其司法适用不畅。结合实地调研、访谈座谈情况，笔者认为专门性问题报告的司法具体适用存在以下难题。

1.专门性问题报告的证据种类归属不清，适用正当性存疑

虽然《高法解释》明确了专门性问题报告的证据资格，但其并不位列于当前刑诉法规定的八大证据种类之中。《高法解释》第 100 条第 2 款明确了专门性问题报告的审查参照鉴定意见，然而与法医类、物证类、声像资料、环境损害司法鉴定不同，当前其他类专门性问题鉴定并未纳入国家规范管理范围，无法全然参照鉴定意见对专门性问题报告进行审查。故而在刑事审判实践中，法院将专门性问题报告等同于鉴定意见对待时，若辩护方针对该专门性问题报告的合法性，提出报告欠缺鉴定意见法定形式、报告出具人和机构欠缺法定鉴定资质等质疑时，法院可能仍会依据《高法解释》第 100 条的规定明确专门性问题报告的证据能力。同样地，若法院不考虑专门性问题报告的证据种类，而仅将其作为可以定罪量刑的证据使用，那么在辩护方提出该专门性问题报告不属于八种法定证据种类之一，不具有证据合法性而应当排除适用时，法院将面临着难以对裁判进行充分说理与维护司法公正的困境。因此，在专门性问题报告证据种类归属不清时，其司法适用的正当性便存疑。

2.专门性问题报告类型多样，证据能力审查复杂

我国司法鉴定管理体制经过多年发展，呈现体系化的特点，鉴定意见证据能力审查与认定的标准也具有一定程度的统一性，包括检材的提取、保存、送检以及鉴定的方法和程序等。专门性问题报告则与之不同，其证据能力的审查呈现复杂性的特征。根据学者实证研究结果，目前刑事司法实践中的专门性问题报告类型主要存在以下几种：鉴定意见类、价格认定类、检验报告类、专家意见类。[㉗]当然，调查报告、审计报告等也不在少数。而在专门性问题报告的证据能力审查方面，以客观可靠性审查为例，价格认定类报告的客观可靠性多由价格信息收集、认定人自身的知识背景与价格认定方法等决定；审计报告的客观可靠性则多由审计程序的设计、财务报表的充分性与适当性以及审计人员的经验和专业技能等决定。因此，对于不同类型的专门性问题报告，其证据能力审查方式也不尽相同，这也就增大了建立专门性问题报告审查适用的相对统一且规范化的制度约束机制。

3.专门性问题报告的审查标准尚无有效依循，法庭认证偏形式化

当前，专门性问题报告的审查囿于形式审查欠缺统一规范、实质审查不够科学严谨的困境。其一，形式审查欠缺统一规范。专门性问题报告所涉及的专门性问题纷繁复杂，可能涵盖社会生活领域的诸多方面，司法行政部门对此多设置了专门性规章或要求，以规范专门性问题的形式标准，其中可能存在与专门性问题报告的刑事司法审查标准无法有效衔接的问题。例如国家发改委 2016 年

㉗ 参见艾明、庄嘉伟：《专门性问题报告的证据法问题研究》，载《证据科学》2023 年第 3 期，第 267 页。

施行的《价格认定规定》既已取消了对价格认定报告中报告出具人应当签名的要求，而根据《高法解释》第 97 条、第 98 条以及第 100 条第 2 款的规定，专门性问题报告的合法性形式要件之一即为鉴定人员签名。其二，实质审查不够科学严谨。以客观可靠性为例，专门性问题报告的客观可靠性包括报告出具主体的专业性与中立性，以及结论的准确性等诸多方面，其审查较为复杂，但在审判实践中，部分法官通常仅依据经验常识并通过书面审查的方式判断报告中所记载的内容是否完备、结论是否合理适当，甚至偏信专门性问题报告。

四、专门性问题报告的优化适用路径

（一）明确专门性问题报告的证据种类，肯认其合法性地位

在当前证据制度中，明确专门性问题报告证据种类的关键在于协调其与鉴定意见的规范关系。因为根据调研结果，专门性问题报告的证据种类争议主要集中于其是否属于鉴定意见。在本质上，专门性问题报告与鉴定意见均为有专门知识的人依据自身的专业知识，对案件的专门性问题作出的分析和判断。不过，二者仍存在一定的形式差异性，具体包括：1.专门性问题的“特殊”性因素。专门性问题报告和鉴定意见所面向的专门性问题的范围存在差异，专门性问题报告主要针对的是非司法鉴定领域的其他专业问题，由此也导致了专门性问题报告具有了不同于“四大类”鉴定意见证据能力的特殊之处，[28]并且对专门性问题的鉴定要求也有所区别，因此，不宜将专门性问题报告归类于鉴定意见。2.主体要求因素。作出专门性问题报告和鉴定意见的主体要求不同，专门性问题报告并不适用《决定》《高法解释》关于鉴定主体资格的审查标准，因为并无法律明确规定专门性问题报告的出具主体必须具有司法鉴定的资质，所以，在出具专门性问题报告的主体资质并无相应标准的情况下，也就无法将其作为判断专门性问题报告证据能力的标准之一。3.行业领域发展因素。对于属于法定鉴定范畴，由具有鉴定资质的鉴定机构负责的鉴定事项，相关行业领域通常已经建立了一套相对完善的理论和标准。而实践中的专门性问题的范围非常广泛，且随着科技的发展和司法实践的深入，新的问题和挑战会不断出现。对于没有鉴定机构，或者尚未被纳入法定鉴定类别的专门性问题，通常意味着所涉的行业判断领域尚未形成统一认识和标准，可能需要依赖个别专家的知识和经验来解决。因此，如若基于二者的差异性而将专门性问题报告与鉴定意见并列，确定为第九种法定证据种类，则一方面将极大增加证据法修改工作量，另一方面还会弱化专门性问题报告与鉴定意见同属“专家意见”的共性关系。故而，为将专门性问题报告纳入法定证据种类，未来在刑事诉讼法修改调整时，可以将“鉴定意见”修改为“鉴定意见及其他专门性意见”或者涵盖面更广的“专家意见”。[29]在此基础上，还应当兼顾专门性问题报告与鉴定意见的形式差异性，整合二者的合法性要件。进言之，可以鉴定意见为参照，由司法机关和行业主管部门共同商定此类专家意见相对明确、统一的规范性标准，如在形式标准方面，应要求鉴定人在文书中签名，以确保其能够对文书内容的真伪、可靠性承担相应责任。

（二）界定专门性问题报告证据“三性”要素，明晰其审查要点

通常认为，证据“三性”即为合法性、关联性与客观性，但专门性问题报告的“三性”具有一定特殊性。在鉴定意见证据能力的审查判断方面，虽然采信鉴定意见需强调对其合法性与关联性的审查，但鉴定意见真实性审查更为重要。[30]鉴定意见真实性，亦可称为科学可靠性，核心在于审查判断鉴定意见所依据的基本原理、采用的方法论以及运用的技术手段等是否具备科学性与可靠性。因此，相较于一般证据所强调的客观性，采用可靠性作为鉴定意见的证据能力要件更能反映其内在特质，而且鉴定意见的可靠性程度也是对其证据价值的直接反映。[31]因此，鉴于专门性问题报告与鉴定意见本质相同，均为有专门知识的人就涉案专门性问题给出专业的判断性意见，故而，对专门性问题

㉘ 参见纵博：《论刑事诉讼中专门性报告的证据能力》，载《内蒙古社会科学》2023 年第 3 期，第 107 页。

㉙ 参见吴洪淇：《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》，载《法学研究》2022 年第 4 期，第 173 页。

㉚ 参见何家弘编：《刑事诉讼中科学证据的审查规则与采信标准》，中国人民公安大学出版社 2014 年版，第 12 页。

㉛ 参见刘晓丹：《论科学证据》，中国检察出版社 2010 年版，第 146 页。

报告证据能力要件的理论分析即可从合法性、关联性与可靠性三方面展开。

1.专门性问题报告的合法性要素

对此，应当以前述所明确的专门性问题报告证据种类及其合法性标准为依据，对专门性问题报告的合法性要素予以界定，如检材取证工作应由两名以上办案人员共同完成，若是现场采样检测的，还应由具有采样资质的工作人员完成，因此，如若专门性问题报告形式不合法，或者相关检材的取证过程违反了法定程序时，专门性问题报告可能会随同这些非法检材一同被排除。但需注意的是，从对专门性问题报告证据"三性"的实质性把关角度来看，专门性问题报告合法性受到质疑的情形较为特殊，并不具备普遍性，且从本质上看，其与非法实物证据的排除问题并无显著差异，因此须进一步重视对专门性问题报告可靠性要素、关联性要素的理解与把握。

2.专门性问题报告的关联性要素

证据关联性，亦即证据相关性，实际上是分为两个方面：其一，逻辑上的关联性（logical relevance），即证据与待证事实或证明对象之间必须具有一定的逻辑关系，[32]而非哲学意义上的普遍联系。对于逻辑上的关联性，美国著名的证据法学家詹姆斯·B.塞耶(JamesBradleyThayer)认为："法律不提供相关性的检验。在这一点上，它默认指的是逻辑和一般经验。"[33]也就是说，法官在判断某一证据是否具有相关性时，需要通过逻辑推理和经验法则来自由裁量。其二，法律上的关联性（legal relevance）。[34]一是证明关系（probative relationship），也就是说，作为证据内容的事实与案件的待证事实之间存在某种联系，才具有对案件事实加以证明的实际能力。用米尔建 · R.达马斯卡的话说："相关性涉及的是某项信息在支持或否定某事实结论（待证事实）的存在方面的证明潜力。"[35]二是实质性（materiality），一项证据材料被视为具有实质性的（material）证据，意味着该证据所要证明的某一事实主张与实体法之间具有直接的联系。美国《联邦证据规则》第 401 条采纳了上述观点：证据关联性是指证据具有某种倾向，使决定某项在诉讼中待确认的争议事实的存在比没有该项证据时更有可能，或者更没有可能。不过，在我国刑事证据法学理论中，并没有完全意义上的关联性概念。对此，在明确专门性问题报告的证据关联性时，可以美国式证据关联性审查标准为借鉴，明确专门性问题报告关联性审查的两个维度：形式关联性与实质关联性。在关联性的实际要求方面，形式关联性、实质关联性与逻辑上的关联性、法律上的关联性具有一定的相似性，但形式关联性与实质关联性对关联性要素的界定更为清晰化，关联性的审查也更具实操性。

一方面，形式关联性。专门性问题报告的形式关联性主要是指专门性问题报告据以检验鉴定的材料来源于待证事实，以及专门性问题报告指向待证事实所涉及的需要专业性途径解决的专门性问题。（1）检验鉴定的材料来源于待证事实。在检验鉴定的材料与待证事实的关系方面，检验鉴定材料的选取和提供，往往是基于其对待证事实的证明价值。亦言之，这些材料之所以被选作检验鉴定的对象，是因为它们是开展专门性问题检验鉴定活动最基础的支撑，与待证事实之间存在某种关联性。（2）待证事实涉及专门性问题。专门性问题所关涉的专业性知识包括技术性知识、特殊经验性知识和理论性知识，通常超出了普通人的知识范围，专门性问题的认定往往需要由具有专门性知识和专业技能的专业人士处理。（3）待证事实所涉及的专门性问题需要专业性途径解决。即裁判人员无法依据自然规律、法律规定或者生活经验常识对专门性问题加以认定，也无法通过网络搜索、法律推定等较为简单的方式对专门性问题加以判断。

另一方面，实质关联性。实质关联性的判断需依据一般经验法则或逻辑法则进行而不得任意决断。有关证据关联性有无的判断，美国波斯纳教授主张用贝叶斯定理进行表达——证据的似然比为

㉜ 参见张保生、王进喜、张中：《证据法学》，高等教育出版社 2013 年版，第 20 页。

㉝ See James Bradley Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, Little, Brownand Company, 1898, p. 265.

㉞ See Peter Murphy,Murphy on Evidence,Blackstone Press Limited,2000, p.8.

㉟ [美]米尔建 · R.达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 76 页。

1，即证据不具有关联性；当证据的似然比不为 1，即证据就具有关联性。[36]这种数理判断法具有一定的合理性，但在本质上，实质关联性的判断不仅仅是一个逻辑问题，还是一个经验问题，需要逻辑法则与一般经验法则于其中发挥作用。这一点与大陆法系国家法官在形成自由心证时，应依据一般事物的关联性判断证据相似。[37]在判断专门性问题报告与待证事实的关联性时，应当依据这些经验法则，分析二者之间是否存在逻辑上的必然联系或高度可能性。如果专门性问题报告能够按照一般经验法则合理解释案件中的某一事实或情节，那么该专门性问题报告就具有实质关联性。

3.专门性问题报告的可靠性要素

美国专家证言审查的 Daubert 标准，以及审查标准动态优化过程中对专家证言实质性把关的强调，均在突出专家证言可靠性的价值与重要性。在审查判断鉴定意见可靠性的标准方面，有学者主张“四标准”，即因果关系、可再生性、不确定性、错误率标准。[38]从更具程序性和可行性方面考虑，专门性问题报告是否可靠，可依据专门性问题报告的具体生成程序与内部证明逻辑予以判断，主要审查：（1）有专门知识的人的专业资质和中立地位。对此可重点考察出具报告的人的受教育情况、工作内容、经历、年限、行业地位及其与案件当事人和处理结果的利害关系等；（2）检材的收集与固定程序。即在此程序中，应确保检材清晰可溯、未受污染、保持原有性质与形态，从而排除任何来源不明、受污染、变质或形态异常等不可靠因素，以此保障专门性问题报告结论的可靠性与准确性。（3）检材的数量与质量。在检材数量方面，应审查检材是否充足、达到相关数量要求，是确保专门性问题报告结论的科学性的基础之一。不同的鉴定项目，对检材数量的要求不同，应按照相关检验鉴定的操作规范进行审查。如无具体规定的，则需结合科学原理和生活常识审查取样、抽样是否合理。在检材质量审查方面，其一，须着重审查检材是否完整。其二，应着重核对搜查笔录与勘验笔录中记录的位置信息及现场状况是否与实际情况相吻合，同时评估发现、提取、固定及保全过程中所采用的具体技术手段是否科学且具备可操作性。其三，在审查样本时，应首先确认其来源是否确凿无误地取自于指定的个人或物体，并检查样本数量是否充足以满足分析需求。并且，要评估样本的可比条件是否得到满足，排除任何可能混入来自其他个体或物体的杂质的风险。此外，还需审视样本的收集与保全方法是否科学且适当，以及在运送和保管过程中是否保持了样本的完整性，无损毁或缺失现象发生。同时，还要审查有专门知识的人是否将样本和检材相互混淆。[39]其四，对于用作对照或比对目的的样品资料，必须严格审核其是否确为同一生产厂家生产的、与可疑产品同批次的物品，以确保比较基础的一致性。同时，还需检查这些样品的包装方式及运送方法是否科学合理，避免在过程中引入任何可能影响比对结果的因素。在某些特定情况下，为确保比对的准确性和权威性，比对样品必须为标准样品。（4）科学依据。对专门性问题报告科学依据的审查，一方面，应确认报告所依据的原理、方法是否符合科学规律、行业标准或技术规范。对于新兴领域或尚未形成统一标准的领域，应审查其经验适用的合理性、有效性和可接受性。另一方面，应审查科学依据的适用范围和限制条件，确保其在具体案件中的应用是恰当和可行的。（5）检验过程。在专门性问题报告所适用的专门性问题领域，缺乏相关标准化检验程序是常态，仅有某些特定行业如烟草业，已由国家烟草专卖局等权威机构制定了详尽的检验检测规范，如《假冒伪劣卷烟鉴别检验规程》，明确了评吸鉴别与仪器鉴别两种方法及配套的操作步骤和检验规则。因此，对于那些尚未形成统一检验检测规范的领域，审查工作可聚焦于两个方面：其一，审查评估专门性问题检验操作过程及所选方法是否符合检测检验领域普遍遵循的一般性要求。其二，审查是否存在更为优化或先进的操作过程和方法，若经评估确认存在更优选项，则需进一步审视为何未选择这些更优的操作过程和方法。

㊱ 参见[美]理查德·A·波斯纳：《证据法的经济分析》，徐昕、徐昀译，中国法制出版社 2004 年版，第 123 页。

㊲ 参见张建伟著：《证据的容颜·司法的场域》，法律出版社 2015 年第 8 版，第 57 页。

㊳ 参见张南宁：《科学证据基本问题研究》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 286 页。

㊴ 陈瑞华：《实物证据的鉴真问题》，载《法学研究》2011 年第 5 期，第 127-142 页。

[40]（6）分析推论方法。鉴于专门性问题报告不具有统一的格式标准，当报告中未明确阐释所采用的分析推论方法时，有必要要求具备相关专业知识的人进行详细阐述，包括分析推论方法的选择依据、理论基础，以及如何将案件相关的具体数据与信息准确地融入并应用于该方法的全过程。若其无法明确解释所适用的分析推论的具体方法，或者其所述方法明显与报告内容脱节，存在逻辑不一致或显著的技术瑕疵，这将直接损害专门性报告的权威性、准确性及可靠性，进而影响专门性问题报告作为证据使用的有效性。

（三）优化专门性问题报告程序性审查机制，保障质证实质化

专门性问题报告实质性审查不够所引致的证明风险的校正可以回归程序的场域，依托公开性与对抗性程序机制，保障庭审质证实质化，兼顾诉讼的实体正义与程序正义价值。1.明确专门性问题报告的证据开示要求。为了保障诉讼双方对专门性问题报告的证据知悉权，最大化质证效果，可以建立专门性问题报告的证据开示规则，在我国当前诉讼制度框架内优先选择将证据开示时间置于庭前会议中。2.强调“专家”的诉讼参与。（1）革新鉴定人员出庭作证模式。当前，法院有关鉴定人员出庭作证的“必要性”审查权力直接关系着鉴定人员出庭率和庭审实质化，并影响着被告人质证权益的保障，因此，可以将法院的“必要性”审查权变革为要求异议回复权，即在控方或辩方对专门性问题报告的内容提出异议时，法院应当有权要求出具报告的人作出相应解释、说明或者补充，若控方或辩方对此回复仍有异议，法院则应当通知出具报告的人出庭作证。（2）赋予专家辅助人意见的证据效力。专家辅助人参与庭审质证程序能够加强法庭对专门性问题报告出具主体的资质及其所使用的技术方法或科学原理和意见推理过程等的审查，为此，可以赋予专家辅助人意见的证据效力，以规范法官对意见的心证。当然，法庭还应为专家辅助人提供相应的质证条件，如允许其在一定时间内完成必要的实验检验准备。（3）完善专家咨询制度。通过建立健全法院专家数据库，加强专家咨询机制的运行监管，确保专家独立、公正、客观地提供咨询意见，以帮助法庭理解和处理控辩双方对专门性问题报告的分歧。3.严格认定专门性问题报告的证据资格。专门性问题报告的实质性与证明性需要诉诸证据论辩、经验判断，法官若在听取控辩质证意见后，认为报告出具人或专家辅助人已对专门性问题报告进行了合理解释或说明，并且结合在案其他专门性问题报告、鉴定意见或者其他书证、物证等证据，能够排除该专门性问题报告是否合法、准确的合理疑点，则可以作出采信该专门性问题报告的判断并予以充分说理。

---

[40] 前注㉘，纵博文，第 112 页。

刑事诉讼法修改与庭审人证调查制度的完善

姬艾佟*

摘　要：交叉询问在我国司法解释和地方性证据规则的条文间，存在鼓励与虚置并行的二律背反，呈现出应用场景混同、质证方式混杂、诱导性询问易混淆难甄别的问题。有必要重述交叉询问入法的纵向脉络，回归庭审人证调查的目的本源，同时关注证人结构的新样态，思考我国需要何种人证调查模式，并依托实践重新评估我国庭审中交叉询问和诱导性发问的运行方式，以更好地调和实践争议、应对证言性风险，达致对事实认定的可信性要求。

关键词：证言；交叉询问；庭审人证调查模式；诱导性发问

一、困局：交叉询问的表达悖反与实践虚置

（一）文本悖论：交叉询问与诱导性发问的立法割裂

1.法律和司法解释的不协调：架空交叉询问的隐忧

交叉询问是检验证据可信性的有效手段。我国对交叉询问的规范最早可以追溯到 1996 年《刑事诉讼法》，此次修订将审判方式改革全面铺开，在保留职权主义的同时，大力吸收当事人主义对抗制因素，试图在法庭审理中确立控辩式审判。[1]该法确立了交叉询问制度，但缺失关键的询问规则，并延续至今，仅在 1998 年的司法解释中确立了禁止诱导性询问规则、关联性规则、禁止威胁证人规则、尊重证人人格尊严的内容。[2]缺失交叉询问的具体规则，会导致交叉询问的混乱，导致书面证据取代口头质证，另外，职权主义之下法官也会在规则不明之时运用裁量权影响有效的询问。[3]随着我国控辩式庭审方式改革的推进，交叉询问规则逐步确立，为我国证据法的发展提供了更为广阔的空间。依据现行《刑事诉讼法》之规定，证人证言须经法庭上公诉人、被害人、被告人及其辩护人双方进行质证，并经查证属实后，方可作为定案根据。此条文明确了事实认定者通过控辩双方的证明来对证据的可信性进行评价，从而形成确信。

控辩双方的证明活动包括举证和质证，或者直接询问、交叉询问和对质。交叉询问在文本层面被明确为控辩双方在庭审中就证据问题辩论的诉讼权利，[4]庭审中关键证人、鉴定人依法接受控辩双方的交叉询问，除涉及国家秘密、侦查秘密的，必须如实回答控辩双方以及合议庭的发问。[5]通常流程是提请传唤证人的一方先进行询问；对方、第三方进行交叉询问；提请传唤证人的一方进行再询问；对方、第三方进行再交叉询问；对于依职权传唤的证人来说，是审判人员先进行询问，诉讼各方进行交叉询问。在此基础上，应进一步明确庭审如何进行交叉询问，提请传唤证人的一方在对该证人的询问中不得提出诱导性问题，但在交叉询问中，允许提出诱导性问题。[6]

但是最高人民法院关于适用《中华人民国和国刑事诉讼法》的解释（以下简称 《刑事诉讼法解释 》）第 261 条规定不得以诱导方式发问。实际上，这个规定不仅没有区分直接询问和交叉询问，还直接否定了诱导式发问。对于此现象，国内部分学者多次撰文批判，认为“不得以诱导方式发问”扼杀了交叉询问。根据证据法基本原理，举证的主要方式是直接询问，其规则是不得以诱导方式发问，对于询问的范围和规则，应根据主询问和反询问的场景分别考量。主询问的范围应当围绕证明对象及其相关事项展开，反询问以主询问发现的事项及其相关的事项为其询问范围，或者针对证人的可信度开展反询问。其中，反询问允许采用诱导性发问。因此，最高人民法院《刑事诉讼法解释》仍然不允许以诱导方式交叉询问的规定实际上架空了交叉询问规则。[7]

---

* 清华大学法学院博士研究生。

1 熊秋红主编：《刑事诉讼法学的新发展》，北京：中国社会科学出版社 2013 年版，第 252-255 页。

2 宋英辉主编：《刑事诉讼法修改问题研究》，中国人民公安大学出版社 2007 年版，第 401 页。

3 陈卫东、陈静：“我国刑事庭审中交叉询问规则之重构”，《人民检察》2007 年第 2 期。

4 最高人民法院全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要 （法[2015]291 号）

5 最高人民法院司法改革领导小组印发《人民法院司法改革案例选编（二）》的通知（法改组发[2017]2 号）

6 最高人民法院关于开展《人民法院统一证据规定（司法解释建议稿）》试点工作的通知法[2008]129 号。

7 张保生：“证据制度的完善是实现审判中心的前提”，《法律适用》2015 年第 12 期。

2.地方性证据规则的不一致：交叉询问的运用偏好

在最高人民检察院发布的典型案例中，有通过交叉询问证明争点，合议庭成员及双方诉讼代理人针对案件事实，对刘某实施了详尽的交叉询问程序。在综合考量原审阶段所提交的十字铺茶场记账凭证、资金转账凭证、孙某与吴某出具的领款凭据及其二人亲笔签署的“收款收据记账联”等核心证据的基础上，结合再审程序中新增的证据材料，即郎溪县人力资源和社会保障局及当地派出所出具的关于当时处理农民工工资发放事宜的证明材料，以及刘某个人银行账户交易流水记录等，合议庭认定上述证据相互印证，形成了较为完整且严密的证据链条，足以充分证明十字铺茶场业已全额支付了所垫付的农民工工资共计人民币一百三十七万元之事实。[1]通过交叉询问解决定罪问题，如在辩护人申请专家证人出庭的情况下，检察机关庭前精心准备，申请证人、鉴定人出庭作证，庭审中通过控辩双方交叉询问，有效解决了影响定罪的核心技术问题，有力驳斥了被告人在技术方面的抗辩，取得良好的庭审效果，为类似案件的审理提供了新思路。[2]在地方性证据规则中，部分对于刑事案件的交叉询问方式予以规定，不少规则均强调了交叉询问的质证价值。如为促使有效实现职业角色的顺利转换，强化侦查人员与鉴定人员出庭作证的能力，以确保其在法庭上能够全面、精准且流畅地陈述案件事实，阐释相关问题，应对法庭调查及控辩双方交叉询问。

表 3 地方证据文本规范内容展示

文件名称	条文内容
湖北省高级人民法院、湖北省人民检察院、湖北省公安厅关于进一步加强公安机关侦查人员、鉴定人员出庭作证工作的通知鄂公通[2016]107 号	促使侦查人员、鉴定人员尽快适应角色转换，熟悉作证规则，增强心理素质，掌握作证要领，全面、准确、流利陈述事实和说明问题，提高接受法庭调查及控辩双方交叉询问的能力。
北京市高级人民法院关于审理民间借贷案件若干问题的会议纪要 2013.12.27	因查明事实的需要，可以通过传唤当事人本人或者法人、其他社会团体的具体经办人员到庭，采取隔离质证、交叉询问等方式进行审查，必要时人民法院可以依职权进行调查取证。
广东省高级人民法院关于印发《广东省高级人民法院关于办理刑事案件若干问题的指导意见》的通知 粤高法发[2008]32 号	（四）笔录反映出在同一时间段内，询问人员同时或交叉询问不同证人的。
成都市中级人民法院刑事庭审实质化改革一审裁判文书制作规范	（二）人证庭前证言与到庭证言不一致，或只有到庭证言的，应当突出控辩双方对人证交叉询问的情况，突出人证庭前证言与到庭证言关键的不同之处。

在完善我国庭审人证调查体系的进程中，应着重于对法庭发问方式的条款进行精细化构建，尤其需明确界定诱导性发问的具体边界与适用条件，以避免模糊性导致的不当限制。诱导性发问在域外国家司法实践中并非一概排斥，而是依据询问阶段的不同而采取差异化态度：在直接询问阶段严格禁止，以保障证人和被告人的自由陈述权，而在反询问阶段则允许适度运用，以强化控辩对抗的充分性与有效性。我国现行庭审规则在未能有效区分直接询问与反询问环节的同时，一概禁止诱导性发问的做法，显然忽略了不同询问阶段对发问方式需求的差异性，以及诱导性发问在特定情境下的合理性与必要性。

因此，增强我国庭审规则的逻辑性与适应性，应当借鉴国际先进经验，结合我国司法实践的具体情况，对诱导性发问的适用规则进行细化设计，既保障庭审的公正性与效率性，又促进控辩双方的有效对抗与证据的全面审查。我国庭审规则应当将法庭发问方式的规定细化，对于诱导到何种程度的发问才属于诱导性发问也没有更明确的规定。因为诱导性发问在西方国家的法庭规则中并非全

1 《最高人民法院第四巡回法庭当庭宣判十大案例（2017 年度）》《人民法院报》，2017 年 12 月 28 日。

2 《最高人民检察院发布 2015 年度检察机关保护知识产权十大典型案例》

程被禁止——只有直接询问时禁止诱导性发问，在反询问时可以适用诱导性发问。我国庭审规则没有区分直接询问和反询问，还明确禁止了诱导性发问。

（二）实践困境：交叉询问规则实践基础薄弱

1.难以践行交叉询问

交叉询问是法庭技巧的核心环节，拒绝诱导性询问则难以启动揭示事实真相的引擎。绝对禁止诱导询问的简单化做法，表面上十分公正，其实并不科学，也很难行得通。司法实践中，交叉询问常出现了令人遗憾的失语，根本原因在于我国对证人证言的传统理论不能适应形势的新变化。如果不允许律师问一个非常明确、只要求回答是或否的问题，如“xxx 这不是真的吗？”要探究证人知识的详情和玄妙以及证言品质，几乎是完全不可能的。[1]此外，对审问制的重视，也使交叉询问的效力受到削弱。

2.无法识别诱导性问题

虽然法律禁止“诱导性发问”，然而对于什么是诱导性发问，没有更细致的规定。实践中对这种发问方式的掌握标准不一，很多公诉人或辩护人在法庭上频繁地使用诱导性问题，偶尔审判长会提示一下，大多数情况审判长也不会干预，这导致实践部门对诱导性发问的注意程度不高。甚至有人认为，法庭上的发问都带有目的，完全避免诱导性发问是不可能的事情，显然是对诱导性发问的误解。诱导性询问在司法实践中展现出多样化的案例类型及特定的使用语境。从裁判文书上看，不乏出现“诱导性询问”的文书，所述多为证人、被告人在法庭审理、行政调查或执法及证据审查等过程中经历了“诱导性询问”，极少见到侦查人员和鉴定人员作为诱导性询问的主体。在诱导性询问的使用语境方面，较多案例是由被追诉人运用于再审审查、上诉辩护等说理理由中的，但大多未得到法庭确认。如在“王某 1、张某 1 等婚约财产纠纷民事申请再审审查”一案中，再审申请人诉称：一审庭审笔录第 6 页第一个证人张某 2(媒人)第二段证言，该段证言是在被上诉人的代理人以不正当诱导方式发问后，证人在与第一段证言相矛盾的情况下，根据被申请人的代理人的诱导进行的所述，证人既没有看到钱，也没有数过多少钱，也没有看见和经手给谁钱，而是所谓的听别人说给钱，属于传来的无事实根据的推断证言，并不是证人亲眼见到的事实，该证言与证人第一段证言明显不符，依法不可采信；[2]在“贺丽丽与北京市公安局海淀分局其他赔偿行政判决 书”中，[3]贺丽丽指出海淀公安分局在询问时采用诱导方式，取得的证据应当予以排除。在“刘某某故意伤害”一案中，由于询问候某某的侦查人员始终只有一名且存有明显诱导方式发问、严重倾向被害人一方问话内容；且证人拒绝出庭作证，法庭对其证言的真实性无法确认，方未将该证人证言作为定案依据。[4]由此可见，实践中，诱导性询问并非活跃字眼，法庭对诱导性询问的认定也极其谨慎。

3.范围失范和对质有效性存疑

证言调查分析是庭审的核心环节，对事实认定起着至关重要的作用，在诸多缺乏直接物证的重罪案件中，证人证言甚至成为关键性证据。实际上，证人证言可信性的调查和评估远远滞后，办案人员和事实裁判者对证言危险的认知还存在不足，在证言三角形理论中，事实认定者听到的证言是存在危险的。在证言的生成阶段，可能会存在感知危险，如人们对于周遭事物刺激反应程度的不同，以及证人的记忆危险，这是因为记忆与人的经验和外界条件等主客观因素存在密切联系，具有脆弱性。在证言的传输阶段可能会存在证人的诚实性危险和叙述性危险，这些危险可能会产生叙述差异，一方面是对于感知储存信息的反馈存在不同人们处理信息以及语言表达是存在差异的，这是难以避免的客观风险，而证人自身的品性和外在干扰，可能诱使、导致证人说谎，甚至作伪证。

二、回溯：我国庭审人证调查模式立法的知识结构

解决交叉询问虚置的问题，首先要明确交叉询问与诱导性问题的关系，一是从法庭认识论角度

---

1 姚海华：《刑事实务》，中国法制出版社 2017 年版，第 61 页。

2 王某 1、张某 1 等婚约财产纠纷民事申请再审审查，再审民事裁定书，山东省聊城市中级人民法院 (2022)鲁 15 民申 56 号 2022.03.14

3 贺丽丽与北京市公安局海淀分局其他赔偿行政判决 ，国家赔偿行政判决书，北京市第一中级人民法院 (2020)京 01 行赔终 28 号 2020.08.25

4 刘某某故意伤害罪一审刑事判决，山西省侯马市人民法院 (2018)晋 1081 刑初 61 号 2019.02.02

分析交叉询问规则的塑造原因，二是基于风险分配原理下分析使用诱导性问题的正当性与规范价值。证据法的认识论研究，重点在于诉讼活动中不同认识主体的互动关系。在司法审判的语境下，诉讼双方均竭力运用各类证据来支撑并验证各自的事实陈述，此过程不仅构成了对事实认定者的说服机制，而且是一个双方互动、相互影响的动态交互过程。具体而言，各方当事人会积极呈递能佐证其事实立场的证据材料，并对对方提出的证人实施交叉质询，以此作为辩论策略的一部分。另一方面，法庭对证据的认证环节构成了一个严谨的评价体系，该体系涵盖了实物证据的可靠性评估、证人证言的可信度考量以及证明力的判断等多个维度。最终，事实真相的揭示是经由控方、辩方及审判方三方在证明与认证活动中所形成的综合作用力下得以确立的。[1]

（一）交叉询问规则及理论基础

证据法学的理论基础是证据法制、收集证据以及证明活动以及证据法学研究的理论支持和指导力量。[2]任何证据法意义上的实践活动，均存在“复原过去事件，产生一系列重要哲学假定”，事实认定是审判过程的重要阶段，其以实在论和对于人的认识能力持适正评价的认识论为基础，旨在查明真相。因此，证据法的关键在于：寻求真相的证据制度应该如何“被很好地设计”以推导出关于世界的真实信念。[3]并非所有实践范式都被纳入证据规则或被诉讼法典予以明确规定，尤其是询问证人的证明活动——“制定详细规则以控制询问证人和提出证据的方式与顺序，既不可取也不可行”[4]，它们源自多年发展和经验积累，是不成文的审判实践传统。

1.法庭认识主体的“求真”

裁判是一种求真认识论的社会实践，法庭认识论的任务是“求真”，事实认定作为审判过程的第一阶段，旨在查明事实真相。[5]在审判中，事实认定者要做出准确裁判，关键是剔除不相关和不可信的证据。证人也从可以自由陈述所知事实，逐渐转向控辩双方通过询问让证人陈述事实的做法，以更好地减少法庭认识错误的风险、规避不可信证言，这也塑造了交叉询问的权利。

2.基于事实查明目的之良性互动

证人证言作为一种极为重要的证据形式存在于绝大多数案件中，以裁判文书网收录案例为样本，在8691505个刑事案例中，存在证人证言的案例为659539件。证人的询问，以及证人的回答——他们的证言构成了审判的核心。[6]对于过去发生的事实，事实认定者只能通过证据推论认识，因而，进入推论链条的证据需要满足可信性要求。当有亲身知识的目击证人作为认识主体介入事实观察，其身份、观察位置、思维加工能力和叙述能力等个体差异难免会对观察活动产生影响。[7]法庭认识主体对证人进行交叉询问，以验证证言可信性，是推导出真实信念的司法诉求，亦是应对证人固有弱点的司法策略，以减少事实认定错误的需要和减少为避免错误而付出成本的需要[8]。

裁判的准确性，要求司法中的事实认定与经验真理相符合，这种符合几乎从来都不是确定的，但可以是很可能的。事实认定者通过分析证据以及经验概括，理性地确定这种可能性关系；法律制度可以利用审判过程，包括对抗式举证和对证人的交叉询问，推动完成该任务。[9]交叉询问是一个控辩审三方共同参与的证明活动：控辩双方都试图提出“看似可信的”所有证据来说服事实认定者，但

---

1 张保生、阳平：《证据客观性批判》，《清华法学》2019 年第 6 期。

2 张建伟：《证据法学要义》，北京大学出版社 2014 年版，第 39 页。

3 Larry Laudan, Truth, Error, and Criminal Law, Cambridge University Press, P.2(2006).转引自：［新加坡］何福来：《事实认定》，张保生译，载《证据科学》2019 年第 1 期。

4 联邦证据规则起草咨询委员会《联邦证据规则》611(a)注释。王进喜：《美国<联邦证据规则>（2011 年重塑版）条解》，中国政法大学出版社，第 223-25 页。

5 Alvin J Goldman， Konwledge in a Social World (Oxford:OUP，1999) (N 48) 5. quoted in Ho Hock Lai， A Philosophy of Evidence Law Justice in the Search for Truth, New York:Oxford University Press, 2008.p.47.转引自：张保生：《事实证据与事实认定》，《中国社会科学》2017 年第 8 期，第 114 页。

6［美］罗纳德 · J · 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版。

7 张保生：《事实证据与事实认定》，《中国社会科学》2017 年第 8 期，第 114 页。

8［美］亚历克斯 · 斯坦：《证据法的根基》，樊传明、郑飞译，中国人民大学出版社，第 9 页。

9［美］亚历克斯 · 斯坦：《证据法的根基》，樊传明、郑飞译，中国人民大学出版社，第 70 页。

事实认定者会用自己的判断、思考来作出裁决。检控方和辩护方作为法庭认识主体，在法律程序中向事实认定者提供信息。故而法庭认识活动是控辩审三方共同参与的证据信息加工过程，事实真相则源于其相互作用的合力。英美法域的诉讼是一场对抗式的竞赛，成功属于事实和法律观点极具说服力的一方，整个过程可类比为一系列策略运动与反向运动，这在驾驭证人的问题上表现明显：庭审本身是一场对真相的询问，一场刑事审判首先且最重要的是一个认识引擎，一种从最初常常是（相互冲突证据的）混乱集合中寻求事实真相的工具。[1]

3.应对证人弱点引发的认知偏颇

证人证言的固有弱点，即为主观性。证言采信的前提是证人必须能够观察有关事件，能够记住并且能够诚实和准确的叙述。为了信任证人在法庭上所说系真实，事实裁判者就必须对准确叙述的能力、诚实作证的能力、感知能力和记忆能力，做出推论。此外，证人必须在庭上如实陈述，排除己方证人虚构事实或作出利己陈述的可能性。当司法场域普遍认同证人的固有弱点时，各方均会采取一定措施，以避免或剔除证人作证时出现错误的原因。交叉询问是检验证人可信性并揭示该故事可能有另一面的有效方式。当然，此处的“另一面”可能存在截然相反的效果，因为其纠正的认知偏颇主体包括证人和事实认定者，本阶段主要讨论后者。

在“求真”的过程中，倘若双方证据真伪难辨，事实认定者只能通过对这些证据支持其所主张事实存在的可能性作出评估，这决定了事实认定或证明的标准是一个概率标准，所获得的事实真相具有盖然性。[2]从认知心理学的角度出发，人在确定概率的时候，会系统性的犯错误，内容涵盖证言和证人两部分。例如，当事实认定者非常熟悉某种事实类型，那么引导其评估具体事件的频率，依赖易于在头脑中检索和记忆的经验信息，进而以相似性和刻板印象，诱使他提升或降低对该事件的概率评估，忽略其实际发生的频率。再例如，博格西诺认为“讲实话的证人……经常被误解”，证人们面对庭审时的紧张反应使事实裁判者产生印象：他们在回避问题，或者是有意作伪证。[3]现今被指出的认知偏差包括：可得性、代表性、调节与锚定以及对先前概率或基础比率的不充分整合。[4]总之，假定证言确实是真实的，在法庭调查阶段，使事实认定者相信证人是在如实作证，首先需要克服由证人弱点引发的认知偏颇。

此时，交叉询问便成为一剂良药。人的认知局限性会产生社会效用（因为记忆能力是有限的），所以，比起那些实际记住的事情，人们通常更不容易持续的记住一个虚构的故事：要求证人即时回答问题的交叉询问，使得证人很难持续长久地坚持他们的谎言。[5]进而能够助益事实认定者对证言的可信性判断。另一方面，完全可以通过询问和指示来引导证人在一两个小时中放弃习惯的思维和表达方式，遵从法庭严格的程序仪式。[6]考察其面对直接询问和交叉询问的态度和陈述内容是否迥异，以帮助事实裁判者全面判断证人是否正在回避或有所保留。

（二）基于风险分配的价值选择

证据法是法律对事实认定者的证据分析活动的控制。[7]交叉询问是经验都在无形中转化进入证据规则，并获致“对事实认定准确性和成本的平衡”的特色之一。该制度的非功利性目标和价值在于分配错误风险的机制，它使律师的诡计常常处于对方当事人及其律师和法官的监督之下。[8]因此，交叉

---

1 张保生：《事实证据与事实认定》，《中国社会科学》2017 年第 8 期，第 114 页。

2［美］亚历克斯 · 斯坦：《证据法的根基》，樊传明、郑飞译，中国人民大学出版社。同样，贝叶斯定理最根本的结论，即新证据不能能凭空决定你的看法，而是应该更新你的先验看法，明确限制概率空间后，再考虑比例，把考虑的情况限定在证据正确的可能性。

3 例如，一位诚实的证人在接受直接询问时，他的回答快捷、诚恳，并给人以良好印象；而在交叉询问中，陌生和紧张的环境让他态度大变，怀疑为他设置了陷阱，因而犹豫不定，对简单的问题也斟酌良久；在被要求重复某些问题时，也似乎在“争论”，也许是在抗议律师的不公正，甚至要求法庭的保护。

4 ［美］博西格诺等著：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社 2017 年第 8 版，第 532-538 页。

5 Chirs William Sanchirico, <Evidence, Procedure, and the Upside of Cognitive Error>（2004）57 stan.L.Rev.p291.

6 ［美］博西格诺等著：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社 2017 年第 8 版，第 532-538 页。

7 M.Damaska, Evidence Law Adrift, Yale University Press，1997，p.24.

8 高鸿钧主编：《英美法原论》，北京大学出版社 2013 年版，第 623 页。

询问即规避风险又是总结经验之产物，交叠着认识论上乐观主义与实用主义的融合产物。

1.事实正确性与可接受性的权衡

事实兼具经验性与可表述性，事实目击者的陈述对于聆听者而言，不仅构成了证据，更是一个运用这些证据进行逻辑推断，从而在思维中重构过往事件的过程。在这一过程中，证据的可信度成为首要考察要素，其中，证人证言的可信度主要由陪审团负责评估。[1]实际上，司法审判并非旨在发掘过去事件绝对真相的终极探索，而是旨在构建一个关于已发生事件的可接受版本，而是建立一种关于发生过什么事情的版本，该版本需达到对过去事件正确性的合理可能性标准。[2]

2.提出诱导性问题之犹疑

交叉询问可以提出诱导性问题，暴露证人作证中的缺陷和不足，向陪审团揭示证人的不可信。可以说，以诱导性发问方式进行的交叉询问服务于陪审团的事实认定。那么，经历了从实践到文本的交叉询问，是否依赖于陪审团制度的设定？有学者认为，正是由于司法对当事人向陪审团举证的监督和控制，为证据制度的产生提供了条件和契机，陪审团审判制度使英美证据法在诞生之初就打上了陪审团审判的烙印。[3]威格摩尔认为：交叉询问权获得承认的一个显著效果，就是通过法庭审判中对证人的多重询问发展出了证据规则，并使其中很多细节的方面自然地成为证据规则中的显著部分。[4]例如，由对抗方律师对证人进行交叉询问，以验证其证言的可信性，法庭会观察证人的表现，适当的交叉询问能够使陪审团自会看出矛盾之处，进而在他们心中产生提问方所期望的印象。[5]这一理论背后意味着人们不相信陪审团能够考虑到这种证据的缺失。[6]我们需要反思，当前我们的实践中是否真的不存在诱导性发问？实践中出现诱导性发问的真实意图为何，语用状态如何呢？有必要将交叉询问设定的初始考虑和诱导性发问入法的基本考量，再度探讨我们的制度基础是否具备运用诱导性发问的土壤，并评估此种司法价值和未知的不可控风险之间的权衡系数。

三、解析：基于交叉询问的证言调查方法

（一）直接询问的风险

在直接询问中，提问简短并且表现为开放式问句："你当时在哪里？""你看到了什么？""你是怎么知道的？"通过问题提醒证人集中精力与陪审团交流，以一种告诫方式调整证言节奏，让证人依托叙述性回答，解释其行为。直接询问作为一般规则，任何一方均可预先与诉讼中将要传唤的证人会面，甚至达致深度合作；询问人告知证人发问主题和计划提纲，指导其如何提高可信度，使证人有所准备、有效讲述。诚然，直接询问是呈现案情的有效方式，但是，我们必须承认直接询问存在"表演"的风险，倘若律师与证人就直接询问进行排练，当庭展示计划好，并就如何回答它们加以提示，事实认定者便存在误入可信性陷阱的风险。因此，必须有对应的规则，验证询问者和证人是否存在某种程度的合作或者提供了利己版本，需要确保证人不是仅仅在背诵排练好的脚本，而是真诚地在

---

1 罗祥远：《刑事庭审中的证据调查》，《国家检察官学院学报》2008 年第 1 期。

2 P.Murphy, Murphy on Evidence，7th ed.，Blackstone Press，2000，p.2.绝大多数基于认定事实的精确性而设置的证据规则，根本目的都是为了获得或者加强裁判事实的可接受性，亦即裁判事实的正当性、合法性，这是政治道德的价值目标。部分规则的设置是为了获得裁判事实的可接受性。使裁判认定的事实具有持续的可接受性。因为，未经交叉询问的传闻，可能会在裁判作出后受到改变，从而使裁判事实的可接受性打折扣。而经过交叉询问的证言则可以降低证人改变证言的危险；而且，即使证人日后改变说法，由于经过交叉询问，他先前在法庭上所作证言的可信性也会高于其改变后的证言。参见：C.Nesson，"The Evidence or the Event？On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts"，92 Har-vard Law Review, pp.1374—1374.

3 高鸿钧主编：《英美法原论》，北京大学出版社 2013 年版，第 635 页。

4 J.Wigmore, Evidence, Peter Tillers Revised, Little Brown and Company，1983，p.608.

5 何家弘：《当代美国法律（修订版）（当代美国丛书），社会科学文献出版社 2011 年版，第 383 页。

6 众陪审员完全由未受过专业训练的外行人组成这一事实，一方面体现了英美国家对人类普遍认识能力的认同，从而将发现真实和伸张正义的责任放在了普通人的肩上；另一方面，正因为他们都是普通人，所以人们也不会对他们提出断案如神的期望，因而设置规则进行约束也就顺理成章。参见：W.Cornish, The Jury, Allen Lane the Penguin Press，1968，p.84.转引自：高鸿钧主编：《英美法原论》，北京大学出版社 2013 年版，第 625 页。

与陪审团交流。[1]

（二）交叉询问的功劳

《联邦证据规则》611(c）确认了“诱导性问题在直接询问中通常被禁止，但允许在交叉询问中使用”。[2]进行直接询问与交叉询问在模式上的最明显的区别即“能否使用诱导性问题”；交叉询问规则的范围被限定于直接询问的内容（不考虑例外），首先，这是一种可信性的验证策略，可以分配风险、制约直接询问。交叉询问者可以提问对抗方或对抗方认同的证人，是要利用这个微妙的机会来为己方案件争辩。交叉询问可以提出诱导性问题，为询问者提供了一个申明自己主张的机会：填补己方证据的缺口、控制损害、获得有利的自认，强调想要陪审团从证据中得出的推论或解释。[3]使得对方证言的影响最小化。其次，这是一种权力制衡。在交叉询问中，律师想要（有效地）提供给陪审团听到的大多数信息，是通过询问诱导性问题，诱导性问题是暗示了询问者所求答案的问题，有利于询问者控制证人实际上所说的内容。

（三）相伴而生的诱导性问题

1.诱导性问题的使用价值

诱导性问题通常以陈述事实的形式出现，其在提问的末尾采用疑问语调进行微妙暗示，或是通过实际动词的运用直接要求证人作出附和性的回应。典型的诱导性问题表现为：在一个陈述句的开始或末尾伴随一个简短的质问附加语，比如，“你看见被告詹森挥舞着拳头冲出牢房，不是吗？”这通常意味着，提出一个事实主张，而证人的完整回答只是简单同意“是”，或“不是”。娴熟的交叉询问者设法构思出无需解释的精密、狭窄的问题，将开放式提问降到最低。[4]联邦证据规则起草咨询委员会对《联邦证据规则》611(c）的注释：在‘交叉询问时通常应该允许诱导性问题’这句话中，“通常”一词旨在鼓励法官禁止在“友好的交叉询问”中提出诱导性问题。允许在交叉询问中适用诱导性问题的认知心理学依据是：证人对传唤其出庭作证的当事人一方很可能是友好的或至少会与其配合，但不会以同等方式配合交叉询问者。这种不利于交叉询问者的假定成见，可使诱导性问题在获得事实真相方面发挥重要作用。[5]

2.诱导性问题的适用限制

首先，为何“非为展开证人证言所必需，不得使用诱导性问题”？因为直接询问寻求通过证人自己的话来展开案情，并支持证人的可信性。因此，从证言中产生的事实信息应该来自证人的话，而不是来自询问者。问题应该比回答简短；并且一般应该是开放式的。反之，因为假定证人愿意配合直接询问者，人们认为存在这样一种风险，即直接询问中诱导性问题所包含的暗示，也许会诱使证人为了迎合直接询问者而歪曲事实真相。一位专注的证人从诱导性问题的最初措辞就明白了他被期

---

1 ［美］罗纳德·J·艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版。

2 《联邦证据规则》611(b)体现的是“美国式”或“限制性”交叉询问规则。英国交叉询问规则，允许对方询问证人与案件相关的任何事情。美国规则的主要优点在于，允许各方当事人来控制己方案件的进展。为审判法官保留了允许对直接询问范围之外的问题进行提问的自由裁量权，以期达到同样的效率，在这种情况下，该询问应该“像在直接询问中那样”进行。

3 有时候，为了证实你的诉求或抗辩中的某个要件，对方证人是能够提供所需可采性证言的惟一证人，或者是讲出你想传达给陪审团部分案情的惟一证人。在许多情况下，你也许不得不亲自传唤这样一位证人作为“对方证人”(adverse witness)。在不对该证人可信性提出质疑的情况下，你可设法表明，该证人关于事实的说法与你方的案件理论是多么一致，或至少并非不一致。或者，你可以通过攻其一点或全面出击，对他/她的可信性提出质疑。一般情况下，证人不会被对方传唤来作证，除非其证言有助于对方的诉讼。（不需要考虑出庭情况。）

4 特别是像“如何”和“为什么”之类的询问，一般来说应该像躲避瘟疫那样加以避免：这类问题会让交叉询问者失去对向事实认定者信息流的控制，而将其让渡给证人。提出这类问题即允许了证人任其自圆其说地解释事实，并允许其论证对你诉讼不利的推论。在提出“为什么”之类的问题后，你也许就会陷入一种被动状态，任由证人在那里长篇大论，而你却没有理由让证人住口。

5 ［美］罗纳德·J·艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版。

待要说些什么。此时，他的陈述实际上是律师的答案。美国司法实践中，存在使用诱导性问题进行直接询问的个例，对此，由法官和对抗方及时提出异议；但也会出现侥幸成功的案例[1]。然而，问大量的诱导性问题也有不利的方面：当证人在直接询问过程中，通过回答具有诱导性质的问题来提供核心证词时，这可能会在事实认定者的心中留下一种印象，即证人似乎是在按照询问者的期望或意愿来陈述，而非基于客观事实，从而削弱了证词的可信度。总之，将诱导性问题作为一种直接询问技巧可能会事与愿违。

其次，为什么设置交叉询问应限于直接询问的主题及影响证人可信性的事项？在法庭环境中，证人可能面临多重不利因素，包括陌生环境所带来的焦虑与紧迫感、潜在的哄骗或恐吓手段、提问不足以充分激发能够澄清复杂问题的记忆，以及交叉询问过程中产生的混淆效应……这些因素均可能导致关键性错误与疏忽的产生。[2]法庭之上，证人作为置身于陌生情境中的外来者，所体验到的窘迫感是旁人难以理解的，这种窘迫唯有他们自己方能深切体会。[3]律师在其交叉询问中就利用这些弱点，以使证人混淆不清，看上去像是掩盖了重要的事实。朗格奈克在《法律案件庭审中的暗示》一书中谈到“讲实话，诚实而过分小心”的证人时告诉我们:“一位高超的律师通过迅速的交叉询问可以摧毁这种证人的证据。塔夫特说，一个狡猾精明的交叉询问人，在对付一个诚实但自以为是的证人时，会巧妙诱使证人自陷其夸张癖性的陷阱，不仅使他的作证丧失价值，而且使提供该证人的一方蒙受损失。”[4]

四、契机：修法背景下庭审人证调查模式的发展面向

交叉询问模式的体系化建构应严格遵循以庭审为中心的基本原则，结合我国实际，建立中国自主的证人质证体系。一是通过法律文本规定，区分主询问与反询问的结构和范围，建立完备且可操作化较强的流程规范，尤其是对于双方同申请出庭的证人以及法院依职权传唤的证人，应当确定询问顺序的标准；确保围绕案件争点事实开展有效对质，保障诉讼效率和被告人权利。二是关注案件的证人类型和人证结构，研判“分层”理论，即根据证人出庭的必要性将证人进行科学分流，回应人证结构变化下的质证需求。三是综合证据基本理论构建其可行性和关联性为核心的证言质证体系，细化法庭发问方式，形成“开放式证明”的质证格局，在特定场景运行诱导性发问，并建立不当诱导性发问的识别网络。

（一）关注庭审人证模式的程序完备性

《刑事诉讼法》第四次修订显著增强了对于证据程序完备性和内容明确性的重视，正是提升我国庭审人证调查模式的重要性，增强交叉询问实用性的关键契机。近年来，关于庭审人证调查模式的研讨纷纭，尤其是交叉询问的空置成为法律未名、实践缄默的司法领域。因此，在第四次《刑事诉讼法》的修改过程中，需要设置明确、具体、可操作的制度框架，以支撑证人调查程序规则的精密运行，确保庭审人证调查工作的规范性与有效性。此外，本次修订应进一步吸纳现行司法解释中涉及程序公正、人权保障、权力制约的条款，并调和与司法解释、部门规章等可能存在的冲突内容，通过明晰的法律条文，统一庭审人证调查的操作规程，进而解决地方性证据规则分散、不统一的问题，提升司法实践的统一性和规范性，包括优化庭审人证调查的结构、全面贯彻落实以审判为中心、增设对不当交叉询问的程序性后果、完善诱导性询问的相关立法。

（二）回应人证结构变化下的质证需求

开展以交叉询问为核心的证言可信性调查方法，是庭审实质化的现实要求；而此项法庭调查的重要质证手段却始终存在涵义模糊、行使受限的“虚置”状况。近年来，我国刑事案件的人证结构发生了重大变化，在建设工程、股票证券等领域，鉴定意见的应用广泛，专家证人在技术认定、行业评估和定损等方面发挥着重要作用，协助法庭判断、采纳可信度更高的专家意见的迫切性、必要性随之出现。因此，当法庭聚焦专业问题的争议焦点时，通过开展交叉询问认定专家报告的可信性十分必要，亟待依据出庭必要性对证人进行分类，设置证人出庭的分层理论和分流机制。

---

1 如果证人显得虚弱、说话模棱两可，或者难以用他自己的话说出证言，那么权衡之下也许还是诱导比不诱导更好。

2 参见刘晓兵：《交叉询问质证功能论略》，《证据科学》2016 年第 4 期。

3 元轶：《庭审实质化压力下的制度异化及裁判者认知偏差》《政法论坛》2019 年第 4 期。

4 ［美］博西格诺等著：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社 2017 年第 8 版。

（三）细化法庭发问方式的规定

1.区分直接询问与间接询问。以审判为中心的主要内容之一就是落实庭审实质化，充分发挥法庭审判在事实和证据认定中的决定性作用。其中，完善证人、鉴定人出庭制度，落实直接言词原则和交叉询问制度，又是推进庭审实质化的重要内容。[1]直接询问的范围应当围绕证明对象及其相关事项展开，交叉询问以直接询问发现的事项及其相关的事项为其询问范围，或者针对证人的可信度开展交叉询问。[2]此外，交叉询问制度也被认为不是一项孤立的制度，其完善与发展，需要诉讼模式、诉讼规则、证据规则的结构性改革作为支撑。应完善法庭举证、质证的程序，建立对证人、鉴定人、侦查人员的交叉询问机制，对其他证据的质证制度，以及规范的法庭辩论程序。法官应当切实保障辩护律师的辩论权。辩护律师应当遵守法庭秩序，对辩护律师正常的辩护行为，法官应当支持和保护，而不应限制。[3]

2.允许交叉询问使用诱导性发问

当前我们的实践中真的不存在诱导性发问？交叉询问设定的初始考虑和诱导性发问入法的基本考量。我们的制度基础是否具备运用诱导性发问的土壤。实践中出现诱导性发问的真实意图为何，语用状态如何呢？总之，我们需要再次思考诱导性发问的存在价值，并评估此种司法价值和未知的不可控风险之间的权衡系数。

我国对于证人证言已经基本确立了交叉询问的质证模式，接下来亟待确立诱导性询问规则，“以诱导方式发问”是交叉询问的规定性特征之一。[4] 在证言导出方式上，应当采取法官职权控制下的自由选择模式；采取开放式的交叉询问范围控制模式；对我国《法庭调查规程》第 20 条的修改建议是：“（二）对本方证人不得采用诱导方式发问”[5]。将诱导性询问区别为可能影响陈述或者证言客观真实的和不影响陈述或者证言客观真实的两类，询问己方证人应当避免可能影响陈述或者证言客观真实的诱导性询问以及其他不当询问，控辩双方可以要求审判长制止或者要求对该项证言不予采纳。在司法解释修订的当前，对于是否会接纳“交叉询问使用诱导性发问”，我们应抱有期待。将形式化交叉询问，改变为允许诱导性发问的实质化交叉询问，是诉讼原理的要求、法律实践的需要，是事实认定与政治道德的共同选择。

（四）规范识别诱导性发问

诱导性问题是在提问中暗示了询问者想要证人所给答案的问题。实际上，在直接询问的语境下，问题往往隐含着询问者对于证人预期回答内容的某种预设或倾向，进而构成一种间接却显著的“暗示效应”。从结构特征上看，典型的诱导性问题多在陈述句的首或尾附加简短质询性后缀，如“对吗？不是吗？”此类问题本质上是在提出一个事实论断的同时，引导证人以二元回答即“是”或“否”的简短形式予以确认或否认，意图把证人的注意力引至询问者正在寻求的特定信息上来。实践中，公诉方会衡量询问提纲的语法结构，修饰成分越少，问句诱导性越小。[6]若发问方提出的问题是由两个或两个以上互不统属、结构独立的主语-谓语结构通过特定关联词或逻辑关系联结而成的句子群构成，诱导性风险便会增加。这是因为复句的结构复杂性蕴含天然的诱导性风险，从内容要素看，复句易于穿插预设的时间与地点，进而隐含对回答方向的引导；即便某些询问在表面上看似未直接预设回答倾向，但自身嵌套的句式可在逻辑上拆解为对行为、目的、方式等要素的多个独立询问，倘若被追诉人在回应时遗漏部分要素时，便会引发回答的不明确性或模糊性。虽然实践中多通过问题句式来评价诱导性，但需予澄清的是，问题的诱导性取决于其内容是否预设了答案的特定方向，而非单纯

---

1 胡仕浩、刘树德、杨建文：《<中华人民共和国人民法院法庭规则>的理解与适用》，《人民司法（应用）》2016 年 6 月。

2 陈卫东：《反思与建构：刑事证据的中国问题研究》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 122 页。

3 陈卫东：《中国刑事诉讼权能的变革与发展》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 376 页。

4 张保生、常林：《序言 2013 年中国证据法治前进的步伐》，载张保生、常林主编：《中国证据法治发展报告 2013》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 5-6 页。

5 张保生、王旭：《中国证据法治前进步伐（2017—2018 年）》，《证据科学》2020 年第 1 期。

6 赵鹏：《法显术见》，中国法制出版社 2018 年版，第 241 页。

取决于其形式。未预设任何事实论断，仅就客观事实进行询问时便不属于诱导性问题。[1]庭审中，通过形式筛选和元素判断的双重检验，是能够充分识别出那些直接而明显的诱导性询问，还能捕捉到那些隐藏得更深、形式更为微妙的诱导性元素。

在庭审人证调查过程中，对诱导性问题不宜采取一概禁止的态度，[2]评判“诱导性”的核心标准在于对问题暗示程度的精确衡量，判断其是否构成对证人、被告人等自由意志的不当引导，此过程高度依赖具体的司法语境，应依据该问题是否可能影响“陈述或证言的客观真实性”作为区分处理的基准在庭审中加以区别对待，有利于规范直接询问和交叉询问，契合诉讼规律。

结语

交叉询问制度不是一项孤立的制度，其完善与发展，需要诉讼模式、诉讼规则、证据规则的结构性改革作为支撑。应以第四次刑事诉讼法的修改为契机，考量交叉询问制度的体系完善，包括但不限于细化法庭举证与质证环节的操作流程，确保程序运行的明晰与规范；建立针对证人、鉴定人及侦查人员的系统化交叉询问机制，以保障控辩双方权利平等且充分行使；扩展质证制度的适用范围，将新兴证据种类纳入严密的质证体系之中；进一步规范法庭辩论程序，促进案件事实真相的查明与法律的正确适用。[3]交叉询问是检验证据可信性的有效手段。在法律修订的当前，对于是否会接纳“交叉询问使用诱导性发问”，我们应抱有期待。将形式化交叉询问，改变为允许诱导性发问的实质化交叉询问，是诉讼原理的要求、法律实践的需要，是事实认定与政治道德的共同选择。

---

1 李思远：《悖离与纠偏：诱导性询问规则的实践性反思》，《上海大学学报（社会科学版）》2023 年第 3 期。

2 张建伟：《关于刑事庭审中诱导性询问和证据证明力问题的一点思考》，《法学》 1999-11-10

3 陈卫东：《中国刑事诉讼权能的变革与发展》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 376 页。

证人出庭作证制度的实践逻辑与调适路径

曾庆容[*]

摘 要：庭审实质化改革以来，尽管证人出庭作证率有所改观，但证人长期出庭难的问题仍未得到根本改变。就事实层面来看，犯罪结构的变化、替代证明机制的运用、证据规则和证言特性的内在影响，共同导致了证言在现代刑事证明中作用的减弱。在我国现行证人出庭作证制度下，真相查明、权力主导和诉讼效率逻辑共同影响并塑造了证人出庭作证的实践模式。法官对当庭证言的依赖性降低，客观上造成了证人出庭难的困境。制度改革不可能一蹴而就，只能依照于制度逻辑作适当调整，循序渐进。在《刑事诉讼法》再修改中，应充分考虑上述实践逻辑，平衡衡法官与被追诉者在证人出庭作证方面的利益，并尊重查明真相的逻辑来探索能够兼顾程序公正的可行性的制度方案，如在制度设计上鼓励法官敢于、善于通过证人出庭来查明真相，以期逐步提高刑事案件中证人出庭的比率。

关键词：证人出庭作证、证人证言、庭审实质化、真相查明

引言

我国刑事证人难以出庭是一个普遍、长期存在且日益严峻的问题。尽管最高人民法院推动庭审实质化改革多年，并将证人出庭率作为衡量改革成效的关键指标，但在刑事诉讼法面临第四次修改的背景下，重新考察证人出庭作证的运作情况，证人出庭难的问题仍未得到根本性解决。学界对此问题的关注主要集中在扩大证人出庭作证的范围和提高出庭率上，[1]许多论者倾向于以西方的证人出庭作证制度为参照，认为这是实现正当程序和人权保障的重要途径。[2]但值得注意的是，我国证人出庭作证制度本质上是以查明案件事实真相为目，而非基于权利保障的理想主义逻辑，这表明西方的经验可能对探索建立适用于我国实际情况的证人出庭作证制度帮助有限。

基于此，也有不少学者对我国实践中制约证人出庭作证的考量因素、证人出庭作证的条件等因素展开分析，并作出了许多富有新意的解读。[3]尤其是庭审实质化改革的推进激发了新一轮关于证人出庭作证制度的学术讨论，但遗憾的是，现有研究多侧重于实证分析，而在理论层面的深入探讨尚显不足。目前从证人出庭作证制度的实践运作来看，其与当前改革的目标仍存在较大的出入。因此，基于现有研究，本文旨在对制约证人出庭作证的因素及我国证人出庭作证制度的运作逻辑进行总结和反思，以期提供新的观察视角。通过对近十年来证人出庭作证制度改革实践的考察，本文将分析导致证人证言作用减弱的事实层面因素，并解读制度运作的基本逻辑，旨在明确真正制约证人出庭的因素，并为刑事诉讼法的再次修订背景下如何完善证人出庭作证制度提供改革的新思路。

一、证人出庭作证制度改革的实践考察

2014 年庭审实质化改革推行以来的十年间，我国就证人出庭作证制度进行了自上而下的一系列改革，取得了一些进展，但这种基于顶层设计的改革并未使得证人难以出庭作证的现状得到根本的改观。对证人出庭制度实践的考察，大致可分为变和不变两个层面。

（一）变：证人出庭规范的完善与形式上证人出庭率的提升

首先，近十年来关于证人出庭作证的法律规范经历了显著的体系化发展，证人出庭作证的适用范围亦逐步扩大。尽管证人在刑事诉讼中的历史源远流长，但新中国成立以来，关于证人出庭作证的立法最早可追溯至 1997 年的刑事诉讼法。然而由于规定的过于粗糙，直至 2012 年刑事诉讼法修

---

[*] 四川大学法学院博士研究生。

[1] 例如在 2024 年全国两会提案中，全国人大宪法和法律委员会副主任委员周光权教授提出了应当继续提高必要证人出庭率，建立完善相关配套制度，明确必要证人的概念和范围的提案。参见周光权：提高必要证人出庭率维护司法公正，载《人民法院报》，2024-03-08，第 04 版。

[2] 代表性的观点可参见孙长永,胡波：《保障与限制:对质询问权在欧洲人权法院的实践及其启示》，载《现代法学》2016 年第 3 期，第 109-123 页、李奋飞,匡旭东：《证人出庭作证“必要性条款”解释适用研究》，载《法学杂志》2023 年第 5 期，第 93-109 页。

[3] 代表性的观点可参见陈卫东：《从关键证人回归必要证人:关键证人出庭作证逻辑反思》，载《法学研究》2023 年第 6 期，第 170-186 页、李昌盛：《证人出庭难的应对方案》，载《当代法学》2021 年第 3 期，第 101-111 页。

改才对证人出庭作证的范围和条件进行了明确的规定，从而确立了现行的证人出庭作证制度框架。[1]随着改革的推进，后续司法文件进一步放宽了证人出庭作证的立法限制。例如 2018 年最高人民法院在《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》中，取消了“人民法院认为有必要”的条件。[2]尽管这一变化尚未在后续的刑事诉讼法修正案中得到正式确认，但它至少反映了最高人民法院降低证人出庭门槛的倾向。此外，各地也在不断探索细化上述刑诉法条文的构成要件，例如 2019 年天津市高级法院就明确规定了对案件构成要件、重要事实等有可能影响定罪量刑的十种情形，应当通知证人出庭作证。[3]总的来说，近十年来对于证人出庭作证的立法规范形成了以刑诉法三要件为核心的基本模式，并在法律修订中进一步完善了证人的人身保护、经济补助以及强制出庭的相关规定。[4]鉴于实践中证人不出庭作证的现象较为普遍，上述立法的完善不仅为法官通知证人出庭提供了明确的指导，同时也对法律通知证人出庭的程序进行了规范，很大程度上推动了近年来证人出庭作证率的提升。[5]

其次，庭审实质化改革使形式上证人出庭率得到一定提高。证人长期不出庭是刑事庭审中的普遍现象，但是在庭审实质化改革中，有调研数据表明，“在试点案件中，有证人出庭的示范庭案件比例高达 65.17％”[6]。还有实证研究以成都地区法院庭审实质化改革为样本，“调查表明在示范庭关键证人出庭率约为 31.99%”。[7]由此可见，庭审实质化改革以来，至少在试点地区证人难以出庭的问题得到了较为明显的改观，指标得到了提升。

最后，证人出庭作证的主体类型多元，作证的方式不断创新。传统的刑事证人主要指的是目击案件发生的证人，但近年来在改革试点地区证人出庭作证的案件中侦查人员和鉴定人员占了较大的比例。[8] 其出庭的作用主要是就相关的程序问题作出说明。另外随着技术的发展，证人出庭作证的方式也在创新。例如各地法院探索证人在线参与诉讼，以解决证人因距离、安全等考量而不能出庭法庭的问题。[9]

（二）不变：证人难以出庭的现状没有得到根本改变

首先，证人难以出庭的现状并未根本改变。前述分析似乎表明证人长期难以出庭的现状得到了改观，但值得注意的是这种证人出庭作证率的提高，主要集中于庭审实质化改革示范庭，证人出庭率的提升很大程度上满足了考核的要求，但是不可否认在非试点地区日常的刑事审判中，证人出庭作证依旧是一项稀缺资源，很少能在庭审中见到证人的身影。例如有学者在庭审实质化改革期间就某县级市审理的刑事案件调研后发现，“100 起案件中将证人证言作为证据出示的案件共 93 起，证人证言的证据数量是 497 份，但有证人出庭的仅有 3 起，且都是刑事附带民事诉讼案件。”[10]而这仅是一个缩影，可见证人难以出庭作证在我国刑事审判中仍普遍存在。

其次，从出庭作证的目的来看，证人出庭作证的目的并没有得到根本改变。证人出庭的主要功

---

[1] 刑事诉讼法 187 条第 1 款：公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。

[2] 该规定第十三条：控辩双方对证人证言、被害人陈述有异议，申请证人、被害人出庭，人民法院经审查认为证人证言、被害人陈述对案件定罪量刑有重大影响的，应当通知证人、被害人出庭。

[3] 见天津市高级人民法院、天津市人民检察院、天津市公安局关于印发《关于刑事诉讼中证人出庭若干问题的规定(试行)》的通知第 4 条。

[4] 参见陈光中、步洋洋：《审判中心与相关诉讼制度改革初探》，载《政法论坛》2015 年第 2 期，第 125 页。

[5] 立法和政策的关系是极为密切的，不得不承认的是，在庭审实质化改革中政策的指导作用在短期内更为明显，例如最高法院关于证人出庭作证率的要求，很大程度上就会成为试点地区法院一项重要的庭审实质化改革指标，在此激励下会带动短期内证人出庭率的明显提升。

[6] 左卫民：《地方法院庭审实质化改革实证研究》，载《中国社会科学》2018 年第 6 期，第 115 页。

[7] 何良彬著：《刑事庭审实质化程序实证研究：以成都地区刑事庭审实质化改革为主要样本研究》，北京大学出版社，2023 年版，第 242 页。

[8] 参见汪海燕：《刑事审判制度改革实证研究》，载《中国刑事法杂志》2018 年第 6 期，第 28 页。

[9] 参见杨菲：《证人在线出庭作证的困境及其破解》，载《法治论坛》2023 年第 2 期，第 249-267 页。

[10] 张健著：《国家治理变迁中的基层刑事司法——以龙泉司法档案为中心的考察》，中华书局，2021 年版，第 374 页。

能在于查明案件事实，虽然我国没有严格区分事实审和法律审，但是对于事实查明的责任更多地是在一审中完成的。例如在一审中，辩护人申请证人出庭的成功率往往更高，法官对于事实尚未查清的案件，也会倾向于通过证人出庭予以查明事实。而在很多案件中，被追诉人以证人没有出庭构成程序违法为由提出上诉的案件中，笔者在北大法宝以“证人出庭作证”为关键词检索、筛选了 2015 年和 2022 年全部关联判决分别是 322 件和 28 件，上述案件中仅有 1 起因未对书面证言进行质证，也没有通知证人出庭的案件中，法院认为构成程序违法而驳回。[1] 由此可见，长期以来，虽然律师主张证人应当出庭案件的数量越来越多，且在最近修法背景下认为应当充分保障被告人对质权，但是在实践中法院判断证人是否出庭首要的考虑因素仍然是真相的查明。

再次，从申请主体来看，当前证人出庭作证制度仍然是以当事人申请为主。笔者在北大法宝以“证人出庭”为关键词，年份为 2022 年，得到有效判决 28 份，其中法院主动通知证人出庭的案件只有 2 件，约占比 7%。可见法院依照职权通知核实的情况在少数，这也可以解释在很多案件中，如若控辩双方对证人证言没有异议，证言通常是可以同其他证据相互印证的，法官在没有异议的案件中，查明真相的负担相对较小，则没有专门通知证人出庭的动力。

最后，从案件裁判结果来看，证人出庭对案件裁判的结果影响极为有限。实证研究发现，“绝大多出庭证人尤其控方证人的证言与其庭前证言并无多少差异，法官在定案时依然以庭前证言为主要根据，当庭证言往往只起佐证的作用。”[2]长期以来，我国证人作证采用的是庭前证言笔录的形式进行，而当前证人证言笔录是法定的证据类型之一并作为认定案件事实的依据。虽然从表象上来看证人出庭率得到提高，但是本质上证人出庭对于法官认定事实仍没有产生实质性的影响，证人出庭率的提高并没有直接造成证人证言被采信率的提高，证人即使不出庭也不会影响法官对证据的认定和采信。

（三）证人证言的衰弱

考察近十年来我国证人出庭率的变化不难看出，尽管随着证人出庭作证制度改革的推进，一定程度上提高了证人出庭率，但总体上证人难以出庭的局面并未得到根本改观。随着我国刑事案件总量的持续增长，证人出庭占刑事案件的比率却没有根本性变化，不难据此推断出证人在刑事证明中衰弱的事实。很显然，当前大量的案件可能并没有证人证言，而在需要证人证言的案件中，通常证人证言并不是居于核心的证明地位，往往被裁判者忽视。因此，通过对证人出庭作证制度改革的考察，分析制约证人长期难以出庭的原因，笔者认为本质在于证人证言客观上在刑事证明中的作用在衰弱，正是基于在裁判者看来证人出庭对查明真相并没有多么重要的一种心理认知，使得我国刑事证人出庭制度改革多年来难以取得实质性成效。对此，下文将从客观层面论述证言衰弱的事实以及对证人出庭作证的影响和制约。

二、制约证人出庭作证的客观因素

对于证人为何不出庭，学界已经展开了广泛而深入的探讨。例如，有实证研究表明影响法院决定是否允许证人出庭作证的标准逐渐多元化，不仅取决于案件事实真相的查明、案件的影响程度等情况，还取决于法官的工作量和财政支持情况等。[3]类似的观点还有很多，现有的研究虽然有一定的解释力，但随着当前制度的完善，证人长期不出庭作证的现状并没有因此得到根本改变。因此，重新审视证人出庭难问题显得尤为迫切。从本质上讲，尽管我们一直努力完善必要证人出庭作证制度，但在我国刑事诉讼活动乃至于刑事庭审中证言作用的衰弱是客观存在的事实，这在一定程度上导致了法官对于证人出庭的消极态度，对于这一论点，本文将从如下四个维度进行阐述。

（一）犯罪结构的变化

犯罪结构的变化，有证人的案件数量在刑事案件总量中占比的减少是一个客观的事实。通常意义上的证人是指目击证人，在实践中有证人的案件主要集中于侵犯人身、财产、贪污贿赂类犯罪中。[4]根据笔者的统计，以北大法宝 2015 年的判决书为分析对象，以“证人出庭”为关键词，得出有效判

[1]参见内蒙古自治区呼伦贝尔市中级人民法院(2015)呼刑终字第 19 号刑事判决书。

[2] 左卫民：《地方法院庭审实质化改革实证研究》，载《中国社会科学》2018 年第 6 期，第 116 页。

[3] 参见周文章、聂友伦：《刑事诉讼证人出庭——基于 80,351 份判决书的分析》，载《清华法学》2021 年第 5 期，第 177-191 页。

[4] 参见张树壮、罗娜、林昇：《证人出庭作证问题实证探析——以 s 省刑事案件证人出庭作证实践为蓝本》，载《人民

决书 322 份，其中受贿罪案件 65 件，故意伤害罪案件 49 件，贪污罪案件 27 件，分别占比 20%、15%、8%。上述数据至少可以说明在传统暴力犯罪或者涉及贪污贿赂、毒品犯罪等容易出现证据“一对一”的案件中，证人证言通常发挥着更重要的作用。而随着经济的发展，犯罪结构发生明显的变化，传统犯罪的数量在减少，新型犯罪的数量增加。根据最高人民检察院的统计，2022 年受理审查起诉杀人、放火、爆炸、绑架、抢劫、盗窃犯罪为近二十年来最低。严重暴力犯罪和涉枪涉爆、毒品犯罪，比前五年下降 31.7%。而与之对应的利用网络实施诈骗、赌博、传播淫秽物品等犯罪网络犯罪持续大幅上升，年均上升 43.3%。[1]不只是在我国，根据美国的统计数据显示，在美国诸如杀人、强奸、抢劫等传统犯罪案件的发案率在持续降低。[2]日本的统计数据也同样表明，近 20 年来，传统的盗窃、杀人、抢劫等传统犯罪案件都呈现下降的趋势。而与之对应的网络犯罪等新型犯罪案件则逐年呈递增的趋势。[3]新型犯罪案件往往作案隐蔽，采取的是新型的技术手段实施犯罪活动，不同于传统犯罪案件中有人目睹犯罪的全过程，通常没有证人，或者是对于这类案件事实的证明，通常不需要证人出庭而凭借实物证据、电子数据等便足以认定相关事实。

此外，犯罪结构的变化还表现为轻罪案件的增加，轻罪案件又通常通过和合意的方式解决，证人能够发挥的作用有限。最高人民检察院 2023 年的数据显示，危险驾驶罪，盗窃罪、帮信罪、掩隐罪，诈骗罪等轻罪案件在审查起诉案件中占 53.7%。[4]由此可见，轻罪案件已经成为了我国当前的主要犯罪类型。上述轻罪案件虽然通常情况下会有证人，但绝大多数案件都通过认罪认罚从宽程序处理，[5]适用认罪认罚的案件控辩双方均没有异议，则证人显然没有出庭作证的必要，[6]而且在这类案件中，通常不需要证人或者证人的证明作用往往极为有限，例如在醉酒驾驶罪这一类型的轻罪案件中，核心证据主要是酒精含量鉴定意见，通常依据鉴定意见便可以完成证明过程。而从西方刑事庭审的演变历史来看，其也经历了从神明裁判的示威到人证的盛行，进而演化为人证的衰微和辩诉交易的盛行之过程。证人在传统的刑事审判中是极为重要的存在。“在中世纪早期和中世纪欧洲的很多地方，现代侦探所用的调查方法从根本上说不太派得到用场。”[7]所以证人是证明被告人有罪的极为重要的证据类型，在陪审团审判兴起的过程中，证人被强迫出庭作证，在欧陆刑事诉讼发展历程中也是如此，证人必须要作证。[8]而随着刑事审判的发展，“陪审团审判只是解决法律纠纷的诸多方式之一。”[9]因为多数刑事案件即使走到了审判阶段，也并不需要经过审判程序，而是通过辩诉交易来进行解决。随着辩诉交易的出现，美国“在普通诉讼法院，几乎所有的定罪都是有罪答辩的结果……在多数司法区 90%-98%的案件都是通过审判之外的某种手段解决的。”[10]这些采取辩诉交易处理的案件中，同样也不需要证人出庭作证。因此，随着犯罪类型的变化，证人证言的作用在世界各国范围内衰弱是一个不争的事实。

（二）其他证据证明替代的丰富性

如果说犯罪结构的变化使得证人在刑事庭审中的重要性下降的话，其他替代性真相查明机制的

检察》2017 年第 18 期，第 35-37 页。

[1] 参见最高人民检察院工作报告（第十四届全国人民代表大会第一次会议 张军 2023 年 3 月 7 日），网址：https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202303/t20230317_608767.shtml。

[2] 参见许博洋、杨学锋：《中美两国犯罪统计差异之比较研究——以近 20 年官方犯罪统计数据为分析对象》，载《北京警察学院学报》2019 年第 1 期，第 90-98 页。

[3] 参见《日本犯罪白皮书》（2021），段倩倩译，微信公众号：中外刑事法学研究，2024 年 4 月 11 日。

[4] 参见最高人民检察院：《刑事检察工作白皮书（2023）》，网址：https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309_648173.shtml。

[5] 根据最高人民检察院 2023 年的数据显示，我国的认罪认罚率已经高达 90%。

[6] 不仅是在我国，在大陆法系德国，虽然采取直接言词原则，仍然存在许多例外，例如德国刑事诉讼法第 251 条规定了直接言词的例外，其中包括控辩双方都同意的情况下，证人可以不出庭而采取庭前证言。

[7] 美 惠特曼著：《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》，侣化强、李伟译，中国政法大学出版社，2016 年版，第 106-107 页。

[8] 参见美 惠特曼著：《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》，侣化强、李伟译，中国政法大学出版社，2016 年版，第 115-116 页。

[9] [美]伦道夫 乔纳凯特著：《美国陪审团制度》 屈文生等译，法律出版社，2013 年版，第 2 页。

[10] [美]马尔科姆 · M · 菲利著：《程序即是惩罚：基层刑事法院的案件处理》，魏晓娜译，中国政法大学出版社，2014 年版，第 175 页。

丰富则进一步推动了证言的衰弱。事实上，在早期犯罪类型较为单一的情况下，证人在刑事证明中占据着重要的地位。言词证据属于直接证据，收集成本低且能够直观地展示还原犯罪的过程，而古代基本上属于熟人社会，常见类型的犯罪案件或多或少都会有目击证人，且古代就有着“众证定罪”的说法，[1]这种按照“一人供听，二人供信，三人供定”的模式来认定在当时物证收集手段极为有限的古代社会是一种相对高效、便利且具有一定科学性的审查模式。而随着科技水平的发展，在刑事证明活动中凭借先进的技术手段，侦查机关查明案件事实的负担逐渐降低，[2]主要有如下几个方面。第一是在传统的犯罪案件中，以监控摄像头拍摄的内容为带代表的电子数据，替代了传统的证人证言，成为了刑事证明活动中指控被告人的有力证据。第二是在醉酒驾驶、性侵害等犯罪案件中，DNA 鉴定和酒精度数检测等鉴定手段的发展，鉴定意见可以直观地对客观事实作出判断，降低了刑事证明的难度。第三是在新型犯罪中，以微信聊天记录、通话录音等为代表的，存储于电子媒介的电子数据的收集与运用。通过上述证据不仅可以直观地证明被追诉人有罪，而且相较于证人而言，其往往更加客观、稳定，能高效地完成证明活动。且采取此类可以实现真相查明的功能的同时还不会引发证人难以出庭作证的危机。[3]分析至此不难看出，证人的兴起和衰弱同当时的社会条件存在着重要的关联，古代社会重视证人，与如今更加注重其他物证、电子数据等客观证据一样都是基于刑事审判中如何更好地查明事实、提高效率、降低司法成本的考虑。

事实上，证人证言有其固有的优势，但缺陷同样明显。主要表现为其虽然属于直接证据，但具有很强的主观性，虚假的可能性大。因此，世界各国普遍对证言的采信都采取了慎重的态度，例如前文所提到的古代的庭审中便奉行“孤证不能定案”的要求，[4]而西方国家则确立了传闻证据规则和直接言词原则，要求证人当庭接受交叉讯问才能作为定案的依据。但即使证人出庭，也并非都能识别证人的虚假陈述。早在 1967 年合众国诉韦德案中，美国最高法院弗兰克福特大法官就表明了对证人证言的担忧，认为从英国和美国大量刑事审判的记录中，有大量证据证实了证词的危险性。[5]相关的实证研究印证了这一判断，在美国事后通过 DNA 证据平反的错案中，其中 71%的案件是因为证人错误辨认而被定罪。[6]这足以说明，证人证言具有的这种缺陷，使得无论是在大陆法系国家还是英美法系国家，无论是奉行直接言词原则还是传闻证据规则，都面临着无法有效识别虚假证言，乃至造成错判的风险。正是基于此，替代性的方案增加，在查明事实可以更加容易且可靠的情况下，证言重要性的下降是刑事诉讼发展的一个必然趋势。

（三）证明力规则降低了当庭证言的需求

如前所述，证人证言虽然能直观地证明案件事实，但是其在记忆、表达等过程中会不可避免地加入证人主观的因素，使得如何有效识别证人证言的真伪一直以来是刑事诉讼活动中的重要难题。因此，要求证人出庭作证，在法庭当庭陈述并接受交叉询问被主流观点认为是查明证言真伪的最有效手段。而随着诸多证明力规则的出现，对事实裁判者来说提供了具体的判断标准，在很多案件中，只要能够判别证人证言的真伪，则对于证人出否出庭接受交叉询问则显得没有那么重要。即在通过相关证明力规则的指引便可完成相关的心证活动的情况下，法官则不必然需要通过交叉询问来查明事实。

这在我国体现的尤为明显,主要表现为刑事审判中大量的证明力规则很容易实现法官在证人不出庭的情况下完成内心确信活动。我国实践中对证据的判断主要看证据之间是否能够相关印证，对证人证言的判断也是如此。既然以证据之间是否可以印证作为判断的标准，口头证言则缺乏独立的

---

[1] 参见李交发著：《中国诉讼法史》，中国检察出版社，2002 年版，第 150 页。

[2] 参见熊秋红：《刑事证人作证制度之反思——以对质权为中心的分析》，载《中国政法大学学报》2009 年第 5 期，第 52-70 页。

[3] 证人出庭作证可能会面临改变证言的风险，对刑事证明活动造成冲击。同样证人如若不出庭作证，也可能构成一项程序违法的事由，一旦法院就证人是否应当出庭问题展开调查，也会拖延诉讼进程。

[4] 参见曾庆容：《从经验到规范:“孤证”规则适用的问题、成因与完善路径》，载《山东警察学院学报》，2024 年第 2 期，第 69 页。

[5] United States v Wade [1967] 388 US 218.

[6] see Aratrika Manhas, The Reliability of Eye Witness Testimony, 2 Jus Corpus L.J. 891-892 (2022).

证明价值，证人出庭与否对案件裁判结果的影响并不大。[1]从庭审实质化改革模范庭的实践也不难看出，证人即使被通知出庭作证，其对查明事实的帮助仍然有限，相反这种证人出庭作证容易演化为表演式出庭。而对于有争议的事实，即使证人改变证言，按照当前的实践和立法的规定，法官仍然是倾向于采信有证据相互印证的庭前证言笔录，[2]基于上述分析，我国证人即使出庭对法官事实认定的帮助有限，法庭仍然会倾向于采纳可以相互印证的庭前证言。对于证人证言是否真实的判断，法官很难真正做到仅根据当庭的情况作出裁判，而在相关证据规则的指示下，通过印证规则、补强证据规则等证明力规则，很容易在证人不出庭的情况下根据庭前的证言形成内心确信，造成通常情况下证人不出庭而凭借书面证言完成自由心证的过程。

固然，我国当庭证言发挥的作用有限同证明力规则的存在有着重要的关系，其中更为重要的是我国并未建立传闻证据规则，否定庭前证言的证据能力。但笔者认为，上述分析是有其依据的，事实上对于庭外的证人证言两大法系的做法存在明显的不同。"美国法称这种陈述为'传闻'并倾向于排除它们。相比之下，德国法则采取宽松的多的态度。"[3]美国采取的是陪审团审判，陪审团作为公民，并不了解基本的证据规则，陪审员更加关注庭审中鲜活的语言等证据类型，正如美国学者对此所做的形象表述，"对陪审团而言，除了还冒着热烟的手枪之外，再也没有别的事物比真正目击案件过程的证人的言词更加有力。"[4]因此，在陪审团审判中，证人出庭作证，接受交叉询问相对来说是简便、形象地还原事实的手段。而在德国等大陆法系国家，虽然遵守直接言词原则，但明显地更加理智，并非是对证言一律地排除。综上所述，客观化的证据规则会进一步降低当庭证言的需求。很多案件事实即使证人不出庭，只要符合相关证据规则的要求，也能对法官内心确性产生指引，这就降低了证人出庭作证的动力，甚至在书面证言证明力尚不足以认定相关事实的情况下，通过证据的补强来完善其证明力。

（四）证言本身的不可靠性

通说的观点认为证人出庭作证不仅能够通过交叉询问来查明案件事实，还能彰显程序正义，保障被告人对质权，[5]但从证人证言本身的特性来考察，我们不能否认的是人的记忆是会因遗忘而变得不准确的。从记忆的规律来看，人的记忆是一项从事实发生，到感知，到记忆存储，记忆搜寻，再到感知传达出外部的事实的过程，其必然会存在部分失真或落差的情况。[6]"越早的陈述越可能是真实的，先前陈述往往比证人证言更接近事实发生的真相，而且通常情况下几乎就是事实发生的真相。"[7]而一个刑事案件从发生到审判往往需要较长的时间，且中途证人可能接受多次询问或同他人谈论案件，或基于媒体的报道等。"法庭的证言很有可能在较长时间里暴露在原体验以外的各种因素的影响之下，而且会以不同于供述笔录受审讯员强烈影响的方式受到影响。"[8]这就使得很可能证人当庭所做的陈述已经不是真相本身，而是证人主观加工后所陈述的事实。因此，如若在案发时，就询问证人并将证人证言固定下来，往往更加接近于真相本身。

上述观点在我国实践中存在着大量的例证，诸如法官通常不允许证人出庭，而直接采信书面的庭前证言，或是在证人出庭的案件中，由于立法没有规定当庭证言更具有证明力，法庭仍然会倾向于采纳可以相互印证的庭前证言等，这些都表明了法官更加青睐于庭前固定的证言笔录，而对当庭

---

[1] 参见左卫民：《刑事证人出庭作证程序:实证研究与理论阐释》，《中外法学》2005 年第 6 期，第 654 页。

[2] 参见刘译矾：《论对公诉方案卷笔录的法律限制——审判中心主义改革视野下的考察》，载《政法论坛》2017 年第 6 期，第 121-130 页。

[3] [美]弗洛伊德·菲尼、 [德]约阿希姆·赫尔曼、岳礼玲著：《一个案例 两种制度——美德刑事司法比较》，中国法制出版社，2006 年版，第 345 页。

[4] [美]伊丽莎白 罗芙托斯、凯撒琳 柯茜著：《辩方证人：一个心理学家的法庭故事》，浩平译，中国政法大学出版社，2012 年版，第 18 页。

[5] 参见龙宗智：《论刑事对质制度及其改革完善》，载《法学》2008 年第 5 期，第 12-23 页。

[6] 参见黄翰义著：《程序正义之理念（四）》，元照出版有限公司，2016 年版，第 179-180 页。

[7] ［美］约翰·W·斯特龙主编，《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社，2004 年版 第 495 页。

[8] ［日］高木光太郎著：《证言的心理学——相信记忆、怀疑记忆》，片成男译，中国政法大学出版社，2013 年版，第 105 页。

的证言持怀疑的态度。例如在某判决中，面对辩护人提出的证人出庭作证的申请，法官认为，从人的记忆规律来看，距离案发时间越短，证人证言内容的客观真实性越高，对情节的描述也更详细，故应采信证人的书证证言，证人没有必要出庭作证。[1]不仅是我国，在域外也并非是只采信当庭证言，而是存在诸多基于真实性考虑的例外。例如德国刑事诉讼法第 251 条规定了诸多证人不需要出庭的例外，其中控辩双方合意认为证人不需要出庭的构成了主要的事由，在此情况下，大量控辩双方没有争议的案件都可以依据此条将书面证言采纳为依据。此外，德国甚至允许传闻证人的存在。只是由于传闻证据本身证明力较低，要求通过其他证据相互印证方可认定。[2]再如美国，传闻证据规则同样逐渐受到限制，确立越来越多的例外，例如及时感觉印象（present sense impression）例外在内的 23 种类型的例外性规定，可以说传闻规则仍然受到诸多例外的限制。这主要是基于陈述可靠性的考虑。正是由于这些例外情形下取得证言陈述真实性较高，从而在一定程度上消除了陈述人在感知、回忆等方面存在的危险，而被立法固定下来。分析至此，我们可以看出，证言本身的特性使得即使证人出庭，其对真相查明的帮助仍然有限。

通过上述分析不难看出，随着刑事诉讼和刑事证明活动的发展和完善，事实上证人证言并没有我们所预想的重要。证言在当前刑事证明中的作用减弱是客观的事实。当然，笔者并非试图论证证人不应当出庭作证，相反，证人出庭作证制度是一项极为有必要的事实真相的查明机制。而只是试图证明，在我们大力提倡应当保证证人出庭作证，扩大证人出庭率的当前，不容忽视的事实是证人证言在庭审中的作用正在减弱。这也是很大程度上成为了制约证人出庭作证制度改革的客观因素。

三、证人出庭作证制度的运作逻辑

“制度逻辑指某一领域中稳定存在的制度安排和相应的行动机制。”[3]在证人出庭作证制度运作中，也存在若干直接影响证人出庭作证制度运作的因素。目前学界做了大量的关于证人为何难以出庭的研究，得出了一些较为共识性的结论。例如认为没有相应的保障和配套制度，缺乏可操作性。[4]或是认为当前立法赋予了法官过大的自由裁量权。[5]上述分析虽然有一定的道理，但“这只是揭示了‘法官何以可能’的外部促进因素，而没有回答‘法官为何如此’的内在诱发因素。”[6]在我国，证人出庭作证制度同样面临多重逻辑制约：真相查明逻辑强调证人对案件真相的查明作用，权力主导逻辑表明法官在证人出庭决策中的主导地位，而诉讼效率逻辑则关注诉讼成本，导致法官在多数案件中倾向于使用庭前证言。这些因素共同影响法官通知证人出庭的决策揭示了制度运作的复杂性。

（一）真相查明逻辑

理论上证人出庭有两大功能，即查明案件事实，保障被告权利。[7]而通过对实践的考察，我国证人出庭作证制度的运作遵循的是真相查明的逻辑。按照该逻辑，证人出庭作证制度能否启动考虑的是有无通过证人出庭来查明案件事实的需要。换言之，在证人出庭作证制度运作中，证人出庭以其能否帮助查明真相为出发点。事实查明逻辑具体表现为两个层面。其一是证人出庭是为了法庭查明真相服务的。其同法庭真相查明的目的相互捆绑，制度能否启动取决于法庭是否需要证人出庭查明相关的事实。其二是法庭对控方证据的信任。实践中法官原则上采信庭前书面证言，对于无法确定的案件，才通知证人出庭。因此在庭审中，控方书面证言有矛盾是法院认为证人出庭有必要的条件之一。法官原则上采信书面证人，只有在证言有无法解释的矛盾时，才要求证人出庭核实。例如在刘某某受贿一案中，法院认为书面证言有矛盾，且通知证人出庭，证人不出庭，致使书面证言大打

---

[1] 参见广东省肇庆市中级人民法院(2015)肇中法刑一终字第 37 号刑事判决书。

[2] 参见【德】维尔纳 · 薄逸克、撒比娜 · 斯沃博达著：《德国刑事诉讼法教科书》，程捷译，北京大学出版社，2024 年版，第 442-443 页。

[3] 周雪光、艾云：《多重逻辑下的制度变迁:一个分析框架》，载《中国社会科学》2010 年第 4 期，第 133 页。

[4] 参见王永杰著：《从讯问到询问 关键证人出庭作证制度研究》，法律出版社 2013 年版，第 10 页。

[5] 参见韩旭：《第四次<刑事诉讼法>修改的法治现代化期待》，载《政法论丛》2024 年第 1 期，第 65 页。

[6] 郭松：《非法证据为何难以有效排除——兼及中国非法证据排除的未来》，载《法学论坛》2012 年第 4 期，第 117 页。

[7] 参见熊秋红：《刑事证人作证制度之反思——以对质权为中心的分析》，载《中国政法大学学报》2009 年第 5 期，第 54-55 页。

折扣，法院不能排除合理怀疑，因此不能认定案件事实。[1]再如在法院通知证人出庭作证的案件中，法院对证据真实性存有疑问，通知证人出庭作证，但证人拒不出庭，证言没有其他证据相互印证，不予认定。[2]上述判断并非是笔者的主观猜测，在实践中既体现在法官对证人是否有必要出庭的说理概括，也直接体现在裁判文书中，例如有法官坦言:“法庭通知证人到庭，目的是查明案件事实。”[3]而对于法官而言只要证据之间不存在根本矛盾，就不影响对证据的采信和主要事实的认定。如若书面证言之间没有根本矛盾，不足以影响主要事实的认定，则证人没有出庭的必要。例如娄昌勇放火案中，法官在判决书中认为通知证人出庭是为了对于事实认定慎重起见，可见证人出庭并非是原则，只是为了查明真相的需要。[4]

证人出庭作证制度奉行真相查明的运作逻辑，而法官认为通常情况下证人出庭对事实查明的帮助有限是我国证人难以出庭的一个重要原因。实践中，在法官看来证人出庭并非是查明真相的最佳选择。首先，单独的证言并不能直接认定案件事实，“在我国当庭证言还是书面证言，并不是决定法官认定事实的关键。”[5]因此，我国主张根据证据的互动关系来验证其真伪，例如证据之间能否相互印证，是否可以做合理解释等。[6]对法官而言，如若书面证言能和其他证据相互印证，就满足证明中形式上的要求而凭借书面证言定案，而从事实查明层面来看没有必要通知证人出庭。法官只有在证言笔录真伪不明，且使用其他方法仍然无法查清的情形下才会认为“有必要”通知证人出庭作证。[7]其次，如前文所分析的，证人在刑事案件中的证明作用并不大，只能说在部分案件的事实证明中具有作用，很多关键事实的证明逐渐被其他实物证据所替代。这就使得在事实查明中，法官并不愿证人出庭来帮助查明真相。再次，证人出庭可能很大程度上会导致已经较为清楚的事实变得更不容易查清，例如证人可能临时改变证言，使得庭审更不容易把控。[8]基于此，一旦遇到证人改变证言，法院或是基于合理怀疑不采信庭前证言，使得整个指控体系受到影响，或许会基于矛盾的证人证言而作出一个有利于被告人的从轻的量刑优惠，也可能导致案件出现变数而成为夹生饭,形成无法下判的局面。[9]最后，法官主观上也确信侦查阶段查明的事实都是清楚的，一旦证人出庭可能会使本来清楚的事实变得模糊，反而不利于真相的查明。因此实践中证人极少出庭作证，只是在极少数书面证言真实性存疑的案件中才出庭作证，而并非如理论界所主张的，在控辩双方有争议、对定罪量刑有影响的情形下就通知证人出庭作证。

此外，按照真相查明的逻辑，法官主观上认为证人不出庭并不会导致错误认定案件事实，是我国证人难以出庭的另一重要原因。法官在证人出庭作证问题上，受到过往经验和惯性思维的影响。“法官判案经历的可反复验证性，历次的审判结局为当下的问题解决提供了一个‘想当然’答案，并且相信警察和检察人员应当不会弄错。”[10]基于对侦查、检察机关的这种天然的信任和在审判中积累的经验认识，办理案件的刑事法官在审判中的一贯做法都是采信庭前书面证言，通知证人出庭的案件微乎其微，这就使得其当然倾向于选择更为简便的对书面证言的质证方式。第一，按照首席大法官张军的说法：“尽管证人很少出庭，目前的庭审仍然保证了基本司法公正的目的。”[11]换言之，实践中证人不出庭对案件事实错误认定影响有限，甚至没有数据证人冤假错案同证人没有出庭存在直接关联；第二，在具体办理案件的法官看来，立法所规定的控辩双方有争议、对案件事实有重大影响的构成要件，在其审判经历中并不会因此而错误认定案件事实，法官具有其过往经历所做背书的自信，会

---

[1] 参见湖南省涟源市人民法院(2014)涟刑再初字第 1 号刑事判决书

[2] 参见 (2014)晋中中法刑终字第 132 号、(2013)福铁刑初字第 31 号、 (2014)浙衢刑二终字第 104 号刑事判决书。

[3] 参见广西壮族自治区高级人民法院(2015)桂刑三终字第 109 号刑事裁定书。

[4] 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2015)浙绍刑初字第 9 号刑事判决书。

[5] 颜飞著：《书面证言使用规制研究：程序法视野下的证据问题》，中国法制出版社，2012 年版，第 62 页。

[6] 参见龙宗智：《刑事印证证明新探》，载《法学研究》2017 年第 2 期，第 149-167 页。

[7] 参见陈卫东：《从关键证人回归必要证人:关键证人出庭作证逻辑反思》，载《法学研究》2023 年第 6 期，第 174-175 页。

[8] 参见易延友：《证人出庭与刑事被告人对质权的保障》，载《中国社会科学》2010 年第 2 期，第 171 页。

[9] 参见张建伟：《审判中心主义的实质内涵与实现途径》，载《中外法学》2015 年第 4 期，第 878 页。

[10] 陆而启：《法官事实认定的心理学分析》，法律出版社，2014 年版，第 175 页。

[11] 张军、姜伟、田文昌著：《控辩审三人谈（增补本）》，北京大学出版社，2020 年第 2 版，第 421 页。

认为不出庭也能够达到查明案件事实的目的。因此，过去的经验使得法官主观上确信证人不出庭对事实的查明不会有影响。其对案件事实已经形成了内心的预判。要改变和推翻已经形成的固有认知，会遭到法官本能的抗拒。而一旦证人出庭，则意味着已经形成的确定的认知，面临着被推翻的风险。对法官来说，肯定很难接受。则其会本能地拒绝证人出庭。从实践数据来看，申请方试图说服法官要求证人出庭作证也并非一件容易的事，通常情况下都会被法官以没有必要为由驳回。根据笔者对2015年申请证人出庭案件裁判文书的分析来看，被追诉方申请证人出庭的案件中，绝大部分案件都被法院以没有必要为由驳回。这足以说明法官这种主观的确定很大程度上使其认为证人即使不出庭也不影响其对案件真相的查明。

（二）权力主导逻辑

通过上述分析可以发现，真相查明是证人能否出庭的重要考虑，但在我国证人出庭作证制度的运作过程中，证人出庭是否有利于真相查明的判断权一直掌握在法官手中，其表现为我国证人出庭作证的另一重要的运作逻辑，即权力主导逻辑。权力主导逻辑在实践中表现为证人出庭是否有利于查明真相的判断权在于法官，而非控辩双方，法官有权作出证人是否应当出庭帮助查明真相的决定，也有权就庭前证言和当庭证言作出取舍和判断。权力主导逻辑在立法上体现于刑事诉讼法第192条所规定的“人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证”，而在实践中则主要体现在判决书中法官对证人是否应当出庭作证的说理中对证人是否应当出庭作出的裁决和判断。目前，学界对该条款中“有必要”的解读，比较主流的观点认为只要符合前两项条件，原则上就应通知证人出庭作证，甚至有观点直接认为:“人民法院认为证人有必要出庭作证中的‘有必要’,指的就是‘证人证言对案件定罪量刑有重大影响’。”[1]按照上述理解，既然符合“有异议”且“有重要影响”的两个要件，自然就是有必要的，则删去有必要的表述，限制法官的裁量权是具有合理性的，而从实践中法官的判决中来看，法官并不是按照学界的理解在运用该条文，有必要的规定是独立于前述两个构成要件之外第三个构成要件。通过判决书的分析，对法官在实践中运用该条文的考察可以发现，实际上对法官而言“控辩是否有异议”，证人证言对“案件是否有重大影响”并非其考量证人是否应当出庭的核心因素，相反更为重要的是其对书面证言的真实性是否存在怀疑，书面证言是否能够相互印证，仅凭书面证言能否定案。因此，立法上的“有必要出庭作证”，对于法官而言，更多的是判断证人是否有出庭核实的必要。其是建立在全案是否能够达到法定的证明标准，能否对被告人完成定罪量刑活动来考虑的。在这一过程中，法官对证言是否有争议以及对案件证明是否有影响并不做过多的关心。

此外，有时证人是否出庭体现的并非法官的意志，而是法院集体的意志。在很多辩审激烈冲突的案件中，证人出庭问题是其中的一项争议要点。对于证人是否有出庭必要，虽然法官坚持事实是否已经能够凭借书面证言查清的标准，但是在个别极端案件中，法官往往也要考虑社会影响，尤其是在庭审直播带来的广泛传播的情况下，很容易衍生成为社会热点案件，因此在特殊的个案中，证人是否出庭还未必真的是遵守法官主导的真相查明的逻辑，这往往可能表现为法院的意志，而非法官的意志，但其本质上都是裁判机关的权力所主导决定的。

客观地说，由法官来判断证人是否有出庭必要体现了实用主义的考虑。其主要有如下几个方面的原因。第一，立法关于法官认为有无必要性的规定，其实从实际操作层面来看意义不大。因为证人是否出庭的裁量标准，即对于是否存在争议和对案情有着重要影响的判断标准，仍然是在法官手中。第二，立法的规定体现了证人出庭在我国的功能定位是一项查明案件事实的工具。如若符合立法所规定的应当出庭的情形，法官仍然觉得根据既有证据证人不出庭也可以查明案件事实，则可以据此作出证人没有出庭必要的决定。第三，基于错案追究责任制的要求，由法官来判断是否应当出庭也具有合理性，因为如若错误认定案件事实，导致错误定罪，法官是要承担很高的风险的。第四，如苏力所言，“在基层法院审理案件中法官对案件的判断从来都不是首先在制定法的指导下完成的，而是根据他们职业训练中的直觉对案件作出的一个基本判断。”[2]证人是否应当出庭，出庭是否有利于查明案件事实，现有的证据体系是否完备，是否有必要证人出庭核实等问题，法官在日常办案的经验中已经能够形成基本的判断。这也是基于法官在我国所具有的真相查明的积极裁判者的角色所决

[1] 陈卫东.从关键证人回归必要证人:关键证人出庭作证逻辑反思[J].法学研究,2023,45(06)，第185页。
[2] 苏力著:《送法下乡：中国基层司法制度研究（第三版）》，北京大学出版社，2022年版，第229页。

定的。[1]因此从实用主义的层面来考察，法官享有一定的判断权，如若法官相信证人即使不出庭，根据多年的经验，也能通过相关的证据规则判定书面证言的真伪的情况下，证人也可以不出庭。或许是基于上述的考虑，使得实践中形成了以法官权力主导的证人出庭作证逻辑。[2]

（三）诉讼效率逻辑

在证人出庭作证制度的运作中，可以说法官权力主导下的真相查明很大程度上是建立在诉讼效率逻辑基础之上的。诉讼效率是任何制度设计必须要考虑的因素，证人出庭作证制度的设计也不例外。在实践中大量案件事实清楚，控辩双方没有争议的书面证言被作为证据使用，而不需要证人出庭。基于诉讼成本的考虑，只有在那些法官对事实查明真的遇到阻碍的情况下，才会不惜损耗诉讼成本，通知证人出庭。因此，诉讼效率的逻辑和真相查明逻辑是存在密切关系的，两者共同决定影响着法官是否通知证人出庭作证。

在制度的运作中，诉讼效率依托于法官对诉讼成本把握的裁量权。实践中虽然控辩双方对事实存有争议，对案件有着重大的影响，但是法官认为，即使不出庭也能够查明事实，或者证人出庭的成本过高，法官选择采取其他更为高效地例子能够查明事实，则不准许证人出庭。例如，在冯某某故意伤害案中，法官通过庭外核实的方式对证人证言的真实性进行了确认。[3]而针对证人证言是否具有合法性的问题，法官通常更倾向于通过询问的录音录像等予以核实，而非通过证人当庭作证的方式。[4]上述做法很大程度上是基于诉讼成本的考量。

事实上，诉讼经济和效率的考虑不仅是在我国存在。在西方国家，对于证人是否应当出庭是当事人的一种选择，因为其可以选择辩诉交易或是选择陪审团审判。而采取陪审团审判。“被害人必须承当经常是相当昂贵的传唤证人出庭作证并安排他们在法院附近住宿的费用，即使法院后来会报销这些费用，对于很多被害人来说短期内财政也非常困难。”[5]而且实践也需要数天之久，时间也消耗金钱。但我国在证人出庭问题上，显然更加重视诉讼经济和效率。与西方国家证人出庭作证将其经济成本转嫁给当事人来说，我国的情况明显由法官来把握，而非当事人基于诉讼经济效率的考虑。对法官而言，证人是否出庭通常情况下对其认定事实帮助不大。但对诉讼效率而言，影响很大。这就使得实践中证人很难出庭，甚至在争议案件中，法官仍然不愿意通知证人出庭。因为在我国证人出庭所带来的诉讼效率的最终影响主体是法官，法官不仅承担着证人出庭所可能带来的难以下判决的影响，也承担着结案的压力。结合前述所分析的法官权力主导的逻辑，加之对诉讼效率的考虑，就使得证人更加难以出庭了。

通过上述分析不难看出，只有在证人出庭作证可能获得更多收益的情况下，法官才有通知证人出庭作证的动力，而这主要受到如下几个层面的影响。一是证人证言对案件事实的认定是否有重大的影响，通常来看即证人证言是否属于关键证据。而关键证据一般来说是对案件定罪量刑具有重大影响。二是其他手段是否足以核验庭前书面证言的真伪。如前所述，随着科技的发展和侦查能力的提升，证人证言在刑事诉讼中会被多种其他证明手段所替代。而此处通知证人出庭的证言一般来说具有唯一性。即仅有该证言能够证明，主要表现为在行贿受贿、性侵案件中多存在证据一对一的情形。在此中情况下，证人证言之间可能存在矛盾，而仅凭书面证言显然无法有效地查清，其他手段又无法有效地核实证人证言的真伪，因此为了准确地认定案件事实，必须牺牲诉讼效率而追求真相的查明。而在诸多无关紧要的事实，或是对证言法官已经形成内心确性的情况下，法官会优先考量诉讼效率。三是对整个诉讼进程的影响程度。诉讼效率还表现为申请证人出庭通常意味着可能案件要延期审理等，这意味着要投入较大的人力、物力和财力。使得非必要的时候，绝不会轻易启动证人出庭作证程序，影响诉讼活动的顺利进行。

---

[1] 孔德伦：《论我国刑事卷证运用制度的体系优化》，载《华东政法大学学报》2024 年第 2 期，第 156 页。

[2] 事实上，法官主导证人出庭作证制度并非是我国独有的做法，在域外同样有此规定，例如在新加坡法官同样主导着证人出庭作证，参见任建新：《新加坡证人出庭作证制度的新发展》，载《人民法院报》2024-04-12，第 8 版。

[3] 参见重庆市第三中级人民法院(2015)渝三中法刑终字第 00156 号刑事判决书。

[4] 参见浙江省海盐县人民法院(2014)嘉盐刑初字第 458 号刑事判决书。

[5] 乔治 费希尔著：《辩诉交易的胜利——美国辩诉交易史》，郭志媛译，中国政法大学出版社，2012 年版，第 154 页。

四、证人出庭作证制度争议的澄清与调适路径

（一）相关争议的澄清

1.证人出庭接受质证真的有利于查明真相吗?

对质权通常被用以论证证人出庭作证所具有的程序价值，事实上其更多的仍作用于真相的查明。如王兆鹏所言:“透过对证人的诘问，特别是不利当事人一方的诘问，可以发现证人可能有的知觉、记忆、陈述的瑕疵，及证人的真诚性。”[1]事实上，西方的证人出庭作证制度也是为了保障庭审中的证人证言是真实的，所谓的交叉询问、对质等，都是为了更大程度上查明证人证言是否真实。而我国奉行的是查明真相的逻辑，如果其他渠道可以查明证言的准确性，则可以不用进行对质。[2]由此可见，当前我国立法上所规定的对质权条款，其并不是一项属于被告人的基本权利，而是服务于法庭查明案件事实的需要，取决于法官自由裁量的一项权力，立法关于对质权的设置并没有太多关注当事人的权利。[3]主张基于对质权建立证人出庭作证制度论者认为真理越辩越明，通过这种辩论、对质、交叉询问的方式更有利于查明案件真相。这同实践的运作逻辑存在不同，很显然我国的司法实践模式是以证言笔录的核查为中心，即奉行的是真理越辨越明的逻辑。这至少在实践层面来看，法官们并不认为对质更加有利于查明真相。[4]

证人出庭作证而导致的证人证言出现不真实无非两种情况，一个是故意做伪证，一个是因为记忆等出现偏差。[5]很显然，对于记忆出现偏差，通常是距离案件事实发生最近的时间，其记忆往往更准确,“虽然交叉询问本应有助于阻止不诚实的证人，在证人席上揭露真相，但是其有效性以及可获得性有限，甚至还会对程序的准确性带来负面的影响。”[6]由此可见，交叉询问的功能更多地在于发现证人记忆是否存在偏差。至于判断证人是否做伪证，我国当前庭审这种签署保证书的制度设计，显然不能够通过签署保证书来杜绝做伪证的现象。而且我国交叉询问制度很不成熟，控辩双方也缺乏有效的对抗环境，法官负有查明案件事实的责任，这就造成很难通过交叉询问来识别证人有无作伪证。因此在我国交叉询问很难发现真实。此外，既然查明真相的责任在法官，法官当然享有查明真相方法的选择权。这也能一定程度上解释为何法官通常不愿证人出庭作证，因为法官认为通过对质或许可能查明案件事实，但很大程度上在交叉询问过程中，会使得本来一清二白的事实变得扑簌迷离，[7]而通过对书面证言的质证，则显得更为可靠，只有法官真的对书面证言存在合理怀疑时，才不得不将证人出庭视为一种协助查明的手段，上述做法表明法官奉行的是在对书面证言的辨别中发现真实的立场，而非首先考量通过辩论的方式查明真实，即真理越辨越明，而非越辩越明。出庭接受对质和交叉讯问只是法庭查明案件真相的方式之一。

很显然我国当然需要证人出庭作证，因为证人出庭并非指只具有帮助查明案件事实的工具价值，其更是被告人实现对质权的制度基础。在西方法治发达国家，证人出庭作证制度更是一项彰显人权保障水平的重要制度设计。而与之相较在我国实践中，法官首要的出发点在于案件事实的有效查明，除非对真相难以查明，法官主观上通常不愿意采取颇费人力物力，且未必真的就能有利于真相查明的的证人出庭对质的方法。

2. 我国是否应建立西方式的证人出庭制度。

---

[1] 王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》，北京大学出版社，2014 年版，第 435 页。

[2] 参见郭烁:《对抗秘密取证:对质权属性及范围重述》，载《现代法学》2020 年第 1 期，第 45-58 页。

[3] 参见胡铭:《审判中心、庭审实质化与刑事司法改革——基于庭审实录和裁判文书的实证研究》，载《法学家》2016 年第 4 期，第 24 页。

[4] 即使在对抗制发达的美国，法官也并不认为对质真的更有利于查明真相，相反对抗制审判模式中真相往往被置于次要地位，相关反思性的文章可参见[美]虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨：刑事诉讼模式经典论文选译》，北京大学出版社，2013 年版，第 326-347 页。

[5] 参见王永杰著:《从讯问到询问(关键证人出庭作证制度研究)》，法律出版社，2013 年版，第 18-19 页。

[6] [美]丹·西蒙著，刘方权、陈晓云译《半信半疑：刑事司法中的心理学》，上海交通大学出版社，2017 年版，第 301 页。

[7] 参见[美]兰博约著，《对抗式刑事审判的起源》，王志强译，复旦大学出版社，2010 年版，第 228 页。

事实上，通过前文的分析对此问题不难得出基本的判断。但本文写作的目的在于对近十年来我国证人出庭作证制度改革进行系统的反思，以考察真正制约证人难以出庭的深层次因素，而我们的证人出庭作证制度改革的诸多理论基础都是建立在权利保障的基础之上，因而有必要在此对该问题进行专门的澄清和说明，并对前文论述作简要的总结。我们必须要承认的前提是各国制度的具体设计具有差异性，不仅受到各种因素的限制，同时还体现着对我国实践经验和智慧的总结。"制度的发生，形成和确立都在时间流逝中完成，在无数人的历史活动中形成。"[1]是故用一个西方理想的标准作为尺子，再试图改进我国的制度不足，很可能只会是制度设计者的满腔热情和一厢情愿，即使立法层面作出规定，实践也会遭到抵制和规避，更何况当前实践中即使是必要证人也很难出庭作证。因此，本文的基本判断是我们难以效仿建立起西方国家证人出庭作证模式，当前立法所规定的必要证人出庭作证制度必将长期存在，主要有如下几个方面的理由。

在制度层面，我国并不存在西方国家证人出庭作证制度生存的土壤。首先，立法并没有否定庭前书面证言笔录的证据能力，庭前证言笔录和当庭证言具有同等的证明力，且绝大多数庭前证言由于可以同其他证据相互印证，而表现地更具证明力。其次，我国证人出庭作证的制度设计是以追求案件真相发现为目的，而如前文分析，证人出庭总体上对案件事实真相发现的帮助作用不大，只有在少数有争议的案件中符合立法所规定的证人应当出庭的条件的情况下，才通过出庭对质和交叉询问来核对证言的真伪，而绝大多数证人同其庭前证言并无多大区别，因此在绝大多数案件中并没有出庭作证的必要性。再次，我国并不实现陪审团审判，证人出庭作证接受交叉询问的制度设计更多地是基于陪审团审判的需要，而即使证人出庭通常也只有专业人士才知道这种制度的不可靠，而对于非专业的陪审员，则很可能会听信一面之词。[2]最后，由于我国审判制度的实际运作是一种以案卷笔录为中心的审理模式，证人即使出庭作证，也只是将当庭证言以庭审笔录的形式进行固定，而法官事后仍然依照书面笔录作出裁判，因此在当前的审判模式下法官对事实的形成并不在于法庭，证人出庭对于其裁判的帮助极为有限。

在观念层面，我国法官对证人出庭作证制度的认识并没有得到根本的改变，绝大多数情况下法官并不认为证人不出庭会造成对案件事实的错误认定。首先，证人出庭作证制度被视为一项法庭用以查明事实真相的工具。证人是否应当出庭服务于法官查明案件事实的需要，不管从当前的立法还是具体的实际运作来看，凡是法官认为有需要的，证人出庭会变的很容易，而通常情况下证人并不出庭，甚至在实践中很多即使符合立法规定的情形，法官仍然会以证人没有需要而拒绝通知证人出庭作证。其次，在法官看来，证人不出庭并不会影响其对案件事实的认定，对于证人证言是否真实的判断法官可以结合既有的经验以及证据之间是否相互印证等作出判断，且对法官而言，当庭的证言形成的笔录和庭前的证言笔录并没有多大的差别。由于法官在日常审判案件中已经形成了不通知证人出庭作证的习惯且并未因此而受到相应的负面评价的情况下，短时间内很难改变既有的观点而作出通知证人出庭作证的决定。最后，长期的实践也使得法官并不善于运用证人出庭作证来查明案件事实，同时基于政治、舆论等因素的考量，如若证人出庭作证，可能会对法庭指挥造成新的挑战或者引发庭审失控的风险，虽然当前强调法院独立审判，但是仍然面临各种审判的压力，法官观念上仍会本能拒绝通知证人出庭，而选取其他更为稳妥的方式来查明相关事实。

在司法资源配置层面，证人出庭作证是一项成本极高的活动。因此必须要考虑到诸多的现实因素，同时平衡公正和诉讼效率之间的关系。当前我国刑事案件的审判周期往往较长，且通知证人出庭并不是一件容易的事情，需要多方的协作，[3]必要时还需要强制出庭，势必也需要投入大量的人力物力，而从收益的角度来看，总体上绝大多数证人出庭对真相查明的帮助是有限，尤其是在案件有多位证人的情况下，如若要求证人均出庭作证，否定庭前证言的证据能力，并不现实，会造成诉讼进程的拖延和司法资源的过度消耗。此外，我国幅员辽阔，各地经济发展水平差距大，同样很难做到证人都出庭作证。而且证人出庭仍然需要法院承担相应的补偿，对当前法院来说也是一笔不小的

---

[1] 苏力著：《制度是如何形成的》，北京大学出版社，2007 年版，第 53 页。

[2] see Aratrika Manhas, The Reliability of Eye Witness Testimony, 2 Jus Corpus L.J. 891-892 (2022).

[3] 参见安琪：《刑事证人出庭问题实证研究——基于 A 市"庭审实质化"示范庭为分析样本》，载《河南财经政法大学学报》2018 年第 2 期，第 81 页。

负担，这就会客观上导致法院通常不愿意通知证人出庭作证，而更愿意选取其他成本更低，更有利于提升效率的方式来核实证人证言。

综上所述，通过对上述制度因素、观念因素、司法资源配置因素等影响我国制度运作的根源的考察，我们可以发现上述因素在短期内很难得到根本的改变，建立西方国家的证人出庭作证制度并不具有可行性。我国证人出庭作证的理论基础仍然建立在真相查明的基础之上，同西方国家仍存在较大差距。因此我们应当尽量不在短时间内对制度运作模式作出根本性的变革，而是就如何保障证人证言在法官认定事实中的准确性，探索建立完善必要证人出庭作证制度，以采取循序渐进地改革方式或许更能取得成效。

（二）调适的路径

我国刑事证人出庭作证率低，证人原则上不出庭作证已经成为了推动刑事庭审实质化改革的一项重要的制约因素。在该背景下，强调扩大证人出庭作证率，建立以证人出庭为原则的证人出庭作证制度，以及强化对被告人对质权的保障等改革方案是具有合理性的。然而，我们也必须认识到，任何制度的改革、进步和完善都是渐进的过程，依赖于制度点滴的进步。事物的发展本身就是螺旋式上升的过程，证人出庭作证制度的改革也不例外。当前，一些改革主张过于乐观地认为，仅通过立法的改变就能实现证人出庭率的根本性提升，这种观点在笔者看来并不切实际。更为可行的方法是，在现有制度运作逻辑的基础上，对制度设计进行一定的调适，以期更有效地发挥证人出庭作证制度的功能。

首先，从诉讼主体层面来看，制度设计需平衡法官与被追诉者在证人出庭作证方面的利益。现行制度赋予法官对证人出庭的最终决定权，这在实践中往往基于查明事实真相的需要。尽管立法为证人出庭设定了标准，但实践中证人是否出庭往往取决于法官的判断，而忽略了被追诉方的利益。这种偏向可能导致被追诉方通过证人出庭核实证言真实性的权利得不到充分保障。法官负有查明真相的责任，证人出庭的决定权由法官行使在一定程度上具有合理性，但证人出庭作证制度改革应更全面地考虑被追诉方的利益，寻求一个各方都能接受的平衡点，这不仅有助于减少辩审冲突，也更有利于控辩审三方通过证人出庭作证制度来帮助查明案件事实。此外，法官虽承担者查明真相的责任，但若真相未能查明，导致对案件事实的错误认定，被告人将承受最严重的后果。故而，对法官的权力进行适度制约，增强控辩双方在证人出庭问题上的影响力，以减少法官权力的单方面主导显得尤为必要。

因此，在制度改革中，应当适度限制法官的自由裁量权。按照当前法律的规定，证人出庭的问题原则上应在庭前会议中讨论并决定，以确保刑事审判的顺利进行。然而，在庭前会议阶段，由于控辩双方尚未完成充分的举证和质证，法官难以仅凭书面证言形成确信。目前普遍的做法是法官在庭审后，基于事实可以查清的判断，进行事后的说理，这反映了法官的强职权性，进一步增加了证人出庭的难度。这种基于法官主观判断的过滤机制，使得本已难以出庭的证人面临双重障碍，进一步降低了其出庭的可能性。[1]是故，建议对《刑事诉讼法》第 192 条进行细化，明确“人民法院认为证人有必要出庭作证”的具体情形，以限制法官的自由裁量权。只要控辩双方存在争议，且证人证言对定罪量刑具有实质性影响，法官在庭前会议阶段若认为书面证言存在合理疑问，都应通知证人出庭。不应在庭审过程中或裁判文书中以书面证言可以与其他证据相互印证为由，拒绝当事人的请求。

其次，从制度功能层面来看，制度设计应立足于实体需求，同时探索能够兼顾程序公正的可行性的制度方案。证人出庭作证制度不仅服务于事实查明的需求，而且随着刑事诉讼制度的进步和人权保障理念的深入人心，其程序价值更应受到重视。因此，我们应关注我国证人出庭作证制度功能的变化趋势，尽管我国证人出庭作证制度尚未完全建立在程序正义的基础之上，但我们在制度设计中可以将程序功能与事实查明的价值相结合，将证人出庭作证制度的程序功能嵌入于真相查明的价值之中。我们应鼓励法官通过证人出庭作证来查明案件事实，而非仅依赖其他方式来对事实进行核

[1] 刑事诉讼法对证人出庭的标准做出了规定，事实上过滤了很多没有必要证人出庭的案件，而法官对于是否有必要的把握，通常不是根据当时的标准，而是事后以事实能够查清倒推没有必要的方式，这在客观上对证人出庭构成了立法之外的限制。

准，以此兼顾证人出庭的程序价值。特别是对于案件的核心事实和控辩双方存在争议的事实，当真相查明与诉讼效率发生冲突时，法官应优先考虑真相的查明，而不是基于主观判断先行拒绝辩护人的申请，排除证人出庭的可能性，使证人出庭成为最后的手段。当然，并非所有案件都需要证人出庭，这不仅无助于案件的解决，还可能造成诉讼资源的浪费。然而，对于存在争议的证言，如果辩护人提出合理的真相怀疑，即便法官认为书面证言足以查清事实，也应尊重被告人的要求，通知证人出庭，以在争议案件中实现程序正义。

基于此，可以从以下两个维度进行改进：第一，在制度层面，需要明确和优化证人出庭作证的程序。现行法律法规在证人出庭的通知方式、不出庭的法律后果以及相应的制裁措施等方面规定不够详尽，导致法官在决定证人是否出庭时，往往倾向于依赖庭前书面证言。因此，建议完善相关程序规定，并在法官的绩效考核体系中纳入证人出庭情况的指标，以此激励法官积极推动证人出庭作证。第二，在观念层面，法官应摒弃证人出庭不利于真相查明的传统观念。虽然证人的记忆可能随时间推移而变得模糊，但这并不意味着侦查阶段的证人询问就能保证陈述的真实性。当控辩双方对证人证言的真实性提出质疑时，证人出庭接受对质显得尤为关键，这不仅是查明真相的有效途径，也是司法公正的体现。因此，法官应更新观念，面对控辩双方对证人证言真实性的实质性质疑，更应当倾向于通过证人出庭作证来揭示事实真相，而非仅依赖庭前书面证言便作出不允许证人出庭作证的裁决。

结语

我国证人长期难以出庭作证，固然同证人证言在刑事证明体系中日益边缘化，其重要程度逐渐降低存在重要关联。但更深层次的问题在于我国证人出庭作证制度运作是遵循法官所主导的服务于其真相查明需要，且奉行效率优先的逻辑。很显然，证人出庭作证制度并非仅是法官查明案件事实真相的一种手段，按照程序法的基本原理，证人出庭作证是实现被告人对质权的保障，也是直接言词原则的基本要求。但在制度的形成和发展过程中，我们更加注重对实体价值的发掘，逐渐将其工具化，使得制度所具有的权利保障功能长期受到了忽视。近十年来立法的修改和完善，本质上仍然没有使证人难以出庭问题得到根本改观。“可以说，只要我们的立法仍然固守僵化的思想，而拒绝与实践逻辑妥协，尤其是拒绝关注实践的制度能力的话，就必然面临被架空的命运。”[1]是故在制度运作逻辑并没有根本改变的情况下，通过改革证人出庭条件，将证人出庭作证率作为庭审实质化考核指标的做法，只能治标不能治本，无法改变法官长期以来形成的思维惯性，难以发挥证人出庭作证制度的应有功能，反而会造成司法资源的浪费或是在实践中被有意规制造成新的程序失灵。因此，未来证人出庭作证制度改革仍应当立足于真相查明的制度设计，通过调适鼓励法官习惯于通过证人出庭来查明事实，并完善相应的配套措施，或许才能使改革真正取得成效。

[1] 陈虎著：《制度角色与制度能力——死刑案件证明标准研究》，北京大学出版社，2021 年版，第 107 页。

（四）刑事强制措施研究

刑事强制措施制度完善研究

中国政法大学课题组[*]

刑事强制措施作为国家公权力运用的最直接体现之一，在保护被追诉方合法权益和保障诉讼程序顺利推进过程中，发挥着举足轻重的作用。根据我国《刑事诉讼法》第六章的规定，刑事强制措施是由拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕相组合而形成的体系。党的二十届三中全会决定在“健全公正执法司法体制机制”部分指出，要“坚持正确人权观，加强人权执法司法保障，完善事前审查、事中监督、事后纠正等工作机制，完善涉及公民人身权利强制措施以及查封、扣押、冻结等强制措施的制度，依法查处利用职权徇私枉法、非法拘禁、刑讯逼供等犯罪行为。”这一决定对完善刑事强制措施制度提出了明确要求，指明完善刑事强制措施制度是加强人权执法司法保障的重要组成部分。刑事强制措施的制度设计与实践运转也反映出一国法律体系、法治程度与人权保障水平的完备程度。

近年来，我国犯罪结构发生显著变化，恶性暴力犯罪数量大幅下降，轻罪案件数量占比快速攀升，认罪认罚从宽制度稳步推进，出现了进一步完善审查批捕程序，减少羁押性强制措施适用率的契机。2021 年 4 月，中央全面依法治国委员会将“坚持少捕慎诉慎押刑事司法政策，依法推进非羁押强制措施适用”列入年度工作要点，“少捕慎诉慎押”从刑事司法理念正式上升为刑事司法政策。此后，最高人民检察院在《“十四五”时期检察工作发展规划》中进一步提出“全面贯彻宽严相济刑事政策，落实少捕慎诉慎押司法理念”，并出台《人民检察院羁押听证办法》，从诉讼程序层面为相关政策提供制度配套。2020 年以来开展的一系列逮捕与羁押制度改革，顺应了国际刑事司法改革的潮流，回应了社会民众对于人权司法保障的关切，也是改变我国刑事诉讼长期以来过度依赖羁押的司法惯性、推进刑事司法制度发展的重要举措。2023 年 9 月 7 日，第十四届全国人大常委会发布了立法规划，《刑事诉讼法》位列其中，且属于第一类“条件比较成熟、任期内拟提请审议”的部分。在此背景下，既有相关规范性文件及政策的落实情况如何，现行强制措施制度在实践运行中具有怎样的特点，又面临着怎样的运行问题，值得做进一步的研究。

第一章 刑事强制措施制度的国内研究

刑事强制措施是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保障刑事诉讼的顺利进行，依法对刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人的人身自由进行限制或者剥夺的各种强制性方法之总称，包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕五种强制措施[1]。

一、刑事强制措施制度的基本规范

（一）现行刑事强制措施的规范体系

现行刑诉法在总则部分第六章对刑事强制措施制度做了专章规定，形成了由拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕的强制措施所组合而成的体系。一般认为，这五种强制措施由轻到重，构成了对被追诉人人身自由不同程度的限制。

拘传是公安机关、人民检察院和人民法院对未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人，依法强制其到案接受讯问的一种强制方法，它是我国刑事诉讼强制措施体系中最轻的一种[2]。 《刑事诉讼法》第 66 条、第 119 条规定了有权决定拘传的机关、拘传的持续时限以及不得以连续拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释（下称“最高法《解释》”）第 147~149 条，《人民检察院刑事诉讼规则》（下称“最高检《规则》”）第 81~85 条对，公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》（下称“公安部《规定》”）第 78~80 条，第 346~350 条，对拘传的地点、程序及解除作出了补充规定。拘传对于人身自由的干预程度在五种强制措施中最轻，意在强制犯罪嫌疑人、被告人到案接受审讯，不构成对其人身自由的持续性限制。

取保候审是公安机关、人民检察院、人民法院责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保

---

[*] 课题组负责人：熊秋红，中国政法大学教授，博士生导师。

[1] 参见孙连钟：《刑事强制措施研究》，北京知识产权出版社 2007 年版，第 12 页。

[2] 陈光中主编：《刑事诉讼法（第七版）》，北京大学出版社/高等教育出版社 2021 年版，第 238 页。

证金，以保证其不逃避和妨碍诉讼并随传随到的一种强制措施[1]。我国《刑事诉讼法》第 66~73 条和第 79 条规定了取保候审的适用对象和条件、取保方式、保证人的条件及义务、被取保候审人应遵守的规定，保证金数额的确定、取保候审的期限；最高人民法院、最高人民检察院、公安部等发布的《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》（下称“六部门《规定》”）第 13~14 条，对取保候审的执行及认定进行了规定；最高法《解释》第 150~159 条，最高检《规则》第 86~106 条，公安部《规定》第 81~108 条，对保证金的收取和处置、未履行取保义务的处理程序等进行了补充规定。总体上看，取保候审是附条件限制人身自由的刑事强制措施，犯罪嫌疑人、被告人的人身自由因需要附加履行系列法律义务而客观上受到一定限制，其强度介于绝对的释放与绝对的剥夺自由之间，高于拘传。

监视居住是人民法院、人民检察院、公安机关在刑事诉讼过程中对犯罪嫌疑人、被告人采用的，命令其不得擅自离开指定的居所，并对其活动予以监视和控制的一种强制方法[2]。《刑事诉讼法》第 74~79 条规定了监视居住的适用对象和条件、监视居住的地点、日期折抵、被监居人应当遵守的义务、监视居住的期限；六部门《规定》第 13 条、第 15 条，补充规定了监视居住应遵守的义务；最高法《解释》第 160~162 条，最高检《规则》第 107~120 条，以及公安部《规定》第 109~123 条对监视居住的实施程序作出了补充规定。监视居住原本是作为取保候审的补充性措施[3]，2012 年刑诉法修改，在监视居住部分着重加强了被监视居住人的管控，同时扩大了指定居所监视居住的适用范围，总体增强了监视居住的独立性，并将监视居住定位为取保候审的补充性措施和逮捕的替代措施[4]。从规范层面看，监视居住仍然属于非羁押性质的强制措施，应当发挥减少羁押的作用。

刑事拘留是指公安机关、人民检察院在侦查过程中，紧急情况下依法临时剥夺某些现行犯或者重大嫌疑分子的人身自由的一种强制措施[5]。《刑事诉讼法》第 82~83 条，第 85~86 条规定了刑事拘留的适用情形、拘留执行程序；六部门《规定》第 16 条、最高检《规则》第 121~127 条，以及公安部《规定》第 124~132 条，对刑事拘留的程序进行了补充规定。刑事拘留的立法原意是保障被追诉人到案的临时到案措施，但这一原意在历次修法中渐趋背离[6]。就拘留对象而言，原本在紧急情况下主要针对现行犯和重大嫌疑分子所采取的临时性限制人身自由措施，在收容审查制度废除之后，逐渐扩大到针对“流窜作案”、“多次作案”和“结伙作案”的人适用。就拘留期限而言，37 天的最长拘留期限违背了拘留作为临时性到案措施的最初定位。拘留能够在一定期限内对公民的人身自由形成持续性的干预，因此在轻重程度上高于前述措施。

逮捕是指公安机关、人民检察院和人民法院，为了防止犯罪嫌疑人或者被告人逃避或妨害侦查、起诉、审判的进行，防止其发生社会危险性而依法对其予以羁押、暂时剥夺其人身自由的一项强制措施[7]。但同时，由于人身自由权是公民的基本权利， 我国《宪法》第 37 条规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。”为了保证正确地使用逮捕手段，最大限度地防止错捕羁押，切实保障公民的人身自由权不受非法侵犯，《刑事诉讼法》第 80~81 条，第 87~95 条，对逮捕的条件、提请批准逮捕、审查批准逮捕、执行逮捕、逮捕后的讯问和错捕后的纠正等都进行了规定，公安司法机关采用逮捕措施，必须严格依法执行。此外，六部门规定第 17 条，最高法《解释》第 163~173 条，最高检《规则》第 128~141 条，以及公安部《规定》第 68~69 条、第 133~147 条，第 158~159 条，第 346~351 条，

---

[1] 陈卫东主编:《刑事诉讼法学（第二版）》，高等教育出版社 2018 年版，第 166 页。

[2] 陈光中主编:《刑事诉讼法（第六版）》，北京大学出版社/高等教育出版社 2016 年版，第 235 页。

[3] 参见陈卫东:《刑事诉讼制度论》，中国法制出版社 2011 年版，第 174 页。

[4] 参见冀祥德:《最新刑事诉讼法释评》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 59 页。

[5] 中国大百科全书总编辑委员会《法学》编辑委员会:《中国大百科全书 · 法学》，中国大百科权属出版社 1994 年版，第 664 页。

[6] 参见薛向楠:《中国刑事拘留制度的发展轨迹与完善路径(1954-2018)》，载《中国政法大学学报》2019 年第 3 期，第 170-182 页。

[7] 陈卫东主编:《刑事诉讼法学（第二版）》，高等教育出版社 2018 年版，第 177 页。

都对逮捕进行了补充规定。逮捕和拘留同属于羁押性强制措施，逮捕能够在较长时间剥夺被追诉人的人身自由权。作为剥夺被追诉人人身自由的、具有羁押性质的强制措施，逮捕是我国刑事强制措施中最为严厉的一种。

（二）刑事强制措施制度的基本功能

1.诉讼保障功能

刑事强制措施是一种诉讼保障措施，其适用的目的，是保障刑事诉讼的顺利进行[1]。这一功能表现在下述几个方面。一是防止犯罪嫌疑人、被告人逃避诉讼。犯罪嫌疑人、被告人的身份是特定的，具有不可更换性，不能由他人来代替。犯罪人在作案后总是力图逃避法律的制裁，往往会逃跑、隐匿，甚至以自杀来逃避侦查和审判，使国家刑罚权难以实现。刑事强制措施通过限制或者剥夺其公民自由的方式防止其逃离诉讼轨道，保障追究刑事责任的诉讼活动顺利进行。二是保全诉讼证据。实施犯罪行为后，犯罪人为逃避追究，往往会隐藏、转移或毁灭、伪造证据、串供、转移侦查视线，导致诉讼迟延或者无法进行。此时及时采取刑事强制措施，有助于及时保全证据，促进查明案件真实。三是防止犯罪嫌疑人、被告人继续实施危害社会的行为，具体包括防止犯罪嫌疑人、被告人继续实施犯罪行为，以及防止犯罪嫌疑人、被告人打击报复控告人、证人以及干扰证人作证等行为。部分犯罪嫌疑人、被告人涉嫌犯罪后不思悔改，伺机继续犯罪或可能对举报人、被害人、证人等进行报复。根据被追诉人的实际情况采取相应的刑事强制措施，限制和剥夺犯罪嫌疑人、被告人的公民基本权力，能够有效预防其继续犯罪、防止其干扰诉讼活动。

应当注意的是，不是对所有的犯罪嫌疑人都必须采取刑事强制措施。刑事强制措施诚然可以保障国家专门机关及时迅速追究犯罪、惩罚犯罪，却也有可能造成对犯罪嫌疑人合法权益的侵害，尤其是对公民人身自由限制程度较高的刑事拘留和逮捕，因此只有当采取其他措施无法实现保障诉讼顺利进行的目的时，才得以适用刑事强制措施。

2.人权保护功能

刑事诉讼领域，秩序价值包含两种含义：其一是通过追究犯罪以恢复社会秩序；其二是追究犯罪的活动必须是有序的，不得导致无序状态[2]。倘若将诉讼保障作为强制措施唯一功能的话，无疑等于认可国家机关能够仅凭追诉需要而任意且无节制地对公民人身自由等基本权利加以干预和侵犯，结果必然将导致刑事诉讼的无序和混乱，更会使得强制措施特别是羁押性强制措施被过度采用[3]。刑事强制措施的人权保护功能体现在两个方面。第一方面，公安司法机关是否适用刑事强制措施、适用何种刑事强制措施取决于法律规定的条件，有助于避免强制措施启动恣意，有利于保障犯罪嫌疑人、被告人的人权。公安司法机关适用强制措施，应当结合个案情况，视被追诉人人身危险性的轻重，经过必要性原则和比例性原则的综合考量，决定是否适用、适用何种强制措施。第二方面，刑事强制措施虽然是限制或者剥夺犯罪嫌疑人、被告人的公民基本权利的措施，但在某些特定情况下，实施刑事强制措施更有利于保护犯罪嫌疑人、被告人的人身安全。例如，在犯罪嫌疑人、被告人作案后，有可能激起被害人的报复，也可能招致同案人的迫害，会因犯罪在公众舆论中引起的情绪而引起群众报复性反应，而刑事强制措施的适用则可对其人身安全起到保护作用。近年来，有组织犯罪、黑社会性质犯罪日益猖獗，使得刑事强制措施的这一功能更为突出。这类犯罪中，犯罪嫌疑人、被告人常会受到同组织成员的迫害，对此类案件的被追诉人及时适用刑事强制措施有利于保障潜在被追诉人的人身安全。

二、我国现行刑事强制措施制度的实施现状

（一）非羁押性强制措施的适用规模进一步扩大

在检察系统推进落实少捕慎诉慎押刑事司法政策的背景下，实践中，各地检察机关采取了诸多措施，以提高非羁押性强制措施的适用规模。具体表现在两个方面，一是非羁押性强制措施的应用比例得到提高，二是注重非羁押强制措施向特殊群体应用。

---

[1] 樊崇义主编：《刑事诉讼法学（第四版）》，法律出版社 2014 年版，第 135 页。

[2] [英]彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 38 页。

[3] 卞建林：《我国刑事强制措施的功能回归与制度完善》，载《中国法学》2011 年第 6 期，第 24 页。

1.非羁押性强制措施应用比例得到提高

第一方面，刑事政策能对非羁押性强制措施的适用率起到直接的影响。

特殊刑事政策对非羁押措施适用率的变化能够施加一定影响。以未成年人刑事政策在实践中的实施效果为例，实务中，2015 年宿迁市未检开始注重将不捕率、捕后轻缓刑率作为考量未检办案质量的重要标准，随着检察机关批准逮捕未成年人标准把握收紧，公安机关于 2018 年考核导向也随之发生变化，提请审查批捕的未成年人案件相关标准也随之收紧。2015 年不捕率为 38.6%（2014 年为 33.3%），同比上升 5.3 个百分点，到了 2017 年不捕率达到 47.8%。2018 年之后不捕率开始下降，基本维持在 30%左右，2015 年、2017 年作为临界点，对于说明特殊刑事政策与羁押率的影响，具有较高的说服力。由此可以看出，特殊刑事政策对于非羁押强制措施适用率、不捕率、捕后轻缓刑率均会产生影响。

第二方面，检察机关积极引导侦查，扩大非羁押强制措施的应用比例。

首先，检察机关通过强化提前介入，把起诉的证据标准、量刑预期引入到批准逮捕环节，通过与公安机关开展座谈会、案件讨论会、同堂培训等方式，提前介入引导侦查、捕前分流，将“慎诉”的关口前移。与此同时，细化社会危险性审查标准，准确把握逮捕条件，对确认无社会危险性的被追诉人，在不影响诉讼的前提下，依法采取非羁押强制措施，从整体上促进了诉前羁押率的下降。

其次，公、检会商完善典型犯罪的捕诉工作指引，有意识地扩大非羁押强制措施的应用比例。例如，北京市检察机关积极同公安机关进行沟通，就盗窃商超案件以及“醉酒”型危险驾驶犯罪案件设置了逮捕案件移送规则规程：要求对于犯罪情节较为轻微的盗窃商超案件审慎适用羁押强制性措施，明确商超内自助结账盗窃案件的捕诉标准；共同推进制定“醉酒”型危险驾驶犯罪案件办理工作指引，要求检察机关办理醉酒驾驶案件，对于能够保障诉讼顺利进行的被追诉人，一般应采取取保候审强制措施等。检察机关与公安机关的会同协商，能够较大地推动羁押性强制措施的规范适用，扩大非羁押强制措施的应用比例。在此基础上，昌平区检察院院会同区法院、区公安分局交通支队，就全区范围内的危险驾驶案件进行沟通交流，共同分析、研讨危驾犯罪的特点、规律和发展趋势，就案件受理、强制措施、不起诉标准等问题形成共识。昌平区结合自身情况，形成“危驾捕诉指引”，对刑事拘留强制措施的适用情形进行了细化，要求对于主观恶性不深、社会危险性不大、认罪认罚、能够保障诉讼顺利进行的被追诉人，一般应当适用取保候审强制措施。

2.非羁押性强制措施的约束力较为有限

现有的非羁押性强制措施在实践中的约束效果不彰。表现在以下两个方面。

第一，办案人员适用非羁押性强制措施往往遵循一套过去的操作路径，普遍根据侦查机关一贯习惯来选择适用非羁押性强制措施和具体的执行方式。以取保候审为例，对于取保候审的执行方式，实践中版纳人员采用取保候审的执行方式因循过去办案的习惯，比如，涉及到经济类犯罪则可能采取财保的可能性较大，涉及交通肇事、危险驾驶罪的则基本上采取人保的方式。公安机关和检察机关之间的换保是由公安机关来执行，如果在侦查阶段已经采用财保方式，则可以不重复交保证证。若侦查阶段公安机关采取取保候审措施到期，已经退还保证金后，检察院基于便利主要是采用人保的形式。财保的金额需要区分未成年人和成年人，前者最低 500 元，后者最低 1000 元，但实际上保证金数额在实践中普遍缺乏约束力[1]。这反映出实务中办案机关没有从被追诉人个人人身危险程度出发，选择最为适宜的强制措施，并匹配最为恰当的执行方式。

第二，实践中非羁押性强制措施内部实施层次单一，不具有明显的适用层级和内部调整模式。一是体现在涉罪未成年人帮教方面，随着不捕率、不诉率的提升，不捕不诉涉罪未成年人置于社会的人数不断增多，但实践中这部分未成年人基本处于“放养”状态，并未切实贯彻特殊帮教和矫治；尤其是未成年人极端恶性犯罪新闻时有报道，引发部分社会人士、甚至人大代表的关注。同时，检察系统内部一些检察人员也认为不捕不诉存在较大司法责任风险，不捕不诉未成年人再犯罪可能引发对承办检察人员的负面评价。这反映出，尽管实践中市、县两级检察院先后出台多项措施，致力

[1] 实践中部分地区保证金最高可达到 20000 元，如江苏省宿迁市，但实际上这一保证金数额在宿迁当地仍然缺乏实际约束力。

于服务保障未成年人“少捕慎诉少监禁”刑事政策的落实[1]，但实施方式并未积极呼应制度跟进的理念，对于未成年人不捕、不诉后，对其所适用的非羁押性强制措施的跟进监督、考验观察工作似乎尚未跟进到位，以致实践中出现非羁押性强制措施实则等同于“放养”的现实状态，这体现出实务中非羁押性强制措施内部缺乏层级适用和转换调整机制，且观护帮教人员的监督工作距离执行到位尚存距离，非羁押性强制措施在现阶段的实施效果尚难以合乎地方非羁押性强制措施相关制度出台的预期。二是体现在对怀孕的女性犯罪嫌疑人约束方面，实践中一般不采取羁押性强制措施，但实践中“一般不采取羁押性强制措施”的方法实际上形成了“一刀切”的效果，导致一部分涉案人员钻法律空子来逃避追责。例如，宿迁市泗阳县检察人员反映，曾办理同一女性犯罪嫌疑人先后数次贩卖毒品，每次均借助怀孕期间贩卖，侦查机关出于安全等因素考虑，均对其采取取保候审的强制措施，使得其顺利逃避被羁押的风险，还不能防范其再犯罪的可能。三是体现在对于老年人非强制措施适用方面。如对于有数次盗窃前科劣迹记录的老年人，因考虑其年龄、身体等原因，一般也采取非羁押的措施，但实践中这一部分老年人在取保候审期间又犯新罪的情况较多。

3.重视非羁押强制措施向特殊群体应用

实践中，针对弱势群体尤其是涉罪未成年人群体，办案人员坚持“特殊、优先、双向保护”理念，灵活施加非羁押性强制措施，从宽处理。总体而言，针对弱势群体的特殊刑事政策会影响羁押率。对于未成年人被追诉人、已满 75 岁周岁的人、精神病人、聋哑人或者盲人、孕产妇以及哺乳期妇女的，一般均采取非羁押性强制措施。对残疾人是否采取逮捕措施，主要考虑其生活能否自理、能否无障碍表达其意见。若身体残疾或缺陷致使生活不能自理，或者又不能自理可能的，看守所一般不予收押。在诸多特殊群体中，实务中，办案机关尤为重视未成年人刑事案件。

第一，实践中，地方检察机关联合其他部门出台了教育矫治未成年犯罪人的相关办法。以宿迁市为例，为帮助未成年人矫治不良行为，促进健康成长，尽可能解除检察机关运用不捕不诉检察职能的后顾之忧，宿迁市检察院联合公安、民政、教育等部门出台《关于对不捕不诉涉罪未成年人分级分类帮教矫治的实施意见》，教育矫治未成年人，预防再犯；同时，推动市人大出台《关于进一步加强未成年人检察工作的决定》，进一步加强全市各部门对于未检不捕不诉等工作的支持；随后，推动未保委将未检社会支持机制纳入《宿迁市预防未成年人违法犯罪三年行动方案》，其中，对不捕不诉涉罪未成年人帮教矫治是重要机制之一，同时纳入全市高质量发展综合考核，直接与关联单位年终绩效奖金挂钩。以北京市为例，海淀区院第七检察部构建了四叶草团队以及未成年人心理纾解室，对非羁押的未成年被追诉人、罪犯进行心理疏导、消除对抗情绪，达到化解社会矛盾的效果，推动涉罪不捕不诉未成年人帮教，尽力解决适用不捕不诉制度的现实困境。

第二，对于主观恶性不大、犯罪情节较轻的初犯偶犯未成年人，实践中依法从宽处理。强制措施方面，以非羁押强制措施的适用为主，逮捕往往作为最后的手段采用，对于已经羁押的未成年被追诉人，在刑事诉讼的所有程序中均开展羁押必要性审查，给积极认罪悔罪的未成年人改过自新的机会。例如，昌平区检察院围绕未成年人检察多项保护性职能，围绕合适成年人、法律援助、社会调查等特别程序，逐步建立起“案前犯罪预防、案中法律援助、案后个性帮教”的三位一体未成年人权益保护工作体系，最大限度保护未成年人合法权益。密云区检察院于 2015 年成立“扬帆非京籍未成年观护教育基地”，主要解决在京无固定住所、无固定职业、无监护人的涉罪未成年的观护帮教问题。

4.非羁押性强制措施与数字科技相结合

近些年，部分地区的检察机关在实践中不断开展运用电子科技替代羁押措施的相关探索，如江苏省宿迁市检察机关于 2020 年开始关于运用电子手环代替羁押措施的探索等[2]。通过总结近些年非

---

[1] 典型的如宿迁市院制定出台《未检案件办理要点》，全面规范案件受理、特殊检察、审查逮捕等环节；泗洪县院制定出台《未成年人刑事案件不批捕、不起诉实施细则》，规定了不捕不诉案件类型、总体要求、适用方法等。2017 年启动未成年人刑事案件审查模式改革，印发《审查未成年人刑事案件指导意见》、《关于规范办理未成年人刑事案件若干意见》等，严格把握逮捕适用条件。

[2] 2020 年以来适用电子手环 65 人，市院还出台了《关于全面履行检察职能服务保障“六稳”“六保”的 20 条工作措施》，

羁押性强制措施与数字科技相结合的实践运行情况，实施特点主要有下述几方面。

第一，非羁押性强制措施适用数字科技需要经过严格的审批。以“电子手环”为例，适用电子手环，应当采用“审批+备案”模式。检察机关拟决定适用“电子手环”监管措施的，承办人要严格审查评估犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性，召开检察官联席会议讨论，层报分管院领导审批同意后，将相关法律文书、证明材料等录入非羁押强制措施监管系统。公安机关决定适用的，向检察机关案件承办部门通报，将有关法律文书、证明材料报送至检察机关录入非羁押强制措施监管系统，由检察机关通知办案民警领取“电子手环”，现场监督民警给被监管人佩戴，并要求被监管人签订接受“电子手环”监管承诺书。第二，监管责任采用双控模式。对于“电子手环”的监控措施，由检察机关和公安机关实行“双控”模式进行管理。检察机关非羁押强制措施监管平台设置于该院特定检察部门，由专人负责平台录入、维护，办案检察官负责监管；公安机关非羁押强制措施监管平台设在法制部门，由办案民警负责监管。发现被监管人员违反相关法律规定的，相关监管人员应及时处理，情节轻微的可以对被监管人进行诫勉谈话或没收保证金，情节严重的应当向案件承办部门提出变更强制措施建议。在侦查、审查起诉过程中，发现犯罪嫌疑人已不符合适用条件的，公安、检察机关应相互通报，经审查认为确有逮捕必要的，由检察机关依照审查逮捕程序批准逮捕。第三，非羁押性强制措施与数字科技相结合适用的情形不断扩大。针对办案可能对企业经营活动产生的影响，实践中已经将与数字科技相结合的非羁押性强制措施的适用对象扩大至涉企案件民营企业所有者、实际控制人、法定代表人、重要股东、高级经营管理者等重要岗位人员，将适用罪名从经济犯罪罪名扩大至普通犯罪罪名。具体的适用范围为：一是符合逮捕条件，但因为患有严重疾病、系生活不能自理者唯一扶养人、怀孕或哺乳期妇女被监视居住和取保候审人员的；二是不符合逮捕条件，但有必要采用数字式非羁押监控措施的，如外地人小额盗窃犯罪；三是经羁押必要性审查，符合变更条件且有必要采用数字式非羁押监控措施的；四是涉企案件民营企业所有者、实际控制人、法定代表人、重要股东、高级经营管理者等重要岗位人员，采取羁押措施可能严重影响企业生产经营的，可以适用此类监控措施。适用的诉讼阶段包括审查逮捕环节不批捕、审查起诉环节羁押必要性审查后适用、留置措施解除后适用、取保进入审查起诉环节后适用以及二审等。

（二）羁押性强制措施的适用情况

1.审前羁押适用率有下降趋势，但总体仍然居高

近些年来，司法实践中羁押率的高低受多重因素影响。第一，在如网络犯罪、集资诈骗犯罪、扫黑除恶专项行动和政策的影响下，羁押率在一定时期内明显上升[1]，总体波动较大。根据一些学者的测算，1990 年至 2009 年间，全国检察机关羁押率为 93.76%[2]。近年来，我国的犯罪结构不断变化，轻罪案件的比重逐年提升，被追诉人的社会危险性逐渐降低，出现了进一步完善审查批捕程序，减少审前羁押适用率的契机[3]。2021 年 4 月，中央全面依法治国委员会将“坚持少捕慎诉慎押刑事司法政策，依法推进非羁押强制措施适用”列入年度工作要点，“少捕慎诉慎押”从刑事司法理念正式上升为刑事司法政策。此后，最高人民检察院在《“十四五”时期检察工作发展规划》中进一步提出“全面贯彻宽严相济刑事政策，落实少捕慎诉慎押司法理念”，并出台《人民检察院羁押听证办法》，从诉讼程序层面为相关政策提供制度配套。 在少捕慎诉慎押刑事政策的影响下，诉前羁押率从 2018 年的 54.9%下降至 2022 年的 26.7%,为有司法统计以来最低[4]。

第二，办案机关考核指标对羁押率的高低也有一定影响。“司法业务考评和奖惩机制成为左右公

明确提出探索采取“电子手环”替代限制人身自由的强制措施。宿城区检察院共对 11 人采用电子手环，其中 7 人系取保候审，4 人系监视居住。从罪名来看，9 人系涉企犯罪实际控制人或法人，罪名均为虚开增值税专用发票；1 人涉嫌罪名组织、领导传销活动罪；1 人涉嫌罪名容留卖淫罪。

[1] 参见陈卫东,王然：《<刑事诉讼法>第四次修改中的强制措施问题研究》，载《浙江工商大学学报》2024 年第 4 期，第 5-16 页。

[2] 参见刘计划：《逮捕制度审查的我国模式及其改革》，载《法学研究》2012 年第 2 期，第 127 页。

[3] 参见潘金贵，唐昕驰：《少捕慎诉慎押刑事司法政策研究》，载《西南政法大学学报》2022 年第 1 期，第 38-48 页。

[4] 参见魏晓娜：《从工具法到保障法：刑事诉讼法的功能转型》，载《河北学刊》2024 年第 3 期，第 9-15 页。

安检察人员的‘微型刑诉法’，他们互为作用形成了案件办理的常规逻辑。”[1]实践中，考核指标对羁押率能够产生一定影响。诉前羁押率是案件移送法院之前采取拘留和逮捕措施的人数占检察官同期决定起诉人数（含附条件不诉后起诉人数）的百分比。对于检察机关而言，诉前羁押率是考核指标，也是统计的对象，而从检察机关起诉之后到法院作出生效判决之前，司法机关往往不再对被追诉人变更强制措施。从批捕率来看，批捕率是批捕人数除以审查逮捕案件的审结人数的比率。实践中批捕率是检察机关的考核指标，其中不捕率是中性指标，偏向正向，数值越高代表少捕工作落实的更到位；不捕复议/复核率会影响案件比，属于负面指标；不捕复议/复核改变率、经过审查逮捕环节的案件一次退回补充侦查率、捕后不诉率、捕后判轻刑/缓刑率则都是负面指标。当前，检察机关考核捕后判轻缓刑的指标存在唯结果论导向，即只要逮捕案件被判处轻缓刑，则不会详细分析原由，而是直接扣分。实践中检察官为规避负面指标情况的出现，不得不对一些可能判处徒刑以下刑罚，但有羁押必要的犯罪嫌疑人作出不批准逮捕决定，或采取刑拘直诉到法院，由法院决定逮捕的做法。以北京市为例，在最高检、北京市检察院将捕后判轻缓刑作为负向考核指标之前，可能被判处刑法种类、是否作出不起诉决定一般不作为审前羁押的评价要件，但随着质效考评指标的改变，2022 年相关指标在则成为重要甚至是决定性的条件，由于捕后不诉、捕后判轻缓刑等负向考核指标的存在，捕后通过羁押必要性审查变更强制措施的情况基本不存在了。总体而言，审查逮捕后被追诉人被解除羁押措施的案件所占比例并不大。

第三，从各地实证调研数据来看，北京市 2022 年诉前羁押 10314 人，同比减少 50.6%，诉前羁押率为 46.6%，同比减少 16.8%。与之相对应，全国 2022 年的诉前羁押率平均值为 26.7%。尽管北京市 2022 年的平均不捕率达到了 56.4%，超过了全国平均值 43.4%，但由于全市案件基数较大，公安机关提请批捕率在 65%至 70%，导致北京的诉前羁押率居于全国首位。海淀区检察院的受访人指出，新冠疫情对批捕率产生了一定的影响。在疫情期间看守所不允许收押新的被追诉人，致使可能符合逮捕条件的被追诉人被取保候审进而导致逮捕率的降低。有办案检察官指出，北京市作为国家首都和政治中心，对社会治安和社会稳点的要求高于全国其他地区，北京公安机关面临着刑拘捕率等指标的考核指标要求，将大量案件移送到检察机关，上述种种因素使得北京市的批捕率实际上并未发生明显的变化，审前适用羁押性强制措施的比率总体仍然居高。宿迁市检察院近三年的诉前羁押率分别是：2020 年 23.31%、2021 年 24.91%、2022 年 20.34%。2022 年宿迁市检察院诉前羁押率整体下降，这其中的原因主要包括两个方面，一方面受到上级院考核影响，与公安机关持续沟通共同压降轻微刑事案件提捕数；另一方面受到疫情影响，除重罪案件和特殊案件以外，看守所对一般刑事案件不收押，导致提捕人数大幅下降。同时，因为执行 2021 年出台的《江苏省检察机关醉酒型危险驾驶案件办案指引（试行）》，2022 年 9 月份以后，对 80-100mg/ml 以下的不再移送审查起诉，对诉前羁押率产生一定影响。从批捕率来看，不起诉人数从 2019 年开始持续上升，起诉人数、受理时有强制措施的人数总体上也呈现下降趋势。可见，慎诉理念一定程度上对诉前羁押率产生了影响。总体看来，羁押性强制措施在审前阶段的比率整体呈现出明显的下降趋势，但仍有继续下降的空间。

2.逮捕羁押功能异化

一方面，羁押性措施被异化称为助推办案机关调查或侦查的重要举措，成为了控诉机关获取被追诉人口供的手段。逮捕虽然具有保障刑事诉讼顺利进行的功能，但作为对尚未被认定有罪的人剥夺人身自由的强制措施，法律对其适用条件作了严格限定。《刑事诉讼法》第 81 条第 1 款规定：“对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的，应当予以逮捕”。该款规定了适用逮捕的三项条件，即证据条件、刑罚条件和社会危险性条件。关于证据条件，受访检察人员反映，以口供为中心，通过口供获得补强证据，依旧是我国惯常的办案模式。在此种办案模式下，必然导致对口供的依赖，即为了获得稳定的口供，对被追诉人进行羁押乃是必然选择。一是可以防止串供；二是减少了翻供的危险，由此可以获得较为充分的定案证据。如果口供仍然是“证据之王”，那么就不可能降低羁押率。从以往法律来看，我

[1] 参见但伟：《试析羁押必要性审查与看守所检察》，载《人民检察》2010 年第 24 期，第 22-25 页。

国逮捕羁押制度呈现的特点为：逮捕与羁押一体化，羁押期限与办案期限合二为一，羁押过程中没有再次审查程序。除了逮捕时检察机关审查作出逮捕决定外，此后在整个羁押过程中则再没有规定对于羁押的审查，被羁押人基本被“一押到底”。[1]目前，羁押性措施被异化称为助推办案机关调查或侦查的重要举措，是收集被追诉人有罪证据的主要方式[2]，成为了控诉机关获取被追诉人口供的手段，“逮捕与羁押一体化”、“捕诉同质化”、“羁押期限与办案期限合一”、“羁押过程中没有再次审查”、“逮捕筹码化”等特征[3]，都展现出逮捕制度已偏离最初的刑事诉讼程序保障措施的初衷。

第二方面，径行逮捕未充分考量到被追诉人的社会危险性高低，逮捕那些再犯罪率不高的被追诉人会导致逮捕功能的异化。逮捕制度的功能是防范被追诉人再犯罪和保障刑事诉讼程序的顺利进行。在径行逮捕的三种情形与被追诉人的社会危险性不具有相当性的情况下，直接认定被追诉人符合逮捕社会危险性条件，可能将实际上不具有社会危险性的被追诉人纳入逮捕范围，这无异于是将逮捕作为对具备径行逮捕三种情形的被追诉人的惩罚措施，偏离了逮捕的功能，使逮捕的诉讼保障功能被异化为了惩罚特定被追诉人[4]。 此外，未决羁押场所多具有封闭性、高压性、缺乏救济性的特点[5]，羁押环境多拥挤，条件较差或者很差，被羁押人的人格尊严受不到应有保障，这些都为潜在“不正当地强迫”被追诉人认罪认罚等侵犯被追诉人合法权益的行为提供了必要的空间。

第三方面，实践中存在不捕可能会引发社会舆情，导致当事人缠诉闹访的现象。尽管批捕能够促进社会关系的修复，但客观上导致逮捕功能的异化。缠诉闹访风险则可能来源与嫌疑人一方或者被害人一方，是否批捕对于双方的影响都很大，这需要大量的释法说理工作予以化解。面对可能引发舆情的案件、命案等，为避免信访、舆情风波，检察官一般秉持保守谨慎态度，“够罪即捕”，但随着侦查工作开展，在案证据无法达到“确实充分，排除了合理怀疑”的标准时，逮捕案件可能面临错案风险，而现有案件评查考核机制又缺少容错机制。检察官在案件办理中为减少诉讼风险，只能一捕到底。在有被害人的情况下，若双方矛盾激化、不能调和，批准逮捕客观上有利于犯罪嫌疑人赔偿道歉、修复社会关系。比如交通肇事、轻伤害案件批捕后被害人占据主动，犯罪嫌疑人为获得取保候审对于调解赔偿积极性较高，但若不逮捕则会导致嫌疑人对赔偿不上心，被害人对获得赔偿和赔偿数额的心理预期越低，则可以出现涉访信访问题。为避免个别案件中因被害人心理情绪过激而信访上诉，办案人员也会选择逮捕涉案嫌疑人，这类情形同样可能导致逮捕功能的异化。

3.羁押必要性审查成效不显著

根据最高人民检察院的要求，审查起诉中，针对关押的被追诉人，检察官有依职权启动羁押必要性审查的义务，因此检察官在每一起案件中都应当依职权开展羁押必要性审查工作，并将其作为审查起诉工作的一部分同步开展。

首先，审查逮捕后被追诉人经羁押必要性审查被解除羁押措施的案件占比较低。司法实践中，检察机关对羁押必要性的评价依据大致包括以下几个方面：第一，案件是否符合刑事诉讼法第 81 条的规定；第二，被追诉人涉嫌的罪名，对于妨害社会秩序等罪，检察官会从严把握被追诉人的“社会危险性”；第三，不再将本市本地区户籍作为非羁押措施的必要条件。只要被追诉人在当地有固定居所，且能够提供合格保证人或支付保证金的，在条件符合时也可以采取取保候审强制措施；第四，对于被害人谅解的案件，一般不采取羁押的强制措施，尤其是对于已逮捕的被追诉人，被害人谅解也是开展羁押必要性审查并变更强制措施的重要条件；第五，审查被追诉人是否可能判处轻缓刑。随着质效考评指标的改变，2022 年可能被判处刑法种类、是否作出不起诉决定等相关评价要件则成为重要甚至是决定性的条件，由于捕后不诉、捕后判轻缓刑等负向考核指标的存在，捕后通过羁押必要性审查变更强制措施的情况基本不存在了。在数据层面，北京市一分检察 2021 年经审查变更强制措施 8 件，其中 6 件发生在审查起诉阶段，2 件在审判阶段。2022 年变更强制措施 2 件，审查

[1] 参见万春，刘辰：《羁押必要性审查制度的思考》，载《人民检察》2012 年第 16 期，第 7-11 页。

[2] 参见自正法：《监察留置衔接为羁押措施的法理反思与程序规制》，载《政治与法律》2023 年第 3 期，第 34-49 页。

[3] 参见张栋，金玲楠：《逮捕社会危险性条件量化问题探析》，载《时代法学》2024 年第 4 期，第 1-10 页。

[4] 参见张吉喜；《径行逮捕制度研究》，载《比较法研究》（网络首发）第 1-22 页。

[5] 参见罗海敏：《论协商性司法与未决羁押的限制适用》，载《法学评论》2022 年第 3 版，第 63-74 页。

起诉阶段和审判阶段各 1 件。近三年来共举办了两次占全部听证会总数的 2.1%，数量较少；海淀区检察院 2021 年受理了 515 人的羁押必要性审查，最终对 67 人提出变更强制措施的建议。2022 年受理 831 人的羁押必要性审查，最终仅对 3 人提出变更强制措施的建议；延庆区检察院至今仅对 1 起故意伤害案件开展过羁押必要性审查。总体来看，审查逮捕后被追诉人被解除羁押措施的案件所占比例并不大。

其次，羁押必要性审查启动受理形式以依职权启动、书面审查为主，对辩方意见听取有限。目前，检察实务人员多依职权开展羁押必要性审查活动，依申请启动则大多是犯罪嫌疑人及其近亲属和委托的辩护人向检察院提出申请，常见原因包括犯罪情节轻微、家庭存在赡养老人、抚养子女的特殊困难等，此类情况实务中占比总体较少。如果是依职权启动的，排除上级检察机关统一开展专项活动外，更多的是基于被羁押人员出现不适宜继续羁押的身体健康问题抑或是案件出现了新的事实证据，导致不应再继续羁押。主要表现为交通肇事、故意伤害等后期达成刑事和解的案件。在开展羁押必要性审查的方式方面，实务中主要以书面审查的形式为主，主要原因在于，基层检察院案多人少矛盾突出，在方式上更多追求简单高效的书面审查模式，实践中办案人员选择公开模式审查的意愿不高，这显然将影响办案机关对于辩方意见的听取。

4.审查逮捕听证流于形式

随着近年来审前未决羁押率的下降，最高人民检察院试图通过听证化审查方式进一步降低未决羁押率，审查逮捕听证化的需求快速发展，逮捕听证化审查成为检察机关现阶段的重要改革举措[1]。2020 年 10 月，最高检印发的《人民检察院审查案件听证工作规定》对审查逮捕听证、羁押必要性审查听证作出进一步规定。2021 年 11 月最高人民检察院发布了《人民检察院羁押听证办法》，对审查逮捕听证、羁押必要性审查听证、延长侦查羁押期限听证进行了统一规范，进一步规范和细化了听证程序。目前，审查逮捕听证在实践中并未称为审查逮捕的常规操作，听证化审查基本上属于个别案件，审查逮捕听证总体呈现出以下几方面的特点。

第一，审查逮捕听证的启动采取职权主义模式。由于审查逮捕一般要在 7 天内完成，检察官要阅卷，制作法律文书，完成内部审批，时间已经非常紧张。如果召开听证会就要联系各方，协调好各方时间，定好期日，必然进一步加剧办案期限不足的问题，这决定了不可能对所有的案件乃至大量案件采取听证审查方式。从现有规范性文件来看，听证化审查并非刑事诉讼的强制要求，规范性文件中用的都 是“可以”听证审查，所以即使符合规范性文件中可以听证化审查的案件范围，也可以不 进行听证化审查。实际上，从立法来看，检察机关对案件是否采取听证化审查方式，拥有完全的决定权，呈现职权主义的启动模式，这有助于检察机关控制案件的范围；但是，也可能产生“案件选择的随意性与选择性比较明显”的问题[2]。由于检察机关决定采取听证化审查需要各方参与，因此一般会征求公安机关、犯罪嫌疑人、辩护人的意见。然而，虽然犯罪嫌疑人和律师可以申请审查逮捕听证化审查，但是实践中犯罪嫌疑人申请听证化审查多数得不到回应，不容易获得认可。

第二，部分检察院存在听证审查形式化现象，没有发挥预设功能。一方面，部分检察院会选择没有争议的案件听证化审查，无非为了应付考核，作用极其有限。 由于听证化审查程序较为复杂，要联系公安机关、律师、看守所，准备听证化设备、程序，还要联系社会人士，有的还需要接送、接待，其耗费的时间成本非常高，实践中许多检察官都表示没有动力开展此项工作。但为了应付考核，一些检察院会选择数个案件进行公开听证审查，其 往往选择的是没有争议的案件，这类案件听证化审查意义非常有限。另一方面，听证审查缺乏辩论程序，这也将致使听证审查形式化，由于不能对证据进行质证，各方参与听证缺乏实质交锋。再加上一些地方检察院听证程序未保证犯罪嫌疑人及其辩护律师到达现场，辩护方无法组织有效的对抗，甚至不能依法论证己方观点，听证难免流于形式。

三、我国刑事强制措施制度存在的主要问题

（一）规范层面

[1] 参见谢小剑：《少捕慎诉慎押背景下审查逮捕听证化程序的完善》，载《湖湘论坛》2022 年第 6 期，第 40 页。

[2] 参见周新：《审查逮捕听证程序研究》，载《中外法学》2019 年第 4 期，第 1025-1049 页。

1.羁押与非羁押措施界限模糊

经前述规范考察可知，现行强制措施基于每种强制措施对人身自由限制的程度差异，初步形成了由轻及重、相互衔接的体系；以是否予以羁押为标准，可将现行强制措施体系大致分为羁押性强制措施与非羁押性强制措施两类。其中，拘留和逮捕被视为羁押性强制措施，而取保候审、监视居住、拘传被视为非羁押性强制措施。从规范层面来看，当前羁押措施与非羁押措施的立法边界不够明晰，主要表现为以下三个方面。

第一，羁押外延向拘留的不当延伸。我国的拘留制度始于 1954 年，此后，自 1979 年将拘留制度纳入刑事诉讼法起，历次刑事诉讼法修改都对拘留制度作出相应调整。1954 年《中华人民共和国逮捕拘留条例》对于拘留的定位是一种紧急性临时性的强制到案措施[1]，此后在犯罪控制理念的影响下，我国的拘留制度呈现出羁押期限延长、适用条件扩大和决定主体扩张的发展特征。具体而言，1979 年《刑事诉讼法》赋予拘留独立于逮捕的法律地位和最长 7 天的提请批捕期限，这种由公安机关自行决定对犯罪嫌疑人拘留 7 天的制度已经呈现出一定的羁押属性；1979 年《刑事诉讼法》关于逮捕证据条件的“主要犯罪事实已经查清”的要求，将巨大的取证压力转移到了刑事拘留阶段，在此影响下，拘留制度的查证功能开始突显；1996 年《刑事诉讼法》一定程度上将收容审查制度吸收入法，以至于对于有流窜作案、多次作案、结伙作案情形之一的，公安机关提请批捕时间可以延长至 30 天，此时长达 37 天的拘留羁押期限强化了拘留的羁押属性；2012 年《刑事诉讼法》延续了拘留制度的羁押属性和查证功能，同时新增了“转捕前先行拘留”规定，使得拘留的适用对象和情形进一步扩张；2018 年《刑事诉讼法》从“法法衔接”的角度对监察留置与刑事强制措施的衔接作了规定，增加了“留置后径行拘留”，进一步扩大了拘留的适用情形、适用对象和适用阶段[2]。可以发现，拘留制度的变迁就是犯罪控制模式下，侦查优先理念下羁押外延向拘留的不断扩张。在犯罪控制、效率优先理念的指引下，公民的人身自由权让位于国家的侦查权，进而产生了拘留羁押期限延长、拘留适用条件扩大、适用主体扩张的结果。

第二，监视居住与羁押功能的现实交叉。监视居住的立法原意是取保候审的补充性措施，2012 年刑诉法修改将监视居住定位为取保候审的补充性措施和逮捕的替代措施。从规范层面上看，监视居住仍然属于非羁押性质的强制措施，但是在司法实践中，监视居住的属性却不同程度地沦为“准羁押”[3]、“变相羁押”[4]，与现实羁押效果形成交叉。尤其是指定住所监视居住制度，根据《刑事诉讼法》第 76 条，指定居所监视居住的期限应当折抵刑期；被判处管制的，监视居住一日折抵刑期一日；被判处拘役、有期徒刑的，监视居住二日折抵刑期一日。这实际上是以刑期折抵的形式变相认可了其具有的羁押属性。 同时也表明，指定住所监视居住对于人身自由的限制十分接近于羁押，办案人员极易借监视居住之名行羁押之实，使得本欲“替代羁押”而生的措施反而在实施效果上无限趋同于羁押，令监视居住与逮捕（羁押）的界限难以辨别，非羁押性强制措施减少羁押、保障公民权利的目标也难以实现。

第三，取保候审的适用范围不明确。《刑事诉讼法》第 67 条和第 91 条规定了取保候审的适用对象，《公安机关办理刑事案件程序规定》第 82 条和《人民检察院刑事诉讼规则》第 87 条规定了

---

[1] 1954 年《逮捕拘留条例》中的拘留制度的适用主体是公安机关；拘留的 适用对象是现行犯、准现行犯以及重大嫌疑分子；从“紧急措施”“先行拘留”等用语以及执行拘留 后要在 24 小时内通知检察院、检察院要在 48 小时内审查并确定是否需要逮捕的制度设计上显示出 拘留的定位是一种紧急性临时性的强制到案措施，拘留后必须由检察机关进行审查以确定是否需要 逮捕（羁押）。与逮捕这一实质上的羁押审查措施相比，此时的拘留仅是公安机关在法定紧急情况下 对特定人员采取的临时性的强制到案措施

[2] 参见薛向楠：《中国刑事拘留制度的发展轨迹与完善路径(1954-2018)》，载《中国政法大学学报》2019 年第 3 期，第 177 页。

[3] 参见陈永生：《逮捕的中国问题与制度应对——以 2012 年刑事诉讼法对逮捕制度的修改为中心》，载《政法论坛》2013 年第 4 期，第 17-35 页。

[4] 参见徐静村，潘金贵：《我国刑事强制措施制度改革的基本构想》，载《甘肃社会科学》2006 年第 2 期，第 148-160 页。

排除适用取保候审的对象。从规范层面看，取保候审的适用范围总体比较窄，对于可能判处有期徒刑以上刑罚的被追诉人适用取保候审措施，附加了“不致发生社会危险性”的限制，而是否可能发生社会危险性，缺乏明确的判断标准，主要委诸于司法人员的主观判断，导致那些社会危险程度并不明确的群体往往被适用羁押措施。

2.强制措施分流机制较为粗疏

现有强制措施规范体系下，适用强制措施的情形大致包括两类，一类是依照现有规范要求进行的初次适用，另一类是依照现有规范进行的转换适用。目前，强制措施规范体系分流适用机制仍然较为粗疏单一，表现为以下两方面。

第一方面，强制措施规范体系分流等级不明显。以取保候审为例，被采取取保候审的犯罪嫌疑人、被告人在缴纳一定保证金或提出保证人后，需要统一遵循《刑事诉讼法》第 71 条第 1 款的五项规定，同时酌情遵守第 2 款“不得进入特定的场所”、“不得与特定的人员会见或者通信”、“不得从事特定的活动”以及“将护照等出入境证件、驾驶证件交执行机关保存”的裁量型决定，以保证不会妨碍刑事诉讼。尽管依照现有规定，可以另外加诸场所 、通信、活动、证件保管的裁量义务而形成具有一定特殊化的分流等级，但现有的分流要素仍较为粗疏，无法较为全面地 顾及被追诉人的个性化情况；同时要素设置的灵活性有限，难以应对现实中层出不迭的案情。因此，取保候审的分流效果总体上呈现出一种近乎统一适用分流要素下的同质性，无法针对被追诉人的特殊情况更具目的性地保障个案诉讼进行，分流层次不够明显。监视居住的适用条件类似于取保候审，在分流要素设置以及灵活适用层面存在着类似于取保候审的问题，因而其分流效力也不够直观。

第二方面，强制措施分流适用确定性效力不足。根据《刑事诉讼法》第 67 条和第 74 条，公安司法机关对于符合取保候审条件和监视居住条件的犯罪嫌疑人、被告人，“可以”采取相对应的强制措施。“可以”而非“应当”式的规范设定，不仅难以体现他种强制措施适用的例外情况[1]，而且令强制措施分流的确定性效力不足，尤其是在现行强制措施概念适用模糊的条件下，分流的确定性将更难获得保障。整体来看，非羁押性强制措施的分流效果不明显、且分流效力有限。而在羁押措施与非羁押措施此消彼长的关系之下[2]，非羁押措施低于预期的分流能力，势必导致逮捕、拘留案件数占公诉案件数比例过高，非羁押性强制措施的适用率过低[3]，这一点在实践中也得到了验证[4]。

3.强制措施转换机制有失灵活

一是转化型逮捕条件设置的灵活性欠佳。转化型逮捕适用的对象是那些被取保候审及监视居住的犯罪嫌疑人，被告人，适用条件是他们违反取保候审、监视居住的规定，且情节严重。这里存在的问题是，当出现对此类嫌疑人施以转化型逮捕的特定情形时，检察院对嫌疑人予以逮捕是否一概合理的问题。以“企图自杀”之情节为例，应当意识到，逮捕此类抱有自杀倾向的被追诉人不仅无助于降低其心理压力，反而会加剧其对罪行所生的心理暗示，长期的羁押会进一步加剧其心理绝望感，令其丧失生存的信念，因此即便对被追诉人实施了逮捕，也难以避免被追诉人自杀这一“有碍诉讼”的局面发生。这意味着，倘若不假思索地依照立法规范，直接将违反取保候审、监视居住规定的被追诉人二次转化为逮捕这一羁押性强制措施，很可能使得诉讼保障的目标更加难以达成。

二是羁押必要性审查转换的处置结局较为单一。《刑事诉讼法》第 95 条规定了逮捕后的羁押必要性审查：犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查；对不需要

---

[1] 参见张剑峰：《论取保候审适用的基础及其完善》，载《中国刑事法杂志》2013 年第 5 版，第 56-60 页。

[2] 参见陈卫东：《保释制度与取保候审（保释制度国际研讨会论文集）》，中国检察出版社 2003 年版，第 178 页。

[3] 郭天武，李懿艺：《刑事审前程序的承载与解压》，载《华南师范大学学报(社会科学版)》2014 年第 6 期，第 129-136 页。

[4] 有学者对 12 年刑诉法实施后拘留的适用情况进行调研，发现羁押性强制措施的平均适用率高达 93%。（参见孙长永、武小琳：《新<刑事诉讼法>实施前后刑事拘留适用的基本情况、变化及完善——基于东、中、西部三个基层法院判决样本的实证研究》，载《甘肃社会科学》2015 年第 1 期，第 167 页。）取保候审和监视居住的羁押替代作用不明显，虽然审前羁押率有所下降，但全国范围内非羁押性强制措施的适用率仍然不到一半。（参见孙长永：《少捕慎诉慎押刑事司法政策与人身强制措施制度的完善》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 2 期，第 117 页。）

继续羁押的，应当建议予以释放或者变更强制措施。这里的问题在于，依据现行规范所二次转化适用的强制措施，同样可能因限制情节不具备针对性和必要性，而不适合那些不必继续羁押但同时具备一定社会危险性的犯罪嫌疑人。由此可见，现有的强制措施转化适用格局受立法规范影响，在二次适用选择上较为僵硬和单一，除了非羁押性强制措施向羁押性强制措施的转化外，还缺乏其他保障诉讼的多元思路安排。

（二）运行层面

1.强制措施决定机制行政色彩强烈

目前，强制措施决定的作出，尤其是重大羁押和延长决定的作出，实践中一直未被纳入诉讼法的框架，强制措施决定程序仍然具有非司法化的行政导向色彩[1]。规范层面的"象征性立法"导致的权利虚化，难以撼动强制措施决定层面行政导向的治罪逻辑[2]。详言之，司法行政化的治罪氛围能够令未决羁押期限在行政化的追诉利益下一再被延长，久押不决的情况无法被有效制约。以羁押必要性审查为例，作为我国逮捕控制体系中的一项措施，捕后羁押必要性审查的意图在对侦查权力施以监督和规制[3]，但是在行政追诉的框架内，为了保障诉讼的顺利进行，审查逮捕的行政追诉式运作模式依然存在，这就导致了"不必要逮捕率"仍然维持稳定，而旨在降低羁押率的捕后羁押必要性审查则形同虚设，实践中适用比例非常有限，甚至可能异化为要求认罪和推动赔偿的办案保障机制，而非权力制衡机制。追诉的行政化导向忽略了被追诉人的程序需求，片面放大了侦查机关的追诉利益，行政化的强制措施实施机制成为家常便饭式的诉讼安排，办案机关追诉目标与人权保障原则之间的平衡屡受冲击。

2.现行强制措施救济机制虚化

行政化的强制措施实施机制下，留给被追诉人行之有效的救济和监督路径较少，犯罪嫌疑人、被告人难以对不当采取的羁押强制措施及时进行救济。一方面，刑诉法规定了有关被追诉人和辩护人有权申请变更强制措施的规定 ，但是这种救济机制不仅在运行上尚且不够顺畅，往往也不会引启听证审查程序，同时还难以达到非法证据排除的效果，因此，无论是从救济效率还是救济效力层面看，现有的强制措施救济机制均达不到有效救济的要求。另一方面，就逮捕羁押后的救济路径而言，根据刑诉法第 92 条，侦查机关对检察院不予批捕的决定有权申请复议、复核；但是，对于被羁押人及其律师而言，他们认为批捕决定有错误时却没有相应的救济安排。由此可知，现行强制措施体系的救济机制实效不彰，无法对高度行政化的实施体系产生制衡效力，也难以实现诉权对羁押决定权的有效制约。

3.对强制措施功能认识不统一

以逮捕措施适用为例，公安司法人员采取逮捕措施可能存在理念、认识上的差异，这种差异表现在如下几个方面。首先，检察机关与公安机关办案理念差异。公安机关处于同违法犯罪斗争的第一线，刑拘转捕率、刑拘转诉率等考核要求逐年递增。而检察机关秉持客观公正义务，加之诉前羁押率的考核，逮捕率呈现递减趋势，而且幅度较大，对公安传统办案思路带来挑战，表现之一即公安机关对不捕案件的复议复核数量会增多。此外，检察官依托公安机关收集的审查逮捕证据作出的社会危险性评价可能不全面，容易产生放纵犯罪和错误逮捕的风险。其次，检察机关与法院存在办案理念差异：司法惯例认为，不捕的案件，表明行为人的罪责不大，审判结果亦有利于被告人，呈现轻缓化的处理；而批捕的案件，行为人则受到实刑判处的概率大，极少数案件被告人被判处缓刑。实际上赋予了"逮捕"部分刑罚的惩戒功能，并非将逮捕视为诉讼保障措施。再次，办案人之间员对逮捕条件认识有差异。这主要表现为对社会危险性认识不一。刑事诉讼法第八十一条中规定的"可能实施新的犯罪的、可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供的等情形"，给予办案人员自由裁量权，不同办案人员往往会得出不同的结论。此外，办案人员对"可能判处徒刑以上刑罚"刑罚条件的

---

[1] 参见陈卫东，徐贞庆：《审查逮捕司法化构造的障碍及破解》，载《中国检察官》2016 年第 9 期，第 47-49 页。

[2] 王禄生：《论刑事诉讼的象征性立法及其后果——基于 303 万判决书大数据的自然语义挖掘》，载《清华法学》2018 年第 6 期，第 124-147 页。

[3] 参见顾永忠，李辞：《捕后羁押必要性审查制度的理解与适用》，载《国家检察官学院学报》2013 年第 1 期，第 74-82。

判断也存在差别。一般而言，逮捕措施的适用要遵循比例原则，要符合罪责刑相适应原则，只有判处徒刑以上刑罚的，才可适用逮捕。但是，由于量刑轻重涉及到犯罪事实、性质、自首、立功、刑事和解等多方考量因素，不同办案人员对“可能判处徒刑以上刑罚”的把握精准度并不统一。此外，对曾经故意犯罪径行逮捕存在“一刀切” 机械司法的问题。司法实践中，对于有曾经故意犯罪的案件，对“可能判处徒刑以上刑罚”的刑罚条件重视不够，往往不加以区分，具体情况具体分析，简单机械司法“一刀切”，径行逮捕，这必然会导致个案处理不公，引起逮捕率上升。公安司法人员的理念、认识差异本质上是对形式强制措施功能定位认识的差异。刑事强制措施应当定位为诉讼保障措施，在保障诉讼顺利进行的同时注重对于涉案犯罪嫌疑人、被告人的合法权益的保护。但在运行中，公安司法人员对适用强制措施尚未取得共识，难以坚定强制措施诉讼保障的应然定位，而被其他导向或价值所影响。

4.强制措施适用面临考核和审查困境

现阶段，检察人员适用强制措施考核指标和审查风险双重困境。一方面，诸项改革之间，改革举措与考核方式之间是否存在着掣肘、矛盾等不协调的现象，进一步降低逮捕率面临着诸多具体困难。有实务检察人员表示，相比于法律规范的滞后、刑事政策的宽泛，检察系统内部考核是结合本地域实际情况，针对性强、见效最快、力度最大的指挥棒，是司法理念扭转的关键抓手。例如，沭阳县检察院去年整体提捕案件批捕占比将近 80%，今年江苏省检察院提出逮捕率力争达 90%，促使基层检察官将通过大量捕前实质化介入，进一步降低提捕数量，提高提捕质量。但考核指标也存在对司法机关矫枉过正的现实问题，具体表现为以下几个方面：一是考核指标在避免司法决策的肆意性的同时，也会降低检察官的自主性和能动性。特别是在捕诉合一的检察办案机制下，如果某个基层检察院出现了两到三起捕后不诉案件，则其一年的工作成效将受到巨大影响。特别是刑诉法规定审查逮捕时间只有七天，而随着办案量的增加，逮捕的错误对基层检察人员而言几乎是无法避免。等到审查起诉环节，随着办案时间愈发充足，检察人员通过深入研究案卷，往往能够认识到案件诉讼风险较大，公诉效果不佳，但受制于考核要求，检察官对于自己逮捕的案件必须要尝试提起公诉。二是检察机关和公安机关关于逮捕的考核指标之间存在矛盾冲突之处，且双方对于少捕慎诉慎押理念的认同程度不同。公安机关正面考核提捕数和提捕率，而检察机关正面考核不捕率，这本身就是一种矛盾。而且公安机关在提捕时往往只是查清了部分事实，诸多证据尚未得到固定，因而比较担心不对嫌疑人及时逮捕，可能出现毁灭证据或串供的情形，导致放纵犯罪情况发生。检察机关和公安机关在执法理念和追求目标上明显存在差别，也进一步提高降低羁押率的困难。三是上下级检察机关关于逮捕措施的考核指标也存在不协调之处。据调研，上级检察机关较为关注公安机关对不批捕决定的复议、复核数量和比例，因而这变相增加了上级检察机关的工作量，因此上级检察机关或多或少将这一指标作为下级检察机关的负面评价。

另一方面，检察人员在审查逮捕时面临着错误不捕带来的司法责任追究风险。检察人员可能考虑对于具有社会危险性的嫌疑人，无法确保后续被判处有期徒刑，则未予以逮捕，可能导致犯罪嫌疑人继续实施犯罪。当检察官理念趋于保守，则可能放任套路贷、软暴力、虚假诉讼等犯罪，导致犯罪嫌疑人在取保候审期间再次犯罪。此外，受访检察官认为，对于对可能判处三年以下有期徒刑的轻罪案件，检察机关的常态做法是构罪不捕，则存在一定的风险。即虽然在作出不捕决定时，检察人员通过对涉案人员的社会危险性进行分析得出一定结论，但是之后可能发生偶发的危险，则根据目前的考评机制，检察官从考核中得到的正面评价远远低于不批捕带来的负面效果。尤其是被害人在重要时间节点信访引发的舆情风波，对于检察官个人而言是不可承受之重。当下对于一些重罪案件，社会公众对于非羁押性强制措施的接受程度不高，也可能引发被害人及人民群众对司法公平正义产生质疑，成为检察官在审查逮捕时遇到的一大挑战。

5.数字科技辅助强制措施尚待优化

当数字科技成熟度较低时，只能通过限制其人身自由或者采取高额保证金的方式来控制被追诉人的社会风险，对被追诉人的控制效果有限。近年来，随着科技手段在人员管控领域的不断应用，

社会控制能力得到了增强[1]。目前，数字科技辅助刑事强制措施的形式大致有两类，一类是作为非羁押执行方式辅助，如电子手环、非羁码以及路面检控等电子监控手段的应用；一类是作为羁押决策参考或生成机制辅助，如针对羁押潜在风险的数字量化评估。

第一，电子监控手段使得即使在未被羁押的情况下，被追诉人的位置和行为信息仍然可以被获取，并且可以实时跟踪，这显著降低了被追诉者的逃跑风险，从长期来看也有助于减少司法成本，不仅节约了因羁押看守而投入的大量公共财政支出[2]，同时也使得被羁押人能够及时回归社会，继续创造经济价值，弥补被害人的损失。实践中，多地通过手机定位、电子手环等技术手段降低被释放犯罪嫌疑人、被告人逃匿风险并已经取得初步成效[3]。如在一些虚开增值税专用发票案件中适用“电子手环”代替羁押，助力企业恢复生产经营秩序，保障侦查活动顺利进行[4]。所有适用“电子手环”的犯罪嫌疑人基本上能够不妨碍诉讼进行，且能够及时到案。但不应忽视的是，现有的数字科技辅助手段针对此类新兴电子监控的应用仍然存有继续优化的空间。一是自行监控尚缺乏法律依据的风险。目前，关于采取非羁押性强制措施时可以使用电子监控方式的法律依据，仅见于刑事诉讼法第 76 条，其规定对被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人可使用电子监控的手段；但司法实践中，取保候审的适用频率远高于监视居住，对于取保候审而言却无类似法律规定，这显然会使电子监控方式的设立初衷无法充分实现。二是监管平台可能存在信息泄露的风险。“电子手环”是利用基站定位和定位导航技术对被采取非羁押性强制措施的未成年人进行具体化跟踪；但是目前互联网环境下的智能监控平台存在着大量漏洞，不仅运营者可以轻易看到佩戴电子手环者的位置数据，只能监控平台还容易遭到黑客的侵入而造成相关成员信息的泄露[5]。三是现阶段公、检、法之间适用合力不强，没有完备的沟通共享渠道，导致关联案件碎片化的现象难以避免。四是电子手环本身的设计不够简便等都有待日后改进或者优化。

第二，针对逮捕措施的决策生成机制，能够使得对社会危险性的评估从主观化向客观化、数字化方向发展，避免强制措施决策受到司法以外的其他个人认知等的干预。由于国家实施强制措施与公民自由权利不受侵害之间，始终存在一种紧张关系[6]，因此，需要通过比例原则将个案被追诉人人身风险情况与刑事强制措施之间做合理的比例配置。但在评判方式上，主观化的评估方式容易引致认知固化，使得羁押决策可能因主观意识、情绪和认知偏见的影响而不准确；客观化风险评估因能够大大降低主观偏见在羁押决策中的影响，同时减轻司法官的司法责任[7]，逐步引起实务界和学界的关注。但应当注意到，这种羁押决策生成机制目前仍具有继续完善的空间：一是决策机制的透明度不足，一方面，有可能忽视对被追诉方权利的保障，辩护律师意见获得有可能难被认真考虑，另一方面对决策过程的监督不够。二是相关评估因素的选取可能难以适配特定案件，决策机制适用的特殊性不足，可能造成个案羁押决策的不公正。三是可能使办案人员对决策机制形成倚赖，一定程度上助长司法惰性，羁押决策评估有可能成为办案人员卸责的途径和手段。

---

[1] 参见陈光中，路旸：《我国逮捕与羁押制度改革若干问题探讨》，载《中国法学》2023 年第 5 期，第 7 页。

[2] 参见张志杰等：《检察环节非羁押诉讼研究》，载《人民检察》 2019 年第 14 期 ，第 20 页。

[3] 参见陈海鹰，刘波，桑涛：《 运用数字监控手段降低审前 羁押率———以浙江省杭州市检察机关实行“非羁码”为视角》，载《人民检察》2020 年第 23 期，第 59 页。

[4] 如在宿迁市检察院所办理的蔡某等人虚开增值税专用发票案中，蔡某系公司会计，其电脑中掌握数十亿元资金、往来账目，如单纯依靠侦查人员很难将账目理清。从有利于侦查角度未批准逮捕，检察机关为其佩戴电子手环监控取保候审执行，有效提高侦查效率，保障诉讼活动顺利进行。

[5] 参见门植渊，王加军：《明确程序标准提升“电子手铐”运用质效》，载《检察日报》2018 年 4 月 8 日第 3 版。

[6] 参见张建伟：《少捕慎诉慎押的基本内涵与适用准则》，载《人民检察》2022 年第 15 期 ，第 9 页。

[7] See Samuel R. Wiseman, Fixing Bail, George Washington Law Review, Vol.84:417, p.317(2016).

第二章 刑事强制措施制度的比较法研究

完善我国刑事强制措施制度，应当着眼于前述问题，结合与审前强制措施相关的国际标准与主要国家和地区强制措施运行实践进行分析，在归纳域外国家和地区关于刑事强制措施适用特点的基础上，形成重构刑事强制措施体系的一般思路。

一、关于刑事强制措施制度的国际规范

根据《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条的规定，任何人不得加以任意逮捕或拘禁，采取逮捕或拘禁措施应当依照法律所确定的根据和程序；任何被逮捕的人，在被逮捕时应被告知逮捕他的理由，并应被迅速告知对他提出的任何指控；任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放；等候审判的人受监禁不应作为一般规则，但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判，并在必要时报到听候执行判决；任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放；任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者，有得到赔偿的权利。根据人权事务委员会通过的一般性意见，“迅速”一词应被解释为延迟的期限不得超过几天，大多数缔约国以法律规定了明确的时限；“在合理的时间内受审判或被释放”要求候审拘禁期限应当尽可能缩短，各国应采取措施缩短候审拘禁期。

根据联合国《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》的规定，所有遭受任何形式拘留或监禁的人均应获得人道待遇和尊重其固有人格尊严的待遇[1]；对被拘留人应给予适合其尚未定罪者身份的待遇，在可能情形下，应将他们同被监禁人隔离[2]；任何人如未及时得到司法当局或其他当局审问的有效机会，不应予以拘留；被拘留人应有权为自己辩护或依法由律师协助辩护[3]；除法律规定的特别情形外，以刑事罪名被拘留的人有权利在审判期间按照法律可能规定的条件获释[4]。

根据联合国《非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》的规定，为了配合犯法行为的性质和严重程度、罪犯的个性和背景以及保护社会的需要，并避免不必要地使用监禁办法，刑事司法制度应规定出一套从审前至判决后处置的范围广泛的非拘禁措施，应决定可用的非拘禁措施的数目和种类以便保持始终一贯的判刑[5]；应根据尽少干预的原则应用非拘禁措施[6]；非拘禁措施的选择应是根据对犯法行为性质和严重程度以及对罪犯个性和背景、判刑目的和受害者权利方面各项既定标准的评估[7]；司法当局或其他独立的主管当局本着充分负责的精神和以法律规则为唯一准则，在诉讼程序的各个阶段中行使其酌处权[8]；对轻微犯罪案件，检察官可酌情处以适当的非拘禁措施[9]；在罪犯提出申请后，有关给予非拘禁措施的决定，须接受司法机关或其他独立的主管当局审查[10]；罪犯应有权就非监禁措施执行中影响其个人权利的事宜，向司法机关或其他独立的主管当局提出请求或申诉[11]。

上述规定表明，刑事强制措施体系分为羁押措施和非羁押措施两大类；范围广泛的非羁押措施应当为刑事强制措施体系的主体部分，严格限制羁押措施（包括羁押前的逮捕措施）的适用；对于两类强制措施的适用分别予以立法规范；即便适用非羁押性措施，也应遵循尽少干预的原则，并且受到司法审查。

---

[1] 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》原则 1

[2] 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》原则 8

[3] 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》原则 11.1

[4] 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》原则 39

[5] 《非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》2.3

[6] 《非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》2.6

[7] 《非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》3.2

[8] 《非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》3.3

[9] 《非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》5.1

[10] 《非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》3.5

[11] 《非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》3.6

二、域外国家及地区刑事强制措施制度的基本特点

从比较视野来看，限制人身自由的手段被分成了羁押与非羁押两个阵营，羁押是推进刑事诉讼程序所适用的“最后手段”[1]，非羁押性质的措施安排于是成为诉讼进程中人权保障的主要阵地，这其中，又以保释制度最为典型。国际视野下，保释在价值层面被认为是相对于羁押而设置的保障人权的制度[2]，作为被追究人在刑事诉讼中的一项基本权利[3]，世界范围内已基本形成“以保释为原则，羁押为例外”的实践认同，保释已成为世界各国普遍采用的一种羁押替代措施，这也是刑事诉讼贯彻无罪推定原则的必然结果。比较有关国家和地区的保释体系，大致可归纳为下述几个特征。

（一）羁押性强制措施审查适用严格

域外多数国家和地区立法都对适用羁押的条件及决定程序做了明确规定，以使羁押作为最后手段而被适用。

1.适用羁押的条件

在适用羁押的条件方面，具体的考量因素包括是否自动到案、是否妨碍司法、保护犯罪嫌疑人自身利益的需要、防止重新犯罪、防止扰乱公共秩序、特别严重的罪行、犯罪嫌疑人姓名或者住居不明等。

根据英国《1976 年保释法》附件 1《有权获得保释的人：补充规定》，以下情况被告人无须被准予保释：（1）如果法院确信有充足证据认定如果被告人被保释（无论是附条件或无条件），可能不自动归案，或在保释期间犯罪，或干扰证人或其他妨碍司法的行为，无论涉及他自己或其他人；（2）如果法院确信羁押被告人是为他自身的安全或是为其自身利益（如被告人为儿童或青少年）；（3）如果法院确信自对被告人提起诉讼起，不可能在需要时间里为根据本附件本部分的规定作出的决定获取充足信息；（4）因调查或汇报案件被延期审理，法院认为如果被告人不羁押，则不可能完成调查或汇报；（5）法院认为，在刑事诉讼中曾被准予保释的被告人未履行自动归案义务；及因被告人原先未自动归案，法院相信，如果法院被告人具结释放（无论是附条件或无条件）将不自动归案。英国《1994 年刑事审判与公共秩序法》第 25 条规定“被告在被判定犯有杀人或强奸罪行后，又被指控或判定犯有该罪时，不得保释”；第 26 条规定“在保释期间被指控或判定犯罪的无权获得保释”。

《法国刑事诉讼法典》第 144 条规定：“只有从程序的具体情节因素来看，证明实行先行羁押是达到以下所指一项或数项目标的惟一手段，并且仅仅实行司法监督或指定居住加电子监视制度仍然不能达到这些目标时，才能命令先行羁押或延长先行羁押期限。1.为了保存有利于查明事实真相的证据或事实痕迹、线索；2.为了阻止对证人或受害人及他们的家庭施加压力；3.为了阻止受审查人与共同正犯或共犯进行伪诈串供；4.为了保护受审查人；5.为了保证受审查人能够随时听从法院安排；6.为了终止犯罪或防止重新犯罪;7.鉴于犯罪程度的严重性、实施犯罪的情节或者其造成的损失重大，为了制止对公共秩序造成特别的持续扰乱；但是，不能仅仅因为案件引起媒体方面的巨大反响就认为其对公共秩序造成了特别的持续扰乱。本款之规定不适用于轻罪案件。”

《德国刑事诉讼法典》第 112 条规定：“1.具有行为的重大嫌疑，且构成逮捕理由的，对该犯罪嫌疑人允许命令待审羁押。如果与案件的重大程度以及预期判处的刑罚、矫正及保安处分不合比例的，则不允许命令待审羁押。2.根据一定的事实，（1）可以确定被指控人逃跑或者隐藏；（2）分析个案情况，认为存在犯罪嫌疑人逃避刑事诉讼程序的危险（逃亡之虞），或者（3）犯罪嫌疑人的行为，构成具有下列行为的重大嫌疑：a）毁灭、改变、移除、隐藏或者伪造证据，或者 b）以不被允许的方式向共同犯罪嫌疑人、证人或者鉴定人施加影响，或者 c）让其他人实施此类行为，并且由此将产生加重侦查事实真相困难的危险（掩盖真相之虞）时，即构成羁押理由。3.具有《国际刑法典》第 6 条第 1 款第 1 项、《刑法典》第 129 条 a 第 1 款或者第 2 款，以及结合第 129b 条第 1 款、第 211 条、第 212 条、第 306b 条、第 306c 条的规定的犯罪行为的重大嫌疑，或者在以行为危及他

---

[1] 参见《联合国非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》2.3，6.1

[2] 参见周伟：《保释解读与我国取保候审制度改革》.载《法学》2004 年第 12 期，第 40-51 页。

[3] R．Sharma Human Rights and Bail New Delhi A．P．H．Publishing Corporation 2002vii．

人身体或者生命的，具有《刑法典》第 308 条第 1 至 3 款规定的犯罪行为的重大嫌疑，对该犯罪嫌疑人即使未构成第 2 款规定的逮捕理由也允许命令待审羁押。”

《意大利刑事诉讼法典》第 273 条第 1 款规定:“只有当存在重大的犯罪嫌疑时，才能对嫌疑人适用预防措施。”第 274 条规定：当存在下列情况时决定适用预防措施：（1）如果对所追诉的行为存在具体的和刻不容缓的调查需要，同时又存在威胁到证据调取或证据真实性的具体的或现实的危险；（2）被告人曾试图逃跑或者存在着逃跑的具体危险，同时法官认为他可能被判处 2 年以上有期徒刑；（3）根据犯罪的具体方式和情节，并且根据基于具体品行、行为或刑事前科而推断的被调查者或被告人的人格，有具体的理由认为该被调查人或被告人可能使用武器、其他施加人身暴力的手段或者旨在侵犯宪政秩序的手段实施严重的犯罪，或者实施有组织犯罪或与被追诉的犯罪相同的犯罪。如果上述危险性涉及的是实施与被追诉的犯罪相同的犯罪，只有当对该犯罪依法应判处 4 年以上有期徒刑时，才能决定采取预防性看管措施，如果依法应判处 5 年以上有期徒刑，则采取预防性羁押措施。

《日本刑事诉讼法》第 89 条规定:“经请求保释时，除下列情形以外，应当准许：一、被告人所犯系相当于死刑、无期惩役或无期监禁以及最低刑期为 1 年以上的惩役或监禁的罪时；二、被告人曾因犯有相当于死刑、无期惩役或无期监禁以及最高刑期超过 10 年的惩役或监禁的罪而受到过有罪宣告时；三、被告人为惯犯而犯有相当于最高刑期为 3 年以上的惩役或监禁的罪时；四、有相当的理由足以怀疑被告人将隐灭罪证时；五、有相当的理由足以怀疑被告人将加害于被害人，或者他被认为有助于案件审理的知情人，或上述人的亲属的人身或财产，或者对上述人实施威吓行为时；六、被告人的姓名或者住所不明时。”

《俄罗斯刑事诉讼法典》第 97 条规定:“1、调查官、侦查官以及法院，在其职权范围内有权对刑事被告人、犯罪嫌疑人选择本法典规定的强制性处罚措施 ，如果有足够根据认为:（1）刑事被告人、犯罪嫌疑人躲避调查、初步侦查或法院的；（2）刑事被告人、犯罪嫌疑人可能继续从事犯罪活动的；（3）刑事被告人、犯罪嫌疑人可能威胁证人或刑事诉讼程序的其他参与人，或者毁灭证据，或者以其他方式妨碍刑事案件的进行的。2、为保证刑事判决的执行，抑或保证引渡行为人的，可以采取强制性处罚措施。第 108 条第 1 项规定：监禁，作为强制性处罚措施，在不能适用其他较轻类别强制性处罚措施的情况下，根据法院对犯罪嫌疑人或刑事被告人涉嫌或实施的，依据刑事立法应当裁处 3 年以上剥夺自由刑刑罚的犯罪作出的判决予以适用”;“在特殊情况下，如果具有下述情节之一的情况下，可以对实施应当判处 3 年以下剥夺自由刑刑罚的犯罪嫌疑人或者刑事被告人选择适用监禁措施:（1）犯罪嫌疑人、刑事被告人在俄罗斯联邦领域之内没有常住居所；（2）犯罪嫌疑人、刑事被告人的身份不确定；（3）犯罪嫌疑人、刑事被告人违反此前对其适用的强制性处罚措施；（4）犯罪嫌疑人、刑事被告人躲避预先侦查机关或者法院。”

2.决定羁押的程序

在决定羁押的程序方面，决定羁押的主体原则上为法官，且采用听证程序决定是否羁押，被追诉人出席法庭且有权获得律师的帮助；即便不采取听证程序，但需与被追诉人见面或者讯问被追诉人。

英国《1984 年警察与刑事证据法》第 43 条规定，如果警察经宣誓向法院提出将某人继续羁押的申请且该申请为一份犯罪报告书所支持，并且治安法院认为有合理的理由相信将他继续羁押是合适的，治安法院可以签发令状授权将他继续羁押在警察局；继续羁押申请涉及的人有权在听审时获得律师的帮助。

根据《美国联邦刑事诉讼规则》第 5 条的规定,“除法律另有规定外，在美国境内执行逮捕的官员应当无不必要延误地将被告人解送至治安法官或者本规则第 5 条（e）款规定的州或者地方司法官员处。”法官通过聆讯程序决定羁押或者释放被告人。如果被告人同意，可以采用视频技术进行聆讯。

根据《法国刑事诉讼法典》第 63 条的规定，司法警察警官对犯罪嫌疑人进行拘留的时间不得超过 24 小时。经共和国检察官书面批准，拘留时间最多延长 24 小时。只有在让当事人与共和国检察官见面之后，才能作出批准延长拘留时间的决定。可以通过视频通信联系方式让当事人与共和国检察官见面；但是，在特殊情况下，共和国检察官也可以事先不与当事人见面而作出说明理由的书

面决定，批准延长拘留时间。根据第 145 条的规定，无论是重罪案件，还是轻罪案件，预审法官只有作出实行先行羁押的裁定，才能对受审查人实行先行羁押。

《德国刑事诉讼法典》第 115 条规定:“1.根据逮捕令逮捕犯罪嫌疑人后，应当毫不迟延地向负责管辖的法院解交。2.解交后，法院应当毫不迟延地，至迟在次日对犯罪嫌疑人就指控事项予以讯问。3.讯问时，应当告知犯罪嫌疑人对其不利的情况，告诉其有权对指控做出陈述或者对案件保持缄默。应当给予犯罪嫌疑人消除嫌疑、逮捕理由以及提出对自己有利的事实的机会。4.如果维持逮捕的，应当告知犯罪嫌疑人其有权提起（程序问题）上诉和其他法律救济。”第 114 条规定:“由法官签发书面逮捕令，命令待审羁押。”

《日本刑事诉讼法》第 210 条规定:“检察官、检察事务官或者司法警察职员，在有充分理由足以怀疑被疑人已犯有相当于死刑、无期惩役或无期监禁以及最高刑期为 3 年以上的惩役或监禁之罪的场合，由于情况紧急而来不及请求法官签发逮捕证时，可以在告知理由后逮捕被疑人。在此场合，应当立即办理请求法官签发逮捕证的手续。在不能签发逮捕证时，应当立即释放被疑人。”根据第 204 条的规定，检察官依据逮捕证逮捕被疑人后，应当立即告知其犯罪事实的要旨和可以选任辩护人的意旨，并给予辩解的机会。如果认为有留置的必要时，应当在被疑人身体受到拘束后的 48 小时以内请求法院羁押被疑人。

《意大利刑事诉讼法典》第 291 条、第 292 条规定，根据公诉人的要求决定适用预防措施，公诉人向主管法官提交支持其要求的材料，以及一切有利于被告人的材料和已储存的辩护性材料。法官以裁定形式作出适用预防措施的决定。第 285 条第 1 项规定:“在决定实行预防性羁押时，法官命令司法警官和警员对被告人实行拘捕并立即解送到看守所，使其处于司法机关的控制之下。”

《俄罗斯刑事诉讼法典》第 108 条第 4 款规定，有关提起申请选择监禁作为强制性处罚措施的决定，应当由最后参与预先侦查实施地或者犯罪嫌疑人羁押地的、办理相应刑事案件的同级别区法院或者军事法院法官在法院收到材料后的 8 小时内独任审理，犯罪嫌疑人或者刑事被告人、检察官、辩护人必须出庭。未成年犯罪嫌疑人或者刑事被告人的法定代理人、侦查机关负责人、侦查官与调查官有权出席审判庭。控辩双方当事人，已经及时获悉开庭时间，但无正当理由不出席审判庭的，不妨碍法院对该申请的审理，但是，刑事被告人不出席审判庭案件审理的情况除外。

综上所述，可以发现，第一，羁押不应成为审前强制措施的一般规则[1]，非羁押性的措施应成为保障刑事诉讼的通行安排[2]，羁押决定需要经过专门程序进行严谨的审查。英国《1976 年保释法》第 4 条规定，除法律明文规定的例外情况，对于刑事诉讼中被羁押的被告人均应当批准保释；类似的规定也出现在我国香港地区[3]。大多数情况下，有关人士应获准保释，但这项权利并非绝对的，某些情况下可以受到限制[4]。羁押性措施应作为刑事诉讼程序的最后手段而避免适用，替代审前拘留的措施则应尽量在诉讼早期采用[5]。第二，法官是最主要的保释决定主体，法官需要在检验被追诉人再犯的可能性、能否顺利到案、妨碍证据的风险等的基础上，结合其他相关证据综合权衡是否需要予以羁押。侦查调查工作是否难以进行不能仅凭侦查工作具有“难以进行之可能性”就“自动推定”嫌疑

---

[1] 《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条:“1.人人有权享有身体自由及人身安全。任何人不得无理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剥夺任何人之自由。2.执行逮捕时，应当场向被捕人宣告逮捕原因，并应随即告知被控案由。3.因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，应迅即解送法官或依法执行司法权力之其他官员，并应于合理期间内审讯或释放。候讯人通常不得加以押，但可规定释放时应保证在司法程序任何其他阶段出席审判，并在必要时报到听候执行判决。4.任何人因逮捕或拘禁而被夺自由时，有权声请法院提审，以迅速决定其拘禁是否合法，如属非法，应即令释放。5.任何人受非法逮捕或拘禁者，有权要求执行损害赔偿。”

[2] 许多国家将保释制度规定在宪法中，或规定在附属于宪法的人权法案中，而除了在程序法中规定保释之外，有些国家和地区还专门出台了保释法，详细规定了保释程序，典型如英国 1976 年颁布的《保释法》。

[3] 参见周伟:《 中国大陆与台港澳刑事诉讼法比较研究》，中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 259 页。

[4] 如香港《刑事诉讼程序条例》第 9G 条就有此类规定 。

[5] 《联合国非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》2.3，6.1

人具有妨碍诉讼的危险，而是“应用特定之事实来证实该项危险成立”。[1]第三，审查程序方面。保释程序通常以言词听证的方式进行，有权批准或更改保释的主体主要是治安法院和刑事法院，如果法院批准保释或者设立或更改保释条件，必须说明其理由。而是否决定保释并不一定要采用听审的形式，只有在控辩双方分歧很大、难以形成一致意见时，法官才有必要举行保释听审程序，决定是否对嫌疑人进行保释[2]。

（二）非羁押措施等级分流梯度明显

非羁押措施的适当采用，能够促进刑事强制措施体系内部分流机制的建立，在羁押和释放之间设置第三种状态——不同程度地限制被追诉人人身自由，以体现比例原则和个别化原则，从而较为精准地因案因人施策。选择、设置非羁押措施，应当综合犯罪行为性质及其危害程度、被适用人性格、限制目的等方面综合进行评估，以保证所选择非拘禁措施的适当性[3]。

在普通法国家和地区，保释分为无条件保释和附条件保释。如在英国，法院所作出的保释决定的内容一般被分为两部分，一是是否准予保释，二是是否应当附加条件。英格兰和威尔士地区的法律并没有规定系统而明确的羁押替代方案，一些法律允许被告人提供保证人或缴纳保证金，还有一些法律允许法院对被告人施加宵禁[4]。但在司法实践中，法院一般倾向于采用附条件保释的方式，对被告人的行为作出限制，而这些条件总体是较为宽泛的；这意味着，法院可以在认为必要的情况下，对被告人设定几乎不受限制的保释条件。例如，法院可能要求被告人在保释期间不得自驾，对其活动范围进行限制，以更好地保障社会公共安全；对于未成年被告人，法院则会出于保护未成年人的目的，设定一些保护性措施。研究表明，作为羁押替代措施的附条件保释制度已经得到了广泛的适用[5]。英国《2023 年国家安全法》赋予国务大臣对于涉嫌参与外国势力威胁活动的人采取指定的预防和调查措施的权力，包括：对住所施加限制；限制旅行；排除进入特定地点；遵守警察下达的行政限制令；限制金融服务；限制财产转让或要求披露财产；禁止持有武器和爆炸物；限制使用电子通信设备；限制个人与他人的联络；对工作或学习施加要求；按要求向警察报告；测谎；要求个人出席特定的约会；按要求拍摄个人照片；电子监控；要求提供住所信息等。上述规定对于嫌疑人的人身自由予以了不同程度的限制。

我国香港特别行政区《刑事诉讼程序条例》第 9D 条规定，可为获准保释的人规定获准保释的条件，包括：须向法庭交出任何护照或旅行证件；不得离开香港；须向法庭所指明的警署或廉政公署办事处报到； 须于指明的地址居住并于法庭所指明的时间逗留在其内；不得进入法庭所指明的任何地方或处所；不得进入法庭所指明的任何地方或处所某一距离的范围内；不得直接或间接与法庭所指明的任何人接触；或任何代表他的人或他本人连同任何代表他的人，须将一笔法庭规定的合理款项存放于法院，但此举目的只可是为确保获准保释的人会按照法庭的指定归押。2024 年 3 月 23 日公布实施的《维护国家安全条例》，基于防范或调查危害国家安全罪行的目的，允许法院向那些因被合理地怀疑干犯危害国家安全的罪行而被拘捕、即将或已经获警方释放(不论是否在须作出担保的情况下释放)的个人发布行动限制令，从而在保释和羁押之间设置了不同等级的限制条件[6]。较高级别的警务人员以申请书附经宣誓的告发书向裁判法院提出“行动限制令”的申请，裁判官经聆讯，如果信纳，有合理理由相信有“指明的情况”，则可就获保释人发出行动限制令。“指明的情况”包括：除非获保释人受制于该项申请中要求向获保释人施加的规定，否则获保释人将不会按照警方指明的条件，向警方报到；除非获保释人受制于有关规定，否则将破坏或妨碍司法公正；或除非获保释人受制于有关规定，否则将危害国家安全。裁判官可指明以下一项或多项规定：(1) 获保释人须在指

---

[1] [德]克劳思 · 罗科信:《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，第 284 页。

[2] 参见郭天武:《保释制度研究》，法律出版社 2009 年版，第 118 页。

[3] 《联合国非拘禁措施最低限度标准规则（东京规则）》3.2：非拘禁措施的选择应是根据对犯法行为性质和严重程度以及对罪犯个性和背景、判刑目的和受害者权利方面各项既定标准的评估。

[4] 参见陈卫东，刘计划:《英国保释制度及其对我国的借鉴意义》，载《人民检察》2003 年第 3 期，第 57-62 页。

[5] 参见杨立新，刘根菊:《法治视野下的羁押制度》，载《政法论坛》2004 年第 4 期，第 40-48 页。

[6] 关于限制行动令采取及适用的详细内容，参见《维护国家安全条例》第 81-86 条。

明期间内，于指明地方居住； 获保释人须在指明限期前，向警方申报同住于指明地方的人的身分资料；获保释人须在指明时间留在指明地方；（2）获保释人不得在指明期间内，进入指明地区或地方，或仅可在符合指明条件的情况下进入该地区或地方；（3）获保释人不得在指明期间内，以任何方式(或透过任何人)与指明人士联系，或仅可在符合指明条件的情况下与指明人士联系；（4）获保释人须在指明时间，于指明警署向警方报到。行动限制令的有效期为 3 个月，裁判官可依警务人员的申请延长行动限制令的有效期；每段延长期为 1 个月。而在危害国家安全类犯罪之外，对于被控轻罪的被告人则允许被“传唤”释放——即只是向他们发放警方拟备的文件，指示他们在指定的日期出庭，必要时警方会要求嫌疑人支付一定的保释金[1]，这一规定能够大大免去警方办理保释手续的精力，也能免除被控人可能的不便

《意大利刑事诉讼法典》第四编第一章规定了强度不同的预防措施，包括在适用住地逮捕措施时的电子监控、不得远离自己的住所、遵守私人住所禁令；禁止出国；向司法机关报到的义务；离开家庭住所；禁止接近被害人常住地点；关于居住的禁令如不得在特定的地点居住、而且未经主管法官批准不得进入该地点，未经主管法官批准不得离开常住地市镇，接受警察机关必要的检查；暂停行使父母责任；暂停行使公共职务或服务；暂时禁止从事特定的职业活动或经营活动等。在决定适用预防措施时，法官应当根据在具体情况下需满足的预防需要以及预防措施的性质和强度，选择适宜的措施。

从前述考察可以看出，范围广泛、强度有别的非羁押措施对于个案而言不仅针对性强，而且在羁押与无条件保释之间起到了过渡和衔接作用。

（三）强制措施之间转化适用灵活

强制措施的转换适用包括羁押措施的延长或解除，非羁押措施变更为羁押措施，适用非羁押措施需变更或解除限制行动令等多种不同的情形。

根据英国《2023 年国家安全法》第 27 条的规定，警察在无法官手令的情况下逮捕犯罪嫌疑人，除法律另有规定外，需在 48 小时内释放。根据附表六第七部分的规定，在犯罪嫌疑人涉嫌危害国家安全的情况下，48 小时的最长羁留期可以延长至从犯罪嫌疑人被逮捕之日起不超过 14 天[2]。我国香港特别行政区《维护国家安全条例》规定，警方首段羁留期为 48 小时，如果某人因被合理地怀疑干犯危害国家安全的罪行而被拘捕，并且未落案起诉，较高级别的警务人员可以申请书附经宣誓的告发书向裁判法院提出申请，要求延长警方羁留期。如果裁判官经聆讯后信纳，有合理理由相信延长(或进一步延长)羁留期属有理可据，可决定延长(或进一步延长)羁留期。首次申请延长，延长期为一段自首段羁留期届满后起计的不超逾 7 日的期间；其后申请进一步延长，每段延长期不得超逾 7 日，而延长期亦不得致使被捕人的总羁留期间，超逾自首段羁留期届满后起计的 14 日。“有理可据”指警方正努力并迅速地进行该罪行的调查，而调查按理不能在有关申请日期前完成；或者被捕人在没有被落案起诉的情况下被羁留，对保障或保存该罪行的证据，或对讯问该人以取得该等证据，属于必要。如裁判官授权延长羁留期，除非该人被落案起诉，否则须在该经延长期间届满之时或之前，释放该人；如裁判官拒绝授权延长羁留期，除非被捕人被落案起诉，否则应及时释放该人。

我国香港特别行政区《刑事诉讼程序条例》第 9K 条规定，如属以下情况，任何警务人员可无需手令而逮捕和羁留任何获准保释的人：（1）该警务人员有合理理由相信该人获准保释的任何条件或约束该人的任何保释条件已遭违反或相当可能遭违反；（2）或任何警务人员接到为该人作出保释担保的任何担保人的书面通知，谓该担保人相信该人相当可能不按照法庭的指定归押，为此理由该担保人拟获宽免作为担保人的责任。根据第(1)款逮捕任何人后，须在该人被逮捕后 24 小时内，或在其后切实可行的范围内尽快将该人带到一名裁判官席前，但如该人因其保释而在某一时刻须向任何法庭归押，而该人在紧接该时刻前 24 小时内如此被逮捕，则属例外，而在该情况下，该人须被带到该法庭席前。根据第(2)款而将任何人带到法庭席前，如法庭觉得准予保释的任何条件已遭违反或相当可能遭违反，则法庭可命令将该人羁留扣押；或准予该人保释，但须受同样的条件或法庭认

[1] 《香港法律改革委员会研究报告书——刑事诉讼的保释问题（论题十六）》第 4.2.7。

[2] National Security Act 2023，64(3)(b).

为适合的其他条件所约束，但如法庭并不觉得如此，则法庭须将该人从扣押中释放，并以同样的条件准予该人保释。

根据我国香港特别行政区《维护国家安全条例》的规定，对于获保释人所施加的行动限制令可以延长，也可以更改或解除[1]。延长行动限制令的有效期的条件为：指明的某项情况仍然存在；警方正努力并迅速地进行该罪行的调查，而调查按理不能在该项申请日期前完成[2]。裁判官可应有关人员或获保释人的申请，更改或解除就获保释人发出的行动限制令。裁判官除非信纳在有关个案的整体情况下，批准上述申请属合理和必需，而且不会不利于国家安全，否则不得批准该项申请。

《意大利刑事诉讼法典》第 276 条规定，在违反与预防措施有关的规定的情况下，法官根据违反行为的程度、原因和情节，可以决定更换或者增加更为严厉的预防措施。当违反的是与禁止性措施有关的规定时，法官可以更换原措施或者增加另外的强制措施。对被告人适用预防性羁押以外的措施时，如果他违反了该预防性措施的规定，法官可以决定采取预防性羁押措施；在违反住地逮捕不得远离自己的住宅或私人住所禁令的情况下，法官撤销住地逮捕，代之以预防性羁押。第 279 条规定，主持诉讼的法官就预防措施的适用、撤销以及执行方式的变更作出决定；在提起刑事诉讼之前，有关决定由负责初步侦查的法官作出。第 299 条规定，当预防措施的适用条件消失，包括因后来的事实消失时，或者当预防要求消失时，应当立即撤销强制措施和禁止性措施；当预防要求减弱或者所适用的措施不再同事实或可能科处的制裁相适应时，法官采用其他较轻的措施实行更换，或者决定以不那么严厉的方式适用有关措施；当预防要求变得更为强烈时，法官根据公诉人的请求用更加严厉的措施取代已适用的措施，或者决定以更加严厉的方式适用有关措施。

总体来看，强制措施的转换适用既可以伴随适用条件的调整发生在非羁押或羁押措施体系内部，也可以发生在非羁押或羁押措施体系之间；必要时，强制措施的调整或转换还应当经过司法官员的诉讼化审查，以保证决定的合理性和必要性。

（四）救济以及实施保障路径多元

适用强制措施后的救济路径，大致包括来自控辩双方的救济和司法机关依职权进行的复查，个别地区的监督渠道较为丰富；同时，部分国家和地区立法规定了强制措施实施效力保障条款。

1.对强制措施的救济

关于辩方的救济，如英国《1976 年保释法》附件 1《有权获得保释的人：补充规定》第二部分之一规定，“在法院作出不予保释的决定后的第一次审讯中，该被告人有权提交保释申请，并附上任何他希望法院了解的有关事实和法律申辩（无论他之前是否作出过该申辩）”。我国香港特区《刑事诉讼程序条例》第 9G 条第（11）款规定，法庭如在任何聆讯中拒绝准予被控人保释，则在被控人仍在扣押中的每次继后的聆讯，法庭须考虑被控人应否获准保释的问题，而法庭于初次拒绝准予被控人保释后的第一次聆讯时，须聆听就支持准予被控人保释而提出的事实或法律上的论点，不论法庭曾否聆听该论点。该条例第 9J 条规定了拒绝保释或保释条件的复核，即凡区域法院法官或裁判官已拒绝准予某人保释或已准予某人保释但规定该人须受任何条件约束，则该人可向法官申请准予保释(如属拒绝保释的个案)，或向法官申请在无须受该条件约束的情况下获准保释(如属已获准保释但须受任何条件约束的个案)。法官在聆讯申请后，可藉命令确认、撤销或更改区域法院法官或裁判官的决定，并可就此事宜作出法官认为公正的其他命令，包括关于讼费的命令。根据我国香港特区《维护国家安全条例》的规定，更改或解除行动限制令的申请被裁判官拒绝，获保释人可向原讼法庭法官提出要求批准该项申请的申请（复核申请）；原讼法庭法官除非信纳在有关个案的整体情况下，批准复核申请属合理和必需，而且不会不利于国家安全，否则不得批准复核申请；原讼法庭法官可藉命令确认、更改或撤销裁判官的决定，并可就有关事宜作出原讼法庭法官认为公正的其他命令。

关于控方的救济，如我国香港特区《刑事诉讼程序条例》第 9H 条规定，凡区域法院法官或裁判官准予任何人保释，律政司司长可向法官申请复核区域法院法官或裁判官的决定。法官在聆讯申请后，可藉命令确认、撤销或更改区域法院法官或裁判官的决定，并可就此事宜作出法官认为公正

[1] 参见《维护国家安全条例》第 85(3)条。

[2] 参见《维护国家安全条例》第 84 条。

的其他命令，包括关于讼费的命令。香港特区的监督渠道较为丰富，包括但不限于太平绅士巡视、申诉专员制度以及投诉调查组的审查等[1]。

关于司法机关依职权进的复查，以我国澳门特区为例，《刑事诉讼法典》规定了羁押复查制度，法官依职权最多不超过 3 个月就应当对羁押前提是否仍然存在进行复查，并在必要时听取检察官的意见和嫌疑人陈述[2]。

2.强制措施的实施效力保障

英国《1976 年保释法》第 6 条规定了被保释人的潜逃罪，如果刑事诉讼保释中的被释放人未自动归案且无正当理由，即构成犯罪。我国香港特别行政区《刑事诉讼程序条例》第 9L 条规定了没有按照法庭的指定归押的罪行，即获准保释的人如无合理因由而没有按照法庭的指定归押，即属犯罪。获准保释的人如有合理因由而没有按照法庭的指定时间归押，但没有在该时间后在合理可行的范围内尽快归押，即属犯罪。一经循简易程序定罪，可处罚款$75,000 及监禁 6 个月，而一经循公诉程序定罪，则可处任何款额的罚款及监禁 12 个月。该条例第 9M 条规定了因没有按照法庭的指定归押而进行的没收，即如任何获准保释的人无合理因由而没有按照法庭的指定归押，则不论该人是否已就根据第 9L 条所订的罪行而被定罪，法庭亦可命令将作用为确保该人会归押的任何由担保人作出的保释担保；或存放于法院的款项，全部或部分没收归政府所有。任何由担保人作出的保释担保的保证而须付的款项，其缴付可予以强制执行。根据香港特别行政区《维护国家安全条例》的规定，获保释人无合理辩解而违反就其发出的行动限制令的任何规定；或就上述规定所施加的任何条件，即属犯罪，一经循公诉程序定罪，可处监禁 1 年[3]。

经由对域外国家和有关地区刑事强制措施制度的比较观察，可以看到，第一，域外国家和有关地区刑事强制措施制度出现了从“大捕大放”到“走中间道路”和强制措施的适用个别化的趋势。所谓“大捕大放”，就是对大量的案件先采取逮捕措施，警察控制犯罪嫌疑人人身自由的时间一般为 48 小时，在此时间内，经警察讯问或者法官聆讯，大量案件的犯罪嫌疑人被保释，体现了《公民权利和政治权利国际公约》所规定的羁押例外原则。所谓“走中间道路”，就是大量的案件适用非羁押性强制措施，这些案件并非“一放了之”，而是采取附条件的保释，即在保释的同时附加各种各样的条件限制；为了使所附条件精准化，必须经过严格的法官聆讯程序，并且配套性地采用社会调查制度，使得强制措施的适用越来越呈现出个别化的特点。第二，非羁押性强制措施是诉前保障方式的主体部分，羁押性强制措施无论是在适用条件或是审查程序方面均较为严格，意在避免不必要的羁押。第三，非羁押性强制措施体系内部经由一次分流和二次转换适用，形成了较为明显的约束梯度。值得关注的是，这种等级梯度更多是建立在被适用者主观层面上的约束强度划分，融入了大量裁量性的因素，而没有局限于立法上强制措施之间严厉性或轻重性的客观类型差异。在客观类型划分之下，作为个体的被追诉人所承受的实际上是带有一般性实施特点的制度约束，而不具有基于主观约束划分下的实施质效上的特殊性。第四，被追诉人通常是在非羁押性措施体系内部被施以约束强度高低的转换，而一但涉及到向羁押性强制措施这一外部类型转化适用时，所需的审查强度也明显提升。第五，违反强制措施的后果关系着强制措施体系的实施质效，立法上应予清晰规范，同时，还应重视落实控辩双方的救济权利并完善监督方式。

---

[1] 参见陈婕，吴奕武：《粤港澳大湾区刑事羁押制度比较研究——以刑事被羁押人权利保障为视角》，载《河北法学》2021 年第 5 期，第 186-200 页。

[2] 参见澳门《刑事诉讼法典》第 197 条。

[3] 参见《维护国家安全条例》第 86 条；萧景源：【黑手落鑊】煽動帖文案 國安警拘鄒幸彤舅父，载《香港文汇报》2024 年 6 月 4 日第 A6 版。

第三章 我国刑事强制措施制度的改革与完善

根据《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 2 款的规定，凡受刑事控告者，在未经依法证实有罪之前，应有权被视为无罪。我国刑诉法吸收了无罪推定的精神，在第 12 条规定“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”。这一原则对刑事强制措施制度完善提出了两方面的要求，一是非羁押性措施的适用应当成为强制措施适用中的一般原则，而未决羁押应当成为适用中的例外；二是强制措施作为一种“必要的恶”[1]，它的选择与应用应当维持在一个合理的限度内，既避免“恶”之不当越界，又能保证发挥其作用。强制措施的适用，应当注重平衡人权保障与诉讼保障的关系。完善我国刑事强制措施制度，应该坚持体系性重构的基本方案，遵循无罪推定的基本理念，改变重羁押性强制措施、轻非羁押性强制措施的观念，明确羁押性强制措施与非羁押性强制措施的基本定位，对羁押性强制措施制度与非羁押性强制措施制度分别予以重构。

一、改革的路径选择：技术性改革与体制性改革

强制措施的制度设计和实践运转轨迹，能够反映出一国法律体系、法治程度与人权保障水平的完备程度。自 1979 年《刑事诉讼法》实施以来，我国刑事强制措施制度呈现出不断成熟、渐趋细化的发展轨迹。1979 年新中国第一部《刑事诉讼法》颁布，创立了由拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕组成的强制措施体系，明确了公安司法机关所能采取的限制犯罪嫌疑人、被告人人身自由的手段。从内容来看，拘留方面，刑事拘留在 1954 年颁布的《逮捕拘留条例》的基础上，延长了公安机关拘留后提请逮捕与检察机关审查批捕的时间，拘留后的逮捕审查修改为裁量提请的形式，增强了拘留的羁押和查证属性，削弱了其紧急到案的功能。逮捕方面，规定了逮捕条件，包括主要事实已查清、判处徒刑以上刑罚、具备社会危险性三个要件。非羁押强制措施方面，刑诉法对取保候审和监视居住的整体规定地较为笼统、简单，操作意义非常有限。1996 年《刑事诉讼法》对 1979 年《刑事诉讼法》的强制措施制度进行了较为全面的修改。此一时期，收容审查成为我国法定强制措施之外限制人身自由的基本手段[2]，应对收容审查所带来的弊端成为法律界热议的焦点[3]。羁押性强制措施方面，取消收容审查制度，但同时规定流窜、多次、结伙作案情形下拘留后批捕期限最长可延至 30 日；将逮捕的证据要件由“主要犯罪事实已经查清”放宽修改至“有证据证明有犯罪事实”；延长了检察院审查批捕的期限。非羁押性强制措施方面，具体规定了取保候审和监视居住的条件、适用方式和期限等。2012 年《刑事诉讼法》修改，适当延长了拘传的时间；新增三种逮捕“社会危险性”的具体情形，规定捕后通知家属、批捕阶段讯问犯罪嫌疑人和羁押必要性审查制度；监视居住方面，这次修法将监视居住定位为取保候审和逮捕之间的羁押替代性措施，完善被监居人应遵守的义务，规定指定居所监视居住；取保候审方面，对取保候审的适用条件和对象作出集中规定。2018 年《刑事诉讼法》修法是一次针对性、应急性的修改[4]，对于强制措施条文的调整总体不大，新增了评估社会危险性时需要综合考量犯罪嫌疑人或被告人犯罪的性质、情节及认罪认罚等情况[5]，同时基于应对职务犯罪管辖权移转至监察机关，修改了指定居所监视居住的案件适用范围，新增监检衔接下的先行拘留以保障刑事诉讼路程顺利进行[6]。

综观历次修法对于强制措施的相关规定，可以看到，刑事强制措施部分的修改在历次《刑事诉讼法》的修改中均得到广泛重视，1979 年《刑事诉讼法》所确立的五种强制措施在适用条件和运行程序上日臻完善和成熟。但是认真观察，可以发现，历次刑诉法修改对于刑事强制措施的改革规定皆局限于对个别强制措施进行技术性、细节性的修改，而未能从体系层面完善强制措施制度的适用，且长久以来，羁押性强制措施始终占据着强制措施的核心地位，非羁押性强制措施的层次性低，羁

---

[1] 参见杨雄：《强制措施的正当性基础》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 28 页。

[2] 参见张旭：《论收审的出路与逮捕的改革》，载《现代法学》1993 年第 1 期，第 20-24 页。

[3] 参见陈卫东，张弢：《论刑事强制措施的立法完善》，载《中国人民大学学报》1996 年第 2 期，第 47-53 页。

[4] 参见樊崇义：《2018 年<刑事诉讼法>最新修改解读》，载《中国法律评论》2018 年第 6 期，第 1-12 页。

[5] 陈卫东：《2018 刑事诉讼法修改条文理解与适用》，北京中国法制出版社 2019 年版，第 71-73 页。

[6] 参见王爱立：《<中华人民共和国刑事诉讼法>修改与适用》，北京中国民主法制出版社 2018 年版，第 343-345 页。

押与非羁押强制措施的边界不够明确，二者存在着界限混淆的风险。《刑事诉讼法》第四次修改应当继续重视推进针对公民人身自由的刑事强制措施制度的改革，在对刑事强制措施制度进行改革完善的基础上，针对涉案财产的查封、扣押和冻结措施，以及针对公民个人隐私的技术侦查措施改革才得以产生突破性的进展。

《刑事诉讼法》的修改路径大致可包括两类，一类是类似于 2012 年修法所采取的技术性改革方式，它着眼于刑事强制措施另一类是进行体制性改革的方式，它着眼于破除那些背刑事诉讼客观规律与科学原理的体制障碍[1]。

（一）强制措施制度的技术性改革

2012 年刑诉法修改采取了技术性改革的方式，包括细化逮捕条件、审查批捕听取律师意见、建立羁押必要性审查制度等。刑诉法修改若择以技术性改革的方式，则需要重点考虑下述问题。

1.羁押审查判断机制的规范化

首先，逮捕三要件的审查方式需实现层次化转变。目前所有关于逮捕的三个要件的法律规范都旨在通过细化三要件的适用条件和情形来保证逮捕质量，减轻司法恣意。但是，立法没有对这三要件之间的关系作出明确的说明，逮捕的证据要件、刑事责任要件和社会危险性要件之间总体呈现出一种缺乏层次优位的平面结构[2]，逮捕有无必要应当是判断批捕与否的核心和关键；因此，当判断逮捕已无必要时，即便复核证据要件和刑事责任要件，也不应当进行逮捕。逮捕功能的正确定位应当是基于犯罪嫌疑人具有妨碍刑事追诉的现实可能、采取取保候审等刑事强制措施不足以防止而不得已为之的与刑事处罚严厉性质类似的先行羁押手段，因此，审查是否需要逮捕最为重要的条件就是出现难以防控的妨碍诉讼的可能性，当不存在该项可能时，则不应当施以逮捕。然而，实践中多出现证据要件和刑罚要件架空社会危险性要件的现象，引致了“构罪即捕”、“实刑即诉”等问题，为准确适用逮捕措施，正确发挥逮捕功能，应当明确社会危险性要件在逮捕的三个要件当中的核心地位。

其次，社会危险性的证明应当更加审慎化。为了准确判定犯罪嫌疑人是否具有社会危险性及其严重程度，办案机关需要对犯罪嫌疑人在社会危险性层面进行实质性评估。与逮捕的证据要件不同的是，社会危险性要件的证明除了需要凭借在案证据之外，还应依靠大量的案外证据。对社会危险性的证明不仅要关注具体的案件事实，比如，犯罪手段、犯罪次数等，还需要考虑犯罪嫌疑人的现实情况，例如，家庭境况、经济收入等。因此，社会危险性的证明应当是相对独立的，不完全依附于犯罪事实的证据和证明。从性质上看，社会危险性要件的证明是一种自然意义上的逻辑证明[3]。因此，原则上能够反映社会危险性大小的各类材料都可以纳入考量范围，这也意味着更对于社会危险性的证明应当更为审慎化。目前，随着数字检察战略的部署实施，检察机关可以利用数字技术收集犯罪嫌疑人的各项信息，通过汇聚司法、治安、消费、金融、医疗等多种类数据，形成犯罪嫌疑人的数字画像，查找与社会危险性相关的线索，辅助评估被追诉人的社会危险性，最后作出综合判定。但仍应注意的是，量化评估的结果只能作为逮捕决策的辅助，不能替代办案人的判断。即便量化评估得出了高风险的结果，也不意味着对社会危险性要件的证明已经完成，不能认为可以依此径行作出逮捕决定。另外，量化评估的结果并非不可推翻，检察官应当参照评估结果，对犯罪嫌疑人社会危险性进行审慎的审查和判断，在有合理依据的情况下可以推翻量化评估的结果。

第三，审查逮捕的程序应当更加诉讼化。逮捕是限制人身自由的最为严厉的强制措施，从保证人权的角度来看，有必要进行三方主体沟通参加的听证程序。在司法实践中，羁押必要性审查存在严重形式化的问题，通过羁押必要性审查变更为取保候审、监视居住等非羁押性强制措施的情形并不多。检察院作为负责审查逮捕的机关，应在审查逮捕的听证程序中起到主导作用，包括主持听证，听取侦查机关提请逮捕的意见，审查包括社会危险性等因素在内的证明材料。侦查机关的相关人员则应在听证会上对被提请逮捕的犯罪嫌疑人具有社会危险性进行证明。犯罪嫌疑人及其辩护人出席

---

[1] 参见谢进杰：《刑事诉讼的中国式现代化：道路与图景》，载《法制与社会发展》2024 年第 5 期，第 73 页。

[2] 参见张斌：《逮捕要件的语用逻辑与“两步式批捕”方法的建构——以新刑诉法第 79 条的理解与适用为中心》，载《中共四川省委省级机关党校学报》2013 年第 3 期，第 112 页。

[3] 参见杨宇冠、高童非：《完善审查逮捕中的社会危险性证明》，载《检察日报》2024 年 7 月 9 日，第 03 版。

听证会的权利应受保障，可以进行辩护及申请变更强制措施等。《人民检察院羁押听证办法》虽然对羁押必要性审查听证的内涵、基本要求做了规定，但规定较为粗疏，特别是没有明确羁押必要性审查听证的程序，使得原本就容易流于形式的检察听证难以保障羁押必要性审查工作的有效开展。对此，应当实现羁押必要性审查听证的审判场景化，充分保障辩护方的参与权、知情权和辩护权，建立专门的告知和听取意见程序；应当构建羁押必要性审查听证的三方诉讼构造，听证主持人由办案检察官以外的检察官担任，加强听证的中立性立场；强化质证式听证，增强办案的诉讼性，倒逼中立裁判者恪守中立立场；要加强听证员的实质性参与，针对听证员刚性参与不足的问题；要通过设置听证结果反馈机制，加强听证结果解释说明，赋予听证员程序复议权有针对性地加以解决[1]。

2.未决羁押监督和救济的透明化

长期以来，我国刑事立法和司法实践中对未决羁押期限的控制一直不够充分。现有的法律规定使我国的羁押期限被无休止的叠加，根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第 129 条，犯罪嫌疑人最长可以被拘留长达 37 天，更重要的是不论是拘留还是延长拘留的都仅需要公安机关内部批准，没有第三方的监督[2]。在侦查阶段，公安机关将剥夺犯罪嫌疑人人身自由的拘留发挥到了极致。 同时，我国《公安部规定》第 148-151 条，还规定了逮捕后的最长侦查羁押期限、延长侦查羁押、已经重新计算侦查羁押期限的情况，在加上之后审查起诉、一审、二审期限等无休止的期限计算，一旦采取了羁押措施，很有可能出现案件什么时候判决，犯罪嫌疑人什么时候才可能脱离羁押的情况。而长久以来，受到立法规定羁押期限较长的影响，我国羁押必要性审查频率也很低，几乎流于形式。由于羁押情形较多，对于犯罪嫌疑人自由极大的剥夺，如果经过审判被判处无罪，带来的就是国家赔偿等附随性后果。为了避免这种情况，实践中出现较为常见的“关多久，判多久”的情况，以此来逃避追责。对此，为将矛盾和问题化解在审判前端，有必要对侦查机关进行有效的监督。

第一，实现羁押期限与诉讼期限的分离。如前所述，羁押期限之所以漫长，是因为羁押已经异化成为获取有罪供述的阶段。公诉、审判机关将羁押期限视为办案期限，追诉何时停止，逮捕何时停止[3]，要有效缩短羁押期限，必须将羁押期限与办案期限分离。为此，一方面应当严格遵循适度、明确、封闭、救济等原则，对刑事诉讼期限规则进行系统检视与完善，以实现效率与公正价值的平衡[4]。另一方面，应区分办案期限与羁押期限的制度目的，遵循法治原则，实现羁押措施与强制措施、羁押期限与办案期限的双分离独立审查，同时依据预期刑罚确立最高羁押期限[5]。对于延长羁押期限的审查程序，有必要进行诉讼化改造，在充分听取双方意见的基础上进行严格审查[6]，促进时间审查程序走向诉讼化[7]。第二，保障逮捕后的复议复核权。虽然刑事诉讼法几经修改，但逮捕审查环节的

---

[1] 参见于丽红、邓洪涛：《论检察听证制度诉讼化改造》，载《江西社会科学》2022 年第 9 期，第 162-163 页。

[2] 《公安机关办理刑事案件程序规定》第 125 条：“拘留犯罪嫌疑人，应当填写呈请拘留报告书，经县级以上公安机关负责人批准，制作拘留证。执行拘留时，必须出示拘留证，并责令被拘留人在拘留证上签名、捺指印，拒绝签名、捺指印的，侦查人员应当注明。紧急情况下，对于符合本规定第一百二十四条所列情形之一的，经出示人民警察证，可以将犯罪嫌疑人口头传唤至公安机关后立即审查，办理法律手续。”第 129 条：“对被拘留的犯罪嫌疑人，经过审查认为需要逮捕的，应当在拘留后的三日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，经县级以上公安机关负责人批准，提请审查批准逮捕的时间可以延长一日至四日。对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，经县级以上公安机关负责人批准，提请审查批准逮捕的时间可以延长至三十日。本条规定的“流窜作案”，是指跨市、县管辖范围连续作案，或者在居住地作案后逃跑到外市、县继续作案；“多次作案”，是指三次以上作案；“结伙作案”，是指二人以上共同作案。”

[3] 参见郭烁：《羁押人口率：落实少捕慎押的另一个面向》，载《中外法学》2024 年第 3 期，第 584 页。

[4] 参见于增尊:《效率追求如何契合公正:刑事诉讼期限立法的基本原则》，载《法学杂志》2019 年第 5 期，第 112-121 页。

[5] 参见陈瑞华:《未决羁押制度的理论反思》，载《法学研究》2002 年第 5 期，第 60-83 页。

[6] 参见孙长永主编:《中国刑事诉讼法制四十年》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 334- 353 页。

[7] 参见郭晶：《英美法系迅速审判权与欧陆法系诉讼及时原则之间的制度对话——比较法视野下的刑事诉讼“合理期

行政色彩仍然浓厚，被追诉人对逮捕决定不服的救济途径并不畅通[1]。为此，有必要保障被追诉被批准逮捕后的复议复核权，以及对羁押必要性审查结果声明异议和寻求救济的行政外途径。

（二）强制措施制度的体制性改革

刑事诉讼的中国式现代化要致力于破除那些违背刑事诉讼客观规律与原理的体制障碍，深化刑事诉讼的体制改革。

一方面，将对限制人身自由强制措施的司法审查权转移到法院。以审判为中心不仅是限于庭审中作出对被告人的有罪判决，通过庭审对事实、证据、法律适用进行检验，同时对关乎着犯罪嫌疑人人身自由权的强制措施也要接受司法审查，由中立的裁判方做出裁定[2]。 被告人有权要求法官对强制措施的合法性和公正性进行审查，法院对羁押情况进行事中监督和事后监督。通过法院的司法控制保障能够促进强制措施依法适用，同时也有助于取保候审所附条件的精准化。

第二方面，完成看守所转隶，逐步实现全国各级看守所成建制地从公安机关专归司法行政机关隶属，以防止“以押代侦”等现象。全体看守所的管教民警继续保留现有的身份和待遇，全部看守所设施整体转由司法行政机关进行管理，看守所回归到纯粹的看管职能，与监狱同属一个主管机构，便于相互衔接。这种将看守所整体移交司法行政机关的改革思路，与当年监狱整体从公安机关转由司法行政机关管理的改革是一样的，只要操作得当，不会引起大的冲击和震荡。同时，要及时跟进配套细则，如，改善未决犯居住条件，解决未决羁押与刑罚执行职能混同的问题，废止在看守所内设置特情人员的做法，刑案审讯全程录音录像，监所信息共享，监所联合考察等[3]。

第三方面，合理调整审前羁押内部考核指标。要充分考虑经济社会发展程度和民情传统，考核指标设置要循序渐进，逐步扩大范围。宏观上通过考核指标对刑事案件总体调控后，还可以留有一定的数据冗余，给检察官能动履职的空间。因为嫌疑人的社会危险性无法完全量化，有时也需要结合既往案件审查的经验来综合考虑。同时，考核指标要适应案情动态变化，比如有些捕后轻缓刑案件，捕前有证据证实构罪但嫌疑人拒不认罪，捕后双方和解谅解或者认罪认罚从轻，嫌疑人因此被判缓刑，不应作为逮捕的负向指标。实践中，批准逮捕率不能完全反映羁押率，因为两者在检察业务应用系统中所提取的公式不同。批准逮捕率是批准逮捕人数与公安机关提请逮捕人数的比率，而羁押率包括两种，一种是审前羁押率，公式是“审结时强制措施为逮捕/起诉人数”，另一种是诉前羁押率，公式是“审结前强制措施为刑拘或逮捕的人数/起诉和不起诉的人数”。目前，最高检更为关注诉前羁押率，对于诉前羁押率，其数值的计算方法仍然有待进一步优化，主要是分子上的两项数据。首先是批捕数，根据考核统计办法，只要经审查逮捕程序批准逮捕的就会带入公式从而影响审前羁押率，即使通过羁押必要性审查变更强制措施，也不会改变数值。这样统计不利于羁押审查的实质化、常态化开展，因而有必要减去羁押必要性审查改变强制措施的人数。其次是刑拘直诉数。根据刑诉法的规定，检察机关有批准逮捕决定权，公安机关有刑事拘留的决定权，但检察机关无法控制刑拘人数。从实践中看，刑拘直诉通常针对一些采取取保候审不足以防止发生社会危险性的惯犯，是保障诉讼活动的一种必要措施，刑拘直诉的嫌疑人通常也都是被判处实刑的。顺应司法需求的刑拘直诉案件不应成为审前羁押的负面影响因素。

二、刑事强制措施制度的体系性重构

长期以来，我国刑事司法中存在着逮捕率、羁押率畸高以及不起诉率畸低等问题，阻碍法治文明发展和人权司法保障进程。2020 年 1 月，全国检察长会议上正式提出“少捕慎诉慎押”的要求，逐步形成检察司法理念并付诸实践。最高人民检察院推行少捕慎诉慎押的工作要求之后，检察机关不捕率、不诉率以及诉前羁押率均发生了明显变化，2022 年 1 月至 9 月，全国检察机关批捕率同比下降 41%，不捕率同比增加 12.2%，检察机关批准逮捕率、捕后不诉率均出现了明显的下降趋势[4]。可

间”》，载《西安交通大学学报(社会科学版)》2018 年第 4 期，第 97 页。

[1] 参见张云鹏：《捕后羁押必要性审查制度的完善路径》，载《法学》2015 年第 1 期，第 156 页。

[2] 参见闵春雷：《以审判为中心：内涵解读及实现路径》，载《法律科学》2015 年第 3 期，第 35-43 页。

[3] 参见杨力：《从基础司改到综配司改：“内卷化”效应纾解》，载《中国法学》2020 年第 4 期，第 164 页。

[4] 参见《最高检发布前三季度全国检察机关主要办案数据——依法能动履职，法律监督质效持续向好》，载中华人民

以看出，观念改革外加指标考核能够带来司法现状的实质性改变。但是在看到成绩的同时，也应当认识到，如果不在立法层面进行改革和完善，羁押率与非羁押率用将不断受外在政策的影响而大幅波动，难以保障刑事强制措施制度的平稳运行。

从比较法的观察来看，我国刑事强制措施制度需要体系性重构。重构我国刑事强制措施制度首先应当遵循无罪推定的理念，明确羁押性强制措施与非羁押性强制措施的界限，其次，对于羁押性强制措施，应当逮捕、拘留和羁押的分离，将逮捕、拘留作为羁押的前置程序。对于非羁押性强制措施，实行取保候审和监视居住的统合，扩大我国附条件非羁押的的范围。

（一）明确羁押与非羁押性强制措施的界限

羁押性强制措施与非羁押性强制措施最显著区别在于，羁押性强制措施是以专门机关控制下的监所执行为基本特征，非羁押性强制措施则以社区执行为基本特征。是否直接受控于专门机关控制下的场所，对于犯罪嫌疑人、被告人的人身自由的限制程度最为显著。

就羁押性强制措施而言，拘留、逮捕、包括指定居所监视居住，实际都是通过剥夺犯罪嫌疑人、被追诉人人身自由的方式，令他们在脱离社会环境的场所中接受事实上的调查甚至惩戒。在外观上，无论犯罪嫌疑人、被追诉人被事实上羁押于看守所或者是指定居所，这类场所的共性有三，一是不能保证让被羁押的日常生活不脱离社会环境，二是活动范围往往十分狭窄，三是生活条件普遍较差，对犯罪嫌疑人、被告人的人格尊严造成了不同程度的侵犯。

就非羁押性强制措施而言，拘传、取保候审和监视居住对犯罪嫌疑人、被告人人身自由的限制十分有限，拘传仅以到案为目的对被追诉人施加临时的强制；取保候审和监视居住实施的主要目的除了保证被追诉人到案外，还在于防止其实施有碍诉讼的行为，因此其诉讼保障强度高于拘传。但是，在执行方式上，取保候审和监视居住选择令犯罪嫌疑人、被告人在不脱离社会的前提下，于社区内执行，其实施强度尚未达致剥夺被追诉人人身自由的程度，因此属于非羁押性强制措施。

对羁押性强制措施体系与非羁押性强制措施体系分别予以重构，以解决“一押到底”、“一放了之”、“久押不决”、“超期羁押”等具体问题。

（二）羁押性强制措施的制度完善

羁押性强制措施体系完善的重心在于，明确羁押性强制措施初次适用的条件和程序，规范羁押措施二次转换的审查机制，以及完善针对羁押措施的救济和监督机制。

1.明确羁押措施初次适用的条件和程序

第一，在立法上明确实现逮捕、拘留和羁押的分离，将逮捕、拘留作为羁押的前置程序。这里的逮捕相当于其他国家和地区的有证逮捕，而拘留相当于其他国家和地区的无证逮捕，即紧急情况下的逮捕[1]。逮捕和拘留均属于临时性限制公民人身自由的强制措施。由于羁押属于较长时间限制被追诉人人身自由，因此需要落实司法授权原则，由法院通过对羁押理由的审查，决定是否适用未决羁押措施。

第二，调整适用逮捕和拘留的条件。法院、公安机关统一对逮捕定位与功能的认识需要转变，即捕与不捕，与法院审判结果的轻重二者之间没有必然的联系。并且，逮捕所承载的是诉讼保障功能，而非刑罚化的惩戒、震慑功能。对于现行犯和准现行犯，公安机关可以拘留。在审查是否有必要对被追诉人采取羁押性强制措施方面，首先应当重点考察备注四 u 人社会危险性的大小，其次考虑其他因素。有下列情形之一而情况紧急的，公安机关可以先行拘留：（1）根据现行犯的供述，有重大共犯嫌疑的；（1）在执行羁押时或者在押中而逃脱的；（3）可能判处 1 年以上有期徒刑以上刑罚，有重大犯罪嫌疑，经被盘查而逃脱的；（4）可能判处 3 年以上有期徒刑以上刑罚，嫌疑重大，有事实足以认定有逃亡危险的。先行拘留后，应当报请检察机关签发逮捕证。公安机关对于被拘留的人，应当在拘留后 3 小时以内讯问；在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。对于有证据证明有犯罪嫌疑，可能判处 1 年以上有期徒刑以上刑罚，采取非羁押措施不足以防止发

共和国最高人民检察院官网， https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202210/t20221015_589129.shtml#1，最后访问时间 2024 年 9 月 27 日。

[1] 参见陈瑞华:《未决羁押制度的理论反思》，载《法学研究》2002 年第 5 期，第 60-83 页。

生社会危险性的,经检察机关书面批准，公安机关可以实施逮捕。

第三，明确规定适用羁押的条件和程序。对于被拘留或逮捕的人，认为需要羁押的，应当在拘留后的 48 小时以内，提请人民法院审查决定。在特殊情况下，提请审查决定的时间可以延长至 72 小时。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查决定的时间可以延长至 96 小时。经法官聆讯后，认为犯罪嫌疑重大，且有下列情形之一的，可以决定羁押：（1）根据一定的事实，可以确定被追诉人逃跑或者具有逃避刑事诉讼的危险的；（2）被追诉人的行为构成毁灭、伪造、变造、隐藏证据或者串供、串证等妨碍司法危险的；（3）所犯为死刑、无期徒刑或最轻本刑为 3 年以上有期徒刑之罪的；（4）有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的；（5）为了保护被追诉人的安全和利益的；（6）被追诉人姓名或者住所不明的。法官进行聆讯时，检察官应当到场陈述提请羁押的理由并提出必要的证据，被追诉人有权出席法庭且有权获得律师的帮助。

第四，实现未决羁押期限与办案期限的分离。现行刑诉法未实现羁押期限与办案期限的分离，仅规定对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过 2 个月。可以考虑参照我国台湾地区刑事诉讼法的规定，明确审判阶段羁押期限不得超过 3 个月。《意大利刑事诉讼法典》第 303 条根据依法应判处的刑罚轻重不同，规定审判前的预防性羁押的最长持续期分别为 3 个月、6 个月、1 年；一审阶段的预防性羁押的最长持续期分别为 6 个月、1 年、1 年 6 个月、2 年；适用简易审判的案件，一审阶段的预防性羁押的最长持续期分别为 3 个月、6 个月、9 个月；上诉审阶段的预防性羁押的最长持续期分别为 9 个月、1 年、1 年 6 个月、1 年 6 个月。这种规定最长羁押期的做法亦可作为参考。

2.规范羁押措施二次转换的审查机制

羁押措施的二次转换以延长羁押期和羁押必要性审查为主要体现。

首先，在明确首次羁押期限的前提下，规定有继续羁押之必要的，可在期间未满前，经法院讯问被告人后，以裁定批准延长。参照我国台湾地区刑诉法第 108 条的规定，在侦查中延长羁押期间，应由检察官附具理由，至迟于期间届满之 5 日前提请法院裁定；延长羁押期间，侦查中不得超过 2 个月，以延长一次为限；审判中不得超过 3 个月，如所犯最重本刑为 10 年以下有期徒刑，第一审、第二审以三次为限；羁押期限已满未经起诉或审判的，视为撤销。

其次，明确羁押必要性审查后强制措施的转换类型。现行刑诉法第 95 条仅规定，对不需要继续羁押的犯罪嫌疑人、被告人，应当建议予以“释放或者变更强制措施”，而没有明确转换后所适用的强制措施的具体类型。被追诉人经审查不必继续羁押的，意味着不具有适用羁押性强制措施的必要，若不符合释放规定的，则应转换为非羁押性强制措施。

再次，补充监督机关依职权进行羁押必要性审查的频率规定。刑事诉讼法没有对羁押必要性审查的频率作出规定；有关规范性文件规定，对于审前起诉阶段未经羁押必要性审查、可能被判处三年以下有期徒刑刑罚的在押犯罪嫌疑人，检察院应当在公诉前依职权开展一次羁押必要性审查。 刑事诉讼法应当补充针对羁押状态的复查频率规定。

最后，羁押必要性审查原则上采用诉讼化的形式。检察机关如在审查起诉阶段采取听证方式进行羁押必要性审查，应当主动邀请侦查机关、案件双方当事人、辩护人、人民监督员、人大代表、政协委员等参加听证会，综合听取各方意见，增强捕诉说服力和透明度，有效化解社会矛盾。听证参与者为侦查人员、被羁押人及其辩护人；法院如在审判阶段采取听证方式进行羁押必要性审查，参与者为检察官、侦查人员、被羁押人及其辩护人；被羁押人如未委托律师辩护，可以为其提供法律援助，注重辩护人以及被追诉人在羁押必要性审查中的参与作用，适当加强听证的对抗性因素，尝试将诉讼程序中的质证、辩论环节引入听证模式中，有利于保证羁押听证程序发挥实质作用。

另外，明确听证后作出“释放或者变更强制措施”决定的刚性效力，而非仅仅停留于“建议”。同时，落实捕后跟踪制度。全面推进捕后羁押必要性审查，对社会危险性评估条件发生变化的，及时变更强制措施，防止“一押到底”。

3.落实逮捕社会危险性实质审查制度

目前，需要继续强化对逮捕措施审查适用的把关，落实逮捕社会危险性实质审查制度，重视社会危险性量化评估工作，引导检察官从罪名性质、赔偿谅解、有无妨碍诉讼等方面精准评估逮捕必要性，同时优化审查逮捕办案模式，避免强制措施滥用。检察机关对审查批捕的标准和程序进行和

规范和加强，包括严格审查批捕的条件和期限、强化辩护人的权利和保障、加强司法监督等。对于公安机关提出的审查批捕申请，检察机关必须进行审查，及时指导纠正，确保批捕决定符合法律规定和程序要求。检察官需要充分权衡逮捕和非羁押措施之间的关系，以尽可能的保护被逮捕人的合法权益。如果没有足够的证据支持逮捕，或者可以采取其他限制人身自由的措施，那么检察官应选择非羁押措施，如果被逮捕人被证明无罪，检察官应承担相应司法责任。

4.完善针对羁押措施的救济和监督机制

一是有必要完善辩方申请变更羁押性强制措施的保障机制。在法院作出羁押裁定之后，在庭前会议程序中，被羁押人有权提交变更强制措施申请，并附上任何他希望法院了解的有关事实和法律申辩；被羁押人也可以对法院的羁押裁定提出上诉，上级法院的法官在聆讯申请后，可作出维持、撤销或变更下级法院的决定。二是应当促进羁押场所的中立化。看守所从隶属于公安机关转为隶属于司法行政机关，可以增强看守所参与监督羁押期限的主动性。看守所应当负责羁押期限的审查，对于羁押期限即将届满的被追诉人，看守所有义务提醒办案机关；而对于已经超期羁押的，看守所应当及时通知驻所检察人员。三是建立羁押场所巡视制度。由人大代表、政协委员等定期或不定期开展对羁押场所的巡视工作，以保障被羁押人获得人道的待遇以及对公权力机关侵犯其权利的行为进行投诉。四是采取驻所检察与巡回检察相结合的方式，加强检察监督的有效性。五是落实超期羁押时的赔偿制度。我国《国家赔偿法》坚持的是无罪羁押赔偿原则，并且明确将轻罪错误重判导致的超期羁押排除在赔偿范围之外[1]。实践中，因轻罪错误重判而致的超期羁押不在少数，可考虑通过修改《国家赔偿法》，将此情形纳入国家赔偿范围，由国家承担赔偿责任。

（三）非羁押性强制措施的制度完善

非羁押性强制措施体系完善的重心在于，形成以主观实际质效为落脚点的分流与转化适用体系。实行取保候审与监视居住的统合，采取诉讼化的方式决定附条件非羁押限制的具体内容及其变更、解除，并且规定被追诉人违反行动限制规则的后果。

1.促进非羁押措施初次分流梯度的形成

第一，划定非羁押措施的适用范围。一方面，对刑诉法第 67 条第 2 款规定进行细化，明确对于被追诉人认罪认罚态度良好、可能被判处三年以下有期徒刑、管制、拘役的，应当适用取保候审；对于可能被判处三年以上有期徒刑的，应当审查采取取保候审是否引致社会危险性，对于不采纳取保候审的应当说明理由。另一方面，明确监视居住的适用范围和实施方式。相对于取保候审而言，监视居住是对被追诉人的活动附加具体范围管控的强制措施，为此，要注意划定监视居住的适用范围，取消第 74 条第 1 款中“因为案件的特殊情况或者办理案件的需要”以及“羁押期限届满，案件尚未办结”时的适用情形，避免监视居住沦为现实的变相羁押。同时，转变监视居住的实施方式，借鉴司法实践中的非羁押数字化监管措施的合理之处，以数字科技手段赋能监视居住行踪检测的准确性，提升监管质量和管理效率。第二，贯彻比例原则，以附加义务的形式细化分流格局。如前文所述，对于非羁押强制措施的适用而言，现有的分流要素在内容设置上仍然过于粗疏，无法较好地兼顾被追诉人的特殊性，影响非羁押措施的实施质量。基于此，对于取保候审而言，有必要针对被取保人的特殊情况，细化诸如通信、地域、活动等个别裁量义务，充分考虑到被追诉人的个性化情况，必要时按照犯罪的轻重、特点及被取保人的习惯设置具体的附加条件，形成案件与案件之间、被取保人相互之间的取保强度差异。同时，由于被追诉人认罪认罚是适用非羁押措施的重要考量因素之一[2]，因此对于轻罪案件被追诉人而言，应当允许一部分犯罪轻微、认罪态度好、积极赔偿补偿被害人的被追诉人适用类似于“传唤”的方式，仅指示其在特定的日期到案即可。第三，明确分流及诉讼保障效力的确定性。非羁押措施之所以适用率长期低下，重要原因之一是在实际执行过程中对犯罪嫌疑人、被告人的约束力有限，难以保障诉讼活动顺利进行，致使办案人员对适用非羁押性强制措施缺乏信心[3]。因此有必要强化非羁押措施的诉讼保障功能，严格对于违反取保候审、监视居住规定义

---

[1] 参见张新宇：《轻罪重判国家赔偿案件的困境与出路》，载《法商研究》2023 年第 3 期，第 173-186 页。

[2] 参见熊秋红：《“两种刑事诉讼程序”中的有效辩护》，载《法律适用》2018 年第 3 期，第 80-101 页。

[3] 参见孙长永：《少捕慎诉慎押刑事司法政策与人身强制措施制度的完善》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 2 期，

务的追究措施。如可以明确规定，被追诉人违反取保候审、监视居住规定的，其违背义务的行为将在一定程度上与其认罪自愿性、真实性效度相挂钩，对其后量刑建议的内容产生实质影响；又如，可在我国实体法中就违反刑事强制措施义务增设相关罪名，以此对被追诉人形成一定的威慑效力，同时减轻侦查机关适用非羁押措施的隐虑。

2.促进非羁押措施体系内的二次转化

非羁押性强制措施的转化主要体现在转化型逮捕的适用情形上。对于那些违反取保候审、监视居住适用规定的犯罪嫌疑人、被告人，倘若在存有违反情形时一律转化为羁押，显然不合乎非羁押强制措施限制和减少羁押适用的目的。取保候审、监视居住的适用，包括可能的二次转化适用环节，均应当严格坚持其羁押替代性措施的立法定位，真正令审前羁押作为一种例外而不是默认的带有惩戒、制裁属性的违反标准来适用。基于此，取保候审应当是最主要的非羁押性强制措施，而监视居住基于在适用范围及义务上的限制，一定程度上可以被视作是取保候审所附条件的一类特殊形态，监视居住在非羁押强制措施体系内部应当成为取保候审的必要补充。当犯罪嫌疑人、被告人违反既定的取保候审、监视居住规定，需要结合所违反的具体规定对所附条件进行个别考量。第一，原则上应在本体系内部经由限制等级的提升来进行转化适用。举例而言，若被追诉人违反的是涉及活动范围的适用规定（如未经执行机关批准擅自离开所居住的市、县），或是违反了在传讯时及时到案的规定，对于前者，可以将其活动范围在市、县的基础上视个案情形进一步缩小；对于后者，则可没收其已经缴纳的保证金或通知其保证人，在没有必要向羁押性措施体系转化时，向违反义务的被追诉人补充规定更高频次的到案时限规定，以相对更严的措施对被追诉人施加限制。第二，关于“情节严重”的判断标准。若要实现非羁押措施体系向羁押性措施体系的转化，则办案机关应当证明被追诉人违反义务的具体情节在相当程度上等同于适用羁押的标准，并通过司法化的形式将转化理由向被追诉方进行说明；同时，保障被追诉人申请同级检察机关或法院审查该决定是否符合比例原则的权利。

3.继续探索非羁押措施管理执行模式

第一，继续探索非羁押措施的监管模式。在制度设计上，羁押性强制措施在操作上更为简便，改变高羁押率仍需付出更多努力。探索创新羁押替代性措施是有效降低诉前羁押率的有效手段，例如定位 APP、电子手环等科技手段的适用可以有效兼顾监督效果和被追诉人的人身自由。但上述科技手段需要“智慧城市”的建设予以配套，杭州“非羁码”依托阿里巴巴集团的配套技术支持，并非全国所有地区都具备相似的条件。因此在执行方式上，并非所有地区都有条件以电子监管的形式采取非羁押强制措施，且非羁押数字监管本身面临着许多现实困境，非羁押措施的监管模式仍有继续探索的空间。一方面，完善电子监控设备及其智能监控平台。在完善“电子手铐”设备方面，可使用物联网 SIM 卡，并利用基于基站定位、WIFI 定位等多种定位技术相结合的方式，增强手表式“电子手铐”信号的稳定性，同时在待机时间的延长方面增加投入，以弥补电量不足导致无法定位等问题，同时要在“电子手铐”外观的亲和性等方面予以提升。 在完善“电子手铐”智能监控平台方面，还需要拓展一些相关功能。如在自动报警的基础上增设双向短信提示功能，当被取保候审的未成年人违反相关义务时，“电子手铐”智能监控平台会自动发出警报，该警报信息不仅要给案件承办人发送，也要给涉罪未成年人的监护人、保证人发送，作为提示性警告，以便及时采取相应的措施。智能监控平台还应在数据汇集、统计分析、预警研判等方面进行完善，实现对数据流进行精确梳理、筛选，定期作出阶段性分析，运用发散性思维发现“类问题”或“潜信息”，为趋势预测和风险防控提供参考数据。之后，要进一步打破信息壁垒，与全国检察机关统一业务应用系统实现对接，真正用网络监管替代人工监管。 另一方面，提升电子检控的网络安全性能。一是应当使用身份认证和全程留痕技术，确保运营者在平台上的每一项操作都能实名存储记录，并且建立适合运营者不同身份的权限划分机制，限制其越权访问。二是建立一条 3G/ 4G 无线 VPDN 专网，VPDN 采用专用的网络安全和通信协议，使监管单位在公共网络上建立相对安全的虚拟专网。“电子手铐”的信号可以经过公共网络，通过虚拟的安全通道传至智能监控平台，而公共网络上的其他用户则无法穿过虚拟通道访问智能监控

第 108-131 页。

平台，有效地防止黑客的恶意攻击。三是为防止黑客截取信号并进行信息欺骗，应当对信息进行加密传输，在智能监控平台后端安装加密机，并在“电子手铐”植入加 解密芯片，利用综合算法对通讯信息进行高度加密，以保护用户的信息不被包括黑客在内的第三 方窃听，有效地保障信息传输安全。

第二，统合取保候审与监视居住为附条件非羁押。具体来看，取保候审和监视居住均相当于域外的附条件保释，只是所附条件宽严程度不同而已，监视居住更加严格地限制了被追诉人在社区内的活动范围，因此，可以将取保候审和监视居住进行统合。对于非羁押性强制措施的监管和执行，可以考虑借鉴域外的行动限制令制度，有针对性地依据个案和个人的情况，拓宽更多附条件非羁押的内容和执行方式。行动限制令既可以在采取取保候审措施时适用，也可以在取保候审期间适用。此外，添减所附条件或变更执行方式可采取诉讼化的形式，附条件非羁押强制措施具体内容的变更和解除宜采取诉讼化的形式，在认真听取被追诉人及其辩护人、所在社区的意见后，审慎作出决定。同时，细化规定被追诉人违反附条件非羁押限制措施的后果，这类后果可以视情况定为更高限制条件的附加添设，附加、变更条件应充分体现个案及个人的特殊属性。另外，非羁押措施的管理和执行还有必要探索轻微刑事案件赔偿保证金制度。据实证研究显示，轻微刑事案件赔偿保证金制度能够有力破解轻微刑事案件赔偿难等问题，在实践中探索建立轻微刑事案件赔偿保证金制度有一定的价值。对于某些被害人方拒绝接受赔偿导致未能达成刑事和解的案件，应当允许被追诉人家属在公证处提存一定数额、足已赔偿被害人损失的赔偿保证金，从而充分保障当事人合法权益，促进矛盾化解和关系修复。

4.完善针对非羁押措施的救济和监督机制

由前文论述可知，现有的针对非羁押措施的救济途径的特点在于，被追诉人的救济期待囿于行政体系内的运作而难以实现，其实施效果非常有限。完善对非羁押措施的救济与监督重点在于，拓宽限制公民人身自由的司法救济路径。为此，一方面，应当逐步建立独立的非羁押措施实施机构。目前，取保候审和监视居住均由公安机关执行，受行政治罪理念的影响，被追诉人的救济诉求在现有行政框架内难以得到充分保障。未来可以探索将非羁押措施的实施、执行、监督工作与县级以上负责社区矫正工作的司法行政机关相结合，形成一套行政追诉框架之外的救济体系。如此一方面可以相对减轻侦查人员的办案负担，又能够令执行机构与救济决定机构相互分离，为被追诉人审前合法权益的救济提供更多的可能。另一方面，应当辅之以非羁押强制措施信息网络的全领域覆盖。数字技术驱动下，法律监督与管理得以在深度和广度上不断拓展[1]。可以借鉴保释制度较为成熟的国家和地区的经验，建立非羁押强制措施制度信息平台，所录入和上传的具体信息包括被追诉人的人身基本信息、非羁押措施适用类别和具体时限、实施方式和附加条件等等。同时，将非羁押强制措施信息网络与国民人口数据网络平台实现对接，公安司法机关在作出非羁押决定措施之后，应及时将特定个人相关信息录入该平台，并与交通、金融等部门共享，以此实现对被追诉人流动性的全面掌控，提高非羁押人员的监管质效。

[1] 参见熊秋红：《实现法律监督现代化的基本路径》，载《人民检察》2023 年第 11 期，第 51 页。

我国刑事拘留的合理期限研究——以 2140 名犯罪嫌疑人的实证数据分析展开

刘红岩 李江艳[*]

摘 要：现行羁押治理评价体系大多未将刑事拘留的合理期限作为独立研究对象，但鉴于刑事拘留所具有的限制人身自由之实质，将其作为独立问题予以研究具有理论需要和实践意义。经对最新刑事拘留期限相关数据的分析发现，刑事拘留的期限方面存在延长拘留期限情形、且羁押期限到 30 日较为常见、申请延长理由"冷热不均"等特点，刑事拘留期限存在平均时限过长、期限计算与延长理由设置科学性不足、外部监督审查机制缺失的问题，需在重申应然状态下刑事拘留单一强制到案功能之前提下，短期内进行时长计算标准、适度缩短三类案件拘留期限与强化类型化审查机制等立法内容改革；长远看，则还需要在借鉴域外羁押审查司法化原则的基础上，构建刑事拘留的分段式二元制的审查模式，并不断完善犯罪嫌疑人的事后救济，发挥其对刑事拘留期限的外部监督作用。

关键字：刑事拘留，合理期限，实证分析，审查机制

由于刑事拘留是直接改变犯罪嫌疑人自由状态的羁押性强制措施，对于侦查机关全面收集犯罪证据查明犯罪事实、降低社会现行犯或重要嫌疑犯罪分子的社会危害性、推进案件进程具有极大的保障作用。故对其进行单独研究，意义重大。多年来的司法实践表明，多数研究[1]关注焦点集中于阶段性研究羁押期限或逮捕等羁押性强制措施的必要性审查，仅有少部分研究[2]单独研究刑事拘留的期限问题，这在一定程度造成对刑事拘留期限问题的不重视，那究竟什么是刑事拘留的合理期限？适用刑事拘留的犯罪嫌疑人的法定期限具体为多少天，延长理有哪些特点、存在哪些问题？如何厘定刑事拘留的双重功能，推动刑事拘留法定期限及延长理由的立法改革，切实加强犯罪嫌疑人权利救济，实现惩罚犯罪与保障人权并重的司法目标，是当下刑事拘留的合理期限应当关注的问题。

一、刑事拘留合理期限概述

（一）什么是刑事拘留的合理期限？

在我国，刑事拘留一般是指公安机关、人民检察院在遇到法定紧急情况时，依法临时剥夺某些现行犯或着重大嫌疑分子人身自由的一种强制措施。[3]查阅《世界各国刑事诉讼法》规定中有关现行犯和逃跑嫌疑相关条款发现，各国有关侦查阶段的拘留与逮捕等强制措施称谓不一。例如，在德国具有相似目的或功能的强制措施被称为临时（暂时）逮捕[4]，在逮捕后的规定时间内，由法官对其进行讯问，并决定是否释放、签发逮捕令或予以暂时安置；在法国现行《刑事诉讼法典》中明确规定了拘留这一强制措施，且这一措施的适用条件与我国刑事拘留较为相似，与此同时法国《刑事诉讼法典》在预审法官这一编里还规定了先行羁押[5]，先行羁押虽与刑事拘留称谓不同，但依然是预审法官对现行犯等嫌疑分子采取的临时性强制措施之一；在英国的 1984 年《警察于刑事证据法》中规定对正在实现犯罪的嫌疑分子适用的逮捕这一强制措施，且将逮捕分为无令逮捕和命令逮捕两种，

---

[*] 刘红岩，中国人民警察大学公安法学院院长、教授；李江艳，中国人民警察大学公安法学院公安刑事执法教研室讲师。

[1] 孙长永：《未决羁押的合理期限及其法律规制》，载《交大法学》2024 年第 1 期；郭烁、贺言：《少捕慎押背景下的羁押适用检视》，《社科纵横》2022 年第 5 期；孙长永：《少捕慎诉慎押刑事司法政策与人身强制措施制度的完善》，《中国刑事法杂志》2022 年第 2 期；谢小剑：《审前未决羁押率下降：基本特点与成因解析》，《中国刑事法杂志》2021 年第 4 期；郭烁：《徘徊中前行：新刑诉法背景下的高羁押率分析》，《法学家》2014 年第 4 期；易延友：《刑事强制措施体系及其完善》，《法学研究》2012 年第 3 期。

[2] 孙长永：《诉前羁押实证研究报告———基于两个基层检察院 2017~2021 年起诉书和不起诉决定书的统计分析》，载《现代法学》2023 年第 3 期；张栋：《我国拘留和批捕的定位与完善》，《政法论坛》2020 年第 6 期；谢小剑：《论我国刑事拘留的紧急性要件》，《现代法学》2016 年第 4 期；李哲：《短期限制人身自由刑事强制措施体系之比较与完善》，《国家检察官学院学报》2015 年第 5 期。

[3] 参见《刑事诉讼法学》编写组：《刑事诉讼法学》（第四版），高等教育出版社 2022 年版，第 189 页。

[4] 《德国刑事诉讼法》中第 127 条规定："如果现行犯罪被发觉或被追捕的人员有逃跑嫌疑或者不能被立即地确认身份，即便没有法官的命令，任何人都有权将其暂时逮捕"

[5] 《法国刑事诉讼法典》第 62-2 条规定："只有在拘留成为达到下列目的之一的惟一方法时，才得采取该项措施:1.为了能够进行需要该人到场或者需要其参与的调查；2.为了保障将该人送交共和国检察官，以便该司法官对案件的调查作出后续决定；3.为了阻止该人更改证据或者事实痕迹；4.为了阻止该人对证人或被害人以及他们的家庭或亲属施加压力；5.为了阻止该人与其他可能是正犯或共犯的嫌疑人相互串通；6.为了保障旨在制止重罪或轻罪的措施得到实施。"

其中警察的无令逮捕中包括了将要实施犯罪的人、正在实施犯罪的人、有合理理由怀疑即将实施犯罪的人和有合理理由怀疑正在实施犯罪的人，逮捕后的拘留期限分为无指控的拘留和指控后的拘留。综上可得，世界各国虽然对具有临时限制人身自由的强制措施命名略有不同，但这一强制措施却是刑事诉讼过程中必不可少的强制措施之一，且有关其适用期限的问题，各国均有一般性与特殊性规定。本文以此类强制措施为研究对象，以实证和比较为研究视角，对刑事拘留的合理期限进行分析。

刑事拘留的期限规定为多少最为合适是刑事拘留的合理期限研究需要回答的首要问题之一，而这一问题与诉前羁押、未决羁押、审前羁押等相关概念关系密切（详见刑事拘留相关概念列表）。从下表分析，从未决羁押、审前羁押的概念和时间跨度来看，虽然英美法系与大陆法系对其概念理解不尽相同，但是这一概念的起始时间却基本一致，即为犯罪嫌疑人被拘捕之日起计算羁押时间，而诉前羁押则明显包含了刑事拘留。因此，诉前羁押、未决羁押与审前羁押的时间跨度都以犯罪嫌疑人或被追诉人被拘留之日起算，也即刑事拘留被完全包含在三概念之中予以讨论与研究。本课题组从三概念中将刑事拘留抽离，以未决羁押的概念范畴及现有研究为基础，对刑事拘留的合理期限进行独立研究。

刑事拘留相关概念列表

	时间跨度
刑事拘留	是指侦查机关犯罪嫌疑人被临时剥夺人身自由的强制措施。
诉前羁押	应当是指在检察机关提起公诉或不起诉以前,犯罪嫌疑人因拘留、监察留置、逮捕而被剥夺人身自由的状态。
未决羁押	未决羁押是指载最终判决之前，被追诉人被剥夺自由的状态。
	在欧洲大陆，未决羁押期限一般是指犯罪嫌疑人被拘捕之日起至终审判决宣告之前被剥夺自由的时间。[1]
审前羁押	在英美，审前羁押期限一般是指自犯罪嫌疑人被拘捕之日起至一审案件开庭审理之前被剥夺人身自由的时间，一旦经初审判决宣告有罪,被告人即不再受无罪推定原则的保护，而由管辖法院依法裁量决定是否继续予以羁押。

至于什么是合理期限？有学者从未决羁押的角度进行分析得出，现代国家一致要求未决羁押不得超过“合理期限”，但有关什么是未决羁押的合理期限却有不同的理解，而且国际人权组织很难给出统一的明确答案。然而有学者在公民申诉的大量判例中研究发现，未决羁押的合理期限不仅不同地区曾作出具有约束力的决议，而且联合国人权事务委员会在多项文件决议中也有所涉及。因此，国际社会关于什么是未决羁押的“合理期限”的判断标准已经达成共识，即从合法性、比例性、合理性、定期审查、勤勉性五个方面做出规定，但法律规定通常较为笼统，具体期限还需要根据每个案件的具体情况进行评估，“主要兼顾到案件的复杂性、被告人的行为以及行政和司法当局处理案件的方式。[2]刑事拘留作为未决羁押的重要组成部分，其本质是对公民人身自由的暂时性剥夺，实际效果与自由刑的惩罚类似，其合理性的判断自然应承袭上述五个方面的判断标准，但是本课题组主要以刑事拘留期限的实证研究与立法修改为目标，所以本文的刑事拘留的合理期限研究范围以法律修改及配套的审查机制完善为主要着力点。

[1] See Recommendation Rec (2006) 13 of the Committee of Ministers to member states on the use of Remand in custody，the conditions in which it takes place and provision of safeguards against abuse ，Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006，Sec.1.

[2] 参见孙长永：《未决羁押的合理期限及其法律规制》，载《交大法学》2024 年第 1 期，第 9 页。

（二）刑事拘留的合理期限必要性

以刑事拘留与前述三概念范畴为讨论前提，目前在学界有“是否存在独立的刑事拘留期限”的疑问。学者根据“《刑事诉讼法》第 91 条的规定，刑事拘留是逮捕的先行措施，只有需要提请审查批准逮捕的犯罪嫌疑人，才能在刑拘后予以羁押至 3 日以上，否则应当尽快释放或者变更强制措施”，得出法律上并不存在独立的“刑拘期限”，通常所谓“刑拘期限”只能是“刑事拘留后提请审查批准逮捕”所需要的时间[1]，但是笔者认为刑事拘的合理期限应有单独讨论，这主要是因为：

首先，从刑事拘留的性质角度分析，刑事拘留是侦查阶段的一项独立的强制措施，具有限制人生自由的本质特征，是一种强制力较强、影响性较大的措施，合理期限设置是惩罚犯罪与保障人权的共同需要。刑事拘留以强大的国家机器为后盾，是具备职权职能的国家专门权力机关决定并执行的强制措施种类，这决定了作为独立强制措施之一的刑事拘留，需要有独立的期限。犯罪嫌疑人的人身自由是人之为人的基本权利，公权力机关以维护公共秩序目的而采取的一切行动，应当以保障犯罪嫌疑人的基本权利为底线，当二者冲突之时，就需要通过限制公权力机关的某种行为的时间期限来实现两者平衡。因此，刑事拘留的合理期限研究有独立分析之必要。

其次，从强制措施的相互转换角度分析，因刑事拘留具有紧急与先行的本质特征，该强制措施的适用必定有后续的变更或释放结果，且需要从时间上与其他类型强制措施进行衔接，例如在刑事拘留后，如若予以释放，则须在 3 日内作出是否释放的决定，而如若在刑事拘留之后转换为取保候审或逮捕，则都需要进行强制措施之间的时间换算，从而实现时间上的折抵与衔接，但是除了衔接之外，唯有逮捕这一强制措施有其必要性审查，其他类型的强制措施目前都缺少对必要性的审查，从而致使刑事拘留这一强制措施期限的合理性也在一定程度上受到忽视。

再次，从合理期限的积极意义角度分析，刑事拘留的合理期限不仅有利于具有侦查权的专门机关及时有效侦破案件，督促侦办人员勤勉负责且迅速推动案件进展，例如查阅世界各国刑事诉讼法典发现，与刑事拘留具有相同功能的临时性羁押或拘留，都有短暂的时间限制，比如法国刑事拘留时长一般为 24 小时，特殊案件可以达到 96 小时，德国对于暂时逮捕规定为于逮捕的次日向初级法院的法官解交。刑事拘留合理期限还应当体现犯罪嫌疑人个人权益最少受损为原则，从而实现社会秩序和个人权益保障之平衡。

二、刑事拘留期限的实证分析

实证研究是理论研究的基础，强调了以问题为导向的研究思路。本文的实证研究以 A 省 B 市 2024 年 1-9 月适用刑事拘留强制措施的 2238 条犯罪嫌疑人的刑事拘留及羁押期限变更、停止为研究对象[2]（如表一），其中的 2021 名犯罪嫌疑人为有过相关延长法律文书、且延长次数为一次甚至两次情况的数据总和，146 名犯罪嫌疑人为仅有刑事拘留法律文书，并无延长刑事拘留期限的情况，通过对每一个犯罪嫌疑人现有法律文书的逐个梳理，统计出与刑事拘留期限相关的原始刑事拘留时间、原始刑事拘留结束时间、变更羁押期限原因、延长羁押期限时间、羁押期限结束时间以及当下诉讼状态，确定犯罪嫌疑人的刑事拘留期限、延长刑事拘留的原因以及其在刑事拘留强制措施适用中的占比情况，为分析刑事拘留的期限和延长原因做好数据支撑。另外，本次实证研究，辅之以刑事案件案由的统计，便于区分同一（同名）个人不同罪名的论证分析。然而由于刑事强制措施的全国性数据样本收集存在巨大困难，故而本实证研究也面临部分省市数据样本的地域性与覆盖性问题，唯辅之以省市选择的科学性与对数据样本的多角度分析予以抵牾。基于此，针对数据统计分析过程中出现的机械性统计难题，本课题组尽全力对犯罪嫌疑人的刑事拘留及其转换时间进行人工核算与数据打标，实现了对每条数据的准确计算与精准归类，深入挖掘基础数据的研究价值，以支撑刑事拘留合理期限理论研究。

---

[1] 参见孙长永:《诉前羁押实证研究报告———基于两个基层检察院 2017-2021 年起诉书和不起诉决定书的统计分析》，载《现代法学》2023 年第 3 期，第 58 页。

[2] 本次实证研究主要以犯罪嫌疑人为第一考察对象，但是由于部分案件案情重大复杂、羁押期限停止计算以及一人多案等原因，为研究方便在以犯罪嫌疑人为第一区分对象的基础上，又添加了延长次数、羁押期限停止恢复等区分标准，故而出现一个犯罪嫌疑人多条数据的情况，本次刑事拘留期限研究区分为有延长和没有延长两部分，有延长情形的的数据总条数为 2238，没有延长情形的数据条数为 146 条，在有演唱情形中出现重复的数据条数为 244，故而去除掉 244 条重复数据，本次研究涉及犯罪嫌疑人总数为 2238+146-244=2140 人。

刑事拘留合理期限数据分类表一[1]

数据收集标准	数量	重复数据条数
无延长情形的数据	146 条	0
有延长情形的数据	2238 条	244
总体涉刑事拘留犯罪嫌疑人	2140 人	-----

（一）我国刑事拘留期限的特点

通过对 2140 名犯罪嫌疑人的刑事拘留期限及其延长原因进行分类归纳，并辅之以对办案实践的具体了解，本课题组尝试从占比角度分析当下刑事拘留的合理期限存在如下特点（如下表二、三）

刑事拘留法定期限适用占比分析表二[2]

	数据量（单位：人）	占比
刑事拘留期限为 3 天	146	6.82%
刑事拘留期限为 7 天	646	30.19%
刑事拘留期限为 30 天	1348	62.99%

刑事拘留延长理由分类占比分析表三

	数据量（单位：条）	占比	延长后的总期限（单位：天）
特殊情况	628	28.06%	7
结伙作案	1032	46.11%	30
多次作案	319	14.25%	30
流窜作案	9	0.40%	30
其他数据	250	11.17%	90 及以上

首先，从本课题组搜集到的表一基础数据可以看出，在刑事拘留强制措施适用过程中，没有延长刑事拘留的犯罪嫌疑人仅为 146 人，而有延长情形的犯罪嫌疑人却有 1994 人，这表明在刑事拘留适用中，延长拘留期限的情形较为常见，反而不存在延长拘留期限情形的刑事拘留却适用较少，占比仅为 6.82%；从表二可以看出，以本研究地区为例，刑事案件拘留期限为 30 天占所有刑事拘留人数的 62.99%，刑事拘留期限为 3 天占所有刑事拘留人数的 6.82%，故此可得刑事拘留期限长达一个月之久的犯罪嫌疑人是刑事拘留期限 3 天人数的 9 倍之多。这不仅反映出刑事拘留期限在侦查实践中存在普遍较长的问题（详见下文论述），还与不同地区的案件类型有较大关联，且已经发展为较为普遍的现象，例如在研究中，以诈骗罪立案的案件绝大部分的延长理由为“结伙作案”，且随着网络信息技术的发展，此类案件数量出现激增现象。

其次，从表三可以看出，以本研究地区为例，在与刑事拘留期限密切相关的法定延长理由中流窜作案仅仅占比为 0.40%，而结伙作案是其 8 倍之多，此种在办案实践中出现的延长理由适用“冷热不均”现象。本实证研究以经济较为发达的省份中经济较为落后的地区为研究对象，但因此地区的经济发展相对来说依然好于其他非省会城市，故而呈现出诈骗案件十分普遍，且这类案件存在涉及面广、取证困难等普遍侦查问题，因此在办案过程中，将犯罪嫌疑人刑事拘留后，办案单位往往会集中性的选择以结伙作案为理由延长其刑事拘留期限。这也是结伙作案能够在案件数量上占据绝对“优势”地位的最主要原因。除此之外，同一犯罪嫌疑人可能存在延长两次刑事拘留期限的情况，且两次

[1] 数据来源为 A 省 B 市，数据统计时间为 2024 年 8 月-9 月，数据分类为犯罪嫌疑人是否存在延长刑事拘留期限情形。

[2] 本课题组成员中国人民警察大学学生李紫菡、王丹蕾、周亚娟、江雨琪、王炜冰以表一为具体原始数据，分别对刑事拘留的期限与延长理由分类进行占比分析，形成表二和表三。

延长理由并不相同，因此结伙作案占比分别为 46.11%之多，而多次作案占和流窜作案占比却相当少，甚至出现断崖式下降的趋势。

第三，除从占比的角度分析刑事拘留的期限及其延长理由之外，本课题组还从犯罪嫌疑人及其案件的刑事诉讼状态角度分析发现，在所有有延长情形 2238 条数据里，一经刑事拘留，绝大部分案件转换为其他强制措施[1]、移送审查起诉、判决等状态，仅有 33 条数据显示为释放，与此同时在没有延长情形的刑事拘留的 146 名犯罪嫌疑人中，仅有 5 名犯罪嫌疑人显示为释放状态。这一方面说明我国以公安机关为主的侦查机关在立案之后对案件的侦查较为全面，对犯罪嫌疑人的锁定及羁押准确率较高，但另一方面也反映出我国公安机关对限制人身自由的刑事拘留强制措施转为释放的适用态度较为谨慎，换言之，仅有极少数适用刑事拘留的犯罪嫌疑人能够以经审查后予以释放。

（二）我国刑事拘留的合理期限困境

基于上述特点，结合与侦查人员的办案实践，我国刑事拘留的合理期限存在如下困境：

第一，刑事拘留平均期限过长且延长成为趋势。从法律规范角度分析，《刑事诉讼法》第 86、91 条规定，公安机关依法适用刑事拘留最长可以达到 37 日（包括 7 日的提请逮捕实践），相较于英美法系、大陆法系以及混合法系来说，这已经是最长的拘留期限。从本实证研究角度分析，这一组数据虽然只代表了个别地区 2024 年前三季度的刑事拘留期限的适用现状，但是管中窥豹、可见一斑，透过对部分地区犯罪嫌疑人刑事拘留期限的分析，我们发现该地区犯罪嫌疑人刑事拘留的平均期限为 21.21 天，这与我国法律规定的“紧急情况”之下的“临时性剥夺”的概念界定似有差距。与此同时，分析现有数据发现，因个案特殊原因或某类案件的共同特点致使犯罪嫌疑人一直被长期羁押的情形时有存在。有学者研究发现，地方公安机关超过 7 日提请批准逮捕的案件长期存在突破“三类特殊案件”范围限制的情况，以至于被拘留人平均拘留期限在多数地区超过 20 日，最长达到 90 日以上。[2]故而，侦查实践中将刑事拘留的法定最长期限等同于犯罪嫌疑人的刑事拘留期限已成为普遍现象。

第二，刑事拘留期限计算与延长理由设置科学性不足。从法律规范角度分析，《刑事诉讼法》第 86、91 条规定，涉及到刑事拘留期限的计算，我国采取的以“日”为计算标准，然而经过仔细分析 2024 年现有刑事拘留案例中犯罪嫌疑人具体刑事拘留期限发现，在刑事拘留强制措施的时间计算上，存在三种方式，一为起始与截止时间为日到日的对称，也即刑拘结束变更强制措施或者释放的时间为第 31 日；二为起始时间与截止相减后为法律规定的时间，且如若刑事拘留时间为 30 日的，那么截止时间为下个月起始时间的前一天，而如若刑事拘留时间为 7 天，则截止时间与起始时间之差为 7 日，也即结束犯罪嫌疑人刑事拘留的时间为其被刑事拘留后的第 8 日；三为算上起始与截止时间共为法律规定的期限，这种情况较多的存在于刑事拘留期限为 7 日的案件，且按照上述截止时间与起始时间相减的算法，此种计算方式最终得出的刑事拘留期限为 6 日，也即结束犯罪嫌疑人的刑事拘留时间为其被刑事拘留后的第 7 日。究其原因为刑事拘留期限计算不标准与执行偏差共同使然，刑事拘留适用情况的紧急性使得在执行刑事拘留之初并不会规定具体期限，只有在经过民警对个案分析与侦查后，才能视情况作出是否延长的决定，故而刑事拘留期限本就具有“不确定性”之特点，且如若符合法律规定的结伙作案、特殊情况等情形下，到期后才能进行延长申请。自此情况之下，相关法律文书也存在申请延长刑事拘留期限的时间书写不一致的问题，即有的案件延长羁押期限的起始时间与原刑事拘留的起始时间一致，有的案件延长羁押期限的起始时间为原刑事拘留结束时间的第二天。

第三，刑事拘留合理期限的外部监督审查缺失。从法律规范角度分析，在一般刑事案件中，我国当下法律规定对刑事拘留具有决定权的机关为公安机关与检察机关，而执行机关仅为公安机关，且由于刑事拘留处于羁押状态的初始时期，具有“紧急”与“先行”特色，合法性似乎“与生俱来”，而合理性却集中并轨到对诉前羁押与未决羁押的进行审查中，这使得被刑事拘留的犯罪嫌疑人对于恣意

---

[1] 刑事拘留后的强制措施适用主要包括逮捕、取保候审、监视居住等。

[2] 参见孙长永:《诉前羁押实证研究报告———基于两个基层检察院 2017~2021 年起诉书和不起诉决定书的统计分析》,载《现代法学》2023 年第 3 期,第 57—59 页；孙长永、武小琳:《新<刑事诉讼法>实施前后刑事拘留适用的基本情况、变化及完善———基于东、中、西部三个基层法院判决样本的实证研究》,载《甘肃社会科学》2015 年第 1 期,第 169—170 页。

拘留和非法拘留缺乏有关救济途径。从本实证研究角度分析，在 2140 名犯罪嫌疑人中，有一定比例的犯罪嫌疑人被刑事拘留后超过法定期限，这在另一名学者的诉前羁押实证研究中也得以证实，因此办案机关将刑事拘留看作是羁押期限的开始，且这一开始也意味着案件起码会走到逮捕这一刑事诉讼环节，即便在最短 3 日内的刑事拘留期限无法提请逮捕，经过合法延长刑事拘留期限后，一定比例案件也会直接进入逮捕必要性性审查，但是这种必要性审查也只覆盖了一部分案件，对于那部分转为取保候审的案件来说，刑事拘留期限合理性审查似乎再无审查的机会。所以侦查实践中，对刑事拘留期限的合理性审查缺乏外部性。

三、刑事拘留合理期限的域外考察

（一）域外刑事拘留期限梳理

在英美法系，刑事拘留期限是审前羁押的组成部分，英国普通警察对犯罪嫌疑人的拘捕权只有 24 小时，经过警长(Superintendent)以上的警官同意，可以对涉嫌可诉罪的犯罪嫌疑人延长羁押期限至 36 小时；如果还需要延长，必须在履行告知和听审程序后，由治安法官批准，但经过治安法官批准延长后的起诉前羁押期限累计不得超过 96 小时。对恐怖主义犯罪嫌疑人，警察可以无证拘捕后羁押 48 小时，经指定的法官或常任治安法官书面批准后，在起诉前可以继续羁押至 7 日。[1]美国围绕《联邦宪法修正案》第 6 条规定的在任何刑事案件中，被告人享有“迅速及公开审判”的权利为核心，形成了有关警察对犯罪嫌疑人的拘捕判例，例如美国联邦判例法要求，警察拘捕犯罪嫌疑人后必须尽快带见法官，至迟不得超过 48 小时以便由法官审查拘捕行为是否存在合理根据。[2]在 1974 年《迅速审判法》要求，自逮捕或者传唤之日起，控方必须在 30 日之内提出简易起诉书或者正式起诉书，在此 30 日内如果没有大陪审团履职的，对重罪案件提交起诉书的时间可以延长 30 日。[3]为了防止不适当的审前羁押，美国联邦成文法特别规定：对于仅仅因为等候审判而被羁押的人，审判应当在连续性羁押开始后 90 日内开始，期满未开始审判且被告人或者其辩护律师对此没有责任的，法庭必须自动审查附带何种条件将被告人释放，不得在审判前继续羁押被告人。[4]这就意味着，美国警察拘捕犯罪嫌疑人的期限一般为 48 小时，且控方须在 30 日到 60 日内进行起诉，这说明包括前述两个时间在内的审前羁押不超过 90 日，90 日内未开始庭审且被告人、辩护律师没有责任的，法庭就自动审查并释放被告人。

在大陆法系，刑事拘留期限是未决羁押的组成部分，其中，法国的拘留条款规定在《第二编 调查与身份检查》中第一章《现行重罪与现行轻罪》第 62-2——64 条中，其中拘留是司法警察警官在司法机关的监督下采取的一种强制措施，通过此种强制措施，对存在说的通的理由可以怀疑其实施了重罪或当处监禁刑之轻罪的人实行扣留，以听从查案人员的处置。拘留时间不得超过 24 小时。但是，如果被拘留人涉嫌实施的犯罪或未遂犯罪是重罪或者当处 1 年或 1 年以上刑期的轻罪，并且延长拘留期间是到达第 62-2 条第 2 款第 1 点至第 6 点所指的至少其中一种目的的惟一方法时，经共和国检察官书面批准，拘留时间可以最多延长 24 小时。只有在让当事人与共和国检察官见面之后，才能作出批准延长拘留时间的决定。但并未对延长次数做出具体规定，且在法条中还出现有多次延长的情况。拘留的执行受共和国检擦海关的监督，继续拘留当事人以及相应情况下延长拘留期间是否为案件调查所必需，是否与有嫌疑的人被怀疑实施的犯罪或未遂犯罪的严重程度相适应，由共和国检察官作出评判。[5]在《德国刑事诉讼法典》中，与刑事拘留具有相同功能的强制措施为待审羁押和暂时逮捕，其中有关待审羁押的期限第 115-115a 条[6]作出规定，即根据逮捕令逮捕犯罪嫌疑人后，应当“毫不迟延”地向负责管辖地法院解交，至迟在次日对犯罪嫌疑人予以讯问至迟在逮捕后的次日不能向负责辖管辖的法院解交的，应当毫不迟延地，至迟是在逮捕后的次日向最近的初级法院解交。

---

[1] 参见英国《1984 年警察与刑事证据法》第 37 条第 8B 款、第 42 条第 1 款、第 43 条第 2 款和第 44 条第 3 款以及《2000 年反恐法》第 41 条和附件八第 29 条。

[2] SeeCountyofRiversidev.McLaughlin,500U.S.44(1991).

[3] 参见《美国法典》第 3161 条第 1 款至第 3 款。

[4] 参见《美国法典》第 3164 条。

[5] 参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会：《世界各国刑事诉讼法》（欧洲卷 · 上），中国检察出版社 2016 年版，第 563 页。

[6] 同上注，第 276 页.

解交后，法官应当毫不迟延地，至迟在次日对犯罪嫌疑人予以讯问。因此，待审羁押至迟须在 3 日内完成解交和讯问。

（二）刑事拘留期限的共性分析

经过相关文献分析，本课题组发现两大法系对刑事拘留期限存在如下共性：

首先，刑事拘留期限通常独立规定于法条之中。观察多国刑事诉讼规定可知，有关警察对犯罪嫌疑人暂时性的限制人身自由的期限均有较为明确的规定。在两大法系中，刑事拘留的功能在一定程度上决定了期限范围。在英美法系中，一般认为审前羁押传统上以确保被告人到庭为目的，其基本功能是羁押候审。大陆法系的未决羁押除了防止被追诉人逃避侦查和审判以外，还有一个重要功能在于保障查证，这主要指防止被追诉人以串供、干扰证人或被害人如实作证或者妨碍鉴定人依法鉴定等方式,妨碍侦查机关调查案件事实真相。[1]虽然功能不同，但是作为具有临时性剥夺人身自由的强制措施，其期限呈现出短暂的共性特征。

其次，刑事拘留期限的一般规定普遍较短，延长期限规定也与一般规定并无较长时间差，相关延长次数似乎并未明确。这主要表现为：刑事拘留期限的一般规定与延长规定均具备以小时为计算标准的特征，即便有以日为计算标准的国家，例如有些国家最长规定了只 3 日的拘留期限，其他国家分别是从 24 小时到 7 日不等，也表现出明显较短的刑事拘留期限，这一标准体现出对限制人身自由强制措施适用的谨慎性与严谨性，也在很大程度上给予办案机关无形压力，督促其尽快对刑事拘留的审查。

最后，刑事拘留期限的决定权与延长决定权均有司法属性。正如法国高等司法研究所副秘书长撒勒斯所言,“只有法官有权批准采取强制措施，不管是审前约束性命令还是待审羁押”这是两大法系刑事诉讼制度最重要的相似之处。可以说，未决羁押由中立的司法官依据正当程序的精神进行单独审查，是防止被追诉人受到不合理的长期羁押甚至非法羁押的关键制度性保障，而刑事拘留作为未决羁押的最初状态，虽然刑事拘留不紧急状态下，可以“无证”进行，但一旦拘留之后，要么次日解交，要么 24 小时就就要依照程序作出相应处理。而申请延长拘留期限则需要由具有司法属性的法官参与其中，在法国的法律规定中还明确，检察官监督拘留的执行和是否延长决定，这也充分说明在限制人身自由的强制措施中，刑事拘留期限有关程序的司法化已成为共识。

四、我国刑事拘留期限的合理化改革

（一）合理期限之前提——刑事拘留功能厘清

刑事拘留期限的合理化以刑事拘留功能定位之重申为前提。我国学者经由比较法之对比得出我国刑事拘留在实然意义上兼具强制到案与羁押候审双重面向。强制到案则赋予到案措施以一定的强制力，通常会对到案人之基本权利加以干预，兼具保全被告与证据之功能。这与主要强调犯罪控制的侦查到案含义差异不大，都强调办案机关对犯罪嫌疑人适用到案措施使其到达公安机关，直至对其作出指控决定或释放决定。[2]羁押候审则指采取羁押性强制措施，使被追诉人在羁押状态下等候起诉、审判，主要呈现诉讼保障之面向；当然鉴于对再犯风险之防范，特殊预防因素也逐步被纳入羁押之功能定位。[3]之所以将刑事拘留定位为羁押候审的功能主要是因为：第一，刑事拘留的特殊情况期限与延长期限分别为 7 日与 30 日，剥夺犯罪嫌疑人人身自由的时间明显过长，已经超出紧急状态下、暂时性剥夺人身自由的基本定位，反而具有了与逮捕等羁押措施相同功能的候审功能；第二，刑事拘留作为羁押性强制措施与非羁押性强制措施的“中间地带”，对于两类强制措施之间的转换起着重要的“纽带”作用，使得刑事拘留的双重属性成为可能。刑事拘留以侦查机关的强制力为后盾、以限制犯罪嫌疑人的人身自由为手段，具备了羁押性强制措施的所有特征，但因强制措施体系中还有更为严格的逮捕等强制措施，因此刑事拘留应当被看作是逮捕措施的前期铺垫，最终是否符合逮捕的条件和必要性，还需要经过有关机关审查。与此同时，经刑事拘留的犯罪嫌疑人符合取保候审等非羁押性强制措施适用条件的，在不影响案件侦查的情况下，可以转换为非羁押性强制措施。所

[1] 孙长永：《未决羁押的合理期限及其法律规制》，载《交大法学》2024 年第 1 期，第 9 页。

[2] 参见马静华：《侦查到案阶段的人权保障制度研究——实证与比较法上的考察》，载《比较法研究》2011 年第 4 期，第 99 页。

[3] 参见郭烁：《刑事拘留非紧急候审化及其纠偏》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 2 期，第 79 页。

以，刑事拘留成为了既有强制到案功能，又有羁押候审功能的双重定位。

然仔细分析发现，刑事拘留的羁押候审功能与我国当下法律体制并不融：

首先，从“制度”角度分析，域外较为健全的羁押候审制度保障是刑事拘留具备候审功能的前提条件。经比较法之对比可得出，与强制到案功能相比，羁押候审的功能主要的本质即为英美法系的强制到庭功能，强制到庭的功能则以迅速且公开的审判权的宪法规范为核心，也即在此核心主线的牵引下，英美法系对审前羁押有短暂的期限规定，尤其是对警察的拘捕，明显以 24 小时、48 小时，最长为 96 小时为期限，即便如此，美国还对审前羁押作出最长 90 天的规定，如果 90 天还未开庭审判，那么就要对羁押及其所附条件进行审查，否则就要释放。不仅如此，对拘捕后的犯罪嫌疑人，还有保释制度规定予以支撑，这在很大程度上保障了犯罪嫌疑人救济权利的实现。而我国的强制措施体系本就具有大陆法系的明显特征，其中刑事拘留期限的决定与延长也缺少外部审查监督，非羁押性强制措施的运行机制有待完善。因此，在我国司法传统与现有制度难以支撑刑事拘留的羁押候审功能。

其次，从“功能”角度分析，法律功能是指立法制度基于其内在客观结构属性，而与社会单位所发生的有利于实现法律价值目的，体现自身社会实际特殊地位的关系[1]，刑事拘留的客观属性为限制人身自由的强制措施，主要以赋予侦查机关暂时性限制权达到实现犯罪控制的价值追求，在强制措施体系中属于羁押性与非羁押性强制措施的“中间地带”，是实现羁押性强制措施与非羁押性强制措施顺利转换的纽带。对于刑事拘留来说，前有非羁押性强制措施，后有逮捕等羁押性强制措施予以衔接，故而其基本功能不应具备羁押候审。本课题组认为从实现其主要法律价值与目角度分析，应当根据刑事拘留的概念与内容，改革实然状态刑事拘留的双重功能定位，从应然角度突出其强制到案功能，弱化刑事拘留的羁押候审功能，使刑事拘留定位回归为强制到案，方能从你根本上解决刑事拘留期限过长、刑事拘留期限计算不合理等实践问题。

（二）合理期限之基础——刑事拘留期限的改革框架

刑事拘留的合理期限应当以立法修改为基础，结合刑事案件的具体情况，本文结合侦查机关实践需求，针对实证研究中出现的问题，作出改革时长计算标准、适度缩短三类案件拘留期限与强化类型化审查机制为主要内容的相关建议。

首先，改革刑事拘留期限的时长计算标准。刑事诉讼中，多数有关时效的计算标准均为以日为单位，例如诉讼时效计算、羁押期限的计算以及办案期限的计算等，这种方式很自然的延申到了强制措施部分，但考虑到刑事拘留这一强制措施的特殊性，建议将 3 日内的刑事拘留期限计算标准修改为以“时”为单位，3 日以上的刑事拘留期限计算标准保留以“日”为单位，且考虑到侦查实践的需要，有关刑事拘留的起始时间应当精确书写于法律文书中。即将《刑事诉讼法》第 91 条修改为，公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的 72 以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长一日至四日。当以“时”为计算标准时，侦查实践中出现前文中计算规则不统一的问题也将迎刃而解，时长计算有偏差的情形也将不复存在。同时，如此精确的时长计算也符合对犯罪嫌疑人人身自由的限制保障。

其次，适度缩短三类需要延长的刑事拘留期限。正如学者所言长达三十日之拘留很难否认其羁押属性，因而延长至 30 日之期限规定不应保留[2]。从强制措施的体系性角度考虑，本课题组认为此种观点可资赞同。原因为：第一，删除 30 日的刑事拘留延长期限，能够倒逼侦查机关在短时间内审查案件，并决定是否释放犯罪嫌疑人或将案件转为其他非羁押性强制措施；第二，对于需要逮捕的犯罪案疑人，删除 30 日的刑事拘留期限，可以推动公安机关提请逮捕程序，同时启动检察机关对羁押必要性进行的审查，防止侦查机关出现恣意羁押、非法羁押的情形。但从前文实证角度分析可知，当下刑事拘留长达 30 日的占比为 60%以上，立法上的直接删除会给实践中带来难以把控的问题，因此可考虑通过侦查机关实证研究的方式，考察当下我国有关刑事拘留延长期限的平均水平，进而分两步进行改革：第一步将延长期缩短为全国平均水平[3]，或略低于全国平均水平，给予侦查机

[1] 参见付子堂.《法律功能论》法律出版社 1999 年版。

[2] 参见郭烁：《刑事拘留非紧急候审化及其纠偏》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 2 期，第 87 页。

[3] 曾有学者研究指出这类案件的延长期限的平均数为 20 天，本实证研究计算的地区平均数为 21 天。

关适应新规定的机会；第二步，在做好第一步的基础上，总结侦查实践中出现的问题，针对问题再结合刑事拘留的现有规定，建议将 30 日的延长期限彻底删除。

第三，强化以刑事拘留合理期限为目标的类型化审查机制。从前文的实证研究可知，刑事拘留申请延长期限的的三类理由中，结伙作案适用最为频繁、多次作案次之，而流窜作案几乎被空置，以此为依据，在扩大实证研究范围的基础上，本课题组认为可以对申请延长的理由作出与时俱进的调整，即删除流窜作案这一申请理由，在还没完全删除 30 日期限的基础上，保留结伙作案与多次作案的理由限制，针对不同的申请理由，强化侦查机关法制部门内部的监督、审查机制。另外，从实证研究中，本课题组发现，刑事拘留的适用不仅存在申请理由的类型化，还存在因相同案由而出现类型化刑事拘留期限，例如在实证研究中，本课题组发现诈骗案的刑事拘留期限基本都为 30 日，且法律文书中有关案件的说明也出奇的一致，因此以案件类型为标准，归纳侦查机关内部的期限审查机制，能够弥补申请理由审查带来的不明确性。

（三）合理期限之保障——刑事拘留期限的长远发展

在达成当下改革框架共识的基础上，我国刑事拘留的合理期限的长远发展，还需要从审查机制的不断完善与完善犯罪嫌疑人的事后救济等方面的共同提升。就刑事拘留合理期限审查机制的构建方面，应当在借鉴羁押审查司法化原则的基础上，采用分段式二元制的审查模式。曾有学者针对未决羁押的问题提出羁押审查司法化的原则，即由具有司法属性的法官居中对羁押的必要性、合理性、合法性进行审查，进而作出是否继续羁押或予以释放的决定。且观察两大法系有关刑事拘留的基本规定得出，在警察依据授权和法律规定拘留犯罪嫌疑人后，通常需要在最短时间内交由负责的治安法官[1]或共和国检察官[2]，刑事拘留期限是否延长以及延长的次数均有治安法官或检察官作出决定。由此推断，无论英美法系抑或是大陆法系，刑事拘留的合理期限审的决定与延长都由检察机关或法院法官介入，体现出司法化的属性。但是，本课题组认为，这种一刀切的司法化审查原则并不适合我国当前的制度背景与司法传统，与当下刑事拘留的发展现状背离较大，我国对刑事拘留的合理期限审查机制构建应当充分吸取法国共和国检察官对刑事拘留权限的规定，以当前我国的法律监督制度背景为前提，同时考虑侦查机关的办案需求，在健全检察机关对逮捕必要性审查的基础上，强化侦查机关对刑事拘留期限的内部审查。与此同时，由于刑事拘留是羁押措施与非羁押措施的“中间地带”，当刑事拘留转换为非羁押性强制措施时，其期限的审查由侦查机关的法制部门进行审查，而当刑事拘留转换为逮捕时，则期限的合理性审查则由检察机关进行审查。这即为由双机关进行分别审查的二元制模式。

就完善犯罪嫌疑人事后救济方面，可以通过完善非法拘留的程序性制裁，加强犯罪嫌疑人诉讼权利救济途径，对刑事拘留的恣意拘留、超期拘留与非法拘留起到约束作用。有论者指出，在诸多取证行为法律规范中，唯有以保障公民基本权为目的之规范才具有作为非法证据排除之请求权基础的资格，这符合“无救济则无权利”之法谚精神，且仅当正当程序以权利保障为导向时才具有独立价值[3]。违法法定情形的刑事拘留因违法剥夺公民的人身自由而处于非法地位，由此期间去的的言词证据自当排除。同时，也应当充分保障辩护律师申请强制措施变更权和申诉、控告的权利，拓宽犯罪嫌疑人的权力救济途径。

---

[1] 参见英国《1984 年警察与刑事证据法》。

[2] 参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会：《世界各国刑事诉讼法》（欧洲卷 · 上），中国检察出版社 2016 年版，第 563 页。

[3] 参见孙远：《非法证据排除的裁判方法》，载《当代法学》2021 年第 5 期，第 61-62 页。

逮捕措施适用事由的检视与完善研究报告

程捷*

逮捕作为判决前可以对被追诉人实施的最为严重的人身自由剥夺措施，对首次经历者而言，因为对不知道发生了什么事情以及将持续羁押多长时间的不确定性，故可能比嗣后可能判决的刑罚本身更令人感到痛苦。相较于立法者和最高司法机关为特定化“刑罚式干预”的规范性要件所付出的绵密努力，《刑诉法》第 81 条规定的逮捕要件却显得非常贫乏。我国审前逮捕率虽然近年来虽然有一定程度的改善，但仍在相当程度上依赖考核、评比等行政管理因素，制度规范层面仍有待检视与完善。近年来，通过完善逮捕适用要件降低逮捕率的方向被学界所重视，但是多数文献注重均从界定“社会危险性”的理解、考量要素、证明方式与证明标准、认定程序与方法等维度开展研究，对“社会危险性”本身作为逮捕要件的合理性反思不够深入，本文拟分析从规范机能反思该要件之不足，并尝试通过逮捕理由为切入点，对《刑事诉讼法》第 81 条的逮捕条件进行体系化重构，为日后司法适用乃至立法完善提供参考。

一、逮捕措施“社会危险性”要件的规范功能分析

我国“三要件”式法定逮捕条件的框架系 1979 年《刑诉法》所确立的，其第 40 条第 1 款规定第 1 款规定：“对主要犯罪事实已经查清，可能判处徒刑以上刑罚的人犯，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。”

学界通说据此将逮捕条件归纳为证据要件、刑罚要件与社会危险性要件。[1]此三要件中，“社会危险性”要件最为抽象，对逮捕权的拘束效果被公认为最弱。2012 年修改《刑诉法》时，通过列举具体情形的方法对“社会危险性”的外延作出了限定，但通过这些具体情形旨在防止的“社会危险”，其针对的场域、影响诉讼的方式与判定方法彼此不同，杂糅到一处加以列举， 不仅未能充分指引逮捕的功能，反而让逮捕说理、逮捕听证、必要性审查等逮捕措施约束或救济机制难以聚焦，更使以比例原则、无罪推定为价值取向的法教义学论证与思考方法无所附着，具体而言如下。

（一） 作为规范性不确定概念的“社会危险性”及其授权功能的泛化

具体的事实须符合法律规范的要件，才能产生特定的法律效果。如前所述，通说均认为“社会危险性”系逮捕要件之一。故在判断个案中的犯罪嫌疑人是否应予以逮捕之际，须对要件所使用之法律概念，即此处的“社会危险性”加以解释。从法学方法论上看，严格意义上的法律解释起于文义，亦终于文义，并受法律文义可能性之限制。但仅靠文义解释完成法律适用的任务，其前提在于，法律概念的内涵与外延均明确清晰。但是，社会生活复杂，个案情况变动不居，故立法者常使用“不确定法律概念（der unbestimmte Begriff）”[2]，以便法律适用者因应实践需求予以价值补充。不确定法律概念又可分为描述性不确定概念（deskriptiv unbestimmter Begriff）与规范性不确定概念（norminativ unbestimmter Begriff）。两者虽然都需要法律适用者结合个案情况实现规范的具体化，但区别在于，前者要么内涵清晰，仅外延开放；要么内涵不清晰，但外延封闭，借此指明了立法者的价值方向，适用者依靠论理解释，如体系解释、目的解释便能完成阐释的使命，阐释结论不会端赖法律适用者之个人好恶、评价与道德观而有所不同。后者除了内涵不清且外延开放以外，立法者更是将价值判断任务完全委由法律适用者去完成，甚至被称作“立法者所意欲的漏洞（bewußt offengelassene Stelle der Gesetzgebung）”或者“授权规范”（Delegationsnorm）。[3]

---

* 中国社会科学院大学法学院副教授，法学博士。

[1] 参见刘计划：《我国逮捕制度改革检讨》，载《中国法学》2019 年第 5 期。还有学者指出“有逮捕必要的”属于赘语，故在 2012 年予以删除。参见万毅：《法定逮捕要件模式的反思与重构》，载《江苏行政学院学报》2023 年第 6 期，第 128 页。

[2] 不确定法律概念与法律漏洞属于二事，两者最大的区别，在于法律漏洞本质上系出于立法者之疏忽、未预见或情况变更，根本不在“立法计划”内；而不确定法律概念则系在立法者之“立法计划”之内,vgl.Wank，Die Auslegung von Gesetzen, 2015, S. 84-85.

[3] Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2015, S. 500.

显然，1979 年我国《刑诉法》尚未引入无罪推定的司法理念，刑事办案实践甚至大量采用收容审查，逮捕措施不仅服务于惩治犯罪，还要发挥维护社会治安的作用。[1]采用笼统抽象的“社会危险性”概念可谓这种“打击敌人、保护人民”之刑事诉讼法指导思想的体现，它不要求逮捕的批准与决定机关斟酌的价值标准尽然在刑事程序秩序之内，也可诉诸刑事程序秩序之外的价值，例如人身危险性、社区民愤与安全感等与保障刑事诉讼顺利进行无关的考量，故逮捕条件在相当长的一段时期，惟有证据要件具有规范意义，而社会危险性要件实系立法者不欲填补的漏洞，仅具有象征意义。[2]

（二）作为描述性不确定概念的“社会危险性”及其指引功能的落空

2012 年第二次刑事诉讼法修改时，我国刑事司法理念已经较 1979 年发生了根本变化，不仅“尊重与保障人权”被写入《刑诉法》总则第 2 条，降低审前羁押率，限制逮捕制度适用的理念也逐步深入人心，立法试图通过完善逮捕条件降低刑事案件羁押率，故该次《刑诉法》修改的一大亮点便是具体列举了“社会危险性”的情形。这种列举式在一定程度限缩了适用逮捕的解释空间与裁量权，甚至有学者明言，通过立法对“社会危险性”的列举，可以看出该条件的本意不在于强调犯罪嫌疑人、被告人是否具有社会危险性，而在于强调“逮捕的必要性”。[3] 笔者赞同列举式立法着重于指引司法适用者避免所谓“不必要”的逮捕，但从逻辑上来说，“必要性”总相对于某个目标、条件或假设而言的。失去特定目标与指向事由的单纯“必要性”是空洞的。因此，列举式立法发挥指引“必要性”判断的原理在于，通过列举情形的相似性，总结出社会危险性事由的共性特征，从而减轻思维负担。

然而，当我们观察现行《刑诉法》第 81 条所规定的社会危险性事由，按照其逮捕目的划分，至少可以分为三个以上子类别的必要性事由：这里面既有防止采取某种举动破坏程序进行的“典型”羁押事由[4]，例如毁灭证据、串供、自杀或逃跑的情形（第 81 条第 1 款第 3、5 项情形）；也有作为预防性逮捕的“可能实施新的犯罪”或“对被害人、举报人、控告人实施打击报复的”等情形（第 81 条第 1 款第 1、4 项情形）。保守地说，该理由是否真的有助于保障诉讼程序的顺利进行，至少是存在疑虑的，这种社会危险性类似于保安处分的根据。处于这种两个类别之间的是第三类—所谓“推定社会危险性”的情形（例如第 81 条第 3 款可能判处十年以上有期徒刑的情形）。该理由与前述第一类羁押理由同样在许多国家与地区的逮捕事由中都能看到，且具有悠久的传统。[5] 有学者认为，这类人员“妨害刑事诉讼的行为可能性非常高”[6]，如此似乎可以将这种情形归入第一类旨在保障程序进行的社会危险性理由。但也不少学者同时也认为，这种情形与曾经故意犯罪或身份不明一样，也是推定嫌疑人具有较强烈的反社会性心理属性与较大的社会危险性，所以要奉行“够罪即捕”。[7]这似乎更接近第二类非程序保障性的社会危险性理由。因此，它暂时可以作为一个独立的社会危险性类别。除此之外，还有学者将《刑诉法》第 81 条第 4 款“被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重的，可以逮捕”认为系一种独立的程序性制裁逮捕。[8]如此，立

---

[1] 参见徐静村主编：《刑事诉讼法（上）》，法律出版社 1999 年版，第 40-41 页。

[2] 也有学者认为，“刑罚条件”同样缺乏约束力，理由是在 2011 年刑法修正案（八）增设危险驾驶罪以前，所有犯罪的法定刑都包括有期徒刑，故所有案件都可能被判处徒刑以上刑罚，因此对逮捕适用范围几乎没有任何作用。参见陈永生：《逮捕的中国问题与制度应对》，载《政法论坛》 2013 年第 4 期，第 20 页。

[3] 参见吴宏耀：《宪政视野中的逮捕制度：背离与矫治》，载《山东社会科学》2013 年第 4 期，第 12，14 页。

[4] 之所以称其为典型事由，是几乎所有国家的刑事诉讼法典中均有类似规定，大同小异。例如在《德国刑诉法》第 112 条第 1 款连同第 2 款中，就有类似的逃跑（Flucht）、虞逃（Fluchtgefahr）以及案情晦暗之虞（Verdunkelungsgefahr）等羁押事由，甚至在 1877 年《德国刑事诉讼法》及其制定之前的德国各地方性刑事诉讼法典中便已有规定，vgl. Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht, 1971, S. 591.关于发达法治国家与地区羁押事由的比较，参见陈永生，同前注，第 24 页表 3。

[5] 例如早在 1877 年《帝国刑事诉讼法》第 112 条第 2 款就规定“下列情形中，无需进一步证明是否具备逃跑嫌疑：a) 如果侦查对象涉及重罪（Verbrechen）”。

[6] 参见陈永生：《逮捕的中国问题与制度应对》，载《政法论坛》 2013 年第 4 期，第 20-21 页。

[7] 参见万毅：《法定逮捕要件模式的反思与重构》，载《江苏行政学院学报》2023 年第 6 期，第 131 页。

[8] 参见吴宏耀：《宪政视野中的逮捕制度：背离与矫治》，载《山东社会科学》2013 年第 4 期，第 17 页。

法者在第 81 条各款所列举的各情形未能提供一贯式的共通思维，难免导致社会危险性判断在实践中出现“不想用“、“不会用”与“不敢用”问题。[1]

二、逮捕事由对“社会危险性”概念的填充与置换

（一）“逮捕必要性”或“社会危险性”不适合开展合比例性权衡

比例原则是德国公法学界所发展出的理论，但在我国公法学界被广受承认，内容包括“适当性”、“必要性”（也称最小损害性）以及“狭义比例性”（在不同利益之间保持平衡，避免过苛的个人负担）。申言之，国家对公民基本权利的任何干预均不能超过为实现合法目的所需的范围，干涉必须是适当、必要且合理的。另一个常用的术语“过度禁止”（Übermaßverbot）也是类似的意思。[2]近来来，国内一些学术文献开始尝试通过比例原则提升社会危险性条件的规制作用。例如有学者认为，“贯彻比例原则，需要进行以下改革: 无论是逮捕实质条件中社会危险性的确定、证明标准的厘定，还是司法实践中的具体应用，都应奉行妥当性原则”；[3]“比例原则观念下，这里的‘必要’二字，其实意味着“逮捕应当是一种最后的、迫不得已的选择”。[4] 但是，笔者认为，如果不能检视逮捕必要性所指向的防止目的（社会危险性的内容），单凭比例原则难以发挥限制逮捕的效用。具体理由如下：

其一，比例原则只需有正当的公共目的即可，至于该公共利益目标是否应由逮捕制度承担则在所不问。换言之，比例原则充其量只考量目的是否正当，而不考虑实现目的的制度手段是否正当的问题。[5]例如，平复社会民怨同样是正当的公共目的，至于是否适合运用逮捕制度去追求这样的目的，不属于比例原则的禁止范围，只能交由无罪推定原则去检视。

其二，比例原则发挥检视作用必须先明确的具体的公共目的，比例原则的各项要素始得基于此目标进行衡量。如前所述，社会危险性概念杂糅着社会防卫（预防再犯）、程序保障（防止串供、逃跑等）、追诉工具（考量认罪认罚），甚至还包括一般预防与特别预防的（重罪或曾经重新犯罪导致的逮捕）。根据德国联邦宪法法院的见解，比例原则的适当性要素并不要求该措施是最佳解决方案，只要是有所贡献便可以通过检验，[6]可见上述目的几乎均能通过逮捕去实现。真正能起到约束逮捕权的是手段必要性原则和狭义比例性要求，但是无论是最小损害，还是损害与目的之间的显失均衡，均是一个比较性概念。即使针对同一人的同一案件，根据不同的社会危险性情形，逮捕是否为等效必要手段或令被追诉人负担显著失衡，自然有不同的比较性结论。例如为了防止再犯和为了保证犯罪嫌疑人不串供，需要分别权衡，岂能一概而论。因此恰恰是包山包海的社会危险性概念，导致无法适用比例原则去否定逮捕的必要性。

其三，《刑诉法》第 81 条的各种社会危险性情形的背后原理本身就莫衷一是，例如作为《刑诉法》第 81 条第 2 款的迳行逮捕事由之一的“曾经故意犯罪”情形，究竟其应被当作人身危险性较大，具有再犯的危险性？还是应该理解为其罪责严重，预期将判处较重的刑罚？还是应该理解为安抚社会大众的法感情或法信赖的需要？恐有争议，笼统进入比例原则检验，恐怕只能为逮捕包裹虚假正当性的外衣。

（二）穷尽式逮捕事由列举替换社会危险性概念之提倡

如上所述，社会危险性概念经过了 2012 年修改《刑诉法》时的列举式立法，不仅未真正发挥其规范效用，反而不断产生新的考量需求问题[7]。于是，立法者在 2018 年修改《刑诉法》时，再次重拾一般概括条款去补充法定个别列举情形，即现行《刑诉法》第 81 条第 3 款规定“批准或者决定逮捕，应当将犯罪嫌疑人、被告人涉嫌犯罪的性质、情节、认罪认罚等情况，作为可能发生社会危

---

[1] 参见高通：《逮捕社会危险性量化评估研究》，载《北方法学》第 2021 年第 6 期，第 135 页。

[2] Vgl. Hufen, Staatsrecht III-Grundrechte, 2014, S.117.

[3] 李训虎：《逮捕制度再改革的法释义学解读》，载《法学研究》2018 年第 3 期，第 159 页。

[4] 吴宏耀：《宪政视野中的逮捕制度：背离与矫治》，载《山东社会科学》2013 年第 4 期，第 14 页。

[5] 参见蔡茂寅：《比例原则的界限与问题性》，载《月旦法学教室》2000 年第 4 期，第 30-31 页。

[6] BVerfGE 67, 157, 175.

[7] 例如有学者主张在社会危险性因素中继续增加“一贯表现”作为判断要素，参见秦宗文：《羁押必要性判断中的“一贯表现”证据研究》，载《法学研究》2023 年第 6 期，第 202 页。

险性的考虑因素”。这种概括条款将继续隐藏法律解释适用上的困难，广泛授权给检察机关或法院，不符合从严把握逮捕适用条件的刑事司法政策。这种立法技术路径的纠结徘徊，究其原因，缘于“社会危险性”概念的复数解读可能性。从比较法经验上看，将带有明显社会防卫色彩的“社会危险性”作为约束羁押的要件，应为此我国法所独创，举世各国查无其例。以德国为例，具备立法所列举的羁押理由之一项或多项，不仅是核准羁押的重要事由，也是羁押救济制度的重要审查对象，更直接影响着羁押延长、停止与期间重算规则的适用。根据德国学界观点，各项羁押事由存在与否，必须立足个案中形成犯罪嫌疑的事实才能得出结论，例如是否构成重罪，不能单凭指控罪名的法定刑就当然得出。[1]同样，也不能因为预期刑罚达到特定程度（例如 10 年以上），就当然得出被追诉人具有逃跑的可能性，因为各自不同羁押事由具有独立性，原则上须分别判断。[2]因此，未来《刑诉法》修正时，应将现行《刑诉法》第 81 条所列举的各项社会危险性重新类型化与体系化，摒弃“社会危险性”概念，替换成若干项相对独立的逮捕事由的穷尽式具体列举式规定，并以更为明确的方式表述比例原则。

三、逮捕事由与其他要件适用关系梳理

学界公认，目前的我国《刑诉法》第 81 条所规定的逮捕三要件，证据要件是唯一对逮捕实践真正形成约束力的要件，但且学界多对此持批评观点，认为其弊端是“构罪即捕”。因此，一部分学者主张，应该淡化证据标准，强化社会危险性标准，在三要件之间形成一种主次结构，即以社会危险性审查为核心。[3]笔者认为，这种观点混淆了证据要件与羁押事由各自独立的规范目的，将对犯罪嫌疑的回顾性判断与未来可能妨碍诉讼之危险的前瞻性判断混为一谈。故本文需要通过重新梳理第 81 条所规定之逮捕各个条件之间的逻辑适用顺序。

（一）逮捕证据要件与逮捕事由的判定标准

逮捕的证据标准是基本权利干预的前提条件。从语义上看，“有证据证明有犯罪事实”着重对被指控的被追诉人行为进行纯粹回溯性的证明。其关键在于，在即将进行或已启动的诉讼中，是否足够谨慎地将被追诉人视为参与了一项具有刑事可罚性之行为的人。它将犯罪的嫌疑程度（即使暂时不够定罪）作为启动羁押的门槛，这与“够罪即捕”的现象并无必然联系。不仅如此，笔者认为“犯罪事实”不仅是一种事实判断，也包含着是否合乎刑法规范的预测性判断，即要求公安司法机关在申请逮捕或作出逮捕决定时，声明所指控的犯罪嫌疑能够符合刑法罪名的评价，如果被追诉人虽有不法行为，但有阻却违法事由，也不能称其为“有犯罪事实”。[4]可见“证明有犯罪事实”不是一种单向性的自我查明活动，而应该以符合证明活动规律的听证式活动去解决，因此，这种针对犯罪嫌疑的证据标准具有羁押程序保障的功能性价值，值得我国学界继续挖掘[5]。

与“有证据证明有犯罪事实”的回溯性证明不同，逮捕事由的判断明显不同于证明活动，它更多是一种面向未来的预测性活动。以逃跑可能性为例，由于被追诉人尚未着手逃跑，被追诉人的心理倾向判断这项羁押理由时会显得尤为重要，困难在于如何确定这一心理倾向，这与对已经实施的犯罪行为的嗣后性证明活动是不同的。对人之倾向的判断本质上是一种嫌疑判断。相较于预测的主观确信标准，还应确立旨在避免明显误判的判断要求：

其一，这种预判首先交代判断所凭借的特定事实依据，例如被追诉人掌握外语，持有外国护照

---

[1] 不同于某些学者的观点，笔者认为，即使指控罪名的法定刑区间包括有期徒刑，也有可能在个案中因存在中止犯、胁从犯、自首且重大立功等事实，得出不可能被判处徒刑以上刑罚的预测。否则逮捕适用条件没必要表述为预期刑罚，直接按照罪名适用即可。

[2] Vgl. Paeffgen, in: Hilgendorf / Kudlich / Valerius, Handbuch des Strafrechts, Band 8: Das strafprozessuale Regelverfahren in erster Instanz, 2022, S.350-352.

[3] 参见杨依，《以社会危险性审查为核心的逮捕条件重构》，载《比较法研究》2018 年第 3 期，第 130,141 页。

[4] 德国学界亦有类似见解, vgl. Herrmann, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (hrsg.) , Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 2023, § 112, 2023, Rn 12.

[5] 通过嫌疑证明程度从而将羁押纳入程序性保障的观点，vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 2022, § 112 Rn. 5.

且在海外有大量资产，且在传唤后隔天有试图出境的客观事实。不能以“任何犯罪人都希望逃避刑事追究”，或者还有“有同案犯没有到案，所以可能串供”等纯个人经验去推断；

其二，这种判断必须考虑案件的具体情况，例如被追诉人主动到案，有自首表现且正在积极赔偿被害人等表现，可以认定不具有逃跑的可能性。

其三，德国通说认为，（只要）逃跑的盖然性大于被追诉人到案的可能性便足矣。[1] 但笔者认为，为了使预测性的嫌疑判断必然带有的主观性不至于完全失控，应当从规范上要求判断者假定存在羁押事由时，主观确信程度到达高度盖然性的程度（这种要求只是一种规范提示性要求，在实践中通常会落空）。有学者将《刑诉法》第 81 条第 1 款“采取取保候审尚不足以防止以下社会危险性”理解为逮捕的必要性。但笔者认为，该句立法表述存在逻辑障碍，令人产生困惑，如果明知犯罪嫌疑人或被告人“可能实施新的犯罪”、“企图自杀或逃跑”恰恰应该逮捕，用“取保候审”不仅不能防止这种危险，岂不是为这种风险创造成就的条件吗？笔者认为，这句话的正确解读应该是，考虑到个案中的情况，“社会危险性”或逮捕事由存在的“可能”即便有，尚不足以达到盖然性的程度。[2]

（二）逮捕事由与迳行逮捕事由

第二步进入逮捕事由的判断，即不妨暂时跳过《刑诉法》第 81 条第 1 款中的刑罚条件，直接立足该条第 1 款以及第 3 款所具体罗列的各项情形，判断是否具有逮捕事由。观察这些规范，可以将逮捕事由类型化为：程序保障性事由与非程序保障性事由。

1.程序保障性事由的解释适用

旨在保障程序顺利进行的事由包括《刑诉法》第 81 条第 1 款第（3）和（5）两类情形。“可能毁灭证据、伪造证据，干扰证人作证或串供”这一情形在各国刑事诉讼法中均有对应性规定，例如德国《刑诉法》第 112 条第 2 款第 3 项也将“案情晦暗之虞”（Verdunkelungsgefahr）作为羁押事由，但是与我国不同的是，在德国适用这一事由的羁押占比明显较低，仅为 3-5%。[3]其原因是，在德国，这种羁押事由与被追诉人受保护的地位，尤其是“任何人不得被迫自证其罪”（Nemo tenetur se ipsum accusare，）存在或明或暗的抵触，法官对这种羁押事由比较慎重；另一方面，被追诉人正常行使诉讼权利的行为不能当然理解为干扰诉讼。例如：正常与证人的交流，只要没有使证人受到压力且没有引导他们产生错误的记忆，通常不能认为干扰证人。[4]然而，我国逮捕权由检察机关主导，并实行捕诉合一，故这种对指控成功显然不利的正常诉讼活动，也容易被视为干扰诉讼进行。

《刑诉法》第 81 条第 1 款第 5 项的第 2 种情形仅规定了“逃跑”，此处的“逃跑”连同“自杀”进行体系解释，应该包含一切逃避刑事追究的行为。比如故意或过失导致自己丧失出庭能力的行为，比如自行停止服药导致丧失出庭诉讼能力，再比如可能进行绝食致使自己昏迷等行为。或者通过找关系让医生开具虚假性或误导性诊疗证明，说自己身体无法应付庭审的情况。但是要注意，单纯一次没有随传随到，甚至违反取保候审的规定，导致庭审被推迟，不应该当然认定为应变更为逮捕的妨碍诉讼行为，此时完全可以适用拘传，甚至拘留，因为逮捕不应该被用作司法行政行为的制裁之用，因此《刑诉法》第 81 条第 4 款明确将“情节严重”作为因违反取保候审、监视居住规定而变更型逮捕的前提要件之一，不宜忽略。至于自杀可否成为逮捕的事由，在德国同样也有争议，有实务见解认为，自杀未遂可以作为被告心理不稳定并可能逃避刑事诉讼的一个迹象，但是大多数观点认为，单纯自杀未遂远不足以证明有逃避刑事追究的危险。[5]

---

[1] vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 2022, § 112 Rn. 17.

[2] 在尚未普及运用电子手镣的背景下，从取保候审措施的拘束人身自由的方式上看，更多依靠被追诉人的自觉与自控，如果被追诉人违反了取保候审期间的义务，阻扰刑事诉讼的顺利进行，也无法通过罚款或责令重新缴纳保证金、提供保证人，甚至变更取保候审为逮捕措施等加以弥补。所以“采取取保候审足以防止”的表述值得商榷。

[3] 如果多种混合这种羁押理由在内的羁押理由竞合情形则达到 8.1%，vgl. Jabel, Rechtswirklichkeit der U-Haft, 1987, S.127。

[4] vgl. Herrmann, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (hrsg.) , Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 2023, § 112, Rn 79.

[5] vgl. Herrmann, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (hrsg.) , Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 2023, § 112,

2.预防性逮捕事由的限缩适用

预防再犯无论在制度功能上，还在体系上都不可能与确保刑事程序顺利进行有关，作为逮捕的理由，堪称制度异类。《刑诉法》第 81 条第 1 款第 1，2 项公开宣称的理由就是为了防止继续犯罪。比较法上，预防性羁押制度在德国亦有规定，最初是针对涉嫌性犯罪的犯罪人，但很快越来越多的罪名也被纳入其适用范围。但是这项逮捕理由是存在重大疑虑的：首先，或许有观点认为，刑事程序正处于进行之中，因此将预防性羁押其归入诉讼法是合理的；笔者认为，这种声音混淆了原因和目的。这显然是为了防范未来的危险。其次，我国已经废除了收容审查制度，对不满刑事责任年龄的未成年人犯罪，《刑法》第 17 条也仅规定可以适用专门矫治教育，为何对这类被追诉人仅因再犯预测结论不利，便实施长期关押，这令人费解。再者，如果这类犯罪人确有再犯可能性，但嗣后被法院判处缓刑后，仍然应予以释放，这又如何防卫社会？更何况，我国《刑诉法》第 81 条第 1 款对再犯的罪名类型完全不作限定，意味着即使没有具体被害人的犯罪也可以被包含其中，这种逮捕似乎对维护社会安全感未必有直接影响。因此笔者建议，对该类逮捕事由应该作出下列限缩解释：首先，“新的犯罪”必须与本案具有重要关联，从而避免在本案追究犯罪的同时，发生重复或持续实施所指控罪行同样的罪行，影响人民群众对司法制度效能的信赖。其次，“新的犯罪”必须是有特定的事实为根据，存在重复发生此类行为的现实危险。而不能单凭被追诉人曾经说谎或者盗窃犯没有正规职业为由就迳于认定。再者，逮捕必须是防止这种危险所必不可少的措施，例如未成年人犯罪嫌疑人纵使有犯罪前科，但如果能通过责令监护人严加监管，足以防止其再犯的，也不能成为逮捕的理由。另外，还有学者将《刑诉法》第 81 条第 3 款的“曾经故意犯罪”迳行逮捕理由理解为人身危险性较高，故具有防卫社会安全必要的逮捕理由。笔者不能苟同，如果“曾经故意犯罪”与“可能实施新的犯罪”均以预防再犯为目标，没有必要规定于第 3 款，可以直接规定在第 1 款所列各种情形中。之所以迳行逮捕，或许是认为此种情形下被追诉人具有更高的主观不法，可能会被判处较重的刑罚，推定对其逮捕能通过比例原则的检验。

3.迳行逮捕事由的再解读

非程序保障性逮捕事由需要重新检视，通过目的性限缩解释，压缩其适用范围到与指控犯罪相关的再犯可能性（详见后文）。至于第 81 条第 3 款所谓的“迳行逮捕”情形，国内多数学者认为，不需要再进行逮捕必要性判断。[1]笔者持不同见解，结合上述逮捕目的之论证，对第 81 条第 3 款中的“应当予以逮捕”的法律效果作出不拘泥于文义的目的性限缩解释（teleologische Reduktion）[2]，即第 81 条第 1 款应该理解为一切逮捕措施均应符合的法定要件，第 3 款关于“可能判处十年有期徒刑以上刑罚”[3]、“身份不明”两种情形下的迳行逮捕要求充其量理解成一种逃避刑事追究的“证明负担减轻”或“证明负担倒置条款”[4]，第 3 款仅免除了公安司法机关指明这类犯罪的具体逮捕理由的义务，但并未豁免遵守第 81 条第 1 款的总体性逮捕要件。具至个案中，但凡无法绝对排除逃跑可能性或串供可能性的，才予以逮捕，但绝不是强制要求予以逮捕（例如没有同案犯的被追诉人有固定住址与仅够维生的微薄收入，没有出境证件与护照等，就可以不必逮捕）。[5]在我国司法实践中，同样也不乏刑期达到十年以上，却审前不予逮捕的案例。

（三）逮捕事由与刑罚事由

1.刑罚条件是羁押不合比例性的反面排除事由

Rn 48.

[1] 参见万毅：《法定逮捕要件模式的反思与重构》，载《江苏行政学院学报》2023 年第 6 期，第 131 页。

[2] 目的性限缩解释方法系指如果立法的文义可以涵盖多种情形，但是从立法者的目的而言却超出了，那么应该背离文义，将不符合立法目的的情形排除到规范之外。vgl. Wank，Die Auslegung von Gesetzen, 2015, S. 92.

[3] “重罪必捕”的正当性不必然要通过不排除“可能逃避刑事追究的可能性”的事实推定去论证，也可以通过下一步的推定合比例性原则去论证，详见后文。

[4] “可能判处徒刑以上刑罚，曾经故意犯罪”的迳行逮捕事由可以解释为合比例性推定，参见下文内容。

[5] 德国联邦宪法法院对《德国刑诉法》第 112 条第 3 款“重罪羁押”条款的文义也作出类似合宪性纠正，详见（德）薄逸克、斯沃博达著：《德国刑事诉讼法教科书（第 15 版）》,程捷译，北京大学出版社 2024 年版，第 226-227 页。

我国《刑诉法》第 81 条有关逮捕条件的规定，虽然没有明确提到比例原则，但无疑反映了比例原则的精神。逮捕必须适合其所追求的目的，同时也必须是最温和的（即必要的）手段，并且从法秩序的整体观之，对被逮捕人而言并不过苛（妥当的，即狭义比例）。我国《刑诉法》第 67 条有关取保候审的适用条件，明确将可能判处管制、拘役或独立适用附加刑的情形排除在逮捕范围之外。因此，刑罚事由是比例原则中"狭义比例原则"，即妥当性要求层面需要考量的要素。而逮捕事由则属于比例原则中"适合性"、"必要性"层面考量的要素。因此，如果不具备特定刑罚条件，应该理解为比例原则下逮捕的排除羁押事由（Haftausschließungsgrund）。那么，比例原则是否还需要额外地正面确认呢？德国学界对此曾有争议，有观点主张，合比例性是羁押的实质要件，无论如何均应正面确认后，始得羁押。[1]也有学者主张，因为事实基础不充分，无法最终肯定性评断是否符合比例原则时，也不妨碍作出逮捕决定，即逮捕是否合乎比例，与罪疑惟轻原则无关[2]。

2."可能判处十年以上刑罚"与"曾经故意犯罪"作为合比例性的正面推定事由

笔者认为，我国《刑诉法》中的部分迳行逮捕事由可以被视为合比例性的正面推定事由。因为许多案件在侦查的早期阶段，即申请逮捕的时间点，距离法庭审理还特别远，此时必须要作出逮捕是否合乎比例，作出准确的刑罚判断只会显得愈加武断。[3]尤其是主观犯罪方面的事实通常在案件的早期，大多仍处于未明的状态。但是，不妨可以将"案件的重要程度"，尤其是刑事追究具有一般预防与特别预防的价值，作为一种可客观化的标准去加以衡量。可以考虑作为犯罪嫌疑之基础的抽象犯罪构成（罪名）及其抽象的量刑区间，不仅可以看出国家应当进行的调查努力，还可以看出，被追诉人可以承受何种程度的忍受义务。这一标准尽管未完全摆脱与无罪推定之间的紧张关系，但从方法论上看，它是站得住脚的。因为这种推断是以犯罪嫌疑为实质的。但是，必须要具有这种推定的事实基础，因为只有在此基础上（作为事实基础=推定要件）才可以联动一种法的推定（Rechtsvermutung）。实际上，"无罪推定"并非禁止犯罪嫌疑。因为犯罪嫌疑是建立在事实基础上的。对于那些未被指控的公民，虽然我们根据犯罪学知识，可以知道他们（至少在统计学上明显的）是可能犯罪的人，但我们并不能作这种逮捕的"法律后果安排"。由于"可能判处十年以上有期徒刑"足以彰显刑事追究利益巨大，"曾经故意犯罪"，即使正在被指控的犯罪仅可能判处徒刑以上刑罚，但同样具有一般预防与特殊预防方面较大的追诉价值，所以当其同时具备羁押理由时，从正面推定其符合比例原则。

3."可能判处徒刑以上刑罚"的适用

但在作为比例原则判断要素时，要注意以下几点：首先，"可能判处的刑罚条件"并非泛指被指控罪名所包含的法定刑，而系指具体被追诉人因具体涉罪行为可能判处的刑罚。否则，《刑法》分则绝大多数罪名均包括徒刑以上刑罚，如果按照罪名可能判处刑罚去适用，不仅完全脱离逮捕须立足个案情况判断的原则，也将使该项规定名存实亡。根据法律解释的原理上看，"不存在冲突的场合下，也应该尊重其他规范的价值。如果对于一种规范，有多种合理的解释可能性，应该选择与其他规范最紧密协调的解释方案"[4]。

四、结语

我国通说将逮捕条件描述为证据要件、刑罚要件与社会危险性要件（也常被称为必要性要件），以往研究多数以此三要件为基础上逐项检视，提出进一步降低羁押率的完善建议。笔者认为，国内通说对逮捕"三要件"的归纳过于忠实《刑诉法》第 81 条的条文结构，没有提炼出更具有类型化的逮捕构成要件，厘清条文法定三要件之间的逻辑递进关系，克服它们的模糊、冲突与漏洞。正如刑法学中犯罪构成要件概念一样，彼处的犯罪判断并非完全按照刑法分则条文的文字结构为之，刑法条文充其量只是一种概括性的违法或刑事责任关系判断，真正判断行为是否构成犯罪的基础性工具是

---

[1] Vgl. Herrmann, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (hrsg.) , Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 2023, § 112, Rn 107.

[2] Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 2022, § 112 Rn. 8.

[3] 有学者以最终判处实刑的人数与逮捕人数的比值去检视逮捕制度是否遭到滥用，笔者认为，这种方法难免偏颇。

[4] vgl. Wank，Die Auslegung von Gesetzen, 2015, S. 64.

学理化的构成要件形象。而构成要件概念的提出者，并不是立法者，应归功于百年前的德国刑法大儒贝林（Beling）。[1] 笔者认为，刑事诉讼法学也应该在法律文本的基础上，参考对公民基本权干预的法治控制的公法学研究成果，提出不拘泥于条文表述顺序的，更具有说理控制可能性的阶层式逮捕构成要件。体系化的逮捕构成要件不仅仅为批准或决定逮捕提供了逻辑分析框架和可操作化路径，也可以为羁押必要性审查、羁押延长乃至羁押重算等制度提供客观化的说理控制与监督标准。逮捕适用事由正是在这种体系框架下才能发挥其约束力。

[1] 1906 年贝利（Ernst Beling）在其《犯罪论》(Die Lehre vom Verbrechen）一书将构成要件作为犯罪判断的基础概念，从此构成要件成为犯罪判断的前提基准。vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen 1906（Nachdruck vom 1964）,S.110ff.

刑事诉讼维度中强制措施对刑罚折抵关系的完善

张 淼*

摘 要:《刑事诉讼法》对指定居所监视居住刑期折抵进行规定之前，仅在实体法中对“刑期折抵”进行了概括性规定，而且也仅规定了羁押性质的强制措施与惩罚方法对于刑期的折抵关系；随着刑事诉讼法修改对强制措施规定的增设，也在刑事诉讼法中扩充性地规定了非羁押性强制措施对于相关刑罚的折抵换算关系，开启了从刑事诉讼维度对刑期折抵的重新定义。这一规定不仅否定了传统意义上的“刑期折抵”的定义，而且也反映出刑事法律的精致化与复杂化处理，同时也是人权得到不断保护的具体表现。随着法治进程的演进，从刑事诉讼维度对强制措施与刑罚之间的折抵关系进行细致化构建，必将成为未来法律修改的重要问题。在构建刑期折抵制度的过程中，既需要坚守同一性原则，也要注意刑事法演化过程中的观念变革，立足于刑事强制措施自身的特殊属性，基于惩罚性及其程度进行精确化的刑期折抵构建与展开。

关键词：强制措施 刑期折抵 惩罚性 折抵关系

一、引言

以生效判决为分界点，执行判决内容不仅具有了合法性，而且也成为一项义务；同样的，以生效判决为分界点，整个刑事诉讼过程就被分成了刑事诉讼与执行两个组成部分。其中前者以刑事判决为指向，后者则以刑事判决为起点；将二者连接起来的当属刑事判决所承载的内容。一般来说，判决生效之后才开始执行，而判决的内容又往往以刑罚及其执行方式为最终的指向。而强制措施则是指为了保证刑事诉讼的顺利进行，依法对犯罪嫌疑人、被告人所采取的限制或者剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的法定的强制方法。[1]从强制措施的性质与强度来看，与自由刑之间存在着较为相似的性质。因而，用判决执行前的强制措施对判决中的刑罚加以折抵，是各国刑事司法中的组成内容，但又各有不同。日本将这一做法称为“未决勾留”，也将其规定在刑法之中。[2]我国将强制措施对刑罚的折抵称为“刑期折抵”，整体上呈现出如下的特点：首先，刑期折抵分别规定于不同的法律规范之中，而并未统一规定在一部法律之中；其次，刑期折抵的法律规定是不断演进发展而来的，不同类型强制措施的折抵效果呈现出程度上的落差；最后，在不同的法律中，强制措施对其他法律关于刑期折抵的内容均保持不变，亦即当下较为复杂的局面实际上是不断增设规定的结果。虽然说，刑事实体法与程序法应该具有相同的效果，但实际上在刑事程序法中对强制措施的折抵效果进行规定，显然有着较为特殊的意义。

二、法律发展维度中的刑期折抵：从实体法到诉讼法的扩张

（一）刑期折抵的源头：刑事实体法的功能解读

法律是历史发展的产物，具体法律制度的出现也是观念发展与制度演进的产物。强制措施对于刑罚折抵的规定最早出现在刑事实体法之中，理论界将其概括为刑期折抵，其后的用语和实体法规范基本上沿袭了之前的做法。一般意义上的刑期折抵，简言之，是把先行羁押的时间折抵判决中确定的可折抵法定刑罚。具体从刑期折抵的功能来说，它是一种刑事审判机关对受刑人在判决或新判决执行之前由于非医学观察等原因而被办案机关强制剥夺或限制人身自由的时间，在一定条件下可以折抵判决中确定的某些法定可折抵刑罚的量刑制度。[3]理论界认为从应用和制度层面（微观层面）上看，刑期折抵在刑法中的地位，应像缓刑、减刑、假释、时效、赦免等一样，是一项刑罚裁量制

---

* 张淼，南京大学法学院副教授，南京大学-约翰斯霍普金斯大学中美文化中心副教授。

[1] 参见徐静村主编:《刑事诉讼法》，法律出版社 2012 年版，第 136 页。

[2] 日本刑法第 21 条：未決勾留の日数は、その全部又は一部を本刑に算入することができる。未决勾留的日数，可以全部或者部分算入到（宣告的）本刑之中。未决勾留是刑诉法上作为强制处分的勾留 ，直到判决生效之前，被告人被勾留的日数，应当算入宣告的本刑之中。不仅在起诉后，理论上起诉之前被勾留的日数也应该被包括 ，即执行勾留状之日起开始，计算实际被拘禁的日数。保释、或者勾留的执行停止等期间不包括在内。即使程序违法的勾留也应该算入。参见西田典之、山口厚、佐伯仁志:《注释刑法》，有斐阁コンメンタール 2008 年版，第 151 頁。笔者注：日本的逮捕相当于我国的拘留；勾引相当于我国的拘传、强制传唤。

[3] 石经海:《刑期折抵制度研究》，法律出版社 2022 年版，第 1-2 页。

度。学界对此问题有不同见解，认为刑法中有关刑期折抵的规定，虽然是关于何为刑期折抵以及如何进行刑期折抵的“办事规程或行动准则”，但该规定显然并不会对量刑产生影响，也不会从本质上影响到刑罚的执行，很显然并非一种量刑制度，而是一项刑罚执行制度。虽然同为“办事规则或行动准则”，但缓刑、减刑、假释与时效、赦免显然并不相同，后二者虽然也需要由司法裁量是否符合时效与赦免的条件，但其权限和功能也仅仅局限于此，并无自由发挥的空间。进一步说，时效是进行追诉的前提启动条件，赦免则是对符合条件的服刑罪犯的刑罚予以免除，并无司法者自由发挥的自由裁量空间。而“折抵刑期，仅系折抵刑之执行，而非抵消刑之宣告。”[1]实际上，上述论断是对“刑期折抵”的法律效果进行的揭示，其影响的范围仅仅是刑罚的执行，而对于刑罚的量定则并无任何影响。由此一来，刑期折抵就不属于量刑制度，而是刑罚执行中的组成内容。

（二）刑期折抵的重心：刑期计算的事后折抵效果

实际上，前述刑期折抵概念虽然将重心置于羁押型强制措施的时间之上，但从其所用的术语来说，并未局限于刑事诉讼中的强制措施，而是强调“自由丧失的状态”，亦即“被羁押”而导致的自由丧失的状态对刑罚的折抵。将其称之为刑期折抵，从对刑法规范的文意解释的角度出发，显然是因为其分别被规定在了不同的刑期计算要求之中。具体来说，分别将其纳入到拘役的刑期，管制的刑期和有期徒刑的刑期之中。作为刑法中的期限，是由起算时间和结束时间两个时间节点所形成的时间长度，具体来说，对于有期限自由刑的计算是从判决执行之日起计算；而刑期折抵的出现，则是因为在上述有期限自由刑的刑期起算点规定之外，对判决执行之前先行羁押的情形做出了相应的规定。简单来说，该刑法条文是对刑期整体的规定，而且涉及到判决执行之前的折抵问题，因而就将其“简称为”刑期折抵。从整体上来说，对于刑期折抵的规定基本上属于刑事实体法的组成内容，都将其纳入到有期限自由刑的组成部分之中。相比较不涉及期限的自由刑和生命刑来说，有期限自由刑的规范表述之中 必然对刑期计算进行界定。从折算关系来说，羁押对相应刑罚的折抵换算关系具有一定的开放性特征。羁押本身就是一种较为严厉的剥夺自由的状态，但并不具有规范的内涵；质言之，规范层面上并没有提供明确的羁押所包括的外延范围，因而该术语具有一定的开放性特质。从刑法的发展历史来看，将羁押视为同剥夺自由具有相同属性的刑罚，并不存在太多的争议。对于拘役的刑期折抵的规定来看，判决以前先行羁押的，羁押一日折抵拘役刑期一日的规定，在历次刑法立法的草稿以及讨论中都没有争论。同样的，对于有期徒刑来说，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，这个规定在历次稿子中几乎都是这样的。[2]相比较而言，存在不同见解的刑期折抵关系则出现在管制的折抵关系之中，判决执行以前先行羁押的，刑法立法草案第 22 稿规定羁押一日折抵刑期三日；而第 33 稿改为羁押一日折抵刑期两日，其后的立法和多次修订均保持第 33 稿的这个规定。[3]不仅在法律规定上并未调整，而且也未引发理论界的质疑，可见该规定已然超越了理论界的思维阈值和评价能力范围。

（三）刑期折抵的演进：从实体法到程序法的扩张

纵观刑法的立法与发展历程，刑期折抵都是实体法中的组成内容，而且属于刑罚种类中刑期计算的组成内容。因为在相关条文规定之中，刑期折抵并不改变判决所判处刑罚的性质和期限，也不会改变刑罚整体的执行，能够改变的仅仅是从判决执行之日到结束之日所形成的“实际执行”日期，因而也可以将其视为对判决所判处刑罚的“先予执行”。而所谓对刑罚的“先予执行”，并非真的先予执行，而是将判决执行之前被羁押的状态“视为”在预先地执行刑罚，属于一种法律拟制，系事后追认。虽然规范用语采用的表述方式为羁押，文意外延也包括了行政拘留、劳动教养等方式，而且还进一步要求是基于同一行为的法律后果。[4]但随着法律修改对上述“羁押性”措施不断废除和调整，羁押的主要范围就集中在了强制措施中羁押性措施之上了。从刑事诉讼流程来说，判决执行之前强制措施都是为了保障诉讼的顺利进行，都是临时性的措施，其根据、目的以及适用标准等都与刑罚之间存

---

[1] 高仰止：《刑法总则之理论与实用》，五南图书出版公司 1986 年，第 539-542 页。

[2] 高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社 2012 年版，第 43-44 页。

[3] 前注④，高铭暄书，第 42 页。

[4] 高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 246 页。

在着天然的区隔。而且从其范围来说，也仅仅限定在了先行羁押措施对于有期限自由刑的折抵之上，并没有将全部的强制措施方式与刑罚种类之间形成完整的折算对应关系，而仅仅在刑罚之中选择了有期限的三种自由刑，管制、拘役和有期徒刑，而将无期徒刑和死刑排除在外，究其原因，则是因为死刑和无期徒刑并不涉及刑罚的执行期限，因而也就不会涉及到刑期的计算问题。实际上，上述说法并不完全准确。虽然从初始的宣告刑或者决定执行刑来看，也就是从刑罚种类的宏观性质来看，并不会涉及到刑期问题，自然也不会涉及到刑期折抵，但在具体的执行过程中可能出现的减刑和假释适用，则需要对实际执行的刑期纳入到考量的范畴，此时就涉及刑期计算，因而也会涉及到"刑期折抵"问题。[1]

这一状态保持了相当长的时间，对于羁押措施在强制措施中的具体外延来说，也通过司法解释进行了进一步细化，除去逮捕和拘留两种标准形态的羁押措施之外，还将监视居住进行了细化，将其中完全丧失自由的监视居住纳入到羁押的范畴，成为刑期折抵的前提。但对于限制自由的各类强制措施，均被排除在刑期折抵的范畴之外。随着我国开启了刑事法改革之后，规定于刑事实体法中的刑期折抵的折抵范围和折抵关系迄今保持稳定，但刑事诉讼法修改时扩充了刑期折抵的范围和折抵关系。具体来说，2012 年《刑事诉讼法》进一步明确了逮捕条件和审查批准程序，细化了逮捕条件中"发生社会危险性，而有逮捕必要"的规定，同时也对监视居住措施进行了适当定位，明确规定其适用条件之外，还规定了指定居所监视居住。同时也对指定居所监视居住的刑期折抵效果进行了规定，明确指出指定居所监视居住的期限应当折抵刑期。[2]被判处管制的，监视居住一日折抵刑期一日；被判处拘役、有期徒刑的，监视居住二日折抵刑期一日。由此开启了在刑事实体法之外对刑期折抵进行规定的先河，而且就内容来说，也并非是对前述实体法规定刑期折抵的细化，而是对刑期折抵的范围进行了扩张。从原来的羁押型强制措施扩张到了限制自由型的强制措施也可以折抵刑期，在将刑期折抵的范围扩张到限制自由型的强制措施之后，折算关系自然也呈现出多元的表现方式，从原来的一日折抵一日、一日折抵二日，扩张到二日折抵一日。

此外，其后颁布的《监察法》也基于自身的特殊要求设定了留置与刑罚之间的折抵关系，就目前我国刑事法中的强制措施与刑罚之间的折抵关系的规范体系已然形成。整体上看较为驳杂，刑法与刑事诉讼法各自规定了部分内容，而《监察法》也提供了留置与刑罚之间的折抵关系。

三、刑事诉讼法对刑期折抵规定的展开与评价：外延演进中的内涵之变

在刑事诉讼法对刑期折抵进行规定之前，刑期折抵概念的外延与现在的外延存在着明显的区别。从当时法律规定的角度来审视，刑期折抵并不具有统一的概念，而是被分别规定在了不同种类刑罚的"刑期计算"之中，具体来说，分别规定在了管制、拘役和有期徒刑的刑期计算之中，亦即采取了个别化规定的方式。而所谓刑期折抵的概念，则是基于对散见在不同刑罚种类之中的"刑期计算"的个别化规定进行了总括性的集成，在其中增加了相对确定的限制条件，从而形成了现在的概念体系。在不同的刑期计算的刑法规定之中，共同的部分则是羁押和相应刑罚之间的折抵关系。将不同的刑罚种类统一用上位概念替换，同时将羁押对不同类型刑罚的折算关系进行了确定，就形成了我国刑事实体法维度中的刑期折抵制度的整体。

《刑事诉讼法》对刑期折抵做出了具体规定，在诸多方面具有突破意义。首先，这一做法打破了之前仅在法律规范层面仅由刑法对刑期折抵规定的局面，开启了通过刑事诉讼法和其他法律直接对刑期折抵进行规定的状态。在此之前，刑期折抵的内容虽然驳杂，但都是构建在刑事实体法的规定之上，由于刑事立法采用了非规范性的高涵盖性表述方式，也就是将"羁押"这一状态作为刑期折抵的前提，而在具体适用时则需要对不同的强制措施以及惩罚方法等是否属于羁押进行判断，并进而决定是否可以折抵刑期。虽然据考证，在我国实践中，自新中国成立至今，出台了至少 82 个关于刑期折抵的专门和相关司法解释，但也仅仅是法律解释，并未在实体法层面进行突破。[3]根据理论界的分析，先行羁押的范围除包括因同一犯罪行为被刑事拘留、逮捕而羁押外，还包括因同一行为

[1] 姜福东：《法律解释的范式批判》，山东人民出版社 2010 年版，第 56 页。

[2] 前注①，徐静村书，第 40-41，152 页。

[3] 前注②，石经海书，第 1 页。

而被行政拘留、劳动教养（笔者注：已经废止。）等原因而被羁押。[1]按此原理，对于“发现漏罪”时所采取的数罪并罚方法也可以通过上述的刑期折抵规定加以揭示。而且，上述司法解释都围绕着对羁押措施的判断展开。2012 年《刑事诉讼法》修改时对指定居所监视居住刑期折抵的规定，显然就属于对上述立法层次的突破，不仅实现了法律层面对刑期折抵进行的直接规定，提高了法律渊源的层级。之所以采用与刑事实体法相同层级的刑事诉讼法对刑期折抵进行规定，很显然就是因为采用司法解释的方法已然不能实现对刑期折抵规定的完善，至少在内容上已然突破了先行羁押对于有期限自由刑的折抵，演进为限制自由性质的强制措施对有期限自由刑的折抵。相比较而言，后来的《监察法》虽然也对留置措施的刑期折抵进行了规定，但从实际效果来看，即便没有该规定，也可以在适用时将留置解释为羁押，或者通过司法解释加以明确，并无必要单独规定。

其次，《刑事诉讼法》中对于刑期折抵的规定具有明确的目标指向，亦即实体法中三种有期限自由刑的刑期计算。所以从对应关系来说就 表现为指定居所监视居住一种强制措施分别折抵管制、拘役和有期徒刑三种刑罚。其后的《监察法》也采用了相同的表述方式，亦即将留置对管制、拘役和有期徒刑的折抵关系进行了统一性的表述。与之前刑法中的表述相比，该表述的重心已然转移。实体法的重心始终都围绕着特定种类刑罚的刑期计算，所采取的方法都是将判决执行之前先行羁押的期限折算为相应刑罚的期限，立足点均为特定的刑罚。但在《刑事诉讼法》关于刑期折抵的规定中，其重心已然转换为指定居所监视居住之上，虽然该强制措施的发生时间在判决执行之前，但其法律效果已然延伸到判决生效之后的刑罚期限计算之上。在叙述方式的表达方面，显然是将指定居所监视居住作为折抵关系的关键核心所在。

上述表述方式重心的转换，也可以从立法的时间序列来予以解读。刑事实体法的立法在整个法律制度体系之中占据着相当重要的地位，一方面是历史文化发展历程中形成的重视刑法规范的传统，另外则是因为社会制度背景下对刑法的路径依赖。[2]刑事实体法的颁布和施行，往往处于较为先发的状态，因而导致了判决执行之前的强制措施以及处罚方法的种类无法被一一列举，从而也只能采取较为开放的表达方式。该条文所构建的制度，虽然提供了具体的适用条件，但更主要的部分则在于强调了“羁押”措施对于刑罚执行尤其是刑期计算所形成的抵消性效果。质言之，无论何种方式，只有那些能够被认为符合羁押的强制措施或者处罚措施才会对相应的刑罚形成折抵效果，该规定的立足点仍然是各种刑罚的刑期计算，也就是将判决执行以前的羁押措施纳入到相应“刑罚”的视域，进行换算与折抵方面的考量。无论是何种类型的羁押措施，遇到刑事判决中的管制、拘役和有期徒刑时，都从相应种类刑罚的自身需求和本质出发，将羁押措施纳入到管制、拘役乃至有期徒刑之中，尤其是纳入到刑罚的具体执行之内予以处断。此外，在刑法率先发展的时期，采用此种立法方式也使得该条文具有相当的涵盖性；在无法预见可能的羁押措施种类和程度的宏观背景之下，这种开放性的立法模式优势较为明显，具有很好的适应性，同时也具有前瞻性。无论未来造设出多少种强制措施以及其他惩罚性方法，都只需要对具体的强制措施和惩罚方法是否属于羁押进行判断即可。从这个角度来说，该表述也同时具有封闭性。所谓的封闭性是指在整个判断过程之中，也只规定了羁押措施能够折抵刑罚，其他的非羁押措施等并未做出任何设定，进而在司法实践和教义学上都解读为非羁押措施，如取保候审等限制自由措施无法折抵刑期。

概括而言，刑事实体法中的刑期折抵虽然增加了一个非规范性的用语“羁押”，从表面上看似乎增加了适用与处断的工序，但实际上也简化了表述方式。亦即将所有的判决执行前的强制措施和惩罚措施都归口于“羁押”，然后将其中属于羁押的内容按照刑法的明文规定进行刑期折抵。所以，将原本属于不同领域之中的强制措施以及惩罚措施先经过“羁押”的判断，然后再分别进行刑期折抵。在整个判断的流程之中，核心的关键词就是羁押。但随着刑事诉讼法对刑期折抵进行了相对详细的规定，打破了在刑期折抵制度中羁押的核心地位。对个中原因进行深入探析，大概可以得出缘于观念上的突破导致了刑期折抵范围的突破，在这一结构之中，目标指向仍然保持不变，并未扩张到其他的主刑之上，也并未对刑罚执行等制度有所涉及，仅仅是将刑期折抵的范畴从羁押扩展到了非羁

[1] 参见冯军、肖中华：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2016 年第三版，第 419 页。

[2] 蔡枢衡：《刑法学》，中国民主法制出版社 2011 年版，第 123 页。

押措施的“指定居所监视居住”之上了。相比较而言，《监察法》中关于留置所涉及的刑期折抵的规定就并未形成真正意义上的突破，虽然在具体的表述形式上与《刑事诉讼法》中关于指定居所监视居住基本相同，但其本质含义则可以用一句话概括，即“留置”是一种羁押措施。而指定居所监视居住并不属于羁押，而是一种独立的措施，虽然并不属于羁押，但仍然可以折抵刑期，所以折抵的程度与方式就出现了新变化。由此而论，这是对刑期折抵制度的扩张，但就核心术语的主体来说，显然无法继续沿用羁押这一表述，但在整体上来说并未扩张到其他概括性的表述之上。因为，目前扩张也仅仅局限在了一种强制措施之上，因而无法形成类型化的表述方式。

四、刑事诉讼维度中刑期折抵的完善路径与展望

虽然刑期折抵概念的外延出现了扩张的状态，但就目前所采用的归纳性的概念方法进行界定，仍然无法找到精确的概念替代原有的羁押措施，即便采用并列的方式，似乎也无法找到明确的概念。在《刑事诉讼法》对指定居所监视居住的刑期折抵进行了明确规定的前提下，也无法找到与羁押处于同一层级的术语从而形成并列式的刑期折抵前提。在这种背景之下，刑期折抵的概念就只能用一个相对宽泛的表达方式，亦即将之前所强调的羁押措施调整为“根据法律规定，被先行羁押或者采取其他措施的”情形作为刑期折抵的前提。实际上，其他措施目前仅仅是指指定居所监视居住。指定居所监视居住在具体适用时引发了诸多争议，征求《刑事诉讼法》修改意见的过程中，不断有学者提出将指定居所监视居住这一措施彻底废除。[1]如果这一建议被采纳，则刑期折抵概念就又回到了之前的表述，仍然是把羁押作为刑期折抵的前提条件。至于《监察法》对于留置的刑期折抵的规定，实际上仍然可以被包括在原有的刑期折抵的概念之中。外在表现形式上看，法律对于留置的刑期折抵的规定虽然与指定居所监视居住对刑期折抵的规定采用了完全相同的叙述方式，但二者的具体作用和功能却是天壤之别。《监察法》对于留置的规定，仅仅具有集成的效果。将原本分别属于管制、拘役和有期徒刑的刑期计算之中的刑期折抵问题，统一规定在了留置的法律后果之中。但这种规定方式所具有的功能可以简单归结为一句话，即“留置”属于羁押。

（一）刑事诉讼法对刑期折抵的规定扩大了惩罚性的判断范围

实际上，《监察法》对于留置措施的刑期折抵规定，属于重复表述，而且属于“逆向”表述。一般意义来说，实体法构建的刑期折抵体系都应该从“羁押”出发，因而判断是否属于羁押就处于非常核心的地位。比较《刑事诉讼法》与《监察法》对刑期折抵的规定，虽然二者在表达方式上采用了相同的语法结构，但二者在功能上显然有别。具体来说，《监察法》的规定并未改变原有的刑期折抵的内容，而是改变了判断的逻辑进路体系。实际上，留置仍然属于羁押，按照既往的法律规定，自然可以直接折抵刑期；由于《监察法》对留置的刑期折抵进行了直接的规定，也导致了可以绕过羁押的性质判断，可以直接依照《监察法》的规定进行刑期的折抵。无论怎样规定，其基底都是非常明确的，即认为留置属于羁押。而《刑事诉讼法》对指定居所监视居住规定的前提设定则是其并不属于羁押，但仍然可以折抵刑期。将原本并不属于羁押的刑事强制措施进行刑期折抵的规定与折算，功能上就突破了原有的刑期折抵的范畴。与制度设计上的突破相对应，就需要从折抵方法上造设新的技术手段，也才出现了二日折抵一日的方式。

《刑事诉讼法》对其刑期折抵的规定，可以预见的是能够分成两种可能，首先就是和《监察法》一样的作用，但其并未真正形成突破，仅仅是从强制措施的角度出发对“羁押”的性质判断和效果进行细化规定，但从形式上来看则绕过了“先行羁押”的判断，直接按照折算标准予以折算即可。实际上，从立法的时间序列来说，强制措施的种类上基本保持了稳定的状态，虽然在具体定位和适用上不断被细化和强化，但整体的性质和属性并无颠覆性的认知变化。所以，通过上述方式对刑期折抵进行独立规定的做法也并不会多见，除非增设了全新的刑期折抵的方法，或者对具体的强制措施的规定出现了认知上的变化，才会通过上述方式在《刑事诉讼法》中对刑期折抵进行再度规定。实际上，对此种情形进行规定并无真正的实际效果，将其按照规范的演进路径进行探讨，也仅仅将其归纳为两个组成部分，即该强制措施属于羁押，按照法律规定的比例关系进行刑期折抵。在法律中直

[1] 张忠柱:《论我国羁押替代性措施的重构》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》，2018 年底 4 期，第 116-117 页。

接规定的作用，则是省去了其后发布司法解释或者法官随意适用的麻烦，可以按照法律的规定直接予以判断使用即可。但从本质上来说，并未真的绕过羁押的判断，而是将这种判断在立法的时候直接给出了结论。与第一种方式相对应，可能会在具体的规定之中采用第二种方法进行新设性规定。不仅在具体的强制措施之内对刑期折抵方式进行具体的规定，而且还将界定新的刑期折抵方法。具体来说，《刑事诉讼法》所规定的刑期折抵方法无法被刑事实体法的规定所涵盖，属于对实体法规定的突破，因而就需要进行独立规定。就目前所涉及的强制措施与刑罚种类来看，上述折抵方式的标准显然不存在突破的可能，而只能在既有的框架之内进行折抵计算。一般来说，也就是能够使用二日折抵一日的规则进行折抵的情形。也就是如果再度增设限制自由性质的强制措施或者处罚措施，则可以继续采用指定居所监视居住的刑期折抵方法和标准。

就目前司法实践的效果来看，并未对指定居所监视居住的刑期折抵效果提出任何质疑，质疑的对象集中在了指定居所监视居住适用中出现的诸多问题。即便在未来的法律修改中将指定居所监视居住强制措施予以废除，对强制措施的惩罚性进行刑罚维度的考量也已然在规范上和观念上得以落实，并不会随着该制度被废除而彻底消失。

（二）刑事诉讼法对刑期折抵的规定纾解了“羁押”二元结构的张力

对于监视居住的刑期折抵效果，之前在刑事程序法之中并未给出明确的结论性意见。在具体司法实践的适用过程中，由于当时并不存在着新增设的中间措施，所以羁押判断就成为关键，而且这一判断标准属于刚性的标准。所以就根据具体的情形，采用了较为特殊的两极化的判断方式。之前的二元化的结构之中，其结论仅有羁押和非羁押的两种不同的结论，在运用模型理论进行分析的时候自然会出现两极化的运行张力。具体来说，虽然强制措施之中也存在着其他方式，亦即关于财产与政治权利等方面的限制，但就整体来说，关于人身自由的强制措施接受“刑罚”标准的评价时，其结论仅为二元性的结论。所谓二元性的结论，亦即二极化的结论判断，要么认定为符合先行羁押的标准，从而对刑期折抵进行制度预设；要么认为不符合先行羁押的标准，完全无法进行刑期折抵。

在结论二元主义的框架结构之下，判断的标准就集中在了各种强制措施以及惩罚措施是否属于羁押，强制措施的二元结构与刑罚后果的三元结构之间形成对应性折抵关系。属于先行羁押的，则按照一日折抵一日、一日折抵二日的标准进行折抵；而认为不属于先行羁押的，则根本不会进行任何意义上的刑期折抵，对于任何种类的刑罚都不形成折抵关系。质言之，虽然刑罚的分类上承认剥夺自由刑与限制自由刑两类，但在刑事实体法之中的刑期折抵效果来说，仅承认其中的羁押措施，其他非羁押措施并没有任何的实体法效果。实际上，在结论二元主义的张力之下，自然而然地影响到判断的标准，而且在保障人权的宏观背景之下，羁押的判断标准也必然会被降低。在《刑事诉讼法》对指定居所监视居住的刑期折抵规定进行具体规定之前，指定居所监视居住已然成为司法机关在实践中所采用的强制措施，而且根据当时的司法解释，将指定居所监视居住的强制措施视为“丧失自由”的羁押，从而将其纳入到先行羁押的范围之内，从而被纳入到原有的刑期折抵框架之内。[1]如此一来，后来《刑事诉讼法》对指定居所监视居住刑期折抵的规定，显然就属于对此做法的否定。但从其效果来说，并未对其进行完全否定。具体来说，虽然彻底将指定居所监视居住从羁押中予以排除，但同时也承认这种强制措施也具有限制自由的性质，从而形成了新的折抵关系。

对指定居所监视居住的刑期折抵规定的发展变动进行比较，也会得出进一步的结论。首先，在此之前最高人民法院通过司法解释将指定居所监视居住视为一种羁押措施，进一步认为符合刑法总则中各刑期折抵的前提条件规定。实际上，指定居所监视居住与拘留、逮捕并不相同，虽然在丧失自由的空间标准上大致相同，但其他方面的自由程度有着明显的差异性，将其视为羁押措施，显然是采用了近似值的做法。就当时的规定来看，如果不将其视为羁押措施，显然就无法进行刑期折抵；与其将这种具有较高程度限制自由的措施视为非羁押方式，不如将其纳入到羁押方式之中予以规制更为妥当。实际上，上述分析也是对监视居住刑期折抵解释的误读，根据该司法解释（笔者注：实际为“批复”）的表述，依照我国当时《刑事诉讼法》第 38 条第二款的规定，“被监视居住的被告人不得离开指定的区域”，这一强制措施只是限定了被告人的活动区域，并对被告人在此活动区域内的行

[1] 王政勋：《刑法解释的语言论研究》，商务印书馆 2016 年版，第 79-81 页。

动自由加以监视，而并没有规定完全限制其人身自由。因此，对于被告人在被拘留或者被逮捕以前，被依法执行监视居住的期间，不予折抵刑期。而当时所针对的情形则是被告人在被逮捕以前，被送到行政拘留所执行“监视居住”的，属于完全限制了人身自由。这是对被告人采取的羁押措施，而不是法定的监视居住的方法。[1]所以，这种处理和认定方法实际上是针对假借“监视居住”之名而行羁押措施之实的做法，因而将监视居住区分为实际上剥夺自由的羁押和限制自由两种情形，其中后者属于非羁押措施，并无刑期折抵的效果。实际上，上述司法解释仍然具有效力，虽然《刑事诉讼法》修改之后一再强调无论在何种条件之下，都不得在看守所、行政拘留所、留置室等羁押场所、专门的办案场所或者公安机关、检察机关的其他工作场所执行。[2]但如果真的出现了上述情形，其他后果姑且不论，但将在上述场所执行的监视居住的期限，对相应刑罚进行刑期折抵自不待言。实际上，修改后《刑事诉讼法》对刑期折抵的规定，并未将上述情形排除，而是纯粹地增设了一种指定居所监视居住强制措施的刑期折抵。

其次，《刑事诉讼法》对指定居所监视居住刑期折抵的规定，显然扩展了刑期折抵的前提，虽然对其进行了直接具体的规定，但该规定并未形成类型化的扩张，到目前为止仍然也仅仅存在于指定居所监视居住这一具体措施之上，并未再度扩展到其他的情形。一方面是由于强制措施与惩罚措施并未有其他扩展，另外则是因为对于这一规定的创造已然实现了突破，未来的发展和走向也将继续深入和细致地分化。是否可以继续扩展为同羁押相并列的限制自由型的强制措施，并且细化为限制自由到何种程度，都是值得继续关注的重要问题。

（三）小结：对限制自由强制措施的惩罚性确认及细化

《刑事诉讼法》对于刑期折抵的规定，显然具有补充性的特征。严格来说，程序法中包括了五大类的对人的强制措施，而仅将其中一类强制措施中的一种特殊情形规定为折抵刑期，并没有采用逐一规定的方式对各种强制措施的刑期折抵进行规定。究其原因，则是因为拘留与逮捕措施已然被包括在了刑事实体法之中了，并无必要再度进行规定。而对于指定居所监视居住的刑期折抵，就属于新增设的折抵范围和折抵方法，系补充性的新设规定。如果从既有《刑事诉讼法》中强制措施的规定来看，先行拘留或者先行逮捕的，按照一日折抵二日的比例关系折抵管制刑，按照一日折抵一日的关系折抵拘役和有期徒刑；指定居所监视居住的，按照二日折抵一日的关系折抵拘役和有期徒刑，按照一日折抵一日的比例关系折抵管制刑。对于其他的强制措施，不折抵刑期。

对制度本身背后的理念进行深入挖掘，会发现上述规定的功能之一就是承认了指定居所监视居住的惩罚性。从惩罚性的效果来说，也并未将其纳入到羁押的惩罚性之中，而是扩展除了新的惩罚性标准，亦即与管制相同的惩罚性效果。实际上，理解界对于管制与拘役之间的轻重关系比较，一直有着不同的见解。其中认为管制的惩罚性重于拘役的主要根据之一就是刑法内部对于刑期折抵关系的规定。从惩罚的程度来说，刑事实体法中的有期限自由刑就被区分为限制自由刑与剥夺自由刑两类，但对于其他强制措施与惩罚方法来说，刑事实体法仅承认其中的“羁押”部分，而对于其他的限制自由性质的强制措施与惩罚措施一概未予承认，将非羁押措施和方法排除在刑期折抵的范围之外。《刑事诉讼法》对刑期折抵的规定具有开创意义，开创性地承认了与管制刑罚具有相同惩罚性的强制措施也具有刑期折抵的效果。当然，惩罚性的程度与比例关系仍然可以继续讨论，但显然这一规定具有非常明显的进步意义。既然局面已然打开，那么未来的发展方向就是沿着这一路径继续深化与细化各种措施和方法，进行更加细致的制度构建。实际上，其他强制措施也具有自身的强制性与惩罚性，如果将取保候审与管制进行比较，可以发现二者在限制自由的惩罚性方面并无太多的差异，因而也应该承认其惩罚性，将其纳入到刑期折抵的范畴。具体来说，刑期折抵关系的对应性可以按照如下的表格进行设计和展开。

	取保候审	监视居住	指定居所	拘留	逮捕	留置
管制	1:1	1:1	1:1	2:1	2:1	2:1

[1] 具体规定参见 1984 年 12 月 18 日发布的最高人民法院《关于依法监视居住期间可否折抵刑期问题的批复》的内容。

[2] 前注①，徐静村书，第 151 页。

拘役	1:2	1:2	1:2	1:1	1:1	1:1
有期徒刑	1:2	1:2	1:2	1:1	1:1	1:1

一旦对取保候审与监视居住强制措施的惩罚性予以承认，将其纳入到刑期折抵的范畴，那么就应该从整体上进行制度设计，就需要纳入到整体的刑罚制度之内进行折抵，而无法采用部分性的折抵措施。举例来说，不能只承认取保候审对管制有折抵效果而否认对拘役和有期徒刑的折抵效果，因为在既有的折抵关系之中，管制与拘役、管制与有期徒刑之间的折抵关系已然得到了确认和认可，不能轻易对其“换算关系”进行变动调整。当然，这也是当前修改法律的难点所在。

此外，这种在强制措施的条文之中“预先”设定刑期折抵的标准，是否会对司法中适用强制措施的司法者在心理上形成不良影响，也是值得讨论的问题。一般来说持否定答案，强制措施的选择和适用基本上沿袭了司法习惯，并不会因为法律规定了强制措施可以折抵刑期而产生根本性的影响。但是，可以通过上述规定对监视居住和其他强制措施之间的逻辑关系予以诠释，亦即将监视居住视为实际上的取保候审的一种替代性措施。[1]

五、结语

刑期折抵实际上建立在不同的刑罚观念之上，而刑罚观实际上是指惩罚的理念。当代的自然主义惩罚观虽然也强调刑罚不仅具有合理性及其根据，但更多的则是从本质上强调犯罪与刑罚后果之间的程度对应性。至于通过何种方式实现对应性，并没有太多的限制性要求。相反，对于规范主义或者实证主义惩罚观念来说，作为犯罪法律后果的刑事惩罚并不仅在程度上实现对应性，更需要从程序上进行限制。进一步来说，就是必须针对已经得到确认的犯罪，而非观念上的犯罪，才能动用刑罚予以惩处。亦因此，对于判决执行之前的羁押措施，原则上并不属于惩罚的范畴，因而无法被纳入到考量的范围。但在自然主义刑罚观逐步渗透到法律规范之后，就进而演进为规范的惩罚制度。我国法律体系之中的刑期折抵制度的演进与发展，尤其是从实体法扩展到程序法规定，进而发展到《监察法》等制度之上，背后的推动力就是惩罚观念的演进和变化。可以预见的是，随着立法重心的调整，在刑事诉讼法等法律之中对刑期折抵进行具体规定的情形也会愈来愈多，对于当下热议的《监察法》制定过程中，拟增设的“禁闭”、“管护”、“责令候查”与“强制到案”等措施丰富了强制措施，也自然会对刑期折抵产生影响，对于刑罚折抵的法律规定必然会愈加复杂。与刑事实体法配套的刑事程序法也必然逐步扩展对刑期折抵的具体规定，而不是在实体法之中进行规定。

总之，对于刑期折抵规定的理解，就无法从单一的法律制度出发去理解和诠释，需要从不同的向度进行分析。刑事程序法关注的重点是强制措施本身的特殊属性，刑事实体法关注的重点则是其他强制措施与惩罚方法对刑罚的同质性抵消关系。虽然从两个向度分别对刑期折抵制度进行审视，但从本质来说都需要从刑罚的角度予以重新界定。而且，随着对刑罚理解的不断深入和精确化，对于刑期折抵规定的法律表述也会愈加细致和深入。

最为关键的则是通过刑期折抵的制度设计与理论研究，扩展了研究的视角和分析的维度。对于强制措施的理解，不仅可以通过对刑事程序法的内部进行比较和解读，还可以通过刑事实体法的惩罚性及其程度标准进行分析和展开。同样的，对于刑罚自身惩罚性的设计与研究，也提供了实体法之外的标准和参照系，从而更有利于对强制措施、惩罚方法与刑罚之间的内在联系的深入研究。

[1] 樊崇义主编：《刑事诉讼法学》，法律出版社 2016 年版，第 143 页。

指定居所监视居住制度正当化研究

孔凡洲*

摘 要：指定居所监视居住是我国刑事诉讼中的非羁押型强制措施，是住所监视居住的一种补充、例外，具有独立的程序价值和诉讼功能。指定居所监视居住制度是对指定居所监视居住的规范，具有约束公权力、降低羁押率、保障被指定居所监视居住人权利的功能。不过，指定居所监视居住在实践中却存在适用随意、变相羁押、被追诉人权利得不到保障等问题，其原因主要是指定居所监视居住制度不完善，需要进行正当化改造。对此，应当确立指定居所监视居住制度的基本原则，包括权利保障、限制适用、权力制约等原则。同时，还应当系统完善其基本规则，包括重塑适用条件，完善审批规则，注意执行过程中被追诉人权利保障，合理确定期限，以及确立必要性审查等救济规则。

关键词：指定居所监视居住；强制措施；制度正当化

引言

指定居所监视居住是我国刑事强制措施中的特色之一，立法创设该措施的目的是对于特定案件或者特定情形的被追诉人，在不对其采取羁押措施的情形下，实现强制措施保障诉讼顺利进行的目的，旨在实现保障人权与保障诉讼顺利进行之间的平衡。我国指定监视居住强制措施创设时间较早，2012 年修订的《刑事诉讼法》通过系统规定指定居所监视居住的适用要件、决定机关、执行期限、法律后果、指定居所的选定和监视方法的类型、犯罪嫌疑人在执行期间应当遵循的义务责任以及监督制度，使得指定居所监视居住制度具有了独立的程序价值和诉讼功能。

然而，有关指定居所监视居住制度的争议，在理论界由来已久。除了规范研究之外，实证研究成果数量也不少。[1]指定监视居住制度在 2012 年刑事诉讼法修改的讨论中就是关注的焦点问题。而在新一轮刑事诉讼法修改的讨论中，学界对此问题依然多有探讨，观点似乎更加聚焦于废除论上。而之所以提出废除，主要是指定居所监视居住在适用中存在过度适用以及被指定居所监视居住人权利未得到保障等问题。然而，造成此类问题的原因，与指定居所监视居住在实践中的定位偏差有关，而且其规则不完备导致适用异化。指定居所监视居住作为一个我国创设的具有我国特色的强制措施类型，历次刑事诉讼法的修改都采用不断完善相关规则的方式，以解决其存在的问题。本次刑事诉讼法修改也不宜将其废除。对此，应当继续保留指定居所监视居住措施，但必须反思指定居所监视居住的定位和功能，梳理目前指定居所监视居住实践中存在的问题并分析其成因，在此基础上通过指定居所监视居住规则的正当化，充分实现该强制措施独特的程序价值和诉讼功能。

一、指定居所监视居住的定位与制度功能反思

指定居所监视居住之所以存在较大争议，主要是该制度在运行中存在的一些弊端，比如被监视居住人权利受到侵犯等。因此废除之声不绝于耳，即使持保留者，也一致认为需要进行改革完善。现实中存在的问题的确需要关注，但以此作便要废除一项制度显得过于武断。因为制度不完善造成的问题，可以通过对制度的完善予以化解。不过，对于指定居所监视居住的完善，其前提是应当回归指定居所监视居住的定位及功能，从理论维度论证其存续的必要性。

（一）指定居所监视居住的定位

指定居所监视居住的定位是指其在整个强制措施体系中的位置及属性，这是反思和优化指定居所监视居住制度的基础，是实现指定居所监视居住规则正当化的起点。

首先，指定居所监视居住属于非羁押型强制措施。刑事诉讼中的强制措施作为预防措施，是为

---

* 上海外国语大学法学院讲师，法学博士，硕士生导师。研究方向为诉讼法学、证据法学。联系地址：上海市大连西路 550 号上海外国语大学 1 号楼 213 办公室，邮编：200083，邮箱：ningbixx@163.com ,联系电话：15121015937。

[1] 比如蔡艺生：《公安机关适用指定居所监视居住实证研究——以 2018—2019 年 703 份判决书为主要分析样本》，载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)，2020 年第 4 期，第 38-47 页；谢小剑、朱春吉：《公安机关适用指定居所监视居住的实证研究——以 5955 个大数据样本为对象》，载《中国法律评论》2019 年第 6 期，第 74-87；陈梦鑫,张炎：《指定居所监视居住工作实证研究》，载《中国检察官》2017 年第 5 期，第 61-64 页；北京市人民检察院课题组：《指定居所监视居住法律监督实证研究——以 2013 年至 2015 年 4 月 B 市适用指定居所监视居住为研究对象》，载《中国检察官》2016 年第 21 期。

了确保诉讼顺利进行而对被追诉人采取的临时性限制或者剥夺自由的措施，限制自由的强制措施属于非羁押型强制措施，暂时剥夺自由的强制措施则是羁押型强制措施。监视居住制度创设伊始，其与取保候审具有同质化，都属于限制人身自由的一种强制措施。2012 年刑事诉讼法修改对监视居住条款进行了修改，旨在区分监视居住与取保候审，自此之后两者在适用条件方面呈现较大的差异性。而且，为了解决司法实践中羁押率高的问题，亟待寻找一种羁押替代措施，而把监视居住改造为羁押代替措施便有其必然性和合理性。根据刑事诉讼法的规定，需要采取监视居住的被追诉人，应当首先满足逮捕的条件，但是出于人道主义的考量，对于怀孕的妇女等特殊人群即使达到逮捕的条件，也可以采取监视居住，以非羁押型措施保障诉讼顺利进行。因此，监视居住是逮捕的替代措施，只有达到逮捕的条件，才可能适用监视居住。相比较拘留、逮捕等羁押型强制措施，指定居所监视居住属于对人身自由限制的措施，而非剥夺措施。根据 1984 年最高人民法院在《关于依法监督视居住期间可否折抵刑期问题的批复》[1]规定，监视居住"这一强制措施只是限定了被告人的活动区域，并对被告人在此活动区域内的行动自由加以监视，而并没有规定完全限制其人身自由。"因此，"被依法执行监视居住的期间，不予折抵刑期。"该批复已经失效，但该批复把监视居住定位为非羁押性强制措施，符合监视居住的定位。而且根据《刑事诉讼法》对被监视居住人义务的规定："未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指定的居所。"可见，指定居所监视居住并非是对被监视居住人自由的剥夺。指定居所监视居住的被追诉人经过批准，就可以离开指定的居所自由活动。现行立法规定认为指定居所监视居住期间可以折抵刑期，这是考虑指定居所监视居住强度之后作出的维护被追诉人权利的规定。现行规定是对原有规则的细化，指定居所监视居住的适用应当用历史眼光予以审视，同时从强制措施体系中进行体系解释和理解，不能否认其非羁押型强制措施的定位。

其次，指定居所监视居住是住所监视居住的一种补充、例外。指定居所监视居住与住所监视居住措施类似，依然是对被追诉人人身自由的限制措施，而非剥夺措施。指定居所监视居住作为监视居住执行的一种方式，其对被追诉人的义务要求与监视居住不应存在本质区别，只是执行场所从被追诉人的住处变更为指定的居所。但因为两者执行地点的区别导致对被监视居住人权利的限制强度有所区别，而且考虑两者所耗费的司法资源之不同，指定居所监视居住只应作为监视居住制度的例外情形。根据现行有关指定居所监视居住的规定，有观点认为"指定监视居住实际上已经成为具有中国特色的第六种强制措施"，[2]此种定位的目的在于脱离监视居住的语境去探讨指定居所监视居住制度的完善，可以创设系统性的规则实现该制度的功能，这对完善指定居所监视居住具有启示意义。但从目前的研究和适用情况看，指定居所监视居住依然属于监视居住的特殊情形，难以作为一项独立的强制措施。不过，需要特别注意的是，监视居住是逮捕的替代措施，而非直接把指定居所监视居住作为替代措施。指定居所监视居住是监视居住执行的形式之一，属于例外。不能把指定居所监视居住等同于监视居住，或者忽视其属于监视居住的例外，否则容易造成指定居所监视居住适用的扩大化，导致凡是应当适用监视居住措施的，就直接适用指定居所监视居住。

（二）指定居所监视居住制度功能反思

指定居所监视居住制度是规范指定居所监视居住适用、执行、救济的规则体系。指定居所监视居住作为非羁押型强制措施和监视居住的例外情形，其制度具有积极作用，也有消极的一面。其消极性主要体现为对诉讼的负面影响，比如严格对指定居所的规定，会增加诉讼成本。规则的正当化会限制办案机关利用该制度获得口供、及时破案，造成诉讼效率底下，甚至无法破案。消极的一面会导致该项措施备而不用，但这是规则正当化必然要付出的代价。对于指定居所监视居住制度的功能，主要探讨其积极功能。

第一，约束公权力，防止权力恣意。"对于被追诉人的诉讼权利乃至个人所有自由权利来说，抑制国家权力能够为其提供有效的保障；而放纵国家权力的行使，所具有的效果则恰恰相反。"[3]指定居所监视居住制度通过设置合理的适用条件、正当的审批程序，确立执行程序中的权利保障规则，可

[1] 最高人民法院在《关于依法监督视居住期间可否折抵刑期问题的批复》，1984 年 12 月 18 日 法研字[1984]第 16 号。
[2] 左卫民：《指定监视居住的制度性思考》，载《法商研究》2012 年第 3 期，第 33 页。
[3] 张建伟：《审判的实质化：以辩方的视角观察》，载《法律适用》2015 年第 6 期，第 12 页。

以为审查机关的审查权、执行机关的执行权以及侦查机关对被监视居住人的讯问提供程序依据。防范被指定监视居住人完全处于办案机关的控制下，造成权力对权利的侵害。根据程序法定主义，以及公权力行使应遵循“法无授权皆禁止”的原则，作为公权力主体的公安司法机关，无论是适用机关、审批机关还是执行机关，应当根据已经确立的规则适用指定居所监视居住，不得恣意妄为，没有按照规则适用或者突破、规避规则，都属于程序违法，是权力滥用的表现，应当受到程序性制裁。同时，完备的制度也为追究有关主体的法律责任提供了依据。指定居所监视居住制度规范权力运行，可以起到防止指定居所监视居住扩大化的问题，防止在监视居住期间对被监视居住人进行非法取供等，进而起到保障私权利的作用。因此，指定监视居住制度的完善在于规范权力运行，保障被监视居住人的合法权益。

第二，降低羁押率，体现人道主义关怀。未决羁押率过高长期以来饱受诟病。如何降低羁押率是理论界和实务界关注的重要主题。比如少捕慎诉慎押的刑事司法政策之提出，其功能之一就在降低未决羁押率，避免过度羁押。指定居所监视居住制度是减少未决羁押的制度保障之一。从前述对该措施定位中可以发现，该措施属于逮捕的替代措施，应当明确定位为非羁押措施。随着制度的不断完善，其降低羁押率的功能将日益凸显。“指定居所监视居住具有降低审前羁押比例的特定诉讼功能”。[1]监视居住制度的功能在于有效减少审判前的羁押比率。[2] 而规则的系统化，将更加有助于该功能的实现。刑事诉讼具有惩罚犯罪的目的，也不能忽视人权保障。指定居所监视居住制度解决了对被追诉人要么羁押，要么将其取保候审或者予以释放之间选择的难题。一旦采取未决羁押，则对被追诉人人身自由予以剥夺，损害其基本权利。而且还会增加看守所的投入。而如果对部分不适合逮捕的被追诉人采取取保候审或者不采取强制措施，又可能造成被追诉人脱管问题，影响诉讼的顺利进行。而指定居所监视居住则为应当逮捕的被追诉人在特殊情形下采用非羁押措施提供了制度选择。如果废除监视居住，则不利于审前羁押率的降低。而且适用监视居住的对象为特殊的被追诉人，主要是考虑人性需要，体现人道主义精神。此外，相比较被追诉人被羁押在看守所，指定居所监视居住可以保障被追诉人的基本权利，避免被追诉人与社会脱节，不再对其追诉后不影响其回归社会。在犯罪学上，相比较羁押型强制措施，指定居所监视居住有助于减少犯罪交叉感染。因此，指定居所监视居住制度有利于降低羁押率，实现了人权保障与保障诉讼顺利进行的平衡。

第三，保障被指定居所监视居住人的权利。规则对于私权利而言，主要体现为保障功能。被指定居所监视居住的人只是存在嫌疑的人，基于追究犯罪也是维护公共利益，进而保障公众权利的活动，因此任何公民在一定意义上都具有配合国家专门机关追诉犯罪的义务。不过，公民的配合义务有其界限，公民的权利不能被忽视。指定居所监视居住执行过程中被指定居所监视居住人的诉讼权利甚至人身安全应当得到充分保障。事实上，对于已经被定罪的人而言，也应当遵守和保障其基本的权利。对于被指定居所监视居住的人而言，应当享有隐私权、安全权、不被强迫自证其罪的权利，以及与辩护律师的会见权、通信权。但是，被指定居所监视居住的人由于人身自由受到限制，而且处于被追诉的状态，因此其前述权利的实现必然要依赖于公权力的保障和配合，而且此类权利最容易被公权力限制。而容易受到公权力限制或者侵犯的权利就应当通过立法予以规定，实现权利的法定化、制度化。基于此，完善的指定居所监视居住制度赋予被追诉人相应的权利，以规则的形式设置公权力运行的方式与边界，实现对被指定居所监视居住人权利的保障。

二、指定居所监视居住制度的异化及其成因

尽管指定居所监视居住作为非羁押型强制措施，符合法律的人道主义精神，具有保障被追诉人人权的功能，但指定居所监视居住在适用中却暴露出一些问题，对于这些问题进行梳理并分析其成因，才能有针对性地实现指定居所监视居住制度正当化。

（一）指定居所监视居住制度异化的表现

第一，指定居所监视居住作为独立的一种强制措施予以适用。基于监视居住措施的定位和适用条件，监视居住属于逮捕的替代措施，不应作为一种独立的强制措施予以适用。而作为监视居住的特别情形，指定居所监视居住也并非一种独立的强制措施。然而，在实践中却存在把指定居所监视

[1] 郎胜主编：《<中华人民共和国刑事诉讼法>修改与适用》，新华出版社 2012 年版，第 157 页。
[2] 孙长永：《比较法视野中的刑事强制措施》，载《法学研究》2005 年第 1 期，第 123 页。

居住作为一种独立的强制措施适用。一是办案机关为了办案需要适用，使指定居所监视居住沦为以保障侦查需要，更有效获取证据为主要出发点，[1]而适用的一种强制措施。因此，当指定居所以“办案需要型”为目的时，办案机关就会为了有效侦破案件而适用指定居所监视居住。二是被追诉人尚达不到逮捕的条件时，特别是其中的证据条件时，办案机关先采用指定居所监视居住，等满足逮捕条件后再转为逮捕，即把监视居住作为适用逮捕措施的过渡措施。有学者通过实证研究发现，实践中指定居所监视居住转羁押率非常高。[2]而且检察机关在适用监视居住、拿到口供后一般会立即变更为拘留或 逮捕，没有在监视居住情况下移送审查起诉或提起公诉的案件。[3]把指定居所监视居住作为独立的强制措施适用，是对指定居所监视居住制度的误解和误用，违背指定居所监视居住制度的定位。有学者从完善指定居所监视居住制度的角度出发，提出把指定居所监视居住模式明确定位为一种独立的羁押性措施，就可以比照逮捕这类羁押措施的人权保障要求，[4]从严格规范适用指定居所监视居住的角度而言，该观点有道理，但将其作为羁押型强制措施，那么其独特的程序价值和诉讼功能必将丧失。指定居所监视居住的优势就在于被追诉人不必被羁押到羁押场所，免受羁押带来的负面影响。因此，不宜将指定居所监视居住作为独立的羁押性措施，否则其将丧失独立价值，也就没有存在的必要了。

第二，指定居所监视居住适用较为随意。监视居住的适用应当符合逮捕的条件，而且指定居所监视居住对被追诉人自由的限制较为严格，司法资源的耗费也更大，风险更高，因此其适用应当谨慎。然而实践中却存在适用较为随意的情形，主要是对适用条件的理解存在差别，对部分不属于指定居所监视居住情形的被追诉人适用该措施。比如对于已有固定住处的，公安机关也会对被追诉人适用指定居所监视居住。而且，“在住处执行有碍侦查”的条件，对于何谓“有碍”侦查缺乏明确的标准，导致部分案件中被追诉人有固定的住处，也会因为“有碍”办案而被适用指定居所监视居住。甚至还存在部分公安机关突破管辖的基本原则，故意选择由被追诉人没有固定住处的市县所在的办案机关予以立案，目的就在于对被追诉人适用指定居所监视居住。可见，实践中适用该措施存在标准不一致的情形，类似案件得不到类似处理。而且，如何执行指定居所监视居住也具有随意性，比如指定居所监视居住场所的选择较为随意，包括公安监管医院、酒店、医院、学习村、教育转化 基地、戒毒所、纪委宾馆、救助站、看守所病区等。[5]

第三，指定居所监视居住沦为变相羁押措施，被追诉人权利得不到保障。指定居所监视居住虽然不是在看守所羁押，但是效果堪比羁押。指定居所监视居住成为“超羁押手段”，犯罪嫌疑人处于长期被监视和管控的状态，沦为变相羁押措施。[6]被指定居所监视居住的人未经允许不得离开指定的居所，而且实践中执行机关也不会批准其离开指定居所的申请，活动范围有限。甚至办案机关把指定居所监视居住的场所作为讯问场所，非法讯问情况时有发生，且很难获得救济。指定居所监视居住属于强制措施之一，被追诉人自然应当遵守强制性的义务，但是强制性的义务配置应当合理。而且，在如何“监视”方面要比看守所更为严格。多数指定居所监视居住场所并未安装专门的电子监控设备，相当部分公安机关采用的是“人盯人”的监视方式，[7]执行人员“可全天 24 小时近距离对被监视居住人展开管控，这从被监视居住人的角度来看，与执行羁押性强制措施基本无异，在某些方面(对隐私权的侵犯) 的强度甚至可能超过羁押。”[8]此外，指定居所监视居住期间辩护律师的会见权受到限

---

[1] 谢小剑：《“替代逮捕”与“办案需要”:指定监视居住的功能类型与程序冲突》，载《新疆大学学报(哲学 · 人文社会科学版)》2017 年第 5 期，第 60 页。

[2] 谢小剑、朱春吉：《公安机关适用指定居所监视居住的实证研究——以 5955 个大数据样本为对象》，载《中国法律评论》2019 年第 6 期，第 83 页。

[3] 参见孙长永、闫召华：《新刑事诉讼法实施情况调研报告（2015）》，载孙长永主编：《刑事司法论丛》第 3 卷，中国检察出版社 2015 年版，第 470-473 页。

[4] 孙煜华：《指定居所监视居住的合宪性审视》，载《法学》2013 年第 6 期，第 150 页。

[5] 蔡艺生：《公安机关适用指定居所监视居住实证研究——以 2018—2019 年 703 份判决书为主要分析样本》，载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2020 年第 4 期，第 44 页。

[6] 参见郭烁：《论作为“超羁押手段”的指定居所监视居住制度》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 6 期，第 119-125 页。

[7] 窦宪亮：《我国指定居所监视居住问题研究———以公安机关为重点分析》，中国社会科学院 2013 年硕士学位论文。

[8] 马静华、冯露：《监视居住: 一个实证角度的分析》，载《中国刑事法杂志》2006 年第 6 期，第 53-58 页。

制，因为家属和辩护律师都不知晓被指定居所监视居住人的居所地址，导致指定居所监视居住过程中存在律师无法会见当事人。此外，部分指定居所不能满足基本的生活条件，存在无法洗澡等情形，被追诉人的基本生存权利得不到保障。[1]

（二）指定居所监视居住制度异化的成因分析

指定居所监视居住制度特色鲜明，也有利于形成具有阶梯性的刑事强制措施体系，而其在执行过程中之所以出现异化，自然存在多方面原因，但主要原因是指定居所监视居住制度不完善。

首先，指定居所监视居住制度缺乏对权力制约的规则设计。指定居所监视居住在实践中之所以出现适用机关可操作的空间过大，以及在执行过程中被监视居住人权利保障不足，制度性的原因是缺乏让权力受到约束的程序设计，指定居所监视居住适用、执行的程序正当化欠缺。办案机关有权自主决定适用该强制措施，比如公安机关适用指定居所监视居住的，完全由负责案件办理的公安机关或该公安机关的上级机关决定。此种适用程序存在两方面问题，一是审批程序采用行政决定的方式，被适用对象参与权被剥夺，权力缺乏监督，程序民主性不足。二是适用机关与审批机关为统一主体，办案机关适用指定居所监视居住的权力缺乏制约，权力行使的空间过大。“公安机关的权利范围包括适用对象、适用期限、执行场所选择、执行限度、监视方式等内容，缺乏中立机关的制约和监督。”[2]而且公诉案件的立案决定权也属于公安机关，这就为公安机关通过选择案件管辖地规避指定居所监视居住限制性条件提供了方便。此外，执行程序中的权力也不受约束。实践中被指定居所监视居住的人的权利之保障还比不上被逮捕的人。被逮捕的人一般会被羁押在看守所，尽管看守所在法律上隶属于公安机关，但是看守所作为法定机构也有一套相对独立的系统，而且一般也有检察院驻所监督，因此看守所具有相对独立性，办案人员讯问被追诉人的权力会受到制约。但是，指定的居所具有临时性，却不具备这些制约性的条件，执行机关与办案机关属同一个主体，被追诉人相当于完全处于办案机关的控制之下，办案机关自然会利用权力缺乏监督、权力制约的漏洞达到高效办案的目的，违法讯问自然很难避免。因此，即使指定居所监视居住属于监视居住的例外，但实践中公安机关却较偏爱适用此类强制措施。此乃其根源所在。

其次，指定居所监视居住适用条件相关规定较为模糊。目前对于监视居住适用条件的规定，导致监视居住与取保候审、逮捕的关系尚未厘清。实践中“办案需要型”指定居所监视居住的比例高于“人性需要型”指定居所监。[3]而从监视居住措施的定位看，其属于“人性需要型”的强制措施，但立法又规定了“办案需要”“程序过渡”等适用情形，适用条件宽泛导致指定居所监视居住措施成为一种兜底性的而且旨在方便办案机关控制被追诉人的强制措施。当然，指定居所监视居住适用条件中，还存在部分表述语义含糊的情形。比如固定住处含义模糊，一般认为“固定住处”，是指犯罪嫌疑人在办案机关所在地的市、县内工作、生活的合法居所。但不同办案机关对此存在不同的理解。而且法条表述中的没有明确“市、县”的关系，此处的“市”具体是指地级市还是省会市和直辖市，并不明确。如果是地级市，立法为何要保留县，如果是县级市，那么与县级市同级的还有区，为何没有“区”的表述。因此，而市县的不同理解，就直接影响被追诉人在办案机关所在地是否具有固定住处的判断。有研究显示，部分公安机关扩大解释“本地无固定住所”。[4]或者，通过指定异地管辖，以达到“本地无固定住所”的适用条件。[5]此外，告知规则不完善，导致被监视居住人的家属知情权受到限制，进而影响被监视居住人的诉讼权利之保障。刑事诉讼法规定：“指定居所监视居住的，除无法通知的以外，应当在执行监视居住后二十四小时以内，通知被监视居住人的家属。”然而，该规定为“不通知”留下了空间，同时没有明确办案机关应当通知哪些事项，办案机关自然可以根据办案需要选择是否通知以及通知何种事项。

---

[1] 也正是因为此，2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 116 规定，指定的居所应当符合“具备正常的生活、休息条件”“便于 监视、管理”“能够保证安全”等条件。

[2] 谢佑平、贺贤文：《论我国刑事强制措施的完善》，载《法治研究》2010 年第 5 期，第 8 页。

[3] 谢小剑、朱春吉：《公安机关适用指定居所监视居住的实证研究——以 5955 个大数据样本为对象》，载《中国法律评论》2019 年第 6 期，第 86 页。

[4] 王朝亮：《公安机关决定指定居所监视居住执行中的违法违规行为及监督———以 T 市检察数据最多的 X 区为样本》，载《中国检察官》2018 年第 7 期，第 57 页。

[5] 张智辉、洪流：《监视居住适用情况调研报告》，载《中国刑事法杂志》2016 年第 3 期，第 101-102 页。

最后，指定居所监视居住的期限设置不合理。指定居所监视居住的期限适用监视居住的期限，即为 6 个月，没有作出例外的规定。然而，指定居所监视居住要比居所监视居住对被追诉人的权利限制更为严重。对此，应根据指定居所监视居住对被追诉人自由的限制情况设置相应的期限，而非简单的适用监视居住的期限。否则，办案机关基于指定居所监视居住的期限比羁押要长，而且在规则对被指定居所监视居住人权利保障不充分的情形下，办案机关就有动力扩大适用指定居所监视居住。而目前对于案件尚未办结，但羁押期限已经届满的，对被追诉人可以适用监视居住的规定，就给办案机关利用监视居住期限长的特点控制被追诉人提供了依据。此种情形下，由于办案机关的原因已经不应再对被追诉人采用逮捕措施，应当予以释放，而非适用监视居住甚至指定居所监视居住来避免“超期”羁押的问题。因此，因为指定居所监视居住期限过长，也造成原本属于羁押替代措施的监视居住沦为变相羁押措施，成为公安机关获取口供、固定证据的机制，是被追诉人权利无法有效保障的原因之一。

三、指定居所监视居住规则的正当化路径

指定居所监视居住在实践中暴露出的问题，反应了指定居所监视居住制度不完善，但尚未达到需要废除该措施的程度。对此，在保留指定居所监视居住措施的前提下，应当通过确立基本原则和完善基本规则，实现指定居所监视居住制度的正当化。

（一）确立指定居所监视居住的基本原则

第一，权利保障原则。适用监视居住制度的目的是为了实现法律的人道主义精神，其相比较逮捕措施，主要适用对象为孕妇等特殊人群，从适用条件方面即可看出其体现了法律的人道主义精神。作为监视居住的重要补充内容，指定居所监视居住也应当具有落实法律人道主义精神的价值，保障被追诉人权利的功能。因此，指定居所监视居住应当是以人权保障为主要目的的一种强制措施。既然如此，指定居所监视居住制度的设计和适用，就应当坚持权利保障原则。对于需要特别关照的特殊人群应当适用该措施，而且因为适用对象特殊，在执行过程中要特别注意对被指定居所监视居住人权利的保障，防止权利侵犯或者意外情况的发生。此外，强制措施自然要求被追诉人遵守一些强制性义务，但不能限制被监视居住人的诉讼权利和基本生活的权利，而且公权力机关应当保障其充分行使诉讼权利和基本生活的权利。

第二，限制适用原则。限制适用即指定居所监视居住应当慎重适用，严格适用条件和审批程序。虽然指定居所监视居住应当以权利保障为原则，我国已经确立了轻重兼具的较为完善的强制措施体系，但指定居所监视居住作为逮捕的替代措施，也是一种对被追诉人人身自由的限制措施，也属于侵害个人重要利益的处分。[1]而且，指定居所监视居住需要被追诉人在指定的处所执行，属于非羁押型强制措施体系中对人身自由限制最为严重的强制措施。对此，根据比例原则，应当慎重适用。对于没有必要适用监视居住的，不要适用此类强制措施；对于能够适应住所监视居住的，就不要适用指定居所监视居住。事实上，我国检察机关已经对指定居所监视居住作出了“短用、慎用”的限制性要求，公安机关适用指定监视居住也应当遵循限制适用原则。

第三，权力制约原则。指定居所监视居住是公权力对私权利的一种处分，涉及办案机关、决定机关和执行机关等公权力主体。权力制约即要求对案件的侦查权、对指定居所监视居住的审查决定权和执行权应当分离，由不同的权力主体行使不同的权力，形成权力之间的制衡。这是正当程序原理的要求，旨在防止控审不分的局面。此外，我国刑事诉讼法确立了分工负责、互相配合、互相制约的基本原则，既然属于基本原则，那么该原则应当适用于刑事诉讼的整个过程，自然也适用于指定居所监视居住强制措施的适用和执行环节。因此，权力制约也是落实此项原则的要求。具体而言，指定居所监视居住的决定主体、执行主体、办案侦查主体应当分离，对被指定居所监视居住人的讯问地点与指定的居住应当分离。

（二）指定居所监视居住基本规则的完善

第一，重塑指定居所监视居住的适用条件。目前指定居所监视居住适用条件过于宽泛，应当根据监视居住的定位予以重塑。其一，禁止以办案需要为目的采取指定居所监视居住。虽然强制措施

[1] [日]田口守一:《刑事诉讼法》（第 7 版）张凌，于秀峰译，法律出版社 2019 年版，第 52 页。

具有保障诉讼顺利进行的功能，但监视居住则是以人权保障优先的强制措施类型。因此，除非基于人道主义原因，不得仅仅为了办案需要而对被追诉人采取监视居住或者指定居所监视居住措施。删除目前立法规定的“三类犯罪案件”[1]因为办案需要适用指定居所监视居住措施的规定，此三类案件属于利益重大的案件，而且恐怖活动犯罪和危害国家安全犯罪中犯罪嫌疑人人身危险性很大，此类案件中的犯罪嫌疑人不适宜因为办案需要直接适用指定居所监视居住。不过，若此类案件中的犯罪嫌疑人出现了需要予以人道主义关怀的情形，自然可以适用监视居住或者指定居所监视居住。其二，优化没有固定住处的判断标准。如果取消“办案需要”而采取指定居所监视居住的情形，那么其他适用指定居所监视居住的情形主要是“没有固定的住处”，因此对固定住处的合理界定就尤为重要。流动人口流动幅度越来越大，界定固定住处有利于办案人员不会大范围的适用指定居所监视居住制度，有利于节省办案资源。从体系解释的角度而言，“市县”中的“市”应理解为地级市，此种解释也符合刑事诉讼存疑有利于被追诉人原则。其三，不应将监视居住作为取保候审的替代措施。理顺取保候审与监视居住的关系，避免监视居住成为“口袋式”强制措施，导致指定居所监视居住适用范围扩大。对于《刑事诉讼法》规定的“对符合取保候审条件，但犯罪嫌疑人不能提出保证人，也不交纳保证金的，可以监视居住。”一方面应优化取保候审的适用条件，建立以保证人保证为主的取保候审制度，而对于当事人无法提出合适保证人的，可以由社区工作人员担任保证人。国家未来也可以尝试确立公共保证人制度。另一方面是对不适合取保候审的被追诉人，应考虑逮捕，而在满足逮捕条件下，再考虑是否适用监视居住。在适用监视居住环节，再审查是否有必要适用指定居所监视居住。因此，通过对监视居住适用条件的重塑，应当把监视居住的适用条件严格限制于满足逮捕条件但囿于人性需要条件，应当明确对达不到逮捕条件的犯罪嫌疑人不得适用监视居住，自然也不能适用指定居所监视居住。

第二，完善适用指定居所监视居住措施的审批规则。科学的审查规则应当把申请主体与审查主体分离，实现“控审分离”，才能实现实质性审查。有观点认为由于指定居所监视居住实际上显然已经是一种羁押性的强制措施，[2]所以在审批程序方面应当适用羁押型强制措施程序。虽然不能把指定居所监视居住视为羁押型强制措施，但其适用确实是以满足逮捕条件为前提的，只是因为出现了例外情形才适用指定居所监视居住。对此，指定居所监视居住适用的审查程序的确应当借鉴批捕程序予以完善。如果公安机关认为需要对被追诉人采用指定居所监视居住的，应当向检察机关提供申请，由检察院审批决定。检察机关应当依据法律规定的适用条件严格审查决定能否适用指定居所监视居住。而且在审查程序中，不应只审查侦查机关提交的材料，还应当听取被追诉方的意见，建议采用检察听证的方式进行审查，综合两方意见判断被追诉人是否符合适用指定居所监视居住的条件，避免“决定程序行政化”问题。然而，在诉讼构造中，检察机关属于控诉机关，由其审查侦查机关对于被追诉人适用指定居所监视居住的申请，难以摆脱“自己做自己案件法官”的嫌疑。同时，考虑指定居所监视居住对被追诉人人身自由限制的严重程度，此措施应当属于司法审查的范畴。因此，未来我国确立司法权对审前程序控制的司法审查制度后，对被追诉人是否有必要采取指定居所监视居住的强制措施，应当由中立的法官经过审查后作出判断。

第三，健全执行过程中被追诉人的权利保障规则。指定居所监视居住制度应对针对被追诉人的权利保障问题专门作出规定。其一，应当保障辩护律师的会见权。在立法中明确办案机关有义务将被指定居所监视居住的地点告知被监视居住人的家属，以保障辩护律师行使会见权。[3]辩护律师可以随时与被监视居住的人会见、通信。即使比指定居所监视居住强度更大的羁押性强制措施，法律也规定辩护律师的会见权一般不受限制。辩护律师在整个刑事诉讼中的会见权都不能限制，而且辩护权是被追诉人的权利，如果办案机关认为律师的行为会泄密，有碍侦查，应当处罚律师的行为，而非限制被追诉人的辩护权。并且，从辩护律师职业定位看，其参与案件并不会有碍侦查，反而起到

[1] 即涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪。

[2] 李钟、刘浪：《监视居住制度评析——以 2011 年刑事诉讼法修正案（草案）为视角》，载《法学杂志》 2012 年第 1 期，第 18 页。

[3] 陈光中：《<刑事诉讼法>再修改中辩护制度的完善》，载《河北学刊》2024 年第 3 期，第 5 页。

规范侦查行为的作用。其二，应当保障被追诉人的隐私权、健康权、安全权。对此，监视的方式应当合理，避免采用 24 小时“人盯人”的方式，应当考虑保障被指定居所监视居住人的隐私权；而且指定的居所应当具备特定的条件，包括卫生条件、安全条件等，“本质应当为被监视居住人在内的社会公众均可在内正常生活的居住场所，能够满足社会普通人的正常生活需求。”[1]同时，要保障其就医的权利，以及特定情形下批准外出的权利。其三，为了保障被监视居住人的权利，还应当优化指定居所监视居住与其他强制措施的衔接规则。指定居所监视居住不能转为逮捕，除非被追诉人违反了指定居所监视居住的义务。即不能把指定居所监视居住作为逮捕的过渡措施。指定居所监视居住的情形灭失、到期限的，应改为较为轻缓的强制措施如取保候审，或者释放。此外，在实现执行机关与办案机关分离之后，要完善指定居所监视居住期间的讯问规则，明确规定讯问地点与执行居所应当分离，为了防止办案机关非法讯问，降低办案机关的风险，讯问全程应当录音录像，可以探索在讯问被指定居所监视居住的人的程序中率先引入律师在场权。

第四，优化指定居所监视居住的期限。强制措施的强度与期限之间应成一定的比例。学界已有关于缩短指定居所监视居住的期限的讨论。“指定居所监视居住违背了强制措施体系应当贯彻的一条基本原则，即强度与期间之间应成一定的比例。”[2]有学者就认为指定居所监视居住的期限以 3 个月为宜，认为“指定居所型监视居住的执行强度与逮捕近似，本质上属羁押性强制措施，其最长期限应长于逮捕，短于住处监视居住，进而得出将指定居所监视居住最长期限整体缩短至 3 个月的结论。”[3]事实上，最高人民检察院曾下文《关于全国检察机关在查办职务犯罪案件中严格规范使用指定居所监视居住措施的通知》，要求指定居所监视居住一般不超过 15 天，超过 15 天的要报上级审批。不过，目前公安机关并无此类限制性的规则。考虑指定居所监视居住对被追诉人人身自由的限制，平衡办案需要与人权保障价值，指定居所监视居住的期限为 30 天较为适用，允许每个诉讼阶段适用 30 日。因为如果以 3 个月为期限，若每个诉讼阶段或者公安机关、检察机关、法院各自都可以适用 3 个月，该期限最长就达到了 9 个月，长达 9 个月的时间让一个人居于一屋，对基本人权的损害过大。因此，每个机关可以适用的指定居所监视居住的期间为 30 日较为适宜。同时，为了防止指定居所监视居住超期，立法应明确规定对于在超期指定居所监视居住过程中获得的口供，应当作为非法证据予以排除。

第五，完善指定居所监视居住的救济规则。其一，优化申请救济程序。应当设置对指定居所监视居住强制措施的再次审查程序。对于被指定居所监视居住的人认为其不符合适用条件但却被指定居所监视居住的，应当赋予其启动再次审查程序予以救济的权利。从近期看，被指定居所监视居住人的救济申请应当向检察院提出，由检察院负责再次审查。当然，被追诉人也可以把错误适用指定居所监视居住作为上诉的理由提出。从长期看，如果未来建立司法审查机制，那么指定居所的适用和救济都应当由法院采用司法审查程序予以实现。无论是检察院还是法院，在收到被追诉人方的救济申请后，应当及时启动审查程序，以判断是否存在适用不当的问题，及时作出决定。其二，完善依职权进行救济规则。除了赋予被追诉人申请救济权之外，还应当设置依职权救济方式。基于检察机关诉讼监督的职能定位，包括指定居所监视居住在内的强制措施的适用亦属于检察监督的范畴。目前，刑事诉讼法中已经确立了羁押必要性审查制度。基于指定居所监视居住对被追诉人自由限制的严重性，防止此类强制措施的滥用，检察机关也应当建立指定居所监视居住必要性审查程序。实践中已有类似做法，而且能够起到救济功能。如某基层检察院办理的张某指定居所监视居住监督案，控申部门依据张某近亲属的来访启动监督程序，通过对张某等犯罪嫌疑人进行询问，了解其住址等基本信息，查明犯罪嫌疑人张某在本县内有住所，办案部门对他适用指定居所监视居住明显不当，根据监督意见，办案部门及时纠正了违法行为。[4]此外，应当建立程序性制裁机制予以救济。指定居所监视居住程序存在违法的，以及在指定居所监视居住期间被追诉人权利受到侵害的，不仅应当追究有关主体的司法责任，而且在此期间获得的口供应当作为非法证据予以排除。

---

[1] 程雷：《刑事诉讼法第 73 条的法解释学分析》，载《政法论坛》2013 年第 4 期，第 148 页。
[2] 参见孙煜华：《指定居所监视居住的合宪性审视》，载《法学》2013 年第 6 期，第 152 页。
[3] 孙煜华：《指定居所监视居住的合宪性审视》，载《法学》2013 年第 6 期，第 152 页。
[4] 参见赵景川：《控申部门办理指定居所监视居住监督案件论要》，载《中国检察官》2021 年第 21 期，第 40 页。

四、结语：完善指定居所监视居住制度的立法建议

在指定居所监视居住不废除的语境下，本文尝试提出关于完善指定监视居住制度的具体立法建议，以供理论界和实务界参考。

第 X 条 【指定居所监视居住的权限划分】犯罪嫌疑人、被告人适用指定居所监视居住，必须经过人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行。

立法理由：明确申请适用主体、决定主体与执行主体分离，体现权力分离与制约原则，有助于实现审批程序、执行程序的正当化。

第 X 条【监视居住的条件】对符合逮捕条件，有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以监视居住：

（一）患有严重疾病、生活不能自理的；

（二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；

（三）系生活不能自理的人的唯一扶养人；

（四）其他因为人道主义原因需要采取监视居住措施的。

立法理由：这是根据监视居住制度的定位对刑事诉讼法第 74 条第一款的优化，为了防止指定居所监视居住适用的扩大化，规避羁押程序但严重限制被追诉人人身自由，删除“办案需要”和“逮捕期限届满而需要继续办案”适用监视居住制度的情形。防范因为监视居住适用范围扩大而导致指定居所监视居住适用泛化。

第 X 条【监视居住的执行与告知】监视居住应当在犯罪嫌疑人、被告人的住处执行；无固定住处的，可以在指定的居所执行。但是，不得在羁押场所、专门的办案场所执行。

犯罪嫌疑人、被告人被指定居所监视居住后，执行机关应当在 24 小时内将被指定居所监视居住的地点告知被监视居住人的家属；通知家属有碍侦查的，应当将被指定居所监视居住的地点告知被监视居住人的辩护律师。

立法理由：对应上条，删除“对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪，在住处执行可能有碍侦查的，也可以在指定的居所执行”之规定，旨在防止适用主体裁量权过大。而且，此类案件涉及利益重大，除非犯罪嫌疑人满足适用监视居住条件而应当适用监视居住，否则，应予以逮捕，或者取保候审，而非适用指定居所监视居住。完善指定居所监视居住的告知规则，目的在于保障被指定居所监视居住人的诉讼权利，比如获得律师辩护的权利。因为律师属于法律职业，所以通知家属确实存在妨碍侦查的风险，那么也应当告知辩护律师。

第 X 条【审查程序】人民检察院、人民法院审查对被追诉人采取指定居所监视居住，应当以听证的方式进行，充分听取犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人的意见。涉及国家秘密的案件除外，但应听取犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人的意见。

应重点审查是否适用监视居住的条件，以及监视居住的处所。经审查后，应作出是否适用指定居所监视居住的决定。

决定适用指定居所监视居住的，应在决定书中说明理由。

立法理由：以程序正当化为目标，优化指定居所监视居住的审查程序。一是实现审查主体与适用主体分离，实现权力对权力的制约。二是明确审查方式和审查重点，对指定居所监视居住审查程序进行准诉讼化改造，兼顾审查程序的公正价值与效率价值。

第 X 条【指定居所监视居住期间的权利保障】执行机关应当保障被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人享有以下权利：

（一）经批准离开执行监视居住处所的权利；

（二）与辩护律师会见或者通信的权利；

（三）休息、健康、安全获得保障的权利；

立法理由：现行法规定了被监视居住人的义务及违反义务的法律后果，但考虑指定居所监视居住的权利保障目的和被指定居所监视居住人的处境，以及其权利的行使需要公权力机关的配合和保障，因此也应当把被追诉人权利法定化、制度化。

第 X 条 【讯问规则】在指定居所监视居住期间，公安机关讯问犯罪嫌疑人，应当坚持居住场

所与讯问场所分离原则，讯问指定居所监视居住的人，应当全程录音录像。

立法理由：防止居住场所与讯问场所合一造成权力滥用而导致非法讯问的问题，同时，录音录像也可以在一定程度上起到监督办案机关权力的作用。

第 X 条【指定居所监视居住的期限】公安司法机关各自适用指定居所监视居住的期限为 30 日。

不得以任何理由延长期限，禁止超期执行指定居所监视居住。

立法说明：指定居所监视居住比居所监视居住对被追诉人的权利限制更为严格，期限与人身自由限制的强度之间应当呈现比例原则，现行期限过长，容易对被指定居所监视居住人的权利造成过度侵害，而且期限还有被滥用的风险。同时，明确公安司法机关各自适用的期限，防止法律含义不明确导致公安司法机关在适用层面出现争议。

第 X 条【指定居所监视居住监督与救济】犯罪嫌疑人、被告人被采取指定居所监视居住后，人民检察院应当对指定居所监视居住的必要性进行审查。对不存在适用指定居所监视居住情形的，应当决定予以释放或者变更强制措施。

犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人认为采取指定居所监视居住错误的，应当向决定机关提起复议，有关机关应当在 3 日内作出复议决定；犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人对复议结果不服的，可就指定居所监视居住程序违法为由提起上诉。

违法指定居所监视居住期间获得的犯罪嫌疑人、被告人供述应予以排除。

立法理由：考虑到指定居所监视居住属于羁押的替代措施，只有在满足逮捕的条件后，才会考虑具体“人性需要条件”决定是否有必要采用指定居所监视居住的强制措施，因此本条借鉴羁押必要性审查制度，旨在完善指定居所监视居住的监督和救济规则。同时，应当赋予被指定居所监视居住人通过复议、上诉进行救济的权利。而程序性制裁也可以倒逼指定居所监视居住的规范运行。

侦查阶段刑事传唤的性质厘清、实务展开和立法建议
——以公安机关执法为视角

方荀*

摘 要：囿于立法用语模糊和制度设计阙漏，加之侦查人员理解受限，传唤作为刑事诉讼法设定通知特定犯罪嫌疑人自行到案的程序性措施，在实践运用中存在适用泛化和权力滥用的现象。这不仅严重侵犯了被传唤犯罪嫌疑人的人权，还不当挤压了拘传、拘留等其他到案措施的适用空间。因应《刑事诉讼法》即将再次修改之契机，完善传唤制度应围绕立法技术、目标和思路核心维度，构建“三位一体”的立法修改指导原则。厘清传唤法律性质和功能目的的基础上，以保障被传唤人人权和规范传唤权运用为价值取向；着眼构建适用边界清晰、权力运行规范的传唤制度立法体系。规则层面，增强传唤适用明确性和可操作性，避免立法用语易生歧义；制度层面，立足传唤法律性质和功能定位，构建以申诉救济制度为核心的传唤权运行监督体系。

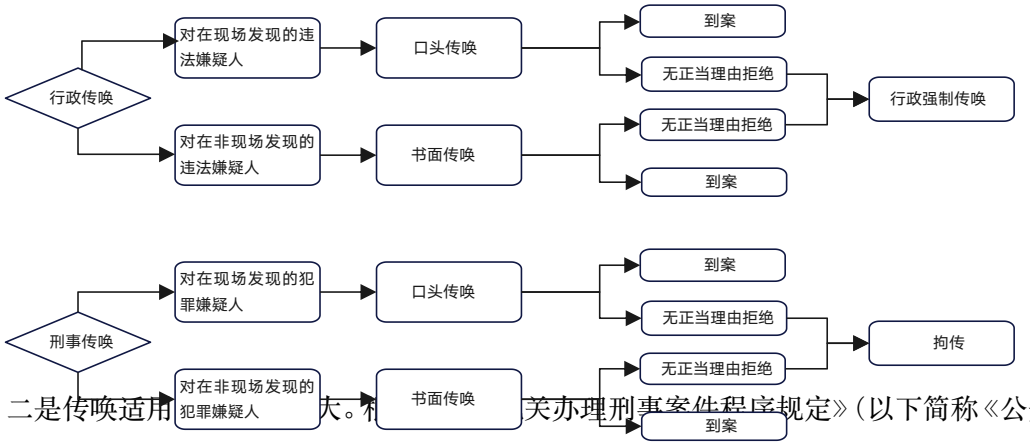
关键词：刑事传唤 书面传唤 口头传唤 自行到案 任意措施

一、问题的提出：传唤适用和执行的失范

传唤自 1979 年《刑事诉讼法》设定其作为通知犯罪嫌疑人到案接受讯问的措施以来，被广泛运用于侦查中。[1]理论上，侦查人员对传唤的理解和运用应不存在障碍。然实践中，囿于立法模糊，认识存在偏差，造成传唤适用和执行失范。

一是传唤规则适用混淆。实践中，造成传唤规则适用上混淆的原因各异：第一种，侦查人员未辨明行政传唤和刑事传唤的不同（如表 1），习惯性将行政传唤的适用规则和适用逻辑套用至刑事传唤运用中。实践中，侦查人员常规操作是，先行对犯罪嫌疑人适用口头（刑事）传唤或者书面（刑事）传唤，当其无正当理由拒绝时，则采取上手铐或派人押解等方式予以“强制传唤”。第二种，鉴于刑事诉讼法将传唤和拘传并列于同一条文，却未明确拘传的适用对象和具体情形。因此，客观上容易造成侦查人员将两者混为一谈。第三种，由于书面传唤和口头传唤在适用和执行上的差异被忽视，书面传唤执行时，侦查人员出示传唤证后即要求犯罪嫌疑人跟随其至办案机关。[2]

表 1：行政传唤和刑事传唤不同的适用规则和逻辑



二是传唤适用[illegible]大。[illegible]关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安规定》），

---

* 上海市公安局法制总队一级警长，法学硕士。本文系中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善项目”一般项目（第 65）。

1 限于本文探讨的范围限于侦查阶段，故在没有特别说明的情况下，文中所称传唤皆指侦查阶段的刑事传唤。广义的刑事传唤，包括侦查阶段的传唤和审判阶段的传唤，前者是指侦查机关通知犯罪嫌疑人到案接受讯问，后者是指法院通知当事人参加庭审。

2 根据《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安规定》）第 199 条第 1 款规定，书面传唤执行程序只规定送达程序，并无规定被传唤人需要立即到案。实务中，为了使犯罪嫌疑人立即到案，侦查人员在《传唤证》的时间上“作手脚”，使送达时间接近到案指定时间。立法上并未明确文书送达时间和到案指定时间的间隔，从人权保障的角度而言，理应具有一段合理的时间差，《公安机关刑事法律文书制作与范例》中《传唤证》文书样式的送达时间为 20XX 年 2 月 9 日，指定到案时间为 20XX 年 2 月 10 日 9 时。

在内部审批程序上，拘传、拘留需经县级以上公安机关负责人审批；书面传唤需经办案部门负责人批准，口头传唤无需批准。由于传唤审批层级低贴合了侦查机关对犯罪嫌疑人到案要求高时效性的需求，传唤逐渐成为实践中侦查人员到案措施中最优选项。为实现对所有犯罪嫌疑人均可适用传唤的目的，从而简化到案审批手续，侦查人员将不需要逮捕、拘留和在现场发现的“特定”犯罪嫌疑人扩张解释为“所有”犯罪嫌疑人。

三是口头传唤适用常态。口头传唤适用于“在犯罪现场发现的犯罪嫌疑人”。以“由人到案”和“由案到人”的传统侦查模式而言，多数案件侦查人员到达犯罪现场时，犯罪嫌疑人多数已逃离。据此而言，书面传唤是传唤的主要方式，口头传唤则是补充方式。[1]但鉴于口头传唤无需审批，为实现口头传唤可适用于所有犯罪嫌疑人，实践中将口头传唤中的“现场”解释为“当场”，即把非现场发现的犯罪嫌疑人视为现场发现。因此，书面传唤的适用空间被压缩或者功能被替代。这点从学者早年对 S 省 C 市下辖的 J 区和 P 市实证统计中也可以得到证实，口头传唤的适用率分别达到 22%和 100%。[2]

四是书面传唤适用阶段提前。我国刑事诉讼采取的是程序型启动模式，立案是侦查机关行使侦查权的起点和前提条件。书面传唤作为侦查权的一种具体表现方式，其适用必须遵循立案在先的原则。换言之，只有在案件经过受理并立案后，侦查机关才具备适用书面传唤的合法前提。[3]但实践中，侦查人员或因对传唤适用阶段存在认识偏差，或旨在延展案件侦查期限，在未予立案的情况下即对“被调查人”或者“嫌疑对象”采取传唤。[4]

五是口头传唤告知程序虚置。为保障犯罪嫌疑人知情权和规范传唤执行，《公安规定》第 199 条第 3 款规定，口头传唤执行时侦查人员应告知犯罪嫌疑人被传唤的原因和依据。[5]但受“重实体、轻程序”的惯性思维影响，加之口头告知内容缺乏具体、刚性的规则约束，实践中，侦查人员一般仅笼统告知被传唤人，“因你涉嫌犯罪，我们现在要口头传唤你到派出所接受调查”，更有甚者直接忽略告知程序，以至于立法告知义务被削弱甚至掏空。

六是延长传唤普遍。立法规定，延长传唤的适用必须同时满足两个条件：一是案情特别重大、复杂；二是犯罪嫌疑人存在需要采取拘留、逮捕措施的必要性。然而，由于立法用语的模糊，这；两个条件的判定标准缺乏统一、明确的标准，从而为延长传唤的适用提供了扩张解释的空间。特别是在“由供到证”传统侦查思维定势的支配下，为迅速获取有罪供述，侦查人员滥用权力，任意延长传唤时间，以此给被传唤人施加心理压力。有的案件中，甚至出现在呈请传唤报告之初就连同延长传唤报告一同上报审批。[6]

七是传唤执行强制。传唤不属于强制措施，亦没有强制力。[7]公安机关内部规范传唤执法要求传唤执行时“不得以派人押解或者使用警械等强制方法进行传唤”，除非遇有被传唤的犯罪嫌疑人实施暴力性对抗或者暴力犯罪行为。[8]但实践中，侦查人员基于经验或实用，通常对犯罪嫌疑人采取上手铐或者派人押解的方式予以“强制”。这种实践中的常规操作，客观上给人们造成了传唤具有强制力的假象。

一直以来，传唤适用和执行失范问题都未得到应有的重视。相比刑事强制措施被持续关注和深

---

1 参见陈焕煜：《自动投案的构成要素审查—以传唤制度的法律属性与实践演变为视角》，载《尊重司法规律与刑事法律适用研究（下）—全国法院第 27 届学术讨论会获奖论文集》，2016 年 4 月，全国法院第 27 届学术研讨会，第 750-757 页。

2 见马静华：《新〈刑事诉讼法〉背景下侦查到案制度实施问题研究》，载《当代法学》2015 年第 2 期。

3 孙茂利主编：《公安机关办理刑事案件程序规定释义与实务指南（2021 年版）》，中国长安出版传媒有限公司 2021 年版，第 473-474 页。在“实务指引”部分，将书面传唤的适用对象表述为“立案侦查但未拘留、逮捕的犯罪嫌疑人”，并要求《呈请传唤报告书》中应包括“简要案情及立案情况”。

4《林区院对一起侦查活动违法行为发〈纠正违法通知书〉》，载微信公众号“神农架检察”。

5《人民检察院刑事诉讼规则》第 183 条第 3 款也有同样的规定。

6 参见张子亮：《刑事传唤的性质和适用辨析》，载《探索与争鸣》2014 年第 5 期。

7 陈光中、徐静村主编：《刑事诉讼法学（修订二版）》，中国政法大学出版社 2002 年第一版，第 172 页。

6 同前注孙茂利主编书，第 474、385 页。

入研究，理论界和实务界对传唤的研究则显得冷清和欠缺。[1]对此，从保障被传唤人合法权利和规范传唤运用的角度而言，亟待就传唤制度展开系统深入研究。

二、传唤制度的立法沿革和审视

（一）传唤制度的立法沿革

传唤最早可追溯至清末修律时期，其中，1906 年《刑事民事诉讼法（草案）》第二章刑事规则第二节“拘票、搜查票及传票”中，第 29 条至第 37 条具体规定了传票制度，并已初具体系。内容涵盖了传票的目的（令被告到堂）、签发主体（审判该案公堂之官）、执行主体（差弁或巡捕）、对象（罪轻之人，有住址）、法律效力（抗传或展期届期不到又不声明不到之原委者，可拘票拘提）等多个方面。[2]

现行刑诉法中的传唤制度最早出现在 1979 年《刑事诉讼法》，该法第 63 条设立传唤，之后 1996 年、2012 年刑诉法修改时均对传唤的条文规定进行了增减或修改，2018 年刑诉法修改时并未涉及传唤，只对条文序号作了相应的调整。纵观传唤制度的立法发展（如表 2），大致可以划分为三个阶段。

1979 年《刑事诉讼法》	1996 年《刑事诉讼法》	2012 年《刑事诉讼法》	2018 年《刑事诉讼法》
第 63 条	第 92 条	第 117 条	第 119 条
对于不需要逮捕、拘留的被告人，可以传唤到指定的地点或者到他的住处、所在单位进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。	对于不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。 传唤、拘传	对不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。对在现场发现的犯罪嫌疑人，经出示工作证件，可以口头传唤，但应当在讯问笔录中注明。 传唤、拘传持续的时间不得超过十二小时；案情特	未作修改

7 以“刑事传唤”为标题或者关键词，在 CNKI 中检索相关学术论文，呈现出三个特征：一是论文数量少，代表性研究如：梁红标、曾祥桓：《论刑事传唤制度的完善》；张子亮：《刑事传唤的性质和适用辨析》；马静华：《新〈刑事诉讼法〉背景下侦查到案制度实施问题的研究》；周长军：《现行犯案件的初查措施：反思性研究—以新〈刑事诉讼法〉第 117 条对传唤、拘传的修改为切入》等文章。二是论文主要集中对 2012 年刑事诉讼法增设口头传唤之前。三是论文研究缺乏系统性、全面性，仅局限于作为刑事到案措施，没有将其置于刑事诉讼全过程中予以探讨。

1 吴宏耀、种松志《中国刑事诉讼法典百年（上册）》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 14、66-67、126 页。

	持续的时间最长不得超过十二小时。不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。	别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，传唤、拘传持续的时间不得超过二十四小时。 不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。传唤、拘传犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间。	

表 2：1979 年至 2018 年刑事诉讼法中传唤条文对照表

1.初创阶段（1979 至 1996 年）构建传唤制度的基本内容

适用主体—人民检察院、公安机关；适用对象—不需要逮捕、拘留的被告人；到案地点—侦查机关指定的地点或者被告人的住处、所在单位；执行程序—侦查人员向被告人出示工作证件和法律文书。

2.发展阶段（1996 至 2012 年）优化和完善传唤制度内容

一是修改传唤适用对象的称谓。1979 年刑事诉讼法中被追诉人在侦查、审查起诉和审判阶段统称为“被告人”，1996 年刑事诉讼法修改后，按诉讼阶段来区分犯罪嫌疑人和被告人，提起公诉之前称为犯罪嫌疑人，提起公诉之后为被告人。[1]故而，传唤适用对象中“被告人”修改为 “犯罪嫌疑人”。

二是限定传唤到案地点范围。“指定的地点”表述过于笼统，执行中随意性很大，难以掌握，也不利于保护犯罪嫌疑人的合法权利。[2]为此，立法修改增加了“犯罪嫌疑人所在市、县内”限定性表述，使得传唤到案地点的自由裁量空间被压缩。

三是新增传唤时长。1979 年刑事诉讼法在传唤时限上的缺失，导致执行中传唤持续的时间过长，甚至出现以连续传唤形式变相拘禁犯罪嫌疑人的情况，侵犯了犯罪嫌疑人人身自由权。[3]为纠正该乱象，立法明确限定传唤持续时间不得超过 12 小时，并禁止以连续传唤方式变相拘禁犯罪嫌疑人。

3.成熟阶段（2012 年至今）：拓展和规制传唤制度应用

一是增设口头传唤程序。2012 年刑事诉讼法修改前，传唤只有书面方式，但其无法适用于在现场发现的犯罪嫌疑人的情形。为满足侦查机关及时开展讯问的需求，立法增设口头传唤程序，对传唤犯罪嫌疑人的方式作了补充。

二是新增延长传唤的条件和时限。1996 年刑事诉讼法对犯罪嫌疑人传唤讯问时长限定在 12 小时内的规定不尽合理。一方面，从设置合理性而言。犯罪嫌疑人的受讯心理从最初的抵触到最终供述犯罪事实，客观上需要一段时间，在 12 小时内要完成刑拘前讯问、调查及办理刑拘手续等不符合侦查办案的实际。[4]另一方面，从横向比较而言，12 个小时的最长传唤讯问时限与刑事侦查工作的复杂性不相匹配。2005 年《治安管理处罚法》规定传唤后询问查证最长不超过 24 小时；1995 年《人民警察法》规定留置盘问时间最长不超过 48 小时。2012 年刑事诉讼法修改时，为了回应侦查实际需求，传唤最长时限延长至 24 小时。[5]

三是增加对传唤期间犯罪嫌疑人基本人权的保护。由于传唤时间紧，实践中办案人员往往在讯问时采取连续审讯，甚至出现不能保证犯罪嫌疑人必要的饮食、休息和日常生活需求的现象。比如，

---

1 参见陈瑞华：《刑事诉讼法修改中需要重新研究的一个问题—“嫌疑人、被告人和人犯名称的区分与使用”》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》1994 年第 4 期。

2 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定—条文说明、立法理由及相关规定》，北京出版社 2012 年版，第 151 页。

3 参见前注全国人大常委会法制工作委员会刑法室编，第 151 页。

1 黄太云：《刑事诉讼法修改释义》，载《人民检察》2012 年第 8 期，第 33 页。

2 参见前注全国人大常委会法制工作委员会刑法室编，第 151 页。

不允许吃饭，不让上厕所等。[1]2012 年刑事诉讼法修改时，新增“传唤、拘传犯罪嫌疑人时，应当保证其饮食和必要的休息时间”的规定，以此保障传唤期间犯罪嫌疑人的基本人权。

此外，为贯彻实施刑事诉讼法中传唤制度，《公安规定》建立与之相配套的制度，共同构筑起了传唤制度的立法体系。纵观 1998 年、2012 年和 2020 年的《公安规定》立法演化。

一是构建传唤内部呈报审批制度。传唤适用前需经公安机关内部一定层级人员审批。2012 年《公安规定》修改时，由“县级以上公安机关负责人”调整为的“办案部门负责人”。2020 年《公安规定》也沿用该规定。

二是建立传唤送达和传唤时间确认制度。送达传唤文书时，责令被传唤犯罪嫌疑人签名、捺指印，被传唤犯罪嫌疑人到案和传唤结束时由其填写到案时间和结束时间。

值得注意的是，对照《刑事诉讼法》，《公安规定》在传唤适用对象和到案地点规定上分别作了扩张和限缩规定（见表 3）。2012 年《公安规定》修改时，增设“对自动投案或者群众扭送到公安机关的犯罪嫌疑人，可以依法传唤”；2020 年修改时，明确紧急情况下对先行拘留七种适用情形，经出示人民警察证，可以将犯罪嫌疑人口头传唤至公安机关后立即审查，办理法律手续。同时，将“指定地点”直接改为“公安机关执法办案场所”，限缩了传唤到案地点范围。

	1998 年《公安规定》	2012 年《公安规定》	2020 年《公安规定》
书面传唤审批层级	县级以上公安机关负责人	办案部门负责人	办案部门负责人
传唤地点	犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者他的住处	犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者他的住处	犯罪嫌疑人所在市、县公安机关执法办案场所或者他的住处
适用对象	同《刑事诉讼法》规定一致	对自动投案或者群众扭送到公安机关的犯罪嫌疑人，可以依法传唤。	对自动投案或者群众扭送到公安机关的犯罪嫌疑人，可以依法传唤。

3 参见王爱立主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社 2018 年版，第 265 页。

			紧急情况下，对于符合本规定第一百二十四条所列情形之一的，经出示人民警察证，可以将犯罪嫌疑人口头传唤至公安机关后立即审查，办理手续。
文书名称	传唤通知书	传唤证	传唤证
证件名称	工作证件	工作证件	人民警察证

表 3：1998 年至 2020 年《公安规定》中传唤部分立法条文对照表

（二）传唤制度的立法审视

从上述传唤立法沿革过程可见，随着《刑事诉讼法》《公安规定》的不断修改完善，传唤制度内容趋于明确和周详。目前，《刑事诉讼法》已构建了传唤制度的基本内容和体系框架，但由于在立法技术上一直秉持“宜粗不宜细”的原则，使得传唤立法规定模糊且条文数量较少。与前述清末、民国时期的传唤制度相比，现行制度立法模糊之缺陷更为直观显现。

（1）立法用语过于模糊

传唤作为讯问侦查中实现特定犯罪嫌疑人到案措施之一，从其自身适用及辨明其与其他到案措施的适用边界而言，立法语言应明确、具体。但由于传唤条文中立法用语过于模糊，导致缺乏可操作性。不仅造成侦查人员理解和运用传唤上的无所适从，客观上也为其扩张解释立法规定提供了空间。比如，“在现场发现”中的“现场”，是指犯罪现场还是发现犯罪嫌疑人的当场？何谓“案情特别重大、复杂和需要采取拘留、逮捕”？“不得以连续传唤、拘传形式变相拘禁犯罪嫌疑人”中“连续”的界定标准是什么？口头传唤时未刑事立案，理应尚不能认定嫌疑对象为犯罪嫌疑人，在现场发现的犯罪嫌疑人如何理解？

（2）立法制度设计阙漏

从传唤权自身运行来看，在事前适用、事中执行和事后监督环节上仍存在制度设计的不足或缺位。

在适用环节。书面传唤适用程序内部审批仅需办案部门负责人，虽然满足了基层公安侦查人员办案简化的需求，但客观上缺乏具有相对中立性第三方审核，必然会带来传唤权的不受监督。另外，公安机关和检察机关在书面传唤适用程序的内部审批层级上存在不一致。[1]

在执行环节。由于主客观原因，口头传唤执行中侦查人员不重视或者忽视履行对被传唤人的告知义务，不仅剥夺犯罪嫌疑人的知情权，也影响了其申辩权的有效行使。此外，现行传唤立法中并未明确犯罪嫌疑人经口头传唤到案后的立案审查程序，导致具体实践操作中存在模糊地带。

在监督环节。一方面，外部监督机制缺位。自 1979 年刑事诉讼法设立传唤以来，立法一直未

1《检察规则（试行）》（高检发释字 20122 号）第 193 条第 1 款，书面传唤需经检察长批准。《检察规则》第 4 条第 4 款，以人民检察院名义执法的法律文书，由检察长签发。

建立申诉救济制度，导致被传唤人的人身自由权利面临因传唤权滥用或不当运用时，却没有合法路径行使申辩权。另一方面，内部监督机制不完善。传唤权的行使客观上处于权力真空状态。正如有学者指出，书面传唤在执行前虽然需经办案部门负责人或者检察长的批准，但这只是传唤适用启动上的监督，而非过程与结果的监督。[1]口头传唤既没有适用前的内部审批，也没有执行后的报备流程。[2]

从传唤与讯问制度设计关系来看。宏观层面，从立法篇章节体例来看，传唤隶属于讯问制度。但微观层面，传唤是实现对犯罪嫌疑人讯问的措施之一。结合传唤功能，其在某种程度上等同于"通知"。但"传唤持续的时间"和"传唤、拘传犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间"立法表述，理解上容易让人以为传唤制度涵盖讯问的假象，造成传唤内涵和功能定位不清晰。事实上，传唤作为犯罪嫌疑人到案接受讯问的程序性措施，其功能是仅限于通知犯罪嫌疑人到案，至于到案后的讯问时间和保证犯罪嫌疑人基本生理需求，实为讯问制度范畴，与传唤无关。据此，传唤持续时间实为传唤到案后侦查机关对犯罪嫌疑人讯问的时间。

三、传唤法律性质的厘清

实践中，侦查人员由于对传唤法律性质存在认识错误，或者出于程序简化的实用考量，将传唤当成强制措施或者具有强制力的侦查措施，因而通常执行时对被传唤人采取上手铐或者派人押解，严重侵犯被传唤人合法权利。据此而言，厘清传唤的法律性质是准确适用和执行传唤措施的关键和前提。其实，传唤法律性质上属于任意措施，其旨在"通知"而非"控制"犯罪嫌疑人。

（一）传唤不是强制措施

关于传唤的法律性质，有观点认为，传唤实际上具有限制被追诉人人身自由的性质，应属于刑事强制措施。[3]也有观点认为，传唤是侦查机关使用传唤证通知犯罪嫌疑人，在规定的时间和地点接受讯问的诉讼活动，不是强制措施。[4]

首先，从内涵和外延来看。强制措施乃我国刑事诉讼法语境中的专门法律术语，特指公检法等机关为保障刑事诉讼活动顺利开展，对犯罪嫌疑人或被告人人身自由进行限制或剥夺的法定强制方法的总称，具体包括拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕。[5]而传唤是侦查机关为实现讯问，通知犯罪嫌疑人自行到案的一种程序性措施。

其次，从刑事诉讼法立法的篇章体例来看。我国刑事诉讼法采用的是"总分"式立法体例，总则规定刑事诉讼法的指导思想、任务和基本原则，以及管辖、回避等基本诉讼制度，分则规定从立案到执行的各个诉讼流程。据此而言，刑事诉讼法将内容上具有共通性条文归纳整合在一起。强制措施位于第一编总则中第六章，该章的条文排序依次为拘传、取保候审、监视居住、逮捕、拘留；而传唤出现在刑事诉讼法第二编第二章侦查第二节讯问犯罪嫌疑人中。

最后，从强制措施的体系构成来看。虽然我国现行刑事诉讼法构建的强制措施体系仍存在内生性缺陷和系统性不足，[6]但在某种程度上，五种强制措施在功能定位和适用范围、强制力等方面构成内在衔接有序的整体。如果将传唤归为强制措施，则会造成其与拘传在功能定位上、适用范围上的高度重叠，由此破坏强制措施体系内在的协调一致和逻辑自洽。

（二）传唤没有强制力

有观点认为，传唤是以国家强制力为后盾的侦查行为，虽然不是强制措施，但理应具有强制力。

---

2 参见梁红标、曾祥桓：《论刑事传唤制度的完善》，载《河北法学》2011 年第 29 卷第 10 期。

1 公安机关内部执法指引规定，办案部门应在传唤实施后 1 小时内要向本级公安机关警务督察部门备案。但由于该规定性质上属于内部要求，缺乏执法的刚性要求，实践中难以落实到位。

2 参见马杰：《探究无证执行刑事拘留问题》，载《法制日报》2016 年 11 月 9 日，第 011 版。

3 参见前注陈光中、徐静村书，第 172 页。

4 其他任何措施即使带有明显的强制性，也不属于强制措施。参见王贞会：《刑事强制措施的基本范畴—兼评新〈刑事诉讼法〉相关规定》，载《政法论坛》2012 年第 3 期。

1 郭烁：《刑事强制措施制度体系化修改及现代化进路》，载《南京师大学报（社会科学版）》2024 年第 2 期。

因此，侦查机关对被传唤犯罪嫌疑人可以使用手铐或者以派人押解的方式进行强制传唤。[1]其实，传唤有别于拘传、拘留等具有强制力的到案措施，被传唤犯罪嫌疑人是否到案接受讯问，完全取决于其自愿配合。具体而言，犯罪嫌疑人在收到传唤通知后，可以采取置之不理、拒不到案甚至潜逃，或者主动到侦查机关接受讯问。[2]

其一，从传唤功能定位来看。刑事诉讼法中具有到案功能的侦查措施有传唤、拘传、拘留、逮捕和传讯，[3]其中，拘传、拘留和逮捕兼具保障诉讼的功能，故在执行手段上需以强制力作为支撑，确保诉讼活动的顺利展开；而传唤和传讯作为强制到案措施的补充，其目的不是为实现对犯罪嫌疑人人身自由的剥夺或控制，而是履行法定通知义务。因此在执行手段上无需匹配强制力。但实践中，有人基于当前我国侦查措施体系中缺乏无证强制到案措施，将紧急情况下实现对犯罪嫌疑人人身自由控制的功能强加于传唤之上，主张口头传唤应具有强制力。这种人为扩张适用口头传唤，显然有悖于立法对传唤功能的设定。

其二，从约束性警械使用授权规定来看。侦查机关使用警械必须要有法律、行政法规的授权，否则不得使用。《人民警察使用警械和武器条例》第 8 条规定，人民警察使用手铐等约束性警械需满足两个条件，首先是执行任务种类法定，即必须是执行逮捕、拘留、看押、押解、审讯、拘传、强制传唤；[4]再则，违法犯罪分子具有危险行为，可能有脱逃、行凶、自杀、自伤或者有其他危险行为。而执行传唤显然不在法定任务种类之中，所以，执行传唤时对犯罪嫌疑人使用手铐等约束性警械缺乏法律依据。

其三，从拘传适用情形来看。权威解释认为，虽然刑事诉讼法没有规定拘传的适用情形，但鉴于拘传具有强制性，直接涉及公民的人身权利，犯罪嫌疑人一般具有经传唤拒不接受的情况，才能采用拘传强制其到案。[5]正因如此，《公安规定》规定拘传的适用情形之一为“经过传唤没有正当理由不到案的犯罪嫌疑人”。[6]综上，可推断传唤没有强制力。因为如果传唤具有强制力，犯罪嫌疑人经传唤拒不接受则会被侦查人员采取上手铐或者派人押解等方式予以强制到案。换言之，拘传适用条件则不复存在。进一步而言，传唤和拘传在适用条件和功能定位上则会存在重叠。

其四，从立法对人大代表采取强制措施的报请许可的范围来看。《全国人民代表大会组织法》第 44 条、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》第 32 条、《对地方组织法问题的部分解答》第 26 条、《公安规定》第 164 条和《检察规则》第 148 条第 1 款均规定对县级以上人大代表采取拘传、取保候审、监视居住、拘留或者提请逮捕的，应当书面征得该代表所属人大代表主席团或者常务委员会许可。但是，上述法律法规中均未将传唤纳入需要报请许可的措施种类之中。也就是说，在我国现行法律框架之下，对人大代表采取传唤措施无需履行报请许可程序。这一事实，

---

2 向本阳：《留置、传唤、拘传的法律属性及适用中的相互关系》，载《山西省政法管理干部学院学报》2005 年第 4 期。

3 滑俊杰、许建苏：《传唤到案行为的实质界定》，载《中国检察官》2010 年第 3 期。

4 传讯是指司法机关要求被取保候审或监视居住的犯罪嫌疑人、被告人主动到司法机关或指定地点接受讯问、审判的到案措施。

5《治安管理处罚法》第 82 条和《公安机关办理行政案件程序规定》第 67 条规定，强制传唤时，可以依法使用手铐、警绳等约束性警械。《人民警察使用警械和武器条例》第 8 条规定的强制传唤是指上述立法规定的行政强制传唤，刑事传唤中无强制传唤。

1 参见同前注王爱立书，第 265 页；《最高人民检察院关于检察机关侦查工作贯彻刑诉法若干问题的意见》（高检发研字[1997]1 号，已于 1999 年 1 月 18 日被最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》废止）中规定，一般而言，法纪案件犯罪嫌疑人主观恶性较小，对自己的行为造成的危害后果也有一定的认识，应采取传唤的方式进行讯问，不直接拘传。对犯罪嫌疑人，经合法传唤仍不到案的再采取拘传措施。

2《公安规定》第 78 条规定，公安机关根据案件情况对需要拘传的犯罪嫌疑人，或者经过传唤没有正当理由不到案的犯罪嫌疑人，可以拘传到其所在市、县公安机关执法办案场所进行讯问。《检察规则》第 81 条规定，人民检察院根据案件情况，对犯罪嫌疑人可以拘传。

从侧面印证了传唤不具有限制人身自由的强制力。[1]

（三）传唤不属于间接性强制措施

有观点认为，犯罪嫌疑人在收到传唤通知后，具有指示其负有到案接受讯问的义务，在精神上对犯罪嫌疑人构成了压制或强制，故属于间接性强制措施。[2]万毅教授认为，从诉讼法理上讲，传唤本质上是一种（间接）强制犯罪嫌疑人、被告人到案的措施。[3]上述观点可能来源于我国台湾地区的学说，其论证逻辑是：犯罪嫌疑人接到传唤通知后负有到案的义务，不到案则会被采取拘传或拘留等强制措施，因而对犯罪嫌疑人基本权构成约束。基于上述干预与拘留、逮捕等使用直接强制力的措施不同，为区别起见，故将传唤归类为“间接之强制处分”。[4]

其一，传唤不构成对基本权的干预。正如台湾林钰雄教授在其《刑事诉讼法》一书中指出，传唤能否称为强制处分，或者说传唤是否为干预基本权之行为，尚有争议。就传唤措施而言，并未对被传唤者使用直接的强制力。再则，如前所证，传唤只是通知特定犯罪嫌疑人自行到案的方式，其目的不在于控制被传唤人。正因如此，公安机关规范传唤执行要求不得对被传唤人采用上手铐等方式予以强制。传唤类似日本刑事诉讼法中的“任意同行”，在性质上属于任意侦查。[5]综上，传唤不涉及干涉公民的人身自由权利，既不具有物理上的有形力，也不以压制个人意思为行为手段。

其二，涉及人身自由的强制措施，其强制力体现在物理层面而非精神层面。背后的道理在于，精神强制属于系主观感受的范畴，因个体差异而不同，且难以量化评估。因此，将精神强制作为划分强制措施的标准，既不科学也不可行。再则，该学说与传统理论无法兼容。学理上以是否使用有形力或有无使犯罪嫌疑人负担法律上的义务，将侦查措施分为强制侦查和任意侦查。而该学说在此基础上采用不同分类依据，导致逻辑上无法自洽。按照台湾地区学说的逻辑，非强制措施具有精神强制则属于间接强制措施。

综上，传唤是侦查机关通知特定犯罪嫌疑人自行到案接受讯问的措施，不以压制个人意思和限制人身自由为目的。这不仅体现了比例原则和人权保障原则，还能激发犯罪嫌疑人的共情，有利后续侦查取证。本质上而言，传唤是侦查机关和犯罪嫌疑人之间“双向奔赴”的制度安排。侦查机关结合案件的情况、查证的证据材料，以及犯罪嫌疑人的个体情况等，经评估认定犯罪嫌疑人无逃跑或者自杀、自残以及再犯罪等社会危险性，决定对其适用传唤。这样既保障犯罪嫌疑人的人权，又与犯罪嫌疑人共情，利于后续侦查取证；犯罪嫌疑人在收到传唤通知后，选择主动到案接受讯问。反之，侦查机关则会采取拘传、拘留等强制其到案接受侦查讯问。如果犯罪嫌疑人到案后主动供述犯罪事实构成自首，司法机关会依法给予其积极的法律评价。

四、传唤适用和执行的实务展开

由于立法用语过于模糊，传唤的适用条件和执行规范缺乏统一、明确的标准。实践中，公安侦查人员基于实用或经验出发，在理解和运用传唤规定时往往偏离立法本义，导致传唤运用的不当或违法。下面，结合传唤适用和执行实务中存在的易错点，难点问题进行阐释。

（一）传唤适用主体—具有刑事案件侦查权的机关

一般认为，传唤的适用主体只有人民检察院和公安机关。其实，传唤权作为侦查权的一种具体权能，其适用主体为刑事诉讼法中规定具有刑事案件侦查权的所有机关，即除人民检察院和公安机关外，还包括国家安全机关、军队保卫部门、中国海警局和监狱。上述主体根据刑事诉讼法行使刑事侦查权时，可依法对犯罪嫌疑人适用传唤措施，其他任何单位和个人则无权适用。

此外，对传唤执法人数，《刑事诉讼法》和《公安规定》均未规定。公安机关内部执法规范中要求，传唤执行人员不得少于 2 人，且未区分书面传唤和口头传唤。作为书面传唤而言，从诉讼阶

---

3 “这个案子我们一直在办，在其人大代表资格被暂停之前，我们不能对其刑事拘留、网上追逃，但可以传唤他，以继续办案 ”，见《企业家涉犯罪警方办案受阻人大代表身份成免死金牌》，载《中国青年报》，2024 年 8 月 21 日访问。

4 同前注张子亮。

5 万毅：《法典化时代的刑事诉讼法变革》，东方法学 2021 年第 6 期。

6 参见林钰雄著：《刑事诉讼法（上册总论编）》，中国人民出版社 2005 年第 1 版，第 248 页之注释。

1 [日]田口守一著，张凌、于秀峰译：《刑事诉讼法（第七版）》，法律出版社 2019 年版，第 57 页。

段上属于立案后的侦查活动，理应符合刑事侦查措施执行规范，满足不少于 2 人的要求。但口头传唤适用情形具有紧迫性和必要性，立法应明确做出例外规定，可由 1 人执行。

（二）传唤适用对象—特定的犯罪嫌疑人

传唤适用对象界定是否准确直接关乎传唤适用的正确与否。以杭州江干来某某失踪案为例。2020 年 7 月 22 日杭州公安机关在对化粪池提取疑似人体组织进行 DNA 比对，确定系来某某人体组织，后又结合各类侦查数据研判，进一步明确许某某有重大犯罪嫌疑；同年 7 月 23 日 1 时以涉嫌故意杀人罪对许某某刑事传唤。[1]

本文观点认为，该案中对许某某采取传唤措施，值得商榷。理由有二：一是传唤对象不适格。已被认定为杀人案重大嫌疑分子的许某某，不属于书面传唤适用对象之“不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人”的范畴。根据刑事诉讼法第 82 条关于先行拘留的规定，对重大嫌疑分子，侦查机关依法应对其采取拘留措施。二是传唤措施不相当。在认定许某某是故意杀人的重大嫌疑分子的情形下，对其采取非强制性的传唤，显然与许某某的危险性不相对等。

准确理解传唤适用对象的具体内涵和外延，需以刑事诉讼法第 119 条规定为基础，并置于“第二节“讯问犯罪嫌疑人”的立法章节中予以考量，再结合传唤立法目的及其功能定位。

（1）书面传唤适用对象—被立案但未拘留、逮捕的犯罪嫌疑人且下落明确

其一，根据立法解释，不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人是指不采取逮捕、拘留措施不会发生逃跑、重新犯罪、串供等社会危险性的犯罪嫌疑人。一般而言，该犯罪嫌疑人所犯罪行比较轻微、主观恶性较小。但由于侦查是个动态过程，不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人也包括犯罪事实和证据尚未查清，暂时还不符合拘留、逮捕的条件的犯罪嫌疑人。

值得注意的是，从字面含义出发，不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人的外延理应涵盖取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人。但是，《刑事诉讼法》明确规定取保候审和监视居住的犯罪嫌疑人到案措施为传讯。[2]因此，在一定范围内，不需要逮捕拘留的犯罪嫌疑人的具体内涵是排斥被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人。具体而言，如果 A 市 B 区侦查机关已对犯罪嫌疑人 E 采取取保候审或监视居住的情况下，需通知 E 到案，应对 E 采取传讯而非传唤。但如果 C 市 D 区侦查机关基于另一案件，需通知 E 到案，上述结论则不成立，即此种情况下，被取保候审或监视居住的犯罪嫌疑人则在“不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人”概念外延的射程内。[3]

其二，从诉讼阶段而言。犯罪嫌疑人是刑事诉讼法赋予立案后特定诉讼当事人的称谓。正如《公安机关办理刑事案件程序规定释义与指南》中将书面传唤的对象表述为“立案侦查但未拘留、逮捕的犯罪嫌疑人”。再则，结合我国“对人”和“对事”两种刑事立案模式可知，并非所有案件都是立案即能确定犯罪嫌疑人，而是随着侦查活动的展开，基于收集、审查证据的基础上才能予以确定。据此，从诉讼阶段而言，不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人是指因人或事被侦查机关立案侦查的犯罪嫌疑人。因此，对立案审查阶段的“被调查人”和“嫌疑对象”，以及立案侦查阶段证据尚不足以证明是犯罪嫌疑人的“嫌疑对象”都不能适用书面传唤。

（2）口头传唤—立案前在犯罪现场发现的犯罪嫌疑人

有观点认为，口头传唤适用情形中的“现场”既可以指犯罪现场，也可以指犯罪现场之外其他发现犯罪嫌疑人的地点。[4]换言之，只要侦查人员发现犯罪嫌疑人现场，都可对其适用口头传唤。该观

---

1 杭州公安局网站主页，http://police.hangzhou.gov.cn/art/2020/7/25/art_1228937564_52633429.html，2024 年 9 月 9 日最后访问。

2《刑事诉讼法》第 71 条第 1 款第（3）项和第 77 条第 1 款第（3）项均规定“在传讯的时候及时到案”。

1 不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人不同于未被羁押的犯罪嫌疑人，两者在内涵上并不完全一致。“未被羁押的犯罪嫌疑人”是指未被采取刑事拘留、逮捕羁押措施的犯罪嫌疑人，包括被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人。

2 该观点在一定程度上得到权威认可，“现场发现的犯罪嫌疑人”中的现场，既可以是案发现场，也可以是案发现场之外其他发现违法嫌疑人的地点。但无论是哪个地点或者场所，也无论办案人民警察是在案发现场还是在案发现场外进行案件调查或日常工作中发现或抓获的违法嫌疑人，都可以口头传唤。见孙茂利主编：《公安机关办理行政案件程序规定释义与实务指南（2021 年版）》，中国民主法制出版社，2021 年版，第 164-165 页。

点在实践中得到了基层侦查人员的广泛认可。[1]但准确理解口头传唤之“现场”，不能仅出于侦查实用的角度考量。

首先，按照《辞海》的解释，现场是指发生案件或事故的场所及其周围的状况。具体映射到刑事侦查讯问中的现场，理应是指犯罪现场。因为对于刑事侦查而言，犯罪现场的重要性无需赘言。作为应用法，刑事诉讼法立法第二编侦查第二节“讯问犯罪嫌疑人”中的“现场”，主要是犯罪嫌疑人实施犯罪的地点。这也契合口头传唤增设的目的。实践中侦查办案人员在犯罪现场发现了可疑的犯罪嫌疑人，如果不及时进行讯问，就可能丧失了最佳的取证时机。[2]客观上而言，在犯罪现场特定的时空之中，发现嫌疑分子身上有血迹、衣服被撕扯以及举止异常等，其是犯罪嫌疑人概率很高。因此，对在犯罪现场发现的犯罪嫌疑人进行讯问，有利于及时获取相关重要证据或线索。立法赋予侦查人员口头传唤权具有防卫社会和实现刑事诉讼任务的正当性和必要性。[3]当场是指当时在场，强调时间和空间的统一。结合口头传唤适用的情形，主要是指侦查人员和犯罪嫌疑人在同一时空中出现，但并非指向犯罪现场。

其次，从刑事诉讼法立法整体而言，有 4 个条文中出现“现场”，其中，第 42 条和第 129 条中直接规定为“犯罪现场”，第 119 条和第 124 条表述为“现场”，其分别出现在现场传唤和现场询问证人的场景。根据体系解释，并结合条文立法本意和具体适用的情景而言，“现场”应是“犯罪现场”。正如权威解释，口头传唤主要是针对在犯罪现场发现的犯罪嫌疑人。[4]

最后，如果将现场理解为当场，则与刑事诉讼法“尊重和保障人权”基本原则和立法科学性相忤逆。侦查机关仅凭出示人民警察证即可对当场发现的犯罪嫌疑人进行传唤，那么任一公民都可能会被随意怀疑是犯罪嫌疑人，成为潜在的被传唤对象。二是将现场理解为当场则会造成传唤适用逻辑的混乱。从立法制度安排而言，书面传唤和口头传唤并行不悖，共同构成传唤制度。如果当场既可以理解为犯罪现场，也可以解释为犯罪现场之外其他发现犯罪嫌疑人的现场。如此，书面传唤完全可被口头传唤所替代。而如果将现场理解为犯罪现场，那么对在犯罪现场发现的犯罪嫌疑人可适用口头传唤，对在非犯罪现场发现的犯罪嫌疑人则可适用书面传唤。据此，逻辑上清晰地体现了传唤制度立法设置的合理性。

（3）自动投案或者群众扭送到公安机关的犯罪嫌疑人不是传唤法定适用对象

《公安规定》第 199 条第 4 款规定对自动投案或者群众扭送到公安机关的犯罪嫌疑人可以依法传唤。对此，立法者解释是为解决刑事诉讼法中未明确“自动投案或者群众扭送”的犯罪嫌疑人到案讯问时限而设。即如果对上述犯罪嫌疑人不采取传唤措施，则应采取何种措施到案方式？以及对其讯问适用何种期限？[5]

首先，上述公安部规定与《刑事诉讼法》第 119 条中对传唤适用对象规定存在不一致。即自动投案或者群众扭送到公安机关的犯罪嫌疑人不在“不需要逮捕、拘留”和“在现场发现”的犯罪嫌疑人的外延射程范围之内。[6]根据《立法法》规定，《公安规定》修改时应予以删除。至于上述执法困局，可借鉴《公安机关办理行政案件程序规定》第 70 条规定，对投案自首或者群众扭送的犯罪嫌疑人，公安机关应当立即进行讯问，讯问查证时间适用传唤的规定。这样既可以解决对自动投案或者群众扭送到公安机关的犯罪嫌疑人讯问时限，又不违背刑事诉讼法中对传唤适用对象的限定。

再则，传唤的目的是通知犯罪嫌疑人到案接受侦查机关的讯问。据此可知，传唤的对象应是未到案的犯罪嫌疑人。而自动投案或者群众扭送到公安机关的犯罪嫌疑人已经到达公安机关，显然不属于未到案的犯罪嫌疑人。因此，不应适用传唤通知其到案，否则存在逻辑上的矛盾。

（4）口头传唤适用对象不同于先行拘留中的现行犯

---

3 参见前注马静华文。

4 参见王爱立、雷建斌主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉释解与适用》，人民法院出版社 2018 年版，第 227 页。

5 参见马方：《刑事传唤制度刍议》，载《人民检察》2005 年 12 月（上）。

1 参见前注全国人大常委会法制工作委员会刑法室编书，第 150 页。

2 同前注孙茂利主编书，第 477 页。

3 王敏远等著，《刑事诉讼法修改后的司法解释研究》，中国法制出版社 2016 年版，第 356 页。

有学者认为，在现场发现的犯罪嫌疑人实指先行拘留中的现行犯。[1]事实上，两者的具体内涵并不相同，在适用场景和适用阶段上的要求亦不相同。

其一，适用情形不同。口头传唤中的在现场发现的犯罪嫌疑人是指被侦查人员在犯罪现场所发现或查获的犯罪嫌疑人。而先行拘留中的现行犯并没有对发觉主体作限制换言之，现行犯既可以是被侦查人员所发觉，也可以是被群众所发觉。举例而言，一现行犯当场被群众发觉并扭送至公安机关，侦查人员对其经过讯问等调查取证后，认定其符合正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的，在履行立案后续后，可依法对其采取拘留措施。但在现行犯已被扭送至公安机关的情况下，则不具备对其适用传唤措施的条件，因为口头传唤适用的前提是犯罪嫌疑人未到案，如果犯罪嫌疑人已经到案，则已经丧失对适用传唤措施的前提和必要。综上，口头传唤适用于犯罪现场被侦查人员发现的情形，先行拘留适用于正在预备犯、实行犯罪或者在犯罪后即时被侦查人员或群众发觉的情形。

其二，适用阶段不同。口头传唤是立法赋予侦查人员的紧急传唤权。作为无证到案措施，口头传唤的适用理应保持克制，既要确保侦查的及时和效率，又要保障公民人身自由。因此，口头传唤中的“现场”应作限缩解释，仅限于刑事立案前侦查人员在犯罪现场发现犯罪嫌疑人之特定情形。如果对现场作扩大解释，则会存在随意侵犯公民人身自由的执法风险；而先行拘留作为强制措施只有在立案后才具有适用合法前提。

（三）适用阶段—书面传唤和口头传唤不可一概而论

（1）书面传唤和口头传唤适用阶段不同

如前所述，书面传唤的适用对象必须是已被立案侦查的犯罪嫌疑人。由于刑事诉讼中犯罪嫌疑人的身份确认是以立案为前提，故书面传唤必须是在刑事立案后才具备适用的合法前提。具体到个案中，书面传唤的适用以立案为前提，同时犯罪嫌疑人需满足不需要逮捕、拘留；而口头传唤适用于在犯罪现场发现的犯罪嫌疑人，从诉讼阶段而言应为刑事立案前。

（2）调查核实中不能适用传唤

有观点认为，侦查人员在初查阶段可以依据刑事诉讼法第 92 条大胆使用传唤。[2]但也有观点认为，传唤权作为侦查权的一种具体权能，只有在刑事立案后才可依法对犯罪嫌疑人使用。在立案审查阶段，则不得适用传唤措施。[3]事实上，上述观点均有值得商榷之处。

调查核实是侦查机关在刑事案件作出是否立案前对受理的报案、控告、举报材料进行专门性审查和对事实的初步调查。《公安规定》和《检察规则》都规定调查核实中可以采取询问、查询等不限制被调查对象人身、财产权利的调查措施。[4]有人则基于传唤不是强制措施，没有强制力，故在调查核实中可予以适用。

其一，刑事诉讼法中并无调查核实的相关规定。虽然《公安规定》和《检察规则》中都规定侦查机关在立案审查阶段具有调查核实权，但《刑事诉讼法》第 112 条仅规定侦查机关对报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查。据此无法得出“审查”涵盖“调查核实”。从履行刑事立案职责的角度而言，客观上侦查机关需要对接受的案件或者发现的犯罪线索予以核实。但从法律依据上而言，调查核实制度缺乏明确上位法规定。正是基于此，《检察规则》中作出限定，调查核实一般不得接触被调查对象。对此，刑事诉讼法应对立案前调查核实权予以确认，赋予其合法身份，同时立法需尽量保证公权力介入私权所应有的克制，明确适用措施的种类和边界。

其二，调查核实作为立案前专门性审查活动，它的启动须经办案部门负责人批准，侦查人员不得随意开展，且采取相关措施必须按照《刑事诉讼法》和《公安规定》的要求办理批准手续。言下

---

4 参见前注马静华文。

1 张莎：《初查阶段应大胆地适用传唤措施》，载《检察实践》2001 年第 4 期，需要说明的是，该论文发表时，1996 年刑诉法涉及传唤的规定是第 92 条。当时，《公安规定》和《检察规则（试行）》都规定“初查”，现行的上述规定都已调整，均删除了“初查”表述，修改为“调查核实”。

2 参见黄文忠：《正确认识刑事诉讼中的传唤措施》，载《中国检察官》2007 年第 10 期。

1《公安规定》第 174 条，《检察规则》第 169 条。

之意，仍需办理相关措施的内部审批手续。简言之，调查核实程序中采取调查措施需满足事先审批。但鉴于书面传唤是以立案为必要条件，而调查核实程序是立案前的活动，故无法适用；而口头传唤适用情形无法满足审批在先的程序性要求。因此，调查核实阶段不得适用传唤。

（四）执行程序—书面传唤和口头传唤规范要求不一

基于执行方式的不同，传唤执行程序相应地分为书面和口头传唤执行程序。[1]两种执行程序中，除均需向犯罪嫌疑人出示人民警察证外，其他执行规范都不尽相同。

书面传唤执行时，侦查人员应向犯罪嫌疑人出示传唤证正本和人民警察证，并责令其在传唤证副本上签名、捺指印；如果犯罪嫌疑人拒绝签名、捺指印，执行送达的侦查人员应在传唤证副本上注明；如果犯罪嫌疑人接受传唤，须持传唤证正本到案接受讯问；到案后和传唤结束时，都应由犯罪嫌疑人在传唤证上填写到案的时间和传唤结束的时间。拒绝填写，侦查人员应在传唤证上注明。

口头传唤执行程序时，侦查人员需当场出示人民警察证工作并告知犯罪嫌疑人被传唤的原因和依据。而后在讯问笔录中需填写犯罪嫌疑人到案方式，并由犯罪嫌疑人注明到案的时间和传唤结束的时间。

（1）传唤执行方式—电话传唤不是传唤执行方式

囿于对传唤执行方式及程序的理解不深，实践中公安司法人员就“电话传唤”到底是不是口头传唤的执行方式莫衷一是。有观点认为侦查机关电话通知犯罪嫌疑人到案接受讯问是口头传唤的一种执行方式，并称之为“电话传唤”。[2]实际上，上述观点是对口头传唤中“口头”的狭义理解。

根据《公安规定》第 199 条规定，无论是书面传唤，还是口头传唤，都需要传唤执行人员履行出示人民警察证和告知义务，因而客观上都要求侦查人员必须与被传唤犯罪嫌疑人“面对面”，而“电话传唤”无法满足上述传唤执行要求。比如，出示人民警察或检察官身份证明，以及告知原因和依据等。再则，除挟持人质的解救现场警方通过电话与犯罪嫌疑人沟通等特殊情形之外，通过电话方式劝说到案的犯罪嫌疑人，也不可能属于“在现场发现的犯罪嫌疑人”，依法对其应采取书面传唤。另外，公安部规范传唤执行要求，执行传唤的侦查人员不得少于两人。[3]而“电话传唤”显然不满足规定。综上所述，就刑事案件而言，“电话传唤”仅仅只是公安机关侦查人员与侦查对象进行沟通的一种手段，不构成刑事诉讼法意义上的正式的侦查措施，因此，也不能被视为口头传唤的具体执行形式。

（2）书面传唤地点—应选择以减少对犯罪嫌疑人生产生活的影响为准则

关于犯罪嫌疑人所在市、县的理解，公安机关和检察机关存在分歧。公安机关主张，它是指犯罪嫌疑人被传唤时所在的市、县，不论其户籍或者单位是否在该市、县。[4]而检察机关则认为，它应指犯罪嫌疑人工作单位或者居住地所在地，且工作单位所在地优先于居住地。即犯罪嫌疑人工作单位与居住地不在同一市、县的，传唤应当在犯罪嫌疑人工作单位所在的市、县内进行；特殊情况下，也可以在犯罪嫌疑人居住地所在市、县内进行。[5]

对此，全国人大常委会法制工作委员会刑法室编写的书中解释到，“犯罪嫌疑人被传唤时所在市、县”是指犯罪嫌疑人在被讯问时工作生活所在的市、县。其立法本义为方便群众，有利于侦查工作的顺利进行。指定地点包括公安局、公安派出所、基层组织及其所在单位。[6]

综上，在指定地点前限定犯罪嫌疑人，其立法本意是，一方面减少指定地点执行中的随意性，

---

2 根据程序适用范围，又可将书面传唤进一步分为内部执行程序和外部执行程序。其中，内部执行程序包括呈请、批准、执行；外部执行程序包括出示和告知两个环节。

3 电话传唤实质上是口头传唤，见《不宜仅用电话刑事传唤未在押犯罪嫌疑人》，载 http://old.zw.sy.hbjc.gov.cn/jcyj/202109/t20210901_1589400.shtml，2024 年 9 月 19 日最后访问。

1 同前注孙茂利主编书，第 474 页。

2 同前注孙茂利主编书，第 473 页。

3 结合《检察规则》第 183 条第 5 款和第 84 条第 2 款规定，犯罪嫌疑人工作单位与居住地不在同一市、县的，传唤应当在犯罪嫌疑人工作单位所在的市、县进行；特殊情况下，也可以在犯罪嫌疑人居住地所在市、县内进行。

4 见前注全国人大常委会法制工作委员会刑法室编书，第 150 页。

另一方面利于保护犯罪嫌疑人合法权利。基于此，犯罪嫌疑人被传唤时所在市、县是指犯罪嫌疑人被传唤时工作生活所在的市、县。在具体确定传唤到案地点时，应以减少对被传唤犯罪嫌疑人生产、生活的影响为准则，选择对犯罪嫌疑人最有利的到案地点。据此，《检察规则》中一刀切认为工作单位所在地优于居住地，显然与有利于保护被传唤犯罪嫌疑人的立法精神相悖，因为不同犯罪嫌疑人情况和需求不同。同理，公安机关直接将指点地点限缩规定为执法办案场所，虽然其立法的本义是出于对执法人员和犯罪嫌疑人的保护，但客观上排除了犯罪嫌疑人所属的基层组织、所在单位成为传唤地点的可能性，与立法精神不一致。

此外，实践中侦查人员对不能异地传唤犯罪嫌疑人和传唤的异地执行存在理解上困惑。事实上，理解的关键在于前后两个“异地”的具体内涵不同。不能异地传唤是指立法规定传唤犯罪嫌疑人到案接受讯问的地点必须限定在犯罪嫌疑人所在市、县内。因此，如果被传唤犯罪嫌疑人不在侦查办案机关辖区内，侦查机关则不得将犯罪嫌疑人传唤至办案机关所在地。而传唤的异地执行是指对不在侦查机关管辖区域的犯罪嫌疑人，侦查机关可以在犯罪嫌疑人所在地公安机关协作下，将犯罪嫌疑人传唤至其所在地进行讯问，或者委托其代为执行传唤。[1]可见，正是由于不能异地传唤犯罪嫌疑人，为满足侦查讯问的需要同时确保对犯罪嫌疑人生活、工作的影响减至最低程度，侦查机关可至犯罪嫌疑人所在市、县范围内对其进行传唤。

（3）传唤时间—传唤时间的计算不包括“在途时间”

传唤的起算时间不是送达书面传唤或者宣布口头传唤之时，也不是讯问开始的时间，而是犯罪嫌疑人到达指定地点的时间。而传唤结束的时间是犯罪嫌疑人可以自由离开指定地点的时间，并非讯问结束的时间，实践中侦查机关对被传唤犯罪嫌疑人讯问结束后，仍限制被传唤犯罪嫌疑人的人身自由。具体到操作实践中，书面传唤的起算时间应为犯罪嫌疑人在传唤证副本上填写的到案时间；口头传唤的起算时间为犯罪嫌疑人在讯问笔录上填写的到案时间；被传唤犯罪嫌疑人自行前往侦查机关接受讯问的在途时间不属于传唤讯问查证的时间，不计入 12 小时或者 24 小时之内；传唤结束时间不能简单的理解为讯问结束的时间，此外，需要强调的是，不是所有传唤都需要持续 12 小时或者 24 小时。为保障被传唤人权利的角度，被传唤人到案后侦查人员立即对其讯问，尽量缩短传唤时长。

五、传唤制度的立法完善

传唤作为公安侦查机关高频使用的到案措施，其有着特定的功能定位和法律价值。特别是在“轻罪治理”的时代背景之下，作为非强制性到案措施，传唤必然承载着更重的任务。为此，《刑事诉讼法》第四次修改之际，应围绕立法技术、立法目标和立法思路核心维度，构建“三位一体”的指导原则。在厘清传唤法律性质的基础上，以保障被传唤人人权和规范传唤权运用为坐标，着眼构建适用边界清晰、权力运行规范的传唤制度立法体系。

（一）宏观层面：立法修改指导原则

首先，立法技术上应秉持“该粗则粗，该细则细”。刑事诉讼法作为一部直接应用于司法实践的法律，其核心价值在于其可操作性、明确性和可适用性。再则，随着法治的发展，我国刑事诉讼法制建设早已脱离了“无法可用、无法可依”的局面，良法善治已成为当前和今后社会发展的必然趋势和内在需求。同时，社会管理到社会治理的转变，客观上也要求法律适用的精准化。

其次，立法目标上应保障被传唤犯罪嫌疑人权和规范传唤权运用。尊重和保障人权既是宪法原则，也是刑事诉讼法一项重要任务。因此，在传唤执行过程中，既要允许侦查人员基于侦查讯问的目的通知犯罪嫌疑人到案接受，为必须兼顾人权保障的加之。其中，核心是被传唤犯罪嫌疑人的知情权和申辩权等基本诉讼权利。特别是口头传唤作为无证到案措施，在确保及时讯问侦查必要的同时，为防止传唤权恣意滥用，应着重构建该程序中的人权保护机制，确保权力被公正行使。

最后，立法思路上应锚定传唤性质和功能定位。在法律性质上，传唤是任意侦查，既不是强制措施也不具有强制力。在功能定位上，传唤旨在通知而非控制犯罪嫌疑人到案。传唤制度的构建应以其法律性质和功能定位为核心展开，建立与其相适应和协调的适用规则和权力运行规范的制度体

1《公安规定》第 346 条。

系。

（二）微观层面：立法具体修改建议

规则层面。以增强传唤适用明确性和可操作性为目的，避免立法用语过于模糊而易生歧义，具体建议如下（见表 4）：

表 4 传唤立法修改条文对照表

2018 年刑事诉讼法	202X 年刑事诉讼法
第 119 条	第　条
对不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。对在现场发现的犯罪嫌疑人，经出示工作证件，可以口头传唤，但应当在讯问笔录中注明。 传唤、拘传持续的时间不得超过十二小时；案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，传唤、拘传持续的时间不得超过二十四小时。 不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。传唤、拘传犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间。	对不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人被传唤时所在市、县内的指定地点或者他的住处、单位进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。对在犯罪现场发现的现行犯，经出示工作证件，可以口头传唤，但应当在讯问笔录中注明。 传唤、拘传的讯问持续时间不得超过十二小时；案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，且无法在 12 个小时内完成审批程序，传唤、拘传讯问持续的时间不得超过二十四小时。 不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人，两次传唤、拘传间隔不得少于 12 小时。传唤、拘传犯罪嫌疑人到案后，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间。

一是传唤到案地点。建议第 119 条第 1 款中将“犯罪嫌疑人所在市、县”修改为“犯罪嫌疑人被传唤时所在市、县”，增加“被传唤时”限定表述，从而避免理解上以为传唤的地点只能是犯罪嫌疑人居住地或者单位所在的市县范围内。加上之后，应以被传唤时犯罪嫌疑人所在的市县范围为限。

二是口头传唤适用条件。建议将第 119 条第 1 款中 “对在犯罪现场发现的犯罪嫌疑人”中的“现场”修改为“犯罪现场”“、犯罪嫌疑人”修改为“现行犯”。上述犯罪现场不仅是侧重地点概念，还应考虑其时间维度，即处于具体案发时间段内。权威解释认为重大嫌疑分子，一般是指通过侦查，已经有较大量的证据能够基本证明犯罪系其实施的犯罪嫌疑人。[1]

三是延长传唤条件。建议将第 119 条第 2 款修改为“传唤、拘传的讯问持续时间不得超过十二小时；案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，且无法在 12 个小时内完成审批程序，传唤、拘传的讯问持续的时间不得超过二十四小时。”

四是传唤间隔时间。建议明确第 119 条第 3 款中两次传唤间隔不得少于 12 小时。由于立法缺乏，缺乏具体量化标准，导致“不得以连续传唤变相拘禁犯罪嫌疑人”立法规定形同虚设。通过设置两次传唤间隔时间不少 12 小时，更好地保障被传唤犯罪嫌疑人人身自由权利。同时，为确保特定案件侦查讯问需要，规定例外情况需经上级机关法制部门审核。此外，为了划分传唤和讯问制度的边界，建议将“传唤、拘传犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间”修改为“传唤、拘传犯罪嫌疑人到案后，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间。”

制度层面。以保障被传唤人合法权利和规范传唤权运用为目标，建立以犯罪嫌疑人申诉救济制度为核心的传唤权力运行监督体系。一是提高公安机关书面传唤审批层级。在审批层级上与检察机关保持一致，由县级以上公安机关负责人审批；二是建立口头传唤即时立案审查。口头传唤犯罪嫌疑人到案后应及时对其进行立案审查程序。对符合立案条件的，按照立案程序呈报审批。对不符合立案条件的，应立即结束传唤，告知被传唤人自行离开，并给予必要的解释和说明；三是完善传唤

1 参见前注王爱立书，第 187 页。

告知制度。为切实保障被传唤人的知情权和申诉权，明确口头传唤告知原因的具体内容，增加告知被传唤人有拒绝传唤权利及后果、救济申诉途径、通知家属；[1]传唤到案的犯罪嫌疑人是第一次被讯问，应在讯问时告知其有权委托辩护人；四是建立传唤申诉救济制度。赋予被传唤人及其家属或者辩护律师一次传唤异议权。同时，为确保异议处理的公正性，应设定由传唤决定机关的上一级法制部门进行复核。五是厘清传唤与讯问制度的界限。将传唤时间设置表述改为传唤后的讯问时限，同时，传唤、拘传犯罪嫌疑人，改为传唤、拘传犯罪嫌疑人到案后。六是明确传唤执行人数。书面传唤执行人数不少于 2 人，口头传唤可由 1 人执行。七是明确书面传唤文书送达时间应早于到案指定时间不少于 12 小时，防止书面传唤时为即时要求犯罪嫌疑人到案，送达时间与指定到案时间趋于无限接近。

结语

传唤作为侦查中高频使用的到案措施，其有着特定的功能定位和法律价值。但长期以来，理论界和实务界对传唤的关注和研究不足，对传唤认知仅局限于它是实现犯罪嫌疑人到案措施。事实上，若将传唤置于刑事诉讼全流程的视角来看，传唤（第一次讯问），还涉及犯罪嫌疑人身份的确认，委托辩护律师权利的告知以及自首情节的认定、非法证据的排除等。本文限于探讨的范围和篇幅，仅就传唤制度立法规则层面和制度层面展开有限的讨论，无法做到面面俱到。比如，传唤适用的泛化，也映射出我国现行侦查到案制度内生性缺陷—无证强制到案措施不足。

传唤的研究任重而道远，本文并非对传唤进行概观性的论断，而是通过对传唤法律性质的厘清和实务展开论述，旨在引发理论界和实务界的关注和深入思考，检讨舛误、厘清进路，为传唤立法和司法实践提供智识借鉴。

2《检察规则》第 184 条规定，传唤犯罪嫌疑人时，其家属在场的，应当当场将传唤的原因和处所口头告知其家属，并在讯问笔录中注明。其家属不在场的，应当及时将传唤的原因和处所通知被传唤人家属。无法通知的，应当在讯问笔录中注明。

社会危险性量化评估中一贯表现的法结构及其适用的可能性

刘兆东　鲍文强*

摘　要：无论从应然层面，还是从实然层面，作为法概念的一贯表现，反映在具体行为上时，都是作为一个独立的行为加以评价的。而一贯表现这一法概念本身横跨了刑法、刑诉法等法律学科领域，其作为法概念定位的漂移性影响着对犯罪人的具体行为的确定性评价。本文从社会危险性这一基本概念出发，以发现一贯表现的内部法结构和外在的构成要素。以再犯可能性作为一贯表现的本质概念，又将社会危害性和人身危险性作为一贯表现反向的法结构加以使用，从而完成一贯表现特有的法概念定位。并以类型化方式对一贯表现的构成要素作全面梳理，从而得出其构成要素的开放性和多样性，从而使一贯表现第一次具备了实证法意义上的法概念的应用。

关键词：一贯表现　社会危险性　再犯可能性　法结构　构成要素

一、问题的提出

2024 年 1 月 14 日，在北京召开的全国检察长会议上，最高检检察长应勇鲜明指出：体系现代化是检察工作现代化的重点，而刑事检察要推动构建完善“三个体系”。其中，“社会危险性量化评估”中的“社会危险性”这一法概念本身就横跨了刑法、刑事诉讼法等学科领域。当然，社会危险性概念的核心就在于“一贯表现”，社会危险性的量化就是指对一贯表现的量化评估。而在中国特色的轻罪治理过程中，对“一贯表现”进行定性和定量地论证，则显得尤为迫切和重要。正如美国法官弗兰克·卡普里奥在审理交通违法的案件中，往往依据行为人的一贯表现，如 96 岁的老父亲为了带有癌症的儿子去血检路上闯了红灯的，法官认为行为人是一个称职的父亲，所以撤销对其的指控。而对带 4 个孩子的单亲爸爸因为闯红灯，法官认为其亲自抚养这多么孩子已经表现出其是一名任劳任怨的父亲，因此也被撤销了违法指控。也就是说，一贯表现在法治现代化过程中，其证据现实化、被量化的原因就在于其能够在轻罪治理过程中发挥着关键的作用。社会危险性（一贯表现）作为法概念，定量分析是要建立在定性分析的基础之上，如果光有定量分析，那么量化评估则如同无缘之水，从而失去光泽的外表，社会危险性也会变得徒有其表。也正因如此，经过定性分析得到的量化评估才具有坚实的内核——法理上的基础，而不是无根之萍，随着一些因素或变量而发生偏移或改变。如是，才可以说社会危险性（一贯表现）的量化评估才具有客观性，而非主观观念或意识化下的产物。这正是法治现代化内涵的具体展开，也是法治国这一理念的生动体现。因此，在轻罪治理时代，对社会危险性量化评估成为判准轻罪的关键指标，而社会危险性量化评估的本质在于行为人的一贯表现，故而有必要对一贯表现中存在的问题详加梳理和探讨，以期获得确定性的实证法概念。

二、法认识论中一贯表现的适用疑难探讨

1.一贯表现能否作为独立的法行为加以评价。从行为论的角度出发，犯罪行为是判断行为人构成何种犯罪、处于何种刑罚的评价标准，而行为人个人行为贯穿其日常社会生活中，其中犯罪行为是其个人行为中一个阶段或例外情形。在一定时空范围下，当犯罪行为发生时，个人行为就自然被截断为三个阶段：一是作为刑事法中评价对象的犯罪行为，一是作为该犯罪行为发生之前的行为，还有一个是犯罪行为发生以后的行为。这三个不同阶段的行为构成了个人行为的完整闭环。贝卡利亚则指出，人们就能找到一个由一系列越轨行为构成的阶梯，它的最高一级就是那些直接毁灭社会的行为，最低一级就是对作为社会成员的个人所可能犯下的、最轻微的非正义行为。在这两极之间，包括所有侵害公共利益的、我们称之为犯罪的行为，这些行为都沿着着无形的阶梯，按从高到低顺序排列。[1]按照贝卡利亚对越轨行为进行了分类，并对该行为予以了阶梯式区隔，即犯罪行为属于越轨行为的一种，是行为人负向行为的类属物。从中行为论中我们得出一贯表现不是犯罪行为，而从越轨行为的划分中，则可以推导出一贯表现亦不是越轨行为。那么，一贯表现能否作为独立的法行

---

*课题组成员：刘兆东，宿迁市人民检察副检察长、三级高级检察官;鲍文强，中国政法大学诉讼法学研究院助理教授、中国刑事诉讼法学研究会副秘书长；胡浩然，宿迁市人民检察院第一检察部主任，一级检察官；康俯上，宿迁市人民检察院第一检察部副主任，二级检察官；刘雨萱，宿迁市人民检察院办公室副主任；罗钰鸿，宿迁市人民检察院第一检察部四级检察官助理。

[1] 【意】切萨雷·贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》（增编本），黄风译，北京大学出版社 2014 年版，第 22 页。

为予以评价，在刑事法中尚无具体论断。或者说，一贯表现作为法概念的正当化事由存在不足，需要加以明晰。

2.一贯表现在外部法结构中处于不稳定状态。既然本文论证的是社会危险性量化评估下的一贯表现问题，那么一贯表现和社会危险性之间存在何种关系，仍要予以确定。通过检索法律资料显示，我们发现一贯表现主要使用的类型有以下三个方面：一是出现刑法的犯罪论和刑罚论中，二是出现在刑事诉讼法的规定中，三是出现在作为证据材料加以综合判断或实质判断的证据使用中。也就是说，一贯表现使用呈现出跨学科的法现象。而反观社会危险性概念，其仅仅出现在刑事诉讼法中的逮捕程序中。当对社会危险性进行量化评估过程中，就面临着两者之间的定位问题，即社会危险性应当是一贯表现的上位法概念，一贯表现的法概念位阶应当低于社会危险性。而实证法中一贯表现的概念定位明显大于社会危险性，且使用的多样性，暗示着其实用性更为灵活多变，使得其在外部法结构中处于不稳定状态，有必要加以固化，否则社会危险性概念必然处于空洞无物之状态。此外，科处刑罚既然包括责任刑和预防刑，惩处犯罪既然包括一般预防和特殊预防，那么着眼于一贯表现，来对犯罪行为予以评价和判断，则必然考虑犯罪人的再犯可能性，而再犯可能性是否就是一贯表现适用的本质，则有必要加以探讨。当然，在论证一贯表现时，社会危害性和人身危险性又处于何种位阶时，也应一并纳入法概念的考虑范畴。

3.要素不清晰制约着一贯表现在实证法中的应用。在发现一贯表现在外部法结构中呈现出的漂移性以外，接着也可以发现其内部法结构也存在不清晰的现象，特别是其构成要素一直以“普罗透斯的脸”而晦明晦暗。在对一贯表现进行描述时，实证法中多以初犯、偶犯、累犯，学业、工作、生活等名词或词汇，来阐述一贯表现的要素。但这些要素又非具有固定性，而是适用时具有任意性和自由性。即到底哪些要素属于一贯表现的必要要素，哪些属于可选择要素，哪些属于核心要素，哪些属于一般要素，理论界和司法实务界对此都没有进行深入的探讨。秦宗文教授认为一贯表现应指案件发生前犯罪活动之外的表现，不包括初犯、偶犯等情节。但是，若犯罪嫌疑人已有前科，一贯表现是否应包括对过往犯罪的评价，则是不明确的。[1]而司法实务中，往往认为初犯、偶犯、前科劣迹都属于犯罪人的一贯表现，都是进行定罪和量刑时需要详加考量的要素，不能仅就其正常行为加以考量，不然就会造成评价的不完整性。因此，需要对实践中所谓的要素加以对比、评判、检视和筛选，进而找到一贯表现作为法概念的固定边界和范围，以形成固定的构成要素。

4.一贯表现能否作为本土化的品格证据使用尚存疑虑。一贯表现作为品格证据的中国化法概念来使用，当然要和域外主要法系的国家进行对比和比较，从而得出一个稳妥的法命题来。但品格证据（character evidence）是英美普通法与制定法中的专有概念。概括而言，品格证据是指能够证明一个人的品格或品格特征，并以此来推论该人行为的证据。这里的“品格”不仅仅包含一个人的道德品质（moral qualities），还包括一个人的行为倾向和生活方式等。在庭审实践中，品格证据所要证明的客体涉及被告人、受害人和证人的品格、惯常的行为方式及先前行为等。而大陆法系方面，品格证据大多在检察官或法官的“自由心证”环节而被处理掉，并没有法律对其予以“法典化”。从日本刑事司法判决来看， 法院仅采纳相似事实证据， 不允许采纳其他被告人不良性格倾向的证据， 同时仅用于证明被告人的实行犯身份以及主观意图。此外，对该类证据的采用均是以“不采纳为原则，以采纳为例外”。因此，在我国司法实务中，一贯表现到底是作为何种证据来使用，仍然存在一定的异议。

三、社会危险性概念下一贯表现的法结构分析

1.一贯表现能够作为独立的法行为而存在。一方面，作为独立的法行为存在着法理论基础。贝卡利亚将越轨行为进行概念化处理时，并没有将不属于越轨行为的行为进行命名或指称。也就是说，无论是出于疏忽或系常识，当时不加讨论的正向行为现在则有命名的必要。而这一正向行为，就是一贯表现。戴尔玛斯-马蒂教授认为人们将偏离正常性的精神病人、外国人等对公共秩序构成威胁的行为称为“越轨行为”，而偏离规范性或违反禁令、不履行义务的行为将被界定为刑法意义或非刑法意义上的犯罪[2]。这种认定遵从着贝卡利亚对行为的认识路径。即越轨行为属于反向行为，而一贯表

[1] 秦宗文著：《羁押必要性判断中的“一贯表现”证据研究》，《法学研究》，2023 年 12 月 24 日 09:02，发表于北京。

[2] 【法】米海依尔 · 戴尔玛斯-马蒂著：《刑事政策的主要体系》，卢建平译，法律出版社 2000 年版，第 40 页。

现则属于正向行为，是对规范应然层面的实然反映。换言之，规范是指：应该是这样的理想状态，是应再现的行为，应予遵守的原则，是“应然”，通常是法律、法律规范所组成的规范体系。[1]因此，我们认为一贯表现就是对规范的具体化行为，是法规范的现实实践，具有独立的行为价值，能够在进行评价时予以单独的判准。另一方面，作为独立的法行为存在着实证法上的同意。刑诉法第 52 条规定，审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程度，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。此处的无罪证据，就是要求司法人员收集犯罪嫌疑人、被告人遵守法规范的证据，以能够证实其处于过去时空下一系列行为的合法性、规范性。当然，如果一贯表现是指犯罪前行为，那么一贯表现作用则体现在用行为人过往的行为来对犯罪行为进行评价。在《关于办理暴力恐怖和宗教极端刑事案件适用法律若干问题的意见 》（公通字〔2014〕34 号） 第三部分中，对是否“明知”的认定，其明确规定应当结合案件具体情况，坚持重证据，重调查研究，以行为人实施的客观行为为基础，结合其一贯表现，具体行为、程度、手段、事后态度，以及年龄、认知和受教育程度、所从事的职业等综合判断。而对曾因实施暴力恐怖、宗教极端违法犯罪行为受到行政、刑事处罚、免予刑事处罚，或者被责令改正后又实施的，应当认定为明知。该部分明确了对行为人实施犯罪前行为是作为一贯表现而加以评价的。而两高两部在《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》中规定，对犯罪嫌疑人、被告人自愿接受安全驾驶教育、从事交通志愿服务、社区公益服务等情况的，可以作为作出相关处理的考量因素。即司法机关根据该意见第 12 条第 1 款、第 13 条、第 14 条处理醉驾刑事案件时，明确将犯罪后行为作为条件性因素纳入罪或罚的处理上。故此，一贯表现既可以是犯罪前行为，也可以是犯罪后行为。但不论一贯表现属于犯罪前行为、还是后行为，都不影响其作为规范化的行为而存在。

2.社会危险性法概念的扩张适用。正如本文所分析的那样，社会危险性只是明确出现在刑诉法中，其能否内涵着一贯表现存在一定障碍。因此，有必要对该概念予以扩张性适用，使得一贯表现能够作为法概念予以准确化定位。该扩张性适用的理由如下：一是在刑法范畴内，虽然没有对社会危险性有一个鲜明的锐化，但其表征的却在法益之中。亦在进行刑法法益评价时，社会危险性是一个主要的评价标准，如根据该概念把危险犯分成具体的危险犯和抽象的危险犯。具体危险犯是指已经导致了该当法益侵害的可能具体地达到了现实化程度的行为。这在刑法中十个大类的法益中均有所体现。而抽象危险犯是指由于其本身所包含的对该当法益的严重侵害性而被具体构成要件禁止的行为。如刑法第 114 条、116 条、118 条等。因此，我们认为社会危险性系一贯表现的上位法概念具备刑法学科上的正当性。同时，在刑诉法中，“社会危险性”这一实证法概念来自于第 81 条关于逮捕的适用条件之规定，该规定对社会危险性予以了列举式明晰，并在第 2 款中对批准或决定逮捕的犯罪嫌疑人或被告人，应当根据涉嫌犯罪的性质、情节、认罪认罚等情况，作为是否可能发生社会危险性的考虑因素。亦即在程序法中，社会危险性既是一个法律判断概念，也是一个综合判断的概念，当然也能够涵盖一贯表现作为行为的外在化特征。

而根据我国现有法律资料显示，“一贯表现”首次出现在行刑阶段，1963 年的公安部《关于劳教分子外逃时间是否计入劳教期限之内等问题的答复 》公发劳字第 124 号第 2 条第 2 项就明确规定：如一贯表现不好，到期不够解除劳教条件，而需要适当延长劳教期限的，在延长期限时，应把逃跑、犯罪情况一并加以考虑。在最高法《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》法释[2006]1 号中第 11 条规定：对未成年罪犯适用刑罚，应当充分考虑是否有利于未成年罪犯的教育和矫正。对未成年罪犯量刑应当依照刑法第 61 条的规定，并充分考虑未成年人实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初次犯罪、犯罪后的悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等因素。对符合管制、缓刑、单处罚金或者免予刑事处罚适用条件的未成年罪犯，应当依法适用管制、缓刑、单处罚金或者免予刑事处罚。此处则是对量刑环节的规范。在最高法《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》法[2008]324 号中，对于以贩养吸的被告人，其被查获的毒品数量应认定为其犯罪的数量，但量刑时应考虑被告人吸食毒品的情节，酌情处理；被告人购买了一定数量的毒品后，部分已被其吸食的，应当按能够证明的贩卖数量及查获的毒品数量认定其贩毒的数量，已被吸食部

[1] 【法】米海依尔 · 戴尔玛斯-马蒂著：《刑事政策的主要体系》，卢建平译，法律出版社 2000 年版，第 39 页。

分不计入在内。毒品犯罪中，判断被告人对涉案毒品是否明知，不能仅凭被告人供述，而应当依据被告人实施毒品犯罪行为的过程、方式、毒品被查获时的情形等证据，结合被告人的年龄、阅历、智力等情况，进行综合分析判断。在此对以吸食的部分加以定罪处罚，就是考虑其一贯表现。而对毒品犯罪的主观“明知”的判断，则更是一贯表现的“自由心证”范畴。

万毅教授对我国逮捕制度进行法理学层面解释时，曾就“社会危险性”与其他实证法概念的关系，予以阐述和论证[1]，从而为实务操作层面正确适用逮捕制度提供参考和借鉴，并为降低逮捕率和审前羁押率提供制度支撑点。但该论证仅限于逮捕制度中的法概念分析，而没有从刑法、证据法等学科角度加以深入的探讨。当然，也就因此没有发现一贯表现作为社会危险性的本质概念加以论证，进而也就无法确定社会危险性、一贯表现作为法概念的具体地位，即是上级法概念，还是下级法概念，亦或是平行的法概念。而从上文的论述可以得出，社会危险性系一贯表现的上级法法概念，社会危险性能够将作为独立法行为的一贯表现纳入其概念体系中。因此，一贯表现就有了可能进行量化评估的坚实基础，其作为社会危险性的本质概念便当然能够成立。

3.量化评估下一贯表现的法结构。社会危险性判断的核心概念在于一贯表现，而一贯表现被量化评估的关键在于能够发现其法结构，由此得出一贯表现的构成要素。一贯表现作为正向概念来界定的话，则需要考虑到规范化行为的各个方面。因邻里纠纷发生的故意伤害案件中，要考虑行为人的犯罪前行为是否是正常行为，如行为人平常和邻里之间相处正常，进行过互帮互助等。但这种认定方式可能会自动扩大一贯表现的认定范围，导致该概念无法独立的存在。如将一贯表现界定为：犯罪发生前，犯罪嫌疑人在学习、工作、生活中的日常表现。[2]则难免会与其他行为混杂，导致对一贯表现的判断陷入模糊地带中，沦为“自由心证”的主观物。因此，正向概念的界定方式存在不确定性。故有必要从反向概念的认定方式着手，即对一贯表现作负向概念界定，界定时所使用的概念就是再犯可能性。如是，行为人的一贯表现就被再犯可能性所限制。其一，再犯可能性指明了一个行为人犯罪的可能性程度问题，行为人再犯可能性高，则其一贯表现必然是负向的；行为人再犯可能性低，则其一贯表现必然是正向的。而此时社会危险性通过一贯表现这个中间桥梁，打开了通向量化评估的路径，具备了抽象概念的现实化基础。其二，再犯可能性中包含着社会危害性和人身危险性两个具体化概念。有的观点指出社会危险性包括罪行危险性和人身危险性[3]，该罪行危险性就是社会危害性的另一种表述。社会危害性是从法益论角度出发，将行为人的行为具体化，是现实中的行为，而非刑法中犯罪构成要件所叙述的行为（模式）。当然，人身危险性系个人作为主体所呈现出的人格自画像，是规范化的行为外在表达。如寻衅滋事案件中，行为人常常将管制道具放在车上或随身携带在身上，则反映出其个体人格中的暴力性倾向，则其人身危险系数高，应当作为一贯表现加以评价。故而，通过社会危害性和人身危险性两个反向概念作为再犯可能性的下级概念，进而得出一贯表现的具体样态，从而确定社会危险性量化的评估指标，具备了论证上的合理性。

4.一贯表现法结构的谱系概括。综上，一贯表现虽在实证法中多有适用，但作为新近提出的法概念，需要给其作合理的定位，以确保法学概念阶梯的明晰。林山田教授将刑事学的体系分为刑事法学、犯罪学、刑事政策学、犯罪侦查学等四个部分[4]，通过对照该刑事学体系表，能够得出的结论是“一贯表现”游走在刑事法学、犯罪学和刑事政策学这三个学科之中。秦宗文教授则将“一贯表现”作为降低审前羁押时的证据来使用[5]，即作为刑事法学中程序法上的法概念来使用。作为与之相似的

---

[1] 万毅：《解读逮捕制度三个关键词——“社会危险性”“逮捕必要性”与“羁押必要性”》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 4 期，第 65-80 页。

[2] 秦宗文著：《羁押必要性判断中的“一贯表现”证据研究》，《法学研究》，2023 年 12 月 24 日 09:02，发表于北京。

[3] 甘肃省陇南市成县人民检察院课题组著：《逮捕条件中社会危险性的理解与适用研究》，载《法制与社会》2018 年第 10 期（下），第 207 页。

[4] 林山田著：《刑法通论》（上册）（增订十版），台大法学院图书部经销，第 29 页。其中，刑事法学包括刑事实体法学，即刑法学；刑事程序法学；刑事执行法学。犯罪学包括犯罪现象、犯罪行为人和社会偏差行为。刑事政策学包括刑罚理论与刑罚手段、保安处分理论与手段、刑事立法政策、刑事司法政策和刑事执行政策。犯罪侦查学包括刑事科学侦查和刑事科学鉴识。

[5] 秦宗文著：《羁押必要性判断中的“一贯表现”证据研究》，《法学研究》，2023 年 12 月 24 日 09:02，发表于北京。

品格证据，在美国联邦证据规则中是将其作为证据来加以适用[1]。但通过刚刚的分析，能够得出一贯表现的如下结构图式：

程序：审前羁押（逮捕）（刑诉法）

社会危险性

人身危险性（人格）

实体：一贯表现（刑罚论）　再犯可能性

社会危害性（行为）

也就是说，当一贯表现作为实体法中法概念适用时，就找到概念之锚，使其能够成为社会危险性的核心概念，由社会危害性和人身危险性的二元法结构，透过再犯可能性，使得一贯表现的反向评价具备了确定性和可能性，从而顺利推导出社会危险性的量化评估中构成要素的出现。当然，在指出一贯表现的构成要素之前，需要对品格证据和一贯表现予以综合阐述，以确定本土化的品格证据适用范围和正确表达。

四、比较法中一贯表现适用范围的确定性认同

一贯表现作为品格证据的中国化法概念来使用，而品格证据（character evidence）是英美普通法与制定法中的专有概念。概括而言，品格证据是指能够证明一个人的品格或品格特征，并以此来推论该人行为的证据。这里的“品格”不仅仅包含一个人的道德品质（moral qualities），还包括一个人的行为倾向和生活方式等。在庭审实践中，品格证据所要证明的客体涉及被告人、受害人和证人的品格、惯常的行为方式及先前行为等。而大陆法系方面，品格证据大多在检察官或法官的“自由心证”环节而被处理掉，并没有法律对其予以“法典化”。从日本刑事司法判决来看， 法院仅采纳相似事实证据， 不允许采纳其他被告人不良性格倾向的证据， 同时仅用于证明被告人的实行犯身份以及主观意图。此外，对该类证据的采用均是以“不采纳为原则，以采纳为例外”。《美国联邦证据规则（2004）》第 404 条款对此作了具体的规定，并在第 405 条对品格证据如何予以证明从三个方面进行了规范：一是通过名声来证明，在司法实践中通常是通过某人在社区中的名声来实现；二是通过意见来证明，例如雇主对雇员是否诚实的意见；三是通过与行为相关的特定实例来证明，但仅限于品格证据指向的是人的品格成为一项指控、主张或辩护理由时。故一贯表现在本土化的法治研究是属于证据法中的法概念，还是其他法律学科中的法概念，有必要予以比较研究。

1.英美法系中美国品格证据的适用范围。品格证据是英美普通法与制定法中的专有概念，在大陆法系国家中无具体且专属的概念。英国证据法学家 Murphy 对品格证据中的“品格”作了三种解释：一是某人在其所在社区环境中具有的名声、声誉；二是某人以特定方式实施某种行为的倾向性；三是某人过去曾经经历的特定事件，如犯罪前科。前述三种解释，共同指向特征为品格证据非本罪所争议事实，仅是通过观察一个人在某些特定时期、特定区域内所实施的某些具体行为而给予的评价。我国学者指出“人们对自己价值关系的现实结果或可能结果的认识，以各种精神活动的方式表达出来就是评价”。在这个意义上说，品格证据的评价虽然是以一定认知为基础的，但却多以个人经验、交往关系等作出，主观判断因素较多。其次，从 Murphy 对品格证据所作的三种解释看，其更多的是评价行为人犯控告罪前的行为，与“一贯表现”具有融通之处。

在美国证据法中，某人的品格或其品格的特征的证据被用以证明，此人在特定场合下从事与其品格或特征相符的行为时，不具有证据能力[2]。该解释，同样剥离了行为人品格特征与正被指控犯罪行为之间的事实证明关系。即在一般情况下，被告人被指控犯罪以外的其行为、社会评价等一贯行

[1] 陈界融译著：《<美国联邦证据规则（2004）>译析》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 58-65 页。

[2] 陈界融译著：《<美国联邦证据规则（2004）>译析》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 21 页。

为，与案件事实没有必然的直接关系。但美国品格证据通则中，对行为人品格适用作出了例外规定，明确率先启动品格证据的唯一主体是被告人。具体如下：一是被告人主动提出证明自己品行良好的证据；二是为反驳检察官出示的不利于被告人的相关品格证据；三是被告人提出系被害人品格不好的证据；四是在杀人案件中，检察官对被告人提出关于自己或被害人品格证据的反驳性证据。从美国证据法中允许习性推论的存在看，品格证据一般由被告人用于有利于自己的辩护，证实美国在运用该证据规则时主要是在法庭审理环节中，作抗辩作用。同时，美国证据法还规定了不适用品格证据排除通则的情形，一是品格本身属于争议事实；二是品格证据在量刑程序中可以适用。该规定证实，品格证据被用于证据使用时，应当是与案件事实具有直接的关联，并且可能影响到定罪量刑时，才考量其应当符合证据规则和证据标准。

2.我国目前司法实践中对一贯表现的把握。经检索我国现行法律法规中的措辞主要有品格”和“一贯表现”两种。列举如下：

（1）一贯表现的法律地位。现行有效法规中，规定应当考量“一贯表现”的条文占比较多，较为全面的规定主要体现在未成年人犯罪案件处理中。2006 年 1 月 11 日最高人民法院发布的《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 11 条第 2 款“对未成年罪犯量刑应当依照刑法第 61 条的规定，并充分考虑未成年人实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初次犯罪、犯罪后的悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等因素。”2020 年 2 月 8 日最高人民法院印发《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第 20 条规定中对 2006 年第 11 条规定再次重申，明确将未成年人一贯表现作为“教育为主，惩罚为辅”的参考因素。2021 年 6 月 16 日两高出台的《常见犯罪的量刑指导意见（试行）》第三章中，明确了应当考量未成年人一贯表现，并明确了综合犯罪动机、作案时年龄、初偶犯、一贯表现等提出从宽处罚的标准。2013 年 12 月 27 日最高人民检察院出台的《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第 40 条第 2 款中“考验期的长短应当与未成年犯罪嫌疑人所犯罪行的轻重、主观恶性的大小和人身危险性的大小、一贯表现及帮教条件等相适应，根据未成年犯罪嫌疑人在考验期的表现，可以在法定期限范围内适当缩短或延长。”2012 年 10 月 26 日全国人大常委会出台的《中华人民共和国监狱法》第 57 条第 2 款规定“被判处有期徒刑的罪犯有前款所列情形之一，执行原判刑期二分之一以上，在服刑期间一贯表现好，离开监狱不致再危害社会的，监狱可以根据情况准其离监探亲。”2021 年 12 月 1 日两高两部出台的《关于加强减刑、假释案件实质化审理的意见》第 1 点“审理减刑、假释案件应当全面审查刑罚执行机关报送的材料，既要注重审查罪犯交付执行后的一贯表现，同时也要注重审查罪犯犯罪的性质、具体情节、社会危害程度、原判刑罚及生效裁判中财产性判项的履行情况等…”从前述条款中看，明确对未成年人一贯表现的考量可以适用于量刑酌定考量、起诉与否考量和刑罚执行表现评价。其次，经查阅，在危害生产安全、妨害国边境犯罪管理、制作复制、贩卖、传播淫秽电子信息牟利行为、职务犯罪等规定中对一贯表现作为量刑因素也作了概括式规定，明确要综合评估行为人社会危害性，恰当裁量刑罚的要求。同时，在 2020 年 11 月 5 日两高三部出台的《关于规范量刑程序若干问题的意见》第 4 条中，明确法院在宣判时，将个人一贯表现作为宣告禁止令和从业禁止应当考量的因素。

概言之，我国现行法律规定中，一贯表现适用于审查起诉阶段、法院审理阶段和刑罚执行三个诉讼程序，但各阶段考量要素不同，结果使用价值亦不同。这也是我国对一贯表现使用不同于英美法系之一。

（2）品格证据的法律地位。2021 年 12 月 3 日最高人民检察院出台的《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第 8 条第 2 款规定“有关个人品格方面的证据材料不得作为定罪证据，但与犯罪相关的个人品格情况可以作为酌定量刑情节予以综合考量。”该条款进一步明确了个人品格证据在我国司法实践中的适用范围和原则：一是必须是与被指控犯罪行为相关联的品格证据；二是品格证据仅可以作为酌定量刑情节使用；三是品格证据是否作为关联证据由检察官自由决定。

3.双方适用情境不同之比较分析。一是概念范畴的不同。我国现行有效法律中明确用词为“一贯表现”和“品格证据”，而英美法系限定名词为“品格证据”。从词义上理解，一贯表现描述的是行为人某种行为、品行等始终保持一致，从未改变；而品格，词义上解释为品性、性格，未限定某段时期，

可能随着知识阅历、教育经验、成长等其品格发生较大变化或某段时间的调整，具有不稳定性。因此，从词义概念范畴上理解，品格证据包含于一贯表现，其评价的客观性稍略于一贯表现。因此，英美法系的概念范畴相较于我国法律条文中的定义范畴，其限缩了评价范畴。二是启动主体不一。英美法系中品格证据的使用，率先启动主体为被告人一方，我国启动主体主要为司法机关，且实践中主要表现为检察机关委托司法行政机关开展社会调查评估，该规定在 2019 年 10 月 11 日两高三部出台的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 38 条中作了明确的规定"受委托的社区矫正机构应当根据委托机关的要求，对犯罪嫌疑人、被告人的居所情况、家庭和社会关系、一贯表现、犯罪行为的后果和影响…等形成评估意见，及时提交委托机关。"三是适用范围不同。其一，适用标准不同。英美法系中品格证据除例外情况，一般是不被允许用于证明所指控犯罪行为，且其例外情形适用主要是用于证明其犯了指控罪行，对行为人的定罪与量刑有一定影响。而我国相关法律条款规定，明确排除了品格证据和一贯表现用于定罪评价。其二，适用程序的扩展。英美法系中，一贯表现适用截至宣判时，对该行为人后续情形的考察未作明确规定。而我国法律规定，刑罚执行阶段行为人的一贯表现可用于司法机关作出减刑、假释、探亲等裁量的考量，且主要评价考察主体以监狱机关为主，检察机关和法院对评估结果作实质审查裁定。其三，特殊考察程序的应用。我国法律规定，对未成年人附条件不起诉考察期内，可以综合未成年人执行考察帮教情况作出延长或缩短考察期，且该一贯表现仅限于考察期内的情况。四是评价界限的混同。英美法系中，对品格证据作了特别规定，即"（一人的）其他犯罪行为、不法行为或行为的证据被用于证明其品格，以表明其所为与该品格相符时，不具有证据能力。"该条例进一步解释，即其他的犯罪行为如果不是作为支持一般的品格证据，此外，用于证明诸如动机、机会、意图之类的特定事宜的目的时，则具有证据能力。英美法系中对品格证据在什么情形下作为量刑因素、什么情形下作事实证据使用，作出了较为清晰的界限划分。而我国现行明确的法律条文中，虽然对一贯表现作了较为严格的适用，即只能作为量刑因素、减刑等考量，但在羁押逮捕必要性审查时，行为人之前的犯罪行为仍被作为逮捕与否的直接要素，即"犯罪嫌疑人曾经故意犯罪"，应当批准逮捕或决定逮捕。此时，行为人曾经的犯罪行为又被作为一贯表现的事实证据使用，致使司法实践中对一贯表现的适用处于长期杂乱无章的状态，需要结合一贯表现的法结构来予以限缩性适用，以求一贯表现作为法概念的准确性。

4.确定性下一贯表现范围的限缩适用。所谓限缩适用就是指改变目前对一贯表现的混乱使用状态，将其限制在一定法学学科范围内加以适用的情形。

一是形式侧面和实质侧面的适用。一贯表现的形式侧面是指再犯可能性。具体来说，就是说明该犯罪人的未来犯罪可能性之大小。有的学者就认为犯罪人一贯表现情况可以在很大程度上反映出其反社会人格的形成状况，也为准确地判断犯罪意识的顽固程度即改造的可能性提供了重要依据。[1]该观点所阐明的改造可能性就是指对犯罪人再犯可能性之判断。在钱某某寻衅滋事案件中，该犯罪人有多次赌博之情形，此次又因赌博和被害人及其家人发生冲突，遂产生滋扰他人之犯行。虽然其赌博行为和寻衅滋事犯罪本身无关联性，但案件确因赌博而起，故该赌博之情形应当纳入其一贯表现中，作为衡量其再犯可能性之判断。而所谓的实质侧面就是指一贯表现作为社会危险性核心概念加以适用的情形。前述钱某某的赌博行为，虽不是寻衅滋事罪所要评价的范畴，但确系其行为具有社会危险性的判断，则该赌博行为能够作为一贯表现加以评判，其既非简单地因属于犯罪前行为而加以归类，又非属于前科劣迹予以排除在一贯表现外，也非作为品格证据，与所犯之罪无关而加以排除使用。因此，一贯表现作为实质化的社会危险性标准，在进行评价时，对所犯之罪的把握更具合理性和科学性。

二是轻重罪中程度化适用。在轻罪化时代，轻罪和重罪中如何适用一贯表现亦是一个棘手的问题，有的观点认为对所有犯罪都应该使用一贯表现，以体现平等原则，因为"刑法是犯罪人的大宪章。"但我们认为对一贯表现主要适用在轻罪中，主要理由在于一般性观点认为我国认定轻罪的形式标准为 3 年以下有期徒刑，因为 3 年标准的信号效用和灵敏度高。而在 2020 年 5 月 10 日，最高人民检察院向全国人大常委会报告人民检察院适用认罪认罚从宽制度的情况时，也使用了 3 年以下有期徒

[1] 彭新林著：《犯罪人一贯表现与死刑的限制适用》，载《国家检察官学院报》第 19 卷第 4 期，2011 年 8 月版，第 73 页。

刑作为确定轻罪案件的标准[1]。当确定性数字作为轻罪和重罪之间的区分标准时，就可以得出一贯表现在轻罪处罚中所占比重应当大，而在重罪处罚时所占比重相对较小。同样是故意杀人案件，对可能判处无期徒刑以上的杀人案中，对其一贯表现所作的判断，如个人以往在社区的表现，只能作为参考加以适用，而非以应当的方式加以适用。既不论其一贯表现如何，也无法将其刑档从降至无期徒刑以下，一贯表现在重罪中丧失了有效性，所以也就作为非必要之因素加以考量。而对可能判处在三年以下杀人案中，如仅有犯罪预备或未遂的案件中，此时犯罪人的一贯表现则展现了重要作用，其犯罪前的一系列行为表现，都能够对其作出全面的评价。此时，在轻罪案件中，我们认为一贯表现作为刑罚论中其他法定要件之外，其应该在综合判断或实质判断中占有 80%的比重。而在重罪案件中，其一般是参考性适用，其所占比重也仅有 20%。

三是犯罪人中区别化适用。在刑法中，犯罪的人适用的年龄标准将其分成成年人和未成年人。因此，在有关司法解释将未成年人的一贯表现作为重要因素来评价时，因未成年人在此阶段主要生活区域是在学校中，学校表现的主要指征又体现在学习情况或学业完成情况上，故其一贯表现主要是指其在校表现。与未成年人一贯表现的简单相比，作为成年人的一贯表现则显得复杂。作为社会生活中的行为个体，其人格的复杂性必然带来行为的复杂性，行为的复杂性又体现在多样性上，故一贯表现的指标只能大概体现在个人的规范化行为中。如征信报告、社区表现、社会贡献等方面，而这些指标既有量的指标，又有通过社会调查而认定的指标，这些指标的应用必然带来客观事物的主观评价，需要司法人员予以自由心证。概言之，一贯表现在未成年人的犯罪中适用比较精确，而在成年人适用则比较模糊，二者适用存在程度上的不同，应当区别对待。

四是罪名中类型化适用。作为轻罪时代治理的重要罪名，醉酒危险驾驶的案件中，对公益服务作为一贯表现的指标加以适用的考量颇具全面性，有必要加以分析论证。两高两部在《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》中规定，对犯罪嫌疑人、被告人自愿接受安全驾驶教育、从事交通志愿服务、社区公益服务等情况的，可以作为作出相关处理的考量因素。即司法机关根据该意见第 21 条第 1 款、第 13 条、第 14 条处理醉驾刑事案件时，可以将上述情况作为条件性因素纳入罪或罚的处理上。一是公益服务适用于诉的程序中各个阶段。该意见第 21 条第 1 款规定了血液酒精含量不满 150mg/100ml 的，且不具有该意见第 10 条规定的 15 种从重处理情形的，依据刑法第 13 条但书条款，不认为是犯罪；依据刑诉法第 16 条不追究刑事责任。如在侦查环节，公安机关应当作出撤销案件的决定；在审查起诉环节，人民检察院应当作出不起诉决定；在审判环节，人民法院应当作出终止审理的决定，或者宣告无罪。通过以上分析，公益服务作为条件性因素，均能够在侦查、审查起诉、审判阶段加以适用。质言之，公益服务对应着适用阶段的不同，则表征其所适用的功能在各个程序中便必然有所区别，这种功能性的区别反应在处理结果上，也就有了实质性的分别。同理，在该意见第 13 条中，规定人民检察院综合考虑各种因素，对犯罪情节轻微的醉驾行为作出处理。在该意见第 14 条中，对人民法院适用缓刑或不适用缓刑的情形进行了规定。二是公益服务既具有一般性的构成要件要素，又具有作为相关处理的构成要件要素，还可以仅仅是一项附条件的因素。既然公益服务能适用于刑事诉讼程序的各个阶段，那么其法律属性在不同阶段便会呈现出不同属性。根据上述所论：其一，在依据该意见第 12 条作出处理时，公益服务作为一般性构成要件要素，在行刑衔接时予以适用，其作为对行为人不追究刑事责任的考量因素之一。即行为人虽因酒精含量未达 150mg 而不认为是犯罪，但在对其作出不追究刑事责任的处理决定前，公益服务仍是前置性的条件。换言之，其是作为不认为是犯罪或不追究刑事责任处理决定时的一般性构成要件要素加以适用，也就是我们日常生活中常说的“死罪可免，活罪难逃”之涵义。其二，在根据该意见第 13 条作出不起诉处理时，公益服务就是作为不起诉的构成要件要素加以运用的。第 13 条明确规定人民检察院要对移送审查起诉的醉驾案件综合各种因素予以考虑，认为属于犯罪情节轻微的，依据刑法第 37 条、刑事诉讼法第 177 条第 2 款的规定处理。其中，刑法第 37 条第 1 款规定人民检察可以根据案件不同情况，予以处理。此处的不同情况，我们认为涵摄着该意见第 13 条中的综合因素，而公益服务正好在该综合因素的限缩范围之内。此外，刑诉法第 177 条第 2 款中规定人民检察院可以作出不起

[1] 卢建平著：《为什么说我国已经进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 134 页。

诉决定。紧接着第 3 款中对被起诉人的行为需要给予其他处罚的，应当提出检察意见。结合该意见，该处的检察意见当然包含着对被不起诉人进行公益服务的要求。此时公益服务的法律属性，等同于在侦查阶段的属性，属于一般性构成要件要素。其三，在根据该意见第十四条对醉驾被告人适用缓刑时，根据刑法第 72 条宣告缓刑的条件，则公益服务系作为适用缓刑的附条件要素加以适用。具言之，在人民法院宣告缓刑后，公益服务成为被告人缓刑考验期能否成功通过的考察因素之一，而这与前文表述中的第二种观点相同。三是公益服务包含在该意见第十九条的不同情况之中。该意见第 19 条明确规定，对犯罪嫌疑人、被告人决定不起诉或者免予刑事处罚的，可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，需要给予行政处罚、处分的，移送有关主管机关处理。联系到刑法第 37 条第 1 款规定，对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。这两个条文之间中的不同情况具有等质性，即结合该意见实施的本义，能够推导出该不同情况，实质上都含有公益服务这一考量因素在里。因此，公益服务作为一贯表现的考量因素，随着刑事诉讼环节的不同而显现出不同的表征。在侦查阶段，其是作为行刑衔接的因素加以考量；在审查起诉阶段，其是不起诉的构成要件要素；在审判阶段，其附着于缓刑的考验期，系在缓刑之后予以考量。上述公益服务作为一贯表现指标时，其所谓的实质判断、综合判断，就是作为犯罪的“前因后果”，它们自然地融入犯罪行为形成与发展过程之中，与犯罪的实行行为结合，成为了决定犯罪行为的性质及其危害程度的重要因素。

总而言之，在不同划分类型中，一贯表现的构成要素并非相同，其多样的形态、复杂的认定，都表征着一贯表现构成要素的包容性。如成年人的征信报告，未成年人的在校表现，还有社区表现等；又如故意伤害罪等中的赔偿损失等，醉驾危险驾驶中的公益服务等。在这些指标作为一贯表现的构成要素时，只能对其进行类型化适用，即将其限制在一定的类型中加以使用，方能体现其效用，从而对犯罪本身的认定不会产生不确定的影响。

五、结论

一贯表现的形式具有漂移性，但在论证时，我们又有必要找到其内在的概念价值，从而确定一贯表现在法概念中的地位，从而结合罪行危险性、人身危险性，越轨行为、犯罪行为，品格证据、社会调查，学业、工作、生活等名词或词汇，加以对比、评判、检视，进而找到一贯表现作为法概念的边界和范围，推导出其构成要素，以发挥着法概念应有的功能和作用。当然，一贯表现的概念分析论证模式并非碧玉无瑕，其存在法理论证上的遗憾和实体运用中的缺陷，而这正是需要加以进一步研究和探讨的地方。

涉产权强制措施的立法谦抑化研究

林艺芳*

摘 要：我国涉企刑事司法实践中，常常出现扩张适用查封、扣押、冻结等涉产权强制措施的情况，对企业产权造成巨大伤害。其原因在于当前涉产权强制措施存在定位适当、规定模糊、路径不足、程序缺失等问题。从本质上看，上述问题都体现了刑事诉讼的扩权性立法导向。因此解决问题的关键，就是要以刑事诉讼谦抑主义为指导，对当前立法规定进行全面重构，即重新界定措施定位、细化措施适用的前提和期限、丰富措施实施路径、建构措施审查机制等，从而推进民营经济高质量发展和中国式现代化建设。

关键词：涉产权强制措施　民营企业产权保护　刑事诉讼法　谦抑主义

党的二十届三中全会审议通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，明确指出“完善涉及公民人身权利强制措施以及查封、扣押、冻结等强制措施的制度”。作为涉产权强制措施，查封、扣押、冻结能否合理有效适用，关系到执法司法体制机制是否公正落实，关系到民营企业产权保护，关系到营商环境的法治化，应当引起足够重视。然而在刑事司法实践中，常常出现“办理一起案件，垮掉一个企业”的情况。办案机关未能兼顾涉案企业正常生产经营，适用查封、扣押、冻结等涉产权强制措施时出现超权限、超范围、超数额、超时限等扩张化趋势，导致涉案企业遭受巨大的经济损失，甚至面临灭顶之灾。立法是司法的依据和先导，措施的扩张性适用与措施的扩权化立法有着密不可分的联系。出现上述情况的根本原因，在于我国当前《刑事诉讼法》关于查封、扣押、冻结等涉产权强制措施的规定不够清晰、不尽合理，采取的是一种不符合诉讼规律和社会治理规律的扩权化立法导向。

民营经济是推动中国式现代化的生力军，是高质量发展的重要基础。促进民营经济发展壮大，关键是要为它们营造法治化的一流营商环境，依法保护民营企业产权。针对司法实践中查封、扣押、冻结等涉产权强制措施的扩张适用问题，继续完善这些措施相关制度，就是要以谦抑化的立法态度，对当前立法中所存在的不合理之处予以修订、不清晰之处予以补充，进一步明确措施的属性定位和适用路径，完善措施适用条件和审查机制，从而充分保障涉案企业产权，提升营商环境的法治化水平，加强刑事司法文明程度，实现政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。当前，我国《刑事诉讼法》已经纳入第十四届全国人大常委会立法规划。这一法律的修订应紧密围绕当下刑事司法实践中存在的重大、疑难、复杂问题，查封、扣押、冻结等涉产权强制措施的完善必将位列其中。笔者将以《刑事诉讼法》关于查封、扣押、冻结等措施的规定为线索，分析当前立法的不足之处，并提出谦抑化修订立法规定的建议，以期为《刑事诉讼法》的进一步完善、民营经济高质量发展以及中国式现代化建设提供应然之策。

一、管窥：涉产权强制措施的立法问题

近年来我国重视涉案财物处置工作，逐渐形成了以《刑事诉讼法》第二编第二章第六节“查封、扣押物证、书证”为核心、[1]以其他相关司法解释文件为配套[2]的相对详细的涉产权强制措施规范体系。然而综观上述相关规定，当前立法对于措施的适用仍存在不合理、不清晰之处。

（一）定位失当，未被纳入强制措施体系

---

* 福建师范大学法学院副教授，硕士生导师。本文是中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善”项目一般项目“能动司法指引下涉产权强制性措施的谦抑化研究”的成果。

1 除此之外，在《刑事诉讼法》第一编第七章“附带民事诉讼”以及第五编第四章“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件”中也各有一个法条规定查封、扣押、冻结措施。

2 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》《人民检察院刑事诉讼规则》《公安机关办理刑事案件程序规定》等相关解释性文件都对这三项措施作了更细致的规定，尤其是后两者，甚至有专节对此予以规定。此外，近年来我国重视涉案财物处置工作，陆续发布了《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（2014 年）、《人民检察院刑事涉案财物管理规定》（2014 年）、《最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》（2018 年）、《最高人民法院关于优化法治环境 促进民营经济发展壮大的指导意见》（2023 年）、《“检察护企”专项行动工作方案》（2024 年）等。

从立法体例设置视角看，查封、扣押、冻结措施主要被规定在侦查程序中，被作为侦查行为的组成部分。根据《刑事诉讼法》的规定，采取查封、扣押的前提条件是“可以用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪”，采取冻结措施的前提条件是“根据侦查犯罪的需要”。立法还强调“与案件无关的财物、文件，不得查封、扣押”，并且司法机关及其工作人员“对与案件无关的财物采取查封、扣押、冻结措施的”，当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人有权向该机关申诉或者控告。此种立法设置本身不无道理，这些措施所指向的大多数涉案财物，要么作为犯罪工具出现，要么作为犯罪结果构成要素，是证明犯罪嫌疑人、被告人是否有罪的重要依据。[1]然而，将这些措施置于侦查程序之下，仅强调措施的证据保全价值，极可能导致对其强制属性的忽略。

从本质上看，查封、扣押、冻结措施是通过控制涉案财物，限制甚至剥夺公民财产权利的方式，保障诉讼价值的发挥。因此这些措施天生地就带有极强的强制属性。然而，我国《刑事诉讼法》在“侦查程序”之外专设“强制措施”一章，但该章所规定的强制措施仅限拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕等五种限制人身自由措施，并不包括查封、扣押、冻结等限制公民财产权利的措施。这种将“强制措施”与“侦查程序”分别规定且将查封、扣押、冻结措施排除在“强制措施”体系之外的做法，更加剧了对这三种措施强制属性的忽略。

忽略三种措施的强制属性，随之而来的问题即是配套程序机制和权利保障手段的缺失。我国《刑事诉讼法》素来提倡“尊重和保障人权”，强调对公民基本权利的保障。逮捕是刑事诉讼程序中最大程度上限制公民人身自由的强制措施，我国立法对其适用条件严格规定，并在事前事后分别设置了审查机制，以确保确保公民人身自由不受过分侵扰。相比之下，由于缺乏对查封、扣押、冻结措施虽然也在很大程度上限制公民对涉案财物的占有、使用、收益和处分的权利，但却并不具备详细准确的适用条件和规范合理的审查约束机制，导致权力的滥用。易言之，查封、扣押、冻结措施目前司法适用所存在的问题，其根源都在于强制属性的忽略以及强制措施地位的未予确认。

（二）规定模糊，缺乏适用前提和期限相关限定

我国《刑事诉讼法》虽然对查封、扣押的前提条件有所规定，但立法及配套性司法解释均未进一步明确何为“可以用于证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪”、何为“根据侦查犯罪的需要”、何为“与案件无关”，这就为实践中扩大化适用这些措施提供了空间，导致所谓的“沾边就管”“扣了再说”的不良现象。即但凡与案件办理存在某种关联性的财物，无论二者之间是直接相关还是间接相关，无论相关度是高还是低；无论特定财物在事实证明过程中是发挥主要作用还是次要作用，无论事实证明作用的发挥是否以对财物的绝对控制为必要前提，侦查机关均有权对财物采取查封、扣押、冻结措施，甚至在较大范围内适用上述措施。在最高人民法院发布的典型案例“徐万斗申请沈阳市公安局和平分局违法查封、冻结国家赔偿案”中，[2]沈阳市和平区公安分局在侦查果茶过程中，除查封、冻结依法应当追究的非法集资款以外，还查封了被告人的 4 套房产及 3 份保险合同。事后证明，这 4 套房产及 3 份保险合同均不在刑事生效裁决范围内，且和平公安分局不能证明该财产属于违法所得或者应当返还被害人的财产。和平公安分局滥用侦查权力，对与案件关联性微弱的财产予以查封，既损害了被告人的合法产权，又导致国家赔偿案件的发生，对我国刑事司法的形象造成了不良的伤害。

还需注意的是，当前立法还通过“应当”一词，使措施适用绝对化，进一步提升了涉产权强制措施滥用的可能性。根据《刑事诉讼法》第一百四十一条第一款的规定，“在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件，应当查封、扣押；与案件无关的财物、文件，不得查封、扣押。”从规范分析的视角看，这里的“应当”一词意味着，一旦符合立法规定的前提条件，办案机关就必须一律适用查封与扣押措施，不能不予适用或者适用其他措施，这也为办案机关滥用

---

1 参见吴光升：《刑事诉讼财产保全制度论要》，载《中国刑事法杂志》2016 年第 4 期，第 84 页。

2 《最高人民法院发布 10 件国家赔偿和司法救助典型案例（附全文）》，微信公众号：国家司法案例研究院，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzIxNTYzNzU4NA==&mid=2247490253&idx=2&sn=0502b4fabf1e85d5a32c54d3624b390c&chksm=979411f2a0e398e4d31bf3f42b58d6b60985a3e0cd61d5d1ed53afe57758756253d9e1a59146&scene=27，发布时间 2019 年 12 月 19 日。

权力提供了合法的借口，导致措施适用的不当扩张。[1]

再就适用期限而言，立法未就查封和扣押措施在诉讼过程中可以适用的期限作出规定，[2]再加上必要性审查机制的缺失，导致实践中出现“一扣到底”的情况。涉案财物一旦被查封、扣押，在诉讼结束之前难以解除相应措施。在最高人民法院发布的典型案例“北京比特时代科技有限公司申请湖南省长沙市望城区公安局刑事违法扣押国家赔偿案”中，[3]2007 年 5 月 18 日，湖南省长沙市望城区公安局以涉嫌非法经营对比特公司董事长兼总经理曲铁良予以立案侦查，随后扣押了该公司电脑主机 4 台、服务器 6 台、笔记本电脑 1 台、银行卡 12 张及账本、会议记录本等，责令比特公司汇款 27.32 万元至望城区公安局账户暂扣。自此至 2010 年 12 月 8 日检察院依法对案件作出不起诉决定之前，上述涉案财物一直被望城区公安局扣押，导致比特公司无法经营，实际上造成了该公司的停产停业，以及部分财物的毁损和其他额外的经济损失。类似的案例在司法实践中并不少见。

（三）路径不足，多样化实施路径未得到法律认可

在我国刑事诉讼程序中，按照人身自由限制程度，对人强制措施可以被区分为羁押性措施和非羁押性措施。前者绝对“剥夺”犯罪嫌疑人、被告人人身自由，必须送看守所关押，例如逮捕、拘留；后者仅在一定范围内“限制”犯罪嫌疑人、被告人人身自由，要么强制到讯，要么不得离开所居住的市、县，要么不得离开住处或者指定的居所，包括拘传、取保受审、监视居住。这充分体现出，对人强制措施的实施路径是相对多样化和层次分明的。与之形成鲜明对比的是，查封、扣押、冻结等涉产权强制措施的实施路径则相对单一并缺乏体系性。

根据《刑事诉讼法》的规定，这三项措施都属于绝对权利剥夺型措施，即完全剥夺当事人对涉案财物的占有、使用、收益和处分权利。[4]以扣押为例，该措施主要针对动产，典型做法是转移占有。动产一旦被转移占有，便无法被继续使用，且大多数情况下无法进行处分。即便是大型的动产，例如机动车等，在被扣押之后，相关立法也不允许持有人办理注册、变更、转让、抵押登记的权利。[5]查封也遵循类似的逻辑，查封多针对不动产和不便移动的大型动产。一旦不动产被采取了查封措施，那么在查封期间不允许办理变更、转让或者抵押权、地役权登记。不便移动的大型动产被查封之后，即便交持有人保管，持有人也不得对该财产进行转移、变卖和毁损。[6]冻结措施要求相关存款、汇款、

---

1 相对而言，冻结措施的绝对化适用倾向未体现得如此明显。根据《刑事诉讼法》第一百四十四条第一款的规定：“人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产。”此处使用的是“可以”而非“应当”。

2 当前《刑事诉讼法》亦未就冻结措施规定了相应的期限，相关规定体现在配套解释性规定上。例如《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百三十四条规定：“冻结存款、汇款、证券交易结算资金、期货保证金等财产的期限为六个月。每次续冻期限最长不得超过六个月。对于重大、复杂案件，经设区的市一级以上公安机关负责人批准，冻结存款、汇款、证券交易结算资金、期货保证金等财产的期限可以为一年。每次续冻期限最长不得超过一年。”第二百四十四条规定：“冻结债券、股票、基金份额等证券的期限为二年。每次续冻期限最长不得超过二年。”第二百四十五条规定：“冻结股权、保单权益或者投资权益的期限为六个月。每次续冻期限最长不得超过六个月。”

3 《最高人民法院发布 10 件国家赔偿和司法救助典型案例（附全文）》，微信公众号：国家司法案例研究院，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzIxNTYzNzU4NA==&mid=2247490253&idx=2&sn=0502b4fabf1e85d5a32c54d3624b390c&chksm=979411f2a0e398e4d31bf3f42b58d6b60985a3e0cd61d5d1ed53afe57758756253d9e1a59146&scene=27，发布时间 2019 年 12 月 19 日

4 参见陈卫东：《涉案财产处置程序的完善——以审前程序为视角的分析》，载《法学杂志》2020 年第 3 期，第 49 页。

5 根据《机动车登记规定》第十五条、第二十一条、第二十九条、第三十六条的规定，机动车被监察机关、人民法院、人民检察院、行政执法部门依法扣押的，不予办理注册、变更、转让、抵押登记。

6 根据《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》第十四条的规定，“国土资源、房地产管理等有关部门对被公安机关依法查封的土地、房屋等涉案不动产，在查封期间不予办理变更、转让或者抵押权、地役权登记。”第十九条的规定，执行车辆、船舶、航空器以及大型机器、设备等特定动产的查封时，“应当将涉案财物拍照或者录像后封存，或者交持有人、近亲属保管，或者委托第三方保管。有关保管人应当妥善保管，不得转移、变卖、损毁。”

股票、基金份额等的账户受到银行等金融机构的控制，不能再进行交易，也是一种绝对剥夺财产处置权利的做法。这种绝对权利剥夺型的措施设定，使得办案机关在司法实践中无法根据财物现实状况或者企业生产经营需要，灵活调整措施适用方式，导致涉案企业出现经营困难，出现“办理一起案件，垮掉一家企业”的情况，不仅未能充分体现法律的作用，更造成了消极的社会影响，落空了社会效果。

必须承认的是，我国已经有不少司法解释对这三项措施的实施路径作突破性规定。早在 1998 年，《最高人民法院关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》第二百一十四条就曾明确规定，“人民法院为了保证判决的执行，根据案件具体情况，可以先行扣押、冻结被告单位的财产或者由被告单位提出担保。”2010 年《人民检察院扣押、冻结涉案财物工作规定》第十七条规定，“对于应当扣押但不便提取或者不必提取的不动产、生产设备或者其他财物，应当扣押其权利证书，经拍照或者录像后原地封存，或者交持有人或者其近亲属保管……”《人民检察院刑事诉讼规则》第二百一十四条规定，“扣押、冻结债券、股票、基金份额等财产，应当书面告知当事人或者法定代理人、委托代理人有权申请出售”，并对“申请出售”的具体要求予以明确，类似的规定还出现在《公安机关办理刑事案件程序规定》的第二百四十六条。然而上述规定未被纳入《刑事诉讼法》体系之中，法律效力远远不足。再加上不同机关往往倾向于适用本部门上级机关制定的规范性文件，措施实施方式分别规定在各机关制定的不同的解释性文件上，也会导致机关与机关之间，尤其是公安机关和检察机关，在实践中各自为政。

（四）程序缺失，事前事后审查机制不完整

查封、扣押、冻结措施通过强制手段限制甚至剥夺公民财产性权利，以此实现诉讼价值。在域外，对于此类带有强制属性的措施奉行所谓的“强制处分法定主义”，一方面通过静态抑制，以立法方式对强制性手段的实体要件、程序要件、实施程序等予以规定；另一方面进行动态抑制，要求措施适用必须事先经过法官的批准并授予令状，而且在执行令状的过程中还要继续接受法官的审查。[1]与之类似的，我国立法也通过一定手段对强制措施予以抑制。如前所述，我国对逮捕措施设置了决定权与执行权相分离的审查批准制度，允许在特定情况下采取听证机制以决定逮捕的适用。为了破解实践中存在的“一押到底”“实报实销”问题，还要求检察机关在逮捕适用过程中进行羁押必要性审查，及时解除或者变更措施。

但是，同为诉讼程序中限制甚至剥夺公民基本权利的手段，查封、扣押、冻结措施并不具备上述程序构造。在事先授权方面，这些措施奉行的是决定权与执行权合一的做法。在侦查过程中需要采取扣押措施的，经办案机关负责人批准或者县级以上公安机关负责人批准，并制作扣押决定书即可；在现场勘察或者搜查中需要扣押财物、文件的，由现场指挥人决定。需要采取查封措施的，经县级以上公安机关负责人批准并制作查封决定书即可。需要采取冻结措施的，分别不同情况经县级以上、设区的市一级或者省级以上公安机关负责人批准并制作协助冻结通知书。可见，办案机关有权自行决定是否采取查封、扣押、冻结措施，无需经过中立第三方的授权，导致行政色彩过重，约束机制不足。此外，在涉案财物被查封、扣押、冻结的过程中，立法也未再设置措施适用的必要性审查机制，纵容“一扣到底”情况的发生。

孟德斯鸠指出：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不变的经验。有权力的人们适用权力一直到遇有界限的地方才休止。”[2]权力如果不加限制，那么就有被滥用的可能性。当今世界，主要是通过权力的分化、权力之间的监督与制约来实现限制权力的目的。即将权力中所涉及的不同职能分别赋予不同的部门，通过不同职能之间的相互交流、合作、冲突，实现彼此的制衡，权力突破单一体系的阈限，从外部寻求对自我的约束。无论是域外的令状制度，还是我国关于逮捕的一系列审查机制，都是上述权力限制路径的体现。而查封、扣押、冻结措施未落实这种权力限制模式，只依赖办案机关体系内的自我监督，难免可能导致措施适用标准失当，措施适用程序不合法，伤及公民的合法财产权利。

---

1 参见孙长永：《侦查程序与人权——比较法的考察》，中国方正出版社 2000 年版，第 26-27 页。

2 参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神（上）》，商务出版社 1961 年版，第 154 页。

二、反思：涉产权强制措施谦抑化立法的必要性

查封、扣押、冻结上述立法问题的存在，从本质上看，都体现了立法对权力扩张，甚至权力滥用的纵容。立法未明确查封、扣押、冻结的强制属性，导致侦查权力的盲目扩张以及当事人合法权利保障的忽略；未清晰限定查封、扣押、冻结的适用前提与期限，纵容办案机关以办案需要为借口滥用这些措施，导致"沾边即管""一扣到底"等不良做法；未赋予多样化措施实施路径以合法性基础，导致措施适用过程中过分限制甚至剥夺当事人产权；未形成完善系统的事前事后审查机制，导致措施的授权决定和具体适用缺乏应有的约束，难以对当事人权利予以必要救济。总而言之，无论是措施的体例设置，抑或是措施适用的前提条件、路径方式、审查机制等规定，都指向一种权力扩张的导向，即允许国家专门机关以侦查为借口肆意侵扰公民私权利领域，而缺乏应有的权力监督制约和权利保障救济机制。这种权力扩张导向性的立法模式，有违当代刑事诉讼发展规律和社会治理规律，是非常值得警惕的。

纵观世界各国，法律都非常重视对此类措施适用权力的制约与控制，要求措施的种类和方式必须有立法的明确规定，措施适用必须遵循正当程序、采取司法审查，措施的选用还必须与所维护的社会秩序、公共安全需求成比例。易言之，从立法视角对强制措施予以谦抑，是世界各国的通行做法。但是，反观我国当前立法，对于查封、扣押、冻结这三项明显带有强制属性、对公民财产性权利予以限制甚至剥夺的措施，严重地限制不足、规定不清，导致超权限、超范围、超数额、超时限适用措施情况的出现。面对上述问题，我国立法应当从当前社会治理的前提出发，尤其是从民营企业保护和优化营商环境的现实出发，对查封、扣押、冻结措施进行谦抑化改造，以防止侦查权力的盲目扩张。

（一）刑事诉讼谦抑主义的内涵

"谦抑主义"是刑法领域最重要的理念之一，它是西方国家启蒙时期伴随对传统刑法意义和目的的反思而形成的。[1]中国学者最早接触这一概念，是源自于日本学者平野龙一，他主张"只有其他社会统治手段不充分时，或者其他社会统治手段（如私刑）过于强烈，有代之以刑罚的必要时，才可以动用刑法。"[2]在此基础上，陈兴良教授进一步对这一概念作出诠释，指出刑法的谦抑性，是指"立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚（而用其他刑罚替代措施），获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪。"[3]可见，从刑法的视角看，谦抑主义反对的是刑法的过分扩张，防止的是所谓"刑事法规的肥大症"。[4]随着刑事司法的逐步现代化，刑法中的谦抑主义理念被刑事诉讼法领域所吸收，形成所谓的"刑事诉讼谦抑主义"。它强调刑事诉讼在纠纷解决空间上的萎缩性、在纠纷解决时间上的最后性、在纠纷解决开始时的克制性、在纠纷解决过程中的妥协性、在纠纷解决结果上的宽容性。[5]它针对刑事诉讼实践中所存在的仪式化和刑罚化弊端而提出，要求刑事诉讼朝着更文明、人道、和缓、克制、妥协、宽容的方向发展。[6]

刑事诉讼谦抑主义既是一种制度化的导向，也是一种理念性的要求。刑事诉讼谦抑主义旨在遏制国家权力过多地侵扰个人的空间，尊重和保障公民的权利。近年来，我国在刑事司法领域提倡"能动"理念，认为司法应当服务于国家与社会的治理工作，诉讼活动应当与社会活动相辅相成。但是"能动"并非"异动""乱动"，更不能一味的"激进"，甚至盲目扩张。以此为借鉴，贯彻刑事诉讼谦抑主义，应当以满足诉讼规律和社会治理规律为前提，通过修订刑事诉讼立法的手段对刑事手段予以必要的

---

1 参见孙国祥：《反思刑法谦抑主义》，载《法商研究》2022 年第 1 期，第 85 页。

2 转引自杨燮蛟：《在人性观视野下对刑法谦抑性的诠释》，载《政法论坛》2010 年第 3 期，第 80 页。

3 陈兴良：《本体刑法学》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 60 页。

4 参见陈兴良：《本体刑法学》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 60 页。

随着刑法理论的发展，"谦抑主义"亦发展出其他更丰富的意涵，除了呼吁停止立法的犯罪化作业以外，还包括主张司法应秉承罪疑唯轻的原则、强调刑法的辅助性以及以宽为先的刑事政策等。参见孙国祥：《反思刑法谦抑主义》，载《法商研究》2022 年第 1 期，第 86-87 页。

5 参见郭云忠：《刑事诉讼谦抑论》，北京大学出版社 2008 年版，第 5-13 页。

6 参见郭云忠：《刑事诉讼谦抑论》，北京大学出版社 2008 年版，第 6 页。

“抑制”，以遏制权力滥用和保障合法权利。一是合目的性，即是否以及如何抑制刑事手段的使用，取决于诉讼规律和社会治理的需要。从诉讼的视角看，公安司法机关代表国家行使的诉讼权力，尤其是其中的带有强制属性的权力，必须受到必要的制约和监督，否则极有可能发生滥用的情况。从社会治理的视角看，司法活动要与社会生活形成良性互动，选择适用某项刑事手段以及如何适用这一手段，必须符合社会治理逻辑。二是合比例性，即在何种程度上抑制刑事手段的适用，应与诉讼规律和社会治理的要求相适应。可以通过其他侵权程度较轻的手段解决纠纷的，就不启动刑事诉讼程序，以减少社会控制成本。[1]在刑事司法实践中，通过侵权程度较轻的刑事手段即可实现诉讼目的、达成社会治理目的的，就没有必要也不应当适用侵权程度更重的刑事手段。

（二）涉产权强制措施谦抑化立法的必要性

查封、扣押、冻结三项措施的“强制”属性是毋庸置疑的，它们通过限制甚至剥夺犯罪嫌疑人、被告人以及其他涉案人员在涉案财物上所享有的财产权，以确保诉讼程序顺利进行。由于警察权具有极强的膨胀性、扩张性、攻击性和侵犯性，[2]作为警察在刑事侦查中的有力“武器”，查封、扣押、冻结措施也具有类似特征。如果不审慎适用此类措施，那么措施上所附随的强制性将使公民私人领域遭受过分侵扰，公民依法所享有的财产性权利也将遭到不合理的侵犯。因此，严格控制此类涉产权强制措施的适用，是当今不少法治国家的必然选择。

近年来，在我国涉企刑事司法过程中，出现了不少因扩张性适用查封、扣押、冻结措施，导致涉案企业遭受巨大经济损失，甚至倒闭关张的情况。破解此类问题的关键，就是要对刑事诉讼立法进行谦抑化重构，进而纠偏司法实践的不合理运作。即通过合理有效地抑制刑事手段的适用，实现司法活动对诉讼规律的尊重，以及对社会治理的关切与回应，从而在司法体系内部以及在司法与社会互动过程中形成良性循环。扩张化适用涉产权强制措施，严重侵害了当事人的合法权益，干扰社会生活正常秩序，阻碍了社会经济向前发展，看似办理了案件，但实质上牺牲了企业利益、降低了社会效益，法律效果与社会效果双双落空。对涉产权强制措施的谦抑化立法，就是要从规范层面纠正措施的偏向化属性定位、绝对化适用导向、单一化种类划分以及缺乏监督制衡的程序设定，消解措施适用过程中的惰性、机械性，纠正措施适用中的片面性、逐利性，确保政治效果、社会效果、法律效果的有机统一，综合发挥犯罪治理、权利保障、社会服务等多重功效，从而实现刑事司法的高质量发展，推进中国式现代化建设。

三、重构：涉产权强制措施谦抑化立法的具体设计

（一）措施定位与体系的明确化

我国当前立法将涉产权强制措施放置于“侦查程序”一节中，排除于“强制措施”之外，虽然强调了其证据保全功能，却忽略了强制属性，导致在措施适用过程中出现权利保障不足的情况。相比之下，在域外，涉产权强制措施是当之无愧的强制措施，这从它们所适用的程序约束机制中即可一窥端倪。例如在美国，警察进行搜查与扣押之前，需向司法官申请令状，警察只能在司法官签发令状的前提下，才能履行搜查与扣押职责。在德国，搜查与扣押也实行的是“法官保留原则”，警察也需向侦查法官申请令状，甚至于侦查法官还能抵达现场参与措施执行活动。[3]这一整套制度是与逮捕的适用基本一致的，其背后蕴含的意义，都是对公民人身自由权利、财产权利、隐私权利等的保障，

---

1 正如博登海默所言，“虽然在有组织的社会的历史上，法律作为人际关系的调节器一直发挥着巨大的合决定性的作用，但在任何这样的社会中，仅仅依凭法律这一社会控制力量显然是不够的。实际上，还存在一些能够指导或者引导人们行为的其他工具，这些工具是在实现社会目标的过程中用以补充或部分替代法律手段的。”参见[美]博登海默，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社 1999 年半，第 357 页。我们的社会存在非常多足以调节社会矛盾纠纷的方式，即便在法律领域，这种方式也是多样化，例如协商、调解、民事诉讼、行政处理等。刑事诉讼只是法律手段之一，且在所有纠纷解决手段中的位次最低。它应当成为纠纷解决的“最后一根稻草”，而不应当成为“最初一公里”。

2 参见陈卫东：《程序正义之路（第一卷）》，法律出版社 2005 年版，第 286 页。

3 参见游鹏：《“以审判为中心”视野下侦查监督的完善——以令状制度的本土化重构为中心》，载《犯罪研究》2020 年第 2 期，第 93-94 页。

都是对这些措施强制属性的确证。基于此，同为限制甚至剥夺公民财产性权利的措施，我国的查封、扣押、冻结措施也具有强制属性，应当归属强制措施体系。

对于这一问题，历次《刑事诉讼法》修改之际，均有不少学者撰文论证，有必要将侦查人员的查封、冻结、扣押等行为纳入刑事强制措施体系，从而加强涉案人员的权利保障，使侦查行为进一步走上法治轨道。笔者主张，我国应当重构《刑事诉讼法》中的“强制措施”“侦查程序”两节。首先，适当扩张“强制措施”一节的内容，将强制措施分为对人强制措施与涉产权强制措施。对人强制措施仍然保留当前体系，包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕五种措施。新增的涉产权强制措施，则主要包括在侦查过程中可能对公民财产权利予以限制甚至剥夺的查封、扣押、冻结等。其次，适当缩减“侦查程序”一节。由于查封、扣押、冻结措施已经转移至“强制措施”一节了，随之而来，这些措施所附带的程序机制也应转移至“强制措施”一节。适当缩减“侦查程序”一节的内容，就是要删减其中与查封、扣押、冻结措施相关的具体程序机制。当然，出于体系完整的需要，该节在阐释侦查程序的过程中，也可以适当提及这三项措施，但不应作详细规定。[1]

（二）措施适用前提和期限的规范化

我国当前立法就查封、扣押、冻结措施适用前提的规定过于简单且绝对，既未明确何为“可以用于证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪”“根据侦查犯罪的需要”“与案件无关”，导致出现“沾边即管”“先扣再说”的问题；立法还使用“应当”一词，赋予办案机关绝对化的措施授权，导致扩大化适用措施的问题。针对这一问题，笔者主张进一步明确上述规定的内涵。首先，将查封、扣押、冻结措施的适用情形予以统一，一律修改为“在侦查活动中发现的与犯罪事实存在直接较大关联性且可能在诉讼证明活动中发挥主要作用的财物、文件，不予控制可能导致财物、文件毁损、灭失，影响证明功能发挥的，可以予以查封、扣押、冻结。”这一规定，既肯定了三项措施所具有的证据保全作用，还强调了涉案财物与案件事实之间的“直接”“高度”“主要”关联性，以及采取措施的现实必要性，从而大大降低了实践中扩张适用措施的可能性。其次，以“可以”替代“应当”，不再就满足条件的措施予以绝对化授权，赋予办案机关一定的自由裁量权，使之可以根据实践情况灵活决定是否适用这些措施。

关于措施适用的期限，当前立法仅明确了冻结的期限，未规定查封与扣押的期限，导致实践中出现“一扣到底”“一扣了之”的情况，也给涉案企业的生产经营造成较大的伤害。相比之下，限制人身自由的强制措施，包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕，全部设置了期限限制。[2]同样具有限制公民基本权利的属性，涉产权强制措施，尤其是查封和扣押，也应当设置期限。根据立法规定，冻结措施区分不同情形和对象，期限分别为六个月或者一年，每次续冻不得超过六个月或者一年。参照上述规定，可以对查封和扣押措施的期限作如下规定：一般情况下，查封和扣押的期限为六个月；对于重大、复杂案件，经设区的市一级公安机关负责人批准，查封、扣押的期限可以为一年；到期之后应当重新办理查封、扣押手续，每次延长期限不得超过六个月。

（三）措施实施路径的丰富化

根据《刑事诉讼法》的规定，查封、扣押、冻结都属于绝对权利剥夺型措施。这种缺乏灵活度的措施实施方式，未考虑涉案企业正常生产经营的需要，未考虑涉案财物价值贬损的可能性，是导致“案件办了、厂子垮了”的核心原因。相较之下，我国不少解释性规定文件，已经对此有所突破，例如增设所谓的“提出担保”措施、允许不转移占有、允许申请出售等。这些措施都有助于打破当前

---

1 值得注意的是，不少学者主张将搜查措施也一并纳入强制措施体系。对此，笔者认为，搜查措施旨在对可能隐藏犯罪嫌疑人或者犯罪证据的场所、物品、人的身体等予以强行搜索检查，具有一定的强制性，也确实可能对公民的隐私权、财产权等基本权利造成一定程度的限制和侵犯。但是，无论是查封、扣押还是冻结措施，它们之所以被称为涉产权强制措施，是因为它们均在一定的时间范围限制甚至剥夺公民的财产性权利，具有证据保全与财产保全功能。而搜查措施仅作用于侦查行为发生的当时，不能在随后的诉讼程序中继续发挥保全作用，因此不能被纳入涉产权强制措施范畴，也无需被转移至“强制措施”一节中。

2 根据《刑事诉讼法》的规定，拘传的期限是十二至二十四小时；取保候审是十二个月；监视居住是六个月；拘留短则三日，长则三十七日。至于逮捕，情况稍微复杂，在侦查过程中一般羁押期限是二个月，特殊情况下可以再予以延长一至二个月，或者经过全国人民代表大会常务委员会批准继续延期。

单一绝对的措施实施路径。为此，我国应当在未来立法修改的过程中，将上述实践中行之有效的措施实施方式纳入立法规定中，强化效力并统一标准。

值得注意的是，对于涉产权强制措施实施路径不足的问题，学界亦有另一派声音，主张继续丰富我国的涉产权强制措施的种类。持该种观点的学者认为，我国上述解释性文件中所规定的措施实施方式，“并非一种独立的强制措施”，而是已有措施的“变通执行或者附属措施”。[1]因此主张借鉴对人强制措施，在现有查封、扣押、冻结之外，增加手段相对宽缓、限权程度较低的措施类型。笔者认为，我国当前立法规定中的对人强制措施仅针对犯罪嫌疑人、被告人这一单一主体，且仅限于人身自由权利的限制，因此可以根据对人身自由的不同限制程度，区分为不同的强制措施种类。但同样的思路套用到涉产权强制措施身上，则是行不通的。我国当前立法之所以设置三种不同的涉产权强制措施，其区分标准是对象之不同。查封针对的是不动产或者大型动产，扣押针对的是一般动产，冻结针对的是金融产品等。由于不同涉案财物在物理形态上、财产属性上有所不同，因此对它们施以控制的手段也要有所区分。如果在这个基础上，再行增加其他措施种类，一方面将破坏当前三种涉产权强制措施相对完善的区分标准，另一方面也将使这一措施体系过于庞杂，给司法实践也带来新的困惑。

（四）措施审查机制的系统化

我国逮捕措施具有相对完整的程序性权力约束机制，不仅在审查批准方面具有一定的“令状”色彩，而且在措施适用过程中还可以通过羁押必要性审查及时变更甚至解除不当的措施适用情况。相比之下，查封、扣押、冻结三种涉产权强制措施却不具有类似的程序机制，导致实践中出现措施授权适用的随意性以及“一扣到底”的情况。对此，系统性地重构涉产权强制措施的批准审查机制，应当成为我国未来修法关注的重点之一。

首先，在事前授权方面，应废除当前决定权与执行权相合一的行政审批机制，改由办案机关以外的第三方进行审查批准。在域外，司法令状主义主张只有中立超然的司法官才有权审查强制处分并授予令状。在我国，最纯粹的司法机关是人民法院。直接借鉴域外做法，应当赋予人民法院审查批准强制措施适用的权力。但我国司法体制与域外有所不同，人民法院是国家的审判机关，应聚焦案件的审判工作。在当前未对法院内设机构和管理体制进行适当改革的前提下，贸然赋予其强制措施的审批权，可能导致法官在审判之前形成“先入为主”的偏见，影响后续审判工作的公正进行。对此笔者建议，当前阶段可以由人民检察院代为履行涉产权强制措施的审查批准权。从广义上看，人民检察院也属于司法机关，我国立法也要求人民检察院在诉讼过程中履行客观义务，秉持中立态度。我国由检察机关主导逮捕措施审查批准的司法实践总体运行顺畅，这为涉产权强制措施的审查批准提供了有益经验。今后，随着刑事司法程序的进一步文明化和现代化，未来我国也可以考虑由人民法院中的特定部门履行这一职责。

其次，在措施适用过程中，也应当借鉴羁押必要性审查，在涉产权强制措施的适用过程中进行必要性审查。羁押必要性审查是我国于 2012 年修订《刑事诉讼法》时新增的制度，目的在于防止“一押到底”“实报实销”的问题。与之类似，我国查封、扣押、冻结措施的执法实践中，也常常出现“一扣到底”的问题。办案机关未能根据案件进展以及涉案财物的现实状况，及时调整措施的适用，常常对当事人，尤其是涉案企业造成巨大损失。解决这一问题的关键，就是设置措施适用必要性审查机制，继续由检察机关就已经采取的措施的必要性进行审查，决定是否变更或者撤销措施的适用。措施必要性审查程序既可以依申请启动，也可以依职权启动。检察机关可以通过听取涉案财物所有人、其他诉讼参与人的意见，听取办案机关意见，调查核实涉案财物现状等方式予以审查，并综合涉案财物的现状、案件进展情况等，评估有无必要继续适用措施，并向办案机关提出变更或者撤销措施的建议。

最后，在事前授权主体和事后审查主体变更的基础上，还可以通过设置必要的听证机制，进一步落实涉产权强制措施的司法化改造。在检察领域，听证被认为是确保检察权合理运行、提升检察

---

1 参见温小洁：《我国刑事涉案财物处理之完善——以公民财产权保障为视角》，《法律适用》2017 年第 13 期，第 36 页。

程序民主性以及保证检察决策正当的“准司法化”设置。[1]最高人民检察院曾于 2020 年颁布《人民检察院审查案件听证工作规定》，明确规定人民检察院办理审查逮捕案件或者羁押必要性审查案件，都可以在符合条件的前提下召开听证会。借鉴这一规定，我国也应当在涉产权强制措施领域设置听证机制。人民检察院审查批准涉产权强制措施或者对正在进行的涉产权强制措施进行必要性审查时，需要评估涉案财物有无毁损灭失风险、是否具有控制必要性与可行性，需要听取涉案财物所有人和其他相关人员意见的，可以召开听证会。听证会可以依申请召开或者依职权召开，听证员在听取涉案财物所有人或者其他有关人员意见之后，就是否适用或者继续适用涉产权强制措施发表意见。听证员的意见应成为人民检察院依法处理案件的重要参考。

余论

涉产权强制措施的合理适用，关乎涉案企业产权保护，关乎刑事诉讼程序的顺畅运转。在优化营商环境的政策导向下，以“谦抑”的态度和方式进一步规范涉产权强制措施的立法规定，不仅是刑事司法高质量发展的应有之义，而且是国家治理体系和治理能力现代化的重要路径。本文主要从立法层面考察了涉产权强制措施存在的问题以及相应的解决路径。除此之外，涉产权强制措施在实践适用过程中，还存在所谓的“逐利执法”“机械司法”等不良倾向，这也有待通过完善相关配套保障以及颁行指导性案例等方式予以解决。再者，涉产权强制措施是涉案财物处置的其中一环。依法保护企业产权和企业家权益还有赖于涉案财物保管机制的进一步完善、刑事对物之诉的进一步构建、诉前财产没收程序的进一步明确等，这些都是涉案财物处置的有机组成部分，也是亟待研讨的问题。

1 参见林喜芬、刘思宏：《论我国检察机关的听证办案模式》，《国家检察官学院学报》2022 年第 5 期，第 60-61 页。

论紧急型对物强制措施——以紧急止付的规范属性切入

刘晨*

摘 要：紧急止付作为电信网络诈骗案件追赃挽损的重要手段，很大程度上实现了治理资金链犯罪、保护公民财产的程序目的。但是，有关紧急止付的规范属性不无争议，主要体现为紧急止付的立法方法和部门法归属问题，现有规范在明确性、正当性方面存有疑问，紧急止付应当归属行政还是刑事措施亦有争议。紧急止付的本质是一种紧急型对物强制措施，是在紧急情况下，实现刑事财产保全的对物强制措施。紧急型对物强制措施的特征在于：以"紧急情况"为适用前提、以程序效率为价值指引、以证据为执行依据。此外，不同的审查模式反映了紧急型对物强制措施的程序效力，立法决策应当在明确其差异的前提下作出妥适安排。在此基础上，刑事诉讼应当承认并继续完善紧急型对物强制措施的建构，以应对实践需要和深入理论研究。

关键词：紧急止付；对物强制措施；刑事财产保全；紧急情况

一、问题的提出

随着金融与电信网络行业的快速发展，借助网络通讯与网银技术实施的电信网络诈骗案件持续蔓延，行为人通过银行卡迅速转移受害人资金，致使大量涉案财产无法追回，刑事涉财判项成为"一纸空判"。此背景下，在打击违法犯罪的专门立法领域，遵循普通刑事诉讼程序发起的对物强制措施[1]难以应对紧急风险下的涉案财产灭失或转移，出于保全财产之现实需要，刑事立案前的查控措施起到了重要作用。2016 年出台的《关于建立电信网络新型违法犯罪涉案账户紧急止付和快速冻结机制的通知》（以下简称《止冻通知》），搭建了公安机关与金融机构之间的电信网络新型违法犯罪交易风险事件管理平台，明确由公安机关决定、金融机构实施，通过紧急止付中断涉诈资金流转，保护公民财产。随后发布的《反有组织犯罪法》及《反电信网络诈骗法》延续了之前的做法，通过紧急止付应对涉案财产的灭失、转移。根据公开的数据显示，多年来仅在反电信网络诈骗犯罪领域，紧急止付就已经成功拦截数万亿元资金。[2]紧急止付俨然成为公安机关治理资金链犯罪、保护受害人财产的重要手段。

然而，由于网络诈骗手段的复杂多样，电诈案件仍处于高发态势，公安机关对紧急止付的倚赖也使该制度在规范上存在的不足有所显现：由于缺乏对该类措施的监督控制，产生了大规模超范围、超期限"冻卡"现象，严重破坏企业的生产经营。[3]不仅如此，无故"冻卡"的情况也影响到普通民众的工资卡、社保卡账户。[4]在梳理总结上述实践乱象后，理论上从两方面切入对紧急止付展开了学术检讨。从本体属性来看，紧急止付与冻结具有类似或相同的制度功能，是一种期限较短的"冻结"，是对公民财产权利的干预措施。[5]分歧主要在规范属性上，紧急止付是行政还是刑事措施。有论者认为，应将紧急止付写入《刑事诉讼法》，明确限定其适用阶段和适用条件。[6]不同观点则认为，紧急止付

---

* 华东政法大学博士研究生。

[1] 本文所称对物强制措施，系刑事强制措施体系在理论上分类的结果。我国《刑事诉讼法》仅规定了对人的强制措施，查封、扣押、冻结等措施被归为强制性措施，囿于文章所讨论的内容不涉及二者规范用语的区分，故为行文便利，统一使用对物强制措施。

[2] 近 3 年紧急止付拦截的涉诈金额分别为：3265 亿元（2021 年）、3180 亿元（2022 年）、3288 亿元（2023 年）。数据来源：《破获案件 37 万余起 发案数持续下降》，载《人民公安报》2022 年 1 月 1 日第 2 版；《打击治理电信网络新型违法犯罪成效明显》，载《人民公安报》2023 年 5 月 31 日第 1 版；《打击治理电信网络诈骗犯罪向纵深推进》，载《人民公安报》2024 年 1 月 6 日第 1 版。

[3] 参见魏晓娜：《从"捕诉一体"到"侦诉一体"：中国侦查控制路径之转型》，载《政治与法律》2021 年第 10 期。

[4] 参见初殿清：《电信网络诈骗案件紧急止付的规范基础——兼论〈反电信网络诈骗法〉第 20 条》，载《法学家》2022 年第 6 期

[5] 参见王爱立主编：《中华人民共和国反电信网络诈骗法解读》，中国法制出版社 2022 年 12 月版，第 214 页。

[6] 参见田力男：《涉众型经济犯罪涉案财物先行处置初探》，载《法学杂志》2020 年第 8 期。

应该被定位为一般性的行政强制措施，纳入公安机关行政执法范畴。[1]将紧急止付规定于《人民警察法》中，在立法上形成《人民警察法》统一授权、《反电信网络诈骗犯罪法》与《反有组织犯罪法》等专项法律特别规范的授权体系。[2]

基于现有规范基础的分析，难免受限于法律文件自身的调控范围。紧急止付的本质是在紧急情况下公安机关对刑事涉案财产采取的强制措施，由于公安机关兼具行政执法与刑事侦查双重身份，紧急止付在此基础上对规范的反应，既可能归属刑事强制措施，也可能归属行政强制措施。不过，将其置于《刑事诉讼法》，与现有强制措施体系的冲突将成为首要问题；如将其排除于刑事诉讼，又如何解释明明是针对刑事案件、处置刑事涉案财产的行为，却不受刑诉法调整？基于此，前述理论对紧急止付的程序设计和立法完善的分析，可能还存有可商榷之处。紧急止付的本质属性、运行特征与冻结等对物强制措施的关系究竟如何，是两种不同措施的平行运作，还是具有强制措施属性的具体手段在特定条件下产生的不同表现形式。本文从紧急止付的规范属性争议出发，探讨其在刑事诉讼中的程序地位，提出应当承认并构建以紧急止付为代表的紧急型对物强制措施。

二、紧急止付的规范困境及理论出路

紧急止付作为公安机关深入推进“资金链”治理的重要手段，由金融业的行业规定逐渐成为打击违法犯罪的法律规范。当前，紧急止付面临的规范困境主要在于立法方法的妥当性以及部门法的归属问题。

（一）紧急止付的立法方法妥当性之质疑

紧急止付作为电信网络诈骗犯罪的追赃挽损措施实行之前，主要适用于银行等金融机构的行业规定中，是“对信用卡业务中所出现的恶性、突发性案件，命令各行迅速布置止付及扣留案犯所采取的紧急措施”[3]。2015 年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》第 8 条指出，为提高办案单位在刑事涉案财物处置程序中查询、冻结、划扣涉案款项的工作效率，建立涉案账户紧急止付制度。2016 年公安部办公厅印发了《公安机关侦办电信诈骗案件工作机制（试行）》再一次强调在公安机关部、省级机关开展紧急止付工作。随后发布的《止冻通知》明确了紧急止付的基本流程：由被害人向公安机关报案或向银行网点举报并填写《紧急止付申请表》，公安机关受理后向银行发出紧急止付指令，银行完成止付动作。止付以两次为限。随后 2021 年通过的《反有组织犯罪法》第 27 条明确了紧急止付在打击有组织犯罪案件中的适用。在总结反电信网络诈骗工作实践和相关法律规范的基础上，紧急止付作为追赃挽损的重要手段规定于 2022 年出台的《反电信网络诈骗法》。

对紧急止付立法方法的质疑突出表现为《反电信网络诈骗法》第 20 条[4]的授权式立法。其一，简约式立法有违法律明确性要求。紧急止付的本质是对公民财产权利干预的程序，而程序至少应当包含一系列具有“技术性”的具体方法、步骤、程式。[5]尽管紧急止付在司法实践中已长期运行且取得相当成效，但其作为冻结性质的操作方法具有的规范内容并不多。条文除了笼统地规定公安机关享有执行该措施的权力外，对紧急止付的实施要件、适用范围、程序要求等均未明确。囿于其干预措施的性质，加之缺乏明确的内容，使得该条文在一定程度上违反了实质的法律保留原则。[6]其二，授权式立法的正当性质疑。在上述“拿来即用”的立法方法下，第 20 条将紧急止付的具体内容授权国务院公安部门会同有关部门共同规定，该授权方法则有违反《立法法》第 11 条之可能。论者认为，紧急止付是具有冻结性质的对物强制措施，冻结属于《立法法》第 11 条规定的“金融基本制度”，只能

---

[1] 参见陈如超：《电信网络诈骗涉案资金紧急止付的双重逻辑》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2024 年第 1 期。

[2] 参见林喜芬：《电信网络诈骗案件中紧急止付制度的检视与完善》，载《云南社会科学》2023 年第 3 期。

[3] 参见《中国银行关于长城卡紧急止付及风险防范有关问题的通知（中银卡〔1994〕13 号）》。

[4] 《反电信网络诈骗法》第 20 条：国务院公安部门会同有关部门建立完善电信网络诈骗涉案资金即时查询、紧急止付、快速冻结、及时解冻和资金返还制度，明确有关条件、程序和救济措施。公安机关依法决定采取上述措施的，银行业金融机构、非银行支付机构应当予以配合。

[5] 参见陈瑞华：《法律程序构建的基本逻辑》，载《中国法学》2012 年第 1 期。

[6] 参见林喜芬：《电信网络诈骗案件中紧急止付制度的检视与完善》，载《云南社会科学》2023 年第 3 期。

由狭义的法律设定。根据《行政强制法》第 9、10 条，冻结与查封、扣押虽都属对物强制措施，但前者只能由法律设定，而后者可以由行政法规、地方性法规设定，即可以看出冻结特殊的法律地位。[1]此外，观察《公安机关办理刑事案件规定》第 239 条，随着被冻结财产对经济市场潜在影响的提升，冻结决定机关的层级亦随之提升，也可以从侧面看出冻结对社会经济市场、金融领域的影响不同于一般的查询、扣押。总之，紧急止付的冻结属性决定了其授权立法的有限性，使得《反电信网络诈骗法》第 20 条授权立法的正当性质疑有因可循。

（二）紧急止付的部门法归属难题

尽管学者们大多认同紧急止付在现行立法上的疏漏，但对完善方式的构想却不尽相同，究竟应当将其置于《刑事诉讼法》承认其刑事强制措施属性，还是作为行政违法的管理机制，无论是《止冻通知》《反电信网络诈骗法》还是《反有组织犯罪法》，都无法明确其部门法归属，原因主要在于我国违法-犯罪的二元追责结构及立案程序的阻隔。

违法-犯罪的二元追责结构是现阶段紧急止付部门法归属不明的根本原因。我国《人民警察法》和《刑事诉讼法》对公安机关的定位是违法-犯罪二元一体的追究主体,即公安机关肩负刑事侦查权与行政执法权的双重权能,这既是中国特色公安司法体制的宝贵经验,也是中国特色公安司法理论的制度前提。[2]无论是《止冻通知》还是后续立法，都将紧急止付的决定权交予公安机关。一方面，在已取得诈骗等行为线索的前提下，止付已经超出了金融机构的行业风控范围，而公安机关是代表国家承担打击违法犯罪行为的法定机关，紧急止付则是维护社会安全、保障公民权利的重要手段；另一方面，无论从行政管理还是刑事侦查角度来说，公安机关都有大量的执法或侦查权限，将紧急止付交由公安机关决定，使后者在其组织法意义上有一定的裁量空间，灵活应对违法犯罪的变化，有助于实现紧急止付的程序目标。

立案程序是紧急止付进入刑事程序的直接堵点。在我国刑事追诉体系中，立案是刑事诉讼的入口程序，也是侦查机关开始侦查行为的前提和依据。[3]现行立法并未明确紧急止付的启动阶段，实践中在被害人报案后公安机关即可作出止付通知，通常在立案之前。此外，《公安机关办理刑事案件规定》第 174 条亦明确指出立案前不得采取强制措施，对此，论者对当前实践中普遍做法的解释为“紧急止付被定位为非强制性措施”[4]，紧急止付是将传统的“先立案后冻结”转变为“‘冻结’后立案”模式。总之，判断紧急止付是刑事还是行政性质的最直观方法即是依据其与立案时间先后，论者也正是据此作出紧急止付当属行政措施的论断。[5]

（三）紧急止付的理论出路

尽管现有观点对紧急止付本质属性及缺失要件做了较为详尽的评价，但对其规范设计和体系安排仍存在可讨论的余地。比如，是否应当要求《反电信网络诈骗法》第 20 条将紧急止付的程序要件全部列明？果真如此，那同条的及时查询、快速冻结等是否都要一并列出？再如，部门法的归属及相应的运行问题。诚然，在当前刑事司法体系中，立案是刑事强制措施不可逾越的前置程序，但打击犯罪、处置刑事涉案财产的行为，何以被定性为行政行为，刑事案件中的紧急止付是否契合行政管理之目的。

本文认为，解决以上问题的关键，不在于紧急止付应当归属于哪个部门法，而是部门法是否需要以及如何安置紧急止付。换言之，在理解上述问题时，部分观点出现了逻辑上的颠倒。即，紧急止付本身并不是一个高度规范性的概念，其所表达的自然涵义多于规范内涵，紧急止付的本质就是暂停金融账户的转账功能，止付既可以发生在行政法、也可以发生在刑事诉讼当中。紧急止付程序本身并无部门法属性，紧急止付和查封、扣押、冻结，甚至拘留等一样，既可以是行政强制措施，

---

[1] 参见初殿清:《电信网络诈骗案件紧急止付的规范基础——兼论〈反电信网络诈骗法〉第 20 条》，载《法学家》2022 年第 6 期。

[2] 参见张泽涛:《论公安侦查权与行政权的衔接》，载《中国社会科学》2019 年第 10 期。

[3] 参见孙谦:《刑事立案与法律监督》，在《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期。

[4] 陈如超:《电信网络诈骗涉案资金冻结及其处置》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 2 期。

[5] 参见陈如超:《电信网络诈骗涉案资金紧急止付的双重逻辑》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2024 年第 1 期。

也可以是刑事强制措施。在紧急止付实践至今并初具体系的当下，要做的不是找一个部门法将其安置，而是应当在不同领域中寻找设置紧急止付的必要性与可行性。只有当它置于不同的规范环境时，根据部门法的特征和原则，才会产生不同的程序要件和运行逻辑，而不是从止付的角度下一个“普适”的定义，避免陷入部门法冲突的两难境地。如此一来，留待解决的问题应当是：依据刑事诉讼法的目的，刑事诉讼所承担的追赃挽损任务是否需要紧急止付，将紧急止付置于行政法之中能否实现刑事诉讼所承担的追诉犯罪的任务？

对此，不妨暂时脱离紧急止付的具体程序，从更宏观的角度来看，刑事诉讼是否需要这种紧急型的对物强制措施，该措施是应对紧急情况下涉案物灭失的手段，是在来不及取得常规性对物强制措施时的临时程序。

三、紧急型对物强制措施的正当性基础

紧急型对物强制措施是现有理论的进一步展开。对物强制措施作为刑事强制措施理论体系的重要内容，旨在实现对刑事诉讼中物的控制与保全，针对不同作用对象，具体措施之间应当存在功能上的区分。紧急型对物强制措施是在发现刑事涉案财产有灭失风险时的紧急响应，是在紧急情况下为了防止涉案财产的流转与灭失危险持续发生，将其转移到侦查机关控制之下的应对手段，本质上是一种物的“归案”措施，并非对物的长期性、持续性控制。

（一）刑事强制措施功能区分的体系化要求

刑事强制措施是为了保障刑事诉讼的顺利进行，依法对被追诉人的基本权利进行限制或剥夺的各种强制性方法。在遵循严格司法审查及程序控制的制度安排中，迟滞的强制措施可能未及被追诉人脱逃与财产转移的速度，致使诉讼活动难以推进、诉讼目的无从实现。刑事诉讼程序中特定的事实状态，可能会产生紧急或者非紧急情形下的不同类型强制措施的运用。[1]在羁押类强制措施理论中，为防止现行犯、准现行犯以及重大嫌疑分子脱逃，赋予了刑事拘留作为此类紧急情况下到案措施的体系地位。[2]相较于一般措施和实质羁押，以“紧急性”为必要条件设置的刑事拘留具有应然的程序简便、运行高效、期限较短等特征。然而，以扣押为代表的对物强制措施并未设置类似的独立程序。一方面，由于我国刑诉法对扣押类措施原本就无司法审查规定，其实施仅需侦查机关行政审批，已然具有行政权行使的效率特征；另一方面，在长期“重人轻物”刑事司法观念影响下，扣押类措施的体系性不足，在现行刑诉规范中作为侦查取证的手段，尚未形成独立章节，其运行又受限于立案、拘留、逮捕等前置程序，具体措施之间并未体现出互动关系，这也进一步导致了实践中刑事案件的涉案财产流失。

在此基础上，基于体系背景的观察，不难发现限制人身自由的强制措施在规范设计上有着明显的功能划分，我国《刑事诉讼法》根据强制力由小到大，将羁押类措施依次分为了拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕。而对物强制措施则仅以相对物的存在形式为依据作了“简单”区分，各个措施间的层级关系、互动协助均未有体现。本文认为，以羁押类措施为参照，应当以“财产归案到财产保管”为路径，构建对物强制措施的体系，前者旨在阻止涉案财产的流转与变动，后者则是对财产的持续性控制与管理。

限制人身自由的羁押类强制措施根据具体措施功能的不同，构建了“强制到案——羁押候审”的理想运行逻辑。在此之上，拘传、拘留分别对应一般情形和紧急情形下的强制到案，监视居住、取保候审为非羁押措施，逮捕则是实质的未决羁押。[3]由于逮捕与羁押在实质上的等同，造成我国审前羁押率高居不下的原因，除了逮捕制度本身有违比例原则外，拘留在实践中的异化是最为重要的前置因素。诸多实证考察表明，拘留适用的普遍化、期限延长的常态化造成的审前羁押率高居不下，其负面影响不亚于逮捕问题。[4]究其原因，是因为拘留制度悖离了紧急型强制到案的功能，兼具强制

---

[1] 参见秦策：《刑事程序比例构造方法论探析》，载《法学研究》2016 年第 5 期。

[2] 参见薛向楠：《中国刑事拘留制度的发展轨迹与完善路径(1954-2018)》，载《中国政法大学学报》2019 年第 3 期。

[3] 参见郭烁：《刑事强制措施制度的体系化修改及现代化进路》，载《南京师大学报(社会科学版)》2024 年第 2 期。

[4] 参见谢小剑、皮德艳：《刑事拘留运作:理论与实践的悖反》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2007 年第 4 期；孙长永、武小琳：《新〈刑事诉讼法〉实施前后刑事拘留适用的基本情况、变化及完善》，载《甘肃社会科学》

到案与羁押候审双重面向。这一变化不仅使限制人身自由的强制措施体系缺乏了紧急情况下的到案功能，亦使得拘留和逮捕的在羁押功能上重复。此外，由于模糊了紧急性要件，拘留的应然价值也难以彰显，在应对现行犯等实践问题时，拘留的制度设计显得捉襟见肘。[1]与此同时，我国《刑事诉讼法》修订非但未对拘留缺乏紧急性要件予以纠偏，反而不断扩大拘留的权限、默许拘留的的羁押属性，致使其在规范上彻底转向。[2]在对隐私的强制措施方面，虽然立法承认了紧急搜查的合法性，但并未对其进行独立的程序设计，而是作为无证搜查、附带搜查的具体内容。实践中，侦查机关往往会遇到突发情况，如藏有凶器或证据丢失等，一旦不在执行拘留、逮捕的过程中，则必然导致紧急搜查的虚置，从而影响侦查程序的有效推进。[3]综上所述，尽管紧急情况下羁押和干预隐私类的强制措施存在实践与理论的错位，但立法均对紧急型措施予以了必要关注，而在对物的强制措施中则缺乏此类规定。

对物强制措施体系应当具有外部功能的一致性以及内部措施的协作性。前者是实现刑事诉讼中的物之保全，包括作为证据的物和以执行为目的的财产，由于保全目的不同，导致相对物的范围存在差异，应当对此予以区分；后者则是具体措施由于目的不同形成的适用次序，如因强制力大小不同，应优先适用权利干涉程度较轻的手段，而非以干预程度过强的措施来保全灭失风险较小的物。[4]除了因强制力大小不同形成的适用梯度外，对物强制措施还应当在理论上区分阻断性的归案措施和持续性的控制管理。前者是为了阻止涉案财产继续流转、灭失，是对取得财产控制的行为的描述，后者则是取得财产控制后的状态描述，由于诉讼活动具有时间跨度，无论查封、扣押或是冻结，往往因诉讼程序的运行而长期存续。在取得对财产的控制之前，归案措施具有紧迫性及直接的权利干预属性，其程序构建与后续强制措施应当有所区分。归案措施是权利干预的起点也是必经程序，在紧急与常态下应遵循不同的启动方式。紧急型对物强制措施即是描述归案措施在紧急情况下的运作形态，直接目的在于消除财产灭失的紧急风险，将其置于侦查机关可控范围中。例如，在紧急止付与冻结的区分上，一个明显的不同即在于前者是对转账行为的禁止，描述的是禁止支付的行为动作，具有瞬时和一次性的特征，而冻结则是对财产处于长期静止状态的描述。因此，明确紧急型对物强制措施的体系地位，区分于常态下的强制措施，既是理论体系的自洽，也是完善制度规范的应然之举。

（二）刑事财产保全审执衔接的现实需要

刑事财产保全是指为了保证刑事诉讼的顺利进行,以一定的强制性手段暂时限制或剥夺涉案当事人对财物财产性权利，保障财产没收和财产刑等能够得以有效执行。[5]然而，由于诉前财产调查与控制制度的不成熟，诸多刑事案件被追诉人转移或隐匿财产，导致刑事裁判涉财部分执行难问题始终难以解决。[6]在手段更趋隐蔽、花样日益翻新的电信网络诈骗犯罪案件中，这一问题更为凸显，即便对被告人追究了刑事责任，其犯罪所得也难以追回或难以完全追回。[7]紧急型对物强制措施定位于犯罪追诉过程的前端，作用对象主要是突发刑事案件中的涉案财产，通过调整、简化审查批准环节来避免因程序迟滞造成的财产灭失。

刑事财产保全是对物强制措施的重要功能。现代刑事司法为了限制国家追诉权的恣意、保障公民的基本权利，通常要求强制措施的审查与执行相分离，侦查机关依据令状方能合法干预公民基本

2015 年第 1 期；孙长永：《少捕慎诉慎押刑事司法政策与人身强制措施制度的完善》，在《中国刑事法杂志》2022 年第 2 期。

[1] 参见吴宏耀《现行犯视角下的拘留扭送制度》，载《中国刑事法杂志》2016 年第 1 期。

[2] 参见薛向楠：《中国刑事拘留制度的发展轨迹与完善路径(1954-2018)》，载《中国政法大学学报》2019 年第 3 期。

[3] 参见王援东《我国刑事紧急搜查制度的立法完善》，载《人民检察》2010 年第 13 期。

[4] 参见张栋：《刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善》，载《法学杂志》2024 年第 5 期。

[5] 参见陈卫东：《涉案财产处置程序的完善——以审前程序为视角的分析》，载《政治与法律》2020 年第 3 期。

[6] 参见魏汉涛、张维波：《诉前财产调查与控制制度刍议——破解刑事涉财裁判“执行难”的出路》，载《中国刑事法杂志》2012 年第 5 期。

[7] 参见陈攀：《电信网络诈骗犯罪打击难点及对策》，载《人民检察》2022 年第 16 期。

权利，即令状主义或司法审查主义。侦查机关以特定形式提出申请，申请内容包含作出强制措施的理由、对象、法律依据等，审查决定由中立、独立的司法机关作出。问题在于，分权式的审查机制难免妨碍侦查效率，侦查阶段的审查期间无疑给了被追诉人转移、隐匿涉案财产的机会。况且，作为保全手段的侦查行为具有高度机动性、往往不分昼夜，将审查完全交由遵循一般工时作息的司法机关决定，有无必要及是否可能皆存疑问。因此，出于实践的需要，侦查机关自行决定、司法机关事后审查的方式成为应对犯罪案情紧急的实际出路。这一模式允许侦查机关自行决定采取强制措施，但该措施并不一定具有完整的合法性，采取措施后应当在规定时间内向审查机关提请法律监督，否则该程序即属违法。

传统观点认为，依照我国的现实国情，对物强制措施难以做到审批机关和执行机关的分离,更难进行司法审查。[1]与此同时，由于法律缺乏对立案前初查程序中措施手段的规定，将其划归行政法、借助公安紧急措施体系予以评价，不失为一种有效方法。但仅以立案划分行政-刑事强制措施，在明知是刑事犯罪时仍将强制措施划归行政法，忽略了行政执法与刑事追诉的功能目的，难免显得理论建树过于滞后。随着财产权理念的革新与物法规范体系的完善，越来越多的观点明确了对物强制措施的本质是对财产权利的干预。我国宪法明文规定公民享有财产权，即便对物强制措施的目的在于保全刑事司法中的物、保障诉讼程序顺利进行，但干预性质必然引起国家追诉权与公民基本权利的冲突。基于此，其运行应当遵循基本的正当程序要求、接受司法监督。虽然我国强制措施尚未在侦查机关与司法机关之间建立起完备的审执分离制度，但侦查机关内部的审查程序终究在长期运作，强制措施的审查与执行主体始终分离。紧急型对物强制措施则是审执分离的必然结果，反应着理想化的控权结构模式下的实践需要，以例外规定的方式有效化解审执衔接过程中可能产生的延误，消除从案件发现到取得控制之间的财产灭失风险。

四、紧急型对物强制措施的程序特征

（一）以“紧急情况”为适用前提

紧急情况又称紧急状态，是对具有一定危险的非正常社会状态的描述。[2]紧急情况的概念具有综合性、相对性特点，研究紧急情况是为了比较国家法治在常态与非常态中的异同，重塑权利与权力运行的新形态。在紧急情况下，为了保障公民的基本权利和社会公共利益、恢复社会正常秩序，有必要赋予国家机关相应的紧急权力。[3]而紧急权力所创设的各种非常措施，均涉及对公民基本权利的克减，其干预程度更甚于于常态下的权利限制。

由于刑事案件在司法实践中可能呈现出不同的诉讼情势，对于刑事诉讼中的紧急情况，世界各国一般都准予办案机关采取比普通或非紧急情况下强度更大的诉讼措施，这类措施的立法特点在于授权机制较为宽松,以便利实施。[4]我国《刑事诉讼法》及相关规范也设立了一些应对突发性、紧急性情况的措施手段。其中较为直观的如刑诉法第 110 条——在移送管辖时需要采取紧急措施的，应当采取紧急措施；除此之外，先行拘留、扭送、无证搜查等在性质上均属紧急措施。司法解释和《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安部规定》）在重申、细化这类措施的基础上，还进行了部分补充，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 487 条和《公安部规定》第 278 条明确了临时边控时可以采取紧急措施。不过，以上措施的干预对象主要是被追诉人的人身自由，即便是可能针对物或空间的无证搜查，也仅限在执行拘留和逮捕过程中。而纯粹的对物紧急措施，直到《止冻通知》和《反有组织犯罪法》《反电信网络诈骗法》出台后才有所明确。

在梳理现行规范中的紧急措施后，不难发现相关措施的立法大多对适用条件采用了列举的方式，法律明确规定了将何种情况视为紧急。[5]一方面是因为这类措施的性质均属强制措施，明确性是其立

---

[1] 陈光中主编：《刑事诉讼法》（第 6 版），北京大学出版社 2016 年版，第 226 页。

[2] 参见江必新：《紧急状态与行政法治》，载《法学研究》2004 年第 2 期。

[3] 参见韩大元：《论紧急状态下公民基本权利的限制与保障》，载《学习与探索》2005 年第 4 期。

[4] 参见秦策：《刑事程序比例构造方法论探析》，载《法学研究》2016 年第 5 期。

[5] 如先行拘留的 7 种情形、扭送的 4 种情形、无证搜查的 5 种情形等。尽管有学者认为，规范所列举的部分内容不

法的基本要求；另一方面，紧急情况作为“例外情况”，列举的方式更能凸显其特殊性，否则可能混淆常态与非常态，产生权力行使的模糊地带。不过，列举式立法便利司法适用的优点，并不妨碍从理论上概括其本质特征，紧急情况具有显著的模糊性与可解释性特征，对刑事诉讼中的紧急情况做独立分析有利于部门法理论向基础法理方向纵深研究，同时亦有利于部门法自身的发展与完善。究竟应当如何界定紧急情况，在现有规范与刑法的比较中可以有所深入。

紧急情况在刑事法领域的运用涵盖于实体与程序之中，但二者并不完全相同。在刑法理论中，紧急情况是紧急权行使的条件，紧急权是刑事犯罪的正当化出罪事由，是指公民在缺乏公力救助途径的急迫情状下，以损害他人的某一法益为代价来保护另一法益的权利。[1]刑法研究侧重于多种紧急权之间的适用层级以及与犯罪构成理论的关系问题，围绕不法侵害行为的时间紧迫性判断是决定紧急权正当性的重要标准，从而对紧迫性的判断产生了进入侵害现场、着手、直接面临等理论学说。而无论何种学说，皆是以行为产生现实的危险十分明显、紧迫为依据的。[2]例如，在持枪杀人时危险产生于拿出手枪还是瞄准，是刑法理论常见的分析工具。刑法是规定犯罪及刑罚的规范，通过涵摄行为与构成要件从而评价行为的合法性，其关注点在行为，紧急情况即是对行为进行时环境状况的描述。与之不同，刑事诉讼是追诉犯罪的一系列行为的总称，并非是仅评价“单个行为”合法性的法律，其关注对象是案件或诉之事实。与此同时，时间是定义紧急情况的核心因素毋庸置疑，但是围绕时间因素产生的影响在刑事实体法和程序法上存在一些差别。由于案件或事实是由时间、地点、行为、客体等多种因素组合而成的，因而紧急情况的判断不能仅以单个行为造成的瞬时紧迫为依据，而应当以诉讼所要实现的目为依归，从整个诉讼进程的角度分析研判时间要素在事实中的紧迫性。具体来说，刑事诉讼中紧急情况所描述的危险应当是指对诉讼进行完整性的危险，即出现特定的情形时，追诉活动将被迫中断、诉讼程序无法继续推进。而仅因为权利受到侵害——如生命权、财产权面对紧迫的危险行为时，受害人作出的反击、规避行为，则是刑事实体法对紧急情况的描述。对此，有论者基于刑事强制措施的本质系诉讼保障和一定程度上的犯罪预防出发，指出紧急情况应指具有紧迫的妨碍诉讼之虞或强烈的继续犯罪、再犯倾向。[3]在认可犯罪预防属于强制措施的“例外功能”[4]的基础上，该论断直接指出了紧急情况的危险是妨碍诉讼。还有论者以司法审查为例，指出紧急情况系指基于合理的信念认为存在破坏犯罪证据的可能性，没有时间获得司法令状,从而开展无证搜查或者扣押行为的情况。[5]应当说，上述观点皆能指向刑事诉讼中的紧急情况所描述的是对程序运作的产生的危险。

在明确刑法上侵害行为的危险对象是实体性的人身或财产权利，而刑事诉讼中的危险则是对程序推进造成的阻碍后。由此带来的判断上的不同在于，由于侵害行为与结果往往在时间上具有高度连贯性，人身或财产权利遭遇紧迫的不法侵害时，需要运用法律技术以行为当时的具体情况为根据对危险的发生作出认定。而刑事诉讼中案件或事实具有综合性特点，其危险结果的出现相较于前者具有一定的时间跨度，具有更大的模糊性与不确定性，本质上是一种“抽象的危险”， 危险的发生具有滞后性和易变性。抽象的危险不需要司法上的具体判断，只需要以一般的社会生活经验为根据认定行为发生即可。[6]有论者在分析紧急侦查理论时即指出：紧急侦查的复杂性在于，在决定是否要进行紧急侦查时并不能完全确定案件性质，但需要采取紧急侦查行为的案件应当有较大的可能性成为

属于“紧急情形”，但此争议应属立法的正当性质疑，不影响此处所探讨的立法方法问题。参见参见郭烁：《刑事拘留非紧急性候审化及其纠偏》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 1 期。

[1] 参见陈璇：《紧急权：体系建构、竞合适用与层级划分》，载《中外法学》2021 年第 1 期。

[2] 参见张明楷：《刑法学》（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 201-202 页。

[3] 参见郭烁：《刑事拘留非紧急性候审化及其纠偏》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 1 期。

[4] 犯罪预防仅为强制措施的例外功能，并非强制措施的目的与宗旨。相关论述参见：卞建林：《我国刑事强制措施的功能回归与制度完善》，载《中国法学》2011 年第 6 期。

[5] 参见刘静坤：《论美国的警察紧急权理论》，载《中国刑事法杂志》2008 年第 2 期。

[6] 参见张明楷：《刑法学》（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 167 页。

刑事案件。[1]更凸显了对“紧急情况”的判断在程序法上的特殊——即危险是规范性的，仅依据当时状况不足以判断危险发生与否。如现行犯在犯罪后即时被发觉，并不直接意味行为人一定会脱逃或毁灭证据，但刑诉法通过明确此种情形，将其“拟制”为紧急情况。基于此，刑事诉讼中紧急情况的危险并不一定是直接的程序侵害，而是具有一定时间跨度的潜在危险。

不过，两法对紧急情况的判断也有相同之处，即都应当以情状发生时的可能性为依据，而不得在事后倒推。刑法理论对此描述为“在当时“情境”下存在由侵害人所实施的、急迫的不法侵害，即使事后证明凶器为假也不会反过来否认侵害的高度危险性和客观存在性。”[2]刑事诉讼亦是如此，强制措施的运用在于防止危险的发生或继续发生，而危险往往是不可逆的，一旦发生可能导致司法资源的浪费甚至追诉被迫终结，故应当以当时的情势为判断依据。

综上所述，本文认为，刑事诉讼中的紧急情况应当是对可能导致刑事诉讼程序终止、诉讼目的无法实现的危险的描述，这种危险是一种规范性的抽象危险，规范性体现在其应当明确具体的适用条件，即便是兜底条款，也应当根据规范目加以严格限制；抽象性体现在其不具有时间意义上的瞬间的危险侵害，而是对诉讼进程具有潜在的危险，法律通过描述此类情状中可能出现的事实，即可认定产生了阻碍刑事程序的危险。

（二）以程序效率为价值指引

紧急型对物强制措施应当以实现刑事诉讼的效率价值为目标，摈弃不必要的程序控制，以实现其对特定情况的应对功能。以效率为价值指引的程序运作体现在启动、运行及终结三个方面。具体包括：程序的启动能应对突发性的紧急情况；程序在具体实行时可以采取灵活便捷的方式；程序应当具有明确的终结期限。

紧急情况可能出现在与侦查相关的任意阶段，包括刑事案件刚刚发生时以及后续侦查过程中，因此，措施的启动应当具有高度机动性，包括突破刑事立案的程序限制，允许在案件事实发生之时即启动相应措施。尽管立案作为我国刑事诉讼独具特征的诉讼阶段，被认为是刑事诉讼的开始和必经程序，但理论上有关立案的价值质疑始终存在。由于立案在形式上分割了刑事侦查与行政执法，其衍生的立案前初查因此容易沦为侵犯基本权利的灰色地带。虽然法律规定强制措施仅在正式立案后才能运行，但实践中变相强制并不鲜见。[3]承认立案前的紧急措施，是案件事实之发现状态的理论要求，同时也是为了实现立案前程序的法治化。

立案前的紧急型对物强制措施应用于正在实施和犯罪后即时被发现的情形，其实质是现行犯理论在刑事对物之诉中的体现，现行犯在诉讼法上的理论意义在于：对于现行犯，任何人均有权立即采取有效措施。[4]借助现行犯理论，紧急型对物强制措施在立案前启动的基本要求有：第一，相对物应当具有确定性。对物强制措施的直接功能在于保全刑事案件中的物，无论是出于收集证据还是财产执行的目的，只有当相对物能够与其他物完全区分的情况下，才能采取控制措施。例如通过电子支付、银行转账等行为流转的涉案财产，措施运作的对象应当是电子账户或银行账户内的相应份额，而非对整个账户的查控。如因物的特性无法分离，应当即使作出变通处理，确保强制程序的合法性。第二，相对物有明显的变动趋势。除了相对物明确外，其存在状态已经或随时可能发生变化，如不采取控制措施，即刻会发生移转、灭失的危险，致使诉讼目的无法实现。所谓事实状态的变动趋势，应当以发现案件事实时一般人的立场来判断，本质上属于一种主观判断，并且作适度从宽的解释。在追踪涉案财产的程序中，根据财产存在形式的不同可能产生的危险也不尽相同，如不动产的可流动性较差，灭失风险相对较小；而存款、金融产品移转速度较快，只要不存储在侦查机关的可控制的账户中，即可能被迅速交易。第三，程序的启动与事实的发生应具有时间上的连贯性。当相对物以可直接接触的物理形态存在于案件发生时，自不必说，但物以其他形式通过电子转账或在虚拟平

---

[1] 参见韩晗：《“紧急侦查”的法理阐释及其制度建构》，载《师大法学》2022 年第 1 辑。

[2] 参见周光权：《正当防卫成立条件的“情境”判断》，载《法学》2006 年第 12 期。

[3] 参见张泽涛：《初查的行政执法化改革及其配套机制——以公安机关“行刑衔接”为视角》，载《法学研究》2021 年第 2 期；叶青：《监察机关调查犯罪程序的流转与衔接》，载《华东政法大学学报》2018 年第 3 期。

[4] 参见吴宏耀：《现行犯：一个亟待解释的法律概念》，载《现代法学》2016 年第 1 期。

台流转时，在尚未到达不可追及的状态时，都应认为物与案件事实之发现状态具有紧密的关联关系，即对交易链、资金链的控制。若相对物已经完全脱离侦查机关的控制，紧迫的危险已经发生并完成，即紧急措施的适用前提依然消灭，则应启动常规的对物强制措施。紧急型对物强制措施的执行过程中，因相对物的财产表现形式不同可能需要采用不同的强制手段，如对银行账户的冻结、止付，处于其他机关占有下的物等，程序的运作除了侦查机关内部的分工协作外，还需要多机关间信息的交换与送达。出于便捷与效率的目的，可以采取灵活的沟通方式，如电讯通知与送达等。以《澳大利亚犯罪收益追缴法》作为参考：紧急型对物强制措施的启动可以通过电话或其他电子方式申请-审查的便捷做法，包括冻结令、搜查令及其附属扣押。[1]在紧急情况或因申请导致延误会妨碍令状的有效执行时，侦查机关可以通过电话或其他电子方式提出申请，申请与普通申请时所需的内容信息相同，审查机关据此通过电话等方式签发令状。在此种情形中，制式的令状表格由申请者填写，并于签发令状后的第二个工作日或强制措施令送达相对人的第一个工作日提交审查机关。无论是当前我国行政化的内部审批模式，还是令状模式的例外，都会涉及必要的申请和审批机制，电讯等方式的合理运用既能够节省时间，又能够为事后审查提供有效的文件备案。

强制措施具备的临时性特征在紧急情况下更加彰显，紧急型对物强制措施的本质是“临时的临时”，因而应当具备明确的终止期限，且不得直接转化为一般性措施。紧急型措施的目的在于将相对物强制归案、防止其继续流转，而非持续性地控制占有。尽管紧急情况下的应对措施需要建立在相应的证据基础之上，但囿于情势特殊，紧急措施具有天然的扩张性和模糊性，在案件发现之时，其实际作用的对象往往大于真正需要被查控的相对物，在紧急措施运行中，亦无法建立完整的事前监督与程序参与。在此基础上，应当对其终结机制作出两点明确：第一，设立明确的程序期间，应当以不超过 24 小时为限，且不得无故延长。作为对物强制措施的临时措施，紧急措施的直接功能在于为强制措施的实现创造有利空间，在取得控制后通过完整的审查程序决定是否持续控制相对物，因此在实现其程序功能后即应终结。第二，紧急措施与强制措施之间不得直接转化，强制措施应遵循其固有的审查程序，对不属于被追诉物的部分予以排除。强制措施具有的完备程序应当包括了公开的证据审查及程序参与，允许被处置物的相关人及辩护律师发表意见。而通过紧急措施控制相对物，几乎不具备正当程序的所有要素，故其转化应当受到严格限制。

（三）以证据为执行依据

尽管紧急情况下对物强制措施的作出具有时间上的紧迫，但仍需以必要的证据证明为依据，证据材料的量和所需达到的证明标准应作相应调整。之所以强调以证据为执行的基本依据，是因为紧急情况作为特例，极易大开权力之缺口，造成追诉权的滥用。

证明应当包含两方面内容：其一，对物强制措施的相对物产生于刑事犯罪。无论是报案或是侦查机关自行发现的案件事实，程序的启动都应当具备相应的证据材料，证据应当符合刑事诉讼的一般要求，具备合法性、客观性与关联性，而非现行司法实践中“以材料类型的要求替代实质性的证据条件要求”[2]。其二，对紧急情况的证明。证据所承载的信息除了应当包含刑事案件的实体性要件外，还应当能够证明出现了刑事诉讼中的紧急情况。[3]即便相对物产生于刑事案件且有强制干预的需要，也并非绝对要启动紧急程序，对迟延即发生危险的证明方才是强制措施在紧急情况下运行的正当性来源。证据应当由侦查机关提出，即便是在允许普通公民作为执行主体的法律制度中[4]，仍应由取得

---

[1] 参见《澳大利亚犯罪收益追缴法》，冯姣译，浙江工商大学出版社 2023 年版。第 15E 条-第 15H 条、第 229 条-第 235 条、第 251 条-第 255 条等，第 26、182、192 页

[2] 参见初殿清：《电信网络诈骗案件紧急止付的规范基础——兼论〈反电信网络诈骗法〉第 20 条》，载《法学家》2022 年第 6 期。

[3] 参见施鹏鹏：《对羁押及类似措施的法教义学解读及反思——以人身自由权保护为视角》，载《政治与法律》2023 年第 11 期。

[4] 如《丹麦司法行政法》第 807 条 α 规定：任何公民如果发现某人正在实施或者准备实施犯罪，可享有与警察根据地 806 条第 3 款之规定同等的权利进行对相关物品的扣押。被扣押物应当立即移送至警察初，并向警察提供扣押时间和理由。陈卫东主编：《刑事立案与侦查：外国刑事诉讼法有关规定》，中国检察出版社 2017 年版，第 496 页。

实际控制权的侦查机关承担证明责任。在该法律制度中，社会公众面对紧急情况猝然作出的判断，必然存在一定的错误风险，立法对其矫正的策略应当在于公民采取紧急措施后侦查机关的及时介入，而非让代行国家职能的正义公民承担过重的责任。此外，启动紧急措施的证标准应当相对较低。首先，对发生紧急情况的证明应当适用低于发生刑事案件的证明标准。前者是决定启动紧急或非紧急措施的证明、是单纯的程序性事实，而后者是刑事实体事实。因而前者可以适用自由证明规则，证明标准也相对较低。其次，紧急措施的证明标准应当以诉讼阶段为依托，遵循刑事证明标准的层次性要求，低于立案（指立案前的紧急措施）、侦查终结、起诉及审判的标准。从诉讼活动历程来看，事实发现是一个渐进的过程，随着收集证据的量的提升，证明标准也随之上升。由于紧急型对物强制措施往往运行于立案之前或案发初期，应当根据当前阶段适用相应的证明标准。

五、紧急型对物强制措施的法律监督

由于侦查阶段诉讼情势多变、案件要素稍纵即逝，紧急型对物强制措具备的机动属性是有效的应对手段，立法对紧急措施的承认与建构几乎是必然之举。不过，究竟应当采取何种立法方式、赋予紧急措施多大范围的程序效力，有待立法决策的选择。为此，建立行之有效的法律监督机制，避免“例外措施”因“手续简便”沦为司法实践中的投机策略，对实现紧急措施的制度价值和完善刑事司法审查机制有所裨益。

紧急型对物强制措施的审查通常为事后审查，不同的审查路径对紧急措施的程序性控制存在一定差异。就立法选择来看，可以分为依申请审查和依职权审查，其中，依职权审查又可分为确权式审查和备案式审查。[1]

依申请审查是指提请审查的主体是紧急措施相对物的相关权利人。在这种模式下，侦查机关无需依职权提请审查监督，审查机关亦不主动开启监督程序，而将监督程序的启动完全交由相关权利人。这一模式的优势在于，节省司法资源的同时也照顾到权利人的基本诉求。紧急措施的期限本就受到严格限制，若在较短期间内，不加区分地一律启动审查监督，不免使程序再度繁琐，弱化了其效率价值。依职权审查是指在作出紧急措施后，侦查机关主动提请法律监督，由审查机关作出程序合法与否的判断。依职权审查的正当性在于，作为执行者的侦查机关因紧急情况被迫直接启动程序，而事后主动提请审查是对审执分离的变通适用，仍遵循了现代法治权力分立的基本原则。

依申请与依职权审查重要的差异即在于对紧急措施的监督力度。在前者模式下，审查监督并非必备程序，如权利人不提起申请，则紧急措施无需再行审查，只要等待程序终结，或通过正式审查转化为一般对物强制措施，或将措施作用的相对物返还原处。而依职权模式在逻辑上则必然引起审查程序，体现了对公民财产权利更为周全的法律保护。而在依职权审查模式内部，还可分为确权式审查和备案式审查。前者系建立在紧急措施效力待定的基础之上，只有经审查机关确认方才真正发生效力，而未经确认的措施在期间届满后自动终止，且自始无效；后者则是紧急措施一旦作出即时生效，侦查机关提请的审查实为备案式审查，若不具备合法生效要件，则审查机关有权撤销措施。区分确权式审查与备案式审查的目的在于，不同审查方式下的紧急措施效力不同，与之相应的相对物的保全顺位不同，如在紧急措施运作期间，又发生了民商法上的请求权，则自始无效的紧急措施不得抵抗其他法律行为。除此之外，确权式审查比备案式审查具有更强的监督力度，虽都为嗣后审查，但前者在实质上并未真正将启动权让渡于侦查机关，紧急措施并不一定取得完全的法律效力，仍需审查机关作出决定。

比较域外的相关立法，确权式审查和备案式审查的界定较为模糊，但并非不能区分。明确的确权式审查如《澳大利亚犯罪收益追缴法》第 15 条 E“...如果申请者不遵守第（5）款的规定，冻结令被视为从未生效”；[2]《德国刑事诉讼法》第 100 条“由检察官命令之扣押...若未于 3 个工作日内获得法院确认者，失其效力。”[3]典型的备案式审查如我国台湾地区“刑事诉讼法”第 131 条“紧急搜索...由检察

---

[1] 参见林钰雄：《急迫性搜索之事后救济——简评“刑事诉讼法”第一三一条之修法》，载《月旦法学杂志》2002 年 10 月第 89 卷。

[2] 《澳大利亚犯罪收益追缴法》，冯姣译，浙江工商大学出版社 2023 年版，第 28 页。

[3] 林钰雄等著：《德国刑事诉讼法注释书》，新学林出版股份有限公司 2023 年版，第 156 页。

官为之者，应于事实后三日内陈报该管法院；由检察事务官、司法警察官或司法警为之者，应于执行后三日内报告该检察属检察官及法院。法院认为不应准许者，应于五日内撤销之。”而较为模糊的表述如：《德国刑事诉讼法》第 111j 条“若由检察官命扣押或假扣押，应于 1 周内声请法院确认该命令。命令扣押动产时不适用此规定。”《丹麦司法行政法》第 806 条第 3 款“...如果法庭令状被迟延措施的目的将丧失，警察可以决定进行扣押和特许使用。基于措施相对人的申请，警察应在 24 小时内立即将案件呈递至法庭，由法定决定是否准许措施。”[1]我国现行刑诉法对查封、扣押、冻结等措施的监督大体上遵循了依申请启动的事后监督模式，相关当事人对与案件无关的相对物、或者应当解除强制措施的救济，有权向侦查机关申诉或控告，对处理决定不服的，可以向同级人民检察院申诉。然而，由于刑诉法将对物强制措施置于侦查权的运行逻辑之中，导致法律监督存在系统性偏差，泛泛地赋予申诉权而无明确的程序性设计，其本质仍是行政化而非诉讼模式的处理思路。[2]在侦查机关披上为保障侦查活动顺利进行的外衣下，对物的强制措施本应有的保障人权的功能被无限虚化，当事人不能也不敢提出异议。为此，检察机关应当变被动为主动，建立完善依当事人申请和依职权启动的监督程序。[3]在认可紧急措施属于刑事程序的前提下，通过行政复议或诉讼予以监督的途径不复存在，检察机关应当承担监督紧急型对物强制措施的基本职责，紧急措施应当纳入对物强制措施监督体系当中。

基于此，对于我国紧急措施的审查方式，有论者曾提出具体设想：侦查机关在采取紧急措施后 24 小时内提请审查，审查机关在 72 小时内就紧急措施的合法性予以审查，如认为不合法，则有权撤销该措施，同时就紧急措施所获相对物能否作为证据使用作出裁决。[4]应当说，仅从语言表述来看，以撤销方式作出的审查决定，是否绝对是针对程序已经发生效力的紧急措施，还存有解释余地。有关紧急型对物强制措施及其审查模式的立法例还有很多，前述举例旨在说明：事后审查并非仅有一种模式，建立在效力待定基础上的确权模式和以程序生效为基础的备案模式，皆可被立法者所采纳，二者反应的是法律政策对紧急型对物强制措施的不同控制力度，刑事诉讼始终承载着打击犯罪与保障权利的双重任务，在紧急措施的监督体系上亦是如此。

结语

回到有关紧急止付的理论争议，应当明确紧急止付作为干预基本权利的具体措施，其本身不具有部门法属性。当出于行政管理的目的采取紧急止付时，遵循行政程序的基本原理；而当其作为保全刑事涉案财产的紧急应对措施时，紧急止付当然地需要接受刑事侦查与强制措施理论的约束。从另一个角度来看，缺乏紧急止付的刑事追诉，实践中已经很难实现对涉案财产的保全，尤其是在网络诈骗类犯罪中，将紧急止付排斥于刑事法及相关规则之外，追缴、退赔被害人财产的追诉目的从一开始即昭示落空，实属刑事法规范的缺憾。紧急止付的诸多实践表明，将对物强制措施适当地前移，严格限制与明确其适用程序，不仅有利于保全刑事涉案财产的有效实现，也有利于从理论上再次反思强制措施的体系架构，深入对物强制措施理论的理论研究。

---

[1] 陈卫东主编：《刑事立案与侦查：外国刑事诉讼法有关规定》，中国检察出版社 2017 年版，第 495 页。

[2] 参见张栋：《刑事诉讼法中对物的强制措施之构建》，载《政治与法律》2012 年第 1 期。

[3] 参见姚广平、唐海榕：《刑事侦查中物的强制措施制度构想》，载《中国检察官》2014 年第 9 期。

[4] 参见王援东：《我国刑事紧急搜查制度的立法完善》，载《人民检察》2010 年第 13 期。

二、刑事诉讼立案、侦查及涉案财物研究

刑事立案监督机制的现状检视与路径优化

梁静　杨耀瑞*

摘 要：立案程序不仅是刑事案件的启动程序，严格把握立案的法定条件，既可以保证无辜的公民不受刑事追究，也可以确保司法资源的合理分配，还对控制司法权力和保障个人权利发挥着重要作用。如何正确、及时、合法地行使立案权，对于维护司法公正和增强公众对法治的信任具有重要的价值。然而，立案权的封闭性常常导致缺乏有效的外部监督，从而容易产生权力寻租和滥用，这不仅损害了法律的公正性，也削弱了公众对司法的信任。因此，需要对刑事立案监督制度的适用范围、渠道线索、监督力度、后续跟进及权利救济等多方面要素进行探讨，构建一个监督资源配置合理且高效公正的监督体系，对于规范立案权力的运用、夯实制度建设、防止权力滥用具有重大意义。

关键词：刑事立案监督　立案标准　监督效力

一、问题的提出

刑事立案监督作为检察机关的法定职责，虽然最初发展较慢，但自 1982 年宪法确立了检察机关作为法律监督机关的地位后，该职能已逐渐得到发展和完善。追根溯源，1996 年对刑事诉讼法的修订是一个重要里程碑，它正式确立了检察机关在刑事立案监督方面的职能。这一改革的目的是为了应对刑事司法实践中出现的各种问题，包括但不限于确保法律的正确实施、防止司法权力的滥用、保障公民的合法权益等。随后，1998 年颁布的《人民检察院刑事诉讼规则》和 2010 年的《关于刑事立案监督有关问题的规定（试行）》进一步明确了刑事立案监督的操作程序和具体内容，为检察机关履行监督职责提供了更为具体的指导和规范。2015 年 4 月 1 日，中央全面深化改革领导小组在其第十一次会议中，对《关于在人民法院推行立案登记制度改革的意见》进行了审议，并正式批准了该意见。不久后的 4 月 15 日，最高人民法院正式公布了《立案登记制度改革意见》，这一举措预示着刑事自诉案件的立案流程由传统的“立案审查制”转变为“立案登记制”，标志着司法改革在立案机制上迈出了重要一步。此项改革极大简化了立案程序，显著解决了民众普遍面临的“立案难”困境。《立案改革意见》（以下简称《意见》）对立案监督体系进行了进一步的加强，明确了监督主体的职责和范围。这些主体包括上级法院、检察院、人大及其常委会、新闻媒体、公众以及人民法院的监察部门。《意见》不仅为这些监督主体赋予了明确的监督权利，还规范了监督程序，确保监督工作的有序性和有效性。[1]这些措施不仅增强了司法的透明度，还促进了社会矛盾的有效司法解决，为社会和谐与国家的长期稳定奠定了基础。

在侦查主导的司法体系中，刑事立案的决策对案件的最终走向具有深远的影响。在由公安机关、检察机关和人民法院构成的刑事司法体系内，公安机关在案件立案侦查的初期阶段发挥着核心作用，其决策往往决定了案件的后续发展。因此，确保对刑事立案过程的严格监督，对于维护司法的公正性和提高司法效率至关重要。

年份	立案数量（万件）	同比变化	监督数量（万件）	已立案（撤案）数量（万件）	成效（占比）
2020	53.3	+38.4%	5.3	4.6	86.2%
2021	62.0	+16.2%	6.2	5.4	87.6%
2023	60.0	-	6.0	5.6	-

表 1：全国刑事案件立案数量变化（2020、2021、2023）[2]

*梁静，女，河南财经政法大学教授，主要从事刑事诉讼法学、证据法学教育研究，硕士生导师；杨耀瑞，男，河南财经政法大学硕士研究生。

1 参见朱良：《 刑事立案制度研究》[D]. 武汉大学, 2020.

1 参见最高人民检察院网上发布厅，《全国检察机关主要办案数据》
https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202203/t20220308_547904.shtml#1

通过以上数据和图表，可以清晰地看到全国刑事案件立案数量的变化趋势，以及检察机关在立案（撤案）监督方面的工作成效。检察机关的监督工作在逐年加强，监督成效也在逐步提升，体现了法律监督的有效性和必要性。然而，该制度仍面临问题和挑战。总体来看，刑事立案监督面临的挑战主要包括监督范围和渠道的局限性、立案监督程序的不完善、监督执行力度和效果的有待加强、监督线索受限等问题。只有深入剖析现存司法困境，分析问题的本因，才能针对性的完善法律法规，对刑事立案监督活动提出更有科学的对策建议。

二、刑事立案监督机制的内在局限

（一）刑事立案监督的覆盖范围尚不全面

自诉案件监督的不足。在中国司法体系中，自诉案件的监督是一个关键环节。被害人有权直接向法院提起自诉，但法院在处理过程中可能会出于多种原因推迟立案或鼓励撤诉。尽管检察机关对自诉案件的立案进行监督是确保司法公正和保护当事人权益的必要手段，但现行的监督机制尚未充分发挥其应有的作用。检察机关需要加强对自诉案件的监督力度，以确保自诉案件得到公正处理，保障当事人的合法权益不受侵犯。

监狱在执行其侦查职能时存在监督上的不足。依据《监狱法》，监狱对在押人员的犯罪行为拥有侦查权，但在实际操作中，监狱对涉及狱外共同犯罪的案件侦查能力受限，且相关法律规定的操作细节不够明确，这导致监狱在侦查过程中往往需要公安机关的协助。这种依赖关系可能影响侦查的独立性和效率。因此，检察机关对监狱的侦查活动进行监督至关重要，以确保侦查行为的合法性、合规性，并提高侦查工作的透明度和有效性。[1]通过加强监督，可以促进监狱侦查工作的规范化，保障司法公正，同时维护在押人员的合法权益。

被害人的请求是检察机关监督案件的重要信息来源，但目前这一途径并未充分得到实现。主要原因在于两方面：一方面，被害人对于检察机关拥有的立案监督权缺乏足够的了解，这导致他们可能不会主动提出监督请求；另一方面，即便被害人提出了监督请求，检察机关在实际工作中也面临着获取和识别有效监督线索的挑战。为了提高监督线索的数量和质量，需要加强对被害人权利的宣传教育，提高他们对检察机关监督职能的认识，同时检察机关也应优化监督机制，更有效地识别和利用来自被害人的监督线索。[2]

（二）立案监督程序瑕疵削弱监督效果

在刑事司法体系中，保障立案程序合法合规运行不仅关乎案件能否得到妥善处理，更涉及到公民合法权益的保护和司法正义的实现。但在司法实践中，侦查机关时常常会出现背离法定程序的问题，即程序性瑕疵。这种瑕疵存在于即使立案决策本身符合立案条件，但作出决定的程序却违法或存在缺陷。程序性瑕疵的背后甚至可能存在着司法工作人员渎职侵权、权钱交易等职务犯罪情况。

程序性瑕疵可能包括但不限于决定过程的长期拖延、先进行侦查再补办立案手续等现象。这些问题违背了法定的立案程序要求，如适当的方式、步骤、顺序和时限等。程序性瑕疵通常在案件审查阶段发生，具体表现为以下几种情形：

久拖不决。侦查机关在受理案件后，超出合理期限既未作出立案也未作出不立案的决定，导致案件长时间悬而未决。这种拖延不仅使被害人的合法权益得不到及时的司法救济，这一点也暴露了刑事立案程序规范的某些缺陷。当前，除了对经济犯罪案件有明确的立案时间限制外，大多数刑事案件并没有法律规定具体的立案时限，这可能导致侦查机关在办案时出现延迟。

先破后立。侦查机关在未正式立案的情况下先行采取侦查行动，待案件侦破后再补办立案手续。这种做法违背了立案作为侦查前置程序的法律定位，反映了对程序正义的轻视。

不破不立。在某些情况下，出于考核等因素，侦查机关可能在案件未侦破前不进行立案，这同样忽视了立案程序对于限制侦查权启动的功能。

这些程序性瑕疵的根源在于过时的司法理念和对工作业绩的过分强调，导致侦查行为的提前和程序的违法。如果侦查机关不能严格依法行使刑事立案权力，那么立案程序的法定功能就会受到损害，导致侦查权的无序扩张。即使最终的立案或不立案决策在实质上是正确的，如果程序执行中存

---

1 参见中国监狱工作协会监狱法学专业委员会.:《监狱法学论丛》[M]. 中国政法大学出版社: 202201. 266.

2 参见叶青:《违法立案的检察监督机制研究》[J].国家检察官学院学报,2024,32(01):53-68.

在不公，依然违背了司法公正的基本原则。长时间的延误和立案过程中的拖延严重妨碍了公民合法权益的实现，使公民的权益面临来自程序不正义的风险。为防止刑事侦查权力的不当使用，法律监督在刑事立案阶段显得尤为关键。监督的目的在于确保侦查的启动和执行完全符合法律规范。刑事立案程序的设计应能有效地制约侦查行为的开始，保障侦查机构在立案过程中，其职权的行使必须遵循法律规定，并接受有效的监督制约。[1]这不仅要求侦查机构在法律允许的范围内行动，还要求监督机制的完善，以确保侦查权力的合法、合理运用。

（三）立案裁量权标准泛化加剧程序随意性

在中国的刑事诉讼活动中，立案的标准由两个基本要素构成：犯罪事实的确凿性和刑事责任的追究必要性。犯罪事实的确凿性要求犯罪行为不仅是客观存在的，而且必须满足法律规定的犯罪构成要件。追究刑事责任则指根据法律，行为人应对其行为承担相应的法律后果，这两者结合起来形成了一种严格的立案审查标准。

在刑事诉讼的立案阶段，侦查机关需审慎评估是否存在犯罪事实，并进行初步的法律后果分析。然而，根据法院专属定罪权，对刑事责任的最终判断权属于法院，应在审判阶段作出。侦查机关在立案阶段若对法律后果作出评价，可能会超越其权限，侵犯法院的审判权，并可能导致对嫌疑人的不公正预设判断，影响刑事诉讼的公正性和效率。因此，立案阶段的审查应聚焦于确认犯罪事实，而对行为人是否应承担刑事责任的判断应留待法院在审判中决定。这有助于保护嫌疑人的合法权益，确保刑事诉讼程序的正当性和效率。[2]

刑事诉讼是一个逐步深入的认知过程，侦查机关对案件的理解随着程序的推进而不断深化。在立案初期，对案件的把握可能不够全面，存在不确定性。随着诉讼活动逐步推进，可能会发现与初步判断相反的情况。因此，立案阶段的审查标准应符合认识规律，与现行的严格实质审查标准相比，在立案阶段可能难以完全实现。

在进行立案时，证据的支撑是关键，但侦查人员在立案初期往往无法实施全面的侦查手段来收集证据。仅通过初步的调查手段，很难迅速获得充分的证据。如果过分追求证据的完整性，可能会制约立案的灵活性，进而影响案件的及时处理。因此，在立案阶段，对犯罪事实和责任追究的判断往往难以做到精确无误。需要在立案后，通过合法的侦查手段进行深入调查。在案件受理初期，证据材料通常较为匮乏，面对不明确的案件事实和不足的证据，侦查人员很难准确判断是否达到犯罪事实存在和责任追究的标准，这可能会阻碍立案程序的顺利进行，导致诉讼程序的启动延迟。

此外，如果在立案阶段就急于断定犯罪事实和追究责任的必要性，可能会造成检察机关和审判机关的预设立场，这不仅会影响司法程序的公正性，还可能对案件的最终结果带来负面影响。这种审查标准可能会侵犯公民的合法权益，妨碍司法公正的实现。同时，如果在立案阶段就认定当事人需要追究刑事责任，与无罪推定原则相冲突。无罪推定是刑事司法的基石，要求在没有充分证据的情况下假定被告人无罪。

为了平衡效率与公正，立案阶段的审查标准应当既考虑案件的实际情况，又遵循司法原则。一方面，应允许在证据不足的情况下，根据已有信息和合理怀疑进行立案，以启动侦查程序，为进一步的证据收集和案件深入理解提供机会。另一方面，应注重程序的公正性和透明度，确保当事人的合法权益得到保障，避免过早形成偏见，影响诉讼程序的公正性。刑事诉讼的立案活动需要在确保程序公正和效率的同时，适应案件的实际情况，采取灵活而审慎的审查标准。通过不断的实践和完善，可以逐步提高刑事诉讼的质量和效果，保障司法公正和社会公平。

（四）监督手段效力不足限制监督效果

在刑事立案监督领域，公安机关在面对检察机关的督促撤案或立案时，可能采取搪塞或消极应对的策略，有时甚至用行政处罚替代刑事处罚，从而规避监督。此外，监督案件的质量和效果亟待提升，这主要体现在监督范围的不规范、审查核实方式的局限性以及监督手段缺乏刚性机制保障上。监督案件进入后续司法程序的比例较低，且多数案件被判处轻刑或免于刑事处罚。

---

1 参见廖嘉颖：《试论公安机关刑事立案权的法律监督问题》[D]. 深圳大学, 2016.

2 参见拜荣静,赵晓玉：《数字司法中的类案监督》[J].载《法制与经济》,2024,33(03):1-16.

刑事立案监督在实施中遭遇了效能不足的问题。依据现行的刑事诉讼法和《人民检察院刑事诉讼规则》，检察机关的监督手段主要包括要求公安机关解释立案或不立案的原因、通知立案、提出纠正违法的意见以及建议自侦部门进行立案侦查等。然而，这些手段普遍面临程序性过强而强制力不足的问题。例如，在监督过程中，检察机关难以及时参与司法或执法活动进行监督，且在尝试调阅相关案卷材料时常常遭到拒绝，这些问题严重影响了刑事立案监督的实际效果和效率。

检察机关在实施监督职能时，可能会遇到公安机关对监督的抵触或不合作。在检察机关要求撤销不当立案的案件中，公安机关有时会以各种理由拖延或拒绝配合，例如辩称立案有其必要性，或者在实际操作中不积极执行撤案。同样，当检察机关督促应当立案而未立案的案件时，即便公安机关最终立案，也可能在侦查过程中表现出不积极，甚至可能用行政处罚替代刑事处罚，最终导致案件被撤销。这种抵触或消极态度不仅影响了检察机关监督职能的有效执行，也可能损害司法公正和效率。[1]

最后，监督手段的刚性不足是刑事立案监督中的一个关键问题。监督的效力在很大程度上取决于制度和法律的强制性保障。当前，如果侦查机关不响应监督，检察机关所依赖的《纠正违法通知书》等手段并不具备强制执行的效力，这导致监督的实施效果受限。此外，对于侦查机关在接到立案通知后仍旧不采取行动的情况，法律并未提供进一步的监督措施，使得监督过程显得无力。尽管法律赋予了检察机关监督公安机关立案活动的权力，允许检察机关在发现应当立案而未立案的情形时，要求公安机关提供解释并通知其立案，但现行法律框架并未对公安机关不遵守立案通知的行为设定明确的后续监督和处罚措施。这导致了一些地区公安机关在被通知立案后，仍可能拒不立案或在立案后不积极履行侦查职责，反映出刑事立案监督在实际操作中缺乏必要的强制力和效力。

（五）刑事立案监督的后续持续性不足

在刑事司法实践中，刑事立案监督的后续持续性不足已成为亟待解决的关键问题。首先，在监督工作初步开展后，常常缺乏对立案后续进程的持续跟踪。于是，部分案件虽然在立案阶段得到了监督纠正，但在后续的侦查、审查起诉等环节，新的问题却会悄然浮现，并且难以被及时察觉和妥善处理。例如，侦查机关在立案后可能出现消极侦查的状况，或者在证据收集过程中呈现不规范行为。由于持续监督机制的缺失，这些问题难以在第一时间被发现并加以纠正。

刑事立案监督后续持续性不足在对整改措施的落实缺乏有力跟进方面也表现得尤为明显。当于立案环节察觉问题并提出整改要求后，对整改情况的监督往往不够深入透彻，且难以保持长久的关注。一些单位可能仅仅在表面上进行整改，实际成效并不理想，未能真正达到预期目标。与此同时，由于持续监督压力的缺失，部分责任主体会在不知不觉中逐渐放松对自身的要求。这种放松可能源于缺乏有效的监督机制来时刻提醒他们履行应尽的职责，从而使得问题极有可能再度出现，影响刑事司法的公正性和严肃性。

刑事立案监督后续持续性不足在很大程度上亦与监督资源的有限性密切相关。在实际工作情境中，检察机关常常面临着种类繁多且繁重的工作任务。一方面，大量的案件需要进行监督审查，使得检察的工作压力持续增大；另一方面，监督工作的复杂性和专业性要求监督人员具备较高的业务能力和素养，这也进一步加重了检察机关的负担。在这种情况下，监督部门确实难以将充足的精力投入到对每一个案件的持续监督当中。这就导致一些案件在经历立案监督后，很容易被忽视。由于后续监督的缺失，这些案件无法获得持续的关注与督促，可能会在后续的司法程序中再次出现问题。

三、刑事立案监督机制运行的路径优化

（一）合理扩展刑事立案监督的适用范围

自 1997 年我国刑事诉讼法修订首次将侦查机关的刑事立案纳入法律监督范畴以来，检察机关对刑事诉讼全过程的法律监督职责得到了确立。但早期的修正案仅针对“应立而不立”的监督，对于“违法立案”如民事经济纠纷的介入等情形，监督机制并不完善。2010 年公安和检察机关联合发布的规定，虽然明确了对“不应立而立”的监督措施，扩大了监督范围，但法律层面对此类监督的依据依然不足。2012 年刑事诉讼法的再次修正，也未对立案监督规定进行更新，监督范围主要限于对立案结

1 参见韩辉，杨玉晓：《纪检监察机关与检察机关办案衔接现状及制度前瞻——以 Z 市监检衔接为研究样本》[J]. 载《福建警察学院学报》 2023, 37 (03): 46-58.

果的监督，对立案过程中违反法定程序的行为监督不足。建议修订《人民检察院组织法》，明确检察机关对侦查机关立案活动的全面法律监督职责，并在刑事诉讼法中增加对“不应立而立”的监督措施和程序。与此同时，最高人民检察院应制定针对程序违法的监督程序，实现对刑事立案活动合法性的全面监督。[1]

在监督主体方面，根据《宪法》，人民检察院作为国家法律监督机关，理论上应具备对所有执法机关执法活动合法性的全面监督权。现行的刑事立案监督制度尚未实现全覆盖监督职能，特别是在监督对象范围上需要扩展。建议立法层面明确和扩展监督对象，包括所有享有刑事案件侦查权的机关，如国家安全机关、军队保卫部门、监狱等。最高人民检察院虽对“公安机关”一词进行了扩大解释，但这种解释法律层级较低，且可能与《刑事诉讼法》精神不一致。即使这种解释法理上合理，覆盖范围仍不足，未能全面包括所有具有刑事立案权的机关或部门。此外，《刑事诉讼法》明确了人民法院和人民检察院同样享有刑事案件立案权，因此，它们也应纳入刑事立案监督对象范围。人民法院的刑事立案行为是刑事诉讼重要组成部分，若缺乏有效监督，可能存在滥用自由裁量权风险，影响当事人合法权益的保障。人民检察院虽在国家监察体制改革中不再具备对贪污贿赂犯罪的立案侦查权，但仍保留对司法工作人员滥用职权犯罪的立案侦查权，其立案行为也应纳入监督范围。

（二）明确界定刑事立案证据认定标准

在刑事案件的立案过程中，证据标准扮演着监督和指导立案工作的关键角色。不过，实际审查证据时常常遇到一系列难题，包括但不限于司法过程中的僵化思维、预先设定的有罪假设以及对证据形式的过度关注等。在全面推进法治国家建设的宏大背景下，深入分析这些挑战并提出有效的改进策略和建议，对于提升司法公正性和效率至关重要。

在刑事立案过程中，如果证据标准被设定得过于具体和严格，可能会使司法程序变得过于刻板，缺乏必要的灵活性，这与证据标准旨在作为立案参考的初衷相违背。随着立案证据标准与大数据辅助办案系统的融合日益加深，司法机关需确保所有根据证据指引规定的证据材料被完整录入办案系统，以确保刑事立案程序的顺畅进行。若证据材料不齐全，案件在智能化办案系统中可能会遇到障碍，进而导致刑事诉讼程序的延误。此外，如果刑事立案证据标准被详尽列出并被严格执行，可能会限制证据标准的积极推断和法律思维的空间，导致办案人员的思维变得僵化，对既定流程产生依赖，从而引发机械司法的问题，这对刑事司法活动的公正性、效率和权威可能产生负面影响。因此，必须认识到司法职能的局限性，明确刑事立案证据标准在人工智能办案系统中应扮演辅助角色，既不能替代传统的刑事立案程序，也不应妨碍立案人员进行独立的法律判断。法治是人类理性的体现，缺乏理性的法律推理和判断，法治的实现将难以实现。

刑事立案标准体系以犯罪构成要素为核心，办案人员可能在无意识中陷入“有罪推定”的思维误区，这可能削弱他们应有的中立和客观立场。在实际操作中，办案人员可能更倾向于积极搜寻支持刑事立案的有罪证据，而忽略或轻视那些可能证明被告无罪或罪行较轻的证据。即便在调查中发现了对被告有利的证据，也可能因怀疑而降低其证明力。长期而言，这种有罪推定的思维定势可能导致办案人员在刑事立案阶段有意选择性地收集证据，排除那些显示无罪或罪轻的证据。在一些将立案率和破案率作为考核指标的地区，为了达到考核目标，可能会出现不应当立案的案件被违规立案，或应当立案的案件未被立案的情况。

为了避免因刑事立案证据标准而产生的有罪推定和选择性取证的问题，必须加强对办案人员的法律和证据意识培训，确保他们在取证时能够保持客观和全面。这意味着在收集证据时，既要关注对被告不利的证据，也要重视对被告有利的证据。通过综合考量所有证据材料，才能准确判断案件事实是否符合刑事立案的条件。

对刑事立案所需证据的种类、形式和数量设定过于苛刻的要求，可能会引发对“法定证据主义”的回归。[2]刑事立案证据标准旨在为立法和司法实践中的立案标准提供具体化的证据指导，这就要求

---

1 参见刘妍:《侦查监督机制的构建与完善》，载《中国刑事法杂志》, 2009 年第 5 期。

2 法定证据制度亦称“形式证据制度”。指法律预先机械地规定证据的证明力；执法者须依法定条件去判断证据来认定事实。其特点是法律预先规定各种证据的证明力，法官必须严格按照这些规定来判断证据，法定证据主义限制了司法监管的自由裁量权，可能导致司法僵化，无法应对复杂多变的案件。其次，一些学者认为法定证据主义违背了

标准本身具备一定的灵活性和相对性。如果详尽地列举每类刑事案件所需的证据，可能会导致重视证据形式而忽略其内容，从而使立案标准变得过于形式化。在处理刑事案件时，虽然刑事立案证据标准提供了客观的参考依据，但办案人员对证据内容的主观评估同样不可或缺。在刑事立案证据标准的持续发展和完善中，应平衡对证据形式和内容的审查，既要关注标准的必备要素，也要考虑证据的可选择性，为侦查人员及监督人员留下适当的判断余地。重要的是要认识到，立案证据标准仅具有指导性，并非硬性规定。即使案件满足了证据标准的所有具体要求，侦查人员仍应拥有根据案件具体情况进行自由裁量的权力，以确保刑事司法的公正性和合理性。这种平衡确保了法律的严肃性与灵活性的统一，有助于防止机械司法，促进刑事司法活动的有效性和权威性。

（三）合理分配监督资源

在刑事立案监督的实际操作中，获取监督线索仅是监督工作的第一步，并不代表监督程序的即刻启动。检察机关需对这些线索进行细致的审查与核实，以确保其真实性和合法性。只有在审查确认线索的合法性和真实性后，检察机关才能根据审查结果采取相应的督促纠正措施，比如发出《通知立案决定书》或《通知撤案决定书》。这一审查核实环节是确保检察机关依法行使监督权和实现有效监督的关键基础。为了提升立案监督的质量和效率，需要对现有的审查核实程序进行规范和优化。这包括明确审查核实的标准和程序，提高透明度和公正性，加强检察机关内部的监督和问责机制，确保监督活动严格而高效。

立案监督过程中，应避免无目的、无依据的全面监督。对监督线索的审查核实应结合形式审查和实质审查，只有在发现存在法定的“应立而不立”或“不应立而立”的情形时，检察机关才应向侦查机关发出通知决定书，以确保监督的准确性、权威性，以及监督资源的合理配置。[1]

刑事立案监督的核心是对侦查机关的立案或不立案决定及其理由的审查核实。信息的收集与交流在这一过程中至关重要，影响监督程序的公正性、客观性和法律效力。为了提高监督的质量和效率，可以引入听证形式作为传统书面审查的补充。听证审查核实过程应由侦查监督部门指派的立案监督联络人负责主持，以确保检察机关代表的合法性和专业性。这一设置旨在保障监督过程的正式性和权威性，确保监督活动依法进行。该程序允许所有相关方参与，包括侦查人员、被害人、行为人等，确保各方有机会表达观点。听证会促进信息透明交流，公开讨论有助于实现案件的公正处理。听证会为各方提供平等发言平台，有助于缓解矛盾和抵触情绪，缓和被害人与侦查机关的紧张关系，减少对监督公正性的质疑，降低侦查机关的抵触情绪。听证程序使检察机关能直接了解侦查机关的证据收集、法律适用和当事人陈述，全面、客观地判断是否需要采取监督纠错措施。

此外，鉴于监督资源的有限性，对于听证形式的审查核实应当设定一定的条件和限制。建议在以下几种情况下采用听证方式：当被害人对不立案的决定持有异议，或者案件具有显著的社会影响力，或者存在较大的争议。这样的做法有助于确保监督资源得到合理的分配，并且能够提高监督工作的针对性和有效性。通过这种方式，检察机关可以集中精力处理那些更为复杂或敏感的案件，同时避免因资源过度分散而导致监督质量下降。听证审查核实程序的合理运用，不仅能够保障当事人的合法权益，还能够提升司法监督的权威性和公信力。

审查核实程序的有效执行对于合理分配和利用有限的监督资源、提高立案监督的质量和效率具有重要意义。程序的公正性、客观性和高效性是影响立案监督成效的关键因素。通过这一程序，检察机关可以确保监督活动既精准又高效，从而提升司法监督的整体效能。

（四）提升刑事立案监督权的执行效力

监督制度的有效性离不开程序性保障与法律支撑。当前，我国刑事立案监督成效欠佳，主要原因在于监督手段匮乏且缺乏强制力。 为增强立案监督的有效性，可采取如下改进策略：一是强化侦查机关的协作责任，明确未履行义务将面临的法律后果；二是拓展检察机关在启动追责程序方面的权限。

在刑事诉讼范畴内，立案不仅意味着案件正式步入司法程序，更是当事人法律地位转变的关键节点。检察机关依法行使监督职能，对保障诉讼程序的合法性意义重大。尽管我国刑事诉讼法赋予

证据运用的基本规律，将大量有助于证明案件事实的证据排除在外，无法全面客观地揭示案件真相。

1 参见党晓军:《刑事立案监督若干问题探析》，载《中国刑事法杂志》, 2005 年第 3 期。

检察机关监督刑事立案的明确权力，但在实际操作中，其提出的纠正建议并非总能得到公安机关的及时、有效执行。检察建议与纠正违法通知因强制力不足，在执行阶段存在短板，严重制约了监督的实际效力。

为提升监督效力，必须强化现有监督机制。具体而言，要提高检察建议的规范性与说服力，确保监督结果得到应有的重视与执行，进而提升检察机关监督的权威性，保障刑事诉讼的正当性与效率。在履行监督职责过程中，若检察机关发现司法人员可能存在职务犯罪行为，如渎职、贪污等，必须予以充分重视并采取相应调查措施。因此，检察机关对“有案不立、压案不查、有罪不究”现象的集中整治，对其履行法律监督职责至关重要。监察体制改革后，检察机关在刑事立案侦查方面的部分职能转至监察委，这可能影响其在刑事立案监督上的力度。故而，加强监督的强制性迫在眉睫。

为切实提升检察机关在刑事立案监督中的法律效力，不能仅停留在发放文书层面，而应采取更有力的制裁与执行措施。例如，检察机关可通过公开监督数据以增加透明度，通过建立考核机制激励相关部门积极回应监督意见。这一系列举措将有助于提升检察机关监督的权威性与有效性。

此外，侦查机关办案人员因玩忽职守而被检察机关建议更换的情况，应纳入其福利待遇与职位晋升等内部考核与奖惩机制。这种衔接能增强办案人员的责任感，确保他们认真履行配合义务，从而提升刑事立案监督的效率与效果。通过将办案人员的渎职行为与职业发展直接挂钩，可形成有效的激励与约束机制，不仅有助于提高办案质量，还能促进司法公正与法律的正确实施。 检察机关提升刑事立案监督效能，需从思想与行动两方面着手。思想上，要端正态度，真诚履行监督职责；行动上，要积极采取措施改善监督条件，创造性地提升监督质量与效率。具体措施包括加强审查逮捕阶段的案源发现能力、建立内部案件线索移交机制、开展专项监督活动、利用社交媒体关注社会事件以发现并响应立案监督线索等。通过这些举措，确保检察机关的监督工作既广泛又深入，满足司法公正与效率的要求。

建议赋予上级检察机关对下级侦查机关案件承办人的建议更换权和惩戒启动权。即一旦发现同级公安机关等侦查机关在承办刑事立案监督案件时存在不当行为或不配合监督，上级检察机关有权发函要求更换案件承办人，或通报侦查人员的违法行为或不接纳立案监督的情况，并建议对其进行纪律惩戒。必要时，检察机关有权追究相关责任，确保法律有效执行。同时，若在监督过程中发现可能涉及职务犯罪的线索，应立即转交当地纪检监察机构进行处理。此举有助于维护司法公正，防止权力滥用，强化法律监督体系的效能。

当前法律体系可能未充分赋予检察机关必要的强制力或有效的制裁机制，导致其在执行监督权时面临限制，难以充分保障法律监督的权威性与实效性。公安机关接到监督请求后，若出现侦查工作延迟或案件久拖不决，现行法律缺乏足够约束力，使检察机关的监督权更多体现为“软约束”。这种情况下，要求公安机关在接受监督后，能自主意识到违法立案问题，并自愿采取相应立案或撤案措施。 尽管法律赋予检察机关对公安机关违法立案行为发出《立案监督案件催办函》的权力，但该函件无强制力，与《纠正违法通知书》和《检察建议》类似，主要依赖公安机关的自愿合作来实施监督。若监督力度不足，可能导致刑事立案监督的实际效果与预期产生偏差。为解决这一问题，可从立法与实践两方面入手。立法上，探讨增加检察机关的强制执行手段，提高《立案监督案件催办函》等文书的法律效力；实践上，加强内部监督与问责机制，提升公安机关对检察机关监督的响应速度与质量。同时，检察机关可通过定期发布监督报告、公开监督结果等方式，提高监督工作的透明度与社会影响力，增强监督的实际效果。

为提升检察机关在刑事立案监督中的效能，充分发挥其作用，必须从思想与行动两方面入手。理念上，检察机关领导层要深刻认识刑事立案监督的重要性，不断提升监督意识，并确保关键岗位由精通业务的专业人员担任。通过加强监督意识与优化人员配置，检察机关能更有效地履行法律监督职能，保障刑事诉讼程序的正当性与公正性，并将监督成效纳入考核体系。行动上，通过信息共享、联席会议等协作机制，实现公检法之间的有效配合，这不仅易于实施，且实践证明能取得显著成效。

检察机关需要更多支持，包括立法上的明确授权与程序上的保障，以便对侦查机关的立案活动进行有效监督。同时，赋予检察机关提出更换案件承办人的建议权和启动惩戒程序的权力，强化监

督刚性，能在一定程度上警示和遏制侦查机关可能的消极侦查行为。这种授权增强了检察机关在监督过程中的权威性，促使侦查机关更加积极地履行法定职责，减少违规情况发生，确保其在接受监督后能迅速采取行动，及时纠正违法立案行为，从而提升刑事立案监督工作的质量与效率。通过这种方式，检察机关能更有效地确保刑事立案监督案件的质量，提高侦查机关的办案效率与规范性，并不断通过法律改革与实践创新，提升刑事立案监督的权威性与有效性。

（五）健全刑事立案监督的后续工作及救济途径

根依据现行法律规定，检察机关肩负着对刑事立案和审判活动的监督重任，然而，检察机关无法直接参与案件的立案、侦查及审判的具体操作过程。如此一来，检察机关在获取立案监督案件的后续处理信息时面临诸多障碍，难以实现持续有效的监督。

为破解这一难题，有必要构建针对刑事立案监督案件的诉讼跟踪机制。一方面，通过与公安机关加强密切沟通与协调，要求侦查机关定期呈交立案监督案件的诉讼文件，使得检察机关能够借助审查批捕和起诉阶段的案件材料，及时把握案件的最新动态。另一方面，对于以行政处罚等方式处理完毕的立案监督案件，公安机关也应迅速将案件资料提交给检察机关进行备案审查，以便开展有效的后续监督。同时，推行“谁主办谁负责”的责任制，激励侦查机关主动向检察机关汇报案件进展情况。检察机关的办案人员可通过电话沟通、召开会议或进行现场访问等多种方式，对案件实施定期动态监督，并详尽记录监督的具体情形。

为强化案件管理，还可以安排专门的内勤人员负责建立统一的案件管理台账。通过这种方式，确保及时进行督促、审查和记录工作，并将执行情况纳入个人绩效考核体系。这些举措对于解决司法实践中的案件拖延和处理不当问题具有重要意义，能够有效防止因侦查机关的消极侦查或对立案监督的抵触情绪而导致案件处理延误。此外，还可以建立信息共享平台，进一步提高检察机关与侦查机关之间的信息流通效率，让检察机关能够更加便捷地获取案件信息，实现更加精准的监督。同时，加强对侦查机关相关人员的培训，提高其对立案监督后续跟进工作的认识和重视程度，从源头上减少抵触情绪的产生，共同推动刑事立案监督后续跟进工作的顺利开展。

刑事立案是刑事诉讼的起始环节，对判定案件是否成立具有决定性影响。如果在刑事初查阶段缺乏完善的制度设计和精确的技术手段，可能会侵犯公民的合法权益。若没有行之有效的救济机制，这些侵权行为可能会带来不可逆转的伤害。

在我国现行的刑事诉讼体系中，个人在刑事立案或不予立案过程中如果遭受不公正的侵害，可以要求立案机关进行复议或复核，或者向检察机关提起申诉。但是，我国的《刑事诉讼法》尚未对刑事初查阶段被调查人权利受损时的救济途径作出明确规定，这可能导致公民在遭受国家机关不正当侵害时缺乏有效的申诉渠道，加剧了国家机关与被调查人之间的矛盾，增加了社会的不稳定因素。

检察机关在刑事诉讼中承担着至关重要的法律监督角色，于侦查、审判以及立案等各个阶段均拥有监督权。刑事立案与侦查虽有区别，但在刑事诉讼中二者紧密关联。在刑事初查阶段，被调查人的权利保护绝不可被忽视。检察机关在刑事立案阶段的职责不应仅仅局限于对立案决定的监督，而应进一步拓展至对刑事诉讼全过程中各类行为的监督。

同样，刑事诉讼法的制定既应致力于打击犯罪，更需高度注重保护人权。在法治国家中，保障人权乃是基本原则，绝不能以牺牲公民的合法权益为代价来惩治犯罪。因此，当被调查人在刑事初查阶段的合法权利遭到国家机关侵犯时，必须为其提供切实可行的救济途径。具体而言，立法应为被调查人在刑事初查阶段提供明确具体的权利救济途径。这包括赋予被调查人向立案机关申请复议或向上一级机关申请复核的权利，以及向检察机关提出申诉的权利。同时，应明确规定各个救济途径的受理期限、审查程序和处理结果反馈机制，确保被调查人的权利得到及时有效的保障。

在完善刑事立案制度的进程中，建立与保障人权相配套的救济机制至关重要。若缺乏有效的救济机制，任何建立在侵犯被调查人人权基础上的刑事立案制度都将违背程序正义原则，也与法治国家、法治政府、法治社会的总体推进目标背道而驰。提供完善的救济途径，及时发现和纠正侵犯被调查人权利的行为，推动刑事立案监督制度的不断完善，为实现法治社会的宏伟目标奠定坚实基础

结语

在司法实务中，我国刑事立案流程面临诸多挑战，如审批手续复杂、立案标准偏高、非法立案

行为等问题，这些问题是导致刑事立案流程无法有效实现其既定目标的主要障碍。同时反映出了公安机关在侦查活动和程序决策上拥有较大的自由裁量权，这在某些情况下可能会导致任意立案或撤案。同时，尽管检察机关具备监督立案的权力，但由于缺少强有力的执行手段，其监督效果并不尽人意，进而削弱了立案程序的功能。为了有效解决刑事立案过程中可能出现的权力滥用问题，必须采取一系列措施来加强监督和规范流程。虽然立法层面为立案程序的优化提供了基础指导，但这并不足以实现对立案权力的即时和有效监督。现有的法治水平和制度建设的限制，也影响了侦查机关侦查权配置的优化和动态平衡的实现。此外，尽管完善的体制机制可能降低不当立案的倾向，但并不能完全避免错误的立案或纠正已经发生的错误。

在这一背景下，检察机关作为法律监督机关的角色变得至关重要。其监督职能不仅可以预防不当行为，还能通过具有威慑力的监督手段确保在权力滥用时能够及时追究责任，确保刑事立案权力依法正确行使。此外，检察机关还能通过程序性监督机制发现并纠正权力运行中的不当之处。为了提升刑事立案的公正性和准确性，必须在立法和实践层面加强规范性和透明度，增强监督机构的执行力。这包括不断完善制度设计，提高司法人员的专业能力，并强化内部与外部监督的协同效应，以确保刑事立案权力得到合理运用和有效监管。这要求检察机关在日常工作中充分履行其监督职责，并在制度设计上获得必要的支持和保障，以确保监督的有效性和权威性。检察机关不仅要在立案阶段进行监督，还要在整个侦查过程中持续发挥作用，确保刑事司法程序的合法性和效率。

我国刑事立案内部监督制约制度的理论阐析与实践优化

张杰 *

摘 要：刑事立案内部监督制约制度是健全立案规程的必要方式，也是践行法律监督原则的重要表现。然而，我国刑事立案内部监督制约制度在法律规定与实践运行层面仍存在调查核实权展开度有限、立案监督线索来源少而不精等诸多问题。考察我国刑事立案内部监督制约制度的司法现状，深度阐述刑事立案内部监督制约制度的演变逻辑与正当性基础，在理念层面，强化“自我监督”依法适用和明确同步“检察监督”的原则；在制度层面，应规范立案监督调查核实权的适用，建立公安机关终局处理备案制度，合理设计考核指标，完善刑事立案监督跟踪机制和刑事案件信息共享机制，以进一步强化法律监督工作，提升刑事立案监督的质效。

关键词：刑事立案 内部监督 检察监督 权力制约 数字检察

我国刑事立案监督主要是指国家专门机关、单位和个人对刑事立案活动的监督。从刑事立案监督的方式来看，可将其分为内部监督和外部监督两种，内部监督又可以进一步包括两个层面监督，一是“自我监督”，即立案机关通过申请复议和上诉的方式对自己刑事立案活动的监督。二是“检察监督”，即检察机关对公安机关立案活动以及行政机关不移送涉嫌犯罪案件的监督，据最高检发布的《刑事检察工作白皮书（2023）》可知，2023 年全国检察机关共监督立案 96756 件，监督立案后起诉 29974 人，同比上升 89.7%，监督撤案 42724 件，监督撤案率 100%，可见，检察机关立案监督工作已见初步成效。外部监督则是指通过人民代表大会、新闻媒体以及广大人民群众等对公安机关的立案活动进行监督。目前，刑事立案的内部监督制约是司法实践中最主要、更有效的监督方式。随着我国法治现代化建设进程的加速与人民群众期望通过法律维护公平正义需求的增强，然而，刑事立案内部监督制约制度的法律规定及理论研究并没有对此予以积极回应。笔者围绕我国刑事立案内部监督制约制度法律规定、法理根据以及实践问题等方面展开探讨，以期在中国法治现代化的进程中，刑事立案内部监督制约制度能够在人权保障与权力制约方面发挥其应有功效，充分表达刑事司法治理在立案程序方面的应有之意。

一、刑事立案内部监督制约制度的演变逻辑

我国刑事立案内部监督制约制度并非是伴随着诉讼程序而产生的，其经历了自发生成、确立夯实和完善发展三个阶段。

（一）自发生成：刑事立案程序发展之必然结果

据考察，我国古代刑事诉讼制度中并没有立案或立案程序相关记载，这与“纠问式”诉讼模式下控审职能不分的特点不无关系。在中国近现代刑事诉讼制度的发展历程中，只在解放战争时期显现刑事立案的雏形，即《辽宁省各市旗县人民法院组织职权、义务及办事细则（草案）》“收发案件”中“接受刑事案件应办理一定的手续”等相关内容类似现在刑事诉讼法规定办理的立案手续。新中国成立之后，刑事立案程序的规定最早可追溯于 1957 年 5 月 18 日《中华人民共和国刑事诉讼法（草案）》“提起刑事案件”章节中，至此，刑事立案作为独立环节在中央层面予以认可。1979 年“立案”正式写入《刑事诉讼法》并单独成章，并明确了立案材料来源、立案机关、立案材料形式以及立案条件等方面的内容，但刑事立案监督内容并未规定其中，在这之后三次修改也始终将刑事立案作为独立的阶段专章予以规定。实际上，学者们起初对刑事立案程序作为独立诉讼阶段的“存废论”争议是比较大的，但是其在保护涉案当事人合法权益，督促公安司法机关及时、准确地追究犯罪以及客观准确评价社会治安等方面彰显了积极的诉讼功能，其独立设置的本身是有利于我国刑事司法制度稳定发展。随着 1982 年《宪法》第 129 条明确赋予了检察机关对刑事诉讼法的实施享有监督权力的规定，这意味着检察机关监督刑事诉讼全过程的职权已在宪法层面予以明确，可以说，我国刑事立案内部监督制约制度借此已开始了萌芽。因此，基于刑事立案权制约与人权保障的程序需要，刑事立案程序有效运行必要且必然会“激发”立案监督内部制约制度的产生。

（二）确立夯实：司法为主立法为辅的实践模式

在作为针对犯罪活动、犯罪线索第一反应的刑事立案程序运行的进程中，1996 年《刑事诉讼法》

* 江苏师范大学法学院副教授，法学博士。

将刑事立案监督的内容首次予以写入，明确了检察机关对“应当立案而不立案”的监督权力。1998 年《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》对立案监督过程中具体的操作步骤及文书传递的期限等作了进一步细化。1999 年《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《规则》）细化了检察机关对公安机关“应当立案而不立案”的监督流程、被害人对公安机关“应当立案而不立案”的救济途径，以及增加了检察机关对公安机关“不应当立案而立案”的情形监督范围。2001 年《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》表明检察机关有权对行政执法机关移送涉嫌犯罪案件进行监督。2010 年《关于刑事诉讼立案监督有关问题的规定（试行）》对刑事立案监督的任务、原则、线索发现机制、参与主体、审查处理的方式、救济等，作了专门规定。2012 年《规则》又进一步明确了检察机关对公安机关“应当立案而不立案”“不应当立案而立案”进行立案监督的具体部门、流程步骤、审查方式、文书要求等，增加了检察机关撤销案件的职权以及撤销案件相关的文书传递、公安机关复议复核等内容。2019 年《规则》将实施立案监督的部门由侦查监督部门调整为控申部门，增加了公安机关逾期不作出立案与否监督的内容。2023 年《人民检察院控告申诉检察部门办理刑事立案监督案件工作指引（试行）》中又进一步规定对公安机关立案决定不服而向检察院提出监督申请或者建议的案件，纳入刑事立案监督案件办理范围。从上述法律规定来看，刑事立案监督的法律规定在 1996 年《刑事诉讼法》规定是我国刑事诉讼法律监督制度进一步完善的重要标志，但这之后的 2012 年和 2018 年修改刑事诉讼法时对规定没有再作出修改。不可否认，1996 年刑事立案监督的法律规定已无法满足对刑事立案多元化主体的监督以及刑事立案权相互制约的现实需要，因此，为了有效地解决刑事立案监督中的实际问题，最高人民检察院在吸收立案监督司法实践成果的基础上通过司法解释的方式对我国刑事立案内部监督制约制度作出反应并不断优化，条文也从简单抽象走向明确具体，使刑事立案内部监督制约制度具有更强的针对性与操作性。

（三）发展完善：法律监督时代要求的积极回应

党的十八大报告中首次提出法律监督和建立健全权力运行制约和监督体系的要求，2021 年中共中央印发了《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》且明确提出检察机关要强化刑事立案监督“及时发现和纠正应当立案而不立案、不应当立案而立案、长期‘挂案’等违法情形，坚决防止和纠正以刑事手段插手民事纠纷、经济纠纷”，2023 年最高人民检察院发布的《2023-2027 年检察改革工作规划》也再次强调检察机关法律监督“总抓手”职能。从上述中央文件、最高检工作规划中可以看出，以习近平同志为核心的党中央对完善党和国家监督体系特别是检察机关法律监督工作的高度重视，法律监督工作已然是新时代诉讼监督展开的重要手段，可以说，刑事立案内部监督制约制度是法律监督时代要求首要、积极回应。此外，自 2010 年以来，最高法、最高检、公安部等部门联合发布的专项犯罪意见的相关条款中规定了刑事立案监督的内容，如 2010 年《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第 10 条、2015 年《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第 10 条、2017 年《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第 27 条、2020 年《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》第 11 条、2020 年《关于依法严惩利用未成年人实施黑恶势力犯罪的意见》第 2 条第 3 款、2021 年《关于依法惩治涉枪支、弹药、爆炸物、易燃易爆危险物品犯罪的意见》第 18 条、2021 年《关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》第 13 条、2023 年《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》第 14 条和 2024 年《关于办理医保骗保刑事案件若干问题的指导意见》第 16 条等等，这些意见均是新时代建立健全法律监督工作中深入强化刑事立案内部监督制约制度的具体体现，以全面推进依法治国的进程。

二、刑事立案内部监督制约制度的现状考察

根据《刑事诉讼法》以及司法解释的相关规定可知，我国刑事立案内部监督制约制度的监督有“自我监督”和“检察监督”两种方式，需要从总体框架和微观探索两个方面考察刑事立案内部监督制度的运行现状。

（一）总体框架：形成“检察监督”为主“自我监督”为辅的监督样态

基于人民法院年自诉案件数量较少、检察机关享有法定的监督权力且公安机关承担着打击犯罪、维护社会治安秩序的重要职责，在刑事立案内部监督制约制度实践运行中呈现出“检察监督为主、自我监督为辅”的样态。自 1996 年《刑事诉讼法》确立刑事立案监督制度以来，“检察监督”一直是刑事

立案监督的“主力军”，检察机关在监督公安机关刑事立案、行刑衔接案件和保证人民群众合法利益的司法实践中发挥着重要作用。“自我监督”的法律依据主要是《刑事诉讼法》第 112 条，最高人民法院《解释》第 320 条、322 条，2018 年《规则》第 173 条、557 条和《公安部规定》第 179 条、181 条，这种方式确实存在“自我保护”的先天不足，但在整个刑事立案监督体系中也必不可少。质言之，在国家权力控制体系中，国家机关系统内部的层级监督是不可或缺的一环[1]，而“自我监督”的方式正是刑事立案主体通过体系内部的层级监督予以实现的，但具有一定的差异性。具体来说，首先，法院享有自诉案件的立案管辖权，自诉人对人民法院不予受理的案件可以向上级人民法院提起上诉，而提起上诉的方式实际上也充分体现了上下级法院之间的监督关系。其次，检察机关享有两类案件的立案侦查权，若检察机关对此不予立案，则控告人享有向上一级检察机关提出复议的权利。最后，相比较法院与检察机关，因公安机关职权本身的要义使其刑事立案受理案件数量是最多的，控告人针对不予立案的决定可以向原公安机关申请复议、再向上一级公安机关申请复核的方式寻求救济。总体来说，实践中公检法三机关“自我监督”案件的数量并不是很多，主要是因为法院在自诉案件立案审查过程中若发现因证据不足或存在瑕疵不予立案的，往往会以口头的方式告知自诉人补充证据后再提起。又因检察机关本身受理案件范围就非常有限，检察机关刑事立案“自我监督”的情形更为鲜有。此外，尽管公安机关刑事立案或不立案的数量是可观的，但行政性复议复核的案件一年也就两位数[2]。

（二）微观探察：“检察监督”运行规范——以 J 省检察机关司法数据为样本

从《刑事诉讼法》及司法解释来看，“检察监督”主要是检察机关依法对公安机关立案情况监督和对行政机关不移送涉嫌犯罪案件监督两个方面内容。课题组以问卷、访谈等方式，对 J[3]省地方人民检察院刑事立案监督工作考察发现，“检察监督”实践运行情况具有以下几个方面特点：

1.近五年检察机关监督公安立案数呈增长趋势且质量高

课题组通过司法数据统计发现：2019-2023 年间，J 省检察机关对本地区公安机关监督立案数总体上呈逐年稳步增长趋势，而 2023 年相比较 2019 年而言，监督立案数三倍增长，而在 J 省检察机关监督立案案件数量的基础上判处有期徒刑刑罚率平均为 93.57%，整体上也呈稳步递增的趋势，可见，J 省检察机关监督立案质量高。

项目	2019 年	2020 年	2021 年	2022 年	2023 年
监督立案数（件）	648	1067	1578	2406	1953
刑罚率（%）	80.44	90.20	97.87	100	99.33

表 1　2019 年-2023 年 J 省检察机关监督公安立案以及判处有期徒刑以上刑罚情况

2.检察机关立案监督流程整体上一致但内部操作存在细微差别

根据我国《刑事诉讼法》及司法解释的规定，检察机关立案监督流程遵循以下步骤：检察机关在收到或发现立案监督线索后进行受案登记，再通过询问办案人员、当事人、查阅卷宗材料等方式核实。若经调查核实认为公安机关不立案决定正确的，制作相关法律文书并及时答复控告人、申诉人。若经调查核实认为公安机关不立案决定不正确的，制发《要求说明不立案理由通知书》并要求公安机关在收到通知后七日以内作出书面说明，理由不成立则经检察长或检察委员会讨论决定，书面通知公安机关立案。监督撤案的流程与监督立案流程基本一致，在此不再赘述。需要指出的是，课题组在调研过程中发现地方检察机关能够依据上述规定开展刑事立案监督工作，但其内部接收主

1 参加赵亚杰：《论我国行政层级监督的现实困境与路径选择》，载《行政与法》2012 年第 5 期，第 5 页。

2 课题组曾对 J 省 T 市、X 市、S 市公安机关的法制部门调研发现，公安机关作出不予立案的决定后，控告人对该决定不服申请复议复核的，每年大约 10 件左右。

3 课题组在确定调研对象时了解到：为进一步明确监督重点、规范监督程序、健全监督机制，J 省检察院和省公安厅联合制定了《立案监督和侦查活动监督相关问题解答》（本文简称《31 条》），该解答针对本省检察机关刑事立案监督工作中遇到的部分问题予以解答，对本省检察机关刑事立案监督工作的开展作出指导。

体方面存在一定差异。如，J 省 P 县检察院由其控申部门负责受理申诉与控告接收相关材料，经其初步审查后交由负责捕诉部门进一步调查核实。而 J 省 T 市检察院，检察官在办案过程中发现立案监督线索后先汇报给侦协办，由侦协办就立案监督情况与公安机关的法制部门进行统一对接。

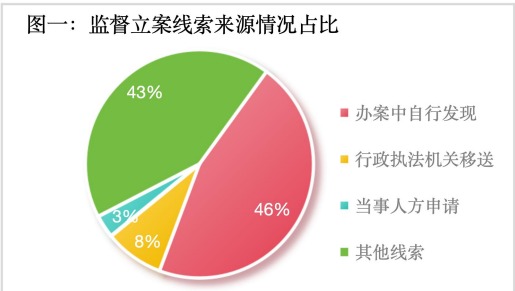
3.检察机关立案监督效果整体较好且监督线索多元化

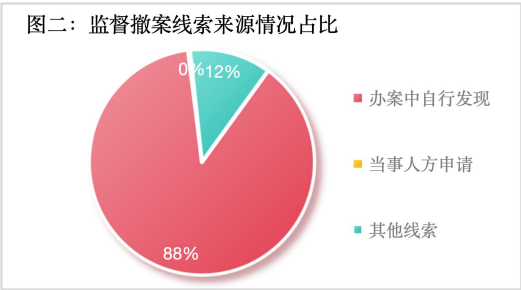
检察机关对公安机关进行刑事立案监督主要是监督立案与监督撤案两种，2024 年 1-3 月 J 省检察机关共监督受理监督立案 228 件，其中，公安机关主动立案与被通知立案案件数共有 151 件；受理监督撤案 308 件，公安机关主动撤案和被执行通知撤案 242 件，监督撤案案件数要偏多些，但监督立案与监督撤案率整体上较高，可反映出检察机关立案监督效果较好。

监督立案		监督撤案	
受理监督立案案件数	228	受理监督撤案案件数	308
要求公安机关说明不立案理由的案件数	167	要求公安机关说明立案理由的案件数	281
公安机关主动立案案件数/人数	142 件/155 人	公安机关主动撤案案件数/人数	223 件/279 人
检察机关通知公安机关立案案件数/人数	9 件/11 人	公安机关执行通知撤案案件数/人数	19 件/21 人
监督立案率	62.72%	监督撤案率	78.57%

表 2 2024 年 1-3 月 J 省检察机关监督立案与监督撤案情况

此外，司法解释中规定了检察机关刑事立案监督的线索来源主要是办案中自行发现的，当事人控告、申诉的和行政执法机关移送的方面，《31 条》的具体规定又对此进行了扩大至八个方面[1]，值得肯定。但课题组在对 J 省 Z 区检察机关调研中发现这八个方面线索来源适用比例差距较大（见图一、图二），实践中对于人民检察院通过行刑双向衔接和行政违法行为监督工作发现的、通过网络媒体报道发现的、参与社会综合治理活动中发现的等线索来源并没有提供，而检察人员在办案或者开展诉讼监督活动中自行发现的占比最大，第二大来源就是其他线索。经了解，其他线索来源主要包括在公安机关听取检察机关意见的提前介入阶段、专项活动中、法律政策调整后引起的法律适用变化需要等情况。课题组原本认为被害人及其法定代理人、近亲属申请立案监督的占比较高，但实际运行中并非如此。





4.检察机关

1 《31 条》第 1 条：（1）被害人及其法定代理人、近亲属认为公安机关对其控告的案件应当立案侦查而不立案侦查，向人民检察院提出的；（2）行政执法机关认为公安机关对其移送的案件应当立案侦查而不立案侦查，向人民检察院提出的；（3）人民检察院办案或者开展诉讼监督活动中发现的；（4）人民检察院通过行刑双向衔接和行政违法行为监督工作发现的；（5）通过网络媒体报道发现的；（6）参与社会综合治理活动中发现的；（7）上级交办、督办、关注或人大代表、政协委员等转办的；（8）通过其他途径发现的。

刑事立案监督业务类别多样，但多为涉众案件

检察机关对公安机关受理的刑事案件类别并没有限制。课题组通过调研发现，2024 年 1-3 月 J 省检察机关监督立案和监督撤案的业务类别中均包括普通犯罪案件、重大犯罪案件、经济犯罪案件和涉未成年人犯罪案件，且普通犯罪案件立案监督数量是最多的。而且，在普通犯罪案件中，立案监督案件又偏重于涉众案件，如帮信罪、组织卖淫罪、开设赌场罪、电信网络犯罪等，其主要原因在于，检察机关与公安机关在以事立案还是以人立案上认知分歧较大。目前，根据《31 条》的相关规定，检察机关只有在办案过程中发现被移送的嫌疑人以外的人涉嫌侦查以外的罪名，才可以进行立案监督。如果是发现被移送的嫌疑人涉嫌其他罪名，只能通过追加的程序而不能单独成案，对此，认识差异趋于统一且实践操作方面也有据可循。

监督立案业务类别		监督撤案业务类别	
普通犯罪案件数	104	普通犯罪案件数	177
重大犯罪案件数	12	重大犯罪案件数	8
经济犯罪案件数	28	经济犯罪案件数	51
涉未成年人犯罪案件数	7	涉未成年人犯罪案件数	6

表 3 2024 年 1-3 月 J 省检察机关监督立案与监督撤案的业务类别情况

三、刑事立案内部监督制约制度的问题面向

刑事立案内部监督制约制度，既是国家专门机关通过程序对立案活动的自我纠错，也是检察机关法律监督职权在追诉过程中的首要体现，对解决刑事司法实践中人民群众“告状难”、公安机关应立不立或不立而立的问题有着重要的作用。自 1996 年我国《刑事诉讼法》首次以规范形式规定了检察机关的立案监督权以来，我国刑事立案内部监督制约制度一步步细化，在实践中整体运行平稳，但总体上享有立案权的机关在其内部“自我监督”方面执行力不强，“检察监督”在调研中发现的问题较集中，需要引起高度重视。

第一，检察机关受理立案监督后调查核实权展开度有限。司法解释中规定了检察机关受理立案监督案件后享有一定的调查核实权，如询问办案人员和有关当事人，查阅、复制公安机关受、立、破案登记表等方式展开调查核实立案监督线索的工作。然而，调查核实权实践展开度存在不足，一方面，检察机关如何行使调查核实权缺乏具体的操作规定，比如需要开具何种文书，是否等同适用于对自侦案件的调查核实权，以及调查核实的法律文书范围有哪些等都没有确切的规定。另一方面，检察机关在调取相关案卷、证据材料时，确实存在公安机关不予配合的情况。比如公安机关担心调查核实后往往会涉及对其的负面评价，便在检察机关调查核实过程中存在一定的“抵触情绪”，即怠于提供材料或提供不完整的材料；再如对于控告申诉来源的案件，因为控告主体材料往往不够全面，检察机关会进一步听取控告申诉人意见，从而要求公安机关出具涉案材料或者查询相关事项，但公安移送材料是否全面，检察人员无法作严格要求。因此，检察机关受理立案监督后调查核实权较大程度上受制于公安机关配合程度，检察机关在制约公安机关提供立案与否材料方面缺少有效措施。

第二，刑事立案监督案件线索“名多实少”且来源质量不高。尽管司法解释中规定了检察机关刑事立案监督线索来源的三个方面，但实践操作中线索来源质量并不高。课题组调研发现，对于被害人及其法定代理人、近亲属向人民检察院提出线索来源的，J 省 S 市检察机关平均每年不超过 50 个，经过初步筛查由控申部门转到捕诉部门后符合立案监督条件的基本上没有。对于行政执法机关主动向人民检察院提出立案监督的实践中案件数量也相当少，再加之两法衔接平台实践运行效果不佳、部分行政执法机关不配合，检察机关并没有有效路径发现立案监督线索进行监督。因此，不管是司法解释中规定的三个方面线索来源途径，还是 J 省检察机关《31 条》扩大至的八个方面线索来源途径，实践中发挥效能的主要集中在检察机关自行发现线索来源而展开立案监督，而涉案当事人方申请监督数量确有但质量不高，检察机关对行政执法机关方面线索发现也“难而又难”。

第三，刑事立案监督略显虚假监督和配合监督的现象。课题组在与某些检察机关座谈中发现，有些检察机关出现了虚假立案监督和配合监督的现象。虚假监督在司法实践中多表现为检察机关对公安机关已经撤案的案件再监督撤案，检察机关监督立案后又监督撤案，公安机关立案同日监督立案，无公安机关撤案文书，对已经立案的犯罪嫌疑人的其他犯罪事实监督立案等现象。而配合监督最为典型的就是“三同日”情况，即立案监督案件受案当日向公安机关制发《要求说明立案理由通知书》，公安机关于当日对案件撤销。据了解，检察机关虚假监督和配合监督的主要原因是为了满足绩效考核的要求，个别检察机关为了达到考核的要求而与公安机关提前联系，公安机关便会很“配合”地移送即将立案或撤案所需的材料，然后由检察机关向公安机关制发《要求说明立案理由通知书》或者《要求说明不立案理由通知书》，公安机关立即作出说明，并撤销案件或者立案处理。

第四，刑事案件信息共享平台“形同虚设”。2010 年《关于刑事立案监督有关问题的规定》第 3 条中明确规定了公安机关与人民检察院应当建立刑事案件信息通报制度，定期相互通报刑事发案、报案、立案、破案和刑事立案监督、侦查活动监督、批捕、起诉等情况，重大案件随时通报。有条件的地方，应当建立刑事案件信息共享平台。然而，课题组经调研发现，J 省 S 市、T 市等地方公安部门的信息平台并没有对检察机关开放且久拖未决，T 市、P 县等公安机关刑事案件数量较大，至今也没有建立刑事案件信息共享平台。据了解，主要是因为刑事案件案件量大、公安机关对信息共享不太积极等，这使得检察机关没有有效的途径获得立案监督的线索，“无线索则无监督”，从而一定程度上也阻碍了检察机关立案监督的热情。当然，也有些检察官对数据共享持保守态度，一方面是因为若信息共享数据会不可避免要触及公民个人隐私，而因此带来一定的办案风险，对安全性比较担忧。另一方面，检察机关办理立案监督的人员有限，若公安机关开放数据共享平台，立案监督范围会扩大很多，以目前检察机关人员配置情况很难完成相应的工作。

第五，刑事立案监督考核指标设计不够合理。在我国刑事诉讼制度中，国家专门机关的绩效考核历来是管理机关推进各项工作以及加强队伍建设的重要手段。[1]可以说，刑事立案监督考核指标是国家专门机关对本系统机关和个人处理立案监督案件情况进行量化评估的手段，该手段着实在提高办案质量、提升办案积极性、分享办案经验、职级晋升等方面具有积极意义。然而，实践刑事立案监督考核指标设计并不是很科学合理，从而导致办案的检察人员心理“负担过重”，不乏抱怨或抵触情绪的产生。课题组调研 J 省 T 市、S 市检察机关过程中了解到，刑事立案监督考核指标在近四年变化较大，负责立案监督的检察人员对此变化评价不一。具体来说，2020 年—2022 年 J 省检察机关设置立案监督的考核标准为绝对值，即检察机关不区分大小院，只看监督立案和监督撤案的案件数量。到 2023 年，J 省检察机关引入监督比概念，将立案监督的考核指标设置为监督比的达标值，比如设置监督比的达标值为 1.5%，那么，地方检察机关的立案监督案件数量只需符合达标值即可。而到 2024 年，J 省检察机关对立案监督的考核指标仍确定为监督比，该监督比设置为浮动的平均值，若存在监督立案十年以上的案件则额外加分。刑事立案监督考核指标具有双向评价性，公安机关的考核指标也包括被立案监督的项目，考核指标的完成情况也会影响公安人员本人的评先评优、整个业务部门乃至机关的争先创优。因此，目前刑事立案监督考核指标的设计无形中会加强检察机关与公安机关之间的配合，虚假监督、配合监督的现象也就不难理解了。

四、刑事立案内部监督制约制度的正当性证成

刑事立案内部监督制约是在我国本土司法实践经验上构建起的具有中国特色的法律监督制度，其承载着坚持以人民为中心、中国特色社会主义法治体系的重要组成、权力制衡理论的实践方案、人权司法保障和法律监督原则的有效践行等多方要义，正当且有必要。

第一，刑事立案内部监督制约制度的设计初衷符合坚持以人民为中心的根本目的。习近平总书记指出:“要坚持以人民为中心。……要把体现人民利益、反映人民愿望、维护人民权益、增进人民福祉落实到全面依法治国各领域全过程。推进全面依法治国，根本目的是依法保障人民权益。要积极回应人民群众新要求新期待，系统研究谋划和解决法治领域人民群众反映强烈的突出问题”，刑事立案内部监督制约制度则是坚持以人民为中心的根本立场在刑事司法领域的首要体现。一方面，刑

1 参见龙宗智:《试论建立健全司法绩效考核制度》，载《政法论坛》2018 年第 4 期，第 3 页。

事立案内部监督制约制度能够切实保障人民的合法权益。立案是启动刑事追诉的按钮，因为立案的结果直接关系到涉案当事人的切身诉求或利益，而保障人民合法权益的首要要义是要避免涉案当事人被“应立不立”或“不立而立”情形的发生。另一方面，刑事立案内部监督制约制度是人民群众期望美好生活法治层面的积极回应。习近平总书记强调，坚持以人民为中心，就要“顺应人民群众对美好生活的向往，不断实现好、维护好、发展好最广大人民根本利益，做到发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享”[1]，刑事立案监督制约制度具有纠正错误立案或不立案的功能，能够对刑事追诉的首要环节“把好监督关”，维护社会公平正义，从而增强人民群众对生活的安全感与幸福感。

第二，刑事立案内部监督制约制度是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分。法治是大多数国家共同治国理政的方式，但其具体模式确因各国经济、政治、历史、文化等因素的差异而不同。我国刑事立案内部监督制约制度是在借鉴苏联“刑事案件提起程序”的前提下确立了我国刑事立案制度的基础上逐渐生成并发展完善的，是具有中国特色社会主义法律制度的重要组成部分。进一步而言，自改革开放以来，我们党汲取刑事立案制度法治建设过程中的经验与教训，不断强化监督意识、完善法律规定，以推进刑事立案程序的规范化、制度化和法治化，这一过程既是对中国特色社会主义法治建设经验的深刻总结，也是对中国特色社会主义法治建设规律的深刻认识。具体来说，刑事案件的启动应当有严格的审查条件和健全的监督体系，我国目前刑事立案“自我监督”“检察监督”的方式可以说是司法权自我约束、自我完善的制度保障，更是坚定地相信该制度能够切实保障公民的合法权益与维护司法公正的重要体现。

第三，刑事立案内部监督制约制度是对权力制衡理论的实践方案。权力的本性在于扩张，“强大的国家刑事司法权如果不加限制，必将严重侵蚀涉讼公民的基本人权”[2]，从而权力必然且必须受到监督制约。刑事立案内部监督制约制度具有程序上的救济性、人权上的保障性、效力上的强制性和依据上的双重性四个方面特征[3]，也就是说，如果刑事立案环节缺乏制约监督，那么很容易滋生刑事立案主体滥用权力的欲望，案件也就不能够被公平地置于刑事追诉过程中，呈现出随意立案或怠于立案的司法异象。因此，刑事立案内部监督制约制度的运行能够在刑事追诉之首便对公权力的实施展开约束，最大限度地减少权力出轨、个人寻租的机会，使得有罪的人不再“逃之夭夭”，无罪的人不再“负屈含冤”，正如有学者所言：“对公民权利威胁最大的是国家权力的滥用，因而限制和保证国家权力的正确行使，就成为保障人权的最有力措施，而诉讼监督是对诉讼中国家权力的监督和制约，它必然有助于保证司法权的正确行使，从而实现对人权的有效保护”[4]。分权制衡是现代法治社会通行的一套制约机制，“在权力主体分立和职能划分的基础上，给予每个权力主体以相应的一定权力，对其他部门行使一定的直接监控和制约；在实践上，就是授权一个权力主体在其他主体行使职能的过程中或之后具有必要的参与、监督和矫正作用”[5]我国刑事诉讼法中“分工负责、互相配合、互相制约”原则同样体现着分权制衡理论的精神实质。就刑事立案内部监督制约制度而言，只有将立案权被其有效地予以监督或制约，才能够保障国家立案权被合法、合理地适用。具体来说，“自我监督”的方式体现了“分工负责、互相配合、互相制约”原则中分工负责的内容，也就是公安、检察以及法院在法律规定的职权范围内享有立案权，同时并赋予各方对此进行内部监督的权力，而“检察监督”的方式也充分反映了检察机关对公安机关立案权限的制约，以寻求权力之间的相互制约与平衡。

第四，刑事立案内部监督制约制度是加强人权司法的有效保障。党的十八届三中全会首次提出了“完善人权司法保障制度”的改革目标，党的十八届四中全会确立的以审判为中心刑事诉讼制度司法改革的各项措施逐步深化人权司法保障，二十届三中全会审议通过《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》中又再次指出：“坚持正确人权观，加强人权执法司法保障”。我国刑事诉讼各诉讼环节与制度的运行秉承了“惩罚犯罪与保障人权”并重的理念，但因刑事立案主体

1 中共中央党史和文献研究院编：《十八大以来重要文献选编》（下），中央文献出版社 2018 年版，第 168 页。

2 参见谢佑平、万毅：《刑事诉讼法原则：程序正义的基石》，法律出版社 2002 年版，第 409 页。

3 参见徐艳霞：《刑事立案监督的人权保障功能展开》，载《河北公安警察职业学院学报》2017 年第 1 期，第 46 页。

4 张智辉：《论程序公正与诉讼监督》，载《河南社会科学》2010 年第 6 期，第 3 页。

5 菅从进：《权利制约权力论》，山东人民出版社 2020 年版，第 437 页。

享有立案与否的单方决定权，且涉案当事人无法实质性地参与到立案审查过程中，从而实践中在立案环节所显示出对涉案当事人人权保障的效果并不是十分明显，“而诉讼监督是对诉讼中国家权力的监督和制约，它必然有助于保障司法权的正确行使，从而实现对人权的有效保护”[1]。因此，刑事立案内部监督制约制度合法、有效地展开，不仅能够将应当予以刑事追究者依法追责，而且能够使得不应当予以刑事追究者免受国家权力的侵害，该制度恰恰通过监督与制约的各项举措能够平衡好立案权的适用、衔接好与侦查权的关系、保障好涉案当事人的合法权益，正是尊重与保障人权的内在价值的体现，更是刑事立案环节加强人权司法保障的关键所在。

第五，刑事立案内部监督制约制度是法律监督原则刑事司法践行的首要体现。法律监督是新中国检察制度在“检察监督”的基础上创造与发展的宪法层面概念，也是检察机关重要的职责。而法律监督原则是我国《刑事诉讼法》所确立的基本原则之一，在其确立之初的法理根基在于维护或保障社会主义国家法制的统一性，主要原因在于检察机关具有法治属性及平衡与协调刑事法律运行过程的功能，进而对刑事诉讼的全方位、全过程享有法定的监督职责。刑事立案内部监督制约制度最主要的监督方式是检察监督，由于目前我国检警关系并非一体化的模式，检察机关不会介入公安机关立案审查过程，更不会对其发号指令。毫无疑问，为了满足国家法治化的需要与实现权力制衡的目的，检察机关法律监督职责是非常必要的且监督得越早越好。事实上，我国检察机关最早实施法律监督职责主要是事后通过公安机关立案或不立案的决定展开的，其目的是实现对公安机关违法立案或不立案活动的控制与矫正，最终保障刑事法律在现实生活中的被统一地、正确地贯彻实施。进而言之，在新时代“四大检察”格局形成的背景下，刑事立案监督内部制约制度能够有效地在刑事追诉的源头彰显法律监督原则的时代内涵与价值，也将“在办案中监督，在监督中办案”的理念真正地融入法律监督原则中，实现“做优刑事检察”的改革目标下检察机关与公安机关双方的合作与良性互动。

五、刑事立案内部监督制约制度的优化路径

“任何公正有效的制度都离不开监督与制约”，刑事立案内部监督制约制度也是如此。全面强化新时代法律监督，维护社会公平正义，从我国的司法实践出发，完善我国刑事立案内部监督制约制度亟需解决下面问题。

（一）首当其冲：坚持刑事立案内部监督制约制度运行的两项原则

1.强化“自我监督”依法适用原则。“自我监督”依法适用原则，要求审判机关、检察机关和公安机关在各自立案管辖的范围内对案件进行依法监督的准则，事实上我国现有的法律规定中已明确“自我监督”的相关内容且也在适用，但实践中执行效果并不佳。我国的审判机关上下级之间是监督关系，检察机关和公安机关上下级之间是领导关系，而“上级国家机关对下级国家机关的领导关系或者审级关系对刑事立案的决定权具有天然的监督性质”[2]，因此，“自我监督”依法适用原则是审判机关、检察机关和公安机关系统内部层级性监督的体现。进而言之，审判机关、检察机关和公安机关系统内部“自我监督”方式，不论是通过复议复核程序进行，还是通过上诉程序展开，都更加容易发现本机关立案程序中存在的各种问题，也更方便进行调查核实，这也是分工负责原则在立案监督层面的正向表达。但是，“自我监督”的方式确实也存在滥用职权、“护犊子”的潜在风险，因此，笔者建议要强化“自我监督”依法适用，进一步对审判机关、检察机关和公安机关系统内部立案监督的要求、程式、法律文书等方面内容通过司法解释予以明确。此外，“自我监督”适用对象方面还可以扩大至提供线索来源且能够确定身份的报案人、举报人等，不仅要将立案结果予以告知，也要赋予其申请立案监督的权利。

2.明确同步“检察监督”的原则。目前“检察监督”方式主要是一种事后监督的方式，也就是检察机关在公安机关作出立案或不立案决定后所进行的监督。这种事后的“检察监督”整体来说比较被动，缺乏检察机关介入立案监督的主动性和监督过程的同步性。因此，为了进一步提升立案监督的质效，笔者认为应当坚持同步“检察监督”原则，即检察机关将事后结果监督转变为同步过程监督，要求检

---

1 张智辉：《论程序公正与诉讼监督》，载《河南社会科学》2010 年第 6 期，第 3 页。

2 卞建林、陈卫东：《新刑事诉讼法实制出版社 2017 年版，第 241 页。

察机关在公安机关立案受理环节就可以介入，有权对公安机关立案审查过程及结果进行监督。当然，同步“检察监督”原则的贯彻要依赖于检察机关对刑事立案情况的知情，正如有学者所言：“只有赋予检察机关对刑事立案情况的知情权，增加侦查机关刑事立案程序的透明度，才能从制度上将检察机关对刑事立案活动的监督前置化，使检察机关事前就了解到相关立案各环节的情况……使刑事立案监督工作从被动监督走向主动监督，从事后监督走向同步监督，从结果式监督走向过程性监督，从源头上确保刑事立案侦查权的正确启动。”[1]。需要指出的是：检察机关在立案监督过程中“知情”也要把握一定的度，坚决遵循“‘参与不干预、引导不主导、监督不失职、配合不越位’的工作原则”[2]。

（二）守正创新：完善刑事立案内部监督制约的具体举措

第一，规范立案监督调查核实权的适用，赋予惩处权。刑事立案监督过程中，既要规范检察机关调查核实权的行使，也要赋予检察机关享有立案监督惩处权，以保障刑事立案内部监督制约制度规范有效运行。具体来说，一方面，2019 年《规则》第 551 条第二款检察机关在立案监督中享有调查核实的权力，该权力是检察机关行使“检察监督”的重要保障，“只有经过调查核实，才能取得被监督行为的违法证据，使检察机关作出的监督决定有据可查、有据可依”[3]。目前，检察机关调查核实的方式由 2012《规则》的八种扩大至十种，有利于检察机关展开立案监督工作。然而，检察机关调查核实权也很有可能被滥用、造成侵犯被调查人合法权益现象，因此，笔者建议检察机关使用十种调查核实方式时要严格规范，决不能限制被调查人的人身权、财产权；对“其他调查核实方式”的适用要经批准，即办案检察官需要经本院检察长批准后方可采用。另一方面，现有法律规定检察有权对公安机关立案监督意见的执行情况进行监督，也有权对拒不执行的公安机关签发纠正违法通知书，然而这种这方强制力不足、约束力也十分有限。实际上，“检察监督”确立以来，公安机关在执行立案监督结果方面存有“懈怠情绪”，也有不予执行的现象，检察机关提出书面纠正意见并未被公安机关全部接受的现象一直存在，其原因与检察机关缺少对公安机关执行立案监督意见的强制性措施不无关系。质言之，没有力度强的制裁措施，刑事立案监督是不完整的，监督效果也是不明显的。因此，笔者建议将赋予检察机关立案监督的惩戒权，对拒不执行立案监督意见的，签发纠正违法通知书予以督促；若再不予以执行，检察机关有权向办案人员所属单位报告并给予一定处分，以强化立案监督的质效。

第二，拓展立案监督线索来源，建立公安机关终局处理备案制度。“巧妇难为无米之炊”，实践中影响检察机关刑事立案监督质效的主要因素是线索来源太有限，检察机关无法共享刑事案件信息，立案监督线索的获得主要方式是自行发现，若办案卷宗材料有关信息未能随案移送，立案监督在线索来源有限基础上又会再次减少。课题组调研中，一位资深公安人员表示：“公安机关如果能将其自行撤案处理的案件交由检察机关备案，这就能对检察机关立案监督提供一定的线索。”对此，检察人员也非常认同，表示这将实质性地拓展了检察机关立案监督的线索来源。因此，结合调研情况，笔者认为备案制度的口子可以再开大一些，建议将公安机关有刑事处理、行政处理、撤案处理的三个层次终局性处理的案件都交由检察机关备案，建立一种常态化的公安机关终局处理备案制度，使得检察机关能够获取更多的线索来源，这样，不仅能够提升检察机关刑事立案监督的效果，而且能够为公安机关办案人员提供立案审查的办案指导。

第三，合理设计考核指标，摒弃唯数量论。从 J 省检察机关考核指标 2020-2024 年的变化情况可以看出，实务部门无论是以绝对值考量还是以达标值、平均值考量都是建立在立案监督案件数量的基础上进行的考核，若符合上述指标的应加分，不符合指标的再扣分。然而，这种唯数量论的考核指标一方面没有充分考虑检察机关平时的业务量，另一方面也会使得无立案监督线索来源检察机关被迫采取“旁道”来完成考核。因此，笔者认为刑事立案监督考核指标应当采用立案监督案件数量与案件质量相结合的双重标准，并适当降低数量标准所占考核的比重，改变原本传统考核模式下仅仅凭借立案监督数量就获得高分的导向。进一步而言，刑事立案监督指标应注重监督效果，正如有

1 董坤、马建华：《论立案监督模式的转型》，载安徽大学学报（哲学社会科学版）2014 年第 3 期，第 123 页。

2 万毅：《刑事立案同步监督机制的构建》，载《人民检察》2017 年第 24 期，第 11 页。

3 童建明，万春 ：《<人民检察院刑事诉讼规则>理解与适用》,中国检察出版社 2020 年版，第 376 页。

的学者所言：在立案监督业务考评中，在质量的基础之上再谈数量[1]，也就是说将刑事立案监督考核指标从监督立案率、监督撤案率等转向立案监督后的逮捕率、起诉率、判刑率以及控告申诉人的满意度等方面，合理设计考核指标，才能够有效防范为了达到考核指标而“滥竽充数”现象。刑事立案监督考核指标是对立案监督情况的事后评价，应通过合理的考核指标保证刑事立案的动态化监督。

第四，监督延伸，完善刑事立案监督跟踪机制。“立而不侦”，是实践中很常见的一种司法“怪象”，不仅包括公安机关立案后“搁置”侦查，也包括被检察机关监督立案后不积极侦查。“立而不侦”很难被单独看作为立案问题，也很难被简单评价为侦查问题，有的学者也指出，想要改善当前立案监督后审查逮捕与审查起诉率低的问题，就要考虑将侦查权控制纳入立案监督的命题[2]。质言之，唯有将已立案件的后续侦查情况与立案监督问题看成一个统一的整体，方能真正有效抑制公安机关侦查权的过度膨胀，使得立案监督具有完整性以及实体意义上的终局性，因此，刑事立案监督跟踪机制的完善确有必要。笔者建议检察机关立案监督权应在时空上向后延伸，刑事案件立案后，检察机关既要对公安机关办案进展情况进行追踪，定期要求公安机关说明办案情况，又要加强检察机关对公安机关调查取证的指导作用，要及时发现、及时处理公安机关对已立案件故意不侦或懈怠侦查的情况，将立案监督落到实处。完善刑事立案监督跟踪机制，严防立案监督案件再次流失，确保刑事立案监督工作的完整性、实质性。

第五，数字司法，加快完善刑事案件信息共享机制。人工智能高速发展、普及适用的今天，大数据也为刑事立案监督的展开提供了信息支撑。尽管目前刑事案件共享机制因种种原因运作不佳，也没有发挥其应有的功用，但是我们的检察人员、公安人员对刑事案件信息需要共享的事实不能回避，完善刑事案件信息共享机制势在必行。依托刑事案件信息共享平台，有利于检察机关加强与公安机关的沟通联系，及时地掌握刑事案件的办案情况，时时了解公安机关刑事立案的动态信息，将原来的静态的、事后立案监督真正转变为动态的、同步立案监督。检察机关通过刑事案件信息共享能够发现大量的立案监督线索，借助技术手段将公安机关内部各类案事件信息加以整合并进行统筹管理，通过信息系统整合刑事立案监督办案、结案流程信息，提升刑事立案监督的智能化水平。然而，针对实践中检察人员、公安人员在刑事案件信息共享所担忧的问题，笔者建议，刑事案件信息共享平台上，公安机关可以事先将涉案当事人的姓名、住址、年龄、身份证号码等隐去，防止侵犯个人隐私；检察机关可以安排专人负责刑事案件信息共享平台，并对其工作权限、工作内容、违规责任等方面内容作出明确的要求，以保证刑事案件信息共享平台规范、安全地运行。

---

1 参加孙琴、邓勇：《刑事立案监督的困境及破解路径》，载《中国刑事法杂志》2013 年第 5 期，第 103-107 页。

2 参加雷鑫洪：《刑事立案监督实证研究》，载《国家检察官学院学报》2016 年第 6 期，第 62-77 页，第 170-171 页。

论检察机动侦查的独立性与从属性——以《刑事诉讼法》第四次修改为视角

李勇*

摘 要：刑事诉讼法即将迎来的“大修”应当对机动侦查作出制度调整。对机动侦查的认识应当跳出传统观点“权力中心主义”的窠臼，不应将机动侦查狭隘地理解为“扩权”，应回归侦查原理论，理性看待机动侦查与法律监督之间的独立性与从属性，按照独立性与从属性合理设定机动侦查的实体范围与程序条件。机动侦查是完整意义上的侦查程序，具有独立的价值和功能，由谁实施机动侦查是一个是否有利于公正、有效追诉犯罪的政策考量，并不完全依附于检察机关的法律监督职能；同时，检察制度天然具有控制警察滥用权力的特质，机动侦查程序蕴含了对警察的监督色彩，对检察机关法律监督职能具有一定的从属性。机动侦查的实体范围设置既要立足于独立性适度扩展而涵盖回避、管辖竞合、高度专业性等案件，也要立足于从属性而涵盖警察积极滥用权力和消极滥用权力两大类案件，“重大犯罪案件”“国家机关工作人员”等用语在立法上均有值得完善之处。机动侦查的程序条件设置，要考虑机动侦查基于独立性而具有容易侵害当事人权益的惯性，设置严格的横向强制措施审批制度；同时也要考虑机动侦查基于从属性而具有谦抑性特点，设置适度的纵向立案审批制度。

关键词：机动侦查 检察侦查 独立性 从属性

一、引言

监察体制改革及检察机关“反贪”“反渎”（以下简称“两反”）转隶之后，检察机关的侦查职能发生重大变革，激活检察机关的机动侦查成为热点话题。根据现行法律规定，检察侦查包括直接侦查、自行补充侦查和机动侦查。直接侦查是针对刑讯逼供、徇私枉法等 14 种罪名的侦查，由于其具有特定而明确的范围，几乎没有争议，这是当前检察侦查的“主力军”；自行补充侦查是对已经进入检察机关审查逮捕、审查起诉环节的案件进行补充证据的活动，是公诉权和逮捕权的自然延伸，并非完整意义上的侦查程序；机动侦查是指本来应当由公安机关侦查的案件，因某种情形转由检察机关进行侦查，相对于公安机关侦查活动的常规性和常态化而言，检察机关的这种侦查活动具有例外性和机动性，被称为机动侦查。机动侦查在理论和实践中均存在诸多困境和难题。机动侦查在立法上有一个从宽泛到限缩的变迁过程。1979 年《刑事诉讼法》规定了最宽外延的机动侦查，根据 1979 年《刑事诉讼法》第 13 条第 2 款对机动侦查的对象、犯罪主体、案件类型以及程序没有作出限制，只要人民检察院认为需要自己直接受理，就可以由人民检察院立案侦查。1996 年《刑事诉讼法》第 18 条第 2 款对犯罪主体、类型和程序进行了限缩，犯罪主体限定为国家机关工作人员，案件类型限定为利用职权实施的其他重大的犯罪案件，程序上设置为经省级以上人民检察院决定。2012 年《刑事诉讼法》沿袭了 1996 年《刑事诉讼法》关于机动侦查的规定。2018 年《刑事诉讼法》在 1996 年《刑事诉讼法》的基础上，将案件类型进一步限定为“公安机关管辖的”国家机关工作人员利用职权实施的重大犯罪案件。与立法上动态变迁的活跃状态相比，实践中，机动侦查几乎一直处于稳定的“沉睡”“休眠”状态。[1]在“两反”转隶之前特别是在 1996 年《刑事诉讼法》之前，机动侦查的范围广泛、程序宽松，机动侦查被视为“两反”案件的附庸，检察机关无暇顾及、也无意顾及；“两反”转隶之后，被作为法律监督的附庸，依然被边缘化。根据笔者掌握的情况，2018 年至 2022 年全国检察机关机动侦查办理的案件平均每年不足 10 件，个别年份甚至只有 1 至 2 件。2023 年之后，检察机关重新重视机动侦查，办理的案件数量有所上升，但总体数量依然偏低。检察机动侦查这种“休眠状态”产生的根本原因在于性质定位不清。传统观点将机动侦查作为一种权力，以“权力中心主义”的宪法行政法学或政治学的视角观察检警关系及其权力分配，要么将机动侦查作为法律监督权的附庸，要么将其视为检察“扩权”，不利于机动侦查的激活。机动侦查对于保障司法公正，提供符合人民需求的“检

* 李勇，男，1979 年出生，法学博士(师从刘艳红教授)，南京市人民检法律政策研究室主任。湘潭大学兼职教授、博士生导师。

[1] 参见董邦俊、吕文心：《监察体制改革背景下检察机关侦查权研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 125 页；刘为军、漆晨航：《机动侦查权的解读与实化：回归权力本位的研究思路》，《甘肃政法大学学报》2022 年第 2 期，第 90 页。

察公共品”，[1]实现“让人民群众在每一起司法案件中感受到公平正义”具有重要意义，应当跳出“权力中心主义”的窠臼，回归刑事法教义学，以侦查原理论（主要包括侦查构造论、侦查目的论和侦查原则论等）为基础，引入刑法学中的从属性、独立性概念，重新定位机动侦查的性质，在即将进行第四次修改的刑事诉讼法立法中进行重新调整。

二、机动侦查的独立性与从属性

（一）传统“权力中心主义”观点下的机动侦查性质

性质定位是机动侦查程序运行的前提，只有在理论上厘清机动侦查的性质定位，才能解决机动侦查启动的范围和条件问题。传统观点从权力角度讨论机动侦查，主要从宪法行政法学或政治学的视角，将机动侦查作为一种权力，并将机动侦查处于“休眠状态”的现象归因于立法对该项权力设置了严格的范围和条件限制和侦查资源不足等。[2]这种观点并没有触及根本。1996 年《刑事诉讼法》对机动侦查几乎没有限制的情况下，机动侦查也处于“休眠状态”，这说明不仅仅是立法限制的原因；“两反”转隶之前，检察机关拥有丰富的侦查资源，机动侦查依然处于“休眠状态”，这说明也不是侦查资源的原因。机动侦查长期处于“休眠状态”的本质原因在于其性质定位的错位，导致检察机关理念偏差。传统观点将机动侦查作为一种权力，并视其为检察机关履行法律监督职责的一项工具和手段，[3]机动侦查被视为权力，并且是作为法律监督权的“子权力”，从属并服务于法律监督权，甚至具体化为立案监督的一种具体方式。[4]有学者将机动侦查定义为检察机关在履行法律监督职能的过程中自由裁量决定立案侦查的权力。[5]这种传统观点在“两反”转隶之后，反而得到进一步强化，有观点认为“两反”转隶之后，机动侦查权更加体现了监督属性。[6]甚至还有观点主张检察机关的所有侦查权都应限制在法律监督范围内进行全面“机动化”，这样才能让检察机关法律监督更加“纯粹”。[7]

这种“权力中心主义”传统观点的缺陷明显。以“权力中心主义”为视角讨论机动侦查，试图追问机动侦查的“所有权”归属，把机动侦查程序当作“侦查权”归属于何种机关来理解，必然产生何者拥有侦查权的争论。这种观点“仍停滞在以民法所有权的观念滥用在刑事诉讼程序上的理解者，即若将刑事诉讼侦查行为仍旧理解成为一种权力（Macht）的话，则当然会有侦查主体归属的问题。”事实上，无论是一般侦查还是机动侦查，都是刑事诉讼程序，“侦查行为并不是一种拥有权力的行为，而是一种依照法律规定的程序”。[8]“权力中心主义”的视角，必然会陷入机动侦查是司法权还是行政权、侦查作为一种权力如何配置的窠臼，难免将机动侦查问题演变成“争权”“扩权”问题，难以得出令人满意的结论。将机动侦查作为法律监督的工具性权力，所表达的逻辑是，机动侦查权是法律监督的“后盾”

---

[1] 参见徐汉明、孙逸啸：《新时代人民检察事业创新发展的基本遵循——学习习近平同志关于检察改革和检察工作系列观点的体会》，载《法学评论》2019 年第 5 期，第 10 页。

[2] 参见董坤：《检察机关机动侦查权研究——从 2018 年修改的《刑事诉讼法》第十九条第 2 款切入》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2019 年第 1 期，第 127-128 页。

[3] 参见张智辉：《检察侦查权的回顾、反思与重构》，载《国家检察官学院学报》2018 年第 3 期，第 46 页；卞建林：《检察机关侦查权的部分保留及其规范运行———以国家监察体制改革与<刑事诉讼法>修改为背景》，载《现代法学》2020 年第 2 期，第 174-175 页；叶青、秦新承：《论检察侦查权的法律监督属性》，载《法学》2005 年第 11 期，第 35 页。

[4] 参见陈国庆：《刑事诉讼法修改与刑事检察工作的新发展》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期，第 19-20 页。

[5] 参见李振杰、唐益亮：《改革视域下检察机关机动侦查权之重构》，载《山西省政法干部学院学报》2017 年第 9 期，第 1 页。

[6] 参见上海市松江区人民检察院课题组：《监察体制改革背景下检察侦查权运行机制研究》，载《犯罪研究》2019 年第 6 期，第 82-83 页。

[7] 参见郭晶：《检察侦查权全面机动化的模式选择及制度准备》，载《深圳大学学报（人文社会科学版）》2020 年第 1 期，第 99 页以下。

[8] 参见陈志龙：《法治国检察官之侦查与检察制度》，载《台大法学论丛》1998 年第 3 期，第 5-6 页。

和“杀手锏”，在迫不得已的情况下且只能在法律监督框架内使用，这必然导致机动侦查“鸡肋化”“边缘化”。令人吃惊的是，基层检察检察官对机动侦查知之甚少。根据笔者的调查了解，基层刑事检察部门人员听说过机动侦查的仅有40%左右，了解机动侦查具体内涵、条件及范围的不足10%；民事、行政、公益诉讼检察部门人员听说过机动侦查的仅有20%左右，了解机动侦查具体内涵、条件和范围的不足5%。[1]晚近，秦前红教授对上述传统通说提出质疑，从机动侦查发展历史和制度逻辑角度进行考察，认为包括机动侦查权在内的检察侦查权，作为一种权力配置，与检察机关的法律监督宪法定位并无必然联系，机动侦查权并不必然依附于法律监督权，检察侦查权是国家权力架构中侦查权配置中独立的一部分。[2]该观点具有创新性，但依然是在权力配置的视角下讨论机动侦查权与法律监督权之间的关系，总体上仍然属于“权力中心主义”。

（二）侦查原理论视角下机动侦查从属性与独立性

机动侦查本质上是一种刑事诉讼程序，应当摈弃“权力中心主义”的视角，以刑事法教义学为视角，回归侦查原理论，并引入刑法教义学中的“从属性”“独立性”理论框架来分析机动侦查的性质定位。

侦查系侦查机关所实施的搜集、保全与犯罪有关证据的诉讼活动，也是一种诉讼程序。侦查原理论包括侦查构造论、侦查功能论和侦查原则论等。侦查构造论讨论的是各个程序主体之间相互关系问题；侦查目的论是解决侦查程序的价值和功能问题；侦查原则论是侦查活动应遵循的原则，包括令状原则、侦查措施法定原则等。[3]就机动侦查的性质定位而言，主要是运用侦查构造论、侦查目的论解决机动侦查中检察机关与公安机关、机动侦查与法律监督之间的关系问题，而二者的关系可以引入刑法教义学中的“独立性”“从属性”理论框架进行分析。

“从属性”“独立性”是刑法教义学中的一组概念，主要应用领域是共犯与行政犯。在共犯领域，“从属性”“独立性”用于讨论共犯（狭义的共犯，即教唆犯和帮助犯）与正犯的关系，由于共犯并没有直接实施法益侵害行为，处罚的正当性根据是从属于正犯而通过正犯的行为间接侵害法益（从属性说），还是独立地惹起的法益侵害，即独立于正犯（独立性说）。[4]在行政犯领域，“从属性”“独立性”用于阐述行政犯的不法判断中刑法与行政法之间的关系，行政犯从属性说认为行政犯成立及违法性的判断依附于行政法的规定；[5]行政犯独立性说认为，行政犯的不法需要根据刑法的基本原则、刑法条文的具体规定与目的进行独立判断。[6]将上述“从属性”“独立性”刑法教义学分析框架引入机动侦查的性质定位中具有重要意义，有利于厘清机动侦查与法律监督之间的关系。机动侦查作为一种诉讼程序具有独立性，同时对检察机关的法律监督职能具有一定的从属性，这种独立性与从属性，不是权力之间的独立性与从属性，而是诉讼程序构造中的独立性与从属性。机动侦查的独立性与从属性，并非排斥或折中关系，而是并列关系。

1.机动侦查的独立性。机动侦查作为一种完整意义上的侦查活动，具有独立的价值与功能。首先，从程序法原理上来说，现代刑事法治实行控审分离，检察官所扮演的角色是犯罪追诉的发动者，没有检察官的追诉行为就无法启动审判，通过这种制度设计避免法官身兼审判者与追诉者角色和滥用权力风险，实现控审分离。同时，为了避免警察在调查、收集证据过程中滥用权力，赋予检察官诉前程序的主导者角色，使其成为侦查主体（这里的“主体”德文原文是“Herrin”是主导者的意思）。[7]根据侦查目的论，侦查程序的目的是为提起公诉、交付审判而调查犯罪、收集犯罪证据。犯罪之追

---

[1] 笔者采取的调查方式是在检察官业务培训班上进行调查，人数最多的班次120人，最少的60人。其中一个基层检察院培训班，了解机动侦查的竟然只有1人。

[2] 参见秦前红：《检察侦查权的制度逻辑与时代走向》，载《政法论丛》2023年版，第39页。

[3] 参见[日]田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社2010年版，第29-32页；[德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第354页；林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，中国人民大学出版社2005年版，第4页；曾正一：《侦查法制专题研究》，元照出版有限公司2016年版，第2-21页。

[4] 参见[日]高桥则夫：《共犯体系和共犯理论》，冯军、毛乃纯译，中国人民大学出版社2010年版，第114-134页。

[5] 参见郑昆山：《环境刑法之基础理论》，五南图书出版公司1999年版，第178页第184-189页

[6] 参见张明楷：《避免将行政违法认定为刑事犯罪：理念、方法与路径》，载《中国法学》2017年第4 期，第50页。

[7] 参见陈志龙：《法治国检察官之侦查与检察制度》，载《台大法学论丛》1998年第3期，第3页。

诉，以犯罪侦查为基础，无详实的侦查，后续之追诉、审判程序将无法顺利进行，国家刑罚权则难以实现，法律的公平正义也就难以伸张，且人权保障与真实发现二者直接对峙冲突最激烈之处就在于起诉前的侦查程序。[1]侦查在刑事诉讼中独立的价值功能主要体现在两个方面：一是筛选过滤功能，刑事诉讼程序从侦查、起诉、审判、判决乃至于执行，是层层筛选过滤的过程，侦查是整个刑事诉讼程序的第一道工序，将不可能有罪判决的案件先行过滤掉，省去起诉、审判程序，免除被告人诉累并节约司法资源；二是收集并保全证据功能，侦查是裁判结果客观性和正确性的先决条件，侦查程序中收集、保全的证据是裁判结果正确的基础。[2]检察官在诉讼法上最重要的任务，就是担任侦查主体，以确保侦查之法治性与司法性及效率。[3]因此，机动侦查具有独立性。

其次，从侦查构造论的角度来说。侦查构造是包括警察、检察官、法官、辩护人等各个参与侦查程序的主体之间的相互关系。日本学界关于侦查构造论存在纠问式侦查观、控辩式侦查观、诉讼上的侦查观等多种学说。[4]我国关于侦查构造的研究极为薄弱，只有极少数学者研究该问题，陈永生教授提出“四面体构造”，[5]黄豹博士提出“流线 ＋三角的结构”。[6]从世界各国情况看，侦查构造大体上可以分为一元主义构造与二元主义构造。一元主义构造中，司法警察为侦查主体，其任务重在侦查，检察官则重在实行公诉；二元主义构造中，检察机关与司法警察机关两者皆为侦查主体，但二者的关系各国有不同规定，有的国家规定司法警察不需要检察官之指挥而独立实施侦查，有的国家规定检察官侦查为主、司法警察侦查为辅。[7]一元主义的构造主要为英美法系等所采用。英国的检察机关没有侦查权，侦查活动主要由警察实施。[8]美国的警察机构与检察机关彼此相对独立，检察机关的主体职能是行使起诉权，一般不直接行使侦查权，整体上呈现出一元主义的结构，但是也并非绝对，近年来，对于一些复杂的有组织犯罪、腐败和商业欺诈犯罪等案件，检察官在提起指控之前可以采取侦查行动。[9]据美国律师协会《刑事司法准则：检察侦查》规定，检察官享有广泛的选择侦查事项的裁量权，有权决定发动或继续进行侦查，有权实施科技辅助的身体监视，可以经一方同意截取、传输和记录谈话；可以向法官申请令状实施非同意的电子监听。如果检察官办公室有理由相信司法人员从事犯罪行为，检察官办公室应启动或寻求启动刑事调查。[10]二元主义构造主要为大陆法学所采用。在德国，检察官是刑事案件的侦查主导者，检察官既可以自行对案件进行侦查，也可以要求由警察实施侦查，检察官可以对警察作出强制性指示。警察机关与检察机关在行政关系上是分离的，但警察要辅助检察机关的侦查活动，通常被称为“检察机关的延伸机构”。[11]德国《刑事诉讼法》第163条第1款在2000年新增加规定，警察机关可以请求所有公共机构提供信息，在有延误危险时，可以命令获取这些信息，甚至可以采取其他法律条款没有特别限制的侦查行为。该规定实际上赋予警察机关独立的侦查权限，警察机关通常将该条款解释为授予他们自行开展侦查的权力。[12]具有大

---

[1] 参见陈运财：《侦查之基本原则与任意侦查之界线》，载《东海法学研究》，1995年第9期，第281页。

[2] 参见[德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第354页；林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，中国人民大学出版社2005年版，第4页。

[3] 参见许泽天：《侦查变革中之德国检察官定位——对检察指令权之质疑》，载《检察新论》第8期，第22-23页。

[4] 参见[日]田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社2010年版，第30-32页。

[5] 参见陈永生：《侦查程序原理》，中国政法大学博士学位论文2003年，第164页。

[6] 参见黄豹：《侦查构造论》，中国政法大学博士学位论文2007年，第100页。

[7] 参见蔡墩铭：《刑事诉讼法论》，五南图书公司2003年版，第7页。

[8] 参见[美]艾瑞克·卢拉、[英]玛丽安·L·韦德：《跨国视角下的检察官》，杨先德译，王新环审校，法律出版社2016年版，第212-213页。

[9] 参见吴常青：《美国检察侦查权监督制约机制评析》，载《人民检察》2011年第19期，第73页。

[10] See American Bar AssOciation Standards for Criminal Justice—Prosecutorial Investigations，§2.1（a）~3.2(d).

[11] 参见[瑞士]古尔蒂斯·里恩：《美国和欧洲的检察官——瑞士、法国和德国的比较分析》，王新玥、陈涛等译，法律出版社2019年版，第204-205页。

[12] 参见[荷兰]皮特·J.P.泰克：《欧盟成员国检察机关的任务和权力》，吕清、马鹏飞译，中国检察出版社2007年版，

陆法系和英美法系混合主义色彩的日本，其侦查构造也呈现出检察机关与警察机关在侦查案件范围上的重叠和并列，警察“认为犯罪时”进行侦查，检察官可以对警察行使指挥权，同时检察官“认为有必要时”可以进行直接侦查。日本实践中 99%的犯罪是由警察开始侦查的，检察官独立侦查的案件一般为贪污贿赂、偷税漏税等案件。[1]两种侦查构造中，都有检察机关实施侦查活动的做法。

再次，从实践运行角度看。在世界各国的侦查实践中，侦查活动由多个机关实施是常态，这些实施侦查活动的主体并非法定的法律监督机关。比如，德国的税务机关对于税务欺诈以及特定相关犯罪具有侦查权，当税务机关侦查这类犯罪时，享有与检察官相同的权力，专门从事税务欺诈侦查和调查工作的税务官与刑事侦查中的警察也享有同等职权。[2]这里的税务机关显然不是法律监督机关，也无法律监督职能。在英国，税务海关总署、关税和消费税总署、社会保障局均有刑事侦查职能。[3]这些机关显然也无法律监督职能。对于我国来说，普通刑事案件绝大部分都是公安机关侦查的，但是公安机关并非法律监督机关。因此，以检察机关是法律监督机关为由，主张应当享有特定的侦查权、机动侦查权并不具有说服力。

最后，从法律规定上看，我国《刑事诉讼法》第 19 条第 2 款后段对机动侦查的规定是“对于公安机关管辖的国家机关工作人员……”，与该款前段规定的检察直接侦查强调“人民检察院在对诉讼活动实行法律监督中发现的司法工作人员”，明显不同。后者强调依附于检察机关的法律监督活动，前者并没有限定在法律监督工作中发现的线索。因此，如果说检察直接侦查在立法上更加强调对法律监督职能的从属性，那么机动侦查在立法上反而没有体现这种从属性，更加凸显了其独立性。

可见，侦查作为刑事诉讼中的一种诉讼程序，无论是大陆法系还是英美法系，检察机关和警察机关并列或重叠实施侦查活动是十分正常的，与检察机关是法律监督机关并无必然联系。我国的人民检察制度整体上属于大陆法系的二元主义构造，同时又具有混合主义的色彩，具体来说：（1）警察机关与检察机关是相互独立的，普通刑事案件的侦查活动由警察实施；（2）警察机关实施逮捕强制措施需要检察机关批准，检察机关通过提前介入引导侦查、逮捕后引导侦查、审查起诉阶段的退回补充侦查等方式指挥引导警察侦查。检察机关实际上成为审前程序的主导者。（3）对特定案件检察机关也可以自行侦查。机动侦查以及对 14 种罪名的侦查就属于检察机关自行侦查的范畴。与世界上很多国家的警察机关与检察机关并列独立实施侦查活动一样，我国检察机关的机动侦查与公安机关的普通侦查之间的并列、重叠也是正常的，关键是符合“功能适当性”。[4]因此，检察机关的机动侦查作为一种独立的侦查程序并不依附于法律监督职能而存在，具有独立性。

2．机动侦查从属性。为了制衡中世纪以来所形成的刑事纠问制度对人性与人权侵害的弊端，而产生检察官制度，其作用在于制衡法院以及警察。从检察官的形成历史来看，大陆法系国家在刑事诉讼程序中引入检察制度的目的，首要在于破除中古时期由法官一手包办侦查与审判两项职务的纠问制度，因而，解除法官侦查职务并赋予检察官侦查权限之当然结果，乃承认检察官在侦查程序中之主宰地位。创立检察官之另一重要目的在于摆脱警察国家的梦魇，因而，需要一个严格受法律训练及法律控制的法律官来监督控制警察侦查活动的合法性。[5]但是检察官不能越权成为另一种法官，否则便重蹈纠问制度覆辙，也不能常态地指挥警察，否则便成为另一种更有权力的司法警察而让国家重回警察国家的文明退化情况。因此不让检察官拥有武力与不让其具有法官身份，便一直是法治国所坚持的方向。但为了不削弱其追诉犯罪的实质力量，便必须让检察官与警察之间形成点状、合

第 115-116 页。

[1] 参见顾永忠、薛峰、张朝霞：《日本近期刑事诉讼法的修改与刑事司法制度的改革—中国政法大学刑事法律中心赴日考察报告》，《比较法研究》2005 年第 2 期，第 114-115 页。

[2] 参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，中国法制出版社 2021 年版，第 11 页。

[3] 参见[美]艾瑞克·卢拉、[英]玛丽安·L·韦德：《跨国视角下的检察官》，杨先德译，王新环审校，法律出版社 2016 年版，第 207 页。

[4] 参见秦前红、张演锋：《检察机关能动履职的形态界分、宪制基础与完善方向》载《国家检察官学院学报》2023 年第 2 期，第 82 页。

[5] 参见林钰雄：《检察官在诉讼法上之任务与义务》，载《法令月刊》1998 年第 10 期，第 13 页。

目的性的合作，此乃检警关系的基础与目的。德国的《刑事诉讼法》对于这两者的合作与区隔关系，一直维持着一方面要以国家机关间合作的优势来追诉犯罪，同时另一方面又要维持法治国原理，不致让检察官成为另一种警察，或者不致让警察成为检察官的常态武力而破坏检察官监督法官与警察滥权之目的。[1]

可见，一方面，检察主导侦查的制度逻辑蕴含了通过检察主导侦查来控制警察的权力，监督警察的侦查活动。因此，检察主导侦查带有监督的气质。机动侦查是检察侦查的一部分，当然也带有监督的特质，从这个意义上来说，机动侦查与法律监督具有一定的从属关系。另一方面，由于侦查程序本身具有极易侵犯当事人权益的天然属性，必须被限制在法治框架内。"在法治国的侦查程序，是不可能脱离法律的监督"，任何侦查都必须依照法律规定，都是"法律的侦查程序"，必须考虑人权保障与真实发现之间的关系，不能为了发现真相而不择手段，因此，检察官负有监督警察侦查程序具体实施的任务，侦查程序的成败则由检察官承担。[2]检察主导侦查本身带有监督警察的性质，机动侦查是检察主导侦查的一部分，必然被打上监督的烙印。因此，机动侦查具有对法律监督从属性的一面。

3.机动侦查独立性与从属性之间的关系。传统观点将机动侦查完全理解为法律监督的"后手""手段"，属于极端从属性，完全忽略了机动侦查的独立性，减损了机动侦查的存在价值和功能。同样，片面强调独立性，完全割裂检察侦查与法律监督的关系，也不符合刑事诉讼教义学原理和实践。一方面，侦查原理论决定了机动侦查作为一种完整意义上的诉讼程序，具有独立的价值和功能，具有独立性。另一方面，检察具有监督警察滥用权力的天然职责，世界绝大多数国家的检察机关都被赋予监督警察侦查程序的义务。但是这种监督警察的职责与检察主导侦查并不存在矛盾，二者并行不悖。为了防止警察滥用权力，检察官可以自行侦查特定案件，也可以指挥警察侦查某些特定案件，还以机动侦查部分案件。无论是一元主义的侦查构造还是二元主义的侦查构造，无论是大陆法系的检警一体还是英美法系的检警分离，不论侦查与起诉归于一机关还是分别赋予不同机关，均有一个共同的基础，即法律监督，对于侦查工作的法律监督，不论哪一种体制，要么归于检察官，要么归于法官。侦查活动如何配置，只是在犯罪国家追诉原则之下的分工问题而已。机动侦查的独立性和从属性，都是服务于公正、有效追诉犯罪这个目的。犯罪侦查活动不论由哪个机关实施，均需符合法定程序，由哪个机关开展侦查活动并非法律必然性的问题，事实上，侦查职权的归属只是一个成效衡量的问题，也就是犯罪侦查到底应划归哪一个机关，能最后有效地侦破犯罪，只是一个政策考量的问题，对于整个刑事司法运作所遵循的原则，并不会因侦查职能归属而有所差异。侦查本身并非目的，而是为达到顺利追诉犯罪目的的手段。[3]

总之，机动侦查的独立性与从属性并非对立关系，也非折中关系，而是并列、交叉关系。公安机关侦查大多数刑事犯罪案件与检察机关机动侦查部分犯罪案件，并行不悖；检察机关独立实施部分案件的侦查与作为法律监督机关监督警察的侦查活动，并行不悖；公安机关侦查的罪名与机动侦查的罪名有所交叉和重叠，并行不悖。

三、独立性与从属性视角下机动侦查的实体范围与条件

由于我国《刑事诉讼法》第 19 条第 2 款对机动侦查的实体范围仅做了概括性规定，缺乏明确性，这个实践带来困惑，但也给理论解释留下巨大空间。理论上主要有以下几种观点：第一种观点将机动侦查的案件范围限定为公安机关"不宜"和"不愿"侦查的案件。[4]第二种观点认为不宜由公安机关侦查和对应否侦查以及如何侦查存在较大争议的新型案件。[5]第三种观点认为除了公安机关"不宜"

---

[1] 参见周庆东：《检警关系新探——以德国的检警关系为考察》，载《警察法学》2012 年第 11 期，第 29 页。

[2] 参见陈志龙：《法治国检察官之侦查与检察制度》，载《台大法学论丛》1998 年第 3 期，第 7 页。

[3] 参见柯耀程：《刑事程序理念与重建》，元照出版有限公司 2009 年版，第 83-84 页。

[4] 参见董坤：《检察机关机动侦查权研究———从 2018 年修改的《刑事诉讼法》第十九条第 2 款切入》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2019 年第 1 期，第 125 页。

[5] 刘为军、漆晨航：《机动侦查权的解读与实化：回归权力本位的研究思路》，载《甘肃政法大学学报》2022 年第 2 期，第 100 页。

“不愿”侦查的案件外，还有对于国家机关工作人员的行为是否构成犯罪认识不一致的案件，以及案件管辖发生争议的案件等。[1]第四种观点认为，除了公安机关“不宜”“不愿”侦查的两类案件外，还包括在民事、行政公诉案件的调查、审查中发现的不属于检察机关自侦案件范围但又与自侦案件互涉或紧密相关的刑事案件、新类型案件以及公安机关人员由于刑讯逼供、徇私舞弊、枉法追诉、报复陷害等违法侦查行为构成职务犯罪的原案。[2]上述观点的共同特点是立足于机动侦查从属性而且是极端从属性，从法律监督的视角设定机动侦查的案件范围。笔者根据实践掌握的情况，对目前机动侦查的主要案件类型归纳如下表：

主体身份	涉嫌罪名	主要行为
辅警	招摇撞骗	冒充警察抓赌
警察	非法采矿	伙同他人非法采砂
警察	开设赌场	伙同他人开设赌
警察	组织卖淫	伙同他人组织卖淫
警察	敲诈勒索	在查处卖淫嫖娼活动中敲诈勒索
狱医	诈骗	以办理取保候审为名诈骗
警察	盗掘古墓葬	伙同他人盗掘古墓葬
警察及其亲属	保险诈骗	伙同他人伪造交通事故
海关工作人员	走私	伙同他人走私

从上表中可以看出当前机动侦查的实践运行呈现“三个单一”的特点：：（1）犯罪主体单一，主要集中于警察。将机动侦查定位为法律监督的“后手”，这种极端从属性的理念，必然导致机动侦查的对象集中于警察，机动侦查其他国家机关工作人员犯罪的案件极为罕见。实践中出现的机动侦查海关工作人员，那也是因为海关具有侦查走私类犯罪的职权。（2）线索来源单一，主要是与刑事检察部门办理的普通刑事案件存在关联，或者与检察机关直接侦查的司法人员职务犯罪的存在关联。依赖于法律监督发现机动侦查的线索。（3）罪名单一，主要集中在开设赌场、组织卖淫、敲诈勒索等。出现上述情况的根本原因在于性质定位不清，在传统“权力中心主义”观点的支配下，将机动侦查仅限定在法律监督的枷锁之中，导致机动侦查案件的单一化。有鉴于此，需要在侦查原理论的支配下，坚持从属性与独立性并存，重构机动侦查的实体范围。

（一）机动侦查独立性维度下的实体范围

机动侦查作为一种诉讼程序，具有独立的价值和功能。根据侦查目的论，机动侦查与普通侦查一样，是整个刑事诉讼程序的第一道工序，其目的在于收集并保全证据，确保裁判结果的客观性和正确性，实现实体真实。发现实体真实是大陆法系刑事诉讼程序的基本原则，侦查是发现实体真实至关重要的环节，侦查程序是刑事诉讼的开端，侦查质量决定案件最终的质量。“如果审判阶段发生误判，通常种子已在侦查阶段中下”。[3]侦查活动是一项专业性很强的工作，为了实现实体真实必须尊重专业，某些特定的案件，根据检察机关和警察机关的优劣势，机动调整侦查行为，有利于实现实体真实。比如，黑社会性质组织犯罪、暴力犯罪，“有枪有兵”的公安机关显然更合适进行侦查，“文弱书生”的检察官无力侦查此类案件。从比较法的角度来说，大陆法系国家，在法律制度和理论上是检察主导侦查，但是在实践中大量案件实际上是警察侦查完成的，有学者甚至认为“检察官对侦查活动的主导仍然只是停留在纸面上”。但是在诸如严重的商业犯罪，检察机关从事部分侦查活动，甚至聘请自己的专家；如果一个案件已经引起了公愤，检察官将密切关注侦查活动。[4]同时，侦查需要遵

[1] 陈国庆：《刑事诉讼法修改与刑事检察工作的新发展》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期，第 20 页。

[2] 兰跃军：《论适当扩大检察机关的机动侦查权》，载《内蒙古社会科学 （汉文版 ）》2011 年第 2 期，第 29 页。

[3] 林钰雄：《刑事诉讼法（下册）》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 20 页。

[4] 参见[美]艾瑞克 · 卢拉、[英]玛丽安 · L · 韦德：《跨国视角下的检察官》，杨先德译，王新环审校，法律出版社 2016 年版，第 359 页。

守法定原则，遵循程序正义。程序正义是刑事诉讼的基本原则，也是侦查活动的底线正义，当某一个案件与侦查机关存在利益关联或管辖冲突的时候，必将损害程序正义，就不宜由原侦查机关进行侦查。根据上述原则，就独立性维度而言，机动侦查的案件范围应当包括以下方面：

1.回避的案件。回避是指与案件有利害关系或有其他可能影响案件公正处理的特殊关系的审判人员、检察人员、侦查人员等人不得参与该案件的诉讼活动。回避是确保司法公正的正当程序。根据我国《刑事诉讼法》第 29 条的规定，侦查人员是本案的当事人或者当事人的近亲属、本人或其近亲属和本案有利害关系、担任过本案的证人及鉴定人等、与本案当事人有其他关系可能影响公正处理案件的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避。实践中，公安机关是被害单位，或者公安人员是犯罪嫌疑人或被害人，或者有其他利害关系的案件，由公安机关侦查会有损程序正义和司法公信力， 由检察机关侦查更符合正当程序。但是这类案件作为机动侦查的对象，与检察机关的法律监督并无直接关系，属于机动侦查独立性的范畴。

2.高度专业性的案件。侦查乃为发现真实、搜集保全证据之技术，因此首重专业正确性。[1]对于复杂的经济犯罪、公司犯罪、白领犯罪以及新型犯罪，需要高度的专业化知识。检察官的职业化和专业化程度更高，“大陆法系检察官更具有一种‘学院派的思维习惯’和更强的‘理论化倾向’”，[2]这类案件由专业化程度更高的检察官侦查更加有助于确保案件质量，实现实体真实的侦查目的。根据案件特点以及侦查机关的专业化特点，合理调配案件侦查主体是机动侦查制度的重要价值所在。由于犯罪形态与手段日益更新，加之人权保障思想不断强化，犯罪侦查工作，不论是在事实层面还是在法律层面，均有其复杂性与困难度，对于犯罪侦查的法律关系，往往不是警察机关所能完全了解，而对于侦查技术与科学鉴定上，也非检察机关所能全盘掌握，因此，因此在犯罪侦查工作上，应避免“敝扫自珍”现象，应尊重专业、遵循侦查目的。[3]在尊重专业和遵循侦查目的的引导下，检察机关与警察机关分别实施相应侦查行为是常态。例如，《瑞典诉讼法典》规定，警察和检察官都可以决定进行侦查，有特别理由的检察官可以中途接管侦查工作，二者的分工以案件是否“复杂”作为标准。对于同一类型的案件，检察官和警察都有可能进行侦查。[4]日本对大多数犯罪的初步侦查都是由警察进行的，但涉及政治腐败和许多其他“白领”犯罪的犯罪通常最初由检察官侦查。[5]

3.管辖竞合的案件。根据我国现行《刑事诉讼法》的规定，司法人员利用职权实施的 14 种罪名案件属于检察直接侦查的对象，但是该司法人员也可能同时实施属于公安机关管辖的普通犯罪，这就涉及管辖竞合问题。主要包括两种情况，一是司法人员一人犯数罪，司法人员既涉嫌利用职权实施 14 种罪名，同时还涉嫌公安机关管辖的其他罪名，应当依法数罪并罪的案件。此类案件由于犯罪主体是司法人员，将其实施的公安机关管辖的普通犯罪作为机动侦查的对象，由检察机关一并侦查，更符合诉讼经济原则，也更加符合正当程序。二是检察机关管辖的司法人员 14 种罪名的人员实施的犯罪行为，同时触犯公安机关管辖的其他罪名，属于想象竞合、法条竞合、牵连犯，依法从一重处，导致最终认定的罪名是公安机关管辖的罪名。例如，司法人员利用职务便利实施刑讯逼供的行为，导致被害人产生重伤或死亡的后果，属于想象竞合从一重处，最终认定的罪名是故意伤害罪或故意杀人罪。此类案件，仅从形式上和结果上看，似乎属于公安机关管辖的案件，但是从实质上和侦查过程上看，部分侦查行为针对的公安机关管辖的普通犯罪，将该部分犯罪事实的侦查作为机动侦查的对象，由检察机关一并侦查，更加符合诉讼经济原则。值得注意的是，上述两种情况中，司法人员同时实施的公安机关管辖的普通犯罪，并不必然利用职权。例如，某司法人员实施徇私枉法行为，同时又发现其实施了强奸犯罪，这里的强奸犯罪与职权并无关系。在瑞典，“实践中，涉及

---

[1] 参见曾正一：《侦查法制专题研究》，2016 年元照出版有限公司，第 8 页.

[2] [美]艾瑞克 · 卢拉、[英]玛丽安 · L · 韦德：《跨国视角下的检察官》，杨先德译，王新环审校，法律出版社 2016 年版，第 3 页。

[3] 参见柯耀程：《刑事程序理念与重建》，元照出版有限公司 2009 年版，第 102 页。

[4] 参见陈琴、刘为军：《瑞典的检警关系及发展趋势》，载《中国刑事法杂志》2009 年第 3 期，第 115-116 页。

[5] See A. Didrick Castberg, "Prosecutorial Independence in Japan," UCLA Pacific Basin Law Journal 16, No. 1 (1997): 43(38-87).

个案管辖争议的问题，通常都由警察和检察官以非正式方式解决，如果检察官和警察无法达成协议，则检察官有最后的决定权。只要检察官认为合适，他可以随时接手案件侦查的领导权。”[1]

4.公安、司法机关以外的行政机关人员实施的犯罪。机动侦查的独立性决定了其侦查对象不限于被监督者公安、法院人员，还包括其他行政机关人员。在我国，公安机关在本质上属于行政机关，而其他行政机关人员实施的由公安机关管辖罪名的案件，如果继续由公安机关侦查，就会形成“行政机关侦查行政机关人员犯罪”，难以避免“官官相护”的嫌疑，面临正当程序质疑。机动侦查与普通侦查一样都是刑事追诉与审判程序的起点和基础，没有公平的侦查，就不可能有公平的追诉和审判，故正当程序也是侦查程序必须遵守的。包括我国在内的大陆法系检察官属于“准司法官”，具有客观义务，更具中立性和超脱性，将其他行政机关人员实施的公安机关管辖的罪名纳入机动侦查的对象，更符合正当程序的要求，也更加有利于司法公信力。从实践角度看，机动侦查的案件主要为公安机关人员实施的普通犯罪，这种现象产生的根本原因在于办案人员在理念上囿于机动侦查极端从属性，而忽视机动侦查的独立性。检察机关的法律监督职能主要是通过对诉讼活动的监督来实现的，从现行法律规定来说，检察机关对于大多数行政机关并没有法律监督的职能。因此，公安、司法机关以外的行政机关人员实施的公安机关管辖的犯罪作为机动侦查的对象，并不具有法律监督从属性，而是体现了机动侦查独立性。

（二）机动侦查从属性维度下的实体范围

如前所述，检察机关具有控制警察滥用权力的天然使命，这个原理决定了机动侦查对法律监督具有从属性，因此可以推导出检察机动侦查程序的重要功能之一在于防止警察滥用权力行为。公安机关滥用权力包括积极的滥用权力和消极的滥用权力，前者表现了超越法定职权积极行使权力；后者表现了消极不履行法定职权。

1.积极滥用权力。纳入机动侦查的公安机关积极滥用侦查权的案件类型主要包括：（1）具有插手经济纠纷嫌疑的案件。可能存在公安机关插手经济纠纷进行侦查的嫌疑，检察机关具有对侦查活动进行法律监督的职能，为了确保程序正义，同时也消除公众的质疑，由检察机关机动侦查具有必要性和合理性。（2）具有滥用强制措施嫌疑的案件。根据我国现行法律规定，除了逮捕强制措施需要经检察机关批准外，刑事拘留、取保候审、监视居住等对人的强制措施，以及查封、扣押、冻结等对物的强制措施，均由公安机关自行决定，没有司法审查程序。实践中滥用刑事拘留、利用监视居住变相羁押、违法违规查封、扣押、冻结财产等情形并不罕见。这些均属于检察机关监督的范畴。对于此类影响较大的案件，仅仅通过发出纠正违法通知书并不能彻底实现正当程序，纳入机动侦查的对象更加适宜。（3）基于地方保护主义、部门利益侦查的案件。近年来，出现了一些公安机关基于地方保护主义跨省抓捕犯罪嫌疑人、查封财产的情形，甚至还出现异地抓捕的公安机关与当地公安机关对峙的事件，引发社会广泛关注，形成重大社会影响。此类案件影响到司法公信力，纳入机动侦查的对象更加有利于实现程序正义和实体真实。

2.消极滥用权力。纳入机动侦查的消极滥用侦查权的案件类型主要包括：（1）徇私枉法对应当侦查而不进行侦查的案件，包括对于构成犯罪的案件而徇私枉法故意消极不侦查，或者故意将刑事案件降格为违法案件。这种情形中，公安机关人员构成徇私枉法罪的，属于检察直接侦查的对象，但是对于本应当侦查而不进行侦查的普通刑事案件，再由公安机关继续侦查有损程序正义和司法公信力，应当纳入机动侦查的对象。（2）该立案不立案的案件。根据我国《刑事诉讼法》第 113 条的规定，检察机关的立案监督包括：检察院认为公安机关应当立案侦查的案件而不立案侦查的情形和被害人向检察机关申诉认为公安机关应当立案侦查的案件，而监督的手段就是说明理由和书面通知。如果公安机关接到通知消极应付而不进行立案侦查，立法没有明确的制度安排。实践中存在公安机关接到通知拒不立案的；也出现被害人向检察机关申诉，而检察机关控告申诉部门甚至答复称“我们已经通知公安机关了，但是公安机关不立案，我们也没有办法”。以近三年的数据为例，2022 年全国检察机关对公安机关开展立案（撤案）监督 8.5 万件，监督后公安机关已立案（撤案）8.3 万件，占

[1] 参见陈琴、刘为军：《瑞典的检警关系及发展趋势》，载 《中国刑事法杂志》2009 年第 3 期，第 116-117 页。

监督数的 97.3%。[1]2021 年，全国检察机关对公安机关开展立案（撤案）监督 6.2 万件；监督后公安机关已立案（撤案）5.4 万件，占监督数的 87.6%。[2]2020 年，全国检察机关对公安机关开展立案（撤案）监督合计 53293 件，同比上升 38.4%；监督后公安机关已立案（撤案）45948 件，占监督数的 86.2%，同比增加 4.3 个百分点。[3]从这些数据中可以看出，监督成功率远没有达到 100%，这说明还有相当一部分案件，公安机关并没有按照检察机关的通知要求进行立案（撤案）。其实，这属于典型的机动侦查的对象，这种情况下的机动侦查成为立案监督的“杀手锏”，体现出明显的法律监督从属性。（3）长时间消极怠侦、“挂案”的案件。实践中广泛存在立案之后，消极怠侦、长期挂案的案件，此类案件给当事人带来巨大影响，也严重影响司法公信力。这是检察机关法律监督的应有之义，启动机动侦查权，有利于实现程序正义和实体真实。

（三）机动侦查的实体限制条件

如前所述，我国现行《刑事诉讼法》对机动侦查有四个实体性的限制条件：公安机关管辖、国家机关工作人员、利用职权、重大犯罪案件。其中“公安机关管辖”是机动侦查的本来含义，但是其他三个实体性限制条件均有值得完善之处，应当在未来的《刑事诉讼法》修改中有所回应。

1.是否限制为“重大犯罪案件”。关于“重大犯罪案件”的标准虽然没有明确，但是根据《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 14 条第 2 款的规定，可能被判处十年有期徒刑以上刑罚的；在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响的，属于重大犯罪案件。笔者认为，机动侦查的实体条件不加区分地限定为“重大犯罪案件”值得商榷。首先，从独立性的角度来说，涉及公安机关回避的案件，无论大小都涉及正当程序问题。比如，有这样一个案例：交警查酒驾，开车的司机不配合呼气检测，协助执法的辅警用脚连续猛踹司机，导致司机肋骨骨折，经鉴定为轻伤二级。如果将辅警解释为从事公务的国家机关工作人员，其行为属于滥用职权行为，但是没有达到追诉标准，监察机关难以管辖；辅警难以解释为司法机关工作人员，况且也不属于检察直接侦查的 14 种罪名。该辅警的行为应当构成故意伤害罪，故意伤害罪属于公安机关管辖的罪名，但由公安机关侦查此案显然面临公正性质疑，属于回避管辖的对象，由检察机关机动侦查最为合适。但是这个案件算不上“重大犯罪案件”，与前述列表中的开设赌场、非法采矿等案例一样，都并非“重大犯罪案件”。立法上限定的“重大犯罪案件”在实践中已经暴露其不合理性。从独立性角度来说，高度专业性案件也并非都是“重大犯罪案件”，实践中很多案件“疑难但不重大”“重大但不疑难”。其次，从从属性的角度来说，有些长期“挂案”、消极怠侦、经检察机关通知立案拒绝立案的恰恰是“小案”，对于轰动全国的重大案件或法定刑有期徒刑十年以上的案件，公安机关不可能消极应付甚至拒不立案。

2.“国家机关工作人员”还是“国家工作人员”。在刑事法领域，“国家机关工作人员”与“国家工作人员”是两个不同的概念，前者的范围小于后者。“国家机关工作人员”是渎职罪的主体，是指各级立法机关、行政机关、司法机关中从事公务的人员，而不包括国有公司、企业、事业单位中从事公务的人员；“国家工作人员”是在国家机关中从事公务的人员以及在国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员、其他依照法律从事公务的人员。由于体制和机制性原因，我国大量事业单位等组织履行行政管理职责的人员以及大量受委托、委派从事公务的人员，可以认定为“国家工作人员”，但是难以“国家机关工作人员”。比如前述辅警的案例，将辅警解释为受委托从事公务的“国家工作人员”并未障碍，但难以将辅警解释为“国家机关工作人员”。事实上，在一般社会公众看来，无论是“国家机关工作人员”还是“国家工作人员”，都是体制内的“公务人员”。为了避免“行政机关侦查行政机关人员犯罪”“官官相护”之嫌疑，“国家机关工作人员”以及“国家工作人员”实施的公安机关管辖罪名的案

---

[1] 2022 年全国检察机关主要办案数据，2023 年 3 月 7 日 https://mp.weixin.qq.com/s/1Dtg3xhOhOflnRRsoNT_sA.

[2] 2021 年全国检察机关主要办案数据（附答问），2022 年 3 月 8 日，https://mp.weixin.qq.com/s/6tp1gEbkfxkp77NBu2SIfA.

[3] 2020 年全国检察机关主要办案数据（附答问），2021 年 3 月 8 日 https://mp.weixin.qq.com/s/9tto5VDReRGBUBIUvUup4A.

件，均属于机动侦查的对象。“国家工作人员”能够涵盖“国家机关工作人员”，但是“国家机关工作人员”却不能包括“国家工作人员”。因此，建议在未来《刑事诉讼法》修改过程中将这里的“国家机关工作人员”改为“国家工作人员”。

3.是否限定为“利用职权”。现行《刑事诉讼法》之所以将机动侦查的案件限定为“利用职权”，还是受极端从属性的影响。但是这一限定既不符合刑事诉讼原理也不符合实际。如前所述，从诉讼原理上来说，公务人员实施的公安机关管辖罪名的案件，纳入机动侦查的目的是为了防止“行政机关侦查行政机关人员犯罪”“官官相护”，实现程序正义和实体真实；从现实情况上来说，机动侦查的很多案例解释为“利用职权”都很牵强。再比如，公安机关人员因为存在需要回避的利益而由检察机关机动侦查，与公安人员是否利用职务便利无关。再比如公安机关应当立案而拒不立案的原案也与利用职权无关。

四、独立性与从属性视角下机动侦查的程序条件

机动侦查作为侦查程序的一种，具有独立性。由于机动侦查是完整意义上的侦查活动，既包括调查收集证据，也包括对人或物采取强制措施，与其他侦查活动一样，具有容易侵犯当事人权益的共性；同时，机动侦查对检察机关的法律监督具有从属性，具有后发性、谦抑性的特点，这两方面决定了需要对机动侦查设定适度的程序条件，遵循侦查的正当程序原则。

（一）横向强制措施审批制度

机动侦查作为一种独立而完整的侦查程序，具有易于侵害当事人权益的惯性，需要按照侦查正当程序原则设置管控制度。

首先，应当将机动侦查与检察直接侦查合并设置独立的检察机关内设部门。“两反”转隶后的检察机关内设机构形成了“四大检察”“十大业务”的格局，将检察侦查设置在第五检察部（刑事执行检察），对机动侦查没有明确由具体哪个部门实施，但实践中一般将机动侦查设置在第五检察部，将检察侦查、机动侦查均作为刑事执行检察业务的一部分，属于“四大检察”中的刑事检察。这样的设置，一方面是基于当时人员和案源不足的权宜之计，另一方面是受极端从属性观念的影响而将机动侦查作为刑事法律监督的附属。如前所述，包括机动侦查在内的检察侦查具有独立性，不依附于第五检察部的刑事执行检察业务，现有的“四大检察”“十大业务”也难以容纳机动侦查和直接侦查。当前，一些地区检察机关已经成立了第十一检察部，专门从事检察侦查工作。检察机关成立专门的内设机构从事机动侦查和检察侦查是必然趋势。

其次，在设置专门内设机构的基础上，应当按照正当程序原则，参照“令状原则”建立审批制度，以实现横向制约。所谓令状制度是指刑事侦查的强制措施原则上必须经过司法审查，有中立的机构作出强制措施的令状，把强制措施的决定权限与具体执行活动分离，根本宗旨在于控制侦查活动，防止强制措施滥用。令状制度的实质意涵，一是关于核发权限之主体，应由独立于侦查机关以外的有权机关；二是事前审查原则，由执行侦查措施的机关事前向中立的有权机关申请；三是应具备相当理由和必要性；四是禁止空白或概括令状，强制措施的内容应当明确。[1]独立于侦查机关以外的有权机关，可以是法官也可以是检察官。西方国家一般是法官签发令状，我国的逮捕强制措施由检察机关审查决定。令状主义的核心目标是通过法官或检察官，对于实行强制措施的侦查机关事先明示或限定那些有关搜查、扣押等行为类型的发动条件与权限行使的具体范围，抑制侦查机关恣意行使侦查权。[2]令状制度通过强制措施的决定和执行分离来保障其合理使用。对于我国的机动侦查而言，可以借鉴令状制度的合理因素，建立中国特色的审批制度，机动侦查由检察机关第十一检察部（检察侦查部门）实施，但是强制措施应当由第三检察部（职务犯罪刑事检察部门）审查决定，检察侦查部门执行，实现强制措施决定与执行分离，以达到横向制约之目的。也就是说，检察侦查部门开展机动侦查活动，需要采取拘留、逮捕、查封、扣押、冻结等强制措施的，应当报第三检察部（职务犯罪刑事检察部门）审查并由检察长决定，出具令状（强制措施决定书），不能由侦查部门自己决定自己执行。通过这样的审批制度形成一种横向制约，有利于防止机动侦查措施的滥用。

---

[1] 陈运财：《侦查与人权》，元照出版有限公司 2014 年版，第 16 页。

[2] 参见李世阳：《令状主义的例外及其限制》，载《政治与法律》2020 年第 4 期，第 82 页。

（二）纵向立案审批制度

立案是中国特色的刑事诉讼程序，它是一个案件进入刑事诉讼的起点，也是案件进入刑事诉讼程序的标志。只有经过立案程序，刑事诉讼才正式启动。“除有利打击犯罪外，还是防止滥用强制调查手段，实现犯罪调查中人权保障最基本的措施。”[1]通过立案这道闸门的“过滤”功能，防止刑事侦查程序的滥用。我国《刑事诉讼法》第 19 条第 2 款对于机动侦查在立案这道闸门的基础上又加了“一把锁”——省级检察机关审批。换言之，只有得到省级检察院的审批才能启动机动侦查。立法设置这样纵向制约的审批制度，其目的显然是为了防止机动侦查的滥用，严格从程序上限制机动侦查的启动。机动侦查的独立性和从属性均需进行程序制约，适度的程序启动限制是必要的，但是过严的限制会窒息机动侦查程序本身。机动侦查具有即时性、机动性等特点，很多侦查时机稍纵即逝，经省级检察院审批，意味着基层院的机动侦查启动需要市级院、省级院两级审批，与机动侦查的即时性不符，笔者建议在《刑事诉讼法》修改时设置为经市级检察院审批。

检察机关“两反”转隶后，侦查队伍丧失殆尽。近年来重拾 14 个罪名，将侦查立案设置在市一级检察院，但随着近年来侦查案件数量的逐步增多，市一级检察机关无力独自承担侦查任务，大量从基层院临时抽调人员。这种模式在只是应对一时之需，并非长久之计。立法上从没有将检察侦查在内的机动侦查权限设置在市级检察机关，而且从法理上来说，这种设置与《刑事诉讼法》关于侦查级别管辖的规定不相符合。从基层院临时调用人员，由于没有履行同级人大常委会任命程序，其调查取证的合法性存疑。未来《刑事诉讼法》修改应当回归本原，将包括机动侦查在内的检察侦查活动的实施回归到基层检察院，立案审批权限上提一级设置在市级检察院。

五、结语

传统观点从侦查权力分配的角度思考检警之间内部关系，孰优孰从，不免流于主观的情绪之争，应回归到刑事程序侦查的目的何在、依何种法定程序实施等侦查原理上来，可归结到由谁实施侦查、依何种法定程序践行侦查，才能符合正当程序且迅速有效搜集证据，实现侦查目的上来。[2] 某类犯罪的侦查由哪个机关实施，并非“争权”“扩权”问题，机动侦查作为侦查构造的一部分，如何进行程序配置，关键在于是否有利于实现侦查目的、是否有利于实现侦查的正当程序，进而有利于实现有效而公正地追诉犯罪，实现刑事诉讼的实体真实与程序正义之功能。跳出“权力中心主义”的窠臼，回归侦查原理论，理性看待机动侦查与法律监督之间的独立性与从属性，合理设定机动侦查的实体范围与程序条件，应当作为即将进行的《刑事诉讼法》第四次修改的重要内容。

[1] 龙宗智：《监察与司法协调衔接的法规范分析》，载《政治与法律》2018 年第 1 期，第 6 页。

[2] 参见陈运财：《侦查与人权》，元照出版有限公司 2014 年版，第 36 页。

监控类技术侦查的范围界定与规范完善——论《刑事诉讼法》再修改

王仲羊*

摘 要：监控类技术侦查是指由设区的市一级以上公安机关负责技术侦查的部门实施的记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施，属于此次《刑事诉讼法》修改的重点内容之一。监控类技术侦查必须同时满足秘密性、技术性、实时性三大特征，方能区别于调取、网络远程勘验、大数据侦查。监控类技术侦查应在主体与客体两大方面进行范围扩展。在此次修法过程中，应将《刑事诉讼法》第二章第八节标题修改为"秘密侦查措施"，明确监控类技术侦查的内涵，并通过司法解释与指导性案例明确其外延。在程序规制方面，应规定网络服务提供者属于监控类技术侦查的执行主体，非内容信息属于其客体，并加强对此类侦查措施的司法控制。在数据规制方面，应加强《刑事诉讼法》与《个人信息保护法》的规范衔接，在技术侦查中保护个人信息权益，履行国家机关的个人信息保护义务。

关键词：刑事诉讼法再修改 技术侦查 监控 实时性

一、引言

第十四届全国人大常委会将《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）修改纳入第一类立法工作计划，《刑事诉讼法》第四次修改的相关工作已经正式启动。在此次修改过程中，实现电子数据侦查取证措施的规范化与法治化属于立法的主要内容之一。监控类技术侦查作为电子数据侦查取证措施的具体表现形式，成为此次《刑事诉讼法》修改的关键命题。所谓"监控类技术侦查"是指《刑事诉讼法》第 150 条至第 152 条规定的技术侦查措施，也即学界所称的"狭义技术侦查"[1]。由于《公安机关办理刑事案件程序规定》第 264 条将狭义技术侦查的内涵界定为"记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控"，故而也称"监控类技术侦查"[2]。

将监控类技术侦查作为此次《刑事诉讼法》修改的主要内容之一，具有以下四个方面的重要意义：其一，有利于回应新兴技术的合法性争议，实现科学技术与法律规范的良性互动。近十年来，人脸识别、无人机、手机定位、GPS 定位、第三方机构元数据监控等新兴技术深度嵌入侦查程序，在行为模式上与监控类技术侦查具有一定相似性。但由于《刑事诉讼法》缺乏技术侦查的准确定义与具体范围，致使上述技术手段面临能否适用以及如何适用的难题。因此，需要在此次修法过程中明确技术侦查的基本概念，识别上述技术手段的规范性质。其二，有利于完善侦查规范体系，实现侦查程序的数字化转型。2016 年《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称《电子数据规定》）与 2019 年《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》（以下简称《电子数据取证规则》）等规范性文件创设了网络在线提取、网络远程勘验等取证手段，在一定程度上突破了《刑事诉讼法》内在逻辑的连贯性，造成了与监控类技术侦查的关系紊乱。[3]因此，需要在此次修法过程中厘清监控类技术侦查与新型侦查措施之间的逻辑关系，重塑数字时代的侦查规范体系。其三，有利于创新侦查控制方式，提高我国侦查的法治化水平。尽管监控类技术侦查已经受到最严格的实体与程序规制，但未能及时吸纳个人信息保护、数据安全等领域的控制方式，仍然存在部分规制盲区。在此次修法过程中，引入个人信息影响评估、存储期限制度等新型侦查控制工具，不仅能够进一步提升技术侦查的规制密度，也能够形成对其他侦查措施的示范效应。其四，有利于推动刑事侦查理论研究的纵深发展，为大数据侦查、智慧警务等热点问题提供规范依据与理论基础。关于技术侦查的理论研究集中在 2012 年《刑事诉讼法》修改前后[4]，随即由热转冷，逐渐成为大数据侦查[5]、智慧警务[6]等热门议题的附带性研究对象。技术侦查中的理论争议一直处于悬而未决的状态，甚至阻碍了热点学术问题的研究进程。因此，此次修法以监控类技术侦查作为切入点，能够拓展刑事诉讼法学、侦查学研究的理论景深。

本文以监控类技术侦查作为研究对象，首先分析此类侦查措施的秘密性、技术性、实时性特征，在厘清几大特征关系的基础上，界定监控类技术侦查的范围，并提出相应的修法建议。

二、监控类技术侦查的特征分析

准确识别相关特征，是界定监控类技术侦查定义、范围的关键，也是区分此类侦查措施与其他

* 西南政法大学刑事侦查学院讲师。

侦查措施的逻辑起点。长期以来，实务界与理论界对于监控类技术侦查的特征分析局限于秘密性与技术性两大方面，却忽略了实时性这一更为本质的特征。

（一）反思监控类技术侦查的秘密性、技术性特征

通说认为，技术侦查具有秘密性、技术性两大特征。[7]对于两大特征之间的逻辑关系，学界存在诸多争议，进而产生了关于秘密侦查与技术侦查关系的四种学说：

其一，等同关系。该学说不明确区分秘密性与技术性，而是重点关注秘密侦查与技术侦查之间的共性。例如，陈瑞华教授认为："所谓技术侦查权，也叫秘密侦查权，指侦查员利用窃听、电话秘密跟踪、手机定位等高科技手段，在秘密状态下对嫌疑人采用的特殊侦查手段。"[8]何家弘教授也认为："由于秘密侦查往往要使用一些专门的科学技术手段，所以又称为'技术侦查'。"[9]

其二，种属关系。该学说具体又可细分为两种观点。一种观点认为，秘密侦查的外延大于技术侦查，后者只是前者的具体表现形式之一。例如，有学者认为："所谓技术侦查措施，是指侦查机关运用技术装备调查作案人和案件证据的一种秘密侦查措施。"[10]还有学者将秘密侦查分为技术类侦查措施、诱惑类侦查措施、派遣秘密调查员类侦查措施三种。[11]另一种观点认为，技术侦查的外延大于秘密侦查。例如，有学者认为，《刑事诉讼法》第二章第八节的技术侦查措施是隐匿身份侦查与控制下交付的上位概念。[12]

其三，交叉关系。秘密侦查强调秘密性，技术侦查重视技术性，二者之间存在范围交叉。诸如密搜密取等秘密进行但不运用技术的侦查手段仅属于秘密侦查；诸如测谎等运用技术手段但公开进行的侦查措施仅属于技术侦查；诸如监听等侦查措施则同时具备秘密性与技术性，既属于秘密侦查，也属于技术侦查。

其四，分离关系。该学说重点强调二者的特性，而忽视了共性。秘密侦查强调隐匿办案人员的身份，技术侦查强调科学技术的重要性，二者应当属于不同的分类范畴。

围绕技术侦查秘密性、技术性的理论探讨非但没有廓清技术侦查的内涵与外延，反而加剧了技术侦查与秘密侦查的概念混淆。一方面，2012 年《刑事诉讼法》"搭便车式"的立法模式为区分两大特征设置了规范障碍。《刑事诉讼法》第二章第八节以"技术侦查措施"为名，具体包含"技术侦查措施""隐匿身份侦查""控制下交付"三个子项。然而，隐匿身份侦查与控制下交付往往无须借助高科技手段，而重点强调行动的保密性。因此，第二章第八节的技术侦查措施实际上无法完全涵摄下位概念的特征。此外，由于保密、避免挂一漏万等原因，2012 年《刑事诉讼法》并未明确技术侦查的具体种类，也在一定程度上加剧了技术侦查与秘密侦查的概念混淆。另一方面，理论研究长期局限于秘密性、技术性的探讨，却未能及时回应最新的实践问题，忽略了技术侦查更为本质的特征。在 2012 年《刑事诉讼法》立法前后，对于秘密性与技术性之间逻辑关系的探讨具有极大的理论价值。然而，随着数据型侦查措施的不断涌现，技术侦查理论研究的视域不应仅仅滞留于秘密性、技术性的争论，准确区分监控类技术侦查与其他数据型侦查措施才是更为迫切的任务。

除此之外，在面对"泛监控化"这一时代命题时，技术侦查的秘密性、技术性特征无法为《刑事诉讼法》提供充分的解释力。国家机关在第三方机构的协助下，借助通讯技术、传感技术、智能识别技术等，秘密地对公民实施数据监控，形成了"泛监控化"的局面。"人脸识别、算法决策等方法紧密融入社会生活，使人无从分辨，而监控方法越具侵略性，技术背后的数据权力运行就愈发不易被外界察觉，以至于技术治理成为一种'消失'的治理术。"[13]诸如调取、人脸识别、数据留存等泛监控形式，同样具有秘密性与技术性。如果以监控类技术侦查作为上述行为的规范载体，可能造成规范错位，进而引发程序规制的强弱失衡。如果不以监控类技术侦查作为立法参照，又难以解释其与技术侦查同样具有秘密性、技术性的事实。因此，需要适时反思技术侦查以秘密性、技术性为轴心展开的解释框架，探讨监控类技术侦查更为本质的特征。

（二）明确实时性作为监控类技术侦查的特征之一

面对技术侦查中秘密性、技术性特征混淆的局面，有学者提出应当以"实时性"作为监控类技术侦查的核心特征。例如，程雷教授指出："技术侦查措施的各类监控手段不仅应具有秘密性与技术性的特征，还应兼具同步即时性的本质要求。"[14]许志教授认为："技术侦查是指法律授权的侦查机关，在侦查活动中为了打击和防控犯罪，依法对特定对象秘密采用起主要作用的特定技术，直接、实时

地获取犯罪信息、侦查线索，收集诉讼证据的特殊侦查措施。”[15]实时性强调特定犯罪嫌疑人的犯罪行为、相关活动与办案人员的侦查行为之间存在共时性状态，即侦查行为同步、即时进行，不能同犯罪活动之间存在明显的时间延迟。根据《现代汉语词典》的解释，监控是指“监视并控制”。[16]实时性更契合监控的词源解释，凸显了侦查机关紧密凝视、牢牢盯住犯罪活动，进而即时掌控犯罪嫌疑人的一举一动。

以实时性作为本质特征，可以将侦查程序分为回溯性（retroactive）侦查程序与实时性（prospective）侦查程序两种。前者是指针对犯罪嫌疑人或其他相关人员在过去已经发生的行为与留存的线索证据进行调取、收集、存储、分析的办案活动。例如，侦查人员向第三方机构调取个人信息、搜查电子设备中的电子数据、比对分析数据库中的资料等。后者主要是针对犯罪嫌疑人或其他相关人员当下或未来可能发生的行为、可能获取的线索证据进行实时监控的办案活动。监控类技术侦查属于实时性侦查程序。

一般而言，实时性侦查程序在数据处理的数量与质量上均超过回溯性侦查程序，故而对于公民基本权利的干预程度更深，应当受到更严格的程序规制。一方面，在获取信息的数量上，除个别侦查行为之外，回溯性侦查活动往往具有一次性、短暂性的特征，其搜集信息的体量受到时间因素的限制。而实时性侦查活动则往往伴随着长时间、持续性的监控，能够收集海量信息。例如，GPS 监控能够连续多日、全天候、持续而全面地掌握车辆及其驾驶人的地理位置、移动方向、速度以及停留时间等活动行踪。在 Jones 案[17]中，警方通过持续 28 天的 GPS 追踪，生成了多达 2000 页的个人定位信息。另一方面，在获取信息的质量上，通过持续监控可以解析出短期取证所无法发现的行为现象。例如，长期监控能够发现行为目标具有重复做某事的特定习性。[18]因此，域外国家区分了回溯性侦查程序与实时性侦查程序，并认为后者更具侵权性。例如，在 Ben Faiza v France 案[19]中，法国警方同时使用了 GPS 追踪器与收集手机基站定位信息两种技术手段，法院判定前者进行的实时性监控（'real time' geolocation surveillance）侵犯了《欧洲人权公约》第 8 条的隐私权，而后者则属于回溯性侦查程序（'a posteriori' geolocation surveillance），并未造成对于隐私权的不当干预。[20]

以实时性作为技术侦查程序的本质特征，并对之进行严格规制，成为法治国家或组织的普遍选择。例如，《非洲联盟网络安全与个人数据保护公约》（African Union Convention on Cyber Securityand Personal Data Protection）第 31 条第 3 项 e 段规定，调查法官可以采取技术手段，实时收集境内的“特定通讯内容”，或是强制要求网络服务提供者协助开展相应活动。[21]正在案文磋商阶段的《打击为犯罪目的使用信息和通信技术全面国际公约》（Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes）也采取相同立场，重点规制“实时收集流量数据”与“拦截内容数据”两种依托技术手段的实时取证行为。[22]

（三）监控类技术侦查特征的逻辑体系

明确实时性作为监控类技术侦查的核心特征之后，还需要处理实时性与秘密性、技术性之间的关系，进而形成监控类技术侦查特征的逻辑体系。对此，胡铭教授认为，监控类技术侦查的关键词是“技术”与“监控”，即需要同时满足技术性与实时性的要求，却在一定程度上忽略了秘密性特征。[23]程雷教授立足于技术侦查的秘密性与实时性，却忽略了技术性特征，从而错误地将秘密拍照、秘密获取某些物证、邮件检查等缺乏技术含量的取证手段界定为技术侦查。[24]

本文认为，监控类技术侦查应当同时满足秘密性、技术性、实时性三大特征，缺一不可。这三大特征由外到内、层层递进地形塑了监控类技术侦查的范围，形成“秘密性—技术性—实时性”的逻辑筛选体系。具而言之，第一层级是秘密性。该特征将监控类技术侦查与测谎、DNA 检测、鉴定、勘验等公开进行的侦查手段区分开来。申言之，不存在公开的监控类技术侦查。第二层级是技术性。在秘密性的基础上，技术性特征进一步剔除秘密进行但缺乏技术含量的侦查措施。例如，秘密辨认、秘密跟踪、秘密搜查、邮件检查、诱惑侦查、控制下交付等行为不属于监控类技术侦查。第三层级是实时性。该特征在秘密性、技术性的基础上，进一步限定监控类技术侦查的范围，将事后查询、调取、分析等回溯性侦查程序排除在监控型技术侦查之外。

三、监控类技术侦查的范围界定

在厘清监控类技术侦查特征的基础上，应当进一步界定此类侦查措施的范围。一方面，以秘密

性、技术性、实时性特征为参照，明确监控类技术侦查不同于调取、网络远程勘验、大数据侦查；另一方面，应当在主体、客体等方面扩展监控类技术侦查的范围。

（一）监控类技术侦查的范围限缩

1.监控类技术侦查不同于调取

在我国，监控类技术侦查与调取之间的界限并不清晰。一方面，由于体系解释的缺失，致使不同规范之间出现互相龃龉的现象，加剧了二者的性质混淆。例如，《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）第 35 条规定："公安机关、国家安全机关因依法维护国家安全或者侦查犯罪的需要调取数据，应当按照国家有关规定，经过严格的批准手续，依法进行。"根据《刑事诉讼法》第 150 条的规定，"严格的批准手续"是主要适用于技术侦查的审批程序，在实践中表现为"报设区的市一级以上公安机关负责人批准"。然而，《数据安全法》对调取也设置了"严格的批准手续"，虽然反映出立法者强化调取程序控制的意图，但也在一定程度上混淆了监控类技术侦查与调取两种不同的程序。另一方面，监控类技术侦查与调取在行为方式上具有相似性，进一步模糊了二者之间的边界。侦查机关向第三方机构调取公民的个人信息，往往不会在事前告知信息主体。第三方机构也需要履行保密义务，不会在事后告知留存信息的客户。因此，调取规避了个人信息知情同意的要求，具有与监控类技术侦查相似的秘密性特征。此外，调取过程中也会运用数据传输、加密等技术手段，具有与监控类技术侦查相似的技术性特征。如果依然坚持以秘密性、技术性为轴心的解释框架，则难以区分监控类技术侦查与调取。例如，侦查机关在实践中主要通过调取程序向电信公司等第三方主体获取历史手机基站定位信息（History Cell-Site Location Information）。这种信息属于《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）中的敏感个人信息，能够形成对公民活动状态、移动轨迹的监控。该行为在一定程度上符合《公安机关办理刑事案件程序规定》第 264 条"行踪监控"的定义，进而也可以被解释为监控类技术侦查的具体方式，造成了与技术侦查的混淆。

以实时性作为监控类技术侦查的核心特征，可以有效将此类侦查措施与调取区分开来。监控类技术侦查强调犯罪活动与侦查行为的共时性状态，属于实时性侦查程序。调取是对发生在过去、业已存储的信息进行间接获取，属于回溯性侦查程序。因此，凡是实时性的信息获取行为，均属于监控类技术侦查而非调取。例如，向电信公司收集历史手机基站定位信息属于调取。但如果收集的对象是即时手机基站定位信息（Real-time Cell-Site Location Information）[25]，则应当诉诸监控类技术侦查程序。对于《数据安全法》与《刑事诉讼法》的规范冲突问题，有学者指出，不能仅根据"严格的批准手续"这一原则性审批要求，就将技术侦查的标准照搬到调取程序之中，而应当根据电子数据的特点，细化调取的程序规定。[26]

2.监控类技术侦查不同于网络远程勘验

《电子数据规定》第 9 条规定："进行网络远程勘验，需要采取技术侦查措施的，应当依法经过严格的批准手续。"这反映出立法者已经意识到网络远程勘验与技术侦查有所不同，并将技术侦查作为网络远程勘验的后置性措施。然而，对于何种情形属于"需要采取技术侦查措施的"，立法并未做出明确规定。这导致在规定网络远程勘验的启动要件、实施范围时，出现了与监控类技术侦查混淆的现象。例如，《电子数据取证规则》第 27 条规定了网络远程勘验的五种适用情形。[27]其中，第 3 款"需要在远程计算机信息系统中安装新的应用程序的"是指通过植入木马软件入侵远程计算机系统同步取证的行为，属于主动侦查的表现方式。[28]该行为不仅能够收集到远程计算机系统中业已存储的信息，还会将实时开展的系统操作情况同步回传至侦查机关，严重侵犯了公民的隐私权与个人信息权，具有明显的强制性，不符合网络远程勘验任意侦查的程序定位。即使将网络远程勘验上升至网络远程搜查的高度，也无法准确评价该行为的程序性质。对于植入木马软件同步取证的行为，在域外立法中往往受到最严格的程序规制。例如，德国的"线上搜查"不仅受到重罪原则与最后手段原则的限制，其审批程序更是采取了比住宅监听更严格的加重法官保留（qulifizierter Richtevorbehalt），此外还要承担书面记录义务与记录删除义务等。[29]

以实时性作为监控类技术侦查的核心特征，可以有效将此类侦查措施与网络远程勘验区分开来。无论具体称谓是网络远程勘验还是网络远程搜查，均是处理远程计算机系统中发生在过去、业已存储的电子数据的行为，属于回溯性侦查程序。而一旦涉及到远程计算机系统中电子数据的实时处理

与同步回传，则属于实时性侦查程序，需要上升至监控类技术侦查的高度。因此，《电子数据规定》第 9 条规定的“需要采取技术侦查措施的”，应当理解为存在实时处理远程计算机系统中电子数据的需求，进而实现由网络远程勘验向监控类技术侦查的程序升级。并且，《电子数据取证规则》第 27 条第 3 款对网络远程勘验的适用情形也应当相应调整。

3.监控类技术侦查不同于大数据侦查

通说认为，大数据侦查是指通过计算机技术对存储于网络与计算机系统中的海量数据进行收集、共享、清洗、对比和挖掘，从而发现犯罪线索、证据信息或者犯罪嫌疑的行为。[30]由于大数据侦查并非规范概念，导致其与监控类技术侦查之间的界限并不清晰。其一，大数据侦查依托于网络通讯技术、传感技术、数据库技术、数据挖掘技术、人工智能技术等，与监控类技术侦查具有相似的技术性特征。[31]其二，对于侦查机关运用大数据技术收集、传输、分析、存储个人信息的行为，信息主体往往并不知情，故而具备与监控类技术侦查相似的秘密性特征。其三，大数据侦查拓展了数据监控的范围，属于“泛监控化”趋势的具体表现形式，与《公安机关办理刑事案件程序规定》第 264 条的四类监控活动在内容上具有重合性。其四，大数据侦查严重侵犯了公民的隐私权与个人信息权，却缺乏相应的立法规范。作为我国侦查体系中规制密度最高的技术侦查，只有成为大数据侦查的制度载体，方才能够匹配此类侦查手段严重的侵权性。

对此，有学者基于《刑事诉讼法》的既有规定，指出大数据侦查与技术侦查不是种属关系，而是并列关系。[32]例如，《刑事诉讼法》第 150 条规定技术侦查措施的案件范围是危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或其他严重危害社会的犯罪案件，大数据侦查则不受此限。然而，从既有规范反推大数据侦查与技术侦查的差异，在一定程度上有“倒果为因”之嫌。二者更本质的区别仍然在于行为方式的不同。大数据侦查以数据检索、比对、挖掘作为主要的行为方式，其对象是过去发生的、业已存储的电子数据，故而属于回溯性侦查程序。如前所述，监控类技术侦查属于实时性侦查程序。因此，是否具有实时性，是区分大数据侦查与技术侦查的关键，也是进一步明确大数据侦查程序要件的前提。在此基础上，需要进一步规定大数据侦查的规范表达、案件范围、适用对象、时间节点等要素。

（二）监控类技术侦查的范围扩展

1.扩展监控类技术侦查的主体

大数据时代，侦查机关与第三方企业之间的互动愈发频繁，通过第三方企业开展侦查活动具有普遍性。通过警企合作等形式，侦查权获得了社会化延伸，企业也在某种程度上成为政府开展社会监控的“中介”。[33]在个案中，第三方企业甚至承担技术侦查的协助义务，帮助侦查机关对特定对象开展实时性的信息收集与拦截工作。对此，由于技术侦查的权力专属于侦查机关，导致即使企业在实践中已经成为实时性监控活动的执行主体，却并未成为规范的调整对象。

在协助侦查的过程中，企业承担了广泛的犯罪治理义务，包括但不限于信息收集存储义务、信息监控审查义务、信息披露报告义务等。[34]与企业承担的其他犯罪治理义务不同，技术侦查的协助义务具有特殊性：其一，技术侦查的协助义务具有实时性。在侦查机关授权下，企业对正在进行或即将发生的通讯活动等开展同步、即时的信息收集与拦截工作，属于处理实时性、动态性电子数据的行为。与此相对，第三方企业在调取过程中，主要向侦查机关提供过去发生、业已存储的静态电子数据。如前所述，实时性侦查活动比回溯性侦查活动对权利的干预更深。因此，《刑事诉讼法》第 54 条、《电子证据规定》第 3 条、《电子数据取证规则》第六节等有关调取的规定，无法为企业协助技术侦查的行为提供正当性。其二，技术侦查的协助义务具有回应性。与《中华人民共和国反恐怖主义法》第 19 条第 1 款的信息监督义务、《中华人民共和国网络安全法》第 48 条的安全管理义务、《互联网信息服务管理办法（修订草案征求意见稿）》第 21 条的记录存储、报告义务不同，企业技术侦查的协助义务主要基于个案展开，目的是为了回应侦查机关的执法需求，而非正常生产经营过程中的常态化工作。因此，技术侦查的协助义务带有“专事专办”的特点，而非一项预防性的管理机制。其三，技术侦查的协助义务具有对象特定性。《刑事诉讼法》第 151 条规定：“批准决定应当根据侦查犯罪的需要，确定采取技术侦查措施的种类和适用对象。”技术侦查具有对象特定性，即只能针对有迹象显示与犯罪活动在客观或主观上直接相关的主体，具体包括共同犯罪人、对向犯、

上下游犯罪或关联犯罪的犯罪人、被害人等，而不能漫无目的地开展大规模监控。[35]企业在协助技术侦查时也需要坚持对象特定性，以区别于企业承担的普泛性犯罪治理义务。并且，由于技术侦查协助义务的对象特定性，导致平台权力的纵深不断扩展，可能对相对人形成“面窄而度深”的干预，加剧了侵权的严重性。

企业技术侦查协助义务的特殊性也体现在立法规范中。《刑事诉讼法》第 152 条规定:“公安机关依法采取技术侦查措施，有关单位和个人应当配合，并对有关情况予以保密。”除了第 152 条之外，《刑事诉讼法》还规定了案外人辅助司法活动的一般性规则。例如，《刑事诉讼法》第 6 条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众。”第 52 条规定:“必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，可以吸收他们协助调查。”第 54 条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”在协助侦查的一般性规定已经存在的情况下，立法者为何专门在第 152 条技术侦查的规定中，再次强调有关单位和个人的配合义务与保密义务？对此，本文认为，除了基于强调目的的同义反复之外，立法者实际上已经意识到技术侦查的协助义务不同于一般性的执法协助义务。申言之，技术侦查协助义务由于实时性、回应性、对象特定性等特点，对基本权利的侵犯更严重，一般性的执法协助义务不足以提供正当化依据，故而需要法律的特别授权。

《刑事诉讼法》第 152 条虽然体现出技术侦查协助义务的特殊性，但对于第三方主体能否成为技术侦查的执行主体仍然闪烁其词。对此，域外法治国家和组织的规定值得借鉴。例如，《阿拉伯国家联盟打击信息技术犯罪公约》（Arab Convention on Combating Information Technology Offences）第 29 条规定:“各缔约国均应承诺对国内法律中规定的一系列犯罪采取必要的立法程序，以便主管当局能够：a.通过技术手段在该缔约国境内收集或拦截，或 b.与主管当局合作并帮助其迅速收集和拦截在其领土上通过信息技术传播的相关通信内容信息。”[36]其中，收集、拦截通信内容信息的主体不仅包括主管当局，还延伸至与主管当局合作的企业组织。在协助侦查机关开展技术侦查的过程中，具有专属性的技术侦查权由公安机关延伸至企业等社会化组织。因此，在本次《刑事诉讼法》修改的过程中，应当考虑明确网络服务提供者等第三方机构在技术侦查中的主体性地位，拓展技术侦查的主体范围。

2.扩展监控类技术侦查的客体

大数据时代，侦查机关监控取证的对象不仅包括内容信息，还包括非内容信息。非内容信息也被称为元数据（metadata），或“信息的信息”，包括 IP 地址、行踪轨迹、通话时间、持续时长、基站台位置等。非内容信息虽然无法揭露信息的实质内容，但可以披露出信息的处理状态、修改痕迹、变动特征等。[37]在数据挖掘技术的帮助下，非内容信息还能够聚沙成塔地还原出公民的性取向、健康状况、交友倾向等较为私密的信息，甚至可以描绘出个体的人格剖面图。因此，监控非内容信息备受侦查机关的青睐。例如，美国联邦法院行政局公布的 2012 年通讯监察报告显示，该年度实际执行监听令状共 633 张，但其中对于通讯内容信息的实时监听仅有 3 张，而对于非内容信息的获取占极大比重。[38]

对于监控非内容信息的行为进行法律规制已经成为域外法治国家的普遍选择。例如，美国《电话拨号记录器法》（The Pen Register Act）规定，收集即时与未来的电话号码等非内容信息，需要达到“关联性标准”（Relevence）方可取得法院令状。[39]所谓关联性标准，即根据美国《联邦证据规则》第 401 条的规定:“该证据具有与没有该证据相比，使得某事实更可能存在或者更不可能存在的任何趋向。”[40]《网络犯罪公约》也采取了“内容信息/非内容信息”的分类方法。其中，非内容信息包括注册人信息（subscriber information）与流量信息（traffic data）。

“内容信息/非内容信息”并非唯一的信息分类框架。除此之外，“静态信息/动态信息”“隐私信息/非隐私信息”“敏感个人信息/一般个人信息”“预测性信息/回溯性信息”等均可以在一定程度上发挥细化侦查程序、避免概括性取证的功能。然而，较之其他的分类方法，“内容信息/非内容信息”的框架仍然具有一定优势：其一，内容信息与非内容信息具有较强的区分度与可操作性。尽管对于电子邮件主题等究竟属于内容信息还是非内容信息存在争议，但对于绝大多数信息而言，依然可以根据是否反应交流的实质内容进行分类。清晰的分类标准为办案人员提供了明确、稳定的执法预期，有利于实

现法安定性价值。其二，内容信息与非内容信息属于对信息本质的描述，而非对取证方式的描述。诸如“静态信息/动态信息”“预测性信息/回溯性信息”等信息分类方法表面上是区分信息类型，实际上反映的是实时性侦查程序与回溯性侦查程序等取证方法的差异。因此，“内容信息/非内容信息”的分类方法更接近信息本质，无法仅通过区分取证方法来实现，具有较大的类型化价值。其三，“内容信息/非内容信息”具有较大的解释空间，可以与其他信息分类方法融会贯通。例如，在不借助数据挖掘技术的情况下，内容信息比非内容信息具有更强的私密性，在一定程度上可以解释为隐私信息。此外，内容信息如果发生泄露，产生的负面影响也大于非内容信息。这使得此种分类方法与“敏感个人信息/一般个人信息”的逻辑体系也有共通之处。

从《公安机关办理刑事案件程序规定》第 264 条“记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控”的字面分析，我国监控类技术侦查的客体虽然包括了内容信息与非内容信息，但并未明确区分二者，也没有以此为基础设计比例化的侦查程序。以通信监控为例，监听实质的通话内容属于通信监控。但通话时长、通话频率等非内容信息属于通信信息，收集此类非内容信息的行为也属于通信监控。然而，尽管通过通话时间、通话频率等非内容信息可以推断出亲密关系等不为人知的细节，但从总体的侵权情况分析，监听内容信息对权利的干预更深。因此，对于侵权程度不同的内容信息与非内容信息，不加区分地适用相同的程序，不符合比例原则的要求，也背离了数据分类分级的治理思路。在此次《刑事诉讼法》修改过程中，应当明确监控类技术侦查不仅包括获取内容信息，也应当将非内容信息纳入客体范围。在此基础之上，对内容信息与非内容信息设计差异化的取证程序，实现监控类技术侦查的层级化控制。

四、监控类技术侦查的规范完善

在准确界定监控类技术侦查范围的前提下，需要进一步完善该项侦查措施的立法规范，这也是本次《刑事诉讼法》修改的关键命题之一。本文认为，在此次修法过程中，需要采用《刑事诉讼法》与司法解释、指导性案例相结合的立法模式，明确监控类技术侦查的内涵与外延，优化监控类技术侦查的程序要件，并以之作为适用个人信息保护规则的前沿阵地。

（一）监控类技术侦查的立法模式

纵观域外法治国家、地区监控类技术侦查的立法模式，主要分为以下三种类型：

其一，以美国为代表的判例法模式。美国遵循判例法传统，以第四修正案的搜查、扣押条款为依托，对侦查程序进行数字化改造。例如，2012 年 Jones 案判决警方安装 GPS 追踪器并以之开展持续监控的行为构成搜查。2018 年 Carpenter 案[41]判定公民对于手机基站定位信息享有隐私合理期待，警方必须获取搜查令状方可从第三方机构处获取此类电子数据。然而，我国难以照搬美国的判例法模式，原因有三：一是两国侦查程序的立法体系、制度原理存在较大差异。第四修正案的搜查、扣押条款属于美国侦查体系中的统领性规范，其背后蕴含的隐私合理期待理论更是塑造美国侦查程序的核心价值。我国缺乏本土化成熟的规制理论和体系，“从而导致实践中无法对新出现的侦查手段作准确的法律性质定位，并辅之以相应规格和相应密度的法律规制。”[42]二是美国的搜查并非我国监控类技术侦查的对应概念。美国的搜查具有广泛的概念内涵，覆盖调取、住宅搜查、电子设备搜查、无人机监控、公共视频监控、GPS 侦查等多种侦查手段。只要干预了公民的隐私合理期待，就可能纳入搜查的范围。然而，我国监控类技术侦查的范围相对较窄，特指实时获取电子数据的侦查手段。三是我国缺乏判例法传统，难以通过“法官造法”的方式实现监控类技术侦查的规制。不过，以判例法作为推动侦查程序发展的主要方式，也存在弊端，并非放之四海而皆准的模式。例如，在 Jones 案中，Alito 大法官明确指出，面对日新月异的技术进步，最好的解决方案应当是由立法者制定相关规范，以规制技术或设备的使用。[43]

其二，以德国为代表的成文法模式。德国主要通过修改《刑事诉讼法》等成文法规范，为侦查活动中使用监控技术提供规范依据。例如，2017 年德国修改《刑事诉讼法》，在第 100a 条与第 100b 条中增设了来源端通信监察与线上搜查，以规制不同情形下通过木马实时取证的监控行为。其中，来源端通信监察又称“小木马程序”，只能截取监控令状核准之后的通讯内容信息。而线上搜查不受时间节点与内容范围的限制，呈现概括性收集的特征。既可以获取通讯内容信息，也可以获取非内容信息，既可以获取监控令状核准之后产生的信息，也可以获取之前生成的信息。对于来源端通讯

监察与线上搜查的区分，体现出德国在规制监控类技术侦查中的精细化、比例化倾向。并且，德国的成文法模式也与我国的立法传统较为契合。

其三，以中国台湾地区为代表的“专门法”模式。2020 年中国台湾地区“法务部”发布了“科技侦查法（草案）”，专门规制以科技定位侦查为代表的监控类技术侦查。“科技侦查法（草案）”规定了无人机取证（第 3-4 条）、全球定位系统（GPS 侦查）（第 5-8 条）、设备端通讯监察（第 14-18 条）、电子数据搜查（第 19-21 条）等监控类取证手段，并增设了“隐私空间”与“非隐私空间”一组概念，作为判断取证活动侵权性的基准。此外，“科技侦查法（草案）”还对监控活动设置了救济、处罚规则等条款。然而，该法案最终未获通过。这一方面是由于“科技侦查法（草案）”不够成熟，难以应对科技侦查严重的侵权性。另一方面也是由于“科技侦查法（草案）”采取的“专门法”模式存在叠床架屋之嫌，不仅造成立法成本的浪费，也容易诱发不同规范之间的冲突。

我国此次《刑事诉讼法》的修改，对监控类技术侦查的立法模式，应当主要借鉴德国的成文法模式，兼采美国判例法模式与中国台湾地区“专门法”模式的经验。以《刑事诉讼法》作为规制技术侦查的主要规范载体，明确监控类技术侦查的内涵，并通过司法解释与指导性案例进一步细化此类侦查措施的外延。

首先，应当改变“搭便车式”的立法方式，明确监控类技术侦查的法律性质。2012 年《刑事诉讼法》将监控类技术侦查与隐匿身份侦查、控制下交付共同置于技术侦查的框架之下，造成了秘密侦查与技术侦查的混淆。如前所述，“秘密性—技术性—实时性”是监控类技术侦查的特征体系。其中，第一层级的秘密性是监控类技术侦查与隐匿身份侦查、控制下交付的共同特征。如果立法仍然试图在第二章第八节中规制这三种侦查措施，可以将第八节的名称由“技术侦查措施”改为“秘密侦查措施”，作为这三种侦查措施的上位概念。以秘密侦查措施作为章节名称，可以最大限度地保障三种侦查措施的体系融贯性，减少立法成本。

其次，应当借鉴德国成文法模式，在《刑事诉讼法》中明确监控类技术侦查的内涵。《公安机关办理刑事案件程序规定》第 264 条对监控类技术侦查的界定颇具前瞻性。一是记录、行踪、通信、场所几乎覆盖了所有监控对象，既包括内容信息，也包括非内容信息。并且，以“等措施”作为兜底性条款，可以避免挂一漏万，实现了监控范围的周延性。二是“记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控”的抽象表述方式，与具体列举方式相比，能够给未来的技术发展与法律解释留有更多的弹性空间，也符合我国《刑事诉讼法》“宜粗不宜细”的立法传统。三是以“监控”作为中心词，明确了监控类技术侦查实时性的核心特征，为与其他数据型侦查手段的区分提供了规范指引。因此，应当将《公安机关办理刑事案件程序规定》第 264 条纳入《刑事诉讼法》的内容之中，在第 150 条起始处规定：“技术侦查措施是指由设区的市一级以上公安机关负责技术侦查的部门实施的记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施。”在《刑事诉讼法》而非《公安机关办理刑事案件程序规定》等部门规章中规定技术侦查的定义，可以通过立法层级的提升增强规范的权威性，也为区别同节中的隐匿身份侦查、控制下交付提供了规范支撑，还为大数据侦查等新型侦查手段进入《刑事诉讼法》廓清了逻辑起点。

最后，应当借鉴美国判例法模式与中国台湾地区“专门法”模式，在相关司法解释、指导性案例中明确监控类技术侦查的外延。相较于修改《刑事诉讼法》，调整相关司法解释，或出台指导性案例的成本相对较低，可以作为灵活应对监控类技术侦查发展演进的方式。例如，可以在相关司法解释中，明确监听、电子监控、GPS 定位、手机定位等实时性监控活动属于技术侦查。在不涉及侦查秘密的情况下，通过发布指导性案例的方式，明确最新的技术侦查表现形式，以解决新兴科技的合法性争议。

（二）监控类技术侦查的程序要件

明确监控类技术侦查的内涵与外延之后，应当进一步完善相关的程序要件。

首先，明确网络服务提供者作为监控类技术侦查的执行主体。网络服务提供者等第三方主体在侦查机关的授权下开展实时性的信息收集、拦截工作，实际上已经成为办案人员的“手足”与“工具”，与侦查机关自身开展技术侦查并无二致。我国官方在参与《联合国打击网络犯罪公约》的谈判过程中表示：“应要求各国制定或完善国内立法，明确网络服务提供者等私营部门配合执法部门监测、侦

查和打击犯罪的义务，包括按照统一的内容标准和期限留存日志信息，保存数据，固定证据，配合执法行动等。”[44]因此，鉴于网络服务提供者协助技术侦查具有广泛性，应当明确第三方主体属于监控类技术侦查的执行主体。在立法规范上，如果顾虑到侦查权专属性等因素，可以通过司法解释的方式，将《刑事诉讼法》第 152 条“公安机关依法采取技术侦查措施，有关单位和个人应当配合，并对有关情况予以保密”解释为网络服务提供者协助技术侦查的授权性条款。此外，鉴于技术侦查协助义务的特殊性，应当为网络服务提供者参与此类侦查措施提供相应的配套制度：其一，明确网络服务提供者的数据安全保护义务，防止协助过程中的信息泄露。网络服务提供者应当制定内部管理制度和操作规程，采取相应的加密、去标识化等安全技术措施，定期对从业人员进行安全教育和培训，避免在信息收集、拦截过程中发生数据安全事故。[45]其二，明确网络服务提供者拒不履行技术侦查协助义务的法律后果。对此，《数据安全法》第 45 条建立了一种特别的行政处罚程序，处罚拒不履行数据调取义务的机构与个人。[46]相较于调取，技术侦查打击犯罪的效能更为明显，故而应当将《数据安全法》第 45 条的处罚规定推广适用于协助技术侦查的场景中。其三，建立网络服务提供者相应的个人信息保护义务豁免机制，防止义务冲突的现象。在协助侦查机关开展信息收集、拦截活动中，企业作为个人信息处理者，理应履行相应的个人信息保护义务。然而，技术侦查协助义务可能与保护个人信息的合规义务产生紧张关系。对此，《个人信息保护法》第 13 条第 3 款“为履行法定职责或者法定义务所必需”为企业的个人信息处理行为提供了规范依据。企业履行协助技术侦查义务属于“为履行法定职责或者法定义务所必需”的行为，具有处理个人信息的合法性基础，故而应当豁免其个人信息告知等合规义务。在技术侦查执行完毕之后，应当由侦查机关通知被监控对象，企业无须承担额外的告知义务。

其次，明确非内容信息属于监控类技术侦查的客体。将技术侦查的内涵界定为“记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控”，实际上已经承认了技术侦查的客体既包括内容信息，也包括非内容信息。在此基础上，应当根据内容信息与非内容信息的差异，贯彻数据分级分类思想，设计比例化的取证程序。《数据安全法》第 21 条第 1 款、第 2 款提出了数据分类分级保护的思路，指出要加强对重要数据的保护，并对国家核心数据实行更加严格的管理制度。然而，《数据安全法》并没有提供具体的操作方案，其数据分类分级的方法也并未根据刑事诉讼活动的特点进行场景化安排。本文认为，《数据安全法》仅提供了数据分类分级的宏观思路，监控类技术侦查中具体的实施方案应当回归刑事诉讼的语境之中。如前所述，“内容信息/非内容信息”的分类框架具有可操作性、契合实质、解释空间大等优势，可以作为监控类技术侦查中信息分类的优选方案。对内容信息的技术侦查，至少应当保持现有的规范密度，进行严格的程序规制；对非内容信息的技术侦查，可以适当降低规范强度，适用相对宽缓的程序。例如，在案件范围上，对内容信息的技术侦查可以继续以“重大犯罪”或“严重犯罪”作为范围划定的标准。但由于我国轻罪、重罪大体以三年以上有期徒刑作为分界线，故而可以将《公安机关办理刑事案件程序规定》第 263 条第 5 款“其他严重危害社会的犯罪案件，依法可能判处七年以上有期徒刑的”下调为“可能判处三年以上有期徒刑的”。对非内容信息的技术侦查则无须以“重大犯罪”或“严重犯罪”为限。

最后，加强监控类技术侦查的司法控制，完善证据规则。以司法权强化对技术侦查的程序控制，是理论界长期以来的共同呼吁。在此次《刑事诉讼法》修改中，如果能够加强技术侦查的司法控制，无疑将极大推动我国侦查活动的规范化进程。具而言之，其一，明确技术侦查的最后手段原则。《刑事诉讼法》第 150 条、第 151 条将“根据侦查犯罪的需要”作为技术侦查的启动要件。然而，“根据侦查犯罪的需要”并非技术侦查的专属性规定，《刑事诉讼法》第 144 条也将之作为查询、冻结的启动要件。因此，理论界对“根据侦查犯罪的需要”存在两种截然相反的解释方案：一是将之理解为只有在不得已的情况下采取，二是将之理解为在侦查一有需要时即可采取。[47]本文认为，技术侦查不同于查询、冻结，属于侦查体系中的后置性措施，《电子数据规定》第 9 条网络远程勘验与技术侦查的逻辑关系即为规范例证。因此，“根据侦查犯罪的需要”应当被解释为技术侦查的最后手段原则，即只有在其他手段无法达到侦查目的时方可实施，而非优先适用的措施。其二，应当由检察机关作为技术侦查的审批主体。尽管《刑事诉讼法》第 150 条规定了“经过严格的审批手续”，由设区的市一级以上公安机关负责人批准技术侦查，但实质上仍然属于“自侦自审”。以司法机关作为技术侦查

的审批主体，既是域外法治国家的普遍选择，也是我国理论界的共同倡议，符合技术侦查的发展趋势。因此，如果短期内由法院承担审批职能存在制度障碍，可以由检察机关发挥法律监督的职能，作为技术侦查的外部审批主体。其三，应当将技术侦查产生的非法证据纳入非法证据排除的范围。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》在第四章第八节新增了"技术调查、侦查证据的审查与认定"，反映出司法机关对于技术侦查证据的关注。然而，违反技术侦查程序产生的证据，并不受到非法证据排除规则的制约，削弱了司法权对技术侦查的控制。超出案件范围、未经审批主体审批、超出实施期限、违反技术侦查种类与对象规定等，都属于明显违反技术侦查实质性规定的情形，其产生的证据属于非法证据。因此，在此次《刑事诉讼法》修改过程中，应当拓展非法证据排除规则的适用范围，确立非法技术侦查证据的排除规则。

（三）监控类技术侦查的信息规则

除了完善监控类技术侦查的程序要件之外，建立技术侦查相关的信息规则，加强《刑事诉讼法》与《个人信息保护法》等数据领域立法的互动，也为治理技术侦查提供了全新路径。技术侦查在我国侦查体系中具有示范统领地位，如果能够以之作为适用个人信息保护规则的试点区域，必将推动刑事诉讼程序体系与数据法治体系的融合。

首先，加强立法工作，实现《刑事诉讼法》与《个人信息保护法》的规范衔接。《个人信息保护法》在第二章第三节规定了"国家机关处理个人信息的特别规定"，解决了个人信息保护规则能否适用于刑事司法机关的争议。然而，除此之外，《个人信息保护法》并未以刑事诉讼领域为主要的应用场景，个人信息保护规则如何适用于技术侦查等诉讼活动，是此次《刑事诉讼法》修改亟待解决的问题。对此，纵观域外法治国家、组织的经验，主要存在以下三种立法模式：一是欧盟模式。欧盟在《一般数据保护条例》之外，出台了专门适用于刑事司法活动的《2016/680 指令》[48]，以规制侦查活动中的个人信息处理事项。二是英法模式。英国、法国分别在《数据保护法》和《个人数据保护法》等个人信息保护的专门性规范中单独设置一章，规定刑事司法领域的个人信息处理规则。三是德国模式。德国在《刑事诉讼法》中直接规定个人信息保护规则，以回应个人信息保护对诉讼程序的冲击。我国《个人信息保护法》刚刚出台，短期内无法采用英法模式以增修刑事司法领域中的个人信息保护规则。因此，我国在此次《刑事诉讼法》修改过程中，应当兼采欧盟与德国的立法经验。一方面，在《刑事诉讼法》的总则条款中，明确规定"加强个人信息保护"，或对相关条款进行解释。例如，可以将《刑事诉讼法》第 2 条"尊重和保障人权，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利"作为保护个人信息的规范载体。也可以将《刑事诉讼法》第 14 条"人民法院、人民检察院和公安机关应当保障犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人依法享有的辩护权和其他诉讼权利"解释为包含保护个人信息权益。另一方面，可以适时出台《刑事诉讼个人信息保护规则》，通过专门立法的方式，详细阐述技术侦查等诉讼活动中的个人信息保护规则，为个人信息保护提供程序法的衔接路径。

其次，加强对以知情权为代表的个人信息权益的保护。《个人信息保护法》第四章规定了"个人在个人信息处理活动中的权利"，具体包括知情权、决定权、更正权、删除权等。在技术侦查中，上述具体的个人信息权益也存在一定的适用空间，但需要结合刑事诉讼的特点进行调整与限缩。以知情权为例，由于侦查秘密原则的要求，在我国技术侦查中一直缺乏告知程序。即使在有碍侦查的因素已经消失的情况下，被监控对象依然无法知悉其被监控的事实。然而，建立秘密侦查的事后告知制度，以方便相对人进行权利救济，已经成为域外法治国家的普遍选择。例如，美国《监听法》规定："在监听或延长监听停止后不超过 90 日的合理期间内，签发令状的法院应将下列通知的目录清单送达令状所载之人及法院依裁量认为应当通知的其他被监听人……如果侦查机关向法院释明有充足理由时，可以延迟送达通知。"[49]因此，在此次《刑事诉讼法》修改过程中，应当建立技术侦查的事后告知程序，加强对以知情权为代表的个人信息权益的保护。

最后，侦查机关需要履行个人信息保护影响评估等义务。在当前技术侦查程序中，公安机关其实已经承担着一定的个人信息保护义务。例如，《刑事诉讼法》第 152 条规定："侦查人员对采取技术侦查措施过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私，应当保密；对采取技术侦查措施获取的与案件无关的材料，必须及时销毁。"除此之外，《个人信息保护法》第五章详尽规定了个人信息处理者

的义务，拓展了技术侦查中国家机关个人信息保护义务的制度景深。例如，《个人信息保护法》第55条规定，在以下五种情形中，个人信息处理者应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录。“个人信息保护影响评估属于受强制的自我规制，是一种事前性的合规评估和风险评估程序。”[50]技术侦查活动大量处理敏感个人信息，属于对个人权益有重大影响的个人信息处理活动，符合《个人信息保护法》第55条第2款、第5款的情形，故而应当引入此项义务。具而言之，在应用新兴的实时性技术手段之前，侦查机关需要评估个人信息处理过程，包括监控类技术的合法性、必要性、比例性、可能产生的风险、可能对个人权益带来的损害和影响等。在此基础上，侦查机关应当建立一套预防性程序，以加强对新兴技术的规范控制。

【注释】

[1]“狭义技术侦查”与“广义技术侦查”相对。前者仅指《刑事诉讼法》第150条至第152条规定的技术侦查措施，后者是指《刑事诉讼法》第二章第八节的技术侦查措施，除了狭义技术侦查之外，还包括《刑事诉讼法》第153条规定的隐匿身份侦查与控制下交付。

[2]参见刘梅湘：《监控类技术侦查措施实证研究》，载《华东政法大学学报》2019年第4期。

[3]参见裴炜：《论远程勘验：基于侦查措施体系性检视的分析》，载《政法论坛》2022年第4期。

[4]相关文献参见龙宗智：《强制侦查司法审查制度的完善》，载《中国法学》2011年第6期；万毅：《解读“技术侦查”与“乔装侦查”——以〈刑事诉讼法修正案〉为中心的规范分析》，载《现代法学》2012年第6期；兰跃军：《比较法视野中的技术侦查措施》，载《中国刑事法杂志》2013年第1期；张建伟：《特殊侦查权力的授予与限制——新〈刑事诉讼法〉相关规定的得失分析》，载《华东政法大学学报》2012年第5期。

[5]相关文献参见王燃：《大数据时代侦查模式的变革及其法律问题研究》，载《法制与社会发展》2018年第5期；胡铭、龚中航：《大数据侦查的基本定位与法律规制》，载《浙江社会科学》2019年第12期；于阳、魏俊斌：《冲突与弥合：大数据侦查监控模式下的个人信息保护》，载《情报杂志》2018年第12期；张晶：《大数据侦查中的信息隐私权保护》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2023年第6期。

[6]相关文献参见赫广平：《智慧警务的法律机制研究》，载《人民论坛》2020年第5期；赫广平、孟昭阳：《人工智能时代警察执法行为创新——基于个人信息处理的视角》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2022年第3期。

[7]参见宋英辉：《刑事程序中的技术侦查研究》，载《法学研究》2000年第3期。

[8]陈瑞华：《刑事诉讼法修正案之隐忧》，载《南方周末》2011年9月1日，第3版。

[9]何家弘：《秘密侦查立法之我见》，载《法学杂志》2004年第6期。

[10]谢佑平、万毅：《刑事侦查制度原理》，中国人民公安大学出版社2003年版，第246页。

[11]参见田椰子：《秘密侦查制度略论》，载《四川理工学院学报（社会科学版）》2015年第3期。

[12]参见周武、包涵：《技术侦查与秘密侦查的证据规则分析研究》，载《云南警官学院学报》2020年第2期。

[13]单勇：《犯罪之技术治理的价值权衡：以数据正义为视角》，载《法制与社会发展》2020年第5期。

[14]程雷：《大数据侦查的法律控制》，载《中国社会科学》2018年第11期。

[15]许志：《技术侦查概念的界定及辨析》，载《中国刑警学院学报》2022年第2期。

[16]中国社会科学院语言研究所词典编辑室主编：《现代汉语词典（第7版）》，商务印书馆2023年版，第633页。

[17]U. S.v. Jones 132 S. Ct.945(2012).

[18]See Levinson-Waldman, Rachel, ' Hiding in Plain Sight:A Fourth Amendment Framework for Analyzing Government Surveillance in Public ', Emory Law Journal, vol.66, no.3(2017), pp.561.

[19]Ben Faiza v France App no 31446/12(ECtHR, 8 February 2018).

[20]See Katrien Keyaerts, ' Ben Faiza v. France:Use of Cell Site Location Information by Police Is

Acceptable Interference with Right to Privacy ', European Data Protection Law Review, vol.5, no.1(2019), pp.120.

[21]https://au.int/sites/default/files/treaties/29560-treaty-0048_-_african_union_convention_on_cyber_security_and_personal_data_ protection_e.pdf.

[22]https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/First_session/Comments/Cybercrime_input_Switzerland_102021.pdf.

[23]参见胡铭：《技术侦查：模糊授权抑或严格规制——以〈人民检察院刑事诉讼规则〉第 263 条为中心》，载《清华法学》2013 年第 6 期。

[24]同前注[14]。

[25]历史手机基站定位信息主要利用通联记录和方向角资料进行探索，仅能锁定大致范围。与之相对应的概念是即时手机基站定位信息，其主要是利用注册资料和三角测量资料进行位置监测，定位精确程度相对较高。参见黄政龙：《美国行动电话定位追踪法规范研究》，载《警大法学论集》2010 年第 18 期。

[26]参见梁坤：《以分级分类为指引落实数据调取程序》，载《检察日报》2021 年 7 月 14 日，第 3 版。

[27]《电子数据取证规则》第 27 条规定："网络在线提取时需要进一步查明下列情形之一的，应当对远程计算机信息系统进行网络远程勘验：（一）需要分析、判断提取的电子数据范围的；（二）需要展示或者描述电子数据内容或者状态的；（三）需要在远程计算机信息系统中安装新的应用程序的；（四）需要通过勘验行为让远程计算机信息系统生成新的除正常运行数据外电子数据的；（五）需要收集远程计算机信息系统状态信息、系统架构、内部系统关系、文件目录结构、系统工作方式等电子数据相关信息的。"

[28]参见龙宗智：《寻求有效取证与保证权利的平衡——评"两高一部"电子数据证据规定》，载《法学》2016 年第 11 期。

[29]参见王士帆：《当科技侦查骇入语音助理——刑事诉讼准备好了吗？》，载《台北大学法学论丛》2019 年第 112 期。

[30]同前注[14]。

[31]参见王燃：《大数据侦查》，清华大学出版社 2017 年版，第 39 页。

[32]参见张可：《大数据侦查措施程控体系建构：前提、核心与保障》，载《东方法学》2019 年第 6 期。

[33]See Rozenshtein A, "Surveillance Intermediaries", Stanford Law Review, vol.70, no.1(January 2018), pp.112-122.

[34]参见裴炜：《针对用户个人信息的网络服务提供者协助执法义务边界》，载《网络信息法学研究》2018 年第 1 期。

[35]参见王东：《技术侦查的法律规制》，载《中国法学》2014 年第 5 期。

[36]https://www.asianlaws.org/gcld/cyberlawdb/GCC/Arab%20Convention%20on%20Combating%20Information%20Technology%20 Offences.pdf.

[37]See Newell, B. C., &Tennis, J. T, "Me, My Metadata, and the NSA:Privacy and Government Metadata Surveillance Programs", Proceedings of the 2014 iConference, 2014, pp.346.

[38]The Administrative Office of the United States Courts. Wiretap Report, 2012-12-31, http://www.uscourts.gov/statistics/table/wire-6/2012/12/31., 2022-1-29.

[39]18 U. S. C. A § § 3121-27.

[40]王进喜：《美国〈联邦证据规则〉（2011 年重塑版）条解》，中国法制出版社 2012 年版，第 56 页。

[41]Carpenter v. U. S.138 S. Ct.2206(2018).

[42]艾明：《从马赛克理论到完美监控理论：大数据侦查法律规制的理论演进》，载《北大法律评论》2020 年第 1 期。

[43]U. S.v. Jones 132 S. Ct.963-964(2012).

[44]《中国对联合国打击为犯罪目的使用信通技术公约范围、目标和框架（要素）的建议》，

http44s://www.unodc.org/documents/Cybercrime/Ad Hoc Committee/First_session/Comments/Chinas_Suggestions_on_the_Scope_Objectives_and_Structure_AHC.pdf, 2023 年 7 月 25 日。

[45]参见梁坤：《网络犯罪国际公约中的技术侦查条款及国内程序法回应》，载《公安学研究》2023 年第 4 期。

[46]参见梁坤：《刑事数据调取与数据安全深度融合衔接》，载《检察日报》2022 年 9 月 21 日，第 3 版。

[47]参见刘梅湘：《监控类技术侦查措施实证研究》，载《华东政法大学学报》2019 年第 4 期。

[48]Directive(eu)2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA .

[49]18 U. S. C § 2518(8)(d).

[50]刘权：《论个人信息保护影响评估——以〈个人信息保护法〉第 55、56 条为中心》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 5 期。

侦诉审配合制约机制的完善

洪刚*

摘 要：侦诉审配合制约是我国刑事诉讼的重要原则，也是三机关关系的规范表达。高质效地完成刑事诉讼任务，实现保障人权的目标需要侦查、起诉、审判之间彼此配合，但为了促使公权力运行更加公正，侦诉审之间应进行实质化的制约，保持公权力运行的边界，避免在刑事诉讼中过度配合、无原则的配合。然而，当前侦诉审配合制约机制还存在共享机制不充分、协作机制不健全、证据标准不统一以及监督手段有限、制约方式不足、制约力量不平衡等诸多不足，无法较好地适应新时代刑事司法改革的需求。为此，应落实以审判为中心的基本原则，强化制度建设和完善立法，优化侦查、起诉、审判之间的工作流程和协作模式，推动数字技术的应用和信息化建设。

关键词：配合制约机制；保障人权；证据标准；以审判为中心；数字技术

一、问题的提出

随着刑事诉讼制度改革的深入发展和法律体系的持续演进，对侦查、起诉、审判三个机关之间的配合制约机制提出了更高标准。我国《宪法》和《刑事诉讼法》均确立了“分工负责、互相配合、互相制约”的原则，作为刑事诉讼的重要内容。然而，在具体实施过程中，这一原则的落实尚需更为详尽的制度安排。特别是在以审判为中心的刑事诉讼制度改革的背景下，侦查、起诉、审判三个机关的配合制约机制必须更好地适应庭审实质化的要求，以确保案件在侦查、起诉、审判等各个阶段都能得到公正和高效的处理。[1]然而，现行机制在适应这一改革需求方面仍存在不足。在司法实践中，侦查、起诉、审判三个机关在配合与制约方面遭遇了诸多挑战。首先，侦查机关在避免不起诉决定带来的压力时，可能采取与检察机关建立非正式撤案机制的做法，[2]这不仅损害了案件的公正处理，还可能导致司法资源的浪费。其次，检察机关在退回补充侦查后，面临侦查机关不再移送起诉或进行“体外循环”的情况，这削弱了检察机关的法律监督职能，也影响了案件的及时处理，进而导致案件处理效率低下。此外，为避免无罪判决，检察机关可能与法院进行非正式协商，这威胁到了司法公正。这些挑战揭示了现行侦诉审配合制约机制在司法实践中存在的不足，迫切需要进一步的完善。侦诉审协作与制衡机制的完善是司法改革的关键部分，它有助于确保侦查、起诉、审判等环节的公正性。通过加强制约监督，可以有效预防和纠正司法实践中的违法行为，更好地保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。通过严格依法办案、加强监督制衡，可以有效避免刑讯逼供、非法取证等侵犯人权的行为，维护司法权威和公信力。同时，完善侦诉审协作与制衡机制可以促进案件处理的迅速和高效。通过加强三个机关之间的协作配合，可以优化办案流程，减少不必要的环节和程序，提高诉讼效率。鉴于此，通过深入研究和实践探索，我们期望不断完善我国刑事诉讼制度，推动刑事司法的进步。

二、侦诉审配合制约机制的运行现状

在当前司法实践中，侦诉审配合制约机制的运行呈现出既有机遇也有挑战的复杂态势。这一机制旨在通过侦查、起诉与审判三大环节的紧密配合与相互制约，确保刑事司法活动的公正性、效率性和权威性。其运行现状可从以下几个方面进行深入剖析。

（一）侦诉配合制约

随着司法改革的深入，侦诉协作机制不断得到加强和完善。检察机关与侦查机关在案件办理过程中，建立了多种协作机制，如侦诉协作办公室、定期召开联席会议、联席会议制度等，[3]通过建立信息共享平台等方式，加强了沟通与协作，形成了良好的工作关系，这些机制为双方提供了常态化的沟通平台，促进了信息共享和协作配合。通过这些机制，检察机关提前介入侦查活动，对侦查取证进行引导和监督，确保案件证据充分、程序合法，有效提高了侦查效率和案件质量。随着信息技

---

* 最高人民法院智慧法院重点实验室、中国司法大数据研究院法律研究员。

[1] 参见周加海：《深化以审判为中心的刑事诉讼制度改革》，载《人民检察》2022 年第 18 期。

[2] 参见韩晗：《检察权能新拓：撤案核准的内涵阐释与模式展望——兼论刑事撤案与监察撤案的制度建构》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 2 期。

[3] 参见林喜芬：《公检侦查监督与协作配合机制改革与前瞻》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 5 期。

术的发展，侦查机关利用现代信息技术手段，如大数据、云计算等，实现了案件信息的实时共享和快速传递。这不仅提高了办案效率，还增强了监督的及时性和有效性。信息共享平台的建设和完善，使得检察机关能够更全面地了解侦查活动的进展情况，及时发现并纠正侦查中的违法行为，确保侦查活动的合法性和规范性。检察机关在侦诉配合中充分发挥了法律监督职能，通过审查逮捕、审查起诉等环节对侦查活动进行全面监督。对于侦查中的违法行为，检察机关依法提出纠正意见或建议，确保侦查活动的合法性和公正性。同时，检察机关还通过抗诉、检察建议等方式对审判活动进行监督，确保审判结果的公正性和合法性。这种双向制约机制有助于维护司法公正和权威。检察机关在制约侦查机关时采用了多种手段，如退回补充侦查、依法追诉、发出检察建议等。

具体而言，在制约机制方面，检察机关主要通过以下几种手段进行制约：一是提出纠正意见，对于侦查中的违法行为，检察机关可以依法提出纠正意见，要求侦查机关及时改正；二是退回补充侦查，对于证据不足或程序违法的案件，检察机关可以依法退回侦查机关补充侦查；三是依法追诉，对于侦查机关应当立案而不立案的案件，检察机关可以依法要求侦查机关立案侦查。这些手段在一定程度上对侦查活动形成了有效制约。尽管侦诉协作机制得到了一定程度的加强和完善，但在实际运行中仍存在配合程度不均衡的问题。部分地区或案件中，由于沟通不畅、协作机制不健全等原因，导致配合不足或配合过度的问题时有发生。例如，在退回补充侦查过程中，由于缺乏明确的操作规范和程序性保障，可能导致侦查机关在补充侦查过程中再次出现问题或拖延时间。在部分地区，由于司法资源分配不均、办案压力较大等原因，导致侦诉机关在配合制约机制的运行中面临一定困难。这可能导致一些案件无法得到及时有效的处理或处理结果不尽如人意。

（二）诉审配合制约

审判机关与检察机关在案件审理过程中建立了紧密的协作机制。这种协作不仅体现在案件信息的共享上，还体现在对案件事实、证据和法律适用的共同研究和探讨上。通过协作，审判机关能够更全面地了解案件情况，检察机关则能够更有效地履行其法律监督职能。审判机关与检察机关之间建立了有效的信息共享平台，实现了案件信息的实时传递和共享。这有助于双方及时沟通案情，协调处理案件中的争议问题，确保案件审理的顺利进行。在打击犯罪方面，审判机关与检察机关保持着高度的配合。检察机关通过审查起诉，将符合条件的案件移送审判机关审理；审判机关则依法对案件进行审理，作出公正判决。这种配合有力地打击了犯罪，维护了社会的和谐稳定。在制约方面，检察机关在诉审配合中发挥着重要的监督作用。通过对审判活动的监督，检察机关能够确保审判的公正性和合法性。对于审判中的违法行为或不当裁判，检察机关有权依法提出纠正意见或抗诉。审判机关在案件审理过程中保持独立审判的原则。这意味着审判机关在案件审理过程中不受任何外部因素的干扰和影响，依法独立作出判决。[1]这种独立性是保障审判公正的重要前提。诉审配合制约机制中，审判机关与检察机关之间形成了相互制约与平衡的关系。检察机关的监督作用促使审判机关依法公正审理案件；而审判机关的独立审判则保障了检察机关的监督权不会被滥用。这种相互制约与平衡的关系有助于维护司法公正和权威。在实际运行中，审判机关与检察机关之间的配合程度可能存在差异。部分地区或案件中，由于沟通不畅、协作机制不健全等原因，导致配合不足或配合过度的问题时有发生。现有制约手段在一定程度上具有局限性。例如，检察机关对审判活动的监督主要依赖于抗诉等事后监督方式，缺乏对审判过程的实时监督。此外，对于审判中的违法行为或不当裁判，检察机关的纠正意见或抗诉可能受到一定限制。

（三）侦审配合制约

公安机关在刑事案件的侦查终结后，会将案件移送至检察机关审查起诉，检察机关在审查起诉后认为符合起诉条件的，会向法院提起公诉。这一过程中，公安机关、检察机关和审判机关之间需要实现案件信息的及时、准确共享，以确保审判机关能够全面了解案件情况，作出公正判决。公安机关在侦查过程中获取的证据、嫌疑人的供述等关键信息也需要及时移交给审判机关，以便审判机关在审理过程中进行充分的审查和认定。在刑事诉讼中，审判机关可能需要公安机关协助进行某些调查取证工作，如传唤证人、调取物证等。公安机关应当根据审判机关的要求，积极配合完成相关

[1] 参见张能全：《论以审判为中心的刑事程序改革与刑事司法职权优化配置》，载《现代法学》2017 年第 4 期。

任务，确保审判工作的顺利进行。审判机关作出判决后，如果涉及对被告人的人身自由限制或财产处置等，需要公安机关协助执行。公安机关应当根据法律规定和审判机关的判决内容，积极履行执行职责，确保判决得到有效执行。审判机关在审查公安机关移送的证据时，必须严格遵循法定程序，确保证据的合法性、真实性和关联性。对于不符合法定程序或存在瑕疵的证据，审判机关有权依法予以排除。[1]审判机关在审理刑事案件时，会对公安机关移送的证据进行严格的审查。对于不符合法定程序、存在瑕疵或无法排除合理怀疑的证据，审判机关有权依法予以排除，以确保案件审理的公正性和准确性。审判机关在审理过程中，如果发现公安机关的侦查活动存在违法或不当之处，有权依法予以纠正。同时，公安机关也应当接受审判机关的监督，确保侦查活动的合法性和规范性。对于侦查活动中存在的问题，审判机关可以通过发回重审、建议补充侦查等方式进行纠正。同时，审判机关还可以将发现的问题向公安机关的上级机关或纪检监察部门反映，以便进行进一步的调查和处理。公安机关与审判机关都受到宪法和法律的制约。宪法明确规定，人民法院是国家的审判机关，依法独立行使审判权；公安机关则负责维护社会治安和公共安全，依法履行侦查等职责。这种法律框架下的制约关系确保了公安机关与审判机关在各自职责范围内行使权力，不得超越法律界限。但是审判机关对公安机关的侦查活动虽然有一定的监督作用，但这种监督往往侧重于事后监督，缺乏对侦查过程的实时、有效监督。此外，审判机关的监督手段也相对有限，难以全面、深入地发现和纠正公安机关在侦查活动中的违法行为。在公安机关与审判机关的制约关系中，有时存在相互制约不平衡的问题。例如，公安机关在侦查阶段可能享有较大的权力，而审判机关在对其监督时可能面临一定的困难。这种不平衡可能导致公安机关的权力滥用或不当行使，进而影响司法公正。

三、侦诉审配合制约机制的问题检视

（一）配合机制的问题

1.信息共享不充分。尽管存在信息共享机制，但实际操作中仍存在信息共享不畅、传递滞后或遗漏等问题。这导致案件处理过程中可能出现信息不对称，影响案件处理的及时性和准确性。在信息共享方面，缺乏具体的、可操作的规范，如提供法律咨询如何对接、是否需要履行相应的程序、按照怎样的流程进行等都没有统一的规范，这导致信息共享的随意性和不确定性增加。部分检察机关和公安机关对信息共享的重要性认识不足，缺乏主动共享信息的意愿和动力，导致信息共享的积极性和有效性不高。[2]例如，基层检察机关和公安机关虽然基本实现了执法办案管理信息系统的衔接，但与公安机关内部的执法信息平台并未实现有效对接。派驻值班检察人员通常只能以借用公安机关提供的账号登录相关执法信息平台，但由于系统权限配置、使用地址要求等限制，获取信息数据仍然存在较大障碍。检察机关的侦查监督活动与公安内部自我监督、执法办案信息平台之间的整合不够深入，导致信息共享的效率和准确性受到影响。在协作配合领域，提前介入侦查引导取证、提供法律咨询、贯彻落实刑事司法政策、跟踪督促意见和建议落实等方面缺乏具体的、可操作的规范，导致协作配合的职能履行与监督职能履行不匹配、不均衡。部分检察机关在开展监督活动时，未能充分与公安机关进行协作配合，导致监督活动缺乏针对性和实效性。同时，公安机关在办理案件过程中，也未能充分听取检察机关的意见和建议，导致案件办理质量受到影响。基层检察机关侦协办公室人员配置数量有限，非专职派驻监督模式下人员精力有限，难以对公安机关巨量的案件数据进行全面、详细的了解和分析。部分检察人员监督理念陈旧、监督意识不够突出，缺乏主动出击、多种方式介入侦查活动进行监督的勇气和智慧。同时，对监督对象侦查活动规律的研究不足，难以精准掌握公安机关办理案件的情况。从现状来看，目前法律对侦查监督与协作配合机制的具体内容和程序规定不够明确和完善，导致在实践中存在较大的随意性和不确定性。部分地方政府和司法机关对侦查监督与协作配合机制的支持力度不够，缺乏必要的政策引导和资金保障。

2.协作机制不健全。侦诉审三机关在案件办理过程中，协作机制尚不完善。缺乏明确的协作流程和责任划分，可能导致在案件移送、证据收集与保全等方面出现推诿扯皮现象，影响办案效率。

---

[1] 参见孙远：《“分工负责、互相配合、互相制约”原则之教义学原理以审判中心主义为视角》，载《中外法学》2017年第1期。

[2] 参见洪刚：《侦诉审“互相配合”的解释》，载《法律适用》2022年第5期。

当前，我国关于侦诉审协作的法律法规还不够完善，缺乏细化的制度设计和明确的实施细则。这使得在实践中难以有效执行协作机制，导致协作效果不佳。在实践中，侦诉审三机关之间的协作意识不够强烈，有时存在各自为政、缺乏沟通的情况。这导致在案件办理过程中，信息无法及时共享，影响了案件的办理效率和质量。协作过程中，缺乏统一、规范的协作方式和流程。有的司法人员习惯于口头陈述案情，不向对方提出书面材料，容易造成彼此在基本案情、基本证据以及案件存在的主要问题、对案件的分析认识等方面出现差异甚至误解。尽管建立了侦诉审协作机制，但在实际操作中，该机制往往流于形式，没有真正发挥其实质作用。[1]这可能是由于法律法规对协作机制的规定不够明确，或者对协作行为的约束和管理措施不足。在侦诉审协作过程中，缺乏有效的监督制约机制来确保各方依法履行职责，避免权力滥用和不当配合。这可能导致在案件办理过程中出现权力失衡、监督不到位等问题。侦诉审三机关在案件办理过程中，由于各自职责和立场的不同，往往存在部门利益冲突。这种冲突可能导致在协作过程中出现推诿扯皮、不配合等现象，影响协作效果。侦诉审三机关的人员素质参差不齐，有的侦诉审人员缺乏必要的专业素养和协作能力，难以胜任协作工作。这可能导致在协作过程中出现沟通不畅、配合不紧密等问题。在一些地方，存在地方保护主义现象。这可能导致在侦诉审协作过程中，一些地方机关为了维护本地利益而不愿意与其他地方机关进行协作或配合，影响了协作机制的顺畅运行。

3.证据标准不统一。侦查机关、检察机关和审判机关在证据收集、审查和运用方面可能存在标准不一致的情况。这可能导致在案件移送和审理过程中，对证据的要求和认定出现分歧，增加案件处理的复杂性和难度。虽然我国刑事诉讼法对侦查、审查起诉和审判阶段的证明标准有统一要求，即证据确实、充分，但在实际操作中，由于各阶段的职责和重点不同，对证据标准的理解和把握也存在差异。例如，公安机关在侦查阶段主要关注案件事实的查清和证据的收集，但其对能够提起公诉的证据要求可能不是特别了解。而检察机关在审查起诉时，对证据的标准要求更为严格，包括证据的合法性、充分性和关联性。这种差异导致公安机关在侦查阶段收集的证据往往难以完全符合检察机关的起诉标准。检察机关在提起公诉时，虽然会对证据进行一定的审查和筛选，但审判机关在庭审阶段对证据的要求更为严格。审判机关会根据法律的规定和案件的具体情况，对证据进行全面、细致的审查，以确保案件事实的认定准确无误。这种差异导致了在不同阶段对同一证据的评价标准不同。侦诉审三机关的工作人员在证据标准的认知上存在差异。由于各自的专业背景和工作经验不同，对证据的证明力、关联性、合法性等方面的理解和把握也会有所不同。这种认知差异和理解偏差进一步加剧了证据标准不统一的问题。诉讼阶段论认为，证据标准应当根据刑事诉讼阶段的不同而具有层次性。随着诉讼进程的不断推进，适用不同的证明标准。然而，在实践中，由于各阶段的衔接不够紧密，导致证据标准在转换过程中出现了断层和脱节。例如，侦查阶段收集的证据可能无法达到审查起诉和审判阶段的标准，需要进行补充侦查或重新取证。例如，由于证据标准不统一，检察机关在审查起诉时经常以“事实不清、证据不足”为由要求公安机关补充侦查。这不仅增加了公安机关的工作负担，也延长了案件的诉讼周期。在司法实践中，证据标准并不是绝对固定和死板的，而是具有一定的灵活性和弹性。这种灵活性和弹性旨在适应复杂多变的案件情况，确保司法公正和效率。在庭审阶段，由于公诉人与辩护人、审判人员对证据标准的理解和适用存在差异，经常就证据的合法性、关联性等问题产生争议。这种争议不仅影响了庭审效率，也增加了案件处理的不确定性。然而，这也给证据标准的统一带来了挑战。在不同的案件中如何准确把握证据标准的尺度和界限，成了一个需要不断探讨和解决的问题。例如，案件类型、社会关注度、舆论压力等都可能对证据标准的把握产生影响。在一些敏感或复杂的案件中，由于各方利益的博弈和舆论的炒作，可能导致证据标准的把握偏离了法律的规定和司法的原则。

（二）制约机制的问题

1.监督手段有限。检察机关对侦查机关的监督主要侧重于事后监督，缺乏对侦查过程的实时、有效监督。同时，审判机关对检察机关的起诉活动以及侦查机关的侦查活动也存在一定的监督空白或不足。我国现行法律对侦查监督的范围和内容规定不明确。例如，虽然规定了检察机关在审查批

[1] 参见左卫民:《健全分工负责、互相配合、互相制约原则的思考》，载《法制与社会发展》2016 年第 2 期。

捕和起诉环节有监督公安机关侦查活动是否合法的职责，但并未明确将审查适用法律是否正确纳入侦查监督的范围。这种立法上的模糊性使得监督机制在实际操作中难以全面展开。[1]对于侦查机关拒不纠正违法或拒不执行检察机关决定的情况，法律未明确规定具体的法律后果，导致纠正侦查违法的力度不足。这在一定程度上削弱了检察机关的监督权威性和有效性。立法上缺少确保监督效果实现的权力条款或责任条款。例如，当检察机关发现侦查机关的违法行为并发出纠正违法通知书后，如果侦查机关不予理会，检察机关缺乏有效的强制手段来保障监督效果的实现。刑事诉讼法等法律对侦查监督的内容、范围规定不够具体、明确，缺乏可操作性。这使得检察机关在进行监督时缺乏明确的法律依据和具体的操作规程，导致监督的随意性和盲目性。公、检、法三家在刑事诉讼中是“分工负责、互相配合、互相制约”的关系。但在实践中往往存在“重配合、轻制约”的现象，[2]导致检察机关的侦查监督职能难以充分发挥。检察机关的刑事审判监督主要集中在对有罪判无罪、重罪判轻罪的监督上，而对无罪判有罪、轻罪判重罪的监督相对较弱。检察机关作为法律监督机关，承担着繁重的案件办理和监督任务。然而，由于人力、物力等资源的有限性，检察机关可能无法对所有侦查活动进行全程、实时的监督。在资源分配上，检察机关可能更倾向于将精力投入到重大、疑难、复杂案件的监督上，而对于一些普通案件的侦查活动监督则可能相对松懈。此外，检察机关还注重实体的监督，而对程序的监督相对忽视。这种监督范围的局限性导致部分诉讼参与人的权利得不到有效保障，影响了司法公正。检察机关作为法律监督机关，其自侦部门又具有职务犯罪的侦查权。这种内部监督关系导致对自侦案件的侦查监督实效性不强。虽然检察机关内部存在分工负责、相互制约的部门，但在实践中往往存在“各自为战、缺乏沟通”的现象，难以形成有效的监督合力。现有的监督机制大多属于事后监督，即在违法行为发生后进行纠正和处理。这种滞后性导致损害后果已经形成，监督效果大打折扣。例如，检察机关在审查起诉阶段发现侦查活动中的违法行为时，往往只能提出纠正意见或检察建议，而无法直接干预侦查活动。法律没有赋予检察机关在侦查监督过程中具有直接处分权，如强制侦查机关纠正违法行为等。这使得检察机关在监督过程中处于被动地位，难以确保监督效果的实现。侦查机关、审判机关内部监督机制不完善，对违法行为人缺乏相应的监督措施。例如，侦查机关的内部制约和监督具有无法避免的缺陷，因为侦查机关往往是作为一个整体开展侦查活动的，其内部监督往往难以发挥有效作用。

2.制约手段不足。现有的制约手段相对有限，难以全面、深入地发现和纠正侦诉审过程中的违法行为或不当行为。这可能导致权力滥用或不当行使的情况时有发生，影响司法公正。首先，公安机关与检察机关之间的制约存在不平衡。虽然公安机关有权对检察机关的某些决定进行复议或复核，但这种制约方式在实际操作中往往流于形式。一方面，公安机关可能觉得与检察机关同属司法体系，相互制约的意义不大，因此缺乏积极性；另一方面，由于考核指标等相关因素，检察机关在制约公安机关时也可能存在顾虑，导致制约效果不佳。其次，检察机关对公安机关的侦查权制约存在诸多困难。这种困难既来自制度设计上的不完善，也来自实际操作中的复杂性。例如，检察监督通常局限于卷宗审查，很难通过这种方式发现监督线索。同时，由于缺乏有效的信息渠道和甄别能力，非法证据的排除和核实也变得非常困难。再者，法院对公检两家的制约也存在明显不足。尽管法院有权力对公安机关的侦查行为和检察机关的起诉行为进行审查和监督，但在实际诉讼过程中，这种制约往往形同虚设。一方面，法院可能因为各种原因而未能充分行使这一职权。另一方面，公检两家在配合中往往忽视了制约的重要性，使得法院的制约作用被削弱。具体而言，现有的考核机制可能过于注重办案数量和效率，而忽视了办案质量和法律监督的实效。这导致公检法在相互制约时往往寻求“双赢”的结果，而不愿针锋相对地指出问题。

现有的考核机制可能过于强调配合而忽视制约，导致公检法之间在制约方面缺乏足够的动力和压力。人民检察院作为法律监督机关，其监督手段主要局限于卷宗审查和提出检察建议等，缺乏强制性的监督手段。这使得人民检察院在监督过程中往往处于被动地位，难以有效制约公安机关和人民法院的违法行为。从侦诉来看，一是不愿制约。部分检察人员认为公检两家的目标都是惩罚犯罪、

---

[1] 参见洪刚：《侦诉审“互相制约”的冲突与调适》，载《太原理工大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期。

[2] 参见樊崇义：《“以审判为中心”与“分工负责、互相配合、互相制约”关系论》，载《法学杂志》2015 年第 11 期。

维护稳定，互相制约没有必要。同时，由于人情因素、担心影响公安办案人员受到纪律处分等，检察机关可能不愿给公安机关带来“麻烦”。二是不敢制约。检察机关在权力分配上相对于公安机关可能处于弱势，一些检察官存在畏难情绪，担心制约公安机关会影响双方关系或自身考核。三是不善制约。检察监督主要局限于卷宗审查，难以发现监督线索；部分检察人员经验和能力不足，导致非法证据排除意识不强，甄别能力不高。四是不当制约。存在不依法监督、不规范监督的现象，如应该监督而没有监督，或者监督方式不当。从诉审来看，第一缺乏制约动力。检法两家级别上平起平坐，且由于长期合作和人情关系，检察官可能不愿为了一个案子得罪法官。第二考核限制了制约。诉判不一、无罪案件、抗诉、再审等都会影响检察官的考核和指标，导致检察官在制约法院时有所顾虑。第三监督能力有限。在民事案件、行政案件方面，检察院的监督能力相对较弱，且基层检察机关民行科往往人员少，监督力量不足。四是监督规则不完善。针对同案不同判、量刑标准不统一等司法细部问题，法律规定不明确，检察权难以发挥监督实效。

3.互相制约不平衡。在侦诉审三机关的制约关系中，有时存在相互制约不平衡的问题。例如，侦查机关在侦查阶段可能享有较大的权力，而检察机关和审判机关在对其监督时可能面临一定的困难。这种不平衡可能导致制约效果不佳，甚至出现权力失控的情况。在当前的司法体制中，公安机关在侦查阶段拥有较大的权力，而检察机关和法院在后续的审查和审判阶段虽然拥有监督权，但在实际执行中往往受到多种因素的制约，导致监督效果打折扣。这种权力配置的不均衡使得制约机制难以充分发挥作用。检察机关对公安机关的侦查活动进行监督时，主要依赖于卷宗审查等间接手段，难以直接介入侦查过程，从而限制了监督的深度和广度。同时，对于法院的审判活动，检察机关虽然可以提起抗诉等，但抗诉的成功率相对较低，且抗诉程序复杂，也影响了监督效果。

公检法之间在信息共享方面存在壁垒，导致检察机关难以及时、全面地掌握公安机关的侦查情况，也无法对法院的审判过程进行全程监督。这种信息不对称使得制约机制在实际操作中难以有效运行。部分司法人员对于公检法三家共同目标的理解存在偏差，认为“惩罚犯罪、维护稳定”是首要且唯一的目标，从而忽视了互相制约的重要性。这种观念导致在实际操作中，一些司法人员更倾向于配合而非制约，特别是在面对复杂案件或高压态势时。由于长期共事和日常交往，公检法之间形成了复杂的人情关系网。这种关系网在一定程度上削弱了制约机制的有效性，使得一些本应受到严格制约的行为得以逃避监督。在一些司法人员中，权力本位思想仍然根深蒂固，他们更倾向于强调自身的权力和地位，而忽视了制约机制的重要性。这种思想使得他们在面对制约时容易产生抵触情绪，从而影响了制约机制的有效性。部分司法人员对于法治的信仰不够坚定，对于法律的权威性和公正性认识不足。这种法治信仰的缺失使得他们在工作中容易偏离法治轨道，忽视了对法律的忠诚和对公正的追求，从而削弱了制约机制的基础。

四、侦诉审配合制约机制的完善路径

（一）强化制度建设和立法完善

第一，明确职责权限。通过立法或司法解释，进一步明确公检法三家各自的职责权限，确保各司其职、各负其责。特别是要清晰界定检察机关对公安机关侦查活动和法院审判活动的监督范围、方式和程序。[1]具体而言，通过修改和完善相关法律法规，如《刑事诉讼法》《人民检察院组织法》等，对公检法三家的职责权限进行更为详细和明确的规定。这些规定应涵盖各自在刑事诉讼中的基本职能、权限范围、行使方式以及相互之间的配合与制约关系。最高人民法院、最高人民检察院可以根据立法精神，结合司法实践中的具体问题，发布相关司法解释或指导性案例，对公检法三家的职责权限进行进一步细化和明确。这些司法解释或指导性案例应具有较强的针对性和可操作性，以便在司法实践中得到有效执行。

第二，完善制约机制。建立健全相互制约的具体制度和程序，如检察机关对公安机关的立案监督、侦查活动监督，以及对法院审判活动的抗诉、检察建议等。同时，明确制约措施的适用条件和程序，确保制约措施的有效性和权威性。公检法三家应建立健全内部监督机制，加强对自身执法活动的监督和管理。通过设立专门的监督机构或人员，对执法活动进行定期检查和评估，及时发现和

[1] 参见田夫:《“法检公”三机关关系原则的解释论展开——兼论制约与监督的关系》，载《清华法学》2024 年第 2 期。

纠正问题。在明确各自职责权限的基础上，公检法三家应进一步加强相互之间的制约关系。例如，检察机关可以通过对公安机关侦查活动的监督来制约其权力行使；审判机关则可以通过对检察机关提起公诉的案件进行审理来制约其诉讼行为。

第三，建立健全信息共享机制。侦诉审三机关之间配合制约的实现，建立健全信息共享机制至关重要。应推动建立高效的信息共享平台，实现案件信息、证据材料等的及时共享和互联互通，减少信息不对称，提高制约和监督的效率和准确性。一是遵循信息共享的原则。当前侦诉审三机关之间都建立的内部的办案平台和案件数据库，但是并未完全在侦诉审之间实现办案数据信息共享。例如，在检察机关践行“数字检察”趋势下，检察机关建立办案模型仅能从裁判文书网获取法院审理案件数据，而法院内部的大数据管理和服务平台的依然无法对其共享。因此，建立健全信息共享机制，必须将信息共享原则作为完善配合制约机制的重要原则。二是形成信息共享的基本模式。凡是重大改革必于法有据。侦诉审之间配合制约机制的完善应依据《宪法》《刑事诉讼法》等相关法律法规，明确公检法三机关在信息共享中的权利和义务。在现有基础之上，通过建立专门的信息共享平台或利用现有的信息技术系统，实现信息的集中存储、统一管理和共享使用。例如，建立公文传输系统，对案件办理过程中的法律文书如提请逮捕意见书、逮捕决定书、移送起诉意见书、起诉书、刑事判决书等实现电子印章及格式打印，并通过信息共享平台进行传输和共享。对于案件中的关键证据材料，如物证、书证、鉴定结论等，应通过信息共享平台实现电子化管理和共享使用，并允许各机关在办案过程中就案件进展、存在问题等进行实时交流和沟通。

（二）优化工作流程和协作模式

检察机关应加强对公安机关侦查活动的提前介入和引导，及时提出侦查方向和取证建议，确保侦查活动的合法性和有效性。同时，对于重大、疑难、复杂案件，可以建立联合办案机制，共同研究制定侦查和审判方案。具体而言。一是增强公检侦查监督与协作配合的制度刚性。检察机关与公安机关应共同制定或完善相关法律规定，如《关于健全完善侦查监督与协作配合机制的意见》，确保提前介入和引导侦查工作有法可依、有章可循。[1]细化提前介入的案件范围，明确提前介入的流程事项，以反映检察介入侦查工作的全貌。二是构建引导侦查的新机制。完善实质性介入侦查引导取证机制，检察机关以审查起诉的角度和审判的标准，对侦查活动提出明确建议。检警就重大、疑难、复杂、敏感案件适时开展会商研究，共同研究解决案件办理中存在的困难。强化“分工负责、互相配合、互相制约”的检警关系模式，促进侦查监督的实质性。检察机关应充分运用侦查监督手段，促进公安机关取证的合法性和准确性，共同服务于以审判为中心的刑事诉讼制度改革。三是强化法律监督的职能。完善实质性介入侦查引导取证机制，检察机关以审查起诉的角度和审判的标准，对侦查活动提出明确建议。检警就重大、疑难、复杂、敏感案件适时开展会商研究，共同研究解决案件办理中存在的困难。[2]强化“分工负责、互相配合、互相制约”的检警关系模式，促进侦查监督的实质性。检察机关应充分运用侦查监督手段，促进公安机关取证的合法性和准确性，共同服务于以审判为中心的刑事诉讼制度改革。

侦诉审之间应完善联席会议制度。联席会议制度作为一种加强沟通、协调与合作的机制，对于促进侦诉审之间的配合与制约具有重要意义。加强沟通与协调：联席会议应成为侦诉审三方沟通信息、协调行动的重要平台，确保各方在案件处理过程中能够及时了解对方的工作进展和需求。通过联席会议，可以对疑难复杂案件进行集体讨论，统一法律适用标准，提高办案质量和效率。针对司法实践中出现的新问题、新情况，联席会议可以组织专题研究，探讨解决方案，为立法和司法实践提供参考。根据工作需要，可以设定固定的联席会议召开时间，如每季度或每半年召开一次；同时，对于紧急或重要事项，可以临时召集联席会议进行讨论。除了侦诉审三方的代表外，还可以邀请专家学者、律师代表等参加联席会议，从不同角度为案件处理提供意见和建议。联席会议应形成会议纪要，明确各方职责和任务分工，并加强跟踪督办，确保会议决定得到有效执行。在具体机制方面，应制定详细的联席会议议事规则，包括会议议程、发言顺序、表决方式等，确保会议有序进行。在

[1] 参见王猛、乔玉萍：《侦查监督与协作配合机制的优化路径》，载《人民检察》2024 年第 3 期。

[2] 参见张杰：《检察机关法律监督刚性视域下的调查核实权》，载《政法论坛》2023 年第 3 期。

联席会议中，应加强对各方工作的监督和制约，确保各方依法履行职责，防止权力滥用和不当干预。另外，侦诉审三机关对于重大典型的案件可以通过向社会公众释法说理，及时回应社会关切。

（三）推动科技应用和信息化建设

侦诉审之间的配合制约机制，是司法体系中确保案件公正、高效处理的重要环节。运用大数据、云计算、人工智能等现代信息技术手段，可以进一步提升这一机制的效能，具体实现方式如下：一是大数据的应用。[1]利用大数据技术，建立跨部门的信息共享平台，实现侦查、起诉、审判环节的信息无缝对接。这有助于减少信息孤岛，提高信息流通效率，确保侦诉审各阶段都能获取全面、准确的案件信息。对海量案件数据进行深度挖掘和分析，发现案件之间的关联性和规律性，为侦诉审工作提供数据支持。通过大数据分析，对案件发展趋势进行预测，为侦诉审工作提供前瞻性的指导。例如，在职务犯罪预防中，可以分析历史数据，识别高风险领域和人群，提前采取措施。建立智能预警系统，对异常数据进行实时监测和预警，帮助侦诉审机关及时发现并处理潜在问题。二是云计算的应用。利用云计算技术，实现计算资源、存储资源和数据资源的集中管理和动态分配。这有助于降低侦诉审的运行成本，提高资源利用效率。通过云平台，侦诉审机关可以共享计算资源，进行大规模数据处理和分析，提升工作效率。三是人工智能的应用。利用人工智能技术，开发智能辅助办案系统，为侦诉审工作提供智能化支持。例如，在侦查阶段，可以利用 AI 技术进行嫌疑人画像、行为轨迹分析等；在审判阶段，可以利用 AI 技术进行类案推送、裁判文书自动生成等。通过智能辅助办案系统，可以减轻办案人员的工作负担，提高办案质量和效率。利用人工智能技术，对侦诉审工作进行智能监督和评估。通过数据分析，发现办案过程中存在的问题和不足，提出改进建议。四是综合应用与协同机制。将大数据、云计算、人工智能等技术融合应用，建立综合信息平台。该平台应涵盖信息共享、智能研判、协同工作、智能监督与评估等多个功能模块，为侦诉审之间的配合制约提供全方位的技术支持。在技术支撑的基础上，进一步完善侦诉审之间的协同机制。明确各环节的职责和权限，加强沟通和协作，确保案件处理的连贯性和一致性，实现案件处理的智能化、高效化和规范化。

在公检法三机关配合制约中，数字检察和数字法院建设扮演着重要角色，旨在通过数字化手段提升司法效率、增强司法公正性，并加强三机关之间的协作与制约。一方面，构建数字检察平台。[2]建设大数据法律监督平台，实现数据资源的高效整合与共享。通过该平台，检察机关可以深入挖掘数据价值，拓展监督的广度、深度和精度。引入智能辅助办案系统，如电子卷宗系统、智能检索系统等，提升办案智能化水平。这些系统能够辅助检察官快速定位关键证据、梳理案件线索，提高办案效率和质量。构建应用法律监督模型，针对重点领域和突出问题开展专项监督。通过数据分析和模型应用，检察机关能够及时发现并纠正违法行为，保障法律的正确实施。加强与其他执法司法单位的协作，共同构建数字协同办案机制。通过数据共享和协作办案，实现案件线索的精准推送和高效办理，提升司法效率。建立数字检察人才库，为数字检察工作提供有力的人才支撑。同时，加强与其他领域专家的交流合作，共同推动数字检察工作的发展。另一方面，完善网上立案流程，实现网上申请、审核、立案一体化。通过优化立案流程，提高立案效率和质量。加大电子送达力度，推广电子卷宗等数字化办案方式。通过电子送达、电子卷宗等方式，减少纸质材料的使用和传递，提高办案效率和安全性。在诉讼服务中心设立数据采集、处理电子诉讼材料的卷宗管理中心。通过该中心，对诉讼材料进行统一管理和处理，确保电子卷宗的真实性和完整性。建立健全归档材料鉴别和筛选机制，减少纸质材料的归档数量。通过鉴别和筛选机制，将不具备原始凭证价值的纸质材料排除在归档范围之外，切实减轻法院的库存压力。

结语

侦查、起诉、审判三机关之间的配合与制约是刑事诉讼研究中老生常谈的话题，又是刑事司法实践中亟待解决的难题。从表面上，侦查、起诉、审判在不同诉讼阶段中扮演着各自的角色，似乎缺少了任一环节，整个刑事诉讼任务便不可能完成。特别在传统诉讼理念的影响下，侦诉审在完成

---

[1] 参见刘雁鹏：《中国司法大数据应用的主要成就与理论逻辑》，载《齐鲁学刊》2023 年第 4 期。

[2] 参见郑曦：《论数字时代的<刑事诉讼法>修改》，载《政治与法律》2024 年第 6 期。

刑事诉讼任务过程中长期存在重配合、轻制约的现象，不少司法机关甚至无原则的配合，将犯罪嫌疑人、被告人当作诉讼客体对待，这极大地损害了保障人权的基本原则。在新时代，我国刑事诉讼法治建设迎来了巨大发展，但是依然有诸多体制机制需要不断完善，侦查、起诉、审判之间如何实现有效配合和实质制约有待我们继续深入研究，并根植于符合我国国情的法治土壤和环境，完善侦诉审配合制约机制。

检察侦查的资源供给及法治化保障研究

漆晨航*

摘 要：任何权力施行都需要资源支撑，在不断推进检察侦查工作开展的背景下，以法治路径保障检察侦查履职资源供给的稳定性、有效性是有意义的研究议题。目前，检察侦查资源供给的实践因其多样性催生难以提炼普适经验，以及资源供给限度与职权定位不符质疑等问题，此外，部分检察侦查资源的专有性其实与检察一体化模式存在一定冲突，亟待回归议题本位探讨侦查资源的内容与检察侦查职权定位对资源供给的决定性影响。现阶段，侦查组织资源与侦查信息技术资源是重要的资源类型，其供给模式也受到技术、观念变化而所有不同。而检察侦查的本体定位是侦查权，部分资源仅供侦查履职使用；而与检察工作交互的功能定位是服务法律监督履职，是兜底性、例外性职权，资源供给可以采用灵活机动的模式，避免资源浪费。

关键词：检察侦查；权力资源；组织资源；信息技术资源；资源专有性

2018 年《刑事诉讼法》修改后，针对司法工作人员利用职权实施犯罪的自行侦查权、“机动侦查权”与自行补充侦查权构成了检察侦查的职权体系。[1]因侦查职权的强制性，其历来被视为检察机关法律监督履职不可或缺的“保障性权力”。[2]2024 年 1 月 4 日全国检察长会议，明确大力、准确、稳步推进检察侦查工作的总体方略。[3]以促进法律监督目的实现为导向“激活”检察侦查权，成为检察工作的重点方向。与任何法定权力相同的是，检察侦查履职需要为其供给所必须的权力资源。基于此，诸学者在法律监督机关宪法定位基础上，对检察侦查权进行要素重构与再解释，提出了诸多以完善检察侦查制度为核心的理论观点。[4]但除传统的权力理论分析与制度性研究之外，权力资源供给视角下的履职机制完善，是检察侦查工作的基础性实践问题。所谓权力资源，是指权力主体为施加其影响所拥有的行动资源，通过为行动提供支持的方式帮助实现特定权力目的。正如学者所述：“它（笔者注：指权力资源）从根本上提供了权力行为或权力活动发生的内在条件”。[5]

为响应 2018 年的修法，检察侦查的机构与人员均随之转隶，这在客观上削减了检察侦查履职可用的权力资源。[6]在准确、有效实施检察侦查权的目的驱动下，最高检《2023—2027 年检察改革工作规划》明确指出将“推进侦查检察专业队伍和办案机制建设”的改革目标，从组织人员、机制体制等方面为检察侦查履职供给新资源。但需要指出的是，权力资源的内容纷繁多样，其与检察侦查权交互时又导出独特的资源问题与需求，仍需相对系统且有针对性的专门研究。以中国检察侦查权为本位，分析其履职所需的资源类型与供给模式，提出法治化保障建议，是本文期望达成的核心目标。

一、检察侦查资源供给的实践问题

近年来，检察机关不断推动检察侦查履职，根据数据显示，检察机关立案侦查司法机关工作人员相关职务犯罪的数量不断大幅增长，涉案犯罪嫌疑人人数从 2019 年的 871 人增长至 2021 年的 2253 人。[7]不断旺盛的侦查办案需求，必然有相应履职资源的有效供给。以实践为观察样本，可以发现侦查资源供给仍存在的一定争议。

（一）检察侦查资源供给实践多样性的衍生问题

检察侦查是法定刑事司法权力之一，权力启动标准及可采取的侦查措施受到刑事诉讼程序的规范。但诸如侦查履职需要何种类型的资源供给，或需要多少人力与金钱成本投入，其实更多属于经

---

* 作者简介：漆晨航，男，1996 年 2 月生，江西安源人，法学博士。现为中国人民大学法学院讲师、博士后，中国人民公安大学国际网络空间基地研究员，景德镇仲裁委、景德镇国际仲裁院仲裁员，研究方向是刑事诉讼法与侦查学。

[1] 参见谢澍：《检察机关侦查权的监督性及其体系化进路》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 3 期，第 138 页。
[2] 参见陈国庆：《刑事诉讼法修改与刑事检察工作的新发展》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期，第 17 页。
[3] 参见戴佳：《来自全国检察长会议的报道|最高检：检察侦查要加大力度务必搞准稳步推进》，载最高人民检察院官网 2024 年 1 月 16 日，https://www.spp.gov.cn//zdgz/202401/t20240116_640353.shtml。
[4] 参见王祺国：《试论检察侦查》，载《法治研究》2021 年第 6 期，第 130-137 页。
[5] 杨正联著：《现代公共行政的制度逻辑》，北京：光明日报出版社 2013 年版，第 137 页。
[6] 参见李奋飞：《检察再造论——以职务犯罪侦查权的转隶为基点》，载《政法论坛》2018 年第 1 期，第 30-33 页。
[7] 参见单鸽：《重整行装再出发》，载《检察日报》2023 年 02 月 28 日，第 5 版。

济学或行为方法学的范畴。法规范的制定完善有一定立法技术层面的难度，而这也导致目前仍然缺乏针对检察侦查资源的统一规范指引，各层级各地检察机关通常按照自身办案需求解决资源供给问题。更为根本的是，现阶段学界暂无针对侦查资源的专门研究，且仍未就侦查资源的具体内容与类型化达成理论共识，进一步催化检察侦查资源供给实践的多样性。而此多样性样态衍生有如下两点问题：

其一，侦查资源供给的实践经验难以提炼统一的规范标准。侦查资源是有限的，正如学者所述："侦查资源和其他许多社会资源（包括法律资源）一样具有稀缺性特征，不容许无限度的取用。"[1]而这种有限性导致资源分布的区域性、层级性差异，各检察机关根据自身办案需求与可用资源自主设计资源配置方案，难以形成相对普适的实践经验，例如，根据最高检数据，目前全国省级检察机专门侦查机构的共有 17 处，而辽宁、湖南等 5 省内所有市级检察机关全面增设专门侦查机构。[2]这一数据是检察侦查工作的优异成绩，但也说明不同检察院组织资源的差异。而更为显著的是，各检察机关所掌握的数据、人工智能技术资源有显著差异。数字时代，犯罪样态呈现出显著的网络化、智能化趋势，侦查主体也凭由充足的信息资源基础建构起如"大数据侦查""智慧侦查"等数字化侦查模式（或说"措施"），全方位提高了侦查行权效能。[3]与之相应的是，电子数据、智能化侦查模型成为当前最重要的侦查资源之一。但现实是，检察机关并没有与公安机关等同的数据收集权限，比如通过行政执法采集的 DNA、公共视频监控或信息通讯设备定位等数据，刑事司法系统内部或外部也缺乏统一的数据共享规范。检察机关往往需要主动履职，与其他数据持有主体通过数据共享协议或强制调取数据等方法，才可获取侦查履职所需的数据资源。[4]相对自主的实践样态，也导致不同检察机关的侦查资源掌握情况有极大差异。申言之，当前各检察机关自主开展的检察侦查实践，其基础是本机关及主要负责人所掌握的侦查资源，很多资源供给层面的有益成果其实难以转化为可直接套用的普适经验。

其二，检察侦查定位与资源供给限度不符的思考。如前所述，权力资源是权力发生及行为的根本，而在另一维度上，权力资源的供给量其实也为权力界定了一定范畴，也即"（笔者注：权力资源）界定了一个行为体可能做的事情或可能采取的行动"。[5]权力资源供给过少导致权力限缩，过多则引发权力的不当扩张。目前，强化检察侦查权履职的有关研究，仍主要关注通过解决受案范围过窄、启动程序过严等制度性问题，[6]总体上附带认同扩张检察侦查资源供给的基本观点。[7]但以检察侦查的实践展开，当前的关键问题除及时满足侦查履职需求之外，也应当考虑资源供给是否可以提出相对明确的界限，以契合检察侦查的职权定位，防止资源过度供给导致权力超越法律授权不当扩权。更为具体的是，任何侦查资源的供给都需要投入建设成本，例如增设专业化的侦查组织及工作人员，需要检察机关协同中央机构编制委员会与最高检组织管理部门扩充编制数量或协调内设机构职权调整配置，而如果参照公安机关扩充检察侦查资源，则更应在侦查技术产品方面投入大量的人力物力。最高检要求准确推进检察侦查工作，不仅是对检察侦查符合现行法律规定，坚决防范越法行权现象的法治要求，更是对精准建设、配置检察侦查资源的现实要求。

（二）侦查资源专有性与检察一体化的边界疑义

无需赘言的是，侦查职权应由法定侦查机关依法履行，其他主体不得越法行权，这是侦查权专

---

[1] 杨宗辉、刘为军：《侦查方法论（第三版）》，北京：中国检察出版社 2022 年版，第 145 页。

[2] 参见《2023 年检察侦查和刑事执行检察大事记》，载《检察日报》2024 年 01 月 09 日，第 5 版。

[3] 参见胡铭、张传玺：《大数据时代侦查权的扩张与规制》，载《法学论坛》2021 年第 3 期，第 9-10 页。

[4] 各地检察院充分认识到数据对检察工作开展的重要性，积极主动与其他各部门单位开展数据共享工作。例如 S 省检察院不断推动外部数据共享，"加强与大数据局、税务、金融、市场监管等行政机关对接"，为刑事检察及侦查工作开展提供了充足的数据资源。参见董凡超：《"沉睡"数据摇身一变成办案"利器"》，载《法治日报》2023 年 11 月 02 日，第 6 版。

[5] 秦亚青：《世界政治的关系理论》，上海：上海人民出版社 2021 年版，第 316 页。

[6] 例如学者认为司法机关工作人员职务犯罪侦查权的管辖范围过窄，是导致履职难度较高的重要原因。参见张青：《刑事诉讼法再修改与检察侦查权的优化配置》，载《公安学研究》2024 年第 3 期，第 22-23 页。

[7] 又如学者认为过于关注反贪反渎犯罪侦查，占据了机动侦查权行使的侦查资源，提出以机动侦查权为主导的侦查资源配置机制体制。参见董坤：《检察机关机动侦查权研究——从 2018 年修改的<刑事诉讼法>第十九条第 2 款切入》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2019 年第 1 期，第 127 页与 130 页。

有性的集中表现。而这种权力专有性具化入侦查资源层面，则体现为部分侦查资源仅可由法定侦查机关获取、持有与使用，也即侦查资源的专有性。此种专有的侦查资源主要集中采取强制性措施及附随的证据线索材料，既包括仅可由侦查机关实施的讯问、拘留、逮捕等传统侦查措施，也包括法律授权可强制性获取的新型证据种类。例如，《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称"电子数据规定"）第 7 条明确规定："收集、提取电子数据，应当由二名以上侦查人员进行。"行政调查等非侦查程序不可借侦查之名强制获取电子数据，非侦查主体也不宜将此类数据未经转化程序直接用于其他工作。[1]

但与部分侦查资源有专有性相矛盾的是，检察机关选用一体化办案模式，这不仅代表特定领域内检察职权的集中履行，也指所有检察资源的统一调配与使用。[2]而这也为侦查资源的专有性带来挑战。例如，检察内设机构中负责刑事执行监督的部门，通常承担司法工作人员犯罪侦查职权。具体办案人员可以通过侦查程序完成刑事执行监督工作，确保法律监督的刚性，也可以将侦查程序强制收集的敏感个人信息通用于其他检察工作。并且，随着数字检察进程的不断深入，其与检察一体化的耦合程度将更高，例如有学者认为："检察一体化推进跨地域和级别的数据共享"，[3]推动检察系统内全范围与全种类的数据共享似乎成为可预见的发展趋势。无需赘言的是，数据资源的整合可以显著提高法律监督与侦查履职的效能。但从专有性要求的角度出发，则仍应回归到侦查资源的内容是什么？有哪些资源是仅可用于侦查履职？以及其他检察工作应经何种转换程序后方可使用专有资源？等问题。

（三）回归研究议题本位的解题思路

梳理前述实践问题的成因，其实都可以被大致归结为检察侦查实践及相关制度，并未就议题的本位概念形成理论层面的共识，进而导致实践只能先准许各检察机关在宏观的法制框架下自主建构检察侦查资源供给模式。以问题为导向，为检察侦查资源供给提供法治化保障，首先需要研究的本体是"侦查资源"与"检察侦查"两对概念。

对侦查资源的研究，本质上是回归到侦查权的本位，探讨一般意义上侦查的权力资源的内容，并尽可能对侦查资源进行一定的归类。因为不论我们如何界定检察侦查与法律监督的从属关系，甚至将侦查视为法律监督体系的派生性职权，[4]检察侦查都需要严格依照刑事诉讼法规，且符合侦查与犯罪规律的完成侦查任务。也即，检察侦查职权之于刑事司法系统的本体价值与侦查权相同，根本任务都是执行刑事法律，[5]所用资源也符合侦查行权的一般做法。所以，对检察侦查资源的研究，必须以侦查权为本位，分析侦查资源的类型与供给模式。

而对检察侦查的研究，则不仅应关注侦查本体，更关键的问题是探讨检察语境下侦查之于检察职权体系的定位，特别是其与法律监督职权交互时的具体功能。一方面，检察一体化语境下，侦查权力资源的专有性范畴如何划定，以及如何通过制度设计防范资源边界模糊化。另一方面，则应是坚持法律监督机关宪法定位的基础上，分析检察侦查与法律监督的主次关系，根据分析结论测算检察侦查的履职密度与强度，提出中国检察侦查资源供给应采用的模式。对议题本位专门研究后，方可有的放矢的提出法治化保障的对策。

二、侦查资源类型及供给模式

根据《刑事诉讼法》之定义，侦查是以刑事案件为对象，开展的专门调查工作与采取的强制措施，所需查明的案件事实要素即是《刑法》确定的犯罪行为。本质上，侦查行为的对象是犯罪行为，

---

[1] 需要说明的是，对于依据侦查程序取得的证据能否直接用于其他工作，仍是需要探讨的问题。例如行刑衔接领域，我国《行政处罚法》第 27 条规定，行政与刑事机关之间"建立健全案件移送制度，加强证据材料移交、接收衔接，完善案件处理信息通报机制。"赋予了行刑证据转化的法律依据，有学者也认为出于节约执法资源的考虑，可以准许行政机关使用刑事诉讼活动收集的证据，但也需要再次履行对证据的"查证属实"程序。参见宋华琳：《药品执法领域的行刑反向衔接》，载《国家检察官学院学报》2024 年第 2 期，第 53-54 页。

[2] 参见张智辉：《论检察一体化》，载《中国法学》2023 年第 3 期，第 248 页。

[3] 资琳、苏聪聪：《夯实检察一体化促进实施数字检察战略》，载《检察日报》2023 年 09 月 02 日，第 3 版。

[4] 也即检察理论研究中关于检察职权以法律监督为绝对核心的"一元论"。参见最高人民检察院、童建明、孙谦、万春：《中国特色社会主义检察制度》，北京：中国检察出版社 2022 年版，第 41 页。

[5] 参见杨宗辉主编：《侦查学总论（第二版）》，北京：中国检察出版社 2017 版，第 27 页。

所从事的工作是对犯罪事实展开回溯性调查，并对犯罪行为人实施控制的过程。而侦查资源的类型与供给模式均与此密切相关。

简言之，侦查资源可以分为侦查组织资源、侦查信息技术资源与侦查方法资源，侦查组织资源主要指侦查组织机构、人员及专业能力与资金等要素，这与一般意义上的国家权力资源基本一致，也即任何国家权力行使都需要组织支撑。侦查信息资源则指利用信息技术与信息通讯技术，以发现、提取、分析犯罪相关人事物信息为目的的技术性侦查方法总称。从概念界定可以发现，侦查信息技术资源本质上从属于方法资源，但因数字时代电子数据及其处理方法的重要性，故将其单独陈述。与此同时，侦查方法资源则是为实现侦查目的可以使用的侦查措施、技术、谋略与模式等要素。侦查方法资源相较于其他国家权力有专属于侦查活动的特殊性，因为侦查履职的直接目的是通过收集案件线索、证据完成了解知悉犯罪事实及相关人员、物品、财产信息的过程。而随着侦查制度的不断完善，侦查方法的法治化程度愈高，包括电子取证、刑事强制措施、讯问犯罪嫌疑人都转化为法定侦查方法。对于作为侦查职权类型的检察侦查来说，任何有制度授权的侦查方法资源都可以融贯使用，无需赘言。所以本处对于传统的侦查方法资源不再专门论述，而是将关注焦点置于新兴的仍需法律制度建构的侦查信息技术资源供给研究，特此说明。

（一）侦查组织资源

侦查组织资源是指履行侦查权的机构、人员及保证组织运行的资金等相关资源。侦查履职是专业性极强的活动，侦查人员除需要对犯罪侦查显性知识进行系统学习以提高侦查能力之外，侦查履职也充满诸多由个人天赋或知识背景、侦查办案经验等难以归纳提炼传述的“隐性知识”。[1]这无疑更增加了侦查的专业程度。与此同时，侦查工作的时间、精力与金钱投入等成本都相对其他诉讼活动更高，特别是疑难繁复案件的侦查难度极高，侦查人员通常需要专注履行侦查职权。基于此，侦查组织资源的供给模式一般是选择建构专门的侦查机构，并配备专职负责侦查工作的人员，以满足犯罪侦查的专业性与高成本现实，例如各级公安机关专设的刑事侦查、经济犯罪侦查等侦查业务部门。

2019 年检察机关内设机构改革之前，其实也是将侦查机构进行单列化处理，也即 2015 年检察机关内设的反贪污贿赂局。但改革后，检察内设机构的组织逻辑由按照刑事诉讼法职权划分转向按照刑事犯罪类型划分。[2]各部门检察官按照所承办犯罪类型统一承担类案中的直接或补充侦查、侦查监督、公诉等全部检察职权，例如司法工作人员职务犯罪的直接侦查职权目前仍由最高检第五检察厅承担。当然，随着最高检《2023—2027 年检察改革工作规划》提出建设专业侦查队伍任务，检察侦查业务领导明确发声:“鼓励、支持省级检察院、市级检察院根据办案需要单独设立侦查部门”。[3]贵州、四川等省级检察院也增设“第十一检察部”专职负责检察侦查工作。由此可见，专门机构、人员建构来供给侦查组织资源的模式应仍是主要趋势。

此外，随着数字技术的发展与侦查应用，电子数据及相关技术对侦查履职的重要性愈发凸显，而这也为组织资源供给提出了新要求。如何通过内设机构调整及职权配置，统筹发挥数据、算力等信息资源，成为当前侦查组织创新的重点方向。实践中，诸多侦查机关建立了跨部门协作的信息技术平台，以信息技术集散中心的形式，以便不同部门之间能够共享数据及技术资源。以此种方式，打破了部门间的数据与技术壁垒，将更多主体纳入到数据信息价值挖掘工作中，进从提高侦查效率。例如 X 市公安机关建立了“大数据实战中心”，要求辖区内各类型各级别侦查部门将数据汇总至中心，由中心统一研判分析数据资源，并以到具体负责部门与个人的形式实时指引侦查工作开展。[4]此种组织资源供给模式，实质上也改变了传统侦查组织上下级与内部职权配置结构，上级部门可以利用信息技术实现扁平化管理，同机关不同部门也实质上形成了“大部制”融合，侦查组织资源供给朝以“数

---

[1] 参见李施霆:《侦查隐性知识的反思与重述》，载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021 年第 3 期，第 55-57 页。

[2] 也即学者所述由刑事诉讼法逻辑向刑法逻辑转化。参见张建伟:《逻辑的转换:检察机关内设机构调整与捕诉一体》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 2 期，63-64 页。

[3] 侯亚辉:《树立正确监督思维和办案理念高质效履行刑事执行检察职责》，载《人民检察》2023 年第 11 期，第 9 页。

[4] 参见罗文姣、谭小军、张驰:《整合共享数据资源破除警种部门壁垒》，载《人民公安报》2024 年 08 月 16 日，第 3 版。

据”“智能技术”或说“信息技术”为核心的驱动模式变革。

（二）侦查信息技术资源

侦查信息技术资源随技术发展而不断变革，但其本质上是利用信息技术帮助侦查主体获取、了解、掌握刑事案件相关信息的技术性方法。信息化侦查[1]、大数据侦查[2]、智慧侦查[3]等侦查模式（或措施），其实都可以被纳入信息技术资源的范畴。近年来，随着社会整体网络化、数字化趋势不断加深，电子数据可以提供的信息质量与数量都得到极大提升，数据在信息技术资源的重要性愈发凸显。而类似边缘计算、云计算、大数据模型等智能化信息技术，不断提高使用者对数据中信息价值的发掘效能。可以说，数据与智能化的数据处理技术已经成为侦查信息技术资源资源的核心要素。但必须指出的是，因数据及处理技术相较于其他传统侦查资源的独特性，此类资源供给的模式也有所不同。

从技术发展逻辑切入，以人工智能及其周延的互联网、大数据等侦查信息技术集群，大多遵循“由下至上”的创新逻辑。也即技术企业、科研组织等社会主体以谋求经济利益为主要驱动，不断推动人工智能、大数据等技术的创新与商业化应用，而此种实践样态也使得各行业各类型社会主体实际具备了相较于官方更优的科技能力。与此同时，人工智能的处理对象是作为信息载体的电子数据，如金融机构、网络购物与交通出行平台等社会主体因大规模用户使用进而掌握有海量数据资源，而这些数据也是政府政务、执法司法等工作开展的必须资源。可以说，前述现状改变了由国家主导技术发展与应用工作的基本逻辑，促使包括公安、检察等侦查主体在内的国家机关面向社会主体大量采购科技产品或获取数据资源，例如目前已经初具规模的生成式人工智能政府采购市场。[4]而更为聚焦的是，由社会主体提供产品或数据资源，其实打破了由法定侦查机关专门控制“垄断”主要侦查资源的惯例，更多社会主体凭由技术能力及掌握的信息资源参与到侦查工作中。也即，侦查信息技术资源的供给模式，由传统的侦查主体自主研发与配置为主，转向侦查主体面向其他主体强制性或合作性获取。并且，侦查信息技术资源不再由侦查主体垄断，社会中主体通过各种形式可以为侦查机关提供技术性侦查资源。

对于检察侦查履职而言，一方面，检察机关的信息技术资源弱于公安、国安等侦查机关，以数字检察为引领提升数字化、智能化侦查能力仍需较多时间、金钱成本投入。检察机关是否需要按照其他侦查主体，配置相应的侦查信息技术资源是仍可讨论的问题。另一方面，检察机关并没有配套的信息收集设备，其直接掌握的数据资源显著弱于其他侦查机关，缺乏可供案件调查与模型训练的数据量，并不利于检察侦查信息技术的应用与发展。如何向检察侦查机关供给符合法律规范且合理的数据资源，是数字时代推进检察侦查工作的重点问题。

三、基于职权定位的检察侦查资源分析

明确侦查资源的类型与供给模式后，则应回归本文议题，具体分析应为检察侦查供给何种及多少资源。而该问题的答案，其实由检察侦查职权的本体定位与其与检察职权体系交互的功能定位决定，而这需要结合检察侦查相关政策文本、法律规则与实践样态展开综合分析。

（一）本体定位：侦查权力资源的“专有性”

如前所述，检察一体化是检察工作基本原则，检察职权一体化、机构一体化、资源一体化是基本工作方法。检察资源一体化可以整体促进检察履职效能，但部分侦查资源的获取与使用由诉讼规则专有授权，不宜当然适用检察一体化原则。但检察侦查的本体是由检察机关执行的侦查权力，对于相关资源的配置与界分，仍必须回归侦查权的本位加以分析。因为侦查权影响的对象是破坏或对社会秩序造成负面影响的犯罪行为及相关人员，世界各国通常赋予侦查权更多的资源获取权限，以及时遏制与修复犯罪行为产生的负面影响，特别是强制性获取信息资源或控制犯罪嫌疑人的权力。例如不论是欧盟的《通用数据保护条例》抑或我国的《数据安全法》，都将侦查活动对数据相关权利的负面影响作为不接受严格数据

---

[1] 参见李双其：《论信息化侦查方法》，载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2010 年第 4 期，第 9-12 页。

[2] 参见左卫民：《数字化背景下刑事诉讼法修改的重要方向》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 4 期，第 39-40 页。

[3] 参见杨青春、曹钰华、肖畅：《南通开发区：“3+”模式做强智慧侦查》，载《人民公安报》2024 年 07 月 22 日，第 6 版。

[4] 蒋莉蓉.生成式人工智能服务政采市场有需求吗？[N].政府采购信息报,2023-08-14(012).

保护标准规范的例外情况。对于侦查权而言，具有专有性的侦查资源仍需结合资源内容加以评判，譬如利用侦查措施获取的行踪轨迹、银行交易记录等敏感个人信息，不宜未经处理直接通用于其他检察工作。

当然，检察侦查资源边界的研究，应结合检察机关其他调查性职权规范体系性分析。《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称“检察刑诉规则”）第 169 条详细规定了检察机关调查核实过程中可采取的如询问、查询等不限制公民人身、财产权利的措施。检察机关调查核实措施“不得限制被调查对象的人身、财产权利”，这无疑是其与侦查定义“强制性措施”的显著区分；但还需对其中的有关概念予以进一步分析。人格权作为人身权体系最重要的权利，[1]其所涉及的隐私权和个人信息是检察机关调查核实时无权限制的要素。从严格的规范解释立场来看，刑事诉讼中由公安机关所获取的大量关涉犯罪嫌疑人姓名、住址、家庭成员情况、身体健康状况等的信息，可以被界定为《民法典》第 1032 条所规定的“不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”，因此不得由无权者未经同意便加以处理。但《人民检察刑事诉讼规则》第 551 条却规定，检察机关的调查核实可以“调取、查询、复制相关登记表册、法律文书、体检记录及案卷材料等”。而这些登记表册、体检记录等均可以被解释为隐私权的个人信息，实质上都可以被获悉并处理。所以，对于调查核实措施规则中不得限制公民权利的有关表述，无疑应作一定的限缩解释。诚然，检察机关的大数据法律监督工作，并非其处理了敏感个人信息或限制了公民隐私权与个人信息，便应被认定为超越法律制度授权进而实施了侦查权。因为事实上，刑事诉讼中各专门机关依法收集个人信息后所形成的涉案材料，或者经由信息主体同意后的信息要素，是可以作为检察机关大数据法律监督样本的。

此外，因强制性侦查措施获取的涉及敏感个人信息或隐私内容的数据，不宜直接用于检察一体化履职，应该通过法律规则完善，进一步细化且严格地界分专门由检察侦查主体及履职获取使用的侦查资源，并以惩罚性方法设立禁止资源滥用的规则。当然，出于提高数据资源利用效率、解决检察成本的需要，对有关数据进行匿名化处理之后，可以被用于其他检察履职工作。

（二）功能定位：服务法律监督的“兜底性”

虽然，我们强调了检察侦查仍是侦查权的基本观点，但从职权体系的宏观角度出发，检察侦查权是检察职权的要素之一，除根本的侦查任务之外，其实也蕴含有服务检察履职的外部功能，而这种外部功能定位，决定了应选用何种资源供给的基本模式。

也即对于检察职权体系而言，检察侦查的功能，除侦查权本体自然蕴含的打击犯罪目的外，也有保障其他检察职权实施的目的，也即对内的权力“兜底性”特定。所谓“兜底性”使之检察侦查权并不是惯常使用的检察职权，其后置于法律监督权的履行。例如，现阶段大部分检察侦查案件的线索发现，都来源于日常的法律监督办案，且是法律监督措施并未发挥有效效果的情况下才得以启动。对于法律监督职权而言，侦查权通过兜底功能发挥了保障性功能，将相对柔化法律监督方法难以解决的问题转交强制性较强的侦查职权，也在一定程度上促进了刑事司法系统的正常运转与合乎法治。例如诸多学者认为，机动侦查权的制度扩张应将公安机关侦查意愿较低或难度较高的案件纳入检察机关管辖范畴，[2]这种学术观点本质上就反应出检察侦查权之于法律监督与刑事法治的兜底功能。

并且，检察侦查所管辖的案件与公安、国家监委等机关所办理案件相互交涉。秦前红教授认为，此种制度设计可以有效遏制侦查权力的滥用与恣意，有实然的法律监督功能，说明“检察权中的法律监督属性不断增强，检察侦查权也由原本的追诉本位逐渐向监督导向演变而成为了一种‘监督型’侦查权”。[3]梳理现有检察侦查的法律规范，职权启动的规范前提一般是通过“有必要”“需要由”“可以由”等话语表述来表达该职权的“兜底性”。也即，如果并非确有必要由检察机关代位履行侦查权，一般情况下刑事案件侦查仍应由原侦查机关行使。

总而言之，检察侦查履职应是现行侦查职权体系中的“例外”，而非常态化履职的“原则”。所以，从总体上来说检察侦查履职的资源供给应秉持相对审慎的态度，避免过度供给造成不必要的资源浪费。特别是在资源供给模式选择上，可以尽量减少检察机关自主建设引入过多侦查资源，通过制度

---

[1] 王利明：《论人格权独立成编的理由》，载《法学评论》2017 年第 6 期，第 1-11 页。

[2] 刘为军、漆晨航：《机动侦查权的解读与实化:回归权力本位的研究思路》，载《甘肃政法大学学报》2022 年第 2 期，第 90-101 页。

[3] 秦前红：《检察侦查权的制度逻辑与时代走向》，载《政法论丛》2023 年第 4 期，第 42 页。

设计准许检察侦查主体向其他侦查机关或社会主体获取侦查资源，例如通过异地调用侦查人员、合成作战机制与临时性外部资源渠道等法治方法保障。

（三）检察侦查资源的供给模式选择

检察侦查资源供给的法治化，需要充分考虑制度设计及运行的经济效益，以保证制度运行的长效化、实用化。[1]对于检察侦查资源的供给模式选择问题，可以基于前述提到的侦查组织资源与侦查信息技术资源，分类型阐述各资源具体应如何在契合职权定位的基础上发挥服务侦查履职的效能。

对于侦查组织资源供给。目前来看，检察机关决策者基本确定了在中央、省与市一级检察院增设专门侦查机构，并配备专业侦查人员，符合侦查履职专业性需求的一般规律。但从现有检察机关组织资源情况出发，专门侦查机构似乎仍需要解决检察办案“案多人少”的资源问题。过往，司法员额制改革与对办案质效的高考核标准实质延长了检察机关案件办理时间与其他成本，在促进司法公正的基础上客观上导致现有组织资源无法完全满足办案需求。[2]特别是，因为刑事案件的复杂性，侦查工作开展往往需要更为充量且高质的资源供给，目前案多人少的现象其实可能在一定程度上阻碍检察侦查的工作推进。即使是检察机关不断增加检察侦查的人员编制可能也无法完全满足履职对组织资源需求，应在增设专门侦查机构及人员之外，考虑通过人员调用或侦查工作外包等形式完成侦查工作。对于检警关系的考察，历来有学者认为可以将二者进行融合，进而更好整合、挖掘侦查资源的价值，例如有学者认为:“将公安机关与检察机关并列作为平行的侦查主体不利于侦查资源的整合与侦查效能的最大化。”[3]但在我国，检察机关与公安机关是平行的刑事司法机关，不具有从属关系，检察机关参与到公安机关侦查工作的形式是“指导侦查”或“侦查指引”而非“指挥侦查”。[4]

所以，从资源调用的问题出发，可以参照域外检察侦查实践，提炼符合我国检公关系的适格经验。在域外，大陆法系国家的检察机关通常也享有侦查权，甚至部分国家建构起“检警一体化”的工作模式，例如法国检察机关发现重大刑事案件后，可以直接启动侦查程序，并拥有对警察部门的指挥权。（France Code de procédure pénale）在此模式下，检察机关履行侦查权的资源供给部分或全部来源于警察部门，无资源供给之虞。而美国的检察机关在警察腐败、白领犯罪等领域拥有侦查权，其拥有专门的侦查组织，也可以聘用警方协助等形式完成侦查任务。[5]对于我国检察侦查履职的组织资源供给而言，可以通过资源调用或外聘的形式加以实现，也即当检察侦查履职陷入资源短缺困境，经上级检察机关批准后应有权向同级公安部门调用侦查人员。或者检察机关也可以通过专门资金支持，鼓励在保证侦查秘密、数据与个人信息安全的前提下，面向社会聘用非在编或雇佣专业机构参与到侦查工作，

对于侦查信息技术资源供给数字技术与侦查履职的耦合，本质上是提升侦查主体对数据资源的处理能力。可以预见的是，随着数字检察战略深入推进与社会数字化程度进一步加深，数据资源对侦查履职的重要性将愈发凸显。但就目前而言，检察机关并没有与其他侦查机关等同的数据获取权限，特别是检察侦查的调查对象通常是具备一定社会资源与专业能力职务工作人员，如果不适当向检察机关供给更多的数据资源，侦查工作推进的实效难以保证。但也如前文所述，检察侦查职权具有“兜底性”，检察机关似乎不宜参照公安等机关做法研发配置专门的信息技术资源。也即，检察机关没有必要参照公安、国安等侦查机关增设诸多数据抓捕、获取设备，而是可以通过法律授权使用其他机关资源即可。具体来说，侦查履职的信息技术资源不必须需要检察机关自持，而是向其他机关调用索取即可。而如何实现此目的此目的，应加强与公安、国安等侦查机关的协作，建立数据共享机制。通过签署合作协议，明确数据共享的范围、方式和责任，确保检察机关在合法合规的前提下，能够及时获取所需的数据资源。同时，应建立健全数据安全管理制度，加强对数据资源的保护，防止数据泄露和滥用最后，检察机关还应积极推动相关法律法规的完善，为侦查信息技术资源供给

---

[1] [美]理查德·A.波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，北京：中国大百科全书出版社 1997 年版。

[2] 参见张兆松、吴仁良、蒋敏：《刑罚执行检察监督面临的挑战及其应对——以减刑、假释案件实质化审理为视角》，载《浙江工业大学学报(社会科学版)》2023 年第 2 期，第 188-193 页。

[3] 张能全：《社会转型中的刑事司法改革与制度创新研究》，北京：中国政法大学出版社 2017 年版，第 301 页。

[4] 参见陈卫东：《检察机关的犯罪指控体系——以侦查指引制度为视角的分析》，载《政治与法律》2020 年第 1 期，第 2-14 页。

[5] 参见张鸿巍：《美国检察机关立案侦查阶段之职权探析》，载《中国刑事法杂志》2012 年第 4 期，第 121-127 页。

提供法律保障。通过制定或修订相关法律法规，明确检察机关在侦查履职中的数据获取权限和方式，为检察机关依法开展侦查工作提供有力支持。

除赋予检察机关使用其他侦查主体数据资源之外，充分发挥检察数据资源价值其实也至关重要，且符合数字检察建设趋势。因为数据的通用性与数据流程的规范性要求，建议检察机关可以内设大数据资源调配中心，建立集中负责检察机关对外调取数据、对内配置数据的中心化机构。调查核实主体依据履职需求，向大数据资源调配中心发出数据需求，中心审核数据需求是否合理且合乎个人信息处理规范，如检察机关自持有此类数据，即应向该主体及时传输数据资源；如检察机关未掌握此类数据，则由专门法制人员依法向其他主体发出数据收集或调取的通知。当然，如果数据需求不合理或不合法规范，该中心应拒绝数据请求，并说明理由与整改方向。如此集约式的大数据资源中心，可以促进检察数据资源的高效利用，并由专门人员保证数据流程的合法性，防止数据资源被特定检察办案部门掌控，造成数据孤岛与滥用问题。

结语

权力资源是检察侦查履职的关键所在。检察侦查的资源供给绝不仅是纯粹的理论研究可以全然掌握与了解，必须需要回归到检察侦查的实践样态加以理解。本文所关注的侦查组织资源与侦查信息技术资源其实也只是检察侦查实践的一小部分，检察资源供给的法治化路径必须要充分参与到实践过程中，知悉了解相对全面的检察侦查履职需求，才能提出符合实践的对策建议。

涉案财物处置机制现代化路径研究

李华伟*

摘 要：正确妥当处置涉案财物对于保障当事人物权、实现司法公正具有重要意义。为深化对涉案财物处置的理解，需对“涉案财物”与“涉案财物处置”的内涵、外延与基本原则作准确的理解，同时需要对如何处理处置权竞合的问题，以及如何对同一事实进行认定等问题进行理论上的辨析。当前涉案财物处置在执行前存在证据收集不到位，超范围、超数额、超期限查扣冻现象明显，审判程序缺乏对物之诉等问题，执行阶段存在处置主体不明确、处置权竞合时路径选择不明确、易贬损财物处置缺乏保障等问题。为规范对涉案财物的处置，需要在构建对物的强制措施体系的基础上，细化完善先期处置程序，厘清涉案财物追缴方式与退赔顺序，规范涉案财物处置程序规则，从而推动涉案财物处置机制的现代化。

关键词：涉案财物　先刑后民　同一事实　先期处置　退赔顺序

近年来，随着刑事司法研究对象由“人”到“物”的转变，由此引发的物权保障也成为重要课题。正确妥当处置涉案财物对于保障当事人物权、实现司法公正具有重要意义。尤其对于非法集资类案件，动辄上千万、上亿元的涉案资金，上百名、上千名的集资参与人，上万人的被害人，有效清退涉案资金并偿还被害人，对于实现公平正义、维护社会和谐稳定具有重要意义。如某非法集资案，集资参与人 157 人，涉案金额共计 23710000 元，清退资金 11281901.59 元，清退比例为 47.58%，集资参与人收到清退资金后，均出具《债权结清确认书》，并表示对涉案财物处置满意。

上述案例中追赃挽损情况较好，是众多非法集资类案件中办案效果实现三个统一的典型，然而实践中对于以非法集资类案件为代表的经济类和侵财类案件，涉案资产处置不乏会出现被害人意见不统一，涉案资金已被挥霍，涉案财物处置引发信访矛盾等问题，因此如何在正确理解涉案财物处置的基础上，分析当前涉案财物处置的现状与存在的问题，并研提解决对策，对于探析涉案财物处置现代化路径具有重要意义。

一、涉案财物处置的概念与基本原则

为深化对涉案财物处置的理解，需对“涉案财物”与“涉案财物处置”的内涵、外延与基本原则作准确的理解。

（一）“涉案财物”与“涉案财物处置”的概念界定

关于“涉案财物”概念的研究，目前分为两种情形，一种情形认为对于涉案财物的概念界定应当严格依照法律规定的范围进行界定，防止不当扩大。如有学者认为，涉案财物应当包括违法所得、违禁品和其他对社会具有危险性之物以及供犯罪所用的本人财物。[1]第二种情形认为，涉案财物是一个笼统的概念，涉案财物与涉案财产为同义词，可从较广范围对涉案财物进行界定，涉案财物是指在刑事诉讼过程中与案件处理直接或间接相关的、受法律规制的、具有财产价值的财物总称。[2]笔者认为，后一种对涉案财物的理解更符合现行法律规范的基本精神与司法实践。

关于对“涉案财物处置”的界定，同样存在不同的理解，例如有学者认为，对涉案财物处置的程序可以分为三种类型：一是证据收集程序，在此基础上将涉案财物作为证据进行调取，二是刑事附带民事诉讼过程中采取的财产保全措施，三是犯罪嫌疑人、被告人逃逸、死亡案件牵涉的违法所得的没收程序。[3]还有学者认为，应当将涉案财物处置程序定义为一种制度体系，包括对物强制处分程

---

* 北京市东城区人民检察院党组书记、检察长。本文系国家社会科学基金社科学术社团主题学术活动资助 2022 年立项课题《新时代刑事执法司法制约监督体系建设研究》（批准号 22STA036）的阶段性成果。

1 参见孙国祥：《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》2015 年第 9 期，第 12-16 页。

2 参见陈卫东：《涉案财产处置程序的完善—以审前程序为视角的分析》，载《法学杂志》2020 年第 3 期，第 42 页。

3 参见熊秋红：《刑事诉讼涉案财物处置程序检视》，载《人民检察》2015 年第 13 期，第 33-34 页。

序、先期处分程序、审前返还程序以及裁判程序。[1]

笔者认为，从涉案财物的全生命周期对涉案财物处置进行界定，将其界定为一种制度体系，更有利于从整体上对涉案财物处置程序进行限定，并进一步规范和优化涉案财物处置程序。

（二）涉案财物处置的基本原则

涉案财物的处置关涉公民财产权，因此在处置过程中应当遵循相关原则，具体而言，一是应当遵循比例原则，比例原则是公法领域普遍适用的原则，是指处置涉案财物时，应当与案件的情况相适应，控制在必要的限度内，符合妥当性、必要性原则。[2]根据该原则，为维护公共利益而对私有财产权进行干预时，应当遵循必要的限度。

二是平衡原则，刑事案件涉案财产的处置必然会剥夺、限制财产权利人的利益，同时也会对利益相关人的权益造成影响，因此在处置涉案财物时，应当在打击犯罪与保障人权、惩罚手段自身力度与最终刑罚程度、保护不同性质财产权、不同权力主体间取得平衡，在剥夺权利的同时赋予权利主体知情权、参与权以及救济权等。

三是法定原则，即要求在对物采取强制措施之前应当确保该强制措施的启动与具体过程符合法律的规定，防止肆意行使公权力对私权利造成损害。[3]同时为防止公权力的滥用，建议将“查封、扣押、冻结”等程序性处置程序纳入《刑事诉讼法》“强制措施”一章中，一方面弥补了立法层面缺乏对物的强制措施的缺陷，另一方面可以确保涉案财物的处置受到强制措施的原则与程序的制约。[4]与此同时，规定一定的审批权限制，即由检察机关对侦查机关采取的查扣冻措施进行司法审查，以确保查扣冻的规范行使。[5]

二、涉案财物处置的理念界定

为深化对涉案财物处置的理解，需在对其概念进行准确把握的基础上，全面梳理涉案财物处置过程中涉及到的需要从理念层面予以统一的问题，如实践中大量存在的刑民交叉案件，以非法集资类案件为例，该类案件需要重点解决如何处理处置权竞合的问题，以及如何对同一事实进行认定，因此为确保该类案件的高效办理，应全面把握涉案财产处置应秉持的理念，从而有助于更好解决追赃挽损问题。

在办理刑民交叉案件时，目前主要采取“先刑后民”的办案模式，先刑后民原则要求涉案财产存在处置权竞合时，民事案件的执行应当中止，将财产移交刑事法院进行处置，且《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《非法集资适用法律若干意见》）第 7 条也对此进行了规定。

然而，将“先刑后民”作为处理刑民并行案件的基本原则，可能导致很多民事案件被迫中止审理，致使权利人的民事权利难以获得有效救济。因此建议同一案件涉及刑事犯罪与民事纠纷时，只要某一纠纷并非以另一纠纷的解决为前提，即可按照各自程序处理。[6]即原则上坚持“刑民并行”，只有在法律实施同一、依赖公权力查明案件事实、刑事处理结果更有利于查明案件事实、且证明标准基本相同的情况下，才有必要例外地采取“先刑后民”的做法。

坚持以“刑民并行”为原则，以“先刑后民”为例外同样具有法律和现实依据。从合同效力来看，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 13 条规定，借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的裁判认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合

---

1 参见方柏兴：《刑事涉案财物处置程序的诉讼化及其限度》，载《兰州大学学报》（社会科学版）2019 年第 1 期，第 1 页。

2 参见张栋：《刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善》，载《法学杂志》2024 年第 5 期，第 27 页。

3 参见前注熊秋红文，第 36 页。

4 参见前注陈卫东文，第 49 页。

5 参见李玉华：《刑事诉讼法修改与涉案财物制度改革》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 98 页。

6 参见王利明：《“刑民并行”:解决刑民交叉案件的基本原则》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 29 页。

同并不当然无效。[1]从合同的交易行为来看，刑法重在评价履行合同的行为是否构成犯罪，民法重在评价合同内容是否违法，因此构成犯罪的合同并不一定因此无效。

在明确应坚持以“刑民并行”为原则，以“先刑后民”为例外的做法的基础上，需要对“同一事实”进行认定。对于“同一事实”的认定，最高人民法院在某借款合同纠纷再审案件的民事裁定书中[2]有过认定：“同一事实”应是自然意义上的事实同一。[3]《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《非法集资解释》）第二条列举了 11 种属于非法集资的行为。从行为特征来看，主要表现为向不特定对象非法吸收资金。因此对于个别的民间借贷行为或者借款人与银行签订抵押合同，此时的民事法律关系并非非法集资事实，只有当集资人利用 p2p 等平台进行融资时，才属于向不特定对象进行融资，因此此时应当认定民事案件与刑事案件为“同一事实”。

三、涉案财物处置机制现状与存在问题

当前随着刑事案件发生结构性变化，经济犯罪数量持续增长，而由此也引发了涉案财物数量激增、管理成本高等问题。为有效应对上述问题，各地积极探索，形成了有效实践，然而由于目前缺乏统一的关于涉案财物处置的程序性规定，导致实践中涉案财物处置仍然存在诸多问题，需要对其进行梳理，并分析原因。

（一）涉案财物处置机制之现状分析

为有效应对涉案财物数量激增等问题，各地公安机关、人民检察院等单位积极探索，形成了诸多有效尝试。例如厦门市探索建立了刑事涉案财物先行处置机制，依托政府购买服务，建立跨部门智能管理平台，强化财政监管，形成了“厦门模式”。[4]成都市公安机关创立了以现代化涉案财物管理平台为基础，建立第三方委托管理和网络拍卖模式，以专项处置为补充的“3+1”管理模式。[5]鸡西市公安机关从信息登记、入库管理等 10 个类别上统一涉案财物管理系统建设标准，同时实现管理系统与案件综合系统数据共享，实现办案、案件审核、涉案财物管理三部门数据的互联共享。[6]此外也有不少地区充分发挥大数据赋能监督的实践效能，将涉案财物管理与大数据监督模型充分结合，监督效果显著。例如北京市某区检察机关依托派驻公安执法办案管理中心检察室，与区公安分局会签《加强刑事案件涉案财物监督的工作规范》，设计涉案财物管理大数据监督模型，积极推动解决移送审查起诉案件涉案财物及时妥善处置问题。[7]

司法机关不断创新并规范涉案财物处置工作，为案件后续追赃挽损工作的开展带来了便利。从 B 市 D 区近两年来追赃挽损情况来看，随着司法机关对追赃挽损工作的重视，近两年该区追赃挽损率逐年上升，其中 2023 年该区的追赃挽损率为 12.06%，2024 年至今上升到 24.93%。追赃挽损率的逐年上升，也从侧面说明当前对涉案财物处置工作取得了一定成绩，然而将非法吸收公共存款犯罪与相关经济犯罪进行横向比较，仍然可以发现，非法吸收公共存款犯罪的追赃挽损率较低，仍需要分析原因并加以重视。

---

1 参见前注王利明文，第 24 页。

2 参见最高人民法院（2015）民申字第 1778 号民事裁定书。

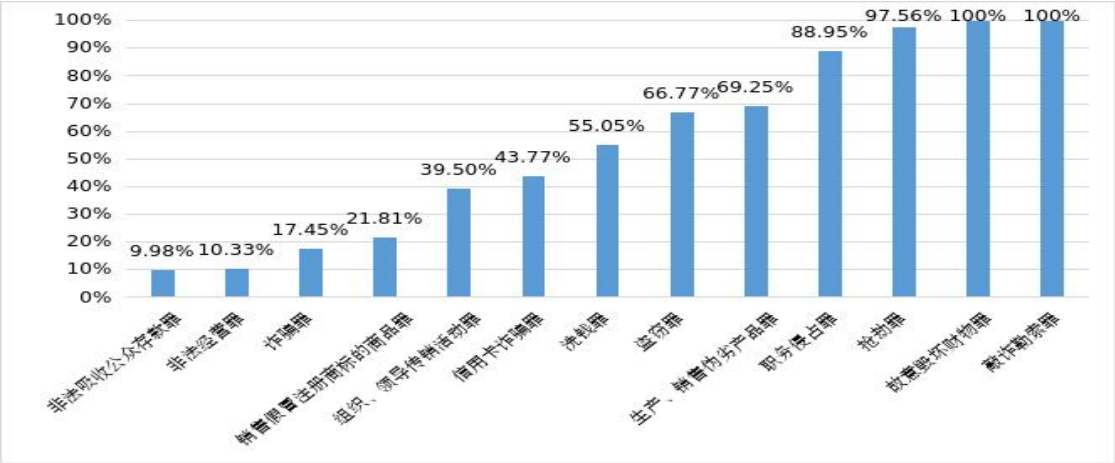
3 参见王家永、原楠楠：《刑民交叉案件中同一事实的认定》，载《人民司法(案例)》2018 年第 29 期，第 61 页。

4 参见许国辉、陈仲怡、曾盼：《2019~2021 年厦门市刑事涉案财物先行处置的探索与研究》，载李玉华、张海军、李丰主编《中国涉案财物制度改革蓝皮书：中国刑事涉案财物制度改革发展报告 No.2（2021）》，社会科学文献出版社 2021 年版，第 154-186 页。

5 参见徐杰、庞海洋、李华晨：《2021 年成都市公安机关刑事涉案财物处置的探索与完善》，载李玉华、张海军、李丰主编《中国涉案财物制度改革蓝皮书：中国刑事涉案财物制度改革发展报告 No.2（2021）》，社会科学文献出版社 2021 年版，第 114-153 页。

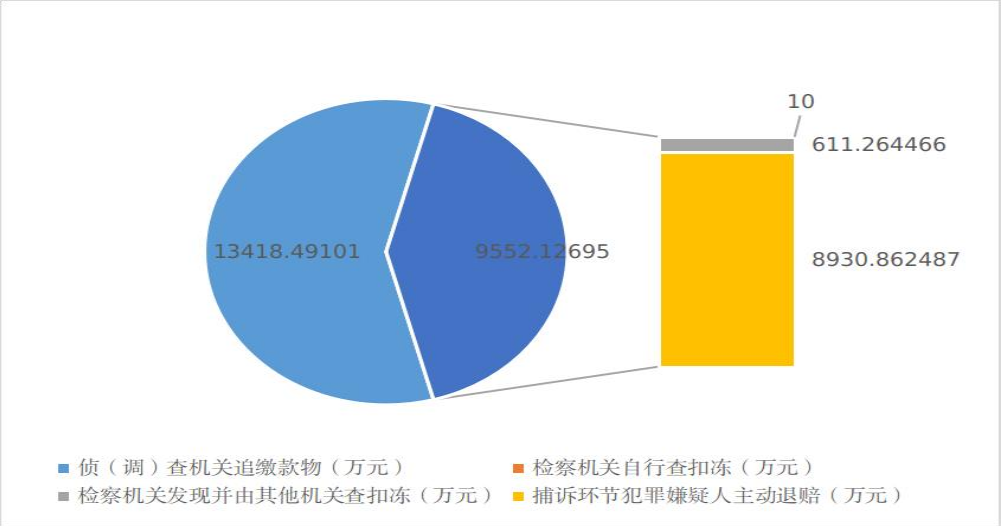
6 参见王东升、马士雨、冯泳琦：《2018~2021 年鸡西市公安机关刑事涉案财物处置研究》，载李玉华、张海军、李丰主编《中国涉案财物制度改革蓝皮书：中国刑事涉案财物制度改革发展报告 No.2（2021）》，社会科学文献出版社 2021 年版，第 187-201 页。

7 参见李华伟、原佳丽：《涉案财物处置机制的优化》，载《人民检察》2024 第 8 期，第 71 页。



（表一）

笔者以 D 区 2023 年至今的主要经济类和侵财类案件为对象（部分案件如持有、使用假币罪、出具证明文件重大失实罪、串通投标罪、妨害药品管理罪等认定经济损失为零，因此在此不再列明），对不同罪名的追赃挽损情况做了统计分析（见表一），从上述表格可以看出，当前非法吸收公共存款罪的追赃挽损率在列举案件中占比较低，由于追赃挽损情况在很大程度上体现了对涉案财物的处置情况，因此这也体现了当前非法吸收公共存款犯罪的涉案财物处置工作还有很大的空间。且从不同诉讼阶段来看，笔者以 2023 年以来经济类和侵财类案件侦（调）阶段与捕诉阶段的追赃挽损金额做了对比（见表二），可以看出目前侦查机关相比检察机关更容易在追赃挽损中发挥作用。



（表二）

（二）涉案财物处置机制之问题分析

从上述分析可以看出，当前非法集资类案件的追赃挽损率较低，且在处置过程中存在诸多问题，突出表现是司法实践中存在的执行难问题，因此在对涉案财物处置进行问题分析时，将从执行前与执行中两个阶段展开论述。执行前的问题表现在对证据收集不到位，超范围、超数额、超期限查扣冻现象明显，审判程序缺乏对物之诉，执行阶段表现在处置主体不明确、处置权竞合时路径选择不明确、易贬损财物处置缺乏保障等问题。

1.执行前缺乏程序性规制

由于立法上缺乏单独的对物的强制措施的规定，导致司法实践中对物的处置程序规范性不足。表现在重定性证据收集、轻涉案财物处置，查扣冻乱象，以及缺乏对物之诉等。

一是侦查工作的规范性有待提升。实践中，相较于涉案财物的处置，侦查机关往往更加重视收

集定性证据，且对于涉案财物，超范围、超数额、超期限查扣冻现象明显。以涉众型经济犯罪为例，该类犯罪中涉案财物到案通常需要依靠查扣冻等强制措施，且侦查机关无法及时对集资人财产与第三人财产进行有效分解，例如在集资人名下有多套房产的情况下，往往会对集资人名下所有财产均做查扣冻处理。此种做法有可能导致查扣冻范围过大，侵害第三人合法权益，但经调研，实务部门办案人员表示在全部查封财产后，集资人往往能够迫于压力，及时归还所欠集资款。因此，现阶段应在尊重司法实际的基础上统筹考虑如何规范查扣冻的权力行使主体与权力边界。此外，由于刑事诉讼法只规定应在三天之内解除对经查明，确实与案件无关财物的查封、扣押、冻结，但对于如何查明、查明的期限没有明确的规定，导致出现查扣冻到底的乱象。

二是庭审中对涉案财物的处置依附于对人之诉。正如有学者指出，事实先于权利和义务，事实认定不准确，权利和义务同样会失去意义。[1]从司法实践来看，目前审判环节的重点主要集中在案件定性及量刑，对涉案财物的处置依附于对人之诉，缺乏单独的对物之诉的程序。同时多数裁判文书中没有规定具体的处置方式，常见的做法是多采取概括表述的方式，如“扣押在案的物品，由扣押机关依法处理”，且缺少关于执行主体与执行对象的具体规定，导致执行机关在具体执行时缺乏明确的依据。[2]

2.执行阶段保障不充分

从上面的表格可以看出，对于涉众型经济犯罪案件的追赃挽损率较低，由于涉众型经济犯罪案件在执行过程中存在的问题较为复杂，且实践中缠访闹访的案件以涉众型经济犯罪居多，因此在对执行阶段的问题进行分析时，主要以涉众型经济犯罪案件为对象。

一是涉案财物处置主体分散。根据《高法解释》第 360 条的规定，对被害人的合法财产，权属明确的，应当依法及时返还。此时返还的主体包括公安机关、人民检察院和人民法院。[3]但对于不同情形下，应当由哪些机关执行并没有具体规定，导致实践中出现不执行或竞相执行的问题。此外，针对非法集资类案件，目前规定了三统两分的处置原则，也即执行权统一由主要案件受理地法院行使，但由于主要案件受理地法院需要统一分配各地移送的涉案财产，难免会出现多交少退的情形，因此会存在各地推诿移送涉案财产的情形，如何在遵循三统两分的前提下，确保查扣冻财产较多、移送财产较多的法院，按比例较多得到退赔款，进而最大程度保障属地被害人损失，也是应当考虑的问题。

二是对易贬损财物的处置缺乏必要保障措施。实践中，在案件进入审判阶段以前，主要是由侦查机关负责查封、扣押、冻结，以及相关续封、保管工作，长此以往，大量涉案财物的积压导致保管成本上升的同时，也导致涉案财物无法发挥应有价值。尤其对于易腐烂、易挥发物品、易贬值房产、车辆以及股票、债券等，如何高效处理这些涉案财物对于最大程度保障涉众型经济犯罪中被害人损失、缓解信访压力具有重要意义。且当前已有相关规范如《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》、《最高法解释》对先期处置做出了规定，但实践中，由于启动程序不明确，且由办案机关自行决定处置，导致司法机关持审慎态度，因此，先期处置条款被搁置。

三是处置权竞合时路径选择不明确。根据法律规定，执行中应当由首先查封、扣押、冻结的法院负责处置财产，轮候查封的法院享有商请移送权。目前关于查封债权均为普通债权的，首封法院与轮候查封法院的处置权如何处理，《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》第 17 条、第 20 条，分别规定了原则上由首封法院负责处置查封标的物，为解决首封法院消极执行或不具备执行条件（如案件尚未审结）的问题，在满足特定情况下，轮候查封法院可以商请首封法院移送处置权。同时《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》也规定了优先债权执行法院可以要求首封法院移送处置权的情形。然而实践中存在的问题是当首封法院需要处置的财产在轮候查封法院所在地时，此时首封法院建议轮候查封法院向其请求移送处置权，然而由于首封法院将处置权移送后，参与分配公函也随之移送，也即意味着可以参与分配财产，因此轮候查封拒绝请求移送的情况时有发生。故实践中需要重点解决首封法院与轮

1 转引自杨焘：《非法实物证据排除的模式重构》，载《环球法律评论》2024 年第 5 期，第 198 页。

2 参见前注李华伟等文，第 70 页。

3 参见纪格非：《刑事涉案财物处置程序中的案外人权利保护》，载《法学杂志》2020 年第 8 期，第 4-5 页。

候查封法院之间的处置权移送以及查封财产的分配问题。

四是针对主犯外逃型非法集资案件，如何处理主犯境内资产的问题。目前实践中存在的问题是非法集资案件的主犯已外逃，但涉案资产留在国内，此时相关资产已被查封、扣押或冻结，由于嫌疑人不在国内，因此法院无法对嫌疑人资产进行处置。在按照普通程序无法处置外逃人资产的情况下，需要寻找是否存在特殊程序，目前现行法律中关于犯罪嫌疑人、被告人逃逸、死亡案件违法所得的没收程序中规定了该类情形，但可以启动没收违法所得的案件是贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件，因此需要明确"重大犯罪案件"的范围，对于案件体量大、涉案金额巨大的非法集资类案件能否被界定为"重大犯罪案件"，直接关系此类案件主犯外逃、其涉案资产的处理问题。

五是涉案财产处置程序缺少利害关系人参与。我国现行的刑事涉案财物处置程序缺乏利害关系人的参与，一方面表现在目前涉案财产处置主要为法院依职权进行，集资参与人缺少参与途径；另一方面表现在对案外人缺乏救济渠道，当前涉案财产处置程序中对于案外人的保护还处在救济层面，即当案外人对执行标的提出异议时，应当纳入刑事审判的范畴，由审判监督部门依审判监督程序作出处理，然而《人民检察院刑事诉讼规则》中规定的人民检察院对审判活动开展监督的情形限于违法查扣冻或者应解除未解除的情形，并未规定对于案外人对执行标的提起异议的情形。

四、涉案财物处置问题的原因分析

近年来，刑事涉案财物处置工作面临多种新情况，在分析涉案财物处置问题的同时，分析问题出现的原因，有助于防范当事人财产权面临失范风险，从而更好保障诉讼参与人、利害关系人权益，维护社会稳定。

一是《刑法》缺乏对涉案财物处置权主体的明确规定。导致实践中涉案财物处置主体分散、处置效率低下，同时由于主体不明确，也导致涉案财物保管分散，进而导致保管成本与风险增加，例如实践中出现的易贬损财物与易挥发财物价值的贬损。

二是《刑事诉讼法》只规定了对人的五种强制措施，缺乏对物的强制措施。由于查封、扣押、冻结规定在侦查措施中，导致目前普遍认为查封、扣押、冻结是对人的保全，即证据保全，而非对物的保全，忽视了对财产权的保护，也导致了实践中出现了超范围、超数额查扣冻、"一扣到底"、保管乱象等问题。[1]

三是非法集资类案件的特殊性诱发法律关系牵连并导致执行难。集资类案件本质是诸多民事合同关系的集合，法律事实的交叉导致民事法律关系和刑事法律关系的竞合和牵连关系，例如在刑事诉讼进程中，非法集资类案件的涉案财产需要进行权属认定和共有产权关系的份额辨析，此时能否运用民商事法律进行确认？再如从集资款项来看，很多集资款项属于投资类型或以房养老类抵押，投资人通过签订房产抵押合同或借款合同取得款项，进而转让给非法集资人，当刑事诉讼程序中最终需要赔偿投资人损失时，需要确认签订的合同是否有效，就需要在民事法律关系中予以确认。此外，还可能存在刑事诉讼程序与民事诉讼程序针对同一涉案财物标的的重复性处置。[2]

四是非法集资类案件投资人诉求不一致。对于非法集资类案件，为挽回投资人损失，各地陆续发布 P2P 平台退出指引或管理办法，确保平台平稳、有序退出市场、保护投资人权益。然而实践中存在诸多问题，表现在良退周期较长，兑付比例低于预期，部分平台在发出良性退出公告后失联，或借"良性退出机制"开通低价债权转让，例如只有在 1 折 2 折的情况下才能转让出债权；投资人内部意见难以统一，追偿诉求不同，例如目前对于小额投资者而言，希望能尽早立案，以惩治集资人，而对于大额投资者来说，则希望平台借助良退机制多兑付集资款，因此由于在集资人内部难以达成统一的兑付方案导致追偿时间较长。

五是部分涉案财物权属难以界定，导致超范围、超数额查扣冻，部分案件还存在平台资金清退难，投资者回款周期长的问题。例如在查封嫌疑人的房产后，由于对房屋权属调查、价格评估需要时间，因此不能及时查证房屋是否存在共有、抵押等情况，导致出现超范围、超数额查扣冻的现象。同时在资金清偿过程中，存在确权难、司法处置时间较长等问题，由于 P2P 平台资金来源成分复杂，

---

1 参见郑建军、梁军、戴鹏飞：《刑事诉讼涉案财物处理新思路》，载《人民检察》2016 年第 16 期。

2 参见莫红：《破解刑民交叉司法困境的现实路径——以非法集资类案件为视角》，载《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2017 年第 12 期，第 118 页。

不但有非法集资款，还有大量自有资金，同时查封、扣押、冻结时往往采取打包式做法，因此导致后期资金确权带来不便。在执行阶段，由于部分案件存在担保、抵押等，因此存在优先债权，在此种情况下，需要等待优先债权的实现后才可以保障债权人利益，因此司法处置过程较为漫长。

五、涉案财物处置机制现代化的路径思考

正如有学者指出，程序公正是实体公正的前提。[1]因此为了规范对涉案财物的处置程序，实现对涉案财物的合理公正处置，需要在构建对物的强制措施体系的基础上，细化完善先期处置程序，厘清涉案财物追缴方式与退赔顺序，规范涉案财物处置程序规则，从而推动涉案财物处置机制的现代化。

（一）构建对物的强制措施体系

当前强制措施存在系统性不足的问题，表现在缺乏对物的强制措施，即目前《刑事诉讼法》仅规定限制人身自由的强制措施，未规定对物的强制措施，因此，应在构建对物的强制措施的基础上，规范涉案财物的查扣冻措施，从而确保更好保障公民财产权。

一是建立检察机关指导下的涉案财物证据收集制度。正如有学者指出，侦查工作是确保刑事诉讼活动正常开展的前提和基础，[2]侦查阶段对财产的查控应当转向“审判中心主义”，建议由检察机关指导涉案财物证据收集及固定工作，检察机关可充分利用派驻公安执法办案管理中心检察室（简称“派驻中心检察室”），与公安机关建立工作会商机制，适时互通情况。侦查机关办理涉案财物案件时，应当进行全面调查，开列完整的财物清单，并附法律手续。侦查终结后，应当在起诉意见书中对涉案财物性质、权属进行列明，并附有证明材料，对于缺乏证明材料的财产，检察机关有权要求侦查机关补查，对于经过两次补充侦查，仍然无法证明财产权属的，侦查机关不得将其作为涉案财物移送。[3]

二是建立对物的保全性扣押制度。保全性扣押是防止被追诉人因隐匿、出卖或者损毁财产导致判决无法执行的方式。建议刑事诉讼中允许被追诉人或者财物所有人等权利人提供担保，从而替代财物被查控。对于不具有证据意义或虽然具有证据意义，但通过录像、拍照等方式足以固定证据属性的，可以通过申请财产保全的方式予以扣押。当发现被追诉人的财产有无法执行的风险或被转移的嫌疑时，可对其财产进行扣押。[4]

三是健全执行高效体系。一方面丰富涉案财物的保全措施，将“查封、扣押、冻结”等程序性处置程序纳入“强制措施”中，弥补立法层面对物的强制措施的缺陷，在此基础上建立诉前财产调查报告制度，侦查机关和检察机关应调查可能判处财产刑的被追诉人的财产情况，并将相关情况附卷移送法院，若发现有转移、隐匿、变卖财产的情况，可先行查封、扣押、冻结。[5]另一方面，健全财产刑执行变更程序，目前的财产性制度较为固定，无法针对实际情况进行变通，对于拒不履行没收判决的被执行人，可增设没收的替代措施、易科自由刑等，从而确保被执行人受到应有的惩罚。此外，建议在没收程序可适用的案件范围里增加重大犯罪案件的类型，将非法集资类案件纳入其中，从而提高资产处置的比例，更大程度挽回集资参与人的损失，并惩罚犯罪分子。

（二）细化完善先期处置程序

先行处置程序是刑事诉讼多种诉讼价值平衡的结果。完善先行处置程序有助于避免因诉讼周期过长从而导致财物价值贬损的问题，从而最大程度保障涉案财物价值，尽快恢复权利人权利。因此建议在统一处置涉案财物的基础上，建立易损财物先行处理的处置规则，并建立听证审查和公示公告机制。

具体而言，首先应当明确涉案财物先期处置的范围与条件。由于涉案财物首先是作为证据而存在，因此，应当满足以下两个条件，一是先期处置的财物无需在法庭上以证据形式出示；二是已采取必要措施对涉案财物进行证据保全。同时在适用时也可考虑将“保管财产的费用过高”作为适用条

---

[1] 参见陈光中主编：《刑事诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版，第 13 页。

[2] 参见卞建林、谢澍：《“以审判为中心”视野下的诉讼关系》，载《国家检察官学院学报》2016 年第 1 期，第 37-38 页。

[3] 参见前注李华伟等文，第 71 页。

[4] 参见张栋：《刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善》，载《法学杂志》2024 年第 5 期，第 30 页。

[5] 参见前注张栋文，第 29 页。

件之一。其次，应当明确启动方式，根据相关规定，先期处置的启动方式有两种，分别是权利人申请和办案机关建议、权利人同意，但鉴于实践中存在大量案外人认为与涉案财物有关联，因此也应当被赋予启动的权限。[1]除了办案机关建议外，申请人申请先期处置的应提供一定担保。再次，在处置权力主体上，建议统一由法院裁定，且规定裁定的期限，防止案件久拖不裁，影响该机制的设立初衷。最后，细化具体程序，明确先期处置的时间、地点、具体方式、救济手段等，同时可探索建立重大案件先期处置公示公告制度，且对于先行处置的收益应存入法院账户。

（三）明确裁判标准与退赔顺序

当前涉案财物处置执行依据判项不明，执行环节存在空白与冲突，因此需要在明确具体裁判标准的基础上，合理设定裁判规则，并明确案件的退赔顺序，尤其对于不同类型的案件，需要明确违法所得的退赔数额、返还顺序等，从而更好确保涉案财物执行环节的顺畅。

首先，应当明确具体的裁判标准与程序规则。鉴于对被告人的定罪与对涉案财物进行处置所依据的对象不同、证据不同，因此应当明确涉案财物独立的证明标准、调查重点。对于涉案财物处置的证明标准，建议适用民事诉讼程序的优势证据证明标准，对于裁判文书中涉案财物处置的内容，建议明确没收、追缴及退赔的对象及数额，以及优先受偿的顺序，同时应当有详尽的说理，从而形成详尽、完整的说理论证。对于参与主体，建议允许第三人参与庭审。在诉讼程序上，在公诉方承担举证责任的前提下，由第三人证明涉案财物为其所有或者与犯罪行为无关联。经查证属实，涉案财物为其所有的，司法机关应当及时返还，无需宣判后。[2]若裁判生效后仍未执行，可区分债权类型，赋予不同主体申请执行权，对于公法债权，可赋予检察机关申请执行权，申请没收财产，若属于私法债权，第三人可提出执行异议。

其次，对于不同案件的违法所得应如何处理的问题。依据《中华人民共和国反电信网络诈骗法》第 46 条第 1 款规定：对于具有电信网络诈骗行为的违法犯罪人员，造成他人损害的，在承担刑事责任、行政责任外，还应当承担民事责任。因此对于帮信行为人应当承担责任的范围，应当综合帮信行为人违法所得数额、过错程度、行为与损害结果之间的关系综合认定。对于帮信行为人责任的限定，由于电诈资金并非帮信行为人实际取得的非法收入，其违法所得仅少量报酬，因此不应当要求其承担退赔被害人损失的责任，退赔金额可作为量刑情节予以酌情考虑。当然如果帮信行为人非法侵占了上游犯罪人要求其取走的钱款，那么此时被告人的行为就属于《刑诉法》解释第 139 条的规定，属于“非法占有”，因此应当要求其退赔。对于洗钱罪，掩饰隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪而言，该情形同样适用。

再次，对于非法集资类案件而言，应当在明确资金运行轨迹的前提下，合理规划退赔资金渠道。对不同类型的 p2p 吸资案件而言，存在不同的吸资模式，对于私募基金案件而言，由于私募基金是指以非公开方式向特定投资者募集资金并以特定目标为投资对象的投资基金，[3]由此可以看出私募基金是以特定目标为投资对象，因此对于非法集资公司的业务中存在私募业务的，可以通过审计方式查证私募基金是否与集资款混同，如果私募基金独立运行，此时可以向特定投资者单独退赔。如果查证后发现私募基金与非法集资款混同，那么就需要将私募基金并入非法集资款，共同清算赔偿集资参与人损失。

最后，应当明确财产处置后的分配顺序与救济渠道。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》（以下简称《非法集资意见》）第 9 条规定，退赔集资参与人的损失一般优先于其他民事债务以及罚金、没收财产的执行。根据《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称《涉财规定》）第 13 条的规定，当财产不足以支付时，赔偿顺序应当是在赔偿人身损害医疗费用之后，保障债权人对执行标的的优先受偿权，进而是退赔被害人损失。因此根据上述规定，退赔集资参与人的损失不得优先于优先受偿权。即当涉案财产需要按顺位赔偿时，应当是赔偿人身损害医疗费用、优先受偿权、退赔被害人损失、一般民事债务。

---

[1] 参见前注李玉华文，第 102 页。
[2] 参见前注李华伟等文，第 71 页。
[3] 参见黄晓颖：《私募基金运作风险与防范措施探究》，载《投资与创业》2023 年第 5 期，第 10 页。

此外，当退赔不足时，如何保障集资参与人的损失也是办理非法集资案件应当考虑的问题。根据《非法集资意见》第 9 条的规定，集资参与人的损失只能通过追缴、退赔的方式救济。然而司法实践中，鲜有刑事判决后通过追缴或退赔的方式完全弥补集资参与人损失的案例，[1]因此，允许集资参与人以另行提起民事诉讼的方式寻求救济也不失为一种可选方式。例如针对以房养老类非法集资类案件，被害人通常以房产作抵押与银行签订抵押合同，银行取得抵押房屋，被害人取得抵押款后交给非吸公司，一旦案件暴雷后，被害人往往主张抵押合同无效并向银行索要房屋，由于法律应当平等保护每一位权利主体，因此银行权利同样应当受到法律保护，此时如果被害人不能证明银行与嫌疑人为共同犯罪，那么便不能直接认定抵押合同无效。实践中往往该类案件存在银行放贷端审批不严、见房就贷的问题，为了保护抵押合同双方当事人的利益，建议被害人向法院另行提起民事诉讼并主张权利。

[1] 参见郝庆进：《涉众型经济犯罪案件执行工作相关情况的统计分析——以辖区内 775 件执行案件为研究样本》，载《人民司法》2020 年第 16 期，第 84 页。

民营企业刑事涉案财物处置现存问题及程序完善

徐歌旋*

摘 要：民营企业刑事涉案财物处置过程中存在涉案财物范围认定扩大化、说理模糊化、处置时间迟滞化以及处置程序粗糙化的特点。为保障民营企业的合法权益，应规范刑事涉案财物处置的审前程序，保障相关权利人的知情权，促进审前处置程序的诉讼化，健全涉案财物处置的解除规定。就审判程序而言，一则需要建立相对独立的涉案财物处置庭审程序，二则需要探讨相关权利人的法律地位继而保障其实质参与，三则可以考虑通过规范涉案财物裁判文书说理倒逼涉案财物处置规范化。

关键词：民营企业 刑事涉案财物 程序保障 审前处置 审判程序

企业作为市场主体，财物与其生存问题紧密相连。国有企业作为共和国的“长子”，是中国特色社会主义经济的“顶梁柱”。[1]“保护国企，国企不能受损失”观念普遍存在，因而国有企业的财产较少遭遇来自外部的随意处置和侵害。与之对比，实践中部分“国有企业试图将经营风险转嫁至民营企业”[2]、一些公权力机关“违法查封扣押冻结民营企业财产”，侵害民营企业合法权益的情况时有发生。[3]当民营企业与国有企业发生债务纠纷时，或者小的民营企业与大的民营企业发生债务纠纷时，一些国有企业或者较大的民营企业会选择报案控告，希望通过公安机关立案追究民营企业（家）的刑事责任，借助刑事手段解决民事纠纷。而国有企业或者较大的民营企业报案控告也更容易受到当地政府和公安司法机关的重视，这也就助长了实践中用刑事手段干预经济纠纷的情形，加剧了民营企业涉案财物在处置过程中的不断流失。“北鹏公司案”“张文中案”“吴英案”“顾雏军案”等案例影响较大。党中央、国务院之所以一再强调规范刑事涉案财物处置程序，并出台相关民营企业产权保护政策，正是为了解决这一问题。

一、民营企业刑事涉案财物程序保障的重要意义

有恒产者有恒心，保障民营企业合法财产是经济社会持续健康发展的基础。规范民营企业刑事涉案财物处置程序，对于保障民营企业（家）的合法权益、促进民营经济高质量发展以及促进刑事诉讼规范体系的完备发展均具有重要意义。

（一）保障民营企业（家）合法权益

民营企业涉嫌的犯罪大多是经济类犯罪，往往关联着大额涉案财物处置工作。实践中，普遍存在着超权限、超范围、超数额、超时限查封、扣押、冻结的现象，容易导致民营企业发生财务困难，甚至资金链断裂，继而导致民营企业停产乃至破产，让民营企业家苦不堪言。[4]

不规范的刑事涉案财物处置对民营企业的生存可能是致命的。短期内缺乏流动资金可能导致民营企业无法正常开展原材料采购、员工工资支付、日常维护等基本运营活动；可能使民营企业难以按时偿还短期债务，如应付账款、银行贷款等，从而影响企业的信用记录和市场信誉；缺乏流动资金的民营企业可能在市场机会出现时无法迅速响应，错失扩大市场份额或获取新客户的机会，甚至导致其在竞争中被淘汰；还可能导致企业无法及时支付供应商货款，进而影响供应链的稳定性，甚至导致供应链中断；为了解决短期资金问题，企业可能不得不以低于市场价的价格出售资产，从而造成资产价值的损失。有例为证，凌山塑料包装容器有限责任公司成立于上世纪 90 年代，为吉林石化的配套企业，专门生产各种塑料包装容器。后来该公司改制为一家民营残疾人企业，曾被评为吉林市明星福利企业。2004 年，吉林省公安厅在侦查该企业负责人牟洋期间，扣押了公司 2 千万余

---

* 徐歌旋，南京师范大学法学院讲师、中国法治现代化研究院研究员，联系方式：xugexuan@126.com。

[1] 《更好发挥国有经济战略支撑作用》，载《光明日报》2023 年 11 月 14 日。

[2] 参见《最高法：平等保护各类市场主体，国企不能将经营风险转嫁民企》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_24053543，2024 年 8 月 6 日访问。

[3] 参见《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》。

[4] 张建伟：《为民企量身定制的涉案财物保障如何落实》，载《上海法治报》2023 年 8 月 19 日。

现金。2005 年 8 月 5 日，吉林市高新区人民法院判处牟洋有期徒刑三年，缓期四年执行，并对凌山塑料包装容器有限责任公司判处了 250 万的罚金。后尽管法院判决已经执行完毕，但吉林省公安厅扣押的 2020 万元一直未退还。该民营企业最终由于长期缺少生产资金而倒闭。[1]

民营企业为被追诉方时，规范涉案财物处置程序，可以避免民营企业因涉案财物被采取不必要的强制性措施而发生经营困难，避免“办理一个案件，搞垮一个企业，下岗一批职工”的情况发生。民营企业为被害方时，规范涉案财物处置，同样可以避免被害民营企业因程序拖延导致缺失正常经营所急需的涉案财物而陷入困境。正如有学者所言，“法治是最好的营商环境，对于民营企业来说，需要的并非是特殊的保障，而是现代法治环境下逐步形成的稳定的经济发展条件。”[2]

（二）保障民营经济高质量发展

国家统计局新闻发言人刘爱华在接受采访时指出：“尽管外部环境复杂严峻，国内有效需求不足等问题仍存，但我国经济运行总体平稳，支撑高质量发展的要素条件不断累积增多，为我们应对各种风险挑战提供了有力支撑。”[3]其中，民营经济在新兴产业发展中发挥着主力军作用。据市场监管总局统计，截至 2024 年 5 月底，我国民营经济主体总量 18045 万户，占所有经营主体的比例从 2019 年的 95.5%增长为 96.4%，其中民营企业 5517.7 万户、个体工商户 12527.3 万户。[4]

尊重产权是民营经济发展的基础。党的十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确指出“进一步规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序”。党的二十大报告再次强调“依法保护民营企业产权和企业家权益”。2023 年 7 月，中共中央、国务院出台《关于促进民营经济发展壮大的意见》，第 10 条亦要求从涉案财物问题入手，为民营企业合法生产经营提供保障。2024 年 7 月，党的二十届三中全会通过《中共中央关于进一步全面深化改革　推进中国式现代化的决定》，再次强调“加强产权执法司法保护，防止和纠正利用行政、刑事手段干预经济纠纷，健全依法甄别纠正涉企冤错案件机制”“完善涉及公民人身权利强制措施以及查封、扣押、冻结等强制措施的制度”。[5]2024 年 5 月，中共国家发展改革委党组发布《进一步全面深化经济体制改革 以高质量发展推进中国式现代化》，明确了经济体制改革七个方面重点任务。文章提出，支持民营经济和民营企业发展壮大，依法保护民营企业产权和企业家权益。加快建设世界一流企业，支持中小微企业发展。[6]

涉民营企业刑事案件可以大体分为两类，一类是侵害民营企业合法权益的案件，典型为职务侵占、挪用资金、合同诈骗、盗窃等犯罪；一类是民营企业犯罪案件，主要涉及虚开增值税专用发票、单位行贿、行贿、合同诈骗，以及生产、销售伪劣商品类、内幕交易、破坏计算机信息系统、骗取

---

[1] 2015 年 5 月，牟洋委托律师将吉林省公安厅起诉至长春市朝阳区法院，要求返还违法查封款项本金 2000 余万元及利息、职工安置费用、不动产低价拍卖的直接损失和其他损失，共计 8600 余万元。2015 年 6 月，牟洋通过律师向吉林省公安厅递交了《国家赔偿申请书》。2016 年，最高法作出国家赔偿决定，要求吉林省公安厅返还牟洋 2020 万元，并支付相应利息损失 730 万元。舒林翰：《京华时报：2000 多万刑案冻结款为何一冻十几年》，http://opinion.people.com.cn/n1/2016/0405/c1003-28249637.html，2024 年 8 月 4 日访问。方远、曾雅青：《吉林一商人两千余万被扣押十余年，最高法要求省公安厅返还》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1522824，2024 年 8 月 4 日访问。《吉林警方扣押民企 2 千多万十年 近日欲归还》，https://news.cnr.cn/native/gd/20150617/t20150617_518867399.shtml，2024 年 8 月 4 日访问。类似的案例还有很多。

[2] 张建伟：《为民企量身定制的涉案财物保障如何落实》，载《上海法治报》2023 年 8 月 19 日。

[3] 《中国经济保持稳中有进发展态势》，https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202409/content_6974887.htm，2024 年 9 月 24 日访问。

[4] 《我国民营经济主体占比稳步提升》，https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202406/content_6957092.htm，2024 年 8 月 5 日访问。

[5] 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》。

[6] 中共国家发展改革委党组：《进一步全面深化经济体制改革 以高质量发展推进中国式现代化》，https://www.ndrc.gov.cn/fzggw/wld/wh/zyhd/202405/t20240516_1386278.html，2024 年 9 月 24 日访问。

贷款等犯罪。[1]一方面，需要严密法网，惩治侵害民营企业合法权益、破坏营商环境的犯罪；另一方面，也需要规范民营企业刑事涉案财物处置程序，提高涉案财物处置的准确率和效率，减少民营企业涉案财物损失，提振民营经济发展信心，促进我国经济高质量发展。

（三）促进刑事诉讼规范体系完善

2012 年《刑事诉讼法》修改时确立了违法所得的没收程序。相比于以追究刑事责任为主要目的的普通刑事诉讼程序，违法所得没收特别程序旨在对物进行处分。虽然《刑事诉讼法》用单独一章、四个条文对如何规范物的处分作出了一定规定，但是违法所得的没收程序是特别程序，所作规定并不能直接照搬至普通刑事案件中。违法所得的没收特别程序与普通程序中的刑事涉案财物的处置在适用条件、诉讼程序、证明标准等方面均存在较大差异。如若犯罪嫌疑人、被告人被抓获或者投案，则要由特别程序转为普通程序，此时便无法再适用特别程序的规定。[2]一直适用普通程序审理的刑事案件，在对其涉案财物部分进行处置时也无法直接借鉴特殊程序的规定。

《刑法》《刑事诉讼法》对刑事涉案财物处置规定的过于简略，《中共中央办公厅、国务院办公厅关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》《人民检察院刑事诉讼规则》《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（以下简称《刑事诉讼法解释》）以及《公安机关办理刑事案件程序规定》对刑事涉案财物处置作出了相对具体的规定，一定程度上弥补了法律规范较为粗疏的不足。但梳理这些规范性文件可以发现，这些规范性文件由中办、国办、公安机关、检察机关、法院分别制定，体现出不同部门的观察视角。公安机关强调“涉案财物”的证据属性，检察机关强调“涉案财物”的非法性和可强制性，而法院强调“涉案财物”的可执行性。[3]这在一定程度上限制了刑事涉案财物处置的系统性和协调性。

刑事诉讼全流程为一整体，牵一发而动全身。目前，关于涉案财物的相关规定繁多，但因由不同部门制定，缺乏统筹安排，规定多集中于某一领域而缺乏全局的设计。长远来看，要从根本上确立“人财（物）皆重”的观念，推动制度供给，在《刑事诉讼法》层面确立涉案财物保障的具体程序。党中央印发的《法治中国建设规划（2020—2025 年）》指出，到 2035 年，法治国家、法治政府、法治社会基本建成，中国特色社会主义法治体系基本形成……国家治理体系和治理能力现代化基本实现。从目前到 2035 年的 11 年，时间非常宝贵。[4]2023 年，第十四届全国人大常委会立法规划将《刑事诉讼法》纳入其中，立法机关已经启动了《刑事诉讼法》第四次修改的相关工作。民营企业刑事涉案财物处置事关企业产权保护、企业家权益保障以及营商环境建设，其重要性丝毫不亚于定罪与量刑环节。[5]从实体上厘清涉案财物的范围，重要性不容置疑。但也应着力在《刑事诉讼法》中规范民营企业刑事涉案财物处置程序，经由完善的刑事诉讼程序，才能保证实体标准得以准确执行。

二、民营企业刑事涉案财物处置现存问题及成因

我国民营企业刑事涉案财物处置在司法实践中存在以下突出问题：第一，涉案财物范围认定扩大化；第二，涉案财物处置说理模糊化；第三，涉案财物处置时间延长化；[6]第四，涉案财物处置程

---

[1] 泰州市中级人民法院：《坚持打击与防范并行 维护民营企业合法权益——市中院召开“涉民营企业刑事犯罪”新闻发布会》，https://tzcourt.taizhou.gov.cn/xwzx/fyyw/art/2024/art_8fc4bc953a914d59ad53e873d8924512.html，2024 年 9 月 27 日访问。

[2] 违法所得没收程序以启动过普通刑事诉讼程序为前提，它以普通刑事诉讼程序遇到“障碍”为必要条件。这个“障碍”就是犯罪嫌疑人、被告人逃匿，在通缉一年后不能到案，或者犯罪嫌疑人、被告人死亡，普通刑事诉讼程序不得不予以中止或终止。它服从于普通刑事诉讼程序。如果普通刑事诉讼程序的障碍消除，即“在逃的犯罪嫌疑人、被告人自动投案或者被抓获”，违法所得没收程序即行终止，并转为普通刑事诉讼程序。参见朱孝清：《违法所得没收程序的几个问题》，载《人民检察》2014 年第 15 期，第 6 页。

[3] 陈卫东：《涉案财产处置程序的完善——以审前程序为视角的分析》，载《法学杂志》2020 年第 3 期，第 42 页。

[4] 参见陈卫东：《关于<刑事诉讼法>第四次修改的几点思考》，载《政法论丛》2024 年第 1 期，第 27 页。

[5] 参见刘仁文：《强化刑事涉案财物处置的实体法研究》，庄绪龙：《刑事涉案财物处置实体问题研究》，法律出版社 2024 年版，序言

[6] 参见向燕：《刑事涉案财物处置的实证考察》，载《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期，第 127 页。

序粗糙化。

（一）涉案财物范围认定扩大化

民营企业刑事案件办理过程中，部分实务人员不区分企业家个人财产与企业法人财产、企业家个人财产与家庭成员财产、违法所得与合法财产，随意处置涉案财物，损伤了民营企业的健康发展，造成对非公有制经济财产权的破坏。[1]

第一，实务部门存在逐利性执法、司法情况。我国自 1994 年开始实施分税制，根据财政部印发的《罚没财物管理办法》，罚没财物中除列明上缴中央国库以外，其他均上缴办案单位隶属的地方国库，纳入地方一般公共预算管理，办案单位的经费由同级财政保障。虽然根据《关于加强公安、检察院、法院和工商行政管理部门行政性收费和罚没收入收支两条线管理工作的规定》，办案所得一律上缴国库，实行收支两条线，但有些地方保障本级司法机关财政支出的力度与办案单位为地方增加非税收入作出的贡献仍然存在一定的隐性关联。尤其是在税收收入增长乏力时，罚没收入便成了一些地方财政增收的主要手段。“某些地方政府为了增加财政收入，直接向司法机关下达罚没收入指标，同时将罚没收入与预算经费挂钩。司法机关的经费预算名义上是收支两条线，实际上还是‘自收’、‘自筹’。”[2]有些地方执法、司法机构希望通过趋利性办案缓解财政压力，以至于出现了非正常的跨地区抓人，交钱放人的现象。

第二，实务中存在混淆民营企业与民营企业家财产的情况。民营企业具有较强的人合性特征，企业家个人的命运往往决定了整个企业的发展，譬如，民营企业家被采取强制措施，企业经营状态会发生较大波动；而企业经营行为的违法性又直接反映为企业负责人的法律责任，譬如民营企业涉嫌重大责任事故罪，公司董事长和总经理也面临刑事责任的追究。[3]民营企业刑事涉案财物的处置在实务中也常呈现出“互相影响”、“人企合一”的状态。天新公司、魏某国申请某某省某某市人民检察院国家赔偿案等案件反映出，实务人员在处理民营企业涉案财物时混淆民营企业家个人财产和企业法人财产、企业家家庭成员合法财产的情况并不罕见。

根据我国《民法典》的规定，婚后生产、经营、投资收益属一方在婚后投入劳动、管理等经营行为所得财产，为夫妻法定的共同财产，这也是家庭财产和民营企业资产容易混同的法律成因。再者，民营企业在生产经营过程中确实存在一些不规范之处：民营企业在初创期往往由家族成员进行核心管理，若未能及时完善法人治理结构，可能导致企业财产与个人财产界限不清。根据《公司法》的规定，公司法人人格独立是股东承担有限责任的前提。有的民营企业家却还未改变“企业的钱是我的钱，我的钱也是企业的钱”的错误认知，企业资产、家庭资产混用情况较为普遍，最终导致企业债、家业偿，也导致客观上难以区分企业财产与企业家财产，助长了处置范围的扩大化。

第三，涉案财物范围界定标准不一。有的地方认定标准较为宽松[4]，处理结果导致犯罪嫌疑人、被告人仍可从自己的违法所得中获益，违背了积极一般预防理论，颠覆了民众对于刑事司法的信任。[5]有的地方则把握较为严格，又走向了另一个极端，导致某些靠第一桶“黑金”起家的民营企业现有财产全部被认定为违法所得。[6]对这种违法所得不做区分地一揽子全部没收，不仅会影响到民营企业（家）

---

[1] 参见柯明：《刑事诉讼视野下民营企业家犯罪涉案财物的处置》，载《河北法学》2017 年第 12 期，第 170 页。

[2] 张炎良、红星新闻：《朱征夫代表建议：将刑事罚没所得统一上缴中央国库》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_22086595?commTag=true，2024 年 8 月 15 日访问。

[3] 参见梁雅丽：《刑事辩护中民营企业家的权益保护》，载《中国律师》2021 年第 2 期，第 61—62 页。

[4] 《浙江宁波一违规购股服刑人员狱中仍分红 138 万》，https://www.chinanews.com/sh/news/2007/11-02/1066660.shtml，2024 年 9 月 23 日访问。

[5] TatjanaHoernle, Straftheorie, 2017, S. 27f. 转引自冀洋：《企业合规刑事激励的司法限度》，载《比较法研究》2023 年第 2 期，第 199 页。

[6] 在石某群抢劫案中，1999 年，石某群与其他 4 名犯罪嫌疑人持枪抢劫了郑州市一家银行的 208 万元现金，后石某群分得 120 万元。2000 年，石某群用抢劫来的 40 万元和银行贷款在驻马店投资建设一栋居民楼，但未能卖出。之后，石某群用挣来的钱又投资建楼，也未卖出。2004 年，石某群与其他 2 名犯罪嫌疑人又抢劫了信阳市一家银行，但未能成功，除石某群之外的 2 名犯罪嫌疑人被抓获并判刑。在同伙被抓后，石某群变卖了之前投资的办公楼的两间门

的合法权益，更可能给遵守正常市场交易秩序的善意第三人造成损失，扰乱正常的交易秩序，破坏市场交易的信心。[1]

（二）涉案财物处置说理模糊化

刑事涉案财物范围明确的难度，滋生了实践中“逃避策略”的泛滥。对法官而言，花费精力厘清涉案财物不仅繁琐还有错判风险，不如笼统地进行概括没收。有学者对裁判文书网公布的非法经营罪刑事判决书进行分析后，发现 161 份一审刑事判决书中仅有 56 份判决书明确宣告没收违法所得，大多数判决书甚至连“违法所得予以没收”这样笼统的宣告也没有。[2]这种的“葫芦”判决并不罕见，给后续执行带来了难度，也为案外人救济增加了难度。[3]2021 年《刑事诉讼法解释》第 176 条取消了此前被害人可以就经过追缴或者退赔仍不能弥补的损失，向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的规定，如若刑事判决不注明追缴、退赔财产范围或者注明范围不明确，是否应当允许被害人另行提起民事诉讼呢？[4]人民法院民事审判庭的法官又该如何判断当事人的诉请是否属于“不能弥补损失”的部分呢？

此外，实践中对于控辩双方针对涉案财物的异议，法院也基本做模糊处理。在一案例中，“张某某上诉提出：对于一审判决认定的其违法所得数额有异议，进入其银行卡账户的资金包括其投资所得，也包括其口腔门诊的正常营业收入和家人之间的资金往来，不应全部计入违法所得。其辩护人辩护提出：一审判决认定张某某参与传销的金额和非法获利的数额存在事实不清、证据不足，没有扣除张某某的合法收入，且专项审计报告不能作为定案依据。”[5]但法院却并未对该重要争点作出任何明确回应，且这种处理方式并不罕见。[6]

另一种更为隐蔽的处理方式是以判处罚金刑和没收财产刑的方法取代对违法所得的追缴。[7]在我国《刑法》分则条文中，规定有罚金刑的条文约占全部条文数量的 2/5。有的分则条文明确规定了罚金的幅度，这种情况下在规定的幅度内判处罚金即可；但是，更多的分则条文并没有规定具体的罚金幅度，这就为罚金刑的滥用留下了制度空间。《刑法》第 52 条规定：“判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。”易言之，理论上，罚金数额应当与犯罪情节相适应。犯罪情节严重的，罚金数额应当多些；犯罪情节较轻的，罚金数额应当少些。这是罪刑均衡原则在罚金刑裁量上的具体体现。[8]但实践中，法官裁判适用罚金刑尤其是无限额罚金刑的裁量空间较大，并不会去证明罚金与犯罪行为之间的实质性联系。所谓罚金数额与犯罪情节相适应，成为一条并无约束力的规定，也成为法官逃避精细化处置涉案财物压力的“良选”。检察机关无法证明应当予以没收的涉案财物，却被法院用“罚金刑”这个口袋刑套入囊中，极易侵害被告人合法财产权。再者，一般没收与特别没收在执行中混用较为严重，导致特别没收的规定被虚置。因为若要适用特别没收必须证明财产的非法性或者其“与犯罪的关联性”，而一般没收则不受此限制。故而，法院为了规避证明难题，往往选择判处没收犯罪分

面房，又贷款并拿出全部的积蓄建了六栋居民楼。至此，石某群的生意得以起步，到他被抓获归案时，已经实际控制着 7 家公司、资产达上亿元。对此就不能以石某群第一桶金属于违法所得，而将 7 家公司、上亿资产全部确定为违法所得。参见郜名扬：《刑事涉案财物处置的民刑衔接缺陷及其纠正——以保护民企产权为视角》，载《贵州警察学院学报》2021 年第 1 期，第 50 页。

[1] 郜名扬：《刑事涉案财物处置的民刑衔接缺陷及其纠正——以保护民企产权为视角》，载《贵州警察学院学报》2021 年第 1 期，第 51 页。

[2] 向燕：《刑事涉案财物处置的实证考察》，载《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期，第 127—132 页。

[3] 案例可参见（2020）最高法执监 181 号执行裁定书。

[4] 参见张栋：《刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善》，载《法学杂志》2024 年第 5 期，第 25 页。

[5] （2023）皖 04 刑终 237 号刑事判决书。

[6] 另可参见（2023）宁 03 刑终 131 号刑事判决书。

[7] 王志祥、柯明：《民营企业（家）涉嫌犯罪时涉案财物的确定》，载《人民检察》2017 年第 10 期，第 9 页。

[8] 周光权：《刑法总论（第四版）》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 435 页。

子个人全部财产，这样可以将无法证明是犯罪关联物的财产不做区分的一并处理。[1]此种做法导致司法随意性大，且缺乏程序上的监督，容易侵犯合法财产权。

（三）涉案财物处置时间延长化

一些办案机关在诉讼过程中，不及时移送涉案财物，对涉案财物进行无理由的长期留置，[2]涉案财物在实践中常常被一扣到底，涉案财物处置后救济时间更是漫长。即便涉案民营企业和辩护人提出充分证据证明被查扣冻的财物确实与案件无关，公安机关也常常不予理会；检察机关对公安机关的财产性强制措施宽容度过高，对涉案财物属性不作实质性审查；审判阶段，法官则将定罪量刑视为庭审重心，忽视涉案财物的处置，导致涉案财产处置问题带病进入执行程序。有的案件，甚至在人民法院做出生效判决数年后仍不作出处置，办案机关继续查封、扣押、冻结而不予解除。[3]

“北鹏案”是最高人民法院赔偿委员会受理并决定赔偿的首例涉及财产权益的刑事违法扣押赔偿案。该案中，北鹏公司并未构成单位犯罪，属于刑事诉讼中的案外人，其被扣押、冻结的财务文件和款项历时 7 年才通过国家赔偿拿到。再如，2002 年，于润龙因收购、买卖黄金行为因被吉林市公安局立案侦查。不久，因国家政策调整，当地检方认定其行为不构成犯罪，但之后于润龙多次讨要黄金未果。13 年后，2015 年 1 月，吉林市公安局方作出《刑事赔偿决定书》，同意支付给于润龙赔偿金 384 万余元:“当年没收的黄金已经按照规定卖给了中国人民银行，现在还给你黄金是不可能了，只能将当时售卖黄金所得的 384 万元现金还给你。”于润龙提出刑事赔偿复议申请。2015 年 3 月，吉林省公安厅出具《刑事赔偿复议决定书》，决定撤销吉林市公安局原赔偿决定，由赔偿义务机关按照调解协议在 3 个月内返还赔偿请求人于润龙 46384 克黄金。[4]

实践中，涉案财物一旦进入刑事诉讼程序的快车道，再想脱离该刑事诉讼程序就显得尤为困难。虽然《刑事诉讼法》规定“对经查明确实与案件无关的财物，应当在三天之内解除查封、冻结”，但对“何为查明”“查明有无最长时限”“确实’这一证明标准如何理解”等问题，《刑事诉讼法》及司法解释均没有作出具体规定，致使涉案财物处置久拖不决的情况时有发生。

（四）涉案财物处置程序粗糙化

民营企业涉案财物处置程序衔接漏洞较多[5]，不同主体责任划分不明。刑事涉案财物“重查轻管”现象突出，忽视资产经营管理。囿于职能及专业限制，一些办案机关或多或少存在“重查轻管”“一查了之”以及“处置方式单一粗糙”等问题。

一实践案例中，武汉市公安局对鄂州东龙公司涉案财物采取查封措施，并指派鄂州东龙公司自行保管、电力设计院经警监督协助保管。但是在此期间，发生债权人哄抢，物品丢失、损毁等情况。本案的争议焦点为：武汉市公安局是否对鄂州东龙公司负保管义务，武汉市公安局的查封、扣押行为是否给赔偿请求人造成了损失。赔偿委员会经审理认为，武汉市公安局对于扣押的鄂州东龙公司的财产实际是指派鄂州东龙公司自行保管、电力设计院经警监督协助保管，武汉市公安局当时扣押财产的行为系依法进行的合法行为，武汉市公安局及电力设计院对扣押物并无“使用、调换、损毁或者自行处理”的行为，并未违反该规定所要求的妥善保管义务，电力设计院及湖北省广告贸易进出口公司拖走部分衣物及桌椅等被扣押物品的行为系经过武汉市公安局同意的对扣押物品的自行处理行为，该自行处理行为违反了上述规定，武汉市公安局及其指派协助监管的电力设计院承担的保管责任以上述规定为限，债权人的哄抢及相关人民法院强制执行不属于武汉市公安局应当承担的责任。

---

[1] 参见姚贝、杨广大：《一般没收与特别没收的区分及运用》，载《人民司法》2011 年第 11 期，第 78 页。

[2] 参见庄庆鸿：《我国将建立跨部门涉案财物集中管理平台——中央司法体制改革领导小组办公室负责人就<关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见>答记者问》，载《中国青年报》2015 年 3 月 5 日，第 3 版。

[3] 参见毛洪涛：《涉企冤错案件的防范与纠正》，https://zhuanlan.zhihu.com/p/654695322，2024 年 8 月 6 日访问。

[4] 参见林斐然：《商人买金遭错抓 92 斤黄金被没收 警方 13 年后归还》，http://finance.people.com.cn/n/2015/0526/c1004-27055466.html，2024 年 8 月 2 日访问。类似案例还可参见马有苏案、马光辉案。

[5] 例如，（2015）益赫刑监字第 1 号再审决定书写明：“经复查，本案涉案财物未随案移送，该判决书中没有写明涉案财物未随案移送，也没有写明由查封、扣押、冻结机关负责处理。”

[1]相比于扣押，查封主要是通过加贴封条、完成登记，来向社会公众展示司法机关对标的物的控制。因查封并不需要侦查机关实际占有特定物品，实践中倾向于理解为司法机关只要在查封阶段不自行随意处置涉案财物即可。司法机关只需指派其他单位或人员履行监管职责即可实现卸责，但此种理解未免对于司法机关要求过于宽松。此外，涉案财物处置过程简单粗暴，给民营企业正常经营造成影响。[2]例如，在一些经济犯罪案件中涉案第三方公司名下银行账户被冻结，公司往往因生产经营的特殊性不便另行开设新账户，仍需要使用被冻结的原银行账户接收营业款项，即便公司缴纳等额保证金，也无法对公司账户予以解冻，影响公司正常业务的开展。[3]

按照刑事涉案财物处置可能经历的流程，可以将民营企业刑事涉案财物处置分为审前程序、审判程序与审后的执行程序。虽然审前程序大多不涉及涉案财物的实质处理，但程序性处置同样会对涉案财物产生实质性影响；审判程序则将直接决定涉案财物的实体定性；执行程序则关涉刑事涉案财物处置的时效。篇幅所限，本文难以对民营企业涉案财物处置的全部程序性问题一一论及，将着重围绕刑事涉案财物程序处置的审前程序和审判程序展开论述。

---

[1] 2000 年 2 月 24 日，武汉市公安局以鄂州东龙公司法定代表人童某某涉嫌诈骗立案侦查，对其刑事拘留，并依职权对鄂州东龙公司的部分生产机械设备、成品衣物及办公用品进行就地扣押、封存。为防止被扣押的财产毁损、转移，武汉市公安局经侦处民警口头委托报案人之一的电力设计院派人监管被查封的财产。同年 2 月 25 日武汉市公安局经侦处民警带电力设计院的两名经警到鄂州东龙公司，该公司当时有一名门卫兼保管员董家平，另有一名来该公司办事的业务员鲁国治。武汉市公安局民警向董家平宣布因童某某涉嫌诈骗被刑事拘留、鄂州东龙公司涉案财产被查封、不得转移等事项后离开该公司，电力设计院的两名经警留下监管被查封的财产。武汉市公安局于 2000 年 3 月 7 日出具扣押物品清单。电力设计院自 2000 年 2 月 25 日至 3 月 28 日，共派六、七名经警在鄂州东龙公司轮班监管被查封财产，电力设计院的监管经警与鄂州东龙公司门卫董家平同住在门房里。2000 年 2 月 29 日，鄂州市中级人民法院拖走该院查封的鄂州东龙公司的缝纫机 30 台（1999 年 9 月 21 日该院（1999）鄂州法经初字第 67 号扣押命令“对鄂州东龙服饰有限公司在厂内的服饰生产机器设备予以扣押”）。2000 年 3 月 9 日，以童某为首的债权人私自带人强行拖走鄂州东龙公司的设备 112 台及食堂部分财物，同年 3 月 20 日鄂州东龙公司的门卫董家平离开公司，留下 18 把钥匙在门房桌子上，电力设计院的两值班经警刘某拿走该 18 把钥匙，其后经警刘某应董家平熟人要求书写了一个未具名的证明，证明钥匙在其手中。对董家平留下钥匙并离开公司这一事实，电力设计院未向武汉市公安局汇报。同年 3 月 28 日，鄂州东龙公司法定代表人童某某被取保候审（后发现其不构成犯罪、解除取保候审）。同日，电力设计院经警要求撤回，武汉市公安局在不知鄂州东龙公司门卫已离开、经警持有鄂州东龙公司 18 把钥匙的情况下同意电力设计院经警撤回。经警刘某等锁好鄂州东龙公司大门后，经武汉市公安局同意拖走一些成品、半成品衣服及办公设施，武汉市公安局于同日出具扣押物品清单。自电力设计院经警撤离鄂州东龙公司至同年 4 月下旬期间，鄂州东龙公司处于无人看管状态。2000 年 4 月下旬，鄂州东龙公司法定代表人童某某回公司查看情况，发现公司财物全部毁损、丢失，遂向武汉市公证处申请证据保全，武汉市公证处于 2000 年 4 月 27 日对鄂州东龙公司的财物毁损情况进行了现场拍照摄像。（2016）鄂委赔 16 号国家赔偿决定书。

[2] 北京比特时代科技有限公司（以下简称比特公司）于 2000 年 6 月成立。2004 年 4 月至 2006 年 11 月，曲铁良任比特公司董事长兼总经理期间，比特公司自主研发了《3D 大赢家》《双色球大赢家》等分析软件，为彩民提供服务。2007 年 5 月 18 日，湖南省长沙市望城区公安局（以下简称望城区公安局）以涉嫌非法经营对曲铁良立案侦查，后该局扣押了比特公司电脑主机 4 台、服务器 6 台、笔记本电脑 1 台、银行卡 12 张及帐本、会议记录本等，责令比特公司汇款 27.32 万元至望城区公安局账户暂扣。因比特公司用于经营的电脑主机、服务器、笔记本电脑、银行卡、现金及帐本等物品被扣押，导致比特公司无法经营，实质上造成了比特公司的停产停业。事后，望城区公安局无法举证证明退还时电脑能正常使用。湖南省高级人民法院赔偿委员会经审理认为，望城区公安局应按照直接损失赔偿比特公司房屋租金、水电费、职工经济补偿、留守职工工资，以及赔偿电脑维修和数据恢复费用、被扣押款利息 14593.43 元，合计 308983.45 元。可见，司法机关在刑事案件办理过程中，虽有权力对涉案财产采取查封扣押冻结等强制措施，但也应同时注意对涉案企业或者犯罪嫌疑人的合法权益予以保护，避免由于处置措施的不当导致涉案企业、人员造成额外的损失。参见(2017)最高法委赔监 204 号决定书。

[3] 参见张栋：《刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善》，载《法学杂志》2024 年第 5 期，第 23 页。

三、规范民营企业刑事涉案财物处置的审前程序

民营企业刑事涉案财物处置涉及审前、审判、执行各个阶段，贯穿于整个刑事诉讼程序，具有全局性的特征。在侦查和审查起诉阶段，如若民营企业涉案财产被查封、扣押、冻结，就很容易影响到后续审判的实体处置。尤其是如若涉案财物在审前已被先行拍卖、退还处置，到审判阶段法官就会容易“顺水推舟”“照单全收”地对处置行为进行认可，进一步增加涉案财物救济的难度。程序公正是实体公正得以实现的保障，审前阶段应当保障相关权利人的知情权、对审前涉案财物处置程序进行诉讼化改造，并健全涉案财物处置的解除规定。

（一）保障审前程序相关权利人的知情权

以“孙长松案”为例，孙长松本人被提起公诉后，其参股的神羊公司被查封，公司的生产经营以及其他投资方（案外人）受到严重损失，引起社会关注。

查封、扣押、冻结在我国刑事诉讼法律规范中以侦查措施的形式出现，根据现行《刑事诉讼法》的规定，除搜查必须出示搜查证、扣押物品须将扣押清单交给持有人等间接告知外，几乎没有关于强制处分犯罪嫌疑人、被告人财产时的权利告知。[1]不仅对社会公众不公开，对犯罪嫌疑人、被告人以及相关利害关系人也没有程序能够保障涉案财物处置的公开。[2]实践中，起诉书等诉讼文件较少对涉案财物情况作明确说明，更不会提及对涉案财物处理的指控意见。案外人难以通过合法、公开途径了解涉案财物处置进程，公安机关、检察机关直接决定返还涉案财物时，犯罪嫌疑人、案外人即使认为涉案财物属于其合法财产也常常来不及提出有效抗辩。[3]后续，当事人固然可以根据《刑事诉讼法》的规定在附带民事诉讼中申请财产保全，但如若在审前程序中不能知晓相关权利，到庭审过程中即便申请也难以实现诉权保全的应然效果。

以涉案虚拟货币处置为例。根据《刑事诉讼法》等规定，对于虚拟货币的处置原则上只能采取冻结措施，不得在诉讼程序终结之前作出处理。但如若经查明虚拟货币确实与案件无关或依法应当返还被害人，在权利人同意或者申请的情况下，经县级以上司法机关主要负责人批准，可先行处置。在侦查阶段，犯罪嫌疑人出于“认罪态度好”“认罪认罚从宽”的考量，很可能会申请或同意交由公安机关或第三方处置公司处置。但如此处置风险很多。如若民营企业（家）是被追诉人，在检察院尚未审查起诉，律师尚未阅卷而无法对案件事实进行完整、准确分析的情况下，如何判断应被处置的涉案财物的准确金额？虚拟货币是否还存在其他（真正的）合法权利人？公安机关认定的涉案金额是否准确，有无可能过大？民营企业如果只能决定先行处置，却不能对具体的处置过程发表意见，是否可能造成涉案财物在处置过程中的价值贬损？如果民营企业是案外人，涉案财物处置时未通知民营企业，又如何保证其合法权益？涉案财物先行处置虽然有效率性的考量，对于避免涉案财物的损耗也有价值，但是其必须以保证相关权利人的知情权为前提。

应在后续《刑事诉讼法》修法时明确规定在先行处置、送达起诉材料等环节通过公告等方式告知民营企业等相关权利人，保证其对涉案财物处置提出意见和提供证据的权利，明确通知的方法以及期限，以及未及时通知相关权利人的救济方式。

（二）检察听证促进审前处置程序的诉讼化

目前我国审前的涉案财物处置程序属于“职权式”的涉案财物处置模式。根据我国法律规定，刑事涉案财物的查封、扣押、冻结以及先行返还与处置都是由办案机关内部审批、自行决定，不经其他机关的审查。这意味着审前涉案财物处置的实施权和决策权由同一机关行使，呈现出明显的“行政化”“职权化”的特点。[4]

根据《刑事诉讼法》《公安机关办理刑事案件程序规定》，无论是由办案部门负责人批准，现场

---

[1] 温小洁：《我国刑事涉案财物处理之完善——以公民财产权保障为视角》，载《法律适用》2017 年第 13 期，第 33 页。

[2] 福建省厦门市中级人民法院刑二庭课题组、吴成杰：《刑事涉案财物处理程序问题研究》，载《法律适用》2014 年第 9 期，第 92 页。

[3] 参见吴光升：《审前返还刑事涉案财物的若干问题探讨》，载《中国刑事法杂志》2012 年第 1 期，第 93 页。

[4] 参见艾明、桑志强：《涉案财物法庭审理程序研究》，载《兰州学刊》2023 年第 10 期，第 102 页。

指挥人员决定，还是县级以上公安机关负责人批准，公安机关对涉案财物查封、扣押、冻结和处置都是公安机关内部自行决定、自行执行。虽然《刑事诉讼法》第 117 条规定了相关主体“向同级检察院或上级人民检察院申诉”的权利，但该条规定过于原则，只是笼统赋予申诉权，却无明确的程序保障，实际操作性较差。该条规定设立的申诉救济模式虽然促进了救济机制的程序化，但毕竟与诉讼不同，并不能达到程序正当性和主体中立性的要求。申诉程序往往采取书面形式进行审查，审查过程缺乏对抗，具有较强的行政化与书面化特点，当事人、利害关系人缺乏发表意见、进行辩论的机会。[1]司法实践的经验也表明，此种内部化、行政化审查批准程序可能因同体监督而流于形式，无法实现对超范围、超期限等违法行为的有效规制，相关主体很难通过申诉扭转局面。

有学者指出，应当在刑事强制处分中借鉴司法审查制度，即由法院进行预先的司法授权性审查和事后的司法救济性审查。[2]譬如，德国规定原则上只有法院有权发布命令，紧急时检察官亦有权发布，但对于动产以外之扣押或假扣押，通常必须在一周以内请法院补发命令。[3]亦即，由外部处于相对中立地位的法院来审查批准搜查、扣押、冻结等强制性侦查措施的适用。但考虑到司法审查理论与我国政治体制、“各专门机关权力配置”[4]、社会制度环境、刑事诉讼结构难以匹配[5]，不宜对西方理论及做法简单套用。[6]实际上，司法审查并非对涉案财物处置的唯一对策，关键是能否通过制度设计实质性地实现程序控制，使得涉案财物处置去行政化。以强制措施逮捕为例，我国侦查机关不能自行决定逮捕，只能由检察机关批准，也是决定权和执行权的分离。

让民营企业在涉案财物处置过程中感受到“公平正义”，离不开“程序正义”的保障。程序的公正与公开相伴而生，相互促进。就涉案财物处置的诉讼化改造而言，具体建议如下：

第一，借鉴审查逮捕制度，由人民检察院决定是否对涉案财物进行先行处置。相比于查封、扣押、冻结，对涉案财物先行处置会实质性影响涉案财物的权属，故而应对其更为慎重。第二，应建立类似于逮捕后的羁押审查措施，查封、扣押、冻结后，由检察院对涉案财物的查封、扣押、冻结进行必要性审查，审核被查扣冻的涉案财物与案件是否有关联、是否超范围、是否超数额，采取的处置措施是否合法、合理以及合乎比例。[7]第三，通过检察听证程序对目前的涉案财物处置申诉制度进行诉讼化改造。目前涉案财物处置过程中的申诉、控告权行使，缺乏公开的结构属性保障，更多的是检察机关在封闭的结构下主导调查、核实、认定，进而得出结论性的处理意见。借助刑事检察听证制度，可以促进检察权行使方式的诉讼化改造。检察听证可以通过公开性促进公正性，确保了涉案财物处置程序的公开性和透明度。让检察权力在阳光之下运作，通过公正的程序来有效保障司法公正性的“可感可知”。

（三）健全涉案财物审前处置的解除规定

《刑事诉讼法》规定，“对经查明确实与案件无关的财物，应当在三天之内解除查封、冻结”，但对如何查明、查明的期限等没有具体规定，致使涉案财物处置久拖不决情形时有发生，实践中，涉案财物一旦进入刑事诉讼程序的快车道，脱离该程序并物归原主就显得尤为困难。为解决这一问题，需要对审前处置程序予以规制，解决涉案财物进入刑事诉讼程序易、脱离程序难的问题。[8]

按照现行《刑事诉讼法》《人民检察院刑事诉讼规则》《刑事诉讼法解释》的规定，错误查封、扣押、冻结的，只能由原决定机关进行纠正。根据《人民检察院刑事诉讼规则》，人民检察院只有

---

[1] 参见龙宗智：《强制侦查司法审查制度的完善》，载《中国法学》2011 年第 6 期，第 43—50 页。

[2] 参见宋英辉等：《刑事诉讼原理》（第 3 版），北京大学出版社 2014 年版，第 184-191 页。

[3] 李杰清：《没收犯罪所得程序法制与实务》，中国检察出版社 2016 年版，第 27 页。

[4] 方柏兴：《刑事涉案财物处置程序的诉讼化及其限度》，载《兰州大学学报（社会科学版）》2019 年第 1 期，第 52 页。

[5] 参见温军、张雪妲：《强制性侦查措施检察监督研究——“以审判为中心”背景下的侦查权法律控制思考》，载《学习与探索》2017 年第 1 期，第 84-85 页。

[6] 参见田力男：《刑事涉案虚拟财产强制处分论》，载《中国法学》2023 年第 5 期，第 120 页。

[7] 李玉华：《刑事诉讼法修改与涉案财物制度改革》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 97 页。

[8] 陈赛、王志：《刑事诉讼涉案财物处置的合理规制》，载《检察日报》2021 年 4 月 21 日，第 3 版。

在撤销案件时，方可直接对公安机关扣押在案的财物决定解除扣押、冻结。根据《刑事诉讼法解释》，人民法院不能直接处理由扣押机关保管、没有随案移送的财物。人民法院只能将判决书、裁定书送达扣押机关，由扣押机关解除扣押、冻结。但实践中，公安机关在大多数情形下一旦采取查封、扣押、冻结措施，就不会主动解除，目前的规定很容易导致侦查机关对涉案财物“一扣到底”。

有鉴于此，第一，《刑事诉讼法》修改应在查封、扣押、冻结必要性审查的基础上，赋予人民检察院在审查起诉阶段直接解除查封、扣押、冻结的权力。通过增加拥有解除查封、扣押、冻结涉案财物权限的主体，降低解除涉案财物查扣冻状态的难度。第二，建立强制性解除查扣冻的时间规定。域外立法经验可供参考。美国规定在向法院提出起诉书前，法院可以发出保全命令，但如若犯罪嫌疑人 90 日内未被起诉，保全命令就自动失效。[1]日本规定，起诉前由检察官申请或法院依职权发布保全命令，起诉后则由法院发布。起诉前没收命令发布后，30 日内检察官未提出公诉时，将失其效力。[2]我国台湾地区亦规定如果无留存之必要者，且无第三人主张权利之赃物，即应不待案件终结，择一以法院之裁定或检察官命令发还之。我国现行《刑事诉讼法》规定，“对经查明确实与案件无关的财物，应当在三天之内解除查封、冻结”，三天时长看似较为合理，但因“查明”“确实”等概念解释空间较大，架空了《刑事诉讼法》对时长的限制。《刑事诉讼法》修改或可考虑结合侦查、审查起诉、审判的具体期间，设置自动解除查封、扣押、冻结涉案财物措施的最长时限。譬如，如若人民检察院在法定时间内，对于监察机关、公安机关移送起诉的案件未作出决定的，自动解除查封、扣押、冻结措施。

四、完善民营企业刑事涉案财物处置的审判程序

长期以来我国刑事司法制度“重人身、轻财产”，我国刑事诉讼立法对于涉案财物处置的规范存在严重不足。这一问题在民营企业涉案财物处置过程中表现尤甚。相比过去，《刑事诉讼法解释》专章对刑事涉案财物处理作出规定，明确法院对涉案财物的裁判职责，形成了对物之诉的雏形。在既有规定的基础上，《刑事诉讼法解释》对普通程序案件涉案财物的查封、扣押、冻结规定了具体操作规则，设置涉案财物先行处置程序，强化涉案财物的法庭调查和法庭辩论，设立漏判涉案财物的处理规则等，在法治化、规范化层面取得了较大的进步。[3]但并未明确对涉案财物的审理程序以及当事人在审理程序中的权利及救济。《刑事诉讼法》以及相关规范修改时应对该问题予以关注。

（一）完善相对独立的涉案财物处置程序

第一，《刑事诉讼法》修改应明确涉案财物另行处理规则。有学者认为，《刑事诉讼法解释》第４４６条第 2 款增修普通程序对涉案财物的独立审判，设立了刑事涉案财物另行处理规则。但实际上，《刑事诉讼法解释》规定的另行处理仅仅指如果遗漏的判项是“涉案财物处理”，无须经由审判监督程序将整个原生效判决撤销后发回重审，由原审法院在判决生效后再对相关涉案财物进行处理即可。[4]《刑事诉讼法解释》起草小组在解读该条款时提到，原本还拟在该条之后增加“另行处理”规定，亦即“对查封、扣押、冻结的涉案财物及其孳息，应当在对被告人作出判决、裁定的同时一并作出处理。但是，对于涉众型犯罪案件或者其他涉案财物情况复杂的案件，一并处理可能导致对被告人的判决、裁定过分延迟的，可以另行作出处理”。若作此规定，就可实现涉案财物处理程序与定罪量刑程序相分离，为复杂权属调查提供更为充分的程序空间。但因考虑到，根据我国现行《刑事诉讼法》规定，判决必须要涵射涉案财物处置等内容，“人民法院作出的判决，应当对查封、扣押、冻结的财物及其孳息作出处理”，将涉案财物的处置另行处理存在法律上的障碍，而最终作罢。另外，有关诉讼事项只能由人民代表大会及其人大常委会制定法律，如果由最高人民法院制定的司法解释创设全新的刑事涉案财物处理程序，违背《立法法》的要求。[5]简言之，《刑事诉讼法解释》承认相对独立

---

[1] 何帆：《刑事没收研究——国际法与比较法的视角》，法律出版社 2007 年版，第 183 页，

[2] 李杰清：《没收犯罪所得程序法制与实务》，中国检察出版社 2016 年版，第 28 页。

[3] 参见梁健：《刑事涉案财物处置的失范与规范》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 5 期，第 82 页。

[4] 参见胡芷粼：《我国刑事涉案财物处理分离审判模式重构》，载《甘肃政法大学学报》2024 年第 1 期，第 144—146 页。

[5] 李少平主编、杨万明副主编、《刑事诉讼法解释》起草小组编著：《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉

的“对物之诉”的法律地位，但系统化的制度和配套实施程序仍有待完善，刑事涉案财物另行处理规则也有待《刑事诉讼法》作出最终确定。

第二，《刑事诉讼法》修改应明确涉案财物专门调查程序。目前，在法庭调查环节，法院基本不对涉案财物处置的事实进行专门调查，庭审对涉案财物进行证据审查时往往只对查扣清单和相关文书进行形式上的审查，并不注重证明财产权属的实质性证据，导致举证、质证流于形式；在法庭辩论阶段，合议庭也较少组织控辩双方、被害人等诉讼参与人针对涉案财物处置发表相关辩论意见，相对忽视涉物权利方辩护、异议的实质保障，导致相关涉案财物的权属难以查清。[1]在我国当下的涉案财物处置程序中，案外人即使参与到刑事审判程序中，也更多扮演着旁听的角色，只能在庭审的最后阶段简单地陈述意见。

就定罪量刑程序而言，对物之诉具有相对的独立性。开庭审理前，人民法院可以召开庭前会议，就涉案财物了解情况，听取意见。一般情况下，法院仅需在庭审活动中就涉案财物展开法庭调查，并组织诉讼各方就涉案财物的处置问题发表辩论意见。但如果涉案财物处置情况复杂，法庭则应当在定罪量刑之后举行单独的听审程序，就涉案财物的权利归属问题进行审理。[2]

（二）保障相关权利人的实质参与

2021 年《刑事诉讼法解释》规定要将涉案财物纳入法庭调查，确立了案外人可以参加庭审并对涉案财物发表意见的基本原则。《刑事诉讼法解释》第 279 条在制度上为案外人参与刑事诉讼提供可能，但对具体程序如何运行仍遗留下不少待明之处。

因现有规定原则性强、系统性不足，案外人参与涉案财物处置的依据仍不明确，针对异议处理的具体程序、异议结论的答复方式等程序性事项，各地公检法机关操作并不一致。具体而言，至少有以下问题需要《刑事诉讼法》予以回应：案外人在刑事诉讼中是何诉讼地位？案外人享有哪些诉讼权利？人民法院应当在刑事诉讼的哪个阶段以何种方式通知案外人出庭？案外人如果出庭，能否向被告人、证人发问？案外人能否申请证人出庭作证？在审判阶段案外人如何就涉案财物向人民法院提出权属异议？异议是必须书面提出还是可以口头提出？《刑事诉讼法解释》中所说的“必要时，可以通知案外人出庭”，何种情况属于“必要时”？是只需案外人对涉案财物处置有异议即属于“必要时”，还是需要附加具体的程序、实体审查条件？案外人有关涉案财物的处理意见在法律上属何种效力？是否应当纳入判决书？[3]判决书是否必须对案外人异议作出回应？等等。

2021 年《刑事诉讼法解释》虽然规定案外人可以提出权属异议，但是可以提出异议并不等同于已经解决了案外人在刑事诉讼中所处的法律地位。如何在程序上保障犯罪嫌疑人、被告人及案外第三人对涉案财物处置的知情权、财产权仍为司法实践中的一大难题。[4]例如，虽然《刑事诉讼法解释》规定案外人可以提出异议，但由于没有相应的公告制度，案外人甚至无从得知自己的财产处于或将处于被处置的状态，遑论提出异议。[5]譬如，民事主体金融机构甲银行和自然人乙双方之间产生借贷纠纷，甲银行之前提供贷款并于乙的不动产 X 上设定抵押权担保，因乙到期未履行还款义务，不动产 X 被民事查封，其后进入强制执行、评估拍卖程序。但同时因乙涉嫌非法吸收公众存款罪，不动产 X 又被异地侦查机关轮候查封。乙被定罪，且办理该案的公安司法机关认为，不动产 X 是乙用非法集资款项购买，甲银行虽办理了抵押权登记，但不享有优先受偿的权利；审判该刑案的法院甚至还认为甲银行因没有报案（没有介入刑事诉讼，即未在刑事诉讼中提出案外人异议），所以不能参

讼法>的解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 470 页。

[1] 上海市浦东新区法学会：《上海市浦东新区政法机关刑事诉讼涉案钱款管理机制研究——一体化管理工作的浅析与探索》，载上海市浦东新区法学会编著：《刑事诉讼涉案财物处置工作指南》，东方出版中心 2024 年版，第 114 页。

[2] 参见方柏兴：《论刑事诉讼中的“对物之诉”——一种以涉案财物处置为中心的裁判理论》，载《华东政法大学学报》2017 年第 5 期，第 132 页。

[3] 曹晖：《刑事审判阶段涉案财物处置中案外人的权利保障》，载《江苏警官学院学报》2024 年第 1 期，第 45 页。

[4] 梁健：《刑事涉案财物处置的示范与规范》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 5 期，第 83 页。

[5] 李麒、王玉：《刑事案外人参与涉案财物裁判之程序建构》，载《河南大学学报（社会科学版）》2003 年第 5 期，第 61 页。

与乙案件的退赔程序。[1]

有鉴于此，第一，《刑事诉讼法》修改应明确法院至迟在开庭十日前对涉案财物相关问题进行公告，以保证相关权利人的知情权。如若已有相关权利人的联系方式，则应在开庭三日以前将传唤其出庭的通知书送达；第二，应明确相关权利人向人民法院书面提出异议的权利；第三，应明确相关权利人有权委托诉讼代理人参加诉讼，并明确其在相对独立的涉案财物处置程序中可以申请证人出庭、以及对被告人、证人发问。

（三）规范裁判文书中涉案财物处置

虽然裁判文书只针对个案而产生，但它却集中展现了审判工作的质量，也是展现司法公正的重要载体。如果模糊说理，将无法回应当事人乃至社会对法律案件的关切，也无法发挥裁判文书应有的说理功能。[2]刑事诉讼涉案财物处置关乎当事人财产权益，加强相关法律文书的规范化要求，有利于办案机关在说理中检验处置行为是否合理，也有利于增强当事人及社会民众对涉案财物处置的信任。

目前刑事裁判文书就涉案财物处置问题仍存在用语混乱、表述模糊、依据不详的问题，以至于财产处置问题遗留至执行阶段的情形多发，不利于保护涉案企业的合法权益。为避免法院判决后，有关机关因无明确依据而不敢、不愿及时处理，甚至拖延后不再进行处理的情形发生，应在裁判文书中对涉案财物具体的处置方式予以写明。财物多、种类杂的可以在判决结果中概括表述，详情另列清单，作为判决书的附件。如若法院未在判决书、裁定书中对追缴、没收财产加以明确宣告，可能属于一审法院认定事实不清的情形，当事人可以就此提起上诉。[3]此外，目前《刑事诉讼法解释》仅仅规定个别案件中存在漏判涉案财物的问题，在二审期间发现的，可以发回原审法院重审，由原审人民法院依法作出处理；判决生效后发现的，由原审人民法院对涉案财物依法另行处理。建议由各地高级人民法院牵头，对涉案财物的判决工作进行依法监督，从判决结果进行倒查监督，确保涉案财物来源去向明晰。[4]

五、结语

近年来，刑事案件涉案财物处置工作面临的新情况、新问题层出不穷，民营企业相关案件查扣冻财物数量众多、种类繁杂，涉刑民交叉问题突出，处置难度愈发加大。应系统研究民营企业涉案财物的程序保障问题，避免涉案财物不当处置对民营企业生产经营产生不当影响，确保非公有制主体的经营稳定，避免“办理一个案件，搞垮一个企业，下岗一批职工”的情况发生。

---

[1] 参见曹会杰：《轮候于刑事查封的抵押权人如何优先受偿》，http://www.cairongquan.com/Article/view/103151.html，2024 年 8 月 30 日访问。

[2] 参见姚莉：《中国刑事诉讼法治现代化的进程与展望》，载《东方法学》2024 年第 4 期，第 77 页;李玉华：《刑事诉讼法修改与涉案财物制度改革》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 94—95 页。

[3] 或可通过数字赋能监督审判结果。譬如有学者在其研究成果中介绍了某检察院通过刑事审判监督职能辅助办案系统，自动筛选检测判决书是否对涉案财物处置进行明确规定，继而对有关案件提起抗诉的做法。参见段玉玺：《刑事涉案财物处置的多元化治理及其路径》，载《五邑大学学报（社会科学版）》2024 年第 2 期，第 69 页。

[4] 朱雪珍、奚敏敏：《刑事诉讼涉案财物管理工作体系建设初探——以上海市公安局浦东分局为例》，载上海市浦东新区法学会编著：《刑事诉讼涉案财物处置工作指南》，东方出版中心 2024 年版，第 107 页。

探析我国审前刑事涉案财物处置的法律监督

张云霄　杨琼　王硕　张伟龙　吕晓刚　吴美满*

摘　要：审前刑事涉案财物处置是一项重要的诉讼活动，关涉刑事诉讼各方的实际利益问题。我国审前刑事涉案财物处置法律监督内涵丰富，具有主导性、及时性以及有限性等主要特征。强化审前刑事涉案财物法律监督是丰富法律监督具体内涵的题中之义，是保障现代公民财产权益的必然要求，是维护刑事司法公平正义的价值选择，因而具有十分重要的理论和实践意义。但在具体的司法实践中，审前刑事涉案财物处置法律监督却呈现出相对薄弱和滞后的态势，其主要问题集中表现为：思维理念相对滞后、法律依据相对缺失、正式启动相对困难、责任主体相对多元、方式方法相对传统等。为此，完善我国审前刑事涉案财物处置法律监督是一项利长远的系统性工程，应当重点做好以下几方面努力：司法思维理念的彻底更新是先导；法律法规制度的明确完善是根本；监督责任主体的明确规范是重点；监督方式方法的有效改造是关键；涉案财物管理的深化改革是保障。

关键词：刑事涉案财物；财产权益；审前财物处置；检察主导；法律监督

2013 年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出要“完善人权司法保障制度……进一步规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序。”中共中央办公厅、国务院办公厅于 2015 年正式印发《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》，对涉案财物的处置程序作了原则性规定，并要求公安司法机关制定相应的实施办法、细化政策标准、规范工作流程。2016 年《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》明确提出严格规范涉案财物处置的法律程序、进一步细化涉嫌违法的企业和人员财产处置规则、依法慎重决定是否采取相关强制措施，强调了依法保障财产权的价值理念。上述重要的改革性文件的陆续出台充分表明党和国家对于新时代背景下的刑事涉案财物处置、公民财产权益保障、完善现代司法人权保障的高度重视和积极回应。

随后，我国刑事涉案财物管理的相关改革工作也紧锣密鼓地展开，尤其是我国东部地区的试点改革工作走在全国前列。但客观而言，我国包括审前阶段在内的刑事涉案财物处置法律监督的学术理论相对滞后、司法实践相对滞后，在具体内容上仍存在诸多“空白之处”，已很难适应现代刑事诉讼和司法文明发展的基本要求、公民财产权益保障的现实需求，成为刑事司法领域内越来越突出的问题，理应加以高度重视。为此，笔者认为，在切实尊重和紧密结合我国司法实际情况的前提下，应当认真查究审前刑事涉案财物处置法律监督所面临的症结所在，进一步阐明强化审前刑事涉案财物处置法律监督的重要意义，以期更好地提出相关的发展方向和完善路径。

一、我国审前刑事涉案财物处置法律监督的基本内涵

从我国立法沿革来看，“刑事涉案财物”（也即“涉案财产”）一词最早出现在 2006 年 4 月《最高人民法院关于严格执行有关走私案件涉案财物处理规定的通知》之中，其中的“涉案财物”的概念运用等同于“赃款赃物”，并且系性质已经明确的且应当追缴、没收的财物。随着我国刑事诉讼理论与实践的不断演进与发展，学术界与实务界对于刑事涉案财物的概念认知更加全面化和科学化。依据我国《刑法》第六十四条和 2021 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第十八章的规定，“刑事涉案财物”主要是指司法机关在办理刑事案件的过程中“查封扣押冻结”的财物及其孳息以及其他依法应当追缴的财物，包括犯罪嫌疑人违法所得及其孳息、供犯罪所用的财物、非法持有的违禁品以及其他与案件有关的财物及其孳息。

（一）我国语境下刑事涉案财物的基本概念

刑事涉案财物所包含的内容比较纷繁复杂，从法律规定角度而言，刑事涉案财物可分为两大类：一类是从程序法意义讲，即指公安司法机关依法以查封、冻结、扣押等方式固定的可用以证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪的实物证据；一类是从实体法意义讲，即指可供追缴、没收的犯罪所得及孳息、犯罪工具以及违禁品等财物。

从刑事法理角度而言，刑事涉案财物可分为两大类：一类是涉案财产（货币形式为主）；一类是涉案物品（非货币形式为主）。其一，涉案财产又可进一步分为实物型的涉案财产（比如现金、

* 张云霄，中国人民公安大学现代侦查技战法研究中心研究员，西安电子科技大学企业合规研究中心主任，邮政编码 100000；杨琼，河南省渑池县人民检察院检察长；王硕，河南省商丘市人民检察院检察长；张伟龙，河南省三门峡市人民检察院研究室主任；吕晓刚，福州大学法学院副教授；吴美满，华东政法大学纪检监察学院教授。

黄金等）和虚拟型的涉案财产（比如比特币等数字货币）；其二，涉案物品又可分为违禁品（比如毒品、假币等）和供犯罪使用的工具。

刑事涉案财物具有两个显著属性：一是所谓的“证据属性”，即刑事涉案财物是证明犯罪嫌疑人的行为是否构成犯罪以及罪责轻重的一项重要证据。二是所谓的“财产属性”，即不同于其他物证，在经济犯罪领域内（包括侵财犯罪、金融犯罪等），刑事涉案财物往往具有显著的财产属性，其具备相应的经济价值利益。比如，在“e 租宝案”中，全国公安机关共冻结涉案资金逾百亿元，查封、扣押涉案现金折合人民币约为 3 亿元，黄金制品约为 18.7 万克，以及房产、珠宝、股权、车辆、直升机、办公用品等一批涉案财物，其涵盖动车、不动产、涉密物品、危险化学品、违禁物品、大型物品、贵重物品等。但是，刑事涉案财物的证据属性和财产属性并非完全相对的，两者往往具有交叉性，即刑事涉案财物往往兼具证据属性和财产属性，只是在不同案件中两者属性表现程度强弱有别。

（二）审前刑事涉案财物处置法律监督的基本概念

从不同的角度对我国审前刑事涉案财物处置法律监督进行学理上的分类，以期更好地了解审前刑事涉案财物处置法律监督的“全景状况”，具体而言：

第一，根据对法律监督的对象不同，可分为对侦查机关（包括公安机关、国家安全机关等在内）审前刑事涉案财物处置法律监督、对检察机关审前刑事涉案财物处置法律监督。第二，根据法律监督的阶段不同，可分为对未提起公诉的刑事涉案财物处置法律监督（侦查机关撤销案件后刑事涉案财物处置法律监督、不起诉决定后刑事涉案财物处置法律监督）、对拟提起公诉的刑事涉案财物处置法律监督。第三，根据法律监督的内容不同，可分为对审前刑事涉案财物实体型处分措施法律监督（主要是对没收、追缴、责令退赔等法律监督）、对审前刑事涉案财物程序控制型措施法律监督（主要是对查封、扣押、冻结等法律监督）。第四，根据法律监督的目的不同，可分为对审前刑事涉案财物证据属性法律监督、对审前刑事涉案财物财产属性法律监督。第五，根据法律监督的案件不同，可分为对有罪案件的审前刑事涉案财物处置法律监督、对无罪案件的审前刑事涉案财物处置法律监督，比如，检察机关依法督促公安机关撤案的情形下，应当监督公安机关对于涉案财物依法予以处置。因此，从这一角度来讲，审前刑事涉案财物处置法律监督的内容体系是非常立体和丰富的。

（三）审前刑事涉案财物处置法律监督的主要特征

审前刑事涉案财物处置法律监督本质上是检察机关法律监督的一项重要内容，其不仅具有法律监督的共性，而且具有自身特性，具体而言：

1.主导性

主导性主要是指作为法律监督主体的检察机关，对审前刑事涉案财物处置法律监督工作发挥着主导的功能，是确保审查刑事涉案财物处置公正与否的主要负责人。在我国相对封闭的刑事诉讼构造模式下，检察机关在审前阶段是刑事诉讼活动的主导者，通过积极发挥检察职能，依法监督相关办案单位依法科学保管或者公正处分相关刑事涉案财物，从而最大限度地保障程序正义目标的顺利达成和相关人员合法财产的有效保护。

2.及时性

及时性主要是指检察机关应当从刑事立案阶段开始就介入到刑事涉案财物处置法律监督中来，及时与公安机关等办案单位进行信息交互和沟通，第一时间了解和掌握刑事涉案财物处置的具体情况，并视情依法提出法律监督意见，而不是搞所谓的“事后监督”，从而切实保障法律监督的时效和质效。“迟到的正义也往往是非正义的。”检察机关依法及时开展审前刑事涉案财物处置法律监督，督促和纠正相关的违法侦查行为，防止侦查权过度地介入到公民合法财产权益领域，最大限度地保障侦查活动的合法性，也为后续的刑事诉讼活动开展提供有力保障。

3.有限性

有限性主要是指检察机关对于刑事涉案财物处置法律监督工作并不具有终局裁定性，而是一项阶段性的法律监督成果，其最终效果仍应当接受法庭的检验。申言之，对于提起公诉的案件而言，被告人以及其他涉案财产权益的关系人对于审前法律监督的结论有异议的，仍可以在审判环节依法

提出相关意见和证据材料等，并寻求法庭救济，继续维护自身合法的财产权益。同理，法庭也应当依法对审前刑事涉案财物处置及相关法律监督情况进行审查，组织控辩双方、利害关系人就刑事涉案财物的种类、性质、范围及是否具有阻却追缴或者没收的事由等进行法庭审理，并依法作出相应的裁判。

二、强化审前刑事涉案财物处置法律监督的主要意义

随着我国刑事司法文明的不断深入发展及公民法治意识的整体提升，刑事涉案财物处置问题也越来越受到各方的关注，是国家利益、社会利益及公民利益在刑事诉讼中交织、冲突与平衡的集中体现之一。尤其是对于一些涉众型经济犯罪办理中，审前刑事涉案财物处置问题甚至成为案件的焦点所在，甚至直接或者间接地影响着案件办理的最终走向。因此，强化审前刑事涉案财物处置法律监督无论对于检察理论而言，还是对于司法实践而言，均具有现实的重要意义。

（一）丰富法律监督具体内涵的题中之义

检察机关法律监督的内涵是非常丰富的，其贯穿整个刑事诉讼流程。对于审前程序而言，检察机关的审前法律监督更是立体化、具象化的，并非概念化、抽象化的。在审前程序阶段，检察机关发挥着刑事诉讼主导的角色和功能，其法律监督不仅仅应当包括对“人”处置适当与否的法律监督，即是否够罪与罪责轻重的问题；当然也应当包括对“物”处置适当与否的法律监督，即审前涉案财物处置是否合法恰当的问题，这样才能通过所谓的“全景式扫描”来发现审前程序中的各项问题，充分发挥检察职能。因而，从这一角度来讲，强化审前刑事涉案财物处置法律监督工作，有助于进一步充实检察机关法律监督的具体内容，从而构筑起一套检察机关主导的完整的审前法律监督架构体系，进一步促使我国新时代检察权运行朝着更加科学化、规范化、文明化的方向发展，实现办案效果的高质效。

（二）保障现代公民财产权益的必然要求

中国古语论到，“有恒产者有恒心，无恒产者无恒心”；西方法谚则说，“无独立财产而无独立人格。”随着社会文明的进步尤其是司法文明的发展，现代公民社会不仅仅注重自身的生命健康权和人身自由权，而且更加注重对于个人财产权的保障。正是在这样刑事诉讼文明观的指引下，公民财产权作为一项基本的人权，首先就有免于受到国家公权力侵害的权利。[1]而审前程序尤其是侦查程序是公民财产权益最易遭受侵害的阶段，甚至在有些情形下，侦查机关对于刑事涉案财物的不当甚至违法处置将造成不可逆的损害后果，但侦查机关往往并不会自行认错和纠错。因而，检察机关依法强化审前刑事涉案财物处置的法律监督、切实保障包括犯罪嫌疑人在内相关人员的合法财产权益显得格外重要。否则的话，当包括犯罪嫌疑人在内的相关人员在审前程序中遭受财产侵害，将会感受到绝望甚至对国家司法公信产生严重怀疑。尤其是现阶段对于民营企业和民营企业家的财产权保护更需要检察机关法律监督的有序参与，因为“保护民营企业财产权的关键在于强化依法保护民营企业财产权的观念，而从民营企业家涉嫌犯罪的涉案财物的刑事保护入手，有利于强化这一观念，进而实现对公有制经济财产权和非公有制经济财产权的平等保护。”[2]申言之，检察机关依法强化审前涉案财物处置法律监督是平等保护公民和企业合法财产不受侵犯的宪法权利的重要举措之一，有助于切实防止诉讼拖延给相关主体的财产权利带来损害，依法将检察法律监督职能更好地延伸到公民权益保护的角落，充分保障公民的获得感和安全感。

（三）维护刑事司法公平正义的价值选择

刑事司法公平正义包含着程序的公平正义和实体的公平正义这两项基本维度。检察机关依法强化审前刑事涉案财物处置法律监督，正是从刑事诉讼进程的源头和流程上进一步促进公平正义的重要价值选择。一方面，检察机关通过强化法律监督，从程序层面上依法积极纠正审前刑事涉案财物处置的各项不当和违法行为，进一步加强对侦查权的检察控制，以便促使公权力对公民物权的限制仅保留在必要的最小限度内，有效地维护“程序正义”，也为后续可能发生的诉讼行为做好充足的程序准备工作，切实保障刑事诉讼的效率价值，以程序正义的落实有效助推实体正义目标的达成。另一方面，对刑事涉案财物处置必然会关涉当事人实体性权利的处分，其不但对被害人的实体权利有

---

[1] 参见胡宝珍：《刑事涉案财物处置的法律机制研究》，厦门大学出版社 2018 年版，第 129 页。

[2] 柯明：《刑事诉讼视野下民营企业家犯罪涉案财物的处置》，载《河北法学》2017 年第 12 期，第 172 页。

着直接影响，也会对犯罪嫌疑人、被告人的行为认定以及可能后续的量刑产生直接或者间接的重大影响。为此，检察机关通过强化法律监督，最大限度地确保审前刑事涉案财物管理和处置的合法性、正当性、比例性等，不仅仅为犯罪嫌疑人、被告人、被害人等提供了权利救济的渠道，有助于依法保障其合法财产权益；而且有助于保护和体现刑事涉案财物的证据属性，避免作为物证等重要的刑事涉案财物损毁或者遗失，更好地证明刑事案件的定罪事实和量刑事实，为刑事案件审理和涉案财物执行奠定较好的实体基础，避免使得刑事审判对刑事涉案财物的审理活动沦为一种形式上的确认，[1]为案件的最终公正处理充分地发挥检察能量。比如，有学者指出，"非法集资的资产形式多样化、涉案资产数额巨大、涉案债权人数目众多、影响范围的广泛性等特点，越来越要求非法集资案件的资产处置规范化、专业化、司法化，否则会遭遇社会的质疑和当事人的诘问，酿成一些影响社会稳定的敏感性事件。"为此，检察机关积极有效地介入非法集资类犯罪案件的办理中，依法履行法律监督职权，从而进一步保障涉案财物在审前阶段能够得到有效地公正地处置。因此，从这一层面来讲，检察机关依法强化审前刑事涉案财物处置法律监督对于有效维护刑事司法公平正义、树立刑事司法公信有着至关重要的意义；申言之，这也是对我国"以审判为中心"的诉讼制度深化改革的正面回应和贯彻落实。

三、当前审前刑事涉案财物处置法律监督的问题扫描

当前，整体观察，我国审前刑事涉案财物处置法律监督在整个法律监督体系中处于"边缘化"的位置，整体监督效果不佳。在具体的司法实践中，其主要呈现出以下突出问题：

（一）法律监督的思维理念相对滞后

长期以来，在"超职权主义"刑事诉讼模式的支配与运行下，公安司法机关一直存在着"重秩序、轻权利""重打击犯罪、轻财产保护""重集体利益、轻个人权利"等相对传统且滞后的司法理念。一方面，在侦查阶段，侦查机关的主要侦查力量和侦查行为均是为了指控犯罪嫌疑人而展开的；在审查起诉阶段，检察机关的主要审查精力则聚焦于对犯罪嫌疑人行为的认定，"对赃款、赃物追缴是否穷尽，赃款、赃物的返还是否有充分的事实依据，是否公正合理；对涉案财物的查封、扣押、冻结是否必要，是否在合理范围内；是否仍需要继续查封、继续冻结、继续扣押，一般不予关注和审查。"[2]另一方面，在审前程序中，侦查中心主义既体现在侦查结论主导定罪量刑上，还体现在侦查机关处置涉案财物直接传到和左右法院的实体裁决上，正如有学者所论，"审前程序尤其是侦查程序往往是涉案财物处置问题的'重灾区'，企业家涉案后，侦查机关首先采取的措施就是对其人身和财产进行查控，其中对于涉案财产的处置乱象丛生。企业犯罪案件大多权利义务关系复杂，案件周期较长，一旦涉案财物在前置阶段被不当处置，'一扣到底'，很容易导致企业面临长时间的运营困境。"[3]此外，在刑事涉案财物的证据属性视野下，我国《刑事诉讼法》第 141 条是把"查封、扣押"作为一种侦查取证行为来加以规定，所以在实践中不可避免地存在"重证据保全，轻财产保全"的现象。侦查机关往往对涉案财物的财产属性不够重视，通常只制作了查扣清单和相关文书，并未对涉案财物的权属等问题进行证据收集。[4]

笔者通过调研分析，将审前刑事涉案财产处置的"乱象"概括为两方面主要内容：第一，所谓的"积极的涉案财产处置行为"，即侦查机关往往并不区分犯罪嫌疑人的合法财产与违法所得、作案工具与犯罪无关物品、犯罪嫌疑人物品与他人合法物品等，甚至侦查机关可能在部门利益或者地方利益的驱使下，更加肆无忌惮地超范围处置涉案财物。这与所谓的"案款提留制度"有着千丝万缕的关联性。[5]正如有观点所言，"先行处置涉案财物不仅不会阻碍办案机关政治目标的实现，还因为能够获得财政

---

[1] 乔宇：《刑事涉案财物处置程序》，中国法制出版社 2018 年版，第 143 页。

[2] 李建明、陈春来：《论刑事诉讼涉案财物处置的法律监督》，载《人民检察》2017 年第 3 期，第 19 页。

[3] 参见陈卫东：《涉案财产处置程序的完善——以审前程序为视角的分析》，载《法学杂志》2020 年第 3 期，第 47 页。

[4] 参见张栋：《刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善》，载《法学杂志》2024 年第 5 期，第 23 页。

[5] 所谓案款提留制度，是指办案机关所办理案件的赃款赃物、罚没收入与办案经费相挂钩的财政制度。根据现有规定，我国财政对罚没收入实行收支两条线管理，办案机关将罚没收入上缴地方财政，办案机关的财政支出则由地方政府财政拨付，办案机关的罚没收入与财政支出并不相挂钩。但从实践来看，特别是在北京、上海、广州、深圳等经济发达城市及地区以外，"收支两条线"实行之后，罚没收入基本上还是按照原方式进行，只不过变为执法机关先将罚没收入上缴当地财政部门，再由财政扣除一定比例之后下发给原执法机关。参见柯明：《刑事诉讼视野下民营企业

经费而获得上级领导的嘉奖。在一些被害人众多、涉及面甚广的案件中，先行处置涉案财物并以解决被害人的赔偿问题，即是在遵从当地政府部门以及上级领导的行政命令或者指示。此时，先行处置涉案财物就不仅仅是利益驱动的结果，还是政治因素的产物。”[1]

第二，所谓的“消极的涉案财产处置行为”，即侦查机关对于涉案财物的查控不及时，导致财产在刑事立案前或者刑事立案后被转移，从而造成无法挽救的损失，严重损害被害人等的合法权益，更不用提及刑事涉案财物保值增值的问题。比如，据报道，成都市某区于 2016 年 2 月之前，涉案车辆中有不少用于贩毒的作案车辆，但由于搁置时间太久，后来基本成为废铁。据当地一家有资质的车辆鉴定机构鉴定，参与鉴定的涉案车辆中，17 辆车已无实际使用价值而需要报废，其中包含按照 50 元一吨废铁处置的宝马 730 车，其他还有使用价值的车辆也不过万元。[2]总体而言，在整个审前程序中，刑事涉案财物处置工作主要存在着随意化、行政化和部门（地方）利益化的突出问题。正是长期在这种滞后的司法理念的直接支配和影响下，检察机关对于审前涉案财产处置的法律监督工作也基本处于“边缘化”的境地甚至“空白”状态，整体上的法律监督质效不佳。

此外，笔者在调研中发现，检察机关对于审前刑事涉案财物处置法律监督的总体意识呈现明显的“从东向西逐次递减”的非均衡态势，即东部地区尤其是沿海发达地区检察机关对于审前刑事涉案财物处置法律监督的敏感程度、重要程度和注重意识均要远远高于中西部地区的检察机关。此外，东部地区尤其是沿海发达地区检察机关对于审前刑事涉案财物处置法律监督的手段更为务实和多元化。

（二）法律监督的法律依据相对缺失

从我国目前的法律体系内容和具体规定来看，审前涉案财物处置法律监督的法律依据相对缺失，《刑事诉讼法》对次并未明确规定。具体而言，第一，我国《刑事诉讼法》仅以专章的形式确立了“对人”的一系列强制措施，即人身保全措施，但并未“对物”作出系统的规定，就更未对于审前涉案财物处置的法律监督作出明确规定。比如，针对审前刑事涉案财物被查封、扣押、冻结后如何保管的问题，我国《刑事诉讼法》只字未提，只是公安司法机关内部各自规定加以约束，导致司法实践中对刑事涉案财物的保管制度漏洞百出。这一基础性法律规定内容的缺失是导致审前涉案财物处置乱象丛生和对其法律监督乏力的根源所在。

第二，我国《刑事诉讼规则》第三百三十条规定，“人民检察院审查移送起诉的案件，应当查明……（十三）涉案财产是否查封、扣押、冻结并妥善保管，清单是否齐备；对被害人合法财产的返还和对违禁品或者不宜长期保存的物品的处理是否妥当，移动的证明文件是否完备。”这一条款看作是对审前涉案财产处置法律监督的初步规定，但其内容表述过于笼统和模糊，在司法实践中往往不具备可操作性。甚至在有些大要案中或者具有争议的案件中，检察官为了所谓的“免责”，往往抱着“多一事不如少一事”的办案心态，尽量对刑事涉案财物处置情况视而不见。

第三，据不完全统计，以《刑法》《刑事诉讼法》为基础，我国刑事涉案财物相关的法律法规、司法解释、部门规章、地方性法规、规范性文件等多达四百余部，[3]其中行政机关发布的规章和其他规范性文件在数量上却远远超过了立法机关和司法机关制定的规范行为文件。总体观察，我国对涉案财物处置的相关规定呈现出部门利益化、内容模糊化、操作原则化等特点，甚至上述规定的部分具体内容之间存在着严重矛盾之处。比如，2011 年 4 月 8 日实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 9 条规定，“案发后查封、扣押、冻结在案的诈骗财物及其孳息，权属明确的，应当发还被害人；权属不明确的，可按被骗款物占查封、扣押、冻结在案的财物及其孳息总额的比例发还被害人，但已获退赔的应予扣除。”但这一司法解释在具体实践中却缺乏现实可操作性，“什么时间可以发还被害人、由谁来发还被害人、按照什么程序发还被害人、被害人如何实施救济”等根本没有明确规范的依据。

第四，在具体的实践中，对于涉案财物处置的具体执行，各个办案单位的理解并也不一致，存

家犯罪涉案财物的处置》，载《河北法学》2017 年第 12 期，第 177—178 页。

[1] 方白兴：《刑事涉案财物的先行处置》，载《国家检察官学院学报》2018 年第 3 期，第 135—136 页。

[2] 参见李玉华主编：《统一涉案财物管理中心建立的论证与设计》，中国法制出版社 2021 年版，第 25 页。

[3] 参见熊秋红：《刑事诉讼涉案财物处置程序检视》，载《人民检察》2015 年 13 期，第 31 页。

在着“部门打架”的现象。这为检察机关开展审前涉案财物处置法律监督工作带来了巨大困扰。比如，《国务院关于进一步做好防范和处置非法集资工作的意见》（国发[2015]59 号）重申了省级人民政府应负总责，地方各级人民政府的非法集资工作领导小组应由政府分管领导担任组织。这一规定实质上是采用行政化方式来处置刑事涉案财物，其直接赋予相关行政机关可在审前就刑事涉案财物进行处置。这与《刑事诉讼法》及相关司法解释性文件存在着明显的冲突。再比如，国家财政部《罚没财物和追回赃款赃物管理办法》第 7 条规定了赃款赃物的处理原则，但财政部其实无权对刑事涉案财物的实体处分加以规定，因为涉案财物只有在上缴国库时才是一种财产行为，属于财政部门的职权范围；对其进行实体处分以及扣押、冻结和未上缴国库的涉案财物的移送等问题本质上是诉讼行为，而不应当在财政行政机关部门规章中予以规定。[1]

（三）法律监督的正式启动相对困难

在司法实践中，审前刑事涉案财物处置法律监督的正式启动往往是困难重重，因为这往往涉及到刑事诉讼参与主体多方力量的博弈问题。具体而言，一方面，审前程序尤其侦查程序相对封闭，侦查机关及其侦查人员为了尽快完成侦查任务，其根本不会告知犯罪嫌疑人及其辩护人、被害人、利害关系人关于财物救济的权利，犯罪嫌疑人及其辩护人、被害人等由于处于获取案件信息劣势的困境，其根本无法及时知晓自身的合法权益可能正在遭受不法侵害或者违法处置，更不用提及所谓的“依申请启动”法律监督程序，正如有学者所论，即《刑事诉讼法》第 117 条虽然规定了“对违法采取搜查、查封、扣押、冻结等侦查措施向办案机关申诉、控告，以及向同级检察院或上级人民检察院申诉”的权利，但这仅仅只赋予一个申诉权而无明确的程序性设计，徒具行政化色彩而缺少诉讼化程序，无法真正弥补实践不足；[2]甚至在所谓的“侦查威慑”下，犯罪嫌疑人及其辩护人在“民不与官斗”“息事宁人”等传统观念的束缚下更不敢向检察机关提出法律监督程序的正式申请。

另一方面，在侦查阶段，侦查机关对于涉案财物的处置比较随意，其将涉案财物处置的“决定权”“启动权”与“执行权”完全集于一身；甚至为了所谓的部门私利和地方利益，侦查机关违法处置涉案财物，其根本不会向检察机关予以正式通报相关情况。在调研中，笔者发现在审前阶段，有些侦查机关将刑事涉案财物送交拍卖机构或者处置，也无明细记录，仅对最后处置结果保存书面材料。即便有些侦查机关保留相关台账，但台账纸质凭证也往往由各单位自行保管，买售价格、数量、时间、人员等均无法核实可。此外，由于缺少相应的审核、监管、查询工作流程和信息系统，个别侦查人员随意使用扣押物，或者疏于保管而致使扣押物毁损、灭失，抑或挪作他用等违法现象时而发生。这会对检察机关依职权启动对涉案财物处置法律监督工作造成了极大的干扰。

因而，针对上述存在的具体情形，在司法实践中，首先，从对外角度来讲，检察机关通过常规性的立案监督、审查批捕或者审查起诉等环节和手段，很难及时全面地掌握审前涉案财物处置的真实信息，根本无法及时启动相关的法律监督程序，从而难以真正保障所谓法律监督的质效。其次，从对内角度来讲，由于当前法律法规关于审前涉案刑事财物处置法律监督的规定模糊性问题，检察机关在内部依据何种标准和程序启动法律监督程序也无明确的法律依据。即使检察机关发现上述的种种违法处置行为，但办案检察官认为只要不严重影响刑事诉讼进程，往往也是选择“睁一只眼、闭一只眼”来予以消极对待。

（四）法律监督的责任主体相对多元

从《人民检察院刑事诉讼规则》和《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》的具体内容来分析，涉及到审前涉案财物处置法律监督的责任主体包括检察机关内部的刑事检察部门、案件管理部门、控告申诉部门、检务督查部门、纪检监察部门等等，但上述内设部门关于涉案财物处置法律监督的职责仅为原则性的高度概括规定。之所以涉及诸多检察机关内设部门，是因为立法者的主要初衷和目的在于通过内设部门的相互制约来最大限度地保障刑事涉案财物处置的规范化。

但司法实践却呈现出另外一种场景，即多头的内部监督不仅大大分散了刑事涉案财物处置法律监督的资源和力量，严重影响了法律监督的质效；而且甚至在重大疑难复杂案件的办理中出现“多头监督”沦为“无人监督”的尴尬境地。以司法实践中案件管理部门的法律监督为例，其主要负责对于刑

[1] 参见胡宝珍等：《刑事涉案财物处置的法律机制研究》，厦门大学出版社 2018 年版，第 34 页。
[2] 参见张栋：《刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善》，载《法学杂志》2024 年第 5 期，第 23 页。

事涉案财物的登记、保管及移送工作，且并不专司具体的案件办理工作。因而，案件管理部门很难主动发现审前刑事涉案财物处置的主要问题，更无法依职权开展相应的法律监督工作。申言之，即使犯罪嫌疑人及辩护人等正式向案件管理部门提出刑事涉案财物处置的法律监督申请，案件管理部门也会以“案件正在侦查或者审查起诉中”为由予以推诿而拒绝受理相关申请。

（五）法律监督的方式方法相对传统

从司法实践来看，我国诸多地区已经开始刑事诉讼涉案财物管理处置试点工作，探索试行“涉案财物跨部门集中统一管理”改革，主要尝试解决保管混乱、证据灭失、移交不畅、非法挪用、处置不及时等沉疴顽疾。[1]我国部分地区检察机关早已开始积极探索审前涉案财物处置的法律监督工作，并积累一定的工作经验，但其效果往往欠佳。具体而言，第一，在审前程序中，侦查机关对于刑事涉案财物的处置具有十分强烈的行政化色彩，表现出严重的随意性问题。在这样的语境下，检察机关往往只能采用书面审查的方式对涉案财物处置进行封闭式的法律监督，这根本无法满足刑事司法程序正义的基本需求，进而导致审前涉案财物处置法律监督实践中出现所谓的“走过场”、“和稀泥”等突出问题，检察机关难以真正有效地发现和纠正侦查机关在涉案财物处置中的相关违法甚至犯罪问题。第二，对于审前涉案财物处置的法律监督以所谓的“同级监督”为主。而在司法实践中，这样的监督方式显得非常乏力。即使检察机关提出了同级侦查机关在处置涉案财物方面存在的问题，但只能以向其发出纠正违法通知书或者检察建议的方式督促加以改正。若同级侦查机关不予理睬或者应付了事，那么检察机关则没有其他更好的方式方法对其进行法律监督。第三，办案检察官本身也可能存在着非法处置审前涉案财物的情形，对此更应当引起对此问题的关注。

四、强化审前刑事涉案财物处置法律监督的路径探索

审前涉案财物处置法律监督是一项系统性、专业性、前瞻性的检察实践工作，不仅需要思想理论层面的明确指引，而且需要法律法规内容的不断完善，还需要相关配套机制等方方面面的有力保障，从而提升法律监督工作的品质。具体而言：

（一）司法思维理念的彻底更新是先导

审前刑事涉案财物处置法律监督实践的突破与强化应首先彻底更新公安司法机关及其人员的思维理念，真正树立“人财并重”的刑事司法价值导向，具体而言：第一，公安司法机关应当革新传统的司法理念，在注重依法惩治犯罪的同时，充分认识到尊重和保障包括犯罪嫌疑人在内的公民的财产权的宪法地位和重要意义，真正做到人身权利保障与财产权利保障并重，将宪法关于公民财产权的保障要求落到办案实处。第二，审前刑事涉案财物处置必须改变侦查机关“一家独大”的现象，更加强调现代刑事诉讼所要求的司法审查模式，切实贯彻现代刑事诉讼所要求的“控审分离原则”，突出强调审前刑事涉案财物处置的合法性、公平性的问题，进一步提升公民在刑事案件办理中的安全感与获得感。第三，检察机关自身应当高度审前涉案财物处置法律监督对于维护和促进公平正义的重要性，不断强化法律监督的意识和力度，切实将其纳入到整个法律监督体系中加以审视和对待，不断拓展法律监督的渠道，从宣传培训、业务考评、专项行动开展等多个维度予以发力，全面提升审前刑事涉案财物处置法律监督的地位。

（二）法律法规制度的明确完善是根本

法治的首义在于“有法可依”，而且要求“于法明确”，最大限度地划定公权力运行的边界、降低公权力被恣意适用的数值。此外，根据“法律保留原则”的基本要求，对于涉及公民财产权益这一重大权利及其审前刑事涉案财物处置法律监督等的话题，不能随意由行政机关或者司法机关在各自领域进行所谓的“立法”，而是通过国家法律层面予以正式回应、统一规定与具体阐明，为检察机关法律监督工作提供坚实的法律依据，从根本上清除各类关于涉案财物处置“土政策”的生产土壤，最大限度地保障审前刑事涉案财物处置工作在法治的轨道上运行。

为此，笔者建议在《刑事诉讼法》修改中应当尽快明确审前涉案财物处置的基本程序，具体而

[1] 自从“涉案财物跨部门集中统一管理”改革以来，四川、广东、浙江、上海、福建等地积极创新，形成了各具特色的实践样本。改革后财物管理方式降低了流转风险、保证了财产价值、实现了管办分离、提高了处置效率，在准确惩治犯罪、保证被追诉人财产权益和提升司法公信力方面意义重大，具有进步性。参见江佳佳：《刑事诉讼涉案财物管理的改革模式与路径选择》，载《地方立法研究》2023 年第 3 期，第 114 页。

言：其一，我国《刑事诉讼法》修改应当尽快增加对“物”的强制措施，在“强制措施”一章中明确搜查、扣押、查询、冻结、查封等对“物”强制处分内容，使其受到强制措施程序规则的约束；[1]并且明确规定检察机关对“物”的强制措施适用依法拥有审查权，由检察机关签发审批令状后，再由侦查机关等具体执行，从根本上限缩侦查机关等对于审前涉案财物处置的自由裁量权，彻底改变侦查机关“自我授权、自我启动、自我实施”的处置乱象，进一步增强检察机关法律监督的刚性与公信力。

其二，我国《刑事诉讼法》的修改应当明确犯罪嫌疑人、被告人、被害人及利害关系人等相关人员依法享有的最基本的“三项权利”，即依法被告知权、程序参与权及法律救济权。第一，检察机关应当在审前依法告知犯罪嫌疑人、被告人以及被害人其刑事涉案财物处置情况及其申请法律监督的权利，有效地了解涉及自己利益的涉案财物的“流向”。第二，真正赋予公民制衡公安司法机关的必要权利和手段，降低其关于涉案财物处置法律监督申请的“门槛”真正畅通公民申请法律监督的渠道，即只要相关人员提出法律监督的申请并附有相应的证据线索材料，检察机关应当依法启动法律监督程序，对审前刑事涉案财物处置的各项工作进行全方位地实质性审查，并且可以通过“检察听证”的方式，进一步调查核实相关情况，及时作出法律监督结论。第三，相关人员对于检察机关所作出的监督结论有异议的，可以在法定期限内申请复议一次，从而最大限度地保障公民对于审前刑事涉案财物处置法律监督的程序权利和实体权利。

其三，笔者建议，国家立法机关应当尽快开展涉及刑事涉案财物处置方面的“立、改、废”工作，统一明确刑事涉案财物处置的责任主体、具体标准、规范程序、法律责任等，重点规定追缴、责令退赔、返还被害人及没收等实质性的处置程序，切实保障程序法与实体法达到协调统一的立法效果，进一步为检察机关审前刑事涉案财物处置法律监督提供清晰具体的客观标准和依据。在此，以审前返还被害人财物为例，其至少应当具备以下法律条件：（1）被害人提出发还申请且主体明确，根据现有证据可以认定涉案财物权属明确，或者被害人对该财物依法享有管理权、控制权；（2）其他当事人及利害关系人对此无争议；（3）返还的财物确属被害人工作、生活急需，若不及时返还，将给被害人生产、生活造成重大影响；（4）先行向被害人返还财物，不会妨碍刑事诉讼程序顺利进行，对于拟返还的涉案财物，后续的刑事诉讼程序不再需要，无需将原物在法庭上出示。[2]这样能够从根本上着力解决法律法规等的内在逻辑冲突，同时最大限度地避免在刑事涉案财物处置中的行政权不当地侵犯检察权、司法权，为检察机关依法开展审前刑事涉案财物处置法律监督提供更加明确、有力的立法保障，切实理顺关涉刑事涉案财物处置方面的“公法”与“私法”的关系。

此处需要强调的是，随着《刑事诉讼法》等基础性法律完善后，就审前刑事涉案财物处置法律监督而言，最高人民检察院还应当尽快修订《人民检察院刑事诉讼规则》《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》及《人民检察院司法责任追究条例》等相关司法解释和规范性文件，进一步完善审前刑事涉案财物处置法律监督的具体实施内容，从而建构起较为完整的法律监督体系内容。

（三）监督责任主体的明确规范是重点

我国《刑事诉讼法》和相关司法解释性文件应当明确审前涉案财物处置法律监督的责任主体，切实整合法律监督的资源和力量，及时启动法律监督程序，避免“多头监督而无人监督”的怪象。考虑到检察改革后“捕诉合一”的实际情况，笔者建议按照“谁办案谁负责、谁审批谁负责”的基本原则要求，将审前涉案财物处置法律监督的责任主体统一为刑事检察部门及其员额检察官，检察机关内部其他部门（包括案件管理部门在内）不再履行具体的法律监督权限，而是作为法律监督的辅助力量，从而切实明确法律监督主体问题，改变过去“多头监督”的混乱局面，进一步提升法律监督的质效。申言之，犯罪嫌疑人、被告人或者被害人等刑事涉案财物利益相关者可以依法向办案检察官依法反映情况相关违法情况或者自身权益受损情况；办案检察官应当依法受理并进行审查，及时作出法律监督的结论。

此外，针对现实司法实践中“同级监督难”的现实问题，笔者建议，对于特殊情形下的涉案财物处置法律监督，犯罪嫌疑人及其辩护人等可以依法直接向上一级检察机关控告申诉部门提出关于审前刑事涉案财物法律监督的申请；经上一级检察机关控告申诉部门初审后，符合条件的，应当将其

[1] 参见梁健：《刑事涉案财物处置的失范与规范》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 5 期，第 92 页。
[2] 乔宇：《刑事涉案财物处置程序》，中国法制出版社 2018 年版，第 137—138 页。

直接转交同级刑事检察部门办理并在法定期限内向申请人予以正式答复，从而真正有效地保障刑事案件中相关人员的财产权利。这里的“特殊情形”包括：（1）重要、疑难、复杂案件；（2）本地区范围内具有重大社会影响的案件；（3）办案的检察机关和检察官自身在审前涉案财物处置中的违法行为等。

（四）监督方式方法的有效改造是关键

审前刑事涉案财物处置法律监督方式方法的有效改造是加强和改善监督工作、提升监督实效的关键所在。笔者认为，基于当前我国刑事诉讼“流水化作业”的实际构造和模式，审前刑事涉案财物处置法律监督应当突出检察机关主导的功能，充分体现谦抑性原则、比例性原则、程序正义原则等现代刑事诉讼的基本原则理念，更加积极引入“告知性元素”“参与性元素”“中立性元素”等现代刑事诉讼的主要价值追求，将检察听证作为法律监督目标达成的主要方式方法之一，尽快建构起审前以检察机关为主导的“侦辩审”的法律监督样式，对审前刑事涉案财物处置的流程进行诉讼化改造，依法保障公民的财产权。

具体而言，第一，侦查机关和检察机关在办理案件过程中涉及刑事财物处置之时，应当依法书面告知犯罪嫌疑人等相关人员拥有提出法律监督申请的权利，以切实保障其知情权。第二，检察机关依法启动涉案财物处置法律监督后，应当及时组织召开检察听证会，充分听取侦查人员、犯罪嫌疑人及其辩护人、被害人及其代理人、利害关系人等的意见，在结合书面审查的基础上，作出相应的法律监督决定，并及时送达相关人员。除了检察听证之外，检察机关依法应当在审查逮捕环节、审查起诉环节等审前程序中加强对刑事涉案财物处置的审查，综合考虑采取实地调查、联网审查、听取侦查机关意见等多种方式开展法律监督工作，及时提出法律监督意见。第三，对于检察机关依法作出的审前刑事涉案财物处置的法律监督意见，侦查机关对此应当予以执行并将办理结果在法定期限内告知检察机关。侦查机关若不依法履行职责，应当承担相应的法律责任，从而最大限度地保障审前涉案财物处置法律监督的客观性、公正性与权威性。第四，检察机关在正式提起公诉之前，若遇到刑事涉案财物处置问题，其应当在《起诉书》中叙述清楚刑事涉案财物处置的具体情况及合法性。

此处需要强调的是，审前刑事涉案财物处置法律监督制度在加强程序保障的同时，并不是一味地追求设置繁琐的法律监督程序；而是也应注意在刑事诉讼程序中设置相应的简易程序，使不同类型的案件能够通过正规和简易的程序得以有效分流，实现程序保障力度与案件复杂程度相适应的良好态势。比如，对于认罪认罚从宽处罚的刑事案件，检察机关对于涉案财物处置的法律监督可以依法从简办理，重点对于有异议的涉案财物处置情况进行重点审查，以有效地节约司法资源，提高办案效率。

（五）涉案财物管理的深化改革是保障

涉案财物管理的深化改革是检察机关开展审前刑事涉案财物处置法律监督的有力抓手，也进一步提升法律监督质效的重要保障。近年来，我国涉案财物集中统一管理改革是一项重要的司法体制改革内容，其在各地司法实践中主要呈现出“公安代管”“公检法共管”“行政机关管理”和“社会主体托管”四种具体管理样态，取得了一定成效。笔者认为，上述四种涉案财物集中统一管理的实践样态均具有各自的优势和劣势。但从我国刑事诉讼的实践经过和发展进程来仔细观察，由“公检法共管”具有现实的可能性和可行性，既可以充分保障刑事诉讼的顺利推进和刑事案件办理的保密需求，也可以提升刑事诉讼效率和保障涉案财物的安全需求。

笔者建议，公安司法机关可考虑建立对涉案财物管理的“看守所”，集中统一加强对涉案财物的管理工作，对于涉案财物的具体移送工作则可借助现代化信息管理平台实现所谓的“线上流转”（以文书流传代替实物流转），形成涉案财物管理的连续、闭合的“保管链条”，将“办管分离”原则落到实处。而与此同时，检察机关可考虑现代数字检察模型加强对审前刑事涉案财物处置的法律监督力度。这样不仅能够有效地节约司法资源、提升涉案财物管理效率和处置质量，而且能够为检察机关开展法律监督提供更为准确和便捷条件。比如，浙江省诸暨市成立了全国首家公检法一体的刑事诉讼涉案财物管理中心，面积约 1200 平方米。该中心有 14 间物证保管室，有普通物证、淫秽物证、涉密物证、贵重物品物证、毒品物证、光电磁介物证、血样卡物证、病理组织物证、骨骼物证等九大类。

每一间物证室都配有对角监控、空调、湿温度计和新风系统，一些房间还配备了保险柜，所有财物配置了二维码，“一案一档、一物一号”。笔者建议依靠涉案财物信息共享平台，将公安司法机关涉案财物数据信息统一录入，实现信息共享和涉案财物电子化移交；北京市在市区两级法制部门均设立了专门的涉案财物管理机构及场所，厦门市建立了对刑事案件和行政案件统一管理的跨部门涉案财物管理中心，成都市的涉案财物管理中心对涉案车辆探索了社会化管理。[1]此外，可充分考虑将引入专业化的社会力量参与到刑事涉案财物处置中来，比如设置财产管理人制度，即对于经过法定程序未能变现的刑事涉案财物，由专门的财物托管机构对涉案财物进行托管，而托管机关在托管期间可以依法对涉案财物进行保管并进行合法的活动，有效地保证涉案财物的保值增值，等到条件成熟时候，再由司法机关重新启动新一轮的拍卖、变卖程序将其变现并上缴国库。

而与此同时，根据《2023—2027 年检察改革工作规划》指出，“积极构建‘业务主导、数据整合、技术支撑、重在应用’的数字检察工作模式，创新大数据条件下的检察监督方式方法”，检察机关可考虑现代“数字检察”模型赋能审前刑事涉案财物处置的法律监督，在法律监督大数据平台中增加关于审前涉案财物处置法律监督的模块；并在有效保守秘密和保护信息安全的前提下，通过数字赋能精准发现涉案财物处置的违法线索、精确开展调查核实监督工作、有效加强相关办案单位间协作配合，将法律监督的触角延伸至审前涉案财物处置的各个环节和领域。这样能够切实有效地节约司法资源，更加突出法律监督的时效性和精准性，进一步提升涉案财物管理效率和处置质量。

最后，笔者认为，从根源上讲，涉案财物管理的深化改革还要求依法切实废除案款提留制度及变相的案款提留制度，“让办案回归办案、让司法回归司法”。这一目的着眼于有效地切断刑事涉案财物与办案机关财政收支的直接利益关联性，最大限度地避免地方利益或者部门利益来“绑架”办案工作，杜绝将刑事涉案财物作为地方财政的“创收”来源，从而依法切实保障审前刑事涉案财物处置及其法律监督工作不受到来自部门利益或者地方利益的不当干扰。

[1] 参见李玉华：《刑事诉讼法修改与涉案财物制度改革》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 98 页。

检察监督视野下刑事涉案财物处置的规范完善与机制构建

张皓巽 衡珊*

摘 要：刑事涉案财物处置公正是人权司法保障的重要组成部分，但囿于理念更新不及时、法律规制不系统等因素，司法实践仍存在侦查机关处分较随意、检察机关履职不充分、审判机关裁量不受约束、公检法协同处置不顺畅、关联人员权利保障不足等失范现象。充分发挥检察监督在涉案财物处置中的作用，是立足我国司法体制解决上述问题的最优路径，同时契合财物处置目的、现有法律规定以及检察机关职能。本文以刑事诉讼法此次修改为契机，立足于加强对涉案财物处置的法律监督，探索构建刑事涉案财物处置检察监督机制，全流程制约执法司法活动，确保涉案财物处置公正。

关键词：刑事诉讼法修改　涉案财物处置　检察监督　机制构建

社会经济分类日益精细化，人民物质生活水平显著上升，群众对财产权益的保护意识也逐步提高，刑事涉案财物涉及的法律关系以及案件当事人、利害关系人的诉求日趋复杂，司法机关处置难度愈发加大。围绕这些发展新要求，党的十八届三中、四中全会明确提出要“规范处理涉案财物的司法程序”的目标；《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》将“进一步规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序”作为完善人权司法保障制度的具体体现。中共中央办公厅、国务院办公厅于 2015 年印发了《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》（以下简称《2015 年财物处置意见》）。党的二十届三中全会审议通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》进一步明确“在加强人权执法司法保障方面，完善涉及公民人身权利强制措施以及查封、扣押、冻结等强制措施的制度”。

我国刑事法规也逐渐重视并细化对财产权的保护以及涉案财物处置的规范程度：《刑法》对民事赔偿责任优先、没收财产范围以及犯罪物品处理等作出了规定；2012 年我国《刑事诉讼法》修改时首次确立了犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序，其后 2018 年的修改又增加了决定不起诉案件涉案财物的处理等规定，进一步强化对涉案财物的审查、审理和执行。此外，我国又先后出台了多部规范性法律文件，更加细化了不同机关、特类案件、特定领域涉案财物处置的工作要求，如《最高人民法院关于刑事裁判设财产部分执行的若干规定》《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》《公安机关涉案财物管理若干规定》《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于刑事案件涉扶贫领域财物已发快速返还的若干规定》《反有组织犯罪法》。但到目前为止，有关刑事案件涉案财物处置的法律规定仍然较为笼统、分散，仍未建立完善系统的程序机制，司法实践中依然存在诸多失范现象[1]。在《刑事诉讼法》即将迎来新一轮修法的背景下，本文以刑事涉案财物司法处置不规范、关联人员权利保障不到位等问题为切入点，聚焦检察监督视角，全面梳理刑事涉案财物处置检察监督的规范依据及职能定位，探索建立系统完备、科学严密、上下衔接、执行有效的监督机制，以期为《刑事诉讼法》此次修改以及后续涉案财物处置制度的完善提供参考。

一、实践反思：刑事诉讼涉案财物处置存在的问题

近年来，司法机关对于刑事涉案财物处置越来越重视，司法理念也一直在进行相应的转变，但囿于“重人身权轻财产权、重定罪量刑轻财物处置”的传统刑事司法观念根深蒂固，及法律对于具体处置程序缺乏严格规制和系统指导，笔者在办案实践中发现仍有诸多乱象亟待解决。

（一）侦查机关采取处分措施存在随意性

刑事诉讼活动中，出于保障被害人经济损失获得赔偿、查明犯罪事实、确保诉讼顺利进行等目的，侦查机关会对涉案财物采取查封、扣押、冻结等限制措施，但是实践中案件事实的纷繁复杂、涉案财物的定义模糊以及司法审查的严重缺位，从正反两个维度催生了侦查机关采取上述限制措施的多重随意性。一是涉案财物认定存在随意性，实践中有任意扩大和不当限缩两种倾向。针对前者，侦查机关明显忽视了可证明罪财关系的证据收集，未正确区分涉案财物及合法财产。以李某掩饰、

*张皓巽，男，河南省人民检察院第一检察部三级检察官助理，刑法学硕士，19839990178；衡珊，女，上海市浦东新区人民检察院一级检察官助理，刑事侦查学硕士。

1 梁健：《刑事涉案财物处置的失范与规范》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 5 期，第 81 页。

隐瞒犯罪所得案为例，李某将绑定了手机银行的移动电话提供给上家使用，帮助转移上游诈骗罪赃款，在办案过程中，公安机关将其持有的两部手机均予以扣押并随案移送审查起诉，经检察机关查证仅有一部手机用于作案，另一部与案件事实无关。针对后者，主要表现为应采取强制措施的未及时采取，导致财产被转移，进而影响犯罪事实的认定以及财产刑的执行等后续刑事诉讼的进行。

二是涉案财物处置程序不规范。部分案件的涉案财物强制措施未依法报请批准，如存在未立案先扣押、先启动后补手续、以冻结代替查询升格侦查措施等不规范情形；有的案件存在“一扣到底”的情况。侦查机关采取限制措施后，大多数情形下不会主动解除，以姜某某盗窃案为例，公安机关认定姜某某借酒店工作之机盗窃若干美元、欧元，在搜查其家中时又发现了若干日币、泰铢等外币，均予以扣押，随案移送到检察院、法院；后经法院判决，将与本案无关的日币、泰铢等外币流转回公安机关并发还。按照刑事诉讼法及相关规范性文件的规定，案件作出终局性处理之前，对查封、扣押、冻结的财物经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除并予以退还。但侦查机关后续为规避办案风险，即使现有证据无法认定其查控的财物确与案件有关，仍会将可能涉案的财物保持查控状态，待法院判决后再发还，实际上对涉案人员的财产利益造成了侵犯。

（二）检察机关公诉职责履行不充分

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（以下简称《刑诉法解释》）第二百一十八条规定了人民法院在审查受理时应对涉案财物权属、证明材料等情况进行审查，第二百七十九条规定了法庭审理过程中对涉案财物进行调查，由公诉人提出处理建议；《反有组织犯罪法》第四十四条也规定了，人民检察院应当对涉案财产审查甄别，在提起公诉时应当对涉案财产提出处理意见。此外，还有多个规范性文件对检察机关在涉案财物处置中的职责作出规定，但检察机关在具体案件办理中存在履职不充分的情形：一是审查批捕、起诉案件时轻视对物的审查，没有在全面审查案件证据的基础上对公安机关、法院提出相应的涉案财物处置意见，甚至部分案件提起公诉时不对“查控冻”的财物提出追缴请求，其中一些涉案财物由于与定罪量刑事实关联不大，更是甚少获得关注[1]。二是在不起诉案件中，检察机关在作出不起诉决定时，应当同时对侦查中查封、扣押、冻结的财物解除查封、扣押、冻结，但实践中仍然存在作出不起诉决定后财物流转到公安机关，最终的实质处置权回到公安机关手中的情况，时效性难以保障。

我国《刑事诉讼法》已经明确规定了违法所得没收程序，最高人民检察院于 2021 年 12 月 9 日以该特别程序的适用为主题发布了第三十二批指导性案例，通过四个具有代表性的职务犯罪案件适用违法所得没收程序的成功实践，为检察机关提供了标杆样本，但该程序仅针对被告人逃匿或死亡的特定重大案件，无法完全解决检察机关在大多数普通刑事案件涉案财物处置中存在的履职不充分的问题。

（三）审判机关自由裁量权过大

不同于违法所得没收程序中法院基于检察机关与利害关系人就没收财产范围和涉案财物权属的抗辩，作出相应的裁定，在被告人到场的普通刑事案件中，法院往往在不经过法庭审理的情况下，依据公诉案卷中的证据材料，对检察机关追缴涉案财物的请求作出裁判[2]。长期以来，有关涉案财物处置的事项沉潜于定罪量刑事实调查和辩论程序当中，法院采用一种职权性、封闭性、非对抗性的处理方式，在涉案财物权属性质认定中拥有绝对的自由裁量权，由法院依职权决定是否进行涉案财物事实调查以及调查的方式，自行决定处置结果且不公开处置依据和理由[3]。以吴某某等人组织、领导、参加黑社会性质组织等罪案为例，一审期间全案认罪认罚，法院认定该组织以 A 公司企业为依托，全案人员均曾在 A 公司任职过，判决没收、追缴全案人员在公司期间的工资及奖励，一审宣判后有 24 名组织成员提出上诉，具体上诉理由包括庭审期间未对财产部分质证、工资认定有误、工资属于劳务所得不应没收等，足以证明涉案人员关于涉案财物的辩护权未得到重视，更遑论案外利

---

1 闵春雷、张伟：《论相对独立的刑事涉案财物处置程序之建构》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 4 期，第 99 页。

2 陈瑞华：《刑事对物之诉的初步研究》，载《中国法学》2019 年第 1 期，第 210 页。

3 参见前注闵春雷、张伟文，第 99 页。

害关系人。此外，司法实践中还存在侦查机关为了保障没收财产刑和罚金刑的顺利执行，在诉讼前期查封、扣押、冻结相应财物的做法，与之对应的，我国没收财产刑和罚金刑在大多类案件中又没有明确的上限，法院判处财产性判项享有较大的裁量权。一些法院将本应判决没收的涉案财物作为财产刑的对象，从而将被告人的合法财产也纳入剥夺的范围[1]。

（四）公检法协同处置不顺畅

主要体现在两个方面：一是涉案财物的流转存在滞后性。当前繁简分流的趋势倒逼着简案办理效率的提升，伴随着产生了诸多“案结物未结”的情况。如 S 市速裁程序审理的案件，公安机关将案件移送检察机关审查起诉，涉案赃物须通过共管中心流转，物品实际保存在该中心，公检法需各自派专人履行相应诉讼阶段的审查、管理、调取、处置等职责，并依法办理相关手续。实践中物品的流转因手续、文书与案件本身没有强关联性，存在公安机关忘记移送、统一移送、滞后移送等诸多情况，造成案件审查完毕后涉案财物仍未到检察机关，但为了保证速裁程序的适用，检察机关先行向法院提起公诉，进一步扩大了财物和案件分离的程度。后续法院处置财物也产生延伸性的问题，如法庭审理阶段缺失对财物的审理程序、判决中缺失对财物的处置结论、判决后对涉案财物的执行滞后。二是涉案财物的处置意见不明确。处置意见的不明确性贯穿在刑事诉讼全流程，侦查机关往往忽视收集证明罪财关系的证据，不加甄别地将所有采取限制措施的财物移送到检察机关；检察机关提起公诉时重点描述定罪量刑部分的事实证据，不注重涉案财物处置意见的提出；法院审理阶段则轻视对物的审查，一般未就涉案财物进行法庭调查和法庭辩论，或对涉案财物部分的庭审极为简单；判决不对涉案财物提出处置结论或者处置结论笼统的表述为“对违法所得予以追缴”，导致后续物的处置缺乏有力支撑，如实践中存在因案件财产性判项不明确，公安机关向法院函询处理意见的情形。同时也易引发上诉、抗诉、再审或被害人另行提起民事诉讼。

（五）当事人及利害关系人权利保障不足

《刑事诉讼法》以及《刑诉法解释》《最高人民法院、最高人民检察院关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》（以下简称《违法所得没收程序规定》）对违法所得没收程序案件公告、利害关系人参与诉讼途径、开庭审理程序均有较明确的规定和系统的操作标准，对保障关联人员的合法权利起到了积极作用，但在普通刑事案件中当事人及利害关系人的权利保障存在缺位。一是知情权难以保障。《2015 年财物处置意见》第十二条规定，公安机关、国家安全机关、人民检察院应当告知利害关系人相关诉讼权利以及人民法院应当通知其参加诉讼并听取意见。实际上考虑到案件侦查需要、部分被冻结人无法通知等现实情况，公安机关冻结涉案资金之后，通常并不通知或及时通知被冻结人[2]。而利害关系人知情后在询问流转进展、可能的处理情况时，往往因案件侦查的不公开性，得到侦查机关正处于侦查过程中的回复，后续又会被告知物品已经随案移送到检察机关或者法院，最终大多在法院判决后才能得知处置情况。二是救济途径狭窄。《刑事诉讼法》第一百一十七条规定，利害关系人针对“与案件无关”的财物采取查封、扣押、冻结的，有权申诉或者控告。实质上，立法通过这些不确定法律概念赋予侦查机关以实施和解除冻结措施的自主裁量权，侦查机关实施冻结时的积极态度和解除时的保守态度，意味着被冻结人很难通过申诉解除来维护自身权益[3]。案件执行环节的异议程序更是难以实现，且举证困难、持续时间长，如最高法指导性案例朱慧珺诈骗案中，2017 年 12 月 25 日判决就已经认定朱慧珺构成诈骗罪，责令其向被害人退赔，2018 年 8 月 20 日，中院裁定拍卖其名下的某酒店用以退赔，案外人林道巧提出执行异议，称执行标的的 90%份额系被执行人代其持有，该异议被中院裁定驳回，后经向最高法申诉，因异议过程中未依法公开听证，被裁定发回重新审理。三是实际造成的损害难以恢复，如易贬值易毁损财产未及时处置、可经营财产无法投入生产等造成的实际损失。

---

1 向燕：《刑事涉案财物处置的实证考察》，载《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期，第 130 页。

2 陈如超：《电信网络诈骗涉案资金冻结及其处置》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 2 期，第 86 页。

3 刘磊：《论电信网络诈骗中瑕疵被冻结人的保护》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2022 年第 3 期，第 139 页。

二、理论证成：强化对刑事涉案财物处置的检察监督

针对上述存在的问题，理论界结合对物之诉展开讨论，认为涉案财物处置改革势在必行，并借鉴国内外立法、司法实践，将涉案财物处置程序改革的路径大致总结为三种模式：一种是独立性对物之诉[1]，一种是相对独立的涉案财物处置程序[2]，一种是在刑事附带民事诉讼中解决财物处置问题[3]。但上述讨论均聚焦于法院在该程序中需要发挥的作用，对于检察机关的定位大多停留在发挥诉讼职能、启动处置程序的层面，忽视了检察机关的监督职能。笔者认为，任何制度的探索都需要建立在我国特有的国情和司法体制之上，坚持改革创新与于法有据相统一。充分发挥检察监督在涉案财物处置中的作用，系现有立法与司法资源最大程度的运用，更可以从实然层面解决上述实践问题，达到监督侦查机关执法、约束审判机关自由裁量、保障涉案财物处置公正等目标，具有较大的现实可行性和必要性。

（一）契合检察机关职能定位

我国宪法确立了检察机关的“法律监督”地位，《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》开篇即明确了检察机关四个方面的定位，人民检察院是国家的法律监督机关，是保障国家法律统一正确实施的司法机关，是保护国家利益和社会公共利益的重要力量，是国家监督体系的重要组成部分。《2015 年财物处置意见》第十五条规定，人民检察院应当加强法律监督。《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》指出健全公正执法司法体制机制，强化当事人、检察机关和社会公众对执行活动的全程监督。我国《刑事诉讼法》强调检察机关在刑事诉讼全过程享有法律监督权，当然也包括刑事涉案财物处置，并应贯穿在相关财物被采取限制措施之始到最终被执行或解除的全过程，与侦查、审查起诉、审判、执行的刑事诉讼全流程相呼应。作为国家利益和社会公共利益的维护代表，检察机关通过行使诉讼职能和监督职能，来维护国家法律的统一实施[4]。正如上文所述，目前讨论较为集中的是检察机关在涉案财物处置中的诉讼职能，即检察机关涉案财物处置的公诉职责，提出没收违法所得申请以启动法院调查审理，或提出涉案财物处置建议，这其实已经暗含了对法庭审理的监督职能。但同时需要引起注意的是涉案财物处置中另一类相对独立的监督职能，即检察机关在审判前阶段以及执行环节对涉案财物处置的诉讼监督，监督的重点集中在涉案财物强制处分措施的全面性、合法性、必要性、财物流转是否及时、审前返还是否到位、后续处置以及审执衔接是否完善等问题。

（二）符合现有财物处置规定

按照犯罪嫌疑人、被告人是否到案，可将现有财物处置分为违法所得没收和普通刑事案件两类程序，前者的规定较为系统，包括《刑事诉讼法》《刑诉法解释》《人民检察院刑事诉讼规则》的单章节规定以及专门针对该特别程序的司法解释，其中《人民检察院刑事诉讼规则》第五百一十八条明确规定了对违法所得没收程序中调查活动、审判活动的监督，由负责捕诉的部门办理。后者的规定虽然散见于不同的规范性文件，但检察监督的主线十分清晰，主要呈现为以下几种形式：

1.关于侦查活动监督。《刑事诉讼法》将查封、扣押、冻结规定在侦查章节，显然将其定义为侦查活动。《人民检察院刑事诉讼规则》第五百六十五条列举了二十种侦查活动中的违法行为，其中即包括“对案件无关的财物采取查封、扣押、冻结措施，或者应当解除查封、扣押、冻结不解除的”；同时在第三百三十条强调，人民检察院审查案件应查明涉案财物的处分、保管、返还等情况。

2.关于审前过滤和提出建议。检察机关对案件审查后，根据是否提起公诉分为提出处置建议和解除相应措施两种模式，上文分析检察公诉职责履行不充分的部分已列举《刑诉法解释》以及《反有组织犯罪法》等法律文件的相关规定，此处就不再赘述。

3.关于当事人和利害关系人的权利救济。《刑事诉讼法》第一百一十七条规定，对与案件无关

---

1 参见前注陈瑞华文，第 210 页。

2 温小洁：《我国刑事涉案财物处理之完善——以公民财产权保障为视角，载《法律适用》2017 年第 13 期；张向东：《黑社会性质组织犯罪涉案财物的处置困境及应对》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 1 期

3 韩波：《论涉案财物审理程序中案外人的参与权保障》，载《法学杂志》2020 年第 8 期。

4 陈瑞华：《论检察机关的法律职能》，载《政法论坛》第 36 卷第 1 期 2018 年 01 月，第 3 页。

的财物采取查封、扣押、冻结措施或者应当解除不解除的，当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人可以向作出决定的司法机关申诉或者控告；对于该机关处理不服的，可以向同级人民检察院申诉，经审查情况属实的，人民检察院通知有关机关及时纠正。《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》第五十一条也规定了，同级人民检察院受理当事人和利害关系人对上述事项的申诉。

4.关于程序性救济。该部分主要指检察机关对于处置结果的监督，《2015 年财物处置意见》第十二条规定，被害人或者其他利害关系人对于涉案财物处理决定不服的，可以请求人民检察院抗诉。《人民检察院刑事诉讼规则》第六百四十五条规定了人民检察院对刑事裁判涉财产部分进行监督。

（三）切合涉案财物处置目的

现有的法律规定和学理研究对于涉案财物的界定尚未形成统一共识，但其外延较明确，主要包括违法所得及孳息、犯罪工具、违禁品、以及作为执行财产刑、退赔被害人而采取刑事强制措施的被告人合法财产等其他与案件有关的财物及其孳息；内含了作为证据使用证明定罪量刑事实、确保诉讼顺利进行、保障刑罚顺利执行等三个处置目的。其中前两个处置目的本就是强化检察机关公诉职责和监督职能的应有之义；保障刑罚顺利执行的功能在于惩罚和预防犯罪，根本上仍是为了维护国家利益和社会公共利益，与检察机关法律监督定位相吻合。同时，从处理结论的直接影响看，相对比刑事案件定罪量刑的判决裁定仅涉及当事人权益，涉案财物处置结论还牵涉因涉案财物流转所产生的善意第三人等利害关系人的合法权益，范围更广，涉及的领域、部门、环节更为复杂。举轻以明重，定罪量刑公正需要检察监督的保障，涉案财物处置更需要检察监督的介入，强化对执法司法活动的制约，确保公正处置。

三、规范完善：明确涉案财物处置的基本法律原则

在不断加强检察监督涉案财物处置的前提下，需要进一步完善涉案财物处置的立法规范，这也是《刑事诉讼法》第四次修改需要关注的关键命题之一。尤其是目前《刑事诉讼法》对于检察监督涉案财物处置的定位、阶段、标准等均不明确；各部门由于职能定位不同、需要解决的实务问题不同，已出台的相关规范性文件在内容上也有一定的出入。此次立法完善应立足于响应法治需求、解决实务分歧、弥合矛盾规定，从现行涉案财物相关规范性文件中提炼出具有相对普适性的原则与规则，并结合宏观政策予以改革补充；同时兼顾外在规范层次性，《刑事诉讼法》制定基本原则和制度框架，和各机关制定的相关司法解释、规范性文件形成明确的制度分工，以推进刑事涉案财物处置的规范、统一适用。

（一）明晰检察监督定位

《刑事诉讼法》第八条规定了人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督的一般原则，第一百条、第二百零九条等条文进一步规定了人民检察院对侦查活动、人民法院审理案件的监督定位和监督方式，涉案财物处置部分也应当有更具针对性的法律条文补充，进一步明确检察监督的定位、方式。以确立审前程序对侦查机关采取财物强制措施的监督权为例，有学者建议参考限制人身自由类强制措施的规定，增加对侦查机关对物强制处分措施的司法审查，并由检察机关作为审前审查控制主体[1]；也有学者认为相对于侦查机关自行决定和自行处置涉案财物的制度而言，由法院通过司法审查机制来决定这些强制性处分措施具有制度优势[2]。笔者认为，由检察机关行使审查监督权，更符合我国现有司法体制。侦查监督与协作办公室的实质化、规范化运行以及审查逮捕案件的办理，为检察机关在侦查阶段监督涉案财物处置创设了至少四个方面的制度优势：一是为侦查机关提出提前介入意见，引导收集证明罪财关系的证据，夯实案件基础；二是将侦查权的运行与涉案财物的审前处置适度分离，监督涉案财物强制措施的正确行使；三是拓宽关联人员申请异议和救济的渠道，避免关联人员的财产权益长时间遭受侵害；四是通过逮捕案件的同步审查，有效提升涉案财物处置效率。同时考虑到审前司法审查不具有终局性，如由审判机关过早介入，提前将财物界定为违法所得，显然与“未经裁判不得认定任何人有罪”的规定相冲突，更不利于犯罪嫌疑人以及利害关系人在后续审判

1 参见前注梁健文，第 93 页。

2 参见前注陈瑞华文，第 221 页。

程序的权利救济。

（二）贯彻全流程监督理念

完善涉案财物制度的核心在于如何更好地将其融合进诉讼法制度之中，构建规制全程化、程序独立化的诉讼模式是限制恣意和防止专断的机制保障[1]。《刑法》第六十四条规定，对被害人的合法财产，应当及时没收。《2015 年财物处置意见》第二条规定，凡查封、扣押、冻结的财物，都应当及时进行审查；经查明与案件无关的，应当在三日内予以解除、退还，并通知有关当事人。诸多规范性文件均体现了实体上保障当事人合法权益，程序上促进权益保障更好更快实现的原则。涉案财物自进入侦查机关视野并被采取强制措施之日始，具体处置程序即与定罪量刑程序紧密相关，关联人员合法权益的保障与办案单位权力的限制贯穿在之后的各个诉讼环节。检察机关全流程监督涉案财物处置，覆盖涉案财物查控、保管、流转、判决、执行的各个节点，一方面可随时为利害关系人提供相应的法律救济手段，确保其在各个诉讼阶段的权利保障，防止刑事司法过度干预民事财产关系领域；一方面可及时解决涉案财物保管和流转过程中遇到的衔接不通畅等各种问题，增强涉案财物处置的效率和公正，对于提升办案质效、保障涉案财物公正和实现涉案财物处置的诉讼化改造具有重要意义。

（三）确定高度盖然性证明标准

证明标准作为法律概念，其直接功能在于充当法官裁判之准绳，以及论证理由之工具[2]。如《刑事诉讼法》第五十五条第 2 款将“证据确实、充分，排除合理怀疑”确定为定罪量刑的证明标准，第八十一条将“社会危险性”作为逮捕必要性审查的依据，为检察机关审查起诉、审查逮捕提供明确的论证方向，更有利于凝聚案件共识。关于涉案财物的证明标准，《刑事诉讼法》一直没有进行规定，在一定程度上催生了涉案财物处置的实践乱象。2017 年《违法所得没收程序规定》借鉴了优势证据证明标准的表述，在第十七条第一款规定“申请没收的财产具有高度可能属于违法所得及其他涉案财产的，应当认定为属于违法所得及其他涉案财产”，首次明确了涉案财物认定的高度盖然性标准。《刑诉法解释》第六百二十一条以及《反有组织犯罪法》第四十五条第三款再次对高度盖然性证明标准予以确认。上述规定虽无法对普通刑事案件涉案财物认定直接提供引导，但为此次刑诉法确立涉案财物认定的证明标准提供了有益参照。

第一，低于定罪量刑的证明标准更符合涉案财物证明目的。不同于定罪量刑的证明标准，涉及到对犯罪嫌疑人、被告人生命、自由等权利的剥夺，需受到无罪推定原则的约束，涉案财物证明标准的确立旨在确认没收的财产是否属于违法所得或者其他涉案财产，达到“不让任何犯罪分子通过犯罪获得收益”的最终目的，不涉及人身权利，不当处置所带来的损害后果更小，无需设置过高的证明标准。第二，高度盖然性标准更符合涉案财物处置的本质特性。涉案财物处置的前提是正确认定财物权属，特别是没收程序仅涉及财产利益，借鉴民事诉讼的证明标准具有合理性。第三，高度盖然性标准更贴切涉案财物处置的诉讼构造。根据“谁主张、谁举证”的基本原理，涉案财物权属的证明责任既可能归属于针对被告人提出的特别没收指控的检察机关，也可能归属于对涉案财物主张所有权或善意所得抗辩的第三人，对双方都采用高度盖然性标准，有利于平衡证明双方的举证能力差异。因此，有必要在立法修改时吸收现有规范的高度盖然性证明标准，为所有刑事案件的涉案财物处置提供引导。

四、机制构建：优化涉案财物处置检察监督格局

基于上述分析，笔者主张应充分发挥“检察一体化”、“捕诉合一”的制度优势，将检察监督贯穿刑事涉案财物处置始终，坚持规范涉案财物处置与惩治犯罪、保护合法财产权利相结合，全流程监管和分阶段重点监督相统筹，提升涉案财物处置检察监督质效与自觉接受其他执法司法机关履职制约相统一，构建系统规范、可操作性强的监督机制。

（一）前端监督——压实侦查环节涉案财物查处

1 张栋：《刑事诉讼涉案财物制度的问题与完善》，载《法学杂志》2024 年第 5 期，第 26 页。

2 孙远：《刑事证明标准层次性理论之适用问题研究——以<刑事诉讼法>第 55 条第 2 款之解释为视角》，载《法学家》2019 年第 5 期，第 59 页。

依托侦查监督与协作配合办公室的实质化运行，引导侦查机关全面、合法、合理查处涉案财物，奠定较好的处置基础，具体体现为事前、事中、事后监督三个阶段：事前监督，侧重于协作配合，特别是对于有组织犯罪、涉众型经济犯罪等案情重大、涉案财物法益复杂的案件，建立双方共享的案件台账，逐案提前介入，及时对查控物品认定标准、范围以及查控时机提出建议，同步引导收集证明罪财关系的证据，防止出现应查控未查控、不应查控却查控、查控不适时等不规范的情况。事中监督，侧重于对查控程序合法性进行监督，如法律文书是否完备、文书记载的内容是否清晰明确、是否有见证人等，以正当程序保障涉案财物处置中侦查机关权利不越界、利害关系人权益不受损、财物具体属性不含混。事后监督，更多的体现在审查批捕、审查起诉阶段，即在全面审查案件的基础上，对已查控涉案财物权属、财产属性、罪财关系、强制措施等因素进行精细化研判，并提出明确意见，对需要补查的及时提出补查意见，不符合证据标准的及时予以排除，通过过滤违法侦查行为，倒逼侦查机关规范涉案财物查处。

（二）本位监督——完善内部监督制约体系

聚焦检察机关涉案财物处置的关键环节，持续优化上下级检察机关之间、同单位不同业务部门之间、同单位不同级别检察官之间的监督与被监督关系，推动涉案财物处置检察监督规范高效运行。一是依托繁简分流机制划分涉案财物的审批权限，在审批权设置上既包括上级检察机关对下级检察机关的审批，也包括检察长、分管检察长、部门负责人、检察官对相应案件的审批，其中简案的财物处置由检察官自行决定，繁案的财物处置根据案件重大复杂程度、涉案财物金额规定相应的审批权限。二是依托司法责任制完善涉案财物监督质量评查体系。重点对检察机关自行查控财物的行为[1]是否合理合法、涉案财物的处置建议是否缺位以及是否明晰、是否进行实质性监督等进行评查，将评查结果纳入检察官考评、检察院考核的业绩指标，设立相应负面清单和责任清单。

（三）末端监督——强化财物处置审判监督

监督重点包括法庭审理和裁判文书两方面，前者重点关注法庭审理中是否围绕涉案财物开展了充分的法庭调查和法庭辩论，确保切实保障诉讼参与人的权利；后者则重点关注监督裁判文书是否对涉案财物提出处置结论、处置结论是否清晰准确，如是否列明追缴或没收的财物属性、是否侵犯利害关系人合法权益、财产刑金额是否与犯罪情节相适应、是否符合类案裁判规则等，并根据案件具体情况提出抗诉、检察建议或者纠正意见，助力审判阶段财物处置质效提升。

（四）流转监督——规范诉讼内涉案财物管理

依托涉案财物集中管理一体化，对登记、保管、流转、处置等重点环节强化监督：一是全面登记，监督受理时工作台账是否明确记载了涉案财物的特征、入库时间、经手人员、在库状态、存放位置、流转信息；二是妥善保管，在将涉案物品处置状态透明化的基础上，加强保管方式、保管状态的监督，如对于易损毁的物品保管方式的监督、物品是否存在脱管或违规挪用；三是同步流转，对案件进入下一诉讼环节的，监督物品是否同步移交至相应的办案单位；四是规范处置，监督是否按照不起诉决定书、判决书等执行依据处置涉案财物、如需退还的是否及时退还等。

（五）后位监督——抓实财产性判刑执行监督

一是实现检察机关内部的信息共享，建立刑事执行检察部门与捕诉部门、案管部门的一体化工作机制，同步掌握财产性判刑情况。二是充分利用数字检察模型，推动法检关于财产性判刑、执行局执行进展等实际情况的信息共享，动态掌握执行信息，对于没有执行和执行不到位的财产判项案件逐案建档。三是对减刑、假释案件中财产执行的审查情况予以实质性监督。2024 年 4 月 30 日，最高人民法院发布《关于办理减刑、假释案件审查财产性判刑执行问题的规定》，对正确处理减刑、假释与财产性判刑的关系提供了参照。相应地，检察机关应对法院在办理减刑、假释案件中是否审查对财产的执行情况、考察罪犯履行能力的方式是否全面、合理等进行监督。

（六）保障救济——实质审查涉财申诉

畅通 12309、控告申诉大厅、群众来信等控告申诉途径，依法接受案件当事人以及利害关系人

1 特别是不起诉案件，根据最高检 2023 年发布的数据，刑事案件不诉率从 2019 年的 10%上升至 2023 年的 26%，随之产生的对涉案财物的处理工作也与日俱增。

对于涉案财物处置不服的申诉，并进行实质化审查。对于申诉人对知情权、参与辩论权等程序性权利未得到保障的申诉，应积极核实，并督促相应办案单位依法纠正；对于申诉人对实体处置不服的申诉，应及时转交相关业务部门办理，具体程序可参照刑事申诉案件办理规定予以执行，充分保障案件当事人以及利害关系人的合法权益。

五、余论

检察履职应立足于检察基本职权，挖掘理念蕴含的法治精神，找准切入点、突破口，推动检察监督更加具体化、实质化、体系化。《2023—2027 年检察改革工作规划》围绕“六大体系”部署 36 项改革任务，第 13 项协同推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，强调了强化涉案财物公诉职责。涉案财物处置事关更有效地追究和惩罚犯罪、更多人员的权益保障等多重因素，从处置被追诉人的正当化到处置涉案财物的正当化，是刑事程序法治走向深入的必然选择[1]，也是以审判为中心的刑事诉讼制度改革走向深入的必然选择。站在我国特殊的国情和司法体制角度，充分发挥检察监督职能应当是完善涉案财物处置的多种探索中更为现实的路径。今后立法会逐步完善，刑事涉案财产处置程序会更加规范化、精细化，对涉案财物的检察监督也应该一以贯之。唯有如此，才能有力避免实践中涉案财物处置不规范的情况，有效维护当事人及利害关系人的合法权益。

1 熊秋红：《刑事诉讼涉案财物处置程序检视》，载《人民检察》2015 年第 13 期，第 36 页。

刑事审判阶段案外人参与涉案财物处置制度的完善

徐兵*

摘 要：近年来，刑事涉案财物处置及相关主体权益保护愈发受到重视。随着近年来《刑事诉讼法》的修正，我国刑事案件涉案财物处理机制正在初步形成，涉案财物处置程序具有了一定程度的独立意义。刑事案外人是实体权利受到涉案财物处置行为影响的主体。从财产权保障视角来看，刑事案外人参与涉案财物处置程序，具有现实的必要性。本文通过厘清刑事案外人和涉案财物的概念，梳理案外人参与刑事涉案财物处置的立法现状，对案外人参与刑事涉案财物处置制度的基本内涵进行分析，并结合司法案例对案外人参与刑事涉案财物处置的实践进行检视，在此基础上提出完善刑事审判阶段案外人参与涉案财物处置制度的具体措施。

关键词：刑事诉讼 案外人 涉案财物处置 异议权

刑事涉案财物处置关系到被追诉人的刑事责任，还关系到当事人和利害关系人财产权益，更关系到国家财产利益。近年来，随着社会的发展及刑事司法制度的变革，财产性权利价值凸显，加之侵犯财产类犯罪逐渐增长，刑事涉案财物处置及相关主体权益保护愈发受到重视。党的十八大以来，中共中央办公厅、国务院办公厅、最高人民检察院、公安部、最高人民法院相继出台《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》等指导性文件及司法解释，为刑事诉讼当事人及案外人的财产权提供了制度保障。随着2018年《刑事诉讼法》的修正及2021年配套司法解释的施行，我国刑事案件涉案财物处理机制初步形成，涉案财物处置程序具有了一定程度的独立意义。

按照刑事诉讼的不同阶段，可将涉案财物处置划分为审前阶段的暂时性处置、审判阶段的审查裁决处置以及执行阶段对生效裁判的落实。人民法院在审判阶段对涉案财物的处置具有决定性和终局性，作出的追缴、责令退赔、返还被害人合法财产、没收财物等判项能够产生变更财产权状态的法律效力，因此成为涉案财物处置程序的重心。一段时间以来，我国刑事诉讼理论研究的主旋律是完善被告人以及被害人的权益保障，但对于案外人财产权保障问题却有所忽视，并在一定程度上导致了相关立法的缺位。现行刑诉法规定的涉案财物处置程序仍然以当事人为中心，案外人权利保护措施尚不完备，审判阶段案外人参与涉案财物处置的相关法律规定较为原则性，对案外人参加诉讼具体程序语焉不详，未能充分回应司法实践中遇到的具体问题，可操作性不足。因此，构建和完善刑事审判阶段案外人参与涉案财物处置制度，加强案外人财产权保障，确保涉案财物公平公正处置，是财产权司法保护背景下不容回避的问题。

一、案外人参与刑事涉案财物处置制度的基本内涵

（一）刑事案外人及涉案财物的界定

1、刑事案外人

准确界定刑事案外人，是构建案外人参与涉案财物处置制度应解决的首要问题。一般认为，刑事诉讼案外人是指“刑事案件被追诉人及被害人之外的，与刑事诉讼的进程与结果存在利害关系的人”[1]。具体到涉案财物处置程序中，除当事人以外对涉案财物主张权利的人有多种称谓，现行《刑事诉讼法》称利害关系人，《刑事诉讼法解释》则称案外人，内涵有所区别。《刑事诉讼法解释》第五百二十八条规定，“执行刑事裁判涉财产部分、附带民事裁判过程中，当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定，或者案外人对被执行标的书面提出异议的，人民法院应当参照民事诉讼法的有关规定处理。”刑事执行阶段与审判阶段一脉相承，可依据上述规定将利害关系人理解为与涉案财物处置行为存在程序上利害关系的主体，而案外人则为实体权利受到涉案财物处置行为影响的主体。申言之，利害关系人提出异议的理由系针对涉案财物处置行为，即使存在与涉案财物相关的争议，这类争议亦不涉及涉案财物的权属，而仅仅涉及是否应当处置该标的物，或应当如何处置该标的物的问题。换句话说，利害关系人异议并不是指向涉案财物处置对象，而是指向处置行为本身，即使行

---

* 徐兵，河北省廊坊市中级人民法院刑一庭庭长，四级高级法官。本文系中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善”项目的研究成果。

[1] 李胥：《刑事诉讼案外人诉权保护的理论阐释与现实反思》，载《东南法学》2022 年第 2 期，第 142 页。

为被纠正，指向的仍然可能是同一对象；而案外人异议则直接指向处置对象，对处置对象主张实体性权利，至于处置行为本身是否有问题，则取决于行为指向的对象是否有误。刑事审判阶段人民法院审查涉案财物的权属、来源等情况，并对涉案财物进行实体性处置，因此，从财产权保障视角来看，对涉案财物主张实体权利的案外人参与审判程序，具有现实的必要性。

2、刑事涉案财物

广义的刑事涉案财物可以理解为"在刑事诉讼过程中可能与案件处理直接或间接相关的、受法律规制的、具有财产价值的物的总称。"[1]从实体法角度，刑事涉案财物是指在刑事诉讼过程中由有权司法机关依据其职权确认的与刑事案件存在一定联系，具有产权价值，并应依法予以追缴、没收、责令退赔的财物。[2]具体而言，《刑法》第六十四条将涉案财物规定为几类犯罪物品，包括违法所得、被害人的合法财产、违禁品与供犯罪所用的本人财物等，其中被害人的合法财产常包含于违法所得当中。

（二）案外人参与刑事涉案财物处置的相关立法

我国《刑法》和《刑事诉讼法》对案外人参与刑事涉案财物处置的关注起步较晚。1979年《刑法》第六十条"犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收"的规定，首次为刑事涉案财物处置提供了实体法依据。然而，在程序法方面，当时施行的《刑事诉讼法》对涉案财物处置并无系统性规定，亦未形成独立于当事人的"案外人"或"利害关系人"的概念。2012年《刑事诉讼法》出台前，案外人并非刑事诉讼程序的参与主体，也不享有向法院寻求救济的权利。

2012年《刑事诉讼法》第一百一十五条对涉案财物处置中司法机关及其工作人员相关违法行为的申诉和控告权进行了概括规定，将利害关系人与当事人、辩护人、诉讼代理人一同列入有权申诉、控告的主体范围内，为案外人参与涉案财物处置提供了依据；同时在特别程序中设置了犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序，首次明确了该类案件中利害关系人就涉案财物处置参加诉讼的权利，并对利害关系人的诉讼地位及诉讼权利作出了较为具体的规定，2018年修正后仍然沿用。同年公布施行的《刑事诉讼法解释》单列一章"查封、扣押、冻结财物及其处理"，集中规定了人民法院在审判阶段对涉案财物的处置，其中第三百六十四条规定，"案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当审查并依法处理。"首次对案外人异议权以司法解释的形式予以明确。

2015年，中共中央办公厅、国务院办公厅出台《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》，对案外人参与涉案财物处置的知情权、程序参与权及发表意见权等作出了规定。该意见第十二条指出，"明确利害关系人诉讼权利。善意第三人等案外人与涉案财物处理存在利害关系的，公安机关、国家安全机关、人民检察院应当告知其相关诉讼权利，人民法院应当通知其参加诉讼并听取其意见。被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告和被告人对涉案财物处理决定不服的，可以就财物处理部分提出上诉，被害人或者其他利害关系人可以请求人民检察院抗诉。"但该意见性质上属于指导性文件，不直接产生法律效果，且关于案外人权利如何行使仍无具体的程序规范，实践中缺乏可操作性。

2021年《刑诉法解释》在2012年《解释》的基础上，进一步完善和细化了案外人参与涉案财物处置程序，第二百七十九条规定，"法庭审理过程中，应当对查封、扣押、冻结财物及其孳息的权属、来源等情况，是否属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物进行调查，由公诉人说明情况、出示证据、提出处理建议，并听取被告人、辩护人等诉讼参与人的意见。案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当听取案外人的意见；必要时，可以通知案外人出庭。"第四百五十一条规定，"案外人认为已经发生法律效力的判决、裁定侵害其合法权益，提出申诉的，人民法院应当审查处理。"这些规定在制度上向案外人打开了参与刑事诉讼程序的大门，但仍具有较强的原则性、指导性特征，缺少提出异议期限及方式、证明标准和人民法院审查处理的程序规

---

[1] 陈卫东：《涉案财产处置程序的完善——以审前程序为视角的分析》，载《法学杂志》2020 年第 3 期。

[2] 李长坤：《刑事涉案财物处理制度研究》，上海交通大学出版社 2012 年版，第 8 页。

定等，未明确案外人参加庭审的诉讼地位，且案外人权利救济方式单一，导致审判阶段刑事涉案财物处置中对案外人的权益保障仍存在程序法供给不足、保障不到位的问题。

二、案外人参与刑事涉案财物处置的实践困境

在传统的刑事诉讼视野下，案外人异议既与被告人刑事责任的确定无关，也与国家刑罚权的实施无关，而是一种由“边缘化”主体对“边缘化”裁判事项提出的“边缘化”权利主张。[1]根据某项研究对相关案例的分析，不同法律地位的案外人对刑事判决中涉案财物处置判项提出的异议展现出案外人与被告人的多维关系，除常见的近亲属关系、前配偶关系外，还有各种形态的民商事交易关系，案外人提出的权利主张也呈现出多样化、复杂化的特征。[2]刑事案件中，准确认定涉案财物的性质、理清违法所得的范围，是作出财产判决的正当性基础。在当事人与案外人的多维关系网络中以及案外人多样化的权利主张状态下，有必要保障利益相关方参加庭审，充分行使举证、质证、辩论的诉讼权利，从而确保涉案财物处置的准确性。刑事诉讼案外人异议制度的初步确立，一定程度上保障了案外人对涉案财物处置程序的参与权，但由于程序设计较为粗疏，缺乏具体性规定及必要的配套措施，不仅无法回应司法实践的现实需要，也给案外人参与刑事涉案财物处置带来了诸多现实困境。以下引入一则案外人针对涉案财物处置发表意见、提出异议的案例，结合该案例对案外人参与刑事涉案财物处置中存在的问题进行具体分析。

案例：A公司、B公司、C公司、某甲行贿案

被告单位及被告人：A公司、B公司、C公司、某甲

案外人：D、E、F、G、H、I、J、K、L、M、N、O（以上为自然人）、P公司、Q公司、R公司、S公司

基本案情：A公司、B公司、C公司、某甲（系A公司、B公司股东）通过向某国家工作人员行贿，使A公司、B公司、C公司分别违法取得了项目1、项目2、项目3开发权。后A公司股东某甲、D通过股权转让的方式将项目1开发权转让给F、G、H、M四人，二股东各获得部分违法所得；B公司股东L、J、I通过股权转让的方式将项目2开发权转让给D公司，三股东各获得部分违法所得；C公司股东F、G、H、M通过股权转让的方式将项目3开发权转让给E公司，四股东各获得部分违法所得；另J与C公司签订了其以P公司名义隐名持有C公司20%股权的协议。一审判决认定，某甲将部分违法所得向N、O出借，并利用违法所得购买房产及车辆，分别登记在K、E、Q公司名下，还将部分违法所得投入R公司、S公司。

该案一审期间，办案机关查封、扣押、冻结了各案外人名下的股权、房产、存款等财产。一审庭审中，各案外人均未出庭参加诉讼。一审法院经审理，判决各被告人、被告单位依法承担刑事责任，并判决追缴被告人某甲违法所得，追缴案外人L、F、G、H、I、M、J违法所得，追缴不足部分责令退赔；查封、扣押、冻结在案的其他案外人财产及财产性收益，属于被告人某甲违法所得的部分予以依法追缴，上缴国库。

一审判决作出后，被告单位A公司、C公司及被告人某甲不服，提出上诉。关于案外人名下涉案财物处置问题，A公司在上诉理由中提出，一审法院未允许H、M举证、旁听、参与诉讼，剥夺了其作为诉讼参与人的权利，判决追缴H、M股权及股权转让收益错误。C公司在上诉理由中提出，F、G、H、M不应作为追缴对象。某甲在上诉理由中提出，其向N、O出借的款项、一审查封、扣押、冻结的K、E、Q公司名下财产、其向R公司、S公司的投资以及D股权转让所得均属于各案外人合法财产，不应予以追缴。

该案二审期间，各案外人通过多种途径向二审法院、检察院及相关部门提出异议：

L、N、O、J、K、E、I、D、Q公司就涉案财物处置问题向二审法院提出书面异议。其中，L除提出其财产不应追缴外，还提出B公司不构成单位犯罪。

P公司就涉案财物处置向检察院提出抗诉申请，但未获支持。因申请时抗诉期限已过，P公司提出因一审法院未向其送达判决书、告知判决结果，因此一审法院应对超过抗诉期限承担责任。

---

[1] 李奋飞：《刑事诉讼案外人异议制度的规范阐释与困境反思》，载《华东政法大学学报》2021 年第 6 期，第 49 页。

[2] 参见韩波：《论涉案财物审理程序中案外人的参与权保障》，载《法学杂志》2020 年第 8 期，第 17 页。

G致信全国人大代表，反映一审判决涉案财物处置不当，相关信函由最高人民法院层层转至二审法院。

R公司、S公司向二审法院提交信访材料，反映一审判决涉案财物处置中存在的问题。

二审庭审中，各上诉人就上诉主张的案外人涉案财物处置问题发表意见并提交了相关证据，法庭当庭组织质证。经某甲辩护人申请，D以证人身份出庭，除提供关于各被告行贿事实的证言外，还就其对一审判决涉财产部分提出的异议发表了意见。就涉案财物处置问题，二审法院通过审查各上诉人的上诉意见及二审期间提交的新证据、各案外人提出的书面异议以及相关函件、信访材料，部分采信上诉意见及案外人异议，对一审判决关于涉案财物范围的认定予以部分纠正，认定一审查封、扣押、冻结的H、M、K、E、Q公司、R公司、S公司名下财产系各主体合法财产，并判决撤销一审判决涉财产判项，改判不予追缴H、M名下财产。

二审宣判后，案外人L认为发现能够证明其财产系合法所得的新证据，向上级法院提起申诉，现该案尚在审理中。

在现有法律框架内，通过提出异议参与刑事诉讼是案外人对刑事涉案财物主张权利的最直接方法。但因法律对案外人提出异议、参与诉讼的具体程序缺乏明确规定，导致案外人异议在司法实践中极易沦为虚置。上述案例中，涉案财物流向错综复杂，涉及案外人人数众多，因法律对案外人提出异议、参与诉讼的程序缺乏明确规定，各案外人采取的救济手段各不相同，凸显出现阶段刑事审判阶段案外人参与涉案财物处置存在的普遍问题。

（一）案外人诉讼地位不明确

《刑诉法解释》虽规定了案外人对涉案财物处置的异议权和申诉权，但并未明确异议人的诉讼地位，导致案外人在审判程序中面临尴尬的处境。案外人对涉案财物主张财产权利时，既不是为了被告人的利益行使辩护权，也不是为了被害人的利益请求公诉机关救济，而是为了自身权益提出主张及相关证据。[1]即便案外人能够得知自己的财产权利受损，意图通过提出异议维护自身权利，但以何种身份提出异议乃至参加庭审，享有哪些诉讼权利和义务，由于诉讼地位得不到明确，这些问题均未能得到解决，一定程度上影响了异议审查机制作用的有效发挥。前述案例中，案外人身份多种多样，包括被告人亲属以及与被告人存在交易关系、借贷关系的主体，二审开庭前各案外人均已通过各种途径了解涉案财物处置情况，虽在二审期间提出异议，但因诉讼地位不明，大多数案外人借由上诉人、上诉单位的辩护人及诉讼代表人陈述具体异议理由并举证、质证，未能充分自主行使诉讼权利。

（二）案外人知情权缺乏保障

知情权是相关主体向司法机关寻求程序救济的前提。案外人通过刑事诉讼程序主张权利的前提是知悉自己的权利受到了侵害。《刑事诉讼法》虽对当事人知情权作出了规定，但并未明确包括案外人在内的其他诉讼参与人的知情权。审前阶段，侦查、检察机关的查封、扣押、冻结行为是侵犯案外人财产权的高发区，但法律对办案机关的告知义务并无规定，因刑事侦查活动具有封闭性，案外人往往难以知道财物被采取强制措施，更难以知道采取强制措施的原因。审判阶段，由于法院告知义务的缺位，涉案财物处置程序运行透明度较低，案外人缺失了解涉案财物处置信息的途径，面临无从得知财产权利被侵害的风险，直接导致其无法对涉案财物处置提出异议，更失去参与诉讼程序的机会。前述案例中，各案外人由于不了解案件情况和进展，部分案外人甚至不了解是哪一起案件导致财产被采取强制措施，一审中均未能向法院提出异议。即使案外人提出异议甚至参与了庭审，因案外人与解决被告人刑事责任无关，无法获知判决结果及涉案财物处置信息，无法及时申请检察院抗诉或提起申诉。实践中，部分案外人通过案件当事人主动告知了解涉案财物处置情况，但绝大多数案外人无法与当事人建立联系，且这种方式无法保证案外人了解相关信息的及时性和准确性，如案例中P公司因了解涉案财物处置情况滞后，导致未能在抗诉期限内申请检察院抗诉。

（三）案外人异议程序缺乏具体规定

在刑事庭审中，法庭不仅应调查定罪量刑事实，还应当调查涉案财物权属，如查明涉案财物属

[1]参见黄风：《我国特别刑事没收程序若干问题探讨》，载《人民检察》2013 年第 13 期。

于案外人的合法财产，则应当解除相应强制措施。然而，我国目前尚未建立涉案财物独立裁判程序，涉案财物的审理依附于定罪量刑程序，并未分离开来，法院不会对涉案财物处置专门进行程序审理，而是在查明刑事案件事实、解决刑事责任问题后，对涉案财物进行附带处置。现行法律和司法解释对案外人异议程序规定过于粗疏，案外人程序参与权存在虚化现象。对于何种情况下应对涉案财物进行法庭调查、以何种方式进行法庭调查并无规定，均由法院依职权决定；对案外人提出异议、参与庭审的具体程序和相应诉讼权利亦无具体规定，案外人通过何种渠道、方式提出异议，是否有期限限制，何种情况下应通知案外人出庭，案外人庭审中如何陈述意见、出示证据，是否有权提出管辖权异议或回避申请，是否有权委托代理人参加诉讼，裁判文书对案外人异议及处理结果如何体现等问题均无相关法律依据，法庭无法制约公诉机关对涉案财物处置承担举证责任，案外人也往往无法有效行使诉讼权利、就涉案财物的权属提出证据、与各方当事人展开充分辩论，从而导致法院缺少充分、可靠的证据对涉案财物的性质及权属问题进行认定，裁判文书。在涉案财物数量大、当事人人数众多、涉案财物权属关系复杂的案件中，以上问题尤为凸显。前述案例中，各案外人通过不同的途径提出异议，部分采用信访、致信人大代表等非常规途径发表意见，可见其对如何保障自身财产权益存在路径选择困惑。二审法院对上诉意见中涉财产部分及案外人异议均进行了充分细致的审查，但因对案外人异议的具体处理缺乏法律依据，除D以辩方证人身份出庭外，其他案外人均未参加庭审，裁判文书也仅对上诉意见及上诉人当庭提出的意见予以回应，而对案外人异议未予涉及。

三、刑事审判阶段案外人参与涉案财物处置机制

由于法律供给的不足，加之受到传统“重人身轻财产”刑事司法理念的影响，法院在审判阶段往往存在对涉案财物权属调查不充分、案外人异议得不到实质化审查的问题，既影响刑事案外人财产权的保障，也不利于防止涉案财物的不当处置。因此，有必要在现有法律框架内，构建具体可操作的审判阶段案外人参与涉案财物处置制度，以促进刑事涉财产审判实质化，激活案外人异议程序应有的功能。2012年刑诉法在新增加的“特别程序”一编中规定了犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序，将关于犯罪事实的审查与关于涉案财物性质的审查相互分离，实现了刑事诉讼的任务从单一定罪量刑到处理“人的问题”和“物的问题”的分野，标志着刑事“对物之诉”机制在我国的确立，在案外人财产权保护方面形成了一个良好的开端。将这一机制引入刑事普通程序案件，以特别没收程序中利害关系人相关重大突破性规定（如公告、出庭、证明等）为参照，构建刑事审判阶段案外人参与涉案财物处置机制，不仅能够为案外人实质参与刑事涉案财物处置提供条件，而且符合审判中心主义的理念，可以提高司法裁判的公信力。

（一）案外人诉讼地位

当前理论界对案外人诉讼地位主要存在几类观点，一是将案外人视为刑事诉讼当事人；[1]二是赋予案外人等同于附带民事诉讼原告人的诉讼地位；三是参照民事诉讼第三人制度，将案外人作为刑事诉讼中有独立请求权的第三人；[2]四是将案外人列入刑事诉讼中当事人以外的诉讼参与人，让案外人在参与诉讼的同时不影响定罪量刑程序的裁判进程。[3]这些观点或简单类比民事诉讼结构而忽略刑事涉案财物处置的公权力性质，或不当削弱案外人的程序保障，无法实现案外人异议制度的目的，且难以与现行刑事诉讼程序有效衔接融合。

与特别没收程序相同，案外人参与刑事涉案财物审理属于刑事诉讼中的对物之诉，案外人的诉讼角色实质上是刑事对物之诉当事人。但刑事诉讼的中心任务是解决被告人的刑事责任，目前刑事诉讼普通程序中，对物之诉与对被告人的定罪量刑程序尚未分离，被告人的刑事责任与案外人没有法律上的利害关系，涉案财物处置措施亦不属于刑罚，不涉及追究案外人的刑事责任，因此案外人尚不具备归为刑事诉讼当事人的条件。[4]案外人在刑事诉讼中通过对涉案财物处置提出异议，起到的

---

[1]参见吴成杰：《刑事涉案财物的审查认定及处理》，载《人民司法》2014 年第 13 期。

[2] 参见张元鹏：《论刑事涉案财物处置中案外人的权利保障》，载《法律适用》2023 年第 5 期。

[3] 参见孟军、徐榕：《案外人参与刑事诉讼涉案财物审理：属性、模式与程序》，载《河南警察学院学报》2024 年第 3 期。

[4] 参见前注孟军、徐榕文。

是对案件对物之诉相关事实的证明作用，在当前刑事诉讼制度框架下，其诉讼地位实质上属于证人，可以认为，案外人是较其他证人享有更高诉讼权利的一类特殊证人。江西省高级人民法院刑二庭《关于规范刑事诉讼涉案财物处置工作的指导意见（试行）》（赣高法刑二【2019】1号）第十一条规定，“审理期间，案外人对查封、扣押、冻结的涉案财物的权属提出异议的，应当在开庭前向人民法院提交书面的异议申请和相关的权属证明。必要时，人民法院可以通知其作为证人出庭作证。”为案外人以证人身份参与刑事诉讼提供了地方性司法文件依据。

（二）案外人知情权保障机制

保障案外人诉讼知情权，确保案外人在自身财产权受到侵害时能够及时、全面了解相关涉案信息，是案外人在审判阶段有效参与涉案财物处置程序的前提和基础。域外刑事诉讼立法普遍建立了案外人告知制度，如德国《刑事诉讼法》规定，如果案外人的实体利益可能存在于被没收的涉案财产中，法院就应当通知案外人参与程序；日本《刑事诉讼法典》规定没收涉案财物时必须保障案外人的知悉和抗辩权利，检察机关起诉时，如需没收案外人财产，应当将案件移送的法院、被告的姓名和拟没收财物的名称和数量、没收依据等书面送达案外人。我国现行法律并未规定公安、司法机关对案外人的告知义务，可借鉴域外立法经验，并参照我国刑诉法特别没收程序，在立法层面建立刑事诉讼普通程序中的案外人审前知情权保障制度。

（1）审前阶段

审前阶段包括侦查和审查起诉阶段。根据《刑事诉讼法》第142 条的规定，侦查机关对查封、扣押的财物、文件，应当会同在场见证人和被查封、扣押财物、文件持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。但财物持有人与财物所有权人不一定同一，向持有人开列财物清单，并不必然使对财物享有实体权利的案外人知悉相关财物被采取强制措施的情况。《公安机关涉案财物管理若干规定》第二十一条规定，“善意第三人等案外人与涉案财物处理存在利害关系的，公安机关应当告知其相关诉讼权利。”据此，侦查机关对涉案财物采取强制措施后可制作清单，列明涉案财物信息、采取强制措施情况及主要理由，并通过互联网或其他媒体向社会公众进行公示，同时将案外人异议权等诉讼权利进行公示，告知提出异议的途径和期限。针对某些特定案件，公示涉案财物采取强制措施情况存在干扰侦查活动可能性的，可在侦查终结后再行公示。侦查机关将案件移送审查起诉，公诉机关对涉案财物处置措施进行审查后，应根据审查情况初步确定权利人范围，与权利人联系并听取权利人意见，并将审查意见通过互联网或其他媒体向社会公众进行公示。

（2）审判阶段

审判阶段是刑事诉讼程序中保护案外人财产权益最为关键的环节，这一阶段人民法院的告知义务相比审前阶段更为重要。首先，告知内容应当全面。法院在受理刑事案件后，应将案由、案件来源、当事人基本情况、涉案财物的种类、数量、价值、所在地等以及已查封、扣押、冻结财产的清单和法律手续、涉案财物属于违法所得或其他涉案财产的相关事实、理由及法律依据、案外人申请参加诉讼的期限、方式以及未按照该期限、方式申请参加诉讼可能承担的不利法律后果以及起诉书所附涉案财物清单一并向社会公众公示，同时说明案外人对涉案财物处置具有提出异议、提供证据、申请参加庭审的权利，并说明行使上述权利的方式和期限，以及未按指定方式期限提出异议或申请参加诉讼的法律后果；开庭时间、地点确定后，也应一并公示。其次，告知方式应当灵活、广泛。为确保所有财产权利人均能了解涉案财物面临司法处置的情况，法院应全方位向社会公众告知相关信息，可通过法院官方网站、微信平台、公开发行的报纸等媒体及法院公告栏发布公告，必要时可在犯罪地、犯罪嫌疑人、被告人居住地或者涉案财物所在地发布公告。同时，应根据案件具体情况，通过电话、短信等方式向已知的财产权利人及可能与涉案财物有关的潜在权利人进行单独告知。最后，公示期限应当充足，尽量给案外人留足充分时间以了解相关情况。可将公示期限设置为法院受理案件之日起至判决作出之日止，在此期间案外人均可就涉案财物处置向法院提出异议，法院根据异议提出的时间段进行区别处理，庭审前提出的可通知案外人参加庭审，庭后提出的可视情况进行书面审查或再次开庭。

（三）案外人参加刑事诉讼程序

刑事涉案财物案外人异议制度完善的核心是保障案外人的程序参与权，将案外人切实纳入诉讼程序中。因此有必要优化刑事涉案财物处置程序的诉讼构造，实现刑事涉案财物处置程序的诉讼化改造，保障案外人的程序参与权。在明确案外人诉讼地位并充分保障案外人知情权的基础上，可参照特别没收程序相关规定，对案外人参与刑事诉讼的具体程序及救济机制进行设计。

1.参审程序

为降低案外人维权门槛，对于审判阶段案外人提出异议的方式应当放宽限制，异议既可以以书面形式提出，也可以口头提出；既可以本人提出，也可以委托诉讼代理人提出。口头提出的，人民法院应当制作异议笔录。案外人提出异议时，应当一并提出能够初步证明异议事实的线索和证据。开庭审理前，法院应当对涉财产事实及案外人异议进行初步审查，案外人仅对被告人定罪量刑提出异议而未对涉案财物提出权属异议的，以及经初步审查能够确定案外人对涉案财物不具有可主张的权利的，应告知案外人其异议不予受理。对其他案外人异议，均应受理并审查。对于涉案财物权属较为清晰、争议不大的案件，可以在定罪量刑程序中附带解决涉案财物处置问题，在举证环节审查涉案财物情况时一并对案外人异议进行审查；而对于涉案财物权属关系复杂以及案外人争议较大的案件，则应设立相对独立的涉案财物处置程序，并对案外人异议设置专门的审查环节，必要时应当召开庭前会议，法庭可以通过庭前会议向公诉人、当事人、辩护人及案外人了解有关涉案财物的权属情况和公诉机关的处理建议等问题。这里需要明确的是，案外人的诉讼地位虽为证人，但因其对涉案财物具有独立的请求权，有必要通过特殊的程序设计赋予其高于普通证人的诉讼权利。

对于案外人申请出庭参加诉讼的，原则上均应准许，人民法院确定开庭日期后，应当通知其开庭的时间、地点；案外人未申请出庭但法院认为有必要通知其出庭的，应当以传票形式传唤该案外人。案外人出庭的，庭审中有权申请相关人员回避，有权申请证人、侦查人员、鉴定人出庭，有权就涉案财物处置问题向被告人及其他证人发问，有权提交证据、申请通知其他证人出庭作证、申请法庭调取证据，有权对涉案财物权属相关证据发表质证意见，有权就涉案财物处置的事实认定与法律适用全面发表辩论意见。但其诉讼权利应限于涉案财物处置部分，不得对案件定罪量刑部分发表意见、举证质证。对于案外人提出的主张和提供相关证据，应当由公诉机关及各方当事人进行质证和辩论。在各方充分发表意见、举证、辩论的基础上，法院根据审理情况对案外人异议进行处理。

在对涉案财物作出处置的裁判文书中，法院应在经审理查明的事实中对涉案财物相关事实进行表述，列明控方、辩方及案外人对于涉案财物处置的意见，说明对案外人异议审查情况及相关证据认定情况，并对争议的涉案财物认定和处置依据的证据、事实和法律等进行充分分析说理，财产性判项应当明确、具体，没收财产、追缴或责令退赔判项应明确财物、金额或财物的名称、数量等情况，查扣物品在判项中具体列明，违法所得继续追缴明确具体的财产范围。涉案财物或被害人人数较多，不宜在判决主文详细列明的，可以另附清单。判决作出后，应当向案外人告知对涉财产事实的认定结论、涉案财物处置结果及理由。

另外需要注意的是，部分案外人并不直接提出异议，而是通过被告人、被害人及其辩护人、诉讼代理人发表关于涉案财物处置的意见。对经合法公告但案外人未提出异议的，当事人发表的相关意见应视为当事人自己的诉辩意见审查处理，而不作为案外人异议审查。

2. 救济机制

为不服一审涉财产判决的案外人设置权利救济机制，对完善案外人参与涉案财物处置制度具有重要意义。《中共中央办公厅、国务院办公厅关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》指出，案外人具有申请抗诉权，但该规定与刑诉法尚不能较好衔接，且《意见》系司法指导性文件，效力有待商榷，因此现阶段案外人权利救济缺乏法律依据。案外人对涉财产判项享有上诉权是许多国家和地区的通行做法。我国现行刑诉法和司法解释尚未赋予普通程序案外人独立上诉权，但已在特别没收程序中实现了相关突破。《刑事诉讼法解释》第六百二十二条规定，“对没收违法所得或者驳回申请的裁定，犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者其他利害关系人或者人民检察院可以在五日以内提出上诉、抗诉。”未来《刑事诉讼法》可探索明确普通程序案外人就涉案财物处置部分的上诉权，确立对物裁判的第二审机制，第二审程序亦可参照特别没收程序进行设计。

四、结语

刑事涉案财物处置适用于所有财产犯罪，且涉及审前、审判、执行等各个诉讼阶段。《刑事诉讼法》及司法解释的最新修订标志着我国案外人财产权保障制度的确立，为案外人参与刑事诉讼打开了制度的大门。但这些规定仍有待进一步细化，对案外人合法权益的保护程度有待进一步提高。在推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的大趋势下，通过完善刑事审判阶段案外人参与涉案财物处置制度，设置刑事诉讼普通程序中“对物之诉”的案外人实质参审机制，是加强案外人财产权保障的应有之义，亦符合司法公平正义的价值追求。展望未来，若要从根本实现刑事诉讼案外人异议审查实质化，还需进一步更新诉讼理念，完善相关立法，从程序上推进刑事涉案财物处置的诉讼化改造，优化案外人在涉案财物处置程序中的财产权保障路径。

新型经济犯罪中涉案虚拟财产管理模式的重塑

温家珠　洪刚*

摘　要：随着信息网络技术的飞速发展，新型经济犯罪中越来越多的涉案财产以虚拟形式生成与储存。然而，我国目前对于虚拟财产管理方面的法律规定处于空白状态，司法实践做法不一。新型经济犯罪中的虚拟财产具有中心化、匿名性、跨境性等特点，管理难度较大，现有的管理模式导致涉案虚拟财产保管手段的特殊性被忽略、从收集到执行的技术性被割裂、对犯罪事实的证明性被限制、利益相关方的参与性被阻断。为应对这一挑战，有必要搭建统一管理的专业性机构，把控管理流程的手段与风险，创新价值性证明的评估方式，保护涉案公民的数字性权益。在此基础上采取一站式管理模式，并进一步对一站式管理模式的理念、权责、对象和数字化管理方式进行了明确，助推涉案财产处置工作现代化。

关键词：新型经济犯罪　虚拟涉案财产　一站式管理模式　数字化管理

一、问题的提出

随着“互联网+”、大数据、云计算等技术与经济活动联系越来越紧密，传统经济犯罪呈现出形式多样、内容新颖的特征，大量新领域的经济犯罪也不断涌现。虽然经济犯罪在各类犯罪中所占比例相对较低，但由于其对市场经济秩序、国家经济安全以及人民群众的财产利益造成了巨大破坏，仍然受到了公众的广泛关注，导致对涉案虚拟财物管理有关的需求逐步攀升。新型经济犯罪中的虚拟财产因其去中心化、匿名性、跨境性等特点，要求主管部门在处置涉案虚拟财物时，既要坚持一般财物处置的基本原理，又要兼顾其特殊需求。但是，由于现行法律尚未对涉案虚拟财物管理问题作出统一规定，公安机关对涉案虚拟财产的处置只能依靠间接性的规范依据。具体而言，一是扣押涉案虚拟财产，公安机关主要依据公安部 2019 年公布的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》第 7 条关于收集、提取电子数据的措施与方法的规定；二是涉案虚拟财产的保管，主要依据是公安部 2020 年《公安机关办理刑事案件程序规定》第 236 条关于“易损毁、灭失、腐烂、变质而不宜长期保存，或者难以保管的物品”规定；三是涉案虚拟财产的处置变现，主要依据是《公安机关办理刑事案件程序规定》第 246 条关于“对冻结的债券、股票、基金份额等财产”的规定，而关于具体的兑付方式、处置程序均缺乏详细规定。总体来看，新型经济犯罪中涉案虚拟财产在管理方面面临扣押难、保管难和处置难的“三难”境地，给犯罪治理带来不小的困扰。

从司法实践来看，为贯彻落实《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中进一步规范刑事诉讼涉案财物处置的工作要求，各地公安机关针对刑事诉讼涉案财物管理问题进行了深入探索和改革。但是，涉案虚拟财物管理的搜查与扣押、移送与接受、保管与处理、执行与返还，都与传统涉案财物有所区别，目前各地司法机关在新型经济犯罪治理中对涉案虚拟财物的管理缺少极具代表性的可借鉴经验，缺乏统一的操作规范。从研究情况看，针对新型经济犯罪问题，学界对网络犯罪的教义学处理已有部分研究成果，但对于刑事诉讼涉案虚拟财物的程序性处置的研究还较为分散，仅将“涉案虚拟财物”作为“刑事诉讼涉案财物”内容意义上的组成部分[1]，研究的系统性和针对性不足。规范涉案虚拟财物相关司法程序作为党中央确定的一项重大司法改革项目，有待深入研究。鉴于此，笔者从新型经济犯罪中的虚拟财产管理为切入点，探究虚拟财产从保管到执行的生命流程环节存在的困境，明确管理模式转型的功能需求，进而构造一站式管理合规模式，以期为刑事涉案财物管理完善提供有益借鉴。

二、新型经济犯罪中涉案虚拟财物管理的现状考察

近年来，随着电信网络诈骗犯罪、互联网高科技手段犯罪的频发，刑事诉讼中针对涉案虚拟财物处置的程序规制显得愈发重要，刑事涉案虚拟财物处置的现实需求大大增加。目前，虚拟财物管

---

* 本文系中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善项目”新型经济犯罪中涉案虚拟财产的管理模式问题研究成果。
作者简介：温家珠，女，山西晋中人，南京大学法学院博士研究生，研究方向为刑事诉讼法学。洪刚，男，安徽芜湖人，中国司法大数据研究院社会治理研究中心法律研究员，法学博士，研究方向为刑事诉讼法学。

[1] 参见郑曦、段旭东：《刑事诉讼中涉案虚拟财物的处置——以元宇宙场景为例》，载《阅江学刊》2022 年第 3 期，第 51-58 页。

理处于法律缺位状态，虚拟财物往往作为与刑事案件相关联的犯罪对象、犯罪工具、违法所得而被纳入涉案财物[1]。同时，虚拟财物尤其是比特币等虚拟货币也成为洗钱罪、非法集资等经济犯罪的重要工具[2]。

关于新型经济犯罪中涉案虚拟财物的管理。关于依据《公安机关涉案财物管理若干规定》《公安机关办理刑事案件程序规定》等规定对新型经济犯罪中涉案虚拟财物进行管理，包括涉案虚拟财物查证、提取、保管、处置全流程以及监督管理工作。在实践当中，主要存在以下几种处理模式：一是一体查扣模式，对虚拟财产的实物载体进行扣押，公安机关依法对涉案物品进行查封、扣押或冻结，以确保虚拟财物的完整性和安全性。这种模式与传统涉案财物的管理模式没有区别，就是由公安机关对涉案财物采取单方面的强制性措施，当事人对此只能被动接受，但是这种模式没有考虑如何将虚拟财物进行变现，虚拟财物只有变现之后才能真正彰显其价值，而其实物载体本身并无价值；二是单独提取模式，公安机关对涉案虚拟财物的线上数据进行提取和分析，同时对其线下实物载体进行查封或扣押，线上线下分别提取。这种模式是对一体查扣模式的进一步优化，然而将涉案虚拟财物的线上数据从实物载体中提取对技术性要求过高，这往往需要当事人认罪认罚，予以配合，倘若当事人人不配合侦查机关的工作而拒不交出私人密钥，那么单独提取的目的便很难实现，例如，德国巴伐利亚州肯普滕镇的一名检察官表示从一名诈骗者手中没收了价值超过 5000 万欧元（约合 6000 万美元）的比特币，但因为无法破解密码而不能解锁这笔资产[3]。三是强制划扣模式，对当事人控制的虚拟财物采取划拨式扣押的方式，即重新设定私钥后转到执法机关的钱包或者地址。四是变现冻结模式，在这种模式下，公安机关往往会委托第三方机构对涉案虚拟财物进行托管和变现处理。委托第三方机构能够有效地解决困扰公安机关的技术性难题，当前的主流做法是通过劝说犯罪嫌疑人认罪认罚，配合公安机关将涉案虚拟货币委托第三方出售，将获得的款项进行退赔或上交国库，然而这一模式也会伴随着如何认定第三方机构的资质、由谁来承担高昂的处置费用、如何对第三方机构进行有效的监管等问题的发生。

关于新型经济犯罪中涉案虚拟财物的处置。不管是普通涉案财物还是虚拟涉案财物，总体上都是由公安机关、检察机关、审判机关以及在某些案件类型中的行政机关行使处置权。公安机关是最早接触刑事案件的机关，在侦查阶段，公安机关依法对涉案财物进行查封、扣押、冻结等强制性措施，并对涉案草屋进行整理、制作清单、财产保全等。而且由于虚拟财物具有特殊性，公安机关可以先行处置以实现财产保值。首先，公安机关先行处置涉案虚拟财物时，对涉案财物采取的查封、扣押、冻结、拍卖、变现等措施，几乎都由侦查机关自行决定、自行实施。其次，公安机关注重涉案财物的证据属性，按照“办管分离、分级管理、来去明晰、妥善保管、案结物清”的管理原则，在案件办结前，对涉案财物采取查封、扣押、冻结等强制性法律措施，或通过其他强制性手段进行及时有效的查控和保全，这些方式具有临时性和阶段性的特点[4]。最后，对于涉案财物的先行处置，《公安机关办理刑事案件程序规定》规定可以对于易损毁、灭失、变质等不宜长期保存物品、易贬值的汽车、船艇等物品或者市场价格波动大的债券、股票、基金份额等财产，或者有效期即将届满的票据等可以先行处置，经权利人申请或者同意，并经县级以上公安机关主要负责人批准，可以依法出售、变现或者先行变卖、拍卖。对涉案财物的变卖、拍卖应当坚持公开、公平原则，由县级以上公安机关商本级人民政府财政部门统一组织实施，严禁暗箱操作。公安有权对涉案的各种财物进行扣押等行为。侦查机关首先需要与犯罪嫌疑人进行沟通交流，劝导其上交虚拟货币的密钥，并同意将电子钱包中的虚拟货币转移到侦查机关或侦查人员所创立的电子钱包中，再由侦查机关对密钥以及创立电子钱包的设备进行分别保管。

三、新型经济犯罪中涉案虚拟财物现有管理模式的实践困境

随着互联网信息技术的迅速发展，新型经济犯罪日益增多，涉案虚拟财物在新型经济犯罪中既

---

[1] 参见余剑：《财产性数据的刑法规制与价值认定》，载《法学》2022 年第 4 期，第 78-87 页。

[2] 参见韩红兴、王然：《论刑事涉案虚拟货币处置程序的构建》，载《犯罪研究》2023 第 3 期，第 82-90 页。

[3] 参见《德国检方没收诈骗犯 6000 万美元比特币但破解不了密码》，载新浪科技 2021 年 2 月 5 日，https://finance.sina.com.cn/tech/2021-02-05/doc-ikftssap4267596.shtml。

[4] 参见李班：《涉案财物管理监督机制建设初探》，载《公安研究》2022 年第 2 期，第 41-46 页。

是犯罪工具，也是犯罪目标，给刑事案件的侦查、取证、追缴和追诉带来了巨大挑战。目前，我国法律没有为公安机关提供涉案虚拟财物管理的明确规则指引，技术资源也有所欠缺，涉案虚拟财物管理面临规范层面和技术层面的多重困境。针对涉案虚拟财物管理模式，主要存在以下几方面的困境。

（一）忽视了涉案虚拟财物保管手段的特殊性

由于虚拟财物具有匿名性、不可逆性以及跨境性的特点，传统的物证保管、犯罪所得追缴等方式不能有效应用于虚拟财物。例如，虽然提出了使用新私钥接收虚拟货币并进行物理隔离的方法，但这种方法在实际操作中可能会遇到技术和程序上的困难，占有私钥保管"模式无法确保固定比特币在账[1]，这影响了查控证据、保全财产和保障诉讼顺利进行的实际功效。随着虚拟财物技术的不断创新，新的加密货币、虚拟货币交易及挖矿技术层出不穷，区块链技术也存在不稳定性和诸多安全漏洞，导致虚拟财物载体容易被窃取和攻击。此外，若采取私钥物理隔离的方式，在公安机关采取扣押行动之前，犯罪嫌疑人也有可能对"私钥"进行备份，进而在公安机关保管期间启动"备份私钥"转移和隐匿数字资产。相关部门在虚拟财物保管方面需要提升技术能力和安全防护水平，但现有管理模式常常忽视了这些特殊保管手段的重要性。由于区块链技术的公开透明性，侦查机关搜查扣押涉案数字资产时，以及对链上的信息进行分析时，有极大可能会侵犯公民隐私。

（二）割裂了涉案虚拟财物从收集到执行的技术性

现有传统涉案财产管理模式针对物质资产的处理，如现金、房产、股票等，在技术和程序上较为成熟。但随着虚拟财物在新型经济犯罪中的作用越来越大，传统的管理模式开始暴露出技术性上的不足。由于虚拟财物具有数字化、去中心化和跨境流动的特性，它的收集、认定和处置过程需要具备相应的技术支持和专业知识。然而，现行的涉案财产管理模式在以下几个方面存在明显的技术性裂痕。首先，传统的取证和鉴定手段在涉案虚拟财物方面往往无法确保证据的有效性和完整性。例如，在对加密货币交易记录、数字钱包等数据的搜集和分析过程中，由于加密技术的广泛应用以及虚拟财物的无形性和易变性增加了取证的难度，同时，虚拟财物的交易记录往往分散于多个平台或系统中，容易遇到取证困难、证据链的断裂等问题。其次，现有管理模式无法充分应对割裂涉案虚拟财物收集中涉及的技术难题。例如，由于虚拟财物交易记录可能存在多样化的公链和私链，需要具备一定的技术能力才能进行有效地收集和辨认。再者，传统涉案财产管理模式在虚拟财物追缴和处置方面面临重大挑战。涉案虚拟财物的追缴往往涉及跨国、跨部门的协作，这不仅涉及不同国家和地区的法律体系差异，还涉及跨部门间的信息共享和协作机制建设。传统的法律手段往往难以适应快速变化的数字化环境，不足以解决涉案虚拟财物的执行困难。此外，由于虚拟财物的价格波动和流动性较大，如何妥善处置这些财物以保护被害人和国家利益也是一个难题。 最后，传统涉案财产管理模式在涉案虚拟财物的保管和安全防护方面也存在不足。虚拟财物保管的过程中并非简单地将财物"锁定"在一个物理场所，而是需要依赖于技术手段确保其不被非法操控、盗窃或用于其他犯罪活动。

（三）限制了涉案虚拟财物对犯罪事实的证明性

现有的传统涉案财产管理模式主要是针对现实资产，如现金、房产、股票等权益的分配机制。然而，在新型经济犯罪中，此类模式往往不能充分满足虚拟财物对犯罪事实证明的要求。这主要表现在以下几个方面：首先，虚拟财物具备数字化、跨境性、匿名性等特点，使得现有涉案财产管理模式的取证环节难以顺利进行，且容易受到国内外监管差异的影响，确保数据的完整性、真实性和可追溯性成为一大难题。其次，传统涉案财产管理模式所依托的实体资产负债表和交易日志在虚拟财产领域难以发挥同样的作用。虚拟财产生成、转移和使用过程往往发生在数字世界中，难以通过传统的实体资产负债表和交易日志进行完整记录。传统手段很难获取涉案虚拟财物的完整、关联性强的信息链条，因而无法有效还原涉案虚拟财物的生成、转移和使用过程，增加了调查取证的难度，也会影响执法部门对涉案虚拟财物的认知和判断。再次，现有的传统涉案财产管理模式对虚拟财物证明价值的挖掘具有局限性。虚拟财物依托于复杂的网络系统和算法机制，其存在形态、流转方式

[1] 参见田力男：《刑事涉案虚拟财产强制处分论》，载《中国法学》2023 年第 5 期，第 111 页。

以及价值判断都与传统的实体财产有着本质的区别。我国的法定证据种类中，电子数据与虚拟财物的特征颇为相似，都具有虚拟性，形成或储存在电子介质。有学者早在论述电子数据的搜查、扣押法律规制时就曾指出，与传统证据相比，电子数据具有存储内容的海量性、形态的易变性、变动的可察觉性、内容的难以直接感知性等特点[1]，因此对于电子数据的管理要求更高。由于缺乏对虚拟财物运作机制和价值归属的深入了解，很难从技术和法律层面对涉案虚拟财物的认定和证明提供充分支持。最后，在保管和处置环节，传统管理模式的落地执行效果受到挑战。虚拟财物的存储和保管依赖于高度专业的技术知识和先进的加密技术，同时，虚拟财物的流动性强、价格波动大，且缺乏统一的评估标准，其价值的确定尤为复杂。当涉及加密货币、权益代币等虚拟财物时，衍生出技术保管、资产处置等诸多问题，而现有模式缺乏有效空间来解决这些问题。

（四）阻断了涉案虚拟财物利益相关方的参与性

现有传统涉案财产管理模式在处理涉案虚拟财物时，往往阻碍了利益相关方的参与。首先，涉案虚拟财物的特性与传统财产存在显著差异，具有匿名性、跨境性和技术复杂性等特点，对数字技术的依赖性大，传统的管理模式无法充分适应这些特性，导致涉案虚拟财物的收集、处置和保管环节存在很多不透明和不可控因素。在这种情况下，利益相关方很难充分了解和参与虚拟财物的管理过程。其次，虚拟财产往往体量较大，流动性强，形式多变，价值不定，传统的涉案财产管理模式对虚拟财物的取证、追缴和处置能力有限，存在操作困难、证据链断裂等问题，利益相关方很难有效参与到这些过程中，同时，利益相关方（如犯罪嫌疑人、被害人、虚拟财物交易平台、应用开发商等）在涉案虚拟财物的各阶段过程中，可能面临诸如不公平、不合理的待遇等问题，从而导致他们无法充分融入虚拟财物的管理过程。再次，受我国经济政策的影响，虚拟财产变现存在限制，传统涉案财产管理模式在涉案虚拟财物取证和处置时，通常忽略了各利益相关方的合法权益，特别是隐私权和财产权等基本权益。这种做法削弱了涉案公民的法律地位，可能导致他们在虚拟财物管理过程中无法发挥应有的作用。最后，传统涉案财产管理模式下的行政和司法部门，在涉案虚拟财物管理过程中可能缺乏有效的沟通、协作和信息共享机制。这导致了各利益相关方及其代理人在虚拟财物的取证、追缴和处置过程中相互之间的信息获取和沟通受到限制，使得他们难以维护自己的权益。

四、新型经济犯罪中涉案虚拟财物管理架构转型的功能需求

针对新型经济犯罪涉及的虚拟财物管理存在的问题，需要改革现有的管理架构。由于涉案虚拟财物较之现实世界中的财产具有一定的特殊性，因此刑事诉讼中对涉案虚拟财物进行管理时，既要坚持一般财物管理的基本原理，又要兼顾其特殊需求，由此可以提出以下四个管理架构转型的核心功能需求。

（一）需搭建统一管理的专业性机构

保管是涉案财物诉讼全周期的重要环节。作为证据的涉案财物关涉证据链的完整性，乃至定罪量刑和公平正义的实现。作为财产的涉案财物，关涉财产价值的大小、变化及作为基本人权的财产权。我国传统上对涉案财物主要关注证据价值，对其财产价值关注较少。对于涉案财物的保管，《刑事诉讼法》规定了“随案移送”，长期以来，涉案财物的保管一直是采用分散模式。从纵向看，刑事涉案财物随侦查、起诉、审判阶段推进，在侦查机关、检察机关和审判机关之间依次流动，公安司法办案机关对涉案财物分别保管。从公安司法机关内部来看，涉案财物在传统上也是由办案机关分散保管。以公安机关为例，在侦查办案环节，传统上涉案财物由派出所、刑警队等具体办案部门各自保管，甚至由办案人员自行保管。随着涉案财物管理过程中不断暴露问题以及执法规范化的发展，涉案财物的集中保管逐渐成为趋势。

实践中，我国虽然有公安机关委托第三方机构侦破涉数字资产案件的实例，但属于临时性、特殊性的举措，搭建长效的数字资产刑事处置公私协作平台方为长远之计。公安部、科技部联合部署推进的科技兴警三年计划（2023—2025 年）中明确指出，要深入推进创新平台建设行动，通过建设全国重点实验室、培育国家技术创新中心、推动地方科技创新平台建设等，科学规划和合理布局公

[1] 参见陈永生：《电子数据搜查、扣押的法律规制》，载《现代法学》2014 年第 5 期，第 111-127 页。

安领域技术创新平台，探索警民创新主体有机融合模式，引导科技创新资源向公安基础研究领域集聚。这为平台建设提供了有力的政策依据。除此之外，作为辅助机制建设，我国还应当完善相应的法律规则并加强国际司法协作[1]。

（二）需把控管理流程的手段与风险

流程控制和风险管理是涉案虚拟财物管理架构转型的重要需求。虚拟财物的匿名性、跨境性等特点给涉案虚拟财物的管理带来了诸多挑战，在管理流程中，需要采用先进的技术手段来提高监管效率和准确性。例如，可以利用大数据和人工智能技术，对电子存证进行全链条监管，同时，对大量数据进行分析，以识别异常交易行为，从而提前预防和打击犯罪活动。此外，还需要建立健全的风险评估体系，对不同类型的虚拟财物进行分类管理，明确每种财物的风险特征和管理要求，以数字化技术为依托，追溯风险源头，搭建有针对性的预防机制和监督反馈手段，聚焦风险评估、事前预防、监督反馈全流程，形成管理严密的风险评估和防控体系，以提高管理效率，确保风险得到有效控制。为了实现对涉案虚拟财物的统一管理，我们应设立相应的专业性机构。在统一管理的专业性机构中，积极梳理并完善涉案虚拟财物从取证、追缴、保管到处置的全过程监管；制定符合法律法规和现实情况的操作规程和控制措施，确保各环节的安全可控；流程应当明确，并涵盖各利益相关方的合法权益保障，注重平衡各方利益，均衡保护个人财产权益和社会公共利益，确保公平、公正、公开的原则得到贯彻落实。

（三）需创新价值性证明的评估方式

涉案虚拟财物管理模式改革需要创新价值性证明的评估方式，主要原因在于虚拟财物的特殊属性使得传统评估方法不再适用。虚拟财物具有全球性、去中心化、匿名性等特点，与现实财产相比，其取证难度和价值评估的复杂程度较高。创新评估方式不仅有助于展现虚拟财物在犯罪事实证明方面的潜力，还能更准确地评估其价值，从而推动犯罪所得的追缴和公平处置。

首先，人工智能、大数据和区块链等先进技术手段的应用，将极大提高虚拟财物价值评估的准确性与效率。此外，技术进步将帮助打破传统价值评估方法所受到的技术、法律和监管壁垒。人工智能等技术可以实现对海量数据的自动化处理与分析，通过对用户行为、交易记录等数据的挖掘和分析，揭示虚拟财物的使用频率、流通情况等重要信息，为价值评估提供有力支撑，同时根据市场变化实时调整评估模型，确保评估结果的时效性和准确性。通过关联分析，能够揭示出虚拟财物与犯罪行为的内在联系。此外，大数据还可以帮助识别虚拟财物市场中的潜在风险和问题，为监管部门提供决策依据。

其次，需要建立一个多学科的、综合性的评估指南，将法律、经济、金融、技术等不同领域的专业知识、方法与实践相结合。在法律领域，我们将深入分析虚拟财物的法律属性、权属关系以及相关法律法规的适用问题，为评估工作提供坚实的法律基础。同时，我们还将关注虚拟财物在司法实践中的案例和判决，以汲取经验和教训，为评估工作提供有益的参考。这使得涉案虚拟财物的价值评估不仅具有广泛的适用性，更体现了现代金融创新和科技发展的趋势。再者，引入第三方评估机构参与虚拟财物价值的评估过程，有助于确保评估结果的客观性、公正性和可靠性。第三方评估机构具有专业知识、独立性和公信力，能够有效减轻政府部门的负担，提高评估效果。

最后，应依法保护涉诉人员的合法权益。相关部门在取证、评估、处置涉案虚拟财物过程中，应遵循法律原则和程序，严格遵守技术规定，确保犯罪嫌疑人、被害人以及其他涉案人员的合法权益，保证其合法财产不受侵犯，尽可能挽回经济损失。同时，评估过程的透明度和公正性将有利于提高司法程序的公信力，保证个案正义，并为地方法治和社会公正提供支持。综上，涉案虚拟财物管理模式改革亟待创新价值性证明的评估方式。这一创新将有助于提高价值评估的准确性及可靠性，确保犯罪所得追缴的效果以及涉诉各方的权益。而这些正是应对新型经济犯罪、维护法治、金融秩序和社会公平正义不可忽视的关键。

（四）需保护涉案公民的数字性权益

涉案虚拟财物管理模式改革需在维护法治秩序、打击犯罪的同时充分保护涉案公民的数字性权

[1] 参见马明亮、徐明达：《数字资产刑事处置的公私协作平台建设》，载《数字法治》2023 年第 4 期，第 127 页。

益。虚拟财产与数字权益联系紧密，作为管理模式改革的核心，应运用先进技术手段和法律原则来确保公民在涉案虚拟财物管理过程中的个人信息安全、隐私权、财产权等得以充分保障。首先，在涉及虚拟财物取证、追缴及处置环节，执法部门应遵循法律原则和程序来确保公民的法定数字权益。特别是在涉及个人隐私的情况下，必须遵守相关数据保护法规，确保涉案公民的个人信息不被滥用。其次，改革过程中应注重公平原则，确保合法权益的平衡。在犯罪所得追缴后的虚拟财物分配环节，执法部门需为被害人提供有效救济，并确保其他涉案人员的合法权益不受损害。在对涉案虚拟财物进行审判和处置时，司法部门应确保公正公平地对待所有利益相关方。此外，管理改革还需加强对涉案虚拟财物的监管，在遵守法律规定的前提下，通过对虚拟财物交易进行实名制管理，以便有效追踪虚拟财物的交易记录和流转情况，同时设立资金阈值，限制可疑交易行为，以减小涉案公民在虚拟财物领域所面临的风险，防止虚拟财物被用于非法活动。最后，要及时完善与虚拟财物管理相关的法律法规，为保护涉案公民的数字性权益提供有力的法律支持。与此同时，教育和提高公众对虚拟财物和数字权益的认识，帮助公民更好地维护自己的权益。总之，在涉案虚拟财物管理模式改革中，确保涉案公民的数字性权益是一项至关重要的任务。政府部门应共同努力，通过合法、公平、透明的管理方式，为公民提供更为安全、可靠的虚拟财物管理环境。

五、新型经济犯罪中涉案虚拟财物一站式管理的新模式

为应对新兴经济犯罪中涉案虚拟财物管理的法律需求，主张采取一站式管理模式，明确一站式管理的基本理念、权责分配和管理对象，采取数字化的管理方式。传统分散的涉案财物保管场所升级为现代化的统一的涉案财物管理中心，其功能也应当提升改变，与时俱进。作为现代化的涉案财物管理中心，“物的看守所”应当遵循以下模式，以实现高效、安全和透明的虚拟财物管理。

（一）一站式管理的权责

基于现代化涉案财物管理中心（“物的看守所”）的功能定位，涉案财物管理中心应当是独立、统一的。“统一”是指将公检法等办案机关分散保管的涉案财物进行集中管理；“独立”是指涉案财物管理中心独立于公检法等办案机关。为了确保一站式管理模式有效实施，权责明确至关重要。首先，一站式管理机构需负责涉案虚拟财物的整体规划与协调。这包括制定完善的政策和法规，明确规范涉案虚拟财物的取证、追缴、保管和处置程序，以及协调多个部门和利益相关方的资源，提高管理效率，确保涉案虚拟财物的完整性和安全性，促进不同办案机关之间的信息共享和协作，提升整体办案水平，实现高效、安全和透明的虚拟财物管理。其次，该机构应具备对相关执法及监管部门的授权。这意味着一站式管理机构在法定权限范围内，可以对执法及监管部门发布要求，保证涉案虚拟财物管理的合规性和实时监测。授权机制应由中央或地方政府根据法律法规设立，并明确规定管理机构的职责、权限和责任，在管理中心受到有效监管的同时，保证管理中心在履行职责时不受其他部门的干扰，能够始终保持公正、客观的态度，及其专业性和权威性。

（二）一站式管理的理念

随着社会的发展，涉案财物的种类越来越多、价值越来越大，涉案财物的价值越来越受到人们的关注，涉案财物的保值增值便提上了日程，涉案财物管理仅仅止于“看住不丢”已经无法满足社会发展需求，实现涉案财物保值增值应当成为现代化的涉案财物管理中心的功能。首先，这是防止涉案财物贬值的需要。由于涉案财物往往涉及较长的司法程序，长时间的存放和管理可能导致其价值下降。例如，一些易腐物品、高科技产品等，其价值可能随时间流逝而迅速贬值。通过现代化的涉案财物管理中心，采用科学的管理方法和技术手段，对涉案财物进行妥善保管和维护，确保其价值不受损失，是防止涉案财物贬值的重要途径。其次，这是保护合法财产权的需要。涉案财物往往涉及当事人的合法权益，如果管理不当，可能导致当事人的财产权受到侵害。因此，涉案财物管理中心需要确保涉案财物的安全性和完整性，防止因管理不善而导致的损失或损坏，并确保涉案财物的处置和分配符合法律法规和程序要求，保护当事人的合法权益。最后，这是维护社会公共利益的需要，特别是在涉企业案件中，企业不仅创造利润，还承担着吸纳就业等社会公益职能。所以需要遵循公私协作管理的理念。公私协作管理模式汇集政府部门、企业、研究机构和民间组织等各方资源和力量，共同应对涉案虚拟财物的管理挑战。这种协作模式有助于提高虚拟财物管理的效率、质量和安全性，同时降低政府的负担。在此模式下，政府部门负责制定政策和法规、提供公共服务及执

法支持；而企业参与技术研发、提供专业咨询和市场化的解决方案，同时承担一定的社会责任；研究机构和民间组织则可以提供研究支持、培训、宣传等服务。这种协作模式不仅提高了虚拟财物管理的效率和质量，还降低了政府的负担和风险，实现了涉案财物管理的可持续发展。

（三）一站式管理的对象

新型经济犯罪中涉案虚拟财物一站式管理机构的管理对象，涵盖广泛的虚拟财物类别，以便全面应对涉案虚拟财物的管理挑战。这些管理对象包含以下四大类：1. 虚拟货币：在涉案虚拟财物管理中，虚拟货币是最主要和典型的管理对象。其中包括比特币、以太坊、莱特币等主流加密货币，以及各种其他小众加密货币。这些虚拟货币容易跨境、匿名交易，已成为经济犯罪活动中最常见的虚拟财物形式。2. 游戏内虚拟物品：涉案虚拟财物一站式管理机构还需重点关注游戏内虚拟物品。这些物品包括游戏角色装备、游戏道具、虚拟货币及其他虚拟物品。由于游戏内虚拟物品及货币具有一定价值，犯罪分子可能利用这些物品进行洗钱、诈骗等经济犯罪活动。3. 虚拟服务：包括云计算服务、网络空间租赁、虚拟私人网络（VPN）服务以及其他在线服务。这些虚拟服务被转售、出租或用于犯罪活动，给管理机构带来了极大的挑战，需对付费使用者进行监管，以防止恶意行为。4. 其他虚拟资产：一站式管理机构也需要关注新兴的虚拟资产类型，例如非同质化代币（NFT）等知识产权类资产，由于其价值和流通性较高，可能成为新型经济犯罪的目标。并且，虚拟财产的衍生、变化并不会止步于目前虚拟货币、NFT 等形式，虚拟财产与现实世界存在天然隔离，又具备一定的互通性，极易成为不法分子洗钱工具。综合来看，在新型经济犯罪中涉案虚拟财物一站式管理机构旨在全面应对涉案虚拟财物的管理挑战，抓住虚拟货币、游戏内虚拟物品、虚拟服务以及其他新兴虚拟资产等多种管理对象，建立有效监管机制，防止虚拟财物被用于不法用途。通过对这些管理对象进行严格监控和合规管理，一站式管理机构有望建立一个安全、透明的虚拟财物管理环境，进一步保护涉案公民的数字权益。

（四）一站式管理数字化

新型经济犯罪中涉案虚拟财物一站式管理机构应充分利用数字化溯源技术来加强对虚拟财物的管理和监控，并加强数字合作。通过运用大数据分析、区块链技术、人工智能等先进工具，该管理机构将大幅提升对涉案虚拟财物来源、交易和流转过程的追踪能力，为打击犯罪活动提供有力的技术支持。综合执法部门、交易平台、境外金融情报机构的共享信息，还原虚拟财产对应的犯罪主体，对现实身份、虚拟资产账户和交易场景进行串联，有效打击涉虚拟财产经济犯罪。

数字化溯源技术的核心是利用数据驱动和智能化手段，构建一套透明、可信、可验证的虚拟财物追踪体系。通过将涉案虚拟财物的产生、交易和流转过程记录在具有不可篡改、可溯源特性的区块链上，管理机构可以实时监测虚拟财物的动态，迅速查找出虚拟财物的源头，揭示犯罪嫌疑人的真实身份及其违法行径。同时，数字化溯源技术还有助于管理机构从大量数据中发现犯罪活动的规律，判断可能存在的风险，并制定相应的预防和处置措施。例如，利用数据挖掘和机器学习等人工智能技术，一站式管理机构可以识别虚拟财物交易的异常行为、潜在风险以及涉嫌违规操作。此外，数字化溯源技术还可以提高涉案虚拟财物取证的效率和可靠性。借助区块链、加密技术等手段，确保取证过程在合法、公正、透明的前提下进行，为执法部门和司法机关提供高质量的证据材料。

结语

近年来，随着新型经济犯罪的高发频发，刑事诉讼中针对涉案虚拟财物处置的程序规制显得愈发重要，刑事涉案虚拟财物处置的现实需求大大增加。与此现实相对应的是，现行法律并未就涉案虚拟财物处置问题作出专门性规定，针对刑事涉案财物处置程序的立法现状不容乐观，我国目前尚缺少在全国范围内统一适用的刑事涉案财物处置的程序性规定，典型的刑事涉案财物处置规定通常以各地方自行探索和完善为主，因此，处置问题经常出现操作程序上的冲突与矛盾，这既不利于刑事司法机关办案效率的提升，也不利于对被害人的财产权利进行保护与事后救济[1]。《刑事诉讼法》第四次修改已经列入十四届全国人大常委会人大立法规划，属于第一类项目“条件比较成熟、任期内

[1] 参见郑曦、段旭东：《刑事诉讼中涉案虚拟财物的处置——以元宇宙场景为例》，载《阅江学刊》2022 年第 3 期，第 51-58 页。

拟提请审议的法律草案”。[1]涉案财物制度改革是本次刑事诉讼法修改的重点问题，公检法各方均给予了重点关注并积极为刑事诉讼法的修改做准备。应以此为契机，积极完善涉案虚拟财产的管理模式。此外，各地方应充分学习探索和完善刑事涉案财物处置的经验，以期在全国范围内形成统一的适用规定。

[1] 参见李玉华:《刑事诉讼法修改与涉案财物制度改革》，载《中国刑事法杂志》2024 第 2 期，第 92-106 页。

刑事涉案财物处置中的“刑民执行竞合”现象

李 胥*

摘 要：在司法实践中，刑事涉案财物可能同时为民事强制执行的标的物，此时便出现了“刑民执行竞合”的情况。对于刑民执行竞合问题的处理，我国立法与司法实践普遍采取“刑事优先”的立场。刑事涉案财物处置中“刑民执行竞合”问题的处理，实为不同类型利益之间的权衡与取舍问题。但“刑事优先”立场，强化了刑事诉讼程序具的封闭性和政策导向性，使民事债权人权利的实现让位于国家利益的维护和被害人损害的弥补，难以实现多元主体利益的最大化。因此，需要通过利益衡量的方法对刑民执行竞合问题进行层次化判断，使民事执行程序和刑事涉案财物处置达到平衡。

关键词：刑事涉案财物处置；刑民执行竞合；刑事优先；利益衡量

一、刑事涉案财物处置中的“刑民执行竞合”现象

我国《刑法》第 64 条规定:“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。”在刑事诉讼中，国家专门机关出于打击犯罪、追缴犯罪所得的目的，对刑事涉案财物可以采取查封、扣押、冻结等财产性强制措施，而民事执行机关也可以根据当事人或利害关系人申请，或者必要时依照职权对涉诉财产采取查封、扣押、冻结等强制执行措施。在司法实践中，刑事涉案财物可能同时为民事强制执行的标的物，此时便出现了“刑民执行竞合”的情况。

在概念界定上，所谓“刑民执行竞合”是指，刑事涉案财物处置与民事强制执行，因涉及同一财产标的，而发生的以执行顺序和财产分配为主的执行冲突。我国对执行竞合问题的研究由来已久，并形成了“终局执行优越说”、“保全执行优越说”、“优先主义说”、“平等主义说”等纷繁复杂的理论体系。[1]但这些研究均集中于民事诉讼法领域，解决的乃是同种程序、同种裁判执行竞合的情况下，执行顺序和财产分配问题。而在刑事涉案财物处置中出现的“刑民执行竞合”现象，则体现为刑事与民事两种不同种类程序、不同种类裁判之间的执行竞合，其背后反映了公益与私益等多重利益关系。由此，在“刑民执行竞合”的情形下，如何协调刑事诉讼与民事强制执行的关系，是当前刑事涉案财物处置工作中普遍存在的实践难题，需要展开系统研究。

二、刑事涉案财物处置中“刑民执行竞合”诸形态

（一）终局执行之间的竞合

所谓终局执行是指人民法院将已经发生法律效力的终局裁判或其他终局处理的法律文书交付执行机关，将其确定的内容依法付诸实施。[2]依据对同一标的物采取执行措施的先后顺序，刑民案件终局执行竞合的情形有两种：第一，刑事案件终局执行先于民事案件终局执行实施。例如，刑事案件中，执行机关依据生效判决中涉财产部分的裁判内容（如追缴、责令退赔），扣押了甲的汽车，而后乙以另一民事终局判决为执行名义，请求人民法院强制甲交付该汽车。第二，民事案件终局执行先于刑事案件终局执行实施。例如，权利人甲以生效民事判决为根据，要求人民法院强制执行乙的房产，在人民法院查封乙的房产后，尚未完成变价程序前，刑事案件执行机关依据生效刑事判决中涉财产部分的内容，要求对该房产采取查封等执行措施。此两种情形，刑事案件执行机关与民事案件执行机关基于不同的执行依据，对同一执行标的先后采取终局执行措施。此时，如何判断刑事案件和民事案件的执行顺位，则是司法实践中执行机关不得不面对的问题。

（二）保全执行之间的竞合

所谓保全执行是指在取得终局的确定的法律文书之前，为保证判决裁定顺利执行，而采取的旨在禁止一方当事人处分、变更执行标的物，以维持现状的措施。[3]在我国，民事诉讼中的保全执行主

---

* 李胥，1993 年 1 月生，女，北京人，法学博士，北京工业大学文法学部法律系讲师，主要研究方向：刑事诉讼法学、证据法学。邮政编码：100124，联系电话：13716122618，电子邮箱：1534435587@qq.com。

[1] 参见许维中：《强制执行竞合问题研究》，载《法制与社会发展》1999 年第 1 期，第 46-49 页。

[2] 参见汤维建主编：《民事诉讼法学原理与案例教程》（第三版），中国人民大学出版社 2018 年版，第 457 页。

[3] 参见崔婕：《强制执行竞合的解决——兼论我国相关强制执行制度的完善》，载《法商研究》2001 年第 4 期，第 101 页。

要规定于《民事诉讼法》第九章“保全与先予执行”之中。[1]与民事诉讼不同，我国刑事诉讼尚未形成完备的“证据保全扣押”与“财产保全扣押”双轨制模式。查封、扣押等对物强制措施主要是作为调查犯罪事实、获取证据的侦查手段规定于《刑事诉讼法》中的。[2]但近年来一些司法解释和其他规范性文件突破了《刑事诉讼法》的限制，将刑事诉讼中财产保全的适用范围扩张至违法所得、实施犯罪行为的工具、违禁品等涉案财物。[3]

实践中，刑事诉讼中的保全执行措施和民事诉讼中的保全执行措施均是针对同一执行义务人的同一财产，这在执行时必然会出现互相排斥的情况，亦即保全执行的竞合。例如，在甲与乙的借贷纠纷案件中，甲为了保证未来生效裁判能够得以顺利执行，申请对乙的房产进行财产保全，而在另一刑事案件中，公安司法机关认为该房产可能为违法所得之物，需要对其进行查封，于此情形便出现了刑民案件保全执行竞合的问题。

（三）终局执行与保全执行之间的竞合

在司法实践中，刑民案件对同一标的物可能存在终局执行与保全执行发生竞合而导致的互相排斥的现象。依据对同一标的物采取执行措施的性质和先后顺序，刑民案件终局执行与保全执行之间的竞合又可细分为四种情况。第一，刑事保全执行与民事终局执行竞合，且刑事保全执行先于民事终局执行。例如，在刑事诉讼中，公安机关对被追诉人利用违法所得购置的房产予以查封，而后民事案件当事人以生效的民事裁判中交付该房产的内容为根据，申请法院对该房产进行强制执行。第二，刑事保全执行与民事终局执行竞合，且民事终局执行先于刑事保全执行。例如，民事案件执行机关基于生效的民事裁判对执行义务人的财产采取查封、扣押等执行措施，而后公安机关在对刑事案件进行侦查的过程中认为该财产可能属于应予没收的违法所得，并要求对该财产采取保全措施。第三，刑事终局执行与民事保全执行竞合，且刑事终局执行先于民事保全执行。例如，刑事案件中，执行机关依据生效判决中涉财产部分的裁判内容，将执行义务人的房产予以查封，而后民事债权人申请法院对该房产进行财产保全。第四，刑事终局执行与民事保全执行竞合，且民事保全执行先于刑事终局执行。例如，对同一财产，民事债权人为保证判决顺利执行，先向法院申请予以财产保全，使该财产处于被临时控制的状态，而后刑事案件执行机关依据生效刑事判决中涉财产部分的内容，要求对该财产予以执行。

三、刑事涉案财物处置中的“刑事优先”立场

（一）刑事涉案财物处置中“刑事优先”立场的理论阐释

在刑事涉案财物处置过程中，当刑民案件执行标的相同时，两者程序发生竞合，程序协调和财产分配上的处理应如何兼顾刑事追诉之目的与民事执行之目的，则成为人们不得不面对的问题。针对这一问题，我国《刑法》及《刑事诉讼法》均没有予以明确回应，相关规定散见于司法解释和部门规章之中。整体来看，我国立法与司法实践普遍采取“刑事优先”的立场。

所谓“刑事优先”立场，简单来说，是指当民事执行标的可能同时为刑事涉案财物时，刑事诉讼具有优越性，民事执行应让位于刑事涉案财物处置。“刑事优先”立场包含两方面内容：

一方面，程序协调上的刑事优先。依据 2014 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第 7 条规定，对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件，有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的，人民法院应当不予受理，并将有关材料移送公安机关或者检察机关。人民法院在审理民事案件或者执行过程中，发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉

---

[1] 依据《民事诉讼法》第 103 条和 109 条的规定，人民法院在刑事诉讼中，对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为。在权利人可能由于经济困难，不能维持正常生活，或者无法进行生产经营活动的情况下，法院可以根据一方当事人的申请，裁定另一方当事人给付申请人一定数额的金钱或其他财物，或者实施或停止某种行为。

[2] 对于财产保全，《刑事诉讼法》有明确规定的实际上只有三种：一是《刑事诉讼法》第 102 条规定的附带民事诉讼的财产保全；二是《刑事诉讼法》第 298 条规定的独立没收程序中的财产保全；三是《刑事诉讼法》第 144 条规定的通过冻结对财产进行保全。

[3] 例如 2015 年《公安机关涉案财物管理若干规定》第 2 条规定，公安机关在办理刑事案件的过程中，可以对违法所得、实施违法犯罪行为的工具、违禁品等采取查封、扣押、冻结、先行登记保存、追缴、收缴等措施。

或者中止执行，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。公安机关、人民检察院、人民法院在侦查、起诉、审理非法集资刑事案件中，发现与人民法院正在审理的民事案件属同一事实，或者被申请执行的财物属于涉案财物的，应当及时通报相关人民法院。人民法院经审查认为确属涉嫌犯罪的，依照前款规定处理。从这一规定，我们可以解读出至少以下两层含义：第一，刑事案件涉案财物不可作为民事执行标的，民事债权人不可就刑事涉案财物向法院申请强制执行；第二，如果法院认为被申请执行的财物可能属于刑事案件涉案财物的，即刑民执行发生竞合时，应该中止执行，待刑事判决作出后一并处理。以此分析，我们就可以得出这样的结论：当民事执行标的可能同时为刑事涉案财物时，无论民事执行处于保全执行阶段还是终局执行阶段，均应中止执行。民事执行标的一旦属于刑事涉案财物，应当依照刑法与刑事诉讼法的规定对该物进行处置，针对该财物的民事执行程序应当终止。

事实上，这一程序协调方式亦为司法实践严格遵循。笔者以“涉案财物”为关键词，对中国裁判文书网上公开的 2020-2023 年全国民事案由执行案件进行检索，共检索出 535 份文书。经过人工阅读、比对、筛选，剔除无效信息和重复文书，共获得有效文书 102 份。其中，刑事保全执行先于民事保全执行或终局执行的案件共 21 例。在这 21 例案件中，民事执行机关均依据“刑事优先”的处理方式，待由刑事案件处理完毕，公安司法机关解除保全措施后，再对财物的剩余部分进行处理。民事终局执行先于刑事保全执行或终局执行的案件 81 例。在这 81 例案件中，民事执行机关基于“刑事优先”立场中止执行的案件共 62 例，另 19 例案件中，民事执行机关以“无法判定是否为刑事涉案财物”为由，继续民事执行程序。

另一方面，财产分配上的刑事优先。依据 2014 年最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第 13 条规定，被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，“退赔被害人的损失”优先于“其他民事债务”获得清偿。依据该条规定，我们可以得出这样的结论：当刑民终局执行发生竞合，且被执行人财产不足以支付的，退赔被害人的损失优先于普通民事债务获得清偿。

（二）“刑事优先”立场的形成逻辑

1.“刑事优先”立场形成的刑法逻辑

“任何人都不得保有犯罪所得”为普世基本法律原则。刑事没收制度的设置，在于剥夺犯罪行为人通过犯罪行为获得的不法利益，使其不能坐享犯罪的成果，以杜绝犯罪诱因，对抗、防治犯罪。一般认为，除存在事前“以赃抵债”或善意取得的情形，作为违法所得没收标的的涉案财物不能归入合法财产的范围。换言之，当刑事诉讼中没收与民事执行并存的情况下，不得用没收之物清偿被执行人的普通民事债务。第一，允许被没收人的民事债务可以通过违法所得获得清偿，违背刑事没收的立法原则。由于违法所得属于犯罪所生之物或犯罪所得之物，如果允许被没收人的民事债务可以通过违法所得获得清偿，约等于让被没收人用犯罪所得清偿债务，变相的让被没收人享有犯罪所得，有助长犯罪的可能，与“任何人不得保有犯罪所得”的刑事没收立法原则相悖。[1]第二，普通民事债权人的利益具有非特定性，对某一财产的依赖程度较低。民事债权人的利益并未特定于某个涉案财物，涉案财物的处置不会导致债权的消失或无法实现，犯罪嫌疑人、被告人还可以在日后以其他财产对其债务进行清偿。第三，普通民事债权的权利位阶较低。一般来说，被追诉人的普通债权人对涉案财物并不享有排他的支配性权利，不能排除追缴、没收等直接发生物权变动的措施。况且违法所得之物在法律性质上不属于被追诉人合法所有的财产，自然不能用这些财产来清偿债权人的普通债务。[2]

2.“刑事优先”立场形成的民法逻辑

为保护案外人的信赖利益，域内外的司法实践普遍认为，案外人符合规定善意取得的刑事涉案财物不得予以没收。但在民事强制执行中，申请执行的当事人是否属于善意第三人，是否同样应受到信赖利益的保护呢？对此，民法理论上颇有争议。否定说认为，强制执行程序并非通常的交易关系，债权人不属于交易中的第三人，不具有应当予以保护的信赖利益；而且强制执行以债务人的全

[1] 参见陈典圣：《刑事扣押程序与强制执行程序之竞合与处理》，载《月旦裁判时报》第 61 期（2017 年），第 70 页。
[2] 参见吴光升：《论未定罪没收利害关系人的抗辩事由》，载《政治与法律》2015 年第 8 期，第 45 页。

部财产作为责任财产，申请执行的当事人并不能产生对特定财产的信赖利益。[1]肯定说认为，当事人就生效裁判向法院申请执行某标的物的行为，也可以在一定程度上产生物上信赖利益。[2]

考察世界主要国家的相关立场，可以发现，关于申请执行人是否属于善意第三人，亦存在不同观点。在德国，理论上普遍认为，查封质权只能在债务人的财产上设立，也即债务人须为出质物的所有权人。当查封非属于债务人之物时，执行机关依职权对财物的变价是有效的，但债权人应将收益返还给先前的所有权人，因为此时其没有取得查封质权，无法类推适用德国《民法典》有关善意取得的规定。[3]而美国的相关规定却在一定程度上承认了申请执行人善意第三人的地位。在美国，法律对已获生效判决，但判决却尚未完全履行的"判决债权人"（judgment creditor）规定了与普通债权人（general creditor）不同的权利处理方式。28 C.F.R. § 9.6（f）条规定，判决债权人可以视为留置权人（lienholder），并有资格获得没收减免，如果：（1）判决在没收财产被扣押之前已正式记录在案；（2）根据当地法律，判决构成对所扣押的没收财产有效的留置权；以及（3）在债权人根据判决对财产享有权利时，其不知道导致没收的犯罪罪行发生。

综上所述，对于申请执行人是否适用善意取得的问题上，尽管学界有少部分学者支持肯定说，但在整体上，否定说始终占据着主流地位。可以说，民法理论上也着重强调所有权人的财产权利，认为申请执行人不具有或者具有较少的物上信赖利益。

3."刑事优先"立场形成的程序逻辑

出于司法专业化的考量，现代社会通常依据案件性质的不同而对法院审判权进行划分。刑事审判庭、民事审判庭、行政审判庭分别在各自的权限范围内，对刑事案件、民事案件和行政案件独立行使审判权。理想状态下，各审判庭的权限行使不应超过其"专业范围"，即刑事审判庭对所管辖案件中的民事、行政法律问题不能作出认定和裁判。同样，民事审判庭和行政审判庭也不得对其管辖案件中涉及的刑事争议问题作出法律评价。[4]当民事诉讼中涉及刑事问题时，民事案件的审判机关和执行机关通常会严格遵循审判权行使的分工原则，中止本案的民事诉讼程序，待由刑事审判机关作出认定后再行处理。基于此种程序逻辑，当民事强制执行标的可能为刑事涉案财物时，对于该财物的定性应当由刑事审判机关进行，经生效刑事裁判文书确认不属于应予追缴、没收的涉案财物时，民事执行程序才可继续进行。

4."刑事优先"立场形成的传统观念基础

在我国，刑事优先立场的产生，在一定程度上受到"公益优先"、"重刑轻民"等传统刑事司法观念的影响。

公益优先主义起源于古罗马时期，其强调在私益与公益存在冲突时，公益具有优先性，公益应优先于私益获得实现。伴随着"福利国家"理念的提出和发展，公益优先主义逐渐为人们所重视和提倡。刑事诉讼中，国家专门机关对涉案财物的进行查封、扣押、冻结、没收等处置，主要出于惩治犯罪、维护社会治安的公共福利目的。基于公益优先的理念，一些学者和司法实务人员认为民事强制执行的目的为实现债权人的债权受偿，其不优先于国家依法所为的刑事涉案财物处置。[5]

除公益优先主义外，我国长期以来存在的"重刑轻民"理念也对"刑事优先"立场的产生具有重要影响。基于"重刑轻民"的理念，相较于处理私权的民事问题，作为社会问题的刑事问题的处理处于更为优先的地位。在这种观念的影响下，当民事执行标的被定性为或者可能被定性为刑事涉案财物时，民事执行自然将让位于刑事诉讼程序。

5."刑事优先"立场形成的刑事政策导向

对被害人因犯罪行为而遭受的损失予以充分救济是人权保护的重要内容，也是维护社会安定的必然需要。2006 年党中央《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》提出构建社会主义和

---

[1] 参见刑会丽：《民事强制执行中的责任财产问题研究》，西南政法大学 2020 年博士学位论文，第 104 页。

[2] 参见顾全：《民事法律行为效力评价体系中法益位阶的理解与实证分析》，载《法律适用》2020 年第 17 期，第 44 页。

[3] 参见[德]奥拉夫·穆托斯特：《德国强制执行法》（第二版），马强伟译，中国法制出版社 2019 年版，第 132-134 页。

[4] 参见张卫平：《民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理》，载《法学研究》2018 年第 3 期，第 109 页。

[5] 参见苏永钦：《没收新制实施三年的检讨与展望》，载《月旦裁判时报》第 96 期（2020 年），第 107 页。

谐社会的目标和任务。在贯彻和谐社会的思想过程中,“保障被害人权利”被认定为我国刑事政策的重点内容。在这种刑事政策的影响下，将被害人利益置于刑事诉讼中获得优先强调已成为我国司法实践中的“共识”,“刑事追赃优先”、“赃款赃物流向哪里就追向哪里”亦成为司法机关长期以来都在实践的理念。[1]当民事执行标的可能为刑事涉案财物时，民事执行应中止以优先保护被害人对财物的物权追溯。当被执行人财产不足以支付其所承担的刑事责任和民事责任的，退赔被害人损失优先于其他民事债务获得清偿。以此最大限度减少被害人的实际损失。

四、刑民执行竞合处理中“刑事优先”立场的质疑

（一）“刑事涉案财物”范围难以精准认定

我国所采取的“刑事优先”立场是以“刑事涉案财物”这一概念为核心的，亦即当民事执行标的是或可能是刑事涉案财物的情况下，民事执行将让位于刑事涉案财物处置。在这种情况下，准确协调刑民关系依赖于“刑事涉案财物”概念范围的精准界定。但从我国的立法和司法实践来看,“刑事涉案财物”概念本身具有一定的模糊性，由此可能使刑事诉讼对民事执行干预范围不当扩大。从立法层面来看,“刑事涉案财物”概念涵摄不清。我国《刑法》和《刑事诉讼法》并无“涉案财物”这一术语。2015年《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》第2条[2]、《公安机关涉案财物管理若干规定》第2条[3]虽然对“涉案财物”的内涵和外延作出一定限制，但相关规定过于笼统，难以为实践中刑事涉案财物的准确识别提供足够指引。例如,《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》和《公安机关涉案财物管理若干规定》均以国家专门机关采取“查封、扣押、冻结”等措施作为界定刑事涉案财物的重要标准，且均对刑事涉案财物规定了“其他有关财物”的兜底性条款。依据此种规定，任何与刑事案件有关的财物，均有可能成为刑事涉案财物，且对于财物是否与刑事案件有关的判断，司法机关具有极大的自由裁量权。从司法层面来看,“刑事涉案财物”的认定存在扩大化倾向。为保证没收得以顺利实现、被害人能够得到充分赔偿，司法实践中存在不查清权属、不确定范围，对刑事涉案财物进行扩大化认定的情况。[4]这一情况在被害人众多或涉黑涉恶的案件中普遍存在。尽管《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》赋予了民事执行机关刑事涉案财物审查权和是否中止执行的决定权，但其并未对“涉嫌犯罪”的审查方式和标准做出明确规定。从司法实践来看，民事执行机关对执行标的是否可能为刑事涉案财物的审查通常为形式审查，即以公安司法机关出具的告知函或情况说明为认定的主要依据。此种审查方式难以对具有扩张性的“刑事涉案财物”范围进行有效抑制，由此导致实践中只要公安司法机关向民事执行机关告知执行标的可能为刑事涉案财物的情况，并做出暂缓执行的建议，民事执行机关即对相关财产中止执行。由于“刑事涉案财物”本身概念的模糊性和实践中扩张性认定的趋势，以“刑事涉案财物”为核心处理刑民执行竞合的关系，可能导致“刑事优先”的适用范围泛化，进而影响民事执行的顺利进行和民事债权人权利的充分实现。

（二）“刑事优先”立场忽视了刑事涉案财物的性质区分

“刑事优先”忽视了违禁物、供犯罪所用本人财物、违法所得之物，以及用于退赔之物的性质区分，亦忽略了刑民执行竞合中，执行标的不同阶段的性质区分。“刑事优先”立场认为，被执行人财产属于涉案财产，可执行财产范围只有在刑事诉讼之后才能得到确认；其次，刑事涉案财物处理涉及被害人利益，执行标的可能存在被害人请求权，进而影响民事执行的进行。这种说法具有一定的合理性，但在刑民执行竞合的情况下，并非所有的刑事涉案财物均不可作为民事执行的责任财产，应该区别刑事涉案财物的不同种类加以分别认定。从被告人责任财产理论来看，债务人具有金钱价值

---

[1] 参见赵光强、张绍忠:《涉刑事轮候查封不动产的执行》，载《法律适用》2018年第23期，第112页。

[2] 2015年《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》第2条：本规定所称人民检察院刑事诉讼涉案财物,是指人民检察院在刑事诉讼过程中查封、扣押、冻结的与案件有关的财物及其孳息以及从其他办案机关接收的财物及其孳息,包括犯罪嫌疑人的违法所得及其孳息、供犯罪所用的财物、非法持有的违禁品以及其他与案件有关的财物及其孳息。

[3] 2015年《公安机关涉案财物管理若干规定》第2条：本规定所称涉案财物，是指公安机关在办理刑事案件和行政案件过程中，依法采取查封、扣押、冻结、扣留、调取、先行登记保存、抽样取证、追缴、收缴等措施提取或者固定，以及从其他单位和个人接收的与案件有关的物品、文件和款项，包括：（一）违法犯罪所得及其孳息；（二）用于实施违法犯罪行为的工具；（三）非法持有的淫秽物品、毒品等违禁品；（四）其他可以证明违法犯罪行为发生、违法犯罪行为情节轻重的物品和文件。

[4] 参见黄华生、石军英:《批判与重构：刑事涉案财物的概念界定》，载《江西社会科学》2022年第5期，第154页。

的一切物与权利，除有法律禁止让与或扣押或其性质不可进行让与或扣押外，原则上均为责任财产，可以作为强制执行的客体或对象。[1]以此为标准，违禁物因受国家管制而禁止随意流通，自然不能作为执行标的。供犯罪所用的本人财物和用于退赔的财产属于被告人合法所有，可为执行标的。当违法所得系货币时，由于货币为种类物，不存在作为物上请求权的返还请求权，其可以为责任财产。当违法所的为特定物时，由于犯罪人对违法所得之物不具有所有权，该物不能用于清偿犯罪人的债务。[2]既然不同种类刑事涉案财物之间性质相异，当刑事涉案财物处置的过程中出现刑民执行竞合问题时，自然不宜一味采取刑事优先的立场。此外，执行标的在不同阶段的性质亦存在不同。如果说已为刑事裁判确认的违法所得之物因具有被害人的物上请求权而不能成为民事执行的责任财产，但在生效判决作出前，这些财产仍属于被告人责任财产的范畴，此时仅以涉嫌犯罪为由中止民事执行程序，使民事债权人的权利待由刑事判决生效后再行实现，显然会对民事债权人合法权利产生扩大化影响。

（三）“刑事优先”立场违背市民刑法精神

伴随着政治国家与市民社会的二元分化，刑法的价值也发生着转变。在传统市民社会与政治国家高度重合的社会架构中，刑法以保护国家利益和社会秩序为己任，价值导向体现为政治导向。而随着市民社会逐渐独立，社会结构呈现出“政治国家-市民社会”二元分化特征。在二元结构社会里，刑法的人权保障功能得到强调。人们普遍认为，刑法应恪守谦抑性原则，尊重公民主体地位，不得单纯为国家利益而任意侵蚀市民社会领域。[3]正是在这一基础上，学者们提出了“市民刑法”的理念，即构建以个人利益为出发点，强调刑法补充性，秉承司法形式理性的刑法体系。[4]如果说在传统一元化社会结构中，为实现刑法的社会保障功能，对刑民执行竞合问题尚可采取“刑事优先”立场，那么随着市场经济的发展与社会结构二元化转变，仍然固守“刑事优先”立场将与“市民刑法”的精神相违背。

一方面，“刑事优先”的处理方式可能导致不同主体之间利益保护的失衡。市民刑法以“人”的价值为主要关照，强调人格尊严、权利平等和契约自由，注重刑法对个人利益的保护。对于刑民执行竞合问题的处理，涉及到刑事被害人权利、民事债权人权利和国家利益平衡保护问题。而“刑事优先”的处理方式本身，无异于使得利益的保护更倾向于被害人损失的弥补以及因犯罪而产生的公法责任的实现，而刑事诉讼涉及的其他民事主体的合法权益保护则处于第二位的位阶。可以说“刑事优先”的刑民执行竞合处理方式仍然以社会本位为思想基础，将打击犯罪和维护社会稳定等公共利益作为刑事司法活动的唯一重心。

另一方面，“刑事优先”的处理方式与市场经济的价值追求相违背。市民刑法强调对市民社会秩序的维护。市场经济是市民社会的重要组成部分，保证市场经济健康有序发展亦是市民刑法精神的题中之义。交易安全和经济效率是市场经济的重要支柱。民事强制执行的目的即在于尽快实现为生效裁判所确定的权利义务，及时保障民事债权人的利益，保障交易行为和预期利益安全。“刑事优先”的处理方式使民事执行程序一概让位于刑事涉案财物处置，进而导致民事债权人获得清偿的期待利益长时间处于无法确定的状态。在这一过程中，执行标的可能面临贬值、毁损等风险，经过评估程序的民事执行案件，债权人原评估结论可能超期作废，已支付的评估费用亦无法收回。“刑事优先”立场加大债权人债权变现的时间成本和物质成本，交易安全与经济效率都会受到威胁。这将对市场经济的正常运行产生不利影响，与“市民刑法”的精神背道而驰。

（四）被害人优先受偿无法成为“刑事优先”立场的合理依据

第二次世界大战后，国际范围内被害人学研究蓬勃兴起，被害人权利保障问题受到人们普遍关注。域外国家和地区普遍赋予被害人在刑事诉讼中获得优先受偿的权利。例如，在美国，依据 21 U.S.C. § 853(i)(1)规定，对于刑事诉讼中已获没收裁判的财产，总检察长（the Attorney General）有权将其

---

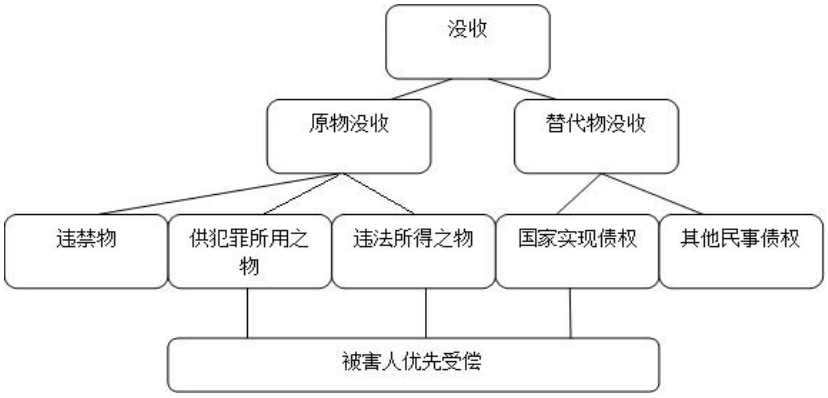
[1] 参见崔建远、韩世远：《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社 2005 年版，第 29 页。

[2] 参见肖建国：《论财产刑执行的理论基础——基于民法和民事诉讼法的分析》，载《法学家》2007 年第 2 期，第 129 页。

[3] 参见杜宝庆：《市民刑法的价值理念分析》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2007 年第 6 期，第 40-41 页。

[4] 参见陈兴良：《从政治刑法到市民刑法》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第 1 卷，中国政法大学出版社 1997 年版，第 43 页。

归还给被害人，或采取任何其他行动保护无辜者的利益。28 C.F.R. § 9.8 专门对被害人的减免程序（Remission procedures）作出规定。依据该规定，对特定财产享有所有权（ownership interest）或因犯罪行为而遭受金钱损失（pecuniary loss）的被害人可以向提起没收程序的地区检察官提出减免没收的申请。相关办案人员将综合考量被害人提供的相关证据（如合同、发票和支票等）、财产扣押机关提供的调查报告、被害人是否已从其他渠道（如犯罪行为人或保险公司）获得赔偿、被害人损失与犯罪行为的因果关系、被害人是否存在过错，以及被害人对赔偿的依赖程度等情况，决定是否将没收财产优先用来清偿被害人损失，以及清偿的范围和顺序。我国台湾《刑事诉讼法》第 473 条亦规定:“没收物、追征财产，于裁判确定后一年内，由权利人声请发还者，或因犯罪而得行使债权请求权之人已取得执行名义者声请给付，除应破毁或废弃者外，检察官应发还或给付之；其已变价者，应给与变价所得之价金。”赋予被害人优先受偿的权利，对于充分弥补被害人损失，恢复为犯罪行为破坏的财产秩序具有重要作用。但与此同时，被害人在刑事诉讼中的优先受偿权并不是绝对的、无限的。一方面，被害人优先受偿权针对的对象受到限制。被害人的优先受偿权是相对于国家而言的，即被害人的追索请求权优先于国库利得没收权和罚金收缴权。域外国家和地区并没有规定被害人相对于案外人优先受偿的权利。换言之，针对被追诉人合法的民事责任财产，被害人因犯罪行为而产生的请求权，并不当然具有优先于案外人债权受偿的地位。对于两者的清偿顺序，需要依据债权的性质等具体因素加以判断。另一方面，被害人优先受偿权行使的财产范围受到限制。在域外国家和地区，被害人优先受偿的对象主要是指被追诉人的违法所得之物（包括产自违法所得的利润，以及实行犯罪所受领的报酬）、供犯罪所用之物，以及国家已实现没收权的替代物。对于被追诉人其他财产，被害人不享有优先受偿权，其只能通过民事诉讼程序主张权利，并依据民事诉讼程序的分配规则获得相应额度的赔偿。



在我国，由于被害人对非法占有、处置的财产主张权利只能通过追缴或退赔予以解决，我国相关法律和司法解释赋予了被害人在刑事诉讼中更为宽泛的优先受偿权，使其不仅可以相对于国家优先受偿，还可以相对于案外人的其他民事债务优先受偿。[1]司法实践中，受“保障被害人权利”、“维稳”等刑事政策的影响，被害人在刑事诉讼中的优先受偿范围进一步扩大。刑事诉讼中对“刑事涉案财物”的扩大性认定，以及“刑事优先”的执行竞合处理机制，阻断了民事执行程序的正常进行，进而通过对被害人优先退赔，使被害人的损失获得最大化弥补。

在被害人保护机制尚不完善，独立民事诉讼、法院赔偿令、保险理赔、国家补偿等被害人损害救济渠道并不畅通的大背景下，我国在刑事诉讼中重点确保被害人损害优先获得赔偿具有一定的合理性。但与此同时，我们也应注意到，以惩罚犯罪、恢复宏观秩序为主要目的的刑事诉讼程序，并非妥善处理个体利益关系，有效实现被害人损害赔偿请求权的合适场域。我国刑事诉讼中过为宽泛的被害人优先受偿权，不仅不恰当地牺牲了案外人的合法利益，挤压了民事债权人债权变现的空间，

[1] 参见最高人民法院执行局:《最高人民法院<关于刑事裁判涉财部分执行的若干规定>理解与适用》，中国法制出版社 2017 年版，第 177 页。

还难以有效实现被害人充分受偿的制度目标。

五、刑事涉案财物处置中“刑民执行竞合”的处理：以利益衡量为基点

（一）利益衡量视野下“刑民执行竞合”处理的基本思路

刑事涉案财物处置中“刑民执行竞合”问题的处理，从本质而言，实为不同类型利益之间的权衡与取舍问题。但显然，我国现阶段所采取的“刑事优先”立场，强化了刑事诉讼程序具的封闭性和政策导向性，使民事债权人权利的实现让位于国家利益的维护和被害人损害的弥补。在这种意义上，我国的刑事司法制度在利益冲突的容纳能力和处理能力方面是极为有限的。

利益分析法学是一种重要的法学方法论，在民商法领域有着广泛的应用。解决刑民执行竞合的问题，需要对不同的利益进行权衡，并在利益衡量原则的指引下，理性地对不同类型的利益进行分配，以保证社会秩序的正常运行。

刑事涉案财物处置中刑民执行竞合问题的处理，之所以复杂就在于其背后不是仅涉及刑民案件当事人内在的利益，而是有着多方复杂的利益结构，简单的刑事优先或民事优先均难以满足多方利益需求。面对这种复杂的利益结构，我们应当复杂问题复杂对待。总体而言，对刑民执行竞合问题的处理，应当妥善处理以下几组利益关系：

第一，刑民执行竞合中的主体利益关系。刑民执行竞合的处理可能涉及三方面主体关系。首先是民事债权人的利益。在民事保全执行和终局执行的过程中，在遇到被执行人财产同时因涉及刑事诉讼而需要查封、扣押、冻结、没收的情况下，如何划分刑民执行的关系，直接决定着民事债权人为生效裁判所认可的财产性权利能否得到充分实现。其次是被害人的利益。刑民案件执行竞合中的被执行人财产划分和清偿顺位的确定，与被害人是否能够获得足额赔偿息息相关。如果允许以被害人因犯罪行为而丧失的特定物执行生效民事裁判，则被害人难以通过刑事诉讼程序主张特定物返还，在被追诉人财产不足的情况下，被害人因犯罪行为遭受的财产损失也难以获得充分弥补。最后，刑民执行竞合的处理还可能影响国家的利益。从要求犯罪人或第三人向国家给付某物或财产而言，我们可以将刑事没收理解为一种以国家刑事强制力为后盾的“公法债权”。而在刑民执行发生竞合时，对刑民程序的协调和执行顺位的确定，将在一定程度上影响国家债权和财政利益的实现。不同主体权利性质不同，其重要程度、主体对权利实现方式的依赖程度存在不同，在保护程度上亦应呈现出强弱的差异。刑民执行竞合中，对不同主体利益进行衡量的一般的原则是，所涉及的权利越重要，正当性程度越高，权利人对该权利实现方式的依赖性越强，相应的保护力度也就越大，反之亦然。

第二，刑民执行竞合中的制度利益。立法过程中，每一个法律制度的设立都是一个利益衡量的过程，其本身凝聚着一定社会整体对公平和正义的具体理解。民事执行的制度功能在于通过执行措施强制直接或者间接实现生效裁判文书确定的权利义务，及时保护私权利主体的利益。对刑民执行竞合的处理，应当妥善权衡民事执行与不同刑事涉案财物处置措施背后所体现的制度利益。

具体来说，《刑法》第 64 条规定的刑事没收制度的目的在于通过对违禁物、供犯罪所用之物、违法所得之物的收取和剥夺，斩断犯罪资金链条，消除犯罪的经济动力，进而有效地对抗犯罪。刑事没收又可下分为原物没收和替代物没收。所谓原物没收，是指在违禁物、供犯罪所用之物、违法所得之物存在的情况下，对原物本身进行的没收。所谓替代物没收，是指特定没收对象因灭失或其他原因无法没收时，可用与没收对象价值相当的金钱等替代物进行的没收。在我国，责令退赔发挥着与替代物没收相类似的功能。[1]

尽管同属于刑事没收，原物没收和替代物没收在性质上也存在着一定的差异。原物没收是将特定财产本身的所有权转移至国家。而替代物没收是在原物没收无法实现时，国家对被告人所拥有的一份金钱债权。在刑民案件执行竞合的情况下，是否允许将没收对象财产用于民事执行，需要考虑刑事没收方式及其本身的性质。例如，作为没收标的的违法所得原物，因其在法律性质上不属于被追诉人合法所有的财产，具有刑事违法性，所以除具有法定特殊情形，其不能成为债权清偿的民事责任财产。但与原物没收不同，替代物没收的对象是被没收人的合法财产，其本身并没有受到犯罪

[1] 对于责令退赔，立法部门的解释是:“指犯罪分子已将违法所得挥霍、使用或者毁坏的，也要责令其按违法所得财产的价值退赔。”——参见胡康生、郎胜:《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社 2004 年第 2 版，第 62 页。

行为的污染，替代物没收本身也仅是一项公法意义上的“金钱债权”，[1]与其他民事债权人享有的债权没有性质上的差别。因此，允许民事债权人通过替代物没收的对象实现执行债权，并不存在法理和制度上的阻碍。

第三，刑民执行竞合中的公共利益。一般认为，公共利益是一种公众性利益，其基本上涉及经济秩序、社会公德，以及更深层次的公平正义等法律理念和抽象理念。[2]刑民执行竞合的处理可能涉及两方面的公共利益。一是打击犯罪等社会秩序的维护。在刑事诉讼中，国家专门机关对相关财产的干预主要是为了对犯罪行为进行查明、控制和预防，并在此基础上维护国家的宪法体制和社会秩序。刑民执行竞合的处理可能会对该利益的实现产生影响。例如，在犯罪行为人与案外人恶意串通，通过民事诉讼恶意转移财产的情况下，如果允许以该物优先清偿案外人获得执行依据的债权，则可能进一步导致犯罪行为人通过虚假诉讼的方式转移违法所得物以规避追缴和没收，使犯罪行为人变相保有犯罪所得利益，进而影响刑事司法打击犯罪的效果和维护社会治安等目的的实现。基于此，对刑民案件执行竞合问题的处理，需要妥善权衡民事案件当事人权利保护与刑事诉讼程序背后所反映的打击犯罪、维护社会治安等公共利益之间的关系，以实现不同利益之间的相互协调。二是交易稳定等经济秩序的保障。伴随着我国市场经济的不断发展，在刑事司法活动中，如何利用公权力维护经济秩序，已经成为一个重大的刑事司法实践问题。对刑民案件执行竞合问题的处理，同样需要考虑经济秩序等公共利益的维护。例如，在对赃款赃物进行追缴、没收的同时，如何维护交易安全与交易便利之公共利益，确保事后取得相关财产性权利的案外人的预期利益不因没收而归于消灭，确保社会经济的整体福祉不受刑事诉讼的过分影响，也是对刑民执行关系进行协调时需要考虑的重要因素。

（二）刑民执行竞合处理的层次性判断规则

1.第一层次的判断：是否存在法律责任竞合

当刑事被害人基于同一法律事实，向人民法院申请执行刑事涉案财物时，或人民法院在执行过程中发现民事裁判与正在进行的刑事诉讼为同一法律事实时，此时便出现法律责任竞合的问题。所谓法律责任竞合，是指同一法律事实符合多重法律责任构成要件，导致多重法律责任的并存或冲突。[3]法律责任竞合应具备四个要件：第一，同一责任主体，即多重法律责任的承担者应为同一人；第二，同一违法行为，即多重法律责任基于责任主体实施的同一违法行为产生；第三，符合数个法律责任构成要件，即同一主体的同一行为符合多个法律责任构成要件，导致多重法律责任的产生和并存。当刑事涉案财物处置中刑民执行的依据为同一法律事实的情况下，刑事追缴、退赔所代表的公法责任与表现为不当得利返还或损害赔偿的私法责任均基于犯罪行为人的同一犯罪行为产生，且责任主体均为犯罪行为人，此时便出现了法律责任竞合的情况。对于此种法律竞合的情况应当如何处理，理论界和实务界存在“择一说”、[4]“并行说”[5]和“刑事优先说”[6]等不同观点。结合我国现阶段司法实践，笔者认为，应采取刑事优先的立场。

一方面，在刑事追缴、退赔与民事责任竞合的情况下，应当采取择一适用的方式。从立法目的来看，无论是刑事追缴还是责令退赔，均是国家基于“任何人不得保有犯罪所得”这一基本原则，而对犯罪人产生的“公法债权”。而刑事被害人基于犯罪行为对犯罪人产生的民事请求权属于“私法债权”的范畴。两者属于不同法域，在法律责任竞合时，对两者合并适用并不存在理论上的障碍。[7] 但若

---

[1] 苏永钦：《没收新制实施三年的检讨与展望》，载《月旦裁判时报》第 6 期（2020 年），第 106 页。

[2] 参见梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》，载《法学研究》2002 年第 1 期，第 57 页。

[3] 参见孙华璞：《法律责任竞合理论初探》，载《人民司法（应用）》2017 年第 4 期，第 31 页。

[4] 参见邢会丽：《论刑民交叉案件中刑事退赔程序与民事执行程序的竞合》，载《法律适用》2019 年第 21 期，第 122 页。

[5] 参见孙华璞：《法律责任竞合理论初探》，载《人民司法（应用）》2017 年第 4 期，第 39 页。

[6] 参见邓学丽、东宁县东胜煤矿民间借贷纠纷执行审查类执行裁定书，黑龙江省高级人民法院（2021）黑执复 65 号；王连生、高乃则、党候美、高举、陕西兴茂侏罗纪煤业镁电有限公司执行复议执行复议裁定书，陕西省高级人民法院（2021）陕执复 87 号；付可民、彭云莲企业借贷纠纷执行实施类执行裁定书，湖南省城步苗族自治县人民法院（2021）湘 0529 执 63 号等。

[7] 从各国的相关法律来看，在处理不同法域之间的法律责任竞合时，基本上都是按照责任并科原则处理的。这种原

合并适用，可能使责任主体承受过重的负担，有违公平正义原则。所以在处理这两种责任竞合时，应当坚持私权优先的原则，并采取选择诉讼方式，即刑事被害人可以选择在刑事诉讼中通过追缴、责令退赔后返还被害人的方式获得救济，也可以选择通过提起独立的民事诉讼的方式获得救济。事实上，对于择一适用的方式在域外司法实践中也存在类似规定。例如，日本《刑法》第 19 条针对犯罪所得规定了没收和追征两种处置方式。但该规定并不适用于因犯罪而取得被害人财产的情形，被害人可以选择通过向犯罪人行使民事请求权，抑或是通过刑事没收、追征后"被害财产给付金制度"获得救济。[1]

另一方面，从现阶段我国刑事被害人权利救济模式和司法现状来看，我国宜采取"刑事优先"的立场。我国对刑事被害人人身权、财产权的救济是以刑事诉讼为主导的。2021 年最高法《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第 176 条规定:"被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。"根据 2015 年最高法 《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 5 条、2017 年最高检、公安部《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第 23 条，以及最高法、最高检、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第 7 条第 1 项的规定，基于同一法律事实产生民事纠纷，又构成刑事犯罪的，在审判实践中应采取"刑事合并民事"的方式，即通过刑事诉讼程序解决当事人的刑事责任问题，并在刑事诉讼中通过追赃、退赔制度对被害人的民事权利进行救济。采取"刑事合并民事"的做法可以在一定程度上贯彻一体化解决原则，确保涉众型犯罪中被害人平等受偿，避免司法机关之间相互推诿导致被害人权利救济渠道不畅等问题。尽管在债权人根据生效裁判向法院申请执行的情况下，如果法院以生效裁判与刑事案件是同一事实为由终结案件的执行，确实存在着否定民事裁判确定力、执行力，破坏法秩序统一性的问题，[2]但如果不改变被害人民事权利救济模式，对于此类法律责任竞合问题的处理，将不得不继续沿用"刑事合并民事"的做法。[3]

综上，当刑事被害人基于同一法律事实，向人民法院申请执行刑事涉案财物，且属于法律竞合的情形时，法院应当不予受理。当人民法院在执行过程中发现民事裁判与正在进行的刑事诉讼为同一法律事实时，民事执行程序应当终止。

2.第二层次的判断：刑民执行的内容和性质

由上述分析可知，在刑事涉案财物处置中出现刑民执行竞合的情况下，单纯以刑事涉案财物为核心采取"刑事优先"的立场，不仅面临理论上的质疑，而且在司法实践中可能严重阻碍民事债权人权利的实现。那么，在法律事实不同一的情况下，对刑民执行竞合问题应当如何处理？对此，笔者认为，应当区分刑民执行的不同内容和性质进行类型化分析。

（1）刑事违法所得原物没收与民事执行竞合

在刑事违法所得原物没收与民事执行竞合的情况下，无论是刑法中"任何人不得保有犯罪所得"原则，还是民法中的善意取得理论，均强调国家和原所有权人对财物的物权追溯。应该说，对于一般情况而言，强调国家和原所有权人对财物的追溯权无可厚非，且具有正当性。但在刑民执行竞合的情况下，以实现国家和原所有权人对财物的追溯权为由而一概中止同一财物上民事执行程序的进行，一方面可能过分延迟民事债权人权利实现的时间，有违民事强制执行制度所尊崇的效率价值，另一方面可能使债权人所支付的强制执行程序费用归空而需另寻执行标的，无形中增加了债权人权利实现的成本。理论上看，民事债权人在通过强制执行程序与执行标的物建立执行法律关系时，债权人对该标的物即有获得清偿可能性的信赖利益。协调违法所得原物没收与民事执行程序的关系，需要在满足刑事诉讼目的的基础上充分考虑民事债权人的信赖利益保护。

在域外国家和地区的司法实践中，关于刑事违法所得原物没收与民事执行竞合处理的基本理念

则在刑民责任竞合中表现为，行为人不仅要承担刑事责任，也要承担民事赔偿责任；在行政罚责与民事责任竞合中表现为，行为人不仅要承担行政处罚责任，也要承担相应的民事责任。

[1] 参见金光旭、钱叶六: 《日本刑法中的不法收益之剥夺———以没收、追缴制度为中心》，载《中外法学》2009 年第 5 期，第 791-792 页。

[2] 参见张永泉:《法秩序统一视野下的诉讼程序与法律效果的多元性——以竞合型刑民交叉案件为视角》，载《法学杂志》2017 年第 3 期，第 50 页。

[3] 参见纪格非:《论刑民交叉案件的审理顺序》，载《法学家》2018 年第 6 期，第 149 页。

是，以采取执行措施的先后顺序为基准，对民事债权人的信赖利益进行有限度的保护。例如，日本1999年《组织犯罪处罚法及犯罪收益规范法》对没收保全与强制执行竞合采取“先着手主义”处理模式。依据该法第35、37、38条的规定，没收保全命令先执行时，强制执行程序虽可查封但不可进行变价程序；强制执行先查封时，除了执行债权人是假债权人、犯人或恶意者之外，不得判决没收。[1]再如，台湾司法院释字第37号解释：“执行机关执行特种刑事案件没收之财产，对于受刑人所负债务固非当然负清偿之债。惟揆诸宪法第十五条保障人民财产权之精神，如不知情之第三人就其合法成立之债权有所主张时，依刑事诉讼法第四百七十五条之规定，应依强制执行有关各条规定办理。”依该条规定，在台湾地区的司法实务中，对于没收裁判作出前，民事债权人已就同一标的建立执行法律关系的情况，刑事法院通常不会裁判将财产没收，而是改为追征裁判。[2]

借鉴域外国家和地区相关司法经验，笔者认为，在刑事违法所得原物没收与民事执行发生竞合的情况下，应依据以下方式对二者关系进行处理：

第一，原物没收保全执行先于民事执行。刑事诉讼中为原物没收而进行的保全扣押先于民事执行时，此时执行债权人已经知悉扣押物将来有被追缴的可能性，对于扣押物并没有取得获得清偿可能性的信赖利益，为了贯彻刑事诉讼控制犯罪的价值目标，民事执行满足债权的目的宜暂时退让，刑事裁判确定时，扣押物移转为国家所有或返还被害人。如扣押物并未为将来的刑事裁判确定追缴，则扣押物应交由民事执行机关继续执行。

第二，民事终局执行先于原物保全没收执行。如果在原物没收保全执行开始之前，民事债权人的权利已经通过民事诉讼程序获得法庭确认并采取执行措施，只是尚未完成变价程序，此时仍然强调刑事原物没收相对于民事债权的优先地位，民事案件当事人因事后的没收程序，而被剥夺应清偿而未清偿的财产权利，且可能导致民事执行程序过分延宕。笔者认为，民事终局执行中对特定财产采取查封、扣押措施时，执行债权人已经获得通过该物清偿债权的信赖利益，且国家与被害人对违法所得之物的物权追溯也尚未受到生效裁判确认，为了保护善意的执行债权人的财产权，可以允许其通过扣押物获偿，民事终局执行无需让位于刑事诉讼。刑事诉讼中，法院应通过责令退赔的方式对违法所得进行彻底剥夺，不宜对扣押物作出没收裁判。但执行债权人的债权为假债权，或在明知执行标的为没收财产的情况下申请强制执行时，不在此限。

第三，民事保全执行先于原物没收保全执行。如果在国家专门机关对违法所得原物采取保全措施之前，该财产已在民事诉讼中被查封、扣押、冻结，但法院尚未做出生效的民事裁判，此时民事债权人对于该财产并未取得获得清偿可能性的信赖利益。基于“任何人不得保有犯罪所得”的基本原则，法院应解除对该财产的查封、扣押，并将其移交公安司法机关处理。涉及抵押物交付执行的，民事债权人可在刑事诉讼中主张权利，并由公安司法机关对其是否符合善意取得的要求进行审查。

第四，民事终局执行与原物没收终局执行竞合。在这种情况下，国家与被害人对违法所得之物的物权追溯已为生效刑事裁判所确认。继续强调民事债权人的信赖利益将损害被害人的合法权利，且违背“任何人不得保有犯罪所得”的基本原则。此时，无论何方先采取执行措施，民事终局执行应让位于原物没收终局执行。涉及抵押物交付执行的，刑事执行机关应当就抵押权人是否满足善意取得的条件进行审查。

（2）刑事替代物没收与民事执行竞合

与原物没收不同，替代物没收的对象是被没收人的合法财产，其本身并没有受到犯罪行为污染。只是在原物无法没收的情况下，而被用来清偿国家的“金钱债权”。为防止刑事没收效力过分扩张而对公民财产造成不恰当的干预，域外国家和地区通常对替代物没收作出与原物没收不同的效力规定。在日本和我国的台湾地区，替代物没收并没有较其他债权优先受偿的效力，其他债权人可以通过替代物受偿。依据台湾《刑事诉讼法》第470条第一款和第二款的规定，检察官对于追征裁判的执行命令与民事执行命令效力相同，扣押物由检察官进行变价程序，扣押物变价后的价金，依参与分配的规定，依照追征金额和民事强制执行假扣押债权额，按债权的顺位与债权比例进行分配，此时追征金属于普通债权。日本《组织犯罪处罚法及犯罪收益规范法》第44条也规定，检察官为了执行

[1] 参见张凌、于秀峰编译：《日本刑法及特别刑法总览》，人民法院出版社2017年版，第367-368页。

[2] 参见陈典圣：《刑事扣押程序与强制执行程序之竞合与处理》，载《月旦裁判时报》第61期（2017年），第70页。

追征保全所发出的命令具有假扣押的效力，追征保全假扣押与民事强制执行竞合时，就如同强制执行程序中的假扣押和强制执行假扣押或终局执行竞合时的方式处理。[1]结合日本《刑事诉讼法》第490条和《强制执行法》第91条的规定，当双方假扣押并存时，待追征判决后，扣押物变价后之价金，经由分配程序，依债权比例的先后顺序，分配给各债权人。当追征保全假扣押与强制执行终局执行竞合时，由强制执行的终局执行进行变价程序，追征保全假扣押所获得的分配金额，依法提存，强制执行获得的分配金额，提款清偿。[2]在美国，21 U.S.C. § 853（p）与 21 U.S.C. § 853（a）对替代物没收与受犯罪行为污染的财产（tainted asset）的没收作区别对待，并没有明确对替代财产适用"回溯原则"（relation-back doctrine）[3]。司法实践中，一些法院从法律规定的本身含义出发，认为回溯原则不适用于替代财产，且政府在审前不能对替代物采取限制措施。[4]基于此，在法院对替代财产作出没收裁判之前，债权人自然可以通过替代财产获得受偿。

就替代物没收与民事执行程序的关系来说，我国仅在《刑法》第64条对责令退赔进行简要规定，但尚未建立系统的替代物没收制度。虽然为保证没收得以顺利实现、被害人能够得到充分赔偿，在审前对普通财产作为替代物进行保全的情况在我国时有发生。但法律和司法解释对替代物的保全扣押的范围、程序等均没有作出明确规定，对替代物没收与民事执行程序的关系也鲜有涉及。笔者认为，在未来完善替代物没收机制的基础上，应当对替代物没收与民事执行程序的关系进行厘清。替代物没收主要基于国家对原物没收不能时而享有的一种金钱债权，这种金钱债权本身并不具有优先于其他私法债权的特性。基于此，只要民事债权人获得可作为执行依据的民事裁判，均可以替代物获得受偿。对于执行顺位和分配方式的确定，可以参照民事强制执行竞合的方式处理：

第一，遵循先行执行优先原则。我国《民事诉讼法》第106条[5]以及2013年《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》第43条[6]确立了禁止重复查封原则和轮候查封制度。可以说，这是对先行保全执行优越并排斥后行保全执行或终局执行理论的肯定，亦即首先采取保全措施的法院依据法律规定可自行处分被查封、扣押、冻结的财产，而轮候查封只有在先查封因失效或解除的情况下，才可发生效力。对替代物没收与民事执行竞合的处理，同样应坚持先行执行优先原则。在刑事裁判进入执行程序后，获得民事执行依据的债权人也可以参与到财产分配程序中，与被害人共同对替代物进行分配。当民事执行机关已对财产采取扣押措施，即为执行替代物没收而进行的扣押保全与民事执行扣押竞合，且民事执行扣押在先时，可由民事执行机关进行变价程序，以清偿申请执行人债权。获得生效裁判的刑事被害人亦可申请参与分配。

第二，遵循物权优先原则。民法理论通说认为，物权具有优先于债权的效力。依此，在基于所有权和担保物权而享有的债权与普通金钱债权发生执行竞合的情况下，前者优先于后者获得清偿。这一原则也为2020年最高法《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第55条所采纳。[7]基于此，在替代物没收与民事执行竞合的情况下，亦应遵循物权优先原则。

第三，遵循比例原则。由于替代物没收在本质上与其他普通金钱债权属于同种性质债权，在替代物没收终局执行与民事终局执行发生竞合，且债务人可供执行的财产不足以清偿全部债权的情况下，应按照比例进行分配，以实现同种性质债权的平等受偿。

（3）违禁物没收与民事执行竞合

违禁物是依法令禁止私人制造、持有或使用之物。将违禁物纳入没收的对象范围，主要是

---

[1] 参见张凌、于秀峰编译：《日本刑法及特别刑法总览》，人民法院出版社2017年版，第368页。

[2] 参见曹云吉编译：《日本民事诉讼法》，厦门大学出版社2017年版，第344页。

[3] 所谓"回溯原则"，是指被犯罪行为污染的财产，其所有权自犯罪行为发生之时起即转移给政府，政府可以在导致没收的犯罪行为发生之时即获得财产以及该财产所产生的收益，并排除犯罪行为发生后其他人对该财物产生的收益。

[4] See United States v. Field, 62 F.3d 246 (1995); United States v. Ford, 64 Fed. Appx.976 (2003); United States v. Jarvis, 499 F.3d 1196 (2007).

[5] 《民事诉讼法》第106条规定："财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。"

[6] 2013年《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》第43条规定："已被有关国家机关依法查封、冻结的涉案财物，不得重复查封、冻结。需要轮候查封、冻结的，应当依照有关部门共同发布的规定执行。"

[7] 2020年最高法《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第55条规定："多个债权人的债权种类不同的，基于所有权和担保物权而享有的债权，优先于金钱债权受偿。有多个担保物权的，按照各担保物权成立的先后顺序清偿。"

基于违禁物的公共危险性，为了维护社会安全而有必要禁止持有、流通。以此目的出发，违禁物基于其不法性而不属于民事责任财产的范畴，不可成为民事执行之标的。基于此，当违禁物没收与民事执行竞合时，民事执行应让位于违禁物没收。

（4）供犯罪所用本人之物没收与民事执行竞合

关于供犯罪所用之物没收的性质，在理论上主要存在刑罚说、保安处分说、多义说、独立制裁说等观点。[1]但从域外主流观点来看，对供犯罪所用之物的没收的性质具有复合性。一方面，对于供犯罪所用之物的没收具有保安处分的性质，即通过对行为人所有的犯罪工具的剥夺，降低行为人再犯可能性，以实现犯罪预防的效果。另一方面，对供犯罪所用之物的没收也具有惩罚的性质，即旨在通过没收对犯罪行为人将其财物错误地用于犯罪进行否定评价和惩罚。基于此，供犯罪所用的本人之物在法律性质上为行为人合法所有的财物，刑法规定对其进行没收，主要基于公共利益维护和禁止财产权滥用的刑事政策，而非对财产本身持有的否定。将供犯罪所用的本人之物纳入民事责任财产的范畴，并不存在理论上的障碍。基于此，在供犯罪所用本人之物没收与民事执行竞合时，应遵循以下原则：第一，先行执行优先原则。尤其在民事终局执行先于国家专门机关对供犯罪所用之物采取的保全措施的情况下，民事债权人可以通过该财物受偿，民事执行程序无需中止等待刑事裁判作出。第二，民事优先原则。对供犯罪所用本人财物的没收，在本质上属于国家出于公共利益维护的目的而对行为人合法所有的财产所采取的处分措施。在供犯罪所用之物没收终局执行与民事终局执行发生竞合，且债务人可供执行的财产不足以清偿全部债权的情况下，基于“国不与民争利”的基本原则，应当赋予民事债权优先受偿的地位，以充分保障民事债权人的合法权利。

结 语

刑事涉案财物处置中刑民执行竞合问题的处理，在本质上是对相互冲突的不同价值的选择。民事执行程序的侧重点在于对市场经济平稳运行所依赖的效率、公平、自治等价值的维护；而刑事司法则以打击犯罪、维护社会稳定为己任。根据具体情况对不同价值进行权衡，是实现价值最大化的最好途径。一味坚持“刑事优先”立场，必然会导致对公共利益和被害人利益的过分偏重，进而难以实现多元主体利益的最大化。因此，需要通过利益衡量的方法使民事执行程序和刑事涉案财物处置达到平衡。

[1] 参见何帆：《刑事没收研究——国际法与比较法视角》，法律出版社 2007 年版，第 92-94 页。

刑事涉案财物处置中“与案件无关”条款的解释与优化

张浩若*

摘 要：刑事涉案财物处置已经成为刑事诉讼领域的重点问题。作为规制涉案财物处置的制度安排“与案件无关”条款没有得到相应的重视。在立法上，“与案件无关”条款没有表现出对域外法的移植或近代传统法治的继受，是具有我国实践特色的涉案财物处置规制方式。在法律发展的进程中，“与案件无关”条款内容的不断细化展现出对规制涉案财物处置的需要和探索。在实践上，“与案件无关”条款表现出侦查阶段的取证指引、审判阶段的论据缘由，以及处置措施的事后审查救济的不同样态。面对我国不断进行的司法改革，现阶段对司法审查原则的全盘吸纳并非是具有可行性的举措。相比之下，对“与案件无关”条款进行学理的解释和操作的优化是一项更具有操作性的方案，通过对现有制度进行逐步解释和完善，以实现兼顾司法需要与个人利益保障的制度构建。

关键词：涉案财物处置；与案件无关；规范解释；

为了限制专门机关在涉案财物[1]处置时的自由裁量权，我国刑事规范中存在一系列的“与案件无关”条款，例如 2018 年《刑事诉讼法》第 141 条规定了“与案件无关的财物、文件，不得查封、扣押。”可以说，“与案件无关”条款在侦查取证、法庭审理、权利救济等多个诉讼程序中都与涉案财物处置有着密不可分的关系。2015 年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》中就指出涉案财物处置应遵循“与案件无关”条款。但较为遗憾的是，受制于传统上对物强制措施理论的忽视，现有研究鲜见对“与案件无关”条款的关注，仅有的观点也多作为佐证论据的批判：有观点从保全措施角度，认为“与案件无关”条款着重强调证据保全的重要性，忽略了财产保全对后续执行的保障意义，在诉讼的早期阶段过早的强调“与案件无关”的审查规范，会导致证据收集工作失去全面性，有可能丢失关键证据。[2]还有观点从救济功能的角度分析，认为在“重人身、轻财产”等传统观念的影响下，“与案件无关”条款由于缺乏司法属性，无法发挥相应的救济功能。[3]此外，有研究通过对“一扣到底”的问题展开调研，认为实践中侦查阶段的涉案财物认定更加宽泛，并且在审判结束后部分办案机关也会怠于解除“与案件无关”财物的强制性措施。[4]通过以上论述不难发现，作为刑事涉案财物处置规范的“与案件无关”条款不仅缺乏理论研究，而且在功能上也备受质疑。

鉴于刑事涉案财物处置已经成为刑事诉讼领域的重点问题，一方面，运用于司法实践的“与案件无关”条款所引发的一系列理论问题应当进行追问：立法上为什么要采取反向方式的“与案件无关”条款？其又有怎样的刑事定位？在司法实践中又发挥了哪些功能？另一方面，面对学界对我国对物强制措施行政化构造的批判，在现有条件下“与案件无关”条款又应当如何完善？回答这些问题也是在探求我国涉案财物处置制度的改革方向。因此，本文选取“与案件无关”条款这一规范分析视角，在解释其制度逻辑和实践反思的基础上，提出我国涉案财物处置制度的优化思路，以期为我国司法改革中的一些问题提供浅薄意见。

一、“与案件无关”条款的规范分析

认识的有限性和个案的复杂性决定了涉案财物的认定并非是一件容易事。作为规制涉案财物认定相关性的反向条款，立法上采取“与案件无关”条款的动因以及该条款在刑事规范中所形成的一系

---

* 作者简介：张浩若（1997—）,男，河南商丘人，西南政法大学法学院博士研究生。

[1] 现阶段对于涉案财产及其处置存在较为混乱的认识，在这里“涉案财物”是指在刑事诉讼过程中可能与案件处理直接或间接相关的、受法律规制的、具有财产价值的物的总称。“涉案财物处置”是指包括实体和程序在内的各类涉案财物处置措施的总称。参见陈卫东：《涉案财产处置程序的完善——以审前程序为视角的分析》，载《法学杂志》2020 年第 3 期，第 42 页。

[2] 参见严林雅：《我国刑事对物强制措施体系的构建》，载《政法学刊》2021 年第 2 期，第 66-67 页。

[3] 参见李奋飞：《刑事诉讼案外人异议制度的规范阐释与困境反思》，载《华东政法大学学报》2021 年第 6 期，第 53 页。

[4] 参见向燕：《刑事涉案财物处置的实证考察》，载《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期，第 128 页。

列规定，需要从多重角度进行分析。

（一）规范定位与入法动因

“与案件无关”条款是涉案财物与案件待证事实不具有实质关联性时，办案机关不得采取对物强制措施的禁止性规范。早在 1979 年，我国《刑事诉讼法》第 84 条、第 87 条便将“与案件无关”作为“可用以证明有罪或者无罪”相关性的反向规定，通过对“不得为之”禁止性条款的应用，实现对办案机关对物强制措施裁量权的限制。同时，这种正反结合的立法表述在之后历次的刑事诉讼法修改中都没有发生太大变化，并经由我国法律规范的逐步演变，“与案件无关”条款所形成的惯用表述在规制涉案财物处置方面，也在我国其他刑事规范中得到了沿用，例如在我国 2018 年《监察法》的第 23 条、2021 年《反有组织犯罪法》的第 41 条以及 2023 年《反间谍法》的第 62 条中，有关涉案财物处置“与案件无关”条款的规范定位，都是将其作为规制办案机关查封、扣押、冻结的禁止性条款。

值得注意的是，不同于“证据标准”等一般的证据取证规范，“与案件无关”条款重点解决的是案件办理过程中证据“量”的问题，其通常不作为涉案财物认定合法性与真实性的判断规则。这是由于，为了防止审判阶段重复审查相同指向性的或是过分浪费时间的证据，在我国 2021 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（以下简称《高法解释》）第 247 条规定了，“在控辩双方举证过程中，对于一方提出的证据，对方提出异议，认为有关证据与案件无关或者明显重复、不必要，法庭经审查异议成立的，可以不予准许。”因此为了防止在法庭审理过程中过度的不必要证据，规定“与案件无关”条款在侦查阶段实现对涉案财物的分流，不至于诉讼所固定的证据过于臃肿，造成司法效率的浪费。另外从辩证的视角来看，把握案件证据的“量”与确保准确的追诉犯罪都是“与案件无关”条款内涵诠释的重要方面，由于过度强调“与案件无关”条款可能会导致遗漏关键证据，因此在防止与案件无关的财物不被办案机关采取对物强制措施的基础上，也要保障办案机关全面、及时、恰当的收集证据。正是出于上述方面的考虑，“与案件无关”条款更加强调的是提醒注意功能。综上，“与案件无关”的入法动因可以从以下两个方面进行分析：

第一，“与案件无关”条款入法的直接原因与我国的法治化进程有关。一方面，1979 年《刑事诉讼法》出台的时期国家法制工作正由停滞步入正轨，刑事相关理论准备并不充分，因此刑事诉讼立法深受苏联影响，展现出全盘继受的状态。[1]在立法上借鉴了《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑事诉讼法典》第 167 条所做的规定，“实行提取是为了收取任何对案件有意义的物品和文件。”[2]所以我国也采取了“可用以证明有罪或者无罪”的类似规定作为对物强制措施的相关性原则。另一方面，对于彼时的立法者而言，公、检、法之间尚缺乏制约理念，秉持“大政法”的诉讼观，[3]这就让一般情况下的对物强制措施都是以打击犯罪为主要目的。所以在上述前提下，“与案件无关”这种更具有提醒意义的条款作为对物强制措施的规制方法，更能满足当时制度所需要的实用性与灵活性。

其二，“与案件无关”条款入法的根本原因是我国对物强制措施的行政构造。在制度层面，我国对物强制措施具有较强的权利本位色彩。1979 年刑事诉讼法以对人为基础制定了我国的强制措施，介于彼时经济制度尚未完全转型，私有财产观念尚未深入人心，所以立法上对物的强制措施没有采用与对人强制措施类似的严格期限以及司法批准程序。尽管随着社会进步以及经济发展刑事涉案财物的处置已经逐渐得到重视，但这种立法惯性的影响一直持续至今，表现为对物强制措施没有明确的启动条件，在运行上“自审自批”的行政构造。同时，在各司法机关的制约关系层面，由于缺乏相关规定法院不具有制裁违法对物强制措施的空间。[4]这就导致立法机关既需要对涉案财物处置措施采取一定的限制，又要符合我国的司法实践，因此相对折中的“与案件无关”条款就承担了在一定程度上限制自由裁量权的作用。

（二）立法演变与归责基础

需要注意的是，若仔细考察和“与案件无关”条款紧密相关的法律规范则会发现，随着我国法律

---

[1] 参见孙光妍,于逸生：《苏联法影响中国法制发展进程之回顾》，载《法学研究》2003 年第 1 期，第 139-151 页。

[2] [苏]И.В. 蒂里切夫等编著:《苏维埃刑事诉讼》，张仲麟等译,法律出版社 1984 年版,第 263 页。

[3] 参见孙长永主编：《中国刑事诉讼法制四十年：回归、反思与展望》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 520 页。

[4] 参见孙长永主编：《中国刑事诉讼法制四十年：回归、反思与展望》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 525 页。

的修改，“与案件无关”条款的内容与功能也在不断变化。

1979 年我国《刑事诉讼法》所规定的“与案件无关”条款应为办案机关涉案财物处置的注意性规范。一方面，彼时的《刑事诉讼法》还没有对“与案件无关”条款进行较为细化规定，即便是办案机关违反“与案件无关”条款采取对物强制措施，在规范条文上也没有相应的后果，因此，此时的“与案件无关”条款仅作为办案机关的注意性规定，起到提醒注意的规范功能。另一方面，从侦查活动的角度而言，考虑到不可能因为最终未作出有罪判决而认为办案机关违反“与案件无关”条款的对物强制措施一概属于违法，否则会导致刑事侦查难以正常推进。因此，对于违反“与案件无关”条款的责任后果，此时的相关法律还没有予以明确。即便是在 1994 年颁布的《国家赔偿法》第 16 条增加了“违法采取查封、扣押、冻结、追缴等措施”受害人的取得赔偿的权利，但对于违反“与案件无关”条款的查冻扣措施能否被视为违法，并没有明确规定。

随着我国法治进程的不断深入，整体上“与案件无关”条款也在不断丰富和完善，其规范定位也由注意性规范转变为禁止性规范。最为明显的变化是，在 2012 年《刑事诉讼法》第 115 条增订了当事人、辩护人、诉讼代理人及其利害关系人审诉与控告的权利，将办案机关违反“与案件无关”条款的查冻扣措施作为审查或控告的因素之一，以“与案件无关”条款为基础完善了对物强制措施的救济途径。同时，2012 年《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安规定》）第 191 条、2012 年《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《高检规则》）的 577 条以及 2015 年的《公安机关涉案财物管理若干规定》第 26 条，分别从侦查机关的内部监督、检察机关的外部监督措施上，将“与案件无关”条款作为审查涉案财物处置的内容之一，并在相关制裁性后果进行了细化规定，使之在应然上拥有了刚性制约力。

可以看出，考虑到侦查活动的需要，“与案件无关”条款的责任后果试图在保障当事人合法财产权益以及保证公安机关侦查权的行使之间找到一定程度的平衡。因此，在立法上没有采取依据案件结果进行归责的方式，而是采取了宣告违法的归责方式，通过具体对物强制措施的违法判断，给予侦查活动更大的自由裁量空间，使得办案人员不会碍于害怕违反“与案件无关”条款而过于拘束。同时，现有法律条文所规定的“与案件无关”条款违法类型，目前较为清晰的一种是超期违法。即在 2016 年最高人民法院、最高人民检察院出台《关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》的第 3 条第 1 款规定了违反“与案件无关”条款的违法行为，不仅需要有证据证明涉案财物“与案件无关”，还需要办案机关怠于解除对物强制措施，才能被视为违法行为。

综上所述，经由我国法治进程的不断推进，随着法律规范的逐步完善“与案件无关”条款也由单薄的法律条文，逐步演化为具有明确禁止性内容、启动机制以及制裁后果的规范体系，见表 1 所示。

表 1 “与案件无关”条款的相关法律规范

禁止性规范	启动规范	制裁后果规范
2018 年《刑事诉讼法》第 141 条、第 145 条、第 152 条； 2018 年《监察法》第 23 条； 2021 年《反有组织犯罪法》第 41 条； 2023 年《反间谍法》第 62 条； 2021 年《高法解释》第 247 条； 2019 年《高检规则》210 条、215 条、217 条、231 条； 2020 年《公安规定》227 条、233 条、247 条、269 条； 2015 年《公安涉财规定》第 6 条	2018 年《刑事诉讼法》117 条第 3 款； 2019 年《高检规则》第 567 条第 8 款及第 14 款； 2020 年《公安规定》第 196 条第 3 款	2015 年《公安涉财规定》第 26 条； 2015 年《关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 3 条

二、“与案件无关”条款的实践样态

依据现行法律规定，办案人员违反“与案件无关”条款并不会产生排除非法证据或是程序回溯的

程序性后果，[1]而是引发在刑法、行政法或是纪律中的后果，因此这类条款也被部分学者称为管理性禁止规定。[2]可以说，“禁止性规范是整个法律规范体系的基础与前提，没有禁止性规范的产生并由其划定切实的国家机关、团体与个人的行为边界，就不会有任何法律秩序能够生成。”[3]在刑事诉讼中尤其需要稳定的法律秩序，因此作为禁止性条款的“与案件无关”为达成其立法目的，其实践样态主要体现在以下方面。

（一）涉案财物处置的审前指引

本着“减少司法任意性、规范司法裁量权”的目的，“与案件无关”条款从反向为涉案财物处置的主观认定因素提供了规制指引，并以制裁性后果对侦查人员的不当认定产生威慑。通常情况下，审前涉案财物认定具有很强的主观因素，是否实施强制性措施依赖于侦查人员的办案经验。有学者就曾对司法实务中公安机关采取的查冻扣的方式展开调研，结果表明在 162 份问卷中有 64.2%的办案人员表示会先对现有财产采取强制性措施，之后再审查财产的合法性以及财物是否“与本案无关”。[4]这种方式在具体案件中有助于提升公安机关的办案效率，例如在舆论广泛关注的“杭州保姆纵火一案”中，公安机关先对莫某的手机采取强制性措施并对内容进行分析后，才确认莫某纵火犯罪的“重大嫌疑”。[5]正因为实践中对追诉犯罪的需要，“与案件无关”条款在规制涉案财物处置的主观因素上不得不依靠经验归纳，才能明确“与案件无关”的判断标准，因此在 2010 年公安部发布的《关于建立案例指导制度有关问题的通知》中，在指导性案例的选编范围中就提到，要重点选编滥用扣押措施、滥用自由裁量权的案例。

此外，在实践意义上“与案件无关”条款相比于单纯的概括指引法律规范可能会更加有效。这是由于侦查机关具有的科层制管理结构，严格的等级要求初级的决策必须接受上级常规、全面的审查，“为了避免最高级别梯队的管理失灵，上级的审查必须集中在有限的几个要点上，它们最好是比较容易验证的因素。高级官员希望他们的下属将其负责决策的事务中所包含的复杂因素加以概括和总结。”[6]对于审前阶段的涉案财物处置而言，其相关的法律规范通常是分散、模糊或者是缺失的，[7]“与案件无关”条款从反向提供指引的方式，符合聚焦点明确、易复查的特征，所以在指引的效果方面会更合适。

（二）在案财物认定的论据缘由

相较于侦查程序而言，实体裁判上涉案财物处置与判决结果直接相关，其中“与案件无关”条款通常作为涉案财物处置的重要论据。一般而言，学界将我国实体法中涉案财物的种类分为供犯罪所用之物、违法犯罪所得以及违禁品。[8]依据《高法解释》第 279 条的规定，法庭审理过程中除了对在案财物进行权属确定外，还需对来源等情况对涉案财物进行调查。在实践中，基本通过证明上述三类涉案财物与案件的相关性进行事实等方面的认定，即从正面证明在案财物与案件事实具有相关性属于证据物品，或是以“与案件无关”为证明基础从反面证明涉案财物与案件不具有相关性。而这种从反面证明在案财物“与案件无关”的方式在实体裁判中有两种实践样态：

一是审判机关在判决书中以“与案件无关”为由宣告解除对物强制措施。由于涉案财物的认定是一个较为复杂的认知过程，这就允许侦查阶段的涉案财物认定存在一定的误差空间。而审判阶段对于案件事实已经形成了较为清晰的证据链，所以审判机关根据证据线索对涉案财物形成较为清晰的

---

[1] 参见陈瑞华：《程序性制裁理论》，中国法制出版社 2005 年版，第 239 页。

[2] 参见艾明：《刑事诉讼法中的禁止性规定及违反的程序性法律后果》，载《西部法学评论》2024 年第 1 期，第 42 页。

[3] 魏治勋：《禁止性法规范的概念》，山东大学 2007 年博士学位论文，第 163 页。

[4] 参见向燕：《刑事涉案财物处置的实证考察》，载《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期，第 128 页。

[5] 参见裴炜：《数据侦查的程序法规制——基于侦查行为相关性的考察》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 6 期，第 47 页。

[6] [美]米尔伊安 · R.达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 30 页。

[7] 参见纵博：《司法实践中“证据标准”之评析》，载《地方立法研究》2024 年第 2 期，第 121 页。

[8] 参见张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社 2015 年版，第 400-403 页。

认识后，会列明在案财物“与案件无关”的相关理由，从而宣告解除对物强制措施。如“张某、肖某合同诈骗一案”[1]、“俞某掩饰、隐瞒犯罪所得罪一案”[2]中，审判机关结合已查明的案件事实，将“与案件无关”的涉案财物予以确认，进而解除对物强制措施。二是财物权属人围绕“与案件无关”发表涉案财物认定的辩护意见。碍于“合一型”[3]的审理方式，财产辩护通常没有独立的辩护空间，但由于涉案财物的认定又与定罪量刑之间有着密不可分的关系，所以目前部分刑事辩护会以“与案件无关”对涉案财物的认定发表辩护意见。例如，在“杜某诈骗一案”[4]中，被告人认为办案机关对供犯罪所用之物认定（没收）过宽，除 vivo 手机用于与被害人聊天，其他涉案财物皆“与案件无关。”法院经审理，认为在案无证据证明其他扣押物品用于犯罪，因此一审涉案财物认定（没收）不当，予以纠正。

但应当注意的是，目前实践中面对的最大阻力在于涉案财物认定的审理模式、证明标准等法治化不足的局面，整体呈现随意性较大的问题，[5]这也导致以“与案件无关”为由的辩护意见判决差异较大。尽管在立法层面《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》等多项司法解释中，都有涉及规范审判阶段涉案财物认定的条文，但实践中特别是在对犯罪工具与违禁品的认识上，仍然具有较大的分歧，造成“同案不同判”的发生。例如，“郭某、蒋某盗窃罪一案”与“张某犯非法买卖枪支、弹药罪一案”中，[6]由于对供犯罪所用之物的理解不同，两个案件中被告人的手机是应当作为犯罪工具予以认定还是“与案件无关”的财物，呈现出不同的判决结果。

（三）涉案财物处置的事后审查救济

尽管我国目前还不具有独立的“对物之诉”，但在程序设计上仍然体现出对保障当事人财产权的重视。首先，“与案件无关”条款是涉案财物权属人救济措施的基础。《刑事诉讼法》第 117 条规定了当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人在司法机关及其工作人员对“与案件无关”的财物采取查封、扣押、冻结措施申诉、控告权利。但从侦查活动的角度而言，若违反“与案件无关”的强制性措施行为一律属于违法行为，则会导致侦查活动难以正常推进，因此就需要一定的弹性空间。在上述条件的限制下，2015 年《公安机关涉案财物管理若干规定》“监督与救济”部分的第 26 条提供了另一种证明途径，即“办案人员对明知与案件无关的财物采取查封、扣押、冻结等措施的，依照有关规定追究责任，涉嫌犯罪的，移交司法机关依法处理。”该规定在“与案件无关”条款的基础上，增加了对“明知”的要求，将“与案件无关”的证明扩展为办案人员对“与案件无关”的财物具有确有明知的必要。

其次，在侦查机关的内部审查方面。“与案件无关”条款是侦查机关对已经采取对物强制措施的涉案财物进行主动审查的基础。依据《刑事诉讼法》第 141 条、第 145 条的原则性规定，以及《公安机关涉案财物管理若干规定》第 6 条对审查的细化规定，“对涉案财物采取措施后，应当及时进行审查。”从侦查机关内部对涉案财物进行审查，判断是否“与案件无关”。但这种侦查机关“自审自查”的方式对审查期限没有做要求，仅规定了“应当及时进行审查”的原则性规定，因而在审查效果上大打折扣。

最后，在检察机关的外部审查方面。依据《高检规则》第 567 条第 8 款、第 579 条第 14 款的规定，检察机关应当对侦查活动、审判活动中存在的违反“与案件无关”违法行为进行监督。即在检察机关的外部审查环节，“与案件无关”条款是检察机关履行法律监督责任，审查专门机关涉案财物处置行为的重要依据之一。

---

[1] 参见北京市高级人民法院（2020）京刑终 96 号判决书。

[2] 参见上海市松江区人民法院（2023）沪 0117 刑初 1474 号判决书。

[3] 合一型的审理方式是指，在庭审活动中有关涉案财物的处置与定罪量刑的程序合一审理，涉案财物处置的事项仅附带在定罪量刑事实调查和辩论程序当中进行。参见闵春雷,张伟:《论相对独立的刑事涉案财物处置程序之建构》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》,2022 年第 4 期，第 98-100 页。

[4] 参见内蒙古自治区兴安盟中级人民法院（2021）内 22 刑终 43 号判决书。

[5] 参见梁健:《刑事涉案财物处置的失范与规范》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 5 期，第 81-85 页。

[6] 参见石军英:《刑事涉案财物认定和处置制度立法完善研究》，江西财经大学 2022 年博士学位论文，第 42 页。

三、“与案件无关”条款的内在局限

涉案财物处置作为办理刑事案件的重要环节，其关键在于对财物涉案相关性的理解与应用。可以说，为符合现代法治国家侦查程序的基本价值要求，世界各法治国家的刑事程序皆存在对强制性措施的规制。[1]在我国，“与案件无关”条款同样承担着立法和实践之间张力的检验。从实践表现来看，“与案件无关”条款目前发挥的作用极为有限，因此需要从制度和学理等多个角度分析“与案件无关”条款的局限所在。

（一）没有明确与案件无关的范畴

“与案件无关”条款的范畴问题主要源于涉案财物所具有的证据和财产的双重属性，我国对物强制措施不仅需要保全为追诉犯罪的证据财物，还需要保全为保障财产刑、保安处分、民事赔偿等执行财物。从我国目前的立法趋势而言，虽然受到刑事司法传统上“重人身、轻财产”的倾向导致我国对物强制措施更加强调证据保全，但通过规范上的修改，我国对物强制措施在不断纳入财产保全的功能。即为了解决司法实践中存在的犯罪分子及其亲属为逃避财产刑，设法转移、隐匿财产而造成执行难的问题，“考虑到刑事诉讼法第 158 条第 2 款规定，人民法院调查核实证据，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结，”[2]2000 年最高院发布《关于适用财产刑若干问题的规定》中，规定了人民法院认为依法应当判处被告人财产刑的，可以在案件审理过程中，决定扣押或者冻结被告人的财产。在 2012 年《刑事诉讼法》的修改中，第 100 条也相应增加了“人民法院在必要的时候，可以采取保全措施，查封、扣押或者冻结被告人的财产。”随后在《公安规定》《高检规则》《高院解释》等相关司法解释的修改中，也都将财产保全功能纳入我国的对物强制措施。准此，应如何理解“与案件无关”条款的范畴问题呢？即结合上文所述，作为 1979 年与我国对物强制措施同时入法的“与案件无关”条款能否承担规制财产保全的功能呢？

究其原因，我国在旧有对物强制措施的框架上直接加入了财产保全功能，但忽略了证据保全与财产保全之间的矛盾。从诉讼法理来看，证据保全与财产保全在司法目的、制度基础以及工作准则上并不相同。对证据保全而言，其对象被限定为对查明案件真实情况具有证据意义的物品和文件，[3]对证据财物进行保全以供后续庭审中法官的查阅。而财产保全的对象则不仅有与案件有关的各类证据财物，而且还有可能的合法财物，其目的在于保障判决后执行的顺利实施。这种二者的矛盾直接导致原有的“与案件无关”条款在证据保全和财产保全范畴审核上的适当性问题：若强调“与案件无关”条款适用于所有的对物强制措施情形，则会导致办案机关以财产保全之名，行证据保全之实的现象，从而架空“与案件无关”条款分流证据财物的基本作用。在一定程度上，我国“与案件无关”条款能够满足在证据保全上的司法需要，但若涉及以财产保全为目的时，“与案件无关”条款的范畴理解问题则有待进一步探讨。可以说，这种矛盾的境地源于我国缺乏刑事涉案财产保全的专门程序。

（二）缺乏对认定内涵的进一步阐释

面对实践中纷繁复杂的案情，涉案财物处置时为了实现公益与损害利益之间的平衡，办案机关在主观认定上需要恪守比例原则的约束。但若仔细观察“与案件无关”条款，其在规制涉案财物认定的必要限度上缺乏更进一步的解释。换言之，其仅是在立法形式上做了反向的禁止性规定，但在比例原则的指引上“与案件无关”并没有提供实质性内容，使其无法摆脱兜底条款的质疑。这也导致了以下负面影响：

其一，容易造成两极化理解。在现如今的实践状态中，存在两种不同的处置方式。一是侦查人员选择消极的态度采取对物强制措施，导致涉案财物被当事人提前转移或者严重贬值，造成案件“空判”结果的发生。二是办案人员采取概括式查冻扣的策略，忽略案件的严重程度，将侦查过程中的涉案财物一律采取对物强制措施，导致涉案财物的正常使用受到限制，造成被追诉人或者第三人生活、经营上面临困难。从实践上看，前者是侦查人员为追求自身责任的最小化，防止当事人可能的申诉，而对涉案财物采取谨慎的态度。后者则是在严格追诉犯罪的要求下，强调对证据完整全面原则的贯

---

[1] 参见孙长永：《侦查程序与人权保障——中国侦查程序的改革和完善》，中国法制出版社 2009 年版，第 5 页。

[2] 人民法院出版社编：《司法解释理解与适用全集——刑事诉讼卷 2》，人民法院出版社 2019 年版，第 968-969 页。

[3] 参见王瞬华等：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，群众出版社 1980 年版，第 89 页。

彻，为保障侦查的及时性、防止片面证据链的出现，将有关的涉案财物尽量收集到位。由于公权力具有天然的正当性，使得侦查人员为了追诉犯罪更容易逾越合理的边界，而规范中的“与案件无关”条款又无法提供行之有效的具体内容，这使得片面或者宽泛的理解都会导致强制性措施在比例原则上的失协。

其二，无法提供规制的着力点。“与案件无关”条款虽然试图从反向规制涉案财物认定，但是未能提供足够具有操作性的规定。与“与案件无关”条款类似，我国刑事立法中还存在着以“不得作为定案根据”为表现形式的证据规则。这部分条款以“不得作为定案根据”的禁止性规范，为证据的审查判断构成了一类操作指引，其对于不能作为定案根据的情形是由法律所明确的规定的。[1]与之相比，“与案件无关”条款所规定的“不得为之”的情形则非常模糊，立法上也没有设置具体的类型。另外，虽然“与案件无关”条款是办案机关审查对物强制措施的必要内容之一，但现有规范并没有要求办案机关对采取的对物强制措施说明必要理由，这就导致“与案件无关”条款缺乏可操作性与实用性。较于域外，考虑到犯罪与财物的多样化以及可能的紧急情况，域外法治国家对扣押标准并非严苛的进行列举，但仍然要求侦查机关的扣押必须具有合理根据。例如，德国确立了扣押说明义务，“为扣押之命令时，必需说明，何以该扣押之客体有重要之证据作用及扣押之范围”，并且规定不明确的扣押命令则违背《德国基本法》第 2 条第 1 项。[2]可以看出，规制对物强制措施需要在内容上具有可检验性，规定办案机关在采取强制措施时，需提供合理根据并形成可供检阅的文字记录，才能为规制手段提供支点，以进一步增加可操作性。

（三）未能突破旧有的行政构造

“与案件无关”条款则作为我国行政构造下办案机关自行审查的具体表现形式，[3]虽然在法条规范上表现出对涉案财物处置的规制作用，但由于办案机关内部审查机制具有利益的一致性，[4]使得这种规制方式易于失去作用。一方面，要面临行政构造下“与案件无关”条款容易被架空的问题。虽然《刑事诉讼法》第 145 条规定了涉案财物经查明与案件无关的，应当在三日内解除对物强制措施，但在具体的查明期限上却没有做要求，这就导致审查机制形同虚设，“与案件无关”条款得不到发挥。例如，有研究就针对办案机关“与案件无关”原因解除对物强制措施的情况进行调研，结果显示有 60.5%的办案人员并不会主动解除已经被查冻扣的涉案财物。[5]另一方面，在 2009 年公安部出台的《关于刑事案件现场勘验检查中正确适用提取和扣押措施的批复》中规定了“现场难以确定有关物品或者文件可否用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪，需要进一步甄别和采取控制保全措施的，应当扣押。”该批复通过部门规章的形式，对审前阶段涉案财物处置增加了“难以确定”的前提条件，即规定了“存疑先扣”原则，通过扩张侦查人员主观判断的范围，间接架空了“与案件无关”的相关规定，进一步加重了行政构造下强制性措施无法自我约束的局面。

“与案件无关”条款更大的隐忧在于，其在规范中的发展阻碍了我国对贯彻司法审查原则的重视。一般而言，为实现规制专门机关对物强制措施的自由裁量权，除紧急情况外，现代法治国家的通行做法是在对物强制措施的决定程序及审查程序上实行司法审查原则。例如，美国为防止无理的扣押，要求搜查令状的取得必须具有相当理由的支持，并且为了使地方法官了解足够的信息，使他能够判断理由是否成立，申请书必须提供足够详细的描述。[6]德国则是在《德国基本法》第 13 条明文规定了司法令状原则，同时《德国刑事诉讼法》第 105 条规定了搜查必须取得法官令状。可以说，由中立决定机关进行审查的司法构造，一定程度上更有利于对涉案财物处置的约束。但是，以“与案件无关”条款为基础的法律规范发展挤压了我国构建司法审查的空间。如上文所述，随着法律规范的演进，“与案件无关”的相关条例已经逐步在我国的行政构造体系下形成一套完整的规制逻辑，这种发展的

---

[1] 参见郑旭：《区分证据不得作为定案根据的三种情形》，载《中国社会科学报》2013 年 3 月 6 日，第 3 版。

[2] 参见克劳思 · 罗可信等编著：《刑事诉讼法》，吴丽琪等译，法律出版社 2003 年版，第 328 页。

[3] 参见陈瑞华：《刑事诉讼法》，北京大学出版社 2021 年版，第 370-374 页。

[4] 参见李超峰,邢永杰:《我国搜查制度的运行现状、问题及完善》，载《江西社会科学》2014 年第 2 期，第 161 页。

[5] 参见向燕：《刑事涉案财物处置的实证考察》，载《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期，第 128 页。

[6] 参见乔恩 · R · 华尔兹：《刑事证据大全（第二版）》，何家弘译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 264 页。

流向导致要想将我国的规制方式转变为司法构造变得十分困难，可谓“牵一发而动全身”。正因为如此，在旧有行政构造的发展中，如何逐步迈向符合我国司法实践且更加具有诉讼规律的涉案财物认定规制方式，是对“与案件无关”条款修改的重要方向。

四、“与案件无关”条款的优化路径

对于目前我国对物强制措施的行政构造，学界普遍持批判态度，这种先入为主的倾向带有对“与案件无关”条款的成见，忽视了“与案件无关”条款在在行政构造下发展的独特性。因此，结合“与案件无关”条款的历史动因及司法现实，应辩证的看待条款变迁背后的逻辑与启发，“与案件无关”条款的优化应当更多的考虑我国实际国情，尊重现有的法律框架，在确保可行性的基础之上进行合适的解释与完善。

（一）“与案件无关”条款的内涵明晰

为了确保“与案件无关”条款在司法实践中的可行性，避免在司法实践中的误用，应当将“与案件无关”条款的具体范畴予以明确。结合前述“与案件无关”条款的规范分析以及实践中的局限，应对条款在以下三个方面进行限定。

首先，“与案件无关”是与办案需要无关。在这种范畴上，“与案件无关”条款强调的是办案机关在涉案财物处置时，需要符合比例原则的要求。即在公权力运用上要有对度的把握，严格遵循办案的需要，恪守处置财物经济性原则，确保涉案财物处置在适当性、必要性以及均衡性上能够经受住检验。具体而言，一是涉案财物处置必须在目的和手段之间上受到限制。任何对物强制措施行为、涉财实体处置裁判，办案人员都应当提供书面的充分理由，符合 2014 年最高人民法院出台的《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第 6 条涉财部分裁判内容应当明确、具体的要求，并使书面理由作为权属人救济权利的基础以及检察机关审查监督的重点。二是确立对物强制措施的必要性审查，不必要却被查冻扣的财物即属于“与案件无关”。这种必要性审查分为两个方面，一方面，处置的涉案财物是否以案件需要为限度，另一方面，涉案财物处置必须及时。因为对于办案机关而言，涉案财物通常意味着一种“创收”[1]，在我国行政框架下不可避免的会产生扩大涉案财物处置范围的情况，明确这种必要性审查是“与案件无关”判断的基础，也是确保权属人得到及时救济的重要保障。三是遵循损害最小化原则。在实践过程中，经常会出现因为轻罪而将被追诉人的经营性房产整体查封的情况，导致被追诉人失去正常生活来源，增加社会治理负担。对此，应当符合最高人民检察院、公安部印发的《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》中第 50 条的要求，对不宜查冻扣的经营性涉案财物，在保证侦查活动正常进行的同时，可以允许有关当事人继续合理使用，并采取必要的保值保管措施。

其次，“与案件无关”是与本案无关。原因在于，从立法目的而言，“与案件无关”条款实质是为了约束办案人员判断证据财物与案件之间的相关性，这种相关性判断需要办案人员依据办理案件与事物之间的逻辑关系或是经验法则，其中重点解决的是犯罪构成事由、量刑情节等案件细节与涉案财物之间的相关性，并非是对他案证据判断的指引条款。因此“与案件无关”条款不应当具备对他案证据是否采取对物强制措施的指引功能。同时，应当注意“与本案无关”也是在我国司法解释中异名同实的表达规范。

最后，“与案件无关”是与案件证据保全无关。如同上文所述，“与案件无关”只能作为审查对案件具有证据作用的财物，否则会导致条款就具有被架空的风险。为满足现阶段司法实践对财产保全的需要，我国应当构建对涉案财物处置的二元化审查，将证据保全与财产保全的功能相分离。具体而言，现阶段“与案件无关”条款的范畴仅限于对证据保全的规制，而在财产保全方面，应当单独对财产保全设置相应的审查规则以及审查标准。

（二）以违法归责为中心的“与案件无关”条款构建

现阶段“与案件无关”条款与涉案财物处置的运行逻辑紧密相关，与之相关，学界不乏有观点认为，我国对物强制措施的改革应当由通过引入令状主义将行政构造转变为司法构造贯彻司法审查原

[1] 袁坦中：《刑事扣押研究》，西南政法大学 2008 年博士论文，第 68 页。

则。[1]不过，从可行性的角度而言，我国对物强制措施受到制度环境、理论储备、历史惯性等多方面的影响，相关司法改革并非一蹴而就即可完成，所以目前在“与案件无关”条款的基础上，建立更为明确、具体的类型化违法归责是更为可行的路径。可以说，法律不能过多束缚侦查人员的手脚，否则不利于侦查活动的完成，[2]但又需要涉案财物不被超范围、超数额采取查冻扣措施。从司法实践的角度，构建以违法归责为中心的“与案件无关”条款是为解决上述侦查认知上的矛盾。准此，违法归责的类型化就是为“与案件无关”条款设置可供实践遵循的标准和规范。结合我国刑事规范中已经存在类型化雏形，将“与案件无关”的违法情形归为以下两类。

其一，超期违法。即允许在合理的范围对“与案件无关”的涉案财物采取强制措施，但决不允许超过法定期限。依据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》中第 3 条第 1 款的立法精神，被查冻扣的“与案件无关”财物只有在办案机关未依法解除处置措施时，才可以取得国家赔偿。同样，在我国《高检规则》的检察监督部分也分别在侦查活动与审判活动中的违法行为中，不仅规定了对“与案件无关”财物采取查冻扣措施的违法行为，而且还包括应当解除查冻扣而不解除的。即对于“与案件无关”条款的制裁后果，为满足侦查工作的需要，应当加入超过法定期限的条款。从处置经济性原则的角度，及时对与案件无关财产解除措施，对办案机关的管理花费以及财物权属人的财产利益都有利。

其二，明知违法。依据《公安机关涉案财物管理若干规定》第 26 条第 2 款的规定，办案人员对明知与案件无关的财物采取查封、扣押、冻结等措施的办案人员，应当追究责任。究其原因，碍于侦查活动的特性，要想证明已被采取措施的涉案财物属于“与案件无关”是极为困难的，并且在实践中以办案机关超范围处置“与案件无关”财物的国家赔偿通常得不到审判机关的支持。但是可以通过证明办案人员明知涉案财物属于“与案件无关”但仍然予以处置的，视为违法行为。同时，应当允许对办案机关的明知违法行为进行推定。例如，可以通过办案人员认识犯罪的严重程度、被追诉人的社会危险性与采取处置措施的涉案财物相比较进行推定，显著超权限、超范围、超数额、超时限的处置“与案件无关”涉案财物可以推定为违法行为。

（三）强化“与案件无关”条款的审查救济机制

不论是对“与案件无关”条款范畴的界定，还是对违法归责类型化的构建都是围绕“与案件无关”条款自身的内容进行展开，而在实践中“与案件无关”条款发挥有效性的关键还在于如何突破现有行政构造的桎梏。

首先，明晰财物权属人的申诉控告机制。依据《刑事诉讼法》第 117 条所确立的申诉控告机制，其将办案人员违反“与案件无关”条款的侦查行为作为当事人和辩护人、诉讼代理人以及利害关系人申诉控告权的前提，但该条存在启动滞后性强、异议人参与有限、检察监督刚性不足的问题。[3]从权利实现有效性的角度，该申诉控告机制还存在两方面难题，一是以办案人员违反“与案件无关”查冻扣措施的申诉控告机制难以启动问题，二是缺乏制裁性后果使得申诉控告机制即使被启动也并不具有实际的效力，以至于在审判阶段时常会有被告人向法院提出涉案财物“与案件无关”的辩护意见。为解决上述问题，财物权属人的申诉控告机制应当包含明确的启动条件以及刚性的制裁后果。在申诉控告机制的启动方面，应当结合“与案件无关”条款的违法归责要件，明确启动的具体内容，并在权属人申诉控告的内容上规定，必须具有足以使办案人员产生合理怀疑的理由。在制裁后果方面，应当规定对办案机关在收到异议后，应当在七日内对存在异议的查冻扣措施进行说明，不能提供合理理由的则应当追究相关办案人员的违法责任。

其次，建立检察机关涉案财物必要性审查。“与案件无关”条款发挥效力的着力点，仅靠赋予权属人异议权显然不能突破行政构造的藩篱，所以还应当通过检察机关外部监督的制约。《刑事诉讼法》

---

[1] 参见田志娟:《我国刑事扣押启动机制之完善》，载《湖北民族学院学报(哲学社会科学版》2014 年第 3 期，第 78-82 页。

[2] 参见艾明:《刑事诉讼法中的侦查概括条款》，载《法学研究》2017 年第 4 期，第 160 页。

[3] 参见许译文:《论强制性侦查措施检察监督的诉讼化改造——以<刑事诉讼法>第 117 条为重点的分析》，载《法学论坛》2023 年 5 期，第 151-152 页。

第 117 条规定了财物权属人的申诉控告权可以直接向检察机关提出，但这种被动式监督不仅在启动上具有滞后性，并且第 117 条仅是规定了通知有关机关予以纠正，在监督上缺乏刚性。同时，尽管我国《高检规则》在第 567 条、第 570 条分别规定了检察机关的主动监督职责，但在实践中的效果并不明显。因此，我国对物强制措施也应当建立类似《刑事诉讼法》第 95 条的羁押必要性审查，规定在办案机关采取对物强制措施之后，检察机关应对所管理的涉案财物进行查控必要性审查，在发现办案机关有违反“与案件无关”条款采取对物强制措施的行为时，应当立即通知办案机关说明理由，理由不成立的应建议解除对物强制措施，并且办案机关应当在十日以内将处理情况通知检察机关。

最后，建立对物强制措施的说理机制。对物强制措施说理机制有助于提高办案机关强制性措施的透明度，针对采取的强制措施予以说明相应的理由也是彰显司法人文关怀的体现。在说理机制的内容上，办案机关出具的书面说明能够作为检察机关审查和财物权属人提出异议的基础。从涉案财物保全来讲，办案机关的说理内容有利于区分对物强制措施的目的是为了案件证据保全还是财产保全，为我国建立财产保全的专门制度提供工作基础。另外，这种说理机制的完善还能为侦查人员提供免责事由，即侦查人员在结合所了解的信息、证据的基础上进行综合判断，将“与案件无关”不予采取强制性措施的财物在说理机制中列明缘由，可以避免后续的失职追责，进而缓解刑事程序侦查中心的倾向。

三、刑事公诉制度研究

轻罪治理视角下附条件不起诉制度的完善

王宏璎*

摘 要： 当前犯罪结构发生了重大变化，轻罪案件所占比例大幅度上升，如何在实现轻罪治理的同时尽量减少犯罪的附随后果，成为未来刑事法治和社会综合治理中关注的重点问题。本文旨在探讨在轻罪治理背景下，如何通过扩大附条件不起诉的适用范围、细化程序设计、建立配套措施、强化监督等措施实现附条件不起诉制度的完善，以实现刑事司法的高效与公正。通过对相关理论和实践经验的分析，提出了具体的制度设计和立法建议。

关键词： 轻罪治理；附条件不起诉；范围扩大；制度完善

一、引言

随着社会经济的快速发展与法治建设的全面推进，刑事司法领域显著的趋势是轻罪案件在刑事案件总量中的占比日益增大，有学者宣告我国以及进入轻罪时代。[1]这一现象不仅反应了社会治安现状的变化，也对现有的刑事司法体系产生了深远的影响，促使我们重新审视与调整司法理念、制度设计与实践操作。2012 年刑事诉讼法修改过程中规定了附条件不起诉制度，但是，其适用主体仅限于未成年人，适用案件范围也是及其有限，非未成年主体实施的犯罪或者未成年人实施的其他类型的犯罪均不在附条件不起诉的案件范围之内。醉酒型危险驾驶罪纳入刑法之后，“酒驾”迅速成为第一大罪，学界开始研究将酒驾纳入附条件不起诉案件范围，企业合规研究兴起之后，学界认为应当将企业合规纳入附条件不起诉的案件范围。这种应景性的研究，对附条件不起诉制度的完善有意义但不具有系统性的价值。刑事诉讼法第四次修改之际，系统完善附条件不起诉制度，回应轻罪时代的社会需求是值得思考的问题。

二 、轻罪范围的界定与轻罪治理

近几年轻罪与轻罪治理的问题，引起了实务与理论界的普遍关注，虽然立法上对轻罪与重罪没有明确的区别性的规定。但是学界关于轻罪与重罪的讨论从 1979 年环球法律评论刊发朱文英翻译的法国刑事诉讼程序概述开始，对其他国家刑事诉讼程序的介绍中均谈到轻罪与重罪的区分问提。[2]我国轻罪重罪如何区分，经过几十年的研究在立法上没有规定，理论上也只有主流观点而没有共识。在轻罪时代，关于轻罪的界定，在没有形成共识且未能入法背景下，仍有研究的价值。

（一）轻罪范围的界定

如果说国内刑事法学人也时常论及“轻罪”与“重罪”的话，那只是就学理视角或者说是从犯罪学角度言及于此。[3]轻罪是一个相对的概念，某种程度上说是针对重罪而言的，在立法层面并没有被明确列出具体的罪名与标准，轻罪在不同国家不同地区也有不完全相同的界定。一般是以法定刑种、刑期作为轻罪与重罪的标准。 1810 年《法国刑法典》根据犯罪应当判处的刑罚不同将犯罪分为:重罪、轻罪和违警罪三中。1994 年《法国刑法典》对以上三分法没做调整，仍然保留。《法国刑法典》第 111- 1 条规定:“刑事犯罪，依其严重程度，分为重罪、轻罪和违警罪。”根据法国刑法典的规定，违警罪不超过 10000 法郎罚金的犯罪；轻罪是最高刑为 10 年监禁，罚金至少为 25000 法郎的犯罪；重罪是指应当判处无期徒刑或终身拘押，或者至少 15 年以上有期徒刑的犯罪。[4]德国一开始也是采用三分法，但是，1975 年刑法取消了违警罪，2002 年修订的《德国刑法典》中的重罪是指最低刑

---

* 基金项目：本文系中国刑事诉讼法研究会刑事诉讼制度完善重点项目“轻罪治理视角下附条件不起诉制度的完善”研究成果。
甘肃政法大学法学院教授，硕士生导师。

[1] 樊崇义：《中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践》，载《中国法律评论》2023 年第 4 期，第 191 页；卢建平：《为什么说我国已经进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 132 页。

[2] 参见杰拉尔德 · L · 科克，朱文英，《法国刑事诉讼程序概述》，载《环球法律评论》 1979 年第 4 期，第 40 页；耶尔 · 卡米萨，韦恩 · R · 拉费弗，杰罗尔德 · H · 伊斯雷尔，朱文英，《美国刑事诉讼程序概述》，载《环球法律评论》1980 年第 1 期，第 21 页；李昌道，《美国总统弹劾制研究》，载《社会科学战线》1980 年第 4 期，第 111 页；斯 格罗兹，艾 · 比 · 麦尔纳尔第，皮 · 吉 · 达菲， 夏登峻，《西欧的候审羁押》载《国外法学》1981 年第 1 期，第 19 页；巴巴拉 · 赫伯尔，夏登峻，何玉，《西德在处理盗窃问题上的困境》载《国外法学》1982 年第 6 期，第 17 页；约翰 · H · 兰平，王以真，《德意志联邦共和国刑事诉讼中的强制起诉原则》载《国外法学》1983 年第 6 期，第 32 页；陈朱承，《谈谈美国刑法中的罪和刑》载《国外法学》1985 年第 1 期，第 19 页等.

[3] 屈学武，《“轻罪”之法价值取向与人身权利保护》，载《河北法学》2005 年第 5 期，第 19 页。

[4] 卢建平，叶良芳，《重罪轻罪的划分及其意义》，载《法学杂志》2005 年第 9 期，第 22 页。

是 1 年或 1 年以上自由刑的违法行为;轻罪是指最高刑为 1 年以下自由刑或科处罚金刑的违法行为。[1]意大利刑法典仅将犯罪区分为重罪和违警罪，违警罪就是轻罪。[2]英国没有划分重罪和轻罪，但将刑事案件分为可诉罪和简易罪，简易罪就是轻罪。[3] 美国把重罪分为三级:第一级至第三级重罪(第一级最重，第三级最轻)；把轻罪也分为三级:第一级至第三级罪轻.(一级最重，三级最轻)。[4]美国划定重罪与轻罪的不同等级，主要是根据不同犯罪所具备的不同犯罪要件来决定,采用了多元化的划分标准。对各种具体的犯罪，刑法典一般都规定该罪触犯了何种罪的何种等级。[5]

学界有关于重罪与轻罪的划分标准，早些观点有两种，一种是从性质来划分重罪与轻罪；另一种是从情节来划分重罪与轻罪。目前理论上出现了五种不同观点:第一种是实质标准说。认为应当以犯罪性质、社会危害性等实质性的内容作为重罪、轻罪划分标准，也就是通过犯罪的危害程度来划分重罪与轻罪。认为这种划分标准可以反映公众的评价标准，满足公众的感情价值，有利于提高立法的科学性和民主性。[6]第二种是形式标准说，认为应当以刑罚轻重作为轻罪与重罪的划分标准。这一观点中又有法定刑标准与宣告刑标准两种观点，法定刑标准中又有法定刑 3 年以下以及法定最高刑 5 年以下两种观点。第三种综合标准说。认为在认定轻罪与重罪过程中，不仅应当考虑法定刑罚，还应当考虑犯罪情节、犯罪后果、犯罪手段等因素。[7]第四种程序标准说。认为对轻罪重罪的划分应当以该案件审理过程中适用的程序标准来进行划分，比如说适用简易程序、速裁程序、适用认罪认罚从宽程序的是轻罪。第五种强制措施标准说。认为刑事强制措施可以征表犯罪分层现象。刑事强制措施是实际有效运行中的犯罪分层程序性标准，刑事强制措施及适用标准是确立和检验犯罪分层的应然程序性依据；而犯罪分层也是复检刑事强制措施体系合理性的标准.是适用强制措施的重要依据。[8]以上五种学说中实质标准说以及形式标准说中的宣告刑学说均存在认定标准过于僵化，不利于具体案件的认定。程序标准以及强制措施标准说更是不能满足侦查以及审查起诉阶段对轻罪以及重罪进行程序分流的需要。在轻罪的分类标准上，也要审时度势，根据犯罪情况，适时提高上限，压缩重罪的范围。只有适度“肥大化”的轻罪体系，才能撑起独立的轻罪治理结构，才能真正实现差异化的治理效果，并满足膨胀的治理需要。[9]

本文认为对轻罪以及重罪的划分应当采用综合标准，法定刑上的轻与犯罪情节上的轻：将法定刑 3 年以下的案件统一认定为轻罪案件，基于在不同种犯罪中划分重罪与轻罪的界限，必须严格把握犯罪构成的全部要件以及其中的关键要件。在同种犯罪中划分重罪与轻罪的界限，一般要把握犯罪构成的客观方面要件[10]的考虑，对于法定刑 3 年以上 5 年以下的案件由办案人员结合犯罪原因、过程、情节、后果、社会影响、犯罪后的表现等元素综合判断。这种划分标准有利于全国范围内对实质上轻罪认定的统一标准，也有利于发挥案件承办者的主观能动性，综合判断案件的情况，作出最有利于行为人改造与社会关系恢复的处理。

（二）轻罪应该如何治理

世界范围内各个国家对轻罪的治理与重罪的治理并不相同。美国在提高诉讼效率诉讼观念的影响下，历来轻罪案件的处理方式与重罪不同，无论是诉讼程序的设置上还是当事人权利保障上，重罪与轻均存在差别。无论轻罪还是重罪均先经过“控诉”，轻罪由“治安法官”审判，重罪由“审判法官”

---

[1] 徐久生译，《德国刑法典》，北京大学出版社 2019 年版，第 9 页。
[2] 黄风译，《意大利刑法典》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 18 页。
[3] 刘泊宁，《论刑事诉讼阶段之跨越式发展——刑事速裁程序构建的另一种思考》，载《法学》，2017 年第 9 期，第 173 页。
[4] 童颜，《美国刑法中的重罪与轻罪》，载《现代法学》，1984 年第 1 期，第 95 页。
[5] 美国对各种各种罪的不同等级的类型很多，最常见的七种类型：以主观的心理状态，即以“罪过”程度的大小来区分；以造成财产损失金额的多少来区分、以造成后果的轻重来区分、以被害人的年龄大小来区分、以侵害对象的不同来区分、以不同的时期来区分、以实施的手段不同来区分。
[6] 叶希善，《论犯罪分层标准》，载《浙江师范大学学报(社会科学版)》，2008 年第 2 期，第 86 页。
[7] 陈兴良，《宽严相济刑事政策研究》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 294 页。
[8] 孙道萃，《犯罪分层的标准与模式新论》，载《法治研究》，2013 年第 1 期，第 67-79 页。
[9] 樊崇义，《中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践》，载《中国法律评论》，2023 年第 4 期，第 198 页。
[10] 高格，《论区分罪与罪的界限》，载《法学家》，1996 年第 6 期，第 33 页。

审判，[1]而且治理体系十分庞杂，主体包含了警察、治安官、检察官、法官、陪审员、书记员、公设律师、缓刑官、犯罪嫌疑人、被害人、被告人以及保释担保人、药物检测公司、缓刑公司等强大的私人实体。[2]在程序层面，轻罪程序从逮捕或者拦截开始一直贯穿到起诉、审判直至最后的执行环节，轻罪诉讼程序的核心特征是协商性诉讼程序的简化以及程序性诉讼权利的缩减。随着辩诉交易制度的合法化，目前在美国 95%以上的轻罪案件都是通过辩诉交易的方式，有治安法官组织的听证会中解决[3]《德国刑法典》明确规定了轻罪中谨慎适用短期自由刑的基本原则。要求对可能判处 6 个月以下自由刑的轻罪案件，可以使用罚金等非监禁刑代替。只有在维护社会秩序的需要以及满足特殊预防需求的情况下，才可以对具有较大人身危险，实施了较重的轻罪案件被告人判处 6 个月以下自由刑。[4] 法国《重罪审理法典》规定第重罪必须进行预审，轻罪案件则选择适用。[5]对轻罪的处罚主要有可以作为主刑的矫正措施，比如主刑、缓刑中的附加义务或附加刑可以是社会公益劳动。如果轻罪被告人被判处有期徒刑，法院可以在征得被告人当庭同意使其认识到应当承担的刑事、民事责任以及在社会生活中应当遵守的义务为目的的公民素质培训。英国主要针对轻微盗窃犯罪和轻微暴力犯罪，规定了由英国内政部负责管理的保护观察制度。[6]

我国传统观念中打击是治罪的主要方式，长久以来的治罪模式大多在强调从严打击，忽视了对导致犯罪的原因的综合分析与判断，一定程度上忽略了对犯罪环境的综合治理。司法实践中仍然存在着“重打击、轻治理”现象，对犯罪不做区别的对待，导致对犯罪的治理越来越难，，还带来了个人就业、子女入学、子女考公等不少的“副产品”。习近平总书记指出，要“深化诉讼制度改革，推进案件繁简分流、分道”。[7] 可见，在推进刑事诉讼制度现代化改革过程中，繁简分流是统摄，轻重分离是前提，快慢分道是方式。实体法和程序法需要通过立法承担起各自的功能，并且进行有效的衔接，才能推进犯罪治理的现代化。[8]随着犯罪学研究的深入，以及人们对犯罪现象认识的提高，区别对待、多元化解决、效率效益并重等观念在程序立法上有所体现，更是通过试点等方式在司法实践中得以适用。对于人身危险性低、主观恶性较小的刑事案件，如果过于强调打击可能会衍生出新的案件，引发新的矛盾，刑法的谦抑性原则要求司法实践中谨慎适用刑法打击手段，对轻罪而言刑事惩罚应当是穷尽道德、纪律、制度、私法手段后才使用的手段。应坚持“治罪”与“治理”并重，在这一指导思想下，轻罪轻判快办，重罪重判慢办的观念成为基本共识。

构建中国特色的轻罪治理体系，必须坚持治罪与治理并重、实体治理和程序治理并重，重视程序法的独立价值，启动程序法的积极响应，发挥程序法的能动作用。[9]对轻罪从程序设计上就应当与重罪有所不同，只有程序上的区别才能实现通过扩大入罪范围带来的入罪率持续升高、刑罚附随后果严重以及社会对立面加大等方面的消极后果“实体入罪”与“程序出罪”相平衡的问题。[10]有学者提出了“轻罪善治”的观点。提出了轻罪司法善治的两个方面“轻罪审前处理的宽和化、轻罪判决的轻缓化”[11]也有学者指出，目前在刑事诉讼的各个对轻罪案件的“去犯罪标签化”效果不明显，应当通过程序完善，着力消除积极刑法观下微罪扩张的附随性负面后果的消极影响。[12]于是，提出了扩大刑事和解案件范围、侦查阶段的程序分流、进一步审查起诉阶段程序分流制度、完善不起诉制度、扩大附条

---

[1] 王兆鹏，《美国刑事诉讼法》，北京大学出版社 2005 年版，第 9 页。
2 [美]亚历山德拉 · 纳塔波夫.郭航译，《无罪之罚——美国司法的不公正》，上海人民出版社 2020 年版，第 33 页。
[3] 冀莹，《美国轻罪治理体系的现状、困境及反思》，载《政治与法律》，2022 年第 2 期，第 70 页。
4 李天发，《论德国罚金刑执行及其对中国的启示》，载《首都师范大学学报(社会科学版)》 2018 年第 3 期，第 38-43 页。
5 [法]阿德玛.艾斯梅因著，郭烁译，《欧陆刑事诉讼史》，法律出版社 2023 年版，第 8 页
6 张健，《英国保护观察制度评析》，载《法制与社会发展》，1996 年第 4 期，第 49 页。
6 习近平出席中央政法工作会议并发表重要讲话，中华人民共和国中央人民政网.https://www.gov.cn/xinwen/2019-01/16/content_5358414.htm，访问日期，2024 年 7 月 30 日.
7 刘传稿，《轻重犯罪分离治理的体系化建构》，载《中国刑事法杂志》，2022 年第 4 期，第 16 页。

1 陈瑞华，《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》，2023 年第 1 期，第 154 页。
2 曾赟，《轻罪善治的中国方案》，载《法律科学(西北政法大学学报)》，2024 年第 5 期，第 134 页。
3 梁云宝，《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》，载《政治与法律》，2021 年第 1 期，第 34-36 页。

件不起诉案件范围等观点纷纷呈现。其中扩大附条件不起案件范围成为众多学者的观点。[1]最高检《2023—2027 年检察改革工作规划》明确提出，轻罪治理是一个系统工程，涉及实体、程序、政策理念、犯罪治理和社会治理等问题，贯穿刑事诉讼各环节，也是司法各机关、社会各界共同面对、回应的时代课题，要构建治罪与治理并重的轻罪治理体系。[2]本文认为，对通过扩大附条件不起诉案件范围，回应轻罪时代轻罪治理的需求，弥补轻罪控制模式惩罚与预防的失衡是刑事诉讼制度完善的必然要求。

三、附条件不起诉制度与轻罪治理的契合

附条件不起诉制度是世界各个国家在刑事司法制度发展过程中所形成的一项新兴制度，每个国家刑事法律制度中均有规定。比如说日本的"起诉犹豫制度"、德国的"附条件不起诉制度"、美国的"延缓起诉制度"等。并在立法中有详细的规定。日本刑事诉讼法规定根据性格年龄、犯罪情节、犯罪后的情况可以决定不提起公诉。德国刑事诉讼法规定检察院可以对轻罪暂时不提起公诉。我国台湾地区也明确规定了对判处死刑、无期徒刑或者三年以上有期徒刑之外的轻罪案件，可以暂时不提起公诉。此外，法国、丹麦、英国、荷兰、挪威、美国等国家在刑事立法中都有附条件不起诉的规定。附条件不起诉制度在实现案件繁简分流、减少诉讼压力、提高诉讼效率、有效预防犯罪等方面取得了明显的实践成效，并有助于非刑罚化、个别化的方式改造轻微刑事犯罪嫌疑人，使其顺利回归社会。

我国 2012 年刑事诉讼法修改过程中确立了附条件不起诉制度，只是这一制度并不是在提起公诉章，而是特别程序第一章未成年人刑事案件诉讼程序中，适用的主体仅是未成年人，适用的案件范围是刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪，适用的刑期是宣判刑一年以下有期徒刑，附加条件是人民检察院在作出附条件不起诉的决定以前，应当听取公安机关、被害人的意见。这一规定在贯彻落实未成年人案件教育、挽救、感化基本原则中发挥了重要作用。但是，无论还实务界还是理论届普遍认为附条件不起诉的适用范围过窄，尤其是在酒驾成为第一大罪、企业合规研究的兴起之后，们普遍认为应当将酒驾、涉案企业的合规改造纳入附条件不起诉的案件范围，随着研究的深入，实务界将轻罪案件的治理的程序性措施比较集中的落在附条件不起诉制度中，理论界更是认为应当扩大附条件不起诉的案件范围。附条件不起诉制度在满足轻罪治理目标方面，展现出了其独特的优势和多元化的功能。

（一）附条件不起诉制度的完善是当下基层社会治理的重要内容之一。社会治理视域下的犯罪治理不仅包括使用刑事手段，还包括国家公权力机关与社会组织、公民等联合实施犯罪预防、犯罪人矫正和被害人利益弥合等活动。[3]在实体法罪名不断扩张的情况下，如何消除罪名扩张带来的附随后果，如何实现将治罪与治理相结合，最终实现治理的目的是需要程序法作出相应的回应，而这种回应，附条件不起诉制度是最有效的。附条件不起诉制度作为一项重要的司法政策，其法理基础是确保对轻微犯罪行为实现精准惩治的同时，也能更好地实现社会的治安和稳定。第一，附条件不起诉能够有效预防再犯与教育改造。附条件不起诉制度强调对犯罪嫌疑人的教育和改造，通过设定一定的考察期和条件，促使被不起诉人在考察期内积极认真履行人民检察院要求其履行的义务，通过义务的履行情况证实其悔罪表现。这履行义务并进行考核的过程，有助于犯罪嫌疑人认识到自己犯罪行为的错误，接受法律教育，从而减少再犯的可能性。第二，附条件不起诉能够减轻诉讼负担。

---

4 参见余沁，《论轻罪治理视野下的附条件不起诉制度》，载《河北法学》 2024 年第 8 期，第 154-175 页；卫跃宁，朱立璋，《 成年人轻罪案件附条件不起诉研究》，载《 哈尔滨师范大学社会科学学报》，2024 年第 3 期，第 85-89 页；邵俊，《 轻罪时代附条件不起诉的立法建议》，载《法学杂志》 2024 年第 2 期，第 32-37 页；余沁，《论刑事诉讼的轻罪预防性治理模式——以附条件不起诉为中心》，载《 江淮论坛》 2024 年第 1 期，第 69-75 页；樊崇义、徐歌旋，《 轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《内蒙古社会科学》 2024 年第 1 期，第 137-147+221 页；陈瑞华，《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》，2023 年第 1 期，第 145-163 页 ；郑丽萍，《 轻罪起诉裁量制度的反思与改革》，载《法治研究》 2012 年第 7 期，第 25-35 页；田兴洪，杜文俊，《轻罪刑事政策指导下不起诉的制度转变》，载《法学》， 2012 年第 1 期，第 155-159 页等。

5 中华人民共和国最高人民检察院网.https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202308/t20230807_624017.shtml#.2 最后访问日期 2024 年 7 月 20 日.

1 单佳，《社会治理视域下我国轻罪治理的目标、要求及实现路径》，载《河南警察学院学报》2024 年第 8 期 23-32 页。

附条件不起诉的目的之一即在于满足对轻罪行为人、轻罪行为的被害方、社区或公共社会秩序等在内的社会共同体公共利益保护最大化的需求。[1]对于轻微犯罪行为，如果一律提起公诉，不仅会增加法院和检察院的诉讼负担，还可能导致犯罪标签化和交叉感染等问题。附条件不起诉制度允许在符合法律规定的条件并附加特定条件的情况下下对犯罪嫌疑人做出暂时不起诉的决定，有利于减轻诉讼负担，提高诉讼效率。第三， 附条件不起诉能够有效发挥维护社会稳定的功能。轻罪治理体系的一个重要目标是维护社会稳定。附条件不起诉制度通过有人民检察院有针对性的附加条件，对犯罪嫌疑人进行教育改造，促使其认识错误，回归社会。第四，体现司法宽容与人性化，附条件不起诉制度在维护法律尊严的同时，也体现了司法宽容和人性化的特点。它允许在一定条件下对犯罪嫌疑人不起，这种暂时中止诉讼程序的决定，对于初犯、偶犯、犯罪情节较轻的嫌疑人，如果考察期满，考核合格，检察院做出不起诉的决定，终止诉讼程序，嫌疑人就可以避免进入审判程序而被定罪量刑，更可以避免由于定罪量刑而带来的犯罪附随后果。

（二）附条件不起诉可以满足轻罪治理中的效益需求。对于轻微刑事案件，传统的刑事诉讼程序可能需要耗费大量的司法资源和时间。而附条件不起诉制度允许检察机关在对犯罪嫌疑人暂时不起诉，从而避免了冗长的法庭审理过程，大大提高了司法效率。第一，有利于诉讼成本的降低。根据现行刑事诉讼法的规定，刑事案件的程序分流只在审判阶段才开始使用，在侦查和起诉阶段并无相关规定。这种滞后的、不彻底的繁简分流是在实体法缺乏轻重分离的前提下，不得已而为之的立法选择，仍然存在诉讼资源浪费、诉讼效率不高的问题。[2]传统的刑事诉讼不仅涉及法院、检察院的人力物力投入，还涉及律师费用、调查取证费用等多项成本。附条件不起诉能够减少不必要的诉讼程序，进而降低诉讼成本，使司法资源得到更有效的利用。第二，能够实现犯罪预防的效益。附条件不起诉制度通常要求犯罪嫌疑人在一定期限内履行特定的义务，如接受教育、提供社会服务、赔偿损失等。这些条件不仅有助于犯罪嫌疑人认识到自己的错误，还能够促使其积极改正，减少再次犯罪的可能性，从而实现犯罪预防的效益。第三，有利于被害人权益的保障。一般情况下，附条件不起诉会要求犯罪嫌疑人向被害人支付赔偿金或提供其他形式的补偿。这种方式能够保障被害人的合法权益，减轻其因犯罪行为所遭受的损失。第四，有利于社会关系的修复。轻罪犯罪行为往往对社会关系造成一定的破坏。附条件不起诉制度通过要求犯罪嫌疑人履行特定义务，可以促使其与被害人、社区等各方进行和解，从而修复被破坏的社会关系，维护社会的和谐稳定。第五，能够彰显法律教育的效果。附条件不起诉制度不仅仅是对犯罪嫌疑人的一种惩罚措施，更是一种法律教育的手段。通过要求犯罪嫌疑人接受教育、参与社区服务等活动，可以使其更好地了解法律、遵守法律，从而提高整个社会的法律意识。

（三）附条件不起诉能够实现罪罚相当的基本原则。附条件不起诉制度在决定是否起诉时，会充分考虑犯罪嫌疑人的犯罪情节、主观恶性、悔罪表现等因素，确保刑罚的适度性。对犯罪情节轻微、主观恶性较小、有悔罪表现的犯罪嫌疑人，可以适用附条件不起诉，给予其改过自新的机会，实现罪罚相当。第一，附条件不起诉制度中的考验期设定，是根据犯罪嫌疑人的具体情况和案件性质来确定的。考验期的长短既要考虑到犯罪嫌疑人改造的需要，也要考虑到司法效率和被害人的利益。在考验期内，犯罪嫌疑人必须积极履行相关义务，完成与被害人约定，人民检察院要求的相关事项。这种设定体现了罪罚相当原则中的“罚当其罪”要求。第二，在考验期满后，人民检察院根据犯罪嫌疑人在考察期内的表现来决定是否需要提起诉讼。如果犯罪嫌疑人在考验期内表现良好，积极履行义务并全部完成了与被害人约定以及人民检察院要求完成的相关事项，人民检察院应当作出不起诉决定。这种不起诉决定是建立在犯罪嫌疑人已经认识到自己的错误并进行了积极改造的基础上的，因此是符合罪罚相当原则的。

（四）附条件不起诉范围的扩大是轻罪治理的现实需要。 从 2011 年刑法修正案八之后，在历次刑法修正过程中，随着例如醉酒型危险驾驶罪、代替考试罪、高空抛物罪等轻罪的入法，刑法体系轻罪化的趋势日渐明显，有观点认为，我国刑法的整体配置已由“厉而不严’，向“严而不厉’，进行

1 刘传稿 ，《轻重犯罪分离治理的体系化建构》，载《中国刑事法杂志》，2022 年第 4 期，第 17 页。

转型，而后者则是我国刑法走向现代化的标志。[1]立法层面，目前刑法 483 个罪名中法定最高刑为拘役的有 1 个罪名（危险驾驶罪）；最高刑为拘役或管制的有 2 个罪名（ 使用虚假身份证件，盗用身份证件罪以及代替考试罪）；法定最高刑一年以下徒刑的有 4 个罪名（危害安全驾驶罪，危险作业罪、侵犯通讯自由罪、高空抛物罪）；法定最高刑两年以下有期徒刑的有 11 个罪名；法定最高刑为三年以下有期徒刑的有 80 个罪名；法定最高刑五年以下有期徒刑的有 32 个罪名。不考虑加重情节，基础刑两年以下的有 11 个罪名；基础刑三年以下的罪名共计 192 个，基础刑五年以下的罪名共计 91 个。[2] 法定最高刑以及基础刑三年以下徒刑的罪名占比 62.3%。 法定最高刑以及基础刑五年以下有期徒刑的罪名占比 87.7% 。司法层面，近些年来，我国刑事犯罪结构发生了深刻变化，刑事案件数量总体大幅增长，但其中严重暴力犯罪持续下降，轻微犯罪大幅上升，判处三年有期徒刑以下刑罚的案件占比从 1999 年的不到 55％上升至 2023 年的 85％以上，社会持续保持安全稳定。[3]为了应对犯罪结构轻型化的趋势，2012 年刑事诉讼修改过程中扩大了简易程序的适用范围。在以后利用司法试点的方式相继开展了速裁程序和认罪认罚从宽制度等等的改革。这些都为轻罪与重罪的区别治理奠定了基础，但是，目前无论是速裁程序、罪认罚从宽程序还是少诉慎押程序，都存在着在轻罪时代背景下轻罪治理体系不够健全，运行机制不畅，治理成效不够显著，犯罪附随后果日益扩大化的问题。总体上仍然无法满足时代发展的需求，而将附条件不起诉适用范围的扩大，纳入轻罪治理的整体体系中，能够满足新时代以人民为中心背景下对轻罪治理，顺应国家轻罪治理体系现代化的需求。

四、附条件不起诉制度的完善

科学的轻罪治理体系，包括入罪功能和出罪功能，对于我国而言，建立健全轻罪的程序出罪机制非常重要，其中附条件不起诉具有强大的制度活力，能够成为轻罪治理的重要增长点。[4]在轻罪治理视角下，附条件不起诉制度的完善是一个复杂而重要的课题，涉及司法理念的更新、制度设计的精细化以及社会资源的整合等多个方面。刑事诉讼法第四次修改之际，如何在程序上回应轻罪治理的需求，需要全面完善附条件不起诉制度。

（一）扩大附条件不起诉的适用范围

1996 年刑事诉讼法修改过程中，废除了 1979 年刑事诉讼中的免于起诉制度，在第三章 140 条与 142 条规定了证据不足不起诉、法定不起诉与情节轻微不起诉制度。2012 年刑事刑事诉讼，在保留人民检察院审查终结后的三种不起诉情形的基础上，增加了 282 条附条件不起诉，18 年刑事诉讼修改增加了特别核准不起诉。但是附条件不起诉规定在特别程序中的第一章未成年人刑事案件诉讼程序中，立法明确规定了附条件不起诉适用的主体、案件范围与刑期、适用的前提条件以及所附条件与考察主体等。这样的规定已经不能满足轻罪治理的需求，刑事诉讼法第四次修改之际，需要从适用主体、案件类型、适用条件等方面对附条件不起诉制度进行全面的完善。

1. 扩大适用主体。目前刑事诉讼中规定可以适用附条件不起诉的主体仅限于未成年人案件，这一规定不符合附条件不起诉制度的基本功能。从世界各个国家附条件不起诉制度的建立与发展来看，附条件不起诉制度主要功能能在于在审前阶段的审查起诉环节，根据案件情况对案件进行分流，通过分流减轻审判阶段的压力，节约诉讼资源，提高诉讼效率。如果案件适用主体过窄，该制度的基本功能无法实现。本文认为应当扩大附条件不起诉适用主体范围，对适用的主体范围不做限定。

2. 扩大案件范围类型。 如前所述，随着刑法修正案八的颁布，大量轻罪纳入了刑事立法体系，但是，现行的办案模式和办案程序并不适应犯罪形态和犯罪结构方面发生的重大变化，轻罪案

---

2 储槐植，《刑事一体化》，法律出版社 2004 年版，第 590 页。

3 以上统计以主刑的法定最高刑为主，不考虑附加刑。由于有法定最高刑为两年以下有期徒刑甚至拘役管制的罪名，所以有学者认为我国刑事案件应该分为微罪、轻罪和重罪，主张将法定最高刑两年以下有期徒刑的案件确定为微罪，三年以下有期徒刑的案件确定为轻罪，三年以上确定为重罪。（参见曾赟，《轻罪善治的中国方案》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2024 年第 5 期，第 130 页；苏永生，赵晓媛，《重罪、轻罪和微罪的划分问题研究》，载《武汉科技大学学报(社会科学版)》2024 年第 1 期，第 72 页等）本文不做微罪与轻罪的区分，将法定主刑为最高刑 3 年以下以下的案件均界定为轻罪。

件和重罪案件在办案程序上没有进行严格的区分。在审查起诉环节没有做到刑事案件繁简分流，轻重分离。办案人员在运用不起诉权与非刑罚处罚措施上仍然有所顾虑，存在一定的有罪必诉的倾向，忽视了对犯罪嫌疑人的教育感化和帮扶挽救，难以实现“治罪”与“治理”的标本兼治，也和轻罪治理现代化的要求相去甚远。[1]导致人民检察院在参与社会治理，促进经济发展，保障社会稳定中应当发挥的作用并不明显。相较于重罪案件，绝大多数轻罪案件本身社会危害性较小、罪责更轻，犯罪嫌疑人认罪悔罪更为彻底，受损害的社会关系较容易得到修复，犯罪人也更容易回归社会，其对一些初犯与偶犯的案件中的犯罪嫌疑人来说更是如此。如果能在审查起诉环节进行案件分流，不仅能提供效率，使受损的社会关系得到修复，更能促使犯罪人回归社会。为了实现轻罪的“治罪”与“治理”的标本兼治。应当对附条件不起诉的案件范围不做限制，仅以法定刑期作为确定附条件不起诉案件范围的基本因素。对附条件不起诉案件范围应当采取开放的态度，在将法定最高刑 3 年以下的案件全部纳入附条件不起诉案件范围的基础上，赋予人民检察院自由裁量权。

3.赋予检察官自主从裁量权。从比较法视野来看，所谓刑事诉讼的第四范式，其核心要义是“放弃审判”。据公正审判国际组织有关统计，截至 2015 年底，在 90 个国家和地区中，有 66 个建立了鼓励被告人认罪、放弃完整审判权的制度，简称“放弃审判制度”[2]我国目前刑事诉讼中的案件分流与程序简化，主要体现在审判阶段，审前转处则基本没有涉及。[3] 近现代西方国家的刑法理论和立法规定一般是以犯罪侵犯的法益为标准，采用二分法或者三分法。无论采用二分发还是三分法，几乎所有国家的法律均规定侵犯国家、社会法益的犯罪处以较重的刑罚，侵犯个人法益的犯罪除严重暴力犯罪之外处以较轻的刑罚。尤其我们国家在刑事立法层面，每一个罪名的刑罚都是幅度刑期，在幅度刑基础上 90%以上的罪名规定了“从轻”“减轻”“从重”“加重”等情节，这些法定或者酌定情节的判断权赋予了检察官与法官，在量刑建议全面落实的情况下，可以说检察官的自主判断权大于法官。《2O23 一 2O27》年检察改革工作规划》专门提到，研究轻微刑事案件出罪入罪标准，促进构建治罪与治理并重的轻罪治理体系。在酌定不起诉制度只能满足出罪的需求不能满不足治理要求的情况下，赋予检察官针对具体案件在综合分析案件情况的基础上，遵守法律规定，符合刑事政策，以公平、公正、效率、正义为目的对具体案件进行具体分析，做出不同的裁量，不仅是我国起诉法定为基础，以起诉便宜为补充的基本内涵，更是检察官参与轻罪治理的现实需要。因此，对于法定刑 3 年以上 5 年以下有期徒刑的案件，犯罪嫌疑人具有明显悔罪表现，且对社会危害较小的案件，赋予检察官综合判断权，由检察官在综合判断的基础上决定做出附条件不起诉的决定。

（二）明确附条件不起诉的适用条件

适用条件是制度实践的逻辑起点。逻辑起点是理论形成和发展的细胞和原点，对理论具有最基本的内在规定性。刑事诉讼法第 281 条规定的附条件不起起诉的条件是：有悔罪表现。这一简单且笼统的规定不能满足附条件不起诉适用范围扩大后的需要，还应当从主观条件、程序条件等做明确的规定。

1.主观条件。人民检察院在对具体案件进行审查，决定是否适用附条件不起诉的时候，应当首先重点审查其主观方面：其一，审查实施犯罪的主观恶性大小。主观方面是支配行为人实施危害行为的心理状态。刑法意义上的行为特指受人的大脑支配的行为单纯的反射动作、无意识动作、绝对强制下的动作等均被排除在行为概念之外。因此一方面任何犯罪都是在一定的心理状态支配下实施的。表现为有意识有意志的行为。犯罪行为可以说是人的主观犯罪心理的外在表现。主要体现为对行为的危害结果的心理状态。绝大多数犯罪是一种主动出击的行为，带有很大的主观能动性。犯罪者每次作案都有详细的计划。他们不但要了解所要伤害对象的详细情况，还要了解一些与伤害对象有关的人和事，以尽可能地避免不利情况的发生，寻找发生意外情况后的处置方法。对犯罪者而言，实际上是知识的一种综合体现，主要表现在选择能力、判断能力和决断能力上。一个高明的犯罪者

1 李荣斌，《轻罪治理双重机制实证研究以 S 市 P 区的检察实践为样本》，载《政法论坛》，2024 年第 5 期，第 139 页。
2 熊秋红，《比较法视野下的认罪认罚从宽制度一一兼论刑事诉讼“第四范式”》，载《比较法研究》2019 年第 5 期，第 82 页。
3 卞建林，张可，《构建中国式认罪协商制度:认罪认罚从宽制度的反思与重构》，载《政法论坛》，2024 年第 4 期，第 17 页。

如果没有丰厚的知识和经验作为基础，就不可能具备这种能力。[1] 因此，一个人行为反应出来的是其思想动态，主观方面是判断行为人“恶”的程度大小的基本依据。其二。审查犯罪以后的主观态度。认罪认罚从宽作为一项基本原则纳入刑事诉讼立法之后，犯罪嫌疑人的悔罪表现成为决定对其进行处罚的一个主要考察因素。刑法中规定的自首、立功、坦白行为就是对犯罪嫌疑人悔罪表现的一个印证，属于法定从宽情节。对社会关系的修复以及对受害人的赔偿等也可以成为嫌疑人悔罪表现的印证，但是，属于酌定情节。之所以这样规定是因为悔罪表现是犯罪嫌疑人人身危险性高低的印证。因此，这悔罪表现在司法实践的具体案件中广泛适用。悔罪表现是行为人在对自己犯罪行为的知错心理支配下实施的一定行为，这种行为能够反映行为人的主观恶性及改造的难易程度，基于刑罚个别化与刑罚轻缓化的考虑，对于悔罪表现较好的犯罪嫌疑人可以对之实施从轻处罚，使之弃恶从善，重新回归社会。悔罪表现是嫌疑人心理活动的外在表现。即使依靠最先进的科学技术手段，任何人也不能直接考察犯罪嫌疑人的内心活动。因此对犯罪嫌疑人悔罪表现的认定，只能通过犯罪嫌疑人的外在行为以及其他因素进行综合考虑。比如认罪态度好、积极退赔退赃、取得被害人谅解等，且要求犯罪嫌疑人必须明确表示接受考察期限与考察的内容。

2.程序条件。现行立法规定人民检察院在作出附条件不起诉决定之前，必须充分听取公安机关、被害人、犯罪嫌疑人的意见。附条件不起诉纳入刑事诉讼审查起诉章以后，协和医规定应当继续保留。公安机关对案件侦查终结，向人民检察院移送审查起诉的时候，可以在起诉意见书中就是否建议人民检察院作出附条件不起诉提出意见并阐述理由，人民检察院也应当充分了解犯罪嫌疑人在侦查阶段的认罪态度，配合侦查情况，是否存在毁灭证据干扰证人作证等情况进行全面了解。人民检察院还应当听取被害人及其法定代理人、诉讼代理人的意见，受害人应当充分了解附条件不起诉的后果以及所条件。人民检察院应当明确告知犯罪嫌疑人所附条件、考察期限、考察期间应当遵守的规定、条件的执行方式、考察期限届满后的处理等。嫌疑人在充分了解上述情况之后。同意检察院作出附条件不起诉的，人民检察院应当作出附条件不起诉的决定。并要求嫌疑人签署附条件不起诉决定同意书。根据案件情况，必要的时候人民检察院可以引入社区矫正机构，心理咨询专家介入并听取意见与建议。

3.事实条件。案件事实的确认需要通过证据来进行证明，诉讼主体运用证据证明自己的主张或对案件事实予以认定所要达到的标准和程度就是我们平常所说的证明标准。世界范围内各个国家均对刑事案件规定了不同的证明标准，不同的法系也有不同的要求。在英美证据法中，只要是进入司法裁判且需要证明的对象，都有相应的证明标准。也就是说只要法院启动审判程序就必须检验审判对象的真实性，因此需要有证明标准。主张者是否达到了明确规定的证明标准是检验其主张是否成立的重要依据。大陆法系国家的证据制度没有英美那么发达，加上职权主义诉讼制度的影响，法官的调查权对法庭上的司法证明形成了一定的影响，因此没有形成较为完整的证明标准制度。原则上，在审判过程中还是审判之前法官认定案件事实也都要掌握法定的证明标准。[2]我国“案件事实清楚，证据确实、充分”是刑事证明标准，适用于全部的刑事案件和诉讼的基本阶段。无论是轻罪还是重罪，无论是适用普通程序还是简易程序或者认罪认罚程序审理的案件。也不论是侦查终结、审查起诉和审判均以此为标准。对于人民检察院作出附条件不起诉的案件也不例外。人民检察院作出附条件不起诉的案件，其案件性质必须符合起诉条件。所以在附条件不起诉扩大适用范围的同时，也不应当放松对事实依据的严格要求，人民检察院作出附条件不起诉的案件也应当符合案件事实清楚，证据确实、充分的基本要求。

4. 其他附加条件。世界各个国家附条件不起诉中附条件义务大概可以分为三类：第一类修复法律损害。比如向被害人赔偿损失，赔礼道歉等；第二类是参与特殊矫正。比如具结悔过、强制戒毒。强制进行精神疾病的治疗等；第三类是限制性条件。比如在考验期对以不起诉人的行为进行限制。目前我国刑事诉讼法规定，针对未成年人案件作出附条件不起诉时所附的条件没有明确规定。附条件不起诉适用范围扩大，应更加注重被告人的个人情况和案件的具体情况，根据犯人的性格、年龄及境遇、犯罪的轻重、情节以及犯罪后的状况，从立法的角度对不同案件所付的条件进行不同的规

1 翟英范，翟化夫，《犯罪控制论之犯罪条件》，载《河南公安高等专科学校学报》，2005 年第 4 期，第 5 页。
2 陈瑞华，《刑事诉讼中的证明标准》，载《苏州大学学报》，2013 年第 3 期，第 79 页。

定。可以考虑对法定最高刑为三年以下有期徒刑拘役或者管制的案件，所附的条件相对宽松。对法定最高刑超出三年以上的案件，人民检察院可以结合被告人一贯表现、犯罪手段、案件情节、归案后的认罪态度受害人的谅解程度、犯罪类型与特点等作出较为严格的附加条件。具体内容可以包括（一）承认自己所犯罪行，并如实供述；（二）具结悔过；（三）取得受害人的谅解；（四）向被害人赔礼道歉、赔偿损失；（五）采取相应措施修复犯罪所造成的损失；（五）采取措施修复犯罪行为破坏的社会关系；（六）在居住地或者户籍所在地社区参与志愿者服务；（七）接受社区或者其他专门教育机构的教育；（八）其他预防再次犯罪的必要措施。以上八项为所有案件中作出附条件不起诉犯罪嫌疑人必须遵守的规定。人民检察院还可以根据犯罪嫌疑人所犯案件情况有针对性的设置具体和个性化的考察义务：（一）强制进行戒毒治疗、精神疾病的治疗；（二）有针对性地进行必要性的矫正措施；（三）不得以任何方式干扰被害人证人以及其他相关人员的正常生活；（四）不得进入特定场所，与特定的人员会见或者通信；（五）不得从事特定的活动；（六）接受心理矫治等，以更好地实现教育和改造的目的。

（三）完善附条件不起诉的程序设计

2012 年刑事诉讼修改过程中显增加的特别程序均规定的较为简略。在实际操作过程中间形成了较大的困惑。刑事诉讼法第四次修改之际，扩大附条件不起诉的范围，同时应当对附条件不起诉的程序进行较为完整的规定。

第一，启动程序。附条件不起诉的程序程序启动，毫无疑问，应当由负责办案的检察官对案件进行全面审查，判断是否符合附条件不起诉的适用范围和条件。

第二，听取意见。案件承办的检察官在作出附条件不起诉决定之前，应当充分征求公安机关、被害人、犯罪嫌疑人、未成年犯罪嫌疑人的监护人或法定代理人的意见。公安机关以及被害人法定代理人与监护人的意见可以作为人民检察院决定是否做出附条件不起诉的参考。但是，犯罪嫌疑人的意见，应当对人民检察院的决定具有决定性的意义。如果嫌疑人了解所附条件，并明知所附条件的后果之后，不同意人民检察院对其作出附条件不起诉的决定，强烈要求进入审判程序，人民检察院就不应当作出附条件不起诉的决定，直接提起诉讼。

第三，公开听证。对于人民检察院决定作出附条件不起诉的案件。如果案件不涉及国家秘密、个人隐私和商业机密等，应当组织召开听证会，听证会的成员组成由检察院根据案件情况组织相关组织和人员参加。人员选拔过程中间可以考虑行业要求与监督要求。

第四，决定程序。对于拟作出附条件不起诉的案件，承办本案的检察官应当向检察长报告嫌疑人基本情况、案件事实、证据情况、适用法律的理由、准备设定的考察义务、准备确定的考察期限、是否具备履行义务的条件等内容，由检察长依程序作出附条件不起诉决定。必要的时候提交检委会讨论决定。

第五，考察程序。一是考察期限。人民检察院应当根据案件情况决定附条件不起诉的考验期。对案件情节轻微有法律规定的从轻减轻处罚情节的案件，考验期为 6 个月以上，一年以下，对于法定最高刑为三年以上的案件，人民检察院综合考虑后认为可以作出附条件不起诉的案件，考察期可以规定为一年以上三年以下。二是考察主体。对附条件不起诉的犯罪嫌疑人，应当由人民检察院负责考察。当然根据案件情况人民检察院。可以委托学校、社区、群众性社团组织进行考察。

第六，监督与撤销。考察期限结束后，检察机关经过考察评估，如果如果犯罪嫌疑人在考验期认真遵守并严格落实了附加的条件，且没有新的犯罪，人民检察院做出不起诉的决定，诉讼程序终止。如果嫌疑人在考察期内未能履行相关义务或再次违法犯罪，检察院可以依法撤销附条件不起诉决定，正式恢复原来中断的刑事诉讼程序，检察机关可以继续开展审查起诉活动，或者直接对嫌疑人提起公诉。

第七，不起诉的救济。公安机关对人民检察院作出附条件不起诉的决定有异议，可以要求复议或者提请复核。被害人对人民检察院作出附条件不起诉的决定有异议的可以依据现行《刑事诉讼法》第 180 条的规定提出申诉。

（四）加强附条件不起诉的配套措施建设

附条件不起诉制度作为一种轻罪的治理方式，制度执行中的监督机制是关键的环节之一。在执

行附条件不起诉制度时，监督机制的完善是确保其公正性和有效性的重要保障。 第一，应当建立健全的内部监督机制。在实施附条件不起诉制度的过程中，各个部门和机构应当建立起互相监督、相互制约的内部监督体系。这样一来，就可以在制度内部形成有效的监督网络，对执行附条件不起诉的各个环节进行全面监督。例如，对于检察机关来说，可以建立起由审查、恢复、补救等环节组成的监督网络，以确保附条件不起诉的执行程序规范和合法。第二，也应当建立起独立的外部监督机制。应当建立起由公众、社会组织等参与者组成的独立监督机构，对附条件不起诉的执行进行外部监督和评估。这样一来，就可以在外部形成对附条件不起诉制度的公正性和合法性进行监督的第三方力量，有效地保障了制度的公正性和透明性。第三，还应当建立起信息透明的监督机制。信息透明是监督的前提和基础，只有充分披露附条件不起诉的信息，才能为社会各界进行监督提供有力支持。因此，在完善监督机制的同时，也应当加强信息公开和透明度建设，及时向社会公众披露附条件不起诉的实施情况、结果和评估报告，确保公众的知情权和监督权得到保障。第四，建立教育矫治体系。针对附条件不起诉的犯罪嫌疑人，应建立有针对性的教育矫治体系。通过心理辅导、法制教育、技能培训等多种方式，帮助犯罪嫌疑人树立正确的价值观和法律意识，提高其社会适应能力。第五，完善社会支持体系：附条件不起诉制度的实施需要广泛的社会支持。应加强与社区、学校、家庭等社会主体的联动，共同为犯罪嫌疑人提供必要的帮助和支持。同时，应鼓励社会力量参与附条件不起诉的监督考察工作，形成全社会共同参与的犯罪治理格局。第六，建立起完善的责任追究机制也是监督机制的重要内容。对于附条件不起诉执行中的违法违规行为，应当建立起严格的责任追究制度，确保违规行为得到及时查处和惩处。就可以有效地提高执行人员的执行标准和纪律要求，确保制度得到规范和有效的实施。

五、立法建议

由于适用主体的限定性，现行刑事诉讼法关于附条件不起诉的规定在特别程序章的第 282 条，附条件不起诉适用主体扩大之后，建议将附条件不起诉制度纳入刑事诉讼法第三章提起公诉章。可以考虑增加以下内容:

第“一百七十八”条:对于犯罪嫌疑人所犯罪行法定最高刑为三年以下有期徒刑的案件符合起诉条件，但自愿认罪并真诚悔过，同意适用附条件不起诉的，人民检察院。可以作出附条件不起诉决定，犯罪嫌疑人在五年以内曾经故意犯罪的除外。

对嫌疑人所犯罪行法定最高刑为三年以上 5 年以下有期徒刑的案件。人民检察院在对案件进行综合评判以后也可以作出附条件不起诉的决定。

人民检察院在作出附条件不起诉的决定以前，应当听取公安机关、被害人的意见，必要时可以举行听证。对附条件不起诉的决定，公安机关要求复议、提请复核或者被害人申诉的，适用本法相关规定。

第“一百七十九”条：人民检察院作出附条件不起诉时，根据案件情况应当设定六个月以上三年以下的考验期，考验期从人民检察院作出附条件不起诉的决定之日起计算。追诉期限在考验期内停止计算。

第“一百八十”条： 人民检察院作出附条件不起诉决定时，可以命令被不起诉人履行下列义务:（一）具结悔过;（二）向被害人赔礼道歉、赔偿损失;（三）采取相应措施修复犯罪所造成的损失;（四）采取措施修复犯罪行为破坏的社会关系;（五）在居住地或者户籍所在地社区参与志愿者服务;（六）接受社区或者其他专门教育机构的教育。

人民检察院还可以根据犯罪嫌疑人所犯案件情况有针对性的设置个性化的考察义务。

在附条件不起诉的考验期内，犯罪嫌疑人故意犯罪，或者发现决定附条件不起诉以前还有其他犯罪需要追诉，或者不履行前款义务的，人民检察院应当撤销附条件不起诉的决定，提起公诉。在考验期内没有前述情形的，考验期届满，人民检察院应当作出不起诉的决定。

六、结语

从犯罪学的角度分析，刑罚决不是对付犯罪现象的唯一有效的手段，很多非刑罚的方法对付犯罪也同样有价值。因此“非刑罚化”可以说已经成为很多国家刑事立法的一种趋势，在轻罪治理上，坚持以人民为中心，既是坚持党的领导的必然要求，也是做好积极治理轻罪的有效性之保障。以此

为原点，在轻罪治理上，需积极回应人民群众的新要求与新期待。完善附条件不起诉制度，通过对附条件不起诉制度进行改进和优化，可以更好地平衡轻罪案件中公正与效率的关系，更好地保护被告人的权利，更好地服务社会公众的利益。

轻罪治理背景下裁量不起诉的类型化重构

蔡艺 刘松茂*

摘 要：轻罪时代的到来使轻罪治理成为刑事司法的热点问题。对于轻罪治理，有学者曾断言不起诉制度有望成为一种有力的“治理工具”。当前我国裁量不起诉制度存在固有缺陷，制度适用不仅缺少客观基础，而且受到主观因素和其他外部因素的限制，导致制度的出罪功能未能在实践中得以充分发挥。在此情况下需要引入犯罪分层理论以微罪与轻罪的二分对裁量不起诉制度进行重塑，在制度内部形成微罪不起诉（酌定不起诉）和轻罪不起诉（附条件不起诉）两个阶梯式不起诉。

关键词：轻罪 微罪 裁量不起诉 类型化

一、问题的提出：未尽其用的裁量不起诉

近年来我国犯罪态势和犯罪结构发生了显著的变化，严重暴力犯罪数量与重刑率的下降和轻微犯罪数量与轻刑率的上升预示着“轻罪时代已经到来”。[1]为应对轻罪时代的到来，轻罪治理成为当下刑事司法讨论的热点问题。轻罪治理不同于传统的重罪治罪，强调的是治罪与治理的并重。即通过惩治、预防、司法处理上的分流以及刑罪化、非刑罪化等多项内容，[2]实现对大量入罪刑事案件的处理与消化。对于轻罪治理，有学者曾断言“不起诉制度有望成为一种有力的‘治理工具’”。[3]不起诉制度自 1996 年刑事诉讼法修订置换免予起诉制度以来，在发展过程中逐步形成了以法定不起诉、证据不足不起诉、酌定不起诉、附条件不起诉以及核准不起诉为主的不起诉制度体系。其中法定不起诉和证据不足不起诉属于绝对不起诉，检察机关没有起诉裁量权；酌定不起诉、附条件不起诉以及核准不起诉属于裁量不起诉，检察机关享有一定的起诉裁量权，能够根据刑事司法政策和公共利益的需要决定是否对犯罪嫌疑人提起公诉。在轻罪治理背景下，裁量不起诉[4]“具有将刑事制度稳定性与刑事政策应变性融于一体的特性，具有其他刑事法律制度（比如《刑法》第 37 条对酌定免除处罚情节的规定）不可替代的程序性出罪功能。”[5]

从当前司法实践来看，裁量不起诉在轻罪案件中的出罪功能并没有完全得以释放。一方面裁量不起诉的适用率总体保持在较低的水平。以最高人民检察院统计的 2023 年办案数据为例，全国检察机关的不诉率为 25.5%，其中裁量不起诉的适用率实际上还未达到 25.5%。反观 2023 年被告人被判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件占比已达到 82.3%，2024 年上半年占比更是超过了 85%。不断增长的轻罪判刑率意味着越来越多的案件符合不起诉的形式要件可能进入“裁量”视野，[6]裁量不起诉的低适用率将难以保证轻罪案件的规模化出罪。另一方面检察官适用裁量不起诉的动力不足，现实层面“不敢用、不愿用、不会用以及不当适用”[7]不起诉裁量权的现象仍然存在。

步入轻罪时代，轻微犯罪数量与轻刑率受立法积极入罪的影响，在未来一段时间内仍会呈现持续增长的态势。在此情形下，要维持立法犯罪化与司法出罪化的合理均衡，[8]就需要进一步释放裁量不起诉的出罪功能。然而我国裁量不起诉制度存在一定的固有缺陷，导致制度适用不仅缺少客观基础，而且还受到主观因素和其他外部因素的限制。所以当前在对裁量不起诉制度进行研究时，不能简单地运用对策法学就制度适用中存在的问题提出解决建议，而是应当立足于犯罪治理体系着重研究制度的客观基础。鉴于此，本文尝试引入犯罪分层理论，以微罪和轻罪的二分来重塑我国的裁量不起诉制度，以期能为制度在轻罪治理中进一步发挥其功能和作用提供助益。

---

* 蔡艺，南京审计大学讲师，法学博士；刘松茂，南京市玄武区人民检察院法律政策研究室一级检察官。

[1] 卢建平：《为什么说我国已经进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 132 页。

[2] 张建伟：《轻罪治理的司法逻辑、法律调整与程序配置》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 61 页。

[3] 陈卫东：《论中国式轻罪治理体系现代化的程序法供给》，载《中国法治》2023 年第 9 期，第 20 页。

[4] 这里主要指酌定不起诉和附条件不起诉。

[5] 参见黄京平：《论酌定不起诉的程序性出罪机能——以程序规范与实体规范的关系为重点》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 2 期，第 66-67 页。

[6] 王戩：《规范起诉裁量权行使、实现高质效检察办案》，载《检察日报》2024 年 6 月 6 日第 3 版。

[7] 童建明：《论不起诉权的合理适用》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 4 期，第 27-28 页。

[8] 卞建林：《轻罪治理的程序响应》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 37 页。

二、追本溯源：裁量不起诉适用的限制性因素

当前导致裁量不起诉在轻罪案件中未尽其用的因素有很多，总的来说可以归纳为以下三个：客观限制因素、主观限制因素以及外部限制因素。

（一）客观限制因素：刑事立法缺陷

刑事立法缺陷是裁量不起诉在轻罪案件中未尽其用的客观限制因素。当前我国裁量不起诉制度的刑事立法存在严重的供给不足。刑事诉讼法和刑法对裁量不起诉制度的规定极其有限，并且在有限的法律条文中相关规定还存在一定的漏洞与缺陷，因而导致裁量不起诉无法在实践中“物尽其用”。

首先刑事立法在规定酌定不起诉的适用条件时过于笼统和模糊。第一，刑事立法没有明确“犯罪情节轻微”的具体标准。《刑法》第 37 条和《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款虽然都将“犯罪情节轻微”作为酌定不起诉适用的前提条件，但究竟何为“犯罪情节轻微”，法律和相关司法解释却并没有作出明确规定。理论上关于如何认定“犯罪情节轻微”存在以形式标准还是实质标准为依据的分歧。持“形式标准说”观点的学者认为应以法定刑或者实定刑作为划分标准，不过在具体的划分界限上又存在以“拘役以下”[1]和以“三年有期徒刑以下”[2]的理论争议。持“实质标准说”观点的学者则认为应根据被追诉人的主观恶性、犯罪手段、社会危害性等事实和情节加以判断。[3]立法规定的不明确和理论观点的不统一，导致司法实践中检察机关在办理“犯罪情节轻微”的刑事案件时，往往更倾向于提起公诉。第二，刑事立法关于酌定不起诉适用条件的规定存有分歧。对于酌定不起诉的适用条件，《刑法》将其规定为“犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚”；而《刑事诉讼法》则将其规定为“犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的”。运用解释学分析上述法条会发现二者之间存在脱节。一方面两个法律条文能否单独适用并不明确；另一方面“不需要判处刑罚”和“免除刑罚”是适用酌定不起诉的共同条件，还是择一条件也不清晰。在立法规定模糊的情况下，检察人员为避免办错案，通常也不愿意适用酌定不起诉。

其次，刑事诉讼法在规定附条件不起诉制度时过于原则和严格。第一，刑事诉讼法中涉及附条件不起诉的规定仅有三条，制度立法明显过于原则。检察人员在具体办案过程中除了依据刑事诉讼法，还需要参考《人民检察院刑事诉讼规则》、省级检察院制定的具体工作细则以及其他补充说明。目前，一些基层检察院为应对醉驾案件的剧增，在实践中尝试引入附条件不起诉，为犯罪嫌疑人设置考察项目，并根据其完成情况作出起诉或者不起诉的决定。[4]在此情况下，刑事立法缺陷和不足会使制度在适用和运行中面临更多的问题，从而阻碍其在轻罪案件中的扩大适用。第二，刑事诉讼法对附条件不起诉的适用条件规定的过于严格，案件范围严格限定在涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪，适用对象仅限于可能判处一年有期徒刑以下刑罚的未成年人。刑诉法对附条件不起诉制度的严格限制，致使制度无法在轻罪案件中发挥其应有的功能和作用。

（二）主观限制因素：程序机制繁琐

程序机制繁琐是裁量不起诉在轻罪案件中未尽其用的主观限制因素。自从取消定罪免刑的权力后，检察机关对于酌定不起诉的适用颇有些“小心翼翼”的味道，具体表现就是普遍设定了严格的审批程序。[5]在过去很长一段时期内，酌定不起诉的作出必须经过严格的“三级审批”并且最终由“检察委员会或者检察长决定”。即办案检察官在对案件进行审查后，认为符合酌定不起诉适用条件的，需要先拟定不起诉意见，然后交审查起诉部门负责人审核并提出审核意见，之后再送至检察委员会讨论决定或交由检察长作出决定。在如此繁琐的审批程序下，办案检察官因惧怕麻烦通常不愿适用酌定不起诉；检察机关出于提高诉讼效率和节约司法资源的考量，也不鼓励适用酌定不起诉。2019 年颁布和实施的《人民检察院刑事诉讼规则》放松了对酌定不起诉内部程序的控制，将原来的“三级审批制”改为由办案检察官提出意见报请检察长决定。然而实践中酌定不起诉的内部程序控制并未实质

---

[1] 参见前注张建伟文，第 69 页。
[2] 史立梅、武叙言：《功能视角下酌定不起诉与附条件不起诉的制度厘革》，载《政法学刊》2023 年第 6 期，第 87 页。
[3] 陈卫东：《检察机关适用不起诉权的问题与对策研究》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 4 期，第 39 页。
[4] 参见陈文聪：《醉驾案件附条件不起诉制度研究》，载《比较法研究》2022 年第 6 期，第 77-79 页。
[5] 郭烁：《酌定不起诉制度的再考查》，载《中国法学》2018 年第 3 期，第 229 页。

性减弱，[1]检察长为了规避风险，通常会根据原来的办案习惯将意见转交联席会议讨论或直接提交检察委员会决定。除了繁琐的内部审批程序，酌定不起诉在作出后还要应对繁琐的检查程序。[2]上级检察机关为了监督下级检察机关依法行使权力，在一段时期内会对下级检察机关作出的不起诉案件进行质量评查。案件质量评查不仅增加了相关办案人员的工作量，而且还加重了检察官的责任风险。在错案终身责任追究制度下，检察人员更缺少适用酌定不起诉的动力。

与酌定不起诉面临的问题一致，附条件不起诉中也存在繁琐的程序机制。根据刑事诉讼法的规定，检察院在作出附条件不起诉的决定以前，应当听取公安机关、被害人的意见。司法实践中，听取各方意见通常以召开不公开听证会的形式进行。在听证会前，检察官需要征求犯罪嫌疑人及其法定代理人、辩护人、被害人、侦查机关对附条件不起诉处理的意见，召集上述人员及司法社工、心理咨询师、未成年人保护专家参会，形成对案件处理的意见等。[3]所以相较于直接诉至法院的刑事案件，检察官在办理附条件不起诉案件时付出了更多的工作量，除了完成案件的审查工作，还需要组织召开听证会、协调相关人员参会并在会议结束后汇总各方意见形成最终的处理意见。现阶段未成年人起诉工作在有专职检察官负责的情况下，尚可保持制度适用率的不断增长。如果将制度适用范围扩展至所有轻罪案件，过重的工作负荷将会导致办案检察官根本不愿适用附条件不起诉。除了前期大量的准备工作，附条件不起诉在作出后，办案检察官还需要负责后续的监督考察工作。有实践调研结果显示，检察官在监督考察中需要花费的时间、精力越多，其适用附条件不起诉的意愿和积极性越弱。[4]

（三）外部限制因素：负面评价压力

负面评价压力是裁量不起诉在轻罪案件中未尽其用的外部限制因素。有学者曾将实践中检察官不愿适用裁量不起诉的原因归纳为“三怕”：一怕被人怀疑存在私情私利或接受了说情送礼；二怕增加工作量，影响办案业绩；三怕不诉后犯罪嫌疑人出现反复，给自己带来风险。[5]这“三怕”具像化地反映了检察官在适用裁量不起诉办理案件时可能会招致的三种负面评价。

第一是来自公众的负面评价。在传统的刑罚报应主义理念的影响下，广大民众对于构罪不诉案件的态度并不友善。[6]构罪在部分民众的认知里意味着犯罪嫌疑人已经被法律确定为“罪犯”，而检察官在审前释放“罪犯”就是滥用权力的表现。并且自媒体时代下，那些主动曝露在公众面前的构罪不诉案件往往掺杂了个人感情。一些别有用心的人为了实现自己的利益诉求，不惜夸大案件事实误导民众，最终使小案件变成大舆情。所以为了避免公众负面评价给自己带来不必要的麻烦，检察官在轻罪案件办理过程中尽可能避免适用裁量不起诉。第二是绩效考核给出的负面评价。检察机关内部为了统计检察官的工作量和评价检察官的办案质量，设置了细化的绩效考核指标。这些考核指标虽不是直接的办案依据，但因会影响办案人员和办案机关的实质利益，也会间接影响案件处理结果。[7]实践中，不少检察院将不起诉决定的复议、复核、申诉作为绩效考核的负面评价指标。这表明不起诉决定一经作出，检察官就有受到考核负面评价的风险。并且相较于绝对不起诉，检察官基于起诉裁量权作出的酌定不起诉或附条件不起诉更易招致公安机关和被害人的不满，从而造成复议、复核以及申诉的增多。所以从办案质量和办案业绩的角度考虑，检察官也不愿意适用裁量不起诉。第三是案件办理错误所导致的司法追责。司法追责是给予检察官的最严重的负面评价，是对检察官办错案的惩罚。刑事司法中，任何法律规定之外的裁量都将埋下“出错”的风险。[8]裁量不起诉在现有刑事立法存在不足与缺陷的情况下，这种“出错”风险的概率就更大。此外司法责任终身制更是延长了这

---

[1] 谢小剑:《少捕慎诉慎押背景下裁量不起诉适用的完善与发展》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 1 期，第 80 页。
[2] 郑丽萍:《轻罪起诉裁量制度的反思与改革》，载《法治研究》2012 年第 7 期，第 28 页。
[3] 北京市海淀区人民检察院课题组:《附条件不起诉实证研究报告》，载《国家检察官学院学报》2017 年第 3 期，第 28 页。
[4] 何挺:《附条件不起诉制度实施状况研究》，载《法学研究》2019 年第 6 期，161 页。
[5] 朱孝清:《检察机关在认罪认罚从宽制度中的地位和作用》，载《检察日报》2019 年 5 月 19 日，第 3 版。
[6] 卞建林:《慎诉的理论展开与制度完善》，载《法学》2022 年第 10 期，第 136 页。
[7] 汪海燕:《轻罪治理体系中的四对范畴》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 83 页。
[8] 郑唯辰、易延友:《轻罪治理背景下不起诉裁量权的运行张力与程序优化》，载《苏州大学学报（法学版）》2024 年第 3 期，第 120 页。

种“风险”的时效。所以基于趋利避害的本能，检察官在实践中也尽量减少裁量不起诉的适用。

三、因罪制宜：轻、微犯罪的分层治理

通过分析裁量不起诉适用的限制性因素可知，我国裁量不起诉制度的刑事立法存在严重的缺陷与不足，制度适用缺少客观基础；在目前法治不完善的情况下，为了减少权力行使的恣意，检察官的起诉裁量权受到繁琐工作机制和负面评价机制的严格限制，制度适用又缺乏主观动力。所以当下“如何使自由裁量权的行使上升为客观化基础上的主观性的价值判断”[1]成为拓宽制度在轻罪案件中适用的基本思路。而作为客观化基础的“犯罪分层理论及其立法化便脱颖而出”[2]。

（一）犯罪分层的理论简述

犯罪分层指根据犯罪的严重程度将犯罪划分为不同的层次。[3]这种犯罪分类方法在欧陆以及英美等国的刑事立法中较为盛行。如德国采用二分法模式，将犯罪分为重罪和轻罪；法国采用三分法模式，将犯罪分为重罪、轻罪和违警罪；俄罗斯采用四分法模式，将犯罪分为轻罪、中等严重的犯罪、严重犯罪和特别严重的犯罪；美国《模范刑法典》中采用多层分法模式，将犯罪具体分为六个等级。[4]当前我国刑事立法中并没有犯罪分层的相关规定，但理论上关于轻重罪的讨论却由来已久。其中轻重罪的划分标准一直是学者们争论的焦点问题。如有学者主张采用“实质标准说”，以犯罪性质、犯罪危害程度等犯罪内在的特质确定犯罪的轻重等级；有学者主张采用“形式标准说”，以刑罚的轻重为标准划定犯罪的轻重等级；还有学者认为应当将二者相结合，采用以实质标准为主、形式标准为辅或以形式标准为主、实质标准为辅的“实质与形式标准综合说”。[5]除了划分标准上的分歧，在“形式标准说”中，学者们还存在以法定刑还是宣告刑，以 3 年还是 5 年、7 年作为具体划分标准的争议。

现阶段关于轻重罪的划分标准，大多数学者主张采用“形式标准说”，[6]即以法定刑或者宣告刑为划分标准，3 年以下有期徒刑为轻罪，除此之外的其他犯罪为重罪。并且随着轻罪时代的到来，不少学者注意到传统的“轻罪-重罪”二分法已经无法适应我国当前犯罪结构的变化。鉴于此，需要在轻罪中再划分出微罪的概念，由此形成重罪、轻罪、微罪三个犯罪层级。[7]

（二）微罪与轻罪分层的必要性

理论上微罪不同于轻罪，它是一种比轻罪更为轻微的犯罪。长久以来我国对不法行为的治理一直采用二元制裁体制。对于社会危害性较小的不法行为适用行政处罚，对于社会危害性较大的犯罪行为则适用刑事处罚。近年来由于犯罪圈的扩大、犯罪门槛的降低使一些原本介于行政处罚与刑罚之间的不法行为被纳入刑法。这些不法行为相较于刑法规定的轻罪，其造成的实际社会危害更加轻微。在治理这些不法行为时若仍按照传统轻罪的模式，则不仅有违“繁简分流、快慢分道”的程序要求，而且还会产生超出刑罚本身严厉程度的后果。[8]所以为了实现轻罪治理要求的“分类治理、精准施策”，同时也为了消除刑罚所带来的不利后果，当下有必要运用犯罪分层理论对微罪和轻罪作出更为细致的划分。

实践中犯罪结构的变化需要以微罪和轻罪的分层作出回应。当前犯罪结构呈现出明显的轻罪化，在此趋势下微罪体系也悄然产生。从立法层面来看，近十余年来我国刑法增设了较多法定最高刑为一年有期徒刑以下的微罪类型。并且随着社会的发展，民众对刑法法益保障要求的提高，未来会有更多的微罪被纳入刑法之中。从司法层面来看，微罪在刑法罪名中所占的比例虽然不高，但在实践中却日益成为重点犯罪。据最高检统计的办案数据显示，2024 年上半年检察机关办理的轻罪案件中，法定刑较低的危险驾驶罪、帮助信息网络犯罪活动罪两罪占比达到两成以上。所以为了回应犯罪结

---

[1] 王文生、徐岱：《宽严相济刑事政策态势论》，载《吉林大学社会科学学报》2008 年第 6 期，第 114 页。
[2] 参见前注王文生、徐岱文，第 114 页。
[3] 叶希善 ：《犯罪分层研究》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 28 页。
[4] 参见卢建平：《犯罪分层及其意义》，载《法学研究》2008 年第 3 期，第 147-148 页。
[5] 参见郑丽萍：《轻罪重罪之法定界分》，载《中国法学》2013 年第 2 期，第 128-130 页。
[6] 参见张明楷：《刑法学（上）》（第 6 版），法律出版社 2021 年版，第 120 页；卢建平：《轻罪时代的犯罪治理方略》，载《政治与法律》2022 年第 1 期，第 56 页；张建伟：《轻罪治理的司法逻辑、法律调整与程序配置》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 69 页。
[7] 参见郭理蓉：《轻罪刑事政策研究》，中国法制出版社 2023 年版，第 83 页。
[8] 参见黄云波：《微罪犯罪附随后果有待科学化》，载《检察日报》2017 年 7 月 12 日，第 3 版。

构的变化，同时也为了给微罪与轻罪体系的发展预留足够的立法空间，[1]需要运用犯罪分层理论对微罪和轻罪作出界分。

（三）微罪与轻罪界限的厘定

当前该如何界定微罪与轻罪，我国学者之间存在不同的声音。首先在二者的关系上，主要存在“分离说”和“依附说”两种观点。持“分离说”观点的学者根据现阶段犯罪趋势、犯罪结构的变化、国家治理体系与治理能力现代化建设的需要，提出应当区分微罪和轻罪；[2]持“依附说”观点的学者则认为，目前我国微罪的罪名数量较少，难以支撑起新的结构层次，在刑事政策上也未明显受到特殊处遇，所以应当将微罪放在轻罪的统一概念下称为轻微罪。[3]其次在微罪的划分标准上，主要存在“实质标准说”、“形式标准说”以及“综合标准说”三种学说。“实质标准说”是基于犯罪行为的社会危害性及其严重程度对微罪作出的实质性界分；“形式标准说”是以法定刑或宣告刑为依据对微罪作出形式上的划分；“综合标准说”则是结合立法与司法、形式和实质对微罪作出具体界定。其中“形式标准说”由于可操作性强，得到了更多学者和司法人员的认可。不过在具体划分标准上，内部仍存在以法定刑还是宣告刑为标准的分歧。主张“法定刑说”的学者认为，以法定刑为标准将轻罪划分为纯正的轻罪和不纯正的轻罪对于理解我国刑法中的轻罪概念具有重要意义；[4]主张“宣告刑说”的司法人员则认为，以宣告刑作为认定轻罪范围的标准更符合我国实际。[5]除此之外，在微罪具体的划分界限上，还存在以“拘役”[6]、“1 年有期徒刑”[7]、“2 年有期徒刑”[8]以及“3 年有期徒刑”[9]为标准的争论。

厘清微罪与轻罪的关系并在此基础上准确界定微罪，对于实现轻罪治理的精准化至关重要。首先对于微罪与轻罪的关系，笔者倾向于采用“分离说”。一方面实体法中微罪的不断增多使微罪体系变得相对专属和独立，另一方面为避免微罪陷阱，需要将程序性规模化出罪作为微罪治理的独特手段。[10]其次关于微罪的界定标准，笔者认同大多数学者的观点，主张采用“形式标准说”。不过在具体的划分标准上，应当将法定刑与宣告刑相结合，并且将划分界限明确为“1 年有期徒刑”。在上述标准指导下，微罪可以分为实质微罪和形式微罪。实质微罪是指被告人所犯罪行的最高法定刑及其宣告刑都在 1 年有期徒刑以下；形式微罪则是指被告人只有宣告刑在 1 年有期徒刑以下。按照该思路，轻罪也可以分为实质轻罪和形式轻罪。实质轻罪指的是被告人所犯罪行的最高法定刑在 3 年有期徒刑以下，宣告刑在 1 年有期徒刑以上 3 年有期徒刑以下；形式轻罪指的是被告人只有宣告刑在 1 年有期徒刑以上 3 年有期徒刑以下。

四、“轻罪之二分”：重塑裁量不起诉制度

轻罪治理背景下，要进一步发挥裁量不起诉制度的出罪功能，就需要以犯罪分层理论为基础，依据微罪与轻罪的二分对裁量不起诉制度进行重塑，由此形成微罪不起诉和轻罪不起诉两个阶梯式不起诉。

（一）微罪不诉：重塑酌定不起诉制度

1、明确制度适用条件

轻罪治理背景下谈及酌定不起诉制度，不少学者都以改进制度适用条件作为完善制度的基本思路。并且提出为了进一步发挥酌定不起诉制度的出罪功能，需要扩大制度的适用范围，将微罪酌定不起诉改为轻罪酌定不起诉。[11]然而笔者认为，实践中酌定不起诉制度在轻罪案件中适用率较低的原因并非裁量空间过小，而是检察机关根本不愿意使用起诉裁量权。这其中既有法律对适用条件规

---

[1] 参见刘传稿：《轻重犯罪分离治理的体系化建构》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 4 期，第 15 页。
[2] 参见孙道萃：《微罪体系的构建：从依附向独立》，载《政法论坛》2023 年第 6 期，第 113 页。
[3] 参见张勇：《轻罪的界定标准与分类治理》，载《社会科学辑刊》2024 年第 2 期，第 61 页。
[4] 参见陈兴良：《轻罪治理的理论思考》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 3 期，第 6 页。
[5] 参见李勇、于菲：《中国特色轻罪治理体系之建构》，载《人民检察》2024 年第 6 期，第 30 页
[6] 参见卢建平：《轻罪时代的犯罪治理方略》，载《政治与法律》2022 年第 1 期，第 56 页。
[7] 参见梁云宝：《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》，载《政治与法律》2021 年第 7 期，第 36 页。
[8] 参见孙道萃：《微罪的积极刑法治理之塑造》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 4 期，第 91 页。
[9] 参见前注史立梅、武叙言文，第 87 页。
[10] 参见前注卞建林文，第 37 页。
[11] 参见肖峰、卞建林：《刑事诉讼中的审前程序分流——以轻罪治理为视角》，载《法学杂志》2024 年第 2 期，第 43 页。

定模糊的客观原因，同时也有检察官对各方质疑不当行使起诉裁量权的主观担心。所以相较于扩大制度适用范围的立法呼吁，当前基于犯罪分层理论对现行法律规定的适用条件进行解读则更有助于酌定不起诉适用率的提高。

微罪与轻罪分层理论下，“犯罪情节轻微”不再是模糊的前提，而是转化为具体的案件适用范围，即被告人可能判处 1 年有期徒刑以下刑罚的微罪；“不需要判处刑罚”和“免除刑罚”也不再是存有歧义的适用条件，而是微罪的两种具体形式即实质微罪和形式微罪。实质微罪指的是被告人所犯罪行的最高法定刑及其宣告刑都在 1 年有期徒刑以下。即实质微罪既反映了被告人所犯罪行的危害性较小，又凸出了被告人的犯罪情节轻微。这与“不需要判处刑罚”相契合。形式微罪指的是被告人只有宣告刑在 1 年有期徒刑以下。在形式微罪中被告人所犯罪行的危害性较大，但由于存在一定的量刑情节，如认罪认罚、刑事和解等使其可以“免除刑罚”。通过上述对酌定不起诉适用条件的解读，旨在消除立法规定的歧义与模糊，为制度在实践中的扩大适用提供基础。

2、改进内部管理机制

检察机关的相关内部工作机制，是导致酌定不起诉适用率不能满足刑事司法政策需求的主要原因。[1]一方面检察机关内部繁琐的审批程序使得检察官适用酌定不起诉的积极性不高；另一方面不合理的考核标准阻碍了酌定不起诉在实践中的适用。所以在运用犯罪分层理论重塑酌定不起诉制度时，需要对上述两方面作出改进。

第一，简化内部审批程序，赋予办案检察官更大的不起诉决定权。在刑事诉讼法对酌定不起诉制度规定存有缺陷的情况下，繁琐的内部审批程序在一定程度上分担了检察官适用制度的风险，为制度在实践中的顺利运行提供了机会。然而在酌定不起诉的适用条件明确后，限制检察官适用酌定不起诉的客观因素随之弱化。所以需要赋予检察官更大的不起诉决定权来充分调动检察官适用制度的积极性。目前各级检察院内部对起诉裁量权的行使仍严格把控，法律对简化内部程序的规定并未真正发挥作用。在此情况下，若落实司法责任制将酌定不起诉决定权交由办案检察官行使则可能事与愿违，导致检察官更不敢适用酌定不起诉。鉴于此，笔者认为现阶段酌定不起诉的决定权仍归检察长所有，但需要严格限制检察长将不起诉决定交联席会议或检委会审议。与此同时，应加强办案检察官对作出酌定不起诉决定的释法说理，以此作为后续案件质量评查的免责依据。第二，改进考核标准，激励办案检察官适用酌定不起诉。考核标准的改进包含两方面，增加正面评价因素和弱化负面评价因素。譬如将酌定不起诉的适用率纳入考核范围可以增加酌定不起诉在实践中的适用；再如减少复议、复核改变原决定在考核指标中的扣分可以减轻检察官行使酌定不起诉的负担。

3、做好行刑反向衔接

适用酌定不起诉的微罪案件，检察机关在作出不起诉决定后并非将犯罪嫌疑人“一放了之”，而是应当根据案件的具体情况决定是否将案件移送行政执法机关作出行政处罚。我国《刑法》第 37 条和《刑事诉讼法》第 177 条第 3 款都明确规定了“行刑反向衔接”。《人民检察院刑事诉讼规则》第 373 条第 2 款在刑事相关立法基础上又对“行刑反向衔接”的适用程序作出了规定，即“对被不起诉人需要给予行政处罚、政务处分或者其他处分的，经检察长批准，人民检察院应当提出检察意见，连同不起诉决定书一并移送有关主管机关处理，并要求有关主管机关及时通报处理情况。”当前司法实践中，“行刑反向衔接”的模式主要有三种：案件移送模式、平台线索共享模式和协同商请模式。[2]然而无论哪种模式，都是检察机关在发挥主导作用。行政机关参与性不强甚至消极懈怠导致部分移送的案件难以真正落实行政处罚。

[1] 引自前注黄京平文，第 67 页。

[2] 参见张杰：《行刑衔接视阈下轻罪出罪路径优化探析》，载《法学论坛》2024 年第 2 期，第 34 页。

随着轻罪时代的来临，适用酌定不起的微罪案件数量会不断增多。在此情况下也会有更多的案件被移送至行政机关作出行政处罚。因而在重塑酌定不起诉制度时需要重视“行刑反向衔接”。通过制定相关法律明确各方职责、加强检察机关与行政机关的沟通协调以及发挥检察机关的监督职责来确保做好行刑反向衔接工作，进一步推进轻罪治理的现代化。[1]

（二）轻罪不诉：重构附条件不起诉制度

1、扩大制度适用范围

当前司法实践中，一些地方检察机关为了有效治理醉驾类危险驾驶行为，将附条件不起诉引入醉驾案件中。附条件不起诉与酌定不起诉的边界模糊、交叉适用导致两种制度都没有发挥应有的作用。甚至在一些基层检察院，检察官为了规避廉政风险，对于情节轻微可直接酌定不起诉的案件也启动诉前考察。[2]所以为了充分发挥两种制度的出罪功能，需要根据犯罪分层理论对附条件不起诉的适用条件进行重构。

根据“轻罪之二分”，附条件不起诉制度适用的案件范围应当明确为，被告人可能判处 1 年有期徒刑以上 3 年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件。即附条件不起诉制度适用的对象由未成年人扩大至成年人，附条件不起诉制度适用的案件范围由可能判处 1 年有期徒刑以下刑罚涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪扩展至被告人可能判处 1 年有期徒刑以上 3 年有期徒刑以下刑罚的犯罪。当前有观点提出应当将附条件不起诉的犯罪种类局限于犯罪性质轻微、社会危害性不大的犯罪种类。[3]笔者认为该观点有待商榷。立法者在对不同犯罪类型设置法定刑时，已经考虑了行为的危害性程度。对于故意杀人等严重暴力犯罪，刑法基本没有 3 年有期徒刑以下法定情节的规定。所以在附条件不起诉中，没有必要再对犯罪种类进行限制。除此之外，还需要将认罪认罚、刑事和解、自首等作为判断能否适用附条件不起诉的重要因素。综上，通过扩大附条件不起诉适用的案件范围，使其与酌定不起诉适用的案件范围相区别，从而在裁量不起诉制度内部形成两个阶梯式不起诉。

2、优化制度程序机制

若将附条件不起诉制度的适用范围扩大至轻罪案件，则首先需要对制度的程序机制进行优化，以防止制度被检察官“闲置”。附条件不起诉案件中，检察官先要就能否对犯罪嫌疑人适用不起诉作出判断并在此基础上作出附条件不起诉决定；在决定作出后，检察官还要对犯罪嫌疑人附带条件的实施情况进行监督考察。前一种程序可以称为决定程序，后一种程序可以称为考察监督程序。在对附条件不起诉制度的程序机制进行优化时，需要对上述两种程序分别作出优化。

对于未成年人附条件不起诉案件，《人民检察院刑事诉讼规则》要求检察官在作出决定之前，应当听取公安机关、被害人、未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人、辩护人的意见，并制作笔录附卷。同理，轻罪案件在适用附条件不起诉时，也可以按照上述要求对决定程序作出优化。譬如在犯罪嫌疑人认罪认罚的轻罪案件中，应当允许办案检察官就考察附带条件、考察期限和所要达到的效果与犯罪嫌疑人进行协商，双方达成一致意见并由犯罪嫌疑人签署书面的“监督考察协议书”。[4]在有被害人的案件中，检察官在作出附条件不起诉时应当将双方是否达成刑事和解作为判断能否适用附条件不起诉的重要依据。

考察监督程序的优化则需要引入社会力量共同参与到监督考察之中。附条件不起诉制度的有效实施需要附加条件具备针对性强、专业化程度高等特质，检察机关作为国家专门机关难以为其提供充足的资源。[5]所以需要社区、社会组织等参与其中。除此之外，由社会力量参与监督考察还能够减轻办案检察官的工作负担，从而使其不抵触适用附条件不起诉制度。

3、依罪设置附加条件

犯罪分层理论下，结合法定刑与宣告刑可以将轻罪分为实质轻罪和形式轻罪。由于实质轻罪中被告人所犯罪行的犯罪性质较轻并且社会危害性较小，所以对此类案件设置附加条件时应注重教育

---

[1] 参见李冠豪、李密：《轻罪不起诉后行刑反向衔接机制的有效运行》，载《人民检察》2023 年第 20 期，第 82 页。

[2] 尹琳、陈沁：《轻罪治理背景下不起诉裁量权的优化——基于 F 市诉前考察机制探索实践》，载《人民检察》2024 年第 6 期，第 39 页。

[3] 樊崇义、徐歌旋：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《内蒙古社会科学》2024 年第 1 期，第 144 页。

[4] 参见陈瑞华：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期，第 161 页。

[5] 参见余沁：《论轻罪治理视野下的附条件不起诉制度》，《河北法学》2024 年第 8 期，第 171 页。

和预防；相比较而言，对形式轻罪设置附加条件时则不仅要注重预防同时还应当体现矫治与惩罚。我国《刑事诉讼法》在规定未成年人附条件不起诉时将所附的“条件”划分为以下四种：遵守法律法规，服从监督；按照考察机关的规定报告自己的活动情况；离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准以及按照考察机关的要求接受矫治和教育。在上述四个条件中，前三种是接受监督考察的犯罪嫌疑人都必须履行的法定义务，因而属于一般义务；而最后一种则需要检察官根据案件的具体情况设置不同的条件，所以属于特殊义务。

以轻罪不诉来重构附条件不起诉制度时，需要对附加条件作出分类设置。对于实质轻罪而言，附加条件可以明确为“基本义务+特殊义务（教育项目）”，而对形式轻罪而言，附加条件可以规定为“基本义务+特殊义务（惩罚项目）”。其中教育项目包含参加社区组织的教育活动、心理辅导以及社会关系修复项目等；惩罚项目则包含参加达到最低时数的社区服务、戒瘾治疗项目以及参与交通管理等。[1]通过对附带条件进行区分，使犯罪嫌疑人既能感受到法治的威严，又能认识到要为自己的犯罪行为付出代价，决心之后不再犯罪，进而达到刑法一般预防与特殊预防的目的。

五、结语

当前犯罪圈的扩大、犯罪门槛的降低导致轻罪案件的不断增多。与之相应也产生了大量的轻罪犯。不同于传统的自然犯和暴力犯，轻罪犯所承受的犯罪附随性后果与其所犯罪行的轻重程度严重不符，定罪带来的严厉后果更容易滋生这类群体的“戾气”，从而影响社会的稳定。轻罪治理背景下，需要适用裁量不起诉制度对这些涉案人员作出出罪处理。实践中裁量不起诉制度的出罪功能并未得以充分发挥，所以需要引入犯罪分层理论来明确酌定不起诉适用的案件范围，扩大附条件不起诉适用的案件范围，使二者适用的案件范围相互衔接，从而在裁量不起诉制度内部形成微罪不诉和轻罪不诉两个阶梯式不起诉。

[1] 参见前注陈瑞华文，第 162 页。

功能视角下附条件不起诉制度的改革方案

李 辞*

摘 要：附条件不起诉的制度功能主要体现在出罪、矫正、修复、惩罚与教育。当前司法实践中制度的适用在很大程度上系缘于考评驱动，制度内驱力不足。检察机关主导的监督考察程序存在附加条件针对性欠佳、社会参与实质性不足、被害人意见发表不充分、对犯罪嫌疑人的矫正效果不足等问题。制度效能不彰的主要原因在于立法对制度适用范围限制过甚，导致附条件不起诉与酌定不起诉发生适用上的竞合，参与监督考察各方对制度功能定位认识不统一，导致考察效果受限。基于功能回归视角，宜取消制度适用对象与案件范围的限制，将制度适用的刑罚要件确定为三年有期徒刑以下宣告刑，厘清附条件不起诉与酌定不起诉的适用逻辑，完善监督考察机制。

关键词：附条件不起诉；不起诉；裁量不起诉；轻罪案件；程序出罪

一、问题的提出

自《刑法修正案（八）》将醉酒驾驶机动车行为确定为犯罪以来，立法机关逐渐将一些过往由行政法规调控的行为纳入《刑法》规范，刑法修正呈现“泛刑化”趋势。[1]随着轻罪罪名不断增加，我国刑事立法体系“入罪功能有余，出罪功能不足”的问题开始凸显。[2]在严格主义立法态势下，对轻罪案件的“裁量出罪”成为刑事司法实践必须直面的议题。[3]在参与刑事诉讼的国家机关中，公安机关对符合追诉条件的犯罪嫌疑人均应当移送审查起诉，法院对构成犯罪的被告人也惟有定罪，二者均无力实现裁量出罪目标。在现行刑事诉讼法框架下，检察机关系唯一可以实现裁量出罪的国家机关，其有权通过适用酌定不起诉（《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款）与附条件不起诉（《刑事诉讼法》第 282 条）制度实现对轻罪案件的“程序性裁量出罪”。[4]

在两种裁量不起诉制度中，附条件不起诉可以通过附加条件与考验期的方式对拟不起诉的犯罪嫌疑人开展矫正工作，有助于实现司法的特殊预防功能；同时，检察机关还可以设置社会服务条件令犯罪嫌疑人效劳社会大众，加深社会对犯罪行为不法性的认识，从而促成一般预防功能的实现。相比酌定不起诉，附条件不起诉在犯罪预防效果上无疑更具优势。附条件不起诉制度特有的犯罪预防功能使得一些地区的检察机关突破立法上关于制度适用对象的限制，开启了在成年人涉嫌的醉酒型危险驾驶案件中适用附条件不起诉的尝试，即通过附加条件，令醉驾行为人承担协助指挥交通、劝诫交通违法等特殊义务，使其充分认识到行为的不法性，引导其树立社会责任感，降低其再犯风险。[5]

司法实践的现实需要表明，将附条件不起诉制度的适用对象限制于未成年人，既无立法目的上的必要性，又人为限制了制度功能在更广阔领域的发挥。自 2012 年刑事诉讼法增设附条件不起诉制度以来，关于制度适用对象的争论持续至今。在对轻罪案件的矫正与预防成为检察机关一项长期司法任务的背景下，激活附条件不起诉制度功能无疑具有现实必要与可能。基于这一目标，笔者拟对附条件不起诉的制度功能作一番理论上的考辨，以明确制度理想模型的理论基础。在厘清制度功能定位的基础上，本文将通过实证方法呈现当前附条件不起诉运行的基本样态，发现制度实践偏离其功能定位的成因，进而提出制度回归功能的基本方案。笔者的研究思路是“从功能到结构”，因为从理论上看，制度功能应当决定制度结构，制度实践也理应服务于制度功能。

---

* 作者简介：李辞，福州大学法学院副教授，中国刑事诉讼法学研究会理事。

1 参见刘艳红：《轻罪时代刑事立法泛刑化与重刑化之理性反思——以<刑法修正案（十二）>为视角》，载《法学评论》2024 年第 2 期。

2 参见史立梅：《刑事一体化视野下的出罪路径研究》，载《法学杂志》2023 年第 4 期。

3 参见王迎龙：《通过程序的犯罪控制》，载《政法论坛》2023 年第 6 期。

4 我国现行刑事诉讼法规定了五种不起诉制度：法定不起诉、证据不足不起诉、酌定不起诉、附条件不起诉与特殊不起诉。其中，法定不起诉与证据不足不起诉均适用于不符合起诉条件的犯罪嫌疑人，检察机关在其间并不享有“裁量”的空间；特殊不起诉的适用对象为“有重大立功或案件涉及国家重大利益”的犯罪嫌疑人，且这种不起诉需经最高人民法院核准，这一程序上的特殊要求决定了其不能被作为一种常规情况下适用的不起诉制度。德国学者魏根特也将对轻罪案件的不起诉（近似于我国的酌定不起诉）与附条件不起诉视作检察官行使裁量权的主要形式。See Thomas Weigend, No News Is Good News: Criminal Sentencing in Germany since 2000, Crime and Justice: A Review of Research, Vol.45, p.85 (2016).

5 参见陈文聪：《醉驾案件附条件不起诉制度研究》，载《比较法研究》2022 年第 6 期。

二、附条件不起诉制度的基本功能

除了实现程序出罪，附条件不起诉还应强调犯罪预防功能。[1]这种预防主要通过对犯罪嫌疑人的行为与思想矫正予以实现。作为一项恢复性司法制度，附条件不起诉的制度功能同时体现在修复因犯罪而受损的社会关系。[2]此外，附条件不起诉制度构建了一个多方参与的平台，有助于实现对程序参与者乃至社会大众的教育功能。

（一）出罪功能

在程序法语境下，实现对犯罪嫌疑人的“非犯罪化”自然是检察机关办理轻罪案件的主要目标。近年来，随着刑法修正案不断新增罪名数量，我国的犯罪圈也在逐渐扩大。若以“法定最高刑为 3 年有期徒刑以下刑罚”这一要件作为界定轻罪的标准，在《刑法修正案（十二）》施行后，我国刑法上的轻罪罪名总数已达 103 个，占罪名总数的 21.2%。在实践层面，2014-2023 年 10 年间，我国法院判处 3 年有期徒刑以下刑罚的判决数已占同期生效判决总数的 84.1%。[3]面对激增的轻罪罪名数量与持续处于高位的轻刑判决数量，通过程序性规模化出罪机制实现“立法入刑”与“司法出罪”的均衡化互动，应是程序法应对轻罪案件激增局面的主要作为。[4]作为旨在实现审前程序分流的一项裁量不起诉制度，对犯罪嫌疑人实现“裁量性程序出罪”自是附条件不起诉制度功能的题中之义。

附条件不起诉制度的出罪功能备受重视的一个体系性因素在于，酌定不起诉制度出罪效能的有限性导致审查起诉程序的分流功能未能充分发挥。[5]2014-2023 年 10 年间，我国检察机关审结案件中，酌定不起诉适用率仅为 10.5%。[6]有必要说明的是，自 2020 年起，酌定不起诉的适用率显著提升（2020 年为 11.1%；2021 年为 13.5%；2022 年为 22.7%；2023 年为 22.0%），其原因主要在于醉酒型危险驾驶罪案件数量的激增。排除醉驾案件，酌定不起诉的适用率并无著变化。[7]司法实践中，检察机关通常将酌定不起诉的刑罚要件控制在可能判处 3 年有期徒刑以下刑罚的案件范围内。[8]与法院判处 3 年有期徒刑以下刑罚的判决比例相比，酌定不起诉的制度功能显然远未充分发挥。酌定不起诉功能受限主要缘于两方面因素：一方面，酌定不起诉是一种“一次性行为”，不起诉后便无法约束被不起诉人，不利于被不起诉人改过自新；另一方面，由于被害人缺乏程序参与权，检察官常常担心被害人对不起诉决定不接受而申诉、上访，从而对检察机关的绩效考评造成不利影响。[9]

附条件不起诉能够有效弥补酌定不起诉制度的不足。其一，附条件不起诉决定需要附加条件，检察机关得以对犯罪嫌疑人施以一定时间的监督考察，并握有撤销附条件不起诉决定的权力；其二，考验期的设置为检察机关提供了一段缓冲期，有助于其更为果敢地行使起诉裁量权；其三，作为一种协商性司法程序，附条件不起诉带有“不起诉协议”性质，其为犯罪嫌疑人与被害人提供协商与和解的平台，有助于平复被害人的对抗情绪，进而打消检察机关作出不起诉决定时的顾虑。从应然层面出发，作为与酌定不起诉共同发轫于起诉便宜主义的一项裁量不起诉制度，附条件不起诉与酌定不起诉共同构成了审查起诉阶段裁量出罪制度体系。

（二）矫正功能

基于“破窗理论”，对轻微犯罪者不予矫正，可能导致行为人试图去犯更严重的犯罪。因此，即使是再轻的犯罪，也不应忽视司法程序的矫正功能。将轻罪涉案者交付审判并由法院判处短期自由刑或附加刑，恐怕都难以矫正其价值观念与行为方式。[10]基于矫正目标，一种针对犯罪嫌疑人特定行为与心理状态设计的监督考察机制至关重要。在附条件不起诉制度写入立法前的试点阶段，即有学者指出，附条件不起诉设置的条件有助于涉嫌轻罪的犯罪嫌疑人以悔改态度与积极表现重返社会，

---

1 参见刘学敏：《检察机关附条件不起诉裁量权运用之探讨》，载《中国法学》2014 年第 6 期。
2 参见张友好：《功能•主体•程序：附条件不起诉制度省察》，载《政法论坛》2013 年第 6 期。
3 数据来源于 2014-2023 年最高人民法院司法统计公报。
4 参见卞建林、肖峰：《刑事诉讼中的审前程序分流——以轻罪治理为视角》，载《法学杂志》2024 年第 2 期。
5 参见郭烁：《酌定不起诉制度的再考察》，载《中国法学》2018 年第 3 期。
6 数据来源于 2015-2024 年《最高人民检察院工作报告》、2019-2023 年《全国检察机关主要办案数据》、童建明：《论不起诉权的合理适用》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 4 期。
7 参见谢小剑：《少捕慎诉慎押背景下裁量不起诉适用的发展与完善》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 1 期。
8 彭东、张寒玉著：《检察机关不起诉工作实务》，中国检察出版社 2005 年版，第 303 页。
9 参见顾永忠：《附条件不起诉制度的必要性与正当性刍议》，载《人民检察》2008 年第 9 期。
10 参见陈瑞华：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期。

有助于消除犯罪原因，降低再犯风险，从而实现不法行为的矫正。[1]参与立法工作的研究者也指出："附条件不起诉制度也给犯轻罪的未成年人一次改过自新的机会，避免了执行刑罚对其造成的不利影响，有利于使其接受教育，重新融入正常的社会生活。"[2]

受制于审查起诉期间的限制，酌定不起诉的作出要求检察机关在一个月内完成对不起诉案件的审查与审批程序，检察机关难有余力开展对犯罪嫌疑人不起诉前的矫正工作。即使检察机关积极开展了诉前考察与帮教工作，囿于酌定不起诉决定作出后便无法约束被不起诉人，矫正效果的持续性也无法得到保障。附条件不起诉在实现矫正功能上的制度优势显而易见。一方面，附条件不起诉旨在发现犯罪嫌疑人实施犯罪行为的内生性原因，从而有针对性地设置附加条件，帮助犯罪嫌疑人实现自我悔改，实现"治病救人"之效；另一方面，附条件不起诉通过考验期的设置，使帮教得以有效持续。在此程序中，检察机关、社会组织乃至被害人等多方参与对犯罪嫌疑人的帮教过程，有助于犯罪嫌疑人充分认识到其行为的违法性以及对社会造成的治理负担，增强其复归社会乃至回报社会的主观意愿。

将对犯罪人的矫正工作前移至审前程序，可谓附条件不起诉里程碑式的制度价值。长期以来，我国的刑事诉讼程序在矫治功能的实现问题上呈现被动性与滞后性，对行为人的矫治往往要待法院判决生效之后，由监狱或社区矫正机构完成对被判处相应刑罚罪犯的矫正。相比法院审判对象的广泛性，附条件不起诉专注于实现对轻罪涉案人的矫正。有别于重罪案件涉案人，轻罪案件行为人的主观恶性相对较小，人身危险性较低，对其实现行为与心理层面双重矫正的难度较低，可行性较高。对这类人员的矫正所需的时间也相对较短，故无需通过法院判处缓刑或监禁刑以获得较长的矫治时间。同时，对于轻罪涉案者，矫正的及时性十分必要。一方面，迅速的矫正有助于犯罪嫌疑人及时认识到其行为的社会危害性，从而迅速完成自我纠偏，使其复归正途；另一方面，审前阶段的矫正避免了犯罪嫌疑人被起诉乃至定罪，从而避免行为人被贴上犯罪标签及其带来的负面效应。[3]

（三）修复功能

作为一项恢复性司法制度，附条件不起诉理应重视对受损社会关系的修复。这种修复的对象包括被害人权益与社会公共利益。附加条件中的退赃退赔乃至部分地区检察机关对破坏环境类犯罪行为人课予的补植复绿等给付类条件均旨在实现一种利益修复。从广义上看，这种修复功能还应及于对社会秩序的修复，比如要求犯罪嫌疑人提供公益服务。

值得强调的是，附条件不起诉的修复功能不应限于物质层面，还应重视心理层面。在某些情况下，对犯罪嫌疑人施加一定的惩罚，也往往有助于被害人心理层面的恢复。这种惩罚体现在两个方面：一方面，附条件不起诉通过附加公益服务、金钱给付等条件形成对犯罪嫌疑人人身的拘束与财产的收取，令犯罪嫌疑人与被害人双双感受到犯罪行为引发的报应；另一方面，在附条件不起诉程序中，犯罪嫌疑人付出时间、精力以及声誉、沟通成本，从而实现一种程序本身带来的惩罚。[4]

显然，相比酌定不起诉，附条件不起诉通过附加条件与考验期的设置，使犯罪嫌疑人感受到了犯罪附随的惩罚后果，从而增强其行为选择的合理性。对被害人而言，犯罪嫌疑人遭受的惩罚也满足了其报应心理，有助于其心理层面的修复。对社会而言，通过对犯罪嫌疑人课予一定义务乃至惩罚，在社会上形成一种"有罪则有责"的认知，同时也在某种程度上补偿乃至修复了犯罪所侵犯的社会秩序。通过附加条件的设置也在一定程度上形成对刑罚功能的有效替代，从而增强社会大众对这种附条件裁量出罪的接受程度。

（四）教育功能

轻罪案件的司法实践往往将注意力集中于对犯罪行为人个人的矫正，强调对犯罪的特殊预防效果，而忽视一般预防目的之实现。笔者认为，对轻罪案件的办理不宜一味强调宽缓与迅速，而忽视案件处理过程与结果对公众的潜在影响，避免令公众产生"轻罪不受罚"之误解，进而削弱刑法以及

---

[1] 参见陈光中、张建伟：《附条件不起诉：检察裁量权的新发展》，载《人民检察》2006 年第 7 期。

[2] 郎胜主编：《中国人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社 2012 年版，第 594 页。

[3] 参见阮晨欣：《个人信息被遗忘权的刑法保护规则研究》，载《法学杂志》2023 年第 6 期。

[4] 参见[美]马尔科姆 ·M ·菲利：《程序即是惩罚——基层刑事法院的案件处理》，魏晓娜译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 27 页。

司法程序的吓阻与教育效果。申言之，附条件不起诉制度不仅要让犯罪嫌疑人感受到司法关怀从而实现行为与心理上的矫正，还应重视制度适用对社会群体的潜在教育功能。这种教育功能可在两类群体中发生作用：一是通过对潜在行为对象产生警诫作用，从而达成吓阻、威慑效果；[1]二是对社会一般大众产生示范效应，令其知悉某些行为的不法性与当罚性，从而实现司法的宣传效果。

现代法治国家应当重视司法程序对一般预防效果的追求。在冲突解决的过程中，尽可能展示与阐释作为法律评价依据的具体社会秩序的规则和要求，并借助适当的形式扩大这种效果。[2]附条件不起诉制度正是通过一种较为公开的司法过程令更多公民意识到某些行为的不法性，并认识到犯罪的危害性与当罚性，从而对一般人产生警示效果。同时，附条件不起诉通过搭建一个多方参与平台，令当事人以外的社会主体得以介入冲突解决过程，这种对司法程序的亲历与观摩亦能对参与者产生教育作用。重视案件处理过程对社会大众的教育功能，也有助于指引轻罪案件办理理念由宽缓化向预防性转型。[3]

三、附条件不起诉制度运行样态的实践检视

由于现行刑事诉讼法将附条件不起诉的适用对象限于未成年人，故当前附条件不起诉的制度实践主要发生在未成年人案件中。为呈现制度运行的实践样态，笔者拟通过最高人民检察院公开的数据与一家基层检察院（F 检察院[4]）自 2014 年至 2023 年 10 年间的办案数据作为定量分析的基础，该数据将直观体现附条件不起诉制度在未成年人案件中的适用率，以体现制度出罪功能的实现情况。同时，笔者将以 F 检察院的办案情况为分析对象，通过若干变量呈现检察机关对附条件不起诉的监督考察情况，进而检验制度矫正、修复与教育功能的实现效果。

（一）适用率情况

附条件不起诉的适用率直观反映了制度的出罪效能。最高人民检察院发布的《未成年人检察工作白皮书》显示，自 2014 年至 2023 年 10 年间，全国检察机关共审结[5]移送审查起诉的未成年犯罪嫌疑人 641445 人，对其中 120464 人作出附条件不起诉决定，制度适用率为 18.8%。同期，F 检察院移送审查起诉的未成年犯罪嫌疑人 1241 人，对其中 163 人作出附条件不起诉决定，制度适用率为 13.1%。尽管 F 检察院 10 年间附条件不起诉的整体适用率低于全国均值，但近 4 年（2020 年-2023 年），F 检察院的制度适用率大幅度提升，分别为 16.8%、10.7%、40.4%、36.5%，2023 年的适用率已接近全国均值（37.4%）。同时，F 检察院附条件不起诉制度适用率略低于全国的一个重要因素在于，F 检察院对很大一部分符合附条件不起诉适用条件的未成年犯罪嫌疑人适用了（不附条件的）酌定不起诉。以 2023 年为例，该年度 F 检察院共审结未成年犯罪嫌疑人 159 人，对其中 53 人适用酌定不起诉，对其中 58 人适用附条件不起诉，两种裁量不起诉制度适用率占比达 69.8%。

有必要指出的是，考评因素对附条件不起诉的适用率产生了较大的干预。2020 年 1 月，最高人民检察院首次印发《检察机关案件质量主要评价指标》（以下简称《评价指标》），将附条件不起诉作为评价案件质量的主要指标之一，附条件不起诉被作为一项竞争性指标，各级检察院对辖区内的基层检察机关附条件不起诉适用率由高到低进行排名。在《评价指标》公布前的 2014 年至 2019 年 6 年间，全国检察机关对审结移送审查起诉的未成年犯罪嫌疑人 364625 人中的 32023 人适用附条件不起诉，适用率为 8.78%。而在《评价指标》印发后的 2020 年至 2023 年 4 年间，制度的适用率激增至 31.95%。2023 年 3 月，修订后的《评价指标》将附条件不起诉率调整为通报值指标，将通报值设置为 30%，只要制度适用率达到 30%即不再排名。由于这一数值已接近 2022 年附条件不起诉

---

[1] 参见陈兴良：《一般预防的观念转变》，载《中国法学》2000 年第 5 期。

[2] 参见顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，法律出版社 2016 年版，第 32 页。

[3] 参见余沁：《论轻罪治理视野下的附条件不起诉制度》，载《河北法学》2024 年第 8 期。

[4] F 检察院位于我国东部沿海地区的一个省辖县级市，总面积 2430 平方千米。截至 2023 年底，该地常住人口 141.4 万人，地区生产总值 1682.79 亿元，三次产业结构为 8.3:47.3:44.4。显然，该市系经济较为发达的县级行政区。F 检察院现有员额检察官 42 人、检察官助理 36 人，人力资源较为充沛。2023 年，该院共受理移送审查起诉案件 1762 件 2818 人，受理移送审查起诉的未成年人案件 96 件 166 人（审结 159 人），具有数量可观的案例样本。同时，该市司法机关曾参与刑事案件速裁程序与认罪认罚从宽制度试点工作，对司法改革的态度较积极，对相关刑事政策的反应较敏捷，笔者的调研能够得到当地司法机关较好的配合。

[5] “审结”指作出起诉决定、不起诉决定或附条件不起诉决定。

的适用率（36.10%），这一调整并未对 2023 年的制度适用率产生实质影响。2023 年，在全国检察机关审结的未成年人案件中，附条件不起诉的适用率甚至攀升至历史峰值（37.40%）。

2024 年 1 月，最高人民检察院再次修订《评价指标》，将附条件不起诉适用率调整为中性指标，不再进行排名与通报。2024 年上半年，F 检察院的附条件不起诉适用率由 2023 年的 36.28%降至 16.28%。值得一提的是，由于具有较为丰富的办案经验，同时具备较为发达的社会支持体系，F 检察院未成年检察部门在附条件不起诉的适用上一直持积极姿态。笔者了解了其他几家基层检察机关的办案数据，附条件不起诉的适用率基本上都回落至《考评指标》出台前的水平。制度适用率上的这一显著变化表明，附条件不起诉的适用在很大程度上是基于考评驱动，制度缺乏内在驱动力。

据 F 检察院未检部门检察官介绍，在未检工作实践中，由于附条件不起诉更有利于未成年人的矫正，加之满足《考评指标》的考虑，对于未成年人涉嫌 1 年有期徒刑以下宣告刑[1]的案件，办案人员往往会优先考虑适用附条件不起诉，而较少适用酌定不起诉。而在考评要求取消后，对这部分案件适用酌定不起诉的情况明显增加。[2]司法实践的这一微妙转变也呈现了制度内驱力不足的另一侧面。实际上，在考评压力下，检察机关依然将部分本可适用附条件不起诉的犯罪嫌疑人诉至法院。2020 年至 2023 年 4 年间，F 检察院共审结移送审查起诉的未成年犯罪嫌疑人 474 人，对其中 127 人作出附条件不起诉决定，制度适用率为 26.8%。同期，F 法院共审结 217 名未成年被告人，其中 83 名被告人被判处 1 年有期徒刑以下刑罚，占审结未成年被告人人数的 38.3%。可见，在立法对附条件不起诉对象、罪名与刑罚要件作出较大限制的背景下，该制度仍存在可挖掘的适用空间。

（二）监督考察情况

附条件不起诉独特制度功能的发挥有赖于监督考察程序的运行。笔者主要以 F 检察院的办案实践为观察对象，基于附加条件设置、监督考察方法、被害人意见发表、考察结果等变量，对附条件不起诉制度矫正功能、教育功能与修复功能的实现情况进行检视。

1. 附加条件的设置

基于附条件不起诉制度的功能视角，附加条件的设置应将实现矫正与修复作为基本价值目标。其中，矫正功能主要通过预防再犯条件与复归社会条件的设置予以实现；修复功能则可通过设置损害恢复条件与关系修复条件予以实现。[3]在 2014 年至 2023 年 10 年间 F 检察院适用附条件不起诉制度的 163 名犯罪嫌疑人中，142 人被设置戒瘾治疗、人身拘束等预防再犯条件，占比 87.1%；147 人被设置提供公益服务、接受专门教育等复归社会条件，占比 90.2%；16 人被设置赔偿损失等损害恢复条件，占比 9.8%；19 人被设置赔礼道歉等关系修复条件，占比 11.7%。整体上看，以矫正为目标的附加条件适用率较高，这表明司法实践亦将矫正作为附条件不起诉的首要制度目标。以赔偿损失、赔礼道歉为主要形式的修复性条件较少，这主要是缘于多数犯罪嫌疑人及其监护人在检察机关作出附条件不起诉决定前已经向被害人给付了物质赔偿，检察机关通常无需设置这一条件。同时，有检察官反映，实践中多数被害人只看重经济赔偿，对通常由监护人代为履行的赔礼道歉义务并不重视，一些被害人甚至不愿再与犯罪嫌疑人发生接触，故检察机关较少设置这一条件。

2. 监督考察方法

监督考察情况同时体现了矫正、教育与修复功能的发挥情况。对于附条件不起诉的案件，检察机关未检部门会与监督考察对象及其监护人、参与监督考察的社团、组织三方共同签署《附条件不起诉监督考察协议》，规定考验期内犯罪嫌疑人应当遵守的义务以及监护人、参与监督考察第三方发现考察对象违反监督考察规定时的报告义务。在调研中发现，监护人承担了绝大多数监督考察任

---

[1] “1 年有期徒刑以下刑罚”包括 1 年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金、免于刑事处罚。

[2] 由于尚未获取 2024 年上半年法院对未成年被告人作出生效裁判的数据，故无法对酌定不起诉后法院判处 1 年有期徒刑以下刑罚的数据作定量呈现。

[3] 当前规范层面对附加条件的规定主要见于《人民检察院刑事诉讼规则》第 476 条之规定：“人民检察院可以要求被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人接受下列矫治和教育：（一）完成戒瘾治疗、心理辅导或者其他适当的处遇措施；（二）向社区或者公益团体提供公益劳动；（三）不得进入特定场所，与特定的人员会见或者通信，从事特定的活动；（四）向被害人赔偿损失、赔礼道歉等；（五）接受相关教育；（六）遵守其他保护被害人安全以及预防再犯的禁止性规定。”实践中，附加条件也主要是根本本条规定事项设置。笔者将第 1、3、6 项归入预防再犯条件；第 2、5 项归入复归社会条件；第 4 项赔偿损失的内容归入损害恢复条件；第 4 项赔礼道歉内容归入关系修复条件。

务，参与监督考察的其他社会主体范围较为固定。检察官对犯罪嫌疑人矫正情况的了解常常是基于犯罪嫌疑人定期提交的书面思想汇报，参与监督考察各方互动不频繁，承办检察官也较少与犯罪嫌疑人面对面接触。

3. 被害人意见发表情况

被害人对附条件不起诉的态度及其意见发表情况在很大程度上体现了制度修复功能的发挥效果。《刑事诉讼法》第 282 条规定，检察机关在作出附条件不起诉决定前应当听取被害人意见。在 F 检察院在作出附条件不起诉决定前，均通过制作《适用附条件不起诉意见征询书》的方式听取了被害人意见。在考验期满拟作不起诉决定之前，检察机关还会制作《附条件不起诉考验期满后不起诉听取意见书》送达被害人。据笔者了解，实践中检察机关主要是通过电话方式听取意见，被害人表示同意后，由两名检察官在文书上签字确认。据办案检察官的介绍，由于适用附条件不起诉的案件较轻微，加之犯罪嫌疑人系未成年人，主观恶性较小等因素，实践中被害人不同意适用附条件不起诉的情况极少发生。此外，多数被害人在附条件不起诉决定作出前已经获得了赔偿，故通常不会表达反对意见。对于尚未获得赔偿的被害人，往往希望通过将赔偿损失作为附加条件的方式获得物质补偿，因而也会支持附条件不起诉决定。

同期，有 8 件案件中的被害人不同意适用附条件不起诉，主要原因是犯罪嫌疑人无力赔偿物质损失或被害人希望犯罪嫌疑人受到更严厉的刑事制裁。F 检察院对其中 7 件案件的犯罪嫌疑人提起公诉，另一件案件在犯罪嫌疑人及时作出赔偿后适用了酌定不起诉。可见，尽管被害人同意并非适用附条件不起诉的必要条件，实践中被害人意见对附条件不起诉决定的作出依然具有较大影响。据办案检察官介绍，这一方面是缘于听取被害人意见的文书需要被害人签名并入卷；另一方面是出于担心被害人申诉、信访的考虑。整体上看，尽管实践中较少通过面对面交流的方式听取被害人意见，被害人也较少参与监督考察程序，但被害人依然能够对附条件不起诉决定施加实质影响。

4. 考察结果

考察结果是制度功能发挥情况的综合体现。经过监督考察，F 检察院对 12 名犯罪嫌疑人撤销附条件不起诉决定并提起公诉，撤销率为 7.4%。其中 3 人因为在考验期内犯新罪而被撤销附条件不起诉，另 9 人被撤销附条件不起诉的原因是在考验期内严重违反义务。从更大空间范围上看，有学者通过对 4 省市 8 家基层检察院的调研发现，附条件不起诉的撤销率大体在 4%以下。[1]较低的撤销率可能导致监督考察程序对犯罪嫌疑人的威慑力有限。据承办检察官介绍，除了犯新罪、发现漏罪属于刑事诉讼法规定的应当撤销的情形，犯罪嫌疑人严重违规而撤销属于检察官裁量撤销事项，没有明确的撤销标准。司法实践中，虑及自身乃至各参与方已在监督考察过程中投入大量精力，检察官在撤与不撤之间往往倾向于不予撤销。

5. 对监督考察效果的整体评价

整体上看，当前检察机关对附条件不起诉的监督考察工作取得了一些成效。一方面，对被害人意见给予充分尊重，重视制度修复功能的实现；另一方面，对监督考察效果作了较为实质的审查，在一定程度上实现了制度的矫正功能。监督考察程序暴露的问题同样突出：其一，附加条件的针对性不足，存在具有一定普遍性的“套用模板”现象，影响制度矫正功能的发挥；其二，参与监督考察的社会组织范围较为有限且固定，不利于附条件不起诉制度价值的宣传，抑制了教育社会大众进而实现司法一般预防的制度功能；其三，过于强调宽宥而忽视惩戒，片面重视物质赔偿而忽视情感修复，不足以满足部分被害人的报应预期，不利于被害人心理层面的修复。

四、附条件不起诉制度功能受限的主要原因

基于对实践情况的观察，当前附条件不起诉制度功能受限体现在两大方面：一是制度出罪功能的发挥受到很大程度的抑制，这主要是缘于立法对附条件不起诉适用对象、罪名与刑罚要件的限制；二是制度矫正、教育与修复效能尚未充分发挥，这主要由监督考察程序运行中的问题造成。

（一）影响制度适用的主要因素

1. 适用对象的限制

[1] 参见何挺：《附条件不起诉制度实施状况研究》，载《法学研究》2019 年第 6 期。

适用对象的限制是制约附条件不起诉制度功能的首要因素。在 2012 年刑事诉讼法修改前的试点阶段，各地检察机关大都将附条件不起诉的适用对象限于未成年人与成年在校学生。作为一项新制度，在试点过程中对适用对象作出限制并对适用规模进行控制，不失为一种审慎的改革态度。然而，2012 年刑事诉讼法将附条件不起诉制度规定于特别程序之中，并将制度适用对象限于未成年人，这种照搬试点经验的做法似乎缺乏进取，不仅没有实现与既有酌定不起诉制度相辅相成的初衷，也人为限制了制度功能的发挥。更令人费解的是，试点过程中普遍适用的成年在校学生也被剥夺了适用附条件不起诉的机会，这使得在校大学生涉嫌的盗窃罪、帮助信息网络犯罪活动罪等发案率较高且具备较强可矫正性的案件都无法适用附条件不起诉。

2. 罪名的限制

立法将附条件不起诉的适用限于刑法分则第四、五、六章，尽管涵盖了司法实践中未成年人涉嫌的多数罪名，但依然使得部分缺乏起诉必要性却又具备监督考察必要性的案件失去适用附条件不起诉制度的机会。笔者调取了 F 检察院所在设区的市下辖各基层检察机关自 2020 年至 2023 年 4 年间审结案件涉嫌的罪名情况，案件数排名前 6 位的罪名为危险驾驶罪（2159 件）、盗窃罪（1222 件）、故意伤害罪（1094 件）、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪（615 件）、帮助信息网络犯罪活动罪（580 件）、交通肇事罪（464 件）。其中，危险驾驶罪属于抽象危险犯，并未造成实质危害结果，交通肇事罪系过失犯罪，行为人主观恶性较小，涉嫌这两个罪名的犯罪嫌疑人往往具备较高的矫正可行性与较低的起诉必要性。而这两个罪名规定于刑法分则第二章“危害公共安全罪”中，故无法适用附条件不起诉。囿于罪名上的限制，检察官在面临涉嫌这两个罪名的犯罪嫌疑人时只有两种选择：作出酌定不起诉处分从而失去对犯罪嫌疑人的约束，抑或提起公诉，通过建议法院判处缓刑的方式实现对行为人的矫正，同时使行为人被贴上罪犯标签。

3. 刑罚要件的限制

立法将附条件不起诉的刑罚要件限定为 1 年有期徒刑以下宣告刑，由此导致附条件不起诉无法与酌定不起诉实现无缝衔接。如上文所述，实践中酌定不起诉的适用对象通常把握在 3 年有期徒刑以下宣告刑的范围内。附条件不起诉具有比酌定不起诉更为严格的监督考察要求，却被设置了比后者更狭窄的刑罚要件，显然欠缺逻辑合理性。这一刑罚要件的设置还造成了两种裁量不起诉制度间关系的混沌。[1]由于二者存在刑罚要件上的竞合，且检察官办理附条件不起诉案件的工作量与工作难度远大于酌定不起诉案件，[2]实践中检察官往往更倾向于作出酌定不起诉决定。尽管有学者提出对于具有矫正必要性的未成年犯罪嫌疑人应当优先适用附条件不起诉，[3]但排除考评因素，实践中恐怕鲜有检察官会遵循这一适用逻辑。

（二）影响监督考察效果的主要因素

1. 附加条件存在的问题

附条件不起诉的矫正、教育与修复功能均需通过对犯罪嫌疑人的监督考察予以实现，而附加条件设置的科学性直接决定了监督考察的效果。从当前司法实践的情况看来，附加条件的设置存在两方面比较突出的问题。一方面，检察官与参与监督考察的社会主体对附加条件的性质与功能缺乏统一认识，在设置附加条件时往往片面强调对犯罪嫌疑人的人身约束而忽视犯罪嫌疑人的心理接受程度，抑或是片面重视关怀而忽视教育与修复；另一方面，附加条件的个性化程度不足，存在较为普遍的模板套用情况，未能做到“对症下药”，限制了矫正的效果，也影响了附加条件的可操作性。此外，由于目前附条件不起诉专门适用于未成年人，在最高人民检察院对未成年人“教育、感化、挽救”方针下，检察机关较少设置惩罚性条件，在未来附条件不起诉的适用对象扩大至成年人后，检察机关需要及时转变观念。

2. 监督考察程序存在的问题

监督考察程序主要存在三方面问题。其一，未能充分调动参与监督考察的社会资源。司法实践中，参与监督考察的主体通常包括监护人、公益性社会组织、学校与企事业单位。各地缘于经济发

[1] 参见李辞：《论附条件不起诉与酌定不起诉的关系》，载《法学论坛》2014 年第 4 期。
[2] 参见李荣斌：《轻罪治理双重机制实证研究——以 S 市 P 区的检察实践为样本》，载《政法论坛》2024 年第 3 期。
[3] 参见何挺：《附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 4 期。

展水平、司法文明水平等因素的差异，参与监督考察的主体范围也存在较大差异，部分地区的检察机关由于缺乏社会资源支持而选择将未成年犯罪嫌疑人安排在固定的学校、敬老院、企业等从事劳动或公益服务，无法充分调动多元社会资源为犯罪嫌疑人量身定做考察方案，使其在提供服务的同时获得一技傍身；其二，监督考察实质性不足。由于缺乏规范层面的实施细则，参与监督单位的权责不明，进而抑制了监督考察主体行为的主动性，从而影响监管实效。同时，检察官在附条件不起诉过程中既要完成阅卷、讯问犯罪嫌疑人、听取被害人、公安机关意见等常规审查起诉工作，还要组织、协调外部资源参与监督考察工作，往往没有过多精力投入监督考察工作，且考虑到已有相关组织参与对犯罪嫌疑人的监管，也容易心生懈怠；其三，检察官与参与监督考察的社会主体间信息共享不足。在监督考察过程中，各方基本处于一种"单线联络"状态，缺乏一个供承办检察官、犯罪嫌疑人、监护人、被害人、监督考察单位各方沟通互动的平台，导致对监督考察对象近况的把握不及时、不充分，既影响了制度矫正、教育、恢复功能的实现，也不利于检察官对犯罪嫌疑人的情况作出准确判断，从而影响监督考察结果的科学性。

五、附条件不起诉制度功能回归的基本方案

当前立法对附条件不起诉适用范围的限制及其引发的与酌定不起诉间关系含混状态导致制度未被充分激活，这是制度层面最核心的问题。一旦制度适用范围得到拓展，附条件不起诉将具备更广阔的适用空间，那么参与监督考察的人、财、物资源势必增加，监督考察程序上的问题也有望得到改善或解决。因此，制度功能回归方案的重点即在于制度适用范围的扩大以及附条件不起诉与酌定不起诉关系的厘清，从而令两种裁量不起诉制度协调运行，形成制度合力。

（一）取消对象与罪名限制

适用对象上，附条件不起诉不应成为一种仅适用于未成年人刑事案件诉讼程序这一特别程序中的制度。从制度初衷上看，附条件不起诉制度是为了弥补酌定不起诉的某些不足而生，[1]这与域外一些国家设置专门针对未成年人、吸毒人员的转处程序以对特定人员实施专门矫治的制度目标不可混作一谈。从功能上看，附条件不起诉制度通过附加一定的条件，促使犯罪嫌疑人悔过与矫正，修复受损社会关系，同时避免涉嫌轻罪者被交付审判，实现审前程序分流。这些功能并不会因为制度适用于成年人而有丝毫减损。近年来，我国一些地区的检察机关开始尝试对涉嫌轻罪的成年犯罪嫌疑人开展有针对性的公益服务（如对涉嫌危险驾驶罪者开展交通文明劝导，对涉嫌破坏环境类犯罪者开展植树种草活动等），并根据诉前考察结果决定是否适用酌定不起诉，取得了良好的司法效果与社会效果。[2]可见，成年犯罪嫌疑人同样具备矫正可能性与必要性。附条件不起诉制度适用于成年人，由于具备更充分的监督考察时间，考察与矫正的效果势必优于在审查起诉期限内完成的诉前考察。当前一些地区检察机关对醉驾行为人适用"附条件不起诉"的探索实践表明，打破附条件不起诉制度适用对象上的限制，使其成为一种在常规程序中适用的不起诉制度，已成为司法实践的迫切期待。

---

[1] 参见顾永忠：《刑事案件繁简分流的新视角——论附条件不起诉和被告人认罪案件的立法建构》，载《中外法学》2007 年第 6 期。

[2] 参见尹琳、陈沁：《轻罪治理背景下不起诉裁量权的优化——基于 F 市诉前考察机制探索实践》，载《人民检察》2024 年第 6 期。

为附条件不起诉制度设置罪名限制欠缺理论基础上的正当性与制度逻辑上的合理性，亦欠缺必要性。我国刑法分则章节是以犯罪客体为划分依据，罪名与罪刑轻罪不存在实质关联。行为可罚性的评价应体现于刑罚而非罪名之上。[1]将附条件不起诉的适用限于刑法分则某些章节，隐隐透露以罪名区分犯罪之社会危害性的意味，有悖罪刑相适应原则，亦导致实践中一些需要通过附条件不起诉实现出罪或矫正目标的案件因所涉罪名章节原因而无法适用该制度，如刑法分则第二章"危害公共安全罪"中的危险驾驶罪、交通肇事罪，刑法分则第三章"破坏社会主义市场经济秩序罪"中的虚开增值税专用发票罪、信用卡诈骗罪等。罪名上的限制还造成附条件不起诉与酌定不起诉适用罪名范围的不一致。当前立法并未限制适用酌定不起诉的罪名范围，附条件不起诉对被不起诉人施加的负担更重，却反倒要设置罪名上的限制，显然不合比例。笔者认为，立法没有必要为附条件不起诉设置罪名上的限制，对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件等公众难以接受不起诉的案件，检察机关通常也不会考虑适用裁量不起诉制度。这种处理可以通过一种显性刑事政策或隐形司法习惯予以实现，立法不宜也不必"无远弗届"。

（二）将刑罚要件明确规定为 3 年有期徒刑以下宣告刑

为了令两种裁量不起诉制度形成合力，赋予检察机关"如何不起诉"的裁量权，就必须对二者设置统一的刑罚要件。鉴于将酌定不起诉的刑罚要件控制在 3 年有期徒刑以下宣告刑的做法已在我国的公诉实践中长期延续，笔者支持以此作为附条件不起诉与酌定不起诉共同的刑罚要件。刑事诉讼法学界多数学者也提倡以 3 年有期徒刑宣告刑作为轻罪与重罪的划分标准，并明确将其作为酌定不起诉的适用条件，从而实现与法院缓刑标准的衔接。[2]笔者也注意到，亦有学者对此表达忧虑，认为可能判处 3 年有期徒刑以下刑罚的犯罪比例过高，可能会使得一些犯有犯严重罪行的人员逃避惩戒，裁量不起诉的适用范围也应与缓刑拉开一定空间。[3]鉴于这一对立观点具有一定代表性，笔者有必要予以回应。

诚然，基于上文对酌定不起诉适用率与法院判决情况的统计，实践中我国检察机关受理可能判处 3 年有期徒刑以下宣告刑的案件超过案件总数的 90%。[4]然而，不起诉率的情况也表明，检察机关依然起诉了绝大多数可能判处 3 年有期徒刑以下刑罚的案件。实践中，鉴于检察机关内部对不起诉的审批程序较为严格且繁琐，加之不起诉容易受到外部监督与担心被害人申诉等因素的影响，检察官对不起诉决定的作出持有审慎态度。可以预见，即使立法将绝大多数案件置于检察官的起诉裁量权之下，也不会造成不起诉率激增的情况。申言之，现有的内部控制与外部制约机制已足以实现对公诉裁量权的监督把关，立法无需对检察官起诉裁量权的行使抱有戒心。至于裁量不起诉应与缓刑拉开空间的观点，无疑符合法解释学立场，但二者存在判断主体与判断对象的差异。在立法赋予二者相同适用条件的情况下，检察机关对不需要判处刑罚的犯罪嫌疑人即可通过酌定不起诉或附条件不起诉实现程序出罪，对那些符合裁量不起诉适用条件但有必要交付审判的犯罪嫌疑人提起公诉，并建议法院对被告人判处缓刑。这种诉与不诉与量刑建议的裁量本就属于公诉裁量权的基本范畴。[5]

在法定刑与宣告刑问题上，有学者认为应当以法定刑为区分轻罪与重罪的标准。[6]笔者认为，轻罪可分为"立法上的轻罪"与"司法上的轻罪"。立法上的轻罪通过法定刑进行评价，司法上的轻罪则以宣告刑为标准，重视行为可罚性的主客观统一。宣告刑是对个案进行分析后所作的判断，相比法定

---

[1] 参见刘艳红：《刑法因果关系理论的横断切面与危险的现实说之确立》，载《政治与法律》2024 年第 8 期。

[2] 参见陈卫东主编：《2018 刑事诉讼法修改条文理解与适用》，中国法制出版社 2019 年版，第 228-229 页；熊秋红主编：《刑事诉讼法学的新发展》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 206 页；宋英辉：《酌定不起诉适用中面临的问题与对策——基于未成年人案件的实证研究》，载《现代法学》2007 年第 1 期。

[3] 参见刘宪权、何俊：《附条件不起诉的体系性适用》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 3 期。

[4] 该数据基于 2014-2023 年间检察机关适用酌定不起诉、附条件不起诉的犯罪嫌疑人人数、法院判处 3 年有期徒刑以下刑罚的被告人人数与同期检察机关受理移送审查起诉、法院受理移送审判的犯罪嫌疑人、被告人人数总和之对比。该数据未统计检察机关作出法定不起诉、证据不足不起诉、撤回起诉决定的犯罪嫌疑人人数与法院作出无罪判决的被告人人数。

[5] 参见李辞：《公诉裁量的理论内涵与制度形态》，载《海峡法学》2023 年第 2 期。

[6] 参见孙道萃：《微罪体系的构建：从依附到独立》，载《政法论坛》2023 年第 6 期。

刑更能体现行为危害性与预防必要性特征。作为一项彰显裁量价值的制度，附条件不起诉制度应当充分调动司法的裁量元素。相比较为机械、固定的法定刑，宣告刑本身就自带“自由裁量”成分。同时，以宣告刑为标准，可以避免一些法定刑在 3 年有期徒刑以上但属于从犯、胁从犯或具有其他从轻、减轻处罚情节且没有起诉必要的犯罪嫌疑人被排除在适用范围之外。

（三）厘清附条件不起诉与酌定不起诉的适用逻辑

通过对附条件不起诉适用对象、罪名范围、刑罚要件的扩张，附条件不起诉与酌定不起诉将具备统一的适用条件。既然两种裁量不起诉可以选择适用，自然有必要厘清二者间的适用逻辑。根据审查起诉的基本逻辑，进入裁量不起诉制度适用场域的案件必须经过两个层次的起诉审查。第一层次为起诉合法性审查。检察官应根据案件事实对犯罪构成要件、证明标准以及是否具备法定不予追诉条件等问题进行审查，以确认犯罪嫌疑人是否符合起诉的法定条件。第二层次为起诉必要性审查。起诉必要性指将犯罪嫌疑人诉至法院进而接受法院审判乃至被定罪处刑的必要性。若检察机关认为适用裁量不起诉制度难以实现制度目标，而交付审判乃至定罪有助于实现制度矫正、修复与教育功能，那么提起公诉就是适宜的选择。

对于经合法性审查符合起诉条件并经起诉必要性审查认为不必起诉的案件，检察机关始有适用裁量不起诉之权力，此亦可视作第三层次之起诉审查。在考虑适用何种裁量不起诉制度问题上，有学者指出，相比酌定不起诉，附条件不起诉的适用对象犯罪情节更严重，可谴责性更高。[1]根据这一逻辑，检察官对于犯罪情节轻微者，应当优先适用酌定不起诉，反之则适用附条件不起诉。另有论者提出，应当基于特殊预防之必要考量是否需要对不起诉附加条件。[2]笔者认为，这两种具有一定代表性的观点实际上都支持了酌定不起诉制度适用上的优位性。相比附条件不起诉，酌定不起诉具有两方面显著优势：一是酌定不起诉决定作出即生效，对社会关系的恢复更直接、更迅速；二是酌定不起诉程序不存在较长的监督考察期限，对司法资源与其他社会资源的消耗更小，对犯罪嫌疑人造成的负担也较小。因此，笔者亦支持酌定不起诉相较附条件不起诉的优先适用性。基于功能视角，实践中附条件不起诉制度将主要适用于三类案件：其一，具有较高矫正必要性，适用酌定不起诉不足以实现特殊预防目标的；其二，需要通过监督考察程序恢复受损社会关系抑或是被害人与社会大众期待通过社会服务、人身拘束等措施对犯罪嫌疑人实施一定惩罚的；其三，案件社会关注度高，具有较强示范效应，适用附条件不起诉有助于获得多方参与以及社会关注，从而实现警示、教育社会大众之一般预防功能的。

（四）完善监督考察机制

基于功能视角，监督考察机制的完善应从两方面着手。一方面，根据矫正、修复与教育三元功能设置相应附加条件。具言之，设置行为控制与思想改造条件以实现矫正功能，行为控制可通过人身拘束措施（包括禁止进入特定场所、接触特定人员、从事特定活动）以消除诱发犯罪的外部因素，亦可通过提供公益服务、参与技能培训等积极行为使其获取相应技能，增强其复归社会的能力；思想改造措施可通过观看警示教育片、参加法规培训课程、接受心理治疗等方式予以实现。修复功能主要体现在对被害人的物质补偿与心理疏导方面。针对侵犯财产类犯罪，主要通过物质赔偿条件实现修复目标；针对侵犯人身权利的犯罪，还应关注到物质补偿之外的被害人心理恢复，特别是对成年犯罪嫌疑人往往需要施加一定的惩罚性条件以满足被害人的报应心理。[3]在无被害人案件中，修复性条件旨在实现对为犯罪行为所损害社会公共利益的恢复，譬如对危险驾驶罪等抽象危险犯的风险消除。教育功能的实现包括附加多主体参与条件从而扩大制度影响力，亦包括强调惩罚性条件的设置彰显“有责则有罚”价值观，从而对社会大众产生警诫与教育作用。

另一方面，构建一种检察主导，多方参与，以协商、对话、合作方式开展的监督考察程序。作为附条件不起诉的监督考察机关，检察机关理应主导监督考察工作的开展。[4]同时，检察机关又无力也不宜以一己之力完成监督考察工作，而应主动寻求外力支持，与团委、关工委、教育、交通、民

---

[1] 参见邵俊：《轻罪时代附条件不起诉的立法建议》，载《法学杂志》2024 年第 2 期。
[2] 参见史立梅：《论醉驾案件的程序出罪》，载《中国法学》2022 年第 4 期。
[3] 参见樊崇义、徐歌旋：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《内蒙古社会科学》2024 年第 1 期。
[4] 参见蒋娜、张印：《轻罪时代裁量不起诉的功能困境与体系重塑》，载《北方法学》2024 年第 3 期。

政等部门以及青年企业家协会等组织合作，构建一种多方参与的监督考察程序。这种包含行政机关、社会组织、企业等多元主体参与的监督考察程序既能解决检察机关人力不足的问题，又能借助专业机构与社工、心理咨询师等人员力量制定兼具专业性与针对性的矫治内容，设计相应公益活动治愈犯罪嫌疑人的心理问题，提升附加条件的有效性。同时，在监督考察过程中，应当特别重视被害人的参与，既要让被害人参与对附加条件与考察期限的确定，还要允许乃至促成被害人参与监督考察工作，以从实质上实现制度的修复功能。

六、结语

根据本文的思路，附条件不起诉的适用范围将获得较大幅度的扩张，并脱离特别程序，成为一项常规的裁量不起诉制度。需要澄清的是，笔者提出将制度适用范围扩展至成年人的构想，并非旨在否定附条件不起诉在未成年人犯罪案件中的重要作用。作为一项长期适用于未成年人司法领域的制度，附条件不起诉将继续在治理未成年人犯罪问题上发挥功能。本文提出扩大制度适用罪名与刑罚要件的修法方案，亦将使检察机关在更大范围的未成年人案件中适用附条件不起诉制度，全面提升制度效能。在笔者的修法思路下，检察官将新增对轻罪案件“如何不起诉”的权力，从而使得我国检察机关的公诉裁量体系下形成酌定不起诉与附条件不起诉的二元不起诉机制。经过两种裁量不起诉制度关系的厘清，二者得以相辅相成，并行不悖。在此基础上，我国检察官在对公诉案件的诉与不诉问题上将呈现四个层次的审查逻辑：绝对不起诉（法定不起诉与证据不足不起诉）——酌定不起诉——附条件不起诉——起诉。

轻罪治理时代检察机关裁量权的规范化研究

江苏省镇江市人民检察院课题组*

摘 要：在轻罪治理时代的背景下，检察机关在刑事诉讼中的自由裁量权扩大，然而刑事自由裁量权在行使的过程中仍存在一系列问题。面对检察机关裁量权扩张而出现的问题，需积极构建检察裁量权的监督制约机制，保证裁量权合理运行，尽最大可能发挥作用，以期应对轻罪增多背景下的治理需要。

关键词：轻罪治理　检察机关裁量权 裁量权扩张　规制

一、检察机关裁量权的内涵

伴随我国轻罪时代的到来，如何更好进行轻罪治理，回应民众日益勃兴的权利意识和对权利保护提出的更高要求，已经成为法治现代化进程中亟需解答的时代命题。检察机关裁量权的行使不仅可以通过诉源治理将轻罪在审前加以分流，对有限的司法资源进行更为合理的配置；还可以适配“宽严相济”的刑事政策，在做到公平正义、罚当其罪的同时，兼顾案件处理的社会效益及犯罪人的权利保护。因此，检察机关裁量权在当今法治格局中发挥着独特而重要的作用，对其进一步探讨具备丰富的理论及实践意义。

（一）检察机关裁量权概念厘定

检察机关裁量权，是指检察机关在履行自身职能时，基于案件具体情形而自行选择是否及如何实施某种行为的法定权利。而在国际视阈下，英国学者戴维·沃里克认为，检察机关的自由裁量权指的是检察机关根据案件情况从而针对性地作出决定的权利，同时该决定在当时的具体情形下符合公平正义的基本要求，具备相应的合理性和正当性；美国学者梅利曼认为，检察机关的自由裁量权是指法律执行者“可以基于案情判断相应的法律效果，不僵化教条地执行法律，而只以公平正义作为唯一追求，并且能够通过对法律做出某种解释来回应不断发展变化的社会实际”的权利；而在德国，学者们基本达成如下共识，即检察机关的自由裁量权是权利主体在法律“授权”的衡量空间中“用法”的权利。[1]

在权利属性的分类上，该权利并非本权，而是一种派生权，系以某项基础性权利的存在为前提。例如，刑事公诉权之于起诉裁量权，前者若不存在，后者则将无从谈起。基于该特性，检察裁量权在检察机关实施自由裁量诉讼行为时有着相应的子权利作为其表现形式。检察机关作为国家法律的监督机关，对法律的施行负有监督职责，通过一系列子权利的行使来保证刑事诉讼始终沿着法治轨道开展的过程，也是公检法职能履行有机衔接的过程。如通过立案侦查裁量、批准逮捕裁量监督辅助公安机关的刑事侦查工作，通过审查起诉裁量、抗诉裁量监督为人民法院的审判工作助力。[2]
当今社会，衡量司法成效时应综合考量诉讼公正和诉讼效益两大因素，而检察机关裁量权的行使既是追求实体及程序正义的重要途径，也是诉讼效益得以彰显的手段之一。如行使立案侦查裁量权敦促侦查机关尽快判断处理冲突事件，从而使异化的社会关系早日回归正常态；行使批准逮捕裁量权要求侦查机关重视对证据进行收集整理，深入倡行重实证的工作作风，有序促成证据不足案件的高效结案。

（二）检察机关裁量权系列子权利

1.立案侦查裁量权

立案侦查是指公安机关、人民检察院对受理的案件卷宗材料进行审查后，基于对案件犯罪事实的初步认定而决定是否立案的诉讼活动。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑诉法》）第一百一十二条规定，检察机关对案件所属材料负有审查义务，并可根据审查结果决定是否进行刑事立案。这其中需检察机关及其工作人员结合案情实际，充分调动其专业知识、提高判断能力，秉

---

* 课题组负责人张东生，男，硕士学历，江苏省镇江市人民检察院党组成员、副检察长，电话 13806108958，邮箱 zhnagjibao2009@163.com，课题组成员石继耀、张健、游若望、纪飞、侯滨、李晴，其中石继耀、张健、游若望负责课题文中期报告、结项报告的撰写、修改、完善，纪飞、侯滨、李晴负责课题研究资料的查找和整理、汇总、提供检察相关数据、课题立结项资料报送等。本文系中国刑事诉讼法学研究会 2024 年刑事诉讼法治完善项目“轻罪治理时代检察机关裁量权的规范化研究”课题初步成果。

1 参见王守安：《检察裁量权论》，中国政法大学 2008 年博士学位论文，第 1 页。

2 参见方仲炳：《论检察官的刑事裁量权》，载《国家检察官学院学报》，2001 年第 1 期，第 75 页。

持诉讼经济原则在源头处高效治理各类案件，增进权利保护的意识和能力。

2.批准逮捕裁量权

逮捕作为一种强制措施，是为保障诉讼的顺利进行，依法剥夺犯罪嫌疑人和被告人一定期限的人身自由，并将其羁押收容于特定场所的方法和手段。根据《刑诉法》第九十条规定，人民检察院在批准逮捕权行使的过程中享有一定的自由裁量空间，该空间不仅有赖于犯罪事实（如所犯罪行轻重、犯罪后表现、犯罪人个人情况等）及法律的有关规定，还受到检察机关及其工作人员的能动判断的影响。

人身自由在民众权利的行使机制中居于基础性地位，法律赋予的足量人身自由是其他人身财产权利得以行使的前提和保障。根据现代犯罪理论观点，犯罪尽管在浅层表现为受害人同加害人之间直接的私权冲突，但深层反映的是个体对公共利益的侵害。故关于逮捕的裁量亦是民众权利之所系，逮捕的批准一定要慎之又慎，既要避免社会危险不能得到有效控制，也要避免公权力对私权运行空间的过度和非法倾轧。

3.审查起诉裁量权

起诉是指法律规定的国家专门机关（公诉）及公民个人（自诉）就被告的犯罪行为向国家审判机关即人民法院提起控告，要求法院对相关犯罪事实进行确认并定罪科刑或施加处罚的特定司法活动。在刑事司法领域，公诉的提起是犯罪行为得到审判的主要前置程序，而公民自诉仅适用于部分特定情形，在起诉机制中仅居于从属地位。在起诉模式上，为缓解起诉法定主义可能存在的僵滞，我国补充以起诉便宜主义，故而检察机关在对移送经审的案件尽职审查后认为满足起诉裁量权行使条件时，既可以提起公诉，也可以不提起公诉、附条件不起诉、降格起诉或选择部分起诉等。可见，审查起诉裁量权不仅包括裁量起诉与否，也包括裁量起诉内容。这一过程要求检察机关将犯罪事实同法律规定进行有机结合，把握法律的实质和精神，以扎实的法律功底和实事求是的工作作风来促成法治目标的更好实现。

根据“恢复性司法”理论，犯罪所造成的最严重的后果之一，是犯罪在人群中和社区内造成了分裂。[1]起诉便宜主义具备将轻微违法犯罪行为排除出刑罚处罚之列的作用，避免因大量适用短期自由刑所带来的交叉感染，保障不被起诉的人的生产生活秩序不受不应有的破坏和扰乱，为其改恶从善、悔过自新创造条件，维护社会长治久安。通过对案件进行起诉裁量，诉源治理得到更进一步的优化，其中诸项不起诉制度的适用也使得刑罚过量的附随后果对犯罪人再社会的不利影响有所降低。伴随国家现代化进程的不断推进，从“治罪”转向“治理”的法治目标业已成为检察机关权利行使时需要着重考虑的事项之一，而这其中需要更为灵活自由的裁量和更为审慎通盘的考量。

4.量刑建议裁量权

量刑建议权，是指检察机关在审查起诉时根据案情做出的有关刑种及量刑幅度的建议的法定权利。因我国刑法规定的多为相对不确定的刑罚，具体包括可被选择的多个刑种及刑期或财产刑的幅度，故而为避免法官行使自由裁量权过程中出现畸轻或畸重的判决结果，检察机关可以在审判环节尚未开始时提出适当的量刑建议，促使法官审慎审判并提高量刑透明度和公知度，压缩权利寻租的空间，打击司法腐败现象。[2]

5.抗诉裁量权

抗诉权是指检察机关认为审判机关的判决、裁定确有错误，要求有管辖权的人民法院对系争案件重新审判的权利，包括二审抗诉权和再审抗诉权。检察机关裁量抗诉具备极为独特的作用，其不仅是对司法审判做出监督的重要途径，而且该监督不同于其他类型监督。人民检察院对人民法院的监督通常是在具体案件的办理和审判过程中达成的，属于同级国家机关间的监督且具备较强的专业性。相较于人民代表大会的监督而言，其业务活动更具备经常性和便捷性；相较于人民群众监督、社会舆论监督而言，其有助于防止审判的权威被不适当地损害以及舆情过度裹挟审判裁定。综上所述，检察机关针对抗诉活动的裁量是对司法程序正义及实体正义捍卫的重要手段和途径，是需要加以重视和保障的重要诉讼过程。

---

1 参见王平：《恢复性司法在中国的发展》，载《北京联合大学学报(人文社会科学版)》，2016 年第 4 期，第 71 页。
2 参见王顺安、徐明明：《检察机关量刑建议权及其操作》，载《法学杂志》，2003 年第 6 期，第 25 页。

6.执行监督裁量权

现代法律意义上的执行，是指针对具备既判力的判决、裁定中所载的法律关系，由执行机关通过法定程序和步骤加以确立和维护的过程。根据其内容的不同，判决、裁定的执行机关也不尽相同。根据《刑诉法》第二百七十六条规定，人民检察院系执行活动的监督机关。既判法律文书的执行质量关乎司法实效、关乎社会公正、关乎司法公信力。因此，对既判刑罚、暂予监外执行、保外就医、减刑、缓刑、假释等活动的执行，检察机关必须尽职监督核查，努力实现刑罚执行经济效益和社会效益的统一协调，追求一般预防和特殊预防的双重实现。

当前，我国刑事犯罪总量和犯罪结构发生深刻变化，总体呈现出“双降”和“双升”态势，即重罪重刑案件逐年下降，轻罪案件逐年增多。[1]我国刑事立法也开始向轻刑化转变，新增的罪名大多刑期在三年有期徒刑以下，呈现出“严而不厉”的趋势。犯罪态势和犯罪结构的重大变化，表明了我国犯罪治理效果明显，同时也表明了我国犯罪治理重点从重罪逐渐转向轻罪，标志着我国进入轻罪时代。[2]轻罪治理俨然成为新时代中国犯罪治理的时代课题，也是司法机关和社会各界需要协同应对的重要挑战。发挥好检察机关裁量权是推动轻罪治理法治化，推进构建“治罪”与“治理”职能并重的轻罪治理体系的一个重要路径。

二、轻罪时代下我国检察机关裁量权考察分析

(一)轻罪时代的含义

1.轻罪的含义

我国刑法并没有区分重罪与轻罪，学界对此争议也较多，主要集中在轻罪的标准是三年以下有期徒刑还是五年以下有期徒刑，是以宣告刑还是法定刑作为判断标准。[3]本文认为，轻罪是指被判处三年有期徒刑以下刑罚和免予刑事处罚的罪行。主要依据：一是三年有期徒刑以下刑罚是近年来我国检察机关统计全国轻罪案件数据的一个重要标准；二是三年以下有期徒刑在刑法中也存在着轻罪的立法意蕴，如刑法第 7 条规定一般犯罪主体在域外犯法定最高刑为三年以下有期徒刑案件的可以不予追究，刑法第 72 条规定三年以下有期徒刑可以适用缓刑等；三是判处免予刑事处罚仍然属于犯罪，应当纳入轻罪的范畴；四是宣告刑是在法定刑基础上，结合具体案情对犯罪行为做出的评价，用宣告刑作为判断标准能更好反映司法实践。

2.我国进入轻罪时代的体现

从我国刑事立法来看，近年来，我国刑事立法为强化社会治理效能，将一些原本由行政法和其他部门法规制的行为纳入了刑法调整的范围，这些罪名的法定刑大多在三年有期徒刑以下，总体上呈现“严而不厉”趋势。[4]如《刑法修正案八》增加的危险驾驶罪法定刑是拘役并处罚金；《刑法修正案九》增加的帮助信息网络犯罪活动罪法定刑是三年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处罚金；《刑法修正案十一》增加的高空抛物罪法定刑是一年以下有期徒刑、拘役或者管制。在“积极刑法观”的影响下，我国刑事立法范围逐渐扩张，刑法轻罪化的趋势也越来越明显。

从我国司法实践来看，近几年我国刑事案件数量逐年增加，根据《刑事检察工作白皮书（2023）》的数据，全国检察机关起诉犯罪人数从 1999 年的 82.4 万人增加到 2023 年的 251.1 万人。在刑事案件数量激增的情况下，严重暴力犯罪的数量却在逐渐减少，从 1999 年的 16.2 万人下降到 2023 年的 6.1 万人，占比也从 25.1%降至 3.6%。与之相对的，被判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件则与日俱增，占比从 1999 年的 54.4%增加到 2023 年的 82.3%，在 2023 年受理审查起诉的案件占比较高的几个分别是危险驾驶罪占 22%，盗窃罪占 10%，帮助信息网络犯罪活动罪占 8%。从我国检察机关的办案数据统计中可以得出我国刑事犯罪已经产生结构性变化。

从我国刑事政策来看，为应对我国新的犯罪态势，2021 年，中央将“少捕慎诉慎押”刑事政策列入本年度工作要点，“少捕慎诉慎押”从一个理论上升成为一项官方的具体刑事政策，不仅是我国为应

1 参见卢建平：《我国犯罪治理的大数据与大趋势》，载《人民检察》2016 年第 9 期，第 35 页。
2 参见卞建林：《轻罪治理的程序响应》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 35 页。
3 参见张明楷：《轻罪立法的推进与附随后果的变更》，载《比较法研究》2023 年第 4 期，第 2 页。
4 参见李荣斌：《轻罪治理双重机制研究——以 S 市 P 区的检察实践为为样本》，载《政法论坛》2024 年第 3 期，第 138 页。

对轻罪案件激增的现实状况做出的积极调整，也表明来我国刑事司法加强对人权的保护，为我国刑事司法的发展指明了新道路。[1]具体来说，“少捕慎诉慎押”是在坚持宽严相济刑事政策基础上，要求检察机关在办理大部分轻罪案件时，对犯罪嫌疑人慎重逮捕、起诉、羁押，在保障诉讼顺利开展的基础上，采取监视居住、取保候审等非羁押性的强制措施，并在办案过程中及时变更非必要的强制措施，减少不必要的羁押，充分激发不起诉发挥程序出罪职能，以保障犯罪嫌疑人全过程的诉讼权利。与之相对的，对于严重暴力犯罪行为进行从严打击，对犯重罪犯罪嫌疑人依法采取羁押性强制措施，从严处罚。“少捕慎诉慎押”刑事政策是对我国犯罪结构变化的应对，其作为符合犯罪治理规律的一项刑事司法政策，具有其内在的逻辑合理性。

综上，我国刑事立法积极化转向，犯罪结构的深刻变化及刑事司法政策的转变，表明来我国进入轻罪时代。

（二）轻罪治理背景下我国检察机关自由裁量权的考察

1.我国检察机关行使裁量权的实证考察

为了考察轻罪治理背景下检察机关自由裁量权行使的现状，有必要对相关数据进行实证分析。最高人民检察院秉持着司法公开、透明原则，会定期公布全国检察机关主要办案数据，本文选择以2024年1月至6月全国检察机关主要办案数据和近十年来最高人民检察院工作报告作为实证考察的数据来源。通过对数据整理分析，得出以下结论：

（1）检察机关办案主体地位凸显

随着现代刑事司法制度的发展，检察机关的主导地位日益凸显，其自由裁量权的行使也更加值得被关注。作为代表国家行使检察权的法定机关，检查机关理应切实履行审查逮捕、审查起诉、诉讼监督等基本职能。在刑事案件中，通常由其决定案件的起诉逮捕，以及就认罪认罚案件向法院提出量刑建议。

据统计，2024年上半年，全国共批准和决定逮捕各类犯罪嫌疑人36.7万人；不捕19.1万人，不捕率为34.2%。共决定起诉76.1万人，不起诉18.6万人，不诉率为19.7%。[2]分析上述数据可以得出刑事案件的实际决定权在于检察机关，由检察机关来决定是否逮捕、是否起诉。

在认罪认罚从宽制度的适用方面，通过分析办理的全部审查起诉案件，其中适用认罪认罚从宽制度审结人数占同期审结人数的85%以上；检察机关提出的确定型量刑建议占量刑建议提出数的90%以上；法院采纳数占同期提出量刑建议数的90%以上。[3]认罪认罚从宽制度的优点是有利于高效办案，能够将有限的司法资源用于重大、疑难的不认罪案件上。以上数据充分表明在当前认罪认罚从宽制度改革背景下，检察机关在刑事诉讼过程中发挥着主导作用，并且检察机关提出的确定型量刑建议具有“刚性效力”，为推动合理行使不起诉裁量权提供了制度空间。[4]

2024年上半年以来，检察机关推动构建以证据为中心的刑事指控体系，坚持证据裁判原则，强化引导侦查；对审查逮捕案件提出引导侦查意见占比80%以上，提前介入6.2万件，开展自行补充侦查4.5万件；进一步推动侦查监督与协作配合机制实质化运行，开展立案监督工作7.1万件，监督后公安机关已立案（撤案）6.4万件，纠正漏捕6300余人、纠正漏诉3.2万人，对侦查活动违法提出纠正意见19.2万件次；加大对刑罚执行和监管活动的监督力度，针对严重违法问题提出监督意见11.7万件，同比上升24.4%。[5]在刑事案件的侦查、起诉、审判阶段，公安机关、检察院、法院三者各司其职、分工配合，但通过上述实证数据可以看出，检察机关相对居于主导地位，其自由裁量权的行使在整个刑事诉讼过程中发挥着相当重要的作用。检察院的审查起诉阶段逐渐成为刑事诉讼的核心阶段，在公安机关和法院之间架起了一座桥梁，是侦查工作与审判工作的粘合剂。同时，检察机关办案地位的提升顺应了司法责任制改革的需要，是对检察机关权责体系的进一步完善，使得

1 参见李天琪：《“少捕慎诉慎押”内涵几何？》，载《民主与法制》2022年第29期，第17页。

2 参见《2024年1月至6月全国检察机关主要办案数据》，载《检察日报》2024年8月7日，第2版。

3 参见《2024年1月至6月全国检察机关主要办案数据》，载《检察日报》2024年8月7日，第2版。

4 参见郭沙沙、郝世坤：《认罪认罚背景下检察机关适当扩大酌定不起诉之再考查》，载《南华大学学报（社会科学版）》2021年第5期，第85页。

5 参见常璐倩：《强化“三个善于”引领，检察履职有哪些新变化——最高检案管办负责人解读上半年全国检察机关主要办案数据》，载《检察日报》2024年8月7日，第1版。

检察机关既有决定诉讼非终局性事项的权力，也拥有了部分案件终局性事项的决定权。[1]

（2）检察机关自由裁量权进入新阶段——以裁量不起诉为例

裁量不起诉可以分为酌定不起诉与附条件不起诉两方面，本部分采用整体系统考察的方法，对不起诉、酌定不起诉和附条件不起诉进行实证分析，有利于全面把握裁量不起诉的实际运行态势。[2]鉴于 2021—2024 年上半年酌定不起诉人数的数据缺失，而未成年人检察工作的相关情况在 2019 年最高人民检察院工作报告中才进行公布，因此本文选取 2018—2020 年的酌定不起诉和附条件不起诉数据作为参考对象进行定量分析，同时考察 2018—2024 年上半年不起诉制度在我国司法实践中的具体适用。

表 1　2018-2024 年上半年我国不起诉的变化

年份	起诉人数	不起诉人数	不起诉率	酌定不起诉人数	未成年人附条件不起诉人数	裁量不起诉率
2018	1413724	140650	9.0%	102572	6959	77.9%
2019	1818808	190258	9.5%	144154		78.2%
2020	1572971	249312	13.7%	208312	11479	88.2%
2021	1749000	348000	16.6%		20000	
2022	1439000	513000	26.3%		26000	
2023	1688000	578000	25.5%		31000	
2024 上半年	761000	186000	19.7%			

从表 1 可知，自 2018 年起裁量不起诉的适用率逐年上升，直至 2020 年已达到了 88.2％。此外，放眼不起诉全局，2018—2022 年我国的不起诉率亦呈现增长态势，这与 2018 年《刑事诉讼法》确立的认罪认罚从宽制度密切相关。但此后不起诉的适用率有所下降，这表明当前不起诉制度可能存在着新的变化。通过表 1 可以看出，未成年人附条件不起诉案件的数量在不断增加，且其占全部案件的比例也呈现同比上升趋势：以 2020—2023 年为例，2020 年未成年人附条件不起诉人数为 11479 人，全部刑事案件人数为 1572971+249312=1822283 人，因此未成年人附条件不起诉案件占比约为 0.6%。以此类推，2021 年为 1.0%，2022 年达到 1.3%，到 2023 年为 1.4%。由此可以看出，虽然不起诉率在近两年有所下降，但附条件不起诉占比同比上升。此外，提升酌定不起诉率是构建认罪认罚案件中起诉必要性审查机制的重要环节，有助于在审判前消化大量案件，节省司法资源。然而尽管酌定不起诉率确实有所上升，但该制度的适用始终保持着谦抑性，因此对于酌定不起诉的扩张也存在新的考量。综上可得，裁量不起诉制度随着司法政策的优化正朝向新阶段迈进。

2.轻罪治理背景下检察院检察裁量权行使所发挥的作用

轻罪治理俨然成为新时代中国犯罪治理的时代课题，也是司法机关和社会各界需要协同应对的重要挑战。随着我国进入轻罪时代，刑事立法轻刑化导致犯罪数量激增，司法资源紧张情况明显；此外，犯罪的附随后果对犯罪嫌疑人的影响较大，定罪后将会给犯罪人打上“罪犯”的标签，不利于犯罪行为人在受刑罚后重新融入社会，还会对其家人未来升学、就业、参军等一系列活动造成深刻影响；在治理轻罪过程中，不能局限于强制性的刑事法律，要结合具体犯罪成因和危害程度，在此

1 参见徐光岩：《检察官刑事自由裁量权规制问题探析》，载《中国检察官》2024 年第 5 期，第 3 页。

2 参见蒋娜、张印：《轻罪时代裁量不起诉的功能困境与体系重塑》，载《北方法学》2024 年第 3 期，第 118 页。

基础上做到延伸的社会治理。[1]发挥好检察机关裁量权是推动轻罪治理法治化与构建“治罪”与“治理”职能并重的轻罪治理体系的重要路径。

一是检察机关在处理轻罪案件的过程中，对于程度不一、社会危害性不同的各类案件，需要发挥检察机关审前分流的功能。检察机关作为我国司法机关，发挥着法律监督和诉讼的职能，充分发挥检察机关在刑事诉讼审前分流的作用，推动轻微刑事犯罪恰当处理，实质化解矛盾纠纷，从源头减少起诉的数量，缓和社会矛盾，优化司法资源合理配置，提升司法效能。

二是对于犯罪附随后果带来的深刻影响，检察机关应充分发挥其自由裁量权，推动轻微犯罪行为人“再社会化”和“去犯罪化”。在结合犯罪人具体情况下，适用不起诉制度，并且尽可能采取较为轻缓的司法处置措施，减少“罪犯”标签带来的不利影响，促进轻罪行为人能更好回归社会，缓和社会矛盾，提升我国社会治理的综合效能。

三是发挥检察机关的检察裁量权，是当下社会治理从“治罪”走向“治理”的必由之路。如果对轻罪案件都采取起诉定罪的处理方式，不仅难以达到刑法惩罚犯罪、维护社会秩序的功能，还会引发刑罚适当性的难题。为了保障正义和效率、法律和道德的统一，提高社会治理的效能，检察机关需要发挥其检察裁量权，在轻罪治理上能动履职，构建“治罪”与“治理”并重的轻罪治理体系。[2]

三、检察机关自由裁量权的适用困境与问题

（一）裁量不起诉的适用困境

尽管裁量不起诉进入新的发展阶段，但其适用仍然存在困境与问题。据前文考察，虽然2018-2020年间裁量不起诉人数占全部刑事案件人数比例从7.1%上升到12.1%，但是若减去未成年人附条件不起诉案件数，可以发现酌定不起诉的司法适用率仍不容乐观，适用率较低。[3]此外未成年人的附条件不起诉的适用条件过于严苛，存在轻重失衡的情况。目前我国《刑事诉讼法》对附条件不起诉的主体适用范围仅限定于未成年犯罪嫌疑人，由于未成年人犯罪数量与整体刑事案件数量相比占比较小，即使附条件不起诉在未成年人不起诉案件的占比远超酌定不起诉，其整体适用率也仍然较低。其次由于适用程序的过于繁琐，存在部分检察机关不愿作出不起诉的决定。再者不起诉决定的作出会直接产生程序出罪的效果，必然涉及到被害人利益考量问题，面对来自被害人的压力，检察机关作出不起诉决定可能引发信访风险，因此作出不起诉的决定要慎之又慎。

（二）检察机关裁量权未能充分发挥审前分流功能

在我国刑事诉讼程序中，对于轻罪与重罪的治理方式仍不够成熟完善，当前我国刑事诉讼程序整体程序趋于严苛。轻罪相较于重罪，对社会的危害性更小，因此对于轻微犯罪的群体不应该适用繁琐的程序，而是应该采取速裁机制，以更好达到社会治理的目的。但是也不能一味图快或者图慢，应当综合实际情况予以处理，做到繁简分流。尽管轻罪时代裁量不起诉的前景广阔，刑事和解、认罪认罚从宽制度等改革一定程度上能够发挥激活裁量不起诉的功用，但受制于酌定不起诉的适用条件争议，加之程序出罪配套机制的制约，裁量不起诉仍存在不敢用、不愿用、不会用以及不当适用的功能性困境，亟待进一步优化。

近年来，在积极主义刑法观的影响下，立法机关通过颁布刑法修正案的方式增设了一批轻罪名，同时司法机关也加大了对犯罪人的惩处力度，但由于对刑法的机械适用、追求严厉打击犯罪，《刑法》第13条“但书条款”与第37条的内容并未发挥出实体出罪的功能。为贯彻“宽严相济”的刑事司法政策和“少捕慎诉慎押”的工作要求，推动轻微刑事案件从治罪向治理转变，检察机关应充分适用不起诉裁量权，利用好程序出罪以达到审前分流的目的。[4]

以破坏环境资源犯罪中案发率最高的非法捕捞水产品罪为例，非法捕捞水产品罪的法定刑为三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金，属于典型的轻罪。由于非法捕捞水产品罪是行政犯，大部分被告人对法律规定的“禁渔区”、“禁渔期”等不甚了解，导致在没有意识到自己的行为可能构成犯罪

---

1 参见邵俊：《轻罪时代附条件不起诉的立法建议》，载《法学杂志》2024年第2期，第63页。
2 参见盛大友等：《轻罪治理现代化的基本内涵与路径构建》，载《人民检察》2024年24期，第16页。
3 参见蒋娜、张印：《轻罪时代裁量不起诉的功能困境与体系重塑》，载《北方法学》2024年第3期，第119页。
4 参见卞建林、肖峰：《刑事诉讼中的审前程序分流——以轻罪治理为视角》，载《法学杂志》2024年第2期，第31页。

的情况下，被追究了严厉的刑事责任。[1]一方面，我国存在犯罪附随后果制度，一旦被告人被打上犯罪的烙印，即便适用了宽缓的诉讼程序和定罪量刑，也很难重新回归社会生活，造成“轻罪不轻”的实际情况。另一方面，在基层法院案多人少的社会背景下，检察机关在审查起诉阶段不严格区分轻罪和重罪，让大量的轻微刑事案件涌入基层法院，既不利于节约司法资源、提高诉讼效率，也不利于实现刑罚个别化和特殊预防，难以达到教育矫正的目的。

在司法实践中，检察机关主观上受“罪有应得”等传统刑法观念的影响，往往过度重视“入罪”，进而忽视“出罪”的重要性；客观上，根据《刑事诉讼法》的规定，对于符合起诉条件的案件，检察机关可以发挥自由裁量权决定不起诉的，只有酌定不起诉、附条件不起诉与核准不起诉三种类型。[2]但是核准不起诉在程序上要求公安部商请最高检核准，因此仅有酌定不起诉和附条件不起诉两种类型根本无法满足司法实践的实际需要。上述主、客观原因结合起来，共同造成我国检察机关裁量权未能充分发挥其审前分流的功能。

（三）自由裁量权行使缺乏统一、具体的适用标准

就我国目前检察机关自由裁量权的适用情况而言，存在的突出问题是缺乏统一、具体的裁量权适用标准。就起诉裁量权而言，我国采用以“起诉法定主义为本、起诉便宜主义为辅”的起诉制度。由于严格的起诉法定主义并不利于社会公平正义的实现，因此检察机关应根据合目的性原则，适用起诉裁量权将社会危害性较小的轻罪案件排除出刑事程序,这样既符合人民群众对公平正义的朴素期待，也在一定程度上减轻了基层司法机关的诉讼负担。但在实现这个目标的同时要面对各种问题。在司法实践中主要存在以下三个问题：首先，不同地区检察机关适用不起诉决定的案件类型不同；其次，同一类型案件，不同检察机关的不起诉的裁量标准不同；最后，即便是同一类型案件，同一检察机关不起诉的裁量标准也不同。

究其原因，目前检察机关作出不起诉决定主要依据《人民检察院办理不起诉案件质量标准（试行）》，该标准仅规定了不起诉裁量权适用的合法性问题，并没有体现出合理性的要求，无法有效对自由裁量标准混乱的现象起到规制作用。因此，面对同一案件，不同的检察官在现有的起诉裁量框架内很可能会作出不同的决定。检察机关的其他自由裁量权适用现状亦是如此。当前我国正在推动实现中国式轻罪治理体系和治理能力的现代化，在此背景下检察机关的各项自由裁量权也将随之扩张，亟需出台行之有效的裁量标准加以规范。

（四）自由裁量权过度扩张导致程序出罪被滥用的可能

随着现代刑事司法制度的发展和起诉裁量主义在我国轻罪治理领域适用空间的拓展，检察机关的自由裁量权不断扩大，主体责任不断加深。因此在行使起诉裁量权、强制措施裁量权以及量刑裁量权等自由裁量权的过程中难免会出现权力行使不规范以及廉政风险等问题，防范司法腐败工作便显得愈发重要。

检察机关自由裁量权的行使会受多种因素影响。首先检察机关的权力相对独立，因此必须对其进行规范和约束才能让其充分发挥作用。[3]不同于处在审判阶段的公诉案件，控辩审三方尚能形成稳定的权力制约结构，行使审判权的法院居中裁判，在一定程度上能够遏制检察院公诉权的滥用。但处于审查起诉阶段的公诉案件，则以检察机关为中心开展审查工作，检察官独立行使各项自由裁量权，基于起诉便宜主义而作出的不起诉决定是属于检察机关可最终决定的事项，审判机关就检察机关之制约与监督只可针对其处分之合法性进行，而在原则上不可干涉其处分决定的妥当与否。

其次，由于内外部监督制度的供给不足，裁量权的适用并未得到应有的制约监督。以检察机关的起诉裁量权为例探究审查起诉阶段的内部监督，目前我国《刑事诉讼法》针对检察机关作出的起诉裁量决定并没有规定过多的救济手段，主要有以下几种方式：一是检察院决定对公安机关移送起诉的案件不起诉的，公安机关不服可以向同级检察院申请复议，如果复议意见被驳回则可向上一级

---

1 参见张东武、吴海伦：《轻罪治理视角下非法捕捞水产品的治罪与治理》，载《中国检察官》2024 年第 13 期，第 39 页。

2 参见黄京平：《论酌定不起诉的程序性出罪机能——以程序规范和实体规范的关系为重点》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 2 期，第 67 页。

1 参见王志坚：《醉驾案件不起诉裁量机制的实证研究》，载《法学家》2024 年第 3 期，第 72 页。

检察院申请复核；二是被害人对检察院的不起诉决定不服的，可向上一级检察院申诉；三是被不起诉人对检察院的不起诉决定不服的，可以向同级检察院申诉。分析上述救济手段，不难发现对检察机关开展内部监督的机关依然是检察机关自身，并且为事后监督，这有违“任何人都不得做自己法官”的法治理念，也不利于对受害人和犯罪嫌疑人权利的救济。对检察机关行使裁量权进行外部监督的方式主要为人民监督员监督和召开听证会。人民监督员监督即人民监督员对检察机关履职的全过程进行监督，若检察机关出现违反规定的事由，可向对其具有管辖权的检察机关提出监督意见以启动监督程序。但我国目前在规范层面并未明确监督的具体举措，这使得人民监督员监督制度与人民陪审员制度相比，可操作性较弱，并未起到应有的监督作用。而听证会也依然是在检察机关主导下召开的，检察机关办理案件可以将听证员的意见作为参考，并非应当参考，同时听证员的人选也是由检察机关自己决定的。总的来说，检察机关的外部监督缺乏社会公众的参与。

最后由于轻罪刑罚轻缓化逐渐普遍，轻罪案件在刑事案件中的占比逐渐升高，大量的轻缓刑会导致消耗巨大的司法资源，这样无疑给社会治安带来了巨大的压力，有损社会治理效果。具体到检察机关逮捕裁量权、羁押必要性审查权等运用上，由于要找到维护公共利益和惩罚行为人的平衡点，检察机关要在斟酌案情时充分考虑到情节、行为人情况以及公共利益。同时，当前必要性审查制度还有待完善，新时代对检察机关的工作要求逐渐提高，诉讼功能的发挥还不够充分。在这种情况下，检察机关对于自身权力范围的把控、对自身行为的规范以及对廉政问题的防治便成了检察工作的重中之重。所以亟需遵循“去约束化”的拓张思路，进而限缩起诉裁量可能的范围，扩大附条件不起诉的适用范围以及参考现实情况而做出不起诉的决定。

四、检察机关自由裁量权的规制

（一）充分发挥审前分流功能

随着经济社会的发展和轻罪时代下司法理念的转变，刑法的适用和刑事诉讼程序的重心由报应主义的惩罚逐步转向预防与教育改造。检察机关需要充分发挥裁量不起诉权在审查起诉阶段对案件进行分流。刑事审前程序分流，也称审前转处，是指在侦查和起诉阶段，针对某类已经构成犯罪的案件，不起诉或停止起诉并处以非刑罚处罚的措施。审前分流的目的是对于一些犯罪适用非刑罚处罚的方法，节约司法资源，防止犯罪者因轻罪被打上了犯罪的标签，从而影响未来和家庭成员。

1.适用标准上从严

对于犯罪事实清楚、证据确实充分、犯罪人认罪认罚、社会影响较小的案件，需要在审前进行严格把关。对于事实清楚、没有争议的，犯罪嫌疑人依法可能被判处三年以下有期徒刑的轻罪案件，可以通过酌定不起诉实现出罪。同时明确规定了排除适用情形，主要包括：（1）犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人或者是尚未完全丧失辨认或者控制能力的精神病人；（2）犯罪嫌疑人是没有完全行为能力或责任能力的人；（3）可能已经构成累犯的；（4）对社会有重大影响的；（5）刑事附带民事诉讼案件中民事赔偿没有达成和解的及其他特殊情形。[1]

2.增设起诉必要性审查制度

为落实新时代对检察机关的工作要求，充分发挥诉讼的功能，对于案件“能不诉的不诉”、“可诉可不诉的，尽量不诉”，其目的在于节约司法资源，提高工作效率。检察机关应当全面考虑社会利益，促进社会和谐，增设起诉必要性审查，从而实现起诉的合目的性和有效性。

起诉必要性审查主要是指，在审查起诉的过程中，检察院应综合考量案件事实、犯罪嫌疑人的主观恶性与客观行为，以及案件对社会公共利益的影响等多重因素，经过综合性评价，决定是否将该类案件移交给法院起诉的活动。[2]起诉必要性审查，应当考虑以下因素：第一，犯罪情节，考虑影响量刑的情况等；第二，犯罪嫌疑人的自身情况，包括工作、年龄、家庭环境等；第三，犯罪嫌疑人犯罪后的悔罪表现，包括是否认罪认罚、是否得到被害人谅解、是否赔偿损失以及是否有其他逃避法律责任的行为；第四，犯罪是否对社会有较大影响，是否影响社会秩序。

在我国的司法实践中，控辩双方往往处于失衡的状态，通过私权去制约公权难度相对较大。同

2 参见李荣斌：《轻罪治理双重机制实证研究——以 S 市 P 区的检察实践为样本》，载《政法论坛》2024 年第 3 期，第 141 页。

1 参见苗生明：《立足司法实践创设起诉必要性审查制度》，载《检察日报》2010 年 12 月 20 日，第 3 版。

时，虽然量刑权最终由法院行使，但是量刑建议是由检察机关提出。在目前轻罪案件大量增多、各地法院追求速裁的背景下，检察权不可避免地会向审判权扩张。因此，对于检察机关裁量权的制约而言，由法院主导的起诉必要性审查尤为重要。一方面，利用公权力制约对抗公权力是规制公权力的重要途径；另一方面，起诉必要性审查也是构建司法令状主义的必要手段。[1]

3. 激活核准不起诉制度

核准不起诉作为一种特殊不起诉制度，在 2018 年修改《刑事诉讼法》时增设。[2]但当前适用核准不起诉的案例数量少之又少，适用条件极其苛刻。为了完善审前分流制度，发挥核准不起诉的特殊功能与价值，激活核准不起诉制度应尽早提上日程。目前在司法实践中，主要是对主动认缴罚款、悔罪表现突出的企业适用核准不起诉。

（二）制定检察机关裁量权规范化标准

检察机关起诉裁量权是指根据一定的标准决定是否起诉的权力。因此，我们要考虑起诉裁量权要适用什么样的标准，哪些因素影响检察机关的起诉裁量权。根据《刑事诉讼法》第一百七十七条第二款的规定，若犯罪情节较为轻微，并且根据刑法的相关规定无需判处或可以免除刑罚的情况下，人民检察院拥有作出不起诉决定的权力。如何去理解“刑法规定无需判处刑罚或者免除处罚的”，理论上主要存在两种争议。一种是除要求达到检察官不起诉的心证外，还要满足《刑法》规定的不起诉情形之一，人民检察院才可以作出不起诉决定；第二种观点是，只要求检察官达到不起诉的心证即可。根据有些学者的实证研究调研，第二种方式在实践中占主流。[3]

1.明确检察机关权力清单

检察机关的权力清单是司法实践的依据，也是检察机关自由裁量权的界限。权力清单的制定标准要遵循以下几点：第一，权力清单要随着法律的变化而发展。对于法律的修改与补充，权力清单要与时俱进，保证其时效性和权威性。第二，对涉及公共安全“疑难案件”的范围规定，应更加细化。对于法律规定模糊的案件，例如此罪与彼罪、罪与非罪的案件，即检察机关内部争议较大的案件，应当使检察委员会与检察官的权力界限更加清晰。[4]对于权力清单的执行情况应开展常态化监督检查，保障权力清单的落实情况，防止权力清单成为空中楼阁。

2.遵循起诉裁量权原则

检察官行使起诉裁量权要遵循合法性、客观性、合理性和独立性的原则。合法性和合理性原则要求检察机关的决策既要符合实体和程序的相关法律法规，还要符合社会的可预测性与核心价值观。客观性原则，要求检察机关分析案件秉着客观、中立实事求是的态度，对犯罪的证据的提起，确保公证客观。独立性原则要求检察机关对于犯罪嫌疑人的起诉与否，坚持独立办案，任何机关、团体与个人不得干涉。

3.实现量刑建议精准化

要想实现量刑建议精准化，首先需要解决什么是“精准化”？“精准化”到什么程度。检察机关的量刑建议主要有两种：一是“绝对精准”；二是“相对精准”。第一种量刑建议是指确定刑，确定刑更有利于法制统一，减少检察机关裁量的任意性。即检察机关对于适用什么主刑、附加刑应当是确定的；第二种量刑建议是幅度刑，根据犯罪证据、犯罪人认罪认罚、悔罪表现以及被害人的原谅程度，检察官可以提出幅度型量刑建议。我国量刑建议以确定刑为主，幅度刑为辅。随着轻罪时代的到来，对于轻罪应尽可能采取确定刑，这样不仅有利于提高办案效率，也有利于提高检察机关的社会公信力。

4.推进案例援引工作

近年来，最高人民检察院发布多批指导性案例，各级人民检察院应当结合各地的实际情况，组织对指导性案例的学习研讨，推进案例援引工作的建设，要求检察官在法律框架内类似案件类似处

---

2 参见郭沙沙、郝世坤：《认罪认罚背景下检察机关适当扩大酌定不起诉之再考察》，载《南华大学学报（社会科学版）》2021 年第 5 期，第 85-86 页。

3 参见卞建林，肖峰：《刑事诉讼中的审前程序分流——以轻罪治理为视角》，载《法学杂志》2024 年第 2 期，第 39 页。

4 参见任禹行：《“慎诉”政策背景下起诉裁量权的扩张极其应对》，载《苏州大学学报》2023 年第 2 期，第 94 页。

5 参见徐光岩：《检察官刑事自由裁量权规制问题探析》，载《中国检察官》2024 年第 5 期，第 6 页。

理，避免因裁量权的扩大而产生类似案件过度差异化处理的情况，强化各级检察机关的路径依赖。

5.建立合理考评机制

将检察机关裁量权的行使情况纳入考评机制，促使检察官积极、合理地行使裁量权，在框架内追求公平、正义。以考评的方式提升检察官行使裁量权的能动性。

6.完善检察业务指导体系

宏观而言，检委会应当定期听取和研判本机关近期对裁量权的行使情况，发挥指导和决策的功能。具体到个案而言，检察院应当落实案件的质量评价指标，分析个案中裁量权的适用情况是否正确、规范，重点案件和疑难案件应当被特别关注。

（三）完善各方权利（力）制约制度

检察机关裁量权的行使无可避免地会涉及到多方主体。其中有关法院的部分在上文已经提及，此处不再赘述。

权利（力）制约主要来自三个方面：一是公安机关的复议、复核权；二是被害人的申诉与自诉权；三是被不起诉人的申诉权。1其中被害人的申诉与自诉权对于规制检察机关裁量权尤其必要。完善被害人的申诉与自诉权并不意味无节制地扩张权利，而是要求法院在事实清楚的前提下公正合法地做出决定。强调被害人的申诉与自诉权，一方面是为了防止检察机关滥用裁量权；另一方面是在检察机关不当适用裁量权时，对被害人进行救济。

（四）大力发展外部监督

仅仅依靠内部的权利（力）制约、体制制约无法满足限制裁量权的需要，需要引入外部监督，从内外双管齐下、久久为功，方能有效规制检察机关裁量权。外部监督模式包含法律文书公开化、听证监督、人民监督员监督等途径。

公开法律文书要求检察官具有一定的释法说理的能力，在做出不起诉决定的同时作出说理与论证，做到以案释法。首先，检察官的释法说理可以减少群众对裁量权的误解，明确行使裁量权的依据也是法律去神秘化的方式之一。其次，公开法律文书也有助于建立类案检索制度，为相似案件的处理提供参考。最后，公开法律文书可以监督检察官严格遵守程序，合法合规地正确行使裁量权。

听证是检察机关主动接受社会监督和舆论监督的重要途径，同时听证也有利于检察官综合各方意见，做出更为合理、公正的决定。公安机关对裁量权的行使提出复议、复核或者被害人、被不起诉人提起申诉的，检察机关均应以公开听证的方式进行审查。

相较于听证监督而言，人民监督员监督的作用发挥还不够充分，因此需要进一步加强人民监督员在案件中的参与度。一方面，裁量权的行使，尤其是不起诉裁量权的行使有时会与群众的朴素正义观行使的结果不一致，人民监督员的参与既可以让检察官看到公众的意见，也可以让检察官通过案件以案释法，增强检察机关的公信力，实现人民群众和检察机关之间的良性循环。另一方面，让人民参与到检察机关重要权力的行使监督中，也是实现全过程人民民主的重要途径。

1 武晓慧：《论公诉裁量权的运行与程序性控制》，载《中国刑事法杂志》2016 年第 1 期，第 86 页。

体系化视角下起诉必要性审查制度的现状检视与功能优化

魏小来*

摘 要：起诉必要性审查保障人权、推进社会治理效能提升、提高司法质效、降低负向犯罪附随后果的价值安排与刑事检察的基本目标相契合。从政策逻辑看，起诉必要性审查遵循了“少捕慎诉慎押”与“宽严相济”的刑事司法政策，从理论逻辑看，其与起诉裁量理论基础存在内在统一性，从实践逻辑看，我国犯罪轻型化趋势对规范起诉裁量权具有需求。为了发挥该制度的功能价值，故从体系化视角进行检视，制度的外在体系（规则体系）分别从基础性法源、次级法源和法认知源三个维度看存在审查案件种类范畴、促进制度适用积极性规则、审查启动条件和审查标准付之阙如的缺憾，内在体系（原则体系）存在“手段保障”、“权力保障”和“消化保障”三个层面的缺憾。故外在体系（规则体系）中应当设置起诉必要性审查的案件范围、合理的考评制度、审查启动方式以及合理的审查标准，内在体系（原则体系）中应当明确刑罚配置平衡、起诉裁量监督和充分考量社会效果三项基本原则。

关键词：起诉必要性审查　起诉裁量　宽严相济　体系化　功能价值

《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》要求“健全公正执法司法体制机制”、“坚持正确人权观，加强人权执法司法保障”，我国刑事检察工作关涉社会治理效能和国家秩序平稳运行。在现行实定法框架内合理、合目的的运行起诉裁量权是国家治理能力和治理体系现代化的重要表征，是全面落实宽严相济刑事政策的重要手段，起诉必要性审查制度是起诉裁量权结构框架内的主要部分。起诉必要性审查制度审前分流和事后教育功能凸显了其在转变司法观念、加强人权保障、促进社会治理、降低司法成本方面的价值安排，有效防止因轻微犯罪人被迫失去社会功能而衍生恶性事件，故起诉必要性审查制度所展现的司法善意使其成为法律共同体研判的重点。

本文对起诉必要性审查制度的研究主要分为三个部分，第一部分是从政策、理论和实践三重维度阐释起诉必要性审查制度的基本逻辑，兼顾论述起诉必要性审查在我国法治建设进程中的重要作用，为后续研究工作的展开提供基本方向和思路。第二部分是从体系化视角，包括外在体系（规则体系）和内在体系（原则体系）两个层面对现行的起诉必要性审查制度进行客观评价和现状检视，系本文“提出问题”和“分析问题”的阶段。第三部分仍然遵循第二部分体系化的研究逻辑，将第二部分的成果作为参照物，尝试从外在体系（规则体系）和内在体系（原则体系）两个层面建构完善的起诉必要性审查制度，充分发挥其功能价值，系本文“解决问题”的阶段。

一、起诉必要性审查制度的基本逻辑

探寻起诉必要性审查制度的基本逻辑，既是为起诉必要性审查制度的检视和完善提供方向性指引，亦是为起诉必要性审查制度存续之必要性以及其在刑事检察活动中的重要地位提供正当性基础。

（一）政策逻辑：“少捕慎诉慎押”与“宽严相济”

起诉必要性审查是检察机关审查起诉的重要环节，审查起诉重点关注起诉的合法性、合理性与合目的性，而起诉必要性审查之所以牵涉起诉裁量权的行使，系基于案件事实已达致提起公诉的法定条件，但对起诉进行合理性与合目的性审查在政策层面具有正当性基础，即颇具抽象意义的“慎诉”和“宽严相济”。“慎诉”是“少捕慎诉慎押”刑事政策的重要组成部分。2021 年 4 月，“少捕慎诉慎押”上升为国家刑事司法政策，中央全面依法治国委员会把坚持“少捕慎诉慎押”刑事司法政策列入工作要点，“慎诉”成为全面依法治国的重要战略部署。

具体而言，“宽严相济”和“慎诉”的理论意涵与检察机关的起诉裁量权紧密相连。卞建林教授认为“慎诉”要求检察机关应当发挥行使起诉裁量权的主观能动性，兼顾起诉的合理性与合目的性，而实现的路径即为加强起诉必要性审查，[1]孙远教授进一步阐释了起诉裁量权与起诉必要性审查之间的关联，即“起诉裁量权所针对的并不是提起公诉的事实条件与法律条件成立与否，而是在确信这两个条件均已成立的情况下，考量追诉的合目的性问题”。[2]故而，检察机关起诉裁量权的行使应在“慎诉”

---

*基金项目：中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善项目”一般项目“起诉必要性审查程序的制度功能优化研究”。
作者简介：魏小来（1993-），黑龙江哈尔滨人，法律硕士，黑龙江财经学院人文学院教师。

[1] 参见卞建林：《慎诉的理论展开与制度完善》，载《法学》2022 年第 10 期，第 126-143 页。

[2] 孙远：《起诉裁量权的概念、范围与程序空间》，载《求是学刊》2022 年第 1 期，第 94-103 页。

和“宽严相济”刑事司法政策的指引下对起诉进行合理性与合目的性之审查。从“慎诉”与“宽严相济”的关系审视，“慎诉”是修复性刑事司法理念的具象化体现，更加重视个体的社会关系和社会生活能力的修复，及时化解社会矛盾纠纷，能够满足“宽严相济”刑事政策对我国刑事诉讼法律制度的具体要求，亦如孙长永教授指出“少捕慎诉慎押刑事司法政策在转变司法观念、加强人权保障、促进社会治理、降低司法成本等方面都具有重要的功能。”[1]

（二）理论逻辑：起诉裁量的理论基础

起诉必要性审查并非传统实践中的“法定不起诉”或“证据不足不起诉”，而是带有裁量意味的非典型不起诉状态，本质是检察机关基于个案事实进行的主观判断，即起诉裁量。[2]“酌定不起诉”、“特殊不起诉”、“附条件不起诉”、“和解不起诉”与其具有同质性。但如前所述，随着“慎诉”政策和理念的推广，起诉裁量的功能价值逐步扩张，且受到多重条件之约束（如“酌定不起诉”受制于“犯罪情节轻微”和“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”的双重约束），故有必要重新厘定起诉裁量的理论基础。

从价值取向层面看，起诉裁量权是起诉便宜主义的产物。在比较法看来，起诉便宜主义已成为各国通行之惯例，[3]但仍有国家坚守起诉法定主义，如德国《刑事诉讼法》规定“除法律另有规定外，在有足够的事实根据时，检察院负有对所有可予追究的犯罪行为进行追究的义务。”我国属于兼顾起诉法定主义与起诉便宜主义的双层模式，故基础性的理论工作是如何调和两者之关系。起诉法定主义坚守国家追诉立场，充分贯彻立法意旨，防止起诉权擅断，起诉便宜主义遵循客观经济发展规律和社会物质需求，其尝试多样化处置犯罪行为，故有检察实务人员认为“法定主义与便宜主义是检察官刑事追诉权行使中的一对基本矛盾”，[4]但事实并不尽然，正确认识刑罚之功能是调和两者矛盾的关键。意大利学者切萨雷·贝卡利亚（Cesare Beecaria）认为“刑罚目的，仅仅是阻止犯罪人再次危害社会并预防其他人实施类似犯罪行为”。[5]因此“刑罚是改善行为人反社会性格的一种手段”，[6]功能意蕴并非报复、恐吓或等价复仇，而是以教育为手段的预防行为，一方面教育潜在的“危险状态体现者”控制自身行为，一方面教育犯罪人积极改造，早日回归市民生活。因此起诉便宜主义对事实性效果的追寻与刑罚功能存在内在的统一性，这即是起诉裁量的理论之基。

（三）实践逻辑：犯罪轻型化趋势

根据犯罪行为及犯罪后果可将犯罪进行层次化划分，卢建平教授以宣告刑为标准分为轻罪与重罪，并将宣告刑为 3 年以下有期徒刑、拘役、管制、单处附加刑的视为轻罪案件并基于统计数据分析和战略决策判断认定轻罪时代已经来临。[7]我们可以从实证研究的定量分析视角审视一下，根据《中国法律年鉴》公布的数据显示，2020 年我国罪犯总人数为 1526811，宣告刑为三年以下有期徒刑和拘役的人数为 841858，占比约为 55.1％，2021 年罪犯总人数为 1714942，宣告刑为三年以下有期徒刑和拘役的人数为 997179，占比约为 58.1％，2022 年罪犯总人数为 1430865，宣告刑为三年以下有期徒刑和拘役的人数为 816721，占比约为 57.1％，因此可以初步判断犯罪轻型化已经成为趋势，那么需要考量的就是如何在轻罪化背景下对犯罪行为进行治理。刘传稿教授认为治理轻罪需要既“向前看”，又“向后看”，“向前看”是关注犯罪成因并予以预防，“向后看”是关注处置的社会效果，[8]“在当下普遍轻罪的环境下，以轻缓且合理有效的方式治理轻微犯罪才是应时的”，[9]而起诉必要性审查就是实现目的的重要手段。

实际上，起诉必要性审查在犯罪轻型化背景下已被普遍接受。根据最高人民检察院公布的数据

---

[1] 庄永廉等：《少捕慎诉慎押刑事司法政策的内涵功能及其落实》，载《人民检察》2021 年第 15 期，第 37-44 页。

[2] 参见陈岚：《论检察官的自由裁量权——兼析起诉便宜主义与原则的确立及其适用》，载《中国法学》2000 年第 1 期，第 122-130 页。

[3] 参见华小鹏：《试论不起诉之自由裁量权》，载《河南社会科学》2024 年第 5 期，第 72-74 页。

[4] 段明学：《起诉法定主义与起诉便宜主义——兼论我国起诉裁量权的完善》，载《贵州警官职业学院学报》2008 年第 1 期，第 37-41 页。

[5] [意]切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，钟书峰译，法律出版社 2023 年版，第 32 页。

[6] 许士友：《刑罚教育功能视角下我国环境犯罪立法完善探析》，载《井冈山大学学报(社会科学版)》2023 年第 6 期，第 129-136 页。

[7] 参见卢建平：《为什么说我国已经进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 132-142 页。

[8] 参见刘传稿：《轻罪治理的立法路径》，载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2024 年第 3 期，第 116-124 页。

[9] 王敏远、李嘉：《“少捕慎诉慎押”的法理分析》，载《法治研究》2023 年第 6 期，第 3-17 页。

显示，2023 年全国检察机关决定起诉 168.8 万人，不起诉 57.8 万人，不起诉率近 26％，[1]从整体的视角审视，决定起诉与不起诉的案件数量比例基本协调，且不起诉率相对较高。再将视角从整体转向局部，华北地区以山西省人民检察院公布的数据为例，2023 年山西省检察机关共决定起诉 34937 人，不起诉人数为 12128 人，起诉与不起诉的案件数量比约为 3:1。[2]西北地区以甘肃省人民检察院公布的数据为例，2023 年甘肃省检察机关共决定起诉 27417 人，决定不起诉 13379 人，起诉与不起诉的案件数量比约为 2:1。[3]东北地区以黑龙江省人民检察院公布的数据为例，2023 年 1 至 9 月，黑龙江省检察机关共决定起诉 20519 人，决定不起诉 6327 人，诉与不起诉的案件数量比约为 3:1，不起诉率为 23.57％。[4]但前述数据并非仅为起诉裁量结果，亦包含了法定不起诉、证据不足不起诉等情形，因此检察实务人员抽样选取了我国 T 市 1527 件案件，其中检察机关进行了起诉必要性审查的是 1121 件，占比约为 73.4％。[5]此外，各地检察机关亦制定审查规范，例如江苏省苏州市检察机关制定了《强化起诉必要性审查的工作办法（试行）》，对审查内容、审查标准等进行了统一。

二、体系化视角下的制度现状检视

雷磊教授在法教义学的立场下指出法学研究和法律适用应当紧紧围绕现行实定法规范，应“认真对待法律规范”、“从规范中来，到规范中去”，[6]德国学者古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）认为围绕实定法规范的研究范式应当是解释、建构与体系化，[7]德国学者弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）曾言道“体系涉及所有法律制度和法规则连接成一个大统一体的内在关联”，[8]故体系化是推动法律制度功能价值发挥的关键因素，且起诉必要性审查的法律规范零星散落于各法律文件中，因此应当将法律制度的外在体系（即规则体系）和内在体系（即原则体系）作为对起诉必要性审查制度研判的逻辑起点。

（一）外在体系（规则体系）

法律规则是除一般条款外应包括行为主体、行为方式和行为后果要件的规范条款，具有强制性规范的法律效力。德国学者托马斯·M. J.默勒斯(Thomas M. J. Möllers)将规则划分为三个层次，分别是基础性法源、次级法源和法认知源。[9]为了保证结果的逻辑性和完整性，本文分别从基础性法源、次级法源和法认知源出发进行检视。

1.基础性法源

基础性法源指向对法律行为具有普遍约束力的规则条款，典型如全国人民代表大会和全国人大常委会通过的法律或国务院制定的行政法规，故基础性法源应当基本涵盖起诉必要性审查制度的法律规范，但现实状况却与此相悖。

首先，基础性法源尚不具备划定审查案件种类范畴的功能，亦不具备将犯罪种类进行分层的功能。从世界通例来看，包括以《德国刑法典》为代表的“二分法”，即重罪与轻罪，以《法国刑法典》为代表的“三分法”，即重罪、轻罪与违警罪，以及以《美国模范刑法典》为代表的“四分法”，即重罪、次重罪、轻罪和微罪，[10]1994 年《法国刑法典》进一步确立了重罪与轻罪的判断标准，轻罪为以法定最高刑为 10 年监禁或罚金至少为 25000 法郎的矫正刑的犯罪，重罪是法定刑为 15 年以上监禁或

---

[1] 数据来源：最高人民检察院：《2023 年全国检察机关主要办案数据》：https://mp.weixin.qq.com/s/TWmf86b5dCh6DlgHzmwe6A。

[2] 数据来源：山西省人民检察院：《2023 年全省检察机关主要办案数据》：https://mp.weixin.qq.com/s/VStQoYgnt8DZp5GgxOpClw。

[3] 数据来源：甘肃省人民检察院：《2023 年甘肃检察机关主要办案数据》：https://mp.weixin.qq.com/s/cDmlIdFeA16TP1reFw2i5Q。

[4] 数据来源：黑龙江省人民检察院：《1 至 9 月黑龙江省检察机关主要办案数据》：https://mp.weixin.qq.com/s/JZIQDp64_Ekpp0vyJuLL4g。

[5] 参见张彬、丁建玮：《起诉必要性审查制度实践困境与优化路径——以 T 市 1533 件审查起诉案件为实证样本》，载《河北法学》2024 年第 6 期，第 144-164 页。

[6] 参见雷磊：《法教义学的方法》，载《中国法律评论》2022 年第 5 期，第 77-93 页。

[7] 参见[德]拉德布鲁赫：《法哲学引导》，雷磊译，商务印书馆 2021 年版，第 8 页。

[8] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《当代罗马法体系 I：法律渊源·制定法解释·法律渊源》，朱虎译，中国法制出版社 2010 年版，第 167 页。

[9] 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯：《法学方法论（第四版）》，杜志浩译，北京大学出版社 2022 年版，第 136 页。

[10] 参见张勇：《轻罪的界定标准与分类治理》，载《社会科学辑刊》2024 年第 2 期，第 2、60-69、238 页。

终身监禁的犯罪，1998 年《德国刑法典》亦明确了轻罪与重罪的区分标准，重罪是法定最低刑为 1 年及以上自由刑的犯罪，而轻罪是法定最高刑为 1 年以下自由刑或者科处罚金刑的犯罪，而英国则以程序划分重罪与轻罪，需要经过起诉的犯罪行为系重罪，而即时即可判决的犯罪系轻罪。回看我国，刑事实体法与程序法均对犯罪种类分层保持缄默，继而对分层标准当然的付之阙如，则司法实践对轻罪与重罪的认定转而会参考学理解释。但理论界关于采法定刑标准与宣告刑标准的"入口部分"即衍生了争论，法定刑观点典型如陈兴良教授认为轻罪是指"最高法定刑为 3 年有期徒刑以下的犯罪"，[1]杜雪晶教授亦持此观点，[2]而宣告刑观点如卢建平教授认为宣告刑是审判机关已经基于案件性质、个案特殊性、法律后果等综合判断后的结果，是一种"确定的刑罚"，此外，郭理蓉教授又提出了以法定刑标准为主、以宣告刑标准为辅的中庸化观点，[3]犯罪分层制度的缺失和理论争议将导致起诉必要性审查制度功能无法发挥。[4]

其次，基础性法源没有展现出起诉必要性审查对轻罪治理的积极态度，实体法与程序法之间、法律与行政法规之间没有基于起诉必要性审查制度形成轻罪治理规范的有效衔接，亦没有尝试发挥起诉必要性审查在轻罪治理中的事前预防和事后教育之功能。[5]虽然我国目前刑事立法活力逐步增强，突出了刑事立法的科学化和精细化特征，但是轻罪治理更多表征为对轻微犯罪行为的惩治和司法资源对轻微犯罪的过度倾斜，而起诉必要性审查作为妥当分流司法资源的制度并没有展现出其积极一面，更因不同区域、不同主体对轻罪的差异化认定，衍生起诉必要性审查普遍适用意义的消逝，使检察机关倾向于被动式的启用起诉必要性审查制度。

最后，基础性法源关于检察机关启用起诉必要性审查的条件和起诉必要性审查标准亦付之阙如。根据《中国法律年鉴》公布的数据显示，将宣告刑为三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处附加刑的视为轻罪，2019 年缓刑人数的轻罪比例为 29.38％，2020 年缓刑人数的轻罪比例为 31.68％，2021 年缓刑人数的轻罪比例为 30.45％，2022 年缓刑人数的轻罪比例为 32.45％，被判处缓刑的人数在轻罪人数中呈现小比例样态。透过现象看本质，本组数据从侧面展现了我国"轻罪重刑"的司法实践传统，其衍生于一种重刑主义的思想，其后果如罗翔教授和许华萍博士所言"刑罚配置失衡，失其序"，[6]检察机关启用起诉必要性审查受到审前羁押、刑事政策、犯罪后果、社会舆论等因素影响，主观随意性较大，虽然《人民检察院刑事诉讼规则》第 370 条明确不起诉行为规则，但仍有广泛的自由裁量空间。在审查标准方面，《最高人民法院最高人民检察院公安部司法部关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》设定了醉驾案件裁量不起诉的情形以及起诉的替代性措施，但仅适用于醉酒危险驾驶案件。虽然《最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》第 8 条列举了部分可不被起诉的行为主体，但实务中检察机关习惯坚持从严审查原则，最高人民检察院检务督察局的张彬处长和江苏省泰州市人民检察院研究室的丁建玮主任以电信诈骗犯罪为例进行研究后认为，虽然起诉必要性审查适用率高但不起诉率不到 20％，尤其是对于被害方不予谅解的轻罪案件，检察机关在进行起诉必要性审查后的结论中一般会以为避免进一步激化社会矛盾为由，考虑提起公诉。[7]故应当通过完善的起诉必要性审查启动机制倒逼检察机关依职权启动起诉必要性审查，降低犯罪附随后果的不良影响，实现"还其序"。

2.次级法源

次级法源指向法官法、行政规则（以地方性为主体）和私人创设的法律规范，前述规范在司法实践中被认定为仅具有参照的效力或推定的效力。法官法一方面指向"法官造法"或法官对法律的续造，典型如法官在司法实践中通过自由裁量对现行实定法规范进行漏洞填补，这实际上与起诉必要

---

[1] 参见陈兴良：《轻罪治理的理论思考》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 3 期，第 3-18 页。
[2] 参见杜雪晶：《轻罪刑事政策的中国途径》，中国法制出版社 2013 年版，第 11 页。
[3] 参见郭理蓉：《轻罪刑事政策研究》，中国法制出版社 2023 年版，第 162 页。
[4] 参见卢建平：《为什么说我国已经进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 132-142 页。
[5] 参见孙道萃：《微罪的积极刑法治理之塑造》，载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2024 年第 4 期，第 86-96 页。
[6] 参见罗翔、许华萍：《沈家本思想与当代重刑主义思潮的检讨行反思》，载《甘肃政法大学学报》2023 年第 6 期，第 20-33 页。
[7] 参见张彬、丁建玮：《起诉必要性审查制度实践困境与优化路径——以 T 市 1533 件审查起诉案件为实证样本》，载《河北法学》2024 年第 6 期，第 144-164 页。

性审查中检察机关起诉裁量权的行使有相似性，起诉裁量权即是以合理性与合目的性的考量对不确定性法律规范进行法外因素的填补，美国和英国的检察机关享有不受限制的、能够填补现行实定法漏洞的起诉裁量权，而德国检察机关则要完全遵循包括德国刑事诉讼法在内的现行实定法的规定，无权对符合起诉条件的犯罪行为决定不予追诉，[1]我国现行实定法与德国完全的职权法定主义类似，虽然我国《刑事诉讼法》第 177 条的酌定不起诉、第 182 条的特殊不起诉、第 282 条的附条件不起诉和第 290 条的和解不起诉均赋予检察机关基于合目的性所衍生的不起诉之权力，但并未赋予检察机关享有基于提起公诉合理性所衍生的不起诉之权力，并且作出不起决定要受到多项条件的限制。法官法另一方面表现为判例，在英美法系国家表现为判例法，在我国表现为指导性案例。最高人民检察院曾发布了多起贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策的典型案例，例如在“徐某故意伤害案”中明确指出要“全面评估起诉必要性，依法提起公诉”，审查的标准具体包括“主观恶性”、“行为后果”、“赔偿情况”和“认罪悔过”等，这为起诉必要性审查的方式指明了方向，但根据《最高人民检察院关于案例指导工作的规定》第十五条，指导性案例在检察机关办理类似案件中虽然具有“应当参照”的效力，但无法作为决定是否起诉之依据，似仅为参详效力。在地方行政规则层面，行政规则在德国理论通说中被阐释为“对法规范予以解释及具体化的行政规则”，是行政部门的自我约束，在起诉必要性审查情境下与其类似的是各地检察机关根据《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》等文件自行制定的工作规范，如前所述，苏州市检察机关出台了《苏州市人民检察院强化起诉必要性审查的工作办法（试行）》，并通过《苏州市检察机关不起诉工作操作规范》和《涉民营企业案件审查要点》贯彻执行，但该三套文件仅适用于营商环境优化范畴。[2]

3.法认知源

法认知源指向示范性法律。但法认知源基于其软法属性，不具备对行为主体的强制约束力，亦不具备强制遵循的效力，若违反则不必然产生负向的法律后果，故本文不再就法认知源与起诉必要性审查之关联进行深入阐释。

综上所述，我国起诉必要性审查制度的外在体系（规则体系）由于审查案件种类范畴、促进制度适用积极性规则、审查启动条件和审查标准的具体规则付之阙如，导致起诉必要性审查制度外在体系样态“残破”。

（二）内在体系（原则体系）

法律原则的产生是法律规则相通之处归纳融合的结果，反过来，法律原则又贯彻于法律规则，它凝聚社会广泛共识，因而是法律束的道德要求和功能目标。而构建某一法律制度的原则体系则是一个宏大的命题，在确立制度内原则与规则的联结后，需要进一步挖掘原则间的相互关系。因此，我们首要探寻的是起诉必要性审查制度内的原则以何种样态呈现，再判断各原则间是否能够相互弥补与约束。

我们要识别起诉必要性审查制度中的原则，将能够为起诉必要性审查制度提供基础性功能、指导性价值的规范提取出来。从功能主义释意角度看，作为起诉必要性审查制度的法律原则，应当能够实现起诉必要性审查制度的正当性和可接受性，实现法治的可接受性，虽然法律原则系不具备完整假定条件的一般条款，但是其能够克服法律规则的僵化保守，通过检察机关灵活行使起诉裁量权，弥补现行规则之缺憾，实现个案的实质正义。

在我国《刑事诉讼法》中，法律原则包括“侦查、检察、审判权由专门机关依法行使原则”、“严格遵守法律程序原则”、“人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则”、“以事实为依据、以法律为准绳原则”、“分工负责，互相配合，互相制约原则”、“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督原则”、“审判公开原则”、“犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则”、“未经法院依法判决，对任何人不得确定有罪原则”以及“认罪认罚从宽原则”。基于法律原则在起诉必要性审查制度中扮演的基础性角色，应当根据起诉必要性审查制度的基本需求来选取法律原则，杨帆教授指出起诉必要性审查制度具有四个方面的需求，分别是“主体保障”、“手段保障”、“权力保障”和“消化保障”，“主体保障”要求检察机关工作人

[1] See Bohlandr M.,Principles of German Criminai Procedure,Hart Publishing Ltd,2012,p.25.

[2] 苏州市人民检察院：《苏州市检察机关法治营商新闻发布会》：https://sz.jsjc.gov.cn/tslm/xwfb/202008/t20200826_1082168.shtml。

员严守职业道德，具备进行起诉必要性审查的专业技能，“手段保障”要求完善起诉必要性审查相关配套措施，“权力保障”要求赋予检察机关更宽泛的起诉裁量权，“消化保障”要求完善决定不起诉的后续措施。[1]首先，“侦查、检察、审判权由专门机关依法行使原则”本质是“专业的人做专业的事”，是“主体保障”层面的基本原则，但《刑事诉讼法》第三条并未对检察机关工作人员的专业素质和职业操守提出要求，但该条包含的“严格遵守法律程序原则”可尝试将《检察官法》第四条和第十二条引入予以补充，这即是法律原则间相互弥补的典型例证。其次，除“审判公开原则”外，其余原则从宽泛意义上看都能作为起诉必要性审查的相关配套原则，似能够引导具体规则满足“手段保障”之需求，但细看之下却与起诉必要性审查下的审查方式、起诉裁量边界、审查标准、案件范畴等核心需求的行为指引相去甚远。再次，《刑事诉讼法》第五条规定的“人民检察院依法独立行使职权原则”本质是检察机关行使起诉裁量权的正当性基础，检察机关作出的起诉或不起诉决定不受到行政机关、社会团体和个人的干涉。最后，“消化保障”的后续保障措施，包括有效的事后教育、替代性措施激活、犯罪附随后果处置等在前述原则中似尚未体现。

在其他法律文件中，更多的是表面化和形式化的表述，并不能发挥基础性功能和价值引领功能。我们仍以杨帆教授所提出的四个保障作为参照系进行对比分析。关于“主体保障”，在《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》第二十三条原则性的要求了检察机关工作人员应当对宽严相济的刑事政策具备全面理解的能力并不断增强有效处理案件的能力，《人民检察院刑事诉讼规则》在通则部分原则性的指出了检察办案人员应当具有保障刑事法律正确实施的能力。在“手段保障”中，认罪认罚从宽制度作为贯彻宽严相济刑事司法政策的具象化表现，从体系解释角度看，《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》关于起诉裁量权的规范有参考价值，其中第三十条的“完善起诉裁量权”仅是立法方向性的规定，并非对具体规则的适用具有指引意义，后面虽然设定了“可能判处免刑的轻微刑事案件”可予以不起诉，但仍要求检察人员在刑法的框架内进行预判。我们还可以尝试探索具体罪名之下的司法解释是否会有相关的原则性规定，例如《最高人民法院最高人民检察院关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十一条规定“犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以不起诉或者免予刑事处罚”，即原则上犯罪情节轻微案件可进入起诉必要性审查程序，其具有对规则设置的指引意义。再如《最高人民检察院关于加强新时代未成年人检察工作的意见》，其中“坚持遵循未成年人司法内在规律”、“坚持标本兼治”和“坚持创新发展”三项原则可以作为检察机关在涉未成年人案件中行使起诉裁量权时的行为原则。在“权力保障”中，《“十四五”时期检察工作发展规划》明确要“构建规范高效检察权运行制约监督体系”，其意蕴为虽然检察机关的起诉裁量权独立行使、不受干预，但仍要预防检察权的恣意，《2023-2027 年检察改革工作规划》也原则性的提出完善内部制约监督机制。在“消化保障”中，诸多司法文件，如《关于加强新时代未成年人检察工作的意见》等均强调了公诉行为要将事实性效果与规范性效果融合，但仍未体现多法衔接、替代性措施激活、犯罪附随后果处置等。

综上所述，从内在体系（原则体系）的视角审视，在“主体保障”层面，《刑事诉讼法》及相关司法文件均对检察机关工作人员的专业能力提出了能够指引规则适用和制定的原则；在“手段保障”层面，仅具体罪名之下的司法解释提出了指引性原则，在建构起诉必要性审查制度体系时应予以参详；在“权力保障”层面，《刑事诉讼法》提出了检察权独立行使原则，其他司法文件提出了检察权行使监督原则，则二者弥合后可视为起诉必要性审查原则之一；在“消化保障”层面，缺乏对事后社会效果的关注。

三、体系化视角下制度的功能优化

如前文所述，起诉必要性审查制度相关法律规范零星散落于各法律文件中，导致其外在体系（规则体系）与内在体系（原则体系）呈现“残破”样态，缺乏完整体系化的法律制度会阻碍其在司法实践中功能价值的发挥。因此本文分别以内在体系和外在体系为逻辑起点尝试对起诉必要性审查制度进行体系化建构。

[1] 参见杨帆：《试论轻罪治理中起诉必要性审查机制的程序改革》，载羊城网，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1784676578416963722&wfr=spider&for=pc。

（一）内在体系（原则体系）

法律原则与法律规则呈现相互交融的样态，一方面法律原则由法律规则归纳衍生，另一方面法律原则对法律规则提供指引。因此法律原则的质性应当是凝聚社会广泛共识、展现社会道德之需求、符合政策治理之目标的法律规范，我们在为起诉必要性审查制度提炼法律原则、构筑内在体系时需要遵循一定的方法路径，一是法律原则应对起诉裁量权的行使具有校正作用，德国学者卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）认为原则系"对法规范加以校正的标准"，[1]奥地利学者弗朗茨·比德林斯基（Franz Bydlinski）亦认为原则系"法规范的指导思想及正当化理由，但并非实证的法规范本身"，[2]起诉必要性审查制度与起诉裁量权紧密相连，我们无法忽视赋予检察机关过大起诉裁量权后可能引发的权力恣意或权力寻租，因而法律原则发挥了"将权力关进笼子"的功能；二是法律原则应突出起诉必要性审查过程中对个体权利的保障，美国学者罗纳德·德沃金（Ronald Myles Dworkin）认为原则是"不构成规则的、可为个人权利提供论证理由的标准"，[3]继而德国学者阿列克西（Robert Alexy）提出了"基本权利理论"，[4]如前文所述，起诉必要性审查的政策逻辑是"少捕慎诉慎押"和"宽严相济"，而该刑事司法政策坚持三个维度的价值，分别是"公正与效率兼顾"、"当事人平等保护"以及"惩罚犯罪与保障人权的平衡"，[5]因此保护刑事案件中个体合法权益应当是基本原则的引领方向；三是法律原则应符合起诉必要性审查制度的价值安排，如著名的"特里尔葡萄酒拍卖案"向我们所展现的，法律实践要兼顾利益衡量和价值安排，尤其是法律原则"可以在案件事实不清晰时、没有现成规则进行参照时、适用的规则相互冲突、内容含糊不清或者与法律目的相违背时，指引法院做出裁判"，[6]故法律原则的选取应当遵循起诉必要性审查制度保障人权、推进社会治理效能提升、提高司法质效、降低负向犯罪附随后果等价值安排。故本文尝试提出以下起诉必要性审查制度的法律原则，以此构筑制度的内在体系。

1.刑罚配置平衡原则

该原则系起诉必要性审查制度合理化运行的配套措施，对内在体系中"手段保障"维度具有填补意义。意大利学者切萨雷·贝卡利亚（Cesare Beccaria）的罪刑阶梯理论要求轻的犯罪行为要通过轻的刑罚进行处置，严重的犯罪行为要通过重的刑罚予以处置，若轻罪重罚，则与人类的基本道德认知相背离。根据最高人民法院公布的 2024 年上半年司法审判工作主要数据显示，判处五年有期徒刑以上刑罚的罪犯人数同比下降了 0.77％，而判处三年有期徒刑以下刑罚的罪犯人数同比上升了 0.95％，[7]若以宣告刑作为区隔轻罪重罪的标准，则我国已经迈入犯罪轻型化时代。但是如何荣功教授所言，在先秦时期就已经形成了"刑罚世轻世重"的思想，[8]即便宽严相济刑事政策已经推广并落实，但部分检察办案人员仍未舍弃与我国犯罪轻型化背景极不协调的"重刑主义思想"，间接导致了起诉必要性审查制度在某些区域的低使用率。最高人民检察院检务督察局的张彬处长与江苏省泰州市人民检察院研究室的丁建玮主任对部分检察人员进行问卷调查后得出结论，量刑建议的刑罚与开展起诉必要性审查工作的意愿呈现反比样态，量刑建议的刑罚越重，检察人员越缺乏进行起诉必要性审查的积极性，张彬处长与丁建玮主任认为这本质是检察人员对起诉必要性审查制度重要性的认知不到位。[9]随着我国犯罪轻型化趋势的逐步增强，设置"刑罚配置平衡原则"具有必要性，其能够变相从社会监督、内部监督、舆论监督等层面倒逼检察机关提升起诉必要性审查的适用率，确保公诉权的行使符合人民群众朴素的正义观。事实上，该原则也与我国刑罚结构转型（刑罚轻缓化）相契合，

---

[1] 参见 Larenz，Methodenlehre der Rechtswissenschaft，6.Aufl.1991,S.421.

[2] 参见 Bydlinski,Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff,2.Aufl.1991,S.132.

[3] 参见 Dworkin,Taking Rights Seriously,1977,S.90.

[4] 参见 Alexy,ARSP Beriheft 25(1985),13,28 eine solche ab.

[5] 参见刘权：《少捕慎押的理念澄清、实践反思与完善路径》，载《辽宁警察学院学报》2024 年第 4 期，第 9-18 页。

[6] 吴琦：《疑难案件裁决中的法律原则》，载《学术探索》2018 年第 11 期，第 83-87 页。

[7] 数据来源：最高人民法院：《最高人民法院公布 2024 年上半年司法审判工作主要数据》，https://mp.weixin.qq.com/s/m-mLd_ngvZ5AXjl_Eg7o5A。

[8] 参见何荣功：《当代中国死刑民意的现状与解构》，载《刑法论丛》2010 年第 3 期，第 264-281 页。

[9] 参见张彬、丁建玮：《起诉必要性审查制度实践困境与优化路径——以 T 市 1533 件审查起诉案件为实证样本》，载《河北法学》2024 年第 6 期，第 144-164 页。

如李艳红教授所言“罪刑均衡与罚当其罪是刑法实现正义的重要方面”，[1]因此刑罚配置平衡原则遵循了起诉必要性审查制度的运行规律和价值安排，并充分保障了被告人的合法权益。

2.起诉裁量监督原则

该原则系通过将起诉裁量权独立行使与监督起诉裁量权行使紧密弥合来使内在体系的“权力保障”层面更加圆满。起诉必要性审查是针对犯罪事实清楚、证据确实充分的刑事案件但根据法律规定可以作出不起诉决定的案件进行审查，并决定提起公诉或不提起公诉，因此起诉必要性审查制度赋予检察机关在“酌定不起诉”、“特殊不起诉”、“附条件不起诉”、“和解不起诉”中享有较大的起诉裁量权。从比较法的视域看，世界各国检察机关普遍享有起诉裁量的权力，例如《日本刑事诉讼法》第 248 条设置了起诉裁量主义。但广东省深圳市人民检察院的唐泰来检察长和王海军检察官认为检察机关享有的起诉裁量权缺乏正当性基础，最终起诉或不起诉决定是否遵循合目的性与合理性尚未存在统一的判断标准。[2]实际上，我国《刑事诉讼法》通过第 177 条、182 条、282 条和 290 条的前置条件已经对“酌定不起诉”、“特殊不起诉”、“附条件不起诉”、“和解不起诉”进行了起诉裁量权在合目的性层面的指引，起诉裁量权恣意的外在表征往往是起诉决定合理性的欠缺。法国学者查理 · 路易 · 孟德斯鸠（Charles de Secondat，Baron de Montesquieu）曾言道“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不变的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”[3]追根溯源，起诉裁量权的恣意来源于检察人员个人情感的融入、自由心证的推导以及主观前见，因此应当通过监督原则进行约束，落实“法律原则应对起诉裁量权的行使具有校正作用”，即虽然检察机关行使起诉裁量权不受行政机关、社会团体和个人的非法干预，但应予以监督。

3.充分考量社会效果原则

该原则系通过实现起诉必要性审查制度的事前效果与事后效果来使内在体系的“消化保障”维度更加立体。在司法实践中强调司法行为要将事实性效果与规范性效果妥当融合，因此犯罪轻型化背景下如何实现轻罪案件的有效治理是检察机关所面临的课题，而起诉必要性审查制度的体系完善则为破题提供了契机。起诉必要性审查制度的社会效果体现为两个方面，分别是审前分流功能和事后教育功能。首先，起诉必要性审查将不必提起公诉的案件进行分流，无需进入审判程序而是采取替代性措施，检察机关从严把握进入审判程序的实质条件，对于认为决定不起诉更适当的则终止诉讼。[4]从法经济学的视域审视，起诉必要性审查的审前分流功能通过较少的社会成本但却收货了较大的社会价值，将司法成本与司法产品产出之比调整为最大化，这是将有限的司法资源进行合理配置的重要表征。[5]在检察机关审查起诉过程中，司法资源分配不合理表现为两个方面，一种是形式上的均分，即无论犯罪行为轻重与否，均流程化的采取同样的审查起诉标准，忽视个案的特殊性，另一种是轻重案件本末倒置，对于犯罪情节恶劣、案情疑难复杂的案件付出更少的司法资源，而犯罪行为轻微、案情简单清晰的案件反而安排更多的司法资源来应对，[6]因此检察机关在进行起诉必要性审查时要充分发挥其审前分流功能，实现司法资源分配的实质平等。其次，刑罚的功能已经由惩戒转向教育，是对可能采取危险行动的主体的预防措施或对犯罪人的改造，促使其尽快回归正常的市民生活，而起诉必要性审查制度多样化的替代性措施有助于帮助改过自新的犯罪人尽快融入社会。此外，目前我国关于犯罪附随后果的规定领域涉及广泛且体系杂乱，存在对犯罪人资格考试、当兵入伍、护照签证、户籍变动、低保申请等多方面的限制，[7]因此可尝试将《最高人民检察院关于加强新时代未成年人检察工作的意见》中“坚持标本兼治”原则的适用主体扩张至轻微犯罪行为人，妥当运用起诉必要性审查制度来减少犯罪附随后果对犯罪行为轻微、主观恶性不大的主体的限制性影响。故该原则遵循了“法律原则应符合起诉必要性审查制度的价值安排”的要求。

---

[1] 刘艳红：《犯罪圈均衡化与刑罚轻缓化：轻罪时代我国刑事立法发展方向》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期。
[2] 参见唐泰来、王海军：《起诉裁量权正当性研究》，载《河北法学》2009 年第 7 期，第 179-189 页。
[3] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，商务印书馆 1961 年版，第 154 页。
[4] 参见潘金贵、唐昕驰：《少捕慎诉慎押刑事司法政策研究》，载《西南政法大学学报》2022 年第 1 期，第 38-48 页。
[5] 参见熊秉元：《正义的效益》，东方出版社 2018 年版，第 34-36 页。
[6] 参见李钰琛、崔玮：《轻罪治理的程序法因应——“定罪阻却”理念的提出》，载中国知网，http://kns.cnki.net/kcms/detail/41.1429.C.20240517.1811.002.html。
[7] 参见刘炳君：《论犯罪附随后果制度的反思与限缩》，载《西南政法大学学报》2024 年第 3 期，第 126-139 页。

（二）外在体系（规则体系）

德国学者马克斯·韦伯（Max Weber）曾说“所有的私人利益之所以享有被保护的机会，并非因为其为受保障的主观请求权，而端在于其为一种反射，反射行政法规之为妥当，如此而已。”[1]即在“权利本位论”立场下，个体权利的保护依赖于现行实定法，依赖于具体规则对权利的肯定性描述，[2]这就需要我们将社会物质需求（个人利益＋集体利益＋国家利益）进行具体化处理，即回归到起诉必要性审查制度保障人权、推进社会治理效能提升、提高司法质效、降低负向犯罪附随后果等价值安排。为了使日后起诉必要性审查制度外在体系的建构逻辑融贯、避免规则效力等级冲突（从强制力层面排序为基础性法源＞次级法源＞法认知源），本文接下来将对照前文对外在体系的检视结论尝试提出建议。

1.厘定起诉必要性审查的案件范围

起诉必要性审查制度作为重要的审前分流机制，首先我们要厘清罪与非罪的界限，即通过设定具体规则促使检察机关在审查起诉中重新将其中的行政违法案件与刑事犯罪案件进行分流，能够通过治安管理处罚产生预防效果和警示教育的极轻微违法犯罪行为，检察机关进行起诉必要性审查后可决定不予起诉后退回公安机关进行行政处罚，或公安机关可直接进行进行行政处罚，避免移送检察机关后产生流程空转，但是涉及侵犯人身权益的“两可行为”（即可行政处罚又可刑事追诉），应当提升为轻罪及以上案件进行处置，正当性基础在于，一是充分维护受害人的合法权益，公安机关对违法犯罪行为的处置缺乏有效监督，人身权益作为公民基本权利中最重要的部门，理应受到法律规则的倾向性保护，二是充分发挥检察机关在社会治理中的重要作用，在社会治理视域下，行政机关扮演着主要角色，检察机关则为辅助性角色，这导致了“较为庞大的行政处罚权与较为狭窄的刑事处罚权之间形成鲜明对照”。[3]因此，检察机关应以建构起诉必要性审查制度为契机，在行政违法案件与刑事犯罪案件分流节点积极能动履职，在社会治理体系和治理能力现代化中凸显检察机关的角色担当。其次，我们要明确何为“轻罪”，我国《刑事诉讼法》第 177 条“酌定不起诉”中明确检察机关能够通过起诉必要性审查行使起诉裁量权的案件限定为“犯罪情节轻微”,“微罪”已经由前述行政处罚进行分流，故我们要重点研判“轻罪”的内涵与外延。界定“轻罪”，就必然对现行犯罪体系进行分层，1998 年《德国刑法典》将犯罪二分为重罪与轻罪，1810 年《法国刑法典》将犯罪三分为重罪、轻罪与违警罪，《美国模范刑法典》将犯罪四分为重罪、次重罪、轻罪和微罪，杨楠教授认为对犯罪进行分层能够“实现规范公权力、保障人权的基本目标”，[4]但“轻罪”的区分究竟采取法定刑亦或宣告刑？如前文所述，从学理解释角度看，法定刑、宣告刑以及二元标准三种观点并立，从比较法的视域看，1994 年《法国刑法典》和 1998 年《德国刑法典》均是从法定刑出发进行判断，本文认为，宣告刑中介入了审判人员对刑事案件的主观判断，包括对犯罪主体、犯罪人主观危害性、犯罪情节、犯罪造成的后果等，缺乏统一的客观性标准，即使审判人员应当在刑法规定的幅度内行使自由裁量权，但是仍掺杂主观随意性因素，况且从目的解释角度看，立法人员在制定罪名量刑幅度时已经充分考量了犯罪行为的性质、犯罪行为对社会的危害性等，因此无需再考量宣告刑中的人为因素，应以法定刑为标准。关于量刑幅度，从体系融贯的逻辑出发，以盗窃罪为例，我国《刑法》第二百六十四条将盗窃罪的量刑幅度依据犯罪情节划分为“处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金”、“处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”以及“处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产”（依照犯罪情节由轻至重进行排列）三个档次，“处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金”系对应盗窃行为最轻的状况。故检察机关起诉必要性审查的案件范围应为可能涉法定刑为三年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金罪名的案件。

2.制定合理的考评制度

如前所述，目前检察机关整体适用起诉必要性审查制度的意愿仍不强烈，除检察机关“重刑主义”

[1] [德]马克思·韦伯:《法律社会学》，康乐，简惠美译，广西师范大学出版社 2010 年版，第 7-8 页。
[2] 参见赵树坤、张晗:《法律规则逻辑结构理论的变迁与反思》，载《法制与社会发展》2020 年第 1 期，第 62-80 页。
[3] 陈兴良:《轻罪治理的理论思考》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 3 期，第 3-18 页。
[4] 杨楠:《我国轻罪立法的实践与反思——以刑法修正案（十一）为视角》，载《东方法学》2022 年第 6 期，第 126-135 页。

传统思想和起诉必要性审查标准不完善外，还因为目前起诉必要性审查制度的考评标准和引导机制亟待完善，没有充分调动检察机关工作人员对轻罪进行起诉必要性审查的积极性。实际上，考评机制的建构已经列入了最高人民检察院的日程，例如在 2020 年 1 月最高人民检察院颁布实施了《检察机关案件质量主要评价指标》，分别于 2021 年和 2023 年对《评价指标》进行了修订。最高人民检察院检务督察局张彬处长和江苏省泰州市人民检察院研究室丁建玮主任抽选了 T 市办理刑事案件的 47 名员额检察官和 24 名检察官助理进行了问卷调查，其中 34 人表示缺乏进行起诉必要性审查的原因是基于"起诉必要性与案件质量关系不大"，且该观点人数甚至达到占受访总人数的 47％以上。2020 年颁布的《检察机关案件质量主要评价指标》涵盖"四大检察""十大业务"的诉讼流程和检察监督业务等，共计 51 组 87 项，其中刑事"捕诉一体"/直诉案件指标 26 项，刑事诉讼监督案件指标 15 项，仅约占项目总数的 47％，其中还包括大量"捕诉一体化"的考核内容，2023 年修订后的《评价指标》仍为 38 项，检察人员在大量的指标考核中难以对各项指标面面兼顾，况且其中"不诉率"与"附条件不起诉率"被确定为《评价指标》中仅有的五项中性评价指标中的两项，[1]这难以调动检察机关主动适用起诉必要性审查制度的积极性，也难以倒逼检察机关工作人员提升起诉必要性审查实务技能。

在制定考评规则时，我们需要坚持几个原则，一是尊重客观的司法规律，二是尊重个案的特殊性和地区的差异性，三是坚持与时俱进，四是尊重检察工作人员在办案活动中的主体地位。[2]首先，应当提高起诉必要性审查适用率在质量评价结果中的占比，如前文所述，起诉必要性审查具备保障人权、推进社会治理效能提升、提高司法质效、降低负向犯罪附随后果等价值安排，是以积极的能动检察推动国家治理体系与治理能力现代化的重要方式，应通过增加分数占比来引发检察人员对起诉必要性审查制度的重视。其次，应当设置合理科学的质量评价计算方式，在考察某一地区检察机关起诉必要性审查的整体质效时，应当统计当地某时段内提起公诉的案件数量（人数）在办结审查起诉的案件数量（人数）中所占的百分比，还要计算同时段内酌定不起诉案件数量、附条件不起诉案件数量、特殊不起诉案件数量以及和解不起诉数量分别在审查起诉案件数量和不起诉案件数量中所占的百分比，为了探寻当地检察机关进行起诉必要性审查后的社会效果，还要统计在酌定不起诉案件、附条件不起诉案件、特殊不起诉案件以及和解不起诉案件中不同罪名的占比以及该罪名的犯罪率同比是提高亦或下降，还要统计前述四类案件中被不起诉人的刑事案件再犯率，为了防止检察人员滥用起诉裁量权，还应考量被不起诉人的审前羁押情况、主观悔罪情况、前科记录情况等，并充分考虑个案的特殊性和地区的特殊性。最后，应将"附条件不起诉率"与"不起诉率"合并，并将"不起诉率"设置为积极指标，"不起诉率"的意涵涵盖了"法定不起诉"、"证据不足不起诉"以及对起诉裁量权的评价，故其外延当然的囊括了"附条件不起诉率"，二者应当合并，以避免从感官上强调"不起诉率"的中性属性，且基于起诉必要性审查制度的价值安排，将"不起诉率"设置为积极指标有助于激发检察人员适用起诉必要性审查的内生动力。

3.设置合理的审查启动方式与审查标准

首先，关于起诉必要性审查的启动方式，以类推手段予以破题，可参照我国关于羁押必要性审查的相关规定，《人民检察院公安机关羁押必要性审查、评估工作规定》第六条第一款规定检察机关有权依职权启动羁押必要性审查，对于第六条第二款在审查起诉阶段尚未进行羁押必要性审查且宣告刑可能为三年有期徒刑以下刑罚的犯罪嫌疑人以及第七条第一款列举的因患有严重疾病、生活不能自理等八种情况以及第二款在做好挽救工作后发现对未成年在押人员不予羁押不致发生社会危险性的属于强制性的依职权启动羁押必要性审查，其余情况则属于任意性的依职权启动羁押必要性审查，此外，根据第八条之规定，犯罪嫌疑人、被告人本人及其法定代理人、近亲属或者辩护人、值班律师可以向检察机关申请启动羁押必要性审查，检察机关收到申请后应当进行羁押必要性审查，故该羁押必要性审查属于强制性的依申请启动。起诉必要性审查其内在价值与羁押必要性审查在保障人权层面具有一致性，因此亦应设置依职权和依申请启动两种方式，依职权启动应在检察机关接

[1] 参见申国军：正确理解和科学适用《检察机关案件质量主要评价指标（2024 年版）》，载《人民检察》2022 年第 5 期，第 45-48 页。

[2] 参见特约评论员：《把握考评规律和原则 发挥考评指挥棒作用》，载《人民检察》2020 年第 19 期，第 1 页。

到侦查机关移送案件以后的审查起诉阶段，若经初步判断可能属于法定刑为三年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金的刑事案件，应当依职权启动起诉必要性审查，犯罪嫌疑人、被告人本人及其法定代理人、近亲属或者辩护人、值班律师亦可在提起公诉前的任何阶段申请起诉必要性审查，检察机关接到申请后应当进行审查。

其次，关于起诉必要性审查的标准。一是要充分发挥检察指导性案例的功能价值，美国学者本杰明·内森·卡多佐（Benjamin Nathan Cardozo）曾说"如果过去的每个判例在每个案件中都已被重新讨论，而且一个人不能在其他走在前面的人所砌的可靠的砖砌上其他自己的砖，那么劳动就会大大增加。"[1]虽然我国的法律体系并非英美法系，判例并没有作为裁判依据的作用，但是案例指导制度是我国司法制度中的重要组成部分。首先，《最高人民检察院关于案例指导工作的规定》第十五条规定了"应当参照"的效力，限制了起诉裁量权的恣意。其次，《最高人民检察院关于案例指导工作的规定》第十八条规定指导性案例应当向社会公众及时公开，有助于提升检察活动的权威和可预测性。最后，根据公开的指导性案例，案件参与人能够根据案例对案件的导向和结果进行初步判断，提升案件办理效率，节约司法资源。因此，起诉必要性审查标准的设置应当参考检察指导案例，例如最高人民检察院发布的贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策典型案例"姜某故意伤害案"中，基于姜某具有悔罪表现并求得了受害人何某的谅解，检察机关经听证后作出不起诉决定，在"韩某等 47 人诈骗案"中，基于主观恶性、危害后果、自首坦白、主动退赃、生活状态等作出不起诉决定。二是要融入朴素的正义观，无论是曾在司法实践中出现的悔罪表现、主观恶性、犯罪后果、社会影响、认罪认罚等审查标准，均普遍的符合社会大众的道德情感，不违背基本的公序良俗，因此，审查标准一方面要维护社会公共利益，一方面要使社会公众易于接受，符合人民群众朴素的正义观，既符合当地的经济基础又凝聚当地的广泛共识，更要充分尊重被害人的追诉意愿，实现起诉裁量的实质正义。此外，还可结合司法解释性文件，如将《最高人民法院最高人民检察院公安部司法部关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第十三条列举式呈现的审查因素扩张适用至法定刑为三年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金的刑事案件中。

四、结语

在建构一项法律制度时，存在形式主义与功能主义两种路径，形式主义关注规范性效果，而功能主义则关注事实性效果。[2]本文将发挥起诉必要性审查制度的功能价值隐含在建构活动的始终，一是功能主义有助于维护国家平稳运行之秩序，奥地利学者卡尔·伦纳（Karl Renner）曾说"社会功能的转变最终会导致规范本身的转变"。[3]因此功能主义下的制度建构会遵循社会物质需求和社会发展规律，二是功能主义有助于推动凝聚社会广泛共识，三是功能主义有助于实现多方合法利益之衡平。因此，无论是本文尝试提出的起诉必要性审查制度明确刑罚配置平衡、起诉裁量监督和充分考量社会效果三项基本原则，亦或是设置起诉必要性审查的案件范围、合理的考评制度、审查启动方式以及合理的审查标准均是为了充分发挥起诉必要性审查制度在转变司法观念、加强人权保障、促进社会治理、降低司法成本方面的功能价值。回归到法律人的世界观，我们孜孜不倦所追寻的仍是"看得见的正义"，因此本文的建议仅是基于现时背景所提，其社会效果仍有待在日后的司法实践中去检验。

[1] [美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，商务印书馆 1998 年版，第 94 页。
[2] 参见许中缘：《民法教义学视角下功能主义释意的范式》，载《法学家》2024 年第 1 期，第 15-26、191 页。
[3] [奥]卡尔·伦纳：《私法的制度及其社会功能》，王家国译，法律出版社 2013 年版，第 19 页。

轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接的内在逻辑与实现路径

戴紫君*

摘　要：我国立法采取行政违法与刑事犯罪的二元分立模式是行刑衔接产生的根源。伴随行刑衔接工作的深入推进与轻罪案件的程序性规模化出罪，案件相对不起诉后的行刑反向衔接逐渐受到重视。加强轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接具备实践与理论的双重逻辑。前者在于提升相对不起诉制度的适用效能，落实被不起诉人的行政法律责任，转变治罪与治理失衡的传统模式；后者在于刑法谦抑性理念的司法践行，法秩序统一原理的必然要求，轻罪治理现代化的应有之义。促进行刑反向衔接的顺畅性仰赖于实体性机制与程序性机制的完善。就实体性机制而言，应当明确行刑反向衔接的责任主体，细化行政处罚必要性判断标准，建构行刑反向衔接的证据规则；就程序性机制而言，应当完善行刑反向衔接的检察听证程序，构建行刑反向衔接的检察监督机制，健全行刑衔接信息共享平台的建设。

关键词：轻罪案件；相对不起诉；行刑反向衔接；刑法谦抑性理念；法秩序统一性原理

一、引言

我国采取行政违法与刑事犯罪的二元化立法模式是行刑衔接产生的根源。在本世纪之交，为了制止行政执法部门瞒案不报、以罚代刑的现象，增强打击破坏社会主义市场经济秩序犯罪的合力，行政执法与刑事司法的正向衔接开始受到关注。2001 年 4 月，国务院在《关于整顿和规范市场经济秩序的决定》中首次提出“加强行政执法与刑事执法的衔接”表述。同年 7 月，国务院发布《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》，这是首次以行政法规形式就行政执法机关向公安机关及时移送涉嫌犯罪案件进行细化规定。随后，最高人民检察院、公安部等相继建立行刑正向衔接的长效工作机制。[1]2011 年国务院法制办等部门制定《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》，进一步要求相关机关严格履行法定职责、完善衔接工作机制及监督机制等。2014 年党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》再次强调，健全行政执法与刑事司法衔接机制，克服有案不移、有案难移、以罚代刑的现象，实现行政处罚和刑事处罚的无缝衔接。上述规范性文件对行刑正向衔接进行了大量的探索与创新，有助于提升行政执法与刑事司法衔接的顺畅性，增强打击破坏社会主义市场经济秩序犯罪的力度。

近年来，伴随行刑衔接工作的深入推进与轻罪案件程序性规模化出罪，行政执法与刑事司法的反向衔接逐渐受到重视，以破解公安司法机关不刑不罚、应移未移、应罚未罚的问题。2021 年 1 月新修订的《行政处罚法》第 27 条在行刑正向衔接的基础上增加了行刑反向衔接的规定。同年 6 月《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》（以下简称《加强监督意见》）将案件不起诉后的行刑反向衔接纳入健全行政执法与刑事司法衔接机制的范畴。同年 9 月，最高人民检察院出台《关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》（以下简称《衔接工作规定》），对行政执法与刑事司法的双向衔接作出具体指引。2023 年 7 月，为了加强检察机关与行政执法机关的衔接配合，积极构建检察监督与行政执法衔接制度，最高人民检察院印发《关于推进行刑双向衔接和行政违法行为监督 构建检察监督与行政执法衔接制度的意见》（以下简称《衔接制度意见》）。至此，相关规范性文件初步架构起行刑反向衔接机制，并促使行刑衔接格局由单向衔接向双向衔接发展。

在刑事犯罪结构发生根本变化与轻罪治理现代化的时代背景下，轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接已然成为一项重要的课题。但不难发现，有关案件不起诉后的行刑反向衔接的规定仍较原则化，难以为实务人员提供统一、明确的规范指引，阻碍行刑反向衔接的顺畅性。例如，检察机关如何审查判断案件行政处罚的必要性？如何在纷繁复杂的行政管理体制中准确确定行政主管部门？刑事证据如何在行政执法领域进行转化及使用？如何构建行刑反向衔接的检察听证程序？如何对行刑反向衔接开展行政检察监督？如何充分发挥行刑衔接信息共享平台的作用？当前，学界对

---

* 戴紫君，1995 年 1 月，西南政法大学法学院，讲师，18875128805，重庆市渝北区宝圣大道 301 号西南政法大学法学院，644401986@qq.com。

[1] 参见 2001 年最高人民检察院《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》，2004 年最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室、公安部《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》。

轻罪案件不起诉后行刑反向衔接的研究较为粗浅，缺乏对其实践推动力及理论基础的深入探究。有鉴于此，本文将对轻罪案件不起诉后行刑反向衔接的内在逻辑与实现路径展开系统研究，以期能够畅通行政执法与刑事司法的衔接，实现法律责任的一体化处置，推动完善中国特色轻罪治理体系。

二、轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接的实践逻辑

清晰认识轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接的实践逻辑，能够了解其实践内生动力，并为进一步探究其背后的理论逻辑奠定基础。加强行刑反向衔接既可以提升相对不起诉制度适用效能，也能够落实被不起诉人的行政法律责任，以及转变治罪与治理失衡的传统模式。

（一）提升相对不起诉制度的适用效能

2024 年 3 月最高人民检察院发布《刑事检察工作白皮书（2023）》，其中表明在刑事案件总量长期高位运行的情况下，全国检察机关起诉严重暴力犯罪案件的数量明显减少，而判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件数量显著上升。[1]刑事犯罪结构所发生的根本改变源于，国家治理水平与治理能力的提升以及轻罪犯罪圈的扩大化。“近年来，在积极主义刑法观和风险刑法理论的影响下，我国呈现出明显的立法扩张和法益保护前移的预防性刑法发展趋势。”[2]刑法过度介入社会治理不仅会导致大量轻罪案件涌入刑事诉讼程序，激化司法领域案多人少的矛盾，而且致使越来越多的人被贴上犯罪标签，负担严重的犯罪附随后果。“在轻罪治理背景下，构建体系性审前程序分流制度，实现程序性规模化出罪，达到‘立法入刑’与‘司法出罪’的平衡，是大势所趋，势所必然。”[3]在我国，相对不起诉制度是实现司法程序出罪功能的核心制度，但其适用比例却持续低迷，轻罪案件的分流路径受阻。这背后的原因除了相对不起诉制度的适用条件不清、适用程序繁琐外，还在于该制度的适用容易引发司法信任危机，并且在危机难以化解时将激化社会矛盾，诱发涉诉信访及维稳难题[4]。诚然，相较于附条件不起诉制度而言，相对不起诉制度因检察机关直接放弃起诉权且缺乏对被不起诉人附条件的监督考察，而面临“一放了之”的风险与质疑。

事实上，在决定是否适用相对不起诉制度时，检察机关将通过考察案件事实、情节，犯罪原因及行为人的社会危险性，判断可否不经由刑罚措施便可实现犯罪惩治与预防的目的。而且，根据《人民检察院刑事诉讼规则》第 373 条规定[5]可知，检察机关在作出不起诉决定后，可以根据案件情况，对被不起诉人适用起诉替代措施。如果说附条件不起诉制度是在不起诉决定前完成对行为人的教育矫正，那么相对不起诉制度需在不起诉决定后完成对被不起诉人的惩戒、改造、预防等目标。在相对不起诉案件中，之所以能够以行政处罚替代刑罚的适用是因为，其一，在积极主义刑法立法下，部分本应由行政法调整的行为被纳入刑法调整的范畴，那么涉嫌此类行为的人适用行政处罚措施也可以达到既定的目的；其二，此类案件的行为人往往具有较轻的罪责性、较弱的可谴责性以及较强的可改造性，由此能够降低刑罚适用的必要性；其三，不同于重罪案件注重对犯罪行为的打击与对行为人的报应，轻微犯罪案件更关注对行为人的教育改造、再犯预防及回归社会，故适用行政处罚措施更有助于实现特定的效果。一直以来，检察机关未对轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接予以足够重视，时常忽视追究行为人行政责任的可能性，或未及时向行政执法机关移送检察意见，从而引发被害人及社会公众对检察人员存有徇私枉法、司法不公行为的猜想。为了提升相对不起诉制度的适用效能，促进轻罪案件的程序性出罪，实现刑罚与行政处罚的无缝衔接，检察机关应当加强轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接。

（二）落实被不起诉人的行政法律责任

在刑法采取“立法定性+定量”的一元化模式下，犯罪成立不仅需要在形式上符合犯罪构成，还应

---

[1] 参见最高人民检察院：《刑事检察工作白皮书（2023）》，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309_648173.shtml,最后访问时间：2024 年 7 月 16 日。

[2] 史立梅：《论醉驾案件的程序出罪》，《中国法学》2022 年第 4 期，第 258 页。

[3] 卞建林：《轻罪治理的程序响应》，《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 49 页。

[4] 参见刘甜甜：《解构与重建：论酌定不起诉从宽的困境消解》，《中国刑事法杂志》2020 年第 5 期，第 148 页。

[5] 2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 373 条规定：“人民检察院决定不起诉的案件，可以根据案件的不同情况，对被不起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。对被不起诉人需要给予行政处罚、政务处分或者其他处分的，经检察长批准，人民检察院应当提出检察意见，连同不起诉决定书一并移送有关主管机关处理，并要求有关主管机关及时通报处理情况。”

达到严重程度的社会危害性，否则属于一般违法行为。[1]检察机关对案件作出相对不起诉决定表明行为不构成犯罪，但不意味其不具有行政违法性，仍需审查案件行政处罚的必要性，以及时开展行刑反向衔接工作。行政执法与刑事司法的反向衔接旨在实现刑事责任与行政责任的无缝对接。但实践中，行刑反向衔接不畅形成了“不刑不罚”的追责盲区，遗漏被不起诉人的行政法律责任，进而引发一系列弊端。

首先，纵容违法犯罪行为的发生。行刑反向衔接的缺失导致立法设定行政处罚的目标落空。一方面，被不起诉人因无需承担与违法行为相匹配的责任，难以深刻认识到法律对该类行为的否定性评价，并接受处罚措施带来的不利后果。另一方面，被不起诉人因心理偏常未获有效矫正，难以真正意识到行为的违法性，并消除人身危险性与再次违法犯罪的可能性。再一方面，零成本实施违法犯罪行为将给社会公众带来不良示范效应，将诱发更多潜在的危害社会行为，增加社会的不安定因素。

其次，造成法律适用的不均衡性。部分检察人员在对醉驾类危险驾驶案件作出相对不起诉决定后，未将案件移送公安机关进行行政处罚。他们认为，自 2011 年醉驾入刑后，《道路交通安全法》删除对醉驾案件给予行政处罚的有关规定，且醉驾行为与酒驾行为是不同的法律概念，因此对醉驾行为缺乏行政处罚的法律依据。[2]实际上，酒驾行为与醉驾行为的差异在于血液酒精含量的不同，醉驾行为应被视作严重的酒驾行为。醉驾行为人在被不起诉后理应承担更重的行政处罚。但根据《道路交通安全法》第 91 条规定[3]可知，饮酒后驾驶机动车的行为人将面临暂扣 6 个月机动车驾驶证和行政罚款，或者行政拘留、行政罚款和吊销机动车驾驶证的行政处罚。而醉驾行为人可能仅被给予吊销机动车驾驶证的处罚[4]，从而导致醉驾行为与酒驾行为的法律责任轻重倒挂。

再次，影响对被不起诉人后续定罪量刑、行政法律责任的准确判定。行为人受过行政处罚，又实施同一种违法犯罪行为的，表明其具有较强的主观恶意与人身危险性，因此这也被立法者作为犯罪成立与处罚裁量的要素。主要体现在以下方面：其一，将“受过行政处罚”作为犯罪成立的要素。在走私普通货物、物品罪中，行为人一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的属于犯罪成立的情节。[5]在扰乱国家机关工作秩序罪中，行为人多次扰乱国家机关工作秩序，经行政处罚后仍不改正，造成严重后果的亦是犯罪成立的情节。[6]其二，将“受过行政处罚”作为犯罪主观故意的证明要素。在走私犯罪中，行为人曾因同一种走私行为受过行政处罚的，被认定为走私主观故意中的“明知”。[7]其三，将“受过行政处罚”作为加重刑罚的判断要素。在走私珍贵动物、珍贵动物制品罪中，行为人在二年内曾因破坏野生动物资源受过行政处罚的应当从重处罚。[8]其四，将“受过行政处罚”作为刑罚执

---

[1] 参见沈海平：《犯罪定量模式检讨》，《法学家》2015 年第 1 期，第 98-99 页。

[2] 参见苗生明：《醉酒型危险驾驶的治罪与治理——兼论我国轻罪治理体系的完善》，《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期，第 14 页。

[3] 《道路交通安全法》第 91 条规定：“饮酒后驾驶机动车的，处暂扣六个月机动车驾驶证，并处一千元以上二千元以下罚款。因饮酒后驾驶机动车被处罚，再次饮酒后驾驶机动车的，处十日以下拘留，并处一千元以上二千元以下罚款，吊销机动车驾驶证。醉酒驾驶机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；五年内不得重新取得机动车驾驶证。”

[4] 根据 2023 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第 20 条可知，血液酒精含量达到 80 毫克/100 毫升以上，公安机关应当在决定不予立案、撤销案件或者移送审查起诉前，给予行为人吊销机动车驾驶证行政处罚。

[5] 《刑法》第 153 条第 1 款规定：“走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：（一）走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。”

[6] 《刑法》第 290 条第 3 款规定：“多次扰乱国家机关工作秩序，经行政处罚后仍不改正，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

[7] 2002 年《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》中规定，走私主观故意中的“明知”是指行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为。具有下列情形之一的，可以认定为“明知”，但有证据证明确属被蒙骗的除外：（六）曾因同一种走私行为受过刑事处罚或者行政处罚的。

[8] 2022 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第 2 条规定：“走私国家禁止进出口的珍贵动物及其制品，价值二十万元以上不满二百万元的，应当依照刑法第一百五十一条第二款的规定，以走私珍贵动物、珍贵动物制品罪处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；价值二百万元以上的，应当认定为“情节特别严重”，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；价值二万元以上不满二十万元

行方式的判断要素。在危险驾驶罪中，符合《刑法》第 72 条规定的醉驾被告人，依法宣告缓刑，但若被告人五年内曾因酒驾行为受过行政处罚的，一般不适用缓刑。[1]其五，将“受过行政处罚”作为加重行政处罚的判断要素。在酒驾案件中，行为人因酒驾被给予行政处罚后，又实施酒驾行为的将承担更严重的行政处罚。

总而言之，加强轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接，实现被不起诉人法律责任的一体化处置具有重要现实意义。这不仅影响对违法犯罪行为的惩治与预防，还关涉行政法律与刑事法律的均衡适用，以及后续刑事责任与行政责任的准确判定。

（三）转变治罪与治理失衡的传统模式

2024 年应勇检察长在最高人民检察院工作报告中指出，“针对轻罪数量持续增长、占比持续上升，协同各方推进轻罪治理”[2]。我国传统治罪模式以严厉打击犯罪为内核，这不仅带来诸多严刑峻法的负面影响，而且难以解决社会治理的深层次问题。在轻罪扩张背景下，传统治罪模式因难以适应涉轻罪行为人及轻罪案件办理的特点而未能奏效。构建治罪与治理并重的轻罪治理体系成为应然发展趋势。轻罪治理是以开放性治理理念为指引，在主体多元参与和交互协作下，实现依法治理、系统治理、综合治理、源头治理的有机结合。强化轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接是推进轻罪治理的有效路径，其能够凝聚执法司法主体合力，综合运用多元治理手段，完成对被不起诉人的教育、矫正及预防，促进个案办理向类案监督、社会治理延伸，切实维护社会的安全稳定。

首先，“轻罪治理需要逐步确立‘刑罚谦抑主义’理念，以更理性、更审慎的态度使用刑罚手段”[3]，并积极探索、运用非刑罚手段对被不起诉人进行教育、矫正及预防。刑罚手段在轻罪案件中的适用具有局限性，这根源于刑罚的功能与涉轻罪行为人的特点，一方面，刑罚是通过给予行为人不利的制裁后果发挥打击犯罪的功能，并由此对行为人及社会公众产生心理震慑作用，实现特殊预防与一般预防的功能目标。但与轻罪案件相适配的是宽缓化的刑罚，其客观上弱化了刑罚功能的预期实现效果。另一方面，在轻罪案件，特别是轻微行政犯案件中，行为人的道德可谴责性与主观恶性较弱，可改造性较强。办案人员应当注重对行为人的本源性治理，使其真正认识行为的违法性，主动塑造自身的规范意识。简而言之，轻罪案件的办理应“从事后的追溯性打击转变为及时的预防性治理”[4]。轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接便是，放弃刑罚手段转向寻求非刑罚手段的适用，以更有针对性地教育改造被不起诉人，从根源上消除其人身危险性与再犯可能性。近来，各地检察机关纷纷探索“不起诉+N”的轻罪治理工作机制，旨在针对不同犯罪类型的行为人进行专业化的矫正与恢复。例如，在济南市槐荫区，行为人因涉嫌滥伐林木罪被公安机关移送审查起诉。检察机关作出不起诉决定后，向槐荫黄河河务局移交案件，并制发检察意见，建议对被不起诉人予以行政处罚和承担补种责任。随后，槐荫黄河河务局责令行为人清除黄河大坝堤脚处遗留的树桩，恢复护堤地原貌，补植苗木及保证树木成活。[5]被不起诉人通过承担生态环境修复责任，深刻认识滥伐林木行为的危害性，重塑自身的环保意识和社会责任感。

其次，在轻罪案件相对不起诉后，检察机关能够在行刑反向衔接中延伸法律监督触角，提升基层社会治理效能。其一，检察机关通过深入挖掘行政违法行为背后存在的普遍性社会管理漏洞，及时向有关主管部门制发社会治理类检察建议，进而达到“办理一案、治理一片”的效果。例如，在宁波市海曙区，检察机关对盗窃案件开展行刑反向衔接时发现，被盗电动自行车存在非法改装情形，容易造成道路交通安全事故。随后，检察机关向公安机关交通管理部门制发检察建议，要求其依法

的，应当认定为“情节较轻”，处五年以下有期徒刑，并处罚金。实施前款规定的行为，具有下列情形之一的，从重处罚：（三）二年内曾因破坏野生动物资源受过行政处罚的。”

[1] 2023 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第 14 条规定：“对符合刑法第七十二条规定的醉驾被告人，依法宣告缓刑。具有下列情形之一的，一般不适用缓刑：（八）五年内曾因饮酒后驾驶机动车被查获或者受过行政处罚的。”

[2] 参见 2024 年《最高人民检察院工作报告》。

[3] 姜昕，卢建平，吴宏耀，刘辰：《轻罪治理现代化的推进路径》，《人民检察》2023 年第 1 期，第 47 页。

[4] 姚莉：《中国刑事诉讼法治现代化的进程与展望》，《东方法学》2024 年第 4 期，第 73 页。

[5] 参见匡雪，韩燕，赵亚男：《私自砍伐护堤地林木，补植复绿加警告！——济南槐荫：做好不起诉“后半篇文章”》，《检察日报》2024 年 8 月 8 日，第 2 版。

查处相关违法行为。交通管理部门收到检察建议后，部署开展电动自行车改装整治专项行动，以及联合执法检查、安全宣传教育活动，促进道路交通安全的治理。[1]其二，检察机关通过个案办理发现类案监督点，并利用数字技术建立法律监督数据模型，借助数据的比对分析，精准抓取行政违法线索，破解社会治理中的隐蔽性难题。例如，在呼和浩特市回民区，检察机关办理危险驾驶罪案件时发现，涉案人员在禁止从业期间仍然从事客运服务，并以此为苗头开启对驾驶人员从业资格管理问题的调查。经调查发现，问题产生的根源是驾驶人员信息与禁止从业人员信息分别由交通运输管理部门与司法机关掌握。基于此，检察机关探索构建交通运输重点行业驾驶员从业资格法律监督模型，并通过数据碰撞筛查出异常数据，获取批量的行政检察监督线索，后向监督监管部门制发社会治理类检察建议。监督监管部门随即撤销“失驾”人员从业资格，开展行业专项整治，并与其他部门建立联合监管机制和线索移送机制，从源头上消除交通安全风险隐患。[2]

三、轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接的理论逻辑

厘清轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接的理论逻辑具有承上启下的作用。一方面，以实践逻辑为基础，进一步探究轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接背后的原理支撑；另一方面，以制度构建为目的，为轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接机制的完善奠定理论根基。

（一）刑法谦抑性理念的司法践行

刑法谦抑性是一项历史悠久且内涵丰富的理念。它是指，“刑法应依据一定的规则控制处罚范围与处罚程度，即凡是适用其他法律足以抑止某种违法行为、足以保护合法权益时，就不要将其规定为犯罪；凡是适用较轻的制裁方法足以抑止某种犯罪行为、足以保护法益时，就不要规定较重的制裁方式。”[3]据此，刑法谦抑性理念可以从定罪与判罚两个维度加以理解。当前，我国刑事立法的活性化似乎偏离了刑法谦抑性理念的要求。伴随风险社会时代的来临，刑法通过不断严密法网与全面介入社会治理的方式，达到防控社会风险与保护公众安全的目的。频繁与活跃的刑事立法活动逐步拓宽犯罪圈的边界及扩容刑法体量，其中轻罪案件数量占据重要比例。自 2011 年《刑法修正案（八）》出台以来，立法者加快轻罪立法进程，积极创设轻罪罪名，扩充轻罪构成要件内容，降低犯罪的入罪门槛。

这一立法趋势激起学界关于积极主义刑法观与刑法谦抑性关系的反思与讨论。部分学者认为，积极主义刑法观有违刑法谦抑性理念。例如，何荣功教授指出，面对信息社会与风险社会带来的各类复杂问题，立法者需立足于宪法原则和精神，保持刑法介入社会治理的谦抑立场与最后手段性，并优先考虑适用非刑罚措施。[4]另有部分学者认为，积极主义刑法观没有背离刑法谦抑性理念。例如，付立庆教授指出，刑法谦抑性理念并不是对非犯罪化、非刑罚化的一味支持，其强调刑法应当秉持有所为、有所不为的态度，根据社会情势变化对犯罪作出合理有效的应对。[5]无论学界存在多大的观点分歧，不可否认的是刑事立法积极扩张的客观事实已摆在我们面前。如何应对积极主义刑法观可能引发的不良影响是亟待解决的问题。学者们纷纷从司法适用层面给予相关建议。就程序出罪而言，周光权教授主张，谦抑性原则应当从钳制立法转向制约司法，通过适用不起诉制度化解立法功能扩张带来的危险。[6]就法律适用而言，黎宏教授指出，立法与司法解释应保持平衡，在立法较为积极时，司法机关应当以谨慎、相对谦抑的态度适用法律。[7]就犯罪认定和刑罚裁量而言，陈伟教授主张，“司法适用应当坚守理性态度，尤其是适用刑法前置化罪名时应遵循刑法底线原则与刑罚效益原则”[8]。

在轻罪案件大幅上升的背景下，刑法谦抑性理念在司法领域的践行还远远不足。通常认为，刑

---

[1] 参见蒋杰，陈璐萍，张娟：《消除潜在的“马路杀手”——宁波海曙：推动多部门合力整治电动自行车非法改装》，《检察日报》2024 年 7 月 21 日，第 1 版。

[2] 参见沈静芳，史文丽，连春霞：《“模力”再现：“失驾”人员浮出水面——呼和浩特回民区：数据赋能促重点行业驾驶员资格监管更精准》，《检察日报》2023 年 7 月 26 日，第 10 版。

[3] 张明楷：《论刑法的谦抑性》，《法商研究》1995 年第 4 期，第 55 页。

[4] 参见何荣功：《预防刑法的扩张及其限度》，《法学研究》2017 年第 4 期，第 152 页。

[5] 参见付立庆：《论积极主义刑法观》，《政法论坛》2019 年第 1 期，第 103 页。

[6] 参见周光权：《积极刑法观在中国的确立》，《法学研究》2016 年第 4 期，第 33 页。

[7] 参见黎宏：《预防刑法观的问题及其克服》，《南大法学》2020 年第 4 期，第 5 页。

[8] 参见陈伟：《刑罚退出机制如何实现——从积极刑法观的反思切入》，《社会科学》2023 年第 8 期，第 170 页。

法谦抑性理念适用于立法场域，以规制过度犯罪化与重刑化现象，但其在司法场域同样具有适用空间。从刑事一体化视野来看，激活相对不起诉制度是在刑事诉讼中贯彻刑法谦抑性理念的有效路径，因为《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款联结了实体法的定罪免刑制度与程序法的不起诉制度[1]。过去，有学者指出，相对不起诉制度的适用条件过于“法定化”“类型化”“具体化”，容易束缚检察人员的手脚。[2]但事实并非如此，相对不起诉制度中不起诉裁量权的行使空间仍较为广阔，只是检察机关未能运用好不起诉裁量权。首先，“犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚的情形”对应的是《刑法》第 37 条酌定免除刑罚的规定。虽然“不需要判处刑罚的情形”缺乏具体的规范指引和判断标准，但也给检察人员留下充足的裁量空间。对于可能涉及行刑反向衔接的案件，检察机关可以从如下方面着手，对起诉必要性进行实质性、综合性审查。例如，行为人的悔罪表现、一贯表现及人身危险性；是否对行为人适用刑罚才能达到惩戒、教育、改造及预防目的；适用刑罚可能给行为人带来何种程度的不利影响；适用行政处罚能否达到惩戒、教育、改造及预防的效果；适用行政处罚是否更有利于行为人回归社会等等。其次，“免除刑罚”是指“刑法规定的应当或者可以免除刑罚的情形，包括自首、重大立功、犯罪预备、犯罪中止、防卫过当、避险过当、从犯和胁从犯等”[3]。由于刑法对免除刑罚的规定往往与减轻处罚、从轻处罚相并列，并且在量刑要求上存在“可以”或“应当”的不同情形，[4]检察机关便享有一定的裁量空间，可以参照上述标准对起诉必要性加以审查判断。总而言之，在刑法谦抑性理念的指引下，检察机关应当强化对起诉必要性的审查，判断以行政处罚替代刑罚的可能性，提升相对不起诉制度的适用效能，推动“直筒型刑事司法运行机制”向“漏斗型司法运行机制”[5]发展，实现轻罪案件的“非犯罪化”与“非刑罚化”。

（二）法秩序统一原理的必然要求

随着市场经济的飞速发展与政府监管力度的逐步增强，行政犯成为我国刑事立法增设的主要犯罪形态，特别是 2021 年《刑法修正案（十一）》新增的 13 个条文均为行政犯。行政犯是与自然犯相对应的一种特殊犯罪形态，具体是指以违反行政法规作为前置性条件，且侵犯刑法保护法益的情节严重行为。行政犯具有行政违法与刑事违法的双重属性。一方面，从刑法分则来看，行政违法性是行政犯犯罪构成要件中的规范要素，不具备行政违法性的行为无法构成犯罪；另一方面，一项危害行为具备行政违法性不当然成立犯罪，办案人员还需独立判断其是否符合特定犯罪构成要件事实。这实际上根源于，我国立法采取的行政违法与刑事犯罪的二元分立模式。与此不同，大部分域外国家及地区采取“统一的刑法立法模式”，如英国、美国、法国等将刑事犯罪划分为重罪、轻罪及违警罪，行政法与刑法之间缺乏明确的界限。

虽然行刑二元分立的立法模式区分出行政不法与刑事不法，但从整体法秩序来看行政法与刑法、行政不法与刑事不法之间仍然具有较强的内在逻辑联系。法秩序是指在一国范围内由宪法、刑法、民法、行政法等多个法域组成的规范体系，其呈现出以宪法为顶端，刑法居中，民法、行政法等部门法为底端的金字塔型阶层构造。“所谓法秩序的统一性就是，在用规范的观点审视法规范的集合时反映出来的，务必将法规范的集合作为不包含自相矛盾的统一体来把握的要求的观念。”[6]整体法秩序之所以强调统一性是为了避免法律规范间的矛盾及冲突，严格循守法的安定性要求，给予社会公众更为明确的行为指引。法秩序统一性原理是处理各法域关系的重要公理，其引导立法者与司法者以整体性、体系性的思维对行为的合法性与违法性作出协调一致评价。具体就行政法与刑法领域而言，行政法是调整行政关系，规范和控制行政权力的前置性部门法，刑法则属于行政法的最后保障法，故在金字塔型的法秩序阶层构造中刑事违法性居于行政违法性之上。行政法与刑法关于行为的评价应当体现出“合法性的统一”与“违法性的统一”。前者是指一项行为未违反行政法明文规定的，刑法也不应当给予其否定性评价；后者是指当刑法确认某一危害行为构成行政犯时，其也必然违反行政法的相关规定，但这不意味着刑法与行政法就违法性行为的构成要件与违法后果作出相同规定。法秩

[1] 参见陈禹橦：《<刑法>第 37 条免予刑事处罚条款的刑事一体化解读》，《中国应用法学》2024 年第 2 期，第 168 页。
[2] 参见赵兴洪：《酌定不起诉的时代命运》，《中国刑事法杂志》2022 年第 2 期，第 81 页。
[3] 王爱立主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社 2018 年版，第 317 页。
[4] 参见顾永忠：《关于酌定不起诉条件的理解与思考》，《人民检察》2014 年第 9 期，第 66 页。
[5] 参见何荣功：《轻罪立法的实践悖论与法理反思》，《中外法学》2023 年第 4 期，第 946 页。
[6] [日]京藤哲久：《法秩序的统一性与违法判断的相对性》，《苏州大学学报（法学版）》2013 年第 5 期，第 150 页。

序中的“违法性统一”要求，检察机关作出相对不起诉决定后应当开展行刑反向衔接工作。检察机关对行政犯案件作出相对不起诉决定的，表明行为本身符合犯罪构成要件，同时考虑到犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚，但从整体法秩序来看该行为仍然受前置法的否定性评价，被不起诉人的行政法律责任尚未被卸除。简言之，法秩序统一性原理要求各法域对行为的违法性判断保持统一，但却不排斥行为违法判断的相对性。[1]因此，加强轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接，是落实法秩序统一性原理的内在要求，能够联结刑事不法与行政不法，实现行政处罚和刑事处罚的对接，促进法律责任承担的闭环。

（三）轻罪治理现代化的应有之义

2013 年 11 月，党的十八届三中全会首次提出“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化”的科学命题，并将其纳入我国全面深化改革的总目标。2022 年 10 月，党的二十大报告明确将“国家治理体系和治理能力现代化深入推进”作为我国未来五年的主要目标任务之一。“国家的治理体系是一个制度系统，包括政治、经济、社会、文化、生态等各个领域，必须从总体上考虑和规划各个领域的改革方案。”[2]刑事司法领域是国家治理的重要环节，是法治建设的重要组成部分。近年来，刑事司法领域出现“双升双降”现象，即轻微犯罪数量与轻刑率明显上升，严重暴力犯罪数量与重刑率不断下降。然而，“当前的刑事立法还具有相当的不平衡性，大量行为入罪后，似乎只有刑罚一条出路，司法的治理和调节作用以及人权保障功能没有充分发挥”。[3]刑事司法程序未能积极应对轻罪激增将导致案多人少矛盾急剧激化、刑事司法资源捉襟见肘，犯罪标签效应肆意扩大化。为了回应轻罪扩张局面，疏解司法办案压力，提升社会治理水平，最高人民检察院在《2023-2027 年检察改革工作规划》中首次提出“构建治罪与治理并重的轻罪治理体系”。轻罪治理现代化是在坚持党的全面领导、坚持以人民为中心的前提下，以一种良法善治的方式处理轻罪案件、对待涉轻罪行为人以及解决社会治理问题。

轻罪治理现代化主要包括轻罪治理理念、目标、方式、模式、路径的现代化。首先，轻罪治理现代化应当坚持开放包容的治理理念。处于轻微犯罪扩张与司法资源有限的背景下，传统刑罚报应刑论所主张的“刑罪相报”“有罪必罚”“罚必当罪”理念应当受到反思，并逐步转向刑罚目的刑论所主张的刑罚个别化原则，强调以预防再犯罪与防卫社会为目的。[4]刑罚目的观的调整也推动刑事诉讼观念由“从严格的起诉法定主义过渡到兼行的起诉便宜主义”[5]，以及单一的入罪程序向多元的起诉替代程序转变，从而实现案件的“非犯罪化”与“非刑罚化”。其次，轻罪治理现代化的目标是维护社会的安全和稳定。与传统治罪模式不同，轻罪治理并非简单着眼于打击犯罪与办结案件，其更期望通过教育改造行为人、降低其人身危险性与再犯可能性，并且追根溯源消除致罪的外部因素，实现对基层社会的深度治理。再次，轻罪治理现代化坚持“系统治理、依法治理、综合治理、源头治理”的四维模式。“‘四维治理’是马克思主义辩证法与科学思维在社会治理领域的映射，是中国特色社会治理范式的发展创新。”[6]轻罪的系统治理是指，坚持系统的思维，运用以点带线、由线到面的方式，促使个案办理向类案监督、社会治理延伸。办案人员通过挖掘犯罪行为背后潜在的安全隐患、管理漏洞，解决社会治理中的深层次、隐蔽性难题。轻罪的依法治理是指，应当在法治轨道内推进轻罪治理，包括确保一切有关轻罪治理的改革于法有据，促进轻罪案件处理程序的公正性与透明化，保障涉轻罪行为人的合法诉讼权益，规范公权力机关自由裁量权的行使，实现公正价值与效率价值的动态平衡。轻罪的综合治理是指，治理主体与治理手段的多元化。党的二十大报告指出，“健全共建共治共享的社会治理制度，提升社会治理效能”，其中“共治”是指治理主体以多元参与、通力合作的方式治理社会。之所以强调“共治”是源于，社会治理的复杂性与社会分工的精细化，仅凭单一的治理主体难以破解跨领域、跨地域的治理难题。此外，治理主体可以根据轻罪案件的办理需要综合运用各类治理措施。例如，在数字时代，以大数据、人工智能等新型数字技术赋能轻罪治理，搭建智能量刑辅助

---

[1] 参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，《中外法学》2015 年第 1 期，第 183 页。
[2] 俞可平：《推进国家治理体系和治理能力现代化》，《前线》2014 年第 1 期，第 7 页。
[3] 杨先德：《积极刑法立法下的扩大追诉现象及其司法规制》，《中国刑事法杂志》2021 年第 6 期，第 143 页。
[4] 参见陈兴良：《刑法的启蒙》，法律出版社 2007 年版，第 315-319 页。
[5] 参见郭烁：《少捕慎诉背景下裁量不起诉的比较法再探讨》，《求是学刊》2022 年第 1 期，第 113 页。
[6] 张文显：《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》，《法商研究》2020 年第 2 期，第 17 页。

系统、研发“非羁押”数字监管平台、建立数字检察监督模型。轻罪的源头治理是指，在个案办理中找准“病灶”、检视“病因”、深挖“病根”，并予以消除。习近平总书记曾提出，“法治建设既要抓末端、治已病，更要抓前端、治未病”。轻罪治理要求从案件办理的末端向前端延伸，探寻、整治致罪的内外部因素，扼杀可能的违法犯罪苗头。最后，轻罪治理现代化的路径包括，完善认罪认罚从宽制度、拓宽轻罪案件不起诉的范围、减少适用羁押性强制措施、合理设置轻罪附随后果，建立轻微犯罪前科消灭制度、强化行刑反向衔接机制等等。

推进轻罪治理现代化与加强轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接具有内在契合性。一方面，强化行刑反向衔接有助于激活相对不起诉制度的适用。在轻罪案件大量涌现与替代起诉程序体系不完备的情形下，相对不起诉制度本应承载着重要的程序出罪功能，但其适用比例却远未达到人们的预期，无法将不具备起诉必要性的案件排除在诉讼程序之外。而加强行刑反向衔接有助于落实被不起诉人的行政法律责任，回应被害人、社会公众对于“不刑不罚”的质疑，消除检察人员不敢用、不愿用相对不起诉制度的心理。另一方面，强化行刑反向衔接能够凝聚执法司法主体合力，通过探究轻微犯罪的生发原因、内在规律，以及其可能涉及的安全隐患、制度漏洞，有针对性地教育改造被不起诉人，降低其人身危险性与再犯可能性。加之，依托大数据技术建立数字法律监督模型，精准获取批量行政违法线索，直击轻罪治理深层次的难点和痛点，由此实现系统治理、依法治理、综合治理、源头治理的有机结合，确保社会安定有序与国家长治久安。

四、轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接实体性机制的构建

轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接并非仅指程序意义上的衔接，还包括衔接主体、衔接标准、证据转化等实体性问题。实体性机制的粗疏与缺漏将会使行刑反向衔接陷入空转状态。例如，衔接主体不明导致职能部门相互推脱；衔接标准模糊致使案件反向移送困难；证据转化规则缺失影响行政违法行为的认定。

（一）明确行刑反向衔接的责任主体

开展轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接首先涉及，检察机关内设部门与行政主管部门的双向确定。衔接责任主体不明确是开展行刑反向衔接工作面临的第一道障碍。首先，关于检察机关内设部门的确定。从以往的规范性文件来看，其仅规定人民检察院负有对不起诉案件开展行刑反向衔接的职责，但未具体落实到人民检察院的内设部门。[1]究竟是由检察机关内设的刑事检察部门负责，还是由行政检察部门（原民事行政检察机构）负责，至少在规范上无从得知。实践中，考虑到刑事检察部门的办案便利性，以及行政检察与民事检察合署办公、办案力量薄弱等原因，通常由刑事检察部门负责案件不起诉后的行刑反向衔接工作。直至 2023 年 7 月最高人民检察院下发《衔接制度意见》后，才明确将行刑反向衔接职能赋予行政检察部门，以提高行政检察部门融合履职的要求。确定行刑反向衔接责任主体后，又涉及检察机关内设部门之间的沟通协作。刑事检察部门负责审查起诉工作，较为熟悉案件的证据、事实，而行政检察部门在处理行政法领域的事务上具有更强的能力，那么，如何具体划分两个部门的职责并高效开展衔接工作呢？《衔接制度意见》没有给出十分清晰的答案。对此，有学者认为，刑事检察部门应当承担主导责任，在作出不起诉决定后，审查案件行政处罚的必要性，并给出具体的行政处罚意见及依据，其后移交行政检察部门进行形式审查。[2]而部分检察机关的做法是，先由刑事检察部门将案件移送至行政检察部门，后由行政检察部门就案件事实、情节、管辖、行政处罚必要性等进行审查核实。[3]笔者认为，出于部门办案工作量与行政法专业知识掌握程度的考量，刑事检察部门与行政检察部门应分别负责对行政处罚必要性进行形式审查和实质审查。具言之，刑事检察部门作出不起诉决定后，初步判断案件是否具有行政处罚必要性，若具备的则及时将相关材料移送行政检察部门。行政检察部门围绕案件行政处罚的必要性展开实质审查，并决定是否向行政主管部门提出检察意见。

---

[1] 参见 2011 年《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》第 1 条第 5 项；2015 年《食品药品行政执法与刑事司法衔接工作办法》第 14 条；2018 年《刑事诉讼法》第 177 条第 3 款；2019 年《安全生产行政执法与刑事司法衔接工作办法》第 18 条第 2 款；2021 年《最高人民检察院关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》第 8 条。

[2] 参见李勇，丁亚男：《检察环节行刑反向衔接类型化规则建构》，《中国检察官》2024 年第 5 期，第 54 页。

[3] 参见丁艳红，杨长霏：《违法行为地在外省，行刑反向衔接如何落实——湘黔两地检察机关建立跨区域协作机制》，《检察日报》2024 年 8 月 13 日，第 1 版。

其次，关于行政主管部门的确定。我国行政管理体制与公安司法体制相比具有纷繁复杂的特点。一是行政管理模式不统一，不同的行政部门分别存在垂直管理模式、属地化管理模式、地方和上级的双重管理模式；二是不同领域的行政管理方式不同，部分领域由单一的行政主管部门归口管理，部分领域则由多个行政主管部门联合管理。上述特点使得行政检察部门在开展行刑反向衔接工作伊始就抱有畏难心理。司法实践中，确定行刑反向衔接责任主体的困境具体表现为：第一，涉及多部门联合执法的领域，难以准确确定所有的行政主管部门。例如，在涉固体废物污染环境类案件中，生态环境、卫生健康、农村农业、交通运输等多个行政主管部门均负有监管职责，从而导致行刑反向衔接责任主体确定的困难。[1]其二，检察机关与行政主管部门的层级未必一一对应，需要厘清行政主管部门的执法权限。立法对于行政处罚管辖与刑事案件管辖设定了不同的标准，行政检察部门并非均将案件移送至同级行政主管部门，而需要首先确定行政主管部门的层级，再委托对应的同级检察机关转送检察意见。其三，涉及跨行政区划的案件，确定异地行政主管部门较为困难。部分案件因违法行为发生地与违法结果发生地相分离，而存在跨行政区划开展行刑反向衔接的情形。根据跨行政区划范围的大小，行刑反向衔接责任主体的确定面临不同程度的困难。行政检察部门首先需要确定跨区划的行政主管部门，并据此决定是否将案件移送上级检察机关，最后委托当地的同级检察机关转送检察意见书。针对上述情况，行政检察部门应当从案件涉及的行政违法领域着手，通过查找相关规范性文件确定行政主管部门，并可以就行刑反向衔接事宜与行政主管部门进行提前沟通，以及时调整、补充案件移送对象。对于常见频发案件与跨行政区划案件，可以加强府检联动，由检察机关与行政主管部门共同订立行刑反向衔接协作协议，开展多维度深层次的交流合作。

（二）细化行政处罚必要性判断标准

根据《刑事诉讼法》第 177 条第 3 款规定可知，检察机关作出不起诉决定后，并非一律将案件移送有关主管机关处理，而是先行判断案件是否具有行政处罚必要性。行政处罚必要性是指，按照《行政处罚法》等相关规范性文件的规定，案件满足给予行政处罚的条件。当前，实务人员对于如何判断“行政处罚必要性”尚未形成清晰的思路，从而导致案件反向移送标准不统一，出现“应移未移”“不刑不罚”的追责盲区。笔者认为，行政检察部门可以从如下方面着手，细化对案件行政处罚必要性的审查。

首先，审查被不起诉人是否因本案受过行政处罚。根据“一事不再罚”原理，行为人不应因同一违法行为受到重复的行政处罚。在涉及行刑反向衔接案件中，重复处罚容易出现在以下两种情形。其一，案件系由行刑正向衔接而来，行政主管部门在办理案件之初已对被不起诉人作出行政处罚决定，其后又将涉嫌犯罪的案件移送公安机关。例如，《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第 11 条第 2 款规定，“行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件前已经作出的警告，责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚决定，不停止执行。”其二，考虑到违法犯罪行为持续发生，不及时给予行政处罚将造成严重的法律后果，行政主管部门先给予被不起诉人行政处罚。在行政处罚范畴中，行为罚与资格罚是重要的处罚类型，其对于限制涉案单位及行为人继续从事违法犯罪活动具有明显的效果。例如，在环境污染违法、自然资源违法、生产经营活动违法等案件中，需要及时对涉案单位及行为人作出责令停产停业、暂扣或者吊销许可证的行政处罚，以有效制止违法犯罪活动，避免危害结果的扩大化。

其次，审查案件是否超过行政处罚的追责时效。基于行为危害程度、法律安定性、办案效率等因素的综合考量，立法者对行政处罚追责时效与刑事追诉时效作出不同的规定。一方面，《行政处罚法》设定了一般行政处罚追责时效与特殊行政处罚追责时效两类规则。前者是指，违法行为发生两年后未被发现的，不再给予行政处罚；后者是指，涉及公民生命健康安全与金融安全且有危害后果的违法行为，发生五年后未被发现的，不再给予行政处罚。此外，《治安管理处罚法》规定，治安管理违法行为发生六个月后未被公安机关发现的，不再给予行政处罚。另一方面，《刑法》根据案件法定最高刑期等不同情形，设置了五年至无期限的刑事追诉时效。由于行政处罚追责时效与刑事追诉时效的差异，难免会出现案件处于刑事追诉时效期限之内，但却超过行政处罚追责时效的情

[1] 参见王明双，范永虎：《完善机制规则提升行刑反向衔接质效》，《检察日报》2024 年 8 月 23 日，第 3 版。

形。

最后，审查被不起诉人适用羁押性强制措施的情况。当被不起诉人可能被采取行政拘留措施时，行政检察部门需要对其受过羁押的情况进行审查核实。羁押性强制措施与行政拘留措施在性质上均属于剥夺人身自由的强制措施，存在时间相互折抵的情形。早在 2004 年《公安部关于刑事拘留时间可否折抵行政拘留时间问题的批复》中就已明确指出，行为人因同一行为被刑事拘留和行政拘留的，公安机关在采取行政拘留措施时应折抵其刑事拘留的时间，如果刑事拘留的时间超过被裁决的行政拘留时间，那么行政拘留就不再执行。2024 年《治安管理处罚法》第 92 条规定:“对决定给予行政拘留处罚的人，在处罚前已经采取强制措施限制人身自由的时间，应当折抵。限制人身自由一日，折抵行政拘留一日。”因此，行政检察部门在办理行刑反向衔接案件时，需根据被不起诉人受到羁押的情况，判断采取行政拘留措施的必要性。

（三）建构行刑反向衔接的证据规则

行刑反向衔接的核心在于证据衔接，刑事证据在行政执法领域的转化及使用影响行政违法行为的认定。我国《刑事诉讼法》仅对行政执法证据在刑事诉讼中的转化及使用作出规定，却未触及行刑反向证据衔接问题。《行政处罚法》第 27 条仅仅倡导，行政执法机关与刑事司法机关之间应当加强证据材料移交、接收衔接，但没有细化证据衔接内容。2021 年《衔接工作规定》第 8 条第 2 款原则化地规定，检察机关可以将证据材料一并移送有关主管机关，这同样缺乏对刑事证据材料转化及使用的指引。可见，无论是位阶较高的法律规范，还是专门的规范性文件均未就行刑反向证据衔接进行规定。虽然如此，也仍有部分规范性文件作出初步规定。例如，《公安机关办理行政案件程序规定》第 33 条指出，在办理刑事案件中收集的证据材料可以在行政案件中作为证据使用。《海关办理行政处罚案件程序规定》第 21 条也规定，在办理刑事案件中收集的证据材料，经依法收集、审查后，可以作为行政处罚案件的定案根据。这是对刑事证据在行政执法领域的使用予以肯定，但刑事证据究竟如何进行转化及使用尚不明晰，由此给行政主管部门留下较大的不确定性。例如，刑事证据种类与行政执法证据种类如何进行对接；言词证据与实物证据的转化及使用是否存在二元区分；刑事证据转化后如何适用非法证据排除规则?

首先，确定刑事证据种类与行政执法证据种类的对接。由于刑事诉讼程序与行政执法程序的差异，刑事证据种类与行政证据种类不完全重合。具体体现为，部分证据在两类程序中均存在，但证据名称存在区别；部分证据仅为刑事诉讼程序或行政执法程序所独有。推进行刑反向证据衔接的顺畅性，首先需要实现证据种类的对接。其一，刑事证据种类中的犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解，以及被害人陈述，对应的是行政执法证据种类中的当事人陈述。鉴于两者仅在名称上有异而实质内容相同，行政主管部门可以在转化刑事证据名称后直接使用。其二，侦查实验笔录是办案人员根据侦查需要，以实验方式模拟案件情节的发生情况，并将实验过程及实验结果予以记录的文书，但其在行政执法程序中缺乏对应的证据种类。未来立法应当确认侦查实验笔录在行政执法领域中的证据资格，并明确对于该类证据的审查判断重心在于实验的过程、方法，以及笔录的制作是否符合有关规定。

其次，确立实物证据与言词证据的同一转化路径。《刑事诉讼法》在行刑正向证据衔接中采取实物证据与言词证据二元区分的转化模式，这是对证据质量、司法成本、办案效率等因素的综合考量结果。该类因素在行刑反向证据衔接规则的建构中也同等重要。行刑反向证据衔接是刑事证据在行政执法领域的转化及使用，因此，有必要从行政执法程序的特点与刑事证据质量两个方面展开分析。由于行政案件证明标准总体低于刑事案件证明标准[1]，且行政处罚结果相对轻微，行政执法程序呈现出高效、简便的特点。这使其对于证据质量的要求明显弱于刑事程序。而刑事诉讼坚持排除合理怀疑的证明标准，取证程序的规范化程度高，刑事证据质量有着良好保障。具体到刑事证据转化而言，实物证据的客观属性较强，经及时收集与妥善保管可以稳定维持其原有状态，允许在行政执法领域直接使用实物证据能够保障办案的质量和效率。言词证据的主观属性较强，容易受内外部因素的影响而发生改变，但因轻罪案件中犯罪嫌疑人的认罪积极性高，讯问人员无需施加过多的审讯

[1] 参见徐伟红，高文英主编:《公安机关办理行政案件程序规定理解与适用》，中国法制出版社 2020 年版，第 75 页。

压力，故犯罪嫌疑人供述的自愿性与真实性程度较高。允许言词证据在行政执法领域的直接适用具有可行性。

最后，明确刑事证据转化后非法证据排除规则的适用。行刑反向证据衔接可能涉及非法证据排除的情形，行政主管部门应当适用刑事非法证据排除规则，还是行政非法证据排除规则尚且存在疑问。笔者认为，刑事证据在行政执法领域的使用应当遵循刑事非法证据排除规则。原因在于，我国刑事非法证据排除规则是根据不同的证据种类，在平衡事实认定、权利保障、权力规制的基础上，设定差异化的适用条件与排除模式。而行政非法证据排除规则不是规范刑事证据的专门性规则，缺乏适用的针对性与合理性。当刑事非法证据排除规则未予排除证据时，更不应适用行政非法证据排除规则。加之，从排除证据种类的范围与违法取证手段的尺度来看，行政非法证据排除规则与刑事非法证据排除规则在程序设计上严重违反比例原则的要求，造成轻重失衡的局面。[1]行政非法证据排除规则较之刑事非法证据排除规则的适用更为宽松，将会不当扩大刑事证据排除范围，重复开展证据收集工作，降低行政执法效率。

五、轻罪案件相对不起诉后行刑反向衔接程序性机制的构建

《衔接工作规定》初步构建了案件不起诉后行刑反向衔接的程序性机制，包括案件移送程序、案件处理反馈程序、行刑责任主体沟通咨询程序等等，但这些程序性机制尚不足以支撑行刑反向衔接的良好运作。为进一步促进案件办理的公正性与案件流转的高效性，有必要健全行刑反向衔接的检察听证程序、行政检察监督机制以及信息共享平台的建设。

（一）完善行刑反向衔接的检察听证程序

检察机关在办案过程中认为案件处理存在较大争议，或具有重大社会影响的，可以借助听证方式综合考量各方意见后作出处理决定，从而保障司法公正与提升检察公信力。随着 2020 年《人民检察院审查案件听证工作规定》（以下简称《听证工作规定》）的出台与案件不起诉后行刑反向衔接工作的强调，部分检察机关开展行刑反向衔接时采取了听证方式。实践做法可以概括为以下两种模式：一是相对不起诉与行刑反向衔接的联合听证模式。刑事检察部门在办理拟相对不起诉案件中召开听证会，就案件是否具有起诉必要性听取各方意见。与此同时，行政检察部门也附带解决被不起诉人行政处罚必要性的问题。最终，检察机关在充分听取与深入分析各方意见的基础上作出案件处理决定。二是行刑反向衔接的独立听证模式。案件被相对不起诉后，行政检察部门以听证方式判断被不起诉人行政处罚的必要性，并决定是否向行政主管部门制发行政处罚的检察意见书。联合听证模式较之独立听证模式更能够节约司法成本，但也将导致起诉必要性的判断因受行刑反向衔接听证的影响而具有不起诉倾向性。行刑反向衔接的独立听证模式是更为合理的选择，但有关听证程序的具体适用尚待进一步明确和细化。

首先，关于行刑反向衔接检察听证的适用情形。召开听证会意在解决案件争议与增强办案透明度，同时也将耗费一定的人力、物力及时间成本。因此，并非所有涉及行刑反向衔接的案件均有召开听证会的必要。根据《听证工作规定》第 4 条可知，检察听证的适用条件是，案件在事实认定、法律适用等方面存在较大争议，或者具有重大社会影响。具体到行刑反向衔接案件中应当理解为，在行政违法事实认定、行政法律适用、案件处理上存在较大争议，或者是否给予被不起诉人行政处罚将产生重大社会影响。其次，关于行刑反向衔接检察听证解决的主要问题。各方参与人员将围绕被不起诉人行政处罚的必要性进行阐述与讨论。相关证明材料包括案件事实，被不起诉人的从宽情节、家庭状况、经济承受能力及受过行政处罚情况，被害人的谅解情况等等。再次，关于行刑反向衔接检察听证的参与人员。行政检察部门、被不起诉人、听证员作为基本参与人员，同时可以邀请人大代表、政协委员、人民监督员、特约检察员、专家、学者、律师等其他社会人士参与听证会。最后，关于行刑反向衔接检察听证的流程。行政检察部门先向与会人员介绍案件的基本情况、解释行刑反向衔接制度、说明听证会所要解决的问题、拟给予或不给予被不起诉人行政处罚的理由及依据。随后由被不起诉人从案件事实、从宽情节、个人情况等方面阐述自身行政处罚的必要性。听证人员等在听取上述陈述后向被不起诉人提问，并对其是否具有行政处罚必要性进行评议及发表独立

[1] 参见张泽涛：《行政执法证据转化为刑事证据的制度困境及其破解》，《比较法研究》2024 年第 4 期，第 130 页。

意见。其后，被不起诉人发表最后陈述意见。行政检察部门在充分听取各方人员意见的基础上，就是否将案件移送行政主管部门追究法律责任作出决定。

（二）构建行刑反向衔接的检察监督机制

传统观点认为，“行政检察要围绕行政诉讼监督展开，或者说，行政检察的核心是行政诉讼监督”[1]。2014 年党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》），其从顶层设计层面将行政检察监督范围拓宽至行政违法行为等领域。2021 年，党中央高度重视完善国家法律监督体系，并出台检察监督工作的纲领性文件《加强监督意见》。该文件重申了《决定》关于检察机关对行政违法行为开展法律监督的改革举措。在两份政策性文件的指引下，法律监督覆盖范围愈加宽泛，行政检察监督职能得到扩充，行政违法行为获得及时干预。但在实践中，检察人员对于行政违法行为进行法律监督并非易事，因为行政主管部门浩如烟海且行政行为复杂多样，检察人员准确获取行政违法线索相对困难。行刑反向衔接则是检察人员开展法律监督的良好场域。究其原因在于，行政检察部门承担着制发行政处罚检察意见与监督行政执法情况的双重职责，其具有开展法律监督工作的便利条件。为了加强检察机关与行政执法机关的配合，构建检察监督与行政执法衔接制度，最高人民检察院于 2023 年制定了《衔接制度意见》，其中明确规定要积极推动行政违法行为监督工作，并确认行政检察部门的主体责任。遗憾的是，目前包括《衔接制度意见》在内的规范性文件均未就行政违法行为的法律监督作出系统性规定。这导致行政检察部门推进法律监督工作面临一定的困难。法律监督的运作逻辑不外乎是发现线索、调查核实以及督促纠正，那么构建行刑反向衔接的检察监督机制也应当从这三方面着手。

首先，建立大数据行政检察监督模型，精准获取批量性违法线索。为了顺应数字时代的发展，创新驱动检察工作提质增效，最高人民检察院提出深入实施数字检察战略。在数字检察战略下，行政检察人员应从个案办理切入，探究该类案件存在的一般性问题，以及行政主管部门在行政执法、制度管理、衔接机制上的漏洞，并尝试建立大数据法律监督模型。随后，通过数据碰撞、分析、比对，筛查批量的行政违法线索，经调查核实后提出治理型检察建议，进而实现数字技术赋能法律监督的目标。其次，充分运用调查核实权，准确认定行政违法行为。参照行政诉讼监督的相关做法，检察人员发现行政主管部门违法行使职权或不行使职权的，可以通过查阅行政处罚检察意见书，要求行政主管部门说明情况，询问被不起诉人、知情人员及其他人员等方式审查认定违法行政行为。最后，增强检察建议的刚性效力，实现法律监督的良好效果。检察人员确认行政主管部门存在不作为与乱作为情形后，可以向其制发检察建议书督促纠正违法行为。但由于“检察机关在行政检察中无法对行政主体的实体利益、行为活动进行处置，仅有权发动、运行行政检察程序”[2]，故行政检察监督的效果依附于行政主管部门的整改自觉。依靠外部机制强化检察建议的刚性效力是更为可行的方式。《人民检察院检察建议工作规定》第 25 条对行政主管部门不予整改或整改不到位的情形设置了通报机制。[3]此外，还可以将行政主管部门落实检察建议的情况纳入考核评价体系，督促其依照检察建议进行整改。

（三）健全行刑衔接信息共享平台的建设

近年来，《行政处罚法》《衔接工作规定》等多个规范性文件均指出，要建设行刑衔接信息共享平台，完善案件信息通报机制。部分地区较早搭建起行刑衔接信息共享平台，但平台的建设及运转仍有相当的完善空间。具体体现为，其一，行刑衔接信息共享平台往往服务于行刑正向衔接，信息录入端口仅向行政主管部门开放。[4]其二，全面推进行刑衔接信息共享平台建设的难度大，因为行政执法主体多元，且行政管理体制、行政执法程序、行政执法权责错综复杂。[5]其三，实务人员使用行

---

[1] 龚云飞：《新时代行政检察监督：“做实”的路径与方法》，《检察日报》2019 年 9 月 9 日，第 3 版。

[2] 陈家勋：《行政检察：国家行政监督体系中的补强力量》，《现代法学》2020 年第 6 期，第 127 页。

[3] 《人民检察院检察建议工作规定》第 25 条规定：“被建议单位在规定期限内经督促无正当理由不予整改或者整改不到位的，经检察长决定，可以将相关情况报告上级人民检察院，通报被建议单位的上级机关、行政主管部门或者行业自律组织等，必要时可以报告同级党委、人大，通报同级政府、纪检监察机关。符合提起公益诉讼条件的，依法提起公益诉讼。”

[4] 参见李冠豪，李密：《轻罪不起诉后行刑反向衔接机制的有效运行》，《人民检察》2023 年第 20 期，第 83 页。

[5] 参见王次富：《行政检察监督视角下完善“两法衔接”制度研究》，《中国检察官》2020 年第 2 期，第 58 页。

刑衔接信息共享平台的积极性不高，存在不及时、不准确录入信息的情况。[1]完善行刑衔接信息共享平台的前提在于明确平台建设的目标。平台建设的总目标是实现行政主管部门与检察机关的数据交互及信息共享，其中又可细分为四项子目标。一是对于行刑正向衔接而来的案件，检察机关借助平台向行政主管部门通报案件处理情况，使其知悉案件已被作出不起诉决定，并且可能需要给予行政处罚。二是检察机关通过平台录入相关案件材料、不起诉决定书、检察意见书，实现案件的线上移送，从而简化行刑反向案件移送环节。三是行政主管部门通过平台录入案件的处理结果或办理情况，以便行政检察部门掌握执法信息并开展法律监督工作。四是检察机关通过平台录入办案中发现的行政违法线索与检察建议书，以便行政主管部门及时查处相关违法行为与开展行业治理。

健全行刑衔接信息共享平台建设，强化数字技术赋能行刑反向衔接工作，可以从如下方面着手。首先，扩大行刑衔接信息共享平台的覆盖范围。上文已述，在行刑反向衔接中，检察机关对接的行政主管部门具有多元化与多层级的特点。根据行政主管部门层级的不同，检察机关将会自行移送检察意见，或者指令下级检察机关提出检察意见，又或者层报上级检察机关决定并提出检察意见。基于行刑反向衔接责任主体的广泛性，行刑衔接信息共享平台的覆盖范围应当尽可能地扩大。有学者建议，应由国务院及相关机构立足顶层设计，分批次推进，最终建成覆盖所有检察机关、公安机关及行政主管部门的信息共享平台。[2]另有学者建议，可以直接将“两法衔接”模块嵌入由司法部牵头搭建的全国行政执法信息平台。[3]其次，拓宽行刑衔接信息共享平台的功能设置。在平台中增设行刑反向衔接板块，确保检察机关能够及时通报案件信息、移送案件材料、行政违法线索，送达检察意见书、检察建议书，以及行政执法机关能够及时反馈案件处理结果或办理情况。最后，明确行刑反向衔接信息共享的范围及时限。一方面，检察机关应将案件材料、行政违法线索、不起诉决定书、检察意见书、检察建议书等全面录入信息共享平台。另一方面，参照《衔接工作规定》的相关做法，检察机关应在不起诉决定作出之日起三日内，将相关信息录入平台并进行案件线上移送；行政主管部门自收到检察意见书后的两个月内在平台录入案件的处理结果或办理情况，若情况紧急需要立即处理的，由检察机关自行确定行政主管部门的回复期限。

六、结语

行刑衔接产生于行政违法与刑事犯罪二元区分的立法模式，其中包含行刑正向衔接与行刑反向衔接两个向度。长期以来，学界与实务界对行刑衔接的关注集中于行刑正向衔接，以应对市场经济快速发展之下行政主管部门有案不移、有案难移、以罚代刑现象。自刑事司法领域出现“双升双降”现象与轻罪案件程序性规模化出罪以来，案件相对不起诉后的行刑反向衔接问题逐渐受到重视。轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接蕴含着强劲的实践内生动力与坚实的理论根基。但因现行立法对行刑反向衔接的规定趋于原则化，故检察机关与行政主管部门的衔接配合程度并不高。行刑反向衔接的实体性机制与程序性机制亟待完善构建。轻罪案件相对不起诉后的行刑反向衔接仅是行刑反向衔接领域的一个重要组成部分，未来研究可以对行刑反向衔接的实践及理论问题进行不断拓展与深化。

[1] 参见文哲：《行刑衔接信息共享机制的构建》，《人民检察》2024 年第 5 期，第 74-75 页。
[2] 参见王次富：《行政检察监督视角下完善“两法衔接”制度研究》，《中国检察官》2020 年第 2 期，第 58 页。
[3] 张相军：《统筹推进行刑双向衔接与行政违法行为监督》，《人民检察》2023 年第 11 期，第 47 页。

裁量不起诉制度的功能厘清与体系化构建

吴桐*

摘 要 在积极刑法观的主导下，“实体入罪”与“裁量不起诉”的组合方式不仅是当前我国轻罪治理的核心方案，也契合了我国犯罪治理的刑事一体化研究趋势。在轻罪治理问题上，裁量不起诉既可以缓和刑罚和犯罪附随性后果的负面影响，又可以通过利益衡量的不确定性和非刑罚制裁来保留威慑、矫治效果。从功能结构主义的视角来看，裁量不起诉主要具有提升效率、促进协商、犯罪治理三项制度功能。不同制度功能对应的裁量不起诉结构也存在差异性，即裁量不起诉的功能正当性越充分，其适用范围越大、适用条件越多元、出罪效力越稳定。为了充分发挥裁量不起诉在轻罪治理中的实践效果、防范裁量不起诉权的失衡风险，需要按照裁量不起诉的制度功能划定其制度结构，将裁量不起诉分别与非刑罚制裁、协商条件、修复义务、矫治措施进行结合，从而构建出一套具有层次性的裁量不起诉制度体系。

关键词 轻罪治理 刑事一体化 程序出罪 裁量不起诉 功能结构主义

一、问题的提出

当前我国社会正处于转型期与发展期，风险社会的现实图景配合着治理型司法模式大有将刑事司法前置化的发展趋势。无论是刑法还是刑事诉讼法都在不同程度上被视为“社会管理法”，承担着社会管理职能。[1]可以说，犯罪化是我国近年刑事立法的鲜明写照。与犯罪化趋势相对应的则是“案多人少”的司法实践压力和“案结事了”的社会治理压力。“近年来，刑事犯罪结构发生重大变化，我国逐渐进入轻罪时代。”[2]在趋势与压力的双重作用下，我国转型期刑事司法主要呈现出以下三个特点：第一，多元社会中的极端冲突剧增，而现有刑事司法体系缺乏应对能力；第二，司法权威和司法公信力严重不足；第三，制度改革目标与实践施行妥协并存。[3]如果将目光聚焦在更为具体的刑事一体化视角来看，在刑法学领域，“严而不厉”被视为我国刑法发展趋势的一个理想目标。[4]学界对于“不厉”代表的刑罚轻缓化观念基本不持异议，但对“严”所代表的缜密刑事法网则存在正当性与有效性层面的争议。尤其是近年来，为了有效参与社会治理，我国刑法逐渐呈现出立法活跃化的倾向，“犯罪门槛下降和轻罪数量增加成为刑法立法的重要特色”。[5]持积极主义刑法观的学者认为，由于我国采取定性与定量结合的犯罪概念构成方式，相较于域外国家的“立法定性，司法定量”而言已经严格缩限了犯罪数量，因此，适度的犯罪化仍是我国刑法结构调整的总体趋势。[6]反对者则认为，目前我国刑法立法并非“适度犯罪化”，而是“过度犯罪化”与“象征性立法”。[7]这种立法趋势不仅存在“因谦抑性不足而损害法的人权保障功能”“因执行不足而损害了刑法的实用主义功能”等弊端，[8]定罪附带的诸如“职业禁止”“资格限制”等前科效应也已经明显违背了罪责自负的基本法治精神，带来巨大的负面效应。[9]

可以看出，目前针对轻罪立法这一客观存在的立法现象，刑法学界存在明显的立场冲突，并以此延伸出对刑法功能、刑罚正当性等问题的深入思考。对于刑事诉讼而言，学者往往将检察机关的裁量不起诉权作为缓和轻罪立法的配套措施，尤其是主张积极主义刑法观的学者尤为推崇检察机关的裁量不起诉权。“治理好轻罪问题，是刑事法治体系的共同任务。其中，既需要刑法在实体上的全

---

* 吴桐，中央民族大学法学院讲师，硕士研究生导师，法学博士。

本文系中国刑事诉讼法学研究会一般项目“不起诉制度体系化整合的立法建议”结项成果。

1 参见何荣功：《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，载《中外法学》2015 年第 2 期，第 531 页。

2 陈卫东：《论中国式轻罪治理体系现代化的程序法供给》，载《中国法治》2023 年第 9 期，第 19 页。

3 参见胡铭：《法律现实主义与转型社会刑事司法》，载《法学研究》2011 年第 2 期，第 62-63 页。

4 郝冠揆：《犯罪分层的中国路径》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 1 页。

5 何荣功：《我国轻罪立法的体系思考》，载《中外法学》2018 年第 5 期，第 1202 页。

6 参见付立庆：《论积极主义刑法观》，载《政法论坛》2019 年第 1 期，第 100 页；周光权：《论通过增设轻罪实现妥当的处罚——积极刑法立法观的再阐释》，载《比较法研究》2020 年第 6 期，第 40 页；刘仁文：《我国行政拘留纳入刑法体系构想》，载《法制与社会发展》2021 年第 5 期，第 47 页；等等。

7 参见何荣功：《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，载《中外法学》2015 年第 2 期，第 279 页；

8 刘艳红：《象征性立法对刑法功能的损害》，载《政治与法律》2017 年第 3 期，第 35 页。

9 参见崔志伟：《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》，载《现代法学》2021 年第 6 期，第 168 页。

方位供给，也需要刑事诉讼在程序上的支撑与策应。二者缺一不可。”[1]轻罪立法与裁量不起诉的组合成为当前轻罪治理的一套具有说服力的理论方案。近年来，检察机关对不起诉权的适用态度也有所转变，明显更加重视不起诉制度的犯罪治理功能。因此，轻罪立法与不起诉出罪的理论方法也得到刑事司法实践机关的认可。

然而，由于我国刑法的犯罪构成中存在“罪量要素”，法定不起诉中的犯罪情节显著轻微和酌定不起诉中的犯罪情节轻微存在模糊地带。犯罪情节轻微与免予处罚之间的关系不明，裁量不起诉在适用范围上容易被泛化。因此，作为轻罪治理核心举措的裁量不起诉制度仍存在诸多问题有待回应。如裁量不起诉是否需要受到实体规范的限制，即如何理解“犯罪情节轻微”“不需要判处刑罚”和“免除刑罚”之间的关系。酌定不起诉与和解不起诉、认罪认罚不起诉、附条件不起诉之间是何种关系，在裁量不起诉内部是否应存在层次化的出罪机制。基于此，本文将以“功能—结构”为视角，讨论裁量不起诉的制度功能以及相应的理论依据，并以功能为区分标准划定我国裁量不起诉的层次性结构。

一、刑事一体化视野下裁量不起诉的制度功能

罪刑法定原则与正当程序原则从实体和程序两个方面共同构建了“犯罪认定”的完整架构。“从刑事一体化的视角考察，行为构成犯罪是实体法的刑事违法性、证据法的证据充分性与程序法的庭审确认性三位一体的概念。”[2]从定罪权专属于人民法院的宪法规定可以反向推导出“无罪认定权”分属于公安机关、人民检察院和人民法院。但“非罪”与“出罪”仍存在区别，非罪是指犯罪不成立，具有可以分为“不是犯罪”“没有证据证明有犯罪”两种情形，而出罪则是指将属于犯罪的行为予以“出罪”。因此，从逻辑关系上看，出罪的前提在于“成立犯罪”。对于人民法院而言，其既存在终止审理的不起诉行为，也存在宣告无罪的实体评价行为。人民检察院虽然不具有“认定有罪”的权力，但其作出的不起诉决定附带产生“实体无罪”的法律效果。因此，裁量不起诉的犯罪治理功能主要表现为缓和定罪免刑的制裁效力和以裁量出罪的形态保持追诉犯罪的威慑效力。

（一）缓和定罪免刑的制裁效力

如果按照理想状态，无罪、定罪免刑和定罪判刑三者的制裁效力是依次递增的。对于人民法院而言，上述三种形态均可以由法官通过判决作出，也不存在制裁效力的错位的。然而，对于人民检察院而言，无论是法定不起诉、裁量不起诉、和解不起诉还是针对未成人的附条件不起诉均对应的“无罪”。其中，法定不起诉与无罪判决所对应的“无罪”具有一致性。酌定不起诉、和解不起诉与附条件不起诉的制裁效力则处在无罪判决与定罪免刑之间。

因此，定罪免刑与裁量不起诉的最大差异在于“是否宣告有罪”。

首先，相对于裁量不起诉的无罪定性，宣告有罪的法律评价对于微罪被告人是一种严厉的否定性评价。我国目前的前科刑事法效应具有“刑罚附随性制裁”的效果，即“与犯罪人直接关联的，基于其所受的刑罚惩罚所发生的职业限制与排斥、落户积分和考试资质的限制、社会评价的减损、义务负担增加等负价值与不利益”。[3]正是由于我国存在这种附随性制裁所以导致司法实践中微罪的负面效应实际上并不轻微。即使消除微罪的前科效应，仅从宣告有罪来看，定罪免刑与不起诉仍存在区别。正如美国学者亚历山德拉·纳塔波夫指出“无论如何，刑事定罪都是一个分量沉重的声明。它向全社会传达了被判决者的负面信息，尤其是昭告天下，‘他（她）做了坏事’。”[4]刑罚以及定罪的前科效应侧重于刑法的特殊预防，而宣告有罪对于微罪发挥着警示型的一般预防作用。因此，相较于不起诉的无罪宣告而言，定罪免刑对于微罪的“有罪宣告”实际上是“微罪入刑”的基础，即通过宣告有罪来发挥刑法对社会治理的积极作用。因此，从目前刑法学者针对微罪扩张效应提出的应对措施来看，立案侦查阶段的不立案或撤销案件是通过出罪来消除微罪的附随效果，定罪免刑则是依靠“前科消灭”，保留“宣告有罪”。然而，从一般预防的效果来看，无论是从威慑潜在犯罪角度出发的消极一般预防理论还是提倡公民遵守规范的积极一般预防理论来看，刑罚的统一性和稳定性是预防理论发挥作用

1 樊崇义：《中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践》，载《中国法律评论》2023 年第 4 期，第 196 页。
2 参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 164 页。
3 王瑞君：《“刑罚附随性制裁”的功能与边界》，载《法学》2021 年第 4 期，第 44 页。
4 [美]亚历山大·纳塔波夫：《无罪之罚：美国司法的不公正》，郭航译，上海人民出版社 2020 年版，第 56 页。

的基本条件。[1]但裁量不起诉的“无罪”与法官定罪免刑的“有罪”明显存在对“同一行为”的不同评价，这使其在“宣告有罪”的一般预防层面上也存在制裁效力落差。

其次，相对于裁量不起诉不留下犯罪前科记录，定罪附带的前科效应对于微罪被告人有严重影响。我国现行《刑法》中存在八个法定最高刑为一年有期徒刑以下的罪名，学界将此类犯罪称为“微罪”，从而与法定最高刑为三年以下有期徒刑的轻罪相区分。以“醉酒驾驶型危险驾驶罪”为例，我国刑法学者对于“微罪入刑”的正当性存在不同观点。肯定者在通过法益保护原则和比例原则论证微罪入刑正当性的同时，也认为“可以单独或并科设定资格刑、设置从业禁止条款以提高刑罚惩治教育效果，同时设计微罪前科封存体现刑法的宽宥性”。[2]随着积极主义刑法观的兴起，立法上对于诸多轻罪和微罪的确立，刑事政策的不断趋严，使得普通的公民越来越容易落入刑事法网，进而被定罪量刑。一旦被贴上前科的标签之后，其背负的前科成为刑事司法程序中两个关键评估，即社会危险性评估和人身危险性评估的重要指标，这使其更容易再次进入刑事法网的打击范畴。因此，对于同一犯罪主体而言，在审查起诉阶段被裁量不起诉处理和在审判阶段被定罪免刑存在实质性差异，即特殊预防层面上的制裁效力落差。

最后，定罪免刑代表的轻罪审理程序与裁量不起诉对于犯罪嫌疑人、被告人而言也存在程序层面上的惩罚效力落差。刑事诉讼程序既是保障犯罪嫌疑人、被告人权利的必需品，漫长的程序对于犯罪嫌疑人和被告人而言也意味着“痛苦”。因此，正当程序的反面是“程序即惩罚”。轻罪审理与不起诉在程序层面上对于犯罪嫌疑人、被告人的意义也存在实质区别。在我国司法实践中，轻罪审理意味着被告人需要接受更长时间的未决羁押。未决羁押作为一种“必要的恶”需要具有一定限度和例外性是法治国家对刑事诉讼制度的底线要求。如何解决“羁押是例外”既是刑事诉讼理念革新的关键，也必须依赖于具体的制度设计。与之相对应的是，在捕诉合一的背景下，如果犯罪嫌疑人满足定罪免刑的实体条件，检察机关很可能在审查逮捕环节就对其不予以批捕。这就可能造成被不起诉的犯罪嫌疑人和被定罪免刑的被告人所承受的未决羁押天数存在明显落差。“虽然审前羁押不应该是惩罚，但被告人受到的审前羁押可以折抵其将来被判处的任何监禁刑。换言之，审前羁押具有成为刑罚的可追溯性。”[3]对于定罪免刑的被告人而言，审前羁押的天数无需折抵本就不存在的刑期，自然也无法获得补偿，单纯属于“惩罚”性质的羁押。

综上所述，我们可以发现同一犯罪行为在不同诉讼阶段可能获得不同的法律评价。当检察机关对可以不起诉的犯罪行为提起公诉就意味着其对犯罪嫌疑人的否定评价，法院对其判处“定罪免刑”是基于追诉行为的否定评价而作出的。因此，定罪免刑与裁量不起诉之间存在的制裁效力落差是裁量不起诉在轻罪治理问题上的第一重制度功能。

（二）以裁量判断保留威慑效果

法定不起诉、证据不足不起诉与以酌定不起诉代表的裁量不起诉是针对“不构成犯罪”与“不进行刑罚处罚”两种处理方式。法定不起诉不存在“入罪再出罪”的环节，其典型特征为“法定性”，即当案件满足法定不起诉条件时，公安司法机关应当作出程序终止处理，并不存在裁量判断的空间。因此，法定不起诉由于其并未给检察机关提供裁量判断的空间其属于检察机关“不入罪”的权力。这种不入罪权力来源于我国刑事诉讼法第 12 条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”。因此，公检法三机关均有“不入罪”的判断、决定权。当证据不足以证明犯罪嫌疑人有犯罪事实或有证据证明犯罪嫌疑人有犯罪构成要件内的入罪事由时，检察机关应当作出证据不足不起诉的决定。两者均非裁量不起诉，也存在合目的的裁量判断。

“自由心证所要解决的是真实性这一事实层面的问题,而起诉裁量权项下的自由裁量所要解决的则是起诉是否具备合目的性的问题。”[4]法律解释则对应的是严格解释还是宽松解释以及不同条文涉及的教义学解释立场。我国裁量不起诉依据的是公诉裁量权，理念根基在于起诉便宜主义。“裁量是

1 参见陈金林:《刑罚的正当化危机与积极的一般预防》，载《法学评论》2014 年第 4 期。

2 李翔:《论微罪体系的构建——以醉酒驾驶型危险驾驶罪研究为切入点》，载《政治与法律》2022 年第 1 期，第 43 页。

3 [美]亚历山大 · 纳塔波夫:《无罪之罚：美国司法的不公正》，郭航译，上海人民出版社 2020 年版，第 62 页。

4 孙远:《起诉裁量权的概念、范围与程序空间》，载《求是学刊》2022 年第 1 期，第 95 页。

工具，这种工具对个别化的正义是不可或缺的。”[1]公诉裁量权是指检察机关对于移送起诉的案件，在法律授权范围内，酌情作出起诉或不起诉决定以及起诉后进行变更的权力。[2]检察机关在进行公诉与否的裁量时不仅要对案件进行形式审查，还应进行实质的价值评估。裁量的独特性在于赋予决策者更为自由和宽泛的判断空间。这反映出起诉便宜主义兼采实体正义与效益双重目标的特性。[3]不仅如此，公诉裁量分为“是否符合裁量的前提条件”以及“裁量后是否符合不起诉条件”的两步审查。因此，对于检察机关而言，其裁量后作出的起诉或不起诉决定仅受“公平与否”的实质价值审查，而非“正确与否”的诉讼条件审查，对于符合裁量出罪条件的行为，检察机关有权自由裁量出罪。

在制裁效果上，正是由于裁量不起诉是裁量判断后对案件作出的程序终止决定，所以裁量不起诉与无罪判决相比仍保留着再次追诉的制裁效力。在刑事司法中，无罪判决具有以下三种理论功能：第一，对于被告人而言，无罪判决公开宣告其为清白之身。第二，对于法律秩序而言，无罪判决彰显了法院对实体法和程序法适用的态度。第三，对于案件本身而言，无罪判决具有权威性和一事不再理效力。但一事不再理的维护判决权威性价值追求无法直接作用于裁量不起诉。如德国刑事诉讼法中检察官作出的程序停止决定并无如同判决一样的确立力效果，即便检察官基于同一事实以及法律状态下重新起诉也是被允许的。但对于裁量出罪型程序停止决定，若该决定是经过被程序停止者同意而做出的，则只有在发现新事实的前提下，才可以重新起诉。寄望于通过赋予不起诉决定以实质确定力来防范不起诉后的随意再诉，不仅违背法院最终裁决原则和控审分离原则，而且容易放纵犯罪，进而引发民众的不满和司法公信力的下降。[4]

与法定不起诉与证据不起诉的“法定性”相比，裁量不起诉的裁量性又可以在“是否裁量不起诉”的判断过程中，保留不予出罪处理的制裁效果。裁量不起诉的价值在于，此种出罪属于裁量判断后的结果，具有个案判断的灵活性。裁量不起诉不会动摇犯罪化立法的一般预防效果，轻罪立法对社会民众的威慑作用不会因个案裁量不起诉而发生根本性动摇。与此同时，裁量不起诉在修正刑罚一般预防功能的同时，也能够根据犯罪嫌疑人的具体情况来实现特殊预防效果，具体表现为附条件出罪中的“所附条件”和出罪后的非刑罚制裁。

二、我国裁量不起诉制度的层次性失衡问题

轻罪治理既强调“轻罪”与“重罪”的犯罪分层理念，也是实现有“治罪”到“治理”的立场转变。在外部，轻罪治理相较于重罪治理和轻罪治罪，更加强调应对犯罪形势的多元化手段。在轻罪治理的内部，裁量不起诉也存在层次性划分，主要表现为出罪的判断要素和出罪的适用范围之上。一般而言，出罪判断的要素越多，对应的适用范围应该越大。而我国当前的裁量不起诉却存在层次性失衡的问题，这也制约了裁量不起诉的轻罪治理效果。

（一）裁量不起诉的层次性理念

裁量不起诉的功能与结构互动关系决定了裁量不起诉应具有层次性，即裁量不起诉的功能正当性越充分，其适用范围就应越大。裁量不起诉的功能论是回答为何刑事司法制度需要检察裁量的关键。若要全面认识裁量不起诉，需要为其设置三个维度：一是提升刑事司法效率的裁量不起诉，也就是将裁量不起诉作为减轻刑事司法机关负担的举措；二是协商解决刑事纠纷的裁量不起诉，即将裁量不起诉作为刑事司法机关解决刑事纠纷的筹码；三是实现刑事政策的裁量不起诉，即利用司法能动性，将裁量不起诉作为贯彻落实刑事政策的方式，发挥裁量不起诉的犯罪治理效果。裁量不起诉制度在实现上述功能的方面则依赖于与其功能对应的技术规范，即制度结构。

在效率功能上，积极主义刑法观伴随着刑事立法的活性化在案件数量方面增加了刑事诉讼程序的总体负担，而正当程序革命带来了刑事诉讼程序复杂化、对抗化则增加了单一案件消耗的诉讼资源。在特点的时间点上，一国的刑事司法资源是恒定的。诉讼程序越正当，诉讼成本就越高。以追诉放弃为表现形式的裁量不起诉在追求诉讼效率的同时，也需要维持程序正当性的基本要求。具体在制度结构上则表现为适用对象的有限性和决策过程的单一性。前者是从实体上避免效率价值动摇

1 [美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义——一个初步的研究》，毕洪海译，商务印书馆 2009 年版，第 26 页。
2 武晓慧：《论公诉裁量权的运行与程序控制》，载《中国刑事法杂志》2016 年第 1 期，第 76 页。
3 参见汪建成：《论起诉法定主义与起诉便宜主义的调和》，载《中国人民大学学报》2000 年第 2 期，第 91 页。
4 参见周长军：《公诉权滥用论》，载《法学家》2011 年第 3 期，第 33 页。

基本的罪责原则，后者则是为了更好地提升诉讼效率，而非将刑事审判的负担转移至检察机关。一般而言，以提升效率为主导功能的裁量不起诉通常限于轻微且无追诉公共利益的犯罪。但诉讼效率不是此类裁量不起诉的唯一论据，因为如果公共利益要求提起公诉，那么检察官就不应当仅仅为了节省财力或人力而不去起诉。[1]但当案件并无追诉的公共利益，国家通常不必担忧放弃追诉会导致公民的不满情绪或丧失守法态度。[2]因此，对于犯罪情节轻微且无追诉公共利益的犯罪，裁量不起诉通常是基于提升效率的目的对其出罪。如果将效率作为裁量不起诉的主导价值取向，那么就应当设置与其价值取向配套的制度结构，否则不仅裁量不起诉的功能无法形成，立法者期待的节省司法资源的效果也难以实现。“一项刑事起诉程序设计得愈繁琐、复杂，检察官起诉中所受的限制则愈多，起诉过程中的经济消耗费也就愈大。”[3]因此，裁量不起诉的功能若是提高刑事诉讼效率，则应尽可能地避免出现意见冲突的可能性。如果在强化裁量不起诉的同时将裁量不起诉的过程复杂化，显然是将刑事案件的处理压力由法官转移至检察官，这样会使检察机关同样面临案多人少的压力。因此，简化裁量出罪的过程，缩限参与主体是实现效率功能的制度要求。

协商解决纠纷的核心功能为“尊重当事人的自治和处分权”。对于审判机关而言，接受裁量不起诉结果虽然节省了审判资源，但更为关键的是尊重当事人的处分权。对于检察机关而言，协商的充分性和有效性与减轻司法负担的要求是存在一定冲突的。判断裁量不起诉是否发挥“协商解决纠纷”的功能，取决于协商过程是否平等。在制度功能上，轻微且无追诉公共利益的案件通常是“天然的无争议案件”才能赋予裁量不起诉追求效率功能的正当性，那么经过合意后的无争议案件自然也会进一步扩大裁量不起诉的适用范围，使其突破轻微犯罪且无追诉公共利益犯罪的案件范围限制。因此，合意真实性、控辩协商的处分性共同支撑起裁量不起诉的“协商解决纠纷”功能。与之相对应的制度结构则是以“确保协商自愿性”为基础的程序设置，协商过程应保持平等且多元，协商结果应具有权威性和可接受性。

在犯罪治理功能上，如果按照功能的属性来看，无论是提升司法效率还是协商解决纠纷均是将“出罪”作为一种“外部工具”，而非“内在核心”。这也是裁量不起诉会引发理论质疑的原因。因此，在效率型裁量不起诉、协商型裁量不起诉之外，裁量不起诉仍存在一种犯罪治理功能，即作为犯罪治理方式的裁量不起诉。这种功能是以“出罪”为基础建立的内在功能。犯罪治理功能是由刑罚理念转变和刑事政策共同推进的，也必然会以“实现犯罪治理”作为价值目标。具体表现为前置的附条件不起诉和后置的非刑罚制裁。相较于提升司法效率、促进协商功能而言，犯罪治理功能的正当性最为充分，即通过裁量不起诉与其他附加条件的组合在刑事诉讼程序内实现犯罪治理的目标。此时，通过程序的犯罪治理与通过刑罚的犯罪治理属于两种平行的犯罪治理方式。但与此同时，犯罪治理型裁量不起诉中所附条件的“制裁属性”也最为明显。无论是对涉案企业进行合规整改，还是对行为人进行矫治，都是多元化制裁、矫治的表现。因此，从“功能——结构”的视角来看，裁量不起诉的功能从“提升司法效率”到“协商解决纠纷”再到“革新犯罪治理”，其功能的正当性愈发充分，适用范围也应随之扩大。这在规范结构上表现为规范内容更加复杂、实体限制性规定愈发宽松，但出罪效力也应更加稳定。

（二）裁量不起诉的行为类型

裁量不起诉主要表现为检察机关行使刑事法律规范赋予的起诉裁量权终止刑事案件进程。在我国检察机关拥有的起诉裁量权种类繁多。根据不同标准，检察机关的裁量不起诉整体呈现出如下分类情形。

1.起诉放弃与附条件出罪

根据是否附加出罪条件或要求，裁量不起诉可以分为“起诉放弃”和“附条件或要求出罪”。我国的裁量不起诉表现为“单纯的起诉放弃”，即在事前不附加任何额外条件的出罪，其余不起诉均在不同程度上附加了出罪条件或者要求。与起诉放弃型裁量不起诉不同，在附条件或要求的裁量不起诉中

1 [德]托马斯·魏根特：《德国刑事程序法原理》，江溯等译，中国法制出版社 2021 年版，第 195 页。

2 参见[德]Hans-Jurgen Kerner:《德国刑事追诉与制裁—成年刑法与少年刑法之现状分析与改革构想》许泽天，薛智仁译，元照出版有限公司 2008 年版，第 166 页。

3 杨帆：《论刑事起诉制度的效率价值》，载《中山大学学报论丛》2001 年第 6 期，第 75 页。

被不起诉者并非单纯的受益方，而是必须在付出一定的代价，履行某种义务后才可获得出罪处理结果。日本学者三井诚将日本刑事诉讼中起诉犹豫制度的发展历程总结为从基于一般预防功能的微罪处分到基于特别预防功能的起诉犹豫附带保护观察措施，再由特别预防主导下附条件不起诉后退到相对一般预防理念下的起诉放弃。[1]起诉放弃和起诉犹豫之间的区别不仅在于是否“附加条件”，而是从基本理念上就存在差异。起诉放弃强调裁量不起诉的效率价值。只有在轻微犯罪且无追诉公共利益的案件中，以提升刑事诉讼效率、减轻刑事司法负担为价值目标的裁量不起诉才具有正当性。在具备理论正当性的基础上，只有尽可能地简化裁量不起诉过程，避免不同诉讼主体之间的意见冲突才能使裁量不起诉真正减轻刑事司法实践的负担，而非仅仅减轻刑事审判的负担。因此，若从提升诉讼效率这一功能预设来分析界定裁量不起诉的行为类型，检察机关往往会选择整体放弃对案件的追诉，既不包括选择性起诉或撤回起诉，通常也不会为裁量出罪附加繁琐的考察条件。

附条件不起诉更加强调不起诉权的刑事政策属性，也要求检察官对拟作附条件不起诉的案件进行精细且全方位的调查，检察官的司法官或准司法官的特征较为突出。[2]在附条件出罪层面上，不起诉权能够实现从“治罪”到“治理”的理念转变。受制于传统刑罚理念的影响，通过刑罚来进行犯罪控制是刑事司法的归宿，即报应刑主导下的治罪理念。预防刑罚理念的出现动摇了报应刑罚与犯罪治理之间必然联系。在犯罪治理方面，报应刑罚观认为报应既可以通过刑罚对个人的惩罚效应来回应具体的犯罪行为，也可以通过刑罚的威慑效应来维持社会秩序。从“特殊”到“一般”，从“个体”到“集体”是报应刑罚观治理犯罪的基本路径。裁量不起诉的犯罪治理功能表现为通过“非刑罚处罚”等方式使被指控者尽早修复被犯罪行为破坏的社会关系、平息与被害人的纠纷以及预防其再次犯罪。在附条件不起诉中，检察官是以被指控人是否履行所附条件为不起诉的基础，犯罪治理需要前置到“所附条件阶段”。

2.协商出罪与职权出罪

根据出罪决定形成过程的不同，裁量不起诉可分为多主体协商出罪与职权判断出罪两种类型。协商出罪重视多主体协商的过程，出罪是协商后的结果。早在 20 世纪末，我国刑事司法实践中就已经出现了被害人与被追诉者协商的制度雏形，随后在 2012 年刑事诉讼法修改中，立法者以刑事和解特别程序的方式为上述实践探索赋予了规范地位。在刑事和解之外，学界长期呼吁的控辩协商制度经过大规模的试点探索在 2018 年刑事诉讼法修改中以认罪认罚从宽之名成为刑事诉讼法的总则性条款。至此，两种协商基本组成了我国协商型裁量不起诉的制度架构。协商出罪更为关注的是“协商解决纠纷”。裁量不起诉也能够彰显协商性程序正义。传统程序正义理论的分析对象是以庭审为核心的对抗性诉讼程序，在审前追诉程序和协商性活动问题上的解释力并不足以令人信服。当我们回到诉讼的本质可以发现，诉讼本质在于通过理性来和平解决纠纷，并通过解决纠纷的过程展示文化，树立行为的模式，禁止邪恶的事件，成就善良的风俗。[3]解决纠纷体现了诉讼对个案的功能，文化宣誓则体现了诉讼对社会的功能。“刑事诉讼程序以犯罪事实的发生为逻辑前提，所要解决的是被告人是否承担刑事责任的问题。”[4]裁量不起诉则是在审判程序之外将应承担刑事责任的行为人予以出罪处理，自然需要回答“为何不在审判程序中解决纠纷”的质疑。可以说，正是因为轻微且无追诉公共利益的案件通常是“天然的无争议案件”才能赋予裁量不起诉追求效率功能的正当性，经过合意后的无争议则会进一步扩大裁量不起诉的适用范围，使其突破轻微犯罪且无追诉公共利益犯罪的案件范围。与效率功能主导的裁量不起诉不同，通过协商解决刑事纠纷更加关注的是“犯罪嫌疑人、被告人在刑事程序中的主体地位”和“刑事诉讼中司法协商与纠纷解决的关系”。因此，通过协商解决刑事纠纷的价值进一步扩大了裁量不起诉的适用空间，也为裁量不起诉提供了正当性依据。

职权出罪则以检察机关职权判断为核心，主要关注的是如何通过程序出罪矫正犯罪行为人和修复社会关系，其中最为典型的制度表现即为未成年人附条件不起诉。在当前未成年人附条件不起诉的讨论中，我国学者大多也提出了附条件不起诉的功能区分，如有学者认为附条件不起诉的功能应

---

1 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，法律出版社 2019 年版，第 201 页。

2 川崎英明、葛野尋之『リーディングス刑事訴訟法』（法律文化社，2016 年）170 頁以下参照。

3 参见易延友:《刑事诉讼法——规则、原理与应用》，法律出版社 2013 年版，第 10 页。

4 陈瑞华:《刑事诉讼法》，北京大学出版社 2021 年版，第 5 页。

分为教育矫治性附加条件、修补性附加条件和制约性附加条件。[1]也有学者认为附条件不起诉中所附条件的功能只有矫治未成年犯罪嫌疑人和强化所附条件修复性的功能。[2]当前我国附条件不起诉在所附条件层面，基本上停留在“防免逃匿型”或是“便于侦查型”意义上，与制度功能目标相去甚远。[3]然而，附条件不起诉的多元化功能实际上均是依据价值目标而设定的。所以无论是修复损害还是社区服务抑或者保护观察，[4]其最终目的是“修复与矫正”，这也是附条件不起诉往往需要在附条件时一并赋予“考察期限”的原因所在。修复与矫治形成了附条件不起诉功能多元化的理念基础。因此，附条件不起诉中所附条件的功能大体分为两个方向，即负担条件（修复功能）和指示条件（矫正功能）。

3.整体出罪与选择性出罪

在刑事法领域中，有罪与无罪、一罪与数罪和此罪与彼罪是三个性质迥异的问题。对应到检察出罪这一话题上，有罪与无罪对应着“法定出罪”，一罪与数罪对应着“罪数协商”，此罪与彼罪则对应着本章的“降格指控”或“罪名协商”。在实体上，刑事评价可以分为动刑、除刑、量刑、用刑四个不同位阶先后组成的过程。从这个意义上说，罪名的选用是整个刑事评价工序中的第一张骨牌。[5]根据出罪范围的不同，裁量不起诉可以分为整体出罪和选择性出罪。在我国刑事诉讼中，整体不起诉主要是指对案件涉及的全部犯罪事实（大多为一个犯罪事实）作不起诉处理。主要包括裁量不起诉、附条件不起诉、和解不起诉。选择性出罪也可以称为选择性不起诉在，主要包括撤销部分指控、降格指控。撤销部分指控是指检察机关对涉嫌数罪中的一项或多项不起诉，检察机关虽然仍将案件起诉至法院，但在审查起诉阶段已经实现了“减少指控事实”的出罪目标。我国《刑事诉讼法》第 182 条第 1 款规定了特殊不起诉制度。在该条文的审议过程中，批评意见集中于“任何罪行、不论性质、危害程度都可以适用”的不起诉方面，并未关注其具有的罪数协商功能。[6]对此，有学者认为检察机关还可以对涉嫌数罪中的一项或者多项不起诉，反映出选择性起诉在我国刑事诉讼理论的新发展，意味着在协商性司法的理念下我国的罪数协商制度初露端倪。[7]有学者认为“此种特殊的裁量不起诉不能被用以处理实践中的大多数控辩交易型选择性不起诉行为，还无法为这些控辩交易型选择性不起诉行为提供正当化根据。”[8]因此，刑事诉讼法规范层面上的选择性起诉属于一种极为特殊的出罪措施，与域外国家辩诉交易制度中普遍存在的“罪数协商”存在较大差异。正因如此，我国刑事诉讼中的“罪数协商”需要经过“最高人民检察院核准”，当前刑事司法实践中也并未出现一例适用特殊不起诉的案件。

降格指控是指检察机关在同一犯罪事实之内、轻重有别的罪名之中，选择指控较轻的罪名，放弃指控较重的罪名。虽然从案件的阶段性处理结果来看，检察机关仍是将案件起诉到法院而并非直接在审查起诉阶段终止刑事诉讼程序。但出罪的视角来看，检察机关仍存在“出罪”的审查判断过程，即放弃对重罪（出罪）而选择以轻罪作为指控对象。虽然该种降格指控仍是“指控”为表现形式，但也可以将其作为“裁量不起诉”。如在认罪认罚的生成阶段，公安司法机关要求犯罪嫌疑人尽可能详细地承认自己的犯罪行为，接受检察机关的法律评价。但该法律评价却在审判阶段毫无约束力。事实上，当法院不接受指控罪名时，人民检察院基于原指控的罪名提出的量刑建议也不再具有参考价值。[9]此时，只有三种处理方式，第一被告人拒绝罪名变更，此时案件不再属于适用认罪认罚从宽原则的案件，应按照普通程序审理；第二被告人同意罪名变更，此时法官同样可以作为认罪认罚从宽的决定主体，按照新罪名审理案件。第三，检察机关与被告人对于罪名变更的意见不一致则应撤回起诉，再次达成统一意见后起诉。

---

1 参见阿不都米吉提 · 吾买尔：《附条件不起诉中的“附加条件”》，《国家检察官学院学报》2017 年第 3 期。
2 参见钟芬、宋文涛：《附条件不起诉中“附加条件”的适用》，《人民检察》2019 年第 17 期。
3 参见张友好：《功能 · 主体 · 程序：附条件不起诉制度省察》，《政法论坛》2013 年第 6 期。
4 参见刘学敏：《检察机关附条件不起诉裁量权运用之探讨》，《中国法学》2014 年第 6 期。
5 白建军：《变更罪名实证研究》，载《法学研究》2006 年第 4 期。
6 参见喻海松：《刑事诉讼法修改与司法适用疑难解析》，北京大学出版社 2021 年版，第 69 页。
7 参见董坤：《认罪认罚从宽中的特殊不起诉》，《法学研究》2019 年第 6 期。
8 周长军：《认罪认罚从宽制度推行中的选择性不起诉》，《政法论丛》2019 年第 5 期。
9 王爱立、雷建斌主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉释解与适用》，人民法院出版社 2018 年版，第 380 页。

（三）我国裁量不起诉层次性失衡的表现

在功能结构视野下，当一个制度附加的理论价值、制度功能越多，其适用的范围就应越大。然而，在我国刑事诉讼中，酌定不起诉对于诸如和解不起诉、附条件不起诉等裁量不起诉基本处于“总则性地位”，这也使得不同种类的裁量不起诉在适用对象上基本一致，缺乏必要的区分。

第一，酌定不起诉本身难以归为独立的裁量不起诉形式，更像是检察机关行使裁量不起诉权的另一种表述。在 1996 年刑事诉讼法修改废除免予起诉后，我国刑事诉讼法中只有酌定不起诉条款具有裁量不起诉属性。因此，学界为了形成“法定”和“酌定”的类型化区分，也就有了“法定不起诉”和“酌定不起诉”的二元化区分。这种区分方式至今仍被学界接受，学界普遍认为我国《刑事诉讼法》规定的不起诉制度可以分为五种，即法定不起诉、酌定不起诉、附条件不起诉、和解不起诉以及特殊不起诉。[1]但随着裁量不起诉的类型日益多元化，将《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款称为酌定不起诉的弊端逐渐凸显。“酌定”本身就是“裁量”的另一种表述，如果将“犯罪情节轻微，不要判处刑罚或免除刑罚”的不起诉称为“酌定不起诉”，那就意味着该种不起诉在酌定不起诉中处于“总则性地位”，和解不起诉、附条件不起诉或者合规不起诉只要具有“酌定”属性均应受制于《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款规定的适用条件，这就导致酌定不起诉这种称谓本身限制了层次化出罪理念的实践适用。

第二，酌定不起诉的“总则性”地位限制了其他裁量不起诉方式的层次化运用。从学界对和解不起诉和未成年人附条件不起诉的研究来看，上述两种裁量不起诉均面临着如何与《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款协调的问题。例如从和解不起诉的适用条件来看，和解不起诉在满足案件种类要求的基础上，还必须满足犯罪情节轻微、依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的要求。因此，和解不起诉本质上是《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款的“严格适用”版本。对于酌定不起诉而言，犯罪嫌疑人与被害人是否达成和解仅仅是影响检察机关“不起诉与否”的一个因素，既未扩大被害人意愿对酌定不起诉的影响（即使被害人拒绝和解，检察机关也可以依据《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款作出出罪决定），也未能扩大酌定不起诉的适用对象（和解不起诉的适用条件均可以被《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款吸收）。对此，有刑法学者提出，刑事和解主要对应的是“酌定免除处罚情节”。当事人和解的轻微刑事案件，若具有法定免除处罚情节，则属于同时具有酌定免除处罚情节和法定免除处罚情节的案件，当然更应该适用酌定不起诉。[2]但这仍是对《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款作教义学分析，无助于提升和解不起诉的实践适用。未成年人的附条件不起诉同样面临着相同问题，即附条件不起诉的“可能判处一年有期徒刑以下刑罚”刑期范围未能明显超越“犯罪情节轻微”的范围。

第三，酌定不起诉的范围限定阻碍了裁量不起诉的发展。和解不起诉和未成年人附条件不起诉的实践适用情况反映出“酌定不起诉”对裁量不起诉的限制。另外值得注意的是，当前在司法实践中推行的认罪认罚不起诉和合规不起诉在一定程度上也受制于《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款规定的限制。就认罪认罚不起诉而言，对犯罪嫌疑人而言，认罪认罚不能单独构成“免除刑罚”的量刑情节，也就无法拓宽酌定不起诉中“免除刑罚”的适用范围。在司法实践中，认罪认罚可以得到更大幅度的刑罚宽宥，但是否应该上升到跨档减刑或者免罚程序则争议较大。[3]对于原本不满足酌定不起诉适用条件的案件，犯罪嫌疑人仅认罪认罚并不能使该案件满足“免除刑罚”的要求，必须同时具备退赃退赔、赔偿谅解以及刑事和解等情形。刑法学者也认为，如果要对认罪认罚作出减轻处罚规定时，必须有诸多前置条件的限制，对免除处罚所设置的限定条件就应该更多。[4]然而，即使存在上述情节，检察机关也并非一定会作出酌定不起诉决定，上述情形对检察机关不具有约束力。对检察机关而言，认罪认罚仅影响酌定不起诉的要素之一，但不认罪则会排除酌定不起诉的适用。从类型化的角度来看，刑事和解（私力合作）与认罪认罚（公力合作）可以共同形成我国的协商型裁量不起诉，但受制于《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款的限制，上述裁量不起诉再次演变为该条款的“严格适用”版本。

综上所述，从“功能——结构”的视角来看，裁量不起诉功能的正当性越充分，适用范围也应随

---

1 陈光中主编：《刑事诉讼法》，北京大学出版社，高等教育出版社 2021 年版，第 349 页。

2 参见黄京平：《刑事和解的政策性运行到法制化运行——以当事人和解的轻伤害案件为样本的分析》，载《中国法学》2013 年第 3 期，第 179 页。

3 参见刘惠、付强、霍晨雪：《认罪认罚案件常见罪名相对不起诉的适用标准》，载《中国检察官》2022 年第 15 期，第 30 页。

4 参见周光权：《论刑法与认罪认罚从宽制度的衔接》，载《清华法学》2019 年第 3 期，第 35 页。

之扩大。这在规范结构上表现为规范内容更加复杂、实体限制性规定愈发宽松。然而，在我国刑事诉讼法中，酌定不起诉的规范结构始终是以《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款为基础，这就导致裁量不起诉与层次化出罪理念形成冲突。

三、我国裁量不起诉制度的体系协调

在我国刑事诉讼法中，裁量不起诉的规范结构始终是以《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款为基础，这就导致裁量不起诉的制度功能“名不副实”。若从功能与结构的对应角度重新审视我国裁量不起诉制度应进行如下划分即《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款规定的“犯罪情节轻微”应理解为一年有期徒刑以下的犯罪且有免除刑罚情节（追诉公共利益较低），该种不起诉对应为针对轻微犯罪的提升效率型裁量出罪；认罪认罚不起诉和和解不起诉应适用三年以下有期徒刑的犯罪，对应为司法协商型裁量出罪；未成年人附条件不起诉和合规不起诉应规定刑期限制但排除恶性犯罪或涉及国家安全的犯罪，此为犯罪治理型不起诉。由此整合，我国裁量不起诉制度才能呈现出“梯级”结构，而非以酌定不起诉为核心的“重叠”结构。这种层次化出罪体系也能更好契合轻罪治理的多元化要求。

（一）轻罪与微罪的裁量不起诉方式区分

何为轻微犯罪在不同时期，不同学者的视角下存在不同的解读。有检察实务工作者将“轻”作为“轻微犯罪”的重点，认为轻微犯罪案件应是指适用的法定量刑幅度最高刑为三年有期徒刑以下刑罚的案件。[1]在其看来，轻微犯罪和轻罪是相同含义。事实上，在我国，重罪与轻罪始终是一种非法定的界分。正如有学者曾指出，我国现今不仅对轻罪、重罪缺乏统一的认识和标准，而且相应地也未能建立起以轻罪和重罪明确界分为基础的一系列实体、程序方面的制度。[2]在我国，司法和学理上一般认为法定最低刑为 3 年以上有期徒刑的犯罪是重罪，其他犯罪是轻罪。形式地看，1997 年刑法第 252 条延续了 1979 年刑法第 149 条规定，对侵犯通信自由罪配置了“1 年以下有期徒刑或者拘役”的刑罚，它是轻罪，也是微罪，但在危险驾驶行为入罪前，轻罪与微罪的区分并未引起广泛的关注。晚近以来，随着我国刑法参与社会治理力度的持续加大，在传统的违法犯罪二元体系基础上一些原本由行政法或其他规范调整的行为升格为犯罪，并配置了 1 年以下有期徒刑等刑罚，这实质上形成了有别于传统轻罪的微罪。尽管有学者提出以法定最高刑拘役作为轻罪和微罪的区分标准，但《刑法修正案（十一）》最终将与醉酒型危险驾驶罪具有同质性的高空抛物罪的法定最高刑由拘役提升为 1 年有期徒刑。[3]因此，将微罪界定为 1 年有期徒刑以下的犯罪具有一定合理性。

在明确微罪概念之后，应处理的问题是，轻罪不诉和微罪不诉之间是否存在区别。从刑事诉讼的角度来看，微罪不起诉的本质上因为犯罪行为虽然没有达到“显著轻微”从而触发“但书出罪”的要件，但因对检察机关追诉其行为所保障的公共利益较低，故基于公共利益的考量作出不起诉决定。而对于微罪以上范围内的轻罪而言，由于法定刑在 3 年以下的犯罪均属于轻罪的范畴，因此，检察机关通过公共利益审查将其不起诉出罪的可能性就大幅度降低。因此，认罪认罚从宽、刑事和解成为该类犯罪不起诉的关键。由此可以看出，相较于微罪而言，轻罪酌定不起诉考量的要素更多，对于被不起诉人施加了负担也更重，这也是涉嫌轻罪的犯罪嫌疑人能够获得不起诉决定的原因所在。从域外考察来看，由于我国采取的是“立法定性+立法定量”的犯罪定义方式，必然会将“罪量”引入到犯罪构成之中。对于许多域外国家需要依靠酌定不起诉的案件，我国实际上是在犯罪构成判断层面上，法定出罪。例如对于部分微罪，日本刑事诉讼是通过侦查机关的微罪处分、检察机关的不起诉来进行审前分流，[4]而我国则对应为非裁量性质的不立案、撤销案件以及法定不起诉。因此，在法定不起诉中犯罪情节显著轻微是检察机关作出不起诉决定唯一且决定性的因素。在微罪不起诉中，犯罪性质、罪行等立法规定和犯罪后的行为要素具有决定性作用。而在轻罪不起诉案件中，和解与否、认罪认罚与否等涉及私力合作和公力合作的要素对于酌定不起诉的影响力较之其余要素应该更为关键。仅就酌定不起诉而言，微罪出罪注重的是罪行和轻罪出罪注重的是犯罪后的法益修复问题，

---

1 参见王军、张寒玉：《公诉工作中对轻微犯罪实行轻缓刑事政策问题研究》，载《人民检察》2007 年第 4 期，第 9 页；李志平：《对轻微犯罪实行“轻重控制”的对策思考》，载《法治论坛》2007 年第 1 期，第 198 页，等等。

2 参见郑丽萍：《轻罪重罪之法定界分》，载《中国法学》2013 年第 2 期，第 130 页。

3 参见梁云宝：《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》，载《政法论坛》2021 年第 4 期，第 30 页。

4 参见于佳佳：《日本轻微犯罪处理机制的经验与启示》，载《交大法学》2015 年第 4 期，第 141-146 页。

两者虽然均要求犯罪嫌疑人“认罪”和“悔罪”，但对于犯罪嫌疑人在罪行之后行为的要求有所不同。

之所以要对微罪和轻罪进行区分，不仅是出于对刑法中微罪、轻罪、重罪学理划分的衔接考量。更为重要的是可以将检察机关的酌定不起诉予以细化，在区分不同类型出罪方式的基础之上，可以对酌定不起诉考量的要素进行类型化处理。其中微罪需要考量的更多是，诸如初犯、偶犯等犯罪嫌疑人相关的特别预防要素和罪行程度等立法预先设定的一般预防要素以及体现行为人社会危害性的犯罪情节。由此可见，微罪出罪的特点在于“微罪”本身存在“非犯罪化”的可能性，但由于微罪入法有不可替代的优势和可以预见的弊端，因此，需要检察机关在程序上发挥非犯罪化处置来进行调和。相较于犯罪情节显著轻微的法定不起诉而言，微罪不诉不仅需要犯罪嫌疑人所涉及的犯罪属于法定刑为一年有期徒刑以下的犯罪，而且结合所有情节案件还须达到可以“免罚”的程度。轻罪不诉原则上针对法定刑为 3 年以下有期徒刑的案件，并且需要存在和解、认罪认罚等法益修复的行为。若从提升诉讼效率这一功能预设来分析裁量不起诉的制度结构，可以发现该种裁量不起诉多表现为起诉放弃，即检察机关放弃对案件的追诉，通常也不会为裁量不起诉附加繁琐的协商条件或考察条件。此时，针对微罪的裁量不起诉主要是通过行政处分等非刑罚制裁来保障制裁效力。检察机关对于已经构成犯罪的行为出罪只是对“犯罪”出罪化处理，并不意味着犯罪行为所影响的行政秩序和职业秩序一并消除。因此，行政处罚、政务处分和其他处分就起到了恢复行政不法损害的职业秩序损害的目的。例如对于行政犯而言，其行为往往以行政违法性作为前置条件，故成立犯罪行为的同时必然成立行政不法。因此，及时且准确地提出行政处罚、政务处分以及其他处分的检察意见是酌定不起诉后非刑罚制裁的必要条件。

（二）协商型裁量不起诉：和解不起诉与认罪认罚不起诉的位序梳理

从制度动因来看，创设刑事和解制度的目的是最大限度地化解矛盾，修复被犯罪破坏的社会关系，取得较好的法律效果与社会效果。[1]认罪认罚从宽制度的立法目的则呈现出波动化表现，即由提升诉讼效率的单一目的向贯彻宽严相济、提高诉讼效率和加强人权保障的多元化转变。[2]在认罪认罚从宽制度之前，2012 年刑事诉讼法修改增设的刑事和解制度被视为我国协商出罪的制度原型。然而，在认罪认罚从宽制度出台之后，认罪认罚出罪与和解出罪的关系就呈现出复杂局面。尤其是，《刑事诉讼法》及其司法解释将被追诉人“真诚悔罪”视作刑事和解程序的前提要件，诸多学者、实务人员认为，和解同样要求被追诉人“认罪”。和解与认罪认罚的关系更加混乱，实难区分开来。[3]虽然《刑事诉讼法》第 223 条规定的不适用速裁程序情形中包括“被告人与被害人或者其法定代理人没有就附带民事诉讼赔偿等事项达成调解或者和解协议的。”该规定看似将刑事和解作为案件适用速裁程序的必备要件，但仍存在以下两个问题有待澄清：第一，该规定仅针对认罪认罚从宽制度中的速裁程序，无法适用于审前阶段的不起诉制度；第二，该规定限定的情形为“附带民事诉讼赔偿等事项”，如果被害人无权提起附带民事诉讼，原则上不应适用该条。因此，该条规定并未解决认罪认罚从宽与刑事和解之间的复杂关系，也难以解释认罪认罚出罪与和解出罪的适用位序问题。

认罪认罚出罪和刑事和解出罪对悔罪的共同要求导致两者存在重合之处。悔罪是刑法和刑事诉讼法研究中的一个重要概念。在刑事诉讼中，促使犯罪嫌疑人、被告人悔罪的目标虽然有违无罪推定原则，但在实践中却贯穿于侦诉审三个刑事诉讼流程，成为公安司法机关考察犯罪嫌疑人、被告人态度的重要指标。刑事和解的适用前提在于犯罪嫌疑人、被告人自愿真诚悔罪。此种悔罪需要通过外在行为表现出来，例如向被害人赔礼道歉、通过各种方式向被害人赔偿损失等等。[4]认罪认罚从宽制度同样要求悔罪，在 2019 年《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称《指导意见》）出台前，认罪认罚从宽制度存在契约模式与家长模式、职权逻辑与协商逻辑的争议。[5]《指导意见》第 7 条规定认罪认罚从宽制度中的“认罚”，是指犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪，愿意接受处罚。“技

1 参见黄太云：《刑事诉讼法修改释义》，载《人民检察》2012 年第 8 期，第 65 页。

2 参见张泽涛：《认罪认罚从宽制度立法目的的波动化及其定位回归》，载《法学杂志》2019 年第 10 期，第 2 页。

3 参见赵恒：《认罪认罚与刑事和解的衔接适用研究》，载《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 134 页。

4 参见陈卫东主编：《刑事诉讼法修改条文理解与适用》，中国法制出版社 2012 年版，第 340 页。

5 参见杜磊：《认罪认罚从宽制度适用中的职权性逻辑和协商性逻辑》，载《中国法学》2020 年第 4 期，第 223 页。高童非：《契约模式抑或家长模式？———认罪认罚何以从宽的再反思》，《中国刑事法杂志》2020 年第 2 期，第 141 页。

术性认罪认罚的泛滥不仅影响到认罪认罚从宽制度的法律效果与社会效果，而且可能从根本上动摇该制度的价值导向和思想基础。”[1]至此，真诚悔罪成为认罪认罚出罪和刑事和解的共同要求。《指导意见》第 17 条规定:“对符合当事人和解程序适用条件的公诉案件，犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的，人民法院、人民检察院、公安机关应当积极促进当事人自愿达成和解。”该条规定的逻辑是符合和解条件且犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的案件，公安司法机关应当极力说服犯罪嫌疑人、被告人和被害人达成和解协议。因此，《指导意见》第 17 条主要适用于刑事和解案件中犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的情形。此时，认罪认罚属于刑事和解的要素而非条件。即便犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚，被害人也可以无视公安司法机关积极促进，不与其达成和解协议。对于认罪认罚从宽的案件而言，《指导意见》第 18 条规定:“犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪并且愿意积极赔偿损失，但由于被害方赔偿请求明显不合理，未能达成调解或者和解协议的，一般不影响对犯罪嫌疑人、被告人从宽处理”。由此看来，在犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚案件中，刑事和解也属于出罪的考量要素而非条件。上述定位也体现在最高人民检察院、公安部印发的《关于依法妥善办理轻伤害案件的指导意见》之中。[2]

本文认为，真诚悔罪的不同外在表现则成为协调认罪认罚出罪和刑事和解出罪的关键所在。是否真诚悔罪是一个内在于心，外在于行的行为。犯罪嫌疑人、被告人是否真诚悔罪的判断只能依赖于外在行为。刑事和解的判断逻辑是既然犯罪嫌疑人、被告人积极补偿被害人，获得被害人的谅解，那么行为足以认定其真诚悔罪。认罪认罚的判断逻辑是既然犯罪嫌疑人、被告人认罪又认罚，对上述职权判断结果的肯定足以认定其真诚悔罪。表面上看，刑事和解对悔罪的认定关键在于被害人是否谅解，认罪认罚从宽则是对罪与罚的肯定。但在司法实践中，通常出现的情况是犯罪嫌疑人认罪认罚，但未获得被害人谅解。较少出现的情况是犯罪嫌疑人获得被害人的谅解，但不认罪认罚。会出现上述情况的原因是，无论是刑事和解出罪还是认罪认罚出罪，最终都要落脚于不起诉。对于认罪认罚从宽而言，取得被害人谅解是检察机关、法院对犯罪嫌疑人、被告人从宽时必须考虑的关键因素，但不能成为适用认罪认罚从宽制度的前提条件。[3]对于刑事和解而言，获得被害人谅解是必备条件，否则不宜适用和解不起诉，只能适用裁量不起诉或附条件不起诉。从认罪认罚到认罪认罚+刑事和解是一个逐步扩大适用范围的过程。此种裁量不起诉实际上是将“协商条件”作为“裁量不起诉条件”来进行利益衡量判断。

（三）治理型裁量不起诉：修复型附条件不起诉与矫治型附条件不起诉

对于我国刑事诉讼而言，以暂缓起诉为代表的裁量不起诉类型引发学界关注的时间早于起诉放弃型裁量不起诉。在关于免予起诉制度存废之争的讨论中，暂缓起诉往往被认为是可以替代免予起诉的合理制度。[4]1996 年刑事诉讼法修改废除了免予起诉制度，增设了裁量不起诉。这在本质上属于基于一般预防的起诉放弃，而非以改造为目标的附条件不起诉。因此，在后续刑事诉讼再修改的专家意见书中，学者们大多主张建立符合公共利益的附条件不起诉。[5]在司法实践中，以海淀区检察院为代表的地方检察机关也实施了附条件不起诉的实践试点。[6]2012 年刑事诉讼法修改增加了针对

---

1 闫召华:《虚假的忏悔：技术性认罪认罚的隐忧及其应对》，载《法制与社会发展》2020 年第 3 期，第 93 页。

2 《关于依法妥善办理轻伤害案件的指导意见》第 11 条规定:“当事人双方达成和解并已实际履行的，应当依法从宽处理，符合不起诉条件的，应当作出不起诉决定。被害人事后反悔要求追究犯罪嫌疑人刑事责任或者不同意对犯罪嫌疑人从宽处理的，人民检察院、公安机关应当调查了解原因，认为被害人理由正当的，应当依法保障被害人的合法权益；对和解系自愿、合法的，应当维持已作出的从宽处理决定。”第 17 条规定:“对犯罪嫌疑人自愿认罪认罚，愿意积极赔偿，并提供了担保，但因被害人赔偿请求明显不合理，未能达成和解谅解的，一般不影响对符合条件的犯罪嫌疑人依法作出不起诉决定。”

3 刘金生、王长青:《故意伤害类案件取得被害人谅解不是适用认罪认罚从宽制度的必要条件》，载《中国检察官》2020 年第 16 期，第 76 页。

4 洪道德:《改“免予起诉”为“暂缓起诉”——兼论检察机关不应有刑事实体处分权》，载《法学研究》1989 年第 2 期，第 82 页；解伟民、薛伟宏、孟涛等编:《庭审和免予起诉制度的改革与完善》，中国法制出版社 1994 年版，第 296 页，等等。

5 参见陈光中主编:《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》，中国法制出版社 2006 年版，第 509-513 页；徐静村:《中国刑事诉讼法（第二修正案）学者拟制稿及立法理由》，法律出版社 2005 年版，189-197 页，等等

6 相关实践试点总结可参见北京市海淀区人民检察院公诉课题组:《附条件不起诉制度实证研究》，载《国家检察官

未成年人的附条件不起诉和和解不起诉。至此，刑事和解与附条件不起诉在我国刑事诉讼制度上开始分离，前者属于协商型不起诉，后者则是基于保护未成年人目的的刑事政策型不起诉。两者是衔接协调的关系。[1]

总体而言，在刑事诉讼规范层面上，我国附条件不起诉的适用对象被严格限定在未成年人犯罪。[2]但近年来学界主张扩大附条件不起诉适用对象的呼声日益高涨，在司法实践中出现了醉驾案件附带公益劳动的不起诉、附合规整改条件不起诉等多种不起诉类型。[3]事实上，从制度功能来看，附条件不起诉属于裁量不起诉中附加条件作为的出罪类型，理应具有更大的适用范围。当前附条件不起诉的扩大化适用主要表现为"主体扩大化"和"刑期限制扩大化"，即由未成年人主体扩大至自然人和单位，由此前的"可能判处一年有期徒刑以下刑罚"扩大至"可能判处三年以下有期徒刑"。

1.修复型附条件不起诉

当犯罪发生的时候，犯罪人的责任也应运而生。[4]附条件不起诉的修复功能主要是为了填补犯罪行为对被害人和社会秩序造成的伤害。我国当前部分地区探索的醉驾附条件不起诉即主要以修复功能为主，如瑞安检察院在实践中总结出醉驾治理的瑞安模式，即在对符合条件的醉驾行为人作出相对不起诉前，在行为人自愿的前提下要求其完成一定的公益服务，并根据公益服务的完成情况最终决定是否对其作出不起诉的决定。[5]附条件不起诉的修复功能主要针对的是"公共利益"，而非被害人的利益。域外国家同样存在以修复功能为核心的附条件不起诉。例如在德国刑事诉讼法中，附条件不起诉在实际运用过程中，金钱给付占比约为 80%以上，而赔偿被害人损失仅有 5%左右。[6]金钱给付的对象主要为国库，还有部分向被害人支援协会、动物保护团体等非营利性团体。整体而言，在德国刑事诉讼中附条件不起诉的修复功能主要依赖金钱给付来完成，并且修复对象主要是以"填补损害"和"恢复公共利益"为核心。在附条件不起诉的具体条件与罪名的适用关系上，可以发现所附条件的选择与罪名存在明显的相关性。例如修复犯罪行为损害主要表现为退赃退赔，在附条件不起诉的适用对象上集中表现为诈骗、盗窃和道路交通类犯罪。而向国库给付则主要集中于违反社会秩序的犯罪，如道路交通类犯罪。与被害人和解则主要适用于人身犯罪，主要集中于故意伤害案件。[7]对于我国而言，这也是和解不起诉和附条件不起诉的核心区别。在修复功能上，恢复犯罪行为造成的损害是前提，而金钱给付则是充当着补偿公共利益的功能，在这一层面上，金钱给付发挥着替代刑罚的功能。因此，修复型附条件不起诉在适用案件范围上应大于和解不起诉，但整体仍应属于可能判处三年以下有期徒刑的轻罪范畴。

2.矫治型附条件不起诉

附条件不起诉的修复功能是为了使所附条件能够充当刑罚的修复功能，从而在避免处罚虚置的基础上，发挥不起诉的裁量不起诉功能，避免定罪和刑罚的附带影响。但仅停留在修复功能，附条件不起诉与协商出罪，甚至起诉放弃相比的特殊性仍不明显。通常而言，衡量矫治成果的重要指标是再犯率，无论是定罪处刑还是附条件不起诉，只要再犯率呈现出明显的上升趋势就可以证明该措施在犯罪治理上的无效性。在刑事政策的推动下，附条件不起诉的矫治功能是其在犯罪治理上的优势。因此，所谓评估行为人是否有附条件的必要，实际上是考察其是否有通过非刑罚措施矫治的必要。如果仅从修复功能来看，行为人均有修复犯罪行为的必要性，并不存在独立于不起诉的单独判断环节。附条件不起诉矫治功能关注的重点在于"人"，即如何预防犯罪行为人再次犯罪，从而达到刑事司法制度在惩罚之外的改造效果。若以该功能审视附条件不起诉的制度结构则可以得出如下结

学院学报》2009 年第 6 期，第 78 页；左卫民：《通过试点与实践推进制度创新—以 L 县检察院附条件不起诉的试点为样本》，载《四川大学学报》2011 年第 5 期，第 132 页，等等。

1 参见汪建成：《刑事和解与控辩协商制度的衔接与协调——基于对刑事诉讼法修正案（草案）第 274—276 条的分析》，载《政法论坛》2012 年第 2 期，第 135 页。

2 参见何挺：《附条件不起诉适用对象的争议问题：基于观察发现的理论反思》，载《当代法学》2019 年第 1 期，第 158 页。

3 参见陈文聪：《醉驾案件附条件不起诉制度研究》，载《比较法研究》2022 年第 6 期，第 72 页。

4 陈晓明：《论修复性司法》，载《中国法学》2006 年第 1 期，第 55 页。

5 浙江省瑞安市人民检察院课题组：《醉驾附条件相对不起诉之探讨》，载《犯罪研究》2020 年第 5 期，第 50 页。

6 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 - Rechtspflege, Reihe 2.6, 2021.

7 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10-Rechtspflege, Reihe 2.6, 2020.

论：第一，矫治型附条件不起诉的适用前提在于被附条件者有矫治的必要性，特殊主体（未成年人、老年人、残疾人、生活困难者）的矫治必要性明显高于其余普通主体。第二，矫治的必要性在一定程度上可以减轻修复负担，此时修复犯罪行为的损失往往由国家机构承担。因此，矫治型附条件不起诉在一定程度上可以突破轻罪的限制。例如在合规出罪中，对企业适用附加整改条件的不起诉在一定程度上就可以突破轻罪的刑期范围。

社会治理视角下不移送审查起诉的权力克制与程序再造

王伟*

摘 要：刑法广泛参与社会治理致使刑事司法程序面临轻罪治理的难题，加剧公安机关刑事案件立案数与移送审查起诉人数之间庞大的数据顺差，不移送审查起诉现象更加常见。公安机关行政管理职能由行政判断权与三项基本职能组成，行政判断权对具体社会行为涉嫌犯罪与否之抉择，诞生了原初意义上不涉嫌犯罪的不移送审查起诉。建立在《刑事诉讼法》第 16 条上的刑事判断权是不移送审查起诉的另一基本依据，行政判断权、刑事判断权与侦查权的权力边界框定了不移送审查起诉基本内涵。其中证据不足、刑事和解与社会危害性不大的轻微刑事案件不移送审查起诉与社会治理功能和严格控权模式呈现双向背反。固有国家权力架构中，双向契合可能路径是将检察机关不起诉拓展至侦查阶段，侦查阶段轻微刑事案件不移送审查起诉经由不起诉实现程序再造。

关键词：社会治理 公安机关 不移送审查起诉 不起诉 撤销案件

近年来，随着国家治理体系与治理能力现代化进程向更深层次推进，社会治理作为历久弥新的命题再次引发广泛关注，党的二十大报告把“国家治理体系和治理能力现代化深入推进”作为未来五年我国发展的主要目标任务之一，提出要完善社会治理体系，提升社会治理法治化水平。在刑事实体法面向上，随着我国刑事犯罪态势和结构发生重大变化，积极刑法观下刑法通过不断增设新罪名、降低犯罪门槛、扩大犯罪圈来满足国民对安全的需求，参与社会治理。但也由此导致，刑事司法程序面临着轻微刑事案件数量大幅攀升之局面，[1]产生了社会治理项下的轻罪治理问题，轻罪治理已成为犯罪治理、社会治理的关键一环。

自《刑法修正案（八）》规定醉驾入刑以来，刑事司法程序面临数量激增的轻微刑事案件，[2]已然作出了一系列政策调整与司法制度改革，包括“少捕慎诉慎押”刑事司法政策，与认罪认罚从宽制度、企业合规制度等司法制度。刑事程序法面向上的程序回应取得了显著成效，2023 年 1 月至 6 月，全国检察机关共批准和决定逮捕各类犯罪嫌疑人 31.6 万人，不捕 26.5 万人，不捕率 46.2%，共决定起诉 71.3 万人，不起诉 26.5 万人，不诉率 27.1%。但是，检察机关决定起诉和不起诉的人数，跟公安机关刑事立案的案件数相比较，可谓差距悬殊。有学者统计，自 2009 年到 2019 年十年间，我国公安机关刑事立案案件数年均基本处于 500 万起以上，[3]尽管公安机关刑事立案数量本身，以及立案数与犯罪嫌疑人人数存在统计学上的误差；但该误差尚不足以解释：既然有数量庞大的刑事案件立案数，为何公安机关移送审查起诉的人数如此之少？这些未移送审查起诉的案件真的只是因为破案率低吗？[4]假设如此，多年来公安机关刑事立案数量与移送审查起诉人数之间将产生巨大的数据顺差，积累的未破案也未移送审查起诉的刑事案件数岂不是以数千万计？我国还有数以千万尚未被公安机关移送审查起诉的犯罪嫌疑人吗？他们是在看守所还是在社会生活中？

实际上，对于上述问题，刑事诉讼领域研究从刑事诉讼程序角度解释了该现象，破案率低无疑是公安机关未移送审查起诉的重要原因，它表现为一些刑事案件立案侦查后未达到侦查终结移送审查起诉的证据标准，因此停滞在侦查阶段不移送审查起诉。但更为重要的原因是，大量涉嫌犯罪的案件，公安机关立案侦查后，在事实清楚证据确实充分的基础上，被公安机关依托社会治理职能“行政处理”，[5]撤销案件不再移送审查起诉。学界对刑事和解制度开展研究过程中，公安机关在司法实

---

* 王伟，男，1998 年生，中南财经政法大学法学院诉讼法学博士研究生，研究方向：刑事诉讼法学，18712674426，湖北省武汉市洪山区南湖大道 182 号中南财经政法大学(南湖校区)环湖区，wyj1871267@163.com。

[1] 根据最高人民检察院公布的数据，3 年有期徒刑及以下刑罚的案件数量占生效判决案件的比例，从 2000 年的 53.9% 攀升至 2020 年的 77.4%。2019 年逮捕后判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处附加刑及缓刑的人数占比达 83.2%。参见张建伟：《轻罪治理的基本思路与制度建构》，载《中国法治》2023 年第 9 期，第 24 页。

[2] 参见王迎龙：《轻罪治理背景下出罪模式研究——实体与程序路径的双重反思》，载《比较法研究》2023 年第 4 期，第 18 页。

[3] 参见卢建平：《犯罪统计与犯罪治理的优化》，载《中国社会科学》2021 年第 10 期，第 108 页。

[4] 参见卢建平：《犯罪统计与犯罪治理的优化》，载《中国社会科学》2021 年第 10 期，第 112 页。

[5] 苏州市平江区人民检察院课题组，崔进文，叶芊：《刑事和解法律监督问题研究》，载《法学杂志》2008 年第 5 期，第 89 页。

践中刑事和解撤销案件现象已被广为讨论，[1]还有学者论证了侦查阶段证据不足案件撤销案件，[2]证据不足案件以中止侦查替代撤销案件，[3]许多学者也主张由检察机关控制公安机关撤销案件程序。[4]

但是，尚未有研究从社会治理的角度系统性分析公安机关不移送审查起诉现象。在轻罪治理背景下，如何处理轻罪治理时代公安机关日益积累庞大的刑事案件立案数？以及如何应对庞大的刑事案件立案数下，卷入刑事诉讼程序的公民与财物对社会发展可能产生的不利影响？其中证据不足，在侦查阶段久拖不决不移送审查起诉的案件该如何处理？其中公安机关对刑事和解案件的撤销案件不移送审查起诉又该如何解释？本文将会沿着公安机关参与社会治理的路径，系统性地检视公安机关不移送审查起诉的权力逻辑，这一检视过程将会展示公安机关本就没有所谓撤销案件权力；提出基于社会治理需要，司法实践确有必要认可侦查阶段能够对数量众多的证据不足、刑事和解、社会危害性不大轻微刑事案件作撤销案件的不移送审查起诉；但基于宪法和刑事诉讼法分配的国家权力配置，轻微刑事案件不移送审查起诉只能由检察机关作出和决定。因此，可将轻微刑事案件不移送审查起诉程序通过不起诉实现程序再造，以契合实践社会治理的需要。

一、诞生于行政判断权指向社会治理的不移送审查起诉

政府主导社会治理通过公安机关接收社会面海量具体社会行为实现“公民—政府”二元互动，公安机关履行行政管理职责参与社会治理过程中对具体社会行为在三项基本职能内的分配之判断，诞生了原初意义的不移送审查起诉。

（一）公安机关在政府社会治理主导功能中的中枢地位

执政党在社会治理中居于领导地位，政府在社会治理中占据主导地位。社会治理是指“在执政党领导下，由政府组织主导，吸纳社会组织等多方面治理主体参与，对社会公共事务进行的治理活动。”[5]“以实现和维护群众权利为核心，发挥多元治理主体的作用，针对国家治理中的社会问题，完善社会福利、保障改善民生，化解社会矛盾，促进社会公平，推动社会有序和谐发展的过程。”[6]从社会学的视角来看，“社会治理是指政府、市场、社会组织、公民在形成合作性关系的基础上，运用法、理、情三种社会控制手段解决社会问题，以达到化解社会矛盾、实现社会公正、激发社会活力、促进社会和谐发展目的的一种协调性社会行动。”[7]其中，在多元社会治理主体中，执政党在社会治理中居于领导地位，政府在社会治理中占据主导地位，“在党的领导下、在法治轨道上开展工作，加快建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府。”[8]

政府社会治理主导功能主要通过公安部门接收社会信息功能得以实现。社会治理有不同的理论基础和定义，有学者曾将归纳为"政治动员论"、"合作治理论"、"实用主义治理观"三种代表性观点，[9]随着社会治理研究不断发展，社会治理内涵也在不断丰富。但不同学说和定义均强调政府与多元主体合作互动，强调以人为本，强调共同应对社会问题三组关键词。“社会治理是一种以人为本的治理方式,它以各行为主体间的多元合作和主体参与为治理基础，在科学规范的规章制度指引下，可以更好地应对社会问题，促进社会资源合理配置，满足民众合理需求。”[10]在我国，政府与多元主体合作

---

[1] 参见陈光中，葛琳：《刑事和解初探》，载《中国法学》2006 年第 5 期，第 11 页。

[2] 彭现如，邢永杰：《侦查阶段证据不足案件撤案程序之构建》，载《中国刑事法杂志》2010 年第 3 期，第 79 页。

[3] 参见谢小剑：《刑事诉讼撤案与监察撤案“二元化”：比较与反思》，载《法学》2022 年第 11 期，第 132 页。

[4] 大体可分为报备控制与审批控制两种模式，公安机关和解撤案向检察机关报备，参见宋英辉，郭云忠，李哲等：《公诉案件刑事和解实证研究》，载《法学研究》2009 年第 3 期，第 18 页。撤案程序完全由检察机关核准，参见韩晗：《检察权能新拓:撤案核准的内涵阐释与模式展望——兼论刑事撤案与监察撤案的制度建构》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2020 年第 2 期，第 106 页。

[5] 王浦劬：《国家治理、政府治理和社会治理的含义及其相互关系》，载《国家行政学院学报》2014 年第 3 期，第 13 页。

[6] 姜晓萍：《国家治理现代化进程中的社会治理体制创新》，载《中国行政管理》2014 年第 1 期，第 24 页。

[7] 陈成文，赵杏梓：《社会治理:一个概念的社会学考评及其意义》，载《湖南师范大学社会科学学报》2014 年第 5 期，第 11 页。

[8] 徐汉明：《习近平社会治理法治思想研究》，载《法学杂志》2017 年第 1 期，第 8 页。

[9] 陈成文，赵杏梓：《社会治理:一个概念的社会学考评及其意义》，载《湖南师范大学社会科学学报》2014 年第 5 期，第 11 页。

[10] 向德平，苏海：《“社会治理”的理论内涵和实践路径》，载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2014 年第 6 期，第 19 页。

互动，强调以人为本，应对社会问题更多地是依赖人民政府公安部门执法实现的。先验主义上，警察（police）一词来源于希腊语的 polis 和拉丁文的 polita，原意为“社会秩序”和“公民权”，其现代内涵为“特定的国家机关或力量维护秩序和治安的过程和行为”。[1]后验主义上，公安机关社会治理重要地位更加显眼，例如范围宽泛的“维护政治稳定、社会稳定和治安稳定”之三个稳定；[2]“有警必接、有难必帮、有险必救、有求必应”的社会承诺。“由于历史的、社会的和政治的原因，我国公安机关一度承担了大量与维护社会治安和实施刑事侦查没有太大联系的管理职能，成为一个全面进行社会控制的超级行政机关。”[3]一是，公安部门主要处理人做出的具体社会行为。具体社会行为是人民群众个体参与社会生活之单个行为的总称，公安部门处理人民群众做出的具体社会行为，体现了社会治理以人为本的重心。二是，具体社会行为直接或间接地反应出社会问题。一般而言，需要由公安机关处理的具体社会行为直接表达了人民群众个体的现实问题和实际需要，公安机关处理具体社会行为需要即解决具体社会问题；当公安部门处理指向相同的社会问题或者社会需要达到一定数量时，多数个别的具体社会行为就间接地反映出社会普遍需要应对的问题。三是，公安部门具有多元治理主体互动之枢纽作用。“公民——政府”二元结构中，政府系统外部，公安部门作为政府部门代表政府主体，是与市场、社会组织、公民接触最广和沟通最多的政府部门，在与多元社会治理主体接触和沟通过程中，完成良性的外部合作互动。政府系统内部，公安部门接触和沟通得到的多元治理主体的需求与信息，一部分在其职能范围内，独自处理解决；一部分在其他政府职能部门业务范围内，则转介给相应的政府职能部门，由其应对处理，完成良性的内部合作互动。

（二）公安机关社会治理中枢地位依据的三项基本职能

有学者认为，公安机关维护社会治安职能和实施刑事侦查职能是其两项最基本职能。“按照现代警察机构设置的基本经验，公安机关未来应当行使的法律职能主要有二:一是治安管理职能，二是刑事侦查职能。前者是公安机关通过维护社会治安来行使行政管理职能的标志，后者则是公安机关通过调查收集犯罪证据来行使刑事追诉权的象征。”[4]“警察传统职能或者说核心职能是打击、预防犯罪。”[5]公安机关通过该两项基本职能实现对违法行为的处罚，以及对犯罪行为的追诉，以此参与社会治理，而不应当承担过于复杂和繁重的社会管理职能。也有学者持反对意见，认为公安机关在社会治理语境下还具有社会公共服务的重要职能。社会治理理念指导下，公安机关“重塑自身的角色，加强与政府其他部门、社区以及公众的合作，共同治理公共服务问题。”[6]“公安派出所是基层社会治理体系中的重要力量”。[7]

笔者认为，公安机关的社会公共服务职能在其参与社会治理过程中发挥着极为重要的作用，应属公安机关的基本职能。尽管近年来，公安机关的种类繁多的行政管理职能逐渐呈现萎缩和减少趋势。如出入境管理、边防检查、消防管理等职能萎缩，[8]“国内政治保卫”、户籍管理等行政管理职能[9]向其他部门的转隶。但是，一方面，在地方实践层面，国务院行政部门职能调整划分并未在纵向上统一换制。公安机关改制奉行“上下有别”的原则，在地方政府，以上调整的公安机关行政职能多仍由公安机关负责；[10]另一方面，由于历史的、社会的和政治的原因，“遇到困难找警察”是我国人民群众的思维惯式。随着社会经济水平提高、人民群众权利意识增强、行政权扩张、社会矛盾更加多元等发展趋势，加之法律和政府更多地介入社会生活，人民群众“遇到困难”的具体社会行为越来越多，

---

[1] 王智军：《警察的政治属性》2009 年版，北京：社会科学文献出版社，第 19 页。
[2] 李健和：《关于公安机关职能问题的思考》，载《公安教育》2003 年第 7 期，第 4 页。
[3] 陈瑞华：《公安职能的重新定位问题》，载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 4 期，第 44 页。
[4] 陈瑞华：《公安职能的重新定位问题》，载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 4 期，第 44 页。
[5] 李健和：《关于公安机关职能问题的思考》，载《公安教育》2003 年第 7 期，第 5 页。
[6] 王小海：《公安机关人民警察公共服务职能的梳理与重塑》，载《山西警官高等专科学校学报》2007 年第 3 期，第 15 页。
[7] 贾鼎，丁姿，李辉：《“环境－行动”范式下公安派出所社会治理创新研究－－基于 B 市派出所的调查》，载《公安学研究》2020 年第 5 期，第 22 页。
[8] 参见蔡如鹏：《机构改革方案解读:一场前所未有的整合》，载《实践（党的教育版）》2018 年第 4 期，第 6 页。
[9] 参见赵炜：《公安机关体制改革论纲》，载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2014 年第 6 期，第 103-110 页。
[10] 参见赵炜：《公安机关大部门制改革问题研究》，载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2016 年第 6 期，第 77 页。

需要向政府寻求帮助的情况也越来越多，政府尤其是公安部门面临着更多的社会治理问题。近年来，为缓解非警务警情占用警力资源情况，地方政府大力宣传推广并基本普及“12345 政务服务便民热线”的应用，国务院也专门下发文件固定“12345“与”110”作为最基本的两个便民、接收社会信息的服务平台。[1]但从公安机关公布的数据来看，一是 110 接警量确因 12345 应用之分流作用呈现缓慢下降趋势，但仍然数量巨大；[2]二是 2022 年 1 月到 11 月，全国接警求助的具体社会行为属于公安机关维护社会治安和实施刑事侦查两大基本职能范围的，仅占总接警数量的十分之一；[3]三是随着网络信息技术的发展，多地区借助互联网技术，将原本不属于公安机关行政管理职能范围的求助渠道整合进 110 报警服务台，或者通过 110 报警服务台实现不同政府职能部门求助信息分流。[4]职能整合与信息分流，契合我国人民群众“遇到困难找警察”的思维惯式，还其他政府职能部门负责的具体社会行为转交给责任主体，是公安机关积极履行人民政府社会服务与社会治理职责的重要体现。

可见，公安机关的社会公共服务职能已然成为政府社会治理的重要枢纽和核心组成部分，在社会治理过程中发挥着极为重要的作用。公安机关不但独立提供政府服务、社会帮助、纠纷化解、矛盾调解以及治安管理与刑事追诉；而且还承担着不属于其三大基本职能范围内，但对人民政府社会治理功能具有重大作用的分流功能。公安机关通过履行社会公共服务职能、维护社会治安职能和实施刑事侦查职能浓墨重彩地参与到我国社会治理体系中，以致成为政府主导社会治理功能的核心与中枢。

（三）三项基本职能的内在联结与作区分的行政判断权

公安机关三项基本职能之间存在紧密的内在联结。外在功能上，公安机关参与社会治理三项基本职能似乎泾渭分明，它们各自调整那些需求不同的具体社会行为。社会公共服务职能调整那些仅需公安机关提供社会公共服务的具体社会行为，要么由公安机关进行帮扶、调解、教育、训诫等方法解决纠纷、化解矛盾或者提供社会帮助；要么由公安机关向其他政府主管职能部门移交处置。维护社会治安职能调整那些属于由公安机关职能管辖的行政违法行为的具体社会行为，由公安机关依据治安管理处罚法或其他行政法规予以行政处罚。实施刑事侦查职能则调整那些涉嫌犯罪的具体社会行为，由公安机关启动国家追诉程序，立案侦查，查明案件事实，收集证据，移送审查起诉。但内在联结上，基于具体社会行为的多样性、复杂性与规范调整的重合性，三项基本职能之间并非表面上那样界限分明。一是，三项基本职能之间存在量上的复合。公安机关接收的具体社会行为纷繁复杂，当公安机关接收某一具体社会行为时，该行为可能仅属于公安机关三项基本职能中某一项的调整范围。但是，公安机关并不是仅依具体社会行为之需要在某一基本职能范围内履行职能即可，在履行某一基本职能，调整接收的具体社会行为时，还可能发现与之牵连，需要履行其他职能的具体社会行为。比如，公安机关履行社会公共服务职能，调解一起货款纠纷，可能发现纠纷双方交易的货物属于其他政府职能部门限制交易的物品，需要转交其他政府职能部门处理；也可能发现纠纷双方争执时破坏了公共设施，需要予以治安管理处罚；还可能发现付款方使用的大量货币是假币，涉嫌犯罪，需要实施刑事侦查。二是，三项基本职能之间存在质上的重合。具体社会行为受到道德、私法、行政法和刑法等不同规范的约束，某一具体社会行为可能仅违背了道德规范，也可能构成民事侵权，还可能违反相应的行政法规，还可能触犯相应的刑法罪名。由此，单独针对某一具体社会行为的发生与接收，公安机关也可能履行不同的基本职能。比如，公安机关接收警情，称有人在森林中砍伐树木，该具体社会行为可能是造成噪音或者砍伐了一棵邻居的树，仅需公安机关履行社会

---

[1] 参见国务院办公厅《关于推动 12345 政务服务便民热线与 110 报警服务台高效对接联动的意见》。

[2] “2022 年江苏公安机关共接到群众各类报警同比下降 5.25%。”《110 全年接警 3609 万余起，江苏公安打造群众最信赖的 3 个数字》，载中国江苏网，https://difang.gmw.cn/js/2023-01/10/content_36290138.htm，最后访问日期：2023 年 11 月 1 日。

[3] 1 至 11 月，全国公安机关 110 共接收群众报警求助 9903.5 万起，其中接报处置违法犯罪案件类警情 973.7 万起、公民求助类警情 2485.3 万起、纠纷类警情 1331.6 万起。《2020 年公安机关 110 接收群众报警求助 9903.5 万起　救助群众 335 万余人次》，载中华人民共和国公安部官网，https://www.mps.gov.cn/n2254314/n6409334/c7648934/content.html，最后访问日期：2023 年 11 月 1 日。

[4] 警方联合 120、供电、安监、城管、市政园林、蓝天救援队等部门、单位建立社会求助服务联动工作机制，协同运作、一键分流，去年警方累计向联动单位分流非警务求助 5.7 万余起。参见念楼：《“数说”110 这一年——报警服务台日均呼入 6000 余个电话》，载《江南晚报》2022 年 1 月 11 日。

公共服务职能予以调解、训诫；也可能是砍伐天然林或者未申请伐木证，公安机关需履行社会公务服务职能，移交该行为给林业部门处理；也可能是砍伐树木破坏了地下管道、电力设施等公共设施，公安机关需履行维护社会治安职能予以治安管理处罚；还可能是盗伐林木、滥伐林木或危害国家重点保护植物，公安机关需履行实施刑事侦查职能，启动国家追诉立案侦查。可见，三项基本职能存在紧密的内在联结，这决定了公安机关面对纷繁复杂的具体社会行为时，必须在履行相应基本职能前，先做出筛选和判断。

公安机关判断和筛选具体社会行为之权能来源于其政府职能部门地位，具有行政属性，指向社会治理。一是，公安机关判断具体社会行为属于哪项基本职能之权能是其行政管理职权的一部分。纷繁复杂的具体社会行为并不会“自行”完成归类，相反，公安机关判断和筛选具体社会行为之权能是其履行行政管理职能的前提和基础。公安机关不能筛选和判断，就无法进一步履行三大基本职能参与社会治理，其参与社会治理重要作用自然全然落空，其政府主导社会治理地位的枢纽地位也不复存在。因此，公安机关判断接收的具体社会行为属于哪项基本职能是其行政管理职能的内在需求，与社会治理的重要地位相伴而生。二是，公安机关判断具体社会行为属于哪项行政管理职能之权能是每项国家行政权力的逻辑性结构。于国家权力而言，对具体社会行为的行政判断权绝非公安机关行政管理职权独属，判断权是每项国家权力内在组成部分。国家权力架构错综复杂、紧凑高效、相互联结，其与具体社会行为直接接触的领域，横向上可分为行政权与司法权，纵向上可分为行政系统与司法系统。面对具体社会行为时，不同国家权力机关总是要判断具体社会行为是否在其行政职能范围内负责或由其司法职权管辖，否则，国家权力机关之间就会出现结构错乱或者功能紊乱。可见，判断权既是国家权力行使的自然延伸，也是国家权力相互分配实现社会治理的必然要求。比如，公安机关接收的具体社会行为可能属于其他政府职能部门管辖；其他职能部门也可能接收公安机关基本职能范围内的具体社会行为；行政机关还可能接收、发现应由司法机关职能管辖的具体社会行为；同样，公安司法机关系统内部，也可能接收仅需公安机关履行社会公共服务职能或者治安管理职能的具体社会行为。综上，公安机关作为政府社会治理主导作用的核心政府部门，享有指向社会治理，履行三项基本职能必要的行政判断权，该行政判断权是公安机关作为政府行政部门之行政管理权的逻辑结构。

（四）建立在行政判断权上原初形态的不移送审查起诉

最广泛意义上的不移送审查起诉诞生于公安机关对具体社会行为不属于实施刑事侦查职能范畴之行政判断。一方面，基于国家追诉的必要性与严肃性，公安机关实施刑事侦查职能具有更为强势的地位。即公安机关面对具体社会行为涉嫌犯罪的，必须履行刑事侦查职能，进行立案侦查，而不得改为履行社会公共服务职能与维护社会治安职能。马克思主义唯物辩证法联系观认为，任何事物都处在联系之中，每一个事物内部的各个部分、要素之间是相互联系的。其在公安机关面对具体社会行为场景中体现，即上文所述，三项基本职能在量上复合与质上重合。换言之，纷繁复杂的具体社会行为均有可能涉嫌犯罪，均需公安机关履行实施刑事侦查的职能，移送审查起诉。这一论调可从诡辩论和主观不可知论上做极端理解，比如，某人砍了邻居家的一棵树，其实该人误以为这棵树是珍稀物种，或者他意图借此毁坏地下光缆，但公安机关判断其仅属于邻里纠纷，履行社会公共服务职能予以调解；或者该人已经达到了犯罪目的，只是公安机关未发现，仍然进行调解而未履行实施刑事侦查职能。其也可从刑事诉讼认识论原理上来理解，即由于人认识能力有限性，刑事诉讼不可能完全还原客观事实，也不可能准确无误地对所有犯罪定罪量刑。当刑事诉讼认识论局限性在狭义刑事诉讼程序之外上作理解时，行政判断权也可能基于认识能力的局限性，而未能发现那些具体社会行为涉嫌犯罪的“涉嫌”之处。也就是说，假设公安机关不享有判断具体社会行为属于社会治理哪项基本职能的行政判断权。对于属于认识论上不可知事项的“涉嫌”，公安机关本应当对所有具体社会行为实施刑事侦查职能，启动国家追诉立案侦查，收集所有证据，然后移送审查起诉，由检察机关或者人民法院“分析案件、评价犯罪、认定犯罪。”[1]

另一方面，基于国家追诉的诉讼程序性，公安机关实施刑事侦查职能具有程序属性。刑事诉讼

[1] 杨兴培：《“三阶层”犯罪结构模式的中国实践再批判》，载《澳门法学》2023 年第 3 期。

程序包括侦查、起诉、审判、执行等阶段，公诉程序流转上，只有公安机关实施刑事侦查职能，某一具体社会行为才可能在刑事诉讼程序中引发移送审查起诉程序。[1]因此，当公安机关在行使行政判断权时；其在行政管理职能的基础上，判断面对的具体社会行为属于何种基本职能范围时；判断具体社会行为仅需履行公共服务职能或维护社会治安职能，而不涉嫌犯罪，不需要履行实施刑事侦查职能时；建立在行政判断权上原初意义的不移送审查起诉就诞生了。原初意义的不移送审查起诉即是指，公安机关作为政府实现社会治理主导作用的政府部门，享有对具体社会行为实施、由三项基本职能组成的行政管理职权，行政管理职权逻辑结构包涵了是否属于、属于哪项基本职能的行政判断权。公安机关根据现实世界中已掌握的所有信息做出判断，放弃那些不可知的因素，以行政判断权认为其面对的具体社会行为不涉嫌犯罪，仅需履行社会公共服务职能或维护社会治安职能，无需履行实施刑事侦查职能时，公安机关不再履行实施刑事侦查职能，发生在实施刑事侦查程序之后的移送审查起诉也在此断裂，不会发生。

二、刑事诉讼程序中公安机关不移送审查起诉的基本内涵

行政判断权、刑事判断权与决定侦查终结的侦查权系刑事诉讼程序中公安机关依职权不移送审查起诉的基本依据，它们共同框定了公安机关履行实施刑事侦查职能时，不移送审查起诉的形式类别、程序走向与实质意蕴。

（一）不移送审查起诉的基本依据

原初状态不移送审查起诉之内，刑事诉讼法还赋予了公安机关实施刑事侦查职能时，判断具体社会行为是否属于《刑事诉讼法》第 16 条不追究刑事责任情形的刑事判断权。刑事判断权是公安机关作为公安司法机关享有的侦查权之内在权能，即事实清楚，证据确实充分，依法不应追究刑事责任的案件，公安机关可以撤销案件，停止侦查。行政判断权决定了公安机关可以对具体社会行为作出是否涉嫌犯罪之判断，而刑事判断权则决定了公安机关可以作出涉嫌犯罪的具体社会行为是否属于《刑事诉讼法》第 16 条规定情形，不追究刑事责任之判断。该两项判断权是公安机关能够不予立案或撤销案件不移送审查起诉的基本依据，公安机关做出不涉嫌犯罪或者依法不追究刑事责任判断后，可不予立案或者撤销案件不移送审查起诉。同时，为了防止公安机关滥用刑事判断权，对涉嫌犯罪但不属于《刑事诉讼法》第 16 条情形的具体社会行为不予立案或者撤销案件，“防范侦查机关滥用撤案权、放弃追诉犯罪。”刑事判断权在公安司法机关权力架构中处于严格控权模式，“剥夺了侦查机关对轻微犯罪、证据不足案件撤案的权力，配之以较高的撤案证明标准、严格的侦查终结程序、无侦查期限以及充分的监督救济程序。”[2]严格控权模式重申了公安机关没有权力对于经由行政判断权判断涉嫌犯罪，但经由刑事判断权判断不属于《刑事诉讼法》第 16 条规定不追究刑事责任情形的案件作不予立案或者撤销案件的不移送审查起诉处理。一是不能对事实不清，证据不足的刑事案件放弃国家追诉立案侦查，只能立案侦查，直至查明案件事实，收集足够的证据移送审查起诉；二是也没有权力对事实清楚，证据确实充分的刑事案件做出处理，只能移送审查起诉。不难发现，所谓严格控权模式只是一种“注意规定”，其实质意义已然被公安机关依法行使行政判断权与刑事判断权之职权法定原则所包涵，行政判断权只准许公安机关做是否涉嫌犯罪的判断，刑事判断权则只准许公安机关做是否属于《刑事诉讼法》第 16 条情形的判断。不过，严格控权模式虽然重申了公安机关行政判断权与刑事判断权的权力边界，但并未限制公安机关在刑事诉讼程序中是否与何时移送审查起诉，控制了刑事判断权使案件离开刑事诉讼程序的面向，但未能控制案件停留在侦查阶段的面向。可见，公安机关依据侦查权可以决定案件何时事实清楚，证据确实充分，可以控制刑事案件一直停滞在侦查阶段，其是公安机关判断尚未满足移送审查起诉条件而不移送审查起诉的基本依据。

（二）不移送审查起诉的形式类别

公安机关面对纷繁复杂的社会具体行为在“事实清楚，证据确实充分”的情况下不涉嫌犯罪的，可以不予立案或者撤销案件。根据刑事诉讼法第 112 条规定，公安机关在接受案件后进行两次判断，

---

[1] 基于研究重心所限，本文讨论的移送审查起诉特指公安机关移送审查起诉，研究结论也不适用于缺少公安机关独特社会治理地位的监察机关。

[2] 谢小剑：《刑事诉讼撤案与监察撤案“二元化”：比较与反思》，载《法学》2022 年第 11 期，第 121 页。

一是根据是否属于刑事案件，二是根据是否属于《刑事诉讼法》第 16 条不追究刑事责任的情形，若“事实清楚，证据确实充分”，前者得出否定评价，或者后者得出肯定评价，则公安机关根据《刑事诉讼法》第 16 条以及《公安机关办理刑事案件程序规定》第 3、178 条，不予立案或者撤销案件。公安机关接收案件线索，初查阶段能够查明不属于刑事案件或者不追究刑事责任的，不予立案；刑事立案后，侦查阶段查明的，撤销案件。建立在“案件事实清楚，证据确实充分”基础上的不予立案或撤销案件的处置方式属于不移送审查起诉的两种形式类别。诉讼经验已经表明由于认识论的局限性和惩罚犯罪与保障人权的相互平衡，“事实清楚，证据确实充分”作为我国刑事诉讼追求客观真实的终极目标并非一定实现，其意味着在不予立案或撤销案件的对立面必然存在着“事实不清，证据不足”的情况。

首先，根据《刑事诉讼法》第 109 条之规定，公安机关在初查阶段“发现犯罪事实或犯罪嫌疑人”，若不属于《刑事诉讼法》第 16 不追究刑事责任的情形，或者“事实不清，证据不足”的，应当立案侦查。其次，立案侦查后，可能公安机关认为已经“事实清楚，证据确实充分”，随即侦查终结前往侦查预审阶段。但侦查预审阶段“事实不清，证据不足”，根据《刑事诉讼法》第 116 条和公安《规定》第 192 条、284 条，公安机关需要继续侦查，不得移送审查起诉。再次，立案侦查后，也有可能通过侦查预审阶段，但在审查起诉阶段或者审判阶段发现“事实不清，证据不足”需要补充侦查，程序倒流回到侦查机关，公安机关需要继续侦查，不移送审查起诉。或者因后续阶段事实不清，证据不足，但没有补充侦查，而是公安机关撤回移送审查起诉；或者由于被追诉人未到案、死亡等情形发生，公安机关撤回移送审查起诉。[1]该两种情形均为公安机关认为“事实清楚，证据确实充分”但未通过预审阶段或刑事诉讼后续流程驳回的程序倒流。最后，如果对“事实不清，证据不足”的不移送审查起诉作广义理解，则未移送预审的侦查状态同样可以认为属于不移送审查情形。广义理解的合理性在于：其一，“未”字处于“不”字语义涵摄之内，不移送审查起诉可以包括未移送审查起诉；其二，案件立案侦查后，侦查过程可长可短，某些案件证据收集困难很可能永远不会移送审查起诉。综上，公安机关不移送审查起诉的形式类别可以分为，“事实清楚，证据确实充分”的不予立案和撤销案件，以及“事实不清，证据不足”的未通过预审或程序倒流和尚未移送审查起诉四类。

（三）不移送审查起诉的程序走向

四类不移送审查起诉的程序走向可以分为两大类，“事实清楚，证据确实充分”的不移送审查起诉可能走向行政处置、案件终结或赔偿和解；“事实不清，证据不足”的不移送审查起诉可能继续停滞侦查阶段、移送审查起诉或撤销案件。两大类案件程序走向流向案件终结的，在发现新事实、新证据后又均可能重新流入刑事诉讼程序。[2]

公安机关办理案件初查阶段或侦查阶段“事实清楚，证据确实充分”，不属于刑事案件或者属于不追究刑事责任情形的，程序走向刑事诉讼程序之外。公安机关决定不予立案或撤销案件，不予立案或撤销案件后，属于行政管辖范围的程序走向流向行政处置，不属于行政管辖范围的，案件程序终结。此外，实践中还存在一类侦查阶段“事实清楚，证据确实充分”本应移送审查起诉，但和解后撤案不移送审查起诉的和解撤案。[3]此类案件由公安机关主持，决定和解赔偿措施，具有刑事处罚性质的和解赔偿完成后，根据完成情况决定是否撤销案件。撤销案件后，予以行政处置或者案件终结。

公安机关办理案件侦查阶段“事实不清，证据不足”的，程序走向仍在刑事诉讼程序中。侦查阶段“事实不清，证据不足”的案件，或待查明案件事实，证据确实充分后，案件继续推进，走向预审，移送审查起诉；或难以甚至无法查明案件事实，案件继续停滞在侦查阶段。“未移送审查起诉”的不移送审查起诉案件在司法实践中并不鲜见，犯罪嫌疑人负案在逃的案件、搁置多年的悬案均在此列，如通缉 20 年的劳荣枝案、悬置 24 年的“南大碎尸案”，在无法达到“事实清楚、证据确实充分”要件前一直停滞，达到后刑事诉讼程序将继续流转。此外，部分停滞状态的案件也并非永远停留在刑事

---

[1] 参见周科楠，李红：《公诉阶段公安机关撤回案件实证研究——以 R 省检察机关 2013 年至 2015 年受理公安机关移送审查起诉案件为样本》，载《净月学刊》2016 年第 5 期，第 88-89 页。

[2] 有学者认为发现新事实、新证据的再次追诉应当受追诉时效的约束。参见高翼飞：《追诉时效争议问题研究——以刑法和刑事诉讼法的协调为视角》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 4 期，第 155 页。

[3] 参见谢小剑：《刑事诉讼撤案与监察撤案“二元化”：比较与反思》，载《法学》2022 年第 11 期，第 123 页。

诉讼程序中。对于停滞在侦查阶段的刑事案件，出于对特殊价值的保护，我国刑事诉讼法还规定了部分类型的犯罪案件，由检察机关通知公安机关撤销案件或者公安机关自主撤销案件的程序走向。如 2018 年最高人民检察院、公安部《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》（以下简称《经济犯罪案件规定》）规定了经济犯罪案件的“侦查期限”，在期限届满后且公安机关应当撤销案件，或者经省级以上公安机关负责人批准后撤销案件。可见，处于“事实不清，证据不足”状态的刑事案件也可能流向撤销案件。

不过，以上的程序走向均不具有绝对意义上的终局性，公安《规定》第 178 条规定，即使程序走向案件终结的撤销案件，在发现新事实或者新证据后，公安机关应当重新立案侦查。行政处置、案件终结甚至已刑事处罚的和解，同样无法逃脱该条文的束缚，重新立案侦查成为所有流出刑事诉讼程序之不移送审查起诉的可能走向。

（四）不移送审查起诉的实质意蕴

依托对不移送审查起诉的形式类别与程序走向的考察，不移送审查起诉的实质意蕴至少能够分为以下五个方面：其一，公安机关对办理的案件具有是否进入刑事诉讼程序的实体判断权。公安机关作为刑事诉讼程序启动阀门，依据是否属于刑事案件以及是否属于不追究刑事责任判断是否立案侦查。其二，公安机关对于是否进入刑事诉讼程序的实体判断权不是垄断性的。公安机关的立案与撤案程序，一方面受到检察机关的法律监督，另一方面被害人及其法定代理人还能通过自诉、申诉启动刑事程序。其三，公安机关实体判断后不进入刑事诉讼程序的案件具有行政处置权。公安机关认为不构成犯罪或者不予追究刑事责任的，应由公安机关行政处置的，公安机关行政处置；应由其他行政机关负责的，转介其他行政机关行政处置。其四，公安机关对进入刑事诉讼程序的案件具有强大的程序控制权。检察机关的法律监督作用及于立案与撤案，以及部分刑事案件的建议撤案，一旦公安机关立案侦查，而未不予立案或者撤销案件，是否移送审查起诉将由公安机关控制，被害人及其法定代理人也无法自诉、申诉。其五，公安机关以实体判断禁止案件进入刑事诉讼程序，或者以程序控制将刑事案件控制在侦查阶段。不移送审查起诉意味着刑事案件无法推进至下一阶段，刑事追诉程序实现的求刑目的暂时不能实现，刑事案件处于求刑不能的状态。

三、不移送审查起诉对社会治理功能与严格控权模式的双向背反

尽管原初形态不移送审查起诉诞生于行政判断权，指向社会治理，但其与严格控权模式下追究刑事责任与否层面上的刑事判断权，本在各自的语境程序内发挥作用，互不干涉。然而，当社会治理的子命题轻罪治理问题更加紧迫时，社会治理需要就延伸至刑事诉讼程序中。突出表现为，严格控权模式对公安机关刑事判断权之限制，制约了公安机关社会治理地位的作用体现，不移送审查起诉与社会治理功能存在背反；而社会治理的强大需要又催生了两类突破严格控权模式的不移送审查起诉，与严格控权模式存在背反。

（一）不移送审查起诉对社会治理功能的背反

行政判断权是公安机关行政管理职能之行政权的内在逻辑结构，不移送审查起诉又诞生于行政判断权，应与社会治理功能指向内在统一。但是，建立刑事判断权上，刑事诉讼程序中的不移送审查起诉仅能在案件事实清楚，证据确实充分的基础上，做是否追究刑事责任之判断。而且，严格控权模式明确拒绝公安机关对事实不清，证据不足的案件作不予立案或者撤销案件不移送审查起诉，必须作停滞在侦查阶段的不移送审查起诉，否则也将被退回补充侦查，程序倒流回侦查阶段；也明确拒绝公安机关对于事实清楚，证据确实充分的构成犯罪案件做不予立案或者撤销案件的不移送审查起诉。尽管严格控权模式没有要求公安机关必须在一定期限内移送审查起诉，但公安机关的职责即在于将事实清楚，证据确实充分的构成犯罪之案件移送审查起诉。这就意味着，一是本应存疑不起诉、裁量不起诉的案件必须要历经审查起诉程序才能发生不起诉；二是大量事实不清，证据不足的案件停滞在侦查阶段；三是许多案件检察机关做出不起诉决定后又要重新返回公安机关做行政处置；四是不起诉程序还会产出数量众多、带有犯罪标签的不起诉人。由此，严格控权模式下的不移送审查起诉产生了资源浪费、程序累赘等不利于社会治理的问题。

事实不清，证据不足但属轻微刑事案件且难以查明时，公安机关不能移送审查起诉，也不能撤销案件不移送审查起诉，这就导致大量的刑事案件停滞在侦查阶段。一方面，在刑事诉讼程序内，

大量刑事案件堆积会导致刑事诉讼程序负担过重。整个刑事诉讼结构呈现出前端臃肿，后端难以分担纾解的特征。另一方面，数量众多的公民和财物涉案滞留在侦查阶段。一是，身陷刑事诉讼程序的公民在社会中处于不安定状态，存在随时可能被追诉的风险，公民被“置于尴尬、消耗和使其意志遭受痛苦磨难的状态之中，迫使他生活在一种持续的焦灼和不安全状态之中。”[1]而且，以人为中心的社会环境也会因公民涉案的不安全状态处于不稳定状态。二是，公民与财物作为社会生产力的劳动者和社会生产资料，因涉案而处于社会流转的停滞状态或者流转存在障碍，无法顺利进行社会发展。企业合规制度改革、经济类案件证据不足撤销案件之司法解释初衷即因应于此。[2]

事实清楚，证据确实充分但可不追究刑事责任时，公安机关只得移送审查起诉，但该类案件数量众多，大量本该不起诉的案件就多流转了一个阶段；不少轻微刑事案件不起诉后还要由公安机关予以相应的行政处置，这些案件就多流转了两个阶段。随着刑法对社会治理的不断深入，社会生活中越来越多具体社会行为在现实意义上而非仅哲学意义上也开始具有构成犯罪的可能，特别是积极刑法观下刑法治理体系已经迈入轻罪治理时代，具体社会行为越来越具有属于涉嫌犯罪行为之可能。“当前的社会治理明显染上了‘刑法浪漫主义’色彩，进一步强化了具有根深蒂固历史传统的政策导向型工具刑罚观。”[3]与之相对的是，大量的轻罪案件并不需要科以刑罚，加之和合传统文化的影响，被害人谅解在有被害人的轻微刑事案件中十分常见。对于被害人谅解或者没有社会危害性的轻微刑事案件，本没必要科以刑罚，可以不追究刑事责任，要求公安机关必须移送审查起诉与社会治理目标相悖。不仅与“枫桥经验”之社会治理政策提倡的“矛盾不上交”相违背；也可能在基层司法实践引发“山杠爷的悲剧”式的社会公众不良反应；更重要的是，还会导致公民和社会生产资料在刑事诉讼程序中周期加长，以及紧缺的刑事诉讼资源浪费。而且，随着移送审查起诉阶段不起诉案件数量大幅增加，一方面，除未成年人附条件不起诉外，不起诉并不能消除犯罪附随后果，不起诉程序产出了越来越多带有犯罪标签的不起诉人，对社会发展造成不良影响；另一方面，2021 年最高人民检察院颁布《关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》第 8、9 条规定了检察机关对于被不起诉人提出行政处罚意见的刑行衔接程序。如果被不起诉人的行政处罚应由公安机关作出，意味着该案件在多历经移送审查程序后，又要重新回到公安机关，来回多经历了两个阶段。

严格控权模式下不移送审查起诉在该两种情形中对社会治理造成的不利影响，主要是由于我国公安机关并无证据不足撤销案件权力且侦查期限无限期，也无裁量撤销案件权力。横向对比下，域外多数国家、地区公检之间权力架构使得它们面临的社会治理困境要小得多。在采取检侦一体模式的德国、法国等国，检察官被赋予侦查、起诉等刑事诉讼领域多种职能，有权对部分犯罪根据侦查进展和公共利益考量酌情作出是否起诉的决定，在此过程中，检察官可以与诉讼参与人就程序状态进行讨论。[4]即是说，在检警一体的国家、地区，检察官在侦查阶段即可对案件事实不清，证据不足的案件，或者没有必要继续追诉、求刑的案件做出不起诉决定，将那些确实难以侦破、无追诉必要或过追诉时效的挂案排除在刑事诉讼程序之外。在采取检侦分离模式的美国、英国等国，由于侦查工作主要由警方负责，检察官在调查阶段不扮演任何角色，美国部分州的警方还有独立或者经检察官批准后提出指控的权力，因此警方具有相当大的自由裁量权，可以决定哪些案件需要调查、哪些案件需要转交给检察官。[5]“在此意义上，尽管美国检察官被公认享有极为广泛的起诉自由裁量权，但就刑事诉讼的源头来说，是警方而不是检察官决定了后者的工作量。”[6]可见，检警分离的国家、地区，公安机关直接具有独立决定对事实不清，证据不足的案件是否继续侦查的权力，或者决定对于已经修补法益的轻微刑事案件有无继续追诉、求刑必要的权力。但由于我国刑事诉讼程序各个阶段相对独立，一方面，公安机关无权自主撤销证据不足的案件，而应继续侦查直至案件事实清楚，证

---

[1] 张毅:《刑事诉讼中的禁止双重危险规则论》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 29 页。

[2] 企业合规不起诉制度移植之初是以治理我国司法实践中常见的“办一个案件搞垮一个企业”现象为目的。参见陈瑞华:《企业合规不起诉改革的八大争议问题》，载《中国法律评论》2021 年第 4 期，第 2 页。

[3] 何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，载《中外法学》2015 第 2 期，第 525 页。

[4] 参见宗玉琨译注:《德国刑事诉讼法典》，知识产权出版社 2013 年版，第 146-147 页、第 160 页。

[5] 参见［瑞士］古尔蒂斯里恩著:《美国和欧洲的检察官—瑞士、法国和德国的比较分析》，王新玥、陈涛等译，法律出版社 2019 年版，第 53-55 页。

[6] 叶青，徐翀:《侦查阶段适用认罪认罚从宽制度若干问题研究》，载《法治论坛》2022 年第 4 期，第 256 页。

据确实充分；也无裁量撤销轻微刑事案件的权力，而应必须移送审查起诉。另一方面，检察机关证据不足之存疑不起诉和轻微刑事案件之裁量不起诉的不起诉程序直至审查起诉阶段方可发生。这就导致，数量巨大的轻微刑事案件停滞在侦查阶段、多历经移送审查起诉程序、又历经返回公安机关行政处置程序。冗长的刑事诉讼程序既不当限制公民权益，也是社会发展之负担，刑事诉讼资源的浪费；并因刑事诉讼程序资源有限性，影响其对其他案件的资源倾斜，间接影响刑事诉讼程序本身参与社会治理功能发挥。

（二）不移送审查起诉对严格控权模式的背反

为回应社会治理的迫切需要，规范与实践层面出现了两类突破严格控权模式的公安机关不移送审查起诉。一是规范层面认可公安机关对于经济犯罪案件在证据不足时可以独立决定撤销案件；二是实践层面公安机关对于刑事和解的轻微刑事犯罪案件决定撤销案件在司法实践中广泛适用。但该两类不移送审查起诉明显违背了，公安机关无权对证据不足刑事案件与刑事和解轻微刑事案件不移送审查起诉的严格控权模式，社会治理需要催生出的该两类不移送审查起诉已然超脱了公安机关的法定职权范畴。在该两类不移送审查起诉中，公安机关不移送审查起诉几乎发挥了检察机关不起诉的相同制度功效，同样导致不起诉结果的发生，甚至在消除犯罪附随后果方面更胜一筹。

近年来，为防止和纠正以刑事手段插手民事纠纷、经济纠纷，部分规范性文件要求检察机关督促公安机关撤销影响企业的健康发展的“挂案”。[1]《经济犯罪案件规定》还规定了多种“侦查期限”，[2]公安机关可以独立决断是否证据不足撤销案件，其第 18 条更是将侦查期限规定为 30 日，“公安机关立案后，在三十日以内经积极侦查，仍然无法收集到证明有犯罪事实需要对犯罪嫌疑人追究刑事责任的充分证据的，应当立即撤销案件或者终止侦查。”从这些规范性文件来看，由检察机关通知撤销案件或者公安机关自主撤销案件是以社会治理为指向，主要系防止企业家和企业财产因涉案而发展出现重大障碍。但不可否认的是，由公安机关决定案件证据不足予以撤销案件，已然在该领域产生了几乎等同于检察机关证据不足存疑不起诉的效果，突破了我国传统上公安机关侦查权的职权边界。况且，在刑事诉讼程序中，公安机关侦查权虽然可以决定是否已查明案件事实，收集足够证据，但并无放弃国家追诉，停止侦查的权力，遑论不查明案件事实，而撤销案件。此外，公安机关掌握经济犯罪案件证据不足不移送审查起诉的权力，还可能架空检察机关主导的企业合规制度。一方面，企业合规通常流向附条件不起诉，而非起诉，既然如此，公安机关侦查程序就指向移送审查起诉以及附条件不起诉，而无需费力收集法院定罪的证据，证据标准很可能低于事实清楚，证据确实充分的标准。但另一方面，在证据低于事实清楚，证据确实充分标准的情况下，公安机关如果决定不移送审查起诉，或者检察机关退回要求公安机关补充侦查，涉案企业很可能失去合规整改的机会。

多年来，公安机关对于刑事和解的轻微刑事案件不移送审查起诉在司法实践中适用颇广，突出表现在地方规范与实践适用两个方面。在地方规范层面，2003 年北京市政法委出台了《关于处理轻伤害案件的会议纪要》，其中规定因民间纠纷引起的轻伤害案件，犯罪嫌疑人有认罪、悔罪表现而且能够积极赔损，被害人要求不追究其刑事责任的，公安机关可以对案件作出撤案处理。之后，2004 年浙江省《关于当前办理轻伤犯罪案件适用法律若干问题的意见》、2005 年安徽省《关于办理故意伤害案（轻伤）若干问题的意见》、[3]2016 年山东省《关于办理轻伤害刑事案件有关问题的意见》也规定公安机关可以基于刑事和解而撤销案件。在实践层面，无论有无地方规范支持，公安机适用和解撤案均十分常见。例如，据山东威海实务部门研究人员统计，2001 年至 2002 年，威海市 40％轻伤害案件通过“和解”撤案方式结案。[4]“苏州市公安系统 2007 年度共对刑事案件立案 50579 件，而移送检察机关起诉的仅 11736 件,大部分案件被自己消化了，而消化的手段却主要是通过‘行政处理’。”[5]

---

[1] 参见 2021 年中共中央《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》第 6 条；2020 年最高人民检察院《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》第 11 条。

[2] 参见 2018 年最高人民检察院、公安部《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第 18 条，第 25 条。

[3] 参见杨明，张云鹏：《论侦查阶段的和解撤案——宽严相济刑事政策统摄下的制度构建》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2009 年第 5 期，第 159 页。

[4] 参见陈光中，葛琳：《刑事和解初探》，载《中国法学》2006 年第 5 期，第 11 页。

[5] 苏州市平江区人民检察院课题组，崔进文，叶芊：《刑事和解法律监督问题研究》，载《法学杂志》2008 年第 5 期，第 89 页。

可见，司法实践中和解撤案的不移送审查起诉应用极为广泛，也在公安机关参与社会治理过程中发挥了巨大作用。但严格控权模式下，公安机关并无对涉嫌犯罪的轻微刑事案件撤销案件的权力，和解撤案同样突破了公安机关侦查权的职权边界。从立法层面来看，规范立法并未承认公安机关能够对轻微刑事案件撤销案件，《刑事诉讼法》第 290 条规定对于达成和解协议的案件且犯罪情节轻微，不需要判处刑罚的，公安机关仅具有向人民检察院提出从宽处理的建议权。2022 年最高人民检察院、公安部颁布最新颁布的《关于依法妥善办理轻伤害案件的指导意见》同样间接否定了公安机关和解撤案，其第 10 条规定，“对虽然有一定参与但犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，可以依法作出不起诉处理。对情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的，应当撤销案件，或者作出不起诉处理。”可见，该规范文件也不认可公安机关对犯罪情节轻微案件可以撤销案件，而是将其严格限制在《刑事诉讼法》第 16 条第一类情形内。综上，公安机关和解撤案不移送审查起诉实为于法无据，突破严格控权模式下侦查权内涵。

规范与实践层面两类不移送审查起诉对公安机关刑事判断权的严格控权模式之突破，主要因应于社会治理需要。无论是《经济犯罪案件规定》准许公安机关对证据不足的经济犯罪案件撤销案件，还是司法实践中刑事和解的轻微刑事案件撤销案件，不移送审查起诉；均是缘由上文所述的，公安机关将证据不足的滞留在刑事诉讼程序或者不需要科以刑罚案件必须移送审查起诉，对社会治理功能产生了诸多不利影响。基于证据不足的经济犯罪案件停留侦查阶段对社会稳定、企业发展产生严重不良影响，规范层面认可公安机关可在证据不足时撤销案件，放弃国家追诉，停止侦查；基于无需科以刑罚的轻微刑事案件数量众多，一律移送审查起诉不利于社会治理，基层稳定，实践演化出公安机关对于刑事和解的轻微刑事案件撤销案件不移送审查起诉。两类突破公安机关侦查权权力边界的不移送审查起诉，本质是不移送审查起诉的严格控权模式向社会治理需要在规范和实践层面的妥协。

（三）契合社会治理功能与严格控权模式的可能路径

但是，严格控权模式向社会治理需要的妥协必要却未必正当。公安机关对证据不足经济犯罪案件和轻微犯罪案件撤销案件不移送审查起诉，对社会治理，维护社会稳定，促进社会发展已展现出重要作用；但公安机关能够对证据不足案件和刑事和解轻微刑事案件撤销案件不移送审查起诉不合其职权内涵，二者背离刑事诉讼基本法，且后者于法无据。有学者早在 2006 年就建议赋予公安机关对轻微犯罪案件撤销案件的撤案权，[1]期间呼声从未停止，[2]有学者建议刑事和解可由公安机关撤案，移送检察院备案。[3]在认罪认罚从宽制度铺开后，还有学者建议赋予公安机关认罪认罚不移送审查起诉的权力。[4]也有学者持反对意见，认为公安机关不应享有轻微刑事案件不移送审查起诉的权力；[5]或者公安机关可以在侦查阶段撤销证据不足的案件，但应由检察机关享有决定权；[6]或者应当完全由检察机关掌控撤销案件程序。[7]

笔者认为，上文权力逻辑的推导已经展现公安机关不移送审查起诉仅是其行政判断权与刑事判断权运行之结果，公安机关撤案权是一个伪权力概念。一方面，从刑事司法国家机关权力架构及公安机关职能角度来说，公安机关并无所谓撤案权。一是，撤销案件如何发生上文已述，公安机关基于行政判断权能够对不涉嫌犯罪案件不予立案、撤销案件；基于作为侦查权内在权能的刑事判断权，可以对依刑事诉讼法不追究刑事责任案件撤销案件。除此之外，并无撤销案件的权力。二是，根据我国《宪法》和《刑事诉讼法》的规定，公安机关在刑事诉讼中依法承担侦查、预审、采取或执行

---

[1] 参见陈光中，葛琳：《刑事和解初探》，载《中国法学》2006 年第 5 期，第 11-12 页。
[2] 参见刘鲲：《轻微刑事案件和解撤案的规制路径》，载《山西省政法管理干部学院学报》2019 年第 3 期，第 90 页。
[3] 参见宋英辉，郭云忠，李哲等：《公诉案件刑事和解实证研究》，载《法学研究》2009 年第 3 期，第 18 页。
[4] 参见闫召华：《公安机关从宽处理机制研究——以认罪认罚案件为中心》，载《中国刑警学院学报》2021 年第 2 期，第 25 页。
[5] 参见兰跃军：《被害人视野中的刑事案件撤销制度》，载《西南大学学报(社会科学版)》2010 年第 5 期，第 113 页。
[6] 参见彭现如，邢永杰：《侦查阶段证据不足案件撤案程序之构建》，载《中国刑事法杂志》2010 年第 3 期，第 79 页。
[7] 参见韩晗：《检察权能新拓：撤案核准的内涵阐释与模式展望》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 2 期，第 106 页。

拘留、逮捕等刑事强制措施，羁押看管犯罪嫌疑人和执行部分刑罚等任务。公安机关以刑事侦查和刑事强制措施等手段，预防、制止和打击危害国家安全和社会治安的各种刑事犯罪，在刑事诉讼中与人民检察院和人民法院分工负责、互相配合、互相制约，共同完成惩罚犯罪的任务。公安机关在刑事诉讼程序中职权总和可视为侦查权，不包含撤销案件权力。三是，证据不足案件存疑不起诉及轻微刑事案件裁量不起诉之权力属于公诉权范畴，其为检察权组成部分，公安机关不具有检察权权能。因此，职权法定语义下，公安机关撤销案件只是其运用行政判断权或者侦查权之刑事判断权的一种结果：不涉嫌犯罪的或者不追究刑事责任的不移送审查起诉；暂未查明的也不得移送审查起诉；反之移送审查起诉，公安机关本身并无裁量或决定是否撤销案件的权力。另一方面，也不能完全否定公安机关不能自主撤销案件，公安机关能够自主撤销案件是其行政判断权与刑事判断权之结果，也是必要条件，否则公安机关就不能顺利参与社会治理。而且，基于刑事判断权的不予立案或者撤销案件不移送审查起诉，在《刑事诉讼法》第 16 条中与检察机关法定不起诉、人民法院宣告无罪并列，是其侦查权的内在组成部分。

模糊状态下不移送审查起诉的左右摇摆不利于其社会治理功能发挥，也混淆了公安机关与检察机关的职能定位。不移送审查起诉双向背反展现了社会治理功能与严格控权模式在不移送审查起诉命题上的冲突。上文论证了公安机关本身并不具有对证据不足犯罪案件和轻微刑事案件不予立案或者撤销案件不移送审查起诉的权力，社会治理需要只是说明了其应当具有之必要性，但不能为可以具有之正当性提供依据。检警一体模式下检察机关能够在侦查阶段径行对该两类不移送审查起诉作不起诉处理，检警分立模式下公安机关本身具有决定证据不足案件与轻微刑事案件是否不起诉的权力，两种模式均在侦查阶段通过刑事司法职权的分配满足社会治理第一线的分流需要。分工负责、相互配合、相互制约是中国特色检警关系，公安机关与检察机关权责分明，相对独立，要想在侦查阶段实现该两类不移送审查起诉案件的分流，似乎要么顺应检警一体模式由检察机关直接介入侦查阶段掌控所有案件，要么选择检警分立模式由公安机关具有该两类案件不移送审查起诉的权力。但该两种应对方法均与我国特色检警关系不符，检察机关既不能介入侦查阶段完全掌握刑事侦查工作，也不可能使公安机关具备检察机关不起诉权。

笔者认为，坚守严格控权模式，迎合社会治理，将检察机关不起诉适当拓展到侦查阶段，实现轻微刑事案件不移送审查起诉统摄于不起诉之程序再造方为可能路径。首先，公安机关对该两类不移送审查起诉之正当性来源只能是检察机关公诉权中的不起诉权。根据《宪法》和《刑事诉讼法》分配的国家权力架构，检察机关的不起诉权不可能交由公安机关行使，应否定规范与实践中公安机关自主决定该两类案件不移送审查起诉的权力，公安机关仅可能具有提请权。其次，立足于我国检察机关法律监督与公诉机关特殊的双重定位，可在侦查阶段，将该两类不移送审查起诉并入不起诉程序。一方面，公安机关能够侦查进程判断侦查活动是否难以继续，也能主持达成和解协议，也能判断案件社会危害性，以及是否属于轻微刑事案件，向检察机关提请撤销案件不移送审查起诉的意见，经过检察机关决定，案件流程就无需推进至移送审查起诉阶段。另一方面，检察机关可主动对停滞在侦查阶段的案件行使不起诉权，决定对那些没有追诉必要、浪费侦查资源案件不再继续侦查，要求公安机关撤销案件，不移送审查起诉。最后，基于社会治理必要性，设定该两类案件不移送审查起诉之具体客观标准。一是，排除那些没必要在侦查阶段社会治理的案件类别；二是，确保公安机关提请时不享有裁量权，防止提请权向不起诉权转化；确保检察机关审查时不对公安机关侦查权独立地位造成不当限制，对于无需社会治理的案件，公安机关可以决定是否继续侦查，何时移送审查起诉，防止审查权演变成侦查权。三是，进一步限制公安机关决定轻微刑事案件停滞在侦查阶段不移送审查起诉，防止轻微刑事案件无期限侦查，防止公安机关消极提请撤销案件不移送审查起诉，背离社会治理本意。

四、轻微刑事案件不移送审查起诉双向契合的程序再造

公安机关和检察机关之间“提请+批准”模式既有合理性也有可操作性，但应遵循放开检察机关不起诉延伸至侦查阶段之初衷是为了满足社会治理必要性，公安机关提请、检察机关审查撤销案件不移送审查起诉，应当接受社会治理必要性限制，防止提请权向不起诉权转化，防止审查权演变成

侦查权。

（一）侦查阶段“提请—审查”程序实践适用可行性和制度基础

轻微刑事案件不移送审查起诉实为社会治理之必要，但不能违背公检刑事司法职权的宪法配置，不能以公安机关不移送审查起诉为名行检察机关不起诉之权。因此，通过适当的程序设计，将轻微刑事案件不移送审查起诉划归为检察机关不起诉程序内应为理论正解，也能保障被追诉人的时效利益，防止本应不起诉的案件在侦查阶段停滞时间过长，浪费司法资源，赋予公安机关证据不足撤案与和解撤案以正当性，以及更为广泛的激活检察机关存疑不起诉与酌定不起诉的制度活力。前文已述，不少学者在论及侦查阶段证据不足和刑事和解案件撤销案件时，也主张由公安机关向检察机关提请撤销案件。况且，从文本语义与程序流转角度而言，不起诉包涵不移送审查起诉并未突破其内在涵义。

其次，公安机关和检察机关对侦查阶段“提请—审查”程序并不陌生。在审查批捕制度与认罪认罚制度中，公安机关需提请批捕、对侦查阶段认罪认罚提出建议，检察机关还能主动对批捕的犯罪嫌疑人审查羁押必要性。2018 年《刑事诉讼法》修改规定了特殊撤案制度，《刑事诉讼法》第 182 条规定：“犯罪嫌疑人自愿如实供述涉嫌犯罪的事实，有重大立功或者案件涉及国家重大利益的，经最高人民检察院核准，公安机关可以撤销案件……”虽然特殊撤案制度在司法实践中似乎并不常见，但它说明，刑事诉讼法认可在特殊情况下，公安机关可以向检察机关提请撤销案件，检察机关也有相应的审批权。也说明，撤案不移送审查起诉有接受社会治理必要改造，扩大至全部轻微刑事案件的可能性。

最后，司法实践中已有公安机关提请检察机关批准轻微刑事案件撤销案件的地方规范和实践经验。如山东省高级人民法院、山东省人民检察院、山东省公安厅印发《关于办理轻伤害刑事案件有关问题的意见》第 8 条规定，“对公安机关提请逮捕的轻伤害案件，人民检察院审查后认为情节显著轻微、建议不以犯罪论处的，公安机关可依法撤销案件，并对行为人作出治安管理处罚。”但是，由于缺乏制度上的支持，检察机关只能通过提请批捕程序认可公安机关处理轻微犯罪案件时撤销案件的做法。轻微刑事案件本就极少批捕，通过该程序实现检察机关不起诉对公安机关撤销案件的控制不可能全面适用推广于轻微刑事案件；而且，明确统一制度的缺失也使得检察机关在批捕程序中作不起诉决定缺少规范支撑。综上，立法应当吸收和认可具有实践生命力且达致双向契合的“提请—审查”不移送审查起诉程序，形成可全面适用的制度方案。

（二）公安机关对三类轻微刑事案件提请撤案不移送审查起诉

公安机关可对证据不足、刑事和解、社会危害性不大三类轻微刑事案件提请检察机关批准撤销案件不移送审查起诉。社会治理必要在规范与实践层面催生了证据不足经济犯罪案件与刑事和解的轻微刑事案件，公安机关撤销案件不移送审查起诉；如果社会治理必要性认可侦查阶段可撤销刑事和解的轻微刑事案件，也应认可没有被害人，但社会危害性不大的轻微刑事案件。公安机关立案侦查后，一定期限内难以查明案件事实，收集足够证据的，公安机关应当判断是否还有查明案件事实的可能、是否属于可能作酌定不起诉处理的轻微刑事案件。如果确实查明案件事实十分困难，且该案件属于很可能做不起诉处理的轻微刑事案件，应当准备案件相关证据材料提请检察机关做不起诉处理，检察机关确认属于短期内难以查明案件事实，收集足够证据的轻微刑事案件，可以做存疑不起诉处理，批准公安机关撤销案件不移送审查起诉。具体期限方面，一是，应当根据不同案件类型在公安机关内部形成规范；二是，对于特殊、复杂的案件可以具体讨论。总之，侦查期限的设定与被监督更加契合现代刑事司法理念，避免公安机关机关立案后侦查期限永无“截至日期”再遭受诟病。三是，对于经济犯罪案件，《经济犯罪案件规定》规定的公安机关自主的证据不足撤销案件不移送审查起诉不符合公检权力配置，而且与企业合规制度对企业合规整改目标不符，应当重新修改。可以考虑修改为，轻微经济犯罪案件，公安机关立案侦查 30 天后，仍旧证据不足的，提请检察机关是否做存疑不起诉，后撤销案件不移送审查起诉。非轻微经济犯罪案件，由公安机关继续侦查，但应尽量避免对被追诉人和涉案财物采取强制性措施。涉嫌单位犯罪的，公安机关立案侦查 30 天后，无论证据是否充足，应当商请检察机关提前介入，开展企业合规程序。

立案侦查后，属于事实清楚，证据确实充分的轻微刑事案件，有被害人且公安机关已经主持达

成和解协议的，或者无被害人但公安机关认为社会危害性不大的，应当准备案件相关证据材料提请检察机关做不起诉处理。检察机关确认，公安机关提交的证据材料能够证明犯罪嫌疑人实施的犯罪行为确实情节轻微，达成的和解协议自愿有效或者社会危害性不大的，可以做酌定不起诉处理，批准公安机关撤销案件不移送审查起诉。检察机关根据公安机关提交的证据材料，认为有追诉必要的，公安机关应当移送审查起诉；认为事实不清，证据不足的，公安机关应当继续侦查。

（三）检察机关对不移送审查起诉案件审查监督追诉必要性

权力滥用积极与消极两个面向上，检察机关对于公安机关提请权的控制包括审查积极提请与监督消极提请。公安机关具有证据不足、刑事和解、社会危害性不大的轻微刑事案件之撤销案件提请权，积极面向上公安机关可能不当地将不应提请撤案的案件提请撤销案件；消极面向上公安机关可能不当地将应提请撤案的案件不提请撤销案件，要么不管不顾停留在侦查阶段，要么径行撤销案件。对于积极面向上的滥权，公安机关仍会提请撤销案件，检察机关通过审查批准实现权力控制，防止有追诉必要的案件在侦查阶段通过提请程序被不当撤销。对于消极面向上的滥权，就需要检察机关主动监督公安机关有无消极地对应当提请撤销的案件不提请，监督案件是否长期停留侦查阶段或者公安机关不经批准而直接撤销案件。检察机关能够依据刑事诉讼法已有的立案与撤案监督机制实现对公安机关消极滥权之监督，具体操作上，可通过实践中智慧警务与智慧检务的对接实现，公安机关将警务部门立案与撤案的数据共享给检察机关，[1]检察机关根据立案撤案数据，通过线上数据筛选实现主动监督。

一是，数据筛选立案后长期不移送审查起诉案件，监督消极滥权面向上长期不移送审查起诉的。检察机关应能够主动介入侦查阶段，开展类似羁押必要性审查的追诉必要性监督，对侦查阶段事实不清，证据不足，长期不移送审查起诉案件进行监督，考量是否对其中证据不足的轻微刑事案件作出证据不足存疑不起诉；对事实清楚，证据确实充分，公安机关不当拖延移送审查起诉时间的轻微刑事案件作出酌定不起诉；对非轻微刑事案件要求公安机关尽快移送审查起诉。二是，数据筛选未经提请批准撤销的案件，监督消极滥权面向上不经提请审批，径行撤销案件不移送审查起诉的。对于其中涉嫌犯罪的轻微刑事案件，即便检察机关认为可以做不起诉处理，也应当根据法律监督职能追究撤案主体相应责任；检察机关认为可能有追诉必要性的，应当要求公安机关重新立案侦查，并追究撤案主体相应责任。综上，检察机关审查监督不移送审查起诉案件的追诉必要性，确保公安机关依法提请，防止公安机关对轻微刑事案件标准把握不准，杜绝未有助于社会治理制度初衷反而出现国家权力滥用的不公平正义现象。

（四）基于社会治理必要性设定不移送审查起诉案件具体标准

社会治理必要性系开放侦查阶段不移送审查起诉的制度基础，由此出发强化公安机关与检察机关各自保持权力克制。“提请—审查”不移送审查起诉程序构建后，一方面，要保障侦查阶段不移送审查起诉程序仅为不起诉程序的一种，防止不移送审查起诉程序消解不起诉程序之程序价值。否则，所谓提请不移送审查起诉与审查追诉必要性不过是一种模糊了程序边界的移送审查起诉。另一方面，侦查权具有判断何时查明案件事实，移送审查起诉的权能，也能判断具体案件是否具有查明事实，收集足够证据的可能性。检察机关主动审查只是为了确保本应不起诉的轻微刑事案件受到同等对待，不能对侦查机关行使侦查权形成过于强大的控制，防止陷入检警一体的窠巢。以上两方面目标恰好能通过轻微刑事案件不移送审查起诉之程序再造原理，即社会治理必要性来实现，具体而言，社会治理必要性对不移送审查起诉限制主要有以下两个方面，通过该两个方面限制来区分侦查阶段不移送审查起诉与审查起诉阶段的不起诉，并防止不起诉权过度控制侦查权。

社会治理必要性对不移送审查起诉案件特征的限制。在案件数量上，案件数量多，波及范围广，不预先在侦查阶段处理会对公民和财物确实造成严重障碍等因素是社会治理必要性的整体考量因素。在案件类型上，案件类型应当能在做出撤销案件不移送审查起诉后，可由公安机关直接作行政处置，或者转介其他行政职能部门行政处置更为便利。防止公安机关移送审查起诉后，又在移送审查起诉后返回公安机关，又面临繁琐的检察机关与行政机关之衔接，增加程序累赘。在案件量刑上，

[1] 参见王伟：《论数据时代检警数据共享的衔接机制》，载《牡丹江大学学报》2023 年第 3 期，第 52 页。

公安机关可以提请撤销案件不移送审查起诉的案件应当严格限制在可能判处三年有期徒刑以下刑罚。[1]我国理论与实务通常将三年以下有期徒刑的案件视为轻罪案件，社会治理项下轻罪治理局面主要由于三年以下有期徒刑案件的数量激增，根据《中国法律年鉴》《全国法院审理刑事案件被告人判决生效情况统计表》统计，2017 年至 2019 年定罪判决“3 年有期徒刑以下的轻刑占比近 80%，不满 1 年的微刑占比超 60%。”[2]可能判处三年以上有期徒刑的案件在刑事案件中占比并不多，缺少社会治理的必要性。在案件难易程度上，公安机关可以提请撤销案件不移送审查起诉的案件应当局限于事实清楚、证据确实充分的简单案件。事实清楚、证据确实充分的简单案件是公安机关能够迅速判断的，也是轻罪治理面临最多的案件。总体来说，随着科技赋能侦查之发展，在轻微刑事案件中，公安机关面临复杂案件情况并不多。因此，排除公安机关疑难复杂案件提请权对社会治理需要并无太大影响。而且，疑难复杂案件公安机关不能提请，不仅能够防止公安机关随意提请，怠于侦查；也能展现出我国刑事诉讼追求实体真实不变的目标。

社会治理必要性对公安机关提请和检察机关批准时限的限制。社会治理必要性的另一重心是公安机关提请撤销案件不移送审查起诉程序的效率问题，程序只有尽可能的高效率方能实现社会治理的目标追求，否则，该程序与直接要求公安机关对证据不足案件也可移送审查起诉并无太大区别。首先，案件量大、案件类型与行政处置办理相似、案件量刑少、案件难易程度低，为公安机关迅速提请撤销案件不移送审查起诉、检察机关迅速审批提供了条件和案件基础。不过，也需要注意轻微刑事案件类型不同，提请的时间节点、审查监督的时间节点、审批所需的时间期限可能不同。其次，在公安机关提请面向上，证据不足的轻微刑事案件，仅可能判处一年以下有期徒刑，侦查满三个月后不能查明案件事实，收集足够证据的；尽可能判处三年以下有期徒刑，侦查满半年不能查明案件事实，收集足够证据的，公安机关可以提请撤销案件不移送审查起诉，检察机关应在十日内审查是否批准。刑事和解的轻微刑事案件，公安机关主持的和解协议履行完毕后，应当立即提请检察机关审查，检察机关应当在五日内审查是否批准，检察机关批准的撤销案件不移送审查起诉。社会危害性不大的轻微刑事案件，公安机关查明案件事实，收集足够证据后，认为社会危害性不大，检察机关很可能作酌定不起诉的，提请撤销案件不移送审查起诉，检察机关应在十日内审查是否批准。在检察机关主动审查监督面向上，检察机关可每年不定期对公安机关立案满半年、一年、五年、十年的刑事案件批量审查，对其中证据不足、刑事和解、社会危害性不大的，仅可能判处三年以下有期徒刑的轻微刑事案件，要求公安机关撤销案件不再移送审查起诉。公安机关对证据不足的案件，认为可能判处三年以上有期徒刑，不宜撤销案件的，可不撤销案件，继续侦查。最后，公安机关提请或检察机关审查后，撤销不移送审查起诉的案件，公安机关应当在三日内予以行政处置，归属其他行政职能部门负责的，负有转介其他行政机关的责任，应在五日内完成转介。

结 语

习近平总书记多次强调，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。社会治理过度刑法化带来的是，轻微刑事案件数量持续攀高，社会公民与涉案财物更多的被卷入刑事诉讼程序，刑事司法程序对公民个人造成的不利影响在高度联结的社会关系网中被进一步放大。轻微刑事案件看似不不严重，但确确实实影响越来越多普通守法公民日常生活，影响社会公民对司法程序的感受，轻微刑事案件的处理“连着民情、民心，涉及人民群众对民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的新要求新期待。”[3]及时迅速处理轻微刑事案件，是让人民群众感受到公平正义的必然需求，也能减少刑事司法程序对社会治理造成的负担。如果刑事司法程序不能妥当应对刑法广泛参与社会治理之形势变革，那么轻罪化对社会治理产生的负担会远远大于刑法参与治理社会的优势，最终形成刑事实体法为治理社会而创设大量轻罪罪名，严苛的刑事程序法则带来了更为严重的社会治理负担之逻辑怪圈。从学界观点上来看，多数学者提出扩大检察机关起诉裁量权与不起诉程序适用来应对轻罪治理之局面，本文从社会治理视角出发，以契合国家权力配置为本位，在已有规范与实践基础上，提出将不起诉在社会治理必要性原则限制下扩展到侦查阶段，不仅辐射社会治理必要性催生的、突

[1] 可能判处三年有期徒刑以下刑罚包括可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金或者缓刑。
[2] 代桂霞，冯君：《轻罪治理的实证分析和司法路径选择》，载《西南政法大学学报》2021 年第 5 期，第 43 页。
[3] 罗庆东：《积极发挥检察机关在轻罪治理中的作用》，载《中国法治》2023 年第 9 期，第 16 页。

破公安机关权力边界的两类不移送审查起诉；而且囊括其他有社会治理必要性的轻微刑事案件。

国家权力在刑事诉讼程序中的互动流转一直是刑事诉讼中的重大课题，职权法定、权责分明的公安司法机关系统是健全刑事司法国家治理体系现代化的必要组成部分。然而，随着社会实践的发展变化，刑事司法程序如果不能顺应变化，就可能产生类似本文中公安机关与检察机关在轻微刑事案件撤销案件与不起诉职权分配异化、冲突、混乱之局面；也可能产生类似《经济犯罪案件规定》这样为契合实践需要而违背国家权力配置的规范性文件。2023 年 9 月十四届全国人大常委会立法规划公布，将刑事诉讼法在修改列入“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”，刑事诉讼法再修改过程中，立法应更多地关注实践，全面总结实践，寻找实践之合理性，避免理想式立法，还应关注司法解释与其他规范性文件如何审查，考虑确立规范审查机关，推动刑事诉讼法实质性法典化。

“两卡”类掩饰、隐瞒犯罪所得案分层处理模式的构建——以 J 省 N 市 2021-2023 年类案为样本

周红年 柏天文 崔娜娜[*]

摘 要：随着我国犯罪结构发生变化，“两卡”类掩隐犯罪在轻微刑事案件中占比近三年呈上升趋势，且案件审查处理特征明显，类案办理与治理关乎轻微刑事案件高质效办理。基于近三年类案处理司法实践，类案办理与治理中存在出入罪标准不明、缓刑适用标准不一、相对不起诉把握较难、类案治理缺位的问题，影响类案办理质效。针对前述实际问题，可从全面把握涉案情节、准确列明排除清单、量化审查评估方法、完善类案治理措施四个层面探索类案分层处理模式，以期为轻微刑事案件办理提供思路，以类案高质效办理助推轻微刑事案件社会治理。

关键词：轻微刑事案件 “两卡”类掩饰、隐瞒犯罪所得案 分层处理 治罪与治理

在国家治理体系和治理能力现代化的今天，轻微刑事案件办理与治理成为社会治理的重要组成部分。而基层检察机关承办了绝大多数轻微刑事案件，高质效办理轻微刑事案件是时代要求。有基于此，在办理轻微刑事案件中如何准确把握轻重，如何有效平衡打击犯罪与审查处理轻缓化，如何差异化进行轻微刑事案件社会治理值得检察机关深思。“两卡”类掩饰、隐瞒犯罪所得罪（以下简称“两卡”类掩隐犯罪）在轻微刑事犯罪中的比重较高且近年来特征、趋势明显，从 J 省 N 市检察机关 2021 年至 2023 年办理的“两卡”类掩饰、隐瞒犯罪所得案（以下简称“类案”）来看，类案办理与治理中存在案件审查处理标准不一、社会治理措施缺位的问题，影响轻微刑事案件治罪与治理质效。为有效把握轻微刑事案件，可分四步，从出入罪标准、缓刑适用标准、相对不起诉标准、类案社会治理四个层面，探索类案分层处理方法路径。

一、地区类案白描

（一）地区犯罪结构特点

从 J 省 N 市检察机关 2021 年至 2023 年办理的刑事案件总体情况来看，相对不起诉和法院判处三年以下有期徒刑刑罚（以下简称“轻微刑事案件”）人数占比均在百分之八十以上，地区犯罪结构呈现出以轻微刑事案件为主的特点，与当前我国犯罪结构变化趋势相符。[1]（详见表 1）

2021 年至 2023 年 J 省 N 市检察机关办理刑事案件总体情况（表 1）

年份	检察机关办理刑事案件总人数	轻微刑事案件人数	前列占比
2021 年	15537	13462	86.64%
2022 年	13607	10950	80.47%
2023 年	15957	12952	81.16%

从办理的掩隐犯罪具体数据来看，掩隐犯罪案件办理数量总体呈逐年上升趋势，“两卡”类掩隐犯罪案件占比近三年居高不下，均接近百分之七十，“两卡”类掩隐犯罪人数在轻微刑事案件人数中占比呈逐年上升趋势。（详见表 2）

掩隐犯罪类型情况（表 2）

年份	检察机关办理的掩隐犯罪总人数	“两卡”类掩隐人数	前列在掩隐犯罪人数中占比	轻微刑事案件人数	“两卡”类掩隐人数在轻微刑事案件人数中占比
2021 年	982	718	73.11%	13462	5.33%

[*] 周红年，男，南京市高淳区人民检察院党组副书记、副检察长；柏天文，女，南京市高淳区人民检察院第一检察部副主任、一级检察官；崔娜娜，女，南京市高淳区人民检察院第一检察部副科职干部。

[1] 2021 年《最高人民检察院工作报告》指出，我国“犯罪结构明显变化，重罪占比持续下降，轻罪案件不断增多。判处不满三年有期徒刑及以下刑罚案件从 2000 年占 53.9%升至 2020 年的 77.4%。2022 年《最高人民检察院工作报告》指出，2020 年全国两会上，最高检分析我国二十年间重罪持续下降、轻罪持续上升的重大变化。

2022 年	1071	735	68.62%	10950	6.71%
2023 年	1631	1128	69.16%	12952	8.7%

（二）类案审查处理趋势

从对犯罪嫌疑人的处理情况来看，“两卡”类掩隐犯罪诉前羁押率 2022、2023 年相比 2021 年总体呈下降趋势，但“两卡”类掩隐犯罪诉前羁押率近三年均高于刑事案件整体水平。（详见表 3）

诉前羁押情况（表 3）						
年份	检察机关办理刑事案件总人数	诉前羁押人数	前列占比	“两卡”类掩隐人数	“两卡”类掩隐犯罪诉前羁押人数	前列占比
2021 年	15537	3646	23.46%	718	264	36.76%
2022 年	13607	1984	14.58%	735	154	20.95%
2023 年	15957	2762	17.30%	1128	305	27.03%

检察机关对“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人提起公诉占比呈逐年上升趋势，占比近三年均接近 90%，且起诉率每年均高于刑事案件总起诉率。（详见表 4）

起诉情况（表 4）						
年份	检察机关办理刑事案件总人数	起诉人数	前列占比	“两卡”类掩隐犯罪人数	“两卡”类掩隐犯罪起诉人数	前列占比
2021 年	15537	12200	78.52%	718	597	83.14%
2022 年	13607	9848	72.37%	735	645	87.75%
2023 年	15957	11720	73.44%	1128	1022	90.60%

检察机关对“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人建议适用缓刑的占比 2023 年相比 2021-2022 年呈下降趋势，且低于刑事案件缓刑适用总体水平。（详见表 5）

缓刑适用情况（表 5）						
年份	检察机关办理刑事案件起诉人数	建议适用缓刑人数	前列占比	“两卡”类掩隐犯罪起诉人数	“两卡”类掩隐犯罪建议适用缓刑人数	前列占比
2021 年	11731	5067	43.19%%	597	197	32.99%
2022 年	9460	3785	40.01%	645	231	35.81%
2023 年	11136	1547	13.89%	1022	125	12.23%

从已判决刑期分布来看，“两卡”类掩隐犯罪判处三年以下有期徒刑刑罚人数占比高，且 2023 年高于各类犯罪法院判处三年以下有期徒刑人数占比。（详见表 6）

判处三年以下刑罚情况（表 6）						
年份	刑事案件已判决总人数	判处三年以下刑罚人数	前列占比	“两卡”类掩隐犯罪已判决人数	“两卡”类掩隐犯罪判处三年以下刑罚人数	前列占比
2021 年	11731	10075	85.88%	597	504	84.42%
2022 年	9460	6607	69.84%	645	414	64.18%
2023 年	11136	8884	79.77%	1022	879	86%

检察机关作出相对不起诉决定的人数近三年占比均低于 4%，相对不起诉率低于整体案件不起诉率超过十个百分点。作出相对不起诉决定后，对相对不起诉人采取非刑罚处罚措施和开展社会治理的占比总体呈大幅上升趋势，但系从 2023 年明显上升且均为向行政机关制发检查意见建议给予行政处罚。（详见表 7）

相对不起诉处理情况（表 7）							
年份	检察机关办理案件总人数	相对不起诉人数	前列占比	“两卡”类掩隐犯罪相对不起诉人数	前列占比	“两卡”类掩隐犯罪非刑罚处罚及社会治理人数	前列占比
2021 年	15537	2698	17.36%	13	1.81%	0	-
2022 年	13607	2583	18.98%	29	3.95%	0	-
2023 年	15957	2668	16.71%	42	3.72%	20	66.66%

（三）嫌疑人行为方式及自然情况特点

从“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人犯罪情况来看，70%以上均为共同犯罪。从犯罪嫌疑人自然情况来看，有前科劣迹的人数占比呈逐年上升趋势，无业人员占比居高不下，从行为人年龄特点来看，犯罪呈现年轻化趋势，且不乏在校学生。（详见表 8）

嫌疑人行为方式、自然情况（表 8）											
年份	类案犯罪人数	同犯罪人数	前列占比	前科劣迹人数	前列占比	无业人数	前列占比	作案时35周岁以下人数	前列占比	学生人数	前列占比
2021年	718	99	83.42%	101	14.06%	599	83.42%	640	89.13%	4	3.34%
2022年	735	45	74.14%	127	17.27%	615	83.67%	643	87.48%	5	2.04%

2023年	1128	73	77.39%	258	22.87%	939	83.24%	935	82.89%	6	2.3%

（注：以上表 1-8 中所称“人数”均以人为单位。）

二、类案处理问题剖析

基于上述“两卡”类掩隐犯罪案件办理数据分析，类案频发、高发，且检察机关对于案件的审查处理呈现出起诉率高、不起诉率偏低等特点，在一定程度上反映出轻微刑事案件占比上升的时代背景下，类案办理中关于标准把握、社会治理存在难题，需要统一标准、探索方法。

（一）出入罪标准把握不明

根据 2021 年《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》，掩隐犯罪入罪标准已没有严格的数额限制。关于入罪标准的把握，司法实践中往往结合行为人掩饰、隐瞒的金额、次数、具体行为方式等综合把握认定行为人掩饰、隐瞒犯罪所得的行为是否入罪。从 J 省 N 市检察实践来看，对于掩隐犯罪入罪金额的把握从 6000 元到 10000 元不等。针对发案率高的“两卡”类掩隐犯罪，因涉案金额往往在上述金额之上，因此，实务中按照上述金额也可入罪。但如行为人供卡次数、张数较少且参与程度不高，是否一律入罪，以及在符合刑事法律法规规定的前提下，哪些情况可作出罪处理，司法实践中值得商榷且存在争议，需要统一标准尺度。

（二）缓刑适用标准不一

认罪认罚从宽制度适用以来，犯罪嫌疑人认罪认罚的，检察机关应当就是否适用缓刑提出量刑建议。准确判断综合把握案件事实情节等提出是否适用缓刑的量刑建议，是高质效办理轻微刑事案件的时代要求。但如何对“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人是否适用缓刑提出准确的量刑建议，实务中存在两难。根据刑法、《关于常见犯罪量刑指导意见》等法律规定、司法解释，对于“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人哪些不适用缓刑较为容易判断，但排除前述有明确规定不适用缓刑的情形后，对于缓刑适用的衡量与把握值得思考。是否建议适用缓刑看似仅仅是量刑建议的一部分，却关乎嫌疑人的人身自由，关乎案件定罪量刑后嫌疑人是否真正认罪悔罪，更关乎轻微刑事案件占比高的时代背景下，如何以更加轻缓的方式给犯罪嫌疑人改过自新的机会。因此，是否适用缓刑的判断并不简单，司法实践中检察机关也经常在提出缓刑与否的量刑建议之间犹豫不决。此外，如未能准确提出是否适用缓刑的量刑建议，将直接影响办案质效。例如，J 省 N 市检察机关办理的曾某某等 4 人掩饰、隐瞒犯罪所得案，经审查认定曾某某纠集他人提供银行卡帮助上家接受并转移犯罪资金合计 40 余万元，曾某某无前科劣迹，检察机关综合考量曾某某纠集他人提供银行卡接收转移犯罪资金金额较大，系主犯且未退赃退赔，最终未建议适用缓刑；但考虑其主动自首、认罪认罚最终在法定范围内给予从宽量刑，曾某某并无异议。审判阶段，法院采纳检察机关量刑建议并作出一审判决。但曾某某仍对法院最终判缓刑抱有期待，法院以实刑判决后，其以量刑过重为由提出上诉。检察机关虽多次深入开展释法说理，但最终曾某某不服判，执意上诉。本案最终虽经二审判决维持原判，且根据目前的司法尺度，对曾某某的量刑建议并无不妥，但其因不能适用缓刑以量刑过重为由提出上诉值得我们深思。司法实践中，像曾某某一样审查起诉阶段认罪认罚但法院采纳检察机关量刑建议后，被告人人单纯因未判缓刑执意以量刑过重为由提出上诉的情况并非少数。“两卡”类掩隐案中，像曾某某一样无法定不适用缓刑的情节，但掩饰、隐瞒犯罪所得金额较大或银行卡流水较大是否有建议适用缓刑的可能和必要，值得深思。检察机关如何提出差异化的量刑建议，明确缓刑适用标准、探索缓刑适用审查方法、细化缓刑适用条件迫在眉睫。

（三）相对不起诉把握存在难题

1.涉案金额审查把握标准不统一

目前 J 省 N 市范围内关于“两卡”类掩隐犯罪相对不起诉金额的把握不统一，大部分区县也未形成统一标准，地区内部对涉案金额的把握存在较大出入。从目前来看，因各地对“两卡”类掩隐金额把握的标准不统一，检察机关对达到一定金额是否作相对不起诉存在两难。一般情况下对于专门组织他人供卡接收、转移犯罪资金，或者以供卡为业，或者上游犯罪涉黑恶，或有其他从重、从严打

击情节的，一般不考虑相对不起诉，实务中也相对较容易把握。检察机关为难的是：第一，单纯供卡人员的把握处理问题。针对类似供卡三次以下、供卡三张以下并无取现行为等犯罪情节较轻的，是否可根据掩饰、隐瞒的金额认定是否作相对不起诉处理，有待形成共识。第二，单纯的纠集人员的处理问题。两卡类掩隐犯罪中，对于仅仅纠集他人供卡接收、转移犯罪资金，纠集他人之后对被纠集者具体掩饰、隐瞒犯罪所得的情况概不过问的，实践中是否一律按照被纠集者犯罪金额处理，实践中存在难题。一般而言，被纠集者往往不止一个，且查证的掩隐金额较大，该类纠集人员面临的刑罚处罚往往较重，有前科的最终很有可能长期监禁。而反观其具体行为，除纠集行为以外其他作用轻微，且实际获利甚微甚至未获利，由此可能出现罪责不相适应的情况。

2.相对不起诉率整体偏低

相对不起诉决定的作出是对案件事实、情节、相关要素综合审查把握的过程，掩隐犯罪因其上游犯罪、行为方式、行为影响各不相同，需要综合考虑的因素相比其他轻罪案件更为多样、复杂。针对“两卡”类掩隐犯罪而言，由于关于掩隐犯罪起诉必要性的审查认定无明确规定，且每个案件背后是不同的犯罪嫌疑人，事实情节各有不同，因此，实践中面对总体情节相对较轻的犯罪嫌疑人，是否提起公诉，检察机关往往面临两难选择。此外，从 J 省 N 市类案办理实践来看，对诉与不诉的衡量除需要审查掩隐金额以外，还要考虑嫌疑人是否有前科劣迹、是否系累犯、认罪认罚情况、主动退赔情况等，另外嫌疑人自然身份情况、上游犯罪性质、卡内流水大小及对社会公共利益产生的影响等也不容忽视。因需要考虑的情节、因素较多，承办人作出相对不起诉决定更为慎重，最终“两卡”类掩隐犯罪相对不起诉率相比刑事案件总体相对不起诉率偏低。

3.自愿退赔情节把握不一

行为人退赔情况是检察机关作出相对不起诉决定需要考量的情节，掩隐犯罪行为人认罪、悔罪并退赃、退赔，且具有其他情节轻微情形的，可以认定为犯罪情节轻微，免于刑事处罚。[1]实践中检察机关作出相对不起诉决定时也往往对行为人退赔情况进行审查。检察机关对退赔情节的把握一般以正向激励为主，但各地在退赔金额、比例把握上存在差异。以 J 省 N 市地区实践为例，部分地区以行为人退赔全部掩隐金额作为相对不起诉的考虑因素，部分地区要求嫌疑人退赔掩隐金额的 50%以上，还有部分地区以嫌疑人自愿退赔为主，只看行为有无不论金额多少。根据 J 省 N 市办案数据统计，掩隐犯罪行为人以无业人员为主，犯罪意图多为营利，退赔能力往往有限。在此情况下，退赔幅度、金额直接影响其是否适用相对不起诉是否有失妥当？因此，检察机关对于退赔标准、幅度的把握存在差异，容易导致诉与不诉出现失衡。

（四）类案治理存在缺位

1.对相对不起诉人非刑罚性处置措施单一

从 J 省 N 市检察机关办理的类案相对不起诉情况来看，对相对不起诉人给予的非刑罚性处置措施均为向行政机关发出检察意见建议给予行政处罚，行政机关均予以拘留，无其他针对性措施。然而，轻微刑事案件高发的时代背景下，不同案件的犯罪嫌疑人涉案情况、自身情况各不相同，一味建议给予行政处罚难以差异化地引导被不起诉人更好地回归社会；另外，从“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人有前科人数占比高于平均水平的实际情况来看，虽有前科人员一般会被排除在相对不起诉的考虑范围外，但“两卡”类掩隐犯罪行为人犯罪前科占比高，从侧面反映出单一化地给予行政处罚不能起到很好的警示教育作用，防止再犯效果发挥不好，从而治罪与治理实效难以发挥。

2.相对不起诉行刑反向衔接存在障碍

作出相对不起诉决定后，检察机关应当根据案件的不同情况，予以非刑罚性处置措施。但实践中，对于作出相对不起诉的犯罪嫌疑人其后续处理衔接上存在障碍。一方面，对相对不起诉人给予行政处罚是否进行必要性审查把握不一。目前关于对相对不起诉人是否有必要给予行政处罚实务中存在分歧，或认为对于相对不起诉人一律应当给予行政处罚，或认为需要进行必要性审查，有必要

[1] 《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用若干问题的解释》（法释[2015]11 号）第二条 掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益行为符合本解释第一条的规定，认罪、悔罪并退赃、退赔，且具有下列情形之一的，可以认定为犯罪情节轻微，免于刑事处罚：（一）具有法定从宽处罚情节的；（二）为近亲属掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益，且系初犯、偶犯的；（三）有其他情节轻微情形的。

的才处罚；另一方面，检察机关内部刑事检察部门和行政检察部门关于给予行政处罚必要性审查职责划分不明确。由此导致行刑反向衔接不畅，影响不起诉后续处理措施的落实。

3.忽视类案社会治理

从 J 省 N 市类案办理检察实践来看,“两卡”类掩隐犯罪案件数量在轻微刑事案件中的比重连续三年呈上升趋势，类案频发、高发反映出相关领域存在社会治理问题。但从目前来看，检察机关往往更侧重于案件办理及对涉案人员的妥善处理，暂无以掩饰、隐瞒犯罪所得案向相关部门制发检察建议的情况，不符合高质效办理轻微刑事案件的时代要求。从客观上讲，类案办理中检察建议的制发存在难度：一方面,“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人以无业者居多，因此行业特征并不明显，检察机关不易向特定行业制发检察建议；另一方面,“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人作案地呈现较强的流动性，一般难以归至特定部门或机构进行有效自治或监管，进而建议开展有效治理措施难。前述难题要求检察机关针对性地提出社会治理措施建议。

三、类案分层处理模式的构建

面对当前轻微刑事犯罪案件占比不断攀升，如何有效进行分层处理，针对不同犯罪事实、案件情节、嫌疑人的不同情况进行审查把握，是检察机关高质效办理轻微刑事案件不容忽视的问题。基于前述 J 省 N 市检察机关办理“两卡”类掩隐犯罪案件中遇到的实际问题，本文从是否入罪，到入罪后是否起诉，再到提起公诉时是否建议适用缓刑，至相对不起诉后续衔接措施的跟进，分四步探索类案分层处理标准、对策。考虑到影响“两卡”类掩隐犯罪案件分层处理的因素在不同层面存在重合，为避免重复，笔者打破常规思路，尝试按照全面把握、负面排除、量化评估、跟进治理的思路探索类案分层处理标准、方法。

（一）全面把握案涉情节、要素

对“两卡”类掩隐犯罪分层处理标准的把握应当综合案件事实、情节、关键要素，准确认定。具体而言，可从犯罪嫌疑人自然情况、犯罪事实、犯罪后表现及行为危害性层面进行考虑。

1.犯罪嫌疑人自然情况要素。（1）犯罪嫌疑人身份情况要素：如是否系在校学生、老年人、盲聋哑人、党员或公职人员等；（2）前科劣迹要素：如犯罪嫌疑人有无受过行政处罚、刑事处罚，前科劣迹是否系同类行为，是否系累犯等。

2.犯罪事实要素。（1）涉案金额：已查实的掩隐金额、卡内流水金额；（2）具体掩隐行为：是否长期或专门从事掩隐犯罪活动，是否系偶发或单次掩隐犯罪，供卡次数、张数、有无取现、获利情况，是否具有被胁迫情节等；（3）共同犯罪情况：有无纠集他人，在共同犯罪中的地位、作用等。

3.行为危害性：（1）上游犯罪情况：上游犯罪系轻罪、重罪、是否涉黑恶；（2）行为后果：有无致使上游犯罪无法及时查处，并造成公私财物重大损失无法挽回或其他严重后果。

4.犯罪后表现：（1）是否有自首、立功情节，是否积极配合司法机关开展诉讼活动，认罪认罚情况；（2）修复受损法益情况：有无退赃退赔、有无自愿补偿上游犯罪被害人损失、是否主动参与社会公益服务或有无其他主动修复、弥补受损社会秩序的行为。

（二）列明负面排除清单

实践中“两卡”类掩隐犯罪案件处理标准并非全都难以把握，根据现有规定，我们可以以列明负面清单的形式将部分犯罪嫌疑人直接排除在出罪、缓刑适用、相对不起诉考虑范围内。具体而言，可从行为人主观恶性、行为后果、社会公共利益等层面审查把握：

1.犯罪嫌疑人主观恶性及社会危险性层面：（1）一年内曾因掩隐犯罪行为受过行政处罚，五年内曾因掩隐行为被判决有罪或者作相对不起诉又实施的；（2）利用未成年人、老年人、残疾人等特殊群体实施掩隐犯罪的；（3）一人犯数罪，毁灭、伪造、转移、隐匿证据，干扰证人作证或者串供等情形的。

2.行为及后果层面：（1）纠集组织多人从事掩隐犯罪或共同犯罪中地位作用均相对积极的主犯；（2）长期从事掩隐犯罪活动或以掩隐犯罪为业的；（3）掩饰、隐瞒行为致使上游犯罪无法及时查处，并造成公私财物重大损失无法挽回或其他严重后果的；（4）掩隐行为严重妨害司法机关对上游犯罪予以追究的。

3.社会公共利益层面：（1）上游犯罪系涉黑恶犯罪但不属于刑法第一百九十一条规定情形的；（2）造成其他恶劣社会影响或者有其他恶劣情节的。

（三）审查评估方法探析

1.把握掩隐犯罪分层处理金额标准

（1）对于入罪金额、缓刑适用金额的把握

如前所述，鉴于 2021 年司法解释已取消掩隐犯罪入罪门槛，不宜再明确入罪金额。但针对行为人供卡次数、张数较少且参与程度不高，是否一律入罪的问题，建议参照涉案金额 1 万元，结合下文探讨的涉案情节、要素量化评估方法综合认定。另外，经审查决定对犯罪嫌疑人提起公诉的，缓刑的适用与否与多个涉案情节、要素相关，亦应当将审查认定的掩隐金额结合各类要素综合评估。

（2）明确相对不起诉金额

犯罪嫌疑人认罪认罚，无前述负面清单中情形，掩隐金额在 2 万元以下的可结合相关事实、情节考虑作相对不起诉。上述金额标准提出的理由：一是适应现实斗争的需要。2021-2023 年“两卡”类掩隐犯罪上升势态明显。近年来，打击电信网络信息违法犯罪宣传随处可见，犯罪行为人实施“两卡”类掩隐犯罪的主观故意更明显。在此情况下，结合当前犯罪结构的变化，对“两卡”类掩隐犯罪不宜一味从轻或者从重，应当合理平衡把握轻重关系。二是该标准具备实践价值。从 J 省 N 市类案办理中涉案金额情况来看，2021 年-2023 年，“两卡”类掩隐犯罪中，掩隐金额 2 万元以下的人数占类案总人数的比重比重均在 10%以上，2023 年超过 20%，目前来看在合理范围内，且符合高质效办理轻微刑事案件背景下合理把握轻重，层次化、差异化打击犯罪的时代要求。

2.量化评估过程与方法

针对案件审查过程中掌握的相关情况，根据前述金额的考虑、负面清单的排除，结合法律明确规定，提出处理意见仍为难的，检察机关可根据犯罪嫌疑人本身及与案件相关联的各类要素，通过正向加分、负项减分的方法对犯罪嫌疑人是否有必要入罪、是否提起公诉、是否可适用缓刑进行量化评估。因类案分层处理中需要考虑的因素存在较多重合之处，故下文一并表述，但不同适用场景对个别要素考量有区分、有侧重。具体量化评估过程如下：

（1）自然情况要素：第一，犯罪嫌疑人身份情况：系在校学生、老年人、盲聋哑人等特殊身份的均可加 1 分，系党员或公职人员的均减 1 分；第二，前科劣迹：非因同类行为受过行政处罚或被采取强制措施的，均减 1 分。（2）犯罪事实要素：第一，涉案金额：根据犯罪嫌疑人掩饰、隐瞒犯罪所得的金额和提供的银行卡内资金流水阶梯式赋分。对于是否出罪而言，掩饰、隐瞒犯罪所得的金额在 6000 元以下的加 1 分。对于是否相对不起诉而言：掩隐金额 1 万元以下加 1 分，1 万元至 10 万元区间内，每增加 1 万元减 1 分；卡内流水金额在 10 万元以下的加 1 分，10 万元以上每增加 10 万元减 1 分。对是否建议适用缓刑而言，掩隐金额在 5 万元以下加 1 分，10 万元以上每增加 1 万元减 1 分；卡内流水 20 万以下加 1 分，50 万元以上每增加 50 万元减 1 分。第二，具体行为：供卡 3 张以上或者掩隐 3 次以上均各减 1 分；获利 1000 元以下均加 1 分，1 万元以上均减 1 分。第三，共同犯罪情况：单纯纠集他人无其他积极行为的减 1 分，从犯根据其从属地位和作用加 1 分至 2 分。（3）犯罪后表现：有立功情节的均加 4 分，有自首情节的均加 2 至 3 分，积极配合司法机关开展诉讼活动的加 1 分；主动退赃退赔的，根据退赔情况区别赋分，根据掩隐金额全部退赃退赔的加 2 分，部分退赃退赔的加 1 分，有能力退赃退赔而不退的减 1 分至 2 分；主动参与社会公益服务或有其它主动修复、弥补受损社会秩序行为的加 1 分。（4）行为危害性：上游犯罪系重罪的均减 1 分。

根据上述要素审查及赋分情况，将个案中涉案要素分值进行加减计算，最终得出嫌疑人出入罪、起诉必要性、缓刑适用审查量化评估结果。结果为 10 分以上的可作出罪和相对不起诉处理，结果为正值的可建议适用缓刑的处理意见。初步意见形成后检察机关承办人应当将计算过程纳入审查报告，有必要的经检察官联席会议讨论、检委会审议、公开听证，作出最终决定。

（四）强化类案社会治理

轻微刑事案件治理关乎社会治理，对于作出相对不起诉决定的“两卡”类掩隐犯罪嫌疑人采取何种方式承担责任，应当根据犯罪事实、情节、被相对不起诉人的实际情况采取差异化、针对性的非

刑罚处罚措施，做到罚当有别、罚当其错；对于类案办理中发现的社会治理问题应当克服治理难题采取针对性措施，体现轻微刑事案件治罪轻重适度、治理针对有效，从而把握治罪与治理的平衡。

1.拓展社会公益服务适用范围

对于拟作出相对不起诉决定的犯罪嫌疑人，司法实践已开始引导其参加社会公益服务或公益捐赠等形式，将考察结果作为是否决定相对不起诉的重要考量要素。如 J 省 N 市检察机关探索危险驾驶、交通肇事、盗窃罪案通过让拟相对不起诉人参与文明交通执勤、至敬老院义务劳动、爱心捐赠等方式参与社会公益服务，对表现良好的决定相对不起诉。通过设置一定的公益考察项目，检察机关引导拟被不起诉人充当'社会教师'社会医师'等新角色，在治疗社会疾病、促进社会和谐中成效明显。[1]笔者认为，"两卡"类掩隐犯罪社会公益服务的适用可从两方面拓宽社会公益服务范围。一方面，丰富社会公益服务方式。"两卡"类掩隐犯罪行为人社会公益服务的开展可结合"两卡"行为特点展开，例如可与银行合作，安排拟被不起诉人至银行大厅，在柜台业务办理前就银行卡的使用、大额资金频繁转入转出等开展风险提示；或在 ATM 机附近就 1 人取款多人陪同或同时段频繁取款的情况给予风险提示。另一方面，延伸社会公益服务适用时限。拟被不起诉人社会公益服务的参与不仅可在作出相对不起诉决定之前开展，对于已经作出相对不起诉决定的犯罪嫌疑人，掩隐行为、情节较轻，经衡量认为不需要给予行政处罚或因身体及家庭情况等不宜给予行政处罚的，也可以通过有针对性地参与社会公益服务的方式开展。由此既避免不起诉后陷入既无刑责也无行责的境地，又能壮大社会公益服务队伍回馈社会，也能让被相对不起诉人在提供社会公益服务的过程中认罪悔罪防止再犯。

2.畅通相对不起诉行刑反向衔接

基于目前行刑反向衔接过程中遇到的阻力，可从两个层面进行疏缓：一方面，明确相对不起诉行政处罚的有效落地。对犯罪嫌疑人免于刑事处罚的可根据案件的不同情况由主管部门给予行政处罚或行政处分。根据刑法规定，给予行政处罚是可以而非应当，因此，检察机关有必要对相对不起诉人是否需要给予行政处罚进行必要性审查。经审查，如认为有必要给予行政处罚，则应当充分尊重公安机关行政权能，仅给予应当给予行政处罚的总体意见，行政处罚的种类、幅度由行政机关决定。另一方面，检察机关内部明确分工。对于检察机关内部而言，刑事检察部门和行政检察部门应当有效分工，建议由刑事检察部门作出相对不起诉决定后，行政检察部门对是否需要给予行政处罚开展实质性审查。并将审查结果反馈给刑事检察部门，经审查认为有必要给予行政处罚的，由行政检察部门向相关主管部门制发检察意见并跟踪落实，落实结果反馈刑事检察部门。如行政主管部门不予采纳，刑事检察部门收到反馈后以制发检察建议的形式督促落实。经审查认为无需给予行政处罚的，将审查结果反馈刑事检察部门，刑事检察部门视情况决定是否给予其他非刑罚性处罚措施，最终形成闭环。

3.针对性开展社会治理

近年来，掩饰、隐瞒犯罪所得案频发、高发，犯罪嫌疑人年龄普遍偏低，其中不乏在校学生，检察机关可针对重点场所、人群开展社会治理。第一，关注作案场所。对于犯罪嫌疑人作案地点固定在某一场所，且作案次数超过三次的，检察机关可向场所主体制发检察建议，并向场所主管单位制发检察意见书，督促强化管理及时整改。第二，针对特殊人群。针对掩隐犯罪主体为学生的情况，根据行为人所在学校的性质和级别，通过向教育局、地方政府等制发检察建议的形式，建议学校强化对学生的管理和教育。针对掩隐犯罪行为多发于夜间和异地，建议学校完善学生出入管理制度，对行为异常的学生强化管理教育，及时纠偏。第三，针对性强化法治宣传。通过相对不起诉人现身说法、检察机关以案释法等方式在学校、社区等开展法治宣传，向在校学生、学生家长，及社区青年、闲散人员等"两卡"类掩隐犯罪高发的人群针对性开展法治宣传，提高重点人群守法意识。

结语

平衡好治罪与治理的关系，切实提高办案质效是检察机关参与社会治理的重要一环。文章基于"两卡"类掩饰、隐瞒犯罪所得案办理中遇到的实际问题，提出类案分层处理模式的构建思路，探索通过多要素审查并将涉案要素赋分量化，以正向加分、负项减分的方法对出入罪标准、起诉必要性、

1参见：陈瑞华：《轻罪附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期。

监禁必要性进行量化审查，并对不起诉案件后续机制的完善提出建议。以类案为样本探索轻微刑事案件分层处理模式，是基层检察机关高质效办案的有益尝试，以期以轻微刑事案件办理助推社会治理。

轻罪起诉裁量的附加条件：理论检视与制度建构

吴　琼*

摘　要：因应犯罪结构的轻刑化转变，部分检察机关在行使起诉裁量权时引入社会劳动、公益服务、普法教育等“诉前考察机制”，本质上是一种附加条件。德国、法国等域外法域的立法和实践经验表明，附加条件是暂缓起诉等公诉替代措施的核心要素，将起诉裁量权发展至更高阶段。然而，附加条件的性质存在实质制裁说与特殊处遇说等争论，实际上，附加条件是一种“恢复性制裁”，具有多元属性，其中条件内容以实现恢复和预防为要，并以社会公共利益的恢复作为制裁性的边界；配套程序则应当充分考虑附加条件对权利的实质限制，以相对完备的权利保障实现检察裁量权的控制和监督。《刑事诉讼法》修改确立轻罪起诉裁量的附加条件可以得到正当性证成，应以“列举+概括”的思路确立恢复性、矫治性和禁止性等三类附加条件，在实质上贯彻比例原则、协商原则和有效性原则，同时配以完备的附条件不起诉程序，充分发挥附加条件的犯罪治理功能。

关键词：附加条件　附条件不起诉　恢复性制裁　轻罪治理

近十余年来，我国的犯罪结构呈现“双升双降”的趋势：可能判处有期徒刑 3 年，甚至 1 年以下的轻微刑事案件数量持续上升，重刑案件占比持续下降；“醉驾”“帮信”等轻微的法定犯罪的数量持续上升，杀人、伤害、抢劫等严重暴力犯罪的数量持续下降。我国立法和司法机关对此积极回应，通过增设认罪认罚从宽制度、刑事速裁程序等实现繁简分流，并积极推动涉案企业合规改革，完善醉驾案件的裁量标准和快速处理程序等。《2023—2027 年检察改革工作规划》进一步强调“促进构建治罪与治理并重的轻罪治理体系”。不过，现行《刑事诉讼法》本质上仍是一套重罪治理程序，未能因应轻罪治罪与治理并重的时代需求。[1]轻罪诉讼制度的完善已然成为本次《刑事诉讼法》修改的焦点。

在轻罪治理的相关探索中，“不起诉+公益服务”等诉前考察机制颇受关注。该项探索是在“诊疗性司法”理念指导下，[2]依托检察机关的起诉裁量权和认罪认罚从宽制度。犯罪嫌疑人自愿履行一定负担，如参加公益服务、补种林木、公益捐款等等；检察机关则根据案件性质与情节、履行情况等作出是否起诉的决定。理论与实务界一般认为，该项实际上初具附条件不起诉（或称缓起诉）的法律效果，相较定罪可以避免犯罪的标签效应，又能够实现法益修复和犯罪预防，是协商式司法下的重要制度创新，有待本次刑事诉讼法修改的确认。[3]相较于《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款规定的相对不起诉，该项探索实质上由检察机关增设负担或指示，学理上一般称之为“附加条件”。[4]域外国家或地区相应的协商、监督和评估程序也以此为中心展开。2012 年，我国《刑事诉讼法》在少年司法中引入该项制度，取得一定的治理效果，近年来关于附条件不起诉的相关研究也多聚焦于此。然而，《刑事诉讼法》是一个精密的法规范体系，拓展附条件不起诉的适用范围必将牵一发而动全身，而破题关键恰在厘清附带条件的法律性质，并以此为基础设置适当的程序机制和衔接方案。本文将首先考察附加条件在域内外的发展现状，明确附加条件在轻罪起诉裁量中的核心地位；其次检视附加条件的法律性质，阐述确立附加条件在我国刑事司法的理论基础；最后，结合实践需求，简要讨论相关规则的建构与优化路径，尤其是附加条件对刑行反向衔接的影响。

一、比较观察：附加条件之于缓起诉的核心地位

一般认为，检察官制设立本意在于法之贯彻与实现，尤其追求刑事法律适用的平等性。因此，“刑罚乃对否定法律者之否定，国家有义务追诉一切触法犯法者，以确立绝对的正义”。[5]但自 19 世纪末，

---

* 吴琼，中国人民大学法学院博士研究生，刑事法律科学研究中心研究人员。

1 参见吴宏耀、吴琼：《加快构建轻重有别的轻罪治理体系》，载《检察日报》2024 年 3 月 28 日，第 3 版。

2 参见李奋飞：《“诊疗性司法”模式研究——“合规不起诉”在中国的兴起》，载《比较法研究》2024 年第 1 期，第 106-107 页。

3 参见陈瑞华：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期；邵俊：《轻罪时代附条件不起诉的立法建议》，载《法学杂志》2024 年第 2 期。

4 参见阿不都米吉提·吾买尔：《附条件不起诉中的“附加条件”》，载《国家检察官学院学报》2017 年第 3 期。相近的表述有附带处分，参见何挺：《论附带处分于附条件不起诉之核心地位——以台湾缓起诉实践为样本的考察》，载《中国刑事法杂志》2017 年第 2 期。考虑到“处分”在现代汉语中多有“处理”“处置”和“处罚”等意，但现行立法没有直接赋予检察机关在非未成年轻罪案件中施加指示或负担的权力。可见，附加条件相较附带处分更能概括我国司法实践。至于附加条件是否具有处分性，将于后文详述。

5 林钰雄：《检察官论》，法律出版社 2008 年版，第 18 页。

严格的起诉法定主义受到抨击，检察官开始寻求更为弹性的方式执行法律，起诉裁量权限制逐渐松动。进入 20 世纪，尤其是“二战”结束后，各国经济快速发展，需要保护的新型法益层出不穷，社会失范行为频发，造成犯罪圈持续扩大。同时，刑罚理念也在发生转变，报应不再是刑事司法的唯一追求，预防和复归逐渐成为刑罚的重要目的。人们已经认识到，监禁和威慑的犯罪控制策略并不能一劳永逸解决社会问题，反而造成司法资源的无谓浪费，甚至引发犯罪标签泛化等问题。[1]于是，各国刑事司法开始新一轮的改革，聚焦如何实现有效的审前分流，检察官的裁量权进一步扩大。其中，在社会防卫理论的指导下，为在审前分流中贯彻犯罪预防和恢复性司法，起诉裁量及不起诉的形态逐渐由“微罪不诉”向“起诉保留”再到“起诉保留并附带条件”。[2]在这一过程中，附加条件逐渐成为大陆法系法域中起诉裁量权的核心。

（一）德国起诉裁量的负担与指示

德国魏玛共和国在 1924 年“德意志国”刑事诉讼程序中引入了关于不起诉的条文，增加了对被追诉人适用不起诉的可能性，并在司法实践中呈现出大量的现实需求。为加速处理“日常轻微犯罪”，减少工作负担，同时减少犯罪记录的不利影响，1975 年《德国刑事诉讼法》153a 条进一步扩大检察机关的裁量范围，设置附条件不起诉，与 153 条“微罪不起诉”并行成为轻微犯罪重要的分流机制。

德国《刑事诉讼法》第 153a 条设置的附加条件被概称为“负担”或“指示”。其中，负担指向的是弥补损害，从而恢复法律秩序的和平；指示则要求犯罪嫌疑人按照检察机关指示行事，从而实现犯罪的特别预防，帮助犯罪嫌疑人回归社会。[3]一般认为，①履行一定之给付、②向公益机构或国库支付一笔金钱以及③履行其他公益给付三项为“负担”。此外，④承担一定数额之扶养义务、⑤与被害人达成和解、⑥参加社会训练课程以及⑦参加驾驶能力课程等为“指示”。但通说认为，无论负担还是指示，都不能被理解为刑罚，也不是类似刑罚之制裁。[4]同时，《德国刑事诉讼法》第 153a 条列举的 7 项负担或指示并非穷尽列举，而是允许检察官或法官课以清单之外的负担或指示。不过，检察官设置的指示或负担应与法律列举的负担或指示具有“同质性”，应受到宪法、特别法等约束，并且与所涉罪行有一定关联。所设置负担或指示还应满足比例原则的要求，不得超越拟被不起诉人的罪责。当然，七项法定的负担或者指示可以进一步划分为“补偿性项目”（①④⑤）“公益性项目（②③）”以及“矫正性项目（⑥⑦）”。为了让被追诉人履行负担或指示，《德国刑事诉讼法》第 153a 条设置了最长 6 个月或 1 年的考察期，不同项目的考察期应当各自分别计算。若被不起诉人通过明示或默示拒绝履行义务，检察官可以撤销负担及指示，直接向法院起诉。检察机关若事后变更负担或指示，须经拟被不起诉人的同意，但无须法院同意。

（二）法国的公诉替代措施

法国是检察官制的发源地，因应犯罪治理的需求，法国的公诉制度也开始转向注重起诉裁量。相较德国的“指示”与“负担”，法国的“附加条件”一般被概括为“公诉替代措施”，包括《法国刑事诉讼法典》第 41—1 条规定的六种替代措施以及第 41—2 条规定对部分轻罪及违警罪案件适用“刑事和解提议”。[5]其中，“刑事调解”与“刑事和解”是相互独立的程序，二者在立法目的上虽有重合，但在程序运作上有较大差异。根据《法国刑事诉讼法典》第 41—1 条，公诉替代措施有三项目的：（1）赔偿受害人；（2）修复受损法益；（3）实现特殊预防，减少再犯可能性。第 41—1 条规定的替代措施包括重申法律规定的各项义务；前往卫生、社会或专业机构；补正各项手续，纠正不合规定情况；要求犯罪行为人赔偿其犯罪损失；刑事调解等。

所谓“刑事调解”是指在第三人主导下，促进犯罪人与被害人就赔偿等达成协议并修复受损关系，尽可能创造不再犯罪的条件。刑事调解要求确保赔偿被害人的损失，修复犯罪引发的侵害，有助于犯罪人重返社会。启动刑事调解的权力属于共和国检察官，共和国检察官须拥有足够证据证明犯罪系被追诉人所为，同时须获得犯罪行为人与被害人同意。一般地，刑事调解程序适用于家事案件、

---

1 参见[德]安德雷阿斯·霍恩多夫：《〈刑事诉讼法〉第 153α 条第 1 款是打击“日常轻微犯罪”的极端手段？》，载[德]汉斯-约格·阿尔布莱希特、魏武编译：《德国检察总论》，中国检察出版社 2021 年版，第 204-205 页。

2 参见何挺：《附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 4 期，第 46 页。

3 参见刘学敏：《检察机关附条件不起诉裁量权运用之探讨》，载《中国法学》2014 年第 6 期，第 211 页。

4 参见林钰雄、王士帆、连梦琦等：《德国刑事诉讼法注释书》，新学林出版股份有限公司 2023 年版，第 448 页。

5 参见[法]贝尔纳·布洛克著：《法国刑事诉讼法》，罗结珍译，中国政法大学出版社 2009 年版，第 104-105 页。

轻微暴力伤害罪、盗窃罪等轻微犯罪。除让被害人获得赔偿外，刑事调解的重要目标是防止重新犯罪，因此共和国检察官可以要求犯罪人进行一定行为，如“前往卫生、社会或专业机构接受并完成实习或培训”（特别是接受与完成公民资格的实习培训或父母责任的实习培训或关于服用毒品危险性知识的实习培训）。如果是在驾驶陆路机动车辆时实行的犯罪，这项措施应由犯罪行为人自行负担费用完成公路安全意识的实习培训。[1]

相较刑事调解，刑事和解是更为严厉的公诉替代措施。[2]刑事和解是共和国检察官与被告的“审前交易程序”，通常适用于监禁刑不超过 5 年的轻罪，“可直接或通过授权者建议适用法定措施以作为犯罪解决方案”。一般认为，刑事和解是刑事调解等公诉替代措施与提起公诉的“中间措施”。因为《法国刑事诉讼法典》规定如果未执行刑事调解等公诉替代措施，可以启动刑事和解或提起公诉；若未执行刑事和解协议的，一般应当提起公诉。[3]刑事和解的措施包括限制性措施、惩罚性措施与矫正性措施共 18 项。限制性措施如“不得出现在指定场所”（41-2-9）“不得与指定被害人相见、联络”（41-2-10）；惩罚性措施包括“向国库交纳和解罚金”（41-2-1）“封存机动车”等；矫正性措施较多，比如参与培训（41-2-7）、公益服务（41-2-6）、接受恢复性治疗安排（41-2-4B）等。措施的采取需要共和国检察官根据犯罪情节、严重程度、犯罪行为人的人格、物质、家庭与社会状况及其收入负担情况综合确定。第 41—2 条还针对部分犯罪设置针对性的措施，如针对醉驾设置“摆脱酒精依赖的恢复性治疗安排”，针对家庭暴力犯罪设置“自费完成责任担当培训”，针对毒品犯罪设置“认识使用毒品危害性培训”，等等。

（三）我国台湾地区缓起诉的“负担”

2002 年，我国台湾地区修改“刑事诉讼法”并增设缓起诉，形成与微罪不起诉并行的制度。数据显示，台湾地区检察机关侦查终结 410133 件共 511049 人，认定有犯罪嫌疑者共 278352 人，其中受缓起诉处分者 51427 人，约占总人数的 18%。[4]台湾地区引入的缓起诉制度受德国、日本影响较大，意图“使司法资源有效运用，填补被害人之损害，有利于被告或犯罪嫌疑人之再社会化及犯罪之特别预防等目的”（第 253—1 条“立法理由”）。

根据台湾地区“刑事诉讼法”第 253-1 条，检察官作出缓起诉处分时，可以要求被告人在一定时期内遵守或履行一定义务，包括①向被害人道歉；②立悔过书；③向被害人支付相当数额之财产或非财产上之损害赔偿；④向公库支付一定金额；⑤提供四十小时以上二百四十小时以下之义务劳务；⑥完成戒瘾治疗、精神治疗、心理辅导或其他适当之处遇措施；⑦保护被害人安全之必要命令；⑧预防再犯所为之必要命令。台湾地区缓起诉的“负担”包括制裁性项目（④⑤）、恢复性项目（①②③）、矫正性项目（⑥）和禁止类项目（⑦）。因此，依照台湾地区通说观点，设置缓起诉的负担亦应遵循比例原则。[5]同时，“刑事诉讼法”设置了“负担期间”或“履行期间”，被不起诉人应当在期间内履行相应义务。实务中，台湾地区检察官积极探索，结合犯罪嫌疑人的特点以及案件性质，创设许多具体的义务或负担，体现实务的创造力。例如，有检察官请具有理发技艺的被告人，为老人理发；曾让有刷油漆技术的义务劳动人，为弱势民众美化居家环境；又如台湾地区某明星酒驾后，利用偶像影响力制作反毒宣传片……将犯罪人的特质、社会公共服务的需求与缓起诉结合，可谓是台湾地区实务界的重要创新。[6]

通过上述考察，我们可以发现大陆法系的典型法域面对犯罪结构以及刑罚目的转变，积极拓展审前分流的案件范围，以期优化司法资源配置。起诉裁量权也从“诉与不诉”的一阶形态向“程序启动裁量权”“确定附带处分的裁量权”以及“评估附带处分履行”的高阶形态转变，呈现多样化、精细化的

---

1 参见王洪宇：《法国刑事调解制度的法律适用及其评析》，载《环球法律评论》2010 年第 2 期，第 84 页。

2 关于法国两类程序的名称，以罗结珍教授等为代表的学者将被害人与被告人的协商称之为“调解”，将控辩双方的协商称之为“和解”，而以施鹏鹏教授为代表的学者反之。考虑到语词不影响制度的理解和比较，因此本文按照前者文中的称谓区别两类程序。

3 参见施鹏鹏：《法国公诉替代程序研究——兼“自然演进”型的司法改革观》，载《比较法研究》2015 年第 5 期，第 22 页。

4 参见张天一：《现行缓起诉制度之问题与其改进建议》，载《全国律师》2020 年第 6 期，第 36-37 页。

5 参见林钰雄：《刑事诉讼法（下）》，新学林出版有限公司 2020 年版，第 155-156 页。

6 参见林映姿：《有温度的检察官——缓起诉处分的应用》，载《检协会讯》2019 年 4 月，第 24 页。

特征。在大陆法系轻罪起诉裁量权的演进中，“附加条件”在附条件不起诉（缓起诉）中始终处于核心地位——它在一定程度上正当化起诉裁量权的扩张，避免“放纵犯罪”的质疑，同时能够实现刑事司法的恢复、矫正、治疗等功能，是“通过程序控制犯罪”的重要制度载体。[1]可以说，附加处分的出现使起诉裁量权出现了“分化”，得以适用不同类型的轻罪案件，并在一定程度上代替刑罚，实现轻微犯罪的非犯罪化处理。但域外的附带条件也面临较多的争议，本文将在考察我国附带条件的发展后加以比较说明。

二、名实各表：附加条件在我国的产生与演进

相较域外轻罪案件中附加条件的体系性和多元功能，我国附加条件的设置具有一定的局限性，既包括主体的特殊性，也包括内容的模糊性。目前，我国《刑事诉讼法》仅在未成年人附条件不起诉中设置附加条件，在我国的刑事司法实践中也被称为“监督考察措施”。但伴随着认罪认罚从宽制度的发展以及“治罪与治理并重”等理念的提出，在成年人轻罪案件，尤其是醉驾等典型轻微犯罪中开始出现“诉前考察机制”。2023 年“两高两部”颁布《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第 18 条界定为“作出相关处理的考量因素”，但理论界多认为轻罪的诉前考察等探索已具备附条件不起诉的制度雏形。[2]可以说，我国的附加条件虽然尚未得到立法承认，实际上却以另一种形式进入刑事司法实践中。因此，有必要对我国未成年人附条件不起诉中附加条件的制度现状以及轻罪案件办理中“有实无名”的“不起诉+”展开观察，以厘清我国附加条件的现状，从而与域外的

（一）未成年人附条件不起诉中的附加条件

相较于成年人犯罪，未成年人由于其心智尚未完全成熟，犯罪的社会因素较为突出，谴责的方式与力度应与成年人有所区别，同时我国未成年人刑事司法坚持教育、感化与挽救，为避免犯罪标签对未成年犯罪者的再社会化产生影响，应尽量采取非犯罪化、非刑罚化的方式实现有效矫治。上个世纪末，上海市长宁区检察院即在未成年人案件中引入附条件不起诉，并经最高人民检察院推广在全国 200 多家检察院先后实行。[3]2012 年《刑事诉讼法》修改将附条件不起诉正式确立为未成年人特别程序中的一项制度。

2012 年《刑事诉讼法》第 272 条（第 283 条）中规定的，未成年人应当遵守的四项义务包括：（1）遵守法律法规，服从监督；（2）按照考察机关的规定报告自己的活动情况；（3）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准；（4）按照考察机关的要求接受矫治和教育。前三项是所有接受监督考察的未成年人必须履行的义务，很难称之为“附加条件”，因为没有体现任何制裁、教育、矫正等功能，更像是为检察机关开展监督考察创造条件。第四项“矫治和教育”作为兜底条款，一定程度上表现立法原意，但没有对检察官设定附加条件的原则、种类及限度等作出任何限定。有学者指出，该项规定“仅是一个模糊条款，未能明确条件所附带处分的属性”。[4]

最高人民检察院显然已经注意到这一问题，在《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《高检规则》）中作出一定的细化。现行《高检规则》第 476 条规定了六项“矫治和教育措施”，分别为①完成戒瘾治疗、心理辅导或者其他适当的处遇措施；②向社区或者公益团体提供公益劳动；③不得进入特定场所，与特定的人员会见或者通信，从事特定的活动；④向被害人赔偿损失、赔礼道歉等；⑤接受相关教育；⑥遵守其他保护被害人安全以及预防再犯的禁止性规定。其中①和⑤可以视为矫正类附加条件；②和④可以视为恢复类附加条件；③和⑥则是禁止类附加条件，与我国台湾地区缓起诉中“预防再犯所为之必要命令”较为接近。可以看出，《高检规则》充分借鉴域外附加条件的立法经验，同时贯彻《刑事诉讼法》中“矫治和教育”的要求，没有设置“支付金钱”等域外主要的附加条件，一定程度上反映出未成年人刑事司法的特别之处——未成年人刑事司法更强调“教育”和“帮扶”，不以制裁为要。检察机关设置附加条件意在防止未成年人再次犯罪，“首先是对其进行教育矫治的处遇措施”，主要目的在于促进未成年人复归社会。[5]无独有偶，德国《少年法院法》明确“少年刑法的

1 参见王迎龙：《通过程序的犯罪控制》，载《政法论坛》2023 年第 6 期，第 145-146 页。
2 参见陈瑞华：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期，第 149 页。
3 参见张友好：《功能 · 主体 · 程序：附条件不起诉制度省察》，载《政法论坛》2013 年第 6 期，第 92 页。
4 李倩：《德国附条件不起诉制度研究》，载《比较法研究》2019 年第 2 期，第 186 页。
5 参见何挺：《附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 4 期，第 55-56 页。

适用首先旨在遏制少年或者青少年的再犯”，且附加条件的设定没有明确刑期或罪名的限制，也体现这一点。这提示我们，附加条件的性质与适用主体密切相关。那么，未来我国轻罪案件附条件不起诉制度中附加条件的设置，是否与未成年人遵循相同的逻辑？其实，目前的司法实践清晰地表明，二者存在明显的差异。

（二）轻罪治理中的诉前考察机制

自 21 世纪以来，我国犯罪结构逐渐呈现轻缓化趋势，并在 2011 年“醉驾”入刑后更加明显。面对轻罪大量涌入带来的“案多人少”压力，此前被冷落的起诉裁量权又重新回归，检察机关开始探索以更积极的方式行使起诉裁量权，如扩展相对不起诉的适用范围。虽然相对不起诉有助于实现审前分流的同时能够实现非犯罪化处理，但“犯罪情节轻微，依据刑法不需要判处刑罚或者免除刑罚”的适用条件使其难以拓展至大部分轻微犯罪。例如，虽然“醉驾”是典型的微罪，在刑法中明显属于“罪行轻微”，但检察机关也不能据此对大部分醉驾案件不起诉，因为立法者增设轻罪意在表明该行为具有一定的社会危害性，即使醉驾没有造成危害后果，也很难评判什么情况才是“情节轻微，不需要判处刑罚”。更令人担忧的是，相对不起诉难以实现犯罪的有效预防。虽然《刑事诉讼法》第 177 条规定了作出相对不起诉决定后的刑行衔接机制，但是并非所有的刑事案件都有对应的行政处罚，况且实践中该机制的运作并不顺畅，致使相对不起诉经常“一放了之”，向社会公众传递犯罪后无需承担后果的信号，影响一般预防功能的实现。[1]同时，《社区矫正法》明确社区矫正对象不包括拟被不起诉人，检察机关既无权力，也无精力对被不起诉人采取个别化的非刑罚处置措施，难以发挥刑事程序的教育和矫正功能。[2]

2016 年，认罪认罚从宽制度开始在北京等 18 个城市试点并于 2018 年正式入法。该项制度的实施为相对不起诉引入协商性因素。检察机关可以与犯罪嫌疑人沟通、协商并达成合意。具言之，检察机关以不起诉作为激励措施，引导被追诉人自愿履行一定的指示或负担，接受教育和矫治，实现自然人的“去犯罪化”。近年来，河南、江苏、浙江、福建、广东等地的检察机关率先在醉驾类危险驾驶案件中进行“不起诉+”的探索。通常的做法是，对醉驾类危险驾驶犯罪设定一定的血液酒精含量标准作为判断情节轻微的依据，在无法定从重情节（如有前科、再次醉驾、无证驾驶或造成交通事故等）的情况下，对其适用相对不起诉，但应以完成一定时间的公益服务为前提。例如，2019 年广州市越秀区检察院对醉驾类危险驾驶罪设定了 130mg/100ml 以下的标准，符合标准且无法定从重情节的犯罪嫌疑人可以与区青创力社会生居中心签订协议，由检察机关委托该中心对犯罪嫌疑人社会公益服务考察。公益服务的种类包括文明交通志愿服务、弱势群体探访、平安建设志愿服务等。满足要求后，由该中心专家对服务情况进行评估并出具结论。对考察合格的拟被不起诉人，检察机关可作出不起诉决定。[3]

又如，2023 年 6 月，湖北省检察院印发《关于开展拟不起诉犯罪嫌疑人自愿参加社会公益服务的试点工作方案》，对于案件事实清楚、证据确实、充分，犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除处罚，犯罪嫌疑人具有参加社会公益服务的意愿和能力的案件，由犯罪嫌疑人携带检察机关制发的《社会公益服务工作联系函》到住所地乡镇政法办、街道平安办报到，再安排其到村（社区）或者其他社会公益服务单位、组织开展服务。接收单位根据工作需要和本地实际，安排犯罪嫌疑人从事交通秩序引导、环境卫生整治、治安巡逻、老弱病残扶助、青少年帮扶等社会公益服务。犯罪嫌疑人完成社会公益服务后，接收单位出具《社会公益服务证明、评价表》进行评分，社会公益服务合格，符合不起诉条件的，检察机关可以作出相对不起诉决定。

为进一步了解“不起诉+”的实践样态，笔者还于 2023 年在河南省 Z 市基层检察机关展开调研，发现当地已经将案件的适用范围拓展至其他轻微刑事案件，如侵财类犯罪、生态环境类犯罪等可修复法益的犯罪。在设定考察条件时，注重考察条件的个别化与差异性，除社会公益服务外，还包括生态环境修复、爱心捐赠、普法宣传等方式，并制定相应的考核标准。在考察监督过程中，充分尊

1 参见李雅：《相对不起诉案件“刑行衔接”现状与对策》，载《检察日报》2020 年 7 月 1 日，第 3 版。

2 参见马明亮：《“犯罪治理”作为刑事诉讼目的的若干思考》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2006 年第 4 期，第 82 页。

3 参见陈文聪：《醉驾案件附条件不起诉制度研究》，载《比较法研究》2022 年第 6 期，第 77-79 页。

重犯罪嫌疑人的意愿，并引入文明办、村委会、企业、学校、社会公益组织等社会力量，强化考察标准的实质性和考察主体的多元性。在 Z 市 B 县，2022 年适用该机制的犯罪嫌疑人已达 74 人次，无再犯记录。在 Z 市 S 县，涉嫌非法捕捞的杨某积极主动修复生态环境，投放鱼苗 1 万余尾，实现法益修复的同时也有良好的示范效应。受访检察官表示，社会公益不起诉更容易得到社区居民的认可，接受度较高，且被追诉人通过公益服务重新建立与社区的信任，矫正效果更好。

司法规范性文件中也开始出现附加条件的相关表述。2023 年 8 月，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第 8 条即规定，“行为人认罪认罚，积极修复生态环境，可以从宽处罚；犯罪情节轻微的，可以不起诉或者免予刑事处罚；情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理。”。2023 年 12 月，两高两部《醉驾意见》第 18 条中则引入社区服务，规定“犯罪嫌疑人、被告人自愿接受安全驾驶教育、从事交通志愿服务、社区公益服务等情况作为作出相关处理的考量因素”

通过上述考察，我们可以发现虽然在轻罪案件中，我国尚未确立附条件不起诉或者暂缓起诉制度，但依托相对不起诉与认罪认罚从宽制度，事实上已引入附加条件，只是“有实无名”，且呈现明显的拓展趋势。其一，适用罪名的拓展。起初，出于对醉驾的有效治理，个别检察机关引入法治教育、交通协管等附加条件作为不起诉的考量因素，但随着“治罪与治理并重”的提出，在盗窃、破坏环境等典型轻罪中也出现了附加条件。其二，附加条件的丰富。2023 年《醉驾意见》中提及的安全驾驶教育、志愿服务、公益服务等是诉前考察的主要内容，不过随着实践探索的持续推进，出现补植复植、增殖放流、反诈宣传等多种形式的附加条件，教育矫治的针对性更强。

可以说，附加条件的引入在轻罪治理中取得良好的成绩，但也出现了一定的问题值得关注。其一，缺少明确的法律依据。正如罗海敏教授指出，目前“尚未规定被不起诉人需要履行类似于未成年人刑事案件中附条件不起诉决定所附带的额外义务”。[1]虽然检察机关可以通过认罪认罚从宽制度，由被追诉人“主动”申请开展社会公益服务，一定程度上避免可能的违法风险。但这种完全“自愿”的模式忽视附加条件可能的制裁效果，也会限制附加条件本身的犯罪控制效果，不宜成为立法的最终状态。其二，附加条件的理念与原则尚不清晰，在条件的种类、设置以及考察等方面仍有交大的任意性。诉前考察机制借鉴未成年人附条件不起诉的经验，但二者的价值、理念和逻辑等其实并不等同。由于“诉前考察机制”是一种自下而上的司法探索，缺少统一的理念支持，致使检察机关在选择设置的附加条件时或相当局限（承担司法责任的担忧），或不受约束（在内容、方式、考察时间等都无规定）。其三，附加条件缺少必要的程序框架。刑事诉讼是一个有机统一的整体，附加条件同样需要在完备的程序中才能发挥最大的犯罪控制作用，目前我国实践的诉前考察机制显然没有完善的配套机制，尤其是缺少质量评价、监督考察的标准和制约裁量权的程序机制，存在权力失控风险。

（三）理论反思：附加条件的三重争议

我国虽然没有在轻罪案件中正式确立附条件不起诉制度，但在未成年人案件中已开展先行探索，并依托认罪认罚从宽制度与酌定不起诉出现“诉前考察机制”，已具附加条件之实。结合我国学者的相关讨论，以及域外关于附加条件的研究，我们可以大致归纳出围绕附加条件的三重争议。

第一，附加条件的性质问题。大陆法系的附加条件大致分为制裁类、矫正类、恢复类和禁止类四种。在实践中，检察机关往往适用“支付一定款项”。数据显示，2021 年，德国检察机关主要适用的“负担与指示”依次为支付款项、调解以及损害赔偿三项，比例分别为 85.2%、9.0%以及 3.85%，而参加相关课程的“指示”条件适用的案件比例则仅为 0.38%。由此引发的问题是，附加条件是否已经成为一项“惩罚”？在德国，论者认为《德国刑事诉讼法》第 153a 条是“起诉法定原则”的挽歌，检察机关获得“准司法权”。所谓的“附条件/义务终止程序”，本质上是一种处罚。被告人可能会认为自己“被强迫”同意接受指示或负担，且在事后没有任何法律救济权。[2]此外，有台湾地区学者主张所谓缓起诉的“条件”具有制裁性，被追诉人的同意无法否定负担或指令的制裁属性。检察官侦办案件，认

1 罗海敏：《聚焦诉前考察机制实践探索 回应新时代轻罪程序治理需求》，载《民主与法制周刊》2024 年第 32 期，第 46-48 页。

2 参见[德]爱德华·布兰肯伯格：《刑事追诉体系中的检察机关》，载[德]汉斯-约格·阿尔布莱希特、魏武编译：《德国检察总论》，中国检察出版社 2021 年版，第 25-26 页。

定案件“符合起诉条件”又科以被追诉人具有制裁性的负担，无异于“纠问的复辟”，违反无罪推定等基本原则。[1]

事实上，关于附加条件性质的讨论非常重要。其一，涉及无罪推定等基本原则问题，因为在我国只有人民法院具有定罪权，如果认为附加处分是一种“刑罚”，则附加处分无法获得规范正当性支持。其二，涉及不起诉的确定效力问题。德国对此实际上作出明确规定，即只有作为重罪才允许重新起诉。这是因为，生效裁判具有确定力的重要理论基础即为“禁止双重危险”。刑事司法不能因犯罪人的同一行为使其遭受两次危险。如果附加条件是一种“类刑罚”，履行附加条件具有类似执行刑罚的效果，则应当产生既判力，检察官一般不得就同一罪名再行起诉被告人，除非存在新的事实或者证据。[2]其三，涉及行刑反向衔接。在目前的轻罪案件处理中，行刑反向衔接的“可处罚性”往往成为审查重点，因为行政处罚与刑罚在目的、功能、启动要件、具体形式和法律效果上存在差异，如果不当移送必然导致被不起诉人承受多次制裁。在酌定不起诉中，被不起诉人并未受到任何制裁，程序的“惩罚”效果也只是附随效应，不具有规范意义，检察机关只需要审查是否满足行政处罚要件即可。但引入附加条件后，如果附加条件具有制裁属性，检察机关在决定是否移送时则必须更为审慎。由此可见，拓展轻微案件附条件不起诉制度，必须考虑到附加条件的性质，才能确保法秩序的统一。

第二，附加条件的功能目标。附加条件意图实现的功能究竟是什么，除了包括预防、矫正等立法说明中的目的外，是否也包括制裁的效果？一般认为刑罚的目的除矫正和预防外，还应当表达谴责并形成有效的威慑。如果认为附加条件的意图完全是恢复和预防，那刑事司法的谴责与制裁效果又通过何种方式实现，是否会形成另一种“轻率出罪”？

另外，即使认为附加条件能够实现预防与矫正效果，那又如何与审前分流的效率导向平衡？有德国学者认为，附条件不起诉并未有效降低检察机关的工作负担，也未能实现一般预防的效果，最终可能会损害“法治国原则”。[3]台湾地区的缓起诉制度也面临一定的争议。在实践中，缓起诉制度与简易程序竞合，检察官受制于繁琐的救济程序（再议、声请交付审判驳回）以及漫长的考察期（一至三年，检察官须承担犹豫期间的考察义务），往往不愿意适用缓起诉，致使“有效运用司法资源”等立法目的未能完全实现。

第三，附加条件的设定原则。通过上述比较研究可以发现附加条件在各法域呈现相似之处，都有制裁、恢复、矫正等效果，且立法者普遍采取列举加兜底条款的方式，因为这样能够最大限度实现裁量正义，实现有效的犯罪预防。然而，检察官设定附加条件的裁量权是否需要受到限制，受到何种限制其实并不明确。例如，法国公诉替代措施比较混乱，有法国官方文件将“纠正犯罪行为”“参加培训”“赔偿损失”等并称为“附条件不起诉”，由此引发法国学界的讨论，究竟何种是公诉替代措施，何种是附条件不起诉？又如，德国《刑事诉讼法》第 153a 条中检察官和法官可以“发明”其他的负担和指示，这种负担和指示需要与罪行之间具有内在联系，并符合宪法要求。然而，可能的问题在于检察官在“支付金钱”等具有普遍适用性的负担和“自行设定负担或指示”之间如何选择，如何评估设定附加条件的妥当性，目前理论的回应其实并不充分。

三、理论检视：附加条件的多元性质与生成逻辑

以德国、法国等为代表的大陆法系法域陆续在起诉裁量权的行使中引入附加条件，虽然存在“负担”“替代措施”等不同的表述，却有近似的项目，如支付金钱、社区服务等。同时，大陆法系国家一般认为，附加条件是拟被不起诉人提供的“报偿”，从而能够抵消刑事追究的公共利益。[4]在一系列的附加条件中，支付金钱与罚金有相似之处，社区公益服务等与美国等国家的社区刑内容相近，至于接受毒瘾治疗等与保安处分制度有重合之处。因此，在域外，附加条件也被视为检察官作出的“附带处分”，被认为限制拟被不起诉者的权利。因此，对于附加条件（在域外的学术讨论中，等同于“负

1 参见许丝捷：《缓起诉负担条件之刑罚性探讨》，载《东吴法律学报》2017 年第 4 期，第 24-25 页。
2 参见赵常成：《刑事案件的既判力理论研究》，中国人民大学 2024 年博士学位论文，第 267 页。
3 参见陈瑞华：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期，第 152 页。
4 参见[德]维尔纳 · 薄逸克、萨比娜 · 斯沃博达著：《德国刑事诉讼法教科书（第 15 版）》，程捷译，北京大学出版社 2024 年版，第 350 页。

担”）的性质至今仍存在诸多争议，不仅影响检察机关设定的方向与相关程序设计，更与刑事司法基本原则和行刑衔接等制度关联密切，有必要予以充分检视

（一）附加条件的多元性质与功能

关于附加条件的性质，主要存在“特殊处遇措施说”“实质处罚说”以及“司法契约说”等多种观点。不同的观点实际上反映出论者对附加条件的不同态度，以及对于规制附条件不起诉的不同策略。

“特殊处遇措施说”（“矫正恢复措施说”）是大陆法系法域立法者的主要观点。例如，德国检察官设置的附加条件旨在“抵消刑事追究的公共利益”。我国台湾地区“刑事诉讼法”的立法目的则更为明确，即“使司法资源有效运用，填补被害人之损害、有利被告或犯罪嫌疑人之再社会化及犯罪之特别预防等目的”。因此，该说主张附加条件是一种特殊的处遇，意在实现法益的恢复和犯罪的矫正。至于金钱支付，也意在弥补对被害者或者社会所造成之伤害，其余负担更无处罚被告为目的。[1]还有学者从法秩序统一的视角出发，指出只有将附加条件认为是一种特殊处遇措施，检察机关方才具有设定的正当性，否则将与无罪推定原则、正当程序原则等产生难以调和的冲突。[2]

应当说，“特殊处遇措施说”立足附条件不起诉的立法原意，强调附带条件的恢复与矫正效果，重视附加条件的“治理”功能，强调附加条件的非刑罚性。一方面，附加条件的设定需要拟被不起诉者的积极同意，不同于刑罚的强制执行力；另一方面，附加条件的设定不取决于被追诉人是否获得法院的有罪认定，附条件不起诉的记录也不是犯罪记录，不产生犯罪附随后果。此外，特殊处遇措施说还解决了检察机关不经法院独立作出的合法性挑战，不触碰无罪推定原则，成为我国台湾地区的“通说”。但是，该说也有难以解决的问题。其一，除赔礼道歉、赔偿被害人等民事责任外，诸如社区劳动、支付款项等在外观上与域外国家的社区刑、罚金刑等并无本质区别，行为人也受到相似的不利后果——人身自由受到限制，财产权利受到影响。其二，如果认为附加条件是一种特殊处遇，完全以犯罪预防为目的，检察官则可以只根据犯罪人的现实状况设置附加条件，无异于保安处分，由此检察机关“根据行为人主观危险性的大小酌定执行时间的长短或应否撤销处分”[3]，是否赋予检察机关过大的裁量权？事实上，德国刑事诉讼的理论通说认为，指示或者负担的设置应当遵循宪法的限制，不得超出罪责的限度。在这一点上，特殊预防处遇说难以实现完满的解释。其三，以论证检察机关裁量权的正当性来推出附加条件不属于“制裁”，实际上倒果为因，毕竟理论研究虽然要关照实践，但更应追求应然并以此指导实践。如果附加条件确实具有刑罚的属性，则应当考虑引入法院的司法审查或者通过更严密的程序保障实现严密控制，而非为现实境况寻找“理由”。

正是在“特殊处遇说”基础上，学者提出“实质制裁说”以求更全面地揭示附加条件的性质。在德国，有学者指出，附加条件是检察官科予被告必须履行的义务，是对被告人施加的一种与有罪判决并无关系的制裁。[4]换言之，虽然附带处分并非“刑罚”，却都是对当事人财产或自由产生的限制，有威慑犯罪的意图，具有制裁的成分。实质制裁说之外，也有论者更进一步，认为附加条件具有“刑罚性”。该说指出，刑罚具备以下四重特征：第一，刑罚以犯罪行为作为基础，没有犯罪就没有刑罚；第二，刑罚是针对行为人犯罪的制裁手段，并且是强制性、严厉的制裁；第三，刑罚是剥夺行为人权利的制裁手段，必须具备客观不法与主观责任（罪责）才能予以刑罚。根据 2003 年 2 月欧洲人权法院作出的判决，保安监禁与刑罚都同样产生剥夺人身自由的结果，德国“保安监禁完全没有为了惩罚性目的、单纯为了预防性目的”的观点并无理由。[5]在该案中，欧洲人权法院指出，德国法上的“负担”是依据本国的刑事程序所科予的，并且该措施具有刑罚特性且该制裁措施为被告带来实质上的影响，应有禁止双重处罚之适用。由此，附加条件是检察官在认定被告存在“罪责”的情况下作出的措施，检察机关是刑事司法机关，并且附加条件成就后刑事程序终止。在这个意义上，附加条件与刑

1 参见蔡志宏：《交通违规刑事、行政程序并行之合宪性探讨——以酒后驾车缓起诉、缓刑之公益性负担为中心》，载《交通学报》第 13 卷第 1 期，第 30-31 页。

2 参见刘学敏：《检察机关附条件不起诉裁量权运用之探讨》，载《中国法学》2014 年第 6 期，第 212 页。

3 参见屈学武：《保安处分与中国刑法改革》，载《法学研究》1996 年第 5 期，第 57 页。

4 参见[德]托马斯 ·魏根特：《刑事诉讼中不可放弃的原则》，樊文译，http://www.procedurallaw.cn/info/1013/5482.htm，最后访问时间：2024 年 9 月 29 日。

5 EuGH Urt. v. 11.2.2003, verb. Rs. C-187/01 u. C-385/01, NJW 2003, S. 1173 f.

罚在内容上具有一定相似性，应受到更严格的程序控制。[1]

实质处罚说或者刑罚性说与特殊处遇说最大的区别，是在于前者以被告遭受的不利益内容作为判断标准，而后者则以制度目的作为标准。实质处罚说事实上关注到附加条件的制裁性，并为严格控制检察机关的裁量权提供正当性论据。但它也面临一定的理论挑战。首先，如果采该说，附加条件是对被告的实质制裁，那么检察官就成为“事实的法官”，能够在没有定罪的情况下设定对被追诉人的制裁，一定程度上突破法官的专属定罪权，也难以获得宪法的支持。其次，附加条件又与刑罚存在根本性的差异——刑罚是国家对行为人最严厉的道德谴责，除刑罚内容外，更重要的其实是否定性评价及犯罪标签。虽然域外各国的刑罚方式正在向人道化、轻缓化发展，但刑罚传达的谴责效应始终存在。正如达夫教授所言，“刑事定罪旨在通过对犯罪人罪行进行责难，而让他们对其罪行产生认知和忏悔”“这种对罪行的正当回应则是责难所包含的本质目的”。[2]显然，附加条件虽然也是国家与个体实现沟通的方式，但没有传递“严厉的道德谴责”，更多强调的是恢复、治疗等，也不产生犯罪标签的效应，所以认为附加条件是“刑罚”难言妥当。可以类比的是审前的强制措施，虽然在客观上也限制被追诉人的人身和财产权利，但制度设计上以保障刑事诉讼顺利进行为目的；我国的治安罚虽然也有行政拘留等严重限制人身自由的种类，但通说仍不支持将其视为刑罚。由此可见，以附加条件具有制裁性来认定其本质为“制裁”也难言妥当。

事实上，从附加条件的产生历程看，起初目的通常在于节约司法资源的同时实现恢复。例如，德国刑事诉讼法中负担和指示的适用以“支付金钱”为主，不妨理解为希望填平行为人触犯刑事法律引发的社会利益损害和司法资源支出。当然，我们可以将恢复性措施也理解为“制裁”，不过这种制裁有边界的，以“弥补公共利益”为界限，这也是成年人为其之前的犯罪行为付出的代价。[3]在刑罚目的从报应向预防、教育甚至沟通的演变过程中，附加条件的功能也从恢复向预防、矫正等发展，并因条件内容的多元化与保安处分、社区矫正等规训方式愈发接近，限制人身、财产权利的制裁属性也更加明显。从这一视角看，附加条件的性质与保安处分等较为接近，应属于独立于刑罚之外的一种特殊处遇，以恢复受损法益、实现犯罪预防为目的，但具有限制人身、财产权利的制裁效果。这与未成年人司法中“教育、感化、挽救”的理念显著不同。未成年人附条件不起诉完全以“教育和矫治”为目的，不强调对行为的“谴责”，相应地，附加条件原则上也不需要犯罪行为的性质和程度，而以实现未成年人的矫治和再社会化为要，这与强调“罪责自负”的普通轻罪案件具有根本意义的不同。

强调附加条件的多元性质并非理论“折中”，而是从制度设计的需求出发，强调轻罪案件中附加条件“入法”的三个要求：第一，在设计内容时，附加条件应以实现恢复和预防为要，体现程序的犯罪治理功能；第二，检察官在轻罪裁量设定附加条件时应当考虑到社会公共利益的修复，这也是附加条件制裁性的边界；第三，在设计配套程序时，无论附加条件的立法目的为何，都要充分考虑制度实效，以无罪推定原则和正当法律程序为要求，审视程序规则是否给予足够的保障。

（二）附加条件的正当性证成

目前，我国的检察机关仅在未成年人案件中可以设置附加条件，且刑事诉讼法中未成年人附条件不起诉的“教育与矫治”措施非常模糊。一方面，轻罪附条件不起诉应当实现“治罪与治理”并重，既要让行为人为自己的行为付出应有代价，也要实现程序的预防、矫正功能，这与未成年人附条件不起诉的教育、感化、挽救导向差别明显；另一方面，未成年人附条件不起诉制度中的附加处分也只是停留在概括性的“教育和矫治”措施，《高检规则》虽然相对明确，但本质上属于自我授权，立法者实际上没有描述设置附加处分的清晰边界，难以为轻罪起诉裁量的附加条件提供清晰指引。因此，刑事诉讼法修改若意图拓展附条件不起诉的适用范围至一般轻罪，必须考虑附加条件的性质并配套相应的实体和程序规则。因为附加条件是一项以恢复、预防和矫正为目的，兼带有制裁性的一种特殊处遇，对犯罪嫌疑人的人身权利和财产权利切实产生不利影响，应当首先检讨附带条件“入法”的正当性基础，而正当性是把“赤裸裸的权力”转化成正当的权威的一种特性，它赋予某种秩序拥有某

1 参见许丝捷：《缓起诉负担条件之刑罚性探讨》，载《东吴法律学报》第 27 卷第 4 期，第 65 页。

2 [英]安东尼 · 达夫著：《刑罚 · 沟通与社群》，王志远、柳冠名、姜盼盼译，中国政法大学出版社 2018 年版，第 122 页。

3 参见何挺：《附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 4 期，第 55 页。

种权威的、有约束力的品性，从而确保这种秩序是出于义务而非恐惧而受到遵从。[1]对本次《刑事诉讼法》修改在起诉裁量中引入附加条件，可以从以下方向论证正当性。

1. 经验逻辑：有机社会的恢复性制裁

在现代社会中，随着社会分工的精细化，个体之间相互联系与依赖的程度在加深，却又各自拥有一定的个性、差异性和自由。我们正愈发接近涂尔干提出的“有机团结”社会。有机社会下，惩罚的目的逐渐由压制转向恢复，只是“拨回时钟返回过去”，将混乱的社会关系重新恢复到正常状态。[2]在社会结构相对稳定，治安形势良好的中国，立法者设立轻罪的主要意图是指引和评价社会和公民行为，最终实现社会秩序稳定的目标。[3]相应地，轻罪的刑罚与重罪的制裁性有一定区别，更强调谴责不法行为人公然违背社会共同的准则，以此维护社会的集体意识与集体良知，刑罚本身只是维持社会整合的手段，并不是目的。相较于刑罚，附加条件更符合“恢复性制裁”的要求——一方面，附加条件的本质是国家将犯罪人视为“社会的病人”，以特定的负担和指示恢复受损的社会利益，同时实现对行为人的“诊疗”。相比刑罚，附加条件同样能够实现制裁、预防和矫正等目的，且付出的成本更低，更符合有机社会中刑事制裁目的的转变——刑事制裁的力度只需要维持在保持社会有机体能够正常运转的限度内即可。

2. 规范逻辑：司法契约下的有利选择

应当承认，附加条件是社会针对犯错者过去不法行为的回应，要求受有罪判决人必须为自己过去的罪行付出一定代价，具备制裁属性。[4]检察机关在法院之外设定附加条件，需要在法规范体系内寻求正当性根据。包括我国在内的大陆法系法域普遍通过被告的自愿履行来正当化附加条件的制裁性。例如，我国台湾地区规定“检察官命被告遵守或履行前项第三款至第六款之事项，应得被告之同意”。目前，我国检察机关探索诉前考察机制也以认罪认罚从宽制度为依托，在执行的过程中告知被追诉人诉前考察机制的内容，由犯罪嫌疑人自行选择是否开展社会公益劳动等。上述制度或实践的本质逻辑是被告真诚地认识到自己行为的错误性，愿意自愿且积极地恢复受损的社会关系，并放弃接受正式审判的权利，实际上与检察官达成了“司法契约”。在这一司法契约中，控辩双方各自承担一定的义务，控方需要履行监督考察的义务，并在附加条件成就后终止起诉且一般不得另行起诉；被告则需要接受监督考察，积极促成附加条件成就。这种“司法契约”的达成充分体现“协商性程序正义”的理念，强化被追诉人的主体地位，尤其是赋予被追诉人通过自己真诚努力实现结果控制的可能。[5]更重要的是，协商性程序正义实现了社群与犯罪人的道德沟通，传递了相应谴责的同时促成被追诉人真诚忏悔，[6]是一种维护社会有机团结的积极方式。

当然，被追诉人同意的正当化路径也会面临理论挑战。例如，被告的“自愿选择”可能并非出于真诚地忏悔，而是面临起诉判刑等更严重后果的“无奈之选”。这样的观点注意到被告自愿并不能消除附加条件的制裁属性，却难以成为正当化附加条件的障碍。一方面，相较于起诉和定罪，附加条件的设置让被告可以免受自由刑等更严厉的刑罚以及严苛的犯罪污名效应，无论如何都是有利于被告的——本质上，对于确实违法的被告而言，附加条件增加而非减少了选择，扩大了被告自由意志的范围，不宜被视为“强制”。对于不构成犯罪的被告，确实可能存在检察机关设定附加条件以规避无罪判决风险的可能，但这与附加条件本身无关，而是规范执行中的问题，毕竟各法域附加条件的设置前提都是“检察机关认为符合公诉标准”。同时，我们也可以通过合理且完善的程序机制减少制度风险。

3. 政策逻辑：贯彻宽严相济刑事政策

自 2010 年以来，我国的刑事政策开始以“宽严相济”为主。“宽严相济”强调对犯罪区别对待，做

---

1 参见［英］安德鲁·海伍德编: 《政治理论教程》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 159 页。

2 [法]埃米尔·涂尔干:《社会分工论》，渠敬东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 32 页。

3 参见何荣功:《轻罪立法的实践悖论与法理反思》，载《中外法学》2023 年第 4 期，第 948 页。

4 参见蔡志宏:《交通违规刑事、行政程序并行之合宪性探讨——以酒后驾车缓起诉、缓刑之公益性负担为中心》，载《交通学报》第 13 卷第 1 期，第 33 页。

5 参见陈瑞华:《论协商性的程序正义》,载《比较法研究》2021 年第 1 期,第 3 页。

6 参见赵常成:《程序违法何以实体从宽》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2021 年第 6 期，第 119 页。

到“该宽则宽，当严则严”，最大限度减少社会对立面。事实上，该项刑事政策的提出恰是对此前“严打”思路的扬弃——在保持对严重和暴力犯罪高压态势的同时，不再以对待“敌人”的方式对待轻罪的犯罪人。宽严相济刑事政策敏锐地注意到大多数轻罪犯罪人与重罪犯罪人的区别，他们与观念中的“道德败坏”“穷凶极恶”截然不同，大多数都是身边的“普通人”——他们可能规则意识淡薄，却并非罪大恶极；他们需要接受制裁和矫正，但并不一定需要承受终生的污名。如果刑事司法批量地制造犯罪标签，致使社会中充斥着各类犯罪人时，罪与非罪的界限逐渐模糊，刑罚的道德谴责力也将逐渐被削弱。如果我们将社会比作一个水缸，守法的公民是一滴滴清水，刑事司法通过制造犯罪标签不断向水缸滴入“墨水”。当犯罪标签泛化时，清澈的水将会愈发浑浊，公众可能难以区分守法与违法的边界。因此，刑事司法决不能让公民“动辄得咎”，而应采取分流与矫正的思路，能教育的教育之，应惩罚的惩罚之。因此，在刑事诉讼法中增设附加条件恰是贯彻宽严相济刑事政策的重要方式。

4. 效率逻辑：犯罪有效治理的更优解

我们都认可理想的刑事司法能够所有的犯罪都能被及时发现并得到适宜的制裁。然而，“一个社会，无论多么‘公正’，如果没有效益，必将导致社会集体的贫困，那也谈不上什么公正，即使有这种‘公正’，也是社会和人们所不取的。”[1]当前，伴随着科学技术的快速发展，人们正在快速步入风险社会。为维系公众的安全感，政策制定者必然寻求预防性、前瞻性的刑事立法，轻罪的扩张仍将持续。[2]然而，一国投入刑事司法的资源增长相对缓慢，案多人少已成为世界各国的普遍现象。此时，作为刑事审判“把关者”的检察官必须考虑如何才能实现威慑（deterrence）效果的最大化。[3]事实上，在轻罪案件中，一律起诉并非实现犯罪控制效果的最优解——定罪需要提供完备的程序保障，监禁等刑罚的执行需要国家投入。如果存在刑罚的替代措施能够实现刑罚效果的同时节约国家投入的资源，则相较刑罚实现了“帕累托改进”。在这个意义上，附加条件是一种具有制裁性质的特殊处遇，国家投入的程序成本小于刑罚，又因为其仅适用于部分轻罪，制裁和教育效果已经足够实现犯罪预防。此时，在刑事诉讼中引入附加条件就符合效率的逻辑，能够减少轻罪刑罚溢出的成本，是犯罪治理的“更优解”。

5. 权利逻辑：程序机制可以补强权利

“只有当一项权力的确立符合公众普遍参与这一程序性要求，其正当性才是牢固的。”[4]一方面，限制公民权利，增加国家权力的措施必须符合公民普遍参与的程序性要求，即经由“实质的正当程序”。如果《刑事诉讼法》第四次修改增设轻罪附条件不起诉可满足这一标准。另一方面，根据自然正义的基本要求，任何人不得担任自己的法官且应当听取当事人的意见。无论从何种逻辑出发，附加条件都具有制裁属性，必须经由相对完备的程序作出。由于我国宪法坚持诉讼主体的分工原则，若扩张附条件不起诉的适用仍将以检察机关为主导，法院可能并不会参与。虽然我国的检察机关是法律监督机关，且应当履行客观公正义务，[5]但仍有“既当运动员，又当裁判员”的疑虑。因此，附加处分获得法治实践意义上的正当性，仍需经由民主的立法程序并配以相对完善的程序机制，通过多种方式实现对检察机关裁量权的有效控制和监督。

四、完善路径：附加条件之于轻罪起诉裁量的规范建构

起诉裁量权从一阶的“诉与不诉”向更高维度的“是否设置附加条件”是否“附加条件是否成就”等演进不仅是大陆法系各法域的发展趋势，也是我国刑事司法实践中切实存在的客观现象。虽然目前《刑事诉讼法》仅在未成年人刑事案件中确立检察机关设置附加条件的权力，但依托认罪认罚从宽制度和相对不起诉的“不起诉+”，实际上已经具备附加条件的实质，并为本次刑事诉讼法修改积累宝贵的实践经验。轻罪起诉裁量的附加条件，因应轻罪时代的犯罪治理需求，强调制裁的恢复性和预防功能，能够减少短期监禁刑和犯罪标签的负面效应，本质上是以更科学、务实的态度应对犯罪。未来，《刑事诉讼法》修改时有必要以附加条件为核心设置适用于轻微犯罪的附条件不起诉制度。关于轻

1 陈正云:《刑法的经济分析》，中国法制出版社 1997 年版，第 337 页。
2 参见劳东燕:《风险社会中的刑法》（第二版），北京大学出版社 2023 年，第 29 页。
3 See Easterbrook, F.H. (1983). Criminal Procedure as a Market System. 12 The Journal of Legal Studies 289.
4 时延安:《劳动教养制度的终止与保安处分的法治化》，载《中国法学》2013 年第 1 期，第 188 页。
5 参见龙宗智:《中国法语境中的检察官客观义务》，载《法学研究》2009 年第 4 期，第 144-145 页。

罪附条件不起诉制度，理论界已经进行了充分讨论，[1]本文仅简要阐述尚未充分讨论且与附加条件相关的问题，以期为刑事诉讼法修改提供另一重视角。

（一）附加条件入法的路径选择

本次《刑事诉讼法》修改如果在轻罪案件中引入附条件不起诉制度，首要任务是明确附加条件及其内容。

第一，体例选择。附加条件入法，可能参考的方案有三种，分别为"列举式""开放式"和"列举加部分开放"。"列举式"可以明确检察机关可以设置附加条件的种类和内容，为被追诉人提供更加明确的预期，又可以限制检察机关的裁量空间。然而，完全列举可能并不符合附加条件"恢复与矫正"的制度目的，盖因现实中犯罪成因多样，既有被追诉人自身的规则意识淡薄、存在侥幸心理等，又有一定的社会成因，并且不同犯罪需要修复的法益类型也有不同，立法者很难穷尽列举所有的附加条件。即使当下能够考察域内外的制度，充分列举现有的附加条件，也会因为新型犯罪的出现而捉襟见肘。"开放式"与之相反，能够充分发挥控辩双方的主观能动性，实现更好的犯罪治理效果，但我国未成年人附条件不起诉的实践表明，开放式的"教育与矫正措施"表述难以指引检察机关有效行使裁量权，设置的附加条件或流于形式，或难于监督考察。因此，更好的方式是结合我国当前诉前考察的实践，并吸收域外相关立法例的有益经验，以立法形式列举最为常见的附加条件，如赔礼道歉、赔偿被害人、公益服务等（有名的附加条件），同时以"其他有助于实现修复、预防的附加条件"（无名的附加条件）作为兜底条款。检察机关在设置无名附加条件时应当遵循法律解释的规律，在性质上与有名的附加条件一致，并受比例原则、协商原则等约束。

第二，制度逻辑。如果本次《刑事诉讼法》修改在轻微犯罪增设附加条件，将会存在"成年人的轻罪案件"与"未成年人的轻罪案件"之间的区分。从立法技术的视角看，二者应统合于刑事诉讼法的"审查起诉"一节，并在未成年人特别程序里对附条件不起诉的适用作出特别限定，即未成年人附条件不起诉中的附加条件（监督考察措施）以罪错未成年人的教育和矫治为核心目标，原则上不考虑制裁性。但在一般的轻罪附条件不起诉中，附加条件的设置应以填平犯罪受损的公共利益为首要原则，兼顾预防和矫正效果。未来，如果轻罪附加条件的范围进一步拓展至企业，以实现企业犯罪的"非犯罪化治理"，相应的附加条件则应在填补损害之外更强调制裁，即允许惩罚性赔偿等支付金钱类附加条件以及对企业经营管理结构的深度改造。

（二）附加条件设置的基本原则

无论是有名的附加条件还是无名的附加条件，检察官在设定时均应结合犯罪的性质以及犯罪嫌疑人的犯罪成因、个人特点等裁量设置。立法者应当充分尊重这种裁量权，为刑事政策注入刑事司法提供制度管道。但是任何裁量权力必须遵循指引，立法者宜确立附加条件设置应当遵循的基本原则，为后续司法规范性文件的细化以及个体检察官的裁量提供框架和边界。结合我国未成年人附条件不起诉的实践经验并参照域外立法例，我国轻罪附加条件的立法与司法裁量应至少遵循以下原则。

第一，比例原则。附加条件虽然以恢复和预防等为目的，并以被追诉者的自愿履行作为正当化依据，但也切实影响被追诉者的人身或财产利益，应当受比例原则的约束。[2]一般认为，比例原则包括目的正当性原则、适当性原则、必要性原则与均衡性原则。[3]在附加条件的设置中，比例原则可以具象化为以下相互关联的标准。其一，设置附加条件应与犯罪及犯罪嫌疑人有实质关联。例如，涉嫌"帮信"的犯罪嫌疑人可以从事反诈宣传等公益服务，但不宜参加交通协管等公益服务，因为后者与犯罪性质并无实质关联，仅具有制裁属性，无法实现相关犯罪的有效诊疗。其二，附加条件的制裁性不得超出该行为的罪责程度，换言之附加条件以修复受损法益的程度为限。例如，对于初次醉驾的犯罪嫌疑人设置 240 小时的公益服务条件，虽然能够充分实现附加条件的制裁性和矫正性，但

---

1 相关讨论如陈瑞华：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《现代法学》2023 年第 1 期；邵俊：《轻罪时代附条件不起诉的立法建议》，载《法学杂志》2024 年第 2 期；樊崇义、徐歌旋：《轻罪案件附条件不起诉制度研究》，载《内蒙古社会科学》2024 年第 1 期；余沁：《论轻罪治理视野下的附条件不起诉制度》，载《河北法学》2024 年第 8 期，等等。

2 参见林钰雄：《刑事诉讼法（下）》，新学林出版有限公司 2020 年版，第 155-156 页。

3 参见刘权：《比例原则的精确化及其限度——以成本收益分析的引入为视角》，载《法商研究》2021 年第 4 期，第 103-106 页。

以每日 8 小时工作时间折算，相当于 30 日的人身自由限制，可能超出判处拘役缓刑的强度。其三，附加条件的设置不得超出行为人履行能力的限制。

第二，协商原则。附加条件具有制裁性，如果须由检察机关不经被追诉人同意直接设置，在无罪推定原则和正当程序原则的要求下必然引入法官的审查，由此形成“附加条件——制裁属性——法官决定——正当化”的逻辑闭环。但在我国的法律现实中法院基本不参与审前分流，此时必须以被追诉人的自愿履行作为正当化依据。事实上，我国的认罪认罚从宽制度已在刑事诉讼中引入协商因素，刑事辩护全覆盖和值班律师制度的设立也为保障被追诉人自愿性创造良好条件。具体而言，检察机关在设置附加条件时应当充分听取被追诉人及其辩护律师或值班律师意见。如果被追诉人对附加条件的种类和内容有异议，检察机关不宜径行提起公诉，而是审查异议是否有正当事由，在填补受损公共利益和实现犯罪预防功能的前提下，尽量协商一致。此外，检察机关应当坚持公诉标准，避免以设置附加条件作为代替法定不起诉的“工具”，充分保障犯罪嫌疑人的选择空间。

第三，有效性原则。检察机关在设置附加条件时还应当考虑有效性原则，即该附加条件可以真正填补受损的社会公共利益并实现对犯罪的有效预防。首先，检察机关设置的附加条件应当是明确且可执行的；其次，检察机关不宜仅设置通用性条件，而是要在通用性条件之外针对犯罪性质以及犯罪人的特征设置具有针对性的附加条件；再次，附加条件应当是可以被监督考察的，即检察机关或第三方评估组织可以根据生活经验和专业知识判断履行效果的。

（三）附加条件设置的主要内容

在上述原则的指引下，检察机关可以设置通用性条件和个别性条件，以实现附条件不起诉的个性化。所谓通用性条件，是指为满足一般预防和特别预防要求，为所有拟被不起诉人设置的条件，例如赔偿损失、赔礼道歉、参加公益服务、定期报告行踪、接受检察机关的考核与监督等。所谓个别性条件，是指根据个罪的矫正需要，为特定拟不起诉人专设的附加条件，以实现犯罪的有效预防。附加条件主要包括恢复类、矫治类和禁止类三种。

1. 修复类条件

修复类条件主要针对犯罪行为所产生的危害后果，通过履行一定的条件修复犯罪行为给被害人和社会所造成的伤害。项目设置主要分为以下几种：

第一，赔偿损失。对被害人因犯罪行为遭受的损失，犯罪嫌疑人应当通过经济赔偿的方式，弥补或减轻犯罪行为造成的危害。赔偿金额由检察机关根据被害人实际损失的数额，在听取各方意见后，依照相关法律法规，参照该类案件民事赔偿标准计算确定。赔偿数额可适当高于依法应予赔偿的费用。检察机关可以根据被害人出具的收据，犯罪嫌疑人提供的付款凭证等认定赔偿条件履行情况。

第二，与被害人达成和解。对于被害人明确的案件，犯罪嫌疑人应当积极与被害人交流沟通，通过向被害人公开承认罪错、当面赔礼道歉、积极退赃退赔、主动消除负面影响、恢复破损物原状等方式修复关系，争取被害人谅解，化解因犯罪行为造成的社会矛盾。实践中，影响刑事和解的主要因素是经济赔偿，如因被害方提出明显高于实际损失的不合理要求或者无法与被害方取得联系，暂时未能达成和解、调解协议的案件，犯罪嫌疑人可以向公证机构或双方认可的调解组织等第三方缴存赔偿保证金。犯罪嫌疑人足额缴存赔偿保证金的，可作为犯罪嫌疑人认罪悔罪态度和社会危险性等因素在案件处理中予以考虑。

第三，社会公益服务。社会公益服务重新建立起犯罪嫌疑人与行为规范的联结，促使行为人自我反思，真正学习并认可规则；同时向社区持续传递“违法必受追究”的信号，强化共同体的规则意识，在分流的基础上引入教育和预防理念。同时，社会公益服务因其具有参与门槛低、适用范围广、易于监督考察、兼顾惩治与教育等优势，成为诉前考察机制的主要选择，也应当得到立法的确认。社会公益服务的内容应根据案件类型、犯罪嫌疑人特点等由检察机关、第三方专业评估和被追诉人等共同确定。同时，为充分实现附加条件的多元属性，可以根据被不起诉人的犯罪性质、犯罪动机、犯罪情节、犯罪后果、社会危害性等犯罪事实和其认罪悔罪态度、退赃退赔等有关内容，合理设置相应的服务时长和完成时限，并根据社会公益服务期间表现情况进行适时调整。

第四，根据受损法益的不同也可以采取更加多样化的修复性措施，立法不宜作出细致规定，应

交由检察官裁量。举例来说，针对破坏环境资源类犯罪，可以根据犯罪所造成的危害要求开展补植复绿、增殖放流、污染治理等，修复被破坏的生态环境。主要包括。生态修复赔偿金：即犯罪嫌疑人可以向行政管理部门或司法部门缴纳生态修复资金，用来修复生态环境。行为性条件：即犯罪嫌疑人在相关单位或组织的监督下，通过自行修复或委托第三方机构实施生态修复行为。因生态环境是一个各要素相互关联的系统，其修复需要一定的时间，因此修复的范围应不局限于犯罪所得范围，比如被砍伐的多少棵树、被捕获的多少条鱼，要综合考虑对整个生态系统的影响及恢复的时间长短，结合犯罪嫌疑人的经济能力，确定条件履行的时间、地点、内容等。

可能的争议问题是，德国等立法例设置“向国库支付款项”的附加条件，我国台湾地区还明确该款项可以“补助相关公益团体或地方自治团体”，实践中也有部分检察机关将公益捐款设置为考察项目。笔者认为，修复性附加条件可以涉及金钱支付，但仅以赔偿被害人或者修复受损法益的需要为限。其一，在我国以自由刑为主的刑事司法中，任何与金钱有关的附带条件都有可能被公众理解为“花钱买刑”，刑事和解制度的推行即面对不小的质疑；其二，我国长期以来存在“逐利执法”的问题，在罚没财产没有统一收归国库的情况下增设很可能会影响司法公正。因此，关涉金钱的附加条件宜

2. 矫治类条件

相较于修复类条件对已发生损害之修复，矫治类条件立足于现代犯罪学研究，认为犯罪现象的成因复杂，应当予以针对性的“诊断”和“治疗”，从而消除潜藏的犯罪原因，真正预防再犯。根据轻罪案件常见的犯罪成因，矫治类条件大致可分为“治疗性措施”和“支持性措施”。

第一，法治教育。法律作为一项专门知识，虽然群众对其有朴素的认知，但近年来随着社会的转型发展及刑事法网愈织愈密，新类型犯罪越来越多。以 Z 市检察机关近几年帮助信息网络犯罪活动罪案件为例，不少犯罪人是在校或刚毕业的大学生，即使接受高等教育，多数人对自己行为的违法行为及社会危害并不清楚。虽然在刑法理论上，违法性认识错误不阻却责任的认定，但从犯罪控制理论观之，法治教育是消除潜在犯罪成因的重要举措。更重要的是，只有知道违反规定的“所以然”，才可能真正产生悔罪意识，向规范回转。

第二，戒瘾治疗。对于毒品成瘾类犯罪，犯罪人应主动与戒毒医疗机构签订戒毒协议，就戒毒方法、戒毒期限等作出约定，自行戒除毒瘾，戒毒期满后由戒毒医疗机构进行康复状况评估。康复期间及康复后 2 年内再次吸食、注射毒品的，由检察机关撤销原不起诉决定，依法提起公诉。药物、酒精等成瘾依赖与毒品成瘾类似，本文不再展开论述。

第三，职业技能培训。根据犯罪学的社会控制理论研究发现，一份稳定合法的职业是控制犯罪的重要因素，由于个人主要精力投入到工作和发展之中，或因为无暇从事违法犯罪活动，或是害怕违法犯罪行为会失去现在的职业，从而起到抑制犯罪发生的作用。比如 Z 市检察机关在办案中发现，一些犯罪人员服刑期间较长，或多次在监狱、看守所服刑，出狱后因歧视、与现代社会生活脱节等因素，导致无法适应目前的社会工作，长时间在社会游荡，靠盗窃等非法手段来维持生活。因此应高度重视职业技能培训的作用，帮助涉罪人员培养工作技能，通过掌握的技能已经获得工作，有效地融入正常的社会生活，避免重新走上犯罪道路。

3. 禁止类条件

除以上两类针对性的恢复和矫治条件外，检察机关根据需要，还可以设置一定的禁止性条件，从而阻断犯罪嫌疑人与犯罪场景的联系，为矫治性条件创造良好的时空环境。我国台湾地区的禁止性条件表述为“预防再犯所为之必要命令”。大陆地区《高检规则》表述为“不得进入特定场所，与特定的人员会见或者通信，从事特定的活动”以及“遵守其他保护被害人安全以及预防再犯的禁止性规定”。二者虽然表述不同，但在旨趣上颇为接近，意在阻断环境对行为人的影响并保护被害人的权利。在附加条件的具体设计上，可以参考《关于取保候审若干问题的规定》中第 7 条至第 9 条的规定，以预防再次犯罪的必要性为限，不得以禁止性条件过度限制拟被不起诉者的人身自由。

（四）附加条件的监督考察机制

实践中诉前考察的重要问题是设置的考察项目没有能够实现有效的制裁与矫正，核心原因是检察机关只有审查起诉的法定期限，没有足够的考察期判断是否实现犯罪嫌疑人的教育与矫正。因此，附加条件的监督考察应配以充足的考察期。考虑到附条件不起诉的适用范围，考察期宜设置为六个

月至一年，确保犯罪嫌疑人能够充分履行和检察机关实质考察，同时避免造成过多负担，影响各方适用意愿。如果犯罪嫌疑人在考察期没有违反通用规则并完成附带条件，检察官宜作出不起诉的决定；如果犯罪嫌疑人未能完成附带条件，或者出现违反监管规定等行为，检察官可以视情况决定延长考察期或提起公诉。

考虑到犯罪成因的复杂性以及检察官的办案压力，我们认为应当设置不同的监督考察机制。对于犯罪情节轻微，犯罪成因简单，不涉及较多专业知识的案件，由承办检察官启动考察和定期监督；对于犯罪成因相对复杂，涉及专业知识的案件，宜引入心理学、犯罪学等相关领域专家以及社会工作者、律师等社会力量建立考察评估小组，就附带条件的设置出具专业意见，在考验期内定期考察反拟被不起诉人并在考验期结束后出具考察报告。检察官应当充分审查考察报告，必要时通过公开听证的方式判断是否作出不起诉决定。此外，《社区矫正法》主要适用于刑罚执行中的社区矫正，不适用于附条件不起诉的监督考察。从长远看，宜由各地政法委牵头检察机关、司法行政部门和基层治理组织等开展沟通协调，参照《社区矫正法》制定附条件不起诉的监督考察联动机制。

五、余论：附加条件的体系衔接

附加条件除对轻罪起诉裁量权的形态及程序设计产生影响外，因其是一种具有制裁性的特殊处遇措施，也与审查起诉阶段外的制度存在一定关联，本文重点关注附条件不起诉决定的效力以及对行刑反向衔接的影响。

第一，附加条件与附条件不起诉决定的效力。目前，《刑事诉讼法》和《高检规则》对未成年人附条件不起诉决定的效力没有明确规定，但学界对此已经有较为充分的讨论可资参考。在完备的附条件不起诉程序中，存在“暂缓起诉决定”和通过考察后的“终局不起诉决定”。为维护附条件不起诉实现矫正与分流的立法目的，暂缓起诉决定阻却被害人向法院提起自诉，并约束检察官在法定情形外不得撤销。[1]当附加条件成就后，根据一事不再理的基本法理，“附条件不起诉决定将发生与不起诉决定相同的实体效力与程序效力”，[2]即在实体上，被不起诉人应被视为无罪；在程序上，只有出现新的事实或证据，足以认定附条件不起诉决定确有错误时，人民检察院才得对同一犯罪事实再次起诉。赋予终局不起诉决定以“禁止再诉”的效力，能够避免履行负担或指示的犯罪嫌疑人长期处于不确定的状态中，从而有助于实现法的安定性。

第二，附加条件与不起诉与行刑反向衔接。因为我国规制违法行为的思路为行政处罚与刑事犯罪的二元论，当一项违法行为构成犯罪时，可能也符合行政处罚的构成要件，虽然检察机关通过不起诉放弃追诉，但并不意味着行政机关同步放弃。因此，《刑事诉讼法》以及《高检规则》等都明确规定不起诉后的行刑反向衔接制度，从而实现法秩序的统一。在相对不起诉中，由于犯罪嫌疑人除可能的审前强制措施外，并未遭受任何实质的不利益，因此不起诉后的行刑反向衔接并无争议。但如果《刑事诉讼法》规定了轻罪起诉裁量的附加条件后，因其具有限制人身和财产权利的属性，是否仍需要展开行刑反向衔接需要讨论。笔者认为，相对不起诉案件的反向衔接本质上是在二元制裁论下追求实质上的“过罚相当”，避免严重违法行为的处遇反而更轻的倒挂现象，以实现法秩序的统一。在这个意义上，检察机关设置的附加条件虽然不被认为是刑罚，但同样让被追诉人为自己的行为付出了代价，发挥了制裁、谴责等功能，如果仅作形式化理解，认为附加条件不是刑罚，所以应当反向衔接可能过于片面。笔者以为，最高人民检察院提出的“可处罚性标准”可以为解决上述理论争议提供解决方案。一般认为，行政处罚既包括对违法行为的制裁性处罚，也包括以预防再犯为目的的预防性措施。[3]如果检察机关通过附加处分足以填补受损法益，则无需另行移送制裁性处罚，仅需移送预防性处罚，以实现法秩序的统一。例如，醉驾的行为人在履行公益服务，接受酒瘾治疗后被不起诉，无须再被罚款或拘留，行政机关仅需吊销驾驶执照即可。当然，这一方案在制度上较为粗疏，也缺少严密的理论阐述，仍待后续实践的最新发展以及学界的更深入研究。

---

1 参见蔡墩铭: 《刑事诉讼法论》（增订五版），五南图书出版股份有限公司 2002 年版，第 364 页。

2 参见刘少军:《附条件不起诉决定之法律效力研究》，载《北方法学》2016 年第 1 期，第 94 页。

3 参见陈国栋:《〈行政处罚法〉中限制从业罚的解释与适用》，载《南大法学》2021 年第 4 期，第 99 页。

自诉转公诉规则完善研究

孙潇琳*

摘 要：完善自诉转公诉规则应当坚持坚持公诉优先和保障被害人权益原则的基础上，针对法定的三类自诉案件进一步合理划定自诉转公诉的案件范围，赋予被害人提出自诉转公诉的诉讼权利，限制检察机关发动自诉转公诉。同时，对于《刑法》分则中规定满足条件可以转为公诉的告诉才处理的犯罪，将其转化为刑事诉讼法的过程中应将各个犯罪的转换条件做出进一步具体的规定。对于被害人与被告人在程序转换后是否还可以进行和解的问题，应规定自诉程序转换为公诉程序后，允许被害人与被告或犯罪行为人进行和解。

关键词：自诉转公诉；自诉人；被害人；自诉案件；告诉才处理

一、问题的提出

2020 年浙江余杭网络诽谤案的自诉转公诉实践，将一个“小案”上升为法治热点新闻，并引发国内学界和实务界对自诉转公诉问题的关注。现有研究主要从自诉转公诉的内在法理与规范构造、[1]告诉才处理犯罪的追诉制度、[2]公诉与自诉的关系[3]等方面展开分析。还有学者针对自诉转公诉问题中的一个方面进行思考，如检察机关在自诉转公诉中的作用，[4]自诉转公诉的判定标准[5]等。

2023 年 9 月,“两高一部”发布《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》（本文简称“《指导意见》”）明确要求公检法之间要加强沟通协调，统一执法司法理念，有序衔接自诉程序与公诉程序，确保案件顺利侦查、起诉、审判。同时,《指导意见》第 13 条还对自诉转公诉规则作出了初步设计。诽谤虽是“小案”，但对当事人来说却是“天大的事情”，[6]这直接关乎社会和谐稳定。然而，结合当前刑事司法实践、《指导意见》以及现行刑事诉讼相关立法，我国自诉转公诉规则仍有完善的空间和必要。

二、完善自诉转公诉规则的基本要求

自诉、公诉的相互转换，关系到“两个诉”衔接，以及审理程序问题，乃至检察机关的诉讼监督权的行使。[7]为此，需要在坚持惩罚犯罪与保障人权相统一的基础上，以坚持公诉优先和保障被害人权益为指引，进而完善自诉转公诉规则。

（一）坚持公诉优先原则

对于自诉转公诉规则，应当坚持公诉优先于自诉，这是判断要否转换和如何转换的一个重要标准。[8]坚持公诉优先原则的积极意义表现在：第一，根据如今人们对犯罪行为性质的认识，所有的犯罪行为都不仅仅只侵犯了被害人的自身权利，更损害了整个国家及社会的利益与秩序，而自诉的目的只是为了保护被害人个人的法益，所以如果坚持以自诉优先，国家与社会的损失便难以弥补，也不利于社会的和谐稳定。但若坚持以公诉优先，由于国家和被害人的目的都是追究行为人的责任，二者在绝大多数情况下利益一致，国家对社会秩序及公共利益进行保护时往往包含对被害人个人法

---

* 作者简介：孙潇琳，法学博士，河南工业大学法学院讲师。

[1] 樊崇义：《自诉转公诉，须坚持刑事诉讼四原理》，载《检察日报》2021 年 7 月 13 日，第 3 版；时延安：《“自诉转公诉”的法理分析》,载《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期；邓思清：《论自诉转公诉的规范构造》,《西南政法大学学报》2021 年第 4 期；贾志强：《“自诉转公诉”程序规则的系统性反思——以网络侮辱诽谤犯罪案件为视角》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 5 期；丁灵敏、孔凡宇、周兴文：《网络诽谤犯罪“自诉转公诉”的法理评析——以杭州诽谤案为视角》，载《中国检察官》2021 年第 10 期。

[2] 吴宏耀：《告诉才处理犯罪的追诉制度：历史回顾与理论反思》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期。

[3] 熊秋红：《论公诉与自诉的关系》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期。

[4] 王一超：《论检察机关干预告诉才处理案件的程序选择——基于对“自诉转公诉”讨论的延伸思考》，载《清华法学》2022 年第 6 期。

[5] 谢登科：《网络暴力犯罪案件的程序适用与误区澄清——以亲告罪与自诉程序的关系为视角》，载《江西社会科学》2024 年第 1 期；牟绿叶：《自诉转公诉的基础规范和判断标准——以国家追诉利益为切入点》，载《环球法律评论》2023 年第 4 期；程捷：《网络侮辱、诽谤犯罪中“严重危害社会秩序”的判定》，载《国家检察官学院学报》2023 年第 5 期。

[6] 最高人民检察院第一监察厅、浙江省人民检察院、检察日报社：《自诉转公诉的“庭前幕后”：浙江余杭网络诽谤案》，中国检察出版社 2021 年版，第 1 页。

[7] 樊崇义：《自诉转公诉，须坚持刑事诉讼四原理》，载《检察日报》2021 年 7 月 13 日，第 3 版。

[8] 樊崇义：《自诉转公诉，须坚持刑事诉讼四原理》，载《检察日报》2021 年 7 月 13 日，第 3 版。

益的保护，所以有助于国家和个人的利益同时得以实现。第二，由于公诉以国家强制力作为后盾，办案机关在收集证据、抓获被追诉人等方面具有相较于被害人更强的手段和能力，从而更有效地惩罚犯罪，实现追究被追诉人刑事责任这一自诉与公诉共同的目的。第三，我国当前民众对犯罪无法得到惩治的恐惧远胜于对国家司法权利扩张的恐惧，实践中自诉人往往因为自身取证能力与证明能力较弱，无法很好的维护自身权益，此时大多数自诉人往往希望国家能够介入，帮助其保护人民群众的权益，增强人们的安全感。

（二）坚持保障被害人权益原则

在“自诉转公诉”的过程中，被害人的权益和自由最容易遭受到损害。法律赋予被害人提起自诉的权利，意味着在法律规定的范围内，被害人有选择发动追诉程序与否的自由。因而由国家公权力介入到刑事自诉过程中，并最终由公诉程序代替自诉程序完成对犯罪的追诉，可能间接导致被害人的选择自由和权利处分自由遭到损害。设置刑事诉讼程序，主要是为了达到以下两个目的：一是将国家刑罚权通过惩罚犯罪的方式予以实现；二是在追诉犯罪的过程中保障各个主体的人权。不管是以实现刑罚权优先还是保障人权为主，不可忽视的一点就是对被害人的权益的保障，被害人作为犯罪行为直接侵害的对象，在情感上应该比被告人更值得同情。因此，国家在实现刑罚权时，还要考虑到被害人的权益，因为国家利益、社会公共利益并不能完全代替被害人的利益；与此同时，国家在保障人权时，不仅要注重保障被告人的权利，而且还要注重保护被害人的合法权益。因而在“自诉转公诉”过程中，为避免国家公权力机关擅用、滥用手中的权力，随意变化诉讼程序，在此案中以公诉程序进行，在彼案中以自诉程序完成，在自诉案件中随意转化为公诉，在公诉案件中又转而让被害人提起自诉等情况产生，在完善相应制度的同时，也应当坚持保障被害人权益的原则。

三、自诉转公诉的程序启动

（一）自诉转公诉的案件范围

1.当前实践的案件范围不合理

我国《刑事诉讼法》第 210 条规定了三类自诉案件：告诉才处理的案件；可公诉可自诉的案件；“公转自”案件。就告诉才处理的案件而言，这一类案件中侵占罪自诉转公诉的途径缺失，不利于保护被害人的合法权益。侵占案与我国《刑事诉讼法》规定的其他“告诉才处理”的犯罪在本质上存在显著的差异。侮辱、诽谤案、虐待案和暴力干涉婚姻自由案等，均涉及公民的人身权或者婚姻家庭关系，而侵占案所侵害的是公民的财产所有权。[1]在侵占类案件中，被害人需要对构成侵占罪的条件“行为人拒不交出所侵占的他人财物”“财物的价值”等内容进行证明。而被害人缺乏侦查权和强制手段的支撑，对于法律知识的了解也比较欠缺。即便委托请律师协助，被害人往往也难以搜集足够的证据材料，导致虽然在客观事实上被害人的财物被非法侵占，但在法律事实中证据却并不充分。并且在实践中，大多被害人在财物被侵占之后，都会选择向公安机关报案，而不是向人民法院提起自诉，公安机关在侦查侵占案件时，及时采取必要的强制措施，是确保案件成功破获的重要保障。[2]

就可公诉可自诉的案件而言，自诉转公诉的案件范围过于宽泛。被害人有证据证明的轻微刑事案件，在一定条件下可以转为公诉，但其涵盖的案件范围极广，这就会导致能够适用自诉转公诉的案件数量极多，很可能造成司法资源的浪费。

2.合理划定自诉转公诉的案件范围

对于告诉才处理的案件类型，经由上文分析，侵占案不应作为纯自诉案件，应当将其纳入可以自诉转公诉的案件范围，使得此类案件在证据不足的情况下具有自诉转公诉的可能性，能够切实追究行为人刑事责任。

对于可公诉可自诉的案件类型，宜适当缩小“被害人有证据证明的轻微刑事案件”的范围。在《刑法》分则第四章中，可排除侵害宗教信仰、选举权利以及涉及民族问题的犯罪。因为这类案件关系社会民主的进程，影响面广，且仅靠被害人自身难以收集足够的证据。在《刑法》分则第五章中，可排除情节恶劣的财产犯罪，尤其是暴力胁迫型所涉及的抢夺罪、聚众哄抢罪与敲诈勒索罪。因为这类案件不仅性质严重，而且对社会秩序的危害较大。

---

[1] 参见熊秋红：《论公诉与自诉的关系》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期，第 32 页。

[2] 参见宋文、张淑萍：《侵占罪诉讼形式的若干思考》，载《中国检察官》2013 年第 9 期，第 34—35 页。

就“公转自”的案件而言，这类案件本应公诉，只是在公安机关或检察机关不予追究被告人刑事责任的情况下，自诉人为维护自身权利不得已向法院提出自诉。这类案件由自诉转为公诉，存在理论上的可能性。

（二）自诉转公诉的提出主体

1 .当前实践的提出主体不明确

在直接适用公诉程序的案件中，公民个人有权向司法机关检举揭发犯罪，其中，司法机关包括侦查机关、检察机关以及法院。司法机关在收到线索后，针对属于自己职权范围内的案件直接立案调查，对于不属于自身职权范围内的案件，则是移交相应的机关处理。除此之外，也可以由司法机关主动就其职权范围内的案件展开侦查行为。因此，启动公诉程序的主体包括公安机关、检察机关以及法院。但启动自诉转公诉程序的主体尚不明确，在浙江余杭网络诽谤案的办理过程中，根据杭州市余杭区人民检察院的建议，杭州市公安局余杭分局对郎某、何某涉嫌诽谤罪一案进行了立案侦查，并在侦查结束后将案件移送检察院审查起诉。由此可以推断，在该案中，自诉转公诉的发动主体为检察机关。但通过对公诉程序的推进过程进行纵向的分解我们可以看出，一个案件通过公诉程序追究被告人刑事责任，必须先经过侦查机关的侦查取证，然后将该案移送至检察机关审查起诉，最后该案才起诉到法院进行审理。

根据我国《刑事诉讼法》的规定，侦查机关一般为公安机关，特别的案件则有可能为检察机关或监察委等机构负责进行侦查，但就存在适用自诉程序的案件来看，侦查机关大都为公安机关，审查起诉均是由检察院来完成，审判机关也仅能由法院担任。因此，公诉程序中的三个国家公权力机构是否有权发动自诉转公诉无法律规定。同时实践中也并未对此予以明确。根据《刑事诉讼法》中对侦查行为的定义来看，侦查作为依照法律进行的收集证据、查明案情的工作和有关的强制性措施；侦查机关作为最先接触案件事实、查明案件真相的机关，其对于犯罪嫌疑人的行为是否严重危害社会秩序和国家利益具有发言权，因而也有权就该案应当适用公诉程序作出相应的判断和行动。如该案即使在自诉人提起自诉的情况下，公安机关仍然在该案侦查完毕后移送检察院审查起诉。法院作为审判机构，《刑法》中明确规定了在特定情况下，法院有权要求公安机关对被害人的取证予以协助，因而，当人民法院在审理过程中发现该案属于严重危害社会秩序和国家利益的情形但却由被害人自行提起自诉时，是否有权将该案由自诉程序转为公诉程序。除此之外，被害人作为遭受侵害的对象，也是自诉转公诉后程序权利受到影响最大的主体，其在无力追诉犯罪、不愿追诉犯罪以及认为公诉机关能够更好的完成对犯罪行为进行追诉的情况下，其是否能够向司法机关申请，将案件由自诉程序直接转化为公诉程序。

2.明确自诉转公诉的提出主体

首先，赋予被害人提出自诉转公诉的权利。在告诉才处理的案件中，因为当前犯罪行为具有隐蔽性、复杂性的特点以及私人主体取证能力、专业有限性等原因，导致实体法规定在特定案件中被害人享的有告诉才处理的权利从法律赋予被害人的一项权利变为被害人的一种程序束缚和负担，导致被害人就自己所遭受的侵害无法获得国家司法机关的帮助和救济。而自诉转公诉制度能够让被害人在无力追诉犯罪的情况下将案件交由公诉机关来完成对犯罪的追诉。赋予被害人自诉的权利是一种对被害人利益的特别保护，但因为实践中存在取证难，举证难等问题，导致对被害人权益保护的制度存在缺陷和漏洞，赋予被害人将自诉程序转为公诉程序的权利则是能够有效解决这一问题，同时也是赋予了被害人更多的诉讼权利，提高了被害人的诉讼地位更加有效地实现对被害人权益的保护。同时，自诉人作为受侵害的主体也是法律规定直接承担追诉犯罪义务的主体，由其来决定是否将案件由自诉程序转为公诉程序，无疑是最能准确把握“自诉转公诉”的时机和效果。在明确应当赋予被害人启动“自诉转公诉”权利的同时，还应当明确司法机关中仅能由检察机关在特定条件下享有启动“自诉转公诉”的权力，原因在于：首先由司法机关主动启动“自诉转公诉”时，极易损害到被害人决定起诉与否的自由，因此必须要严格限制司法机关所享有的主动发动“自诉转公诉”的权力，其中限制权力的行使主体范围也极为必要。其次侦查机关同时肩负着维护社会安宁的职能，不宜具有将自诉转化为公诉的权力，否则容易产生公安机关在解决一般社会纠纷时，为图方便省事，随意的将各类案件均转为公诉程序来进行处理。再次法院作为审判机构，其必须要求保持中立的地位，对

诉诸法院的争议进行裁决，而赋予法院启动“自诉转公诉”的权力，则有损其中立地位。最后检察机关作为公诉程序的发动主体，其本身具有发动公诉程序的职能，赋予其发动自诉转公诉的权力更有利于公诉权的行使。与此同时，检察机关作为我国的法律监督机关，其本身就肩负着监督司法权运行的职能，将启动自诉转公诉的权力交由检察机关行使，能更容易避免对被害人权利的损害。

其次，限制检察机关发动自诉转公诉。在我国现行的刑事实体法和刑事程序法中均没有对自诉转公诉的发动条件予以明确，导致检察机关在案件办理过程难以决定是否将自诉程序转化为公诉程序，如检察主动将自诉程序转化为公诉程序，则存在滥用权力、损害被害人权益的质疑，当检察机关不主动将自诉程序转化为公诉程序时，又可能存在懒政、不作为的质疑。针对检察机关所面临的两难局面，最好的解决办法是在法律或司法解释中对检察机关发动“自诉转公诉”的条件予以明确，有了明确的法律依据，检察机关则在需要其履行职责时名正言顺的将案件予以转化，在法律规定的条件之外，也将有效的防止检察官过度干预被害人的自由选择权但在明确其发动条件时，为防止检察机关滥用诉权，要严格限制检察机关发动自诉转公诉的条件。自诉转公诉过程中需要将被害人已经提起的自诉终结转而由公诉机关提起公诉。若检察机关发动自诉转公诉的条件过于宽泛，司法机关可以随意介入到自诉的案件处理中来，自诉程序就随时面临被公诉程序所取代风险，进而导致公诉程序完全架空自诉程序的适用范围，使得自诉程序名存实亡。因而在规则层面赋予被害人发动自诉转公诉权利的同时限制司法机关发动“自诉转公诉”的条件，能有效的防止司法机关权力滥用，同时更好地保障被害人的诉讼权利和实体权利。就目前的规定来看，将检察机关的发动自诉转公诉的条件限制在该案件适用公诉程序的标准时较为妥当，即当检察机关发现该案符合提起公诉程序的条件时，可以主动将案件由自诉程序转化为公诉程序。一是因为案件公诉的标准一直作为检察机关发动公诉程序的条件，检察机关能够正确理解和把握，二是将检察机关主动启动自诉转公诉的条件限制为公诉程序的启动条件能够最大限度的保障被害人决定追诉与否的自由。

（三）自诉转公诉的启动条件

1. 当前实践的启动条件不清晰

结合现有实践案例，自诉转公诉同样存在发动条件不明的问题。纵观浙江余杭网络诽谤案的案件经过，其属于一起典型的网络诽谤案件。虽然在网络上引起了广泛的关注，但其与其他网络诽谤案件在传播方式、诽谤行为、对被害人造成的伤害等方面并没有实质的区别。如在广东省高州市的一起网络诽谤案件中，被告人莫某某在社交媒体上捏造并发布了《高州淫贼文某，佛学易学界的败类！--来自良心之士莫华冠的揭发》及《高州淫贼文某，佛学易学界的败类 !》两篇文章，该两篇文章也在网络上引起了广泛传播。该行为也导致了被害人生活遭受重大影响，身心均造成严重伤害。[1]

在两个案例中，被告人均是捏造被害人私生活方面不检点，并将捏造的事实通过互联网络进行传播。区别在于捏造的具体内容有所区别以及传播的广泛程度有所不同。但其行为方式及对被害人造成的伤害等方面均较为相似。但在该案中，犯罪的追诉程序则是由被害人自行向人民法院提起刑事自诉。虽然浙江余杭网络诽谤案在网络上引起的关注度更高，但是否适用公诉程序并不以点击量作为认定标准。根据“两高”于 2013 年共同发布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（本文简称“《解释》”）规定，点击次数仅作为“情节严重”的认定标准之一，即作为诽谤罪入罪的标准，决定被告人的行为是否构成诽谤罪。但作为适用公诉程序的标准，在对“严重危害社会秩序和国家利益”的规定中并未以点击量作为认定标准,而是列举了七种情形。浙江余杭网络诽谤案中，被告人的行为仅可能适用第七种情形的规定，即其他严重危害社会秩序和国利益的情形，但该款作为概括性规定，其内涵和外延均具有不确定性，导致了诽谤罪中适用公诉程序的条件不明。而适用公诉程序作为“自诉转公诉”的前提，公诉程序的适用条件不明也就导致了“自诉转公诉”的发动条件不明确。

2.明晰自诉转公诉的启动条件

对于《刑法》总则第 98 条的规定，只有受到强制、威吓而无法告诉的，人民检察院才能代为告诉，但实际上除了这两种情况，还有许多其他情况也可能会导致被害人无法告诉。如被害人失踪

[1] 参见北大法宝“文某、莫华冠诽谤罪一案刑事一审判决书”,【法宝引证码】CLI.C.113217994。

或死亡、被害人为限制行为能力人、被害人身患重病无法告诉等情况，所以应在刑事诉讼法中充分考虑这些其他的可能，做出详细的列举，并可以加入兜底条款，如“其他会导致被害人无法告诉的情形”，预防实践中可能出现超出立法者考虑的情况，这样也可以更好的保护被害人的合法权益。

对于《刑法》分则中规定满足条件可以转为公诉的告诉才处理的犯罪，将其转化为刑事诉讼法的过程中应将各个犯罪的转换条件做出进一步具体的规定。比如《刑法》第 257 条规定的暴力干涉婚姻自由罪转换为公诉程序的适用条件是致使被害人死亡，第 260 条规定的虐待罪转换为公诉程序的适用条件是致使被害人重伤或死亡，但这两个适用条件中对于犯罪者主观上是否要求故意或是过失并没有明确，也没有明确犯罪行为间接导致被害人重伤死亡时是否还适用于此条件。所以在刑事诉讼法中对于暴力干涉婚姻自由罪转为适用公诉程序的条件应具体规定为是在实施暴力干涉婚姻自由行为的过程中，因犯罪人的过失行为直接导致被害人死亡。对于虐待罪转为适用公诉程序的条件应具体规定为是因犯罪人故意的虐待行为导致被害人重伤或死亡，或因犯罪人的虐待行为间接导致被害人因无法忍受而自杀造成死亡或重伤。比如第二百四十六条规定的侮辱罪和诽谤罪转换为公诉程序的适用条件是出现严重危害社会秩序和国家利益情形，虽然该适用条件已经通过《解释》第 3 条规定的进行了补充说明，但在实践中适用最多的仍是该条中的兜底条款，这种现象可以说明对该条款补充的还不够完善，并不足以应付目前实践的需要，所以在未来刑事诉讼法中应当做出进一步的完善解释。如加入侮辱、诽谤行为十分恶劣，致使被害人出现精神问题、自杀倾向，或对被害人的社会关系造成严重影响的；侮辱、诽谤的对象较为特殊，为我国党和国家机关的领导干部或是国外代表等，对我国党和国家机关的形象造成极坏的影响的；侮辱、诽谤行为在网络上或是社会中的传播较广并且影响恶劣，严重扰乱了社会与网络上的公共秩序等情形。

四、自诉转公诉的程序衔接

（一）当前实践中缺乏具体的衔接程序

根据我国现行《刑事诉讼法》的规定来看，自诉转公诉的过程该如何衔接并没有明确的条文进行规定。结合我国现有的刑事诉讼制度来看，可能存在以下四种路径：一是由自诉案件中的被害人撤回已经提起的自诉程序；二是由人民法院直接对被害人提起的自诉程序裁定驳回起诉；三是法院直接将自诉程序和公诉程序合并进行审理；四是由人民法院直接裁定终止审理。[1]针对以上四种路径，其是否可行以及何种程序更加符合我国的司法现状均需要进行进一步的讨论。

首先，合并审理的前提是有两个诉存在，即一个案件同时提起自诉程序和公诉程序，合并审理在实践中通常是用于刑事附带民事的案件，被害人就被告人的犯罪行为，另行提起请求被告人赔偿其损失的民事诉讼。但自诉程序不同于附带民事诉讼程序，自诉程序与公诉程序同作为追诉犯罪的程序，一个案件在确定了需要通过公诉程序进行追诉之后，自诉程序就不具有继续存在的正当性，因此合并审理的制度不适用于自诉转公诉过程中自诉程序的处理。

其次，针对法院直接裁定终止审理的方式，从我国现行《刑事诉讼法》规定来看，并未明确自诉转公诉能够适用终止审理的情形。此外，终止审理裁决一般被认为具有一定的实体效果，对于刑事案件来讲，核心的问题是被告人的行为是否构成犯罪，构成什么罪名及应该判处什么样的刑罚措施，解决上述问题后，才能确定被告人最高法定刑和追诉期限。在审理过程中，法院如认为被告人的行为不构成犯罪就应当做出宣告无罪的判决；若构成犯罪，就应当就构成何种犯罪及应何种法定刑做出认定，在此基础上，才能就被告人的犯罪是否经过诉讼时效期限做出判断，进而做出是否终止审理的裁定。从审判的过程来看，法院首先就被告人的行为做出隐性的实体裁判，然后才能做出终止审理的程序性的裁定。从终止审理裁定的审理过程来看，它既是程序性裁判又是实体性裁判，且实体性裁判是关键所在，是做出程序性裁判的前提条件。[2]

再次，由被害人撤诉的方式。对于自诉案件来讲，法律规定被害人享有自诉权实则是希望赋予被害人选择起诉与否的自由，因此在法律赋予了被害人自诉权的同时，该权利中还包含了撤回起诉

---

[1] 樊崇义：《诽谤罪之自诉转公诉程序衔接——评杭“郎某、何某涉嫌诽谤犯罪案”》，载《检察日报》2020 年 12 月 28 日，第 3 版。

[2] 赵剑、罗成、刘晓亮：《论终止审理制度的反思与重构——以“已过诉讼时效期限的”司法裁判实质解读为视角》，载《云南警官学院学报》，2018 年第 3 期。

的权利。我国刑事诉讼法明确规定了自诉人有权撤回起诉，并且对于被害人撤回起诉的理由并没有做出过多的规定和限制，甚至在被害人不愿意撤回自诉时，还规定了法院应当说服自诉人撤回起诉的情形。由此可见，被害人撤诉是一种较为合理的方式来终结已经启动的自诉程序。

最后，由人民法院裁定驳回起诉的方式。根据《刑事诉讼法》第 321 条的规定，法院裁定驳回起诉的适用条件只有在自诉人无法补充证据而缺乏罪证的情况下做出，即该案不满足提起自诉程序的条件才会被法院裁定驳回。在被害人能够提供证据的情况下，依照现行的法律来看是不能适用裁定驳回起诉的。法院之所以对裁定驳回自诉的情况做出这样的限制，目的在于保障被害人自诉权能够得以有效行使，避免法院为了推诿案件而裁定驳回。因此，在没有明确规定驳回起诉适用条件的情况下，通过驳回起诉的方式来完成程序的转化可能会导致被害人的权利受到侵害。

（二）完善自诉转公诉的程序衔接

由于一个犯罪行为不能同时存在两个诉权，所以当自诉与公诉同时存在于同一个案件中时，我们必须要通过一定的衔接程序消灭其中一个诉讼。例如我国《刑事诉讼法》第 170 条规定的公诉转自诉程序，只有被害人能够向法院提供公安机关或者检察院不予追究被告人刑事责任的证据，法院才能受理被害人的自诉，这正是为了确认在被害人自诉的案件中公诉已经终止，避免出现自诉与公诉同时存在的情况。我国目前的法律与司法解释中都没有自诉转公诉衔接程序的具体的规定，但在确立公诉优先原则的前提下，其实就是如何处理被害人自诉的问题，目前理论上较为主流的衔接方法主要为说服被害人撤回自诉、将案件合并审理、法院裁定驳回起诉或裁定终止审理等方法。

对于说服被害人撤回自诉的方法，是我国学界理目前认可度最高的一个程序衔接方法，并且在浙江余杭网络诽谤案中，检察机关也是以此方法消灭自诉，进行的程序转换。该方法之所以受到大家的推崇，是因为目前我国法律对被害人撤回自诉的规定已经较为成熟，如《刑事诉讼法解释》第 320、321 条均规定了说服自诉人撤回自诉的情形，并且因为转换为公诉更有利于保护被害人的合法权益，所以大多数被害人也愿意通过撤诉接受国家的保护。因此，说服被害人撤回自诉在立法与实践两方面均没有太大阻碍，且符合程序的正当性，相关司法机关在运行时也更为熟悉。

对于将案件合并审理的方法，其前提是承认一个案件可以同时存在自诉和公诉两个诉权，在确认一个犯罪行为不能同时存在两个诉权与公诉优先的理论前提下，为了坚持理论的一致性与维护法制的统一，自诉转公诉的衔接程序就必须消灭案件中的自诉，所以该方法并不适用于自诉转公诉案件程序。

对于法院裁定驳回起诉的方法，只有在被害人向法院提起自诉后，法院受理前的一段时间才能够适用，在这段时间内如果发生了自诉与公诉竞合的情况时，根据公诉优先的原则，法院应当告知被害人撤回起诉，如果被害人拒不撤回自诉的话，法院才能裁定驳回起诉。

对于法院裁定终止审理的方法，想要适用于自诉转公诉的衔接程序中还需进一步完善。因为法院终止审理的裁定意味着被害人自诉程序的终结，而根据一事不再理原则，如果公诉维权不顺利或是诉讼结果被害人不满意时，被害人也无法再进行自诉，只能通过申请再审维权，这不仅伤害到了被害人的合法权益，也与当前越来越重视被害人权利保障的大背景不一致。所以如果想在自诉转公诉的衔接程序中适用法院裁定终止审理的方法，还需完善裁定后的救济程序。

（三）自诉转公诉的后续问题

对于被害人撤诉后还能否再提起自诉的问题，应规定被害人因自诉转公诉案件程序而撤诉的，如果案件经过公诉程序，最终结果是公安机关决定撤销案件，或者检察院做出不起诉决定等情况，导致被害人通过公诉维护其合法权益、惩罚犯罪的目的无法实现时，被害人可以再次向人民法院提起自诉，人民法院也应当受理。这是因为从自诉程序转换为公诉程序的原因是认为该案件是属于侵害了国家及社会的利益与秩序的案件，并且转换为公诉更有利于维护被害人的合法权益，但如果经过公诉程序的审查后发现该案其实不应适用公诉，或无法维护被害人的合法权益时，就应还原到本来的自诉程序，否则就会出现被害人因国家的原因而无法维权，这不仅不利于被害人的人权保障，更会伤害到法律的权威性，所以当出现上述情况时必须要赋予被害人能够追求救济的权利。

对于法院做出终止审理的裁定后，被害人能否再提起自诉的问题也应同样如此。被害人在法院做出终止审理的裁定后，如果出现被害人无法通过公诉维权、实现其惩罚犯罪的目的等情况，应允

许被害人再次提出自诉。这是因为法院做出终止审理的裁定与说服被害人撤诉的目的其实是相同的，都是为了消灭自诉程序，进入公诉程序，只是因为当出现无法说被害人撤诉的情形时，为了维护法制的统一而规定的强制情形，所以不应因此就剥夺被害人追求救济的权利。

对于被害人与被告人在程序转换后是否还可以进行和解的问题，应规定自诉程序转换为公诉程序后，允许被害人与被告或犯罪行为人进行和解。这是因为无论是在自诉的相关法律规定中还是公诉的相关法律规定中，都存在允许被害人有权与犯罪行为人进行和解的规定，如《刑事诉讼法》第212条规定自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉。第277条的规定对于一些公诉案件，被害人自愿和解的，双方当事人可以和解。对于被害人的权利只能多不能少，所以不应进行转换后就剥夺被害人的这项权利。但需要明确的是双方当事人和解后不会消灭诉讼程序，这是因为在我国法律制度下，自诉转公诉案件程序属于刑事诉讼程序，一旦被立案，其后的审判程序需要由法院来负责，涉及的是公共利益，其法律效力就不再受到被害人意志的影响，即使被害人在此后与被告和解，对于公诉案件的审判程序并没有影响。但是，如果双方当事人在和解后能够达成协议并提交给法院，法院可以在审理程序中依据协议情况进行判决。比如，双方当事人达成赔偿协议，法院可以依据协议内容判决被告支付相应的赔偿金。这样的协议可以减轻法院的审判负担，提高效率，同时也可以保障受害人的权益得到有效的保障。但是需要注意的是，双方当事人和解协议仅对双方当事人具有约束力，对于公共利益仍需由法院负责维护。

刑事诉讼中的“不准许撤回起诉”机制：功能、反思与展望

林健星*

摘 要:“不准许撤回起诉”机制不是一个独立的程序，也不是公诉实质性审查，而表现为庭前会议结果效力的扩张。从规则上看,“明显事实不清、证据不足”的标准限制了机制的启动，程序运行以庭前会议中的证据整理为主，以书面审查为辅，该机制在一定程度上能促使法院作出无罪判决。但由于审查结果缺乏刚性，且规定有例外情况而效果不佳。从功能上看，该机制的核心功能是矫正撤回起诉制度的异化，附带功能在于节约司法资源和限制公诉权行使。但是该机制面临着与庭前会议程序的适配性不足以及无法有效控制撤回起诉权的关键问题。从渐进式改革的角度出发，短期内应以合理化改造“不准许撤回起诉”机制为重点，但未来还需基于公平正义的刑事诉讼核心理念来重塑撤回起诉制度。

关键词：不准许撤回起诉　公诉审查　庭前会议　诉讼理念

一、问题的提出

2021 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法解释》）第 232 条正式吸纳了 2017 年《人民法院办理刑事案件庭前会议规程》第 22 条的内容，规定:“人民法院在庭前会议中听取控辩双方对案件事实、证据材料的意见后，对明显事实不清、证据不足的案件，可以建议人民检察院补充材料或者撤回起诉。建议撤回起诉的案件，人民检察院不同意的，开庭审理后，没有新的事实和理由，一般不准许撤回起诉。”笔者将该条款所确立的机制称为“不准许撤回起诉”机制。有学者认为，这一机制在未来将对我国刑事诉讼中的控审关系起到关键作用，且可能成为逐步推进我国庭前公诉实质审查程序形成与完善的重要契机。[1]目前，许多国家都设置了专门程序对公诉机关的起诉意见进行实质性审查，以决定是否将其提交法院进行开庭审理，如法国的预审制度、德国的中间程序、英国的交付裁判制度、美国的治安法官预审制及大陪审团审查起诉制、意大利的初步开庭制度等。[2]而现行《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第 186 条规定:“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实的，应当决定开庭审判。”所以法院开庭审理的条件是起诉书中须记载“明确的指控犯罪事实”，即只要控方指控的犯罪事实明确，审判具有具体对象，则庭审可以展开。学界普遍认为，我国当前的公诉审查属于形式性审查，而不允许法院在庭前对检察机关提起公诉案件的事实与证据等实体内容进行判断。

那么，《刑诉法解释》第 232 条所确立的“不准许撤回起诉”机制与公诉实质性审查有什么内在联系呢？设置这一机制的目的及其能够发挥的功能是什么？这一机制能够在现行的刑事诉讼体制下顺利有效地运行吗？这些问题都需要通过对 232 条进行细致充分的规范解释，廓清“不准许撤回起诉”机制的核心目的、功能定位，并结合实践情况具体分析该机制存在的问题和挑战，才能得出相应的结论。在此基础上，本文还将讨论“不准许撤回起诉”机制在我国刑事诉讼体制下的应然图景，同时反思并探索该机制展现出的问题该如何通过未来的改革予以解决。

二、“不准许撤回起诉”机制的内涵：基于 2021 年《刑诉法解释》第 232 条的解读

（一）标准：“明显事实不清、证据不足”

实际上,“不准许撤回起诉”机制的审查内容就是“公诉的提起是否适当”这一要件。具体而言，在庭前会议中，法官将从控辩双方提供的证据材料出发，听取控辩双方对案件事实、证据材料的意见后，针对案件事实、证据的总体情况进行衡量，以判断起诉书所指控的事实是否具有实质证据支持，并能达到法律所规定的证明标准。而《刑诉法解释》第 232 条将该标准表述为“明显事实不清、证据不足”。

---

* 四川大学法学院诉讼法学博士研究生，四川省社科重点实验室实证法学与智慧法治实验室研究人员。本文系中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善”项目“刑事诉讼中‘不准许撤回起诉’规则的反思与展望”的成果。

1 参见孙远：《论庭前会议环节对控方证据的实质审查——以新〈刑诉法解释〉第 232 条为中心》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2022 年第 1 期，第 119-132 页。

2 参见姚莉、卞建林：《公诉审查制度研究》，载《政法论坛》1998 年第 3 期，第 71-78 页。

何谓“明显事实不清、证据不足”，刑事诉讼法及其司法解释都并无明确的规定。所谓事实不清，主要是指与定罪量刑有关的事实和情节不清。但由于《刑事诉讼法》并未就“事实”的具体内容作出明确规定，司法实践中对公诉实质性审查的“事实”存在不同认识。其既可以指证明被告人有罪或罪重的事实，也可以指证明被告人罪轻或无罪的事实，还可以指同时包含上述两类事实的据以定罪量刑的要件事实。[1]其中，笔者认为应以据以定罪量刑的要件事实为准。而要件事实是否已查清的判断依据归根结底在于，用以证明相关要件事实的证据是否达到了法定的证明标准，故而笔者认为关键在于明确“证据不足”的内涵。

而根据《刑事诉讼法》第175、200、235、254条的相关规定，“证据不足”是检察机关作出不起诉决定，法院作出无罪判决，二审法院依法进行改判或撤销原判、发回重审，以及抗诉案件开启再审的标准，且《刑事诉讼法》并没有明确规定“证据不足”的具体内涵。但根据《刑事诉讼法》第162、176、200条的相关规定，“证据确实、充分”是侦查机关移送审查起诉、检察机关起诉以及法院作出有罪判决的标准。且《刑事诉讼法》第55条第2款明确规定了其认定条件，即“（1）定罪量刑的事实都有证据证明；（2）据以定案的证据均经法定程序查证属实；（3）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑”。可见“证据确实、充分”既包括对证据量的要求，也包括对证据质的要求，其中，第二点是证据确实的要求，第一、三点共同构成证据充分的要求。因此，笔者认为只要无法达到“证据确实、充分”标准的即可被认定为“证据不足”。

同时，笔者认为《刑诉法解释》第232条所规定的“明显事实不清、证据不足”是对“事实不清、证据不足”标准的细化。根据《刑事诉讼法》第176条的规定，我国人民检察院提起公诉的证据条件即为“犯罪事实已经查清，证据确实、充分”。可见，实质上“不准许撤回起诉”机制所针对的对象是远未达到人民检察院提起公诉标准的部分案件。这些案件往往带有检察机关强行起诉的色彩，其中案件的关键事实、证据都存在明显漏洞。这使具有一般水平的法官都能够在对卷证材料进行书面审查，以及庭前会议的证据整理、争点整理后，较为直觉性地意识到相关漏洞。这类案件即使进入审判环节，也大概率无法达到排除合理怀疑的证明标准而将作出无罪判决。因此，该标准实际上具有高度的经验性和直觉性，是对“事实不清、证据不足”语义的限缩，从而限制了“不准许撤回起诉”机制的开启。

（二）方式：以庭前会议中的证据整理程序为主，以书面审查为辅

“不准许撤回起诉”机制并不是一个独立的专门程序，而是附随于庭前会议程序而展开的，因此其审查方式必然融合于庭前会议的证据开示、证据整理、争点整理等环节之中。而且，我国《刑事诉讼法》自2012年后恢复了全案卷证移送制度，故法官在庭前会议也能对相关案卷、证据进行书面审理。基于此，我国的“不准许撤回起诉”机制选择了以庭前会议中的证据整理程序为主，以书面审查为辅的审查方式。这种审查方式融合了言词审理与书面审理的因素，具有两方面的优势：一方面，通过庭前会议中的证据整理程序，控辩双方可以就争议事实和证据进行互相质疑和答辩，法官可以就有无追诉必要的问题听取被告人或辩护人意见，从而最大程度地保证了法官在作出是否开启“不准许撤回起诉”机制时所形成的内心确信的正确性与合理性，提高了认定明显事实不清、证据不足案件的准确性；另一方面，法官可以通过书面阅卷的方式，快速且自主地对案件的事实、证据情况形成判断，保证了审查的效率性且节省了司法资源。

（三）手段：建议人民检察院撤回起诉

《刑诉法解释》第232条将“不准许撤回起诉”机制的手段表述为“建议人民检察院补充材料或者撤回起诉”，这其中包含两种建议内容，即补充材料后继续起诉和撤回起诉。由于本文涉及的是“不准许撤回起诉”机制，故而仅讨论建议人民检察院撤回起诉的情况。

总体而言，“不准许撤回起诉”机制的手段是高度柔性和非正式性的。这是因为“不准许撤回起诉”机制并不直接且必然地形成强制性效力，甚至不以正式的程序性裁决形式表现出来，也欠缺相关的正式文书。在实践中，这种“建议”往往是以法官口头通知的方式进行，而是否接受法官的建议则由承办检察官自行决定。笔者认为，“不准许撤回起诉”机制是法院对日益增强的公诉权的一种限制手段，

1 参见陈卫东、李奋飞：《刑事二审“发回重审”制度之重构》，载《法学研究》2004年第1期，第120页。

但这种制约因缺乏刚性而难以得到检察机关的重视。而且即使检察机关接受建议撤回起诉，但准予撤诉裁定并无既判力，检察机关还是可以根据新的事实和证据重新起诉，节省资源的利益并不明显，对被告人亦未必有利。从规范上看，法院可以依据《刑事诉讼法》第 260 条的规定，对明显事实不清、证据不足的案件进行开庭审理并作出无罪判决。有观点认为通过无罪判决的方式来解决将导致案件周期较长，从而不利于对“明显事实不清、证据不足”案件中被告人特别是被羁押被告人的权利保障。但实际上，案件一旦诉至法院，强制措施的权力便由法院行使，对于那些“明显事实不清、证据不足”的案件，法院可以决定变更或解除强制措施，而不必诉诸建议检察机关撤回起诉的方式去保障被告人的权利。但这些更优的解决方案并未为法院所选择，而是以柔性的方式来争取现状的改善，这说明我国刑事诉讼体制中法院在某种程度上对检察机关的制约能力和意愿均不足，且对作出无罪判决有较多的顾虑。究其原因，这与我国“分工负责、互相配合、互相制约”的刑事诉讼原则在当前表现出的“配合为主、制约为辅”的关系模式有关，特别是表现为前端程序对于后端程序的制约性强，而后端程序对前端制约性不足。[1]

（四）效力：开庭审理后没有新的事实和理由，一般不准许撤回起诉

“不准许撤回起诉”机制的效力在于经法院建议而未撤回起诉的，在开庭审理后若没有新的事实和理由一般不准许撤回起诉，即其效力仅仅制约了检察机关的撤回起诉权。这也可见，“不准许撤回起诉”机制并不属于一种案件过滤机制，其没有赋予法院将不符合标准的公诉案件过滤到刑事诉讼之外的职权，因而也难以有效降低错误追诉、提升刑事司法整体效率。[2]

在“不准许撤回起诉”机制出现之前，由于我国《刑事诉讼法》并未赋予法院裁定驳回公诉的权力，法院对于检察机关的错误起诉只能通过作出无罪判决的方式予以纠正。但事实上，有实证研究发现 1983-2014 年我国的无罪判决比例整体偏低，基本介于 0.2%-1%之间且呈现逐年下降的趋势。[3]可以说，无罪判决在我国刑事司法的制度空间与政策环境中处于相当窘迫的境地。而且在实践中，法院作出无罪判决时，还要考虑如何顾全检察机关的公诉权和考核任务。例如，最高人民检察院曾多次出台关于检察机关业务考评的规定，其中多处涉及无罪判决率的问题，且部分地方检察机关对法院作出的无罪判决实行扣分机制。[4]尽管近年来，公诉案件无罪判决数量稳步递增，检察机关对无罪判决包容性也有所增强，[5]但仍深受旧有司法惯性的影响，故法院采取这种提前建议的方式，以检察机关是否接受建议为条件，若检察机关违反这一条件则法院可以排除干扰地依法作出无罪判决。这一迂回的方式还是给检察机关留下了充分的回还余地，即“新的事实与理由”。这一例外条件具有高度的随意性和可操作性。实践中，检察机关可以轻松增加所谓“新的事实和理由”以规避“不准许撤回起诉”机制的适用。

（五）定位：庭前会议程序结果效力的扩张

公诉实质性审查制度是指检察机关决定提起公诉后，启动审判前，由专门设立的机构依照事实与法律，对检察机关起诉的实体要件进行审查以防止无足够嫌疑之起诉的法律制度，[6]其大致可分为“审判过滤型”和“公诉审查型”两种基本模式。[7]总结来看，公诉实质性审查制度都至少要求包含时间要件、内容要件与效力要件：时间要件是指公诉审查发生在提起公诉后，启动审判前这一诉讼阶段；内容要件是指审查内容为案件事实、证据等实体内容，而非形式性的诉讼条件；效力要件是指经实质性审查认为不应当提起公诉的案件，应被当然地排除于刑事审判程序之外。

而我国的“不准许撤回起诉”机制虽然满足了公诉实质性审查的内容要件，但却缺失了时间要件和效力要件，因此不能据此认为我国刑事诉讼中已经构建起公诉实质性审查制度。实际上，“不准许

---

1 参见左卫民：《健全分工负责、互相配合、互相制约原则的思考》，载《法制与社会发展》2016 年第 2 期，第 27 页。

2 参见王禄生：《美国刑事诉讼案件过滤机制及其启示——以地方重罪案件为实证样本》，载《现代法学》2015 年第 4 期，第 157 页。

3 参见谢进杰等：《无罪的程序治理：无罪命题在中国的艰难展开》，广西师范大学出版社 2016 年版，第 91 页。

4 参见万毅：《实践中的刑事诉讼——隐形刑事诉讼法研究》，中国检察出版社 2010 年版，第 134 页。

5 参见叶燕杰：《公诉案件无罪判决：趋势与阐释——基于 1440 份无罪判决的分析》，载《人大法律评论》2020 年第 2 期，第 254-286 页。

6 参见蔡墩铭：《刑事诉讼法概论》（增订七版），三民书局 2005 年版，第 189-190 页。

7 参见孙长永：《提起公诉的证据标准及其司法审查比较研究》，载《中国法学》2001 年第 4 期，第 63 页。

撤回起诉”机制并不是一个独立的程序，而是合并、融贯于庭前会议制度之中的，属于庭前会议程序结果效力的扩张。也就是说，我国部分需要进行庭前会议程序的刑事案件，在检察官提起公诉后要经历三个阶段：第一阶段为公诉形式性审查阶段。这对于检察机关的公诉权基本上没有约束作用，仅是对审判对象明确与否的确认。第二阶段为庭前会议阶段，其中包含“不准许撤回起诉”机制的审查。该审查过程被涵盖在了庭前会议的证据整理、争点整理环节之中，审查结果将作为庭前会议的结果之一并产生效力。第三阶段为庭审阶段，在此阶段将兑现庭前会议的结果效力，形成对检察机关撤回起诉权的制约。

三、“不准许撤回起诉”机制的核心功能与附带功能

（一）核心功能：矫正撤回起诉制度的异化

虽然《刑事诉讼法》对检察机关的撤回起诉权并无相关规定，但现行《刑诉法解释》和《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《高检规则》）都有明确规定。其中，2019 年《高检规则》第 424 条具体规定了撤回起诉的法定情形及程序规则。但这一规则存在明显的问题：其一，将撤回起诉的时间规定为“宣告判决前”，这一程序启动的时间条件过于靠后，使得检察机关的撤回起诉随意性大，极易造成司法资源的浪费。其二，列出了 7 种可以撤回起诉的法定情形，包括“不存在犯罪事实的”“证据不足或证据发生变化，不符合起诉条件的”等。可见，可以撤回起诉的法定情形多样、表述不够具体化且存在兜底条款，使得撤回起诉申请易于被核准通过。其三，撤回起诉不具有终结诉讼进程的效力，而是使程序退回到审查起诉阶段，且检察机关可以再做不起诉决定。[1]其四，撤回起诉后再行起诉的条件较为宽松，只需要有“新的事实或者新的证据”即可再行起诉。特别是，“新的证据”是指“撤回起诉后收集、调取的足以证明原指控犯罪事实的证据”，这就导致实践中检察机关在面对疑难复杂案件时，可能会多次撤回起诉，不断补充收集证据并在完善控方证据体系之后再次追诉。

由于规则设置的不当，撤回起诉制度在实践中发生了异化，主要表现为公诉权不当扩张、规避无罪判决、被告人诉讼地位客体化。[2]除撤回起诉规则本身不当之外，其异化的原因还在于缺乏有效的制约：一方面，检察机关的诉讼权力强大，控辩力量失衡。被告人及其辩护人并没有法定的有效手段和程序来限制检察机关的撤回起诉权，甚至辩方在庭审中的举证质证、法律说理等辩护活动和辩护策略都可能成为控方自我完善以达到追诉目的的信息源。另一方面，审判机关的制约机制缺失，导致公诉权滥用。《刑诉法解释》第 296 条明确规定“人民法院应当审查撤回起诉的理由，作出是否准许的裁定”，显然此处的“审查”应当被解释为一种实质性的审查，即针对检察机关的撤回起诉申请的合法性、合理性等方面进行综合判断后作出裁定。但多样且抽象的法定可以撤回起诉的情形，在一定程度上架空了法院对撤回起诉申请进行实质性审查的核准权。在实践中，审判机关更是往往仅作形式审查，对于检察机关的撤回起诉申请一概准许，进而使得撤回起诉制度成为由检察机关自我把控以实现必罚目标的重要手段。[3]这将带来以下负面影响：一方面，滥用撤回起诉带来的程序倒流将大幅降低案件办理的效率，造成极大的司法资源浪费，同时可能激起控审主体之间的矛盾；另一方面，滥用撤回起诉与检察机关将被告人视为追诉客体而非权利主体的司法心理有关，这将导致被告人权利保障不到位。总而言之，笔者认为我国构建“不准许撤回起诉”机制的核心功能在于矫正我国检察机关撤回起诉制度的异化。

（二）附带功能：节约司法资源，限制公诉权行使

一方面，“不准许撤回起诉”机制能够严格控制案件撤回起诉的出口，避免检察机关强行起诉的案件延宕至开庭审理之后，再以各种理由要求撤回起诉所造成的司法资源浪费和效率低下。而且，如果检察机关在庭前会议中接受了法院提出的撤回起诉的建议，则“不准许撤回起诉”机制也能推动实质性审理的庭前化，从而在一定程度上实现案件过滤与分流的功能。具体而言，通过对审判程序入口加以把控能够限制部分形式要件完备但明显事实不清、证据不足的案件进入审判程序，将不应追

1 有学者认为这种做法违背了撤回起诉制度的法理，可参见张建伟：《论公诉之撤回及其效力》，载《国家检察官学院学报》2012 年第 4 期，第 100-108 页。

2 参见马若飞：《论我国撤回起诉制度的异化与矫正》，载《河南财经政法大学学报》2022 年第 5 期，第 146-149 页。

3 参见雷晓萍：《检察机关撤回起诉若干问题探析》，载《齐鲁学刊》2020 年第 5 期,第 94-99 页。

诉的案件及时过滤在刑事诉讼外，从而降低案件负担，提升司法效率，节约司法资源，缓解我国“案多人少”的司法困境。[1]

另一方面，“不准许撤回起诉”机制能够督促检察机关严格起诉标准，限制公诉权滥用。从规范表述上看，我国提起公诉的证明标准是较高的，有学者认为该标准可以被称为“较大的定罪可能性”。[2]但从体系解释和司法实践的角度考察，我国提起公诉的证明标准并不高，且缺少实质性的审查和制约。一方面，虽然我国的公诉证明标准与有罪判决的标准在规范表述上基本一致，但由于诉讼证明本质上是对案件客观事实的主观认识不断深化的过程，案件事实的证明也应遵循认识由浅入深、有渐进层次的一般规律。[3]故作为公诉提起是否适当的证明标准必然低于庭审及作出判决所要求的证明标准。因此，《刑事诉讼法》所规定的起诉条件要求，在未经辩方的实质性辩护以及法院的职权调查之前，检察官的证据体系在远宽松于法庭审判程序的审查标准下能够支撑起一个可以自圆其说的“故事”即可。[4]另一方面，提起公诉的证明标准达成与否主要依靠检察机关自身对案件的处理和把握，即起诉与否主要是一个检察机关自我监督、自我把控的问题，是否能达到起诉条件由检察机关行使最终决定权。检察机关起诉的案件无需接受法院以法定起诉条件为标准的实质审查，便当然地获得受审资格，因而实际的证明标准在相当程度上会低于规定的标准。

“不准许撤回起诉”机制则开始对检察机关提起公诉的证明质量进行实质性的审查，虽然其强制性效力不足，但是也在一定程度上对公诉权起到制约作用。这就带来了两方面的附带功能：一方面，“不准许撤回起诉”机制能够在庭前针对公诉机关是否充分履行其提供证据的责任进行审查，限制未能达到提起公诉证明标准的案件进入庭审程序。从而，加强对检察机关起诉权的监督制约，倒逼检察机关在庭前将事实认定与证据体系精细化和完善化，督促其加强对案件的前端处理和对证明职责的切实履行，提升刑事案件的总体质量。另一方面，“不准许撤回起诉”机制在一定程度上能够限制公诉权的滥用，降低被告人受到检察机关不当追诉的可能性，从而保障被告人的基本人权与合法权益。

四、“不准许撤回起诉”机制需要回应的关键问题

（一）与庭前会议程序的适配性问题

当前，“不准许撤回起诉”机制是附属于庭前会议制度的，只有进行庭前会议程序的刑事案件才可能启动“不准许撤回起诉”机制。这使得该机制具有两方面的有限性：其一，可适用的案件数量有限。“不准许撤回起诉”机制并非一个针对所有刑事案件的普遍性机制，而只适用于启动庭前会议程序的案件。相关实证研究发现，2014-2018 年间全国一审刑事案件中庭前会议的总体适用率仅约为 0.07%。[5]可见，庭前会议程序使用率很低，所以附随于这一程序的“不准许撤回起诉”机制对于刑事诉讼全局的影响也是极低的。其二，可适用的案件类型有限。根据《刑诉法解释》第 226 条对于庭前会议开启条件的规定，庭前会议主要针对证据材料较多、案情重大复杂、争议性较大、社会影响重大的复杂疑难重大案件而使用，而排除了绝大多数的简单案件。有研究发现，检察机关对于疑难复杂重大的案件更有可能采取撤回起诉的手段，[6]这说明“不准许撤回起诉”机制附属于庭前会议制度具有一定的合理性。但也有研究指出，对于越复杂疑难的案件，检察机关的起诉质量往往越高。[7]因此，适用庭前会议程序的案件在起诉时基本上达不到“明显事实不清、证据不足”的标准。由此可知，《刑诉法解释》第 232 条对于“不准许撤回起诉”机制的启动设置了过高的标准，过于严格地限制了法官裁量权。

另一方面，“不准许撤回起诉”机制的实质性审查方式与庭前会议解决程序性问题的定位存在着内在冲突。庭前会议自经 2012 年《刑事诉讼法》修改得以确立之后，便一直被定位为一个对程序问

---

1 参见罗国良、刘静坤：《强化庭前公诉审查职能确保审判公正》，载《法律适用》2013 年第 6 期，第 9 页。

2 参见王超、姚晓东：《我国刑事起诉标准的模式选择》，载《时代法学》2009 年第 5 期，第 67 页。

3 参见杨宇冠、郭凯伟：《论提起公诉的证明标准》，载《证据科学》2019 年第 1 期，第 14 页。

4 参见前注①，孙远文，第 25 页。

5 参见贾志强：《刑事庭前会议制度实施状况研究》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 6 期，第 17 页。

6 在实践中，检察机关主要以证据不足或证据发生变化为由撤回起诉，而且这些案件往往是较为疑难复杂重大的案件。参见万云松：《论撤回起诉的实践难题与理论破解》，载《中国刑事法杂志》2014 年第 5 期，第 75 页；张小玲：《论我国撤回公诉的功能定位》，载《中国刑事法杂志》2015 年第 1 期，第 102-103 页。

7 参见任禹行：《公诉权运行的外部监督：论公诉审查程序》，载《求是学刊》2022 年第 1 期，第 119-122 页。

题予以审查和处理的环节，而诸如证据充分与否，如何定罪量刑等实体性问题则不在庭前会议的审查范围之内。[1]对于庭前会议的定位与功能研究已经十分充分，但是仍存在一些争议。笔者通过文献梳理发现，现有研究尽管对于庭前会议制度的基本定位为解决程序性争议，基本功能在于归纳控辩争议焦点、确定法庭调查范围等内容达成了一致看法，[2]但是对于庭前会议功能应当持开放性还是封闭性态度，对庭前会议制度能否加入实质审查因素以及其他拓展功能的认识存在较大的差异。有的学者认为刑事庭前会议已存在许多拓展功能，并将其视作增进庭审实质化的契机；[3]有的学者则认为这些功能不应当由庭前会议制度来承担，而应当完善与这些功能相配套的制度以解决。[4]而“不准许撤回起诉”机制显然已经超出了主流观点对庭前会议功能范围的界定，或被认为是一种功能“溢出”的现象。而且，庭前会议本质上是为正式庭审服务的，该程序的开启在事实上就默认了案件应当进入庭审阶段进行实质审理，而在庭前会议后建议检察机关撤回起诉以避免案件进入正式庭审，则与庭前会议的目的根本违背，也不可避免地浪费了在庭前会议中投入的司法资源。

上述两方面的论述都揭示了“不准许撤回起诉”机制与庭前会议程序之间存在着制度设置上的错位和内在冲突。未来的改革者应当重新考虑庭前会议是否是“不准许撤回起诉”机制所能够充分发挥其核心目的与附带功能的基础性程序，此二者的结合是否合理且适配，以及是否应当将“不准许撤回起诉”机制的适用范围扩大为所有可能适用普通程序的案件。更进一步，受近年来行政犯大幅度入刑等因素的影响，[5]我国刑事案件结构发生了巨大的变化，大量无需经历庭前会议程序的简单案件，特别是轻罪案件的公诉门槛会相对降低，使得此类案件在起诉时更有可能达到“明显事实不清、证据不足”的标准。有必要考虑是否需要针对此类案件设置公诉实质性审查程序，将达不到起诉标准的案件排除于庭审程序之外，以进一步确立科学的繁简分流程序和案件过滤制度，合理分配有限的刑事司法资源。

（二）无法有效控制撤回起诉权的问题

在设置“不准许撤回起诉”机制前，检察机关的撤回起诉权基本上不受限制，然而该机制的制约效力也相当有限，机制的核心目的难以真正实现。一方面，“不准许撤回起诉”机制并不改变现有撤回起诉制度的规则，不合理的规则因素仍然保留，难以矫正撤回起诉制度的异化所导致的公诉权滥用；另一方面，机制本身效力不足，难以切实控制撤回起诉权，也难以督促检察机关在庭前充分取证以达到切实履行法定的起诉标准之要求。

综上所述，“不准许撤回起诉”机制的规则设计和实践状况都折射出我国刑事司法理念存在着的两大问题：第一，存在“重犯罪控制，轻正当程序”的权力（利）分配理念。其具体表现为，为了实现有罪必罚、控制犯罪的目的，法律赋予检察机关在刑事司法过程中多样且灵活的查明真相的手段和权力，而相对忽视被告人及其辩护人在刑事诉讼过程中的参与程度和各项权利的保障。第二，存在“重配合，轻制约”的权力运行理念。在我国刑事诉讼程序阶段划分且后端程序严重依赖前端程序的现实中，审判机关为了提高衔接效率以及时完成审判任务，也为了维系两机关之间的良好合作关系，即使遭遇不当起诉的情形，往往会考虑对方的考核指标等情况而作出柔性的处理。[6]在一定程度上二者属于“伙伴”关系，从而将我国的刑事诉讼程序塑造成为一条生产判决的“流水线”，而未能在不同诉

---

1 参见魏晓娜：《庭前会议制度之功能“缺省”与“溢出”——以审判为中心的考察》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 1 期，第 71-72 页。

2 参见闵春雷、贾志强：《刑事庭前会议制度探析》，载《中国刑事法杂志》2013 年第 3 期，第 69-77 页；左卫民：《未完成的变革：刑事庭前会议实证研究》，载《中外法学》2015 年第 2 期，第 469-483 页。

3 参见吴小军：《庭前会议的功能定位与实践反思——以 B 市 40 个刑事案件为样本》，载《法学杂志》2020 年第 4 期，第 134-135 页。

4 参见汪海燕：《庭前会议制度若干问题研究：以“审判中心”为视角》，载《中国政法大学学报》2016 年第 5 期，第 125-134 页；安琪：《刑事庭前会议的再定位——基于 A 市“庭审实质化”试点的实证研究》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2018 年第 3 期，第 48-54 页。

5 有研究指出，危险驾驶罪、帮助信息网络犯罪活动罪和骗取贷款罪等 3 个新设的行政犯罪名，目前几乎占到全部刑事案件的 1/3。参见兰荣杰：《刑事案件全流程繁简分流机制研究》，载《中国政法大学学报》2023 年第 5 期，第 75-76 页。

6 参见左卫民：《刑事诉讼现代化：历史与未来》，载《华东政法大学学报》2023 年第 6 期，第 97-98 页。

讼职能相互分离与制约的过程中形成一种立体结构，使得刑事诉讼中缺少完全中立的第三方裁判者。[1]简言之，“重犯罪控制、重配合”的刑事司法理念形塑了“不准许撤回起诉”机制的现实样态。

五、治标之策：“不准许撤回起诉”机制的合理化改造

客观来看，《刑诉法解释》第 232 条设置“不准许撤回起诉”机制的根本目的在于限制撤回起诉制度的异化，但机制仍受当前“重犯罪控制、重配合”的刑事司法理念影响而难以发挥应有的作用。在不重塑撤回起诉制度和刑事司法理念的前提下，不论如何改造“不准许撤回起诉”机制都只能是一种“治标之策”，即应变的策略调整。但从渐进式改革的角度出发，短期之内应以“不准许撤回起诉”机制的合理化改造为重点，从而全面调整机制的适用范围、审查标准、审查方式、制约手段和效力。

在适用范围上，“不准许撤回起诉”机制的适用范围应调整为所有适用普通程序审理的刑事案件，而与庭前会议制度相分离。因为，实践中基本上只有适用普通程序进行审理的案件才可能会适用撤回起诉程序，而且所有适用普通程序的案件在经历庭审后被撤回起诉的都会浪费大量的司法资源。因此，不应当将“不准许撤回起诉”机制的适用范围与庭前会议的适用范围相绑定，否则将致使很大一部分有限制撤回起诉权需要的案件无法开启“不准许撤回起诉”机制。

在审查标准上，应将“明显事实不清、证据不足”修改为“事实不清、证据不足”。前文已说明，对于越复杂疑难的案件，检察机关的起诉质量往往越高，“明显事实不清、证据不足”标准不利于机制的启动。加之，该机制的手段总体上偏柔性，且仅仅限制检察机关的撤回起诉权，没必要设置过高的标准以限制法官的自由裁量。因此，应当降低审查标准，赋予法官开启该机制足够的自由裁量权，合理的标准可参考我国检察机关提起公诉的标准而被设置为“事实不清、证据不足”。

在审查方式上，应调整为以书面审查为主，听取言词意见为辅。当前机制以庭前会议中的证据整理程序为主，以书面审查为辅的审查方式，与庭前会议程序高度绑定，但难以回应庭前会议应以解决程序性问题为本质以及浪费庭前会议的司法资源的质疑。而实际上，在分案确定案件承办法官后、开庭前，由承办法官对案卷材料进行书面审查基本可以判断案件是否属于事实不清、证据不足，应当建议撤回起诉的情形。在必要情况下，法官可以听取被告人或辩护人的言词意见进行综合判断。

在手段和效力上，可以保持当前的“建议”方式，但是同时应当删去“新的事实和理由”的例外情形。因为，在我国当前的刑事司法格局中，对于适用普通程序特别是疑难复杂重大的刑事案件，如果采取过于刚性的司法审查手段，例如裁定驳回起诉并限制再次起诉，则可能会对诉审关系产生不利影响，故而仍采用“建议”的方式具有较强的实践合理性。但为了真正实现矫正撤回起诉异化的核心目的，则必须加强机制效力的刚性，即只要检察机关不同意撤回起诉建议的，则法定地排除了检察机关在这一案件中的撤回起诉权，而不再保留例外情形，以起到司法审查限制公诉权行使的效果。

综上所述，笔者认为《刑诉法解释》第 232 条可以修改为：“人民法院在庭审正式开始前，通过审查案卷材料，对可能适用普通程序审理，且事实不清、证据不足的案件，可以建议人民检察院补充材料或者撤回起诉。建议撤回起诉的案件，人民检察院不同意的，开庭审理后不准许撤回起诉”。

六、治本之法：基于公平正义理念重塑撤回起诉制度

从长远来看，改革者应反思造成“不准许撤回起诉”机制局限性的深层原因，探索机制之外的改革路径，其关键在于重塑撤回起诉制度和树立以公平正义为核心的刑事诉讼理念。换言之，未来若基于公平正义的刑事诉讼理念来修改《刑诉法解释》以重塑撤回起诉制度，“不准许撤回起诉”机制便可退出历史舞台。

（一）树立以公平正义为核心的刑事诉讼理念

习近平总书记多次强调，“公平正义是司法的灵魂和生命”“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”。[2]应当说，公平正义也是刑事诉讼重要的价值理念，其包含程序正义和实体正义，是刑事诉讼各程序环节都应遵循的价值目标，也是评价刑事司法活动正当性的根本标准。然而，在我国刑事司法实践中，“重犯罪控制、重配合”的刑事诉讼理念仍占据优势地位，公平正义理念

1 参见孙远：《“分工负责、互相配合、互相制约”原则之教义学原理　以审判中心主义为视角》，载《中外法学》2017 年第 1 期，第 196 页。

2 习近平：《推进全面依法治国，发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的积极作用》，载《求是》2020 年第 22 期，第 1 页。

特别是程序正义仍未得到贯彻落实。而且司法机关业务的运作及其功能的发挥都须依循一定的程序，被告人在刑事诉讼程序行进的过程中，将逐步形成对于案件办理公正性的直观感受，这直接影响其对最终裁判结果的接受程度。[1]当前，刑事诉讼理念不够重视人民群众对司法公平正义的感受度，特别是被告人主观层面公平正义感的实现。

因此，我国刑事诉讼现代化必须要坚持公平正义的刑事诉讼核心理念，兼顾实体正义与程序正义，同时应关注诉讼参与人以及社会公众对刑事司法公平正义的感受度。新理念的确立过程也是对旧理念的改造过程，制度设计者应扬弃地对待"重犯罪控制、重配合"理念，一方面要明确"互相制约"才是三机关关系的核心价值要求，其中体现着两种服从关系：在价值理念上，效率服从于公平，配合服从于制约；在工作程序上，侦查服从于起诉，起诉服从于审判。[2]还要通过实证调研等方法探究实践中影响三机关关系的诸如司法价值观、个体职业利益、司法能力等主体因素，以及考核评估机制、司法习惯、行政力量的介入等制度因素，从而针对性地改变相关制度环境。[3]另一方面，要继承发扬其有利于实现实体正义的做法，同时弥补其在程序正义上的不足。总体而言，未来应当通过修订《刑事诉讼法》以及相关司法解释，建立起控辩平等、裁判中立的三角结构。

（二）重塑撤回起诉制度

基于公平正义理念来重塑撤回起诉制度的要点如下：

第一，要严格限制检察机关撤回起诉权的行使。撤回起诉制度设立的本意是将那些本不应起诉或不必起诉的案件，在错误起诉以后予以矫正。因此，应严格限制撤回起诉提出的时间、具体适用范围和情形，以防撤回起诉权的扩大和滥用。[4]其一，限制撤回起诉的时间。笔者认为，可以将"宣告判决前"修改为"在提起公诉后，人民法院开庭审理之前"。将撤回起诉提出的时间点提前至庭前阶段，能够切实地保障庭审资源与效率不受撤回起诉的影响，也能督促检察机关在庭前对案件事实和证据作更为全面细致的审查。其二，明确化且精简撤回起诉的法定情形，以此缩小检察机关的自由裁量权。笔者认为，可以删去"证据不足或证据发生变化，不符合起诉条件的"情形和"其他不应当追究被告人刑事责任的"的兜底条款，同时可以将"被告人因未达到刑事责任年龄，不负刑事责任的"修改为"被告人因法定理由，不负刑事责任的"。其三，严格限制撤回起诉后再行起诉的次数。客观来说，当前规则对再行起诉所设置的标准是足够高的，但是为了避免检察机关通过不断地撤回起诉来补充侦查或规避期限的限制，使得被追诉人的权利长期处于不确定的状态下，可以增加"再行起诉的，以一次为限"的规定。

第二，充分保障被告人及其辩护人在撤回起诉程序中的诉讼权利。一方面，应赋予辩方知情权、程序参与权和异议权，并规定具体的行权程序与制度后果。[5]具体而言，应当明确被告人及其辩护人能够参与撤回起诉程序及后续的再行起诉程序，并对检察机关的申请及法院的审查结果享有异议权，且应规定受异议方有义务向异议提出方作出明确细致的解释和说理，否则相应的诉讼程序无效。这能够保障被告人及其辩护人应有的诉讼权利，落实其与控方的平等武装，继而增强其公平正义感。另一方面，若被告人认为检察机关撤回起诉不符合其诉讼利益，应为其提供救济途径。其一，应赋予辩方对检察机关滥用撤回公诉权时的申诉权和恢复诉讼的权利。如果检察机关的撤回起诉不符合法定条件，被告人及其辩护人可以向作出准许撤回起诉裁定的法院或者上级法院进行申诉，经审查认定不应当撤回起诉的，应当恢复诉讼并继续进行审理。其二，对于法院准许检察机关撤诉的案件，被告人应当拥有上诉权。笔者认为，对《刑诉法解释》第378条作体系解释可以认定，该条中的"撤回起诉"应当包括自诉人的撤回起诉和检察机关的撤回起诉，且《刑事诉讼法》及其司法解释均未禁止此情形被告人的上诉权，故被告人对于法院对检察机关作出的准许撤回起诉裁定应当可以提出上

---

1 参见朱孝清：《司法公平正义观和人民监督司法路径的创新》，载《法治研究》2022年第6期，第7页。

2 参见韩大元、于文豪：《法院、检察院和公安机关的宪法关系》，载《法学研究》2011年第3期，第14-17页。

3 参见左卫民：《何处寻觅刑事诉讼的中国知识：打造自主知识体系的若干思考》，载《清华法学》2023年第3期，第5-20页。

4 参见魏虹：《赋权与规制：我国检察机关撤回起诉制度之构建》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011年第6期，第168页。

5 参见龙宗智：《论新刑事诉讼法实施后的公诉变更问题》，载《当代法学》2014年第5期，第19页。

诉。而且，这一规则在许多案例中已经得到了法院的认可。[1]此外，被害人在撤回起诉程序中的诉讼权利亦应得到充分的重视。

第三，激活审判机关对于检察机关撤回起诉申请的实质性审查，规范化审查核准流程与文书制作。一方面，应进一步明确人民法院进行撤回起诉必要性审查的责任，确定其实质审查的对象及权限范围。例如，可以将“人民法院应当审查撤回起诉的理由”修改为“人民法院应当审查撤回起诉的时间、撤回起诉是否具备法定事由、撤回起诉是否已通过书面方式提出申请并提交法定材料等”。另一方面，应当规范化撤回起诉裁定书的制作格式和内容。关键在于，应要求承办法官在裁定书中明确且具体地记载和论证检察机关撤回起诉的理由以及准许或不准许撤诉的理由等内容。因此，可以增加“作出是否准许的裁定，并在裁定书中明确说明准许或不准许的理由”的规定。

1 例如陕西省西安市人民法院（2014）西中刑二初字第 00044 号刑事裁定书。

检察听证入法的路径规划与重点内容

程序、徐歌旋、颜伶俐、严俊、徐胜男*

摘 要：检察听证是践行全过程人民民主的生动司法实践，是党中央对检察工作的制度性要求。检察听证入法具有可行性，理论基础和实践基础扎实。检察听证入法研究不仅需要考虑检察听证入法的具体内容，还需要从宏观层面作出路径规划。考虑到检察听证的立法基础，应先选择分散入法模式，在《刑事诉讼法》等法律中作出原则性规定，并在司法解释、规范性文件中进行配套细化，从而为日后检察听证单独立法积累经验。检察听证立法应重点研究听证案件的范围、听证员选任管理、权利义务等相关规定、听证程序的规范以及听证意见的听取。

关键词：检察听证 全过程人民民主 听证入法 法律监督

引言

纵观检察听证的发展历程，它已历经十余年的实践探索。检察听证发端于控告申诉业务，随着实践发展，如今广泛应用于民事、行政、刑事、公益诉讼等检察业务工作，是检察系统深化改革的重要举措。与之对比，关于检察听证的研究仍处于新兴阶段。学界有论者探讨了检察听证的程序完善，也有论者从更为宏观的角度探讨检察听证的法理依据以及审前程序的诉讼化，更多的论者是在探讨不起诉、羁押必要性审查、刑事申诉等具体程序过程中，将检察听证作为实现程序公正的手段予以讨论。[1]

除本课题组外，目前尚无研究者在文章或课题中直接探讨检察听证入法问题。加强检察听证入法的理论研究，总结检察听证实践中积累的经验以及面临的挑战，充分探讨检察听证入法的可行性、路径规划以及重点内容，有助于促进检察听证有序发展。

一、检察听证入法的可行性

2024 年 7 月，党的二十届三中全会通过了《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，对全面深化改革、健全全过程人民民主制度体系、完善中国特色社会主义法治体系等提出了多项制度性要求。检察听证具有司法民主、权力监督和程序公正的理论价值。实务人员在检察听证工作中深度挖掘和践行“枫桥经验”，化解矛盾纠纷、加强法治宣传教育，有助于提升国家治理体系和国家治理能力现代化。[2]

（一）理论基础

1.司法民主在检察环节的生动体现

司法民主是我国政法传统的重要组成部分，是全过程人民民主在司法领域的生动体现，同样也是检察听证制度产生的本源和完善动力。[3]根据我国《宪法》第 2 条、第 3 条的规定，我国的根本政治制度是人民代表大会制度，检察机关由人民代表大会产生，向它负责，受它监督。司法权由人民赋予，来源于人民，受人民监督。

2021 年，习近平总书记在中央人大工作会议上用“全链条、全方位、全覆盖”对全过程人民民主进行具体阐释。[4]2024 年 3 月，十四届全国人大二次会议关于最高人民检察院（以下简称“最高检”）工作报告的决议，就“践行全过程人民民主”提出明确要求。如何才能在司法领域实现“全链条、全方位、全覆盖”的“全过程人民民主”？正如有学者所指出的，“必须让普通民众有序参与决定案件基本事

---

* 作者信息：程序，南京市人民检察院副检察长；徐歌旋，南京师范大学法学院讲师；颜伶俐，南京市人民检察院案件管理部主任；严俊，南京市人民检察院案件管理部检察官助理；徐胜男，南京江宁经济技术开发区人民检察院第四检察部主任。

[1] 可参见拜荣静、霍晋涛、姚平：《我国检察听证制度的诉讼功能及其实现》，载《兰州大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期，第 66 页；孙皓：《从检察听证到刑事审前程序诉讼化》，载《比较法研究》2023 年第 1 期，第 70 页；霍敏：《检察听证制度完善研究》，载《国家检察官学院学报》2022 年第 1 期，第 80 页；路旸：《检察不起诉听证实证研究——基于 41896 份检察文书的分析》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2023 年第 6 期，第 152 页；林喜芬、刘思宏：《论我国检察机关的听证办案模式》，载《国家检察官学院学报》2022 年第 5 期，第 58 页。

[2] 参见王庆民、潘一畅：《检察听证制度的实践价值与制度完善》，载《中国检察官》2021 年第 21 期，第 3—5 页。

[3] 参见樊崇义、徐歌旋：《人民陪审的路径检视及制度展望——以全过程人民民主为视角》，载《河北法学》2024 年第 2 期，第 2 页。

[4] 参见《习近平在中央人大工作会议上发表重要讲话强调坚持和完善人民代表大会制度不断发展全过程人民民主》，载《人民日报》2021 年 10 月 15 日，第 1 版。

实、性质、措施等司法过程”[1]，将司法权的行使置于监督之下。检察机关是党领导下的法律监督机关，人民性是检察机关的根本属性。人民检察院对于符合条件的案件，组织召开听证会，就事实认定、法律适用和案件处理等问题听取听证员和其他参加人意见，是司法民主的体现。

2.权力监督在检察权运行中新形式

孟德斯鸠早已指出:“一切有权力的人都容易滥用权力。”[2]1945 年 7 月，毛泽东与黄炎培讨论“周期律”时明确指出:“只有让人民来监督政府，政府才不敢松懈。”[3]检察权作为一项国家权力，主要包括侦查权、批准逮捕和决定逮捕权、提起公诉权、对诉讼活动的法律监督权以及法律赋予的其他职权，这些权力的行使必须遵循权力运行的逻辑规律——接受监督。检察权在刑事案件中包括侦查、诉讼、监督三大类职权。在检察权的实际运行中，检察机关对于直接受理案件的侦查、起诉存在较大的自由裁量空间。有研究者通过对 2018 年至 2022 年期间 A 省查处的 30 起检察人员利用检察权严重违纪违法案件的分析，指出基层检察系统关键岗位容易出现违纪违法现象,“关键少数”违纪违法占比高。此外，检察人员利用检察权违纪违法时间跨度长。据统计，A 省 30 起检察人员违纪违法平均持续时长达 8 年，更有甚者，违法犯罪时间从 1996 年开始至 2018 年案发，前后长达 22 年。[4]实务中的教训时刻提醒着我们，应对检察机关行使职权加强监督。

由公权力对检察权运行中的薄弱环节进行监督固然可以发挥作用，却仍无法逃避理论界和实务界一直质疑的“谁又来监督监督者”的问题。检察听证是检察机关通过主动引进社会监督，实现监督制约检察权的破题思路。检察听证是保证检察机关正确行使检察权的有效手段。通过听证员、辩护人、案件当事人等的参与，挖掘广大群众的监督力量，让人民群众在发表意见的同时监督检察履职的程序和结果，从而有效地解决“谁来监督监督者”的问题，最大限度地遏制司法腐败，维护司法公正。

3.程序公正对审前程序的内在要求

司法公正是社会公正的最后一道屏障，也是当代中国司法改革的一项重要目标。司法公正包括实体公正和程序公正两个方面，两方面互为表里、互相依存，不可偏废。[5]我国“以事实为根据，以法律为准绳”“法律面前人人平等”等司法原则，将司法程序公正和实体公正这两个方面的要求结合了起来，使司法制度在较大程度上保证了公正性。由于历史和文化的原因，长期在我国占主导地位的是程序工具主义。[6]实践中，程序正义所蕴含的内在独立价值并未获得充分的认可和重视。在一些司法工作者的心中,“重视实体而忽视程序”、“重视结果而轻视过程”的观念仍然根深蒂固。这助长了刑讯逼供、非法羁押、超期拘留等违反程序的行为。这些行为严重损害了司法的公正性和权威性，阻碍了刑事诉讼法治的深化。

2012 年，习近平总书记在宪法公布 30 周年大会上，首次提出:“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”点明“实体正义”与“程序正义”不可偏废。如何让人民群众在司法案件的办理过程中“感受到”公平正义？最直观的路径就是“程序正义”。正如有学者所言,“主观程序正义研究为探究社会公众的公平正义感受,提供了一个基本的分析框架。”[7]易言之,“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”离不开“程序正义”的保障。程序的公正与公开相伴而生，相互促进。传统的检察权行

---

[1] 陈忠林:《司法民主是司法公正的根本保证》，载《法学杂志》2010 年第 5 期，第 23 页。

[2] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1987 年版，第 154 页。

[3] 毛胜:《毛泽东关于党内监督的思考》，载《新湘评论》2017 年第 3 期，第 35 页。

[4] 参见朱富强、陈康:《检察权内部监督制约机制的现状审视》，载《中国检察官》2024 年第 7 期，第 73—74 页。程琥:《运动式执法的司法规制与政府有效治理》，载《行政法学研究》2015 年第 1 期，第 75 页。

[5] “如果人民群众通过司法程序不能保证自己的合法权利，那司法就没有公信力，人民群众也不会相信司法。”《习近平在中共中央政治局第二十一次集体学习时强调以提高司法公信力为根本尺度坚定不移深化司法体制改革》,《人民日报》2015 年 3 月 26 日，第 1 版。

[6] 这种理论将程序法的价值完全归结于实现实体法。该理论在我国的理论研究部门和实务部门都有相当的市场，自建国以来一直到 20 世纪 80 年代末，多数人都认为刑事诉讼法就是保障国家的刑罚权得以贯彻实施的，就连高等法学教育的教科书也持该种观点，认为刑事诉讼法是手段、是工具，而不是目的。参见樊崇义:《论刑事诉讼法律观的转变》，载《政法论坛》2001 年第 2 期，第 45—54 页。

[7] 吴洪淇:《刑事司法公平正义感受的主观程序正义框架与测度——以 2015-2023 年全国调查数据为基础》，载《法学研究》2024 年第 4 期，第 39 页。

使结构缺乏公开的属性，更多的是检察机关在封闭的结构下主导调查、核实、认定，进而得出结论性的处理意见。这种处理意见未必不符合实体公正，甚至检察官在绝大多数情况下自觉地遵循了检察官的客观公正义务。但缺乏透明度的实体公正犹嫌不足。

传统的检察权运行方式已经无法满足法治现代化对检察权运作的要求。在刑事检察听证制度中，诉讼参与人、社会公众，尤其是律师等辩护人均有机会参与其中，可以促进检察权行使方式的诉讼化改造。检察听证制度将案件当事人、辩护人等聚集在一起，在听证员的参与下，对案件事实、法律适用等问题有针对性的进行质证、发表意见、听取意见。检察听证制度将检察权力的运作置于公众视线之内，通过公开性促进公正性，确保了程序的公开性和透明度。让检察权力在阳光之下运作，通过公正的程序来有效保障司法公正性的“可感可知”。

（二）实践基础

1.提升社会治理现代化水平

“法治是国家治理体系和治理能力的重要依托。”[1]社会治理参与主体众多，国家机关、社会组织、企业以及公民个人等不同主体在自己的职责范围内各尽其职。检察听证的现代化和法治化是国家治理体系和治理能力现代化的重要组成部分。检察听证入法有利于发挥检察机关在社会治理中的重要作用，提升社会治理现代化水平。

以刑事领域为例。近 20 多年来，我国轻微犯罪比重持续上升，严重暴力犯罪持续下降。[2]大量的轻罪可以通过审前转处进行分流。目前，《刑事诉讼法》立法文本多处使用存在一定灵活性的概括性标准，比如逮捕条件之一的“社会危险性”，羁押必要性审查中的“不需要继续羁押”，不起诉条件“情节显著轻微”、“情节轻微”等等，[3]对检察权的规范运行提出了高要求。检察听证的公开性和参与人员的广泛性有利于帮助检察官避免单一思路，亦有利于减轻检察官不捕、不诉的责任压力，激活检察官在社会治理中的裁量权。再以检察公益诉讼为例。在传统治理体系中，众多参与主体之间难免存在交叉重叠、分工不明甚至推诿扯皮的现象。检察机关通过检察听证程序推动协同治理，在检察听证活动中实现个案办理到广泛治理，引发社会关注继而促进系统性整改效果的实现。[4]

2.深度发掘和践行“枫桥经验”

检察听证入法有助于深度发掘和践行“枫桥经验”。“枫桥经验”是中国共产党在长期政法实践中积累并坚持传承的基层治理经验。[5]其依靠群众进行社会治理的精神具有普遍意义且历久弥新。特别是进入 21 世纪后，“枫桥经验”对丰富和完善基层社会治理现代化和法治化建设作出了重要贡献。党的十八大以来，习近平总书记多次就坚持和发展“枫桥经验”作出系列重要论述。[6]2023 年 11 月 6 日，纪念毛泽东同志批示学习推广“枫桥经验”60 周年暨习近平总书记指示坚持发展“枫桥经验”20 周年大会召开。会议强调，要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻习近平法治思想，坚持和发展新时代“枫桥经验”，提升矛盾纠纷预防化解法治化水平。[7]

在此背景下，深度发掘和践行检察听证中“枫桥经验”的内涵，无疑具有重要的现实必要性和实

---

[1] 习近平：《从全局和战略高度推进全面依法治国》（2020 年 11 月 16 日），载《习近平著作选读》第二卷，人民出版社 2023 年版，第 381 页。

[2] 参见《刑事检察工作白皮书（2023）》，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309_648173.shtml，2024 年 9 月 12 日访问。

[3] 刘国媛：《刑事检察听证制度的“理”与“法”，载《法学评论》2015 年第 1 期，第 176 页。

[4] 王华婷、孙骁：《检察公益诉讼参与社会治理的路径选择》，载《法治实务——区域协调发展的法治保障研究文集》集刊 2024 年第 1 卷，第 286—288 页。

[5] 宋政：《坚持和发展好新时代“枫桥经验”》，载《新湘评论》2023 年第 21 期，第 59 页。

[6] 习总书记指出“法治建设既要抓末端、治已病，更要抓前端、治未病。我国国情决定了我们不能成为‘诉讼大国’。我国有 14 亿人口，大大小小的事都要打官司，那必然不堪重负！要推动更多法治力量向引导和疏导端用力，完善预防性法律制度，坚持和发展新时代‘枫桥经验’，完善社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制，更加重视基层基础工作，充分发挥共建共治共享在基层的作用，推进市域社会治理现代化，促进社会和谐稳定。”习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021 年第 5 期，求是网 http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2021-02/28/c_1127146541.htm，2024 年 9 月 7 日访问。

[7] 《陈文清在纪念毛泽东同志批示学习推广“枫桥经验”60 周年暨习近平总书记指示坚持发展“枫桥经验”20 周年大会上强调　坚持和发展新时代“枫桥经验”　提升矛盾纠纷预防化解法治化水平》，载《人民调解》2023 年第 11 期，第 5 页。另参见曾天雄：《“枫桥经验”强大生命力的三个维度》，载《国家治理》2023 年第 24 期，第 56—59 页。

践可行性。检察听证是践行新时代“枫桥经验”的有效举措，充分体现了检察机关坚持以新时代“枫桥经验”为引领、全面践行“高质效办好每一个案件”的价值追求。新时代“枫桥经验”的落脚点是为了人民，检察办案不仅要符合法律条文这个“文本法”，更要符合人民群众感受这个“内心法”，办好事关人民群众切身利益的每一起“小案”。

3.加强法治宣传教育和法律服务

2021 年中共中央印发《法治中国建设规划（2020- 2025 年）》，要求“全面落实‘谁执法谁普法’普法责任制。深入开展法官、检察官、行政复议人员、行政执法人员、律师等以案释法活动。”检察听证活动中，检察机关以个案解说法律，比任何文字或者图片的展示都要震撼和生动，也更容易使检察听证活动的参与者印象深刻。

在实际操作中，各级检察机关加强对检察听证工作的宣传力度，利用检察院的官方网站、报纸、微信公众号等多种渠道，宣传并鼓励公众申请参与检察听证；同时，通过中国检察听证网及其他公共媒体平台，对听证过程进行图文、音频、视频的直播或录播，推广云听证模式；此外，还积极利用新媒体和微传播平台，广泛传播检察听证故事，激发公众参与检察听证的热情，帮助公众更好地理解法律知识，展现检察机关通过公开透明促进公正、赢得公众信任的法律价值追求。[1]检察机关通过检察听证活动，将普法宣传融入办案全过程，使普法工作更加贴近实际、贴近群众。相比于枯燥的法条宣讲，检察听证活动无疑更易感易知，也更有感染力。实践中的案例不胜枚举，譬如，通过非法捕捞水产品案件的检察听证活动，使公众认识到非法捕捞行为可能将承担的行政处罚与刑事处罚后果。在检察听证活动中，检察官向在场的听众普及生态法律知识，深入讲解长江“十年禁渔”政策对于维护水生生物多样性的重要性，以及如何维护当地生态环境，包括在特定水域的禁渔期、禁渔区和禁止使用的工具等法律规定，鼓励公众自觉遵守法律，提高保护环境资源的意识。再如，通过检察听证处理多起交通肇事案件，在听证活动中为驾驶员提供集中法律教育。通过案例的公开讨论，检察听证让公众了解法律知识，也提高了普法的针对性和实效性。

二、检察听证入法的路径规划

检察听证入法研究不仅需要考虑检察听证入法的具体内容，还需要从宏观层面作出路径规划。考虑到检察听证的立法基础，应先选择分散入法模式，在《刑事诉讼法》等法律中进行原则性规定，并在司法解释、规范性文件中进行配套细化，从而为日后检察听证单独立法积累经验。

（一）立法基础

1999 年 5 月，最高检印发《人民检察院办理民事行政抗诉案件公开审查程序试行规则》，文件中“听取当事人陈述”的措辞已经具备了听证的初步内涵，代表我国检察听证制度实现了“从无到有”的突破。2001 年 3 月，最高检发布《人民检察院起诉案件公开审查规则（试行）》，针对拟不起诉案件公开审查活动进行规制，仍未使用公开听证的表述。2011 年 12 月，最高检发布《人民检察院刑事申诉案件公开审查程序规定》，对不服检察机关处理决定的刑事申诉案件的公开审查活动进行程序化设计，该规定首次明确公开听证是公开审查的形式之一。2014 年 10 月，党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，将司法听证功能定位于“保障人民群众参与司法”,“坚持人民司法为人民，依靠人民推进公正司法，通过公正司法维护人民权益”。2020 年 10 月，最高检出台的《人民检察院审查案件听证工作规定》（以下简称《规定》），对听证问题作出了相较于前更为详细的规定，将羁押必要性审查、拟不起诉、刑事申诉、民事诉讼监督以及公益诉讼等检察办案活动纳入了听证范围，检察听证实践工作进一步多元化、制度化。至此，检察听证实现了“从有到优”的规范化发展。2021 年 4 月，最高检在《“十四五”时期检察工作发展规划》中提出“应听证尽听证”的改革目标。实践中，检察机关广泛吸收各听证主体的意见，化解了一些案情复杂争议较大案件中的矛盾，取得了良好的法律效果、政治效果以及社会效果。2021 年 8 月，中共中央发布了《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》，明确提出“引入听证等方式审查办理疑难案件”。由此，检察听证上升为党中央对检察工作的制度性要求，成为检察机关的一项重要政治任

[1] 李学峰：《以“四化”建设完善检察听证制度》，载《检察日报》2022 年 5 月 30 日，第 3 版。

务和使命。如何在检察听证中落实以人民为中心的根本立场，如何保障和引导人民有序参与检察听证工作，成为检察机关责无旁贷的政治任务和使命。[1]

近几年，检察机关在检察听证的规范性工作方面取得了集中性发展。2021 年 7 月，最高检公布施行的《人民检察院公益诉讼办案规则》明确规定了听证在公益诉讼办案程序中的适用；2021 年 8 月，最高检公布施行的《人民检察院民事诉讼监督规则》，以专节、8 个条文对检察听证的召开范围、参与人员、程序等进行了专门规定；2021 年 9 月，最高检公布施行的《人民检察院行政诉讼监督规则》对听证以专节、9 个条文就召开范围、参与人员、程序等进行了专门规定；2021 年 12 月，最高检第六检察厅制定出台了《民事检察部门诉讼监督案件听证工作指引（试行）》，以 36 个条文就民事诉讼监督案件中具体开展检察听证工作进行了较为系统的指引；2022 年 1 月，最高检第八检察厅制定出台了《人民检察院公益诉讼办案听证工作指引》，以 34 个条文就公益诉讼案件中具体开展检察听证工作进行了较为系统的指引；2023 年 12 月，最高检第七检察厅制定出台了《人民检察院行政检察监督案件听证工作指引》，以 45 个条文就行政诉讼监督案件中具体开展检察听证工作进行了较为系统的指引；2022 年 4 月，最高检第十检察厅制定出台了《人民检察院办理控告申诉案件简易公开听证工作规定》，以 18 个条文就控申案件办理中通过听证程序对当事人开展释法说理、化解矛盾纠纷活动进行了规范；2021 年 8 月，最高检还出台了《人民检察院羁押听证办法》，就是否决定逮捕、是否批准延长侦查羁押期限、是否继续羁押审查工作中开展听证工作进行专门规范。

最高检后续虽在《规定》基础上制定出台了一系列规定，在各类案件办理中细化检察听证的内容，但繁繁总总的内容尚未实现在《规定》基础上的质的突破。个别规定甚至是将《规定》的内容几乎原封不动地复制，一些内容则是将《规定》中的某些条款结合具体程序重新拆解、组合，形成新的条款，也并未超越《规定》的内容范畴。

（二）立法的策略选择

就如彭真同志所言，立法时不能马上“追求制定一些既不成熟又非急需的完备、细密的成套的法规，以致闭门造车；应当按照当前的中心任务和人民急需解决的问题，根据可能与必要，把成熟的经验定型化，由通报典型经验并综合各地经验逐渐形成制度和法律条文，逐步地由简而繁，由通则而细则”[2]，继而由单行法规而形成整套的法律规范。[3]

1.分散入法的当下选择

一套严密的法律规范应该是由相对刚性的法律规则和相对灵活的法律原则共同组成，前者为规范实施者提供明确的指引和预期，在适用方面处于优先地位；后者则具有更强的灵活性，可以为实施者提供有效的裁量空间。规则和原则相衔接才能为检察听证司法实践提供一张严密又灵活的规范之网。[4]相对于规则而言，原则较为广泛、一般或不具体。原则不仅仅给予具体化的规则以说明及理由，而且对这些规则的证立也能发挥些许作用。[5]在检察听证具体程序仍存争议，需要进一步积累实践经验的情况下，可优先考虑在《刑事诉讼法》《民事诉讼法》及公益诉讼等相关立法中作出原则性规定，也能够为后续的实践摸索与制度完善留下一定的空间。

首先，可以考虑在公益诉讼立法中对检察听证作出原则性规定。作为《宪法》规定的国家法律监督机关，检察机关提起公益诉讼与刑事侦查、审查逮捕、诉讼监督、执行监督等其他检察职能一样，都是《宪法》赋予的法律监督职权。2021 年最高检公布《人民检察院公益诉讼办案规则》，已经在第 44 条规定中将检察听证形成的书面材料作为办理公益诉讼案件的重要参考。检察公益诉讼

---

[1] 参见刘健荣、刘伟:《枫桥经验视野下检察听证制度优化路径研究》，载《上海法学研究》2023 年第 4 卷，第 106 页。

[2] 《彭真文选》，人民出版社 1991 年版，第 213 页。

[3] 2004 年 8 月 28 日，全国人大常委会审议通过了《关于完善人民陪审员制度的决定》，第一次以单行法律的形式明确了人民陪审员制度。2018 年 4 月 27 日，十三届全国人大常委会第二次会议通过了《中华人民共和国人民陪审员法》，并于同日公布施行。历经十四载，人民陪审员制度完成了从“决定”到“法”的优化。笔者认为，或可借鉴《人民陪审员法》的立法思路，吸取其成功经验。在检察听证的实践过程中，注重总结检察听证的重要问题，在检察听证专门立法时对其作出全盘的细化规定。

[4] 参见吴洪淇:《刑事证据法的制度塑造》，法律出版社 2023 年版，第 39 页。

[5] 高鸿钧:《德沃金法律理论评析》，载《清华法学》2015 年第 2 期，第 101—103 页。

专门立法是十四届全国人大常委会立法计划预备审议项目，在公益诉讼立法中对检察听证作出原则性规定条件较为成熟。

其次，在本轮《刑事诉讼法》修改且各地经验成熟时，或可考虑对检察听证作出原则性规定。认罪认罚从宽制度是很好的入法例证。认罪认罚从宽制度改革是中央有关部门 2016 年先在一些地方试点后，才经《刑事诉讼法》加以确认。这种经由试点证明改革方案的整体合理性，才提交中央决策在全国范围内立法采纳的立法模式，充分体现了我国立法的理性化程度的不断提升。[1]检察听证制度尚处于新生阶段，关于检察听证制度的经验总结还不充分，需要再经过一段时间的制度实践方能成熟，在本轮《刑事诉讼法》修改中即对检察听证制度做系统、详备的规定并不现实。贸然在《刑事诉讼法》中对检察听证作出较细化的规定，可能适得其反在实践操作中起到反面作用。此外，从立法体系分工的角度，在《刑事诉讼法》中作出事无巨细的规定既不现实也无必要。在《刑事诉讼法》进行过分细致的规定不符合立法节约原则，也容易与司法解释等规定发生重复，造成立法资源的浪费。与之类似，在日后经验成熟的情况下，《民事诉讼法》也应作出原则性的规定。

再次，检察听证专门立法必要但应渐进式推进。2024 年 7 月，《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》要求“提高立法质量”。我们可将修法的目光投向与检察听证制度较为类似的人民陪审员制度。我国陪审制度制定专门立法也历经了漫长的发展过程。共和国成立后，1949 年《共同纲领》和 1951 年《人民法院暂行组织条例》规定了陪审制度。1954 年《宪法》第 75 条将其确认为一项宪法制度。同年的《人民法院组织法》将其确认为一项司法原则，并规定:“人民法院审判第一审案件，实行人民陪审员制度。但是简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件除外。”在经过一段制度沉寂期后，1979 年新颁布的《人民法院组织法》和《刑事诉讼法》重新将陪审制度确定为一项审判制度，但实践发展较为缓慢。2004 年 8 月 28 日，第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《关于完善人民陪审员制度的决定》，为我国人民陪审制度的发展提供了新的契机。2015 年 4 月 1 日,中央全面深化改革领导小组第十一次会议审议通过了《人民陪审员制度改革试点方案》。2015 年 4 月 24 日,十二届全国人大常委会第十四次会议作出《关于授权在部分地区开展人民陪审员制度改革试点工作的决定》,授权在 10 个省（区、市)选择 50 个法院开展试点。《人民陪审员法》自 2015 年试点后,又在 2017 年延长试点时间，2018 年《人民陪审员法》专门立法方才颁布。事缓则圆，人民陪审制度历时弥久，《人民陪审员法》历经十四载方才完成了“决定”到“法”的优化。

检察听证专门立法也需经过充分的理论证成与实践检验。如果专门立法时机不成熟，即使勉强制定也难以发挥出预期功效。就如彭真同志所言,“法律定了是要执行的，只能把成熟了的写进去，不成熟的暂不定法。轻率地定成法，制定了又行不通，就不好了。不要求全，法总是不能一下搞完善的，能写多少写多少，以后成熟了，再补充。”[2]日后，在立法经验纯熟的情况下，再单独制定检察听证专门立法更为妥当。

2.司法解释、规范性文件等进行配套细化

检察听证是一项操作性、价值性很强的制度，相关规定的体系化、规范化和精细化是保证其具有可操作性的前提。因此，有必要在检察听证相关规定的精细化方面做更多努力，实现法律概念的内涵准确、外延清晰，确保不同条款之间的融贯性。

需要说明的是，检察听证在检察履职的各个环节都发挥着重要作用，除刑事检察外，民事、行政、公益诉讼等业务环节也亟需完善检察听证的具体内容。

以刑事诉讼为例，应在《刑事诉讼规则》《刑事诉讼司法解释》中写入检察听证制度。目前，2018 年《刑事诉讼法》第 173 条规定，人民检察院审查案件“应当……听取辩护人或者值班律师……的意见”，最高检司法解释也有类似规定。“听取意见”有多种方式，检察听证只是其中一种。应明确检察听证在刑事诉讼具体环节的程序价值，避免检察听证被其他听取意见形式所架空。此外，应当明确适用检察听证的情形。例如，《规定》指出:“人民检察院办理审查逮捕案件，需要核实评估犯罪嫌疑人是否具有社会危险性、是否具有社会帮教条件的，可以召开听证会。”但何为“可以”？“可以”

[1] 左卫民:《如何展开刑诉法的第四次修改？基于立法历程观察的思考》，载《中外法学》2024 年第 5 期，第 5 页。
[2] 彭真:《论新中国的政法工作》，中央文献出版社 1992 年版，第 246 页。

除在少数场合表示功能或用途之外，大多数情况下表示一种“授权”，即授予公检法等国家机关以公权力或诉讼参与人以私权利。照此理解，《规定》授予检察机关有权召开听证会，也有权不召开听证会。[1]虽然这个问题在法理上可以通过解释获得阐明，但仍会引发甚至助长实践部门将“可以”曲解为“可以不”。故而，《刑事诉讼规则》《刑事诉讼法司法解释》等规定应作出引导性规定，避免“可以”沦为“可以不”。

三、检察听证需规范的重点内容

（一）听证案件的范围

近几年，全国检察听证适用率逐年提升，实质性解决争议案件数不断上涨。根据 2020—2022 年《最高人民检察院工作报告》公布的数据，2019 年全国检察听证件数为 2680 件，2020 年为 2.9 万余件，2021 年为 10.5 万余件。但是为了达到最高检的听证率指标，部分地区存在“凑数听证”的现象。最高检第十检察厅统计发现，控申系统 2021 年的听证案件中，有 43%的案件是没有争议性的司法救助类案件，而大量久诉不决的疑难案件并未进行听证。[2]“凑数听证”浪费司法资源，有违检察听证的制度目标，难以实现检察听证的制度价值。

为杜绝凑数听证，确保实质听证，检察听证立法应严把“案件争议程度”“案件轻重程度”“案件影响程度”三个要素，将听证案件限制在最具“争议性”和“社会影响力”的“重大”案件中。在此标准指导下，应在检察听证立法过程中对检察听证的范围作出原则性规定、列举性规定与禁止性规定。原则性规定将“案件争议程度”“案件轻重程度”以及“案件影响程度”写入。列举性规定则可以列举检察听证的典型类型。另外，可以结合实践中的经验设置禁止性规定以避免“凑数听证”的发生。在杜绝凑数听证的同时，对于拟不起诉、不逮捕等检察机关可能作出终局性决定的案件也应根据案件情况积极组织听证，充分接受外部监督。

1.原则性规定

原则性规定可以延续目前《规定》第 4 条的规定，人民检察院办理案件，在事实认定、法律适用、案件处理等方面存在较大争议，或者有重大社会影响，关涉权益范围较大的，经检察长批准，可以召开听证会。

2.列举性规定

列举式规定能够明确指出法律适用的具体对象和范围，减少法律解释上的模糊和歧义，使得法律的适用更加明确，便于司法实践中的具体操作。通过列举，法律能够针对特定的事项提供具体的法律后果，使得法律规定更加具体化，有助于提高法律的可执行性。检察听证司法解释可以进一步明确“羁押必要性审查案件、拟不起诉案件、刑事申诉案件、民事诉讼监督案件、行政诉讼监督案件、公益诉讼案件等”案件范围。

譬如，目前《刑事诉讼法》《刑事诉讼规则》侧重强调对申诉应当重新审判的法定情形，但是对于刑事申诉检察工作规定较为笼统。刑事申诉检察工作很大程度上决定了申诉案件能否进入再审程序，明确检察听证程序有助于提升刑事申诉检察工作的整体质效。明确刑事申诉公开听证案件的范围，或可考虑明确列举以下四类案件：第一类，申诉人在递交刑事申诉材料或者在案件办理过程中明确提出公开听证要求的；第二类，重大疑难复杂的刑事申诉案件；第三类，群众反映强烈、矛盾突出的刑事申诉案件；第四类，比较敏感或者是可能引发舆情的刑事申诉案件。[3]

3.禁止性规定

第一，应将“无争议”作为适用检察听证的禁止性条款。检察听证现阶段如火如荼地开展，检察

---

[1] 参见万毅：《刑事诉讼法文本中“可以”一词的解释问题》，载《苏州大学学报（法学版）》2014 年第 2 期，第 99 页。万毅教授指出，在法理上，对于个人权利而言，“可以”一词在表意授权（利）时，能解释为“可以”，也能解释为“可以不”，这是因为，对于个人权利而言，个人权利可自由处分，因此，权利主体既可以行使该权利，也可以放弃该权利，放弃权利本身也是权利主体行使个人权利的一种方式。但“可以”在授予公权力时，并不能轻易解释为“可以不”，因为对公权机关而言，法律的授权也意味着职责，而职责是不能任意放弃的，所以此类的“可以”等同于“如无特殊情况应当”，只有在特定的情况下才可理解为“可以不”。

[2] 参见《从今年成绩中看到问题不足！明年控申检察将会有一系列为民办实事“大动作”！》，最高检公众号 https://mp.weixin.qq.com/s/rKY65YgcUvCkETWSPQ4K3g，2024 年 9 月 1 日访问。

[3] 参见王军：《刑事申诉公开审查工作的若干问题》，载《中国检察官》2023 年第 9 期，第 73 页。

机关开展听证活动不能存有“凑数”思维，更要避免“为了听证而听证”，应以“案件争议程度”为标准对每一起听证案件进行“必要性”审查。对于一些事实清楚没有争议且社会矛盾已经化解的案件，没有必要召开听证会的，建议留出司法资源给有争议的案件。如果检察机关能够通过自主审查，公开答复抑或其他更为节省司法资源的方式消除案件争点、化解当事人异议的，亦无须启动检察听证。相反，即便检察机关已经认为案件不存争议，但案件当事人一直不接受检察决定，则仍应考虑通过检察听证化解纠纷。

第二，应将对当事人、对社会影响较小的事项作为适用检察听证的禁止性条款。社会影响力大的案件，其裁判结果会超过对当事人个体所产生的法律效果，影响公众的观念和认知，因此在程序设定上应较一般案件更为慎重。相反，如果争议事项对当事人、对社会影响较小，完全可以通过其他检察活动解决，如若仍经由较为繁琐的检察听证程序解决，势必会造成司法资源的浪费，也会造成司法程序的延宕。

第三，应将听证条件不成熟的案件作为适用检察听证的禁止性条款。调研过程中，有同志提出“对于一些争议性较大且易引发舆情的敏感案件要充分考虑风险性，只有在条件充分后才可以召开听证会。”对此观点，有必要给予重视。虽然检察听证案件要求“争议实质化”，但如果检察人员作为主持人尚不了解案情争点、无法掌握听证会听证节奏，的确不宜贸然采取检察听证形式，以免浪费司法资源，亦可能无法做到法律效果、政治效果与社会效果相统一。

（二）听证员的相关规定

1.选任管理

根据《人民陪审员法》，司法行政机关会同基层人民法院，从通过资格审查的人民陪审员候选人名单中随机抽取确定人民陪审员人选，由基层人民法院院长提请同级人民代表大会常务委员会任命。《人民监督员选任管理办法》则规定人民监督员由省级和设区的市级司法行政机关负责选任管理。听证员则由人民检察院邀请。

2022 年最高检印发的《人民检察院听证员库建设管理指导意见》规定，除人民检察院主动邀请外，还可以“通过以下途径确定人选，经审查通过后入库：（一）国家机关、群团组织、企业事业单位、社会组织等单位推荐；（二）发布征集听证员库成员公告，申请人自愿报名。”此外，经检察长批准可以“邀请听证员库以外人员担任听证员的”。可见听证员选任管理的决策权仍然在检察院。检察机关自行邀请模式容易面临以下质疑：如何保证听证员选任的公开、公正？如何保证听证员参与检察听证的广泛性，避免“常驻听证员”的情形出现？如何避免听证员库的形式化？为保证听证员选取的公正性和规范性，应由省级和设区的市级司法行政机关负责选任管理。除此之外，应明确司法行政机关负责听证员培训、考核和奖惩等具体内容。

2.回避机制

目前《规定》等文件尚未对对听证员的回避问题作出明确规定。听证员形成的听证意见，是检察机关决策的重要参考，可能会影响最终的决策结果。当听证员与案件当事人存在利害关系以及其他可能影响公正的关系，应当自行申请回避或经申请由检察长决定是否回避。

3.权利义务

《规定》中并未对听证员的权利义务作出规定。应在检察听证立法过程中，完善这一重要内容。权利方面，一则，需要明确听证员的职权范围，譬如，是否可以阅卷以及表决权的内容。二则，需要强调听证员人身和住所受法律保护，对于报复陷害、侮辱诽谤、暴力侵害听证员及其近亲属的，依法追究法责任。三则，应明确在听证员参加听证活动期间，所在单位不得克扣或者变相克扣其工资、奖金及其他福利待遇。四则，应明确人民检察院依照有关规定按实际工作日对听证员给予补贴，并按照有关规定就交通、就餐等费用给予补助。义务方面，则应明确听证员保守秘密并遵守与检察工作有关的法律和相关规定。

（三）听证程序的规范

1.听证会的主持

按照《规定》，听证会的主持由承办案件的检察官或者办案组的主办检察官主持。检察长或者业务机构负责人承办案件的，应当担任主持人。现有规定不无疑问。

以行政听证为例，《行政处罚法》第 64 条规定，听证会应由行政机关指定的非本案调查人员主持，以确保听证的公正性和公平性。此外，如果主持人被认为与案件有直接利害关系，当事人有权申请回避，以确保听证过程的透明度和公正性。而在检察听证活动中却由承办案件的检察官或者办案组的主办检察官主持，恐有违中立原则，也易引发质疑。检察听证立法应对主持人的身份以及回避问题作出进一步明确。

2.听证会的质证形式

目前，《规定》除写明听证员可以向当事人或者其他参加人提问之外，没有设置具有辩论性质的程序。虽然 2021 年最高检发布的《人民检察院羁押听证办法》在第 9 条第 8 项规定，“检察官可以向侦查人员、犯罪嫌疑人、被告人、辩护人、被害人及其他相关人员发问。经主持人许可，侦查人员、辩护人可以向犯罪嫌疑人、被告人等相关人员发问。社会人士作为听证员参加听证的，可以向相关人员发问”，但“发问”仍属于提问而非针对双方主张之间的辩论。应探讨依案件的性质灵活设置“听证双方分别陈述事实、理由并负责各自举证”“听证主持人就双方争议的焦点进行归纳，并就争议的焦点问题进行提问，核实相关问题”“双方就争议的焦点问题发表辩论意见，并围绕重点进行自由辩论”“听证员进行提问，形成听证意见”等环节。[1]

2021 年 12 月，最高检第六检察厅下发《民事检察部门诉讼监督案件听证工作指引（试行）》，第 26 条规定了在民事监督案件的听证程序中当事人申请证人出席听证会作证的情况，在提问、听取意见的基础上增加了可申请证人出庭作证的情况，增强了听证程序的对抗性和实质化水平。“作证”一词相比于接受发问有了较大的进步。接受发问是被动地“说明情况”，目的是让检察官、听证员形成内心确信。而“作证”是接受各方参与人的反复质证，甚至可以相互对质。检察听证立法可以吸纳《民事检察部门诉讼监督案件听证工作指引（试行）》成功经验，在争议较大、影响较大的案件中允许当事人申请证人出庭作证。

3.听证意见的形成

目前，听证意见超出听证事项如何处理，司法实践中并不明确。《规定》第 15 条第 1 款规定，承办案件的检察官说明案件的情况和本次听证的问题，根据此规定，听证活动并不能任由听证员漫无目的地谴责或者站在道德的角度进行评判[2]，听证员需要受听证事项的制约，听证活动也需要围绕听证问题进行。从听证员参与听证的法律关系看，听证员是受检察机关邀请和委托参加听证程序，其法律行为必然不能超出委托范围。

因此，听证员必须在听证事项范围内形成听证意见，超出听证范围形成的听证意见不具有法律依据。在听证活动中，检察官对超出听证事项的意见，应当及时提示。

（四）听证意见的听取

1.明确听证意见的效力

听证员有表达意见的权利，但并无参与决定案件结果的权利。听证意见并不是最终生效的意见，只是检察机关作出决定的参考，最终决定听证事项处理的是检察机关。结合检察听证工作开展过程中遇到的制度瓶颈，后续或可考虑赋予听证员申请复议的权利，如果听证员的意见在复议后仍与检察官不一致，则需呈报检察长或检察委员会决定。

2.不采纳听证意见的程序规定

根据《规定》，检察官拟不采纳听证员多数意见的，向检察长报告并获同意后即可作出决定。实践中，检察机关是否采纳、如何采纳听证员意见往往由承办检察官掌握。“向检察长报告并获其同意”的机制虽将不采纳听证意见的否定权提升至检察长级别，但因向检察长报告的主体是检察官而非听证员，且报告形式要求较为宽松，该规定仍无法有效保障听证意见对结果产生实质性影响。应通过程序设置，有效规范听证意见的不采纳情况。如决定不采纳听证员意见，应对不采纳的理由进行充分阐释并形成书面材料，向检察委员会进行汇报，由检察委员会讨论决定。通过程序的严肃性、

---

[1] 参见李瑞芝：《刑事申诉案件公开听证程序的路径构建——以聂树斌案公开听证为借鉴》，载《中国检察官》2017 年第 9 期，第 49—53 页。

[2] 在某次检察听证观摩活动中，听证员对犯罪嫌疑人的提问与案件本身无关，对犯罪嫌疑人进行的批评教育活动也超越了“听证员”的角色和职能范围。让观者不禁质疑“为何听证员比检察官更像公诉人”。

规范性提升不采纳听证员意见审核的实质性和有效性。

四、结语

十余年来，检察机关积极推进检察听证的制度建设和实务工作，建立了检察听证的基本框架。与传统的封闭办案、案卷审查相比，检察听证案件的办理往往情况更复杂，案件承办人员又无细致的操作指引，这无疑是对他们的巨大挑战。故而，应当积极推进检察听证立法。当然，检察听证立法是一个系统、复杂的工程，诸多细节只有在深入探索和具体立法过程中才能浮现出来。决策者应该充分做好规划、筹备工作，渐次开启检察听证的立法之途。与之相对应，理论研究者应当进一步研究检察听证的理论问题和实务难点，为检察听证建构系统地规范体系提供充分的理论参考和学理支撑。

四、刑事审判制度研究

构建刑事庭审实质化的中国模式

封利强 梁 旭*

摘　要：我国刑事庭审实质化改革的效果不尽如人意，其根本原因在于改革过程中热衷于照抄照搬西方国家的经验，欠缺对我国刑事司法运行规律的准确把握。为此，有必要扭转对庭审实质化的狭隘理解，建立符合我国国情的庭审实质化模式。基本思路是，切实发挥庭前会议的预审会商功能；确保控、辩、审三方对庭审活动的充分参与；扭转法官在庭外调查阶段唱"独角戏"的局面。未来可以从以下方面进一步深化庭审实质化改革：一是改革庭前会议制度，保障辩方充分表达对案卷材料的意见，并赋予辩方充分的调查取证权，完善证据开示制度。二是完善刑事庭审程序，适当延长重大疑难案件的审限，将庭审活动聚焦于控辩双方有争议的事项，通过程序性制裁机制来保障证人出庭作证。三是完善庭外调查制度，确保控、辩、审三方的共同参与。

关键词：庭审实质化；庭前会议；庭审程序；庭外调查；中国模式

"庭审实质化"是我国刑事诉讼制度改革所无法回避的重要课题。正如学者所言，"刑事庭审实质化是以审判为中心诉讼制度改革的着力点与突破口。"[1]笔者拟对当前刑事庭审实质化改革面临的困境展开分析，进而寻找深化我国刑事庭审实质化改革的可行方案。

一、我国刑事庭审实质化改革的问题及成因

所谓"庭审实质化"是相对于"庭审形式化"而言的。早在上个世纪 90 年代，人们就关注到了"先定后审"以及"庭审走过场"等问题，并开展了相关的讨论。庭审实质化旨在解决"庭审虚化"问题，以确保庭审活动对裁判结果的形成发挥决定性作用。

近年来，最高人民法院明确提出推进"庭审实质化"改革，并将其置于核心地位。2017 年 2 月印发的《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》指出，"要以庭审实质化改革为核心，以强化证人、鉴定人、侦查人员出庭作证和律师辩护为重点，着力推进庭审制度改革"。

为了扎实推进庭审实质化改革，最高人民法院于 2017 年 6 月下发通知，在全国 18 个中级人民法院及部分基层法院开展"三项规程" 试点工作。在总结试点经验的基础上，最高人民法院于 2017 年 11 月正式发布"三项规程"，即《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》、《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》和《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》，于 2018 年 1 月 1 日起在全国试行。"三项规程"的制定目的在于充分发挥审判特别是庭审在刑事诉讼中的决定性作用。然而，"三项规程"的制度设计本身就存在着"先天不足"，并且其实施效果也不尽理想。例如，有学者指出，"对于庭审实质化而言，仅以这些规程为抓手还站位不高，涉及不深，远不能达到改革的目的和效果。"[2]还有学者对"三项规程"的实施情况进行考察后指出，直至"三项规程"出台之后，庭审实质化的相关问题仍未根本改观。[3]此外，还有学者注意到，实践中的很多做法背离了"三项规程"的设计初衷，无法实现案件事实查明在法庭的既定目标。[4]

尽管近年来我国刑事立法和司法实践都在推进庭审实质化方面付出了很大的努力，但时至今日，庭审实质化仍然是一个未解的难题。正如某些实务工作者所说，"反观我国刑事审判庭审现状，庭审虚化相当普遍，具体表现为：庭前全面阅卷，形成主观预断；主审法官独自裁判，合议庭制度虚有其表；证据审查形式化，庭审对抗不强；侦查中心主义仍旧盛行，司法独立裁判权受到影响。"[5]

---

* 封利强，华东政法大学纪检监察学院教授、博士生导师；梁旭，河北省高级人民法院刑一庭庭长。本文系中国刑事诉讼法学研究会刑事诉讼法制完善项目"刑事庭审实质化的中国模式研究"的研究成果。

1 李懿艺：《刑事庭审实质化问题研究》，中国法制出版社 2018 年版，第 85 页。

2 陈实：《刑事庭审实质化的维度与机制探讨》，载《中国法学》2018 年第 1 期。

3 马静华、夏卫：《日本刑事庭审程序对我国庭审实质化改革的借鉴价值——以"江歌案"庭审为分析样本》，载《江苏行政学院学报》2019 年第 1 期。

4 郭航：《刑事庭审实质化的权利推进模式研究》，载《政治与法律》2020 年第 10 期。

5 李翠云：《刑事庭审实质化及其路径探索》，载 http://www.sdcourt.gov.cn/dyzy/551590/551592/6720612/6720614/8074816/index.html，2024 年 6 月 10 日最后访问。

应当承认，我国近年来的刑事庭审实质化改革在制度上有所创新，也收到了一定的成效，但这些制度创新和改革成效并未从根本上改变我国刑事庭审的基本格局。

（一）我国刑事庭审实质化改革存在的问题

归结起来，当前我国刑事庭审实质化改革存在的问题主要表现在以下三个方面。

一是庭前会议适用率低以及庭前会议“走过场”的问题仍然比较突出，难以发挥预审会商功能。有论者指出，“庭前会议在司法实践中的适用率却一直严重不足。……仅就裁判文书网上公开的文书数据看，2017 年 11 月到 2020 年 12 月，庭前会议在刑事普通程序中的适用率在 0.2%左右。”[1]并且，即使在召开庭前会议的情况下，其程序功能的发挥也受到很大的局限。

二是由于各种主客观因素的制约，庭审中的质证和辩论不够充分，庭审对裁判结果未能发挥决定性作用。首先，由于法官在庭前通过对卷宗的书面审理形成了预判，在庭审中往往不愿意深入展开质证和辩论，从而导致质证不充分、庭审走过场等问题。其次，庭审时间不能充分保障，表现为辩方想多说、详说、展开说，而法官却要求少说、概要说、只说观点不论证。实践中的“辩审冲突”大多伴随着法官不允许律师充分表达的事由。这主要是由于目前的繁简分流尚未真正发挥繁案精审、简案快审的作用，以致繁案受审限制约，做不到“公正优先、兼顾效率”，而是过度追求效率导致审判质量难以得到保障。再次，公检法机关配合有余，约束、制衡不足。实践中，公安侦查取证不给力（侦查机关以口供为中心构建有罪证据），检察审查不严（检察院证据审查的形式化），法院兜底（法院几乎完全采信控诉证据的定罪倾向），从而导致审判人员对诉前收集、移送的证据默许接收，证据上的缺点、瑕疵不能及时纠正，庭审不敢实质化审理，从而导致庭审程序难以达到预期效果。

三是法官的庭外调查核实活动仍然存在着架空庭审的风险，并且缺少控辩双方的充分参与。目前我国刑辩律师的队伍越来越壮大，刑辩业务的专业化、精细化程度也越来越高，具体表现为从庭上辩护向庭外辩护扩展，从实体辩护向程序辩护延伸，量刑辩护、技术辩护等新型辩护方式不断出现。反观公安司法队伍，由于种种原因导致人才流失严重、业务素质不高的局面，实践中控方举证不足、质证无力、反应迟缓等问题比较普遍。在此情况下，倘若不充分发挥职权主义的优势，由法官依法开展大量的庭外调查核实活动，难免让有罪者逍遥法外，进而损害司法权威和司法公正。然而，大量的由法官独立完成的庭外调查活动由于缺乏控辩双方的参与，难以保障庭外调查核实活动的客观性和中立性。

（二）刑事庭审实质化改革陷入困境的主要原因

笔者认为，从制度设计层面来看，当前庭审实质化改革存在的上述问题主要是由以下两个方面的原因导致的。

一是热衷于照抄照搬西方国家的经验。长期以来，国内学术界对西方法治发达国家的经验倍加推崇，我国刑事诉讼立法也难免受到西方制度的影响。然而，在西方运行良好的制度却未必能在我国发挥良好作用。其根本原因就在于，我国的司法体制、制度背景和法制文化等与西方国家有很大的不同。因此，照抄照搬西方经验是不可取的。例如，我国采取的职业法官审判模式显然不同于美国的陪审团制度，因而 1996 年仿效美国“起诉状一本主义”而推行主要证据复印件主义的改革最终未能取得成功，就是一个典型例证。2012 年刑诉法修改确立的庭前会议制度、强制证人出庭作证制度、证人保护和补偿制度以及非法证据排除规则等，无一不是立足于对西方国家经验的借鉴。这些制度设计的先天不足决定了其难以在我国现实司法环境下良好地运行。

二是欠缺对我国刑事司法运行的内在规律的准确把握。在我国，行使审判的主体不是法官，而是法院。与很多西方国家不同的是，我国的刑事司法文化历来注重“实质真实”，而不是满足于法官的内心确信。这与英美法系国家的司法理念形成了鲜明的反差。在这一背景下，法庭不应当成为控辩双方诉讼技巧的竞技场，法官不应固守消极、中立的立场而应当积极地履行查明真相的职责。并且，我国刑事司法一直面临着“案多人少”等现实困扰，这是很多西方国家在制度设计上不曾被纳入考虑的问题。因此，只有深入考察我国刑事诉讼的现实状况，把握我国刑事司法的独特规律，才能确保刑事司法改革举措的针对性和有效性。

---

1 胡婧：《刑事普通程序庭审实质化的强化路径》，载《甘肃社会科学》2021 年第 2 期。

二、构建刑事庭审实质化中国模式的基本思路

基于上文的分析，我们有必要扭转对庭审实质化的狭隘理解，建立符合我国国情的庭审实质化模式。推进刑事庭审实质化改革，首先要搞清楚什么是“庭审实质化”。而把握“庭审实质化”的内涵，要从理解“庭审”的功能入手。有学者指出，“庭审在诉讼中的功能主要是对起诉和辩护的有效性做出结论性判断并最终决定诉讼的命运。”[1]可见，庭审的功能在于公正裁判。因此，“庭审实质化”改革的目的在于充分发挥法庭在审判中的作用，让控、辩、审三方充分参与，防范案卷、笔录等审前阶段的材料对裁判结果的决定性影响，以保障司法裁判的公正性。正如学者所言，“司法决策的卷宗依赖，仍然是导致刑事庭审流于形式的‘元凶’”。[2]

从这个意义上来说，庭前会议作为法庭审理的预备阶段，庭外调查作为法庭审理的必要补充，显然都应当属于庭审活动的重要组成部分。然而，目前学界却普遍存在着对“庭审”的狭隘理解，即认为只有正式的法庭审理环节才属于“庭审”，而将庭前会议和庭外调查排除在“庭审”之外。例如，有学者指出，“庭前会议的功能异化，本应在庭审环节解决的事项被前移到了庭前会议阶段，导致法庭审理被虚置乃至被替代。”[3]实际上，庭前会议也是控辩双方在法官主持下开展的诉讼活动，完全符合“两造对抗、法官居中”的庭审构造。倘若要求所有的审理活动都在正式审理环节解决，那么庭前会议就不具备独立存在的价值了。就庭外调查而言，同样可以构建由法官主导、控辩双方参与的调查模式。

因此，要想切实提升我国刑事庭审实质化改革的成效，就应当在制度设计上摒弃对西方制度的模仿，立足于我国的现实国情，探寻真正适合我国刑事司法现实情况的改革思路。具体而言，应当从以下三个方面入手。

（一）发挥庭前会议的预审会商功能

按照目前学界通行的观点，庭前会议所处理的事项应当限于相关程序性事项，而不应涉及实体性问题的处理，证据的证明力、案件事实的认定以及法律适用等与定罪量刑直接相关的问题只能在庭审环节通过法庭审理的方式加以裁决。[4]

然而，有学者通过比较法考察，指出了将庭前会议内容局限于程序性事项的弊端。该学者指出，我国的庭前会议制度在性质上接近日本的“审前整理程序”，但在规范化程度及效力程度上弱于后者。这首先表现在，庭前会议的争点整理功能较弱，是概括性、观点式的而非事实化、细节性的。为防止审前预断，庭前会议主要用于解决程序性问题，不深入实体问题，因此在涉及事实争点、法律争点的整理时，都只能是概括性的，不能就实体性争议问题展开深入的讨论。[5]可见，将庭前会议明确为庭审活动的组成部分，从而让庭前会议承载更多的功能而不再局限于解决程序性事项，是十分必要的。

在笔者看来，在庭前会议阶段讨论实体性事项，有助于为正式庭审做好准备工作，进而保障正式庭审的实际效果。众所周知，在卷宗移送制度之下，法官在庭审之前往往容易受到控方移送的案卷材料的影响。正如学者所言，“庭前阅卷，单方面接触控方卷宗，容易导致法官先入为主，形成有罪预断。”[6]笔者认为，让控辩双方在庭前会议阶段就案卷材料中存在的事实认定和法律适用问题展开辩论，是消除法官预断的有效方式。同时，控辩双方在庭前会议中围绕案卷材料展开的质疑和辩驳还有助于弥补法官阅卷工作的不足。从司法实践来看，有些法官阅卷不够细致，未能察觉检察机关的指控体系存在的漏洞，是导致案件错判的重要原因之一。而控辩双方在庭前会议中展开的辩论有

---

1 龙宗智：《刑事庭审制度研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 19 页。

2 李奋飞：《论刑事庭审实质化的制约要素》，载《法学论坛》2020 年第 4 期。

3 李奋飞：《论刑事庭审实质化的制约要素》，载《法学论坛》2020 年第 4 期。

4 汪海燕：《论刑事庭审实质化》，载《中国社会科学》2015 年第 12 期。

5 马静华、夏卫：《日本刑事庭审程序对我国庭审实质化改革的借鉴价值——以“江歌案”庭审为分析样本》，载《江苏行政学院学报》2019 年第 1 期。

6 万毅、赵亮：《论以审判为中心的诉讼制度改革——以 C 市法院“庭审实质化改革”为样本》，载《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期。

助于保障法官在正式庭审之前对案卷材料形成较为全面而客观的认识，防止法官带着独自阅卷而形成的偏见进入正式庭审。

要想切实发挥庭前会议的预审会商功能，还需要充分保障辩方了解案情和收集证据的权利。目前由于法律对于辩方的防御性权利规定不到位，加之现实的司法环境等因素，使得辩方难以与控方形成有效的对抗。有论者指出，在司法实践中，控辩双方未能平等武装，辩护方处于弱势地位，这首先表现在，辩护律师获取证据受到严格限制，辩方许多证据的获取需要依靠控方或法院的支持。[1]由于辩护律师的调查取证权得不到有效的保障，案卷中的证据基本上都是控方在侦查和起诉阶段收集并提交法庭的，辩方在庭前会议或者法庭调查阶段只能被动地对控方提交的证据提出质证意见，而难以提出自己调查收集的能够证明被告人无罪或者罪轻的证据。这种控方在举证上唱“独角戏”的局面显然难以让裁判者做到“兼听则明”。

真正发挥庭前会议的预审会商功能，还需要让控辩双方在庭前会议阶段向对方展示自己所掌握的证据，尤其是对定罪量刑有重要影响的关键证据。惟有如此，才能避免未来的正式庭审因某一方的“证据突袭”而无法顺利开展。

（二）确保控、辩、审三方对庭审活动的充分参与

庭审的本质特征在于控辩审三方共同参与法庭审理活动，共同推动诉讼的进程。控辩双方平等对抗、法官居中裁判的庭审构造有助于法庭查明真相，公正适用法律。因此，上述任何一方的参与都是不可或缺的，而三方的参与是否充分则取决于制度设计的科学性。

首先，要保障法官对庭审活动的充分参与。当前我国刑事司法普遍面临着“案多人少”的问题，并且刑事诉讼法对审判期限作出严格限制，这不可避免地会影响法官对庭审活动的参与度。正如学者所言，“在遵守法定办案期限的强大压力下，刑事法官不可能摆脱对公诉方案卷材料的依赖，更不可能另起炉灶，对案件事实进行一次完全独立的探究活动。”[2]

其次，要确保控辩双方的有效参与。有学者指出：“刑事庭审虚化主要表现在举证的虚化、质证的虚化、认证的虚化、裁判的虚化四个方面。”[3]目前实践中，控辩双方在法庭上的质证和辩论是不充分的，其原因之一就是诉讼异议机制的缺失。有学者指出，实践中控辩审三方对诉讼异议的运用均不够娴熟，尤其是审判方“判定不明”的问题比较突出；无论是控方还是辩方，诉讼异议的提出均不规范；诉讼异议的处置并没有对后续的证据调查活动产生影响。[4]同时，证人不出庭也是阻碍控辩双方有效参与的原因之一。只有让证人出庭作证，才能确保被告人充分行使质证权。同时，只有证人出庭作证，控辩双方才能通过对证人的交叉询问来帮助法庭发现证人证言存在的前后矛盾或不可信之处。

此外，随着形势的发展和时代的进步，量刑的科学化以及涉案财物处置的规范化日益受到重视，围绕这些事项而展开的审理程序同样需要实现实质化。如何科学地设计诉讼程序，保障控、辩、审三方对量刑以及涉案财物处置的参与度，同样是需要认真对待的问题。

（三）保障控辩双方对庭外调查活动的参与

我国的刑事诉讼模式与大陆法系国家有着相似之处，其中之一就在于职业法官在整个庭审过程中发挥着主导作用，担负着采取一切必要措施来揭示真相的职责。在这一背景下，如果公安机关在侦查阶段的取证工作存在瑕疵，并且检察机关在审查起诉阶段也未能及时予以补正，那么，法院在审判阶段面对这种“夹生饭”，就需要采取必要的补救措施，其中之一便是开展庭外调查核实工作。比如，法院在庭审后发现法庭调查和辩论中存在某些疑点，仍然有必要调取某些书证、物证或者证人证言的，可以通过庭外调查来获取，在必要时也可以直接找公安机关核实情况。通常而言，越是遇到疑难和复杂的案件，法官开展庭外调查核实活动的工作量也就越大。因此，庭外调查核实工作是刑事审判工作不可或缺的重要组成部分，对于准确查明事实和公正适用法律是十分必要的。

---

1 宋雨露：《功能视角下的庭审实质化路径分析》，载《人民司法（应用）》2020 年第 34 期。

2 陈瑞华：《新间接审理主义——“庭审中心主义改革”的主要障碍》，载《中外法学》2016 年第 4 期。

3 何家弘：《刑事庭审虚化的实证研究》，载《法学家》2012 年第 1 期。

4 龙宗智等：《刑事庭审证据调查规则研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 352 页。

然而，如果大量的调查核实工作被放在庭外去开展，并且由法官唱“独角戏”，难免有损法官居中裁判的角色定位，背离审判活动的基本要求。因此，我们一方面应当为庭外调查活动设置合理的边界，防止出现“工作重心在庭外”的局面，即庭外调查不能脱离法庭调查的范围，只能围绕公诉机关指控的事实和控辩双方提出的证据材料进一步调查核实，禁止随意扩大调查范围。另一方面，庭外调查活动应当尽可能地吸收控辩双方参与，至少应当保障控辩双方对法官庭外调查获取的证据能够充分行使质证权。

三、未来进一步深化刑事庭审实质化改革的路径

笔者认为，未来我们可以从以下三个方面着手，进一步深化我国的刑事庭审实质化改革。

（一）刑事庭前会议制度的改革

我们应当通过完善立法，对刑事庭前会议制度开展必要的改革，将庭前会议作为法庭审理的组成部分来看待，切实发挥庭前会议的预审会商功能。

首先，要保障辩方拥有充分的时间和便利来查阅案卷，并且允许其在庭前会议中充分表达其对案卷材料的意见，以便消除法官在庭前阅卷活动中形成的预断。正如学者所言，“法官在庭前所阅案卷，其内容是有利于控诉的控方证据；在法官已经庭前阅卷的情况下，有利于指控犯罪的案卷笔录极大可能对法官产生预断式影响。”[1]

对于辩护律师来说，只有在拥有充分的时间和便利来查阅案卷材料，才能发现侦查程序中存在的违法行为、控方证据存在的合法性问题以及审前阶段在诉讼程序和法律适用上存在的错误。实践中，法院对于开庭的案件通常会给检察院一个月的时间进行阅卷。那么，也同样应当给辩方同样的时间进行阅卷，以保障律师阅卷权的行使。律师通过阅卷发现证据上的瑕疵或者非法证据，就可以在庭前会议中提出来。以控辩审三方充分阅卷为基础的庭前会议将大大提高庭前会议在准备庭审方面的效果，有助于法官进一步明确争议焦点，以便更好地组织正式庭审活动。

目前有一种观点主张将主持庭前会议的法官与庭审法官相分离，以便防止庭审法官的先入为主。比如，有学者介绍了 C 市法院“庭审实质化改革”的基本情况：“为防止庭前会议无效运作，且使其与庭审程序顺利衔接，C 市法院专门建立了庭前会议报告制度，即在庭前会议结束后，由程序法官制作《庭前准备和庭前会议情况报告》，对庭前会议的相关内容以及案件的主要争点进行说明。”[2]笔者认为，庭前会议是庭审的预备环节，倘若庭审法官不参与庭前会议，就不可能有效地整理争议焦点，进而有针对性地组织庭审活动。就 C 市法院的试点情况来看，由程序法官在主持庭前会议之后，通过制作《庭前准备和庭前会议情况报告》，对庭前会议的相关内容以及案件的主要争点进行说明，必然妨碍庭审法官对庭前会议情况的全面掌握和深入了解，还涉嫌违反直接言词原则。

其次，要赋予辩方充分的调查取证权，以便其能够在庭前会议中提出有针对性的意见。在我国当前刑事司法实践中，辩方的调查取证权得不到充分保障，进而导致控辩双方力量不均衡，有必要从立法上进一步强化对辩方调查取证权的保障。

一方面，我们应当细化关于辩护律师调查取证权的规定，特别是明确有关单位和个人的协助义务，以便确保辩护律师调查取证权的正常行使。现行立法没有明确规定“有关单位和个人”对律师调查取证予以配合的义务，这不利于自行调查取证权的行使。在这一问题上，俄罗斯的立法经验值得借鉴。俄罗斯 86 条第 3 款：“辩护人有权通过以下途径收集证据：（1）取得物品、文件和其他信息材料。（2）经本人同意后对人员进行询问。（3）要求国家权力机关、地方自治机关、社会团体和组织提供证明书、说明书和其他文件，上述机关和团体有义务提交所要求的文件或其复印件。”[3]笔者建议，在法律上明确国家机关和社会组织配合辩护律师调查取证的义务，同时规定，证人和被害人对于其所持有的与案件有关的文书、物品等不得拒绝向辩护律师提供。

另一方面，辩护律师无论在诉讼地位方面，还是在诉讼手段方面，都无法与追诉机关相提并论，

---

1 褚福民：《案卷笔录与庭审实质化改革》，载《法学论坛》2020 年第 4 期。

2 万毅、赵亮：《论以审判为中心的诉讼制度改革——以 C 市法院“庭审实质化改革”为样本》，载《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期。

3 黄道秀：《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 82 页。

因而法律应当确立对辩护律师调查取证权的救济和保障机制，以确保其顺利实现。首先，应当明确司法机关对辩护证据线索的告知义务。尽管刑诉法明确要求审判人员、检察人员、侦查人员必须依法收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据，但实践中却可能因各种主客观原因未能做到全面收集。为此，有必要在法律上明确，无论是公安机关在侦查活动中还是检察机关在审查起诉活动中，一旦发现有利于被告人的证据或者线索，就应当及时告知辩护律师。法院在审理案件的过程中遇有类似情形，也应当对辩护律师给予提示。这样就可以保障律师获知辩护证据线索的渠道畅通，为其调查取证创造条件。其次，应当确保辩护律师申请调查取证权的实现。律师通常是在自行调查取证遇到阻碍的情况下才向司法机关申请调查取证的，所以，申请调查取证权本身就是一种救济性的权利。然而，由于法律对司法机关处理调查取证申请的职责规定不明确，司法解释中又人为设定了其“认为必要”等附加条件，使这一救济性权利常常难以落实。在这方面，我国台湾地区的立法可资借鉴。台湾地区《刑事诉讼法》第 219 条之一在赋予了辩方在侦查阶段申请检察官实施保全处分的权利之后，还规定“检察官受理前项声请，除认其为不合法或无理由予以驳回者外，应于五日内为保全处分”;“检察官驳回前项声请或未于前项期间内为保全处分者，声请人得径向该管法院声请保全证据”。[1]笔者建议参考这一立法经验，通过以下制度设计来保障律师权利的行使：首先，司法机关除法定的例外情况之外，应当准许辩护律师的调查取证申请。其次，明确规定申请调查取证权的救济途径，即辩护律师在侦查阶段申请公安机关调查取证被拒绝的，或者在审查起诉阶段申请检察机关调查取证被拒绝的，可以向人民法院申请证据保全。最后，对于因公安机关或者检察机关拒绝调查取证申请而延误取证时机，导致证据无法再取得的，如果辩方在庭审中主张该证据不利于控方，则可以推定该主张成立。

再次，要建立证据开示制度，并明确无正当理由未在庭前会议阶段展示证据的法律后果。我国现行《刑事诉讼法》第四十二条规定，“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据，应当及时告知公安机关、人民检察院。”这一规定体现了证据开示的精神，但并不属于真正意义上的证据开示制度。现行的《庭前会议规程》第二条规定，在庭前会议中，控辩双方可以在审判人员的主持下展示各自收集的证据材料。这一规定显然不是强制性的，只是赋予控辩双方展示证据的权利，而未将证据开示作为义务加以规定，更未规定相应的制裁措施。

笔者认为，应当建立严格意义上的证据开示制度，要求控辩双方在庭前会议阶段公开展示其拟在正式庭审中提交的证据。庭前会议制度设计的初衷在于，让双方在庭前充分地交换证据和交换观点，以便解决庭审时间过长的问题。然而，这一目标在实践中并未很好地得以实现，庭前会议走过场已成为常态。尤其是一些大案要案，比如涉黑涉恶的案件以及多人多起的案件，召开庭前会议是非常必要的。但是，在司法实践中，控辩双方往往不愿意将自己掌握的证据毫无保留地提交给法庭，甚至有些观点也不愿意和盘托出，而是企图通过在庭审中搞突袭、令对方措手不及来谋求庭审中的优势，进而获得胜诉的效果。这显然是与庭前会议制度设计的初衷背道而驰的。

证据开示制度的建立将有效地解决“证据突袭”问题，防止控辩双方利用各自的诉讼技巧扰乱正式的庭审秩序，从而以不正当手段来谋求胜诉的结果。为了保证证据开始制度的落实，应当在法律上明确规定，无正当理由未在庭前会议阶段展示的证据不得在随后的正式庭审阶段提交法庭。

（二）刑事庭审程序的完善

为了充分发挥庭审在司法裁判中的决定性作用，首先要从时间上保证法官在重大疑难案件中有充分的时间来开展庭审活动。有学者指出，“从世界范围来看，大多数国家大都没有在立法中规定刑事审判期限制度，而是确立了集中审理原则。”[2]我国《刑事诉讼法》对于一审、二审和再审的期限都有明确的规定，2012 年刑诉法修改时曾经将审限适当延长，但目前的审限仍然难以满足庭审活动的需要。笔者建议通过修改刑诉法，将重大疑难案件的审限进一步延长，并将控辩双方阅卷的时间从审判期限中予以扣除，这样就可以保障法官从容地安排庭审。此外，对于法官主持调解的时间也应

---

1 五南法学研究中心：《必备六法》，五南图书出版公司 2007 年版，第 638 页。

2 李奋飞：《论刑事庭审实质化的制约要素》，载《法学论坛》2020 年第 4 期。

当从审限中加以扣除。目前对于死刑案件或是民间纠纷引发的案件，最高院要求“能调尽调”。然而，在实践中，调解工作往往需要耗费大量的时间和精力，如果不加以扣除而挤占庭审时间，难以保障审理工作的质量。

其次，应当将庭审活动聚焦于控辩双方有争议的事项。只要庭前会议的功能得到了充分的发挥，那么，法官在正式庭审前就可以对控辩双方争议的事项有全面的把握。在此情况下，完全可以将正式庭审聚焦于这些控辩双方存在分歧和争议的事项，以确保正式庭审的效率，节约有限的庭审资源。因此，需要限制庭审需要解决的问题的范围，即只有那些在阅卷之后仍然存在疑问的问题，或者是控辩双方争议较大的问题才属于庭审的范围。

再次，应当通过程序性制裁机制来保障证人出庭作证。尽管 2012 年刑诉法修改已经在保障证人出庭方面作出了很大的努力，但实践中证人不出庭仍然是一种常态。其根本原因在于，刑事诉讼法并未像对待鉴定人不出庭那样，在法律上明确证人不出庭的法律后果。为此，需要健全相应的程序性制裁机制，明确规定对于那些可能影响案件事实认定的关键证人，经法庭传唤不出庭的，由控方承担举证不能的法律后果。惟有如此，才能给公安机关和检察机关施加足够的压力，驱使其积极主动地做好证人的思想工作，动员其出庭作证。

此外，为了保障庭审活动切实发挥决定性作用，还应当构建独立的量刑程序和罚没程序，并强化对被害人的权利告知。一是构建独立的量刑程序，以确保控辩双方围绕量刑问题展开充分的举证、质证和辩论。正如学者所言，“在被告人不认罪或辩护律师作无罪辩护的案件中，确立完全独立的量刑程序。在此模式中，定罪与量刑程序完全分离，只有在确定被告人有罪之后，才能进行量刑程序。应当说，此种程序既能够避免辩护陷入上述两难之境地，也可以防止量刑材料对定罪的影响。”[1]二是设置独立的罚没程序，以保障涉案财物的公正处理。近年来，涉案财物处置受到了理论界和实务界的关注。有论者指出，“对涉案财物的查明和判处是救济被害人损失、剥夺不法获利和取缔违法使用财物的裁判依据，但从样本判决看，法院对涉案财物的审理和判决存在严重的疏漏，即：判处追缴违法所得的仅占 20%多，且无一案件对涉案孳息进行判决处理。”[2]设置相对独立的罚没程序能够确保控辩双方在法庭上就涉案财物处置展开充分的辩论，从而保障法庭准确认定事实和适用法律。三是强化对被害人的权利告知，以确保其充分参与庭审活动。在当前的司法实践中，被害人的权利保障不够，这也是影响刑事庭审实质化的一个重要方面。在诉讼过程中，被害人的知情权，包括被害人的参与权，比如在认罪认罚环节如何参与，庭审是否参与，都需要在法律上明确如何通知被害人参与诉讼。目前刑诉法并没有明确的规定要通知被害人，只是规定要通知被害人的诉讼代理人，这在实践中难以有效保障被害人的知情权和参与权。

（三）庭外调查制度的完善

首先，庭外调查的范围应当受到严格的限制。根据不告不理的审判原则，法官不能围绕控方没有提起指控的罪名展开调查，也不能就控方没有主张的犯罪事实展开调查。同时，庭外调查是对法庭审理的必要补充，要避免“本末倒置”，因而应将庭外调查的目的局限于核实庭审活动中控辩双方争议的焦点问题，而不应超出庭审调查的范围而“另起炉灶”。

其次，应当保障控、辩、审三方对庭外调查活动的充分参与。我国刑诉法为了保障庭外调查的顺利进行，明确规定了法官可以采取的调查措施。《刑事诉讼法》第 196 条规定，“法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据，可以进行勘验、检查、查封、扣押、鉴定和查询、冻结。”从这一条文的表述来看，实际上法院庭外调查核实证据的活动应当仅限于那些只适宜在庭外开展的“勘验、检查、查封、扣押、鉴定和查询、冻结”活动。可见，在实践中，法官在庭外对被告人进行讯问以及对证人、鉴定人展开询问的做法，显然超出了庭外调查活动的边界。毕竟这些讯问或者询问没有在公诉人和辩护律师的参加下进行，被告人也没有机会直接听取证人、鉴定人的证言并与其对质，因而无法借助交叉询问来保障这些言词证据的真实性。另外，尽管《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第七十九

1 汪海燕：《论刑事庭审实质化》，载《中国社会科学》2015 年第 12 期。

2 葛宪运：《刑事涉案财物审理的庭审实质化路向》，载《人民司法》2021 年第 31 期。

条规定，“人民法院依照刑事诉讼法第一百九十六条的规定调查核实证据，必要时，可以通知检察人员、辩护人、自诉人及其法定代理人到场。上述人员未到场的，应当记录在案。”但一方面，这里仅仅规定是“必要时可以”，而非“应当”；另一方面，即使通知检察人员、辩护人、自诉人及其法定代理人到场，但由于被告人不在场而实际上丧失了对质权。此外，庭外调查核实证据的主体虽然是法官，但通常不是全体合议庭成员参加，这同样会违背直接审理原则。

笔者认为，我们应当在立法中明确限定法院在庭外调查核实证据的范围，即仅限于确有必要在庭外核实的实物证据，并且要切实保障控辩双方的质证权。在笔者看来，对于言词证据的审查核实原则上只能在法庭上进行，确有必要讯问或者询问的，应当通知控辩双方参加并允许其补充发问。对于实物证据只有在确有必要的情况下才能在法庭之外进行调查核实，并且，应当由审判长主持，全体合议庭成员参加，同时还要为被告人及其辩护人提供质证的机会。正如学者所言，“应当废除庭后移送证据材料的规定。如果有新的证据材料出现，应当恢复法庭调查。”[1]因此，所有通过庭外调查取得的证据都应当在随后的庭审中让控辩双方进行质证。

1 汪海燕：《论刑事庭审实质化》，载《中国社会科学》2015 年第 12 期。

以审判为中心的诉讼制度改革成果入法研究

高一飞*

摘 要：涉及以审判为中心的诉讼制度改革的规范共有五个文件 171 个条文，内容涉及刑事诉讼法的原则、程序、制度三大部分，很多内容属于《刑事诉讼法》中没有的创制性规范。将来，需要合理吸收以审判为中心的诉讼制度改革成果，将以下内容写入《刑事诉讼法》：确立五大刑事诉讼法基本原则即证据裁判原则、排除非法证据原则、无罪推定原则、程序公正原则、集中审理原则；在侦查和起诉程序中确立物证、书收集过程的录音录像规则、讯问录音录像全覆盖机制、重大案件侦查终结前的讯问合法性核查制度、侦查阶段辩护意见核实制度、检察机关退回补充侦查引导和说理机制；庭前会议程序应当独立成章入法；确立法庭调查中的中国式庭审开头程序、出庭作证程序、举证质证规则、法官庭审认证规则；确立非法证据的范围和定义、排除非法证据程序。

关键词：以审判为中心；基本原则；诉讼程序；证据制度；《刑事诉讼法》修改

2014 年 10 月 23 日，党的十八届四中全会通过了《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，“这项改革有利于促使办案人员增强责任意识，通过法庭审判的程序公正实现案件裁判的实体公正，有效防范冤假错案产生。”[1]以审判为中心的诉讼制度改革牵一发而动全身，推动了刑事诉讼基本原则、制度、程序的重大修改。2016 年以来，最高司法机关通过两个意见、三项规程共五个规范性文件来落实党中央的部署。

2016 年 10 月 10 日，两高三部[2]发布《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》（21 条，以下简称《改革意见》），为贯彻落实《改革意见》，2017 年 2 月 17 日，最高人民法院发布《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》（33 条，以下简称《实施意见》）。2017 年 6 月 6 日，最高人民法院发布深入推进刑事庭审实质化改革的“三项规程”，经过近半年的试点，2018 年 1 月 1 日，最高人民法院发布深入推进刑事庭审实质化改革的“三项规程”，即《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》（简称《庭前会议规程》）《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》（简称《排除非法证据规程》）《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》（简称《法庭调查规程》）。2024 年 9 月 3 日，最高人民法院对三个规程中的前两个进行了修改，并去掉了“试行”二字。据悉，最高人民法院同时正在对《法庭调查规程》进行更大的修改，修改后的文件即将发布。2024 年修改以后的《庭前会议规程》《排除非法证据规程》和继续有效的 2018 年《法庭调查规程》的条文数量分别为：28 条、36 条、53 条，以下简称《调查规程》）。

以上涉及以审判为中心的诉讼制度改革的五个文件条文合计共有 171 条。本研究成果将概括以审判为中心的刑事诉讼制度改革规范的特征，研究将上述规范写入《刑事诉讼法》的方案。

一、以审判为中心的刑事诉讼制度改革规范的特征

规范性文件是以审判为中心的刑事诉讼制度改革成果的基本体现，体现了以下特征：

（一）内容涉及刑事诉讼法的原则、程序、制度三大部分

党的文件将以审判为中心的诉讼制度作为解决程序公正、防止冤假错案的重要制度，体现了中国共产党人社会治理的能力和智慧，即提出一个改革要求作为抓手或者关键词，却能囊括影响程序公正的关键性问题。以审判为中心的诉讼制度改革虽然关键词只有“审判为中心”五个字，却因为强调“事实证据经得起法律的检验”，审判需要检验侦查、起诉的成果，因而这一改革实质上要触及侦查、起诉、审判三大程序；“事实证据”问题必然涉及证据制度改革；侦查、起诉、审判的程序公正需要职能主体去实现，这一改革也会带动司法责任制改革。因此，以审判为中心的诉讼制度改革是一场涉及刑事诉讼原则、制度、程序和刑事司法体制的重大改革。以《改革意见》为例，共 21 条，第 1 条重申法院统一定罪原则、配合与制约原则；第 2 至 6 条对证据制度实现了具体化；第 7 至第 20 条提出完善侦查、起诉、审判、检察监督加大程序，第 21 条提出完善繁简分流机制，涉及到了

---

* 高一飞，广西大学二级教授，博士生导师。本文为 2024 年度中国刑事诉讼法研究会“刑事诉讼法制完善项目”重点项目“以审判为中心的诉讼制度改革成果入法研究”的成果。联系电话：18680805991；邮箱：490742919@qq.com.

1 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社 2020 年版，第 101-102 页。

2 本文所称“两高三部”为最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部，下文不再一一说明。

刑事诉讼原则、制度和程序各方面。

（二）有些条文是对《刑事诉讼法》原有条文的重申和改革表态

《改革意见》作为一个总揽全局、指导其他文件的文件，有些内容重申了《刑事诉讼法》条文，如第 1 条重申了《刑事诉讼法》法院统一定罪原则、配合与制约原则；有些则提出了改革的未来方向，如第 3 条前两句要求“建立健全符合裁判要求、适应各类案件特点的证据收集指引”；第 3 条要求“统一司法鉴定标准和程序。完善见证人制度”，提出了需要完善和改革这一制度的抽象要求，表明了改革的决心。

（三）有些条文是对《刑事诉讼法》的解释性规范

有些内容是对《刑事诉讼法》的解释，以《法庭调查规程》第 50 条为例，这一条规定了“被告人的当庭供述与庭前供述、自书材料存在矛盾”时的处理规则，这是对《刑事诉讼法》第 55 条“不轻信口供”规则的进一步解释，是对实践中口供认证规则的具体技术的细化，没有突破《刑事诉讼法》条文。类似这样的条文在《法庭调查规程》占了较大篇幅。

（四）有些条文是《刑事诉讼法》中没有规定的创制性规范和理念

以审判为中心的诉讼制度改革成果的最大特点是新增加了很多《刑事诉讼法》中没有规定的创制性规范，如《刑事诉讼法》第 187 条规定的庭前会议制度只有 69 个字，甚至于没有出现“庭前会议”这个名称，但《庭前会议规程》多达 4000 字，规定了相对完备的庭前会议程序。

另外，五个文件还将刑事诉讼法学界提了很多年、想了很多年，在教科书中是常识，但在规范性文件中却一直没有出现过的重要理念首次写书入了改革规范，如：有利被告（《改革意见》第 2 条），集中审理（《实施意见》第 2 条），疑罪从无（《实施意见》第 3 条），居中裁判、控辩平等（《法庭调查规程》第 2 条）。这些理念作为规则、原则被写入司法文件需要克服很多观念和体制上的阻力，为改革提供了方向性指导和精神力量。

二、刑事诉讼法基本原则改革成果入法方案

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求“健全落实罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则的法律制度”，疑罪从无、非法证据排除作为原则首先在中央文件中被提出。以审判为中心的诉讼制度改革五个文件中，《实施意见》确立了严格司法四大原则（即证据裁判原则、非法证据排除原则、疑罪从无原则、程序公正原则，《实施意见》第 1-4 条）；《法庭调查规程》四大庭审调查原则即证据裁判原则、程序公正原则、集中审理原则、诉权保障原则（《法庭调查规程》第 1-4 条）。其中证据裁判原则、程序公正原则两大原则既是司法原则，也是法庭审判原则。本文认为诉权保障原则可以合并到程序公正原则中，疑罪从无原则要规定在无罪推定原则中。根据以上两个文件，《刑事诉讼法》需要确立五大原则：证据裁判原则、非法证据排除原则、疑罪从无原则、程序公正原则、集中审理原则。

（一）确立证据裁判原则

《实施意见》第 1 条将证据裁判原则解释为“认定案件事实，必须以证据为根据。”[1]其实，除了上述文件，《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求“全面贯彻证据裁判规则，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据，完善证人、鉴定人出庭制度，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。”首次在党的文件中提出证据裁判原则，并确立了其基本内容：一是规定了证据裁判涉及的对象，即收集、固定、保存、审查、运用证据五大环节都要求遵循法定规则。二是为确立直接言词原则提供了基础，“完善证人、鉴定人出庭制度”虽然没有明确提到直接言词原则，但这是直接言词原则的基本内容和实施前提。三是指出了证据裁判原则的实质是一条裁判原则，即“保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”。

以上内容结合起来已经形成了一个证据裁判原则的完整规则体系，修改后的《刑事诉讼法》可

---

1 最早间接确立这一原则的规范性文件是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33 号）第 63 条：“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。”刑事诉讼法规则第一次提到“以证据为根据”是 2010 年 7 月 1 日两高三部发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第 2 条：“认定案件事实，必须以证据为根据。”

以规定：

坚持证据裁判原则，收集、固定、保存、审查、运用证据都要遵守法定规则；实行直接言词原则，证人、鉴定人一般应当出庭作证；裁判要以法庭上查明的事实为根据，认定事实要以证据为根据。

（二）确立非法证据排除原则

我国 1996 年《刑事诉讼法》仅在第 43 条规定了禁止以非法方法收集证据，但没有规定非法取证的后果，没有要求排除非法证据，对待非法取证是“禁而不排”。1998 年最高人民法院的司法解释第 61 条规定应当排除非法取得的言词性证据，1997 年《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第 265 条[1]也作了类似规定。“两高三部”于 2010 年联合发布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，通过“五条八款”对非法证据的含义、排除规则、排除程序进行了比较全面的规定。2012 年修改的《刑事诉讼法》从立法上明确了非法证据排除规则，并简要规定了非法证据排除程序。《实施意见》首次将这一规则上升为原则，具有重大的现实意义。

修改后的《刑事诉讼法》可以沿用《实施意见》第 1 条规定：

坚持非法证据排除原则，经审查认定的非法证据，应当依法予以排除，不得作为定案的根据。

（三）合并疑罪从无原则确立无罪推定原则

《实施意见》第 1 条首次以司法文件的形式落实《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的要求，确立疑罪从无原则，这对抑制我国长期以来的疑罪从挂、疑罪从拖的做法具有重要意义。但是，考虑到这一原则在各国往往是将其作为无罪推定原则的一部分进行规定。[2]假定无罪、控方举证、疑罪从无是无罪推定原则的基本要求。我国在《刑事诉讼法》中全面确立无罪推定确有必要，我们可以将其作为无罪推定的具体内容进行规定。

修改后的《刑事诉讼法》可以规定：

坚持无罪推定原则：任何人在法院裁判之前应当假定是无罪的；举证责任由控方承担；存在疑问时应当作出有利于被告人的认定。

（四）合并诉权保障原则确立程序公正原则

2014 年党的十八届四中全会决定明确要求“事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案过程符合程序公正”[3]，第一次在党的文件中提到“程序公正”。2017 年 2 月 17 日《实施意见》第 4 条规定：“坚持程序公正原则”，首次将程序公正上升为原则，并将“四个在法庭”[4]解释为法庭审判程序公正的具体标准。《法庭调查规程》第 2 条还增加了“法庭应当居中裁判，严格执行法定的审判程序，确保控辩双方在法庭调查环节平等对抗”，第一次在规范性文件中提到“居中裁判”“平等对抗”并将其作为程序公正的核心内容。《法庭调查》规程第 4 条坚持诉权保障原则实际上是对平等对抗规则的解释，是程序公正原则的具体化，完全可以合并到程序公正原则之中。

修改后的《刑事诉讼法》可以综合前述文件的条款，规定：坚持程序公正原则。办案过程应当符合程序公正，依法保障诉权。法庭应当居中裁判，严格执行法定的审判程序，确保控辩双方在法庭调查环节平等对抗，确保诉讼证据出示在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判结果形成在法庭。

（五）合并庭审法官不可更换规则确立集中审理原则

集中审理原则本来是一条人权原则，而不是效率原则，《公民权利与政治权利国际公约》第 9 条规定被追诉人：“有权在合理的时间内受审判或被释放。”《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款要求“任何

---

1 1997 年 1 月 15 日通过的《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》是最高人民检察院发布的对 1996 年《刑事诉讼法》的适用规则。

2 欧洲人权法院认为，《欧洲人权公约》第 6 条第 2 款体现了无罪推定原则。它特别要求：（1）法官在履行职责时，不应先入为主地认为被告犯了所指控的罪行；（2）举证责任由控方承担；（3）存在疑问时都应有利于被告。

3 中共中央文献研究室编编：《十八大以来重要文献选编》（中），中央文献出版社 2016 年版，第 170 页。

4 《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》第 4 条规定的“四个在法庭”是：“确保诉讼证据出示在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判结果形成在法庭。”

人有理由在合理的时间内受到……审讯。”其目的是确保被告不必在受到指控时等待太久，并确保指控得到确定。[1]世界各国都规定了集中审理原则或者类似原则，英美国家归入迅速审判原则中，而大陆法系国家则直接表述为“集中审理原则”或者“审理应当持续进行”。[2]

《实施意见》第 2 条首次在规范性文件中出现“集中审理”一词。《法庭调查规程》第 3 条要求：“法庭应当坚持集中审理原则……避免庭审出现不必要的迟延和中断。”遗憾的是以上规定只规定了两个事项：合议庭作好开庭准备、召开庭前会议，没有规定不必要的迟延和中断的程序性后果，这是一个专门为完善庭前会议制度量身定做的原则。

另外，法庭集中审理的一个重要规则是法官不可更换，2021 年 3 月 1 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 301 条确立了庭审法官不可更换原则，在规定集中审理原则时可以同时纳入这一内容。考虑到我国的诉讼中断有很多救济机制可以平衡诉讼中断带来的问题，我国不宜引进西方国家的“长期不必要的诉讼中断导致程序更新”的做法，但可以要求司法人员承担相应的司法责任。而法庭成员更换严重违背集中审理原则，影响审判更正，应当更新审理，《解释》第 301 条关于更换法庭成员需要“重新开庭审理”的规则需要保留。

修改后的《刑事诉讼法》可以规定：

法庭应当坚持集中审理原则，避免庭审出现不必要的迟延和中断。庭审结束后、评议前，部分合议庭成员不能继续履行审判职责的，人民法院应当依法更换合议庭组成人员，重新开庭审理。相关人员因为自己的过错造成审判迟延和中断的，应当依法承担法律责任。

三、侦查和起诉程序改革成果入法方案

由于五大文件中后四个是由最高人民法院制定发布的，涉及侦查和起诉程序的内容主要体现在《改革意见》中，而改革意见又都是以重申已有刑事诉讼法条文和改革要求表态为主要内容，直接创设的新内容并不多，主要有三个方面。

（一）确立物证、书证收集过程的录音录像规则

《改革意见》第 3 条规定：“探索建立命案等重大案件检查、搜查、辨认、指认等过程录音录像制度。”首次要求对刑事侦查中的物证、书证取证进行录音录像，这是重大创举。

我国行政执法过程的录音录像制度已经逐步制度化。2016 年 6 月 14 日，公安部布的《公安机关现场执法视音频记录工作规定》规定对六种现场执法活动“公安机关应当进行现场执法视音频记录”。举轻以明重，考虑到普通的行政执法案件物证收集过程都要求录音录像，我们可以要求刑事侦查中所有案件（而不仅是命案等重大案件）物证、书证取证过程都应当录音录像。

修改后的《刑事诉讼法》可以规定：

对检查、搜查、辨认、指认等侦查过程应当录音录像，录音录像的收集、保存、管理、使用程序，可以参照讯问录音录像的相关规定。

（二）确立讯问录音录像全覆盖规则

我国《刑事诉讼法》第 123 条规定只要求对重大犯罪案件的讯问过程进行录音录像，对一般案件规定“可以对讯问过程进行录音或者录像”，而没有强制要求应当录音或者录像。2014 年 9 月 5 日公安部发布的《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》仍然将录音录像限于“重大、疑难、复杂”案件，但该通知第 7 条要求“各级公安机关应当积极创造条件，尽快实现对所有刑事案件讯问过程全程录音录像。”可以说，讯问录音录像全覆盖是侦查机关追求的目标。

《改革意见》第 5 条提出：“逐步实行对所有案件的讯问过程全程同步录音录像”，意义重大，很有必要。当然，也要考虑到现场抓捕等紧急情况下进行的讯问，这可以作为例外情况。

修改后的《刑事诉讼法》第 123 条可以规定：

侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，除遇有紧急情况以外，应当对讯问过程进行录音或者录像。录音或者录像应当全程进行，保持完整性。其他司法人员讯问犯罪嫌疑人、被告人也适用以上规定。

---

1 Wemhoff v. Germany, 1968, § 18; Kart v. Turkey GC, 2009, § 68.

2 各国的详细规定参见高一飞：《刑事审判中断的滥用及其规制》，载《刑事司法论丛》（第七卷），中国检察出版社 2021 年版，第 52-60 页。

（三）重大案件侦查终结前的讯问合法性核查制度

《改革意见》第 5 条首次规定要求“探索建立重大案件侦查终结前对讯问合法性进行核查制度”，2019 年 12 月最高人民检察院颁布《人民检察院刑事诉讼规则》规定这项工作由“驻看守所检察人员在侦查终结前”进行。2020 年 1 月 13 日，最高人民检察院、公安部、国家安全部三部门联合出台了该制度的专门性规定《关于重大案件侦查终结前开展讯问合法性核查工作若干问题的意见》。

与世界各国通过律师在场权等防御方式保障讯问合法性不同，我国通过加强司法机关的制约，这是我国检察机关的特殊性质和看守所派驻检察制度的优势所产生的一项加强侦查监督、保障司法人权的特有措施。可以在《刑事诉讼法》中规定这一制度，具体实施细则可以通过类似于《关于重大案件侦查终结前开展讯问合法性核查工作若干问题的意见》的司法文件进行规定。

修改的的《刑事诉讼法》可以增加规定：对重大案件，人民检察院驻看守所检察人员在侦查终结前应当对所派驻的看守所中进行的讯问合法性进行核查并全程同步录音、录像，核查情况应当及时通知本院相关部门。

（四）侦查阶段辩护意见核实制度

《刑事诉讼法》第 161 条[1]规定应当听取辩护意见并记录、附卷，但并没有要求核实辩护意见。《改革意见》第 6 条规定辩方提出从宽或者无罪意见，侦查机关应当核实这一意见。这一内容增加了侦查机关新的义务和责任，体现了对辩护意见的积极回应，旨在保护人权，防止案件带病进入下一个阶段，这一规定很有必要。

修改后的《刑事诉讼法》可以增加《改革意见》第 6 条的全部内容：在案件侦查终结前，犯罪嫌疑人提出无罪或者罪轻的辩解，辩护律师提出犯罪嫌疑人无罪或者依法不应追究刑事责任的意见，侦查机关应当依法予以核实。

（五）确立检察机关退回补充侦查引导和说理机制

《刑事诉讼法》第 175 条规定了退回补充侦查的条件和期限，但没有规定退回补充侦查需要补充的证据内容和理由。《改革意见》第 7 条规定:“进一步明确退回补充侦查的条件，建立人民检察院退回补充侦查引导和说理机制，明确补充侦查方向、标准和要求。”2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 257 条要求退回补充侦查应当制作书面补充侦查提纲，写明补充侦查的事项、理由、侦查方向等，还要求出具《补充侦查意见书》。另外，《改革意见》第 7 条还规定了与《补充侦查意见书》相对应的反向说明机制，侦查机关应当通过《补充侦查情况说明书》向人民检察院说明情况或者理由。

修改后的《刑事诉讼法》时可以规定：

人民检察院退回补充侦查应当制作《补充侦查意见书》进行引导和说理，明确补充侦查方向、标准和要求。侦查机关无论是否查明《补充侦查意见书》要求查明的事项，都应当通过《补充侦查情况说明书》向人民检察院说明情况或者理由。

四、庭前会议程序改革成果入法方案

全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会刑法室副主任黄永提出要“对刑事诉讼法的编章体例进行调整，进一步完善审判程序与审前程序的关系”[2]，庭前会议程序单独成章可以成为编章体例调整的主要内容。《刑事诉讼法》第 187 条用一段话 69 个字对庭前会议进行了规定，而《庭前会议规程》经过两次修改，形成了用 28 个条文近 4000 字篇幅，全面规定了庭前会议的制度和程序。《刑事诉讼法》第 187 条内容简单，其程序只有“了解情况，听取意见”八个字，但听取意见之后没有授权法官作出任何处理，形成了“议而不决”的局面。对此，各地进行了很多地方性试点，《庭前会议规程》正是在调研各地试点基础上形成的比较完备的方案，已经形成了独立的刑事诉讼程序。

（一）已经形成了新的程序机制

---

1 《刑事诉讼法》第 161 条:“在案件侦查终结前，辩护律师提出要求的，侦查机关应当听取辩护律师的意见，并记录在案。辩护律师提出书面意见的，应当附卷。”

2 黄永:《建设公正高效权威的中国特色社会主义刑事诉讼制度———中国刑事诉讼立法历程回顾和再修改前瞻》，《法律适用》2024 年第 7 期。

庭前会议程序已经规定了庭前会议的条件（《庭前会议规程》第 1 条）、庭前会议参会人员、召开时间、场所、次数、方式（《庭前会议规程》第 2-8 条），准备程序（《庭前会议规程》第 9 条），开始程序（《庭前会议规程》第 10 条），正式程序（《庭前会议规程》第 11-23 条），终结程序（《庭前会议规程》第 24-25 条）。现有规定形成了间于起诉程序和庭审程序之间的、具有中国特色的“中间程序”。

（二）已经形成了新的诉讼职权和诉讼权利

《刑事诉讼法》第 187 条没有规定法官对程序的指挥权和决定权，因此，2012 年《刑事诉讼法》规定这一程序之后，由于授权不明，法官只能摸着石头过河，形成了各种样式的庭前会议。《庭前会议规程》规定庭前会议中法院对于十一类程序性问题有“依法作出处理”的权力（《庭前会议规程》第 2 条）；对实体问题有“归纳控辩双方的争议焦点”（《庭前会议规程》第 21 条）的权力。在庭前会议中，会议参与人包括辩护人和被告人、附带民事诉讼当事人及其法定代理人、诉讼代理人有参加会议中的一系列诉讼权利。

（三）已经形成了新的程序效力

“对于召开庭前会议的案件，在法庭调查开始前，法庭应当宣布庭前会议报告的主要内容”（《庭前会议规程》第 23 条）。控辩双方在庭前会议中就有关事项达成一致意见，又在庭审中提出异议的，除有正当理由外，法庭一般不再对有关事项进行处理。（《庭前会议规程》第 24 条）

综上，在改革文件中，庭前会议程序已经形成了新的诉讼制度和程序，需要改变其现在附属于审判程序的地位，在修改《刑事诉讼法》时可以将庭前会议程序规定为独立成章的新程序，具体方案是：

在现行《刑事诉讼法》“第二章”之前增设一章“庭前会议程序”，并对《庭前会议规程》的全部内容进行技术修改后作为这一章的具体条文。

五、法庭调查程序改革成果入法方案

如前所述，《法庭调查规程》主要是对现有《刑事诉讼法》条文的重复和解释，部分内容没有超越现有立法和《解释》的条款，但也有一些独创性条款，主要包括以下内容。

（一）修改庭审开头程序

《法庭调查规程》确立了中国式的庭审开头程序。

1.确立庭前会议报告确认程序

《法庭调查规程》第 5、6 条确立了宣布对庭前会议报告当庭确认的程序。

2.确立对被告人的开头问话程序

《法庭调查规程》第 7-10 条重申了《刑事诉讼法》中公诉人宣读起诉书后听取被告人意见的内容之后，增加了“核实被告人认罪的自愿性和真实性”的内容，并确立了讯问、询问被告人（并非就证据问题发问，第 7 条规定：“为防止庭审过分迟延，就证据问题向被告人的讯问可在举证、质证环节进行”）的顺序：公诉人——被害人及其法定代理人、诉讼代理人——附带民事诉讼原告人及其法定代理人、诉讼代理人——被告人（之间相互发问）——证人（对质询问）——审判人员。

3.确立认罪调查程序

《法庭调查规程》第 11 条规定了认罪自愿性和真实性调查程序，确立了对多起犯罪事实的案件对分别调查认罪和不认罪的事实、对不认罪事实要全面调查、对认罪的事实要核实认罪的自愿性和真实性。这是根据当时进行的认罪认罚从宽制度改革的要求规定的重要制度，应当进行规定。

以上内容在《刑事诉讼法》中只有第 191 条一个条文，应当增补到新修改的《刑事诉讼法》中。

（二）修改出庭作证程序

《法庭调查规程》第 16 条的内容已经体现在 2018 年《刑事诉讼法》第 63、64 条中。但《法庭调查规程》中还有一些重要的创制性程序需要吸收进《刑事诉讼法》规范中。

1.视频作证程序

《刑事诉讼法》没有规定视频作证程序，《法庭调查规程》第 14 条规定“可以通过视频等方式作证。”这一规定是与时俱进的表现，应当成为立法确认的规则。

2.修改证人作证条件规则

《刑事诉讼法》第 192 条规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。”我们可以简称其为“三有规则”，即“有异议”“有重大影响”“有必要”。《实施意见》第 14 条、《法庭调查规程》第 13 条删除了“有必要”这一条件。但这一条“对案件定罪量刑有重大影响”仍然由法官裁量判断。为此，应当取消这一限制，只保留“有异议”这一条件。

修改《刑事诉讼法》时应当将《刑事诉讼法》第 192 条修改为:

公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，证人应当出庭作证。

3.确立人证询问规则和发问纪律规则

世界各国对证人及其他人证都有询问规则。我国是少有的在立法中没有规定发问规则的国家，在实践中对各种人证的询问顺序参照讯问《刑事诉讼法》第 191 条进行，没有作证宣誓规则、询问顺序规则、问话纪律规则，我们所看到的实践中的“反对”“同意”等法庭对话，是实践中形成的审判习惯，并没有任何法律依据。

（1）确立作证保证书制度。《法庭调查规程》第 18 条依照英美国家的证人宣誓制度，确立了中国的证人签署作证保证上书制度。

（2）确立询问顺序规则。《法庭调查规程》第 19 条则确立了中国特色的证人自由陈述规则和询问顺序。这一规则确立了以下两个规则：一是自由陈述先行规则，规定“证人出庭后，先向法庭陈述证言”，这是世界各国刑事诉讼法没有的一条重要规则，能够最大程度避免他人的选择性提问甚至于诱导性提问；二是确立了举证方（或者申请证人方）发问——对方发问——双方发表质证意见——审判人员发问——被告人发问（经审判长准许）的中国特色的、控辩双方询问为主法官询问为辅的询问顺序。

（3）确立发问纪律规则。《法庭调查规程》第 20、21、22 条确立了发问纪律规则。第 20 条确立了发问应当遵循有五条规则[1]，这五条规则没有加“等”，目的是为了防止法官在制止发问时的自由裁量权，保证发问人的充分问话权。第 21 条则规定了根据上述规则提出异议、审判长支持或者驳回异议的程序。

队了以上主要内容外，第 23-27 条还确立了对多名证人发问应当分别进行规则、对质询问规则、证人作证记忆提示规则、有专门知识的人出庭作证规则、其他人证质证参照证人作证方式的规则。

以上证人询问规则和发问纪律规则是《法庭调查规程》的重大创新，应当规定到修改后的《刑事诉讼法》中。

（三）修改举证质证规则

在《刑事诉讼法》中，只有第 194、195 条两个条文分别规定了证言与鉴定意见、物证书证的举证质证规则，只简单规定了质证主体，没有规定质证的顺序、方式、标准。

1.举证质证的顺序、方式、法官责任

《法庭调查规程》第 28 条规定了举证质证的顺序是控方举证（之后辩方举证）——对方反驳或者认可。第 29 条规定：对于双方随案移送或者庭前提交的证据没有当庭出示的，法官应当提示双方进行质证；对于证据涉及的疑问应当质证的，法官应当引导双方发表质证意见。

2.证据合法性先行调查规则

2010 年两高三部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第 5 条首次规定对非法言词证据先行当庭调查规则。根据这一规定，只要辩方提出，法官应当无条件对证据进行合法性先行调查。《法庭调查规程》第 30 条和《排除非法证据规程》第 18 条则采取了“原则加例外”的模式，且需要以“人民法院决定”进行合法性调查为前提。

《排除非法证据规程》第 20 条维持了“原则加例外”的模式，且仍然以“人民法院决定”为前提，必然导致实践中法官对排除非法证据申请可以决定不进行调查。2010 年至今，“立法者主要围绕‘效率’

1 《法庭调查规程》第 20 条：“向证人发问应当遵循以下规则：（一）发问内容应当与案件事实有关；（二）不得采用诱导方式发问；（三）不得威胁或者误导证人；（四）不得损害证人人格尊严；（五）不得泄露证人个人隐私。”

反复修订先行调查规则，陷入了就事论事的狭隘视域”[1]，相对于 2010 年《办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第 5 条的规定是倒退，应当删除其需要“人民法院决定”是否启动的规定，且保留没有先行调查的应当“在法庭调查结束前”进行调查（而不是不再调查或者用法官单方核实性调查代替）的规定：

被告人及其辩护人申请（将“人民法院决定”改为“被告人及其辩护人申请”）对证据收集的合法性进行法庭调查的，应当先行当庭调查。为防止庭审过分迟延，可以先调查其他犯罪事实，在法庭调查结束前（增加“在法庭调查结束前”）再对证据收集的合法性进行调查。

在对证据收集合法性的法庭调查程序结束前，不得对有关证据出示、质证。

3.各类证据的举证质证规则

《法庭调查规程》第 31-44 条分别规定了物证原件的出示、出示证据的方式、不需要出庭的证言出示、质证时对技术人员的身份保密、补充证据的举证与质证、出示新证据的辩护准备、庭审中出现新证人新证据的处理、存在证据涉密时的不公开审理、需要补充侦查时的延期审理、调取检察机关证据材料、审查量刑情节、人民法院建议补充侦查、不认罪案件量刑事实的单独调查。

各类证据的举证质证规则都是《刑事诉讼法》之外新增内容，有必要规定到新修改的《刑事诉讼法》之中。

（四）确立法官庭审认证规则

《法庭调查规程》第 45-54 条共用八个条文确立了法官庭审认证规则

1.修改认证标准规则

《法庭调查规程》第 45 条规定了一条对单个证据的认证标准规则：“从证据与待证事实的关联程度、证据之间的印证联系、证据自身的真实性程度等方面，综合判断证据能否作为定案的根据。证据与待证事实没有关联，或者证据自身存在无法解释的疑问，或者证据与待证事实以及其他证据存在无法排除的矛盾的，不得作为定案的根据。”这是一个重大创举，从积极标准上规定了关联性、印证性、真实性规则；从消极标准上规定无关联、有疑问、有矛盾的证据不能作为定案的证据。这一规则存在的问题也非常明显，没有采纳传统的关联性、真实性、合法性三标准规则，用印证性取代合法性，其合理性会存在广泛质疑。

合法性作为单个证据的认定规则仍然是必要的。因为《排除非法证据规则》采用了狭义的非法证据标准，“非法”是指取证方法上的非法，非法证据只包括《排除非法证据规则》第 1、2、3 条规定的证据，还有大量主体不合法、程序不合法的证据没有包括在内，有人将不具备证据合法性的情形概括为 77 种[2]，很多证据的认定仍然需要进行《排除非法证据规则》之外的合法性审查。

传统的关联性、真实性、合法性规则仍然具有合理性，也是司法机关办案过程中诉讼各方都已经习惯使用的规则。印证规则是确认真实性的一种方法，由于其复杂的理论争议，可以作为法官认定真实性、进行自由心证的具体方法，不宜在立法中进行直接规定。

基于以上理由，有必要将上述规定修改为：

经过控辩双方质证的证据，法庭应当结合控辩双方质证意见，从证据的关联性、真实性、合法性等方面，综合判断证据能否作为定案的根据。

2.确立关联性规则

我国《刑事诉讼法》一直没有关联性的规定。2010 年 7 月 1 日两高三部发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第 6 条、第 23 条、第 26 条、第 27 条、第 29 条要求审查各类证据“与案件事实有无关联性”。《改革意见》第 27 条从总体上明确了关联性规则：“……未通过辨认、鉴定等方式确定其与案件事实的关联的，不得作为定案的根据。”《法庭调查规程》第 46 条重申了关联性规则，并增加规定“法庭对鉴定意见有疑问的，可以重新鉴定。”英美国家排除规则主要包括对品格证据关联性的审查和对外部行为关联性的审查；大陆法国家则完全没有证据关联性的规定。[3]与英

---

1 牟绿叶：《刑事诉讼中的先行调查规则：基础规范与多元构造》，《法制与社会发展》2024 年第 4 期。

2 豫法阳光：《77 种非法证据清单（2021 年版）》，载澎湃网：2021 年 4 月 8 日，https://m.thepaper.cn/baijiahao_12102052。

3 杨宗辉、赵祖斌：《英美法系证据关联性内涵再审视——基于对法律上的关联性和逻辑上的关联性的分析》，《湖北

美法系的证据关联性为了解决证据资格问题不同，前述文件的证据关联性概念实质上是解决证据的真实性问题，是在已经取得证据资格、进入质证程序后的证据认证规则，目的是确认收集的物证、书证是否为犯罪行为所形成，形成了中国特色的关联性概念和关联性规则，在办案中具有重大意义。

在修改《刑事诉讼法》时应当将《法庭调查规程》第 46 条的内容写入立法。

3.没有必要规定各类证据的认证方法

《法庭调查规程》第 47-53 条属于认证的具体方法，有些在《刑事诉讼法》中已有规定，属于没有必要通过法律规定的逻辑推理规则和技术性规则，上述规定在刑事诉讼法修改时没有必要规定。

六、排除非法证据制度改革成果入法方案

以审判为中心的诉讼制度改革在排除非法证据制度方面确立了以下两个方面的内容。

（一）确立非法证据的范围

2017 年 6 月 20 日两高三部予以印发的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（法发〔2017〕15 号，以下简称《严格排除非法证据规定》），其中第 2-7 条规定了非法证据的三种类型，并从侦查、审查起诉、审判、辩护各个方面规定了排除非法证据的程序。2018 年 1 月 1 日试行、2024 年 9 月 3 日修订的《排除非法证据规程》基本照搬了《严格排除非法证据规定》中非法证据的含义。根据《排除非法证据规程》，非法证据有三种类型。

一是非法口供，又包括了三种。一是刑讯逼供的证据。对此，《排除非法证据规程》第 1 条对肉刑逼供和威胁逼供都要求达到“使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿”的程度，采用了龙宗智教授提出的“痛苦规则”[1]标准，一般违法、不当引诱、欺骗等方法取得的口供不属于应当排除的非法证据；细化了肉刑逼供和威胁逼供的具体表现。二是非法拘禁状态下的供述。三是受刑讯逼供影响的重复性供述。

二是其他非法言词证据。《排除非法证据规程》第 2 条规定：“采用暴力、威胁以及非法限制人身自由等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。”

三是非法物证、书证。《排除非法证据规程》第 3 条规定：“采用非法搜查、扣押等违反法定程序的方法收集物证、书证，又不能补正的，对该证据应当予以排除”。不过，2018 年《排除非法证据规程》中规定的“收集物证、书证不符合法定程序”，在 2024 年《排除非法证据规程》中已经修改为“采用非法搜查、扣押等违反法定程序的方法收集物证、书证”，这一修改强调了这里的程序违法限定于方法违法，非法证据只是取证方法违法的证据，并非所有程序不合法的证据。

以上非法证据的范围总结了我国长期以来的学术成果和实践成果，总体上是可行的。就非法口供而言，我国采用了“痛苦规则+非法拘禁+有限排除毒树之果”的方法，痛苦规则与反对强迫自证其罪原则的要求基本一致；而非法拘禁取得的证据不要求符合痛苦规则，但从警示办案机关、防止非法羁押的角度来看，将非法拘禁取得的证据具有特殊的必要性；采用有限毒树之果规则，排除受刑讯逼供影响的重复供述，目的是为了防止隐形或者变形的刑讯逼供，从而从根本上防止刑讯逼供，也是必要的。就排除非法实物证据而言，采用了“方法非法规则”，大量的不合法的实物证据在不适用排除规则的情况下，通过质证认证规则中的真实性规则、关联性规则规定其“不得作为定案的根据”[2]，这一做法符合中国国情，符合“事实认定符合客观真相”的中国正义观。

《排除非法证据规程》关于非法证据范围的规定应当写入修改后的《刑事诉讼法》。

（二）确立排除非法证据的程序

2010 年两高三部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第 5、6、7 条对排除程序作了规定，但整体上是比较粗略的。2017 年 6 月 20 日两高三部予以印发的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》从侦查、起诉、审判、辩护四个角度规定了非法证据的预防和发现机制，《排除非法证据规程》则全面确立了排除非法证据的程序。

社会科学》2018 年第 1 期。

1 龙宗智：《我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题》，《政法论坛》2013 年第 5 期。

2 如《法庭调查规程》第 27 条：“通过勘验、检查、搜查等方式收集的物证、书证等证据，未通过辨认、鉴定等方式确定其与案件事实的关联的，不得作为定案的根据。”

庭前排除非法证据程序。主要包括：重大案件讯问合法性核查程序（《排除非法证据规程》第 4、5、6 条规定了讯问合法性核查的主体、程序、责任，检察院主动排除非法证据规则（《排除非法证据规程》第 7 条），辩方初步举证责任（《排除非法证据规程》第 8 条），庭前会议中的排除非法证据程序（《排除非法证据规程》第 9-18 条）。

庭审中的排除非法证据程序。产生了很多重要的规则：如证据合法性先行调查规则（《排除非法证据规程》第 20 条）、证据合法性举证责任规则（《排除非法证据规程》第 22 条）、排除非法证据质证规则（《排除非法证据规程》第 24-26 条）、当庭排除规则（《排除非法证据规程》第 28 条）、证据失权规则（《排除非法证据规程》第 31 条）等。2024 年《排除非法证据规程》第 35 条删除了 2018 年《排除非法证据规程》第 27 条“物证、书证等证据收集合法性的审查、调查，参照上述规定”的内容，物证排除程序的已无规则可循，这是不合理的，需要恢复 2018 年《排除非法证据规程》第 27 条的规定。

以上程序经过两次修改，内容比较完备。可以在进一步论证、修改相关内容的基础上写入《刑事诉讼法》，以替代现行《刑事诉讼法》第 57-60 条的简要规定。

结语

十年多来，最高司法机关稳步推进以审判为中心的诉讼制度改革，已经取得了重大成果，应当通过立法将改革的成果确定下来，使党的意志通过法定程序成为国家意志。全国人大制定、修改和废止法律的程序，要经过法律案的提出、审议、表决和公布四个环节，将改革成果写入《刑事诉讼法》的过程是民主立法的过程，需要充分论证、合理吸收、简化条文，能够通过立法程序检验、论证、完善改革成果。可以期待，入法以后的以审判为中心的诉讼制度规范将去芜存菁，更加科学完备、统一严谨。

深化以审判为中心的刑事诉讼制度改革——以《刑事诉讼法》第四次修改为中心

陈　实[*]

摘　要：以审判为中心的刑事诉讼制度改革是党中央部署的推动刑事司法现代化的重大举措。改革实施以来，在诉讼理念、司法制度和庭审程序等方面取得一定成效。但在 2018 年刑诉法修改后，推进维度单一、制度集成不足、立法未能吸收等改革困境集中凸显。刑诉法再修改是突破困境、深化改革的重要契机，应巩固改革成果，引领深化改革。刑诉法再修改可考虑通过总则确立原则、分则重设体例和公诉增添章节实现审判程序中心化；通过一审体例调整、配套制度调整、二审功能调整推动一审程序重心化；通过改革人民陪审员制度、优化庭前会议制度和规范庭审审理程序落实庭审程序实质化。

关键词：以审判为中心；刑诉法修改；庭审实质化；人民陪审员

以审判为中心是现代刑事司法的基本规律，以审判为中心的刑事诉讼制度改革是迈向中国式刑事司法现代化的关键之举。自 2014 年党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《全面依法治国决定》），明确提出要“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，至今以审判为中心的刑事诉讼制度改革已推行十年。十年间，改革文件不断颁布，理论研究持续展开，改革成效初步显现。但同时，改革也存在诸多局限，特别是 2018 年《刑事诉讼法》（以下简称“刑诉法”）第三次再修改未对改革成果予以总结吸收，导致改革成效于法失据，改革困境集中凸显，改革进程受阻停滞。以审判为中心的刑事诉讼制度改革也因此被称为“一场未完成的改革”。[1] 2023 年 9 月 7 日，全国人大常委会公布了第十四届人大任期内的立法规划，刑事诉讼法被列入修法计划。以刑事诉讼法的第四次修改为契机，应当推动既有改革成果入法，坚持深化以审判为中心的现代化刑事诉讼制度改革，推进中国式刑事诉讼制度现代化。

一、以审判为中心改革的主要成效与困境

以审判为中心的刑事诉讼制度改革实施以来，以审判为中心逐渐成为理论界和实务界广泛认同的理念，审判程序优位得以凸显，审判质效全面提升。但无论从理论还是实践来看，目前以审判为中心改革发展缓慢，多重困境集中凸显。

（一）改革收获的主要成效

一是尊重审判程序的诉讼理念基本树立。首先，坚持以审判为中心的诉讼制度改革的顶层设计初步建立。2016 年“两高三部”联合发布《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》（以下简称《改革意见》），内容涉及侦查、起诉、审判、辩护、法律援助、司法鉴定等多个领域、多个环节，明确了改革的目标和任务。2017 年最高人民法院在总结前期改革试点工作的基础上，制定出台了《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》（以下简称《改革实施意见》），奠定了法院系统推进以审判为中心的诉讼制度改革的实施基础。2017 年，最高人民法院出台“三项规程”[2]，旨在解决庭审虚化、非法证据排除难、疑罪从无难等问题。一系列规范文件的出台，为推进改革搭建了顶层设计的基础框架，以审判为中心的改革共识得以基本形成。其次，以审判为中心的刑事诉讼制度改革的理论共识基本形成。《全面依法治国决定》出台后，以审判为中心的诉讼制度改革成为诉讼法学界学术研究的热点话题。学术界围绕以审判为中心改革的内涵、价值和内容，以审判为中心的刑事司法运行规律，以审判为中心改革与刑事诉讼结构之间的关系等一系列问题展开了充分的研讨。在理论层面，对于何为以审判为中心、为何以审判中心形成了初步的共识，对于如何以审判为中心贡献了诸多的理论方案。

二是强化审判优位的司法制度逐步完备。首先，审前程序面向审判程序的局面开始显现。改革

---

[*] 陈实（1981—），男，湖北荆州人，中南财经政法大学法学院教授，博士生导师，法学博士。

[1] 参见陈实：《治理能力现代化背景下审判中心主义的变革 》，《团结》2021 年第 2 期，第 51 页。

[2] 系指 2018 年最高人民法院印发的《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》（以下简称《庭前会议规程》）、《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》（以下简称《排除非法证据规程》）和《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》（以下简称《法庭调查规程》）。

以前，公检法如同流水线上的“操作员”，而侦查、起诉和审判则是流水线上完全独立互不曾隶属的三道工序。[1]《改革意见》指出“侦查机关、人民检察院应当按照裁判的要求和标准收集、固定、审查、运用证据，人民法院应当按照法定程序认定证据，依法作出裁判。”改革以来，中央司法机关通过探索提前介入、侦查讯问合法性核查、捕诉一体化、逮捕诉讼化、非法证据排除等改革，在一定程度上规范了侦查权行使，改善了侦诉关系，强化了审前程序面向并服务于审判程序的功能。其次，繁简分流、快慢分道的审判程序体系基本形成。随着 2012 年简易程序的修改，2014 年速裁程序的出台，以及 2016 年认罪认罚从宽制度的推出，体系化的繁简分流程序机制初步形成，基本建成了以“速裁程序、简易程序、普通程序有序衔接”的多层次审判程序体系，实现了审判程序中的司法资源更为优化地配置。

三是聚焦审判质效的庭审程序更加规范有序。首先，庭审程序更为集中规范。表现为庭前会议的制度功能得到强化，有助于排除庭审障碍，保障庭审程序集中进行。庭审程序中对人证和物证、定罪和量刑的证据的审查实现初步区分，庭审举证质证顺序、询问顺序和方式更加明确具体，辩方的庭审质证权得到进一步保障，庭审对抗性有所增强，庭审认证的主体、方式和方法也更加规范有序。其次，证据调查方式更为规范精细。非法证据排除规则的实体排除范围和程序规范进一步扩大和完善，证据资格审查对审前程序的倒逼作用进一步得到激活。证人、鉴定人、侦查人员出庭作证规则更加完善，言词证据的庭审调查进一步强化。电子数据证据规范体系初步建立，为电子数据的审查和采纳提供了必要依据，同时进一步倒逼电子数据取证的规范性和合法性。此外，事实证据认证的裁判说理、综合认证的排除合理怀疑标准以及事实认定的当庭认证程序等内容的规范性也得到进一步加强。

（二）改革面临的主要困境

一是改革的推进维度较为狭窄局限。以审判为中心改革包括审判程序中心化、一审程序重心化和庭审程序实质化三个维度，即横向上刑事诉讼程序以审判程序为中心，突出审判优位；纵向上审判程序以一审程序为中心，巩固一审事实认定地位；一审程序聚焦于实现庭审实质化。[2]但是，改革实施以来，改革举措却主要集中于庭审实质化的方面，改革的推进维度较为狭窄局限。不容否认，庭审实质化的确是以审判为中心改革的重要内涵，通过推进庭审实质化，尤其通过规范化庭审调查方式和精细化证据规则，在一定程度上能起到强化控辩对抗的作用。但是，庭审程序毕竟局限于一审程序之中，对于审前程序的倒逼作用较为有限，对于整个刑事诉讼程序则几无统摄之力。企图以推进庭审实质化撬动整个以审判为中心的改革，改革路径过于狭窄局限，必将难以收获改革功效。

二是多项改革之间的系统集成性不高。作为《全面依法治国决定》提出的重要战略部署，以审判为中心改革对于我国刑事司法转型具有提纲挈领的重要作用，在新一轮司法改革中应占据核心地位，其它相关改革均应与其同向而行，不应与其相抵。然而，我国司法改革的动因常常具有明显的政策性，改革内容也带有浓厚的填补性色彩。[3]新一轮司法体制改革以来，在推行以审判为中心改革的同时，却出现了与以审判为中心的价值取向不相契合，甚至相向而行的改革举措，以至于理论界发出所谓“检察中心主义”“监察中心主义”的忧虑。[4]在法院系统内部，近年来也出现了诸如“阅核制”“二审实质化”等一些削弱以审判为中心的改革举措。[5]这些现象说明，以审判为中心改革的系统集成度不高，多类多项改革之间的适配协调性不佳，改革的主线逻辑容易发生偏转，改革的秩序和效果难

---

[1] 参见陈瑞华：《从“流水作业”走向“以裁判为中心”——对中国刑事司法改革的一种思考》，载《法学》2000 年第 3 期，第 25 页。

[2] 参见陈实：《治理能力现代化背景下审判中心主义的变革》，载《团结》2021 年第 2 期，第 53 页。

[3] 参见李敏慎：《司法改革客体和改革路径之反思——以司法事权改革为视角》，载《法学家》2018 年的第 2 期，第 111-112 页。

[4] 参见李艳飞：《认罪认罚程序的中国模式：“起诉中心主义”》，载《海南大学学报(人文社会科学版)》2023 年第 2 期，第 144 页；刘艳红：《监察中心主义倾向的理论反思》，载《中外法学》2024 年第 1 期，第 107-109 页。

[5] 参见龙宗智：《法院“阅核制”应当慎行——兼论审判监督管理的合理限度》，载《比较法研究》2024 年第 2 期，第 58 页。谢澍：《刑事案件二审开庭难的理论反思》，载《地方立法研究》2024 年第 3 期，第 117 页。

以得到保障。

三是改革成果未被立法及时总结吸纳。以审判为中心改革实施以来，取得了一些制度经验，收获了初步成效。诸如《改革意见》形成了改革共识，奠定了改革基础，《改革实施意见》，尤其是“三项规程”等一系列制度规范经过了试点检验，贴合实践，具有一定操作性，对于以审判为中心的诉讼制度改革起到了推动作用。这些改革经验理应及时进行总结，吸纳于立法之中，以固定改革成果，稳定改革预期，发挥改革功效。然而，令人遗憾的是，在 2018 年刑诉法修改时，已经部署实施了 4 年之久的以审判为中心改革，其经验和成果却未能被立法所吸纳。反而，后于以审判为中心改革的其它改革，诸如认罪认罚从宽制度改革、国家监察体制改革等，却被吸纳于立法之中。以立法为导向，2018 年以来，理论研究和司法实践的重心纷纷转向，以审判为中心改革一时间陷入低谷，甚至几近停滞。

二、以修法为契机突破改革困境

2023 年 9 月刑诉法第四次修改的立法规划公布后，全国人大常委会法工委已经就刑事诉讼法修改开展了咨询、研讨等一系列准备工作。[1]尚若至 2028 年十五届人大一次会议通过第四次修改的《刑事诉讼法》，较之 2018 年的“紧急式修法”，本次修法的准备时间较为充裕，应对刑诉法作全面检视，应改尽改。以本次全面修法为契机，应当将以审判为中心的刑事诉讼制度改革作为重点内容予以梳理吸收，以推进我国刑事诉讼法的现代化转型，改革亦能借此突破困境、巩固成果、持续深化。

（一）通过立法巩固改革成果

改革不是一蹴而就，而是温和、渐进地对现有制度进行调整和革新的长期过程。司法改革尤其如是，作为需要长期推进的系统性改革，每一阶段或方面的改革实践，须及时以立法形式予以总结吸纳，以保障改革顺利推进，同时亦能推动立法制度的完善。因此，习近平总书记指出：“对实践证明已经比较成熟的改革经验和行之有效的改革举措，要及时上升为法律法规。”[2]这是我国改革开放 30 多年来使用最多的一种立法方式，也是以改革推动立法的一条成功经验。[3]我国刑诉法自 1979 年立法以来，历经三次修改，与司法改革相生相伴，每一次修改都对重要的改革成果予以了总结吸收，业已形成了“改革试点推动立法”的基本模式[4]，在保障改革实施的同时，也极大地推动了刑事诉讼法制的现代化进程。因而，本次刑诉法修改仍须以改革实践为动力，对十八届三中全会以来的司法改革进行全面的回顾和梳理，尤其应当关照以审判为中心这一新一轮司法改革中的最为核心关键的重大改革，对其制度经验和实践成果予以总结和吸收，通过立法形式稳固改革成果，并促进刑事诉讼法自身的现代化。

（二）通过修法引领深化改革

改革不仅需要立法的巩固和保障，更需要立法的引领和深化。尤其重大改革，立法应与改革同步，甚至应当先行，以使改革具有合法依据，以及确保改革的前进方向。而且，在改革步入深水区，面临阻力和障碍时，立法可以起到保驾护航的稳定作用。因此，习近平总书记明确指出：“凡属重大改革都要于法有据。在整个改革过程中，都要高度重视运用法治思维和法治方式，发挥法治的引领和推动作用，加强对相关立法工作的协调，确保在法治轨道上推进改革。”[5]以审判为中心的诉讼制度改革是中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议作出的决议，是党中央在新时代促进国家治理体系和治理能力现代化的背景下，推进我国刑事诉讼制度现代化的重要部署。如此权威重大的改革，刑诉法理应与之协调同步，发挥立法的规范、引领和保障作用。因此，本次刑诉法修改，应当将以审判为中心这一改革目标明确载入立法，保障改革前进的方向性和持续性。更为重要的是，应

---

[1] 参见陈卫东：《<刑事诉讼法>第四次修改前瞻》，载《政法论坛》2024 年第 1 期，第 45 页。

[2] 2015 年 2 月 2 日，习近平总书记在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届四中全会精神全面推进依法治国专题研讨班上的讲话。

[3] 袁曙宏：《正确认识和处理新形势下改革与法治的关系》，载《国家行政学院学报》2015 年第 5 期，第 25 页。

[4] 参见顾永忠、李作：《论“改革试点推动立法”模式——以刑事诉讼法的修改为视角》，载《河北法学》2023 年第 8 期，第 80 页。

[5] 2014 年 2 月 28 日，习近平总书记在中央全面深化改革领导小组第二次会议上的讲话。

当将以审判为中心的三个基本维度的内涵要求融入立法，保障改革推进的系统性和秩序性。

三、诉讼程序以审判程序为中心的立法调整

刑事诉讼程序以审判程序为中心是以审判为中心的刑事诉讼制度改革的第一重维度。本次刑诉法再修改要实现审判程序中心化，应在刑诉法总则确立坚持以审判为中心的原则；分则体例划分为审前程序与审判程序；公诉章节形成检察主导服务审判的审前程序。

（一）确立坚持以审判为中心原则之总则调整

刑诉法再修改在总则确立坚持以审判为中心原则，可考虑将其置于现总则第 12 条句首。刑事诉讼基本原则具有解释刑事诉讼规范体系和指引刑事诉讼制度体系之基本功能，将“坚持以审判为中心”作为独立的刑事诉讼法原则，不仅能指导刑事诉讼程序以审判程序为中心，还能对一审程序重心化和庭审实质化两个维度起到支撑作用。学界讨论的原则确立方案有两种，一种意在对三机关基本关系作出解释，明确三机关分工、配合和制约建立在以审判为中心的基础上[1]；另一种则是直接在刑诉法中单独确立以审判为中心的原则[2]，发挥刑诉法原则对具体制度和规则的指导作用。

笔者认为，将“坚持以审判为中心”的基本原则设置在刑诉法第 7 条三机关关系原则处并不合适，一方面，三机关关系原则之条文内容直接来源于《宪法》第 140 条，不宜在该条文上进行改动，否则有违宪风险。另一方面，以审判为中心原则仅用于对三机关关系的解释和调整略显狭隘，仅立足于第一重维度的审判程序中心化，忽视了其不仅具有指导整个刑事诉讼制度体系和全部规范的重要价值，还对无罪推定、控审分离、直接言词等刑诉法基本原则具有支撑作用和协同效应。因此，修法可以考虑将以审判为中心原则以“坚持以审判为中心”之表述添加至刑诉法第 12 条中，置于“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”之前，使其与第 7 句三机关关系原则相对分离。由此，现行刑诉法第 7 句三机关关系原则是承继宪法第 140 条规定的三机关的权力组织关系之原则，意指三机关在国家权力架构中应分工负责、相互配合、相互制约。而第 12 条规定的“坚持以审判为中心”原则则用于指导刑事诉讼场域内三机关的职能关系，是指刑事诉讼的构造关系，要求在刑事诉讼构造中审判居于核心地位，在刑事诉讼程序中以审判程序为中心。[3]

（二）设置审前和审判两部分体例之分则调整

刑诉法再修改在分则设置审前和审判两部分体例，可考虑将现第二编设置为审前程序。1979 年我国首部刑事诉讼法承继了苏联诉讼阶段论的立法体例[4]，将侦查、起诉和一审程序都独立成章，诉讼阶段论的立法体例也为后续三次刑诉法修改所继承。然而，这样的篇章体例表现为侦查、起诉与审判三个程序相互分离、平起平坐，甚至变相地为案卷中心、侦查中心与流水线式程序流转等违背刑事司法规律之制度积弊提供支持，“导致刑事诉讼呈现出立案、侦查、起诉、审判、执行这种流水作业式行政化治罪的非典型诉讼形态。”[5]因而，有学者建议变动刑诉法篇章框架，将分则划分为审前程序和审判程序两个部分[6]，“审前”语义上预设了审判程序为本位之前提，体现出侦查与起诉程序乃审判程序的准备程序。

具体而言，首先，再修法应将现行刑诉法第二编重新命名为审前程序。现行刑诉法已有第三编“审判”编，但第二编名称为“立案、侦查和提起公诉”，在编名称上将立案、侦查、公诉与审判不当并列。因而，有必要将其重新命名为“审前程序”，刑诉法分则由此形成立足于审判的审前程序和审判程序之基本体例。其次，应将现“立案”章设为“侦查”章中一节，内容仅限于侦查立案，第二编审前程序仅包括“侦查”章和“公诉”章两章。因为，现行刑诉法“立案”章的具体内容不仅包涵了管辖，还包

---

[1] 参见喻海松：《法典化时代刑事诉讼法再修改的基本向度》，载《法学论坛》2024 年第 2 期，第 42 页。

[2] 参见汪海燕：《认罪认罚从宽制度视野下的“以审判为中心”》，载《中国法学》2023 年第 6 期，第 80 页。

[3] 二者分别指司法权力运行的分工制约模式与业务中心模式，参见彭涛：《司法权力运行模式的选择及重构》，载《河北法学》2023 年第 12 期，第 65-67 页。

[4] 参见陈学权：《刑事诉讼法典框架结构比较研究》，载《现代法学》2005 年第 1 期，第 151 页。

[5] 刘计划、段君尚：《中国刑事诉讼法 40 年的回顾与展望》，载《贵州民族大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 1 期，第 177 页。

[6] 参见陈卫东：《论刑事诉讼法的法典化》，载《中国法学》2021 年第 3 期，第 67-68 页。

涵了法院自诉案件，还包括了检察侦查，过于散乱，内容重复；而且将立案与侦查、起诉并列既不符合阶段论，也无法体现审前准备之特点。最后，应缩减“侦查”章下“节”的数量。现行刑诉法体例上侦查章节高达十一节，几乎占据了三分之一的目录，导致刑诉法规范在篇章体例上似为侦查程序中心。可考虑将“眼花缭乱”的侦查行为设置于一节内，大幅缩减其“节”的数量，在整个刑诉法体例上减少侦查程序的章节。

（三）形成检察主导服务审判之公诉章节调整

刑诉法再修改形成检察主导服务审判的审前程序，可考虑在现公诉章增加多小节。刑诉法体例结构的变动并不必然体现和发生刑事诉讼程序以审判程序为中心，审前与审判的体例变动要建立在二者划分理据和内在联结基础上，方能使得“审前”语义上预设的以审判为中心之意真正实现。因此，有必要进一步优化检警关系，以面向审判、服务审判为指向，构建检察机关主导的审前程序，审前与审判二分的体例变动就有了实质性的理据支持。

具体来说，首先，再修法应将现行刑诉法“提起公诉”章名称改为“公诉程序”。审查起诉程序起码包括审查案件、提起公诉和不起诉三大板块，“提起公诉”名称与其内容不匹配，而且也无法体现出检察机关审查侦查和掌控公诉权的审前主导地位。其次，应在填充新内容基础上，将“公诉程序”章划分为多个小节。现行刑诉法“提起公诉”章未设置“节”，作为审前最重要的准备程序，一方面，体例上章节过少，无法体现出审前程序中公诉准备的重要地位，审前程序的重心又落回侦查程序；另一方面，近年来，检察探索的未成年人检察、公益诉讼检察等业务、提前介入、检察听证等程序和认罪认罚、企业合规等制度，也有必要在此次立法中予以吸纳。因此，可考虑在增加内容的基础上，将本章划分为“审查案件”“提起公诉”“不起诉”“附条件不起诉”“控辩协商”等五节。最后，应专门增加检察引导和监督侦查章节。为直接在章节上突出检察机在审前程序中的主导地位，可考虑在审前程序中单设一节，如在“侦查程序”章“侦查行为”节后设置“侦查引导与监督”节，将检察机关改革探索形成的引导侦查的制度成果予以规定。

四、审判程序以一审程序为中心的立法调整

审判程序以第一审程序为中心是以审判为中心的刑事诉讼制度改革的第二重维度。刑诉法再修改要推动一审程序重心化，应在一审程序章节填充增加条文数量、完善程序内容的基础上变动体例，突出一审普通程序中心定位；通过多方面的制度优化保障一审事实审的基础性地位；厘定一审后审级程序的救济性本位，在审理范围和审理方式上对二审程序作一定限制。

（一）以体例调整突出一审普通程序中心定位

刑诉法再修改以体例调整突出一审普通程序中心定位，可考虑将第一审程序独立成编。现行刑诉法一审普通程序的条文规定仅仅 24 条，许多应包涵的内容未做出规定，不少程序并不明确，缺乏可操作性。新刑诉法修改应吸收、整合相关规范，按照审判程序流转设置具体的节并明确各节程序，以此充实一审普通程序的内容。在内容充实的基础上，原先“一审公诉案件”节的体例无法容纳庞大的条文内容。因此，参照《民法典》和域外国家的刑事诉讼法典之体例，再修法将第一审程序置于为“编”层次，一审普通程序作为一个单独的“章”，审判组织、自诉程序、简易程序等内容也置于“章”层次。再将现行刑诉法中的二审程序、死刑复核程序和审判监督程序等一审后的救济程序共同作为新的一“编”，依然保持“章”层次，使它们与一审普通程序地位相同，而非与一审程序地位相同。如此，既能保障一审程序之体例与其内容、条文数量相匹配，更加突出一审程序的中心地位；也能将一审普通程序与自诉程序和简化程序区分开，凸显第一审程序中一审普通程序的中心地位。

（二）以制度调整保障一审事实审基础性地位

刑诉法再修改以制度调整保障一审事实审基础性地位，可考虑在三个方面优化制度，提升一审事实认定权威性。一是，调整审级关系。法治发达国家和地区为确保一审程序在刑事审级结构中事实审的基础地位，基本均通过设置一系列制度和规则，将事实认定牢牢地压缩在一审程序中。而在我国刑事诉讼程序中，只要出现“新事实、新证据”，几乎在任何程序中都能导致案件事实重新认定。刑诉法再修改应明确“新事实、新证据”的内涵，限定其处理程序，同时明确程序性抗辩应在一审程序中提出。二是，强化诉讼各方有效参与事实认定。裁判事实的形成要为诉讼各方提供形成事实的参与机会，强化诉讼各方的有效参与，从而使得最终的事实认定为各方所认同和接受。为此，刑诉

法再修改应吸收“三项规程”中的庭审程序规范，包括定罪程序与量刑程序的分离，举证质证方式与庭审调查方式等内容，提高诉讼各方对裁判事实建构的参与度，保障裁判者与诉讼各方积极、充分和理性地交互，共同将基本案件事实固定下来。[1]三是，强化法官根据证据作出事实认定。一审事实不仅应经过诉讼各方有效参与，而且应由公正无私的法官根据庭审证据作出，方值得信任和尊重。为此，刑诉法再修改一方面要加强法官的独立性，吸收司法责任制改革成果，避免行政管理者和上级法院对一审事实认定的不当干扰。另一方面，完善证据规则，吸收《法庭调查规程》第 51 条规定，要求法官当庭对事实争议作出裁判，并且应将裁判说理制度明确规定在刑诉法中，强化一审事实认定的权威性。

（三）以功能调整限定一审后程序救济性本位

刑诉法再修改以功能调整限定一审后程序救济性本位，可考虑调整二审程序的程序要素。一审后的审级程序之定位应由监督回归救济，从功能定位来看，我国的二审程序、死刑复核程序和审判监督程序更加侧重于监督功能。[2]一方面，一审后的审级程序不受上诉、抗诉和申诉的范围限制，审级程序功能并非指向当事人的权利救济，而是案件纠错；另一方面，一审后的审级程序能够径行重新认定案件事实，不受一审程序认定的案件事实所约束，并非对一审法律适用错误的救济。然而，这种带有强烈监督色彩的审级程序，不符合一审后的审级程序应为救济性程序之本位，难以避免地导致审判重心上移、被告人上诉权缺损、事实认定错误风险升高、司法资源浪费等问题。[3]再修法要实现一审后程序回归救济性本位，应逐步实行部分的有因上诉和二审部分审查，逐渐改变诉讼参与人对二审程序的依赖。在审理范围上，尊重当事人的上诉权，逐步实行部分审查，以上诉范围限制二审的审理范围，体现一审之后的审级程序系对当事人权利的救济程序。刑诉法再修改可考虑对现行刑诉法第 233 条中一审的事实认定与法律适用的全面审查进行限定，改为二审对上诉或抗诉的事实认定以及一审的法律适用进行审查。在审理方式上，不能寄希望于由二审全面开庭审理弥补一审事实审不足的问题，现阶段二审开庭审理只会进一步弱化一审事实审的地位。因此，刑诉法再修改应继续坚持限制现阶段的二审开庭审理，进一步细化“事实、证据提出异议”情形，明确“可能影响定罪量刑”的标准。未来在一审事实审基础性地位真正确立后，二审方可考虑实行全面开庭审理，但在审理内容上逐步转向仅进行法律审。

五、一审程序以庭审程序为中心的立法调整

一审程序以庭审程序为中心是以审判为中心的刑事诉讼制度改革的第三重维度。本次刑诉法再修改，不少学者首推改革案卷移送制度，主张以此阻断案卷形成的审前预断，真正实现庭审实质化。应当承认的是，阻断审前预断实为庭审实质化乃至司法公正之必要举措，但本次修改中，实行部分案卷移送或者起诉状一本主义的观点是否契合我国刑事司法实践、能否实现有待商榷。有学者建议改革人民陪审员制度，阻断案卷移送产生的庭前事实预断，[4]笔者认为其具有合理性，且为本次刑诉法修改可能实现的方案之一。借此，于庭审实质化维度上，形塑案卷移送制度、人民陪审员制度、庭前会议制度、证人出庭制度和庭审审理程序等制度的集成体系。

（一）改革人民陪审员制度阻断庭前事实预断

刑诉法再修改以改革人民陪审员制度阻断案卷庭前事实预断，可考虑将事实认定交予不阅卷的人民陪审员。案卷移送制度会导致法官在庭前对案件事实作出预断，但只要削弱法官在案件事实认定中的地位和参与程度，就能将审前阅卷的负面影响降至最低。日本公判中心主义改革进程中，正是通过保持法官和裁判员之间的信息差，隔离案卷与庭审事实认定。[5]可见，阻断人民陪审员的庭前

---

[1] 参见谢澍：《“认知交互”与“偏见阻断”——刑事庭审实质化的理性认知进路》，载《当代法学》2023 年第 1 期，第 142 页。.

[2] 参见魏晓娜：《中国刑事审级制度反思与改革理路》，载《法学》2024 年第 5 期，第 155 页。

[3] 参见孙远：《论刑事上诉审构造》，载《法学家》2012 年第 4 期，第 141 页。

[4] 参见魏晓娜：《以审判为中心改革的技术主义进路：镜鉴与期待》，载《法商研究》2022 年第 4 期，第 40 页。参见周长军：《以审判为中心：一场未完成的改革》，载《法学》2024 年第 2 期，第 145 页。

[5] 参见[日]川崎英明：《变革中的日本刑事司法——日本刑事诉讼法和刑事司法改革专题研究》，胡丹、朱丹等译，法

预断，再将庭审事实认定交由人民陪审员，法官的庭前预断也就无关紧要了。为此，再修法一是，在“审判”编“审判组织”章单列一节规定人民陪审员制度，明确人民陪审员事实认定的程序、方式和内容，禁止人民陪审员提前阅卷，阻断人民陪审员的庭前预断。二是，逐步提升人民陪审员在庭审事实认定中的话语权，完善“事实认定问题清单”制度和合议表决制度[1]，直至将全部的事实认定交由人民陪审员。三是，完善人民陪审员制度的配套保障机制，包括废除人民陪审员固定任期制，保障遴选机制的随机性；改革人民陪审员管理方式，强化人民陪审员履职保障；完善人民陪审员的有因回避制度，并赋予控辩双方一定次数的无因回避申请权。改革人民陪审员制度后，借鉴日本公判中心主义改革经验，我国法官与人民陪审员的信息差也能够转化为推动庭审实质化的“势能”，使人民陪审员制度改革成为实现庭审实质化的“杠杆”。[2]

（二）优化庭前会议制度确保庭审集中有序审理

刑诉法再修改以优化庭前会议制度确保庭审集中有序审理，可考虑单独规定“庭前会议”节。人民陪审员并非专业的法律从业者，缺少专业法官对纷繁复杂的案件事实梳理的能力，他们的事实认定易受到庭审过程中出现的程序性争议所干扰，也更易被带有偏见性的证据所误导。因而，确保庭审集中有序审理尤为重要。然而，庭前会议制度作为保障庭审集中有序审理的重要制度，在刑诉法中仅有第 187 条第 2 款对法官的赋权式规定，本次刑诉法修改应将其以专节的形式直接规定在刑诉法中。具体来说，一是，设置客观的启动条件，对于不满足客观启动条件的庭前会议申请，法官根据案卷和申请内容认为确无必要启动的，可以直接驳回，并根据案卷指示禁止庭审出示的证据。由此形成庭前会议制度、人民陪审员制度和案卷移送制度的有机联动。二是，加强程序性事项处理的效力刚性，明确庭前会议程序必须对程序性事项做出实质性处理，并且赋予处理结果对后续审判程序的刚性约束力。三是，规范其明确控辩争议焦点、明晰法庭调查方式的制度功能与程序。不过，弥补庭前会议制度功能之“缺省”的同时，也要防止功能“溢出”，避免其超出程序性事项范围，处理定罪量刑相关的实体性事项。

（三）规范庭审审理程序重塑庭审事实发现机制

刑诉法再修改以规范庭审审理程序重塑庭审事实发现机制，一方面，再修法可考虑优化关键证人强制出庭制度。为了保证人民陪审员形成生动直观之心证，有必要落实关键证人出庭作证制度，以贯彻直接言词原则推动庭审实质化。具体而言，一是，除典型的传闻证据排除规则的例外和不适用人民陪审员审理的案件外，应当明确关键证人未出庭的证言笔录不具有证据能力，不能作为定案根据。二是，在现行刑诉法第 192 条的基础上，确立关键证人出庭作证的客观情形。三是，可以考虑将确保关键证人出庭作证之职责科以检察机关，检察机关履行公诉职责准备证据时应确定关键证人并保证出庭。另一方面，再修法可考虑详尽规定庭审调查规则，规范控辩双方庭审对抗行为，保障人民陪审员基于理性作出事实认定。为此，刑诉法再修改不仅要吸收“三项规程”中相关的证据规则和庭审规范，还应专门充实庭审调查的内容。一方面，细化庭审调查程序，区分人证和物证的举证方式，明确规定控辩双方的庭审询问的具体流程，增加证人证言陈述环节；完善交叉询问机制，构建以交叉询问为主、职权询问为辅的人证调查机制，将法官询问定位为控辩双方充分交叉询问后的补充性发问。另一方面，更善庭审调查模式，吸收《法庭调查规程》第 7 条第 2 款的规定，“根据案件情况”决定庭审事实调查的顺序，改变以往以口供为中心展开的庭审调查模式。对于关键性的证据“一证一质”，由控辩双方针对关键证据展开质证，构筑“故事事实”，事实认定者围绕控辩双方构建的事实为中心展开庭审调查，转向面向案件事实的庭审调查模式，真正形成“以抗辩制为内核的庭审事实发现机制”。[3]

六、结语

任何改革都不是一蹴而就的，事物的发展往往不是直线式、单向度的进步，而是通过一系列的

律出版社 2021 年版，第 86 页。

[1] 参见周长军：《以审判为中心：一场未完成的改革》，载《法学》2024 年第 2 期，第 145 页。

[2] 参见魏晓娜：《以审判为中心改革的技术主义进路：镜鉴与期待》，载《法商研究》2022 年第 4 期，第 40 页。

[3] 陈实：《刑事庭审实质化的维度与机制探讨》，载《中国法学》2018 年第 1 期，第 197 页。

矛盾和冲突，经历复杂和曲折变化的过程。以审判为中心的刑事诉讼制度改革更是如此，在复杂精密的刑事司法有机系统中，这种基础性变革牵涉一系列制度的重新编排，并在制度不断调整、重新契合、冲突化解、相互协同的过程中，实现刑事司法制度现代化的系统性转变。重大改革坚持于法有据是我们国家在全面深化改革道路上的成功经验和必由之路。刑诉法即将进行的第四次修改应当坚持与改革协同并进，在总结改革经验、分析改革局限的基础上，吸纳以审判为中心改革的成果，巩固和保障改革，引领和深化改革，以推进新时代刑事诉讼法治现代化。

刑民交叉案件审理顺序规则的规范构造与程序设置

秦策 常添*

摘 要： 理论界与实务界就刑民交叉案件的审理形成了三种顺序模式：先刑后民、先民后刑和刑民并行，这三种模式各有利弊，孤立地使用都不足以合理确立刑民交叉案件的审理顺序。因此，有必要在整体性设置的基础上，构建多元化的处理机制。要对刑民交叉案件审理顺序规则进行合理构建，必须厘清不同类型的刑民交叉案件与三种处理模式之间的恰当对应关系，即“刑民交叉案件类型→顺序处理模式”的规范构造。作为前提要件的刑民交叉并不是一个精确的法律概念，需要进行范围上的界定和类型上的划分。而作为处理机制的三种顺序模式虽然较为明确，但仍然需要通过实质判断来确立其先后次序的必要性。在此基础上，本文就刑民交叉案件审理顺序规则及其相关程序拟制了条文和理由论证。

关键词： 刑民交叉 先刑后民 先民后刑 刑民并行

一、问题的提出

广义上讲，刑民交叉案件是指在民事和刑事上相互交叉或牵连、相互影响的案件。[1]这类案件在司法实践中具有相当的复杂性，案涉的同一行为可能同时受到刑法和民法的调整，刑事犯罪与民事纠纷并存。例如，在合同纠纷中可能涉及犯罪行为，或者民事案件中的当事人可能是刑事案件中的被告人或被害人。解决这一案件需要运用刑法、民法两大实体法，同时又涉及刑事诉讼法和民事诉讼法这两大诉讼法的相关规定。由于案件性质认定困难，其审理顺序的安排是长期以来一直困扰我国刑事、民事司法实践的难题。

关于刑民交叉案件，现行《刑事诉讼法》只有刑事附带民事诉讼的规定。这是典型的“先刑后民”模式，即审判程序以刑事诉讼为主，“民事程序”被“附带于”刑事公诉程序，在追究刑事责任的过程中顺带追讨私人的物质损失。不仅审判组织同一，程序规定、证据规则要遵从刑事诉讼法的规定，民事责任也会被刑事责任吸收。[2]它表明，我国刑民交叉案件的程序选择实际上奉行“先刑后民”审理顺序为主导性原则，且其所涉及的案件类型十分单一且狭窄。随着经济的发展，各种新型的诉讼纠纷不断涌现，刑民交叉案件数量激增，案件类型也不仅仅是单一的刑事附带民事诉讼问题，所涉范围非常广泛。除了民间借贷、合同纠纷案件，还出现了非法集资类、虚假诉讼类等更加复杂的刑民法律交织的案件，“先刑后民”审理顺序的弊端日益明显。

为了应对司法实践的需求，最高司法机关通过一系列司法解释陆续提出了“先民后刑”“刑民并行”的程序处理方案。但这些规定之间也存在一定的矛盾与冲突，又往往沦为“就事论事”的权宜之计。学界对刑民交叉案件开展过多轮多次研讨，其中也涉及刑民交叉案件审理顺序的讨论，尤其是对“先刑后民”这一主导性原则进行了反思与批判，为刑民交叉案件审理顺序规则的合理化构建打开了通道。虽然取得了理论上的进展，但总体上是各自为营，在“先刑后民”“先民后刑”“刑民并行”程序处理方案的选择上执于一端。但事实上，这三种模式均各有利弊，尚未形成合理的规则形态，孤立地看都不足以圆满地解决刑民交叉案件处理规则的合理确立问题。

笔者认为，在刑事诉讼法修改接纳这些规则之前，有必要开展专题性的研究，探析其规范构造，明确其规则表述，赋予其合理内涵。本文将结合学界观点和司法中的探索对刑民交叉案件审理顺序进行多角度研究，分析其中的关联和区别，以求更加清晰、全面地论证和解决这一问题。本文认为，对于刑民交叉案件，应当纠正将“先刑后民”司法规则的绝对化取向，着眼于实体法和程序法的视角全面考察解决犯罪认定和程序选择问题，明确刑事、民事法律事实的区别和联系，并对刑民交叉案件的基本类型进行系统分类，确立妥当的处置方式，在此基础上，为刑事诉讼法的修订拟定相应的具体条文。

---

* 秦策，上海财经大学法学院教授，博士生导师；常添，上海财经大学法学院诉讼法学研究生。本文系 2024 年中国刑事诉讼法学研究会“刑事诉讼法制完善”重点项目成果。

1 江伟、范跃如：《刑民交叉案件处理机制研究》，载《法商研究》2005 年第 4 期，第 31 页。

2 郭小冬：《检察机关提起刑事附带民事公益诉讼的实践争议及理论回应》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2023 年第 5 期，第 173 页。

二、刑民交叉案件审理顺序的基本模式与利弊分析

（一）“先刑后民”模式利弊分析

“先刑后民”是指由法院在审理刑事犯罪的同时，附带审理民事责任部分，或者在民事诉讼活动中发现涉嫌犯罪时，先由侦查机关查清所涉犯罪事实并经法院确定刑事责任后，再对所涉民事责任进行审理。这一审理顺序是由《中华人民共和国刑事诉讼法》、1997 年最高人民法院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》和 1998 年最高人民法院《关于审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》等司法解释共同确立的。它代表了一种“刑事为主”的思维模式，并在司法实践中成为处理刑民交叉案件的主导性原则。这种“先刑后民”模式并非我国独有的现象，如德国、日本、意大利等国在处理刑民交叉案件时也有该倾向。[1]

“先刑后民”模式之所以成为处理刑民交叉案件审理顺序的主导模式，归纳起来有以下几点原因：（1）有助于更好地保障国家和社会公共利益。刑事案件所涉国家和社会利益较为重大，而民事诉讼则重于保护个人权益。基于传统的公共利益优先于个人利益的理念，刑事诉讼程序应优先于民事诉讼程序，在刑民交叉案件中，优先处理刑事案件显得更加合理。（2）刑事诉讼程序拥有更为强大的取证能力。在刑事诉讼中，公安机关能够运用刑事诉讼法赋予的侦查手段，能够全面地揭示案件的事实真相，因此，先行进行刑事案件的审理更有利于查明真相。（3）刑事裁判预决效力高于民事裁判。由于刑事案件中采用了更高的证明标准，因此刑事裁判的效力通常会优先于民事裁判。[2]这种处理模式保证了裁判的一致性，避免了同一案件中的事实认定因不同程序而出现矛盾。（4）有利于贯彻诉讼经济原则。通过“刑事合并民事”的形式，刑事案件审理中能够同步解决民事纠纷，特别是在涉及到财产返还、赔偿等问题时，有效地提高了诉讼效率。[3]这有助于减少重复诉讼、降低当事人讼累，符合诉讼经济原则，简化了复杂案件的处理程序。

但是，“先刑后民”模式也产生了一些弊端，包括：（1）有可能导致司法资源的浪费。“先刑后民”原则在实践中容易影响案件的整体处理效率，特别是当刑事案件侦查、起诉、审判周期较长时，民事案件可能因中止审理而拖延过久，使案件双方陷入于漫长的诉讼过程，导致司法资源的浪费。（2）对受害者权益保护不及时、不充分。在“先刑后民”模式下，如果刑事案件涉及的犯罪事实复杂且刑期较长，受害者的经济赔偿诉求会被大幅推迟。而且，刑事诉讼中被害人赔偿范围较狭窄，权益的保护不充分。（3）存在被恶意利用的隐患。一些当事人利用“先刑后民”原则的特点，出于打击对手、谋取不正当利益的目的，恶意进行刑事指控，以延迟或影响民事判决的执行，使得民事纠纷本应通过正常法律途径解决，却因刑事程序的介入而被拖延甚至扭曲。[4]

（二）“先民后刑”模式利弊分析

“先民后刑”模式指同一公民、法人或其他组织在同时涉及民事纠纷和涉嫌刑事犯罪时，先行启动民事诉讼程序或处理民事程序事项，其后再启动刑事诉讼程序，民事诉讼的判决或决定成为刑事诉讼的依据。如在涉知识产权类犯罪中，因知识产权问题专业性较强，不同于传统刑事案件的要件审查，往往需要先确定侵权行为是否成立，进而才能判断该行为是否已具备刑事犯罪的构成要件，最后结合相关量刑情节作出判决。[5]又如有学者建议，对被追诉人逃匿的情形，法院宜采用“先民后刑”方式来处理刑民交叉案件，通过民事缺席审判程序来处理因犯罪行为导致物质损失的被害人提出的侵权诉讼。[6]

---

1 参见万毅：《“先刑后民”原则的实践困境及其理论破解》，载《上海交通大学学报哲学社会科学版》2007 年第 2 期，第 19 页。

2 参见张卫平：《民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理》，载《法学研究》2018 年第 3 期，第 111-112 页。

3 参见齐树洁主编：《英国证据法》，厦门大学出版社 2002 年版，第 655 页。

4 陈兴良等：《关于“先刑后民”司法原则的反思》，载《北京市政法管理干部学院学报》2004 年第 2 期，第 16 页。

5 何峰、何苗：《刑民交叉案件中先刑后民处理规则的局限及解决路径》，中国政法大学刑事辩护研究中心微信公众号，2024 年 09 月 21 日。

6 宋高初：《论被追诉人逃匿后刑民交叉案件先民后刑处理方式》，载《浙江师范大学学报（社会科学版）》2023 年第 48 卷第 4 期，第 69 页。

“先民后刑”模式具有以下优势：（1）解决民事赔偿执行难的问题。在一些案件下，尽管刑事判决得以执行，民事判决却难以实施，导致执行难的问题。通过“先民后刑”模式，优先解决刑民交叉案件中的民事部分，对受害人进行先行赔偿，可防止了“空判”现象的发生，并解决了司法实践中的执行难题。（2）提升当事人赔偿意愿。此模式通过将赔偿行为与量刑及处罚类型挂钩，增强了当事人在民事诉讼中积极赔偿的动力。如果当事人积极履行赔偿义务，便可能在刑事诉讼中获得某种形式的优待。这种机制使得当事人为了减轻自身的刑事责任，更倾向于在和解过程中积极赔偿，可以更为有效地保障被害人权益。（3）促进纠纷的真正解决。“先民后刑”模式主张优先进行民事赔偿，不仅为受害人提供了物质上的补偿与精神上的安慰，还显示了被告人的悔罪态度，大大缓解了双方当事人之间本已对立的关系，有助于缓和双方的矛盾，恢复因犯罪遭到损害的社会关系。

但是，“先民后刑”模式也存在一些弊端：（1）可能导致“以钱换刑”的现象，损害司法的公平与公正。在处理刑民交叉案件的民事部分时，法院通常优先考虑当事人的协商和解决意向。如果当事人积极履行赔偿义务，可能会因此受到较轻的刑事处罚；相反，无力赔偿的当事人可能面临较重处罚。将财务能力作为判决的一个考量标准，可能引发权力与金钱的不当交易。[1]（2）可能引发判决效力的冲突。刑事诉讼与民事诉讼在证据标准上存在显著差异：前者要求“事实清楚，证据确实充分”，后者只须达到“高度盖然性”。因此，刑事判决中用于认定的证据通常更贴近事实的真相，这种高标准的证据认定可能导致民事判决被否定，从而影响法律关系的稳定性和司法的公信力。（3）可能导致刑事诉讼的延误。在采用“先民后刑”模式审理刑民交叉案件时，如果民事诉讼难以在规定时间内完成，就会导致刑事诉讼的延迟，进而影响案件的及时处理，出现犯罪嫌疑人超期羁押等问题，这不仅不利于保护当事人的合法权利，也影响整个司法流程的效率和公正。

（三）“刑民并行”模式利弊分析

“刑民并行”是指同一案情涉及刑事犯罪与民事纠纷时，只要某一纠纷不是必须以另一纠纷的解决为前提，就应按照各自程序分别推进解决。[2]2019 年最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第 128 条规定了刑民交叉案件的“分别审理”，即同一当事人因不同事实分别发生民商事纠纷和涉嫌刑事犯罪，民商事案件与刑事案件应当分别审理，具体涉及了五种情形。[3]通过刑事和民事诉讼的并行处理，司法机关能够同时对刑事和民事问题进行裁决，避免刑事案件拖延民事诉讼。

“刑民并行”模式具有以下优势：（1）平衡公共与个人利益。“先刑后民”模式强调公共利益优先于个人利益，而“先民后刑”模式则倾向于优先保护个人利益。“刑民并行”模式则同时兼顾公共和个人利益，无需处理二者的先后顺序，更注重公权与私权的均衡。（2）维护程序独立性。在“刑民并行”模式中，刑事和民事程序分开审理，各自独立判断案件的事实，法律规定的范围内操作，保持了程序的独立性。这与“先刑后民”或“先民后刑”模式不同，后两者中一种程序往往依赖或受制于另一种，难以实现程序的完全独立。（3）保障当事人的诉权。在“刑民并行”模式下，当事人的诉权不受刑事诉讼程序的制约。当事人可以随时根据民事诉讼法的规定提起诉讼，保护自己的合法权益；同时，他们也可以向公安机关报案，启动刑事诉讼程序。这种模式使当事人能够自由选择对自己最有利的诉讼方式，从而最大限度地维护他们的合法权益。

但是，“刑民并行”模式也存在一些弊端：（1）可能导致司法资源的耗费。随着案件数量年年上升，

---

1 陈瑞华：《刑事附带民事诉讼的三种模式》，载《法学研究》2009 年第 1 期，第 92 页。

2 王利明.《“刑民并行”:解决刑民交叉案件的基本原则》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 24 页。

3 这五种情形是：（1）主合同的债务人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，债权人请求担保人承担民事责任的；（2）行为人以法人、非法人组织或者他人名义订立合同的行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，合同相对人请求该法人、非法人组织或者他人承担民事责任的；（3）法人或者非法人组织的法定代表人、负责人或者其他工作人员的职务行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，受害人请求该法人或者非法人组织承担民事责任的；（4）侵权行为人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，被保险人、受益人或者其他赔偿权利人请求保险人支付保险金的；（5）受害人请求涉嫌刑事犯罪的行为人之外的其他主体承担民事责任的。上述规定并不是出台的新规定，而是对以往散落在各个法律或司法解释中关于刑民交叉条款的整理和汇总。

案多人少的状况尚未得到有效缓解。在“刑民并行”模式下，刑事和民事诉讼同时进行，需要同时处理同一行为或事实，这要求更多的人力、物力和时间投入。（2）可能导致刑民结论的冲突。由于刑事和民事诉讼在证明标准和事实认定上有所差异，可能导致刑事和民事判决发生冲突。若出现判决冲突，则需要启动程序进行纠正或再审，这不仅可能浪费司法资源，也可能影响判决的权威性和司法的公信力。（3）刑事和解的推进可能会受阻。刑事和解旨在通过被告人积极履行赔偿义务以换取在刑事惩罚上的宽恕。然而，“刑民并行”模式中刑事和民事诉讼的独立进行意味着它们之间不存在依附关系，各自由不同的审判团队负责，即便被告人积极履行赔偿义务，也可能无法获得预期的宽恕。这种情况会减少被告人履行赔偿义务的意愿，降低刑事和解的激励效能，进而可能对被告人改过自新和履行民事赔偿义务产生负面影响。

三、刑民交叉案件审理顺序规则的规范构造要素

如前所述，从程序法的角度，处理刑民交叉案件涉及三种顺序模式：从传统的“先刑后民”到近来出现的“先民后刑”和“刑民并行”，每一种模式都各有其可取之处，但如果作为单一规则进行适用，却又无法全面的解决问题。一种模式应对于特定类型的刑民交叉案件可能颇为适合，但如果用于其他种类的刑民交叉案件就未必合理。笔者认为，要对刑民交叉案件审理顺序规则进行合理构建，必须厘清不同类型的刑民交叉案件与三种处理模式之间的恰当对应关系。这是一个“刑民交叉案件类型→顺序处理模式”的规范构造。其中，作为前提要件的刑民交叉并不是一个精确的法律概念，需要进行概念上的界定和类型划分。而作为处理机制的三种顺序模式虽然较为明确，但仍然需要通过实质判断来确立各自的必要性。于是，在刑民交叉案件类型与顺序处理模式之间会形成一套多元处理机制。

（一）刑民交叉案件的范围

刑民交叉案件审理顺序规则的确立应以存在刑民交叉案件为条件。不存在任何刑民交叉的案件，自然也不会出现刑事诉讼程序与民事诉讼程序孰先孰后的问题，刑事诉讼与民事诉讼各自展开，彼此不存在关联。这实际上就所谓的“刑民并行”模式。换言之，关于审理顺序的讨论只有置入刑民交叉的语境方才有意义。有学者将刑民交叉案件界定民事法律关系和刑事法律关系存在重合的案件，[1]或者同时涉及刑法与民法规范适用的案件。[2]我们可以称之为“广义的刑民交叉案件”，但这样的定义过于宽泛，因为刑民交叉可能发生在法律主体、法律事实、法律关系和法律责任等诸多环节，[3]但并不是所有的刑事交叉案件都会产生刑事诉讼程序与民事诉讼程序孰先孰后的争议。有些案件之间尽管存在个别因素的重合交叉，但“刑民并行”式的分离处理是一种自然的最佳选择。从案件处理的总量来看，“刑民并行”其实具有当仁不让的原则地位。

可见，刑事法因素与民事法因素的重合只能算是刑民交叉案件的形式层面，要确立刑民交叉案件审理顺序规则的规范构造，还必须厘清刑民交叉案件的实质内涵。就此问题，学界产生了若干学说，最重要的是“法律关系关联说”和“事实同一说”。“法律关系关联说”主张，刑民交叉案件是指既涉及刑事法律关系，又涉及民事法律关系，且相互直接存在交叉、牵连、影响的案件。[4]但此定义包含的刑民交叉案件范围过于宽泛，交叉、影响、牵连三者界限并不明确，而且，与刑法秉持的构成要件为中心的分析方法不同，[5]这使得“法律关系关联说”面临着“刑民衔接”的困难。因此，有学者进而

---

1 陈兴良：《刑民交叉案件的刑法适用》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 37 卷第 2 期，第 161 页。

2 陈少青：《刑民交叉实体问题的解决路径——“法律效果论”之展开》，载《法学研究》2020 年第 42 卷第 4 期，第 73 页。

3 如姚辉和王林清认为民刑交叉案件是指“某一司法案件同时存在着民事与刑事部分，且该两部分在法律事实或法律主体方面存在着某一部分、某几部分甚至完全的重合，从而引发司法案件的刑事部分与民事部分在程序处理与实体责任承担等方面存在结合与渗透现象的案件”。参见姚辉、王林清：《涉犯罪合同效力问题研究》，载《法学杂志》2017 年第 3 期，第 11 页。这是从主体与责任的角度来界定刑民交叉案件。

4 参见何帆：《刑民交叉案件审理的基本思路》，中国法制出版社 2007 年版，第 25-26 页。

5 参见陈兴良：《刑民交叉案件审理的司法规则——实体法与程序法的双重考察》，载《中国刑事法杂志》2024 年第 2 期，第 4-5 页。

提出，刑民交叉案件实际上是基于“特定的事实要素”关联而发生的刑事法律关系和民事法律关系相互交叉、彼此竞合甚至水乳融合的案件，只有弄清法律事实包含的法律关系才能对其进行正确的法律评价。[1]这种观点意在论证“法律关系说”在法律技术层面的合理性，但却表明，只有立足于事实的相同或不同才能对刑民案件的交叉与进行较为准确的界定。

“事实同一说”主张，刑民交叉案件是指存在“同一事实”的刑事案件和民事案件，而“同一事实”是指各诉所依据的事实关系所表现出来的一致性或者重叠性。[2]2015 年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 6 条规定：人民法院立案后，发现与民间借贷纠纷案件虽有关联但不是同一事实的涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料的，人民法院应当继续审理民间借贷纠纷案件，并将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。2020 年新修正的《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第 1 条规定，同一自然人、法人或非法人组织因不同的法律事实，分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的，经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。在此，司法解释将事实或法律事实是否同一作为刑民交叉案件是否分开审理（刑民并行）的标准，体现了对“事实同一说”的接纳。案件事实是诉讼程序产生的前提，基于同一事实可同时产生刑事上的刑罚权或民事上的请求权，分别适用于刑事诉讼程序和民事诉讼程序，两诉之间可能存在共通的事实或法律问题，所作出的判决可能相互影响，因而需要考虑前诉与后诉之间的合理配置问题

（二）“同一事实”的理解

笔者认为，“同一事实”是区分广义刑民交叉案件和狭义刑民交叉案件的关键要素，缺乏“同一事实”要素的案件即便存在刑民之间的交错重合，亦得一律采用分离程序即刑民并行的方式来处理，不会产生疑义。以“同一事实”来限定刑民交叉案件的范围，有助于更为集中的讨论。

但必须承认，“同一事实”是一个弹性概念，其外延具有极强的延展性，因而法官有可能基于自由裁量的需要对同一事实进行裁剪固定。[3]如何理解“同一事实”，学界又产生不同的观点，具体包括：（1）自然事实说。如张卫平将司法解释中的“同一事实”解读为自然事实，法律事实是对事实本身的法律评价，带有主观性。因此应当将刑民交叉认定为自然事实上有重合、同一或者关联以及诉讼主体上有交叉。[4]而杜邈认为因刑民法律规范分属于不同法律部门，因调整对象、调整方式、法律后果方面均不相同，因此“同一事实”并非要件事实，而是自然意义上的事实本身。[5]（2）法律事实说。如毛立新认为，刑事法律事实和民事法律事实的交叉归根结底主要还是法律行为的交叉。鉴于法律事实是引起法律关系产生、变更、消灭的前提，追根溯源，法律事实的交叉才是刑民交叉的本质属性。[6]郭华认为刑民交叉案件指同一法律事实或者相互交叉的两个法律事实所引起的一定程度上相互重叠的刑事案件和民事案件。[7]（3）要件事实说。如童可兴认为刑民交叉是行为人的同一行为同时部分或全部符合刑事犯罪的构成要件和民事法律关系的构成要件的客观存在，并认为这种交叉现象是行为人实施的行为特殊到一定程度，在刑事规范与民事规范的边缘区域发生摩擦、碰撞的结果。[8]

笔者认为，虽然“同一事实”对刑民交叉案件进行了一定的限定，但是就“同一事实”本身，应当做扩大解释。从法律事实的角度来看，以是否能以当事人意志为转移作为标准，法律事实可以分为

---

1 参见杨兴培：《刑民交叉案件的类型分析和破解方法》，载《东方法学》2014 年第 4 期，第 3 页。

2 参见最高人民法院《民法典》贯彻实施工作领导小组办公室主编：《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用》（上），人民法院出版社 2022 年版，第 471 页。

3 参见赵志超：《基于同一事实的纠纷合并审理规则重述——以<民诉解释>第 221 条为中心》，载《法学评论》2023 年第 41 卷第 4 期，第 69 页。

4 参见张卫平：《民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理》，载《法学研究》2018 年第 3 期，第 107 页。

5 参见杜邈：《刑民交叉型诈骗犯罪的司法认定》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 3 期，第 38 页。

6 参见毛立新：《刑民交叉案件的概念、类型及处理原则》，载《北京人民警察学院学报》2010 年第 5 期，第 9-10 页。

7 参见郭华：《非法集资的认定逻辑与处置策略》，经济科学出版社 2016 年版，第 196 页。

8 参见童可兴：《刑民交错案件的司法界定》，载《人民检察》2004 年第 6 期，第 15-18 页。

法律事件和法律行为。法律事件是法律规范规定的，不以当事人的意志为转移而引起法律关系形成、变更或消灭的客观事实；法律行为是人们所实施的，能够发生法律上效力、产生一定法律效果的行为。二者的范围过于狭窄。从要件事实的角度来看，民法上的要件事实，是指构成民事法律关系产生、变更或消灭所必须具备的事实要素。刑法上的要件事实是指刑法规定的成立犯罪必须具备的事实，包括犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面。由于刑法规范与民法规范之间的差异，可能会导致在要件的设定方面不完全匹配。如果一定要"同一事实"是"同一要件事实"，很可能会漏失很多关键的案件事实。因此，从"同一自然事实"的角度来理解"同一事实"是更为妥当的。

（三）程序先后的决定要素

如前所述，顺序处理模式分为"先刑后民""先民后刑""刑民并行"三种。就确定刑事诉讼与民事诉讼先后次序的理据，学界产生了不同的观点，包括：（1）考察先决关系。原则上作为前提的诉讼应当先行，与此交叉的另一诉讼予以中止或停止。当民事诉讼对刑事诉讼有先决关系时，可进行"先民后刑"的审理。[1]（2）考察必要性。刑民交叉案件的审理顺序并非由刑民案件的关联形态决定的，而是取决于刑事案件或民事案件是否具有先行审理的"必要性"，即应当考虑刑事判决在民事诉讼中的预决力规则，以及刑民案件不同的诉讼目的和证据规则等。[2]（3）考察因果关系。依据"行为—法律后果—法律责任"的因果逻辑，刑民交叉案件可分为"一因多果""多因一果"与"因犯罪而继发民事诉讼"三种类型。再从保护法益立场审视，"一因多果"类案件可分别提起刑民两种诉讼，有针对性地一并实施权利救济；对于"多因一果"类案件，因只涉及一个侵权损害结果，运用刑民诉讼两种救济手段应有主次之分，共同达成填平效果。对于"因犯罪而继发民事诉讼"类案件，因犯罪行为只构成民事追责的启动因素，与民事责任程度关联度不大，民事诉讼可先行或一并进行。[3]（4）交由法官自由裁量。针对刑民交叉案件呈现多元性，有学者认为应当使用何种审理顺序应当根据个案的具体情况来分析适用，而并非简单地设定一种审理模式。[4]而对某种行为难以被认定为犯罪还是民事违法性质的"难办案件"，应遵循法秩序统一性原理、法益保护原则和程序正义依次进行检验，确保在司法上少出错。[5]

笔者认为，确定民事诉讼与刑事诉讼的先后次序问题，无论采何种观点，其背后的理据大致体现于四项原则之中。(1)"程序决定效应"原则，即就同一事实的刑民交叉案件，如果没有刑事上的判定，那么就无法正确地做出民事判决，则采用"先刑后民"模式；而如果没有民事上的判定，那么就无法正确地解决被告人的刑事责任问题，则采用"先民后刑"模式；如果不存在前述"程序决定效应"，则可采用"刑民并行"模式。(2)"避免显失公平"原则，如果采取某种顺序模式可能会导致显示公平的效果，则应当换用其他的顺序模式来办理。例如某一刑民交叉案件虽采用了"先刑后民"模式，但是由于案件办理中出现了特殊情况，如被告人逃匿，导致被害人权益损害产生严重后果，则应当考虑转化为"先民后刑"的方式来解决。(3)"避免冲突评价"原则，如果采用某种顺序模式会导致不同程序之间的冲突评价，则应当改用其他易于维护刑民判决一致性的顺序模式。(4)"价值因素衡平"原则，在前述三个原则之外，应当使程序的设置具有一定的灵活性，使之能够兼顾多元的价值目标，例如诉讼效率、保障被害人权益等。

综合上述，在刑事诉讼法中设置刑民交叉案件审理顺序规则可以遵循以下思路：一是从实然到应然，即首先基于"同一事实"圈定需要确定刑事诉讼与民事诉讼书先后次序的刑民交叉案件，不属于"同一事实"的案件，即便存在刑民因素的交错重合，也是一律采取"刑民并行"分别处理的方式。然后根据前述"程序决定效应""避免显失公平"和"避免冲突评价"原则来确定刑事诉讼与民事诉讼的先后次序。二是明确规则与适度裁量相结合，即通过类型化对刑民交叉案件审理顺序规则进行较为清

---

1 参见张卫平：《民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理》，载《法学研究》2018 年第 3 期，第 102 页。

2 参见纪格非：《论刑民交叉案件的审理顺序》，载《法学家》2018 年第 6 期，第 147-160、196 页。

3 参见祥青：《刑民交叉案件的范围、类型及处理原则》，载《法律适用》2020 年第 1 期，第 59 页。

4 参见张永泉：《法秩序统一视野下的诉讼程序与法律效果的多元性——以竞合型刑民交叉案件为视角》，载《法学杂志》2017 年第 3 期，第 44-54 页。

5 参见周光权：《"刑民交叉"案件的判断逻辑》，载《中国刑事法杂志》2020 年第 3 期，第 3 页。

晰的设置，但同时也要给办案人员保留一定的裁量空间，使之能够根据案件的情况兼顾“价值因素衡平”。

四、刑民交叉案件审理顺序规则的条文拟制及理由论证

基于上述规范构造要素，笔者对刑民交叉案件审理顺序规则进行拟制。刑事诉讼法第一编第七章标题可以改为“附带民事诉讼与刑民交叉事项的解决”，条款位置可以在 101 条之下设 101 条之一，也可以单列一专门条款。

（一）不属于同一事实的刑民交叉案件，按照“刑民并行”的程序处理

条款拟制：

第 1 款：“如果人民检察院、当事人及其法定代理人、近亲属在刑事诉讼过程中提出民事事项请求，但该民事事项请求与正在审理的刑事案件不属于同一事实，人民法院应当告知人民检察院、当事人及其法定代理人、近亲属就民事事项请求另行提起民事诉讼，刑事诉讼继续进行。”

理由论证：

如果民事争议与刑事诉讼本身并无任何关联，自然各自处理。民事争议与刑事案件之间存在交叉，但也有程度的不同。有些案件虽在行为主体或指向对象存在交叉，但是却不属于同一事实，此类案件不存在合并审理的可能性，不会产生刑事诉讼与民事诉讼孰先孰后的争议，因此采取刑民并行的方式处理。换言之，只有在确定了刑事案件和民事案件属于同一事实的基础上，才需要进行先刑后民、先民后刑的思考。如果法官认定两个案件不属于“同一事实”，那么刑事诉讼和民事诉讼分别处理。这是一个最基本的原则。

“同一事实”是指作为刑事诉讼和民事诉讼基础的自然事实具有一致性，且关于这一自然事实的认定或法律评价对刑事诉讼和民事诉讼的判决结果具有关键作用，并据此形成一种依赖关系。一般来说，构成“同一事实”的行为主体（刑事诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人、被害人与民事诉讼中的侵权人、受害人、债权人，债务人）必须具有同一性，但行为主体相同未必就一定属于“同一事实”。例如，甲欠乙工程款，迟迟不还，乙因此组织他人将甲打伤。这一案件涉及两个不同的法律关系：一方面，甲乙之间的工程款纠纷属于民事案件的范畴；另一方面，乙因打伤甲而涉嫌故意伤害罪，属于刑事案件的范畴。尽管两案的主体都是乙，但由于这两个行为涉及的法律事实不同，刑事案件与民事案件的处理结果互不依赖。因此，只要两个案件分别满足各自的诉讼条件，便可立案并分别处理，采用“刑民并行”的方式处理。[1]在本案中，同一个主体实施了两项或更多的行为，分别触犯了刑事和民事法律规范，导致刑事案件和民事案件之间出现主体交叉。但二者涉及的法律事实不同，处理结果也互不依赖。

（二）同一事实刑民交叉案件的“先刑后民”处理

条款拟制：

第 2 款：“如果前述民事事项请求与正在审理的刑事案件属于同一事实，且民事事项请求的处理需要以被告人刑事责任的解决为依据或者刑事诉讼中某项关键事实的认定为前提，那么，该民事事项请求可以与刑事案件一并审判，也可以在刑事案件审判后，由被害人及其法定代理人、近亲属另行提起民事诉讼。”[2]

理由论证：

如果确定为同一事实刑民交叉案件，法官需要判断刑事诉讼与民事诉讼孰先孰后的问题。当案件事实既涉及刑事责任又牵涉民事责任，且民事责任的认定依赖于刑事案件的处理结果时，必须优先处理刑事案件，暂停民事案件的审理，即按照“先刑后民”的顺序处理。《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》（2020 修正）第 11 条规定，人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。这体现了民事程序向刑事程序的转换。这包括以下几种情况：（1）

---

1 参见印仕柏：《民刑交叉案件管辖问题研究》，载《中国刑事法杂志》2009 年 6 期，第 72 页。

2 此处拟制条文没有规定人民法院在审理民事案件过程中发现犯罪嫌疑的情况将案件移交侦查机关的情形，这是因为这一规定依权限应当由《民事诉讼法》加以规定。《刑事诉讼法》只能规范刑事诉讼事项。

刑事案件的判决直接影响民事法律关系的成立。例如在敲诈勒索案中，被告人根据被害人签署的借据要求其还款，而被害人主张该借据是敲诈勒索的结果，双方并无事实上的借贷关系。这时，民事诉请必须中止，等待刑事案件作出裁定，再决定是否继续处理民事还款纠纷。(2）刑事案件的处理结果影响民事法律关系的效力。在某些情况下，虽然民事法律关系已经成立，但其生效或失效取决于刑事案件的裁决结果。例如，国有公司总经理徇私舞弊低价出售国有资产的案件，合同虽然成立，但因为涉及犯罪，合同无效，刑事案件的判决直接影响合同效力。(3）刑事案件的判决影响民事法律关系的消灭。例如在盗窃案中，涉案车辆涉及的借车合同是否有效，取决于刑事案件的处理结果。因此，应当先审理刑事案件，再决定民事案件的处理。在上述情形中，由于民事责任的确定必须依赖刑事案件的结果，因此采取"先刑后民"的处理方式是合理的。[1]

（三）同一事实刑民交叉案件的"先民后刑"处理

条款拟制：

第 3 款："如果前述民事事项请求与正在审理的刑事案件属于同一事实，且被告人刑事责任的解决需要以民事事项的处理需要以为依据，人民法院可以裁定中止诉讼，由被害人及其法定代理人、近亲属先行提起民事诉讼。如果被害人及其法定代理人、近亲属拒绝提起民事诉讼，人民法院应当继续审理该刑事案件，在作出刑事判决时应当对该民事事项请求同时作出相应的处理。在刑事判决作出后，被害人及其法定代理人、近亲属就该民事事项请求另行提起民事诉讼的，人民法院不予受理。

在刑事附带民事诉讼中，如果被告人认罪且现有证据表明其行为确实构成犯罪，被告人的民事赔偿可能影响量刑结果的，或者刑事诉讼程序终结后民事案件难以执行的，人民法院可以先行处理被告人的民事赔偿，再对被告人进行量刑。

如果在刑事诉讼程序因特殊情况受阻在合理期限内不能办结的，被害人及其法定代理人、近亲属可以先行提起民事诉讼。"

理由论证：

如果确定为同一事实刑民交叉案件，且刑事上的定罪或量刑依赖于民事事项的处理结果时，那么，应当先行通过民事诉讼对民事事项进行处理，在得出处理结果之后恢复刑事诉讼，对被告人进行刑事上的定罪或量刑。此时适用的是"先民后刑"的处理模式。具体的情形包括：(1）民事事项的处理结果直接决定刑事案件中的罪与非罪或罪名的认定。在某些刑事案件中，犯罪对象的权属存在争议，而犯罪对象的权属问题往往直接影响到犯罪是否成立。由于权属问题本质上属于民事范畴，因此在这类案件中，刑事案件必须让位于民事案件，待民事案件对权属争议作出明确裁定后，才能继续处理刑事部分。司法实践中，常见的此类案件包括知识产权归属不明引发的纠纷，或因合同争议导致财产归属不明的案件。此时应当优先处理民事部分，采用"先民后刑"的处理方式。(2）民事事项的处理结果直接影响刑事案件的量刑轻重。例如，在一起交通肇事案的审理过程中，被告人因无证驾驶摩托车并致人死亡，被认定需要承担刑事责任。被害人家属提起附带民事诉讼，要求赔偿损失。根据《人民法院量刑指导意见》，若被告人积极赔偿被害人损失，可根据赔偿情况适当减轻量刑幅度。如果双方达成和解，被害人家属出具谅解书，被告人很有可能获得缓刑。因此，本案适合采用"先民后刑"的处理模式。(3)"先刑后民"审理顺序可能导致显失公平的司法效果。例如，犯罪嫌疑人虽已确定但未归案，刑事诉讼无法继续进行或者因延宕而遥遥无期，被害人的请求赔偿权因刑事追诉阻碍而落空。又如，在有些案件中，如果不及时处理民事赔偿事项，刑事诉讼程序终结后民事案件难以执行。这两种情形，如果被害人已经掌握达到民事诉讼的基本证据，为避免出现显失公平的司法结果，应当允许其先行提起民事诉讼。

（四）同一事实刑民交叉案件的"刑民并行"处理

条款拟制：

第 4 款："如果前述民事事项请求与正在审理的刑事案件虽属于同一事实，但处理结果并不存在实体或程序上的决定关系，则刑事诉讼与民事诉讼应当分别进行。"

---

1 参见印仕柏：《民刑交叉案件管辖问题研究》，载《中国刑事法杂志》2009 年 6 期，第 69 页。

理由论证：

当某一法律事实涉及刑事和民事两类法律关系，但二者的处理结果彼此之间并无决定关系时，应采取“刑民并行”的处理方式。这意味着刑事案件和民事案件可以同时进行审理，互不干扰。第 4 款与前述第 1 款的区别在于，虽然同样都是适用“刑民并行”模式，但前述第 1 款是不属于“同一事实”的案件，而第 4 款涉及的是属于“同一事实”的案件。换言之，即便是“同一事实”案件，也未必一定会“先刑后民”或“先民后刑”，根据条件仍然存在适用“刑民并行”模式的可能性。以重婚引发的离婚纠纷为例，在该类案件中，虽然丈夫涉嫌重婚罪，法官可能认为其刑事定罪会对离婚判决产生影响，从而倾向于中止民事案件的审理。然而，实际上只要夫妻感情已经破裂，法院即可判决离婚，判定丈夫是否构成重婚罪并非离婚的必要前提。因此，此类案件不宜采用“先刑后民”的方式，而应采用“刑民并行”的处理模式。这样可以避免因丈夫逃避刑事责任而长期无法结案，防止离婚诉讼因刑事案件拖延而迟迟得不到解决。

五、相关程序设置的条文拟制与理由论证

（一）赋予被害人有规制的程序选择权

条款拟制：

参见前述第 2、3 款。

理由论证：

被害人程序选择权系指在刑民交叉案件的处理过程中，当事人有权利参与案件并对案件依何种程序处理所行使的一定程度的决定权。[1]被害人选择权是程序主体性原则的体现，这一原则承认并充分尊重当事人在诉讼中的意思自由，赋予其处分自己实体利益和程序利益的权利，鼓励当事人选择对自己有利的程序，实现自己利益的最大化。在刑民交叉案件中，除了根据法律规定部分案件民事诉讼应以刑事判决为依据而必须“先刑后民”外，其他案件可以赋予被害人程序选择权。尤其是在“由民到刑”或“由刑到民”的程序转换环节，应当听取民事诉讼当事人（主要是被害人）的意见，就是否进行程序的转换作出自主选择。

前文拟制的第 2 款涉及“由民到刑”的程序转换，基于加强被害人程序选择权的考虑，对现行《刑事诉讼法》第 104 条[2]进行了修订，赋予被害人及其法定代理人、近亲属另行起诉的权利。理由有二：一是另行起诉不会过多的增加人民法院的负担。由于民事纠纷可以在刑事判决的基础上来解决，法院只需处理刑事诉讼中尚未明确的事项。二是被害人能够更好地维护自己的利益。例如，在民间借贷刑民交叉的案件中，民间借贷行为已被认定为刑事犯罪，但借贷合同并不当然无效，独立的民事诉讼有利于被害人获得其应得的合同上权益。

前文拟制的第 3 款涉及“由刑到民”的程序转换，由于民事诉讼更为重视当事人的意思自治，如果不存在强制法的要求，应当赋予被害人更大的程序选择权。从被害人的情感诉求上来看，往往希望首先看到犯罪人受到刑事处罚，然后才考虑民事赔偿问题，但有时被害人也会更希望通过提起民事诉讼来弥补自身所受损失，赋予被害人程序选择权有助于让其真切地感受到司法的公平正义。在此，法官应当向其释明两种程序的内容与后果，由其自由选择程序来维护自己的合法权益。但同时也应当设置自由的边界，即选择一种程序意味着另一种程序的自动放弃，后续不能再提起另一种程序。

（二）刑事诉讼与民事诉讼中的证据互认规则

条款拟制：

第 5 款：“对已为发生法律效力的民事裁判所确认的基本事实，在刑事诉讼中人民法院应当根据刑事诉讼法的相关规定进行审查，当事人可以进行质证。

对已为发生法律效力的刑事裁判所确认的基本事实，在民事诉讼中当事人无须举证证明。如果发现刑事裁判确有错误，应当通过审判监督程序加以纠正。如果出现新证据但不足以改变刑事裁判

---

1 赵昕、贾成宇：《刑民交叉案中当事人有权选择救济途径》，《人民法院报》2010 年 7 月 22 日，第 6 版。

2 《刑事诉讼法》第 104 条规定：附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

结论，则人民法院可以在民事诉讼法规定范围内进行改判。如果刑事裁判所确认的基本事实与民事案件系争事实没有关联，当事人仍须举证证明。”

理由论证：

在刑民交叉案件中，证据资源的有限性使得构建两种程序中的证据互认规则显得尤为重要。证据资源的稀缺性是证据活动面临的基本困境，也是证据法制定的出发点。在司法实践中，刑事诉讼和民事诉讼往往需要共享证据，但两者在程序构造、证据规则等方面存在差异，这导致了建立证据互认规则的必要性和复杂性。

证据互认规则的设置应当充分考量刑事诉讼和民事诉讼在证据理念以及证据制度上的差异，同时也应考虑刑民交叉案件审理顺序规则的目的和程序安定性。（1）如果适用“先民后刑”的顺序模式，在后的刑事诉讼需要对民事诉讼中的证据和事实进行实质审查。刑事证明标准通常被认为比民事证明标准更为严格和贴近客观真实。在刑事案件中，证据必须达到“确实、充分”的程度，即定罪和量刑的事实都需要有确凿的证据支持，以排除合理怀疑。这种高标准的证明要求是为了保护被告人的基本权利，防止无辜者被错误定罪。相比之下，民事案件的证明标准通常较低，一般采用“高度盖然性”或“优势证明标准”，即原告需要证明其主张的事实更有可能是真实的，而不是排除所有合理怀疑。这种标准反映了民事诉讼中涉及的权益相对较小，且当事人可以通过调解或放弃权利来解决争议。因此，对已为发生法律效力的民事裁判所确认的基本事实，在刑事诉讼中不能直接加以确认，人民法院应当根据刑事诉讼法的相关规定进行审查，当事人可以进行质证。（2）如果适用“先民后刑”的顺序模式，在后的民事诉讼应当充分尊重刑事诉讼中的事实认定结果。这表现为对已为发生法律效力的刑事裁判所确认的基本事实，在民事诉讼中当事人无须举证证明。的确，司法实践有可能出现经由后续的民事诉讼发现刑事裁判错误的情形。我国有学者正确地指出，同样是聘请专家对专业性问题提供意见，刑事诉讼并不一定优于民事诉讼，反而会因为我国刑事诉讼的特点，部分鉴定意见达不到民事鉴定的要求。[1]但是，如果任由当事人用民事诉讼中的鉴定意见直接否定刑事诉讼中的鉴定意见，则有可能导致民事裁判否认刑事裁判的尴尬局面，程序的安定性也因而被破坏，以致出现滥诉不止的情况。笔者认为，如果发现刑事裁判确有错误，应当通过审判监督程序加以纠正；如果出现新证据但不足以改变刑事裁判结论，则人民法院可以在民事诉讼法规定范围内进行改判。此外，如果刑事裁判所确认的基本事实与民事案件系争事实没有关联，当事人仍须举证证明。

1 龙宗智：《刑民交叉案件中的事实认定与证据使用》，载《法学研究》2018 年第 6 期，第 19 页。

重罪案件治理范式的本土省察

步洋洋*

摘 要：轻罪与重罪在实体、程序及证据层面实然有别，两类案件治理所承载的刑罚功能预设亦全然不同。然而，作为刑法体系的两重组成部分，轻罪时代下轻罪治理目标的实现应然有赖于重罪案件治理的范式转型。为最大限度地助力轻罪时代语境下轻罪治理目标的有效实现，刑事立法与刑事司法当以围绕我国当下重罪案件治理于实体、程序与证明三重维度的范式现状作以省察，并以此为基础遵循问题意识，演绎勾勒出轻罪时代下以刑事实体法、刑事程序法和刑事证据法相互联动为具体径路的中国式重罪案件治理的转型图景。

关键词：重罪案件治理 轻罪时代 同案不同判 重罪认罪认罚 严格证明

一、问题的提出

在刑事犯罪领域，自 2011 年颁布《刑法修正案（八）》以来，我国刑事立法不断增设法定最高刑为 3 年有期徒刑以下的刑事罪名，刑事犯罪圈层呈现出不断扩大的现实趋向。相应地，司法实践中以危险驾驶罪、帮助信息网络犯罪活动罪为代表的轻罪案件数量适时增加，犯罪态势呈现出严重暴力犯罪数量与重刑率持续下降、轻微犯罪数量与轻刑率不断上升的“双降双升”局面。[1]而在此种犯罪化立法趋势的影响下，我国传统“重罪重刑”的立法模式逐步向“轻罪轻刑”的立法模式演进，理论界与实务界围绕轻罪治理的论理分析亦骤然兴起。

作为刑法体系的两重组成部分，轻罪与重罪在实体、程序及证据层面实然有别，两类案件治理所承载的刑罚功能预设亦全然不同。一方面，在实体层面，尽管我国现行刑法并未对何谓轻罪和重罪作出明确界分，但从现行刑法立法的规范视角展开分析，实体层面的轻罪往往脱胎于那些伴随着社会发展而愈发有必要以犯罪论处的行政不法行为，重罪的语义范畴则普遍围绕量刑基准、犯罪性质，以及因刑事政策要求而需以严厉打击的刑事案件而展开。从根本上来讲，某种不法行为缘何会被规定为犯罪，究其原因在于此一行为具有刑法上的社会危害性。而作为一种兼具罪与非罪的行为规制机能与多元价值衡量的法益保护机能的抽象概念，以社会危险性为判断依据的罪与非罪标准和轻罪重罪区分标准并非一成不变。换言之，罪与非罪的标准有时亦会因社会的发展以及犯罪治理的现实需要，而演绎变化为轻罪与重罪的界分标准。[2]相应地，在我国现行刑法并未对轻罪和重罪作出明确区分，而是将两者混杂一体规定的立法模式下，司法机关易于形成重刑依赖思想，并在此种重刑主义的倾向下作出从严，甚至同案却并不同判的司法裁断。另一方面，在程序层面，尽管制度规范下的认罪认罚从宽制度适用于包括轻罪和重罪在内的全部刑事案件，但从刑事司法实践的现实来看，以犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚为基本适用条件的简化审理程序却普遍适用于被追诉人可能被判处三年有期徒刑以下的“轻罪”案件。而对于那些犯罪嫌疑人、被告人可能判处三年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑的案件，则多适用普通程序进行审理，并在管辖法院的级别、法律援助辩护的提供、强制措施的采取，以及复核程序的增设等方面于刑事诉讼的全流程之上异于轻罪案件的程序机制安排，用以在契合繁者有其繁，重者有其重之司法资源配置目标的同时，将以审判为中心的诉讼制度改革同认罪认罚从宽制度协同开来。更为重要的是，在证明层面，我国刑事司法长期秉持“客观真实至上”的认知观念，刑事司法证明的规范设定往往倾向于严格证明的底层逻辑。映射在司法实践中即表征为，公安司法机关不仅过分倚重口供这一特定的证据类型，遵循“由供到证”的供证逻辑建构印证证明方法下的证据链条，而且倾向于以增加证据分量的方式消除事实误认风险，弥合不同专门机关、不同审级法院之间的事实认定分歧，消解即时性程序出罪所可能带来的“否定性”评价后果，有意无意地忽视了轻罪和重罪案件在证明程序与证明制度上的应然差异性，一定程度上催生了刑事司法实践中的过度证据生产、证据固定和证据收集。

轻罪时代的来临呼唤着治理模式的迭代更新，溯源于我国传统法文化中的“刑罚世轻世重”思想，

---

* 西北政法大学刑事法学院教授，主要从事刑事诉讼法学、证据法学研究。本文系 2020 年国家社科基金一般项目“我国刑法修正视野下证明责任制度研究”（20BFX096）的阶段性成果。

1 卢建平：《轻罪时代的犯罪治理方略》，载《政治与法律》2022 年第 1 期，第 51 页。

2 参见刘传稿：《轻重犯罪分离治理的体系化建构》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 4 期，第 13 页。

基于应对犯罪结构之深刻变化，推动刑事法治现代化转型的现实语境，轻罪治理的论理分析与实务研判确有不可否认的价值和意义。[1]然而，作为刑法体系下不可分割的两重组成部分，轻罪时代下轻罪治理目标的实现应然且实然有赖于重罪案件治理的范式转型或曰范式优化。据此，为最大限度地助力轻罪时代语境下轻罪治理目标的实现，本文拟从实体、程序和证明的三重维度对我国当下重罪治理的立法与司法现状作以省察，并以此为基础演绎归纳出轻罪时代语境下以刑事实体法、刑事程序法和刑事证据法相互联动为具体径路的中国式重罪案件治理的转型范式。

二、实体维度下的中国式重罪案件治理

作为公安司法机关依法行使国家刑罚权的特定活动，刑事诉讼围绕解决犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题而展开。相应地，诉讼活动所欲解决的核心事项即可以被划分为定罪问题、量刑问题和程序性问题三类。其中，定罪问题与量刑问题构成刑事诉讼项下的实体问题。就定罪问题与量刑问题的关系而言，统摄于罪刑法定原则的基本要义之下，定罪问题构成刑事诉讼活动的根本，定罪问题实乃量刑问题的先决问题。围绕定罪问题与量刑问题之两重实体事项作以审视，中国式重罪案件治理的现实图景可见一斑。

（一）重罪案件重追诉、重羁押的司法惯性明显

作为我国现阶段惩治与预防犯罪的基本刑事政策，宽严相济的刑事政策兼具历史渊源与中国特色。此一政策既是对于我国“德法合治”之传统法律思想的延续，亦是中国特色刑事法治要旨的现代彰显，承载着衡平犯罪惩治与人权保障的能动功用。从我国当下轻罪和重罪案件的刑事司法实践来看，在轻罪案件领域，由于政策项下从严从宽的把握相对简单，此一政策的贯彻落实效果相对良好。但对于重罪案件，囿于我国长久以来形成的重刑依赖思想，公安司法机关倾向于一味沿袭追求重刑主义，由此导致重罪案件中宽严相济的刑事政策贯彻效果实然不彰，突出表现在重罪案件重追诉、重羁押的司法惯性。

长久以来，我国的刑事司法实践即存在“以捕代侦”的异化问题。为保证犯罪嫌疑人能够在案候审，并及时获取稳定的口供，刑事侦查活动多围绕逮捕展开，逮捕成为侦查活动的重心和关键之所在。相应地，逮捕所需具备的证据条件（有犯罪事实的证据）、罪责条件（可能判处有期徒刑以上的刑罚）、社会危险性条件（采取取保候审、监视居住等方式仍不足以防止发生社会危险性而有逮捕必要的）即演变为单纯的“构罪即捕”，检察机关往往基于专门机关之间的配合关系，借由抽象的“串供、毁证、再犯、逃逸”等社会危险而批准逮捕，由此形成我国刑事司法实践中以高羁押率、高起诉率为典型特征的“双高”现实。实证数据显示，在 2012 年《刑事诉讼法》修改之前，我国司法实践中逮捕率一直处于高位，并存在逮捕径行引起起诉与定罪的后果。1990 年至 2009 年，全国检察机关共批准逮捕、决定逮捕 14579934 人，提起公诉 15550883 人，捕诉率为 93.76%。“仅就刑事犯罪案件来说，上述 20 年间共逮捕犯罪嫌疑人 14148048 人，提起公诉 14917109 人，捕诉率高达 94.84%”。[2]伴随着宽严相济的刑事政策，特别是少捕慎诉慎押理念的不断深化，全国范围内的整体逮捕率逐年下降，但重罪逮捕率仍然处于高位。1999 年至 2019 年，检察机关起诉严重暴力犯罪从 16.2 万人降至 6 万人，年均下降 4.8%。2010 年至 2023 年间全国检察机关共批准、决定逮捕 12457443 人，提起公诉 21212531 人，捕诉率下降到 58.72%。[3]最高人民检察院近日发布的 2024 年第一季度全国检察机关主要办案数据显示，2024 年第一季度，全国检察机关依法惩治犯罪，批准逮捕 16.8 万人，起诉 34.7 万人，同比分别上升 37.1%、8.9%，对严重犯罪保持“严”的震慑，切实维护国家安全和社会稳定。[4]

诚然，在全国范围积极推进宽严相济的刑事政策和践行刑罚轻刑化的实践趋势之下，轻罪案件的捕诉率不断下降，然而，对于法定刑在 3 年有期徒刑以上的重罪案件，我国检察机关的起诉率始

---

1 参见步洋洋、王成成：《中国式现代化背景下轻罪治理的生成逻辑与完善路径》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2024 年第 1 期，第 3 页。

2 参见刘计划：《逮捕审查制度的中国模式及其改革》，载《法学研究》2012 年第 2 期，第 127 页。

3 本文有关逮捕的数据来源于国家统计局官网。

4 董凡超：《最高检发布第一季度全国检察机关主要办案数据——依法惩治犯罪批准逮捕 16.8 万人》，载《检察日报》2024 年 4 月 29 日，第 3 版。

终保持在95%左右。一方面，在传统的重刑思想和捕诉一体语境下，检察机关可能形成先入为主的思维认知，导致实践中办案人员对于重罪案件天然地具有追诉情感，因而对此类案件中的犯罪嫌疑人、被告人较少主动适用变更强制措施、不起诉或适用宽缓刑罚。另一方面，为有效消解检察机关的不起诉决定对侦查机关及侦查人员的绩效考核可能带来的负效影响，避免自捕自不诉所形成的"前后矛盾"问题，重罪案件治理于实体层面常常伴随着构罪即捕、凡捕必诉、一押到底的从重现象。[1]更为重要的是，受制于公检法三机关对于宽严相济的刑事政策的理解和适用差异，宽严相济的刑事政策于侦诉审三阶段的协同践行情况并不乐观。实践中，对于涉众型案件或者具有舆情风险案件中的犯罪嫌疑人，侦查机关几乎全部会提请检察机关批准逮捕，以将风险责任向检察机关转移；而对于那些在审前阶段尚未被采取羁押措施的被告人，人民法院常常出于非羁押性措施的配套保障不足而选择在受案后径行决定对其逮捕，用以防范未被羁押的刑事被告人于检察机关提起公诉后脱案而不在案的情形发生。

作为三大诉讼中的特定一种，刑事诉讼的目的和功能并非同民事诉讼一般的单纯定分止争，而是在更为纵深的层面关涉着一个国家决定用何种方式在社会治理的进程之中基于刑法的谦抑性、诉讼价值的动态衡平等因素考量合理合法地采用刑事诉讼这一特定的社会治理手段修复已为犯罪行为破坏的法益秩序，以及当国家权力与个人权利之间发生矛盾与冲突之时，如何合理界定国家权力的行使界限与个人权利的保护底线。从这个意义上来讲，相较于具有刑罚轻缓性，且宽严相济的刑事政策贯彻落实相对较好的轻罪案件，重罪案件更需根据刑事诉讼本源的目的、功能，以问题意识为导向，严格贯彻落实宽严相济的刑事政策与少捕慎诉慎押的司法理念，最大限度地消解我国刑事司法实践中潜存的重罪案件重追诉、重羁押的司法惯性问题。可以考虑的方式是，在积极使用地方推行的非羁押二维码和以电子手环为代表的电子监控手段外，强化全国范围内公检法三机关之间的横向联动，在构建重罪案件适用非羁押强制措施案件通报制度的同时，创设非羁押诉讼监管平台，实现不同诉讼阶段与不同专门机关之间的数据共享。此外，为保证非羁押性强制措施的执行实效，确保未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人能够随传随到，刑事立法可以通过增设定期报告行踪、限制其从事特定活动、强制其接受医疗检查与治疗，以及明晰依据违反非羁押性强制措施行为的严重程度而适时进行分级处理等多重方式[2]，进一步完善取保候审、监视居住等非羁押措施的配套保障机制。[3]

（二）重罪案件同案不同判的问题显见

宽严相济的刑事政策具有全局性的指导意义，此一政策不仅适用于包括轻罪和重罪在内的所有刑事案件，而且涵盖刑事立法、刑事司法和刑罚执行的各个维度。[4]作为惩办和宽大处理相结合政策的时代承继与发展，宽严相济的刑事政策并非一味地强调从宽或从严，而是强调在社会治理的过程中综合运用宽和严的两种手段，依据刑罚个别化理论，切实做到宽以济严，严以济宽。相应地，基于此一刑事政策的基本要义，中国式的重罪案件治理既要防范重刑思想之下的重追诉、重羁押的司法惯性，亦应当防范公安司法机关对于此一政策的理解和把握滑向另一个极端，即过分偏执轻刑思想，进而可能因过度从宽而引生出量刑失衡的"同案不同判"问题。近年来，伴随着理论法学对于法律适用层面的正义性要求及平等性观念的研究深入，"同案不同判"的司法现象引起了刑事法学领域的不断关注。理论界和实务界围绕刑事司法裁判应当一刀切式地追求形式上的结果一致性，还是应当着眼于个案正义为"同案不同判"提供充分理据，"同案不同判"与"同案同判"之间是否存在优位顺序，如果有，又应当何者优先等问题展开充分讨论。

诚然，特定案件本身即为一种个性化的存在，因此绝对严格意义上的"同案"其实并不存在，同案之间"相同"的部分往往聚焦于定性问题，即犯罪类型的相同。而"不同"部分则往往聚焦于量刑层面，即刑罚的基准、幅度与作出。所谓的"同案"概念本身自始便被置于"同"与"不同"之间，"同案同判"

---

1 参见董桂文等：《重罪案件贯彻宽严相济刑事政策实证研究》，载《国家检察官学院学报》2023年第6期，第134页。

2 前引⑦，董桂文等文，第140页。

3 周振威、林丹：《对违反非羁押措施行为可分级分类处理》，载《检察日报》2022年8月12日，第3版。

4 参见马克昌：《论宽严相济刑事政策的定位》，载《中国法学》2007年第4期，第121页。

与“同案不同判”的研判分析亦因“同案”概念之自身矛盾而存在“先天不足”或曰“基础性缺失”。[1]然而，基于司法裁判的公共属性判断和法治前提下情理法圆融的目的考量，刑事司法的过程与结果不仅需要担负起在社会现实的具体场合下为公众提供行为标准的指引功能，而且需要将程序和裁判标准平等地适用于具备相同情境特征的任何人，满足一视同仁的公正要求。[2]更为重要的是，中国社会素来为情理社会。情理不仅是中国人普遍采用的行为方式，亦是其朴素正义观的重要组成部分。[3]中国人的思考方式属于典型的相对思维，其倾向于从相对方或外部他方的事例中找寻平衡感，进而证成其内心对于某一特定问题的认知和判断。相应地，在司法公正的认知和判断问题上，当代中国民众的观念即呈现出较为明显的情理法交融特征，尤其是年轻群体对于司法公正的判断已然不再单纯囿于“以事实为依据，以法律为准绳”的表层逻辑，而是更多地聚焦于事实确认和锚定规范适用依据后，如何对法律规范本身进行了科学、合理的诠释与理解，并结合个案的具体情况加以运用与裁判。[4]从这个意义上来讲，重罪案件司法实践中实然存在的“同案不同判”现象，特别是那些可能因适用刑事和解制度或认罪认罚从宽制度而量刑从宽的重罪案件已然对于法律适用的统一性带来挑战，并在一定程度上影响当代中国民众对于司法裁判之公共属性的基本认知，以及法治语境下以情理法圆融为特征的司法公正性判断。

由是，基于刑事诉讼中“同案同判”主要体现为量刑均衡或量刑规范化的现实语境，为最大限度地实现形式意义上的同案同判、限制事实审理者的自由裁量权，我国刑事司法着力采取细化量刑规范与提供先例指导相结合的两重方式。具体而言：从 2010 年开始，最高人民法院决定在全国范围内开展刑事案件量刑规范化改革，并逐步形成《人民法院量刑指导意见（试行）》《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》等规范性文件。而自 2011 年 12 月最高人民法院发布第一批指导案例以来，截至 2024 年 5 月，最高人民法院已经陆续发布 224 例指导性案例，以供各级人民法院审判“类似”案件时予以参照。2024 年 2 月 27 日，最高人民法院上线人民法院案例库，将其发布的指导性案例及审核的参考案例，一并向社会公众开放。从效力来讲，入库案例具有权威效力。亦即，各级人民法院在审判中必须进行案例检索，严格遵循法律、司法解释和规范性文件，并参考入库类似“案例”作出裁判。

从司法三段论的逻辑出发，重罪案件之下“同案同判”的目标实然需要通过三个前后相继的步骤而实现。首先，事实审理者需要明晰两个案件是否为“同案”。尽管“同案”的判别既涉及“事实”层面，又涉及“法律”层面，但由于法律适用需以事实认定为前提，亦即只有事实相似或者属于同一类型才可能产生相同的法律适用问题。因此，“同案”的判别主要聚焦于那些可以被纳入法律预先规定的“要件事实”框架，能涵摄进三段论推理之“小前提”的“主要事实”[5]。其次，在确定两个案件为“同案”之后，事实审理者需要围绕两个案件中量刑事实的差异性和相似性进行比较。由于“相似案件”本身即为一种模糊不清的相对概念，因此，受制于个案本身的差异特性与事实审理者个别化心证认知等因素，所谓的“同案不同判”亦有着一定程度合理性。[6]相应地，“同案同判”的过程不仅需要求同，而且需要求异，事实审理者需要在此一过程之中尽可能地全面查明影响定罪量刑的，或具有相似性，或具有差异性的全部事实。最后，建立在前述量刑事实查明的基础上，事实审理者需要精确地依据量刑指导意见与指导性案例，为特定案件的裁判适配最为贴合的规范或先例。此外，重罪案件之下“同案同判”的实现不仅需要区分重罪案件和轻罪案件作出差异化的案例指导与量刑指引，通过确立类案检索与

---

1 王鹏飞：《“同案不同判”的反向审视与规则建构——基于刑事责任本体论的思考》，载《河北法学》2020 年第 1 期，第 127 页。

2 杨知文：《“同案同判”的性质及其证立理据》，载《学术月刊》2021 年第 11 期，第 115 页。

3 吴晶：《当代法官的角色定位》，钱锡青主编：《法官的思索印迹：上海市闸北区人民法院理论研究成果集萃》，法律出版社 2009 年版，第 72 页。

4 参见王静：《同案同判下司法技术与情理的平衡》，载《法学论坛》2022 年第 1 期，第 29-40 页。

5 “主要事实”指代权利产生、变更或消灭之法律效果发生时直接且必要的事实，与作为法条构成要件被列举的事实（“要件事实”）相对应。当然，与“主要事实”相对应的还有借助经验法则及逻辑法则用以推定主要事实的“间接事实”及用以明确证据能力及证明力的“辅助事实”。参见陈杭平：《论“同案不同判”的产生与识别》，载《当代法学》2012 年第 5 期，第 29 页。

6 参见阮堂辉、陈俊宇：《“同案不同判”现象的内在逻辑与治理路径》，载《学习与实践》2018 年第 7 期，第 71 页。

发现机制、探索案件相似性比对与判断标准、建立量刑信息自我报告制度[1]等多重方式为此一目标的实现提供可行性的制度保障，而且需要基于重罪案件相较于轻罪案件所具有的相对复杂性，理性审慎地认知不合理的“同案异判”与合理的差异化判决，避免形成对于重罪案件之下“同案同判”的过度推崇和机械适用，忽视刑事案件本身与刑事案件处理所应然具有的多样性。

三、程序维度下的中国式重罪案件治理

诉讼主体于结果预期上的实现绝非单一、孤立，而是包含着其本身对于程序运作过程的具体要求。诉讼程序对于案件的处理发挥着或隐或显、或明或暗的推进、校验、处置与裁断功能，而程序的创设则适恰地实现了正义在法律层面的平衡和再分配。鉴于诉讼主体自身的需求广泛且多样，为与此一需求相适应，诉讼程序在用以实现正义分配方面，亦应当具有多元性。应当从属于不同的案件类型，并与诉讼主体的个体需要相适应，即田口守一教授所说的:“因应刑事案件复杂多样的特点，我们亦应当建立多元化的刑事司法体系。”[2]作为中国式刑事司法改革项下的两种核心制度，以审判为中心的诉讼制度和认罪认罚从宽制度虽然肩负着不同的功能定位与制度使命，却植根于相同的改革语境之中，协同推动正义于法律层面的平衡与再分配目标的实现。相应地，基于此二项制度在改革目标和改革内容上的内在一致性和互补性，不同于“轻罪治理与重罪治理分工说”[3]的观点主张，以审判为中心的诉讼制度改革与认罪认罚从宽制度均适配于刑事重罪案件，两者共同划定出中国式重罪案件治理的程序图景。

（一）重罪案件下以审判为中心的诉讼制度改革未竟

在我国当前的刑事司法实践中，诸如“侦查中心”“口供中心”“逮捕中心”“卷宗中心”等运作模式长存，不仅剥夺了犯罪嫌疑人、被告人所依法享有的辩护权，而且虚化了刑事法庭审理，使得审判程序成为“过场”，演变为单纯的对于侦查结果加以确认的橡皮图章。为凸显审判在侦查、控诉和审判三种职能中的权威和中心地位，发挥审判阶段在认定事实、适用法律上的决定性作用，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验，党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，从顶层设计的角度对我国刑事诉讼制度的改革作以宏观部署。

就应然层面而言，以审判为中心的诉讼制度改革的各项要求应当贯通适用于包括轻罪案件和重罪案件在内的全部刑事案件。然而，从实然层面来看，轻罪案件所普遍适用的简化审理程序之下，法庭审理的功能或许已然不再是抑或说主要不是通过控辩双方举证、质证和辩论，实现对案件事实的准确认定，并在此基础上正确适用法律，而是或者说基本上是通过简化或省略法庭调查和法庭辩论的方式，借由此一程序所内生的以适用条件实体化、审查对象特定化、裁判结论耦合化为内容的形塑机理用以当庭完成司法裁判活动。[4]相应地，不同于以审判为中心的诉讼制度改革于轻罪案件之下的“可有可无”，重罪案件之下以量刑基准、犯罪性质，或因刑事政策要求而需要严厉打击而划定出的特定案件范畴势必需要通过实质化的法庭审理确定刑罚权的有无及大小，并借由人民法院对于审前程序的审查和制约，形成一种能够抑制国家权力的违法侵权冲动、平衡侦诉活动中的多重利益，进而作出中立裁断的判定与衡平机制。[5]从这个意义上来讲，可以说，以审判为中心的诉讼制度改革的各项要求已然成为中国式重罪案件治理之程序维度所必然涵摄的“题中之义”。然而，相较于认罪认罚从宽制度于刑事诉讼中适用的火热场景，重罪案件之下以审判为中心的诉讼制度改革的推进状况其实并不令人乐观，而是呈现出较为明显的文本“热”与实践“冷”的现实反差。

---

1 所谓“量刑信息自我报告制度”是指通过格式化的量刑信息报告表，由辩护人、被告人或其家属向法院提供量刑信息，尤其是反映被告人个人情况的酌定事实，在经控方审查的基础上，提交法院参考。参见兰荣杰:《程序视野中的“同案同判”——以量刑为切入点》，载《当代法学》2013 年第 4 期，第 95 页。

2 [日]田口守一:《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社 2000 年版，第 1 页。

3 “轻罪治理与重罪治理分工说”主张认罪认罚从宽制度服务于轻罪治理，而以审判为中心服务于重罪治理，二者相辅相成并在不同的维度完成犯罪治理的目标。参见李建明、许克军:《“以审判为中心”与“认罪认罚从宽”的冲突与协调》，载《江苏社会科学》2021 年第 1 期，第 119-128 页。

4 参见李奋飞:《论“确认式庭审”——以认罪认罚从宽制度的入法为契机》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 3 期，第 44 页。

5 参见龙宗智:《“以审判为中心”的改革及其限度》，载《中外法学》2015 年第 4 期，第 856 页。

一方面，以审判为中心的诉讼制度改革内在要求实现庭审实质化，庭审实质化可以被看作是审判中心在“程序面向”上的基本要求。从改革的径路层面来讲，推进以审判为中心的诉讼制度改革当以首先在审判阶段内部巩固并确立法庭审理的中心地位，进而由内及外、以点带面地扩展到侦查、审查起诉和审判三大职能之功能关系调整，及其所对应的诉讼阶段之外部关系重构的宏观问题之上。然而，时至今日，刑事庭审虚化或曰庭审形式化现象于我国的刑事司法实践中仍非鲜见：在审前阶段对犯罪嫌疑人、被告人的刑责问题已经形成定论，庭审往往沦为审判“秀”；控方于审判前阶段所形成的案卷材料充斥庭审，甚至成为法院裁判的决定性依据；法庭审判阶段量刑程序往往被有意无意地虚置开来，嬗变为“以定罪为中心”等等。近年来，诸如浙江叔侄奸杀案、福建念斌案和内蒙古呼格案等刑事错案频发，此类案件的发生与庭审虚化存在着不可忽视的直接关联。另一方面，从最高人民法院在第一个“五年改革纲要”（1999-2003）中指出“审判工作的行政管理模式，不适应审判工作的特点和规律，严重影响人民法院职能作用的充分发挥”，到最高人民法院第四个“五年改革纲要”（2014-2018）明确要求“健全审判权力运行机制，完善审判责任制度”，再到党的十八届四中全会《决定》提出“推动省以下地方法院人财物统一管理”“建立领导干部干预司法活动，插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度”“探索建立跨行政区域的人民法院办理跨地区案件”，我国司法审判去行政化改革的脚步似乎从未停歇。但是，相较于轻罪案件的“明案速断”，重罪案件之下刑事司法程序的“科层式”行政特征依然较为明显，司法运作上的行政化模式或倾向依然普遍存在。不仅上下级法院间的请示、汇报制度，院、庭长的审批案件制度趋于常态化，而且审判委员会常常越俎代庖，以间接审理的方式替代了法庭审理所需的直接性、亲历性事实认定机制，由此带来审理权与裁判权的断层、分离，虚置合议制度与直接言词原则。

更为重要的是，现行《刑事诉讼法》下以“分工负责、互相配合、互相制约”为具体内容的三机关关系定位，及由此所形成的颇具中国特色的线性诉讼结构，在本质上仍属行政程序的延伸。在对公检法三机关关系的描述和定位中，由于不区分主次地强调三机关之间的配合与制约的互动性而外化出强烈的追诉同质性与一体化的趋势，不仅与刑事诉讼程序所强调的控审分离、控辩平等对抗、司法至上等基本理念相背离，亦因不分主次的配合和制约而忽视了审判在诉讼过程中的决定性作用。[1]而在此种缺乏中心、相互平等、多元共享的司法权力构造中，能否建构出一种明确区分不同主体间决策功能的作用主次、大小的诉讼关系构造，仍尚存疑问。[2]由是，在“侦查中心主义”“逮捕中心主义”“案卷笔录中心主义”以及司法行政化等多重因素的共同影响下，重罪案件下“以审判为中心的诉讼制度改革”似乎只能是“带着绳索而跳舞”，其改革进程亦只能是亦步亦趋、蹒跚维艰。

（二）重罪案件下认罪认罚从宽制度的适用特异性阙如

依据我国现行《刑事诉讼法》与最高人民法院、最高人民检察院、公安部、安全部和司法部《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称《指导意见》）的规范内容，尽管认罪认罚从宽制度适用于包括轻罪案件和重罪案件在内的全部刑事案件，然而，从此一制度规范体系的构建框架来看，认罪认罚从宽制度项下以程序从简、实体从宽和强制措施为具体内容的三大主线均与轻罪案件的价值功用相契合，而与重罪案件的匹配度似乎并不高。“总体来看，认罪认罚从宽制度的规范构建仍然遵循了自刑事速裁程序试点以来的设计理念，因聚焦于轻罪案件的基本特点而未能有效识别重罪案件适用认罪认罚从宽制度的特殊性。”[3]

其一，轻罪案件中通常因案情相对简单、社会危害性及人身危险性较低等多重因素，被追诉人在了解相关政策和规定后，往往自愿承认指控的犯罪事实，接受检察机关的量刑建议，并在律师的见证下签署认罪认罚具结书，进而接受法院的裁判结果，此为轻罪案件中认罪认罚从宽制度适用的典型样态。[4]而在重罪案件之中，犯罪嫌疑人、被告人不仅可能基于判处刑罚的严厉性形成对于是否认罪认罚的“观望”态度，而且可能在认罪认罚之后反悔、撤回，甚至外化出以认罪不认罚、部分认

---

[1] 参见龙宗智：《返回刑事诉讼理论研究上的始点——刑事诉讼两重结构理论重述》，载《相对合理主义》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 87-105 页。

[2] 左卫民：《审判如何成为中心：误区与正道》，载《法学》2016 年第 6 期，第 8 页。

[3] 参见汪海燕：《认罪认罚从宽制度视野下的“以审判为中心”》，载《中国法学》2023 年第 6 期，第 62-80 页。

[4] 汪海燕：《重罪案件适用认罪认罚从宽程序问题研究》，载《中外法学》2020 年第 5 期，第 1192 页。

罪、认罪态度不明确为具体形式的“非典型性”的认罪认罚样态，[1]进而在一定程度上加重公安司法机关的办案成本与办案压力。诚然，自认罪认罚从宽制度试点以来，此一制度所承载的价值目标经历了由“进一步完善刑事诉讼程序，合理配置司法资源，提高审理刑事案件的质量与效率”[2]到“依法推动宽严相济刑事政策的具体化、制度化”，[3]再到“及时有效惩罚犯罪，维护社会稳定……推动刑事诉讼程序制度的层次化改造，推进以审判为中心的诉讼制度改革”[4]等一系列不断丰富和发展的演变过程。但应当承认，不同于轻罪案件认罪认罚从宽制度所承载的以在底线公正的基础上最大限度地提升诉讼效率、节约司法资源为核心的制度功能导向，重罪案件认罪认罚从宽制度的适用目标似乎应当更加着眼于落实宽严相济的刑事政策，其具体内容应当更为趋向人权司法保障与错案风险防范，而非单纯地囿于节约司法资源、提升诉讼效率。

其二，认罪认罚从宽制度之下，为保证认罪嫌疑人、被告人所获律师帮助的有效性和衔接性，《指导意见》第 13 条创设出“可以由同一值班律师在不同诉讼阶段为其提供法律帮助”的“同一”模式。客观而言，在轻罪案件中适用认罪认罚从宽制度，由于值班律师主要提供咨询性、程序化的法律服务，其本人并不需要借由阅卷、调查取证等方式收集与核实证据。加之轻罪案件中适用速裁程序审理的认罪认罚案件本就耗时较少，因而具有“同一”帮助模式适用的正当性与可行性。然而，反观适用认罪认罚从宽制度的重罪案件。一方面，鉴于重罪案件的案情相对复杂，从侦查、起诉至审判的整个过程中，办案期限通常较长，有可能持续数月或者数年。在时间跨度之长与补助经费之低的情形之下，要求同一值班律师为同一认罪犯罪嫌疑人、被告人在不同的诉讼阶段持续性地提供法律帮助未免有些强人所难。另一方面，重罪案件中的事实问题相对疑难、证据数量和证据种类相对较多，因此对于值班律师于此类案件之下的阅卷、调查取证，以及庭审证据出示、法庭调查和法庭辩论提出了更高的精力投入与专业性要求。从这个意义上来讲，重罪案件之下仅有值班律师为认罪嫌疑人、被告人提供法律帮助，不仅难以满足此类案件适用认罪认罚从宽制度的辩护需要，而且不利于制度适用前提之认罪认罚的自愿性、明知性与合法性的司法保障。而基于两类案件所实然存在的差异性考量，值班律师制度于重罪案件和轻罪案件之下理应形成模式“分野”。在允许值班律师转化为辩护律师的同时，将重罪案件中指定辩护的时间提前至审查起诉阶段。并且，对于辩护律师的选择范围，既可以由委托的辩护律师开展，亦可以由法律援助辩护律师进行，以实现重罪案件认罪认罚程序中律师参与的“全覆盖”。[5]

其三，为有效保障认罪认罚案件中被追诉人的知情权，进而维护其认罪认罚的自愿性及真实性，《指导意见》第 29 条将“探索证据开示”作为审查起诉阶段人民检察院的职责之一予以明确。不同于不认罪案件所适用的“庭前”证据开示制度，认罪案件之下的证据开示“前移”至认罪认罚具结书形成前的“审前”阶段，主要聚焦于审查起诉环节。从《指导意见》第 29 条的规范内容来看，“审前”证据开示制度于轻罪认罪认罚案件和重罪认罪认罚案件之下无异，两类案件所适用的“审前”证据开示在开示阶段、开示范围和开示主体层面明显趋同。然而，基于重罪案件之下可能伴随的证据、事实的复杂情况、控辩双方的沟通难度和沟通成本、犯罪嫌疑人拒绝认罪与翻供的更高概率等多重因素考量，刑事立法与刑事司法理应围绕轻罪案件与重罪案件的现实差异性，有针对性地回应重罪案件认罪认罚程序的实践需求。首先，从证据开示的阶段来看，刑事立法和刑事司法应当根据认罪认罚从宽制度同样适用于刑事侦查阶段的规范语义，以试点方式探索确立重罪认罪认罚案件下的侦查阶段证据开示，并以明晰侦查阶段证据开示的范围和例外的方式消解侦查阶段证据开示可能带来的负效影响。其次，就证据开示的范围而言，重罪认罪认罚案件下的开示范围应当不限于《刑事诉讼法》第 42 条所规定的“有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的

---

[1] 参见胡波：《重罪案件适用认罪认罚从宽制度的障碍及破解》，载《人民检察》2018 年第 17 期，第 53-54 页。

[2] 参见《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的决定》。

[3] 参见周强：《最高人民法院、最高人民检察院关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作情况的中期报告》，2017 年 12 月 23 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议上。

[4] 参见荆龙：《周强在十二届全国人大常委会第二十二次会议上就开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作作说明》，载《人民法院报》2016 年 8 月 30 日，第 1 版。

[5] 前汪海燕文，第 1197 页。

精神病人的证据”，而是扩大到涵摄“包括犯罪嫌疑人已经取得被害人谅解、积极进行民事赔偿等在内的可能对犯罪嫌疑人从轻、减轻处罚的证据”。最后，在关于证据开示的主体问题上，刑事立法与刑事司法应当将传统的向辩护人开示的“间接性”模式变更为直接向犯罪嫌疑人、被告人本人开示的“直接性”模式，用以自洽认罪认罚系被追诉人之诉讼权利的本体属性。

作为一套内嵌于我国传统的职权主义诉讼模式，兼有协商式诉讼模式特征的整体性、融贯性的制度安排，认罪认罚从宽制度本身所承载的制度意涵本就多元，任何单一的规范描述似乎都难以完全涵摄其制度项下的全部内容。反映在认罪认罚从宽制度项下，重罪认罪认罚案件相较于轻罪认罪认罚案件即应当在律师参与、证据制度、量刑建议和庭审程序等方面呈现出一定的独特性或有其差异化的侧重点。

四、证明维度下的中国式重罪案件治理

作为一门经验科学，刑事诉讼不像精密科学一般可以采用具有条件可控性、结果可重复性，以及结论可检验性的实验方法判定事实，而是只能借由一系列的由证据程式所构成的围绕诉讼证据所展开的收集、固定与分析活动将证据解构和证据重构的结论认知作用于司法办案人员的主观意识，使其产生合理的心证内容。[1]特定类型的案件之下，以证明对象、证明方法、证明标准及证明程序等为具体内容的证明制度实为制度内生与实践外化的双重建构映像。此一映像不仅关涉诉讼模式与诉讼程序，同时系属实体目的与程序功用，具有或隐或显、或明或暗的复杂性与复合性特征。[2]正所谓“横看成岭侧成峰，远近高低各不同”，证明维度下的中国式重罪案件治理或许亦如是。

（一）证据种类：重罪案件下口供依赖的办案情结犹在

为有效克服公安司法机关对于口供证据的过分依赖和过分追求，刑事立法与刑事司法采取诸多治理措施用以防范实践中层出不穷的口供不当获取以及过度评价现象。2012 年《刑事诉讼法》修改时，更是以规范组合拳的方式，沿着观念更新到制度完善、建构的整体思路着力解决“口供中心”的现实问题。客观而论，伴随着人权司法保障观念的不断深入，以及刑事诉讼法治的日益健全，口供依赖问题于我国的刑事司法实践确实得以不断地优化和完善。然而，不得不说，重罪案件下口供治理措施其实成效不彰，重罪案件下重追诉、重羁押的司法现实便是其成效的映像之一。

诚然，重视口供或曰依赖口供的现象并非我国所独有。在世界范围内以过分追求口供、过度依靠口供为特征的口供依赖实则普遍存在，由此所引发的种种司法乱象亦使其成为全球范围内共同关注的难解课题，[3]但此种现象却在我国的刑事司法实践，特别是重罪案件中呈现出颇有不同的特殊性和复杂性。一方面，过分倚重口供实属我国刑事司法的固有传统，我国古代即存在“罪从供定”“无供不定案”的诉讼文化观念。自夏商至明清，伦理秩序和“狱无淹滞”的价值诉求、反逻辑的自由心证及非对抗的刑事司法为口供主义提供了坚实的文化支撑，而非专业知识的司法、以核查招状为主的覆审制度、片言折狱的司法理想、深入“官”心的酷吏文化亦在巩固口供至上层面发挥了或显或隐、或大或小的影响，口供“证据之王”的地位从未被撼动。[4]另一方面，刑事司法实践中，为保证事实查明与事实认定的准确性，尽管公安司法机关于重罪案件之下表征出较为明显的对于物证、书证等客观化证据的偏好，和对言词类证据、鉴定类证据等主观性证据的谨慎，[5]但“口供中心主义”仍然深刻影响着我国当下的重罪司法实践，公安司法机关依然具有强烈的口供情结，并习惯于沿用长久以来形成的“由供到证”的办案方式。现行《刑事诉讼法》第 52 条关于“不得强迫任何人证实自己有罪”的规范条款、第 55 条对于“不轻信口供”的立法明晰更是与第 120 条“应当如实回答”的讯问要求形成规范

---

[1] 参见江怡：《经验、逻辑与整体论——一种实在论和反实在论的语境》，载《江苏行政学院学报》2003 年第 3 期，第 5-11 页。

[2] 参见步洋洋：《认罪案件庭审证据调查方式的特殊性论理》，载《东方法学》2022 年第 5 期，第 168 页。

[3] 参见 Richard J. Terrill，World Criminal Justice Systems：A Comparative，8th ed.，Cincinnati：Anderson Publishing，2012；John H. Langbein，Torture and the Law of Proof：Europe and England in the Ancien Regime，Chicago：University of Chicago Press，2006.

[4] 参见闫召华：《口供何以中心——“罪从供定”传统及其文化解读》，载《法制与社会发展》2011 年第 5 期，第 110 页。

[5] 左卫民：《反思过度客观化的重罪案件证据裁判》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 1 期，第 115 页。

体系的内部张力，加剧形成口供证据之应然定位同侦查取证之实然运行间的实践背反。

诚如部分学者所言，“从宏观层面来看，当前我国的口供治理模式在很大程度上以消极、被动为主，其聚焦于冤假错案的防范与治理，以此形成的是一种冤错防治型的口供治理模式。”[1]最高人民法院于 2013 年 11 月 21 日发布的《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》中便可得到佐证。[2]立足于刑事司法改革，特别是刑事诉讼现代化转型的时代语义，重罪案件下口供依赖问题的解决应当着力实现观念与制度的协同、联动，围绕观念转变和程序机制确立的两重维度展开。

一方面，公安司法机关应当在观念层面重塑对于口供证据的理性认识，在避免将重视、依赖口供全然等同于口供中心主义的基础上，切实走出既有功利主义导向下的口供依赖情结，借由依靠科技手段、信息技术等方法提升取证技能，实现由传统的片面依赖主观性较强的人证证据体系向以主客观证据相结合、强化通过物证作以客观验证的证据体系的运用转型；另一方面，刑事立法与刑事司法应当基于认罪案件下口供适用的不可或缺性，适时区分重罪案件下认罪和不认罪的两类刑事案件在程序层面对口供取得和口供采信的制度、规则作以差异化的建构完善，通过构建激励型的自愿供述机制、符合本土现实的翻供核实机制、严格施行的非法证据排除机制等方式，协同、联动为中国式复杂且特殊的口供中心主义的蜕变、转型创设制度保障及规范情境，最大限度地消解因过分依赖和过分追求口供所可能带来的功利性、实用性和非理性的司法弊窦。

（二）证明方法：重罪案件下严格证明的绝对适用

作为大陆法系国家证据法上的概念之一，严格证明与自由证明的概念界分最早由德国学者迪恩茨于 1926 年提出，后该理论经德国传到日本以及我国台湾地区，并借学说和判例蓬勃发展。而作为刑事证明的两种基本方式、方法，严格证明与自由证明的界分主要是基于刑事诉讼证明对象的不同而对证明作出的不同要求。就概念而言，严格证明用以指代对具有证据能力的法定证据调查程序的证明。严格证明的方式、方法之下，案件事实认定的依据必须是法律明确规定且具备证据能力的证据，在证明的过程或程序上，必须严格遵循法定的调查程序，且需要满足排除合理怀疑的证明标准。自由证明与之相对，用以指代除严格证明之外的其他证明。[3]近年来，溯源于客观性优先于主观判断的唯物主义立场，重罪案件证明方法的规范表达及实践面相与轻罪案件的证明逻辑逐渐分离，严格证明于重罪案件之下的适用范围和适用场域不断延展，呈现出较为明显的绝对适用趋向。

一方面，重罪案件之下，公安司法机关往往以证据的客观状态及其蕴含的信息作为衡量标准。作为证据分析方法的特定一种，印证证明用以表征静态的证据之间、证据与案件事实之间的相互关系，着重强调两种以上的证据对同一待证事实所具有的共同指向或协同作用。因其操作简便且具备可验证特征，是目前我国主流乃至唯一的证明分析方法。此一方法下的“孤证不立”与“补强”之意因有效契合公安司法机关对于客观真实的理想追求，以及借由内容信息同一或指向同一的证据强化指控犯罪之证明体系的稳定性与可信度的办案心理而在实践层面表征出较强的本土生命力。换言之，在我国当下的重罪案件司法实践中，公安司法机关对于证据的评估与案件事实的认定，全然建立在足够数量，且能够彼此证成，不存在内容信息矛盾、冲突的证据之上，印证证明不仅适用于要件性待证事实的证明，而且适用于非要件性关联事实的证明。相应地，在证据缺失或证据不足的情形之下，公安司法机关并不会基于疑罪从无原则而直接认定被追诉人无罪，往往动用相当的人力、物力和财力进行补充查证，以期完成其客观真实理念下真实查明的职责任务。假使实物类证据获取不能，办案人员则沿用“由供到证”的取证逻辑，借由讯问的方式、方法获取犯罪嫌疑人、被告人的有罪供述，以此补强、替代那些原本不够充分、全面的实物证据，以期实现“1 + 1 > 2”的“增强性”证明效果。

另一方面，重罪案件之下，对于推定、情理推断、经验法则等主观化的证明方式，公安司法机关往往较为排斥。此种需要建立在相对自由之经验主义理论之上的主观判断与心证形成方法往往受到严格限制。[4]长久以来，我国始终秉持客观性优先于主观判断的认识立场，此一立场之下的证明方

---

[1] 参见李训虎：《口供治理与中国刑事司法裁判》，载《中国社会科学》2015 年第 1 期，第 122 页。

[2] 《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第 7 条指出：“重证据，重调查研究，切实改变‘口供至上’的观念和做法，注重实物证据的审查和运用。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪。”

[3] 步洋洋：《论认罪案件法庭审理中的自由证明》，载《中国刑警学院学报》2024 年第 2 期，第 76 页。

[4] 参见李昌盛：《证据确实充分等于排除合理怀疑吗？》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 2 期，第 106 页。

式、体系及其具体方法并不以事实审理者的主观情感，即“内省性”为中心，而是强调证据的“外部性”，即两个以上证据信息指向的一致性，用以形成较为客观的、外观可见的、多点支撑的证据结构，从而寻求在诉讼阶段划分语境下不同办案机关与不同审理者之间对于案件事实认定的重叠性共识，以此来确保案件事实认定的稳定性、共识性与可验证性。[1]相应地，重罪案件的司法实践之中，证据于事实认定即具有垄断性、唯一性的作用，印证证明方法下“指向同一”和“内容信息同一”的基本要求聚焦于排除证据矛盾而非解释性推断。换言之，对重罪案件中的证据收集、固定、调查及审查活动，公安司法机关普遍将注意力聚焦于证据本身以及证据间的同一性、符合性，有意无意地忽视了证据和待证事实、经验规则之间的合理性和融贯性，带来虽有同一性但失真证据被采纳，或虽有矛盾但符合经验法则的证据被排除的现实可能。[2]

客观而言，基于错案防范、人权司法保障与重塑司法公信等目的考量，重罪案件下严格证明方法的适用具有相当程度的正当性、必要性与合理性。但是，此一证明方法对于印证证明的过度倚重，以及对于主观化证明方法的机械排斥却可能带来重罪案件司法实践中不计成本的证据过度收集、虚假证据的诱发生成，以及不必要的事实认定疑难因此形成等矫枉过正风险，因此亟待通过特定情形下自由证明，特别是主观化证明方法的适度采用，形成一种以客观证明方法为主，兼采主观证明方法的证据生成、过滤、对抗和裁判的衡平型重罪案件证明机制。并以严格贯彻办案期限、强化办案时间管理、慎用期间延长规范等并举方式，强化刑事立法与刑事司法对于重罪案件下公安司法机关证据收集的规范指引，避免证据收集的无序化、低效化、扩张化和失范化。

（三）证明标准：以“证据充分”为要义的客观化趋向

诚如部分学者所言：“‘印证证明方法’于我国具有明显的整体主义倾向，强调相互印证之证据链条能够形成一组包含相同或相似事实信息的统一整体。”[3]印证证明项下，公安司法机关不能仅凭单一的证据本身得出此一证据的证明力判断，而是需要借由与其他证据进行对照、比较，证明此一证据与其他在案证据的内容信息相符合，以此形成相对完整且指向一致的证据链条。[4]相应地，受制于整体主义倾向下的印证证明影响，加之我国长久以来形成的以“实体真实”为基础理念的职权主义诉讼模式，以客观性优先于主观判断为具体内容的唯物主义司法认识立场，重罪案件之下，我国当前以“证据确实、充分”为具体内容的有罪证明标准，实然可以被简化为以“证据充分”为要义的客观化标准。简言之，实践中，公安司法机关完全将有无充足的证据作为对重罪案件事实判断与认定的依据，其对特定证据数量的要求已然呈现出一种绝不妥协的严格适配特征。[5]具体而言：重罪案件的事实认定场域之下，不仅每一个（要件性或争议性）的待证事实均须有证据证明，而且需要在整体上形成稳定的证据组合形态，证据的数量能够达到确保待证事实之最高程度的信度标准。[6]由是，相较于严格贯彻“疑利被告原则”与“禁止双重危险”或“一事不再理”原则的两大法系典型国家，受制于“强侦查——弱辩护”的控辩关系结构，公安司法机关对于重罪案件下有罪证据存疑之案件往往更倾向于持续追诉，而非即时性的无罪化程序处理。[7]补充侦查、庭外调查核实、撤回公诉等持续性追诉制度亦因此而成为重罪案件中证据不够充分语境之下的具有操作可行性的证据“补强”方式。

应当明确，“证据越充分则事实越清楚”的逻辑预设，实然建立在“新增证据总是毫无例外地朝着强化、证实预先结论方向发展”的前提下。然而，在补充性查证展开之前，新增“补强”证据能否获得尚且不能确定，即使能够补充查证到，此类证据对于事实判断和认定的支持方向亦是完全开放的。借由持续性追诉制度而获得的“补强”证据亦可能降低事实判断和认定的心证确定性，甚至很有可能

---

[1] 参见龙宗智：《“印证”的治理》，载《法学家》2022 年第 2 期，第 97 页。

[2] 前引左卫民文，第 115 页。

[3] 参见薛爱昌：《为作为证明方法的“印证”辩护》，载《法学研究》2018 年第 6 期，第 26 页。

[4] 参见谢澍：《反思印证：“亚整体主义”证明模式之理论研判》，载《华东政法大学学报》2019 年第 3 期，第 143-153 页。

[5] 步洋洋：《论“根据在案证据裁判规则”》，载《法商研究》2022 年第 4 期，第 110 页。

[6] 参见前引左卫民文，第 115 页。

[7] 参见徐阳：《我国刑事诉讼中无罪化机制的过程性失灵及应对》，载《现代法学》2015 年第 2 期，第 132 页。

对整体性印证证明无用。[1]其实，我国当下的重罪案件司法实践中，公安司法机关之所以敢于追求定案证据达到全面化、充分化的程度标准，既与我国当下公安司法机关重配合而轻制约的权力配置有关，更与我国长久以来形成的强大的有罪证据的制度供给密不可分。现行刑事立法的规范之下，公安司法机关对案件事实的获取基本取决于查明案件事实的现实需要，不仅缺乏对强制性调查措施的事先司法审查制度，而且任何拥有相关信息的主体都有义务配合侦控机构查明真相，（补充）侦查活动可以一直持续到生效判决作出之前。

受制于证据材料能够被收集到的现实可能性，证据收集主体的取证能力、取证水平和取证技术，以及证据本身的可变性、偶然性、复杂性特征等多重因素的客观制约，证据不够充分，或者部分证据缺失，从实然层面与应然层面来看均为刑事司法实践中所不可避免的现象之一，此一现象亦为法律制度与规范设计者所能预见到的程序结果可能。而就这点而言，刑事立法与刑事司法应当放弃过分地追求充分化、全面化、体系化的证据体系，省思重罪案件下基于在案证据不够充分的现实语境而穷尽一切手段补充查证的教条做法，逐步尝试接受在证据不充分、不完整的可能情形下，运用合理解释与合情推理的方式、方法填补证明漏洞、分析证据矛盾，并适时区分要件事实和辅助裁量性事实，采取以严格证明和自由证明为具体内容的差异化证明方法，用以最大限度地避免重罪案件司法实践中公安司法机关机械性地采取印证证明评价证据等实践问题。

结语

重罪案件治理的本土面向本就多元，本文仅就中国式重罪案件治理之实体、程序和证明维度下的核心问题展开研判。其实，除前述的若干问题外，中国式重罪案件治理的项下议题还有很多，如重罪案件下刑事附带民事的调解和裁判如何不至“空转”；重罪案件能否刑事和解，如果能，其限度为何？死刑复核程序的行政化问题，特别是因书面审与调查审相结合所形成的现实困境应当如何消解，等等。而作为一个生长于社会政治、经济、文化、历史传统等错综复杂背景下的非独立因素，加之意识形态和权力体制的复杂关系，司法秩序的变革与转型从来就不是易事。[2]鉴于司法制度、司法体系自身之可欲和可能之间的实然落差，为使重罪案件治理的中国愿景不至落空，刑事立法和刑事司法当以踏石留印、抓铁有痕的积极态度，在遵循司法运作内在规律的前提下，着力解决当前重罪案件治理中呈现出的突出问题，并适时将重罪案件治理同以“标本兼治，重在治本”为基本要义的诉源治理协同开来，助推中国式刑事诉讼的现代化转型。

---

[1] 参见前引李昌盛文，第 101-117 页。

[2] 参见陈实：《刑事庭审实质化的维度与机制探讨》，载《中国法学》2018 年第 1 期，第 205 页。

刑事裁判方式的法定化与类型化

夏永全*

摘 要：刑事裁判作为国家法的具体化，是审判活动的重要组成部分，体现了法院的司法权威。裁判方式是一个综合性概念，包括了裁判形式、裁判程序、裁判内容等诸多要素，通观现行法的相关规定，刑事裁判方式存在着法定化程度不足、裁判类型理由设置不合理、裁判程序缺失较为严重、裁判效力含混不清等问题。《刑事诉讼法》第四次修订在即，可以考虑从法定化与类型化出发，以专章形式对裁判形式、程序、主体等作出概括性规定，具体裁判程序、裁判内容等，在审级制度以及相关程序事项中进行细化。

关键词：刑事诉讼法 裁判方式 法定化 类型化

引言

2023 年 9 月，第十四届全国人大常委会公布立法规划，《刑事诉讼法》修改被列入“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”。学术界和实务界对此高度关注，纷纷通过各种方式建言献策。

《刑事诉讼法》修改是一项重大行为，利益格局复杂。其中有两个关键点必须正视：首先，无论怎么改，都要有相应理论支撑，符合基本司法规律。长期以来，中国立法机关的“修律”活动，过分关注不同国家机关利益协调和权衡，对有关机关的利益和诉求过于迁就，忽略了一些原则和原理问题，导致制度设计背离基本规律而难以得到实施。[①]其次，新制度增设、旧制度调整，包括条文位次、具体表述等，离不开司法技术支撑，否则就可能沦为摆设。“刑事诉讼法”要具有可操作性，就不应只确立一系列口号和宣言，而是需有一些最基本的规则构成要素，像裁决事项、裁决方式和结论，都属于必要组成部分。[②]

当前，人们对刑事裁判的认知偏于狭隘，不仅没有对裁判的本质、权威性来源等基本问题有深入把握；而且视野往往被实体判决遮蔽，其他案件处理方式遭到严重忽视。“刑事诉讼法”规定了不同案件办理程式，有着动态化、体系化特征，刑事裁判方式直接影响一审结案质效、二审纠错评价、司法统计口径等制度，它既涉及刑事诉讼程序中不同主体之间的“权力/权利//义务关系”，还有效串联起了“审判中心主义”、“强制措施体系”、“程序性制裁”、“涉案财物处理”等重要内容；其变动可谓“牵一发动全身”。有鉴于此，本文主要采取规范分析方法，对刑事裁判方式的优化、调整进行探讨。本文主体结构分为三个部分，第一部分依托刑事裁判理论，厘清了“裁判”的性质和裁判方式的构成要素。第二部分在全面梳理现行法基础上，剖析了刑事裁判方式存在的问题。第三部分从法定化与类型化角度，提出了完善刑事裁判方式的框架性建议。

一、刑事裁判方式的基本构成

刑事裁判方式系合成词，“刑事”限定了领域；不过，作为核心概念的“裁判方式”，却非严格的法律或法学用语。

实定法里面似有等同于判决、裁定之意（《民事诉讼法》第 177 条参照）。理论上，有人把它理解为二审法院对一审裁判的“维持、变更、撤销”。[③]还有人直接从实体法角度，将其当作具体如何认定事实、适用法律方面的裁判内容。[④]这些不同观点的指称对象出入较大。如果把判决、裁定本身当作裁判方式，那么作出判决、裁定所需要的程序、理由，以及判决、裁定本身可能存在的类型划分等，就难以准确定位。同时，将二审裁判“维持、变更、撤销”原裁判，理解为裁判方式，这些方式又通过什么（载体）体现出来呢？再者，若把具体裁判结论作为裁判方式，就容易和实体法适用混为一谈，无形中架空了裁判的诉讼法意义。因此，把静态意义上的判决、裁定等称为“裁判形式”，把一审法院对当事人（包括公诉机关）各种主张认可与否，以及二审法院对一审裁判的“维持、变更、

---

* 西华大学法学与社会学学院副教授，刑事诉讼法制完善项目“刑事裁判方式的法定化与类型化”（一般项目 57）课题论文。

① 参见陈瑞华：《刑事诉讼中的问题与主义》（第二版），中国人民大学出版社 2013 年版，第 280 页。

② 详见陈瑞华：《程序性制裁理论》（第 3 版），中国法制出版社 2017 年版，第 24-25 页。

③ 详见赵旭东：《论民事案件的上诉审裁判方式》，载《法学杂志》2013 年第 6 期，第 97-98 页。

④ 详见王志祥：《民事赔偿与刑事责任》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 120 页。

撤销”等，称为裁判内容或类型更为恰当。

综上，本文把裁判方式界定为一个包括裁判形式、裁判程序、裁判内容等诸多要素的综合性概念。

（一）“裁判”的理论解析

无论怎样界定裁判方式，都绕不开“裁判”这个更为核心的概念，不厘清其基本含义，讨论裁判方式就失去了基础。

1.“裁判”具有多重面向

“裁判”是一个多义词。中文里面，它可作名词指裁判员，也可作动词，指法院对案件做出处理以及体育运动中依据竞赛规则作出的评判。[⑤]我国实证法关于裁判亦有“动/静”两种用法：前者指向行为，如“枉法裁判”“错误裁判”；后者指向具体结论及载体，如“生效裁判”“裁判文书”。表达上，裁判与“司法”“诉讼”“审判”等纠缠在一起；研究者因对各个概念反映的法律现象特征理解各异，用语不统一甚至混乱现象较为突出。囿于主旨和篇幅，本文这里不打算对此详细分析。

无论立法、理论还是实务，“审判”一词的使用频率都非常之高。审判一般被解读成“审理+裁判”的合称。通说认为，审理是裁判的前提和基础，主要对案件事实进行举证、调查。裁判是在审理基础上，依法就案件实体问题或某些程序问题作出处理结论，是审理的目的和结果。[⑥]于是，“裁判”被限定为案件经审理后的处置方面，指向静态结果本身，至于动态裁判行为以及裁判过程等，多被涵摄到审判行为中。[⑦]相较而言，域外盛行司法=裁判（宪法论角度）[⑧]以及诉讼=裁判（纠纷解决角度）[⑨]的观念。“裁判”与“司法”“审判”“诉讼”等基本上具有同义性，我国将之限定为案件经审理后作出结论或结论本身，差异明显。

应当说，在“审判”架构下，把裁判与法院对纠纷所作判断对应起来，具有相当合理性。法律中的裁判，系“裁”与“判”之合称。[⑩]“裁”者，一刀两断地解决是也；“判者”，探究正邪黑白评价、判断是也。故裁判是为以解决社会关系上的利害冲突、纷争解决为目标，有法律权威的一种第三方判定。[⑪]易言之，“裁判”以当事人之间存在争议为前提，这个意义上的裁判，区别我们通常所谓审判之处在于，更强调特定主体对具体案件进行处置的权限或权能。顺此延展，裁判背后的权力因素（裁判权），又与案件管辖问题勾连在一起：裁判权是为管辖权之前提，管辖是对各个法院裁判权的一种分配方式。

2.作为诉讼行为的裁判

日常用语意义上的“裁判”，囊括了法院进行的全部审判程序；而（刑事）诉讼法层面的“裁判”，含义更为广泛，大体能跟判断行为划等号，可通过诉讼行为相关理论加以总括性讨论。[⑫]诉讼行为作为一个诉讼法学基本范畴，首先可以为“识别”不同诉讼主体的行为提供技术装置；进而能在各种不同情境下，对不同诉讼主体的各种行为进行法律评价。同时，以实体法为准据，由于诉讼行为系以实体形成为终极指向目标，诉讼程序是诉讼行为不可缺少的组成要素，而为确保诉讼程序形式上的可靠性，诉讼法规范中便需要专门规定诉讼行为所必须遵从的方式与内容。[⑬]

（1）裁判是法院的一种意思表示，属于诉讼法律行为

微观上，裁判乃法院以理性逻辑方式，解决法律上纷争的国家意志宣言。其基本过程是，国家

---

⑤ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》（第 7 版），商务印书馆 2016 年版，第 119 页。

⑥ 参见陈光中主编：《刑事诉讼法》（第七版），北京大学出版社、高等教育出版社 2021 年版，第 355 页。

⑦ 参见胡之芳：《刑事裁判根据研究》，中国法制出版社 2006 年版，第 16-19 页。

⑧ 渡辺洋三『法を学ぶ』（岩波書店，1986 年）132 頁参照。

⑨ 三ク月章『民事訴訟法』（有斐閣，1959 年）6 頁参照。

⑩ 有意思的是，我国台湾地区有学者认为，裁判是裁定与判决之合称。详见林钰雄：《刑事诉讼法》（下册 12 版），新学林出版股份有限公司 2023 年版，第 51-52 页。

⑪ 兼子一，竹下守夫『裁判法（新版）』（有斐閣，1978 年）1、6 頁参照。

⑫ 田宮裕『一事不再理原則』（有斐閣，2000 年）346-347 頁参照。

⑬ 石川才顯『刑事訴訟法講義』（日本評論社，1974 年）25 頁参照。

预先制定的各种法律规范中（主要是实体法），已经蕴含了纷争解决的一般意志，法院适用实体法规范处理案件，是通过个案实现国家意志的具体化和个别化，这两种意志彼此联系、相互作用。[14]简言之，依法裁判原则下，国家法是裁判活动基准所在，裁判依据法律才获得权威，裁判若无权威便不具有实效性。所以，裁判本质上体现了法院的意思表示，属于一种诉讼法律行为，具有约束力。当然，意思表示原系民法学中的重要概念，与民法中的法律行为广泛认可私法自治不同，刑事诉讼行为受更为严格的法律定型化支配，各个主体的行为自由度相当有限；[15]法院尤其如此。

（2）裁判过程与结论不可分，属于与效诉讼行为

宏观上，法的具体化过程，可归纳为三个层级，即法理念（Rchtsidee）、法规范（Rcehtsnorm）、裁判（Rechtsentscheidung）。三者关系为：法理念是基础性规范，蕴含了一般、抽象的自然法原则，它们在立法程序中被确定下来，就形成了实证法。而实证法适用于一个时间段，是凝固的、特定阶段的法，法官裁判乃对法的进一步具体化。通过法的适用活动，法成为一种实然的，以具体历史方式存在于社会现实中具体、确定的法。[16]

从诉讼场域观察，裁判作为国家法的具体表达，势必要就当事人之间的（法律）争点赋予最终解决效力，对包含两造当事人在内的社会成员具有约束力。这种约束力不仅源于国家法本身的权威性，还离不开人们认可的机关及相应程序，即裁判背后是由裁判官、裁判程序、判断标准、判断内容等赋予了正当性的信念支持。可以说，裁判是以上述权威为前提的制度过程。[17]申言之，诉讼作为纷争发生后的个别解决方式，裁判规范、对象、程序等要素相互补强，共同形成了一种立体结构，既促进整体意义上裁判活动的公正与实效性，又能确保裁判程序过程与结果的合理性。[18]基于此，审前程序中司法警察官员、检察官对被追诉人以及犯罪事实作出的认定，确实包含意思表示，但缺乏纠纷解决目标指引和足够程序保障，仅是一种带有中间性质的处分，其既不能和实体判决同日而语，也无法与法院签发司法令状、诉讼指挥上各种以实现实体终局判决为目的的手段相提并论；因此被排除在外。[19]换言之，现代法中，唯有法院才能对当事人的申请、主张等行为，进行有效/无效，理由有无等明确判断，并赋予诉讼法上的效果，是故裁判应属于一种与效诉讼行为。[20]

（二）裁判方式的构成要素

1.裁判形式

承接前言，裁判形式指法律所规定的判决、裁定、决定等。它是从静态出发，最终展现法院裁判结论的载体，属于裁判方式的外化。任何具体裁判内容，最终都需落脚到相应裁判形式上，即各种裁判文书，但除各种令状外，裁判文书并非裁判本身，也不是用于证明裁判内容的手段，裁判的告知与作成，不以裁判文书为必要。[21]揆诸域外，大多数国家和地区的裁判形式，不外判决、裁定等寥寥数种，其适用对象呈现多元化。比如，除实体判决外，一些大陆法系国家，还承认所谓程序（诉讼）判决，当欠缺诉讼要件或存在程序障碍之际，法院可依据法律规定，用以宣告程序不得进行。[22]对这部分相关事项，我国一般用“裁定”处理。

---

[14] 详见[日]中村宗雄、中村英郎：《诉讼法学方法论—中村民事诉讼理论精要》，陈刚、段文波译，中国法制出版社2009年版，第51-53、55页。

[15] 団藤重光『新刑事訴訟法綱要（七訂版）』（創文社，1967年）168-169頁参照。

[16] 详见陈慧君：《德国自白协商制度研究》，法律出版社2023年版，第158-159页。

[17] 六本佳平『法社会学』（有斐閣，1986年）346頁参照。

[18] 田中成明『現代法理論』（有斐閣，1984年）137-138頁参照。

[19] 石川才顯『刑事訴訟法講義』（日本評論社，1974年）296頁参照。

[20]高田卓爾『刑事訴訟法（二訂版）』（青林書院新社，1984年）112頁参照。

[21] 石川才顯『刑事訴訟法講義』（日本評論社，1974年）300頁参照。

[22] 参加[德]维尔纳·薄逸克、萨比娜·斯沃博达：《德国刑事诉讼法》（第15版），程捷译，北京大学出版社2024年

2.裁判程序

任何裁判结论，只有经过相应程序才能作出，程序可谓“裁判”的隐形载体。按照富勒的观点，裁判的突出特征在于授予受影响方参与裁判的特殊方式，即为争取于己有利的裁判内容而提供证据与合理论证。[23]毫无疑问，关于被告人有罪/无罪的判决，当适用最完整、最严格的程序，只有经证据调查、言辞辩论、评议，最终确认具备法定理由后才能作出，且需公开宣告。其他争议事项视情况不同，可在某些环节有所省略或者对某些裁决内容，作出特殊要求。如程序问题，就不一定要经过言词辩论，可直接由裁判主体根据书面材料审查决定；理由不需类型化（能自由裁量），裁判形式也较为多样。

3.裁判内容与理由

裁判内容与理由主要指裁判者对程序申请或主张者表达的肯定/否定态度，此要素跟裁判的类型划分关系密切。

传统上，裁判本身可根据表现形式（判决、裁定等），是否涉及有罪无罪的内容（实体裁判与程序裁判）、能否终了审级诉讼程序方面的机能（终局裁判和非终局裁判）、以及审级（一审、二审、再审）等标准进行分类。一审语境下，实体裁判可分为有罪判决和无罪判决，它们分别体现了裁判者对控诉方和被追诉方的不同意思表示。而程序裁判据不同情况，对案件作出不同处理：若起诉不具备相应诉讼条件，法院可驳回公（自）诉，或者决定终止或中止审理等。二审中，上诉审法院可能“维持”原裁判，也可能“撤销原裁判”，进而“改判”或“发回重审”。概括起来，裁判内容需附一定理由，作为理由的事实，有的已经类型化（如有罪判决），而基于诉讼指挥的程序裁判则无需如此。[24]并且，裁判内容、理由与裁判形式、裁判程序息息相关：不同裁判内容和理由，对应不同裁判形式和裁判程序。如《德国刑事诉讼法》第 204 条规定，法院裁定不开启审判程序时，应在裁定中表明系基于事实或法律，该裁定应通知被诉人、检察官、附加诉讼人，同时要书面告知其救济机会。[25]

二、我国刑事裁判方式的现状与存在的问题

如前所言，裁判方式涉及诸多构成要素，为方便起见，这里以裁判形式作为逻辑线索展开阐述：先考察各种裁判形式的现状，然后再分析其中存在的问题。

（一）现状

依法条文义，《刑事诉讼法》明确规定了判决和裁定两种裁判形式。个别条文中有关于“决定”的规定，如关于法院对是否回避需作出决定，该决定还允许复议一次（第 31 条）。于是，决定被认为是裁判形式之一种。

1.关于判决

我国法上，判决仅指适用于有罪/无罪的“实体判决”。判决共两种三类：有罪判决和纯粹无罪判决以及存疑无罪判决（《刑事诉讼法》第 200 条）。此外，最高人民法院在司法解释中增设了“宣告不负刑事责任”的判决，适用于被告人因未达到刑事责任年龄，或是精神病人，在不能辨认或者不能控制自己行为时造成危害结果不予刑事处罚的情况（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》，以下简称《解释》，第 295 条）。

在程序上，作出判决需“经法庭调查、辩论、被告人最后陈述、合议庭评议”（《刑事诉讼法》第 198、200 条，《解释》第 294-295 条）。法庭审理活动可能因法定原因不公开，但宣判一律公开，

版，第 519 页。

[23] 参见[美]朗 · L.富勒:《裁判的形式与范围（上）》，张智译，载《法律方法》（第 30 卷），第 53-54 页。

[24] 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣，1958 年）269 頁参照。

[25] 详见林钰雄、王士帆、连孟琦:《德国刑事诉讼法注释书》，新学林出版股份有限公司 2023 年版，第 524-525 页。

宣判有当庭和定期两种方式。宣判的基本要求是：全体人员起立，公诉人、辩护人等不到庭不影响宣判进行（《刑事诉讼法》第 188、202 条，《解释》第 222、304 条）。判决当然允许上诉、抗诉和再审。

2.关于裁定

《刑事诉讼法》中的裁定散见各处。这些裁定根据所涉事项性质不同，大致可分为两类：

一类是程序性裁定，如驳回起诉、撤销原判发回重审、是否恢复诉讼期限等裁定。另一类是实体性裁定：如驳回上诉、抗诉维持原判的裁定，减刑、假释裁定；核准死刑裁定等。

与实体判决具有唯一性不同，个案中的裁定可能出现多份。在效力上，依《刑事诉讼法》第 227 条，当事人对所有裁定均可上诉。不过，由于裁定数量不多，实践中很少适用，对具体领域的裁定能否上诉不乏争议。如《解释》规定，自诉人对不予受理或驳回起诉的裁定可以上诉（第 322 条），关于按撤诉处理的裁定（第 331 条）则无明文。过去的司法实践中，法院有肯定和否定两种意见，《人民司法》编辑部 1992 年的答复认为不能上诉。[㉖]

3.关于决定

《刑事诉讼法》中的决定适用于回避、解除强制措施、延期审理、强制医疗等事项。不过，只有回避、针对违反法庭审理秩序的拘留罚款、强制医疗的决定，程序和效力相对明确，其他近乎“空白”。

比较起来，《国家赔偿法》（2012）对“决定”的规定堪称典范：（刑事）赔偿义务机关对国家赔偿申请应当作出是否赔偿的决定。赔偿义务机关决定赔偿的，应当制作赔偿决定书，并自作出决定之日起十日内送达赔偿请求人。赔偿委员会作出的赔偿决定，是发生法律效力的决定，必须执行（第 23、29、30 条等）。这表明，“决定”是国家赔偿程序中的法定裁判形式。

（二）存在的问题

应当肯定，我国刑事裁判方式的基本架构现已初步形成，理论上也对部分范畴有一定阐释。然而，“刑诉理论的体系化程度远未完成。同时，理论对于实践和立法的解释力、指导力相对不足。…在刑诉法中，鲜有法律条文是根据某一理论而制定的，实践中所处理的问题也没有或者是很少根据刑诉理论得以解决，…。”[㉗] 概括起来，当下的刑事裁判方式，主要存在以下几个方面的问题：

1.裁判形式法定化程度明显不足

裁判作为法院纠纷解决的一种意思表示，功能众多。现有法规范把不同形式的裁判散乱置于各处，未明确哪些决断属于裁判，哪些事项可以适用哪种形式的裁判，法定化程度明显不足。

（1）现行法没有关于“裁判通则”方面的规定，尤其是，“决定”实际只有个别条文提及，不具普适性，完全不能和判决、裁定相提并论。而且体例上，“决定”最早出现于《刑事诉讼法》总则编第三章回避（第 31 条），“裁定”紧跟其后（第 106 条当事人申请恢复诉讼期限）。而“判决”则在审判编第二章第一审公诉案件审理程序方才登场（第 200 条）。三者相隔甚远，显得毫无章法。

还有，实证法中的“命令”（《解释》第 255 条、《刑事诉讼法》第 261 条）、“通知驳回申诉”（《解释》第 457 条）、“退回人民检察院”（《解释》第 219 条）等方式，分别体现了法院对特定案件某些方面的处理意见，与判决、裁定、决定显著不同，但它们主要通过司法解释加以规定，性质/效力不明，随意性较强，带有浓厚司法行政色彩，注重法院职权行使方便，对当事人权利保障考虑不周。

2.各种裁判形式普遍存在适用界限不清、效力不明等问题

一般而言，裁判形式本身就是类型化的产物，每种裁判形式具有相应适用对象范围。然而，现

㉖ 详见顾永忠：《刑事上诉程序研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 248 页。

㉗ 详见左卫民：《中国刑事诉讼法学 40 年：观察与思考》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2018 年第 6 期，第 8-9 页。

有各种裁判形式适用界限不清，效力不明等问题较为普遍。

（1）对判决来说，存疑无罪判决暗指被告人仍有犯罪嫌疑，与无罪推定精神相悖。关键是日后检察院根据新的事实、证据还可重新起诉，法院应依法受理，尽管原判决不会撤销（《解释》第219、298条）。显而易见，无罪判决对检察机关滥用起诉权的约束作用大打折扣了。[28]另外，从程序体系看，二审法院在面对"指控证据不足"的情况下，没有贯彻总则部分关于定罪证明标准的基本要求，不受疑罪从无原则限制，可以将案件发回重审（《刑事诉讼法》236条），形成了一审和二审面对同样问题，却作出完全不同规定的悖论。[29]从深层次看，这种判决与既判力原理、追诉时效制度等都存在紧张关系。

同时，司法解释创设的"宣告不负刑事责任"判决，更是于法无据。除超越法定权限外，按《刑法》规定，如果被告人在行为时，未达到刑事责任年龄，或者不具备正常精神状态，纵然其行为对社会危害再严重，我们也不能单纯为惩罚而追究其刑事责任，这是罪刑法定原则的基本要求。在一定意义上，行为人不承担刑事责任本质上就是无罪，二者实际上是一码事。[30]概言之，不负刑事责任在观念上即是无罪。该规定给人感觉是上述人员的确有罪，只是不负刑事责任而已。既然都是无罪，用无罪判决宣告足矣。

（2）对裁定来说，据《刑事诉讼法》第236条规定，二审法院经审理，认为原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的案件，应"裁定"维持原判。这与其他两大诉讼法明显冲突（《民事诉讼法》《行政诉讼法》均规定用判决），也缺乏实质合理性。因为在基本诉讼逻辑上，针对一审判决的上诉或抗诉案件，二审法院经"法定"审理程序后（不一定是开庭），应就案件实体问题作出判定，不论标识为何种形式，实质上都属于"判决"。第二审法院作出驳回上诉、抗诉，维持原判的诉讼结论，形式上似是终结第二审程序，但其实是对第一审裁判实体和诉讼程序的全面评价，其主要内容是对案件实体问题作出结论，显然已超出裁定所能包括的范围，属于刑事判决范畴。[31]不过，有民诉学者认为，维持原判属于上诉法院对上诉请求进行实体性判断后的程序性处理，而非直接性确认判决、给付判决或形成判决，故以裁定方式处理更为准确，也更为精准体现出二审目的。刑诉法的规定值得民诉法借鉴。[32]这种观点不无道理，但值得商榷：明明是实体审理和实体认定，却说成程序性处理，自相矛盾；而且经过"同样"程序后，为何维持原判用"裁定"，改判却要用"判决"？无法合理解释。

（3）对决定来说，《刑事诉讼法》第257条第2款规定，人民法院按照审判监督程序审判的案件，可以决定中止原判决、裁定的执行。《解释》也使用"决定"（第464条）。很多人自然而然地把该条理解为以"决定"形式中止执行，但这同样和其他两大诉讼法明显冲突，且与法理不符：《民事诉讼法》（第217条）《行政诉讼法》（第56条、101）分别规定停止执行适用裁定。基于法秩序统一原理，法院执行程序运作不应有过多差别，该条中的"决定"，宜解释为动词，即作出决定之意，对外应以"裁定"形式作出。

㉘ 参见张进德：《司法文明与程序正义》，中国政法大学出版社2015年版，第214页。

㉙ 详见陈心歌：《中国刑事二审程序问题研究》，中国政法大学出版社2013年版，第19-20页。

㉚ 详见陈放、王焰明：《对"判决不负刑事责任"的质疑》，载《人民检察》2000年第8期，第54页。

㉛ 详见姜京生：《刑事第二审》，中国政法大学出版社1992年版，第450页。

㉜ 详见胡思博：《民事诉讼二审裁判的类型化研究》，载《法律适用》2023年12期，第41页。

还有，通说认为，决定一经作出便发生法律效力，不允许上诉、抗诉；[33]也多有值得检讨之处。

首先，具体程序中“决定”的拘束力，除非有明确法律依据，否则任由公权机关自我授权，潜藏着破坏法治的巨大风险。

其次，无法保障被追诉人的程序异议权。实务中，当事人经常对案件管辖对出异议，法院要么置之不理，要么“决定”驳回，且声明该决定送达后即发生法律效力。[34]法律确实未明确规定当事人的管辖异议权，但法院对管辖有审查、处置权（管辖权转移、指定管辖），管辖作为诉讼条件之一，完全交由法官掌控弊端丛生：一方面，当事人的该项诉讼权利因得不到救济而名存实亡；另一方面，当事人因缺乏有效救济途径而在诉讼程序各个阶段，以及各类型诉讼程序中可能反复提出，导致诉讼效率降低。有人通过检索发现，许多法院在二审裁判中，依然在详细阐述原审法院有无管辖权问题。[35]探究起来，我国有关机关习惯以“决定”形式解决所有管辖问题，其实封死了管辖程序性权利得到独立上诉审救济之可能性。程序争议裁决因裁判形式而缺乏可抗辩性和可救济性，这反映出在制定刑事诉讼法律规范时，另一种“重实体（结果）轻程序”的思维。[36]

3.裁判程序缺失较为严重

（1）现有三种裁判形式中，当属判决程序最为完整，但仔细考察，其在具体环节上仍有不少缺失。

比如，在合议庭评议环节，对司法这种需要“精细化”的活动来讲，简单以“多数决”作为评议结果依据，难以应对复杂的评议情况。尤其是，当合议庭出现了三种及以上意见时，所谓少数服从多数，就无法形成判决结果。此外，对于庭审、评议以及宣判的时间间隔也没有规定，无法保证集中连续评议，真正从庭审中形成判决结果。[37]当然，随着《人民陪审员法》施行，评议规则已有进步。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国人民陪审员法〉若干问题的解释》规定，合议庭评议案件时，先由承办法官介绍案件涉及的相关法律、证据规则，然后由人民陪审员和法官依次发表意见，审判长最后发表意见并总结合议庭意见。七人合议庭评议时，审判长应当归纳和介绍需要通过评议讨论决定的案件事实认定问题，并列出案件事实问题清单（第 12-13 条）。

尽管如此，上述问题并未得到完全解决，而且这种“多数决”是以隐含的平等投票权为前提。可实际上，只要合议庭成员中存在行政职务和审判职务上的差别，特别是在院长或庭长参与合议庭时，“民主集中制”的逻辑就会发生作用，合议制本义中的平等表决权，就不太可能实现。虽然表面是根据多数意见形成判决内容，但多数意见的形成过程，已经介入了权力等级因素。法律规定的平等表决权，在实践运作中注定会发生扭曲。[38]

又如在宣判环节，现有规范过于注重宣告仪式，对宣告主体（审判长还是审判员、甚至人民陪审员？）、宣告内容（除主文外，是否包括理由？）、裁判文书记载若与宣告内容不符如何处理等

㉝ 参见《刑事诉讼法学编写组》:《刑事诉讼法学》（第四版），高等教育出版社 2022 年版，第 320 页。

㉞ 详见广东省佛山市高明区人民法院（2021）粤 0608 刑初 310-1 号不予报请管辖决定书。

㉟ 桂梦美:《刑事诉讼管辖制度研究》，中国政法大学出版社 2019 年版，第 213 页。

㊱ 详见张曙:《刑事诉讼管辖制度研究》，法律出版社 2020 年版，第 412-413 页。

㊲ 参见宋英辉主编:《刑事诉讼法修改问题研究》，中国人民公安大学出版社 2007 年版，第 415 页。

㊳ 参见翁子明:《司法判决的生产方式》，北京大学出版社 2009 年版，第 99 页。

实质性问题，都未涉及。宣判完全沦为了法院的一种单方行为。

（2）相比之下，裁定和决定的作出程序绝大部分情况下都付之阙如，启动条件、审理方式等关键内容模糊不清，即使欲参照判决程序进行，受制于裁判方式法定化不足，面临“推不出来”的窘境。

比如，根据《刑事诉讼法》第106条规定，当事人因故耽误期限而申请恢复诉讼期限时，由人民法院裁定。司法解释对此仅有“人民法院查证属实后，裁定准许”寥寥数语（《解释》第203条）。以超过上诉期限为例，若被告人客观上超过上诉期限提出上诉，无论其选择向第一审法院或第二审法院提出上诉，第一审法院都需审查法定期限问题（《解释》第381-382条）。此时，具体由哪个部门[立案庭还是刑庭（原审合议庭]）审查，以什么方式进行审查（书面审理还是开庭），多长时间内作出结论等，完全不清楚。

又如，《刑事诉讼法》第250条规定，最高人民法院复核死刑案件，应当作出核准或者不核准死刑的裁定。可有关死刑复核裁定程序，至今仍主要停留在内部审查程序层面，未发生根本变革。近年来，最高人民法院陆续出台了一些规范性文件（如《关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法》《关于死刑复核及执行程序中保障当事人合法权益的若干规定》等），包括案件材料报送、立案、审理、裁判等环节在内的很多事项透明度还是极低。当前，最高人民法院共有数个刑事审判庭和审判监督庭分别办理死刑复核案件，每个庭都有自己的办案流程，严重影响了被告人辩护权行使，也不利于最高人民检察院监督。

三、刑事裁判方式法定化与类型化的完善建议

从理论上讲，裁判名称或形式与不同裁判种类相对应，不同形式的裁判适用于处理不同事项，具有不同适用条件和法律效果。[39]在《刑事诉讼法》修改背景下，这里主要从裁判方式法定化与类型化角度，提出“框架性”完善建议，至于具体条文设置以及表述等，内容过于庞大，已超过本文范围，只能留待以后进行。

（一）裁判方式法定化、类型化的相互关系及其功能

裁判方式的法定化，主要指法院审理案件过程中对各种程序和实体问题所作决断，无论形式还是程序、内容等，都需要有法律依据，法无明文不得任意创设。裁判方式的类型化，主要指法院在审理案件过程中，针对不同事项应采用不同裁判形式。

1.相互关系

裁判方式类型化与法定化之间高度关联：法定化强调裁判方式应有法律相关规定或授权（限权），对裁判机关产生相应约束力；类型化是为法定化的具体展开。法定化如果脱离类型化，就会陷入抽象与空洞境地；反之，类型化若脱离法定化，就失去了目的与发展方向。也即，法定化首先给类型化确定了一个整体性框架，体现了基本原理的指导性作用，而根植于具体情境的类型化，使法定化具有了实在性和可扩展性。在这个意义上，裁判方式的法定化与类型化是为一体之两面，不可分割。在裁判方式法定化和类型化的建构标准上，应着重考虑三个因素：程序阶段、事项性质和处理目的。

粗略说来，实体问题只能用判决终局性加以解决，但执行程序中已有确定判决，刑罚变更可适用裁定。对围绕诉讼条件以及诉讼指挥所产生的各种程序问题，可以视情况分别采用裁定、决定、命令等形式。至于它们之间如何区分，需具体分析。大体上，终局性程序裁判首选“裁定”，非终局性裁判可根据体现法院意志强度以及对程序进程影响不同，选择适用决定或命令。至于裁定、决定与命令之间的适用边界，有待理论进一步深入研究以及判例累积。[40]比较法上，我国台湾地区“刑事诉讼法”220条之规定简洁明了，颇具特色：“裁判，除依本法应以判决行之者外，以裁定行之。”

㊴ 参见王亚新、陈杭平、刘君博：《中国民事诉讼法重点讲义》（第二版），高等教育出版社2021年版，第327页。

㊵ 例如在日本，法律明文规定了判决、决定、命令三种裁判形式。但理论和实务上，对决定、命令的具体适用范围以及救济途径等，还是多有争议。平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣，1958年）270-271頁参照。

2.功能定位

从法的生成和运行看，提出裁判方式的法定化和类型化命题，旨在增强裁判活动的明确性与可操作性，其深层考量在于，怎样合理分配司法资源，提升审判权威，有效协调公权制衡和私权保障之间的关系。例如，因不同裁判形式用于解决不同问题，其配套程序自有区别。倘若某一具体裁判内容直接影响了当事人的基本权，事前需听取其意见，事后应赋予相应救济途径。如根据《德国刑事诉讼法》规定，在强制起诉程序中，被害人向法院提出起诉申请时，法院经听询被告后认为声请有理由时，应裁定提起公诉。此裁定，检察官有义务执行（第 175 条）。若未践行此听询程序，属于无法事后治愈的瑕疵。而在审判程序开启后出现诉讼障碍时，法院得于审判期日之外，以裁定终止程序。对此裁定，检察官、附加诉讼人得立即抗告声明不服（第 206a 条）。[41]

（二）裁判方式法定化与类型化的具体完善建议

裁判方式的法定化和类型化作为学理概念，重在描述与解释。在立法技术层面，主要涉及裁判形式、作出主体、程序等事项具体如何安排。

1.立法模式

域外一些国家和地区对此大多采用了“总-分”模式，即先对各种裁判形式以及作出主体、程序等作出原则性规定，然后再详细规定不同程序类型中的裁判事项。如《意大利刑事诉讼法典》第 2 编诉讼行为第 2 章，规定了法官作出决定的各种形式与程序等，第 7 编审判第 3 章专门规定了判决。[42]《日本刑事诉讼法》总则编第 5 章裁判，规定了判决、决定、命令的一般作出程序和权限，第 2 编第 3 章第 1 审程序具体规定了各种裁判类型。[43]《韩国刑事诉讼法》总则编第 5 章裁判，规定了判决、决定、命令的作出方式、理由等；第 1 审程序具体规定了各种裁判类型和事由。[44]另外，有的虽然形式上没有如此，但实质上仍体现了这种思路。如《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第 39 章刑事判决的作出，规定了刑事判决的种类、判决书的结构以及法庭在作出判决同时应解决的问题等。[45]《瑞典诉讼法典》第 30 章判决与裁定，规定了判决与裁定的适用对象、裁判文书内容、裁判程序等。[46]

在我国，台湾地区“刑事诉讼法”总则编第 13 章裁判，概括规定了裁判的种类、作出程序等；第 1 审程序中详细规定了各类裁判的适用情形、程序等。同属诉讼法，现行《民事诉讼法》第 1 审普通程序 1 章第 5 节专门规定了判决和裁定的适用范围，判决书、裁定书的基本结构等。

上述立法例，具有“总-分结合，前后照应”的优点。本文建议，未来修改《刑事诉讼法》完全可以参考：即先设立专章或专节，对各种裁判形式、适用事项、裁判文书基本结构、基本程序、主体等进行概括性规定。该章节可设置于法典总则编或在审判程序编开始处，或第一审程序末尾处。至

㊶ 详见林钰雄、王士帆、连孟琦:《德国刑事诉讼法注释书》,新学林出版股份有限公司 2023 年版,第 508-509、528-531 页。

㊷ 详见黄风译:《意大利刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 46-48、185-192 页。

㊸ 中译本见张凌、于秀峰编译:《日本刑事诉讼法律总览》，人民法院出版社 2017 年版，第 20、95-98 页。

㊹ 详见马相哲译:《韩国刑事诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 16-18、92-96 页。

㊺ 详见黄道秀译:《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，中国民主法制出版社 2021 年版，第 200-208 页。

㊻ 详见刘为军译:《瑞典诉讼法典》，中国法制出版社 2008 年版，第 111-115 页。

于各种具体裁判形式的内容、程序等，可根据不同审级以及程序类型予以规定。

2.具体完善建议

为跟上一部分结构保持一致，这里同样以不同裁判形式为线索，提出若干完善建议。

（1）关于判决

①取消存疑无罪判决、宣告不负刑事责任判决。

②对基本程序，在专章或专节中可简化为：判决只有经过言词调查和辩论后才能作出，且必须附理由。同时，现行法第一审公诉审判程序中要求以法庭调查、辩论、被告人最后陈述等环节完成为前提，应继续坚持。

有必要指出，由于二审程序盛行不开庭的调查—讯问审理方式，这与一审裁判程序以及类型无法兼容。因此，如果把维持原判纳入判决范围，就面临着同步修改有关二审案件审理方式的问题。换言之，针对一审判决的上诉或抗诉，除非存在程序显著违法，还是应当适用判决程序，通过开庭审理用判决维持或变更原判，以体现刑事判决的严肃性。

③此外，应进一步完善合议庭评议程序和宣判程序等。

对合议庭表决程序，除坚持“多数决”外，还要充分考虑存在多种不同意见的情况，规定差异化的表决规则。比如可以规定，“关于裁决事项意见有三种以上，该意见各自不超过半数时，应根据最有利于被告人的意见确定。”

对宣判程序，应当进一步明确具体宣告主体范围（不限于审判长，受命法官或受托法官均可），宣告方式（口头朗读）、宣告内容（主文和主要理由），以及裁判文书记载与宣告不符时的处理（以何者为准）等，将其实质化。

（2）关于裁定

①哪些事项适用裁定，需要法定化。为解决现行法中裁定、判决、决定不分问题，可以参照《民事诉讼法》，明确列举裁定的适用范围，裁定适用于下列事项：“1.恢复诉讼期限，2.不予受理；3.驳回起诉；4.中止审理；5.终止审理；6.准许撤诉或按撤诉处理；7.在法定刑以下判处刑罚；8.核准死刑；9.中止执行；10.减刑；11.假释；12.其他需要裁定解决的事项。”

对上面提到的“驳回申诉通知书”，主流观点认为，该通知书是一种知照性书面文件，不具有法律拘束力，当事人不服驳回申诉通知书，仍有权继续申诉。[47]但另有人提出，该通知书性质上不属于裁判文书，却具有一定裁断性质，也应和裁判文书一样强调说理性。[48]客观说来，申诉表明有关主体对生效判决、裁定不服（有争议），而驳回通知书意味着法院否定了其主张，明显是一种解决纠纷的意思表示，应归入“裁判”之列。参照民事诉讼基本法理与规范，驳回申诉以“裁定”形式为宜，这样能一定程度上避免“通知书”因性质/效力不明带来的种种问题。

同时，哪些裁定可以上诉也需要明确。比如，自诉案件中的按撤诉处理裁定，因涉及当事人诉权，故应纳入允许提出上诉的范围。又如，是否准许继续完成诉讼行为的裁定，极大影响了当事人实体权益，应允许上诉和抗诉。[49]

顺带指出，对当事人进行救济，并非一律要以“上诉”方式进行，“复议程序”完全可以起到类似作用。而且，即便允许上诉，也可以特别规定，有关主体对某种裁判提出上诉或抗诉时，不停止原裁判执行。这样既能吸收不满，保障当事人权利，同时又可以监督受诉法院，还不妨碍裁决事项执行，可谓一举几得。实际上，传统大陆法的“上诉制度”，包括控诉、上告、抗告等多种形式，不同“上诉”的期限、方式、效力也各有不同。

㊼ 邓颖：《刑事申诉制度研究》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 117 页。

㊽ 胡铭：《刑事申诉论》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 270 页。

㊾ 参见陈卫东：《刑事二审程序论》，中国方正出版社 1997 年版，第 115、146 页。

②在基本程序上，终止审理、减刑、假释等终局性裁定，对诉讼进程以及当事人实体权益有重大影响，应参照适用判决程序，现有相关制度设计可在保留基础上加以完善。

对其他适用事项，裁定与决定、命令差异不大。它们的总体目标都在于促进诉讼适当、迅速、顺利进行，强调主观要素；相形之下，终局性裁判更为强调理性要素，[50]因此可赋予合议庭或独任庭以较大自由裁量权，在专章或专节中规定："人民法院作出裁定、决定、命令时，除法律另有规定外，不以言词辩论为限，在认为必要时，得进行事实调查。"

除一般性规定是否需要言词辩论以及事实调查问题外，在具体程序环节上，可以根据不同情况增加"否需要听取特定人员意见"，"是否需要特定人员在场"等特定要求。对此，现行法已有部分提及。如《刑事诉讼法》第 281 条规定，审判未成人案件时，应当通知合适成年人到场。但这还远远不够，在各个程序阶段，都需本着正当程序理念，设置合理事由和基本程序要求，以保障相应裁判内容具有可接受性。

（3）关于决定

在设定具体适用事项时，从裁判基本构成要素分析，现行法中一部分决定，由于不存在相应争议，虽能产生一定程序性效果，本质上属于通知、告知等，不能被归为裁判。典型如延期审理的决定，依职权改变管辖的决定等，应将其剔除出去，并明确对哪些决定可以申请复议，申请复议时不停止执行外。此外，还应注意仔细甄别，让一些特殊规定"归位"。

①《刑事诉讼法》第 157 条规定：因特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。显然，这里的"延期审理"实为"借用"，其确切涵义应为"延长侦查羁押期限"，非指审判阶段人民法院的延期审理。[51] 因为依体系解释，该条位于"侦查终结"处；此时，审查起诉以及审判程序尚未开始，何来"延期审理"?

②对法院庭前审查后，"退回人民检察院"的方式，从理论上分析，类比自诉案件中的"不予受理"裁定可以发现，"退回"意指"公诉不予受理"，是对检察机关不合格起诉的否定评价；考虑到判决和裁定适用情形都有明文规定，这里实际上应以"决定"形式作出。同时，若在法庭审理时才发现存在诉讼障碍的，可通过扩大解释《刑事诉讼法》第 16 条，以"终止审理"裁定予以处理。[52] 当然，驳回公诉毕竟涉及法检两家的权力关系，究竟以何种方式处理公诉不合法、公诉无理由，以及规制公诉变更、撤回等问题，难度很大且极为复杂，还需从长计议。

（4）关于命令

仔细品读实证法中的两种命令，强制出庭令以控辩双方对证人证言产生争议为前提，法庭命令证人出庭是为了核实证言内容，从而促进案件实体形成。而死刑执行命令仅适用于死刑立即执行案件，与之前的死刑裁判关系紧密，是死刑执行程序启动的标志和依据，如果最高人民法院院长没有签发该命令，哪怕死刑案件裁判文书已经确定，亦不得执行死刑。[53] 概言之，命令是以法院名义对外作出的一种意思表示，旨在回应并解决特定争议—是否需要强制证人出庭作证抑或执行死刑宣告裁判。而且，它们只有经过相应程序后才能作出。现有命令制度整体构成中，相关主体的程序参与度以及规范性的确亟待提高，可各方主体之间的沟通、交涉，法院内部报请、审批等，是一种客观存在，且对最终决策形成产生了影响。综合这些来看，它们应属于独立裁判形式。

参照上述裁定设立模式，未来可以把两种命令，责令退出法庭，针对被告人实施的各种强制措施、针对财产、场所实施的证据保全措施等都纳入。同时，对个别命令可以设立一定救济途径，比如复议或申诉等。

---

[50] 青柳文雄『新訂刑事訴訟法通論』（立花書房，1962 年）746 頁参照。

[51] 参见李昌林主编:《最新中华人民共和国刑事诉讼法释义》，中国法制出版社 2012 年版，第 319 页。

[52] 参见王一超:《刑事诉讼条件论》，法律出版社 2023 年版，第 126-127 页。

[53] 参见胡常龙:《死刑案件程序问题研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 292 页。

（5）关于法院内部裁判权的划分

现行法没有在法院内部对裁判权主体进行合理分工。从组织法原理看，法院作为一抽象集合，个案中只能通过审判人员组成合议庭或独任庭行使审判权，他们的决断就代表法院，但法院与审判组织、具体审判人员、审判辅助人员之间的权限划分，立法采取回避态度。显然，不是所有裁判都一律要求以法院名义书面作出，审判长、承审法官，甚至书记员等应当有合理分工。目前《民事诉讼法》《解释》都肯定法官助理属于回避主体，这意味着其享有足以影响裁判公正的职权。可法官助理不是合议庭组成人员，缺乏对直接参与案件处理的资格，司法体制改革与诉讼法制度步调不一致，导致实践中产生了很多令人困惑的问题。[54] 在"案多人少"短期内难以有效缓解的社会背景下，可以考虑把部分适用裁定、决定、命令事项的裁判权，分配给除审判长以及承办法官之外的其他人员，同时明确裁判不以书面形式为限，根据情况也可口头作出。

结束语

以《刑事诉讼法》修改为契机，上面在刑事裁判理论框架下，通过梳理现行法中有关裁判方式的现状与存在问题，从法定化与类型化角度，提出了相应完善建议。

应当看到，法律本身即为整个社会系统的组成部分之一。从社会学角度看，法律与刑事司法制度（law and criminal justice）都是人类行为与思想的产物，离不开人们的争辩、阐释、实施与遵从。[55] 我国现有刑事裁判规范体系构造缺乏严谨，具体内容有失妥当，实现裁判方式的法定化与类型化，要通盘考虑立法权与司法权之间的合理分工、立法体例、程序类型设置等因素，有效回应制度设计本身是否逻辑自洽、底层理论是否周延、与刑事诉讼整体性规范的适配程度，以及与其他配套制度衔接的张力是否得以协调等问题。[56] 总之，科学、合理安排刑事裁判方式，非一日之功，任重而道远。

---

[54] 参见夏永全：《由内而外：法官助理的诉讼地位及展开》，载《西部法学评论》2024 年第 2 期，第 123-124 页。

[55] Philip Smith and Kristin Natalier. Understanding Criminal Justice:Sociological Perspectives. SAGE Publications Ltd,2005,p2.

[56] 参见左卫民：《如何展开刑诉法的第四次修改?基于立法历程观察的思考》（网络首发），载《中外法学》2024 年第 5 期，第 11 页。

论二审抗诉新增抗诉请求及其应对

伍晓峰，张世文*

摘 要：检察机关在二审抗诉时提出新的抗诉请求的现象在实践中时有发生，需在诉审关系中探讨其正当性。规范层面起诉约束审判的范围限于公诉事实，而公诉事实的范围不限于起诉书描述的内容而存在不法阶层事实向责任阶层事实的延展。公诉事实在二审阶段依然有效力，检察机关亦成为其约束对象，可依其法理确定新增抗诉请求的正当性。新增抗诉请求的发生原因在于抗诉条件的空泛化、诉讼结构的程序惯性和追求客观真实的执念。新增抗诉请求最须注意的后果是矛盾裁判的出现。对比民事和行政诉讼相关规范，可以展现矛盾裁判的完整图景。为此，应把握以公诉事实规制程序惯性、权衡防止突袭裁判与客观真实和以控审协同目标把握抗诉权行使条件三方面从整体上完善制度。同时，增设裁判类型、配套适用加速时间指令制度、激活变更起诉法条程序解决审判应对不足的问题。

关键词：二审抗诉，抗诉请求，诉审关系，矛盾裁判

一、问题的提出

为了贯彻两审终审制度，即使是在强调尊重当事人意思自治的民事诉讼中，也只是极为有限地允许当事人在二审阶段提出新的诉讼请求。在刑事诉讼中，如果检察机关在二审抗诉中提出了在起诉书中未曾诉请的新的抗诉请求，应当如何处理？之所以会发出这样的疑问，源于笔者对两起真实案件的思考：

案例一：被告人甲涉嫌犯盗窃罪而被 C 市 D 县公安机关立案侦查，到案后被告人如实供述了自己曾因犯盗窃罪被判处过有期徒刑以上刑罚，刑满释放至今不足五年。公安机关将这一情况如实记录在讯问笔录中，调取了被告人此前犯盗窃罪的判决书，并将上述材料装入卷宗。然而，D 县检察院在起诉书中并未提及被告人构成累犯这一量刑情节，出席法庭支持公诉时也未曾发表被告人构成累犯的公诉意见，D 县法院在判决中也未认定被告人构成累犯。判决作出后，检察机关认为一审判决未认定被告人构成累犯，属于《刑事诉讼法》第 228 条规定的“判决、裁定确有错误的情形”，遂提起抗诉，要求 C 市中院认定这一情节。

案例二：被告人乙涉嫌贩卖毒品罪被提起公诉，C 市 J 县法院在审理中发现，乙曾因犯盗窃罪被 J 县法院判处缓刑，现正处于缓刑考验期内。J 县法院遂判决撤销缓刑，与本案贩卖毒品罪数罪并罚。判决作出后，J 县检察机关提起抗诉，具体理由是在盗窃罪之前，乙还曾因犯他罪而被判处有期徒刑，刑满释放后五年内又犯前述盗窃罪，至实行本案贩卖毒品行为时，其刑满释放亦不足五年。C 市中院经审理认为 J 县检察院抗诉的事实完全成立，但在盗窃罪的起诉书中没有指控乙构成累犯，该案判决书中也未认定乙构成累犯，因而错误适用缓刑。同时，本案贩卖毒品罪的起诉书中也未指控乙构成累犯。

虽然抗诉能够突破上诉不加刑原则，但在案例一中，如果 C 中院直接改判加重被告人的刑罚，在该案中对被告人则明显不公。一审法院和检察院的纰漏，不应由无过错的被告人为其背书。在案例二中，按照现行法定程序框架，比较妥当的做法是将本案发回重审，然后由 J 县法院裁定中止审理，同时对盗窃罪一案启动审判监督程序，待盗窃罪一案的再审判决生效后，再恢复审理本案。但如此处理势必造成诉讼延宕，极大浪费司法资源，动摇裁判的既判力，也不利于被告人所谓“早日入监，早日减刑”等权利的保障。上述两案面临的困境提出了这样几个问题，即检察机关二审抗诉时能否提出提起公诉时未指控的事实和理由？这种新的抗诉请求是否具有正当性？为什么会出现新增抗诉请求这种现象，这种行为又会带来什么后果？其中负面的后果又当如何应对和化解？

目前，相关研究还不多见，理论界对增加指控关注更多的还是一审阶段的公诉变更问题。[1]对二审抗诉提出新的抗诉请求的较有代表性的针对性研究从检察体制的许容性、延伸并正确行使诉权的

---

* 作者简介：伍晓峰，四川省成都市中级人民法院刑事审判第二庭副庭长；张世文，浙江省宁波市纪委监委四级主任科员。

1 参见龙宗智：《论公诉变更》，载《现代法学》2004 年第 6 期；龙宗智：《论新刑事诉讼法实施后的公诉变更问题》，载《当代法学》2014 年第 5 期；周长军：《刑事诉讼中变更公诉的限度》，载《法学研究》2017 年第 2 期。

要求、发挥诉讼监督职权的题中应有之义等方面论证了二审抗诉新增抗诉请求的合理性与必要性，同时从不能任意新增超出起诉范围的抗诉请求、不能任意新增对被告人不利的抗诉请求、不能突袭新增抗诉请求等方面对二审新增抗诉请求的边界做了初步探索。[1]该研究主要从司法制度，特别是检察制度、检察权等方面论证新增抗诉请求的正当性，笔者认为，这一问题首先还是应当尽可能在诉讼法的范围内予以解决，而不应直接上升到宏观的司法制度层面。即使考虑从司法制度层面解决问题，也应当从法院制度、检察制度以及法检之间的关系等多方面予以考虑，仅仅从检察制度论证新增抗诉请求的正当性具有相当局限性。此外，现实情况是检察官"角色超载可能引发的角色紧张与角色冲突"使诉讼一造的身份时常压倒"法律守护人"的定位。[2]现实中，检察机关提起对被告人有利的抗诉都极为罕见，提出有利于被告人的新的抗诉请求更是寥寥无几，而被告人合法权益的保障则又是法院面对新的抗诉请求时不能不考量的因素，此种权力边界的设定事实上并无太大的实践意义。基于此，本文拟在诉讼法的框架内探讨相关问题。

二、公诉事实制度中新增抗诉请求的正当性

由于《刑事诉讼法》对抗诉理由的规定过于原则，无法通过对法律条文的解释确定抗诉的边界，因而只有回归到诉审关系的本原问题中寻找答案。据此，对我国诉审关系基本理论的阐释，当是本文研究的逻辑始点。

（一）诉审关系的基本法理：诉因与公诉事实制度

控审分离是现代刑事诉讼的基本原则，具有结构和程序上的双重内涵，结构上表现为起诉和审判两大职能由不同的司法机构行使，程序方面则表现为程序启动上的不告不理和程序运作中的诉审同一。[3]诉审同一要求审判的范围必须与起诉的范围保持一致，也即审判对象由起诉划定。然而，在起诉约束审判的具体范围这一问题上，大陆法系和英美法系分别坚持公诉事实制度和诉因制度。二者之间的根本分歧在于检察官对犯罪事实的法律评价是否具有对法官的约束力，也就是罪名是否具有约束力问题。

诉审同一的另一重意义在于防止被告人遭受突袭性裁判。检察制度是"19 世纪前半期传统的纠问式程序消亡的产物"，[4]检察机关的设立旨在分离法院的公诉权，防止纠问式诉讼模式中法院自诉自判的弊端，推动刑事诉讼结构向理想的三方结构发展。这就产生了辩护职能的发展空间，因为在法院执掌公诉职能的纠问式诉讼模式中，辩护根本上是无意义的，此即法谚"如果法官就是原告，那么只有上帝才能充当辩护人"之意涵。起诉将审判范围事先划定的同时，也明确了辩护的范围和重点，因为"提起公诉的对象，从法院看来，就是审理判决对象的犯罪事实，从被告人看来，理所当然地就是加以防御的对象。"[5]德国学者罗科信教授曾就此概括道："法院不得任意独断地将调查范围扩张，被告在此需受保护。经此对诉讼标的的认定，即是要免去往昔在纠问程序时的弊端。"[6]

（二）《刑事诉讼法》中的公诉事实制度

《刑事诉讼法》虽未直接规定控审分离原则，但第 169 条确立了公诉权独占主义，提起公诉的权力只能由检察机关行使，由此在结构上落实了控审分离原则。程序意义上的控审分离无法从条文的字面含义中解读出来，由于不告不理已成为一个常识，因此本文对相关条文的解释将主要关注诉审同一的具体范围问题。

2018 年《刑事诉讼法》第 186 条规定，只要起诉书中有明确的指控犯罪事实的，法院就应当开庭审判。这一条文往往被理解为法院受理一审公诉案件的标准。[7]从历史的向度看，1979 年《刑事诉讼法》第 108 条规定，"人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于犯罪事实清楚、证据充分的，

---

1 李崇涛：《论二审检察院能否新增抗诉请求及其合理控制》，载《交大法学》2020 年第 3 期，第 159-173 页。

2 郭松：《检察官客观义务：制度本源与实践限度》，载《法制与社会发展》2009 年第 3 期，第 49-50 页。

3 谢佑平，万毅：《刑事诉讼法原则：程序正义的基石》，法律出版社 2002 年版，第 160-161 页。

4 [德]托马斯 · 魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲，温小洁译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 40 页。

5 [日]松尾浩也：《日本刑事诉讼法》（上册），丁相顺译，金光旭校，中国人民大学出版社 2005 年版，第 186 页。

6 [德]克劳思 · 罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，第 366 页。

7 王爱立主编：《中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用》，中国民主法制出版社 2019 年版，第 349-350 页。

应当决定开庭审判”；1996 年《刑事诉讼法》将该条修改为“对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判”；2012 年《刑事诉讼法》又删去了“附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”的规定，2018 年修法对该条未作改动。根据该条的演变过程，对该条做历史解释虽然可以得出法院开庭审判条件不断变化，进而引申出法院受理公诉案件的标准不断变化，再导出本条系法院受理公诉案件标准之规定的结论，但这种解释在逻辑上存在倒果为因的问题，结论也过于表面化。其实，立法者将“明确的指控犯罪事实”作为开庭审判的决定性因素，并将该条列为第一审程序的第一条，运用体系解释的方法，可以得出《刑事诉讼法》将“明确的指控犯罪事实”设定为审判对象的结论。毕竟只有起诉划定了审判对象，审判程序的运作才有意义，因此审判程序启动后的首要工作就是审查起诉书中是否明确划定了审判对象，也即起诉书中是否有“明确的指控犯罪事实”。

虽然《人民检察院刑事诉讼规则》（下称“《高检规则》”）第 358 条规定起诉书的主要内容包括被告人的基本情况、案由和案件来源、案件事实、起诉的根据和理由、被告人认罪认罚情况等，但只要起诉书中载明了指控的案件事实，而无论是否提出起诉的根据和理由，审判程序都将继续推进。换言之，检察机关起诉的根据和理由对法院并无约束力。因为《刑事诉讼法》将诉审同一的范围限定在起诉事实层面，确立的是公诉事实制度而非诉因制度。此外，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（下称“《刑诉解释》”）第 295 条第 1 款第 2 项规定，法院可以依据法律和审理认定的事实确定罪名，而不受指控罪名的约束。该条规定虽屡受学界抨击批判，检察机关也往往以提出抗诉的方式表示对该条的反对，但该条与 2018 年《刑事诉讼法》186 条的内涵完全一致，因此不仅具有法律规范上的支持，而且可以印证我国刑事诉讼在诉审同一问题上实行的是公诉事实制度。另一方面，有学者从审判对象与诉讼模式关系的角度论证了我国刑事审判对象不可能适用诉因制度，而只能选择公诉事实制度。[1]从而进一步强化了公诉事实制度作为我国刑事诉讼中诉审同一范畴的理论基础。

（三）公诉事实的范围

就本文的主题而言，公诉事实范围确定的难点主要在于事实需依赖起诉书这一载体呈现。而事实认定，是一个文字无法完全表述的内心体验。[2]检察官在起诉书中竭尽所能也不可能穷尽叙述犯罪事实的所有要素。事实上，在法院审判的事实与起诉的事实是否同一的所谓“公诉事实同一性”的判断标准问题上，历来聚讼纷纭。特别是，法官有可能在一些细节性问题上与检察官产生分歧并按照自己所查明的事实作出裁判。因此，公诉事实的同一性判断问题不仅经常出现，而且具体情形纷繁复杂，由此产生关于判断标准的多元见解。不过，正是对事实认识的主观性和不确定性以及法官的职权探知义务决定了公诉事实具有一定的延展性，即公诉事实不完全限于起诉书所叙述的事实。具体而言，就是对起诉指控的事实与法院审判的事实之间分毫不差要求的否认以及对案件事实细节性变化仍属公诉事实同一性的肯认。[3]

大陆法系之公诉事实制度在被告同一以及单纯一罪、实质上一罪和裁判上一罪等犯罪事实同一时，常有公诉不可分之效力，即检察官就犯罪事实之一部起诉时，其效力及于全部。[4]检察官起诉的一部犯罪事实称为显在性事实，而效力扩张之部分事实，则称之为潜在性事实。此即传统学说中显在性事实向潜在性事实的延展。《刑事诉讼法》并无此关于公诉事实延展性之规定，且刑法上罪数概念等于刑事诉讼法上犯罪事实概念常常遭受理论基础和法律依据的质疑。[5]传统学说中显在性事实向潜在性事实的延展在《刑事诉讼法》上并无适用空间，但具有提示作用：检察官未在起诉书中指控的事实，若属法律规定之效力延展情形时，法院对延展部分依然享有审判权而不属于“不告即理”。

---

1 孙远：《论作为审判对象的“明确的指控犯罪事实”——兼论诉因制度不可能适用于我国之原因》，载《刑事法评论》2011 年第 2 期，第 508-514 页。

2 刘忠：《文字之外：冤错案件事实问题纠正机制分析》，载《中外法学》2022 年第 6 期，第 1600 页。

3 见前注孙远文，第 499-500 页。

4 林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），新学林出版股份有限公司 2020 年版，第 280-282 页。

5 同上注，林钰雄书，第 290-291 页。

《刑事诉讼法》在规范上将审理对象界定为“明确的指控犯罪事实”，而事实上承担刑事责任的只能是法律上的“人”，这种规范和事实之间的悖反与暧昧产生了公诉事实的延展空间。因为“犯罪事实”的主要构成要素是某种法律所禁止的行为，其接近于犯罪构成要件两阶层学说中的不法阶层，其中并不包括“人”的因素，但责任又只能由“人”来承担。《刑事诉讼法》对公诉机关只课以提出明确的指控犯罪事实之义务，而责任的确定纯属法院职权。因此，“指控犯罪事实”在刑事诉讼中必然是明确的，其类似于显在性事实，而与责任有关的事实可以是不明确的，类似于潜在性事实。尽管检察官客观义务往往要求检察官提出被告人的全部量刑情节，因而这类事实往往也很明确，但即使有所遗漏，也属完成控诉职责。换言之，明确提出责任阶层的事实，属于检察官之“可为”，而非“应为”。责任阶层事实不明确而有遗漏时，法官有澄清义务，此即属公诉事实制度中不法阶层事实向责任阶层事实之延展，而不能认为法官此举系“不告即理”的情形。

需要说明的是，不法阶层事实并不等于犯罪构成事实，责任阶层事实也并不仅指量刑事实。当检察官起诉指控的犯罪行为的实施者因责任年龄、责任能力等因素而依法不负刑事责任时，其中的责任年龄、责任能力正是犯罪构成两阶层学说中的责任阶层范畴中的因素。而从“明确的指控犯罪事实”的核心内涵界定，这些则属于不法阶层事实的内容。犯罪构成事实中的有关责任的事实与法定量刑情节有关的事实则包含于责任阶层事实之中。

（四）公诉事实制度中新增抗诉请求的正当性分析

要在公诉事实制度中探讨新增抗诉请求的正当性，还有两个前提问题需要解决：一是公诉事实是否能够约束二审？诉审同一作为刑事诉讼的基本原则，在所有审判程序中均应无条件适用并调整控审关系。二审虽然奉行不受上、抗诉约束的全面审查原则，但其审理范围也只是一种“与一审相互重合的柱形结构”，[1]而不是比一审更宽的“倒锥形结构”。二是公诉事实对检察机关是否有约束效力？由于诉审同一的意义还包括防止被告人遭受突袭性裁判，这决定了检察机关也不能随意变动特别是扩张公诉事实的范围。检察机关在这里产生了自反射性，[2]即运用公诉事实约束审判范围使得自身也受到了它的约束。据此，根据公诉事实制度及其原理，可从以下方面把握新增抗诉请求的正当性

第一，提出与责任有关的新的抗诉请求有其正当性。这里说的责任，不仅包括犯罪构成两阶层学说中的责任阶层——此概念主要关涉的是责任的有无，更包括责任的大小，即自首、坦白、从犯等法定从轻或者减轻情节和累犯、毒品再犯等法定从重情节。因为这些情节属于公诉事实的责任阶层事实，只要指控犯罪事实即不法阶层事实成立，公诉事实就发生不法阶层事实向责任阶层事实延展的效力。在责任阶层事实不明确而有遗漏时，法院对此潜在性事实有澄清义务而不属违背不告不理。如果法院没有履行此项澄清义务，检察机关提出抗诉有其正当性，而至于起诉及出席法庭时是否言明或者起诉书、公诉意见书等相关法律文书中是否载明此类责任阶层事实，则在所不问。

第二，抗诉提出新的罪名指控亦有一定的正当性。基于法律文书的实证研究表明，两级检察院对一审裁判审查意见的一致程度逐渐降低，而仅上级检察院的支抗意见会影响案件的最终结果。[3]在指控的事实没有变更的前提下，抗诉机关的上一级检察院完全可能对指控事实的法律评判提出不同的见解，即提出新的罪名指控。在公诉事实制度下，检察机关对指控事实的法律评判即提出的指控罪名，对法院并无约束力。由于罪名的确定系法院独占的权力，因此检察机关可以变更指控的罪名而并不违反两审终审制，所以产生抗诉提出新的罪名的正当性。不过，新的指控罪名会使辩护权行使重点发生偏移。德国刑事诉讼法要求法院在同一公诉事实内对犯罪行为有与起诉书相异见解时，应当给予被告人对变更后的非难表示自己意见的机会。[4]中国一般将其称为变更起诉法条程序，《刑诉解释》295 条第 3 款初步确立了该程序。检察机关抗诉提出新的罪名指控时，法院应当准用该程序，确保被告人不遭受突袭裁判。

---

1 王超：《刑事审级制度的两种模式——以中美为例的比较分析》，载《法学评论》2014 年第 1 期，第 167 页。

2 [德]卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社 2009 年版，第 73 页。

3 赵鹏：《刑事二审抗诉的合力与制度配置——基于法律文书的观察和分析》，载《中国刑事法杂志》2011 年第 12 期，第 75-76 页。

4 见前注罗科信书，第 399 页。

第三，通过变更事实提出新的抗诉请求没有正当性。这一点本无须赘述，但问题在于判断事实变更之标准为何？此需要分情形讨论，广义上公诉事实的变更包括事实范围的扩大、缩小和性质的变更（狭义的变更）。公诉事实扩大的问题关键在于如何理解公诉不可分原则。例如，甲同时盗窃乙物和丙物，检察机关只起诉甲盗窃乙物的事实，在一审判决作出后生效前才获知甲还同时盗窃了丙物，若以此提起抗诉，是否属于事实变更？大陆法系对公诉不可分的传统见解即认为此并不属于公诉事实之变更，理由则在于"在起诉书上向法院所陈述案件的'历史性的经过'，而此项经过依常理观之，有其一体性者"，[1]即属同一公诉事实；而所谓"一体性的历史性经过"，更为白话地说就是从行为时间、行为地点、行为客体和攻击目的等影响事理关联性之紧密程度的因素看，成为一个故事。[2]但这一结论显然会减损被告人的审级利益，其谬误之处在于将刑法上之一罪等同于诉讼法上的一个犯罪事实。应当对公诉不可分原则做实质理解，即待指控的犯罪事实确实无从分割为多个案件进行起诉和审判始发生效力。上例之情形完全可以分解为两个案件进行审理，不应从传统公诉不可分理解其扩及效力。遇有此类抗诉时，应当径行驳回。公诉事实缩小看似对被告人有利，但仍应兼顾被告人不受突袭裁判与实质真实两重利益。若缩小后的事实指向的指控罪名发生变化，同样应准用变更起诉法条程序。同时应贯彻全面审查原则，确保实质真实不因公诉事实缩小而受损。公诉事实之狭义变更属于对新的事实提起指控，应当另行起诉，因此如以此提起抗诉也应当直接驳回。

三、新增抗诉请求因何发生

前文的分析，已明确二审抗诉提出新的抗诉请求的正当性边界。不过从以下两点考虑，还需寻找新增抗诉请求的深层次原因：其一，检察机关素有"法律守护人"之美称，然有如此悖反法理之举动，探寻其中被遮蔽的价值选择或利益衡量，有助于更有效地解决问题。其二，尽管规范层面确立了公诉事实制度，但是诉审同一仍然是一个理论漩涡，如果不借助共识性的理论工具，得出的结论很容易沦为不足为凭的一家之言。

（一）抗诉条件的空泛化

抗诉虽系引起第二审程序的一种方式，但抗诉权并未被界定为诉权的延伸，而是被视为检察机关法律监督权的一部分。《刑事诉讼法》第 228 条将抗诉的条件设定为"本级人民法院第一审判决、裁定确有错误"，即是明证。但是，作为核心判断基准的"确有错误"过于空泛，为新增抗诉请求留下了制度空间。

一方面，"确有错误"缺乏限制条件，提起抗诉时并不考虑裁判的错误因何而起。在前述两个未认定累犯的案例当中，既有公诉机关未在起诉书中提及被告人构成累犯的原因，也有一审法院未尽到澄清义务的原因。但无论什么原因，均不影响"确有错误"的成立。即使是检察机关的原因导致裁判错误，也同样符合提起抗诉的条件，这就为新增抗诉请求留下了应有的空间。另一方面，"错误"的对象也有泛化趋势。尽管《刑事诉讼法》将"错误"的对象限定为"本级人民法院第一审判决、裁定"，但由于在审判监督程序启动的条件上同样使用了"确有错误"一语，产生了扩大"错误"对象的隐患。2018 年印发的《人民检察院刑事抗诉工作指引》第 9 条规定了七种应当抗诉的情形，其中第七项为"审判人员……有贪污受贿、徇私舞弊或者枉法裁判行为"。该项规定，实质上是《刑事诉讼法》根据当事人及其近亲属的申诉启动再审条件之一的规定的翻版，《高检规则》第 591 条第 1 款第 10 项将其纳入再审抗诉的范围。值得注意的是，《人民检察院刑事抗诉工作指引》第 9 条并未区分二审抗诉与再审抗诉，只是笼统地说明"人民法院的判决、裁定有下列情形之一的，应当提出抗诉"。规范上对二审抗诉与再审抗诉情形的混淆，为实践中扩大一审未生效裁判"确有错误"的理解，进而提出新的抗诉请求，在一定程度上提供了规范支持。

（二）诉讼结构的程序惯性

对先前程序所作出的结论特别是有罪结论否定的阻抗状态，是刑事诉讼中程序惯性的内涵之一。[3]对先前结论的不全部采纳，其实也是一种否定。有学者认为，刑事案卷中呈现的自然事件构成了法

---

1 同上注罗科信书，第 179-180 页。

2 林钰雄：《刑事法理论与实践》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 58-59 页。

3 郑曦：《刑事诉讼中程序惯性的反思与规制》，载《中国法学》2021 年第 3 期，第 250 页。

院审判的实际对象。[1]这一观点虽与规范不合，却有实践支撑。如果按照这一思路，起诉书偏重于提炼及评价案卷中的证据事实，只是发挥一种信息提示的“提要”作用。[2]在程序惯性的作用下，起诉书对案卷中证据事实的提炼务求全面，对那些侦查阶段确认的事实，只要有证据支撑，即不进行择取而全部起诉。因此，当检察机关在一审判决作出后发现案卷中尚有事实为起诉所遗漏，就必须在另案起诉和提出新的抗诉请求中作出选择。如果遗漏事实无法另案起诉，提出新的抗诉请求就成了惟一的程序选项。

这种选择的过程，即是程序惯性的一种表现，而程序惯性的产生则与刑事诉讼结构有直接关系。中国刑事诉讼结构，纵向上体现为线型的公、检、法分工负责，互相配合，互相制约；横向上体现为控辩审的三角结构；还有一重检察机关实施法律监督的辅助性结构。[3]刑事诉讼结构产生程序惯性的机理在于：

其一，纵向结构决定了检察机关必须修正起诉的偏误。在纵向结构的流转中，案卷的内容不断丰富。[4]除非有充分依据证明部分案卷材料及其展现的事实确有错误，否则“互相制约”很难发生其效力。而另一方面，如果起诉遗漏了部分事实，“分工负责，互相配合”则会要求检察机关必须采取措施予以修正或补救，而新增抗诉请求恰是修正与补救偏误的一种方式。其二，横向结构产生了检察机关新增抗诉请求的可能性。尽管横向结构在形式上表现为控辩对抗、审判居中裁判的格局，但控辩之间并不平等。即使认罪认罚从宽制度的实施，强化了被追诉人的自我决定权，控辩关系充其量也只是发生了从防御到合作的变化。[5]控方强大的职责权限是新增抗诉请求的一个重要条件。毕竟，两审终审制只是原则性规范，并无具体制度禁止新增抗诉请求，而对先前结论不全部采纳的否定形式的阻抗状态却是现实存在的。两相权衡，加上强大职权产生的可能性共同构成了这一条件。其三，辅助性结构进一步强化了新增抗诉请求的可能性。通过抗诉修正错误，是检察机关在二审程序中实施法律监督的主要方式。这一机理在前文已有详述，此处不赘。

（三）追求客观真实的执念

除程序惯性的作用外，对客观真实的追求，也是检察机关新增抗诉请求以修正起诉偏误的原因之一。“以事实为根据”、“必须忠实于事实真相”的规范要求中的“事实”，长期以来被认为系客观真实。对规范要求的落实，就转化为对客观真实的追求。然而，以主观符合客观为核心内涵的客观真实，在司法实践中是无法完全达到的。因为对司法人员中立性的要求，决定了司法人员非亲历者的属性，所以即使真正实现了主观符合客观，司法人员也并不清楚达到了这种符合关系。[6]

客观真实无法完全达致的现实，并没有平抑实践中追求客观真实的执念。就检察机关而言，一者只要有证据支撑的事实，即纳入起诉范围；二者若是在一审判决后方才发现有遗漏事实未起诉，则要么通过另行起诉要么通过新增抗诉请求予以补充。这不仅是程序惯性的作用，也是追求客观真实的执念驱动所致。申言之，程序主体间对事实的共识并非如学者所倡导的那样通过商谈和辩论获得，[7]而是通过对前一诉讼阶段结论的高度信赖获得。诉讼结构的程序惯性与追求客观真实的执念的交互肯定，共同驱动了检察机关通过新增抗诉请求补足起诉的偏误。

四、新增抗诉请求的后果：矛盾裁判的出现

新增抗诉请求引起程序延长，进而在惩罚犯罪、保障人权和诉讼效率等方面产生的影响是显而易见的。但有一个需引起重视的现象是法院在部分新增抗诉请求的案件中，会作出理由与主文相矛

---

1 孙皓：《刑事诉讼标的识别新解》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 6 期，第 135 页。

2 同上注，孙皓文，第 136-137 页。

3 龙宗智：《我国刑事庭审中人证调查的几个问题——以“交叉询问”问题为中心》，载《政法论坛》2008 年第 5 期，第 23 页。

4 同前注 21，孙皓文，第 137 页。

5 张世文：《从身份到契约：自我决定权视野下的认罪认罚从宽制度》，载《乐山师范学院学报》2021 年第 11 期，第 79-80 页。

6 参见吴宏耀：《诉讼认识论纲》，北京大学出版社 2008 年版，第 263 页。

7 何家弘，周慕涵：《刑事诉讼事实观与真实观的学理重述》，载《清华法学》2022 年第 6 期，第 35-36 页。

盾的裁判。

对于那些不具有正当性的新增抗诉请求，二审法院可径行驳回抗诉。最高人民法院曾就该问题提供了指导意见，认为抗诉时增加抗诉对象，会对被告人的权利造成实质损害，导致被告人上诉不加刑的权利得不到保障、被告人的辩护权遭受控诉突袭以及控辩平等无法实现等问题。[1]而面对那些检察机关提出的具有正当性的新的抗诉请求时，有现实案例表明法院会在裁判文书的裁判理由部分阐述抗诉请求的合法性与合理性，但最后作出驳回抗诉的裁定。这种裁判理由与裁判主文之间的矛盾，一方面体现出法院在坚守罪责刑相适应以及正确适用法律的刑事法律基本原则与维护被告人基本诉讼权利和两审终审制之间的艰难抉择；另一方面则反映出因刑事二审裁判种类有限，不足以应对新增抗诉请求。矛盾裁判背后所体现出的利益衡量过程，以及裁判种类的有限性问题，可与民事和行政诉讼的相关规范对比后完整展现。

（一）刑事矛盾裁判中的利益衡量

在民事二审程序当中，原告提出新的诉讼请求或者被告提出反诉的，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称"《民诉解释》"）第 326 条规定的处理方式是可以进行调解，调解不成的告知另行起诉，而如果双方当事人同意由二审法院一并审理的，二审法院可以一并裁判。《民诉解释》327 条还规定了比较特殊的一种情况，即一审判决不准离婚而二审认为应当判离时，离婚将衍生出子女抚养和财产分割事项的审判，不过其处理方式除调解不成应发回重审外，与 326 条的规定毫无二致。

无论是原被告提出新的诉请，还是因改判而衍生出新的审判事项，《民诉解释》都体现了尊重当事人意思自治的取向，甚至两审终审制也得让位于当事人的意思自治。因此，在当事人自愿的前提下，法院可以灵活组合适用调解、告知另诉、发回重审和自行裁判等二审处理方式，以应对层出不穷的新增诉请的情况。但以下两点导致在刑事诉讼中无法如此操作：其一，意思自治存在的空间极为有限，对检察机关而言，自由裁量权也仅限于起诉或者不起诉。检察机关无法与被告人达成就部分事实实行一审终审的合意，调解、双方同意前提下部分事实的一审终审均无适用空间。其二，规范上"明确的指控犯罪事实"对诉讼标的的限定，以及刑法中对犯罪构成的数额性规定，使部分事实无法独立成诉，从而在很大程度上也排除了另诉的可能性。

据此，面对新增抗诉请求的案件时，法院的选择就只有发回重审和自行裁判。在检察机关新增抗诉请求有其正当性时，合于规范的做法就只能是将案件发回重审，由公诉机关补充起诉后，重新作出一审判决。而出于实质正义的考虑，法院必须考虑被告人在无过错情况下，何以承受未决羁押期限延长和刑罚加重的后果？此时一方面需要认可抗诉的正当性，另一方面又需维护被告人的权利，为兼顾二者，只能放弃发回重审选择自行裁判，而自行裁判又只能作出矛盾裁判。

对比反映出的更深层次的问题是两审终审制的落实问题。《民诉解释》第 324 至 330 条对二审中新增当事人和诉讼请求（审判范围）如何处理作了比较细致的规定，两审终审制的精神贯穿其中。而刑事诉讼相关规范对两审终审制的落实，更为注重细化上诉不加刑原则以确保被告人上诉权的实现，在规范检察机关落实两审终审制方面则少有作为。这或许是出于对检察机关法律监督机关性质的信任，但确实造成了两审终审制未落实的偏失。

（二）刑事二审裁判种类有限

行政诉讼中可与刑事矛盾裁判相对比者，在于一审判决类型。不同于民事二审的诸种处理方式在刑事诉讼中依然可觅踪迹，行政诉讼一审判决类型在刑事诉讼中毫无适用余地。其可对比之处，在于行政诉讼情况判决中的利益衡量过程，而其对比意义，在于反映出刑事二审裁判种类的有限性不足以应当新增抗诉请求。

相较于民、刑事诉讼，行政诉讼并非简单地对诉讼标的作出法律评价，而还需考虑判决的合理性问题。《行政诉讼法》第 74 条第 1 款第 1 项规定了行政行为依法应当撤销，但撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害，人民法院可以判决确认违法的所谓"情况判决"，是一个典型。情况判

---

1 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（总第 85 集），法律出版社 2012 年版，第 63-64 页。

决与刑事矛盾裁判的利益衡量过程是相通的，二者都可抽象为原告的诉请本应得到支持，但基于与国家利益、公共利益等对比衡量，不宜支持原告的诉请但给予其他形式的补偿。

情况判决在救济效果上不如撤销判决充分。[1]为补足情况判决的救济效果，《行政诉讼法》第 76 条规定，判决确认违法的，可以同时责令行政机关采取补救措施，给原告造成损失的，还应依法承担赔偿责任。《行政诉讼法》第 74、76 条的结合适用，既补足了情况判决对行政相对人个人利益保护的疏失，也因判决具有执行可能性而维护了司法公信力，对行政机关依法行政也起到了一定促进作用。

回到刑事矛盾裁判上来，其中支持“判非所抗”的利益，即是被告人的利益。对“原告”的补偿，体现为裁判理由部分对抗诉的支持。因为按目前绩效考核机制，只要抗诉在裁判理由中被法院采纳，检察官就不会遭受不利影响。但由于裁判理由与主文之间的矛盾，司法公信力的维护就谈不上了。同样的利益衡量过程，行政诉讼中法院可以凭借判决的多种类型应对自如，而刑事二审为兼顾两重利益却只能作出矛盾裁判。基于这种直观的对比，可以更清楚地看到刑事二审裁判种类有限的问题。

五、新增抗诉请求的影响之化解

矛盾裁判的出现，是审判不足以应对新增抗诉请求案件的集中表现。仅就这一点而言，即产生规制新增抗诉请求的必要性。更何况，新增抗诉请求还会对公正审判和诉讼效率产生影响。

（一）整体性的制度完善思路

整体性的制度完善思路，需着眼于新增抗诉请求的发生原因。虽然其改观绝非一日之功，但提出有效的整体性制度完善思路当是本文实践旨归之所在。据此，本文提出的整体性制度完善思路包括以下三个呈递进关系的内容。

一是以公诉事实规制程序惯性。作为《刑事诉讼法》中贯彻诉审同一的具体制度，公诉事实的主要功能是划定审判范围，为起诉约束审判提供衡量依据从而确保约束效果。但反过来看，公诉事实同时也划定了检察机关控诉职能的行使范围。如果控诉能够任意超出这一范畴，将导致审判范围永远处于不确定状态，进而将导出一个荒谬的结论：检察机关可以在一审判决作出后新增抗诉请求，新增抗诉请求系一审未审理事项，因此一审判决系“确有错误”的判决，提起抗诉具有正当性。必须确立起诉书中明确的指控犯罪事实的诉讼标的性质，并依照诉讼法原理明确其延展范围，划定检察职能的行使范围。这还衍生出一个重要的原则，即确定公诉事实范围的权力需在起诉时一次性用尽。由此，即使后续程序中发现有事实遗漏而在程序惯性驱动下意图补救，也只能考虑另行起诉等方式。

二是以不遭受突袭性裁判的被告人利益与对客观真实的追求相权衡。既然诉审同一的立论基础不仅在于分权制衡，而且包括防止被告人遭受突袭性裁判，那么即使在公诉事实及其延展范围内行使检察职能，也需着重考虑被告人的这一利益。如果确有遗漏事项，就算为追求客观真实，也应与被告人这一利益权衡后优先考虑另行起诉，以完整程序保障被告人不遭受突袭性裁判。如果无法独立成诉而出于客观真实追求考虑只能新增抗诉请求时，也应在二审庭审中着重围绕新增抗诉请求进行调查和辩论。

三是以控审协同的目标把握抗诉权行使的条件，这是最深层次的制度完善。在我国“分工、制约、配合”的刑事诉讼法原则下，控审必然在分离的前提下又存在一定程度的协同。曾有论者就认罪认罚案件中的法检协同论述道：“认罪认罚案件中，实现检法‘协同’的目的，不是为了形成‘一种利益共同体，共同致力于打击犯罪’，而是为了‘保证犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚，依法推进从宽落实’，尤其是要共同妥善处理好量刑建议的采纳问题。”[2]依循这一逻辑，在整个刑事诉讼框架下，法检协同的目的就在于保证刑事诉讼程序特别是审判程序依法公正进行。刑事诉讼法学研究中一直存在着惩罚犯罪与保障人权两种价值的对立与争论，这两种价值看似对立，实则是刑事诉讼法的根本任务——实现公正审判的两个侧面。检察机关与法院同为司法机关，均负有实现公正审判之义务。尽管检察机关担负着打击犯罪的国家公诉职能，但这并不意味着可以不择手段打击犯罪，也不意味着可以利用法定条件的空泛性而随意行使抗诉权，检察机关对公正的守持必须与法院采取同一标准。从这

---

1 王贵松：《论我国行政诉讼确认判决的定位》，《政治与法律》2018 年第 9 期，第 18 页

2 李奋飞：《论认罪认罚量刑建议与量刑裁决的良性互动》，载《暨南学报》2020 年第 12 期，第 55 页。

一意义上，要求检察机关自觉维护诉讼程序的公正性，把握抗诉权行使的条件，慎用新增抗诉请求这一方式完整履行控诉职责，关键就在于把握控审协同的目标。

（二）审判应对不足问题之解决

审判应对不足问题集中表现为矛盾裁判的出现，而矛盾裁判产生于对被告人利益与抗诉正当性之认可的兼顾，其影响又及于裁判的公信力。因此，解决审判应对不足的问题，需同时考虑这三方面的内容。

首先，增设裁判类型。按照上文对行政诉讼情况判决与目前应对新的抗诉请求的矛盾判决的对比与抽象，刑事诉讼完全可以模仿行政诉讼中的情况判决，在第二审程序中增设类似的裁判类型，即一种确认检察机关抗诉理由成立但不予改判的裁判。[1]该裁判的具体表述可考虑设定为“抗诉理由成立，维持原判”。将对抗诉理由的支持写入裁判主文，可以妥善解决裁判公信力问题，同时也坚持了实质真实的诉讼目的，而且也通过利益归于被告人防止过错后果转移的发生。

其次，配套适用加速时间指令制度。事实上，增设裁判类型仍有力所不逮之处，例如在案例一中，有过错的不仅仅是检察机关，一审法院也没有积极履行其澄清义务，因此如果不予改判容易给法院造成一种“宽以律己，严以待人”的印象，也容易引起法检之间的冲突，但若由被告人为此背书也不合适。此时，可以考虑配套适用加速时间指令制度，加速时间指令的效果与损失时间指令恰好相反。损失时间指令是英国刑事诉讼中的一个特色制度，其意在惩罚提起毫无价值的上诉并浪费法院时间的上诉人。[2]英国《1968 年刑事上诉法》第 29 条规定:“除非有相反指令，上诉人在上诉开始至上诉被决定期间被羁押的时间，都要算作他正在服的任何羁押刑罚的一部分。”[3]其中的“相反指令”即损失时间指令，如果法官作出这种指令，上诉人在上诉程序中被羁押的时间不再折抵刑期。曾有学者主张引入此制度以治理认罪认罚从宽案件中留所上诉问题。[4]在需要给予被告人利益的场合，可以将损失时间指令制度颠倒过来，改造为加速时间指令制度，即法院作出相关指令，使上诉人在上诉程序中被羁押的时间成倍地折抵刑期。考虑到我国第二审程序的审限时长，具体加速的幅度可以设定为一至三倍。这样即使顶格加速，最多能使被告人获得额外折抵八个月刑期的优惠，既与实践中法定从重的幅度大体相当，又可防止部分被告人通过不正当手段借此制度“赎刑”。同时，检察机关也可以参与到适用加速时间指令制度的程序当中来，对此制度的适用进行监督。

最后，激活变更起诉法条程序。实践中，《刑诉解释》295 条第 3 款的适用情形极为罕见。实际上，变更起诉法条程序在应对新增抗诉请求时有较大适用余地，在新增抗诉请求时可以通过这一程序增强抗诉的正当性。实践中，检察机关与辩方往往置法院适用这一程序的诉讼指挥于不顾，依然按照各自准备的方案进行辩论。久而久之，法院欲变更罪名时，也较少组织控辩双方进行辩论。目前出现上述的一个可能原因是该程序的规定还较粗疏，法检两院通过非正式渠道进行沟通的惯常做法也搁浅了这一程序。未来，应细化这一程序的适用条件，并赋予其一定的刚性，从而为适用这一程序创造积极条件，发挥其应有作用。

---

1 据笔者了解，曾有部分新任法官处理此类提出新的抗诉请求的二审案件时，作出过该种裁判，但因无法律依据，合议时经其他合议庭成员提议，最终改为驳回抗诉，维持原判。这反映出已有部分实务界人士认识到目前刑事二审的裁判类型不足以应对检察机关的新的抗诉请求。

2 [英]约翰 · 斯普莱克:《英国刑事诉讼程序》，徐美君，杨立涛译，中国人民大学出版社 2006 年版，第 655 页。

3 同上注，斯普莱克书，第 654 页。

4 董坤:《认罪认罚从宽案件中留所上诉问题研究》，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2019 年第 3 期，第 123 页。

论刑事二审证据调查程序的规范化构建

刘亦峰*

摘 要： 刑事二审程序存有一定特殊性，但在现有法律框架内，其证据调查程序仍然参照一审程序适用。这可能导致二审的证据调查程序存在一定真空地带，进而致使司法实践操作也不尽规范。刑事二审依然应当坚持实质化改革的目标和方向，考虑到刑事二审程序自身具有纠错、程序救济的特殊地位和功能，庭审证据调查的核心在于对争点与焦点问题的二次审查，以及对新事实、新证据的审查判断。虽然刑事二审应当贯彻全面审查原则，但其证据调查依然可以采用争点审、焦点审的模式，通过充分的庭前证据调查准备、规范化的证据调查安排和刑事二审相关的具体证据调查问题作出有针对性的制度设计，方能探索出刑事二审证据调查的有效方法。

关键词： 实质化改革　刑事二审　证据调查　庭前会议　证据

引言

“以审判为中心”的诉讼制度改革，是强调刑事审判在整个刑事诉讼流程中具有决定性作用。但刑事审判本身又可分为不同审级，刑事一审程序固然应当成为侦查、起诉以及执行程序之中心，然刑事二审程序呢？是否仍应为中心？是否仍应坚持庭审实质化改革的目标和方向？实际上，所谓“以审判为中心”即庭审实质化改革，指的是在影响案件走向和命运的所有诉讼阶段，包括从立案、侦查、起诉、审判到执行的整个刑事诉讼流程中，审判应当处于决定案件走向和结果的关键地位。因此，无论刑事案件的审级是一审还是二审，都应当坚持庭审实质化改革的目标和方向。然而，虽然同为审判程序，但一审与二审程序在地位与功能上毕竟有所不同，因此二审程序实现庭审实质化的目标和方向虽然不变，但在实现改革目标的具体实现路径和改革的具体内容方面却有重大区别。

《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称“《刑事诉讼法》”）第 242 条仅原则性地规定二审案件的审理“参照”一审适用。[1]所谓“参照”，并非完全“依照”，二审程序自有其特殊的功能与作用，因而其程序运行包括庭审证据调查也必然呈现出不同之特点。是故，对于二审程序而言，刑事一审实质化改革经验虽可参照，但不可照搬。在我国现行刑事诉讼体制下，二审兼具纠错、救济及统一法律适用的功能，可能正是因为程序功能的多元化和复杂化，立法上对于二审程序的法律构造几乎无法进行具体、精细的制度设计，而只能委诸法官根据案件的具体情况自由裁量、灵活选择适当的审理方式。从某种意义上讲，刑事二审并非完全控、辩双方的交锋与对抗，实则系上诉方（或抗诉方）对于原一审裁判所认定的事实或法律适用问题的抗争。因而，二审程序的审理重点系一审控、辩双方对原判决所质疑之处，以及对二审中出现的新事实、新证据的调查与认定。从宏观上看，正因为二审程序在刑事诉讼全过程中具有独特的功能，审理形式较为灵活，其功能供给侧重于为控、辩双方提供程序救济。故二审的庭审证据调查，更侧重于对争点与焦点问题的二次审查，以及对新事实、新证据的审查判断。本文立基于刑事二审程序的特殊地位和功能，分析、研判实践中二审庭审证据调查的模式和具体方式，尝试探寻适合我国刑事二审庭审证据调查的普遍性方法，并对二审中若干具体证据调查问题进行分析，寻找刑事二审庭审实质化改革的妥当方案与实现路径。

一、刑事二审庭审证据调查的基本模式

关于二审的庭审证据调查模式，理论观点坚持应当在全面审理原则的指引下，坚持全面调查模式，而实务却以争点调查模式为惯常做法，存在较大的差异，具体内容介绍如下：

（一）全面调查模式

该模式以二审全面审理的法律规定为基础，认为二审庭审应当对在案的所有证据均重新进行举证、质证，这样二审法官才能全面掌握案件事实，准确定罪量刑。在全面调查模式下，证据调查环节中控辩双方要重新针对所有证据进行一一举证、质证，即使有些证据已经在一审中经过了充分的辩论和质证，没有任何争议，二审中仍要重新进行举示。客观而言，全面调查模式客观上确实有利

---

* 本文系国家社会科学基金重点项目“深化司法体制综合配套改革研究”（项目批准号：20AZD029）的阶段性研究成果。作者简介：刘亦峰，四川农业大学法学院讲师，法学博士。

1 依据《刑事诉讼法》第 242 条之规定，第二审人民法院审判上诉或抗诉案件的程序，除本章已有规定的以外，参照第一审程序的规定进行。

于二审法院重新梳理案情，对所有证据进行全面把握，有助于查清案件真相。但是，这种模式的弊端也很明显，对于一审中已经确定的事实证据不能直接认定，而是再次重新展开调查，无异于“重开一审”、“重复做功”，实属国家司法资源的浪费。在当前我国各级法院普遍面临人（少）案（多）矛盾的背景下，二审庭审证据调查推行全面调查模式，无疑将会极大地激化人案矛盾，致使二审法院疲于应付各类上诉、抗诉案件。

（二）争点调查模式

该模式以一审庭审实质化改革追求的“争点审”、“焦点审”为依据，认为二审证据调查同样应当贯彻“争点审”的改革目标，即以争议焦点为标准确立证据调查之范围。虽然依照刑诉法的规定，二审应当对案件进行全面审理，但全面审理不等于对全部在案证据一一进行重新举证、质证。对于一审法院经过充分调查、审理认定，且双方并无争议的证据，二审庭审中实际上无需再重新举证、质证。二审庭审证据调查的重点应当集中于控辩双方仍有争议的证据、二审中出现的新证据以及法院认为有必要进行调查的证据等，这就是所谓的争点调查模式。客观地讲，争点调查模式是以问题为导向的争点审、焦点审模式，这与庭审实质化改革的目标和走向是一致的，该模式有利于控制二审庭审节奏、节省庭审时间，实现诉讼效率。应当说，在我国当前审判实务中，争点调查模式是为法官所普遍采用的二审庭审证据调查模式。

（三）对两种证据调查模式的评价与分析

对于上述两种证据调查模式的价值选择与判断，并不宜采取简单的“一刀切”方式处理，而应当具体评估、权衡、考量不同的因素后再作选择：

1、全面审理原则之下的刑事二审证据调查范围

从二审庭审证据调查的范围与全面审理原则的关系来审视。所谓全面审理原则，是指二审的审判对象可以覆盖一审审理和判决的所有事项，即原审的所有裁判事项都将构成二审的审判对象。在诉讼法理上，程序上的二审全面审理原则，所指向者系审判之对象，而非证据调查之对象。全面审理原则所强调者，乃二审之审理对象和范围不受上诉或抗诉对象之限制，并不意味着一旦启动全面审理，则必须将整个一审判决全部推倒重来。亦因此，即使二审法院决定对案件实行全面审理，也并不意味着就必须对一审的全部在案证据一一重新进行调查。[1]由此可见，全面调查模式与全面审理原则之间并无必然联系，并非二审实行了全面审理原则，则二审的庭审证据调查就必须贯彻全面调查模式。实际上，全面审理仍以二审法官对一审裁判事项的公正性存疑为前提，即使二审法官对案件启动全面审理，仍然是以其存疑的裁判事项中的争点或焦点问题作为其审理重点。换言之，即使二审法院对案件启动全面审理，在上诉或抗诉对象之外审理事实，仍然可能实行争点审或焦点审。因此，争点调查模式与全面审理原则之间并无冲突、抵牾之处。

2、庭审实质化改革之下的刑事二审证据调查范围

从二审庭审证据调查的范围与庭审实质化改革的目标的关系来观察，一审庭审实质化改革的核心和本质是庭审证据调查程序的实质化，殆无疑问。但同时，由于现实司法资源的有限性，一审庭审证据调查程序的实质化改革，并不能真正做到在庭审中对全案所有证据的调查皆贯彻实质化，而只能根据“详略得当”的资源分配原则，对在案的重要（关键）证据、有争议的证据进行实质化调查。从性质上讲，虽然二审程序的构造与功能与一审不同，但审判资源的有限性难题仍然持续作用于二审，制约甚至锁定了二审庭审实质化改革的目标同样只能是争点审、焦点审及其实质化，区别仅仅在于二审的争点、焦点可能与一审有所差异，例如，二审中出现新证据、新事实，该新事实、新证据就将成为二审庭审调查的争点和焦点。正基于上述分析，二审庭审证据调查，就不可能以全面调查模式为原则，而只能以争点调查模式为首选，这也是为何当前二审实务中普遍采用争点调查模式的根本原因所在。

3、个案类型与刑事二审证据调查范围

从二审庭审证据调查的范围与案件类型的关系来分析。根据刑诉法的规定，被告人有上诉的权利，并没有案件类型的限制，因而实务中二审审理的案件几乎可以涵盖一审审理的所有案件类型。

---

1 参见冀祥德：《构建我国救济程序中的控辩平等》，《人民司法》2008 年第 6 期，第 44 页。

对于二审的案件类型，虽然可以从不同角度进行分类，但二审最具特殊性的案件类型无疑是死刑案件，之所以称其为最具特殊性的案件，是因为死刑案件的审理需要贯彻“少杀、慎杀”的刑事政策，因而对于死刑案件的审判程序的实质化程度和要求较之一般刑事案件更高。换言之，死刑审判程序（包括二审程序）对正当性和合法性要求更高，并明显区别于其他刑事案件。正是根据二审程序的实质化程度和要求的不同，我们可以将二审案件分为死刑案件和其他案件，并分别采用不同的证据调查模式，具体而言：

其一，对死刑案件的二审庭审证据调查实行全面调查模式。死刑案件本身属于罪行特别严重和刑罚特别严厉的案件，且该刑罚一旦执行便不可逆转，故死刑案件的审理应秉持最严格、最审慎的态度。为确保死刑案件判决的正确性，慎重适用死刑[1]，避免冤假错案的发生，死刑案件的二审程序应当实行全面审查原则，证据调查则奉行全面调查暨详细调查模式，要求控辩双方对所有在案证据，不论控辩双方是否存在争议，亦不论控辩双方对一审判决中认定的事实是否存在争议，均应在庭审调查中一一重新举证、质证。二审死刑案件实行全面调查模式的实质在于，为了确保死刑判决的公正性，立法者不惜通过两次审判来反复确认案件事实认定的正确性，同时彰显判决的慎重性。

其二，对死刑案件之外的其他案件，二审庭审证据调查原则上实行争点调查模式。亦即，该类案件的庭审调查应当围绕控辩双方争议的焦点问题展开。二审庭审证据调查的争点，可能与一审相同，系一审控辩双方围绕一审争点和焦点问题而对一审法院的裁判不服、提起上诉，进而将一审中的争点“拖入”二审继续成为争点；当然，二审庭审证据调查的争点，也可能是一个全新的争点，例如二审出现了新证据、新事实等。但无论如何，二审的有效审理应当建立在一审庭审充分实质化审理的基础之上，保证并强化一审程序的事实调查功能，尊重一审所认定的且控、辩双方无争议的裁判事项，在此基础上，二审充分审理争议点和新事实、新证据，修正或改变原审中存在争议的问题，进而形成新的裁判。[2]

但必须明确的是，上述分类并非绝对，因为，将二审案件分为死刑案件与其他案件，并不意味着只有死刑案件的二审庭审证据调查才能够实行全面调查原则。实际上，其他疑难、重大、复杂的案件，如果一审事实认定存在比较大的问题，那么即使控、辩双方对证据无争议，二审仍然可以实行全面调查模式对全案证据进行详细调查。因此，其他案件的二审庭审证据调查究竟采用何种模式，实际上还取决于一审庭审证据调查的质量。

二、刑事二审庭前会议与证据调查准备

一审庭前会议实乃一审庭审证据调查之重要准备阶段，二审亦然。但从司法实务中的运行情况来看，二审庭前会议的适用率可谓相当不理想，其实际适用率比一审更低，实践中法官几乎不愿意在二审中召开庭前会议。分析其中的主要原因在于：一方面，二审依法可以不开庭而采书面审，因而实务中二审的开庭率普遍不高。[3]由于二审普遍不开庭，自然也就不可能召开庭前会议，因为庭前会议是开庭审理的准备程序，不开庭自然无需召开庭前会议；另一方面，二审法官在庭前获取案件信息的渠道较多，一审判决书、庭审笔录、抗诉书或上诉状等都构成了二审法官了解、掌握案情的重要信息来源，这就导致二审法官习惯于通过研析案卷来了解案情、通过一审裁判文书与上诉（抗诉）书来整理争点，[4]并降低了其通过召开庭前会议来了解案情、整理争点的积极性。尽管如此，但庭前会议在二审程序中的作用仍不可忽视，因为对于二审庭审证据调查而言，庭前会议的召开，仍然具有非常重要的平台作用和程序准备价值。[5]

（一）展示、梳理二审中的新证据

1 参见聂立泽：《论死刑复核与减刑、假释程序的诉讼化改造》，《南都学坛》2013 年 3 期，第 76 页。

2 参见龙宗智：《论建立以一审庭审为中心的事实认定机制》，《中国法学》2010 年第 2 期，第 155-157 页。

3 刘亦峰,高建梅：《论刑事二审庭前会议制度 ——基于 S 省 C 市裁判样本的实证考察》，《西南交通大学学报（社会科学版）》2020 年 3 期，第 125 页。

4 参见龙宗智：《庭审实质化的路径和方法》，《法学研究》2019 年第 5 期，第 141 页。

5 参见万毅：《论庭前证据调查准备》，《东方法学》2021 年第 1 期，第 167 页。

控、辩双方可能在二审中提出新证据、新事实，这使得在二审开庭审理前召开庭前会议，组织双方展示新证据并进行整理，进而提前归纳新的争议焦点，便显得尤为重要。我国司法实务对于新证据的提出时间并没有给予严格限制，允许二审开庭前或者开庭审理时提出，新证据可以在庭审过程中随时提出，其目的在于尽量查明案件真相，确保案件的实体公正。但鉴于“新证据”可能对案件审理产生重要影响[1]，原则上控辩提交的“新证据”应当在二审开庭前能够到案，并能在庭前会议中进行展示；提交新证据的一方应当说明新证据的具体名称、来源以及拟证明的对象和内容，并征求对方的意见，法官在此基础进行证据整理，进而归纳本案新争点。例如，在一起合同诈骗上诉审的庭前会议中，一审无罪辩护意见因证据不足未被支持，故提起上诉。二审中，辩护人坚持继续作无罪辩护，并在庭前会议中提交了新证据 3 份，用以证明被告人无法履行合同系不可抗力所致。该案中，由于辩方提交了新证据，且可能影响事实认定，故法官召开了庭前会议，并组织控辩双方重新梳理证据、陈述相关意见，进而确定 3 份新证据在法庭调查阶段先行举示，作为调查之重点，确保二审庭审集中审理相关的争点和焦点问题。

（二）决定是否启动非法证据排除程序

被告人及其辩护人可能在二审开庭前提出非法证据排除的申请，这就需要先行召开庭前会议协商解决。对于《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第 103 条所规定的三种情形[2]，二审法院都应当召开庭前会议听取双方意见。对于“排非”事项，二审庭前会议仍可适用 2018 年最高人民法院制定的《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》中确立的“合意排非+两步走”的模式，在法官主持下先由一审控、辩双方协商排非。具体程序为：庭前会议中，先由辩方依照法律规定提供非法取证的相关线索或者材料，再由人民检察院出示有关证据材料，有针对性地对证据收集的合法性作出说明；人民法院可以对有关证据材料进行核实，经控辩双方申请，可以有针对性地播放讯问录音录像。若控辩双方能达成一致意见，或者检方撤回该证据（或辩方撤回“排非”申请），此后庭审亦不再处理该排非事项。若不能达成一致意见，则区分不同情形予以处置：

对第一种情形，即一审对当事人等“排非”申请漏查漏判的，属于一审程序严重违法。二审法庭应当召开庭前会议听取意见、对有关材料进行核实后，认为可能涉嫌非法取证的，为保护被告人的审级利益及上诉权，应当将全案发回一审法院重审。

对于二、三情形，人民法院应当在庭前会议中核实后，决定不启动排非程序并驳回辩方申请，或者决定在庭审中启动排非程序予以调查。但对于公诉人提供的相关证据材料确实、充分，能够排除非法取证情形，且没有新的线索或者材料表明可能存在非法取证的，庭审调查举证、质证可以简化。在这种情形下，二审庭前会议对排非事项的处置，主要功能转向为对庭审排非预先做好准备和安排。

（三）审查判断人证出庭的必要性

控、辩双方可能在二审申请通知人证出庭，对此有必要召开庭前会议确定新的人证出庭名单。庭审实质化改革对于人证出庭问题始终坚持的是“应出尽出”的原则，为此我国《刑事诉讼法》将人证出庭的条件修改为：第一，控辩双方对证言存有异议；第二，对案件定罪量刑有重大影响。[3]但上述出庭条件的设置显然针对的是一审，而二审程序因兼具纠错与救济之功能，虽然仍然应当坚持庭审实质化改革对于人证“应出必出”的调查原则，但其人证出庭条件显然不可能与一审完全雷同，但

---

1 实践中，新证据对二审裁判的影响主要有三种：1.新证据影响到事实认定和定罪量刑，应当发回重审；2.新证据仅影响量刑，可以改判；3.新证据对原事实认定补强或与案件事实无关，可以维持原判。

2 依据 2021 年施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第 138 条规定，第二审人民法院应当对证据收集的合法性进行审查的三种情形：（一）第一审人民法院对当事人及其辩护人、诉讼代理人排除非法证据的申请没有审查，且以该证据作为定案根据的；（二）人民检察院或者被告人、自诉人及其法定代理人不服第一审人民法院作出的有关证据收集合法性的调查结论，提出抗诉、上诉的；（三）当事人及其辩护人、诉讼代理人在第一审结束后才发现相关线索或者材料，申请人民法院排除非法证据的。

3 依据《刑事诉讼法》第 192 条第 1 款之规定，公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。

具体哪些人证应当在二审中出庭，条件把握上就不能仅限于一审控辩双方有异议，而必须重点考量人证出庭的必要性，程序上则需要二审法庭召开庭前会议组织双方发表意见后确定出庭人证名单。

由此可见，二审庭前会议对于二审庭审证据调查而言，仍然具有重要的平台功能作用和程序准备价值，一方面，法庭可以完成对非法证据排除等可能中断二审庭审的程序性事项预先进行处置；另一方面，法庭可以借助二审庭前会议对新证据进行展示、整理并归纳新争点，为庭审证据调查做好准备工作。

三、刑事二审庭审证据调查的具体方式

（一）二审庭审证据调查之对象与范围

我国刑事二审的据调查模式可以归纳为：对于一般刑事案件以争点调查模式进行，对于特殊案件按照一审的审理方式进行，适用全面调查模式。但即便是全面调查模式，其调查之对象与范围，仍然应当有所限制。然而，究竟哪些证据属于二审庭审证据调查的对象和范围呢？这是首先需要辨明的问题。笔者认为，二审庭审的证据调查范围应当包括如下内容：

第一，一审期间的在案之证据与一审法院作出之相关裁判文书及笔录。主要包括：公诉机关、自诉人以及被害人在一审期间向法庭提交的指控被告人有罪、罪重或罪轻的证据；附带民事诉讼当事人提交的关于民事责任的证据；被告人及其辩护人提交的证据；当事人申请一审法院调取的证据或一审法院依职权调取的证据。刑事二审庭审证据调查的对象和范围，一般来讲，确实应当仅限于一审法院判决定案的证据。但从刑事二审贯彻全面审理原则、查明案件事实真相的角度讲，不应将二审证据调查的范围限制于一审法院判决定案的证据，因为有些证据一审法院未予采信，这可能正是导致错判的关键原因。因此，从二审查明案件真相并纠错的功能出发，对在一审法庭上出示但未采信之证据，仍应纳入二审庭审证据调查之范围。此外，还有观点主张，除了二审期间提交的新证据外，二审庭审证据调查的对象和范围应当限于一审在案之证据。但这种观点显然存在一定的遗漏，例如，一审庭前会议笔录和庭审笔录，并不属于一审在案证据，也不是一审法院判决定案依据之证据，但在二审中却是重要的证据种类。同时，对于一审判决，二审还要审查其程序是否合法，而审查、判断一审程序是否合法，最重要的证据就是一审的裁判文书，因此，一审裁判文书也应当属于二审庭审证据调查的对象与范围。

第二，二审期间的新证据，包括：上诉人或被告人及其辩护人提交的新证据或申请二审法院调取的证据；二审法院依职权主动收集的证据；侦查、公诉机关补充的证据等。关于侦查、公诉机关在二审中还能否补充新证据，理论上存在争议。有观点认为，一审庭审结束后，原审控方（包括侦查、公诉机关）即不应再行补充证据，否则有违控辩平等原则，属于控诉权的过度使用。但实际上，一审辩方在二审中同样有权提交新证据，侦查、公诉机关补充提交证据，并不违背控辩平等原则。此外，二审既然启动，那么不管二审是续审还是复审，就意味着诉讼程序尚未终结，一审的指控也尚未获得生效的判决。为继续支持指控，原审控方（包括侦查、公诉机关）自然应当有权再行补充证据。但另一方面，侦查权的启动确实不应当无期限、无节制，否则被告人的权利将始终处于不确定状态[1]，所以为节制侦查权的随意发动，可以考虑限制二审中侦查机关补充取证的手段，即不允许二审中侦查机关再采取以限制人身自由和财产自由的强制性手段收集证据。换言之，侦查机关在二审中仍可补充提交证据，但该证据只能是通过任意性侦查手段所收集的证据，以对方自愿配合为前提。

（二）二审庭审证据调查的证据出示顺序

但凡诉讼与纠纷，庭审的基本举证原则均为“谁主张谁举证”，由于控方（或原告）是诉讼的发动者、审判程序的开启者，庭审证据调查时的举证顺序一般安排为“控方先举证”或“原告先举证”。然而，二审程序与一审不同，二审程序的发动者可能并非为控方（或原告），此时即会产生控方与辩方在二审程序中何方先举证的问题，尤其是对于二审检察机关的角色定位，一直是理论和实务中的一个难题。对此，笔者认为，必须区分二审程序启动的原因而对其分别定位：

1、仅被告人一方上诉的二审案件

---

1 参见万毅：《侦查终结程序改革研究》，《政法学刊》2003 年 3 期，第 2 页。

在纯上诉审程序中，即仅被告人一方提起上诉而检方并未抗诉的二审程序，公诉人出庭主要履行其法律监督职责。此时，程序的发动者并非检察机关而是被告方，系被告方因对一审判决不服而提起上诉，希望通过启动二审程序予以救济。在这类二审程序中，被告方才是二审程序的发动者。检察机关在二审中履行的职责是评价一审判决、裁定正确与否，监督原审审理程序有无违法，上诉人的上诉是否有理，原审当事人的合法权益是否得以充分的保障以及国家的刑事法律是否在原审中得到统一、正确的实施等。[1]因此，就纯上诉案件的二审程序而言，检察机关并非程序的发动者，其所履行的亦非一审的控诉职能，而是法律监督职能。基于此，在该类案件的二审证据调查程序中，应当由程序启动者和发动方，即上诉方先行举证。具体程序设计上，应由辩方针对一审中有争议的证据先行举示，双方无争议的证据不再举证；若辩护人在二审开庭前调取了有利于被告人的新证据，亦应当先行举示，并接受公诉人的质证。

2、仅检察机关一方抗诉的二审案件

在纯抗诉案件即仅有检察机关提起抗诉的案件中，检察机关仍为该二审程序之发动者。纯抗诉案件，系因公诉人认为一审裁判存有错误，故采用抗诉的方式启动二审程序，其目的：一是阻止一审判决生效；二是希望二审判决予以纠错。在这类案件的二审程序中，检察机关之所以提起抗诉，是基于法律监督职能，即对一审判决实施监督的结果，但同时，一旦提起抗诉，显然又是在请求二审法院再次对其指控进行审理，希望其在一审中的指控能够在二审得到支持，以完成其未尽之公诉职责。因此，对于检察机关而言，这种纯抗诉案件实际上是一审指控的继续，此时检察机关的诉讼地位仍应居于程序发动者即控方的角色，公诉人肩负着法律监督和起诉指控的双重职责。是故，在纯抗诉案件的二审庭审证据调查中，应当延续一审的证据调查方式，由作为程序发动者的公诉人在庭审中第一顺位先出示证据。当然，二审审理并不是一审的简单重复，庭审证据调查应当采用争点调查模式，围绕二审的争点问题进行举证，对于双方没有争议的证据，则不再予以出示。

3、既有上诉又有抗诉的二审案件

对于所谓混合式二审案件，即：既有上诉又有抗诉的二审案件，公诉人和辩护人均居于二审程序发动者的地位，都是认为一审裁判结果有误而启动二审程序，区别仅在于双方所持立场及观点截然相反。此时，控、辩双方的诉讼地位与一审相同，即：公诉方代表国家对被告人提起诉讼，是整个案件的发动者，其在二审程序中继续承担指控犯罪的责任，希望其指控最终能够得到二审法院的支持，作出终审判决；而被告人及其辩护人因为继续面临控方的指控，因而在二审程序中仍居于防御地位，根据事实和法律提出对被告人有利的辩护意见。是故，在混合式二审案件中，被告方的上诉和检察机关的抗诉在程序后果上相互抵消，控、辩双方的诉讼地位并未发生实质性改变。此时，应当继续一审的证据调查方式，由二审公诉人在法庭上先行举证。

综上所述，刑事二审庭审中举证的先后顺序表明了检察机关和被告方在二审中所承担的角色的不同，而二审庭审证据调查程序中举证顺序的安排，本质上亦是由检察机关与被告方在二审中的诉讼地位所决定的，在实务操作中，应当根据案件启动原因的不同而选择采用不同的证据调查顺序。

（三）二审庭审证据调查的举证方式

1、一审在案证据的出示方式

前已述及，实务中二审证据调查多采争点调查模式，因而，对于一审期间已提交且经过庭审调查的证据，二审法庭往往会通过审查控、辩所提交之上诉、抗诉理由以及庭前会议的证据整理环节，对在案证据进行梳理，并根据某个（或某些）证据是否存在争点，分为“无争议证据和有争议的证据”两组。实务中，对于控辩在二审庭审中出示的证据，法庭往往会要求双方重点围绕上诉、抗诉理由出示，对一审事实认定存在争议的内容或者双方仍然存在争议的内容进行举证，对这些证据进行重点调查；而对于那些已经在一审中调查、二审中双方不持争议的证据，审判长往往只简要宣读证据名称、来源以及证明目的，向双方核实其对该组证据有无异议，便直接予以采信、作为二审裁判的根据，而不再在二审中组织证据调查。实务操作中，对于无争议的证据，往往在庭审中一语带过：“合议庭在庭前确认下列证据.....不存在争议，控辩双方无新的意见需要阐述，合议庭予以采纳。接下

1 参见石柏非：《检察官在刑事上诉审中的职能作用》，《政治与法律》2008 年第 5 期，第 134-135 页。

来，请控辩双方对庭前确定的争议证据发表证据意见.....”。例如，在一起抢劫案的上诉审中，庭前会议阶段辩护人提出对于一审采信的 7 份证据仍然存在争议。承办法官通过归纳整理全案证据，确认本案无争议证据 26 份、辩护人存在争议的证据 7 份，无新证据出示。庭审中对于无争议的 26 份证据不再组织调查，公诉人重新对存在争议的 7 份证据一一举证，听取辩护人的意见，对于双方争议较大的《被告人 A 某第二次讯问笔录》《被告人 B 某第一次讯问笔录》以及《被害人 C 某第一、二次陈述》等 3 份证据，庭审中给予双方多次发言的机会，进行了详细调查。本案的法庭调查，持续时间约 40 分钟，因庭前已经对全案证据进行梳理，故庭审中仅对重点问题进行了详细调查，使得整个庭审证据调查重点突出、层次分明，切实做到二审证据调查的实质化审理。

根据庭审实质化的改革目标，刑事二审应当坚持争点审、焦点审，故在案争议性证据才是二审庭审证据调查的重点。对此，应当沿用一审的证据调查模式，由审判长依据庭前会议中双方发表的意见，以及通过上诉、抗诉意见整理出争点，概括双方存在争议的事实，在庭审中要求举证方对有争议的证据采取逐一举证、质证，进行重点调查。

2、二审新证据的出示方式

依据《刑事诉讼法》197 条、253 条的规定，二审中的新证据是指双方在二审期间向法庭提交的足以证明原判决、裁定认定的事实确有错误，可能影响定罪量刑的证据。这里的新证据，既可能是被告方在二审期间向法庭提交的新证据，也可能是检察机关在二审中向法庭补充提交的新证据。无论该新证据系何方所提交，因为该新证据可能证明原判决、裁定认定的事实确有错误，进而影响定罪量刑。因此，对于二审庭审证据调查而言，自然成为庭审中的重要争点，亦即庭审调查的重点。据此，提交新证据之一方，应当在庭前会议将该新证据提交并说明拟证明之对象及内容，进行充分的证据展示，并在二审法庭调查环节单独出示、逐一举证，并接受对方质证。当然，如果新证据的种类和证明对象一致，亦可打包举证。例如，在一起贪污罪的上诉案件审理中，控、辩双方当庭表示对一审认定之事实不存异议，辩护人认为一审裁判量刑过重，并在二审开庭前收集到 3 份《情况说明》，用以证明被告人属初犯、平日表现较为良好的事实。故结合案件具体情况，二审法庭决定仅对新证据进行调查，因 3 份证据的证明对象和目的较为一致、证据内容篇幅较短，故采用打包举证的方式进行举示，并听取公诉人的意见。

总之，基于刑事二审续审与事后审查相结合的构造特点，二审法庭调查环节应当充分围绕争议焦点进行。对于二审提交的新证据，更应该作为重点调查的对象，进行详细调查。为此，笔者认为，为切实发挥二审的目标与功能，应当强化法官在证据调查环节的主动性，通过庭前阅卷以及召开庭前会议等方式，在开庭前对案件的整个证据体系进行有效整理，明晰双方的争议焦点，在庭审中引导并组织双方围绕争议事实进行重点调查，发挥二审的应有作用，促进二审证据调查的实质化展开。

四、刑事二审证据调查的其他疑难问题

（一）刑事一审庭审笔录在二审程序的调查方式

庭审笔录，系用于描述和证明庭审过程中发生的具有法律意义的事实状况的书面记录[1]，以文字的方式全面记录法庭审理的全过程，包括记载在庭审中发生的全部程序性事项、对被告人的讯问、举证与质证的内容、控辩双方发表的法庭辩论意见以及被告人最后陈述等事项。庭审笔录旨在还原审判的进程，记录并展示具体的审理内容。一般而言，因为一审庭审笔录属于上诉卷的一部分，系法院依职权而调取的证据，用以了解一审的审判情况，以及检查原判决合法性的基础性文件，且因为二审程序要求法官在开庭前进行阅卷，故并不会经控辩双方举证而出示。但对于一审庭审笔录在二审程序中该当如何进行调查，理论和实务中存在较大的争议，主要存在以下几种观点：

第一种观点认为，庭审笔录不具有证据属性，二审无需对其进行调查。其理由在于：第一，我国《刑事诉讼法》规定的八大种类证据中，并没有将庭审笔录明确归入其中任何一种法定证据，由于不符合既有的法定证据形式，那么应当不具有证据属性；第二，庭审笔录系对庭审过程的记录，系将庭审时“口头意见”转为“文字意见”的书面记载，其对于法庭调查环节的记录或许被理解为“对已有证据的转述”更妥；第三，庭审笔录的形成于审判阶段，而证据一般应当形成于庭审之前。此外，

1 孙道萃、张礼萍：《刑事庭审笔录的性质及运用初探》，《江西警察学院学报》2012 年第 5 期，第 81 页。

庭审笔录是由法院主持制作，法定证据的制作、收集主体大多是侦查机关。虽我国法律允许法院依职权调取证据，但未明确规定法院可以直接制作证据。故庭审笔录不应具有证据属性，在二审庭审中也就无需对其展开调查。

第二种观点认为，庭审笔录仅能证明审判程序是否合法，不得证明实体性问题，因而二审中只有在控辩对一审的程序合法性有争议时，方可将其作为证据进行调查。其理由在于：因庭审笔录对开庭方式、开庭时间、合议庭组成、被告人权利告知以及具体的审理程序开展均有所记载，对一审庭审内容予以全面的记录，系证明程序正当性的有效文件，可用于证明审判程序的合法性，对审判中程序性事项的证明作用是毋庸置疑的。但因为庭审笔录形成时间为庭审阶段，制作主体为法院，证明对象仅指向审判程序，而非案件事实，故不得证明案件实体问题。若双方对一审程序的合法性无争议，则无需作为本案证据进行调查。

第三种观点认为，庭审笔录具有完全的证据属性，二审应当将其证据展开调查。其理由在于：第一，《刑事诉讼法》将证据定义为可以证明案件事实的材料。庭审笔录记载着一审具体审判程序的全过程，可以归为“笔录类证据”；第二，若审查被告人在一审中是否认罪、当庭的供述与侦查卷宗是否一致等实体性问题时，也需要依据一审庭审笔录来进行具体的判断。因此，庭审笔录所记载的内容兼顾实体问题与程序性问题，具体的证据形式也与笔录类证据所要求的形式具有一致性，应当肯定其证据属性，并将其作为重要证据在二审中进行调查。

既然庭审笔录反映了各个诉讼主体在法庭审理中的全部诉讼行为，即围绕证据出示、辩论，事实认定、法律适用等进行的举证、质证以及认证情况等活动，成为审查判断一审证据调查程序、事实认定和法律适用以及程序遵守情况的重要载体，具有证明价值是肯定的。[1]笔者认为，庭审笔录因其记载庭审过程中的实体与程序的内容，应当属于综合性笔录类证据，对于一审的实体和程序问题均有证明作用。具体理由如下：

第一，从二审“续审”定位分析，一审庭审笔录记载的内容可作为二审“查漏”之依据：对于控辩双方无异议之程序或实体问题，二审可以不再进行审理；对于一审遗漏、认定瑕疵、认定错误或二审新增之争议问题，作为庭审之重点。二审法官可通过庭前阅读一审庭审笔录，有效了解案件存在的争议点，亦可辅助其确定二审重点审理之对象。

第二，从刑事二审“检查原判决正确性、合理性”任务的角度分析，检视一审庭审笔录所记载的各方诉讼参与人针对事实认定、法律适用等方面所陈述的具体意见，庭审笔录通过还原一审程序的全过程，二审法官可将其作为检查原判决合理性以及一审法官证据采信正确性的有效根据。

第三，从庭审笔录记载的内容分析，如若一审开庭时，被告人当庭翻供或证人当庭作出与审前相反的陈述，此时其陈述之意见只有庭审笔录能够固定，庭审笔录作为“新供述”或“新证言”内容的存在载体，其相关部分就相当于“被告人供述与辩解”或“证人证言”。同时，庭审笔录对于一审出庭之证人证言的记载，可以作为评判其二审是否有必要出庭的重要依据。若对一审出庭证人所作证言，控辩双方无异议，则此证人在二审中可以不再出庭，二审可以将其一审当庭所作证言作为裁判事实认定的依据。

在具体调查方式上，可以采用两种模式对一审庭审笔录进行举证和质证：一是全面举证、集中调查。即将一审庭审笔录中拟证明的多个对象和内容，一次性进行集中举示，例如，辩方对于一审庭审合法性、出庭证人的证言有异议，则直接出示一审庭审笔录，集中宣读其中相关部分内容；二是分别举证、分别调查。即按照双方争议焦点，分别举示庭审笔录相关内容，分别调查，例如，在对一审庭审合法性进行调查时，宣读一审庭审笔录中的相关内容进行举证和调查；在对一审出庭证人 A 的证言进行调查时，再宣读笔录中证人 A 的相关证言内容。具体采用何种调查模式，应根据案件的争议情况尤其是争点的分布情况灵活选择，对于争点少而集中、需举证的证据数量不多的案件，采用全面举证、集中调查模式为宜，而对于争点较多、需举证的证据数量较多的案件，则以分别举证、分别调查为佳。

（二）刑事二审程序中“新证据”的认定与调查

---

1 邓陕侠：《我国刑事笔录类证据制度探析》，《证据科学》2013 年第 1 期，第 54-55 页。

结合我国刑事诉讼法对“新证据“的调取规则以及二审程序参照一审适用的规定，为了追求实体正义，二审对于新证据的提出条件限制较少，采用“随时提出主义”。在法庭辩论终结前，当事人可以随时提出与本案相关的新证据，法庭亦应组织控辩双方进行举证、质证。从新证据的作用上看，可以将新证据分为“能够改变原审认定的证据”和“对原审认定起补充作用的证据”。我国《刑事诉讼法》对于刑事二审中的“新证据”并没有明确的定义或清晰的范围框定，只是提出了这一具体的称谓，允许控辩双方在二审时提交新证据，法院可以依职权调取新证据。但具体何为“新”证据，并没有给出明确的阐释，需要进行具体的分析。

从时间维度上分析，根据“证据随时提出主义”理论，二审的新证据应当为在一审程序完结后，二审程序中所提交于法庭的证据。该证据并未在一审过程中出现过，亦未经过相应的法庭调查，需要二审针对其进行第一次调查。

从内容上分析，二审的“新证据”并不要求具有“新的内容”，即便该证据内容已被一审中出示的证据内容所涵盖，只要制作时间、制作主体、形式和证据内容之一有异于原审呈交之证据，则亦视为“新证据”。即便该证据并不会改变原一审判决所认定之事实，二审法庭为保护被告人的诉讼权利，仍然会允许其提交，并启动相应的调查程序。例如，在一起职务侵占的上诉审中，被告人当庭提出《情况说明》一份，用以证明涉案款项的一部分，属于他发给自己近 3 年来加班费，并不属于犯罪所得；并提出《公司打卡记录》一份，证明自己 10 年工作任劳任怨，提出涉案款项应当作为自己的辛苦费等。虽然，这两份证据所证明的内容已经被一审中的若干证据涵盖，事实上无法对其定罪量刑产生影响，但为保证被告人的提交证据的权利，法官依旧允许在庭审中出示，并接受公诉人的质证。

从提出缘由上分析，若该证据在一审期间已经由控辩之一方收集，然直到二审才呈交于法庭，仍可视为“新证据”。至于系基于何种原因未及时提交，是故意还是过失，是否属于证据突袭，二审法庭在所不问。只要在二审期间向法庭提交了该新证据，法庭均应予以调查。[1]盖因我国刑诉法上并未设立证据失权制度，实务中，不会因为证据未及时提交于法庭而失去证据资格。

（三）刑事二审程序中的人证调查

前已述及，最高人民法院司法解释已经对《刑事诉讼法》第 182 条规定的证人出庭条件进行了修正，即，凡是控辩双方对证人证言存在异议、申请该证人出庭的，一审法院没有酌定选择权，必须支持控辩双方的申请[2]。但上述修正应理解为系针对一审庭审而言，那么二审中人证出庭作证的条件该当如何把握呢？

从司法实务现状来看，刑事二审中出庭作证的人证数量较少，出庭比率较低，且随着庭审实质化改革的开展，一审中对于证明案件事实有重要作用的人证“应出尽出”，在证言一贯稳定的情况下，二审中实际上并无必要要求证人再次出庭。因此，我们必须以二审“续审”之性质作为出发点，并结合其纠错与救济之功能对二审人证出庭条件进行特殊设置。具体理由如下：

第一，刑事二审的庭审时点距案发时间较一审更远，对案情的记忆随着时间流逝而减弱，证人直接出庭完整叙述案件难度较大，难以准确详细的还原事实。若一审证人已出庭，且做出较为稳定的、与其庭前书面证词无实质差别的陈述，二审再次提请该证人出庭，则可能出现以下几种状况：（1）证人重复其一审之证言，控辩双方均无异议，不符合二审的“争点审”、“焦点审”的目标与功能，将已调查明确之事实再次询问，易降低庭审效率，再次出庭并无必要；（2）由于案发与二审时间存在较长的间隔，证人对于案件事实详细情况的记忆通常会更模糊，易作出较一审更为模棱两可的证言，影响庭审的正常走向，带偏争议重点的审理。例如，在一起集资诈骗案的上诉案审理中，辩护人为再次证明被告人不属于涉案公司的股东，不应承担刑事责任，申请证人一审已出庭的证人 A 某再次出庭。庭审中 A 某所做出的证言与一审陈述并无实质不同，回答的内容基本与一审证言一致，且对于控辩双方所询问的几个问题均表示：“时间过了太久，记不清了”，使人证出庭的意义大大降低，对庭审调查给予有效的帮助作用有限。

---

1 参见张燕龙：《论刑事二审程序中新证据的采信》，《南华大学学报（社会科学版）》2016 年第 5 期，第 78 页。

2 参见龙宗智：《庭审中的人证调查（中）——证人等人证调查》，《中国律师》2018 年第 8 期，第 51 页。

第二，刑事二审系以一审为基础，一审出庭之证人，既已当庭作证，并接受了较为详细、全面的调查，其证言之内容亦已记载于庭审笔录中，那么，从诉讼成本控制和提升效率的角度讲，该证人原则上并无必要于二审再次出庭。即使控辩双方对于该证言仍持异议，亦可通过对一审庭审笔录之调查而达到核实该证言真实性之目的。且从作证环境方面来看，庭审中的作证环境较为单纯，其证言受到外界不良影响和干扰较小，可以在法官的亲历下，接受控辩双方的质询，且庭审笔录经各个诉讼参与人确认签字，因此，证人在一审庭审中所作证言的证明力比较强，直接以一审庭审笔录中记载的证人证言作为二审认定事实的基础，并无问题。

故而，对于二审人证出庭条件的把握，应当区别于一审，突出二审法庭对人证出庭必要性的审查。无论该人证系新证据，抑或已在一审中出庭之人证，若二审法庭认为其证言可能影响定罪量刑而有必要出庭的，皆应通知其出庭作证。例如，在一起过失致人重伤案的审理中，因一审辩护方要求本案鉴定人之一的 Z 某出庭未果，在二审中又再次提出申请 Z 某出庭接受询问。上诉人及其辩护人认为:“造成被害人二级重伤的原因是其自身病变所致，并非由被告人行为所致”，确实有必要要求 Z 某出庭，对若干专业问题进行详细说明。因该鉴定人对本案定罪量刑起到重要影响，且控辩争议较大，确有必要通知鉴定人 Z 某出庭接受询问，故法官予以批准。

（四）刑事二审程序中非法证据排除程序的运用

经调研统计 2017 年至 2019 年 C 市法院以开庭审理的二审案件[1]，在二审中提出排非申请的案件数量较少，共有 43 件。其中辩方在二审庭审开始前撤回申请的 9 件；在一审申请排除未果以此为上诉理由再次申请排非的 21 件；在二审中提出新的排非申请的 13 件。之所以二审申请排非的案件数较少，是因为，一般而言，如若认为在案证据涉嫌非法取证者，辩护人均会在一审中提出，故二审中提出非法申请者，往往系被告方对一审所作排非结论不服或认为一审应当启动排非程序而未启动之案件。例如，在一起涉嫌非国家工作人员受贿案的上诉审中，辩护人在二审中依然针对《被告人第 1 次讯问笔录》提出排非申请，辩护人认为，虽然公诉人在一审中已经对此进行了说明，法院据此驳回了辩方的排非申请，但辩护人认为公诉人在一审中并未提交证明取证合法性的证据，非法取供的合理怀疑并未排除，故而在二审庭审中再次申请排非。

当然，实务中也有基于新事实而提出排非申请的，例如，在一起非法吸收公众存款案的上诉审中，辩护人当庭对《被告人第 3、4 次讯问笔录》申请排非（一审中未申请），理由为：存在诱供的可能性，且讯问笔录存在漏记、篡改，与实际情况不符。在二审庭前会议中，辩护人将被告人几次讯问笔录一一列举，认为有若干涉及被告人罪与非罪的重点问题在第一、二次讯问笔录中并未涉及，却在第三次讯问后的笔录中大量出现，与之前笔录的内容明显脱节，极不正常。辩护人同时向法庭说明，上述问题在一审中未予注意，该情况系与被告人在沟通上诉事项时新发现的，故在二审中申请排除。

对于二审提出的排非申请，法庭往往比较重视，根据调查数据显示：在调研范围内 43 件申请排非的案件中，启动排非程序调查的有 34 件，占比 79%。这表明，二审法庭启动排非程序调查的案件比例是比较高的，间接反映出二审对排非问题的重视程度更高，其中一个原因可能在于二审是终审程序，二审法庭希望在程序合法性和二审救济功能的发挥上做到尽可能的完善，尽量满足和保障被告方的诉讼权利。当然，实际上辩方的排非申请被采纳的很少，根据前面的调查，二审认定一审排非结论正确，驳回排除申请的有 21 件，对于在二审中新提出的排非申请，经调查驳回排除申请的 13 件，采纳率为 0。对于二审中辩方提出的排非申请，由于二审法院居于终审地位，程序处置上应当与一审体现出差异性，需要具体考量的是如何保障被告方的审级利益，具体论述如下：

对于辩方不服一审法院作出的排非调查结论，进而提出上诉的案件，若二审法院审查一审调查

1 笔者选取 2017-2019 年作为考察对象的原因在于，刑事二审存在书面审理与开庭审理两种情况，采用开庭方式审理的二审案件数量较少，其中辩方提出非法证据排除的案件数量更少。且 2020 年以来的新冠疫情爆发，这确系一种意外的外界因素势必会影响到刑事二审程序运行的正常状态，故而采用 2020 年以前的数据更能够体现我国刑事二审程序运行的真实情况。参见刘亦峰,莫张倩：《刑事二审证据调查问题的实证思考——以非法证据排除程序为切入点》，《西南石油大学学报(社会科学版)》2020 年第 4 期，第 88-95 页。

结论后认为确有错误，即应当认定为非法证据而予以排除但未排除的，必须区分情形处理：对于应被排除的证据，不影响事实认定的，可以对一审排非裁定直接予以改判，进而对全案作出判决；但对于应被排除的证据，可能影响事实认定的，则应当对一审排非裁定予以改判，同时将全案发回一审法院重审。

对于一审中辩方提出排非申请但法院未审查的案件，二审法官应当根据一审庭审笔录对审判程序的记载，调查、判断是否确系裁判遗漏，若一审法院确未对排非申请予以审查，则属于严重的程序违法，此时为保障被告方的审级利益，无需再对其他的争议问题进行审理，直接认定一审程序严重违法，裁定发回重审。

对于一审结束后才发现相关线索或者材料，在二审提出排非申请的案件，除被告方无法提供非法取证的线索或证据的情形之外，不宜在二审程序中直接对排非问题进行调查[1]，因为，二审法院居于终审地位，如果二审中径直对排非问题启动调查，作出的裁定属于终审裁定，这将会实质性地剥夺被告人对排非问题的上诉权，损害被告人的审级利益。因此，对于该情形原则上亦应当裁定发回重审。

1 参见杨杰辉 ：《二审程序中的非法证据排除研究》,《法治研究》2014 年 9 期，第 130 页。

刑事二审独任制审理模式研究

张金科*

摘 要：我国立法对刑事二审采用“覆审制”为主、“续审制”为补充的诉讼方式，上诉、抗诉案件一律由职业法官组成合议庭进行审理。合议庭基于相对自由的裁量权作出开庭与否的决定。《关于开展促进提高刑事案件二审开庭率专项工作的通知》发布后，二审不开庭的常态化现象在短期内显著改观。司法权运行体制中科层型权力构造要求层级治理而强调自上而下的控制，这一过程中有可能无形中弱化“目标要求”的法律逻辑。人民法院审理的刑事案件类型复杂多样，相对应处理案件的审判组织和程序也应当具有多元性、针对性。中级人民法院工作内容繁杂，有必要对合议制民主化的优势适度“祛魅”，科学配置司法资源，探索刑事二审独任制审理并适时予以立法确认，以独任制促“易案速判”、合议制对“疑案慎断”。二审独任制蕴含的价值在于科学配置司法资源，高效控制诉讼能耗。在现阶段对调查式听审予以重塑，逐步对接理念和改造程序消弭冲突，确立庭审在审判活动中的中心地位，保障被追诉人程序权利的同时促进实体公正。

关键词：刑事诉讼；二审开庭；庭审实质化；审判机制

长期以来，刑事二审案件审理方式受到社会广泛关注，二审不开庭的现象较为突出。本世纪初期，有学者调研西南地区部分中级人民法院，发现年度平均只有一个中院开庭率在30%以上，其余均未超过10%。[1]刑事二审开庭率总体过低，加之“只审卷宗不审人”“不重法庭重庭下”的片面做法，被学界所诟病，也不利于律师辩护职能的发挥，导致被追诉人及其家属的不满，无法满足公众对司法权力运作监督的需求，引发对刑事二审能否实现程序正义的质疑，一定程度上也影响到司法公信力的提升。2023年8月31日，“两院两部”联合发布《关于开展促进提高刑事案件二审开庭率专项工作的通知》（以下简称：《通知》），要求切实增强对刑事二审开庭重要性的认识，全面评估现状和存在问题，采取有效措施积极稳妥提升二审开庭率。紧随其后，各地高院陆续出台相应的具体实施工作方案，多措并举且效果明显。《通知》下发4个月后，截至2023年12月底，全国法院审判质量管理主要指标数据中，刑事二审开庭率为33.76%，较2022年同期提高达16.48个百分点。[2]需要引起注意的是，这一变化是在刑事审判法官并没有显著增加的前提下发生的。大量刑事案件二审开庭审理，有可能出现审判组织与诉讼程序不对位的情形。2022年《民事诉讼法》已经确认了二审独任制程序，刑事诉讼改革却仍未对二审独任制的正当性和必要性进行深入研究。

《通知》的出台使得刑事二审开庭得到强化，那么，刑事二审开庭率过低这一老大难现象，为什么可以在短期内得以改变，数据的背后有没有暗含着对开庭方式的异化？“过低”作为一种价值判断，其前提就是二审案件应当全部或者尽可能“多开”，那么，提高到何种程度才属于恰当的均衡值，开庭的比例和司法的公正之间存在着何种正相关，现阶段对于影响其深层次问题的因素是否已经充分地认识并合理解决？审判机关、审判资源和现行立法是否对全面推进二审开庭做好充分准备？当前司法权运行体制中科层型权力构造要求层级治理而强调自上而下的控制，过于依赖于实施者的行动逻辑。短期内为达成效果而下达任务指标，通过内部考核倒逼目标的实现，实施者主动或被动受到钳制，无形中可能弱化“目标要求”的法律逻辑。[3]面对复杂的司法现状，上述一系列问题需要在现阶段进行思考和回应。本文所尝试的是，以K市中级人民法院为样本，对《通知》前后一定时期内二审开庭率的变化为切入，在当前整体刑事诉讼运行背景下，厘清二审审判组织和审理方式的联结，检视二审审判组织和审理方式的相关立法、现状，探讨对二审审理组织和方式仍然存在的争议和分歧，并在立法框架内提出重塑刑事二审案件审理组织和审理方式的路径。

---

* 张金科，男，南京大学法学博士，昆明市中级人民法院四级高级法官，联系电话：18206860160，电子邮箱：123833385@qq.com。

[1] 陈卫东：《刑事二审开庭程序研究》，中国政法大学出版社2008年版。

[2] 王丽丽：“全国法院刑事案件二审开庭率稳步提升”，《人民法院报》2024年3月11日，第04版。

[3] 吴思远：“非正式制度如何转向正式制度——由职权主义认罪协商的变革经验展开”，《法学》2023年第7期，第141页。

一、刑事二审审判组织、审理方式的立法和实践运行现状

（一）立法现状评判

1.二审审判组织的立法规定。《人民法院组织法》第 29 条规定，人民法院审理案件，由合议庭或者法官一人独任审理。合议庭和独任法官审理的案件范围由法律规定。2018 年《刑事诉讼法》第 234 条、2021 年《刑诉法解释》第 393 条均要求人民法院对于第二审案件，应当组成合议庭审理。关于合议庭人员的组成，《刑事诉讼法》第 183 规定，只有基层法院决定适用简易程序、速裁程序的案件可以由审判员一人独任审判。对于基层法院、中级人民法院审理的第一审案件，可以由人民陪审员参与组成三人或者七人合议庭审判。人民法院审判上诉和抗诉案件，即二审案件，由审判员三人或者五人组成合议庭。实践中，刑事二审案件由五名审判员组成合议庭审理的较为少见，各地审理二审案件多由三名审判员组成合议庭，也不得由人民陪审员参加二审案件审理。

2.二审审理方式的立法沿革。1996 年《刑事诉讼法》第 187 条规定，人民法院对上诉、抗诉案件，应当开庭审理。但合议庭经过阅卷、讯问被告人，听取相关诉讼参与人的意见，对事实清楚的上诉案件可以不开庭审理。合议庭（或承办法官）对是否开庭审理具有“绝对的”自由裁量权。2012 年《刑事诉讼法》第 223 条扩大了开庭审理的范围，除抗诉案件外，增加了死刑案件、诉讼参与人对一审认定事实、证据有异议、可能影响定罪量刑的上诉案件，以及其他应当开庭审理的案件，2021 年《刑诉法解释》对“可能定罪量刑”“其他应当开庭”的案件没有明确具体的指涉内容。现行的 2018 年《刑事诉讼法》第 234 条沿用这一立法规定，表面“确立”了二审案件“开庭审理为原则、不开庭为例外”，但实际上“例外规定”仍然赋予了合议庭（或承办法官）对开庭与否有着“相对的”自由裁量权。也就是说，文本解释不能得出“开庭为原则”的唯一结论。相应地，对于决定二审是否开庭，控辩双方处于被动接受的状态，并不具备基本的制约力。[1]也正因此，学者呼吁以第四次《刑事诉讼法》修改为契机，明确刑事二审案件开庭审理为原则，书面审理为例外情形。[2]更有学者认为，立法应当规定二审案件必须开庭审理，[3]直接将第 234 条第一、二款修改为：对于上诉、抗诉案件，人民法院应当组成合议庭，开庭审理。[4]

从立法沿革可以看出，2018 年《刑事诉讼法》对二审采用“覆审制”为主、“续审制”为补充的诉讼构造，合议庭审理不受抗诉及上诉范围限制。对一审认定事实及法律全案审查，可谓完全重复之审理。既是完整的“第二个事实审”，又是“第二个第一审”。《刑事诉讼法》第 235 条规定，对于抗诉案件和开庭审理的案件，法院应当及时通知人民检察院阅卷，检察员出庭发表检察意见；第 234 条第二款规定，对于不开庭审理的案件，人民法院应当听取诉讼参与人的意见。可以看出，刑事二审是否开庭，所对应的诉讼构造并不相同，开庭审理是一个完整控、辩、审三角形构造，而不开庭审理的案件，如果移送给检察院阅卷，同样也是控、辩、审三方参与诉讼，但法院没有移送的案件，检察院无法参与到二审诉讼中，这类案件的审理并不是传统意义上的控辩审构造，法院只需听取辩方意见，采用单向讯问式审理方式，没有形成“控辩两造对抗、法官居中”的三方格局，刑事诉讼活动无法构成完整的诉讼形态。

（二）实践数据分析

以《通知》下发为时间节点，笔者将 K 市中级人民法院在 2022 年 11 月至 2023 年 8 月、2023 年 9 月至 2024 年 6 月两个区间审理的刑事案件作为对比，将刑事案件总数、二审案件审理数、开庭数、审理周期、审理结果做了宏观比较。就统计数据来看，2022 年 11 月至 2023 年 8 月，辖区基层法院刑事案件为 5153 件，二审上诉、抗诉 755 件，开庭审理 47 件，开庭率为 6.23%，平均审理期限 38.03 天。2023 年 9 月至 2024 年 6 月，辖区基层法院审理刑事案件 6610 件，二审上诉、抗诉 682 件，开庭审理 276 件，开庭率为 40.47%，平均审理期限为 28.95 天。《通知》下发后 K 市中院二审案件开庭率比全国均值高 6.71 个百分点。但对比区间值，在二审案件数变化不大情形下，二审开庭案件数增加了 229 件，开庭率提高了 34.24 个百分点，平均审理期限也下降了 9.08 天。

---

[1] 陈瑞华：“刑事诉讼基础理论研究的若干思考”，《比较法研究》2024 年第 1 期，第 9 页。

[2] 韩旭：“第四次《刑事诉讼法》修改的法治现代化期待”，《政法论丛》2024 年第 1 期，第 54 页。

[3] 谢佑平：“法治现代化视野下《刑事诉讼法》再修改”，《政法论坛》2024 年第 1 期，第 65 页。

[4] 陈卫东：“关于《刑事诉讼法》第四次修改的几点思考”，《政法论丛》2024 年第 1 期，第 32 页。

审理时间	2022年11月至2023年8月		2023年9月至2024年6月	
结案方式	案件	开庭	案件	开庭
发回重审	21	6	21	13
改判	51	15	54	44
维持	596	25	501	206
撤诉	87	1	106（撤抗1）	13（撤抗1）
总计	755	47	682	276

表1　K市中级人民法院刑事二审案件审理情况表

二、刑事二审审判组织及审理方式认识的误区

（一）合议制一定优于独任制

人民法院审理的刑事案件类型复杂多样，相对应处理案件的程序也应当具有多元性、针对性。自2018年《刑事诉讼法》对认罪认罚从宽制度确认后，近7年间刑事法庭诉讼案件的处理方法和程序一致转向，认罪认罚处理案件已经成为主流，认罪认罚从宽制度使用率稳定保持在85%以上。[1]审判机关对绝大多数定罪是通过被追诉人认罪认罚完成的，而在法庭上出示证据，向合议庭证明"超出合理怀疑"标准的审判方式更多是一种程序性的确认。二审案件中有很大比例是轻微刑事犯罪，且大部分在一审程序中已经认罪认罚，法院适用简易程序、速裁程序由独任法官进行了审理，如果并非认定事实、证据出现重大变化，二审法院反而由三名法官组成合议庭审理，是否存在司法资源错配？可能会有意见认为，由三名法官组成合议庭对二审案件进行审理，更有利于"以审判为中心"的诉讼改革落在实处。而实际上，二审合议庭成员"形合实独""隐性独任"并不鲜见。

从刑事诉讼改革的要求来看，以庭审为中心是以审判为中心的主要内容之一，采用合议庭组织开庭审理二审案件似乎是以审判为中心的应有之义。与一审相比，在证据采信和法律适用方面，二审案件往往更加复杂疑难，应该实行"以审判为中心"。[2]但是，2016年两院三部《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》以及刑事诉讼法学界的通行观点均认为，被告人认罪后选择速裁程序、简易程序的案件以及第二审程序的案件不是"审判中心主义"的适用重点。[3]刑事诉讼程序保障并非一定要求合议制，独任制也不是对程序保障的弱化。判决问题的重要性决定着审理法官的数量，这才更符合逻辑。二审诉讼程序和审判组织分处两个维度，不适宜强行捆绑。应当建立科学合理的案件繁简分流程序保障二审独任制精确匹配案件。以独任制促"易案速判"、合议制对"疑案慎断"。

（二）开庭审理方式强于不开庭

刑事案件二审不开庭导致庭审虚化的问题在我国司法实践中长期存在，法官查明事实、诉辩意见发表、裁判理由形成在法庭之外的情况较为寻常。二审法官并没有当庭认证，而是依赖于庭外阅卷核查形成内心确信。因此，有学者提出，贯彻庭审实质化的要求，就应当通过开庭来实现"裁判者的亲历性""证人出庭"两大要素，[4]这也有助于消除庭前法官阅卷产生的不利预断，促成控辩审认知交互。[5]首先应当承认，无论是庭前、还是庭后，阅卷的确对法官裁判有重大影响。但现行立法并未秉持"起诉状一本主义"理念，《刑事诉讼法》第176条规定公诉机关庭前全案移送证据材料，最高人民法院也在某种程度上确认庭前阅卷是法官的强制性义务。[6]二审开庭审理案件法官更需要提前阅卷，以此来迅速了解案件争议焦点，避免庭审过度冗长，有利于加速审判进程。开庭和阅卷并非对立关系。开庭并不能有效解决"法官提前阅卷"使庭审有可能被"架空"的症结。二审法官庭前阅卷对争议

---

[1] 吴雨豪："认罪认罚从宽适用常态化之实验检验"，《中国法学》2024年第3期，第267页。
[2] 张泽涛："以审判为中心'的内涵及其制度完善"，《法学》2016年第11期，第63页。
[3] 闵春雷："以审判为中心：内涵解读及实现路径"，《法律科学》2025年第3期。
[4] 熊秋红："刑事庭审实质化与审判方式改革"，《比较法研究》2016年第5期，第38页。
[5] 谢澍："'认知交互'与'偏见阻断'——刑事庭审实质化的理性认知进路"，《当代法学》2023年第1期，第135页。
[6] 《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第3条规定："承办法官应当在开庭前阅卷，确定法庭审理方案，并向合议庭通报开庭准备情况"。

事实、受“锚定效应”影响对一审的定罪量刑，会形成一定程度的“预判”，只要尚未得出“预断”结论均属正常。其次，在二审诉讼程序中，辩护律师的有效参与有助于避免裁判者可能存在的认知偏差。“刑事辩护律师全覆盖”经过试点现已基本实现，[1]辩护律师能否提供有效辩护，才是案件公正处理的关键，[2]不一定和开庭与否呈必要关联。最后，《刑事诉讼法》确立了二审全面审理原则，但法官审理的重点主要还是围绕上诉或抗诉理由展开。一审距离案发时间近，具备更好的审理条件，二审即使全部开庭审理，也难以替代一审在整个诉讼程序中的基础作用，从认识规律性来看，庭审为中心的核心似乎更应侧重“一审为中心”。“覆审制”的二审审理方式对案件事实的厘清作用有限。

（三）开庭率越高效果越好

上诉制度的设计在于提供有限的救济途径，而非全盘的救济可能。学者呼吁此轮刑事诉讼法修改将刑事二审案件审理方式规定为“应当开庭审理”，那么必须确立一个前提：二审案件是否都需要开庭？答案显然是否定的。首先，撤诉案件不需要开庭。从表 1 中可以看出，K 市 2023 年 1 月至 2024 年 4 月共 16 个月间，二审撤诉共计 193 件，在全部二审 1437 例案件中，占 13%。《刑诉法解释》第 383 条规定，上诉人在上诉期限内撤回上诉，法院应当允许；上诉期满后要求撤回上诉，法院审查后认为原审判决无误的，也应当允许。因此，撤诉案件开庭审理反而会显得滑稽。可能书记员刚排期开庭，就收到了上诉人撤诉申请。上诉人在庭审期间对事实、证据、量刑均无异议，辩护人如何行权？其次，为防止原审被告人滥用诉讼权利，为留所服刑而仅以量刑过重为由提出上诉的，诸如此类案件二审原则上可由独任法官以不开庭审理为主，法官把握诉讼节奏实现程序运转的效率价值。否则，一审快速终结后反而在二审消耗更多的审判资源，显然得不偿失。再次，事实清楚、证据充分、情节简单的二审案件，相对认知难度不大，甚至可以达成基本共识的案件，没有合议庭对话的必要，不需要开庭。比如认罪认罚案件，以公诉机关审查起诉为中心的特点相当突出，庭审活动已经趋于“萎缩化”。[3]最后，一审程序不当或涉及管辖等审级利益的案件，此类法律问题本质上属于程序裁判事项，完全可以不经过言辞辩论，这和实体不当必须经言辞辩论有天壤之别。

有观点认为，法官基于鲜明的功利性，一般会选择有审判压力的上诉案件开庭，通过更加直观的庭审质证、充分辩论，既能够增强裁判时的内心确信，也可以缓解当事人所造成的心理压力。[4]但同时也要注意，在面临较大的考核压力时，法官作为理性人，也有可能采取“易案开庭审、难案书面审”的选择性开庭，因为事实清楚、仅量刑过重的上诉案件“更好开”，短时间内提升指标更快。况且，审判管理体系中二审开庭率这一指标是在动态变化，一旦确定年度考核值，比率和数量会分解到全年各月份，与此相应，选择性开庭会呈现三种表现方式：优先考虑审限宽裕的案件开庭，临近审限的案件不开庭；相对争议较小的案件开庭，较为复杂、疑难的案件不开庭；当月已经完成开庭任务数且达到比率则不再开庭。这就是所谓的“行动者逻辑偏移目标要求”的典型表现，《通知》已明文规定防止出现此类情形。

（四）不开庭就可能不公正

公正和效率是刑事诉讼永恒的追求，也是诉讼制度的本体性要求。现代刑事诉讼需要遵循审判公开、言辞辩论、快速审判等原则，并对不同诉讼原则进行一定程度的照应与协同。单从表面来看，审判公开、言辞辩论原则涵摄在“公正”概念之内，快速审判原则更侧重人民法院的效率追求。持“公正优先论”者认为，二审不开庭审理，一方面会造成法院过于依赖卷证，法官仅是讯问上诉人和听取辩护意见，辩方没有当庭发表意见的机会，就是对审判公开原则的违背。另一方面，也未遵循“直接言辞”原则。言辞辩论原则是与书面审理主义相反的一套规则和理念，它要求法官直接面对被追诉人及证人，以真实的感受来完成裁判。[5]从证据的可采力、证明力来看，控辩双方面对面问答方式得出

---

[1] 陈瑞华：《刑事辩护的理念》，法律出版社 2021 年版，第 48 页。

[2] 张金科“论庭审功能场域中的有效辩护——基于裁判者视角的思考”，《湖南社会科学》2019 年第 4 期，第 80 页。

[3] 周长军：“以审判为中心：一场未完成的改革”，《法学》2024 年第 2 期，第 135 页。

[4] 白国华：“刑事二审开庭率低的深层因素分析”，《理论探索》第 5 期，第 120 页。

[5] 邓子滨：《刑事诉讼原理》，北京大学出版社 2019 年版，第 117 页。

的结论要优于阅读卷证。[1]部分案件移送检察院阅卷后，检察院向法院出具书面检察意见，并同时建议书面审理。辩方领取裁判文书之前不知晓检察意见，自然也无法展开辩论，双方并没有实质性的交互，无法体现言辞辩论原则。书面卷证盛行既不符合诉讼规律，也不利于法官形成准确的心证。

兼顾效率论则指出，平衡二者的现实关系，必须摆脱二者必然存在对立的思维窠臼。如果能够正视公正和效率之间的客观张力，进而理性协调控辩审三造的行动逻辑，反而可以将这一张力化约为一种相互支撑的稳定性。二审不开庭并非为追求效率而舍弃公正。我国审限制度的设立初衷就是为了兼顾公正与效率。[2]审限制度作为司法程序"线性"特征的突出体现，是我国诉讼效率优于其他国家的主要原因。刑事诉讼程序的整体目的要求"迅速审判"。[3]越是迅速和及时地惩罚犯罪，就越是公正和有益。[4]通过优化司法资源配置、诉讼程序设计，加速纠纷的解决同时降低诉讼成本，最大程度实现诉讼目的。[5]毕竟，司法也要讲究实效，法官必须在有限的时间内作出裁判，不容许他磨蹭到"黄花菜都凉了"。[6]

三、刑事二审案件审理的困境分析

从世界范围来看，独任制扩张是基于审判组织历史发展的价值机理，显现着合议制功能演变的现代化。我国的二审开庭率过低有着特定产生和发展的深层次原因，探索二审独任制构建绝不仅仅是为了解决提高开庭率的应急方案，结合前文分析所提到的诸多争议，短时间内开庭率的较大改观并不意味着相应制约因素的根本解决，反而更应当引起人们重视和反思。

（一）程序"可控性思维"对法官群体的过度映射

普遍来看，程序"可控性思维"对法官群体有着较大影响，法官在立法许可的范围内，决定案件审理的节奏、进展。从底线标准来说，实体上既不要判错案，程序上也不能"出乱"。在这种对程序可控的潜在意识下，法官也会存在不愿开庭主观心态。

第一，同普通人一样，法官也是理性、自我利益最大化的。[7]民事法官提高办案效率的一个有效方式就是减少与当事人的互动，节省与"当事人好好沟通"的时间。[8]毫无疑问，二审不开庭对于刑事法官能起到"异曲同工"之效。开庭审理意味着法官除了就案件本身应认真阅卷、研判，还需要更多的精力来准备、组织庭审、协调各方，为可能出现的控辩冲突、辩审冲突作出预案。部分如涉多原审被告人的黑恶性质、涉群体性的集资诈骗、重大职务犯罪等案件，法院要调动大量警力、物力、财力来保障顺利开庭，那么对于此类案件可能承办法官就不愿意开庭审理。

第二，我国刑事二审案件"维撤率"的比例长期处在高位，以表 1 数据为例，K 市 2022 年 11 月至 2023 年 8 月，共审理二审案件 755 件，其中，维持 596、撤诉 87 件，合计占比 90.46%；2023 年 9 月至 2024 年 6 月，二审 682 件，维持 501、撤诉 106 件，合计占比 89.01%。对照区间刑事二审服判息诉率分别为 92.45%、95.01%，较高的"维撤率""二审服判息诉率"可被视为二审法院大多认同原审判决。某种程度上，这也会给公众（当然主要是法官）一种"倾向性感觉"，一审判决出错的概率并不高！二审不开庭审理也不会对案件的结果产生颠覆性的影响，这种反向的心理引导与"多数维持"相互作用，使得法院将二审不开庭的惯性予以延续。另一方面，就开庭审理的二审案件进一步分析，表一中《通知》前统计区间内开庭 47 件，改判 15 件，占比 31%；《通知》后统计区间内开庭 276 件，改判 44 件，占比 15%。发回重审案件占比从 12%降至 4%，开庭审理案件在《通知》前后的维撤率分别为 55%，79%。随着二审开庭数量的增加，发改率却明显下降、维撤率继续升高，背后是否存在"重复开庭"效果不佳、"形式化开庭"的现象，继而引发司法成本提高和司法资源浪费的质疑。

---

[1] 刘忠："文字之外：冤错案件事实问题纠正机制分析"，《中外法学》2022 年第 6 期，第 1607 页。

[2] 黄瑞："立信持疑：法官视角下司法信任的生产逻辑"，《法学家》2023 年第 2 期，第 85 页。

[3] [日]田口守一：《刑事诉讼法》（第 5 版），张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 130 页。

[4] [意]切萨雷 · 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社 2008 年版，第 47 页。

[5] 冀祥德："世界刑事诉讼的四次革命"，《中国法学》2024 年第 1 期，第 62 页。

[6] 江国华：《常识与理性：走向实践主义的司法哲学》，生活 · 读书 · 新知三联书店 2017 年版，第 1 页。

[7] Richard A. Posner, What Do Judges and Justices Maximize? Supreme Court Economic Review, vol.3:1, p.1(1993).

[8] 黄瑞："立信持疑：法官视角下司法信任的生产逻辑"，《法学家》2023 年第 2 期，第 86 页。

第三，不可否认的是，绝大多数法律争议，甚至被定义为疑难、复杂的案件，都可以依据权威文本（卷证），通过推理得出相对正确的答案，裁判者无需直面混乱如麻的感官和事实世界，[1]为回避可能的“司法责任”，选择从众，安全之道就是压抑主体性。[2]法官何必舍简就繁，非要采用开庭审理的方式。更何况二审案件采用何种方式审理，法院和法官所付出的成本大相径庭。我国司法运行的主体并非个体的法官，而是人民法院。二审不开庭倾向可能基于长期司法现状而作出的共同理性决策，也可能来源于二审法官基于社会学习的从众模仿。当前审判组织形态和专业法官会议制度决定了法官之间有充分观察、彼此模仿和学习的机会，其结果会产生一种不断强化的意见环境，承办法官会受到其他法官对同类案件是否开庭的决策影响，最终导致决策时明显的趋同性。

（二）二审司法资源无法对应工作量

近年来，法院系统“案多人少”的矛盾越来越突出，但“案多人少”并非制约刑事案件二审不开庭的核心因素。字面来看，法官审理的“案件量”和“工作量”似乎是两个相近的概念，审理案件就是法官的主要工作。但对于二审法官而言，“案件量”和“工作量”的内涵完全不同。中级人民法院的法官办理辖区内较大数量二审案件，还要办理一审死刑、重刑案件，工作重心包括庭前阅卷和庭后撰写裁判文书。除此之外，也要承担辖区法院的专项指导工作，业务考核、参加培训、会议要求、行政事务等。[3]

一方面，随着刑事法学精细化研究的深入，整个辩护律师群体能力的提高，二审案件也越来越不比一审案件“好办”。有研究统计显示，根据学者对 1099 名法院工作人员调查，有 9.76%的员额法官认为难以承受工作压力，72.51%认为负担过重，二者相加达 82.27%。[4]二审刑事法官工作负荷重的常见原因主要有：案件质量要求越来越高，考核问责压力较大；非审判工作量耗时过多；办案系统不够得心应手，大量统计报表工作需要人工操作，耗时费力；人力资源不足。以 K 市中院为例，22 名刑事法官中，除部分院、庭领导有法官助理协助办案外，绝大多数员额法官只配备一名书记员，甚至在特殊时期，比如“司法考试成绩公布后书记员离职潮”出现时，会有两名以上法官共用一个书记员，司法人力资源配备“捉襟见肘”。

另一方面，审判组织与诉讼程序不对位。2022 年《民事诉讼法》规定了二审独任制审判制度，刑事案件二审目前必须组成合议庭适用普通程序审理案件。客观来讲，诉讼程序和审判组织分处两个层面，独任不代表程序保障的弱化，合议也并非程序保障的内在要求。无论是职权主义还是当事人主义，裁判者都会注重亲历性认知，在充分举证和辩论的基础上形成心证。在通常情形下，对于采用不开庭方式审理的二审案件，主要由主审法官来负责案件的具体审查，一个二审案件开庭审理意味三名法官要同时参加庭审，主审法官之外的两名合议庭成员也被称作“坐庭”“陪庭”。造成这一现象的一个重要的原因是，每个合议庭成员都在为自己承办的案件承担审判压力，并没有足够的精力和时间来听取主审法官对案件的介绍和分析。合议庭成员间沟通交流不够频繁，平等讨论案件的时间少于单向对上行政式汇报。当然，这也和当下审判质量管理普遍压实有密切关联。裁判者负责其实也就是主审法官要承担案件质量的全部或主要责任。因此，可以充分借鉴《民事诉讼法》设立二审独任审判制的做法，避免二审开庭与不开庭之间的硬连接，通过独任制审理实现二者在更宽视野、更大范围意义上的软连通。

（三）立法规定的不明致文本歧义抑或理解分歧

《刑事诉讼法》第 234 条第一款第一项规定，被追诉人、诉讼参与人对一审认定的事实、证据有异议、可能影响定罪量刑的上诉案件需开庭审理。然而，审、辩双方对此款条文的不同理解造成两造之间出现“巨大的鸿沟”。甚至法院内部对“所提异议”成立与否需不需要判断也存在分歧。[5]之所

---

[1] [美]理查德 · 波斯纳：《超越法律》，苏力译，北京大学出版社 2016 年版，第 18 页。

[2] 王星译：“刑事证明标准的规范功能与实践归宿”，《环球法律评论》2021 年第 3 期，第 192 页。

[3] 左为民：“时间都去哪儿了——基层法院刑事法官工作时间实证研究”，《现代法学》2017 年第 5 期，第 174 页。

[4] 程金华：“中国法院‘案多人少’的实证评估与应对策略”，《中国法学》2022 年第 6 期，第 245 页。

[5] 刘玉安、韩芳丽、吴靖等：“关于规范刑事二审程序重点问题的调研报告”，《山东审判》2014 年第 3 期。

以如此，在于“对事实、证据有异议”与“可能影响定罪量刑”并不是选择性关系，前者只是后者的充分条件。除了部分轻刑案件被告人仅以量刑过重为由提出上诉以外，大部分上诉案件的辩方都会对事实、证据提出异议，并认为影响到了当事人的定罪量刑建议开庭审理。而法官也是基于该条赋予的相对自由裁量权，认为虽有异议，但不足以影响上诉人的定罪量刑而选择书面审理。但反对者可能认为，不开庭审理又怎么确定“不影响定罪量刑”？诚然，从第 234 条整体来看，似乎第（四）项兜底条款中“其他应当开庭审理的案件”可以推出立法鼓励二审开庭的导向，但是这并不必然对第（一）项法官最终解释权之否定，甚至也能将第一款整体解释为法官不必对四种情形以外的案件承担强制性开庭义务。

四、刑事二审案件审理的路径重塑

（一）探索二审独任制并适时由立法确认

我国刑事立法将合议制与二审开庭审理予以“捆绑”。面对“促进提高二审开庭率”的要求，二审无法调集足够的法官组成合议庭开庭审理这一问题需要予以重视。立法应当缓解法官与案件数量的紧张关系，平衡利益交错，选择适合我国国情的模式。如果可以“扶正”审判组织与诉讼程序的不合理“对位”，即：改变独任制仅适用于一审的速裁、简易程序，二审必须由合议庭裁断的现状。通过探索建立二审独任制并适时予以立法确认，不失为一条有效且有价值的改革路径。这也完全符合司法责任制改革的要求，司法责任制改革的重心是职责界分，改革的初衷和目标是“让审理者裁判、让裁判者负责”。法官承担的责任和赋予的权限可能与社会信任资源较难匹配，审判权移交给主审法官的过程中，特别强调权力与责任的“同步移交”。[1]

具体来讲，首先，充分借鉴《民事诉讼法》对二审独任制的规定。2022 年民事诉讼法修正案将试点两年的民事诉讼程序繁简分流改革正式确认，确立了二审独任制审理程序。独任制程序蕴含的价值在于科学配置司法资源，高效控制诉讼能耗，能够显示出巨大裁判者责任意识。其次，扩大独任制审理的案件范围。对认罪认罚从宽案件、仅以量刑过重上诉案件，甚至一定范围内的抗诉案件，比如针对程序违法的案件，撤诉案件，均纳入独任制审理的范围。最后，正确认识独任制的价值。虽然，集体讨论和量刑规范化已经显著控制法官个体自由裁量权在案件实体处理中膨胀的风险。可每一个案件中对程序的直接决策者是主审法官，这一事实不容忽视。不能简单地将独任制理解成解决工作量大、审判力量不足的“权宜之计”，而是人民法院面对刑事审判资源投入、制度配套等面临结构性困境时的一种可能的新选择。

（二）明确二审不开庭审理的案件范围

就当前立法来看，《刑事诉讼法》第 234 条、《刑诉法解释》第 394 条分别对开庭、不开庭的案件范围进行了列举和释明。结合前述分析，《刑事诉讼法》修改应当对《通知》后所出现刑事二审开庭率大幅提升这一现象作出回应，坚持公正与效率并重的立场，考量《通知》前后两个阶段理念因素和实践因素的变化背景，对二审不开庭审理的案件范围进一步适度明确。具体而言，可从对二审不开庭审理的案件进行列举。《刑诉法解释》第 394 条规定，“事实不清、证据不足”和“违反法定诉讼程序”且需要发回重审的二审案件，可以不开庭审理。下一步，可以直接将此条规定吸收进《刑事诉讼法》第 234 条，将第二款修改并作为可以不开庭审理的案件范围前两项，理由在于，二审法院认为原审法院在实体处理、程序适用存在问题，从维护被告人权利的角度，作出发回重审的阶段性裁定，暂时没有开庭听取控辩双方意见之必要。此外，将二审不开庭审理的案件范围增加第三、四项。第三项为：在二审审理过程中，自愿撤回上诉的；第四项为其他可以不开庭审理的案件。

首先，上诉权是原审被告人的法定程序选择权，撤诉权亦然。原审被告人不但可以放弃上诉的权利，也同样可以放弃二审开庭审理的诉求。其次，撤诉案件占比达全部二审案件的十分之一强，合议庭审查后准许原审被告人撤回上诉，可以有效为二审有效分流案件，缓解法官的办案压力，也一定程度保障了原审被告人所享有的接受快速审判的权利。再次，以“其他可以不开庭审理”作为兜底项，一方面是从法律层面对法官“相对自由裁量”是否开庭的权利的确认，也是从反向对第 234 条第一款第一项“可能影响定罪量刑”所存在争议的缓冲，最后，相对开放的第四项规定可以将“为留所

[1] 傅郁林：“‘阅核制’冲撞司法责任制的风险评估”，《上海法治报》2023 年 10 月 13 日，第 7 版。

服刑而上诉”等纳入，由合议庭来平衡公正和效率的价值选择。对于适用速裁程序审理的认罪认罚案件，特别是仅对量刑过重提出上诉的，被告人对原审认定事实、定案证据已无异议，控辩双方也没有实质争议，开庭审理的必要性不大。按照立法规定的逻辑，此类案件合议庭依职权可以决定不开庭审理。

（三）独任制案件审理应贯彻庭审实质化的要求

理念是行动的先导。刑事二审不能片面追求“形式”上开庭率的提升，应通过开庭切实解决“走过场”的问题，保障被追诉人的诉讼权利。法院和法官正视开庭率这一目标值，对决定开庭“疑案慎断”之案件，注重庭审“实质”化审理，确保二审庭审运行的适度精细化与功能实现的实质化。其一，严把程序关。对于一审没有排除非法证据，二审辩方提供新的线索和材料的，要充分听取控辩双方意见。庭前审查有可能发回重审的案件，除了程序明显错误的案件，对于一审认定事实、证据有明显不当的案件，要通过二审审理尽可能地查明，并在裁判文书中予以明确。其二，法庭遵循言辞审理原则并以此为基石，提高证人出庭率。使得法官在认知决策过程中直接、有效地获取信息，获得案件事实的直接印象。有步骤地先提高鉴定人员、侦查人员出庭率，在这一过程中增强法官驾驭庭审、把控交叉询问的能力，最终促进普通证人出庭率整体提高。其三，促进呈现控辩审认知交互过程。强化控辩对抗是实现当事人对等、维系刑事诉讼构造平衡的需要。缺乏实质化辩护则很难实质化审判。二审开庭审理案件，严格落实辩护律师全覆盖制度，保障上诉人的辩护依赖权，提高律师的有效辩护效果。其四，以程序正义促司法公正。审判是一项既复杂微妙又庄严神圣的仪式，二审开庭“再一次剧场化”，演绎出不同价值的冲突与对抗，被追诉人感受到法官欲“兼听则明”的慎重，获得“人之为人”的尊重，使裁判更具有令人信服的力量，阐释了“正义应当通过人们看得见的方式实现”，体现出程序理性的精神，符合公众对刑事法治的朴素期待，达致公正与效率的统一。

（四）法庭内讯问式审理模式的重塑

改造程序结构、增加程序供给，一定程度提升程序的灵活性是弥合立法与实践冲突的重要渠道。[1]《刑事诉讼法》第 234 条第 1 款列举了四种情形需开庭审理，第 2 款规定法院决定不开庭审理的案件要讯问被告人，听取诉讼参与人的意见。因为讯问被告人要前往看守所，听取意见一般是辩护人等诉讼参与人主动到法院，故除取保候审的被告人之外，两方或三方（如果卷宗移送到检察院阅卷）不会同时出现在法官面前，各方意见无论是在形式上还是内容上并没有发生实质性的交互，这其实是法官在单向听取意见，也可以称之为一种单向式讯问。现阶段可尝试将第 234 条第 1、2 款有机结合，扬长避短，将单向式讯问重塑为“法庭内讯问式审理”，赋予单向式讯问以新的内涵。具体操作内容为：首先，法庭内讯问式审理的案件范围限定于对全案证据不存在异议，原审被告人仅对事实、法律适用、量刑提出上诉，审理不再对一审证据举证、质证、重复调查，控辩双方二审也不再提交新的证据。其次，审判组织仍为三名法官组成合议庭，但审理过程由主审法官一人在法庭内主导。再次，讯问地点从看守所移至法院审判法庭，讯问时上诉人及辩护人、检察员均在场，书记员对全程作出记录。最后，审理顺序为上诉人陈述上诉理由，辩护人发表辩护意见，出庭检察员针对上诉理由和辩护意见发表检察意见，双方围绕争议展开辩论，主审法官听取意见后结束审理，庭后合议庭阅卷并评议形成结论。主审法官拟裁判文书发文稿并由合议庭成员核稿，签发、文印后委托一审法院宣判。

显然，法庭内讯问式审理模式的法律依据仍然是第 234 条第 2 款，属于不开庭审理，却有着积极的司法意义。从广义层面来说，该审理方式也可被视为一种灵活的“开庭”审理方式，它不但能弥补了二审法官缺少的不足，省却了提前排庭、组织庭审的繁琐事项，一定程度上也能够部分实现现代刑事诉讼所要求的直接审理、言辞审理、及时裁判原则的要求，最大程度节省了审判资源，具备一定的必要性和可行性。当然，这种审理方式也会受到可能的质疑。一是辩方尽管知道合议庭审理有可能存在“形合实独”的现象，但还是会倾向由三名法官来全程进行裁判，尤其是在多数案件中家属对庭审有强烈的旁听意愿的情况下；二是检察院作为《通知》的执行机关，同样面临指标考核的要求，出席法庭又不是开庭，不能统计在工作量之内，恐怕未必会响应这一审理方式；三是基于当

[1] 李承运：“冲突与融合：民事二审审理方式实践运行与规则预设的检视和改造”，《现代法学》2014 年第 5 期，第 192 页。

前的审判管理要求，法院内部也不一定会对这种形式予以充分认可。但客观来讲，法庭内讯问式审理对二审案件整体质量的提升，贯彻庭审实质化审理有较大帮助。至于司法机关内部“数目字管理”对讯问式审理的影响，可以通过加强对法检绩效考核指标的协调，共同提高对司法规律的认识，继而阶段性地逐步破解刑事二审诉讼改革的机制障碍。

论数字技术介入刑事审判的类型化控制

王瑞剑[*]

摘 要：根据介入领域对数字技术介入刑事审判进行类型化整合，可以得到结果性介入、过程性介入和事务性介入。前两种介入类型由于涉及被裁判者的切身利益、会对刑事审判产生直接干预，面临正当性上的质疑。对此，传统的程序正义理论缺乏解释力，需要类比过程/结果控制引入技术控制的范畴，作为技术介入的正当性边界。技术控制以诉讼主体性理论、技术理性理论和分布式道德责任理论为基础，分化出了两种类型。结果性技术控制基于结果一致性、事前强审查和事后可救济的正当性要求，实现了对结果性介入的正当性控制；过程性技术控制基于程序辅助、可选择性和技术帮助的正当性要求，实现了对过程性介入的正当性控制。在刑事审判中，结果性技术控制能够作为人工智能辅助裁判的正当性边界，过程性技术控制能够作为刑事远程审判的正当性边界，应当在制度层面得到贯彻。

关键词：技术控制；程序正义理论；结果性技术控制；过程性技术控制；刑事审判数字化

引 言

数字时代的信息技术正在深刻影响着我国司法制度的发展，[1]带动了一系列以“数字”“智慧”“自动化”为名的改革实践。这类技术性发展在提升公权力效能、便利私权利主体的同时，也隐含着极大的制度风险，对理论层面提出了挑战。

例 1（人工智能辅助量刑）：孔某因涉嫌盗窃罪被某市人民检察院提起公诉。当地法院运用“刑事案件智能辅助办案系统”，参照证据规则和证据标准指引认定全案事实，根据系统推送的参考量刑幅度，判处被告人有期徒刑三年，缓刑三年。[2]

例 2（区块链存证）：王某某在多省以“借款”方式骗取他人财物 176 起。侦查机关在办案过程中将原始交易数据的哈希（hash）值上传至蚂蚁区块链的“法证链”。进入审判阶段，法院运用哈希校验对“法证链”上的哈希值进行同一性比对，确认特定证据在流转环节未被篡改、未丢失。[3]

例 3（刑事远程审判）：杨某某因涉嫌运输毒品罪被某市人民检察院提起公诉。该市中级人民法院通过远程庭审系统公开开庭进行了审理，检察机关和被告人均在线参与庭审的举证、质证活动，其他诉讼参与人赴管辖法院参加庭审。经审理，杨某某被判处有期徒刑十五年。[4]

例 4（庭审同步录音录像）：某县人民法院采用录音录像替代庭审笔录公开开庭审理了 3 起速裁程序刑事案件。在庭审开始前，该法院对 3 名被告人进行了权利告知，确认同意同步录音录像，签署了庭审记录方式确认书，对庭审全过程进行了同步录音录像。[5]

在上述四个案例中，数字技术以不同的形式实现了对刑事审判活动的介入，在改造特定程序环节的同时，也对刑事程序的正当性提出了挑战。针对这一问题，理论界初步形成了两方观点。一方认为，数字技术的作用无非是将传统内容应用于新场景，并未带来根本性或结构性的改变。[6]持此观点的学者主要运用技术性话语论证传统程序正义诸要素，基于“人工智能司法与程序正义的融合之路”[7]，提出了“数字正当程序”[8]“数字时代正当程序”[9]等新兴概念。另一方则认为，法律尤其是诉讼法

---

[*] 中国政法大学诉讼法学研究院博士后研究人员。

[1] 熊秋红：《人工智能在刑事证明中的应用》，载《当代法学》2020 年第 3 期，第 75 页。

[2] 参见上海市静安区人民法院（2019）沪 0106 刑初 1688 号。

[3] 参见《借助蚂蚁区块链，我院判决全国首例区块链存证刑事案件》，载微信公众号“上虞法院”，2019 年 9 月 27 日。

[4] 参见云南省保山市中级人民法院（2020）云 05 刑初 208 号。

[5] 参见《速裁加录音录像 刑事审判提速增效》，载微信公众号“安图县人民法院”，2023 年 3 月 13 日。

[6] 参见左卫民：《迈向数字诉讼法：一种新趋势？》，载《法律科学》2023 年第 3 期，第 53 页。

[7] 参见余鹏文：《现象、原理和规制：人工智能司法与刑事程序正义的融合之路》，载《天府新论》2023 年第 1 期，第 108 页。

[8] 参见裴炜：《数字正当程序：网络时代的刑事诉讼》，中国法制出版社 2021 年版，第 93-98 页。

[9] 参见刘金松：《数字时代刑事正当程序的重构：一种技术性程序正义理论》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》

已经面临根本性和结构性的挑战，必须因应数字技术作出调整。[1]这一方观点强调数字技术的独立价值，基于行政法领域的自动化行政提出了“技术性正当程序”（technological due process）的概念，[2]对传统的正当程序理论作出了重大的发展，得到了我国理论界的普遍重视。[3]

当前的两方观点尽管都能在正当性问题上自圆其说，但却无法实现对上述四个案例的整全性论证。实际上，四个案例尽管都体现了数字技术对刑事审判活动的介入，但在介入对象、介入程度和介入方式上却存在显著差异，直接影响了正当性层面的判断。随着数字技术的发展及其介入刑事审判活动的加强，这一正当性层面的问题将会进一步突出，需要得到理论层面的系统分析。对此，如何超越现象层面的差异，为数字技术介入刑事审判构建统一的正当性理论，构成了本文最为基本的问题意识。为了回答这一问题，本文的分析路径是，首先对数字技术介入刑事审判的情形进行类型化整合，归纳出技术介入的三种类型，其次基于传统程序正义理论的局限性，提出技术控制作为数字技术介入的正当性边界，根据技术介入的不同类型提炼出结果性技术控制和过程性技术控制，最后针对数字技术介入的不同场景，实现技术控制理论在刑事审判中的制度展开。

一、数字技术介入刑事审判的类型化

关于数字技术在刑事审判中的介入，由于规范层面并未作出明确规定，给司法实践提供了广阔的探索空间。围绕审判体系和审判能力的现代化，人民法院以“智慧法院”建设为基本方向，对包括刑事审判在内的所属领域进行了大规模的技术化改造。[4]针对这些数字化的改造举措，需要首先进行数字技术介入的类型化整合，以便于后续的正当性判断。

（一）结果性介入

例 1 和例 2 尽管在所运用的技术种类上有所不同，但都体现了数字技术在刑事审判中对结果层面的介入，即结果性介入。从定义上看，结果性介入以提升结果的准确性为目标，通过改造实体标准的表达形式，体现了数字技术对司法裁量权的约束。结合例 1 和例 2，结果性介入具有以下三个方面的表现。

第一，结果性介入强调数字技术对结果准确度的提升。在传统的刑事审判中，完全由人工进行审查难以避免结果判断上的失误，尤其是针对简单、重复的事项。数字技术在结果层面的介入，能够有效应对这一问题，实现对结果正确价值的维护。在例 1 中，之所以需要在法官办案中引入人工智能的辅助作用，主要是基于司法标准化的需要，[5]目的是实现统一的证据标准和量刑裁量。在例 2 中，区块链存证技术代替传统的证据保管链条审查，实现了对证据真实性、完整度更为准确的审查，有效防止了证据被篡改或丢失的现象。[6]在这类场景下，数字技术能够帮助法官实现更为准确地审查证据、认定事实并作出量刑。

第二，结果性介入运用数字技术改造了实体标准的表现形式。在传统的刑事审判中，实体性标准原则上由法官在自由心证的基础上加以把握，是在主观层面作出判断的根据。由于数字技术的介入，原本立足主观层面的表现形式受到了数字技术的改造，实现了一定程度的客观化和可视化。[7]在例 1 中，人工智能对证据标准和量刑标准的转译，意味着证据标准和裁判标准不再只表现在主观层面，而是可以落实于以算法为载体的客观层面。在例 2 中，区块链存证技术运用更为客观的哈希校

2023 年第 2 期，第 18 页。

[1] 参见[英]理查德 · 萨斯坎德：《线上法院与未来司法》，何广越译，北京大学出版社 2021 年版，第 25 页。

[2] Danielle Citron, Technological Due Process, 85 Washington University Law Review 1258 (2008).

[3] 参见苏宇：《数字时代的技术性正当程序：理论检视与制度构建》，载《法学研究》2023 年第 1 期，第 92 页；刘东亮：《技术性正当程序：人工智能时代程序法和算法的双重变奏》，载《比较法研究》2020 年第 5 期，第 73 页。

[4] 参见《人民法院信息化建设五年发展规划（2019-2023）》。

[5] 前引熊秋红文，第 86 页。

[6] 刘品新：《论区块链证据》，载《法学研究》2021 年第 6 期，第 136 页。

[7] 杨焘：《数字化证据标准的合理性及限度分析——以上海“206”智能系统为关注点》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2020 年第 5 期，第 35 页。

验值，替代了传统主观层面作出的真实性、完整性判断。[1]当然，数字技术的介入需要以特定标准可以客观化为前提，无法实现对主观标准的完全替代。

第三，结果性介入实现了数字技术对司法裁量权的约束。结果层面所作出的判断，本质上都是司法裁量权运作的结果。数字技术在结果层面的介入，能实现在部分场景下替代法官作出判断，从而代行了部分司法裁量权。[2]在例 1 中，人工智能整合了长期积累的司法经验，在证据事项上代行"量"的判断并辅助"质"的判断，在量刑事项上提供了主观裁量的"锚定值"，实现了司法裁量的标准化。在例 2 中，区块链存证中的哈希检验是判断证据是否同一的唯一手段，在证据真实性审查上代行了法官的裁判权能。总之，基于对司法裁量权的约束，数字技术在部分事项上取代了法官的角色，因而需要为裁判权能的减损提供补强论证。

（二）过程性介入

不同于数字技术在例 1 和例 2 中对结果层面的介入，例 3 中的刑事远程审判是数字技术介入过程层面的典型体现，即过程性介入。从定义上看，过程性介入以提升程序效率和便利程度为目标，通过改造程序运行的表现形式，体现了数字技术对程序性权利的影响。以刑事远程审判为典型代表，过程性介入具备以下三个方面的特征。

第一，过程性介入强调对程序效率和便捷程度的提升。数字技术在过程层面的介入，往往意在回应司法实践的强烈需求。以远程技术为例，其早在 2008 年就已被运用于死刑复核提讯和刑事审判业务。基于长达十余年的发展，尤其近年来新冠疫情的推动，远程技术在应用规模和覆盖程度上均有着极大程度的突破。随着疫情势态的好转，刑事远程审判尽管在司法实践中逐渐遇冷，[3]但其所带来的积极效果却是有目共睹的。就便捷性而言，刑事远程审判排除了疫情期间诉讼各方无法出庭的障碍，在当下则用于解决异地换押的讼累问题。[4]从程序效率上看，全国各地都在广泛探索醉驾案件的线上办理模式，依托远程技术实现了刑事诉讼全过程耗时 3 天、庭审耗时 20 分钟的效果。[5]

第二，过程性介入运用数字技术改造了程序运行的表现形式。传统的刑事审判在实体物理意义上展开，以现实法庭为场景，要求诉讼各方实体到庭，在物理技术的帮助下完成审判过程。在刑事远程审判中，这些程序运行的传统方式都将受到改变。刑事审判在虚拟技术意义上展开，以线上空间为场景，只要求诉讼各方线上到庭，借助远程技术完成审判过程。这一程序运行方式的转变，不单单是程序场景的形式化变换，更为关键的是改变了诉讼各方的参与方式和交互模式。[6]对此，程序参与各方不仅需要重新适应线上虚拟的审判环境，认可"虚拟正义"，还需要结合远程技术调整参与诉讼的方式，接受"屏对屏"的沟通。[7]基于此，远程技术的运用可谓牵一发而动全身，要求程序运行作出整体性的调整。

第三，过程性介入影响了被裁判者的程序性权利。数字技术的介入由于改造了程序的运行方式，不可避免地会造成对程序性利益的影响。以刑事远程审判为例，首当其冲的就是直接审理原则受到虚实场景转换的冲击。从理论上看，尽管有学者论证远程技术与直接原则并无冲突，[8]但囿于当前的技术水平，虚拟场景无法实现与现实场景的同比互换，自然也难以充分保障被裁判者的受审权。从实践上看，线上审判相对于线下审判而言并非更优的程序选择，大多被用于处理无争议或程序性事项。在这一背景下，直接审理原则应当结合虚拟场景作出相应调整，完成向"虚拟"的转变。[9]从"直

---

[1] 入链后数据真实性有保障，是关于区块链证据真实性的第一定律。参见前引 15，刘品新文，第 141 页。

[2] 吴习彧：《裁判人工智能化的实践需求及其中国式任务》，载《东方法学》2018 年第 2 期，第 114 页。

[3] 左卫民：《后疫情时代的在线诉讼：路向何方》，载《现代法学》2021 年第 6 期，第 37 页。

[4] 崔永存：《论刑事远程审判的制度规制》，载《法学研究》2023 年第 2 期，第 129 页。

[5] 参见《探索刑事案件线上单轨制办理 用科技"跑"出审判"加速度"》，载微信公众号"智慧法院进行时"，2023 年 7 月 13 日。

[6] 陈卫东、崔永存：《刑事远程审判的实践样态与理论补给》，载《中外法学》2021 年第 6 期，第 1485 页。

[7] 前引崔永存文，第 120-121 页。

[8] 左卫民：《中国在线诉讼：实证研究与发展展望》，载《比较法研究》2020 年第 4 期，第 170 页。

[9] 德国有论者在直接原则中引入"数字"或"虚拟"的内涵，提出了"虚拟直接原则"的概念。Vgl. Lucia Sommerer, Virtuelle

接”到“虚拟直接”，表面上是概念表述的差异，深层次是对程序性权利受损的理论回应。[1]

（三）事务性介入

除了前述两种主要的介入类型外，还有一种更为常见、应用规模更广的介入类型，也就是数字技术在审判事务中的介入。例 4 中的庭审同步录音录像，就是这一介入类型的典型体现。从定义上看，事务性介入以便于审判管理为目标，实现了对审判事务的数字化改造。

首先，事务性介入主要服务于审判管理的需要。刑事审判不单单表现为庭审程序的运行，还包含大大小小的审判事务。如果以科层型和协作型作为区分方式，[2]我国刑事司法偏向于科层型的运作模式，更为强调递进式审判、上级审查和卷宗管理，对审判管理提出了更高的要求。以庭审录音录像为例，相关音视频文件不仅仅在程序中流转，更为重要的是服务于后期归档、保管和管理的需要，提升了后续审判管理的效率。与此类似的改革举措还有很多，均被纳入“智慧法院”的建设方案，目的是以审判管理的数字化和信息化促进审判体系和审判能力现代化。[3]其次，事务性介入体现在对审判事务的数字化改造。数字技术的介入，能够推动审判事务在管理主体上的多元化、管理目标上的人性化和管理方式上的数据化。[4]在这类场景中，数字技术并不实际影响程序运行或参与决策，而是实现了对传统审判管理的数字化改造。在例 4 中，庭审同步录音录像替代了传统的法官笔录，大大提高了庭审记录的效率。当然，庭审录音录像或多或少也会影响到审判权运行和上诉审构造，[5]但并非其改革的主要目的而是派生性的影响。除了庭审录音录像外，数字化卷宗、数字化案管等改革举措都可以纳入事务性介入的范畴，关键是将审判事务作为数字化改造的对象。

总之，作为技术介入的类型之一，事务性介入与前两种介入类型的关键差异在于，不会对审判程序的实际运行产生实质影响，不会与过程层面或结果层面的要求产生无法调和的冲突，就算可能派生性地影响程序运行和结果生成，也没有专门规制的必要。相反，数字技术在审判事务中的介入提升了整体性的司法效能，是数字时代开展审判活动的重要前提。

二、技术控制：数字技术介入的正当性边界

针对数字技术在刑事审判中的介入，传统的程序正义理论存在解释上的局限性，需要引入新的理论范畴以作为数字技术运用的正当性边界。类比传统程序正义中的两大控制（过程控制和结果控制），刑事审判对数字技术的介入也需要发挥一定的控制作用，形成技术控制的概念。以下将围绕这一理论逻辑展开充分论述。

（一）传统程序正义的局限性

要为数字技术的介入提供正当性依据，程序正义理论是首要的理论工具。这一传统的程序正当性理论在我国由来已久，最初是作为域外的成熟理论被引介入我国，发展至今业已完成了本土化的转变，形成了一套独特的理论体系。[6]不过，传统的程序正义由于以实体物理意义上的论证为基础，主要处理过程与结果之间的关系，将技术视作绝对的工具，无法为数字技术的介入提供正当性支持。

第一，传统的程序正义体现了实体物理意义上的正当性论证。传统的刑事审判依托物理技术，

Unmittelbarkeit? Videokonferenzen im Strafverfahren während und jenseits einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, ZStW 2021, S. 426f.

[1] Werner Beulke, Empirische und normative Probleme der Verwendung neuer Medien in der Hauptverhandlung, ZStW 2001, S. 733.

[2] [美]米尔伊安·R. 达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社 2007 年版，第 62-74 页。

[3] 参见《最高人民法院关于加快建设智慧法院的意见》（法发〔2017〕12 号）。

[4] 高一飞、高建：《智慧法院的审判管理改革》，载《法律适用》2018 年第 1 期，第 58-59 页。

[5] 德国法学界对刑事庭审记录电子化的讨论已持续三十余年，但由于相关理论障碍未能克服，至今尚未在司法实践中全面推行。Vgl. Bartel, Auf dem Weg zur technischen Dokumentation der Hauptverhandlung in Strafsachen, StV 2018, S. 678 ff.

[6] 程序正义理论体系的梳理，可参见陈瑞华：《程序正义理论》，中国法制出版社 2010 年版，第 49 页以下；魏晓娜：《刑事正当程序原理》，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 290 页以下。

遵循着物理化生成、传递和交互的传统方式。在此基础上所形成的传统程序正义诸原则，主要适用于以实体法庭为基础的物理环境。例如，程序参与由直接、言词等程序性原则加以保障，需要法官和诉讼各方亲身到庭并实质参与诉讼，目的是满足物理在场性和司法亲历性的要求；[1]程序的中立性不仅仅要求法官实质上的不偏不倚，还必须以实体法庭所彰显的司法权威和仪式效应为载体。[2]诸如此类正当性内涵，主要在实体物理意义上完成论证，因而对线下审判具有解释力。

第三，传统的程序正义将技术视作绝对的工具。在传统刑事审判中，物理技术不论是对程序运行还是对结果生成而言，都只能发挥与诉讼效率相类似的工具性价值。基于这一点，传统的程序正义理论尽管分化出了多种类型，但不论根据哪一种区分标准，对技术的考量始终处在边缘化地带。这一工具性立场，尽管能够解释事务性介入中数字技术的运用，但在过程性介入和结果性介入上却缺乏解释力。其主要原因是，在这两类场景中，数字技术已不再单纯作为绝对的工具，而是获得了一定程度的自主性价值，需要在正当性判断中获得针对性的考量。

第三，传统的程序正义主要处理过程与结果之间的关系。纵观程序正义理论的发展，从程序工具主义到本位主义，本质上是结果价值和过程价值此消彼长的过程，体现了过程与结果之间的两方关系。这一两方关系对传统刑事审判具有解释力，基于被裁判者的主体性地位发展出了过程控制和结果控制。数字技术的介入，由于对过程层面和结果层面造成了实质影响，将为传统的两方关系带来调整的契机。围绕数字技术所形成的自主性价值，传统过程与结果的两方关系有必要引入数字技术的变量，形成过程、结果和技术的三方关系，以获得对数字技术介入刑事审判的正当性解释。

（二）技术控制的提出

传统的程序正义由于存在理论上的局限性，无法为数字时代的刑事审判提供正当性根据，需要引入新的正当性要素。在本文看来，数字技术对刑事审判的介入不能失之无度，必须被限制在可控的范围之内，形成“技术控制”的正当性边界。类比于过程控制和结果控制，技术控制是指对直接干预程序参与者权利的数字技术运用进行专门性规制。这里的控制，不仅包含对技术介入程度的控制，也涉及对技术具体运用的控制。具体来看，技术控制包含以下三点特征。

第一，技术控制的对象主要是数字技术。技术的发展经历了始生代时期、古生代时期、新生代时期。[3]前两个阶段处在物理世界，所有的技术均以物理的方式呈现，在演进上符合常识性的“直觉线性”，能够为常人所理解和控制。在新生代技术时期，技术开始以数字化的方式呈现，呈现出指数性的迭代速率，达到了常人难以想象和控制的程度。[4]当然，数字技术与物理技术的区分并不完全对应于技术含量，也会存在较为简单的数字技术和相对复杂的物理技术的模糊地带。因此，数字技术只是基于其在“质”上的飞跃，原则上需要受到专门的控制；而物理技术原则上无需受到控制，例外情况下若是达到一定的“量”可以类比数字技术受到控制。[5]

第二，技术控制只适用于技术运用涉及被裁判者利益的情形。在程序运行的过程中，数字技术的运用可能涉及多个环节，但并非所有情形都需要受到专门的控制。例如，绝大多数的事务性介入，主要强调对司法效能的提升，较少涉及被裁判者的权利，无需受到专门的控制。相反，只有数字技术的实质性运用，才是需要受到专门控制的对象。所谓实质性运用，需要与被裁判者的切身利益相关联，是指技术运用影响了被裁判者过程性利益或结果性利益的实现。只有当被裁判者的相关利益受到了减损，才意味着技术运用突破了传统工具主义的立场，无法被传统的程序正义理论所涵盖，需要受到专门的控制。

第三，技术控制只能解释数字技术产生直接干预的情形，而对间接干预或衍生性干预不具有解

---

[1] Mark Deiters, Wie viel Unmittelbarkeit braucht unser Strafverfahren, 2020, S. 22 ff.

[2] 卞建林、李菁菁：《从我国刑事法庭设置看刑事审判构造的完善》，载《法学研究》2004 年第 3 期，第 88-89 页。

[3] [美]刘易斯 · 芒福德：《技术与文明》，陈允明、王克仁、李华山译，中国建筑工业出版社 2009 年版，第 99 页以下。

[4] [美]雷 · 库兹韦尔：《机器之心》，胡晓姣、张温卓玛、吴纯洁译，中信出版社 2016 年版，第 3 页。

[5] 例如，科学证据对法官审查提出了挑战，潜藏着错误的危机，参见张保生、阳平：《证据客观性批判》，载《清华法学》2019 年第 6 期，第 44 页。

释力。这一要求明确了，技术运用应当作为利益减损的必要且充分条件，二者存在直接的因果关系。例如，当刑事庭审从线下转移至线上后，庭审形式化问题不仅没有改变，反倒进一步加剧。据有实务人士观察，线上庭审基本走过场，无法解决实质问题。[1]又如，无纸化办公、线上诉讼看似能够提高诉讼便捷度、减少物理到场产生的舟车劳顿，但庭前的准备工作、审理期限却并未减少，反倒有所增加。[2]这类现象都是典型的间接或衍生性干预，无法借助技术控制的方式得到解决。只有当技术运用与权利减损存在直接的因果关系时，技术控制才能真正解决相应的价值失衡问题。

（三）技术控制的理论基础

作为正当性边界的技术控制，存在三个方面的理论基础。首先，技术控制在程序正义理论的框架下展开，与过程控制和结果控制并列，都需要遵循作为底层逻辑的诉讼主体性。其次，作为控制对象的数字技术，具备不同于工具和人脑的独特理性，直接影响着技术控制的方式。最后，技术控制的本质在于明确区分人与数字技术，防止二者的过度融合甚至混同，导致无法界定道德责任，有损刑事审判的根基。

第一，诉讼主体性理论。传统的程序正义理论遵循自由主义的政治哲学，将人作为主体的尊严视作理论的根本，强调对利害关系人诉讼主体地位的维护，使其真正实质地参与到程序当中，而不至于沦为被动接受实体处分的程序客体。[3]因此，不论过程控制还是结果控制，本质上都是被裁判者作为人的控制，是对诉讼主体性理论的贯彻。[4]随着数字技术的介入，尤其是对程序运行和结果生成造成实质性影响时，利害关系人的主体性地位将不可避免地遭到削弱，无法一如既往地实现对程序或结果的控制。为了应对这一问题，诉讼主体性理论要求对数字技术的运用施加专门的控制，以强化利害关系人的主体性地位。从这一角度来看，技术控制首先是被裁判者对数字技术的直接控制，其次也包括其他主体对数字技术的控制。只要数字技术被控制在一定范围之内，被裁判者就能获得对数字技术更大程度的掌控能力，而不至于受到权利上的过分干预。

第二，技术理性理论。数字技术的运用遵循特有的逻辑，具有不同于物理技术和人脑思维的理性。一方面，相比于物理技术，数字技术不单单在技术含量上略胜一筹，更为重要的是自主性上的极大提升。随着技术的进一步发展，这套人为创设的技术规则还会走向技术统治或垄断，导致技术对人的“规训”。[5]所谓的“技术规训”并不鲜见，典型的如外卖骑手对交通规则的普遍性违反，这是“骑手们长期在系统算法的控制与规训之下做出的不得已的劳动实践”[6]。另一方面，相比于人脑思维，数字技术在应对简单、重复事项上具有极大的优势，但却无法胜任需要进行价值判断的事项。因此，技术理性实际上处在工具理性和价值理性之间，[7]一则并非纯粹的技术性工具，不能只体现功利主义的考量，二则不能僭越人脑才能作出的价值判断，必须被控制在特定的范围之内。相应的，技术控制也需要在数字技术独特理性的基础上展开，这是与传统理论相区别的重要原因。

第三，分布式道德责任理论。随着数字技术在刑事审判中的介入，数字技术与程序中的人正处于前所未有的融合状态，导致大多数情况下决策都并非人独立作出的，而是在人与技术的交互中形成的。对此，如何明确道德责任主体，不仅涉及技术与人的关系问题，还会影响出现错误时的追责问题。为了回应这一困境，哲学领域出现了“分布式道德责任”的理论范畴，用于处理人机交互情境中所涉及的道德责任问题。[8]这一理论尽管在内容上相对复杂，无法在刑事审判中直接适用，但其所

---

[1] 李奇才、王久荣、徐海宏：《“应试”帷幕下的“赶考”之路：远程刑事审判庭审实质化的返璞回归与进阶塑造》，载《人民法院服务中国特色社会主义法治体系建设与刑事法律适用问题研究——全国法院第 34 届学术讨论会获奖论文集（下）》，第 2232-2234 页。

[2] 左卫民：《中国在线诉讼：实证研究与发展展望》，载《比较法研究》2020 年第 4 期，第 166 页。

[3] 前引陈瑞华书，第 269 页。

[4] 陈瑞华：《论协商性的程序正义》，载《比较法研究》2021 年第 1 期，第 3 页。

[5] 参见[美]波兹曼：《技术垄断：文明向技术投降》，蔡金栋、梁薇译，机械工业出版社 2013 年版，第 35 页以下。

[6] 参见《外卖骑手，困在系统里》，载微信公众号“人物”，2020 年 9 月 8 日。

[7] 赵建军：《超越“技术理性批判”》，载《哲学研究》2006 年第 5 期，第 111-113 页。

[8] L. Floridi, Distributed morality in an information society, 19 Science and engineering ethics, 729-754 (2013).

体现的理念却是值得借鉴的。正所谓“分布式”往往异变为“分散”，导致每个人的问题成为没有人的责任，[1]只有明确不同主体的能动范围及其逻辑，才能从结果反向推导出各自所承担的道德责任。[2]在数字时代，决策过程和结果的联系将会随着技术与人的深度融合而进一步模糊化，将数字技术限制在可控制的范围内，本质上是为了明确技术与人各自的能动范围，实现对道德责任的准确界定。

三、结果性技术控制

作为正当性边界的技术控制，为数字技术在刑事审判中的介入提供了分析框架。当然，单纯技术控制这一概念，无法实现对司法实践中数字技术多元化运用的全方面规制，需要结合技术介入的不同类型实现理论内部的类型化和精细化。前文针对数字技术介入刑事审判的类型化分析，为技术控制提供了制度层面的参考。为了实现对数字技术介入结果层面的正当性论证，技术控制需要分化出结果性技术控制的理论范畴，并结合结果性介入的特征构建相应的正当性要素。

（一）基本概念

结果性技术控制立足结果层面实现对数字技术运用的控制，为数字技术介入刑事审判的结果层面设置了正当性边界。结果性技术控制的理念对于当前理论界而言并不陌生，在“技术性正当程序”的相关讨论中便已得到充分体现。自动化行政由于将过程压缩至几近于无，极为强调结果层面的效能提升，可以归入结果性介入的技术化类型。因此，“技术性正当程序”尽管在不同学者的笔下内容不一，[3]但究其实质都体现了结果性技术控制的基本思想。结合这一理论内涵，对结果性技术控制可以作出初步界定，是指以结果层面的要求为主要标准，借助公权力机关的职权性控制，以保障利害关系人的结果性利益。围绕这一定义展开，结果性技术控制需要体现三个方面的特征。

第一，结果性技术控制以结果层面的要求为主要标准。在结果性介入的场景中，数字技术尽管实现了对结果准确度的大幅提升，但不能失之无度，必须以结果层面的要求为标准设置适当边界。在例 1 中，人工智能辅助办案在总结既往司法经验、实现审判标准化上有着独特优势，但无法实现对个案中差异化情形的合理分析和判断。在例 2 中，区块链的技术优势体现在，只要通过哈希检验就能实现证据的同一性认定，但却与特定证据本身的内容及其对案件事实的证明力无关。可见，数字技术在结果层面的介入并非对结果准确度的无条件或无限制提升，而是附条件且有限度的。结果性技术控制回应了这一正当性要求，在结果层面挖掘数字技术介入应当遵守的条件和标准，从而实现对结果性介入的控制。

第二，结果性技术控制主要运用公权力机关的职权性控制。数字技术在结果层面的介入往往带有大规模、批量化的特点：以人工智能辅助办案系统为例，北京市的“睿法官”智能研判系统、上海市的“206”系统、广州市的智审辅助量刑裁决系统等，以所在地的司法办案大数据为基础；以“司法区块链”“天平链”“网通法链”为代表的区块链存证平台，[4]同样建立在海量电子证据的基础上。这类技术系统致力于实现对法官办案的规程化和标准化约束，在刑事审判中原则上能够得到强制性适用。由于利害关系人无法就技术系统能否运用作出选择，导致难以在个案层面实现对结果性介入的约束。相比于此，公权力机关立足技术系统开发和调试的角度发挥外部的职权性控制，能够更有利于对结果性介入的整体性把握。

第三，结果性技术控制着重保障利害关系人的结果性利益。数字技术在结果层面的介入在部分事项上取代了法官的角色，相当于发挥了“技术法官”的作用。这一现象原则上有利于保障结果正确，但在例外情况下潜藏着技术性错误的危机。例如，在系统编程环节，编程人员在规则转译上出现的

---

[1] L. Floridi, Faultless responsibility: on the nature and allocation of moral responsibility for distributed moral actions, 374 Phil. Trans. R. Soc. 11 (2016).

[2] 闫宏秀：《数据时代的道德责任解析：从信任到结构》，载《探索与争鸣》2022 年第 4 期，第 40 页。

[3] 如“三要素说”，即可审计性、 透明性、一致性，see John Villasenor & Virginia Foggo, Artificial Intelligence, Due Process, and Criminal Sentencing, 2020 Michigan State Law Review 339 (2020);“六要素说”，即原理公开、全程参与、充分告知、有效交流、留存记录、人工审查，参见前引 12，苏宇文，第 98-102 页。

[4] 刘品新：《论区块链存证的制度价值》，载《档案学通讯》2020 年第 1 期，第 21 页。

错误；[1]在信息处理环节，系统所收集数据本身存在的误差或对大量事实细节的忽略；在系统决策环节，系统本身在结果上出现判断的失误。[2]诸如此类错误，大多表现为系统性瑕疵，尽管在技术系统的开发过程中无关紧要，[3]但在个案中却可能造成利害关系人结果利益上的重大受损。对此，单纯借助职权性控制无法实现全面保障，需要明确利害关系人能够挑战"技术法官"的判断，以实现对结果性介入的补强性控制。

（二）基本要素

针对结果性介入的应用场景，结果性技术控制作为正当性边界主要回应三个问题，一是结果性介入对结果正确的保障需要满足哪些条件，二是数字技术对司法裁量权的约束如何得到合理控制，三是如何权衡审判标准化和个案差异化之间的关系。要回答这三个问题，需要结合结果性技术控制的三点特征作出判断。第一，结果性介入尽管能够实现对结果正确的多重保障，但不论介入方式和程度如何，都需要满足结果层面最低限度的要求，即"结果一致性"的正当性要素。第二，如何实现对数字技术约束司法裁量的约束，已不再只是技术问题，而是司法政策层面的问题，[4]对此，单纯个案层面的程序性制约并无效果，关键需要借助职权性控制以实现公权力机关的"事前强审查"。第三，审判标准化和个案差异化间的冲突来源于"技术法官"的定位，集中作用于利害关系人的结果性利益，对此，应当赋予个案中的利害关系人以质疑结论、挑战技术的权利，实现个案中的"事后可救济"。

1.结果一致性。

结果性介入可能基于多种形式的数字技术，相应地对结果准确度实现了多个方面的保障。不过，单纯对结果准确度的提升无法完全作为正当性基础，还必须满足来自于结果层面的其他要求，实现对结果性介入的限制。对此，过高的标准或过严的条件都将有碍程序的数字化进程，更为现实的限制是引入结果正确的最低限度标准，即满足结果一致性的要求以实现"同案同判"的效果。作为正当性要素的结果一致性（Consistency），包含两个方面的要求，一是根据司法自由裁量的强度对审判事项作出区分，将结果性介入限制于弱裁量或无裁量的事项，二是严格防止技术系统针对同一事项得出不同的结论。

首先，针对法官审理的事项，可以区分出强裁量、弱裁量和无裁量三种类型。强裁量事项存在广泛的裁量空间，只要求法官结合个案进行分析，如证据的证明力；弱裁量事项存在有限的裁量空间，要求法官根据特定标准作出判断，如案件的量刑；[5]无裁量事项并未提供裁量空间，要求法官严格遵守规则，如区块链证据的同一性认定。为了满足结果一致性的要求，需要严格限制结果性介入的范围。针对强裁量事项，数字技术不得介入；针对弱裁量事项，数字技术只能有限度介入，并发挥对法官的辅助作用；[6]针对无裁量事项，数字技术可以取代人脑，排除因人工审查失误所导致的结果不一致（错误）。

其次，结果一致性的核心要求是，针对同样的输入（inputs）应当形成相同的输出（outputs），达到"同案同判"的效果。[7]在传统的人工审查中，针对同样的事实可能会作出截然不同的判断，但由于缺少记录、难以回溯，导致结果上的偏差并不引人注目。在结果性介入的场景中，"同案不同判"的问题尽管能在较大程度上得到避免，但无法实现完全排除，主要原因有二，一是技术系统本身存在漏洞，二是技术系统存在自我学习机制。[8]针对前者，需要结合技术系统的运行情况，通过比对既往决策中的输入和输出情况，判断是否出现了结果上的误差，并及时作出调整。针对后者，因技术

---

[1] Graham Greenleaf et al., Representing and Using Legal Knowledge in Integrated Decision Support Systems: DataLex Workstations, 3 Artificial Intelligence and Law 97, 127 (1995).

[2] 参见前引 Citron 文，第 1256-1257 页。

[3] 同上注 Citron 文，，第 1256 页。

[4] 前引吴习彧文，第 114 页。

[5] 参见前引 Citron 文，第 1301-1303 页。

[6] 同上注 Citron 文，，第 1303-1304 页。

[7] 参见前引 Villasenor & Foggo 文，第 347 页。

[8] 同上注 Villasenor & Foggo 文，第 347-348 页。

系统自我学习所导致的误差应当被视为合理误差，原则上不溯及既往，但当误差过大且有必要时可以溯及既往，启动相应案件的再审程序以重新作出判断。

2.事前强审查

要满足结果一致性的要求，需要分别回应技术和政策两方面的问题，二者都涉及对结果性介入的整体性把握。首先是技术方面的问题，在具体操作中实现结果一致性尽管不成问题，但在理论上仍需要强调系统测试和公众参与，以实现社会公众和利害关系人的共同认可。系统测试要求公权力机关必须事前对技术系统进行严格测试。这一要求的理论根基在于技术理性，潜在逻辑是公权力机关不能无条件信任数字技术，不能任由其僭越人脑的判断。系统测试主要发生在三个时间节点，分别是系统运行前、运行中涉及重大利益时以及规则出现变化时。[1]定期的、事前的测试具备两方面的功能，一是能有效辨别并消除算法歧视，排除可能扭曲规则的系统性错误，二是能够及时发现人工智能自我学习的进展，及时作出利益权衡上的调整。公众参与要求公权力机关允许公众参与到技术系统的设计当中，具体包含多种形式，如成立特定的技术审查委员会，由公权力机关、技术人员和社会公众代表组成，如向社会公众公开技术系统的原理，为利害关系人和社会公众提供对系统设计和测试发表意见的机会等。[2]诸如此类正当性要求，都需要通过公权力机关的职权性控制发挥作用，本质上是将系统性错误解决于事前，以实现对技术系统的整体性控制。

相比于技术方面，司法政策方面的问题更为复杂，主要涉及数字技术与法官在司法裁量上的分配问题。基于结果一致性中所作的区分，就强裁量事项和无裁量事项，数字技术的作用并无理论争议，关键问题在于弱裁量事项。对此，设置若干标准以明确结果性介入的边界并不现实，会受到强烈的质疑，[3]更为妥当的方式是明确规范先行和实践检验。首先，技术系统对司法自由裁量的干预必须以现行有效的规范为前提，单纯总结既往类案办案经验不能构成对法官的实质约束力。这一要求的关键在于，技术系统不能作为“创造者”而只能作为“转述者”，司法政策上的调整只能由立法者而非系统开发者完成。其次，技术系统基于司法裁量权所作出的判断还需要受到前期严格的实践检验。不同于技术层面的系统测试，政策层面的前期检验要求在具体案件中对技术系统展开充分的试运行，对照规范层面的要求对裁量结果进行反复的人工检验。只有在规范要求和裁量结果完全符合的情况下，技术系统才能正式投入运行。

3.事后可救济

事前强审查尽管能在大方向上实现了对结果性介入的控制，但难以对个案层面的结果性利益实现全面的保障。基于此，事后可救济作为对结果性介入的补强性控制，明确了利害关系人在技术系统产出结果后仍能获得救济机会。这一针对个案中技术运用的可救济性，不仅是保障结果性利益的应有之义，也是在个案中对结果性介入的重要控制手段。[4]不过，由于数字技术的作用，利害关系人不可避免地会在寻求救济上面临一定阻碍。一方面，规范向算法的转化伴随着技术系统的转译，加之利害关系人未能参加编码过程，导致技术系统难以为非专业人士真正理解。在例 1 中，人工智能辅助办案系统中的各项参数和运算方式往往不会公开，对被裁判方而言无异于“技术黑箱”。另一方面，技术系统对案件相关信息的处理本身就代表着一种技术运作的程序，只不过由于不公开且代码化，不如传统程序那般过程留痕，导致利害关系人在质疑结果时缺乏依据。[5]基于这两方面的原因，作为正当性要素的事后可救济，不能停留于单纯救济机会的赋予，更为重要的是引入原理公开和记录留存，以实现可救济性的实质化。

原理公开要求应当将技术系统原理在程序内部公开，至少应当向利害关系人保持透明度。原理

---

[1] 参见前引 Citron 文，第 1310 页。

[2] 同上注 Citron 文，第 1312-1313 页。

[3] G. Sartor & L. K. Branting, Judicial Applications of Artificial Intelligence, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 1.

[4] Berger, Der automatisierte Verwaltungsakt, NVwZ 2018, 1264.

[5] 参见前引 Citron 文，第 1298-1300 页。

公开必须具备一定的限度，[1]标准是服务于事后救济的需要。这就要求，一则无需全面公开，否则将给利害关系人提供大量不重要的信息，导致其不得不耗费大量的时间和精力去筛选和理解，二则应当以易于理解的方式公开，必要时需要由技术人员作出说明，以确保利害关系人能够理解。[2]记录留存则要求技术系统应当就操作和运行的全过程形成全面、清晰的原始记录，由公权力机关进行妥善的保管，以备后续救济时提供参考。所需要留存的记录主要包含三类信息，分别是与相对人无关的基础信息，与相对人有关的特定化信息以及系统本身的运行信息。[3]如果将技术系统类比于刑事程序，这三类信息分别对应程序遵循的实体性标准、所审理的事项以及具体审理的过程。利害关系人只有掌握这三类信息，才能获得质疑结果的现实依据，真正实现救济机会的具体化。[4]

四、过程性技术控制

基于数字技术介入刑事审判的不同类型，结果性技术控制只能作为结果性介入的正当性边界，无法为数字技术在过程层面的介入提供理论根据。不过，作为理论大框架的技术控制，对于过程性介入而言仍然具有正当性上的解释力。基于此，为了实现对数字技术介入过程层面的正当性论证，技术控制需要进一步分化出过程性技术控制的理论范畴，并结合过程性介入的基本特征构建相应的正当性要素。

（一）基本概念

结果性技术控制之所以无法回应过程性介入的挑战，理论背景上的差异只是其一，关键在于二者体现了截然不同的价值取向。不同于结果性技术控制借助大规模、整体性的技术调适，以确保社会公共利益的实现，过程性技术控制更为注重个案层面、个体角度上的控制，目的是确保对私主体权益的保障。这一价值取向上的差异直接塑造了过程性技术控制的理论范畴，贯穿于对正当性要素的提炼。基于此，可以对过程性技术控制的概念作出初步的界定，是指以过程层面的要求为标准，主要借助私权利主体的程序性制约，以实现对程序性利益的保障。根据这一定义，过程性技术控制需要体现以下三个方面的特征。

第一，过程性技术控制以过程层面的要求为主要标准。过程性介入对刑事审判效率和便捷程度的提升，主要契合了效率价值的需要。根据诉讼价值的基本理论，效率价值只具有次级或附属价值的地位，不能与相对优位且独立的程序内在价值或外在价值相冲突。[5]程序外在价值作为结果层面的要求，由于不会受到过程性介入的过多影响，无法形成对过程性介入的专门限制。而程序内在价值作为过程层面的要求，由于会受到过程性介入的直接冲击，应当发挥正当性边界的作用。以刑事远程审判为例，远程技术不论以何种方式应用，对结果层面的影响都不会太大，但却会改变程序运行的方式。因此，相比于结果层面的要求，过程层面的要求对过程性介入而言更具有意义，本质上是为了防止因过分强调效率价值而导致对程序内在价值的颠覆。

第二，过程性技术控制主要借助私权利主体的程序性制约。基于过程性介入对程序内部各环节的改造，公权力机关从外部所发挥的职权性控制无法起到明显的效果，程序内部的制约力量更具有优势。立足程序内部的视角，法院、检察机关和被裁判者都有可能发挥对数字技术的制约作用，区别只在于所体现的价值立场。作为公权力机关的法院、检察机关受到程序效率的驱使，对数字技术的运用大多持欢迎的态度。以刑事远程审判为例，目前绝大多数情况下都是基于办案便利的原因而被适用，甚至有地方法院明确规定“一般适用于被告人在押的案件”[6]。而作为私权利主体的被裁判者，会更多考虑自身的程序性利益，对数字技术运用持谨慎的态度。因此，就过程性介入而言，私权利

---

[1] Frank Pasquale, The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information, Harvard University Press 2015, p. 142.

[2] 参见前引 Villasenor & Foggo 文，第 346 页。

[3] 同上注 Villasenor & Foggo 文，第 339-340 页。

[4] Danielle Citron & Frank Pasquale, The Scored Society: Due Process for Automated Predictions, 89 Washington Law Review 28 (2014).

[5] 陈瑞华：《刑事程序的法理（上卷）》，商务印书馆 2021 年版，第 44 页。

[6] 参见大连市中级人民法院出台的《使用互联网法庭审理刑事案件规范（试行）》第 1 条第 2 款。

主体的程序性制约相对于公权力机关而言更值得被重视。

第三，过程性技术控制着重保障利害关系人的程序性利益。基于过程性介入，被裁判者的程序性权利受到影响，可能会出现程序性利益的减损。不过，这一减损现象并不具有普遍性意义，需要结合具体个案、个人等因素作出判断。只有利害关系人自己才能明确相关程序性利益的重要程度，进而实现对特定技术运用的控制。此外，随着技术水平的提升或介入程度的扩大，还有可能出现“技术规训”的现象，要求程序参与者的行为和决策都按照特定的技术标准设定展开。[1]在这一背景下，程序参与者看似维持了对技术运用的掌控，实则却由于对技术的过分信任、依赖或技术本身的复杂性，导致被技术所限制，[2]丧失了主体性地位。对此，在保障利害关系人“明知”的基础上，还应当确保其“明智”，了解数字技术与程序性利益的交互机理。

（二）基本要素

基于过程性介入的应用场景，过程性技术控制作为正当性边界需要回应三个问题，一是过程性介入在提升程序效率和便捷程度的基础上，需要满足哪些最低限度的要求，二是过程性介入对程序运行方式的改造，应当由哪一方主体进行主导，三是被裁判者作为过程性介入影响的直接对象，如何获得相对于技术运用的主导性地位。结合过程性技术控制的基本特征，对这三个问题可以作出初步回答。第一，过程层面的要求作为过程性介入的正当性边界，底限是不能因效率价值的提升造成程序内在价值的减损。因此，数字技术的运用只能为刑事审判提供选择项而非必备项，表现为“程序辅助”的正当性要素。第二，由于过程性介入涉及程序性利益的减损，被裁判者自身作出权利处分或自愿放弃，相比于公权力机关的控制而言更具有正当性意义。在刑事审判中，这一权利处分主要表现为对特定技术运用的选择权，即“可选择性”的正当性要素。第三，要维持被裁判者相对于技术运用的主导性地位，需要明确其对技术原理的真正理解，以防止“技术规训”的出现。因此，类比法律帮助，被裁判者同样需要获得技术意义上的帮助，表现为“技术帮助”的正当性要素。这三点正当性要素，共同构成了过程性技术控制的理论框架。

1.程序辅助

所谓程序辅助，是指数字技术在过程层面的介入只能发挥对刑事审判的辅助作用。作为正当性要求的程序辅助，就正向和反向两个角度来看分别包含两点要求。程序辅助的正向要求首先明确了数字技术相对于刑事审判的工具性价值，不论数字技术发展到何种程度，只要伴随着对程序性权利的减损，就不能在未经诉讼各方同意的情况下得到强制性适用。其次，程序辅助还明确了数字技术在过程层面的介入应当满足比例原则的要求。就适当性而言，过程性介入只有在存在现实的程序性障碍时方可发挥作用，二者存在手段与目的间的正当性；就必要性而言，过程性介入只有在相对于其他应对手段而言造成程序性利益减损最小时，方可发挥作用；就狭义比例的要求，过程性介入应当确保投入与产出的利益相均衡，尽可能用于处理程序性利益相对较弱的事项。[3]总之，从正向来看，过程性介入应当明确数字技术只有在例外情况下方可在刑事审判中得到运用，且必须接受比例原则的检验，以防对程序性利益的过分干预。

从反向上看，程序辅助同样包含两点要求，即程序省略禁止和标准降低禁止。程序省略禁止是指不能因技术的运用而省略程序的必要步骤。技术的运用不可避免地会造成有关程序性要求的减损，这一点可以基于程序效率或结果准确度的原因得到正当化。但是，无法为程序辅助所涵盖的是，因技术的运用所导致对程序阶段的跳跃或省略，这无异于技术对程序的主导，应当被排除在正当性范围之外。其次，标准降低禁止是指不能因数字技术的运用而降低结果层面的要求。数字技术的过程性介入只会影响过程层面的判断，而不能替代程序参与者作出判断或降低结果层面的标准，否则将无法为利害关系人作出的权利处分所涵盖。数字技术在这两类情形中的运用都意味着对原有程序辅助地位的超越，走向了对程序运行的主导，影响程序参与者的主体性地位，理应被排除在正当性边

---

[1] 左卫民、潘鑫：《通过技术规训司法：进步与挑战》，载《法学评论》2023 年第 4 期，第 58 页。

[2] 同上注左卫民、潘鑫文，第 62 页。

[3] H. Maurer / K. Schwarz, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 7. Aufl., 2023, S. 307 f.

界之外。

2.可选择性

作为正当性要素的可选择性，集中体现了两个角度的价值考量。一是诉讼主体性理论在技术弱改造场景中的适用，明确了利害关系人可以对其切身利益作出自愿的处分。以刑事远程审判为例，虚拟、线上到场意味着被裁判者接受直接、言词审理的权利受到减损，出现正当性短缺的问题。[1]针对这一现象，被裁判者对自身程序性利益的自由处分，相比于单纯程序效率上的提升，更能发挥正当化的效果，也体现了更强的主体性地位。二是传统程序正义理论中程序参与要素的体现，明确了程序参与者能够对技术运用形成实质意义上的掌控。程序参与原则要求，与程序结果存在利害关系的主体应当有充分的机会并富有意义地参与程序的运行。[2]技术的运用由于发生在程序的各个环节中，理应受到程序参与原则的约束。因此，利害关系人在程序中的有效参与应当延伸至对特定技术能否运用的决定。被裁判者在特定技术上的可选择性，根据阶段的不同可以区分为技术运用可选择和技术回转可选择。

技术运用可选择是指，被裁判者享有决定在程序中是否运用特定技术的权利。特定技术能否运用，直接决定着相对应的程序能否启动，相关联的程序性要求是否受到减损。因此，技术运用可选择表面上只涉及技术，实际上关联着利害关系人对程序启动的选择权以及个人权益的处分权。技术回转可选择是指，被裁判者可以随时推翻先前的权利处分决定并恢复到技术未运用的程序阶段，这是保障被裁判者自愿、可选择性的应有之义。程序回转在当前刑事诉讼制度中并不罕见，以认罪认罚从宽制度为例，就算认罪认罚案件已经审理完结，只要被告人推翻先前认罪认罚作出反悔表示，都应当进行重新审理，否则就无法实现对先前认罪认罚的充分保障。总之，对技术运用和技术回转的自由决定，构成了被裁判者可选择性的一体两面，是诉讼主体性理论和程序参与原则的重要体现。

3.技术帮助

技术帮助是类比于法律帮助的正当性要素，弥补的是利害关系人在专业知识上的不足。不同于可选择性所保障对技术的自愿运用，技术帮助保障的是对技术的明智运用，目的在于确保被裁判者真正认识并理解技术，防止落入“技术规训”的陷阱。之所以对数字技术的运用强调技术帮助，主要原因是数字技术与物理技术存在本质的区别。传统物理技术的可操作性、易上手性，确保在被使用上并不存在多少障碍；但就数字技术而言，一是运行逻辑的不公开、不透明，导致利害关系人在短时间内难以产生信任感，二是技术主导者刻意的隐瞒或遮掩，使得技术运用进一步“黑箱化”[3]。基于此，技术帮助的首要目的在于实现数字技术和物理技术的等同性，避免因技术含量的不同导致运用上的差异。在技术控制的两种不同类型中，技术帮助和原理公开所达到的效果是一样的，都是意在破除数字技术的神秘感，只不过在侧重点和实现路径上有所不同。技术帮助的侧重点在于对被裁判者的帮助，目的是从反向实现对数字技术运用的制约。

要实现技术帮助的两大目的，需要在程序运行中满足三点正当性要求。一是全程的律师或专家辅助人帮助。被裁判者在选择或运用技术参与程序时，应当在全程律师帮助的基础上获得律师有关数字技术运用的详细说明，必要时还可以引入专家辅助人以解释技术原理，以确保是在充分权利知悉的情况下作出判断。二是由裁判者作出基本的技术指示。当技术辅助程序运行时，裁判方应当将其指示权延伸至技术层面，将技术原理以一般理性人易于理解的方式加以阐释，进行有关数字技术的充分权利告知。三是适当的程序公开。程序公开是原理公开在过程层面的反应，主要是借助公众监督实现对数字技术运用的合理性规制。相比于传统的程序公开形式，数字化刑事审判有必要探索更为多元且便利的庭审公开形式，如庭审直播、录播等，确保社会公众能够无障碍地获得有关庭审运行的相关信息。当然，在程序公开的过程中应当注意相关个人信息的保护问题，对所涉及的个人信息进行必要的匿名化处理。

---

[1] 前引陈卫东、崔永存文，第 1497 页。

[2] 前引陈瑞华书，第 99 页。

[3] [美]弗兰克·帕斯奎尔：《黑箱社会 控制金钱和信息的数据法则》，赵亚男译，中信出版社 2015 年版，第 259 页。

五、技术控制理论在刑事审判中的制度展开

基于理论基础和两种类型的讨论，技术控制在理论层面得到了充分建构。在此基础上，技术控制理论需要在制度层面得到具体展开，以回应文章开头所提出的问题。结合数字技术介入刑事审判的不同类型，技术控制理论存在两个方面的制度展开，即结果性介入和过程性介入中的制度开展。

（一）结果性介入中的制度展开

数字技术在刑事审判中的结果性介入，主要表现为人工智能辅助刑事审判，包括在证据审查、事实认定和量刑裁量上的辅助。当前，这类制度尽管在司法实践中得到广泛探索，在各个省市均已投入实际的办案活动，但却尚未在规范层面得到落实。基于结果性的技术控制，相关实践探索在制度层面的落实需要满足结果一致性、事前强审查和事后可救济的要求。

首先，结果一致性包含有限裁量和同案同判两项要求。有限裁量是对数字技术干预司法裁量权程度的规制，明确了数字技术只能介入无裁量事项和弱裁量事项。根据前述分析，在刑事审判的诸事项中，以自由心证为基础的事实认定表现为强裁量事项，以量刑均衡为标准的量刑裁量表现为弱裁量事项，以证据能力为载体的证据审查处在弱裁量和无裁量之间。基于此，应当在制度层面明确：第一，人工智能原则上不能介入事实认定，至多只能提示证据标准、进行形式化的证据指引；第二，人工智能原则上可以介入证据能力审查中相对客观的部分，如同一性认定，而对于相对主观的判断，如合法性认定，原则上不得介入。就量刑事项而言，同样需要根据能否进行客观化或标准化而作出区分。针对能够标准化的事项，如犯罪数额等相对明确的情节，在从宽幅度上可以由人工智能代劳以实现“同案同判”的效果；而针对难以标准化的事项，如认罪悔罪态度等个性化的情节，由于“同案同判”既不现实也无必要，人工智能原则上不得介入。总之，在结果一致性的基础上，人工智能的介入应当遵循两个层次的判断：一是界定介入范围，以审理事项能否客观化或标准化为依据，实现人工智能的有限度介入；二是明确介入效果，人工智能辅助审判应当达到“同案同判”的效果，以实现对刑事审判的标准化约束。

其次，事前强审查包含政策和技术两方面的要求。从政策角度来看，人工智能在无裁量事项上的介入本质上遵循自然规律或经验法则，无需受到规范的约束，而在弱裁量事项上的介入应当强调严格的规范先行和实践检验。以量刑事项为例，相关授权规范应当包含三个部分内容，一是人工智能介入量刑的方式，二是对相关量刑情节的量化，三是智能量刑结果对法官的约束力。这类授权性规范只有在司法实践中长时间运行良好，才能实现在技术系统中的转化。从技术角度来看，人工智能在投入刑事审判前、涉及重大复杂案件时以及授权规范发生变化后，都需要及时进行技术系统上的调试。当然，结合当前司法实践和社会反馈来看，真正阻碍数字技术辅助刑事审判的并非算法歧视等结果层面的误差，而是可接受性、司法认知方面的问题。[1]对公众参与要求的满足在这一场景中需要得到更大程度的重视。因此，各省法院在探索相关人工智能系统的过程中，应当成立由司法机关、技术开发人员和社会公众代表的测试委员会，在投入运行前，还应当在本省范围内公开技术系统的原理，设置一定期限的征求意见期间，为公众发表意见提供机会。

最后，事后可救济包含原理公开和记录留存两点要求。原理公开的潜在逻辑是将人工智能系统的运行公开化，而非单纯以“黑箱”视之。从本质上看，人工智能对刑事审判的辅助只是将原本的程序运行技术化或是法官部分的自由心证客观化，但并不意味着脱离刑事审判权的控制。借助原理公开，人工智能所体现的转化可以更为清晰地得到呈现，从而确保在程序中运用技术而非技术与程序的割裂。在此基础上，上诉审法院才有可能将审查权从案件本身延伸至智能系统，在个案中实现对人工智能辅助刑事审判的制约效果。记录留存则是对可救济性的进一步保障，其通过对人工智能系统运作的全流程记录，包括但不限于人工智能系统的运行参数、运行函数、运算过程等，为上诉审法院提供基本的审查依据。在记录留存的基础上，上诉审法院可以在专业技术人员的帮助下对技术系统的运行进行原理性的审查和控制。

（二）过程性介入中的制度展开

数字技术在刑事审判中的过程性介入，主要表现为刑事远程审判。当前，规范层面对这一制度

[1] 张玉洁：《智能量刑算法的司法适用：逻辑、难题与程序法回应》，载《东方法学》2021 年第 3 期，第 193 页。

的规制主要体现在《人民法院在线诉讼规则》（以下简称《在线诉讼规则》）。基于过程性的技术控制，当前制度设计需要满足程序辅助、可选择性和原理公开的三点正当性要求。

首先，程序辅助要求刑事远程审判只能作为线下审判的辅助性机制，包含正向和反向两方面的要求。从正向上看，刑事远程审判不能在未经诉讼各方同意的情况下，在某类案件或某种程序中得到强制性适用，而应当在满足比例原则的基础上作出判断。刑事远程审判由于在实践中主要便利于公权力行使，却未能考虑私权利主体的远程参审需求，以及其本应作为例外性措施的程序性地位。因此，有必要在现行规范中增加相关表述，明确刑事远程审判只有在线下审理存在现实障碍或被告人存在明确需求时方可适用，而不能单纯基于办案便利的需要。就现实障碍而言，需要在规范层面结合具体列举和概括授权予以落实；就明确需求而言，需要满足合理性的要求且达到现实障碍的同等程度。从反向上看，程序省略禁止要求不能因刑事远程审判的适用而省略程序步骤或简化程序环节，质言之，刑事远程审判并非一种新的程序类型，而只是一种新的程序运作模式，并不能挑战原有的程序架构。标准降低禁止明确了刑事远程审判不得影响结果层面的判断，不能降低证据审查、事实认定和定案的标准，应当与线下审判保持一致。

其次，可选择性在刑事远程审判中体现在两个方面，分别是程序启动的可选择和程序回转的可选择。前者要求，不能强制适用远程技术或完全交由公权力机关决定，必须给予诉讼主体主要是被告人以必要的选择空间。《在线诉讼规则》第 4 条回应了这一问题，不仅规定了主动和被动两种选择方式，还明确了全部和部分线上两种组织形式，充分体现了程序参与者的主体性地位。这一规定尽管并不适用于刑事诉讼，但其所蕴含的制度原理与可选择性的正当性要求相呼应，需要在刑事远程审判中得到充分贯彻，并进一步拓展至证人、被害人等诉讼参与人。后者要求，被告人应当享有随时反悔、要求程序回转的权利，以实现在权利处分上的充分自愿性。为此，有必要在《在线诉讼规则》中增加有关刑事远程审判的程序回转条款。若是被裁判者主张自身权益受损、申请程序回转，就算案件已经通过线上完成了法庭调查，程序也应当恢复到未运用远程技术的阶段。此外，程序回转权利还应当进一步适用于上诉审阶段，但需要满足“有害错误”的要求。具体而言，若是因远程技术的运用导致被裁判者权利受损，并进而影响了结果层面，二审法院可以撤销原判、发回原审法院按照线下程序重新审理。

最后，技术帮助要求在刑事远程审判中应当为类比法律帮助，为被裁判者建立必要的技术帮助。从律师帮助的角度来看，在刑事远程审判的全过程，律师提供全方位法律咨询的同时，还需要实现事前、事中和事后的充分技术说明，确保被告人是在充分权利知悉的情况下作出判断。从法官指示的角度来看，法官应当在程序启动前进行有关远程技术应用的权利告知，在程序启动后进行有关技术操作的指示，确保程序参与者在知悉技术原理的情况下参与程序。

结　语

司法程序的数字化正以不可逆的态势渐进发展，在刑事司法中持续引入数字技术的因素。基于前文讨论，数字技术尽管在刑事审判中呈现多种类型的介入，但终归需要在正当性上得到界定，被控制在一定范围之内。对此，传统的程序正义由于存在理论上的局限性，需要在过程控制、结果控制之外引入技术控制的正当性要求，作为数字技术介入刑事审判的正当性边界。基于数字技术介入刑事审判的不同类型，技术控制在理论上可以进一步地得到分化。结果性技术控制对应数字技术的结果性介入，过程性技术控制对应数字技术的过程性介入，二者都为数字技术在不同场景下的运用设置了相应边界，并需要在制度层面得到落实。从正当性的角度来看，技术控制本质上处理的是过程、结果和数字技术之间的关系。基于数字技术的引入，过程和结果原有的利益平衡受到打破：一方面，利害关系人的程序性利益受到减损，对过程的控制力度略有下降，另一方面，利害关系人的结果性利益得到加强，能够通过数字技术分享法官的司法裁量权。将数字技术介入控制在一定范围内，意味着过程与结果的利益失衡状态将被维持在可接受、可调和的范围内。从这一角度来看，技术控制一则是对过程控制的辅助，确保被裁判者的主体性地位，二则也是对结果控制的弱化，防止法官的司法裁量受到过分干预，体现了数字技术的比例性介入和运用。基于此，技术控制在理论适用上具有延伸性，不单单体现在刑事审判中，还对民事程序和行政程序具有同样的解释力，需要结合特定领域作出理论上的调适，这为进一步的理论发展提供了基本思路。

五、刑事执行程序和制度、特别程序和制度及其他问题研究

涉外刑事诉讼特别程序研究报告

中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心*

在20世纪90年代的立法过程中，曾短暂地出现过以特别程序形式增设涉外刑事诉讼程序的呼声，[1]或许由于立法条件尚不充分、制度设计尚不成熟，刑事诉讼立法迄今仍以零散式立法模式规制涉外刑事诉讼活动。然而，随着我国“一带一路”倡议和高水平对外开放的纵深推进，国内法治与国际法治呈现多领域的互动态势，涉外法治工作面临着更高要求和更大挑战，以习近平同志为核心的党中央高度重视涉外法治工作并作出一系列重要指示，涉外民商事领域的法治建设高歌猛进，反观涉外刑事法治的建设尚处于起步阶段。网络信息时代的来临及社会数字化的不断深入，使刑事诉讼活动运行的外部场域和内在逻辑逐渐发生转变，网络犯罪的弱地域性导致跨境刑事诉讼活动和国际间的刑事司法协作日益增多，涉外刑事诉讼活动的涉外属性与传统刑事诉讼制度的内向型视角形成反差，既有法律制度难以应对涉外刑事司法实践的需求，涉外刑事法治作为涉外法治建设的有机组成部分，有必要重新研判涉外刑事诉讼面临的新形势，考察实践新样态，探索我国涉外刑事诉讼的特点，基于涉外法治建设和刑事诉讼法典化进程，构建适应国情的涉外刑事诉讼特别程序。

一、涉外刑事诉讼程序的基本范畴

（一）“涉外刑事诉讼程序”的概念

“涉外刑事诉讼程序”的界定，是研究该程序的核心问题，决定了该程序的特性，影响了具体制度的生成。既有研究主要围绕“涉外刑事诉讼”“涉外因素”“涉外刑事诉讼程序”等基本概念展开，大致可分为以下两种研究思路：

第一种解释路径，基于实体标准，即刑事犯罪的视角，通过“具有涉外因素的刑事案件”进一步界定“涉外刑事诉讼程序”，对将“涉外刑事诉讼程序”界定为“我国相关机关依法处理具有涉外因素的刑事案件所应遵循的程序”基本达成共识，主要分歧在于“涉外因素”表现形式的界定。主要观点可分为以下三类：其一，传统观点采狭义说，认为“涉外因素”仅指诉讼主体具涉外性，即作为诉讼主体的犯罪嫌疑人、被告人或被害人是外国人；其二，部分观点对狭义说予以扩充，认为“涉外因素”还涉及犯罪的客观方面，即刑事案件（主要指犯罪行为或犯罪结果）发生在国外的表现形式；其三，目前绝大多数观点采广义说，即除了诉讼主体的涉外性，“涉外因素”还表现在刑事诉讼适用的法律依据包括国际条约等、刑事诉讼涉及国家间的法律协作关系（如国际刑事司法协助）、定罪量刑和执行等诉讼活动需考虑外交关系、国际形势等国际因素。第二种解释路径，基于程序标准，即诉讼程序的视角，以“涉外刑事诉讼”为切入点界定“涉外刑事诉讼程序”，立足于办理刑事案件的诉讼活动具有涉外性，即“涉外刑事诉讼程序”是指诉讼活动涉及外国人或需要在国外进行、或需要国（境）外刑事执法机构协助进行的刑事诉讼所特有的方式和步骤，简言之，涉外刑事诉讼程序乃涉外刑事诉讼特有的方式和步骤。

整体而言，第一种路径对“涉外因素”表现形式的理解具有层次性，对“涉外刑事诉讼程序”的界定亦随之扩充，一定程度上与我国的对外开放程度、涉外法治建设进程息息相关。然而，此种研究方式不仅存在视角问题，更是将“涉外刑事诉讼程序”与“涉外刑事案件的诉讼程序”混同，论据和论点未能始终保持论证对象的同一性，难免影响对涉外刑事诉讼程序范围和实质之界定，容易忽视涉外刑事诉讼程序的本质乃程序上涉外，对“涉外刑事诉讼程序”基本概念的界定理应遵从并凸显其程序涉外特性，因此，本报告目前更赞同第二种解释路径。

此外，尚有以下问题值得在研究中进一步反思。其一，“具有涉外因素的刑事案件”和“涉外刑事案件”之关系，绝大多数学者存在混用情形，但二者之实质、特性是否存在同一性有待商榷；其二，刑事案件的涉外性和（涉外刑事诉讼）程序的涉外性之关系，涉外刑事诉讼程序作为刑事特别程序，

---

* 课题组负责人：刘计划，中国人民大学教授，博士生导师。

[1] 参见崔敏：《中国刑事诉讼法的新发展 ：刑事诉讼法修改研讨的全面回顾》，中国人民公安大学出版社1996年版，第181-184页；徐静村等：《中国刑事诉讼法（第二次修正案）学者拟制稿及立法理由：条文、释义与论证》，法律出版社2005年版。

其程序上的特殊性究竟由何决定；其三，“涉外刑事诉讼程序”与“涉外刑事案件的诉讼程序”的关系值得进一步研究；其四，部分观点对“外国人”“相关机关”等下位概念存在不同理解，需要加以注意。

（二）涉外刑事诉讼程序的特征

关于涉外刑事诉讼程序的特性，既有研究主要从该程序固有的特点、地位及其与普通刑事诉讼程序的关系等角度进行论证。具言之，涉外刑事诉讼程序的主要特征可概括如下：其一，该程序具有“涉外性”，在程序上具有涉外因素，涉外刑事诉讼行为可向域外作间接延伸；其二，该程序涉及国家主权、对外关系等，需要国家外事部门的支持与配合；其三，该程序是中国诉讼活动的组成部分，皆应以国内法、中国缔结的国际条约或国际公约为实体法和程序法依据；其四，该程序不同于普通刑事诉讼程序，应当对由涉外因素引发的特殊问题作出专门性规定。对于前述特征，不同观点采取不同的排列组合方式加以论证，其中仅有少数观点单独将涉外刑事诉讼程序的涉外性及其涉外因素作为主要特征，多数观点往往基于后三者进行论证。

整体而言，既有研究对涉外刑事诉讼程序的特性概括得较为全面，但逻辑性和明确性较为欠缺，不同特征之间呈现交叉关系，论证亦不够深入。对于涉外刑事诉讼程序特性的研究，应当从其固有特征和性质切入，以其在中国刑事诉讼中的地位及其与普通刑事诉讼程序的关系为分支展开，有以下几点需要在研究时注意：其一，该程序的涉外性是区别于普通刑事诉讼程序的核心因素，理应作为首要特征加以论证，同时注意与概念部分“涉外因素”的界定相衔接；其二，该程序是否属于中国刑事诉讼活动的有机组成部分，关乎该程序的定性，即其本质上是一种诉讼程序还是处理刑事案件特殊问题所采用的操作程序？其是否具备诉讼性特征？是否有必要受到刑事诉讼基本原理和程序规则的约束？其三，该程序有别于普通诉讼程序，既有研究命其为“特别程序”，则其与既有的刑事诉讼特别程序有何内在联系或区别？

二、涉外刑事诉讼程序的立法

纵观刑事诉讼立法进程，对于与涉外犯罪、涉外刑事程序相关的内容和问题，立法机关有所关注，但始终以单独规定的方式零星地分布于各章节之中，并未在刑事诉讼法中予以专章或专编形式规定；在实践中，往往辅之以各部门相继出台的法律解释，[1]从而构建了零散的涉外案件的法律体系。

（一）1911 年刑事诉讼律（草案）

既有研究往往在论述特别程序时提及涉外刑事诉讼程序，《1911 年刑事诉讼律（草案）》可谓是有据可考的最早界定“特别程序”的法律规范，其对涉外相关内容作出特殊规定并散见于不同章节，以“外国人”和“外国”为关键词进行检索，该律第 192 条规定为不通晓中国语言之外国人提供翻译；第 249 条规定对住在外国的当事人特定附加期间；第 279 条规定初级审判衙门管辖的案件，因情节较轻可不经预审而即行终结侦查处分”，其中，遇到“被告人不属于中国审判权”的情形时，不予起诉，此处的情形例如有领事裁判权之外国人，及在中国有治外法权之外国人；第 322 条和第 323 条则规定外国官吏、公吏提供的证据资格问题。由此可知，《1911 年刑事诉讼律（草案）》对于涉及外国人或外国的规定分散且覆盖面较广，前述内容是否能够构成现代意义上涉外刑事程序的立法渊源，以及对前述内容的性质归类为程序特别还是特别程序，还需进一步研究。此外，该律第 5 编“特别诉讼程序”规定了“大理院特别权限之诉讼程序”（第 465-471 条）和“感化教育及监禁处分程序”（第 472-476 条）两种有别于普通程序的特殊程序，基于既有文献的判断，后者主要适用于未成年与精神病人，与涉外程序无涉，但前者与大理院的管辖范围（第 6 条）相关，对于其中“妨害国交罪”和外患罪是否包含外国人或涉外因素，系既有研究之欠缺之处，值得进一步研究。

（二）1979 年刑事诉讼法

在建国之后的立法进程中，1979 年刑事诉法与涉外程序相关的条文有 2 条，分别确立了追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法原则（第 12 条），和外国人犯罪或者我国公民侵犯外国人合法权

[1] 例如，外交部、司法部等部门联合在 20 世纪末公布的《关于处理会见在押外国籍案犯以及外国籍案犯与外界通信问题的规制》及《关于处理涉外案件若干问题的规定》等规范性文件。对于不同历史阶段的涉外相关法律规范梳理，可参考郭华主编：《涉外刑事诉讼与司法协助程序》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，和任子孝主编：《罪案诉程手册》，中国检察出版社 1992 年版的内容，以及附录的规律规范整理。

利的刑事案件由中级人民法院管辖（第 15 条）的规定，采取零散式的立法方式的原因在于，立法时我国改革开放尚未起步，对外交流水平不高，外国人犯罪、涉及境外的犯罪甚至国家间的司法协助事项较为鲜见。[1]有观点肯定涉外案件程序的立法必要性，并将此次立法未增设涉外案件的特殊程序的原因，模糊概括为由于立法时的历史条件的限制，导致我国刑事诉讼程序不够完整。[2]

（三）1996 年刑事诉讼法

1996 年刑事诉讼法与涉外程序相关的条文有 3 条，与 1979 年刑事诉讼法相比，新增刑事司法协助原则（第 17 条）并调整我国公民侵犯外国人合法权利的刑事案件的级别管辖（第 20 条），追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法原则（第 16 条）仅调整次序。相关立法材料显示，在 1996 年修法过程中，总结十多年与犯罪斗争出现的新情况时，特别提及犯罪形势发生如下变化，即涉及境外的犯罪增加，如境内外犯罪分子勾结犯罪、赴境外从事公务人员在境外犯罪、犯罪后向境外逃跑或转移赃款等，为侦查取证带来新的问题。[3]可见，随着改革开放的不断扩大，涉外案件数量增加，刑事司法协助问题增多，涉外犯罪、跨境犯罪在当时就已经成为较为棘手的问题，立法机关已有所察觉并通过增加第 17 条刑事司法协助原则的规定，以专门解决涉及境外案件的取证等难题。[4]反观当时在理论界关于修法的研讨中，已有部分学者提出增设涉外案件特殊程序，解决实践中审理涉外案件时无法可依，最终只能依据内部规定办案的问题，以适应进一步扩大对外开放水平的需求，并对增设的必要性及具体的程序设置提出建议。[5]然而最终立法并未采纳增设涉外案件特殊程序的意见，有观点对未增设多种特别程序的原因笼统加以总结，即该次修法“修订”为主，可改可不改或不成熟的暂不修改，慎重态度，条件成熟时考虑增设。[6]

（四）2012 年刑事诉讼法

2012 年刑事诉讼法与涉外程序相关的条文有 2 条，删除了由中院管辖外国人犯罪的规定（第 20 条），保留追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法原则（第 16 条）和刑事司法协助原则（第 17 条）。值得注意的是，本次修法新增“特别程序”一编，针对未成年人犯罪案件等特定案件和一些特殊情况规定了 4 种特别程序，体现了我国对特殊情况的重视，反映了诉讼制度和理念的发展与完善，[7]然而，仍未专章增设涉外案件诉讼程序，目前亦并无相关材料可予以解释说明，从既有立法材料可以推测，立法机关虽然注意到了涉外程序的特殊性，但仍旧认为涉外案件的处理仍未达到专章立法层面的特殊性，从其对调整外国人犯罪案件的级别管辖的解释可见一斑，即原先由中院管辖是因为处于改革开放初期，外国人来往并不多，且涉外案件敏感度高；随着改革开放和对外交流程度的提升，及基层法院治理能力的提高，涉及外国人犯罪案件由基层法院管辖的条件已经成熟。[8]反观

---

[1] 参见朗胜主编：《关于修改刑事诉讼法的决定释义》，中国法制出版社 1996 年版，第 30-31 页。

[2] 陶髦：《完善刑事诉讼程序的思考和建议》，载《政法论坛》1994 年第 4 期，第 66 页。

[3] 参见顾昂然：《立法工作纪事》，中国民主法制出版社 2021 年版，第 483 页。

[4] 参见朗胜主编：《关于修改刑事诉讼法的决定 释义》，中国法制出版社 1996 年版，第 30-31 页；全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2008 年版，第 37-47 页。

[5] 参见崔敏：《中国刑事诉讼法的新发展：刑事诉讼法修改研讨的全面回顾》，中国人民公安大学出版社 1996 年版，第 181-184 页。学者的具体探讨如下，樊崇义：《涉外刑事诉讼程序初探 》，载《政法论坛》1986 年第 5 期；马进保：《论涉外刑事诉讼》，载《法学研究》1991 年第 1 期；李学宽：《试论我国涉外刑事诉讼程序》，载《政法论坛》1993 年第 2 期；程味秋：《适应改革开放　增设特殊程序》，载《政法论坛》1994 年第 4 期；陶髦：《完善刑事诉讼程序的思考和建议》，载《政法论坛》1994 年第 4 期。

[6] 参见崔敏：《中国刑事诉讼法的新发展：刑事诉讼法修改研讨的全面回顾》，中国人民公安大学出版社 1996 年版，第 188-189 页。

[7] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2012 年版，第 314-315 页。

[8] 参见朗胜主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社 2012 年版，第 35-37 页。

理论界，仍有学者持续提出在“特别程序”编增设涉外刑事诉讼程序，并对案件范围、法律适用等作出具体构建。[1]

（五）2018 年刑事诉讼法

2018 年刑事诉讼法与涉外程序相关的条文有 2 条，即追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法原则（第 16 条）和刑事司法协助原则（第 17 条）。立法机关在特别程序编增设缺席审判程序作为第五种特别程序，足见其对特别程序的持续关注，或针对特殊群体或针对特殊罪案，然而始终未将涉外程序纳入特别程序序列。随着十四届全国人大常委会将《刑事诉讼法》修改纳入第一类立法工作计划，新一轮《刑事诉讼法》修订工作已正式启动，部分学者的核心主张在于完成刑事诉讼法的“法典化”“再法典化”抑或“实质法典化”，[2]关于构建涉外刑事程序的讨论亦复归理论界，对立法模式、章节体例乃至名称界定等有所争议。[3]

涉外刑事程序在历次立法进程中的起伏，引发如下思考，第一，立法模式之选择。究竟采取何种立法方式规定涉外刑事程序更为适宜？单行法或纳入刑事诉讼法？零散式抑或专编（章）式？创设特别程序或专编（章）规定某一制度和具体程序标准和基本法理究竟为何？在法典化的立法趋势和强化涉外法治建设的政策背景之下，如何将涉外刑事程序的特殊性融合到法典化进程中？涉外法治是否当然属于涉外刑事程序构建的背景和动因？二者关系为何？第二，立法必要性之反思。立法机关对涉外相关内容的立法表明了对其特殊性的关注，然而将涉外案件管辖权移交给本就办案压力较大的基层法院，无疑与对外交流程度上升导致的涉外案件数量增加趋势略微矛盾，涉外案件的特殊性和敏感性在国际形势愈发严峻复杂时反而会日益提升，效率导向下的碎片化的规定难脱侦查中心主义之嫌，不仅难以全面系统地应对前述难题，亦是对涉外案件和涉外诉讼程序特殊性甚至诉讼当事人合法权益之忽视，究竟特殊性达到何种程度才能使立法机关完善立法？下一步研究中应继续考察立法背景的变化，例如统计近年来涉外案件数量变化趋势，结合涉外案件的影响和国际形势变化，综合评判创设涉外案件刑事程序的必要性。第三，根据权威机关对刑事司法协助原则的释义，主要涉及我国担负着同国际犯罪作斗争的任务，需要加强对外刑事司法协助与合作。[4]鉴于涉外犯罪、跨境犯罪、国际犯罪三者是既相互独立又有所交融的关系，[5]有必要对刑事司法协助之本质和性质进行分析，进一步探求刑事司法协助与涉外程序的关系。

三、涉外刑事诉讼的特别规定和程序运行

关于涉外刑事诉讼的程序及其中的特别规定，我国刑事诉讼法并未作出系统规定，我国缔结和参加的国际条约、公安部规定、高法解释等作了一些具体规定。目前既有研究的研究路径主要有两种，第一种是基于诉讼阶段视角，其中部分研究基于完整诉讼阶段，对办案全流程予以全面阐释；[6]少数研究仅围绕侦查阶段的特殊性展开；[7]少数研究对除侦查起诉阶段以外的其他问题都进行研究。

---

[1] 参见徐静村等：《中国刑事诉讼法（第二次修正案）学者拟制稿及立法理由：条文、释义与论证》，法律出版社 2005 年版，第 305-311 页。

[2] 参见陈光中、陈琼雯：《〈刑事诉讼法〉修改的回顾与展望》，载《法学杂志》2024 年第 2 期。第 14 - 26 页；陈卫东：《中国刑事程序法治文明的新发展》，载《中国社会科学》2022 年第 12 期，第 96 -107 页；张建伟：《刑事诉讼再法典化的契机与基本构想》，载《法治研究》2023 年第 6 期，第 59-74 页。

[3] 例如，有观点明确提出应当在“特别程序”中应增设“涉外犯罪案件诉讼程序”，持此观点的主要有，韩旭：《第四次<刑事诉讼法>修改的法治现代化期待》，载《政法论丛》2024 年第 1 期；蔡元培：《论刑事诉讼中的程序特别与特别程序》，载《环球法律评论》2024 年第 2 期，第 171-172 页。此外，在近期举行的中国刑事诉讼法学研究会全国刑事司法制度专业论坛 2024 年度研讨会上，有学者提出以专编的形式构建涉外刑事诉讼程序。

[4] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2008 年版，第 37-47 页。

[5] 参见张筱薇：《涉外犯罪与跨国犯罪、国际犯罪的比较研究》，载《华东政法学院学报》2006 年第 1 期。

[6] 参见陈卫东、张懿：《刑事特别程序的实践与探讨》，人民法院出版社 1992 年版，第 27-52 页；王铮主编：《涉外刑事程序与刑事司法协助 办案规范指南》，群众出版社 1999 年版；郑旭：《刑事诉讼法学》（第 6 版），中国人民大学

[1]第二种是围绕几类特殊问题展开，不区分具体的诉讼阶段，共性问题包括外国国籍的确认、管辖、强制措施、期间、送达、诉讼主体享有的权利（集中于辩护、探视、会见通信）这几类，[2]亦有少部分研究提及取证、证据的审核认定问题，[3]判决和裁定的报核程序及执行问题。[4]本报告聚焦管辖、侦查、审判程序展开。

（一）涉外刑事诉讼程序的管辖

涉外刑事程序的管辖问题，较普通刑事诉讼程序更为复杂。后者只需在国内司法机关内部进行案件处置权限即可，反观涉外刑事管辖权相关问题，只能在具有涉外因素的刑事案件中产生，因此还需要先行进行不同国家之间处置刑事案件的权力分配，明确何为具有涉外因素的刑事案件，划定涉外刑事程序的受案范围，之后才进入国内管辖权限的分配阶段。

1.受案范围

关于涉外刑事程序的受案范围，主要围绕其位置和外延展开。对于受案范围的位置或研究次序，受案范围乃适用涉外刑事程序的前置性条件，亦与该程序的概念具有一定的联系，因此部分研究或将涉外刑事案件的范围作为“涉外因素”的表现方式之一以界定“涉外刑事程序”的含义，或在界定“涉外刑事程序”后对涉外刑事程序的受案范围进行独立阐述，第一种嵌套式解释方法的不足之处在前文已有所述，而受案范围实际上是确定涉外刑事程序的管辖需要首要解决的问题，将其纳入管辖部分研究更为适宜。

至于受案范围的外延，其实质为“涉外刑事案件”的范围。对于“涉外刑事案件”的基本含义，既有研究经历了以狭义说为主到发掘广义说的历程，狭义说从犯罪构成要素的角度进行理解，认为涉外刑事案件是指在我国境内发生的具有涉外因素的刑事案件，表现在犯罪主体、客体及客观方面具有外国因素；[5]广义说在狭义说的基础上，关注到中国缔结或签署的国际条约所规定的义务范围内的有关刑事案件。基于此，对于“涉外刑事案件”的具体范围，既有研究有狭义、广义和最广义之分，其一，狭义说仅关注刑法对涉外案件的规定，强调外国人在我国领域内犯罪或在领域外侵害我国公

出版社 2018 年版；叶青主编：《刑事诉讼法学》（第 4 版），上海人民出版社 2020 年版；陈光中主编：《刑事诉讼法》（第 7 版），北京大学出版社 2021 年版，第 523-527 页。

[7] 参见赵永琛：《涉外刑事司法解析》，吉林人民出版社 2001 年版；张惠德、沈一波编著：《公安外国人管理》，中国人民大学出版社 2015 年版；金兴聪，郑加佳，余杨凡：《涉外刑事案件的侦查取证探索——以李向南留美故意杀人案为视角》，载《人民检察》2016 年第 18 期。

[1] 参见宋英辉主编：《刑事诉讼法学》（第 7 版），中国人民大学出版社 2021 年版；陈建国：《关于涉外刑事案件审理程序》，载《人民司法》1994 年第 10 期。

[2] 参见樊崇义：《涉外刑事诉讼程序初探》，载《政法论坛》1986 年第 5 期；马进保：《论涉外刑事诉讼》，载《法学研究》1991 年第 1 期；李学宽：《试论我国涉外刑事诉讼程序》，载《政法论坛》1993 年第 2 期；程味秋：《适应改革开放　增设特殊程序》，载《政法论坛》1994 年第 4 期；陈国庆、何秉群主编：《中国诉讼制度与改革》，中国人民公安大学出版社 2001 年版；孙长永主编：《刑事诉讼法学》（第 4 版），法律出版社 2019 年版，第 508-512 页；樊崇义：《迈向理性刑事诉讼法学》（第 2 版），中国人民公安大学出版社 2020 年版

[3] 参见陈卫东：《<刑事诉讼法>第四次修改前瞻》，载《政法论坛》2024 年第 1 期；郭华主编：《涉外刑事诉讼与司法协助程序》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，陈曾侠：《涉外刑事案件证据问题研究》，载《政法学刊》1995 年第 3 期；金兴聪，郑加佳，余杨凡：《涉外刑事案件的侦查取证探索——以李向南留美故意杀人案为视角》，载《人民检察》2016 年第 18 期；赵永琛：《涉外刑事案件侦查中的几个问题》，载《公安大学学报》1994 年第 3 期；赵永琛：《涉外刑事司法解析》，吉林人民出版社 2001 年版，第 94-97 页。此外，亦有研究以跨境取证为对象，例如冯俊伟：《跨境取证中非法证据排除规则的适用》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020 年第 3 期，叶媛博：《我国跨境电子取证制度的现实考察与完善路径 》，载《河北法学》2019 年第 11 期等。

[4] 参见马进保：《论涉外刑事诉讼》，载《法学研究》1991 年第 1 期；陈国庆、何秉群主编：《中国诉讼制度与改革》，中国人民公安大学出版社 2001 年版。

[5] 参见赵永琛：《涉外刑事司法解析》，吉林人民出版社 2001 年版，第 61 页。

民合法权益的属于受案范围。其二，广义说的内容与高法解释的规定密切相关，历次高法解释皆采用明确列举+无兜底式的立法方式，且皆结合刑法规定基于犯罪构成要件角度加以列举，且持续保持从广义角度理解涉外刑事案件基本含义，认为国际条约义务范围内行使管辖权的案件亦属于涉外刑事案件，具言之，1998 年高法解释第 313 条明确列举了 3 种涉外刑事案件，且无兜底条款，基本奠定了涉外刑事案件范围的基本框架，2012 年高法解释第 392 条在维持原有框架的基础上增加了 1 种涉外刑事案件作为第（二）项；2021 年高法解释第 475 条在维持 4 种涉外刑事案件范围的基础上调整了些许措辞，因此，既有研究往往直接借用高法解释的相关规定。然而，在高法解释颁布之前，学者们众说纷纭，通过拆分不同犯罪构成要件、明确列举不同的涉外刑事案件种类，存在一定的共性，但其中差异不容忽视。最广义说实际上改变了涉外刑事案件的固有性质，将涉及国际刑事司法协助的非典型的涉外刑事案件纳入其中，即犯罪构成要件可能不具备涉外性，但诸如取证、文书送达等诉讼活动涉及外国。

随着对外交流水平的提升和涉外法治建设的发展，涉外刑事案件的范围厘定应当在坚守原则和底线的基础上与时俱进，同时具备国内国外两个视阈，亦需要和涉外刑事程序的界定相对应和相衔接；此外，其界定标准有待明确，究竟是否以犯罪构成要件为主，以及能否考虑同时适用刑事案件（证据+人）的构成要件标准？抑或适用其他标准，皆有待进一步研究。

2.涉外案件的域内管辖划分

既有研究对涉外刑事程序的域内管辖权分配，主要从立案管辖、移送审查起诉时的管辖规则、审判管辖、地域管辖、指定管辖及管辖权冲突角度进行研究。

关于涉外刑事程序的立案侦查、移送审查起诉的管辖。刑事诉讼法历史上曾对涉外刑事案件的审判管辖从中级法院调整为基层法院，但始终并未对涉外刑事案件的立案侦查、移送审查起诉的管辖作出明确规定。在既有观点中，绝大多数都默认公安机关是立案受理侦查涉外刑事案件的当然主体，移送审查严格依据“同级对同级原则”加以确定；极少数观点提出涉外刑事管辖的立案受理分工应与普通刑事犯罪案件相同，例如自诉案件由人民法院直接受理等；基本所有观点皆对具体由哪一级公安机关管辖提出建议，例如，根据案件性质等加以区分；直至 1998 年《公安机关办理办理刑事案件程序规定》第 325 至 330 条明确规定了六类不同情形下的侦查管辖规则，既有研究对此问题的研究皆表现为对前述法律规定的梳理和罗列。

关于涉外刑事程序的审判管辖。刑事诉讼立法自 1979 年起便对此问题作出明确规定，由中级人民法院管辖外国人犯罪或者我国公民侵犯外国人合法权利的第一审刑事案件，部分观点对此做法表示肯定，主张涉外案件极具复杂性，应当在坚持此原则的基础上，适当采用一些灵活变通管辖的方法可以解决实践中存在的问题，必要时（如外国人犯普通犯罪，判处无期徒刑以上的等 4 类情况）可以再提高审级直至最高法院。[1]绝大多数观点批驳此规定，认为实质上给予了外籍犯罪嫌疑人“超国民”待遇，违反了法律面前人人平等原则，是对我国主权原则的侵犯，主张降低审级与普通刑事案件保持一致。1996 年修改刑事诉讼法将涉外刑事案件的管辖权调整至基层法院，并维持至今，多数观点认为符合刑事诉讼法规定的中院、高院和最高法院管辖范围的涉外刑事案件，也应似普通刑事案件一般提高审级。根据 2013 年最高人民法院等部门联合发布的《关于外国人犯罪案件管辖问题的通知》，由各地中级法院根据辖区内案件数量情况决定指定集中管辖或提级管辖，在实践中形成了审判管辖的集中模式。

关于涉外刑事程序的地域管辖和指定管辖。既有研究中仅部分学者关注到此部分内容，对于前者，皆认为涉外刑事案件亦适用刑事诉讼法规定的“犯罪地”“被告人居住地”法院管辖的原则，同时适用高法解释的相关规定，[2]亦有学者注意到本国领域外的涉外刑事案件的管辖很不明确，建议由主管机关指定管辖。[3]对于后者，基本认为适用普通刑事案件的指定管辖规则。此外，仅有极少数学者关

---

[1] 参见樊崇义：《涉外刑事诉讼程序初探》，载《政法论坛》1986 年第 5 期，第 13-15 页；樊崇义：《迈向理性刑事诉讼法学》（第 2 版），中国人民公安大学出版社 2020 年版，第 699 页

[2] 参见孙长永主编：《刑事诉讼法学》（第 4 版），法律出版社 2019 年版，第 509-510 页。

[3] 参见赵永琛：《涉外刑事司法解析》，吉林人民出版社 2001 年版，第 72 页。

注到涉外刑事案件的管辖权豁免及其处理问题。[1]

（二）涉外刑事诉讼的侦查程序

刑事诉讼法并未对涉外刑事案件的侦查程序作详细规定，司法解释、部门规章甚至规范性文件等构成了基本依据。例如，公安部规定自 1987 年起便对涉外案件的立案管辖、强制措施、翻译及探视通信等问题有所规定，1995 年 6 月 20 日，外交部等联合发布《关于处理涉外案件若干问题的规定》明确了刑事诉讼各个阶段领事探视的安排机关及基本操作规则，公安部于 1996 年 3 月 12 日发布《公安部关于公安机关执行<关于处理涉外案件若干问题的规定>中有关问题的通知》，强调实践中存在的拘留后未及时通知犯罪嫌疑人国籍国驻华使领馆、非执法部门随意限制外国人人身自由甚至扣留外国人护照等问题，并明确通知制度的有关的具体事项及程序运行规则。

整体而言，关于涉外刑事诉讼侦查程序的研究所涉主题广泛，整体性研究欠缺，且呈现出数字时代背景前后研究热度和重点不同的特征，亦展现出不同的研究逻辑。早期研究偏好研究涉外刑事程序的特殊性，侧重于研究侦查程序中的通知、与外事部门联系等特殊规定，以及外籍犯罪嫌疑人在北上广深等聚集区犯罪趋势和特点，研究的逻辑起点为犯罪主体涉外性导致的诉讼活动具有特殊性，但是由于对涉外刑事诉讼程序的界定不清，存在模糊涉港澳和涉外刑事程序界限的问题。在数字网络时代，涉及涉外刑事侦查程序的研究主要散见于关于国际刑事司法协助、跨境取证、网络犯罪取证、侦查体制改革等内容，与早期逻辑不同，其研究起点实质上是证据涉外性导致诉讼活动具有特殊性，本报告在研究时应注意两种研究思路的异同，并注意与本报告确定涉外刑事诉讼程序的内涵和界定标准的立场相衔接。引发的思考如下：其一，关于涉外刑事诉讼侦查程序的研究，究竟基于何种逻辑展开更为合适？立足时代变革分析取证措施变化，抑或区分传统和特殊取证措施，抑或基于涉外刑事程序特殊性探讨特殊制度，抑或区分不同的犯罪类型的方式？其二，关于特殊制度安排，通知报告制度属于有明确法律依据的特殊程序，然而其在不同诉讼阶段皆有不同程度的要求，既具有共性亦有差异，在结构安排上是否有必要提炼抽象后统一论述？是否有必要将通知、报告、层报、通报等程序分开阐释？其三，关于常规性取证措施的研究，有无必要对所有常规性取证措施需要注意的事项进行全面阐释？与普通刑事案件侦查措施的适用有何本质上的差异？目前既有研究反映的共性问题，集中于基于涉外属性产生的翻译、与外事部门联系、外交特权和豁免权等问题，在其他诉讼阶段中亦存在，在写作框架上提炼抽象为整个诉讼阶段共性问题进行探讨更为合适，但是对于涉外毒品犯罪侦查中暴露出的适用独特的侦查措施 （如跨国通缉、跨国控制下交付等）的情形，需要思考其与传统侦查措施的异同，重视后者在网络空间领域的适用条件，以及适用空间的跨领土的正当性。其四，关于特殊取证方式的种类，既有研究中多数观点将国际刑事司法协助与涉外刑事诉讼程序并列阐释，且提及跨境取证、国际警务合作等多种方式，是否皆适用于涉外刑事侦查程序？需要在清楚界定涉外刑事程序内涵的基础上进行思考。其五，关于涉外毒品犯罪侦查中暴露出的外交代替法律规定的情况，需要进一步作类案分析，审查是否能够成为普遍性问题。

（三）涉外刑事诉讼的审判程序

关于涉外刑事诉讼的审判程序，刑事诉讼法并未作出特殊安排，高法解释自 1998 年起便以专章对涉外刑事案件审理程序作出规定，涉及外国国籍确认、公开审理、探视会见通信、辩护等问题。既有研究亦自 20 世纪 90 年代起对涉外刑事诉讼审判程序有所关注，讨论范围除增加了实践样态考察外，与高法解释所涉问题大体一致。其中关于外国国籍确认、辩护等问题已在在其他部分阐释，在此不再赘述。

关于审判原则。既有研究认为审判程序既需要遵循国家主权原则、遵守国际（双边）条约等涉外刑事诉讼基本原则进行依法审判，[2]由于涉外案件政策性强和国际影响大，还需要注意从严把关和灵活性的平衡，主要体现在内部报核程序、通知通报程序、与外事部门联系以及量刑程序方面。需要注意的是，此种对审判的灵活性和外事关系的过于考虑，以及改革开放初期刑事政策强调慎重办理涉外刑事案件，在立法和司法实践中表现为刑事司法的过度礼遇，即便后期刑事政策发生微妙转

---

[1] 参见赵永琛：《涉外刑事司法解析》，吉林人民出版社 2001 年版，第 73-74 页。

[2] 参见徐翠萍：《涉外刑事审判原则及程序初探》，载《犯罪研究》1999 年第 5 期。

变，但超国民待遇问题仍遗留至今，例如，近十年仍存在外国人犯罪案件在适用刑罚时畸轻（例如毒品犯罪量刑普遍低于我国公民）、检察机关甚少提起抗诉，甚至部分省份规定的构罪起诉的标准上也内外有别等现象。

关于审判中的特殊程序。既有研究提及以下五类，第一，与外事部门联系，部分研究将其上升至法律原则地位；[1]部分研究对其进行专门研究，不放置于任何各个诉讼阶段；[2]部分研究在审判程序进行探讨，认为应当将其法定程序化，即聘请外事部门参加陪审听取其意见。[3]第二，通知通报程序，绝大多数研究主要梳理了高法解释列举的 4 种通知情形（庭审相关信息、案件处理结果、死刑执行前或外籍当事人死亡的）以及通知的程序等规定（第 479-480 条），[4]仅少数研究阐释了法院关于相关事项的通报与通知的义务来源，即通报外事部门源于涉外刑事案件的涉外性、保障当事人合法权益及保证案件审理过程顺利进行；通知当事人国籍国驻华使领馆系对《维也纳领事关系公约》和我国签订的双边领事条约义务之承担。[5]第三，内部报核程序，或称内部通报和审核程序，既有研究集中于 20 世纪 90 年代，源于对涉外刑事案件特殊性、敏感性、政治性以及判决终结性的强调，主张采取在审判生效前提请上级审判机关审核，[6]或依据案件类型和性质必要时提高审级、联席会议等方式从严把关，[7]并对实践中的内部审核程序进行梳理。[8]第四，审判公开与旁听。既有研究皆基于刑事诉讼法和高法解释（第 483 条）的规定进行探讨，涉外刑事案件公开审理与否的判断标准与普通刑事案件一致，对使领馆官员要求旁听公开审判的涉外刑事案件皆无异议，[9]并梳理参与旁听的程序及遵守的规则；[10]仅少数研究关注到旁听不公开审判的涉外刑事案件的问题，由于现行法律规范并未明确，因此存在不同理解，部分研究认为应当先审查两国签订的领事条约有无有关义务，如果没有应然义务就商同级外事部门解决，[11]部分研究认为不公开审理的涉外刑事案件任何人不得旁听，包括驻华使领馆官员。[12]第五，探视、会见通信程序，高法解释对此有明确规定（第 481-482 条），仅少数研究关注此问题，主要是列举高法解释的相关规定，即法院负有告知外籍当事人享有探视、会见通信、提供翻译、辩护等权利的义务，并对申请探视和会见通信制定相应的程序安排。[13]

关于证据的审查认定。主要关注以下几点：第一，境外证据的证据资格，既有研究认为目前的

---

[1] 参见叶青主编：《刑事诉讼法学》（第 4 版），上海人民出版社 2020 年版。

[2] 参见樊崇义：《涉外刑事诉讼程序初探》，载《政法论坛》1986 年第 5 期；樊崇义：《迈向理性刑事诉讼法学》（第 2 版），中国人民公安大学出版社 2020 年版，第 699-702 页；

[3] 参见陈卫东、张懿：《刑事特别程序的实践与探讨》，人民法院出版社 1992 年版，第 36-41 页。

[4] 参见郑旭：《刑事诉讼法学》（第 6 版），中国人民大学出版社 2018 年版，第 349 页；陈光中主编：《刑事诉讼法》（第 7 版），北京大学出版社 2021 年版，第 526 页；宋英辉主编：《刑事诉讼法学》（第 7 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 478-479 页。

[5] 参见宋英辉主编：《刑事诉讼法学》（第 7 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 478-479 页。

[6] 参见马进保：《论涉外刑事诉讼》，载《法学研究》1991 年第 1 期，第 53 页。

[7] 参见陈卫东、张懿：《刑事特别程序的实践与探讨》，人民法院出版社 1992 年版，第 36-41 页。

[8] 参见徐翠萍：《涉外刑事审判原则及程序初探》，载《犯罪研究》1999 年第 5 期。该文作者系上海市一中院法官，文章是对上海市一中院涉外刑事案件实践做法的总结。

[9] 参加陈光中主编：《刑事诉讼法》（第 7 版），北京大学出版社 2021 年版，第 526 页；宋英辉主编：《刑事诉讼法学》（第 7 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 478-479 页；郑旭：《刑事诉讼法学》（第 6 版），中国人民大学出版社 2018 年版，第 349 页；郭华主编：《涉外刑事诉讼与司法协助程序》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，第 659-660 页；王铮主编：《涉外刑事程序与刑事司法协助 办案规范指南》，群众出版社 1999 年版，第 61-62、74-77 页

[10] 参见王铮主编：《涉外刑事程序与刑事司法协助 办案规范指南》，群众出版社 1999 年版，第 61-62、74-77 页。

[11] 参见郭华主编：《涉外刑事诉讼与司法协助程序》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，第 659-660 页。

[12] 参见宋英辉主编：《刑事诉讼法学》（第 7 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 478-479 页。

[13] 参见陈光中主编：《刑事诉讼法》（第 7 版），北京大学出版社 2021 年版，第 526 页。

境外证据采纳标准较为“宽松”，即能够证明案件事实且符合刑事诉讼法规定的境外证据具有笼统的证据资格，但对于“符合刑事诉讼法”的程度存在不同理解，传统观点为“严格说”，即域外取证的主体、程序和权利保证等都需符合我国刑事诉讼法律规范，新派观点持“实质说”，即实质上符合刑事诉讼法的精神即可，无需完全符合刑事诉讼法的全部规定，承认其他国家刑事诉讼法和我国的程序性差异。[1]需要注意的是，立法和理论探讨皆区分通过国际刑事司法协助等手段和当事人及其辩护人、诉讼代理人提供的境外证据，前者当然具有刑事证据资格，后者需要额外履行外交机关认证和公证机关证明等证明手续，有观点对于后者属于证据资格要件存在质疑，认为公证认证程序应当是证明力保障条款。[2]第二，境外证据的审查认定，既有研究梳理了域外证据可采性和证明力的审查要点，侧重于非法证据排除规则、直接言词原则、疑罪从无原则等原则，例如，肯定非法证据排除规则具有域外效力、[3]阐释涉外刑事案件坚持非法证据排除规则的重要性，[4]提出类型化审查方法，[5]以及涉外刑事案件的特殊性要求确立直接言词原则，坚持证人直接作证，还需注意世界各国普遍确立无罪推定原则，我国在证据不足等情形下应当作出有利于被告人的解释。[6]第三，提供外文书证是否需要附中文译本，既有研究对此存在不同理解，有观点认为根据我国刑事诉讼中使用中国通用语言文字的原则，都应将外文书证交有资质的翻译机构进行翻译，提交外文书证附中文译本；[7]有观点认为应当根据是否负有举证责任加以区分，对于有举证责任的当事人（公安案件的公诉人/自诉人/刑事附带民事诉讼的当事人）提供的用以说明其诉讼主张的外文书证，应当要求必须附有中文译本，反之则不宜要求必须附有中文译本，可以为其聘请翻译。[8]

四、余论

2023 年 11 月 27 日，习近平总书记在二十届中央政治局第十次集体学习时指出，“涉外法治作为中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，事关全面依法治国，事关我国对外开放和外交工作大局”，同时对加强涉外法制建设、营造有利法治条件和外部环境作出重大战略部署。涉外刑事法治研究是涉外法治工作布局中的关键一环，我国刑事诉讼法有必要对涉外刑事诉讼法制建设的迫切需求作出回应。

随着全球化的不断推进，涉外刑事案件数量有显著增长，这不仅对我国刑事司法体系提出了新的挑战，也对涉外刑事诉讼程序的完善提出了迫切需求。传统的刑事诉讼法律框架在处理国际刑事案件时往往显得力不从心，无法有效解决跨国犯罪调查、证据获取、审判及执行等问题。本报告探讨了我国涉外刑事诉讼的特别程序的基本概念、立法沿革、程序运行等内容，为涉外刑事诉讼的特别程序提供基本思路。然而，程序构建之路任重道远，本中心还会继续深入研究并组织研讨，论证具体条文设计方案，以期为涉外刑事法制建设有所裨益。

---

[1] 参见冯俊伟、温夏蕾：《域外刑事证据的审查运用——基于我国立法的分析》，载《人民检察》2024 年第 9 期，第 64-67 页；陈苏豪：《证据性权利：跨境刑事证据的一个阐释框架》，载《证据科学》2023 年第 2 期。

[2] 参见郭华主编：《涉外刑事诉讼与司法协助程序》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，第 659-660 页；宋英辉主编：《刑事诉讼法学》（第 7 版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 478-479 页。

[3] 参加冯俊伟：《跨境取证中非法证据排除规则的适用》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020 年第 3 期。

[4] 参见陈曾侠：《涉外刑事案件证据问题研究》，载《政法学刊》1995 年第 3 期，第 4-6 页。

[5] 参见冯俊伟：《刑事司法协助所获证据的可采性审查:原则与方法》，载《中国刑事法杂志》2017 年第 6 期。

[6] 参见陈曾侠：《涉外刑事案件证据问题研究》，载《政法学刊》1995 年第 3 期，第 4-6 页。

[7] 参见郭华主编：《涉外刑事诉讼与司法协助程序》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，第 659-660 页。

[8] 王铮主编：《涉外刑事程序与刑事司法协助 办案规范指南》，群众出版社 1999 年版，第 61-62、74-77 页。

涉外刑事诉讼的立法进路：体例、逻辑与技术

郭志媛 丁鼎*

摘 要：第四次刑事诉讼法的修改为涉外刑事诉讼入法提供了历史契机，涉外刑事诉讼制度的构建又反作用于刑事诉讼的法典化进程。随着我国对外开放的深化和外部法律风险的提升，涉外刑事诉讼应当以何种体例、逻辑和技术入法成了亟需回答的问题。在立法体例上，以刑事诉讼和民事诉讼法域为参照，以程序特别理论和特别程序理论为支撑，应当采取附随集中型下的独立成编模式；在逻辑机理上，应当弥合我国现状与国际标准的脱节、协调刑事诉讼法与法外规范的龃龉、融贯法律内部前文与后文的关系；在立法技术上，应当采用纳入多元主体、适用联动修改、明确授权性条款的具体内容、设置周延性规范的留白地带的立法结构技术和立法语言技术。

关键词：涉外刑事诉讼 刑事诉讼法典化 特别程序 立法技术

2014 年《中共中央关于全面推进依法治国若干问题的决定》首次在党的纲领性文件中提出完善涉外法律法规体系，2023 年习近平总书记在二十届中共中央政治局第十次集体学习时强调，要加强涉外法治的体系建设和能力建设，为中国式现代化营造有利的法治条件和外部环境。随着我国对外开放的深化，外部的法律风险和挑战亟需应对手段，涉外法治建设的战略高度不断提升，涉外刑事诉讼作为涉外法治体系的重要组成部分，进入了更多研究者的视野。

回顾立法进程，我国涉外刑事诉讼制度的发展呈现缓慢和滞后的特点。1987 年《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》仅涉及我国对条约义务内涉外案件的刑事管辖权；1995 年《关于处理涉外案件若干问题的规定》系对刑事、民事、行政等涉外案件的笼统规定，且涉外刑事案件的定义已与 2021 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法》>的解释》（简称《高法解释》）的规定有所出入；[1]2000 年的《引渡法》和 2018 年的《国际刑事司法协助法》虽然包含涉外刑事案件，但侧重点为引渡和刑事司法协助的条件和程序，仅为涉外刑事诉讼制度的部分内容；2019 年的《人民检察院刑事诉讼规则》（简称《高检规则》）第 294 条规定了特定涉外案件中逮捕犯罪嫌疑人的审批程序，第十六章为“刑事司法协助”的审查主体、程序、执行和监督等内容；2020 年《公安机关办理刑事案件程序规定》（简称《公安机关程序规定》）第十二章“外国人犯罪案件的办理”规定了办案原则、管辖机关、办案程序，强制措施、判决执行等问题；2021 年的《高法解释》第二十章为“涉外刑事案件的审理和刑事司法协助”，对涉外刑事案件的分类、管辖、原则、程序等作了较为详细的规定。最为重要的是，历经 1996 年、2012 年、2018 年三次修改，我国《刑事诉讼法》始终未出现涉外刑事诉讼的专门篇章，仅在第 17 条和第 18 条规定了外交豁免权和刑事司法协助，即使缺席审判程序和违法所得没收程序包含涉外因素，但涉外刑事诉讼仍然在这部法典中缺乏基础的制度框架。

值此刑事诉讼法第四次修改之际，有学者提出在修改后的刑事诉讼法中增设涉外案件诉讼的特别程序。[2]实际上，这种呼声早在 90 年代就已经存在，[3]但涉外刑事诉讼制度屡次错过修法的顺风车，始终被排斥在刑事诉讼法之外。在我国投身全球治理浪潮，不断提升对外开放水平的今天，涉外刑

---

* 郭志媛，中国政法大学教授、博士生导师；丁鼎，中国政法大学博士研究生。

[1] 《关于处理涉外案件若干问题的规定》总则第一项:“本规定中 " 涉外案件 " 是指在我国境内发生的涉及外国、外国人（自然人及法人）的刑事、民事经济、行政、治安等案件及死亡事件。”《高法解释》第 475 条规定:“本解释所称的涉外刑事案件是指:（一）在中华人民共和国领域内，外国人犯罪或者我国公民对外国、外国人犯罪的案件;（二）符合刑法第七条、第十条规定情形的我国公民在中华人民共和国领域外犯罪的案件;（三）符合刑法第八条、第十条规定情形的外国人犯罪的案件;（四）符合刑法第九条规定情形的中华人民共和国在所承担国际条约义务范围内行使管辖权的案件。”

[2] 参见韩旭:《第四次<刑事诉讼法>修改的法治现代化期待》，载《政法论丛》2024 年第 1 期。

[3] 参见陈光中:《关于修改刑事诉讼法结构体系的设想》，载《政法论坛》1994 年第 4 期；程味秋:《适应改革开放 增设特殊程序》，载《政法论坛》1994 年第 4 期；李学宽:《试论我国涉外刑事诉讼程序》，载《政法论坛》1993 年第 2 期。

事诉讼入法的必要性和紧迫性已无需赘述。但涉外刑事诉讼应当以何种体例入法，遵循怎样的逻辑机理，采取什么样的立法技术，都是亟需回答的问题。

一、立法体例的选择

涉外刑事诉讼法存在三种立法体例：制定单行的涉外刑事诉讼程序法、在刑事诉讼法典中设立专门篇章、在刑事诉讼法典及相关法规中规定涉外刑事诉讼程序。[1]这三种体例又可分为集中型和分散型，集中型对应制作单行法和在刑事诉讼法典中增加专门篇章，因此又可称为独立集中型和附随集中型；分散型对应在相关法规中规定涉外刑事诉讼的内容，我国目前采取这种方式，涉外刑事诉讼的规定分散在《刑法》《刑事诉讼法》和相关司法解释中。鉴于制定单行法任务浩繁，分散规定又缺乏指导意义，在即将修改的刑事诉讼法中集中规定，即采取附随集中型立法似更可取。而在这种体例之下，又可分为独立成编模式与特别程序模式。笔者认为，应当在本次修法中采取附随集中型下的独立成编模式，增设“涉外刑事诉讼程序的规定”一编。

（一）法域参照下的体例审视

刑事诉讼法域视角下，最为重要的参照当属刑事诉讼法及相关司法解释。《高法解释》第二十章为“涉外刑事案件的审理和刑事司法协助”，其下又分为第一节“涉外刑事案件的审理”和第二节“刑事司法协助”；《公安机关程序规定》第十二章为“外国人犯罪案件的办理”，第十三章为“刑事司法协助和警务合作”；《高检规则》第十六章为“刑事司法协助”。由此可见，刑事司法协助是涉外刑事诉讼的重要内容，涉外刑事诉讼的内涵和外延又大于刑事司法协助。因此对于如何处理两者的关系，司法解释做出了不同的选择。有将“涉外刑事案件”与“刑事司法协助”作为独立的两章，以实现各自内容更为详尽明晰的效果；也有将“涉外刑事案件”与“刑事司法协助”作为一章下的两节，以强调两者之间的紧密联系。在刑事诉讼法中如何安排，既要考虑法典体系的融贯性，也要考虑法典外规范的一致性。

我国《刑事诉讼法》采取编、章、节的模式，五编分别为总则、立案侦查和提起公诉、审判、执行、特别程序。由于司法解释采取章、节的模式，因此司法解释中的“章”在结构上对应了刑事诉讼法中的“编”。如果将司法解释的体例照搬过来，就会得出应当在五编之外增加编的结论。如只增设第六编，第六编为“涉外刑事诉讼程序的规定”，刑事司法协助为其下一章；如增设第六编和第七编，第六编为“涉外刑事诉讼程序”，第七编为“刑事司法协助”。鉴于我国已于 2018 年出台了《国际刑事司法协助法》，刑事诉讼法无需大量规定刑事司法协助的内容，必要时援引法典外规范，就足以解决实务中的大多数问题。因此本文中的独立成编模式指在刑事诉讼法中增设第六编“涉外刑事诉讼程序的规定”。而特别程序模式则指向在刑事诉讼法第五编“特别程序”中增设一章“涉外刑事案件的诉讼程序”。笔者认为，涉外刑事诉讼采取独立成编模式入法更为恰当，理由如下：

第一，涉外刑事诉讼独立成编模式更符合本次刑事诉讼法修改的法典化趋势。多数学者认为，第四次修法应当采用体系化、编纂型的法典立法模式，[2]扩充刑事诉讼法的条文数量和内容，进行应改尽改的大规模修法。[3]一方面，我国存在与德、法等国家一脉相承的大陆法系传统，这些国家的法典在数量和内容上极为丰富完备，效力在刑事法域内最高；另一方面，我国现存刑事诉讼法条文较少，密度较低，司法解释“法外立法”的情况泛滥，导致刑事诉讼法被变相架空。因此法典化和一元化是未来刑事诉讼的立法趋势。[4]与大刀阔斧的修法相呼应，涉外刑事诉讼立法也应遵循内容详尽、体系完备、实践包容性和指导性强的立法原则。如果仅将涉外刑事诉讼作为编、章、节三级结构中的第二级，其内容承载量必然与第一级存在差别，由于法条数量的限制，刑事司法协助也难逃仅由两三个法条简略表述的命运，这与刑事诉讼法典化的趋势不符。

第二，涉外刑事诉讼独立成编模式更符合刑事诉讼法整体融贯性和局部差异性的要求。如前所述，我国现存的五种特别程序受刑事诉讼法总则的约束程度较高，即在一般原则、管辖、送达等方

---

[1] 陈光中主编：《刑事诉讼法》（第七版），北京大学出版社 2021 年版，第 518 页。

[2] 参见前注韩旭文。

[3] 参见陈卫东：《论刑事诉讼的法典化》，载《中国法学》2021 年第 3 期。

[4] 参见卞建林、孔祥伟：《论刑事诉讼法的修法技术》，载《法学》2020 年第 6 期。

面少有特殊要求。当然，如未成年人刑事案件诉讼程序之中，要坚持教育、感化、挽救的方针，贯彻教育为主、惩罚为辅的特殊原则；如缺席审判程序中，符合缺席审判条件的案件，由犯罪地、被告人离境前居住地或者最高人民法院指定的中级人民法院组成合议庭进行审理。但这种特殊规定，仅用一两个法条就足以表述清楚，远未至如涉外刑事诉讼一般的复杂程度和丰富体量。如将涉外刑事诉讼作为特别程序一章，自然可以在章下设立包含原则、管辖、强制措施等若干节，但现有特别程序的章下无一单独设节，涉外刑事诉讼单独设节的做法不仅稍显突兀，也会破坏其现有特别程序立法体例的一致性。而不设节，又难以涵盖涉外刑事诉讼的全部内容，或造成法条冗长、结构不明晰的问题。因此从保持刑事诉讼法的整体融贯性和局部差异性的角度考量，涉外刑事诉讼应当与特别程序的立法体例有所区别。

从民事诉讼法域的视角入手，能够为涉外刑事诉讼入法开拓多维度的思路。民事诉讼法中同样存在特别程序，作为第二编“审判程序”下的第十五章。民事特别程序对于涉外刑事诉讼入法的借鉴意义不大，这是由于：第一，民事特别程序中既包括诉讼程序也包括非诉程序，其内涵与外延均不确定，学界对于该种程序分类也存在较大争议，不乏有取消特别程序一章的声音。[1]与此相比，刑事特别程序主要针对特殊主体或特定类型的案件，规范对象和立法原则较为明确。第二，民事特别程序规定在“审判程序”一编，但刑事案件区别于民事案件，其内容不仅局限于审判程序，还包括侦查、起诉和执行等程序。第三，民事特别程序一章的第一节为“一般规定”，其中审理期限、审理主体、一审终审等适用所有民事特别程序，但刑事特别程序中显然不存在这样的概括性规定。相较之下，民事诉讼法中的涉外民事诉讼的独立成编模式能够为涉外刑事诉讼提供有益经验与实践参考。我国民事诉讼法采取编、章、节的模式，四编分别为总则、审判程序、执行程序、涉外民事诉讼程序的特别规定。在“涉外民事诉讼程序的特别规定”一编下，又分为一般原则、管辖、送达调查取证期间、仲裁、司法协助五章。虽然涉外刑事诉讼不涉及仲裁，但讯问、强制措施、探视等内容只多不少，因此借鉴涉外民事诉讼的立法体例，采取独立成编模式也更为妥当。

（二）理论支持下的体例选择

仅仅从刑事诉讼及民事诉讼法域视角出发，以现存的法律规范为参考，似乎还缺乏理论上的说服力。事实上，独立成编模式还能够从积极和消极两个层面得到程序特别理论和特别程序理论的支持。程序特别，指向一种因社会形势和价值观念的变化，对特定主体或案件的追诉程序进行特别规定的一种立法现象。特别程序，指向刑事诉讼法中的五种特别程序，是程序特别现象发展到一定阶段的产物。[2]

从积极层面来看，涉外刑事诉讼以独立成编模式入法符合程序特别理论的要求。根据程序特别理论，程序特别有单行模式、附属模式和专章模式，在本文的语境中，主要表现为专章模式。专章模式指对某一类特别化程序进行集中规定，既包括简易程序、速裁程序等，也包括五种特别程序，因此程序特别的涵盖范围要广于特别程序。有学者认为，程序特别现象发展到一定阶段必然会产生特别程序，[3]笔者对此持不同观点。简易程序、速裁程序虽然也是程序特别的表现形式，但并不一定要发展成为与五种特别程序并列的“简易特别程序”和“速裁特别程序”。简易程序和速裁程序并不像其他五种特别程序一样针对特定群体和案件，虽然存在部分条件限制和排他性规定，但仍具有较强的普适性，根本原因是其配套的认罪认罚从宽制度本就适用于刑事诉讼全流程，以形成高效的案件分流机制。此外简易程序、速裁程序只适用于一审案件，因此将其作为第三编第二章“第一审程序”下的第三节和第四节是较为合理的。既然程序特别现象不一定转化为特别程序模式，但立法仍然具有精细化、全面化的要求，那么以“编”的方式将涉外刑事诉讼加入法典，既可以解决迫切的实践需求，又可以规避特别程序模式下的种种桎梏。

从消极层面来看，涉外刑事诉讼以特别程序模式入法并不符合特别程序理论的要求。根据特别程序理论，特别程序的性质有三种不同的学说，分别为普通程序对立说、特别实体法实现说、权利

---

[1] 参见吴英姿：《民事程序分类研究》，载《上海政法学院学报》2024 年第 1 期。

[2] 参见蔡元培：《论刑事诉讼中的程序特别与特别程序》，载《环球法律评论》2024 年第 2 期。

[3] 参见前注蔡元培文。

流动保护说，其中第三种权利流动保护说较为合理。[1]权利流动保护说，指特别程序是在一审普通程序基础上，对特定群体和特定案件类型进行赋权型程序设置或克减型程序设置的程序。质言之，对特定群体和特定案件进行何种程度的权利保护和克减是设置特别程序的决定性标准。[2]但是涉外刑事诉制度构建中所遵循的思路，恰恰与权利保护流动说是相反的。涉外刑事诉讼的重要原则之一为诉讼权利义务平等原则，即外国人在我国参加刑事诉讼，应当与我国公民一样享有我国法律规定的权利，承担我国法律规定的义务。[3]这意味着涉外案件中的被追诉人不享有任何特权，也不遭到任何歧视，对其权利的保护不具有流动性而具有稳定性。如果说缺席审判程序的价值取向是打击贪污犯罪的政策考量，未成年人刑事案件程序的价值取向是保护未成年的人文关怀，公诉案件和解程序的价值取向是尊重意思自治和修复社会关系的协商司法，因此使得权利流动存在正当性的话，涉外刑事案件回应实践需求、接轨国际社会、加深对外开放等价值考量，都无法当然证成应对涉外案件中被追诉人的权利进行特殊处置。

二、逻辑机理的印证

涉外刑事诉讼立法的逻辑机理，指涉外刑事诉讼入法当如何处理国际与国内、法内与法外、前文与后文之间的特殊关系，实现立法逻辑的印证和自洽。主要包括以下内容：

（一）我国现状与国际标准的弥合

根据外交部网站发布的不完全统计数据，2021 年中国对外缔结的国家间、政府间和政府部门间的双边条约、协定及其他具有条约、协定性质的文件共 100 余项，[4]2022 年共 100 余项，[5]2023 年共 300 余项，[6]呈现稳中有进的上升态势。在我国缔结或参与的与刑事案件有关的国际条约方面，远期的有 1987 年《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》中列举的若干国际条约、[7]1988 年批准的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（简称《禁止酷刑公约》）和 1998 年签署的《公民权利和政治权利国际公约》（简称《两权公约》）；中期的有 2003 年批准的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、2005 年批准的《联合国反腐败公约》；近期的有 2014 年批准的《上海合作组织反恐怖主义公约》、2022 年批准的《制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》等。2024 年的《联合国打击网络犯罪公约（草案）》经正式颁布，也将对我国打击和追诉涉外网络犯罪产生重大影响。签署、批准和制定这些条约不仅彰显了我国积极参与全球治理、践行多边主义的决心，也为建设中国特色社会主义法治体系和扩大高水平对外开放提供了法律保障。因此贯彻信守国际条约原则，遵守缔结或参与条约中的相关规定，是完善涉外刑事诉讼体系的应有之义。但是，我国的立法和司法现状与国际公约的要求存在较大差距。

以《两权公约》和《禁止酷刑公约》的部分内容为例。《两权公约》第 14 条第一款规定了被追诉人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭审判的权利。该条是对司法机关独立性、中立性和适格性的要求。但我国素有公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约的传统，加上资金拨付、绩效考核、人员培训等方面存在的问题，案件审理受院庭长、审委会、政法委等案外因素的影响较大，法院呈现一种类行政化的运作模式，司法独立性、中立性不强，法官的适格程度不高。再如《禁止酷刑公约》将“酷刑”定义为蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，要求缔约国应保证将一切酷刑认定为刑事罪行，主管当局应进行公正的调查。我国 2012

---

[1] 参见前注蔡元培文。

[2] 参见李树民：《论刑事特别程序创设的一般法理》，载《政法论坛》2019 年第 6 期。

[3] 参见前注陈光中主编书，第 518 页。

[4] 《2021 年中国对外缔结条约情况》，载中华人民共和国外交部网，https://www.mfa.gov.cn/web/wjb_673085/zfxxgk_674865/gknrlb/tywj/tyqk/202206/t20220615_10703630.shtml，2024 年 9 月 23 日访问。

[5] 《2022 年中国对外缔结条约情况》，载中华人民共和国外交部网，https://www.mfa.gov.cn/web/wjb_673085/zfxxgk_674865/gknrlb/tywj/tyqk/202308/t20230803_11121839.shtml，2024 年 9 月 23 日访问。

[6] 《2023 年中国对外缔结条约情况》，载中华人民共和国外交部网，https://www.mfa.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/tyfg_674913/202409/t20240905_11485555.shtml，2024 年 9 月 23 日访问。

[7] 如《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》《海牙公约》《蒙特利尔公约》《核材料实体保护公约》《反对劫持人质国际公约》。

年的《刑事诉讼法》正式确立了非法证据排除规则，但第 54 条中未对刑讯逼供“等非法方法”予以明确，非法手段仍限于刑讯逼供的范畴。实践中对刑讯逼供有罪不罚或重罪轻罚的现象较为突出，更有甚者按照党政纪处理。由于检察机关负责对刑讯逼供展开调查，在公检法三机关配合有余、制约不足的背景下，当事人的申诉很难得到公正迅速的处理。[1]上述内容只是我国现状与国际标准存在差距的冰山一角。

涉外刑事案件的涉案主体包括本国公民和外国公民，涉案地点包括境内和境外，考虑到各国制度结构和司法惯例上的差异，有必要在坚持国家主权原则的基础上，以缔结或参与的国际条约作为统一的行为准则和判断标准。质言之，国际条约中为国际社会所认可的通行做法和法治原则，同样应当体现在我国涉外刑事诉讼制度中。但涉外刑事诉讼作为只砖片瓦，建立在刑事诉讼体系的地基已足够牢固的基础上。因此，涉外刑事诉讼立法必然会面临我国刑事诉讼法本身结构完备性不足、容量基数较小、法治理念脱节等问题。幸运的是，既往的司法改革已在悄然推动我国刑事诉讼制度的体系性变革，将涉外刑事诉讼与这些司法改革成果一起纳入第四次修法的进程，能有效解决国内法与国际法割裂的隐忧。具体而言：

第一，在刑事诉讼法中确立若干国际法治原则。以直接言词原则为例。我国长期以来存在着书证中心主义的传统，法庭举证、质证、认证围绕着案卷笔录等书面材料进行，使得庭审流于形式。对此应当确立直接言词原则，要求庭审以法官亲历、集中审理、口头和言词表述的方式进行。[2]根据使用我国通用的语言文字进行诉讼原则，公检法机关办理涉外案件应当使用我国通用的语言文字，并为外籍当事人提供翻译。但实践中外籍当事人多以翻译有问题为借口翻供或上诉，质疑我国司法程序的正当性。[3]书证中心主义的庭审模式会进一步加剧这种冲突，不仅由于外籍当事人的母国可能奉行直接言词原则，更是由于法官对书面材料的审查缺乏直接性，无法在外籍当事人、法官、检察官、翻译人员多方在场的庭审结构下，以当面发问、口头质询的方式获取来自当事人的情态证据和言词信息，为外籍当事人的意思表示进行背书，防止将来可能出现的以语言障碍为由的程序倒流。

第二，落实司法改革成果和刑事政策要求。前者指以审判为中心的诉讼制度改革，后者指少捕慎诉慎押的刑事司法政策。我国于 2014 年首次提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，历经近十年的实践探索与学术积累，产生了丰硕的成果。从宏观视角来看，改革旨在理顺公检法三机关之间的职能关系，改变侦查中心主义的传统，使得审判职能发挥对审前活动的制约和把关作用，成为整个刑事诉讼程序的重心。[4]这对于扭转以往公检法三机关之间流水作业的诉讼构造具有重要意义，也有利于塑造一个合格的、独立的和无偏倚的法庭。从微观视角来看，实务界多以技术性指标作为改革成果的衡量标准，如非法证据排除实效、证人出庭率、庭审质证情况等，这些技术性指标的落实对于构建涉外刑事诉讼具有积极意义。以证人出庭为例，各国在涉外刑事案件办理中形成了一些普遍认可的规则，如证人出庭作证的条件、补助、特权和豁免等。[5]现阶段我国的证人出庭制度并不完善，除了在本次修法中落实学界广泛呼吁的取消“人民法院认为有必要”这一证人出庭条件外[6]，考虑到涉外案件中证人可能位于境外，应当尽可能选择视频方式作证，必要时要求证人线下作证，并为跨境出行设定更高的、差异化的补助标准。此外，我国于 2021 年正式将“少捕慎诉慎押”确立为一项刑事司法政策，少捕慎诉慎押的提出既是对轻罪治理时代的回应，也是对高逮捕率、羁押率和超期羁押现象的反思。对上海办理涉外刑事案件的研究表明，涉外案件侦查阶段明显的超期羁押已较为罕见，但变相和隐性羁押仍然存在。取保候审、监视居住等强制措施的附加禁令如扣留护照，会出现外国人无法无法购票和入住宾馆、寸步难行甚至无法到案的消极影响。[7]因此应当坚持少捕慎诉慎

---

[1] 参见龚刃韧：《<禁止酷刑公约>在中国的实施问题》，载《中外法学》2016 年第 4 期。

[2] 参见陈卫东：《直接言词原则：以审判为中心的逻辑展开与实现路径》，载《法学论坛》2022 年第 6 期。

[3] 参见外国人犯罪课题组：《外籍犯罪嫌疑人刑事诉讼权利保障研究》，载《华东政法大学学报》2012 年第 4 期。

[4] 参见陈卫东：《以审判为中心：当代中国刑事司法改革的基点》，载《法学家》2016 年第 4 期。

[5] 参见舒扬：《涉外刑事诉讼中的司法协助》，载《中央政法管理干部学院学报》1996 年第 1 期。

[6] 《刑事诉讼法》第 192 条：“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。”

[7] 参见前注外国人犯罪课题组文。

押的政策精神，在完善我国未决羁押制度的基础上，对外籍被追诉人羁押替代性措施中的禁令作出区别化、人性化的规定。

第三，在“涉外刑事诉讼程序的规定”一编中确立信守国际条约原则，并在刑事诉讼法或司法解释中指明保留条款或作出例外规定。[1]信守国际条约原则的核心为国内法规范与本国所缔结和参与的国际条约存在冲突时如何处理的问题，即原则上遵守国际条约，例外时遵守本国规定。例外的适用以我国在缔结或参与条约时即声明不予接受或承认的保留条款存在为前提。虽然各国在签署、批准、核准过程中应当事先提出保留条款，但涉外刑事案件可能涉及单个或多个条约，实践情形较为复杂，事先设定的保留条款存在局限性。以《两权公约》为例，各国对公约条款提出的保留和解释性声明的数量和复杂程度不尽相同，如我国曾声明公约中涉及人员出入境及驱逐外国人出境的规定不在澳门特别行政区适用，学界也曾建议对公约中表达自由和结社自由权的规定不能无限度接受。[2]还有一些条款如禁止酷刑、迅速审判、由适格法庭审判的要求，受限于我国的司法实践和制度现状，会陷入一种“心有余而力不足”的尴尬境地。因此我国可以在刑事诉讼法或司法解释中作出原则性规定如：“存在以下情形，我国可以对国际条约的规定保留适用：（一）可能导致我国主权受到侵犯的情形；（二）可能导致损害我国重大利益的情形；（三）其他情形。”其他情形为开放性条款，指因客观原因无法遵守义务的极特殊情形。当然，这种国内法的保留声明也应当通过国际条约中保留条款的增添、修改与撤回等正式程序来落实，赋予其明确意义和国际法所承认的效力。

（二）刑事诉讼法与法外规范的协调

涉外刑事诉讼制度的构建，不仅涉及国内法与国际法的接轨，也涉及国内法规之间的协调和补充。本文主要讨论《高法解释》《国际刑事司法协助》以及调取电子数据的相关规定。

第一，刑事诉讼法与《高法解释》的协调。《高法解释》第二十章“涉外刑事案件的审理和刑事司法协助”是目前对涉外刑事诉讼最为详尽的规定，也是涉外刑事诉讼入法的重要参考。该章包括了涉外刑事案件的分类、管辖、国籍确认、通报通知、权利告知、探视会见、审理原则、委托律师、审理期限、限制措施、司法协助等内容共 22 条，而《刑事诉讼法》仅有两条。条文数量上的差距会架空刑事诉讼法的施行，因此应当在“涉外刑事诉讼程序的规定”一编中吸收司法解释的内容，分别设立一般原则、管辖、送达期间、侦查、起诉、审判、执行、司法协助等章节。一般原则一节应当确立国家主权原则、诉讼权利和义务平等原则、信守国际条约原则、适用中国通用语言文字进行诉讼原则、指定或委托中国律师参加诉讼原则。[3]管辖一节应当整合司法解释中的规定，明确一审原则上由基层法院管辖，必要时可由中级法院提级管辖或指定集中管辖。如果本次刑事诉讼法修改中能够正式确立管辖权异议制度，涉外刑事案件的当事人也可以对管辖正当性提出异议，要求变更管辖法院。由于涉外刑事案件的管辖受到国际空间的限制，我国主张的管辖权可能与其他国家的法律规定存在冲突，外籍当事人可能以此为理由提出异议，如果管辖权异议升级为国家之间的利益冲突，可能会产生对象国拒绝提供合作或放纵罪犯的负面影响。[4]因此也可以考虑借鉴民事诉讼中的协议管辖制度，为各国提供一个在管辖权产生冲突时的对话式、协商性的制度平台。[5]

此外，还应当进一步明确涉外刑事诉讼程序的定义。涉外刑事诉讼程序的规范对象是涉外刑事案件，根据《关于处理涉外案件若干问题的规定》，涉外刑事案件是指在我国境内发生的涉及外国、外国人的刑事案件；根据《高法解释》，涉外刑事案件包括发生在我国境内和境外的四种类型。陈光中先生认为，涉外刑事诉讼程序是指公安司法机关办理具有涉外因素的刑事案件时适用的诉讼程序，其中“涉外因素”指诉讼当事人全部或部分为外国人或刑事案件发生在国外。[6]但从文本意义来看，被追诉人逃匿境外，需要适用缺席审判或违法所得没收程序的案件，也属于具有涉外因素的案件。

---

[1] 1995 年《关于处理涉外案件若干问题的规定》总则第三项规定体现了信守国际条约原则的精神：“处理涉外案件，在对等互惠原则的基础上，严格履行我国所承担的国际条约义务。当国内法或者我内部规定同我国所承担的国际条约义务发生冲突时，应当适用国际条约的有关规定（我国声明保留的条款除外）。”

[2] 参见赵建文：《<公民权利和政治权利国际公约>的保留和解释性声明》，载《法学研究》2004 年第 5 期。

[3] 参见前注陈光中主编书，第 520-523 页。

[4] 参见向党：《论涉外刑事管辖权》，载《公安研究》1999 年第 3 期。

[5] 参见邵明：《我国涉外民事诉讼程序之完善》，载《中国人民大学学报》2012 年第 4 期。

[6] 参见前注陈光中主编书，第 518 页。

因此根据涉外因素定义的不同，涉外刑事诉讼程序又有广义和狭义之分，“涉外刑事诉讼程序的规定”一编指向后者。

第二，刑事诉讼法与《国际刑事司法协助法》及电子数据相关规范的协调。刑事司法协助作为“涉外刑事诉讼程序的规定”编中的一节，应当吸收《国际刑事司法协助法》的内容，并对不足之处进行修改和完善。《国际刑事司法协助法》第四章为“调查取证”，包括“向外国请求调查取证”和“向中华人民共和国请求调查取证”两节，但仅涉及对请求事项、材料信息、派员到场的简要规定，实践中的问题要复杂得多。以跨境电子数据的调查取证为例，目前呈现出传统方式和新型方式两个选择。所谓传统方式，指侦查机关在调取位于境外的电子数据时，以向被请求国的司法机关提出刑事司法协助的请求来进行。所谓新型方式，指侦查机关在调取位于境外的电子数据时，直接向提供网络服务的第三方主体提出调查取证的请求，或者直接在网络空间中进行跨境调查取证。前者虽然体现了尊重他国数据主权的精神，符合正当程序的要求，但在云计算、大数据飞速发展的信息时代，日益暴露出取证行为旷日持久、无法及时捕捉易灭失的电子数据、影响本国数字战略的缺陷。后者虽然符合诉讼效率和取证及时的要求，但变相规避了国际刑事司法协助的约束，可能形成单边取证和长臂管辖模式，造成国家数据主权的冲突和特定权益的侵犯。[1]面对涉外刑事案件如何进行跨境取证，尤其是如何获取如今已成为新的“证据之王”的电子数据，《国际刑事司法协助法》并没有给出明确的答案。

从我国 2016 年出台的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（简称《电子数据规定》）和 2019 年出台的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》（简称《电子数据取证规则》）中寻找依据，会发现我国对境外电子数据的调取，并不必然以请求刑事司法协助的方式进行。《电子数据规定》第 9 条确立了扣押原始存储介质优先原则，但对于原始存储介质位于境外或者远程计算机信息系统上的电子数据，可以通过网络在线提取。为进一步查明有关情况，必要时也可以对远程计算机信息系统进行网络远程勘验，采取经过严格的审批手续的技术侦查手段。《电子数据取证规则》第 23 条规定，对于境外公开发布的电子数据，可以通过网络在线提取。这说明在特定情况下，我国可以线上提取境外电子数据：第一，境外电子数据为公开发布的信息；第二，电子数据的原始存储介质位于境外无法先行扣押，或者电子数据位于远程计算机信息系统上。我国立法上采取的立场与《网络犯罪公约》中的规定存在相似之处。《网络犯罪公约》第 32 条对不需以刑事司法协助方式进行，可以单边调取境外电子数据的情形做出了规定：第一，缔约国可以收集公众能够获得的，境外公开的电子数据；第二，缔约国可以在获得境外拥有法定权限的数据披露主体的合法且自愿的同意之后，线上提取、接受和存储境外电子数据。[2]这两种情形可以概括为数据公开和数据主体同意，第二种数据主体同意情形强调取证国家与第三方网络数据和服务提供主体的协商和交流，相较于我国仅仅因存储介质或电子数据位于境外就可以进行线上提取的做法，为跨境取证行为设立了前置审查程序，防止了强制侦查大门的任意打开。承认《网络犯罪公约》规定的合理性，并在对我国电子数据跨境取证采取相似做法，有助于界定刑事司法协助的请求事项范围。反过来说，在数据公开和数据主体同意两种情形之外，跨境电子数据取证仍然要尊重他国主权，以传统刑事司法协助的方式进行。这种电子数据跨境取证的传统方式和新型方式的区别应当反映在“涉外刑事诉讼程序的规定”编中，比如新型方式规定在“证据”或“调查取证”一节，传统方式规定在“刑事司法协助”一节，并分别明确其适用条件和判断细则。

（三）刑事诉讼法前文与后文的融贯

在国内与国际、法内与法外两个维度之外，还应当从法律内部的融贯性来审视涉外刑事诉讼入法可能面对的问题。以诉讼权利与义务平等原则为例，我国关于涉外刑事案件审判管辖的规定曾经偏离了该原则的要求。1996 年《刑事诉讼法》第 20 条“外国人犯罪的第一审刑事案件由中级人民法院管辖”的规定对外国人和本国公民进行了区别对待，违反了法律面前人人平等的要求，2012 年的刑事诉讼法修正了这个不和谐的音符。[3]这段历史引发了这样的思考：办理涉外刑事案件的差异值应

---

[1] 参见梁坤：《跨境远程电子取证制度之重塑》，载《环球法律评论》 2019 年第 2 期。

[2] 参见前注梁坤文。

[3] 参见前注陈光中主编书，第 524 页。

当在设定在怎样的幅度范围内，才能兼顾涉外刑事诉讼的特殊需要，又不至于对刑事诉讼体系的融贯性产生过大的冲击？笔者认为，应当从两个方面入手：

第一，涉外刑事诉讼程序与普通刑事诉讼程序交叉问题。此处的普通刑事诉讼程序，指向除涉外刑事案件和适用五种特别程序的刑事案件以外的其他刑事案件所适用的诉讼程序。涉外刑事诉讼应当遵循刑事诉讼法总则的规定，如涉外刑事案件应当由公安机关负责侦查，检察机关提起公诉，人民法院进行审判，这是我国目前司法权力架构下的基本要求；再如涉外刑事案件也可以适用认罪认罚从宽制度，对自愿认罪认罚的外籍当事人给予实体和程序上的从宽处理。同时，涉外刑事诉讼也有特殊要求，比如应为外籍当事人配备翻译，办理前要经过国籍确认程序，还有最为典型探视会见程序。根据《公安机关程序规定》370 条和《高法解释》第 482 条，对侦查终结前或审判期间在押的外籍被告人，其国籍国驻华使领馆官员可以要求探视，其监护人、近亲属可以申请会见。经公安机关或人民法院批准，外国籍当事人可以与其近亲属、监护人会见。但在其他刑事案件中，由于担忧家属干扰诉讼，只有辩护律师能够会见被追诉人，特定案件还需经过侦查机关的许可。相较于其他刑事案件，涉外刑事案件中的会见几乎不受任何限制，侦查终结前的会见虽然要经过公安机关的批准，但并未明确审查标准；审判期间的会见要经过人民法院的批准，但只需符合“人民法院经审查认为不妨碍案件审判”的要求，且会见主体不限于辩护律师。笔者认为，驻华使领馆官员、监护人、近亲属可以申请会见有其合理性，因涉外刑事案件的办理要尊重外国被追诉人国籍国的主权，同时由于存在语言障碍，近亲属和监护人会见也难以对诉讼进程产生实质影响。因此在协调涉外刑事诉讼程序与普通刑事诉讼程序在会见的差异上，应该遵循“由低向高”而非“由高就低”的原则，即通过解决其他刑事案件会见难的问题来弥合两者的差异。

再如公开审判上的差异。《高法解释》第 483 条规定：“人民法院审理涉外刑事案件，应当公开进行，但依法不应公开审理的除外。”根据我国《刑事诉讼法》第 234 条的规定，第二审人民法院只对三类案件进行开庭审理，即普通案件二审以不开庭为原则，开庭为例外，与涉外刑事诉讼程序存在明显差别。这样规定的直接后果是，我国普通刑事诉讼程序和涉外刑事诉讼程序中的当事人享有着并不平等的公开审判权，而权利上的不平等又会影响防御力量的强弱，造成程序和实体上的不公正。对此有两种协调方案：一是对涉外刑事案件中“依法不应当公开审理”的情形加以明确，适用和普通案件二审中同样的标准；二是对其他刑事案件不区分一审和二审，采用以开庭审理为原则，不开庭审理为例外的做法。鉴于第二种更加符合人权保障的要求，也顺应了学界对二审开庭的呼吁，同样应当遵循“由低向高”的原则，推动开庭审理尽可能的普遍适用于所有刑事案件。

第二，涉外刑事诉讼程序与特别刑事诉讼程序竞合问题。此处的特别刑事诉讼程序，指我国刑事诉讼法中规定的五种特别程序。特别程序之间存在竞合关系，如未成年人犯罪和被害人达成和解的，或者未成年人是精神病人的，诉讼中可能同时适用两个及以上的特别程序，或者根据情况由一种程序转化为另一种程序。[1]从渊源来看，涉外刑事诉讼程序属于一种程序特别现象，特别程序也属于一种程序特别现象，两者存在相似之处，可能产生转化或同时适用。当涉外刑事案件中的涉案主体为未成年人时，办案机关需要调查外籍未成年被追诉人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况的，可以通过刑事司法协助的方式进行。当涉外刑事案件的被追诉人与被被害人达成和解时，外籍被追诉人理应享有刑事和解的制度红利，得到定罪和量刑上的宽缓处遇。当涉外刑事案件符合缺席审判或违法所得没收程序的条件时，由于该特别程序本身具有涉外因素，程序衔接上也会更为顺畅。当外籍当事人被查明为不负刑事责任的精神病人时，由于强制医疗程序对我国的司法资源有所损耗，应当将涉案外籍精神病人遣送或驱逐出境，在法院作出决定之前，公安机关可以采取临时的保护性约束措施。

三、立法技术的完善

促进涉外刑事诉讼立法的精细化和刑事诉讼体系的完备性，还应当以纯熟的立法技术为支撑，此处主要指立法结构技术和立法语言技术。[2]

（一）立法结构技术

---

[1] 参见前注蔡元培文。

[2] 参见卓泽渊：《法理学》，法律出版社 2016 年版，第 244-245 页。

立法结构技术包括外在结构技术和内在结构技术，前者指应保持法典之间、法律部门之间乃至整个法律体系结构上的科学性和严谨性，后者指应实现法典内部的总则、分则、编、章、节等布局上的有序性和自洽性。[1]在刑事诉讼法的历次修改中，立法者基于应对体制改革和满足实践需要的实用主义立场，修法内容虽然具有目的上的合理性，却缺乏法理上的合理性。[2]如 2018 年的修改促进了监察法与刑事诉讼法的衔接，但仍未回答侦查与调查、留置与强制措施无本质区别却缺乏程序规制的根本问题；再如缺席审判程序设立基于促进反腐和追逃工作这一工具性目的，但仍要妥善处理缺席审判带来的效率价值和公正审判权强调的权利价值之间的关系。[3]可以想见，当涉外刑事案件与这些领域产生交叉重合时，也会遇到合理性抵牾的难题，突破或维持现行刑事诉讼法的规定，都会面临来自社会各界的质疑。因此还应当建立一种类纠纷解决和舆论消解机制，通过扩大参与主体范围和辐射规范半径，促进实践的指导性和公众理解的可获得性，这也是完善立法结构技术的应有之义。

第一，在涉外刑事诉讼立法决策过程中纳入多元主体。从既往的立法经验来看，草案一般由国务院下属相关部委成立调研团队后起草，再层报司法部、全国人大法工委和全国人大常委会，于内部组织立法专家咨询会论证通过后，再向外部的法学会、行业协会、实务部门、专业院校等征求意见，经第一次审议通过后，根据草案争议大小决定是否二次审议。在此期间，社会公众可以通过中国人大网对法律草案提出意见。虽然刑事诉讼法的修改包含涉外刑事诉讼的相关内容，涉外刑事诉讼立法与刑事诉讼法的修改同步进行，但由于涉外刑事案件的特殊性和重要性，应当在一般程序外设立单独的征求意见程序。立法机关应当征求来自涉外法律服务机构、涉外执业律师、律所涉外业务部门和涉外人才教育部门的意见，且将征求相关领域从业人员的意见作为一次审议的必经程序。征求意见以座谈会、联席会、修法专班等多种方式进行，最终成果以书面形式为宜。这不仅有助于针对性解决实务中的痛点和难点问题，也能增强社会公众尤其是专业人士对涉外刑事诉讼程序的认可程度，形成立法和实务的良性互动。

第二，在涉外刑事诉讼立法推进过程中适用联动修改。1979 年的《刑事诉讼法》的立法背景为“文革”结束之后，由于立法时间紧、任务重，刑事诉讼法并未经过严格的法典化编纂程序，基本上借鉴和延续了苏联式的立法框架。[4]改革开放四十余载，我国的社会形势、犯罪结构和司法理念发生了巨大的变化，本次刑事诉讼法的大规模修改，必将对内外部条文进行系统的清理和整合，宜采取联动修改的方式。联动修改，又称“立法引致”和“包裹立法”，指在制定或修改一部法律的同时，出于协调和衔接已有法律规范的需要，对相关法律一并修改的一种修法技术。[5]从刑事诉讼法整体修改来看，本次修法应当与《监察法》《监狱法》《刑法》的修改形成有机整体，回应刑事一体化的要求，其核心仍要提升法治发展水平和人权保障力度，这也将对涉外刑事案件的办理产生积极影响；从涉外刑事诉讼法部分立法来看，本次修法应当与《国际刑事司法协助法》《电子数据规定》《电子数据取证规则》和相关司法解释形成规范上的一致性和协调性，如果存在缺漏，应当与成熟的法外规范保持一致，如果存在矛盾，应当视矛盾的具体内容选择性的修改刑事诉讼法或法外规范，仍然采取“就高不就低”的原则。

（二）立法语言技术

立法语言技术，指立法的语言应当能够准确、精炼的反映立法意志和立法意图，兼具遣词造句上的规范性和法律用语上的专业性。[6]全国人大法工委发行的《立法技术规范（试行）》涉及了法律条文表述规范和法律常用词语规范，但内容较少，缺乏对大规模修法工作的指导意义。多年的立法和修法历程表明，我国刑事诉讼法领域中的立法技术仍有待提高。[7]在立法语言的规范性上，存在用词不准确的问题。如《刑事诉讼法》第 262 条第三项“罪犯正在怀孕”中“正在”与“怀”同为进行时态，

---

[1] 参见前注卓泽渊书，第 245 页。
[2] 参见左卫民：《如何打造具有法理合理性的刑事诉讼法》，载《比较法研究》2019 年第 3 期。
[3] 参见前注左卫民文。
[4] 参见前注陈卫东文。
[5] 参见黄海华：《新时代法律修改的特征、实践和立法技术》，载《中国法律评论》2022 年第 5 期。
[6] 参见前注卓泽渊书，第 245 页。
[7] 参见万毅：《法典化时代的刑事诉讼法变革》，载《东方法学》2021 年第 6 期。

存在语义上的重复。[1]在立法语言的专业性上，存在留白空间过大的问题。如《刑事诉讼法》第 238 条第五项规定了“其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的”的情形，却未明确该情形的具体内容，实践中多只对前四种情形适用撤销原判、发回重审的程序性制裁措施。因此在本次修法中，不仅要改正固有问题，还应避免在涉外刑事诉讼一编中出现类似的立法语言技术不纯熟、不完善的现象。具体而言：

第一，明确授权性条款的具体内容。授权性条款，指法条中没有作出明确规定而由司法机关就相关事项自由裁量的条款。授权性条款多以“可以”“其他”“等”来表述，从赋予司法机关自由裁量权的本质上来讲，兜底条款也属于一种授权性条款。《高法解释》第二十章为目前涉外刑事诉讼最为详尽的规定，涉外刑事诉讼立法必将大量吸收司法解释的内容，应注意对司法解释中授权性条款的内容进行适当调整。如《高法解释》第 482 条第三款和第 484 条第三款都有“必要时，应当录音录像”的表述，但对何为必要情形却未予明确，且难以联系前文加以解释。笔者认为，这两条都涉及外籍当事人拒绝接受探视、会见和他人翻译、诉讼文书外文译本，且拒绝出示书面声明的内容，属于对于重大权利的放弃，都应当通过录音录像进行背书，防止因后续出现纠纷导致责任认定上的困难。再如《高法解释》第 485 条第四款规定：“外国籍被告人没有委托辩护人的，人民法院可以通知法律援助机构为其指派律师提供辩护。”鉴于目前我国刑事案件律师辩护全覆盖的试点工作已取得了重大成果，2018 年的《刑事诉讼法》也正式确立了值班律师制度，且获得律师帮助权是世界范围内公认的刑事被追诉人享有的基本权利，宜将“可以”改为“应当”，并明确侦查阶段外籍当事人申请会见值班律师的权利，保障涉外刑事案件办理中法律援助体系的完整性和有效性。

第二，设置周延性规范的留白地带。周延性规范，指出于适应司法形势变化、呼应法律修改和解决实务问题的需要，保留部分不由法规范事先予以明确，而根据法律制定、修改和施行过程中的具体情况来灵活应对的内容，以实现法律在内容和体系上的周延性。周延性规范与模糊性规范不同，前者的留白为未来法律规范的修改、司法观念的进步和社会形势的变化留出了制度空间，后者的留白会引发权力滥用的风险和造成法条可操作性不强的难题。两者的界限难以区分，因留白价值的判断和权衡属于需要持续观察和检验的问题。如果说明确授权性条款旨在追求法律的确定性，那么保留周延性规范旨在实现法律的前瞻性。当前社会发展处遇高速变动的状态之中，法律规范的修改越发频繁，修改的不同步必将产生牵一发而动全身的“蝴蝶效应”，很可能导致法律体系的不协调和不自洽，法条只有解决问题的工具性功能却无法理上的合理性证成，形成应急式、周期性的立法模式。[2]以本次刑事诉讼法修改为例，理想状态下应当与监察法、刑法联动修改，并调整以往文本表述和制度规范上的不足之处。问题在于，倘若这种理想状态无法实现，涉外刑事诉讼立法应当遵循一种怎样的立法技术，来到达理想与现实差距下的过渡地带？以我国公检法三机关的关系为例，侦查机关与检察机关互相独立、检察机关负责审查批捕的模式，显然与域外法治国家的检警一体化和由法院进行司法审查的模式存在区别。[3]三机关的职能定位涉及体制性的调整和变动，难以一蹴而就，这种分工负责、互相配合、互相制约的传统很可能在本次修法中延续下来。因此涉外刑事案件的办理也难以跳出权力分配的基本框架，应当设置周延性规范的留白地带，与刑事诉讼法总则的要求保持一致。但是在我国以审判为中心的司法改革和体制性改革已步入深水区的背景下，这种符合法治原则的根本性的变革也有望实现。

---

[1] 参见杨鹏：《立法技术的现状与愿景》，载《行政法学研究》2021 年第 3 期。
[2] 参见前注万毅文。
[3] 参见前注万毅文。

反腐败涉外刑事诉讼程序问题研究

项目课题组*

习近平总书记和党中央高度重视涉外法治和反腐败国家立法。党的二十大报告提出，加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治，深化反腐败国际合作，一体构建追逃防逃追赃机制，推进反腐败国家立法。党的二十届三中全会《决定》提出，加强涉外法治建设，完善涉外法律法规体系。推进反腐败国家立法，出台反跨境腐败法。反海外腐败法律制度建设是涉外法治的重要方面，涉外刑事诉讼程序是其中重要一环。"修改刑事诉讼法""制定反跨境腐败法"已列入十四届全国人大常委会立法规划。为了做好有关基础工作，全国人大常委会法工委刑法室部分同志组成"反腐败涉外刑事诉讼程序问题研究"课题组，开展了专题研究，对现有的法律制度进行梳理，通过实践案例对制度的运行情况进行分析、总结，并对进一步完善刑事诉讼有关法律制度，做好法律适用工作进行思考和展望。

一、我国反腐败刑事涉外法律制度简况

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央持续推进反腐败工作，高度重视反腐败法治建设，我国的反腐败法律体系不断完善，反腐败涉外法律制度建设稳步推进。总体来说，我国目前已形成了包含刑事实体法、刑事程序法、专门的涉外刑事国际合作法律、反腐败专门法、相关法规、司法解释和规范性文件以及国际公约和条约在内的反腐败涉外法律制度体系，为办理涉外腐败刑事案件提供了法律依据。

1.刑事实体法。刑法从实体层面对涉外腐败案件的处理作出了规定。我国刑法对涉外管辖原则作了规定，除了一般的属地管辖原则外，还规定了属人管辖、保护管辖、普遍管辖等管辖原则，赋予了我国刑法对涉外腐败案件适用的效力。刑法第八章贪污贿赂犯罪以及非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪相关罪名均可适用于涉外腐败案件。刑法还规定了对外国公职人员、国际公共组织官员的行贿罪。此外，洗钱罪和掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得受益罪也属于涉外腐败案件的下游犯罪。

2.刑事程序法。刑事诉讼法对涉外案件的办理程序，与外国司法机关相互请求刑事司法协助的原则等作了规定，这些规定适用于涉外腐败案件的办理。刑事诉讼法还规定了犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡违法所得没收程序和缺席审判两项特别程序，适用于涉外腐败案件的处理。

（1）违法所得没收程序。全球一体化趋势的加强，客观上为犯罪分子逃匿和隐匿财产创造了条件，尤其是腐败犯罪、恐怖犯罪等重大犯罪的跨国性、国际性因素不断增多，流动性增强，加大了惩治犯罪、追缴违法所得的难度。在我国的司法实践中，一些贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪案件的犯罪嫌疑人、被告人逃匿或者死亡，无法到案时，诉讼程序难以进行，有些犯罪分子的违法所得及用于犯罪的财产难以处理，既不利于打击这类犯罪，也不利于对国家利益、被害人利益的及时保护。

2012 年 3 月修改刑事诉讼法，为严厉惩治贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪，加大犯罪资产追缴力度，并与我国已加入的《联合国反腐败公约》及联合国有关反恐怖主义问题的决议的要求相衔接，增加了犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序专章，规定针对两类案件，包括：一是犯罪嫌疑人、被告人逃匿，在通缉一年后不能到案的贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件，二是犯罪嫌疑人、被告人死亡的案件，可以依法追缴其违法所得及其他涉案财产，并明确规定了没收程序的适用范围、申请、公告、审理和救济程序。

（2）刑事缺席审判程序。为加强国际追逃追赃工作力度，丰富国际追逃追赃工作手段，通过"以审促返"加大劝返力度，一直有呼声要求研究建立刑事缺席审判制度。从国外立法情况看，总体上对刑事缺席审判持谨慎态度，但也有一些国家法律中规定了刑事缺席审判制度，一些国家的法律不排斥在严格保障被告人权利的前提下进行缺席审判，规定了缺席审判制度的国家多数在适用上要求针对特定情形或条件的案件。

2018 年 10 月修改刑事诉讼法，为加强反腐败国际追逃追赃、惩治贪污贿赂等犯罪，经慎重研

---

* 课题组组长：陈远鑫，全国人大法工委刑法室处长；课题组成员：马曼，刑法室副处长；王雷，刑法室干部；董晴，刑法室干部；张宇翔，刑法室干部。

究，增加规定了缺席审判程序一章，确立了我国的刑事缺席审判制度。根据规定，刑事缺席审判适用于四类案件：一是贪污贿赂犯罪案件，犯罪嫌疑人、被告人在境外的。这是缺席审判制度的重点。对于这类案件，实践中还是应当尽可能地依法通过引渡、遣返、劝返等方式，使其回国接受审判。二是严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件，犯罪嫌疑人、被告人在境外，需要及时审判，经最高检察院核准的案件，这既满足了可能的现实需要，也严格限制了情形并规定了严格的核准程序。三是被告人重病长期无法出庭，经被告人及其法定代理人、近亲属申请或者同意缺席审判的。四是被告人死亡，有证据证明被告人无罪，需要判决或者再审判决确认无罪的。可以说，对于犯罪嫌疑人、被告人在境外的，适用刑事缺席审判，严格限定了案件范围，这主要是考虑缺席审判是刑事诉讼中的例外性制度，且这是一项新制度，尚缺乏实践经验。有的缺席审判案件，文书送达和判决执行可能需要我国协助，在制度设计上需要考虑国际影响和外国通行做法，适用范围不宜过大。对于被告人因重病或死亡而无法出庭的，是为了解决司法实践中的困难而增加的类型，有利于被告人，并没有限制案件范围。

3.专门的刑事国际合作法律。2000 年出台的引渡法为我国与外国开展引渡合作提供了国内法律依据。2018 年出台的国际刑事司法协助法，对开展国际刑事司法协助的原则、依据、对外联系机关、主管机关及其职责，请求的提出、接收和处理，以及送达文书、调查取证、查扣冻和没收、返还违法所得等协助事项的具体办理作了具体规定。这两部法律为涉外腐败案件的国际刑事司法合作提供了明确的法律依据。

4.反腐败专门法律。监察法和公职人员政务处分法适用于涉外腐败案件的相关犯罪主体。监察法设有反腐败国际合作专章，对国家监察委员会统筹协调反腐败国际合作，加强对反腐败国际追逃追赃和防逃工作的组织协调等作了规定。

5.相关法规、司法解释和规范性文件。国家监察委员会制定的监察法实施条例，对反腐败国际合作的工作职责和领导体制、国（境）内工作和对外合作作了相对具体的规定。最高法院、最高检察院、公安机关在刑事诉讼法司法解释和规范性文件中进一步细化有关程序内容，促进相关规定的有效实施。如 2017 年 1 月两高出台的《关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》，对没收程序的案件范围、文书送达、证明标准、利害关系人权利保障等作了明确，极大地推动了该制度的适用。

6.国际公约和条约。《联合国反腐败公约》《联合国打击跨国有组织犯罪公约》《北京反腐败宣言》等我国签署、加入的国际公约、双边条约、协议，是我国开展涉外反腐败工作特别是反腐败国际合作的重要依据。据统计，引渡和国际刑事司法协助方面，截至 2024 年 2 月，我国已与 62 个国家缔结了引渡条约，其中 54 项引渡条约已经全国人大常委会批准。截至 2022 年 7 月，我国共与 64 个国家缔结了含有刑事司法协助条款的双边条约，其中有 57 项已经生效。

二、现有涉外刑事诉讼具体法律制度的实施情况和有关问题

（一）引渡和刑事司法协助

1.实践情况

对于涉外刑事案件，会适用刑事诉讼一般程序进行审理。对于犯罪嫌疑人、被告人逃匿境外的，通常是通过引渡、劝返等方式将外逃人员追回国接受审判。期间，可能会通过刑事司法协助请求他国提供帮助。

“天网行动”开展以来，通过引渡、劝返、争取外国遣返等方式已追回大量外逃人员和赃款，“百名红通人员”中已有 60 余人归案。据统计，由于引渡国际合作专业化程度高、门槛高以及其他因素的影响，通过境外追逃回国的犯罪嫌疑人中，引渡回国的只占很小比例。引渡适用相对较少的原因主要是：一方面，引渡泛政治化、司法不信任问题影响了我国引渡合作的开展；另一方面，部分国家将签订引渡条约作为开展引渡合作的前置条件，给引渡合作带来阻碍。实践中，采用劝返方式追逃也存在问题，主要是劝返的法律地位不明确，引发了有关国家对我国在他国境内开展跨境执法司法活动的质疑。在获得刑事司法协助方面，很少能直接根据《联合国反腐败公约》开展司法协助，对于没有签订双边条约的国家，请求司法协助只能个案协商。实践中，获得刑事司法协助较为困难，境外证据的获取和认定存在一定难度。

2.典型案例分析

（1）黄海勇引渡案。1996 年至 1998 年，深圳裕伟贸易实业有限公司法人代表黄海勇非法走私毛豆油，涉嫌偷逃税款 7 亿余元，并潜逃海外。2008 年，秘鲁警方根据国际刑警组织发布的红色通报将入境后的黄海勇抓获，同年我方根据《中秘引渡条约》向秘方提出引渡请求。2010 年 1 月，秘鲁最高法院判决同意向我方引渡。但黄海勇随后多次利用两国法律制度差异为执行引渡判决设置障碍，包括以回国后存在死刑和酷刑风险为借口上诉至泛美人权委员会和美洲人权法院。为反驳和解释黄海勇提出的人权侵犯借口，我方组织高校教授作为专家证人赴秘鲁就引渡中涉及的我国的外交承诺、量刑承诺、是否存在被判处死刑和遭受酷刑的风险等问题到美洲人权法院巡回法庭出庭作证、说明情况、接受询问。2015 年 9 月，美洲人权法院作出裁决：在充分保障黄海勇穷尽秘鲁国内全部司法程序的基础上，由秘鲁政府决定是否引渡黄海勇。2016 年 5 月，秘鲁国家宪法法院公布裁决结果，同意秘鲁政府向中国引渡黄海勇。2016 年 7 月，我国自秘鲁成功引渡潜逃 18 年、涉案金额达 7 亿余元的走私案主犯黄海勇，成为中秘引渡条约签署以来首个成功引渡案例。

黄海勇引渡案反映出两个方面的问题。一是，我国在引渡合作与国际刑事司法协助中面临泛政治化、司法不信任的问题。一方面，以美国为首的一些西方国家对中国的政治、司法制度进行歪曲、抹黑，被请求国滥用政治犯不引渡，以被请求人系因种族、宗教、政治见解等原因而被提起刑事诉讼，或者可能遭受酷刑或者不人道待遇等原因拒绝引渡。另一方面，各国的法律和司法制度千差万别，一些国家的司法机关对我国法律和司法制度知之甚少，缺乏基本信任，有的甚至抱有偏见。在黄海勇案中我国通过派专家出庭，阐明我国法律制度和司法实践情况，使案件取得了良好效果。

二是，死刑不引渡原则正成为外方拒绝提供引渡合作的重要理由。在可能对被引渡人判处或者执行死刑的情况下拒绝引渡是引渡合作中的一项普遍原则。我国刑法中有死刑的规定，他国在审查我国的引渡请求时，一般会注意可能判处死刑而进行严格审查，被请求人也会以此为由提出抗辩。即使我国作出不判处死刑的量刑承诺，被请求国一般也会进行严格审查。引渡条约中规定这种承诺必须是“足够的”，而是否符合这一标准由被请求国进行判断。所以，我国在就规定有死刑的犯罪如贪污、受贿罪对外提出引渡请求时，就需要对我国的法律制度作出特别说明和作出较为详细的不判处死刑的承诺，以通过被请求国的审查。实践中，被请求国在审查引渡请求时，被请求人也会通过聘请辩护律师、自己辩护等方式对可能会被判处死刑，可能受到迫害等提出抗辩。这也给被请求国审查同意引渡带来了变数。

（2）巴连孝受贿案。2004 年起，非国家工作人员巴连孝利用与成都铁路局原局长齐文超的同乡、朋友关系，协助齐文超共同收取他人好处贿赂 2190 万元，从中获取 1640 万元。2014 年 3 月，巴连孝潜逃至加拿大。根据“天网”行动统一部署，国际刑警组织中国国家中心局对巴连孝以“行贿罪”发布红色通报。2016 年 4 月，巴连孝经劝返主动回国投案。后重庆市沙坪坝区人民法院以“受贿罪”判处巴连孝有期徒刑三年，罚金 150 万元，没收违法所得 1640 万元。

巴连孝受贿案反映出外逃人员通过不同方式回国受审是否受到国际法中“犯罪特定原则”限制的问题。在巴连孝受贿案中，巴连孝经劝返回国，这种通过开展说服教育，使其自愿回国受审并依照国内法规定变更通缉时的罪名起诉定罪的，并不违反国际法中的犯罪特定原则，是可以的。但若犯罪嫌疑人是被引渡回国的，其受审则会面临违反犯罪特定原则的难题。

引渡犯罪特定原则是引渡合作的通行规则，即请求方只能针对引渡请求所明确列举的并且得到被请求国引渡准予的“特定犯罪”，对被引渡人实行追诉或者执行刑罚，并严格遵守就追诉或量刑问题向被请求国作出的承诺。我国引渡法第十四条、第五十条也有相应规定。对于特定“犯罪”的理解，一般认为除了犯罪行为外，罪名也应当是特定的，因为不同的罪名对应不同的刑罚，这也是被请求国审查是否同意引渡的重要考虑因素。也有人认为，罪名不一定要完全一致，应当以引渡的犯罪事实为准，引渡回国查清犯罪事实后，对犯罪行为的定性可以允许一定范围内的调整。实践中，为确保案件的办理效果，树立我国良好的司法和信守承诺的形象，有必要提前研判，尽可能以准确的罪名对外提出引渡请求。

3.实践中存在的其他问题

引渡合作和国际刑事司法协助中还需要关注的问题有：

一是，部分国家将签订双边条约作为前置条件，给引渡合作和刑事司法协助带来了阻碍。一些国家如美国、加拿大、澳大利亚、新加坡等都采取了双边条约前置主义。我国与美国、新加坡等国尚未签署引渡条约，与澳大利亚签署了引渡条约，但并未生效。目前来看，这些国家与我国通过国际公约和互惠原则开展引渡合作的意愿不强，推进刑事司法协助难度较大。当前，国际社会包括 G20 组织也在倡导不要过于强调条约前置，各国应当允许通过援引《联合国反腐败公约》等作为法律依据开展引渡合作。但引渡毕竟涉及到一国的司法主权，是否能够执行，还是取决于被请求国的合作意愿。

二是，条约签署后何时通过国内程序生效，存在不确定性。引渡和刑事司法协助双边条约发生法律效力，需经过双方签署、国内批准、交存或者交换批准书等程序。据反映，从我国的立法实践来看，条约签署后报全国人大常委会审议的程序已经比较成熟规范，但对条约签署后什么时候提请审议并没有规定和惯例约束，有的条约签署后经过很时间才能提请批准，或者一直不提请批准。此外，也存在我国已经批准了条约，但外方迟迟不批准导致条约迟迟不能生效的情况。如我国与澳大利亚 2007 年签署了引渡条约，2008 年我国全国人大常委会决定批准，但澳方至今没有批约。

三是，条约与国内法律规定不一致时，应当如何处理，尚不明确。对此，引渡法未作规定，国际刑事司法协助法规定对于请求书的签署机关、请求书及所附材料的语言文字、有关办理期限和具体程序等事项，在不违反中华人民共和国法律的基本原则的情况下，可以按照刑事司法协助条约规定或者双方协商办理。2023 年出台的对外关系法对履行条约义务的要求作了规定，即“国家依照宪法和法律缔结或者参加条约和协定，善意履行有关条约和协定规定的义务”,“国家采取适当措施实施和适用条约和协定”。国内法律和条约都由全国人大常委会审议通过或者决定批准，具有相同的法律效力，当规定不一致的情况出现时，在法律上应当有一个引导性的解决方案。

（二）犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收特别程序

1.实践情况

从司法实践来看，违法所得没收程序得到了较好运用，监察机关、司法机关适用该程序办理了一批案件，追缴的违法所得价值巨大，包括现金、房产、土地等，以及一批欧元国债、美元基金等。违法所得没收程序的适用表现出以下几个特点：

一是，大多数案件是犯罪嫌疑人、被告人死亡的案件。死亡案件适用该程序，可及时对违法所得及其他涉案财产进行处理，以追缴犯罪资产。如对在国内死亡的原山西省副省长任润厚，通过违法所得没收程序没收了赃款；对外逃澳大利亚并在境外死亡的青岛华东葡萄酿酒有限公司原董事长、总经理张正欣作出违法所得没收判决，解决了死后追赃的问题。

二是，小部分案件是犯罪嫌疑人、被告人逃匿境外的案件。实践中，有关部门办理的逃匿案件基本为逃匿境外的案件。对于犯罪嫌疑人、被告人逃匿案件，有关部门会努力将被追诉人捉拿归案；对于逃匿境外的，会通过引渡、劝返等方式努力让其到案，确实无法到案的，会根据案件具体情况启动该程序。如对外逃新加坡的李华波，适用违法所得没收程序，通过新加坡提供的司法协助追回了赃款。对于逃匿境外的，在为国家挽回财产利益损失的同时，也打击外逃人员的经济基础，形成震慑，预防携款外逃案事件的发生。

三是，贪污贿赂案件在适用没收程序的案件中占较高比例。没收程序成为反腐败追逃追赃的重要法律工具，在反腐败追逃追赃工作中发挥了重要作用。根据最高人民检察院公开的数据显示，2013 年 1 月至 2017 年 1 月，检察机关共受理适用违法所得没收程序职务犯罪案件 40 件 43 人；2017 年 1 月至 2021 年 12 月，检察机关共受理适用违法所得没收程序职务犯罪案件 93 件 95 人，适用该程序案件数量明显增加，违法所得没收程序实践价值初步显现。[1]

2.典型案例分析

（1）徐进、刘芳夫妇贪污受贿后逃匿违法所得没收案。徐进曾任湖北省武汉市发改委主任等职，刘芳曾任中国人保湖北分公司理赔管理部总经理等职，二人涉嫌贪污、受贿等职务犯罪，后外逃隐匿国外。当地检察机关依法对二人违法所得申请没收。当地法院依法定程序进行公告，保障利

[1] 最高人民检察院：违法所得没收程序实践价值初步显现，人民网，2021 年 12 月 9 日。

害关系人广州某公司及其实际控制的武汉某公司参加诉讼，对利害关系人存在异议的财产进行析产论证，充分听取利害关系人的意见。最终法院作出裁定，对武汉某区国有土地使用权及相关房产、车位及汽车等予以没收。利害关系人对裁定结果未提出异议。

该案反映出违法所得没收程序中普遍存在的一个难题，即如何有效保障利害关系人权利的问题。在违法所得没收程序案件中，不少案件存在涉案财产利害关系人，依法保障利害关系人的诉讼权利，是程序公正和司法权威的重要体现。徐进、刘芳夫妇贪污受贿违法所得没收案中，法院首先对利害关系人两公司的适格利害关系人进行依法认定。在利害关系人在庭审前撤回对涉案财产主张权利的申请后，仍按照法庭程序通知其到庭参加诉讼，听取其意见。这有助于法庭查明涉案财产的权属，明晰涉案财产权利义务关系，使得法庭审理顺利进行，最终法院的裁定得以高效执行。

（2）张正欣贪污后死亡违法所得没收案。曾为青岛饮料集团等大型国有公司董事长、总经理的张正欣，涉嫌贪污、虚开发票等多项罪行，案发后逃往澳大利亚并死亡。当地检察机关依法申请追缴没收张正欣违法所得。开庭前法院依法对该案及开庭时间进行公告，充分考虑本案利害关系人部分在国外但与国内联系紧密的实际情况，催告本案利害关系人在法定期限内申请参加诉讼、主张权利。最终法院依法裁定没收张正欣违法所得的涉案财产，利害关系人未提出上诉。

该案反映出违法所得没收程序中公告的适用以及公告的内容范围问题。本案中法院受理没收违法所得的申请后进行公告的同时，将开庭时间一并进行公告，在未对利害关系人应诉造成影响的前提下，提高了诉讼效率，节约了司法成本。此外，关于发布公告后，是否需要通过其他方式进行补充送达的问题，有关方面还有不同认识。刑事诉讼法规定，人民法院受理没收违法所得的申请后，应当发出公告，公告期限为六个月。但 2017 年最高法院、最高检察院司法解释规定，除公告外，所在国主管机关提出要求的，受理违法所得没收申请案件的法院可以决定是否向犯罪嫌疑人、被告人等送达含有公告内容的通知。这导致对在公告后是否还需要进行补充送达，认识不一致，在请求他国承认和执行我国没收裁定时，他国可能会对该问题提出异议。

3.实践中存在的其他问题

近些年，违法所得没收程序适用的成效逐渐显现，实务界和学界关于程序适用方面的讨论逐步深化，还提出了以下一些问题和困难：

一是，因缺乏承认与执行他国法院判决、裁定的专门制度性安排，一定程度上影响了没收程序的国际合作和适用。国际刑事司法协助法对我国与他国之间相互请求没收、返还违法所得作了规定：他国向我国提出请求的，应当有请求书，并附相关材料，供我国进行审查；我国经审查认为符合法定条件的，可以提供协助。在这个程序中，他国法院的判决、裁定是作为所附材料的一部分进行审查的。我国相关法律没有对直接承认他国法院判决、裁定包括没收令作出规定。这让一些国家误认为我国没有承认和执行他国法院判决、裁定的制度。实践中，国际司法协助遵循平等互惠原则，有相关专门制度的国家，会快速承认我国法院的没收裁定，对没收裁定一般只作形式审查，不作实质审查，而我国还需对个案进行实质审查，效率不够高，这会影响后续他国再为我国提供司法协助的积极性和合作质效。对此，有的建议研究出台承认和执行外国法院没收令等的标准和程序，如适用我国刑事诉讼法规定的没收程序进行审查，以提高国际刑事司法协助效率，促进国际刑事司法合作的发展。

二是，没收程序适用的案件范围需进一步扩大，需放宽适用条件。有的提出，一方面，从该程序适用情况来看，没收程序经过十余年的实践已经相对完善，贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件之外的其他普通刑事案件违法所得的追缴问题同样突出，也应当可以适用违法所得没收程序。另一方面，根据刑事诉讼法规定，犯罪嫌疑人、被告人逃匿的，要求通缉一年后才能适用没收程序，如果犯罪嫌疑人、被害人未查明，该程序就无法启动。实践中，跨境电信网络诈骗等类型案件中涉案财物已经被查封、扣押且有证据证明系犯罪所得，但尚无法查明犯罪嫌疑人，因不能通缉，也无法启动没收程序，相关财物也无法得到处理，建议取消对犯罪嫌疑人、被告人通缉一年的限制条件。

（三）缺席审判程序

对于犯罪嫌疑人、被告人在境外的贪污贿赂犯罪案件，目前适用缺席审判程序的只有 1 例，即

程三昌案，程三昌案的办理检验了刑事缺席审判制度设计的合理性，起到了很好的震慑效果，也取得了良好的示范效应。

程三昌，男，2000 年利用担任豫港（集团）有限公司董事长的职务便利，以在新西兰设立分公司为由，先后三次指使财务人员将公款转入其名下支票账户及其在新西兰开设的个人账户，非法占有公款港元、新西兰元、美元折合人民币共计 308.88 万余元。程三昌于 2001 年 2 月 7 日逃往境外。2022 年 1 月 17 日，河南省郑州市中级人民法院适用缺席审判程序公开宣判，对被告人程三昌以贪污罪判处有期徒刑十二年，并处罚金人民币五十万元；并判决继续追缴程三昌贪污犯罪所得，依法予以返还。

程三昌案是我国对外逃贪官适用缺席审判制度第一案，实践中没有先例可循，对此社会广泛关注，结合国内和国外因素，分析刑事缺席审判制度的适用、实体和程序等问题。该案例反映出的问题包括：

一是关于法律文书送达。将起诉书等法律文书送达被告人，是保障被告人诉讼知情权的基本要求。为了让法院作出的缺席审判判决尽可能得到外国的承认和配合执行，为后续的引渡、遣返等追逃工作提供法律基础，促进国际追逃追赃工作的开展，刑事诉讼法第二百九十二条规定，人民法院应当通过有关国际条约规定的或者外交途径提出的司法协助方式，或者被告人所在地法律允许的其他方式，将传票和人民检察院的起诉书副本送达被告人。刑事缺席审判正当性的基础在于被告人知晓诉讼但自动放弃了出庭的权利。若文书无法送达，国际公认的程序正义难以确保，判决就难以获得他国承认和配合执行。刑事缺席审判中文书送达存在困难，主要原因在于，通过国际条约或者外交途径送达，往往受到条约关于送达范围规定或者外交关系的限制；送达文书属于一国的司法主权事务，一般来说需要请求被告人所在地国家协助送达。对此，有意见提出，为进一步丰富、完善送达方式，以解决实践中的送达困难，需对能否适用公告送达，能否规定向被告人近亲属、辩护人等送达“视为”送达被告人等进一步研究明确。

二是关于跨境取证。缺席审判案件在证据方面与普通刑事案件相比，其特殊之处在于侦查（调查）阶段无法获取被告人供述和辩解，只能依靠证人证言和相关书证、物证等证据证明犯罪事实，通过缺席审判程序审理贪污贿赂犯罪案件无疑对取证工作提出了更高的要求。同时，在涉外调查取证实践中，还面临涉外取证周期长、涉外证据无法及时固定导致缺失、涉外证据碎片化、证人证言可信度低等问题。程三昌案发案时间早，案件侦查、调查年份久远，涉案线索、材料、证人在香港、新西兰等地区，调查取证存在一定难度。对此，有意见提出，进一步丰富境外取证工具，明确境外取得证据的效力，以促进涉外案件办理。

三是关于当事人及其他诉讼参与人诉讼权利的保障。刑事缺席审判制度的建立是基于法治反腐的现实需求，在该制度执行上，惩治犯罪与保障人权如何平衡是重中之重。缺席审判程序是在被告人客观缺席状态下的一种审判程序，一定程度上剥夺了被告人的诉讼权利，因此，缺席审判制度在设计上对当事人知情权、辩护权、上诉权、异议权、救济权给予了特殊保障。程三昌妻子、长兄分别委托 2 名律师作为程三昌的辩护人参加诉讼；辩护律师在审判阶段开始介入，进行了阅卷。庭审中，按照一审普通程序进行，控辩双方分别出示了相关证据，并进行了充分质证、发表意见。最后，程三昌的近亲属委托辩护人代其宣读意见。基于被告人在境外的情况，辩护律师没有与被告人进行会面，也没有听取被告人的陈述或者辩解。对此，有关方面提出，应当让辩护律师尽早介入案件，以更好地了解案件和调取证据，在庭审阶段能对案件证据进行更充分的质证，更好地发挥辩护律师的作用。

此外，有关方面反映，被告人的近亲属在缺席审判中面临多重角色和身份冲突问题。如果其知晓案件情况，其身份为证人；如果其受被告人委托为其辩护，其身份为辩护人；如果其对涉案财产主张权利，其身份为利害关系人。在具体案件中，需要从保障被告人及其近亲属权利的角度考虑，审慎确定其具体身份，保障其诉讼权利的行使。

三、完善涉外刑事诉讼法律制度的一些思考

法治体系建设一方面要考量现有制度的实际状况和效果，另一方面要考量制度运作因素对制度的影响。从涉外刑事诉讼法律制度完善来说，涉及三个方面的问题，一是制度和运用规则的理念问

题，二是现有反腐败法律制度运用的政策支撑问题，三是制度的建构问题。

（一）理念基础：处理好刑事诉讼法的基本原则与对外合作的关系

1.坚持从维护司法公正出发，平衡惩治犯罪与人权保障的关系，保护当事人、近亲属和利害关系人等的合法权益。在刑事诉讼程序中，不可避免地涉及对公民人身自由、财产权益等基本权利的保障、限制和剥夺。宪法和刑事诉讼法规定了尊重和保障人权的基本原则，注重保护当事人的诉讼权利和其他合法权利，规定了适用法律一律平等、无罪推定、不得强迫任何人证实自己有罪、非法证据排除、保障当事人的辩护权和被害人的权利等相关制度。司法实践中，特别是涉外腐败案件的办理中，应当严格规范执行法律规定的诉讼程序，保障当事人合法权益。

违法所得没收程序是在犯罪嫌疑人、被告人不在场，无法到现场行使辩护权，无法对有关证据材料进行质证、辩论的情况下对涉案财产作出处理。缺席审判制度是在犯罪嫌疑人、被告人不在场，不参加诉讼的情况下开展的定罪量刑审判活动。为了平衡惩治犯罪和保障人权的关系，刑事诉讼法对这两种特别程序中当事人的权利保障作出了特别的规定。如违法所得没收程序中，对犯罪嫌疑人、被告人的知情权，近亲属和其他利害关系人申请参加诉讼、委托诉讼代理人、上诉、抗诉的权利等作了特别的规定，赋予了相关诉讼参与人特定的诉讼权利和救济渠道。缺席审判程序中，首先严格限制其适用范围，同时对被告人的知情权、辩护权、上诉权、获得重新审判的机会等予以了特别的保障，赋予了被告人必要的救济手段。

让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，一个重要的方面是做到遵守司法的正当程序原则，因此在确定适用违法所得没收程序和缺席审判制度的情况下，应当严格遵守相关规定，严把程序关、证据关，把充分保障被告人等相关人员的诉讼权利作为一个重要问题。这一方面有助于案件事实的查明和案件的公正审理，让相关当事人在其中感受到司法温度和司法文明。另一方面也有助于我国树立良好的司法形象，有助于刑事司法合作以及有关判决和裁定的承认与执行。对于拓展缺席审判诉讼文书的送达方式问题，比如有的意见提出的公告送达，将向被告人近亲属、辩护人等送达“视为”送达被告人的建议，实际上涉及被告人诉讼权利的进一步克减问题。是否可行，还需要结合各方面因素综合考量，谨慎研究。

2.兼顾国内国际，处理好反腐败追逃追赃与外国对我司法认同的关系。在反腐败追逃追赃工作方面，获取外国的合作和协助是一个重要的方面。虽然目前这方面工作卓有成效，但遇到外国拒绝、阻挠的情况也较多。究其原因，有的是因美西方出于政治和意识形态等目的借此对我进行攻击，有的是因他国对我国存在司法不信任。各国的法律和司法制度千差万别，一些国家的司法机关对我国法律和司法制度知之甚少，缺乏基本信任，有的甚至抱有偏见，妨碍了刑事司法合作。我国通过委派专家出庭，阐明我国法律制度和司法实践情况，有的案件取得了良好的效果，但在有的国家已先入为主对我存在偏见的情况下，有些案件处理效果则不太理想。所以在处理这些问题时，就需要权衡国际合作制度与我国法律规定的关系，必要的时候根据有关法律作出变通执行，如引渡法、国际刑事司法协助法都有关于对外承诺、变通执行的规定。

同时，针对美西方等国家对我国国际执法司法合作的抹黑，我们要敢于斗争、勇于斗争、主动发声、以事实破解谎言；合理运用国际法治交流平台，大力宣介我国优秀的法律文化和新时代中国法治建设、人权保障成就，从国际法的角度来阐释我国的立场和实践，争取更多国际理解和支持；加强对我国刑事司法制度的宣传推介，通过相当一段时间讲“中国故事”“中国法治故事”，使外国逐渐理解认同我国的制度，进一步提升我国在司法人权领域的话语权。

（二）政策考量：平衡好刑事诉讼一般程序、没收程序、刑事缺席审判制度等适用之间的层次

对于办理腐败案件的刑事诉讼具体制度，有关机关在适用时，还需根据不同的政策因素确定一个适用层次，并加强案件办理的政策引导和个案指导协调。

1.以一般程序为基础，特别程序为例外。对外逃贪腐人员，一般情况下还是系统开展工作，以追回惩治为主，与适用没收程序追回犯罪违法所得配合，刑事缺席审判为特例和补充。反腐败是个长期系统的工程，需要综合开展教育、防范、惩治等各方面工作。对于贪污贿赂等罪犯外逃案件，将外逃人员追回后适用一般程序进行审理，既能真正惩治罪犯，也能更好地教育公职人员，震慑潜在犯罪分子。这也是将逃匿、死亡案件违法所得没收程序、缺席审判程序作为特别程序，只在特定

情况下才适用的一个重要考量。

党的十九大以来，追逃追赃工作取得巨大成就，百名红通人员大多已经追拿回国审判，可适用没收程序、缺席审判的人员减少。今后，应当继续加大追逃追赃工作力度，尽量将剩余外逃人员追拿回国适用一般程序进行审判。没收程序在不定罪的情况下追回违法犯罪所得，易获得外国的承认和协助执行，可视需要适用。同时对极少数近期追回可能性很小，但确有必要给予刑事谴责性评价的外逃人员，在个案慎重研究的情况下，可考虑进行缺席审判。这样把握有利于取得更好的政治、法律、社会效果。

2.协调违法所得没收程序和缺席审判程序，统筹用好国际追逃追赃法律工具箱。在国际追逃追赃工作中，追逃与追赃工作相辅相成，追逃若不彻底，就意味着犯罪分子找到了避罪的“天堂”，逍遥法外；追赃若不彻底，断不了腐败分子的“营养源”，就会助长更多的腐败分子携款外逃，国家和人民的利益损失就无法得到弥补。实践中，违法所得没收程序已经成为国际追逃追赃的重要法律手段，在国际追赃，以追赃促追逃，震慑、预防贪腐犯罪逃匿等方面发挥了重要作用。进一步用好违法所得没收程序，有利于推动国际追逃追赃工作取得更大的成果。

违法所得没收程序本质上属于在不定罪的情况下追回违法犯罪所得，与国际通行规则是相符的。国际公约对建立相关制度有要求，《联合国反腐败公约》规定，缔约国应当考虑采取必要的措施，以便在因犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形下，能够不经过刑事定罪而没收这类财产。反洗钱金融特别行动组（FATF）有关建议中也要求建立不经定罪的没收程序。英美法系国家规定了没收令和民事没收程序，德国、意大利、我国台湾地区等都规定了未定罪的没收程序，可以不以定罪为前提追缴财产。对于我国法院的没收裁定，外国很多时候只作形式审查，并不对案件的证据情况等作实质审查。违法所得没收程序获得他国的协助执行，相对来说是较为容易的。相比较而言，刑事诉讼法规定的缺席审判程序作为一项例外性制度，相较于违法所得没收的判决和裁定，获得国外的承认和执行则更难一些。

司法实践中，可以统筹使用好国际追逃追赃的这两个法律工具，在个案选择时，协调好两者顺序，可较多适用违法所得没收程序。对于一些影响较大，确有必要的，也应及时启动缺席审判。

（三）制度构建：坚持系统观念，进一步健全完善涉外反腐败刑事诉讼法律制度体系

1.制定反跨境腐败法，完善现有反腐败法律制度体系。现有的法律制度主要针对的是国内的腐败违法犯罪行为的惩治，刑事诉讼法和国际刑事司法协助法规定的犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序、缺席审判程序、追逃追赃、资产分享等制度，也主要针对的是国内犯罪后犯罪人或资金逃到外国的情况。一方面，随着我国对外投资增多，越来越多的企业走出去，在境外腐败的情况开始显现，有意见提出要建立预防性措施，加强制度建设以预防跨境腐败；对走出去的企业实施的腐败行为，如何实现对其法律责任的追究，还需进一步加强制度建设。另一方面，对有关国家以反腐败为名对我国企业的打击行为，需要有相应的反制措施和手段。从国外立法来看，出台专门性的反腐败涉外国家立法已成为国际通行做法，如美国的《反海外腐败法》、英国的《反贿赂法》、法国的《萨宾第二法案》等，对跨境腐败案件的域外管辖权，适用的具体行为和罪名、案件办理的具体程序等都作了规定，涉外腐败案件办理适用的法律更加精细化。制定反跨境腐败法已经列入十四届全国人大常委会立法规划，也是党的二十届三中全会《决定》的内容，为补充完善涉外反腐败法律制度提供了契机，需要我们统筹推进国内法治与涉外法治，努力构建既契合国际通行规则和我国现有法律制度规定精神，又满足实践需要的法律制度，丰富法律工具箱，维护我国国家主权、安全和利益。

2.进一步研究完善刑事诉讼法、国际刑事司法协助法等相关法律制度规定。涉外刑事诉讼法律制度具有国际性和涉外性，诉讼制度是对外人权对话的重要内容，制度设计需要在立足我国国情和实际基础上，对接国际规则和标准，借鉴域外立法经验。刑事诉讼法中规定的缺席审判、违法所得没收制度等，规定时尚缺乏制度实践，有关规定较为原则，具体操作性规则是通过司法解释、规范性文件解决的。引渡、国际刑事司法协助涉及国与国之间的制度差异，从实际情况来看，我国与不同国家之间签订的条约内容也存在不少差异，因此，国际刑事司法协助法对有些问题的规定也还较为原则。如何细化有关操作性规则的内容，还需进一步研究论证。此外，对于引渡制度中存在的问

题，有关方面也在研究适时修改完善引渡法。

关于是否需要进一步扩大违法所得没收程序的适用范围。虽然国际公约和一些国际组织倡导建立未经刑事定罪的没收程序，一些国家和地区对此也作了规定，但我国是否需要进一步扩大没收程序的适用范围，还是应当从实际出发，综合考虑各方面因素，进行慎重研究。一是，根据刑事诉讼法的规定，对犯罪嫌疑人、被告人的追诉、定罪量刑和对其违法所得的追缴，应当以其在案为原则，不在案为例外。二是，在犯罪嫌疑人、被告人不在案的情况下，对其违法所得予以没收，是基于反腐败追逃追赃，以及严厉惩治恐怖活动、危害国家安全等犯罪的客观需要，是一种特殊的政策考量。扩大没收程序的适用范围，还应当慎重。三是，司法实践中，对一些犯罪嫌疑人、被告人在案的案件的涉案财物处置包括查封、扣押、冻结、保管和实体处理尚存在一些不规范的行为。若犯罪嫌疑人、被告人不在案时对涉案财产予以追缴的制度大范围推开，还应当特别注意避免因程序滥用，侵害合法的财产权益。

刑事涉案财物执行程序构建研究调研报告

课题组*

刑事涉案财物的处置，不仅是刑事司法程序的不可或缺的一环，更是关乎司法公正与公民财产权保障的重要问题。虽然我国刑法第 64 条规定了处置刑事涉案财物的四种实体措施：追缴、责令退赔、返还与没收，但我国刑事诉讼法却并未明确规定上述实体处分措施的具体执行程序。程序法与实体法之间制度设计的“错位”导致我国司法实务中刑事涉案财物处置的法律依据严重不足，滋生出执行标准不统一、缺乏权利救济机制等重重问题。近年来，随着社会经济的发展以及法治建设的持续推进，我国高度重视刑事涉案财物处置的法治化问题。中共中央办公厅、最高人民法院、最高人民检察院等相关部门陆续出台了《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》等文件对刑事涉案财物的处置进行了规范。尤其是 2021 年实施的《最高人民法院关于适用<刑事诉讼法>的解释》正式对刑事涉案财物的审理程序进行了详细规定。而 2022 年 5 月 1 日生效实施的《反有组织犯罪法》更是从立法层面对刑事涉案财物处置的重要程序性制度，如举证责任、证明标准等进行了初步的规定，一定程度上缓解了刑事涉案财物处置法律依据不足的问题。从这个角度讲，我国刑事涉案财物处置的程序法治化进程已经取得了一定的进步。当下适逢刑诉法再次修改，增设、规范刑事涉案财物处置的正当程序，已经成为了理论界和实务界的共识。但是，刑事涉案财物处置的程序构建问题，相对于传统刑事诉讼程序而言，无异于另起炉灶，立法密度体量大、立法精度要求高，这对于立法者而言，无疑是一个极具挑战性的任务。本项课题研究立足于为刑诉法再修改服务，在对司法实务进行充分调研的基础上，[1]力图真实反映和全面揭示刑法规定的四种实体处分措施在具体执行中的主要问题，以期为构建刑事涉案财物处置的相关程序提供学理和实证支撑。

一、研究的前提与框架：刑事涉案财物处置措施的对象、范围及其流程

我国刑法第 64 条：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”学界和实务界公认该法条划定了刑事涉案财物处置的对象、范围和具体措施，亦即，刑事涉案财物处置的对象和范围包括“犯罪分子违法所得的一切财物”“对被害人的合法财产”以及“违禁品和供犯罪所用的本人财物”，而刑事涉案财物处置的具体措施则包括：没收、追缴、返还与责令退赔。但实际上，上述所谓的“共识”是对刑事涉案财物处置措施的严重误解。从处置对象和范围上讲，“犯罪分子违法所得的一切财物”“被害人的合法财产”以及“违禁品和供犯罪所用的本人财物”这三个概念之间存在一定的交叉重合，如被害人的合法财产可能正是犯罪分子违法所得的财物；而从具体处置措施来讲，四种措施之性质仍不明晰，其功能亦存在一定的重复，如追缴在司法实践中并非实体处分措施，而是一种程序性手段，而返还与责令退赔之间的适用界限也并不十分清晰。

（一）没收及其程序

---

* 课题主持人：万毅，法学博士，四川大学法学院教授、博士生导师。课题组主要成员：杨炯，法学博士，广东省佛山市中级人民法院副院长；李晓冬，四川省南部县人民检察院检察长；罗伯恒，法学硕士，成都理工大学司法研究院助理研究员。

[1] 本项课题选取了两个地方司法机关作为研究对象，一个是 S 省 N 市 N 县基层人民检察院，另一个为 G 省 F 市中级人民法院，前者为西部经济欠发达地区的基层检察机关，后者东部经济发达地区的中级人民法院。需要说明的是，N 县检察机关 2023 年 1 月至 2024 年 6 月所移交审查起诉的部分刑事案件为分析样本，登陆全国检察机关检察业务统计系统网站，检索发现 N 县在 2023 年 1 月至 2024 年 6 月之间共计审查起诉 739 件刑事案件，涉及被告 1200 余人。其中多部分刑事案件案情并未牵扯涉案财产，也因此不列入分析研究样本之中，对剩余部分涉及涉案财产的案件的起诉内容与移交附卷进行研究。结合向 N 县公安机关刑侦大队民警、法院执行局法官进行调研所获得的信息为研究客体，以公检法三机关为调研对象，以刑法第 64 条中所规定的追缴、责令退赔、返还与没收等刑事涉案财物处置的基本措施为研究内容，

没收，是指将犯罪物及犯罪所生利益收缴进入国库的措施。在司法实务中，被查、扣、冻的刑事涉案财物，应当由人民法院以判决或裁定的形式宣告没收，并由执行局负责执行到案后统一上缴国库。但如果刑事涉案财物属于违禁品的，则可由公安机关依据行政法律法规予以收缴后没收。因为《中华人民共和国治安管理处罚法》第十一条规定,“办理治安案件所查获的毒品、淫秽物品等违禁品，赌具、赌资，吸食、注射毒品的用具以及直接用于实施违反治安管理行为的本人所有的工具，应当收缴，按照规定处理。违反治安管理所得的财物，追缴退还被侵害人；没有被侵害人的，登记造册，公开拍卖或者按照国家有关规定处理，所得款项上缴国库。”由此可知，公安机关对违禁品的处罚所依据的并非刑诉法，其行为乃是一种受到行政法律法规调整的“行政行为”而并非受刑诉法调整的“诉讼行为”，是故公安机关对于违禁品的没收无需经过法院的判决便可以先行执行，成为刑事涉案财物没收中的一种例外情形。

（二）追缴及其程序

追缴，是指将犯罪分子违法所得的赃款赃物强制追回。在刑事诉讼过程中，司法机关对犯罪分子的违法所得应当进行追查、收缴，发现犯罪分子已将赃款赃物转移、隐藏的，司法机关应当追查其下落并予以收缴。[1]最高人民法院 1999 年颁布的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》第三（五）项“关于刑事附带民事诉讼问题”规定:“如赃款赃物尚在的，应一律追缴；已被用掉、毁坏或挥霍的，应责令退赔。”2015 年中共中央办公厅、国务院办公厅颁布的《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》第 9 条“完善违法所得追缴、执行工作机制”规定:“对审判时尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，人民法院应当判决继续追缴或者责令退赔，并由人民法院负责执行，人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关等应当予以配合。”公安部 2015 年印发的《公安机关涉案财物管理若干规定》中也有类似规定:“对于办案过程中发现的犯罪分子已经转移、隐藏的赃物可以追查到的,应予以追缴。同时，虽原物已追缴，但由于原物已有损坏、贬值的；虽本金已经退赔，但还有利息损失等的；尽管赃款和赃物已全部追缴完毕，但被害人的损失仍未得到弥补的，这些情况仍应当继续进行追缴。”[2]由此可见，追缴，实际上是一种强制措施或者强制手段，是追查、收缴财产的方式，并不是最终的财产处置结果。实施追缴后，财物该当如何处置，可能是返还，可能是退赔，亦可能是没收，具体而言：追缴赃款赃物原物的，发还被害人；赃款赃物灭失的，追缴其合法财产退赔被害人；无被害人的，则应当上缴国库。

根据现代汉语词典,“追缴”是指追查并勒令缴回之义。当其被运用于刑事涉案财物处置程序中时，其语义重心便体现的是司法机关的一个能动性动作，即“追查”。如果赃款赃物已经发现并固定，则无需进行追查，直接没收即可；而如果赃款赃物已经灭失、被隐匿或者与犯罪人的合法资产发生了混同，则无法直接进行没收，需要公安司法机关先进行“追查”，即采取一定的强制性手段对赃款赃物予以追踪、查找并揭示，为没收提供可执行之对象。因此，本课题组认为，追缴，实际上是一种强制手段，是一个程序法概念，理应规定在刑诉法中，其实质上是对刑诉法赋予侦查机关的搜查、扣押、查封、冻结等各种强制性手段的综合运用。

在司法实务中，追缴的实际操作由法院执行局与公安机关共同完成。当被告人所退赔财物与其当前所有的财产低于被判决赔偿的金额时，执行局则会被告人相关信息挂至执行局执行系统中，同时将相关信息通知公安，再由公安机关与执行局共同完成后续的追缴措施。值得注意的是，现行法律规范中并未对追缴的时限进行规定，也就是说对于被告人财产的追缴是“终身制”。实务中，追缴的对象既包括被追诉人财物，也包括违法获利的第三人财物。当返还物的价值不足以相抵被损害财物价值时，则会对被追诉人合法财产进行追缴。

（三）返还及其程序

返还措施是指在没收程序中出现因犯罪行为而损失财产的被害人后，将财物返还于被害人的一项措施。由于刑法中关于“违法所得”和“被害人合法财产”的处理规定并非并列关系，而是前者包含

---

[1] 最高人民法院执行局:《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定理解与适用》，中国法制出版社，2017 年版，第 15 页。

[2]孙国祥:《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》，2015 年 5 月刊。

后者的包容关系，因此，在语义上可以将“返还”解释为违法所得退赔中的“退”。质言之，在犯罪物以及犯罪利得特定化的前提之下，被害人对犯罪所得享有民法上返还原物请求权，这一权利在位序上应当优先于国家对违法所得的没收权。返还，来源于民法上基于物权的返还原物请求权，当其处于刑事诉讼程序之中时，则需要由公安司法机关判断是否返还财物并将该物品返还被害人。

根据“准不当得利”理论，返还需要满足下列条件：一是存在具有“镜像关系”的直接财产损失之人，所谓镜像关系是指犯罪人因犯罪行为获得利益后，犯罪人所获利益与被害人所失的利益相同。例如，因为犯罪人甲盗窃电力，导致某工厂断电，其后续经营活动无法开展而产生的损失，在民法中被称作间接利益损失，不具备追责的条件。因为甲的获益与工厂的损失明显不能衡平，所以不得要求甲返还工厂损失。这个条件设立的目的在于对犯罪人责任的限制，或者说是对犯罪人的一种“保护”，其要求返还之财物应以犯罪人、第三人的犯罪所得为限，并且其得利应与犯罪行为有因果关系，避免对犯罪人过多的追责；二是赃款赃物原物尚存，或作为种类物可以特定化或可区分。作为民法上基于物权的返还原物请求权，适用返还的前提是原物尚存，如果原物已经毁损、灭失，则不得适用返还。当然，如果虽然是种类物，但可以特定化或可区分，则也可适用返还。在课题组调研过程中，争议较大的问题是：如果刑事涉案财物已经与债务人的合法财产混同，但却有证据证明涉案财物的具体金额的，是否可视为特定化或可区分。例如，在一起非法集资案中，犯罪行为人涉嫌非法集资 1000 万元，后犯罪行为人将该笔钱款全部存入自己经营的公司账户，用于公司经营。案发后，该公司已经因为资不抵债进入破产程序，此时公司账户上尚有 3000 万元现金，但账户已被破产管理人接管。非法集资案的集资参与人纷纷要求破产管理人从公司账户上返还他们的资金损失 1000 万。而破产债权人则主张集资参与人应当作为一般债权人纳入破产程序统一处理。问题的核心争议在于，这 1000 万究竟是否属于特定化、可区分的财产。涉案资金本属于种类物，且已与犯罪行为人合法资产混同，但该笔资金数额确定，全部进入公司账户且有证据证明，因此，也可以视为特定化、可区分，进而可适用返还。对此，S 省高级人民法院在一起刑破交叉案件的民事裁定书中指出：“对于应返还给刑事案件被害人的特定财产，不属于破产财产，应通过在刑事程序中退赔等方式返还给受害人；对于已无法区分或者无区分必要的财产，则应当纳入破产财产在破产程序中一并处理。”

在司法实务中，返还，分为审前返还与审后返还。审前返还常运用于资金诈骗犯罪中。当案件还未审结时，如果司法机关有充分证据和心证确定被告人涉嫌违法犯罪，将被判处刑罚且被害人有正当理由急需使用该被返还资金时，公安司法机关便会先行返还该部分资金。当被返还资金处于公安机关的账户时，由公安机关具体负责返还事宜；当被返还资金在法院执行机关账户时，由法院执行局进行返还。审后返还，即判决书生效后所进行的返还。此时的返还既包括资金，也包括被害人的动产。由于动产可能被作为证据于庭审中使用，因此除资金外其他动产皆在法院判决书下达后再进行返还。但无论是审前返还还是审后返还，相关执行程序均没有法律予以规定，实务中公安司法机关也并没有具体的操作规范，其执行人员普遍按照平时办案经验对返还流程进行操作。且公安司法机关返还财物时也并未附带相关文书证明，只有相关单位的涉案财物交接清单与返还笔录签字。但是该部分文书的法律属性暂不清晰，笔者建议，相关文书材料可以作为证据入卷，以证明受害人的损失已经返还或者退赔完毕。当被扣押财物价值低于被害人损失财物价值时，返还执行机关应当告知被害人相关情况，并将情况记录在笔录内，而后继续对其他财物进行追缴；当被扣押财物价值高于被害人损失财物价值时，除返还被害人损失部分外，多出部分将视为犯罪所得，作上缴国库处理。

（四）退赔及其程序

责令退赔主要适用于赃款赃物已被用掉、毁坏或挥霍，无法向被害人退还时,公安司法机关责令按照赃款赃物的等额价款或者相同种类物赔偿被害人。退赔是为了弥补被害人因犯罪侵害所遭受的损失，刑事退赔其实与民事侵权损害赔偿原理相同，本质上是一种侵权损害赔偿之债，只不过侵权行为已经达到了犯罪的严重程度，故受刑法规制和惩罚。从这个角度分析，刑事退赔也是一种民事之债，只不过，由于涉及刑事诉讼程序，往往无需被害人主张而迳由公安司法机关依职权作出退赔决定。

在刑事诉讼程序中，被追诉人退赔有可能出现在各个诉讼阶段，即侦查阶段可以退赔，审查起

诉阶段可以退赔，审判阶段亦可退赔，只是退赔阶段的早晚与否关乎最后刑罚年限的考量。退赔，应当理解为退和赔两个诉讼行为，所谓“退”即主动退赃，而“赔”即积极对被害人予以赔偿。由此可见，“退赔”本身并不具有强制力，当退赔无法实现时，就需要公安机关加以强制措施处理涉案财物。

当被追诉人有退赃的行为时，其赃款就相应的转移至退赃阶段主导机关的办案账户中，如被追诉人在审查起诉阶段退赃，该赃款便转移至检察机关的办案账户中。当法院判决完毕后，由赃款保留机关将该赃款发还被害人。当退的赃款赃物不足以返还被害人损失时，剩余不足部分由执行局或者公安机关继续进行追缴；当退的赃款赃物多于案件当前被害人的损失时，多出部分由相应司法机关进行留置存档，待一定期限内无人认领时，将其上缴国库。当前实务中法院判决书中多会以“请相关机关依法处置”予以判决，即由赃款没收机关对其进行处理，该“依法处理”的具体含义和要求并不明确，也没有程序指引，因此当前多为没收后作上缴国库处理。

二、刑事涉案财物处置执行中的程序问题

刑法第 64 条规定了追缴、责令退赔、返还与没收等刑事涉案财物处置的基本措施，但刑诉法并未设置相应的程序，也由此导致实务中涉案财物的执行方式产生了地区之间的差异，造成了一定程度的程序混乱，这一现状的产生并非为刑事诉讼某一环节的症结，而是因为刑事诉讼程序中的不同环节各有阙漏，是故欲构建起一套完善的涉案财物执行程序必须对各个环节进行重新检视。在厘清了上述四种措施的学理概念之后，下文将以侦查、审查起诉、审判为研究出发点，查找涉案财物执行程序所存在的问题。

（一）刑事侦查阶段中涉案财物执行程序存在的问题

1.未厘清涉案财物范围

公安机关对于涉案财物的处置多为查扣冻措施，这是公安机关所常用的查处涉案财物的一种手段，其本质是一种保障性措施。但是根据调研发现，公安机关对于涉案财物的“涉案”概念比较模糊，实务中经常产生多查多扣多冻或者全查全扣全冻的现象，其背后的依据多为“根据上级领导指示”“查少了怕后面不足以返还被害人的财产”“宁可多扣不能少扣”和“感觉只要是涉及犯罪嫌疑人的都是该被查扣冻的”等，由此可见，公安机关办案人员对涉案的具体范围、判断涉案的依据与判断涉案的标准缺乏正确认知。还有一个值得注意的点是，公安机关在选择对犯罪嫌疑人的财产做出查扣冻措施时，并未就该部分财产的权属问题对犯罪嫌疑人进行讯问，讯问笔录中也基本难以出现有关犯罪嫌疑人自身涉案财物的相关信息，而是靠着办案人员所掌握的银行卡流失、转账记录、产权登记信息等书面证据来直接进行处理，这表明在查扣冻措施的运用中，办案人员普遍缺乏证据意识，缺乏通过证据去判断财物是否涉刑案的观念。

调研中还发现，实务中关于查扣冻及没收的范围还存在以下争议问题：

第一，预备供犯罪所用的财物，是否属于没收范围。对于犯罪预备，我国刑法第 22 条规定为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。但刑法仅规定了对于犯罪预备的刑罚处罚原则，并未规定犯罪行为人为了犯罪准备工具，该预备用作犯罪的工具是否应当予以没收，而刑法第 64 条又仅规定对于供犯罪所用之财物，应当予以没收。实务中问题据此产生，对于为了犯罪而准备的工具，是否应当予以没收？例如为了贩毒而筹集毒资，为了杀人而购买凶刀，等等。从刑法第 64 条的规定来看，条文表述中并未将没收对象限制于供实施犯罪所用之物，但从法理上分析，准备用于犯罪之物，仍应在扣押及没收的范围之内。

第二，给予或承诺给予的犯罪酬劳，是否应当予以没收。在教唆犯罪中，存在着利用经济利益挑唆他人犯罪的情形，例如，承诺给予高额酬劳，指使他人运输毒品，或以分享犯罪所得诱使他人走私物品，等等，对于类似情形，无论犯罪行为是否实施，对于承诺的犯罪酬劳，均应当予以没收。对此，《澳门刑法典》第 103 条第一款的规定可资借鉴：“给予或承诺给予作出一符合罪状之不法事实之行为人之酬劳，不论行为人或他人收受，悉归本地区所有。”从我国刑法第 64 条规定来看，所谓“违法所得的一切财物”，法解释上也并不仅限于通过犯罪行为直接获得的财物，类似于通过实施犯罪获取酬劳，这种间接获取的财物，也在没收的范围之内。同时，获取财物的主体也并不限于“犯罪分子”即犯罪行为人，即使犯罪行为人实施犯罪，目的是让他人如亲友获利，该获利之财物仍在查扣及没

收之列。

第三，重复没收的问题。供犯罪所用之物，可能同时成为犯罪分子违法所得的财物，此时两者产生竞合关系。例如，受贿罪和行贿罪这样的对向犯罪之间，行贿的款项对行贿的犯罪行为人来讲属于犯罪工具，而针对受贿人而言，该款项又属于犯罪利得。实务中据此产生了两次没收的问题，即对受贿人受贿所得予以没收，同时又要求行贿人再次退赃，由此导致二次没收损害犯罪人财产权的问题。课题组认为，对于没收对象产生竞合的情形，国家仅享有一次没收权限，而不得重复没收，因此，针对实务中的竞合没收问题，课题组建议区分两种情形分别处置：其一，涉案财物已经实际交付完成的，向财物所得人如受贿方追赃；其二，双方虽承诺但涉案财物尚未交付的，则向使用财物方如行贿方追赃。

第四，针对第三人的没收问题。犯罪行为实施前后难免牵涉第三人，实务中，涉及第三人的涉案财物处置主要有两种情形：一是供犯罪所用之财物，系第三人所有，二是犯罪所得转移至第三人。这两种情形下，涉案财物是否应当罚没，关键是第三人是否有过错。例如，第三人明知犯罪行为人将汽车用于贩毒仍将汽车借与犯罪行为人，或第三人明知珠宝可能系赃物而购买，此时，均应当对涉案财物予以没收，换言之，法律只保护善意第三人。

2.公安机关对犯罪嫌疑人个人合法财物保障不周

笔者在调研走访公安机关对涉案财物处理的过程中，发现实务中办案人员往往对涉案财物与犯罪嫌疑人随身物品不加区分，对后者随意处置。以手机为例，当犯罪嫌疑人被公安立案侦查后将会被采取强制措施，在嫌疑人到案后，办案机关会对其进行随身搜查，与案件有关的物品将会被扣押，而其随身的个人物品则会被留置并由公安机关代为保管。手机，在当今社会中已经属于常用品，几乎人人都有，是不可缺少的进行人与人沟通交流的现代化媒介，几乎每起案件，犯罪嫌疑人或多或少的都会在手机上留下与本案有关的信息，因此手机是公安机关在对犯罪嫌疑人的个人物品进行搜查时必会被检查的对象。聊天记录、通话记录与转账记录，也几乎是每个案件所被会被提取的电子数据证据。因此，若手机确为嫌疑人联络作案的工具，则在嫌疑人到案后，公安机关对其手机进行扣押并对手机中的通讯内容进行提取，本无可厚非。但实务中仍应注意区分不同情况：其一，经过侦查后发现，该部手机本身确实与本案有关，这种情况下手机需要被扣押，因为该手机有被当作证据所使用的可能性，此时的手机应当被列为涉案财物，待法院判决之后对手机进行没收；其二，经过侦查后发现，该部手机本身确实与本案无关，没有任何证据显示手机是本案的作案工具，那么此时的手机便不应该是涉案财物，而是犯罪嫌疑人的个人合法财物，此时对于被扣押的手机应当解除扣押，待侦查程序终结后将手机随案移送至看守所，作为犯罪嫌疑人个人财物进行保管或在征得犯罪嫌疑人同意的情况下将其交还给犯罪嫌疑人近亲属。然则，在实务中常见情形却是，一旦嫌疑人到案，手机即被扣押，即使侦查后发现手机与本案无关，也不予返还，而是存放在公安机关的保管室内，甚至于办案民警的个人办公室储物柜内。走访中，公安人员对此的解释也道出了实务中的难处：一是担心证据提取不充分，再补充侦查时手机已经返还，有灭失证据的可能性；二是普遍认为，手机作为传递犯罪信息的工具，应当被视为“犯罪工具”之一，应当上缴国库处理。但由于电子产品价值的特殊性，该物品并无保值的可能性，并且贬值、老化速度较快，即使上缴国库也难以处理，再加上犯罪嫌疑人及其近亲属在出狱后有要求返还手机的可能性，故，多集中保管于公安机关处，以备应对该种要求。但在嫌疑人及其家属并未提出返还请求的情况下，公安机关也不会主动、及时进行返还。

3.远洋捕捞等逐利性执法现象屡禁不止

对犯罪嫌疑人合法财产保障不周的情况还多产生于异地执法的“远洋捕捞”。“远洋捕捞”，也叫做逐利性执法，是指公安机关侦办案件的过程中，发现外省的刑事案件中有本地受害人的涉入，因此跨省执法对该案件犯罪嫌疑人采取强制措施或对范围采取查扣的一种手段。以课题组调研的广东 F 地公安侦办的一个案件为例，F 地公安接到报案称本地居民被武汉某游戏公司诈骗，被骗金额逾 2 万余元，F 地公安经过侦查后发现证据确凿，于是跨省前往武汉将该游戏公司进行查封，并对该公司内部 40 多名管理人员采取强制措施，一并将其抓至 F 地看守所内。案件还处在侦查期间时，F 地公安便将一账户告知该游戏公司相关负责人员，让其退赔被害人的相关财产，但是并未明确告知退

赔数额范围，也未将本地受害人被骗 2 万余元的事实告知他们，因此在 F 地公安机关的诱导下，该游戏公司管理层人员陆续往该账户内转款至 3 亿余人民币，后 F 地公安机关才变更强制措施将他们放回武汉。该类执法情况并不罕见，在当前的大背景下，逐利性执法变成了公安机关获取经费的一种常用手段。逐利性执法的显著特点是涉案单位或组织成员有较多财产，并且注册地或营业地并不在执法机关当地，利用了他们对本地执法情况不熟悉的盲点，利于公安机关对相关人员采取强制措施。该种执法方式严重损害了犯罪嫌疑人的合法财产，是对公民财产权的一种严重侵犯。

4.对在国外的虚拟货币的难以进行查扣冻处理

我国当前并不允许比特币等虚拟货币在市场进行公开交易，因此这类虚拟货币的交易也是在国外或更改 IP 地址后进入外网进行交易。部分案件犯罪嫌疑人会把购买外国虚拟货币当作转移资产的手段，即将个人资产换成当时等值的虚拟货币，相应的该部分货币也在国外互联网账户上，我国公安机关并无国外执法权，也没有对国外网站进行查封的权力，即使是签订了引渡条约的国家，由于互联网的高度虚拟性，也难以确定相关网站真正的幕后管理人，因此面对这些问题，我国公安机关便无从下手。从取证环节开始一直到最后的执行环节，对涉案财物的处置形同虚设，难以有效追缴没收返还等。

5.对犯罪嫌疑人的账户反复多次冻结导致解冻难

以流窜多地的非法集资犯罪团伙为例，犯罪团伙并无固定的犯罪地点，其多在全国各地进行流窜作案，也因此会被多地公安立案，确定身份信息后会将该团伙成员名下账户信息全部冻结。在各地公安并不知晓彼此对账户冻结的情况下，就很容易出现对同一银行卡账户信息反复多次的冻结情况。在最终管辖的公安机关调取该账户信息时也需要对其他冻结该账户的公安机关进行业务申请，如此一来造成诉讼效率降低。当该团伙犯罪程度较轻的犯罪嫌疑人出狱时，应当对其银行卡进行相应的解冻处理，但由于最终的管辖机关只有一个，且只能在本地职权范围内对该账户进行解封处理，其余案发地公安机关的冻结操作还需要由当事人自行申请或前往各个案发地进行解冻。

（二）涉案财物执行程序在刑事审查起诉阶段存在的问题

1.统计系统个别功能虚置，难以有效落实涉案财物执行

检察机关内部网站“全国检察机关检察业务统计系统”是对过往办理案件的收集整理引擎，也具有云档案的部分功能，功能较为齐全，对于学习、复查之前的案件大有裨益。在刑事案件办理流程的功能选择中，也存在“涉案财物”一栏，其中细分为登记、入库、借调、出库和归还五大程序设计，对于涉案财物在审查起诉阶段的程序流动一览无余，但是在以调研对象为背景的案卷资料中，无一例外，系统内的涉案财物选项内均未记载相关登记内容，对于被随案移交到检察机关的涉案财物情况指向不明，也对下一步检察机关在起诉意见书中对涉案财物的处理意见出具也较为不利。

2.起诉意见书中并未载明对涉案财物的处理意见

被调研的起诉意见书中对案情细节与刑罚标准均有涉及，给予了相应的建议，但是对于涉案财物的详细内容与审后具体执行操作未给予正面回应，部分起诉书中只是以“建议予以追缴”“建议予以没收”等描述对该部分内容进行概括，多部分卷宗对涉案财物的具体内容都未予以记载说明。这就导致后来在法院的判决中，也会导致此类情况的出现，从而影响整个案件中的涉案财物处置。

3.实务操作中对于涉案财物追缴的认定标准把握不一

笔者在调研中收集了 80 份起诉意见书，发现因为其出自不同检察官之手，导致对于涉案财物追缴的认定标准也具有差异。例如同样的诈骗罪，有犯罪嫌疑人将赃款赃物用于投资，获得了一定的孳息。有的检察官认为这是由赃款赃物所产生的孳息，没有该部分赃款赃物的“资本”，就没有这部分的“回报”，其本质上还是理应同属于赃款赃物，应当一并进行追缴。另有检察官则认为赃款赃物应当仅限于被诈骗的该部分资金，多出的部分并非从被害人出所非法获取，因此不应当被列入追缴范畴之内。

（三）涉案财物执行程序在刑事审判阶段存在的问题

1.庭审中缺乏对涉案财物的专一调查程序

分析该部分犯罪类型的判决书可以发现，庭审活动中不存在专门的涉案财物处置程序，涉案财物处置活动与定罪量刑程序合一进行，有关涉案财物处置的事项被附加在定罪量刑事实调查和辩论

程序当中。具体而言，在被告人不认罪案件的普通程序中，法庭调查主要围绕定罪量刑事实进行，涉案财物事实通常作为定罪量刑事实的一部分，用以证明犯罪成立、罪刑轻重和犯罪数额。在这种“合一型”涉案财物处置模式下，公诉机关一般不对“查扣冻”的财物提出具体的追缴建议，也只有少数认罪认罚的被告人会针对部分财产是否属于违法所得的定性提出异议。虽然《刑事诉讼法》规定了涉案财物及其孳息是法庭审理过程中应当处理的事项，但在实践中并无针对涉案财物的专门调查程序。正是由于欠缺专门的涉案财物事实调查程序，法庭审理中也少有针对涉案财物展开法庭辩论的情况。

2.判决书中的处置措施程序操作指向不明

在上述起诉案件的后续判决书中，对于案件中的涉案财物处置方式较为模糊。例如，有判决书中对于追缴涉案财物会表示为“不足部分继续追缴”或者“责令退赔”，对于追缴与责令退赔的主体未作说明。还有的判决书对于扣押在案的财物表述为“由扣押机关依法处置”，同样的未对依法处置的责任主体进行明确，对于追缴、责令退赔或者依法处置的范围也不明确。而在共同犯诈骗罪中，判决书中根据诈骗的情节严重与否对不同的犯罪嫌疑人判处了不同的主次责任，最后的刑罚结果也会有所差距，同样的，根据每个犯罪嫌疑人所承担的不同责任，其对追缴、责令退赔所要承担的额度也应不同，但是该部分判决书中，均未对该部分财产刑作主次区分，而是单一的一句话带过，让人无法分清主次责任。

3.涉案财物处置在判决中表述混乱或未表示

实践中当检察机关并未针对一部分涉案财物提出追缴请求时，这部分财物事实往往无法进入法庭审理程序，法院也一般并不对其作出实质处置。虽然《刑事诉讼法》和《高法解释》规定了法院应当对涉案财物作出处理，但实践中仍然大量存在法院通过笼统判决“由扣押机关依法处理”而将这些财物的处置权力转移到扣押机关手中的情况。对这些涉案财物，我国法院并未明确规定判决有效力，被告人及其辩护人在诉讼结束后向扣押机关申请返还财物时，面临因裁判文书缺少明确判项而缺乏执行依据的困境。责任限度模糊问题也同样存在，根据调研情况，仅有少部分判决书以在判项主文列明或以附表等方式确定了被告人应承担的责任限度，其余判决书仅在判项中以“涉案赃款继续予以追缴”“不足部分责令退赔”等笼统的表述方式处理涉案财物，对于追缴被告人的违法所得或者责令被告人退赔的具体金额，判决书并未明确，如（2021）鄂 0107 刑初 81 号等判决书。在责任划分方面，责任划分的裁判标准各异。非法吸收公众存款罪多为共同犯罪，在除去个人犯罪或单位犯罪的情况外，有的判决书并未明确责任划分方式，即使做出明确的责任划分，但划分方式上仍存在明显差异。例如有的判决书上仅写明笼统的共同退赔，具体一些的则写明了不享有资金控制权的被告人在违法所得范围内承担退赔责任，享有资金控制权的被告人承担全部退赔责任，如（2021)津 0106 刑初 15 号判决书。

与此同时，上诉是被告人获得救济的重要途径，由于缺少明确判项以及有针对性的释法说理，被告人也无法对涉案财物处置提出有针对性的上诉。部分判决书中也有对涉案财物的处置表述，但是用语较为混乱。考察部分有追缴和责令退赔判项的样本判决，大部分判决书笼统表述应当追缴或责令退赔，即使在笼统表述继续追缴或责令退赔判项的表述也参差不齐。除此之外，对于同一性质的涉案财物，各个地区不同判决中的处置方式也有所不同，如在非法集资案件中，业务员、财务人员通过提成、奖金等获取的违法所得，有的判决对其予以没收并发还投资人，有的判决对其予以没收并上缴国库，差异较大。

三、刑事涉案财物处置执行程序构建的完善路径

（一）涉案财物执行程序在刑事侦查阶段的完善路径

第一，针对涉案财物适用查扣冻措施，应当尽快出台明确规定，明晰涉案财物的范围，确保公安机关执行涉案财物保全措施时有法可依。同时，针对查扣冻的财物也应当摒弃“全查全扣全冻”的作风，在有确凿证据的情况下有序进行。明确公安机关对运用查扣冻措施于涉案财物时收集证据的责任，即公安机关采取查扣冻措施，必须有证据证明该财物“涉案”，即与案件之间存在关联性，且该财物可以作为本案证据或系违法犯罪所得。

第二，对犯罪嫌疑人个人合法财物的处理方式，建议增设“假扣押”制度。顾名思义，所谓假扣

押，形似扣押，但所针对者并非涉案财物，而系犯罪嫌疑人的个人合法财物。假扣押，是以涉案金额的等值财产为对象，在符合比例原则的前提下，对犯罪嫌疑人合法等值财产进行审前临时性保全的一种措施。创设假扣押制度的原因和目的主要有以下两点：其一，确保罚金刑的执行。当前实务中法院的罚金刑判决难以得到执行，几乎沦为法律白条，其中一个至关重要的原因就是，判决前被告人有充裕的时间转移、隐匿其合法资产。创设假扣押制度，授权公安司法机关在审前基于保障罚金刑执行的目的，对其可能判处的罚金刑的等额合法财产进行假扣押，可以有效防止其转移、隐匿资产。其二，特定类型犯罪案件如涉众型案件中，返还、退赔的资金压力大，而犯罪嫌疑人转移、隐匿违法犯罪所得的能力又较强，如果在侦查环节不及时对犯罪嫌疑人的个人合法资产进行查、扣、冻，则极有可能因为犯罪嫌疑人迅速转移、隐匿资产而导致无法及时返还、退赔，如非法集资、集资诈骗、电信诈骗等案件中，集资参与人、被害人众多，退赔资金缺口大、压力大，而犯罪嫌疑人的违法犯罪所得与个人财产又高度混同、难以区分，此时，如果不及时对犯罪嫌疑人的合法财物进行查、扣、冻，则后期返还、退赔工作几乎难以开展。但传统的扣押措施包括查封、冻结，只能针对涉案财物适用，而不能针对嫌疑人的合法财产，这就使得其功能不足以应对上述特定类型犯罪案件的返还、退赔工作之实务需求，这也正是实务中部分公安机关明知超范围查扣违法但却仍然坚持全查全扣全冻的原因所在。正基于此，课题组建议，在刑诉法修改之际，创设假扣押制度，允许对特定类型犯罪案件如危害国家安全犯罪，恐怖主义犯罪，非法集资、集资诈骗、电信诈骗等犯罪中针对嫌疑人的合法财产实施假扣押，防止其转移、隐匿资产。

第三，改革单一卷宗制度为“人”“物”双卷宗制度，立法上明确公安机关对于查扣冻涉案财物的证据收集责任。在公安机关、检察机关与法院的办案系统中均设有涉案财物一栏程序流转页面，但是从侦查阶段到最后的执行阶段，里面的证据内容寥寥可数，究其成因，是公安机关在侦查阶段时就未将涉案财物的证明证据一并纳入，在对相关涉案财物查扣冻的同时，没有对该财物的证明证据一并收集，这也直接导致了后续审查起诉与审判阶段对涉案财物证据审查环节的虚置。因此，课题组建议，立法上明确公安机关对于查扣冻涉案财物的证据收集责任，要求公安机关在侦查阶段收集犯罪证据的同时一并将涉案财物的涉案证据组装成卷，并在侦查终结后移送至检察机关，并同步完成对相关资料的上传。

（二）涉案财物执行程序在刑事审查起诉阶段的完善路径

第一，进行起诉书制度改革。首先将有涉案财物的案件进行分装，分为涉案人员卷与涉案财物卷，对涉案人员卷的起诉意见不变，重点在于涉案财物卷。涉案财物卷中应当对该财物从被查扣冻到确定为本案涉案财物中的过程、证据证明、数量类别的明晰进行列出，相应的，对本案涉案财物的处置也出具具体的意见措施。

第二，完善检察监督机制。对于公安机关的查扣冻措施，可以通过提前介入的方式予以引导，充分解释涉案财物的概念范围。同时，查封扣押冻结是对物的一种强制措施，检察机关对此拥有监督权。对于公安机关的查扣冻决定可以先行自行决定，但是要进行事后监督，减少全查全扣全冻现象的出现，严格把控证据证明标准，对于未达到高度可能性证明标准的证据，应当予以退回补充侦查或者做出返还决定。

（三）涉案财物执行程序在刑事审判阶段的完善路径

第一，加强庭前会议作用，在庭前会议中提前整理相关资料，针对庭前会议相关内容总结确认各方针对涉案财物处置达成的共识性观点，整理有关涉案财物处置的争议焦点，同时考虑到应在刑事裁判文书主文中予以体现的核心构成要素，将涉案财物权属、责任划分方式、处置的方式包括侦诉机关审前处理财物的合法性等作为主要审理内容，以便于在判决文书主文中明确体现，让执行有据。

第二，庭审中应当对涉案财物设置专门的调查程序。长期以来，我国不存在专门的涉案财物处置程序，涉案财物处置活动与定罪量刑程序合一进行，有关涉案财物处置的事项沉潜于定罪量刑事实调查和辩论程序当中。具体而言，在普通程序中，法庭调查主要围绕定罪量刑事实进行，涉案财物事实通常作为定罪量刑事实的一部分，用以证明犯罪成立、罪行轻重和犯罪数额。在这种“合一型”涉案财物处置模式下，公诉机关一般不对“查扣冻”的财物提出具体的追缴建议，也只有少数认罪认

罚的被告人会针对部分财产是否属于违法所得的定性提出异议。虽然《刑事诉讼法》规定了涉案财物及其孳息是法庭审理过程中应当处理的事项，但在实践中并无针对涉案财物的专门调查程序。涉案财物事实调查是法庭根据个案需要依职权启动的审理活动，并依附于定罪量刑事实调查程序，正是由于欠缺专门的涉案财物事实调查程序，法庭审理中也少有针对涉案财物展开法庭辩论的情况。在很多情况下，犯罪事实的存在与涉案财物的处置需要分别进行调查和证明。缺少专门的涉案财物处置程序即意味着对有关涉案财物的事实缺乏举证、质证和辩论的调查程序，法院进行事实认定的证据不足，这也是导致涉案财物处置随意化的重要原因。因此在对涉案财物的庭审程序设置中，应当着重审理以下三点：一是涉案财物的权属性事实，法庭需调查涉案财物是否为被告人本人所有，若利害关系人对涉案财物主张独立所有权或共有权，法庭须对涉案财物的实际权属进行调查。二是涉案财物的合法性事实，主要包括：被查扣冻的涉案财物是否属于违法所得或其他应予追缴财物的事实；利害关系人财产是否善意取得，其对自身所有财产被用于从事犯罪行为是否存在过错；有关涉案财物价值变化的事实等。三是“查扣冻”涉案财物的全面性事实，主要指“查扣冻”涉案财物是否全面、能否充分保护被害人的权益等事实。

第三，庭审过程改革。一是在法庭调查中，利害关系人只能针对涉案财产权属、处理方式等提出异议及提供证据，不对犯罪事实提出异议。若法庭认为确有必要出示刑事侦查证据，应注意法庭调查知悉范围。二是法庭辩论应当在审判长的主持下，双方根据此前法庭调查基本查明的案件事实和证据材料，各自阐明自己的观点，论述自己的意见，反驳对方的主张。针对涉案财产权属、处理方式等进行辩论。若辩方或利害关系人对检察机关的对物公诉请求确无异议的，审判组织在法庭调查、法庭辩论和最后陈述环节予以简化。若在辩论环节中发现新的事实，合议庭认为有必要调查的，审判长可以宣布暂停辩论，恢复法庭调查，在对新的事实进行调查后，继续法庭辩论。三是为了更好保障相关诉讼当事人的权利，在法庭辩论终结后的最后陈述环节，应当参照民事诉讼法的相关规定，按照公诉人、被害人、利害关系人及其诉讼代理人、被告人及其辩护人的先后顺序针对涉案财物发表最后陈述。若在发表的意见中提出新的事实、证据或新的辩解理由，合议庭认为可能影响正确裁判的，应当相应恢复法庭调查或者法庭辩论。四是程序回转问题。当其他涉案财物信息陆续进入审判视野，理论上存在后程序中发现前程序事实认定错误的可能，为了保证事实认定的准确性，维护程序稳定性和判决有效性，需要进行程序回转并重新对定罪量刑事实进行审理。但为了提高庭审效率，应当对条件有所限制，当合议庭认为定罪量刑事实认定确有错误的，应当恢复定罪量刑程序，待定罪量刑事实查清后再继续进行涉案财物处置程序，仅对事实错误部分重新进行举证、质证。

第四，在判决书中明确对于涉案财物处置的操作指引。对于判决书中对涉案财物的处置判决，应当具有明确性，不应当再使用“由扣押机关依法处理”等概述性话语，如对银行账户内的剩余犯罪资金要进行依法返还被害人，后进行没收，可以表述为“请公安机关将该账户内资金对本案被害人进行相应返还，剩余部分作没收处理，上缴国库。”以此类推，对于追缴与责令退赔的表述也应是如此。

减刑、假释案件实质化审理的实践检视与完善理路

罗海敏*

摘 要：我国减刑、假释案件审理长期存在程序规定零散、定位模糊的问题，实践中审理流于形式、实质性不足问题突出。2021 年底出台的《关于加强减刑、假释案件实质化审理的意见》提出“实质化审理”要求，进一步明确了减刑、假释案件的司法属性，但其对“以审判为中心”的程序正义与权利保障需求仍回应不足。从进一步完善的方向看，减刑、假释案件实质化审理应当回归程序公正与实体公正并重的基本价值定位，通过逐步扩大开庭审理范围，强化罪犯、被害人权益保障，增加检察机关程序对抗性，完善证据、证明规则等措施，发挥实质化审理在实质性解决争议、实质性保障权利方面的应有作用。

关键词：减刑、假释案件 实质化审理 程序完善

减刑、假释作为激励罪犯积极主动改造、彰显刑罚人道精神的重要制度，是我国刑罚执行变更的重要措施。2021 年 12 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部共同制定了《关于加强减刑、假释案件实质化审理的意见》（以下简称《意见》），成为规范减刑、假释案件审理的主要司法解释性文件。目前，《意见》发布逾两年，实质化审理的要求已在各地减刑、假释案件办理中贯彻实施，逐步显现各方面影响。与此同时，《十四届全国人大常委会立法规划》将刑事诉讼法修改再次纳入“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”的第一类项目之列，开启了刑事诉讼法再一次修改的重要进程。2024 年 7 月 18 日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通作的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》在“健全公正执法司法体制机制”部分明确提出了健全监察机关、公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职，监察权、侦查权、检察权、审判权、执行权相互配合、相互制约的体制机制的要求。在上述背景下，作为刑事执行程序的重要组成部分，减刑、假释案件审理也迎来了进一步加强制约监督、推进立法完善的重要契机。为此，笔者对 B 市、N 省 H 市、Z 省 H 市等地最近两年的减刑、假释案件审理情况开展了调研和访谈，在了解实践运行情况的基础上就实质化审理存在问题及完善方向展开必要分析，以期为刑事执行领域的程序法制完善提供一定参考。

一、减刑、假释案件审理的程序规制图景

（一）审理程序立法规定零散、定位模糊

新中国成立以后，我国在移植与借鉴前苏联相关制度的基础上，通过制定一系列法律法规逐步确立了减刑、假释程序的基础框架，形成了提请权由执行机关行使、裁决权由法院行使、检察机关进行全程监督的基本程序模式。

在立法层面，我国有关减刑、假释案件审理程序的法律规范长期处于模糊且零散的状况。《刑法》第 79 条、第 82 条仅规定了减刑、假释案件由执行机关向中级以上人民法院提出建议书，人民法院应当组成合议庭进行审理裁定。《监狱法》虽然是行政法律规范，却在第 30 条至第 34 条规定了中级人民法院和高级人民法院的审理分工，减刑、假释案件的审理时间，假释撤销审理和法院重新审理的程序内容。而作为规范刑事诉讼程序的基本法律，《刑事诉讼法》有关减刑、假释案件审理程序的规定仅有第 273 条第 2 款和第 274 条这两个条款，包含的程序内容甚至不如《刑法》《监狱法》上述条款详细，相关规定在历次《刑事诉讼法》修改中基本保持未变。

由于法律关于减刑、假释案件审理程序的规定过于原则、粗疏，为了适应实践操作的需要，最高人民法院、最高人民检察院等部门先后发布多个司法解释，特别是 2014 年 4 月最高人民法院《关于减刑、 假释案件审理程序的规定》（以下简称《规定》）、2021 年 1 月《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（以下简称《解释》）的出台，在一定程度上明确了减刑、假释案件审理程序特别是开庭审理的程序，但并未彻底扭转相关规定内容松散、体系性与操作性差的问题，减刑、假释案件审理对象、开庭审理的具体程序与要求、参与人的程序权利保障等仍缺乏明确具体的规范。

减刑、假释案件审理程序立法规定的不协调、零散状况，使得实践中长期存在认识不统一、适

* 罗海敏，中国政法大学诉讼法学研究院教授。

用不规范、适用效果不理想等突出问题。对于减刑、假释程序究竟是行政程序、司法程序还是准司法程序，实践中存在多种不同看法。有观点认为减刑、假释核准权是由执行机关主导和行使的权能，法院的审查仅仅是形式审查，因此减刑、假释程序本质上是一种行政程序；[1]也有观点认为，减刑、假释是法官主导的裁判行为，其权能性质毫无疑问属于司法权；[2]而"准司法程序"的观点则认为减刑、假释程序并不是是完整意义上的司法权，充其量是一种"准司法权"。[3]在基本属性缺乏一致认识的局面下，由于执行机关掌握着罪犯日常表现考核决定权，在何时提请、提请哪些罪犯减刑、假释方面占据明显主导地位，检察机关难以深入开展监督，法院对减刑、假释案件的审理往往形式大于实质，减刑、假释案件办理呈现"执行中心主义"、类似行政性审批的明显样态，建议权越位于实质裁决权，而裁决权则沦为"橡皮图章"，亟需从制度上予以完善。[4]与此同时，为了应对实际操作的需要，各地围绕减刑、假释案件办理出台了大量地方性程序规定、工作办法等文件，但宽严程度、具体程序要求各有不同，也导致减刑、假释案件办理程序存在明显的地方化、差异化问题。

（二）实质化审理成为新的方向指引

十八大以来，党中央高度重视刑罚执行工作，中央政法机关先后出台多个规范减刑、假释工作的司法解释和规范性文件，但减刑、假释案件实践办理中仍存在法院审理流于形式、案件办理不公甚至存在徇私舞弊、司法不廉等现象。近年来，孙小果案、巴图孟和案、郭文思案等刑罚执行领域的腐败案件对司法权威与公信力造成极大伤害，也将减刑、假释工作推上风口浪尖。2021 年，中央政法委在全国政法队伍教育整顿中将违规违法办理减刑、假释、暂予监外执行案件作为六大顽瘴痼疾之一予以集中整治，并在全国建立常态化清查机制，以推动形成减刑、假释领域的高压治理态势。

在此背景下，2021 年底出台的《意见》明确指向减刑、假释案件的审理环节，强调推进审理的"实质化"，旨在破解实践中长期存在的减刑、假释案件审理流于形式、实质性审理不足的普遍问题。[5]《意见》所提出的"实质化"审理目标，强调"要使庭审能够对案件处理结果产生实质性影响，实现证据核查在法庭、事实认定在法庭、意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭。未开庭审理的案件，也必须对相关材料进行真正实质性的审查"[6]，这事实上进一步明确了减刑、假释案件审理程序的司法权属性，内含了以审判为中心的诉讼制度改革对减刑、假释案件审理方式的具体要求，体现了减刑、假释案件审理程序从"执行中心主义"向"审判中心主义"转变的基本方向，对于厘清长期以来存在不同认识的减刑、假释程序定位问题具有明确的指引作用。"……尽管不少规定还较为原则，但仍然可以看出，在减刑、假释审判工作中，司法权属性已经开始回归。比如，其中规定了完善庭审程序、健全证人出庭作证、庭外调查核实等内容，且文件以法、检、公、司名义联合印发执行，这让我们有理由相信，减刑、假释作为一项司法活动，随着相关制度的落地生根，将更加符合司法权运行的规律，更加有力维护司法权威与公信力。"[7]

二、减刑、假释案件实质化审理的实践展开

《意见》虽以减刑、假释案件审理为主要规范对象，但其对办理减刑、假释案件提出的多方面"实质化"要求具有导向功能和倒逼作用，不可避免地对执行机关提请、检察机关监督和法院审理的全流程、全链条产生约束与规范作用。从媒体报道和调研情况看，各地在推进减刑、假释案件实质化审理方面有不少共同举措，也呈现一定具体差异。

---

[1] 参见袁登民：《减刑权归属之探讨》，载《中国监狱学刊》2002 年第 1 期，第 46 页。

[2] 参见陈瑞华：《司法权的限制——以刑事司法为范例的分析》，载《法学研究》2000 年第 5 期，第 37 页。

[3] 参见缪伟君等：《减刑、假释制度改革研究》，中国检察出版社 2017 年版，第 73 页。

[4] 参见滕伟等：《<关于减刑、假释案件审理程序的规定>的理解与适用》，载《人民司法》2014 年第 15 期，第 26 页。

[5] 罗智勇等：《<关于加强减刑假释案件实质化审理的意见>的理解与适用》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 32 页。

[6] 罗智勇等：《<关于加强减刑假释案件实质化审理的意见>的理解与适用》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 39 页。

[7] 熊秋红：《推进减刑、假释案件实质化审理，必须让审理回归司法程序》，载《人民法院报》2021 年 12 月 11 日第 002 版。

（一）回应“办案”的证据要求成为实体条件审查的关键

证据是刑事诉讼的核心，无证据则无诉讼。在减刑、假释案件办理实践中长期采行“办事”而非“办案”的模式，检察院、法院对罪犯是否应予减刑、假释基本以刑罚执行机关报送的书面材料为依据，而刑罚执行机关书面呈报的计分考核、行政奖励、处遇等级、违规违纪等材料往往只反映结果而不体现过程，缺乏相应证据判断该结果的真伪，这也为检察监督与法院审理环节的“重形式审查、轻实质审查”埋下伏笔。为此，《意见》第 3 条提出了实质化审理应当“坚持严格审查证据材料” 的基本工作要求，强调“认定罪犯是否符合减刑、假释法定条件，应当有相应证据予以证明；对于没有证据证实或者证据不明确、不充分，不得裁定减刑、假释”，并在具体条款中对实体条件审查中最核心的“确有悔改表现”“没有再犯罪危险”的证据及司法确认问题作出了相应规定。

证据问题是《意见》实施后刑罚执行机关面临的最大挑战。各地刑罚执行机关已开始认识到进一步增强证据收集与固定意识，提高法律文书制作水平和民警出庭应诉能力等必要性，并采取了完善监狱证据中心、成立办案中心等组织建设、制度建设措施。[1]例如，山西省监狱对减刑、假释案件证据采用“三级前置审查”工作法，由监区办案民警对符合条件罪犯的改造表现材料进行全面梳理、汇总、筛查，监区分包民警、刑罚执行专职民警、监区长和教导员对拟报请减刑假释罪犯的学习、劳动改造、奖惩、评审等方面证据进行第二级审查，职能部门对自身分管职责范围的证据再次进行审查，以最大限度保证证据合法、合规、真实、有效。[2]多个地区的检察院、法院也制定了减刑、假释案件实质化审查的操作指南、工作规程等规范文件，进一步细化了减刑、假释案件各个阶段的证据材料和审查要求，类似于普通刑事犯罪案件中某类案件的证据指引，以此回应实体条件审查的更高证据要求。[3]但是，目前减刑、假释案件证据适用仍存在模糊地带，刑罚执行机关监管民警在日常监管改造时仍存在证据意识不足、执法程序随意且证据材料保存不及时、不全面等问题，致使很多执法文书达不到证据提交的标准，同时各部门衔接之间也不乏形式化、教条化的做法。例如，有法院要求监狱提交罪犯“政治学习成绩优秀”的相应证据，监狱不得不重新打印、印刷过去的考试卷让罪犯“补考”。[4]另外，实践中也存在案件部分证据存在缺陷或缺失能否直接否定罪犯全部悔改表现、将刑罚执行机关业已处理完毕的问题再度作为罪犯是否确有悔改表现的情节进行认定是否存在重复惩罚之嫌等疑问。[5]总体来看，在减刑、假释案件实体条件审查上，对于如何实现实质化审理的证据、证明要求仍然存在一定困惑。

（二）财产性判项履行情况成为重点关注的审查内容

长期以来，减刑、假释案件办理中对罪犯财产性判刑履行情况审查不足的问题尤为突出，罪犯履行财产性判项情况与减刑、假释结果缺乏关联公平性的问题引发社会舆论广泛关注。[6]为此，《意见》明确提出罪犯未履行或者未全部履行财产性判项且具有规定情形的，不能认定罪犯确有悔改表现。2024 年 5 月，最高人民法院专门针对该问题发布了《关于办理减刑、假释案件审查财产性判项执行问题的规定》（以下简称《财产性判项规定》），细化了财产性判项的范围、罪犯履行能力的判

---

[1] 参见姚学强：《减刑案件实质化审理制度的问题及其改进》，载《中国监狱学刊》2023 年第 6 期，第 53 页。

[2] 参见《山西省监狱系统多措并举助推“减假暂”案件实质化审理成效初显》，载司法部官网，https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/fzgz/fzgzxszx/fzgzjygl/202212/t20221209_468975.html，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[3] 参见姜康康：《实质化审理背景下减刑案件的诉讼化路径探析》，载《北京政法职业学院学报》2023 年第 2 期，第 19 页；《四川高院全力规范减刑、假释案件的办理程序》，载澎湃新闻，https://m.thepaper.cn/baijiahao_15896034；《加强减刑、假释案件实质化审理工作，江苏法院召开发布会》，载江苏法院网，www.jsfy.gov.cn/article/94766.html，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[4] 徐明书、曾智：《减刑、假释案件实质化审理中监狱面临的若干问题研究》，载《犯罪与改造研究》2024 年第 2 期，第 57 页。

[5] 参见姚学强：《减刑案件实质化审理制度的问题及其改进》，载《中国监狱学刊》2023 年第 6 期，第 51 页。

[6] 参见唐国峰、代天钰：《权利保障视域下减刑、假释开庭案件实质化审理的规则进路》，载《中国监狱学刊》2024 年第 2 期，第 20 页。

断、未执行完毕的重点审查、民事赔偿责任优先原则等内容，明确了减刑、假释案件实质化审理与财产性判项执行机制的内在关联。

在目前减刑、假释案件办理中，无论是刑罚执行机关报请、检察机关监督还是法院审理阶段都高度重视财产性判项执行情况的审查判断，将其作为认定罪犯主观上是否有认罪悔罪的重要依据。有些地方制定了法院、检察院和刑罚执行机关之间加强财产性判项执行协助的文件，还有些地方建立了了财产性判项联络员机制，刑罚执行机关可派专员直接到法院执行局查询罪犯财产性判项执行案件信息，执行局可立即出具回复函，以此缩短函调周期，提高工作效率。[1]但与此同时，各地财产性判项执行及取证过程中仍普遍存在认识不同、衔接不畅的问题。从刑罚执行机关的角度看，极少有法院愿意提供罪犯"拒不交赃款、赃物去向"等财产性判项执行情况的证明材料，执行法院接到监狱发函经常出现迟迟不予回复或回复欠明确的情况，同时也存在因法院判决时未对责令退赔的实物进行估价、服刑后责令退赔的实物已不复存在，以致罪犯无法履行退赔义务而无法报请减刑、假释等问题难以解决。[2]从法院调研的情况看，负责减刑、假释案件审理的法官普遍反映目前办案中仍明显存在罪犯应履行的财产性判项数额确定难、罪犯履行能力认定难以及相关证明材料真实性难保证等问题。可以看出，《财产性判项规定》程序细化的实践规范作用尚未充分显现，财产性判项履行情况的审查判断问题仍然是影响法院、检察院和刑罚执行机关意见不一致的主要因素。[3]

（三）扩大开庭范围、完善开庭方式成为落实庭审实质化的主要着力点

《刑事诉讼法》对减刑、假释案件审理方式未作明确规定，2014 年《规定》列举了应当开庭审理的 6 种情形，2021 年《解释》将开庭审理的范围增加到 7 种情形。从实践情况看，长期以来存在减刑、假释案件普遍实行书面审、开庭审理案件数量极少的状况。在所调研的 B 市，其 2019 年、2020 年开庭审理的减刑、假释案件仅分别占 5%、7.69%。《意见》虽未修改开庭审理的减刑、假释案件范围，但强调充分发挥庭审功能，对于有疑问的证据材料要重点进行核查，必要时可以要求有关机关或者罪犯本人作出说明，同时也就健全证人出庭作证制度、有效行使庭外调查核实权提出了要求。

《意见》出台后，对减刑假释案件扩大开庭审理范围、完善开庭审理方式，成为各地落实减刑、假释案件庭审实质化的主要着力点。例如，在所调研的 B 市，当地法院、检察院、司法局、监狱管理局等部门共同制定的《减刑、假释案件审理程序实施细则》将应当开庭审理的减刑案件扩大至"累犯以及因故意伤害致人死亡、故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪一罪或者数罪并罚被判处十年以上有期徒刑的"被报请减刑的罪犯原判系无期徒刑、死缓的"等 13 种情形，同时规定假释案件一律开庭审理。江苏省各级法院也将应当开庭审理的减刑、假释案件增加到了 10 种情形。[4]在调研的 N 省 H 市，该地从 2023 年开始实行所有减刑、假释案件一律开庭审理。在庭审公开方面，有些地方采取了在监狱内公开审理减刑案件的方式，组织服刑人员到场旁听，邀请社会人士现场监督、罪犯家属代表现场旁听[5]；有些地方在公开审理假释案件中探索实行法检狱"三长"同堂履职、当庭作出裁定、当庭对原犯罪行为开展针对性教育的方式[6]；还有些

---

[1] 《切实推动监狱减刑、假释实质化审理工作实现新提升》，载辽宁省司法厅网站，https://sft.ln.gov.cn/sft/gzdt/gsdt/2024070909161161376/index.shtml，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[2] 徐明书、曾智：《减刑、假释案件实质化审理中监狱面临的若干问题研究》，载《犯罪与改造研究》2024 年第 2 期，第 57 页。

[3] 陈世定等：《减刑、假释案件实质化审理问题研究》，载《犯罪与改造研究》2024 年第 4 期，第 51 页。

[4] 《加强减刑、假释案件实质化审理工作，江苏法院召开发布会》，载江苏法院网，www.jsfy.gov.cn/article/94766.html，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[5] 《公开庭审！让减刑假释案件实质化审理质效再提升》，https://jyglj.guizhou.gov.cn/qb/gzdt/gzdt_75713/202404/t20240422_84335715.html，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[6] 《广元中院实质化审理假释案件，创新实践推动司法公正》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1805469639943256593&wfr=spider&for=pc，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

法院在辖区监狱内举行宣判大会集中宣判减刑、假释裁定，人民陪审员现场对服刑人员进行帮教[1]。此外，也有地方探索实行刑罚执行机关指派公职律师出庭履行职务的做法，由公职律师负责在法庭上宣读报请建议、举证质证、回应检察意见、说明减刑假释依据。[2]从减刑、假释案件开庭审理的具体程序来看，各地仍存在较大差异。例如，在证人选取方面，有些地区已经开始探索监狱提供可作证的管教民警及罪犯名单，合议庭在开庭前随机确定出庭证人的做法，而多数地区仍然还是实行监狱事先安排证人的做法。[3]在证人出庭范围上，调研的 Z 省 H 市在减刑、假释案件庭审中普遍实行 1 名管教民警和 1 名同监同改罪犯出庭作证，但在 S 省 C 市仅有 16%的庭审既有罪犯也有管教民警出庭作证。[4]而从开庭审理的实际情况看，《意见》实施后，减刑、假释案件审理程序缺乏质证询证、缺乏对抗，呈现“你问我答”“你好我好”祥和场景依然较为普遍[5]；同时，法官的庭外调查核实作为庭审调查核实的重要补充性措施，目前在实践适用中仍处于静默状态，法官行使庭外调查核实权的情形鲜少出现。

（四）多层级审查、评查是内部质量把控的重要方式

《意见》对减刑、假释案件提出的实质化审理要求，既是对案件办理过程的要求，也是对案件办理结果的要求。推进实质化审理，要求对减刑、假释案件的实体条件进行严格审查，“确保减刑、假释只适用于悔改表现良好的那部分罪犯”。[6]为了避免出现处理结果不公甚至徇私舞弊、司法不廉等现象，无论是执行机关报请、检察院监督还是法院审理环节，减刑、假释案件办理的各环节都呈现了一定程度的繁复化倾向，增加审查次数、审查级别，常态化进行内部自查或评查等成为各地、各部门加强减刑、假释案件质量把控的重要方式。

从刑罚执法机关报请环节来看，根据司法部 2014 年《监狱提请减刑假释工作程序规定》，减刑、假释案件要经过分监区民警集体研究、监区长办公会议审核同意、监狱刑罚执行部门审查同意、监狱减刑假释评审委员会评审和公示、征求人民检察院意见、报请监狱长办公会议审议决定这六个必经环节，然后才能提请法院裁定，呈现环节多、流程长的明显特点。《意见》出台后，为了严格查处违规违法提请减刑、假释案件，各地刑罚执行机关普遍采用监狱自查、交叉评查、抽样评查等方式开展深度排查整治，进一步强化了案件的事后审查。例如，河北省在各监狱每半年开展一次自查的基础上，组成评查组采取统一时间、统一地点、统一标准的方式对各监狱年度办结减刑、假释案件进行集中评查，使得年度案件自查、评查覆盖面达到 100%。[7]从检察机关监督环节来看，根据 2014 年《人民检察院办理减刑假释案件规定》的要求，检察机关对减刑假释案件的法律监督实行拟提请阶段、提请阶段和审理阶段的“三段式”全流程监督模式，既要对监狱的拟提请减刑、假释案件征求意见开展审查监督，按照罪犯人数分别制作相应的审查报告、征求意见反馈函等工作文书，在收到

---

[1] 《曲靖中院减刑假释案件集中宣判效果好》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1809780093426013248&wfr=spider&for=pc，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[2] 《为刑罚执行的大门再加“安全锁”——南京中院推进减刑假释案件实质化审理纪实》，https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/12/id/7064200.shtml，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[3] 参见唐国峰、代天钰：《权利保障视域下减刑、假释开庭案件实质化审理的规则进路》，载《中国监狱学刊》2024 年第 2 期，第 20 页。

[4] 参见唐国峰、代天钰：《权利保障视域下减刑、假释开庭案件实质化审理的规则进路》，载《中国监狱学刊》2024 年第 2 期，第 21 页。

[5] 参见范明：《减刑、假释案件实质化审理思考——以<关于加强减刑、假释案件实质化审理的意见>为视角》，载《中国监狱学刊》2023 年第 2 期，第 42 页。

[6] 罗智勇等：《<关于加强减刑假释案件实质化审理的意见>的理解与适用》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 32 页。

[7] 参见《河北监狱系统充分发挥“组合拳”优势切实提升刑罚执行工作水平》，载司法部官网，https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/jgsz/jgszjgtj/jgtjjyglj/jygljtjxw/202309/t20230920_486604.html，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

监狱提请减刑、假释建议书副本后需要再一次开展审查监督，按照罪犯人数分别制作相应的审查报告、检察意见书等工作文书、法律文书，而等收到法院减刑、假释裁定之后，还要对裁定再一次开展审查监督，制作审查报告等工作文书。这三个阶段尤其是前两个阶段的工作内容、任务基本一致，导致减刑、假释案件检察监督呈现较明显的重复性、繁琐化特点。与此同时，提前介入拟提请阶段的监督方式也导致在法庭审理之前消弭了检察机关与刑罚执行机关间的绝大多数分歧、争议，这一做法不仅削弱庭审的意义，也侵犯了当事罪犯的参与权。[1]《意见》实施后，多个地方的检察机关采取了将检察官联席会议作为提请检委会研究的前置程序[2]、将联席会议作为每批次减刑、假释案件办理必要环节[3]等做法，进一步增加了程序的繁复性。而从法院系统来看，同样增加了对减刑、假释案件实行个案报备审查、逐案自查、抽样评查等事后审查环节，以此实现对案件办理质量的把控。因此，无论从执行机关报请，还是从检察机关监督、法院审理的环节来看，内部多层级、科层式的审查、评查已成为减刑、假释案件质量控制的重要途径，使得内部审查覆盖了各环节事前、事中、事后的全过程，这种层层过滤、逐级把关的内部审查模式有助于发现办案中的违法违规情形，但也进一步加剧了减刑、假释案件办理周期较长、效率不高且司法化不彰、实质化程度有限的问题。

三、减刑、假释案件实质化审理的现实矛盾

《意见》指出了减刑、假释案件实质化审理的基本方向，并业已对具体案件办理各环节产生影响。但从实践情况看，减刑、假释案件实质化审理并未完全“落地生根”，尤其是在审理程序的具体运行上仍面临不少现实矛盾与共性问题，这些矛盾与问题在很大程度上消解了“实质化”的应有功能发挥。

（一）实质化证明要求与减刑、假释案件证据制度阙如之间的矛盾

同普通刑事案件相比，减刑、假释案件的证据、证明问题存在一定特殊性。除了具有立功或重大立功的情形以外，“确有悔改表现”是减刑、假释案件的主要实质条件，既包括罪犯主观上认罪悔罪的表现，也包括罪犯遵守法律法规及监规等客观表现。由于罪犯个体的服刑表现很难以证据形式直接展现出来，实践中长期以量化的考核计分形式来反映罪犯的具体服刑表现，并以此作为判断罪犯是否“确有悔改表现”的主要证据。[4]《意见》为了扭转“唯计分论”的现象，要求全面审查考核材料、立功或重大立功证据材料、罪犯履行财产性判项能力、有无再犯罪危险材料、个人情况证据材料等各方面情况。

《意见》的原则性规定并没有改变减刑、假释案件在证据、证明方面呈现的显著特点：减刑、假释案件证据产生于罪犯服刑改造期间，以书证为主，形式单一，且多数表现为执法性文书；证据内容在关联性方面较为松散，主要反映罪犯在服刑期间的改造表现，与罪犯主观悔改态度方面的直接关联性不足；多为结果证据，缺乏过程证据作为印证材料。[5]从目前有关减刑、假释案件证据适用的立法规定来看，在较为零散、缺乏体系性规定的同时呈现较强的法定证据色彩，多预先规定各种证据的证据能力与证明力，而且规定的依据主要是各类证据的形式而不是其具体内容。[6]例如，罪犯的月度考核表、奖惩审批表被认为是认定罪犯悔改表现的重要依据，而财产性判项履行情况中的家庭困难证明被赋予明确的关联性，可直接决定未执行罚金或民事赔偿责任的罪犯能否获得减刑或假

---

[1] 参见缪伟君等：《减刑、假释制度改革研究》，中国检察出版社 2017 年版，第 136 页。

[2] 《依法监督“减假暂”确保刑罚变更执行公平》，载河北省人民检察院网站，www.he.jcy.gov.cn/jcxw/jjyw/202401/t20240116_6176108.shtml，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[3] 《常州市天目湖地区检察院多措并举扎实推进减刑假释案件实质化审理成效初显》，载江苏检察网，https://www.jsjc.gov.cn/yaowen/202403/t20240312_1603828.shtml，最后访问日期：2024 年 9 月 20 日。

[4] 参见张云鹏、连峰：《罪犯减刑中“确有悔改表现”之审查认定》，载《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2023 年第 1 期，第 134 页。

[5] 参见冯卫国、贾敏：《论减刑、假释程序中的实质化证明》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2023 年第 6 期，第 32 页。

[6] 参见缪伟君等：《减刑、假释制度改革研究》，中国检察出版社 2017 年版，第 132-133 页。

释，但对于具体如何判断这些证据的真实性、证据取得是否存在程序正当的问题，现有规定并未给予应有关注。同时，立法对减刑、假释案件的证明标准也并未明确，特别是对于罪犯主观上认罪悔罪问题的证明、对于假释罪犯“没有再犯罪危险”的证明是否也要达到普通刑事案件“犯罪事实清楚，证据确实、充分”的证明高度，并无明确的立法规定。此外，减刑、假释案件由监狱提出证据并由罪犯本人承担败诉风险，检察机关与法院同时具有庭外调查核实的权力，在这种情况下如何确定减刑、假释案件的证明责任，尤其是在相关证明材料不足时应当由刑罚执行机关负责补充还是由检察院、法院依职权调查，这些问题都尚待明确。“减刑假释案件实质化审理的关键在于体现证据裁判的要求，对证据材料进行实质化审查，促进证明的实质化。”[1]目前减刑、假释案件证据规定明显粗疏的状况，显然难以满足实质化审理、实质化证明的现实需要。

（二）实质化开庭审理与减刑、假释案件庭审特殊性之间的矛盾

从实践适用情况来看，对部分减刑、假释案件采用形式上公开、透明的开庭审理方式并不足以解决实质性审查不足的问题，开庭审理方式与减刑、假释案件特殊性之间仍存在诸多矛盾并未厘清。

与普通刑事案件开庭审理相比，减刑、假释案件的开庭审理具有诸多特殊之处：其一，减刑、假释案件庭审不具有明显对抗性。法庭以刑罚执行机关提出的报请材料为主要审理对象，刑罚执行机关、罪犯和检察机关内在目标趋于一致，并不存在公诉方和辩护方的直接对抗，也没有严格意义上的质证和辩论，出庭作证的证人是处于刑罚执行机关直接监管之下的同监罪犯或者隶属于刑罚执行机关的监管民警，往往难以提出不同意见。而法庭在没有相反证据的情况下，对刑罚执行机关提交的罪犯考核计分转换表扬、嘉奖个数等材料通常只能“照单全收”。[2]其二，罪犯在庭审中作用微弱，被害人程序参与权缺失。在我国目前的减刑、假释程序中，罪犯并不具有独立的主体地位：在程序启动方面，罪犯并不具有申请权，对刑罚执行机关该报请而未报请的也不具有相应的程序救济机制；在开庭审理程序中，罪犯并未被赋予知情权、辩护权、申请回避权等程序性权利，也无权对法院裁判结果提出上诉或申诉。而对被害人而言，并未被赋予参与减刑、假释案件庭审程序的权利，只能被动接受结果而无影响程序进展及裁决结果的资格。[3]其三，减刑、假释案件庭审公开有限。目前司法解释规定六类减刑、假释案件应当开庭审理，多地在此基础上还进一步扩大了应当开庭的范围，但由于开庭审理场所一般设在监狱，而监狱实行封闭式管理且普遍地处偏远，普通民众以及最关心案件处理结果的罪犯亲属、被害人等往往无法旁听庭审。实践中一般邀请当地人大代表、政协委员等到场旁听，但这样少众的监督不仅代表性有限，也难以有效发挥公开庭审的外部监督作用。

在《规定》的基础上，《意见》意在落实以审判为中心的刑事诉讼制度改革对庭审实质化的各项要求，但其有关“充分发挥庭审功能”“健全证人出庭作证制度”以及“有效行使庭外调查核实权”等条文规定更多的是宣示层面的意义，并没有解决实质化开庭审理的功能定位问题，也没有解决实质化开庭审理与减刑、假释案件特殊性之间的矛盾问题。在上述矛盾并未消解或厘清之前，减刑、假释案件实质化开庭审理究竟如何推进、推进到什么程度，事实上仍存在模糊之处。

（三）实质化审理要求与减刑、假释案件批次化集中办理之间的矛盾

我国对减刑、假释案件的报请时间和次数没有统一规定，因此各地做法不一。有些地方每半年或每季度报请 1 次，有些地方则每月报请 1 次，有些地方则把假释案件集中在节前办理。但不论报请频率如何，采用批次报请而不是逐案报请是各地的普遍做法。而这种批次报请、集中办理的模式，必然导致短时间内有大量减刑、假释案件进入报请程序。无论从刑罚执行机关报请、检察院监督环节，还是从法院审理环节来看，普遍存在短时间需要处理大量减刑、假释案件所带来的人案失衡压力，以致出现难以进行深入审查、精细化审查的粗放局面。

从刑罚执行机关来看，减刑、假释办案警察人员数量与高标准的办案要求之间矛盾明显。[4]在实

---

[1] 参见冯卫国、贾敏：《论减刑、假释程序中的实质化证明》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2023 年第 6 期，第 32 页。

[2] 参见熊焱主编：《减刑、假释制度改革实证研究》，法律出版社 2020 年版，第 117 页。

[3] 参见缪伟君等：《减刑、假释制度改革研究》，中国检察出版社 2017 年版，第 88 页。

[4] 云南省监狱管理局课题组：《监狱提请办理减刑、假释、暂予监外执行案件实质化审查机制的实践探索——以云南

质化审理要求之下，不仅要求监管民警的日常考核进一步规范化，对其证据收集、固定能力也提出了更高要求，需要其对日常监管改造中产生的大量考核、奖惩证据完整保存，还要按照法律文书的规范要求进行整理、提交，这无疑进一步加剧了人案压力。从检察机关来看，驻监检察人员配置数量长期偏少，平均每个派驻检察室仅有专职人员 2 人，配比为 224:1。[1]在目前减刑、假释案件的“三段式”全流程监督模式下，驻监检察人员普遍存在开展实质化监督有心无力、捉襟见肘的现实困境。在所调研的 Z 省 H 市某监狱，日常关押罪犯 7000 余人，配有检察官 1 人、检察官助理 2 人、司法雇员 3 人，过去两年半共办理 30 批 4264 件减刑、假释案件；从工作量来看，驻监检察官平均每个工作日需完成 14 件减刑、假释案件的实质化监督工作，同时还要负责监督监狱的监管执法活动是否合法、监督监狱的狱政管理和教育改造情况，办理罪犯及其近亲属的控告、举报、申诉案件等工作，长期处于极限工作的状态。而从法院的审理工作来看，由于其他类型案件数量不断增长，案多人少的局面长期存在。减刑、假释案件因为大多缺乏争议，多数法院并未设置专门的法庭办理此类案件，多由中级以上法院的审判监督庭或带有审判监督庭性质的庭室负责办理减刑、假释案件，而这些庭室主要职能是承担民商事、刑事、行政再审案件，甚至有些还承担申诉审查职能，减刑、假释案件审理往往并不是其主要职能，而且减刑、假释案件在内部工作量计算上明显低于其他案件，批次化快速办理就成了必然的选择。[2]例如，浙江省杭州市中级法院某一年承办的减刑、假释案件在 1.4 万件左右，而办案法官只有 13 人。[3]在调研的 Z 省 H 市，审判监督庭的法官在承担其他审判工作同时，年均办理减刑、假释案件在 700 件以上。减刑、假释案件实质化审理的核心要义是贯彻证据裁判原则，只有经依法查证属实的证据才能作为定案的依据，这就必然要求办案机关在各环节对减刑、假释案件实行实质性审查、精细化办理，这同实践中批次化、集中式且要求短时间内快速完成的办理方式显然存在难以调和之处。

四、完善减刑、假释案件实质化审理的具体进路

（一）厘清实质化审理的基本程序定位

减刑、假释案件的实质化审理要求，明确了减刑、假释案件作为司法活动的基本定性，强调其是刑事诉讼活动在刑罚执行阶段的自然延伸，应“以刑事诉讼思维指引减刑、假释案件的审理”。[4]刑事诉讼作为程序法，在保障实现公正的诉讼结果的同时，也具有不可忽视的程序内在价值。“程序公正和实体公正如车之两轮，鸟之两翼，互相依存，互相联系，不能有先后轻重之分。”[5]减刑、假释案件审理程序作为刑事执行程序的重要组成部分，同样需要贯彻程序公正与实体公正并重的刑事诉讼理念。长期以来，我国减刑、假释案件办理在偏重犯罪打击、强调犯罪报应和“重实体、轻程序”的观念支配下，将减刑、假释视为国家对罪犯的恩惠或奖励，侧重强调减刑、假释程序是办案机关的职权行使过程，以案件办理的实体结果为主要关注点，罪犯在程序中明显处于客体化、边缘化境地，被害人则完全被排除在程序之外，减刑、假释程序的实体保障功能和程序独立价值都存在明显受限的状况。[6]

《意见》虽然明确了减刑、假释案件的司法属性，但其有关实质化审理基本原则与具体要求的规定仍然存在一定偏向：一方面，《意见》偏重于将实质化审理置于追求案件实体公正的目标之下，强调通过实质化审理监督防范违规减刑、假释的目的，而对减刑、假释适用中的程序正义与权利保障问题仍缺乏足够关注。另一方面，《意见》侧重于解决实践中将考核分数作为唯一依据的问题，

省监狱为例》，载《中国监狱学刊》2023 年第 3 期，第 20 页。

[1] 参见侯亚辉：《刑事执行检察职能定位和权力边界研究》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 1 期，第 60 页。

[2] 例如，在调研的 B 市某中院，根据其《年度目标责任制考核细则》，刑事、民商事、行政再审案件的案件效率记为 1，而减刑假释案件的案件效率仅为 0.4。

[3] 参见张崇脉：《减刑假释程序改革座谈会综述》，载《犯罪与改造研究》2011 年第 9 期，第 36 页。

[4] 参见罗智勇等：《<关于加强减刑假释案件实质化审理的意见>的理解与适用》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 39 页。

[5] 陈光中主编：《刑事诉讼法（第七版）》，北京大学出版社、高等教育出版社 2021 年版，第 15 页。

[6] 参见孙琳：《减刑假释程序研究》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，第 154 页。

但对减刑、假释案件实质化审理的程序机制与庭审程序完善并无明显推进。如果实质化审理仅仅关注实体公正的角度，在刑罚执行机关适应了《意见》对报请材料的更高要求，能够提供更完备规范甚至是无懈可击的证据材料的情况下，“司法审判机关对减刑案件的全面依法审查、严格审查证据材料要求，必然再度走上形式化审查的老路，形成升级版的‘证据证人中心主义’”。[1] 事实上，仅从简便、经济的角度考虑，在减刑、假释实体条件更趋明确的情况下，严密的内部审查、评查同样可以实现对违规减刑、假释案件的必要监督与防范。目前实践中对减刑、假释案件实行的多层级、科层式内部审查和评查也在很大程度上说明了实质化审理目标的提出并未能彻底解决法院审理走过场、形式化的问题。

从进一步完善的方向看，减刑、假释案件实质化审理程序应当回归程序公正与实体公正并重的基本价值定位，既要发挥实质化审理的实体公正保障功能，也要通过程序改进实现实质化审理在保障程序正义、维护合法权益方面的应有追求，只有这样才能真正体现以审判为中心的刑事诉讼制度改革的应有之义。“无论以审判为中心的诉讼制度改革如何设定目标和内容，核心的一点都是不可忽视的，那就是法院应当满足社会对于公正审判的期待，承担起权利保障的重要功能，并且发挥司法权制约侦查权的作用。”[2]在减刑、假释案件中实现从“执行中心主义”到“审判中心主义”的实质性变革，不仅要让法院独立行使证据审查、判断、认证的权力，发挥审理程序对案件处理结果的实质性影响，实现审理结果对刑罚执行机关报请、检察院监督的指引、形塑作用，更要通过审理程序的具体机制为罪犯、被害人、社区等利益相关者提供充分的权利保障与权利救济途径，这是加强人权执法司法保障的必然要求，也是推进程序法治水平的大势所趋。

（二）完善减刑、假释案件的具体审理程序

其一，逐步扩大减刑、假释案件的开庭审理范围。从长远来看，对减刑、假释案件全面实行开庭审理模式，是突出“审判中心”地位、实现庭审实质化目标的应然路径。当然，全面的实质化庭审需要与案件及罪犯的分级分类处遇机制以及庭审程序分流机制相配套，可借鉴普通刑事案件审判程序的分流机制，针对不同罪犯、不同减刑假释类别和案件的重要程度、复杂程度等实质性区别匹配繁简程度不同的开庭审理程序。[3]短期来看，在减刑、假释案件批次报请模式、“案多人少”局面短期内难以改变的情况下，在现有应当开庭案件的基础上侧重考虑罪犯、被害人等权利主体对公开开庭审理的需求，则是更迫切也是更可行的做法。在开庭审理程序中，证人证言是对书面执行文书的有效补充。针对多数证人“被安排作证”的情况，既要发挥“法院意见箱”征集不同意见证人的有效作用，也要充分利用现代技术手段实现证人的随机筛选。被提请假释罪犯所在社区人员也可以作为证人出庭作证，以证明被提请罪犯假释期间的生活来源、监管条件等。在庭审公开方面，同样需要与庭审程序的分流机制相呼应，使案情复杂或情况特殊而采用普通程序审理的减刑、假释案件采用庭审直播等效果更直接、受众更广的方式接受大众监督，而其他采用简易方式审理的减刑、假释案件可以适度采用庭审回放、专栏公告等便宜方式进行公开。

其二，在审理程序中强化对罪犯、被害人权益的保障。减刑、假释作为刑罚执行变更程序，不仅直接涉及生效裁判的既判力和权威性，也直接影响到罪犯、被害人权利保障程度和包括被害人在内的社会公众对刑事司法的信心。[4]罪犯在减刑、假释程序中缺乏主体地位、参与程度明显不足，在不利于保障程序正义的同时也容易使罪犯对自己是否符合减刑、假释条件缺乏客观认识，从而将未能获得减刑、假释的原因简单归咎为办案机关或外部因素，易对其积极改造、回归社会产生负面影响。在减刑、假释案件审理程序完善中，应当赋予罪犯在启动环节向刑罚执行机关提出减刑、假释申请的权利，赋予其在案件审理中的知情权、要求公开审判权、陈述权、辩护权等程序性权利和救济渠道。同时，推进减刑、假释案件的庭审实质化目标，也需要为被害人参与程序、要求公开开庭

---

[1] 姚学强：《减刑案件实质化审理制度的问题及其改进》，载《中国监狱学刊》2023 年第 6 期，第 53 页。

[2] 张建伟：《以审判为中心：权利保障角度的纵深解读》，载《中国政法大学学报》2016 年第 5 期，第 124 页。

[3] 参见姚学强：《减刑案件实质化审理制度的问题及其改进》，载《中国监狱学刊》2023 年第 6 期，第 55 页。

[4] 参见兰跃军：《刑罚执行中的被害人权利保障 ———兼论刑罚执行制度的完善》，载《学术探索》2016 年第 1 期，第 82 页。

审理、发表意见等提供必要途径，这既有利于保障被害人的合法权益，也有助于形成更有效的程序对抗。

其三，增加检察机关在减刑、假释案件审理程序中的对抗性。目前检察机关在减刑、假释案件中采行的“三段式”监督模式明显突破了“存在违法不当情形”的诉讼监督前提，极大扩张了“件”的认定。[1]这种繁复化的多阶段监督不仅易产生法律监督权与刑罚执行机关提请权之间的抵牾，也使得法院审理、裁判阶段的法律监督失去实质意义。在减刑、假释案件基本办理模式保持不变的现实情况下，应当落实“以审判为中心”诉讼制度改革核心要义，重点发挥庭审程序对案件的定分止争与权利保障作用。具体而言，宜取消检察机关在提请前向刑罚执行机关提出书面意见的做法，检察机关收到刑罚执行机关提请减刑、假释建议书副本后开展必要检察监督，如认为提请建议不符合法定条件、幅度不当或者违反程序的应当向法院提出书面检察意见，由法院通过审理程序予以确认；同时，检察机关认为法院减刑、假释裁定不当的，应当在法定期间内“提出抗诉”而不是“提出书面纠正意见”，以此来增加检察监督的程序性与效力刚性。[2]

（三）完善减刑、假释案件的具体证据规定

实质化审理的重要内容是改善庭审举证、质证、认证方式，法官在庭审中形成心证和裁判意见。[3]扩大应当开庭审理的减刑、假释案件范围，赋予罪犯和被害人以诉讼主体地位，增加检察机关行使法律监督权的程序对抗性，都有助于在法庭上形成减刑、假释案件的事实争议，突出法庭审理在解决争议上的实质作用。但事实争议的形成或审理对象的明确仅仅是实质审理的基础条件之一，减刑、假释案件真正实现庭审实质化还需要在认证规则、证明责任、证明标准等多方面予以完善。

其一，“以审判为中心”强化庭审证据认证。在庭审程序必要分流的基础上，对于按照常规程序开庭审理的减刑、假释案件，应当强调所有证据呈现于法庭，经过质证和法官最终认证后才能作为裁判的依据，以此实现庭审认证的实质化。[4]目前有关减刑、假释案件证据适用的规定偏僵化，尤其是直接否定某类证据证明力的“一刀切”规定很可能产生与实践适用复杂性之间的矛盾，应当在立法完善中逐步倾向于通过法官在庭审中依据具体情势进行自由裁量，尤其是对主观上是否认罪悔罪的认证应当侧重于通过庭审现场罪犯第一人称的现场表达和司法裁判人员的直接观察研判。[5]

其二，明确证明责任以划清各方职责。罪犯虽然是减刑、假释案件审理后果的直接承受者，但案件事实的证明过程是由多个部门协同参与的。[6]减刑、假释案件的证据产生于刑罚执行过程中，执行机关作为提请者，负有向法院提供证明材料的责任并对其真实性、合法性负责；被提请罪犯作为直接当事人，也具有证明相关事实的义务。检察机关基于履行法律监督职责的需要，承担对所提异议提供必要证据予以证明的责任。法院是减刑、假释案件审理的主导者、裁判者，如果法院认为减刑、假释案件的相关证明材料不足，刑罚执行机关、罪犯本人未在一定期限内补充的，应当由刑罚执行机关撤回提请或由法院作出不予减刑、假释的裁定。在审判中心的语境下，法官庭外调查取证权应当侧重于维护社会公共利益或权利人的重大利益，防止随意启动庭外调查而片面转嫁各方主体本应承担的证明责任。[7]

其三，针对“确有悔改表现”“没有再犯罪危险”确立可操作的证明标准。在普通刑事案件中，有罪判决应达到“犯罪事实清楚，证据确实、充分”的标准且“证据确实充分”应达到排除合理怀疑的程度，

---

[1] 参见何剑：《减刑检察监督“繁复化”反思》，载《中国监狱学刊》2024 年第 1 期，第 56 页。

[2] 参见张兆松等：《刑罚执行检察监督面临的挑战及其应对——以减刑、假释案件实质化审理为视角》，载《浙江工业大学学报（社会科学版）》，2023 年第 2 期，第 191 页。

[3] 参见龙宗智：《庭审实质化的路径和方法》，载《中国检察官》2016 年第 1 期，第 145 页。

[4] 参见陈卫东：《以审判为中心要强化证据的认证》，载《证据科学》2016 年第 3 期，第 265 页。

[5] 参见姚学强：《“确有悔改表现”在司法解释中存在的问题及其改进研究》，载《犯罪与改造研究》2022 年第 8 期，第 42 页。

[6] 参见王利荣：《行刑法律机能研究》，法律出版社 2001 年版，第 298-299 页。

[7] 参见步洋洋：《审判中心语境下的庭外调查核实权新探》，载《湖北社会科学》2018 年第 6 期，第 154 页。

以此保障裁判认定的案件事实与客观事实相符，最大限度地避免冤案错案的出现。[1]与“认定有罪”不同，减刑、假释案件意欲证明的“确有悔改表现”“没有再犯罪危险”更趋抽象、主观，且其裁判的依据多是对罪犯有利的证据，不可能也没必要达到排除合理怀疑的程度。参考一般刑事诉讼程序中对被告人有利证据的采信标准，可以将“确有悔改表现”和“没有再犯罪危险”的标准设定为高度盖然性，以降低证明的难度。[2]但是，对于减刑、假释案件中不积极情形的审查，例如对罪犯未履行或未全部履行财产性判项的审查，应当坚持排除合理怀疑的更高标准，以更好地保障罪犯“应减得减”的权利。

五、结语

推进减刑、假释案件实质化审理并真正达致《意见》所提出的“严格规范减刑、假释工作，确保案件审理公平、公正”的目标，不仅需要细化减刑、假释案件的实体条件，更需要通过程序机制特别是庭审程序的完善凸显法庭审判在减刑、假释案件处理中的实质决定作用。《意见》明确了减刑、假释案件的司法属性，但其有关实质化审理基本原则与具体要求的规定偏重于追求案件实体公正，对减刑、假释案件审理的程序公正与权利保障问题着力有限。从进一步完善的方向看，减刑、假释案件实质化审理应当回归程序公正与实体公正并重的基本价值定位，通过逐步扩大开庭审理范围，强化罪犯、被害人权益保障，增加检察机关程序对抗性，完善证据认证、证明责任与证明标准等证据、证明规定等具体措施，发挥实质化审理在实质性解决争议、实质性保障权利方面的应有作用。

“重构我国的减刑假释程序是一个涵括制度环境与具体程序、立法规范与司法适用的宏微观兼具系统工程。”[3]实质化审理目标的实现，不仅需要细化审判机关、检察机关、司法行政机关各司其职、分工负责、相互配合、相互制约的具体程序机制，也需要科学、合理的罪犯分级处遇制度、财产性判项执行联动机制、律师参与制度、办案绩效考评机制等相应配套制度、措施予以支撑。在“案多人少”压力长期存在的现实情况下，提高案件办理的信息化运用水平，充分利用减刑、假释信息化协同办案平台、执行信息平台及大数据平台开展工作，是减刑、假释案件实现数智赋能、高质效办案的应然之路。

---

[1] 参见陈光中、陈琼雯：《,<刑事诉讼法>修改的回顾与展望》，载《法学杂志》2024 年第 2 期，第 24 页。

[2] 参见张云鹏、连峰：《罪犯减刑中“确有悔改表现”之审查认定》，载《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2023 年第 1 期，第 137 页。

[3] 孙琳：《减刑假释程序研究》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，第 172 页。

法典化背景下刑事特别程序体系配置完善研究

吕晓刚[*]

摘 要：我国刑事特别程序体系配置所沿袭的“需求回应”驱动模式发展路径，导致刑事特别程序体系配置面临标准缺失，结构不明，协调性与周延性不足等不足。对此，应当以是否具有刑事诉讼程序属性为基准构建包含刑事特别诉讼程序和刑事“非诉讼”程序的二元刑事特别程序论，以此作为刑事特别程序体系配置现状评析和前景展望的理论基础。按照二元刑事特别程序论，对于既有刑事特别程序体系配置，应当在属性分化基础上的刑事特别程序体系内部架构优。在后续刑事特别程序体系配置的完善发展中，刑事特别诉讼程序外延调整应当遵循权利配置增减与程序设置调整平衡的导向，刑事特别“非诉讼”程序外延调整则应当遵循拓展治理空间与司法资源平衡的导向。

关键词：刑事特别程序 法典化 刑事特别诉讼程序 刑事诉讼法修改

引言

刑事特别程序作为我国刑事诉讼立法的组成部分，从 1911 年《大清刑事诉讼律（草案）》“浅尝辄止”到 2012 年刑事诉讼法修改“尘埃落定”，恰恰经历了近现代中国跌宕起伏，变迁剧烈的百年岁月。无论是百年前开启中国法律体系现代化征程的清末修律运动，还是当下在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家的时代背景，刑事特别程序的出现都具有很强的创新性，“标志着我国刑事司法系统功能的完备化与科学化。”[1]刑事特别程序编的增设作为刑事诉讼立法结构的重大变革，在此后的刑事诉讼法修改中受到持续关注。2018 年刑事诉讼法修改中，刑事特别程序立法体系得到进一步拓展，增设了缺席审判程序。在新一轮刑事诉讼法修改中，增设特别程序被纳入立法修改前瞻性讨论当中，[2]有观点认为需要增设“涉外犯罪案件诉讼程序”和“涉老案件诉讼程序”等。[3]新一轮刑事诉讼法修改过程中，有观点认为应当设定“法典化”的目标导向，[4]期望以此实现立法的“内容完备、体系科学、逻辑严谨”。[5]然而，作为刑事诉讼立法中创新性和灵活性最为显著的立法单元，刑事特别程序虽然在内容完备方面有所发展，但是在体系优化与逻辑自洽这两个法典核心特征方面，[6]并未取得实质性进展。以新一轮修法为契机，针对自刑事特别程序自创设以来所面临的属性定位，外延范围和内部关系等三重难题，[7]对刑事特别程序体系配置的发展进路，理论重构和完善举措进行讨论，在回应刑事特别程序具体程序增设与否这一直接问题的同时，还要为日渐丰富的刑事特别程序体系内部逻辑自洽提供理论支撑，以此解决刑事特别程序体系的外延准入标准和内部类型关系这两个核心问题，通过刑事特别程序体系配置的科学化，推进刑事诉讼法的法典化。

一、“需求回应”驱动模式刑事特别程序体系配置发展路径考察

制定法典的首要功能是完成对法律规范的体系整合，[8]需要从大量的法律资料中寻找到一般性的法的原则和概念，并合乎逻辑地把它们建构成一个严谨的法律体系。[9]刑事特别程序作为刑事诉讼法典的组成部分，被定位为一个独立的立法单元，对其体系配置研究的首要前提是将刑事特别程序体系整体作为研究对象，确立系统整体的研究视野。然而，如果脱离对刑事诉讼法既有立法规范的细节性争论和诠释，就刑事特别程序整体研究，虽然有部分学者进行了探讨，但总体而言，当前刑事特别程序研究绝大部分停留在针对具体程序类型和程序规范的“战术”层面，对其基础理论缺乏“战略”层面的关注。这如同立法创设了刑事特别程序这一片广袤的“森林”，但人们却被一棵棵具体程序之树所吸引，执迷于对每一种程序之树的种类、属性的争论，忽视了对森林全景的关注。使得原本

---

[*] 福州大学法学院副教授。本文为中国刑事诉讼法学会一般项目“刑事诉讼法修改背景下刑事特别程序体系配置完善”的结题成果。

1 陈卫东：《构建中国特色刑事特别程序》，载《中国法学》2011 年第 6 期。

2 参见：陈卫东：《<刑事诉讼法>第四次修改前瞻》，载《政法论坛》2024 年第 1 期，第 53 页。

3 参见：韩旭：《第四次<刑事诉讼法>修改的法治现代化期待》，载《政法论丛》2024 年第 1 期。

4 参见：陈光中：《<刑事诉讼法>再修改若干重要问题探讨》，载《政法论坛》2024 年第 1 期，第 36 页。

5 何勤华：《法典化的早期史》，载《东方法学》2021 年第 6 期。

6 万毅：《法典化时代的刑事诉讼法变革》，载《东方法学》2021 年第 6 期。

7 张泽涛，崔凯：《刑事特别程序亟需厘清三个基本问题》，载《江苏行政学院学报》2013 年第 6 期。

8 朱明哲：《法典化模式选择的法理辨析》，载《法制与社会发展》2021 年第 1 期。

9 严存生：《对法典和法典化的几点哲理思考》，载《北方法学》第 2 卷第 7 期，第 5 页

构成一个完整生态系统的刑事特别程序之林，被割裂成为一株株孤立的程序个体之树。如此不仅破坏了刑事特别程序作为一个整体所具有的改善刑事诉讼立法整体生态环境功能的发挥，还导致研究者对每一种具体程序的细节研究因缺乏明确的制度背景烘托而陷入“一叶障目不见泰山”的困境。对此，应当转化研究视角，从刑事特别程序立法体系整体出发，探究其体系配置形成的进路与动因。

刑事特别程序作为独立立法单元出现在刑事诉讼立法当中是宏观社会发展趋势、国家刑事政策、前期司法改革试点经验等多重因素共同作用的结果，[1]体现了立法技术和理念的发展进步。无论是域外经验，还是历史传承以及既有立法，都表明刑事特别程序应当是一个程序体系，其内涵和外延以体系配置的形式表现出来，在理论层面呈现为刑事特别程序理论所包含的程序类型及其相互关系，在立法层面则具化为具体程序的种类以及与其他立法部分之间的效力关系。我国当前刑事诉讼法确立了由未成年人诉讼程序等五种具体程序所组成的刑事特别程序立法体系配置，这一现状的形成具有鲜明的立法先导驱动特征，其科学性在法理层面并未得到深入的剖析。

（一）我国刑事特别程序体系配置发展历程梳理

1.刑事特别程序体系配置的探索阶段

根据既有史料，我国刑事诉讼立法中最早构建刑事特别程序肇始于 1911 年制定的《大清刑事诉讼律（草案）》，其第五编即为特别诉讼程序。该编具体内容包括两章，分别是大理院特别权限诉讼程序和感化教育及监置处分程序。[2]大理院特权，其第一审亦为终审；均具特别性质。至感化或监置处分，则仅一种行政处分，无刑事性质。惟为实地上便利，附列于本编焉。[3]由此表明在这一时期，立法者认为在刑事诉讼程序中单独设置特别程序，目的是解决普通刑事诉讼程序难以发挥作用的特殊事项，体现了多元属性程序共存的刑事特别程序立法思路。

虽然由于清王朝的覆灭，《刑事诉讼律（草案）》并未得到贯彻实施，所规定的刑事特别程序自然也未能发挥实效。但是，由于此后的北洋政府时期，《刑事诉讼律（草案）》中所设置的特别程序在这一时期“以单行法规定或散见于他法令中者，尚复不少，”[4]主要包括简易程序，兼理诉讼程序和覆判程序。在当时军阀混战的政治格局下，刑事司法权作为实现割据统治的有效手段受到军阀们的重视，出于强化势力、排除异己的目的，纷纷制定刑事单行法，并组建专门的特别法庭。

南京国民政府统治时期，国家长期陷入战乱，国民政府为强化统治，除建立普通法院之外，还组织了大量特别刑事法庭，并制定了相应的特别刑事诉讼的单行法规以满足特别法庭的适用需要。其中最有代表性的包括《特别刑事临时法庭诉讼程序暂行条例》，《特种刑事案件诉讼条例》与《特种刑事案件审判条例》。[5]根据上述条例，特种刑事审判主要用于审理“危害民国、汉奸、盗匪、烟毒、贪污等重要案件，对于此类案件，由军法机关或者兼任军法官的县长，按照特定程序进行审理并定罪科刑”[6]。这一时期刑事特别程序主要包括军事审判程序、[7]惩治汉奸程序、[8]惩治贪污程序、[9]县司

---

1 李树民：《论刑事特别程序创设的一般法理》，载《政法论坛》2019 年第 6 期，第 137 页。

2 参见吴宏耀、种松志：《中国刑事诉讼法典百年（上册）》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 211-214 页。

3 冈田朝太郎口授，汪有龄译述：《刑事诉讼法》，吴宏耀 Timothy Webster 点校，中国政法大学出版社 2012 年版，第 186 页。

4 陈瑾昆：《刑事诉讼法通义》，法律出版社 2007 年版，第 375 页。

5 谢冬慧：《中国刑事审判制度的近代嬗变——基于南京国民政府时期的考察》，北京大学出版社 2012 年版，第 70 页。

6 谢冬慧：《中国刑事审判制度的近代嬗变——基于南京国民政府时期的考察》，北京大学出版社 2012 年版，第 174 页。

7 1928 年《刑事诉讼法》第 1 条规定，对于有军人军属身份者，不问其犯军法，或是犯军法以外之罪，一律由军事机关审判，不受普通法院之追诉处罚。1935 年《刑事诉讼法》修改为，军人军属之犯罪，除犯军法应受军事裁判者外，仍应依本法规定追诉处罚。1930 年制定的《陆海空军法审判法》规定，凡陆海空军军人犯陆海空军刑法，或刑法所揭各罪，或违警罚法，或其他法律有刑名者，依本法之规定审判之。根据相关规定，军事案件审判不得旁听，由各级司令部副官或军法官、宪兵官长、卫守司令部或警备司令部审查官长等主体负责侦查和启动程序。

法处刑覆判程序、[1]简易程序、刑事附带民事诉讼程序、巡回审判程序[2]等。

新中国成立后，长时间内并未制定统一的刑事诉讼法，在长期的刑事审判实践中，最高人民法院等司法机关针对特殊类型的案件的处理分别做出相应的规范，体现了对特殊案件适用特别程序的办案思路。其具体程序类型包括以下几种：死刑复核程序，[3]反革命案件审理程序，[4]未成年人诉讼程序，[5]涉外案件审理程序，[6]类推程序，[7]非法院审理程序[8]等。[9]1979 年刑事诉讼法制定过程中将上述特别程序部分内容纳入刑事诉讼法当中，但是并未在立法中明确规定独立的刑事特别程序立法单元，未成年人案件、涉外案件等仅仅是作为特别规定分散在刑事诉讼程序对应部分进行附随规定。直至 2011 年对刑事诉讼法新一轮修改当中，刑事特别程序在时隔 100 年之后再一次出现在我国的刑事诉讼法当中。

2.刑事特别程序体系配置的立法拓展阶段

2011 年刑事诉讼法修改，在总结此前试点经验，回应社会现实需求的基础上，确立了包括未成年人诉讼程序，刑事和解程序，违法所得没收程序和精神病人强制医疗程序等 4 种具体程序所构成

---

8 根据《修正惩治汉奸条例》的规定，汉奸案件由军事法庭承办，案件审理程序的主要特点是审判迅速、程序简捷、审判不分。例如，根据 1944 年施行的《特种刑事案件诉讼条例》的规定，汉奸盗匪经宣告死刑的，如果在该管辖区域内镇压匪乱维持治安确有重大关系时，原审法院可以先行摘叙犯罪事实，证据及必须紧急处分的理由，电请最高法院就死刑部分予以核准，随时补充卷宗证物。

9 1932 年国民政府立法院拟定了《惩治贪官污吏办法纲要》，决定在最高法院和高等法院设立惩治贪污专庭。1943 年制定的《划一贪污案件管辖暂行办法》规定，陪都各中央机关人员的贪污案件，由军法执行总监部审判。驻在各省市区内的中央机关人员的贪污案件，应有驻该省市区内的有军法职权的中央机关审判。各省市区内的地方机关人员的贪污案件，应由全省保安司令审判。

1 所谓覆判，也即上诉级审判，此为救济非正式法院刑事案件判决的不当而特设的一种程序。根据 1936 年国民政府颁布的《县司法处刑事案件覆判暂行条例》的规定，县司法处的刑事案件未经上诉或撤回上诉或上诉不合法，未经第二审实体上的审判时，应由高等法院或分院覆判。

2 为应对战时战区审判的需要，国民政府于 1938 年制定了《战区巡回审判办法草案》，规定高等法院或分院于战区内为谋诉讼人之便利，可以派推事巡回审判其管辖的民刑案件，以及战区内地方法院和县司法机关不能执行审判职务时可以实行巡回审判。

3 例如《东北人民政府、最高人民法院东北分院关于规定死刑社和办法的通令》（1950 年 9 月 8 日），《最高人民法院关于授权高级人民法院核准部分死刑案件的通知》（1983 年 9 月 7 日）。

4 例如《最高人民法院在规定反革命无上诉权期间判决的案件经再审后是否准许上诉问题的复函》（1957 年 3 月 22 日），《最高人民法院关于由高级人民法院作为第一审判决的反革命案件依审判监督程序再审后是否准许上诉问题的批复》（1957 年 9 月 14 日）。

5 例如《最高人民法院、最高人民检察院、内务部、司法部、公安部对少年犯收押界限、捕押手续和清理问题的联合通知》（1956 年 2 月 7 日），《最高人民法院、国家教育委员会、共青团中央委员会、中华全国总工会、中华妇女联合会关于审理少年刑事案件聘请特邀陪审员的联合通知》（1991 年 4 月 16 日）。

6 例如《最高人民法院关于对瑞士侨民李亚溥辩护权问题的意见》（1951 年 10 月 20 日），《公安部、外交部、最高人民法院、最高人民检察院关于处理会见在押外国籍罪犯以及外国籍罪犯与外界通信问题的通知》（1981 年 6 月 19 日）。

7 例如《最高人民法院关于适用法律类推的案件报送核准问题的通知》（1980 年 1 月 14 日）。审判监督程序，《关于审判委员会处理已经发生法律效力的判决或裁定的程序问题的批复》（1956 年 10 月 1 日），《最高人民法院关于上级人民法院发现下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定确有错误时如何提审的复函》（1956 年 9 月 18 日）。

8 例如《最高人民法院关于省级“三反”人民法庭或者市（省辖市）军事管制委员会判处的案件发现原判决在认定事实上或适用法律上确有错误时应如何审理问题的复函》（1957 年 1 月 30 日），《最高人民法院关于过去经省辖市军管会判处的案件被告人申请再审时应如何处理问题的函复》（1957 年 11 月 29 日）。

9 以上参见陈光中主编：《刑事诉讼法修正实务全书》，中国检察出版社 1996 年版，第 1132—1206 页。

的刑事特别程序编。此后，在 2018 年刑事诉讼法修改过程中，在深入推进反腐败斗争的时代背景下，针对腐败官员潜逃境外，违法所得没收程序虽然可以解决违法所得和其他涉案财物没收问题，但无法对行为人进行定罪量刑的现实困境。通过增速刑事缺席审判程序，实现了刑事责任追究与涉案财产处置的“既对人又对物”，形成以“对人”定罪量刑为主，附带解决“对物”没收的全覆盖模式。

综上所述，刑事特别程序在应对刑事司法现实需要方面所具有的独特价值是毋庸置疑的。为满足社会公众对立法的现实需求，“最大范围的功利应成为他一切思考的基础。”[1]作为一部程序法，刑事诉讼法的实践性与操作性是其具有生命力的根基所在，满足实践需求则是立法对公共利益和民众需求最直观有效的回应。无论是探索阶段根据国家社会基础变更的“因时而动”，还是 2012 年以来刑事特别程序立法体系的“羽翼渐丰”，都与特定的国家和社会治理需求之间存在直接联动关系，呈现鲜明的回应现实需求特征。我国刑事特别程序体系配置形成了实践需求为先导指引，立法规范跟进回应，理论研究被动阐释的“需求回应”发展路径。这一发展路径赋予了刑事特别程序立法体系发展强大的外部推动力，所确立的具体程序能够获得司法机关以及社会公众较高的认可度。然而，刑事特别程序的构建作为刑事程序体系发展的重大突破与创新，其价值绝不应当局限于立法对实践需求的被动回应。刑事诉讼法作为刑事司法领域的基础法，其立法结构和内容的重大变动，必然对刑事诉讼法的内部立法结构和刑事司法领域整体立法关系产生“牵一发而动全身”的影响。当前在所形成的刑事特别程序立法体系配置以“需求回应”为驱动的发展路径，在保障立法外部推动认可的同时，对立法内在体系的科学性带来挑战与隐患。

（二）“需求回应”发展路径的弊端与隐忧

在刑事诉讼中增设若干特殊程序是各国刑事诉讼程序中的一种发展趋势，也是更好地适应现实需要的一种表现。”[2]基于我国刑事特别程序立法鲜明的政策引导特征，“满足实践需求”被公认为刑事特别程序的首要价值。[3]这一领域呈现实践推动立法，立法引领理论的格局，由此不可避免的导致刑事特别程序体系配置存在缺乏理论支撑和整体规划的“先天不足”，体系的科学性存在严重缺陷。在强调内容完备、体系科学、逻辑严谨法典化背景下，[4]“需求回应”发展路径体系科学性不足的缺陷将被扩大，不仅影响刑事特别程序体系配置的内部优化，还会危及刑事诉讼立法体系的整体协调。

1.刑事特别程序体系配置标准缺失，面临外延泛化和体系失衡的隐患

外延范围作为刑事特别程序体系配置最为直观的表现形态，既是理论研究的切入点，也是最终研究的目标所在。自 2012 年刑事诉讼法修改确定刑事特别程序这一立法单元以来，何种程序可以纳入刑事特别程序立法体系就成为广受关注，但至今悬而未决的问题。既有研究的论证逻辑基本上都建立在从特定程序出发，论证这一程序纳入刑事特别程序立法体系的必要性和正当性，鲜有从刑事特别程序整体出发探讨这一程序体系的“准入标准”。设置标准的缺失使得刑事特别程序体系配置的确定和发展完全建立在政策导向和试点推进的基础上，司法机关成为刑事特别程序体系外延变化的权力主导。这不仅会导致刑事特别程序体系配置因部门利益和价值偏好而完备性不足，更预期可见的是，设置标准的缺失，会使特别程序外延面临外延泛化所导致体系臃肿的隐患。无论是法国刑事诉讼法典多达 22 种刑事特别程序所带来比例失衡的域外经验，还是我国新一轮刑事诉讼法修改中多种特别程序被纳入探讨的前景展望，都足以证明刑事特别程序数量泛滥并非杞人忧天。数量众多体系庞杂的刑事特别程序会导致这一立法单元体系臃肿，不仅影响与刑事诉讼法其他部门的体例平衡，还会使刑事诉讼法整体体量失控，危及法典化所追求法律体系的内在一致性、清晰性、可预见性、简洁易懂等目标。[5]种类繁复的刑事特别程序还会对刑事司法体系带来巨大冲击，严重拖累司法效率，为应对形形色色的特别程序设置，必然需要消耗巨量的司法资源，更会使缺乏专业法律知识的当事人陷入困惑与焦虑。

此外，设置标准的缺失，还会使刑事特别程序体系配置陷入碎片化，随意化所导致体系失衡的

---

1 [英]吉米 · 边沁：《立法理论》，李贵方等译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 1 页。

2 程味秋：《适应改革开放增设特殊程序》，载《政法论坛》1994 年第 4 期。

3 参见宋英辉、茹艳红：《刑事诉讼特别程序立法释评》，载《苏州大学学报》2012 年第 2 期。

4 何勤华：《法典化的早期史》，载《东方法学》2021 年第 6 期。

5 朱明哲：《法典化模式选择的法理辨析》，载《法制与社会发展》，2021 年第 1 期。

困局，无法满足法典化立法内容体系性与科学性的要求。统一明确的设置标准是体系内部协调的前提所在，“需求回应”驱动模式下，由于缺乏对“需求”的明确界定，导致特定程序是否可以纳入刑事特别程序体系具有一定的随机性，被纳入刑事特别程序体系的具体程序之间也缺乏因符合统一标准所具有的同质性。这使得刑事特别程序体系配置的基础规律难以提炼，理论基础构建基准锚点缺失。世界上不存在两片完全相同的树叶，也不存在两件完全相同的案件，案件之间的差异性是普遍存在的，基于案件本身差异性所产生的程序特别设置的“需求”理论上是无穷的。例如，针对未成年犯罪嫌疑人、被告人和被害人设置未成年人刑事特别诉讼程序，自然还存在对于老年人、外籍人员、残疾人等其他特殊类型犯罪嫌疑人、被告人和被害人设置特别诉讼程序的需求，此类需求如果一一回应，那么基于主体的可分性，是否最终需要为每一个犯罪嫌疑人、被告人和被害人构建特别诉讼程序方能“需求回应”的终极目标。配置标准的缺失使得如何判断特定的“需求”是否达到需要设置对应刑事特别程序就完全受制于外在的政策导向和部门推进，刑事特别程序设置内在规律则无法发挥作用，由此也不可避免的导致这一体系无法实现逻辑自洽，进而走向体系失衡。

2.刑事特别程序体系配置结构不明，体系配置的协调性与周延性不足

“需求回应”路径下，刑事特别程序体系的形成建立在特定时期的治理需要和社会诉求基础之上，由此形成的立法体系缺乏内在联系和理论支撑。伴随着刑事特别程序的外延拓展和实践推进，缺乏顶层统一规划的刑事特别程序体系面临内部具体程序之间的边界不清和规范冲突。作为独立的立法单元，刑事特别程序编在应然层面应当被视为刑事特别程序体系的唯一立法载体。然而，“需求回应”路径下，立法视野聚焦于特定政策导向和社会舆论诉求，导致对刑事特别程序体系的结构整合不足，导致立法体系内部结构关系的应然状态与实然现状存在分野。

首先，刑事特别程序编内部结构不明。由于既有 5 种刑事特别程序创设的“需求”基础各有侧重又存在重叠，导致部分特别程序之间存在内在规范冲突。这当中最为突出的就是缺席审判程序与违法所得没收程序，由于二者的“需求”基础均包含打击外逃贪官的治理政策导向，形成了“两翼齐飞”的刑事反腐机制，[1]但由于二者适用对象存在重叠，导致被告人逃匿境外不在案的腐败犯罪案件中，违法所得没收程序与缺席审判程序之间存在管辖适用竞合。[2]由于二者同处刑事特别程序体系当中，既不存在立法位阶高低，又不存在“特别”与“一般”之位序先后，这导致刑事特别程序立法体系内部因不同路径满足相同“需求”的立法模式出现程序冲突，这不仅会影响程序的实践适用，更会损及刑事特别程序体系的内在协调，进而给刑事诉讼法典的体系化带来难以逾越的障碍。

其次，刑事诉讼法中普通程序与特别程序边界不清。刑事特别程序立法体系与刑事诉讼法其他立法单元之间关系存在冲突。例如，附带民事诉讼程序作为实质意义上的民事诉讼程序，与以确定刑事责任为核心的刑事诉讼程序之间存在属性差异，然而却并未被纳入刑事特别程序立法体系。再例如，刑事和解作为刑事诉讼程序的衍生品，自身的独立性存疑，尤其是在认罪认罚从宽全面推进之后，这一程序实质上已经被吸收，成为刑事诉讼程序认罪认罚从宽的组成部分。普通程序与特别程序的边界关系是刑事诉讼法法典化所要求体系化的重点所在，也是难点所在，当前以“需求回应”为驱动的刑事特别程序体系配置，缺乏对刑事诉讼立法的整体关注，无法形成清晰明确的特别程序与普通程序外延界分。

最后，刑事特别程序在刑事诉讼法与其他单行法之间的边界不清。在刑事诉讼法之外，我国刑事司法领域针对特定犯罪和主体还存在其他的单行法法律渊源，例如反恐怖法，预防未成年人犯罪法等。此类单行法针对特定犯罪和主体在程序设置上进行了特别调整和变通，形成了实质意义上的刑事特别程序程序。例如在反恐法中，规定了对于恐怖活动罪犯和极端主义罪犯被判处徒刑以上刑罚的，在刑满释放后，可以转入安置教育程序。又例如在预防未成年人犯罪法中对于未成年人实施刑法规定的行为、因不满法定刑事责任年龄不予刑事处罚的，应当转入专门教育程序。上述程序的产生，同样是为了回应特定的治理“需求”，并且对程序进行了特别调整，但由于并未被纳入刑事诉讼法当中，是否可以纳入刑事诉讼法所认可的“需求”范畴并不明确，影响刑事特别程序体系配置的整体优化协调。

---

[1] 樊崇义：《腐败犯罪缺席审判程序的立法观察》，载《人民法治》2018 年第 3 期。

[2] 施鹏鹏：《缺席审判程序的进步与局限》，载《法学杂志》2019 年第 6 期。

3.刑事特别程序体系配置属性不明，总则分则关系失调

“总论—分论”的基本构造就成为教义学知识体系化的基本标志，而进入到法典化时代之后，“总则—分则”的构造也相应成为法典科学性和体系性的基本标志。[1]我国刑事诉讼法自 1979 年制定至今，就确立了“总则—分则”的基本架构，刑事特别程序体系的出现，并未改变这一格局。刑事特别程序编作为分则的组成部分，应当遵循“总则统辖分则、分则遵从总则”的统辖遵从关系。[2]然而，由于“需求回应”发展路径下导致刑事特别程序的设置锚定外源“需求”，缺乏内在理论支撑，刑事特别程序的程序属性不明，这使得刑事特别程序体系配置与刑事诉讼法总则，以及分则其他部分的关系失调。

首先，由于“需求回应”路径下，刑事特别程序设置与否考量的核心要素是“需求”的必要性，程序具体内容设定首要目标是“回应”的有效性，对于程序本身的属性缺乏必要的关注。虽然在术语选择上，刑事诉讼法使用了“程序”而非“诉讼程序”这一上位概念，但是刑事特别程序体系所包含 5 中具体程序的后缀分别使用了“诉讼程序”“审判程序”和“程序”等表述，由此带来了一个重要问题是如何确定刑事特别程序体系程序属性，无论是这一体系的整体属性界定，还是具体特别程序的属性界定，都面临挑战。“需求回应”路径下程序体系配置的形成缺乏统一的理论指引，缺乏内在关联的“需求”无法为程序属性界定提供底层逻辑支撑，这与法典化所蕴含“具有内在逻辑性”的要求显然是背道而驰的。[3]例如，在刑事缺席审判程序中，由于立法致力于回应审判阶段被告人不在场这一现实困境，因而在规范设置上，将视野局限于审判阶段。然而，对于此类案件而言，侦查、审查起诉阶段，犯罪嫌疑人、被告人同样处于不在案的状态，对此无论是基于程序的完整性，还是规范的周延性，都应当实现缺席审判案件的程序全覆盖，否则这一程序的阶段性与其他刑事特别程序的完整性之间会形成范畴差异，将会严重影响刑事特别程序体系配置的位阶关系对应。

其次，基于“法典 = 体系性 + 总则”的基本结构要求，[4]刑事诉讼法典化的实现需要建立在总则与分则各部分关系协调的基础之上。“需求回应”路径下所形成的刑事特别程序体系为满足“需求”的多样性，导致程序属性呈现多元性格局，与之相对的是，我国刑事诉讼法总则长期以来是以刑事诉讼程序为中心构建的，无论是任务原则，还是基本制度，都是以刑事诉讼程序为对象展开规范设置。这导致在具体规范层面，形成了大量刑事诉讼法总则与刑事特别程序编之间的冲突抵牾。例如，刑事诉讼法总则确立了两审终审，但是刑事强制医疗程序则被设定为一审终审。为应对这一问题，必然需要调整刑事诉讼法总则的相关规范，然而在“需求回应”路径下形成的刑事特别程序其体系性存在先天缺陷，使得依靠提取公因式而获得法律总则的进路，[5]面临严峻挑战。

最后，由于“需求回应”路径下聚焦于具体问题的程序应对，缺乏与刑事诉讼法分则其他部分之间的衔接兼容，会危及刑事诉讼立法的体系性。法典的体系化要求将规范从价值到内容再到形式都能够统一并且呈现出逻辑的自洽，[6]刑事特别程序所回应“需求”，部分是刑事普通诉讼程序覆盖空白所导致，例如精神病人强制医疗程序；部分责任刑事普通诉讼程序应对不力的补强，例如未成年人诉讼程序、刑事缺席审判程序等。具体而言，既有刑事特别程序体系中 5 种具体程序与刑事普通诉讼程序之间的关系可以划分为 3 类。其中，刑事和解与刑事公诉程序之间是依附关系，未成年人诉讼程序、缺席审判程序与刑事公诉程序之间是特别与一般关系，违法所得没收与精神病人强制医疗程序与刑事公诉程序之间是衔接关系。刑事特别程序体系的丰富虽然会对刑事诉讼程序的拓展优化发挥一定的积极作用，但由于“需求回应”驱动下，对“需求”设定“回应”举措时，缺乏对刑事普通诉讼程序与新增设程序之间的联动关系梳理，可能带来程序关系失调的风险。例如，对于特别一般关系的刑事特别程序，作为“需求”种类最丰富的程序类型，其与刑事普通诉讼程序之间的比例失衡，不仅体现在程序种类的无序增长，更涉及到对于刑事普通诉讼程序进行特别调整的“幅度”限制，是否可以以特别程序之名，完全颠覆刑事诉讼程序所根植的控审分离，控辩平等，审判中立等理念基石。

---

[1] 雷磊：《法典化的三重视角》，载《法制与社会发展》2023 年第 2 期。
[2] 孙宪忠：《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》，载《法学研究》2020 年第 3 期，第 21 页。
[3] 刘兆兴：《比较法视野下的法典编纂与解法典化》，载《环球法律评论》2008 年第 1 期，第 54 页。
[4] 陈景辉：《法典化与法体系的内部构成》，载《中外法学》2022 年第 5 期。
[5] 王利明：《体系创新：中国民法典的特色与贡献》，载《比较法研究》2020 年第 4 期，第 1 页。
[6] 郑智航，曹永海：《国家建构视野下法律制度的法典化》，载《苏州大学学报》2022 年第 3 期。

二、程序属性分野基础上的二元刑事特别程序体系配置理论阐释

“需求回应”路径在刑事特别程序体系形成的初始阶段，提供了推进立法内容发展的外源驱动力，然而在新一轮刑事诉讼法所确立法典化的目标导向，以“需求”为依托配置刑事特别程序体系，难以支撑立法体系化的应然目标。法典化本身是一种理论内置的活动，有着自身独特的政治内涵、科学诉求与技术标准。[1]为实现刑事特别程序体系配置的体系科学、逻辑自洽和内容完备，有必要在“需求回应”这一时间推进立法的进路之外，探寻理论引导立法驱动下，满足理论建构、立法阐释和实践指引多重需求的体系配置建构路径。

（一）“程序”与“诉讼程序”二元分野的程序属性

“法的发展是通过程序体系的严密化实现的。程序的对立物是恣意，分化和独立才是程序的灵魂。”[2]刑事特别程序的出现恰恰是程序分化和独立在刑事司法领域的集中表现。刑事程序是司法程序针对不同纠纷类型程序分化的结果，刑事特别程序则是针对不同刑事司法问题对刑事司法程序分化的结果。依照这一递进关系和程序分化演进的基本发展规律，可以合理的推断，刑事特别程序内部必然存在进一步的程序类型分化。这种分化也必然造成刑事特别程序理论的分化。要科学剖析这一分化所依赖的理论根基，最直接的切入点在于概念术语的变迁。刑事特别程序的立法当中，“刑事特别程序”和“刑事特别诉讼程序”两个名词在不同历史时期，不同国家和地区的立法中，分别被用于刑事特别程序的立法表述。相应的在刑事特别程序理论体系的构建过程中，必须对这种法律术语上的差别予以关注，透过具体表述用语的转换，探寻背后所隐藏的理论支点。

1.“程序”与“诉讼程序”嬗变引发的思考

时隔百年，《1911 年刑事诉讼律（草案）》中确立的刑事特别诉讼程序在《2011 年刑事诉讼法修正案》中再次得到确认，然而，在具体名词的使用上，二者之间却存在差别，由《1911 年刑事诉讼律（草案）》中的“刑事特别诉讼程序”转变成为 2012 年刑事诉讼法中的“刑事特别程序”。虽然二者之间仅有两字之差，然而对于语言规范性要求极高的立法表述而言，这意味着在立法本意和理论基础方面存在巨大差异。“法律语言承载了立法者的意图或目的，这些被表述为法律的语言影响着人们的思维直至生活方式。”[3]因此，应当关注刑事特别程序在立法规范中的具体表述上出现的变化，通过对这一变化所表现的刑事特别程序基础理论演变的分析，总结刑事特别程序体系配置基础理论的关键性内核。

首先，从纵向的历史角度而言，2012 年刑事诉讼法选择了刑事特别程序一词，《1911 年刑事诉讼律（草案）》中使用的却是特别诉讼程序一词；这种对刑事特别程序命名的术语选择的差异并非是单纯的时代变更所致，《1911 年刑事诉讼律（草案）》中对刑事特别诉讼程序中所包含的具体的程序命名当中，分别使用了程序和诉讼程序两个不同的概念，由此可见，在当时的历史条件下，立法者已经认识到程序和诉讼程序这两个概念是存在差别的。而在 2012 年刑事诉讼法中，立法者并没有简单的沿用特别诉讼程序这一概念，而选择了刑事特别程序这一更为宏观的概念，反映了立法者对该程序类型的程序属性多元化的慎重对待。由此可见，在我国刑事特别程序的立法发展史上，刑事特别程序体系在具体命名上经历了由特别诉讼程序到刑事特别程序的嬗变，反映了立法者对刑事特别程序程序属性认识的转变。

其次，就刑事特别程序内部具体程序的横向比较而言，现行刑事诉讼法对五种刑事特别程序命名时采用了不同的名词后缀。其中未成年人诉讼程序和刑事和解程序使用了“诉讼程序”这一后缀，缺席审判程序使用了隶属于诉讼程序范畴之内的“审判程序”作为后缀，违法所得没收与刑事强制医疗程序则采用的是“程序”作为后缀。这一差别的应当并非是立法过程中的无心之作，而是立法者对刑事特别程序体系中具体程序属性界定的结果。根据这一表述，我国当前刑事特别程序可以进一步划分为“诉讼程序”和“程序”两个不同的范畴。这种立法上鲜明的反差，代表着立法者业已认识到刑事特别程序体系中不同的程序类型在程序属性上是存在差别的。

---

[1] 雷磊：《法典化的三重视角》，载《法制与社会发展》2023 年第 2 期。

2 季卫东：《法律程序的意义（增订版）》，中国法制出版社 2012 年版，第 24 页。

3 宋北平：《法律语言》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 1 页。

通过对我国刑事特别程序立法表述的历史和现状分析，不难发现，对于这一程序类型，立法者在两个不同的名词，即“程序”与“诉讼程序”之间存在着谨慎的选择和取舍。“语词是法律借以发挥作用的媒体。”[1]立法对刑事特别程序和刑事特别诉讼程序这两个相互关联，同时又存在差异的法定概念的规律性选择和使用，反映出这两个概念在刑事特别程序立法和司法当中具有重要的区分作用。这两个概念内涵和外延的差异，必然会带来这一程序体系在理论基础上的分野。因此，刑事特别程序体系配置基础理论研究，需要从这两个极易混淆的概念入手，探寻其中存在的本质规律。透过立法表述的差异，对刑事特别程序进行类型化研究。

2.刑事特别程序体系配置“诉讼”与“非诉讼”的二元分化

基于程序与诉讼程序之间的包含关系，这意味着在刑事特别程序是由刑事特别诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序构成。按照这一思路，对刑事特别程序体系配置理论体系的构建应当分别从刑事特别诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序入手，分别依托这两类程序所蕴含的诉讼程序法理和“非诉讼”程序法理，结合刑事特别程序的具体制度空间，全面确立刑事特别程序的理论体系。刑事特别诉讼程序所需要遵循的诉讼程序基本理念和原则并非完全适用于所有的刑事特别程序。刑事特别程序的基础理论除涵盖刑事诉讼程序的相关内容之外，还应当涵盖其他程序类型的基本法理，这一点对于我国刑事特别程序体系配置理论的发展具有极为重要的启示意义。在突破刑事诉讼程序的窠臼之后，意味着刑事特别程序将“非诉讼”程序法理引入了刑事诉讼立法及司法实践，具有巨大的开创意义。

同处刑事司法领域这一场景，限定了刑事特别诉讼程序与刑事特别“非诉讼”程序因与犯罪行为相关而存在共同连接点，应对事项的犯罪关联性是刑事特别“非诉讼”程序被纳入刑事诉讼立法范畴的核心原因所在，也是未来刑事特别“非诉讼”程序外延拓展的首要准入依据。根据对既有刑事“非诉讼”程序的共性分析，之所以突破刑事诉讼程序的种类限制，将刑事“非诉讼”程序纳入刑事诉讼立法，目的在于以刑事司法权的权威性和正当性，解决因犯罪引发，但又不直接追究刑事责任的相关事项。刑事“非诉讼”程序与刑事特别诉讼程序的核心差异在于是否以确定刑事责任为程序目标。无论是未成年人诉讼程序，还是刑事缺席审判程序，程序虽然在适用对象上有所差异，但最终运行结果均在于确定被追诉对象是否应当以及具体承担何种刑事责任。与之相对的是，无论是刑事和解程序，还是违法所得没收程序，以及刑事强制医疗程序，虽然在适用事项上差异悬殊，但其程序最终目标指向均非适用对象的刑事责任确定。由此，是否以确定刑事责任为程序目标就成为刑事特别诉讼程序与刑事“非诉讼”程序二元分化的根基，是否具有刑事诉讼程序的程序属性也就成为刑事特别程序体系类型化的基石所在。这决定了刑事特别程序无论是理论建构还是立法完善，在未来都需要坚持二元分立的视角，分别针对刑事特别诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序这两种在程序属性上存在本质差别的程序予以展开。

（二）二元刑事特别程序论的内涵解读

将刑事特别程序依据是否具有“诉讼”属性，划分为刑事特别程序诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序，以此为基础构建二元刑事特别程序论，为刑事特别程序体系配置的分类逻辑与体系逻辑自洽提供理论支撑。二元刑事特别程序论作为由法条分析出发，回归程序属性的体系配置理论，为法典化背景下刑事特别程序的体系化提供有效的理论分析工具。所谓二元刑事特别程序论，是指根据刑事特别程序立法体系中具体程序之程序属性差别，将刑事特别程序划分为刑事特别诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序，二者之间最明显的差别就在于程序属性是否符合刑事诉讼程序法理。根据这一区分，二元刑事特别程序理论模型可以分为两部分，即刑事特别诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序。这种两分式的模型所面临的首要问题就是不同部分间关系的厘清和协调。寻求将任何一个事物进行类型化研究时都会遇到如何对不同部分进行精准划分的困难，如果不能解决这一前置性问题，则会导致后续的研究因不同部分间边界不清，产生内涵和外延交叉重叠，无法实现类型化研究所预期的针对每一类型进行有针对性的研究，并通过不同类型具体组成部分的研究寻求这一事物的整体规律的目的。刑事特别程序所包含的刑事特别诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序这两部分内容，由于本身在具体外延上是一个开放性的范畴，因而只能对二者的内涵进行准确的区分，以内涵的确定性应

1 张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 128 页。

对外延的不确定性。

“二元”作为这一模型的基本结构，决定了该模型中对刑事特别程序进行类型化区分和研究的基本趋势，也是整个二元刑事特别程序论的核心所在。就语义层面而言，所谓“二元”就是将刑事特别程序作为整体进行二分的研究思路，即根据程序属性这一标准，将刑事特别程序进一步区分为两种不同的程序类型。

首先，“二元”关系是理想型关系。刑事特别程序数量多元性，导致寻求通过“真实描绘程序所共有的特征”来实现刑事特别程序类型划分和规律研究的方式显然是一项无法完成的任务。因此，对刑事特别程序的“二元”分类研究，应当脱离具体立法规范和程序设置的掣肘，转而寻求通过将各种具体刑事特别程序类型“归纳为几种可辨识模式的概念”，进而以这些宏观层面的概念，稀释微观制度设计中存在具体细节差异，使这种类型化的研究方式“所涉及的问题保持在一个可以控制的限度之内”。[1]按照这一研究进路，为避免对刑事特别程序的研究陷入对具体程序细节差异“锱铢必较”式的偏执掩盖不同具体程序间的本质性相似点和差异点。应当依照能够决定程序基本属性的核心因素，对具体的立法规范进行抽象和归纳，形成“理想型”的制度模型。

其次，“二元”中每一“元”内部存在分化。作为一种对具体立法抽象而成的“理想型”理论模型，既有的五种刑事特别程序依据程序属性被划分为刑事特别诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序两类，并且以此为基础构建刑事特别程序理论体系和立法配置完善的类型化研究。由于“二元”中的每一“元”都是由不同的具体程序组成的，这意味着，虽然在宏观的二元刑事特别程序模型中，每一元都是作为一个独立统一的个体出现的，但是在每一元的内部亦存在着复杂的内部关系。每一元都是由相互之间存在差异的复数程序类型组成的，这决定了“二元中每一元内部的关系是‘修辞意义上的共识’。”[2]只是通过一个能够涵盖本程序类型内部不同具体程序的宏观概念解释这一类程序所具有的共同点，而在具体程序细节上，每一“元”内部的具体程序之间是存在显著差异的。

最后，“二元”之间是共存关系。二元刑事特别程序论作为一种构建刑事特别程序“理想型”理论模型的理论基础，基本出发点应当是对刑事特别程序进行的事实分析，而非价值层面的优劣评价。对刑事特别程序体系进行二元划分的研究目的的客观性，决定了二元刑事特别程序模型中不同的程序类型之间是平等的共存关系。无论是帕卡还是达玛什卡，在构建刑事诉讼模式理论模型过程中都强调，不同的诉讼模式之间，尤其是同时代的不同诉讼模式之间的差异，只是基于不同国家的法制文化传统及现实需要所决定的，互相之间并不存在对立冲突关系。刑事特别程序二元模型中同样如此，之所以根据程序属性的差异对刑事特别程序进行类型划分，目的在于外延清晰的构建刑事特别程序体系配置理论。二元刑事特别程序理论对刑事特别程序的划分只是一种根据程序属性不同所进行事实层面的划分，并不进行价值层面的评价。

三、二元刑事特别程序论视野下刑事特别程序体系配置的现状评析与发展前瞻

二元刑事特别程序论作为一种理论模型，建立在对既有立法内容的理论抽象基础之上，是立法现状的理论映射，刑事特别诉讼程序与刑事“非诉讼”程序的分立根植于对 5 种具体刑事特别程序的属性分类，作为一种应然层面的理想升华。通过把所有从分析中得出的法律命题加以整合，使之构成一个逻辑清晰，具有内在一致性，至少理论上无漏洞的规则体系，[3]二元刑事特别程序论论不仅可以用于刑事特别程序体系配置的既有规范评析，亦可作为法典化背景下刑事特别程序体系配置完善优化的理论支撑。法律的形体虽完备，而其实质若不善良，则成峻法严律，其逞荼毒之害。以其人有实质美而不具形体来比喻法律，就称为“多病的才子”；以形体完备而实质不善良的人以比喻法律就称为“妖娆的毒妇”。[4]二元刑事特别程序论同时指向刑事特别程序体系配置的内部架构优化和外延

---

1 [美]米尔伊安 · R · 达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔—比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 15 页。

2 [美]米尔伊安 · R · 达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔—比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 1 页。

3 ［德］马克斯 · 韦伯:《经济与社会》（第 2 卷），阎克文译，上海人民出版社 2020 年版，第 962 页。

4 [日]穗积陈重:《法典论》，李求轶译，商务印书馆 2014 年版，第 86 页。

范围调整，以期实现法典化背景下刑事特别程序立法单元的“形神兼备”。

（一）属性分化基础上的刑事特别程序体系内部架构优化

法典化的功能主要体现在完备化与体系化两个方面。法典化是法律发展到一定阶段的必然结果，其最初的功能在于实现规范的统一化与科学化设置。[1]根据二元刑事特别程序论，当前刑事诉讼法所规范 5 种具体特别程序可以根据是否具有刑事诉讼程序属性为基础，构建刑事特别诉讼程序与刑事特别“非诉讼”程序二元分立的内部关系基本架构。

1.主体和犯罪类型特定的刑事特别诉讼程序体系

（1）针对特定类型主体的未成年人诉讼程序

虽然未成年人诉讼程序仅仅从名称上就宣示了这一程序的诉讼程序属性，但这毕竟只是立法者的术语选择，“在一定程度上，称谓可以说是不重要的，重要的是对精神的理解和实质的把握。”[2]立法的科学性和严谨性要求立法形式与立法内容保持一致，对于未成年人诉讼程序而言，名称中的诉讼程序只是其外部表现形式，立法的内在实质则是判断这一外在表现形式是否妥当的决定性因素。

首先，就程序设置的普遍经验来看，为更有效的保障未成年人在刑事司法领域中的合法权益，各国均选择在刑事诉讼程序的框架内设计未成年人诉讼程序。这一程序中的程序权利是以刑事诉讼程序诉讼权利体系为基础，结合未成年犯罪嫌疑人、被告人的特点所给予的特殊保障措施相叠加组成的。由此可见，未成年人诉讼程序尽管在具体程序设计上一直强调未成年人的特殊性，但是所有的特殊性都是以普通刑事诉讼程序为参照物的，这一程序的所有特性都没有突破刑事诉讼程序的共性范围。根据这一判断，未成年人诉讼程序应当属于二元刑事特别程序论中的刑事特别诉讼程序的范畴。

其次，就程序设置的基本法理而言，未成年人刑事诉讼程序中的所有规范都是对普通刑事诉讼程序的例外性修正而已，是在既有的诉讼程序权利保障机制基础上进一步强化保障水平。未成年人刑事诉讼程序的立法内容符合刑事诉讼程序的基本法理，涵盖了刑事诉讼的基本制度和程序环节，是一种例外性的刑事诉讼程序。通过对刑事诉讼法中所设置的未成年人刑事诉讼程序的程序属性和立法内容的分析，可以断定这一程序属于二元刑事特别程序论中的刑事特别诉讼程序的范畴。

（2）针对特定类型犯罪缺席审判程序

根据对刑事诉讼法所确立缺席审判制度的规范内容的分析，缺席审判作为一种程序工具，实现目标指向各不相同，[3]虽然四种具体适用情形均建立在被告人不能或者不愿参与庭审的基础之上，但是由于被告人缺席原因不同，且具体审理流程的完整性不同，导致四种缺席审理程序之间存在显著差异。这当中，外逃人员缺席审判有着独立的诉讼结构和审判程序，后三种缺席审判系普通程序处置审判障碍时的诉讼措施，实为普通程序的一个环节。[4]因此，就程序的独立性而言，外逃被告人缺席审判程序是唯一纯粹实质意义上的缺席审判程序，其他三类程序并非刑事特别程序层面的程序类型。

以追诉犯罪，确定刑事责任为程序内容是刑事诉讼程序相较其他类型程序本质差异所在，要判断缺席审判程序的程序属性，关键要素就是分析该程序是否以确定刑事责任为程序内容。首先，就立法功能预设而言，根据刑事诉讼法修法说明，创设缺席审判程序目的在于加强反腐败追赃追逃，解决腐败犯罪被告人潜逃境外无法追究刑事责任的现实困境。因此，缺席审判程序创设的基本立法动机直接指向对贪污贿赂、严重危害国家安全恐怖主义犯罪的刑事追诉，通过追究刑事责任，发挥刑法的预防功能。其次，就立法规范内容而言，刑事诉讼法第 291 条至第 295 条，规定了缺席审判程序的适用范围，提起公诉，送达，辩护，上诉以及执行，重新审理等程序环节，覆盖了对于外逃被告人刑事责任控诉与审判及执行全过程。无论是追诉控诉，还是审理救济，其作用对象都是围绕外逃被告人的刑事责任为中心展开的。因此，虽然缺席审判程序立法规范中并未涉及这一程序的立案、侦查等环节，但是已有的审查起诉、审判和执行相关规范已经足以确定其刑事诉讼程序的基本

---

[1] 陈卫东：《论刑事诉讼法的法典化》，载《中国法学》2021 年第 3 期。

2 徐美君：《未成年人刑事诉讼特别程序研究—基于实证和比较的分析》，法律出版社 2007 年版，第 14 页。

3 陈卫东：《论中国特色刑事缺席审判制度》，载《中国刑事法杂志》2018 年第 3 期。

4 董坤：《论外逃人员缺席审判的三重关系》，载《法学杂志》2019 年第 8 期。

属性。

最后，就立法初衷而言，外逃被告人缺席审判程序的适用范围限定于贪污贿赂犯罪和恐怖主义犯罪两类犯罪。贪污贿赂犯罪危及权力行使廉洁性，如不能有效打击，将直接动摇国家治理的稳定性；严重危害国家安全的恐怖主义犯罪更是直接伤及国家长治久安，对涉嫌这两类犯罪的被告人进行缺席审判体现了明确的立法功能预设，意图通过刑事诉讼程序的追诉功能，维护国家安全。由此可见，外逃被告人缺席审判程序在具体程序功能上具有限定性，体现了特定的立法意图，具有成为单独程序类型的独立性。刑事缺席审判程序之所以能够对被追诉人的在场权进行克减，其正当性根据在于所适用犯罪的特殊性，因此这一程序可以进一步归类为特定类型犯罪的刑事特别诉讼程序。

2.刑事特别“非诉讼”程序体系

刑事特别“非诉讼”程序

（1）民事程序属性的刑事和解程序

刑事诉讼法中刑事和解程序的全称为“当事人和解的公诉案件诉讼程序”，如果仅从语义解释的角度出发，这一程序被立法者设定为诉讼程序，适用的对象是当事人和解的公诉案件。但是，无论是程序内容，还是运行机理，刑事和解程序都与刑事诉讼程序相去甚远。

首先，根据实体法与程序法的对应关系，刑事和解的达成强调加害人与被害人之间在自愿基础上的合意，“尊重纠纷当事人的自主意愿是刑事和解的基点”；[1]二是司法机关在刑事和解过程中发挥的只是启动、监督等程序保障功能，并不参与和解实体内容的确定；三是和解的内容限于赔礼道歉、认罪悔过、赔偿损失并实际履行等民事责任内容，对加害人的刑事责任部分双方无权作出有约束力的合意。由此可见，刑事和解本身虽然发生在刑事司法领域，但是无论遵循的和解原则还是和解内容，都与民事领域内的和解并不存在本质性区别。与之相对应的是，刑事和解所遵循的程序自然受到和解本身属性的影响，由于这一程序着重强调如何保障被害人与加害人之间就民事补偿自愿合法的达成一致，因而本质上应当是一种双方平等协商的和解程序，而非刑事诉讼程序。

其次，就程序所针对的实体内容而言，根据刑事诉讼法规定，刑事和解的达成对于司法机关确定犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任只具有参考作用，不具有约束作用，和解双方在和解过程中所协商的问题集中于赔礼道歉、赔偿损失等民事责任，对于犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任，被害人只有表达谅解的权利，却无作出有约束力的实体性决定的权利。因此，和解双方所能决定的只有犯罪嫌疑人、被告人的民事责任，并不能对刑事责任部分达成合意。民事责任的承担只会对刑事责任发生“量”的影响，但不具有“质”的改变。[2]刑事诉讼程序作为专门刑事责任追究程序，与刑事和解程序所适用的实体对象之间并不兼容。刑事和解的过程本质上应当是一种建立在平等自愿基础上就民事责任进行协商的民事程序。因此，从程序决定内容的属性层面出发，刑事和解程序应当是一种民事程序，而非刑事诉讼程序。在二元刑事特别程序理论体系下，这一程序类型应当隶属刑事非讼程序的范畴。

（2）对物保安处分程序属性的违法所得没收程序

刑事诉讼法学界关于违法所得没收程序属性争论的焦点，集中于“民事没收说”和“保安程序说”的分歧。就既有立法内容的分析而言，违法所得没收程序应当是保安处分程序。首先，在违法所得没收程序中由公安机关进行前置处理，并由检察机关向法院提出没收申请的程序流程符合刑事司法程序流程，与民事诉讼程序强调的检察机关作为原告向法院提起对物的民事诉讼的程序流程显然不同。其次，在违法所得没收程序中，侦查机关、检察机关均有权针对涉案财产采取查封、扣押、冻结等措施；这也与民事诉讼强调的只能由法院作出查封、扣押、冻结的决定，当事人无权决定的权力配置模式格格不入。最后，违法所得没收程序运行中一旦出现犯罪嫌疑人、被告人自动投案或者被抓获的情形时，人民法院就可以依职权直接终止审理的规定也与民事诉讼程序所强调的当事人处分主义难以兼容，具有强烈的职权主义色彩。无论是从“与我国的基本国情、诉讼文化和职权主义诉

---

1 陈晓明：《刑事和解原论》，法律出版社 2011 年版，第 20 页。

2 王志祥：《刑事和解制度的多维探究》，北京师范大学出版社 2013 年版，第 71 页。

讼模式相契合”的宏观层面，[1]还是从具体立法内容归属的微观层面，对违法所得没收程序，采取“保安处分说”在法律解释上具有更强的逻辑自洽性，它既契合了既有的立法规定，又顺应了世界范围内未经定罪的没收程序发展的总体趋势。[2]

（3）对人保安处分程序属性的刑事强制医疗程序

刑事强制医疗程序作为一种司法程序，有学者从程序的立法空间以及参与主体等角度出发，认为刑事强制医疗程序是一种特殊的刑事诉讼程序”。[3]根据刑事诉讼法和相关司法解释的立法原意，其具有一般案件诉讼程序的内核，体现了诉讼运行的规律性。[4]因此，这一程序应当属于诉讼程序的范畴。与此相对应的是，有学者认为强制医疗是属于刑法上的保安处分，在世界范围内具有普遍性。[5]因此，与强制医疗保安处分的实体属性相对应，其程序应当属于保安处分程序的范畴。就程序的功能定位而言，强制医疗程序与以定罪量刑为目的的传统刑事诉讼程序明显不同，刑事诉讼程序以解决刑事责任问题为核心；强制医疗程序着眼于未来人身危险性的监护医疗。据此，“强制医疗程序”可看作是一种“社会防卫程序”[6]该程序的主要的立法规范则体现出明显的非讼程序特征。该程序中对于存在即时危险性的被申请人适用的是“临时的保护性约束措施”，而非刑事强制措施；刑事强制医疗程序中针对法庭所做出的决定，只能向上一级人民法院申请复议，而不能提起上诉。立法中针对这一程序迥异于刑事诉讼程序的具体规范表明立法者已经认识到这一程序与刑事诉讼程序之间存在差别，应当是一种刑事特别“非诉讼”程序，可以归类为对人保安处分程序。

综上所述，以是否具有刑事诉讼程序属性为基准，我国当前刑事诉讼法所确定五种刑事特别程序可以划分为由针对特定类型主体的未成年人诉讼程序和针对特定类型犯罪的刑事缺席审判程序构成的刑事特别诉讼程序，以及由民事程序属性的刑事和解程序和对物保安处分程序属性的违法所得没收程序，对人保安处分程序属性的刑事强制医疗程序所构成的刑事特别“非诉讼”程序。需要注意的是，这仅仅是对刑事诉讼法中特别程序编部分的归类，由此形成的刑事特别程序体系关系是对现行立法实然层面的映射，而非应然层面的理想状态。这当中既存在本应当纳入刑事特别程序体系而未被纳入的遗漏，也有不需要纳入刑事特别程序体系而被纳入的冗余。以二元刑事特别程序论为支撑，当前刑事诉讼法既有规范中刑事特别程序体系配置还需要予以调整优化 。

3.既有刑事特别程序体系的内部关系调整优化

（1）刑事缺席审判程序的拓展

刑事缺席审判程序作为一项独立的刑事特别诉讼程序，在立法表述上却并未使用“缺席刑事诉讼程序”，而是仅选择刑事诉讼程序中审判阶段为程序作用空间，命名为“缺席审判程序”。这不仅影响对缺席审判程序的属性判断，更束缚了立法规范空间，导致该程序的程序完整性和权利保障全面性受到限制。缺席审判程序诉讼阶段不完整，未能有效覆盖刑事追诉全过程，影响其作为刑事诉讼程序应有的程序保障功能。对此，应当全面审视被追诉人不在案情形下对刑事诉讼程序所可能产生影响，分别对被追诉人缺席案件的监察调查与审查起诉衔接，审查起诉以及执行等相应内容予以完善，与既有缺席审判程序共同构成完备的形式缺席诉讼程序，为此类案件的办理提供适格的程序保障。

（2）刑事和解程序与认罪认罚从宽的整合

伴随着强调控辩合意的认罪认罚从宽成为当前刑事司法领域的主流办案模式，严重挤压刑事和解程序的适用空间。认罪认罚从宽直接联结被追诉人认罪认罚与办案机关从宽处理，相较于刑事和解程序中被追诉人与被害人合意，间接获取办案机关从宽处理，无论是可预期性，还是效率性，都具有显著优势。对于存在竞合关系的认罪认罚从宽和刑事和解，无论是办案机关，还是被追诉人，

---

1 陈卫东：《论新<刑事诉讼法>中的判决前财产没收程序》，载《法学论坛》2012 年第 3 期。

2 熊秋红：《从特别没收程序的性质看制度完善》，载《法学》2013 年第 9 期。

3 申君贵：《刑事诉讼中采取“政府强制医疗措施”的构想》，载《广西民族学院学报》2002 年第 3 期。

4 朱晋峰、宫雪：《强制医疗程序的诉讼化建构—基于强制医疗程序行政化色彩的分析》，载《证据科学》2013 年第 2 期。

5 赵秉志：《刑法总论问题探索（第三卷）》，法律出版社 2002 年年版，第 315 页。

6 张品泽：《强制医疗程序的实施与反思》，载《中国司法鉴定》2014 年第 1 期。

显然更有动力选择认罪认罚从宽。这不仅使得刑事和解程序丧失实践生命力，还使得被害人权利保障处于被遗忘的状态。[1]因此，对于刑事和解程序这一具有寄生性特征的程序，实质就是公诉案件中的一个程序环节，[2]为保证其与刑事诉讼程序之间的实质性关联，根据当前的刑事司法现状，应当将其嵌入认罪认罚从宽体系当中，将被追诉人向被害人赔礼道歉，赔偿损失作为认罪认罚从宽达成的组成要素，不再保留独立的刑事和解程序。

（二）类型划分基础上的刑事特别程序体系外延调整标准

为保证静态的法典能够适应动态的社会，理想状态的刑事诉讼法典应当是综合而非完备的法典，开放而非封闭的法典。[3]由此决定了刑事特别程序体系应当是一个开放的体系，其外延范围需要因时而变。针对特定类型事项对刑事诉讼程序设置“程序特别”，被视为程序配置精细化、科学化的重要指征，然而基于有限的立法资源和司法资源，“程序特别”并不应然指向“特别程序”。[4]法典化背景下，刑事特别程序体系外延调整标准的确定应当以实现其配置的体系性为依据。二元刑事特别程序论构建了刑事诉讼程序与刑事“非诉讼”程序分野的内部结构，这两类程序在属性上存在本质差异。刑事特别诉讼程序设置的根本目的在于实现对特别类型主体或者犯罪进行精细化程序设置；刑事特别“非诉讼”程序设置的根本目的则是对于涉罪事项的司法化裁决。程序价值体系的分化必将影响立法外在体系的布局，因此对于刑事特别程序外延调整标准的设定应当分别从刑事特别诉讼程序和刑事特别“非诉讼”程序的体系结构展开讨论。

1.权利配置增减与程序设置调整平衡导向下的刑事特别诉讼程序外延调整

无差别的权利义务配置无疑是犯罪嫌疑人、被告人在刑事司法领域实现人人平等的根基所在。一旦设置特别程序，必然会对被追诉人的权利义务带来增设或者克减的效果，因而有学者提出“权利流动保护说”将刑事特别程序划分为“赋权型”和“克减型”特别程序，认为应当赋权最大化，克减最小化。[5]权利增设和权利克减在正当性方面的差异，决定了不同类型刑事特别诉讼程序的设置标准需要差别对待。但是无论是增设，还是克减，实质上都会对法律面前人人平等原则带来挑战，因此二者的正当性都要受到这一原则的限制。

首先，相较于“赋权型”刑事特别诉讼程序，应当严格限制“克减型”刑事特别诉讼程序。虽然“克减型”刑事特别诉讼程序通过创设相对独立的程序空间，在强化打击犯罪的同时，避免了对刑事诉讼程序的整体权利限制，通过程序隔离，避免空间污染。然而，这一类程序的创设对于被权利克减的被追诉人不可避免会产生严重负面影响，尤其是对人身自由、财产、辩护等基础性权利的限制，不仅会影响其诉讼阶段的权利行使，还会危及其实体权利的实现。更重要的是，“克减型”刑事特别诉讼程序一旦泛滥，将严重削弱刑事诉讼整体权利保障水平，使得宪法和刑事诉讼法所构建的人权保障体系被侵蚀。为避免刑事特别诉讼程序成为程序歧视，乃至规避立法的捷径，“克减型”刑事特别诉讼程序的增设需要尤为审慎，并且对于被“克减”的程序设置相应的补偿性救济机制，以最大限度消解权利克减带来的负面影响。

其次，“赋权型”刑事特别诉讼程序的增设应当考量其理由正当性。对于部分主体和犯罪特别的权利增设，既有可能是基于人道主义等正当理由，也有可能基于不正当理由的反向歧视，因此对于“赋权型”刑事特别诉讼程序虽然在增设必要性考量层面可以采取比“克减型”程序更为宽松的标准，但是对其正当性的审查应当是程序设置的首要内容。

最后，无论是“赋权”还是“克减”都应当采取谦抑的基本态度和程序基本正当的底线，这既是对立法和司法资源有限性的妥协，也是刑事诉讼法典体系科学的必然要求。基于犯罪类型的多样化和犯罪主体的复杂化，特别诉讼程序无疑是刑事特别程序体系拓展的“主战场”，也是刑事诉讼法典化过程中刑事特别程序部分体系化与完备化难度最高的领域。程序设置一旦失控，泛滥的刑事特别诉讼程序不仅会影响刑事诉讼立体的比例关系，更会带来司法资源的过分消耗，因此，不能因简单的

---

[1] 王静：《认罪认罚从宽制度中的被害人权利保障》，载《华东政法大学学报》20921 年第 4 期。

[2] 万毅：《法典化时代的刑事诉讼法变革》，载《东方法学》2021 年第 6 期。

[3] 瞿郑龙：《重访法典（化）的基本法理议题》，载《苏州大学学报》2022 年第 3 期。

[4] 蔡元培：《论刑事诉讼中的程序特别与特别程序》，载《环球法律评论》2024 年第 2 期。

[5] 李树民：《论刑事特别程序创设的一般法理》，载《政法论坛》2019 年第 6 期。

程序特别就选择增设程序，只有特定类型主体和犯罪的程序需要整体系统特别设置的情形下，方能考虑增设相应的特别诉讼程序。此外，无论是“赋权”还是“克减”，刑事特别诉讼程序的程序设置都不能突破刑事诉讼程序的底线标准。尤其是对于控审分离、审判中立、控辩平等三项原则，不论具体程序设置如何调整变通，都不得违背，否则将失去刑事特比诉讼程序存在的正当性根基。“克减”与“赋权”实质上是对惩罚犯罪与保障人权平衡的动态调整，“克减”的边界是对诉讼主体权利底线标准的维护，“赋权”的边界是对犯罪打击力度的维持。

2.拓展治理空间与司法资源平衡导向下的刑事特别“非诉讼”程序外延调整

二元刑事特别程序论实现了刑事特别“非诉讼”程序这一类不具有刑事诉讼程序属性的程序在刑事诉讼法典的体系定位和逻辑关联，但是在法典化过程中，刑事特别非诉讼程序的外延范围调整，既要关注刑事司法权参与社会治理的深度，又要关注涉案事项牵连性的宽度。基于社会治理与权力边界的双重视角，刑事特别“非诉讼”程序外延范围应当在与刑事案件存在实质关联的边界内积极拓展，为国家治理现代化建设提供刑事司法助力。

（1）刑事特别“非诉讼”程序的法治升级与治理提效

刑事特别“非诉讼”程序的创设使得刑事司法权的作用范围从刑事诉讼程序拓展至刑事诉讼相关事项的裁决，使得相关事项的决定程序由非司法程序转变为司法程序，以权力基础的中立性和程序构造的正当性，全方位提升了涉及刑事案件相关事项裁决的法治性。通过刑事特别“非诉讼”程序的创设，刑事司法权更为广泛直接的参与社会治理，利用刑事司法权的权威性和刑事司法程序的公正性，更为有效的保障涉事主体的合法权益，提高了相关事项裁决结果的公信力和权威性。基于这一考量，对于刑事特别“非诉讼”程序的增设相较刑事特别诉讼程序应当采取更为积极的态度，对于凡是与刑事案件存在实质性关联，并且涉及对相对人的财产、自由等基础权利进行处分的事项，都应当纳入刑事特别“非诉讼”程序的范畴。在新一轮刑事诉讼法修改中，刑事特别“非诉讼”程序增设应当重点关注涉罪未成年人专门教育程序的设置。预防未成年人犯罪法将针对“其他严重危害社会行为”和涉罪未成年人适用的专门学校和收容教养制度进行整合，构建了罪错未成年人分级专门教育体系。相较于实体层面的体系重构和内容调整，涉罪未成年人专门教育适用程序虽然意图通过构建专门教育指导委员会评估机制予以完善，但仍未突破收容教养措施行政审批适用程序模式。对此，由于涉罪未成年人专门教育需要闭环管理，教育矫正内容均有所区别，且与刑事案件存在实质性关联，无论是权利影响的严重性，还是与刑事司法的关联性，都决定了要实现这一程序的法治化，增设对应的涉罪未成年人专门教育程序是最优选择。这一程序，在属性上应当界定为保安处分程序，在内容上可以借鉴精神病人刑事强制医疗程序，由检察机关为申请机关，人民法院为决定机关，被申请人为程序当事人，原案被害人为利害关系人，对涉罪未成年人专门教育的适用和解除进行司法化裁决。由此不仅全方位贯彻了未成年人刑事司法教育为主惩罚为辅的理念，而且有利于未成年人刑事处遇体系的贯通，提升未成年人犯罪综合治理的有效性与法治性。

（2）恪守“涉罪”基点界定拓展边界

刑事特别“非诉讼”程序所依托的刑事司法权和刑事司法程序不仅需要以相应的司法资源为保障，并且其运行内在规律与刑事案件之间存在不可分割的关联，由此决定了刑事特别“非诉讼”程序外延范围不能无序拓展，必须限定在与刑事案件存在实质性关联的限度之内。这既保证了程序增设不会对刑事司法资源带来难以承受的负担，更是对刑事司法权和刑事司法程序专业性的应有尊重。所谓与刑事案件的实质关联性，是指所裁决事项由刑事案件引发，具体而言，包括主体实质牵连和客体实质牵连，例如不负刑事责任精神病人和未达刑事责任年龄的未成年人等属于主体实质牵连，被追诉人逃匿或死亡后的涉案财产以及因刑事犯罪引发的民事赔偿等属于客体实质牵连。之所以强调刑事特别“非诉讼”程序所裁决事项与刑事案件之间的实质牵连性，除控制范围避免程序泛化这一直接考量之外，更重要的是，此类事项虽然不以确定刑事责任为目标，但均需要以刑事案件事实为裁决基础，刑事司法权与刑事司法程序在查明“涉罪”事实，认定行为性质方面所具有的权威性和专业性，是将此类事项纳入刑事司法领域的重要原因所在。

行为者主义导向的罪错未成年人分级干预

李子龙 殷一村*

摘 要：罪错未成年人分级干预从未成年人的个体性出发，通过层次分明的矫治方式，帮助未成年人成长发展，预防未成年人犯罪。与单纯处罚具有社会危害性的行为不同，如何对罪错事实进行合理分级关乎着干预措施的效果。对此，应从“行为主义”转向“行为者主义”，主次有序地审查与评估行为事实、风险事实以及人格事实。行为者主义在伦理层面的功能，以未成年人为本位满足了最佳利益原则的要求，合理调整国家亲权与父母亲权之间的关系。在行为者主义的导向下，罪错未成年人的分级干预需规范干预主体的行为，平衡行为人、被害人以及地域社会三者之间的利益，保障未成年人的参与权及强化社会体系的支持功能。

关键词：罪错未成年人；分级干预；行为者主义；罪错事实

《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》（以下简称“预防法”）第 12 条规定，预防未成年人犯罪，应当结合未成年人不同年龄的生理、心理特点，加强青春期教育、心理关爱、心理矫治和预防犯罪对策的研究。未成年人司法与成人刑事司法不同，如果说成人刑事司法侧重于过去的行为（犯罪）并旨在适当惩罚它们（通过惩罚追究责任），以使个人行为重新社会化，强调基于“侵害原理”（行为主义）追求“行为责任”，那么未成年人司法更强调基于保护原理（行为者主义）的“特别预防观点”。如日本少年司法以保护原理（家长式作风）为基础，基于少年不成熟和可塑性对其进行教育，允许对虞犯少年实施强制处分及超出少年罪犯的犯罪责任课以保护处分。[1]未成年人罪错分级干预体系是一种符合未成年人罪错行为的处置规律，注重保护、强调恢复、积极预防且轻重有别、逐渐递进的措施体系。[2]在该体系框架下，国家设置轻重不同、各有侧重并呈现为梯级衔接状态的教育矫治措施，在具体案件中为实施不同严重程度的罪错行为且个体情况不同的未成年人选择与其行为和个人情况最为匹配的教育矫治措施，以帮助其悔过自新和健康成长。[3]

虽然我国未成年人司法与程序法之间具有紧密的联系，但罪错未成年人分级需要走向刑事诉讼之外，在理论与制度运行上逐步形成独立性的体系。罪错未成年人的干预时常需要国家、社会、家庭以及学校之间相互配合，由于各主体的角色定位不同，分级方式需协调各个主体之间的关系，以多纬度层次化的标准指引干预主体的行为，这是分级干预机制发展的必然要求。基于预防未成年人犯罪与注重改善未成年人成长环境的双重目标，以及分级干预主体的多样性，分级干预机制应当根据罪错行为的性质，结合未成年人“罪错”之因进行分级、分类，采用能够针对未成年个体发挥教育、感化、挽救功能的措施。

然而，现阶段关于如何对罪错未成年人进行合理分级的讨论，大多集中于罪错行为层面，从罪错行为的危害性进行分级仅仅是未成年人罪错的一个表现，而导致其行为背后的原因，正是“教育、感化、挽救”的关键。对此，罪错未成年人分级干预中的“行为者主义”关注到未成年人本身，将行为、风险及人格要素相结合，对进一步深化分级方式具有一定的伦理功能，实现分级干预的司法效果与社会效果。

一、“罪错”分级的困境：罪错事实多元化

“分级”一词广泛运用于各个领域中，通常是在某种目标的作用下（如为了管理、为了研究），以科学合理地标准（如事物大小、颜色、功能）将事物进行更为细致的划分。如伤残等级是根据医学知识对伤残情况进行更为细致的划分，从而为认定伤害行为的社会危害性提供帮助。无论分级的对象为何，其目的皆是为了相关措施更加贴合个体性。对罪错未成年人进行分级同样是基于某种标准，将未成年人罪错情况作出科学分级，综合考察行为的外在表现与未成年人自身状况，以此为基础采取不同矫治措施开展行为干预。

---

* 李子龙，1988.12，北京工商大学法学院，讲师，15002991319，北京市房山区北京工商大学法学院，zilong@btbu.edu.cn；殷一村，浙江省江山市人民检察院检察长。

[1] 廣瀬健二「特定少年に対する特例の重要論点」法律のひろば 75 巻 3 号（2022 年）22 页。

[2] 参见宋英辉、苑宁宁：《未成年人罪错行为处置规律研究》，载《中国应用法学》2019 年第 2 期，第 50 页。

[3] 参见何挺：《罪错未成年人分级干预的体系性要求》，载《人民检察》2020 年第 19 期，第 18 页。

从现阶段有关罪错未成年人的分级观点来看主要有三分说与四分说。三分说主张将罪错未成年人分为三个级别。如根据《预防法》的相关规定，对罪错未成年人的干预分为不良行为、严重不良行为和犯罪行为。也有观点主张将未成年人的人身危险性、社会危害性作为分类依据，从而将未成年人罪错行为分为不良行为、行政违法行为、触犯刑法行为。[1]此外，还存在观点认为，将犯罪作广义理解，未成年人触犯刑法的行为皆为犯罪行为，而其他行为可以依据行为的性质作进一步划分，故未成年人罪错行为包括早期不良行为、危害行为和犯罪行为。[2]四分说主张将未成年人罪错行为由轻到重划分为四个层级。如有观点在三分说的基础上，将违法行为单独作为一个层级，分为不良行为、严重不良行为、治安管理违法行为和刑事犯罪行为。[3]或将违法与犯罪行为进行细分，分为不良行为、违反治安管理行为、因不满 16 周岁不予刑事处罚行为、犯罪行为。[4]也有观点对比域外罪错行为分类方式，结合我国法律体系的特点，将罪错未成年人罪错分为虞犯行为、违警行为、触法行为和犯罪行为四类。[5]

虽然三分说或四分说对未成年人的罪错分级具有重要的参考价值，但若仅凭行为对社会危害性，采取轻重有别的干预方式，可能只是对某一类型化行为进行了矫治，却未从未成年人自身上消除罪错风险。是否对未成年人采取干预措施主要考虑两个要素：从未成年人的人格和环境中可以看出行为具有罪错性；可以通过纠正其人格和调整环境来消除这种罪错行为（通过纠正人格和调整环境来消除犯罪的可能性）。[6]若对原本应当加强干预的未成年人采取了较轻的措施，对应注重自主发展的未成年实施了较为严格的干预，则失去了分级的意义。如公安机关因没有专业的理念指导，对较轻的违警行为的处置有明显的主观倾向，对虽然行为上可能行为上只是违警，但是拥有严重身心健康问题的未成年人，“一去了之”的判断还是会导致其再次实施罪错行为，使得其失去了原本可以健康复归社会的机会。[7]况且仅从行为方面决定是否及如何干预，还容易忽略罪错未成年人实施行为时的周边环境，致使所有形式上符合罪错行为的未成年人皆成为分级干预的对象，难免因过度干预而损害未成年人的权利，浪费司法资源。如果能够消除环境中的犯因性因素，那么未成年犯罪人就有很大机会避免再犯罪；如果忽视甚至增加环境中的犯因性因素，那么即使对未成年犯罪人科处了严厉的刑罚，他们也难以摆脱再犯罪的魔咒。[8]

由此可以认为，分级干预机制中的事实较为多元化，既包括对罪错行为定性的事实，还包括可能导致发生犯罪风险的事实，以及如何满足未成年人的需要，轻重有别的预防犯罪发生的事实。在未成年人罪错案件中，罪错行为的分级是处遇措施分级的前提，分级处遇是罪错行为分级的矫治后果，二者依据一定的规律和要求共同构成了预防未成年人违法犯罪的核心。[9]因此，多元的罪错事实主要为帮助行为分级的事实与支持处遇措施分级的事实。三分说与四分说主要讨论行为分级的事实，行为层面的分级是对行为事实进行的评价，与未成年人相关的家庭、学校、朋友、环境等因素影响着处遇的方式，将处遇措施的级别与未成年人本身相适应，需要探究罪错未成年人行为背后的个体要素，即处遇措施分级事实。如何整合罪错未成年人案件中多元化的罪错事实，引导干预主体作出全面正确地评价，是实现罪错未成年人分级干预效果的关键。

二、从“行为主义”到“行为者主义”的分级模式

传统刑法上对一个人是否构成犯罪，构成何种犯罪，以及采用何种处罚从其行为出发，最终的刑罚由行为本身决定，至于被告人的家庭成长环境，家庭情况，教育情况等因素并不能直接决定刑

---

[1] 上海市长宁区人民检察院课题组：《未成年人罪错行为分类干预体系研究》，载《青少年犯罪问题》2019 年第 3 期，第 15 页。

[2] 刘艳红、阮晨欣：《新法视角下罪错未成年人司法保护理念的确立与展开》，载《云南社会科学》2021 年第 1 期，第 85 页。

[3] 周光营：《罪错未成年人分级处遇制度构建论》，载《青少年犯罪问题》2019 年第 3 期，第 38 页。

[4] 苑宁宁：《未成年人司法新模式：罪错行为分级处遇》，载《人民检察》2020 年第 19 期，第 27 页。

[5] 参见姚建龙：《论<预防未成年人犯罪法>的修订》，载《法学评论》2014 年第 5 期，第 121 页。

[6] 小西暁和「『非行少年』と責任能力」早稲田法學 86 巻 4 号（2011 年）121 页参照。

[7] 参见周羽枫：《我国建立未成年人罪错行为先议制度的探究》，载《预防青少年犯罪研究》2023 年第 5 期，第 60 页。

[8] 何挺、王力达：《我国未成年人犯罪刑法规范的理念更新与完善进路》，载《人权》2024 年第 3 期，第 90 页。

[9] 朱良：《解构与建构：未成年人罪错行为分级制度研究》，载《学习与实践》2022 年第 4 期，第 76 页。

罚，刑罚的轻重有着严格的量刑情节规定。这种关注行为与责任之间的关系，由行为决定最终处理方式的理念为“行为主义”。但对于未成年人法律而言，其既是国家对犯罪者的制裁，也是一部教育法，因为它以罪错等行为为依据，国家强制对未成年人进行再教育，此外，由于未成年人司法为了儿童和社会的最大利益进行干预，发挥着福祉法的作用，故未成年人法律可以说是“刑事 + 福利 + 教育”三位一体的法律体系。[1]罪错未成年人分级干预体系并不等同于简单的刑罚，也不仅仅针对承担刑事责任的未成年人，而是在恰当的时机对未成年人进行教育与引导，预防未成年人实施犯罪。当未成年某一行为被认定为罪错行为时，其背后的依据包括行为的性质、未成年人的性格、家庭教育、学校教育、成长环境、行为动机等诸多与未成年人有关的因素。

维护社会秩序最好的方式是以科学为基础调查犯罪原因并消除犯罪原因，而不是简单的惩罚犯罪行为所表现出来的社会危险之人。未成年人司法较之“行为”更为关注“行为人”，未成年人所实施的罪错行为大致归为一类，并不意味着可以适用完全相同的教育矫治措施。[2]针对未成年人，要实现社会防卫，只能分析和查找他们违法犯罪的原因，有针对性地提供帮助和开展教育矫治，使其重新融入社会，防止他们成为未来危害社会的因素。[3]干预未成年人罪错应当坚持积极的教育刑理论，而不是报应性惩罚理论，通过向存在社会危险性的未成年人灌输正确的思想，改善罪错行为，使他们能够适应社会，从而达到社维护社会秩序的目的。

行为主义强调行为侵害程度与责任之间的关系，时常忽视了未成年人罪错行为的成因，行为的周边环境，未成年对行为的认知等因素。而行为外的因素往往是影响未成年人实施犯罪的关键。为了能够将罪错未成年人分级干预中的罪错事实体系化，全面了解未成年人的行为与成因，需从“行为主义”转变为“行为者主义”，强调审查未成年人行为的同时，更多地关注未成年人自身需求及个体变化。行为者主义囊括了行为分级事实与处遇分级事实，并结合分级干预机制的特性，将罪错事实分为行为事实、风险事实、人格事实。行为事实与风险事实为分级干预必要性的审查对象，人格事实为分级干预的可行性提供了依据。

首先，行为事实是分级干预的前提，即未成年人实施的客观行为属于罪错类型事实时，才有可能进行干预。《预防法》第 2 条规定：预防未成年人犯罪，立足于教育和保护未成年人相结合，坚持预防为主、提前干预，对未成年人的不良行为和严重不良行为及时进行分级预防、干预和矫治。不良行为虽然社会危害性较低或几乎没有社会危害性，但却因未成年人的特殊身份，其实施这类“不良行为”将违背社会公德或违背公众对未成年人行为准则的期待，并影响未成年人成长和发展，该类行为在性质上折射出未成年人的不良习性和恶劣生活环境，若不加以干预将来极有可能涉嫌严重危害社会的刑事犯罪。[4]

其次，对罪错行为进行干预的根本原因在于该行为存在犯罪的危险。而未成年人实施的包括犯罪在内的各种行为，都不能被简单地视为其作为独立个体权衡利弊后的自主选择，而在很大程度上是外部环境刺激的产物。[5]因此，除行为事实之外，还要结合未成年人的成长环境审查犯罪风险事实，用以评估干预的必要性，避免干预过度。例如未成年人的离家出走行为，需要考察离家出走后的环境。倘若未成年人离家出走后，躲到朋友家或者自己的“秘密基地”，其目的只是想暂时逃离家庭环境，并没有因离家出走而接触到可能诱导其实施犯罪的环境，那么此时的离家出走并不一定存在犯罪的风险。相反，如果离家出走后与社会不良人员进行接触，不断接收犯罪的思想，此时犯罪风险性较大。再比如未成年人的抽烟行为，需要观察抽烟的环境，若未成年人抽烟时所接触的人足以使未成年人走向犯罪之路，那么需要及时采取干预措施。若抽烟的环境并不存在任何犯罪风险，国家积极干预反而会对未成年人的权利造成侵害，激发未成年人的逆反心理。

最后，之所以在未成年人实施罪错行为后采取优先保护原则，是因为未成年人具有一定可塑性，归根到底在于未成年人的人格具有可塑性。人格事实是与罪错未成年人个人品格及思想认知相关的

---

[1] 守山正、後藤弘子『ビギナーズ少年法』（成文堂，2024 年）7 页参照。
[2] 何挺：《罪错未成年人分级干预的体系性要求》，载《人民检察》2020 年第 19 期，第 22 页
[3] 苑宁宁：《未成年人司法的法理证成与本土建设研究》，载《河南社会科学》2020 年第 10 期，第 86 页。
[4] 周海灵：《我国未成年人罪错行为分级干预机制的构建》，载《青少年犯罪问题》2022 年第 2 期，第 109 页。
[5] 何挺、王力达：《我国未成年人犯罪刑法规范的理念更新与完善进路》，载《人权》2024 年第 3 期，第 89 页。

事实，通过此类事实可以进一步了解未成年人罪错的成因，成长的环境，以及罪错未成年人的困境。人格事实主要包括家庭教育、学校教育、个体之间的交往、社会影响等。分级干预并非仅仅纠正未成年人的一次罪错行为，而是要通过对罪错行为背后人格事实的分析，让未成年人认识到罪错行为的性质，从未成年人内在帮助其真正的回归社会，消除犯罪思想。因此，人格事实为干预措施的选择及调整提供了依据，当干预主体透过罪错行为关注人格事实时，才能针对未成年人个体实施矫治。

分级处遇理念的提出将会促使司法机关在办案过程中不但要关注已经造成的危害社会结果，还要关注行为人的人身危险性和再犯可能性等相关因素，其对各类因素的分级过程本身就会加深司法机关对行为和行为人的全面考察和准确评估，而最终所选择适用的不同等级处遇措施显然也必须同时满足对行为的公正报应和对行为人的有效改造之需要。[1]罪错未成年人的分级干预从行为主义转向行为者主义，既是未成年人司法发展的结果，也是分级干预机制完善的理论基础。以行为者主义为导向的干预体系，将人格事实作为干预的核心和重点审查事实，寻求最有利于未成年人的干预措施。行为事实与风险事实作为采取干预措施的前提，审查内容围绕犯罪风险的认定展开，是分级干预的辅助事实。在干预过程中将重心放在人格事实层面，有助于改善罪错未成年人的社会关系和成长环境，使其更符合未成年人长远发展的需要。因此，罪错未成年人分级干预机制的运行，需构建起以行为事实与风险事实审查为前提，人格事实审查为核心的审查评估机制。

三、分级干预中行为者主义的伦理功能

罪错未成年人分级干预机制具有干预主体多样化，干预对象个体因素较强，以及干预措施适时调整等特点，机制的完善需符合自身的伦理。罪错未成年人分级干预的伦理主要包括，国家亲权论，儿童利益最大化论，恢复性司法论以及个体可持续发展论等。行为者主义将分级干预的目光从行为延伸至人格与风险，以使分级干预的罪错事实体系化，同时也将分级干预所蕴含的伦理注入到干预措施中。

（一）构建以未成年人个体为本位的干预机制

对于罪错未成年人而言，若未及时有效帮助未成年人修正自己的行为，会使其社会适应能力更差而无法融入社会，难免走向犯罪道路或再次实施犯罪。此外，当未成年人实施罪错行为之后，其本身也希望自己能够具有独立性，并得到社会的接纳。“罪错未成年人”的法律地位要求干预机制对“健康成长”做出回应，在确定存在干预必要性时，必须让未成年人有能力通过干预机制实现“健康成长”的目的。未成年人的健康成长意味着未成年人的行为不具有犯罪风险，他们已经成长为“健康的社会成员”，干预措施能够解决他们所遇到的问题并过上正常的社会生活。在罪错未成年人的分级中，如果说“行为”是从价值和规范方面进行审查评估，“人格与风险”则是从科学规划的角度进行审查。以未成年个体为本位契合了整个罪错事实的审查要求。以未成年人个体为本位的制度内涵为：干预机制以未成年人的自身发展需要为中心，尊重未成年人的权益，预防未成年人实施犯罪，持续帮助未成年人健康成长。

罪错未成年人赋权理论落实了以未成年人为本位的要求，即罪错未成年人的矫治应当以未成年人独立自主的回归社会为目标，让其真正意识到自己的主体地位，摆脱不良环境的影响，实现个体的可持续发展，完成一种不依赖外部支持的改善。在完成未成年人赋权的干预机制中，行为者主义将未成年人人格与行为相互融合，干预方式关注人格事实的变化，不仅矫治罪错行为本身，而且考虑矫治之后未成年人的发展，帮助未成年人摆脱自身的困境。行为者主义从行为事实到人格事实皆聚焦于未成年人本身，通过吸纳社会力量广泛参与到干预过程中，以及干预主体的相互配合增强未成年人自身社会适应能力，实现未成年人自我赋权和自我增能的效果。

（二）促使干预措施符合未成年人最佳利益原则

罪错未成年人分级干预机制的构建与应用要以某种价值取向为根本指引，这一价值取向主要就是最有利于未成年人原则，该原则事实上也否定了对罪错未成年人的严罚立场。[2]最佳利益原则要求，司法机关应当充分、全面考虑维护未成年人利益的需要，最大限度避免和降低司法活动给他们带来

[1] 俞亮、吕点点：《法国罪错未成年人分级处遇制度及其借鉴》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 2 期，第 158 页。

[2] 吴羽：《罪错未成年人分级干预机制研究》，载《犯罪研究》2022 年第 5 期，第 25 页。

的不利影响，帮助他们尽快恢复正常生活、学习和工作，同时要听取未成年人的意见，尊重未成年人合理要求。[1]

最佳利益原则贯穿于整个未成年人司法当中，寻求符合未成年人最佳利益要求的矫治措施，需以未成年人可持续发展为己任，不仅在调查过程中保护未成年人，也要从未成年人自身考虑矫治措施的效果，切实做到教育感化挽救。分级干预中的行为者主义将人格事实作为干预措施的核心审查事实，对未成年人的行为、性格、可纠正性、经历等，以及未成年人家庭和周围的保护环境等需求进行综合判断。例如，通过对未成年人的分级认为未成年人罪错行为的犯罪风险性较小时，干预措施应侧重于福利保护措施，降低责任负担，最大化地发挥未成年人自主更生能力。而对于犯罪（包括触法）未成年人而言，其犯罪危险性较大，在福利保护的前提下，需强化以违法责任承担为目标的干预机制，通过外部干预的积极作用，激发未成年人自主更生能力。在未成年人刑事司法过程中，司法机关和社会力量努力通过适当的社会化干预措施，使严重不良行为的未成年人脱离困境、改善导致其罪错行为的不良环境，未成年被害人的身心伤害得到适当修复，确保他(她) 们在诉讼程序结束后能够顺利恢复正常生活并正常融入社会，这才是真正意义上的儿童利益最大化。[2]行为者主义透过未成年人的罪错行为观察其真正需要帮助的地方，全方位地为未成年人着想，摒弃单一行为片面价值认知的干预，让未成年人通过最优矫治重新树立自己的认知，预防其再次实施罪错及犯罪行为。

（三）协调干预过程中国家亲权与父母亲权的关系

未成年人违法犯罪往往是一个由轻及重的发展过程，在未成年人意识到自己的行为存在一定错误，却没有受到任何及时有效的干预时，其所实施的不良行为或者严重不良行为将很有可能逐渐演变为犯罪行为。但过度提前干预也可能会损害未成年人的自主发展，国家亲权与父母亲权对未成年人权利的干预程度有所差别。二者相比而言，国家亲权带有权力干预甚至是强制的色彩，而父母亲权源于自然的亲子关系，更多的是要求父母通过良性的亲子互动矫治罪错未成年人的行为。行为者主义对未成年人自身成长的关注，能够适时调节国家亲权与父母亲权之间的关系。

国家亲权是指，国家代表父母为因犯罪和其他问题而需要保护的未成年人提供保护的方式。国家亲权思想的目的是“促进个别未成年人的利益和福利”，当国家基于社会道德义务保护弱小和依赖他人的社会成员时，国家可以充当亲权的主体。国家亲权理念强调的是国家对于未成年人保护的责任与权力，而这种保护责任和权力具有高于家长监护权的地位，是一种最后责任、兜底责任，是在家长无法对未成年人进行有效监护的时候，国家负有为未成年人提供监护关爱的终极义务。[3]国家被认为是未成人的最高监护人，在效力上，国家亲权高于父母亲权，为保护未成年人利益，国家有权限制和剥夺父母亲权，决定未成年人的监护权。[4]

国家亲权理论阐明了国家干预未成年人罪错行为的合理性，通过外部多个主体干预未成年人的原因在于未成年人自身的需要，单靠其自身已无法自我矫治罪错的行为。如基于 18 岁以下之人的身体仍在发育，无论其是否有能力做出自主决定，都禁止此年龄段的人饮酒和吸烟，则是国家以监护人的方式进行干预，防止未成年人健康受到损害，理由并非主体心智是否成熟，因此该规定具有一定合理性。除此之外，国家亲权还体现为国家的责任，国家需要在制度建设、政策制定等相关领域，合理分配国家与父母在矫治措施中的义务，保证国家与父母之间的良性关系。正如有学者所言，少年司法的国家责任更具理念性、指导性与宏观性，指导少年司法的政策制定、制度构建与规则建立，有利于缩减地域差别、打破部门壁垒、完善法律体系、明确权力运行等。[5]

从与未成年人的关系密切度来看，家庭教育更加亲近未成年人，是最能够帮助未成年人回归社会，预防犯罪的途径。大多罪错未成年人都是因为缺乏良好的家庭教育，或者家庭对未成年人产生了负面的影响，因此父母亲权是分级干预中不可忽视的一部分。但家庭教育指导不能停留在泛化分

---

[1] 孙谦：《中国未成年人司法制度的建构路径》，载《政治与法律》2021 年第 6 期，第 9 页。
[2] 宋志军：《儿童最佳利益：少年司法社会支持体系之伦理议题》，载《浙江工商大学学报》2019 年第 5 期，第 62 页。
[3] 王贞会：《罪错未成年人司法处遇制度完善》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 4 期，第 142 页。
[4] 刘双阳：《未成年人司法处遇的理念嬗变与机能更新》，载《预防青少年犯罪研究》2019 年第 4 期，第 29 页。
[5] 刘仁琦：《少年司法国家责任论纲》，载《浙江工商大学学报》2020 年第 5 期，第 87 页。

析以及政策性语言描述层面，而应针对司法实践中不良行为及其背后的怠于监护履职具体情形，从满足假定条件、行为模式、法律后果的逻辑结构等方面予以规范。[1]当未成年人实施罪错行为后，对于父母亲权难以实现矫治效果的未成年人，需要强化国家亲权，与父母亲权相互配合干预未成年人。我国《家庭教育促进法》第 49 条规定，公检法机关在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，可以根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。然而，单纯地训诫及责令父母接受家庭教育指导的强制力较为薄弱，一旦相关主体并不加以配合，很难实现干预的效果。对此，适当的强制性教育可以起到制止罪错行为，明确规范界限，强化规则意识的作用。当然，由于不具备明辨是非能力的未成年人不具有主观上的可责性，因此对其适用的教育措施不应该包含惩罚性的内容，但并不等于要绝对排除任何形式的强制性教育手段。强制性教育措施的缺位，对于罪错分级等级较高的未成年人而言，无法对其加以约束，可能会阻碍未成年人自己健康成长，增加了实施犯罪的风险。

虽然国家亲权有助于弥补父母亲权的不足，但分级干预的对象并非都实施了直接侵犯他人权利的行为。如不良行为的干预是基于一个人将来有很高犯罪风险这一事实，国家认为其判断能力不成熟而无法做出适当判断，可能侵犯他人或社会公共利益。这种从保护个人及社会利益出发，以预防为目的进行的干预通常被认为是家长式作风。家长式作风的原理在于，即使个人损害自己的自由和权利，也可以限制个人的自由和权利，为了防止少年做出干涉其自由和权利的行为，公权力应该进行干预。[2]然而，不加控制的家长式作风也会使亲权行为走向另一个极端，即过度评价未成年人的罪错行为存在侵犯他人利益的风险，任意干预或压制个人的行为。在国家亲权与父母亲权的平衡中，既不能过分强调国家对未成年人的干预，忽视家庭教育的重要性，也不能将干预的方式完全寄托于家庭教育。合理规范司法机关、政府部门、社会组织、企业等多元主体与家庭教育之间的伦理关系，是分级干预合论理性的重要体现。

国家亲权与父母亲权的关键在于未成年人成长的需要。分级干预中的行为者主义将行为事实、风险事实及人格事实相统一，不仅考虑到矫治的社会效果，对地域社会的影响，而且时刻从未成年人的人格出发，注重家庭教育环境和周边生活环境的变化，评估其家庭教育对罪错行为矫治的可能性。将行为者主义注入分级干预的全过程，能够及时在父母亲权无法实现教育目的之时，通过国家亲权让家庭承担起教育未成年人的责任，并且补足家庭教育的缺失。如我国罪错未成年人司法处遇制度的设立，在很大程度上就是为了解决对“三无”未成年人的教育帮教问题，对这种因家庭监护缺位而可能导致不能被平等对待的未成年人，国家监护的补位是实现对其非监禁化、非刑罚化的基础和前提。[3]同时，对于依靠父母亲权便能得到自我改善的未成年人，国家亲权的抽离更有助于未成年人自主自觉的发展。

四、契合行为者主义的分级干预完善路径

分级的过程并非简单机械地以对照表的方式，依据个案信息对未成年人适用教育矫治措施，而是要从不同的视角考察、评估未成年人的人格。分级干预的处遇方式应建立在分析罪错行为产生的现实侵害与将来风险的基础上，从社会的长期发展出发，帮助罪错未成年人能够独立自主的回归社会。不仅如此，少年时期是个体逐渐独立，与父母开始分离的时期，也是逐步认知自己身份的“探索”时期，故而一个人的性格（个人身份）在未成年时期是不断变化的。在情况复杂多变的影响下，时常出现干预措施不到位，矫治效果不理想，干预主体相互配合不佳等问题。行为者主义弥补了分级干预的不足，在制度构建与完善层面提供了理论指引。

（一）以伦理要求规范分级干预主体的行为

取得对罪错未成年人行为分级干预良好效果的关键在于通过司法、社会、家庭、学校、网络等

[1] 绿杰：《以预防和减少未成年人犯罪为导引聚焦未检综合履职理论研究——2023 年未成年人检察研究综述》，载《人民检察》2024 年第 2 期，第 63 页。

[2] 小西暁和「『特定少年』に対する『虞犯』規定の適用除外について」法律時報 94 巻 2 号（2022 年）41 页。

[3] 林琳：《我国罪错未成年人司法处遇制度的问题及完善路径》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》，2021 年第 4 期，第 450 页。

各个领域之间的互动进行行为矫治，改善未成年人的周边环境，帮助他们能够独立自主的回归社会正常生活，并非对本就遭受不良环境影响的未成年人予以简单的处罚。沦为处罚性质的矫治措施不仅无益于实现犯罪预防目的，反而可能会激发未成年人的逆反心理，加剧其生活环境的恶化，诱发更多更严重的犯罪。如修订后的《预防未成年人犯罪法》并未对矫治教育与治安管理处罚措施之间的关系予以明确，留下了理论分歧与实践适用偏差的可能性——特别是拒斥"以教代罚"的可能性。[1]对此，从行为者主义角度来看，未成年人的人格事实是干预的主要方向，矫治与处罚之间呈现出同向互补的关系。同向是指二者具有共同的理论基础——教育刑理论，即无论是矫治还是处罚，皆发挥着刑法的教育功能，纠正未成年人人格事实中的不良因素，从而达到预防犯罪的效果。从矫治和治安管理处罚的具体方式来看，前者的严厉程度轻于后者，当单纯的矫治无法约束或纠正未成年人的行为与认知时，需要通过适当的惩罚让其认识到罪错行为对自身带来的消极影响，此时严厉的处罚才能起到教育的作用。

即便是单纯的矫治措施，一些国家认为，从人权保护程序的角度来看，在少年犯尚未实施被禁止的犯罪或违法行为的阶段进行早期干预是值得怀疑的。虽然保护原则解释了在对犯罪行为作出反应的责任之外限制权利和自由的理由在于，少年没有能力作出独立决定，因此允许国家干预监护并限制少年的自由，以发展他们的健康发展。但干预罪错未成年人的主体必然会对未成年人的人身进行一定程度的限制，如对未成年人的调查，要求未成年人参与矫治，对未成年人进行教育等。在未成年人非自愿情况下实施的措施就是对未成年人人身自由的侵害。虽然《预防法》对不同性质的未成年人罪错行为的干预措施做了具体的规定，但在对未成年人罪错行为进行评估，调查收集证据，以及决定采用某种矫治措施的程序方面缺乏细致的规定。如证据收集中是否可以使用强制手段，应由哪类主体对未成年人的罪错行为评估更加合适，以及程序之间的衔接方式等。

罪错未成年人干预机制中的主体范围较广，发挥行为者主义的伦理功能规范干预主体的行为，可以避免干预主体过度干涉未成年人的生活，并且随时评估和调整干预的方式。科学准确的个案评估通常建立在两个要件之上：一是评估主体对案情有全面了解，包括行为人罪错行为性质、行为的损害结果、对行为的认知情况、实施罪错行为的原因、成长背景、监护教育条件、是否取得谅解、送入专门学校的必要性等；二是评估主体具备把控未成年人特殊性的专业能力，有处理未成年人事务的经验。[2]行为者主义指引分级干预主体在干预的过程中，从未成年人人格、行为及风险性出发，明确需要参与的主体以及主体的责任，做好不同主体之间的联动。行为事实首先决定了未成年人的社会危害性，对于社会危害性较大，尤其是触犯刑法的未成年人，在调查方式上可以采取适当的强制性。在评估风险事实后，发现未成年人存在犯罪风险时，应当采取措施帮助未成年人摆脱风险困境，即便对未成年人的自由权造成了影响，只要出于未成年人的最佳利益需要，是可以被允许的。基于人格事实的特殊性，调查方式以非强制性为佳。通过与未成年人及周边人员的对话交流，在平等的环境中，未成年人更愿意表达自己的意见，有助于人格事实的真实性。如在对不良行为进行矫治时，通过对行为、人格、风险事实的分析，能够掌握需要从哪些方面进行矫治。家庭、学校、司法部门以此进行相互配合，主次有别的在不同程度上干预未成年人的罪错行为。

（二）寻求未成年人、被害人及地域社会利益之间的平衡

即便对于未成年人而言，也不能一味地推动对未成年人的保护和教育，当罪错行为涉及到他人及公共利益时，如果不加区分地进行干预或使他们实施更严重的违法行为，各个利益之间将陷入失衡的状态，分级干预机制不符合一般的正义观。当公众所追求的"安定的社会秩序"价值也需要实现时，应当适时从惩罚的角度谴责这种行为。在考察未成年人罪错行为的社会危害性的同时，更注重考察其人身危险性的大小，治理未成年人的罪错行为，既要坚持"教育、感化、挽救"的方针，也要将惩罚与教育相结合，在区分不同性质与程度行为的基础上，分别采取轻与重的不同治理措施。[3]基于利益平衡的观点，未成年人的成长和发展与保护受害者等其他诉求之间也时常存在冲突，行为者

[1] 姚建龙：《未成年人违警行为的提出与立法辨证》，载《中国法学》2022 年第 3 期，第 276 页。

[2] 宋英辉、钱文鑫：《我国罪错未成年人分级干预机制研究——以专门教育为核心抓手》，载《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 6 期，第 65 页。

[3] 王勇：《论轻轻重重的未成年人罪错行为治理理念》，载《吉林大学社会科学学报）2020 年第 3 期，第 141 页。

主义要求干预主体有层次的审查罪错事实，为分级干预时的利益平衡提供了可能。

分级干预所涉及的利益主要有未成年人最佳利益、被害人利益以及社会公共利益。利益之间的平衡需要探究利益承载主体的特性，满足利益主体的需求。行为者主义的行为事实、风险事实以及人格事实包含着对罪错未成年人、被害人以及地域社会的评价。具体来讲，行为事实与风险事实能够明确罪错行为的性质，是否存在被害人以及被害人受到的伤害程度，对地域社会造成的影响。人格事实则是从未成年人自身情况出发，了解未成年人的利益需求。干预机制通过对行为者主义中三类事实的审查，在罪错未成年人的归责能力，自我更生能力以及地域社会安全保障三个要素中进行平衡。从而在符合未成年人归责能力的前提下，治愈被害人所受到的伤害，避免惩罚与教育失衡。

少年犯因实施了犯罪而被要求能够自愿赔偿受害者并培养适应社会的能力，以确定犯罪造成的伤害及对少年罪犯实施何种制裁，与此同时受害者和当地社区也应积极参与对少年矫治的过程中，共同努力为受害者提供帮助，并为少年罪犯提供改过自新的机会。[1]当未成年人罪错行涉及未成年人、被害人以及地域社会三方利益时，被害人和当地社区也会参与到对未成年人的矫治过程中。干预机制应该为受害者提供帮助，并与未成年人合作，为他们提供改过自新的机会。除此之外，为了预防未成年人实施犯罪，对地域社会造成风险，干预措施的严厉程度与风险事实及人格事实相匹配，不能使未成年人获得最大利益而将风险让渡给社会。

（三）充分保障干预机制运行中罪错未成年人的参与权

有关未成年人的参与权，联合国《儿童权利公约》第 12 条规定：有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见，对儿童的意见应按照其年龄和成熟程度给予适当地看待。该条所称有主见并不要求儿童能够用语言清晰地表达自己的意见，应该考虑儿童的发展阶段及自身条件，允许他们用力所能及的方式表达意见。儿童参与权强调根据儿童的年龄与成熟程度认真对待与适当考虑其表达的意见，这实际上是在尊重未成年人身心发育特殊性的基础上以适宜的方式对待他们，各方得以就此展开更多平等的、深层次的对话与交流，体现了对其最大利益的尊重。[2]然而，我国分级干预机制在保障未成年人参与全方面还存在着缺陷。当前专门矫治教育的决定程序却并未参照《刑事诉讼法》充分保障涉案未成年人及其父母或其他监护人的参与权，未成年人在该决定程序中的参与权甚至不及刑事诉讼中的成年被告人。[3]

以行为者主义为导向的分级干预机制，不仅要求干预主体主动发现何为未成年人的最佳利益，还要听取并评估未成年人的意见，并基于此明确未成年人自身的需求。如作为独立个体之人最基本身体健康需要、情感需要、家庭亲子关系需要以及心理支持需要等，或者个人独立发展方面所需的教育和技能培训需要、社会交往需要、独立生活的需要等。如果说行为事实与风险事实在一定条件下可以通过干预主体单方调查的方式进行审查，人格事实的调查必须与未成年人想接触，才能真正了解未成年人的家庭、学校以及周边环境。对罪错未成年人的干预是一种持续的措施，未成年人的认知在干预过程中也会发生变化，干预措施的分级也需随之进行调整。在此意义上，如果未成年人在分级干预中的参与权无法得到保障，则干预主体难以掌握未成年人的需要，分级干预与未成年人需求的分离将导致干预措施与未成年人发展相斥，对未成年人的认知、心理及行为产生显著不良影响。未成年人也会在被干预的过程中产生抵触心里，国家与家庭的双重干预反而会给未成年人带来压力与痛苦，原本的罪错行为会因反向刺激而加剧犯罪的风险。

既然国家亲权是以罪错行为由进行干预，那么即便出于保护主义而采取措施的情况下，也不能否认对未成年人造成的不利因素。为了减少甚至杜绝干预中对未成年人的不利情况，正确评估行为者主义所包含的罪错事实对未成年人的教育很重要。未成年人的意见表达内容多样，干预主体需要剥离出对分级干预有用的信息，掌握未成年人的罪错事实。对此，干预主体也要在与未成年人的交谈中，适当引导未成年人所发表意见能够有助于分级干预。办案人员通过一定的沟通技巧，充分了解其家庭情况、亲子关系、成长经历等可能导致其涉罪的具体情况，涉罪后的生活、心理状态等可

[1] 津田雅也『少年刑事事件の基礎理論』（信山社，2015 年）45 页参照。

[2] 尹泠然：《刑事诉讼中的儿童参与权：内涵、性质与核心要素》，载《少年儿童研究》2023 年第 6 期，第 88 页。

[3] 陈小彪、柳佳炜：《论未成年人专门矫治教育的刑行衔接——基于罪错未成年人教育矫治之体系性建构》，载《中国青年社会科学》2023 年第 2 期，第 108 页。

能影响其参与诉讼的具体情况。[1]因此，分级干预机制中的未成年人参与权，强调未成年人的意见表达与沟通，从而评估行为者主义中的行为事实、风险事实与人格事实。此外，未成年人的参与并不排斥受害人的参与权，被害人适时参与干预的过程，不仅能够将被害人的利益考虑在内，也能让被害人全方位了解罪错行为的干预过程，修复受损的社会关系。

（四）强化未成年人司法社会体系的“支持”功能

未成年人的决策能力与成年人相比较弱，即使是 16 周岁需要承担刑事责任的未成年人，在实际遇到问题面临选择时，决策能力不如成年人。少年没有足够的判断力和能力在社会中独居，他们无法选择自己的家庭或亲人，改变居住地或学校，找到工作或自己选择工作，周围环境的负面影响时常是导致罪错行为的原因，但不应像责备成年人可以自己逃离这样的环境或改变恶劣环境一样责备少年。[2]原因在于其认知背后的情绪和心理发展与成人存在差异，具体来说，未成年人比成年人更容易受到同伴的影响，他们也往往只关注自己行为的短期后果，而不太关注长期后果。由于未成年人对自身行为缺乏准确的理性认知和全面的责任能力,建基于意志自由理论之上的报应刑并不能对罪错未成年人形成有效的威慑，因而难以产生良好的预防犯罪效果。[3]分级干预的过程便是帮助未成年人树立正确认知的过程，从改变主观认知纠正罪错行为。除此之外，未成年人冲动不稳定，容易被当下的气氛所影响，并且评估自己行为危险性和后果的能力较低，认知的缺陷反而使未成年人更容易实施危险甚至犯罪的行为。

改变罪错未成年人的认知的干预措施，需要整个社会体系的帮助，从父母亲权到国家亲权，从家庭教育到社区组织、企业单位、以及司法机关的加入，帮助未成年人从错误的认知中摆脱出来。赋权理论为未成年人司法社会支持体系的完善提供了新的思路：为了使未成年人彻底脱离困境，以赋权理念为指引，重塑或改善未成年人与家庭、社会之间的关系，扩展未成年人的社会资源以及提升未成年人融入社会的自主能力及信念，为未成年人良好融入社会提供外部条件和内在动力。[4]在社会支持体系建设实践中，赋权的理论及方法要求社会力量协助未成年人通过感受自身的力量和价值等正面经验来激发内在的动力，并且在参与社区和团体活动的过程中学习获取并拓展自己的社会支持网络的能力，从而提升掌握自己生活主动权的能力。[5]

行为者主义强调人格事实对分级干预的影响，亦是引导未成年人司法社会支持体系真正地发挥“支持”功能，对罪错未成年人产生持续且实质性的帮助。未成年人的成长和发展事实不仅需要保护和支持未成年人当下的需求，还要支持未来“为个人在社会中生活做好充分准备”。未成年人司法社会体系的支持需要有一定的持续性和效果性，如果这种支持干预开始时与未成年人相贴合，但效果消失于其成为成年人之时，则干预机制的效力可能会被大大缩减。

在教育矫治的过程中，较强的可塑性使得未成年人的悔过态度、人身危险性、再犯可能性等因素处于不断发展变化之中，不同阶段所需要接受的教育矫治类型、程度也都有所不同。[6]社会力量为未成年人提供的支持，要时刻关注困境未成年人的变化，评估干预措施对未成年人的成长是否起到了积极作用。未成年人在感受到社会司法体系对其予以支持的前提下，有助于建立起未成年人对家庭与社会的正常依恋关系，促使未成年人形成自觉自愿的自我控制，配合并向分级干预所追求的方向成长发展。

---

[1] 尹泠然：《涉罪未成年人诉讼参与权的中国实践》，载《中国法律评论》2022 年第 2 期，第 132 页。

[2] 廣瀬健二『少年法入門』（岩波書店，2021 年） 7 页。

[3] 何挺、王力达：《论未成年人保护处分与刑事司法的适用关系——基于需罚性与刑法补充性的本土模式构建》，载《新疆社会科学》2023 年第 4 期，第 107 页。

[4] 宋志军、毛泽金：《从保护到赋权：未成年人司法社会支持的拓展与深化》，载《中国青年社会科学》2023 年第 5 期，第 127 页。

[5] 宋志军、毛泽金：《从保护到赋权：未成年人司法社会支持的拓展与深化》，载《中国青年社会科学》2023 年第 5 期，第 129 页。

[6] 陈小彪、柳佳炜：《论未成年人专门矫治教育的刑行衔接——基于罪错未成年人教育矫治之体系性建构》，载《中国青年社会科学》2023 年第 2 期，第 104 页。

《新质生产力导向下强制医疗程序优化策略研究》研究报告

何敏*

1 研究背景

在 2012 年《刑事诉讼法》修订中，新增了依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序（以下简称强制医疗程序)。十余年来，我国学者从司法实践角度，对强制医疗程序的启动、鉴定人出庭作证、程序的解除及被强制医疗人员入院治疗等多个维度做了研究。课题组在立项前期通过文献研究和实证调研，对强制医疗程序现状进行了深入调研并梳理出 6 项重点研究内容。

目前，全国 34 个省（自治区、直辖市）中，有 26 个设有强制医疗机构，北京市、天津市的强制医疗所收治床位数均为 1500 张、湖南省 1000 张、黑龙江省 800 张。各省（自治区、直辖市）强制医疗所床位数量因当地经济条件、政策等不同，导致悬殊较大。以全国最低强制医疗所床位数量的省份为例，仅有床位 48 张，按照常住人口数量测算，每 1 万人口平均占有强制医疗床位数量仅为 0.02，远低于国家标准。该省近 10 年人民法院判决强制医疗的 237 件案件，在强制医疗所执行 46 人；解除强制医疗 38 人；死亡 1 人；未送交执行 152 人，占比高达 64.2%。结合当地精神卫生机构收治被强制医疗人员数据，在强制医疗执行过程中，存在交付执行困难、强制医疗执行经费保障不到位、工作机制不健全等问题。而在与该省司法机关法律援助部门的访谈中了解到，法律援助案件中，虽有专门从事医疗纠纷的律师，但其对于精神疾病类的专业知识并不了解，导致在法律援助中的作用有限，对强制医疗案件的作用更是微乎其微。

2 研究意义

通过前期实证调研及文献研究，课题组发现调研中存在的问题基本为全国共性问题。在已有研究中，学者多从法学角度对强制医疗程序的整体或其中某一方面提出解决对策，在重要程度上、结构层次上未作分级，也缺少科学论证环节。本项课题在前人研究的基础上，以新质生产力为导向，以刑事诉讼法学、证据法学、司法精神病学和管理学交叉学科为背景，结合临床医疗和司法实践，对现行强制医疗程序中存在的问题进行梳理，形成三级指标，再以多专家群策方式权重计算，建立阶梯层次结构模型，细化为目标层、准则层和方案层，最终达到程序优化目的。在优化策略中，运用决策学研究方法对结果做出检验，更符合“新文科”建设下法学与其他学科交叉融合研究的新研究范式。

3 理论依据

3.1 新质生产力导向下的“新文科”建设

20 世纪 90 年代以后，关于生产力理论讨论中出现了大量“新质生产力”的提法。2018 年，教育部、中央政法委发布《关于坚持德法兼修实施卓越法治人才教育培养计划 2.0 的意见》（教高[2018]6 号）；2020 年，教育部发布《新文科建设宣言》，标志着我国教育进入“新文科”建设时期，学科交叉和科际整合，成为推动学科建设的重要手段。今年 3 月，习近平总书记在十四届全国人大二次会议《政府工作报告》中着重强调“科技创新实现新的突破”。以新质生产力为导向，加快推进“新文科”建设，是对学科建设的新要求。当前，学科交叉和科际整合，已经成为推动学科建设的重要手段。依法治国，建设新型数字政府治理模式，都需要法学破“小文科”思维，构建“大文科”视野，与医学、管理学、心理学、人工智能多领域深度整合，在立法、修法、用法上体现出科学性和严谨性，推动“数字法学”建设。

3.2 正当程序理论

正当程序理论要求任何剥夺公民自由的措施都必须遵循公正、合理的程序。充分体现了刑事诉讼法中程序法定原则、比例原则、司法审判原则和司法救济原则的内涵。在强制医疗程序中，这意味着要通过公正的鉴定程序确定涉案精神障碍患者在作案时的状态，经过合法的司法审查程序来决定是否对其进行强制医疗，并且在强制医疗过程中保障被强制医疗人及其家属的合法权益，如申诉权、知情权等。这一理论确保强制医疗程序的合法性和公正性。

3.3 人权保障理论

* 内蒙古自治区精神卫生中心科员。

强制医疗程序中的人权保障理论，一方面体现为对社会公众的保护，控制精神病人的危险行为；另一方面体现为对精神病人的约束和救济，强制医疗程序确保他们能够得到及时、有效的治疗，也是保障其健康权和获得适当医疗照顾权利的体现。

4 研究目标

4.1 构建指标评价体系

在现有刑事诉讼法的基础上，构建一套科学的、完整的强制医疗程序指标评价体系。通过理论研究，为强制医疗程序的立法完善和司法实践提供坚实的理论基础，在立法层面明确有权申请强制医疗启动程序的主体和解除强制医疗的程序，使程序在实践中能够更加顺畅地运行。

4.2 司法实践目标

一是为鉴定人出庭作证困难提出完善建议，通过保障鉴定人权益，促进鉴定人参与庭审，同时也是对被强制医疗人合法权益的保障，通过当庭质证环节保障其知情权、辩护权、申诉权等；二是强制医疗经费保障，为实践中交付执行困难提供参考意见。

4.3 社会效果目标

一是通过对强制医疗程序的研究，提高对具有社会危险性的精神病人的管控和治疗效果，切实预防精神病人的暴力行为等对社会公共安全和公民人身安全造成的危害，维护社会的稳定与和谐；二是促进精神病人的康复，使其能够尽快回归家庭、回归社会。

5 研究内容

5.1 司法精神病鉴定的启动程序

在现行法律和司法解释中，公、检、法均有权启动鉴定,在侦查、检察、审判的任何阶段均可由相应司法机关决定进行补充鉴定或者重新鉴定。当事人在鉴定意见发出后有权提出补充鉴定或者重新鉴定的申请,但最终是否同意补充或重新鉴定的申请,仍然由公检法三机关决定。

5.2 鉴定人出庭作证困难

当庭质证环节，应为对“人”的质证，而在司法实践中，多数情况下变成对“鉴定意见书”的质证。在“以鉴代审”现象突出的前提下，没有设立专门法庭、没有专家陪审员参与庭审、没有专家参与鉴定人当庭对质，极不利于被告人充分行使辩护权。

5.3 强制医疗的交付执行

根据前期调研，目前，全国 34 个省级行政区有 26 个省份设有强制医疗机构，但各省强制医疗机构规模不等，多数省份床位数量难以满足被强制医疗人员交付执行，个别省份甚至还未建立强制医疗机构，被强制医疗人员不得不在精神专科医院等医疗机构治疗或由家人看管。而全国司法精神病鉴定案件数量逐年上升,交付执行困难可能导致一系列社会问题的出现，如被强制医疗人社会危险性高，不及时交付执行安全隐患大；被强制医疗人未送交执行强制医疗极易出现再次肇事肇祸风险等。

5.4 强制医疗经费保障

除强制医疗机构有司法维稳经费支出外，在公立医院执行强制医疗的人员尚无明确的经费来源，目前以家属支付、公安支付和医院垫付三种形式为主。

5.5 强制医疗解除程序

根据《刑事诉讼法》第三百零六条的规定，有权申请解除强制医疗程序的主体有：强制医疗机构、被强制医疗的人及其近亲属。司法实践中，根据被强制医疗人员及其近亲属提出解除强制医疗申请的情形相对较少，无法及时获得病历、诊断评估报告等材料，进而无法参与医学上对被执行人精神状况的专业评价。

5.6 解除强制医疗后的社区康复工作

个别被强制医疗人员精神疾病未痊愈，但已不具有人身危险性，鉴定人综合考虑治疗效果、危险性行为、危险性认知、社会支持等几个方面，最终给出解除强制医疗意见而被法院采纳的，本研究会对该类人员后续社区康复工作给出新思路。

6 研究方法

6.1 实证研究法

立项准备阶段，通过调查、走访，对全国强制医疗场所建设情况、某省强制医疗执行情况及精神卫生机构被强制医疗人员住院情况进行调研。

6.2 文献研究法

通过前期实证研究，结合文献，确定课题采用德尔菲法与层次分析法相结合的方式，科学构建强制医疗程序优化指标体系，并根据文献拟定强制医疗程序三级指标。

6.3 德尔菲法

德尔菲法是一种定性的预测、决策方法。课题拟定强制医疗程序三级指标后，选择本领域专家，以匿名的方式参与调查，通过多轮问卷发放、意见收集和反馈，使专家们的意见逐渐集中，最终得到较为统一的结论。其优点在于：能汇集众多专家的知识、经验和判断，考虑问题更全面；专家以匿名方式参与，避免权威人士左右他人观点，保证各位专家独立思考与判断；在多轮调查中，专家可参考上一轮结果修改意见，使意见逐渐趋近一致，结果更科学可靠。

6.4 层次分析法

层次分析法是一种将与决策有关的元素分解成目标、准则、方案等层次，在此基础上进行定性和定量分析的决策方法。课题组先通过德尔菲法构建层次结构模型，然后用软件对各层次因素进行两两比较，确定相对重要性，再计算出每个方案对于目标的权重，从而做出比较科学合理的决策。其优点在于：通过定性定量结合的方式，将将复杂问题分解为多层次的要素，能清晰梳理问题内部结构与关联。

7 研究过程

课题参考相关著作 5 部，知网搜索近 5 年强制医疗相关核心期刊论文 6 篇、普通期刊论文 15 篇、学报论文 9 篇、学位论文 16 篇。通过文献研究，结合前期实证调研，初步拟定强制医疗程序一级指标 6 条、二级指标 23 条、三级指标 68 条，制作调研问卷进行第一轮专家函询。

7.1 分析方法

研究采用 Excel 2017 和 Spss 29.0 对数据进行整理和分析。数据录入采用 Excel 2017，录入后进行双人核对，核对无误后采用 Spss 29.0 进行数据分析。德尔菲专家函询法以专家积极性系数、专家权威系数、专家意见集中程度、专家意见协调程度和专家提出的意见建议为依据，对函询条目进行删减、修订和增补，确定强制医疗程序优化指标体系。

7.1.1 专家积极系数

专家积极系数用专家函询问卷回收率表示。积极系数的计算方法为参与和反馈意见的函询专家人数占全部参与函询专家人数的百分比。

7.1.2 专家权威程度

专家权威程度用专家权威系数（Cr）表示，由两个因素决定：一是专家判断系数（Ca）；二是专家熟悉程度系数（Cs）。Ca、Cs 均以专家的自我评价为主。专家权威系数的计算公式为：Cr =（Ca + Cs）/2。当专家权威系数 Cr≥0.70 时，表明专家函询具有较高的信效度，结果可靠，专家提出的意见可以被采纳。

专家对各自的判断依据和对内容的熟练程度进行评价，专家判断系数（Ca）的赋值标准见表 1，专家熟悉程度系数（Cs）赋值标准见表 2。

表 1 专家判断系数（Ca）赋值

判断依据	赋值		
	大	中	小
实践经验	0.5	0.4	0.3
理论知识	0.3	0.2	0.1
参考国内外资料	0.1	0.1	0.1
直觉判断	0.1	0.1	0.1

表 2 专家熟悉程度系数（Cs）赋值

	非常熟悉	比较熟悉	一般	不太熟悉	很不熟悉
赋值	1.0	0.8	0.6	0.4	0.2

7.1.3 专家意见集中程度

专家意见集中程度：专家对各项条目的重要程度进行评价，意见集中程度用条目重要程度的算术平均值和条目赋值满分率来表示，算术平均值、条目赋值满分率越高，表明该条目的重要性越高。

7.1.4 专家意见协调程度

专家意见协调程度用专家意见的离散程度指标表示，主要指专家意见的一致性，采用变异系数（CV）和协调系数（Kendall's W）两个指标来体现。变异系数表明专家对某一指标重要性的波动程度，值越小，表明专家预测或评估意见协调性越好，一般变异系数要求在 0.25 以下。协调系数（Kendall's W）用来考察多位专家对量表整体条目评分的协调程度，协调系数（Kendall's W）取值范围为 0~1，值越大，表明专家意见协调性越高，所得评价结果的可信度也越高。专家意见协调程度的可靠性检验采用显著性检验，经卡方检验后，其双侧显著性检验结果 $P < 0.05$，可认为经检验后 W 值有显著性，结果可信。P 值越小，专家意见的可信程度就越高。

7.2 两轮专家函询统计

课题组初选本领域专家 21 名，根据专家遴选标准，最终确定选取 18 名专家进行两轮函询。18 名专家主要来自北京市、河北省和内蒙古自治区，专业背景涉及刑法学、刑事诉讼法学、刑事检察、刑事侦办、临床精神病学、司法精神病学、法学教育等领域，具有较好的代表性。18 名专家中，男性 12 人，占比 66.7%，女性 6 人，占比 33.3%；专家年龄在 30~55 岁之间，平均年龄 41.22±8.00 岁；学历分布，博士研究生 3 人，占比 16.7%，硕士研究生 9 人，占比 50.0%，本科 6 人，占比 33.3%；工作年限分布，专家工作年限在 6~37 年之间，平均 16.78±9.28 年。（详见表 3）

表 3 函询专家构成（n = 18）

项目	分类	频数	构成比（%）
性别	男	12	66.7
	女	6	33.3
年龄（岁）	平均	41.22±8.00	
学历	博士研究生	3	16.7
	硕士研究生	9	50.0
	本科	6	33.3
工作年限（年）	平均	16.78±9.28	
专业领域及职务	法官	3（一级法官 1 人、四级高级法官 2 人）	16.67%
	检察官	3（二级检察官助理 1 人、三级检察官 1 人、四级高级检察官 1 人）	16.67%
	法学教师	2（教授 1 人、讲师 1 人）	9%
	司法鉴定人	3（主任医师 2 人，副主任医师 1 人）	16.67%
	律师	3（合伙人 1 人、办案律师 2 人）	16.67%
	办案民警	4（副大队长 2 人、教导员 1 人、四级高级警长 1 人）	22.2%

7.2.1 专家函询可靠性分析

专家函询的可靠性由专家积极系数来衡量。本研究共进行两轮专家函询，第一轮共发放专家函

询问卷 18 份，回收 18 份，回收率为 100.0%，其中有 1 名专家给出文字建议，占比 5.56%；第二轮共发放专家函询问卷 18 份，回收 15 份，回收率为 83.3%。本研究中，两轮专家函询的文件有效回收率均超过 80.0%，表明专家积极性较高，详见表 4。

表 4 函询专家积极系数分析

轮次	发放问卷	回收问卷	有效问卷	积极系数（%）
第一轮	18	18	18	100.0
第二轮	18	15	15	83.3

7.2.2 专家权威系数

研究中专家权威系数 Cr 第一轮为 0.847、第二轮为 0.853，均大于 0.70，表明专家权威性较高，详见表 5-7。

表 5 专家对指标判断依据自评频数表

轮次	判断依据	频数（%）		
		大	中	小
第一轮	实践经验	11（61.1）	6（33.3）	1（5.6）
	理论知识	8（44.4）	9（50.0）	1（5.6）
	参考国内外资料	4（22.2）	12（66.7）	2（11.1）
	直觉判断	6（33.3）	8（44.4）	4（22.2）
第二轮	实践经验	9（60.0）	5（33.3）	1（6.7）
	理论知识	8（53.3）	7（46.7）	0（0.0）
	参考国内外资料	3（20.0）	10（66.7）	2（13.3）
	直觉判断	5（33.3）	6（40.0）	4（26.7）

表 6 专家对指标熟悉程度自评频数表

轮次	非常熟悉	比较熟悉	一般	不太熟悉	很不熟悉
第一轮	5（27.8）	8（44.4）	5（27.8）	0（0.0）	0（0.0）
第二轮	3（20.0）	9（60.0）	3（20.0）	0（0.0）	0（0.0）

表 7 专家权威程度系数

轮次	判断依据系数（Ca）	熟悉程度系数（Cs）	权威系数（Cr）
第一轮	0.894	0.800	0.847
第二轮	0.907	0.800	0.853

7.2.3 专家意见集中程度

专家意见集中程度用条目重要性赋值均数和条目赋值满分率来表示。第一轮专家函询，条目重要性赋值均数范围为 3.000~4.722，均值为 4.237；条目赋值满分率范围为 16.7%~77.8%，均值为 49.4%；第二轮专家函询，条目重要性赋值均数范围为 3.600~4.667，均值为 4.263；条目赋值满分率范围为 13.3%~73.3%，均值为 47.3%。

7.2.4 专家意见协调程度

变异系数

研究共进行两轮专家函询。量表各条目的变异系数：第一轮函询为 0.122~0.471，均值为 0.206；第二轮函询为 0.132~0.329，均值为 0.189。经过两轮专家函询，修改删减后的条目 CV 值均小于 0.25，表明专家意见趋于一致。

协调系数

研究中，第一轮专家函询的协调系数 $W = 0.142$（$P < 0.001$），第二轮专家函询的协调系数 W =

0.131（P < 0.001），说明专家协调程度较好，结果可信。

表 8 专家函询协调系数及显著性检验结果

轮次	指标等级	条目数	W	χ^2	P
第一轮	一级指标	6	0.236	21.25	< 0.001
	二级指标	23	0.099	39.047	0.014
	三级指标	68	0.151	181.642	< 0.001
	总体	97	0.142	245.059	< 0.001
第二轮	一级指标	6	0.321	24.083	< 0.001
	二级指标	22	0.104	32.902	0.047
	三级指标	55	0.120	97.062	< 0.001
	总体	83	0.131	161.282	< 0.001

7.3 德尔菲法第一轮专家函询结果

第一轮专家函询请专家就量表各条目重要性进行评价，并根据自己的实践经验、理论知识、参考国内外资料、个人主观感觉等给出意见和建议。结果分析如下：

7.3.1 条目重要性赋值均数、变异系数及满分率

第一轮专家函询中一级指标、二级指标的赋值均数、标准差、变异系数、满分率见表 9。

表 9 第一轮专家函询结果（一级指标、二级指标）

量表一级指标、二级指标	第一轮			
	M	SD	CV	满分率（%）
1.强制医疗程序的启动	4.556	0.616	0.135	61.1%
1.1 明确启动标准	4.611	0.778	0.169	77.8%
1.2 完善庭审形式及内容	4.000	0.840	0.210	33.3%
1.3 完善法律援助及配套监督机制	4.111	1.079	0.262	44.4%
1.4 规范司法精神病鉴定流程	4.389	1.092	0.249	66.7%
1.5 加强被害人权益保障	4.111	1.023	0.249	38.9%
2.鉴定人出庭作证	3.889	0.900	0.231	27.8%
2.1 明确鉴定人出庭范围	4.167	0.707	0.170	33.3%
2.2 鉴定人不出庭的程序性后果	3.944	1.162	0.295	38.9%
2.3 鉴定人出庭作证的保障	4.278	0.826	0.193	50.0%
3.强制医疗的交付与执行	4.611	0.608	0.132	66.7%
3.1 强制医疗执行程序监督	4.333	0.686	0.158	44.4%
3.2 增设强制医疗的定期复查制度	4.500	0.707	0.157	61.1%
3.3 保障精神病人在执行期间的权益	4.333	0.686	0.158	44.4%

3.4 强制医疗的模式	4.278	0.826	0.193	50.0%
3.5 强制医疗的执行场所	4.444	0.705	0.159	55.6%
4.强制医疗费用	4.333	0.907	0.209	61.1%
4.1 经费来源	4.556	0.784	0.172	72.2%
4.2 设置强制医疗保险制度	4.389	0.778	0.177	55.6%
4.3 监护人配合程度	4.389	0.698	0.159	50.0%
5.强制医疗解除程序	4.722	0.575	0.122	77.8%
5.1 强制医疗程序司法化改造	4.500	0.707	0.157	61.1%
5.2 规范强制医疗程序的认定标准	4.389	0.698	0.159	50.0%
5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	4.167	1.043	0.250	44.4%
5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	4.222	0.732	0.173	38.9%
6.社区康复治疗	4.167	0.786	0.189	38.9%
6.1 将患者纳入社区康复体系	4.167	0.786	0.189	38.9%
6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	4.222	0.732	0.173	38.9%
6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	4.556	0.705	0.155	66.7%

第一轮专家函询中三级指标的赋值均数、标准差、变异系数、满分率见表 10。

表 10 第一轮专家函询结果

量表条目	第一轮			
	M	SD	CV	满分率（%）
1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动	4.444	0.784	0.176	61.1%
1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准	4.389	0.778	0.177	55.6%
1.2.1 全面评估与调查	4.167	0.786	0.189	38.9%
1.2.2 分开审理与合并审理相结合	3.833	0.857	0.224	22.2%
1.2.3 严格证据审查	4.278	0.752	0.176	44.4%
1.2.4 优化庭审辩论环节	4.000	0.767	0.192	27.8%
1.2.5 信息保密与公开平衡	4.389	0.778	0.177	55.6%
1.3.1 提高律师参与程度	4.22	0.94	0.22	50.0%

	2	3	3	
1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制	4.444	0.705	0.159	55.6%
1.4.1 规范委托流程	4.056	0.873	0.215	38.9%
1.4.2 鉴定方法与标准	4.556	0.784	0.172	72.2%
1.4.3 鉴定报告的内容	4.500	0.786	0.175	66.7%
1.4.4 内部监督机制与外部监督机制	4.278	0.669	0.156	38.9%
1.5.1 知情权	4.222	0.808	0.191	44.4%
1.5.2 参与权及异议权	4.222	0.808	0.191	44.4%
1.5.3 被害人及家属参与庭审	3.833	1.150	0.300	33.3%
1.5.4 司法鉴定申请权	4.222	0.732	0.173	38.9%
2.1.1 特定案件	4.056	0.873	0.215	38.9%
2.1.2 非必要出庭案件	3.778	0.732	0.194	16.7%
2.1.3 可线上参与庭审案件	3.833	0.924	0.241	27.8%
2.3.1 罚款	3.000	1.414	0.471	16.7%
2.3.2 行政处罚	3.778	1.263	0.334	33.3%
2.4.1 法律保障	4.056	1.056	0.260	38.9%
2.4.2 费用补偿	4.056	0.938	0.231	44.4%
2.4.3 安全保障	4.389	0.979	0.223	66.7%
2.4.4 职业声誉保障	4.056	0.998	0.246	44.4%
3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）	4.389	0.698	0.159	50.0%
3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）	4.500	0.707	0.157	61.1%
3.1.3 被强制医疗人及其家属监督	4.278	0.826	0.193	50.0%
3.2.1 确定实施主体	4.500	0.786	0.175	66.7%
3.2.2 复查频率	4.333	0.767	0.177	50.0%
3.2.3 复查内容	4.278	0.826	0.193	50.0%
3.2.4 复查结果的使用	4.27	0.75	0.17	44.4%

	8	2	6	
3.3.1 申请接触强制医疗权	4.278	0.826	0.193	50.0%
3.3.2 申诉权	4.111	0.832	0.202	38.9%
3.4.1 住院治疗模式	4.500	0.707	0.157	61.1%
3.4.2 住院治疗与门诊治疗相结合模式	3.944	1.110	0.281	44.4%
3.5.1 强制医疗所	4.444	0.784	0.176	61.1%
3.5.2 精神专科医院	3.889	1.183	0.304	38.9%
4.1.1 国家专项经费	4.500	0.786	0.175	66.7%
4.1.2 公安、法院、医院垫付经费	3.500	1.295	0.370	27.8%
4.1.3 医疗费之外的其他费用（住院伙食费等）	3.611	1.290	0.357	27.8%
4.2.1 设置强制医疗保险制度	4.389	0.778	0.177	55.6%
4.3.1 监管意愿	4.111	1.231	0.300	55.6%
4.3.2 监管能力	4.278	0.958	0.224	55.6%
5.1.1 规范听证程序	4.167	0.924	0.222	50.0%
5.1.2 不再具有人身危险性的被强制医疗人参与庭审	3.833	0.985	0.257	27.8%
5.1.3 明确责任的承担主体	4.278	0.752	0.176	44.4%
5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等	4.667	0.686	0.147	77.8%
5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等	4.389	1.092	0.249	66.7%
5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力	4.389	0.698	0.159	50.0%
5.3.1 病情稳定且显著改善	4.333	0.970	0.224	61.1%
5.3.2 社会危险性消除	4.222	1.215	0.288	61.1%
5.3.3 建立评估机制	4.556	0.705	0.155	66.7%
5.4.1 申诉机制	4.222	0.878	0.208	50.0%
5.4.2 行政复议与行政诉讼	3.722	1.179	0.317	33.3%
5.4.3 社会监督与法律援助	3.889	1.023	0.263	33.3%

5.4.4 赋予检查机关兜底性的申请解除权	4.278	0.895	0.209	55.6%
6.1.1 部门间信息对接	4.389	0.778	0.177	55.6%
6.1.2 康复场所建设	4.111	1.023	0.249	50.0%
6.1.3 医疗资源保障	4.556	0.705	0.155	66.7%
6.1.4 制定康复计划	4.056	0.998	0.246	44.4%
6.1.5 建立评估与监督机制	4.556	0.705	0.155	66.7%
6.2.1 医疗救助	4.500	0.707	0.157	61.1%
6.2.2 生活救助	4.278	0.826	0.193	50.0%
6.2.3 法律保障与监督	4.333	0.767	0.177	50.0%
6.3.1 与社区矫正制度衔接	4.278	0.895	0.209	50.0%
6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作	4.500	0.707	0.157	61.1%

7.3.2 第一轮专家函询条目筛选结果

第一轮专家函询一级指标、二级指标筛选结果见表 11。

表 11 第一轮专家函询条目筛选结果（一级指标、二级指标）

量表一级指标、二级指标	筛选指标（界值）			不符合项	结果
	M（3.50）	CV（0.25）	满分率（25.0%）		
1.强制医疗程序的启动	4.556	0.135	61.1%	0	保留
1.1 明确启动标准	4.611	0.169	77.8%	0	保留
1.2 完善庭审形式及内容	4.000	0.210	33.3%	0	保留
1.3 完善法律援助及配套监督机制	4.111	0.262*	44.4%	1	保留
1.4 规范司法精神病鉴定流程	4.389	0.249	66.7%	0	保留
1.5 加强被害人权益保障	4.111	0.249	38.9%	0	保留
2.鉴定人出庭作证	3.889	0.231	27.8%	0	保留
2.1 明确鉴定人出庭范围	4.167	0.170	33.3%	0	保留
2.2 鉴定人不出庭的程序性后果	3.944	0.295*	38.9%	1	删除

2.3 鉴定人出庭作证的保障	4.278	0.193	50.0%	0	保留
3.强制医疗的交付与执行	4.611	0.132	66.7%	0	保留
3.1 强制医疗执行程序监督	4.333	0.158	44.4%	0	保留
3.2 增设强制医疗的定期复查制度	4.500	0.157	61.1%	0	保留
3.3 保障精神病人在执行期间的权益	4.333	0.158	44.4%	0	保留
3.4 强制医疗的模式	4.278	0.193	50.0%	0	保留
3.5 强制医疗的执行场所	4.444	0.159	55.6%	0	保留
4.强制医疗费用	4.333	0.209	61.1%	0	保留
4.1 经费来源	4.556	0.172	72.2%	0	保留
4.2 设置强制医疗保险制度	4.389	0.177	55.6%	0	保留
4.3 监护人配合程度	4.389	0.159	50.0%	0	保留
5.强制医疗解除程序	4.722	0.122	77.8%	0	保留
5.1 强制医疗程序司法化改造	4.500	0.157	61.1%	0	保留
5.2 规范强制医疗程序的认定标准	4.389	0.159	50.0%	0	保留
5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	4.167	0.250*	44.4%	1	修改
5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	4.222	0.173	38.9%	0	保留
6.社区康复治疗	4.167	0.189	38.9%	0	保留
6.1 将患者纳入社区康复体系	4.167	0.189	38.9%	0	保留
6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	4.222	0.173	38.9%	0	保留
6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	4.556	0.155	66.7%	0	保留

（注：*为不符合项。）

第一轮专家函询三级指标筛选结果见表 12。

表 12 第一轮专家函询条目筛选结果（三级指标）

量表条目	筛选指标（界值）			不符	结果
	M	CV	满分率		

	（3.50）	（0.25）	（25.0%）	合项	
1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动	4.444	0.176	61.1%	0	保留
1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准	4.389	0.177	55.6%	0	保留
1.2.1 全面评估与调查	4.167	0.189	38.9%	0	保留
1.2.2 分开审理与合并审理相结合	3.833	0.224	22.2%*	1	删除
1.2.3 严格证据审查	4.278	0.176	44.4%	0	保留
1.2.4 优化庭审辩论环节	4.000	0.192	27.8%	0	保留
1.2.5 信息保密与公开平衡	4.389	0.177	55.6%	0	保留
1.3.1 提高律师参与程度	4.222	0.223	50.0%	0	保留
1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制	4.444	0.159	55.6%	0	保留
1.4.1 规范委托流程	4.056	0.215	38.9%	0	保留
1.4.2 鉴定方法与标准	4.556	0.172	72.2%	0	保留
1.4.3 鉴定报告的内容	4.500	0.175	66.7%	0	保留
1.4.4 内部监督机制与外部监督机制	4.278	0.156	38.9%	0	保留
1.5.1 知情权	4.222	0.191	44.4%	0	保留
1.5.2 参与权及异议权	4.222	0.191	44.4%	0	保留
1.5.3 被害人及家属参与庭审	3.833	0.300*	33.3%	1	删除
1.5.4 司法鉴定申请权	4.222	0.173	38.9%	0	保留
2.1.1 特定案件	4.056	0.215	38.9%	0	保留
2.1.2 非必要出庭案件	3.778	0.194	16.7%*	1	删除
2.1.3 可线上参与庭审案件	3.833	0.241	27.8%	0	保留
2.2.1 罚款	3.000*	0.471*	16.7%*	3	删除
2.2.2 行政处罚	3.778	0.334*	33.3%	1	删除

2.3.1 法律保障	4.056	0.260*	38.9%	1	删除
2.3.2 费用补偿	4.056	0.231	44.4%	0	保留
2.3.3 安全保障	4.389	0.223	66.7%	0	保留
2.3.4 职业声誉保障	4.056	0.246	44.4%	0	保留
3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）	4.389	0.159	50.0%	0	保留
3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）	4.500	0.157	61.1%	0	保留
3.1.3 被强制医疗人及其家属监督	4.278	0.193	50.0%	0	保留
3.2.1 确定实施主体	4.500	0.175	66.7%	0	保留
3.2.2 复查频率	4.333	0.177	50.0%	0	保留
3.2.3 复查内容	4.278	0.193	50.0%	0	保留
3.2.4 复查结果的使用	4.278	0.176	44.4%	0	保留
3.3.1 申请接触强制医疗权	4.278	0.193	50.0%	0	保留
3.3.2 申诉权	4.111	0.202	38.9%	0	保留
3.4.1 住院治疗模式	4.500	0.157	61.1%	0	保留
3.4.2 住院治疗与门诊治疗相结合模式	3.944	0.281*	44.4%	1	删除
3.5.1 强制医疗所	4.444	0.176	61.1%	0	保留
3.5.2 精神专科医院	3.889	0.304*	38.9%	1	删除
4.1.1 国家专项经费	4.500	0.175	66.7%	0	保留
4.1.2 公安、法院、医院垫付经费	3.500	0.370*	27.8%	1	删除
4.1.3 医疗费之外的其他费用（住院伙食费等）	3.611	0.357*	27.8%	1	删除
4.2.1 设置强制医疗保险制度	4.389	0.177	55.6%	0	保留
4.3.1 监管意愿	4.111	0.300*	55.6%	1	修改
4.3.2 监管能力	4.278	0.224	55.6%	0	保留

5.1.1 规范听证程序	4.167	0.222	50.0%	0	保留
5.1.2 不再具有人身危险性的被强制医疗人参与庭审	3.833	0.257*	27.8%	1	删除
5.1.3 明确责任的承担主体	4.278	0.176	44.4%	0	保留
5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等	4.667	0.147	77.8%	0	保留
5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等	4.389	0.249	66.7%	0	保留
5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力	4.389	0.159	50.0%	0	保留
5.3.1 病情稳定且显著改善	4.333	0.224	61.1%	0	保留
5.3.2 社会危险性消除	4.222	0.288*	61.1%	1	保留
5.3.3 建立评估机制	4.556	0.155	66.7%	0	保留
5.4.1 申诉机制	4.222	0.208	50.0%	0	保留
5.4.2 行政复议与行政诉讼	3.722	0.317*	33.3%	1	删除
5.4.3 社会监督与法律援助	3.889	0.263*	33.3%	1	删除
5.4.4 赋予检查机关兜底性的申请解除权	4.278	0.209	55.6%	0	保留
6.1.1 部门间信息对接	4.389	0.177	55.6%	0	保留
6.1.2 康复场所建设	4.111	0.249	50.0%	0	保留
6.1.3 医疗资源保障	4.556	0.155	66.7%	0	保留
6.1.4 制定康复计划	4.056	0.246	44.4%	0	保留
6.1.5 建立评估与监督机制	4.556	0.155	66.7%	0	保留
6.2.1 医疗救助	4.500	0.157	61.1%	0	保留
6.2.2 生活救助	4.278	0.193	50.0%	0	保留
6.2.3 法律保障与监督	4.333	0.177	50.0%	0	保留
6.3.1 与社区矫正制度衔接	4.278	0.209	50.0%	0	保留
6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作	4.500	0.157	61.1%	0	保留

（注：*为不符合项。）

由表 9-12 显示，第一轮专家函询中，接受函询的条目池中共有量表一级指标条目（6 个）、二级指标条目（23 个）、三级指标条目（68 个），共计 97 条。各条目重要性赋值范围为 3.000~4.722，变异系数范围为 0.122~0.471，条目赋值满分率范围为 16.7%~77.8%，其中筛选标准为：赋值均数≥3.50，变异系数≤0.25，赋值满分率≥25.0%。

二级指标：

在强制医疗程序的启动维度，条目“1.3 完善法律援助及配套监督机制”变异系数不符合筛选标准。综合考虑本条目三级指标专家一致性较高，结合文献及二级指标专家意见正态分布，此项予以保留；

在鉴定人出庭作证维度，条目“2.2 鉴定人不出庭的程序性后果”变异系数不符合筛选标准。结合强制医疗程序优化指标体系实际，经组内讨论后，专家意见予以采纳，此项删除；

在强制医疗解除程序维度，条目“5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗”变异系数不符合筛选标准。考虑到被强制医疗人员精神病性症状未缓解，但不再具有社会危险性（如丧失行动能力等情形），此项修改后予以保留；

三级指标：

在强制医疗程序的启动维度，条目“1.2.2 分开审理与合并审理相结合”满分率不符合筛选标准，条目“1.5.3 被害人及家属参与庭审”变异系数不符合筛选标准。经组内讨论后，专家意见予以采纳，删除条目；

在鉴定人出庭作证维度，条目“2.1.2 非必要出庭案件”满分率不符合筛选标准。结合强制医疗程序优化指标体系实际，经组内讨论后，专家意见予以采纳，此项删除；条目“2.2.1 罚款”重要性赋值均数、变异系数、满分率均不符合筛选标准，此项删除；条目“2.2.2 行政处罚”“2.3.1 法律保障”变异系数不符合筛选标准，经组内讨论后，专家意见予以采纳，删除条目；

在强制医疗的交付与执行维度，条目“3.4.2 住院治疗与门诊治疗相结合模式”“3.5.2 精神专科医院”变异系数不符合筛选标准。经组内讨论后，专家意见予以采纳，此项删除；

在强制医疗费用维度，条目“4.1.2 公安、法院、医院垫付经费”“4.1.3 医疗费之外的其他费用（住院伙食费等）”变异系数不符合筛选标准。经组内讨论后，专家意见予以采纳，此项删除；“4.3.1 监管意愿”根据专家意见修改为“4.3.1 没有监护人或者监护人缺失时的处置”；

在强制医疗解除程序维度，条目“5.1.2 不再具有人身危险性的被强制医疗人参与庭审”“5.4.2 行政复议与行政诉讼”“5.4.3 社会监督与法律援助”变异系数不符合筛选标准。经组内讨论后，专家意见予以采纳，此项删除；“5.3.2 社会危险性消除”变异系数 0.288，1 位专家赋分出现极值，根据我国《刑事诉讼法》第 288 条规定：强制医疗机构应当定期对被强制医疗的人进行诊断评估，对于已经不具有人身危险性，不需要继续强制医疗的，应当及时提出解除意见，报决定强制医疗的人民法院批准。故对本条指标予以保留；

以上结果整理后，形成 6 个一级指标、22 个二级指标、55 个三级指标组成。重新制作问卷，进行第二轮专家函询。

7.4 德尔菲法第二轮专家函询结果

第二轮专家函询请专家就量表各条目重要性进行评价，并根据自己的实践经验、理论知识、参考国内外资料、个人主观感觉等给出意见和建议。结果分析如下。

7.4.1 条目重要性赋值均数、变异系数及满分率

第二轮专家函询中一级指标、二级指标的赋值均数、标准差、变异系数、满分率见表 13。

表 13 第二轮专家函询结果（一级指标、二级指标）

量表一级指标、二级指标	第二轮			
	M	SD	CV	满分率（%）
1.强制医疗程序的启动	4.600	0.632	0.137	66.7%
1.1 明确启动标准	4.600	0.632	0.137	66.7%
1.2 完善庭审形式及内容	4.067	0.704	0.173	26.7%

1.3 完善法律援助及配套监督机制	4.067	0.884	0.217	33.3%
1.4 规范司法精神病鉴定流程	4.267	0.884	0.207	46.7%
1.5 加强被害人权益保障	4.200	0.862	0.205	46.7%
2.鉴定人出庭作证	3.733	0.704	0.188	13.3%
2.1 明确鉴定人出庭范围	4.067	0.799	0.196	33.3%
2.2 鉴定人出庭作证的保障	4.400	0.828	0.188	60.0%
3.强制医疗的交付与执行	4.600	0.632	0.137	66.7%
3.1 强制医疗执行程序监督	4.400	0.737	0.167	53.3%
3.2 增设强制医疗的定期复查制度	4.400	0.828	0.188	60.0%
3.3 保障精神病人在执行期间的权益	4.200	0.775	0.184	40.0%
3.4 强制医疗的模式	4.333	0.724	0.167	46.7%
3.5 强制医疗的执行场所	4.200	0.862	0.205	46.7%
4.强制医疗费用	4.400	0.828	0.188	60.0%
4.1 经费来源	4.267	0.884	0.207	53.3%
4.2 设置强制医疗保险制度	4.200	0.775	0.184	40.0%
4.3 监护人配合程度	3.933	0.799	0.203	26.7%
5.强制医疗解除程序	4.667	0.617	0.132	73.3%
5.1 强制医疗程序司法化改造	4.400	0.828	0.188	60.0%
5.2 规范强制医疗程序的认定标准	4.333	0.816	0.188	53.3%
5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	4.333	0.617	0.142	40.0%
5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	4.200	0.775	0.184	40.0%
6.社区康复治疗	4.333	0.617	0.142	40.0%
6.1 将患者纳入社区康复体系	4.267	0.704	0.165	40.0%
6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	4.133	0.743	0.180	33.3%
6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	4.267	0.799	0.187	46.7%

第二轮专家函询中三级指标的赋值均数、标准差、变异系数、满分率见表 14。

表 14 第二轮专家函询结果（三级指标）

量表三级指标	第二轮			
	M	SD	CV	满分率（%）
1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动	4.533	0.640	0.141	60.0%
1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准	4.467	0.834	0.187	66.7%
1.2.1 全面评估与调查	4.267	0.704	0.165	40.0%
1.2.2 严格证据审查	4.400	0.737	0.167	53.3%
1.2.3 优化庭审辩论环节	3.800	0.862	0.227	20.0%
1.2.4 信息保密与公开平衡	4.133	0.990	0.240	46.7%
1.3.1 提高律师参与程度	3.867	0.915	0.237	33.3%
1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制	4.400	0.737	0.167	53.3%
1.4.1 规范委托流程	4.133	0.834	0.202	40.0%
1.4.2 鉴定方法与标准	4.333	0.816	0.188	53.3%
1.4.3 鉴定报告的内容	4.333	0.816	0.188	53.3%
1.4.4 内部监督机制与外部监督机制	4.133	0.834	0.202	40.0%
1.5.1 知情权	4.467	0.743	0.166	60.0%
1.5.2 参与权及异议权	4.200	0.676	0.161	33.3%
1.5.3 司法鉴定申请权	4.200	0.775	0.184	40.0%
2.1.1 特定案件	4.467	0.640	0.143	53.3%
2.1.2 可线上参与庭审案件	3.600	1.183	0.329	26.7%
2.2.1 费用补偿	3.933	0.961	0.244	40.0%
2.2.2 安全保障	4.533	0.743	0.164	66.7%
2.2.3 职业声誉保障	3.933	1.280	0.325	46.7%
3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）	4.267	0.799	0.187	46.7%
3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）	4.600	0.737	0.160	73.3%
3.1.3 被强制医疗人及其家属监督	4.133	1.060	0.256	46.7%

3.2.1 确定实施主体	4.333	0.816	0.188	53.3%
3.2.2 复查频率	3.933	0.799	0.203	26.7%
3.2.3 复查内容	4.200	0.775	0.184	40.0%
3.2.4 复查结果的使用	4.200	0.941	0.224	46.7%
3.3.1 申请解除强制医疗权	4.333	0.976	0.225	60.0%
3.3.2 申诉权	4.067	0.961	0.236	40.0%
3.4.1 住院治疗模式	4.200	0.941	0.224	46.7%
3.5.1 强制医疗所	4.467	0.743	0.166	60.0%
4.1.1 国家专项经费	4.400	0.828	0.188	60.0%
4.2.1 设置强制医疗保险制度	4.200	0.775	0.184	40.0%
4.3.1 没有监护人或者监护人拒绝接收时的处置	4.667	0.617	0.132	73.3%
4.3.2 监管能力	4.267	0.594	0.139	33.3%
5.1.1 规范听证程序	4.200	0.775	0.184	40.0%
5.1.2 明确责任的承担主体	4.200	0.775	0.184	40.0%
5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等	4.600	0.632	0.137	66.7%
5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等	4.467	0.990	0.222	73.3%
5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力	4.333	0.724	0.167	46.7%
5.3.1 病情稳定且显著改善	4.333	0.900	0.208	53.3%
5.3.2 社会危险性消除	4.333	1.113	0.257	66.7%
5.3.3 建立评估机制	4.333	0.724	0.167	46.7%
5.4.1 申诉机制	4.133	0.915	0.221	40.0%
5.4.2 赋予检查机关兜底性的申请解除权	4.067	0.961	0.236	40.0%
6.1.1 部门间信息对接	4.333	0.724	0.167	46.7%
6.1.2 康复场所建设	4.200	0.775	0.184	40.0%
6.1.3 医疗资源保障	4.533	0.640	0.141	60.0%
6.1.4 制定康复计划	4.20	0.77	0.18	40.0%

	0	5	4	
6.1.5 建立评估与监督机制	4.333	0.724	0.167	46.7%
6.2.1 医疗救助	4.333	0.617	0.142	40.0%
6.2.2 生活救助	4.267	0.799	0.187	46.7%
6.2.3 法律保障与监督	4.067	0.799	0.196	33.3%
6.3.1 与社区矫正制度衔接	4.133	0.743	0.180	33.3%
6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作	4.133	0.834	0.202	40.0%

7.4.2 第二轮专家函询条目筛选结果

第二轮专家函询一级指标、二级指标筛选结果见表 15。

表 15 第二轮专家函询条目筛选结果（一级指标、二级指标）

量表一级指标、二级指标	筛选指标（界值）			不符合项	结果
	M（3.50）	CV（0.25）	满分率（25.0%）		
1.强制医疗程序的启动	4.600	0.137	66.7%	0	保留
1.1 明确启动标准	4.600	0.137	66.7%	0	保留
1.2 完善庭审形式及内容	4.067	0.173	26.7%	0	保留
1.3 完善法律援助及配套监督机制	4.067	0.217	33.3%	0	保留
1.4 规范司法精神病鉴定流程	4.267	0.207	46.7%	0	保留
1.5 加强被害人权益保障	4.200	0.205	46.7%	0	保留
2.鉴定人出庭作证	3.733	0.188	13.3%*	1	保留
2.1 明确鉴定人出庭范围	4.067	0.196	33.3%	0	保留
2.2 鉴定人出庭作证的保障	4.400	0.188	60.0%	0	保留
3.强制医疗的交付与执行	4.600	0.137	66.7%	0	保留
3.1 强制医疗执行程序监督	4.400	0.167	53.3%	0	保留
3.2 增设强制医疗的定期复查制度	4.400	0.188	60.0%	0	保留
3.3 保障精神病人在执行期间的权益	4.200	0.184	40.0%	0	保留
3.4 强制医疗的模式	4.333	0.167	46.7%	0	保留
3.5 强制医疗的执行场所	4.200	0.205	46.7%	0	保留
4.强制医疗费用	4.400	0.188	60.0%	0	保留
4.1 经费来源	4.267	0.207	53.3%	0	保留
4.2 设置强制医疗保险制度	4.200	0.184	40.0%	0	保留
4.3 监护人配合程度	3.933	0.203	26.7%	0	保留
5.强制医疗解除程序	4.667	0.132	73.3%	0	保

					留
5.1 强制医疗程序司法化改造	4.400	0.188	60.0%	0	保留
5.2 规范强制医疗程序的认定标准	4.333	0.188	53.3%	0	保留
5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	4.333	0.142	40.0%	0	保留
5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	4.200	0.184	40.0%	0	保留
6.社区康复治疗	4.333	0.142	40.0%	0	保留
6.1 将患者纳入社区康复体系	4.267	0.165	40.0%	0	保留
6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	4.133	0.180	33.3%	0	保留
6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	4.267	0.187	46.7%	0	保留

（注：*为不符合项。）

第二轮专家函询一级指标、二级指标筛选结果见表 16。

表 16 第二轮专家函询条目筛选结果（三级指标）

量表三级指标	筛选指标（界值）			不符合项	结果
	M（3.50）	CV（0.25）	满分率（25.0%）		
1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动	4.533	0.141	60.0%	0	保留
1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准	4.467	0.187	66.7%	0	保留
1.2.1 全面评估与调查	4.267	0.165	40.0%	0	保留
1.2.2 严格证据审查	4.400	0.167	53.3%	0	保留
1.2.3 优化庭审辩论环节	3.800	0.227	20.0%*	1	删除
1.2.4 信息保密与公开平衡	4.133	0.240	46.7%	0	保留
1.3.1 提高律师参与程度	3.867	0.237	33.3%	0	保留
1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制	4.400	0.167	53.3%	0	保留
1.4.1 规范委托流程	4.133	0.202	40.0%	0	保留
1.4.2 鉴定方法与标准	4.333	0.188	53.3%	0	保留

1.4.3 鉴定报告的内容	4.333	0.188	53.3%	0	保留
1.4.4 内部监督机制与外部监督机制	4.133	0.202	40.0%	0	保留
1.5.1 知情权	4.467	0.166	60.0%	0	保留
1.5.2 参与权及异议权	4.200	0.161	33.3%	0	保留
1.5.3 司法鉴定申请权	4.200	0.184	40.0%	0	保留
2.1.1 特定案件	4.467	0.143	53.3%	0	保留
2.1.2 可线上参与庭审案件	3.600	0.329*	26.7%	1	删除
2.2.1 费用补偿	3.933	0.244	40.0%	0	保留
2.2.2 安全保障	4.533	0.164	66.7%	0	保留
2.2.3 职业声誉保障	3.933	0.325*	46.7%	1	删除
3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）	4.267	0.187	46.7%	0	保留
3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）	4.600	0.160	73.3%	0	保留
3.1.3 被强制医疗人及其家属监督	4.133	0.256*	46.7%	1	删除
3.2.1 确定实施主体	4.333	0.188	53.3%	0	保留
3.2.2 复查频率	3.933	0.203	26.7%	0	保留
3.2.3 复查内容	4.200	0.184	40.0%	0	保留
3.2.4 复查结果的使用	4.200	0.224	46.7%	0	保留
3.3.1 申请解除强制医疗权	4.333	0.225	60.0%	0	保留
3.3.2 申诉权	4.067	0.236	40.0%	0	保留
3.4.1 住院治疗模式	4.200	0.224	46.7%	0	保留
3.5.1 强制医疗所	4.467	0.166	60.0%	0	保留
4.1.1 国家专项经费	4.400	0.188	60.0%	0	保留
4.2.1 设置强制医疗保险制度	4.200	0.184	40.0%	0	保留

4.3.1 没有监护人或者监护人拒绝接收时的处置	4.667	0.132	73.3%	0	保留
4.3.2 监管能力	4.267	0.139	33.3%	0	保留
5.1.1 规范听证程序	4.200	0.184	40.0%	0	保留
5.1.2 明确责任的承担主体	4.200	0.184	40.0%	0	保留
5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等	4.600	0.137	66.7%	0	保留
5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等	4.467	0.222	73.3%	0	保留
5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力	4.333	0.167	46.7%	0	保留
5.3.1 病情稳定且显著改善	4.333	0.208	53.3%	0	保留
5.3.2 社会危险性消除	4.333	0.257*	66.7%	1	删除
5.3.3 建立评估机制	4.333	0.167	46.7%	0	保留
5.4.1 申诉机制	4.133	0.221	40.0%	0	保留
5.4.2 赋予检查机关兜底性的申请解除权	4.067	0.236	40.0%	0	保留
6.1.1 部门间信息对接	4.333	0.167	46.7%	0	保留
6.1.2 康复场所建设	4.200	0.184	40.0%	0	保留
6.1.3 医疗资源保障	4.533	0.141	60.0%	0	保留
6.1.4 制定康复计划	4.200	0.184	40.0%	0	保留
6.1.5 建立评估与监督机制	4.333	0.167	46.7%	0	保留
6.2.1 医疗救助	4.333	0.142	40.0%	0	保留
6.2.2 生活救助	4.267	0.187	46.7%	0	保留
6.2.3 法律保障与监督	4.067	0.196	33.3%	0	保留
6.3.1 与社区矫正制度衔接	4.133	0.180	33.3%	0	保留
6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作	4.133	0.202	40.0%	0	保留

（注：*为不符合项。）

由表 13-16 显示，第二轮专家函询中，接受函询的条目池中共有量表一级条目（6 个）、二级条目（22 个）、三级条目（55 个），共计 83 条。各条目重要性赋值均数范围为 3.600~4.667，变异系数范围为 0.132~0.329，条目赋值满分率范围为 13.3%~73.3%，其中筛选标准为：赋值均数≥3.50，变异系数≤0.25，赋值满分率≥25.0%。

根据专家意见和筛选标准，一级指标中，条目“2.鉴定人出庭作证”满分率不符合筛选标准。结合该项三级指标分值，经组内讨论，予以保留；

三级指标中，在强制医疗程序的启动维度，条目“1.2.3 优化庭审辩论环节”满分率不符合筛选标准。经组内讨论，专家意见予以采纳，此项删除；

在鉴定人出庭作证维度，条目“2.1.2 可线上参与庭审案件”“2.2.3 职业声誉保障”变异系数不符合筛选标准。经组内讨论，专家意见予以采纳，此项删除；

在强制医疗的交付与执行维度，条目“3.1.3 被强制医疗人及其家属监督”变异系数不符合筛选标准。经组内讨论，专家意见予以采纳，此项删除；

在强制医疗解除程序维度，条目“5.3.2 社会危险性消除”变异系数不符合筛选标准。经组内讨论，专家意见予以采纳，此项删除。

其他条目均符合标准，予以保留。

7.4.3 专家函询结果

经过两轮德尔菲专家函询，专家意见趋于一致。根据筛选标准及专家意见，经组内讨论后，删除三级指标 5 项，最终形成的《强制医疗程序优化指标体系》共包含一级指标 6 个、二级指标 22 个、三级指标 50 个。详见表 17。

表 17 强制医疗程序优化指标体系

一级指标	二级指标	三级指标
1. 强制医疗程序的启动	1.1 明确启动标准	1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动
		1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准
	1.2 完善庭审形式及内容	1.2.1 全面评估与调查
		1.2.2 严格证据审查
		1.2.3 信息保密与公开平衡
	1.3 完善法律援助及配套监督机制	1.3.1 提高律师参与程度
		1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制
	1.4 规范司法精神病鉴定流程	1.4.1 规范委托流程
		1.4.2 鉴定方法与标准
		1.4.3 鉴定报告的内容
		1.4.4 内部监督机制与外部监督机制
	1.5 加强被害人权益保障	1.5.1 知情权
		1.5.2 参与权及异议权
		1.5.3 司法鉴定申请权
2. 鉴定人出庭作证	2.1 明确鉴定人出庭范围	2.1.1 特定案件
	2.2 鉴定人出庭作证的保障	2.2.1 费用补偿
		2.2.2 安全保障
3. 强制医疗的	3.1 强制医疗执行程序监督	3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）

交付与执行		3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）
	3.2 增设强制医疗的定期复查制度	3.2.1 确定实施主体
		3.2.2 复查频率
		3.2.3 复查内容
		3.2.4 复查结果的使用
	3.3 保障精神病人在执行期间的权益	3.3.1 申请解除强制医疗权
		3.3.2 申诉权
	3.4 强制医疗的模式	3.4.1 住院治疗模式
	3.5 强制医疗的执行场所	3.5.1 强制医疗所
4. 强制医疗费用	4.1 经费来源	4.1.1 国家专项经费
	4.2 设置强制医疗保险制度	4.2.1 设置强制医疗保险制度
	4.3 监护人配合程度	4.3.1 没有监护人或者监护人拒绝接收时的处置
		4.3.2 监管能力
5. 强制医疗解除程序	5.1 强制医疗程序司法化改造	5.1.1 规范听证程序
		5.1.2 明确责任的承担主体
	5.2 规范强制医疗程序的认定标准	5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等
		5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等
		5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力
	5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	5.3.1 病情稳定且显著改善
		5.3.2 建立评估机制
	5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	5.4.1 申诉机制
		5.4.2 赋予检查机关兜底性的申请解除权
6. 社区康复治疗	6.1 将患者纳入社区康复体系	6.1.1 部门间信息对接
		6.1.2 康复场所建设
		6.1.3 医疗资源保障
		6.1.4 制定康复计划
		6.1.5 建立评估与监督机制
	6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	6.2.1 医疗救助
		6.2.2 生活救助
		6.2.3 法律保障与监督
	6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	6.3.1 与社区矫正制度衔接
		6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作

7.5 层次分析法结果

7.5.1 构建层次结构模型

本研究中根据专家对强制医疗程序优化指标体系中各指标的评价，利用 Yaahp 软件构造层次分析模型。本研究的决策目标为强制医疗程序优化指标体系，6 个一级指标为准则层，22 个二级指标为中间要素层，50 个三级指标为备选方案层。详见图 18。

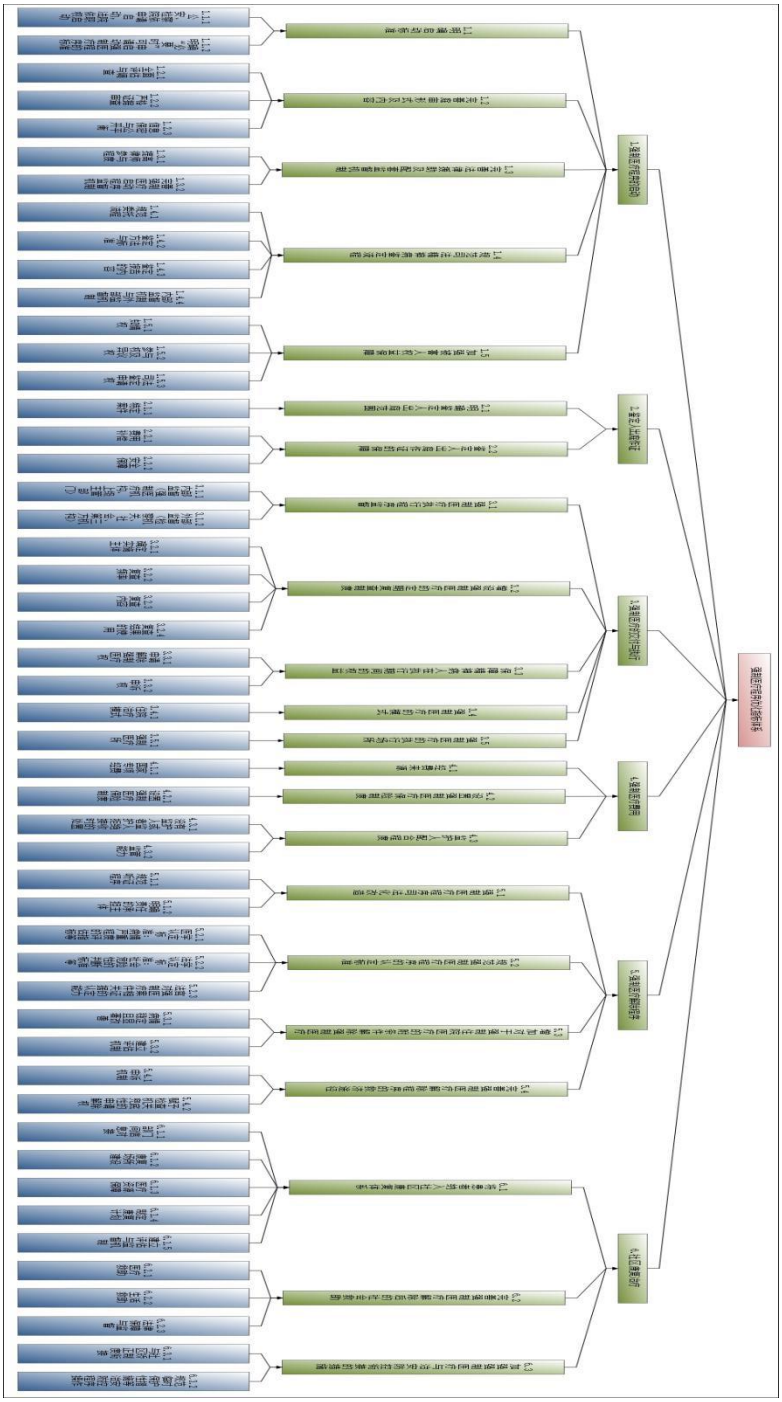


图 18 强制医疗程序优化指标体系（电子版可点击放大）

7.5.2 构建判断矩阵

根据强制医疗程序优化指标体系层次结构模型，采用 Saaty 标度法将每个层级中的指标进行两两比较，构建判断矩阵。本研究根据专家对各指标重要性赋值的均数差来确定 Saaty 标度。Saaty 标度及说明加见表 19。

表 19 Saaty 标度表

ΔZ 值	程度	Saaty
ΔZ=0	同等重要	1
0 < ΔZ⩽0.25		2
0.25 < ΔZ⩽0.50	稍微重要	3
0.50 < ΔZ⩽0.75		4
0.75 < ΔZ⩽1.0	比较重要	5
1.0 < ΔZ⩽1.25		6
1.25 < ΔZ⩽1.5	非常重要	7
1.5 < ΔZ⩽1.75		8
1.75 < ΔZ	绝对重要	9

（注：ΔZ 为两指标重要性赋值均数差（α-β），0.25 < ΔZ⩽0.50，说明α比β稍微重要，Saaty 标度取值 3，当-0.50⩽ΔZ < -0.25，说明β比α稍微重要，Saaty 标度取值倒数 1/3，以此类推。）

7.5.2.1 一级指标的判断矩阵如表 20 所示。

表 20 一级指标判断矩阵

一级指标	1.强制医疗程序的启动	2.鉴定人出庭作证	3.强制医疗的交付与执行	4.强制医疗费用	5.强制医疗解除程序	6.社区康复治疗
1.强制医疗程序的启动	1	5	1	2	1/2	3
2.鉴定人出庭作证	1/5	1	1/5	1/4	1/5	1/4
3.强制医疗的交付与执行	1	5	1	2	1/2	4
4.强制医疗费用	1/2	4	1/2	1	1/3	2
5.强制医疗解除程序	2	5	2	3	1	3
6.社区康复治疗	1/3	4	1/4	1/2	1/3	1

7.5.2.2 二级指标的判断矩阵如表 21-26 所示。

表 21 强制医疗程序的启动维度判断矩阵

1.强制医疗程序的启动	1.1 明确启动标准	1.2 完善庭审形式及内容	1.3 完善法律援助及配套监督机制	1.4 规范司法精神病鉴定流程	1.5 加强被害人权益保障
1.1 明确启动标准	1	4	4	3	3
1.2 完善庭审形式及内容	1/4	1	1	1/2	1/2
1.3 完善法律援助及配套监督机制	1/4	1	1	1/2	1/2
1.4 规范司法精神病鉴定流程	1/3	2	2	1	2
1.5 加强被害人权益保障	1/3	2	2	1/2	1

表 22 鉴定人出庭作证维度判断矩阵

2.鉴定人出庭作证	2.1 明确鉴定人出庭范围	2.2 鉴定人出庭作证的保障
2.1 明确鉴定人出庭范围	1	1/3
2.2 鉴定人出庭作证的保障	3	1

表 23 强制医疗的交付与执行维度判断矩阵

3.强制医疗的交付与执行	3.1 强制医疗执行程序监督	3.2 增设强制医疗的定期复查制度	3.3 保障精神病人在执行期间的权益	3.4 强制医疗的模式	3.5 强制医疗的执行场所
3.1 强制医疗执行程序监督	1	1	2	2	2
3.2 增设强制医疗的定期复查制度	1	1	2	2	2
3.3 保障精神病人在执行期间的权益	1/2	1/2	1	1/2	1
3.4 强制医疗的模式	1/2	1/2	2	1	2
3.5 强制医疗的执行场所	1/2	1/2	1	1/2	1

表 24 强制医疗费用维度判断矩阵

4.强制医疗费用	4.1 经费来源	4.2 设置强制医疗保险制度	4.3 监护人配合程度
4.1 经费来源	1	2	3
4.2 设置强制医疗保险制度	1/2	1	3
4.3 监护人配合程度	1/3	1/3	1

表 25 强制医疗解除程序维度判断矩阵

5.强制医疗解除程序	5.1 强制医疗程序司法化改造	5.2 规范强制医疗程序的认定标准	5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径
5.1 强制医疗程序司法化改造	1	2	2	2
5.2 规范强制医疗程序的认定标准	1/2	1	1	2
5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	1/2	1	1	2
5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	1/2	1/2	1/2	1

表 26 社区康复治疗维度判断矩阵

6.社区康复治疗	6.1 将患者纳入社区康复体系	6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施
6.1 将患者纳入社区康复体系	1	2	1
6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	1/2	1	1/2
6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	1	2	1

7.5.2.3 三级指标的判断矩阵如表 27-48 所示。

表 27 明确启动标准判断矩阵

1.1 明确启动标准	1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动	1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准
1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动	1	2
1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准	1/2	1

表 28 完善庭审形式及内容判断矩阵

1.2 完善庭审形式及内容	1.2.1 全面评估与调查	1.2.2 严格证据审查	1.2.3 信息保密与公开平衡
1.2.1 全面评估与调查	1	1/2	2
1.2.2 严格证据审查	2	1	3
1.2.3 信息保密与公开平衡	1/2	1/3	1

表 29 完善法律援助及配套监督机制判断矩阵

1.3 完善法律援助及配套监督机制	1.3.1 提高律师参与程度	1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制
1.3.1 提高律师参与程度	1	1/4
1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制	4	1

表 30 规范司法精神病鉴定流程判断矩阵

1.4 规范司法精神病鉴定流程	1.4.1 规范委托流程	1.4.2 鉴定方法与标准	1.4.3 鉴定报告的内容	1.4.4 内部监督机制与外部监督机制
1.4.1 规范委托流程	1	1/2	1/2	1
1.4.2 鉴定方法与标准	2	1	1	2
1.4.3 鉴定报告的内容	2	1	1	2
1.4.4 内部监督机制与外部监督机制	1	1/2	1/2	1

表 31 加强被害人权益保障判断矩阵

1.5 加强被害人权益保障	1.5.1 知情权	1.5.2 参与权及异议权	1.5.3 司法鉴定申请权
1.5.1 知情权	1	3	3
1.5.2 参与权及异议权	1/3	1	1
1.5.3 司法鉴定申请权	1/3	1	1

表 32 明确鉴定人出庭范围判断矩阵

2.1 明确鉴定人出庭范围	2.1.1 特定案件
2.1.1 特定案件	1

表 33 鉴定人出庭作证的保障判断矩阵

2.2 鉴定人出庭作证的保障	2.2.1 费用补偿	2.2.2 安全保障
2.2.1 费用补偿	1	1/4
2.2.2 安全保障	4	1

表 34 强制医疗执行程序监督判断矩阵

3.1 强制医疗执行程序监督	3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）	3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）

3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）	1	1/3
3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）	3	1

表 35 增设强制医疗的定期复查制度判断矩阵

3.2 增设强制医疗的定期复查制度	3.2.1 确定实施主体	3.2.2 复查频率	3.2.3 复查内容	3.2.4 复查结果的使用
3.2.1 确定实施主体	1	3	2	2
3.2.2 复查频率	1/3	1	1/3	1/3
3.2.3 复查内容	1/2	3	1	1
3.2.4 复查结果的使用	1/2	3	1	1

表 36 保障精神病人在执行期间的权益判断矩阵

3.3 保障精神病人在执行期间的权益	3.3.1 申请解除强制医疗权	3.3.2 申诉权
3.3.1 申请解除强制医疗权	1	3
3.3.2 申诉权	1/3	1

表 37 强制医疗的模式判断矩阵

3.4 强制医疗的模式	3.4.1 住院治疗模式
3.4.1 住院治疗模式	1

表 38 强制医疗的执行场所判断矩阵

3.5 强制医疗的执行场所	3.5.1 强制医疗所
3.5.1 强制医疗所	1

表 39 经费来源判断矩阵

4.1 经费来源	4.1.1 国家专项经费
4.1.1 国家专项经费	1

表 40 设置强制医疗保险制度判断矩阵

4.2 设置强制医疗保险制度	4.2.1 设置强制医疗保险制度
4.2.1 设置强制医疗保险制度	1

表 41 监护人配合程度判断矩阵

4.3 监护人配合程度	4.3.1 没有监护人或者监护人拒绝接收时的处置	4.3.2 监管能力
4.3.1 没有监护人或者监护人拒绝接收时的处置	1	3
4.3.2 监管能力	1/3	1

表 42 强制医疗程序司法化改造判断矩阵

5.1 强制医疗程序司法化改造	5.1.1 规范听证程序	5.1.2 明确责任的承担主体
5.1.1 规范听证程序	1	1
5.1.2 明确责任的承担主体	1	1

表 43 规范强制医疗程序的认定标准判断矩阵

5.2 规范强制医疗程序的认定标准	5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等	5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等	5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力
5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等	1	2	3
5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等	1/2	1	2
5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力	1/3	1/2	1

表 44 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗判断矩阵

5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	5.3.1 病情稳定且显著改善	5.3.2 建立评估机制
5.3.1 病情稳定且显著改善	1	1
5.3.2 建立评估机制	1	1

表 45 完善强制医疗解除程序的救济途径判断矩阵

5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	5.4.1 申诉机制	5.4.2 赋予检查机关兜底性的申请解除权
5.4.1 申诉机制	1	2
5.4.2 赋予检查机关兜底性的申请解除权	1/2	1

表 46 将患者纳入社区康复体系判断矩阵

6.1 将患者纳入社区康复体系	6.1.1 部门间信息对接	6.1.2 康复场所建设	6.1.3 医疗资源保障	6.1.4 制定康复计划	6.1.5 建立评估与监督机制
6.1.1 部门间信息对接	1	2	1/2	2	1
6.1.2 康复场所建设	1/2	1	1/3	1	1/2
6.1.3 医疗资源保障	2	3	1	3	2
6.1.4 制定康复计划	1/2	1	1/3	1	1/2
6.1.5 建立评估与监督机制	1	2	1/2	2	1

表 47 完善强制医疗解除后的社会救助判断矩阵

6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	6.2.1 医疗救助	6.2.2 生活救助	6.2.3 法律保障与监督
6.2.1 医疗救助	1	2	3
6.2.2 生活救助	1/2	1	2
6.2.3 法律保障与监督	1/3	1/2	1

表 48 加强强制医疗与治安防控衔接的措施判断矩阵

6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	6.3.1 与社区矫正制度衔接	6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作
6.3.1 与社区矫正制度衔接	1	1
6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作	1	1

7.5.3 指标权重及一致性检验

利用 Yaahp 软件对强制医疗程序优化指标体系各指标进行权重分析。

7.5.3.1 一级指标

一级指标权重值在 0.0388~0.3222 之间，其中强制医疗解除程序（0.3222）权重值较高，其后依次为强制医疗的交付与执行（0.2212）、强制医疗程序的启动（0.2074）、强制医疗费用（0.1243）、社区康复治疗（0.0860），鉴定人出庭作证（0.0388）权重最低，一级指标一致性比例 CR=0.0353＜0.1，最大特征值 λ_{max}=6.2221，结果显示一级指标权重设置合理，一致性检验结果符合条件，可用于决策的制定。详见表 49。

表 49 一级指标权重及一致性检验

一级指标	权重	CR	λ_{max}
1.强制医疗程序的启动	0.2074	0.0353	6.2221
2.鉴定人出庭作证	0.0388		
3.强制医疗的交付与执行	0.2212		
4.强制医疗费用	0.1243		
5.强制医疗解除程序	0.3222		
6.社区康复治疗	0.0860		

7.5.3.2 二级指标

二级指标相对总体指标权重值在 0.0097~0.1273 之间，二级指标一致性比例 CR 均小于 0.1，结果显示二级指标权重设置合理，一致性检验结果符合条件，可用于决策的制定。详见表 50。

表 50 二级指标权重及一致性检验

一级指标	二级指标	权重	组合权重	CR	λ_{max}
1.强制医疗程序的启动	1.1 明确启动标准	0.4502	0.0934	0.0190	5.0851
	1.2 完善庭审形式及内容	0.0948	0.0197		
	1.3 完善法律援助及配套监督机制	0.0948	0.0197		
	1.4 规范司法精神病鉴定流程	0.2054	0.0426		
	1.5 加强被害人权益保障	0.1547	0.0321		
2.鉴定人出庭作证	2.1 明确鉴定人出庭范围	0.2500	0.0097	0.0000	2.0000
	2.2 鉴定人出庭作证的保障	0.7500	0.0291		
3.强制医疗的交付与执行	3.1 强制医疗执行程序监督	0.2826	0.0625	0.0173	5.0776
	3.2 增设强制医疗的定期复查制度	0.2826	0.0625		
	3.3 保障精神病人在执行期间的权益	0.1226	0.0271		
	3.4 强制医疗的模式	0.1896	0.0419		
	3.5 强制医疗的执行场所	0.1226	0.0271		
4.强制医疗费用	4.1 经费来源	0.5278	0.0656	0.0516	3.0536
	4.2 设置强制医疗保险制度	0.3325	0.0413		
	4.3 监护人配合程度	0.1396	0.0174		
5.强制医疗解除程序	5.1 强制医疗程序司法化改造	0.3952	0.1273	0.0227	4.0606
	5.2 规范强制医疗程序的认定标准	0.2322	0.0748		
	5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	0.2322	0.0748		
	5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	0.1404	0.0452		
6.社区康复治疗	6.1 将患者纳入社区康复体系	0.4000	0.0344	0.0000	3.0000
	6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	0.2000	0.0172		

6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	0.4000	0.0344	

（注：组合权重表示相对总体指标权重。）

7.5.3.3 三级指标

三级指标相对总体指标权重值在 0.0028~0.0656 之间，三级指标一致性比例 CR 均＜0.1，结果显示三级指标权重设置合理，一致性检验结果符合条件，可用于决策的制定。详见表 51。

表 51 三级指标权重及一致性检验

量表三级指标	权重	组合权重1	组合权重2	CR	λ_{max}
1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动	0.6667	0.3001	0.0623	0.0000	2.0000
1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准	0.3333	0.1501	0.0311		
1.2.1 全面评估与调查	0.2970	0.0282	0.0058	0.0088	3.0092
1.2.2 严格证据审查	0.5396	0.0512	0.0106		
1.2.3 信息保密与公开平衡	0.1634	0.0155	0.0032		
1.3.1 提高律师参与程度	0.2000	0.0190	0.0039	0.0000	2.0000
1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制	0.8000	0.0758	0.0157		
1.4.1 规范委托流程	0.1667	0.0342	0.0071	0.0000	4.0000
1.4.2 鉴定方法与标准	0.3333	0.0685	0.0142		
1.4.3 鉴定报告的内容	0.3333	0.0685	0.0142		
1.4.4 内部监督机制与外部监督机制	0.1667	0.0342	0.0071		
1.5.1 知情权	0.6000	0.0928	0.0193	0.0000	3.0000
1.5.2 参与权及异议权	0.2000	0.0309	0.0064		
1.5.3 司法鉴定申请权	0.2000	0.0309	0.0064		
2.1.1 特定案件	1.0000	0.2500	0.0097	0.0000	1.0000
2.2.1 费用补偿	0.2000	0.1500	0.0058	0.0000	2.0000
2.2.2 安全保障	0.8000	0.6000	0.0233		
3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）	0.2500	0.0707	0.0156	0.0000	2.0000
3.1.2 外部监督	0.75	0.21	0.04		

（检察机关、社会、第三方机构）	00	20	69		
3.2.1 确定实施主体	0.4146	0.1172	0.0259	0.0227	4.0606
3.2.2 复查频率	0.0982	0.0278	0.0061		
3.2.3 复查内容	0.2436	0.0688	0.0152		
3.2.4 复查结果的使用	0.2436	0.0688	0.0152		
3.3.1 申请解除强制医疗权	0.7500	0.0920	0.0203	0.0000	2.0000
3.3.2 申诉权	0.2500	0.0307	0.0068		
3.4.1 住院治疗模式	1.0000	0.1896	0.0419	0.0000	1.0000
3.5.1 强制医疗所	1.0000	0.1226	0.0271	0.0000	1.0000
4.1.1 国家专项经费	1.0000	0.5278	0.0656	0.0000	1.0000
4.2.1 设置强制医疗保险制度	1.0000	0.3325	0.0413	0.0000	1.0000
4.3.1 没有监护人或者监护人拒绝接收时的处置	0.7500	0.1047	0.013	0.0000	2.0000
4.3.2 监管能力	0.2500	0.0349	0.0043		
5.1.1 规范听证程序	0.5000	0.1976	0.0637	0.0000	2.0000
5.1.2 明确责任的承担主体	0.5000	0.1976	0.0637		
5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等	0.5396	0.1253	0.0404	0.0088	3.0092
5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等	0.2970	0.0690	0.0222		
5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力	0.1634	0.0379	0.0122		
5.3.1 病情稳定且显著改善	0.5000	0.1161	0.0374	0.0000	2.0000
5.3.2 建立评估机制	0.5000	0.1161	0.0374		
5.4.1 申诉机制	0.6667	0.0936	0.0302	0.0000	2.0000
5.4.2 赋予检察机关兜底性的申请解除权	0.3333	0.0468	0.0151		
6.1.1 部门间信息对接	0.2063	0.0825	0.0071	0.0030	5.0133
6.1.2 康复场所建设	0.1093	0.0437	0.0038		
6.1.3 医疗资源保障	0.3689	0.1476	0.0127		
6.1.4 制定康复计划	0.10	0.04	0.00		

	93	37	38		
6.1.5 建立评估与监督机制	0.2063	0.0825	0.0071		
6.2.1 医疗救助	0.5396	0.1079	0.0093	0.0088	3.0092
6.2.2 生活救助	0.2970	0.0594	0.0051		
6.2.3 法律保障与监督	0.1634	0.0327	0.0028		
6.3.1 与社区矫正制度衔接	0.5000	0.2000	0.0172	0.0000	2.0000
6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作	0.5000	0.2000	0.0172		

（注：组合权重 1 表示相对二级指标权重，组合权重 2 表示相对总体指标权重。）

7.5.4 强制医疗程序优化指标体系最终权重

强制医疗程序优化指标体系最终权重见下表 52。

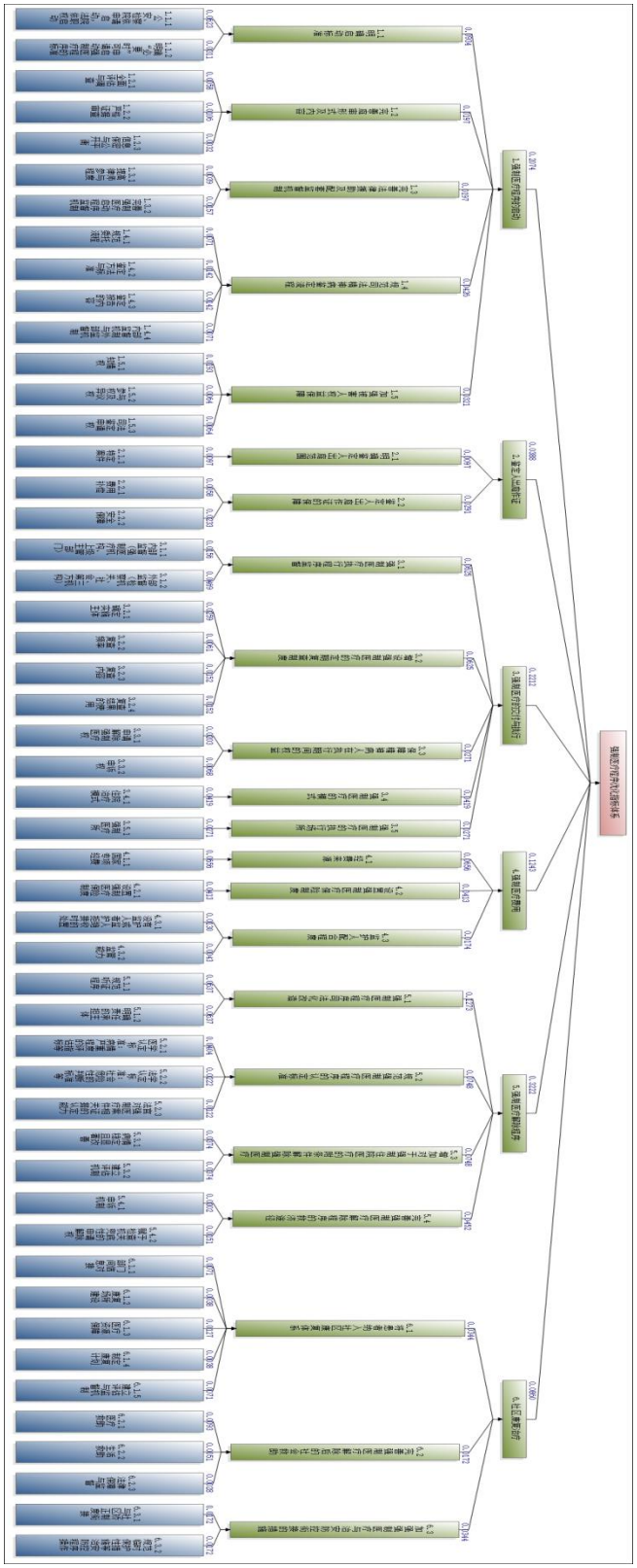
一级指标	二级指标	三级指标
1.强制医疗程序的启动（0.2074）	1.1 明确启动标准（0.0934）	1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动（0.0623）
		1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准（0.0311）
	1.2 完善庭审形式及内容（0.0197）	1.2.1 全面评估与调查（0.0058）
		1.2.2 严格证据审查（0.0106）
		1.2.3 信息保密与公开平衡（0.0032）
	1.3 完善法律援助及配套监督机制（0.0197）	1.3.1 提高律师参与程度（0.0039）
		1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制（0.0157）
	1.4 规范司法精神病鉴定流程（0.0426）	1.4.1 规范委托流程（0.0071）
		1.4.2 鉴定方法与标准（0.0142）
		1.4.3 鉴定报告的内容（0.0142）
		1.4.4 内部监督机制与外部监督机制（0.0071）
	1.5 加强被害人权益保障（0.0321）	1.5.1 知情权（0.0193）
		1.5.2 参与权及异议权（0.0064）
		1.5.3 司法鉴定申请权（0.0064）
2.鉴定人出庭作证（0.0388）	2.1 明确鉴定人出庭范围（0.0097）	2.1.1 特定案件（0.0097）
	2.2 鉴定人出庭作证的保障(0.0291)	2.2.1 费用补偿（0.0058）
		2.2.2 安全保障（0.0233）
3.强制医疗的交付与执行（0.2212）	3.1 强制医疗执行程序监督(0.0625)	3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）（0.0156）
		3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）（0.0469）
	3.2 增设强制医疗的定期复查制度（0.0625）	3.2.1 确定实施主体（0.0259）
		3.2.2 复查频率（0.0061）
		3.2.3 复查内容（0.0152）
		3.2.4 复查结果的使用（0.0152）
	3.3 保障精神病人在执行期间的权益（0.0271）	3.3.1 申请解除强制医疗权（0.0203）
		3.3.2 申诉权（0.0068）
	3.4 强制医疗的模式（0.0419）	3.4.1 住院治疗模式（0.0419）
	3.5 强制医疗的执行场所（0.0271）	3.5.1 强制医疗所（0.0271）
4.强制医疗费用（0.1243）	4.1 经费来源（0.0656）	4.1.1 国家专项经费（0.0656）
	4.2 设置强制医疗保险制度(0.0413)	4.2.1 设置强制医疗保险制度（0.0413）
	4.3 监护人配合程度（0.0174）	4.3.1 没有监护人或者监护人拒绝接收时的处置（0.013）
		4.3.2 监管能力（0.0043）
5.强制医疗解除程序（0.3222）	5.1 强制医疗程序司法化改造（0.1273）	5.1.1 规范听证程序（0.0637）
		5.1.2 明确责任的承担主体（0.0637）
	5.2 规范强制医疗程序的认定标准（0.0748）	5.2.1 医学认定标准:病情严重程度的评估指标等（0.0404）
		5.2.2 法学认定标准:社会危险性的判断标准等（0.0222）

		5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力（0.0122）
	5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗（0.0748）	5.3.1 病情稳定且显著改善（0.0374）
		5.3.2 建立评估机制（0.0374）
	5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径（0.0452）	5.4.1 申诉机制（0.0302）
		5.4.2 赋予检查机关兜底性的申请解除权（0.0151）
6.社区康复治疗（0.0860）	6.1 将患者纳入社区康复体系（0.0344）	6.1.1 部门间信息对接（0.0071）
		6.1.2 康复场所建设（0.0038）
		6.1.3 医疗资源保障（0.0127）
		6.1.4 制定康复计划（0.0038）
		6.1.5 建立评估与监督机制（0.0071）
	6.2 完善强制医疗解除后的社会救助（0.0172）	6.2.1 医疗救助（0.0093）
		6.2.2 生活救助（0.0051）
		6.2.3 法律保障与监督（0.0028）
	6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施（0.0344）	6.3.1 与社区矫正制度衔接（0.0172）
		6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作（0.0172）

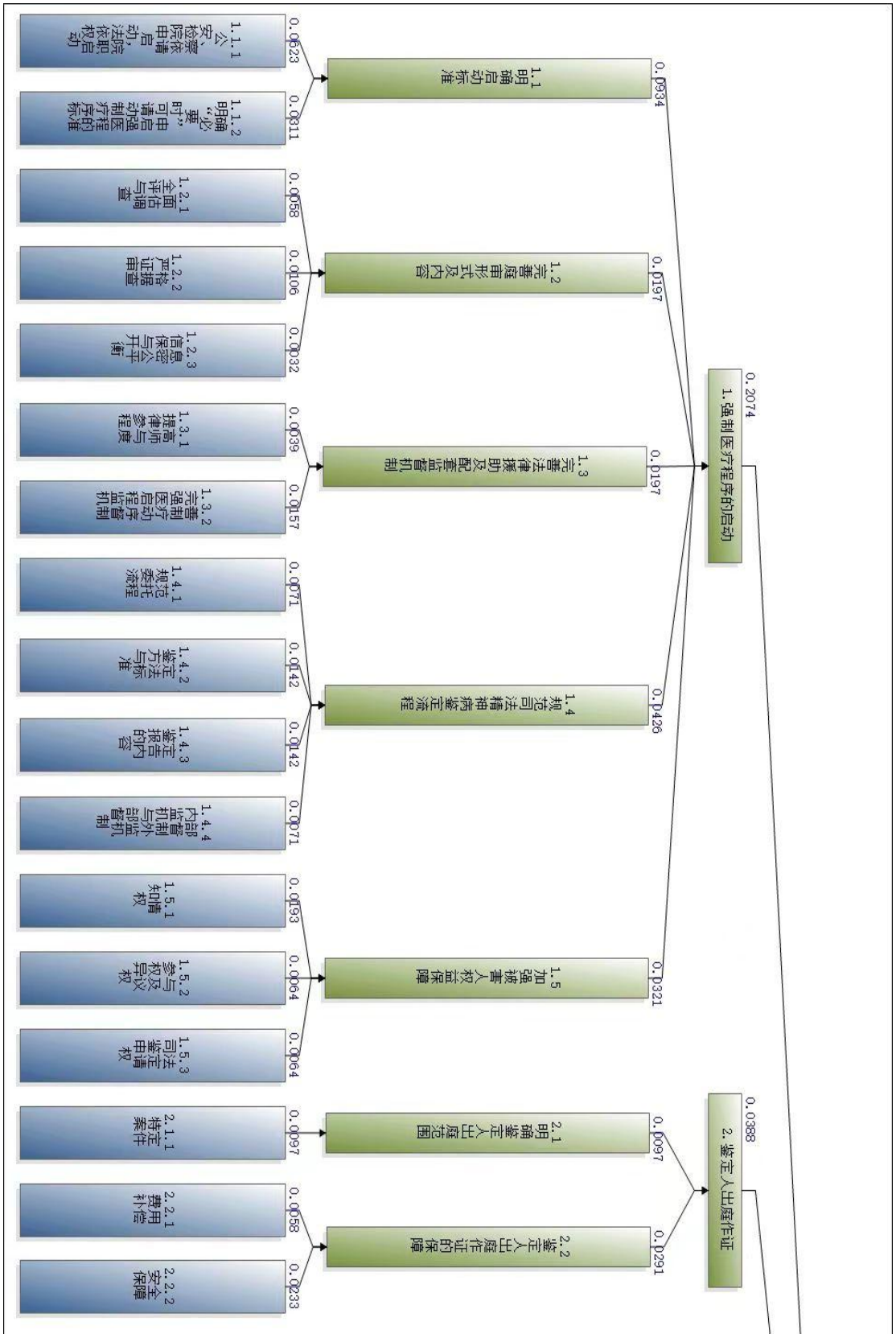
8 研究成果

8.1 构建强制医疗程序优化指标体系

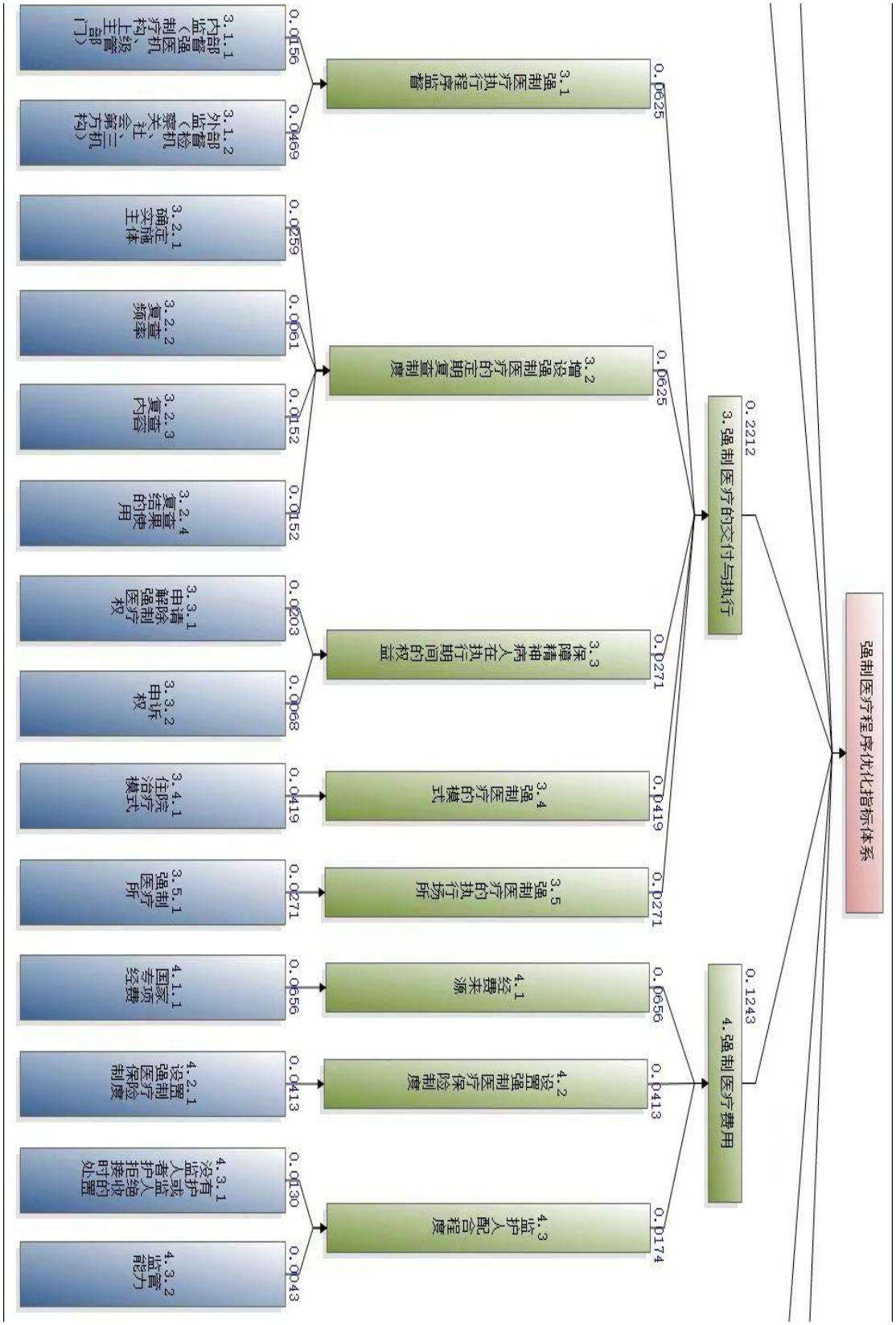
经过两轮专家函询和层次分析，最终构建出医疗程序优化指标体系，附各项指标权重系数。具体见图 53-56（整体图电子版可点击放大，另附分解图）。



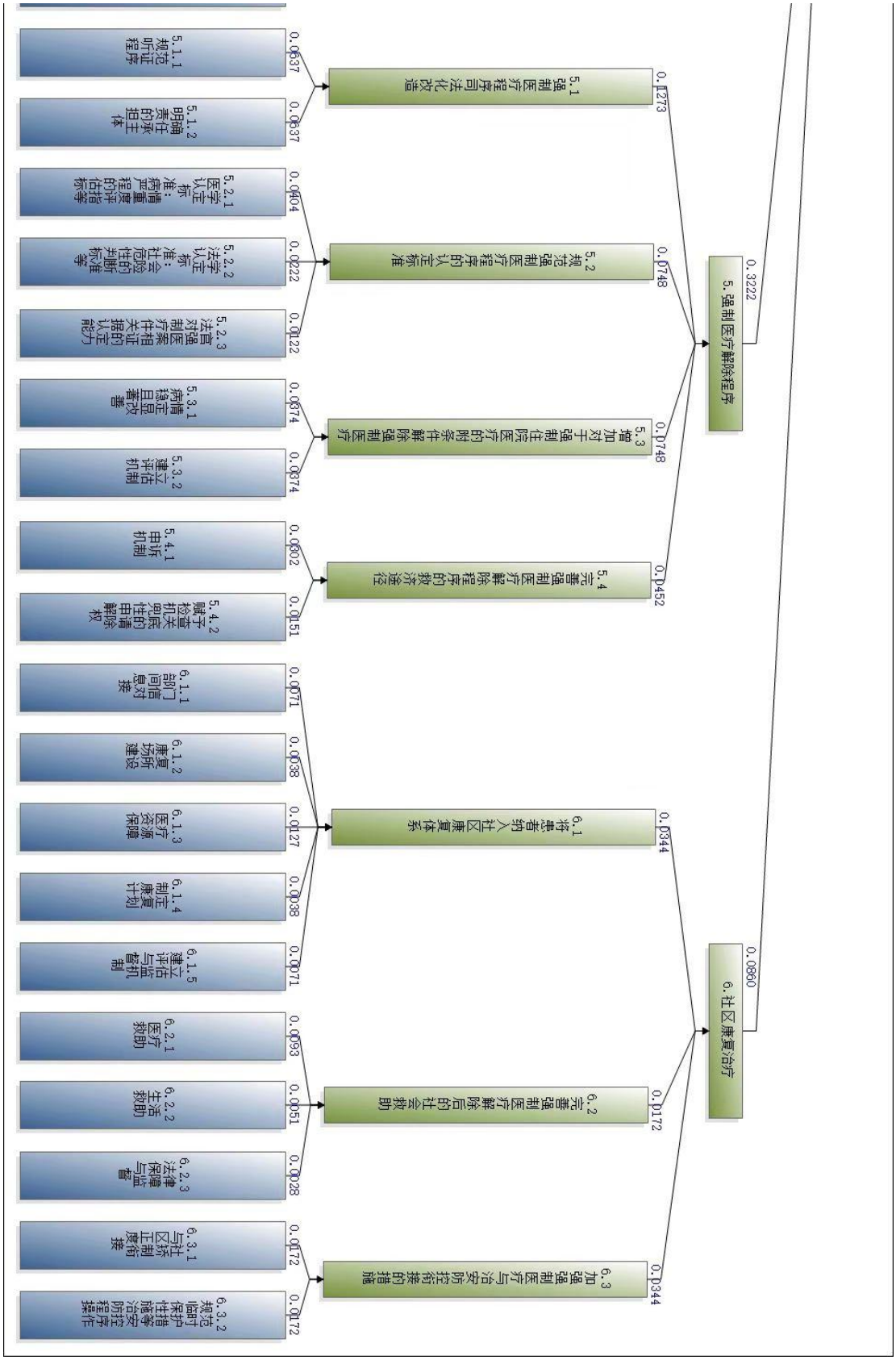
（整体图 53）


1.强制医疗程序的启动
0.2074
1.1 明确启动标准
0.0934
1.2 完善庭审形式及内容
0.0197
1.3 完善法律援助及配套监督机制
0.0197
1.4 规范司法精神病鉴定流程
0.0426
1.5 加强被害人权益保障
0.0321
2.1 明确鉴定人出庭范围
0.0097
2.2 鉴定人出庭作证的保障
0.0291
2.鉴定人出庭作证
0.0388
1.1.1 公安、察院申请启动，法院依职启动
0.0623
1.1.2 明确“必要”时可申请启动强制医疗程序的标准
0.0311
1.2.1 全面估调与查
0.0058
1.2.2 严格证据查
0.0106
1.2.3 息密公平信保与开衡
0.0032
1.3.1 高师与度提律参程
0.0039
1.3.2 完善强制医疗程监督机制
0.0157
1.4.1 规范委托流程
0.0071
1.4.2 鉴定方法与标准
0.0142
1.4.3 鉴定报告内容
0.0142
1.4.4 内部监督机制与外部监督机制
0.0071
1.5.1 知情权
0.0193
1.5.2 参与权及异议权
0.0064
1.5.3 司法定请申权
0.0064
2.1.1 特定案件
0.0097
2.2.1 费用补偿
0.0058
2.2.2 安全保障
0.0233

（分解图 53-1）


强制医疗程序优化指标体系
3.强制医疗的交付与执行
0.2212
4.强制医疗费用
0.1243
3.1 强制医疗执行程序监督
0.0625
3.2 增设强制医疗的定期复查制度
0.0625
3.3 保障精神病人在执行期间的权益
0.0271
3.4 强制医疗的模式
0.0419
3.5 强制医疗的执行场所
0.0271
4.1 经费来源
0.0656
4.2 设置强制医疗保险制度
0.0413
4.3 监护人配合程度
0.0174
3.1.1 内部监督（强制医机构、级上主管部门）
0.0156
3.1.2 外部监督（检机、察关、社会第三方机构）
0.0469
3.2.1 确定施主体
0.0259
3.2.2 复查频率
0.0061
3.2.3 复查内容
0.0152
3.2.4 复查结果的使用
0.0152
3.3.1 申请解除强制医疗权
0.0203
3.3.2 申诉权
0.0068
3.4.1 住院治疗模式
0.0419
3.5.1 强制医疗所
0.0271
4.1.1 国家专项经费
0.0656
4.2.1 设置强制医疗保险制度
0.0413
4.3.1 没监有护或监人者护拒绝接收的时处
0.0130
4.3.2 监管能力
0.0043

（分解图 53-2）



（分解图 53-3）

表 54 第 1 个准则层中要素对决策目标的排序权重（降序排列）

准则层要素	权重

5.强制医疗解除程序	0.3222
3.强制医疗的交付与执行	0.2212
1.强制医疗程序的启动	0.2074
4.强制医疗费用	0.1243
6.社区康复治疗	0.086
2.鉴定人出庭作证	0.0388

表 55　第 2 个准则层中要素对决策目标的排序权重　（降序排列）

准则层要素	权重
5.1 强制医疗程序司法化改造	0.1273
1.1 明确启动标准	0.0934
5.3 增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗	0.0748
5.2 规范强制医疗程序的认定标准	0.0748
4.1 经费来源	0.0656
3.2 增设强制医疗的定期复查制度	0.0625
3.1 强制医疗执行程序监督	0.0625
5.4 完善强制医疗解除程序的救济途径	0.0452
1.4 规范司法精神病鉴定流程	0.0426
3.4 强制医疗的模式	0.0419
4.2 设置强制医疗保险制度	0.0413
6.3 加强强制医疗与治安防控衔接的措施	0.0344
6.1 将患者纳入社区康复体系	0.0344
1.5 加强被害人权益保障	0.0321
2.2 鉴定人出庭作证的保障	0.0291
3.5 强制医疗的执行场所	0.0271
3.3 保障精神病人在执行期间的权益	0.0271
1.3 完善法律援助及配套监督机制	0.0197
1.2 完善庭审形式及内容	0.0197
4.3 监护人配合程度	0.0174
6.2 完善强制医疗解除后的社会救助	0.0172
2.1 明确鉴定人出庭范围	0.0097

表 56 方案层中要素对决策目标的排序权重（降序排列）

备选方案	权重
4.1.1 国家专项经费	0.0656
5.1.1 规范听证程序	0.0637
5.1.2 明确责任的承担主体	0.0637
1.1.1 公安、检察院依申请启动，法院依职权启动	0.0623
3.1.2 外部监督（检察机关、社会、第三方机构）	0.0469
3.4.1 住院治疗模式	0.0419
4.2.1 设置强制医疗保险制度	0.0413
5.2.1 医学认定标准：病情严重程度的评估指标等	0.0404
5.3.1 病情稳定且显著改善	0.0374
5.3.2 建立评估机制	0.0374
1.1.2 明确“必要时”可申请启动强制医疗程序的标准	0.0311
5.4.1 申诉机制	0.0302

3.5.1 强制医疗所	0.0271
3.2.1 确定实施主体	0.0259
2.2.2 安全保障	0.0233
5.2.2 法学认定标准：社会危险性的判断标准等	0.0222
3.3.1 申请解除强制医疗权	0.0203
1.5.1 知情权	0.0193
6.3.1 与社区矫正制度衔接	0.0172
6.3.2 规范临时保护性措施等治安防控程序操作	0.0172
1.3.2 完善强制医疗启动程序监督机制	0.0157
3.1.1 内部监督（强制医疗机构、上级主管部门）	0.0156
3.2.3 复查内容	0.0152
3.2.4 复查结果的使用	0.0152
5.4.2 赋予检查机关兜底性的申请解除权	0.0151
1.4.2 鉴定方法与标准	0.0142
1.4.3 鉴定报告的内容	0.0142
4.3.1 没有监护人或者监护人拒绝接收时的处置	0.013
6.1.3 医疗资源保障	0.0127
5.2.3 法官对强制医疗案件相关证据的认定能力	0.0122
1.2.2 严格证据审查	0.0106
2.1.1 特定案件	0.0097
6.2.1 医疗救助	0.0093
1.4.1 规范委托流程	0.0071
1.4.4 内部监督机制与外部监督机制	0.0071
6.1.1 部门间信息对接	0.0071
6.1.5 建立评估与监督机制	0.0071
3.3.2 申诉权	0.0068
1.5.2 参与权及异议权	0.0064
1.5.3 司法鉴定申请权	0.0064
3.2.2 复查频率	0.0061
1.2.1 全面评估与调查	0.0058
2.2.1 费用补偿	0.0058
6.2.2 生活救助	0.0051
4.3.2 监管能力	0.0043
1.3.1 提高律师参与程度	0.0039
6.1.2 康复场所建设	0.0038
6.1.4 制定康复计划	0.0038
1.2.3 信息保密与公开平衡	0.0032
6.2.3 法律保障与监督	0.0028

8.2 基于强制医疗程序优化指标体系的完善策略

8.2.1 决策层的完善策略

强制医疗优化指标体系中的 6 项一级指标为决策层。既往学者对决策层中强制医疗程序的启动及解除程序研究较多，但从研究结果的权重系数来看，从高到底依次为：强制医疗解除程序、强制医疗的交付与执行、强制医疗程序的启动、强制医疗费用、社区康复治疗和鉴定人出庭作证（详见表 52）。故从国家宏观角度完善决策层各项指标，在无法同时推进时，可以考虑根据权重系数设置优先级。在完善程序的手段上，决策层的优化依赖于国家立法、经费保障、配套设施建设及相关部门协作等方面。

微观层面，前期实证调研呈现出：全国各省份的经济发展不平衡，或地方政府治理能力不同，综合原因导致了强制医疗程序在不同省份所面临的主要困难可能也不相同。在国家层面还没有做出优化时，地方政府可根据实际情况出台地方性法规或行政规章。

8.2.2 准则层的完善策略

强制医疗优化指标体系中的 22 项二级指标为准则层，三级指标为备选方案，本研究将结合备选方案层的 50 项指标对准则层进行优化。

明确启动标准（1.1）

在公安机关、检察院依申请启动、法院依职权启动的模式下，应当进一步对公安机关和检察院判断“有必要”进行司法鉴定的具体情形做出明确规定。除此之外，办案民警和检察官还应对精神病性症状有所了解，对刑事案件涉案率较高的几类精神障碍掌握基本知识，对是否“有必要”做司法鉴定有初步的辨别能力。

完善庭审形式及内容（1.2）

由于强制医疗程序的适用对象特殊，故在没有专门法庭的情况下，“以鉴代审”情况较为突出，法官对于司法鉴定报告的意见多予采纳，极少有主动推翻的情况。个别重新鉴定的案件，也多为办案机关或当事人不服提出申请。基于此因，庭审中有必要对案件做全面评估与调查、严格证据审查制度、坚持信息保密与公开平衡。

完善法律援助及配套监督机制（1.3）

通过扩大法律援助的覆盖范围，确保符合条件的精神病人都能获得法律援助。通过建立专门的法律援助机构或团队，由具备精神卫生法律专业知识的律师为患者提供法律服务，服务范围应涵盖强制医疗的启动与解除全过程。以律师参与、社会监督等形式完善对强制医疗启动程序的监督。

规范司法精神病鉴定流程（1.4）

在权重系数中，分值最高的是“鉴定方法与标准”和“鉴定报告的内容”。目前，我国司法精神病鉴定中，主要以《国际疾病分类》（International Classification of Diseasees，ICD）第 10 版和《中国精神疾病分类方案》（Chinese Classification of Mental Diseases, CCMD）第 3 版为诊断标准，内容包括辨认和控制能力鉴定、受审能力鉴定、服刑能力鉴定、性自卫能力鉴定、民事行为能力鉴定等。现行鉴定模式对鉴定人的经验和专业水平要求较高，故在强制医疗案件中，有必要制定全国统一的司法精神病鉴定标准和操作规范，明确鉴定的程序、方法、时间限制等。鉴定机构和鉴定人员必须严格按照规范进行鉴定，确保鉴定结果的准确性和可靠性。

加强被害人权益保障（1.5）

从刑事诉讼法控辩平衡角度看，保障犯罪嫌疑人的权益一直以来呼声较高，但在强制医疗案件中，由于犯罪嫌疑人可能因疾病原因免于刑事处罚，导致被害人一方在情感上无法接受。关于被害人一方权益的保障，建议从知情权、参与权、对鉴定结果的异议权以及对司法精神病鉴定的申请权等方面加以完善。

明确鉴定人出庭范围（2.1）

经过两轮专家函询，对鉴定人出庭范围这一维度的完善最终保留为“特定案件”中鉴定人出庭。在法律层面，应该制定明确的鉴定人出庭标准，例如在当事人对鉴定结果有重大异议、鉴定意见对案件定性和量刑有决定性影响、涉及复杂的精神医学问题等情况下，鉴定人必须出庭作证。

鉴定人出庭作证的保障（2.2）

建议从以下两方面缓解鉴定人出庭难的状况：一是将鉴定人出庭作证产生的费用纳入办案经费当中，通过建立鉴定人出庭作证经济补偿制度，对其因出庭而产生的交通、住宿、误工等费用给予合理补偿；二是加强对鉴定人的人身安全保护，防止鉴定人因出庭作证而遭受威胁、报复等，减少鉴定人的顾虑。

强制医疗执行程序监督（3.1）

在权重系数中，外部监督（检察机关、社会、第三方机构）高于内部监督“强制医疗机构、上级主管部门”，故建议建立多部门联合监督机制，由检察院、第三方、卫生行政部门等共同对强制医疗执行程序进行监督。加强沟通协作，形成监督合力。在社会治理层面，建议开通投诉渠道，及时受

理强制医疗执行过程中发生的投诉问题。

增设强制医疗的定期复查制度（3.2）

确定复查的主体、明确复查时间间隔和内容，对患者的精神状况、治疗效果、社会功能等进行综合评估，向法院、检察院等相关部门提交复查报告，并将复查结果及时告知患者及其法定代理人、监护人。根据复查结果，及时调整治疗方案和强制医疗措施。

保障精神病人在执行期间的权益（3.3）

被强制医疗人员在执行期间，除上文所述增设强制医疗定期复查制度外，还应为其提供相应的医疗服务和生活保障。在权利救济方面，建议加入法律援助，充分保障被强制医疗人的申请解除强制医疗权和申诉权。

强制医疗的模式（3.4）

在这一指标中，经两轮专家函询，排除了“住院治疗与门诊治疗相结合模式”。近年来，探讨多元化强制医疗模式的呼声愈高，有学者建议在传统的强制医疗模式中加入门诊模式。由于该模式的实施难度较高，投入成本较大，因而住院治疗模式仍是主流。鉴于此种情况，建议各地依据人口比例配齐强制医疗场所的床位数量。

强制医疗的执行场所（3.5）

由于部分省（自治区、直辖市）强制医疗所床位不足，导致患者需要在精神专科医院接受强制医疗。受现实条件所限，医院无法为被强制医疗人员设置独立病房与活动空间，将其与其他患者分开，这在一定程度上增加了医院安全生产的风险。该情况应受到地方政府的重视并提高优先等级予以解决。

经费来源（4.1）

在司法实践中，公安、法院、医院垫付强制医疗费用的情况并不少见。关于经费保障方面，建议加大地方政府财政投入，将强制医疗经费纳入财政预算，通过设立专项账户，确保强制医疗工作的顺利开展。

设置强制医疗保险制度（4.2）

作为强制医疗政府专项经费的补充，可以借鉴俄罗斯等国家，建立强制医疗保险制度，将被强制医疗人员纳入医疗保险范围。保费可以由政府、企业和个人共同承担，确保被强制医疗人能够得到及时、有效的医疗救治。

监护人配合程度（4.3）

课题组在对强制医疗患者主治医师的调研中了解到，部分监护人认为患者被判处强制医疗后，无论医疗费还是监护权，均应由国家负责，这也导致很多被送入医院的强制医疗人员拖欠伙食费、无人探视，甚至联系不到家属。针对以上问题，建议加强对监护人的法律责任教育，明确监护人在强制医疗过程中的职责和义务。监护人应当积极配合强制医疗执行机构的工作，履行对患者的监护职责。

强制医疗程序司法化改造（5.1）

通过规范强制医疗的司法化，进一步优化强制医疗程序，包括规范听证程序、明确责任的承担主体。加强对强制医疗程序的司法审查，确保强制医疗决定的合法性和公正性。

规范强制医疗程序的认定标准（5.2）

强制医疗的认定标准包括医学上的认定标准和法学上的认定标准，即：病情严重程度和社会危险性两方面的评估指标。通过制定统一的强制医疗程序认定标准，明确精神疾病的诊断标准、社会危害性的评估标准、强制医疗的必要性标准等。

增加对于强制住院医疗的附条件解除强制医疗（5.3）

一是明确附条件解除强制医疗的适用范围和条件，对于病情稳定、社会危害性降低的患者，经评估鉴定符合解除条件的，可以附条件解除强制医疗。对于附条件解除强制医疗的患者，应列为社区“重点人”予以监管和防范，通过跟踪回访，定期对患者的情况进行检查和评估；二是建立附条件解除强制医疗的评估机制，由专业的评估机构对患者进行全面评估，确定是否符合附条件解除的条件。

完善强制医疗解除程序的救济途径（5.4）

建立强制医疗解除申诉机制，患者及其法定代理人、监护人对强制医疗解除决定有异议的，可以向上级机关申请复议或向人民法院提起申诉。赋予检察机关兜底性的申请解除权，在监督强制医疗执行的同时，对于符合解除强制医疗的患者，可代其行使申请权。

将患者纳入社区康复体系（6.1）

一是加强社区康复与医疗机构、强制医疗所的合作，建立患者信息共享机制和双向转诊制度，确保患者在社区康复和医疗机构、强制医疗所之间的顺利过渡；二是完善社区康复场所建设及其他医疗资源保障，包括场地、专业人员、医疗设备及专项经费等方面；三是为患者制定个性化康复治疗方案；四是建立评估与监督机制，定期对社区康复服务的效果进行评估和监督，及时发现和解决存在的问题。

完善强制医疗解除后的社会救助（6.2）

精神障碍患者多因常年治疗导致经济困难，加之被强制医疗后可能受到更多歧视，故应建立强制医疗解除后的社会救助制度，为患者提供必要的生活救助、医疗救助和就业援助等服务。同时还需加强对社会救助工作的管理和监督，建立社会救助资金的筹集、使用和管理机制，确保救助资金的安全和有效使用。

加强强制医疗与治安防控衔接的措施（6.3）

建立公安机关、卫生行政部门、街道、乡镇基层单位等多部门协同模式，充分运用严重精神障碍患者管理系统，通过建立强制医疗与治安防控的信息共享机制，加强对精神病人的管控和防范。同时，建立社区治安应急处置机制，对精神病人突发的治安事件能够及时、有效地进行处置。

9 不足和展望

本研究所采用的是管理学定性与定量相结合的方法。由于专家的专业、经验、思维方式等不同，通过德尔菲法得出的专家意见可能存在主观性。尽管课题组在人员筛选时，尽量寻找与本研究相关的各领域专家，但由于参与调研的专家集中于华北地区，地域不够分散，可能导致研究结果带有“地域色彩”，并不能很好地反映出全国各地的整体状况。这一点虽然通过文献研究和实证研究加以弥补，但仍缺少科学论证环节。以现阶段研究成果为基础，期望在后续能够整合资源、开展全国性研究。