



# 刑事诉讼中的“人”： 一种主体性研究

## 前沿话题

□ 左卫民 (四川大学法学院院长、教授、博士生导师)

### 一、问题的源起：“自动售货机”式司法还是自主性司法？

近年来，随着实证研究深入推进，我们发现，与实体法领域不同的是，尽管立法也在相当程度上得以践行，但刑事诉讼领域似乎在近四十年实践中已经逐渐形成了一套“实践中的法”。从“社科法学”的角度，我们甚至可以将其定义为一种自生自发并持续自主运行的机制，而非直接漠视或简单否定的“违法实践”。换言之，这反映出中国当代刑事诉讼运行机制的立法规划或改革设计与实践存在“两张皮”现象，即所谓的“书本上的法”(law in books)和“行动中的法”(law in action)之间的差异。

### 二、问题的成因：“理想人”与“社会人”的纠缠

(一) 立法理想主义与“自动售货机”式司法  
所谓立法理想主义，是指其追求一定的“未来式”诉讼价值，而立者希望在当下实现的愿景，所以其构建的是一种“should be”式立法。刑事诉讼的历次修改均带有这一特点。相应地，其往往忽视或回避了影响制度运行的现实因素，尤其是实践主体自身可能深刻影响到立法与实践契合的种种因素，由此导致了立法产品的功用与实践需求之间的偏差。

(二) 执法者人性与自主性司法  
在立法者看来，如果要准确实现自己的立

法目标与期许，则不得不从立法工作中排除执法者的个体因素。深刻影响实践机制的“人性”因素主要有司法人员的利益、能力以及价值观念三个方面。

1. 利益与司法  
对于执法者来说，其期盼通过执法活动实现自己职业愿望，相应地，对于职业成就、晋升等现实利益的追求也必然成为执法活动基本出发点之一。然而，立法本身理想化时，执法者必然从利益最大化的考虑出发，选择性地地法。实践中，利益最大化似乎已经成为普遍选择。

2. 能力与司法  
在客观条件未发生重大变化的情况下，执法者在一段时间内的司法能力总是恒定的。然而，立法似乎并未充分考虑执法者的能力因素，或者假定执法者必然有能力实现立法，从而易以一种高姿态、高标化去规定并要求执法者按照自己的预期行事，于是立法任务或改革目标与执法者的能力不匹配成为常态。

3. 价值观念与司法  
整体而言，执法者的司法价值观是现实主义、语境的，这当然不同于旨在改造世界的立法取向。所以，当这种价值观与立法的目标、目标产生冲突时，执法者便面临着两难抉择：一端是支撑自己价值观念的现实环境或世俗世界；另一端则是带有明确支配命令的正式制度规则。二者皆为执法者之必需，为了维持这种平衡，可行的结果便是正式的规则体系和现实主义的价值观相妥协。

### 三、问题的出路：关注刑事诉讼中的“人”

(一) 转向凸显主体性的刑法学研究  
第一，刑事诉讼研究的教科书、学术著作

等应该专门研究刑事诉讼中的“人”。以经典的教科书而论，我们有专门研讨各种诉讼机构的章节，也有从传统角度论述诉讼参与人的诉讼权利义务的章节。但是，这些研究基本上是法教义学式的，研究诉讼中包括执法者在内的“人”，特别是制衡其行为的各种主体性因素，尚付阙如。刑事诉讼的学术论著也大体如此。改变之道是：必须明确专门的主体论或者说“人论”在整个刑事诉讼理论体系、经典教科书中应该占据不亚于法条的位置。所以，刑事诉讼理论包括教科书等均应确立专门的“主体篇章”，用实证研究和“社科法学”范式分析执法者的各种因素是如何发挥影响力的。

第二，具体分析执法者的司法价值观、个体职业利益、司法能力在刑事诉讼操作的具体功能。执法者并非铁板一块，而是复杂、多样的，全国范围内存在行业、区域、层级、个人情况的巨大差异。例如，法科毕业的年轻法官和久经沙场的资深警察对待非法取证的态度和做法往往差异颇大。研究执法者必须看到其群体内部的丰富性，既要秉持“常人”而非“理想人”的认知，也要注意到高标准的理想型执法者、低标准的标外型的“违法者”往往并存的局面。

第三，深刻把握与执法者相关的各种因素在多大程度上影响到刑事诉讼的运作，特别是正确区分执法者相关因素中的正面、负面性，从而为刑事诉讼立法和司法改革的推行提供有效的智力支持。首先借助定性研究的方法，准确地找到问题的根源，再将刑事司法实践中的问题以数据、量化的方式予以呈现，借助数理分析、计量研究的统计方法，科学地揭示现象与各相关因素之间的关系，建立变量之间的关系模型。

### (二) 打造一体化的刑事诉讼法体系

#### 1. 正视执法者的合理诉求

对大多数执法者而言，司法工作首先是一份养家糊口的“饭碗”，其次才是一份专业化的“职业”，最后才是一份令人神往的“志业”。在很大程度上，他们只希望在具有可期待利益的前提下通过司法工作实现自己的理想或者抱负。从立法者的角度来说，将自己的期许或意识形态融入立法产品当中是无可厚非的，打造一部“should be”的法律也是立法者的本职工作。但是，在考虑与斟酌立法如何“should be”之余，同样应当关注法律“would be”的问题，即执法者是否愿意执行的问题。

#### 2. 考虑执法者的实际能力

如果说要求立法者正视执法者的利益与价值观，是为了解决执法者是否愿意执法这一问题的话，那么规定可为操作者接受的立法，则是法律能否被执行的问题。在这个意义上，执法者的实际能力决定了法律规则体系能否被接受并顺利地执行。因此，准确衡量与判断执法者的实际工作能力与水平，确保立法能够得以被司法官员客观实现，应当是立法者的首要工作之一。

为此，有以下两点需要注意：第一，以执法者能力为限度，合理设定立法或改革目标，延长立法或改革的试点期限，为决策的全面铺开留足试错时间与空间。在进行有可能触及刑事司法根基问题的变革时，立法者应当在坚持“挑典型、长时间”原则的基础上，广泛地开展试点工作，应当充分考虑国内经济发展不平衡、区域差异大这一基本现实，进而针对不同的社会、经济背景，挑选出处于不同层次的具有代表性的若干区域展开长时间的试点工作。第二，完善配套措施，重视激励。需要承认的是，并非所有的立法或改革目标都能够精准地确定在执法者实际承受范围之内，其中的部分内容必然会超过后者的实际能力，因此，可以考虑通过激发执法者意愿的方式，进而使得执法能力得以提升。例如，可考虑大幅增强对执法者的各种职业保障尤其是各种激励，从而在物质层面上激发执法者的意愿。

(文章原文刊载于《中国法学》第五期)

## 观点新解

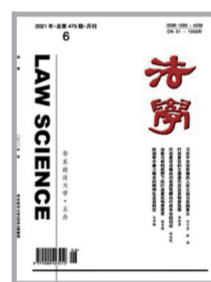
### 彭岳谈数字贸易治理—— 存在数据规制与贸易规制两类路径



南京大学法学院彭岳在《比较法研究》2021年第4期上发表题为《数字贸易治理及其规制路径》的文章中指出：

数字贸易治理存在着两类主流规制路径：数据规制与贸易规制。前者围绕跨境数据流动而展开，具有多元性和灵活性；后者以推进贸易自由化为目标，具有主权性和互惠性。理论上，数据规制和贸易规制均可被用来协调各国在数字贸易治理方面的冲突，但哪一类规制路径更适于调整数字贸易问题以及如何在国际层面更好地协调各国规制措施，将影响到各国进行国际合作的成效和前景。当前，国家间订立一个综合性的数据条约不具有可行性，而通过贸易协定全面纳入数字贸易治理条款有使数字经济脱嵌于国内社会关系的危险，以WTO体制为代表的有限全球化策略仍是最佳替代方案。

### 高通谈有专门知识的人出庭功能多元化发展—— 契合我国刑事诉讼结构的发展趋势



南开大学法学院高通在《法学》2021年第6期上发表题为《刑事诉讼中有专门知识的人出庭功能多元化之检讨》的文章中指出：

为确保有专门知识的人出庭与我国职权主义鉴定制度相适应，刑事诉讼法对有专门知识的人出庭的功能做了严格限定。但司法实践中有专门知识的人出庭功能出现多元化发展态势，这与我国控辩对抗程度强化、鉴定救济机制运行不畅、鉴定人出庭率不高及实践中对鉴定内涵的不当限定有关。有专门知识的人出庭功能的多元化发展在一定程度上契合了我国刑事诉讼结构的发展趋势，但也表明我国职权主义鉴定制度已不能完全适应刑事司法实践发展的需求。我国应当适当强化有专门知识的人出庭的功能，并从专业审查、出庭要求、参与鉴定程序等方面完善有专门知识的人出庭制度。

# 美国2020年杀人发案率急剧上升

## 域外法治

□ Priya Krishnakumar  
□ 谢望原 编译

最近，美国联邦调查局发布的2020年度《统一犯罪报告》(UCR)显示，美国杀人案数量较2019年增加了近30%，这是该机构自20世纪60年代开始追踪这些犯罪以来有记录的最大单年增幅。

该报告与夏季公布的初步数据相当，报告还显示，2019年至2020年期间，暴力犯罪率增加了5%。但2019年至2020年，联邦调查局报告的总体犯罪率下降了约6%。

2020年，美国有超过2.1万起杀人案报告。联邦调查局公布的数据显示，2020年的杀人案是自20世纪60年代开始追踪这些罪行以来的最高单年增幅。

2020年有超过21500起杀人案，这是自20世纪90年代中期以来单一年份发案最多的。2020年的谋杀发案率约为10万分之6.5，比20世纪80年代和90年代低了约40%，那一时期美国的杀人案达到了顶峰。

根据该报告，2020年的杀人案数量在夏季

开始上升，在6月和7月达到顶峰，此后仍保持在水准。

《统一犯罪报告》是美国关于犯罪的最官方、最标准化的报告，但来自《统一犯罪报告》的数据所描绘的并不是一幅完整的画面。每年联邦调查局都会从全国各地的执法机构收集犯罪统计数据，以创建其年度报告，但一些机构不需要提交他们的数据。许多机构没有参与此项活动——2020年，超过18000家机构中约有15875家机构向联邦调查局提交了数据——参与率为85%。

数据发布的时间和它所覆盖的时间框架之间，也有一个显著的滞后时间。联邦调查局在2020年年底9个月后才发布了完整的报告，虽然其初步报告显示2020年杀人案增加了25%，但包括纽约、芝加哥和新奥尔良在内的几个大城市都没有提交数据。

最近，联邦调查局改变了其报告系统，这可能会对机构未来能够发布的数据量产生负面影响。2021年度的《统一犯罪报告》将基于一个被称为“全国基于事件的报告系统”(National Incident-Based Reporting System, NIBRS)的收集系统，它允许各机构提交每种犯罪的详细信息，包括关于受害者的信息以及罪犯和受害者之间的关系。

然而，机构收集和报告如此详细的数据非常困难，这可能会影响参与机构的数量——只有不到10000家机构在2020年提出了报告数据。

联邦调查局2020年开始发布全国性的季度犯罪报告，但在2021年前两个季度还没有这样做，当局要求至少60%的机构提交“全国基于事件的报告系统”数据，以公布季度数据。根据联邦调查局的数据，今年只有不到10000家机构报告了“全国基于事件的报告系统”的数据，仅占美国人口的53%。

转向“全国基于事件的报告系统”之际，不断上升的杀人案表明，在联邦一级更需要一致的数据收集。

但联邦调查局公布的数据与对美国各地大城市进行的其他独立调查有关。调查美国34个主要城市的全国刑事犯罪委员会还发现，2019年至2020年间，杀人案上升了约30%。

杀人案的增加似乎源于枪支暴力的激增。根据追踪美国枪支相关暴力的非营利组织“枪支暴力档案”(Gun Violence Archive)，2019年有39538人死于枪支暴力，而2020年上升为43559人。2019年至2020年，杀人或意外枪支暴力死亡人数增加了近4000人。《统一犯罪报告》称，2020年报告的杀人案中，约有77%与枪支有关，高于2019年的

74%。目前，还没有建立联邦枪支销售数据库，但其他独立调查发现，在Covid-19(新冠肺炎)疫情大流行期间枪支销售量飙升。

虽然2021年度《统一犯罪报告》可能要到2022年中后期才会公布，但其他追踪主要城市杀人案的组织认为，2021年的杀人案可能会比2020年更多。然而，杀人案的增长率似乎正在降低。

刑事司法委员会(NCCJC)2021年第一季度的报告发现，杀人发案率较2020年夏季的峰值有所下降，但仍高于前几年第一季度。AH Dataytics咨询公司——该公司今年迄今跟踪了87个主要城市的杀人案，其数据显示，2020年至2021年间，杀人发案率增加了10%，低于2020年30%的增幅。

《统一犯罪报告》和刑事司法委员会的研究还发现，在美国有近20年的犯罪下降趋势之后，总体犯罪率在2020年继续下降。这次犯罪减少，包括许多形式的财产犯罪，如抢劫、夜间入室盗窃和盗窃，普通犯罪在2020年新冠肺炎疫情大流行开始期间明显下降。

# 执法司法协作是依法从严打击证券违法活动的关键

## 前沿关注

□ 丁福灵

中共中央办公厅、国务院办公厅首次联合印发《关于依法从严打击证券违法活动的意见》，明确要求加快健全证券执法司法协作体制机制，加大对重大违法案件的查处惩治力度。目前，证券领域“行政处罚+民事赔偿+刑事惩戒”的法制供给闭环已经形成，执法司法机关已开展了多维度合作，营造了良好的协作氛围。但要落实“建制度、零容忍、不干预”的要求，证券执法司法协作的深度、广度、紧密度仍有待加强。实践中证券执法司法协作呈现出“四多四少”的特点，即单个部门间协作多、多个部门联合协作少；同级别横向协作多、跨级别纵向协作少；个别地区协作力度强、部分地区协作力度弱；特殊事项触发协作多、常态化协作少。为依法从严打击证券违法活动，提高执法司法威慑力，完善立体追责体系，有必要进一步提升执法司法协作质效。

定位精准化是证券执法司法协作的重要前提。要充分发挥执法司法协作机制的功能，首先需要准确定位证券监管部门、法院、检察院、公安机关等在协作机制中应遵循的原则和工作职责。原则明确有利于执法司法机关在协作中把握方向，如证券监管部门作为国家机关，应遵循法无授权不可为，而法院等司法机关则应“既到位又不越位”。职责明确有利于减少推诿，提高协作效率，充分发挥各自优势。证券监管部门应严格依法打击证券违法活动，充分评估行政执法行为对司法活动的影响，围绕中心大局全面研判，而法院等司法机关应平衡好司法审查与尊重行政机关自由裁量权的关系，既监督又支持，做好司法服务与法制保障。

制度统一化是证券执法司法协作的根本保障。目前，证券执法司法衔接协作机制分散在各类文件中，执法司法机关的职责、协作流程、工作要求等尚不统一，建议参照《食品药品行政执法与刑事司法衔接工作办法》《安全生产行政执法与刑事司法衔接工作办法》等领域经验，形成证券领域执法司法协作工作办法，为证券执法司法协作的开展提供制度依据，畅通协作环节，提升

协作的统一性、权威性。

合作专业化是证券执法司法协作的切入点。证券市场日新月异，新形势扑面而来，新问题层出不穷，民法典、刑法修正案、证券法、行政处罚法等相继出台或修订，不断考验着证券执法司法的专业化水平。目前，证券执法司法领域仍有许多疑难杂症，以虚假陈述类案件为例，立案登记制改革后各地司法机关目前的做法并不统一，部分司法机关不再以刑事、行政追责为民事追责的前置条件，如何准确认定“揭露日”关系着虚假陈述案件的时效、赔偿范围计算等问题，有必要强化专业领域的深耕、协同，加强对个案、类案复杂问题的共同研判，从行刑民多个角度综合权衡，形成较为统一的执法司法尺度，提升立体追责的综合社会效果。

机制常态化是证券执法司法协作的落脚点。证券市场牵一发而动全身，需要执法司法部门紧密配合，将协作机制常态化，促使协作便捷、高效。一是建立权责清晰、层次分明的信息共享机制，在遵守工作纪律、保密规则等要求基础上明确可以共享的信息类型及共享程序，探索定期信息共享机制，提升执法司法机关之间的信息透明

度。二是强化沟通顺畅、流程便捷的日常联络机制，促使执法司法机关加强交流，定期交换执法司法政策导向，增强观念共鸣，提升执法司法统一性。三是完善重大事项、疑难事项的专项会商机制，针对社会影响较大、争议较多的证券违法活动开展前置性协商，充分发挥执法司法部门各自的优势，加强预判研判，提高执法司法活动的前瞻性。四是构建定期轮换、发挥专长的人才交流机制，加强专业人才的培养和联动，充分发挥专家学者“智囊团”的支持作用，不断提升执法司法专业性。

平台技术化是证券执法司法协作的发力点。2011年《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》就要求充分运用现代信息技术实现行政执法机关、公安机关、人民检察院之间执法、司法信息互联互通。近年来，科学技术的发展，多媒体的应用、数据算法的运用，为执法司法协作从线下到线上同步提供了可能性，为执法司法协作开展探索了平台化、数字化、智能化等新路径。平台技术化是证券执法司法协作的发力点。2011年《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》就要求充分运用现代信息技术实现行政执法机关、公安机关、人民检察院之间执法、司法信息互联互通。近年来，科学技术的发展，多媒体的应用、数据算法的运用，为执法司法协作从线下到线上同步提供了可能性，为执法司法协作开展探索了平台化、数字化、智能化等新路径。平台技术化是证券执法司法协作的发力点。

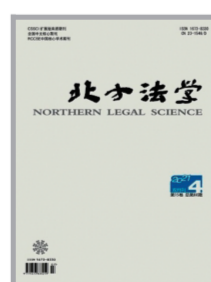
### 贾银生谈网络服务提供者的刑事归责—— 需以技术功能上的层次分类为基础



西南科技大学法学院贾银生在《法律适用》2021年第6期上发表题为《类型重塑与体系协调：网络服务提供者的刑事归责路径》的文章中指出：

网络服务提供者如何妥当刑事归责，需以技术功能上的层次分类为基础，从刑事政策、法域融合、新型罪名适用上进行体系检讨。就其分类，宜采取“三层分类法”予以重塑。就其刑事归责，因风险控制能力与监管义务的不同，首先精准调整指引引入罪解释的刑事政策。在此基础上，以“同一法律事实”所涉具体规范目的是否一致为逻辑起点，结合违法判断的正向路径与法律效果权衡的逆向路径，来避免“以刑代罚”和民法典时代的“刑民倒挂”。更进一步，以技术功能为基础，以疑难争点为核心、实质性、个别化解释相应法定义务、分类、分情形厘定网络帮助行为的性质等，从而确保新型罪名适用的和谐。

### 刘宇谈间接后果主义的类案判断程序—— 有助于缓解疑难案件的任意性特征



中国矿业大学(北京)文法学院刘宇在《北方法学》2021年第4期上发表题为《间接后果主义的类案判断程序研究》的文章中指出：  
“准确高效的类案判断程序是进行‘类案类判’的必要前提和重要保障，有助于保证司法公正和避免裁判的任意性。传统的类案判断程序在疑难案件处理上需要借助经验或价值选择，难以摆脱任意性的困境。间接后果主义的类案判断程序以判决指引的行为作为比较点，通过影响行为后果评价的因素确定案件的相似性程度，最终依照关键事实进行类案判断。如此，有助于缓解疑难案件的任意性特征，从而更好实现类案类判的司法价值。”