

二十一世纪法学热点系列

On 刑事

司法论

Criminal Justice

● 李永红 著

中国检察出版社

刑事司法论

李永红 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法论/李永红著. —北京: 中国检察出版社, 2006
ISBN 7-80185-573-6

I. 刑… II. 李… III. ①刑法-研究-中国 ②刑事诉讼法-研究-中国 IV. ①D924.04 ②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 027451 号

刑事司法论

李永红 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 9.375 印张

字 数: 256 千字

版 次: 2006 年 4 月第一版 2006 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-573-6/D·1548

定 价: 22.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

本书获浙江工业大学专著与研究生教材出版基金资助

(基金编号 20050109)

前言

本书是笔者对近8年来从事刑事司法实务和法学教学研究工作的相关思考的系统总结。1988年，笔者大学毕业进入检察院从事刑事司法和法律监督工作；10年后，也许是1997年前后我国刑事两法的系统修改和修订激发了社会各界对刑事司法领域所存问题的兴趣，学界、官方和民间对刑事司法改革的关注热情极度高涨，一些极端事例的发生和披露更是推波助澜，一些冠名“司法研究中心”的学术机构普遍建立，研究司法实务和司法改革的课题、专著和论文明显增加，似乎一夜之间便把法学界、法律界对法的兴趣从法律创制（立法）扭转到了法律实施（司法）上来。而各方关注的焦点却几乎一成不变地停留于司法体制本身，对相关法律规范、司法理念和实务操作较少系统地观察、分析和论证。因此，司法的改革虽然看来没有停止，但是却未见根本改观，以至如何在全社会实现公平正义仍然是当今改革的努力目标。

本书研究与刑事司法相关的四个方面内容：作为刑事司法法律依据的刑事法律规范，作为刑事司法权力和权利配置的刑事司法体制，作为刑事司法精神构造的司法人员刑事司法理念，作为刑事司法权力和刑事诉讼权利运行机制的刑事司法程序。

在规范部分，重点研究了刑事诉讼法的位阶、位序、价值、来源和范畴，刑事司法视野中的刑事实体法中罪刑法定原则的具体表现和实现问题。

在体制部分，提出刑事司法公正的实现需要司法自治、司法民主和司法独立，以解决制约我国刑事司法的知识、伦理、物质条件问题，司法运行的精英化与司法公正社会需求的大众化之间的矛盾，司法的专业化与司法体制外其他各种权力的关系问题。

在理念部分，提出权利主导、自由优先、法律至上、司法效率

和法律进化应当成为刑事司法人员的主导价值观念，以在刑事司法领域切实尊重和保障人权，通过司法人员的正确理念，引导司法行为，使法律、司法与社会保持和谐。

在程序部分，重点探讨了审判前程序中的立案、侦查程序，刑事司法中的法律漏洞与法律适用和死刑复核程序问题。

李永红

2006 年 1 月

目 录

XING SHI FA LUAN

前言	1
----------	---

第一编 规范：司法视野中的刑事法

第一章 法律特征重述及其对刑事司法的意义	3
第一节 什么是法律 /3	
第二节 法律的特征 /13	
第三节 刑事法的界限 /28	
第二章 刑事程序法——位阶、位序、功能、法源与范畴	35
第一节 位阶：作为基本法律的刑事诉讼法 /36	
第二节 位序：作为后盾法律的刑事诉讼法 /40	
第三节 功能：作为程序法律的刑事诉讼法 /42	
第四节 法源：刑事隐性程序与刑事司法 /46	
第五节 内容：刑事程序法学的范畴体系 /58	
第三章 刑事实体法——罪刑法定与刑法法治化	67
第一节 宪政之维：罪刑法定原则的精神内核 /68	
第二节 自身规定性：刑法总则对罪刑法定原则的规定 /73	
第三节 罪刑规格化：刑法分则对罪刑法定原则的落实 /75	
第四节 程序保证：非实体法律规范对罪刑法定原则的支持 /80	
第五节 价值权衡：对“刑事优先”理论的合理限制 /82	

第二编 制度：司法公正的体制保障

第四章 司法公正与制度设计	91
第一节 制度的意义 /91	
第二节 公正的含义 /95	
第三节 司法与司法公正的内涵 /97	
第四节 司法不公的现实表现及其原因 /110	
第五章 司法自治：司法公正的精神与物质基础	115
第一节 司法自治的知识基础 /116	
第二节 司法自治的道德基础 /120	
第三节 司法自治的物质基础 /122	
第六章 司法民主：司法公正的权利与权力资源	127
第一节 公民权利对司法权力的制约 /127	
第二节 司法权力依照程序分工行使 /134	
第七章 司法独立：司法公正的体制与宪政屏障	143
第一节 司法独立的内涵 /144	
第二节 关于司法独立的比较研究 /151	
第三节 司法独立的宪政屏障 /155	

第三编 理念：刑事司法人员法律意识研究

第八章 影响司法理念的几个因素	173
第九章 当代中国语境中的司法理念	177
第一节 何为司法理念 /177	
第二节 理念与情感、信仰 /178	
第十章 权利主导理念——法的真理尺度的观察	180
第一节 权利界分：司法民主理念 /181	
第二节 权利界限：权力法定与权利推定理论 /183	
第三节 权利关系：权力为手段，权利为目的 /186	

第十一章	自由优先理念——伦理尺度的观察	188
第一节	自由与秩序的统一与冲突 /188	
第二节	为什么要树立自由优先的司法价值观? /191	
第十二章	法律至上理念——社会学视角的观察	195
第一节	秩序追求下的法律至上 /195	
第二节	法律至上理念的运行 /201	
第十三章	司法效率理念——经济学角度的分析	206
第一节	公正追求下的司法效率理念 /206	
第二节	司法效率理念的运行 /212	
第十四章	法律进化理念——历史学角度的分析	219
第一节	法律进化论 /219	
第二节	关于“法官造法” /221	

第四编 程序：刑事司法正当程序的具体考察

第十五章	刑事立案程序及其检察监督	229
第十六章	刑事侦查陷阱及其法律规制	237
第十七章	刑事司法中的强制措施及其完善	246
第十八章	行政推定在刑事司法中的可采性问题	256
第十九章	刑事司法中的法律适用与法律漏洞	260
第二十章	刑事司法正当程序的背离与回归——以死刑 复核程序为例	271
结论		280
参考书目		283

● ○
第一编
○ ●

规范：司法视野中的刑事法

第一章 法律特征重述及其 对刑事司法的意义

第一节 什么是法律

时间究竟是什么？没有人问我，我倒清楚，有人问我，我想说明，便茫然不解了。^①

——奥古斯丁《忏悔录》

法学者们还在为法下定义。

——康德《纯粹理性批判》^②

研究刑事司法，首当其冲的问题便是所司之“法”事实上是什么和价值上应当是什么的问题。

“法”或“法律”的概念与“时间”概念一样，人人生活其中，相信它的存在却又难以定义。古往今来，对“法”的定义到底有多少种，恐怕没有人能够说清楚。任何一本以法现象为研究对象的著作都试图对此作出贡献，但是却没有一种定义能够令人完全满意。于是，有人想出了一个美妙的主意：不给“法”下定义！它的内涵实在难以把握、外延也不易确定，与其画虎成猫，还不如暂时留下想像的空间，迂回包抄，定义于无形之中。

法的概念如何定义，即法律是什么和法律应当是什么的问题，

^① 奥古斯丁：《忏悔录》，周士良译，商务印书馆1963年版，第242页。

^② [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第29页。

这个类似奥古斯丁式的疑问，又必须成为法学尤其是法理学的开篇首问，定义的艰难并不能成为退却的理由。我们还是要揭示法的奥妙。以这样一个众说纷纭的问题开篇，是否值得？换句话说，为什么必须首先研究法的定义？从逻辑学的角度看，如果法学不能首先解决法的概念如何定义的问题，那么其他法学判断和推理将失去基础、无法展开。回首历史，可知法学是一门既古老又永葆青春的学问，它走过了与人类法律生活一样漫长的历程，无数的人们（既有学界的大师，又有民间的业者），都曾以自己的方式对法进行解释，试图从此出发找到法的真理。“对法的定义，学者们争论不休。其中主要是自然法学和实证主义法学之间的对立：自然法学认为，法（至少是其‘最高原则’的核心）是直接源于自然、人的本质或者‘造物规则’。人们称这种内容随历史而变化的法为自然法，它应当存在于万事万物的本质中，而不是由国家的立法者来制定。因此，正如其定义所示，它在内容上不依靠立法者，在适用上独立于国家的立法行为。与此相反，另一种观点认为，法是权力机关根据宪法的规定所制定的法。通说认为，在议会民主中，这样的观点是被道德认可的，即由多数人决定法应该是什么。”^①

迄今为止，无论是中国还是外国，还没有一个为整个法学界公认的统一的法概念，这固然会给初学者带来困惑，因为人们总是受到天生的刨根问底的好奇心驱使，一进入法学院的大门，就想立即知道这个令自己为之托付四年青春时光甚至可能终生与之打交道的“法”到底是什么。不幸的是，法学尚不能满足这种愿望，尽管这个愿望一点儿也不奢侈。但是，进一步的研究之后，人们发现，正是这个令人无法获得共识的概念，它不但会使初学者着迷，也同样令那些学富五车、著作等身的法学者执著。“通过研究众多的法律定义，你能够获得更为深刻的理解。每一定义都包含了它的提出者智慧的火花，每一定义都由于排除了无法解释的东西而导致其见地

① [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第30页。

的局限性。例如，法律可被定义为规则的体系、对官方肆意胡为的遮掩、价值探究的论坛、解决冲突的社会机制、精英的权力把戏或者是对公意的反映、压制。这些偏颇的解释为研习法律提供了有益的线索。跨越多种解释的思考，有助于更加清晰地理解，因为对立的思想观点造成的紧张状态，为法律提供了生气与活力。这种紧张状态在法律的学习中产生相似的冲突，这些学习者都热衷于寻找解释法律的最佳方式。然而，这种紧张状态也使得法律学习成为一种独特的教育经历。”^①

一、语源学解读：中西法律词源含义的差别

欲知法是什么，先得了解它的来源，它在不同时代、不同国度都是以什么名称存在着；然后为了实用的目的，我们再选择好一个角度，从无限复杂的法现象和法历史中，截取其中一段，加以准确地描述，以便为我们进一步的学习提供一个大致确定的前提。

法这一词语的最初含义是什么，学者见解分歧严重，连一向以通说为内容的法学教科书也没有了统一的表述。争议的焦点问题是：中文的法字在远古时期是否具有公平正义的义项？不少的法学教科书在讲到“法”的语源时，认为中文的“法”与西文相对应的法一样，具有应然的价值（公平正义）和实然的规范两层含义。^②同时，也有的著作认为，这种理解是不太牢靠的，中国自古以来，法、律同义，只有惩罚、禁止等意义，而无权利、正义之含义，“仅从词源的角度而言，单独用‘法’不对译西文语系中法所指称的丰富内容是有一定难度的。”^③

作为思维形式之基本元素的词语所表达的概念，是以文字的形式存在着的。作为法学研究对象的“法”，远古时期曾写作“灋”，

① [美] 博西格诺等：《法律之门》（Before the law），华夏出版社2002年版，第3页。

② 张文显：《法理学》（第2版），高等教育出版社2003年版，第54页。

③ 孙笑侠：《法理学》，高等教育出版社2004年版，第21页。

多达 21 个笔画。关于汉字形体的构造,古代有“六书”说(如许慎的“指事、象形、形声、会意、转注、假借”),现代则大多为“三书说”(如“表意、形声和假借”三书说)^①。在当今人类世界,在千百种文字中,惟汉字这种立体文字具有强大且无比丰富的沟通古今的文化功能。“汉字是现在世界上硕果仅存的具有持久生命力的表意文字,它源远流长,文化内涵丰富,是中国文化的重要组成部分,也是中国文化的一个重要标志。有学者认为,‘方块汉字作为一种信息载体,是中国文化的缩微系统’。象形字、会意字、指事字所承载的语意可以通过分析字形而获得,形声字具有二元结构的特点,它的意符是信息储存体,它的声符是信息识别体,有的意符还兼有承载语意的功能。汉字的富集性信息载体的功能是线形拼音文字所没有的。所以通过对汉字的分析,可以获取有关中国古代历史文化的很多信息,可以增加编辑对传统文化的了解。”^②因此,通过对汉字“灋”的义项的辨析有助于我们揭示中国古人对法现象的理解。

一旦提起法的语源,几乎所有的法学教科书都会提及中国首部字书《说文解字》对“法”字的解说。在该书的《廌部》,许慎写到:“灋,刑也。平之如水,从水。廌所以触不直者去之,从廌、去。”“廌,解廌,兽也,似山牛,一角。古者决讼,令触不直。”“灋”由“氵”、“廌”和“去”组成,表示的意义是:具有判别能力的神兽“解廌”,以其角顶触理亏者,使审判像水一样公平,从而“去”除罪恶。今人无法亲历或重现远古时期的法律生活,但是,独特的汉字却将那时的司法场景凝结在 21 个笔画所组成的“灋”字内。在人类文明的童年时期,由于科学的不发达,人类认识事务本质的能力极弱,但是,纠纷的真相必须查明,官司必须了断。于是,世界各地、各民族均出现了“神明裁判”制度。“灋”字再现的正是中国远古时期以动物等断案的法律文明场景,

① 参见何九盈:《汉字文化学》,辽宁人民出版社 2000 年版,第 179 页以下。

② 郭康松:《“六书”与文字编辑工作》,载《出版科学》2003 年第 4 期。

这种显然不可能找出真相的裁判方式之所以被称作文明，是因为它相对于纠纷双方以同态复仇等方式所进行的私力解决而言，纠纷终于可以诉诸中立于两造的第三方，由其采取一个纯粹客观的方法来定纷止争，显然为当时的人们所接受。同一部书对“律”的释义为：“律，均布也。”清段玉裁著《说文解字注》说：“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布也。”自秦汉始，法、律即同义，法典多称律；清末民初，法、律合称“法律”。

如前所述，在法学界通常认为，以今天的眼光审视“灋（法）”的中文词源，其本义与现代法治中的法或西语中相对应的法相较，优劣兼备（其实，词源本身并无优劣之分，惟虑及其对今人法律意识养成之影响，方得称其优劣）。这种观点认为中文词源中的“灋（法）”和“律”意有三大优点：一是它强调公平：平之如水，故从水；二是它强调正义：所以触不直者去之，故从去，直即正义；三是它强调规范：律，均布（音乐中调律的工具，表征法律的规范和谐功能）也。然而，这种认识是不太牢靠的，在学术上还存在争议，有人认为说“灋”字具有公平正义的义项很有可能是后人牵强附会的理解。因而，认为“灋”具有前述三项优点的理解是否科学地探知了“法”含义的真正源泉，前述三端是否真的为中国“法”字自始就有的“基因”，这仍然是一个问题。按照蔡枢衡的考证，中文的“法”字在其词源上与“废”、“逼”、“伐”音义相同或相近，而废、逼、伐均与公正无关，几乎尽为刑罚、禁止、剥夺之意。所谓“平之如水”一说更被其认为是“后世浅人所妄增”，法之所以从水，是令有罪之人随水漂流而去之意，近似于后世或者现今的“流放”、“驱逐”，仍然是惩罚功能的体现，无关公平这一美好的价值。^①

① 这种学术争议参见朱苏力：《“法”的故事》，载许章润主编：《法律的中国经验与西方样本》，广西师范大学出版社2004年版；张永和：《“灋”义探源》，载《法学研究》2005年第3期；另见蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第5-6、41、170页。

除了“灋”字是否具有公平正义这一义项存在争议外，学界对中文“灋”字的规范含义的理解是大体一致的。以下两端是中文词源中的“灋（法）”无争议的内容：

一是以刑为本。“法，刑也”，此种解释表明古人对法的理解便是那个人见人怕的“刑”字。现代的法理念认为，法律当以权利为本位，义务（负担）是权利（利益）的手段，责任（法律后果）是权利和义务的保障。而规定权利的法律主要为民法（私权利）、行政法（公权利）和社会法（社会权利）。三者之上为根本法即宪法，三者之后为后盾法即刑法。既然权利本位，则法律当以民法为本，而以刑法为末。而中文“法”的词源本意却为“法，刑也”，与今天的法律理念相较，实属“本末倒置”。但是，该种远古的释义自具其历史的合理性。梅因曾有言：“衡量一国文明程度之高低，观其刑法与民法的比例便略知一二；大凡刑法发达于民法的国家，必是不开化或者半开化的国家，而民法发达于刑法的国家，则为开化的文明国家。”因远古的中国，自奴隶制到封建制，均为农业经济，人们依附于土地，无地者便依附于有地者，且商业经济从未走入正统，商人在任何朝代均不入流，这种生存状态易滋生出专制政治和人治德治方略，在此状况下，法律自然就成为专制统治的手段和工具，法律无法获得至尊的地位。值得注意的是，“法”字本源意义的语境今天已不复存在，但是，它却以强大的惯性仍然遗留于人们的观念之中，并进而体现在行为里面。这成为今天官方和民间无法对法律形成正确认识的文化根源之一。

二是神明裁判。古代科学之落后，使人无法认清事物发展演变的因果关系，而法律在生活之中适用，即司法案件的处理，必然以查明案件事实为前提，案件事实的核心是“人的行为”与“损害结果”之因果联系，这是将后果归责于特定人的客观前提。由于人类处于童年期，愚昧无知，却又不得不解决那些违法的事件，于是便形成诸多在今人看来实在奇怪的解决方法。比如，若某人突然死亡，则路过之人往往被认为是死亡发生的罪魁祸首。这就是误将现象之间偶然联系当作了它们之间的因果关系。将讼争事实的认定