

◆ 游伟 / 主编

上海交通大学出版社

理念与实践

面向我国刑事司法

上海刑事法学者主题演讲

华东政法学院司法研究中心规划项目

理念与实践：面向我国刑事司法

上海刑事法学者主题演讲

主 编 游 伟

副主编 龚培华 王恩海

上海 交通 大学 出版 社

内 容 提 要

本书为上海市刑事法学界 10 位知名专家学者的现场演讲录。他们从各自擅长的刑事法学研究领域出发,选取目前刑事司法中的热点问题,运用深入浅出的语言和生动活泼的表达方式,或概括阐述、或针砭时弊、或评议启发,为读者了解刑事法学学术观点、刑事司法前沿课题,培养刑法思维和理念提供了途径。

10 篇演讲内容丰富,理论与实例相印证,可供法学界,尤其是刑事法学界的研究人士、大专院校师生和司法实践工作者阅读;也可作为法学学生培养法学思考方式的参考读物。

图书在版编目(CIP)数据

理念与实践:面向我国刑事司法:上海刑事法学者主题演讲/游伟主编. —上海:上海交通大学出版社, 2007

(刑事法前沿文丛)

ISBN 978 - 7 - 313 - 04595 - 9

I. 理... II. 游... III. ①刑法 - 研究 - 中国②刑事诉讼法 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 04②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 119525 号

理念与实践:面向我国刑事司法

上海刑事法学者主题演讲

游 伟 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:张天蔚

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:19 插页:2 字数:250 千字

2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月第 1 次印刷

印数:1 - 3050

ISBN 978 - 7 - 313 - 04595 - 9/D · 142 定价:38.00 元

版权所有 侵权必究

确立“依法司法”理念， 减少错案发生几率(代序)

游 伟

刑事错案的概念事实上有点约定俗成，譬如不该逮捕的被捕了、不该追究刑事责任的却被追究了，这或许就是一般公民和我们司法界普遍认为的造成了错案。而学术界有人把应当逮捕法办而没有依法追究的也称为错案，虽然不无道理，却与一般的社会认同不相切合，因为通常理解的所谓“错案”往往是和要求赔偿、补偿，以及责任追究联系在一起的。理论上的这种分类如何尽可能与公众的普遍认同和社会观念吻合起来，如何通过对错案问题的研究进一步解决好赔偿、补偿制度和责任追究问题，这是需要我们重点研究的课题。

我认为，错案往往是造成公民损失的一种国家追诉行为，所以，我们才会来讨论国家需要予以赔偿或者补偿的问题。但就具体的司法人员个人而言，有时候在案件诉讼进程的不同阶段上，出现了证据的一些变化，形成了“错案”，这实际上是客观原因所致，这当然就不应当追究其个人的责任。

大家讨论宏观的问题比较多，这些问题在很短的时间内无法全面展开讨论。比如要确立无罪推定的思想，或者应当在立法上把它明确加以规定，又比如要进一步完善我国现有的诉讼制度、确立刑事证据规则。这从完善立法的角度上来看，永远都是正确的。但在我看来，冤假错案的形成其实是一个法律内外综合因素交互作用的产物。因此，仅仅从某一个方面去进行探讨，虽说都不是无意义，但却都不能从各局部关联性的整体视角上去全面地解析和解决问题。就我国情况看，从体制到人员、从观念到技术、从立法到司法，似乎都有许多值得检讨和完善之处。但我觉得当



务之急是必须强化严格依法司法的观念，消除可能促成司法违法的机制因素。我一直有一个观点，类似于14年前发生的湖北“余祥林冤案”，我相信，如果我们能够按照当时那些被许多人认为并不完善的法律规则去严格执行的话，这样一起冤案同样是不太可能发生的。所以我想，不断完善我们的法律虽然必要，但如果我们现行司法运作的机制不改变，严格依法司法的理念不确立，可能促成司法违法的机制因素不努力予以消除，哪怕法律非常完善，类似“余祥林冤案”的案件在今后还会不断发生。

所以，我认为，强化依法司法理念，改革刑事司法运作机制和方法，才是减少错案发生几率的关键所在。这至少包括下面两个需要特别关注的方面：

第一，必须对现行司法运作机制进行改革

这就是要在我国现行法律原则和制度框架内，不断革除长期以来存在于我们实践中的不合理的司法运作机制和习惯做法，使司法运作更加符合法律的精神和操作规范。比如“先定后审”的问题，它严重背离了我国刑事诉讼法的基本原则和程序正义底线，但是直到目前，全国很多地方可能还有不少这样的做法。比如有些地方公安、检察机关在研究犯罪嫌疑人该不该逮捕、应不应该起诉时，就要求法院先行介入讨论，或者要法院领导当场表态，这导致逮捕、起诉条件与定罪标准混同，造成办案中证据收集十分粗糙，审判阶段陷入被动。所以，在目前司法运作机制下，可能会出现越是重大有影响的案件，在证据、程序和依法司法上存在更多问题的状况。这是急需关注和予以解决的。

同时，还要改变司法过程中各办案机关之间制约不足、配合有余的情况。在整个诉讼构架中，公、检、法三家有时成为事实上的“一家人”。我认为，在刑事诉讼中，公安和检察走得近一些是可以理解的，因为总体上来说，“警检一体化”是趋势，他们都代表控方，整个侦查活动的目标就是为了查明

案件事实,并最终服务于对犯罪的指控。但控辩双方与法院之间则应该组成一个完整、合理的诉讼结构,法院应该依法独立行使审判权。而现在,大家都看到刑事诉讼中辩护律师的“弱者”地位。其实我想,法院有些时候实际上也是弱者,在全国范围的刑事案件审理中,公诉案件被宣告无罪的比例到底有多高?我看是低得惊人。法院要依法宣告无罪实在是太难了,这和目前的司法评价机制有着密切的关联。如果要改变这种状态,就需要确立科学的司法评价标准,正确处理好以下几个重要的关系。

1. 依法司法和“社会效果”的关系

我们强调法律效果与社会效果的统一,这从宏观的角度来看是正确的,因为司法活动本身就是公共权力运行的组成部分,当然要充分考虑社会的接受度和承受能力。但是,社会效果有时并没有十分确定的标准,甚至有可能在现实中被一些人作庸俗化理解。比如,如果把当事人的要求都不加分析地作为社会效果来看待,就很容易造成类似“佘祥林冤案”。另外,让基层的公安民警、检察官、法官更多地不顾及法律的规定而考虑社会的影响和效果如何,我看也是相当困难的。因为所谓社会效果,至少不像法律标准那么相对具体、明确,有时甚至很容易被曲解或者被泛化的解释。所以,在追求法律实施的社会效果方面,更应当强调的是具体案件法律适用的时机和社会平衡、公众接受,以及在法律框架内的情理融入问题,而不是泛泛而论。否则,非常容易为非法律因素介入司法领域甚至为干扰正常的司法活动提供“空间”,这是需要引起我们高度警觉的。

2. 依法司法和“服务大局”的关系

什么是“大局”?我认为,法律制度的设计其实是最讲大局的,因为法律是通过国家强制力保障的公民意志的载体,国家讨论并最终在制定法律时本来就权衡了各方利益。有时,法律本身就是立足于“大局”,并以牺牲某些地方的“局部利益”作为法律实施的代价。但是,这些应当被牺牲的地方局部利益,有时却在一些地区和地方干部那里被认为是“大局”,这就涉及到局



部和整体的关系问题。因此,我觉得,排除干扰、严格依法司法才是真正讲大局、着眼长远的考虑。如果抛开法律标准而把地方利益作为“大局”,国家的整体利益,也就是真正的“大局”就会被破坏,应当被牺牲的地方局部利益就会来替代国家的整体利益,这完全是本末倒置。从长远利益来看,对法治的损害也就是对大局的破坏。

3. 依法司法和“人民满意”的关系

以“人民满意不满意”为标准是一个政治化的概念,是立足于我们社会主义司法的本质所做的判断。现在我们耳熟能详的“执法为民”、“司法为民”就与此相关。其实,“人民”是个集合概念,如果“人民满意”仅仅被理解为“当事人满意”,也会在司法过程中产生问题。所以,对法律的解释怎样才能更符合法律本身的要求,是我们通过司法活动要做的一项十分重要的工作。我们要很好地考虑一下,刑事案件中的当事人家属“反应强烈”就是“人民不满意”的标志吗?某些领导的“批示”就是“人民满不满意”的尺度吗?如果我们没有严格遵守依法司法的理念,简单化地进行理解和判断,就会使执法统一性受到影响,最终背离司法应有的理性和它的人民性。所以,我们必须很好地研究如何使抽象宏观的“标准”转化为法律和司法框架内具有操作规则的问题。

IV

第二,必须研究科学的司法运作方式

刑事司法的运作方式不科学、思维方法陈旧,也是造成错案的重要原因,所以,同样必须予以足够的关注。我想提出下面几个观点,和大家一起研究。

1. 关于倡导“热案冷处理”的问题

有些有影响的案件难免会成为新闻“热点”和社会关注的焦点。对“热案”如果进行“热处理”,司法过程常常难以保持住平和的心态,受法律外因素的影响或者干扰也会比较多,我们就很难冷静而又理性地对案件

证据进行审查和判断。我们可以发现,很多冤案错案就是在“热案热处理”的状况下形成的。再加上我国目前的司法构架,司法机关有时确实很难有抵抗强干扰的能力,或者说这方面的能力还不足。因此,我积极倡导“热案冷处理”,强调司法要保持应有的理性。有时我们不恰当地提倡刑事司法的及时性,会带来不良的负面效果。要知道,太过“及时”很容易受情势、情绪的影响,很难保持冷静和客观,甚至会出现“情绪化”判断和“跟风式”裁判的情况。所以,“热案”一定要“冷处理”,这样可以减少法外压力的负面影响。

2. 关于改变“设身处地”思维模式的问题

这是一个需要引起特别关注的问题。我们经常可以听到一些人在对我们司法个案的处理做“指示”、发表“高见”的时候,会说“你们要设身处地的想一想”、“你们要换位思考”之类的话。如果从体察民情、了解民意的角度上看,这些话也是没错的。但是,司法正像我上面提到的那样,应该是相对比较冷静、客观和有一定距离感的理性活动,如果都采取“设身处地式”的思维方式,我们又如何保持应有的中立态度呢?如果司法人员都“设身处地”的想着“被害人假如是我的妻子或者亲姐妹”、“被偷的财物如果是我家的东西”等等,那一定会造成过度重判被告人的情况,不出错案甚至冤案才是怪事呢。所以,理性的司法显得尤其重要,应当努力做到。

3. 关于合理控制诉讼进程的问题

我们现在出台了不少相关制度的规则,重点是要求不能过长拖延诉讼进程,坚决制止超期羁押犯罪嫌疑人、被告人的现象。这些都是出于保护诉讼当事人特别是犯罪嫌疑人、被告人合法权益的目的。但是,在我国目前的法律中,却没有如何避免诉讼进程过短、诉讼速度过快的规定。我们发现,刑事司法实践中有时出现了立案侦查和审查起诉同日的“非常”现象。我了解到南京前些年著名的“毒鼠强”致人死亡案,就出现了嫌疑人被逮捕的当天就提起公诉的情况,使得其侦查期间的合法利益受到了影响,其他地方也



有类似的情况发生。实际上,合理的诉讼进程才能更好地保护各方当事人的合法利益,过快或者过慢都是对当事人利益的一种损害。这就需要我们认真研究现行法律和总结司法经验,合理安排和控制刑事诉讼的各个进程,实行科学的流程管理。

4. 关于倡导“零口供”证据审查方式的问题

这在我国似乎是一个比较敏感的问题。“零口供”证据制度在我国目前并没有被倡导,也没有实际实行,这是由中国司法的传统和现阶段的社会特点所决定的。但我认为,“零口供”的证据审查方式还是值得我们借鉴的,这也是避免错案形成的重要方式之一。检察机关在起诉案件之前,可以考虑如果把犯罪嫌疑人的有罪供述视作为“零”时,其他证据链条是不是完整、是不是还能支持起诉意见,也就是去思考和判断一下假设没有他们的有罪口供,事情究竟会怎么样,因为被告人完全可能在被起诉之后进行翻供。我发现,在被告人不承认有罪的情况下,错案发生的几率常常相对较低,因为这时,我们的公安、检察机关会尽力去全面收集各种相关证据材料,工作会做得很仔细。而被告人一旦承认自己有罪,我们的司法人员就常常容易轻信口供,而忽视对其他相关证据的收集和审查。因此,我建议我们应当引进“零口供”的证据审查方式,使指控证据建立在更为坚实的事实基础上。这至少可以作为一种方法论来进行提倡和推行。

5. 关于充分关注“合理辩解”的问题

关注合理辩解十分重要,但在这样一个问题上,我们公、检、法三家的观念和存在的问题似乎有些趋同,通常是表现为不能正确把握好认罪态度与合理辩解之间的关系。有时,只要嫌疑人和被告人有了自我辩解,一些司法人员就认为他们是认罪态度不好,这在无形中会造成剥夺被告人法定辩护权的状况,导致多数被告人为了博得一个“态度好”的印象,就放弃了自我辩护和合理辩解。这时候,呈现在我们面前的“认罪态度好”可能是真正的假象,这就最容易导致差错的形成。所以,我们不能混同这两者之间的关系,

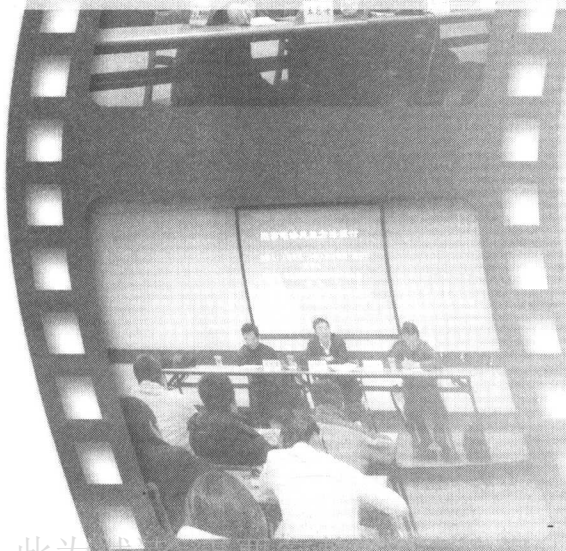
应当更多地倾听被告人的自我辩解和他们律师的辩护意见。真正做到兼听则明,使我们更加接近和发现案件的真相,做出正确的判断。

(本书主编于2006年8月在南京召开的“刑事错案成因与对策”
研讨会上的发言摘要)



目 录

确立“依法司法”理念、减少错案发生几率（代序）·····	游 伟	I
刑事司法的理念、制度与现实 ·····	龚培华	1
和谐社会、刑法新理念与我国司法 ·····	刘宪权	27
刑事政策思想与我国的司法实践 ·····	严 励	52
行政与司法理念下的刑事诉讼实践 ·····	谢佑平	82
刑民关系与我国当前的司法实践 ·····	游 伟	104





死刑观念与死刑控制的实践 张绍谦 143

刑事司法的思维方式与司法实践 贺平凡 184

罪体理论与定罪量刑的实践 陈浩然 211

刑法二次性评价原则与司法适用 杨兴培 247

单位犯罪理念与实践难点 林荫茂 272

后记 291



刑事司法的理念、制度与现实

演讲人：龚培华*

评议者：游 伟

有关刑事司法理念，理论界以往已经谈得比较多了，但更多的是从应然的角度展开的，主张司法要具有独立性、中立性和被动性。司法的功能是要在国家与个人之间形成一个隔离带，为权利的保护提供救济，由此引发了一系列的现代司法理念。我今天主要是从应然与实然相结合的角度，探讨刑事司法的理念与制度。

对于司法理念，我简要地把它概括为有关司法理性的观念、司法理性的认知。下面，结合我自己的体会，同大家探讨刑事司法实践中应当确立的司法理念，以及在司法理念指导下应当形成的具体司法制度。

第一个司法理念，应当是尊重法律的理念

司法是执行法律的活动，法律确定、生效之后，司法人员应当严格按法律执法。因此，司法人员应当尊重法律，对法律充满敬畏，不能对法律说三道四。当然，作为司法人员，也可以对法律的完善提出合理建议。但在法律

* 龚培华，男，上海市刑法学研究会副会长，上海市人民检察院研究室主任，华东政法学院司法研究中心副主任。



按程序修改之前,司法人员不能因为立法的不尽完善而不尊重法律,不按既定法律执法。司法人员尊重法律的理念还蕴涵着司法行为应当受到法律的控制、司法必须在立法授权下展开活动的这样一种根本性的理念。立法对司法的授权,表面上是准予司法一定的权力,实际上是对司法权的控制。立法授权隐含着一种对司法的限权功能,它界定司法权力的边界。然而,在我们现实的司法活动中,常常出现与这种理念相违背的情形,比较常见的是司法人员指责法律制定的不科学,束缚了执法人员的手脚,不利于对付犯罪。

由于司法人员存在这种执法理念,在具体的执法活动中,就必然出现超越法律限定的违法办案行为。例如,按照法律规定,传唤犯罪嫌疑人时间最长不得超过 12 个小时,刑事拘留的时间法律也有严格的限制。但为了突破一些受贿案件,办案人员在法定拘留时间内无法获取犯罪嫌疑人的口供与相关定罪证据时,于是采用变相手段,在一个行政区拘留期满后,换一个行政区继续拘留,以此延长对犯罪嫌疑人的拘留时间。对此,办案人员认为,法律规定可以对犯罪嫌疑人进行刑事拘留,并且刑事诉讼法没有对刑事拘留的次数作出限制,就理解为两次拘留不违法。实际上,这是个常识问题,如果说可以反复拘留,那么,法律对拘留的时间限制就没有意义了。而办案人员之所以采用两次拘留,实际上是对法律的不尊重、是对法律司法限权功能的不理解,片面地认为,法律规定的强制措施是赋予司法人员对付犯罪嫌疑人的特权。事实上,不能认为法律没有对两次拘留的禁止性规定,就可以去实施两次拘留。由此可见,对于司法人员来说,尊重法律的理念非常重要。如果司法机关对法律不尊重,对法律作灵活性、突破性解释,作突破常理的解释,那问题就比较大了,在运用公权力时就会出现很大的偏差。

第二个司法理念,就是坚持罪刑法定的理念

坚持罪刑法定的理念,是刑事司法的基本理念,我们 1997 年刑法基本采纳了罪刑法定主义的原则,其标志是现行刑法第 3 条的规定,并且将原来

刑法第 79 条的类推制度予以取消。罪刑法定主义,我们从制度理念层面来看,它是反对封建司法擅断的产物。所以,资产阶级在取得政权以后是痛定思痛,认为当时的封建擅断是造成司法侵犯人权的根本原因,因此要彻底废除司法擅断。罪刑法定主义的实现,有一个从绝对罪刑法定到相对罪刑法定的变化过程。绝对的罪刑法定,正如已故北京大学甘雨沛教授所言,“从前途和命运看,罪刑法定确是日薄西山,气息奄奄之势”,他这句话就认为绝对的罪刑法定是没有生命力的。

我们看待罪刑法定要从多方面来看。按照拉丁文的表述,罪刑法定的本意是“法外无刑”。按照我国的法律规定,是法律明文规定为犯罪行为的要依法定罪处刑,法律没有明文规定为犯罪行为的不能定罪处刑。我理解,我们现行刑法第 3 条规定的罪刑法定原则,和原本的罪刑法定主义是有差异的,它并不是单一的法外无罪、法外无刑。事实上,我国刑法的规定是把罪刑法定从两个层面来考虑的。我们华东政法学院司法研究中心前些年也召开过“罪刑法定与我国刑事司法”的专题研讨会。这些年,罪刑法定的观念也逐渐深化、深入,有些案件事实查清后,对照法律没有确切的条文可以对应,往往认为法无明文规定不为罪,实行罪刑法定了,所以这些案件就不能定罪。我认为,这是一个很大的进步。我国废除类推制度后,司法的人权保障功能可以说凸现出来。过去对刑事司法的理解,往往是公权力对公民权利的限制、剥夺。从我们刑事立法与司法的历史发展来看,二十世纪五六十年代强调的是镇压,到了八十年代后期开始提为大局服务、为改革保驾护航,现在人权保障就更加被强调和突出了。但是,从我国刑法的具体规定和表达来看,对我国罪刑法定原则仍然要有一个全面的理解和把握。

最近几年,理论界对罪刑法定如何理解的问题谈得也比较多,认为要全面掌握这条原则。这就要求司法人员具有发现法律的能力,看问题或者想问题不能只看到罪刑法定规定的后半部分——法无明文规定不得处罚。如果法律事实上是有规定的,只不过是司法人员没有能力去鉴别,没有能够寻



找到法律,那么,就使得刑法的功能不能完全实现。我觉得刑法至少保护三层利益,就是国家的利益、犯罪嫌疑人的权利和被害人及其关系人、亲属的利益。所以,我不主张一讲到罪刑法定原则就站在犯罪嫌疑人、被告人的角度考虑问题。当然,罪刑法定原则的主要目的就是要保护作为相对弱势一方——犯罪嫌疑人、被告人的利益。但是,这只是一个重要方面,同时,还要兼顾被害人、国家的利益。这里有个基本社会秩序的保护功能和犯罪嫌疑人、被告人人权保障功能两者的关系问题,所以,在理解上应当全面把握。现在,在法律上有争议的案件,首先要穷尽法律的规定。比如说,一个案件看似财产犯罪,在财产犯罪中找不到合适的条文就说是无罪,这样就太草率了。或许这个案件在刑法的财产犯罪中没有规定,但在其他条款中却有了规定。这涉及到对法律的正确理解和解释的问题。所以,在罪刑法定的理解中,最重要的是对刑法的解释问题。按照罪刑法定原则的原始含义,法律是不能解释的,是绝对的罪刑法定,后来这种学说越来越受到挑战,对法律的解释也越来越多。对刑法的解释,我更加倾向于从目的论的角度去进行解释,也有的学者主张从刑法的精神上去解释。我觉得,立法者肯定是根据社会出现的某种情况,对这种情况进行研究,认为要予以犯罪化,所以才设定某个条款的。所以说,立法是有精神的,立法是有目的的。

现在,罪刑法定原则在贯彻中存在的主要问题是,对条文作过度的扩张解释,解释突破了法律条文的内容,突破以后就产生了法律条文没有规定的行为也纳入犯罪予以处罚的问题。这在司法实践中的出现率并不低,产生了两方面的问题。比如,上海曾出现恶意低价抛售当事人股票,造成当事人损失的行为。这个案件怎样评价?首先,这似乎是财产犯罪,但是按照盗窃罪、诈骗罪的犯罪构成特征,又都谈不上。后来,请华东政法学院的教授们进行论证,大家觉得刑法还是有条款可以对它进行规制的,就选择了一个故意毁坏财物罪。故意毁坏财物罪的初始形态是毁坏财物的外观,从而使其价值减损。对于他人账户上的股票进行抛售,是否属于故意毁坏财物罪呢?

这同样是有争议的。一种意见认为,根据罪刑法定原则不应该定罪,这就涉及到对法律如何进行解释的问题了。这个案件最终还是定了故意毁坏财物罪,也是作为全国首例这样的案件,最高人民法院也将其作为典型案件予以收录。我想告诉大家的就是,只看到罪刑法定原则一个层面的含义是片面的。

从另外一个层面上说,在罪刑法定原则下也不能做完全扩张的解释。比如,在抢劫罪8种加重处罚情节中,有一种是在公共交通工具上抢劫的情形,要处10年以上有期徒刑。按照条文的字面解释,在公共交通工具上抢劫的立法规定似乎也是非常清楚的。如果让一个不研究法律的中文系学生来解释,他一定会解释为:一是必须是公共交通工具,二是必须是在公共交通工具上面实施抢劫行为。实践中,我们碰到的一些案件是犯罪分子看到有车来了,结伙冲上去把乘客财物抢了一遍,这是典型的在公共交通工具上抢劫。但是,也有些案件不是这么典型的,他们把乘客都赶下来,下来以后再一个个地抢走财物。如果我们认为这不是在公共交通工具上抢,从字面上解释似乎是不存在问题的,这属于“在公共交通工具下”抢劫了。但是,从立法的精神、立法的目的来看,我们是要规制这些车匪路霸的,这些行为同样既侵犯了公民的财产权利,又侵犯了他们的人身权利,也危害了公共秩序。所以,在解释刑法用语含义的时候,应当将这些抢劫行为也解释为“在公共交通工具上”抢劫。当然,如果行为人是将人骗下车后再实施抢劫,就应当有所区别,一般不能认定为在公共交通工具上抢劫。

再比如,非军警人员冒充军警人员抢劫的,也属于加重处罚的情节,处10年以上有期徒刑。问题是如果是真的军警人员实施抢劫,该怎么办?有的观点认为,刑法设置冒充军警人员抢劫,一来带有警械等武器会对被害人造成人身的威胁,同时,社会公众也会认为,军警都抢劫了,这社会一塌糊涂、没治了。现在,真的军警抢劫了,确有警棍带在身上,其后果和危害与冒充军警人员抢劫差不多,有的甚至比冒充军警抢劫还要严重。对这种真军