

中国司法理论与

实务检讨

ZHONGGUO SIFA LILUN YU
SHIWU JIANTAO

申伟 王沿琰 著

中国司法理论与 实务检讨

ZHONGGUO SIFA LILUN YU
SHIWU JIANTAO

申伟 王沿琰 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国司法理论与实务检讨 / 申伟, 王沿琰著. —北京:
中国社会科学出版社, 2014. 3

ISBN 978 - 7 - 5161 - 3970 - 7

I. ①申… II. ①申… ②王… III. ①司法制度—法的
理论—研究—中国 IV. ①D926.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 035086 号



出 版	中国社会科学出版社
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址	http://www.csspw.cn 中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部	010 - 84083685
门 市 部	010 - 84029450
经 销	新华书店及其他书店

印刷装订	北京市兴怀印刷厂
版 次	2014 年 3 月第 1 版
印 次	2014 年 3 月第 1 次印刷

开 本	880 × 1230 1/32
印 张	8
插 页	2
字 数	170 千字
定 价	29.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

司法中的“法”

——为《中国司法理论与实务检讨》序

欣闻好友申伟博士出版新书，一本是《如法所是——社会—政治视阈中的法》，一本是他与成都市检察院王沿琰博士合著的《中国司法理论与实务检讨》，嘱咐我为之作序。经过阅读，在这里，笔者仅就《中国司法理论与实务检讨》一书作出一些初步解读——当然实质是根据笔者对该书内容的重组，以提供思考该书所提出的问题的另外一种进路，也以期与笔者在《如法所是——社会—政治视阈中的法》一书中的解读相契合。

一如申伟一贯的行文风格，本书看似平实的表述中实则曲笔甚多。因此，笔者以为理解本书，必须首先考虑本书的一个重要理论背景，即作者在《如法所是——社会—政治视阈中的法》一书中对“法是什么”或者说“什么是法”这个问题的深层反思。根据《如法所是——社会—政治视阈中的法》所阐述的观点，所谓法之规范是国家决定或决断、公民参与以及中国作为后进国家特有的受到西方

法学、法律实践的影响等多重因素共同促成；而国家决定或决断因素对“法”之“所是”的影响，则主要表现在国家立法机关、司法领域中法官、检察官等司法官通过他们的诉讼行为对实践中运行的、“活”的法律的形塑作用。

《中国司法理论与实务检讨》共计9个篇章，均为对司法领域的理论与实务主题的研究和分析。如果对照《如法所是——社会—政治视阈中的法》一书，后者重在“法”的一般性或曰基础性问题进行观察与剖析的话，而本书对司法领域的“法”所作的考察则可视作《如法所是——社会—政治视阈中的法》一书相关主题的延伸与具体化。

具体到构成本书的各个篇章而言，笔者以为《刑事司法中的逻辑与经验——再谈霍姆斯命题》一文可谓一个切入全书其余各篇章的题眼。在《刑事司法中的逻辑与经验——再谈霍姆斯命题》一篇中，作者以美国大法官霍姆斯的著名命题——“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”——开始，分析了霍姆斯提出该命题的时代背景和该命题所蕴含的内容。正如作者所总结的那样，“霍姆斯的‘反逻辑’并不是反对逻辑在法律中的作用，他其实是为了反对当时法律界形式主义的倾向，他反对的是‘认为法律中唯一起作用的是逻辑’这一观念……”如果对此简化而言，作者借“霍姆斯命题”意在指出的是支撑法律运作的不仅仅是逻辑，更包括经验，而不可只重其一。随后，作者以实证数据进一步揭示了刑事司法实践中的侦查、公诉和审判人员展开诉讼行为时逻辑和经验占据的不同地

位：在侦查阶段，经验比逻辑更重要，而在公诉阶段，经验的作用开始减低，而逻辑的意义提升，在审判阶段则逻辑占据主导地位。

笔者以为，如果回到霍姆斯所处制度语境来看“霍姆斯命题”，还可以对该命题作出略有不同的解读。众所周知，霍姆斯是美国联邦法院的大法官。作为英美法系重要国家的大法官，法官的判决即为法律（即判例法）。由此而言，霍姆斯的观点其实旨在言说的或许还有另一层意思，那就是赋予法律——法官的判决——以生命的，不仅仅包括逻辑，还包括经验。而且，如果从更广阔的视野看，逻辑不仅仅包括推理逻辑，更是包括已经成熟的制度逻辑，如侦查制度、公诉制度和审判制度等；但是，由于作者在《如法所是》一书已涉及逻辑推理问题，在这里作者则侧重于对制度逻辑的展示。

从《刑事司法中的逻辑与经验——再谈霍姆斯命题》这个“题眼”切入，笔者以为对其余8个篇章则可作如下“重构”。

其一，关于司法制度的逻辑力。

任何司法行为均在一定的司法制度下展开，这毋庸置疑。该书共有3个篇章涉及该问题。具体而言：第一个层次是《我国检察权运行机制论略》，作者分析了检察权运行的基本逻辑，阐释了检察权的两方面功能，一方面其决定了一项刑事案件能否以及如何从公诉阶段进入到审判阶段，另一方面检察权的监督职能起到了联系侦查和审判的作用。第二个层次是《刑事简易程序出庭公诉模式研究》，

作者分析了 2012 年《刑事诉讼法》修改前后中国刑事简易程序在公平与效率价值的支配下制度的变迁，即刑事简易程序制度的具体规范在价值理念上体现了从重视效率到公平与效率并重的趋向。第三个层次是《刑事“错案”是怎样发生的？》，该文是从另一方面分析了制度逻辑的漏洞，作者从事实认定和法律适用两方面展示了制度逻辑中的缺陷以及该等缺陷与冤案或者说错案的关联。

其二，关于（司法）经验问题。

司法制度有漏洞，冤案则不可避免，司法官（在中国为侦查、检察和审判人员）对此如何应对呢？根据该文的逻辑，司法经验则是弥补司法制度漏洞的一剂良药。笔者以为，本书中共计有 4 个篇章涉及该问题。以从宏观到微观的视角看，这 4 个篇章依次为：第一个层次是《中国司法领域的“信仰危机”》。作者在该文中指出，中国没有西方宗教意义上的信仰，中国人也不可能信仰，却仍然可以根据直觉、意识形态等主观事物形成了经验意义上的信仰或者说潜意识。但是，该文背后的宏观背景却蕴含如是逻辑，即这一信仰或者潜意识的的确在简单案件中无着力点，但在复杂案件中有时却能发挥主导作用。第二个层次是《观察与借鉴——关于“司法公正与社会公平正义”研究的一个比较研究》。作者通过梳理国内外关于司法公正和社会公平正义的研究。笔者以为，作者在该文中所提及的“学者们对‘司法公正与社会公平正义’达成的共识”在某种意义上也会成为影响法官司法的一种潜意识或者说司法经验。对此，可以泸州黄某将遗产赠予“二奶”一案为

例：该案中，正是关于赠予的法律规则与其时我国关于公平与正义的共识性观念决定该案的最终结果。^① 第三个层次是《迷思与反思——“刑事法律之立法政策”研究之检视》和《我国死刑政策的现状和发展路径》两篇。如果说第一、二个层次是古今社会参与的结果，第三个层次则是国家参与的结果，而且主要是立法、行政机关参与的结果，他们对司法的整体考量（死刑作为司法政策的特殊部分）也制约着公、检、法三机关在具体案件中定罪和量刑，而且其影响比第一、二个层次所显示出的影响更直接。

其三，具体的法官司法。

法官是在制度逻辑（也包括作者在《如法所是》一书涉及的推理逻辑）和司法经验的制约下展开司法活动、从事诉讼行为并在最后作出判决，而非凭空妄生判决。当然，不是在每一个案件都能欣赏到司法之法的全景图。一般而言，只有在复杂案件中，才能欣赏到真正的关于司法中的“法”的全景图。作者在《民刑交错问题处理实务的观察与检讨——从一起新近案例看》一文中所讨论的这个民刑交错的复杂案件及其“处理”过程、“处理”结局，恰好就从一个侧面较为充分、集中地展示了我国司法运作的图景。

综上所述，法官司法或者说司法中的“法”的确包括两个方面，一方面既有逻辑对法官司法的决定性影响，另一方面司法经验对法官判决结果亦有重要意义；进而言

^① 具体案情，以及其对该案的法律、情理分析，参见朱永春《泸州二奶继承案的法律分析》，兰州大学2012年硕士学位论文。

之，司法中的“法”是各种经验和具体制度共同作用的结果，同时司法中的“法”由于经验的开放性而呈现出发展与变迁的品质。在这一意义上，我们对“霍姆斯命题”——“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”——的体验可能更为深刻。

笔者深知，上述解读不免有些片面和偏颇。不过，鉴于阅读本身乃是一件私人性、个体化的事情，那么笔者对本书各篇章所作的私人性、个体化的解读亦可为理解本书的一种进路，并可与《如法所是》对照，可以看出作者对“法”理解的丰富和深刻。

是为序！

蒋志如

2013年12月10日于四川绵阳

前 言

本书是一本检视中国司法理论与实务问题的学术著作。全书由两部分共九个篇章构成。第一部分探讨中国司法相关的理论问题。其中，“观察与借鉴——关于‘司法公正与社会公平正义’研究的一个比较研究”一篇集中梳理了域内外围绕“司法公正与社会公平正义”这一主题的研究文献，旨在凸显域内外在这一主题上的关注重点、切入视角以及走向趋势方面的差异；“迷思与反思——‘刑事法律之立法政策’研究之检视”一篇则对当下我国学界对“刑事法律之立法政策”的研究文献及其所反映出的研究特点进行梳理，揭示了相关研究所存在的偏颇以及可能的改进之道。第二部分探讨中国司法实务问题。其中，“刑事司法中的逻辑与经验”一篇通过我国刑事司法实践检讨了霍姆斯命题，意在探讨逻辑与经验各自之于我国刑事司法实践的意义；“刑事简易程序出庭公诉模式研究”、“我国死刑政策的现状和发展路径”与“刑事‘错案’是怎么发生的？”三篇讨论的均是我国刑事司法实践中的具象问题；“中国司法领域的‘信仰危机’”与“再论中国现

实语境下的法律与信仰”两篇都是对我国司法领域的“信仰”问题的讨论，意在反思“法律信仰”这一习传多时的话题的现实意义；“民刑交错问题的处理实务观察与检讨——从一起新近案例看”一篇则以一则新近发生的真实案件以及围绕该案所形成的行政、刑事与民事判决共7份文书为例，集中展示了法院面对民刑交错问题在事实认定与法律适用环节所体现出的混乱与迷茫。

鉴于本书两作者的专业背景、职业经历与研究兴趣方面略有不同，故在本书文稿撰写过程中分工如下：申伟撰写“观察与借鉴——关于‘司法公正与社会公平正义’研究的一个比较研究”、“迷思与反思——‘刑事法律之立法政策’研究之检视”、“民刑交错问题的处理实务观察与检讨——从一起新近案例看”三篇，王沿琰撰写“刑事司法中的逻辑与经验——再谈霍姆斯命题”、“刑事简易程序出庭公诉模式研究”、“我国死刑政策的现状和发展路径”、“中国司法领域的‘信仰危机’”、“我国检察权运行机制的论略”、“刑事‘错案’是怎么发生的？”六篇。全书由申伟统稿。

目 录

司法中的“法”

- 为《中国司法理论与实务检讨》序 (1)

- 前言 (1)

上篇 理论述评

观察与借鉴

- 关于“司法公正与社会公平正义”研究的
一个比较研究 (3)
- 一 域内外研究的总体状况 (4)
- 二 域内外研究之差异 (10)
- 三 当下和未来的研究重点和难点 (35)

迷思与反思

- “刑事法律之立法政策”研究之检视 (40)
- 一 论文文献的数量及分布状况 (41)

二 已有研究之实质特点	(45)
三 现有研究尚未关注到的一些重要问题	(48)
四 改进建议	(51)
附录	(55)

下篇 实务专论

刑事司法中的逻辑与经验

——再谈霍姆斯命题	(63)
一 霍姆斯命题的缘起	(64)
二 霍姆斯命题的时代背景	(65)
三 刑事司法中的逻辑与经验	
——霍姆斯命题的实证检验	(69)
结语	(87)

我国检察权运行机制论略

一 我国检察权运行机制概述	(96)
二 我国检察权运行机制的现状和问题	(99)
三 我国检察权运行机制的改革进路	(108)
结语	(115)

刑事简易程序出庭公诉模式研究

——以公正和效率的平衡为视角	(116)
引言	(117)
一 出庭公诉模式构建的基本原则	(118)

二 出庭公诉的前置程序：启动和准备	(121)
三 简易程序庭审模式：公正底线下的 适度简化	(126)
四 刑事简易程序的救济模式：程序的变更和 监督	(136)
结语	(140)

我国死刑政策的现状和发展路径

——以公诉办案实践为视角	(142)
引言	(143)
一 我国死刑政策的历史渊源：“保留死刑”与 “慎刑恤杀”	(144)
二 我国死刑政策的现状及问题	(146)
三 我国死刑政策的发展趋势与现实路径	(155)

中国司法领域的“信仰危机”

引言	(163)
一 “信仰危机”之根源分析	(165)
二 “信仰危机”的克服之道	(175)

刑事“错案”是怎么发生的？

——以案件事实认定为中心的考察	(178)
一 何谓刑事“错案”？	(179)
二 “错案”发生的核心环节	(180)
三 “法律事实”缘何偏离“原始事实”	(187)

四 避免刑事错案的根本途径	(199)
结语	(205)

民刑交错问题处理实务的观察与检讨

——从一起新近案例看	(206)
一 案情梗概	(207)
二 判决要旨	(209)
三 反思与批评	(220)

参考文献	(227)
------------	-------

后记	(240)
----------	-------

上 编

理论述评

