

法律的尴尬

刑事法理论与实践的冲突

The Embarrassment
of Law



刑事法理论与实践的冲突在所难免。刑事法施行的尴尬无处不在。

在这个尴尬的世界中，我们可能既是立法者又是执法者；既是施虐者又是受虐者；既是创制理论的人，又是设制圈套自己钻进去的人；我们是既有规则而又无规则的人。在潜规则中，我们十分尴尬。或许我们自己就是自己的敌人。

陈世和 著

法律出版社

《法律的尴尬——刑事法理论与实践的冲突》一书，对近年来发生的30多个刑事案件做了精彩的剖析。作者对各个案例的分析不是就案说案，而是透过具体的案例，提出了一个又一个引人深思的问题，揭示了司法实践对法学理论的“反叛”，说明了传统刑事法理论所面临的来自实践的挑战，梳理了“理论对现实的无奈”……

本书既是记录律师执业经历的著作，也可以成为法学界研究中国法律问题的重要参考书。

——陈瑞华

法律的尴尬

The Embarrassment of Law

ISBN 978-7-5118-1847-8



9 787511 818478 >

定价：39.00 元

法律的尴尬

刑事法理论与实践的冲突

陈世和 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律的尴尬:刑事法理论与实践的冲突 / 陈世和著.
—北京:法律出版社,2011.5
ISBN 978-7-5118-1847-8

I. ①法… II. ①陈… III. ①刑事犯罪—案例—分析
—中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 024690 号

法律的尴尬

——刑事法理论与实践的冲突

陈世和 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2011 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 23.5 字数 332 千

印次 2011 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1847-8

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



大律师若有所思



参加中美刑事律师
技能培训活动



在中国律师论坛上的
主题发言



司法部吴明德司长到陈世和所在的威克律师事务所视察

序 言

在我所结识的律师朋友中,陈世和律师是最具有独特职业眼光的一位。作为全国为数不多的游走于刑事辩护与知识产权这两个不同领域的知名律师,陈世和律师在贵州省乃至全国刑事辩护界声望卓著,却又对知识产权业务非常感兴趣,承办了大量有影响的知识产权案件。目前,他既是中华全国律师协会理事、全国律协刑事业务委员会委员,同时也担任贵州省律师协会副会长、贵州省知识产权协会会长。与此同时,陈世和律师又是将娴熟的律师业务与执著的学术追求结合起来的资深律师。他不仅擅长办理疑难、复杂和涉及前沿领域的案件,经常凭其独到的思维和坚忍的毅力,取得“柳暗花明又一村”的效果,而且极其善于总结办案经验,笔耕不辍,出版和发表了大量的法学论著,成为少有的专家型律师。

陈世和律师新近完成的《法律的尴尬——刑事法理论与实践的冲突》一书,对近年来发生的30多个刑事案例做了精彩的剖析。这些案例既有他本人亲自办理的重要案件,更有发生在贵州省乃至全国的大案要案。由于选材视野开阔,涉及面较广,他可以游刃有余,淋漓尽致地阐述自己的学术观点。他对各个案例的分析不是就案说案,而是透过具体的案例,提出了一个又一个引人深思的问题。对于这些问题,司法实务界应当高度重视,理论界也应高度重视其研究价值。比如,他通过对律师会见难的思考、对换妻换偶案的定性分析、对贪污受贿入罪起点的反思,揭示了司法实践对法学理论的“反叛”;他通过对陈水扁羁押案的思考、对量刑辩护中检法冲突的观察、对先刑后名、重刑轻民案例的逆向思索,说明了传统刑事法理论所面临的来自实践的挑战;他的分析还触及了房管局长“天价烟头”案、烟草局长“香艳日记”案、贵阳师生恋引发的命案等有影响的案件,以及“李庄案”、“赵作海案”等有争议的案件,并由此进一步梳理了“理论对现实的无奈”……

陈世和律师将上述一个个案例作为研究的样本,提炼出了一些富有启发

性的命题,这些命题的理论价值是不容低估的。例如,他通过对个案的思考,提出了罪刑法定原则的多维化观点,揭示了刑事诉讼中人性道德假设的逻辑误区,讨论了刑事羁押程序的构造问题,提出了被告人举证权利的再造这一命题,分析了量刑辩护作为新型辩护形态的基本构成要素,提出了刑事司法解释扩张与委任立法泛滥所带来的问题……这些命题的提出尽管未必属于重要的理论创新,但对理论研究具有较大的启示。对于当下深陷“理论与实践的二律背反”之中的法学界来说,与其继续从西方法学和法制中移植一些貌似合理的理论和制度,倒不如从中国自身的实践中发现中国走向法治的灵感。中国30年来走过的法制之路,既有有待总结的丰富经验,更有亟须整理的深刻教训。面对中国30年来的法制积累,法学界应当放下毫无根基的自负心态,抛却教条主义的研究方法,真正地贴近现实,直面法律实施中的问题。或许,这有可能成为中国法学理论创新的一条新路。

当然,作为一位工作在司法第一线的执业律师,陈世和律师在本书中也表达了律师界经常具有的“无奈”情绪。比如说,对于“两高三部”新近颁行的两个证据规定,他认为这是“赵作海冤案催生出的‘法律’”,并预测这将是两部“昙花一现”的证据规则;对于最高人民法院的死刑复核程序,他认为法官具有“行政化审理”的倾向,这种程序没有建立诉讼构造,辩护律师几乎难有作为;对于由“李庄案”所引发的一系列政策调整动向,他也担忧律师界因此遭遇了较大的“杀伤力”……这些论述并不意味着陈世和律师对中国法制的前景持悲观的态度。事实上,根据我对他的了解,他是一个脚踏实地的人,既不作秀也不慕虚荣,是一位一直为改善律师执业环境而努力工作的精英律师。近期,由北京大学法学院与贵州省律师协会合作完成的《贵州律协关于死刑案件辩护的规范指导意见》,就凝聚了陈世和律师的大量心血,体现了他的独特智慧。

陈世和律师的座右铭是“终身学习”。本书体现了一位资深律师“终身学习”过程中所总结的所思所想。本书既是记录律师执业经历的著作,也可以成为法学界研究中国法律问题的重要参考书。笔者在先睹为快之后,特将本书郑重推荐给读者朋友。

北京大学博士生导师、教授 陈瑞华

2010年10月

于北京大学

引言

刑事法是什么？是刑法（实体法）与刑事诉讼法（程序法）的总称。它是犯罪人最大的敌人！

刑事法是法律对人的控制系统抑或是法律的魔阵框架？置身其中，不免要向先哲求教。黑格尔说，刑事法是犯人权利的法。不是吗？如果不是犯人的法，为何要制定它？从迅速打击、从重从快的层面思考，刑事法的存在确实有些不太方便。可在文明时代，你既要惩治犯罪人或者惩治可能涉嫌犯罪的人，同时你又要做文明人，因此你总得给他或他们说清楚，让他或他们“死得明白”。这样犯罪人或可能涉嫌犯罪的人就需要有一个公民是否越轨的底线预知。于是他们就有了需要“知道”的权利以及为了这个权利而应获得“说话”的权利。从这样的思维空间逆向行驶，黑格尔说刑事法是犯人权利的法不无道理。

实际上，刑事法是我们编码的程序与框架，在这个概念系统里，架构决定了我们范围的四至、功能的大小与框架的高矮。当我们在注重刑事诉讼程序的不足所带来司法实践的困惑时，实体法中入罪起点的低门槛危险悄悄地向我们逼近，我们已经成为低门槛入罪规则的俘虏却浑然不知。置身于这个系统的魔阵架构中，可以看到官员、商人、教师、医师、小贩等芸芸众生，在觉察不到危险的时候，轻易地就成为实体法入罪捕获的猎物。

不是吗？在没有经过刑法宣教的告知过程，公务员还不知有 42 条渎职罪在其交椅之后抵住他们的腰杆。而凭借精湛技术利用开处方收取红包的外科医生也不知商业贿赂这把刀已经架在他们的脖子之上。事实上，在逢年过节期间收受 5000 元现金礼物就可以让很多官员在不经意间陷入万劫不复的境地。官员们在找熟人购房时竟不知低于市场的优惠价有可

能是自己入罪门槛的钥匙。至于年收入达到12万元的白领与中产阶层怎样稀里糊涂地变成富豪,对即将掉进偷税漏税的陷阱也没有丝毫察觉。当然,最近出现换妻换偶违反伦理的举动被转换为聚众淫乱之罪还有待于刑法理论与实践的纠缠。但官员们与情妇们普遍存在的“性交易”就如同“食品安全”一样是这样的不安全!可悲可叹的是,那些将见义勇为大学生遗体倒悬在船头敲诈钱款的船工与处理他们的警察一样,竟不知刑法上还有侮辱尸体罪。将逮捕之人挂着黑牌在舞台上公处公捕予以曝光有辱人格,却是司法实践对法律关于禁止游街示众规定的直接蔑视。至于律师会见犯罪嫌疑人执业困境,将有可能因律师伪证罪的被滥用而变得无足轻重了。当人权保障与惩治犯罪孰重孰轻的争论言犹在耳,死人复活的最新版本又一次鲜活出炉,河南商丘的赵作海案因被杀之人赵振响复活而真相大白,当代刑法史上又克隆一出余祥林死亡之妻的“死人复活记”。据说,实施了刑讯逼供的警察有六名被起诉,一名亡命天涯。守法良民的不安全并不能降低执法人员为破案立功而采用刑讯手段的执业风险。网络信息的无孔不入,使撰写“性爱日记”的官员与刁着天价烟头的房管局长陷入恢恢法网。人肉搜索的巨大威力,让民众着实欢喜一把。然而高兴之余,一张网络犯罪的巨大的网却成了网友们挥之不去的阴影。同样,上访、申诉与处理问题的迟延将会引发出万众瞩目的焦点,村民们因拆迁征地问题集体下跪岂止跪倒一位市长。富士康“十三连跳”的自杀往前再走一步,就是校园里的血腥屠杀,虐杀孩童的疯狂必然使宁静校园的空气弥漫着肃杀的氛围。更为荒谬的是,让人疯狂让人欢乐的足球运动也逐渐沾染上吊诡的刑事法律游戏。

可见,刑事法无处不在!

于是,人性就在刑事法的实体规则与程序之间挣扎。实体法低价位的人罪规则,渗透于办公场所、建筑工地、医院诊所、股市网络、课堂教场、运动场所。它入影随形,可以做任何可做的事。它所俘获的众多猎物,使案件急剧上升。在这样特殊的空间里,案件的泛滥不仅反向证实了刑法作为“犯人的法”的规则存在问题,且与刑事诉讼程序内监督主体及其监督机制的缺失相辅相成,形成了对社会司法实践的巨大压力。

刑事法律规则一旦脱离入罪标准的合理性与诉讼程序监督的羁绊,

就会成为一匹脱缰的野马,把实践远远地抛在一边,也使自己成为另类理论而遭遇实践的反叛。于是,现实之中,各类稀奇古怪的案例层出不穷,花样翻新,刑事法理论与实践的冲突在所难免。刑事法施行的尴尬无处不在。

在这个尴尬的世界中,我们可能既是立法者又是执法者;既是施虐者又是受虐者;既是创制理论的人,又是设制圈套自己钻进去的人;我们是既有规则而又无规则的人。在潜规则中,我们十分尴尬。或许我们自己就是自己的敌人。

第一篇 实践对理论的反叛

罪刑法定原则的多维思考	003
——来自经典案例的巨大挑战	
透视刑事诉讼法中人性道德假设的逻辑误区	008
——修法过程中不可忽略的人性问题	
人权入宪与刑辩律师的执业尴尬	015
——律师能担当起“保障人权”的重任吗?	
从赖昌星案看国际引渡中的中国法律选择	019
——兼论加拿大移民法与中外引渡法	
情妇门,官员们的贪欢与烦恼	027
——是蒙混过关还是铤而走险	
换妻换偶之案对法律的撞击	032
——是伦理问题还是聚众淫乱罪	
黑社会组织犯罪的立法缺陷与司法实践的纠结	037
——立法上的“贪心”与律师辩护的无奈	

修法前瞻,万花筒般迷离的交通肇事罪	044
——“马路杀手”与立法智慧	
贿赂案件低入罪起点与社会经济发展的巨大反差	060
——起刑点过低导致大量的“漏网之鱼”	
网络犯罪,司法及时跟进的双重忧虑	066
——降低犯罪门槛后的误伤	
食品安全,本是轻松却变得沉重的话题	070
——法外的放纵与法内的畸重	
刑事司法效率化与“从重从快”的反向启示	077
——特殊案例的角度透视	
刑讯逼供与取保候审	081
——两个风马牛不相及问题之粘合	
足球赌博与贿赂大案中的罪与罚	093
——中国足球的悲惨世界	

第二篇 理论与实务的纠缠

预防主义刑罚的前世今生	099
——已然之罪与未然之罪的较量	
刑事羁押程序的构造及比较借鉴	104
——陈水扁羁押案的程序启示录	
惩治犯罪与保障人权的功能性冲突	116
——纠缠不清的价值取向	
刑事程序必须法定的否定之否定	125
——典型案例的程序反思	
刑事诉讼中的讯问与侦查卷宗至上置评	131
——我国台湾地区、香港地区、澳门地区 与内地讯问规则之异同	
刑事举证责任的理论嬗变与被告举证权利的再造	143
——举证不仅仅是控方的权利	

量刑辩论,挑战刑罚裁量的合理边界	152
——历史、现实的反思与未来的期许	
低价购房的受贿罪认定	164
——贵阳某名校校长受贿案分析	
法官的职业个性与合议庭的“形同虚设”	170
——也谈司法职业的性格特征与审判组织的关系	
刑事司法解释的扩张性释放与委任立法泛滥	181
——司法权与立法权的博弈	
侵犯商业秘密罪的案例解析	190
——地方保护与企业利益驱使下的司法利器	
先刑后民原则的反弹切入	210
——“重刑轻民”案例的逆向思索	
明德慎罚、以礼入刑	218
——儒家思想指导古代刑法的现实意义	
刑事案件中新闻报道的双重担当	225
——透视性原则与侵权限制	

法庭控辩的攻防大战与诉讼角力	233
——辩护发展趋向中的斗智斗法	

第三篇 理论对现实的无奈

湖北荆州大学生见义勇为被暴尸船头	255
——与侮辱尸体罪擦肩而过	
贵阳师生恋引发的学生杀人血案	258
——女班主任与男学生的不伦之恋警示	
房管局长的天价烟头与烟草局长的“香艳日记”	266
——网络的威力与刑事举报立案程序的扭曲	
刑事司法鉴定制度的程序缺憾	270
——案例展示：控方鉴定的实与辩方鉴定的虚	
存疑不起诉制度是我国疑罪从无原则的重大支撑	276
——存疑不诉与存疑无罪判决的现实差距	

刑事被害人在诉讼中的困境	287
——司法救济的缺失与诉讼中的揪心烦恼	
认罪后的立法缺陷	295
——对立功情节认定的再批判	
贵阳拆迁绑架案引发群体堵路事件的刑案反思	302
——不能对开发商和被拆迁户各打五十大板了事	
校园里的血腥屠杀	306
——丧心病狂背后的弱势身影	
辩护人伪证罪的超常规认定	310
——李某“伪证门”一案对律师的杀伤力	
律师帮助伪造证据与假驰名商标案的蹊跷	315
——司法认定驰名商标的对与错	
律师会见：刑事诉讼中沉重的十字架	324
——忍辱负重，律师只能自吞苦果	
赵作海冤案催生的“法律”	330
——两个证据规定的昙花一现	