

Ineffectiveness

法治说到底无非是一种生活样式。将法治追求融于生活观察，见微知著，志存高远，是本书的特色，也是转型中国法学者的责任。

失灵

中国刑事程序的当代命运

李奋飞 著

Contemporary Fate of
Chinese Criminal Process

by Li Fenfei



上海三联书店

Ineffectiveness

失
灵

中国刑事程序的当代命运

Contemporary Fate of
Chinese Criminal Process

by Li Fenfei

李奋飞 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

失灵:中国刑事程序的当代命运/李奋飞著. —上海:
上海三联书店, 2009. 2

ISBN 978 - 7 - 5426 - 2961 - 6

I. 失… II. 李… III. 刑事诉讼—诉讼程序—中国—文集 IV. D925.218.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 210157 号

失灵——中国刑事程序的当代命运

著 者 / 李奋飞

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.sh.cn

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2009 年 3 月第 1 版

印 次 / 2009 年 3 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 260 千字

印 张 / 21.75

ISBN 978 - 7 - 5426 - 2961 - 6/D · 142

定价: 38.00 元

序

在我的学生当中,李奋飞博士有点特别。他特别能讲,特别有想法,做起事来也很特别。别的且不说,他博士毕业几年来,一直没有出版本来完全可以出版的博士论文,却要出版一部随笔集。我想,这就可在一定程度上例证他的这种特别。

言归正传。

应该说,奋飞博士的学术品质是毋庸置疑的。但是,凭我的感觉,在最近的两年中,他的“论文”出产量并不高,在当今学术评价指标化的环境中,作为他的老师和朋友,我还真有点为他担心。然而,当他把这本书的初稿呈送给我时,我的这种担心成了多余,甚至可以说在心里变成了赞叹。奋飞竟敢冒着可能被学术界蔑视的风险,在长达两年多的时间里,不“做”大论文,专攻“小文章”。而更可贵的是,这些“小文章”,在我看来,远比时下众多的大论文优秀。

很明显的一个理由是,这些小文章好读。

也许很多人对此不以为然,但我必须说,这点至关重要。论文也好,随笔也好,生产的首要目的是让大家阅读。而遗憾的是,当今学术论文产出量成几何数字激增,但阅读量却未见增多。很明显的一个例证就是,诸多论文的引用率为零。

这是学术的一种悲哀。

目前,论文生产的意义似乎只在于发表,只在于发表之后可能带来的个人收益,而不是促进知识增长和理论互惠。而论文不求阅读但求发表的现状,又导致另一重困境——不少论文写得越来越长,品质却越来越低。

所以,学术需要“打假”。

奋飞的这一随笔集,在某种意义上不失为一种学术“打假”,只是使用的方式不同。他不是去揭露剽窃、抄袭、学术腐败,而是自觉地在寻求学术突围。

他的这种突围体现在:他尽量用“简白”的语言将道理说清,力求让文字变得生动、易读。当他能用两三千字将一个问题解释清楚时,他绝不用叠床架屋的方式,去“整”出一篇数万字看似很唬人的所谓“学术”论文——那是在害人,浪费读者宝贵时间。

在当今法学界,“简白”似乎成了一种稀缺而可贵的品质。

正是基于这种简白,奋飞努力通过大众报刊而不是学术期刊传递他的思考,他试图让自己的思考影响更多的人,而不是一小群学术精英。这无疑是一种了不起的理想,因为在当代中国,法治注定不是学术精英在象牙塔里的自娱自乐,不是法学论著堆砌起来的封闭城池,而是一场全民的实践。

在我看来,奋飞所做的,正是为了推动这种法治的全民实践。他积极参与讨论那些极具社会影响性的刑事案件(如“邱兴华案”、“聂树斌案”、“黄静案”、“许霆案”,等等),试图通过自己的呐喊来唤起民众对法治实践中种种缺陷的关注。但奋飞所做的,又不同于通常意义上的“普法”,他不是在宣讲某种教义,更不是解释某些条文,而是在试图勾勒法治下的阴影。也正因为如此,他的文字中流淌着热血,也夹杂着悲鸣。他叹息“许霆案”中的非正义,竭力呼唤大家去关注“邱兴华案”中被遗忘的被害人……

即便如此,奋飞不是愤青。

通过那一篇篇鲜活的文字,他向读者展示了自己优秀的学术洞察力。

如,在“许霆案”的分析中,一些学者“清醒”地强调司法独立,防止民意干预司法。但奋飞却娓娓道来,证明了在中国民意从来就不曾直接影响过司法。影响司法的往往是政治,是权力,“民意影响司法”只不过是当权者的一种治理技术。再如,在“聂树斌案”中,包括一些学者在内的不少人都在极力呼吁:必须查清“聂案”的真相,给聂树斌以“正义”。但是,奋飞思考问题的角度,却令人耳目一新。在他看来,即使我们无法查清“聂案”的真相,但只要现有的证据不足以认定聂树斌就是真凶,就可以根据“不冤枉无辜”、“疑罪从无”以及“有错必纠”的原则在法律上宣判聂树斌无罪。也就是如奋飞所说,没有真相,也应当实现正义。

奋飞的这种学术突围,在中国刑事诉讼法学界,更有另外一种深远的意义。在1996年刑事诉讼法修改之后,中国刑事司法过程中暴露出来的诸多问题彰显了现行的程序规则基本上被架空、被搁置——或者如奋飞所言——“失灵”了。现在看来,中国刑事司法的主要问题,可能已经不再是立法上能够取得重大突破,而更在于那些法律中已经确立的程序规则能否在司法实践中得到有效的实施。

很明显,奋飞已经敏锐地觉察到了这一点。因此,他没有试图去提出一个普适的理论模式或解释框架,而是更多地深入到中国法治实践的第一线,去近距离地观察刑事诉讼程序何以会“失灵”。他乐于通过各种机会与基层法官、检察官、派出所民警进行沟通,细细倾听他们的烦恼和意见,并认真地分析,为什么目前的这套程序规则会被搁置和架空,为什么刑诉法“修改不修改,其实对我们影响都不大”。

然而,不少研究者似乎已经缺乏这种倾听的耐心,我们遗憾地看到,当“刑事诉讼程序失灵”这一问题已经很明显地暴露出来时,他们依然在提出各种对策,推动立法——试图将那些他们认为“先进”的制度植入我们的法典中。我分享他们的法治理想,但我必须说,我们更需要的是,最大限度地发现问题,揭示其成因,而不是动辄就提出对策。毕竟,只有问题的存在才是客观的。也因此,在时下的中国,我们既需要那些能够生

产“大部头”的学者，也需要如奋飞这样的能够创造“小火花”的学者。

当然，作为他的导师，我在欣慰奋飞的这种特别之余，也对他有着更多的期望。我尤其期望，他在能够保持这种特别的同时，也能够兼顾好更加规范的“学术性”论文的生产。

我想，这不仅对他个人是非常重要的，对于中国的学术界，也同样是非常重要的。

是为序。

陈卫东谨识

自序

毋庸讳言，本书是我近两年来“不务正业”的结果。收集的主要是我近两年来所写的一些评论和随笔。尽管它们大都算不上什么严格的学术论文，但却承载着两年来我对刑事程序的思考。

最初，我在写这些文章时，并未有意识地要集中关注某一问题。但是，现在整理出版时，却发现，我近两年来所关注的主要问题，实际上乃是刑事诉讼最前沿的问题——刑事程序的整体失灵问题。

生活总是充满着太多的偶然。如果不是在两年前的某一天，我看到了《法制日报》所刊登的一篇报道，我可能就不会这样劳神费力地去写这些不为时下的学术评价标准所看重，但其实也未必就很容易写的“小东西”。至今，我依然清晰地记得，我在最初看到那篇报道时的心情。

坦白地说，那一刻，我震惊了！

那篇报道说，对一桩不服一审死刑判决的上诉案件，河北省高级人民法院进行了首次二审开庭审理。从这篇报道的字里行间，我基本上可以做出这样一个判断，那就是，在1996年刑事诉讼法修改后长达十年之久的时间里，河北高院对于上诉的二审案件，几乎就从未进行过开庭审理。这篇报道，让我对中国的刑事程序在目前司法实践中的真实处境——普遍被规避和架空——有了更加清醒的认识。于是，在极度的愤慨和无奈中，我很快就写出了《认真对待刑事程序的失灵问题》一文。遗憾的是，我

的这篇至少我认为是饱含了真情实感的小文，却由于种种原因，至今尚未变成铅字，它至今也只能在网络世界里寻求安慰。不过，我并没有因此而放弃对时事和个案的关注，反而却越来越“走火入魔”了。在这两年当中，面对一个又一个具有“影响性”的案件，我时常有一种如鲠在喉、不吐不快的感觉。

但是，我认为，自己绝不是个愤青。我之所以要密切关注这些“影响性”案件，不仅是因为“司法的影响力可能远远超过立法”（苏力语），更是因为，在我看来，这些具有“影响性”的案件，其实就是一个又一个展示中国司法生态的绝佳窗口。通过它们，我们可以真切地看到，“书本”上的刑事程序在当前中国司法实践中的真实处境。譬如，通过“刘涌案”，我们就可以了解，我们的法院目前究竟是如何处理刑讯逼供的；通过“邱兴华案”，我们又可以看到，我们的法院是怎么回应辩护律师的申请的；在“陈国清等四人杀人案”中，我们还可以看到，二审中的发回重审制度又是如何导致“循环审判”的……

这一系列活生生的“影响性”案件，都真实地显示出中国现行的刑事程序和诉讼制度根本就没有得到有效地实施。正因为如此，我才一直认为，在刑事诉讼法的再修改已经列入立法规划这一大背景下，作为法律人，尤其是程序法的研习者，我们就不能仅仅关注刑事程序规则是否能够在立法上得以改变，而更应该关注刑事程序规则的失灵问题。或许，我们这一代法律人就可能在这里作出自己的贡献。也正是因为如此，我才选择了《失灵——中国刑事程序的当代命运》作为本书的书名。

本书得以顺利出版，承蒙导师、前辈、同学和朋友的提携、帮助、关爱与鼓励。因此，我想借此机会，向这些可亲可敬的人们，表达我心中最诚挚的谢意。

我要特别感谢我的硕士导师陈卫东教授和博士生导师程荣斌教授，正是他们的悉心栽培，才使我得以进入神圣的法律殿堂，并循序渐进，也有

了完成本书的动力和条件。尤其令我难以忘怀的是,在我生活困顿之际,两位恩师和师母给予我的无微不至的关爱。

此时此刻,我还应当感谢那些给予我指导、帮助和启迪的所有的老师和朋友。尽管我知道,列举只能是有限的,但我还是想实现一种看得见的表达。他们是中国人民大学法学院王利明教授、韩大元教授、张志铭教授、何家宏教授、汤维建教授、刘俊海教授、陈桂明教授、江伟教授、姚辉教授、肖建国副教授、魏晓娜副教授、刘计划副教授、冯玉军副教授、中国青年政治学院常务副院长王新清教授、北京市人民检察院副检察长甄贞教授、北京大学法学院陈瑞华教授、汪建成教授、中国政法大学樊崇义教授、许身健副教授、吴宏耀副教授、北京师范大学法学院宋英辉教授、杨正万教授、廖明博士、中国社会科学院王敏远教授、程雷博士、中国人民公安大学樊学勇教授、李玉华教授、清华大学张建伟副教授、国家检察官学院单民教授、周洪波教授、最高人民法院研究室副主任胡云腾教授、最高人民检察院研究室陈国庆主任、石献智博士、最高人民检察院反贪总局大要案侦查指挥中心副主任陈东博士、北京市高级人民法院民一庭庭长单国军博士、法官张朝阳博士、郑州市金水区公安分局民警张卫军、驻马店市人民检察院张志超检察长、马讯副检察长、田东松处长、李清华处长、李年主任、刘怀印副处长、上蔡县人民检察院郭东升检察长、汝南县人民检察院黎梅香检察长。

本书的部分文章曾经在《法学家》、《法制日报》、《法学家茶座》、《检察日报》、《中国律师》、《中国检察官》、《中国审判》等刊物上发表过。因此,我要感谢蒋安杰主任、刘卉编辑、柴春元编辑、刘燕编辑、李敏编辑对我的文章给予的厚爱。

我还要特别感谢上海三联书店的编辑王笑红女士。她为本书的出版倾注了大量的心血。完全可以这么说,没有她那高效、负责和细致的工作,本书不可能这么快面世。

感谢我的学生肖成、吴小兵为全书所做的校对工作。

当然,我还要特别感谢我任教以来所教过的每一位学生,正是他们的悉心聆听和热烈掌声,使我充分地意识到,如何才能做一名受学生欢迎的教师,也使我逐步体会到,究竟应该怎样对法律问题展开研究。

李奋飞

2008年3月

目 录

序	陈卫东 (1)
自 序	(1)
1. 让“杀人恶魔”邱兴华也能得到公正的审判	(1)
2. “邱兴华案”,咋没有人关注被害人的利益?	(6)
3. 假如邱兴华真的被鉴定为精神病人	(11)
4. 邱兴华之死留下了哪些想象的空间	(17)
5. 为什么人们对“杀人狂魔”会充满同情?	(22)
6. “许霆案”:比较之中的非正义	(27)
7. “许霆案”:请不要轻易指责民意干预司法	(36)
8. 重审“许霆案”的程序问题不容忽视	(41)
9. “许霆案”:这个“山芋”会烫着谁的手?	(50)
10. “作为裁判基础的事实”与“原发的案件事实”	(57)
11. 剥夺刑事被害人获得精神损害赔偿的权利,道理何在?	(66)
12. 让维护正义的人首先获得正义	(76)
13. 正义从哪里来?	(81)
14. 从“报复性司法”走向“恢复性司法”	(86)
15. 陈国清等四人杀人案:“循环审判”是如何练成的?	(90)

16. “黄静案”:国家追诉主义的自负	(99)
17. 让错案的纠正不再依赖于“偶然”	(107)
18. “禁止双重危险”原则在英国的发展及其启示	(111)
19. “马克东诈骗案”遭遇冷漠折射出什么?	(119)
20. 让司法“程序”不再仅仅是办案的“手续”	(127)
21. 立案与侦查应该是啥关系?	(135)
22. 让一部分案件的审判先公正起来	(142)
23. 为什么要强调保护被告人的权利?	(154)
24. 通过“程序制裁”遏制“程序违法”?	(162)
25. 权利的生命在于实现	(172)
26. 在“法律安全”和“社会安全”之间	(176)
27. “修改不修改,其实对我们影响都不大”	(179)
28. 从“无救济则无权利”说开去	(186)
29. 认真对待刑事程序的失灵问题	(190)
30. 程序正义可能是个好东西	(194)
31. 为法官者,应“倾天平向弱者”	(200)
32. 法官不应因行使判断权而遭受惩罚	(204)
33. 为什么不应将讯问被告人作为法庭调查的开始?	(207)
34. 在正义的路上——《程序正义之路》读后	(211)
35. 治理超期羁押:从“运动式”走向“制度性”	(215)
36. 司法改革违法:质疑“有条件的逮捕”	(219)
37. 律师为什么应当为“坏人”辩护?	(224)
38. 以惩治犯罪的名义制造犯罪,为什么呢?	(234)
39. 让律师在场就能防止刑讯逼供吗?	(242)
40. 刑事辩护应从哪里寻求突围	(250)
41. 以民事手段打击外逃贪官	(255)
42. 迟到的回避告知	(258)

43. 为什么抗拒不能从严?	(261)
44. “案件告破立即表彰”的做法有所不妥	(266)
45. 遏制刑讯:增设制度还是强化实施?	(271)
46. 十字路口的公诉方式改革	(276)
47. 弊端重重的公诉审查程序	(280)
48. 不可承受之重:非法证据排除规则在中国	(290)
49. 保留法官的庭外调查权,为了谁?	(301)
50. 硬币的另一面	(308)
51. 人权漫谈	(314)
52. 人性漫谈	(319)
53. 法治漫谈	(324)
代后记:我的一次蒙冤经历	(329)

1. 让“杀人恶魔”邱兴华也能 得到公正的审判

有一件东西是这个国家里的每一个人都有权得到的，这就是公平审理。

——[英]阿尔弗雷德·汤普森·丹宁

近日，发生在陕西汉阴的那起连杀十人可谓耸人听闻的“血案”在安康市铁路法院进行了二审开庭审理。庭审中，控辩双方围绕着邱兴华的杀人动机是否是因“熊万成调戏其妻子”以及其是否患有精神病进行了辩论。公诉人认为，邱兴华在案发前后的一系列行为表明其是个正常人，应该负完全刑事责任。而辩护律师则通过邱兴华的几个不合理行为试图证明邱兴华是精神病人，并向法庭提出了司法精神病鉴定的申请。

显然，辩护人的这一申请不仅使这一案件再次引起社会各界的广泛关注，也给法院出了一个大大的难题！因为这一申请如果获得批准，不仅会影响案件的诉讼效率，造成诉讼的拖延，而且还会将法院置于各种矛盾的风口浪尖之上。

但是，我们很遗憾地看到，面对这一重大的直接关系到能否对被告人

进行正确的定罪量刑的程序性申请，（根据法律规定，“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任；尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚”。）法庭似乎是有意在吊民众的胃口——既没有表示同意，也没有表示拒绝。个中原委，我们似乎也不难从理论上作出解释。这其中既有我国法院体系中长期存在的行政化的管理方式问题，（按照目前的法院组织制度，法院内部设审判委员会，对于重大、复杂和疑难的案件进行讨论和决定。由于掌握着这种讨论和决定案件的权力，审判委员会因此成为事实上凌驾于合议庭之上的超级审判组织。这种行政化的管理方式所带来的一个直接后果就是，任何一个法官相对于其所在的法院的院长、副院长和庭长而言，都无法具有独立的裁判权。）也与此案的过于重大存在直接的关系。在这一背景下，对于辩护律师所提出的这种申请，不仅合议庭成员不敢轻易作出裁断，即使陕西高院恐怕也难以轻易作出处理。因此，时至今日，我们仍没有看到陕西高院同意这一申请的报道，并且从有关媒体的反映来看，“其同意对邱兴华做鉴定的可能性不大”。我推测甚至断定，陕西高院最终是否会同意这一申请，在很大程度上将取决于它在巨大的“民愤”压力面前是否能够保持最基本的独立性。

我们不妨安静地等待陕西高院作出最后的结论。

但作为法律人，我们又不能仅仅限于等待。我们无法麻木地进行等待。然而，此时我们惟一所能做的，就是在这一案件将结未结之时，对其进行适当的评论。尽管围绕着我是否对邱兴华进行精神病鉴定的问题，至少在理论上还存在着两个截然相反的“可能”。但是，在我看来，透过这一案件的二审程序，我们或许更需要关注的是，在我国的刑事诉讼中，诉权与裁判权的关系所呈现的畸形状态。无论陕西高院最终是否会同意对邱兴华做精神病鉴定，我们都可以得出这一结论——那就是在此案中被追诉一方的诉权并没有得到必要的尊重，而法院面对这一申请所拥有的裁

1. 让“杀人恶魔”邱兴华也能得到公正的审判

判权却明显过大。

按照我国现行刑事诉讼程序的设计,公检法三机关在各自负责的程序中,如果发现被追诉人有不合常理的行为时,都有权也都有责任对其精神状态进行司法鉴定。刑事诉讼法第 121 条还规定,当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请重新鉴定。既然立法已经明确赋予辩护人申请重新鉴定的权利,我们当然可以推导出辩护人也有权提出为邱兴华进行司法精神病鉴定的申请。当然,在辩护人提出申请的情况下,法院并非应一律同意,而是可以根据全案的具体情况,来决定是否有必要进行精神病鉴定。因此,从这一角度而言,无论法院作出什么样的处理,人们似乎都很难从合法性的角度对其进行评论。即使陕西高院拒绝辩护人的这一申请,也毕竟是在其自由裁量权的范围内的。

不过,从诉讼原理的角度而言,是否对被追诉人进行司法精神病鉴定,这更多地应属于控辩双方自行决定的事项,法庭只能在双方的申请明显属于拖延诉讼,或者违反法定诉讼程序的情况下,才可以作出附理由的否定性决定。因此,从现有的证据材料来看,陕西高院似乎又没有理由不同意辩护律师提出的这一申请。尤其是考虑到本案的重大及其影响所需要的慎重处理,陕西高院更应该顶住各种压力为邱兴华进行司法精神病鉴定。

但是,令我不无担心的是,长期以来,中国的法院在裁判活动中所关心的主要不是诉讼程序的维护和当事人诉讼权利的实现,而是裁判结果的正确与合法。因此,陕西高院很可能会拒绝辩护人提出的这一申请,甚至不提供任何理由。

道理很简单,如果仅仅站在“结果中心主义”的立场上来看待辩护人所提出的这一申请,那么,对于要不要为邱兴华进行精神病鉴定的问题,可能确实是无关紧要的。毕竟,即使不对其进行精神病鉴定,也并不必然会导致错判。因为基于邱兴华作案前后的种种表现,也基于司法鉴定本身存在的诸多问题,邱兴华是否确实患有精神病,这在很大程度上还是不