

在法理与现实之间

——刑事司法若干问题研究

◎ 贺恒扬 著

河南大学出版社

BETWEEN
LAW AND REALITY

在法理与现实之间

——刑事司法若干问题研究

◎ 贺恒扬 著

河南大学出版社

BETWEEN
LAW
AND
REALITY

A STUDY ON CERTAIN CRIMINAL AND JUDICIAL ISSUES

图书在版编目(CIP)数据

在法理与现实之间:刑事司法若干问题研究/贺恒扬
著. —开封:河南大学出版社, 2006. 3
ISBN 7-81091-483-9

I. 在… II. 贺… 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 046774 号

书 名 在法理与现实之间——刑事司法若干问题研究
作 者 贺恒扬

责任编辑 张 培

封面设计 王四朋

出 版 河南大学出版社

地址:河南省开封市明伦街 85 号 邮编:475001

电话:0378-2864669(事业部) 0378-2825001(营销部)

网址:www.hupress.com E-mail:bangong@hupress.com

经 销 河南省新华书店

印 刷 河南第一新华印刷厂

版 次 2006 年 3 月第 1 版 印 次 2006 年 3 月第 1 次印刷

开 本 787mm×1092mm 1/16 印 张 21.25

字 数 284 千字

ISBN 7-81091-483-9/D·182 定 价 30.00 元

(本书如有印装质量问题请与河南大学出版社营销部联系调换)

前 言

当我撰写完《疑难罪案的审查逮捕》一书并交付出版社印刷之后,总觉得还有些想说的话没说,说出来的话又没说完。于是,在此基础上我又提笔写了几篇文章,可以说是办案体会,也可以说是工作随笔,再加上过去一些已发表和未发表的论文,汇集成了这本书,并取名为《在法理与现实之间》。

此书定位于“在法理与现实之间”,意在从法学理论、现有法律规定和现实司法实践之间论述一些问题,研究一些问题,特别是法理与现实不吻合或不完全吻合甚至相互矛盾的一些问题。“理论指导实践,实践验证理论”,历来是理论工作者与实际工作者共同的任务。我以为,从理论层面研究问题固然重要,从现实出发研究一些实际问题更重要。我国法制还不健全,理论研究还有待深入,司法实践中还有许多问题需要理论指导,需要立法规范;同时,现实的司法实践也同样需要反对一些不合实际的理论,反对一些脱离司法实际的法律规定。

在现实的司法实践中,司法工作者包括法官、检察官对法律规范的不同理解和评判与法学理论上抽象的公平、正义理念以及现实生活中具体案件的实质性、合理性要求,特别是与社会效果评价之间产生的矛盾,使司法工作者往往会产生种种困惑而难以进行价值取舍。因此,探讨如何逾越法学理论、法律规范高度抽象的局限性与司法实践和现实生活中人们对事物感性的、多样性的认识这条鸿沟,找到一种合理契合的桥梁,既是我们的责任,也是我们的义务。正因为如此,我们在接受“理论指导实践”这一命题的同

时,也同样应该积极参与“现实反对理论”的探索,在法理与现实之间,在实然与应然之间找到一种默契与结合。当然,这需要理论工作者与实际工作者长期共同的努力。如果您认为这本书能对您有所帮助,那我就可以说,这是您对我“法理与现实之间”研究的问题、作出的努力所给予的肯定。

为了力求使研究的问题相对集中,本书设置四个栏目囊括了全部内容。有必要在这里说明几点:一是文章中选取的案例均作了技术处理,完全是为了说明作者的观点,不涉及案件本身,请勿对号入座。对案例的点评和剖析纯属学术探讨,绝无批评之意。二是文章中的一些观点仅代表个人,不强加于任何人,更不要要求必须怎么做。三是文章中的引注部分个别地方如有不准,敬请相关作者见谅,本人也一并向参考文献的作者及引注文章的作者表示感谢。四是有些说法和提法可能不很周延和妥当,欢迎各位同仁批评指正,我愿与诸位共同讨论,共同提高。

最后,我希望本书能给您的工作、学习提供一些帮助和参考。

贺恒扬

2006年5月于郑州

目 录

刑事诉讼程序篇

审查逮捕证明标准的构建	(3)
论检察机关的不起诉权	(33)
刑事抗诉制度的理论基础	(48)
刑事抗诉质量问题研究	(62)
谈谈人民法院“超时限”审理问题	(75)
完善“发回重审制度”研究	(78)

刑事诉讼证据篇

刑事证据伪变的哲学社会学思考	(97)
检察环节证据的审查与运用	(114)
论“职务犯罪的口供”	(150)

刑事实体业务篇

故意杀人犯罪问题研究	(181)
------------------	-------

受贿犯罪形态及司法认定·····	(210)
挪用公款犯罪若干问题研究·····	(224)
渎职犯罪刑法偶然因果关系认定·····	(237)
合同诈骗犯罪问题研究·····	(254)
过失犯罪问题研究·····	(277)

国外刑事诉讼制度篇

美国刑事司法(诉讼)的基本目标·····	(299)
澳大利亚的司法(诉讼)制度·····	(309)
美国辩诉交易之扬弃·····	(323)
参考文献·····	(332)

刑事诉讼程序篇

审查逮捕证明标准的构建

苏联法学家安·扬·维辛斯基说:“审判的艺术实际上只不过是利用证据的艺术罢了,而不是别的什么东西。”^①审查逮捕同样如此。审查逮捕作为审查、判断和运用证据证明犯罪嫌疑人是否涉嫌犯罪并决定是否批准或决定逮捕的过程,同样是一个利用证据的艺术过程。在这个过程中,谁运用得好,谁就能准确地认定犯罪,正确地适用法律,适时地、准确地决定是否适用逮捕措施。那么,作为运用证据证明犯罪的这个艺术过程,必然要依靠一定的证明标准,所以,作为从事审查逮捕工作的检察官既要懂得证明的艺术,又要善于正确理解和把握逮捕的证明标准。

“证明标准”一词在美国刑事证据法中的本来含义是指控诉方运用证据证明被告人有罪必须达到的程度。它既是控诉方依法履行证明责任所必须达到的尺度,即“证明度”,也是事实的审判者判断指控的犯罪事实成立的前提条件,达不到这个条件的案件,法律上禁止审判者宣告被告人有罪。美国联邦最高法院哈兰大法官指出:证明标准代表了一种努力,以期指示事实的发现者:我们的社会认为他们要达到何种程度的信念才能做出正确的事实结论。^②在刑事诉讼证明体系中,证明标准所要解决的问题是证明主体在何种认识程度上可以认定犯罪事实存在,或特定犯罪事实得以证实的尺度,

^① 陈光中、徐静村主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社,1999年版,第236~237页。

^② 王以真主编:《外国刑事诉讼法学》,北京大学出版社,2004年版,第396页。

当阶段性的证明活动结果状态达到证明标准的要求时,在法律上该事实就视为真实。刑事诉讼中证明标准解决的就是在证明达到何种程度时,才能认定被告人有罪。在审查逮捕环节,“逮捕,作为刑事诉讼过程中最为苛刻的强制羁押措施,其适用是受到严格限制的。除了嫌疑人的确存在逮捕的必要外,还要求嫌疑人涉嫌犯罪的可能性达到一定的程度。而这种判断则需要以证据为基础,来确定其是否达到了逮捕的证据要求,这就是逮捕的证明标准”^①。逮捕的证明标准和逮捕的条件是两个概念,逮捕条件包括证明标准,但证明标准只是逮捕的条件之一。

一、对国外的逮捕证明标准的评析

(一)“合理根据”——美国的逮捕证明标准

美国的逮捕分为有证逮捕和无证逮捕两种。从法律上讲,以有证逮捕为原则,无证逮捕为例外,但大多数逮捕都是无证进行的。无证逮捕又分重罪的无证逮捕和轻罪的无证逮捕,并规定了分别适用的情况和条件。有证逮捕的程序要件是必须事先由法官签发逮捕证,其实质要件是必须存在“合理根据”,即有“合理根据”相信发生了犯罪,并且拟逮捕的嫌疑人实施了这一犯罪,这是批准逮捕的关键。如《联邦刑事诉讼规则》第4条规定,在“可能原因”相信发生了犯罪,而且嫌疑人实施了该犯罪时,应向执法官员签发逮捕证;应检察官的请求,也可以签发票据代替逮捕证。嫌疑人没有按照传票要求到场时,可以签发逮捕证。逮捕证应当由治安法官签名,并写明嫌疑人的姓名或其他足以认定嫌疑人的事项、受指控的犯罪,命令将嫌疑人逮捕并带至最近的治安法官处。联邦法上的有证逮捕可以由联邦执行官或其他

^① 王琰:《逮捕证明标准》,载中国刑事证据网,2005年4月。

执法官员执行,执行逮捕时不必出示逮捕证,但如果嫌疑人提出请求应当尽快向其出示。执行逮捕的官员如果没有随身携带逮捕证,则应当告知嫌疑人其被控的犯罪和已经签发逮捕证的事实。重罪的无证逮捕要求实施逮捕的警员必须有“可能性原因”相信被捕者已经实施了某种重罪行为。轻罪的无证逮捕比较复杂,各州的规定也不尽相同。有些州规定,只要有“可能性原因”,警察就可无证逮捕,无论所犯罪行是重罪还是轻罪。有些州规定对轻罪的无证逮捕不仅要求有“可能性原因”,而且要求警察在该犯罪实施时在场。还有些州规定对某些种类的轻罪只要有“可能性原因”,就可无证逮捕,而对其他轻罪还要求警察在犯罪实施时在场。可以看出,美国逮捕的证明标准就是“可能性原因”。这一规定要求:根据已掌握的信息和资料,一个正常而理智的人相信犯罪嫌疑人有罪的可能性大于无罪的可能性。

也有些学者把美国的逮捕证明标准概括为“合理根据”。“合理根据”(probable cause)的本质是一种有证据基础作依据的可能,而不是单纯的怀疑;这种可能虽然不要求达到可以据以定罪的程度,但总的要求是必须有一定的证据(如被害人或知情人的报案等)表明某个特定的人犯了特定的罪。对此联邦最高法院认为,“当执行逮捕的官员掌握有可以合理地相信其为真实的信息,根据这些信息所获悉的事实情况本身足以使有合理谨慎的人相信犯罪已经发生或正在实施时,‘合理根据’就存在了;但执行逮捕的官员只是主观上相信逮捕是有根据的,不足以证明逮捕符合‘合理根据’的要求,必须有其他证据。对逮捕要求必须具备‘合理根据’这一实质要件,主要是为了防止侦查官员滥用限制人身自由的权力”^①。

(二)“合理根据怀疑”——英国的逮捕证明标准

在英国,逮捕权属于治安法官,对于需要逮捕的案件一般应当先取得法

^① 王以真主编:《外国刑事诉讼法学》,北京大学出版社,2004年版,第362页。

官签发的逮捕令状方可实施逮捕。但随着《1967 年刑事法》的实施,英国在立法上取消了传统的重罪、轻罪分类,继而划分为可捕罪和不可捕罪。根据《1967 年刑事法》第 2 条的规定,对于正在实施某项可逮捕罪或者有合理根据怀疑其正在实施某项可逮捕罪的人,任何人都可以实施逮捕,警察还有权无证逮捕任何即将实施可逮捕罪的人或者有合理根据怀疑其将要实施可逮捕罪的人。英国 1984 年《警察与刑事证据法》,将普通法上的严重犯罪也纳入可捕罪的范围,从而间接扩大了警察的无证逮捕权;警察无证逮捕权还从可捕罪进一步延伸到了可捕罪以外的一般犯罪,从而将所有的刑事犯罪都纳入了其无证逮捕权内。

当然,警察采取无证逮捕时必须同时符合以下条件:一是需有合理理由相信被逮捕者即将或正在实施犯罪行为;二是被逮捕者所实施的犯罪为某一可捕罪,也就是最高刑罚在 5 年以上监禁刑的犯罪。此外,对于那些因为以下原因传唤其到案是不现实或不可能的人,警察也可以采取无证逮捕:一是被逮捕者身份不明;二是警察有合理的理由怀疑被逮捕者所提供的姓名为假名。不仅如此,任何公民对于正在实施犯罪行为的人,都可以采取无证逮捕,从而将其押送警察机构。^①

(三)“有充分或相当理由怀疑”——日本的逮捕证明标准

日本的刑事诉讼规则,将逮捕分为普通逮捕、紧急逮捕和现行犯逮捕三种,其中普通逮捕是有证逮捕,紧急逮捕和现行犯逮捕是无证逮捕。普通逮捕,也称通常逮捕,是由检察官、检察事务官或司法警察职员,根据法官签发的逮捕证所实施的逮捕。对逮捕进行司法审查的实质要件是:其一,必须有相当的理由足以怀疑嫌疑人实施了犯罪。这是普通逮捕最重要的条件,不

^① 王以真主编:《外国刑事诉讼法学》,北京大学出版社,2004 年版,第 103~104 页。

具备这个条件的,侦查官员不得请求签发逮捕证,法官也不得同意签发逮捕证。如日本《刑事诉讼法》(昭和23年7月10日法律第131号)第60条羁押第(一)项规定:“法院有相当的理由足以怀疑被告人有犯罪行为并符合下列各项规定的情形之一时,可以羁押被告人:(1)被告人没有一定的住所时;(2)有相当的理由足以怀疑被告人将隐灭罪证时;(3)被告人有逃亡行为或者有相当的理由足以怀疑被告人有逃亡可能时。”^①而且这个“相当的理由”必须是客观理由,即有合理的根据。这与美国逮捕法的要求是一致的。其二,必须有逮捕的必要。日本《刑事诉讼法》第199条第2款规定,法官认为有相当的理由足以怀疑嫌疑人实施了犯罪时,应当根据检察官或司法警察官的请求签发逮捕证,“但认为显然没有逮捕必要的,不在此限”。现行犯逮捕,其逮捕对象是现行犯或者准现行犯,任何人都可以在没有逮捕证的情况下实施逮捕,逮捕后应立即将嫌疑人扭送至司法机关。但无论是紧急逮捕还是现行犯逮捕,在无证逮捕后都必须向法官申请逮捕证之手续,如果法官不认为有充分理由怀疑该逮捕对象已实施了犯罪行为而不签发逮捕证时,应立即释放被捕人。由此可以看出,日本逮捕制度中的证明标准实际上就是普通逮捕所要求的证明标准,即“有充分理由怀疑该逮捕对象已实施了犯罪行为”。

有学者认为,英美法系和大陆法系是法律较完善的国家,在制定逮捕的证明标准时体现出的主要特征是均将“自由心证”思想融入客观证据之中。作为逮捕的证明标准也体现出客观性和主观性相结合、实体性与程序性相结合的特点,因而有效地实现了证据标准的可操作性、现实性和逻辑合理性。^②

① 曹文安:《拘留转为逮捕证明要求质疑》,载云南律师事务网,2003年8月11日。

② 王琰:《逮捕证明标准》,载中国刑事证据网,2005年4月。

二、对我国现行的逮捕证明标准的回顾与评价

(一)逮捕证明标准的简要回顾

20 世纪 60 年代初期,在起草《中华人民共和国刑事诉讼法(草案)》时,有专家就建议增设逮捕证明要求,并初步确定为“主要犯罪事实已经查清”。鉴于“文革”乱捕乱抓等目无法制现象,1979 年在制定第二部《捕拘条例》和《中华人民共和国刑事诉讼法》时,将逮捕证明要求确定为“主要犯罪事实已经查清”。1979 年下半年开始,全国治安形势趋于严峻,刑事犯罪日益猖獗,恶性案件大幅度上升,原《刑事诉讼法》自 1980 年 1 月 1 日施行不久“主要犯罪事实已经查清”这种证明要求过高的矛盾已经明显表露,在实际操作时,这种标准某些重大复杂案件根本就无法实现。在这种情况下,公安机关不得不借助于收容审查,将其作为刑事诉讼中的紧急强制措施来使用,以便争取到较长的办案时间来完成这种证明要求和应付拘留权难于适用的局面。自 1983 年夏季“严打”起,收容审查制度被广泛采用,有些地方出现滥用甚至失控,“收审”已取代了拘留,作为紧急强制措施的拘留事实上被闲置起来。90 年代初,以陈光中教授为首的一批专家在起草《中华人民共和国刑事诉讼法(修改建议稿)》时,将逮捕证明要求建议修改为“根据证据有犯罪重大嫌疑”。但 1996 年 3 月 17 日第八届全国人大常委会第四次会议对专家意见仅吸收了一部分,略微降低了证明要求,即将“主要犯罪事实已经查清”修改为“有证据证明有犯罪事实”,同时又延长了部分案件拘留审查时间。《刑事诉讼法》的修改,收容审查制度的取消,原认为变更后的逮捕证明要求能够得到贯彻,然而事与愿违。正如全国人大常委会在 2000 年下半年对《刑事诉讼法》实施进行检查时发现的那样,超期羁押十分严重,有相当一部分案件在法定期限内尚不能达到逮捕证明要求。为此,有的采用规避法

律方法延长拘留审查时间,有的公然违反拘留办案期限,导致现行逮捕证明要求没有得到很好贯彻落实。纵观《刑事诉讼法》实施 20 多年,无论是原刑事诉讼法规定的逮捕证明要求,还是修改后的刑事诉讼法确定的逮捕证明要求,事实上都没有得到全面实施。为此,我们有理由怀疑“有证据证明有犯罪事实”的逮捕证明要求是否可行和适当。

(二)我国逮捕证明标准的特点

1. 即时性

逮捕是为保证刑事诉讼顺利进行的一种强制措施,不是对案件作出的最终处理,法律规定检察机关审查逮捕的期限为 7 日,同时,《人民检察院刑事诉讼规则》还明确规定,审查逮捕的案件不另行侦查。换句话说,在审查逮捕过程中,如果认为公安机关提请批捕的证据有疑问,对于关键的证据在法定期限内可以进行必要的复核,但只能根据提请逮捕的已有证据作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定,不能退回补充侦查或自行侦查。而在通常情况下,在审查逮捕阶段认定的证据、犯罪事实,在之后的侦查过程中,往往会发生变化,或被进一步肯定,或被否定。但是,只要在审查逮捕时符合逮捕条件,即使捕后被否定,不再作为犯罪来处理,也不能认定为错捕。这充分说明审查逮捕的证明标准具有即时性。

2. 有限性

在整个刑事诉讼过程中,逮捕作为一种强制措施,一般应用在案件侦查阶段的开始,而且也并不是每个案件在进行侦查时的必经程序。在审查逮捕时,认定案件事实的证据往往不充分、不确定,有待采取强制措施后在继续侦查过程中,获取新的证据,完善证明犯罪事实的证据链。由此可以看出,逮捕只是作为刑事诉讼中一个阶段对证据所作出的判断,具有有限性,不可能预见捕后证据的变化情况。因此,不能拿起诉的证明标准、审判的证明标准来衡量逮捕的证明标准。如果审查逮捕时要求考虑起诉、审判时的

证据要求,一方面是不符合现实的,另一方面也会妨碍逮捕措施功能的及时有效发挥。

3. 保证性

根据刑事诉讼法和六部委《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》的有关规定,审查逮捕时只要求“有证据证明有犯罪事实”,审查逮捕时又不能退回补充审查,也不能另行侦查,而且审查逮捕的时限短,再加上逮捕是一种最严厉的强制措施,所以适用时要慎之又慎。为了保证审查逮捕案件的质量,保证捕后案件的起诉率和判决率,审查逮捕的证明标准要具有保证性,即尽可能地保证捕后的犯罪嫌疑人被起诉、被审判,保证犯罪嫌疑人受到刑事制裁。

(三)现行逮捕证明标准存在的问题

现行《刑事诉讼法》第六十条第一款规定:“对有证据证明有犯罪事实,可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人,采取取保候审、监视居住等方法,尚不足以防止发生社会危险性,而有逮捕必要的,应即依法逮捕。”可见,“对有证据证明有犯罪事实”是我国立法对逮捕的证明标准的明确规定。笔者从对实践的观察中发现,现行逮捕证明标准存在一定缺陷,至少存在以下几方面问题:

1. 法律规定与面对的现实往往使检察官面临两难选择的境地

在司法实践当中,经常遇到的问题是犯罪嫌疑人涉嫌的只是一宗犯罪,虽存在着很大的作案嫌疑,但尚不能达到确认其所为的程度,需要进一步调查取证才能确认,而犯罪嫌疑人一旦不被羁押则存在逃跑或者再犯罪的可能。我国的逮捕证明标准是“有证据能够证明有犯罪事实”,如果按照这个证明标准衡量,能够证明是嫌疑人实施犯罪的证据尚不充足,因此批准逮捕有点勉强,不批准逮捕有可能放纵犯罪。比如,强奸案件大多情况是只有犯罪嫌疑人和受害人一对一的证据,而定案的关键是对从受害人身上提取的