



中国政法大学诉讼法学研究中心

卞建林 ◎ 主 编

主编絮语

程序不能承受生命之重 卞建林

聚焦：邱兴华案

刑事司法鉴定启动权之“优化”

——由邱兴华案谈起 余茂玉 何艳芳

邱兴华案：澄清与反思 王凯凯 杨夏

个案与法理

刑事判决预决效力与再审关系初探 杨涛

刑事拘留制度之实证研究 皮德艳 谢小剑

实践中的证据

口供补强规则的理解与适用

——以黄某故意杀人案的成功指控为例 陶建平
皇甫长城

域外法制

律师工作成果豁免原则研究 陈虎

威克斯案与非法证据排除规则 陈芳

随感

美国陪审团如何审判刑事案件

——对一起刑事案件全程旁听的报告 高一飞

中国诉讼法判解

第5卷



中国人民公安大学出版社

中国诉讼法判解

(第5卷)

卞建林 主编

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国诉讼法判解. 第5卷/卞建林主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.6

ISBN 978-7-81109-745-0

I. 中… II. 卞… III. 诉讼法—案例—分析—中国

IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 089985 号

中国诉讼法判解 (第5卷)

ZHONGGUO SUSONGFA PANJIE (DIWUJUAN)

卞建林 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2007 年 6 月第 1 版

印 次: 2007 年 6 月第 1 次

印 张: 19

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 380 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978-7-81109-745-0/D · 703

定 价: 42.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpcpsu.com.cn www.porclub.com.cn

《中国诉讼法判解》编辑委员会

主 任：陈光中

副 主 任：卞建林

编 委：（按姓氏笔画排列）

马怀德	王万华	卞建林	刘 玫
陈光中	陈桂明	肖建华	宋朝武
杨宇冠	杨荣新	张树义	顾永忠
高家伟	樊崇义		

主 编：卞建林

执行主编：吴宏耀

编 辑：初殿清 余茂玉 石 岩

目 录

主编絮语

程序不能承受生命之重	卞建林 (3)
------------------	---------

聚焦：邱兴华案

邱兴华案的理性反思暨我国精神病司法鉴定制度的完善	郑 好 (13)
--------------------------------	----------

刑事司法鉴定启动权之“优化”

——由邱兴华案谈起	余茂玉 何艳芳 (22)
-----------------	--------------

从邱兴华案看刑事诉讼中公权与私权的对抗

——以刑事诉讼中的司法鉴定为视角	王耀承 (32)
------------------------	----------

邱兴华案与被告人获得司法鉴定的权利	邵夏虹 (40)
-------------------------	----------

认真对待权利

——由邱兴华案对我国刑事辩护律师的思考	姚 剑 (50)
---------------------------	----------

从邱兴华案谈刑事被害人的补偿和救助制度	肖 珍 郭顺旺 (57)
---------------------------	--------------

邱兴华案：澄清与反思	王凯凯 杨 夏 (66)
------------------	--------------

个案与法理

由一起具体案件谈行政上诉制度之不足与完善	张坤世 (77)
----------------------------	----------

刑事判决预决效力与再审关系初探	杨 涛 (85)
从规范化的视角出发审视刑事诉讼中止活动	曹 坚 (93)
刑事简易程序变更的若干问题及对策研究	
——对近年来上海市第二中级人民法院辖区法院	
刑事简易程序适用情况调查	张 华 (100)
小议已被冻结、扣押但判决未予认定的腐败案件涉案财产之处置	
.....	初殿清 (117)
刑事拘留制度之实证研究	皮德艳 谢小剑 (124)

实践中的证据

口供补强规则的理解与适用	
——以黄某故意杀人案的成功指控为例	陶建平 皇甫长城 (137)
侦查笔录的传闻属性及其排除规则分析	
——从余祥林案谈起	杨锦炎 (145)
由苏建和案谈共犯供述的证据方法归属	
——以我国台湾地区 2006 年新修订的“刑事诉讼法”	
为分析框架	刘中欣 (154)
反酷刑与非法证据排除规则	刘 静 (166)

实践中的刑事诉讼

赴甘肃省兰州市和敦煌市关于两公约的	
调研报告	中国政法大学刑事法律研究中心赴甘肃调研组 (181)
河南省周口市人民检察院关于 2003 ~ 2006 年职务犯罪案件	
缓免判决情况的调研报告	陈东风 刘 平 (199)
中国特色检察制度基本原理研讨会综述	种松志 (206)

域外法制

- 律师工作成果豁免原则研究 陈 虎 (217)
- 杰斐诉雷蒙德案与美国联邦司法系统中的免证特权 刘文娟 李永宏 (226)
- 威克斯案与非法证据排除规则 陈 芳 (234)
- 曼宁案与英国起诉裁量权的司法审查 卢 森 (242)

法律文书

- 起诉书制作：功能解读与内容设计 程 捷 蔡 杰 (255)
- 我国民事调解制度中的调解协议与民事调解书刍议 胡莲萍 王力博 (268)

随 感

- 美国陪审团如何审判刑事案件
——对一起刑事案件全程旁听的报告 高一飞 (277)
- 关于我国刑罚体系中借鉴社区服务制度的思考 崔 乐 (289)

主 编 絮 语

程序不能承受生命之重

卞建林*

如果借用杰瑞·L·马肖关于“从20世纪70年代早期开始,我们一直处于‘程序爆炸’之中,处于‘正当程序革命’之中,它使得法院为程序侵权诉讼所淹没”^①的说法,反观我国近年来一些重大案件的审理所激荡起的冲击波,又何尝不是一次又一次对程序正当性及其价值的拷问呢?

如果将刘涌案、马加爵案以及本期聚焦的邱兴华案等重大案件串联起来审视,可以发现,我们正处于这样一个背景之中:中国民主法制建设不断推进,人权保障意识正日益与联合国刑事司法准则接轨;法学界思想空前活跃,而社会责任担当的意识也空前高涨;社会舆论无所不在,特别是对重大刑事案件的关注正越来越成为法院判决需要反复权衡的一个因子。上述因素的交织,正不断改写着中国刑事司法现代化的图景,并客观上推动着刑事诉讼在对被追诉人实体权利和程序权利保障等方面的进步。

回到邱兴华案。围绕此案法院判决前后出现的各种专家观点、社会舆情应当说已经很充分了,没有必要再去复述或一一加以点评。笔者想在这里作一些借题发挥,有的与此案关联性高些,有的稍事游离,目的是试图从“另类”的角度来打开我们似乎有些麻木或者僵持的思维。

视角一 从邱兴华案得到的一个启示是,任何所谓的正当程序,其启动权无疑都牢牢掌握在国家公器手里,犯罪嫌疑人、被告人不论是程序性权利还是实体性权利都并非其自身自然拥有,也就是说,其主体性权利事实上处于“虚置”或者说“赊寄”的状态。邱兴华案不论是从完全刑事责任能力人而论,还是从限制刑事责任能力人来说,其主体性及其权利,在强大的国家追诉公器面前,都是苍白的、弱小的、被动的、应然而非实然的。一审中,辩护律师因“不敢冒天下之大不韪”而

* 中国法学会刑事诉讼法学研究会会长,中国政法大学研究生院常务副院长、刑事诉讼研究院院长,教授,博士生导师。

① [美]杰瑞·L·马肖主编:《行政国的正当程序》,沈岿译,高等教育出版社2005年版,第9页。

没有提出司法精神病鉴定的申请，二审辩护律师倒是提出了明确的鉴定请求；二审后，邱兴华的妻子及其委托代理律师向最高人民法院提出了司法精神病鉴定的请求，但为时已晚，邱兴华已魂飘天外。整个案件审理过程中，邱兴华的命运及其主体性表现给我们以强烈的理性反思：关于犯罪嫌疑人、被告人，不论其主体性被抬高到怎样动听的高度，都摆脱不了被客体化的实存，都不能摆脱被异化的实存，特别是那些身背命案的被告人；我们是否需要修正一直以来我们所极力主张的犯罪嫌疑人、被告人主体性、主体权利的理论基础及其实现路径？

视角二 让我们来重新检视正当程序之正当的意涵。即使《联合国人权公约》、《欧洲人权公约》以及世界各国先进的法律制度，在表达程序法定时，也无非表达的是“法定”的本来意义。美国宪法著名的第十四修正案所经历的历程，从一个侧面更真切地表达了“未经正当法律程序，均不得剥夺任何人的生命、自由或财产”背后的潜台词：任何州，不得对在其管辖下的任何人，拒绝给予法律的平等保护。也就是说，所谓的正当，其实很大程度上是指由谁来制定并实施法律，至于程序本身，并不因“法定”而自然地得到体现。那么，如何判定正当程序所具有的“正当”价值呢？法理学家们给出的标准很多，诸如平等、公正、法定、合理性、参与性、一致性等。比如，卡多佐的标准简洁明了：“当一致性始终如一，足以为人们提供一种具有合理确定性的预期时，法律就存在了。实际上，这些一致性如此具有说服力和强制力，以致我们不得不说，这些预期没有实现，那个使我们希望落空的判决就是错法或者是恶法（false law）。"^① 再比如，杰瑞·L·马肖认为，正当程序有三种模式，即诉诸传统的适当性模式、追求利益平衡的效能模式以及在自然权利理念上的尊严价值模式。相比之下，他更推崇尊严价值模式。该模式的核心价值是平等、可理解性和私人自主，关注的是：首先，什么程序使人感觉受到公正对待？其次，在我们的政治文化中什么程序把个人定义为自主的、自尊的道德主体？关心的是：每个受该决定影响的人都有平等的机会参加到证据收集和考虑证据关联性的过程之中，否则，就是否认一个人和另一个人对同一事项的请求具有同等价值。^② 相比诸多标准，笔者认为，评价程序正当与否的首要核心价值是平等，关键是如何理解并在哪一个范围中适用平等。

按照亚里士多德的著名论断：平等在道德上意味着，同样的应予同样的对待，

① [美] 本杰明·N·卡多佐著：《法律的成长：法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第23页。

② [美] 杰瑞·L·马肖主编：《行政国的正当程序》，沈岍译，高等教育出版社2005年版，第184~189页。

不同的应按不同的比例不同对待；平等和公平是同义词，公平的就是平等的，不公平的就是不平等的，后世抽象地概括为“等者等之，不等者不等之”。德沃金进而概括了两种基本的权利结构：一种是获得平等对待的权利，另一种是作为平等者受到对待的权利。上述概括表面上似乎是清晰的，但却没有厘定哪些属于平等者的界域，哪些属于不平等者的界域，而且，等者与不等者，又由谁来界定？是按社会道德标准，还是法定机构按法定程序和标准？具体到邱兴华案，是要将邱兴华与那些精神完全正常的人平等对待呢，还是与精神不正常者平等对待？如果这一貌似简单实则复杂的问题不能得到解决，那么，正当程序即使其他所有程序都为法定且正当，都先天地丧失了其正当性。

与此密切关联的问题自然是，当犯罪嫌疑人、被告人出现可能因一般常识性标准无法确认其是否该与哪一群体平等对待时，是否需要由法定机构进行身份与身体（心理与精神）状况鉴定？根据以上分析，道理应当是不言自明的。在邱兴华案中，退一步说，如果没有邱兴华的亲属委托辩护律师提出司法精神病鉴定的请求，公、检、法机关在侦查、审查起诉和法庭审理阶段，根据邱兴华本人言谈举止明显异于常人的心理和精神状态，是否需要主动给予司法精神病鉴定呢？对于正当程序要求来说，答案也应当是不言自明的。美国的宪法修正案历程，第五修正案中的“正当法律程序”未注重剥夺人们生命、自由和财产的种种法律本身是否合法，而注重在确定适用这些法律时，是否遵循了必需的方式和程序，其目的是防止政府在对个人追究责任时发生专断，从而允许当事人了解和参与整个诉讼过程，维护当事人的合法诉讼权利，同时增强执法人员的法律意识。因此，第五修正案中所要求的正当法律程序也被称为“程序性正当法律程序”。而到了第十四修正案时，又创设了“实体性正当法律程序”，该修正案旨在注重适用剥夺人们生命、自由和财产的法律是否遵循必需的方式和程序的同时，强调了审查那些剥夺人们生命、自由和财产的法律在实体上是否合宪合法，以保障人民权利不被非法剥夺。^① 比照之下，在邱兴华案审理的过程中，不论程序性和实体性正当程序方面，在关照人们的生命权这一重大问题上，都有值得检讨的地方。

由邱兴华案还可以引申出，我们在对待特定弱势群体、特定弱势个体方面缺乏正当程序关照。特别是在当今竞争激烈、人的精神压力空前增大、心理疾患问题骤增的趋势下，给予其不受歧视、“以不等者不等之”地平等对待，就是一个现实的需要预设的问题。

① 邱小平著：《法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究》，北京大学出版社2005年版，第65页。

视角三 正当程序应当具备完整性、过程性。正如施塔姆勒的名言：“我们所寻求的，不仅是某人的权利和义务已由法律确定时而接受的正义，我们所寻求的，是法律在形成过程中应遵循的正义。”^① 我们能否想象只有结果而没有过程的正义是什么样的正义吗？或者说，一个没有当事人特别是没有被告人参与全过程的判决，是否可以称得上是一个正义的判决呢？这里包含了两个向度的问题：其一是有完备的正当程序设计，但缺少犯罪嫌疑人、被告人的过程参与；其二是有完备的正当程序设计，但程序被中途终止。有关前者的法理论述比较充分，也基本达成了共识，即没有程序参与权的判决是非正义的判决。即使结果不利于被告人，但因为参与了过程，他更可能平静地接受结果，而不至于因为连过程参与权都被剥夺而产生反抗。如果一个程序已然启动，不论就逻辑性、合理性，还是完整性、人道性，都应当尽可能地促使程序按正当的、既有的轨迹运行下去，直到完美地终结，而不是通过人为地、层层设卡刻意终止其程序的运行。这一观念，我们至少也可以从两个方面来看待：一是既然程序具有正当性、合理性、平等性等价值，我们就大可不必担心按程序的固有轨迹运行下去会带来的不正当的后果。由此审视邱兴华案，法院准予进行司法精神病鉴定本身会损害其判决的程序公正性吗？答案是否定的。而恰恰相反，由于二审法院断然拒绝了辩护律师关于请求为邱兴华作司法精神病鉴定，引起了程序是否公正、是否侵害了邱兴华的起码诉讼权利的质疑。二是按托依布纳的理论，法律是一个自创生的系统，具有自组织性，“它要服从一种内在的发展逻辑，法律自创生的逻辑”。因而，我们可以推导出，一方面，人为地干扰乃至“掐断”其自创生的运行轨迹，显然是对该系统的一种外力的戕害，也就可能影响其系统的肌体健康；另一方面，法律的自创生系统，不是拒绝或者惧怕问题的出现和外力的干扰。“法律的冲突解决方法可以被解释为严格地在系统自身运行的法律内自我调整。法律系统在其社会环境内运用它的内部传感器（作用、概念、学说）探查冲突的存在，然后它通过规范、程序和学说对它们进行加工，以它自己的术语把它们作为预期的冲突来重构这些冲突。最后，它以新的法律沟通也与之相连的判决理由的形式，产生一个具有约束力的冲突解决方法。所有这些都全部发生在由法律自己界定的法律沟通的限度内。”^② 从这个意义上说，在正当程序的运行过程中，需要不断地通过各种问题和冲突，反复修正和调整法律的自创生系统。联系邱兴华

① [德] 施塔姆勒著：《正义论》，转引自 [美] 本杰明·N·卡多佐著：《法律的成长：法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社 2002 年版，第 107 页。

② [德] 贡塔·托依布纳著：《法律：一个自创生系统》，张骥译，北京大学出版社 2004 年版，第 83 页。

案，二审辩护律师提出了为邱兴华作司法精神病鉴定的请求，不论是从维护程序的正当性意义，还是从通过这类以往未遇到的问题和可能冲突的合理解决来看，都可以为法律正当程序的自创生系统提供进化的动力，二审法院不应当予以拒绝。

视角四 假如法院允许邱兴华作司法精神病鉴定。或许法院担心作了司法精神病鉴定，将作出有利于邱兴华的判决，而难以给强大的社会“民愤”和 11 条人命一个说法；或许觉得要是允许邱兴华作司法精神病鉴定，审理必然延期，而社会舆情会认为，如此罪大恶极的杀人犯为何久拖不判，以致影响对司法机关效率的强烈反弹；或许连二审法官自己的心证天平早已倾向于严惩杀人犯，根本无须走作司法精神病鉴定的过场。在此，笔者的一个提问是，就正当程序的核心价值来说，在重大的引发社会舆情高度关注的案件面前，程序的功用是主要对社会道德价值判断负责还是对被告人的生命权负责？是对已经死去的冤魂负责还是对尚待作出公正审判的被告人的生命负责？笔者的一个假定是，即使给邱兴华作了司法精神病鉴定，现阶段司法价值天平敢于向一个人的生命倾斜而不顾其他 11 个被害人的生命吗？笔者认为，现阶段的中国，程序再如何正当，如何维护被告人的权利，都难以承受 11 条被害人生命所激起的社会“正义的情绪”。这是一个历史阶段的无能为力。这也正是近年来有关刘涌案、马加爵案等串联起来的司法程序公正与实体公正的矛盾，法律正义与社会舆情正义冲突的现实。正如诺曼·韦尔德所说：“我们可以笼统地谈起生命、自由以及对财富和幸福的追求，但是除非将这些动人的术语解释成特定民族与特定时期的，否则它们毫无意义。正如每个孩子在成长的过程中需要不断变换衣服一样，社会在每一个发展阶段，都需要不断地对权利进行修正与重新阐述。”^① 法律体系，就是一个典型的不能脱离特定时代、特定民族，又与时代和民族一同与时俱进的自创生系统。

^① [美] 诺曼·韦尔德著：《现代国家的道德基础》，转引自 [美] 本杰明·N·卡多佐著：《法律的成长：法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社 2002 年版，第 175 页。

聚焦：邱兴华案

