

北京大学法学院刑事法论坛
暨德恒刑事法论坛

法治的使命

主 编/陈兴良 副主编/ 陈瑞华 白建军 梁根林

陈兴良：刑事司法制度改革

陈瑞华：程序正义

白建军：控制社会控制

梁根林：合理地组织对犯罪的反应

王利明：司法改革

邱兴隆：死刑的德行

陈兴良：法官的使命

陈瑞华：律师的使命

储槐植：立法的使命

梁根林：检察官的使命

陈瑞华：警察的使命

白建军：学者的使命



法律出版社

Abstract

Abstract

法治的使命

11. <http://www.ck12.org> 12. <http://www.ck12.org> 13. <http://www.ck12.org> 14. <http://www.ck12.org> 15. <http://www.ck12.org>

Abstract

Figure 1

Abstract

Abstract

Abstract

Abstract

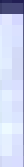
Abstract

Abstract

Abstract

Abstract

Abstract



111
2014.04-53
C48
北京大学刑事法理论研究所主办

北京大学法学院刑事法论坛暨德恒刑事法论坛

法治的使命

主 编/陈兴良

副主编/ 陈瑞华 白建军 梁根林



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治的使命/陈兴良主编. —北京:法律出版社,
2001.8

ISBN 7-5036-3510-X

I. 法… II. 陈… III. 刑法-研究-中国-文集
IV. D924.53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 055090 号

出版/法律出版社
责任印制/李跃
印刷/中国科学院印刷厂

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何萍

开本/A5
版本/2001 年 12 月第 1 版

印张/15.25 字数/401 千
2001 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414134(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414933(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3510-X/D·3227
定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷首语

我们是怀着一种使命感来举办刑事法论坛活动的。当这些论坛活动的发言从口语转化为文字的时候,我仍然能够从这些文字中读出思想碰撞的火花。本书收录的是刑事法论坛第1—12次活动的内容,这些活动讨论的问题虽然各不相同,但主题只有一个,这就是法治,确切地说,是刑事法治。刑事法论坛是刑事法治的启蒙,也是对刑事法治的呼唤与呐喊。

刑事法论坛的内容是十分丰富的,思想是十分深刻的,因为这是一种集体的努力,它区别于个人的思考。刑事法论坛采取的是一种主讲加评论的形式。之所以需要主讲,是因为一次活动总要有个主题发言,这个主题发言是主讲人所擅长的研究领域,并作了精心准备。评论是在对主讲的评议、商榷和进一步的发挥。除了主讲与评论以外,还有听众提问与嘉宾的答辩。通过这样一种讨论的形式,使得一个主题能够不断补充与深化,不仅使听众从中获益,而且也使主讲人与评论人从中获益。现在,我们把论坛的发言根据录音整理成文,使瞬间化为永恒,凭借着文字的传播,使更多的读者参加到我们的刑事法论坛中来,使刑事法论坛的影响超越北大法学楼的模拟法庭,岂不快哉!

刑事法论坛是以北京大学刑事法理论研究所的名义主办的。我于1998年回到母校任教,有感于北大的讲座风气,20年前我在北大学习的时候就深受其益。现在我在北大任教,总是想为学生提供一个课堂以外获得思想与知识的场所。经过思考,采取了这种论坛的形式,现在看来还是比较成功的,刑事法论坛吸引了一批听众。

应当指出,刑事法论坛是我和陈瑞华教授、白建军教授、梁根林

副教授共同努力的结果,作为主讲人、主持人和评论人,我们几乎参加了每次论坛活动。通过刑事法论坛,使我们形成了一个松散的学术群体,互相启迪、互相借鉴,承传北大法学院刑事法的学术传统并将之发扬光大,是我们这一代学人义不容辞的历史使命。刑事法论坛还有幸邀请到国内知名学者,他们或者主讲,或者担任评论人,使刑事法论坛大为增色。同时,我们还荣幸地邀请了一批在立法机关、司法机关、行政机关担任领导职务的专家,他们的实践经验丰富了刑事法论坛。上述学者专家的精彩言谈,在本书中都有充分展现。他们的名字在此不再一一列举,我要对他们表示由衷的感谢。在此还要说明,本书是根据录音整理的,成稿以后,未经发言者一一审阅,由我对个别词句作了技术性处理,基本上保持了口语的表达方式,以便使读者能够获得在北大听讲座的现场感。

刑事法论坛是在没有任何财力的情况下举办起来的。在极为困难的情况下,北大法学院吴志攀院长拨款一万元,使我们能够支付最低限度的学生整理录音稿的费用。校外主讲人和评论人是不计报酬地前来参加论坛活动,为此我始终抱有歉意。从第十二次开始,受到德恒律师事务所的赞助,我们的刑事法论坛成为德恒论坛的一部分,也可以称为北大德恒刑事法论坛。德恒律师事务所主任王丽博士、副主任李贵方博士一直关注我国法治建设,关心学术活动。据我所知,德恒律师事务所在北大、清华、人大三校法学院都设立了德恒论坛。在德恒律师事务所的赞助下,刑事法论坛活动的物质条件有所改善,也能够向校外嘉宾支付微薄的费用。在此,我要向吴志攀教授、王丽博士、李贵方博士表示衷心的感谢。

刑事法论坛能够长期地举办下去,是和听众的厚爱分不开的。在热心的听众中,既有北大本校的学生,又有外校的学生,他们的参与使刑事法论坛获得了生命力。在本书中,读者可以看到他们尖锐的发问和精辟的评论。由于技术上的原因,不能将他们的名字一一记录在案。他们的发问与评论成为本书的重要组成部分,给人留下深刻的印象。我要向这些没有留下名字的思想者致以崇高的敬意。

刑事法论坛的举办,得到了我的博士生和硕士生的大力协助,是他们不辞辛劳地对论坛活动全程录音,然后根据录音整理成文,完成了从声音到文字的转换。在此,我要列出他们的名字:邓子滨、卢宇蓉、林维、许永安、劳乐燕、方鹏,对他们的辛勤劳动表示感谢。在本书的出版过程中,邓子滨帮助我精心整理录音稿,在此尤需感谢。

刑事法论坛是继刑事法评论、刑事法判解之后,我所主持的又一项刑事法学术活动。本卷刑事法论坛,我命名为“法治的使命”,表明本书的主题。刑事法论坛还将办下去,法治之路曲折且遥远,我们愿为之努力。

陈兴良

2001年6月12日

谨识于北京蓝旗营寓所



卷首语

第一讲	陈兴良：刑事司法制度改革	3
第二讲	陈瑞华：程序正义	53
第三讲	白建军：控制社会控制	99
第四讲	梁根林：合理地组织对犯罪的反应	135
第五讲	王利明：司法改革	163
第六讲	邱兴隆：死刑的德行	201
第七讲	陈兴良：法官的使命	257
第八讲	陈瑞华：律师的使命	299
第九讲	储槐植：立法的使命	347
第十讲	梁根林：检察官的使命	381
第十一讲	陈瑞华：警察的使命	407
第十二讲	白建军：学者的使命	443

第一讲 刑事司法制度改革

主讲人：陈兴良（北京大学法学院教授、博士生导师、法学博士）

主持人：梁根林（北京大学法学院副教授、法学博士）

评论人：陈瑞华（北京大学法学院副教授、法学博士）

白建军（北京大学法学院副教授）

徐家力（北京市律师协会副会长、法学博士）

曲新久（中国政法大学教授、法学博士）

时 间：1999年9月27日

地 点：北京大学法学楼模拟法庭

梁根林：

今天我们北大法学院刑事法理论研究所举办第一次刑事法论坛，这是一个刑事法沙龙活动，主题是刑事司法改革。首先由陈兴良教授主讲，时间大约40分钟。然后由各位嘉宾作为评论人对报告的内容展开评论。在座的同学、老师、嘉宾都可以随时对主讲人、评论人的发言进行提问、展开讨论。现在，我们首先欢迎陈兴良教授发言。

陈兴良：

今天很高兴有这样一个机会参加学术沙龙活动，活动是以北大法学院刑事法理论研究所的名义举办的。我们商定以后争取每月举行一次，请一位主讲人就大家关心的刑事法理论问题做主题发言，然后展开讨论。今天首先由我主讲，题目是“刑事司法改革”，主要涉及一个刑事司法制度问题。众所周知，刑事司法制度是一个国家司法制度的重要组成部分。关于司法制度的改革，现在是国内的一个热点问题。报纸、杂志都有很多文章进行探讨。刑事司法制度怎样改革？改革的目标模式和价值追求是什么？应当引起我们的重视。为什么要进行司法制度包括刑事司法制度的改革？我认为，一个国家的司法制度是这个国家政治制度的一部分，按照马克思主义的观点，政治制度是上层建筑，建立在经济基础之上。从我们国内十多年来的社会发展情况来看，先有经济体制改革，改革的中心是从计划经济体制向市场经济体制转变，在此转变过程中，提出了政治体制如何适应市场经济发展需要的这一客观而现实的任务。刑事司法体制改革正是在这样一种大的历史背景下来进行的。随着市场经济的进一步发展，刑事司法体制改革会越来越引起我们的重视。今天我主要讲三个问题，第一是刑事司法体制改革的目标模式，第二是刑事司法体制改革的價值取向，第三是刑事司法体制改革的主要内容。

第一个问题,刑事司法制度改革的目标模式

我认为,应当从建设社会主义法治国家这样一个大的背景下来讨论刑事司法制度的改革问题。建设法治国家是当前我国确定的治国方略,从依法治国这个概念中可以引申出刑事法治的概念。过去在理论上法治讲得较多,往往过于空泛。确实,法治的概念需要从法理上来进行研究,但法治本身并不是抽象的、空洞的,它需要落实到具体的部门法之中。从刑事司法的角度来看,应当从法治的概念中引申出刑事法治这样一个基本范畴。刑事司法制度改革的目标模式应当是建立刑事法治,应当围绕着刑事法治来考察刑事司法制度的改革问题。

刑事司法,关系到对公民的生杀予夺,是一件很重要的事情。从某种意义上来说,一个国家的刑事司法水平,在很大程度上标志着这个国家的法治水平。很难想象,一个没有实现刑事法治的国家可以说它已经实现了法治,因此刑事法治是法治的应有内容。法治这个概念现在理论上还是存在很多争论。例如:中国古代是不是存在法治的传统,争论就比较大。有些学者认为,中国古代春秋时期,法家所宣扬的也是一种法治思想,而且这种法治思想,就是以刑法为主导的。那么,能不能因此得出结论:中国古代就存在刑事法治。我认为,这种看法值得商榷。我们现在所讲的法治,包括刑事法治,是有特定含义的。中国古代有些思想家确实提到法治,但这种法治是建立在君主专制的基础之上,是为君主专制服务的。从这个意义上讲,所谓的法治实质上还是一种人治,和现在我们所讲的法治是两个根本不同的概念,两者不应混为一谈。我们现在所讲的法治,包括刑事法治这样一些理念,是西方近代启蒙学者倡导的结果。在刑事法治这样一个大的概念之下,如罪刑法定原则、无罪推定原则,都是它的基石,离开了罪刑法定、无罪推定等这样一些基本原则,刑事法治

是不可想象的。因此，真正意义上的刑事法治在中国古代从来就没有存在过。

刑事法治的第一个内容是人权保障。刑事法治是以人权保障为核心的，法治国的基本精神就在于，一个受法律约束的国家。换言之，国家只能在法律的框架内生存、活动。以此区别于不受法律约束的、具有无限权力的国家。这种不受法律约束的国家，按照英国著名学者霍布斯的话来说，就是一种利维坦。在国家不受法律约束的情况下，公民的个人自由和权利是得不到法律保障的。表现在刑事法律领域，就是所谓的罪刑擅断。在这种情况下，刑法只能是一种专制的工具。在刑事法治的体制下，法律存在的合理性、正当性的根据，应当是保障公民个人的自由和权利。这也是法治国家与专制国家的刑法、刑事诉讼法相区别的根本标志。因此，只有以保障人权为使命，在现代社会中，刑法才有它存在的合理性。

刑事法治的第二个内容是形式理性。刑事法治是以形式理性为标志的，它意味着对形式合理性的一种追求。作为刑事法治基础的罪刑法定和无罪推定都奠基于形式合理性的基础之上。它拒绝、排斥形式合理性以外的所谓的实质合理性。也就是说，形式理性意味着只能在形式合理性的范围之内来追求实质合理性，追求实质合理性不得超越形式合理性。形式合理性意味着一套严密的刑事法律规则和规范的存在，并且，在此范围内来实现合理性，因此，这种形式合理性只能是相对的，但同时，又是具有现实性和可期待性的。形式合理性和实质合理性，是德国著名学者马克斯·韦伯分析社会结构时所提出的一种分析框架。这样一种分析框架，我认为也同样适用于对法的分析、对刑事法的分析。在刑事法的范围之内，同样存在着形式合理性与实质合理性的矛盾和冲突。那么，在二者矛盾冲突时，到底是按照形式合理性来进行司法活动，还是追求实质合理性，这是一个十分值得研究的问题，我个人的观点是应当坚持形式合理性。实质合理性只能在形式合理性的范围之内来加以考虑。如果在司法活动之中，为追求个别案件处理的合理性，也就是所谓的实质合理性，而

不惜破坏法治,这样可能使个案处理得到个别的公正,但是可能带来破坏法治的灾难性后果。在追求形式合理性的过程中肯定会牺牲少量的实质合理性,但这是实现刑事法治所必须付出的代价,也是社会所应当忍受的。

刑事法治的第三个内容是程序正义。刑事法治以程序正义为它的基本内容。因为司法本身存在一个发展的过程,如美国学者庞德所言,司法有一个从“无法司法”到“有法司法”的演变过程。在“有法司法”中还存在宽松的自由裁量主义和严格的规则主义的区分,这里主要涉及到对法官自由裁量权的限制。法官的自由裁量权实质是司法权。历史上,法官的自由裁量权曾经是很大的,这种情况下的司法带有任意性,不是严格地按照法律来从事司法活动的。对法官的自由裁量权,一方面应当从实体上加以限制,即实行罪刑法定原则;另一方面,也是非常重要的一个方面,应当通过程序来加以限制。司法活动本身应当按照一定的法律程序来进行,只有通过一定的程序实现的正义才是社会所能接受的正义。程序正义虽然是为实体正义服务的,但是又有自身独立的价值。

以上三个方面是刑事法治的基本内容,我们现在讲刑事法治,也就是主要实现这三方面的内容。离开这三个方面,也就根本谈不上刑事法治。这就是我讲的第一个大问题。关于刑事司法制度改革的目标模式问题,就是要实现刑事法治,我个人认为,刑事法治这个概念是很重要的,应当在理论上进行认真研究。只有这样,才能为刑事司法制度的改革提供发展方向。

第二个问题,刑事司法制度改革的价值取向

我个人认为,刑事司法制度改革的价值取向应当是公正和效率。这里的公正即我们通常所讲的司法公正。从法律上讲,公正有立法公正和司法公正的区分。立法公正是一般的公正,司法公正是个别

的公正。因为立法活动的对象是一般的,是要设立一个一般性的、普遍适用的、公正的规则。司法活动的特点是对个别案件的处理。一般情况下,司法活动在处理个别案件时,按照法律的规定来处理,就会使立法上所确立的一般公正转化为个别公正。转化过程是十分重要的,如果只有立法公正而无司法公正,同样也没有法律的公正可言。司法的公正可以说是司法的生命,没有公正,司法是一种专制行为。没有公正的司法活动所带来的恶会超过犯罪之恶。英国著名学者培根对此有一个形象的比喻:一次违法犯罪活动只是搞浑了水流,而一次不公正的判决搞浑的是水源。因此,后果是比违法犯罪更为严重的。

司法公正又可分为实体公正和程序公正。实体公正是一种结果公正,而程序公正是一种过程公正。刑事司法制度改革所追求的公正应当包括两种公正的,即实体公正与程序公正。如何看待实体公正与程序公正,是一个非常值得研究的问题。理论上有两种观点:一种是实体公正本位主义,强调实体公正。这种观点有一定道理,因为司法活动的结果体现为判决,判决应当公正,只有这样,司法才能是公正的。另一种观点是程序公正本位主义,强调程序公正,认为程序公正不仅具有自身的独立价值,甚至具有超越实体公正的程序价值。理论上一般认为,实体公正和程序公正应当是有机统一的。但这种有机统一只是理论上的一种期待,是一种应然状态,而非实然状态。现实生活中往往存在结果公正与过程公正的矛盾,即实体公正与程序公正之间的矛盾。不可否认,在司法实践中,违反程序可能会实现一个公正的结果,这种现象客观存在。就是说,一个公正的结果,可以通过违反程序来获得;反之,遵守程序的判决也未必都是公正的。所以两者在很多情况下不一定统一。

那么两者矛盾冲突时,到底选择哪一种?值得研究。相当一部分学者认为实体公正更重要,因为程序公正归根结底是为实体公正的实现服务的,因此相对于程序公正,实体公正更具有终极价值。按照这种观点,当二者不可兼得时,实体公正应当优先。这听起来很有

道理,也很有说服力,但我并不同意,我认为应当是程序公正优先。因为如果同意以一种违反程序公正的途径来实现实体公正,很可能导致这样一种逻辑:只要目的正当,就可以不择手段。这样做的结果是十分可悲的。程序公正从本意上来讲是保证实体公正。一般而言,按照正当程序来进行司法活动,可以保证实体公正、结果公正。但当两者矛盾时,宁可牺牲实体公正,也要保证程序公正。因为两者相比较,程序公正更具有绝对性,而实体公正更具有相对性。为什么这样说呢?因为程序是由法律来设置的,因此,是不是违反程序,就有了清楚、明确的判断标准,在价值上,也就更为绝对,或者说,比较容易把握。而实体公正更具相对性。因为一个案件的处理结果涉及到利益冲突的双方当事人,原告方满意了,被告方可能不满意,反之亦然。这是原因之一。原因之二在于,如果遵照公正程序所作出的判决结果不公正,社会也具有更强的忍受力。因为程序是公正的,这样的结果是通过严格的程序演绎出来的,即使出现了个别的实体不公正的情况,对于这种不公正的忍受力也要大一些。经常举的一个例子就是分蛋糕,两个人分一块蛋糕,一人一半,现在的问题是,没有找到一种精密的办法来分,即使有,代价也太大,又找不着第三个人来切。这样,就设置一个程序,让一个人切,而切的人只能后选蛋糕。当切蛋糕时,再精确,也有大小之分,先挑的人肯定是挑走大的,留下小的,结果可能是不公正的。但对于切蛋糕的人来说,蛋糕是你切的,切得不好,只能怪你自己。所以他对这样一种即使是不公正的后果,也更容易忍受一些。

但是,如果程序不公正,即使结果是公正的,对于结果的承受者来说,也可能感觉到不公正。因为你没有遵守程序。因此,当程序公正与实体公正冲突时,应当是程序公正优先考虑。只有这样才能使司法活动在更大程度上实现司法公正。当然,我个人认为,这种司法公正本身也不是绝对的,只能是相对的。司法活动的结果不可能使每个人都满意。尽管司法活动结果的公正性是相对的,但我们也应在条件许可的范围内,在法律的范围内,使司法活动实现更大程度的公

正,尽量付出较小的代价。

刑事司法制度改革的价值取向,除了公正,很重要的,还有效率。司法活动应当讲效率,效率更多是一种功利的考虑。司法效率同样可以分为两个方面,从实体法即刑法的角度来说,所谓追求效率,就是要以最小的刑罚支出,更大程度地实现遏制犯罪的法律效果。这里涉及到一个刑罚的社会成本问题。过去把刑罚简单地看作是一个政治问题、一个专政问题,因此往往是不考虑刑罚的社会效果和社会成本,导致重刑主义、泛刑主义的泛滥。实际上,刑罚的运行与适用是有成本的。这种成本不仅包括物质上的成本,还包括精神上的成本——一种无形的成本。从物质上讲,对犯罪进行惩罚,公检法机关要进行侦查、起诉、审判。作出有罪判决后,还要投入监狱劳动改造,这种司法体制的运行需要很高的社会成本。因此,我们应当建立刑罚的社会成本观念,应当用尽量少的刑罚支出,取得更佳的遏制犯罪的效果,注意投入与产出的比例问题。除了这些有形的物质性成本之外,还包括无形的、精神性成本。如果滥用重刑或者泛刑,会对社会带来很坏的影响。这种影响虽然是无形的,但逐渐积累下来,对社会是不利的,会形成一种社会的积怨。这种积怨到一定程度,会导致社会的动荡,乃至社会的瓦解。因此,对于这样一种刑罚运行的无形成本,我们应有足够的认识。

除了刑罚的成本之外,在刑事司法的效率中还有一个诉讼成本问题,值得重视。诉讼活动中要投入、动用很多司法资源。过去,在刑事诉讼活动中主要实行职权主义,因此,国家主义的色彩比较浓厚,国家动用的司法资源较大。这种司法资源很多是浪费了。要建立高效率的刑事司法制度,就要节省这种司法资源,就要对不同的案件采用不同的诉讼程序。西方大量采用辩诉交易,案件的成本就较小。只有极少数的案件采用大陪审团,审上半年、一年甚至好几年。把案件分为难和易,对于大量的、较简易的案件,应尽可能的节省诉讼成本。但对那些疑难复杂的、影响重大的案件,就应当舍得投入成本,这样的司法体制才能是高效率的。