

刑事裁量权规制的实证研究

法学格致文库

穷究法理 探求真知

周长军 等著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刑事裁量权规制的实证研究

法学格致文库

穷究法理 探求真知

周长军 等著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事裁量权规制的实证研究/周长军等著. —北京:
中国法制出版社, 2011. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2732 - 6

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑事诉讼 - 审判 - 中国
IV. ①D925. 218. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 037482 号

策划编辑 胡斌

责任编辑 邱小芳

封面设计 李 宁

刑事裁量权规制的实证研究

XINGSHI CAILIANGQUAN GUIZHI DE SHIZHENG YANJIU

著者/周长军等

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2011 年 4 月第 1 版

印张/20.25 字数/286 千

2011 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2732 - 6

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66078158

邮购部电话: 66033288

目 录

导 论	(1)
第一章 强制措施使用裁量权的规制 ——以拘留为例	(9)
一、刑事拘留的特征与功能	(9)
(一) 刑事拘留的历史沿革	(9)
(二) 刑事拘留的基本特征	(12)
(三) 刑事拘留的功能	(14)
(四) 刑事拘留与侦查的关系	(14)
二、刑事拘留使用实践中存在的问题	(15)
(一) 刑事拘留作为紧急性强制措施, 实践中却很少独立 直接使用	(16)
(二) 刑事拘留的泛化使用	(27)
(三) 刑事拘留期限的延长随意化	(30)
(四) 刑事拘留异化为劳动教养的辅助措施或者获取其他 办案目的的工具	(33)
(五) 刑事拘留缺乏司法控制和司法救济	(35)
(六) 刑事拘留场所的混关混押	(36)
(七) 侦查机关在刑事拘留期限延长方面的自我赋权	(37)
三、刑事拘留制度的重构	(38)
(一) 完善立案环节, 建立初查制度和初查阶段 的强制措施使用制度	(38)

2 刑事裁量权规制的实证研究

(二) 重构适合我国国情的刑事拘留制度	(45)
---------------------------	------

第二章 公诉裁量权的规制

(48)

一、公诉裁量权的滥用形态	(49)
(一) 不该诉而诉	(49)
(二) 随意变更公诉	(49)
(三) 恣意重新起诉	(51)
二、公诉裁量权滥用的危害及其成因	(52)
(一) 公诉裁量权滥用的危害	(52)
(二) 公诉裁量权滥用的成因	(54)
三、公诉裁量权滥用的制度性防范	(60)
(一) 提起公诉权的滥用之防范	(60)
(二) 变更公诉权、重复起诉权的滥用之防范	(65)
(三) 公诉裁量权滥用的综合防范	(67)

第三章 证据裁量权的规制

——以自由心证为中心	(74)
------------------	------

一、自由心证制度解析	(76)
(一) 案件事实发现的先决性	(76)
(二) 自由心证制度的界定	(76)
二、自由心证制度的历史发展	(79)
(一) 英美法系自由心证制度的历史	(79)
(二) 大陆法系自由心证制度的历史	(81)
三、自由心证之“一体两面”：自由与规制	(83)
(一) 自由心证之“自由”的法理基础	(83)
(二) 自由心证之“规制”的法理基础	(87)
(三) 自由心证之规制的主要方式——以两大法系 为中心	(91)
四、自由心证制度的中国建构	(97)

(一) 我国证据评价模式的现状与问题	(97)
(二) 自由心证制度建构的功能预设	(103)
(三) 保障与规制: 自由心证制度的体系建构	(107)
第四章 定罪裁量权的规制	(122)
一、定罪裁量权的基本问题	(122)
(一) 定罪裁量权的概念界定	(122)
(二) 定罪裁量权的客观存在	(126)
(三) 定罪裁量权的实际运作	(129)
(四) 定罪裁量权与罪刑法定原则的关系及其协调	(134)
二、定罪裁量权的适用界域	(138)
(一) 事实认定中的裁量	(139)
(二) 法官“找法”过程中的裁量	(141)
(三) 认定事实和找法工作完成之后的裁量	(146)
三、影响定罪裁量权行使的因素	(147)
(一) 正式制度因素: 犯罪构成——定罪的形式化 根据	(147)
(二) 非正式制度因素	(156)
(三) 制度外因素——法官个体因素	(165)
四、定罪裁量权的合理规制	(167)
(一) 从软性的定罪思维方式入手进行规制	(168)
(二) 从硬性的程序性机制入手进行规制	(170)
(三) 从定罪裁量活动主体的个体素质入手进行 规制	(172)
第五章 量刑裁量权的规制 ——以量刑规范化为视角	(177)
一、量刑规范化的概念界定	(177)
(一) 量刑的概念与性质	(177)

4 刑事裁量权规制的实证研究

(二) 量刑的地位	(178)
(三) 量刑规范化	(180)
二、我国量刑失范现象的实证考察	(183)
(一) 我国量刑的总体情况与特点——以山东淄博 地区为例	(184)
(二) 量刑失范的表现形态	(186)
(三) 量刑失范的深层原因	(189)
三、量刑规范化的国外探索及其启示	(195)
(一) 国外量刑规范化的探索	(195)
(二) 国外量刑规范化的启示与借鉴	(202)
四、我国量刑规范化的进路	(203)
(一) 量刑原则的反思与重构	(204)
(二) 量刑基准的反思与重构	(212)
(三) 量刑情节的反思与重构	(230)
(四) 量刑方法的反思与重构	(239)
(五) 量刑程序的反思与重构	(251)

第六章 减刑裁量权的规制

——以减刑模式体系的构建为中心	(262)
一、法律规定的模糊与减刑模式体系的缺失	(263)
(一) 减刑制度的现行法律规范	(263)
(二) 减刑制度的现行法律规范之不足	(264)
(三) 减刑模式体系缺失及其后果——减刑现状的 混乱无序	(266)
二、减刑模式体系的构建依据与核心	(268)
(一) 减刑的性质决定减刑模式体系的内容	(268)
(二) 减刑的理由决定减刑模式体系的导向	(270)
(三) 减刑的功能决定减刑模式中减刑比例的设定	(272)
(四) 计分考核——减刑模式体系的核心	(273)

三、罪犯减刑模式体系构建的原则	(275)
(一) 法治原则	(276)
(二) 计分考核机构权威化原则	(277)
(三) 具体案件具体分析原则	(278)
(四) 奖励限制原则	(281)
(五) 程序正义原则	(286)
(六) 契合刑事政策原则	(287)
(七) 创新原则	(289)
四、罪犯减刑模式体系核心制度——计分考核制度的 完善构想	(290)
(一) 罪犯计分考核制度的完善	(290)
(二) 罪犯计分考核制度设计中的几个细节问题	(297)
附件 1: 罪犯计分考核奖罚规定 (草拟稿)	(299)
附件 2: 监狱____月份计分考核奖励一览表	(304)
参考文献	(305)
后 记	(316)

导 论

刑事裁量权是指在刑事法律适用活动过程中,法官、检察官、警察等刑事法律官员基于案件的具体情况,在多种合法的选择项中斟酌决定如何处理的权力。

当前我国刑事裁量权的配置与运作实践呈现出如下两方面的特点:

首先,裁量广泛但不规范。我国刑事立法虽然正在走向健全,但仍存在着规范不详、弹性极大、可操作性差等诸多问题,因而整体而言,刑事法律官员在案件的程序运作、事实认定、罪的确立、刑的量定、刑的执行等领域中都实施着较多的裁量性活动。不过,法律在赋予刑事法律官员广泛裁量权的同时,对相关实施性规则^①的规定却乏善可陈。在当事人对刑事法律官员的行为合理性存在异议时,法律对于当事人向谁提出异议、如何提出异议、异议裁决者是否要举行听证、谁来承担证明责任、这种证明要达到什么样的证明标准才可以为裁决者所接受等问题,往往缺乏明确的规定,以至于当事人对于刑事法律官员的裁量行为很难甚或无法进行有效的制约。不仅如此,由我国公、检、法机关“流水作业”型的诉讼体制所决定,被提出异议的裁量行为即便不合理甚或违法,也很难受到相应的矫治和处理,这又进一步助长了刑事裁量权滥用现象的滋生。

其次,裁量的恣意化与救济的薄弱化并存。在当下我国的刑事法律实践中,由于政治体制、司法制度、法律运行环境、刑事法律官员的素

^① 一项完整和独立的刑事程序规则由实体性规则和实施性规则构成。前者规定在什么条件下进行什么诉讼行为,其基本结构形式是“如果甲,那么乙,否则丙”;后者规定如何实现实体性规则的内容,其基本结构形式是“谁来做,怎么做”。实施性规则的不完善是我国刑事程序规则的最大缺陷之一。参见锁正杰:《刑事程序的法哲学原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第39-47页。

2 刑事裁量权规制的实证研究

质等因素的影响，特别是由于刑事程序的实施性规则极其不完善，因而当被告方对于警检机关所实施的诉讼行为的合理性提出异议，或者控辩双方对法官诉讼行为的合理性提出异议时，警察、检察官或者法官有的只是简单地加以处理，甚至不予理会，存在较为严重的恣意裁量现象，也引发了社会公众的不满和批评。具体而言，刑事裁量行为的恣意化主要表现在：拘留、逮捕等未决羁押措施的启动、运作与期限延长的恣意化；取保候审使用与监控上的恣意化；检察重复追诉的恣意化；法官庭外调查对象、方式与证据效力认定的恣意化；法官对鉴定结论的审查、判断与认证方面的恣意化；法官是否排除非法证据方面的恣意化；法官是否传唤证人出庭作证方面的恣意化；法官是否认可庭前制作的书面证据效力方面的恣意化；法官判断起诉是否已经达到证明标准即“犯罪事实清楚，证据确实充分”方面的恣意化；法官量刑的恣意化；再审启动的恣意化；减刑、假释决定的恣意化，等等。

与刑事裁量行为的恣意化形成对比的是，对相关当事人的救济非常薄弱。其一，在刑事审前阶段，一方面，强制措施与强制性侦查行为都是由警、检机构自行授权和实施的，不需要经过法院的审查和批准；另一方面，对于警、检机关审前追诉活动的合理性问题，我国刑事诉讼中缺乏西方法治国家所采取的那种由法官主导进行的审前听证、人身保护令程序等，以至于在当事人认为自己的合法权益受到警检机关的非法侵犯时，只能向做出这些行为的警检机关或者其上级机关提出申诉或者申请，而没有将该问题提请法院予以司法救济的可能性。其二，在刑事审判阶段，第一审法院针对当事人提出的程序性异议所作出的裁决，当事人不服时通常没有向上级法院提起上诉的权利。其三，在刑罚执行阶段，减刑、假释的实体标准不规范、程序不透明，当事人的参与和社会的监督都存在相当的难度和不足。总之，由于针对警、检、法机关的刑事法律活动的合理性进行审查和制约的程序性裁判机制没有得到完善的建立，当事人权利的救济只能依赖于被异议机关或其上级机关的判断和意志，而这种系统内解决争议方式的效果显然存在很大的问题。

2010年媒体披露的曾引发举国关注的赵作海冤案为此提供了典型的例证。据报道，1998年2月15日，河南省柘城县老王集乡赵楼村村民赵振响的侄子赵作亮到公安机关报案，称其叔父赵振响于1997年10月30日离家后已失踪4个多月，怀疑被同村的赵作海杀害，公安机关

进行了相关调查。1999年5月8日,赵楼村在挖井时发现一具高度腐烂的无头、膝关节以下缺失的无名尸体,公安机关遂把赵作海作为重大嫌疑人于5月9日刑拘。5月10日至6月18日,赵作海做了9次有罪供述。2002年10月22日,商丘市人民检察院以被告人赵作海犯故意杀人罪向商丘中院提起公诉。2002年12月5日商丘中院作出一审判决,以故意杀人罪判处被告人赵作海死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身。河南省高院经复核,于2003年2月13日作出裁定,核准商丘中院上述判决。2010年4月30日,失踪多年的“被害人”赵振响回家,5月9日,赵作海被宣布无罪释放。^①

在该案中,赵作海先是因赵振响失踪而被调查,由于证据不足而不了了之。无名尸体的发现导致赵振响失踪案被重新调查,尽管司法鉴定对于“尸体是否为赵振响”得不出肯定性的结论,但公安司法机关还是对“有作案动机”的赵作海予以拘留、逮捕,并且在一个多月的时间内进行了多次讯问,赵作海做了9次有罪供述。事后的调查显示,赵作海受到了警方的刑讯逼供,甚至连被告方的证人(他的妻子、“相好”)也未能幸免,被迫提供不利于被告人的证词。因为无名尸体无法进行同一认定,检察机关以该案事实不清、证据不足为由退回公安机关补充侦查,后经政法委组织专题集体研究而决定起诉。因被告人可能被判处死刑,法院在审判阶段为赵作海指定了一个律师事务所的实习生作为辩护人,该辩护人尽管没有独立的办案经验,不符合刑事诉讼法所规定的提供法律援助的条件,但他也能从案卷中看出认定赵作海杀人的证据不足,因此在法庭上为赵作海作了无罪辩护,但法院置之不理,最终作出了“留有余地”的死缓判决。尽管有“上诉不加刑”原则的保障,赵作海还是在二审时撤回了上诉;他也没有申诉,因为他觉得“没用”,“不想再折腾”。可以想见,如果不是因为“亡者归来”,赵作海及有关证人即使申诉上访,恐怕也很难得到洗冤。^②

在分析赵作海案以及一些类似冤案的发生过程之后,笔者发现,冤案之所以能够在存在疑点和错误的情况下“过关斩将”,一路走下来,

① 参见郭俊华:“河南高院认定赵作海案为错案 无罪释放赔偿追责”,大河网, http://www.dahe.cn/xwzx/sz/t20100509_1797651.htm. 最后访问日期:2010年5月9日。

② 参见熊秋红:“冤案防范与权利保障”,载《法学论坛》2010年第4期。

4 刑事裁量权规制的实证研究

显然,从立案到审判终结的所有相关诉讼主体如公、检、法以及对定罪施加了不当影响的政法委、媒体等都可能负有一定的责任,只是程度不同、样态有别而已,而其中,司法人员对刑事裁量权的滥用无疑是极为重要的一环。

从法理上看,在现代法治社会中,刑事裁量权的存在不仅必要而且重要,因为合理的裁量有助于缓和法律的僵化与苛酷,促进实质正义的实现与法律的渐进发展。美国著名法学家庞德在实证归纳的基础上就曾指出:“没有一个法制体系能够做到仅仅通过规则而不依靠自由裁量来实现正义,不论该法制体系的规则系统如何严密、如何具体。所有的实施正义的过程都涉及到规则和自由裁量两方面。”^①但与此同时,由于“被授予权力的人,总是面临着滥用权力的诱惑,面临着逾越正义与道德界限的诱惑”,^②因此,必须对刑事裁量权的行使进行合理有效的规制,否则缺乏规制或者规制不当,均容易导致裁量的恣意专断或者反复无常,造成严重的社会后果。

必须清醒地看到,我国当下正处于社会转型时期,伴随着市场经济建设的逐步深化和公众价值观念的日趋分化,刑事司法机关遭遇了越来越多新型、疑难、复杂的案件和问题,与此同时,现代科技和互联网的发展日新月异,媒体传播方式随之日趋发达和多元化,^③刑事案件特别是一些热点敏感案件的处理(包括裁量权的运作活动)已很难阻隔媒体的强力介入和快速传播,因而稍有不慎,就可能招致社会公众的热议乃至不满。下面就是一组近些年来曾引发社会各界广泛关注和讨论的真实案例。

【案例1】北京“天价葡萄案”。2003年8月7日凌晨,北京海淀区香山派出所的民警巡逻至香山门头村幼儿园门前时,发现有4名男子抬着一个可疑的编织袋。盘查后,警方获悉,该4名男子编织袋中为其偷来的47斤科研用葡萄。这是北京农林科学院林业果树研究所葡萄研究园投资40万元、历经10年培育研制的科研新品种。4位民工的馋嘴

① Pound, Jurisprudence, Harvard University Press, 1959, p355.

② [美] 博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第347页。

③ 用传媒学的术语来说,目前已经进入了“自媒体”时代,借助于网络、手机等管道,每个人都成为了一个媒体源,可以发布信息、参与社会热点事件的讨论、表达自己的感受和见解。

之举令其中的 20 余株试验链中断,损失无法估量。此案在侦查和审查起诉过程中有两个问题引发了公众的热议:一是馋嘴民工的行为究竟是构成盗窃罪,还是破坏生产经营罪?对此,争议很大,后来海淀公安分局以涉嫌盗窃罪移送起诉。二是被偷葡萄的估价问题。在侦查阶段,北京市物价局价格认证中心评估,被偷葡萄的直接经济损失为 1.122 万元,但案件移送起诉以后,因社会批评意见太大,海淀检察院将案件退回海淀公安分局补充侦查,对被偷葡萄再次估价,最终估价为 376 元。前后估价数额如此不同,导致罪与非罪天壤之别。^①

【案例 2】广州许霆案。2006 年 4 月 21 日晚 21 时许,许霆到广州市天河区某商业银行自动柜员机(ATM)取款。许霆持自己不具备透支功能、余额为 176.97 元的银行卡准备取款 100 元。当其在自动柜员机上无意中输入取款 1000 元的指令后,柜员机随即出钞 1000 元。许霆经查询,发现其银行卡中仍有 170 余元,意识到银行自动柜员机出现异常,能够超出账余额取款且不能如实扣账。于是在三个时间段内在该自动柜员机指令取款 170 次,共计取款 174000 元。后携款逃匿。广州市中级人民法院一审以盗窃罪判处许霆无期徒刑,并处没收个人全部财产;被告人上诉后,案件被广东省高院发回重审,广州中院再次开庭审理后,以盗窃罪判处许霆有期徒刑五年,并处罚金 2 万元。^②此案不仅在量刑问题上,而且在是否构成犯罪以及如果构成犯罪则构成何罪方面都引发了极大的争论。

【案例 3】陕西邱兴华案。2006 年 7 月 16 日,邱兴华在陕西汉阴县平梁镇凤凰山山顶上的铁瓦殿持刀斧砍死 9 男 1 女,逃亡 35 天后,邱兴华返回家时,被守候的民警当场擒获。10 月 19 日,法官当庭宣判以故意杀人罪判处邱兴华死刑。12 月 28 日,陕西省高级人民法院维持原判,邱兴华被执行枪决。此案引发最大争议的问题是邱兴华是否有精神病以及法院是否应当对邱兴华做司法鉴定,后者显然涉及到法院程序裁量权的行使及与其职权调查义务之间的关系问题。^③

① 参见“‘天价葡萄案’尘埃难定”,载《合肥晚报》2004 年 1 月 15 日。

② 参见许霆案一审判决书——(2007)穗中法刑二初字第 196 号和广州市中级人民法院刑事判决书——(2008)穗中法刑二重字第 2 号。

③ 参见“邱兴华特大杀人案”,新浪网 <http://news.sina.com.cn/z/qiuxhsx/>,访问日期:2010 年 9 月 12 日。

【案例4】成都“醉驾案”。2008年12月14日中午，孙伟铭无证驾驶别克轿车前往成都市一酒楼为亲戚祝寿，大量饮酒后驾车将其父母送至成都火车北站，在驾车返回途中，与一辆比亚迪轿车发生追尾后，驾车继续高速前行，车行至成龙路卓锦城路段时，孙伟铭驾车越过黄色双实线，先后撞向对面相向正常行驶的四辆轿车，造成4人死亡、1人重伤的严重后果。一审法院以以危险方法危害公共安全罪判处孙伟铭死刑；二审以以危险方法危害公共安全罪改判其死缓。本案引发公众极大争议的主要有两方面：一是罪名问题，即孙伟铭的行为构成以危险方法危害公共安全罪还是交通肇事罪？二是量刑问题，即判处死刑立即执行还是死缓？^①

凡此种种，不胜枚举。更有甚者，由于我国城乡之间、不同阶层之间贫富分化现象加剧，社会上特权思想和现象横行，社会公众的“仇富仇官”心理严重，所以司法机关对一些官员犯罪、富人犯罪、弱势群体犯罪等案件处理中的裁量不当或者裁量滥用行为常常会触动社会大众的敏感神经，进而引发广泛的质疑乃至异乎寻常的批判狂潮，使本就相当脆弱的司法信誉和法律权威受到严重的冲击和侵蚀。除前述的河南赵作海案件外，这方面比较典型的还有辽宁刘涌案、福建某县公安局副局长强奸少女案等案件。

【案例5】辽宁刘涌案。辽宁刘涌案件被媒体称之为“2000年中国第一涉黑大案”。2000年7月刘涌被沈阳警方抓获；2002年4月17日，辽宁省铁岭市中级人民法院以组织、领导黑社会性质组织罪等犯罪一审判处刘涌死刑；2003年8月15日，辽宁省高级人民法院判定刘涌“论罪应当判处死刑，但鉴于其犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度以及本案的具体情况，对其可不立即执行”，认为“不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供的情况”，因此改判死刑，缓期两年执行。之后引发了全国性的关注，社会公众普遍质疑二审改判的公正性，网上的质疑、批评乃至谩骂之声更是铺天盖地而来，视之为“2003年度中国司法界的最大丑闻”。2003年10月8日，最高人民法院作出再审决定，以原二审判决对刘涌的判决不当为由，依照审判

^① 参见任轲、苑坚：“孙伟铭醉驾案二审与争议：人情与理性的权衡”，载《经济参考报》2009年9月8日。

监督程序提审本案；2003年12月22日，最高人民法院在辽宁省锦州市中级人民法院对刘涌组织、领导黑社会性质组织一案经再审后作出判决，判处刘涌死刑；宣判当日，对刘涌执行了死刑。刘涌案二审改判之所以引发了社会公众的普遍质疑，主要就是由二审法院在案件事实认定方面的裁量不当导致的。^①

【案例6】福建某县公安局副局长强奸少女案。2001年5月9日，年仅14岁的被害人陈某某被人强奸后报案。身为县公安局副局长的陈长春负责指挥刑警侦办此案，其间，以了解案情为由，强行与陈某某发生性关系。案发后，陈长春除指使他人作伪证外，还出资5000元购买受害少女及其母亲。罪行败露后，又畏罪潜逃，后被抓捕归案。2004年3月，周宁县法院一审以强奸罪判处陈长春有期徒刑3年，以妨害作证罪判处有期徒刑1年，决定执行有期徒刑3年。检察机关抗诉后，宁德市中级人民法院二审以强奸罪判处陈长春有期徒刑8年，以妨害作证罪判处有期徒刑5年，合并执行有期徒刑12年。^②此案中，一审法院量刑裁量权的滥用相当明显，并引发了诸多媒体的质疑和批评。

刑事裁量权运作的现实状况对理论研究者和刑事立法者都提出了严峻的挑战。由此要求，加强相关的实证调研和理论探讨，完善相关的刑事立法和司法，在科学配置刑事裁量权的同时，从制度规训、技能提升、伦理教化等方面对刑事法律官员的裁量活动进行合理的控制和规范，以矫治当下我国刑事裁量权运作的实践缺陷。

关于刑事裁量权的规制，笔者曾在《刑事裁量权论——在划一性与个别化之间》（中国人民公安大学出版社2006年版）一书中所涉及，但限于当时的写作条件和写作重心等，该书的相关探讨较为原则和概括，缺乏对各种具体裁量权力运作状况的细致考察以及在此基础上提出的极具针对性的规制方案。本书的研究则试图进行力所能及的弥补与完善。当然，由于刑事裁量问题渗透在刑事法律适用活动的每一个环节，而笔者的精力和能力都相对有限，因而本书只选取了刑事拘留、公

① 参见周长军：“中国刑事司法改革的困局与出路——透过刘涌案改判聚讼纷纭现象的分析”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第14卷），中国政法大学出版社2004年版。

② 参见：“重案轻判应有个说法”，载《北京青年报》2004年3月25日。

诉、自由心证、定罪、量刑、减刑^①等在笔者看来颇为紧要、实践中也确实问题重重的几类刑事裁量权的规制问题，主要以实证的方式展开了深入的研究。其中既关涉到实体性裁量领域，也辐射到程序性裁量的范畴。笔者希望，本书的写作和出版能够引发刑事法学界和法律界对刑事裁量权规制这一论题的更多重视和更深入的研究，以便对刑事裁量权进行更合理的配置和更有效的规制，共同求索和实现刑事裁量权运作过程中的“看不见的正义”。

^① 需要说明的是，在以前的研究中，笔者曾将狱政/矫正官员排除在刑事裁量权的主体之外（参见周长军：《刑事裁量权论——在划一性与个别化之间》，中国人民公安大学出版社2006年版，第52-53页），但现在看来，这一认识需要修正。因为从我国的刑事法律运作实践来看，减刑、假释权力行使过程中的恣意裁量现象相当严重，因而如何从程序和实体方面对减刑、假释权进行合理的规制，业已成为刑事法学界面临的严峻课题。鉴此，本书修正了原来的观点，而将作为行刑范畴的减刑问题也纳入刑事裁量权的论域，一并研究其合理规制之途。

第一章 强制措施使用裁量权的规制

——以拘留为例

“拘留权和讯问权的规制是关系任何国家刑事司法系统的质量、正当性及合法性的核心问题”。^①在我国，刑事拘留是指侦查机关（包括公安机关、国家安全机关、军队保卫部门、人民检察院）对直接受理的案件，在侦查过程中遇到《刑事诉讼法》第六十一条规定的紧急状况时，对现行犯或者重大嫌疑分子采取的临时剥夺其人身自由的一种强制方法。人民检察院在其自行侦查的案件中认为需要逮捕的，应当在拘留犯罪嫌疑人后 10 日内作出决定，特殊情况下可以延长 1 至 4 日。公安机关（包括国家安全机关、军队保卫部门，下同）决定拘留的案件，认为需要逮捕的，应当在 3 日内提请人民检察院审查批准，特殊情况下经批准可以延长 1 至 4 日提请审查批准逮捕，对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，还可以延长至 30 日提请审查批准逮捕，检察机关应当在 7 日内作出是否逮捕的决定，对于检察机关不批准逮捕的，公安机关应立即释放被拘留人。在我国司法实践中，拘留是使用最广泛但同时也是存在问题最多的一种刑事强制措施，因而也是最需强化规制的刑事强制措施之一。

一、刑事拘留的特征与功能

（一）刑事拘留的历史沿革

中华人民共和国成立后，1954 年 12 月 20 日公布的《中华人民共和国逮捕拘留条例》最早规定了刑事拘留制度，1979 年 2 月 23 日重新

^① [英] 麦高伟等主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社 2003 年版，第 67 页。