

中国刑诉与 中国社会

CHINESE CRIMINAL PROCEDURE AND CHINESE SOCIETY

易延友 著

中国刑事诉讼法是中国所有法律当中最具有中国特色的法律，中国刑事诉讼也是最能反映当代中国所面临的问题、当代中国社会所具有的特征的领域之一。从社会的角度而言，刑事诉讼是观察社会主流价值观念的一个窗口；从法律的角度而言，社会主流价值观念又是我们了解刑事诉讼的一座桥梁。无论是中国人还是外国人，都可以通过刑事诉讼了解中国社会，也可以通过中国社会诠释中国刑事诉讼。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中国刑诉与 中国社会

CHINESE CRIMINAL PROCEDURE AND CHINESE SOCIETY

易延友 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国刑诉与中国社会/易延友著. —北京:北京大学出版社,2010.9
ISBN 978-7-301-17748-8

I. ①中… II. ①易… III. ①刑事诉讼法-研究-中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 174436 号

书 名: 中国刑诉与中国社会

著作责任者: 易延友 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-17748-8/D·2680

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 16.75 印张 229 千字

2010 年 9 月第 1 版 2010 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

易延友

湖南省黔阳县（今洪江市）人。1992年至2002年就读于中国政法大学，获博士学位。2001年至2002年留学于英国华威大学，获硕士学位。现任教于清华大学法学院，并兼任北京市延庆县人民检察院副检察长。出版专著《沉默的自由》、《陪审团审判与对抗式诉讼》及《证据法的体系与精神——以英美法为特别参照》和教材《刑事诉讼法》。在《中国社会科学》、《法学研究》、《环球法律评论》、《比较法研究》、《政法论坛》、《清华法学》、《中外法学》等期刊发表论文二十余篇，在《南方周末》、《法制日报》、《检察日报》等媒体发表理论性随笔数十篇。

中国刑诉与中国社会

序 言



本书是我最近七年来对中国刑事诉讼法及其决定的中国刑事诉讼模式的理论探讨和经验分析。我一直认为,中国刑事诉讼法是中国所有法律当中最具有中国特色的法律,中国刑事诉讼也是最能反映当代中国所面临的问题、中国当代社会所具有的特征的领域之一。一方面,刑事诉讼是观察社会主流价值观念的一个窗口;另一方面,社会发展状况以及社会主流价值观念又是我们了解刑事诉讼现状的一座桥梁。因此,无论是中国人还是外国人,都可以通过刑事诉讼了解中国社会,也可以通过中国社会诠释中国刑事诉讼。这是本书取名《中国刑诉与中国社会》的基本原因。

本书借用了瞿同祖先生《中国法律与中国社会》一书的书名,攀附之心不必讳言。瞿同祖先生认为:法律是社会的产物,是社会制度之一;任何社会的法律都是为了维护并巩固其社会制度和社会秩序而制定的;只有充分了解产生某一种法律的社会背景,才能了解这些法律的意义和作用。瞿同祖还指出:研究任何制度或任何法律,都不可忽略其结构背后的概念,否则将无法了解该项制度或法律,至多只知其然而不知其所以然(瞿同

祖著:《中国法律与中国社会》)。瞿同祖先生的论断,对于当代中国的法律研究,仍然具有直接的指导意义。因此,本书试图将中国刑事诉讼放在中国社会这个广大的语境和视野中,以法律解释学的基本方法为前提,兼用法律社会学的经验研究方法,通过对中国刑事诉讼法和刑事诉讼程序实践的具体分析,总结和提炼中国刑事诉讼的基本特征,发现其中存在的主要问题,以形成和发展出适合于中国社会的刑事诉讼的理论命题。

二

本书认为,作为社会主流价值观念体系的国家意识形态是决定一国诉讼模式的关键因素。因此,本书第一编收入的两篇论文,主要是基于对中国古代刑事诉讼观念以及现代国家意识形态的分析,从历史、政治、社会的角度为中国刑事诉讼提供一个广阔的视阈,从而为了解中国刑事诉讼的特征铺垫一个观念和制度上的背景。

第一章“冤狱是怎样炼成的:中国古代刑事诉讼制度之检讨”,试图以《窦娥冤》这个批判现实主义的文学作品为依据,对中国古代刑事诉讼中冤案形成的原因进行一个制度的分析。文章对窦娥冤案形成的过程进行了梳理,对无罪推定的概念和含义作了澄清。文章指出,无罪推定是一个不需要以事实作为根据的法律推定,因此它不是一个事实上的推定,而是一个法律上的推定;法律上的无罪推定并不排斥事实上的有罪推定。同时,当我们谈到古代社会实行有罪推定时,真正的含义是说古代社会缺乏法律上的无罪推定,而并不是说现代社会就一律不允许事实上的有罪推定。中国古代一个又一个窦娥的出现,根源在于未能从制度上规定无罪推定;而之所以未能规定无罪推定,主要原因就是对被告人人权保障观念的缺乏。文章认为,无罪推定与人权保障观念之间存在一种马克斯·韦伯所说的选择性亲近关系;有

罪推定与犯罪控制理念之间也存在着一种选择性亲近关系。从现代的意义上看,为了尽可能地保障无辜者不被错误定罪从而沦为现代冤娥,在观念上确立人权保障的意识,从制度上确立无罪推定原则,应当是我国刑事诉讼现代化的必要条件。

第二章“政府可以迫使其公民更加自由吗?”,从宪政自由的理念考察行政规章中规定的劳动教养、收容教育、强制戒毒等现行有效的非司法性拘禁措施。文章通过对相关行政性规章的历史形成过程以及规章的具体内容、党和政府对相关制度的解释、论证,对这些非司法性拘禁背后的理念和逻辑进行了分析与阐释。文章指出,从中国政府的立场来看,所有这些制度的目的都并非是“限制”、“剥夺”公民的人身自由,而是为了使公民更加“自由”。这些制度的目的是通过对公民的劳动教养、收容教育、强制戒毒使公民从游手好闲、好逸恶劳、好吃懒做、沉迷恶习、拒不接受主流社会意识形态等“不自由的状态中解放出来”。这是为什么这些拘禁措施一直被认为“符合”宪法的根本原因。宪法只说禁止非法“剥夺”或者“限制”公民的人身自由,却没有禁止采取措施使公民更加“自由”,或者“赋予”公民自由。文章认为,在我们准备将劳动教养等措施纳入立法之际,在我们准备对过去挥手告别之际,对其中的制度逻辑进行深刻挖掘和深入的分析仍然是必要的,因为它可以促使我们避免再犯新的错误。因此,文章进一步指出,劳动教养等非司法性拘禁最大的问题并不在于它是否存在着法律依据,而在于其制度逻辑本身与现代法治理念格格不入。文章并不反对将劳动教养在实体上予以保留并纳入立法程序,但是主张应当对这些制度进行实体和程序两方面的改造。

三

刑事诉讼的核心是犯罪嫌疑人、被告人的权利保障;犯罪嫌疑人、

被告人的权利保障又以侦查程序中的权利保障最为重要。因此,本书第二编“审前程序”收入三篇论文,以现行刑事诉讼法为分析的蓝本和对象,从不同角度对刑事诉讼中犯罪嫌疑人、被告人的权利现状进行分析和阐释。

第三章黄碟案的分析,阐述了刑事诉讼中公民住宅权、隐私权的基本观念和基本制度,指出在我国正式的立法包括刑事诉讼法、刑法、治安管理处罚法等法律中,公民个人在家中观看黄碟的行为实际上是不受处罚的;但在非正式的法律体系中,也就是那些并非由全国人民代表大会及其常务委员会通过、颁布的行政规章、部门规章中,公民在家中观看黄碟的行为却是有可能遭受处罚的。尽管这些部门规章处于变动不居的状态,但是由于这些规章的存在,导致了实践中选择性司法行为的发生。这种现象对于实现法律的形式理性也就是法律的现代化产生了严重的障碍。因此,正是这些非正式的法的存在,影响了我国的法治进程。文章的分析进一步加强了本书第二章得出的结论:我国应当建构“实质法治”(thick rule of law),而不能满足或停留于所谓“形式法治”(thin rule of law)。

第四章逮捕权行使的司法化,从实证的角度对我国审前羁押问题作了进一步的探讨和分析。论文重新界定了“审前羁押率”这个概念,使其与“批捕率”区别开来,从而划定了与该领域先前的经验研究之间的界限。在这个基础上,文章利用《中国法律年鉴》提供的权威数据,对1992—2002年间中国的审前羁押率进行了统计,意外地发现,十年间我国平均审前羁押率居然达到102%!这样的结论,连作者自己也感到惊讶。以往的经验研究经常将审前羁押率等同于批捕率,而这个数据大体上在85%左右,虽然与西方比起来可以说仍然远远高于西方,但是从未像102%这个数字那样在我们的心灵中产生如此的震撼。但是,本文的目的绝非单纯地对中国的司法部门提出批评,而是希望引起对这个问题的重视。论文指出,如此之高的审前羁押率,并非由

于刑事诉讼法本身的规定有什么问题,而是因为刑事诉讼法的规定并没有得到贯彻实施。最典型的例证是“构罪即捕”。《刑事诉讼法》明文规定,逮捕的条件是“有犯罪事实发生”、“可能判处徒刑以上刑罚”、“采取取保候审、监视居住等不足以防止发生社会危险性而有逮捕必要”。但在实践中,第二个条件、第三个条件经常被忽略。由于司法解释对此问题关照不够,而学术界又一味地沉迷于刑事诉讼法的修改,对于其中重要的条款也疏于解释,从而导致了司法实践中的审前羁押率远远超出我们的想象。基于以上认识,论文提出,降低审前羁押率的关键,并不在于将羁押决定权从检察机关转移至审判机关,而在于对法律作出合理解释,使其在理论上具有可操作性;并培养尊重法律的习惯,使其在实践中具有权威性。

第五章“权衡原则”是怎样把人权消灭掉的——以《刑事诉讼法》第93条为例,具体分析了我我国《刑事诉讼法》中最为人诟病的一个条文。论文指出,从体系解释的角度来看,该条实际上并没有学者们想象的那么无聊。相反,在很大程度上,这个条文是保护犯罪嫌疑人多于限制犯罪嫌疑人的。只不过,由于没有在打击犯罪与保障人权之间划定一个明确的界限,而是采取了一种鸵鸟政策,导致无论是在限制犯罪嫌疑人权利方面还是保护犯罪嫌疑人权利方面,相关的设置均未到位。其实质效果就是,要求犯罪嫌疑人“如实回答”的规则最后无非就是一种道德上的劝说,根本不能构成真正的法律义务;同时,犯罪嫌疑人拒绝回答与案件无关的问题的权利也不可能获得真正的实现,更多时候反而沦为侦查人员权力滥用的借口和托词。因此,无论是理论还是立法,最后都必须直面这样的问题:当打击犯罪和保障人权发生冲突时,究竟选择打击犯罪,还是选择保障人权?和稀泥的结果,只能是打击犯罪大获全胜,保障人权一败涂地。

四

现代审判程序以裁判的正当性为第一要务。裁判正当性的不同来源,决定了刑事审判的基本模式。因此,本书第三编“审判模式”收入的三篇论文,均试图以裁判的正当性为中心,对中国刑事审判中的一些具体制度和具体问题进行法理的阐释和经验的解说。

第六章诉讼证明模式与证据法学的理论基础,对刑事审判中的事实发现模式进行了提炼和概括以及理念型的建构。论文认为:刑事诉讼中发现真实其实并非或者至少不一定是最高目标,裁判的正当性才是刑事訴訟不可避免的问题。裁判的正当性一方面固然可以通过发现真实而获得,另一方面也可以通过程序的正当性而获得。因此,在大家熟悉的以发现真实为目的的刑事诉讼模式之外,实际上还存在着不以发现真实为目的、或者不主要以发现真实为目的的刑事诉讼程序。通常来说,在英美的刑事诉讼程序中,发现真实往往处于较为次要的地位,其他价值诸如人权保障、程序正义等,才是更加重要的价值目标。在大陆法系,由于受传统哲学等因素的影响,其诉讼程序更加强调真实的发现,但是也比较注重人权的保障。我国刑事诉讼则由于多方面的原因,发现真实、打击犯罪等目标往往处于优先地位,人权保障、程序正义等目标则退居其次。因此,以排除规则为主要内容的刑事证据规则暂时羽翼未丰,即便是已经颁布的规则也往往未能得到充分的尊重。为改变这一状态,有必要借鉴英美法系以“乐观理性主义”和“实用主义”为基础的证据规则和以人权保障为核心的刑事诉讼规则。

第七章证人出庭与刑事被告人对质权的保障,以“证人出庭”问题为基本线索,从公正审判权的角度对刑事被告人的对质权进行了阐述与分析。文章指出,证人出庭作证制度的目的是为反对方当事人提供交叉询问的机会。为了保证这种机会的实现,直接原则、传闻法则、对

质权制度皆有关系,而以对质权制度最为直接、最为有力。但遗憾的是,不仅刑事诉讼法本身没有规定对质权,而且相关的司法解释也没有规定对质权。因此,实践中被告人对质权的实现状况可想而知。不过,值得指出的是,既然证人出庭的目的在于实现反对方当事人交叉询问的需要,则当刑事被告人对证人证言并无疑问时,证人出庭也就不再必要。在这个意义上,所谓的“证人出庭问题”就是一个虚构的问题。真正的问题则是在被告人对证人证言提出了疑问的场合被告人对质权能否获得保障的问题,也就是“必要证人”的出庭问题。以此为前提,本章对实践中的证人出庭问题进行了调查和分析,得到的数据显示,实践中必要证人出庭率为25%。论文的调查数据不仅颠覆了流行的证人出庭率的说法,而且得到了较为可靠的信息。论文指出,无对质权语境下的中国刑事审判,呈现出过度追求的实体真实主义、定罪量刑的非精细化操作、裁判正当性来源的单一化等倾向。解决的方法则是通过立法解释或司法解释,明确赋予被告人对质权,并建立相应的保障机制。

第八章裁判的正当性与裁判的终局性——刑事审级模式的建构与反思,指出审级制度的基本目标:一是吸收不满、加强裁判的正当性;二是终结诉讼,实现裁判的终局性。在此基础上,论文考察了两大法系审级制度建构的基本模式,并得出一些较具规律性的结论。论文指出,中国的刑事审级制度在很大程度上借鉴了大陆法系的模式,但是其第一审程序在加强裁判的正当性方面却仍然与大陆法系差距较远。论文也以《中国法律年鉴》为依据对司法实践中审级制度的运行状况进行了分析,指出第一审程序在加强裁判的正当性方面仍然有待努力,第二审程序形同虚设的论断并无依据,再审制度毁灭了中国刑事司法中裁判终局性的判断也过于偏颇。就中国刑事诉讼而言,眼下尤需担心的已经不再是裁判的终局性,而是终局的裁判如何获得正当性的问题。论文的基本结论是:我国两审终审制度基本上能够满足裁判终局

性的需要,但是在从程序上加强裁判正当性方面则仍然存在较大空间。

五

本书所收论文,前后跨度七年,差不多平均一年一篇。刘勰有论曰:“人之禀才,迟速异分,文之制体,大小殊功。相如含笔而腐毫,扬雄辍翰而惊梦,桓谭疾感于苦思,王充气竭于思虑,张衡研京以十年,左思练都以一纪:虽有巨文,亦思之缓也。”(《文心雕龙》)历史上如此著名的人物,尚且被讥讽为“思之缓也”,我辈能在七年之内写出数篇自己认为还能付梓的论文,亦无憾矣。

书中所涉论题,有些看似与刑事诉讼无关,且在有些论者看来,实属于所谓“第三公法领域”。但若将刑事诉讼置于宪政的视角,将刑事诉讼法理解为对公民宪法权利的具体保障,则凡涉及公民基本权利侵犯之事项,莫不属于宪法刑事诉讼之范畴。本书虽未明言以宪法刑事诉讼为研究对象,但在论题选择上显然受此概念之促动,且在章节顺序安排上亦不由自主地追随美国宪法刑事诉讼之体例。凡此苦心,还望有识之士详察。

书中论文之写作,有的历经数年,有的随感而发。有些论述恰巧成为热点问题,有些却是在成熟讨论基础之上的进一步开拓。因此,本书立意虽务欲造奇,工辞却不必臻美。但求对某一问题之阐述,能达到启发心智之功效。“书因鸟迹方成篆,文是龙心不待雕。”希望本书顺乎自然的论述风格,能带给读者心旷神怡的阅读享受。

易延友

2010年7月5日

致 谢

收入本书的篇章均是公开发表的论文。其中六篇发表在《中国社会科学》、《法学研究》、《政法论坛》、《清华法学》、《法哲学与法社会学论丛》等期刊。在此,首先要感谢中国社会科学院法学研究所研究员、《法学研究》的编辑熊秋红女士,《中国社会科学》的编辑张芝梅女士,《政法论坛》的编辑于贺清老师、《清华法学》的主编王保树教授、张卫平教授,以及《法哲学与法社会学论丛》的主编郑永流教授。感谢他们对我研究成果的接纳和发表,特别感谢他们对其中有些篇章的完善所提出的宝贵意见。

本书有三篇论文先后在蓟门学园讨论过。参与学园讨论的郑永流教授、李居迁教授、田士永教授、高家伟教授、陈景辉博士、朱庆育博士、黄金荣博士、吴宏耀博士、罗小军博士,都从各个角度对我的论文提出了建设性的意见和建议。他们对我收入本书之论文的完善功不可没,其中有些成员对于我学术方法和路径的影响也是十分深远的。在此,谨对“蓟门学园”的全体成员尤其是参与本书所收入论文讨论的成员致以谢意。

本书的另外两篇论文发表于海外出版的英文期刊上。第一篇 *The Arrest as Punishment: The Abuse of Arrest in the People's Republic of China*, 是由现任上

海交通大学法学院院长的季卫东先生通过清华大学法学院的王晨光教授联络,推荐我于2006年10月去美国参加PUNISHMENT & SOCIETY: INTERNATIONAL JOURNAL OF PENOLOGY举办的一个小型国际研讨会;提交论文讨论之后,再经同行评议才得发表于该刊2008年第1期。在此,谨对季卫东教授、王晨光教授致以真诚的谢意,感谢他们给我提供了这样一个良好的平台和机会。同时,也感谢PUNISHMENT & SOCIETY的主编Malcolm Feeley教授,以及美国夏威夷大学的David Johnson教授,感谢他们在我写作论文期间慷慨提供了资料的惠助,另外也感谢他们在我赴美参加会议期间给予的关照。

第二篇 *Can A Government Compulsorily Make Her Citizens More Free: Non-Judicial Detentions under PRC's Administrative Regulations and Their Justifications Revisiting*, 原本完成于2005年,后因故搁置。因TSINGHUA CHINA LAW REVIEW(该刊是清华法学院中国法项目留学生创办的一份英文期刊,在美国出版)的约稿,重新检视之后发现仍有生命力,遂行修改发表。感谢清华大学法学院本科生刘璐同学作为该刊编辑的热情约稿及对第一稿提出的中肯的意见。没有她的坚持,就不会有该论文的第二稿。

清华大学法学院的研究生李树立同学、傅会霞同学,帮助翻译了本书两篇英文论文的初稿;刘思远同学为本书编辑了参考文献和索引。感谢他们为本书的出版贡献了及时的努力。

本书的及时出版,也得力于北京大学出版社蒋浩先生和侯春杰编辑的大力支持。在此一并表示诚挚的谢意!

易延友

2010年7月6日

目 录

序言	1
致谢	9

第一编 制度背景

第1章 冤狱是怎样炼成的：中国古代刑事诉讼制度之检讨

——从《窦娥冤》中的举证责任谈起	3
一、冤狱是怎样炼成的	4
二、窦娥冤案中的举证责任问题	7
三、事实上的有罪推定与法律上的无罪推定	12
四、有罪推定的背后	15
五、权力的制约与平衡	18
结论	22

第2章 政府可以迫使其公民更加自由吗？

——非司法性拘禁及其正当化途径之反思	27
引言	27
一、行政规章下的非司法性拘禁	28
二、非司法性拘禁的正当化路径	32
三、政府可以迫使公民更自由吗	40
四、非司法性拘禁背后理念的意义	44
五、非司法性拘禁的未来发展趋势	50
结论	54

第二编 审前程序

第3章 隐私权、程序法治与法的可预期性

——以黄碟案为中心的法理透视	57
引言	57
一、隐私权保护的观念与制度	59
二、黄碟案中隐私权保护的宪法问题	63
三、黄碟案中警察行为的合法性	68
四、黄碟案中警察行为的正当性	73
五、除罪化、现代程序法治与法的可预期性	79
结论	87

第4章 作为惩罚措施的逮捕

——逮捕在实践中的适用与误用	89
引言	89
一、逮捕的先决条件	90
二、实践中逮捕的滥用:来自中国法律年鉴的数据	94
三、作为惩罚措施的逮捕	98
四、逮捕滥用的原因	101
五、如何改革审前程序:学者之间的讨论	105
结论	108

第5章 “权衡原则”是怎样把人权消灭掉的

——以《刑事诉讼法》第93条为例	109
一、问题的提出与本章的目标	109
二、第93条规定的内容	111
三、“目的是所有法律的创造者”	116
四、善良的动机与蹩脚的手段	119