

写意法治

正义

法律是致力于正义的事业。任何一项法律制度，无论多么地有效率，只要不能实现正义，就必须加以改造或废除。随着时间的流逝，当代中国的法治事业发生了一些重要变化。当然，有的是缓慢的，点滴的，有的还有曲折反复，甚至引发了剧烈争论……本书旨在记录这些热点与法理中正义的历史瞬间，也希望启发人们认真思考：何为法律的正义。

經由

法律

的正义

刘品新 著



清华大学出版社

写意法治

自由
法律
的
正義

刘品新
著

清华大学出版社
北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

经由法律的正义 / 刘品新著. —北京：清华大学出版社，2014
(写意法治)

ISBN 978-7-302-34657-9

I. ①经… II. ①刘… III. ①正义 - 研究②法律 - 研究
IV. ①B92②D99

A blue circular stamp from the Tsinghua University Library. The outer ring contains the text '清华大学图书馆' at the top and 'www.lib.tsinghua.edu.cn' at the bottom. The inner circle contains the characters '藏书' (Collection) in the center, with two small stars on either side. The stamp is partially overlapping the CIP data text.

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第290913号

责任编辑：刘 晶

封面设计：杨程博

责任校对：宋玉莲

责任印制：刘海龙

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社总机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969，c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈：010-62772015，zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：北京密云胶印厂

经 销：全国新华书店

开 本：148mm×210mm 印 张：10.875 字 数：215 千字

版 次：2014 年 1 月第 1 版 印 次：2014 年 1 月第 1 次印刷

定 价：32.00 元

产品编号：055511-01

正义具有一张普洛透斯似的脸，变幻无常，随时可呈现不同的形状，并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时，我们往往会深感迷惑。

——[美]埃德加·博登海默

序 言

在数千年的历史长河中,公平正义一直是人类在社会生活中执着追求的目标,而法律则是实现这种追求的基本路径。古希腊正义女神雕像就蕴含了西方先人对正义精神的追求。女神右手握利剑,左手持天平,眼上蒙一条黑布。利剑代表惩除邪恶的正义;天平表示不偏不倚的公平;而蒙眼布则表明她无视司法对象的地位和身份,以保证法律面前人人平等。汉字具有“形意”的特点,而“法”字之缘起就包含了中华祖先对公平正义的理解。《说文解字》把“法”字解释为“平之如水”和“触不直者去之”。法性如水,刚柔相济。水至刚时可开山破石,似有刀斧之功、万钧之力;水至柔时可滋润万物,犹如春风沐浴、无微不至。法在惩治邪恶时如洪水般威猛,在保护良善时似静水般柔情。法的趋向是和谐,但必须以公平正义为前提。

人类在一起生活,就要有一定的秩序,就必须遵守一定的规矩。就人类社会的本源来说,这种秩序和规矩都应该具有正

义性,因此法律作为调整和规范人们在社会生活中的行为准则,也应该遵循正义的原则。法的正义精神并不是完全人类主观创建的,而是客观存在的维护社会生活秩序的自然规律的体现。古希腊伟大的思想家柏拉图在西方历史上第一部法学专著——《法律》一书中就阐述了法的“正义”理论。他认为,“正义”是至高无上的,“正义”的原则就是“国家的基本法”,而法律只是“维护正义的手段”。因此,正义是法的精神,是法律的灵魂。

这大概就是《经由法律的正义》一书的主题。刘品新博士在这八十篇杂文中,从多个角度阐释了这个主题。虽然文章涉及的问题很多,领域甚广,但是散而不乱,杂而有序,就是因为有了这个隐含在字里行间的主题。

刘品新是我的学生,从硕士到博士。他不是在我名下第一个毕业的硕士生,但是第一个明确报考到我名下的硕士生。他不是我指导的第一个博士生,但是在我名下最先获得博士学位的学生。他于1998年获得硕士学位之后便开始在中国人民大学法学院任教,因而也成为与我共事最多的学生,或者说,对我帮助最多的学生。

这些年,刘品新博士协助我做了许多科研项目,从1998年开始的“证据法比较研究”项目,到目前仍在进行的“刑事错案实证研究”项目和“法治国家建设中司法判例制度研究”项目。他和我一起编写了《证据法学》(目前已经出到第5版)等教材,一起创办了系列学刊《证据学论坛》(目前已经出版18卷);一起创办了系列专业讲座“德恒证据学论坛”(目前已经

举办近百期)。

其中颇值一提的是,国内第一部电子证据法研究专著《电子证据法研究》(法律出版社2002年出版),虽然是我主持的教育部科研项目的成果,虽然是以我为主编的,但我只是挂名,刘品新博士才是该项课题研究的实际领军人,也是该项成果的实际所有人。于是,他也成为我国电子证据法研究方面的佼佼者。数年前,我参加计算机取证专家委员会的会议,与会者中有许多计算机领域的专家。我坐在前排,桌子上有名签。我听见,背后有人小声问,这个何家弘是哪儿的;有人答,他是刘品新的老师。

刘品新是个聪明而且勤奋的人。他思维敏捷,连带着说话的语速也比较快。他喜欢争论,甚至会让人感觉有些固执。他不争名利,因此做事踏实为人低调。他乐于助人,所以在圈内圈外都有许多朋友。随着年龄的增长和阅历的积累,他面对人生顺逆时的心态也更加平和,更加恬淡。

文如其人,人如其名。刘品新和他的文章都值得细心品读——常品常新,越品越新。

何家弘

2013年仲秋写于北京世纪城痴醒斋

自序

我这十年,在撰写八股范式的法学论著之余,也喜欢写写时评、随笔或小品文之类的短文,为司法正义鼓与呼。一路走来,个中甘苦,五味杂陈。

第一次“涉水”短篇已经记不得日子了,但有意识地培养这一偏好始于2003年。受《人民法院报》之邀,我以电子证据为题写了一个系列,按主题顺序陆续发表,为司法人员迎接电子证据时代进行前瞻。千字文,豆腐块,短而载道,每篇都反映了前沿的观点。一年后它们被结集,重刊在北京市第二中级人民法院“网络讲座”栏目上,获得一线法官的赞许。

此后又承蒙各大法制媒体的抬爱,我在短论快评的道路上得以走远。迄今为止,我仍念念不忘的是,从2004年起5年间给《检察日报》写法律时评的经历。作为专栏作者之一,我被要求至少每月一至二篇,无论是忙碌还是悠闲。照理说这个供稿周期不算短,但固定下来作为一项定期的任务也会成个

负担。

好在心有所想时文思泉涌，能在短小时内一气呵成。2005年《隐性采访的法律界限》便是一例。当时南京一名女记者大胆地“卧底”盗车团伙内部，参与盗窃全过程、暗访取证并成功报案，但她的做法引起了社会上的广泛争议。为此《检察日报》刊登了专文《卧底女记者偷车不犯罪吗》组织讨论，在读者中引起较大的反响。为正面回应“女记者的行为触犯刑法”的问题，报社编辑向我约急稿。我在1个半小时内定稿交活儿，就“暗访须守法”进行释理明义。此文后来还获得报社好评——“2005年度好稿件”。

“有感而发，一蹴而就；厚积薄发，长文短写。”这些都是良好的写作感觉。然而也不乏低潮期，在没有好选题和想法的时候，试图完成一篇小短文就是一种莫名的痛苦。好在每次看到报上的文章和个人照，收到读者的反馈，全身就充满着喜悦。

我的写作风格是，空泛说理少，就事论理多。我以为，法学短文最好是“新闻+学术”，一是要有新闻的热点；二是要有学术的思想。多年来，我养成了一个习惯，动笔前通常会用网络搜索新闻事件，再用平白的话写出论文的思想，点评名案、热点和法理中的正义。这种短文实际上就是论文的缩微版，是另一种特色的论理或普法。这种写法锻炼了笔力，启发了心智，算是一种额外的收获。

诚然，不同学术背景的作者一定会有不同的产出。我个人的研究兴趣集中在刑事错案、司法改革、陪审制度、证据制度、信息化侦查以及网络法治建设等话题，相应地对正义的

观察与思考也脱离不了这些特定的法治领域。这是不可避免的视角局限,但确实是我管窥的法律世界。十年来中国的法治事件层出不穷,带来了太多的问题,留下来太多的话题。只要对社会有关关注,对理论有研究,一篇篇“短平快”就能陆续出来。

回顾这段岁月,我记得产生热烈反响的短文是《法律的扫帚除不掉科学的灰尘》。那是周正龙制造假虎照的事件发生之初,国人已经高度关注,“打虎派”与“挺虎派”两大阵营泾渭分明。我不习惯于选边说话,当时仅从证据理论的角度就“真相何处求”作文,提醒论战双方回归理性。不料被强行划入“挺虎派”阵营,有好事者还开设专门的网页频道进行讨伐,号召“驳刘品新博士的可笑论调”。跟帖者一时间云集,我一下子很“受宠”,体会到了写论文时从未遇到的“被关注”。

命运多舛的短文是《民意、司法与特赦》(原题为“特赦王斌余如何”)。本来是报社栏目的约稿,我行文也谨慎,说了说“司法以法律为准绳,特赦以民意为导向”的基本理论。然而,中国的媒体管制很无常,次日交稿后听说有关部门口头传达了“不准再报道王斌余案”的指示,此稿再中庸也只能“废”了。自此我明白一个道理,在中国发文章是要讲时效的,能发尽快发,不然会遇到风云突变。

内心触痛的短文是“刑事错案的成因、防范与救济”专题。每次听到杜培武、余祥林、胥敬祥、赵作海、王子发、张辉、张高平这些名字的时候,我都发自内心地痛楚。老冤、老冤,发生在

他们身上的故事是每个人的悲剧,问题是司法该如何有效地面对?痛定思痛,我对错案背后的司法制度作了检讨,以错案推动正义的改良。目前,我们在中国人民大学组建了“刑事错案研究中心”,关于错案之正义的事业还会继续下去。

期待良多的短文是《迈向电子取证的时代》。适逢信息社会,电子证据或电子取证迅速成为司法领域的重大机遇与挑战。往往一些新问题或现象尚无定论的时候,更新更多的问题或现象又接踵而至了。长期以来,我们团队致力于信息科学与法学的跨界融合,积累了很多宝贵的研究心得。此文可视为一个代表性的宣言。

意外受捧的短文是《网络时代司法与媒体的再平衡》。这本是我参加《人民法院报》主办的“推动司法与传媒良性互动”专题研讨会的即兴发言,呼吁以开放的司法或透明的司法来重塑司法和传媒的关系。此文在《人民法院报》发表后,又受《光明日报》盛邀得以刊发详细版,并得到较大规模的转载转引。

.....

要讲的小故事很多,每一篇后面仿佛都有。它们合起来,就形成了我对国家法治建设十年历程的亲眼观察。从这个意义上说,这些短文反映了这个时代法治变迁的一隅。每个法律人既是经历者,更是建设者。是的,无论如何看待这十年,中国法律正义领域的一些事情都客观发生过了。

法律是致力于正义的事业。任何一项法律制度,无论多么有效率,只要不能实现正义,就必须加以改造或废除。这就是

经由法律的正义。何怀宏先生说,“以法律为凭依的斗争,乍看起来也是缓慢的、点滴的,但最后汇聚起来的成果,却相当可观。”我理解,正义不是随便到达的,需要时间带来法律的改变。逝者如斯夫,不舍昼夜!

刘品新

2013年8月9日·未闲书斋

目 录

上篇 名案中的正义

刑讯逼供何以阴魂不散

——一评当代刑事错案的重演 / 2

酿成错案的“最后一根稻草”

——二评当代刑事错案的重演 / 7

错案对司法改革的意义

——三评当代刑事错案的重演 / 11

错案责任追究制看起来很美

——四评当代刑事错案的重演 / 15

疑错案的背后

——评聂树斌强奸杀人案 / 20

以什么样的态度纠正错案？

——评王子发杀人冤案 / 26

错判赔偿的中国困局

——评胥敬祥冤案的纠错 / 31

法定量刑过严下的司法裁量

——评许霆“恶意”取款案 / 34

法律的扫帚除不掉科学的灰尘

——一评华南虎照片事件 / 38

鉴定不可背离科学

——二评华南虎照片事件 / 42

一张数码照片等于一万句谎言!?

——三评华南虎照片事件 / 46

也谈缩头的鉴定

——四评华南虎照片事件 / 51

民意、司法与特赦

——评王斌余“激情”杀人案 / 55

不可渲染外逃贪官判刑 12 年的“样本”意义

——评余振东贪污追逃案 / 59

中国不能作出“辛普森案”一样的判决

——评“女播音员猝死在副市长床上”一案 / 63

品格能否用作证据？

——评前男足国门涉嫌强奸的丑闻 / 67

法律服务的“豆腐渣工程”

——评西安宝马彩票案 / 72

司法面对网络色情

——评香港“艳照门” / 76

“一案两诉”的制度设计

——评赵燕在美遭殴打一案 / 79

保护证人是国家的责任

——评鲍某等举报一案 / 84

媒体审判的传闻陷阱

——评彭宇案的“客观”报道 / 88

“艾滋”诉讼的三重困惑

——评小雨手术感染索赔一案 / 92

一米阳光值多少钱？

——评左先生采光权索赔案 / 96

电子警察执法的误区

——评杜宝良交通违章处罚案 / 100

中篇 热点中的正义

司法改革要关注“罢赛”现象 / 106

刑事司法也要走向诚信 / 109

死刑判决中司法的人民性 / 113

查明真相不是刑事和解的前提 / 116

不同意见写进判决书的前提 / 119

将陪审制改革进行到底 / 123

陪审制的适用范围 / 126

陪审制的改革方向	/ 130
重提“侦查相对论”	/ 133
刑事侦查的“市场”观念	/ 137
请警察走上法庭	/ 141
反腐查处的大小辩证法	/ 144
美国的“诱饵汽车”与高科技侦查	/ 147
“捆绑诉讼”的错案隐患	/ 150
“有错必纠”的辩证思考	/ 155
“有错必纠”的未来之路	/ 159
美国的错案发现与“无辜者计划”	/ 163
中国特色的错案成因	/ 167
网络时代的犯罪升级	/ 172
为网络安全织一张法网	/ 175
网络治理的合作之路	/ 179
网上立案昭示的方向	/ 182
迈向电子取证的时代	/ 185
打造虚拟空间的证据体系	/ 189
“网络通缉/通报”的法律规制	/ 193
揭开“网络公证”的面纱	/ 197
手机实名制的价值平衡	/ 202
电子证据是净化网络的利器	/ 206
美国网上扫黄的三大名案	/ 209

下篇 法理中的正义

中国法律的道德使命 /	218
法治的精髓 /	221
法律的德性 /	225
法律能为孩子撑起一片天 /	229
网瘾精神病之争贻害社会 /	233
网络法是什么 /	237
网络法律的宣示意义 /	240
网络时代司法和传媒的再平衡 /	243
隐性采访的法律界限 /	248
“证据白条”何时休 /	253
证据之王归去来兮 /	257
充分质证的意义 /	261
鉴定人的角色 /	266
专家的本色 /	270
笔迹鉴定不能承受之重 /	274
交通事故认定书的效力 /	278
KTV 版权收费,用证据说话 /	284
个人支票推广的法律瓶颈 /	287
让正义以看得见的方式存在 /	291
打官司的“主客场” /	295
美国校园枪击案的忧思 /	298