

国家社会科学基金青年项目

网络时代

刑事司法理念与制度的创新

刘品新 主编



清华大学出版社

013169182

D924.04
151

内容简介

网络时代

刑事司法理念与制度的创新

主 编 刘品新

副主编 杨锦璈



北航

C1676351

清华大学出版社

北京

D924.04

151

内 容 简 介

本书深入挖掘我国刑事司法实践中面向网络时代而出现的新事物、新问题,针对传统的刑事司法理念、制度在网络时代所遇到的挑战进行研究,全面检讨了传统的刑事司法理念、制度的不足之处,并借鉴了其他国家的成熟理论和制度。同时,立足刑事司法实施,探讨了我国在实践中遇到的现实困难和挑战,为我国网络时代的刑事司法提出适用的理论、合理的制度和有效的改革措施。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

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

网络时代刑事司法理念与制度的创新 / 刘品新主编. —北京:清华大学出版社, 2013

ISBN 978-7-302-33564-1

I. ①网… II. ①刘… III. ①刑法—司法制度—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 203940 号

责任编辑:刘 晶
封面设计:漫酷文化
责任校对:王荣静
责任印制:王静怡

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 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印 张:16.25 字 数:279千字

版 次:2013年9月第1版

印 次:2013年9月第1次印刷

定 价:38.00元

产品编号:055354-01

刑事司法的数字化生存

互联网是 20 世纪后期人类最伟大的发明，迄今为止对人类社会产生了广泛深远的影响。这一趋势在 21 世纪开始的 10 多年间有了充分的展示，还将在人们所不能预知的广度和深度上继续演变下去。现如今，从政治到经济，从文化到科技，从生活到民生，从道德到法治，从刑事到民事，从法人到公民，无一不被笼罩在一种无所不在的数字信息大网之中。网络，这一新事物的影响不仅是宏大的，而且渗透到了细微的毛孔之中。

无论政法系统的领导还是普通的司法人员是否有着清醒的认识，网络都对刑事司法产生了深刻的影响。认识不到这一点，人们便会碰壁、彷徨、困惑。近年来，我国一些重大命案（如中国政法大学学生付成励弑师案、陕西药家鑫杀人案、云南李昌奎杀人案）的审判因网络的介入而陷于左右为难之困境，一些具体司法改革举措（如通缉令上网、网上报警平台、禁止微博直播庭审）的推出因网络的宣传而陷于是非利弊之扰。顺应潮流耶？司法作秀耶？纷争不绝于耳。

与此相反，若能主动适应网络时代的大势，摆在面前的便是康庄大道。我国从 20 世纪 90 年代发动刑事司法改革，各种举措层出不穷。网络时代所倡导的司法信息化改革方向，一直受到普遍的重视，正在由办公平台的信息化转向办案机制的信息化，由零散的信息化转向全面的信息。而且这一改革的方向越来越清晰，成为公检法系统转型的主旋律。刑事司法改革虽然艰难，但适应网络时代的趋势无可撼动。

本书分别从刑事司法理念与具体制度的不同角度，剖析了世界范围内刑事司法改革的内涵、方式及优劣，并作了富有探索意义的预测展望。这是一次全新的理论思考。

第一，在刑事司法理念方面，本书从反思网络“严打”现象切入，分析了我国应当实现从打击型刑事司法走向预防型刑事司法、从国内型刑事司法走向国际型刑事司法、从定量型刑事司法走向定性型刑事司法以及从封闭型刑事司法走向开放型刑事司法。其中，走向公开型刑事司法是全局性的、战略层面的。这是社会蓬勃发展的必然，是深化司法改革的必

然,更是步入网络社会的必然。

第二,在刑事立案制度方面,本书论述了公检法开展刑事立案的时代转型,将公安机关开展的虚拟巡逻等归为“主动发现型”立案的创新,将公检法开展的网上报案、网上举报、网上立案等归为“被动接受型”立案的创新。并通过比较中国香港地区、美国的相关制度,指出了我国刑事立案网络化的缺失,并给出了行之有效的建议。

第三,在侦查制度方面,本书论述了侦查工作必须实现向侦查信息化的转型。这一转型应当以网络空间的洛卡德交换原理为指导,打造以电子设备或账号为纽带的双向侦查模式,实现实体侦查与数字化侦查相结合的格局,并以各种电子取证措施丰富充实侦查武器库。上述改变将突破刑事侦查的现有框架,带动刑事司法领域的变革。

第四,在刑事公诉制度方面,本书回顾了我国检察信息化的发展历程,集中阐述了审查起诉制度的信息化转型。这既包括网上办公平台、网上办案平台、审查起诉系统、案件信息数据库、诉讼信息交换与共享平台、出庭公诉远程指挥系统与多媒体示证平台等审查起诉业务信息化建设,也包括电子证据开示制度、举证制度及文证审查制度的构建。未来我国应当突破检察信息化物质基础建设的狭隘,全力投身于制度层面的建设。

第五,在刑事审判制度方面,本书将网络时代的变迁概括为两个层面,一是构建和完善惩治网络犯罪的刑事审判制度,二是借助网络技术实现审判法庭的信息化。前一层面涉及网络犯罪的法律适用制度、审判管辖制度、定罪制度以及网络时代的量刑制度,后一层面涉及管辖、审案、结案、归档的信息化。本书从中外比较和制度构建的角度,论述了刑事司法在法律适用、审判管辖、定罪以及量刑制度等方面的挑战与调整,梳理了司法判决中的电子签章制度及完善建议。

第六,在刑罚制度方面,本书论述了刑罚执行的信息化与社会化,并结合法律规定和典型案例重点探讨了网络附加刑制度、监外电子监控制度与犯罪信息的网上公告制度三大创新。网络附加刑为改造网络罪犯提供了一种新的有效选择,可纳入我国的禁止令制度;监外电子监控制度可以减少监禁罪犯的成本和负面效应,通过科学设计而推广采用;犯罪信息的网上公告制度满足了犯罪信息公开的需要,又避免了“游街示众”等执法陋习。

第七,在证据制度方面,本书集中论述了新型电子证据的出现与挑战,并从电子证据的本质特征、法律定位、原件制度、收集保全制度、审查

评断制度以及定案制度等方面作了全面梳理,提出了一些符合中国国情的有创造性的思想。特别是为依靠电子证据定案设计了量化的印证公式,这是一个充满激情的理论尝试。

上述变革,覆盖刑事立案、侦查、审查起诉、审判与执行的各环节,也涵涉证据制度、司法观念的其他方面。其中,既有宏大的理念问题,也有具体的制度问题;既有已经完成的,也有正在或即将进行的;既有国际上共同的选择,也有中国式的方案;既有体制层面的,也有机制性的……一句话,网络时代的刑事司法创新正昂首阔步在大路上,尽管步履蹒跚。

由此可见,今天的刑事司法已经被打上了深刻的时代烙印。作为人类几千年经验结晶的刑事司法,不得不面对着网络环境进行调整。这就是以信息之网来改造刑事法网。这是一个方向,更是一个过程。那种视网络为无物的思想,那种视网络为洪水猛兽的观念,那种视网络为唯一创造力的想法以及那种用传统的旧观点处理新境界的做法,无疑都是错误的、有缺失的。只有脚踏实地,顺势而为,才能尽快实现转型。

美国学者理查德·斯皮内诺曾经提出过一个发人深思的问题:网络对人类而言是铁笼还是乌托邦之门?^①前种悲观主义者认为,网络等现代技术已经不可逆转地塑造了人类在这个世界中生活、工作和交往的方式,迫使人类进入一个“铁笼”,一个被野蛮的工具理性支配的更加支离破碎、充满偏见的社会;后种乐观主义者认为,人类可以根除网络等现代技术的负效应,有效地操纵这一工具以改善人类的状况。他援引查尔斯·泰勒的名言作答:“我们确实没有被禁闭。但是存在一个斜坡,一个内在的容易滑倒的斜坡。”^②我们在本书中所作的论证,支持了这一结论。

如前所述,网络时代刑事司法领域发生的变革,涵盖刑事司法理念与立案、侦查、公诉、审判、执行、证据等制度的方方面面,表现形式也异彩纷呈,在不同国家还有着不同的规律。透过现象看本质,这一变革的表面是刑事司法的科学化,核心是刑事司法的信息化,终极目的则是刑事司法的透明化。如果我国的刑事司法改革能够顺应这一规律,那就能化网络为正能量,走向契合时代脉搏的刑事司法。

^① [美]理查德·斯皮内诺:《铁笼,还是乌托邦——网络空间的道德与法律》,李伦等译,7~9页,北京,北京大学出版社,2007。

^② Charles Taylor, *The Ethics of Authenticity*, Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 101. 转引自[美]理查德·斯皮内诺:《铁笼,还是乌托邦——网络空间的道德与法律》,李伦等译,9页,北京,北京大学出版社,2007。

一言以蔽之,网络时代的刑事司法必须学会数字化生存。这种变革已经成型,正在迈入深水区。而不管前面有多少暗流汹涌,改革者都必须义无反顾,一往无前,勇敢地蹚过去。

刘品新

2012年9月13日于北京

目 录

前言 刑事司法的数字化生存	I
第一章 网络时代刑事司法理念的创新	1
1. 引言	1
2. 刑事司法理念及其变迁的内涵	4
2.1 刑事司法理念的含义	4
2.2 刑事司法理念变迁的方向	6
3. 走向预防型刑事司法	6
4. 走向国际型刑事司法	8
5. 走向定性型刑事司法	10
6. 网络时代的开放型刑事司法理念	13
6.1 中国司法的封闭性与开放性	13
6.2 中国走向开放型司法所遭遇的困局	15
6.3 开放型刑事司法的表现形式	22
6.4 中国走向开放型司法的必然性	30
第二章 网络时代刑事立案制度的创新	32
1. 引言	32
2. 网络时代刑事立案制度变迁的内涵	33
2.1 公安机关和检察机关的刑事立案	34
2.2 法院的刑事立案	36
2.3 传统立案制度变迁概览	36
3. 虚拟巡逻	37
4. 网上报案与网上举报	39
4.1 我国公安机关的网上举报	40
4.2 香港地区警务处的网上报案	45
4.3 我国检察机关的网上举报	48
5. 法院的网上立案	51
5.1 我国法院的网上立案	51

5.2 外国法院的网上立案:以美国为例	54
6. 关于完善刑事网上立案制度的思考	59
6.1 关于我国内地与香港地区网上举报之比较	59
6.2 关于完善法院网上立案制度的建议	59
7. 小结	60
第三章 网络时代侦查制度的创新	62
1. 引言	62
2. 网络时代侦查制度变迁的内涵	63
3. 侦查制度创新的理念前提:将洛卡德交换原理拓展至网络空间	66
3.1 洛卡德交换原理的含义及局限性	66
3.2 洛卡德交换原理同样适用于网络空间	68
4. 侦查制度的创新之一:构建以电子设备或账号为纽带的双向侦查模式	70
4.1 传统侦查模式的含义及局限性	70
4.2 新型侦查模式的提出及含义	71
5. 侦查制度的创新之二:实行实体侦查与数字化侦查相结合的格局	72
5.1 新型侦查格局出现的必然性	72
5.2 新型侦查格局的内涵	74
6. 侦查制度的创新之三:推行传统取证措施的电子化与电子取证措施	75
6.1 传统取证措施的电子化	75
6.2 新型的电子取证措施	77
7. 小结	79
第四章 网络时代刑事公诉制度的创新	81
1. 引言	81
2. 网络时代刑事公诉制度变迁的内涵	82
3. 审查起诉业务的信息化建设	83
3.1 网上办公平台和网上办案平台	84
3.2 审查起诉系统	85
3.3 案件信息数据库	86

3.4	诉讼信息交换与共享平台	87
3.5	出庭公诉远程指挥系统与多媒体示证平台	88
4.	电子证据的开示制度	88
4.1	电子证据开示的概念	88
4.2	电子证据开示的原则	90
4.3	电子证据开示制度的内容	91
4.4	违反电子证据开示制度的制裁	94
5.	电子证据的举证制度	94
5.1	审查起诉程序中电子证据举证规则	94
5.2	电子证据举证的原则和方法	98
5.3	电子证据举证的技术支持:多媒体示证系统及其 应用	100
6.	电子证据及其鉴定的文证审查制度	103
6.1	文证审查的概念、性质、内容、原则	104
6.2	文证审查的程序	105
6.3	文证审查的实施	105
6.4	电子证据鉴定的文证审查	108
7.	小结	109
第五章	网络时代刑事审判制度的创新	111
1.	引言	111
2.	网络时代刑事审判制度变迁的内涵	111
2.1	构建面向网络时代的刑事审判制度	112
2.2	加强刑事审判法庭的信息化建设	114
3.	网络犯罪的法律适用制度	115
3.1	网络犯罪对传统刑法空间效力原则的挑战	116
3.2	关于网络犯罪刑法空间效力的理论探索	117
3.3	如何合理确定网络犯罪的刑法效力空间	119
4.	网络犯罪的审判管辖制度	120
4.1	如何判断网络犯罪案件的性质	120
4.2	级别管辖的划分是否应该以刑种为依据	121
4.3	如何评判网络犯罪的社会危害性	122
4.4	如何确定网络犯罪的地域管辖	124
5.	网络犯罪的定罪制度	127

5.1	网络犯罪的新变化对司法定罪的挑战	127
5.2	网络犯罪的罪名及构成制度的变迁	129
5.3	关于网络犯罪罪名的立法前瞻	131
6.	网络时代的量刑制度	133
6.1	网络时代的量刑与民意问题	133
6.2	量刑自由裁量权成为网络舆论监督的重心	134
6.3	网络民意与判意存在天然的分歧	135
6.4	网络民意影响判意的机理	136
6.5	网络民意介入量刑的利弊	138
6.6	量刑导入民意的构建	141
7.	审判法庭的信息化建设:以电子签章的推广为例	144
7.1	走进司法判决中的电子签章	144
7.2	司法判决中电子签章的基本原理	146
7.3	司法判决中电子签章的法律效力	147
7.4	司法判决中电子签章应用中凸显的问题	149
7.5	司法判决中电子签章制度的完善与展望	149
8.	小结	150
第六章	网络时代刑罚制度的创新	151
1.	引言	151
2.	网络时代刑罚制度创新的内涵	152
2.1	刑罚执行的信息化	152
2.2	刑罚执行的社会化	153
3.	网络附加刑制度	154
3.1	网络附加刑概述	155
3.2	美国关于网络附加刑的法律规定与典型案例	156
3.3	网络附加刑涉及的重要法律争议	159
3.4	我国在禁止令制度中开拓网络附加刑的设想	163
4.	监外电子监控制度	165
4.1	监外电子监控制度概述	165
4.2	监外电子监控制度兴起的背景	166
4.3	监外电子监控制度的历史发展	169
4.4	其他各国和地区推行电子监控制度的概况	171
4.5	推行监外电子监控制度的几个重要问题	172

5. 犯罪信息的网上公告制度	177
5.1 来自美国和韩国的经验	177
5.2 不同权利保护之间的博弈	181
5.3 中国式犯罪信息公开的思考	183
6. 小结	185
第七章 网络时代证据制度的创新	187
1. 引言	187
2. 网络时代刑事证据制度变迁的内涵	189
3. 电子证据的内涵与本质	191
3.1 电子证据的定义及表现形式	191
3.2 电子证据相对传统证据的本质差异	192
4. 电子证据的定位制度	193
4.1 “混合证据说”的提出及理论价值	193
4.2 “独立证据说”的提出及立法价值	195
5. 电子证据的原件规则	196
5.1 我国构建电子证据原件规则的早期探索	196
5.2 世界范围内电子证据原件规则的创新	199
5.3 建立和完善中国式的电子证据原件规则	207
6. 电子证据的收集保全规则	211
6.1 电子取证的规制方式	212
6.2 电子取证的规制原则	215
6.3 电子取证的规制内容	217
7. 电子证据的审查评断规则	219
7.1 电子证据的可采性审查规则	220
7.2 电子证据的证明力评断规则	225
8. 电子证据的定案规则	231
8.1 电子证据的印证体系	231
8.2 电子证据的印证公式	235
9. 小结	243
后记	245

第一章 网络时代刑事司法理念的更新

1. 引言

刑事司法是惩治犯罪、治理国家的重要手段。任何国家欲实现长治久安,必然要有一套良性运作的刑事司法机制。这一机制显然不是一日造就的,而是在长期司法实践中摸索养成的。从这个意义上讲,一旦某个国家的刑事司法机制形成了自己的特色,就不可能也不需要进行“急风骤雨”式的变革。改革开放 30 多年以来,中国坚持惩治打击犯罪与保障人权并重的目的,一直在渐进式地推动刑事司法机制的发展与完善。网络时代刑事司法的变革也是如此。

——2006 年 2 月 16 日,全国打击淫秽色情网站专项行动电视电话会议召开,强调坚决遏制住网上淫秽色情活动发展蔓延的势头,促进我国互联网更加规范有序的发展。这是我国围剿淫秽色情网站的第一场“严打”。其中一项重要任务是,建立一套严格管理、有效防范、及时打击网上淫秽色情违法犯罪活动的长效机制。然而,“净网”专项的大幕一日开启,便似乎永远没有谢幕的时候。

——2007 年 4 月,全国再次启动依法打击网络淫秽色情专项行动。此次专项行动坚持“打防结合、预防为主,专群结合、依靠群众,加强管理、重在治本”的工作方针,采取推进互联网管理长效机制建设等七项措施。其间,各地共破获网络淫秽色情等刑事案件 524 起,刑事拘留 868 人,查处网上治安案件 1 609 起,治安处罚 1 911 人;关闭、清理境内淫秽色情网站、网页 4.4 万个,删除网上淫秽色情信息 44 万余条;依法查处违规经营的互联网服务单位 8 788 家,备案网站 19.9 万个,对 1.4 万个未经备案、审批许可的网站停止了接入服务。

——2008 年 1 月,公安部等 13 个部委联合召开电视电话会议,部署 2008 年 1~9 月在全国范围内继续开展依法打击整治网络淫秽色情等有害信息专项行动。会议决定,要把日常管理和集中行动结合起来,按照“网上什么问题突出就整治什么问题”的原则,每过一个阶段就要有针对性地集中打击、整治一次,做到力度不减、声势不减。

——2009 年 7 月,公安部等 9 部门决定,自 2009 年 8~10 月在全国范围内组织开展打击整治网络淫秽色情专项行动,以铲除淫秽色情网站

利益链条。此次专项行动的重点打击对象包括:(1)在境外开办淫秽网站并在境内发展会员、传播淫秽色情信息的;(2)组织网络淫秽表演和进行网上招嫖活动的;(3)建设虚假色情网站骗取网民注册费用的;(4)利用WAP手机网站、点对点网络传播淫秽色情信息的;(5)明知淫秽色情网站仍投放广告进行推广获利的;(6)明知淫秽色情网站仍提供网上支付、手机代收费的。

——9月,全国打击整治网络淫秽色情专项行动办公室决定,组织开展为期1个月的手机网站集中清理整治行动。此次行动集中整治重点包括清理违规开办的手机网站、严厉打击手机网站传播淫秽色情犯罪活动以及强化对接入服务单位、网络广告代理商、第三方支付企业的监管。

——11月,公安部再次做出部署在全国展开新一轮打击整治专项行动,剑指淫秽色情手机网站。12月,中央外宣办等9部门召开电视电话会议,部署从2009年12月到2010年5月底在全国范围内联合开展深入整治互联网和手机媒体淫秽色情及低俗信息专项行动。这次专项行动的主要任务是,重点整治一批淫秽色情和低俗信息集中、严重危害未成年人健康成长的网站,关闭一批严重违法违规网站,侦破一批重大案件,严惩一批违法犯罪分子,查处一批为淫秽色情和低俗网站提供代收费的企业,清理整顿一批违法违规接入服务商,有效切断淫秽色情和低俗网站利益链条,建立、健全防范和查处淫秽色情及低俗信息的长效管理机制。

——2010年2月,公安部等8部门联合召开电视电话会议,动员部署全国从2010年2~8月组织开展集中整治网络赌博违法犯罪活动专项行动。会议决定,通过专项行动,严厉打击利用互联网组织赌博的违法犯罪活动,集中查处一批利用互联网组织赌博活动的大案要案,打掉一批境内外勾结组织网络赌博活动的赌博团伙,严惩一批违法犯罪分子;集中打击和取缔一批为赌博集团提供资金流转服务的地下钱庄和第三方支付平台,打击和整治一批为赌博集团提供信息和接入服务的网络运营商,全面清理赌博网站和赌博信息。

——7月,全国“扫黄打非”工作小组召开座谈会,总结打击互联网和手机网站淫秽色情信息专项行动,指出净化互联网和手机媒体是一项长期艰巨的任务,必须坚持不懈、抓住不放,不断巩固和扩大专项行动成果。

——12月,公安部决定在全国统一组织开展集中清理整治网上制贩假证违法信息专项行动。此次专项行动以拍卖网站、电子商务网站、供求信息发布网站以及提供论坛、博客服务的网站和搜索引擎为重点,全面清理制贩假证照、假文凭、假公文等违法信息。

.....

定向网络犯罪的“炮火”一打就持续了七八年,然而犯罪现象却没有根本性的改观,“净网”的难度之大远远超过想象。由此人们不仅要追问,网络“严打”何时休?净化网络的长效机制何时建成?答案不得而知,但是,网络“严打”从根本上颠覆了传统“严打”的规律,这却是不争的事实。

所谓“严打”,是依法从重从快,严厉打击刑事犯罪活动的简略表述。我国的“严打”最早出现于新中国成立初期,但真正提出“严打”这个概念并进行第一次“严打”则是1983年。当时中国正处于第四次犯罪高峰,社会治安形势严峻,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部等部门做出重大战略部署,在全国范围内开展“严打”整治斗争,坚决打掉犯罪分子的嚣张气焰,尽快改变社会治安面貌。此后,我国还于1996年、2000—2001年搞了两次针对传统犯罪的“严打”。总的来看,每一次“严打”都在一定程度上遏制了犯罪的高发,使社会治安在一定时期得到了明显好转。

然而,新世纪以来的网络犯罪“严打”却呈现出“打不胜打、防不胜防”的特点。具体来说,虽然每一次网络“严打”后的宣传报道都是“司法机关立案侦查×起违法犯罪案件,破获了×起违法犯罪案件,抓获了×名违法犯罪嫌疑人,查破×件刑事案件……”但实际效果却值得检讨,尤以如下问题值得人们深思。

一是网络“严打”能否起到威慑和预防犯罪的作用?现代刑法理论认为,刑罚具有预防犯罪的功能,即通过对犯罪人适用一定的刑罚,对社会上的其他人(主要是指那些潜在的犯罪人)能产生的阻止其犯罪的作用。一般预防的核心是威吓,毫无疑问“严打”产生的威慑阻吓效应是相当大的。^①然而,前述各次网络“严打”并没有从整体上遏制住形形色色的网络犯罪,哪怕是仅仅持续半年、一年的短暂遏制也没有。从悲观的视角来看,有的网络“严打”反而是传播了犯罪知识和诱发了潜在的犯罪。这使得人们在反思传统“严打”政策之科学性的同时,更应当思考网络“严打”政策的科学性,积极寻找网络“严打”政策的替代方案。

二是网络“严打”能否惩治“域外”的网络犯罪?有调查表明,网络“严

^① 我国也有人对传统“严打”的威慑和预防犯罪作用提出质疑。有论者指出:“‘严打’政策试图以刑罚这种单一手段来预防和遏制犯罪,其效果无异于抽刀断水,有限性不言而喻。‘严打’的进行史表明,每次‘严打’之后不久,犯罪率都有急遽(剧)反弹,形成了恶性循环。”参见蒋熙辉、郭理蓉、马冬梅、方文军:《刑事政策之反思与改进》,254页,北京,中国社会科学出版社,2008。

按照这种观点理解,网络“严打”相比传统“严打”而言显然更不具有威慑和预防犯罪作用,从这个角度也能将网络“严打”的局限性凸显出来。

打”实际上针对的是发生在国内的网络犯罪,对于服务器设在境外的涉外网络犯罪基本起不到作用。换言之,每一次网络“严打”的直接后果是使得更多的犯罪人将犯罪网站设到境外、其本人也躲在国外继续犯罪,对整治网络犯罪本身并无决定性意义,甚至不存在表面上的积极效果。从这个意义上讲,网络“严打”为何不能见效便不难理解。而解决之道在于寻求国际合作之路。

三是网络“严打”如何做到精准打击?我国的网络“严打”如暴风骤雨,打得轰轰烈烈,却遭遇“发现难、取证难以及认定难”等诸多障碍。这种粗放型司法造成了打击不力的客观现实。究其原因,主要存在立法滞后、手段落后、体制不畅等因素,更有司法观念陈旧等因素。这一状况的根本性改观需要各方面的努力,特别是对我国定量型刑事司法的扬弃,最终转向定性型刑事司法。

四是网络“严打”如何“依靠群众”?群众路线是我国刑事司法的一条重要方针。我国《刑事诉讼法》第6条对此有着明确规定,强调人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼必须依靠群众。这一方针具有强大的生命力,近年来我国司法人员赋予其新的形式和内容。例如,司法实践中推出的网上举报、网上巡查、警务博客、警务微博、网上搜索、“人肉搜索”、通缉令上网、网上通缉、网上摸排、舆情监控以及网上寻找知情人等都有新群众路线的特点。这些新事物的出现为我们改造网络“严打”提供了素材,指明了开放型刑事司法的方向。

综上所述,在新的历史条件下,我国必须彻底检讨打击网络犯罪的指导思想。这主要就涉及刑事司法理念转化的问题,即刑事司法改革的大背景下刑事司法理念如何先行调整,并指导具体刑事司法制度改革的问题。无论人们是否深刻地认识到这一点,刑事司法理念的转变在当今都是必须的,也是可行的。

2. 刑事司法理念及其变迁的内涵

2.1 刑事司法理念的含义

理念并不是什么新东西。一般认为,“理念”有两种不同的理解:一指事物内在的规律、机理;二指对事物内在的规律、机理的观念、看法。^①在法律领域,当人们说到“司法理念”时,往往是指第二层含义。例如,有人认为,司法理念是指法官个人对现代司法的内心信念确证,还是指现代司

^① 张志铭:《司法理念的功能、结构及其他》,于2006年4月在一次关于“社会主义司法理念”研讨会上的发言。

法制度设计者对制度设计的方略把握,又或者是指社会民众对司法的合理预期。^①有人认为,司法理念是指导司法制度设计和司法实际运作的理论基础和主导价值观。任何一种司法行为都渗透着相应的理念因素,不同的司法理念会产生不同的甚至截然相反的司法行为,从而表现为不同的司法能力。^②还有人认为,所谓“司法理念”是指司法过程中的理性思维,是来源于感性的经验积累而在人脑中形成的一种意识,是对司法规律的认识和总结。^③上述表述虽不尽相同,但均强调了司法理念是从认知意义上讲的。这同存在意义上的“理念”不是一回事。

刑事司法理念是针对打击和预防犯罪的刑事领域而言的,是司法理念的具体化。我国学界对刑事司法理念的理解也不一致。例如,有人认为,我国刑事司法主要应当培养和树立五种理念,即“程序公正优于实体公正”的程序公正理念、“法无明文规定不为罪”的罪刑法定理念、“重证据轻口供”的证据至上理念、“宁可错放,不可错判”的避免冤案理念和“效率优先,兼顾公平”的效率理念。^④有人则强调,刑事司法理念包括罪刑法定主义、罪责相适应、轻型化、无罪推定和轻罪推定、刑事诉讼中的人文关怀、法律效果与社会效果相统一等内容。^⑤不难看出,我国法律界对刑事司法理念的理解是以刑事法律规范为基础,从实体、程序与证据等不同角度概括得出的各种观念。

与刑事司法理念密切相关的另一个概念是刑法理念。所谓刑法理念,是指“人们通过对刑法的性质、刑法的机能、刑法的作用、犯罪、刑罚、罪刑关系、刑法文化及价值取向的宏观性、整体性反思而形成的理性认知”^⑥。我国著名学者陈兴良教授将当代中国的刑法理念概括为人权保障的理念、刑法谦抑的理念和形式理性的理念三个内容。不难看出,刑法理念是广义刑事司法理念的一个重要组成部分,它们两者的核心内容是一致的,共同控制和影响着居于表层的刑法规则和刑法操作系统的状态与功效。

回到前面的问题,网络时代刑事司法理念应当做哪些转变?具体来

① 屈新、何显兵:《论司法为民与现代司法理念》,载《国家行政学院学报》,2005(4)。

② 黄明春、郭毅:《深入开展司法能力建设理论研究促进人民法院工作全面协调发展——司法能力建设理论研讨会综述》,载《山东审判》,2004(6)。

③ 伍绍昆:《刑事司法理念若干问题研究》,载《怀化学院学报》,2003(6)。

④ 伍绍昆:《刑事司法理念若干问题研究》,载《怀化学院学报》,2003(6)。

⑤ 赵永纯、竹庆平:《刑事司法理念及其价值冲突》,载河南法院网, <http://hnfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=34126>,最后访问时间:2011年2月23日。

⑥ 苏彩霞:《刑法国际化视野下的我国刑法理念更新》,载《中国法学》,2005(2)。