

# 刑事司法缺位控制路径研究<sup>〔\*〕</sup>

王震

(吉林师范大学 经法学院,吉林 四平 136000)

〔摘要〕法律缺位、司法缺位及刑事司法缺位之间存在着千丝万缕的联系,在研究的必要性上刑事司法缺位更具有理论价值和现实意义。产生刑事司法缺位的原因有客观、主观等层面的因素,而刑事司法缺位的深层本质在于人的认识能力的有限性,因此我们无法彻底消除刑事司法缺位,只能针对其产生原因的各个层面进行积极应对,以达到控制的目的,其中的要点是要优先对那些产生了广泛影响的公众事件。

〔关键词〕法律缺位;司法缺位;刑事司法缺位;有限性;控制路径

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2019.09.013

人们往往对于一些耳熟能详的问题放下戒心,从而导致对一些原本具有理论价值和现实意义的基本概念失去了探索的兴趣。法律缺位和司法缺位似乎就是这样一对“不言自明”的概念,因此学界对它们的专门研究就变得极为罕见。笔者在中国知网用篇名方式检索法律缺位和司法缺位,以法律缺位为题的文章大约有40余篇,其中有硕士论文4篇,但是多数也只是借用法律缺位这个词汇,而不是针对法律缺位自身的专门研究,<sup>〔1〕</sup>这些研究多数的思路在于发现立法的空白地带,呼吁立法者迅速予以弥补。相比之下,在中国知网检索到的篇名涉及司法缺位的文章数量更少,而且其中并没有专门研究司法缺位自身规律的文章,研究的思路与前述法律缺位的研究雷同,基本都是在论及相关问题时有所

涉及,其最终目的为呼吁减少司法缺位。可见当下对于法律缺位和司法缺位都仅仅是在很粗浅的层面上进行借用式的研究,而不是针对它们自身进行系统而专门的探索,这种研究显然缺乏足够的针对性,从根本上忽视了法律缺位和司法缺位存在的本元意义。

事实上,任何概念的存在都有其自身的价值,而且法律缺位和司法缺位是一对“难兄难弟”,它们之中任何一方在社会中出现都意味着法律实效性的降低,而这无疑是对依法治国的破坏。2011年3月10日,时任全国人民代表大会常务委员会委员长吴邦国同志庄严宣布:中国特色社会主义法律体系已经形成。<sup>〔2〕</sup>这意味着在经过几十年的艰苦努力之后,我国在立法层面已经取得了长足的进步,法律缺位的现象已经得到有

作者简介:王震,吉林师范大学经法学院教授,研究方向:法哲学与刑法学。

〔\*〕本文系吉林省社会科学基金项目“吉林省民众刑罚敏感度状况研究”(项目编号:2019B84)的阶段性成果。

效缓解,至少在各个主要的社会领域中几乎都有相应的法律存在。<sup>[3]</sup>在法律缺位得到有效控制的大背景下,司法缺位的问题逐渐凸显出来。在法律缺位和司法缺位间存在一定的辩证关系,一般来说,存在法律缺位的领域,司法必然缺位,因为司法的合法性前提就是有法可依;但在法律不存在缺位的情况下,司法缺位仍然可能产生,因为即使有明确的法律依据,法律仍然有不被适用的风险,而这恰恰是我国当下依法治国蓝图构建过程中需要防范的重点,因此本文的研究重心在司法缺位的相关问题上。司法缺位在不同的法律部门中又具有不同的研究价值,笔者认为,从研究的重要性上来说,最为迫切的是对于刑事司法缺位的研究,本文将围绕该问题展开,后文将从理论层面探究刑事司法缺位的概念、产生原因和本质及如何应对等问题,以期起到抛砖引玉的作用。

## 一、法律缺位、司法缺位、刑事司法缺位的概念与内涵

### (一)法律缺位

法律缺位指的是法律在社会生活中的缺失,主要体现为一种立法上的缺位。往往在法律体系不够健全的前提下,法律缺位会成为一种高发的现象。但是在一定意义上说,法律缺位具有必然性,因为社会生活总是更为丰富多彩的存在,从而能够不断为立法活动提供新命题。正如梁启超先生曾指出的那样,“法律之有固定性、静止性,其本质然也。……盖社会变态之速且幻,终非有文句之法律所能追及也”。<sup>[4]</sup>而且值得反思的是,这是学者们在将近一百年前所发出的感慨,当下的社会发展速度又产生了质的飞跃,称其为一日千里亦不为过。此外,由于立法又具有一定的选择性,只有在必要的情况下,才需要对社会中已然出现的问题进行立法规制,在这样的双重因素影响之下,需要规制的社会问题和立法之间存在时间差是必然的,因此在一定时间范畴内法律缺位问题的存在具有必然性。

对于法律缺位所产生的影响本身人们看法不同,有学者认为法律缺位可谓是一种“重大的社会问题”。<sup>[5]</sup>笔者认为称其为重大未免有些夸大其词,法律只是诸多维持社会秩序的规则之一,法律所留下的空缺很多时候能够被道德、习惯、教义等内容所填补,而且在一定意义上,法律缺位也许是一个永恒的主题,无法彻底克服,如果非要说它是一个重大的社会问题,似乎对于在此“重大”社会问题长期存在的条件下社会仍能保持正常运转不好解释。因此,法律缺位确实是一个值得关注的社会问题,但它也是一种正常的存在。

### (二)司法与司法缺位

相比较而言,司法缺位的内涵相对复杂,首先我们来剖析司法一词。令人感到奇怪的是,司法这个词汇在我国一些重要的法学词典中均未作为专门词条出现。<sup>[6]</sup>在1984年版的《中国大百科全书(法学)》当中,使用了法的适用一词来代指司法,其认为法的适用包含两层含义:其一,指的是法的实施;其二,指“国家机关及其公职人员依照职权范围把法律规范应用于具体事项的活动,特指拥有司法权的机关及司法人员依照法定方式把法律规范应用于具体案件的活动”。<sup>[7]</sup>

而在介绍国外法律制度的词典中很多都有这个词汇,在《元照英美法词典》中收录了judicial act即司法行为一词,其含义为在法定权限范围内正常行使司法权的行为,如解释法律、确定当事人的权利、将法律适用于特定的事实等,判断某行为是否属于司法行为也是确定是否享有绝对司法豁免权的标准。<sup>[8]</sup>在《布莱克法律词典》中则更简单地概括认为司法行为就是涉及到了司法权的实践行为,而且也用来特指审判行为。<sup>[9]</sup>

而在张文显教授主编的《法理学》中认为司法是指国家司法机关依据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。他认为司法不仅指审判还包括检察,相应的司法主体为人民法院和人民检察院。<sup>[10]</sup>在具体内容上,司法职

权问题主要是由宪法、诉讼法、法院和检察院组织法等规定的司法制度、诉讼程序类法律问题。<sup>[11]</sup>

可见在这些定义中对于何为司法的界定并不相同,在前述几个词典的司法定义中更为强调权力,强调司法是围绕司法权展开的应用法律的活动。而在张文显教授的定义中更强调主体,强调司法是司法机关所进行的涉及法律的活动。笔者认为前面几个词典中的定义更为合理,因为我国各类国家机关的设置和权力分配较为复杂,在我国司法机关和司法权之间并不是严格的一一对应关系。<sup>[12]</sup>例如,公安机关、国家安全机关和监狱等主体从自身定位上应当属于行政机关,但是它们显然享有一部分司法权,而且还是其中较为重要的部分。因此,如果从主体角度来界定司法显然不够周延。

综上,司法应当是以司法权运作特别是以审判活动为核心的所有关涉活动,从案件的侦查、起诉、审判到执行的整个过程都应当包括进来。这样才是更为全面合理的定位,而不能简单局限于检察院和法院的活动。

因此,本文界定的司法缺位主要是在一些已然发生案件的情形下,应当行使司法权的国家机关和司法工作人员未能依照职权和法定程序来应用法律处理案件。在具体内容上,既包括侦查权、公诉权的缺位,也包括审判权的缺位。审判权缺位的突出表现在于放弃发现案件事实的目标。<sup>[13]</sup>在理论上这种界定应当属于狭义的司法缺位,这也是最为典型的司法缺位形态。但是就此界定司法缺位并不周延,还应当探讨另外一种情况,即如果司法机关已经介入案件处理,但是却未能正确依照职权和法定程序来处理案件,这能否界定为司法缺位?笔者认为,这种情况下会导致“错案”<sup>[14]</sup>的发生。如果需要从广义上界定司法缺位,可以认为在错案发生的情形下也属于司法没有发挥应有作用,而且发生错案有时比司法缺席的后果更为严重,因此将这种错案认定为一种特殊的司法缺位无可厚非,可以认为包含这

两种形态的司法缺位属于广义的界定。但是如果从广义层面上界定司法缺位的话,其所包含的情况更为复杂,其可能产生的原因更为多元化,限于本文的篇幅及研究重点所在,笔者在文中采取了狭义的司法缺位概念。

### (三)刑事司法缺位

同样存在缺位,各种不同意义和层面上的缺位所显示出的问题有所不同。

就法律缺位来说,人们对发生在不同领域中的缺位应对态度有所不同,这是由各个部门法律自身的属性决定的。以刑法和民法为例,民法领域中法律规范的不足可以由法律原则来弥补,因而从深层次上来说可以认为民法领域的法律缺位是较少发生的,<sup>[15]</sup>而刑法领域中由于讲求罪刑法定原则,因而主动宣示容忍刑事法律缺位以达到保障人权的目的是,确有必要时才立法予以弥补。

基于类似的原因,司法缺位发生在不同的领域中,其研究的必要性和价值也有所区别。例如民事案件领域中处理的就是平等主体间的关系,所采取的是不告不理的消极诉讼模式,司法的介入原本就应该是被动的,那么研究民事领域中的司法缺位就失去了其现实意义。

而在行政法领域中主要解决纠纷的方式是行政司法和行政诉讼,行政司法包含行政复议、行政裁决和行政调解等作用方式,它们一般不具有终局性,作为后者的行政诉讼介入行政关系具有一定的补充性,因而在行政法领域中司法的出现并不是必然的,所以谈到行政司法缺位又较为复杂,而且更为根本的一个问题是,行政司法和行政诉讼的提起主体主要为行政相对人,采取的也是不告不理的诉讼模式,一般情况下,行政司法主体和行政诉讼主体并无权力去主动干预,因此行政司法领域的司法缺位一般也不具有研究的价值。

综上,我们基本上可以得出这样一个结论,所谓的司法缺位,虽然它的前位概念法律缺位可能指的是任何法律的缺位,但是到了司法缺位的

范畴内,具有研究价值的主要限于刑事司法缺位,这也是本文围绕刑事司法缺位展开的原因。我国的刑事诉讼采取职权主义的诉讼模式,特别是在侦查和起诉阶段强调办案机关的作用,而在审判阶段法官处于较为强势的主导地位。因此,在这些阶段中刑事司法缺位的发生都会对案件和社会公众产生消极影响和不良示范效应,其影响较为重大和深远。事实上,贝卡里亚在很早就提出了刑事司法不缺位的重要性,他指出,对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性,而是刑罚的必定性。<sup>[16]</sup>由此,减少刑事司法缺位的重要性可见一斑。

## 二、产生刑事司法缺位的原因

### (一) 客观因素

#### 1. 刑事法律自身不周延

由于社会生活的日新月异,不断在为刑事司法提出新的挑战,例如 AI 人工智能犯罪问题,<sup>[17]</sup>自动驾驶肇事所带来的定罪主体的疑问等等,就是典型的例子。随着人类社会不断向前以加速度的方式发展,这种挑战只会越来越多,那么对于此类新情况,新问题应当如何定罪处刑就是我们不断面对的新挑战。如果立法不及时,在罪刑法定的要求下,当然会造成刑事司法暂时缺位的出现。对此,我们别无选择,只能不断进行刑事立法来予以弥补。

但是,除了这种典型的刑事法律绝对缺位所带来的刑事司法缺位之外,还需警惕罪名的不当设置所导致的入罪门槛降低所带来的特殊缺位风险。例如,我国刑法修正案(八)增设了危险驾驶罪,该罪名是一种典型的抽象危险犯,而且是将原本属于行政处罚的情形入刑,这无形当中降低了此类行为的入罪门槛,带来了较为严重的刑罚攀比现象。所以当刑法修正案(八)将较为典型的醉驾和追逐竞驶入罪之后,短短四年之后的刑法修正案(九)再次增加了两种入罪行为,而且不止于此,和前述四种行为社会危害程度接近甚至更为严重的吸毒驾驶和“盲驾”<sup>[18]</sup>的入罪

问题迅速提上了讨论日程,由此可见,这种盲目降低入罪门槛的行为直接导致了刑罚攀比,客观上增加了刑事司法缺位发生的几率。这为我们应当如何恰当设置罪名提出了新的命题。

#### 2. 机构设置导致的多重缺位

(1) 刑事立案和侦查权行使主体缺乏监督和制约

我国刑事立案的主体包括公安机关、检察机关和人民法院。侦查权的主要行使主体为公安机关和检察机关。但是就这两种权力行使来说,都缺乏足够的约束。具体说来既缺乏内在制约,又缺乏外在监督。

首先,应对刑事案件负有立案责任和侦查权的主体难以对自身进行监督和约束。对于内部体制上难以自我约束的问题,在立案和侦查上存在类似的情况。我国的公安机关和检察院同属于具有侦查权的主体,主要分别负责对不同领域的案件进行侦查,这样二者在侦查权的角度上属于平等主体,缺乏制约。在立案问题上也存在类似的分工,所以导致各个机关在行使这些权力的时候都“各管一摊”。事实上,通过使用实证的方法我们很早就发现了这种做法的不足之处,例如国家“七五”规划期间重点研究课题《中国现阶段犯罪问题研究》曾经对 20 世纪 80 年代我国立案中的漏案数进行了广泛的调查。得到如下一些令人惊讶的数据:我国福建、浙江和湖北宜昌地区刑事案件的平均立案率只有 23.77%,<sup>[19]</sup>其中宜昌地区案枝江县的漏案率甚至达到了 80.7%。<sup>[20]</sup>吉林省的漏案率大约在 75%。<sup>[21]</sup>我国武汉地区全市 6 个派出所上报数仅占核实发案数的 25.3%。<sup>[22]</sup>山东省 30 个派出所 1985 年、1987 年、1988 年的立案率为 9.56%、7.26% 和 6.71%,平均立案率为 7.41%。<sup>[23]</sup>山东济南市 1985 年、1986 年、1987 年刑事案件立案统计中的水分为 60%、65%、75%。<sup>[24]</sup>

在侦查权行使中虽然缺乏类似的研究,但是可以想象同样难以完全克服类似的问题。而且就侦查权的主体来说,很多时候要求侦查主体发

挥主观能动性去主动发现案件线索,这种主观能动性发挥的程度完全是一种自我约束和自我监督,如果侦查主体稍有松懈就可能导致侦查工作无法顺利完成,或者即使完成了也无法取得预期效果。<sup>[25]</sup>这里侦查主体与监督主体产生了重合,缺乏制约,也无从制约,只能依赖于充分调动他们的责任心和主动性。而且这里的刑事立案和侦查权缺位在很多时候表现为一种不作为,一般的不作为犯罪入罪还有侦查机关去主动发现,即使这样,不作为犯罪的入罪往往还存在较大困难,而现在侦查机关自身不作了,要如何发现?由谁去发现?

其次,从制度设计上,法律也没有为刑事立案和侦查权行使设计足够的外在制约。在我国的相关法律规定中,显然并没有充分考虑对立案和侦查活动的监督机制,而只是采取了较为抽象的分工负责、互相监督原则,但是效果并不明显,所出现的问题就如前一点所说的那样。有些国家为了减少这种问题,在权力分配时尽量减少这种平行设置而是区分主次关系。例如,有的国家在行使侦查权时由检察院掌握法定侦查权,公安机关负责辅助。<sup>[26]</sup>有些国家侦查权的启动甚至掌握在法官手中。虽然这种体制当存在不同见解时容易发生“扯皮”和“内耗”。但是毕竟存在一定的互相牵制,而不是一盘散沙式的各自行使的状态,与后者比较起来,相互间的制约性更强,也更容易形成外部的监督态势。

### (2) 不同机关间的协调性问题

除了前述机关自我约束缺乏所导致的司法缺位之外,不同机关间的运转失调也是导致刑事司法缺位高发的主要原因之一。例如,在司法实践中最为常见的是将刑事案件行政化处理,这种现象在某些领域中体现得相当突出,尤其在环境行政执法中涉罪案件被行政化处理成为常态。有统计发现,在2014年第三季度环境行政处罚涉罪案件统计中,我国总体移送比例为3.33%,福建省最高达到20.8%,即使这个比例也不算很高。然而,让人惊讶的是有13个省市共发生

了2342起行政处罚案件,但是移送司法机关案件数量为0。<sup>[27]</sup>如果某几个省份发生移送案件为0的现象还可能是巧合现象,但是13个省市都是如此就值得深思了。

其他领域也有类似的现象,根据最高人民检察院的统计数据,2009年全国质检系统共查处各类质量违法案件20余万起,移送公安机关处理仅140起。而且总体的行政执法数据也有类似的问题,2006—2007年全国行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件仅5229件,而且其中有4664件是检察机关建议移送的,由行政执法机关自行移送的案件数量为565件。<sup>[28]</sup>表面看来5229件案件数量不算少,但是横向比较起来就显得微不足道。我国每年判决刑事案件总数约为数百万件,而行政执法的机关更为庞杂,全国这么多省市县乡的各类行政机关所处理的行政执法案件总数会庞大得令人惊讶,与总数比起来这个数字就会显得渺小得不正常。虽然对于这个总数我们尚无准确的数字,但是从个别地方所公布的数据中我们可以“管中窥豹”。例如,2016年广州市公开广州交警支队行政处罚数据显示,仅这一个行政单位全年作出的处罚总数为4579248宗。<sup>[29]</sup>可以推知全国行政执法的总数是个庞大的难以想象的数字,那么其中只有5000余件被移送,主动自行移送仅500余件,这个比例真的低到了让人震惊的程度。

而且客观上来说,行政权力在实践中处于较为强势的位置,司法权相对弱势,多多少少受制于行政主体,尽管目前的司法体制改革在不断增强司法机关的相对独立性,但是其效果无法在短期内达到较为理想的状态。

### 3. 法外因素的干扰

随着司法责任制的进一步深化,国家和制度层面在不断增强法官和检察官的责任意识。但是无法否认的是,目前仍然无法完全杜绝通过权力施压或者贿赂等方式影响司法活动,并由此导致的刑事司法缺位现象,该问题在研究刑事司法缺位中也应当受到足够的重视。

## (二) 主观因素

### 1. 司法工作人员把握法律的能力不足

各个领域的司法工作人员都或多或少存在把握定罪能力不足的问题。有学者经过调研后认为,长期以来,公安机关存在执法水平低,理念落后,执法不规范,随意性较大等问题,导致一方面发生司法错位,以刑事手段插手经济纠纷,<sup>[30]</sup>另一方面又发生大量司法缺位,有些经济犯罪案件投告无门。<sup>[31]</sup>在审判领域也存在类似的问题,有学者认为司法实践层面刻意限制法官的自由裁量权,<sup>[32]</sup>引起法官的主观能动性不足,也是导致司法缺位的原因之一,这种情况也是导致司法萎缩的重要因素。

此外,在检察机关的工作领域也有类似的现象,以下为发生在辽宁省抚顺市的一起案件。2019年1月14日22时许,辽宁抚顺新抚分局派出所民警处理一起打架案件。经了解系醉酒顾客魏某、焦某(女)与串吧负责人马某发生口角后相互厮打。出警民警遂将3人带回派出所调查。当民警准备将焦某带离时,焦某突然抬手将民警郭某打一耳光,造成郭某右眼受伤,事后经司法鉴定为轻微伤。回到派出所后,焦某自称为“新抚区千金街道办事处白云社区主任”,要求民警对其二人“照顾”,被民警拒绝。随后,魏某、焦某二人借酒滋事,不断辱骂、威胁办案民警,并有吐痰、踢踹大门等行为,拒不配合调查。随后,魏某行为愈演愈烈,用头部将民警顶倒在地。魏某随即被带入办案区,并在办案区留置期间继续辱骂、恐吓民警。在办案区内,魏某对民警的妻子、孩子、家人进行恐吓,声称要杀死民警全家,要让民警生不如死,并朝民警面部、身上吐痰。

2019年1月22日,公安机关对魏某、焦某提请某某区检察机关批准逮捕。面对上述这些恶劣的情节,当所有人都以为检察院要以妨害公务罪起诉时。2019年1月29日,检察机关决定对魏某、焦某不批准逮捕,并出具了《不批准逮捕理由说明书》。不批准逮捕魏某的理由是:(1)魏

某有撞击被害民警的故意,但其撞击行为从行为方式、强度、后果方面来看,未达到妨害公务罪中的暴力标准。(2)被害民警及证人称魏某有言语威胁,但魏某未对此情节予以供述,魏某的威胁语言并不足以迫使国家机关工作人员放弃正在执行的公务,也没有现实危险。不批准逮捕焦某的理由是:焦某有辱骂民警的行为,并在民警拽其背包时用手掌击打民警面部,造成右眼部损伤评定为轻微伤。但焦某的行为并未达到妨害公务的后果……情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪。<sup>[33]</sup>

在这起案件中有诸多关键词,扇耳光、轻微伤、暴力、言语威胁等。就妨害公务罪而言,只要有轻微暴力,且已经达到阻碍正常公务执行的情节即可认定为妨害公务罪成立。<sup>[34]</sup>也就是说本罪中的暴力是程度很低的暴力,甚至可以不直接向人实施,只要达到妨碍公务的程度即可。但是本案中检察机关存在明显的法律理解错误,无形中提升了对本罪中暴力程度的要求。而在之前发生的多起类似的案件中,很多性质与本案比较更为轻微,而且仅仅有扇警察耳光这一个情节的案件都依照妨害公务罪进行了处理。<sup>[35]</sup>可以认为,这里检察机关工作人员的能力不足导致了刑事司法缺位的产生。

### 2. 司法工作人员观念层面的影响

观念层面的影响尽管是间接的,但是其后果不容忽视,在法律不缺位的前提下也可能出现法律工具主义和法律虚无主义思维影响下的架空法律现象。<sup>[36]</sup>这样的惯性思维也是导致司法缺位不可忽视的原因之一。如果将法律视为实现某些特定利益的工具,那么在司法活动中就不可能秉承公正的态度去进行,会出现明显的人为选择办案。这样的情况下出现司法缺位就具有一定的必然性了。而且这种观念层面的反差时常能够得到公众思维层面的深度认可,在传统上,我国的法治土壤是较为贫瘠的,公众往往将实现公正的期望寄托于清官、人性和人情等标志之上。<sup>[37]</sup>这样,法治观念的问题和司法实践容易形

成恶性循环,从而导致司法缺位的状况愈演愈烈。

除此之外,“立法贵族化”与“司法平民化”之间的矛盾也不容小觑,“秋菊打官司”就是典型的例子。这一点在我们这样一个农业大国中尤其值得关注。<sup>[38]</sup>由于传统观念、法治理念和社会现实等多种因素的综合作用导致了普通民众和精英立法之间形成观念鸿沟,而这种反差在我国广大农村中体现得尤为明显,因此法治如何本土化也是一个绕不开的话题。从深层的角度来说,这是立法和司法之间供需矛盾尖锐的体现。<sup>[39]</sup>

### 三、刑事司法缺位的影响及其本质

#### (一)刑事司法缺位的影响

刑事司法缺位所可能带来的影响是多方面的,主要集中体现为以下几点:

##### 1. 破坏法律权威和司法公信力

与法律缺位相比较而言,司法缺位的破坏力甚至更为强大。刑事法律缺位很多时候是由于人们认识能力不足所导致的立法未完成,但是由于刑法本身讲求罪刑法定,在一定程度上容忍刑法缺位的发生。而刑事司法缺位则多是在法律已有明文规定却未发挥实效的情况,这样的状况很多时候是可以通过调动主观能动性予以弥补的。因此,发生刑事司法缺位,特别是在一些较为明显的情况下,公众会对法律的公正和司法的权威产生质疑。

有学者指出,在很多领域中存在着用行政处罚替代刑罚的情况,使得刑罚被架空或者抵消,从而无法充分发挥法律的威慑力。<sup>[40]</sup>这样可能产生的无形损失是非常巨大的,在某些领域中体现得较为突出,我国2013年在河南、河北、安徽、广东和广西等省市整治吃空饷案件时发现此类案件高发程度惊人,仅河北省就清理出2.76万人,涉案金额1.3亿元。但是此类案件在处理中往往仅限于行政和民事责任范畴,这显然是不合适的。只要达到一定数额,这类案件往往涉及到

贪污、受贿和诈骗等刑事犯罪,但是真正以这样的方式来处理的情况并不多见。<sup>[41]</sup>现实中,此类案件往往退赔加行政处分了事,然而最应出现的刑罚却缺位,这无疑是有很大问题的,特别是还发生在较为敏感的领域中,更容易导致公众产生法律是否公正的疑问。

##### 2. 丧失发挥示范效应和引导公众的机会

在发生一些引起社会广泛关注的案件中,如果刑事司法能够及时现身予以正确应对,其可能产生的示范效应是非常深远的。

发生于2015年成都的男司机张某暴打女司机卢某的案件,<sup>[42]</sup>最终以认定张某触犯故意伤害罪,判处有期徒刑8个月,缓刑1年告终。但是根据该案件的行车记录仪显示,卢某存在多次追逐张某汽车,并频繁变线逼停张某的行为,根据我国刑法,该行为已然触犯了危险驾驶罪,是其中较为典型的追逐竞驶行为。该事件是一起引起了全国人民广泛关注的公众事件,而且发生在危险驾驶罪已然生效,但是尚未被公众所熟知的大背景下,如果该行为在当时能够被正确认定为构成犯罪,将产生非常积极的示范效应。但令人感觉可惜的是,该事件的处理中似乎无人想到这一点,一方面造成了一起“众目睽睽”之下的刑事司法缺位事件,另一方面更是错失了这样好的一个发挥法律示范效应并引导公众的机会。

而且在刑事司法实务中,各个环节如果能够积极主动发挥自身的作用,都可以起到积极的效果,在近几年以来,这种趋向似乎表现得愈加明显。从2016年“雷洋案”及2018年“昆山正当防卫反杀案”我们可以看到,尽管审判权仍是司法权中的核心内容,但是检察机关和公安机关如果能够主动发挥作用,同样能够积极化解矛盾,解决社会问题。“雷洋案”中检察院不起诉,“昆山正当防卫反杀案”公安机关决定不移送,对社会起到了非常积极的示范效应。可见司法过程是个整体,虽然以审判为核心,但是牵一发可动全身,其他的司法主体若能够积极发挥作用,其示范效应也是非常积极的。

### 3. 破坏罪刑法定的积极层面

罪刑法定中包含两个层面,其消极层面是法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,这是我们经常提及的部分内容。而罪刑法定中还包含着另一个积极层面,即法律明文规定为犯罪的,应当依照刑法定罪处罚。这是对刑事法律运作的当然要求,现实当中频繁发生的刑事法律缺位,事实上就是对这个积极层面的严重破坏。这一点在前文中提及的贝卡里亚的思想中也有所提及,即刑罚的必定性比其严厉性还要重要,它与储槐植教授提及的刑法应当从“厉而不严”走向“严而不厉”也具有思想上的契合之处。

#### (二) 刑事司法缺位的本质

相比较而言,似乎法律缺位的解决更为单纯一些,我们只需通过不断地立法来填补法律上的空白。因此,我们才能在几十年的时间里完成社会主义法制体系的基本构建。但是由于社会在不断地发展进步,还会不断涌现新的社会命题需要我们进行法律层面的规制,而且即使对于一些现有的问题,人们也会不断修正对待它的观点和态度。因此,从本质上来说,法律缺位问题是永远无法一劳永逸地予以解决的,我们的立法者只能犹如泥瓦匠一般,既要不断地新建高楼大厦,也要对已有建筑持续地修修补补,这也许就是立法的宿命。那么对于刑事司法缺位问题呢?

为了减少刑事司法缺位,在我国刑法典中已经设置了一些具有针对性的罪名,例如徇私枉法罪,徇私舞弊不移交刑事案件罪,不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪等等。从犯罪类型上,我们可以看到,这些罪名多数是不作为犯罪,而不作为犯罪与作为犯罪具有的显著差异之一就在于不作为犯罪本身的人罪要求具有作为义务,而且其表现为一种消极状态,除了要证明行为人具有相应的作为义务之外,还需要证明行为人在当时能够完成这样的作为,因为法律不能强人所难。因此,与作为犯罪相比较,其证明难度较大,因而导致依照法律完成入罪本身就存在困难。与此类似,刑事司法缺位的浅层本质是一种不作为,由

于对不作为的认定本身已然存在较多的争议和障碍,因而刑事司法缺位难以完全克服。

司法是在现有法律的基础上所进行的法的适用行为,该适用行为虽然都是在现有法的框架内完成的,但是由于人的能力的有限性,决定了司法活动不可能尽善尽美地予以实现。刑事司法缺位的深层本质是人类认识和解决问题能力的有限性。想要大方地承认这一点似乎颇有难度,我国传统的法学理论中学者往往认为可以通过人的努力来形成完全正确的客观认识,甚至有时往往有将这种能力不断夸大的倾向。但是正如葛洪义教授所言,我们在讨论法律问题时常常忽视了对我们自身认识能力的检验。<sup>[43]</sup>人作为高级动物之一,虽然拥有相对理性,但是作为人毕竟不可能全知全能。“在法律与人之间,人只是一个单纯的认识者,在法律与法律所体现的规律或者理性、神意面前,人永远都是被动的、消极的、毫无创造性的”。<sup>[44]</sup>

司法整体上如同一架无比庞大精密且复杂的机器,里面充斥的齿轮成千上万,一次缺位如同一个小齿轮发生了卡顿或者暂停。如果它真是一台机器的话,我们还可以把它暂停下来进行整修,它是一部想象的机器,所以几乎不可能这样做,因为这样一部机器的暂停可能带来灾难性的后果。因而我们只能依靠强力的马达或者润滑带动着机器继续运转,在逐渐的运转当中,其中某些齿轮的小问题也许就能够自然而然地解决了。这样的解决方式也许不够完美,但却是最为合理的解决方式。尽管从本质上来说刑事司法缺位无法彻底克服,但是尽力予以控制还是有必要的,这种努力如同为司法提供了动力或者润滑,从细部看微不足道,但是积累起来影响力惊人,这些微小的努力有助于这部庞大机器长久顺畅地运转。

从前面的分析我们基本上可以认为,刑事司法缺位不可能完全彻底地予以解决,但是我们也绝不能放任自流,而应当努力寻找有效的控制路径。



#### 四、刑事司法缺位控制路径

##### (一) 客观因素的解决

1. 针对刑事法律不够周延所导致的刑事司法缺位,我们只能在立法者进行立法上的弥补之后再行相应的处置,这其中有必要就罪名的设置进行更为慎重的考量,我国的刑法修正案(八)和刑法修正案(九)中,已经呈现了较为明显的对抽象危险犯积极入罪和预备行为正犯化的趋向。这样的做法本身无可厚非,但是还应当对其必要性进行充分的研究和利弊衡量,否则非常有可能导致类似行为的刑罚攀比,人为增大刑事司法缺位发生的可能性,从而导致公众对刑法的合理性产生怀疑,前述所提到的危险驾驶行为入罪后,吸毒驾驶却迟迟未入罪就是典型的例子。

2. 针对机构设置因素所导致的缺位问题分为几个层面去解决。首先,对于刑事立案和侦查权的行使可以采取一家为主、别家介入的方式进行,从我国现有的体制设置出发,可以由公安机关(包括国家安全机关等)来完全行使各领域的立案和侦查权,然后从制度设计上由检察机关进行必要性和正当性审批,也就是虽然权力仍由公安机关行使,但是权力的启动和推进的各个环节应由检察机关来完成,这样能够将不同机构之间的牵制效应发挥到更大,也使得检察机关能够有效地监督和制约公安机关,以减少刑事司法缺位。而且客观地说,我国的公安机关存在权力膨胀的趋向,很多时候审判机关不得不屈从于公安机关。<sup>[45]</sup>而且行政管制的强大在现实中会不断压缩司法的存在空间。<sup>[46]</sup>所以从权力分配上也应当予以必要牵制,来抵消由此产生的不良影响。此外,这样做也能克服检察机关对于自身侦查范围的案件无法有效监督的窘境。

其次,对于不同机关间的协调性问题。笔者认为主要的问题在于信息透明度不足,每年行政执法机关处理的案件量异常巨大,其中多数案件都由行政机关内部处理了,除非非常典型的案例

有机会通过媒体报道的方式为公众所知,否则应否移送或者是否移送刑事司法机关的决定权完全掌握在行政机关手中。为了解决该问题,信息公开也许是个可行的办法。正如有学者指出的那样,在当下的信息化时代,充分利用大数据优势是非常必要的。<sup>[47]</sup>可以考虑参照中国裁判文书网构建一个官方的中国行政处罚公示网,这样对由于不同机关之间的掣肘而导致的行政案件不能及时移送的状况,也许能够得到更好的解决。值得欣慰的是,这一点已经受到了有关部门的重视,我国已经有30余个省建设了行政执法与刑事司法衔接信息共享平台,中央层面的两法衔接平台也在研发中,<sup>[48]</sup>但是仍处于初步构建的阶段,应该进一步丰富信息,力争达到所有案件信息均能公开,这样就能更好地起到制约作用。现有的地方实践已经在逐步证实这一点,例如江苏省较早地打造了全省的行政执法信息共享平台,这一举动直接导致江苏省2013年的环境犯罪立案总数达到了前十五年的总和。<sup>[49]</sup>

3. 针对导致刑事司法缺位的法外因素,主要还是需要我们从制度约束上予以克服,这一点在我国当下广泛开展的反腐倡廉行动中已经取得了初步的成效。

##### (二) 主观因素的应对

1. 针对司法工作人员把握法律能力不足的问题。笔者认为从根本上只能寄望于司法工作人员整体素质的提升。我国近些年来不断地完善司法工作人员入职资格要求,所追求的也是这一目的,目前正在稳健地推进当中。对于这一点我国传统上还有另外一个解决思路,即希望通过制定更为细致的司法解释以帮助司法工作人员把握法律并限制其自由裁量权去达成这一目标,客观地说,它在一定程度上确实有效果,但是仍然难以完全克服其固有的弊端。例如,新中国成立后三十年刑法典的缺失反而促成了司法解释大行其道,司法权反而强势甚至膨胀,在一定程度上架空了法律。<sup>[50]</sup>令人惊讶的是,在这种司法权膨胀的背景下,很多时候司法解释的存在反而

束缚了法律适用者的手脚。<sup>[51]</sup>从长远看来,法律的顺畅运转最终仍然要寄望于高素质的法律人,因此,还需要从根本上彻底信任他们。总体来说,完善入职和培训制度并逐步弱化司法解释以保障法律准确高效运转,将是解决司法工作人员能力不足的必由之路。

2. 观念层面的影响是更为深层次的问题,它的解决只能有赖于立法者对法律资源本土化的进一步深化理解和深入实践;同时也要注意培养对法律发自内心的信仰,以破除法律工具主义和法律虚无主义倾向。本层面问题的解决和司法工作人员的法律素养同样有着密切的关联,只是涉及的层面更为深入。

(三)解决刑事司法缺位的重点对象为引起广泛关注的公众事件

在新中国成立后相当一段时间内存在着法律虚无主义的倾向,之后又产生了法律万能论的导向,某种意义上这可以看作是对前者的过度反应,但是其同样也是不健康的。在这样的思路指引下,非常容易造成立法过剩,从而不当地占用了各类社会资源。而且由于法律资源的稀缺性,在承认法律走下万能神位的前提下,要实现法律制度的效用最大化,需要对法律资源进行合理的分配。<sup>[52]</sup>从前面的分析中,虽然我们无法得出实际发生的刑事司法缺位的数量,但是从产生缺位的多种多样的原因中,我们可以推测这是一个非常庞大的数量,如果我们不加区别地一概予以积极应对,既无法抓住重点,在社会实践中也无法取得理想的效果。因此应该有所取舍,笔者认为,在解决刑事司法缺位的对象选择上最为核心并处于优先位置应当是取得广泛关注的公众事件。<sup>[53]</sup>

具体来说,司法缺位应对的重点在于那些在社会当中被媒体报道并已经引起了广泛关注的案件,因为此类案件会引起公众的广泛关注,此时的缺位会对法律权威造成更大的杀伤力,这是一种发生在“众目睽睽”之下的缺位。反之,如果在这样的事件中刑事司法没有缺位且正确应

对,其起到的正面示范和宣传效应也是影响深远的。例如近年来高发的扶老人反被讹诈的事件中,很多都引起了公众的广泛关注并导致了人们对道德滑坡的担忧,这造成了一种矛盾的局面。一方面公众觉得对此类事件束手无策,另一方面很多事件中都存在刑事司法缺位。这些事件中很多都是符合虚构事实,隐瞒真相的诈骗行为,属于诉讼诈骗,但是实务中很多司法机关人员面对这样的当事人,往往投鼠忌器,不敢主动介入,这在客观上丧失了非常好的引导社会基本道德的机会。当下是自媒体时代,互联网的广泛应用导致了一些较小的事件也能得到广泛的传播,这一方面是机遇,另一方面也是挑战,对于此类问题应当积极应对,这样同类问题不会越积越多,而是会逐渐减少,而且也能够起到很好的法治宣传和示范效应。

从具体的做法上,笔者认为,除了前述的通过机构间的监督机制推动侦查机关去积极应对之外,还应当建立对此类公众事件的反应机制。为了能够更有效地分析此类事件司法是否应当介入,考虑到机构内部运转机制的局限性,应当更多地寄望于公安机关和检察机关与外界的合作,主要可以考虑在省、市级以上与高校等研究机构建立长效的联席会议制度,对所属区域的公众事件的性质及刑事司法介入的必要性进行研究,并做出应有的即时反应,这样无疑对于减少公众事件中的刑事司法缺位有着重要的现实意义。

解决刑事司法缺位是实现法治的重要保障。虽然有学者认为法治内在也蕴含着悖论,因而它注定是一种难以实现的统治。<sup>[54]</sup>但是法治毕竟是现在我们所能做出的最优选择。虽然法治的构建中存在刑事司法缺位在一定程度上也有其必然性,但是仍然需要我们从点滴做起,努力将其控制在合理的范围内,这是我们的应然目标。

#### 注释:

[1] 金林南:《〈高等教育法〉的立法缺失及完善思考》,《南京师大学报(社会科学版)》2002年第6期;刘志刚:《法律缺位

状态下村民基本权利研究》，《北方法学》2011年第6期；储殷：《当代中国“校园暴力”的法律缺位与应对》，《中国青年研究》2016年第1期；车宁：《法律缺位下的乡村治理难题及出路》，《中国城乡金融报》2018年6月1日。

[2] 吴邦国：《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2011年3月10日在第十一届全国人民代表大会第四次会议上》，《中国人大》2011年第6期。

[3] 但是笔者认为，这里法律缺位的减少也只是一种相对减少。在法律体系构建基本完成，社会各个领域和层面基本覆盖的前提下，仍然存在大量的相对法律缺位：例如由于各个部门法内部细节争议导致的法律缺位，法律和司法解释间的冲突导致的法律缺位。参见林来梵、张卓明：《论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》，《中国法学》2006年第2期。还有需要以宪法基本权利在民事审判中适用，以弥补特定情形下的法律缺位。参见刘志刚：《民事审判中的村民公约与基本权利》，《中国人民大学学报》2010年第5期。限于本文的研究重点所在，对此问题不再一一展开。

[4] 梁启超：《梁启超论中国法制史》，北京：商务印书馆，2012年，第132页。

[5] 刘路瑶、刘德福：《论法律的有限性》，《行政与法》2010年第12期。

[6] [12] 薛爱昌：《当代中国的“司法”概念——基于宪法文本和政策文本的实证分析》，《政治与法律》2018年第7期。

[7] 《中国大百科全书（法学）》，北京：中国大百科全书出版社，1984年，第83页。

[8] 薛波：《元照英美法词典》，北京：北京大学出版社，2003年，第748页。

[9] Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2009, p. 28.

[10] 张文显：《法理学》，北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2011年，第211-213页。

[11] 李敏慎：《司法改革客体和改革路径之反思——以司法事权改革为视角》，《法学家》2018年第2期。

[13] 肖建华：《审判权缺位和失范之检讨——中国民事诉讼发展路向的思考》，《政法论坛》2005年第6期。

[14] 错案主要包括这样一些情形：1. 由于侦查技术问题或者刑讯逼供导致的错捕、错判案件。2. 对案件性质进行了错误认定，例如将刑事案件当作民事案件来处理等情形。3. 对于案件性质认定正确，但是有意规避应处的法律条文的情形，例如四川邛崃法院将应判处嫖宿幼女罪的案件改判强奸罪。4. 近年来还出现了一些极为特殊的情形，即为为了达到实质正义，有意规避应当适用的法律条文，而采用其他较轻的法律条文来处理案件，即以量刑反制定罪。参见高艳东：《从盗窃到侵占：许霆案的法理与规范分析》，《中外法学》2008年第3期。笔者认为这里的量刑反制定罪实质上是对应处条文的规避，无论其寻找到的理由多么充分，都会导致对法律权威的破坏并使得法律走向含糊和虚无。因为量刑反制定罪如果走得更远一些的话，就可以取

消全部罪名，保留刑罚来应对各种裸的行为了，其最终的走向仍然是对罪刑法定的背离。而且也有法理学者对这种后果主义裁判取代教义学推理的做法进行了明确的反驳。参见孙海波：《通过裁判后果论证裁判——法律推理新论》，《法律科学（西北政法大学学报）》2015年第3期。严格来说，这种量刑反制定罪也是一种错案的形态。

[15] 林来梵、张卓明：《论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》，《中国法学》2006年第2期。

[16] [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京：中国法制出版社，2005年，第72页。

[17] 霍金曾预言人工智能科技如果不加控制地发展将会毁灭人类，而这一想法有可能成为现实。科学家估计，到2040年，地球上人工智能的犯罪率将会超过人类。《全国首例AI犯罪大案告破：论人工智能的犯罪与反犯罪》，搜狐网，[https://www.sohu.com/a/197123823\\_99975651](https://www.sohu.com/a/197123823_99975651)。

[18] 例如因玩手机等行为导致的视线脱离道路驾驶。

[19] 张远煌：《犯罪学原理》（第二版），北京：法律出版社，2008年，第231页。

[20] 公安部中国现阶段犯罪问题研究编辑部、中国人民公安大学学报编辑部：《中国现阶段犯罪问题研究论文集》（第一集），北京：中国人民公安大学出版社，1989年，第342页。

[21] 严励：《中国现阶段犯罪问题研究（吉林省分卷）》，北京：中国人民公安大学出版社，1993年，第38页。

[22] 宋子官：《中国现阶段犯罪问题研究（武汉市分卷）》，北京：中国人民公安大学出版社，1992年，第23页。

[23] 庞兴华：《中国现阶段犯罪问题研究（山东省分卷）》，北京：中国人民大学出版社，1992年，第133-134页。

[24] 庞兴华：《山东省现阶段犯罪问题研究论文集》，北京：法律出版社，1989年，第41页。当然，这里不立案的原因可能是多方面的，既有未及时发现案件的客观因素，也有对案情把握不准确的能力因素，甚至还可能有为了提高破案率而故意压低立案率的主观因素。但是这些数据只是20世纪的情况，近年来我国就类似问题曾进行了多次整改，在解决立案问题上已经取得了长足的进步，但是可以预见的是想要完全克服此类问题仍然任重道远。

[25] 笔者曾经亲历的一起案件充分证明了这一点。在一起涉及被害人众多的诈骗案中，很多证人证言因为证人与案件有利害关系而证明力较弱，使得检方证据处于弱势。本来最后有两个三轮车夫因为与本案无利害关系，其证言可信度较高。但是侦查人员在取证时，由于本案工作量特别巨大产生了懈怠情绪，从而对第二个车夫的证言没有认真记录，只是将第一个车夫的证言直接复制了过来，从而无法辨识两个证言孰真孰假。这一举动导致了法院只能认定二人的证言都为无效证据。

[26] 谢佑平、万毅：《分工负责、互相配合、互相制约原则另论》，《法学论坛》2002年第4期。

[27] 康慧强：《我国环境行政执法与刑事司法衔接的困境与出路》，《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期。

[28]中央社会治安综合治理委员会办公室:《2009年中国社会治安综合治理年鉴》,北京:中国长安出版社,2010年,第256页。

[29]《广州晒行政执法数据 罚了多少一查明了》,新华网,http://www.xinhuanet.com/politics/2017-04/17/c\_1120820305.htm。

[30]2017年12月19日,广州医生谭秦东发布网帖《中国神酒“鸿毛药酒”,来自天堂的毒药,引发鸿茅药酒案》。2018年1月,内蒙古凉城警方以“损害商品声誉罪”跨省抓捕了谭秦东医生。最终以案件撤销告终,该事件为典型的例子。

[31]徐昕、黄艳好:《中国司法改革年度报告(2017)》,《上海大学学报(社会科学版)》2018年第2期。

[32]王强军:《刑法功能多元化的批判及其限制路径》,《政法论坛》2019年第1期。

[33]《袭警、威胁、扇民警耳光! 检察院:危害不大,不予逮捕!》,搜狐网,http://www.sohu.com/a/292860720\_170282。

[34]周光权:《刑法各论》,北京:中国人民大学出版社,2016年,第339页。

[35]《山东菏泽女子暴力袭警 猛扇辅警耳光,警方:已刑事拘留》,网易网,http://3g.163.com/dy/article/D703U74R0517RKUS.html。《嚣张! 昆山女子逆向行驶,竟还当众扇民警耳光!》,搜狐网,http://m.sohu.com/a/229861212\_349639。《女大学生痴狂袭警并叫嚣“最多拘15天”,结果亮了!》,搜狐网,http://www.sohu.com/a/275281194\_261795。《吉林四平:3人酗酒后袭警扇民警耳光》,澎湃新闻,https://www.thepaper.cn/newsDetail\_forward\_2031566。《上海女研究生暴力拒绝地铁安检被判刑 民警被其扇耳光遭其踢打》,楚秀网,http://www.aihami.com/a/dangjian/zugong/54955.html。

[36]黄丽云:《论法治思维的向度、困境与常态化》,《东南学术》2016年第1期。

[37]孙永兴、薛颖:《论法治题材影视剧中法律的缺位现象》,《东南传播》2009年第10期。

[38]姚梅娟、王志永:《农民权利缺失的理性思考——乡土社会中的法律缺位和法律恐惧》,《兰州学刊》2005年第4期。

[39]张远照:《“于欢案”之法理蕴意》,《广西政法管理干部学院学报》2017年第5期。

[40][46]丁道勤:《行政管制下的司法缺位——对我国公用电信网间互联互通争议解决机制之探讨》,《法律科学(西北政法大学学报)》2005年第5期。

[41]俞松林:《整治“吃空饷”司法不应缺位》,《宁波日报》

2014年4月9日。

[42]2015年5月3号下午,成都市三环路娇子立交桥附近发生一起打人事件,卢女士在驾车前往三圣乡途中,因行驶变道原因在娇子立交被张某驾车逼停,随后遭到殴打致伤。事件视频在网络上发布后,人们先是对男司机张某下手之狠表示震惊。然而,当张某行车记录仪的视频出来以后,舆论又转而谴责女司机卢某开车太没规矩、太危险。她先是在几秒钟的时间里连续变道两次,直接从张某的车前切了出去,又压着实线下了主路,明显是违章驾驶。《成都女司机被打事件》,百度百科,https://baike.baidu.com/item/%E6%88%90%E9%83%BD%E5%A5%B3%E5%8F%B8%E6%9C%BA%E8%A2%AB%E6%89%93%E4%BA%8B%E4%BB%B6/17537179。

[43][44]葛洪义:《法学研究中的认识论问题》,《法学研究》2001年第2期。

[45]杨高峰:《从刘涌案看司法判决的社会公众认同》,《学术研究》2004年第10期。

[47]张锋学:《行政执法和刑事司法衔接机制研究》,《山东社会科学》2019年第1期。

[48]《最高检:推动加强“两法衔接”信息共享平台高效利用》,中华人民共和国最高人民检察院网,http://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201804/t20180425\_376487.shtml。

[49]黄庆畅:《“以罚代刑”不行了》,《人民日报》2014年8月6日。

[50]陈兴良:《司法解释功过之议》,《法学》2003年第8期。

[51]笔者参与探讨的一起实务案例中,某犯罪嫌疑人被抓捕后,积极帮助公安机关指认同案犯,依照法律规定这本来毫无争议地应当被认定为立功,但是由于关于立功的司法解释中要求这种指认只能当面进行,而本案由于条件所限,是通过远程视频完成的指认。所以该立功最终没有被法院所认定,这显然是有问题的。

[52]冯玉军:《法经济学范式》,北京:清华大学出版社,2009年,第262-263页。

[53]常纾蕊:《公案报道中媒体责任再审视——以于欢案媒体微博报道为例》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期。

[54][英]T. A. O. 恩迪科特:《论法治的不可能性》,陈林林、傅蔚冈译,《比较法研究》2004年第3期。

[责任编辑:邹秋淑]