

两种刑事司法错误的危害相当性

基于中国综合社会调查的考察

熊谋林*

摘要 “错判”比“错放”危害大,以及“宁可错放,不可错判”,被认为是刑事司法的正义理念。然而,“错判”等于“错放”、“错放”大于“错判”也不乏大量经典学说和历史支持。如何评价“错判”和“错放”危害性的大小,是帮助刑事立法、司法、政策、教育认识司法错误的重要课题。利用 2005 年中国综合社会调查关于“错判”和“错放”危害性偏好的 10732 个样本,研究采用多种统计模型分析后发现:两种司法错误危害相当,任何一个危害偏好均不占优势;有弱者心理的少数民族和纠纷经历者,以及教育程度高的人倾向于认为“错判”的危害更大;犯罪控制评价、守法态度和司法信任对危害偏好没影响,偏好也不影响司法满意度评价。基于司法错误的不可避免性和诉讼风险性,提出危害相当理论,建议坦然接受“错放”和“错判”,从而防止两种刑事司法错误相互转化,消除冤假错案的危害观念,树立积极的认错和纠错态度。

关键词 刑事司法错误 类型一错误 类型二错误 司法信任

引言:刑事司法错误到底怎么了?

最近几年,中国刑事司法日益表现出“冤枉无辜”和“放纵坏人”的双重失范特征。一方面,在几十年运动式司法的影响下,中国刑事司法进入“冤案膨胀”时代,错杀、错关、错判无辜者现象经媒体炒作后家喻户晓。于是,当冤假错案曝光时,法学家、司法参与者将司法错误看成是

* 西南财经大学法学院副教授,四川省法治量化与信息工程重点实验室研究员。本文为 2013 年司法部国家法治与法学理论研究项目《预防与纠错:全球刑事错罪对中国司法的启示》(批准号 13SFB3015)的阶段成果。感谢唐薇博士为本文收集大量资料,文责自负。

使法律颜面扫地的司法耻辱,甚至是司法的灾难。^{〔1〕}另一方面,在经济发展和转型背景下中国刑事司法又呈现“犯罪膨胀”状态,大量有罪者因犯罪黑数或破案障碍而免受刑事制裁。^{〔2〕}于是,在经受犯罪的连续袭扰和媒体曝光后,社会的声音又变成“宁可错杀三千”、“宁可错杀一百”,也“不错放一个坏人”,或者“绝不放过一个坏人”,大有为了阻止真正罪犯逃避处罚而不顾一切之势。^{〔3〕}看来,刑事司法错误无论是放纵坏人,还是冤枉好人,总要经受媒体、法学家、司法决策者们以正义之名的猛烈批评,甚至舆论还会要求严惩司法责任人。

为了协调两方面的冲突,“宁可错放,不可错判”理念作为司法经典备受学界青睐。^{〔4〕}尽管这比“宁可错杀,不可错放”更容易被人接受,但在责任追究和利益共享的联盟体制下,冤假错案和放纵坏人没能被阻止,纠正错案和抓住坏人还是一如既往地困难。^{〔5〕}问题出现在什么地方呢?究竟是司法人员素质不高,司法环境不好,还是刑事立法出了问题?如果仅此已足,司法错误的迷雾就不可能缓解,因为上述原因仅是皮表,尚有内在之理念和思想症结没打开。因此,如何认识和看待司法错误偏好,不仅是一个理念问题,而且是保障公正的行动指南。^{〔6〕}

回顾中国刑事司法错误的偏好理念,大致可以总结出如下四种:第一种,“疑罪从有”,“错

〔1〕 参见杨兴培:“从赵作海案想到的:迫切需要实现司法观念的现代化转变”,《法治研究》2010年第9期(作者介绍,在赵作海案中,商丘市政法委员会书记王建敏说:“这是商丘司法部门的耻辱,并且向赵作海进行赔礼道歉”);沈德咏:“论疑罪从无”,《中国法学》2013年第5期,(作者指出,“任何迁就性、妥协性的裁判都必定会使法律‘颜面扫地’”);李明德:“被押8月后疑似真凶落网”,载《法制晚报》2015年6月8日,第A15版(在辽城马瑞案中,海城市公安局副局长姜成业表示,“作为警察来讲,办错案这是警察的耻辱”)。

〔2〕 参见丛淑萍:“社会转型与犯罪”,《法学杂志》2009年第8期(论者指出,“从1978年以来中国各种犯罪猛增,其重要原因在于转型时期大量犯罪没有依法处理,从而刺激更多犯罪的发生”);徐美君:“我国刑事诉讼运行状况实证分析”,《法学研究》2010年第2期(作者指出,“2000年以来,大约有85%的案件在侦查终结时被侦查机关作出不移送审查起诉的决定而终止诉讼”。

〔3〕 参见赛沃雷:“错杀三千又如何?”,《新体育》2004年第7期(论者在谈到赌球、假球风波时,明确指出“让好人受了委屈,错杀三千又如何呢?”);童方、杨舟:“盛大文学董事长谈‘净网’宁可错杀一百,不可放过一个”,新华网四川频道,http://www.sc.xinhua.net/content/2014-09/17/c_1112517228.htm,最后访问日期:2015年5月7日,(邱文友在谈到应对网络扫黄和应对淫秽垃圾时,表示宁可让作品下架,也不冒险污染网络的纯洁性)。

〔4〕 参见沈德咏,见前注〔1〕;何家弘:“‘错判’危害大于‘错放’”,载《新快报》2013年5月7日,第A07版;沈德咏:“我们应当如何防范冤假错案”,载《人民法院报》2013年5月6日,第2版;熊秋红:“冤案防范与权利保障”,《法学论坛》2010年第4期;莫洪宪:“正确把握‘宁可错放,也不可错判’”,载《中国纪检监察报》2013年5月17日,第7版;杨猛:“‘犯罪从无’:宁可错放,不可错判”,载《民主与法制时报》2002年4月23日,第004版;王石川:“‘宁可错放,不可错判’是法治理性”,载《兰州日报》2013年5月9日,第005版;吴蓓:“错放与错判的博弈”,载《人民法院报》2013年10月26日,第002版;陈宏光:“如何看待‘宁可错放不可错判’”,载《上海法治报》2013年5月13日,第B08版;汤啸天:“‘错放’与‘错判’的风险评估”,载《人民法院报》2013年5月28日,第002版。

〔5〕 参见徐美君,见前注〔2〕。

〔6〕 参见杨兴培,见前注〔1〕;刘宪权:“错放与错判的司法理念”,载《解放日报》2013年5月16日,第008版;林喜芬:“中国刑事司法错误的治理路径——基于转型语境的理论诠释”,《政法论坛》2011年第2期。

杀三千,不使一人漏网”,但被认为是暴政机器。〔7〕第二种,“疑罪惟轻”,可用“不偏不倚,无过不及”表达,但被证明是出自晋人伪造的《尚书·大禹谟》。〔8〕第三种,“疑罪从实”,〔9〕可用“不枉不纵”表达,但被认为是乌托邦情怀。〔10〕第四种,“疑罪从无”,可用“与其杀不辜,宁失不经”表达,〔11〕但被认为只是儒生理想。〔12〕可以肯定,“疑罪从有”因弊端太多难被文明社会所接受,现代刑事司法更倾向于接受“疑罪从无”。中国学者因此借用“宁可错放 10/100/1000 个有罪人,也不错判一个无辜者”的西方指标,论证“宁可错放,不可错判”的科学性。〔13〕然而,有人认为,“宁可错放”及“疑罪从无”仅是法律精英的西化理念,注定因缺乏现实土壤和司法环境而在中国难以实现,〔14〕或者因普通民众不可能接受放纵坏人而缺乏民意基础。〔15〕既然如此,为什么还要坚持“宁可错放”呢?

学界给出的经典解释是,错判无辜者的危害远大于错放真正罪犯的危害。例如,沈德咏指出“在必须做出抉择的时候,就要权衡哪种结果对社会秩序的破坏更大”、“两害相权取其轻”。〔16〕然而,沈德咏却陷入了矛盾境地,他一方面主张“错放一个真正的罪犯,天塌不下来,错判一个无辜的公民,特别是错杀了一个人,天就塌下来了”,〔17〕另一方面又主张“让真正的罪犯逍遥法外,这才是最大的打击不力和最大的司法不公”。〔18〕何家弘的数学公式也为“宁

〔7〕 参见蒋铁初:“中国古代的罪疑惟轻”,《法学研究》2010年第2期。

〔8〕 参见蒋铁初,同上注。

〔9〕 “疑罪从实”为作者归纳,强调疑难案件要根据客观事实判断,有罪即处刑,无罪就放人。结合“不枉不纵”的实际特点,“既不冤枉好人,也不放过坏人”是司法从业者须遵守的客观态度。

〔10〕 参见熊秋红,见前注〔4〕(论者指出,“这种观念看似不偏不倚,但在司法实践中却极易滑向宁枉勿纵,重刑主义、重打击轻保护、重实体轻程序的法律文化传统,导致司法实践中不可能有‘不枉’与‘不纵’的简单并重”)。

〔11〕 相传源自逸书《夏书》,后《大禹谟》袭用此文。王世舜、王翠叶译注:《尚书》,中华书局2012年版,页359;郭丹、程小青、李彬源译注:《左传》,中华书局2012年版,页1392。

〔12〕 参见蒋铁初,见前注〔7〕。

〔13〕 参见何家弘,见前注〔4〕(作者指出,“……西方那种‘宁可错放十个,也不错判一个’的观点”);熊秋红,见前注〔4〕(作者指出,“‘宁可放纵十个有罪者,亦不可误判一个无辜’成为维持法律正当程序主义的象征性指标”);朱伟一:“有几个好人”,《法制资讯》2010年第4期(作者指出,“宁可错放一百,不能错判一个——美国刑事制度有这个意思”);杨兴培:“从辛普森被判刑再看当年的‘无罪案’”,载《检察日报》2009年2月5日,第003版(作者指出,“宁可放走一千个罪犯,也不冤枉一个好人”是美国的司法原则)。

〔14〕 参见朱桐辉:“案外因素与案内因素裁量:疑罪难从无之谜”,《当代法学》2011年第5期(作者指出,“只呼吁法院应该有勇气依法作出无罪判决,恐无济于事,尚有对抗制系统、无罪推定、程序正义等现实障碍”);陈柏峰:“社会热点评论中的教条主义与泛道德化情绪——从佘祥林冤案切入”,《开放时代》2006年第2期(作者指出,“教条主义和泛道德化话语的要害在于它不问具体事件所发生的制度背景和社会条件,一味追求所谓‘先进’的理念,并以这种理念作为妄加指责的基础”)。

〔15〕 参见林喜芬,见前注〔6〕;戴昕:“冤案的认知维度和话语困境”,载苏力主编:《法律与社会科学》(第1卷),法律出版社2006年版,页123—124。

〔16〕 沈德咏,见前注〔1〕。

〔17〕 沈德咏,见前注〔4〕。

〔18〕 沈德咏,见前注〔1〕。

可错放”提供了更合理的依据，“错放只是一个错误，而错判很可能是两个错误（错放和错判）。”〔19〕但是，如果考虑因错放罪犯导致受害人救济无门，2:1 还是要修正为 2:2。正如莫洪宪所称，“被告人和被害人身处案件两端，双方利益都应当得到国家的平等保护，这也是司法公正的应有之义。”〔20〕

无论“宁可错放”、“宁可错判”的言说为何，学者们常担心刑事司法错误会降低民众的司法信任感。赞成“宁可错放，不可错判”的人认为错判会影响人民的司法信任和法律的威严。〔21〕反对“宁可错放”的人认为，错判和错放都会影响人们的司法信任。〔22〕然而，这些研究除了指出错案带给人们司法不信任外，并没有论证人们为什么要选择此种或彼种偏好。学者唯一的概括是，不同人群会根据自己的价值取向选择。〔23〕如此一来，法学家当然可以在理论上随意选择，甚至以知识分子超越一般人的价值判断自居。〔24〕但对于刑事司法来说，这却是必选的棘手命题，因为任何一个倾向性判断可能会造成结果迥异。可以肯定，按学者的高标准去选择，不免因理想和现实的落差更加降低民众对司法的信任；〔25〕按司法从业者的选择标准，也会因职业地位和偏见习惯而失去信任；〔26〕即使让无辜者和错放者选择，也会以自身经验和见闻出现偏好。〔27〕那么，如何选择呢？答案很简单，按一般公民的普世价值选择，这不仅具有民意基础，而且更能解决诸多立场的分歧。

研究刑事错误的司法理念，初衷肯定是希望提高从业者的素质，改善司法政策，通过各种警示而唤回陨落的正义。然而，法学研究很容易用并不成立的主观假设，为刑事司法勾画出一个“现实”的蓝图，即使并没有经验证据、史料文献。甚至为了证明其判断的准确性，常借助“普通大众”、“西方”、“正义标准”、“民众观念”等伪来源表达作者自己的观点。因此，要建立科学合理的司法理念，至少有如下几个问题需要回答：(a)“宁可错放，不可错判”的中式理论依据是

〔19〕 何家弘，见前注〔4〕。

〔20〕 莫洪宪认识到受害人权利保护的必要性，并建议“人民法院在强调‘宁可错放，也不可错判’的同时，必须要充分重视对被害人权益的保护，积极探索、构建被害人救助制度建设及个案实施”。莫洪宪，见前注〔4〕。

〔21〕 参见沈德咏，见前注〔1〕；何家弘、何然：“刑事错案中的证据问题——实证研究与经济分析”，《政法论坛》2008年第2期，（论者指出，“每当一起刑事错案被社会公众知晓的时候，人们都会对刑事司法系统的可信赖性提出疑问”）。

〔22〕 参见林喜芬，见前注〔6〕，（论者指出，“由于法律界倡导的法治话语在避免冤案的同时，往往会导致有罪之人被放纵，这无形中加深着民众对司法机关的不信任”）。

〔23〕 参见何家弘，见前注〔4〕；张建伟：“从林晨案看疑罪从无原则的适用”，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》（第1卷），法律出版社1998年版，页208。

〔24〕 例如，何家弘在肯定“我们的民族传统是宁愿‘错判’也不要‘错放’”基础上，反其道而选择“宁可错放，也不选择错判”，并认为这才是刑事司法的应然选择。参见何家弘，见前注〔4〕。

〔25〕 参见林喜芬，见前注〔6〕（作者指出，“民众对于现行司法制度失去信任很大程度上应归咎于法学家的过度批判”）。

〔26〕 参见白建军：“司法潜见对定罪过程的影响”，《中国社会科学》2013年第1期；Herbert L. Packer, “Two Models of The Criminal Process”, 113 *University of Pennsylvania Law Review*, 14(1964).

〔27〕 参见张建伟：“从错误中发现真理”，载高鸿钧、张建伟主编：《清华法治论衡》（第10辑），清华大学出版社2007年版，卷首语，页1。

什么,判断标准和缺陷是什么?(b)“宁可错放十个,不可错判一个”是西方正义标准吗?其理论依据、缺陷、判断标准是什么?(c)普通民众是否支持“错判”大于“错放”,选择偏好的价值标准和影响因素是什么?(d)错误偏好是否真的影响司法信任,司法错误可能或可以避免吗?(e)刑事司法错误理念的根本目标是什么,是预防错误还是纠正错误?

为了解答上述疑惑,全文分五部分详细论证。第一部分为文献综述,在定义刑事司法错误基础上,梳理危害偏好的学术争辩及各自的理论依据、缺陷。第二部分为研究设计,介绍研究资料及公民态度的概况,并论证研究方法及其相关变量的使用情况。第三部分为研究发现,主要分析公民关于危害偏好的选择情况及其差异,核心是公民的危害偏好存在均衡情况,及危害偏好不影响司法信任。第四部分为理论分析,提出危害相当理论的理论基础、定位和贡献,主要阐述两种司法错误的不可避免性和可接受性,不强调错判,也不强调错放,淡化司法错误的危害性有利于减少纠正错误的障碍。第五部分为结语和限制,建议在未来的刑事司法中以积极态度坦然面对司法错误,以缓解对无辜者和受害人的持续侵害。

一、正义之名:危害偏好的文献考察

何家弘指出,“我们有一个美好的刑事司法口号:既不冤枉一个好人,也不放纵一个坏人。”〔28〕“不枉不纵”,刑事司法以其公正、可信而获得人们的尊重。然而,我们并没有生活在一个没有错误的理想世界里,〔29〕错误定罪在刑事司法中不可避免,〔30〕每一个法律系统都有可能犯错,〔31〕每一个国家都存在错误定罪、错误释放。〔32〕既然“不枉不纵”不可能存在,那么如何应对潜在的错误,如何形成健康的错误认识态度就变得至关重要。否则,以偏概全将因错误引发的“过”而否定刑事司法的“功”,或者导致“功大于过”或“功过相抵”等不温不火的抽象评价。这个问题的核心就是,如何认识刑事司法错误及其危害。

(一)刑事司法错误

刑事司法错误包含事实错误、法律错误、程序错误。本文仅研究事实错误,可归纳为错误定

〔28〕 何家弘、何然,见前注〔21〕。

〔29〕 See James R. Acker, “Foreword”, 74 *Albany Law Review*, 1067(2011); Sandra D. Westervelt, Kimberly J. Cook, “Foreword”, 75 *Albany Law Review*, 1223(2012).

〔30〕 为了表明刑事司法错误的不可避免,大量研究直接以此为标题,或者开篇直接点题不可避免。See Marty I. Rosenbaum, “Inevitable Error: Wrongful New York State Homicide Convictions, 1965—1968”, 18 *Review of Law & Social Change*, 807(1991); A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, “Legal Error, Litigation, and The Incentive to Obey The Law”, 5 *Journal of Law, Economics, & Organization*, 99(1989); Michael Philips, “The Inevitability of Punishing The Innocent”, 48 *Philosophical Studies*, 389(1985).

〔31〕 参见熊谋林:“全球刑事无罪错案的实证研究(1900—2012)”,《法制与社会发展》2014年第2期(详见文中的世界地图);何家弘:“刑事错判证明标准的名案解析”,《中国法学》2012年第1期(作者指出,“错判的发生具有普遍性和蛰伏性”)。

〔32〕 参见何家弘、何然,见前注〔21〕。

罪、处罚无辜者和错误释放有罪者。^[33] 与法律错误宣称的无害原则不同的是,事实错误是有害的。^[34] 它的危害性,可以从两个方面来评价。一方面,就错误定罪来看,司法错误损害无辜者的自由和生命,并给本人及家庭增加了洗冤成本;对于国家来说,司法错误的直接结果是引发国家赔偿和损害司法公正,其间接结果是降低有罪惩罚的连续性,减少潜在或已然罪犯的犯罪机会成本。另一方面,就错误释放来讲,司法错误使有罪人免受处罚,使社会处于继续侵害的可能性中;对于受害人来说,错放使司法救济和正义修复未能实现,守法秩序也将不复存在。^[35]

在中国法学界,“放走坏人”、“放纵犯罪”、“宽大无边”等曾用来形容错放潜在的真正有罪人,“冤枉好人”、“冤枉无辜”、“草率行事”等被作为错捕、错押、错判、错杀无辜者的代名词。^[36] 在西方法学界,法学家们还将释放有罪者称为“有利于被告的裁决(Judgment for defendant)”,将定罪无辜者称为“有利于公诉人的裁决(Judgment for prosecutor)”。^[37] 统计学家借助于两种错误类型,将刑事司法中的事实错误分类为类型一错误(Type I error)和类型二错误(Type II error),前者指原本无罪而被错误定罪处罚,后者指原本有罪而被错误无罪释放。^[38] 近几十年来,社会学、经济学、犯罪学等各大领域研究错罪的学者们逐渐接受了由统计学家定义的这一分类,^[39]并使这两种分类有了新的词汇,即积极错误(False positive)和消

[33] 参见熊谋林,见前注[31];何家弘,见前注[31];陈光中:“《刑事诉讼法》再修改若干问题之思考”,《中国司法》2004年第1期;林喜芬:“论刑事司法错误”,《昆明理工大学学报》2009年第7期;D. Michael Risinger, “Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate”, 97 *Journal of Criminal Law and Criminology*, 762(2007); Brad Smith, Marvin Zalman, and Angie Kiger, “How Justice System Officials View Wrongful Convictions”, 57 *Crime & Delinquency*, 664(2011).

[34] 法律错误的无害原则指,英美国家刑事诉讼中的上诉法院发现原审法院适用法律错误不撤销原审有罪判决,因为这被认为并没有从根本上侵犯被告权利。参见陈卫东、李奋飞:“刑事二审‘发回重审’制度之重构”,《法学研究》2004年第1期;蒋鹏飞:“美国刑事诉讼中的无害错误规则及其启示”,《国家检察官学院学报》2008年第4期;Daniel J. Kornstein, “A Bayesian Model of Harmless Error”, 5 *Journal of Legal Studies*, 121(1976); Kate Stith, “The Risk of Legal Error in Criminal Cases: Some Consequence of The Asymmetry in The Right to Appeal”, 57 *Chicago Law Review*, 3(1990).

[35] 贝卡里亚对这个问题有精辟的概括,“如果让人们看到犯罪可能受到宽恕,或者刑罚并不一定是犯罪的必然结果,那么就会煽惑起犯罪不受处罚的幻想”。(意)贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2005年版,页73。

[36] 参见何家弘,见前注[31];杨奎松:“新中国‘镇压反革命’运动研究”,《史学月刊》2006年第1期;仲瑞敏、许元:“毛泽东连续三次批示山东镇反报告”,《中共党史研究》2004年第4期。

[37] See R. S. Radford, “Statistical Error and Legal Type One and Type Two Errors and The Law”, 21 *Loyola of Los Angeles Law Review*, 844(1988).

[38] See William E. Feinberg, “Teaching The Type I and Type II Errors: The Judicial Process”, 25 *The American Statistician*, 30(1971); Herbert Friedman, “Trial by Jury: Criteria for Convictions, Jury Size and Type I and Type II Errors”, 26 *The American Statistician*, 21(1972).

[39] See A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, *Supra* note 30, 99; R.S. Radford, *Supra* note 37, 843; P. L. Png, “Optimal Subsidies and Damage in The Presence of Judicial Error”, 6 *International Review of Law and Economics*, 101(1986); Mats Persson, Claes—Henric Siven, “The Becker Paradox and Type I versus Type II Errors in The Economics of Crime”, 48 *International Economic Review*, 211(2007).

极错误(False negative)。^[40] 积极错误指刑事司法积极地将没有实施犯罪行为的无辜者错误地认定有罪;消极错误指刑事司法消极地将真正罪犯无罪释放。福利经济学家们还为此有一个更生动的分类——严厉的的错误(Error of harshness)和宽大的错误(Error of generosity),前者指给予比本应获得的还重的处理,后者指给予比本应获得的还轻的处理。^[41]

(二)危害偏好

既然两种刑事司法错误都有害,那么到底哪种危害更大呢?关于刑事司法错误两种类型的危害偏好,并没有出现学说垄断局面。中国学者提出的“宁可错放,不可错判”理念,的确是几个世纪以来中外经典学说的基本结论,但却因放纵坏人和缺乏经验证据而受批评。文献收集发现,关于司法错误的危害偏好共有如下三种学说。

第一,错误定罪(类型一)危害更严重。毛泽东在1951年针对《山东镇反工作报告》的批复指出,“山东有些地方存在劲头不足的地方,有些地方存在着草率的地方,这些是全国各省市大体都存在的两种方向,都应注意纠正。特别是草率从事的偏向,危险最大……错杀了人,则影响很坏”。^[42] 亚里斯多德曾说过,“我们中的每个人都宁愿将一个有罪者当成无辜者一样判决无罪,也不宁愿将一个无辜者像有罪者一样定罪”。^[43] 培根在《论法律》中形容法官在土地诉讼中的错误判断时也指出,“这些不公平的举动,不过弄脏了一渠水流,而那些不公的判断却把整个水源都败坏了”。^[44] 这个描述被中国学者发展为,“一次犯罪仅污染了水流,而一次不公正的判决把整个水源都污染了”,^[45]“一次不公正的判决,恶果大于10次犯罪”。^[46] 俄国哲学家赫尔岑指出,“一个狡猾的贼漏网,总比每个人都像贼一样在房间里发抖要好得多”。^[47] 1968年,哲学家赫伯特·莫里斯在文章《人与惩罚》中指出,“社会通过剥夺他人利益所产生的不公正妨碍,所产生的邪恶比起社会不能惩罚那些不公正地妨碍他人利益的人更加

[40] See Alexander Volokh, “N Guilty Men”, 146 *University of Pennsylvania Law Review*, 178 (1997); Daniel Givelber, “Lost Innocence: Speculation and Data about The Acquitted”, 42 *American Criminal Law Review*, 1175(2005); Shawn D. Bushway, “Estimating Empirical Blackstone Ratios in Two Setting: Murder Cases and Hiring”, 74 *Albany Law Review*, 101(2011).

[41] See Robert E. Goodin, “Erring on The Side of Kindness in Social Welfare Policy”, 18 *Policy Sciences*, 141(1985).

[42] 《毛泽东对山东分局三月五日的镇反工作报告的亲笔批示》,山东省档案馆藏 A001-04-0009-006。转引自仲瑞敏、许元,见前注[36]。

[43] Aristotle, *Problems* (II), Translated by W.S. Hett and H. Rackman, William Heinemann & Harvard University Press, 1957, p.145.

[44] (英)弗朗西斯·培根:《培根论说文集》,乌尔沁译,译林出版社2012年版,页199。

[45] 董邦俊:“刑罚结构改革之观念基础”,《法学论坛》2011年第4期;包万超:“试论司法公正中的法官与经纪人”,《法学杂志》1998年第5期。

[46] 上述观点在国内文献中有多个版本,被冠之以“正如弗朗西斯·培根所言”、“正如培根所言”,但没有指明出处。为此,笔者查阅了《培根论说文集》,没有发现原话。这种学术伪来源和假引证的做法严重误导了刑事司法政策,必须予以纠正。否则,“宁可错放,不可错判”将更加根深蒂固。

[47] (苏)亚历山大·雅科夫列夫:“公正审判与我们”,《莫斯科新闻》周报1988年第7期。转引自张建伟,见前注[23],页208。

严重”。〔48〕 2008年,美国学者芬得利指出,“比起没能对有罪的罪犯定罪来说,对无辜者的错误定罪是更大的宪法性错误”。〔49〕

第二,错误释放(类型二)危害性更严重。1940年,蒋介石在给熊式辉的电令中明确提出“凡查有共产党嫌疑之人,可免宣布罪状,立行枪毙”。〔50〕 从一贯的反共排共立场来看,蒋介石坚信“宁可错杀,也不错放”,因为错放一个潜在共产党员的社会危害性必然大于错误冤枉一个共产党员的危害性。〔51〕 即使就我党而言,类型二错误比类型一错误危害更严重之理念也存在。1981至1983年,中国开展了“从重从快,杀、捕一批人,一网打尽”的严打政策。运动初期,彭真同志提出“基本事实清楚,基本证据确实即可定罪”的方针政策。〔52〕 其来由是,原公安部长刘复之同志报告要“注意不一刀切”时,邓小平批评道“这样四平八稳,解决不了问题嘛”。〔53〕 在当时治安状况恶化的背景下,开展严打活动是正确的,但这有“宁可错杀、错判,不可错放”的司法韵味。1976年,哥伦比亚检察官伦哥也认为,“对一个无罪的人定罪也比将一个有罪的人判处无罪好,因为在这些无罪之人中可能包括了一个有罪的人”。〔54〕

第三,错误定罪与错误释放危害性相当。理查德·波斯纳在《法律的经济分析》中指出,“(错误)定罪和(错误)无罪的监禁成本的均衡效应意思是,错判无罪所引发的社会成本等于一个错误定罪”。〔55〕 经济学家加里·贝克也认为,“基于刑事司法的威吓效果而使类型一错误和类型二错误相当,因为两种错误均没能惩罚真正的犯罪人”。〔56〕 哲学家杰弗瑞·热曼也相信,“将一个无罪的人判处有罪与一个针对无辜者实施的犯罪一样坏,不能惩罚有罪的人与一个针对无辜者的犯罪一样坏,不能惩罚有罪的人与惩罚无辜者一样坏”。〔57〕

上述三种错误类型的危害评价不同,取决于不同的社会角色和司法价值。各种言说所处

〔48〕 Herbert Morris, “Persons and Punishment”, 52 *The Monist*, 479(1968).

〔49〕 Keith A. Findley, “Toward a New Paradigm of Criminal Justice: How The Innocence Movement Merges Crime Control and Due Process”, 41 *Texas Tech Law Review*, 136(2008).

〔50〕 刘伯纯:“我国疑罪处理原则的嬗变”,《政法学刊》2009年第5期。

〔51〕 丁晓平:“蔡元培与四一二反革命政变”,《党史文苑》2015年第9期。

〔52〕 崔敏:“反思八十年代‘严打’”,《炎黄春秋》2012年第5期。

〔53〕 陈雷刚:“1983年广东‘严打’始末”,《红广角》2012年第8期。

〔54〕 *Colombia: Dirty Work at The Crossroads*, LATIN AM., Jan. 30, 1976, at 39. Cited in Alexander Volokh, *Supra* note 40, 196.

〔55〕 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 2007, p.648.

〔56〕 贝克在原文中并没有对此提出明确的观点,其思想系李卓立(Rizzolli)等总结为均衡论。See Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 *Journal of Political Economy*, 169 (1968); Matteo Rizzolli, Margherita Saraceno, “Better that Ten Guilty Persons Escape: Punishment Costs Explain The Standard of Evidence”, 155 *Public Choice*, 395(2013).

〔57〕 热曼和海格在原文中没有明确提出错放一个人与错误监禁一个人的错误相等,而是经哈佛尔逊(Halvorsen)总结为均衡论。See Jeffery Reiman, Ernest Van Den Haag, “On The Common Saying That It Is Better That Ten Guilty Persons Escape Than That One Innocent Suffer: Pro and Con”, 7 *Social Philosophy and Policy*, 226(1990); Vidar Halvorsen, “Is It Better that Ten Guilty Persons Go Free than One Innocent Person Be Convicted?”, 23 *Criminal Justice Ethics*, 4(2004).

的时代,以及控制犯罪或打击犯罪的立场背景,又决定了其各有合理的一面。从逻辑结构上来看,这些经典的格言主要是主观价值判断,在内容的深度和广度上均无法把握。为了更加坚定立场,言论家甚至为之提供了一个数学比例作为参数,以此强化其理论和应用价值。

(三)错误忍受度

学术界对参数有不同表达,但在立法或司法的运作理念上具有共同性。法学家和哲学家将参数理解为司法错误的偏好(preference)、^[58]排除合理怀疑的证据标准(standard of proof)。^[59]统计学家和犯罪学家将其理解为,参数是错误的可接受程度(acceptable level)。^[60]经济学家和经验主义者理解为,参数是实现司法正义的交易(trade-off和exchange)。^[61]无论怎么理解这些参数,都需对不同种刑事司法错误的证据、法律、态度问题进行多维度解释。因此,一些研究者在讨论这些参数时,多将上述各种理解混合使用。本文基于犯罪学的通用称谓,将“可接受程度”的基本含义发展为“忍受度”。即,为了避免一种错误,忍受另一种错误的程度。

第一,类型一错误的忍受度。有研究指出,哲学家摩西·迈摩尼蒂认为,“更好的(结果)和更令人满意的是,对1000个有罪的人判处无罪也比将一个无辜者判处死刑好”。^[62]1765年,威廉·布莱克斯通在《英格兰法律评论》中写道:“宁可让10个有罪之人逃离处罚,也好过于让无罪之人遭受痛苦”。^[63]在布莱克斯通看来,错误处罚一个无辜者不仅比错误释放一个有罪人危害更大,而且比释放10个有罪人的社会危害性更大。布莱克斯通的学说,成为评价刑事司法错误的经典学说,并被命名为“布莱克斯通错误率(Blackstone Error Ratio)”或“布莱克斯

[58] See Keith A. Findley, *Supra* note 49, 136; D. Michael Risinger, *Supra* note 33, 762.

[59] See Jeffery Reiman, Ernest Van Den Haag, *Supra* note 57, 240-241; Daniel Givelber, *Supra* note 40, 1365; Ronald J. Allen, Larry Laudan, “Deadly Dilemmas”, 41 *Texas Tech Law Review*, 75 (2008); Brian Forst, *Error of Justice: Nature, Source, and Remedies*, Cambridge University Press, 2004, pp.57-58.

[60] See Ronald J. Allen, Larry Laudan, *ibid.*, 80-84; Robert Sommer, Barbara A. Sommer, and Mati Heidmets, “Release of The Guilty to Protect The Innocent”, 18 *Criminal Justice and Behavior*, 480(1991); Rose Ricciardelli, James G. Bell, and Kimberley A. Clow, “Student Attitudes toward Wrongful Conviction”, 51 *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 419(2009); Jan W de Keijser, Evianne GM de Lange, and Johan A van Wilsem, “Wrongful Convictions and The Blackstone Ratio: An Empirical Analysis of Public Attitudes”, 16 *Punishment & Society*, 36(2014).

[61] See Matteo Rizzolli, Margherita Saraceno, *Supra* note 56, 395; James R. Acker, *Supra* note 29, 1070; Mats Persson, Claes-henric Siven, *Supra* note 39, 212; Katherine J. Strandburg, “Deterrence and The Conviction of Innocents”, 35 *Connell Law Review*, 1321(2003).

[62] Alexander Volokh, *Supra* note 40, 178; Also See Daniel Epps, “The Consequences of Error in Criminal Justice”, 125 *Harvard Law Review*, 1077(2015).

[63] William Blackstone, “*Commentaries on The Laws of England* (Volume 4)”, Sweet, Maxwell, Stevens & Norton, 1844, p.352. Available at http://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk4ch27.asp,最后访问日期:2015年4月6日。

通原理(Blackstone Principle)”,或“布莱克斯通公式(Blackstone Formulation)”。^[64] 1785年,本杰明·富兰克林指出,“让一百个有罪之人逃避处罚,也好过于一个无罪的人遭殃”。1824年,托马斯·斯塔克在《证据法的实践指南》中指出,“让99个有罪的人逃避处罚也比对一个无罪的人定罪更好”。^[65] 1916年,法官本杰明·卡多佐也指出,“让5个有罪的人逃脱处罚也比让一个无罪的人死了好,让10个有罪的人逃脱处罚也比让1个无辜者进监狱好”。^[66] 1968年,法官亨利·弗兰德利的意见是,“大多数美国人同意,让相当多的有罪人自由,也比对任何可察知的无辜者定罪更好”。^[67]

第二,类型二错误的忍受度。1927年汪精卫发动武汉政变,大肆逮捕杀害共产党员的情形被史学研究者称为“宁可错杀一千,不可使一人漏网”。^[68] 蒋介石及其地方军阀在四·一二政变以后,也明确提出“宁可错杀三千,不可放过一个”,“宁可错杀一百个,不要放过一个”的剿共清共政策。^[69] 1950至1951年,中央在镇压反革命运动中,也曾经历“宁可错放,也不错杀”的“宽大无边”右倾,^[70]到“宁可错杀,也不错放”的“按人口千分之一的比例杀人”左倾,最后才形成“镇压与宽大相结合”的正确路线。^[71] 无独有偶,伏尔泰于1748年在小说《查第格》中写道:“对两个人判处无罪,尽管事实上有罪,比起对一个无辜者和善良者处以刑罚和谴责需要更多的谨慎”。^[72] 德国前首相冯·俾斯麦也指出,“宁可使10个无罪人受处罚,也比让一个有罪人逃避处罚好”。^[73] 苏联克格勃创立人费利克斯·德扎真斯基认为,“处死十个无罪

[64] See Daniel Epps, *Supra* note 62, 1067.

[65] Thomas Starkie, *A Practical Treatise of The Law of Evidence*, 1869, 756. Cited in Alexander Volokh, *Supra* note 40, 184.

[66] *People v. Galbo*, 112 N.E. 1041, 1044 (N.Y. 1916); Joseph A. Gambardello, *Legacy of Two Verdicts: Joy and Pain*, *Newsday*, Mar.23, 1990, at 6. Cited in Alexander Volokh, *Supra* note 40, 175.

[67] Henry J. Friendly, “The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change”, 37 *University of Cincinnati Law Review*, 694(1968).

[68] 陈志刚:“董必武避安庆轮”,《党史博采》2007年第5期。

[69] 参见丁晓平:“蔡元培与四一二反革命政变”,《党史文苑》2015年第9期(作者指出,“蒋介石提出了对共产党人‘宁可错杀三千,不可放过一个’的血腥口号”);郑庭笈:“一位国民党军长的最后归宿”,《文史精华》1995年第8期(作者指出,“过去国民党清党不也提出过‘宁可错杀一百,不可放走一个’的杀戮政策吗?”);陈新建:“试论大革命时期新桂系的政治嬗变”,《广西师范大学学报(哲学社会科学版)》2009年第1期(作者指出,“1927年广西省教育厅长黄华表在南宁‘反共清党’逮捕共产党员后,明确向广西清党委员会提出‘洗监’提案:把捕押在监狱的人统统杀光,‘宁可错杀一百个,也不放错一个’”);伍洪祥:“坚持闽西三年游击战争的红八团”,《福建党史通讯》1986年第4期(作者指出,“在敌人‘宁可错杀一百,不可放过一个’反动政策下,下山村一批批党员、群众被捕,和牺牲在敌人面前”);聂存虎:“古村落保护的策略与行动研究——以山西下州村为例”,中央民族大学博士学位论文,2011年(作者指出,“到了当年(1946)8月份,‘反攻倒算’,国民党的晋绥军又打了回来,在那年冬天杀了不少人,那是叫‘宁可错杀一百,也不能放走一个’”。

[70] 《中共中央关于镇压反革命的指示》,1950年10月10日;仲瑞敏、许元,见前注[36]。

[71] 《毛泽东致小平、漱石、子恢、剑英、仲勋同志并告一波、高岗同志电》,1951年4月20日,四川省档案馆藏档。转引自杨奎松,见前注[36]。

[72] Voltaire, *Zadig, or The Book of Fate*, The Floating Press, 2009, p.42.

[73] John W. Wade, “Uniform Comparative Fault Act”, 14 *Forum*, 385(1979).

的人也比让一个有罪的人活着好”。〔74〕另外,列宁的言说也被表达为“宁愿打破100个鸡蛋,也不让一个有罪鸡蛋逃脱”。〔75〕

上述两种错误类型的学说反映出,学者和法官们支持类型一错误危害更大,社会控制者支持类型二错误危害更大。类型一错误强调定罪标准的严格性而保障人权,〔76〕类型二错误强调惩罚犯罪的必然性而稳定政权。〔77〕然而,如果严格遵从这两种原则,刑事司法面对这两种错误时,又将走向另一个极端。〔78〕即,对于类型一错误来说,过于强调定罪精确性,必将使刑事司法释放大量(5—1000)因证据不足无法证明的真正罪犯;对于类型二错误来说,过于强调惩罚的必然性,又将使无辜者面临较大风险。〔79〕迪凯的结论便有反驳之意,他认为这两种错误类型只有证据标准上的意义,除此以外两种错误的危害都是相等的。〔80〕正因为如此,吉米·边沁在1825年出版的《司法证据原理》中写道:

我们必须反对这些情感上的夸张表述,它有可能在确保无罪者安全的前提下,让有罪的人免受刑事处罚。公众对此的接受也建立了可审视的背景。起初,普遍相信拯救几个有罪的人好过于谴责一个无罪的人;其他人,还为此制定了严格、固定的标准——10人;1/3的人还将这个10扩展至100人,1/4的人将此标准扩展至1000人。所有这些(可能)获得人类奖章的候选人已经非常超前了,(但)没有一个案子如此,我并不知道有多少写手(很多),谁支持他。但是,这种标准将造成被指控的人被定罪非常困难和严苛,除非证据数量在达到数学上的一定数量或者绝对的确定性,否则不能定罪。根据这个最大性原则,没有人应当被惩罚,(如果)为了避免一个无罪的人不受处罚。〔81〕

不可否认,上述参数的设置,都面临主观臆断的缺陷。正如热曼和海格批评的一样,“没有

〔74〕 “Lieber zehn Unschuldige exekutieren, als einen Schuldigen laufen lassen”, *Und jetzt Lenin*, *Süddeutsche Zeitung*, Aug. 24, 1991. Cited in Alexander Volokh, *Supra* note 40, 196.

〔75〕 James Lileks, *Lights, Tree, Action*, *STAR TRIB.* (Minneapolis), Dec. 14, 1997, at 3B. Cited in Alexander Volokh, *Supra* note 40, 196.

〔76〕 See Jeffery Reiman, Ernest Van Den Haag, *Supra* note 57, 240—241; Michael L. Dekay, “The Difference between Blackstone—Like Error Ratio and Probabilistic Standards of Proof”, 21 *Law and Social Inquiry*, (131)1996.

〔77〕 贝卡里亚对这个问题有精辟的概括,“如果让人们看到犯罪可能受到宽恕,或者刑罚并不一定是犯罪的必然结果,那么就会煽惑起犯罪不受处罚的幻想”。(意)贝卡里亚,见前注〔35〕,页73。

〔78〕 See Vidar Halvorsen, *Supra* note 57, 6(作者指出,“一般来说,任何尝试去减少一个错误类型的概率很有可能增加另外一个错误类型的概率”);林喜芬:“证明理性化与刑事定罪标准之调整——基于防控司法错误的视角”,《法制与社会发展》2011年第1期(作者指出,“证明标准的高低将必然导致错判无辜或错放有罪人的司法错误的发生”)。

〔79〕 See Gordon Tullock, “Court Errors”, 1 *European Journal of Law and Economics*, 11(1994).

〔80〕 他认为,数学比例表达错误忍受度的排除合理怀疑证据标准并不科学,因为任何一个既定的比例都或多或少影响两种错误的频率,所以他的基调是均衡论。他还特别强调,“更高的证据标准导致了更多的错误无罪,以及更少的错误定罪,其它是相等的”。Michael L. Dekay, *Supra* note 76, 97.

〔81〕 Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence*, J.W. Paget Press, 1825, 198.

道德上的惯例,也没有道德上的理论,支持这样一个具体的比例”。〔82〕 2011年,纽约州立大学阿尔巴尼分校专门针对布莱克斯通比率召开专题讨论会,会议发起人詹姆斯 A. 艾克明确指出,“布莱克斯通比率明显缺乏支持,既没有解释为什么可以以此作为法官判案的正义代价,也没有经验性证据细化其宽度和维度”。〔83〕

(四)经验研究

学术见解的争论,使得判断刑事司法错误类型的危害性变得相当困难。随着实证主义和经验研究的推广,更广泛的民意调查为判断错误的危害性提供了依据。大致看来,研究刑事司法错误危害评价的经验研究,有两种类型:第一种是,直接询问公民的危害偏好;第二种是,围绕一定的比例,让公民选择错误类型的忍受度。

第一种类型,危害偏好研究。凯叶赛尔借助于英国社会态度(British Social Attitude) 2006年的调查数据指出,64%的英国公民认为类型一错误更严重。〔84〕 吉瓦特利用国际社会调查(International Social Survey Program)中的美国和法国数据,指出美国有70.6%的人,法国有82.6%的人认为类型一错误更严重。〔85〕 斯科雷茨等借助于在线平台亚马逊市场调查(AMT)获得的数据显示,85%的美国人认为类型一错误更严重。〔86〕 他们研究的共同特点是询问参与者一个问题:“所有的司法系统都会犯错误,但是你认为哪一个(危害)更严重?”〔87〕 除斯科雷茨的在线调查是(a)和(b)选项外,其他两项调查的答案都是:(a)对无辜者定罪;(b)让有罪者自由;(c)无法选择。上述调查的结果,似乎使我们确信类型一错误危害更严重,毕竟几百年来的经典理论获得了民众的支持。但问题并非如此简单,这与他们的研究或调查方法有关。他们都认为刑事司法错误危害就是非A即B的结果,因此上述数据(64 vs 36、70.6 vs 29.4、82.6 vs 17.4、85 vs 15)均是排除“无法选择”后的二分变量。然而,排除一个特定群体后,这就人为地改变了数据结构,并扩大数据差异。因为,认为“无法选择”的参与者的态度偏好,是既不同意类型一错误,也不同意类型二错误。如此看来,这个既有的研究结论值得怀疑,凯捷等对荷兰公民的调查正是对前述三人研究的有力反击。他研究的321个有效样本显示,不同错误类型的危害偏好分别是类型一错误占32.4%(104)、类型二错误占31.8%(102)、两种危

〔82〕 Jeffery Reiman, Ernest Van Den Haag, *Supra* note 57, 227.

〔83〕 James R. Acker, *Supra* note 29, 1069.

〔84〕 See Jan W de Keijser, et al., *Supra* note 60, 35.

〔85〕 See Yehonatan Givati, “The Comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence”, *Harvard Law School Discussion Paper*, ISSN 1936-5349, 2011, Available at http://law.huji.ac.il/upload/—Givati_Plea—Bargaining.pdf, 最后访问日期:2015年8月7日。

〔86〕 Nicholas Scurich, “Criminal Justice Policy Preferences: Blackstone Ratios and The Veil of Ignorance”, 26 *Stanford Law & Policy Review*, 28(2015).

〔87〕 See British Social Attitudes Information System. Available at http://www.britsocat.com/BodyTwoCol_r—pt.aspx?control—=CCESDMarginals&MapID=JUSTICE&SeriesID=12, 最后访问日期:2015年8月8日; ISSP Research Group, *International Social Survey Programme: Role of Government II — ISSP 1990*. GESIS Data Archive, Cologne, ZA1950 Data file Version 1.0.0, 1992, doi:10.4232/1.1950, 最后访问日期:2015年8月10日; Nicholas Scurich, *ibid*, 27.

害均衡占 35.8%(115)。^[88]

第二种类型,错误忍受度研究。这个忍受度可以表述为,“为了保护一个无罪的人,可以允许多少个有罪的人逃避处罚”。萨默尔等对学生的错误忍受度研究显示,心理学专业的学生对谋杀罪和强奸错误忍受度的中位数少于 5,持枪抢劫在 10 个左右,其它依次是醉酒驾驶(最高约 13)、入室盗窃(最高约 38)、贪污(最高约 45);法学院的学生忍受度升序排列依次是谋杀犯(最高 12)、强奸犯(最高 14)、携带凶器抢劫(80)、入室盗窃(最高 200)、醉酒驾驶(最高 500)、贪污(最高 700)。^[89] 凯捷等对荷兰公民的调查也显示,强奸、入室盗窃、商店盗窃的错误忍受度分别是 5.75、6.88、8.98。^[90] 雷茨阿德里对学生的错罪接受态度进行了调查,研究显示 1/10(十个案件中允许有一个错误)的比例平均是 2%,1/50 是 7%,1/100 是 8%,1/1000 是 19%,1/10000 是 13%,51% 的学生没有选择任何数字。^[91] 言外之意,49% 的刑事司法和非刑事司法专业学生均认为可以允许出错,但 51% 的学生反对任何既定的错罪比例。

通过上述这些经验研究,各种相互不一致的数据继续反映出了矛盾性的一面。在错误危害的价值偏好方面,凯捷等的研究反映出公民在两种错误的价值判断上没有差别,这冲击了凯叶赛尔、吉瓦特、斯科雷茨等支持的“类型一错误更严重”,更别说后者的方法缺陷。在错误忍受度方面,萨默尔和雷茨阿德里对不同犯罪的错误率进行研究具有开创性,但很少有人同意允许重罪裁判错误,这与实践中错罪主要出现在谋杀、强奸、抢劫等重罪矛盾。^[92] 那么,允许以高比例错放为代价保护无辜者的研究又显得支持不足,尤其是超过一半的学生依然反对允许错误之间的交易。因此,两种错误类型究竟哪一种的危害性更加严重,显然难以作仓促评价,这凸显了继续研究的必要性。

(五)总结与评价

错罪危害及其偏好不仅是思想家的观点碰撞,而且是不同时代刑事政策的基础。尽管某个特定时期的社会形势和相应历史背景下有不同观点出现,但诸如布莱克斯通错误率却是两百年以来保障无辜者权利的基本立场。布莱克斯通的合理地方在于,18 世纪以前的英国正是死刑泛滥的时代,为了保障无辜者的命运,当然需要呼吁生命的重要性。^[93] 这个理念背景,与中国古代“与其杀无辜,宁失不经”避免错杀的提法有相同意蕴。然而,现代刑罚体系已经有罚金刑、社区服务、短期自由刑、长期自由刑、生命刑等灵活的运作办法,更何况欧美已经废除

[88] See Jan W de Keijser, et al., *Supra* note 60, 41, 43.

[89] 研究问题是:“How many guilty individuals should be allowed to go free to protect one innocent person from being falsely convicted of the same offense……?”. Robert Sommer, et al., *Supra* note 60, 483—486.

[90] 研究问题是:“How many guilty people in similar cases should be acquitted in order to prevent one innocent person from wrongful conviction?”. Jan W de Keijser, et al., *Supra* note 60, 43.

[91] See Rose Ricciardelli, et al., *Supra* note 60, 419—420.

[92] 参见熊谋林,见前注[31]。

[93] See Daniel Epps, *Supra* note 62, 1067.

或限制死刑适用。^[94] 因此,有必要在现代刑事司法体系下,重新解读布莱克斯通公式。

从法律上来讲,类型一错误更严重,可以呼吁司法人员要有更大的谨慎义务去判断有罪证据,这种理想当然无可厚非。^[95] 但这种观点的症结却是,以错放为代价,对社会安全和个体权利的保障无益。因此,边沁等人并不赞成以“宁可错放”为代价保护无辜者。类型一错误的忍受度,虽然名义上是为保护无辜者免刑而被提出,但忍受特定数量的犯罪人继续犯罪可能有难度,社会秩序更不可能承担再恶化的风险。^[96] 阿伦和劳丹就认为,“刑事司法不可能允许10%的人被错误定罪,更不可能允许将90%的犯罪嫌疑人判无罪”。^[97] 类型二错误的忍受度,虽然名义上为保障社会安全而要求定罪和惩罚的必然性,但错杀、错判多人仅为保障一人不漏网肯定难以接受,以诉讼效率为中心也给暴政和复仇提供了理论依据。^[98]

于是,诸如波斯纳和贝克基于错误成本而提出的危害均衡性也就有了存在空间。但他们仅提出了数学模型,是否准确还需要检验。为了缓解上述疑惑,海格的调和理论“三个答案均正确”也有合理空间,不同的社会形势可以允许紧松不同的刑事政策。^[99] 虽然海格的理论有助于理解刑事司法变迁中的不同制度,但将一个特定的无辜者与若干有罪人相比,使国家主义和社会稳定建立在牺牲个人权利身上缺乏正当性。^[100] 帕克在分析犯罪控制和正当程序两种模型的利弊时就对此作了批评,“错误都将引发社会秩序的混乱和人类自由的丧失,正当程序的目的在保护无辜者上,至少与对真正的罪犯定罪一样多”。^[101] 似乎,这也为解答保护无辜者和惩罚有罪者之间的均衡冲突提供了理论依据。萨默尔等基于民意调查所开展的经验研究,为解决两种错误的危害偏好提供了方案,无辜者定罪或者错放有罪人均有可能被公民接受。凯捷的研究进一步显示,偏好于类型一错误和类型二错误的样本相似,甚至最多的样本是“无法选择”。因此,这个发现预示着:司法错误偏好还有一个可能的第三种结果。也即,民众既不认为错判危害更严重,也不认为错放更严重,而是存在均衡的状态。遗憾的是,他本人并没有意识到这个均衡的意义。

既然如此,值得思考的问题就是:古典刑事司法理论在现代社会有无变迁,这些变迁对于当前刑事司法的意义是什么? 先前对公民态度的检测给出了答案,即,民众所思并非如理论家担心的那样。但这些成果主要针对英国、荷兰和美国,还没有相关成果反映中国人的看法。为此,本文借助于中国综合社会调查2005年的数据,首次研究中国公民对刑事司法错误的危害偏好。

[94] 参见熊谋林:“比较视角:青少年违法与矫正略考”,《青少年犯罪问题》2012年第2期。

[95] See Keith A. Findley, *Supra* note 49, 136.

[96] See Vidar Halvorsen, *Supra* note 57, 6.

[97] Ronald J. Allen, Larry Laudan, *Supra* note 59, 75 - 77.

[98] See Herbert L. Packer, *Supra* note 26, 16(作者指出,“最高的效率意味着最大的暴虐”。

[99] See Jeffery Reiman, Ernest Van Den Haag, *Supra* note 57, 241(作者指出,“犯罪率高时,刑事司法以打击犯罪为中心,为了维持社会秩序可允许出现错罪;犯罪率低时,刑事司法以保障无辜者为重心,为了避免更少人被冤枉,可允许释放有罪者”。

[100] 参见张建伟,见前注[23],页208。

[101] Herbert L. Packer, *Supra* note 26, 9, 15.

二、研究资料与设计

中国综合社会调查(China General Social Survey)由中国人民大学中国调查与数据中心组织,从2003年以来已连续公布7期调查数据,范围基本覆盖中国大陆31个省份。遗憾的是,只有2005年居民问卷中“社区生活与治理”板块涉及刑事司法错误及危害偏好,其他年份未见相关问题。该问卷向参与者提出这样一个问题:“所有的司法系统都会有犯错误的时候,但是下面的两种情形您认为哪一种更糟糕呢?”(单选)。选项设置是,无罪之人被判刑^①,有罪之人被释放^②,无法选择^③。^[102] 数据结构上,除西藏、宁夏、青海未开展调查外,2005年问卷涵盖大陆28个省份,共计10372个样本。调查方法上,中国综合社会调查采用以省为单位的多阶分层随机抽样法,平均每个省有多个地区。

(一) 总体情况

表1是中国综合社会调查数据库中,公民对司法错误的危害偏好选择结果。这与经典学说和教科书传递的“错判”比“错放”危害更大不同,过半公民(55.57%)并不赞成这个结论。进一步观察,可以发现“无法选择”对数据结果的影响较大,“类型一错误”与“类型二错误”的比例在二分法、三分法中都大体相当。二分法中,只有51.30%的受访者同意类型一错误危害更重(排除“无法选择”样本),比三分法高7个百分点,这足以看出研究方法所引发的数据膨胀效应。无论怎样解说,至少在2005年,“错判大于错放”的司法错误危害偏好并不是民众的普遍看法,这说明“宁可错放,不可错判”的民意基础需要夯实。

“无法选择”有很多种理解,如公民无法判断,或者这两个危害无法检测。但无论是哪一种答案,其核心均是两种错误均存在相当性。类型一错误和类型二错误的均衡比例,也有两种解释。第一种是,赞成两种错误危害的人都有,因此无法判断大小。第二种是,两种危害可以判断大小,但两种偏好群体出现均衡局面,谁也无法战胜谁。原因就在于相当性上,否则公民可以简单地判断出谁优谁劣,从而出现明显优势群体。

表1 中国综合社会调查:公民对司法错误社会危害性判断

问 卷	1	三分法			二分法
		频 数	百分比	累积百分比	百分比
所有的司法系统都会有犯错误的时候,但是下面的两种情形您认为哪一种更糟糕呢?(单选)					
无罪之人被判刑(类型I错误)(1)		4608	44.43%	44.43	51.30%
有罪之人被释放(类型II错误)(2)		4375	42.18%	86.61	48.70%
无法选择(错误相当) (3)		1389	13.39%	100	——
总 计		10372	100%		100%

来源:CGSS,2005:F19.

[102] 中国国家调查数据库:中国综合社会调查(2005),[http://www.cnsda.org/index.php? r= projects/ view&id=19389978](http://www.cnsda.org/index.php?r=projects/view&id=19389978),最后访问日期:2015年5月7日。

(二)变量探索

可以肯定,公民的偏好受各种因素影响,与此相关,司法行为也将受错误偏好的影响。那么,如何解读公民的态度及其行为影响呢?为此,本部分对先前的研究再次进行梳理,寻找相关变量对危害偏好的影响依据。

斯科雷茨考察了性别、年龄和政党属性对布莱克斯通错误率的影响。研究显示,85%的参与者指出积极错误(类型一)更加糟糕,女性和保守政治家更倾向于选择类型一错误。^[103] 吉瓦特通过利用错误类型、人均GDP、自杀率等检测了57个国家(或地区)辩诉交易指数的关系。研究发现,司法错误的危害偏好在地区上存在显著差异(St. Dev=9.45);更低的犯罪水平和社会对保护无辜者免受惩罚的强调越低,辩诉交易的使用率更低。^[104] 另外,他还利用移民祖籍、年龄、性别、政治保守性对司法错误的偏好影响作了分析,研究指出教育程度越高,更容易选择类型一错误危害更大。^[105]

对学生关于布莱克斯通比例忍受度的研究揭示,接受释放有罪者的数量与犯罪的种类和严重性、受访者的专业有关。萨默尔和凯捷等指出,对无辜者的潜在量刑越长,公民对错误的容忍数量越低,反之越高;参与者更倾向于释放轻微盗窃和贪污者,而不愿意释放入室盗窃、杀人和强奸者。^[106] 雷茨阿德里等发现,刑事司法专业比非刑事司法专业的学生,高年级也比低年级学生,更容易接受布莱克斯通公式。^[107] 萨默尔等也指出,法学院的学生比心理学专业的学生,更加关注于对无辜者的保护及其对应的有罪者释放代价。^[108] 扎拉曼在研究刑事司法错误的频率(非常少→频繁出错)时也发现,非白人(与白人相比)及大学以上学历(与高中及以下相比)认为司法错误发生的频率更高。^[109]

比较错误危害的真正意义在于,掌握公民据此对司法信任和守法意识的评价态度。在评价公众对司法的信任度时,通常采取的做法是询问受访者的态度,如“你多大程度上相信……(公安、检察官、法院)?或者,你如何满意于……”。^[110] 在回答问题的方式上有量表法(1→10分),或态度表达法(非常不信任→非常信任,1→5分)。^[111] 在评价司法错误对人们守法态度

[103] See Nicholas Scurich, *Supra* note 86, 28.

[104] See Yehonatan Givati, *Supra* note 85, 1.

[105] See Yehonatan Givati, *Supra* note 85, 16.

[106] See Robert Sommer, et al., *Supra* note 60, 480; See Jan W de Keijser, et al., *Supra* note 60, 36.

[107] See Rose Ricciardelli, et al., *Supra* note 60, 420.

[108] See Robert Sommer, et al., *Supra* note 60, 484-486.

[109] See Marvin Zalman, Matthew J. Larson, and Brad Smith, “Citizens’ Attitudes toward Wrongful Convictions”, 37 *Criminal Justice Review*, 58(2012).

[110] Julian V. Roberts, “Public Confidence in Criminal Justice: A Review of Recent Trends 2004-05”, *Report for Public Safety and Emergency Preparedness Canada*, November 2004, 2. Available at, <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsres/pblctns/pblc-cnfdnc-crmnl/pblc-cnfdnc-crmnl-eng.pdf>, 最后访问日期:2015年6月2日。

[111] See Julian V. Roberts, *ibid*, 4-5; Brad Smith, et al., *Supra* note 33, 669; Marvin Zalman, et al., *Supra* note 109, 57-58.

的影响时,研究指出司法错误可能使得人们更加不愿意遵守法律,以此循环,不愿意守法的态度与刑事司法错误及其危害偏好有关。^[112] 对于错放来说,博林斯基将刑事司法错误与守法状态联系在一起,认为司法错误影响了守法的动机。^[113] 罗伯特的报告也指出,公共信任作为公民态度之一,警察、公诉人、法院的歧视、暴力等司法错误活动将影响司法信任度。^[114] 雷茨阿德里也指出,司法错误减少了刑事司法专业学生的司法信任态度,尤其是高年级学生的信任度更低,但对于非刑事司法专业学生没影响。^[115]

(三)变量选择

参考文献中的变量梳理,结合中国综合社会调查的设计,表2对本研究中所使用的变量进行了详细展示。其中因变量是刑事司法错误的危害评价,基于危害偏好的不同选择,本研究重新创建了四个变量。自变量和控制变量包含如下几类:

第一,人口变量,如性别、年龄、户口、民族、教育程度。在分析过程中,作者遵从对年龄的处理习惯进行分类和平方。教育程度,以学历程度为最终评分标准,并视为连续变量(文盲=1,小学=2,初中=3,高中/中专=4,大专/高职=5,本科=6,硕士及其以上=7)。户口分农村和城市(包括城镇常住户口和当地有效城镇户口),民族分汉族和少数民族。

第二,身份差异变量,如政治属性、职业、年收入。政治属性是否为共产党员,检测政治信仰是否影响错误危害态度。关于职业,2005年调查问卷B9b记录了受访者目前(失业前或退休前)的具体职业。参照萨默尔和雷茨阿德里的研究,作者将职业变量重组为司法行业(包括人民法院负责人、法官、检察官、律师、司法鉴定人员、书记员、其他法律专业人员、人民警察、治安保卫人员)和非司法行业(其它)。由于司法教育对经典理论和学说的灌输,加入职业变量后可以探测法律教育和非法律教育对于司法错误态度的影响。关于年收入,因部分样本的取值为0,故排除384个样本,并重新处理。

第三,纠纷经历变量,主要检测纠纷对司法错误偏好态度的影响。^[116] 对于大多数人来说,由于并没有切身感受到司法的功能和作用,抽象性调查可能出现“与己无关”的盲目感知现象。当与他人或政府发生纠纷时,公民切身感受到司法正义的作用,并对司法错误的两种类型有切身体会。

第四,司法态度变量,主要检测守法态度和司法满意度对错误偏好的影响,并观察错误偏好对司法信任(满意度)的作用。2005年问卷没有直接询问关于司法信任的问题,而是询问受访者是否愿意无条件服从法律,政府在控制犯罪方面的投入是增加还是减少,对打击犯罪、公

[112] 参见(意)贝卡里亚,见前注[35],页73; Gary S. Becker, *Supra* note 56, 169, 176-177.

[113] See A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, *Supra* note 30, 100, 103-105.

[114] See Julian V. Roberts, *Supra* note 110, 2.

[115] See Rose Ricciardelli, et al., *Supra* note 60, 421.

[116] 邻居纠纷问卷为:“F20a.在过去四年内,您在生活或工作中有没有同其他人发生纠纷呢(如地界纠纷、庄稼被毁、人被打、别人借钱不还等)?”,选项为:有/没有;政府纠纷问卷为“F21a.在过去四年内,您有没有同政府机关(村组织)发生纠纷呢?”,选项为:有/没有。

平执法、秉公办事的满意程度。^[17] 这些问卷反映出的数据,可以作为衡量司法信任的工具变量予以探索。

表 2 刑事司法错误研究模型中的变量描述

变 量	样 本	均 值	标准差	最小值	最大值	备 注
错误危害(模型 1)	8983	0.513	0.500	0	1	1=类型一
错误危害(模型 2)	10372	0.444	0.497	0	1	1=类型一
错误危害(模型 3)	10372	0.421	0.494	0	1	1=类型二
错误危害(模型 4)	10372	0.134	0.341	0	1	1=无法选择
性 别	10372	0.474	0.500	0	1	1=男性
年 龄	10372	44.701	14.794	18	94	
年龄平方	10372	2227.043	1417.42	324	8836	
户 口 ^a	10343	0.559	0.497	0	1	1=城市
教育程度 ^b	10361	2.980	1.241	1	7	1=文盲,7=硕士以上
民 族	10372	0.939	0.240	0	1	1=汉族
政党属性	10372	0.107	0.310	0	1	1=共产党员
职业属性	10372	0.014	0.118	0	1	1=司法职业
年收入(万) ^c	9854	0.879	1.286	0	40	
与邻居纠纷	10372	0.091	0.288	0	1	1=有
与政府纠纷	10372	0.025	0.157	0	1	1=有
无条件守法	10372	同意(85.67%)		类别 变量		
		不同意(10.58%)				
		无法选择(3.75%)				
犯罪控制投入 ^d	10372	4.262	0.754	1	5	1=减少许多,5=增加许多
犯罪控制满意度 ^d	10372	3.081	0.956	1	5	1=非常不满意,5=非常满意
公平执法满意度 ^d	10372	2.830	0.969	1	5	1=非常不满意,5=非常满意
秉公办事满意度 ^d	10372	2.742	0.971	1	5	1=非常不满意,5=非常满意

注:^a29个样本户籍不明;^b11个样本学历不明;^c518个样本年收入为缺损值;^d将各变量视为连续变量。

[17] F15、您认为政府在下列这些方面的投入应该是增加还是减少呢? F15b 打击犯罪,选项分别是“增加许多”“增加一点”、“保持现状”、“减少一些”、“减少许多”、“无法选择(并入保持现状)”;F17、您对政府下列工作方面的表现是否满意呢? 打击犯罪(F17e)、公平执法(F17f)、政府部门秉公办事(F17g),选项分别是:“非常满意”、“满意”、“一般”、“不满意”、“非常不满意”、“无法选择(并入一般)”;F18、“社会成员必须无条件服从法律”,选项设置是“同意”、“不同意”、“无法选择”。

如表一所示,样本分布情况为:47.4%的男性,平均年龄44.7岁;55.9%的受访者为城市户口,主要是初中以下学历的受访者;10.7%的共产党员,1.4%的受访者从事司法职业,年收入平均为8792元;9.1%的受访者与邻居有纠纷,2.5%的受访者与政府有纠纷;85.67%的受访者同意无条件守法,受访者基本都同意国家对犯罪控制的投入有所增加(均值4.26),对犯罪控制态度的满意程度一般(均值=3.08),对公平执法和秉公办事基本不满意(均值<3)。

(四)方法战略

纵观刑事司法错误偏好的丰厚成果,不同领域的研究者使用了多种研究方法。法学家们通常借助于案例和排除合理怀疑标准,通过证据理论和司法功能辩证地呼吁类型一错误比类型二错误更加严重。然而,类似于“宁可错放10个,也不错关1个”的布莱克斯通比率依据不足。^[118]因此,其他领域的学者对此表达了高度的怀疑态度,尤其是崇尚经验主义和实证主义的学科,如犯罪学。犯罪学家扎拉曼等利用学生t检验对刑事司法错误频率的认知态度进行了比较,^[119]斯科雷茨使用卡方检验和逻辑回归对不同组群的两种错误偏好进行检测。^[120]吉瓦特使用逻辑回归,对不同国家的类型一错误(二元变量,0和1)的偏好进行分析。^[121]雷茨阿德里用方差分析和卡方检验分别就不同专业学生对错误的差异度及其可接受比率(1:1000-1:10)进行了比较。^[122]

总体上来看,卡方检验和逻辑回归分析方法是恰当的。^[123]但是,卡方分析仅检测二维表中变量影响的差异性,无法探索多因素背景下的影响因子;简单多元逻辑回归将所有样本假定为相互独立,无法看出层级和聚合效应。为此本文采用三步分析战略。第一步基于类别变量的特性,使用皮尔逊卡方检验分析司法错误在不同组别的差异。第二步融入多种影响因子,采用多层逻辑回归分析方法(Multilevel Logistic Regression)分析错误偏好的影响因子,^[124]方法基础为混合模型(Mixed Effect Model)。具体分层上,将来自于单个受访者的样本变异及影响视为第一层的固定效应,同时控制28个省份群组的变异影响作为第二层的随机效应。在结果展示上,借助于优势比(Odds Ratio)予以解释,其解释方式为相应参照组的最大似然性概率

[118] See James R. Acker, *Supra* note 29, 1069.

[119] See Marvin Zalman, et al., *Supra* note 109, 57-58.

[120] See Nicholas Scurich, *Supra* note 86, 28-31.

[121] See Yehonatan Givati, *Supra* note 85, 19.

[122] See Rose Ricciardelli, et al., *Supra* note 60, 417-420.

[123] 莱特强烈推荐使用逻辑回归在多元回归中研究定罪与否,而不是使用可能导致0膨胀效应的方差分析。See Daniel B. Wright, Kevin A. Strubler, and Jonathan P. Vallano, "Statistical Techniques for Juror and Jury Research", 16 *Legal and Criminological Psychology*, 122(2011).

[124] 关于多层分析方法,又称为 Hierarchical Linear Models, Nested Models,不同的应用软件有不同称谓。相关知识及 Stata 操作、解释,读者可参见:Lawrence C. Hamilton, "Statistics with Stata: Version 12 (8th)", Cengage Press, 2012, pp.387-421; Brian D. Johnson, "Multilevel Analysis in The Study of Crime and Justice", in Alex R. Piquero and David Weisburd, *Handbook of Quantitative Criminology*, Springer Press, 2010, pp.615-648.

比较(N倍),大于1表示呈积极关系,小于1呈消极关系。^[125] 第三步采用一元方差分析方法,辅线性回归分析,检测司法错误偏好对司法信任的影响,从而消除对任何一种危害的接受障碍。综合上述战略,作者利用 Stata 对数据进行编程后整合各种分析结果,展开研究发现和相关讨论。

三、研究发现与讨论

应当承认,最近10年陆续报道的冤假错案可能已经改变公民的偏好,^[126]尤其是媒体的倾向性评价,有可能改变公民对司法错误的认识和司法信任的态度。^[127] 作为一项探索性研究,现阶段的数据资料只适宜做单年度分析。^[128] 因此,本部分的研究发现作为当前刑事政策的依据可能会遭受质疑。^[129] 本文认为,掌握中国公民对于司法错误的看法,认清刑事司法错误的危害本质,可为刑事政策的改革方向提供理念支持,而且为评估未来的公民态度变迁也提供了依据。

表3 刑事司法错误危害偏好的组间分布检验

变量(N)		类型一错误	类型二错误	无法选择	(N)行总数	Pearson χ^2	DF
性别	女性	44.75	40.91	14.34	5,453	12.374 ***	2
n=10372	男性	44.07	43.59	12.34	4,919		
年龄	青年	44.72	43.69	11.59	5,550	50.868 ***	4
n=10372	中年	45.75	40.09	14.15	2,968		

[125] 参见刘军强、熊谋林、苏阳：“经济增长时期的国民幸福感”，《中国社会科学》2012年第12期；熊谋林、江立华：“从民族幸福感看民族融合”，《西南民族大学学报》2014年第7期。

[126] See C. Ronald Huff, Arye Rattner, and Edward Sagarin, “Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy”, 32 *Crime & Delinquency*, 540(1986).

[127] See Siôn Jenkins, “Miscarriages of Justice and The Discourse of Innocence: Perspectives from Appellants, Campaigners, Journalists, and Legal Practitioners”, 40 *Journal of Law and Society*, 351(2013); Dianne L. Martin, “Lessons about Justice from The ‘Laboratory’ of Wrongful Convictions: Tunnel Vision, The Construction of Guilt and Informer Evidence”, 70 *UMKC Law Review*, 847(2002).

[128] 中国综合社会调查目前是 ISSP(International Social Survey Program)的会员,作者在 ISSP 数据库里没有发现与中国相关的司法错误问卷。理想状态下,能够有多年度纵向面板数据研究公民态度更有说服力。然而,受限于资料和问卷设置,2005年的中国综合社会调查是全球范围内研究中国司法错误态度的唯一数据。

[129] 笔者在另外一篇研究全球司法错误危害偏好的文章中发现,自1985年以来,英国等多个国家的公民对“无罪之人被判刑更严重”的支持率呈下降趋势。这表明,本文的研究发现并非没有依据,限于篇幅和主题未展开,读者可以追踪作者的后续研究。

	老年	41.42	40.99	17.58	1,854			
户口	农村	43.93	43.31	12.76	4,560	5.853	*	2
n=10343	城市	44.84	41.21	13.95	5,783			
教育	文盲	40.22	38.05	21.73	1,201	95.079	***	12
n=10361	小学	44.16	42.08	13.76	2,652			
	初中	44.55	43.77	11.68	3,091			
	高中/中专	45.33	42.89	11.77	2,378			
	大专/高职	45.55	42.43	12.02	674			
	本科	51.02	37.61	11.37	343			
	硕士以上	50.00	45.45	4.55	22			
民族	少数民族	48.11	36.75	15.14	634	8.323	**	2
n=10372	汉族	44.19	42.53	13.28	9,738			
政党	非共产党员	44.50	42.11	13.39	9,252	0.200		2
n=10372	共产党员	43.84	42.77	13.39	1,120			
职业	非司法	44.41	42.20	13.39	10,225	0.115		2
n=10372	司法	45.58	40.82	13.61	147			
收入	低收入	44.43	42.99	12.58	7,402	2.506		4
n=9854	中等收入	44.25	42.43	13.32	1,982			
	高收入	45.96	40.00	14.04	470			
守法态度	同意	44.77	42.42	12.81	8,875	82.951	***	4
n=10372	不同意	42.86	44.40	12.74	1,099			
	无法选择	41.21	30.65	28.14	398			
邻居纠纷	无	44.13	42.51	13.36	9,425	4.904	*	2
n=10372	有	47.41	38.86	13.73	947			
政府纠纷	无	44.26	42.33	13.41	10,111	4.804	*	2
n=10372	有	50.96	36.40	12.64	261			

* $p \leq 0.1$, ** $p \leq 0.05$, *** $p \leq 0.01$

(一) 组间差异

按本文设计,年龄和年收入为自然数连续变量,组间分析没有意义,因此重新设置为类别变量。年龄重新编码为青年人(18—44岁)、中年人(45—59岁)、老年人(60岁以上)群体,年收入重新编码为低收入人群(年收入1万以下)、中等收入(1—3万)、高收入(3万以上)群体。^[130]表3是公民对刑事司法错误危害偏好的原始样本及其分布的组间差异检测情况。观察群体的百分比分布及卡方检验值,可以发现如下特征:

第一,两种错误类型危害偏好不明显。纵向和横向百分比显示,类型一错误和类型二错误的支持者差异较小,波动幅度基本围绕整体水平的5个百分点变化。这再次说明,两种错误的公民偏好势均力敌,没有形成绝对主流意见。类型一错误比类型二的比例整体上要高几个百分点,但在男性、青老年、农村、初中毕业生的差异基本可以忽略(小于1%)。与表1的分布相似,“无法选择”样本在不同群体的分布基本维持在15%左右。

第二,危害态度偏好存在组间差异。性别($p=.002$)、年龄组($p=.000$)教育($p=.000$)、民族($p=.016$)、无条件守法态度($p=.000$)存在显著差异($P\leq.05$)。户口($p=.054$)、邻居纠纷($p=.086$)、政府纠纷($p=.091$)显示出可能存在差异(超过可以接受的95%水平),政党、职业、收入没有显著差异($p>.1$)。从百分比可以初步判断:容易选择类型一错误危害更严重的人群是,学历更高的人和少数民族,有与邻居纠纷、政府纠纷经历的人;容易选择类型二错误危害更严重的群体是,男性、汉族;容易选择“无法选择”的危害均衡观点的是,老年人、守法态度的保守主义者。

(二) 影响因子

表4是四个独立的模型分析结果。模型1的因变量为类型一错误(编码=1)与类型二错误(编码=0),排除“无法选择”样本,公民对危害偏好与其他因子的关系(也见表2,下同)。模型2的因变量为考虑“无法选择”情况下,分析公民是否赞成类型一错误更严重的因素,并因此将“无法选择”和“类型二错误更糟糕”统一编码为0。同理,模型3为考虑在“无法选择”情况下,分析公民是否赞成类型二错误更严重的影响因子,并将“类型一更糟糕”和“无法选择”统一编码为0。模型4分析公民是否赞成危害相当的相关因素,并将“类型一更糟糕”、“类型二更糟糕”统一编码为0。为考虑年龄在生命周期内对错误类型的偏好,回归分析时没有采用分类变量,而是以实际年龄及其平方作连续变量处理。同理,年收入也以受访者的实际年收入作连续变量处理。

表4中,固定效应模型解读了第一层变量对司法错误偏好的影响。沃德卡方检验显示,模型非常有效,均达显著程度。模型的随机部分显示,各省之间的错误偏好存在显著差异,标准

[130] 年收入参考2005年全国城镇在岗职工年平均工资18405元,设置中、低、高收入。在先前的研究中,作者曾使用同样的方法对年收入进行分类。参见刘军强、熊谋林、苏阳,见前注[125];国家统计局,《2005年全国城镇单位在岗职工年平均工资统计结果公告》,2006年第3号,http://www.stats.gov.cn/tjgz/tzgb/200603/t20060328_48047.html,最后访问日期:2015年8月16日。

差超过标准误10倍左右。^[131]如表4所示,从模型1和模型3来看,女性容易选择类型一错误和男性更容易选择类型二错误相互印证。一个可能的原因是,女性更脆弱或容易感性地同情无辜者,而男人则因好斗的刚性思维而认为放过有罪人的危害更大。具体年龄对于选择错误类型的作用影响较小(年龄平方 odds ratio ≈ 1 , $p=.000$),每增加一岁的效果上基本上保持不变。从生命周期来看,模型1、2对类型一错误的选择基本与表3吻合,年长者更不容易认为类型一错误更严重;模型4的结论也与表3相似,即年长者更容易相信二者相当。上述发现,可能与年长者的社会阅历和知识结构有关。城乡户口之间对于错误类型偏好不明显,但城市人更容易选择“危害相当”。从模型2来看,教育程度越高,越有可能选择类型一错误,更不容易选择危害相当,这与表3吻合。本文的发现也和雷茨阿德里基本相似,这说明教育增加了学生的判断力,但也有可能是因为教育所灌输的错判危害性影响了公民的判断。^[132]就民族来看,表4与表3完全一致,汉族比少数民族更容易选择释放有罪者危害更大,而少数民族却更人性化地偏向于冤枉无辜者的危害更大。除开民族文化外,可能的因素是少数民族群体自我评价为弱者地位,因此倾向于同情无辜弱者。^[133]与先前政治属性、司法教育的研究相比,表4的模型均没有显示出政党、职业的偏好差异。^[134]

表4 刑事司法错误危害偏好影响因子 MLR *Mixed Effect* 模型 Odds Ratio 列表

变量	危害偏好		模型1	模型2	模型3	模型4	
因变量	类型I错误		1	1	0	0	
	类型II错误		0	0	1	0	
	无法选择		.	0	0	1	
自变量	固定效应						
	性别	女性	参照	参照	参照	参照	
		男性	0.924 *	0.949	1.095 **	0.921	
	年龄结构	年龄	1.022 **	1.028 ***	0.989	0.970 **	
		年龄平方	0.9998 **	0.9997 ***	1.0000	1.0003 ***	
	户口	农村	参照	参照	参照	参照	
		城市	0.992	0.925	0.936	1.389 ***	

[131] 在模型探索过程中,研究曾考察不考虑犯罪控制评价和司法信任情况下,相关因子对司法偏好的作用。逐步回归探索分析显示,各变量的影响因子的 odds ratio 和 p 值受司法信任和犯罪控制评价影响较小,故直接显示最终模型。

[132] See Rose Ricciardelli, et al., *Supra* note 60, 420.

[133] 参见熊谋林、江立华,见前注[125]。

[134] See Nicholas Scurich, *Supra* note 86, 28.

	教育程度		1.038		1.068	***	0.999		0.869	***
	民族	少数民族	参 照		参 照		参 照		参 照	
		汉 族	0.633	***	0.679	***	1.557	***	0.928	
	政党属性	非共产党员	参 照		参 照		参 照		参 照	
		共产党员	0.976		0.963		1.004		1.064	
	职业	非司法	参 照		参 照		参 照		参 照	
		司 法	0.959		0.918		0.961		1.355	
	年收入(万)		1.002		0.992		0.992		1.033	
	邻居纠纷	没 有	参 照		参 照		参 照		参 照	
		有	1.142	*	1.097		0.855	**	1.136	
	政府纠纷	没 有	参 照		参 照		参 照		参 照	
		有	1.353	**	1.294	*	0.742	**	1.064	
	无条件守法	同 意	参 照		参 照		参 照		参 照	
		不同意	0.887		0.930		1.140	*	0.870	
		无法选择	1.152		0.867		0.699	***	2.241	***
	犯罪控制投入		1.009		1.058	*	1.050	*	0.793	***
	司法信任	犯罪控制满意度	1.021		1.016		0.977		1.018	
		公平执法满意度	0.972		0.980		1.032		0.971	
		秉公办事满意度	1.039		1.024		0.956		1.049	
	截 距		0.811		0.421	***	0.588	*	0.666	
	随机效应									
	省份(标准差)		0.404		0.369		0.430		0.676	
	标准误		0.063		0.056		0.066		0.099	
	样本 N(第一层)		8228		9437		9437		9437	
	样本 N(第二层)		28		28		28		28	
	Wald χ^2		43.29	***	57.94	***	57.94	***	152.54	***
	Bartlett χ^2		215.92	***	220.15	***	261.38	***	357.1	***

* $p \leq 0.1$, ** $p \leq 0.05$, *** $p \leq 0.01$

最重要的发现,应当是纠纷经历对司法错误危害偏好的影响。表4的结果比表3更显著,

在过去四年与邻居、政府有过纠纷的人,更容易选择类型一错误的危害更严重。其中,与政府有过纠纷的人(odds ratio = 1.353, $p = .000$)比与邻居有纠纷的人(odds ratio = 1.142, $p = .010$)反应更加强烈。就类型二错误来说,有邻居纠纷经历的人选择类型二错误的概率是没有纠纷的 0.855 倍($p = .040$),有政府经历的人选择类型二错误的概率是没有纠纷的 0.742 倍($p = .000$)。类型一错误和类型二错误的模型相互印证,如何解读这二者之间的偏好选择呢?一方面,当公民与邻居和政府有纠纷时,以自己的亲身经历感受到法律和公平正义的重要性,对正义的期待比没有纠纷经历的人更高,因此更容易选择类型一错误。^[135]另一方面,当公民与政府发生纠纷时,更容易处于弱者地位,这与少数民族一样。此时,弱者更担心自己被错误关押,因此更容易选择类型一错误危害更严重。

值得注意的是,无条件守法态度对危害偏好基本没有影响。对是否应该无条件遵守法律,与赞同无条件守法的人群相比,“无法选择”的人更不容易认为类型二错误危害更严重(模型 3)。但有一个可能的趋势,不同意无条件守法态度的人更有可能选择类型二错误($p = .064$)。在模型 4 中,“无法选择”守法态度的人更容易赞同积极错误和消极错误的危害具有均衡性。这依然有两方面解释,一方面,无法选择的人在态度偏好上存在犹豫和缺乏主见,因此在疑难问题上基本选择回避。这就解释了,为什么守法态度上的无法选择者更容易出现危害偏好“无法选择”。另一方面,这些无法选择者也有可能是理性主义判断者。在他们看来,是否同意无条件守法,当然不可贸然决定,需要根据具体情况而定。然而,在大样本情况下,这种理性主义作风变成了共性,其实质还是两类错误的危害相当性。

犯罪控制投入的评价与危害偏好有关系。从模型 2、3、4 来看,对犯罪控制的投入自感增加的人有危害偏好倾向,但类型一错误和类型二错误并没有显著差异。就常理而言,一旦增加控制犯罪的投入,意味着打击犯罪的力度越大,势必增加类型一错误或类型二错误。据此,公民态度反映了一个最简单的逻辑,只要形势不好而强调控制犯罪,当然容易出现错判或错放等任何一种错误。

司法信任程度对错误危害偏好总体上没有影响。犯罪控制的满意程度、公平执法的满意程度,秉公办事满意程度,对于错误偏好没有任何显著影响。根据海格的解释,控制犯罪形势越必须,就越可以允许类型一错误;犯罪形势越不严峻,就越可以允许类型二错误。从评分情况来看,中国公民对犯罪控制的整体满意情况不好不坏,比“一般(3分)”多一点。这种满意程度反映出,打击和控制犯罪的效果一般,当然难以使公民在态度选择上出现倾向性。这就是为什么受访者的整体评价出现均衡局面,而没有形成一边倒趋势。^[136]公平执法和秉公办事态度等一般社会正义指标对错误偏好影响不大。正如错误偏好一样,两种错误均是司法缺乏正义

[135] 参见张建伟,见前注[27],卷首语,页 1。

[136] 犯罪控制满意的态度分布情况为,非常不满意(5.12%)、不满意(22.02%)、一般(37.04%)、满意(31.22%)、非常满意(4.6%)基本呈均衡状态。虽然“满意”和“非常满意”的整体情况(27.14%)少于“满意”和“非常满意”组合(35.28%),但是这种效果被一般人群的比例抵消。因此,在犯罪控制的满意度上,也并没有出现倾向性意见。

的双重表现,这也就使公民在选择倾向上出现茫然。在宏观层面,民众年复一年地感知冤假错案或犯罪黑数,因此这就使得公民很可能在这两种错误之间出现感觉上的均衡状态。民众没有因司法错误而改变对司法正义的评价,可能和直觉判断相悖,这是微观层面和宏观层面的评价冲突。在微观层面,任何一个无辜者受冤,可能使民众认为错误定罪更严重。但与此类似,一个有罪者逃避法律的惩罚,仍然有可能使民众更倾向于选择释放有罪者的危害更严重。因此,这两种微观层面的影响效果在宏观层面被抵消。

(三)司法信任

司法满意度作为错罪偏好的控制变量,仅解读了司法信任对选择错误危害偏好没有影响。但反过来,错误危害偏好的态度,是否可能影响对司法信任程度的评价呢?为了研究这个问题,本部分借助于一元方差分析法(one way)和线性回归分析法(OLS)比较司法满意度在不同危害偏好上的组间差异。研究发现,司法错误的危害偏好(类型一或类型二错误)以及不存在偏好(无法选择)对司法信任的影响较小,在控制犯罪、公平执法、秉公办事满意度方面均不存在较大差异。

如表5所示,可以从均值、F值、决定系数 R^2 (OLS)三组数据结果来观察。F值显示,控制犯罪评价在统计上差异不显著($p=.061$),但公平执法($p=.002$)和秉公办事($p=.023$)的确存在显著差异。但大样本下的决定系数 R^2 显示,错误危害偏好的这些差异对于公平执法(0.0007)和秉公办事(0.0012)的影响小到完全可以忽略不计。不妨观察表5中的平均值,不同偏好类别的平均值波动范围较小,三个司法信任检测指标基本在总平均数(3.08、2.83、2.74) \pm 0.05范围内。从巴雷特卡方来看,三组错误偏好的方差在统计意义上相等($p>.05$),说明数据结构高度相似,这也是方差分析的基本条件。^[137]换句话说,无论民众认为哪种危害偏好更严重,或危害均衡,基本不会影响对控制犯罪、公平执法、秉公办事的满意度评价。如果严格按照统计结果描述差异,“无法选择”所引导的司法满意度评价最高,比类型一或类型二错误都高(但差异非常小)。这反而说明,司法错误的危害均衡思想有助于提高司法满意度,比起错判危害更严重的评价更高。

表5 危害偏好对司法信任的影响(均值)

($N=10732$)

危害偏好	控制犯罪	公平执法	秉公办事
类型 I 错误	3.09	2.85	2.76
类型 II 错误	3.06	2.80	2.70
无法选择	3.12	2.87	2.79
整体	3.08	2.83	2.74

[137] 相关解释,读者可以参见熊谋林、赵勇、程乙峰:“重考量刑公正与量刑差异——德阳市五个基层法院的定量研究证据”,《犯罪研究》2014年第6期。

R ²	0.0005		0.0007		0.0012	
F	2.80	*	3.80	**	6.39	***
Bartlett's ²	5.36	*	1.64		1.00	
* p≤0.1, ** p≤0.05, *** p≤0.01						

本部分的研究再次证明,贝克、波斯纳、热曼的危害均衡结论至少在中国得到支持。相反,诸多文献中提及的危害偏好论并没有被证明。既然大样本的调查未能发现危害偏好优势,那么学术理论所倡导的“错判”大于“错放”危害从何而来?是学者们自命不凡的精英思维,还是危害偏好思想本身是空中楼阁?如果学术思想并没有民意和事实基础,那么就有必要及时改正。数据分析只能说明现象,接下来将详细论证危害相当的理论缘由及其贡献。

四、理论更新:危害相当原则

有罪和无罪是刑事司法判决的两种常见结果,刑事司法也常出现法院“错判”、公检法“错放”。在疑难案件中,“错放”和“错判”这两个问题的本质,是刑事诉讼在人权保障和惩罚犯罪、报应主义和功利主义、实体正义和程序正义等多种维度的理念选择性问题上。^[138] 上述多种价值追求时刻处于紧张状态,刑事司法如何调和和理解其矛盾,如何以辩证的观点看待刑事司法错误才是最重要的。^[139] 在理论探讨开始之前,有必要交代两个前提条件:第一,“不枉不纵”永远不可能实现,司法错误的可能性(法律、事实、程序)存在于每一个案件中。因此,如果仅以“既不冤枉好人,也不冤枉坏人”的不偏不倚逃避司法错误,不仅无法正确认识和处理司法错误,反而会在司法错误发生时自乱阵脚。其结果是,媒体操纵司法,舆论左右司法职业者,司法政策疲于顺应舆论制造的“民意”,最终使司法错误的直接利害关系人受害。第二,司法错误的危害相当性,权衡了被错放的真正犯罪人、被错判无辜者、犯罪受害人、司法机关的四方利益,是基于威吓和赔偿等犯罪控制和司法救济所得出的基本结论。

(一)危害偏好理论的缺陷

信息和技术使今天的人类社会不再彼此孤立,社会迁徙和人口流动也打破原来基于地域限制的熟人社会。在这种情况下,新闻传媒和司法公开使人们对冤假错案报道非常熟悉。与此同时,流动作案和犯罪黑数等刑事破案难题使有罪者逃避处罚的概率也更高。对于这个问题,今天的刑事司法者们已经逐渐认识到两种错误的可能性,并因此不再呐喊“命案必破”,或

[138] See Herbert L. Packer, *Supra* note 26, 1; Vidar Halvorsen, *Supra* note 57, 5; Jeffery Reiman, Ernest Van Den Haag, *Supra* note 57, 242-248; 王立峰:“功利抑或正义:错案的哲学思考”,高鸿钧、张建伟主编:《清华法治论衡》(第9辑),清华大学出版社2007年版,页97-98;陈兴良:“错判还是错放:从实体正义到程序正义的正义选择”,《中国律师》2001年第8期。

[139] 参见白建军,见前注[26](文章指出,“无罪率过高,会被指打击犯罪不利;无罪率太低,又会担心人权风险被掩盖起来”)。

者迫于受害人和政治的“压力”而快速破案。^[140]就中国国情来看,危害偏好所具有的缺陷,具体表现为如下三个方面。

1. 类型一错误更严重

坚持将无辜者被定罪判刑的危害性更重,当然意味着,司法职业者所犯的这个司法错误更严重。这将造成两个人们最不愿意看到的场面:

第一,一审法院很难主动纠正公诉人和侦查机关所犯的错误。类型一错误之所以发生,源于法院在定罪时并没有遵守排除合理怀疑的自由心证原则。但这真的是因为法官不愿意遵循司法公正,而自愿犯下错误吗?没有人会自愿将自己置于不利境地,^[141]其病因在于司法流水线作业(one-line-order)的习惯操作。在司法熟人圈里,类型一错误的根源就在于类型一错误更糟的司法理念。一旦出现潜在的错误,这种理念就迫使法院、公诉人、侦查机构共同努力掩盖先前的错误,^[142]这就是为什么中国的无罪率只有0.2%的原因。^[143]因为,一旦作出无罪判决,就意味着先前的多个机构已经犯下严重的“耻辱性”错误。更何况,侦查机构和公诉机关甚至为此投入了巨额资本、信誉、政治命运,一旦纠错简直就是“灾难性”后果。对于人情、官情等熟人社会引发的世俗常态来说,这是基于“面子”、“关系”下的人性部分。更何况,人民检察院在监督地位上处于天然有利地位,公安也是政法委中的核心力量,当关系变成“压力”时,各方劝说后的无罪率当然就更低。^[144]

第二,各级法院机构拒绝纠错,无辜者洗冤更难。在多年的刑事司法理念侵蚀下,法官们从来都不可能主动承认司法错误。因为一旦确认错误,意味着对自己职业生涯或者名誉造成沉重打击。^[145]那么,谁都不会轻易承认:“我犯了一个不可原谅的严重错误”。这就是为什么,今天全球的不幸者洗冤之路如此之长的原因,即使事实清楚、真凶出现或有罪者供述也难以被释放。^[146]当面临可能的错误时,在多年的有罪推定模式下,一审法官的心态是“与其犯众怒,还不如让审委会决定”,将“领导”、“同僚”的意见作为裁决的挡箭牌。对二审法官来说,多以发回下级法院重新审判,既可以内部指导方式告知存在的证据问题,又可以法律程序避免担责。然而,在这场“两全其美”的审判游戏中,无辜者在法律程序内被自觉洗冤的希望非常渺茫,除非有案外因素介入。

类型一错误危害更严重的支持者可能会说,无罪判有罪不仅将无辜者送入监狱或被执行死刑,而且在错关无辜者的同时放纵了真正罪犯,类型一错误也同时触犯类型二错误。^[147]的

[140] See Dianne L. Martin, *Supra* note 127, 848; 沈德咏,见前注[1]。

[141] 参见李建明:《刑事司法错误——以刑事错案为中心的研究》,人民出版社2013年版,页308。

[142] 参见熊秋红,见前注[4]。

[143] 参见熊谋林,见前注[31];白建军,见前注[26]。

[144] 参见熊秋红,见前注[4]。

[145] See Steven A. Krieger, “Why Our Justice System Convicts Innocent People, and The Challenges Faced by Innocence Projects Trying to Exonerate Them”, 13 *New Criminal Law Review*, 387(2011).

[146] 参见熊谋林,见前注[31];See C. Ronald Huff, et al., *Supra* note 126, 518.

[147] 参见何家弘,见前注[4]。

确,如果以此为理由,类型一错误更严重就有逻辑基础。但是,类型一错误通过惩罚“犯罪”及刑事附带民事赔偿,满足了受害人的物质补偿和心理修复,从而制止了受害人的复仇感。当然,刑事诉讼中的物质补偿仅是沧海一粟,甚至不少受害人家属拒绝物质补偿。真正起作用的是,通过彰显司法正义实现受害人内心中的“正义”和“复仇”意愿。从这个立场来说,类型一错误不一定比类型二错误危害大。因为错放有罪人对于受害人来讲是“一无所有”,而类型一错误至少还有一个错误的赔偿清单,并实现了“罪有应得”的正义。

2. 类型二错误更轻

经典的刑事司法正义是程序正义,是阳光的正义,是看得见的正义。在这种理念支持下,有罪者因证据或程序上的问题被判处无罪,被认为是程序正义的经典表现。在类型一错误更严重的理念之下,判处无罪被接受的原因是“这种错误更轻”,是“人权保障”原则下的当然选择。这种辩解其实很难成立,主要原因在于没有认识到类型二错误的如下三点危害:

第一,不能及时减损。对于个体犯罪者来说,释放真正的有罪人,有可能降低刑罚的惩罚必然性,使得再次犯罪的投机心理更趋严重。刑罚的惩罚使命是改造或隔离犯罪者,进而保障社会安全。然而,类型二错误使有罪者逃避处罚,从而给社会带来更大的危险,连环杀手或多次犯罪者就是最好的例子。例如,聂树斌冤案的凶手王书金在逃案后又奸杀多名女性,以及著名的无罪者 O. J. 辛普森于 2007 年又在拉斯维加斯因持枪抢劫被逮捕。^[148]

第二,降低刑法的威吓效果。“刑当罪则威,不当罪则侮”。^[149] 刑罚的免疫效果,或因犯罪黑数而未能侦破案件,对潜在的犯罪人可产生示范性激励作用。对于群体犯罪者来说,当某一个犯罪人相安无事时,这种免疫就刺激出更多的犯罪人。^[150] 基本逻辑是,免疫效果越强,刑罚的威吓力就越弱,犯罪刺激效果就越强。^[151] 例如,同一乡村出现大量的乞讨、诈骗、制毒贩毒、走私系列犯罪,以及当前假发票猖獗等犯罪现象即是如此。^[152]

第三,司法救济缺失。刑事司法的另一重要使命是,通过惩罚所代表的国家公权力彰显正义。^[153] 如果释放或直接判处无罪,并且美其名曰以“法律的正义”灌输类型二错误较轻或根

[148] 参见杨兴培,见前注[13]。

[149] 《荀子·君子》

[150] 参见何家弘、何然,见前注[21]。

[151] See Herbert L. Packer, *Supra* note 26, 9 (作者指出,“如果法律没有良好实施,也就是说,如果刑事诉讼中可以看到高比率的犯罪人没有被逮捕和定罪,就有可能产生一般性的漠视法律控制效应”。

[152] 参见马进帅:“‘乞讨村’背后的故事”,《检察风云》2012年第4期(西北某乡是有名的“乞丐乡”,这里的人们大多都有过外出乞讨的经历);刘健、秦亚洲、张琴:“‘造枪村’警醒贫困地区路径选择”,《瞭望新闻周刊》2006年第22期(贵州松桃苗族自治县,有10个乡镇的15个村涉及非法制贩枪支);张成斌、徐旭宇:“‘雷霆扫毒’围剿制毒村”,载《边防警察报》2014年1月4日,第001版(广东陆丰地区冰毒制造占全国1/3,博社村的制毒活动呈现典型的“家族式运作、产业化经营、地方保护”等特点)。

[153] 在一篇报道中,记者报道了受害者成为犯罪人,而打人者成为无辜者的故事。公安机关为了替真正的罪犯洗脱罪名,伪造和篡改病历,将被打者说成是打人者,将打人者说成是被打者。受司法潜规则作用,砍人凶手王德安还在逍遥法外,并且用魔力让王永芝家的人一个个深陷圈套。宾语:“砍人真凶逍遥法外,受害者家属连遭拘留”,《法制与经济》2008年第11期。

本没有错误,那么受害人不可能获得物质和心灵赔偿。这种效果,与类型一错误更严重是一个道理。

不仅如此,类型二错误更轻将会加剧公民之间,以及公民与司法机关、社会之间的矛盾。对于微观层面的犯罪受害者和无辜者而言,由于国家公权力在惩罚犯罪上的软弱立场,私力救济和自我报复也就成为实施犯罪的火药桶。^[154]当然,一个理性的受害者,可能不会采取极端行为,但这也将会改变司法的正常运作程序。今天,一些诸如缠讼、上访、缠访行为,以及上下级对“双方”案件的关注博弈,已经使司法机构疲于应对。例如,河南李怀亮案的死刑保证书,就是司法机构对受害人家属无可奈何的典型表现。

3. 类型二错误更重

“放走一个坏人,容易毒害社会”,司法界常常担心有罪者漏网。就个案来看,司法办案讲究效率和及时性当然是好事,不仅可以抚平受害人家属的心理创伤,而且也可使民愤得以消解,社会安全的信心得以恢复。这也是“严打”、“限期破案”的基本逻辑,为了恢复社会信心,上级司法决策机构常在案件爆发时表达尽快破案的决心,并在破案以后隆重召开庆功会。但从宏观层面看,这会给司法从业者心理暗示,破案越快越好,“立功有奖,办砸有罚”。^[155]于是,为破案而采取各种手段都是应当的,非法逮捕和刑讯逼供、诱供当然就屡禁不止。^[156]对于常态性案件,以及证据清楚、链条清晰的案件来说,“司法必要措施”当然容易成功。但一旦遇到疑难案件时,快速破案就成为快速制造“破案”、“冤案”,最终无法真正破案。因此,杜绝错误危害二更严重的观念也不容忽视,其恶害主要也有如下三点。

第一,容易转向类型一错误。过于担心漏网犯罪人,所以就采取眉毛胡子一把抓的战略。如果以此为司法行动指南,则必然使刑事司法朝着冤枉无辜方向发展,严打期间出现的错案即是最好例子。其结果是,更多的无辜者在侦查或犯罪控制活动中,被错误羁押、逮捕、定罪。^[157]第二,容易形成警察社会。刑事司法过于强调类型二错误,社会管理就容易依赖“乱世用重典”的思想。事实上,研究显示治国无需用重典,只要认真执法便可治世。^[158]第三,法制秩序可能被破坏。类型二错误更严重,则意味着更加强调惩罚的确定性。然而,一旦过于强

[154] 如刘俊海冤案中,刘曾经几次打算对他刑讯逼供的人进行报复,要不是刘的母亲苦言相劝,很可能类似于湖南、甘肃等地用土炸弹炸法院之悲剧不知发生了多少次。作者(不详):《河北两男子被认定命案凶手关押15年后无罪释放》,载《时代商报》2010年6月10日,第A06版;杨兴培:“刑事司法观念的转变与死刑案件再查制度的确立”,《法学》2010年第6期(作者指出,“当民众中哪怕只有一小部分人因长期的被冤枉、被践踏、被拒绝,丧失了最基本的尊严和自我确认的条件,最终也会形成乖戾暴虐的性情”)。

[155] 例如,有人在反思余祥林冤案中的命案必破指出,“命案一旦告破,则立功授奖,皆大欢喜,也就证明了你是称职的领导;命案破不了,那就表明你工作不负责任或者没有能耐,一票否决,甚至会丢了“乌纱帽”。于一夫:“余祥林冤案检讨”,载《南方周末》2005年4月14日。

[156] See Herbert L. Packer, *Supra* note 26, 12.

[157] 在黑龙江省隋洪建冤案中,肇东警方侦查的结果是,赵某没有作案时间作案条件。正是这一侦查结果,把案件推向了另一极端,使真正的凶手逃脱,而使隋家十几口人蒙上清白之冤。参见张孝军:“真凶也难为16位无辜者洗冤:一起伤害案与一个家族的牢狱之灾”,《法律与生活》2001年第10期。

[158] 参见陈硕、章元:“治乱无需重典:转型期中国刑事政策效果分析”,《经济学(季刊)》2014年第4期。

调此问题,超期羁押、过度羁押、刑讯逼供问题就会快速增长。2005年至2014年,中国的超期羁押在2007年达到最低点以后,再次反弹后呈快速上升趋势。^[159]其重要原因就是,太过于看重释放一个可能有罪人的危害很大,由于转型时期各种社会矛盾突出,刑事司法往往超负荷运转于“维稳”中。

历史反馈出这样一个信息,类型一错误危害更严重的布莱克斯通公式,不仅没有阻止欧美国家发生刑事司法错误,反而使错误定罪呈上升趋势。与此类似,中国最近十年的有罪率狂飙,无罪率更是呈下降趋势,判处无罪的难度更加大。类型一错误更严重的初衷本是为避免无辜者被定有罪,然而,现实给予的沉重打击却是:无辜者不仅未被及时从监狱释放,反而使更多无辜者入狱的风险更高。历史虽不能被批评,但反思可以总结经验教训。过于强调或担忧刑事司法错误而酝酿冤案的历史,足以为今日之司法提供教材。^[160]

(二)危害相当理论的定位

“赏不僭溢,刑不淫滥”,^[161]“赏僭则惧及淫人,刑滥则惧及善人”。^[162]“矫枉过正”是中国的警世名言,为什么这一传颂几千年的格言不能应用于刑事司法中呢?并非刑事立法和政策制定者不了解,而是因为在社会压力下容易误信其中一个偏好。不偏于类型一错误,也不倚重于类型二错误,危害相当才是健康的刑事司法理念。这个理念可以定位为:思想上要求,无辜者判有罪与有罪者判无罪的社会危害性相当,两者之中的危害性不存在哪一种更严重之说;认识上要求,认识错误的不可避免性,不以“不枉不纵”的理想主义回避现实;行动上要求,真诚接受错误,坦率承认错误,敢于及时纠正错误。定位相当理论,反对现行操作模式中的三个极端,并提倡正确认识错误的逻辑前提。

1.反三个极端

要定位危害相当原则,首先需回应三种有说服力的现实主义极端。

首先,“疑罪惟轻”理念不可行。^[163]因为这在“错杀”和“错关”的概念上选择中庸路线,对于司法正义和司法救济来说没有任何实质性作用。多年来,中国刑事司法在错案问题上,常遵从死刑立即执行→死缓→无期徒刑→有期徒刑→无罪(迫不得已)的判决逻辑。然而,这种“挤牙膏”式的做法不仅无法满足诸如死刑保证书案受害人对于“杀人必死”的诉求,反而会纵容司法者制造和掩盖错案。^[164]在这种情况下,无辜者虽然保住了命,但在长期牢狱下却留下“生不如死”的终身残疾,例如杜培武、王树红、王本余、赵宝宏案。

[159] 国家统计局:《中国统计年鉴(2006—2015)》,“人民检察院纠正违法情况”,网址:<http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/>,最后访问日期:2016年1月7日。

[160] 参见陈柏峰,见前注[14](作者指出,“避免冤案的制度常常还是放纵坏人的制度”)。

[161] 《后汉书·梁商传》。

[162] 《左传·襄公二十六年》:“善为国者,赏不僭而刑不滥。赏僭则惧及淫人,刑滥则惧及善人。若不幸而过,宁僭无滥,与其失善,宁利其淫”。郭丹、程小青、李彬源,见前注[11],页1389—1390。

[163] 如前述,该理念本身源于晋人伪造的《尚书·大禹谟》,这更加说明其并没有正统依据。参见蒋铁初,见前注[7]。

[164] 参见于一夫,见前注[155]。

其次,“回避错误”不可行。反复重审,这是刑事诉讼中对潜在无辜者的一个常用作法,这被称为相互踢皮球现象。^[165] 尽管这是刑事司法程序的滥用现象,但为什么上级法院不愿意直接判处无罪? 除开考核、压力、以及打招呼外,这在程序上表现为对无辜者权利的漠视,更存在一种典型的“错不在我”、“刀下留人”、“保命有功”的回避主义观念。^[166]

再次,“形势需要”不可行。社会的快速发展导致社会关系复杂化,而社会管制措施具有滞后性,并往往在带血的经验教训下才有更加理性的观念。在此过程中,应当避免在犯罪频繁时期以“打击犯罪”需要为由,容忍司法错误侵犯人权。因为,今天的错误会成为明天的历史,而历史毫无疑问会记入社会发展的轨迹中。与此相反,也应当避免在犯罪率下降时期以“保障人权”需要否定打击犯罪的功绩,但不能将这种“不得已”的做法变成司法职业活动中的常态准则。

2. 逻辑前提

定位危害相当原则,有三个基本的逻辑前提,其核心是错误的不可避免性和冲突性。

第一,错误的不可避免性。人性的最大特点也是最大缺陷是犯错。有人会说,经过如此严密的证据审查程序,怎么可能出错呢? 道理很简单,事物的发展性和认识的能动性、局限性,司法从业者不是能洞察一切的神仙。即使最严格的程序也有可能出现司法错误。在刑事诉讼过程中,重点不是已经发生的错误本身,如何避免更大、持续的错误才是刑事立法和司法的重点。

第二,精确评价错误危害偏好的不可能性。古典学说和现代评价虽各有不同,但任何主张危害偏好的学说均没有经验证据支撑。披露出的错案的确是刑事司法的悲剧,而且还有更多的潜在无辜者没有被披露。然而,刑事司法中也还有大量没有被破案的犯罪,这些继续犯罪所造成的损害完全不亚于对特定无辜者的损害,甚至更大。^[167]

第三,错误的冲突性。刑事司法活动无处不在,因为社会矛盾和社会冲突无处不在。^[168] 随着社会矛盾更加突出,社会分层更加明显,犯罪活动也就增加,刑事司法逐渐朝犯罪化趋势发展。此时,刑事司法如果太过于保守,错放的人更多,社会秩序可能就混乱不堪。与之相反,刑事司法过于激进,则冤案层出不穷。这种错误的冲突现实性,说明社会控制需要正确的理念

[165] 参见陈卫东、李奋飞,见前注[34];李长城:“发回重审与程序滥用”,《山东警察学院学报》2013年第1期;李恩树:“被滥用的发回重审程序”,《政府法制》2011年第7期;汪海燕:“论刑事程序倒流”,《法学研究》2008年第5期。

[166] 如杜培武、赵作海、余祥林等案显示出共性,上级法院在发现案件存在重大证据问题时,在死刑基础上改判死缓,以“留有余地”的判决保无辜者一条命。参见陈瑞华:“留有余地的判决——一种值得反思的司法裁判方式”,《法学论坛》2010年第4期;邓红阳:“赵作海案再曝‘留有余地’的潜规则”,载《法制日报》2010年5月13日,第004版。

[167] See C. Ronald Huff, et al., *Supra* note 126, 541.

[168] 参见陶晶:“创新社会治安管理、有力化解社会矛盾”,《法学杂志》2011年第S1期(作者指出,“任何社会都有矛盾,矛盾无时不在、无处不有,它不可能按照人的意志削弱或下降,只能通过有效地工作去预防和化解,从而实现一个动态的稳定”);王满荣:“认真看待冲突”,《探索》2006年第5期(作者指出,“我们应对冲突抱有理性的态度,因为冲突具有客观性和普遍性”)。

指导刑事司法活动,尤其对转型时期的中国更加重要。

主张两种错误的危害相当性,笔者的根本目标是建立识别错误、包容错误、纠正错误的积极理念。^[169]既然应对刑事司法错误主要是理念问题,那么,如何在这个理念之下建立良性的社会态度才是关键。定位危害相当原则,如果社会接受有罪者被判无罪(类型二错误)是法律正义的体现,那么有何理由不能接受无罪者被判有罪呢?有时候,少数刑事司法从业者甚至以对某人“宣判无罪”,从而维护了法律上的程序正义而感到自豪。然而,在类型一错误问题上,今天多数的刑事司法者、法学家、媒体就很难接受了。不仅司法操作中对无罪起抵触作用,甚至连立法上对无罪者的权利也规定得模棱两可。在民意调查研究开展以前,偏信于类型一错误更严重可以理解。但是,本文的民意基础已经指出,两种司法错误均有可以接受的空间,这就需要给司法错误一个包容空间。否则,任何过于谴责错误的结局是,没有人愿意主动承认错误,最终损害与错误相关的无辜者和受害人的权益。

(三)危害相当理论的根基

从1991年以来,最高司法机关陆续颁布多个司法文件去惩处错案的责任人。^[170]这似乎给人留下两个印象,没有这些文件,貌似就没有人会受到处罚;只要犯了错,就会受到严厉处罚。事实上,司法政策淡化处理司法错误更有利,没有人会因为严格的责任而主动承认错误。如果在司法中能落实好责任区分机制,尽量不以政策和责任威吓司法从业者,则不仅可以为洗冤和纠错减少司法障碍,而且有利于树立伸张正义的积极态度。^[171]

1. 容忍基础

有人会担心,如果容忍司法错误,很可能刑事司法就乱套了。如果能建立在错误的不可避免性上,刑事司法自身具有局限性决定了错误也是不得已。当然,错误过多,社会秩序肯定混乱。然而,社会管理是一个趋于稳定的过程,而不是注定绝对安全。犯罪不可能被永远禁止,存在可以破案和无法破案的犯罪也很正常。犯罪控制一直以来就是权力机构和犯罪者之间的博弈,其结果是多数犯罪得以控制,少数人漏网或被冤。因此,这些担心没有必要,主要有如下几个原因:

第一,人性的弱点是犯错,但人性的长处在于识别和纠正错误。正如没有人愿意成为罪犯一样,也没有人愿意永远犯错。至于为何坚持犯错和执迷不悟,这与危害偏好的社会和观念基础有关。正如“形势逼人”、“环境逼人”一样,司法错误和犯罪也是社会创造的。

第二,刑法规定得非常细致和严密,足以为滥用权力治罪。这不仅体现在刑法的罪名体系上,而且若干个司法解释对定罪要素进行了严格规定。的确,现阶段及过去一段时间里,刑法没有在司法中获得良好执行,但不能因为司法中出现的问题而否定刑法的价值。

第三,刑事诉讼法上的证据和程序控制对预防错误起很大作用。最近的研究显示,1996

[169] See Dianne L. Martin, *Supra* note 127, 848.

[170] 参见陈党:《问责法律制度研究》,知识产权出版社2008年版,页155—157。

[171] 参见徐美君,见前注[2]。

年刑事诉讼法对减少冤假错案起了很大作用。^[172]与此同时,2000年以后的非法证据排除规则,不知已被应用了多少次。当然,刑事诉讼法肯定还不完善,还需要相当长的法治进程。

第四,正义最终会被伸张,只是来得太迟。^[173]只要道路通畅,自会有人主持正义而积极纠错。司法错误久拖不决的思想原因就在于,类型一错误更严重的理念驱使下,各种因素导致人民法院在不得已情况下才于最后一刻宣告无罪。事实上,检察机关和人民法院每年都有少量案件直接不起诉或者撤销起诉,或直接改判无罪。^[174]

2. 问题基础

从表面现象看,刑事司法错误的核心是证据和证明问题。这是法律技术要处理的具体操作,可以通过完善的立法予以补正。如果缺乏长远而科学的理念,任何法律规定和操作都有可能被善于投机的司法实务家们抛于脑后,而且立法会疲于应对司法问题。法律社会家们主张的书本法(Law in Book)与实务法(Law in Practice)之间的脱节,就是最好的例证。不妨对此深入剖析,以观司法错误的问题根源。

第一,证据基础。任何一个案件中,都存在证据认识的模糊性和不完全属实的可能性,因此对案件事实的认定也可能出现不真实性。^[175]对于类型一错误而言,通常是因证明有罪者的证据不充分,才对无辜者采取举证责任倒置。因为无法通过证据查找真正犯罪人,所以错误地将无辜者逮捕、羁押,甚至使用刑讯逼供获取口供以“平民愤”、“请功”。对于类型二错误,依然是因为确认有罪的证据不充分,或者因为证据污染而导致无法定罪。受限于客观条件,有罪证据不充分很可能是因人力、财力、技术侦查能力等限制,或反侦查技术原因。^[176]考验刑事文明的关键问题不是证据是否充分,而是在证据不充分的情况下如何运作。

第二,观念基础。理性的司法从业者会欣然接受犯罪黑数或无罪判决,但如果在危害偏好的立场支持之下,犯罪黑数和无罪会被理解为对司法的亵渎。^[177]当然,司法从业者素质不高和渎职等人为原因,以及司法不独立等法治不健全因素,也的确是冤假错案的现实原因。但思想和观念问题才是刑事司法错误发生的最根本原因,把思想包袱清除掉才能轻装上阵,才能从根本上解决冤假错案发生的根源。正所谓“证不足不合入罪”,^[178]在两种错误类型之间,与其出入人罪,不如坦然面对。

[172] 该文目前处于评审阶段,暂定标题为《从错案发回重审案件谈审前释放》,读者可追踪将来的出版物。主要采用 OLS 稳健回归方法,控制刑事诉讼法实施的时代,考察立法对错案羁押期限的影响。

[173] 何家弘感言,“人们不仅追求正义,而且期盼及时到来的正义”。何家弘:《迟到的正义:影响中国司法的十大冤案》,中国法制出版社 2014 年版,扉页。

[174] 参见徐美君,见前注〔2〕。

[175] 参见何家弘:《短缺证据与模糊事实》,法律出版社 2012 年版,页 89。

[176] 参见易延友:“冤狱是怎样炼成的——从《窦娥冤》中的举证责任谈起”,《政法论坛》2006 年第 4 期;谢锐勤:“不可能的任务:冤案的发现与证明”,《中山大学法律评论》(第 9 卷第 1 辑),法律出版社 2011 年版,页 221—222。

[177] 参见杨兴培,见前注〔154〕;沈德咏,见前注〔1〕。

[178] 蒋铁初,见前注〔7〕。

3. 权利基础

当面对刑事司法错误时,经常想到的是无辜者“含冤而死”、“蒙受冤狱”。然而,对于类型二错误来说,如果不能对有罪者判刑,受害者同样会因“含冤而死”成为冤魂。因此,从人身权利来看,类型一错误和类型二错误同样具有均衡性,这是社会常识。事实上,任何一个刑事司法错误,其法律关系背后的财产权利也有可能存在均衡。就中国而言,刑事冤假错案的主要类型为杀人、伤害、强奸等人身犯罪,以及盗窃、抢劫、贪污、受贿、职务侵占等财产犯罪和经济犯罪。^[179] 具体来看,司法错误的财产权得失主要通过三种方式体现:

第一种,财产损失。对类型一错误来讲,这种损失表现为无辜者因为错误监禁所造成的财产损失,如企业破产、利益损失、工资损失等。^[180] 尽管这些损失是客观实在的,但却不能获得赔偿。对类型二错误来说,罪犯损毁财物或赃物无法追回,受害人同样可能遭受巨额财产损失。

第二种,财产赔偿。对类型一错误来说,无辜者损失了难以承受的自由和身体健康,丧失了创造社会财富的机会,国家为司法从业人员的错误行为也需承担赔偿责任。对类型二错误来说,错放不仅无法补偿已然受害人的损失,而且潜在受害人将继续遭受新的犯罪损失。可以说,类型一错误是无辜者和国家的“双亏”,类型二错误是已然和未然受害者的“双亏”。

第三种,财产支出。无辜者通常要为洗冤而花费大量的人力、财力去承担维权的开销,如聘请律师和承担住宿。有罪者为了获得法律上的无罪,也必然想尽一切办法寻求无罪可能,并有可能还产生贿赂等灰色支出。据此,有罪者的经济“支出”换来的是自由,无辜者的支出换来的也是自由。从成本和经济效益来看,二者的功效均一致。

(四) 危害相当理论的贡献

与危害偏好理论相比,危害相当理论对于立法、司法、教育具有重要作用。对于刑事法哲学来说,以风险性司法和均衡论为基点,可提供错判不比错放严重,错判与错放一样可以接受的法理。对于立法者来说,基于错误的普遍性,可建立一定的错误识别机制,在制度上敢于主动预先出击。凡是可能出错的,以立法方式赋予一定机构的纠错特权和纠错便利,如越级申诉或异地审理等。对于司法政策制定者来说,引导比谴责更有效,传播

[179] 参见胡瑶:“中国刑事无罪错案特征之实证分析——以316名无辜刑事被告为样本”,西南财经大学2015年硕士论文。

[180] 参见张兵:“无罪者周炳然难以赔偿的人生”,《中国经济周刊》2012年第47期(安徽周炳然案声称,停止工作损失260029元);游春亮、叶约龙:“一银行原职员申请国家赔偿110万元”,载《法制日报》2007年12月10日,第005版(洪善谱案提出包含工资、公积金、房屋转让在内的各项损失110多万元);刘冠南:“戴8年诈骗犯帽子罗建新索赔2191万”,载《南方日报》2011年3月23日,第A08版(广东罗建新案,声称其公司被公安机关扣押的未还财物及利息损失达1990万元);王珂:“论国家赔偿法中的‘依法赔偿原则’”,《攀登》2014年第3期(广东朱红蔚案声称,被扣押车辆损失、被拍卖房产损失、职务工资损失、银行信用卡欠款本息、社会保险费、公司无法上市损失、应收工程账款损失共计2931.077万元);作者(不详):“杜光东:科学家蒙冤入狱3年,索赔1034万”,《章回小说(中旬刊)》2011年02期(广西杜光东案要求北海中院赔偿包括846万股股权的入股资产等1034万元损失)。

“只要能够及时纠错，错误并非不可弥补”的社会正能量。^{〔18〕}对司法从业者来说，“错判”和“错放”都有危害，最快速的纠正错误就是最佳的正义，最冗长的程序和反对纠错才是对正义的亵渎。对新闻传媒来说，可以公正报道错案，但不能大肆渲染而煽起民众对司法的不信任和仇视感。对于刑事司法教育来说，应该时刻警示学生，错误的不可避免性和正确的态度认识观，与其继续犯错，还不如及时纠错。这是一件艰巨的学术任务，在培养新一代司法从业者时，刑事司法教育者应当记住：纠错的难度与判错的容易性成反比，拒绝纠错就等于以法律名义非法拘禁公民；过于强调错误危害偏好，只会培养根深蒂固的拒绝纠错思想。

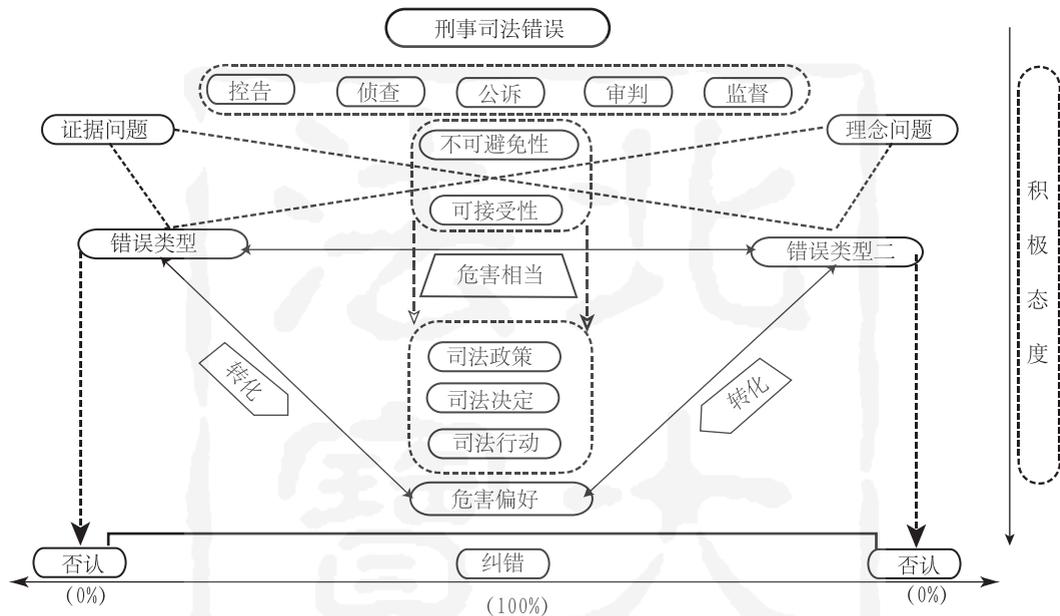


图1 危害相当理论下的错误应对策略

图1是危害相当原则的理论和政策意义简图，它清晰地表达了错误的发生时空，危害偏好对于主动纠错的不利影响。刑事司法错误之所以发生，主要法律原因是证据问题，但最根本的问题是没有形成诉讼风险观念，未能认清两种错误在危害偏好刺激下的相互转化性。刑事司法错误的发生并非只有审判环节才会出现，而是在整个刑事诉讼程序具有联动效应。因此，控告、侦查、公诉、审判、监督环节均有可能出现司法错误，只要有一个环节能够积极纠正错误，那么刑事司法错误所造成的恶害就不可能继续。冤枉好人与放纵坏人(犯罪黑数)一样有危害，这是社会控制和刑事司法必须付出的代价。在危害相当原则框架下，司法政策、司法决定和司

〔18〕 参见徐美君，见前注〔2〕。

法行动应当以快速纠错为核心点。至于如何行动,这是一个法律技术问题。

刑事司法政策能够对实践起良好指导,但如果依据不足,则很可能误导刑事司法。^[182] 应牢记两个教训:强调放走坏人的危害性,必然导致在证据不充分的前提下为应付类型二错误,使无辜者成为有罪者的替罪羊;^[183] 强调冤枉无辜者的危害更严重,不仅导致无辜者难以获得纠错,而且最终因否认或拒绝纠正类型一错误,使有罪者逃脱处罚。^[184] 至于传统的“错判”危害大于“错放”的倾向性意见,无论是在过去,还是现在均没有民意基础。危害相当原则非但不会导致民众对控制犯罪失去信心,反而更加有利于建立“保障人权”和“控制犯罪”两者都不误的刑事司法氛围。

五、结论:应对未来的刑事司法错误

研究刑事司法错误,回应并致力于改变现状,这是新老一代法学人为拯救无辜者而付诸努力的梦想。然而,学术观点很容易陷入冤案泥潭和舆论陷阱中不能自拔,并稍有不慎又从舆论极端走向理论极端。如此以来,处在中间环节的司法实践,常因理论前沿和操作滞后出现两张皮现象。诚然,“错放”危害大于“错判”,以及“宁可错放,不可错判”,可以在短期内关注错判的危害。但是,就长期而言,危害偏好理论有两个基本问题无法解决:

第一,有罪者逃脱是否真比冤假错案危害更小。为什么有毒奶粉案要等媒体曝光后才立案侦查,^[185] 为什么地沟油和毒胶囊要等进入全国市场而被媒体报道后才开始控制,为什么电影《失孤》的画面能够代表万千被拐卖儿童的家庭? 答案不言而喻,刑事司法活动在初期因地

[182] See Daniel Epps, *Supra* note 62, 1151.

[183] See James G. Bell, Kimberly A. Clow, and Rosemary Ricciardelli, “Causes of Wrongful Conviction: Looking at Student Knowledge”, 19 *Journal of Criminal Justice Education*, 77(2008) (作者指出,“如果相信公诉人的工作就是胜诉或者让被告定罪的话,那么这个态度将有风险增加错误定罪”); Heather Schoenfeld, “Violated Trust: Conceptualizing Prosecutorial Misconduct”, 21 *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 250(2005) (作者指出,“大量冤假错案起源于公诉人的滥用职权行为,他们在追求职业成功、环境压力和赢得定罪的同时,由于角色和动机的限制,容易运用手中的权力实施失范行为”); Catherine Ferguson-Gilbert, “It Is Not Whether You Win or Lose, It Is How You Play The Game: Is The Win-Loss Scorekeeping Mentality Doing Justice for Prosecutors?”, 38 *California Western Law Review*, 307(2001) (作者指出,“公诉人失范行为起因于输赢记录的保持,以及整个国家公诉办公室的寻求定罪精神”).

[184] See Vidar Halvorsen, *Supra* note 57, 6 (作者指出“一个提高定罪的证据标准去尝试减少错误定罪数量的方法很可能将增加错误判处无罪的数量”); C. Ronald Huff, “Wrongful Conviction and Public Policy: The American Society of Criminology 2001 Presidential Address”, 40 *Criminology*, 3(2002) (作者指出,“刑事司法中的类型一错误类型一错误和类型二错误类型二错误存在反向关系,当我们每次强调无辜者被定罪时,有罪者对于其他受害者来说还是相当自由的”).

[185] 参见唐哲:“谁制造了大头娃娃”,《中国质量万里行》2004年第6期(作者指出,“安徽阜阳市颍州区三合镇农民李喜因其女儿食用空壳奶粉贝佳利遭遇了伤害,多次向当地有关部门投诉未果”).

方保护主义、潜规则运作,或者诉讼成本担忧,而忽略放走有罪人的严重危害性。^[186]

第二,刑事司法研究到底是为谴责错误而设,还是纠正错误更有益。答案不言自明,错误只会防不胜防,在大力呼吁刑事司法错误的危害偏好时,任何一种错误都难以被彻底纠正。^[187]坚持“错判”大于“错放”的结果是,幸运的无辜者除享受“疑罪惟轻”的刑罚优待外,早日释放只是立法和司法的假想正义;^[188]幸运的有罪者能够继续猖獗的犯罪活动,而置人民的生死于不顾,犯罪控制因司法潜规则而成为空中楼阁。^[189]

因此,公检法在面对刑事司法时,不应担心错误的危害有多严重而努力掩盖,而应敢于积极承认错误,并且没有迟延地纠正错误。^[190]将来一段时间内,刑事司法错误研究也不应一边倒谴责错判,而应寻找纠正错判的有效、快速、方便的方案。得益于前人的诸多文献,作者在收集和整体资料基础上建立了理论框架,并以此作为检测司法错误危害偏好的思想渊源。然而,受限于语言表达能力,作者在论证危害相当理论时遗漏不少。本文的数据决定了无法进行长时间追踪,还需要结合将来的调查进行对比。社会科学很难解决所有难题,尤其受资料所限而举步维艰。为此,作者建议,中国综合社会调查重设司法错误问卷,从而为评估危害偏好态度的变化提供资料。

最高人民法院2015年公布的《关于全面深化人民法院改革的意见》,意图为冤假错案建立有效的预防和及时纠正机制。这预示着,中国的刑事政策观念朝温和方向发展,不仅不再强调考核、无罪率、发改率、破案压力,而且开始对错罪责任追究提出了甄别性意见。^[191]2015年9月7日,安徽省高院在《亳州晚报》公开承认错误并道歉,率先在全国开启积极承认错误的做法

[186] 储槐植等指出,“中国食品安全犯罪的立法上以结果为本位的定罪门槛高,刑事处罚严等特点。但是,刑事司法实践中,却出现食品安全犯罪的控制和查处不力,存在严重的厉而不严,犯罪人漏网等现象”。储槐植、李莎莎:“论我国食品安全犯罪刑事政策”,《湖南师范大学社会科学学报》2012年第2期。

[187] 已经有学者清晰地认识到,错误责任追究机制不仅不能减少冤假错案,反而在考核机制和流水线作业情况下,公检法、上下级审判机关形成严格的攻守同盟,纠错基本不可能。参见徐美君,见前注[2]。

[188] See Daniel Epps, *Supra* note 62, 1151(作者指出,“如果它(布莱克斯通错误率)运用于刑事司法系统,并且最重要的是,无辜者自身将更加糟糕”)。

[189] 参见利检、何方:“放纵犯罪自栽跟头”,《江淮法治》2005年第5期(利辛县工商局查处4期假冒伪劣食品不依法移交刑事案件,致使过期牛肉、不合格奶粉流入市场);吕贵民:“子长县巡警大队中队长触犯法网”,载《陕西日报》2007年6月5日,第004版(巡警大队队长放纵盗窃犯不立案,结果在释放后的十几天连偷三辆摩托车);马德宾、陈瑞华、王明辉、王刚:“铁路乘警放纵犯罪嫌疑人事后收受好处费应如何定性”,《人民检察》2007年第3期(乘警长发现汽车盗贼,放纵不抓并参与分赃)。

[190] See Daniel Epps, *Supra* note 62, 1151(作者指出,“与我们的直觉相反,一个系统尽量多地公然声称忍受无辜者被定罪,对司法实践处理无辜者要好得多,或者至少不会像我们想象的那么坏”)。

[191] 如进一步强化审级监督,废除“破案率”、“无罪率”、“发改率”考核标准,明确责任追究制度;健全法官职责保护机制,甄别不同过错事由上的免责事由;全面贯彻证据裁判原则、明确非法证据的范围和排除程序。

值得肯定。^{〔192〕}事实证明,这不仅没有引起轩然大波,反而在全国赢得一致好评,这说明本文的理论具有现实可行性。未来的刑事司法应当谨记错误不可避免,这是刑事诉讼的固有风险。有“危害相当”理念支撑,鼓励承认并忍受司法错误,这有利于尽早缓解错案受害人遭受的痛苦。掩盖错误比错误本身更可怕,刑事司法既要宽恕类型一错误,也要容忍类型二错误。^{〔193〕}

“人谁无过?过而能改,善莫大焉”。^{〔194〕}若能于此,顾虑何妨?

Abstract: The widely accepted ideas that wrongful conviction is worse than erroneous acquittal, and that better letting the guilty go free than incarcerating the innocent are regarded as a notion of criminal justice. However, false positive equals to, or better than, false negative could be still founded by numerous classical literature and history. Nothing more important but how to weights the harm of error in two types, which stands for legislation, judiciary, policy and education in the miscarriage of criminal justice. Using 10732 samples from 2005 CGSS, the article employs various statistical strategies to analyze the detrimental preference for citizen attitude toward erroneous conviction and acquittal. The balanced detriment is supported because the two type errors fail to take over each other. The minorities, higher educated people, and individuals with dispute experience against others are more likely to agree that convict the innocent is worse, when compare to their counterparts. Neither evaluating investment for crime control, nor confidence in criminal justice and law abiding attitude impact on detrimental preference, and the prejudice itself makes no difference to judicial satisfactions as well. Given the inevitable errors and risks in judicial actions, the equal detrimental theory is helpful to avoid the reciprocal transformation between false convictions and false acquittals, and eliminate the influence of prejudicial opinion for wrongful conviction, and meaningful to create positive atmosphere for acknowledging and correcting error as well.

Key Words: Error in Criminal Justice; Type I Error; Type II Error; Judicial Confidence

(责任编辑:江 溯)

〔192〕 参见安徽省高级人民法院:《公告》,载《亳州晚报》2015年9月7日,第16版(公告内容为,“我院依据《国家赔偿法》的相关规定,已向邱超等19位赔偿请求人支付人身自由赔偿金和精神损害抚慰金,现以此公告为他们消除影响,恢复名誉,向他们赔礼道歉”)。

〔193〕 参见李永刚:“宽容:一种政治哲学的解读”,《开放时代》2006年第5期(作者指出,“宽容是对自由价值的尊重,自由的边界就是宽容的边界”)。

〔194〕 郭丹、程小青、李彬源,见前注〔11〕,页734。