

笔谈：错案、死刑与法治

王敏远等

编者按：党的十八届四中全会通过了《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，这是中国共产党作为执政党就治国理政方略对中国人民作出的庄严承诺。《决定》不仅基于现代法治是良法善治的科学理解，对科学立法、严格执法、公正司法与普遍守法进行了总体部署，而且根据现代法治是具体法治的基本判断，对司法活动提出了“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的明确要求。正是在这一特定法治语境下，我国司法机关逐渐加大了对死刑错案的纠正力度，无辜者的沉冤得以昭雪，被错杀者的冤魂得以安息，真正的凶手得以伏法。通过这些纠错行动，正义在个案中虽然迟到，但是最终没有缺席！

死刑错案对于公民生命、自由的戕害以及国家法治形象、根基的破坏，是极其严重的，甚至是不可挽回的！在肯定司法机关对死刑错案纠错努力的同时，我们更应当深刻反省死刑错案得以发生的原因，严肃思考纠正和防范死刑错案发生的有效机制。这是每一个中国法律共同体成员无法回避、必须直面的神圣职责和历史使命。基于这一考量，北京大学法学院和《中外法学》编辑部于2015年1月11日联合举办了“错案、死刑与法治”学术研讨会。来自首都高校和科研机构的刑事法学者以及来自公安、检察、法院与律师行业的实务专家齐聚一堂，打破实体法与程序法的隔阂以及法学理论与司法实务的藩篱，结合近年发现和纠正的典型死刑错案，围绕“错案、死刑与法治”这一重大命题，就死刑错案的类型、死刑错案的成因、死刑错案的防范以及死刑错案的追责等问题，进行了全面、专业而又高效的学术探讨，既形成了普遍共识，也存在着重要分歧。

为了进一步推动法学理论和司法实务对于死刑错案的关注，为司法机关纠正和防范死刑错案建言献策，《中外法学》编辑部约请与会者将现场发言在会后整理成文，组成了现在摆在读者们面前的这期“笔谈：错案、死刑与法治”特别专栏。我们组织这期特别专栏的初衷是，虽然任何法治国家都无法完全避免死刑错案的发生（除非彻底废除死刑），但是，只要我们标榜依法治国，尊重和保障人权，追求个案的公平正义，就必须致力于建构一套防范、发现、纠正和追责死刑错案的有效机制，以最大限度地防范死刑错案，最快速度地发现死刑错案，最高效率地纠正死刑错案，最强力度地追责死刑错案，而不能像当下诸多死刑错案的发现和纠正那样，要归功于“真凶出现”或者“亡者归来”。果如此，则良法善治可期，具体法治可期，法治中国可期！

（《中外法学》主编 梁根林）

第一单元 死刑错案的类型

死刑错案的类型、原因与防治

王敏远(中国社会科学院法学研究所研究员)

法治乃公平正义之治。错案,尤其是死刑案件的错误,即因为死刑而冤杀无辜,是违反公平正义的最为极端的表现,对法治的冲击也最为强烈。因此,基于法治的公平正义的需要预防错案的发生,自古就受到重视。在当今社会,对死刑案件错误的防治尤显重要。应当认识到,在强调依法治国的背景下,在“努力使人民群众在每一个案件中都感受到司法的公平正义”的要求下,以现代法治的原则为基础探讨死刑错案的防治问题,更加紧迫;从诉讼程序和司法体制的层面避免可能发生和纠正已经发生的死刑案件的错误,尤具价值。在此,我们根据死刑错案的类型,基于形成死刑错案的原因分析,依循现代法治的原则和刑事诉讼程序发展完善的需要,对死刑错案的防治进行探讨。

一、死刑错案的类型

死刑错案是指被错误判处死刑的案件。对错判死刑的情况进行分类,是研究死刑错案防治的基础。从不同的角度,我们可以对死刑错案进行不同的分类。其中,“无中生有”,即本无犯罪发生而被判死罪,以及犯罪行为本非其所为而判其死罪,这是死刑错案中最令人震惊的类型。这种错案自古就备受重视,通过诸如《窦娥冤》等戏曲,古人表达了它将引起人神共愤的后果,因此,这类冤错案件是我们首先需要避免发生的。当然,死刑错案作为最典型的“不能挽回的错误”,不论何种类型,都应尽力避免发生。理性地看,在死刑仍然保留的情况下,实践中的冤错难以绝对避免,因为人间的审判不可避免地会出错。然而,这并不意味着我们在预防发生冤错案件的工作中,不能做到避免特定类型的冤错。在我看来,两种类型的死刑错案是完全可以避免的:一种是“不可饶恕的错误”,另一种则是“不能容忍的错误”。

所谓“不可饶恕的错误”,是指明知死刑案件的证明未能达到刑事诉讼法所规定的证明要求,却仍然作出死刑裁判。这种死刑错案主要是指控诉方对辩护方所提出的无罪辩护理由或不应判处死刑的理由未能作出有效回应,致使案件事实不清或证据不确实、不充分,法院依然作出死刑裁判,以及法官经法庭审理之后,并未能“排除合理怀疑”时依然作出死刑裁判。之所以将这样的错误称之为“不可饶恕的错误”,是因为明知该死刑案件并未达到刑事证明要求而作出死刑裁判,乃是故意违反法律的规定作出错误的死刑裁判,对此当然不应饶恕。

所谓“不能容忍的错误”，是指那种基于侦查和起诉中明显且低级的错误甚至严重违法而导致的死刑错案。这样的情况，从已经揭露的死刑错案中可以得到说明。例如，从已经纠正的那些冤错案件来看，几乎都存在刑讯逼供的情形。显然，刑事案件的“侦破”如果是建立在刑讯逼供的基础之上，在现代应该属于“不能容忍”的，由此所发生的错误，当然就是“不能容忍的错误”。此外，还有些错误也十分恶劣，例如，对明显有利于被刑事追诉之人的证据和事实视而不见，导致发生冤错。还有些错误则十分“低级”，也应属于“不能容忍的错误”，例如，侦查人员对现场不作认真勘察以发现和收集相关证据，只是热衷于获得口供并以此定案，甚至对发现的指纹、血迹等不做鉴定。这样的“低级”错误当然是不能容忍的，由此导致的冤错，理应属于“不能容忍的错误”。

需要认识到，这些错误之所以不能容忍，是因为它们都构成严重失职甚至犯罪行为，由此导致的冤错，当然是不能容忍的错误。当然，“不能容忍的错误”是个主观、相对的概念，随着社会条件和人们观念的变化，人们的“容忍度”也会不断变化，对“恶劣”、“低级”的判断标准也会相应变化。从趋势来看，人们对司法公正的期待越来越高，对司法责任的要求越来越严，因而对刑事冤错的容忍度越来越低，有时甚至到了“零容忍”的程度。例如，对刑讯逼供，现在人们大多会持“零容忍”的态度。这种对错误的容忍度的积极变化，正是国家法治发展和进步的重要标志，对此，我们应予以肯定，并尽可能适应。

探讨死刑错案的类型，是为了便于分析导致死刑冤错的原因，并为进一步研究对其的防治奠定基础。

二、死刑错案的原因

造成死刑冤错案件的原因有多种，既有不同的方面，也有不同的层面。我们应对此进行系统研究，透过表象查探深层次的原因，从众多原因中探寻更具有根本意义的原因，以便为防治死刑冤错案件奠定坚实的基础。

从死刑冤错案件形成的过程来看，其原因是多方面的，甚至可以说是多种因素综合作用的结果。从形成过程来看，冤错案件源于错误的侦查，经过不负责任的起诉，最后形成于法院的错误裁判。然而，我们应当透过这个过程看更深层次的问题，在刑事诉讼的不同程序阶段看其不同的原因及共同的问题，只有这样，才能找到造成死刑冤错案件的真正原因。

作为冤错案件源头的“错误的侦查”所包含的内容虽然很多，但主要内容无非是两个方面的：一个方面是技术层面的错误，另一个则是法律层面的错误。技术层面的错误常见的是侦查经验不足或过时或不当使用等，以及相应的侦查手段、方法、技术的缺乏，以及侦查未能尽心尽责等。法律层面的错误则主要是指侦查人员违法办案，常见的是刑讯逼供等。就这两个层面的原因来看，法律错误的原因更需要引起我们的关注。实践情况表明，侦查技术层面的错误虽然可能导致不能及时、准确破获刑事案件，但往往不会直接导致对无辜者追究刑事责任的冤错；而法律层面的错误，尤其是采用刑讯逼供等严重违法方法办案，却往往会直接导致这样的冤错。

当然,从刑事诉讼法的规定来看,侦查阶段的错误本身是不足以造成死刑冤错案件的结果的,因为侦查终结之后有审查起诉,检察机关提起公诉之后还有法院的审判,这两个诉讼阶段中的任何一个程序依法都可以有效阻止酿成冤错案件。因此,侦查阶段的错误从审查起诉一直延伸到审判,最后形成了死刑冤错案件,显然是刑事诉讼中的起诉和审判两道防线均失守、检察机关和法院均失职的结果。为什么会造成这种结果呢?从已经揭露的冤错案件来看,死刑冤错案件形成过程往往并不“顺利”,它们通常会经历退回补充侦查,以及发回原审法院重新审判等“曲折”的过程。这种情况表明,死刑冤错案件中起诉和审判两道防线均失守。然而,检察机关和法院均失职只是表象,还有更深层次的原因。

由此,我们应当对学界以往讨论死刑冤错案件的原因时的局限性进行反思。学界通常从各个不同方面对此展开讨论:例如,从我国刑事诉讼的基本制度不够完善,诸如辩护制度、证据制度和强制措施制度所存在的问题,讨论死刑冤错案件的原因;从刑事诉讼程序尚存在的不足进行探讨;从我国刑事诉讼中公检法的关系所存在的问题及其对辩护的忽视甚至偏见入手,研究死刑冤错案件的原因。这样的研究虽然是有意义的,但并未抓住问题的关键。显然,在经历了退回补充侦查,以及发回原审法院重新审判等“曲折”过程,司法人员在案件的质量问题并未得到真正解决的情况下仍然使冤错得以发生,这就表明,检察机关和法院均失职的原因就不仅仅是辩护制度、证据制度和强制措施制度等方面的问题,而是刑事诉讼的结构存在问题,即人们早就认识到的,我国刑事诉讼中的侦查中心主义特征才是问题的关键。应当看到,正是这个特征,使侦查错误可以一直延伸到审判,并最终酿成冤错案件。

对死刑冤错案件的原因,我们还可以从其他角度进行分析。例如,从司法体制外的因素来看,政法委在公检法对案件的处理意见有分歧时协调案件,以及公检法机关在依法办案不足以满足“维稳”的需要时的妥协,甚至基于被害人上访的压力等作出违反法律规定的裁判等,也往往是造成冤错案件的深层原因。

我们还可以从观念层面对死刑冤错案件的原因进行分析。例如,有人认为,以往对公安机关提出的“命案必破”的要求,是一种绝对观念的体现,对死刑冤错案件的形成有重要的推动作用;而司法人员普遍缺乏“疑罪从无”的观念,则是导致死刑冤错案件的重要原因。我认为,关于错误观念层面的原因,研究中确实应当重视,但也需要认识到其局限性,更重要的是,应由此深入研究错误观念影响死刑冤错案件形成的机制。显然,错误观念对死刑错案的直接影响的有限的。应当看到,从已经揭露的冤错案件来看,它们大都发生在提出“命案必破”这个要求之前;而缺乏“疑罪从无”的观念,直接导致的更多的是“疑罪从轻”的结果,而非错判死刑的结果。

三、死刑错案的防治

死刑冤错案件的防治,是我们讨论的重心所在。对此,需要从预防和治理两个方面着手。前者强调的是应对刑事诉讼中尚未发生的死刑冤错,后者旨在纠正已经产生的冤错案件。从刑事程序层面研究死刑冤错案件的防治问题,注重的是实现积极预防死刑冤错案件的发生,努力纠正已经发生的死刑冤错。虽然从刑事程序层面研究死刑冤错案件的防治的意义是有限的

(因为只有从实体法的层面完全废除死刑,才能从根本上解决死刑冤错案件的问题),但在死刑仍然保留的前提下,这个问题的解决对于法治,尤其是刑事法治的完善,仍具有重大意义。

关于死刑冤错案件的防治,我们应当确立重在积极预防的观念,因为纠正已经发生的死刑冤错,不仅面临着各种困难,而且相对于积极预防而言,纠正属于消除不公正,只能达到一种消极的效果。因此,我们在此的讨论,主要围绕积极预防死刑冤错案件的发生问题。

积极预防死刑冤错案件的发生,首先需要在观念层面解决以往存在的问题。我们应当以人权保障为基础,确立牢固的“疑罪从无”观念,深刻认识到死刑冤错是最严重的不能挽回的错误,应当最大限度地积极预防。实际上,这个观念在我国刑事诉讼法相关规定的基础上应该不难确立。由于我国刑事诉讼法并未确立禁止双重危险原则,即使由于事实不清、证据不足或不确实而判决无罪因而“放纵”了犯罪,但以后如果发现新的事实和证据,依然可以依法继续追诉犯罪,从而纠正这种“错误”,因此,我国的刑事诉讼中完全不必担心因为“疑罪从无”而发生“放纵犯罪”的错误。令人难以理解的是,我们在以往的司法实践中,所看到的却是因为担心放纵犯罪而在事实不清、证据不确实、不充分的情况下,作出了冤枉无辜的裁判。

解决观念层面的问题,只是第一步。积极预防死刑冤错案件的发生,更需要着重研究有效预防的问题。我认为,有效预防死刑冤错案件的发生,需要重点关注三个方面的问题:一是预防方案和措施的针对性;二是预防方案和措施的系统性;三是预防方案和措施的渐次展开。所谓预防方案和措施的针对性,是指应当针对酿成冤错案件的原因,设置相应的预防方案和措施,以获得有效预防的效果。所谓预防方案和措施的系统性,是指根据死刑冤错案件形成的复杂因素和多方面原因,预防的方案和措施不仅应当全方位与之对应,而且需要形成有机的整体,以使预防积极有效。所谓预防方案和措施的渐次展开,是指在着手设计和实施预防死刑冤错案件的方案和措施时,应抓住重点,逐步推进。

在积极预防死刑冤错案件的问题上,我们尤其应当从司法体制的完善入手,建立能够有效预防死刑冤错案件发生的司法体制。以往的教训表明,死刑冤错案件中起诉和审判两道防线均失守、检察机关和法院均失职,司法体制问题是关键。如果这个关键问题不能妥善解决,其他方面问题的解决,诸如证据制度、辩护制度、强制措施制度等方面的问题的解决,诸如侦查程序、起诉程序和审判程序的完善,对预防死刑冤错案件发生的积极意义就都会受到制约。显然,在起诉和审判阶段发现侦查终结的案件有问题且能够及时纠正,这是预防死刑冤错案件的关键。只有通过司法体制的完善,使司法人员对侦查中存在的问题不仅有很强的纠正之责、纠正之心,而且有足够的纠正之能、纠正之力,才能有效预防死刑冤错案件的发生。

需要说明的是,我们强调防治死刑冤错案件重在预防,并不是忽视对已经发生的死刑冤错案件的纠正。平反冤狱自古就是政治清明的标志之一,在强调依法治国的今天,其意义尤其突出。鉴于死刑冤错案件的发现不易、纠正更难,我们需要对此加强研究,探索有效发现和纠正死刑冤错案件的机制。以往那种靠“死者归来”、“真凶再现”这种极为偶然的情况才能导致冤案的发现和平反,应当引起关注。我们注意到,最近两年来,在最高人民法院等部门的积极推动下,发现和平反了一些冤错案件,它们并非属于“死者归来”、“真凶再现”的情况,应当对此总结经验,以便进一步推进纠正已经发生的死刑冤错案件的工作。

错案的界定与防范

苗生明(北京市人民检察院副检察长)

自2012年以来因命案发生的冤假错案频繁曝光,借助于互联网新媒体引发社会各界的广泛讨论。客观地讲,司法机关承受的压力非常之巨大,对办案工作产生了很多积极而又深刻的影响。这一现象反映出了很多问题,令人深思。我本人十几年主要在市检察院办案岗位工作,一直有如临深渊、如履薄冰之感。因为命案往往死无对证且破案压力大,所以易于导致冤错案件发生。同时,因为人命关天且无法挽回,所以易于引发广泛关注以及对于司法机关的批评。当然,无论多么强烈的诘问和批评,司法机关都理应承受并进行深刻的反思。关于冤假错案,有以下几点基于司法实务的粗浅思考。

第一,如何在规范意义上定义“冤假错案”。提到“冤假错案”,最容易让人想到文革结束后中央开展的全国范围的平反冤假错案工作。这项工作通过平反、摘帽、恢复工作、恢复名誉等形式,落实干部政策,挽救了万千受害者的政治生命。所以,直到今日我们提及冤假错案,往往被赋予政治层面的考量,同时这样一种表述方式还天然地包含了社会和道德等层面的否定性评价。但是,从司法的角度评判,无论是冤案还是假案,归结起来都是错案,区别只在于错案形成的原因与方式不同、错误的性质和程度不同。换言之,司法实践中评价案件,说到底就是案件办得是与非、对与错、错的程度大和小、轻和重的问题,因此冤案和假案是错案诸多类型的两种表现形态而已,三者并不在同一个逻辑层次上。所谓冤案,实际上更多地是从冤主、他的亲属以及他周围的人、社会公众的角度认为这个案子处理的有点冤、这个人冤的,这是社会层面的一种评价。而且,对于有的处断上有争议的案件,有的人可能认为被告人罪有应得,有的则会认为被告人根本不够罪,如果施以处罚(有时还会是重罚)那显然是冤枉的,所以,冤不冤在有的时候、一定程度上还是个主观认知和评判的问题。和一般的错案不同,假案是人为制造出来的,实际上是司法从业人员的个体或者是某一个群体怀着某种罪恶目的而有意为之,所以假案是不可饶恕、应当严厉谴责的错案,是一种应当追究刑事责任的犯罪行为。从一般意义上讨论办案质量和错案问题时,假案并不在讨论范围之内,因为一经发现需要启动刑事追诉程序。需要指出的是,除了冤案、假案,依法应该追究的人在具备追究条件的情况下没有追究或者应处以重罪重罚的而给予了轻罪轻罚,这也是一种错案,因为它难以体现法律的公平正义,难以抚平被害人所受到的伤害,难以恢复被犯罪破坏了的的社会秩序,同时,我们将其评价为错案,还因为它放纵了犯罪。基于以上分析,从规范意义上说,统称“错案”较之于“冤假错案”更规范、更严谨。司法机关、立法机关出台文件应该是叫“冤假错案”还是“错案”,值得研究。

第二,防范错案重在防冤案,这是基于宪法和刑事诉讼法保障人权的要求。关于如何防范,中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院都先后出台了一系列文件,提出了一系列要求,应当遵照执行。我的经验体会主要有三点:一是要严格依法办案,坚持法定标准和法定程序。这一点是防范错案的根本所在,只要能够做到依法办案,完全可以使绝大多数案件免于陷入错案的境地,即便发生了问题案件也是法度之内的评价问题。二是要严格规范司法行为,明

确司法责任。司法行为规范有序,依规而行,办案子讲规矩,有很多易于导致错案的问题根本就不会发生。三是要有专业化的办案队伍。司法办案专业性强,缺少必要的专业知识和经验积累,缺少应有的职业素养和职业操守,缺少从纷繁复杂的案件中梳理事实、发现问题、躲过陷阱的能力和责任心,办错案是必然的。

第三,兼顾保障人权与惩治犯罪的平衡。防范错案是司法机关义不容辞的责任,必须最大限度地避免错案尤其是冤案、假案的发生。但与此同时,如何兼顾保障人权与惩治犯罪的平衡,或者说怎么处理好这两者之间的关系,是一个需要认真、严肃讨论的话题。最近几年,由于冤错案件频繁暴露曝光,加之最高人民法院对于死刑案件证据标准的特殊要求以及司法责任制的不断强化,法院定案的标准明显提高,有的时候甚至表现得有些“苛刻”,而且从严定案的理念已经从最高人民法院传导至基层法院,以往可以定罪判决的案件现在判不了了。检察机关受此影响,因担心法院判决无罪而怠于提起公诉,“诉讼风险”成为时下业内的流行语。这种现象应当引起我们的警觉,因为无论从具体的个案还是国家的宏观层面,都存在着指控和惩治犯罪力度的削弱与被害人权益保障、被害抚慰和社会秩序、公共利益的有效保护之间的平衡问题。作为几乎每天都在研处疑难复杂案件的检察官,对于提高侦查取证质量、审查起诉指控犯罪能力以及树立并落实正确司法理念的期待可能更为强烈,但是对于社会公众痛责、专家学者痛批、上级要求日严的氛围之下呈现出的“矫枉过正”的司法生态也同样深感忧虑。严防冤案是司法的责任,最大限度减少轻纵犯罪同样也是司法的责任。比如有的命案判决无罪,被告人从侦查以来一直供认得很好,且有较好的客观证据可以相互印证,后来到法庭上翻供,翻供之后法庭去口供化,结果原本完整的证据链条便全都散落了。经审查,被告人从来没有讲他受到过刑讯逼供,而且经过调查取证也证实不存在刑讯逼供,在庭上也不能陈述令人信服的翻供理由。对于类似命案,法院如果以更高的证据标准定案,便转化成了杀与放的问题,跨度非常之大,被害人的亲属难以接受,国家是否可以承受也需要细细掂量。拟判死刑的案件证据标准要更高,是防止类似呼格案悲剧的必然要求,但问题是呼格案哪怕只要坚守基本证据标准和规范的法定程序就完全可以避免,因此主要的原因并不涉及证据标准高低问题。此外,在以更高的标准难以认定的情况下,可不可以把它当作普通案件来认定?可不可以定案但不处以极刑?这些问题都很现实。我们在充分考虑保障被告人权益的同时,被害人的权益和诉求、国家利益和社会公共利益同样也应当给予兼顾。

应当关注隐性的死刑冤案

付立庆(中国人民大学刑事法律科学研究中心副教授)

在全国上下对呼格吉勒图再审改判无罪一片欢呼和对当年的办案人员一片喊打的同时,学术界和实务部门没有忘记对造成死刑冤案的深层原因进行系统反思。人们有理由相信,这种明显的死刑冤案以后发生的概率不会很高了。在当下的法治环境中,我们的死刑研究者以

及相关司法部门面临着一场观念的转变,即从对显性的死刑冤案的声讨转向对隐性的死刑冤案的挖掘。

一、缺乏担当、只知上交矛盾的司法软骨病

笔者了解这样一个案件:两个二十多岁的青年人因债务纠纷产生了矛盾,债权人在多次索要未果后,带上同村一个二十出头的小兄弟胡某某,并出钱买了两把尖刀前去要账。言语不和发生争执撕扯后,债务人逃跑,胡某某一刀扎向其后背致其倒地。胡某某和债权人一起逃跑,而后分别自首,倒在血泊中的债务人终于没能救活。一审法院在认定两人构成故意杀人罪的共犯后,又认为胡某某“手段极其残忍、后果极其严重”,“虽有自首情节不足以从轻处罚”,进而判处其死刑立即执行。二审法院在首先发回重审而又由一审法院“原样端回”之后,最终维持了死刑立即执行的判决。最高人民法院经历了漫长的调解之后宣布调解无效,最终于2013年10月底核准了死刑。

应该说,即便认为胡某某触犯故意杀人罪(其行为完全可能只构成故意伤害罪,属于故意伤害致人死亡),即便其行为属于“罪行极其严重”需判处死刑,但也不是“必须立即执行”。本案中不但存在自首这一法定从宽处罚情节,而且发生在农村的熟人之间,由民间矛盾激化而成;仅从背后扎了一刀,本有条件继续实施进一步的加害行为而主动放弃;案件并非直接因胡某某而起,犯罪工具并非胡某某所具有或提供;本案因债务纠纷引起,胡某某不具有任何贪利性动机;属于有一定偶然性和突发性的激情犯罪;系初犯,不但无任何前科劣迹,相反一贯表现较好。但尽管如此,一审法院仍判决死刑立即执行。这显然不是因为不懂法律和政策,也不是因为“舆论审判”的结果,而是因为一审法院和法官受到了来自于被害人家属的巨大压力,为了不找麻烦,于是将矛盾上交给上级法院处理。同样,二审法院开始选择发回重审,也是在面临是按照法律和政策不判死刑立即执行还是屈从于被害家属的压力维持原判的问题上,选择了将矛盾交回。重审之后的一审法院又以“故意杀人罪+死刑立即执行”的形式将矛盾再次交回,二审法院则照单全收,最终维持原判,进而将矛盾继续上交给了最高人民法院。在究竟是尊重法律和政策还是屈服于来自世俗社会(这里主要是被害人家属“杀人偿命”的要求)的压力这一两难抉择面前,各级法院最终选择了后者。尽管法官们并非生活在真空之中而是一个个活生生的人,但指出他们在公正与现实之间,在被告人的“生命权利”与自身的“耳根清净”或是人身安全(可能面临着来自于被害人一方的要挟)等之间未能坚持正义而是倒向了自身利益,至少就这个案例来说,该是成立的。

二、“隐性的死刑冤案”概念的提出

一直以来,常常是出于真凶落网(最典型的,比如前文提到的内蒙古呼格吉勒图案)或者被害人复活(比如湖北佘祥林、河南赵作海案)等偶然原因,因故意杀人等而被判处死刑(包括死

缓)的冤案得以发现和昭雪,人们逐渐熟悉和同情蒙冤受屈者,进而开始对相关司法者的声讨乃至对整个死刑制度的质疑。上述各位作为根本无罪者被错判死刑,属于事实认定上即存在重大瑕疵,可谓是显性的死刑冤案,容易引起关注和共鸣。^{〔1〕}但本文开始所介绍的实际上是另外一种冤案,其并非属于完全无罪者被判死刑,而属于司法者在法律适用和政策把握上出了问题:被告人虽然有罪,却罪不至死,但“可杀可不杀的杀了”,或者干脆是“原本不该杀的杀了”。我把这样的案件称为“隐性的死刑冤案”,其在对于冤假错案的群声讨伐中被遮蔽了,结果仍然可能会造成屈死的冤魂。对于这种隐性冤案的挖掘、反思与清理,既是学者们的任务,更是司法者们的职责。

对于本文所切入的案例,可能会有人不以为然地说,这充其量是个个案,没有代表性,难以说成是一种普遍现象,据此提出一个概念更是小题大做,以偏概全。但是,类似于本文所说的案例,并非罕见的孤例,倒不如说,其不但在司法实践中有较多的存在,而且其发生还有一定的社会背景。在2009年发案、2011年引起舆论高度关注的云南李昌奎案件中,李昌奎强奸一人且将其杀死,同时还杀害另一无辜幼童,确实达到了“罪行极其严重”且不属于“不是必须立即执行”的情形,判处其死刑立即执行是恰当的。云南省高院二审改判李昌奎死缓,其副院长还认为“这个案件会成为十年后控制死刑适用的一个标杆”等。在限制死刑适用方面的步子迈得太大了,恐怕是一种冒进主义的做法,受到全国舆论的广泛批评是自然的,而最终按照审判监督程序改判死刑立即执行也是理所当然。不过,在李昌奎案之后,我国的死刑裁量却涌现出了一种保守化的风潮——准确一点说,这种风潮始终就存在,只是就着李昌奎案件的引子,这股风越刮越凶,越刮越猛。所谓“保守化”,是指对完全没有达到死刑立即执行的适用标准,或者充其量“可杀可不杀”的案件也动用死刑立即执行。自从李昌奎案件之后,为“稳妥起见”,只要是证据等没有问题而只涉及到刑罚裁量时,司法部门往往在被害方不愿和解的压力之下,采用死刑立即执行来满足被害方的报复情绪,保守化倾向明显。各级法院的这种只知上交矛盾,完全不顾及生命的宝贵与尊严的做法,实在令人担心和揪心。

三、几个疑问的澄清

对于本文基于切入的案件而提出的“隐性的死刑冤案”概念,会有不同角度的质疑或者疑问,对此予以澄清或者回答,有助于加深对这一概念的理解。

第一,有人会认为,只要是事实认定没有问题(人是你杀的又不属于“情节较轻”)、法律适用不存硬伤(自首只是“可以”从宽,对于最高人民法院发布的指导性案例,各级法院在审判类似案件时只是应当“参照”),^{〔2〕}则即便适用死刑立即执行也不属于冤案或者错案,而仅仅是

〔1〕 至于引起广泛关注的河北聂树斌案是否是冤案,如是冤案能否昭雪等问题,形式上看有待程序的进一步推进,实质上则考验着司法机关纠错的决心。

〔2〕 参见2010年11月26日《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第7条。

行使法律所赋予的自由裁量权的结果。^{〔3〕}

但是,这种理解既没有看到死刑立即执行的特殊性,也并未对相关的立法、司法解释和指导性案例予以足够的关注。就本文切入的案例而言,其是否符合《刑法》第48条规定的“罪行极其严重”这一死刑适用前提,本身就是个问题。即便得出肯定结论,这样一个具有“民间债务纠纷、放弃重复侵害、自首、初犯、积极寻求赔偿”等多个情节的案件也绝非“必须立即执行”。试问,如果此案属于必须立即执行,那么,不属于“情节较轻”的故意杀人罪,何时才会被认定为“不是必须立即执行”?何时才会被判处有期徒刑或者十年以上有期徒刑?实难想象。可以说,对于这种虽能满足“罪行极其严重”但明显“不是必须立即执行”的案件,若仍坚持判处死刑立即执行,且不说与若干司法解释以及最高人民法院关于王志才案件的指导性案例的宗旨相悖,而且,也直接违反《刑法》第48条的规定。对于应当判处死刑而又不是必须立即执行的,《刑法》第48条虽规定为“可以”判处死刑同时宣告缓期两年执行,但这里的“可以”,必须理解为一种命令性规范,即与“应当”同义。也就是说,对于应当判处死刑而又不是必须立即执行的犯罪分子,司法者并不存在既可以判处死缓也可以不判处死缓而仍判处死刑立即执行的裁量权,而只能选择判处死缓。可见,本文所切入的案件最终被判处维持和核准死刑立即执行,并非自由裁量权行使的结果,而是在法律适用上存在着不折不扣的硬伤。

第二,也有人会认为,上述案件充其量是个错案,但不能说是冤案,错案与冤案明显有别。按其理解,没有事实根据而将人定罪属于冤案,事实认定无误但在定罪上出现偏差或者量刑上畸轻畸重的,则算是错案。^{〔4〕}

但是,这种见解实际上是将错案与冤案的界限绝对化了。事实上,上述关于冤案与错案的区分标准并不存在明确的法律依据,只不过是一种学理上的区分。而且,即便认为这种区分“在刑法学界已成共识”,^{〔5〕}也未必意味着刑法学者就不能突破。因为所谓的“共识”就是用来突破的,就连在刑法学界没有争议的“犯罪嫌疑人”概念在刑法上都可能做不同理解,^{〔6〕}那么对错案与冤案的区分采取不同的标准,更是完全可能。而且,“冤”的最基本意思就是“冤枉、冤屈”,不但“不合算、吃亏”是“冤枉”,“受到不公平待遇”更是“冤枉”的第一词义。^{〔7〕}由此来说,将一个本不该判处死刑立即执行的案件判决立即执行,不但是错案,当然也是冤案了。

〔3〕 在2014年12月27日中国社会科学院法学研究所在九华山庄举行的会议上,中南财经政法大学夏勇教授持这一观点。

〔4〕 在上述中国社会科学院法学研究会的会议上,笔者的同事魏晓娜副教授持这一观点。

〔5〕 事实上,刑法学界对于冤错案的区分标准并无共识,也是见仁见智。比如在2015年1月25日中国人民大学法学院召开的《亡者归来——刑事司法十大误区》新书发布会暨错案预防研讨会上,中国政法大学洪道德教授即鲜明地认为,“张冠李戴是错案,以小见大是冤案,无中生有是假案”。本文所主张的隐性的死刑冤案正属于“以小见大”,恰恰符合洪老师的观点。

〔6〕 比如,《刑法》第67条第3款中的“犯罪嫌疑人”就必须解释为包括“被告人”,否则会造成在审判阶段如实供述者(坦白者)从宽处罚无法律依据的局面,这显然并非《刑法修正案(八)》的初衷。

〔7〕 参见夏征龙、陈至立主编:《辞海·4》(第六版彩图本),上海辞书出版社2009年版,页2811。

第三,本文描述的“隐性的死刑冤案”,主要是指过重的判处死刑立即执行的案件(因为死缓毕竟通常等于“活了下来”)。但是,“过重”的判断标准是什么?比如因受贿300万而被判死刑立即执行的,是否属于“隐性的死刑冤案”?〔8〕

如果从其他人受贿上亿也没有被判死刑立即执行的意义上说,因受贿300万而被判死刑立即执行,确实也会给被告人自身“吃亏、不合算”、“受到不公平待遇”的感觉,就此说成是“冤案”似乎也行得通。但是,这是在比较意义上讲的。事实上,上述因受贿而被判死刑立即执行的场合完全可以说是行使自由裁量权的结果(按现行刑法,受贿数额在10万元以上且“情节特别严重的”,“处死刑,并处没收财产”),本就不属于“错案”,若再说其是比一般意义上的错案更严重的“冤案”就更不妥当。因此,严格来说,本文所谓的“隐性的死刑冤案”,不是指上述比较意义上的“不公平”,而是指一种实质意义上、独立意义上的不公正。其原本不该却被判处的死刑立即执行,并非自由裁量权的正当行使,这不但是量刑畸重的错案,而且是比错案更加严重的冤案。

四、“隐性的死刑冤案”:概念提出的意义所在

将这种不该判处死刑立即执行而判处立即执行的案件,不是理解为自由裁量权的行使,也不是简单定性为一般意义上的错案,而是上升为冤案的高度,具有重要的意义。

这是因为,一旦定位为“冤案”,并且是人命关天的“死刑冤案”,那就不是一般的错案,不但国家赔偿的标准应该更高,而且更应该去纠正(“伸冤”比“纠错”的公共期待更高、社会价值更大),同时追责的力度也应该更大。这样,在“死刑冤案”、“冤死”这样血淋淋的概念面前,不但可以促使研究者去认真、细致和负责任地研究死刑、特别是死刑立即执行的适用标准,更可以唤醒法官们对于死刑立即执行的裁量无论是在事实认定还是法律适用上都采取更为慎重的态度,倒逼他们不去上交矛盾、推卸责任,而是尽可能有担当地司法。若真如此,这一概念的提出对于在司法实务上限制死刑特别是立即执行的适用,将会起到实质性的推动作用。

坚持少杀、防止错杀、慎用死刑,是为尽量避免窦娥式冤案而做出的政策性选择,是中国刑事法治进程之中的最短的一根木条(按照所谓“木桶理论”,木桶装水的多少取决于其最短而非最长的那根木条)。除此之外,像法律真实理念的宣扬、“命案必破”逻辑的破除、无罪推定原则的贯彻和人权保障思想的夯实,以及本文所提出的“隐性的死刑冤案”概念的重视等,都对于避免冤案的发生具有一定的推动意义。区分这些措施是亡羊补牢还是未雨绸缪并不重要,重要的是,如果这些都做到了,那么,能够活下来并且活下去的,就不仅仅只是窦娥了。

〔8〕 在上述中国社会科学院法学研究所的会议上,北京师范大学赵秉志教授提出这样的问题。

第二单元 死刑错案的成因

冤假错案的五大成因

田文昌(北京京都律师事务所律师)

关于冤假错案的成因分析几乎是一个永无休止的课题,有史以来在任何社会中都会引人关注。这正是因为,在不同社会、不同时代,冤假错案的成因和数量并不相同,所以,任何时期对冤假错案的研究都应当有针对性。

我国冤假错案形成的高峰时期是文化大革命的十年动乱时期,那时形成冤假错案的主要原因是无法无天的去法律化,是法律体系和法律制度被彻底否定的结果。文革结束后改革开放以来的三十多年中,中国经过拨乱反正,已经向法治社会迈进,并且已经形成了初步的法律制度和法律体系,但却仍然存在相当数量的冤假错案。

在法治建设深入发展的过程中,如何纠正和防止冤假错案,应当成为一项更值得重视的课题。在当前形势下,形成冤假错案的因素仍然很复杂,其中最主要的原因,可以概括为以下五个方面:非法取证,权力干预,利益驱动,理念误区,排斥律师。

一、非法取证

以刑讯逼供和变相刑讯逼供等方法非法获取嫌疑人、被告人口供或证人证言,是形成冤假错案的直接原因,也是与现代司法理念和司法制度相对抗的一种顽症。这种顽症至今仍然没有消除。无论是近年来相继发现的冤假错案还是仍然在不断生成的新的冤假错案,绝大部分都形成于刑讯逼供。遏制刑讯逼供之所以难以奏效,最主要的原因并不是无计可施,而是决心不强。决心不强的理由无非有两个:一个是观念使然,因为有人仍然认为逼出来的口供具有可信性,因而迷信其效果;另一个则是功利角度上的需要,刑讯逼供可以达到预先设定的目标。

刑讯逼供在人类社会历史上是一种千年顽症,但是在现代诉讼理念和诉讼制度中已经难以容忍。如果直到今天在我国诉讼程序中仍然不能有效遏制刑讯逼供,则防止冤假错案只能流于空谈。

2012年刑诉法修正案对刑讯逼供做出了更加严格的限制,但是,由于规范本身不够严谨和缺少救济条款,并未收到明显效果。排除非法证据程序效果甚微甚至多数情况下流于形式,足以表明刑讯逼供的势头还相当严重,也足以反映出遏制刑讯逼供措施的不彻底性。遏制刑讯逼供,关键在于决心!只要进一步明确立法中的限制条件,真正落实司法中的非法证据排除规则,并对刑讯行为予以严厉制裁,定会收到显著成效。遏制刑讯逼供与破案率之间会有一定冲突,但权衡利弊,防止冤假错案显然比追求破案率更重要。

二、权力干预

权力干预司法是司法行政化的体现,也是我国法治环境不完备的突出问题。权力干预司法在我国多年来已经成为一种惯性,人们已经习以为常而且形成了一种怪圈:人人都在反对权力干预,同时又都在寻求权力干预。这种以权力干预对抗权力干预的现象,客观上则进一步强化了权力干预的作用,加剧了权力干预的恶果。

权力干预的理由主要有两种:

一种是善意的干预,即领导层处于正义感和责任心而对个案做出的指示。这种干预的动机纯属善意,而且实践中也确实防止和纠正过一些冤假错案,发挥过积极作用,但同样也发生过导致冤假错案的消极作用。其原因就是由于这种干预背离了程序的正当性,缺乏正当程序的权力干预显然无法保证公正性。

另一种是恶意的干预,即领导层出于个别人或部分人的私利而干预个案。这种干预直接表现为以权力左右司法,对于形成冤假错案具有必然性。

无论是善意干预还是恶意干预,都是对司法独立和司法公正的严重破坏,也是导致冤假错案的重要原因。排除权力干预的唯一途径,就是从机制设计上真正实现司法独立!否则,任何对于权力干预的禁令所能发挥的作用都是有限的。

三、利益驱动

办案机关基于利益驱动而破坏公平甚至不惜制造冤假错案,是中国司法实践中当前存在的一个十分严重的特殊问题。这种利益驱动的理由也主要来自于两个方面:

一是办案机关与利益相关人的权力寻租。在我国法治环境和市场环境都不完备的情况下,有些人因利益纠纷而利用司法机关的权力去加害对方,而司法机关中的个别人则为攫取经济利益而与利益相关人沆瀣一气,利用公权力达到个人非法目的。这种权力寻租的方式可以发生在侦查、起诉和审判的不同阶段,但比较集中地发生在侦查阶段。虽然多年前公安部就不止一次发布文件,严格禁止办案机关非法越权干预经济纠纷案件,但此种现象至今仍然屡禁不止,足见其问题的严重性。值得注意的是,这种问题目前愈演愈烈,有些地方、有些做法已经达到了无所顾忌的程度。

二是将部分涉案资金提留作为办案经费的利益驱动。前些年,由于办案经费不足的原因,有些办案机关即从罚没的涉案资金中提留一部分作为办案经费使用。这种做法虽然一定程度上缓解了办案经费短缺的问题,却造成了严重的消极后果。实践中,有些办案机关为了得到涉案资金,更趋向于对案件做出有罪结论;也有不同地区的办案机关为了争夺涉案资金而不惜越权管辖;还有的办案机关因在移送案件时截留涉案财物而争执不休;更有的办案机关由于在判决生效之前先行处置了涉案财物,而妨碍法院作出无罪判决。将罚没的涉案财物提留作为办案经费,虽然并非用于个人也非出于个人私利,但是,这种对单位形成的利益驱动同样会破坏

司法公正性。更严重的是,这种以公权利益为理由而实施的违法行为,有时候甚至会更加明目张胆,为所欲为!

允许将涉案财物作为办案经费,在一定程度上导致办案机关为获取更多经费而倾向于有罪结论。所以,任何一个法治社会都不能容许将办案经费与涉案财物混同处理。因办案机关利益驱动而妨害司法公正导致冤假错案,其原因与监督机制有关,更与涉案资金提留的政策有关。这是我国目前所特有的、严重的、也是亟待解决的问题。

四、理念误区

在形成冤假错案的原因中,除了立法和司法体制上存在的一些问题之外,一些刑事訴訟理念上的认识误区,更值得引起重视。迄今为止,我们在一些刑事訴訟的基本理念上还存有争议和误区,这种现状已经严重束缚了我们的思想,甚至已经成为妨碍推进司法改革的羁绊。

例如,无罪推定、疑罪从无、法律真实、保障人权这些重要原则体现了现代刑事訴訟活动的基本理念,也是构建现代刑事訴訟制度结构的前提和基础。但是,直到今天,这些原则在我国仍然没有得到充分贯彻,而且在认识上还有很多分歧和误区。遗憾的是,这个问题直到今天并没有引起足够的重视。

我们曾经以实事求是为目标来否定无罪推定原则,理由是我们既不要无罪推定也不要无罪推定,而只坚持实事求是。直到今天,虽然已经在刑事訴訟立法中认可了无罪推定原则,但仍然未能将这个原则堂堂正正地规定在刑訴法条文之中,足见其对这个原则的认可度还不够明确。

我们直到今天还坚持宣扬一个理想化的口号:“既不冤枉一个好人,也不放过一个坏人”。但是,却并没有深刻地研究过,这种不枉不纵论的主张尽管可以表达一种理想境界,在实践中却是一个逻辑冲突的命题。因为,当具体案件因证据不足而面临“宁可错放”和“宁可错判”的冲突时,只能是要么选择疑罪从无,要么选择疑罪从有,而并无中间道路可走。

以“实事求是论”去否定无罪推定和以“不枉不纵论”去否定疑罪从无,都是以一种理想化的抽象概念去否定作为方法论的具体原则。这种认识的结果,不仅模糊了刑事訴訟的价值目标,而且导致了价值选择的主观随意性。因为在标准不明确的情况下,话语权则成为得出结论的决定因素。所以,在权力面前,一些有争议的案件既可以做到“是也不是”,也可以做到“不是也是”。

多年来,在刑事证据标准问题上,客观真实论长期占据主导地位。虽然经过多年讨论,如今法律真实论已经在理论界和实务界得到认同,但令人遗憾和担忧的是,客观真实论并未因此而退出舞台,却出现了客观真实与法律真实并重的认识。毋庸讳言,“并重说”又是一种理想状态,虽然形式上全面、周延、无可挑剔,但同样也存在一种逻辑冲突。因为当客观真实与法律真实两种标准发生冲突而难以并重时,我们必须在两难之中做出一种选择。而面对“并重说”的双重标准,或者会使当事者无所适从,或者又会导致以话语权为中心的主观随意性。

打击犯罪与保障人权并重的观点,也同样体现了十分明显的逻辑冲突。我国长期以来一直将打击犯罪作为刑事诉讼活动的主要目标,在2012年出台的刑诉法修正案中终于写入了保障人权的内容,体现了刑事诉讼理念的进步。然而,却又将保障人权定位到与打击犯罪并重的地位。这种认识实际上是回避了打击犯罪与保障人权两种价值目标内在冲突的自欺欺人,因为这两种目标有时候是无法并存的。现实中只能或者强调以确保打击犯罪为前提,兼顾保障人权;或者强调以切实保障人权为前提,兼顾打击犯罪。无视或者回避这种冲突,只能导致人们在诉讼价值观问题上的忽左忽右或者无所适从。

以“实事求是论”否定无罪推定原则,以“不枉不纵论”否定疑罪从无原则,以及“客观真实与法律真实并重论”和“打击犯罪与保障人权并重论”,不仅暴露出其认识自身的逻辑冲突,而且还反映出证据标准和诉讼理念的不确定性。更重要的是,正是由于这些理念上的误区,使人们难以摆脱有罪推定、疑罪从有、客观真实论和重打击而轻人权的滞后观念。而这些滞后观念则是铸成冤假错案和阻碍纠错的深层原因。

五、排斥律师

在陆续发现的冤假错案中,绝大部分都是武断粗暴地排斥律师辩护意见的,这一事实充分反映出律师辩护对维护司法公正的重要性。历史和现实一再证明,律师辩护是实现司法公正不可或缺的必要环节。但是至今为止,中国律师仍然没有在主流社会争得一席之地,甚至被贬低为社会的异己力量,而被排斥于法律职业共同体之外,个别地方甚至形成公、检、法三家联手与律师对抗的态势。这种现状,无疑是冤假错案生成的重要原因之一。

作为私权利的代言人,律师是唯一可以运用法律手段维护当事人合法权益的专业法律人士。律师以维护当事人合法权益为宗旨,所追求的结果是法律的公正性。在没有律师辩护的案件中,法律的天平就会因为控辩失衡而发生倾斜。一个没有律师的法治结构是残缺的,一个排斥律师的法治环境是扭曲的,而一个真正的法治社会不可能是排斥律师的。可以说,排斥律师对于铸成冤假错案来说也具有一定程度的必然性。

至今为止,律师参加刑事诉讼活动的空间仍然受到限制,律师辩护的作用更是十分有限。这种现状不仅与对律师的轻视有关,而且也与诉讼理念的误区有关。因此,要重视律师就必须更新诉讼理念,必须把律师视为法律职业共同体的一部分,把律师视为维护司法公正必不可少的积极力量。

一个最简单的道理,也是人人皆知的道理,“偏听则暗,兼听则明”。只有当任何一个法官为了公正审理案件都离不开律师,在听不到律师的意见就感到难以作出判断时,才表明法官真正有了兼听则明的需求。这时候,律师的作用才会真正受到重视!相反,只希望听一面之词的法官和没有中正性的法官一定是排斥律师的。

形成冤假错案的原因有很多,以上五种相对突出。值得引起更多思考的是,分析原因并不困难,困难的是如何消除这些原因,更困难的是如何才能排除形成这些原因的深层阻力!

论刑事错案的成因

陈永生(北京大学法学院教授)

笔者对刑事错案问题一直非常关注,自十多年前就开始收集刑事错案的资料,迄今已收集到近百起刑事错案。2006年,笔者曾挑选20个典型错案进行深入研究,写成了《我国刑事误判问题透视》(以下简称《透视》,载《中国法学》2007年第3期)。2010年,赵作海案件曝光,该案严重的刑讯逼供问题震惊全国。我以该案为样本,对刑事错案问题进行了一次解剖麻雀式的研究,写成了《冤案的成因与制度防范》(载《政法论坛》2011年第6期)。最近,媒体又曝光了一系列刑事错案。那么,导致发生错案的原因有哪些?本文将以近年媒体披露的错案为重点,同时结合笔者以往的研究成果,对刑事错案的成因作一简略但尽可能全面的分析。根据笔者的研究,导致错案发生的原因大致可以分为直接原因和深层原因两个方面。

一、导致错案的直接原因

(一)过分依赖犯罪嫌疑人、被告人口供,刑讯逼供问题比较严重

从媒体披露的错案来看,我国实践中刑讯逼供问题比较严重。就笔者收集的近百起刑事错案而言,只有一起案件(河南的张海生案件)不存在刑讯逼供,其他案件都存在刑讯逼供,并且刑讯逼供所得的口供都成为证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的主要证据,甚至唯一证据。在张海生案件中,之所以没有刑讯逼供,是因为该案是强奸案,办案人员通过强烈暗示,诱导被害人在辨认时错误指认张海生是犯罪人,有了这一直接证据,侦查人员觉得即使犯罪嫌疑人不供认也足以定罪,因而没有刑讯。^{〔1〕}

值得注意的是,在2013年曝光的张氏叔侄二人被冤案中还出现了一种新的现象:侦查人员利用狱侦耳目(袁连芳)对犯罪嫌疑人进行刑讯。^{〔2〕}狱侦耳目从法律属性上来说属于线人。不过,线人不同于污点证人,线人与案件通常不应存在利害关系,并且线人的使用应当受到严格的适用条件和程序的规制。而我国实践中使用的狱侦耳目与案件存在利害关系,因为狱侦耳目迫使犯罪嫌疑人供认有罪会被认定为立功从而获得减刑、假释的机会,并且狱侦耳目在适用条件和程序方面几乎不受任何控制,因而很容易导致刑讯逼供,发生错案。

(二)忽视科技手段的运用,司法鉴定经常出现低级错误

在《透视》一文研究的20起冤案中,有15起案件在鉴定方面存在问题。其中,有7起案件本来能够,也应当作DNA鉴定,但由于种种原因,办案人员都没有做。在这7起案件中,有4起案件本来应当做DNA鉴定,但办案人员只进行血型鉴定;有2起案件本来应当做DNA鉴定,但办案人员只进行辨认;还有1起案件本来应当做DNA鉴定,但办案人员未作任何鉴定。

值得注意的是,在中国实践中,本来应当做DNA鉴定,却只做血型鉴定以致发生错案的

〔1〕 参见毕良珍:“诚实证人证言或然性探析”,《犯罪研究》2006年第4期。

〔2〕 参见邵世伟:“‘牢头’袁连芳:作伪证,为什么”,载《南方周末》2013年5月16日,第A3版。

现象比较普遍。不仅《透视》一文研究的很多错案存在这一问题，近年媒体曝光的不少错案也存在这一问题。譬如，在呼格吉勒图案件中，侦查人员在呼格吉勒图指甲中提取到附着物。本来，对该附着物应当做 DNA 鉴定，但办案人员只做血型鉴定，并以附着物血型与被害人血型一致而与呼格吉勒图血型不一致认定呼格吉勒图有罪。^{〔3〕}这显然犯了低级错误。道理很简单：血型相同的概率非常高，远未达到认定有罪所需的排除其他可能性的程度。

到 1993 年，DNA 鉴定就被广泛应用于中国刑侦领域。^{〔4〕}如果说在 1993 年以前，由于 DNA 鉴定不太普遍，以血型鉴定替代 DNA 鉴定尚可理解的话，那么在 1993 年以后，在许多案件中，如呼格吉勒图案（1996 年）、张庆伟案（1997 年）、杨云忠案（1995 年）等案件中，侦查人员还犯这种低级错误，就让人难以理解了。

（三）违法取证，隐瞒、伪造证据，甚至阻止证人作证的现象屡屡出现

在《透视》一文研究的 20 起冤案中，有多达 11 起案件存在警察违法取证，隐瞒、伪造证据，甚至阻止证人作证的现象。如在余祥林案件中，曾有四位证人出具“良心证据”，证明在公安机关认定被害人张在玉“死亡”之后 9 个多月，曾有一个与张在玉非常相似的人在他们的村住过两天一夜。对这一证据，侦查机关不仅不进行调查，还将四名证人予以拘留、逮捕或监视居住，禁止他们出庭提供证言。^{〔5〕}

近年媒体披露的许多错案也存在这一问题。如在张振风强奸、抢劫案中，侦查人员对张振风进行 DNA 鉴定，鉴定结论显示张振风的 DNA 与被害人体内残留的精液 DNA 不一致，这完全排除了张振风作案的可能，但办案警察余鹏飞将鉴定结论予以隐匿，导致张振风被错误认定为有罪，被判处死缓。^{〔6〕}

（四）片面追求证明有罪，对无罪证据经常视而不见

在《透视》一文研究的 20 起冤案中，有 15 起案件证明被告人无罪的证据没有被推翻或得到合理说明，法官就作出了有罪裁判。在这 15 起案件中，有多达 10 起案件存在证明被告人没有作案时间或不在犯罪现场的证据，但公安司法人员都视而不见，认定被告人有罪。

近年媒体披露的许多错案也存在这一问题。在安徽的于英生案中，于英生妻子体内的精液经鉴定并非于英生的，此外现场还存在两枚其他人的指纹，这些是证明于英生无罪的强有力证据，但办案人员置之不理，还是认定于英生构成犯罪，判处其无期徒刑。^{〔7〕}在李怀亮案件中，案发现场有 O 型血迹，但被害人郭晓萌是 A 型血，被告人李怀亮也是 A 型血，并且勘验检查结论未发现郭晓萌和李怀亮有出血口，这表明犯罪现场有其他人出现，李怀亮不可能是犯罪人；此外，犯罪现场脚印是 38 码，李怀亮穿的鞋是 44 码；现场脚印显示是空调凉鞋，而李怀亮当晚穿的是平底拖鞋。然而，对这些重要的证据，公安司法人员都置之不理，依然认定李怀亮

〔3〕 参见邢世伟、谷岳飞：“呼格吉勒图无罪 追责程序启动”，载《新京报》2014 年 12 月 16 日，第 A06—A07 版。

〔4〕 参见乔瑞：“DNA 鉴定技术及其在刑事侦查中的应用”，载《科技创新导报》2014 年第 15 期。

〔5〕 参见刘炳路、吴学军：“余祥林案有罪推定全记录”，载《新京报》2005 年 4 月 14 日，第 A24—A25 版。

〔6〕 参见刘万永：“迷雾中的柘城冤案”，载《中国青年报》2010 年 9 月 9 日，第 4 版。

〔7〕 参见贾鹏：“于英生 17 年洗出的清白”，载《新京报》2014 年 5 月 29 日，第 A24、A26 版。

构成故意杀人罪。^{〔8〕}

(五) 轻视被告人辩护,对辩护律师的合理意见经常置之不理

在《透视》一文研究的 20 起冤案中,有 15 起案件律师都尽到了应尽的辩护职责,正确指出了侦查、检察机关的指控以及法院裁判中存在的问题,证明犯罪嫌疑人、被告人是无罪的,但由于种种原因,办案机关都未予采信,导致发生错案。

近年媒体披露的许多错案也存在这一问题。如在张氏叔侄二人被冤案中,原二审辩护律师王亦文在辩护词中全面阐述了本案在事实认定、法律适用方面存在的问题:①两被告人的口供是警方采用刑讯逼供获得的,应当予以排除;②作为主要定案根据的两被告人的有罪供述反复不定,并且许多细节相互矛盾,不能作为定案的根据;③被害人人体内未能提取到精液,不能证明发生了强奸事实;④被害人八个指甲中检测出有其他男性的 DNA,很可能是该其他男性对被害人实施侵害,被害人在反抗时用双手抓犯罪人留下的;⑤指认现场的路线图是侦查人员画出来后,要求犯罪嫌疑人照着画的,因此该路线图以及指认现场笔录不能作为认定案件事实的根据;⑥被害人有财产损失,不能排除是抢劫杀人,而非强奸杀人。^{〔9〕}显然,王亦文律师的分析非常正确、细致、深刻,很有专业水准,二审审判人员哪怕秉持最基本的公正立场,都不应当判处被告人有罪,但可惜的是,二审法院置这些强有力的辩护意见于不顾,维持了一审法院的有罪判决。

(六) 无视法定证明标准,许多案件证据严重不足仍认定犯罪嫌疑人、被告人有罪

在刑事诉讼中,法院作出有罪裁判必须达到事实清楚,证据确实、充分,排除合理怀疑的程度。如果被告人供述被用作认定案件事实的根据,必须遵循补强证据规则,有其他证据补充证明口供是真实可靠的。然而,就媒体披露的冤案而言,即使不考虑许多案件存在大量无罪证据,许多案件辩护律师提出了合情合理甚至充分的无罪证据,仅就法院据以作出有罪裁判所依据的证据而言,不少案件都远未达到认定有罪的标准。就《透视》一文研究的 20 起冤案而言,有 14 起案件有罪证据显然不足。在这 14 起案件中,主要依据,甚至完全依据口供定案的有 11 起。近年,媒体披露的许多错案也存在这一问题。如在王本余案中,原审判决认定王本余犯奸淫幼女罪和故意杀人罪,直接证据只有王本余的供述,既没有在被害人身上提取的精液,也没有其他客观证据;并且被告人供述与尸检结论存在重大矛盾:王本余供述是在被害人人体内射精,但被害人人体内并无精液。^{〔10〕}

二、导致错案的深层原因

(一) 片面追求破案率,特别是要求“命案必破”的做法值得反思

在刑事诉讼中,由于许多犯罪是秘密实施的,犯罪人千方百计避免留下证据,甚至千方百

〔8〕 参见洪雪:“‘审’了 12 年 嫌犯还关着”,载《法制晚报》2013 年 1 月 11 日,第 A06 版。

〔9〕 参见王亦文:“张辉张高平涉嫌强奸案二审辩护词”,<http://www.66law.cn/lawwrit/9011.aspx>,最后访问日期:2015 年 2 月 3 日。

〔10〕 参见李铁柱:“‘杀人者’王本余冤狱 18 年昭雪”,载《北京青年报》2015 年 2 月 4 日,第 A09 版。

计毁灭、伪造证据,因此刑事诉讼中能够收集到的证据往往非常有限。正因为如此,当今世界,刑事案件的破案率通常不超过50%,大多数国家和地区只有40%左右。在我国,根据公安部公布的统计数据,1999年以前,可能由于统计存在问题,破案率高达60%以上,自2000年以后,破案率通常也在40%多,一般不超过50%。尽管“命案”人命关天,在侦查时投入更多的人财物力,可以提高破案率,但要达到100%破案是不可能的。过分强调破案率,尤其是要求“命案必破”,极可能导致在有些无法侦破的案件中,办案人员被迫寻找替罪羊。就前文考察的刑事错案而言,尽管许多案件辩护律师提出了强有力的无罪理由,尽管许多案件有罪证据显然没有达到法定的证明标准,但办案人员还是置若罔闻,做出有罪认定,这与我国实践中过分强调破案率,尤其是“命案必破”有着紧密关系。

(二)检察机关、法院难以独立办案,“三长会”等做法应予检讨

刑事诉讼是一个依据有限证据探求未知的艰难过程。在刑事诉讼中,只有办案人员亲自审查了所有证据,只有他们对案件事实最清楚,因而只有他们对案件事实的判断最接近案件真相。正因为如此,现代司法包括我国立法要求保障检察机关、法院依法独立办案。但在我国实践中,在出现疑难、复杂、重大案件时,地方党政部门进行干预的现象比较普遍。许多地方都存在“三长会”的做法,即由地方政法委组织公检法三机关负责人就疑难、复杂、重大案件进行讨论、协调。地方党政部门并未亲自审查全部证据,对案件事实不太了解,并且基于“维稳”的需要,往往倾向于认定犯罪嫌疑人、被告人有罪,因而很容易导致冤案。在《透视》一文研究的20起冤案中,有多达9起案件地方党政部门进行了干预。近年媒体披露的不少案件也存在这一问题。在赵作海案件中,商丘市检察院曾两次以事实不清、证据不足为由,退回公安机关补充侦查,并在第二次退回补充侦查时告知侦查机关,如果无名尸的身份没有查清,不要移送检察机关审查起诉。后经商丘市政法委协调,要求检察机关在20日内起诉到法院,法院“快审快判”,检察机关、法院只得遵照执行,以致发生错案。^[11]

(三)对案件的处理过分迁就社会舆论、过分屈从被害人(方)压力的做法值得反思

长期以来,我国一直强调对刑事案件的处理应当关注社会舆论,“民愤”被作为法官量刑的重要情节。最高人民法院于2009年4月13日颁布的《关于进一步加强民意沟通工作的意见》曾明确要求,各级法院、法官应当“广泛深入地倾听民意、了解民情、关注民生,以实际行动尊重群众意见,发扬司法民主,充分体现中国特色社会主义司法制度的人民性优势”。然而,由于民众并未亲自审查全部证据,对案件事实的了解并不全面,并且社会舆论往往是建立在感性而非理性的基础上,在刑事诉讼中通常同情被害人而痛恨犯罪嫌疑人、被告人,若过分要求公安司法机关对刑事案件的处理关注社会舆论,尤其是让被害人(方)满意,就极易导致对证据不足的案件被迫做出有罪认定,以致冤枉无辜。近年媒体披露的许多错案在诉讼过程中都受到了来自社会舆论,尤其是被害人(方)的强大压力。如在死刑保证书案件中,就是因为被害方对叶县法院一审判处李怀亮15年有期徒刑不服,不断申诉、上访,要求必须判处被告人死刑,平顶山

[11] 参见刘刚:“检讨赵作海案”,《中国新闻周刊》2010年第20期。

中院被迫与被害人订立“死刑保证书”，约定：“李怀亮一案由中院提审，尽量判死刑，如果省高院发回，杜玉花(被害人母亲)也不再上访”。该保证书订立于2004年5月17日，平顶山中院果然“信守承诺”，于2004年8月3日判处李怀亮死刑立即执行。河南高院再次发回重审，被害方又不断申诉、上访，尽管有罪证据严重不足，平顶山中院也不敢作出无罪裁判，导致李怀亮被超期羁押12年。^{〔12〕}

(四)公、检、法机关过分重视相互配合而轻视相互制约是导致发生错案的体制根源

在刑事诉讼中，从侦查、起诉到审判，从一审、二审到死刑复核、审判监督程序，是一个不断纠错的过程，上一个阶段犯下的错误在下一个阶段应当能够得到纠正，从而防止发生错案。但在我国刑事诉讼中，公安司法机关配合有余而制约不足，下一个阶段对上一个阶段存在的问题经常采取容忍，甚至袒护态度，结果导致犯罪嫌疑人一旦在侦查阶段被错误认定为有罪，在起诉、审判阶段很难得到纠正。就媒体披露的刑事错案而言，许多案件都曾在不同的阶段被发现存在错误，因而被退回补充侦查或发回重审，甚至被多次退回补充侦查或发回重审，但由于种种原因，最终在证据没有显著增加的情况下，都被做出了有罪认定。就《透视》一文研究的20起冤案而言，有9起案件曾被退回补充侦查。这9起案件中，有2起曾被3次退回补充侦查，有1起曾被4次退回补充侦查。其中，李化伟案除被4次退回补充侦查，还经历了5次合议庭讨论、3次审判委员会讨论、3次向上级法院请示，但是最终还是被作出了有罪裁判。^{〔13〕}近年媒体披露的不少案件也存在类似问题。李怀亮案件曾被平顶山中院一次发回重审，被河南高院两次发回重审，但在证据没有显著增加的情况下，最终还是做出了有罪认定。^{〔14〕}

(五)对公安司法机关办案经费投入不足是导致发生错案的经济根源

司法经费的多寡是决定案件处理质量的一项重要因素。在其他因素，如诉讼程序、司法体制、刑事政策等保持不变的情况下，案均司法经费越充足，案件处理质量通常越高，误判率越低；反之，案均司法经费越少，案件处理质量越低，误判率越高。在我国，司法经费对案件处理质量的影响一直没有受到充分重视。实践中，司法经费的增长速度一直跟不上刑事案件急剧膨胀的速度。刑事案件迅猛增长，而国家对公安司法机关投入的司法资源无法同比增长，甚至远远落后于刑事案件增长速度，必然导致公安司法机关对每起案件投入的司法资源减少。在司法资源不足的情况下，办案人员必然会尽量选择办案成本较低的诉讼手段。就刑事侦查而言，讯问犯罪嫌疑人是所有手段中成本最低的。如果侦查人员在掌握的证据不充分的情况下对犯罪嫌疑人进行讯问，犯罪嫌疑人往往会否认实施犯罪，侦查人员为获取有罪供述，就可能采用强制手段，甚至实施刑讯逼供。

〔12〕 参见刘昌武、韩景玮、高鸿鹏：“判决3次均撤销关了11年他还是嫌疑人”，载《大河报》2013年4月25日，第A21版。

〔13〕 参见黄成、邵冬梅：“为了不被忘却的历史——李化伟冤案采访记”，《新闻三昧》2003年第1期。

〔14〕 参见刘昌武等，见前注〔12〕。

死刑错案主要成因与防范

谢望原(中国人民大学刑事法律科学研究中心教授)

毫无疑问,我国在相当长时期内不可能废除死刑。由于死刑适用关涉被告人的生杀予夺,故司法机关适用死刑,必须严格遵守刑事法律规定,且还需慎之又慎。最近几年来经由媒体披露的死刑错案——这里仅在狭义上使用“死刑错案”,即仅指对被告人犯罪事实认定错误且被适用了死刑(包括“死缓”)的刑事案件,确实令人触目惊心!现就其成因与防范发表如下粗浅看法:

一、死刑错案主要成因

其一,违背刑事法治规律,奉行错误刑事政策。所谓规律,就是指决定着事物发展必然趋向的事物发展运动轨迹。遵循事物发展规律,事物就会有序发展前进;不遵循事物发展规律,事物演进就会混乱失范。刑事法治规律就是决定国家有关认定犯罪与刑事处罚事务必然发展方向的运动轨迹。刑事法治规律的一个基本要求就是——国家必须在科学合理的刑事政策指引之下处理刑事法治事务。一段时期以来,我国刑事法治领域之所以出现诸多错得离谱的死刑错案,首先就因为我们违背了刑事法治规律,奉行了错误的刑事政策。比如说,在犯罪侦查方面,刑侦主管部门推行“有奖破案”、“限期破案”、“命案必破”等完全不符合刑事侦查规律的政策,势必导致办案人员为了“破案获奖”,或者为了“如期破案”或者“百分百命案侦破率”,在处理涉案的犯罪嫌疑人时无所不用其极,这就必然造成冤假错案。又比如说,在犯罪控制方面,从上世纪80年代以来一直推行“严打”、“从重从快”的刑事政策,虽然从表面上看这样的刑事对策似乎有效遏制了当时的某些严重犯罪,但事实上这样的刑事政策却导致了严重后果——一方面并没有真正有效防止犯罪,而是引起某些严重犯罪反弹;另一方面,这样的刑事政策在某种程度上亦间接促成了一些冤假错案的发生,佘祥林案和呼格案等正是片面强调“严打”、“从重从快”导致的具体恶果。

其二,刑事法治被过分“工具主义化”。我国是一个有着五千年悠久文明历史的国家。而一部中国法制史,其实很大程度上就是一部刑法史。所以自古以来,历代国家政权都十分重视运用刑事法治维护国家的长治久安。毋须讳言,及至现代,刑事法治在我国从来都是作为政治统治工具而存在的。长期以来,由于受到历史法文化传统影响,再加上现实政治法律生活中片面强调专政、稳定压倒一切等政治意识形态、治安控制方略的影响,司法机关与司法工作人员在处理刑事案件(特别是重大敏感刑事案件)时,就会自然而然“选边站”,他们往往会自觉把刑事法治当作达到某种社会治理的工具或手段。而如此一来,司法机关与司法工作人员的中立性或公正性就会荡然无存。如此进行刑事司法,造成冤假错案就不足为怪了。

其三,无视程序正义,公然践踏刑事诉讼法规范。从刑事法制史的角度来看,中国向来重实体而轻程序,重定罪而轻量刑。直到当今,这一现象虽有好所转,但并没有从根本上改变忽视程序正义的不良司法习惯。历数已经揭露出来的死刑错案——从河南赵作海案到浙江张氏叔侄案等,无不是因为办案机关及其工作人员漠视刑事诉讼法规定,全然不遵守刑事程序规定所造成的。无论是旧刑事诉讼法还是新刑事诉讼法,都规定有“重证据、重调查研究、不轻信口

供原则”(1979年《刑事诉讼法》第35条,2012年《刑事诉讼法》第53条)。该原则的立法目的在于:淡化口供在刑事案件处理中的作用,强调其他非口供证据在定罪中的重要作用,进而杜绝刑讯逼供。然而在实际办案过程中,有些办案机关及其工作人员仍然坚信“口供乃证据之王”的信条,为了找到案件突破口,他们仍然习惯并且依赖刑讯逼供以获取证词。现已发现的死刑错案,几乎均与刑讯逼供有关。

其四,轻视辩护律师的辩护意见。在现代刑事诉讼的制度设计上,辩护律师具有极其重要的地位,作为一个独立的刑事诉讼主体,辩护律师应当与公诉人具有同等刑事诉讼地位。他们的辩护意见理应成为人民法院在处理具体案件时的重要参考依据。但事实上,不仅在侦查阶段辩护律师的工作时常因为侦查机关故意设障碍而无法开展——如检察院的反贪部门常常以《刑事诉讼法》第37条第3款为由,拒绝让律师会见涉嫌受贿的犯罪嫌疑人,而且在刑事案件的处理过程中,人民法院往往更重视(甚至主动配合检察机关)公诉人的意见,通常不会平等对待控辩双方意见。正因为如此,在一些疑难复杂案件审理过程中,辩护律师的合理意见得不到应有尊重就成为某些死刑错案的重要原因。例如河南张振峰案,辩护人吕继超在辩护词中已经指出:当事人张振峰被定罪存在诸多疑问,如涉案5个被告人涉及14起案件,许多案件的主要事实模糊不清,特别是案件发生的时间、地点不清;并且该案证据采信也存在严重问题——没有被告人去辨认犯罪现场的笔录,怎么能证明被告人到过现场?受害人王某竟然能够辨认出蒙着脸部的人,难道有特异功能不成?并且,在前面笔录中他说没有看清被告人,而后面却又说看清了并辨认了出来,这明显是不真实的。然而不幸的是,这些具有充分道理的辩护意见并没有受到人民法院及其办案法官的重视,相反,他们宁可采信检察官事实与证据并不充分的指控,最终认定张振峰构成抢劫罪、强奸罪,并处以死刑缓期两年执行,直到2010年真凶王银光被发觉,张振峰案才得以水落石出。

二、死刑错案之防范

古人云:“人非圣贤,孰能无过?过而改之,善莫大焉”。所以要求绝对不出现错案——包括死刑错案,是不现实的。问题在于知过即改——即应当尽可能不要让死刑错案再次发生,也就是要最大限度地有效防止死刑错案。在我看来,要有效防止死刑错案,主要应当采取以下措施:

其一,构建科学合理的刑事法制体系,真正做到法、检、公各司其责,确保法院独立审判。

虽然新旧刑事诉讼法均规定了法、检、公分工负责,互相制约原则,但客观而论,这一原则并没有得到认真地遵守。究其原因,是因为我们的刑事法制体系设计并不合理。一方面,刑事诉讼法规定了人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则,可是宪法却明确赋予了检察机关“法律监督机关”的地位,这就意味着检察机关拥有对法院审判工作进行监督的权力,既然如此(且不说还有党政部门的干预),法院又怎么能够真正独立审判?另一方面,在现实政治法律生活中,国家又赋予了公安机关太大的权力,无论是社会治安日常管理,还是“维稳”以及打击与防范犯罪,国家主要依靠公安机关,而且过去很长时间一些地方的公安机关首长还兼任当地政法委书记,这就造成了公安机关权力事实上远远大于法院和检察院的实际情况,进而造成在处

理刑事案件过程中,法、检、公名义上分工负责,但实际上无法相互制约。已经揭露出来的那些死刑错案,也证明了这一分析结论。要真正避免死刑错案,必须建构科学的刑事法制体系,即只有法院才是最权威的刑事司法权力拥有者,检察机关可以或应当指导或监督公安机关办理刑事案件,但是不能去监督法院的司法审判。只有如此来进行刑事法制体系设计,才能真正确保法、检、公各司其责,进而确保法院独立审判,尽可能减少冤假错案发生。

其二,尊重犯罪嫌疑人或被告人的基本权利,坚守无罪推定原则。

毫无疑问,在处理刑事案件过程中,听取并考虑被害方诉求是实现刑事处罚目的、促使被告人认罪悔罪的重要因素。但是,由于办案机关是以国家名义展开刑事调查并进行刑事诉讼,相对于强大的国家机器,犯罪嫌疑人或被告人显得多么渺小或多么微不足道!强调尊重犯罪嫌疑人或被告人的基本权利,就是要约束国家权力,把犯罪嫌疑人或被告人真正当“人”来看待,不允许随意剥夺其依法享有的权利。英国法哲学家密尔曾经指出:“针对文明社会的成员,违背其意志,国家权力正确行使的唯一目的就是防止对他人的损害。……社会成员不能被合理地强迫去做什么或者忍受什么。”〔1〕这一精辟论述对于我们理解为什么应当约束国家权力仍然具有重要意义。为了有效保护犯罪嫌疑人或被告人基本权利,刑事诉讼法已经规定了科学合理的办案程序,严格遵守这些程序性规定,就可以确保办案质量。尊重犯罪嫌疑人或被告人的基本权利,某种意义上来说,就是要求办案机关严格遵守刑事诉讼法规定的办案程序,避免造成冤假错案。此外,无罪推定原则乃是现代法治国家共同遵循的基本刑事司法原则。我国刑事法律虽然没有明文规定无罪推定原则,但一般认为,《刑事诉讼法》第12条规定的“法院定罪原则”(未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪)就是无罪推定原则。无罪推定原则的基本要求是:不得强迫犯罪嫌疑人或被告人自证其罪,检察机关承担其指控犯罪的举证责任以及疑罪从无。与无罪推定紧密相连的还有“有利被告原则”或“如有疑问,利益归被告原则”。毋须讳言,我国司法机关在刑事案件处理过程中并没有真正落实无罪推定以及相关原则的精神,相反,我国的法院、检察机关对于一些重大敏感案件常常“提前介入”,事实上形成“未审先判”的结论。凡此种种,都可能增加了冤案发生的几率。为了杜绝死刑错案,在今后刑事司法实践中,有必要着力推行无罪推定原则。

其三,依法科学合理追究有关责任人的法律责任。

就我国目前做法来看,在追究有关死刑错案办案人员法律责任方面,通常是追究侦查机关具体办案人员的法律责任,很少追究检察机关和法院办案人员的法律责任。在具体法律责任问题上,通常是依据《刑法》第247条追究有关侦查人员刑讯逼供罪、暴力取证罪等刑事责任。这显然是不够科学合理的。就中国现行政治法律制度设计而言,法院、检察院、公安机关都属于国家机关的范畴,法官、检察官和警官都具有公务员身份或者说都是国家机关工作人员。因此,如果他们在办案过程中具有严重的滥用职权或者玩忽职守的渎职行为的,刑法上关于渎职罪的相应规定也是可以适用于法院、检察院和公安机关的办案人员的。此外,如果有关办案人

〔1〕(英)威廉姆·威尔逊:《刑法理论的核心问题》,谢望原、罗灿、王波译,中国人民大学出版社2015年版,页21。

员故意制造死刑错案,例如,侦查人员故意伪造证据或隐匿对犯罪嫌疑人或被告人有利的关键证据,公诉人明知侦查人员伪造证据或隐匿对被告人有利的关键证据,且明知据其提出的指控,被告人有可能被判处死刑而仍然提起公诉,法官明知前述情况仍然据以判处被告人死刑的,则有关侦查人员、公诉人和法官均可能成立杀人罪的共同犯罪。由上分析可知,在处理死刑错案追究有关人员法律责任时,应当根据具体案件实际情况,严格依据法律规定科学合理地分清不同情况下的法律责任。

冤案的偶然与必然

邓子滨(中国社会科学院法学研究所研究员)

一、呼格案的偶然与必然

呼格吉勒图横遭刑辟,令人凄入肝脾,痛入骨髓。可呼格案之平反,却不能使我们高兴起来,换句话说,高兴还太早。呼格案的冤屈得到重视和承认,并不是制度的功效,而是纯属偶然。^{〔1〕}并且,从真凶落网到告慰亡灵,历经了无数阻力坎坷。因此,如果能够坦承冤案之发现与平反多属偶然,就不应将冤案的昭雪寄希望于某种制度。12年前我曾经这样认为,^{〔2〕}现在看来,这种想法需要调整。制度,旨在一般和规律,而非个别与偶然。只能依靠制度来预防冤案,而不可能依靠制度来纠正冤案,也就是说,只能寄希望于一套良好制度得以良好运行,从而一般性、规律性地防止冤案,确保冤案即使有,也不过是个别的、偶或的、有悖制度的漏网之鱼。

毋庸讳言,即使在良好的制度下,冤案也在所难免,古今中外概莫能外。在美国,自1972年至2002年,有100多人从等待执行的行列中被拯救出来。这既说明冤案不在少数,也说明任何制度都不可能无错无冤。不过,良好的制度一旦运行起来,不仅可以使冤案成为小概率事件,而且当案件朝着错误方向发展时,能够及早启动多种机制,有效遏制案件因小失而铸大错。但在并非良好的制度下或者良好制度得不到真诚贯彻时,虽不能说无冤只是偶然,却可以说冤案将是必然。呼格案遂成冤结,就是必然的。依当时当地的制度情势,没有呼格,也必有某个人被抓出来充当替罪羊。这是因为,“命案必破”的提法说明司法制度还处在非常原始的决疑阶段。“必破式决疑”意味着必须有结果,却不在意结果着落在谁身上。

1784年,大清乾隆盛世,英国帆船“赫弗斯小姐号”在黄埔港内向首次来华的美国帆船“中国皇后号”鸣放礼炮,不幸造成岸上一位大清子民死亡。由于几门礼炮齐鸣,实难辨清哪位炮

〔1〕 在见诸媒体的著名冤案中,呼格案、杜培武案、聂树斌案、张振风案、李久明案、丁志权案、杨云忠案、孙万刚案、石东玉案、浙江张氏叔侄案、萧山五青年抢劫杀人案的曝光,是由于真凶落网;而佘祥林案、赵作海案、滕兴善案的平反,是由于“被杀的人”还活着。真凶落网并及时招认,被害人亡者归来,无疑都是小概率事件。如果有人提出“这是以偏概全”的质疑,那么他应负起“冤案实属必然”的举证责任。

〔2〕 参见邓子滨:“使冤案得以昭雪的制度空间”,《环球法律评论》2003年夏季号。

手才是“真凶”。广州官府威胁说,若3天内交不出凶手,要绞死大班,还要逮捕英国商务督办。最后,炮手们通过抓阄方式抓出了一个倒霉蛋,被北京紫禁城核准了死刑。^{〔3〕}试想,在命案必破的观念下,抓住呼格,不就是抓阄吗?因此,构建制度,就是为了使司法从抓阄决疑向规则逻辑靠近,这就是法治的努力。人们一般以为,刑罚越重,出错的机会就越少。实际情况却正相反。凶杀案后,警察面临极大的破案压力,通常看来并不充分的证据也会导致羁押,强有力的审讯更容易产生虚假供述,法官更容易受公众或被害方情绪影响。加之证词中难免存在谎言、夸张或错误,糟糕的司法鉴定直接导致错误的侦查和审判方向。而被害人的指认也难免失误,因为被害人与犯罪人的相遇一般是激动而带有创伤的。

二、冤案成因及其背景影响

大致说来,冤案是指无罪却被当作有罪而遭判决或受刑罚的情形,这可算作冤案的本义,一般是由证据或技术原因造成的。在“冤假错”三分法中,这种情形被划为错案一类。从司法规律看,各种制度中都不免错判。只要遵循了正当程序,过往案件认定之对错,不应以新发现的证据为转移。换言之,可能出现有错案而无错判的情形。这是因为,法官不对“真相”负责,而只对证据支持的真相负责。可是,从狱羁冤人的角度看,错案也是冤案,虽不能根绝,却理应避免,尤其应当力避错误处决。和平时期,国家的任何高尚目的都抵不过哪怕是一个冤魂的分量。

本义之外,冤案尚有广义与狭义之分。广义的冤案应当涵括超期羁押在内,在侦查阶段主要表现为非法使用监视居住,在审判阶段主要表现为反复发回重审、久押不决。所谓非法使用监视居住,一是对有固定住所、不符合指定处所监视居住法定条件的嫌疑人,违背《刑事诉讼法》第73条的规定,不在其固定住所监视居住,而是定点羁押甚至在办案场所羁押;二是不仅违法定点羁押,而且违背刑事诉讼法意旨,先于刑事拘留适用监视居住,规避提请批捕的期限。之所以反复发回重审、久押不决,是因为疑罪不能从无,又不承认一事不再理,结局多半是在事实不清、证据不足、未能排除合理怀疑情况下作出有罪判决。^{〔4〕}因此,违法的程序性羁押,不仅是冤案的肇始,而且就是冤案本身。狭义的冤案,仅指司法机关故意制造的冤案。本文“注1”列举的,无一不是人为构陷的冤案。至于构陷的手段,在侦查机关是刑讯逼供,在司法机关是漠视或隐瞒对被告人有利的证据。

冤案的产生有其制度上的原因。广义与狭义的冤案,容易出现在法治不完善的时代或地域。而本义的冤案,即错误定罪与错误处决,却可能出现在所有制度中。所以,先要总结各种

〔3〕 参见余定宇:《寻找法律的印迹——从独角神兽到六法全书》,北京大学出版社2010年版,页178。

〔4〕 2013年3月,中央政法委印发《关于依法做好清理纠正久押不决案件工作的通知》,认定被羁押3年以上未审结的为久押不决案件。据新华社2015年3月2日电,截至2013年4月30日,全国久押不决案共计1845件4459人,已纠正1766件4299人,未纠正79件160人。其间,检察机关对8件10人作出不起诉决定,法院对24件32人作出无罪判决。

制度产生冤案的共性问题。换言之,法治即使再完善,也有如下原因可能造成冤案:①不当的辨认,比如嫌疑人是个秃头,但在被辨认的9人中有8人是有头发的;②嫌疑人可能为了推诿或独揽责任而做虚假供述;③目击证人可能因偏见、虚荣,抑或教唆、胁迫、利诱而盲目指认甚至嫁祸于人;④警察、检察官热切希望尽快将嫌疑人绳之以法,在最初的侦查、起诉方向上形成时间成本和荣誉利益,很难转向、回头,以至漠视、隐藏无罪证据,甚至伪造有罪证据;⑤律师的懈怠失职;⑥勘查、鉴定失误;⑦英美国家还可能由于故意剔除于己方不利的陪审员候选人;⑧在辩诉交易中,事实上无罪的嫌疑人,因惧怕重罪指控被陪审团认定而选择承认轻罪。以上只是对冤案成因的不完全列举,但它们是典型多发的。

在列举冤案的共同成因后,应当将焦点转向法治不完善的时代或地域——仇视一事不再理原则并热衷羁押和刑讯,是其显著的观念标志。一事不再理原则被排斥,是因为它与实事求是冲突;热衷羁押是因为罪刑法定和疑罪从无未能得到体认和落实。从“有错抓,没错放”,到“宁可错放,也不能错判”,显然有所进步,但两种说法其实都是荒谬的。既然错抓了,就一定要放,不放才是错的。刑讯盛行无疑是冤案的祸首,但若有效遏制,非断然转变观念不可。对于刑讯逼供,国人多采取“抽象否定,具体肯定”的态度。如果笼统地问某人“刑讯逼供好不好”,他一定说不好;如果告诉他有坏蛋绑架了一个孩子,不打就不能及时找到孩子,相信多数人会认为应该打。其中不乏法学工作者,他们坚持行为功利主义。具体到个案,人们痛骂呼格被刑讯,仅仅是因为“打错了”,如果“打对了”,人们就不会有什么异议。问题在于,刑讯逼供一旦开始,就不可能止步。

除观念影响外,冤案还有以下背景成因:

第一,警察职业被意识形态塑造为道义的化身。道义的化身岂容出错?于是促成铁案意识,不容推翻。即便真凶出现或者亡者归来,冤案的平反仍然不是必然的。某些人在谈到呼格案时,不是谴责制造冤案者,而是戏谑“他们与办理真凶案件的警察没有沟通好”。自我道德神化的逻辑演绎是“对手”的去道德化,即对律师及犯罪嫌疑人的道德矮化。道德矮人若不低头认罪,便罪加一等,死有余辜。

第二,奉行侦查中心主义,被追究者及其辩护人无法有效对抗侦查结论。他们不仅在侦查、起诉阶段难以申诉意见,而且直至走上法庭,也无缘与证人当庭质证。庭审不过是继续审讯被告以及对控方提供书证的有限核对而已,仍然是纠问式的。近期司法改革的核心诉求是确立审判中心主义。如果主导权不在审判环节,那么法官对侦检机器便无法有效制动,在外部压力下,有时还会巧文浸深,助纣为虐,致使无辜蒙戮。^{〔5〕}公检法三机关既相互配合又相互制约,只是想象中的最佳状态,矛盾和不协才是常态,所以配合一定多于制约。于是,“法官不去寻求事实的真相,而是在囚徒中寻找罪犯,并为此而设置圈套。他认为:如果不能以此而取

〔5〕 据《资治通鉴》卷二十五,汉纪十七载,宣帝地节三年,即公元前67年,廷尉史路温舒上书曰:“夫狱者,天下之大命也,死者不可复生,绝者不可复属。书曰:‘与其杀不辜,宁失不经。’今治狱吏则不然,上下相驱,以刻为明,深者获公名,平者多后患。故治狱之吏皆欲人死,非憎人也,自安之道在人之死。”

得成就的话,那就是失败,就有损于他那称霸一切的一贯正确”。〔6〕

第三,律师被视为司法异己,而不理解律师的社会,势必是法治不彰的。在刑事诉讼中给律师设置障碍,比如危害国家安全、恐怖活动、特别重大贿赂三类犯罪须经侦查机关允许方能会见,或者不说不允许,只是说会见窗口少,迫使律师不得不凌晨去看守所门前排队。再比如限制刑事案件收费,从源头上使优秀律师远离刑事辩护。凡此种种正是法治不彰的表现,优秀律师在刑事案件中戴着镣铐跳舞,必然导致冤案的增加。另一方面,上世纪“反右”和“文革”的历史经验已经证明,律师一旦消失,检控机关便没有对手,起诉的成功率会无限提高,以至接近百分之百。而百分之百的定罪,难道不意味着检察院、法院只是摆设,最终也就可有可无吗?

三、奉行并落实良好制度是预防冤案的必然选择

冤案的偶然与必然,其实取决于制度。制度好,案件审判质量能够得到基本保障,冤案虽也在所难免,但它只是偶然的;制度不好,也会形成某些个案的实体公正,但难于保障案件整体质量,冤案会由于非法证据的大量运用而势成必然,并且绝对数量可能超乎善意想象。如果冤案是一种疾病,采用坏制度就像跳大神,可能碰巧病也好了,但只能是机缘巧合,“反误了卿卿性命”才是常态;采取好制度则是现代医疗,可能也治不好某些病症,但基于丰富的临床实践,能够保证多数病患得到医治。偶遇沉疴宿疾、非典绝症,至少能让患者感觉医院尽力了。现代医院的良好运行,将使全社会都信任医院。

同理,良好的司法制度使全社会对规则及其后果产生稳定期待,从而对社会公平正义抱有信心。放眼世界,有许多成功经验;回顾过去,有许多惨痛教训。如果真心遏制冤案,有效的药剂其实简单易得。在建设法治的过程中,可以选择当务之急的几个要点,也就是,找到中国法治的急所。“急所”是围棋术语,指紧关急要的下一步。法治的“急所”意味着,要选准解决问题的关键和要领,并且重在以真诚之心落实制度规则。本文意见是,预防冤案的“急所”,核心在于遏制刑讯逼供和确立侦查、起诉、审判过程中律师的全程在场权。

具体而言:首先,要让律师提前介入,全程伴随审讯,从而有效杜绝刑讯逼供、指供、诱供。曾经以为,讯问过程的全程录像可以解决问题,但实践效果并不理想。录像制作者就是审讯者,不会提供对自己不利的内容,且对录像可以做技术处理。其次,要明确赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权,无条件、无保留地贯彻无罪推定、疑罪从无的原则。再者,对物证、书证实行与刑讯同样的非法证据排除制度。比如,《刑事诉讼法》第54条第1款规定“收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”该规定对不符合法定程序取得的物证、书证留下了所谓“补正或合理解释”的空间,以国人的聪明才智,这种规定的实际效果是无需多说的。只有将不符合法定程序收集的证据绝对排除,才是有效的程序性制裁。最后,落实证人出庭制度,根除盛行多年的以书面审为主所造成的积弊,笃行审判中心主义,真正实现对抗制审判。

〔6〕 (意)贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,页103。

关注错案的三个视角

杨书信(公安部经济犯罪侦查局研究处处长)

关注刑事错案这个话题,应该注意以下三个视角:

第一个视角,是历史的或者说发展的视角。包括三层含义:首先,我国的刑事政策是不断发展完善的,从从重从快的“严打”刑事政策到宽严相济的刑事政策,经历了一个逐渐演进的过程。其次,刑事法治理念和相关制度、原则是不断发展进步的,从类推到罪刑法定、从疑罪从轻到疑罪从无、从有罪推定到无罪推定等,都有一个历史的发展过程。再次,人们的认识水平是不断发展提高的,特别是现代科技水平的突飞猛进和在刑事司法实践中的广泛应用,诸如DNA技术、人像识别技术、资金查控技术、大数据、云计算等在侦查办案实战中的普及,给司法实践以巨大的帮助和便利,甚至成为侦查办案的关键性因素。如果回过头来,用现在的刑事政策、法治理念和刑事技术审视评价过去十几年甚至几十年前办理的案件,并主张追究当时办案人的法律责任,显然是有失客观和公允的。

第二个视角,是关系的视角。主要指三个关系:其一,和思维习惯的关系,作为社会的、具体的人,公检法办案人员的思维习惯与其身居的整个社会的思维习惯是不可能完全分割的。数十年来,社会上盛行的功利论、目的论以及“只要结果正确,可以不择手段”的唯结果论等,不可避免地会影响到公检法办案人员。表现在司法实践中就是一味追求破案抓人审口供,而不问具体手段。这在一定程度上会提高人们对刑讯逼供、滥用强制措施等违法犯罪现象的心理容忍度和耐受度。其二,和当前时代背景的关系。经济犯罪多系法定犯,以违反经济行政管理法律法规为构成犯罪的前提条件。在全面深化改革、全面推进依法治国的时代背景下,经济行政管理政策和市场监管措施不断推陈出新,与此相关的经济犯罪也会随之不断变化,因此导致人们对于经济犯罪之犯罪构成的理解也变动不居、因时而异。其三,和整个民族文化心理的关系。在社会剧烈变革的时代,全民都处在一种急躁、亢奋、焦虑的心里状态中,表现为普遍的急功近利、好大喜功、急于求成。经济发展要速度,城市建设要速度,同样,侦查办案也要速度。“萝卜快了不洗泥”,急躁匆忙中难免会出错,于是,错案发生的机率相应增大。

第三个视角,是实践的视角。一是当前我国正处于社会矛盾多发期和刑事犯罪案件高发期,司法实务部门办案压力巨大,每年人均办案量居高不下。根据“刷盘子理论”,刷的盘子越多,打碎盘子的机率越大。同理,办理的案子越多,出现错案的机率也越大。二是办案成本问题,一些地区尤其是经济欠发达的广大中西部地区,地方财政投入的有限性与侦查办案压力巨大性之间的矛盾,使得办案单位不可能不考虑办案的经济成本问题。比如,DNA鉴定之所以近年能够广泛使用,主要是因为鉴定所用试剂由进口改为国产后,其价格从七八百元一下子降到不到一百元。三是干预因素较多。一个地方发生重大刑事案件特别是命案后,办案单位一般会承受来自被害人、广大群众、新闻舆论甚至地方党委政府的多方面压力,这些压力有时会成为公检法依法办案的干扰、阻扰因素。

以上三个视角,虽然可能不是研究错案问题的主要方法,但为使我们的研究更具客观性,似不应完全忽略。最后补充一句,本人无意为公检法办错案辩护,对于那些因徇私舞弊、贪赃枉法、故意办错案而构成犯罪的,必须依法惩办。

第三单元 死刑错案的防范

论证据裁判主义与错案预防——基于 16 起刑事错案的分析

汪建成(北京大学法学院教授)

刑事诉讼对案件事实的认定过程,既不是现场表演,也不是科学发现。因为,刑事案件的亲历者只能是被告人、被害人与目击证人,事实裁判者则是案件的非亲历者,而刑事诉讼过程也不可能像科学发现那样穷尽所有的期限、条件和手段。这就决定了刑事司法中不可能彻底消灭错案,而只能尽可能将刑事错案的发生降到最低程度。欲达此基本目标,只有坚持证据裁判主义。证据裁判主义既是使司法获得权威的必不可少的保证,也是预防刑事错案发生的重要路径。司法实践中很多错案从反面表明了证据裁判主义的重要性。有学者通过对 20 世纪 80 年代以来我国发生的 50 起刑事错案进行分析,得出的结论是:只有 2 起不存在证据问题,另外 48 起都存在两种以上的证据问题。^{〔1〕} 本文作为分析样本的近年来发现的 16 起刑事错案,则无一例外都存在证据问题。

证据裁判主义的核心内容是运用证据认定案件事实,并正确使用证据作为定案的依据。日本学者田口守一教授曾经分析了证据裁判主义的两种含义:第一种含义从历史意义上否定所谓的神明裁判,即认定事实必须依据证据,其他任何东西都不是认定事实的根据;第二种含义是规范意义上的,即据以裁判的证据必须具有证据能力,而且只有经过调查之后才能认定构成犯罪核心内容的事实。^{〔2〕}

坚持证据裁判主义,应当强调证据收集、使用的客观性和全面性。这一方面要求我们在证据收集、使用过程中不能对不同证据带有不同看法,而是既要收集不利于被告人的证据,也要收集有利于被告人的证据;既要对不利于被告人的证据进行审查,又要对有利于被告人的证据进行审查。另一方面,不能只从假设的事实去寻找证据,而对与假设的事实有矛盾的证据视而不见。如果只是片面收集支持自己假设事实的证据,而忽视与自己假设事实相矛盾的证据,就有可能导致在错误的假设与错误的方向上越走越远,最后很难再现案件的真实情况。总结本文作为分析样本的 16 起案件,绝大多数都存在这样的问题,详见表 1、2。

坚持证据裁判主义,应当注重对证据能力的审查。对于那些不具有证据能力的证据,绝不允许进入刑事裁判的视野,更不得作为定案的根据。我国刑事司法实践中长期以来对证据的证明力比较关注,而对证据能力重视不够,这是导致一些错案发生的又一原因。表 3 列举了将办案线索作为证据使用的情况,表 4 则反映出多数案件中都存在刑讯逼供现象。这两个表清

〔1〕 参见何家弘、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。

〔2〕 参见(日)田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社 2010 年版，页 267。

楚地表明:证据能力淡薄,是造成这些错案的重要原因。

坚持证据裁判主义,应当重视证明标准。对证明标准的理解要从正面和反面两个角度进行。从正面看,要求证立,即运用证据认定案件事实要达到充分、确实的程度;从反面看,要求排伪,即运用证据所认定的事实已经排除合理怀疑。证立只能运用证据,排伪则既可以使用证据,又可运用经验和逻辑规则。只有这两个方面都注意了,才算得上对案内证据的综合运用,证明标准的把握才不会迷失方向。我国司法实践中在证明标准的运用上对证立比较重视,而对排伪则重视不够,结果铸成错案。本文表5表明,很多案件中存在明显的“合理怀疑”,未被排除。

坚持证据裁判主义,应当严守证明责任规范。我国《刑事诉讼法》第49条明确规定:“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担,自诉案件中被告人有罪举证责任由自诉人承担。”第195条也规定了证据不足,指控罪名不能成立的无罪判决方式。证明责任规范虽然不是认定案件事实的首选规范,却是认定疑案事实的最佳规则。因此,司法实践中,对于证据不足、事实真伪不明的案件,应当依据上述证明责任的规范,确定承担证明责任方败诉,宣告被告人无罪。本文表6则表明很多案件的处理缺乏对证明责任规则的认同和遵守,出现了罪疑从轻、留有余地的做法,导致错案发生。

表1 偏听偏信,只采纳不利于被告人的证据,对有利于被告人的证据视而不见

序号	案件	表现形式
1	余祥林案	公检法机关仅凭张在玉亲属的辨认就认定无名女尸是张在玉,而对余祥林亲属提供的关于张在玉的生存证明置之不理。
2	杜培武案	在杜培武当庭出示血衣用以证明受到刑讯逼供的情况下,审判长只是让法警收好却不进行调查。
3	聂树斌案	
4	呼格吉勒图案	警方未将呼格吉勒图的精液与被害人人体内精斑进行对比。
5	浙江张氏叔侄案	法院对有关作案细节的供述之间的矛盾没有足够认识;对死者王冬指甲中其他人的DNA谱带,以“不能作为排除两被告人作案的反证”为由没有考虑。
6	赵作海案	压在无名尸体上的三个石碾,每个石碾重达四五百斤,赵作海一人根本无法推动,存在多人犯罪的嫌疑,但是办案机关对此有利于被告人的证据却不予重视。
7	念斌案	
8	张振风案	张振风等5名被告人的DNA与受害人体内残留精液的DNA不符,这一鉴定结论却被当时的公安人员余鹏飞隐匿。
9	李久明案	司法机关对口供与勘验笔录的矛盾不予重视。
10	滕兴善案	1988年5月13日,中山医科大学法医物证第27号检验鉴定书结论为:“从斧头上提取的可疑斑迹未见有人血。”1988年1月23日辽宁铁岭地区公安局213研究所出具的第97号鉴定书:“把送检的颅骨与石小荣的照片比较,颅骨有些部位与照片不太符。”

11	丁志权案	丁志权在看守所被羁押到第四年时,黑龙江某监狱一名叫张伦的犯人交代是他杀死了丁志权的妻子,但随后即在公安机关的威胁下改变证言说自己是与别人串通替丁志权顶罪。
12	杨云忠案	证人张景江曾作证:“1994年10月初左右,我和杨云忠在他家里喝完酒后出去,走到十一道街时,碰到初中同学张翠红和一男子,当时,杨云忠说了句不好听的话,双方发生口角,那个男子和杨云忠便打了起来,杨云忠脸被打出了血。”公检法机关对这份有利于被告人的证言不予重视,证人张景江甚至因此被判刑。
13	孙万刚案	现场没有发现孙万刚的血迹、脚印,却留有他人的纽扣和皮带扣。
14	萧山五青年抢劫杀人案	律师多次提出该案证据不足、侦查期间存在刑讯逼供的辩护意见,但未能阻止法院作出重刑的判决。
15	李怀亮案	现场留下的脚印为38码,而李怀亮平时穿44码鞋(这一有利证据却未在起诉卷宗中记载)。
16	石东玉案	

表2 多次口供,只采纳不利于被告人的口供

序号	案件	表现形式
1	余祥林案	案卷当中关于余祥林作案手法的口供有4种:一是预谋杀妻,另娶新欢;二是与本村某人合谋杀妻;三是老婆出走,不慎摔死,然后余将妻子尸体沉塘;四是没有杀妻。法院采纳了最不利于被告人的第一种口供。
2	杜培武案	采信庭前的有罪供述,不采信杜培武的当庭申辩。
3	聂树斌案	
4	呼格吉勒图案	有翻供的情形,有罪供述不稳定,法院最终采纳不利供述。
5	浙江张氏叔侄案	采信庭前有罪供述而对张高平、张辉当庭无罪辩解不予采纳。
6	赵作海案	采信庭前9次有罪供述,不采信赵作海当庭的无罪辩解。
7	念斌案	不采信念斌在法庭上的无罪辩解,采信庭前有罪供述。
8	张振风案	
9	李久明案	不采信李久明当庭的无罪辩解,只采信庭前在公安机关所做的唯一一次有罪供述。
10	滕兴善案	在拘留所里,滕兴善一开始不承认自己杀了人,但几个月后,他终于“认罪”了。法院采信了认罪的口供。
11	丁志权案	不采信丁志权在法庭上的无罪辩解,采信庭前有罪供述。
12	杨云忠案	不采信杨云忠在法庭上的无罪辩解,采信庭前有罪供述。
13	孙万刚案	采信庭前的4次有罪供述,不采信孙万刚在法庭上的无罪辩解。

14	萧山五青年 抢劫杀人案	被告人曾多次翻供喊冤,但法院只采信庭前有罪供述。
15	李怀亮案	李怀亮在一审庭审中当庭翻供,并指出办案人员有刑讯逼供嫌疑,法院仍然只采信庭前有罪供述。
16	石东玉案	不采信石东玉在法庭上的无罪辩解,采信庭前有罪供述。

表3 将办案线索当作证据

序号	案件	表现形式
1	余祥林案	被害人张在玉的家人怀疑张在玉被丈夫杀害。
2	杜培武案	妻子王晓湘有外遇。
3	聂树斌案	
4	呼格吉勒图案	呼格吉勒图系报案人。
5	浙江 张氏叔侄案	被害人曾经搭乘过张高平、张辉叔侄二人驾驶的货车。
6	赵作海案	赵作海与“被害人”赵振裳存在过结。
7	念斌案	念斌与被害方是邻居,且存在业务竞争关系。
8	张振风案	专案组分析,张振风游手好闲、无正当收入,对案发地点的地形熟悉,且家中有一辆大架摩托车与此系列案件犯罪嫌疑人的作案工具相符,有重大作案嫌疑。
9	李久明案	李久明和被害人存在“间隙”。
10	滕兴善案	“被害人”尸体被肢解的手法比较专业,而滕兴善的职业是屠夫。
11	丁志权案	丁志权是被害人的丈夫。
12	杨云忠案	杨云忠与被害人存在“情感纠葛”。
13	孙万刚案	孙万刚是被害人的男朋友。
14	萧山五青年 抢劫杀人案	
15	李怀亮案	李怀亮曾经在案发现场附近出现过。
16	石东玉案	从死者创口推测为军用刺刀所致;从转业军人中寻找犯罪嫌疑人;石东玉刚转业不久,且案发当晚去向不明。

表4 采用刑讯等非法方法获取口供

序号	案件	表现形式
1	余祥林案	审讯持续了10天11夜,一天只吃两顿饭,不让喝水,不让睡觉。
2	杜培武案	从1998年6月30日到7月19日整整20天,杜培武基本没有睡过觉。

3	聂树斌案	
4	呼格吉勒图案	有罪供述不稳定,有翻供,且与其他证据存在诸多不吻合之处,不排除存在刑讯逼供的可能。
5	浙江 张氏叔侄案	违法使用狱侦耳目袁连芳,采用暴力、威胁等方法收集口供。
6	赵作海案	办案机关承认存在刑讯逼供。
7	念斌案	念斌在法庭上称自己受到警方刑讯逼供。
8	张振风案	不排除有刑讯逼供的可能。
9	李久明案	7天8夜刑讯。
10	滕兴善案	刑讯、轮流审问。
11	丁志权案	刑讯、体罚。
12	杨云忠案	刘永福等对杨云忠进行了惨烈的刑讯。
13	孙万刚案	不能排除有刑讯、诱供、指明问供的可能。
14	萧山五青年 抢劫杀人案	刑讯,嫌疑人田伟冬咬断舌头,到萧山市第一医院缝了5针才接上。
15	李怀亮案	李怀亮当庭翻供,并指控办案人员有刑讯嫌疑。
16	石东玉案	石东玉一开始说自己无罪,但在30多个小时的审讯和3颗门牙“脱落”之后,承认自己有罪。

表5 合理怀疑未排除

序号	案件	表现形式
1	余祥林案	作案动机、作案工具不明。
2	杜培武案	致王俊波、王晓湘死亡的那把“七七”式手枪没有找到。
3	聂树斌案	缺乏指纹、脚印、体液等关键物证。
4	呼格吉勒图案	呼格吉勒图供述的作案手段与被害人尸检报告不符;血型鉴定不具有排他性;有罪供述不稳定。
5	浙江 张氏叔侄案	两人供述的作案细节中存在多处矛盾;死者王冬的8个指甲末端检测出张辉、张高平之外的另一名男子的DNA谱带。
6	赵作海案	无名尸的身份没有确定,难以认定是赵振裳;口供供述的无名尸其他部分去向相互矛盾,且都未得到证实。
7	念斌案	供述存在反复;口供与证人证言等其他证据之间存在矛盾;供述的作案工具与剩余鼠药均未能查获。
8	张振风案	案件发生的时间、地点不清,抢劫案参与的人数不清。

9	李久明案	李久明没有作案动机和时间;唯一一次有罪供述所说的作案过程和细节与勘验笔录不符。
10	滕兴善案	口供所说“用手捂死”不可能导致尸检报告“骨折”,警方认定滕兴善在马兰洲“杀人抛尸”,但在马兰洲的上游,曾有邻村划渡船的船工王明正看到过女性尸块。
11	丁志权案	作案情节不符合残疾人的生理特点;没有作案时间;没有发现凶器、血衣、指纹等重要证据。
12	杨云忠案	没有作案时间;杨云忠鞋上血迹非被害人遗留,而是打架时遗留(张景江证言)。
13	孙万刚案	孙万刚作案动机和目的不清;血型鉴定不具有唯一性和排他性,孙万刚衣服上有与被害人同一血型的血清,并不能完全证明孙就是凶手。
14	萧山五青年 抢劫杀人案	作案刀具未出示,讯问笔录中也没有涉及刀具的下落;陈建阳、王建平、田孝平所作的供述前后不一致,有罪供述相互之间在一些主要情节上无法印证,且与证人证言及现场勘查笔录等反映的情况亦存在无法排除的矛盾。
15	李怀亮案	案发现场不明血迹(既不是被害人血型,也不是李怀亮血型);口供与被害人衣着不符,且当庭翻供。
16	石东玉案	石东玉家中搜出的军大衣上有O型血和A型血,虽然被害人也是A型血,但是血型鉴定不具有排他性,事后案件复查更是证明血型鉴定错误,被害人的血型为AB型,军大衣上血迹血型与被害人血型并不相同。

表6 证明责任的不履行或不当转移

序号	案件	表现形式
1	余祥林案	余祥林的家人曾主动寻找张在玉,并开具了张在玉出走的有关证明,但是办案民警却说:“你们这种事情我们见得多了,有本事你们自己把张在玉找回来再说。”
2	杜培武案	杜培武要求检察官出示其被刑讯后的伤情照片,被简单地以“找不到”为由拒绝;杜培武在法庭上申辩自己无罪,审判长却要求杜培武拿出证明自己无罪的证据。
3	聂树斌案	
4	呼格吉勒图案	
5	浙江 张氏叔侄案	
6	赵作海案	案件经两次退回补充侦查,仍然事实不清、证据不足,但仍然被起诉、定罪。
7	念斌案	由于最高人民法院以“事实不清、证据不足”为由裁定不予核准福建省高级人民法院维持死刑的裁定,并撤销福建省高级人民法院维持死刑的裁定,将案件发回重审,2011年9月7日,福州中院再次开庭审理此案,在没有新事实新证据的情况下,福州市中级人民法院再次对念斌判处死刑。
8	张振风案	
9	李久明案	

10	滕兴善案	辩护律师曾找到警方,把疑点一一列出,警察回答:“这个不由你说了算,政府肯定没错。”
11	丁志权案	
12	杨云忠案	
13	孙万刚案	
14	萧山五青年 抢劫杀人案	
15	李怀亮案	平顶山市的两次判决均被河南省高院以“事实不清、证据不足”为由撤销原判、发回重审,但第二次发回重审之后,该案再无开庭消息,李怀亮也一直被羁押在看守所,至2013年已超过12年。
16	石东玉案	1991年4月5日,伊春市中级人民法院判处石东玉死刑,立即执行;5月13日黑龙江省高级人民法院以“事实不清、证据不足”为由,裁定撤销原判、发回重审,并列出了需要进一步核实的疑点;9月19日在伊春市中级人民法院重新开庭审理的过程中,公诉方并没有提供新的证据,但是法院仍然判处石东玉死刑,缓期两年执行。

防范冤错案件的制约之方与理性之法

党建军(最高人民法院刑事审判第四庭副庭长、审判员)

2014年以来,中共中央在推进司法改革、强化司法制约、防范冤错案件等方面推出了几项重要决策。例如,《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出要“推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验”,“保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”。又如,2015年1月20日的中央政法工作会议要求,坚决取消刑事拘留数、批捕率、起诉率、有罪判决率、结案率等不合理的考核项目。^{〔1〕}中央政法委书记孟建柱特别强调,要“强化制约监督,……防止事实不清、证据不足的案件或者违反法律程序的案件‘带病’进入起诉、审判程序,造成起点错、跟着错、错到底的现象发生”。^{〔2〕}这些要求对于理顺侦查、公诉与审判的诉讼关系,强化庭审功能,保证公正司法,防范冤错案件,具有重要的指导作用,用一

〔1〕 参见张倩:“司法回归理性值得肯定”,载《法制日报》2015年1月28日,第9版。

〔2〕 摘自《法制日报》对孟建柱2015年1月20日在中央政法会议上讲话的综述,载《法制日报》2015年1月22日,第2版。

个关键词来概括,就是“司法制约”。〔3〕

一、词义辨析:冤案、错案与假案

“冤”,在古代汉语中的本义是“免被蒙覆屈缩不得舒展”,〔4〕后来被引申指“受到不公正对待的冤枉之事,被诬陷的罪名”。〔5〕人们常说的冤案、冤狱、冤情、沉冤、鸣冤、申冤、洗冤等词中的“冤”字,用的都是引申义。“冤”字,现代汉语中一般用“冤枉”一词表示,是指“受到不公平的待遇,被加上不应有的罪名;使无罪者有罪,没有事实根据给人加上恶名”的意思。〔6〕冤枉一词带有道德评价、情感表达的意味,既有对冤枉者的批评、谴责,也有对被冤枉者的惋惜、同情,还“包括被冤者由于受不公正待遇而积压于内心的不平之气”,〔7〕而由冤枉所导致、形成的事件、状态、情形,一般叫做“冤案”、“冤狱”、“冤情”。冤案、冤狱,与英语的 wrongful conviction(刑事错案或错误定罪)最为接近。

冤案与假案、错案经常连起来使用,叫做“冤假错案”或“冤错案件”,但人们对什么是冤案、死刑冤案以及冤案与错案的异同仍认识不一,有的认识区别还相当大。看来,还是要做一些辨析,应当划清各自边界,可从两个方面入手:一看犯罪事实是否确已发生。冤案和错案涉及的犯罪事实现实生活中确已发生,只是认定者“有”中生错,认错了犯罪人,而在假案中,犯罪事实是捏造出来的,属“无中生有”。二看有无“使无罪者有罪”的事实。冤案指的是“使无罪者有罪”的入罪型案件,错案的外延则比较广,既可以指狭义的(入罪型)错案即冤案,〔8〕也可以指“使有罪者无罪”的出罪型错案,还可以涵盖轻罪重判、重罪轻判甚至是程序适用错误的案件。从“受到不公平的待遇,被加上不应有的罪名”本意看,冤案应是判决或处理结果对被告人不公或不利的案件,即错认或诬陷被告人犯有某罪行,由此,出罪型和重罪轻判型的错案,因判决结果都对被告人有利,不宜称之为冤案。至于轻罪重判,虽属错案,但不好与冤案挂起钩来,毕竟对被告人加诸罪名是没有错误的。

综上,冤案是指将没有实施确已发生的犯罪的被告人认定为行为人,判决其有罪的案件。简言之,只要是将被无罪者认定为有罪,即属冤案。〔9〕至于死刑冤案,与其他冤案的根本区别是

〔3〕 目前,人民法院和人民检察院都是“司法机关”,因而检察机关对侦查机关的制约亦可称作“司法制约”。但为研究之便,本文对“司法制约”做狭义理解,仅指“审判制约”,即在刑事诉讼中,审判机关对侦查机关之侦查权、检察机关之公诉权的制约。

〔4〕 谷衍奎主编:《汉字源流字典》,语文出版社2008年版,页1157。

〔5〕 同上注。

〔6〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室主编:《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,页1545。

〔7〕 参见王永杰:“论冤案的概念”,《法治论丛》2008年第6期。

〔8〕 可以说,所有的冤案都是错案,但不能说,所有的错案都是冤案。为照顾语言习惯,本文权将冤案与狭义的错案等义使用。

〔9〕 在我国台湾地区,“冤狱”一词沿用至今,它以实体结果为唯一依据,判定是否入人于罪。谷衍奎主编,见前注〔4〕,页88。

将“无罪”者执行了死刑。^[10] 基于此,1987年被洗冤的魏清安强奸杀人案,^[11]2006年被雪冤的滕兴善故意杀人案,^[12]2014年被宣告无罪的呼格吉勒图故意杀人、流氓案以及1944年6月16日被执行死刑的14岁美国男孩小乔治·史丁尼(George Stinney Jr.)谋杀案,^[13]均属死刑冤案,而聂树斌故意杀人、强奸案因尚无定论,不宜评论。^[14]

二、确定有罪“说了算”:审判权对侦查权、公诉权实行制约

进入21世纪,冤错案件不时在我国出现、曝光,对法律权威、司法公信、法官尊严等形成强烈的冲击和破坏。人们在反思,问题出在哪儿了?从文化角度视之,是诉讼制度出了问题:以侦查为中心的诉讼制度的有效运行,导致追诉权一权坐大,在确定公诉案件被告人有罪上基本“说了算”,而审判权处于弱势地位,确定有罪是“算说了”,制度的自我纠错功能明显弱化甚至丧失。

防范冤错案件,首先要改革现有诉讼制度,保证审判机关而不是追诉机关在确定有罪上“说了算”。这是审判中心式改革的中心任务,也是“确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验”的制度条件。

“说了算”,蕴含着制约。在侦查中心模式下,追诉机关在确定有罪上实际“说了算”,对审判机关形成单向制约,而审判机关反向制约能力微弱,对侦查、公诉的证据材料和指控事实基本上“照单全收”,说了也“算不说”。这种主次颠倒的诉讼关系,背离了法治精神和诉讼规律,

[10] 无罪可以分为三种形态:①被告人有违法行为,但情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的无罪;②被告人没有违法行为的无罪;③事实不清、证据不足,不能认定被告人有罪的无罪。其中,①和②属法律上的无罪,③系证据上的无罪。这里的无罪,指的是②和③,分属真凶出现、死者复活式的确定型无罪和证据不足、有疑难排式的怀疑型无罪。

[11] 1984年,年仅23岁的河南小伙魏清安被误判为强奸犯,同年5月3日被执行枪决。一月后,真凶田玉修落网。1987年1月2日,该案平反。参见中国网:“河南青年被当强奸犯枪决后真凶落网 揭洗冤实情”,http://www.china.com.cn/news/law/2010-07/21/content_20540247.htm,最后访问日期:2015年1月21日。

[12] 1987年,滕兴善被误认为杀人犯,1988年12月13日被一审判处死刑,1989年1月28日被执行死刑。1993年,被害人石小荣“复活”。2006年1月18日,滕兴善被宣告无罪。

[13] 1944年3月24日,南卡罗来纳州11岁的小姑娘贝蒂·珍·宾尼克和8岁的小女孩玛丽·艾玛·汤玛士去采野花途中被钝器致死。数小时后,14岁的黑人男孩小乔治·史丁尼被逮捕。此时,“米兰达法则”还没有出现。一小时后,史丁尼供认犯罪。4月24日,由12名白人组成的陪审团仅用10分钟就判决史丁尼有罪。6月16日,史丁尼被送上电椅执行死刑,成为美国最年轻死刑犯。史丁尼的兄弟姐妹在一大批律师支持下力争重审此案。史丁尼的姐姐申诉称她在案发当天与弟弟在一起,他不可能是凶手。据美国合众国际社2014年12月17日报道,70年后,当地法院撤回当年判决,该冤案终得昭雪。参见四川新闻网:“美国黑人少年冤案昭雪 14岁死刑 70年后洗冤”,<http://world.newssc.org/system/20141220/000521305.html>,最后访问日期:2015年1月27日。

[14] 有的学者出于研究需要,也将滕兴善故意杀人案、呼格吉勒图故意杀人、流氓案和聂树斌故意杀人、强奸案称为“死刑错案”,参见张栋:《中国死刑错案的发生与治理——与美国死刑程序比较》,上海人民出版社2011年版,页1-6。

很容易埋下滋生冤错的种子,近来发现的冤错案件无不与此有关。

“说了算”,需司法制约。侦查权和公诉权同属国家追诉权,涉及强大的国家与弱小的公民之间的博弈。为保护公民权利免受非法、不合理的限制或剥夺,需要借助另一种权力,通过法律程序或“正当程序”对追诉权加以制约。司法具有解决纠纷、修复社会关系、维持社会正义的功能,但其权力制约的功能很容易被忽视或淡忘,而强化审判权对侦查权、公诉权的制约,有利于防止追诉权不当行使。

“说了算”,得改造立法。需从以下方面着手:①强化对侦查权的制约。根据中近期目标和长期目标,可分两步走:第一步,事后制约。在审判之前、之中,由法院对排除非法证据申请进行调查,对取证行为和收集的证明材料进行审查过滤,保证警察出庭作证。第二步,事前制约。在侦查阶段,由法院(或检察院)对诸如逮捕、搜查、查封、扣押、技术侦查等强制性侦查行为给予授权或令状,避免出现侦查错误。制约要服务一个目的,就是落实最终裁决和裁判中立原则,排除法官预断,保证法官独立作出判断,不受侦查行为和侦查结论的影响。②强化对公诉权的制约。这是审判中心式改革的难点和关键,亦可分两步走:第一步,诉后制约。确保法庭对指控事实证据调查后,在宣告无罪时拥有不受实际干涉的最终决定权,公诉机关亦不得撤回起诉。第二步,诉前制约。借鉴英美德等国预审制度,^[15]对公诉案件并用程序性审查和实体性审查,摒弃有诉必审、不能驳回起诉等机制。除将检察机关的公诉职能与法律监督职能实行外部分离之外,制约应将重心放到对公诉合法性和合理性的审查上,确定是否有事实根据并符合法律条件,是否必要、恰当。

强化司法制约,还得解决对“互相配合”与“互相制约”关系的认识问题。建国初期,公检法三家办理刑事案件中的关系被表述为“分工负责、互相制约”,但从1958年6月全国第四届司法工作会议起被“支持第一,制约第二”所取代,1960年底公检法合署办公后,不仅没了“互相制约”,连“分工负责”和“互相配合”也无从谈起。^[16]历史的教训应当记取。当前,要围绕建设社会主义法治国家总目标,结合冤错案件发生的制度性根源,对“互相配合”作出新的解释。有学者指出,“互相配合”体现的应当是以独立为基础的工作程序上的衔接关系,不是说公安机关提请批捕,检察院就要做出同意决定,也不是说检察院起诉什么,法院就要判决什么。“互相制约”是核心价值要求。没有这种制约,分工负责就失去意义,互相配合也会严重变质。^[17]这一观点揭示了“互相配合”的实质含义和“互相制约”的价值意义,对于准确理解“分工负责、互相配合、互相制约”原则,将“互相配合”约束在以强化制约为主旨的“以审判为中心的诉讼制度”框架内,具有积极的理论参考和借鉴意义。

[15] 在美国,通过大陪审团制度与预审听证程序对提起公诉权进行制约,防止不正当地将被告人交付审判。在英国,检察机关提起公诉之前必须经过预审程序,由治安法官审查起诉书,确定有无必要移送刑事法院审判。在德国,刑事诉讼程序除有审前程序和主审程序外,还设置了中间程序,对检察机关提起公诉进行审查,以防止滥用公诉权。

[16] 参见郝铁川:“公检法互相配合制约的历史沿革”,载《法制日报》2014年12月4日,第7版。

[17] 参见韩大元、于文豪:“法院、检察院和公安机关的宪法关系”,《法学研究》2011年第3期。

三、认定事实“干得好”：法官对指控事实证据保持质疑

确立审判在确定有罪上“说了算”的诉讼制度，只是解决了法院依法独立地对“侦查、审查起诉的案件事实证据”进行“法律的检验”的外部环境问题，但要避免呼格吉勒图案等冤错案件的重现，还得彰显司法理性，保证法官在认定事实上“干得好”，这是做好“法律的检验”，防止“起点错、跟着错”的案件“错到底”的关键一环。

相信和怀疑，是人们在认识事物是否真实的活动中形成的两种心理态度。当一个人根据一定材料、证据、理由而肯定某事物的真实性时，其心态是相信；否定了其真实性，则是不相信；既不能肯定也不能否定时，其心态则是怀疑。相信或怀疑，也是一种认识方法。如果对事物的真实性经常或出于特定情感而产生某种预断或排除预断，就会形成相信或怀疑的思维定势，俗语“情人眼里出西施”和寓言“疑邻窃斧”〔18〕说的就是这个道理。习惯于相信或怀疑，是个人的私事，一般无关大碍，但如果从事了特定职业，意义和要求就大不一样。

在哲学中，理性是指人类运用理智的能力，它本质上要求人们通过批判、否定与怀疑去探究真理。怀疑，既是理性精神的体现，也是实现理性的方法。一些职业是特别需要怀疑精神的，如科学研究、理论批评、刑事侦查等，最典型的是审计。怀疑是审计行业的一项基本的职业要求和从业素养，一般是指审计师对被审计单位所提供的财务会计资料可信度的质疑，即对已有的结论、证据和证据来源等，在未形成内心确认前，表现出的一种内心疑虑、暂不信任和悬搁判断的态度。〔19〕2007年1月1日起施行的《中国注册会计师鉴证业务基本准则》第30条对“职业怀疑态度”做了界定。〔20〕奇怪的是，定罪这样一个关乎人的自由、生命、名誉、财产等权益且带有高风险的司法职业活动，怀疑精神竟然不被强调，致使对指控事实证据，该疑的不疑而偏信轻信，有疑的不排而照单全收，排疑的只做不利被告人的解释，或者罪疑的不做从无处理甚至不从轻，造成“一错到底”。这是冤错案件发生的认识论或方法论根源之一。

例如，在腾兴善故意杀人案中，几名船工证明，他们在漫水渡口的河水中看到过漂浮的尸块，也向警方讲过，但警方仍认定腾兴善“杀人抛尸”的现场是在该渡口下游的马兰洲，这实际上是认为尸块可以随河水往高处流。水文站工作人员证明，案发的4月下旬，案发地麻阳天降大雨，锦江河涨水。经调查，从腾兴善居住的马兰村到马兰洲仅有一条小路，当时已完全淹没在洪水中，腾兴善和被害人杨晓荣要到马兰洲或得游泳，或得坐船，但事实上，二者不存在，警

〔18〕《列子·说符》：人有亡斧者，疑其邻之子，视其行步，窃斧也；颜色，窃斧也；言语，窃斧也；动作态度，无为而不窃斧也。俄而扣其谷而得其斧，他日复见其邻人之子，动作态度，无似窃斧者。

〔19〕参见刘明辉、毕华书：“论审计职业怀疑的合理边界”，《会计研究》2007年第8期。

〔20〕《中国注册会计师鉴证业务基本准则》第30条：“职业怀疑态度是指注册会计师以质疑的思维方式进行评价所获取审计证据的有效性，并对相互矛盾的审计证据，以及引起对文件记录或管理层和治理层提供的信息的可靠性产生怀疑的审计证据保持警觉。”

方却认定腾兴善当晚追杨晓荣到马兰洲,将其掐死后又回家取刀斧碎尸。^[21]两处认定明显违背生活经验和逻辑法则,证据相互矛盾无法排除。再如,在赵作海故意杀人案中,在死者身份不明的情况下,警方认定赵作海杀人后将死者投入水井,并将三个石礅(大者三四百斤)落入井中,根本不去想一个人怎能搬得动!此等指控事实证据,法院不质疑、不解惑、不排疑,反倒作为判决认定的事实和证据,终酿成冤案。

不同于审计职业怀疑基于管理层不诚信的假定,^[22]司法职业怀疑建立在被告人无罪的假定之上,要求法官对指控事实的真实性和控诉证据的可靠性等,在形成内心确信前,要保持质疑或证伪的心态,不偏信轻信,不做预断,不下定论。具体方法有:一是对证据材料的可靠性,要秉持怀疑的精神;二是对证据与证据、证据与事实之间的联系,要使用质疑的方法;三是对矛盾疑点的解释,要遵循基于经验和逻辑法则的解惑规则;四是对证明有罪的证据体系,要坚持有疑必排的裁判标准。当然,职业怀疑是有边界的,要有合理的理由和正当的根据,排除的也只能是合理的怀疑。

司法职业怀疑应当融入事实认定模式改革之中:①更新查明事实的司法理念,通过质疑、解惑、排疑去发现事实真相。在诉讼目标上,要从单一的发现真相转变到兼顾人权、正义等价值的实现;在诉讼观念上,要从有罪假定转变到无罪假定;在庭审立场上,要从追诉情感偏好转变到控辩平等。②重定认定证据的职业规范,质疑指控证据的合法性和可靠性。在证据能力上,对控方证据要从照单全收转变到筛选过滤;在证明力上,要从单讲“内心确信”转变到兼合证据规则。^[23]③革新证据分析评价方法,摒弃粗放型的传统判断模式。在定案依据上,要从迷信口供(人证)转变到倚重实物证据;在证据分析上,要从“一步估堆”转变到“分步解析”;^[24]在证据评价上,要从偏信轻信转变到质疑解惑;在定案标准上,要从“有疑可存”转变

[21] 参见何家弘主编:《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,页20。

[22] 参见屈小兰、张继勋:“审计职业怀疑研究综述”,《审计研究》2012年3期。

[23] 实践中,经常会听到办案人员在发表定案意见时说,“我内心确信是他(被告人)干的!”。从理论上讲,如果案件证据和事实证据间的矛盾与疑点得到合理排除、解释,可以认为证据体系已达到确实、充分的标准,也才能说这句话。但有时,案件证据间、事实证据间明显存在矛盾、疑点,办案人员也会说,“虽然证据存在矛盾、疑点,但被告人认罪,我仍内心确信是他干的!”。这是对“内心确信”标准的误读误用,也是冤错案件(包括“疑罪从轻”型冤案)发生的一个认识原因。为防止单讲“内心确信”而不顾质疑、解惑、排疑规则,有必要适当强调证据规则在判断证据证明力上的心理制约作用。

[24] 所谓“一步估堆”,是笔者对现行证据分析方法的概括,采用这一粗放型的分析方法,难以发现定案证据上存在的矛盾和疑点。其主要表现是:①认定事实后只是罗列证据,而不对在案证据逐一分析;②分析在案证据不区分定罪证据和量刑证据、犯罪发生的证据和犯罪系被告人所为的证据、主证据和补强证据等,而是混在一起据以估计对定案的证明力;③对构成要件事实之时空要素、行为要素(工具、方法、对象)、结果要素以及因果关系要素和动机、罪过要素等,不是逐项分析相对应的证据,而是笼统进行分析,一步就得出被告人是否是犯罪人的结论。所谓“分步解析”,笔者认为,主要是围绕指控的犯罪事实,将构成要件事实之诸要素予以分解,逐一分析相对应的证据,找出一致者和不一致者,继而对不一致的矛盾、疑点释疑解惑,最后综合分析结果,评价在案证据能否排除合理怀疑地证明指控的犯罪就是被告人所为。

到“有疑必排”。〔25〕

防止死刑冤案的几项制度完善举措

刘仁文(中国社会科学院法学研究所研究员)

鉴于死刑冤案对法治和人权的极端危害,我们除了重视一般刑事冤案的发生机理及其预防,特别是要根治刑讯逼供这类冤案的罪魁祸首外,还要针对死刑案件的特殊性专门完善一些制度。

一、延长死刑执行期限

刑诉法规定,最高人民法院判处和核准的死刑立即执行的判决,应在7日以内交付执行。这一规定存在以下缺陷:

首先,死刑立即执行与死刑变更程序存在冲突,不利于纠错和死刑犯权利的救济。我国刑诉法规定的死刑变更包括在执行前发现判决可能有错误的、在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现可能需要改判的、罪犯正在怀孕的三种情形。问题是,审判机关难以在如此短暂的时间内发现判决可能有错误,也无法查实死刑犯所揭发的重大犯罪事实或者其他重大立功表现。

其次,死刑立即执行与审判监督程序存在冲突,无法保障罪犯的申诉权利。虽然申诉可适用于经过核准的死刑立即执行判决,但法律忽视了死刑判决的特殊性。法院收到申诉材料后,先要进行审查,对于符合法定条件的才能决定予以受理。由于申诉期间不能停止死刑裁判的执行,从死刑命令下达到交付执行最多只有7天,被告人很可能在法院申诉审查决定未做出之前就已经被执行了死刑。

再次,不利于人民检察院发挥执行监督的作用。根据法律规定,法院将罪犯交付执行死刑应当在交付3日前通知同级人民检察院派员临场监督。据此,检察院只有最短4日最长7日的准备时间。检察院既要监督死刑执行的时间、地点、方法、停止行刑等程序性的问题是否合法,也要考察执行前后罪犯权利的保障问题。时间太短,未免流于形式,难以真正履行执行监督的职责。

因此,必须对死刑判决的交付执行时间进行改革和完善,具体设想是:

第一,废除“死刑立即执行的判决”的称谓,改称“死刑的判决”。死刑立即执行片面强调快

〔25〕“有疑可存”,是采优势证据标准对怀疑所持的态度,其对事实认定的要求是“存疑利于证据证明力强者一方”;“有疑必排”,是采排除合理怀疑标准对怀疑所持的态度,其对事实认定的要求是“疑未排不利于控方”。前者是民事证明的裁判标准,后者是刑事证明的裁判标准。参见党建军:“基于证伪主义:取证合法性证明标准的反向考察”,《法学杂志》2014年第12期。分析发生的冤错案件,可见一个共同特点:刑事证明的裁判标准过低,所采系“有疑可存”,即在定案证据存有矛盾、疑点未能合理排除、解释的情况下,法官仍认为对指控事实已形成“内心确信”而作出有罪认定。

速执行死刑,死刑犯缺乏必要和充分的救济时间,损害了其正当的程序权利,存在“误杀无辜者”的巨大风险。因此,在维持死刑缓期执行制度不变的前提下,应废除“死刑立即执行的判决”的称谓,将死刑判决区分为“死刑的判决”和“死刑缓期执行的判决”。

第二,将死刑交付执行的时间延长为至少一年。^{〔1〕}如果交付执行的时间从7日内延长到至少一年,在时间上基本可以满足死刑变更程序、审判监督程序及检察院执行监督的程序启动和推进的需求。死刑犯将有机会采取各种法律手段寻求辩护人的帮助、寻找新的证据、提出申诉及等待处理结果。

第三,增设死刑判决的特别申诉制度。针对死刑一旦执行难以挽回的特殊性,建议死刑判决的申诉应当区别于其它判决,在申诉期间应当中止死刑的执行。

第四,完善并细化死刑变更程序。建议赋予审判员、陪审员、执行人员、被告人及其法定代理人、近亲属、辩护人等提出停止或暂停死刑执行申请的权利,由接受申请的法院决定是否受理。如果在死刑执行前提出过停止或暂停执行死刑的申请,但未被依法受理或决定不予受理,事后有证据证明是冤假错案的,应当追究相关人员的法律责任。

第五,人民检察院提前介入执行监督。检察院死刑执行监督的时间应当至少提前至交付执行前的三个月。提前介入执行监督可以为法律监督的具体实施提供时间保障,有助于扩大检察监督的内容和范围,让执行监督走向实质化。^{〔2〕}

二、建立死刑案件的特赦制度

《公民权利与政治权利国际公约》第6条第4项规定:“任何被判处死刑的人应有权要求赦免或减刑。对一切判处死刑的案件,均得给予大赦、特赦或减刑的机会。”我国已经签署该公约,并正在为批准该公约做准备。鉴于我国短期内还不可能废除死刑,因此需要在死刑案件中增设申请特别赦免程序,以满足公约在这方面的人权标准。请注意,这里的死刑案件申请特别赦免程序与我国宪法中已有的特赦制度是不同的,前者自下而上由死刑犯提起,后者自上而下由全国人大常委会决定。

或许有人会说,我国的死刑案件已经有了一套普通刑事案件所没有的复核程序,已经体现了对死刑案件的特别重视,该复核程序可发挥前述特别赦免程序的功能。对此,笔者的意见是否定的。首先,死刑复核程序是一套司法程序,而特别赦免程序是独立于司法机关之外的另一

〔1〕 如果出现了下文所说的死刑犯提起特赦申请等事由,则自然在其结果出来之前,不能执行死刑。此外,这里只说死刑判决确定后交付执行的时间,事实上,死刑一审、二审和复核的时间都不宜太快,像药家鑫案,包括最高人民法院复核该案的法官都承认,如果时间拖一拖,待沸腾的民意冷却后,药家鑫完全可以不死的。而引起全社会震惊的呼格吉勒图案,从案发到执行死刑只有短短的62天,这不得不引发我们对死刑判决和执行太快的沉痛反思!

〔2〕 本部分的部分观点来源于作者与陈妍茹合著的一份名为《关于延长死刑判决交付执行时间的建议》的研究报告,特此说明。

套程序。在死刑核准之前，死刑判决仍然是未生效的判决，但特别赦免程序则是在判决已经生效的情况下才提起。其次，死刑复核并不能代替特别赦免的功能，如对被判死刑后患精神病或绝症的罪犯，可以赦免，但复核就不一定能从法律上找到免死的依据。同理，对几代单传的独生子女罪犯，从施仁政的角度看，赦免还是有考虑余地的，但复核就不可以，你总不能从法律上把独生子女犯罪和非独生子女犯罪来区别对待吧。再次，在一审、二审和复核之外再加一套特别赦免程序，一点都不算多。许多教训表明，经过三级司法审查后仍然不一定能发现死刑案件的全部错误。即便像美国这样死刑案件诉讼程序近乎漫长的国家，近年来仍不断曝出无辜者被错误定罪，而且许多差点被错误执行死刑的消息。

在具体设计这一制度时，死刑犯申请的特别赦免类型以减刑为妥，不宜特赦免刑和复权。特赦若免除死刑犯的刑罚，则走得太远，社会公众难以接受。相应地，由于赦免性复权以刑罚执行终了或刑罚执行免除为前提，而死刑案件还没有达到这一步，所以也不存在赦免性复权。而且这里的赦免性减刑也应有所限制，即不应无限制地减刑，建议减刑为死刑缓期两年执行即可。因为毕竟经过了前面的一审和二审以及复核程序，所以到这一环节不宜步子迈得太大。

三、死刑执行主体应与判决主体相分离

如果死刑的判决主体与执行主体分离，那就可以改变我国目前凡是被判处死刑立即执行的就一律将在短期内被执行死刑的局面，这对防止冤错案件、减少死刑实际执行数都是有好处的。

事实上，刑罚判决和刑罚执行本来就是两码事，前者属司法权，后者属行政权。我国的有期徒刑、无期徒刑都是在经法院宣判后，交由司法行政部门去执行的。但对死刑，我们长期以来似乎已经习惯了由法院自己判决自己执行的体制，这种体制导致死刑在一经确定后就立即无拖延地被执行。在当今还保留有死刑的国家和地区，大都是在法院宣判死刑后，由司法部长（法务部长）来签署死刑执行令，只要该命令没有下发，死刑就不得执行。所以我们常常看到这样的报道，说某个国家一年判处了多少人的死刑，实际执行了多少人的死刑，两者是大不一致的，实际执行的比判处的要少很多。

以日本为例，虽然现在它还没有废除死刑，但死刑已经成为一种名副其实的“象征性刑罚”，每年执行的死刑人数大多在十人以下，有时一年一个都没有。促成这种局面的一个重要原因就是日本将死刑执行权赋予了法务部长，从而使死刑宣判和死刑执行成为两个分立的事件。日本现在的死囚牢里大概关有一百来个虽然已经被判处死刑但仍然没有被执行的人，之所以如此，原因是：

首先，按照日本法律，即使法院最后宣判某人死刑，他还拥有申请再审、特别上告、申请赦免等一系列救济措施的权利。任何死刑犯，只要他提出此类权利主张，法务部长就得暂停死刑执行令的签发。臭名昭著的奥姆真理教教主麻原彰晃被法院判处死刑后至今没有执行死刑，就因为他的律师提出麻原彰晃的精神有问题。

其次，法务部长在签发死刑执行令之前，还要经过一个内部审查程序。该审查程序先由一

个小组负责对死刑案件进行把关,然后汇报到上一级,上级再次把关后认为没有问题才报到法务部长那里,此程序常常持续很长时间。

再次,如果案件涉及共同犯罪,或者某个被告与其他被告的案件有牵连,则在其他被告案件的审判结束前,法务部长不能签发死刑执行令。

最后,有的法务部长基于信仰等原因,就是不签发死刑执行令。如海部内阁时期的佐藤惠在1990至1991年任法务部长期间以及小泉内阁时期的杉浦正健在2005至2006任法务部长期间,均没有签发过一件死刑执行令,其中的一个重要原因是这两人都是佛教徒,他们虽然没有明说,但许多人相信他们的佛教信仰对他们作出的选择起了作用。

特别值得一提的是,根据《日本刑事诉讼法》第475条的规定,法务部长应当在法院作出生效的死刑判决后6个月内签发死刑执行令,但随着对死刑犯人权保障的日益重视,如今该条款已经名存实亡,实践中几乎不可能在如此短的时间内完成签发死刑执行令的有关审查工作。因此,在1998年的一个著名判决中,当一个死囚犯状告政府不在6个月内执行他的死刑时,法院能动地将这条解释为“在可能的情况下应在6个月内签发死刑执行令”,但现在证明6个月属“不可能”,据此驳回了原告的主张。

四、死刑复核被告人应有获得法律援助权

2012年新修订的《刑事诉讼法》第34条第3款规定:“犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑,没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护”。据此,可能被判处死刑的犯罪嫌疑人、被告人,在公安、检察和法院一、二审阶段,如果没有委托辩护人的,都有获得法律援助的权利。但目前最高人民法院复核死刑阶段,如果死刑被告人由于经济困难等原因,没有委托辩护律师的,最高人民法院并没有为其指定律师提供法律援助。笔者认为,为确保每一个死刑复核案件的质量,应当改变这一做法,尽快赋予死刑复核被告人的法律援助权。

尽管死刑复核的案件已经在一审、二审或高级法院的复核程序中作出了死刑判决,但由于诉讼程序尚未终了,因而结论仍然处于不确定状态。只有在最高人民法院作出核准或者不核准死刑的裁定后,才能有最终结果。也就是说,在最高人民法院的复核结果作出之前,被告人仍然有生与死两种可能,故仍然属于“可能被判处死刑”。

有人可能会说,《刑事诉讼法》第34条第3款只适用于“可能被判处死刑”的人,而死刑复核案件是“已经判处死刑的案件”,因此,不应适用第34条第3款关于指定辩护的强制性规定。这种说法把第34条第3款的“判处”作了过于狭隘的理解。实际上,就死刑案件而言,最高人民法院的复核也是一种“判处”,因为只有最高人民法院核准的死刑判决或裁定才是发生法律效力的判决或裁定。

需要指出的是,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第42条明确指出:“高级人民法院复核死刑案件,被告人没有委托辩护人的,应当通知法律援助机构指派

律师为其提供辩护。”根据刑诉法规定，目前高级人民法院复核的死刑案件包括两类：一类是中级人民法院判处死刑（立即执行）的一审案件，如果被告人没有上诉，应当先由高级人民法院复核，再报请最高人民法院核准；另一类是死刑缓期两年执行的案件。由此引出的问题是，同为死刑复核，为何高级人民法院必须适用第 34 条的法律援助规定，而最高人民法院却不适用？可能判处死缓的案件在（高级人民法院）复核时都要提供法律援助，为什么可能判处死刑立即执行的案件在（最高人民法院）复核时反而不提供法律援助？这从逻辑上讲不通，从现实看也不利于最高人民法院在复核死刑时兼听则明。

死刑案件关乎人的生死，在任何一个环节都要慎之又慎。最高人民法院收回死刑复核权的一个重要原因就是为把死刑案件办成铁案，防止出现冤假错案。也正是基于此，新《刑事诉讼法》第 240 条规定：“最高人民法院复核死刑案件……辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。”如果死刑复核被告人因经济困难等原因没有聘请律师，法院又没有为其指定辩护，那么所谓“听取辩护律师的意见”就是一句空话，这无疑对确保死刑案件的质量不利。

综上，建议最高人民法院借鉴前述《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 42 条的规定，颁布一个《关于在死刑复核中为被告人提供法律援助的通知》，规定“最高人民法院复核死刑案件，被告人没有委托辩护人的，应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护”。与此同时，最高人民法院还应与司法部协调，由司法部法律援助工作司负责落实死刑复核的法律援助，也就是说，最高人民法院在发现死刑复核案件的被告人没有聘请律师时，要立即通知司法部法律援助工作司，由其指派承担法律援助义务的律师介入死刑复核。当然，还应就承担法律援助的律师的职责（如会见死刑犯、提交律师意见）、〔3〕介入死刑复核的方式（最好是能与复核法官和参与复核的检察官当面沟通）、报酬等分别作出具体规定。

〔3〕 如何实现死刑案件从“有”辩护到“有效”辩护，也是下一步需要解决的重要问题。

第四单元 死刑错案与死刑命运

呼格错杀案与死刑废止

张 文(北京大学法学院教授)

晚近,18岁的蒙古族青年工人呼格吉勒图被错杀案,震撼了国人的心灵!1996年4月9日晚,在内蒙古呼和浩特市毛纺厂室外厕所发生一起强奸杀人案,呼格吉勒图发现后向警察报案。但是,他反而被警方认定为犯罪嫌疑人,于4月12日被收容审查;5月17日被呼市中级人民法院以故意杀人罪、流氓罪判处死刑立即执行;6月5日内蒙古高院驳回其上诉,维持原判;6月10日被执行死刑。从呼格吉勒图被收容审查到执行枪决,历时不到2个月,是“从重、从快”的典型。冤案发生后,呼格吉勒图父母一直申诉,为儿子平反昭雪而历尽艰辛。2005年10月该案真凶赵志红落网,他交待的第一起案件就是呼市“4·9”强奸杀人案,使呼格冤案平反出现转机。但是,直至2014年11月19日内蒙古高院才作出再审决定;12月13日,内蒙古高院判决撤销原一审判决和二审刑事裁定,改判呼格吉勒图无罪;12月19日,内蒙古自治区司法部门启动该案责任追究程序;12月30日,内蒙古高院作出国家赔偿呼格吉勒图的父母李三仁、尚爱云2059621.40元的决定。目前,该案的责任追究正在进行。

呼格吉勒图18岁被错杀,又历时18年平反昭雪,这两个“18”都令人震惊,怒不可遏!对于呼格吉勒图而言,平反昭雪这一迟到的正义已不是正义,因为他感知不到了!1996年5月,他在上诉状中写道:“我不想死,也不怕死,但是总要死个明白。我还小,刚刚成人,请给我一条生路。”但是,我们的法院、检察院却让他完全失望,至死也没让他明白自己为什么被判处死刑,更未留给他一条生路。我国司法机关将一个主动向警察报案而没有实施任何犯罪行为的18岁青年屈打成招,并在对其收审不到2个月就执行死刑,这是我国刑事司法的耻辱,应当立柱为戒,警示世人。

我们应该赋予呼格吉勒图之死重于泰山的意义,在我国刑法史上写上他的名字,让他的年轻生命为我国废止死刑做出贡献。日本著名刑法学家、死刑废止论倡导者团藤重光认为,死刑案件误判无法挽回,是废止死刑的众多理由中唯一不存在争议的理由,因此是死刑废止论的关键性理由。他以英国为例说明死刑误判对废止死刑起的关键性作用:1930年、1948年、1955年、1956年在英国议会曾4次提出限期实验性废止死刑法案,均遭到否决。在1956年辩论《杀人(死刑废止)法案》时,对于无罪之人被判死刑的风险有无问题进行了详细讨论,内政部长柯伊姆·罗德·乔治在答辩时非常自信地说:“近期中,我不相信会有无罪者被处绞刑之事情发生。”于是,《杀人(死刑废止)法案》被埋葬,并且在1965年之前没有议员再提出死刑废止法

案。事情的转机出现在1965年：一个叫德莫西·约翰·伊凡的男子在1950年以谋杀罪被判处绞刑，由于真凶出现，伊凡被宣告无罪。此错杀案件发生后，死刑废止进程发生戏剧性变化，使得1965年提出的《杀人(死刑废止)法案》(对谋杀罪限5年的试验期间废止死刑)顺利通过，到1969年12月谋杀罪的死刑被最终废除。^{〔1〕}呼格吉勒图是中国的伊凡，他被冤杀能起到推进我国死刑废止的作用吗？回答是肯定的。

一般说来，死刑废止要经过几个阶段：首先，减少法律上的死刑适用罪名；其次，引入替代法或系统的减刑，停止死刑执行，即事实上废止死刑；最后，最终在法律上废除死刑，确认事实上的死刑废止。当然，世界上没有统一的废除死刑规则，有的国家如法国1981年一步到位彻底废除死刑。^{〔2〕}

由于现实国情和传统死刑文化诸因素的作用，我国的死刑废止不可能一蹴而就，毕其功于一役，而只能从立法和司法两方面逐步推进。在立法方面，晚近为落实党中央关于“逐步减少死刑适用罪名”要求，全国人大常委会在2011年《刑法修正案(八)》中，一次性地取消13个适用死刑罪名；在2014年“刑法修正案(九)(草案)”中，拟对9个罪名取消适用死刑。可以预计，今后还会继续取消适用死刑罪名。这一举措说明，我国已经踏上了死刑废止的艰难路程。在司法方面，应当抓住时机，对死刑制度进行大刀阔斧地改革，为少杀人或不杀人(事实上废止死刑)推出新的举措。当前，呼格吉勒图冤杀案就是推行死刑改革的最好抓手，机不可失！

呼格吉勒图冤案的发生，有错综复杂的原因，就司法而言，主要有两个：一是司法人员重口供，轻证据，为获取口供而刑讯逼供。二是司法人员的人权保障观念淡薄，对人的生命缺少敬重，草率地适用死刑。

为了避免呼格冤杀案重演，针对上述两个发生原因，应该采取两种对策：

第一，在证据规则上，实行零口供原则。这是指，凡是判处死刑的案件，不能把口供作为定罪判刑的证据，只有当其他证据排除合理怀疑时，才能够判处死刑。之所以这样做，是为了扭转重口供、由供到证的侦查模式，杜绝屡禁不止的刑讯逼供，把死刑案件办成铁案、钢案，最大限度地避免错杀事件发生。

第二，在死刑执行方式上，一律适用“死缓”。这是指，凡是依法应当判处死刑的案件，一律判处“死缓”，待考验期满后决定是否执行死刑。“死缓”制度是我国的创造，它有少杀人——保留死刑和停止杀人——废止死刑的双重功能。现在，应当通过多种措施大力发挥“死缓”的后一种功能。例如：延长死缓考验期期限，由2年改为2至5年；严格死刑立即执行条件，由故意犯罪改为故意犯罪，情节恶劣，犯罪人格不堪矫正等，逐渐使“死缓”成为事实上废止死刑的一种制度。^{〔3〕}

〔1〕 参见(日)团藤重光：《死刑废止论》，林辰彦译，(台湾)商鼎文化出版社1997年版，页68、75—76。

〔2〕 参见(英)罗吉尔·胡德：《死刑的全球考察》，刘仁文、周振杰译，中国人民公安大学出版社2005年版，页32—33。

〔3〕 参见张文等：《十问死刑》，北京大学出版社2006年版，页120—150。

如果上述立法和司法举措能够付诸实践,那是对失去年轻生命的呼格吉勒图的最好告慰,他会含笑于九泉。如果上述立法和司法举措能够付诸实践,我国的死刑废止事业将前进一大步,中国共产党于1956年在第八次全国代表大会上提出的“完全废除死刑”的奋斗目标,^{〔4〕}在建国100周年前完全有可能实现。这不仅是为实现“中国梦”大放异彩,而且是占世界人口比率最高的中国人对于人类文明做出的重大贡献之一。

死刑改革:立法和司法两路并进

储槐植(北京大学法学院教授)

2011年《刑法修正案(八)》废除了13个经济性非暴力罪的死刑,2013年党的十八届三中全会决定,完善人权司法保障制度,逐步减少适用死刑罪名。这表明我国已经正式启动了死刑制度改革的历史进程。根据国情,死刑消减将立法和司法两路并进。

一、刑法立法:治理需要抑或罪刑适应

关于立法,明确死刑的正当性是首要问题。死刑正当与否,取决于死刑设制的根据是客观性根据,还是主观性根据。主观性根据是“需要”,需要是行为主体(组织、个人)追求的价值,属于主观性范畴。主观性的一个特征是可变性,主观性与随意性孪生,易使死罪概念虚化,死刑标准模糊,导致罪刑关系失当,正当性受到质疑。我国刑法分则共10章,除第九章“渎职罪”没有规定死刑,设制死刑的分则有9章。现在仍有55个死刑罪名,其中多数都经不住刑法罪刑适应原则的考验。刑法作为基本法,是国家治理体系的重要组成部分。死刑立法的设制范围如此宽泛,其缘由无非是国家治理的需要。国家需要借助死刑的威慑效应以维护秩序稳定,将死刑视作治国理政的一种工具。在当今文明世界的时代背景下,我国刑法立法广泛规制死刑罪名,即使同其他保留死刑的国家相比,也显得过于另类和异样,有损大国形象,不合强国自信。

在国民心理尚未超越报应观念的我国社会背景下,“杀人偿命”这种朴素报应的民意民情具有相对合理性,相合客观公正。《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”。罪刑适应原则具有客观真理性,杜绝罪刑关系失衡。死刑的本质是剥夺(罪犯)生命,相应地,死刑的客观根据应是针对剥夺(他人)生命的罪行,即死刑只适用于致命性暴力犯罪。死刑与死罪相对应,这就是自然正义。这同我国1998年签署的《公民权利和政治权利国际公约》规定的“在未废除死刑的国家,判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚”相合。需要特别指出的是,两权公约的“最严重的罪行”着眼于立法上的罪种,外延狭窄;而我国《刑法》第48条规定的“罪行极其严重”则是立足于司法操作,外延相对宽松。这不

〔4〕 参见《刘少奇选集》下卷,人民出版社1985年版,页254—255。

是文字排序的差异,而是观念有异。

如果刑法立法依据“死刑只适用于致命性暴力犯罪”理念,我国刑法上可适用死刑的罪名将不超过 10 个。欲达此目标,恐非易事,可能是“任重道远”。乐观估计,也许 10 年有望成就。其实,达此目标并非难事,也许只要顶层的一个政治决断。根据世情与国情,在立法上把死刑罪名减少到 10 个左右,有利于人权保障,对社会治安(基础当为综合治理)不会有危险。果如是,定会盈得广泛喝彩。

二、刑事司法:罪大又恶极抑或罪大不恶极

2012 年 2 月最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》“要依法严格控制死刑的适用,确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子”。“两极”精神的贯彻执行很不理想。此中原因复杂,既有司法方面的,更有司法以外的。

当今世界许多国家正是通过司法裁判减少适用死刑,进而拒绝适用死刑,直至在事实上宣告死刑制度走向灭亡,并最终推动国家立法机关通过立法正式宣告死刑制度消亡。可以料想,通过司法渐进地控制乃至大幅度减少死刑,从而促进立法机关批量地削减死刑,也将是我国死刑制度改革的可行选择。因而应当关注司法实践,在逻辑上要完整解读《刑法》第 48 条:“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判决死刑同时宣告缓期二年执行。”学界通说认为,“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”是指死刑适用的法律标准。诚然,“罪行极其严重”为死刑适用的一般化标准,不能因人而异,同等情况同等对待属行为刑法,体现形式理性。然而,死刑有两种执行方式,立即执行和缓期二年执行,死刑一般化标准不足以区分死刑的两种执行方式。所以,通说实际上不得不将“不是必须立即执行的”理由置于法外(《刑法》第 48 条之外)去论说,这不合法治思维。其实,“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”完整本义是死刑适用对象;该适用死刑判决的必须是“罪行极其严重”,而执行方式的不同选择取决于具体“犯罪分子”的不同情况,需因人而异,属行为人刑法,体现实质理性。因此,《刑法》第 48 条第 1 款第 1 句应理解为立法规定的死刑适用对象。《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》规定,“严惩严重刑事犯罪,必须充分考察被告人的主观恶性和人身危险性”。“宽严相济刑事政策中的从宽,主要是指对于情节较轻、社会危害性较小的犯罪,或者罪行虽然严重,但具有法定、酌定从宽处罚情节,以及主观恶性相对较小、人身危险性不大的被告人”。这表明刑法适用对象的具体情况对刑罚裁量有影响。准确适用《刑法》第 48 条,可否判处死缓“不是必须立即执行的”,主要看“犯罪分子”的具体情况,考察其主观恶性深浅和人身危险性的大小,这就是犯罪分子的人格状况。人格就是人的品格,个人的道德品质。人格考察目的是查明《刑法》第 5 条规定的“刑事责任”(罪责)。涉及可否判处死缓的人格考察不属刑事诉讼法审理未成年人刑事案件的社会调查特别程序,在实际办案过程中无需另外投入即可取得这方面的信息。人格考察事项内容多数并非法定情节,基本是非规范因素(有司法解释的认可),但是诸多酌定情节综合起来却能真实反映犯罪人

的人格状况,即主观恶性和人身危险性有无和大小深浅,从而直接影响刑罚裁量。实现刑罚个别化,对罪行极其严重的犯罪分子,还要关注其主观恶性和人身危险性状况。依据司法经验,主要是看“三罪”情况,即罪前、罪中和罪后情况。对“三罪”情况的了解,辩护律师责无旁贷,也是落实“被告人有权获得辩护”(《宪法》第125条)的宪法权利的首要机制。律师作用发挥强弱(律师的刑诉参与状况)与落实被害人宪法权利关系密切。值得点赞的是党的十八届四中全会第一次鲜明提出“法治工作队伍”概念,明确提出律师队伍是其中的重要组成部分。2015年新春之际,最高人民检察院就贯彻落实中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》作出部署,提出要“认真落实关于保障律师会见、阅卷、调查取证等权利,规范听取律师意见制度,对律师提出的不构成犯罪、罪轻或者减轻免除刑事责任、无羁押必要、侦查活动有违法情况等意见,必须及时进行审核,从工作机制上保证律师意见被听取、合理意见被采信。”这是一个历史性进步,我们乐观地期盼许诺成真。

法院通过对“三罪”情况的了解,可以得知犯罪人的主观恶性深浅和人身危险性大小,从而决定对被判处死刑的犯罪人可否适用缓期执行。实践表明,死缓即不死。

1997年《刑法》第48条关于死刑的规定修改自1979年《刑法》第43条。修改前的条文规定,“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”。可见,死刑适用标准由“罪大恶极”改为“罪行极其严重”。“罪大恶极”由两个异质子项即“罪大”与“恶极”合成。“罪大”是指客观罪行很严重,“恶极”指主观恶性很深重。两个异质因素共组一种规制标准,不可避免地带来理解上的多样性,从而导致实务纠结,其结果是增添了死缓适用的难度,因为死刑两种执行方式界限不清,在重打思维支配下,宁重勿轻。但对现行《刑法》第48条死刑适用对象,根据事理逻辑,应当理解为“罪大不恶极”判处死刑缓期执行,“罪大又恶极”方可适用死刑立即执行。完整解读《刑法》第48条,加上切实保障被告人获得辩护的宪法权利得以充分行使,应是司法实践贯彻少杀政策的最佳路径。

余论:另一个非规范因素,即被害方态度对死刑案裁判有没有影响,有多大影响?司法实践中对此认识不一致。从刑罚的社会功效看,应承认被害方态度有影响作用。从杜绝以钱买命的可能性考察,被害方态度不可影响死刑裁判。在认为有影响的意见中,还有程度差异。这确实是个很复杂的棘手问题。我以为,应承认其有影响,但得有底线:本不该判处死刑立即执行,而被被害方要求立即执行的,不可以;本该立即执行死刑,但被害方认可死缓的,可允许。此谓守望正义。

死刑政策的科学表达

卢建平(北京师范大学刑事法律科学研究院教授)

大约十年前,我写过一篇文章,呼吁从政策上控制死刑;^[1]2011年,我和刘春花博士合写

[1] 参见卢建平:“从政策上控制死刑”,《人民检察》2006年9月第17期。

了一篇文章,论述死刑政策的应然表达及其对立法变革的影响;〔2〕2014年,我和刘传稿博士又写了一篇文章,呼吁制定科学的死刑政策。〔3〕类似主张在学界逐渐获得认同。〔4〕因为,在中国这样一个具有政策治国浓厚传统的国度,即便在全面推进依法治国的进程中,强调死刑政策的科学化,对于中国的死刑制度改革、对于死刑的立法和司法、对于引导舆论和民意,意义依然重大。而死刑政策的科学化首先需要对我们党和国家关于死刑的政策主张进行历史梳理和辩证分析,并结合全新语境加以重述(Restatement)。我们主张,在政策上,应该明确死刑的暂时性与过渡性,并亮出废止死刑的最终目标。

一、政策梳理

以往学界梳理我国或我党死刑政策的演变多引用领导人个人的表述。〔5〕本文认为,领导人个人表述固然能够代表党的意志,但往往受条件、场景和个人意愿的影响,不尽准确。因此,更应该注重党中央等领导机关、立法机关或最高司法机关的集体表述。

1922年,成立不到一年的中国共产党第一次发布对于时局的主张(以下称“主张”)。〔6〕其中第十段之(九)原文如下:改良司法制度,废止死刑,实行废止肉刑。

对此,“主张”的说明为:中国共产党是无产阶级的先锋队,为无产阶级奋斗和为无产阶级革命的党。但是在无产阶级未能获得政权以前,依中国政治经济的现状,依历史进化的过程,无产阶级在目前最切要的工作,还应该联络民主派共同对封建式的军阀革命,以达到军阀覆灭能够建设民主政治为止。“主张”确定的共产党当前奋斗的目标包括了取消列强在华各种治外特权;肃清军阀,没收军阀官僚的财产,将他们的田地分给贫苦农民;采用无限制的普通选举制;保障人民结社集会言论出版自由权;废止治安警察条例及压迫罢工的刑律;改良司法制度,废止死刑,废止肉刑等。同时,“主张”明确指出,上列各项原则决不是在封建式的军阀势力之下可以用妥协的方法请求得来的。中国共产党的方法,是要邀请国民党等革命的民主派及革命的社会主义各团体开一个联席会议,在上列原则的基础上共同建立一个民主主义的联合战线,向封建式的军阀继续战争,因为这种联合战争是解放我们中国人受列强和军阀两重压迫的战争,是中国目前必要的不可免的战争。

〔2〕 参见卢建平、刘春花:“死刑政策的应然表达及其对立法变革的影响”,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2011年第3期。

〔3〕 参见卢建平、刘传稿:“死刑限制综合路径再探究”,《人民检察》2014年11月第21期。

〔4〕 参见赵秉志、袁彬:“立足犯罪治理,探索刑事法治问题”,载《检察日报》2015年1月5日。

〔5〕 参见刘仁文:《死刑的全球视野与中国语境》,中国社会科学出版社2013年版,页26-34。

〔6〕 1922年6月17日印行的《中国共产党对于时局的主张》署名为中国共产党中央执行委员会陈独秀。这种“主张”从1922年6月到1926年7月共发表了五篇,除第三篇的题目为《中国共产党第三次对于时局宣言》之外,其余四篇的题目均为《中国共产党对于时局的(之)主张》。1926年编印《中国共产党五年来之政治主张》一书时,将此五篇的题目全改为《第×次对于时局的主张》。因此1922年的“主张”就是中国共产党中央第一次对于时局的主张。

如果说“主张”表达的是还未取得政权的共产党期望通过革命手段实现废止死刑的目标,那么,在新中国成立后召开的第一次党的全国代表大会即中共“八大”(1956年9月15日至27日)上,刘少奇代表中共中央所作的政治报告则正式提出了“逐步废除死刑”的伟大构想。其原文如下:

“现在,革命的暴风雨时期已经过去了,新的生产关系已经建立起来,斗争的任务已经变为保护社会生产力的顺利发展,因此,斗争的方法也就必须跟着改变,完备的法制就是完全必要的了。”

“党中央委员会认为,除极少数的罪犯由于罪大恶极,造成人民的公愤,不能不处死刑以外,对于其余一切罪犯都应当不处死刑,并且应当在他们服徒刑的期间给以完全人道主义的待遇。凡属需要处死刑的案件,应当一律归最高人民法院判决或者核准。这样,我们就可以逐步地达到完全废除死刑的目的,而这是有利于我们的社会主义建设的。”〔7〕

这种大胆而有魄力的构想主要是源于对社会主义改造完成后国内主要矛盾的新判断。1956年社会主义基本制度全面确立,中共“八大”提出“我国国内的主要矛盾,已经是人民对于建立先进的工业国的要求同落后的农业国现实之间的矛盾,已经是人民对于经济文化迅速发展的需要同当前经济文化不能满足人民需要的状况之间的矛盾。”

但是,不知是马克思的斗争哲学还是历史的惯性使然,时隔不到一年,1957年9月20日至10月9日,中共八届三中全会就改变了“八大”的基调(在社会主义改造基本完成以后,无产阶级和资产阶级、社会主义道路和资本主义道路的矛盾已经基本解决的正确估计),认为当前社会的主要矛盾还是无产阶级和资产阶级的矛盾,社会主义道路和资本主义道路的矛盾。从此,废除死刑的目标再也没能出现在党和国家的施政纲领中。相反,当时政法工作的主要领导人董必武在1958年针对当时司法工作提出,“死刑我们从来不说废除,但要少用。死刑好比是刀子,我们武器库里保存着这把刀子,必要时才拿出来用它。”〔8〕此后随着反右扩大化、文化大革命或无产阶级专政下继续革命的影响,废止死刑的字眼只是在否定的意义上才出现,我们党和国家的死刑政策转而以“保留死刑(或死刑不能废)但严格控制(少杀慎杀)”为基本口径,并在不同历史时期产生摇摆,一度偏向于扩张(如在严打时期),一度又强调限缩(特别是宽严相济刑事政策推行以来)。这种摇摆不定的特点同样反映在从政策治国向依法治国转变的过程中。1979年刑法的特点是体系简约、刑罚轻缓,其中死罪28个,分布在15个条文之中。此后因为严打需要,死刑制度出现了实体法上的增加与程序法上的下放。1997年刑法修订在死刑问题上秉持了不增不减的立场,但实质上严格控制死刑(包括适用条件、适用对象、适用程序和执行制度四个方面),开启了减少死刑罪名的改革进程。特别是进入新世纪推行宽严相济刑

〔7〕 刘少奇:“在中国共产党第八次全国代表大会上的政治报告”,载《建国以来重要文献选编》(第九册),中央文献出版社1993年版,页38。

〔8〕 董必武:《董必武法学文集》,法律出版社2001年版,页414。

事政策以来,死刑制度改革迈出实质步伐,但关于死刑政策的表述是不统一的,有些凌乱。

一是2005年3月14日国务院总理温家宝的表态。他在回答德国记者提问时说:“中国在着手进行司法制度的改革,包括上收死刑的核准权到最高人民法院。但是出于我们的国情,我们不能取消死刑。世界上半以上的国家也都有死刑制度,但是我们将用制度来保证死刑判决的慎重和公正。”〔9〕

二是2007年1月1日最高人民法院正式统一收回死刑复核权后,3月9日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》明确规定,“保留死刑,严格控制死刑”是我国的基本死刑政策,并认为“这一政策是完全正确的,必须继续贯彻执行”,依法严厉打击严重刑事犯罪,“我国还不能废除死刑,但应逐步减少适用,凡是可杀可不杀的,一律不杀”。

三是在2007年3月,在日内瓦联合国人权理事会(UN Human Rights Council)的一次会议上,中国(副)代表腊翊凡有过一个正式表态:他说他“确信”中国“最终将废除死刑”。这是在2008年北京奥运会之前中国政府在国际场合关于死刑的正式态度,可以视为中国对于国际社会的庄严承诺。〔10〕

四是2010年2月8日最高人民法院公布《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》,再次指出我国坚持“保留死刑,严格控制和慎用死刑”。相关内容是:“对于罪行极其严重的犯罪分子,论罪应当判处死刑的,要坚决依法判处死刑。要依法严格控制死刑的适用,统一死刑案件的裁判标准,确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。拟判处死刑的具体案件定罪或者量刑的证据必须确实、充分,得出唯一结论。对于罪行极其严重,但只要是依法可不立即执行的,就不应当判处死刑立即执行。”该意见在《刑法》第48条“罪行极其严重”之前更冠之以“极少数”这一限定,被学界前辈储槐植教授冠之以“双极”政策,而其精神核心是将死刑适用限制在最小范围。〔11〕

五是2011年《刑法修正案(八)》废止了13个非暴力犯罪的死刑,开启了立法废止死刑的新进程。

六是2013年党的十八届三中全会“关于全面深化改革若干重大问题的决定”进一步要求“减少死刑适用罪名”,为后续死刑制度改革继续在立法上削减死刑罪名指明了方向。

虽然通过这一系列改革实现了死刑罪名在实体法上的“先上后下”和死刑适用在程序法上的“先下后上”,但我国死刑政策的表述不一导致认识和实践上的很多问题,需要认真梳理分析。

〔9〕 “温家宝表示中国不能取消死刑”,参见中新网 <http://news.sina.com.cn/c/2005-03-14/12385355416s.shtml>,最后访问日期:2015年3月30日。

〔10〕 转引自(英)罗杰尔·胡德:“死刑废止之路新发展的全球考察”,付强校译,高铭暄点评,《法学杂志》2011年第3期。

〔11〕 参见储槐植:“死刑司法控制:完整解读刑法第四十八条”,《中外法学》2012年第5期。

二、政策分析

2014年2月17日,习近平同志在中央党校举办的省部级主要领导干部学习贯彻十八届三中全会精神全面深化改革专题研讨班上发表重要讲话,提出并论述了关于全面深化改革政策的五个关系。他说,要弄清楚整体政策安排与某一具体政策的关系、系统政策链条与某一政策环节的关系、政策顶层设计与政策分层对接的关系、政策统一性与政策差异性的关系、长期性政策与阶段性政策的关系。既不能以局部代替整体、又不能以整体代替局部,既不能以灵活性损害原则性、又不能以原则性束缚灵活性。^[12]

对照习近平同志的论述,我们认为,目前关于我国死刑政策的几种表述均有缺陷。

第一,死刑政策总体表述为“保留死刑,严格控制并慎重适用死刑”。这在现阶段有其合理性,但只能是阶段性政策;就长远而言,中国共产党废除死刑的目标无论是建党之初的幼年时期还是建国以后八大的壮年时期都不曾改变。当此中国社会主义建设取得巨大成就之时,当中国共产党已近百岁、日趋成熟时,断然不会修改这一长期政策目标,因为废除死刑能够反映共产党的宗旨与先进性,反映了历史发展的趋势。死刑作为一种剥夺人的生命的刑罚,将人当作手段而非目的,极大蔑视人的尊严,同马克思对人的本质、人的价值的看法相对立,因此废除死刑具有充分的正当性。马克思曾经表明他对死刑的否定态度,“想找出一个原则,可以用来论证在以文明自负的社会里死刑是公正的或适宜的,那是很困难的,也许是根本不可能的”。^[13] 如果废除死刑的终极目标没有明确,则“严格控制 and 慎用死刑”就缺乏应有的价值基础,死刑的控制和慎用就缺少必要的观念支持和制度制约。如果不提出“废除死刑”的终极目标,也就不能显现我国60多年社会主义建设成就和法治人权方面的巨大进步。

就语义分析,我国死刑政策的内在逻辑显示出,“保留死刑”具有被动和不得已的意思。死刑不能被永远保留,死刑的保留总是有期限的。按照马克思列宁主义关于国家和法的理论,作为阶级专政工具的国家 and 法律都是一定历史阶段的产物,会随着阶级消灭而消亡的,死刑的消亡也不例外。而且保留死刑的提法也隐含了两种判断:一是事实判断,即承认死刑的废止已成潮流,成为趋势。别国(甚至多数国家)已经废止死刑了,我们仍要勉强留之,以备不时之需。二是价值判断,即死刑本质上是一种“恶”,其保留仅限于迫不得已的必需情况。建国之初特别是反右运动前夕,学界主流观点即已经认同了死刑的暂时性和过渡性。有文献表明,当时对于废除死刑的目标确实已形成一定的共识,“随着我国政治形势的根本变化,在刑法中把死刑作为一种临时性、特殊性的刑罚;把死刑的适用范围应当缩小到最小的限度;死刑案件一律应当

[12] 参见“习近平首提‘政策五关系’加快推动全面深化改革”,http://news.xinhuanet.com/2014-02/21/c_119448815.htm,最后访问时间2015年4月4日。

[13] 《马克思恩格斯全集》(第8卷),人民出版社1961年版,页584,转引自张文等:《十问死刑》,北京大学出版社2006年版,页6-7。

归最高人民法院判决或核准；以逐步达到废除死刑的目的，这是大家都一直同意的，在这方面还没有听到什么异议。”^{〔14〕}“就历史的发展规律看起来，刑法愈进步，死刑愈减少，甚至废除死刑。若社会主义国家的刑法，最为进步，不独减少死刑，而且径直废除死刑。”^{〔15〕}

再从历史条件和经济背景分析，反右、文革、严打等青睐死刑的政治运动时代已经过去，中国的政治、社会局势已经发生根本变革。如今废除死刑也已成为世界大势，因此应该从政治、经济、社会与法治进步，从国际和国内两个方面重新审视我们的死刑政策。

第二，现行《刑法》第48条可以视为我国死刑的立法政策，主要规定了死刑适用的实质条件（罪行极其严重）加其他限制（如适用对象、适用程序、死缓等执行制度），体现了“保留死刑，严格控制 and 慎用死刑”的死刑政策。一方面，它强调“保留死刑”，另一方面又表现出力图回归“少杀慎杀”的政策倾向。然而，当下中国死刑立法罪名过多，范围过大，适用条件较为抽象，死缓、减刑、赦免等相关制度不完善，可以说这种回归是不太彻底的，也是不太坚决的，不利于死刑的严格控制。

第三，最高人民法院的“双极”政策，既顺应立法，强调了对于死刑的质的限制（罪行极其严重），又强调了量的限制（极少数），凸显了严控的思路。但以司法机关名义制定出台这样的政策是否适宜？其正当性、合理性和合法性如何？事实上对此是有争议的。有观点认为最高人民法院是在代行立法机关的权力，有越权之嫌，这样的政策理当由执政党或者国家立法机关来制定。

第四，十八届三中全会“关于全面深化改革若干重大问题的决定”进一步要求“减少死刑适用罪名”，能够进一步推动立法废止死刑的进程，意义自不待言。但该项政策仅针对立法上的死刑罪名，而对死刑的实际司法适用影响不大或不直接。考虑中国近年死刑立法和司法的现状，原先68个死刑罪名减去13个后现余55个，其中的故意杀人、毒品和抢劫犯罪占据了全部死刑判决的前三甲，并占据了死刑适用总量的90%以上。结合死刑立法改革的趋势，^{〔16〕}可以预计，未来的死刑适用会更加向这几个罪名集中，出现明显的集聚效应。因此，若未来改革着重于立法上减少死刑罪名，其象征意义就甚于实质意义。如果说在死刑改革之初这种象征意义值得肯定，那么，在死刑改革进入深水区以后，就应该将重点放在死刑适用的实质层面上来。

三、政策重述

基于历史和现实考察及以上理论分析，本文主张，应该在目前的死刑政策表述上加前缀和后缀，同时分出层次。首先，前缀加上“暂时保留”，以突出其暂时性；后缀加上“最终废除死刑”，以突出最终目标。其次，区分立法和司法两个层次：立法上不断减少死刑罪名，司法上严格控制并慎重使用死刑，强调立法和司法的联动。由此形成死刑政策的完整表述，即“暂时保

〔14〕 李琪：“我国刑法中应规定哪些刑种”，《政法研究》1957年第1期。

〔15〕 卢蔚乾：“死刑的缓刑问题”，《法学研究》1956年第6期。

〔16〕 《刑法修正案（九）》（草案）继续废止9个死刑罪名，仍然是集中在非暴力、不常用的罪名。

留死刑,立法上逐步减少死刑罪名,司法上严格控制并慎重适用死刑,在条件适当的时候废除死刑”。这一表述将死刑政策置于国家治理体系与治理能力现代化总体目标之下,符合犯罪治理的基本政策和规律,兼顾了政策的长期性与阶段性、整体性和局部性、原则性与灵活性。

这一完整表述的死刑政策应该体现在执政党的基本文件纲领之中,比如党的章程或重大决议、决定之中。此举能彰显党对法治建设的高度重视,落实党对法治的领导,便于为全党全国人民逐步接受,便于统一思想认识,从而减少或化解各种矛盾特别是政策冲突,同时也可以巩固立法成果,推进司法改革,改变民意舆论。

在全面推进依法治国、党带领人民建设法治国家的新时代,党所确立的完整科学的死刑政策应该及时通过法治的方式加以贯彻实施。最理想的目标当然是将其体现在宪法之中,从而实现死刑政策的宪法化。

次优的选择是将其规定在刑法之中,当然死刑政策的刑法化还必须考虑刑法自身的立法技术和特点。在重述的死刑政策指导下,下一步的立法应同时在死刑罪名削减(形式控制)与死刑适用条件限制(实质控制)两个层面共同发力,即在大幅削减徒具虚名、存而不用的死刑罪名的同时,明确死刑适用的“双极”政策;或重提“罪大恶极”的适用条件,既强调客观方面的犯罪行为,也重视主观方面的主观恶性与人身危险性;既强调犯罪对于社会所造成的客观危害,同时又关注社会关系的修复、裂痕的弥补,追求法律效果与社会效果的统一。此外,立法还应积极探索死刑的有效替代机制,如死缓、死缓限制减刑以及长期自由刑制度。

司法上应该坚持政策指导、案例指导,巩固死刑核准权收回最高人民法院以来在严格程序、严格证据要求、严格证明标准、严格适用条件、防范冤假错案等方面取得的成果,同时尽量收缩死刑适用的范围,为立法进一步削减死刑罪名创造条件;要尽量扩大死缓的适用面,力图使之成为死刑立即执行的必经程序;要进一步完善死刑复核程序,努力使之实质化;要加强律师辩护,加强检察监督;要努力加强最高人民法院在死刑方面的顶层控制(top control)、终端控制(end control)与系统控制(system control)作用;要大力提升司法公开,加强法律普及教育,学术界与舆论界应该加强对死刑制度的研究与除魅宣传,呼吁死刑公开,力推死刑效果(包括正面威慑效应与负面效应)的实证研究,破除司法神秘主义与死刑迷信,扩大死刑启蒙,为全面废除死刑做好舆论准备。

特别需要强调的是,当前必须借助冤错和冤杀案件的血的教训,对社会各界进行警示教育。司法要尽量慎用少用死刑,多用死缓等替代,多用冤死案件惊醒世人;司法必然有错,死刑一旦出错便不可挽回!冤死错杀的案件都有政治根源,如严打等非常态机制就是利用了人民对死刑的依赖或迷信。在人权理念和法治保障极其欠缺的情况下,焉能不错杀无辜?而冤狱的国家赔偿看似迟来的正义(如呼格案件的200万,念斌所主张的1000多万),但最终是谁买单?买单的不是抽象的国家或政府,最终依然是处在死刑迷信、司法神秘主义之下的人民大众在买单!

从冤错案件应该反思的另一个问题是:怎么理解案件经得起历史检验?死刑案件又如何经得起历史检验?对办案人员如警察、检察官和法官如何终身问责?所谓历史检验应该是多长的历史,是50年、100年还是500年、1000年?在中国目前所处的突变时期,又应该如何理

解《刑法》第12条2款？从政治和法治的角度，如何理解法治不健全时期的司法裁判的既判力？目前最为紧要的是，为了未来能够经得起历史检验，废除死刑的立法进程应该进一步推进；司法上，死刑应该尽量少用，而死刑的替代如死缓、终身监禁、死刑的缓解机制如刑事和解、赔偿、辩诉交易等也应该大力推行。

死刑的废止必须走综合的路径，必须政治政策、立法司法、研究教育、舆论民意、国内国际等一起发力，废死才有可能！我们期望，在2021年即建党100周年之前，重新明确废死目标；在2049年即建国100周年之前或之际彻底废除死刑，由此为两个百年梦想添加上更加绚烂的生命之光！

死刑案件审理不宜片面强调从快

黎宏（清华大学法学院教授）

作为减少死刑错案的手段之一，我认为，可以考虑尽量延长死刑案件的审理期限，不要匆忙地作出死刑判决，即便已经作出，也不要着急执行。之所以这样考虑，主要是基于以下几方面的原因：

一、彰显国家对生命的尊重

死刑的存在，在现代文明社会，本身就是一个悖论或者说是一个矛盾。一方面，国家禁止杀人，将杀人作为最为凶恶的犯罪加以对待，以彰显人命是最为重要的保护利益，对其予以最厚重的保护；另一方面，国家自身却又通过刑法规定制度性地杀人。虽说这种制度性的杀人行为必须具有充分的理由，且要受到严格的程序约束，但终究还是在剥夺他人生命，这显然与国家禁止杀人的初衷自相矛盾；而且，死刑制度的存在也显示“生命无价”只是一个美丽的谎言或者一种自说自话，人命是可以剥夺的，只是理由各种各样而已，因此，生命并不具有绝对的存在价值，而只具有相对价值而已。在这种理念之下，还能期待人们相互尊重对方生命、不要杀人吗？值得怀疑。另外，如果说在我国，保留死刑是一种无可奈何或者说是迫不得已的选择的话，则在死刑的具体适用上，就应当体现出这种意思。作为这种意思的表现方式之一，就是延长死刑裁判时间。对此，只要看看国外的做法就可以明白。目前，在世界范围内，仍然保留有死刑制度的大国只有美国（联邦层级和约一半的州）、日本和印度。据“美国死刑信息中心（DPIC）”统计，美国一个死刑罪犯从判决死刑到最终执行死刑，走完所有死刑程序，平均要花11年时间，个别案件长达几十年。^{〔1〕}日本也同样如此，从死刑判决到执行走完所有程序，平均也在8年以上。^{〔2〕}如日本的邪教奥姆真理教的教主麻原彰晃，在我们看来可以说是十恶不赦、死有余辜的罪犯了。他因为主

〔1〕 参见“生命同样可贵，死刑执行时长却大不同”，<http://www.cqlsw.net/legal/phenomenon/20110609112006.html>，最后访问日期：2015年1月24日。

〔2〕 同上注。

谋策划属下于1995年3月在日本东京地铁放毒,造成12人死亡及5510人以上受伤而被逮捕,之后,日本警方又发现其有其他众多的犯罪行为。但即便是这样一名罪行极其严重的罪犯,日本的法院也没有简单地对其从重从快,一杀了事,而是经过了9年的漫长审理,才在2004年以杀人罪、非法拘禁罪、非法制造武器罪等13项罪行的“首谋”罪名判处麻原死刑。但这只是对麻原死刑裁判的开始,远不是结束。之后,麻原提起上诉,日本最高法院于2006年裁定维持对麻原的死刑判决,并全案定讞不得上诉。^[3] 尽管如此,时至今日,麻原彰晃的死刑判决仍未执行。发达国家这种对死刑犯的超长时限的审理,在习惯于“迟来的正义不是正义”的国人看来,简直是不可思议,甚至认为其有失残忍(因为判而不决,让犯人生活在恐惧之中,生不如死)。但这种反反复复、久拖不决的程序过程,从另一个角度来看,无疑是在向世人昭示,作为理性存在的国家尽管可以判处某些人死刑,但作出判决本身也是一个反复掂量、自我折磨的过程。在更深层次的意义,这种超长时限的审判过程也是国家理性存在的体现。如果说作为国家组成人员的个人的杀人是因为其不理性的冲动的話,则作为理性存在的国家一定不能像个人一样鲁莽行事。国家在决定杀人即判处死刑的时候,必须经过慎重的考虑,而作为这种慎重考虑的表现形式,首当其冲的就是长时间的犹豫不决、左思右想。

二、可以淡化舆论的关注,缓和被害人亲属的报复感情

在资讯发达的现代社会里,一旦发生可能判处死刑的案件,马上有众多新闻媒体围观、详细展示案件发生的现场、深入追踪案件发生的背景、向世人表达被害人的悲惨和诉求,这是非常正常的事情。但随之而来的是如何避免舆论审判或者说是舆论杀人的问题。舆论可以杀人,这是不争的事实,“人言可畏”、“众口铄金、积毁销骨”等说法就是其体现。舆论围观固然可以让人们了解事实真相,监督司法机关公正处理案件,但新闻事实绝不等于客观真实,更不等于法律事实。新闻记者所描述的事实最多是基于其个人立场和消息渠道所收集到的,与司法机关以法律规定为准绳、按照特定的证据收集原则、以专业手段所收集到的事实绝不完全相同。即便相关媒体所报道的事实是从司法机关了解到的,但由于使用该事实的目的和观察该事实的角度不同,因此最终也难以说是法律上的真实。一些媒体可能出于博取眼球、提高媒体曝光率等商业动机的需要,使用一些悲情或者煽情的话语,极力夸张被害人或者其亲属等相关人员的诉求和情绪,进行违背事实的炒作,或者用价值判断代替事实认定,用观点表达代替真相调查,从而让公众的关注从事实本身转向事实之外的某些方面,形成强大的舆论压力。这种局面一旦形成,处于舆论风暴漩涡中心的司法机关往往难以独善其身,不得已被新闻媒体和被害人及其家属的诉求所左右,并最终导致冤假错案。目前所披露出来的死刑错案当中,大多存在类似情形。如余祥林案中,如果没有“被害人”亲属的一再上访,对政府施加压力,就不会出现余祥林险些被判死刑的结局。甚至可以说,在一些死刑错案当中,舆论为错误的发生起了推波助澜的作用。有些媒体并不客观的悲情渲

[3] “日本最高法院维持麻原彰晃死刑判决”,http://www.ycwb.com/xkb/2006-09/16/content_1215909.htm,最后访问日期:2015年1月26日。

染,催生了人们对被害人或者其亲属的同情,这种基于人类良知的同情反过来又加重了被害人及其亲属基于“以牙还牙、以血还血”的本能而要求严惩加害人的心理,而且,在众人围观之下,这种严惩加害人、为死去的亲人复仇的情绪不仅仅是一种权利,更成为一种道义义务。换言之,媒体将处于情绪支配下的被害人亲属绑架到了一种骑虎难下的境地,只能任由情绪支配到底了。这是一种非常可怕的局面。我以为,能够为这种局面解套的,恐怕只有时间了。人常说,时光是最好的良药。随着时间的流逝,一切都会复归平静,高兴的变得不高兴,而痛苦的也不再痛苦。研究表明,如同新闻炒作有一个从事实发生、新闻拓展到形成舆论高潮,而后声音逐渐微弱的完成过程一样,人的情绪也有一个发生、发展、爆发到平复的过程,这一过程会持续一段时间。随着时间的推移,无论是媒体所制造的舆论还是被害人因为悲伤而产生的报复心理,最终都会弱化或者殆尽。时间会为媒体提供下一个炒作的话题,也会让在情绪支配中的人复归于理性。因此,适当延长死刑审判的期限,放慢死刑案件的审理节奏,对于缓和被害人亲属的报复情绪、淡化舆论的关注,也是非常有效的。在这一点上,应当说,2014年审结的周军辉、秦星强迫卖淫、强奸、组织卖淫案为我们提供了一个不错的例子。〔4〕“12岁女孩被两名男子使用暴力强迫卖淫”、“女孩母亲上访要求公正处理被劳教”、“社会底层的弱势母亲持续不断地上访”等媒体描述,使得一个本来很简单的刑事案件一下子就成为了万众瞩目的重大刑事案件。在当地法院一审、二审判处两被告人死刑之后,交由最高人民法院死刑复核的过程中,女孩母亲持续上访,向法院施加压力,还借助新闻媒体频频亮相,要求裁定核准判处被告人死刑。在此过程中,又发生了当地公安机关将被害人母亲以“扰乱社会秩序”为名而“劳动教养”,但最终被撤销的事件。此时,舆论的声音更是一边倒地支持被害人。但是,即便在这种情形之下,最高人民法院的法官还是顶住了来自舆论和被害人方面的压力,“以事实为根据,以法律为准绳”,做出了对被告人不核准死刑的裁定,两被告人最终被改判无期徒刑。之所以说这个案件是个不错的例子,不是说最高人民法院的法官如何清醒理性、秉公执法,而是说其在结案的时间节点上把握得很好。此案从一审法院作出死刑判决到最高人民法院最终裁定不核准死刑,前后经历了6年之久。此时,舆论的关注点已经从本案中所谓的司法腐败、上访等问题,转移到法院如何在压力下维护法律尊严、被害人母亲是不是一个好母亲、强迫卖淫罪是不是应当判处死刑的犯罪等其他问题上去了。此时适时地作出这种判决,并没有引起太大的社会骚动,也保住了两个被告人的生命,彰显了我国一贯坚持的“慎用、少用”死刑的刑事政策。

三、可以最大限度地减少刑讯逼供

尽管现行的法律一再强调禁止刑讯逼供(包括变相的刑讯逼供),并规定逼供手段获取的证据无效,但由于目前侦查机关整体的侦查手段比较落后,又有来自上级的尽快破案的要求、破案之后相关人员立功受奖提拔的激励机制,加之司法机关相互之间制约不足、配合有余,对刑讯逼

〔4〕“最高法回应‘唐慧女儿案’两被告人死刑复核案相关问题”,http://news.xinhuanet.com/legal/2014-06/12/c_1111109826.html,最后访问日期:2015年1月26日。

供行为的惩罚力度不够的现实,以及将被告人供述作为法定证据的法律规定,使得办案人员尽快破案的心情极为迫切,而以刑讯手段获取犯罪嫌疑人、被告人口供之后再去找物证的方式,便成为实现这种急迫追求的成本最为低廉的手段。但是,依靠刑讯获取口供,然后以此作为定案依据的做法是非常靠不住的。如果有关领导和司法工作人员能够遵循人类认识的客观规律,不单独对死刑案件要求尽快破案,并考虑延长审判时间,断不至于出现这么多的刑讯逼供。

事实上,给予死罪案件充分的审判时间,完全符合我国有关死刑适用的刑事政策。关于死刑,我国的刑事政策是,一不废除,二在适用时十分慎重。适用时十分慎重,除了在实体法上对死刑的适用条件和适用罪名进行严格限定之外,在程序法上也有严格要求。其中之一,就是对于死刑案件除了两审之外,还要求经过最高人民法院的死刑复核程序,而且,对于最高人民法院实施的死刑复核期限没有时间限制。这在我国刑事诉讼法中是非常罕见的。一般来说,将没有被确定为有罪的公民进行长时间的羁押,是对其人身权利的严重侵犯,因此,我国刑事诉讼法中对每个诉讼程序都有时间上的要求。如拘传不得超过12小时,拘留不得超过30天,逮捕后的侦查期限不得超过2个月,取保候审不得超过12个月,检察院起诉不得超过1个半月,补充侦查不得超过2个月,一审普通程序审判不得超过3个月,简易程序不得超过1个半月,二审程序不得超过2个月。但刑事诉讼法唯独对死刑复核程序没有期限上的限制,这还引起了很多非议,一些学者要求对此也必须补充期限要求。但是,这种建议遭到了多数人的反对。立法之所以不规定死刑复核期限,是基于保障人权的要求,尽量给一个已经濒临死亡边缘的人以生的希望。^[5]

遗憾的是,这种尽量延长死刑案件的审结期限的宗旨,在实践当中并没有引起人们的注意。如在呼格吉勒图案中,从案发到呼格吉勒图被冤杀为止,为时62天,简直是难以想象的快;同样,在云南杜培武案中,案发到执行(死缓)也只用时1年半左右;河北的聂树斌案,从案发到执行(死刑立即执行)用时半年;最长的是湖北的佘祥林案,从案发到执行,也仅用时4年多一点。这种审判效率和执行速度,与国家所严厉禁止的个人不理性的杀人行为之间,有什么差别呢?只是换了个名义而已。

因此,在我国当前,即便说死刑是“必要的恶”,但在其适用上,也不能简单地“以暴制暴、以恶治恶”。在死刑的适用上,必须体现国家理性,即国家适用死刑本是为了谴责杀人者,彰显生命的尊贵,因此,国家在万不得已而选择死刑时,就应当万分慎重,最起码在审理时限上不要太过仓促和任性。

最高人民法院应当为控制死刑贡献力量

周光权(清华大学法学院教授)

无论从何种角度看,死刑的正当性都应该受到质疑。这就决定了我国刑法学者在死刑问题研究上承担着双重使命:一方面,从理想状态出发,单纯考虑理论的自洽去为彻底废除死刑

[5] 参见易延友:“死刑复核程序不应设置期限”,载《南方周末》2013年7月11日,第A6版。

鼓与呼。即使明知这样的目标很难达到,也要从刑法理论构建的视角出发,去论证死刑废除的合理性,把“当为”和能够做到哪一步的界限分清楚。只有“求其上”(废除死刑),才有可能“得其中”(达到有效控制死刑的效果)。学者们如果仅仅满足于论证“限制和减少死刑”刑事政策的合理性,就成了立法者和司法工匠,与实务家发生“角色混同”势在难免,也不能充分履行其作为学者的使命。另一方面,在刑法典大量规定死刑罪名的情况下,学者们也确实需要从立法和司法的角度,为大规模控制死刑,有效限制死刑适用提出一些建设性意见。

当前,从立法上减少死刑罪名的空间越来越逼仄。《刑法修正案(八)》取消了13个罪名的死刑,《刑法修正案(九)》(草案)提出了削减9个死刑罪名的方案。在《刑法修正案(八)》立法时,取消的是明显不应当规定死刑的情形,各方面矛盾还不太突出,总体反响较好。但是,在讨论《刑法修正案(九)》(草案)时,因为我国个别地方暴力恐怖犯罪时有发生,犯罪形势严峻,因此很多人对废除走私武器、弹药、核材料的犯罪、危害国防立法犯罪的死刑心存疑虑,有的持强烈反对立场。在讨论过程中,有不少全国人大常委提出,不能因为某些犯罪的死刑适用率低就取消其死刑,“备而不用”也能够保持刑法的威慑力,有其实际意义;不能因为某些大国以人权为借口对我们施加压力,我们就要在立法上作出姿态去迎合他们,而且很多大国的刑法中也还保留了死刑;死刑的确可能导致“错杀”,但这主要是司法的问题,不能成为立法上取消死刑的理由;要考虑现阶段的中国国情,在犯罪总体形势严峻的情况下,大量取消死刑罪名是不合适的。这些观点的提出,充分说明今后要从立法上消减死刑罪名会有越来越大的阻力,必须另寻出路。

在这种现实条件下,司法要担负起控制死刑的使命,特别是最高人民法院要为减少死刑适用作出实质性贡献。这样一来,即便是刑法上不再削减死刑罪名,死刑限制适用的效果也同样可以达到,控制死刑的重心就从立法转移到司法上,刑法典中死刑多一点好还是少一点好就成为不太重要的问题,或者说不再是真问题。学者们也要围绕司法的死刑控制进行系统思考。我认为,就此命题而言,最高人民法院可以在以下四个方面有所作为。

首先,要制定尽可能详尽的《死刑量刑指南》,着手建立具有一定规模的死刑复核指导性案例库。目前,最高人民法院正在按照中央司法改革的总体部署大力推行量刑规范化改革,制定了若干量刑规范化意见,但是,这些意见都还比较粗疏,同时主要确定的是“生刑”的适用标准。因此,最高人民法院应该考虑结合其最为主要的刑事审判业务(死刑复核)制定《死刑量刑指南》,以彻底告别死刑判决主要靠司法直觉的历史。在这份指南中,建议考虑:①挑选实务中死刑适用率最高的前10个罪名(死刑适用“大户”)确定具体的核准和不核准标准,确保用得最多的法律手段不会出错;②标准要尽可能详尽,一定要考虑可操作性,特别要注重反向列举。例如,要特别注重明确:就故意杀人、抢劫、强奸等案件而言,对哪些情形不能判处死刑;制造、贩卖毒品犯罪达到何种重量,但也不能适用死刑;运输毒品在哪些情形下不能判处死刑;毒品犯罪判处死刑的地区标准差异应该控制在何种范围内;③把被害人的诉求对死刑判决的影响限定在相对较小的范围内,防止客观上难以赔偿、被害人反映强烈等要素成为左右死刑的主要砝码。当然,特别应注意,这个死刑量刑指南不能成为最高人民法院死刑复核时的内部操作标准,不能紧锁在办案法官的抽屉中,一定要对外公开,使之成为指导地方法院判处死刑案件的指南,也成为律师办案的重要参考材料。

为有效指导下级法院适用死刑,最高人民法院还应该着手建立具有一定规模的死刑复核指导性案例。目前,已经陆续有一些死刑复核案件在中国裁判文书网上公布,但是,这些案件基本上都是核准死刑的案件,样本数有限,案件都不属于复杂疑难的案件,指导功能极其有限,基本不具备指导性案例的特征。为充分发挥指导性案例的功能,最高人民法院可以考虑就适用死刑较多的罪名,收集一定规模的指导性案例,对核准或不核准的情形详细分析其理由,以表明最高人民法院的态度,树立司法样板。

其次,要确定最为严格的证据标准,把非法证据排除规则用足、用够。目前,有少数案件在证据上存在疑点(例如,凶器未找到、证人证言之间存在一定矛盾),但因为罪犯命案在身而对其判处了死刑,这在证据标准的掌握上明显存在问题。同时,有的案件被告人提出被刑讯逼供,但做出死刑判决时对其所提出的非法证据排除要求并未予以理会,没有把刑事诉讼法所规定的非法证据排除规则用足用好,导致错杀的风险始终存在。这些都要求负责死刑复核的法官一定要有“职业怀疑”精神,用“怀疑一切”、无比挑剔的眼光,时刻保持清醒的头脑处理案件,不要按照以往办案的思维定势过于倚重控方的观点,而必须在此之外养成独立判断特质。凡是对证据有疑点的,对刑讯逼供可能难以排除的案件,都绝对不核准死刑,以确保万无一失。

确定最为严格的证据标准,把非法证据排除规则用好,都要求死刑复核时办案速度要慢,不要操之过急,不能“手起刀落”!对普通刑事案件的处理而言,迅速审判应当是被告人的一项权利,因为只有通过迅速审判才能使被告人尽早脱离未决羁押境地,避免因司法结论不确定而使其精神长期处于紧张状态。但是,就死刑案件而言,办案程序缓慢恰恰是其生命得以延续、审判质量得到保证的必要前提,因此,迅速审判不应该被过分强调,效率不能成为死刑案件处理程序所追求的主要价值目标。尤其是在死刑复核程序中,不能过于追求及时结案,不宜在最高人民法院内部设定过短的审限,应当允许多数死刑复核案件“久拖不决”,留出足够的时间供死刑复核法官核查证据,反复犹豫、捉摸,审慎地作出结论。目前曝光的个别错杀案件中,存在被告人在60多天就走完所有司法程序被送上“断头台”,但最后发现杀错了的情况;多数现在得以纠正的错案,诉讼程序普遍走得很快,这些都是没有严格执行刑事诉讼法,片面追求司法效率,没有考虑司法的正义价值的恶例。必须明确,死刑复核时如果做出结论过于神速,杀人过快,风险必然成倍增长。

再次,死刑判决书、复核裁定书一定要充分说理。我国当前的刑事判决书、裁定书对说理——“本院认为”部分的阐述还是过于简单:大量判决书90%以上的内容是罗列证据,不到10%的部分在分析定案和量刑理由。在确定被告人有罪时,大多用一两句话说明被告人的行为符合某罪的构成要件,然后说公诉机关的指控成立,被告人及其辩护人的辩护意见缺乏事实和法律支持,最后得出有罪判决结论;对量刑事实证据的确认更是尽可能简略,有的判决书甚至回避量刑理由。大量判决既没有将案件的演绎过程以及法官的心证过程清晰地呈现在当事人以及社会公众面前,也没有消除被告人对定性量刑可能错误的疑虑。刑事判决书、裁定书的这些通病在死刑案件的裁判文书中同样得到充分体现——几乎所有的死刑案件裁判文书对适用死刑的理由都是寥寥数语,而且内容空泛,例如被告人犯罪情节极其恶劣,造成多少人死伤,罪行极其严重,依法应适用死刑的表述实在是云山雾罩,让人不可捉摸。这种裁判结论主要

是在“复印”法律条文,没有结合具体个案进行分析,也可能没有回应辩方主张,因为律师行使辩护权利时对不能适用死刑的事实和证据可能有另外的说法,对被告人罪不至死的理由也会充分阐述。但是,现在的死刑裁判文书中对这些事实理由要么有所裁减、要么有意予以忽略,其裁判结论未必完全站得住脚。死刑裁判文书必须要进行改革,要进一步详尽说明裁判理由、推理过程,批驳相反观点。因此,未来合理的死刑裁判文书,其内容应当包括对推理过程的详细展示,对控辩双方相互观点的充分展示,以及法官的独立思考,尤其是法官结合每一个具体案件对刑法中死刑适用条件“罪行极其严重”的独特解释。这一点比普通刑事案件要复杂得多。

实务中,负责死刑复核的法官大多认为,死刑复核程序只是法院内部的行政程序,不是控辩对抗、法官居中裁判的诉讼程序,因此,其死刑复核裁定对相关说理不应该要求过高。我认为这种观点值得商榷。死刑复核程序确实和一审、二审程序有一定区别,但是,将其完全打造为内部行政程序未必符合刑事诉讼法的精神。既然刑事诉讼法对死刑复核程序有详尽规定,其中也特别提到最高人民法院复核死刑时需要认真听取律师意见,那就说明死刑复核程序也有特殊的对抗性——律师关于被告人罪不至死的辩解意见和二审判决被告人罪行极其严重理应适用死刑的(类似)指控意见之间存在对抗关系,死刑复核法官居中进行裁判。如果这一分析成立,死刑复核法官在其裁定文书中就必须对死刑核准理由进行详尽分析,不能用几十个字或上百字一笔带过。现在的死刑复核裁判文书缺乏深度说理,关于“罪行极其严重”的片言只语类似于在二审死刑判决书上签署“同意”两字,基本上把刑事诉讼法上明确规定的程序降格为饱受质疑的法院内部请示程序,这是对刑法立法精神的曲解。

最后,要建立并用好死刑案件的数据分析机制。目前,最高人民法院已经取消对下级法院的考核指标,这是非常正确的决定。对于死刑适用自然也不应该再有任何考核指标,但是,这不意味着不再有关于各省死刑适用情况的分析统计数据。相反,最高人民法院还应当用好其内部掌握的死刑判决“大数据”。对死刑适用率高的省份,最高人民法院应当要仔细分析其数据,找出其内在原因;对死刑判决比上一年度升高的省份,也要梳理其数据上升的原因。结合这些分析,最高人民法院应当会同相关高级法院以及地方司法、行政机关,提出相应的控制某些类型案件高发的刑事政策、社会政策,通过配套社会政策、管控措施的完善来减少对应的案件,以有效降低死罪发案率。例如,目前毒品犯罪是死刑适用“大户”,对发案率较高的省份最高人民法院就应该分析其案件类型,分析案件发生的具体环节,从而向地方党政部门、司法机关提出控制毒品犯罪案件的社会政策(包括捣毁制毒窝点、切断毒品运输渠道、发展线人、建立社会底层人员的最低生活保障机制、创造就业机会等),这样使得最高人民法院复核死刑的司法功能有所延伸,在刑事社会政策的建构方面发挥自己的独特功能。

总之,就死刑的控制而言,在立法者发挥其作用的回旋空间越来越小的情况下,最高人民法院任务艰巨、使命光荣,理应勇挑重担,完善死刑复核的体制机制,殚精竭虑,为控制死刑、保障人权作出最高审判机关的应有贡献。

(责任编辑:梁根林)