

刑事诉讼认知行为：理论对话与制度衔接

谢 澍*

摘 要 近年来,程序性制裁抑或诉讼行为无效理论已发展至一个较为稳定的阶段,理论对立法及司法实践提供支持、产生影响,但相关研究的热度和创新性有所下降。诉讼行为理论的研究,首先要明确“人”是如何进行认知决策并产生认知行为的,进而促使认知行为与诉讼行为进行有效的理论对话,藉此作出理论推进。只要刑事诉讼行为建立于认知偏差之上,且涉及到其刑事诉讼行为的核心内容,即便认知偏差往往是“隐性”的,那么这一刑事诉讼行为就应当被认定为无效。只是因为存在程序形成行为与实体形成行为之区分,在隐性无效之刑事诉讼认知行为的认定上,需要分别切入。基于认知行为与诉讼行为的理论交织,可以从保障当事人之刑事诉讼行为异议权、确保各方刑事诉讼主体的信息对称、事后“程序性制裁”到同步“程序性提示”、涉及认知偏差的刑事诉讼行为之追责与卸责等方面入手,完善相关刑事诉讼制度设计。

关键词 诉讼行为 认知行为 程序形成行为 实体形成行为 程序性制裁

一、诉讼行为与认知行为的理论对话

即使类似“诉讼行为之概念乃为诉讼法之中心点”〔1〕这样的论断早已深入诉讼法学研习者的内心,但实际上,有关诉讼行为之研究仍存在巨大的理论空间,有待深入挖掘。诉讼行为理论源自于法律行为理论,民事法律行为的相关理念最早可以追溯至罗马法时期,虽然民事法律行为及其之于具体规范的影响已然初见端倪,但是尚未形成周延的概念体系。直到中世纪,

* 中国政法大学刑事司法学院副教授。本文系国家社科基金青年项目“我国刑事证明标准的实践样态与认知模式研究”(项目编号:21CFX073)的阶段性研究成果。

〔1〕 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(第5版),中国人民大学出版社2016年版,第85页。

法律行为与诉讼行为的分野及其理论体系之建构,方才真正开始。我们较为熟悉的是萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)对法律行为理论的继承和推进,其认为法律行为应当是由行为人意志决定并形成法律关系的行为,法律秩序是反映上述意思和表述的一致形态。作为概念法学的重要研究成果,法律行为理论直接影响了德国民法典的体系脉络。同样,诉讼行为的理论发展,也肇始于同时期之德国民事诉讼法学研究。从19世纪末的德国民事诉讼法学泰斗赫尔维希(Konrad Hellwig)的初步考察,到20世纪初的德国民事诉讼法学家标罗(Osker Bulow)、哥尔德斯密特(James Goldschmidt)、瓦哈(Adolf Wach)等人逐步深入的探讨,学者们普遍接受了诉讼行为与法律行为的界分,并从概念、种类、条件等问题入手,不断丰富着诉讼行为理论。^{〔2〕}与民事诉讼行为相比,刑事诉讼行为虽然同样起步于19世纪末,但存在一定争议,例如罗科信(Claus Roxin)认为,在刑事诉讼中诉讼行为理论并没有足够的支配力。^{〔3〕}同样,我国学界关于诉讼行为理论的研究,也是民事诉讼先于刑事诉讼的。对于刑事诉讼行为,虽然九十年代的研究已有所提及,但进入21世纪之后才真正出现系统、深入的理论成果。^{〔4〕}其中,有学者在对过往理论进行梳理的基础上,主张将“在诉讼程序中能按意愿达到所期望之法律效果,并促使诉讼程序继续进行之意思表示”^{〔5〕}诠释为刑事诉讼行为之基本概念,并将刑事诉讼行为的分类加以细化:根据意思表示与行为效果之间关系的不同,刑事诉讼行为可以分为程序法律行为与程序事实行为;根据行为与程序之间关系的不同,刑事诉讼行为可以分为实体形成行为与程序形成行为;根据作用和功能之间的区别,刑事诉讼行为可具体细分为决定性、条件性和执行性三类行为;根据作用机理之间的差异,刑事诉讼行为可以划分为实质性与声明性两类行为,等等。而对于刑事诉讼行为的评价,应当从是否成立、是否有效、是否合法以及有无理由出发。^{〔6〕}一旦不符合上述评价标准,即可能导致刑事诉讼行为无效。有学者在比较域外之法定无效与实质无效、一般无效与相对无效等立法例之后,提炼并延伸发展出程序性制裁理论,时至今日已然成为我国刑事诉讼法学领域最受关注、援引量最大的基本理论,并为我国非法证据排除规则等程序性制裁措施的确立奠定了充分的理论基础。^{〔7〕}

法律行为理论关注行为人的意志及其意思表示,而这本身是建立在自然人日常行为之基础上的。诉讼行为虽与法律行为有所区分,但仍然关注诉讼程序中行为主体的意愿以及意思表示,根本上仍是需要基于“人”在自然意义上的行为作出诉讼意义上的评价。就此而言,诉讼

〔2〕 参见刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第224—226页。

〔3〕 参见(德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》(第24版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,第195页。

〔4〕 相关代表性成果可参见邓云:《刑事诉讼行为基础理论研究》,中国人民公安大学出版社2004年版;夏红:《无效刑事诉讼行为研究》,中国人民公安大学出版社2009年版;李玉萍:《刑事诉讼行为无效制度论》,中国人民公安大学出版社2010年版;陈瑞华:《程序性制裁理论》(第2版),中国法制出版社2010年版;印波:《刑事诉讼行为瑕疵的程序性后果:一项统一、科学的理论》,中国人民公安大学出版社2012年版。

〔5〕 罗科信,见前注〔3〕,第195页。

〔6〕 参见陈永生:“大陆法系的刑事诉讼行为理论——兼论对我国的借鉴价值”,《比较法研究》2001年第4期,第52—68页。

〔7〕 参见陈瑞华,见前注〔4〕,第102—117页。

行为与法律行为乃至日常行为的本质区别,即在于行为所作用的场域不同,在诉讼场域中的行为应当被赋予诉讼上的意义。但在评价诉讼意义之前,作为研究者,应当首先明确人类是如何支配其“行为”的。认知科学相关理论显示,不同行为主体之行为之所以有所区别,是大脑中控制运动协调和肌肉张力的纹状体与负责记忆的海马状突起、调控情绪的杏仁核、复杂认知行为的前额叶等脑区进行沟通所产生的结果。^{〔8〕} 大脑的运作是持续对已储存在大脑中的信息加以巩固和完善,所有汇集到海马状突起的认知信息在得到整理和评估后,返回至储存信息的大脑区域。^{〔9〕} 简言之,认知过程包括认知信息获取、认知信息加工、基础知识衔接、干预提示处理、认知决策生成等步骤,而最终认知决策的产生即会决定其“外在”的行为表现。

就我国刑事诉讼法学研究而言,近年来程序性制裁抑或诉讼行为无效理论已发展至一个较为稳定的阶段。理论对立法及司法实践提供支持、产生影响,当然是较为理想的状态,但这也从侧面反映出相关研究的热度和创新性有所下降,过往存在争议的理论问题并非得到有效解决,而是被暂时搁置。就此而言,程序性制裁抑或诉讼行为无效理论若试图有所突破,进而提升对立法和司法实践中具体问题的解释力,或许需要回归“行为”的本质加以研判。如果说从法律行为到诉讼行为,是法学理论精细化的历史成就。那么,同样包含“行为”的字眼,认知行为是否可以促成诉讼行为作出一次“回归式”的理论尝试,即从诉讼意义上的“行为”回归至认知意义上抑或自然意义上的“行为”。须知,刑事诉讼中的“主体”本就是自然意义上的人,诉讼行为理论的研究,首先要明确“人”是如何进行认知决策并产生认知行为的,^{〔10〕}进而促使认知行为与诉讼行为进行有效的理论对话,藉此作出理论推进。

二、刑事诉讼认知行为的程序意义

试图将认知科学引入有关刑事诉讼行为的研究,即需要在理论传统与理论新知之间搭建沟通的桥梁。一般认为,无论法律行为抑或诉讼行为,均是以人的意志为转移,是有意识之自觉活动的结果。然而,认知科学却认为,人类认知存在感性认知和理性认知、启发性认知和系统性认知、自动化认知与受控式认知。^{〔11〕} 易言之,某些认知决策并非深思熟虑后的产物,甚至是无意识状态下作出的反馈,那么行为就并非皆是“有意识”抑或“自觉”的。就此而言,诉讼

〔8〕 See Michael X. Cohen, Jan-Christoph Schoene-Bake, Christian E. Elger and Bernd Weber, “Connectivity-Based Segregation of the Human Striatum Predicts Personality Characteristics,” *Nature neuroscience*, Vol. 12, No. 1, 2009, p. 32.

〔9〕 参见(德)阿克赛尔·文德勒、赫尔穆特·霍夫曼:《审判中询问的技巧与策略》,丁强、高莉译,中国政法大学出版社2012年版,第190页。

〔10〕 参见谢澍:“从‘认识论’到‘认知论’——刑事诉讼法学研究之科学化走向”,《法制与社会发展》2021年第1期,第161页。

〔11〕 See Daniel Kahneman, “A Perspective on Judgment and Choice,” *American Psychologist*, Vol. 58, No. 9, 2003, p. 697.

行为是否真正建立于“有意识”和“自觉”的认知决策之上,其诉讼效果是否存在疑问,皆是需要理论给予回应的。对此,可以将认知行为与诉讼行为的密切关联作为切入点,一方面探索刑事诉讼如何塑造认知行为,另一方面追问认知行为怎样决定诉讼进程。

(一)刑事诉讼塑造认知行为

刑事诉讼本质上是多元主体参与下,依照法律规定的诉讼程序,确定被追诉者刑事责任的活动。其中多元主体既有代表公权力的警察、检察官、法官,也有当事人和其他诉讼参与人的权利介入,在权力和权利的互动过程中,找寻保障人权与打击犯罪的平衡点。在此期间,无论是公权力的运行抑或私权利的参与,均需要借助诉讼行为加以具体呈现,而指引诉讼行为的即是各主体作为自然意义上的“人”所作出的认知决策。但因为刑事诉讼场域的特殊性,其中的认知过程可能与日常生活有所不同,这即是刑事诉讼场域的形塑作用,具体可以通过刑事诉讼场域四个特性进行具体阐释。

其一,主体交互性。一般认为,我国刑事诉讼主体当采广义说,即国家机关、当事人、诉讼参与人均是刑事诉讼主体。就此而言,刑事诉讼中的参与主体较之民事诉讼和行政诉讼相对更多,因而各主体之间的互动也更为频繁和多样。例如,《刑事诉讼法》所明确的分工负责、互相配合、互相制约原则,即是公安机关、检察机关、审判机关等公权力主体在刑事诉讼中进行互动所应当遵循的原则,藉此保障准确有效地执行法律。此外,三机关与当事人的互动,以及当事人与其辩护人的互动,也是贯穿刑事诉讼始终的。正是此类主体交互的存在,方能保持刑事诉讼构造的平衡,进而在打击犯罪的同时有效保障人权。然而,我国刑事诉讼中更多呈现的是单向思维而非交互理性。一方面,在诉讼推进过程中,呈现出从侦查、审查起诉再到审判的依职权传递,当事人及其辩护人的诉讼主体地位并不清晰。本质上,庭审中的对抗与其说是交锋,不如视之为交互过程。控方之证明与辩方之回应,最终目的即是帮助法官排除合理怀疑,体现控、辩、审三方在认知上的交互合作。但现实中,一方面辩方的参与并没有得到足够的程序保障;另一方面,在证据推理过程中,控、审双方往往轻视单个证据的评价、回避证据矛盾的分析,倾向于对相互印证的证据链条之证据能力、证明力进行整体评价,进而作为裁判之依据,但却忽视了辩方作为交互主体所作出的信息提示。由此观之,刑事诉讼中的主体交互性本是提升认知理性的重要保障,但刑事诉讼中的单向思维却影响了认知行为的可靠性,尤其是控、审两方对于事实和证据的认知可能存在非理性因素。^{〔12〕}因而,刑事诉讼中的主体交互性直接决定着认知行为的理性程度,并且与诉讼错误之风险关系密切。

其二,权力支配性。刑事诉讼的程序运行,是以国家公权力为后盾的,而科学的权力配置不仅关乎权力运行的效果,还会直接影响权利保障的落实。虽然刑事诉讼受到权力的支配是不争的事实,但这里的“权力”所指,可以进一步区分为宏观权力和微观权力。宏观权力即是一般意义上的国家权力,其借助体制加以运作,并具有强制力的外在表现形式。而宏观权力的支配,既可能作用于权力机关内部,也可能对权利主体产生直接或间接的影响,在某些情况下,其

〔12〕 参见谢澍：“刑事诉讼主体理论的扬弃与超越”，《中国法学》2023年第3期，第274页。

强制力将导致诉讼主体的诉讼行为与其认知决策并不完全相符。微观权力则是福柯(Michel Foucault)学说中的“规训权力”,权力和知识相互连带。^[13]这种知识上的权力渗透,可能是专业办案人员之于当事人所产生的,可能是作为法律专家的律师之于被追诉人所产生的,也可能是鉴定人、专家辅助人等具备专门知识的主体之于办案人员所产生的。有别于宏观权力的“命令”与“服从”,在微观权力的影响之下,诉讼主体的认知过程可能在不经意间——并非强制力支配下的命令——受到干扰和影响,以致于呈现出某些认知偏差进而左右诉讼行为。

其三,权利参与性。刑事诉讼中尊重和保障人权的基本原则,不仅是要在宏观上保护人民的人身、财产、民主及其他权利不受侵犯,还要具体落实在诉讼中当事人权利的保障。而权利的保障不能局限于公权力机关的单方面供给,更重要的是为权利主体创造更多的程序空间,进而促成权利的实质参与,以及权力与权利的有效互动。首先,权利与权力互动乃至对抗的过程,即是尝试找寻平衡点并保持刑事诉讼构造基本稳定的过程,诉讼构造的具体样态决定着认知行为的理性程度。刑事诉讼构造的偏倚,将导致权利参与性的下降,而由此影响各主体之间认知行为上的交互,其提示和监控作用难以发挥实质效用,非理性认知决策无法得到有效的程序控制。其次,权利的有效参与为独立的认知决策提供制度空间。认知决策决定行为的选择,而刑事诉讼中的种种选择,在面临现实的不确定性时足以产生具体现实意义的结果。之所以强调选择,是基于人类趋利避害的本能。不同于一般的哺乳动物,人类借助于大面积扩张的前额叶皮层,使其有能力仔细考虑他们的客观环境和选择行为,而不是基于多巴胺系统的原始本能而产生行为。^[14]而这种所谓“选择”即是权利有效参与所创造出的制度空间,否则被追诉人只能作为诉讼客体受到来自权力主体的支配和左右。

其四,程序递进性。与民事诉讼、行政诉讼相比,刑事诉讼的诉讼阶段更多,尤其是侦查阶段、审查起诉阶段系其所独有。相应地,刑事诉讼也具备独特的复杂性,尤其是在推进“以审判为中心的诉讼制度改革”之语境下,刑事诉讼应当体现出鲜明的程序递进性。申言之,“以审判为中心”意味着侦查、审查起诉、审判各阶段逐步有序展开,各诉讼阶段在认识上由浅入深,从初始化阶段的感性认知演进至终局阶段的理性认知。刑事诉讼程序的启动有赖于感性认知的初始判断,在历经控辩双方的对抗与合作之后,对初始判断是否成立可能存在争议或共识,裁判者作出的终局裁判正是结合这一进程中的争议与共识而形成的。就此而言,审判阶段自然是递进式刑事诉讼程序中具有终局性和决定性的“中心”。也正是刑事诉讼的程序递进性,以及多阶段多主体的程序特点,为刑事诉讼认知主体的认知行为提供了更大的演绎空间,其认知决策和行为也可能与刑事诉讼程序一样呈现出“动态”的发展格局。易言之,刑事诉讼并不回避或排斥最初开启于感性认知,但经历多重诉讼阶段,以及在多个认知主体的提示和监控之

[13] (法)米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店2012年版,第29页。

[14] 参见(美)约翰·安德森:《认知心理学及其启示》(第7版),秦裕林等译,人民邮电出版社2012年版,第342页。

下,初始化阶段的感性认知有条件逐步转化为理性认知,尤其是在作为“中心”的审判程序中,得到充分的交流和检验,以保障终局裁判建立于理性认知之上。

(二) 认知行为决定诉讼进程

刑事诉讼的主体交互性、权力支配性、权利参与性和程序递进性,在刑事诉讼认知主体及其认知行为之上得到具体呈现。因此,作为审视刑事诉讼运行样态的基本指标,借助刑事诉讼认知行为即可以对刑事诉讼程序的优劣进行客观评价。同时,由于认知行为与诉讼行为的直接对话,认知行为自然也可能直接决定诉讼进程。认知行为受知识的控制和指导,而知识也需要借助行为进而呈现其价值。对于行为的评价可以区分为主观与客观两个层面,行为主体首先应当进行主观的自我评价,缺乏自我评价的行为很难被认为是经过慎思且具有理性的;而主观评价之后应当接受客观评价,刑事诉讼中认知行为的评价标准即是从主体交互性、权力支配性、权利参与性和程序递进性四个方面展开,其中认知行为如果均发挥了应有价值,就是趋于理性的。相应地,刑事诉讼如果能在主体交互性、权力支配性、权利参与性和程序递进性四个方面为认知行为创造理想的制度空间,亦可以认为这一刑事诉讼程序是具有正当性的。就此而言,刑事诉讼在塑造认知行为的同时,认知行为也决定着诉讼进程。

刑事诉讼各方主体应当在法定程序框架中依法行为,而诉讼行为如何遵从规则,可以借助认知科学的视角加以阐释。虽然我们总是期望诉讼行为经过慎思且具有理性,但建立在认知行为之上的诉讼行为,却并不必然如此,甚至可能是感性认知、启发性认知和自动化认知的产物。行为主体之所以遵守规则,过往来自法学传统的解释基于所谓“威慑模型”,即假定行为主体出于利益最大化之目的,对行为所可能造成的收益和损失进行利益权衡,遵守规则抑或违反规则取决于何种行为能获得最大利益。因此,试图鼓励和促使更多行为主体遵守规则,则需要提高违反规则的成本进而产生威慑作用。可以确定的是,上述解释中行为主体遵守规则抑或违反规则均是基于自愿的理性选择,是一种有意识、控制式的行为。然而,行为主体是否可以时时刻刻保持理性,显然是存有疑问的,认知科学研究显示,无意识、自动化的行为同样可能决定对于规则的遵守或违反。人类的记忆可以区分为“显性”与“隐性”两类,显性记忆在意识中清晰呈现,进而对判断和决策产生明显的影响,而隐性记忆虽然很难在意识中被察觉,但一经激活便会在无知觉的状态下对判断和决策产生主导作用,这即是无意识的自动化行为。自动化行为的产生,需要特定的启动物(信号)与隐性记忆形成高强度的联结,在刑事诉讼中的“启动物(信号)”可能是某个证据、某个程序节点抑或其它诉讼主体的意见或行为等。而这种自动化联结的形成,既可以是有意图的反复习得,也可以是无意图的隐性学习。前者是反复训练的结果,例如司法人员反复运用法律知识对案件进行审查判断,逐步形成的“法感”,即是一种类似直觉判断的自动化联结;后者则是非意识控制下的经验积累,行为主体的性格或遗传因素均可能成为其中关键。显性记忆与隐性记忆既可以各自主导行为,也可以共同、交互作用于行为,并非必然是非此即彼的关系。^[15] 但不难肯定的是,认知行为可能是无意识、自动化的,那

[15] 参见葛岩、秦裕林、林喜芬:“为什么自愿守法——自动化社会行为的发生机制研究”,载《法律和社会科学》(第14卷第1辑),法律出版社2015年版,第1—29页。

么刑事诉讼行为对于规则的遵守或违反就需要被放置于更宽阔的理论视野之中进行分析。

以无罪推定为例,其真正意涵为何,如何具体适用,始终存在争议。而分歧的产生,实际上源于对无罪推定的认识存在偏差。推定原本是一种填补间隙的对策,意味着在缺少进一步相关信息或证据的情况下接受某种预设,而这些所缺少的信息或证据通常被认为是证明这一预设所必须的,一旦相关信息或证据不再缺少,推定也就失去运作空间得以退场了。^{〔16〕} 具体而言,推定可以界分为“事实上的推定”和“法律上的推定”,当侦查机关在刑事诉讼的初始化阶段缺乏足够证据时,只得根据相关线索借助“事实上的有罪推定”将犯罪嫌疑人视为有罪,刑事诉讼程序才可能向前推进,无罪推定原则所否定的是“法律上的有罪推定”,只有当法院作出最终裁判,方能确定被告人有罪。

然而,在实然层面,无罪推定原则试图支配刑事诉讼中的所有认知行为,显然是不现实的。前已述及,人类认知除了理性认知、系统性认知、受控式认知,还可能存在感性认知、启发性认知和自动化认知。认知决策可能是在无意识状态下所作出的,其认知行为也就并非皆是“有意识”抑或“自觉”的。在域外刑事司法中,较为典型的即是针对被追诉人的种族偏见,即便当今人们有意识地在各个领域推行平等主义,但刑事诉讼行为主体仍然可能存在显性或隐性的种族偏见,尤其是包含隐性种族偏见的行为可能并不以明显和明确的方式运作。更令人不安的是,尽管存在宪法保护、诉讼记录,以及表面上致力于崇高正义和公平原则的刑事司法人员,隐性的种族偏见仍然主导着诉讼进程。^{〔17〕} 合理的刑事诉讼中,“事实上的推定”经过控辩双方的攻防对抗,其成立与否可能发生动摇和变化,而判决的作出必须依据其最终发展的态势加以判断;而当认知偏见主导诉讼程序时,即会异化为静态进程,事实上的推定很难产生动摇和变化,架空程序设计的同时,体现出有罪推定的司法理念。由此可知,合理的程序设计应当是搭建控辩平等对抗的平台,使得存疑的“事实上的推定”产生动摇和变化,避免其受到认知偏见的影响从而畅通无阻地被法庭所确认,导致冤错案件的滋生。当然,刑事司法实践的复杂性使得理想的诉讼进程并没有普遍存在,诉讼进程可能受到认知偏见的影响。认知形塑行为,行为决定诉讼进程,因而需要准确界定认知偏差与无效刑事诉讼行为之间的复杂关系,避免其对刑事诉讼进程产生无法预估的负面效应。

三、认知偏差与隐性无效刑事诉讼行为

诸如讯问、逮捕、羁押、起诉、辩护、判决等一系列诉讼参与人的活动,组成了现代意义上的刑事诉讼。广义而言,所有此类刑事诉讼上的相关活动,无论方式为何,均可以称为诉讼行为。

〔16〕 参见(美)尼古拉·雷舍尔:《推定和临时性认知实践》,王进喜译,中国法制出版社2013年版,第1—2页。

〔17〕 See L. Song Richardson, “Systemic Triage: Implicit Racial Bias in the Criminal Courtroom,” *Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 3, 2017, p. 862.

就其本质而言,诉讼行为既然是形成诉讼的相关活动,当然带有程序性,而早期的理论学说也止步于此。直到上世纪五十年代德国学者尼斯(Werner Niese)首次提出“双重功能的诉讼行为”,特定诉讼行为——尤其是强制措施——在程序面向之外的实体本质受到关注。例如逮捕,一方面是保全被追诉人并形成程序的相关活动,但另一方面也是干预被追诉人基本权利的实体行为。^{〔18〕}在此意义上,刑事诉讼行为可以区分为程序形成行为和实体形成行为。程序形成行为是通过引导接下来的诉讼主体的具体行为来推动刑事诉讼进程的行为,其支配力源自程序法定原则——诉讼主体不得违背刑事诉讼法所明确设定的程序规则而任意决定诉讼进程,^{〔19〕}相应地,程序形成行为的效力也与其是否符合法定形式关联密切。因而,程序形成行为具有民事法律行为的一些特征,诸如注重法定要件有效和意思表示真实。实体形成行为则是影响案件处理之内心判断和处分性决定的刑事诉讼行为。较为典型的是在庭审过程中,当事人出示证据并进行证明从而影响法官对于案件的内心确信和最终裁判。实体形成行为之程序性后果产生与否,通常由办理案件的司法人员进行内心评价。与程序形成行为相比,实体形成行为对于形式性的要求相对较为宽松,主要是通过对办案人员内心评价产生影响,从而左右案件实体处理。当然,程序形成行为与实体形成行为可能存在互涉和交叉,也可能相互产生联系和影响。^{〔20〕}传统意义上,通过法定形式对诉讼行为成立、有效与否进行规制,更多针对的是程序形成行为,例如英美法中的证据排除规则、撤销起诉制度和撤销原判制度,以及大陆法系层面的刑事诉讼行为无效制度,均是具有鲜明特点的程序性制裁措施。^{〔21〕}但这并不意味着实体形成行为不受法律规制,只是需要结合前文所提及的认知行为之于诉讼行为的重要意义——刑事诉讼塑造认知行为以及认知行为决定诉讼进程,有所区分地加以剖析。

(一) 认知偏差与隐性无效程序形成行为

某种意义上,刑事诉讼程序可以被视作刑事诉讼行为的动态构成,因而刑事诉讼行为具有理论上的“优先性”:一方面,诉讼行为优先于诉讼实体,即先有刑事诉讼行为之效力的发生与确定,方能产生最终刑事诉讼的实体结果;另一方面,诉讼行为也优先于诉讼程序,只有刑事诉讼行为的相互连接,才能组成完整的刑事诉讼程序。^{〔22〕}就此而言,如果其中某一刑事诉讼行为无效,则会减损刑事诉讼程序和实体结果的正当性,甚至中断刑事诉讼程序,使之无法有效、完整地推进。易言之,实体公正的前提是程序公正,程序公正的前提是程序完整,而程序完整则需要程序形成行为的持续引导和推进。程序形成行为有效与否,一旦无效,如何对其进行认定,如何设置程序性后果,是程序性制裁理论研究的重中之重。通常来说,程序形成行为一经成立,即能根据其行为内容的指向,发生程序法定意义上的效力。即使某一诉讼行为存在瑕

〔18〕 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(第8版),台湾新学林出版股份有限公司2017年版,第258页。

〔19〕 参见谢佑平、万毅:《刑事诉讼法原则:程序正义的基石》,法律出版社2002年版,第109页。

〔20〕 参见印波,见前注〔4〕,第170—171页。

〔21〕 参见陈瑞华,见前注〔1〕,第327页。

〔22〕 参见邓云,见前注〔4〕,第224—225页。

疵,在被依法宣告无效之前,依然推定其具有刑事诉讼法意义上的效力。而刑事诉讼行为无效,并非意味着其不产生任何效果,只是其不能发生刑事诉讼法规范上应有之效力。^[23]一旦被认定为无效刑事诉讼行为,即可能受到程序性制裁,但就我国刑事诉讼之现实样态而言,程序性制裁的理论与实践仍然具有较大的提升空间:一方面,所谓“程序性制裁”,其实是指刑事诉讼中的办案人员违反法定程序,因而需要接受的一种程序性法律后果。与直接追究办案人员的行政、民事甚至刑事责任进而兑现的“实体性制裁”有所区别,“程序性制裁”的典型特征即是以宣告无效的方式来追究程序性违法者的相关责任。^[24]易言之,程序性制裁理论一经提出即是更多针对司法人员违反法定程序而言的,并未给予被追诉人及其律师足够关注。正如有学者所梳理的,我国《刑事诉讼法》中有关刑事诉讼行为无效的既有规则包括但不限于非法证据排除、审判程序中出现违法诉讼行为的发回重审、强制措施超过法定期限的解除或变更、对公安机关应当立案而不立案的纠正、重复起诉的不予受理、管辖错误的退回等,其特点是刑事诉讼行为无效之认定程序具有浓厚的职权主义色彩,不仅使当事人在无效认定中的角色和权利缺乏制度保障,并且对当事人刑事诉讼行为之无效认定缺乏足够的制度设计。^[25]另一方面,程序性制裁理论给予关切的,更多是显性、故意性和积极性的无效刑事诉讼行为,对于诸如隐性无效的刑事诉讼行为,缺乏足够的理论投入。这并不是程序性制裁理论本身的缺陷,而是对于刑事诉讼行为之研究的不足,正是因为认知科学视角之缺位,导致认知行为与诉讼行为长期缺乏有效的理论对话,因而人类认知系统中的感性认知、启发性认知和自动化认知并未进入刑事诉讼法学乃至整个法学研习者的理论视野。

然而,诚如马克思所言:“使人们行动起来,都必然要经过他们的头脑。”^[26]其背后的认知科学逻辑即是,大脑活动指导和决定外化行为。但前已述及,大脑活动与外化行为之间的关系并不必然是“有意识”的,认知科学的研究恰恰证明:所谓“有意识”的行为往往会脱离思想与行为的因果关系,进而无法反映“有意识”思维之于行为的直接感知。事实上,行为总是由大脑中前额叶、杏仁核等特定脑区所自动化决定的,并非行为人“有意识”的自主支配。^[27]对于刑事诉讼行为乃至刑事诉讼程序而言,随之而来的理论追问即是:如果刑事诉讼行为是基于感性认知、启发性认知和自动化认知所产生的,认知行为所依赖的认知决策是行为主体在无意识状态下所作出的,亦即并非是“有意识”抑或“自觉”的,那么,这一刑事诉讼行为是否可能是无效的?以及,如何认定无效,如何设置程序性后果?

过往,认知能力、认知行为、认知决策等话语很少进入规范语境,《刑事诉讼法》及相关司法解释中亦是如此,但近年来随着各项改革的推进,“认知”开始进入规范视野。最高人民法院、

[23] 参见李玉萍,见前注[4],第14、20页。

[24] 参见陈瑞华,见前注[4],第135页。

[25] 参见夏红,见前注[4],第355—368页。

[26] 《马克思恩格斯全集(第21卷)》,人民出版社1965年版,第343页。

[27] See Daniel M. Wegner, “The Mind’s Best Trick: How We Experience Conscious Will,” *Trends in cognitive sciences*, Vol. 7, No. 2, 2003, pp. 65-69.

最高人民法院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》，共 60 条，其中两次出现“认知能力”一词，分别为第 28 条、第 39 条，关于审查起诉阶段人民检察院对侦查阶段认罪认罚案件自愿性、合法性审查，以及审判阶段认罪认罚自愿性、合法性审查，强调应当重点审查“犯罪嫌疑人(或被告人)认罪认罚时的认知能力和精神状态是否正常”。易言之，被追诉人认罪认罚时的认知能力不正常，则人民法院、人民检察院可以认定被追诉人违背意愿认罪认罚。犯罪嫌疑人、被告人作出有罪供述原本只是实体形成行为，可以作为认定案件事实的重要证据，但其效力如何，还需要其他诉讼主体和后续诉讼程序加以确认，并没有直接开启后续程序的程序形成之效力。但在认罪认罚从宽制度确立之后，犯罪嫌疑人、被告人作出有罪供述不再是纯粹的实体形成行为，还被赋予开启认罪认罚从宽程序之效力，即兼具实体形成与程序形成之效力。显而易见的是，存在《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 28、39 条所明确的被追诉人认罪认罚时的认知能力不正常之情形，即意味着被追诉人作出有罪供述这一诉讼行为无效。问题在于，“认知能力”正常与否的认定除了借助办案人员的经验判断，还可以依照医学上得到普遍接受的标准以及核磁共振、正电子断层扫描影像等现代科学手段的检测。^{〔28〕}虽然就我国现有的认罪认罚从宽实践来看很难做到如此谨慎且细致入微的审查，但当被追诉人“认知能力”正常，却依然主张其认罪认罚时因信息不对称或精神压力等原因产生了认知偏差时，是否可以认定被追诉人违背意愿认罪认罚进而否定其作出供述这一诉讼行为的程序形成之效力？况且，如果被追诉人的认知能力存在疑问，则可能在其具体外化行为上有部分“显性”端倪，但若是仅仅存在“认知偏差”，甚至可能不被其本人所察觉，司法人员更是难以主动发现，即便肯定认知偏差可以作为程序形成行为无效的理由之一，也是现有程序性制裁理论范畴之外的“隐性”无效刑事诉讼行为。

对此，本文认为，需要遵循两个层面的逻辑进路加以细致分析，且二者呈递进之关系：其一，认知偏差是否可以作为刑事诉讼行为无效的理由之一；其二，办案人员如何审查和认定认知偏差确实存在，认知主体如何证明其刑事诉讼行为建立于错误认知之上？就前一层面理论争议而言，之所以“认知能力”正常与否可以作为认定被追诉人违背意愿认罪认罚的理由，进而否定有罪供述的程序形成之效力，是因为认知能力不正常意味着认罪认罚可能基于错误认知，以致于和被追诉人真实意愿相左，因此也即失去了实体从宽、程序从简的行为基础。须知，认知偏差同样可能导致错误认知，既然如此，就可能意味着认罪认罚的行为是基于非真实意愿，与认罪认罚从宽制度的初衷不符，理应被视为程序形成行为无效的理由。就第二层面现实问题来说，因为认知偏差的“隐性”特征，除非存在明显错误，否则办案人员很难依职权发现并认定被追诉人存在认知偏差，此时即需要被追诉人主动提出认罪认罚时存在认知偏差的主张和线索，即自身认知进路的细致描述。例如，被追诉人发现当初认罪认罚仅仅是基于感性认识，但随着刑事诉讼程序的推进，这一感性认识逐步演变为理性认知，并发现认知的初始化阶段因

〔28〕 参见(美)伯纳德·J.巴斯、尼科尔·M.盖奇主编：《认知、大脑和意识：认知神经科学引论》，王兆新、库逸轩、李春霞等译，上海人民出版社 2015 年版，第 127 页。

为种种原因存在认知偏差,即应当将这一进路进行描述,并且阐释当初存在何种信息不对称、哪方面精神压力让自己认知产生错误,等等。被追诉人存在上述合理解释的,办案人员可以认定其存在认知偏差,但基于法安定性的考量,办案人员应当对认知偏差的程度进行评价,没有达到根本上颠覆被追诉人真实意愿的程度,或者认知偏差所指向的内容并不涉及其刑事诉讼行为的核心内容时,则可以继续肯定相应刑事诉讼行为的效力。

此外,需要明确的是,作为自然意义上的人,警察、检察官、法官同样可能——甚至可以说是必然——存在认知偏差乃至偏见,更何况办案人员的认知偏差往往会对当事人权益以及刑事程序之正当性产生更大的损害,应当在认定刑事诉讼行为无效时给予同等、充分之考量。就此而言,但凡存在认知偏差,即可作为认定刑事诉讼行为无效的理由之一,但因为其具有“隐性”之特征,办案机关在依职权认定的同时,也应当允许当事人以认知偏差为由提出认定刑事诉讼行为无效之动议。这也是扭转当前我国《刑事诉讼法》中有关刑事诉讼行为无效之既有规则职权主义色彩过于浓厚的理论进路,藉此提升当事人在无效刑事诉讼行为之认定中的角色地位和权利保障。这也直接体现出刑事诉讼行为的程序意义,申言之,“主体交互性”是刑事诉讼场域的首要特性,提升当事人在无效刑事诉讼行为之认定中的角色地位和权利保障,首先需要确保当事人作为程序主体,与权力机关形成认知互动,唯有如此才能在权利与权力的互动乃至对抗中找寻刑事诉讼构造的平衡点,以“权利参与性”约束“权力支配性”进而实现“主体交互性”。

(二) 认知偏差与隐性无效实体形成行为

过往,有关无效实体形成行为的理论探讨主要局限在非法证据排除等常见的、显性的程序违法行为,^[29]但2010年以来,随着相关证据规定的出台、《刑事诉讼法》的修订以及刑事司法实践中对于刑讯逼供的有效治理,这类显性的程序性违法行为已经呈现出逐年下降的趋势。因而,无论是出于延拓程序性制裁理论之目的,抑或提升刑事司法实践水准之考量,均需要将理论目光更多地投向隐性的无效实体形成行为。前文已举例说明认知偏差应当被视为认定刑事诉讼行为无效的理由之一,但对于程序形成行为与实体形成行为,其中仍然存在一定适用上的差异,需要在理论上加以澄清。总体而言,即便是诉讼之实体,也需要被置于刑事诉讼程序之中方能形成。易言之,与案件事实认定相关的实体形成行为,也必须以一系列程序形成行为的充分、有效实施为前提。具体来说,当某一刑事诉讼行为仅有实体形成之效力,则其效力是否形成,有赖于先前刑事诉讼行为的合法事实和效力发生;如果刑事诉讼行为兼具实体形成与程序形成之效力,则需加以区分。例如以终结刑事诉讼为目的的裁判行为,其实体形成与程序形成之效力即是同时发生并确定的。但若是以推进刑事诉讼程序为目的,虽然同样可能兼具实体形成与程序形成之效力,但效力的发生可能存在先后顺序,由检察机关提起公诉之行为观之,其既有启动审判程序的程序形成效力,亦有请求审判机关就案件之刑罚作出实体裁判的实体形成效力,这一行为的程序形成效力在提起公诉之时即已形成,但其实体形成之效力则需要

[29] 参见印波,见前注[4],第190—192页。

审判程序确实启动并经过庭审作出实体裁判后方能产生。^[30] 因此,为了与前文之论述进行区分,避免理论上的混淆,本部分论述只涉及纯粹的实体形成行为,即仅有实体形成之效力的刑事诉讼行为。

程序形成行为之目的,本就是引导后续刑事诉讼主体通过具体行为来推动刑事诉讼进程,其行为之效力通常由程序法定,因而是一种直接效力。受到行为之连带作用的影响,当某一刑事诉讼行为兼具实体形成与程序形成之效力,其发挥的通常也是直接效力。例如,法官依职权进行的证据调查行为,既是一种程序形成行为,也是实体形成行为,因为其本身作为事实认定者,对实体形成发挥直接作用,毋需通过影响其他刑事诉讼主体进而形成实体裁判。如同纯粹的程序形成行为无效之认定,兼具实体形成与程序形成之效力的刑事诉讼行为如若建立在认知偏差上,鉴于其“隐性”之特征,一方面办案机关可以依职权认定,另一方面也应当允许当事人以认知偏差为由提出认定刑事诉讼行为无效之动议。但纯粹的实体形成行为,诸如证人、鉴定人、侦查人员出庭作证,其本身并非试图开启或推动后续刑事诉讼程序,其实体形成之效力也不能通过行为本身即得发生和确认,需要其他刑事诉讼主体进行调查核实并形成内心确信后方能作出实体裁判,因而发挥的是一种间接效力。这就意味着,在探讨认知偏差与实体形成行为是否无效的问题上,需要紧扣“间接效力”这一特性。之所以强调“直接效力”与“间接效力”,其原因在于,具有直接效力的刑事诉讼行为一旦成立往往即被推定为有效,从而直接对刑事诉讼进程乃至最终结果产生效力。但发挥“间接效力”的纯粹实体形成行为则不然,其实体形成之效力的发生与确认,是由其他具有事实认定资格的诉讼主体进行内心评估的,如果实体形成行为是建立在认知偏差之上的,当然可能对后续诉讼程序中诉讼主体的判断产生负面影响,但这一认知偏差也可能被事实认定者直接或借助相应程序加以识别,从而避免或消除负面影响。

以证人作证为例,这是一种典型的纯粹实体形成行为,不具有程序形成之效力,但其对刑事诉讼的影响,可能贯穿侦查至审判阶段始终。在警察对案件进行侦破时,证人证言显然是一个重要的突破口,但侦查阶段往往存在时间压力。有研究显示,在短时间内侦破案件的现实压力下,侦查人员往往存在一种先入为主的假设,以追求更高效地完成侦查任务,纵然证人证言与其假设存在冲突,侦查人员也更倾向于不对其假设进行相应调整,这也意味着证人作证这一实体形成行为的效力可能因为侦查人员的认知偏见而受到负面影响。^[31] 更何况,办案人员对于证人证言的认定标准本就是具有可塑性的,可能根据不同情境以及不同的认定主体而产生变化,具有高度的主观性,其中难免存在认知上的差别。^[32] 而从证人自身出发,其证言同

[30] 参见邓云,见前注[4],第240—241页。

[31] See Karl Ask and Pär Anders Granhag, “Motivational Bias in Criminal Investigators’ Judgments of Witness Reliability,” *Journal of Applied Social Psychology*, Vol. 37, No. 3, 2007, pp. 561-591.

[32] See Karl Ask, Anna Reblus and Pär Anders Granhag, “The ‘Elasticity’ of Criminal Evidence: A Moderator of Investigator Bias,” *Applied Cognitive Psychology*, Vol. 22, No. 9, 2008, pp. 1245-1259.

样可能存在认知偏差,尤其是目击证人。研究显示,某些特定类型的面孔样貌更容易被识别,而特定类型的面孔样貌也可能导致目击者对其存在判断上的偏见。^[33]此外,对于特殊的“证人”,即专家证人或鉴定人,其根据检材提出鉴定意见的行为本质上也是一种纯粹的实体形成行为,但鉴定人在鉴定过程中可能受到影响其认知决策的案件语境信息之干扰,这些信息本质上与科学证据的分析无关,当然也并未最终出现在其鉴定意见或过程记录中,但已被研究证明会影响鉴定人的认知。这种“与专业领域无关”的信息以及存在认知偏差的解释和意见还经常被传递给其他证人——无论是非专业人士还是专家——进而产生认知偏差的“雪球效应”,形成交叉污染并在接下来的刑事诉讼程序中得到体现。显然,在评估科学证据、鉴定意见时,事实认定者应该注意这种语境偏见(contextual bias)、认知扭曲及其交叉污染的可能性,^[34]但更多时候,事实认定者由于专门知识的匮乏,在面对科学证据时本就显得无力,往往对科学证据形成一种反向的认知偏见——专家总是可靠的。当然,不能排斥部分专家证人、鉴定人本身存在的“动机偏见”,即在控辩双方中本就有所倾向,但相比之下更危险的是认知偏见,即专家证人、鉴定人本身并没有察觉到这一“隐性”偏见的存在。^[35]

由此观之,如果诉讼主体的实体形成行为受到认知偏差的影响,并且涉及到其实体形成行为的核心内容,那么理论上这一实体形成行为即是无效的。但因为纯粹的实体形成行为发挥的是间接效力,所以其行为之效力有无,最终需要通过事实认定者的判断方能确认。当然,某一实体形成行为被认定无效,当然可能直接影响最终实体结果,但也可能对裁判结果并不会产生实质影响,这取决于这一实体形成行为在案件事实之证明体系中所发挥的作用和扮演的角色,需要具体案例具体分析。

需要强调的是,在庭审中对于纯粹的实体形成行为是否建立于认知偏差之上以及其效力有无的判断,应当以单独质证、多轮质证为基础。诸如证人、鉴定人、侦查人员出庭作证等纯粹实体形成行为,其最终的表现形式即是证据。针对有争议的关键证据,《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第28、31条分别强调“必要时,控辩双方可以对争议证据进行多轮质证”以及“充分听取质证意见”。当对实体形成行为是否受到认知偏差产生争议时,更应当运用符合理性认知原理的判断方法进行决策,避免实体形成行为的认知偏差“污染”裁判认知。伴随着控辩双方围绕争议证据展开的攻防,法官的认知流畅度也会随之降低,认知过程中认知流畅度高低决定着正面愉悦感的强弱,正面愉悦感愈强,认知主体愈倾向于作出正面、肯定之评价。而单独质证,意味着将原有实体形成行为所产生的证据原子从整体组合

[33] See Heather D. Flowe and Joyce E. Humphries, “An Examination of Criminal Face Bias in a Random Sample of Police Lineups,” *Applied Cognitive Psychology*, Vol. 25, No. 2, 2011, pp. 265-273.

[34] See Gary Edmond et al., “Contextual Bias and Cross-contamination in the Forensic Sciences: The Corrosive Implications for Investigations, Plea Bargains, Trials and Appeals,” *Law, Probability and Risk*, Vol. 14, No. 1, 2015, pp. 1-25.

[35] See Paul C. Giannelli, “Cognitive Bias in Forensic Science,” *Criminal Justice*, Vol. 25, No. 2, 2010, pp. 61-63.

中暂时脱离,阻隔证据链条带给法官的正面愉悦感,避免法官“下意识”地肯定证据之证据能力及证明力。这同样体现了前述之“权利参与性”约束“权力支配性”进而实现“主体交互性”的程序意义。

四、基于认知行为的刑事诉讼制度设计

借助前文之论述,本文已初步勾勒出认知行为与诉讼行为的关系,及其在刑事诉讼中的程序意义,并且引申出借助认知偏差评价隐性无效刑事诉讼行为的观察视角,进而试图由此延拓程序性制裁理论。简言之,但凡刑事诉讼行为建立于认知偏差之上,且涉及到其刑事诉讼行为的核心内容,即便认知偏差往往是“隐性”的,这一刑事诉讼行为在理论上仍是应当被认定为无效的。只是因为程序形成行为与实体形成行为之区分,在隐性无效刑事诉讼行为的认定上,需要分别切入:针对纯粹的程序形成行为以及兼具程序形成与实体形成的行为,由于其发挥直接效力,行为一旦成立即发生效力,所以需要在事后通过办案机关依职权认定或当事人以认知偏差为由提出认定刑事诉讼行为无效之动议;针对纯粹的实体形成行为,由于其发挥间接效力,因而效力的发生和确认,需要由其他具有事实认定资格的诉讼主体进行内心评估。

需要强调的是,除却隐性无效之刑事诉讼行为,认知行为乃至认知偏差的引入,还可以对显性无效之刑事诉讼行为以及相应的责任追究问题提供新的理论思路。以非法证据排除规则为例,根据我国相关法律及司法解释规定,对于言词类的非法证据采取所谓“绝对排除”之原则,即采用刑讯逼供或暴力、威胁等非法方法获取的言词类证据,一经查明即依法予以排除;而对于不符合法定收集程序的物证、书证采取“相对排除”之原则,即准许办案人员进行补正或者作出合理解释。然而,这种现象存在诸多疑问。

第一,随着刑事诉讼领域办案观念的逐步转变,传统意义上的刑讯逼供已经得到有效遏制,但难以被发现和认定的变相或隐性刑讯逼供成为当前治理之重点,相应地,2017 发布的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》中强调应当排除“使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述”,所谓“难以忍受的痛苦”延续了显性肉刑之判断标准,而“违背意愿”则呈现出“自白任意性”的理论元素。那么,认知偏差本质上也与理性认知存在距离,如果这种偏差又是办案人员对被追诉人施加某种强制进而产生的,那么这样的认知偏差是否也可归于“违背意愿”从而否定其“自白任意性”? 本文持肯定观点,因为刑事诉讼本就应当为被追诉人提供理性判断和选择的程序保障,进而维护其合法权利。因为办案人员所施加的压力对其认知行为形成某种强制,并导致其认知产生偏差甚至错误,那么建立在这种认知偏差之上的供述或程序选择显然是违背“任意性”的,应当依法予以排除。

第二,随着对于实物证据鉴真规则研究的兴起和逐步深入,不符合法定收集程序的物证、书证能否补正、如何排除,需要进一步细化标准。从正当程序的理论视角考量,一旦办案人员出于故意而违反法定程序收集相关实物证据,而相关证据依然是可补正的,不仅有损被追诉人之合法权利,也违背刑事诉讼之正当性与权威性。同理,从认知科学的理论视角观察,办案人

员基于认知偏差而在无意识的状态下违反法定程序收集实物证据,或是在理性认知的状态下故意违反法定程序收集实物证据,二者在刑事诉讼中给予的评价不应对等,因为理性认知之下依然违反刑事诉讼程序,无疑是对刑事司法公正的挑战和对被追诉人合法权利的侵蚀,但认知偏差可能是无意的,并不存在损害程序公正和合法权利的初衷。因此,本文认为,非法实物证据,仅有在办案人员存在认知偏差的“非故意”之状态下,才是可补正和可解释的。并且,相关行为的合理解释,应当遵循认知主体证明其诉讼行为存在认知偏差的路径,即自身认知进路的细致描述,阐释当初存在何种信息不对称、哪方面精神压力让自己认知产生错误,等等。而侦查人员对上述问题作出合理解释的最佳场域,即是在审判程序中出庭作证,接受控辩双方交叉质询,并由法官对其是否存在认知偏差、是否足以对不符合法定收集程序的实物证据进行补正或作出合理解释,作出中立判断。由此观之,认知行为以及认知偏差足以以为刑事诉讼制度设计提供新的智识资源,而刑事诉讼程序在认知行为的启示之下,得以强化针对隐性无效刑事诉讼行为的识别能力以及针对显性无效刑事诉讼行为的控制程度,推动刑事诉讼制度更加趋于理性。申言之,基于认知行为与诉讼行为的理论交织,以及刑事诉讼场域中的“主体交互性”“权力支配性”“权利参与性”和“程序递进性”等特性,可以从以下几方面入手,完善相关刑事诉讼制度设计。

(一)保障当事人之刑事诉讼行为异议权

前已述及,刑事诉讼认知行为的程序意义在于,刑事诉讼塑造认知行为而认知行为决定诉讼进程,其中,“主体交互性”作为刑事诉讼场域中的首要特性,决定着“权力支配性”和“权利参与性”的互动程度,进而影响“程序递进性”的实现。那么,基于认知行为的刑事诉讼制度设计,首先就需要正视“主体交互性”问题。然而,在理论上,程序性制裁理论对于隐性无效刑事诉讼行为缺乏解释力;在实践中,无效刑事诉讼行为的认定过程中,当事人缺乏程序主体地位,其权利缺乏有效的程序保障。因而,无论是出于延拓理论学说的初衷,抑或基于提升刑事诉讼程序之正当性的考量,当事人之刑事诉讼行为异议权均是首先需要纳入刑事诉讼制度设计的重要内容。既然试图设置异议权,就需要建构相应的回应机制,进而实现异议权的实质化运作。以域外为借镜,Batson v. Kentucky 即是颇具启发意义的案例之一。^[36] 美国联邦最高法院指出,当辩方认为控方在挑选陪审团成员时,基于种族歧视而要求某一成员绝对回避(peremptory challenge),辩方可以提出反对。如果审判法官认为可以形成控方提出绝对回避带有种族歧视色彩的初步印象,则控方必须提供“种族中立”(race-neutral)的理由并进行解释。这种保障措施旨在劝阻检察官仅仅因为种族偏见而从陪审团中移除有色人种。^[37] 对于我国而言,可以从这一判例中汲取的启示即是,当事人如果主张办案人员存在认知偏差,并提供一定线索,法官可以要求控方提出不存在认知偏差的合理解释,否则认知偏差一旦涉及相应刑事诉讼

[36] See Batson v. Kentucky, 476 U. S. 79, 100 (1986).

[37] See Andrea D. Lyon, “Race Bias and the Importance of Consciousness for Criminal Defense Attorneys,” *Seattle University Law Review*, Vol. 35, No. 1, 2012, p. 758.

行为的核心内容,则应认定这一刑事诉讼行为无效。当然,当事人也可以主动提出其先前之刑事诉讼行为存在认知偏差的主张和线索,但需要对自身认知进路进行细致描述,并由裁判者综合判断是否认定其行为无效。

上述制度设计主要考虑到当事人一方如果要主张办案人员存在认知偏差,存在一定的证明难度,因此仅需要提出线索即可,是否存在认知偏差由控方进行相应解释;而当事人主动提出自己的刑事诉讼行为存在认知偏差时,则有条件对其认知进路作出解释和描述。当然,刑事诉讼行为异议的提出,需要以等腰三角结构的程序环节为平台,否则当事人之异议无法得到中立、有效的判断。除了庭审阶段,在审前程序诉讼化改造进程中也应当将刑事诉讼行为异议作为听证内容之一。申言之,当下试点的审前诉讼化改造措施中,“审查批捕听证程序”与“诉前会议”最为典型,以上探索实践的共同点在于,作为主持者的检察官尽管负有客观义务,但同时仍承担追诉职能,一旦难以自如地切换角色,则趋向于将两者角色相混同,因而其自身认知产生偏差的可能性较大,并不必然有能力对当事人之异议进行中立、有效的判断。对此,需要权利的有效参与为独立的认知决策提供制度空间。审前诉讼化改造之尝试,逐步呈现出审前三方横向构造的雏形,转变了单向度的行政化审查方式,为辩方在审前程序中提供辩护空间,使之从自然状态下的反抗向法律意义上的辩护逐步转变。而在认知意义上,辩方权利的实质化使其以认知提示者的姿态出现在控方的认知决策过程中,其提出与控方相对的观点以及证伪控方观点的证据,相当于为控方呈现出认知决策的备择选项,并且这一备择选项之特定结果具有相当概率。需要明确的是,我国在短期内引入司法审查的可能性并不大,因此审前诉讼化改造所形成的审前“准司法”构造虽然可以为当事人之异议提供平台,但却不是终局意义的,庭审阶段才是当事人针对刑事诉讼行为提出异议的最有效平台,就此而言,对于刑事诉讼行为之异议的判断也呈现出“程序递进性”。

(二) 确保各方刑事诉讼主体的信息对称

信息获取是权利行使的前提,刑事诉讼主体之间的信息愈是对称,“权力支配性”与“权利参与性”之间的互动程度愈高。同时,信息获取和掌握的程度,决定认知决策的理性程度,信息愈是短缺,认知决策愈是处于不确定之状态。固然信息量只是认知是否趋于理性的前提之一,在此基础之上的信息处理能力往往发挥更重要的作用。^[38]但对于刑事诉讼而言,即便是作为认知基础的刑事诉讼各方主体之信息对称,也是颇具实践难度的。以证据信息为例,控方更多关注入罪证据,而辩方当然聚焦于出罪证据,证明过程中需要正向与反向的证据矛盾分析方能排除合理怀疑,可现实却是,缺乏证据开示的制度保障,辩方很难掌握与控方相对称的信息。我国《刑事诉讼法》中并没有规定完整意义上的证据开示制度,但《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第29条提出了“探索证据开示制度,保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性及自愿性”,可谓切中要害。域外经验显示,信息不对称可能导致辩诉交易在非理性的状态

[38] See Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 3-20.

下进行。控辩双方可能在证据开示之前即已经开始或完成辩诉交易,但被追诉人在信息不充分的情况下所进行的交易谈判往往是盲目的。控方的欺骗、恐吓、夸大其词,对应被追诉人的无知、恐惧和怀疑,即便被追诉人的确无辜,但也可能因为对有罪证据缺乏足够认识而作出非理性的交易选择。^{〔39〕}此外,刑事诉讼中的信息对称并不是仅仅局限于传统意义上的“信息”,还包括对于权力、权利以及实体后果、程序后果的正确认识。但控辩双方本就存在知识差距,尤其是被追诉人对于法律的认识可能存在缺陷,因而正当程序之中权利告知被视为基本要求。当权利告知缺位,被追诉人可能由于对自身权利认识不清,从而导致认知存在偏差甚至错误,自然无法有效行使权利。正因如此,大陆法系上的诉讼关照义务原则要求司法机关对被追诉人和其他参加刑事诉讼的人员负有告诉和提示的义务,帮助并不熟悉刑事程序的被追诉人行使权利。^{〔40〕}

就我国当前之刑事诉讼程序而言,庭前会议是可能兼顾权利告知、证据开示以及刑事诉讼行为异议分流的程序环节。申言之,当事人可以在庭前会议提出针对刑事诉讼行为的异议,纯粹的程序形成行为以及兼具程序形成与实体形成的行为,由于其发挥直接效力,行为一旦成立即发生效力,进入庭审后可能对裁判认知产生负面影响,因此需要在庭前进行审查,如果在庭前会议即可认定刑事诉讼行为无效,则相关行为不再产生诉讼效果,也就不再进入庭审;而纯粹的实体形成行为,由于其发挥间接效力,因而效力的发生和确认,需要由其他具有事实认定资格的诉讼主体进行内心评估,庭前会议不应当提前解决与事实相关的争议问题,因此针对纯粹的实体形成行为的异议有待庭审中进行判断。如此一来,可以促成庭前会议与正式庭审之认知对象的分离,这是以“程序性问题”与“实体性问题”分离、“共识性问题”与“争议性问题”分离为前提的,易言之,庭前会议着重解决“程序性问题”和“共识性问题”,正式庭审集中关注“实体性问题”和“争议性问题”,包括庭前会议中仍有认知争议的纯粹的程序形成行为、兼具程序形成与实体形成的行为,以及庭前会议中不宜进行判断的纯粹的实体形成行为。

(三)从事后“程序性制裁”到同步“程序性提示”

程序性制裁理论提倡通过事后对违反法定程序的刑事诉讼行为宣告无效,从而发挥制裁作用,保障程序公正。但这种事后制裁的方式对于隐性无效之刑事诉讼行为的震慑作用却是有限的,一方面,基于认知偏差的隐性无效刑事诉讼行为本就是在一种无意识的状态下发生的,刑事诉讼行为主体往往难以认识到认知偏差的存在,更妄论对其行为是否有效的理性判断,因而很难意识到其行为存在被宣告无效之可能;另一方面,相对于显性无效刑事诉讼行为,基于认知偏差的隐性无效刑事诉讼行为很难被有效识别,即使司法机关依职权发现或当事人提出动议,也很难直接加以证明,需要认知主体对认知行为进行细致描述,进而由裁判者加以审慎的综合判断。无论程序如何设计,要在实践中完成上述目标,均是有难度的——即使前文

〔39〕 参见(美)斯蒂芬诺斯·毕贝斯:《庭审之外的辩诉交易》,杨先德、廖钰译,中国法制出版社2018年版,第26—30页。

〔40〕 参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第12—13页。

中作出了理论尝试。因此,与其事后制裁,不如提前预防认知偏差对诉讼行为产生负面影响。在刑事诉讼中,除了认知决策主体,还存在认知提示主体与认知监督主体。

刑事诉讼中的多元认知决策主体,均可能会对诉讼进程和结果产生直接或间接作用,当某一主体进行认知决策时,与之在诉讼上存在直接关系的主体即可能通过提供信息,进而影响认知决策。此时发挥影响认知决策作用的即是认知提示主体,例如庭审阶段,最终裁判由法官或陪审员作出,此时检察官的认知决策及其与辩方之对抗即是一种认知提示,是服务于法官或陪审员的认知决策的。也正因为认知提示主体的介入,使得认知决策主体同时面对正向和反向信息,信息处理的复杂程度会导致认知流畅度的降低,^[41]而这也是开启理性认知的前提之一。当认知决策主体出现认知偏见乃至认知错误,而认知提示主体的干预力度又不足以提示认知决策主体开启理性认知系统并对错误认知进行修正,那么出于避免程序及实体错误的考虑,就需要认知监控主体的出场,对认知错误进行监控和修正。从广义上看,认知监控主体既是认知决策主体,也是认知提示主体,只是这类主体的提示行为并非基于平等的姿态进行的,其监控行为可能最终影响其他认知主体的认知结果,也可能最终并没有根本上转变他人的认知决策,但却基于其“监督者”的诉讼地位,其认知监控行为是足以产生相应诉讼效果的。依法对刑事诉讼实行法律监督的检察机关,即是刑事诉讼中最普遍的认知监控主体。就此而言,认知提示和认知监督贯穿刑事诉讼始终,为同步“程序性提示”提供了制度基础,需要充分认识其之于“程序性制裁”的优先性,进而发挥预防隐性无效之刑事诉讼行为的积极作用。

当前刑事司法实践中较为典型的“程序性提示”是检察机关提前介入侦查制度。一方面这是公诉职能的向前延伸,指导侦查机关按照公诉的要求收集、提取、保存证据;另一方面是侦查监督从事后监督转向同步监督,检察机关介入侦查后,同步对侦查行为合法性进行监督。“程序性提示”之目的在于借助主体间职能和角色的区别,发挥其认知提示和监控作用,在源头上尽可能避免基于认知偏差的隐性无效刑事诉讼行为产生,这与事后宣告行为无效的“程序性制裁”存在本质区别。因此不能将检察机关提前介入侦查视为检察机关的“参与侦查权”,并认为检察机关介入侦查即是与公安机关共同进行侦查活动,不仅混淆了职能和角色定位,还将导致检察机关原本的认知提示和监控作用因为职能和角色之趋同而失去提升“主体交互性”的积极意义。就此而言,检察机关提前介入侦查过程中,应当严格秉持与侦查人员在职能和角色上的区别,进而确保在排除认知偏差的程序设计中发挥作为认知主体的提示和监控作用。^[42]

(四) 涉及认知偏差的刑事诉讼行为之追责与卸责

司法责任制是全面深化司法体制改革的“牛鼻子”,但在我国推行司法责任制的进程中,仍然在一定程度上遵循着以结果之正误作为判断标准的错案追责逻辑。作为《最高人民法院关

[41] 参见李学尧、葛岩、何俊涛、秦裕林:“认知流畅度对司法裁判的影响”,《中国社会科学》2014年第5期,第152—154页。

[42] 参见谢澍:“‘显性偏见’抑或‘隐性偏差’——刑事审前程序中的认知偏差及其程序控制”,《法学家》2022年第4期,第41—45页。

于完善人民法院司法责任制的若干意见》的核心内容,在审判责任的认定和追究中明确审判责任包括“法官在审判工作中,故意违反法律法规的,或者因重大过失导致裁判错误并造成严重后果的”,并列举了七种应当依纪依法追究相关人员的违法审判责任的具体情形,以及八种不得作为错案进行责任追究的具体情形。然而,当我们将认知行为乃至认知偏差纳入刑事诉讼法学研究范畴,即会发现,认知偏差基于感性认知、启发性认知和自动化认知而产生,系行为主体在无意识状态下所作出的,当然不属于“故意”,亦不同于应当预见而没有预见之“重大过失”,而在应当追究违法审判责任或不得进行责任追究的具体情形中,认知偏差也并未进入制度设计者的视野。

但随之而来的困境即是,因为认知偏差而导致错误裁判,是否应当追究相应的审判责任。申言之,此问题可以一分为二,进一步作出细化:其一,办案人员自身的认知偏差导致刑事诉讼行为无效,形成错误裁判,是否追责?其二,因办案人员之原因造成被追诉人产生认知偏差从而导致刑事诉讼行为无效,形成错误裁判,是否追责?就第一层面的追问而言,人类的认知系统决定了认知偏差不可避免,更何况在错误裁判中或多或少都有司法人员的认知偏差存在,将认知偏差视为追究司法责任的情形之一,可能造成的后果即是,只要存在错误裁判,司法人员即会被追责,这无异于进一步深化以结果之正误作为判断标准的错案追责逻辑。因而,办案人员自身的认知偏差不应视为追究司法责任的理由。并且,当办案人员通过对其认知进路的细致描述,可以自证其错误裁判仅仅是基于无意识的认知偏差而产生的,不存在其它故意或重大过失行为,则应当不追究其司法责任。就第二层面的疑问来说,因办案人员之原因造成被追诉人产生认知偏差从而导致刑事诉讼行为无效的,应当考量办案人员是否存在欺骗、恐吓、夸大其词甚至某些强制行为,如果存在即应当追究其司法责任;同时需要审视办案人员是否履行了权利告知等保障控辩双方信息对称的法定义务,如果没有,应当宣告相关刑事诉讼行为无效,而是否追究相关办案人员司法责任、追究何种司法责任,则需要根据其不履行法定义务造成的程序及实体后果进行个案考量。

五、结 语

知识转向关乎理论体系的革新,作为一项系统性的工程,其复杂程度需要在漫长的研习过程中加以逐步应对。更何况,认知科学知识的自然科学属性决定了实验的重要性,并非仅仅依靠思辨即能完成研究。就此而言,本文的研究仍是十分初步的,还需进一步在诉讼行为与认知行为之间找寻理论对接的可能性,并结合实验对基于认知行为的刑事诉讼制度设计进行持续、深入的探索。尤其是围绕认知行为进行制度设计,还需要从认知原理上进行全局性考量。本文认为,刑事诉讼认知行为的程序意义在于,刑事诉讼塑造认知行为,而认知行为决定诉讼进程。在此意义上,刑事诉讼场域中的主体交互性、权力支配性、权利参与性和程序递进性既是影响刑事诉讼认知行为的程序特性,也是评价刑事诉讼制度运行样态的基本指标,未来的制度设计应当给予足够重视。囿于能力所限,本文的理论目标,也只是试图唤起更多有识之士关注

到刑事诉讼行为无效理论乃至刑事诉讼法学研究中引入认知科学知识的可能。需要说明的是,本文绝非否认“程序性制裁理论”或“刑事诉讼行为无效理论”的学术贡献,相反,正是前辈学者的努力,才让“认知行为”的智识运用有着绝佳的理论基础和发展可能,这也正是本文研究的逻辑起点和基本前提。

Abstract: In recent years, the theory of procedural sanction or nullification of litigation has developed to a stable stage, and the theories are supporting and influencing the legislation and judicial practice, while the intensity and innovation of the relevant research has declined. Clarifying how “human” makes cognitive decisions and cognitive behavior is the priority of the study of litigation behavior theory, which can help us to promote effective interaction on theory between the cognitive behavior and litigation behavior so as to make theoretical advances. As long as there is a deviation in the core content of criminal procedure, even if the deviation is invisible, the behavior should be determined as invalid. Since there is a distinction between procedure-forming behaviors and substantiality-forming behaviors, invalidating the invisible behaviors should take two different ways. Based on the theoretical interconnection between cognitive behavior and litigation behavior, the design of the criminal procedure system can be improved through protecting the right of the litigants to dissent the criminal procedure behavior, ensuring the symmetry of information for all subjects of criminal procedure, moving from “procedural sanction” after the fact to “procedural reminder” in synchrony and pursuing and removing the responsibility for the criminal procedure behavior involving cognitive deviation.

Key Words: Litigation Behavior; Cognitive Behavior; Procedure-forming Behavior; Substantiality-forming Behavior; Procedural Sanction

(责任编辑:吴洪淇)