

错判还是错放：从实体正义到程序正义的正义选择 PDF转换  
可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E9\\_94\\_99\\_E5\\_88\\_A4\\_E8\\_BF\\_98\\_E6\\_c122\\_483264.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E9_94_99_E5_88_A4_E8_BF_98_E6_c122_483264.htm) 刑事法治是从法治这个概念中引申出来的，在党的十五大提出了“建设社会主义法治国家”这样一个治国方略。法治应该落实到各个领域当中，刑事法治指的是在刑事法领域的一种法治的状态。对于一个法治国家来说，我认为刑事法治是最基本的，也是最重要的。打个比方来说，正像所谓的木桶理论所表明，一个木桶装水的多少，并不取决于最长的那块板，而是取决于最短的这块板。把法治比喻成一个木桶，那么刑事法治就是最短的这块板。在这个意义上说，刑事法治是法治的最低的底钱。因为，在一个社会里面，如果公民的基本权利，包括人身权利、财产权利得不到保障，这样一个社会很难说是一个法治社会。因此，我认为刑事法治是非常重要的。?? 犯罪是整个刑法的最基本的概念，也是整个刑事诉讼活动的核心。在刑事法治的视野当中，什么是犯罪?我认为：(1)犯罪是法律有明文规定的；(2)犯罪是有证据证明的；(3)犯罪是经庭审确认的。下面围绕这三个问题，进行一些法理上的分析：??一、犯罪是有明文规定的 犯罪是有明文规定的，主要是指从刑事法的角度来说的，是从罪刑法定当中引申出来的一个必然结论。罪刑法定原则是刑法的内在精神。法治国家的刑法和专制国家的刑法一个最根本的区别就在于罪刑法定原则。在我国，1997年刑法修订当中，明确地把罪刑法定原则作为刑法的基本原则来加以确认，我认为这是我国刑事法治建设的一个重要的里程碑。?? 在一般的情况下，形式合理性和实质合

理性，两者是应当得到统一的。在立法的时候，应当把实质合理性转化为形式合理性。因此，在司法活动当中，严格按照法律规定来认定犯罪，就可以获得实质合理性。但这只是一种理想的状态。在现实生活中，实质合理性和形式合理性两者之间不可能完全得到统一，在很多情况下它们都存在着一种紧张的对立关系。在犯罪的问题上，就像中国古人说的一句话：“法有限而情无穷。”因此难以用有限的法来规范无穷的情。如果说，这里的“情”指的是犯罪的情状，而“法”指的是刑法对犯罪的规定，因此在法律上规定的犯罪与现实生活中的犯罪之间就存在着一定的距离。刑法中所规定的犯罪只是社会上存在着的、严重危害社会行为当中的一部分，甚至是一小部分。之所以会现法和情之间的这样的一种矛盾，主要是由以下两个因素所决定的：?? 第一个因素是由立法者的立法能力所决定的。立法者在制定刑法典的时候，由于立法者的这种理性认识能力的有限性，因此他不可能把社会上存在着的、各种各样严重危害社会的、需要作为犯罪来处理的行为，都在一部刑法典当中得到规定。在刑法典当中规定的只是其中的一部分，还有大量的危害社会行为，由于立法者的理性认识能力所限，并没有在刑事法中得到反映。?? 第二个因素，是由立法的滞后性所决定的。犯罪作为一个社会现象，是随着社会生活的不断发展而变化的，而刑法典本身它要求有相对稳定性。刑法典总是滞后于犯罪现象的发展，即使在制定刑法的时候，已经把社会上各种危害行为，都在刑法当中规定下来。但是犯罪现象社会生活不断的发展，又会出现一些新的犯罪现象，那么这些犯罪现象在刑法典当中并没有得到规定。?? 根据以上所讲的两个原因，犯罪

实际上可以分为二部分：一部分，法律有明文规定的犯罪；另一部分，法律没有明文规定的犯罪。前一部分我们可以称法律上的犯罪，后一部分可以称为事实上的犯罪。面对这样一种情况，法律有明文规定的犯罪，只是这个社会当中存在着的犯罪的一部分，就出现了形式合理性和实质合理性之间的矛盾。我们严格的按照法律规定来认定犯罪，惩治犯罪；而对法律没有明文规定的、事实存在着的犯罪现象就得不到依法处置。为了解决法的有限性和情的无穷性之间的矛盾，中国古代人曾经就设计了一种补救措施就是：“类推”。

在2000多年前，中国春秋时期的著名思想家荀况曾经讲过一句话：“有法有以法行，无法者以类举。”就是说，如果有法律规定的，就要按照法律规定去办，如果没有法律规定的，那么就按照类推的办法来处理。中国古代封建刑法当中，几千年以来，一直流传着这种所谓的“比附援引”这样一些做法，实际上就是类推。显然，这种类推是扩大法律适用面的一种方法。如果严格按照法律规定来处理某一个案件，那只能这个案件事实和法律规定之间就必须具有同一性。但是类推，它却是建立在案件事实和法律规定的事项之间具有类似性的关系之上。在这类推情况下不是完全同一，而是最相类似的。通过类似性的这样一个标准就扩大了法律适用的范围。因此，在类推的情况下犯罪就被分为两部分：一部分是法律有明文规定的；另一部分是法律没有明文规定，按照类推来处理的犯罪。显然，在类推的情况下，它能够把法律规定扩大适用于那些虽然法律没有明文规定，但是和法律规定的事项最相类似的这样一些案件，从而在一定程度上缓解了法的有限性和情的无穷性之间的矛盾，能够最大限度扩大法

律的涵括面。类推的这样一种思维方法，实际上在现实生活当中，是得到承认的，也被我们所经常采用。比如说，在《唐律》当中规定了这样一种法律适用的方法，叫做“入罪举轻以明重，出罪举重以明轻”。所谓“入罪举轻以明重”是指，如果某一行为，虽然法律没有明文规定，但是需要把它作为犯罪来处理，可以采取“举轻以明重”的这样一种方法。也就是说，某一种比较轻的行为被法律规定犯罪，那么重的行为，虽然法律没有规定，也可以作为犯罪来处理。通过这种“举轻以明重”就把那种重的、但是法律没有规定的行为，纳入了法律调整的范围。所谓“出罪举重以明轻”是指，一个行为如果不作为犯罪来处理，那么就可以采用“举重以明轻”方法。也就是说，比这个行为重的行为，在法律上都没有规定犯罪，那比它轻的就更不应该作为犯罪来处理。这样一种“举重明轻，举轻明重”的思想方法，实际上在我们日常生活中，都是被普遍认可的。例如：某一个公园里面有一个池塘，这个池塘里面养了鱼，公园管理部门就在池塘的旁边立了一块禁示牌，上面写着：“禁止垂钓”。现在碰到的一个具体事项是有一个人，在池塘里面并不是钓鱼，而是张网捕鱼，这时公园的管理人员前来制止。在这种情况下，这个张网捕鱼者，他为自己的行为作了这样一种辩解：“你上面写的是上垂钓，而我没有垂钓，我是捕鱼，而你并没有规定不让捕鱼，因此你不能根据禁止垂钓这样的规定来制止我的捕鱼行为。”面对这样一种辩解，只要是有正常理智的人都会作出一个判断，认为他的这种辩解是一种狡辩，是不能成立的，都会支持公园管理人员，根据“禁止垂钓”的这样一个规定来制止它的张网捕鱼行为。那么，在这样一个

判断当中，实际上在不自觉当中运用了一种“举轻以明重”的思维方法，实际上也是一种类推的思维方法。??类推的这样一种思维方法，在日常生活中是普通采纳的。不仅如此，而且类推，在其他的法律适用当中，也被认为是一种经常采用的法律适用的方法。比如说，在民事审判当中，这种类推是被允许的。因为民法当中有一个基本原则，叫诚实信用原则。这个原则被认为是民法的帝王条款，所有的民法条款都体现了诚实信用原则。因此，在法律有规定的情况下，就应当按照法律规定来适用；在法律没有规定的情况下，就可以根据诚实信用原则，作为解决民事纠纷的一个基本原理。所以这个诚实信用原则，根据有的学者所说的，使得民法典就成为一个相对开放的规范性体系。因此，进行民事审判的法官可能根据诚实信用原则来发展法律，甚至在一定意义上创造法律。在民事审判中这种法官自由裁量权是比较大的。在拿破仑的民法典当中，曾经有过一个规定：民事法官不得以法官没有明文规定为理由来拒绝受理民事案件，否则的话，就要构成犯罪，予以惩罚。这个规定表明，在民事审判当中，法官对于一切的民事案件都应该强制性的受理，无论是法律有没有规定的，不能以法律没有规定作为理由来拒绝受理民事案件。在刑法当中恰恰相反，刑法采用的一个基本原则是罪刑法定原则，恰恰使刑法典成为一个相对封闭的规范性体系。因此，在刑事审判的法官，他在刑事审判活动当中，必须要严格的按照法律规定来认定犯罪，而不得超越法律的规定。所以罪刑法定原则作为刑法的基本原则和诚实信用原则作为民法的基本原则，两者在法律当中的功能恰恰是相反的。之所以出现这样一种情况，主要是由于民法和刑法，这

两大部门法不同的性质所决定的。因为在民事审判中，法官的职责是要解决公民之间，或者公民和法人之间的民事纠纷。因此民事审判的法官，在这样的一个民事审判活动当中，相对来说，是处于一种比较超然的地位，他必须要根据法律的规定，或者民法基本原则来对民事纠纷进行及时解决。但是在刑事审判当中，如果把一个行为认定为犯罪，予以刑法处罚，那么它涉及到公民的生杀予夺，在这种情况下，为了保障公民个人的自由和权利，必须要对国家刑罚权加以严格限制。罪刑法定原则实际上就意味着，在国家的刑罚权和公民的个人自由和权利之间，划出一条明确的界限，司法机关只能在法律的规定范围之内来认定犯罪，惩治犯罪；而公民的行为，若触犯了法律构成犯罪，就应当受到法律的制裁，但是当他的行为没有触犯法律，不构成犯罪的情况下，那么地位就应该是自由的，不应当受到法律的制裁。因此，罪刑法定原则它所体现的是一种限制机能。这里的限制主要是指对司法权的限制，而这种对司法权的限制恰恰是刑事法治的一个基本要求。??对司法权加以限制，要求司法机关严格的根据法律规定来认定犯罪，这样一种思想方法，实际上是一种形式合理性的一种思维方法。也就是说，某一个行为要认定为犯罪，必须要有法律明文规定，如果法律没有明文规定的行为，即使它的社会危害性再大，也不能作为犯罪来处理。因此，当我们严格的遵循罪刑法定原则认定犯罪的时候，我们选择了一种形式合理性。同时必然意味着要付出一定的代价，要有一定的丧失，在一定程度上必须要牺牲某些实质合理性。因此，当实质合理性和形式合理性发生矛盾的时候，到底是选择形式合理性还是选择实质合理性?我认为，这里

在刑事法治建设中需要认真解决的问题。例如：某地有个交通规则，禁止牛马通过。碰到的一个具体事项不是牛马通过，而是有一头骆驼通过，就出现禁止牛马通过这条交通规则能不能适用于骆驼？对此就有两种不同的观点。第一种，认为交通规则规定的是禁止牛马通过，那么，这个骆驼既不是牛，也不是马，当然就不禁止。显然，这种观点的基本逻辑思路，是一种形式合理性的观点，也就是看法律是怎么规定的，只是对法律负责，法律有规定的，就按照法律规定来处理，法律没有规定的，即使它的危害性再大也不能处理。第二种认为，这个交通规则的制定者，之所以禁止牛马通过，而不禁止小鸡、小狗通过，主要是因牛马的体积和重量都比较大，牛马通过会妨碍交通秩序，这是立法的原意。现在这个骆驼从它的重量和体积来说，都要超过牛马，因此，骆驼显然也在禁止之列。这种观点它所选择的是一种实质合理性，在这种观点当中，实际上引申出一种立法者的立场、立法的意图，因此他在从制定牛马通过，这样一个立法意图考虑来得出结论，如果制定禁止牛马通过的立法者，面对骆驼通过这样一个事项，他肯定也会作出一个禁止性的规定。而且这种思维方法当中，显然包含一种“举轻以明重”的这样一种思维方法，实际上就是类推的方法。??面对这两种观点，各有各的道理，第一种观点坚持的是形式合理性，必然意味着骆驼通过这样一个事项就不能适用禁止牛马通过的法律禁止，也就意味着对实质合理性的牺牲。第二种观点所强调的是实质合理性，但是在强调这种实质合理性同时，在一定的程度上，必然要牺牲形式合理性，对法律规定作了一种类推的解释。我认为在刑法当中，当涉及到对一个人的行为来进行

定罪处罚的时候，根据罪刑法定原则，必须要坚持形式合理性的这样一种观点，要把法律是否有明文规定，作为区分罪与非罪的唯一依据。过去，在刑法当中，有一种社会危害性理论，根据这个理论认为，社会危害性是犯罪的本质特征，社会危害性决定了刑事违法性，决定了应受刑罚惩罚性。这种理论它所包含的实际就是一种实质合理性的观点。因此，某一种具有社会危害性的行为，如果法律有明文规定的，应当依照法律规定来定罪处罚；如果法律没有明文规定的，就可以按照类推来定罪处罚。我认为，随着在刑法中确立罪刑法定原则，那么过去的这种社会危害性理论，可能值得加以反思，因为罪刑法定原则所倡导的这种形式合理性的理念和社会危害性理论所包含的这种实质合理性的理念之间是存在着矛盾和冲突的。面临这种矛盾和冲突，我认为，应当选择形式合理性。只有选择了形式合理性，才能严格的坚持罪刑法定原则。罪刑法定原则，虽然在刑法中得到了确定，但是并不意味着罪刑法定原则在我国刑法当中就已经实现了，如果不想使罪刑法定原则成为一句法律的口号，那么罪刑法定原则最关键的问题是要在司法活动当中得到切实的贯彻。我认为罪刑法定原则能否在司法活动中得到切实的贯彻是比刑法上确立罪刑法定原则更为重要的一个问题。因为在司法活动中，罪刑法定没有得到贯彻，那么法律的规定只是空白。我认为罪刑法定原则在刑法当中确立以后，对于认定犯罪的司法活动，提出更为严峻的考验，也就是说，在罪刑法定原则下，要求司法机关严格按照法律的明文规定来认定犯罪，司法机关一方面要严格按照法律来认定犯罪，同时又要最大限度的利用法律规定来惩治犯罪。在这种情况下，如何来

正确的认定犯罪有一个非常关键的问题，就是对法律的解释。?? 这种解释法律的活动，在理论上称为找法的活动，这个找法活动在罪刑法定原则下，对我们正确处理刑事案件来说，是至关重要的。也就是说，在罪刑法定的原则下，要按照法律的明文规定来认定犯罪，关键是如何理解法律的明文规定?法律的明文规定有两种：一种是显形的规定，这种显形规定只要根据法律字面的分析，就可以确立法律规定的內容，在这种情况下，法是比较容易找的；二种是隐形的规定，这种隐形的规定它不是从法律的字面上就很容易看出来，而是隐含在法律规定的逻辑当中，需要对法律条文进行逻辑的分析，才能确立法律是否有明文规定。?? 正确理解法律是否有明文规定，是贯彻罪刑法定原则一个最重要的问题，如果某一个行为法律是有明文规定，但是没有找到法律的规定，而误认为法律没有规定，这样就放纵了犯罪。反之，某一行为是没有明文规定的，但是我们误认为法律有明文规定，对这种行为来进行犯罪处理，就违反了罪刑法定原则。因此，我们解释法律，就像为了射箭而拉弓一样，要把箭射得远必须要把弓拉得满，但又不能把弓拉断。要对法律作出一个最圆满的解释，使得法律的规定能够得到正确的理解，使得在法律规定之内最大限度地惩治犯罪。这个“度”就要求司法人员具有很高的理论素质。我认为，在司法活动中，法律的规定是很重要的，但也不是唯一的，法律的规定要在理论的指导下得到正确的理解。法律的规定只是我们处理刑事案件的一部分规则，还有大量法律没有明文规定，需要通过刑法理论来加以补充的。因此正确理解法律规定是非常重要的。?? 我们现在于法律规定在理解还是存在一些误区，像什么问题

都要有一个法律根据。实际上，法律根据本身就是需要正确理解的问题，如果机械的寻找法律工具，就不能对案件作出正确的处理。例如：一个银行向某一个企业发放贷款1个多亿，在发放贷款当中，就向企业索要了14套住房，这14套住房并不直接过户到银行，而过户到银行开办的一个物业管理公司，然后由这个公司再分配到银行职工，银行职工再按房改政策予以购买。检察机关就指控银行是单位受贿，律师为银行辩护，提出这14套住房，不是过户到银行的名下，而是过户到物业管理公司的名下，而物业管理公司和银行在工商登记，是两个独立的法人，凭什么说过户到物业管理公司的这个房，就是银行受的贿，结论就是银行没有受贿。我认为，这种辩解不能成立。因为，比方说，就像我受了贿，受了以后，不是以我的名义存到银行，而是以其他人的名义存到银行，显然不能说，不是我受的贿。关键是如何来理解这里的法律根据？即使证明一个最简单的法律规定，还需要通过一个逻辑推理，才能把这个法律规定和具体案件联系起来，因为法律规定，它总是概括的、抽象的。例如，把张三杀死，定故意杀人罪的法律证据有没有呢？“故意杀张三”，这样的法律根据没有。法律只能规定“故意杀人”张三是人，杀张三是杀人，由此形成定罪的法律根据。当把一个法律规定适用到具体案件时候，中间总是需要一些逻辑推理分析判断，所以要正确的理解法律规定，不能把法律规定绝对化，正是在正确理解法律规定当中，就体现出司法人员的理论素质。刑法当中这种理解的问题是大量存在的。这种理解的一个大的原则就是要罪刑法定，在刑法的解释当中，应当是限制解释、严格解释，但并不排除根据法的规定来进行逻辑推理

，适用具体案件。比如说，刑法关于走私罪的规定当中，有关于走私黄金的规定，走私黄金是指将黄金走私出口，但现在碰的是有人将黄金从境外走私进口，显然对这样的行为不能按照走私黄金罪来定，它的构成要件指的是走私出口，对于走私进口法律没有规定。在这种情况下，能不能说，将黄金逃避海关监管走私进口，就属于法律没有明文规定，而不能定罪呢？不能，刑法第153条规定的走私普通货物物品罪中的普通货物物品是指刑法第151条、152条、347条规定以外的货物物品，从这个字面上理解，黄金当然是以外的物品，似乎不能对走私黄金进口的行为按照走私普通物品罪来定罪。但是在这种情况下，我们还是有对法律作出解释有余地，第151条规定以外的货物物品指的是第151条规定为犯罪以外的物品。但是151条对黄金的规定只了走私出口，因此走私出口黄金这种行为，应该按照151条来定罪，不能按照153条以走私普通货物物品罪论处，但走私进口黄金不属于151条规定的情况，在这种情况下，我认为，还是可以包含在153条的走私普通货物物品当中，因为这种行为完全符合153条规定的走私普通货物物品的行为，是逃避海关监管，偷逃关税的行为。又比如：刑法第154条规定的走私保税物品，补缴关税而在内地予以倒卖，它的性质就属于走私，按照法律规定以走私普通货物物品罪来定。现在在实践中就碰到，不是走私来料加工的保税物品，而是走私进料加工的普通货物物品。那么来料加工和进料加工它有什么区别呢？来料加工的企业是国内的企业，为境外的企业加工，因此物品保税进来加工完了以后，就直返销外地去。对于这种来料加工的原料是保税的，如果没有补缴关税在内地销售了，就相当于偷逃关税，应当

定走私普通货物物品罪。进料加工它指的是企业本身就是境外的企业，境外的企业在境内设立加工点，它需要的原料同样从境外保税进来，加工完了以后，再返销到境外去，如果没有补缴关税在境内倒卖，同样是偷逃关税的行为，而154条规定的是来料加工，对进料加工没有规定，那么对进料加工未补缴关税，私自销售进料加工的保税物品，能不能按照154条的规定来处理，是否属于法律有明文规定？最高检察院认为这种行为就属于应当由立法解释加以明确的问题。也就是说，倒卖进料加工物品的行为，属于法律没有明文规定，如果要处理就需要有立法解释来加以明确。我认为，从理论上说，还是可以解释到154条第一项的规定当中，擅自将批准进口的来料加工、来料配套、补偿贸易的原材料、零件、制成品，设备等保税货物，在境内销售牟利的。因此，在境内私自销售进料加工的保税货物，这种行为，可以通过对第154条第1项作解释，包含在里面。这对法律规定的理解上，确实是个很困难的问题，在罪刑法定原则下，一方面需要明确法律是否有明文规定，另一方面又不能机械的来理解这个法律的规定，这个“度”是相当难把握的，在刑法当中，存在着很多的漏洞，在罪刑法定的原则下如何解决法律规定的这些漏洞，我认为法律规定的这种漏洞应该分为两种：一种法内漏洞；一种是法外漏洞。法内的漏洞可以通过解释或者其他推理的方法来加以弥补。但是法外漏洞，属于法律没有明文规定，司法机关不能通过司法的手段来加以弥补，必须要立法来解决的。??所以，正确区分法外漏洞和法内漏洞，这也是一个很重要的问题。例如：刑法第17条第2款，关于未满16周岁人应该承担刑事责任的范围，规定了八种罪，这八种罪当

中不包括绑架罪，但是绑架罪中规定，杀害被绑架人的处死刑。但在这样的情况下出现了未满16周岁的人绑架他人，并杀害被绑架人的行为，这种行为要不要追究刑事责任？对此有两种观点：第一种观点认为按照法律规定，在绑架过程当中，杀害被绑架人是定绑架罪，而刑法第17条第2款，对已满14周岁未满16周岁的人应当承担刑事责任范围当中，没有绑架罪，因此，不应当负刑事责任。第二种观点认为这种在绑架当中杀害被绑架人的行为，实际上就是一种故意杀人行为，而刑法第17条第2款中规定了已满14周岁不满16周岁的人，对故意杀人罪应当承担刑事责任。这两种观点，到底那种有道理，显然，这里面有个法律漏洞的问题，这个漏洞是由于刑法对绑架罪的规定而造成的。刑法在规定绑架罪的时候，把杀害被绑架人这种故意杀人的行为，包含在绑架罪的构成要件当中。在規定刑法第17条第2款已满14周岁不满16周岁的人，承担刑事责任范围的时候，规定了故意杀人罪，但是没有想到有一部分故意杀人行为是定其他罪，因此就出现了一个法律漏洞，面对这种法律漏洞能不能通过解释来加以弥补，关键是看这个法律的漏洞，到底是法内漏洞？还是法外漏洞？第一种观点，显然是主张从形式合理性的角度来说，认为这种情况是属于法律没有明文规定，是一种法外的漏洞，这种漏洞不是司法机关所能够弥补的，需要通过立法来加以修改。第二种观点，认为这种漏洞是法内的漏洞，可以通过法律解释的办法来加以弥补。关于这个问题，现在还没有明确的作出司法解释，但司法解释对其他问题的规定对我们还是有参考价值的，这就是关于奸淫幼女罪的规定。因为在刑法第17条第2款，关于已满14周岁，不满16周岁的人负刑事责任的范

围当中，只有强奸罪，而没有规定奸淫幼女罪。但是根据最高法院所确定的罪名，奸淫幼女是一个独立罪名，法律规定是以强奸论。在这种情况下，既然奸淫幼女是个独立罪名，不定强奸罪，因此就不能包括在刑法第17条第2款规定的应当承担刑事责任的范围之内。在这种情况下，最高法院就作出司法解释，认为奸淫幼女罪，法律规定是以强奸论，因此已满14周岁未满16周岁的人承担刑事责任的范围之内应当包括奸淫幼女罪，这种解释在一定程度上是一个扩大的解释。??

我认为，罪刑法定原则本身它是相对的，并不是绝对的。罪刑法定的程度也是取决于社会的法治环境，取决于社会的接受程度。因为司法活动总是在特定的环境下进行的，因此有一个社会接受问题。很多情况下，司法机关主观上是愿意严格的依照法律来认定犯罪，但实际上往往面临一个社会压力，在这种情况下我们司法机关就面临着一个严峻的选择，在这种情况下，罪刑法定本身它可能也是相对的，有时候不得不屈从社会压力，那么对于法律规定的理解，可能会放开一点，随着法治环境的不断好转，罪刑法定的严格程度可能会逐渐的提高。我认为，罪刑法定原则，它是刑事法治当中的题中应有之义，我们在认定犯罪的时候，必须按照法律有明文规定来认定。反之，就不能作为犯罪来处理。在司法活动中关键的问题是如何正确的理解这里所讲的法律规定?因此法官的理论素质的提高来加以解决。

二、犯罪是有证据证明的

犯罪是有证据证明的，这是从证据法的角度来理解犯罪的。这里面涉及到的理论问题是，客观真实和法律真实的关系。过去在刑事诉讼活动中，一直都强调事实求是的原则，都把客观真实当作刑事诉讼活动的一种证明标准。?? 客观真实，

关键的一个词是“真”所谓的真实从哲学上来说，指的是人的主观认识和客观的案件情况相一致。对于真的追求，是人的一种永恒的冲动，“真善美”被认为是一种最高的价值。在“真善美”三者当中，“真”是列在第一位，“真”是“善”和“美”的基础。在诉讼活动当中，人们也同样追求真实，这是毫无疑问。那么客观真实能不能作为一个具体案件的证明标准??? 首先，这里有一个客观真实和法律真实的问题。我认为客观真实，它是一种自在的真实，这种真实是客观存在的。在诉讼活动当中，我们所能达到的这种真实，只能是一种法律真实，而这种法律的真实是一种有证据证明的真实。法律真实是建立在证据证明基础之上，所以在法律真实的概念当中，所强调的是一种证据的概念。在整个诉讼活动当中都需要强调证据，用证据来说话，在证据的基础上作出判断。尤其在刑事诉讼活动当中，涉及到一个人的定罪、处罚，这种认定犯罪的活动更加应该以证据为基础，所以这种法律真实是证据证明的标准。?? 在诉讼活动中，它有一个特点，是案件发生在前，再来进行司法活动，从侦查到审查起诉到法院判决，再进入司法程序。通过司法程序我们所要做的工作就是要复原过去已经发生的这样一个案件事实，最后作出判断。但是参与刑事诉讼的当事人，包括侦查人员、检察人员、律师、法官，都不是案件的亲眼目睹者，但由需要通过他们的这种诉讼活动，最后来复原这样一个案件，由法官作出一个判断。那么法官的判定结论建立在什么样的一个基础之上，才能最大限度地保证这个判决是正确的，必须要建立在证据的基础上。通过诉讼活动发现案件真相和考古非常类似，通过考古活动为重现历史上发生的一些事情。我们

如何知道在历史上哪一年发生什么事情?如果有历史的原始记载，而且这种记载是真实的，可以根据这个记载来恢复这段历史，还有大量的情况需要通过考古发现来加以证明。比如说：中国的四大发明中的纸，过去都说纸是在东汉时期发明了，但后来挖了一个古墓，古墓里面出土了一些纸张，通过对这些纸张进行科学的测试，发现这个纸张在西汉就存在，这样一个考古发现就推翻了以前的结论，又要作出一个新判断。这个情况下，能不能说过去的那个判断就是错误的，从现在的发现来看，过去那个判断是错的，但是在这个新发现出现以前，过去那个判断不能说是错的。因为是根据当时的证据所能得出的一个结论。现在这个新判断说纸张是西汉时发明，那么在有新证据出现之前，这个判断是对的，如果将来出现新证据，那么这样一个结论可能又会是错的。这种判断的结论是相对的，关键是看有没有证据证明，在现有证据证明下，这个判断就是真的。因此，法院的判断，所谓的有罪和无罪判决，不能脱离开一定的环境，来把它作一个绝对理解，实际上，法院作出一个无罪判决，并不是说这个人在客观上有没有犯罪，法院的无罪判决只是表明现有的证据不能证明他犯了罪。而法院的有罪判决也只是说根据现有的证据能够证明这个人犯了罪，而不是说这个人客观上就一定犯了罪。所以有证据证明的法律真实和客观真实是不能完全等同的。所以判决只是建立在证据基础上。??尤其在刑事诉讼法当中，有一个无罪推定的原则，无罪推定原则在刑事诉讼法当中的地位和作用和罪刑法定原则在刑法中的地位和作用是一样的。可以说无罪推定原则是刑事法治在刑事诉讼法当中的最根本的体现。在刑事诉讼活动中就应该严格的遵循

无罪推定的原则。这个原则就意味着证明犯罪的责任在控方。也表明在无罪推定的原则下，法官所做的一种判断，是要对控方有没有证明犯罪成立，来作出一个判断，如果提供的证据没有证明犯罪，那么我就作出一个无罪判断。因此，法院的这种有罪判决或者无罪判决，它绝不是作出一个客观的判断，而是对有没有证据证明犯罪的一个判断。过去往往碰到这一样一部分案件，既有一部分有罪的证据，但是也有大量的无罪证据，因此在这种案件当中既不能证明他有罪，也不能证明他无罪，在这种情况下就存在着错判还是错放的问题。过去对于这种案件往往是久拖不决。那么面临这类案件，如何选择错判还是错放？有一位学者说：“在这种情况下，实际上是犯一个错误，还是犯两个错误的问题，错放是犯一个错误，如果这个罪确是他犯的，现在错放了，只是使这个有罪的人，没有得到法律追究，只犯了一个错误；而错判，是犯了两个错误，一是这个罪不是他犯的，而你判他有罪，那么错了，二是使得真正的犯罪者没有得到法律追究，因此是犯两个错误。因此面临这错判还是错放的选择，宁愿错放也不应该错判。这种观点是有道理的。但是，我仔细思考，这里所说的错判和错放，这两个错当中，只存在错判的问题，不存在错放的问题。为什么呢？因为，根据无罪推定的原则，如果不能证明他有罪，那么就无罪，而不是不能证明无罪才是无罪。在这种所谓错放的案件中，实际上既不能证明有罪，也不能证明无罪。按照无罪推定的原则，不能证明有罪就是无罪。在这种情况下，放就是正确的方法，根本就不存在错放的问题。这里所谓的错放实际上是按照后来新发现的证据来说明当时放错了，但是这种错是一种客观上的错

，从法律上来说没有错。??所以，法官面临着放的时候，要求证明无罪才放。如果不能够证明无罪，在下决心要放的时候，往往有这样一个顾虑，万一新发现证据证明这个罪是他犯的，因此不敢下放的决定。但是在现在的证据不能证明他有罪，按照无罪推定那么就on应该放，至于将来新发现证据证明这个人确实有罪，我认为法官的这个无罪判决没有错，不能用后发现的新证据来否定前面的判决。一定要把法官从客观事实的束缚中解放出来。??在民事诉讼活动中，这样一种法律真实的概念是很容易接受的。例如：甲向乙借了五万元钱，当时写了借条，但是后来借条乙弄丢了，甲不还，乙就向法院去起诉，要求法院强制甲归还乙的钱，但是在乙拿不出证据证明的情况下，法院当然判驳回。这个驳回的含义是指乙没有证据证明乙和甲之间存在债权债务关系，至于在客观上甲有没有借乙的钱，法院不可能管。因此，在民事审判当中法律真实的概念，证据的概念是很明确。但在刑事审判当中，这种法律真实的概念还比不上民事审判，而从重要性来说，刑事审判比民事审判重要得多，因为刑事审判一旦认定有罪，就还涉及到对这个被告人的生杀于夺，因此刑事证据的证明要求就会远远高于民事证据。例如：美国辛普森案件在刑事案件中判无罪，但在民事审判当中确认有罪，之所以出现这种情况，主要是因为民事诉讼和刑事诉讼它的不同的证据证明的标准所决定的。在刑事诉讼当中，它的证据标准高，要求排除合理怀疑，但是在民事诉讼当中，只要具有较高的概然性就可以。??但是在我们国家，在很多情况下恰恰反的，在民事审判当中得到承认的一些基本概念，在刑事审判中要想坚持都很困难。我认为这种现象是十分的不正常

。在刑事诉讼活动中，讲的是实事求是，在法律上讲的是以事实为根据，以法律为准绳，以法律为准绳指的是要根据法律规定来认定犯罪，但是在以事实为根据，对事实的理解上还需要正确分析。这里的事实有两种事实：一种是案件事实，是指实体法意义上的事实。另一种是证据事实，这是程序法意义上的事实，这个证据事实，是事实的事实，它是案件事实得以承认的一种基础，如果没有证据事实，则案件事实就不能成立。但是过去对以事实为根据的理解上，侧重于把这个事实理解为是一种案件事实，而在很大程度上忽视了证据事实。因此，我们需要强调证据事实，证据事实和案件事实两者实际上是有所不同的。实事求是这样一个思想，作为一种哲学的思想是合理的。但是能不能把实事求是这样一种思想，直接作为刑事诉讼活动中的一个原则？在诉讼活动当中，法律有一种拟制，这种拟制的情况和客观的事实是不一致的，但是最终是为了追求或者尽可能的符合这种事实。比如说，无罪推定，这种推定本身就是法律上的拟制，像：一个人在众目睽睽之下把人给杀死，在这种情况下为什么还要推定他无罪呢？在客观上不就是犯了罪，为什么还要推定他无罪？但是，我们在诉讼活动当中，这种法律的拟制，法律的推定是非常重要的。因为你在这个案件当中确实有很多人看到他杀人，从事实上说，客观上就是有罪，但是还有大量案件都没有亲眼目睹的，尤其是法官没有亲眼目睹。如果某一个犯罪是法官亲眼目睹，那么这样的犯罪是不需要证据来证明。所以西方有一种犯罪叫藐视法庭罪，这种罪被认为是发生在法官眼皮底下的罪，对这种犯罪不需要任何证据证明，法官可以直接判。但是99%的案件，法官都不是亲眼目睹甚

至有的犯罪没有任何一个目睹者，在这种情况下必须要从无罪推定，通过一系列的这种诉讼程序，最后由法官作出个判断，因此法官的判断它是建立在对证据的认定的基础之上。这里有一个司法认识论的问题。??这种司法认识论和哲学上的认识论是不完全相同的。司法认识论有它的特点；在认识论上有可知论和不可知论之分，当然我们是反对不可知论，主张可知论。但是我们不能简单的把可知论就照搬到诉讼活动当中来。恩格斯曾经对人的认识到出这样一个判断，认为人的认识具有至上性，又具有非至上性。所谓至上性，就是说人最终总是能够认识一切客观事物。所谓非至上性，指的一个具体的人，在具体的时空条件下，他的这种认识能力是有限性，这里所谓的认识的至上性，即无限性，是把人当作一个整体来看待，是整个人类的认识，而且又把这个人類的认识放到历史的长河中来考察。从这个意义说，人的认识是至上的，是无限的。但是我们的诉讼活动当中，应该强调的是人的认识的非至上性，强调的是人的认识的有限性，因为这种诉讼活动，一方面案件发生在过去，而这种诉讼活动发生在事后，需要通过事后的一种诉讼活动来重现过去发生的案件，由于这种时间上的滞后性，就必然使得这种认识受到客观条件的限制，某地有很多证据没有得到及时的收集，就可能认识不到；另一方面，这种诉讼活动它是有时间限制的，必须在法定的时间内来作出一个判断。最后，这种认识还受到诉讼目的限制，诉讼经济的限制。不可能投入一个切人力物力去查清一个案件。我们的案件是大量的，从诉讼经济的原则来考虑，那么我们不可能将每一个案件都查清楚，从这种意义上说，这种司法认知活动也是有限的。因此有学

者是提出这样一个说法：“我们不能主张不可知论，可以主张可不知论”。从哲学上来说，一切事物都可知，但是在诉讼活动当中不能完全达到这种可知，因此存在一种可不知论。应当允许可不知，不能就每个案件都做到完全可知。这种完全可知的观点在客观上也是不现实，实际上，我们每时每刻在社会上发生的犯罪案件是大量的，有些案件客观上发生了，但是根本就没有被发现。还有一些案件被发现了，没有破获，被破获的案件可能只是在整个社会上发生的案件当中的一部分，甚至是一小部分。破获了案件以后，真正能够有证据证明的犯罪，可能又是其中的一部分，所以那种认为每个犯罪都得到追究的观点不是一种实事求是的观点。“天网恢恢，疏而不漏”，“若要人不知，除非己莫为。”这两句话给人的感觉就是：一个人只要犯罪，必然会被发现，必然会被证明，然后被惩罚。这两句实际上具有一种警戒的意思，但实际上是不可能完全做到，尤其是在一个诉讼活动中都不可能完全做到。所以，我们应当承认在司法认知活动当中，人的认识能力是有限的，人的思维是非至上的。过去事实是这样一种观点是建立在乐观主义的认识论的基础上，在实际司法活动当中不可能真正做到。在这种情况下，我们必须通过法律的拟制性的手段，尽量的使我们这种法律真实和客观真实相吻合，但是法律真实永远也不可能完全等同于客观真实。因此，当我们面临有利证据不能排除合理怀疑，不能达到确实充分的这样一种情况下，我们就不能作出有罪判决。例如：某地曾经发生一起强奸杀人弃尸的案件。案件发生后，公安机关通过侦查，找到一个犯罪嫌疑人，这个犯罪嫌疑人在种种原因下，也作了交待，但是没有找到其它的证据

，只有口供。在这种情况下要证明这个犯罪是比较困难的，因此让犯罪嫌疑人去指认弃尸的现场，这个证据就非常重要，公安机关也非常重视这个证据，想把这个证据固定下来。专门派人在指认的过程录了像，但是录了像以后，这个事情反而被弄巧成拙。录像里面看到，前面有两个警察在带路，中间警察押着这犯罪嫌疑人在走，后面跟着一大堆人，然后到了一个地方，警察就问：是不是这里，犯罪嫌疑人就说：“是”，就录下这么一段情况。这个案件起诉到法院，一审法院作出无罪判决，认为证据不足。检察院对这个案件要抗诉，省检察院检察委员会对这个案件进行讨论，要不要支持抗诉？在讨论中就把公安机关的录像放了一遍，看完这个录像以后，检察委员会的委员一致认为，这个案件不应该抗诉。从这个案件当中可以引申出很多思考，首先公安机关注重指认弃尸现场这个证据，这种想法是可取的，但是缺乏一些取证的基本常识规则，因此使这种取证活动的本身就违法，这种违法就导致这种证据的证明力丧失，就不能证明。在这个案件中，它这种固定证据，这种做法是及个别的。现在的诉讼活动当中，大量都是书面的材料，假如说在公安机关不是这么兴师动众来录像，而是由两个办案人员，写一个指认弃尸现场的办案笔录，法院很可能就作出有罪判决，因此可以看出，法院的开庭很大程度上是在走过场，因为证人不出庭，鉴定人不出庭，完全是一种书面审理，而书面东西和客观东西差距很大，使得从庭审活动的实质意义大打折扣。所以取证要有一定的规则，我们现在缺乏这种取证的规则，现在人大常委会正在组织专家，准备起草《证据法》。要建立一套证据规则，包括取证的规则、证明力的规则，证明标准

的规则，证据的排除规则等等，没有这一套严格的证据规则，那么这种证据取得的随意性，很可能使得这证据是错误的。这一方面有待于从法制的角度来加强建设。证据取得不仅要看证据的本身，而且要看证据是如何取得的。过去往往强调证据本身的证明力，而不强调证据取得的合法性，证据取得的合法性在很大程度上，影响着证据的证明力，所以这里面有一个沉默权的问题。在某种意义上来说，沉默权是无罪推定的题中应有之义，没有沉默权，无罪推定就大打折扣，这种沉默权意味着一个案件最后得到证明，必须建立在被告人一句话也不说的基础上，但是，我们距离这个要求相当远，首先，我们在刑事诉讼法就规定了被告人有如实回答的义务，就意味着否定了沉默权，所以法律上来说，没有赋予被告人沉默权。过去甚至把被告人沉默看作是一种抗拒表现。现在的司法活动中，大量案件的破获，犯罪的证明都依赖于口供，如果赋予被告人沉默权，可能有70%左右的案件都破获不了，或者是破获了证明不了，所以司法机关会面临着很大的压力。因此对沉默权最敏感的可能是公安机关。因为公安机关大量的案件都是通过口供来破获的，在这个情况下，在实践中的刑事逼供现象屡禁不止。我国警察权很大，这是不正常的。在西方，沉默权是非常严格的，而且沉默权在世界有关人权公约里面加以规定。我国加入了国际公约，如果不对沉默权持保留的态度，那么这个沉默权在中国的实行，应该说是一个迟早的问题，像美国，有所谓的米兰达规则，它的核心就是要保障犯罪嫌疑人的沉默权，它规定在讯问的时候，必须要有律师在场，如果律师不在场，你所取得的证据就是违法的，违法的证据就不得作为有罪证据，在法庭

上来裁决。它有一种毒树之果的理论，树是毒的，毒树上长出的果也是有毒的，因此毒树之果不能吃。例如：在美国，有一个犯罪嫌疑人，有人看见他从精神病院跑出来，看见他把一个不满10周岁的女孩塞到他的车里面，后来这个女孩就失踪，那么，这个女孩的父母就报了警，正在寻找当中，这个犯罪嫌疑人就向另外一个警察署去投案自首，由于管辖上的原因就需要把他从那个警察署接到有管辖权的警察署，当他投案自首以后法官马上就为他指定了一个律师，这个警察署就派两个警官把他押解回来，两个警官到了那里律师也到场了，律师和他们不是使用同一交通工具回来的，当时就约定在押解途中不得对犯罪嫌疑人进行讯问，当时犯罪嫌疑人承认把这个女孩杀了，但是这个女孩没找到，在这样一个情况下，有一个警官对这个犯罪嫌疑人说了这样一番话：“看现在雨下得很大，过会儿会下雪，等雪一下把大地都给覆盖，到那时即使你想要带我们找这个女孩的尸体，可能也找不到，不如现在就带我们去把这个女孩的尸体找回来，好把这个女孩安葬了。”犯罪嫌疑人听了他这番话以后就被他说动了，就在押解途中带两个警官去把女孩尸体找到了，这个案件就以故意杀人起诉到法院，一审法院认定罪名成立，判了30年的监禁，一审判决以后，被告人不服，提出上诉，上诉的理由是：警官在押解途中，对他所说的这番话，构成了法律上所规定的讯问，而这种讯问是在律师没有在场的情况下做出的，因此是无效，而通过违法的行为，所获得的女孩尸体，就不能作为证据来使用。二审法官采纳了他的理由，作出无罪判决。所以，这样一个判决在中国人看来简直是不可理解，这个人确实是被告人杀的，毫无疑问，法官为什么

还要作出无罪判决?法官的理由是：在这个案件当中，警官通过违法取证，得到了证据确实证明他犯了罪，但是如果这种有罪判决能够成立，就肯定这种违法取证行为，就不能保证在其它的案件中，通过违法取证，取得证据者是客观真实的，为了避免将来的冤假错案，必须对本案作出无罪判决。因此从本案的无罪判决来看，在客观上使得一个真正有罪的人逃避了法律追究，但是从总的后果来看，使得将来的警官再不敢违法取证，必须严格按照法律规定取证。违法取证，即使能够证明案件真相，也不被法官采用，实际上是在做无用功。人，谁愿意自己做无用功呢?他们概念当中不仅应当有证据，而且证据还应当是合法取得，如果是违法取得的，这个证据就无效，就等于没有这个证据，就等于本案的犯罪没有证据证明，这样一种逻辑推理，这种一种做法有过分的强调保护被告人的利益、忽视对被害人的保护之极端性，但又有其合理性。当然，这种观点目前我国是很难接受的。??在中国，对所谓的违法取证，法律上也是禁止的，刑讯逼供构成犯罪，但是对于违法取得证据，我们采取的是一个事实求是的原则，该处理的处理，该构成犯罪的构成犯罪，但是通过违法取得的证据本身，如果它是真实的，能够证明案件的事实，那么该采用的采用，当然口供不能采用，但是如果取得的是书证、物证仍然可以采用。在这种情况下，不能有效的遏制这种违法取证，尤其是没有真正的赋予被告人的沉默权，因此在一定的程度上也使得侦查人员去尽可能的走这个捷径、通过口供来证明犯罪。我觉得，一个案件的质量是由证据来保证的，在某种意义上把我们所做案件的质量和法治国家他们所做的案件的质量来作一个比较，我认为这一种差异

正如同我们国生产的汽车、彩电、冰箱这样一些工业产品，和工业发达国家所生产的彩电、冰箱、汽车的差距是一样大的，用他们的产品来衡量我国的产品，70%的产品是不合格的，他们的标准太高，那么在这种情况下，我们应当怎么来看待??? 我认为，一方面我们不能机械的照搬他们的标准，因为他们的客观条件不具备，人员素质不具备。另一方面又要看到我们现在法律规定的标准很低，和真正的法治的水平来衡量还有很大差距，需要通过我们不断的努力来提高司法水平，逐渐的提高办案的标准，最终达到法治的最低的要求。应该说，我们现在对某一些事物的判断，包括一些法律制度、法律规则判决，是比较理性的，过去把无罪推定、罪刑法定，都简单地看作是资产阶级的东西。现在则不同，像沉默权，我们一方面承认沉默是个好东西，但是这个东西拿到中国来，有没有条件实行，可能比较难。因此我们要逐渐的去创造条件和国际接轨。所以证据是非常重要的，在刑事法治这个视野当中来考察，这种犯罪必须要有证据证明，没有证据证明的就不是犯罪。??三、犯罪是经庭审确认的 犯罪是经庭审确认的，这个主要是从程序法的角度来理解犯罪，程序对于法治来说是非常重要的，程序是法律的心脏。一个国家的法治水平很大程度上取决于程序，程序对保障被告人的合法权利是非常重要的。有的人曾经说过这样一段话：“有两种选择，一种选择是采用美国的实体法，而采取苏联的程序法接受审判；另外一种选择是采用美国的程序法，而采用苏联的实体法来接受审判。”很多都说宁愿选后者，而不选择前者，所以程序的完善对被告人的权利保护来说是非常重要的。?? 实体正义和程序正义的关系。这个问题的核心是程序

有没有独立于实体的价值，过去往往认为两者关系是手段和目的关系，只要是目的是正当的，无论采取什么手段，只要达到这个正当目的就可以，因此往往是重实体而轻程序。在刑事审判当中，只要有罪无罪这个实体问题是正确的，至于是不是违反程序就无关紧要，那么我们就需要考虑程序的价值到底在哪？如何理解程序独立于实体的价值？美国著名的哲学家、政治哲学家罗尔斯写过一本书《正义论》，在这本书中，就对程序正义问题作了专门研究，他认为程序正义有三种情况：1. 贝看雍某缘蚌义，是指没有独立于程序的实体正义标准。像：赌博和抓阄的情况下只要是程序是正义的，结果肯定是正义的。所以在这种情况下，程序正义决定实体正义。在赌博和抓阄的情况下，都包含着朴素的公正的观念，所以很多人都乐意采用。2. 菴晟频某缘蚌义，这种场合存在着程序正义标准和实体正义标准，两个是不同的标准，可以通过设置一种程序，来100%的达到实体的正义标准。罗尔斯也举了一个完善的程序正义的例子：分蛋糕。两个人要分一块蛋糕，各得一半，怎么样才能分得一样多？就需要设置“切蛋糕者后拿蛋糕”这样一个程序。因此切蛋糕者会努力把两块蛋糕切得一样大。3. 辈煌晟频某缘蚌义，在这种情况下，有程序正义的标准和实体正义的标准，而且在这种情况下，无论如何设置程序也不能100%的实现实体的正义，罗尔斯认为审判就是一个不完全的程序正义，在刑事审判中，它有实体正义的标准，同样也有程序正义的标准，但是如何你怎么样设置程序也不可能100%的保证都能做到实体处理结果的正确。像在刑事审判中，严格的按照程序，最后也可能办成错案，不能说遵循程序案件就必然办好，反之，违反程序也可

能办对案件。所以审判就是不完善的程序正义，因此在审判中，就存在着程序正义和实体正义标准的冲突。从立法上来说，在立法时尽量设计一种程序来最大限度的保证实体处理结果的公正。所以，在司法活动当中，就存在着程序正义和实体正义的冲突，过去我们在面临这种冲突的时候，往往是选择实体正义，而牺牲程序正义，就是重实体轻程序。我认为在刑事法治的视野当中，程序正义必须得到绝对的遵守，在实体正义和程序正义发生冲突的情况下，宁愿牺牲实体正义，也要坚持程序正义。正如像前面所说的，违法取证而法院判无罪的例子，在某种意义上也可以说是牺牲实体正义而维护程序正义。?? 程序正义具有优先于实体正义的一种价值。为什么呢?我认为是由实体正义标准和程序正义的标准，两者所不同体现出来的，这两种标准相比较，我认为程序正义的标准，它是比较确定的，是比较绝对的，比较容易遵循；而实体正义的标准，虽然有一个法律标准，但是相对来说，是有一定的模糊，而且有一定的主观感受性。审判具有绝疑的性质，审判不可能使双方不满意。我认为，这种满意和不满意也是相对的，关键是怎么让败诉的人也满意?这就只能通过程序来解决。所以我们现在所说的司法公正，当然有一个实体审理结果是否公正的问题，但更大程度上，司法公正指的是程序公正。像美国的辛普森案件，经过很长时间审理，最后陪审团作出无罪判决，70%左右的美国人都认为这个判决在实本上是错误的。从实体意义上来说，对这个处理结果是满意的。那么这种受到公正的审判，指的是程序上是正当的、正义的，通过这样一个程序正义得出一个结果来，尽管这个结果不满意，但是没有明确的理由说，这个人就是他

杀的，所以在美国法院的判决作出了，那么就是有绝对的权威，不可更改，即使将来发现确凿证据证明这个人就是辛普森杀的，那么也不能再进行审判，所以程序在这里就起到了很大的作用。就像前面所说的切蛋糕的例子，切蛋糕的人没有把两块蛋糕切得一样大，取了一块小蛋糕，从结果上说，他是取了一块小的，不公正，但他能不满意吗？因为蛋糕是他切的，程序是这样规定的，所以程序能够吸收不满，而实体处理结果在很大程度上具有主观感受性，这种主观感受性，它的这种感受又很大程度上来自于程序，如果严格遵循了程序正义，那么对这个结果有一种自然的信赖，认为经过程序所得来的结果应该是正确的，容易接受；即使这个结果很难接受，但是如果严格程序走出来的，也只能接受，吸收这种满意。反过来，实体处理结果本来是公正，但是程序上是违法的，在这种情况下，当事人对此树立的结果是否公正，往往会提出怀疑，即使审理的结果是对的，也不会满意。所以对于程序吸收不满的功能，我认为是需要非常强调，所以讲，司法公正，很大程度上指的是程序公正，一种公正程序意味着，这样一个处理结果的有关当事人都参与了这个程序，所以这种参与性非常重要，应当尽量的吸收有关的当事人参与到诉讼当中来，甚至在某些情况下，可以设制一些证据规则。比如说：美国的沉默权，在保障沉默权的情况下，有罪的供述，就具有了绝对的证据价值。美国90%的案件都通过辩诉交易消化了，节省了大量的司法资源也就是检察官跟你说：如果有两个罪，但是其中一个罪证据不太足，或者两个罪证据都不太足，那你认其中一个罪，那个罪就不起诉了；还有量刑，认罪就只判5年，不认罪，证明有罪了，就判10年

，然后来做交易。所以，美国的刑事诉讼跟民事诉讼是非常类似的，完全的当事人主义，当事人主义就把诉讼活动看作是一种市场交易活动，在这种情况下就节省了大量的司法资源，真正开庭的案件都是被告人不认罪的案件，但是，一旦开庭审判，那么这个审判活动确实是非常正规，确实是把法庭当作是一个摆事实，讲道理的场所。大陆法系和英美法系的司法诉讼机构、司法制度有所不同，大陆法系是一种职权主义，而英美法系是当事人主义，所以，英美法系，控方只要有表面证据，就可以起诉，因此法庭真正是一个认定犯罪的场所。由于大陆法系国家采取的是一种职权主义，因此在开庭以前要大量警察的侦查活动，检察官的审查活动，像日本，检察官被称为是法官之前的法官，法官是坐着法官，而检察官是站着法官，因此他们有罪率很高，定罪率是99.9%，他们说，法庭只是确认有罪的场所，而认定有罪，已经由检察官在开庭以前完成。这两种诉讼结构完全不一样，在英美法系，无罪判决达到40%，甚至更多，只要有表面证据就起诉，最后有没有罪，在法庭上说，法院来判，所以，无罪判决就非常高，这个做法最大的好处就是节省司法资源，而大陆法系是职权主义，国家要投入很大司法资源，这个是很大的区别。??英美法系的开庭是非常有意思的，在开庭当中，被告人有沉默权，因此被告人可以在法庭上一句话也不说，要说话主要作为证人出庭。1999年1月份，香港律政司互北大搞了一个模拟法庭，看完香港的开庭给我们感觉是和看中国内地的法庭完全不同的感觉，他们的开庭好像在开一个听证会，不像我们进行审判，他们开庭好像是检察官和律师在互相谈论一件和被告人没有关系的事情，被告人倒像一个旁

观者。而我们，被告人是审判对象。他们的法官是对陪审团进行引导，英美法系的陪审团都没有请专家，请的都是普通老百姓。所以法官引导非常重要。比如说：检察官先控告，说完律师发言，提出反驳，两个人说完以后，法官就跟陪审团说了这样一段话：“你们刚才听到了检察官和律师的发言，刚才在检察官的发言当中，律师如果没有作反驳的这样一个事实，可以作为你们认定的根据。”这个案件是：丈夫因被妻子辱骂性无能，气愤之下殴打妻子，不慎至其死亡。最后法官就把这个案件是否有罪的焦点就集中到这样一个问题上：在当时的情况下，作为一个正常的人，听到他的妻子对他这种辱骂，他会做出什么样的反应？如果他会作出和被告人一样的反应，那么就是无罪，如果不会做出，不应该做出像被告人一样的反应，那么就是有罪。这个问题不需要懂法，任何一个只要具有正常理智的人都能作出回答，最后陪审团判无罪，也就是认为在当时的情况下，她丈夫作出这样一种反应，是正常的。陪审团的审判和法官的审判有很大不同，法官的审判在很大程度上是一个法律规定的审判，机械的条文，但陪审团的审判在很大程度上是人的审判，所谓同时代人的审判，所以在这一种审判，这个有罪无罪很大程度就决定于这个陪审团，法律规定只是起个引导作用。所以犯罪必须经过庭审来确定，因此程序的正义非常重要，程序正义是刑事法治的一个标志。?? 社会经过几千年，法治发展了，文明程度提高了，这种法治的发展，在主要意义上是程序法的发展，就实体法而言，这种变化是比较小，尤其是核心部分、自然犯部分。比如说两千多年前，刘邦入关约法三章，第一条就是杀人者死，两千年多以后，我们刑法里面照样规定

杀人者死，就这个刑法条文而言，过去了两千多年还没有变化。但是程序变化了，程序保障被告人的合法权利，所以程序正义恰恰是刑事法治的一个重要标志。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)