

程序正义的误区 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__E7_A8_8B_E5_BA_8F_E6_AD_A3_E4_c122_483276.htm 一、为什么不能沉默？对沉默权进行任何层面的探讨都必须面对一个实际的问题：我们是要选择追究犯罪的效率还是选择保障犯罪嫌疑人的人格尊严（如果愿意承认犯罪嫌疑人有尊严的话）。在当前中国民众（遗憾的是还包括相当的立法者和司法官）的心智状况下，面对这种两难处境的最终选择往往受一种偏激的情绪主宰。于是，再激烈的争论都不过是学者们在书斋里、课堂上或沙龙中的孤芳自赏，谈论诸如沉默权之类的话题纯属奢侈的精神会餐。为什么不能沉默，根源在于我们互不信任：测谎仪的脱销是一个极端的例子，警察既怀疑犯罪嫌疑人的口供又不相信自己的办案能力，只好通过这种披着科学外衣的机器窥探犯罪嫌疑人的精神世界。见惯不怪的刑讯逼供和超期羁押则是与此一母双生的怪胎。隐藏在这些现象背后的，无非是一个严重缺乏信用的社会反映在刑事诉讼中的必然。然而，在司法活动中，只要相信唯物主义的认识论，承认世界是可知的，任何一个事件都是能够通过客观的、不以人的意志为转移的证据再现的，我们就没有理由反对沉默权；如果坚持唯物论的辩证法，承认真理是相对的，法庭再现的事实只能支撑法官内心的主观判断，我们也没有理由拒绝沉默权。由此，沉默权的确立，决不单单是从审讯室的墙上拆下“坦白从宽、抗拒从严”的标语，而是我们如何判断法律在社会治理结构中的角色和地位问题。二、控辩力量的失衡 诉讼好比一场预先设定好规则的竞赛，对抗式诉讼的价

值实现，取决于参与各方的力量均衡。面对一部瞻前顾后的《刑事诉讼法》，沉默权遇到的问题从侦查阶段拓印到法庭审理中。仅就出庭人数而言，一名被告人最多只能聘请两名律师，而当律师进行调查取证或到看守所会见时，又经常无端地规定至少需要两人，使得辩护制度在全国各地呈现出混乱、紧张而无所适从的状态，增加了被告人获取辩护的成本：一方面，在大多数案件中浪费了有限的律师资源；另一方面，在少数案件中被告人又不能获得自己认为足够的或实际上必需的律师帮助。令人生疑的是这些限制却不适用于作为控方的公诉人，为指控一名被告人，既可以出动所有人，在某些案件中又可以一人不去。于是，辛普森案中那由六名辩护律师组成的“梦之队”，只是中国律师权作闲谈的聊资。更为糟糕的是，伴随着控辩式诉讼模式的运行，公诉人同辩护律师的冲突也不断升级，从竞赛规则中脱胎出来的不平等在实践中被放大，对律师不当行为的过度追究已折射出控方对辩方进行职业报复的倾向，有识之士为此忧心忡忡。全国律协告戒律师们既要“敢于辩”、又要“善于辩”，事实上等于默认了一盘本来公平对等的“博弈”，已经演变为一场躲躲闪闪的“游击战”。控辩力量的悬殊成为不争的事实。在这种局面下，如果满足于检察官换装、国家统一司法考试的举行或一厢情愿地谴责306条与阅卷难、会见难、调查取证难等等，已经没有实质意义，《刑事诉讼法》的再次修改势在必行。

三、证据规则的缺失 作为再现和支撑案件事实的证据，它的真正价值正逐渐得到新的认识。过去我们坚持的实事求是标准正被一种追求法律意义上的真实（即证据能够再现的事实）所取代。承认在个案中诉讼各方认识的有限性，

无疑是一大进步。然而，接踵而至的问题就是：如何判断证据的有效性和证明力？也就是说，科学而明确的有关证据的法律规则和逻辑规则在刑事诉讼法中仍是一个空白。不但诉讼法学长期认同的作为证据法律规则的三特征（客观性、关联性和合法性）在实践中受到挑战，《刑事诉讼法》第42条列明的证据分类也受到质疑。比如《谈话笔录》能否作为证据使用、派出所出具的未对犯罪嫌疑人刑讯逼供的《证明》属于什么证据等等。伴随着媒体对冤假错案的强烈关注，有关警察违法的取证行为对证据效力影响的讨论浮出水面，对作为“毒树之果”的违法证据予以排除的呼声日高。不管承认与否，学界正自觉不自觉地引导实践向发达国家的诉讼模式靠近，当然，这不是也不应该是好与坏的道德或意识形态判断，而应是优和劣的法律价值取向的权衡。即使能够解决证据的法律标准问题，证据的证明力（即逻辑标准）仍是一个横亘在实践中的难题。什么样的证据能证明什么样的事实，证明的是可能性还是必然性，数份证据之间的相对一致与绝对一致的取舍判断，孤证是否只是一份证据或者一份证据的数次转述等等。笔者认为，通过证据规则或证据法的制定，若能达到对刑事司法人员观念的冲击以促转变，则是一剂一石三鸟的良方。

四、客观归罪的幽灵

对于刑罚属于一种特殊的惩戒措施，很多法律从业人员至今仍没有足够的认识，这是他们在面对情理与法律的冲突时对法律原则和法治精神无法理解并身体力行的根本原因。应当说，除了战争，刑罚权体现着一个国家暴力机器的最大能量，在它面前没有摧毁不了的障碍，因此，即使一个（群）穷凶极恶的罪犯，在司法机器面前都是弱者。为了不至于出错，对他（们）的追究

必须遵循一些严格甚至是苛刻的程序和规则，比如无罪推定原则、罪刑法定原则和主客观相统一的定罪原则，等等。新《刑法》对分则第三章作了大幅度的修改，以92个条文和94个罪名而被褒扬为“经济刑法典”，人们一度寄予厚望，视之为为市场经济保驾护航的灵丹妙药。然而，近四年来，司法实践中对这些罪名的适用却不尽如人意，一方面表现为查处力度不足，另一方面又表现为随意出入人罪，执法偏差很大。为什么一部令人称颂的法律会产生如此尴尬的现实？固然有经济犯罪的法条粗疏、犯罪构成要件不明确、司法实践积累的经验较少等原因，但本质上暴露出的不过是客观归罪的心理。鉴于社会在转型过程中几乎是必然出现的体制漏洞，伴随着改革开放的深化，国有资产的流失速度与经济案件的数量和涉案金额均不断攀升，各地都争相传来不断刷新的重特大经济案件。清理、整顿和打击随时都在进行，但却无法同与日剧增的贪欲和变本加厉的腐败匹敌。我更愿意把“客观归罪”看作一种以结果推导原因的办案作风，在粗浅而模糊的法律观念支配下、在落后的经济和财富状况中，涉案金额的大小往往是左右法官判案的首要因素。想想司法实践中为了给一笔流失的巨额资金寻找替罪羊，我们判了多少富有创劲的企业家、定了多少似是而非的罪名、断送了多少商机、市场和就业机会。更有甚者，动用刑事强制措施解决民事纠纷，受地方保护的驱动将民事活动中的欺诈行为定性为诈骗立案侦查，对某些真正的刑事犯罪又迟迟不予立案，以致坐失良机，最终导致人财两空的悲剧。客观归罪的观念还表现在对正当防卫案件的处理中，新刑法对见义勇为行为和正当防卫制度采取了可谓矫枉过正的立法策略，增设了无过

当防卫权，然而全国法院对符合该条款规定的若干案例大多仍作有罪认定，其实还是一个简单的“人命关天”的通俗观念和“谁死了谁有道理”的道德逻辑。一个幽灵、客观归罪的幽灵，在刑庭法官的观念意识和心理中游荡。根据一项不完全统计，在全国18万法官中，仅有18%的具有大学本科学历，而11万律师中的本科比例已达50%。显然，作为一个经济、政治和文化均处于落后阶段的发展中国家，其司法权掌握在这样的人手中，在面临保护社会与保障人权的冲突时就会有一个不言而喻的取舍。

五、有罪推定和疑罪从轻

《刑事诉讼法》第12条明确规定：任何人未经人民法院依法判决，不得被确定为有罪。法学界普遍认为这就是“无罪推定”原则在中国确立的标志，并欢呼这提前到来的刑法文明。近五年的实践表明，建立在理论层面和法学家的追求之上的无罪推定，基于目前的司法从业人员的素质、观念和执法水平作一个中肯评价，应属早产的婴儿。测谎仪器的盛行和滥用已无情地表明了公安侦查阶段推定无罪的不切实际，他们对此项基本的刑事诉讼原则不是感觉到可笑，而是感觉到愤怒。取保候审比率之低也说明我们在控制社会和惩治犯罪问题上可供选择的余地、范围和手段的贫乏。当一名犯罪嫌疑人被立案调查时，首先就要面对承办人的这种心理：只要你心里没有鬼，为什么要沉默？如果你认为自己是无辜的，为什么惧怕测谎？类似这样的质疑至少有一半的正确性，真正的难题在于如果反过来思考，就将可能有一半是错误的：犯罪嫌疑人出于各种诸如隐私、情感、对法律的无知、怀疑等动机，都会撒谎或沉默，这种沉默不应是违法的。可是，从警察到检察官再到法官，更乐于接受的偏偏是第一种逻辑。这就是

很多错案从立案侦查到终审判决均一错到底的原因，公检法三机关变得越来越象一个合伙性质的机构，大家一荣皆荣、一损俱损。缺乏监督只是一个表象，不能解释自身，要害在于对“无罪推定”原则的理解、认同并当作一种职业观念去贯彻还远远没有做到。从这个角度讲，批评有罪推定的观念是公检法三机关的痼疾是不过分的，其后果已使得统帅刑事诉讼体系架构的无罪推定原则，更象是一张“挂羊头卖狗肉”的招徕和幌子。相比之下，疑罪从无本是无罪推定的题中应有之义。如果说有罪推定还只是一种思想，没有表现为赤裸裸的行动的话，那么，基层法官在实践中普遍作出的“疑罪从轻”的判例，则是立法者在设计刑事诉讼模式时最想避免而结果又最弄巧成拙的例子。一般而言，疑罪无非分三种情况：事实难以查清（体现为证据不足）的、法律难予定性（包含法律漏洞）的或兼而有之的。解决办法尽管已有明确的基本法依据，但对于《刑事诉讼法》第162条第（三）项，很多法官体现了令人吃惊的麻木和冷漠，绝对不是无知，这点可以肯定。对于饱受折磨的被告人来说，开始的义正辞严、进一步的委屈无奈到最终的心灰意冷，对法律的信心和期望一再失落并遭受重创，当最后的审判来临时，一个错误而轻微的判决、一个匪夷所思但又同已关押时间几乎一致的判决，在似是而非的结论和唾手可得的自由之间权衡，或许还会感激涕淋，助长“疑罪从轻”的判案作风。

六、迫不得已的改性辩护 控辩双方的平等，除了体现在诉讼权利方面，还包括一种“不平等”的格局：即控方负责启动刑事诉讼机器并发动审判。这就意味着在时间顺序上总是控方占据主导地位，辩方依附于控方的控诉作辩护，“无控不辩”、“不告不

理”是现代诉讼的基本规则。然而，最高人民法院1998年6月29日通过的《关于执行 刑事诉讼法 若干问题的解释》打破了这种平等，其176条第（二）项规定只要起诉指控的事实清楚，证据确实充分，尽管指控的罪名与法院审理认定的罪名不一致，仍应作出有罪判决。这里存在几个问题：首先，从形式逻辑的要求看，当指控的罪名与法院“审理认定”的罪名不一致的情况下，起诉指控的事实是否还能够清楚，法院认定罪名的证据是否还能够充分？在刑法规定的413个罪名中，在每个罪名都各有自己法定的构成要件的情况下，一个或一组证据再现的事实是否可能证明不同的罪名？第二，从法院的职责看，法院是否有权代替控方？如果法院没有提起公诉权，就不存在指控罪名与法院“审理认定”的罪名不一致的情况，因为法院审理之后只存在认定指控成立或不成立两种情况。第三、从实际后果看，辩护权既然是宪法赋予公民的基本权利，则法院无权剥夺，当法庭审理系依据《起诉书》的指控展开的时候，被告人及其辩护人均在事先为了应付指控的罪名而准备，由于庭审尚未开始，不能也不可能知道审理后会认定什么罪名。如果连公诉人都不知道的罪名，被告人和辩护人如何防范并反击？如果没有足够的时间和精力进行准备，被告人又如何实现获得辩护的宪法权利？由于法院介入了比赛，使得控辩双方的博弈变成了控辩审三方的推磨游戏，裁判已加入比赛，判决的合理性和正当化如何实现？众所周知，司法解释尤其是最高人民法院的司法解释具有类似法律的地位，在这则不公正的司法解释生效期间，为了追求“最不坏”的结果，辩护人除了选择无罪辩护和有罪辩护（罪轻辩护）外，往往不得不考虑改性辩护（轻罪辩

护)。所谓改性辩护，系指辩护人根据事实和法律，否认公诉人对被告人的重罪指控，而引导法庭确立另一项相对较轻的罪名和法定刑。实际上演变成对当事人的变相指控。事实上，控辩审三方违背命题同一性规则，出现该指控的未指控（公诉机关指控罪名错误）、不该指控的不得不指控（辩护人作改性辩护）、该裁判的去指控（法院依上述司法解释而享有的改变指控罪名权）的情况，在当年轰动一时的綦江虹桥垮塌案中暴露无疑，一名叫赵祥忠的被告人涉嫌玩忽职守罪，法庭上其辩护人以主体资格不符做无罪辩护，法院予以采纳，但最终却以工程重大安全事故罪对其定罪处刑。从法定刑上讲，前罪的最高刑为5年，而后罪的最高刑则为10年（笔者曾以《刑事辩护的困惑》为题撰文评述此怪现状）。美国著名律师德肖微茨教授认为：最好的辩护就是主动进攻。面临如此局面的中国刑辩律师在多大程度上身体力行，或者说，中国律师在主动进攻的过程中要面临什么样的风险、付出什么样的代价，是每一个律师个体无法单独回答的命题。但是，在我们的心中，应当永远存有希望、勇气和信心。上述问题的根源已经关系到整个司法体制的改革，而这个进程是不可阻挡的。毕竟，除非我们放弃法治，否则我们别无选择。张培鸿 | 云南袁野律师事务所刑事辩护部主任 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