

正义的代价与选择 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E6\\_AD\\_A3\\_E4\\_B9\\_89\\_E7\\_9A\\_84\\_E4\\_c122\\_485609.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_AD_A3_E4_B9_89_E7_9A_84_E4_c122_485609.htm) 说明：本文为顾永忠律师为《正义的诉求》一书作的序。正义始终是人类社会追求的目标，尤其是在刑事司法领域，古今中外的“法”字无不蕴涵着公平、正义的追求。古代奴隶制刑事诉讼实行神示证据制度，通过诅誓、水审、火审等方式，借助神的力量来判断是非曲直，确定诉讼争议。欧洲中世纪在纠问式诉讼制度下，盛行法定证据制度，根据证据的形式而不是证据的内容，从法律上把不同种类证据的证明力大小以及它们的取舍和运用预先加以规定。这些制度在今天看来，是荒唐、谬误的，当时则是正义、公平的。一方面它解决了当时人们认识能力的局限，另一方面也最大限度地排除了人们在诉讼中的恣意，但同时也付出了必然的代价：冤假错案丛生，刑讯逼供盛行。【说明：右图为王达人、曾粤兴所著的《正义的诉求美国辛普森案和中国杜培武案的比较》一书的封面】在欧洲资产阶级革命战胜中世纪封建专制司法制度基础上建立起来的大陆法系和英美法系的刑事诉讼制度，在制度层面上虽然存在着诸多差异，但在理念上都追求司法的正义和公平，为此它们都确立了无罪推定原则，都赋予犯罪嫌疑人、被告人不得被迫自证其罪的权利和享有获得律师帮助及被迅速、公开、公正审判的权利，都要求检控方承担证明被告人的行为构成犯罪的举证责任，都排除非法取得的证据作为定案的根据，都主张认定犯罪的证明标准要达到不容合理怀疑的程度。应该说，这一切虽然是资产阶级的思想家、法学家最

先提出来，也是资产阶级国家最早将其纳入本国的司法制度中，但它们并不是资产阶级的专利，而是全人类始终不渝地追求司法正义的共同成果。正因为如此，这些内容大都写进了联合国《公民权利和政治权利国际公约》以及其他相关的联合国刑事司法文件之中，成为当今国际性的刑事司法准则。但是，大陆法系也好，英美法系也罢，其刑事诉讼制度在追求司法正义的同时，也必然付出一定的代价。人类追求社会正义乃至司法正义的全部过程表明，不是要不要付出一定代价，而是付出什么样的代价，人们能够或者说人们愿意承受什么样的代价。应该说在这个问题上，不同的国家、不同的社会会有不同的价值判断和选择。本书所涉及的美辛普森与中国杜培武案，无论是过程本身还是最后结果，实际上是两个国家刑事诉讼制度和司法人员不同选择所致。因此，本书作者的写作意图乃至读者的阅读兴趣不应当是这两个个案本身的发生、发展过程以及最后结果，而应当是透过这两个个案的诉讼过程及其最后结果，发现、感受其背后蕴藏着的两国立法者、司法者的主观追求和客观效果，为我们正在推动的司法改革和法治现代化进程做出理性的判断和选择。从制度层面看，中国20年来改革开放的进程和全球经济一体化的趋势推动了中国刑事司法制度向国际靠拢、与国际接轨。以1996年修改后的《刑事诉讼法》为例，它在很多方面与美国、与国际标准已经基本相同，诸如确立了“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”的近似无罪推定的诉讼原则和“人民法院依照法律规定独立行使审判权”的审判独立原则；加强了律师对犯罪嫌疑人、被告人的帮助，从犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问后或采取强制措施之日

起律师就可以为其提供法律帮助；在举证责任问题上，也明确了控方应该承担证明被告人有罪的举证责任；在认定有罪的标准上，坚持了有人认为比英美法系“排除合理怀疑”还要高的“案件事实清楚，证据确实、充分”的证明标准；并且吸收英美法系当事人主义的抗辩式庭审方式，主张控辩双方平等行使控诉与辩护职能，审判机关居中裁判独立行使审判权，并强调一切证据包括证人证言必须经过法庭查证属实，才能作为定案的根据；此外，还重申了一贯的禁令：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”；如此等等。但是，所有这些反映了司法正义的要求，旨在保证准确、及时地查明案件事实，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究的原则、制度和规定，坦率地说，并没有在我们的刑事诉讼活动中真正得到切实有效的贯彻执行。杜培武案就是由此造成的恶果。从书中活生生、血淋淋的事实我们看到：杜培武明明没有杀人的动机和作案的时间，侦查人员却以现场没有发现两位被害人被劫财、报复杀害的迹象和两人关系暧昧的推断，加之杜培武是死者之一的丈夫，而推断其有杀人的动机进而推定其实施了杀人罪；侦查人员明明知道其在案发时所做的《现场勘查笔录》及《现场照片》只记载着“车内离合器踏板上附着有足迹遗留泥土”，却在4个多月后以根本不可能存在的所谓“刹车踏板”、“油门踏板”上附着的泥土为嗅源进行“警犬气味鉴定”，得出结论称与被告人杜培武身上的气味“警犬反应一致”；侦查人员明明知道杜培武是一名警察，有无可置疑的证据证明其参加过射击训练，身上必有射击残留物，却无视这一重要事实，以其衣袖上查出射击残留物为据想当然地认为是他开

枪杀害了两位死者；侦查人员明明知道《刑事诉讼法》严令禁止对犯罪嫌疑人刑讯逼供和采用其他非法的方法收集证据，却对杜培武采取长达21天的连续审讯，还给他戴上反铐，吊挂在防盗门和防盗窗上，迫使其“求生不能，求死不得”，只好“你们叫我怎么说，我就怎么说”，违背事实编造了自己开枪杀人的“事实”；还有，法律明文规定犯罪嫌疑人被采取强制措施之日起，就有权聘请律师为其提供法律帮助，但在杜培武案中其已被关押3个月18天后才被允许聘请辩护律师。不仅如此，肩负法律监督神圣职责的检察人员在收到杜培武关于公安人员对他刑讯逼供的控告书且在上百人的目光下查看刑讯造成的伤情并进行拍照后不仅不调查处理，而且当杜培武在庭审中要求公诉人向法庭提供出示时，居然说“不知道”、“找不着”。更有甚者，本应站在中立地位、主持公道的一审法官，不仅对于漏洞百出、疑点丛生的控方证据和被告人及其辩护律师有根有据、不容置疑的辩护意见置若罔闻，反而在法庭上对于被告人从身上脱下的证明他被刑讯逼供的血衣向法庭出示时，仍然视而不见，多次要求“被告人杜培武出示没有杀人的证据”，并在庄严的判决书中把控方依法应当承担的证明被告人有罪的责任强加给被告人的律师，要求其承担证明被告人无罪的责任，公然认定“辩护人未能向法庭提供证实其观点的证据，也未能提供证实被告人无罪的证据”，以所谓“公诉机关指控被告人杜培武犯有故意杀人罪的证据内容客观真实，证据充分，采证程序合法有效，其指控事实清楚，罪名成立”，竟然对被告人“判处死刑，剥夺政治权利终身”。写到此，我们禁不住要问：他们都是人民的公仆，都是肩负神圣使命的司法人员，都知

道自己的所作所为违反法律、违背事实，但是为什么还要这样做？反观辛普森案的诉讼过程，当警方怀疑系辛普森作案准备对他逮捕时，就通知了他的律师，之后又组成了阵容强大的律师团为他辩护；在整个诉讼过程中，辛普森始终保持着沉默，无论他本人还是他的律师团都不承担证明他无罪的举证责任，相反证明辛普森有罪的责任由发动起诉的控方承担；为此，他们准备了上千件的证据，其中在案发后最初赶到现场收集证据的若干名警察作为控方证人都一一出庭作证，并接受辩方律师的交叉询问；作为决定本案命运的主审法官和陪审团，则完全站在控辩以外第三方的立场上，倾听双方的发言，分析双方的证据，特别是12位陪审团成员，是随机从304名候选人中按照既定规则产生出来的，没有特殊的背景，没有显赫的地位，都来自最基层的社会，与控辩双方不存在任何利害关系，并且都是法律外行，在连续长达258天（1995年1月24日开庭至10月3日宣判）的法庭审理中，中断与外界的联系，一言不发，面无表情，最后本着无罪推定的原则和“排除合理怀疑”的证明标准，凭着他们的“天地良心”作出一致裁决：“奥伦多詹姆士辛普森无罪”。从这个过程可以看出，无罪推定的原则得到了完全的贯彻，控方彻底地承担着证明被告人有罪的证明责任，辩方充分行使着辩护职能，法官与陪审团则保持着真正的中立和独立。于是，我们不由得又提出一个问题：这样一些原则、制度和规定，在辛普森案中为什么能得到贯彻执行？其实，回答以上两个问题并不难。如前所述，虽然我国1996年修改后的《刑事诉讼法》在不少方面已经与美国基本相同，但仍有一些方面还有差异。其中，最主要的是三点：其一，被告人不被强迫自证

有罪的权利；其二，非法证据的排除规则；其三，陪审团制度。这三点从其内容上讲，应该是对法律上一些现有规定进一步的保障性规定或派生性规定。例如，被告人不被强迫自证其罪的权利，它不仅是抑制刑讯逼供的有效措施，更是无罪推定原则和控方承担举证责任的必然要求。因为，既然是控方认为被告人犯了罪并且发动了诉讼程序，那就天经地义地应当承担证明对方犯罪的举证责任，而不能强迫被告人自证其罪。又如非法证据排除规则，它是保障诉讼程序正当合法的必要条件，也是保障司法公正的必要条件。为什么我国三令五申地禁止刑讯逼供和以其他非法行为收集证据却屡禁不止，成为一种痼疾？根本原因就在于以刑讯逼供等非法方式取得的证据并没有在刑事诉讼中被排除出去。客观地讲，如果能够做到这一点，比用定罪判刑的方法制止刑讯逼供和其他非法取证行为还要有效。再有陪审团制度，虽然也存在这样那样的问题，它却能真正切断一切对司法的外来干预，保证司法的真正独立。此外，在律师为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助的方面，美国律师不仅能在犯罪嫌疑人被警察审问的第一时间赶到现场，而且能够参加警方对他的审讯，能够单独会见他，提供法律咨询。正是这一切，使美国和中国在刑事诉讼中所做的同样的一些规定，美国能够做到，而我们却不能做到。中美两国在刑事诉讼制度上为什么既有共性，又有差异？而造成制度差异的原因又是什么？这是我们在阅读本书过程中最需要、最值得思考的问题，也是一个非常复杂的问题。但是，笔者认为，最重要的原因就是司法理念的差异，这主要表现在以下三个方面：其一，在刑事诉讼中，宁可错放罪犯也不冤枉无辜还是宁可冤枉无辜也不错放

罪犯？对于这个问题，美国人从不隐瞒自己的观点。辛普森案律师团成员之一、美国当代最著名的律师、哈佛大学终身教授艾伦德肖微茨就公开宣称美国的司法制度是一个主张“宁可错放十个罪犯也不误判一个无辜”的司法制度。因为在美国人看来，“罪犯之逃之夭夭与政府的非法行为相比，罪孽要小得多”（美国大法官奥利弗德尔霍尔姆斯）。为此，他们赋予犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权、辩护权等充分抗辩权利，并建立了非法证据排除规则，选择了陪审团制度，还要求一切证人包括警察证人必须出庭作证，接受控辩双方苛刻的甚至有损人格的交叉询问，以期最大限度地保证案件的质量，防止无辜的人被错判有罪。至于由此可能造成的错放罪犯的后果在他们看来则是他们的司法制度“必须付出的代价”。而中国人以往对于这个问题从来不敢公开表明自己的态度，既不敢回答“宁可错放罪犯也不冤枉无辜”，更不愿公开承认“宁可冤枉无辜也不错放罪犯”，而是冠冕堂皇地宣称“我们是事实求是，既不冤枉一个好人，也不放过一个坏人”。但当“好人”与“坏人”难以分辨确认时，则当然地选择“宁可冤枉好人也不放过坏人”。1996年修改后的(刑事诉讼法)第140条第4款规定：“对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足、不符合起诉条件的，可以做出不起诉的决定”；第162条第(三)项规定：“证据不足、不能认定被告人有罪的，应当做出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决”。应当说，这两个规定实质上包含了“宁可错放罪犯也不冤枉无辜”的精神。但是，在司法实践中执行起来，在人们头脑中占上风的还是“宁可冤枉无辜也不错放罪犯”的观念，于是，就有了杜培武案件自相矛盾的二审判决

：在事实和证据上，二审判决其实已将该案认定为“证据不足”的案件，但在适用法律上仍将其定性为有罪，只是量刑上改为“死刑缓期执行”。而这种观念，这种做法并非只表现在杜培武一案上，应该说迄今还相当普遍。笔者作为辩护律师于2002年在郑州承办了一起指控故意杀人的案件。该案发于1998年10月，被告人已经被关押了4年之久，经过审理法院终于做出了“证据不足，指控的犯罪不能成立”的无罪判决，但是，法院虽然给被告人及其家属宣告了无罪判决，但被告人还没有迈出看守所就被原来负责该案侦查的公安机关又强行带走了，迄今不予释放，庄严的人民法院的无罪判决成了一张“法律白条”！其二，在刑事诉讼中，实体重于程序还是程序重于实体？对于这个问题，2001年3月，艾伦德肖微茨访问中国时向记者表示：“《圣经》上说，法律公正正是必须遵循的。在美国人看来，公正不是最后的结果，而是一个过程。律师追求的就是一个尽可能公正的过程，一个不易被人钻空子的严谨的法律体系。”为什么强调程序重于实体呢？他们认为，公正的结果需以看得见的方式即公正的程序去实现，没有公正的程序很难得出公正的结果，或者说牺牲公正程序得出的结果很难说是公正的结果。同时，他们还认为，有时结果公正与否是很难做到的，程序公正则是可以看得见摸得着的。美国哲学家约翰罗尔斯在《正义论》中举了一个例子。两个小孩分蛋糕，无论谁来分都很难做到绝对的公平。于是采用了一个两人都能接受的程序：让一个孩子切蛋糕，另一个孩子先挑已切成两块伪蛋糕。在这里程序的公正取代了结果的公正。在上述理念下，美国刑事司法制度对程序的重视远远超过实体。例如，在犯罪嫌疑人、被告人



的口供问题上，一方面他们规定了沉默权制度，建立了非法证据排除规则，不允许强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪，为此最高法院还确定了米兰达规则；另一方面，他们则鼓励犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪，将其自愿做出的认罪供述作为定案依据。再如陪审团制度，从陪审员的产生，到陪审员的权利和义务以及陪审员与法官的关系、对案件的决定程序等，法律都做了严密的设计。只要严格按照这一程序产生的判决，无论是有罪判决还是无罪判决，他们认为都应当接受。正因为如此，虽然辛普森案件刑事程序和民事程序做出了截然不同的两种诉讼结果，美国民众主流舆论认为，无论如何，刑、民两种诉讼结果都是按法定程序、法律要求做出的，都是合理的和符合逻辑的，两者并不矛盾。因为他们知道，刑事程序和民事程序有很大差异，诉讼结果的不同与程序的差异有很大关系。例如，刑事程序中，被告人享有沉默权，辛普森可以始终保持沉默，但在民事诉讼中，被告人不享有此特权，他必须在法庭上回答在他车上、室内发现的与犯罪现场所获证据有关的一些问题，由此将给陪审团造成对他有利或不利的某种印象。又如在刑事程序中，有罪的证明标准是排除合理怀疑，美国人认为这是最高一级的证明标准，而在民事程序中，证明标准则是“优势证据”，即原告律师提供的证据只须说服陪审团确信辛普森对两名受害人之死有责任的可能性大于其不负责任的可能性就足已矣。总之，正当程序是美国刑事诉讼制度的基石。只要是在正当程序中产生的结果，他们都可以接受，而违反正当程序，什么样的结果他们也是排斥的。而我国长期以来是重实体轻程序的法律传统。最近几年来，在强调法治现代化的进程中，人们开始

注意并强调程序的重要性。基本观点是：程序不仅具有工具价值，即服务于、服从于实体的从属价值，而且具有脱离实体的独立价值。例如，反对刑讯逼供，不仅有利于实现实体公正、防止冤假错案的发生，而且本身具有独立的价值，体现了诉讼的文明和进步，彰显了对犯罪嫌疑人和被告人人格和人身权利的尊重。但是，在实体与程序的关系上，仍存在两种不同的观点：一种认为实体与程序应当并重、兼顾，不应当谁重于谁；另一种则主张程序重于实体，因为程序是看得见、摸得着的，而实体有时候很难找出对与错、是与非的客观标准。理论界如此，司法实践则远没有达到上述任何一种认识，占主导地位的仍然是重实体轻程序的理念和行动。正因为如此，杜培武案在诉讼过程中才发生了那么多明知故犯的程序性违法行为；正因为如此，杜培武案被纠正后，昆明市公安局总结造成错案的原因有四条：一是党委把关不严；二是执法行为不规范；三是破案心切；四是使用警械不当。其中根本没有从违反程序就是违法的高度认识问题。试想，在杜培武案中且不说把程序放在重于实体的位置上，哪怕只是放在同等的位置上，如果严格地依照法定程序办案，还会铸成如此恶果吗？其三，在个人利益和社会公共利益的关系上，是个人利益重于社会公共利益还是社会公共利益重于个人利益？在这个问题上，美国人的观点几乎是赤裸裸的。正如本书援引两位美籍华人犯罪学博士在其所著的《疏漏的天网》中所言：“美国人根深蒂固地认为，个人价值是绝对的，国家的价值是相对的。代表国家的政府存在的目的是为每个人服务”，“美国人绝对不能认同为了国家和民族的利益可以牺牲个人的价值，恰恰相反，只有将个体生命和个

人幸福视为至高无上的国家，人民才会去捍卫它。老百姓的个人利益高于国家的利益，这是美国立国精神和社会的基本价值，建立在美国宪法及宪法权利法案基础之上，而刑事司法制度正是这种社会利益向个人权利妥协的真实写照”。是的，正因为如此，美国刑事诉讼制度才赋予被告人保持沉默的权利，才主张“宁可错放罪犯也不冤枉无辜”，如此等等。而我们长期以来一直倡导个人利益轻于社会公共利益，为了社会公共利益可以不惜牺牲个人利益。在刑事诉讼中更是如此，加之有罪推定的封建意识根深蒂固，嫌犯即是罪犯的观念还相当普遍，于是，为了保障犯罪嫌疑人、被告人的权利而牺牲被害人的利益，牺牲社会公共利益是绝不能接受的。在此情形下，虽然我国已于1998年10月5日签署了《公民权利和政治权利国际公约》，但一谈到该公约中要求的犯罪嫌疑人、被告人不被强迫自证其罪的权利以及避免双重危险的原则等涉及强化个人权利的保护的内容时，理论界往往会发生严重的分歧和对立。正是在这种观念主导下，犯罪嫌疑人、被告人的法定诉讼权利难以得到切实保障，虽然法律规定犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起就可以聘请律师为其提供法律帮助，但在司法实践中大量刑事案件律师很难在侦查阶段介入诉讼；法律规定严禁刑讯逼供，但禁而不止，愈演愈烈，因为这是“为了社会公共利益而打击罪犯个人”，如此等等。我想，通过以上分析，细心的读者在看完本书后从辛普森和杜培武案件中一定能感受到以上中美两国在司法理念上的差异以及由此造成的司法制度上的差异，同时也一定会体会到中美两国虽然存在着差异，但仍然存在对正义的共同追求，只是对于追求正义所付

出的代价有不同的认识和不同的选择。本书的作者之一王达人先生是我的律师同行，也是我敬重的兄长。本书成稿后他真诚地征询我的意见，并希望我为本书作序。对于第一点我高兴地接受了，并也真诚地表达了我的看法和意见。对于第二点，我则断然不敢答应。因为按照不成文法，为书写序者大凡都是某一领域德高望重的前辈或才华横溢的精英，我则什么也不是。不料，达人兄不改初衷，且言之切切。盛情难却之下，我退让一步，表示可写一篇“先读感”，如果硬要放在书前，就算是代序吧。最后我想说，看完这本书，我们都应当思考这样一个问题：正义需要付出代价，我们选择什么？顾永忠 2003年3月24日于北京 中国律师网曹斌 编辑。（说明：本文小标题为编辑所加）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)