

中美刑事司法比较与实证研究研讨会

论
文
集

主办： 浙江大学光华法学院

国家 2011 司法文明协同创新中心

承办： 浙江大学诉讼法研究中心

二〇一五年六月十三日·杭州

2012-2013/2014 } 目录

非法证据排除规则实施背景下的庭审翻供问题研究 1

两高刑事指导案例的文本分析及其孕育的司法管理方式转型 13

论律师化解社会纠纷的途径与负面影响防范 29

论刑事纠纷解决中的认罪协商 52

媒体司法报道的界限与被害人权利的保障 61

媒体对审判的监督：转型社会中的模式调整 74

司法场域下刑事错案纠预机制之重构 85

审判中心主义下的“程序倒逼”机制探析 99

寻求“无讼”的社会生活：以渝东南的人民调解为个案 111

现阶段社会矛盾化解与通过司法的社会治理 128

刑事和解制度的实践困境与破解 141

冤错案救济的宪法分析 157

相马与赛马：中国初任法官选任机制实证研究 174

中国审前羁押实践究竟有何弊端？ 191

“由裁判者负责”：法官司法责任追究制度的重构 204



2010 年 10 月 1 日 10 月 1 日 10 月 1 日 “新常态”

10 月 10 日 行明

非法证据排除规则实施背景下的庭审翻供问题研究

张健* 对 2011-2013 年 655 起案件的实证考察

张健*

摘要: 以《非法证据排除规定》实施后近三年庭审阶段 655 起翻供案件为样本做出考察,重在讨论公诉机关与法官在面对被告人翻供时所呈现的复杂策略与态度。通过考察发现,尽管非法证据排除规则为被告人有效辩护提供了契机,但实践表明法官在证据采信、证明责任分配、证明标准等方面仍有失公正。司法层面上翻供现象的逐步消除,不只依赖立法的完善,更需要现代刑事司法程序一系列配套措施与外部条件的建立与完善。

关键词: 翻供;非法证据;《非法证据排除规定》;庭审

翻供这种在我国司法实践中较为普遍的现象在经历了余祥林、赵作海等刑讯逼供、冤假错案曝光以后,逐步引起司法部门的重视。2010 年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部与安全部联合出台《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《非法证据排除规定》)。2012 年新《刑事诉讼法》与司法解释进一步吸收并确立了非法证据排除规则。这都为被告人程序性辩护带来了新契机。然而,在新规定实施三年之后,翻供现象呈现出怎样的变化?《非法证据排除规定》是否满足了制度预期?针对刑讯逼供等非法取证而提出的翻供是否得到了排除?这都需要司法实践的检验。

对于实证研究来说,研究对象的选取极为重要。笔者以“北大法律信息网”自 2011 年到 2013 年公布的庭审阶段翻供的刑事案例为标准,从中选取了通过法院判决书能够比较全面展现案件全貌且为当地审判机关推荐至最高人民法院作为精选案例作为本文分析的样本。2010 年《非法证据排除规定》实施以后,被告人“翻供”现象激增。在全国范围内自 2011 年到 2013 年 3 年间庭审阶段被告人翻供的案件共 655 起。其中,2011 年 170 起,2012 年 206 起,2013 年 279 起。对这 655 起案例。统计

*作者简介:张健,江苏大学法学院讲师;主要从事刑事诉讼法学研究。该文是笔者所参与的国家社科基金重大项目“龙泉司法档案整理与研究”(13&ZD151)阶段性成果。

显示,《非法证据排除规定》实施之前,在2009年翻供案件只有76起,2010年89起。然而,规定实施以后,2011年案件就飙升到了173起。这是2010年的1.91倍。¹的确,被告人庭审阶段翻供现象出现激增不排除司法实践中有被告人“侥幸”以遭遇刑讯逼供等违法取证为由提出非法证据排除申请进而翻供的情况。但我们认为,翻供激增现象更与被告人辩护权保障有更大的关系。《非法证据排除规定》、新《刑事诉讼法》的颁布实施一定程度上改变了刑事诉讼过程的封闭性。翻供现象的大量出现也说明被告人对司法独立、法官裁判公正公平的有了更多的期待与渴望。

一、控方应对翻供的策略与裁判者的态度

在司法实践中,被告人翻供的原因主要包括刑讯逼供、诱供、记忆错误、笔录记载错误等。从对655件样本案例分析来看,基于刑讯逼供等程序非法的理由,被告人提出的翻供案件最多,案件数量151起,比例为23.0%。并且统计发现,肉体型的刑讯逼供已不多见,但是制造恐惧、疲劳战术等精神性刑讯逼供仍然存在。其他类型的翻供案件:基于诱供而翻供的案件有52起,比例为7.9%;基于记忆错误翻供的案件81起,占12.4%;笔录记载错误而翻供的案件73起,比例为11.1%。其余298起翻供案件并没有记载原因。由于庭审翻供类型不同,公诉机关与审判机关针对被告人的翻供也采取了不同的策略与态度。

(一) 基于诱供、记忆错误、笔录记载错误等原因的翻供

在基于诱供、记忆错误、笔录记载错误等原因而翻供的206起案件中,检察官与法官在庭审时并没有给予足够的重视。在此类翻供案件中,要么控方简单宣读被告人在侦查阶段的有罪供述,法官予以默认。比如霍海华等运输毒品案,法官就认为:“被告人赵海滨在侦查阶段前后所作供述内容一致,其亦承认在侦查阶段的供述系自愿、合法的,而对于当庭翻供的原因并不能做出合理、令人信服的说明,故本院认为被告人赵海滨在侦查阶段所作的供述更具有可信度,应予采信,当庭翻供不予采信。”²要

¹ 如果我们将时间往前推移10年,庭审翻供激增这一现象就会更加明显。近十年来翻供案件的数量为:2004年,17件;2005年,24件;2006年,38件;2007年,32件;2008年,40件;2009年76件;2010年89件。总体上呈现上升态势。并且,司法实践中的调研结果也引证了这一结论。比如江苏省海安县检察院调研统计,在2011年该院办理的案件中,翻供率为5%,2012年为7%,2013年(至8月份)上升到15%。参见徐德高等:《解析翻供现象增多的成因》,《检察日报》2013年10月16日。另外,潮州市中级人民法院的《关于职务犯罪案件被告人翻供及非法证据排除情况的调研报告》中指出,2008和2009年,全市法院分别审结一审职务犯罪案件68件、57件,涉案被告人分别为71人和65人,翻供率为30%、35%,而2010年和2011年的职务犯罪案件翻供率分别达48%和44%。数据表明,翻供率明显上升同《两个证据规定》出台时机存在某种关联或契合关系。参见潮州市中级人民法院网,潮州市中级人民法院课题组:《关于职务犯罪案件被告人翻供及非法证据排除情况的调研报告》,http://hzyy.zjcourt.cn:88/art/2012/8/27/art_1855_39074.html,2014年12月26日最后访问。

² 霍海华等运输毒品案,北京市朝阳区人民法院(2013)朝刑初字第1528号,【法宝引证码】CLIC.2495471。

么法官指出被告没有提出合理的线索,没有提供合理的解释与理由,而对被告人的翻供置之不理。比如,邢云明等故意伤害案的裁判文书写道:“二被告人在庭审中翻供,但不能合理说明翻供理由……二被告人的辩解不予采纳”。³在笔者的调研中,检察官与法官也毫不讳言地认为庭审阶段此类案件的翻供大多是“被告人在蒙混过关的侥幸心理和逃避惩罚的心理”。

可以看出,在基于诱供、记忆错误、笔录记载错误等原因而翻供的案件中,由于大多不存在刑讯逼供问题,控方与裁判者并没有给予充分的重视。大多数案件都是控方简单宣读讯问笔录,并强调讯问笔录的真实性与当事人的自愿性,更没有对此类案件的翻供提供补充证据。法官也往往对控方的作法采取默认态度,近乎无视当事人的翻供。

(二) 基于刑讯逼供的翻供

《非法证据排除规定》对司法机关的证据采纳提出了更高的标准和要求。所以,实践中,对于被告因为刑讯逼供而提出的翻供,检察官与法官的态度与之前因为诱供、记忆错误、笔录记载错误等原因的翻供案件有巨大差别。在基于刑讯逼供而提出的翻供案件中,控方无一例外都加强了对相关证据的审查核实,补充了新证据,以确保办案质量。但是,尽管如此,在因为刑讯而提出的翻供中,仅有48起案件启动了非法证据排除程序,比例占翻供案件总量的7.3%。其余案件或经法庭调查认为获取被告人审判前供述的合法性无疑,或因被告人及其辩护人未能提供相关线索,均未启动非法证据排除程序。众所周知,举证责任与证明标准是非法证据排除程序中的两个关键性要素。文章下面将从这两方面展开论述。

1. 举证责任。《非法证据排除规定》要求被告及其辩护人对刑讯逼供承担初步的证明责任。所以,被告方只需提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索即可。这一责任分配规则曾被认为是非法证据排除规则立法的重大突破与里程碑事件。然而,通过分析我们发现,在151起基于刑讯逼供而提出翻供的案件中,有43起案件在被告人提出翻供进而申请排除非法证据时,证明责任并没有实质性地倒置给公诉方,比如在李改文等故意伤害一案中,法官指出:“李改文、王师侠及辩护人亦未提供相应的证据或证据线索证明李改文、王师侠曾遭受刑讯,故李改文、王师侠及辩护人提出其有罪供述系刑讯逼供形成,申请非法证据排除,均无证据支持,不能成立。”⁴另有32起案件法官并没有明确分配举证责任,并且也没有要求控方针对逼供问题进一步补充证据,法官就采信了讯问笔录。这种法官通过回避、模糊举证

³ 邢云明等故意伤害案,海南省三亚市中级人民法院(2011)三亚刑初字第27号,【法宝引证码】CLIC.836848。

⁴ 李改文等故意伤害案,陕西省高级人民法院(2013)陕刑一终字第00025号,【法宝引证码】CLIC.2111054

责任分配但最终采信审前笔录的案件占总量的近五成(48.4%)。如此看来,《非法证据排除规定》确立的证明责任仍旧没有落到实处,法官在非法证据排除举证责任分配问题上依然偏袒控方。

并且,司法实践中,法官在庭审中对被告人提出的线索要求过于苛刻,被告人翻供以后仅向法庭提供存在刑讯逼供是不够的,还必须非法取证人员姓名、时间、地点、方式、内容等一一陈述清楚。然而,由于受到持续高压讯问、身体虚弱、记忆力下降,除了刑讯给被告人带来刻骨铭心的记忆以外,他们很难将刑讯的具体细节交代清楚。比如兴化市得胜湖啤酒有限公司等假冒注册商标、销售假冒注册商标的商品案,法官就在判决书中一笔带过:“被告人杨加春的辩护人所提的其当事人在侦查阶段所作的对己不利的供述系公安机关的非法证据并请求予以排除的辩护意见,因无证据证实,不予采纳。”⁵再比如陈柱兵等受贿案一案:“法庭认为,被告人杨静及其辩护人并没有就所提要排除的证据系非法取得向法庭提供充分的证据,故决定不启动非法证据排除程序。”⁶法官对于非法证据排除线索的高要求,使得被告人及其辩护人望尘莫及。这样一来,法官就有意无意中把证明责任转嫁给了被告方。

2. 证明标准。辨别非法证据的关键,在于明确“非法”的程度。“非法”的程度决定了“非法证据”应当或者可以“排除”的程度。《非法证据排除规定》明确了我国非法证据排除的证明标准:公诉人承担证明责任时适用“排除合理怀疑”,而并非“优势证据”的证明标准——立法上已经明确了最为严格的证据标准。

然而,在151起因为刑讯逼供而翻供的案件中,控方采用提供讯问笔录这一“自证清白”方式来证明证据合法性和被告供述真实性的案件有113件,所占比重最多,为74.8%。加盖公章的说明材料的有94件,所占比重62.3%。⁷提供体检健康证明的有56件,比重为37.1%;提供录音录像的案件仅有16件,占到10.6%。并且,在所有的翻供案件中无一例案件出现讯问人员出庭质证。现有的调研也表明,这一方式在司法实务中,即使是在一些重大案件中,也是极少适用。⁸从这里我们看到,刑讯笔录仍旧是法官审查的重点。在辩方提出排除非法证据的申请以后,公诉机关仍旧大多采用侦查笔录、提供“说明材料”等方式予以证明,提供全程录音录像或者体

⁵ 兴化市得胜湖啤酒有限公司等假冒注册商标、销售假冒注册商标的商品案,江苏省扬州市中级人民法院(2013)扬知刑终字第0002号,【法宝引证码】CLIC.2339215。

⁶ 陈柱兵等受贿案,北京市第一中级人民法院(2013)一中刑初字第370号,【法宝引证码】CLIC.2803705。

⁷ 对于加盖公章的说明材料,早在立法之前就有学者尖锐指出,“此种完全不符合法定证据形式的‘非驴非马式’的材料根本不能具有证据资格。”它实际上是以“书面证言”这种举证的便捷婉转回避了讯问人员亲自出庭作证的尴尬。我们也认为,加盖公章的说明材料的大量使用与讯问人员零出庭现象具有一定的关系——它在一定程度上回避了讯问人员亲自出庭作证的麻烦,更助长了侦查机关滥用“说明材料”取代法定证据形式的风气。参见陈卫东:《非法证据排除规则的喜与忧》,《法制日报》2010年8月1日。

⁸ 陈卫东等:《“两个证据规定”实施情况调研报告——侧重于三项规定的研究》,《证据科学》2012年第1期。

检证明的情形不多见,通知侦查人员出庭作证基本为零。⁹法官在受理辩护方提出的排除非法证据的申请后,控辩双方往往各执一端。被告人声称曾受到逼供或者诱供,讯问笔录中的陈述并非出自本人意愿,而公诉方则往往会提出讯问笔录、情况说明来否认辩护方的主张以此来证实侦查行为的合法性。控辩双方依旧在笔录上做文章,非法证据排除程序的庭审调查无法深入进行,基本以走过场的方式完成了。

的确,《非法证据排除规定》第7条规定了控方不需要一一提供证据用来证明讯问合法,而只需要根据个案情况提供部分证据达到排除合理怀疑的证明标准即可。所以,在非法证据排除程序中法官可能会让控方讯问人员直接出庭作证,也可能提供看守所健康检查证明等方式,方式不一而足。然而,通过对样本案件的分析我们看到,控方在这些证据方法的使用上明显存在着主动性和选择性。法院往往也一再容忍了公诉机关在证据方法使用上的选择。这无疑降低了非法证据排除的证明标准。显然,非法证据排除的证明标准在实践中已经大大缩水。所以,法庭排除非法证据的翻供案件极为少见。¹⁰

二、翻供对庭审的影响

(一) 法官对被告人的翻供辩解采信率极低,非法证据排除难,刑事辩护力量的强弱构成了翻供能否被法官采信的重要因素。655起样本案件中只有15起被告人的翻供得到了法官的采信,比例仅仅为2.3%。尽管在被告提出遭遇了刑讯逼供等非法取证程序时,被告的翻供主张才会受到法官的重视。然而,即使如此,如上文所述,仅有48起案件启动了非法证据排除程序,比例为7.3%。其中,这48件开启的非法排除程序都是以辩护方申请开启,法官在刑事审判中主动发现取证程序合法性问题而启动非法证据排除程序的案件为0。

所以说,法院在审查和排除非法证据过程中仍旧面临界定难、证明难、排除难的现状,非法证据排除规则沦为了“原则采纳,例外排除”的“不排除规则”。¹¹浙江省宁波市鄞州区法院章国锡涉嫌受贿案是我国第一例在判决书中运用《非法证据排除规

⁹ 早在2012年,就有学者提出“侦查人员就案件事实提供证言逐渐发展成一种制度”,但是,“这种作证方式尽管具有合理性和正当性,却在实践中步履维艰。参见陈瑞华:《论侦查人员的证人地位》,暨南学报(哲学社会科学版),2012年第2期。

¹⁰ 有学者对西部某省5个中级人民法院及其辖区基层人民法院的调研显示,在法院共计审理刑事案件17213件,其中提起申请排除非法证据的案件为124件,占全部案件的0.72%,法院决定启动证据合法性调查程序的案件为54件,占全部案件的0.31%最终决定排除非法证据的案件为14件,占全部案件的0.08%。详细参见孙长永:《审判阶段非法证据排除问题实证考察》,《现代法学》2014年第1期。

¹¹ 闫召华:《“名禁实允”与“虽令不行”:非法证据排除难研究》,《法制与社会发展》,2014年第2期。

定》的案件。¹²尽管本案启动了非法证据排除程序,但最终只排除了部分证据。控方对取证合法性的证明只提供了三项证据,但却拒绝提供全程审讯录像,拒绝侦查人员出庭作证,对被告人体表检查登记表记载的伤情又无法做出合理解释,完全没有达到“确实、充分”的证明标准。¹³此外,再以影响比较大的樊奇杭案件为例。该案中,被告律师已经提供录音录像、健康检查登记表等明显证明刑讯逼供的存在,并且被告人在履行提供侦查人员涉嫌非法取证的证据后,法院仍然没有启动非法证据排除程序,更为重要的,最高人民法院最后竟对该案核准了死刑,随后立即执行死刑。该案正时值《非法证据排除规定》颁布不久,最高法自己成为了规则破坏的“始作俑者”。

¹⁴

另外,通过对15起翻供成功的案件分析发现,这15起案例辩护的效果要远好于其他案件刑事辩护效果。首先,这些案件均有辩护律师或其他委托代理人出庭为被告人做刑事辩护,刑事辩护率达到了百分之百,并且,根据判决书的记载,被告人和辩护人都做了充分的辩护意见。这里以李刚等贩卖毒品案为例说明。该案中被告人一直辩称其有罪供述是在刑讯逼供下违心作出。其辩护人又申请庭前调取公安局大厅和大楼门口、医院走廊、大厅的监控录像及医院证明。一审法院要求警方对被告的身体检查情况进行说明,警方没有回应;通知办案人员出庭说明情况,但办案人员拒绝出庭。最后该院认为:“公诉人在一审开庭审理时虽然出示李刚的有罪供述笔录、在押人员体检登记表以及侦查机关依法办案的情况说明,但是对李刚两次健康检查没有作出合理解释,侦查机关对可能判处无期徒刑以上刑罚的李刚在讯问时也没有按照法律规定进行同步录音录像,在现有证据材料尚不能排除李刚的有罪供述系非法取得的情况下,法庭通知侦查阶段办案人员出庭说明情况,但办案人员经通知拒绝出庭。综合现有证据分析,不能排除李刚在审判前的有罪供述系侦查机关采取非法方法取得的合理怀疑……”¹⁵这是笔者在655份样本案件中遇到的最典型的一份成功排除非法证据的案件。该案详细的判决书说明了当事人及其辩护律师为非法证据排除所做的努力。这表明刑事辩护力量的强与弱直接关系到法官对被告人辩解的采信程度。被告人一方的辩护力度越大,庭审的举证、质证程序就越规范,相应地,被告人辩护权被保障的就更充分。

(二) 翻供对司法裁判的影响。从样本案件的分析来看,翻供对案件实体影响主

¹² 章国锡受贿案,浙江省宁波市中级人民法院(2011)浙甬刑二终字第288号,【法宝引证码】CLI.C.862603。

¹³ 张保生、常林:《2011年中国证据法治前进的步伐》,《证据科学》2013年2期。

¹⁴ 郑飞:《论中国非法证据排除规则的未——以内部结构和运行环境为切入点》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2013年第4期。

¹⁵ 李刚等贩卖毒品案,安徽省高级人民法院(2013)皖刑终字第00297号,【法宝引证码】CLI.C.2438409。

要集中在量刑方面,对定罪并未产生影响。一方面,被告人翻供以后就不再认定为自首,特别是对能够自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的,不能认定为自首,这是基于《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》的规定。另一方面,对于被告人的当庭翻供行为,往往使法院对其有认罪态度不好的“前见”(尽管庭审中的一些警示性话语,比如“你要老实交代”、“你要如实回答,不要翻供”等已经不存在)。这将会影响到法院对其的量刑。比如王志刚故意杀人案,法官就认为“被告人归案后拒不如实供述,后虽作供述,其后又翻供,拒不认罪、悔罪,主观恶性较深”,¹⁶再比如杨巨海非法持有、贩卖毒品案一案,裁判文书就写道“被告人杨巨海归案后如实供述自己的犯罪事实,但在一、二审中翻供,拒不认罪,且有贩卖毒品前科及吸毒劣迹,属于毒品再犯,依法应从重处罚……”。¹⁷也就是说,法院自身对待翻供问题存在矛盾:一方面,法院坚持事实认定,并不盲目斥责、排斥被告人的翻供,认为这是被告人行使刑事辩护权;另一方面法官却在量刑上做出改变。被告人翻供被看做是衡量被告人犯罪态度的重要材料,这也成为了贯彻“坦白从宽,抗拒从严”刑事政策一种表现。

(三) 尽管翻供对被告人定罪影响不大,然而对法院庭审程序却产生了巨大的影响。这种影响主要体现在三个方面:一是法院庭审期限普遍较长。655件翻供案件中审查时间超过一个月的有326件(占49.6%)。其中23件审查时间超过4个月,36件审查时间在3个月左右;所有翻供案件的平均审查时间为53.6天。二是法官的工作量明显增加。其中,提审2次以上的达102件(约占15.6%);延长审查起诉期限1次以上的有353件(约占53.9%),退回补充侦查1次以上的有171件(占26.1%),其中同时存在延长和退补两种情况的有53件。三是因翻供而适用普通程序的比例较大。15件翻供案件中,除了其中126件因后来认罪适用简易程序或者普通程序审理“被告人认罪案件”之外,其余529件均适用普通程序审理,占翻供案件总数的80.1%。这也从另一个侧面反映了司法机关之所以对翻供比较反感的原因——在“案多人少”的大背景下,翻供无疑加重了他们的工作量。

由此我们得出结论,庭审阶段被告人的辩护权实现依旧有限。“笔录中心主义”、“案多人少”大背景下被告人翻供辩解被采信的概率依旧很小。司法机关也并未对新形势下被告人“翻供”激增现象作出充分的准备与改变。当事人在庭审阶段翻供提出辩解,是其行使辩护权的表现。非法证据排除规定颁布以后,大量案件出现翻供现象

¹⁶ 王志刚故意杀人案,甘肃省高级人民法院(2011)甘刑三终字第94号,【法宝引证码】CLI.C.1755648。

¹⁷ 杨巨海非法持有、贩卖毒品案,宁夏回族自治区固原地区(市)中级人民法院(2013)固刑终字第40号,【法宝引证码】CLI.C.2381034。

说明被告人对司法独立、司法公正公平的期待与渴望。但是,通过我们以上对翻供案件的分析来看,无论是法院、检察院在否定事实翻供中采取的“无视”策略,亦或是在基于程序非法当事人提出翻供中,司法机关降低证明标准,甚至简单宣读刑讯笔录以证明取证合法性的应对方式都说明了司法机关办案人员显然架空了立法。在总体上来看,司法机关并不愿意采信被告人的翻供,被告人的辩护权保护不容乐观。司法实务的调查也印证了这一点。在调研中,大多数公安机关、检察官、法官、律师对《非法证据排除规定》在实践中的可操作性并不持乐观态度,相当一部分人认为其可行性比较小,仅有极少数人认为可行性较大。这在一定程度上说明了司法实务人员对于非法证据排除规定的态度并不是很积极,多持观望或者否定态度。¹⁸

三、翻供被消解的内在逻辑与对策展望

(一) 翻供被消解的原因

“法律的生命在于实施”。“纸面上的法律”转化为“行动中的法律”必须要考察中国非法证据排除规则的外部运行环境问题,找到问题的症结所在。在当下,当事人翻供及其普遍失败的宿命不只是当前我国证据制度先天不足所致,更与当下我国刑事司法在制度承受以及立法创新方面的诸多矛盾有千丝万缕的关系。一方面,刑事司法模式构造向当事人主义模式的不完全转型及其所彰显的程序至上、权利保障观念使当事人对于凭借其角色互动以争取更广泛的权利保持了合理的预期;另一方面,法律治理化的传统——国家控制犯罪的强大政策目标压力以及公众对实质正义的传统价值主张也使以程序正义、权利保障为导向的制度移植与制度创新在刑事诉讼运行中的应有效应产生递减。¹⁹具体展开就是刑事诉讼构造与法律治理化的传统未曾改变。

诉讼构造与证明模式未变。尽管近年来司法改革已经初步实现了庭审从“审问式”到“对抗式”的转变。然而职权主义模式在庭审实践中依旧存在,非法证据排除规则赖以生存的对抗制土壤并未形成。现有的考核机制更是加剧了这一司法模式的存在于运作。理想中的司法场域是控辩双方相互对抗,法官居中裁判,不偏不倚,然而,公、检、法的考核评价制度使本应控辩审三方三角式基本构架的诉讼关系完全蜕变成了“流水线”的作业模式。科层式的司法体制与有罪必罚的诉讼理念导致实质上的证明机制被扭曲。法庭审判成为一种对侦查结论的二次确认程序,沦为国家追诉主义之下

¹⁸ 李海良:《非法证据排除规则适用情况之实证研究——以东南地区某法院为例》,《中国刑事法杂志》2013年第11期。

¹⁹ 欧卫安:《论翻供的程序法意义》,《社会科学辑刊》2007年第4期。

不得不为的法律仪式,而失去了其应有的确保司法裁判结果公正、权威的价值。对于翻供问题,法官也是讳莫如深,顾虑重重,如果法院采信了被告的翻供,案件关键证据被推翻而使得被告人无罪释放,与案件有关的公诉人和侦查人员的晋升与考核均会受到影响,受现有的考评机制的影响,很多法官碍于情面,就会尽量不排除非法证据,使我国法官丧失了实施非法证据排除规则的能力和勇气。由此可见,翻供被消解的背后是公检法之间的关系。“在司法体制改革没有得到充分突破的情况下,就贸然推进证据规则的制定、诉讼规则的完善,最终导致的后果是,证据规则和程序规则被架空了。”总的来说,非法证据排除规则的难以实践,“根本在于法院在整个司法体制改革中缺乏足够的权威”。²⁰

法律治理化传统与实质正义的传统价值主张。更为深层的考察,需要我们将刑事司法场域放置于社会转型的宏大背景中展开。在国家在强调“稳定”、“和谐”的大背景下,维护社会的秩序稳定成为司法机关当下的中心工作。与国家政权联系紧密的刑事司法更是如此。司法机关对辩护方权利(包括,但不限于翻供)的漠视,表面原因是非法证据排除规则不完善、法官妥协等各种因素与力量的耦合,背后的实际原因在于司法场域依然受政治场域支配,在于我国法院未能实现由传统社会治理工具向现代社会司法控制方式的转变。在中国,政治的合法性决定了司法的合法性。在这里,刑事司法只是政法治理的一个工具,是正义理想与社会秩序、社会影响等相互平衡的一个考虑因素而已。

据此分析法官对待“翻供”案件呈现的复杂态度与法官需要考量的各种因素可以看到,一方面,由于近年来刑事司法改革对法官职业化、控辩审职能的重新配置,使得形式上的庭审控辩双方对抗、法官中立成为可能,在此情形下,法官司法裁判时基于司法中立、法官使命感等基本的司法原则坚持司法裁判的基本形式要求。正因为如此,我们才看到,在翻供案件中裁判者一改之前批评与斥责的态度与作风,在总体上能够比较中立客观地正视被告人翻供;然而,另一方面,中国的刑事法官还面临来自案外因素的影响,公检法、政法委、被害人及其家属等方面的压力,而如果这些案外因素在法官做出裁量时占据了主导地位,翻供往往会被消解。²¹例如,在佘祥林案件中,被告人就曾数次翻供,法院也几次退回补充侦查,但最终法院作出了有罪判决。其中关键的转折点是政法委牵头举办的“三长会议”(公安局长、检察长和法院院长)。原因在于当时被害人家属召集了200多人多次上访,造成了很大的社会压力。出于维

²⁰ 陈瑞华:《期待律师激活非法证据排除规则》,《法制日报》2012年7月25日。

²¹ 刘磊:《案外因素对催生刑事冤案的作用力分析——以美国1188件冤案的结构分布与案外成因参鉴》,《现代法学》2014年第2期。

稳考虑,政法委出面调节,法院从轻判决,以15年有期徒刑结案。²²在这里,法官也采取了一种所谓的“综合全案通盘考虑”的策略。法官在面对翻供案件时采取的策略衡量的标准就是被告人提出的非法证据对案件定罪的价值。它是法官裁判排除证据与否的关键考量因素。非法证据最终能否被排除,翻供能否被采信主要取决于辩护方提出的证据对证明其有罪起作用的大小。具体来说,如果辩方翻供提出排除的证据对被告人的定罪无关紧要,法官可能会“网开一面”,容忍或者采信被告人的翻供(这仍旧是少数);如果被告申请排除的证据是支持被告人有罪的关键证据,关键证据排除就意味着无法对被告人进行定罪,那么该证据一般不会被排除;因为这会产生控方败诉风险,而“无罪判决”对当下的刑事司法体制来说显然难以承受。

(二)对策

虽然本文的实证研究给读者展现了目前司法体制下非法证据排除规则近乎悲观的命运,但是这种真实的状态应该是法律运行的常态,因为不管我们怀有多么美好的愿望,“行动中的法”总会与“书面中的法”产生背离。翻供被消解是多方面共同起作用的结果。所以,解决翻供被忽视的问题,保证非法证据排除规则的落实也必须依靠诸多方面的配套措施,才能做到标本兼治。

首先,推进以审判为中心的诉讼制度改革,从“笔录中心主义”到“庭审中心主义”、“审判中心主义”的转变。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》首次明确提出推进“以审判为中心”的诉讼制度改革。我们认为,审判程序是现代刑事诉讼的核心。当前,推进审判中心主义的改革需要优化司法职权配置,而协调与完善公检法机关的权力结构和诉讼制度的运行机制将是我国司法改革的重点与难点所在。²³而在“让审判者裁判,由审判者负责”的指导思想下,司法改革要求裁判者亲历审理和证据审查过程,依据当庭提供并经过控辩质证的证据作出裁判。

由案卷笔录中心主义走向庭审中心主义,绝非技术层面的小修小补,而是对刑事诉讼构造的重新审视,是打破侦查本位主义回归庭审实质化和重塑司法权威的需要,要以新刑事诉讼法实施和司法改革为契机进行转变,以实现看得见的正义。我们认为,解决翻供问题,必须坚持直接言辞原则。这是向庭审中心主义转型的核心,使法官有能力、有权威正视翻供问题,敢于排除非法证据。同时,改革目前科层式的法院考核体系、针对“案多人少”,司法资源短缺的现实,可以考虑增加不起诉率、无罪判决率等有关非法证据排除规则适用的相关考核指标。在司法机关驻地财政和编制允许的

情况下尽量增加司法资源的投入。总之,目前的改革趋势是摒弃侦查中心主义,树立裁判者的权威。建立以审判为中心的诉讼新格局势在必行。

其次,完善庭审程序。庭审阶段的翻供问题被消解的根源在于我国法院长期存在的“案卷笔录中心主义”传统。实践中,法官往往通过阅读控方移送的案卷笔录来展开庭前准备活动,对于证人证言、被害人陈述、被告人供述等言词证据,一般采用宣读案卷笔录的方式进行法庭调查,法院在判决书中甚至援引侦查人员所制作的案卷笔录,并将其作为裁判的基础。在这样的诉讼模式下,庭审程序实质上被架空,当事人的翻供问题被忽视。开庭与否对案件判决影响甚微,所谓直接言辞原则也就被束之高阁了。

而目前解决庭审阶段翻供问题,必须完善庭审程序,以法庭作为基本的场域,实现看得见的正义。我们认为,完善庭审程序可以分别从司法公正、司法人权保障、正当程序和司法公开视野下来考察证据裁判原则实现的路径:在司法公正视野下,要完善证据能力制度、明晰待证事实的范围、界定严格证明与自由证明的适用;在司法人权保障视野下要保证无辜者不受惩罚的价值远远高于有罪者必须受到惩罚的价值;在正当程序视野下应当要求作为定案依据的证据必须按法定程序进行审查判断;在司法公开视野下要建立公开裁判文书和说明判决理由制度,尤其是加强对运用证据的说理论证。围绕被追诉人质证权的保障,要促进庭审各方的实质性参与,充分保障被告人有效地行使质证权,构建有争议的必要关键证人出庭制度,完善鉴定人和专家辅助人出庭制度;完善庭前证据交换制度,完善辩护制度和法律援助制度,推进庭审模式的渐进改革。

最后,充分发挥律师的作用,加快律师在场权试点工作。律师的有效参与、律师权利的充分实现直接关乎被告人权利的保障与实现。我国新《刑事诉讼法》并没有吸纳律师在场权制度。对于律师在场权在我国的确立,理论和实务界尚存在一定分歧。但放眼国际刑事司法发展趋势,确立律师在场权是我国刑事立法发展的必然趋势。特别在当下,职权主义司法模式依旧盛行,基层技术侦查措施相对落后,确立律师在场权,通过律师在场实现对侦查行为的监督,可以在根本上保证侦查行为合法性、减少和遏制刑讯逼供发生,也为被告人辩护权的实现提供支持。为保证非法证据排除规定的有效实施,未来可通过阶段化、层次化实现律师在场权、完善刑事法律援助制度以及落实并保障律师辩护权利等可能进路来逐步完善我国的律师制度。

²² 胡铭、张健等:《错案是如何发生的——转型期中国式错案的程序逻辑》,浙江大学出版社2014年版,第5页。

²³ 董坤:《审查批捕中非法证据排除的实证考察与理论反思》,《法商研究》2014年第5期。

结语

翻供现象是刑事诉讼程序与证据制度综合作用的结果。《非法证据排除规定》实施以后,翻供问题依旧严峻说明非法证据排除制度的落实需要配套措施的完善。而司法层面上翻供现象的逐步消除,不只依赖立法的完善,更需要现代刑事司法程序一系列配套措施与外部条件的建立与改良。而完善与保障被告人与辩护律师的权利、改革和完善控辩双方的诉讼结构则成为了改革的切入点。尽管非法证据排除难这一问题的解决过程必定曲折而漫长。但毋庸置疑,完善司法场域,为刑事司法场域的独立运行提供保障是推动我国非法证据排除规则完善与实施的根本出路。

两高刑事指导案例的文本分析及其孕育的司法管理方式转型

朱桐辉 余薇*

摘要:最高人民法院和最高人民检察院刑事指导性案例迄今共 28 个。通过文本分析发现,一部分案例确有助于解决司法疑难,但也发现很多问题:政策性案例过多,释法性案例不足,部分案例选择不当;案例文本对案情介绍不充分;与案例相关的诉讼文书及主要证据亟需专门公开;发布者对文本的编辑权限亟需界定;高检案例“要旨”部分在进行事实上的刑事立法;高检选择下级法院裁判生效的案例作为指导案例,侵犯了法院的裁判权。未来案例的选择、编辑及公开,需做大量改革,以使其更好地发挥指导功能。指导性案例的推荐、遴选和适用,能否孕育出新的司法管理方式及其司法运作方式,还有待观察,介入因素和变量很多。

关键词:指导性案例;案情;公开;编辑权限;司法管理方式

两高指导性案例的规定及具体案例发布后,引来了学术界及实务界的普遍关注,产出了大量的论文,仅就学术产出而言,可谓成果斐然,值得我们认真学习和研讨。但本文却想返回这一热烈讨论现象的“原点”,返回两高迄今发布的所有刑事指导案例的文本本身,对其进行细致阅读及谨慎分析,以发现一些“就事论事”的问题及结论,以有针对性地推动我国刑事指导案例的选择及发布的水平。最后,本文还将对指导案例的效力、体制及其可能蕴含的司法运作方式转型、司法管理范式转型,做一初步探讨。

一、刑事指导案例的基本面相

(一) 概况与数据

2010 年 11 月 26 日,最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》。2011 年 12 月 20 日发布了第一批 4 个指导性案例。2012 年 4 月 14 日发布了第二批 4 个案例。

* 朱桐辉,南开大学法学院副教授, zhutonghui110@163.com; 余薇,天津市第一中级人民法院法官, yuwei@163.com。本文是依据最新的指导案例发布情况和最新的最高法《案例指导工作实施细则》,对已发表于《昆明理工大学学报(社会科学版)》2014 年第 2 期的“两高刑事指导案例的文本分析及改进”的更新和完善。凡更新或补充处均采黑体字。本次浙大会后,将对新增加部分继续充实完善,单独成文,因此,敬请各位方家不吝批评斧正。

† 简单检索,就能发现很多方家,例如陈兴良、周光权、胡云腾、傅郁林、王亚新、李仕春、胡玉鸿、张洪、夏锦文、秦宗文、蔡琳、曹士兵、资琳、李友根等,均已在各核心期刊上发表了专业论文对其进行讨论,因其数量实在庞大,这里不再一一列出。

2012年9月18日发布了第三批4个案例。2013年1月31日发布了第四批案例。2013年11月8日发布了第五批案例。2014年2月发布了第六批案例。2014年6月26日发布了第七批5个案例。2014年12月28日发布了第八批6个指导性案例。其中，刑事案例共9个，包括2个死刑案例：

表一：最高法刑事指导案例（9个）

案例号	案例名称	关键词	裁判主体	主要裁判结果	文本字数
1 第一批第3号	潘玉梅、陈宁受贿案	刑事、受贿罪、“合办”公司受贿、低价购房受贿、承诺谋利、受贿数额计算、掩饰受贿退赃	一审：南京中院； 二审与复核：江苏高院	一审死缓； 二审维持原判、核准死缓	约2650字
2 第一批第4号	王志才故意杀人案	刑事、故意杀人罪、婚恋纠纷引发、坦白悔罪、死刑缓期执行限制减刑	一审：潍坊中院； 二审：山东高院； 复核：最高院	一审、二审死刑； 最高检复核后发回山东高院重审； 重审后改为死缓并限制减刑	约1240字
3 第三批第11号	杨延虎等贪污案	刑事、贪污罪、职务便利、骗取土地使用权	一审：金华中院； 二审：浙江高院	一审三被告分别被判处有期徒刑十八年、五年及三年徒刑； 二审维持原判	约2800字
4 第三批第12号	李飞故意杀人案	刑事、故意杀人罪、民间矛盾引发、亲属协助抓捕、累犯、死刑缓期执行、限制减刑	一审：哈尔滨中院； 二审：黑龙江高院； 复核：最高法院	一审、二审死刑； 最高检复核后发回黑龙江高院重审； 重审后改为死缓并限制减刑	约1360字
5 第四批第13号	王召成等非法买卖、储存危险物质案	刑事，非法买卖、储存危险物质，毒害性物质	一审终审：绍兴越城区法院	五被告人三年有期徒刑及三年至五年的缓刑	约1650字
6 第四批第14号	董某某、宋某某抢劫案	刑事、抢劫罪、未成年人犯罪、禁止令	一审终审：平顶山新华区法院	两被告人二年六个月徒刑，缓刑三年，罚金1000	约780字

					元，36个月内禁止进入网吧、游戏机房等场所。	
7	第七批第27号	臧×泉等盗窃、诈骗案	刑事、盗窃、诈骗、利用信息网络	一审：杭州中院 二审终审：浙江高院	一审：臧×泉十四年六个月，夺权利一年，罚金三万五。郑×玲徒刑十年三个月，夺权一年，罚金一万二。刘×一年六个月，罚金五千； 二审：维持原判	约2250字
8	第七批第28号	胡×金拒不支付劳动报酬案	刑事、拒不支付劳动报酬罪、不具备用工主体资格的单位或者个人	一审终审：四川双流县法院	胡×金一年，罚金二万	约959字
9	第八批第	张某某、金某危险驾驶案	刑事危险驾驶罪、追逐竞驶、情节恶劣	一审终审：上海浦东新区法院	张某某、金某分别拘役四、三个月，缓刑四、三个月，罚金四、三千	约1952字

就在几天前的2015年6月2日，最高法还特别针对2010年颁布的《最高人民法院关于案例指导工作的规定》发布了《实施细则》，共15条。对案例指导工作的管理部门（最高人民法院案例指导办公室），推荐、遴选、发布等程序，效力及适用细则等，做出了更详细的规定。尤其是效力方面的细则引人注目：各级人民法院正在审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例相类似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判（第九条）。各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的，应当将指导性案例作为裁判理由引述，但不作为裁判依据引用（第十条）。在办理案件过程中，案件承办人员应当查询相关指导性案例。在裁判文书中引述相关指导性案例的，应在裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点。公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控（诉）辩理由的，案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由（第十一

条)。

2010年7月30日,最高人民检察院发布了《关于案例指导工作的规定》,2010年12月31日发布了第一批3个指导案例。2012年11月15日发布了第二批。2013年5月发布第三批。2014年2月20日发布第四批5个案例。2014年9月15日发布第五批案例3个,均为二审抗诉。共19个,其中有2个死刑案例:

表二:最高检刑事指导案例(19个)

	案例号	案例名称	关键词	裁判主体	主要裁判结果	字数
1	检例第1号 (第一批)	施某某等17人聚众斗殴案	聚众斗殴、群体性事件、背后因素、调处矛盾、社会和谐	福建石狮市检察院	对17人不起诉	约1360字
2	检例第2号	忻元龙绑架案	绑架罪、诉讼监督、严格证明标准、死刑条件	一审:宁波中院; 二审:浙江高院;	一审死刑; 二审改判死缓; 最高检审监抗诉,浙江高院改判死刑	约3900字
3	检例第3号	林志斌徇私舞弊暂予监外执行案	徇私舞弊暂予监外执行、减刑假释、滥用“保外就医” ²	一审终审:长春市宽城区法院	徒刑三年	约800字
4	检例第4号 (第二批)	崔某环境监管失职案	渎职罪主体、国有事业单位工作人员、环境监管失职罪	一审:盐城市阜宁县法院; 二审:盐城中院	一审徒刑二年; 二审维持原判	约1930字
5	检例第5号	陈某、林某、李甲滥用职权案	渎职罪主体、村基层组织人员、滥用职权罪	一审:上海奉贤区法院; 二审:上海一中院	一审:陈某徒刑二年; 林某徒刑一年半,缓刑一年半; 李甲徒刑一年,缓刑一年; 二审:维持原判	约1500字
6	检例第6号	罗甲、罗乙、朱某、罗丙滥用职权案	滥用职权罪、重大损失、恶劣社会影响	一审终审:广州黄埔区法院	罗甲:徒刑一年半; 罗乙徒刑一年五个月;朱	约1830字

² 第一批的3个指导案例文本中无关键词,这里的关键词是笔者的总结。

					某与罗丙徒刑一年二个月;	
7	检例第7号	胡某、郑某徇私舞弊不移交刑事案件案	诉讼监督、徇私舞弊不移交刑事案件罪	一审终审:天津河西区法院	未列明刑罚	约1360字
8	检例第8号	杨某玩忽职守、徇私枉法、受贿案	玩忽职守罪、徇私枉法罪、受贿罪、因果关系、数罪并罚	一审终审:深圳龙岗区法院	徒刑十三年、追缴赃款30万	约2370字
9	检例第9号(第三批)	李泽强编造、故意传播虚假恐怖信息案	编造、故意传播虚假恐怖信息罪	一审终审:北京朝阳区法院	徒刑一年	约820字
10	检例第10号	卫学臣编造虚假恐怖信息案	编造虚假恐怖信息罪、严重扰乱社会秩序	一审终审:大连甘井子区法院	徒刑一年半	约780字
11	检例第11号	袁才彦编造虚假恐怖信息案	编造虚假恐怖信息罪、择一重罪处断	一审:上海一中院; 二审:上海高院	一审:徒刑十二年,剥夺政治权利三年; 二审维持原判	约1430字
12	检例第12号(第四批)	柳立国等人生产、销售有毒、有害食品,生产、销售伪劣产品案	生产、销售有毒、有害食品罪,生产、销售伪劣产品罪	一审:宁波中院 二审终审:浙江高院	一审:五被告分别被判无期、十四年、十一年、十年半、七年、七年; 没收全部财产、罚金四十万到三十万; 二审维持原判	约2761字
13、14、15、16		均为食品安全类犯罪,包括了食品监管人受贿和渎职犯罪。	暂略			
17、18、19	第五批	均为检察院二审抗诉改判案例	暂略			

2010年9月10日,公安部发布了《关于建立案例指导制度有关问题的通知》。

但迄今为止，似乎尚未发布具体的指导性案例。

（二）指导性案例的结构与叙事

最高法和最高检发布的指导性案例基本上是下级法院、检察院裁判和处理的案例，而且有大量案例是基层法院一审审结的案例，这是值得肯定的。最高检迄今为止发布的 11 个指导性案例中，只有第一个施某某等 17 人聚众斗殴案是福建石狮市检察院作出不起诉而结案的，其他 10 个均是后续阶段的法院作出生效裁判的案例。

最高法的每一个指导性案例由六部分组成：“关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果及裁判理由”。通过对这些案例的阅读，我们能发现，其中最重要的是“裁判要点”、“基本案情”及“裁判理由”部分。值得注意的是，除“裁判理由”部分极有可能还凝结了发布者的总结、提炼外，“基本案情”部分也经过了发布者的重新编辑，并不是对原生效裁判文书及诉讼过程涉及裁判文书“法院经审理查明”部分的全部照搬。因为其篇幅明显较短，进行了压缩。³

最高检的第一批指导性案例由三部分组成：“要旨、基本案情、诉讼过程”。第二、三批案例增加了“关键词”与“相关立法”，变为了五部分：“关键词、要旨、相关立法、基本案情及诉讼过程”。通过阅读，能发现其最重要的部分是“要旨”、“基本案情”及“诉讼过程”。

表三：两高指导性案例的结构

最高法指导性案例	最高检指导性案例（第一批）	最高检指导性案例（第二、三批）	罗克辛案例教材
关键词		关键词	
裁判要点	要旨	要旨	
相关法条		相关立法	
基本案情	基本案情（包括裁判结果）	基本案情（包括裁判结果）	案情
	诉讼过程	诉讼过程	
裁判结果			
裁判理由			裁判理由
			设问
			解题

主要差别：最高检的并无“裁判理由”这一部分，至于“裁判结果”，则被囊括在“基本案情”部分；但最高法的没有“诉讼过程”部分。

而最高法和最高检这些指导性案例涉及的裁判文书及诉讼文书，似乎还没有在其官网上专门的、集中的公布。⁴

³ 只有其第五个刑事指导性案例——王召成非法买卖、储存危险物质案在基本案情部分，还分别概述了“公诉机关指控事实”与“被告人辩护人的辩称事实”。

⁴ 通过最高法的中国裁判文书网、北大法律信息网、北大法意网的检索，可能凑齐这 17 个案例的裁判文书。但笔者依然认为，即使如此，也需要最高法及最高检在其网站专辟一个指导性案例的裁判文书、诉讼文书乃至主要

二、指导性案例的选择需慎重

值得肯定的是，不少指导性案例的确有助于法律疑难和司法疑难问题的解决。例如，对死刑证明标准的准确把握，最高检第 2 号指导性案例忻某杀人案的发布，就能形象地说明什么是死刑案件中的“合理怀疑”以及“不合理的怀疑”，以及怎样排除那些“不合理的怀疑”。而最高法发布的潘玉梅受贿案、杨延虎贪污案、王昭成非法买卖储存危险物质案也是有助于解释、澄清法律疑难的好案例。

但不得不指出的是，最高法第二个刑事指导性案例、第 4 号王志才杀人案选择不当，不利于死刑裁判的依法、正确进行。该案裁判的确能形象地说明，对手段恶劣但悔罪态度又好，又愿赔偿的被告人如何进行“正负权衡”及法律取舍；也有效说明了，限制减刑的死缓有着它独到的、既减少死刑又安抚被害人家属的功效。但该案的量刑有问题，因为我们反而认为，因婚恋纠纷而恼羞成怒杀人的，属于对自己的恋人或未婚妻的动武杀戮，实应重判。王某确有事后悔罪情节，但并未与被害人家属达成赔偿协议，⁵其悔罪表示不排除是因为惧怕死刑而流露出的虚假意思表示，因此对其判处死缓，即使是限制减刑的死缓，也可能过轻。

即使这只是我们的一家之言，并不符合王志才案的案情，但不可忽视的是，最高法第四个刑事指导性案例第 6 号李飞杀人案，这一问题却更明显。其“基本案情”部分的表述如下：

2006 年 4 月 14 日，被告人李飞因犯盗窃罪被判处有期徒刑二年，2008 年 1 月 2 日刑满释放。2008 年 4 月，经他人介绍，李飞与被害人徐某某（女，殁年 26 岁）建立恋爱关系。同年 8 月，二人因经常吵架而分手。8 月 24 日，当地公安机关到李飞的工作单位给李飞建立重点人档案时，其单位得知李飞曾因犯罪被判刑一事，并以此为由停止了李飞的工作。李飞认为其被停止工作与徐某某有关。

同年 9 月 12 日 21 时许，被告人李飞拨打徐某某的手机，因徐某某外出，其表妹王某某（被害人，时年 16 岁）接听了李飞打来的电话，并告知李飞，徐某某已外出。后李飞又多次拨打徐某某的手机，均未接通。当日 23 时许，李飞到哈尔滨市呼兰区徐某某开设的“小天使形象设计室”附近，再次拨打徐某某的手机，与徐某某在电话中发生吵骂。后李飞破门进入徐某某在“小天使形象设计室”内的卧室，持室内的铁锤多次击打徐某某的头部，击打徐某某表妹王某某头部、双手数下。稍后，李飞又持

证据的展示区域。可喜的是：几天前最高法发布的《案例指导实施细则》第十三条已明确：“最高人民法院建立指导性案例纸质档案与电子信息库，为指导性案例的参照适用、查询、检索和编纂提供保障。”

⁵ 这一点尤其值得我们注意，而在后续的同样是民间矛盾或所谓“婚恋矛盾”引发的、最终判处死缓但限制减刑的、最高法第四个刑事指导性案例——第 12 号李飞杀人案中，李飞的母亲是赔偿了被害人 4 万元的，可以视为有一定的赔偿协议基础。

铁锤先后再次击打徐某某、王某某的头部，致徐某某当场死亡、王某某轻伤。为防止在场的“小天使形象设计室”学徒工佟某报警，李飞将徐某某、王某某及佟某的手机带离现场抛弃，后潜逃。

阅读这一基本案情，我们能发现，他们之间的纠纷根本谈不上是婚姻家庭矛盾。其恋爱关系持续时间非常短暂，只有4个月，还经常吵架。命案发生当天李飞找徐某某也是因为怀疑后者揭发自己的前科，让自己被停了工作，而不是去协商婚恋问题，也不是去探讨感情问题。因此称其为“民间矛盾”引发，非常勉强。而且李飞手段非常残忍。仔细衡量，其“裁判理由”中关于给李飞减为死缓的理由——李飞被抓捕时顺从归案，没有反抗行为，认罪态度好，相较于这些问题而言，显得相当勉强。而且李飞在抓捕中未反抗的情形及原因、认罪态度好的表现，也是语焉不详，无法支持我们文本阅读者也得出应该给李飞减刑的理由。综合全案案情，相较王志才而言，李飞认罪态度好的原因，更有可能是畏罪，而不是悔罪。因此，对其改为死缓，不能不让部分读者产生质疑或者想继续细究的想法。当然，有论者会说，最高法选择这两个可能并不应该减为死缓却减为了死缓的案例，来指导下级法院贯彻“宽严相济”的政策，效果会更好。这一说法固然有道理，但这会损害指导案例的说服力，背离该制度本意，并不利于其长期发展。⁶

考虑到这一点，我们不难得出结论，指导案例的选择需要慎重，并且需要更详细的案情介绍与证据展示。这样才能让后续的司法者使用“案件区别术”选择恰当案例进行参照，或者做好是否靠近该案例进行参照的选择。

另外，现在两高选择的不少案例，明显具有更多的政策性、时事性乃至政治性，法律性和释法性不足。最高法的两个死缓并限制死刑的案例，最高检追求社会和谐及两效果统一的不起诉案例、6个渎职案例、3个编造虚假信息案例，均是政策性与时事性的。这就导致现阶段的刑事指导案例制度成为了贯彻最高司法意志，落实司法政策，推行法律措施的新工具。因此，以后应该多一些如潘玉梅受贿案、杨延虎贪污案、王昭成非法买卖储存危险物质案等解释性的、有助于澄清法律疑难的案例。当然，这取决于两高对刑事指导案例的定位，是侧重事前的引导及推动，还是侧重事后的法律疑难解决以推动规则之治。

三、指导案例的文书及案卷的公布

仍以最高法第4号指导案例为例，我们不否认，有可能是因为王某多次找曾恋爱

⁶ 在指导性案例发布的初期，有学者就提出了三点担心：是否会加剧司法行政化倾向，是否会限制法官自由裁量权，选择的案例是否典型、中立、权威。现在看来，最少第三个担心已显现出了很强的预见性。参见胡玉鸿：“面对案例指导制度的忧虑”，《苏州大学学报》2011年第4期。

多年的女友赵某协商结婚事宜或者想维持恋爱关系时，遭到了后者严重的人格侮辱才愤而杀人。假若如此，其量刑可能还是恰当的。但这就更说明了，发布指导案例时对案情和证据详细公布的重要性。第4号案例“基本案情”的表述，让我们无法判断王某最后找赵某协商时的基本情况及具体情节，也让我们无从判断王某是不是因为赵某过于冷酷无情并遭遇人格侮辱才愤而杀人。

现在我们就对第4号案例的“基本案情”做一分析，其全文如下：

被告人王志才与被害人赵某某（女，殁年26岁）在山东省潍坊市科技职业学院同学期间建立恋爱关系。2005年，王志才毕业后参加工作，赵某某考入山东省曲阜师范大学继续专升本学习。2007年赵某某毕业参加工作后，王志才与赵某某商议结婚事宜，因赵某某家人不同意，赵某某多次提出分手，但在王志才的坚持下二人继续保持联系。2008年10月9日中午，王志才在赵某某的集体宿舍再次谈及婚恋问题，因赵某某明确表示二人不可能在一起，王志才感到绝望，愤而产生杀死赵某某然后自杀的念头，即持赵某某宿舍内的一把单刃尖刀，朝赵的颈部、胸腹部、背部连续捅刺，致其失血性休克死亡。次日8时30分许，王志才服农药自杀未遂，被公安机关抓获归案。王志才平时表现较好，归案后如实供述自己罪行，并与其亲属积极赔偿，但未与被害人亲属达成赔偿协议。

看完这一语焉不详、缺乏基本交待的“基本案情”，我们更多的反而是疑惑：（1）王志才与赵某是哪年开始谈恋爱的，谈了多少年，感情及交往评价如何，是否见过对方家长，双方家长是否见面，是否到了谈婚论嫁的程度？这其实是非常关键的基本事实。要知道，发布者给该案的定性可是“婚恋纠纷引发杀人”，同时，这些事实也是死刑案件的重要量刑因素。（2）赵某毕业参加工作后提出分手的原因，除了其家人不同意是否还有其他原因，王某与赵某间是否还有其他的情感性或财产性纠纷？（3）

“但在王志才的坚持下二人继续保持联系”是什么意思？截止到命案发生那天，两人是依然保持着恋爱关系，还是已分手只是保持联系？（4）命案发生那天，赵某明确表示拒绝的语言中是否有侮辱性成份？（5）王志才“与其亲属积极赔偿，但未与被害人亲属达成赔偿协议”的含义不明。究竟赔偿与否，赔偿了多少，履行了多少？是被害人家属坚决不要赔偿只要王志才被判死刑偿命，还是数额差距导致未达成协议？甚至这一表述在一定程度上是矛盾的：既然积极赔偿了，为何未达成协议？如果未达成协议，就不能说是积极赔偿了。这一事实必须陈述清楚的原因在于，最后的“裁判理由”中要给王志才减为死缓的一个理由正是“积极赔偿被害方经济损失”。要知道，在第四个刑事指导案例李飞杀人案中，如前所述，赔偿数额可是交待的清清楚楚。

同样存在重要案情交待不清的是最高法第三个刑事指导案例第11号杨延虎等贪污案。首先，其基本案情没有交待清楚，虽然在被告人帮助和干涉下，并不属于被拆

迁村村民的被告人的妻妹王月芳及连襟郑某以非法手段占有了被拆迁村 64.7 平方米的土地确权,但被告人的岳父王某祥在该村 25.5 平方米的土地确权却是合法获得的。这就极易导致文本阅读者对王某祥能得到置换后的 36 平方米的建设用地审批的合法性产生质疑。其次,虽然在其表述中,被告人及其妻妹、连襟非法获得 90 平方米土地确权,按当时的标准可置换到 71 平方米的店面面积是清楚的,但其仅陈述了一个价格:“经评估,该处每平方米的土地使用权价值 35270 元”,那么,这一价格是置换前的土地使用权价格,还是置换后的店面价格?如果对此陈述不清,就让人不得不质疑最后用这个价格乘以 72 平方米以计算杨某等的贪污总额,是少算了。因为这个价格按其表述更可能是置换前的价格,因此应该乘以 90 平方米以计算贪污总额。或者用置换后的 72 平方米乘以置换后的必然更高的每平米价格来计算贪污总额。我们认为,这可不是吹毛求疵。作为最高法发布的指导全国裁判的案例,其案情表述出现这样的问题,不能不说有失严谨,影响其指导功能的发挥。

可以说,案情交待不详这一问题在这 17 个案例表述中大量存在。在那些较为复杂的案件中,尤其显得过于简短。从下列表三可见,其全部文本基本上也就是 1000 字至 2000 字之间,而基本案情的字数更只是其中的一部分。

表四: 指导案例文本的字数情况

	最高法刑事 案例文本总 字数	案情部分字 数	最高检案例文 本总字数	案情部分字 数
最多的	约 2800 字(杨 延虎等贪污 案)	约 1146 字	约 3900 字(忻 元龙绑架案)	约 664 字
最少的	约 780 字(董 某某、宋某某 抢劫案)	约 159 字	780 字(卫学臣 编造虚假恐怖 信息案)	约 258 字
平均字数	约 1740 字		约 1640 字	
1000 字以下的	1		3	
1000 字到 1500 字的	2		4	
1500 字到 2000 字	1		2	
2000 字到 2500 字			1	
2500 字到 3000 字	2			
3000 字到 3500 字				
3500 字到 4000 字			1	

现在的案情介绍还不如原生效裁判文书详细,更不要说我们还需要参考这些案件诉讼中的起诉书、辩护词、强制措施文书来把握这些指导案例,以更准确地参考适用。

我们甚至认为,既然将这些案例升级为了指导全国裁判的案例,那么,必要时,对它们的案卷也可考虑翻拍、处理后在一定范围内予以公布。这一工作甚至有着很高的迫切性。仅以上述最高法第 4、9 号死刑改死缓案例为例,我们就能发现,在证据裁判主义的要求下,在死刑裁判的特殊情境中,如果案情介绍不充分,如果证据公示不充分,其他司法者和普通民众看不到案卷与关键证据,那么“裁判理由”论述的再严密也会显得牵强附会,进而引发各种猜疑;同样,在此情形下,“裁判要旨”再精辟、再符法意,也可能落得名不副实的评价。⁸

据了解,最高法最近的几项改革举措分属不同部门负责。指导性案例由最高法研究室负责,最高法院自己的裁判文书的上网由审判管理办公室负责,全国法院的裁判文书上网由司法改革办公室负责。⁹这就导致这几项工作间有不协调的地方。因此,指导案例的裁判文书及相关诉讼文书的上网,还需这几个部门做好衔接工作,并等待裁判文书上网这一重大改革的框架已确立,最新生效的裁判文书上网告一段落后,才能回溯到已发布的指导性案例的裁判文书的上网和公开。

至于案卷公开,据初步了解,其他各国司法公开也还未作到这一程度。只是在日本法院系统,当事人及案外人可查到庭审时的诉讼记录,也并未公开案卷,但其诉讼记录涵盖的范围几乎相当于我国案卷材料的正卷。但无论如何,从最低程度要求,指导性案例的裁判文书及诉讼进展中的主要文书的全部上网工作,亟需推动。就现阶段而言,让负责指导性案例发布、编辑的业务部门对这些指导性案例的背景材料及诉讼材料进行必要的、详细的介绍与解读,就有很大的必要性及迫切性。

⁷ 陈兴良老师在德国学者罗科辛关于德国刑法判例论著的中文版序言曾提到:“案情是判例的事实部分,也是裁判规则赖以存在的基础。在本书中,案情都极为简短,令我意外。有的案情甚至只有一句话,例如判例一集中营案(KZ-Fall)的案情是:‘被告人是第三帝国的一位警察局局长,在他的申请之下,三位犹太商人被送进集中营,后来他们在集中营里被杀害。’如此简短的案情仍然包含了因果关系、备用原因、假定的因果流程等主要的法律问题。”参见罗科辛:《德国最高法院判例:刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社 2012 年版,序言。那我们是不是可以得出结论:案情介绍在指导性案例的文本中就不重要了呢?

我们认为,不能简单地依此为例得出这样的结论。正如陈老师在该序言中所言:“案情简单法律问题复杂的案例,是适合判例研究的案例”我们只从教学案例编纂、判例研究分析的角度,主张即使对案情简单的案例,也可以进行复杂的判例研究。但针对本文要讨论的、要指导司法适用的“法定案例”,即使案情再简单,案例发布者也应予详细介绍。

⁸ 这就关涉到一个我们不能不重视的问题:“裁判要旨”的说服力、指导力及可参考力是来自于逻辑论证,还是来自于案情分析、证据分析?换言之,“事实”、“雄辩”和“权威地位”,哪个更有助于指导案例的指导及可参考效力的提高?

⁹ 最新变化,据最高法《案例指导实施细则》这一工作将由最高人民法院案例指导工作办公室负责。

四、指导案例发布者对原裁判文书的编辑权限

一方面,如上所言,大量的指导案例对案情的压缩过于严重,部分关键事实交待不清,属于对原裁判文书的过度修订与裁剪,因此需要纠正乃至弥补。但另一方面,我们又发现,在这些案例的发布中,又存在该裁剪、该统一修订却未进行相应剪辑与修订的问题。

最高法第四个刑事指导性案例第12号李飞杀人案被界定为系“民间矛盾”引发,并不严谨。经查阅能发现,“民间矛盾”的内涵和外延十分模糊,并不是一个严密、精确的法律术语,其包括的矛盾形态迥异,范围可宽可窄。因此,我们应当尽量避免选择这一术语,¹⁰即使最高法院在《关于审理故意杀人、故意伤害案件正确适用死刑问题的指导意见》中曾用过这一术语:“对于因婚姻家庭、邻里纠纷以及山林、水流、田地纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人案件,在适用死刑时要特别慎重。”

具体到李飞杀人案,无论如何,将李飞与只谈了四个月恋爱且已分手的徐某某间的矛盾,界定为“民间矛盾”实属不妥。因为即使按照我个人认为其实并不严谨的上述的《指导意见》,那也需要是“婚姻家庭”纠纷引发的矛盾才称得上“民间矛盾”。¹¹那么,接下来需要讨论的问题便是,最高法、最高检及公安部在选择、确定指导性案例并予发布时,是否可以修订、裁剪原裁判中的个别界定、个别法条适用乃至个别法律论证?如果可以,其边界又在哪里?这方面,是否可以借鉴文学编辑行业的传统及规则?

我们还发现,最高检指导案例第7号胡某、郑某徇私舞弊不移交刑事案件案的表述,居然没有列明法院对二被告人判处的刑罚。如此粗疏的案例文本,如何正确发挥指导案例在刑事政策贯彻及刑法适用上的指导作用?因此,我们只能好意地猜测,这只是该指导案例发布者的小疏忽而不是不看重在指导案例中列明刑罚的重要性,或者只是笔者在网上找到的电子版文本漏掉了刑罚而已。

五、最高检指导案例“要旨”部分“托古改制”

最高检第8号案例的“要旨一”是对关于渎职犯罪因果关系的认定,其表述是:“如果负有监管职责的国家机关工作人员没有认真履行其监管职责,从而未能有效防止危害结果发生,那么,这些对危害结果具有‘原因力’的渎职行为,应认定与危害结果

¹⁰ 因此,新《刑事诉讼法》第277条“因民间纠纷引起,涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪,可能判处三年有期徒刑……”,也不是一个好法条,其“民间纠纷”一词,可能会引来无穷无尽的法律概念争夺及法条适用纠纷。

¹¹ 另外,值得注意的是,该司法解释中并不严谨的“民间矛盾”的说法,以及因“民间矛盾”引发的杀人案件慎用死刑的规则,在实践中有过度扩大适用的趋势,本案及云南高院对李昌奎的量刑,就是典型例证。

之间具有刑法意义上的因果关系。”这里的“原因力”表述显然很有特色,但它却是这一案例发布者的提炼或者说对学术著作的引用。这一术语和分析,在其文本正文的“基本案情”和“诉讼过程”中并未出现。也就是说,其要旨并不是从判例中长出来的。其基本案情部分只是叙述了一位派出所所长对舞厅监管不力,舞厅发生了火灾这样一个事情的经过。而最高检的案例又没有“裁判理由”部分。

而最高检第10号案例卫学臣编造虚假恐怖信息案的要旨更是确立了一个普遍性规则:“对于编造、故意传播虚假恐怖信息威胁民航安全,引起公众恐慌,或者致使航班无法正常起降的,应当认定为‘严重扰乱社会秩序’”。笔者认为,这一在原始裁判文书中可能并没有的规则,出现《刑法修正案》中可能更合适。放在这里似乎是在借指导性案例确立新规则,而不是解释、澄清刑法的规则。可谓“托案例而改制”。

最高检第6号案例罗甲、罗乙、朱某、罗丙滥用职权案的要旨总结是:“根据刑法规定,滥用职权罪是指国家机关工作人员滥用职权,致使‘公共财产、国家和人民利益遭受重大损失’的行为。实践中,对滥用职权‘造成恶劣社会影响的’,应当依法认定为‘致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失’”。

这更明显是司法解释的行文风格甚至是立法的行文风格,可能是对原始裁判文书及论证的过高提炼。该案例的案情及诉讼过程的文本介绍,只是告诉了我们四位成为了本案被告的城管在其辖区索要香烟、乱收费、选择性执法带来了商户不满继而引发冲突的事情经过。因此这一要旨总结,其实强行加入了自己对其他案例及社会现象的观察和评估,并意图将其进行普遍推行。

这里的问题是,这一个案例就能成为推行一个新规则的理由和依据?这样的要旨以及这样的推行方式,同样可能背离了指导案例制度的本意,会导致这一司法续造活动背负更多的负面评价。因为刑事指导案例属于公法案例,而公法的原则是“法无明文规定不得为”。

总之,笔者认为,指导性案例要旨的编纂和总结不能脱离原裁判文书的案情及论证太远,刑事指导案例更不能借此确立规则,行立法之实。而最高法的6个刑事指导案例在这方面却做的非常不错,值得肯定和推广。¹²

六、对最高检与公安部指导案例发布权的质疑

最高检和公安部如果选择在自己权力范围内但还未生效的案例作为指导案例予

¹² 有学者在案例指导制度展开初期就指出了其将面临诸多理论难题。认为现有的案例指导制度的核心特点是承载了司法管理职能,以行政化的方式运行;其逻辑难题除了有统一司法与司法创新将有冲突,会遭遇司法行政化的弱化与强化之困,立法权威与指导案例实践效力会有冲突,指导性案例的质量与效益不确定外,更是指出了,司法多样性及案例要旨会有冲突,以及指导案例可能会混同于司法解释的问题。参见秦宗文:“案例指导制度的特色、难题与前景”,《法制和社会发展》2012年第1期。

以公布,那么这些案例根本就不具备指导的资格。因为,在我国,定罪量刑的结果均由最后的审判阶段的法院定夺。裁判结论还未作出,当然不能作为范例发布并作为普遍参考的依据。即使他们发布一些有十足把握的未生效案例,作为指导侦查、起诉工作的范例,那也是违法的,因为这将在事实上侵夺法院系统的定罪权。

因此,最高检和公安部只能选择生效裁判作为指导案例。但既然如此,从法理上,他们应当依然与最高法会商,向最高法建议将某些案例作为指导案例并由最高法发布,否则依然有损人民法院在定罪量刑和法律适用上的权威性。例如,最高检第2号指导性案例忻某杀人案的诉讼过程及裁判表明,它的确是一个检察系统意见比浙江高院原裁判更正确的好案例,但如果最终是由最高法自己而不是由最高检将其作为指导案例发布,可能反而对检察院系统,尤其是对法院系统的指导价值及指导效果更好,更有利于提高我国死刑适用的准确性。而现在由最高检自己将其最为指导案例发布的做法,难免让人误解为,这一指导案例就是最高检挑出来用以“告诫”乃至“嘲弄”最高法及法院系统的“指导性案例”。¹³

纵览最高检分三批发布的11个指导案例,我们发现,只有第一个案例属于检察机关能在其职权范围内作出最终结论的“不起诉”的案例。其他10个案例则全是不同级别的人民法院作出最终生效裁判的案例。但笔者甚至认为,即使这10个案例,除第2号外,均是对法院裁判进行表扬、肯定的案例,那么由最高检将其作为指导案例发布,也可能是不合法治原理的。因为最高检单独发布、推广这些案例,单独扩大其参考范围、提高其效力等级的做法,也可能造成对最高法院及法院系统裁判权的侵犯。¹⁴另外,还有一个有意思的细节值得注意:仅从正式文件和正式案例的发布时间判断,也是最高检先发布《关于案例指导工作的规定》的文件,并先发布的第一批指导案例。而最高法在指导案例工作上的时间及进展,也是落后、被动的。¹⁵

七、指导性案例的推荐、遴选和适用可能孕育着新的司法可能

如前所言,胡玉鸿教授曾在指导性案例发布的初期,就提出了三点担心:是否会加剧司法行政化倾向,是否会限制法官自由裁量权,选择的案例是否典型、中立、权

¹³ 尽管最高检有关负责人在解释指导案例的效力时称:案例指导制度不是司法造法,下级检察院是参照执行,不执行需提书面意见。李娜:“中国特色案例指导制度绝非司法造法——对最高检陈国庆主任的采访”,《法制日报》2011年5月19日。

¹⁴ 当然,在我国,人民检察院还有法律监督权,上述这些结论是否恰当,还有探讨空间。而且笔者也发现,最高检的指导案例很多是基层法院一审终审的案例。这也说明他们在选择时还是较为慎重的,似乎考虑到了最高法及高级法院的权威问题。

¹⁵ 最后,我们要说的是,对这28个指导案例的文本仔细研读和分析后,从整体上,我们是依然肯定、支持案例指导制度的。而本文全部的意见也更多的是“帮助性”意见及建议,其目的依然是为了让这一难得的,能促进立法与司法融会贯通、良性互动的司法续造制度,拥有更强大的生命力,生生不息。

威。¹⁶秦宗文副教授在案例指导制度展开初期,也对此做出过全面、精深的学术辨析:现有的案例指导制度的核心特点是承载了司法管理职能,以行政化的方式运行;其逻辑难题除了有统一司法与司法创新将有冲突,会遭遇司法行政化的弱化与强化之困,立法权威与指导案例实践效力会有冲突,指导案例可能混同于司法解释……¹⁷

诚如所言,现在以及将来的刑事案例指导运作,究竟会强化还是弱化司法行政化,究竟会导致司法统一的强化还是司法创新的强化?还真是不明确,因为其在逻辑上最少呈现出了难题和悖论。至于实践效果,我们只能投入较大精力去长期观察和紧密追踪研究。¹⁸

笔者最近发现的一个指导案例引用方面的准实证研究,为这个方向的研究和观察,开启了一个良好开端,值得持续关注和借鉴。其研究报告得出的结论是:截止到2015年5月6日,“根据来自中国法律知识总库的统计,在已经发布的52个指导案例中,实务中被引用的案例总数为18个,尚有34个案例未被引用。其中,引用频率最高的为指导案例24号:荣宝英与王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案,在12篇引用该指导案例的裁判文书中,10篇为关键性引用,2篇为非关键性引用。关键性引用的10个案件中,法官认为案件的争议焦点与指导案例类似,因而应当参照。”而截止到2015年5月6日,刑事指导案例的引用情况是——只有两个案例被低频引用过:第12号李飞杀人案,在该数据库中检索出了一份“非关键性引用”该案例的文书;第13号王召成等非法买卖、储存危险物质案,在该数据库中检索出了二份“非关键性引用”该案例的文书。而该本报告所谓的“关键性引用”是指法官在裁判文书中引用或在案例评析中引用;“非关键性引用”是指仅当事人引用,法官未予分析或评析。所以,仅从其报告看,刑事指导案例的适用情况,很不令人乐观。

而值得关注和分析的是,最高法这次的新《实施细则》告诉我们,最高法将专门成立了一个案例指导工作办公室,负责指导性案例的征集、遴选、审查、发布、研究和编纂,以及对全国法院案例指导工作的协调和指导。¹⁹现在最高法院的官网上的内部机构还未显现其将在何位置,但分析其“最高人民法院”的冠名,其极有可能与最高法审判管理办公室、最高法研究室平级。仅此一点,这就值得我们细细分析这一设置的初衷、目的及其后果。

其实,笔者粗想了下,决定指导案例未来走向的介入因素非常多:对司法的定位、对立法的定位、司法机关的政治地位、司法改革的方向、司法理念的方向、司法行政化的限制与隔离、司法管理标准纠偏程度、司法资源的投入和经费保障、司法公开的

¹⁶ 参见胡玉鸿:“面对案例指导制度的忧虑”,《苏州大学学报》2011年第4期。

¹⁷ 参见秦宗文:“案例指导制度的特色、难题与前景”,《法制和社会发展》2012年第1期。

¹⁸ 参见:九章法律研究所、中国法律知识总库(Classic Law):“最高法院指导性案例引用情况实务报告”,<http://www.vccoo.com/v/ca9e14?source=rss>,2015年6月10日访问。

¹⁹ 第四条:最高人民法院案例指导工作办公室(以下简称案例指导办公室)负责指导性案例的征集、遴选、审查、发布、研究和编纂,以及对全国法院案例指导工作的协调和指导等工作。

程度、是否认可案例的造法功能,等等,因此,案例指导的未来,会出现多种可能,现在还无从判断。

尽管指导性案例的前途不明朗,尽管我们现在似乎可以悲观地将其视为一种新形式的司法解释(“以案释法”)或者将其适用上的力推活动视为法院内部的“以案学法”、“以案用法”、“以案说法”而已。但也的确不能不排除,因为其强化了下级法院对指导性案例的参照、引述的要求而增加了司法管理手段、更新了司法管理方式、丰富了司法运作形式。笔者在此希望,这样一个制度引入、改良以及强化适用,能逐步地让各级法院和各级法官感受到案例参照及适用的魅力,进而引发更大的可能。

论律师化解社会纠纷的途径与负面影响防范

张 栋*

摘 要: 律师对国家政治生活的参与程度乃是一国法治实现程度的标尺。律师具有参与公共事务的良好条件,对于化解纠纷应当发挥超越个案角色的重要作用。律师阶层作用的实现方式主要包括:参与立法,促进法律进步;进入国家政权机关任职;影响公正政策的制定和执行以及联系公众与政府,及时反映社会利益诉求等方面。律师是促进民主政治的重要力量,应当在我国的政治生活中发挥更加重要的作用。同时,律师业从其诞生以来,就一直备受争议。其对法治的负面影响主要表现在商业主义对律师职业的渗透、当事人利益绝对化和过度诉讼等方面,而要真正防范这些负面因素的失控,必须具有符合法治社会要求的法律文化和制度基础,要转变传统观念,确立权利本位,确立法律至上观念以及促进法律共同体的形成。

关键词: 律师 社会管理 纠纷化解 负面影响防范

在当今世界,一个值得注意的现象是,凡是法治发达国家,律师职业的用武之地都不仅仅限于法律服务提供者领域,他们在更广泛的社会事务管理方面发挥着重大的作用,对于化解纠纷应当具有超越个案角色的重要价值。“律师不应把自己的精力完全放在满足客户的个人需要上,而应该对公共利益感兴趣并且在确定和谋求公共利益方面发挥自己的领导才能。”¹法国 19 世纪的政治思想家托克维尔早在《论美国的民主》的论著中就认为律师在“行将诞生的民主政治社会负有重大使命”。²律师制度是民主制度的重要组成部分,律师是促进民主政治的重要力量。在人类政治文明发展史上,没有人能够否认律师在政治生活中发挥的重大作用。例如,美国作为一个国家的创立,便得力于杰弗逊、汉密尔顿等一批律师的卓越贡献。在美国,“现在每 20 位律师中有两位是联邦政府、州政府、县政府和市政府的雇员,司法部门还不计算在内。……律师人数占美国参议院人数的 2/3, 占众议院人数的 1/2, 占州长人数的 1/2 至 2/3。这些数字证实了首席法官斯托思的看法:“在我们的职业传统中,没有哪一种

* 作者简介:张栋(1971-),男,汉族,山东莱西人,华东政法大学副教授,法学博士。

¹ [美] 安索尼 T. 克罗曼:《迷失的律师》,周战超等译,法律出版社 2002 年版,第 19 页。

² [法] 托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆 1988 年版第 75 页。

像担任公共事务领导工作这样为律师们所爱干”³。可以这样说,美国律师扮演了一个很重要的角色,即向政府部门输送公务员,尤其突出的是“美国历届三十六位总统中有二十三位曾经是律师”⁴。其他发达国家如英、法、德国的律师在政府中供职的情况与美国相似。就律师在参与社会管理方面出现的这样情况,有分析认为:“从法治的需要来说,西方国家管理社会的重要手段是法律,法律在社会生活中具有十分重要作用,……西方国家为了实现法律的上述要求,广泛吸收律师从事立法和行政工作,试图建立起具有较高法律素质的文官制度,以维护自己的统治。律师充当公务员,在一定程度上提高了行政机关认识法律、选择法律和利用法律的能力,增强了行政机关在法律秩序中的活力。”⁵当然,律师参与政治生活最根本的理由是法治或依法治国本身。通过修宪,依法治国已经成为我国的基本治国方略。但是,这里所谓的法并不仅仅包括立法机关制定的法律条文,它还包括一整套丰富的法律专业知识、法律家分析解决问题的方法以及法治的意识。由法官、检察官以及律师所构成的法律家群体正是这种知识、方法和意识的载体。⁶在这个意义上说,律师对国家政治生活的参与程度乃是一国法治实现程度的标尺。作为法律的掌握者,律师具有参与公共事务的良好条件。他们将受理诉讼中得来的经验带入国家的治理之中,对于公共政府的形成起了推进作用。作为一个国家的管理者来说,律师阶层的角色是重要并富于开拓性的。

一、律师参与社会管理、在更广泛意义上化解社会纠纷的主要途径

一般而言,律师对社会纠纷化解的主要阵地是个案参与,通过在一个个具体案件中运用法律专业知识,达到明法析理、定分止争的效果。但在一个有良好法律传统的国家,律师的作用应不止于其个案角色的发挥,而应当在更广泛意义的社会管理层面面对化解社会纠纷发挥更大的作用。这主要体现在以下几个方面:

(一) 参与立法,促进法律进步

律师对法律进步的贡献主要表现在参与立法上。律师拥有丰富的法律专业知识和司法实践经验,可为立法工作提供有效的帮助。律师是最重要的法律服务阶层,直接面对法官、检察官和当事人,通过与公诉人的唇枪舌剑或者与对方当事人针锋相对,维护当事人的合法权益。律师站立在司法实践的最前沿,最了解法律适用的实际效用。虽然专门立法机关通过吸收法学专家进入,不乏深厚的理论功底,但是并非最贴近法

律适用的群体。律师通过其对法律适用、司法实践的切身观察,体会,将意见提交立法机关,可以弥补职能立法理论与司法实践现状脱节的最大不足。此外,律师通过与当事人打交道,对社会的观察了解,清楚民众的想法,聆听民间的声音,他们的立法建议更加贴近实际,如此反映在立法工作中,更容易改进立法工作,同时也能通过反映民众的意见,获得民众对法律的尊重。因此,从律师的职业特质来看,律师的职业特质和职业个性决定律师参与立法是很自然、很合理的事情。律师具有广泛的知识、灵活的思维、严密的逻辑、雄辩的口才和很强的文字表达能力,并且进行着长期的法律实践,能够及时地发现法律的缺陷和漏洞,这些为律师参与各级立法机关的立法提供了天然的基础。在美国,律师历来是法律起草委员会的重要成员,从1900年起,律师就占美国立法机构中全部职位的1/4以上。日本《律师法》第1条规定,“律师要在诚实执行职务的基础上,努力维持社会秩序及改善法律制度”。在改善法律制度方面,日本律师做了大量的工作,例如关于少年的立法,因为律师界的反对,使得严惩少年犯罪案件的立法意图未能实现。而在我国,律师的用武之地主要限于司法领域,律师这个“天然的立法资源”被长期忽视。近年来全国人大代表中,律师所占比例虽然较小,但也呈稳中有升之势。

律师参与立法,可以有效防止部门立法和行业立法的腐败。起草主体的单一化、局部化和地方化是阻碍立法质量提高的关键。从过去制定法规的立法惯例看,多数是由政府各职能部门或者行业协会承担起草任务。由于起草主体单一,个别部门或者行业协会都存在各自的局部利益。在立法实践中,一些部门容易将本部门的利益不适当地融入一些法规的草案之中。实践中,有的热衷于强化许可、收费、罚款等条款,而对制约本部门权力、保护管理相对人利益的内容考虑较少。有时甚至通过起草的便利争夺管理权和执法权,扩大部门权力和利益,维护不适应社会主义市场经济体制要求的旧体制、旧制度、旧方式。在古希腊城邦,为了防止立法的腐败,立法工作都是“邦外人”来操作的。现代律师的产生,是民主政治的产物。市场经济条件下,需要律师有自身的独立性,成为“邦外人”。而这种独立性反映在立法工作中,恰好是立法工作摆脱行政化,避免立法腐败所必须的。在国外,律师或者自己参加代议机关的立法选举,成为代表或者议员直接参与国家或地方立法工作;或者成为议员的“幕后英雄”,间接提交立法草案或者直接接受国家立法机关的授命,参与立法起草工作。这些立法草案,都凝聚着律师的智慧和思想。

传统的立法模式基本上是由相关部委主持法律的起草,而这此法律往往与他们的部门利益息息相关,出于部门利益保护主义的影响很可能产生立法的不公正。公众

³ [美]法恩兹沃思:《美国律师制度概论》群众出版社1986年版第37-38页。

⁴ 参见[美]马丁·梅耶:《美国律师》第11页。

⁵ 谢佑平:《社会秩序与律师职业》法律出版社1998年版第67页。

⁶ 贺卫方:《律师的政治参与》,载《中国律师》2001年第3期。

当然对于其能否保持公正产生怀疑,同时立法起草主体的单一化——“部门立法”也往往会影响立法质量的提高。随着法治现代化的进一步深入,情况在慢慢地发生变化,我国立法已越来越公正透明,公众以及各种利益集团介入法律的讨论和通过也越来越多,利益博弈已进入立法层面。从某种意义上,可以说我们正逐步走向一个透明立法的“立法博弈”的时代。应该说“立法博弈”构成了对“部门立法”的有效监督,抑制了立法不公正的产生,但要使“立法博弈”下的法律更加公平、公正,必须建立一种理性的、平等的“立法博弈”的机制。律师的客观性、中立性和专业性决定了其是“立法博弈”下一个不可或缺的代表社会利益的利益集团。平衡“大众立法”和“精英立法”的冲突需要律师参与。从理论上讲,“大众立法”应当是最真实、最纯粹和最高级的立法形式,但正如萨托利所疑惑的那样,“从原则上大可以认为,亲自行使权力应当是胜于把权力委托给别人,基于公众参与的制度比代议制更安全或更完善。但历史表明,古希腊的民主制度和中世纪的公社,不知为什么总是既骚乱又短命。”⁷究其原因,“大众立法”有其固有的弊端,如理性缺乏、知识欠缺、效率低下等等。相反,由“立法精英”负责立法的具体制度设计,不仅能够克服立法效率低、立法成本高、智力支持不足等问题,更重要的是,深谙法治理念、具备知识素养、富于立法技巧的“立法精英”,能够对狂热、盲目的民意作出冷静、睿智的判断,并在立法中理性、审慎地予以体现。这里的“立法精英”不仅是指学识渊博的学术型专家,也应包括具有丰富实践经验的律师等实务型专家。就律师的职业特质来看,律师以精英身份参与立法,相比较而言能够更有效、更胜任地实现立法目标。律师站在司法实践的最前沿,最了解法律适用的实际效用,有具有丰富实践经验的律师参与立法,当然更能洞察所立之法的适用缺陷并加以克服。从另一方而看,“精英立法”固然能克服“大众立法”的弊端,但其导致立法权享有者和实际立法者的分离,会产生立法的民主合法性危机,民众的立法话语权如何才能体现,立法如何体现“民意”,如何保护民众利益不被侵犯。一直以来,律师被视为是公民“私权利”的代理人。律师作为法律界人士,被民众期望追求真理和正义,这里的真理和正义代表了最广大民众的最广泛和最民远的利益。⁸应该说,律师直接参与立法,从某种程度上可以缓解“大众立法”和“精英立法”的冲突。民主原则是立法应遵循的一个基本原则。该原则要求立法主体具有广泛性和立法内容具有平等性。立法主体的广泛性表现为立法必须面向民众,民众具有参与立法与监督立法的机会。民众可以通过各种形式各种途径亲自或由其代

⁷ [美]乔·萨托利:《民主新论》冯克利、阎克文译,东方出版社1993年版第283页。

⁸ 郭永茂:《律师与社会利益的立法冲突——困境与对策》,载周旺生主编《立法研究》第3卷,法律出版社2002年版第280页。

表参与立法,提出立法建议,反映法律诉求。立法内容的平等性体现为在立法过程中要实现公权力与私权利的平衡,有些情况下甚至要向私权利作适当的倾斜,以维护实质上的公平。律师职业是一种社会中间组织,其权力来源是介于公权力与私权利之间的一种社会权力。其性质是为社会提供法律服务。律师在从事法律服务过程中有足够的机会了解公众的法律诉求,律师以民间身份参与立法,某种意义上说是民众参与立法的一种形式。在民意机关的立法过程中,通过代表不同利益群体的律师间的辩论交锋,可以达到各种利益的平衡与协调;在行政立法过程中,律师作为一种私权利的代表可以防止公权力的独断专行,实现公权力和私权利的平衡,从而使立法更加民主、公平。

律师参与立法,可以增强社会的认同感,提升律师的法律地位。律师参与立法是律师的政治功能的体现。在我国,律师作为治理国家和社会的天然资源被忽视了,他们更多的是被定位为“经济人”,是与政治无关的“边缘化”群体。相比较而言,在美国历史上,由律师出身的“议员、州长、部长、总统”占有相当大的比例。在本届美国国会中,律师出身的众议员163名(超过众议员的1/3),参议员58名(超过参议员的半数),在各行业中排名第一。在美国历史上的43位总统中就有23位曾经担任过律师。没有任何其它行业能比律师业培养出更多的美国总统了。以至于有人说在美国的“依法治国”是“律师治国”。这说明发挥律师的政治功能是法治社会的政治、法律制度所必然蕴涵的客观规律。⁹在我国,当前伴随着经济的快速发展,利益冲突与社会矛盾日益凸显出来,解决冲突与矛盾需要律师的参与。律师在客观上发挥着平衡社会利益、调节权力或权利冲突以及维护政治与社会稳定的重要作用,对于利益冲突与社会矛盾,律师及时发现并且将其引入法律轨道,把政治问题转变为法律问题并依照法律进行解决,从而使社会保持和谐、平衡与良性发展。目前律师这种政治作用的发挥最主要的途径之一就是律师对立法的直接参与,通过立法进行权利和利益的分配,从根本上解决利益冲突与社会矛盾,维护社会稳定。¹⁰

律师队伍的成熟与否,直接反映了法治化的进度。改革开放以后,我国恢复了律师制度,律师成为最早摆脱政府色彩的市场中介服务人员。高学历、高收入使律师成为中国最热门的行业之一。目前中国执业律师有10余万人,各类律师事务所9000多个。律师通过运用自身的法律知识,维护当事人的合法权益。但是,从司法实践来看,在法庭上,当众为法官斥责者有之,为公诉人羞辱者有之;在法庭外,为当事人拒之门外,甚至殴打致伤者有之,究其原因,一方面是律师尚未得到社会的普遍认可,

⁹ 宫晓冰:《只有专业的律师,没有专业的法官——美国律师制度评价》,载《中国律师》2010年第9期。

¹⁰ 参见骆绪刚:《试论律师直接参与立法》,载《甘肃政法成人教育学院学报》2007年第1期第60—61页。

一方面,与少数律师不甘“清贫”,违反职业道德,违法操作,自毁长城有关。律师通过对立法活动的主动参与,有利于树立法律服务阶层的形象,同时,有助于律师队伍提高整体素质,增强民众对律师职业的认同感,也有利于法治化的进程。

近年来,我国律师参与法律、法规的起草工作,如《刑事诉讼法》、《律师法》等多部法律的修改都广泛地征求律师的建议。2001年9月25日,中国首例由律师起草的地方法规《重庆市物业管理条例(草案)》经重庆市人大常委会的二读程序后通过,并于11月1日起正式实施。该草案的通过标志着我国在律师参与立法的进程中迈出了一大步。2004年山东德衡律师事务所和山东文康律师事务所分别接受青岛市人大常委会的委托,起草了《青岛市物业管理条例(修订草案)》和《青岛市城市房地产开发经营条例(草案)》。在广东省,广州市律协行政法律专业委员会受广州市政府的委托先后起草了《广州市行业协会管理办法(草案)》和《广州市公共场所控烟条例(草案)》两部地方性法规。2007年,重庆市司法局、重庆市律师协会还接受司法部委托,起草了司法部、公安部《关于律师代理劳动教养案件暂行规定》(征求意见稿)等等。¹¹

(二)进入国家政权机关任职。

从世界范围来看,通过直接从事政府工作,成为政治生活的成员是律师参与政治的最重要的体现和最根本的方式。因为律师只有进入国家机关任职,才能直接将自己的政治观点、执政方式等付诸实施,才能直接使各种利益诉求变为公共产品输出,从而实现自己的政治追求和社会价值。在国外,“法律专家往往被任命负责行政工作,他们虽不直接处理法律问题,可是他们所受的法律训练可以对他们大有裨益”。¹²美国许多州长、议员乃至总统都是由律师来担任即是这一方式的最好注解。律师通过角色转化,直接从事政府工作,不但能够提高政府对法律的重视程度,还可以增强政府在法律框架内处理问题的能力。我们不能期待由不懂法律,甚至视法律为羁绊的人组成的政府会真正施行法治。律师对法律规则有着敏锐的洞察,其走向政治,能将法律职业的思维方式、行为模式融入政府的管理之中。托克维尔指出,在美国“大部分公务人员都是或曾经是法学家,所以他们把自己固有的习惯和思想方法都应用到公务活动中去。”¹³ (“法学家”包括但不限于律师)。律师的职业属性也与法治政府的运作模式存在内生的相通。现代法治政府要求执政者在理性的决策程序下,加强对多元利益的认知,做到平息社会纠纷,消除社会矛盾,使得权力的运行呈现一种良性平稳的状态。律师具有理性审慎的思维方式 and 运用法律熟练地解决社会纷争的能力,其在把握法治

的理念,调整复杂的社会关系,平衡不同利益的冲突上,较之其他社会成员具有更为明显的优势。“律师们对不同利益的敏锐观察,对法律规范的准确把握,对论辩技巧的熟练运用,正是他们成为现代政府里最活跃也是最重要角色的原因。”¹⁴

(三)影响公正政策的制定和执行。

现代社会中,政府承担了大量公共政策的制定和执行职能。律师则从法律的角度,对政府的活动提出意见及建议,从而影响公共政策的制定和执行。从律师的知识特点角度来看。律师具有深厚的法律理论知识,同时也是运用法律知识处理各类问题的专家。政府的许多重大决策中都面临着许多层次的法律关系,可能涉及行政法、民法等各个方面。政府领导及相关工作人员可能也具有一定的法律知识,但未必具有全面的法律知识,尤其缺乏综合处理各种法律关系的能力。因而律师可以协助政府机关把好重大决策的法律关口。从律师的职业特性角度看,律师同法学理论专家比较,对于法律实务中出现的涉及社会政治经济生活方方面面综合的法律往往更有全面的了解与研究。同时,律师每天参与大量法律实务,诉讼经验丰富,积累了丰富的法律风险的防范经验。同时,由于律师长期从事法律服务,对于各部门法律有较为均衡的研究,擅于承担综合性法律服务。从这个角度来看,律师参与政府重大决策法律风险防范,可以从合法性方面给政府重大决策把关。从律师的独立身份角度来看,同公检法等法律部门的人员相比,律师更适合参与政府重大决策法律风险防范。由于政府也是法律主体之一,司法部门的人员参与政府重大决策,难免会影响政府的公正,同时也会影响群众对政府重大决策的信任。而律师作为提供法律服务的专职人员,有自由工作者具有的独立的身份,不存在制度限制及公正性的怀疑问题,有利于提升政府形象。另外,律师独立于行政机关,这也是与政府所属的法制办等政府法律专职人员的区别所在。法制办专职人员在行政上隶属于政府,在人事及财政上都受政府支配,正由于这样的特点,在具体的政府重大决策过程中,他们所提的法律意见有时候会流于形式,而律师不同,律师有自己独立的收入,管理体制上也不直接受制于政府,由于其民间身份,可以独立发表观点,可以从民众角度出发,敢于向政府“挑刺”。可见,律师对公共政策的决策和执行的对于维护法治及保障市场经济的发展具有重要意义。政治学理论认为,公民政治参与所做的“成本—收益”选择,可以影响到经济政策中的资源配置与社会效果,决策中的选择与结果直接挂钩,会迫使公职人员的政策行为要合乎经济的原则。即带有支持性的政治参与能够加强政府或执政党推进经济增长的力量¹⁵。市场经济实质上是法治经济,市场经济秩序的建立和维护等都以法治为

¹¹ 王健:《中国律师参政议政30年之痒》,载《民主与法制》2008年第19期,第13页。

¹² 谢佑平:《社会秩序与律师职业——律师角色的社会定位》,法律出版社1998年版。

¹³ [法]托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆1988年版第310页。

¹⁴ 贺卫方:《律师的政治参与》,载《中国律师》,2001年第3期。

¹⁵ 王浦劬主编:《政治学基础》,北京大学出版社1995年版,第228页。

前提和基础。正如古罗马法学家塞尔苏斯所言:“法律乃公正和善良之艺术”。律师参政议政是一种重要的监督方式,可以有效地监督和促进国家机关及其工作人员依法行政,减少滥用公权行为的发生,推动全社会牢固树立和大力践行私权神圣的法治理念,使维护市场经济秩序等各项法律获得普遍的服从。在形式上,律师以法律顾问的形式参与政府的决策,充当执法参谋是其中的一个重要方式。“美国法律界的另一重大工作领域,是在政府的各种机关里。在美国那样庞大和复杂的国家里,政府机构人多数有法律顾问,许多律师受雇于联邦、州和地方政府。”¹⁶律师可以其独特的视角为政府决策提供法律咨询意见和建议,或通过接受政府及其职能部门的委托处理法律事务,间接地参与政治,并与政府律师互补。

在我国,律师这一方面的作用已经有所体现。早在2002年年初,深圳市人大常委会就在全中国率先实行了法律助理制度。为兼职人大常委会委员聘请的第一批21名法律助理中就有多达14名执业律师。他们的主要职责是协助兼职委员从事立法和监督的工作包括协助兼职委员起草法规草案、议案及建议;在立法调研、听证、监督工作中,提供法律咨询意见;为兼职委员审议法规、议案提供相关资料和法律意见。深圳首创的以执业律师为主体的法律助理制度在全国产生了巨大影响并被各地人大常委会“复制”。海口、重庆、上海、成都、郑州、广东和湖北等地的人大都进行了类似的尝试。北京市人大常委会在2005年初还建立了一个200人的立法专家库,其中120人是律师。¹⁷近年来,在上海、浙江等地,政府已经普遍聘请律师担任法律顾问。如上海浦东新区成立的由70名资深律师、法学专家组成的法律顾问团,下设涉外经济法律、金融证券、建筑房地产、知识产权、企业改制与资产重组、行政法律、海商海事7个专业组。顾问团的主要职责是:参与新区政府宏观决策合法性和可行性研究;为招商引资、经贸谈判提供法律服务;为新区重大改革方案提供法律意见;协调、化解突发性矛盾纠纷,协助新区领导做好信访接待工作等法律事务。¹⁸

(四)联系公众与政府,及时反映社会利益诉求。

律师在执业过程中广泛接触社会各阶层,了解各阶层的利益诉求,通过及时向国家有关部门进行利益表达,使国家适时采取相应措施满足社会利益诉求。以维护国家的政治稳定。政治稳定是指一个国家在一定时期政治统治的稳定和社会秩序的协调,主要包括两方面,一是国家机构有序运转,二是公众同政府关系协调一致。政治参与和政治稳定之间存在着辩证的关系。一方面,政治稳定是实现普遍公民有效政治

参与的前提和基础。只有保持政治稳定,不断建立和完善有序的政治参与机制,才能为公民提供有效的利益表达途径和渠道。另一方面,有序的政治参与可以有效促进和维护政治稳定。因为政治参与是公民与政治体系发生联系的最直接的形式,必然影响到政治利益的分配。每个公民都想通过政治参与来获取自己想要获取的政治利益。事实上,他们也是以能够得到或部分得到相应的满足为限度的¹⁹。而有序的政治参与意味着政治系统输入公众利益诉求,使政府获得全面而又具体可靠的政治资源,输出相应的政治产品以满足公众的不同需求。“事实表明,较高水平的政治参与常常导致国民产品更平等的分配”²⁰,从而促进社会的公平和社会福利的发展,增进公众对国家的认同感和归属感,从而带来政治系统的稳定。必须指出的是,政治参与并不必然与政治稳定成正比关系,不适当的政治参与则会破坏政治稳定。根据奥尔森的集团理论,随着“分利集团”或“特殊利益集团”的增加,这些集团的分利行为侵入政治决策领域,使得群体间在政治上的分歧严重起来,“在分配问题上的意见分歧,加上由此而引起的政局上可能的多变与不稳定,甚至会导致社会的失控”。²¹实践表明,面对利益主体多元化、资源配置市场化的新情况,政府在加强社会管理中,遇到社会矛盾时如果总是冲在最前面,事事与群众直接面对,容易丧失回旋余地,削弱政府的公信力。而解决这些民事矛盾、行政矛盾和刑事矛盾的纠纷,以律师为代表的社会中介组织人员身份超脱独立、有高度专业知识,在政府、经济实体和群众之间能起到沟通和平衡的独特作用,有利于建立全过程、多渠道、全方位、法治化与柔性化的社会矛盾调节机制。在这一方面,我国律师的作用越来越受到重视。在上海、浙江等东部发达地区,律师在政府依法行政中以专业法律服务解决社会矛盾纠纷已渐成风气。在上海,律师参与19个区县政府领导的每周四的信访接待已形成制度。市直属律师事务所的律师志愿团成员每周一、三、五轮流参加市委、市政府的信访接待,每年平均接待来访市民3000多批7000人次左右。由于律师具有相对独立的地位和法律专业知识,易于得到上访人的理解和信任,从而缓和了他们和政府的对立情绪,避免了过激行动的出现,妥善处理了大量群体性上访案件和群体性纠纷案件,运用法律化解了纠纷。

比如,上访是地方政府最头疼的事情之一。而其中于城市而言,动拆迁造成的上访恐怕是最大的因素之一。而这也是城市中最容易产生突发事件、群体事件的,上海市政府尝试通过邀请律师参与来化解这一矛盾。无论像轨道交通还是世博会拆迁这类重大工程,在矛盾还没有被激化前,律师就已经介入。上海市律协于2003年在全

¹⁶ 陶髦、宋英辉、肖胜喜:《律师制度比较研究》,中国政法大学出版社1995版。

¹⁷ 王健:《中国律师参政议政30年之痒》,载《民主与法制》2008年第19期,第13页。

¹⁸ 杨金志、傅丕毅:《律师“参政”的突破》,载《瞭望新闻周刊》2006年5月8日,第8页。

¹⁹ 塞缪尔·亨廷顿:《难以抉择》,华夏出版社1989年版第184页。

²⁰ 塞缪尔·亨廷顿:《难以抉择》,华夏出版社1989年版第79页。

²¹ M·奥尔森:《国家兴衰探源》,商务印书馆1993年版第48页。

国首创由 264 名律师组成的“为被拆迁人提供法律服务律师志愿团”。2006 年上海律协还组织 15 名律师脱产半年参与化解信访突出矛盾。据了解,现在的上海不少区县,一旦发生群体性事件、突发性事件,乃至重大工程动拆迁,律师都在第一时间成为不可或缺的角色。曾经轰动一时的上海襄阳路市场关闭得以平稳过渡,龙华迎宾馆因无法正常经营而关门歇业导致 163 名在册员工集体信访的事件也圆满解决,这都有赖于法律顾问凭借其良好的沟通技巧,专业的法律素养,在政府和相对人之间形成缓冲带。徐汇区目前已将此种模式制度化常规化,在 2006 年建立了 17 家律师事务所组成的法律服务志愿团,为重大工程动迁区域内的各街道(镇)提供法律服务。在这个过程中,律师们还将徐汇区所有到北京上访的案子认认真真梳理一遍,提了四五万字的意见,每个案件都写,最后写成一篇《行政行为偏差的矫正》。²²在律师服务进社区方面,目前上海市区 103 个街道中的 91 个街道,和 100 多个乡镇中的 30 多个乡镇,与 178 家律师事务所签约。律师定期定点为社区居民提供法律咨询和服务,内容包括动拆迁纠纷、债务纠纷、遗嘱见证、房屋继承,赡养老人、劳动就业、工伤事故等方面。律师服务进社区,目的是为了普通百姓“请得到,请得起,信得过律师”,在全社会培养尊重法律、运用法律的良好风气,提高群众的法律维权意识。2006 年 2 月 27 日,上海市律师协会又推荐 21 位在劳动法、民法、法律援助等领域的优秀律师,为上海市总工会制定政策提供法律服务,为维护劳动者合法权益的重大、特殊案件提供法律服务。同时,上海市总工会和市律师协会还共同推进 19 个区、县和主要局(产业)工会的法律顾问团的建立,促进全市街道、乡镇工会普遍建立起法律顾问聘用制度,逐步建成覆盖全社会的职工维权法律顾问网络。²³

另外,律师也可以政府律师的身份辅佐政府管理。律师可以不在权力舞台的前沿抛头露面,但应对前台政治活动无时不施加影响。政府律师是指在政府机关中的公职律师,兼具律师资格和公务员身份,可为政府提供法律咨询、草拟规范性文件、代理法律事务等。

二、律师职业对化解社会纠纷可能的负面影响

律师业从其诞生以来,就一直是一个备受争议的职业,律师职业对法治的负面影响主要表现在商业主义对律师职业的渗透、当事人利益绝对化和过度诉讼等方面,而

²² 哲沅:《庙堂与江湖——上海律师参政议政冲动调查》,载《南风窗》2007 年 5 月上,第 18 页。

²³ 杨金志、傅丕毅:《律师“参政”的突破》,载《瞭望新闻周刊》2006 年 5 月 8 日,第 9 页。

要真正防范这些负面因素的失控,必须具有符合法治社会要求的法律文化和制度基础,要转变传统观念,确立权利本位,确立法律至上观念以及促进法律共同体的形成。

律师职业是一个内含多种冲突和矛盾的职业,这是由律师职业伦理本身演绎出来的,可以这么说,只要存在着律师制度,这些冲突和矛盾就不可能消除。这也就造成律师业从其诞生以来,就一直是一个备受争议的职业。正如纪伯伦所讽刺的那样:“你们乐于立法,更乐于破坏它们,如同海边玩耍的孩子,不倦地搭建沙塔,再笑着破坏它们”。²⁴近年来,一些社会热点事件引起了对律师制度的广泛的反思和讨论,当然对这些案件的处理见仁见智,而律师本身在执业过程中的行为的规范性、合法性无疑越来越受到人们的重视,要实现律师职业与法治互动的正面效果,就必须正视其对法治社会的负面影响,并切实有效地加以防范。

律师职业对法治的负面影响主要表现在以下几个方面:

(一) 商业主义对律师职业的渗透

所谓法律职业,按照美国著名法学家庞德的观点,是指“一群人从事有学问修养的艺术,共同发挥替公众服务的精神,虽然附带地以它谋生,但仍不失其替公众服务的宗旨。”²⁵有人说过,律师这种职业是神职和商人这两种职业之间的一种微妙的混合。换言之,律师这种职业本身即包含着公共利益和自身利益的冲突和调和。在《国富论》中,亚当·斯密做出了这样著名的论断,即我们每人所需要的饭食,不是出自屠户、酿酒师或面包师的仁慈,而是出于自利的打算。律师与屠户、酿酒师或面包师一样,也期望从其中获得收入。律师有一个发展的过程,几乎无人能够例外。它应该是这样的:刚进来的时候是要考虑经济利益的,首先是为了生存,没有生存,就无法发展。考虑经济利益的律师并不是坏律师,他只要是通过正当途径,靠诚实劳动来谋求经济利益的,就是无可厚非的,同时,他提供的良好的法律服务,实际上也是在推进法治向前进。许多投身律师事业的人都怀有理想主义的信念,想通过自己的知识和工作促进社会的公平与正义。但是,由于法律服务同任何其他劳务一样属于商品范畴,根据市场规律,律师只为那些掏得起钱的人服务,并根据收入的多少决定服务的水平。这样,在律师内心深处很难消除理想主义与经济现实主义之间的矛盾。这种矛盾的存在,说明了律师职业商业属性的存在。事实上,即使我们极力否认律师的商业属性,但一点也不影响律师营利的大众评价。在 19 世纪,社会整个职业倾向都朝着商业主义方向发展,从荣誉感衰落到趋向富裕的转变,已成为律师职业的特征,同时也成为

²⁴ 转引自陈长文、罗智强:《法律人,你为什么不争气?——法律伦理与理想的重建》,法律出版社 2007 年版第 3 页。

²⁵ [美]哈罗德·伯曼:《美国律师讲话》,三联书店 1980 年版,第 280 页。

社会本身的特征。在现代化的进程中,各种职业的价值取向都会受到经济利益的冲击。经济学原理告诉我们:人的自利性是社会进步的原动力,从业律师的个人追求是基本的人性的体现。²⁶谈到这个问题,不能不提美国,因为美国是拥有世界上最多的律师、法务市场竞争异常激烈的国家。一般认为,法律商业主义给美国带来了规模庞巨的事务所、律师阶层内部的分层、律师之间的相互疏远等消极后果。以财产多寡来评价成功与否的职业文化,使得律师事务所都把重点放在如何维持和扩大其规模、使合伙人获得更多的利润和回报,并将之作为是否成功的标志。逐利的心理,使得律师拼命地工作,并使得法务市场竞争白热化。同时,放任律师的逐利诉求,也使得律师把自己定位为“商人”。它助长了律师为了追逐顾客私利而肆意牺牲公共利益或者第二方利益的职业风气。在这种风气下,律师在公众面前的形象一落千丈。很多学者重点论述了法律商业主义背景下福特式(即流水线作业式)的大型律师事务所的消极影响。克罗曼在《迷失的律师》一书中,将政治家理想的“迷失”认定是美国律师陷入危机表现的同时,也把急剧膨胀的大型律师事务所及其营造的商业文化归咎为其中一个最为重要的危机根源。²⁷美国学者在探讨法律职业危机时,也重点刻画了企业化操作模式的大型律师事务所对律师实践和理想的巨大负面影响。他们还注意到,大型律师事务所服务的客户往往是巨型、富有权势的大公司——这对律师的独立和技术中立造成了不可低估的负面影响。²⁸律师职业出现商业性倾向是律师职业社会性之必然发展。其中,社会性是所有性状中最主要和最根本的属性。2007年10月28日,我国新修订的《律师法》第一条明确规定,律师是“依法取得律师执业证书,接受委托或指定,为当事人提供法律服务的执业人员”,这可以说是立法对律师职业社会性的认可。律师职业出现商业性倾向也是社会经济发展的必然。律师业的出现是社会分工的结果,但其商业性却不是自始就有的。在经济不发达的条件下或者人们的生活水平普遍比较低下的社会发展阶段,由于缺乏发育的社会基础,律师职业的商业性属性并不存在,它是后来随着经济的发展而逐渐形成的。如美国在殖民地时期是不允许向律师付费的,但是到了19世纪中期,律师业已经成为一个很赚钱的行业了,但此时美国的职业道德仍然不允许律师在收费问题上与当事人讨价还价,也告诫律师尽量避免涉及律师费的争论,除非是有必要阻止当事人的欺诈或律师费明显不合理。²⁹到了20世纪30年代,大财团的出现导致律师事务所不可避免地商业化,律师越来越多的收入成为衡量律师成就的标准。美国在这一时期律师职业商业性的过度膨胀,使律师业务从一项职业转

²⁶ 参见王鹤、牛庆军:《商业属性与律师文化》,载《安阳工学院学报》2008年第5期第14页。

²⁷ [美]安索尼·T·克罗曼:《迷失的律师》,周战超、石新中译,法律出版社2002年版,导言,第5页。

²⁸ Carl T. Bogus, The Death of an Honorable Profession, 71 Indiana Law Journal 911(1996).

²⁹ 石毅:《国外律师制度综观》,群众出版社2000年版,第241、245页。

变为服务性交易。波斯纳对此描述道,“法律市场日益增长的竞争特点使律师们感到自己就像小本生意人,而不再是当年骄傲的职业者,而在这一职业中进入领导地位的才能——以销售(寻求客户)为例——是商业竞争才能,而不是职业精神才能”,“经济变化已经改造了这一职业,正朝着竞争性企业发展”。³⁰波斯纳的这些描述除了说明市场经济的迅猛发展使律师职业的独立性受到了侵害之外,还说明商品经济高度发展在给律师职业的发展提供了广阔空间的同时,也的确会使律师的职业品质随着经济发展而变化。如果从我们比较熟悉的马克思关于人的本质是一切社会关系的总和的论断出发,可以这样认为:律师的本质是由物质关系决定的,现实的高度发达或发展的市场经济这一物质基础反映到律师职业上,就是律师职业商业性的必然出现。而伴随着市场经济发展和市场的越来越细分,律师职业的商业性倾向也越来越明显。对于律师职业的商业性无法简单否认,还因为律师职业事实上已经成为私人职业中最赚钱的职业之一,也因此吸引了更多人加入。根据美国劳工统计局最新薪资资料,律师和医师、客机机师的年收入是全美七大收入行业排行前三名的职业。我国律师职业的社会化也使得很多律师在经济上取得了令人刮目的成就,律师职业整体越来越被外界视为富人阶层。律师已被列为中国十大高收入的职业。尽管也有人称还有很多的律师生活艰难,但是,每年数十万人报考司法资格考试的盛况,足以说明律师职业对社会有着巨大的诱惑力,虽然,不排除有些人是受法律职业荣誉感的吸引。³¹伴随着社会经济的发展 and 律师职业属性的变化,使律师职业商业性获得了其存在的正当性基础,即律师职业作为市场主体之一,不可避免地会受到市场机制的影响——因为律师职业社会性的存在、有利可图的职业法律服务市场的存在,必然会造就营利的律师职业,使之成为一个商业性的职业。乌拉圭回合《服务贸易总协定》也明确界定了,法律服务是商业服务中的专业服务。而随着这种商业化的实践而来的是,法律职业内外对其定位问题上职业与商业的两分界限的模糊会导致一个结果,如果被视为一门普通的商业,传统的职业特权也就会剥夺。随着商业化带来的大律师事务所及公司法律服务部结构之中的“雇佣”模式;随着商业竞争压力的增强而不得不对当事人迁就;随着商业化的发展而不断强大的当事人等等种种因素,使律师职业的独立性在当代社会遭遇到了非常严重的威胁。可以说,社会需要社会化、制度化的专业技术和专家,但是自私的个人组成的行业,会以集体的行为,在职业的幌子下,向社会需要特权,成为“无灵魂的专家”。公众自然有理由怀疑授予律师职业特权的合理性。诚如戈登所言:“垄断企业的发展,导致了律师协会的必然专业化。……的确,最好的职业技巧和能力已被引入高

³⁰ [美]波斯纳著:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第74、78、89页。

³¹ 参见司莉:《律师职业商业性若干问题探讨》,载《求索》2008年第8期,第163页。

难的和高度专业化的商业和金融服务。就其有利的一方面而言,新商业体制给商业界带来了诚实信用和高效率、高技术水平;就其不利的一面而论,它使昔日有学问的职业演化成了商业的附庸;并且受到了市场道德和习惯中反社会因素的不良影响。无论如何,我们必须承认:这一事实告诉我们,律师协会的首席律师们和普通的律师一样,在整体上与他们的先辈相比,不可能是一个多用的专门人才,他们为公共服务和实事求是地运用法律的能力和才干已最大限度地被当事人的利益所吸引。”³²戈登的话虽不无夸张之嫌,然而可以肯定地说,不抵制律师职业中的商业主义风潮,律师这个曾经充满理想、充满荣耀的职业,就会堕落以至沉沦下去。在法律服务市场中,律师带有强烈的追求商业利润的目的去争夺民商、经济和非诉讼法律事务的代理权,甚至不惜牺牲正义和职业信誉以某些不道德的、违法的甚至是犯罪的手段来作为办案的辅助“技能”。正如有学者指出的,“对于法制而言,最根本的价值不是效率而是公正,不是利益而是信义。因此,律师职业必须与一般以营利为目的的商业活动划清界限。”然而,“应当承认,市场原理的普遍认可致使律师人数增加,并扩大当事人的选择范围。在竞争机制的推动下,律师也会改善服务质量,更严格地履行职业义务。……另一方面,律师虽然需要通过市场价格来显示其实用性和确立其地位,但如果市场原理得到充分贯彻,那么律师反而会在与非专业的法律服务人员的竞争中、在交涉和斡旋的实际过程中失去其身份特性。这就是法务市场的极其深刻的二律背反。”³³“法律商业主义”风潮使部分律师在商业利益面前迷失自我、在执业活动中片面追求个人经济利益的情况呈现出愈演愈烈的趋势。这必然会对一国的法治建设产生一定的负面影响。

(二) 当事人利益绝对化

律师职业所存在的问题,除了商业主义的大肆渗透外,还和现代诉讼制度以及这种制度下形成的律师伦理相关。自从律师制度产生以后,对正义与公平的追求,使律师职业摇摆于国家、社会、个人利益之间。律师是一个以法律为谋生手段的自利群体,古希腊的雄辩家代理案件虽不收取费用,但前提是非职业化。当律师成为一种职业时,对物质利益的追求无疑有了正当性。但律师毕竟不同于商人,他以法律为武器,参与国家的司法活动,使律师职业客观上与社会秩序、公共福祉联系在一起,这样,就产生了关于律师职业性质的不同论争。在西方国家,从律师制度产生到现在,基本遵循当事人主义的价值趋向,对当事人利益的忠诚,是律师职业伦理的核心,律师为了当

³² [美] 罗伯特·戈登:《律师独立论——律师独立于当事人》,周潞嘉等译,中国政法大学出版社1992年版,第3—4页。

³³ 季卫东:《现代市场经济与律师的职业伦理——法律人文主义话语的比较分析》,载孙国栋主编《律师文摘》2003年第1辑,法律出版社2003年版,第86页。

事人的利益可以对抗国家的权力、社会的压力和来自一切与客户利益相对立的力量

的侵扰。最为典型的是1820年伯罗汉(Brougham)在英国上议院为英女皇卡罗林辩护时说的一席话:“辩护人在实施其义务时,心中惟有一人,即他的当事人。千方百计地解救当事人,甚至为此不惜牺牲其他人的利益,是辩护律师首要和惟一的义务,在实现这一义务时,不必考虑他可能给他人造成的惊恐、折磨和毁灭。律师必须把爱国者与辩护人的义务区分开来,他必须不顾一切后果地工作,即使命中不幸注定他将把祖国卷入混乱之中。”³⁴对伯罗汉的这段话,历来颇多争议,有人认为伯罗汉的话说过了头,真理往前迈出半步就会变成谬误,律师对当事人的忠诚是有限度的,律师不能出卖自己的政治信念,“客户可购买的忠诚是有限的,因为律师职业的人格的一部分必须另外献给公益”³⁵;也有从职业伦理学的角度,很多学者激烈地抨击了律师对公众的无责任的职业伦理观,由此与拥护这种伦理观的学者们形成了激烈的论战。其中,最为著名和最具影响的当属发生在上世纪80年代初鲁邦与佩克两人的争论。³⁶戴维·鲁邦等人批判了对于那种以“律师的天职是维护当事人自治(自由)”的理论作为幌子,要求律师出于“党派性忠诚”,而不管当事人目的和动机如何,尽力以工具性伦理的角度去服务于顾客、替顾客利益积极辩护的观点。他们认为,一个人有自主决定是否撒谎的自由是件好事,但撒谎本身是件坏事。³⁷所以,顾客尽管有其为恶或者为善的自由,并不能从这种自由中就能推导出其恶的行径就不能得到惩罚。顾客的自由并不是天赋的,它的重要性源于它所保护的价值,如个人创造力、能动性、责任等。如果一个顾客的目的不是为了提升此价值,并把实质的损失强加于第三方,那么为之热心辩护的理论基础就缺乏道德的依据了。在这种情况下,律师对于其它人仍然负有道德义务。律师在这种制度中,不仅仅是积极代表顾客利益的辩论手,而且也是“法庭的人员”(officers of the court)。简单地说,律师有追求正义的特殊义务——他的义务所服务的并不是顾客的不可告人的目的,而是法治、诚实、公正的核心价值。美国曾经发生的一些典型事件就曾引发公众对律师职业伦理的强烈不满,要求对律师业加强管制的呼声也随之日益高涨。在1972年,美国纽约发生了一起著名的“快乐湖”(Lake Pleasant)案件。当时,发生了多名女性被奸杀的事件。后来,警方抓住了一名被控谋杀罪的男人,两名律师被指定为该犯罪嫌疑人辩护。当事人告诉两名律师,他还犯有两起不为警方所知的谋杀案。其中包括一起把一名在野外夜营的少女杀死。

³⁴ [美] 肯尼斯·基普尼斯:《职责与公义》,徐文俊译,东南大学出版社2000年版第60页。

³⁵ 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第245页。

³⁶ 参见[日] 棚濑孝雄:《现代日本的法和秩序》,易平译,中国政法大学出版社2002年版,第123页以下。

³⁷ David Luban, The Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper, American Bar Research Journal 637(1986); James E. Fleming, The Lawyers as Citizen, 70 Fordham L. Rev. 1699(2002).

两名律师按照当事人的指点,在一个废弃的矿井中发现了两具尸体,并拍了照片。这时,这位受害少女家长在警方的提醒下,也找到了其中的一位律师,希望能得到他们帮助,以找到尸体早点让他们的女儿安葬(他们确信他们的女儿已经被杀)。但这位律师否认掌握了任何信息。最后,过了好几个月后,直到他们的当事人坦白了这些罪行,这两位律师才告诉警方他们所掌握的信息。此时,受害者的尸体已经高度腐败。这种拖延给被害人家人带来了极大的痛苦和刺激。这个事情曝光后,整个美国社会一片哗然,由此引发了大规模对律师的“党派性忠诚”、“职业枪手”的伦理观定位的声讨。而与此几乎同时发生的水门事件,则又使得社会对律师职业伦理的关注和质疑达到了一个高潮。由于牵涉水门事件中大部分人都是律师:尼克松总统本人是一名律师;两位司法部长 John Mitchell 与 Richard Kleindienst 是官方聘请的律师;此外,尼克松竞选小组里其他人员也基本上都是律师。在这些律师中,尼克松企图掩盖事实,试图让法律听从自己的意志;他的两位司法部长, John Mitchell 坐在司法部长的办公室里冷静地讨论非法侵入;另一位 Richard Kleindienst 则公然撒谎;尼克松的私人律师则整天飞来飞去,为罪犯提供资金; Ehrlichman, Dean, Colson——名单其实远远不只这些。如此多的律师牵涉到这个载入世界史册的世纪大丑闻,使得很多人都激烈抨击和置疑律师界所自我吹嘘的高标准的职业伦理。法律职业内部也开始深深地反思这一状况。³⁸

总之,“法律家也是一个利益集团,他们宣扬法治的目的可能也是追求自我利益的增加。法律家无疑可从法治中得利。”³⁹由于律师们借助不断深化的程序正义实践而获得日益强大的话语权,并且可以经由营业性之路径转化为实际利益。在对抗型法治背景下,“程序公正使程序在时间和金钱上都更沉重了。”⁴⁰

(三) 过度诉讼

西方学者认为,20世纪末多数西方国家进行的民事司法改革源起于所谓的“司法危机”,它表现为许多国家民事司法制度的运作面临着许多困难,尤其表现在诉讼迟延和诉讼成本过高,其影响已超出司法制度而波及整个社会、经济体制。⁴¹鉴于在西方语境中,justice 兼有正义、司法之含义,并且正义是法治的基本原则,因此可以说“司法危机”也就是法治危机。诚然,西方国家出现“司法危机”的原因是多方而

³⁸ 参见蔡丽英:《律师独立与规制》,苏州大学2006年硕士学位论文,第33—35页。

³⁹ 贺卫方:《具体法治》,法律出版社2001年版,第9—11页。

⁴⁰ 宋冰编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》,中国政法大学出版社1998年版,第381页。

⁴¹ 比如,有美国学者指出,为诉讼而支付的直接与间接费用已经庞大到了美国经济学家在分析与预测经济时不能无视或轻视的程度了,诉讼费用已经削弱了美国的生产力与竞争力。律师为追求巨额律师费而招揽客户是司法制度过度使用的原因之一参见 Hoadley, Walter E., Excessive Litigation--Negative Force in the Economy, Business Economic, Oct. 1992.

的,绝不能简单地认为律师是“罪魁祸首”,但不可否认,对抗制法治语境下的律师是其中的一个重要因素。事实上,西方学者也承认“近年来,律师及其在对抗制中所扮的角色遭到了猛烈批评。”⁴²小岛武司更是明确把律师列为诉讼制度改革的一个主体。⁴³在这些学者中,美国学者奥尔森以20世纪60年代以来在美国出现的所谓“诉讼爆炸”现象为载体,全面分析了律师在其中的作用。他认为,律师及诉讼产业是诉讼爆炸的原因⁴⁴,理由是:首先,20世纪60年代以后,“美国的法律职业不仅仅放松了传统的道德规范的约束,那些道德规范不过是非常普通的要求,而且完全把这些道德规范踩到了脚下。直到60年代中期,美国律师协会道德准则第28条关于反对“挑起诉讼”的规定尚未发生变化。而此后,很多人开始认为挑起诉讼是鼓励公共事业,事实上是一种道德义务。于是,律师作广告、拉客户、挑起诉讼成为业务的重要内容。诉讼不再是当事人的最后的手段,而成为律师的第一需要。其次,胜诉酬金使律师受到巨大利益的有力刺激,去谋求最大数额的金钱。再次,律师与当事人的角色发生倒转。“导向新体制的每一步都倾向于提高律师的作用而压低当事人作用。……胜诉酬金使律师从经济上到心理上都成为诉讼的主导,这给予他们强有力的诱因,使他们按照自己期望的方向去强求和修正当事人的态度和记忆。在集团诉讼中,当事人逐步被搁置一旁,只有姓名被使用。最后,以私人一般代理权的名义,律师可以完全和公开地代表他们自己,为了意识形态或利润,或兼为二者而开始诉讼。”“而且,美国解除诉讼当事人的束缚每一步都变得越来越糟、越来越危险。胜诉酬金的扩大无限加剧了律师滥用的诱因。诱惑使律师一次又一次地把一部分制度弄乱,以得到当事人的权利。集团诉讼及其他类似策略的更广泛的利用,意味着更多的律师在没有与当事人商量的情况下活动。”最后,律师不受制约的强大介入权不断膨胀。奥尔森认为,美国之所以是个好诉的社会,是因为律师掌握着无比强大的介入权。“美国诉讼产业的庞大阵容的繁荣就是建立在这些介入权之上。”结论是:抑制诉讼的关键在于律师。⁴⁵可见,当我们在积极推进法治建设并大力倡导公民的权利意识和法律意识的过程中,以及在诉讼方式改革和扩大律师队伍的过程中,不应将诉讼率作为衡量法治水平高低的尺度。法治社会的实现是一个系统工程,除了应当有好的立法和执法外,还应当有好的法律文化和法律环境;法律不是万能的,法律制度只有与礼仪、道德的等其他社会规范相结合才能产生和谐的法治。因此,培养公民对法律的热爱和尊崇,树立法律至上

⁴² Pam Marshal, "Would ADR have saved Romeo and Juliet?", Osgoode Hall Law Review, 1998, Vol. 36, No. 4.

⁴³ 小岛武司著,陈刚等译:《诉讼制度的法理与实证》,法律出版社2001年版第13—23页。

⁴⁴ Walter K. Olson, The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit, Truman Talley Books, Dutton, 1991, 第31页。转引自范愉:《诉讼的价值、运行机制与社会效应——读奥尔森的〈诉讼爆炸〉》,载《北大法律评论》第1卷第1辑,法律出版社1998年版第170—173页。

⁴⁵ 参见蔡从燕:《律师角色的转换与法治的可持续发展》,载《东南学术》2003年第5期,第118—119页。

的精神是必要的,但没有道德支撑的法律意识是危险的,脱离了职业道德的法治可能导向以“诉讼爆炸”为典型的法治危机,而道德的价值导向与社会的其他纠纷解决机制的共同作用,则有可能弥补和缓解法律制度的缺陷和矛盾。法治社会并非诉讼社会,法治社会应当在为社会成员提供一个能得到公正审判的司法制度的同时,保证公民的权利能在正常的状态下实现,使诉讼成为例外。要充分调动律师的自身的智力资源,发挥其法律专业知识与技能的优势,尽快建立一个以律师充分自治和高度自律为首要特征的新型律师制度。虽然再健全的法律、再精密的制度,其防范及制约的作用也是有边界的,律师执业过程中的不良现象不可能在短时间内和一劳永逸地得到消除。”但是我们不能“一叶障目,不见森林”。律师职业对法治的负面作用并没有影响到绝大多数的律师一如既往地实现其维护人权及正义的职业使命,也没有影响到绝大多数的律师继续参与到公共政治生活中,为推动政治进步和法治进程做出卓有成效的贡献。

三、律师职业对社会负面影响的防范

防范律师职业的负面影响,应从以下几个方面着手:

(一) 转变传统观念,确立权利本位

律师职业产生的文化基础是权利本位的法律文化,它与义务本位的法律文化格格不入。而权利本位的法律文化只有在法治社会的环境之下才能真正发展和成熟。

就传统法律文化来说,具有悠久历史的中国法律文化经历了漫长的发展阶段,义务本位属于其精髓。在等级观念方面,中国传统社会长期的等级禁锢已经内化为人们对等级的认同,阻碍了人们对平等权的认识与争取,诉讼平等更是不易为人所接受。尊卑等级的关系在古代诉讼中也是由来已久,在长期的历史惯性中,人们的思维固化,认为诉讼不平等理所当然。这种法律观产生于中国“重本抑末”贬损商品经济的传统。它将授权性规范和义务性规范统统划归伦理范畴,偏狭、直观地把禁止性规范与法律规范等同划一。这样,就必然把丰富复杂的法律关系浓缩为个人对国家的义务关系,而将个人与个人之间的平权关系归属为道德修养,一切冲突和纷争都力求通过法外的纲常礼教去解决,使整个社会的法律调节系统只剩下了刑事镇压的功能。由于传统法律礼对法具有直接的调控结果,而伦理立法中最核心的内容就是亲情义务的法定化。因此,义务本位的基础来源于家族本位,古代社会这种单向的集体本位精神十分浓厚,而且愈演愈烈,其显著特点就是身份的尊卑情况决定了不平等的权利义务的反比关系。儒家的伦理法治为义务本位又提供了理论依据,专制主义的政治制度对义务本位

提出了法定的要求,中国古代法律是义务本位为特征的身份法律体系。这大大的阻碍了对平等观念的追求。这当然与律师制度本身所要求的争讼、平等、权利本位、法治观念是格格不入。

可见,中国古代法律历史源远流长,但这种法律主要维护的是社会等级制度和人身依附关系,它重视宗法伦理,强调义务本位,实行刑罚强制,形成典型的义务本位法律文化;而律师职业产生的文化基础是权利本位的法律文化,它与义务本位的法律文化格格不入。律师职业产生的制度基础是诉讼制度的对抗式和审判制度的当事人主义,而中国古代的诉讼制度是典型的纠问式诉讼,当事人在审判和诉讼中没有地位,没有任何权利,审判官是行政长官,司法隶属于行政,审判机关兼具追究、控诉和裁判职能。这种纠问式的诉讼模式没有必要设立律师制度,也不需要律师职业。当律师制度进入中国,人们首先想到的是与传统的讼师相比附,全然无法理解律师制度的本质内涵。两种不同法律文化的碰撞所产生的强烈震荡,对国人来说,要接受认知转而变成自己生活的一部分,这将是一个漫长的过程。这一过程只有在法治化的发展进程中才能内生为社会的集体自觉。因为法治是生于权利本位的土壤之上的。

律师职业与法治社会所要求的权利本位法律文化关系密切。权利本位的文化表现为:权利本身由于具有直接满足人的需要的属性而成为法律更多直接的追求,并努力达到以权利为基点的权利与义务的有机统一;它建立起尊重人的价值、维护人的尊严、确证人的个性的价值判断机制,促使社会成员广泛自由与权利的实现。为了实现自由与权利及秩序,法律是不可替代的手段。这种文化背景的社会为律师职业的产生与生存提供了适宜的氛围与土壤。律师为维护社会主体的法律权利、根本自由而存在,也只有在以权利为追求目标的社会中才能有所作为。在权利本位追求中,任何权利主体的正当权益都必须受到社会的尊重和法律保护;任何主体以非法形式实施了侵害行为都必须承担相应的法律责任,即使这种侵害源自国家机关也不例外。所以,了解法律权利的内容、正确行使法律权利以防止与救济正当权益被侵害是每位社会主体生活中不可缺少的重要内容,因而律师的帮助亦不可缺少。律师职业的产生与繁荣也正是随着权利文化的发达而发展的,而律师职业的负面影响的防范也有赖于权利文化的真正发育。

(二) 法律至上观念的确立

律师职业活动不可避免要依据法律与权力机关对抗,律师职业的一些负面影响某种程度上是部分律师为自身生存不得已而为之的。因此,在法治社会中,法律至上原则的确立是律师正确履行其职能的前提条件。

所谓法律至上,是指法律成了一个社会最主要的控制手段,法律具有最高的权威,法大于权,正式的法律不因局部政策的变化而随意修改或废止。罗斯科·庞德认为,实行社会控制的手段有三,即法律、道德和宗教。在开始有法律时,这三者是很难分开的,但是,庞德又历史地认为,“从16世纪以来,法律已成为社会控制的首要工具。”⁴⁶日益与道德、宗教、政策控制手段相分离,主要是由于社会分工的发达、细密和专业化程度的提高,法律越来越多地体现为一种专门的技术知识,法律和法律活动也就较少直接受社会生活的波动而激烈变化。“这种稳定性和自主性会使法律日益显得中立,显得是一种社会公正、正义的象征,而不代表某个个人、社会集团、社会阶层,甚至某一特定时刻社会大多数人的直接愿望。这样的法律自身、法律所体现出来的原则和价值,就容易获得一种神圣感,成为一种客观化、实体化的存在。”⁴⁷而法律职业共同体成员只忠于并且是通过服务于司法来忠于法律,他们便会不遗余力地维护这种“神圣的、客观化、实体化”的法律,成为法律的维护者。他们的形象与法律同辉,因而,法律至上给予了他们极为崇高的社会声誉、地位和权力,从而为其法律结论被社会成员广泛接受和服从打下了坚实的社会观念基础。另一方面,法律至上是法律职业共同体获得权力保障的需要。法的历史表明,法的基础是利益关系,它从一开始就扮演着界定和调整社会公共利益和个体私人利益的角色,是利益关系的调适器。因此,在法律上,社会公共利益和个体私人利益不仅都有其意志宣示,而且都有法律背后的国家权力或国家强制力的实现保障。国家权力不仅保障社会公共利益的实现,同时也保障个体私人利益的实现,并且有非常明显的权力分工:为了宣示社会公共利益和个体私人利益各自的意志以及对二者相互关系的评价和利益轻重的取舍,国家权力次生了立法权,制定、颁布各种法律规范;为了保障社会公共利益或国家利益的实现和免受侵犯,国家权力次生了行政权;为了保障个体私人利益的实现和免受侵犯,国家权力次生了公民权(从终极本质上说,公民权也是一种权力,它最终也是靠国家权力来保障其实现的);为了裁判行政权与公民权各自之间和相互之间的冲突,国家权力又次生了司法权。撇开公民权不说,从历史和现实来看,司法权与立法权和行政权相比,是其中最弱的,也是最容易受到侵害的一种国家权力,要想与立法权和行政权相抗衡,司法权还得借助于法律。法律与权力是一对矛盾,它们既相互依赖、互为条件,又彼此对抗、彼此制约。这种对抗、制约的一面表现为:“法律不仅以权力为后盾和基础,同时又限制、制约权力;权力对法律不仅有支持功能,还具有抵制作用;因为作为一种非人格化的普遍的支配力量,法律总是试图将权力控制在一定的范围内,用权力的善

⁴⁶ [美] 罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制—法律的任务》,商务印书馆1984年版,第131页。

⁴⁷ 苏力:《法律活动专门化的法律社会学思考》,载《中国社会科学》1994年第6期,第122页。

的方面控制权力的恶的方面。”⁴⁸解决法律与权力对抗的方案在不同政治制度下有不同的模式。在君主专制的政治制度下,法律被置于个人的不受控制的权力之下;而在民主政治制度下,法律与国家权力的关系呈现出这样的格局:“法律既控制着权力,同时又表述着权力,这就像一道工序的两个方面”,⁴⁹即在二者的位阶上,法律至上。这也就是说,虽然法律是以国家权力为基础的,但国家权力的具体分工和运行程序均由法律规定之,超越法律设定的轨道和程序而行使的国家权力包括立法权、行政权、公民权和司法权自身,均是无效的,相对人对此有拒绝的权利而无服从的义务;而且根据法律对国家权力的分工,立法权、行政权和公民权是否在依法行使,要由司法权来裁断。这样,在法律至上的旗帜下,司法权的独立和权威性得到了有力地维护,法律家们就可以放心地、不受其它权力非法干扰地处理各项法律事务,在他们协力配合下产生的裁判结论也就具有极高的权威性。⁵⁰

总之,在具备法治传统的国家,法律至上早就成为了社会公共生活中的实际原则,权力必须受到制约,法律权威高于政治权威是包括国家机关在内的社会主体公认的观念。在这样的社会,律师将如鱼得水,律师维护人权的作用就能得到充分的发挥。相反,如果一个社会没有确立法治传统,法律缺乏权威,权力大于法律,社会政治实际由领导人的权威支配,则律师维护人权就缺少坚实的基础,人们将弃法律途径而寻求通过人际关系、贿赂等非正式途径求助于权力主体以实现自己的利益,权力寻租将会泛滥,这时人权也就丧失了权利的资格,而必须仰仗权力主体的恩赐了。

(三) 法律职业共同体的形成

法官、检察官和律师均是以法律事业为职业的群体,在法治发达国家这三种职业构成法律职业共同体,尽管职业分工不同,但他们分享共同的知识背景、思维方法和评价体系,人员具有职业界别的流动性。这样构建起来的法律职业,使法官、检察官和律师相互间有强烈的认同感,能够在注重学识的基础上评价对方的言行,并把赢得职业同行的赞赏作为衡量自己成就的标准,在遇到问题、发生冲突时能够换位思考、更好地沟通和互相理解,而不是互相轻视甚至敌视。他们不仅相互间结合为一个精神上高度统一的职业共同体,而且在社会上构成一个专门的法律家阶层,“假如在民族中根本没有一个核心力量听候召用,他们熟悉法律并为了法律而负起责任;假如没有法律家阶层,任何法律秩序都不可能生存。”⁵¹他们是法律秩序的载体,是法律价值的卫道士,是法治社会中一种基础性的力量。在法治与法律职业之间存在着互为表里的

⁴⁸ [美] E·博登海默:《法理学—法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第344页。

⁴⁹ [英] 罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,华夏出版社1989年版,第132页。

⁵⁰ 参见宋贻强:《法律职业共同体论纲》,南京师范大学硕士学位论文,第23、24页。

⁵¹ [德] 古斯塔夫·拉德布赫:《法律智慧警句诗》,中国法制出版社2000年版,第133页。

关系,法治是以法律职业为运作的载体,法律职业则维护法治并从中获得成就。

在法律共同体的形成过程中,西方法治国家普遍推行法律职业者一体化的培养模式。通过共同的培训使将成为法官、检察官的人能理解律师的业务和工作性质,也将成为律师的人能体验法官的实际工作,了解检察官的立场,同时使法学学者通过对他们的培训了解实践,完善理论。这些未来的法官、检察官和律师以及法学学者之间在经常进行的充分的思想交流中,在不断的切磋中,形成了法律言语和法律职业一体化的意识,这种共同的言语和意识使他们在专业上的判断趋于一致。经过统一的培训,缩小了法律人之间的差距、排除了彼此间的偏见,强化彼此的认同感,促成法律职业者共同使命感的形成,并在此基础上达到群体共生的效果。在西方国家,律师、法官、检察官不仅具有大致相同的学识背景,在人事上是相通的。有的国家律师和检察官没有严格的职业区分,不少国家的法官从律师中选任,统一的资格考试或专门的职业训练,使他们互为一体。例如,英国高级法庭的法官一定从出庭律师中选任,大多数高级法官是从杰出的皇家律师中任命。澳大利亚和新西兰的法官从律师中选拔,一般需要从事7年以上律师工作,才可以担任法官职务。日本的律师,经司法官考试合格后,需要到司法研修所学习两年,学习期满,考核合格后,才能成为候补律师,从事律师辅助化工作,然后还需要在法庭或政府工作五年以上才能取得正式律师资格。日本的律师与法官、检察官一起被称为“三曹”,被誉为法制建设的“三根支柱”。美国把律师与法官喻之为“车之两轮”,法官也要参加律师资格考试,辞去法官后,还可以以律师的身份继续从事法律职业。如此构建的法律职业,是一个精神上高度统一的法律共同体,从业人员有着共同的语言、职业习惯、职业的思维方式以及职业的信仰,因此,法律界内部的沟通和交流能够顺利的进行。

可见,西方法治社会得以建立,其制度性的社会结构基础在于市民社会的成型和发达,即大规模的商品化带来了经济和社会的发展,这种发展导致相对于国家和私域而言的第三领域——自治领域(诸如区域自治、团体自治和职能自治领域)的诞生,这一领域能够不受国家权力的支配来建构自身并协调其行为,同时又能够相当有效地决定或影响国家政策之方向,这一领域既有权利的要求,又有限制权力的力量,因而构成了法治社会的结构性基础。从法治的内在思路来看,法治要求法律具有最高的权威,要求一个完美无缺的法律文本,而且要求一个独立且中立的法律阶层,这些无疑都向职业化的法律群体提出了要求,法律职业共同体的诞生和存在当属必然。就法律职业共同体所致力目标——秩序和正义而言,由于它是整个法律和政治制度的一部分,所以整个社会制度也要通过法律追求一个更完美的社会。同时,在法律制度和法律实

践中。法官、检察官和律师的独立以及学者的超然在事实上也导致了法律职业群体相对于国家和其它社会团体的独立。如果没有全体法律职业者的支持,法律制度是不可能发挥作用的,而目也只有这一团体的独立与自治,才能在制度上和观念上维护法治社会的存在。一个健康成长的法律共同体,对法治的推动力是不可估量的。法律共同体是法律权威最稳定、最持久、最可靠的基础。以法律为业的法律共同体成员,以法律为其安身立命之本,因此他们必然要捍卫法律的权威。同时法律的权威在很大程度上是由法律共同体成员的竭诚服务所体现的。民众对法律的认识主要是在与法官、检察官、律师等法律工作者的直接或间接交往过程中形成的。因此很难想象,一个社会中法律工作者声名扫地而法律却富有权威。历史经验告诉我们,只有提高法律共同体成员——法律工作者的地位,才能最终促成法律权威的提升。法律共同体是人民权利的保护神,是形成法治政府的前提条件。权利意识、公平正义观念深深地扎根于法律共同体成员的头脑中,通过他们处理具体纠纷、解释法律规则、阐述法学原理等职业行为捍卫人民权利,限制政府权力,昭示公平正义。律师是法治建设共同体的有机组成部分。从各国法律共同体的组成来看,律师是一国法律共同体的主体力量之一。在现代多数国家中,律师是数量最多、深入社会生活最广泛的法律职业者。因此,法律职业共同体的形成过程代表着法治社会的发展阶段和状态,反之,法治社会的成型与否也决定着法律职业共同体的存在及水平。⁵²当法律由同质的职业共同体执掌的时候,人权将成为法官、检察官、律师共同追求的价值,并将超越部门利益的局限,统合控辩过程中的分歧、对立,控辩双方只是基于法律并在程序的范围内展开辩论和对抗,不会将程序内的矛盾引向程序之外,演变成你死我活的政治斗争,法官将恪守中立而避免压制律师的意见,律师能够真正发挥作用,律师职业也才能健康发展。

⁵² 参见张文显、卢学英:《法律职业共同体引论》,载《法制与社会发展》2002年第6期,第14页。

论刑事纠纷解决中的认罪协商

叶肖华*

摘要: 为求快速终结刑事案件,节约司法资源,在我国刑事纠纷解决中适用认罪协商制度,已成为一个相对现实且合理的选择。认罪协商的适用需要综合考量效率、正义、和谐、宽严相济等多元价值目标。认罪协商应当适用于非重罪案件,建立在犯罪性质确定的基础之上,限定于刑的协商。认罪协商的合意及于检察官和被告人二者之间,而不及于法官。

关键词: 刑事纠纷;认罪协商;非重罪案件;刑的协商

“Plea Bargaining”一词,在我国大陆地区常被翻译为“辩诉交易”,在台湾地区则被翻译为“认罪协商”。诚如维特根斯坦所言:“一个语词的意义就是它在语言中的用法”。¹不用太在乎去定义一个词,关键是要看人们在日常生活中怎么使用它。从“Plea Bargaining”的内涵及民众的可接受度考量,将其翻译成“认罪协商”更为妥帖。协商、协议、谅解,甚至被称作交易,其实都是程序性结案方式,这些不同的说法并不存在实质上的差异。

一、认罪协商在刑事纠纷解决中的争论

在我国刑事纠纷解决中适用认罪协商制度,这已不仅仅是学术界争论的话题。据2002年4月19日的《法制日报》以《国内辩诉交易第一案审结》为题的报道,黑龙江牡丹江铁路运输法院已开始运用“辩诉交易”的方式审理案件。这又引起了社会各界对认罪协商制度的广泛关注,激发了一场刑事诉讼制度革新的大讨论。显然,国内学术界和司法实际部门对我国应否和能否借鉴美国的认罪协商制度存在赞同说、否认说和折中说三种观点。

持肯定说的学者主张认罪协商所具有的辩诉协商机制值得我们借鉴,将认罪协商机制引入我国具有现实的必要性。(1)有利于提高诉讼效率,尽快结案,减少积案,

基金项目:国家社科基金:“刑事审判程序分流研究”(10CFX032)的阶段性成果。

作者简介:叶肖华,浙江工商大学法学院副教授,法学博士,博士后,硕士生导师,中国政法大学法律实证研究中心研究员。

¹ [奥]维特根斯坦:《哲学研究》,李步楼译,北京:商务印书馆,1996年,第31页。

解决案件拖延甚至久拖不决的问题,并降低诉讼成本,节约司法资源。(2)体现了刑事诉讼的民主性,是对被告人程序主体地位的肯定,有利于培育尊重被告人程序主体地位的观念,并使其获得实际的好处,即因其认罪而免除一系列的诉讼程序,并可获得较轻的处罚。(3)有利于将我国长期实行的“坦白从宽”的刑事政策法定化并真正贯彻执行,真正体现鼓励被告人认罪的精神,有利于促使犯罪人认罪和悔罪,有利于其回归社会,在一定程度上有利于解决司法实践中普遍存在的刑讯逼供与超期羁押问题。(4)有利于被害人的权利保障。辩诉交易能满足被害人尽早从讼累中解脱出来,节省被害人在诉讼过程中的开支,降低其诉讼成本。² (5)能顺应对犯罪嫌疑人作出迅速处理的国际大趋势。³

反对引入认罪协商的学者认为认罪协商是一项倍受争议的制度,多数国家都对它采取了极其谨慎的态度,认罪协商不适合我国国情,我国不应当、也没有必要采用,主要理由如下:(1)认罪协商是特定条件之下才能正常运行的制度,不符合中国的法律精神和司法实际。(2)认罪协商会强烈冲击侦查、起诉和审判制度,破坏正在逐步完善的程序法制,加剧司法腐败。(3)认罪协商不利于鼓励有罪被告人认罪、悔罪,也不是解决刑讯逼供、超期羁押等问题的适当手段。⁴ (4)我国的诉讼模式不能为认罪协商中的被告人提供充分的保护;我国法院并不存在刑事案件的积压,因而不存在引进认罪协商的需要;在当前情况下,即使引进认罪协商,也无法达到保障人权、提高效率的效果。⁵

折衷说则认为应当全面认识认罪协商,认罪协商在一定范围内是必要的,因为交换是一种基本社会机制,同时也是一种诉讼机制的观念;诉讼是一种“风险博弈”,为规避风险降低成本可以实行和解与妥协的观念;通过诉讼实现正义的有限性,即“有限正义”的观念;正义实现必须付出代价,即“正义有价”的观念。在我国目前的国情下,为防止和减少认罪协商的负面效应,在制度设计和操作中应当更为谨慎。⁶认罪协商对我国的积极意义可能很有限,我们还应当警惕其所可能引发的一些弊病,我们若想要吸收认罪协商制度所能带来的好处,就必须在刑事法律制度及刑事法律观念等诸多的方面进行相应的调整。⁷

“尽管不值得炫耀,辩诉交易毕竟胜利了。它以非暴力的方式悄无声息地夺取

² 陈卫东:《从建立被告人有罪答辩制度到引入辩诉交易——论美国辩诉交易制度的借鉴意义》,《政法论坛》2002年第6期。

³ 刘根菊:《确立中国式辩诉交易程序之探讨》,《政法论坛》2002年第6期。

⁴ 孙长永:《珍视正当程序,拒绝辩诉交易》,《政法论坛》2002年第6期。

⁵ 易延友:《辩诉交易应当缓行》,《法学》2003年第12期。

⁶ 龙宗智:《正义是有代价的——论我国刑事司法中的辩诉交易兼论一种新的诉讼观》,《政法论坛》2002年第6期。

⁷ 王敏远:《“辩诉交易”及其借鉴分析》,《政法论坛》2002年第6期。

了刑罚的领地。”“与多数历史的赢家一样，辩诉交易之所以取胜，在很大程度上是因为它符合当权者的利益。”⁸进入社会转型期，由于人们观念的转变与多元化以及人员的高度流动化，国家对社会的控制力大大减弱。于是，高犯罪率伴随社会转型悄然而至，出现了大规模的刑事纠纷。国家的司法资源是一种“有限财”，并且可能还存在绝对恶化和相对恶化的状况。⁹刑事诉讼是一项大量耗费国家司法资源却又不可或缺的司法活动，司法资源的稀缺性和易耗性决定了国家在刑事诉讼中总是力图以最小的投入来获得最大的产出、获取最大的社会效益，也就是通过少用或者不用刑事资源（主要是刑罚）来有效地惩罚和预防犯罪，处理刑事纠纷。面临汹涌的犯罪浪潮和有限的司法资源的掣肘，如果每一刑事案件均依正规程序一步一步走下来，任何国家都将不堪重负。于是，将大量刑事纠纷案件从正规程序中分流出去就成为合理而正确的选择。为求快速终结刑事案件，节约司法资源，减少法院的负荷，执法者利用各种不同方式与被告人进行协商，似已成为一个相对现实且合理的选择。

二、认罪协商制度的比较法考察

（一）认罪协商程序的启动

认罪协商传统上与英美法系相联系，产生于19世纪的美利坚合众国。英美法系的认罪协商是建立在“罪状认否程序”基础上的，有罪答辩通常都是认罪协商的结果。控辩双方均可启动认罪协商程序，控方通常会提出答辩提议，辩方就此进行讨价还价，从而达成协议。主动启动认罪协商程序的一方往往被认为是处于劣势，事实上并不尽然。大陆法系因为没有“罪状认否程序”，程序的启动权较容易行使，不以被告人有罪答辩为前提，当事人均可提出适用该程序的要求，而不需要双方合意。但在台湾地区，认罪协商的申请权专属于检察官，只有检察官才有权向法院申请进行协商程序，被告方只能请求检察官申请，而无权自行申请。

（二）认罪协商程序的适用范围

自从19世纪中期陪审制戏剧性地让位于认罪协商制后，认罪协商在英美法系国家即兴盛起来，可适用于各种类型的轻罪和重罪。时至今日，认罪协商已成为美国刑

事司法实践中不可或缺的制度，“可以毫不夸张地说：没有辩诉交易，就没有目前的美国刑事审判制度。”¹⁰“整个美国的刑事司法制度就会面临崩溃的危险。”¹¹大陆法系国家的认罪协商一般不适用于重罪，比如德国的协商性司法主要适用于各种轻微犯罪以及重大疑难的经济犯罪、环境犯罪、税收犯罪和毒品犯罪等新型犯罪案件，“严重的犯罪案件（尤其是那些涉及严重暴力的犯罪案件）中不存在被告人的有罪答辩。在这些案件中，对事实真相的发现不应当以和解来代替。”¹²意大利检察官不可为罪名协商，只能进行量刑协商，并且量刑协商所为宣告刑必须为五年以下有期徒刑、拘役或罚金。台湾地区协商程序适用的范围则明确规定须为非重罪案件，即“除所犯为死刑、无期徒刑、最轻本刑为三年以上有期徒刑之罪或高等法院管辖第一审案件外”之其他刑事案件。

（三）认罪协商程序的协商主体

在美国，认罪协商的主体是控辩双方，实际上参与协商讨论的人一般是检察官和辩护律师，法官一般不参与具体协商过程。英国律师则与法官之间有沟通的自由，但是，对任何讨论，法官都应与控辩双方的律师一起进行。德国协商性司法的主体主要是法官和辩护律师，协商以一种较为谨慎的方式进行。在意大利，即使检察官不同意，被告人也可以要求法官依法减刑，法官可以越过检察官，直接与被告人达成协议。台湾地区协商程序的主体为检察官和被告，他们均可要求对方与其协商，但检察官在协商之前得征询被害人意见或应得被害人同意。

（四）认罪协商程序中协商的内容

美国认罪协商的样态最为完整，包括罪的协商、刑的协商、罪数的协商和组合协商。罪的协商，即检察官以“较轻之罪”交换被告人有罪之声明；刑的协商，即检察官以“较轻之刑”交换被告人有罪之声明；罪数的协商，即指检察官以数罪起诉，协商后被告人同意就其中的一罪或数罪认罪，检察官则请求法院驳回其余之罪；组合协商，即协商同时包括“罪”、“刑”、“罪数”的协商。在英国，只有指控协商，而没有美国法意义上的量刑协商。德国、意大利和台湾地区因采起诉法定原则，检察官不得为罪名协商，只能为量刑协商。

（五）认罪协商程序中法庭的审查

各国一般规定法庭应当对认罪协商的案件进行审查，确保被告人有罪答辩的自愿、明知和理性，并且答辩有事实基础，法庭应告知被告人指控犯罪的性质及其作有罪答辩的后果。法庭不受答辩协议的约束，可以接受协议，也可以拒绝协议。

（六）认罪协商程序中答辩协议的效力

在认罪协商中，答辩协议等法院接受后，一般就具有了法律上的效力，案件即不进入正式庭审。但在德国，协商没有明确的协议，对法官和检察官并无法律上的拘束力，而有事实上的拘束力，被告人认罪并不能免除审判，只是缩短了审判。

⁸ [美]乔治·费希尔：《辩诉交易的胜利——美国辩诉交易史》，郭志媛译，北京：中国政法大学出版社，2012年，“序言”，第1页。

⁹ 司法资源的相对恶化是一种更为常见的状况。如从1960年到1995年，美国联邦地区法院法官数量从237人增加到604人，增长了2.5倍；法院雇员从5562人增加到了26265人，增长了4.7倍，但每个法官处理的案件数量仍从341件增长到了470件，增长了40%；这意味着案件数量的大幅度增长超过了司法机关投入的人力资源和相应经费的增长。而法院各个民、刑事案件完整庭审的天数加起来从1960年时的22006天增加到了1995年时的60574天，增长了2.75倍；同一时期法官数量只增长了2.5倍；这意味着法官人均庭审负担实际上加重了。参见[美]理查德·A·波斯纳：《联邦法院——挑战与改革》，邓海平译，北京：中国政法大学出版社，2002年，第10页、第72页及附录表A.2、表A.3和表A.4。

¹⁰ 宋冰编：《程序、正义与现代化：外国法学家在华演讲录》，北京：中国政法大学出版社，1998年，第438页。

¹¹ 转引自陈瑞华：《刑事审判原理》，北京：北京大学出版社，1997年，第381页。

¹² [美]弗洛伊德·费尼、[德]约阿希姆·赫尔曼、岳礼玲：《一个案例 两种制度——美德刑事司法比较》，郭志媛译，北京：中国法制出版社，2006年，第330页。

三、刑事纠纷解决中适用认罪协商的正当性基础

认罪协商所蕴含着的价值理念是制度创新的理论支柱和内在动因。认罪协商制度的产生和发展,是效率、正义、和谐、宽严相济等多元价值目标和诉讼理念相互交叉和博弈的结果。

(一) 效率

效率理论是认罪协商制度最基本的正当性基础。“与秩序、正义和自由一样,效率也是一个社会最重要的美德。一个良好的社会就必须是有秩序的社会,公正的社会,自由的社会,也必须是高效率的社会。”¹³效率是人类社会活动追寻的主要价值目标之一,司法活动也概莫能外。正如匈牙利学者阿尔培德·欧德所说的那样,“在我们当今的时代里,几乎所有刑事司法程序改革都有两个基本目标:一是发现实施一种迅速、简便和成功程序的新方式和新途径,换言之,使刑事诉讼活动的进行更有效率;二是确保诉讼参与人的权利,这与公正的要求密切相联。”¹⁴诉讼效率具有诉讼经济和诉讼及时这两个面向的含义。诉讼经济是指“于达成诉讼目的之前提下,要求迅速审判,讲究程序之简化、合并与维持,避免程序浪费或重复之程序法上之共同原则。”¹⁵诉讼及时是指刑事诉讼应当不拖延地进行,不得有不必要或不正当的拖延。“及时是草率和拖拉两个极端的折衷。人们都不希望在无充足时间收集信息并思考其意义的情况下草率做出判决。在一定程度上讲,这一情况影响结果,因为草率作出的判决容易出错。但是,相反的情况,即审判拖拉,则不会影响结果,但人们并不愿意久等。”¹⁶因此,审判活动不能过于急速,否则程序参与者无法充分和富有意义地进行,法官也难以进行充分的庭审准备、从容不迫的听审和冷静细致的评议;同时,审判活动也不能过于缓慢,否则程序正义就难以得到实现,因为“迟来的正义为非正义”。刑事程序整体的目的要求迅速审判,当然,迅速审判“仍需遵守法律安定性与程序维持的原则,因我们不可只求迅速而不顾刑事程序的合法性,当然更不可忽视实质真实的发现。”¹⁷认罪协商节省了检察官和法官的资源,不似常规审判耗时费力,能够以较小的诉讼成本,实现较大的诉讼效益,并能使案件得到及时处理。

(二) 正义

正义是法律制度所要实现的最高理想和目标,也是人们用来评价和判断一种法律制度具有正当根据的价值标准。“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系

的首要价值一样。一种理论,无论它多么精致和简洁,只要它不真实,就必须加以拒绝或修正;同样,某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。”¹⁸但谁之正义?何谓正义?“消极性正义理论”认为,没有人能够客观地和确定地知道什么是正义,正义也无法得到合理的证明。但是,至少有一种最低限度的公正标准,坚持这些价值标准尽管不一定能确保程序公正的绝对实现,但不遵守这些标准却必然给人们带来不公正感。¹⁹“最低限度的公正标准”作为一种观念,目前已得到许多国际法律文件的承认和接受。认罪协商的主导价值取向在于提高诉讼效率,但这与司法公正的内在要求并非相互矛盾,非此即彼。在一定意义上,效率与公正是统一的,但刑事诉讼效率与公正毕竟是不同的范畴,因而也会发生冲突,任何一种程序设计,要完美无缺地展现公正与效率的双重价值是不可能的。在司法领域中,公正对于效率具有不言而喻的优先性,但正义的优先地位不是绝对的,在一定情况下,为了效率,不得不对正义价值做出适当牺牲。认罪协商程序在很多方面不具有普通程序对被告人诉讼权利的严密保障,但“使我们忍受一种不正义只能是在需要用它来避免另一种更大的不正义情况下才有可能。”²⁰认罪协商程序必须符合最低限度的公正标准。

(三) 和谐

和谐是人类的美好理想,是一种普世价值。西方文化中早就有正义即和谐的思想,在柏拉图看来,正义就是有效的协调,即“和谐”。柏拉图认为,“正义不仅仅是力量,它是和谐的力量——各种愿望纳入秩序而成为才能,众人纳入秩序而形成组织,正义不是强者的权利,而是整体的和谐。”²¹在中国传统文化中,和谐是以“和”的范畴出现的,强调“知和曰常”,²²强调“和而不同”,²³“和合”思想是一以贯之的主线。“在信奉儒家学说的中国,人们特别倾向调解,而不是诉讼,而且这种偏爱调解的倾向一直延续至今。”²⁴所谓和谐哲学观,就是承认、尊重各种主体的正当需要,平等保护这些正当需要,在这些利益发生冲突时,通过各种平和而非激烈对抗的方式来化解这些冲突,最大限度地增加和谐因素,最大限度地减少不和谐因素,不断促进社会和谐,从而促进社会稳定,推动社会发展。²⁵按照传统观点,犯罪被认为是国家和犯罪行为之间的冲突,犯罪是社会不和谐的因素。但是,刑罚也并非预防犯罪的最有效手段,使社会不和谐、使人们陷入安全困境的,并不是犯罪本身(再和谐的社会也存在犯罪),而是缺乏预防犯罪的机能,缺乏适应现实需要的全面应对各种犯罪的司法体系。“最好的社会政策就是最好的刑事政策”。在和谐政治哲学视野下,犯罪行为其实也是一

¹³ [日]谷口安平:《程序的正义和诉讼》,王亚新、刘荣军译,北京:中国政法大学出版社,1996年,第55页。

¹⁴ 转引自陈瑞华:《刑事审判原理》,北京:北京大学出版社,1997年,第92页。

¹⁵ 林俊益:《程序正义与诉讼经济》,台北:元照出版有限公司,2000年,第91页。

¹⁶ [美]迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第36页。

¹⁷ 张丽卿:《刑事诉讼法理论与运用》,台北:五南图书出版股份有限公司,2004年,第22页。

¹⁸ [美]约翰·罗尔斯,何怀宏等译:《正义论》,北京:中国社会科学出版社,1988年,第3页。

¹⁹ 陈瑞华:《刑事审判原理》,北京:北京大学出版社,1997年,第59页。

²⁰ [美]约翰·罗尔斯,何怀宏等译:《正义论》,北京:中国社会科学出版社,1988年,第2页。

²¹ [美]维尔·杜兰特:《哲学的故事》,肖遥译,北京:中国妇女出版社,2004年,第34页。

²² 陈鼓应:《老子今注今译》,北京:商务印书馆,2003年,第274页。

²³ 杨伯峻:《论语译注》,北京:中华书局,1930年,第141页。

²⁴ [美]E·博登海默:《法理学 法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,1999年,第401页。

²⁵ 樊崇义等:《刑事诉讼法修改专题研究报告》,北京:中国人民公安大学出版社,2004年,第8页。

种刑事纠纷或矛盾,完全有以认罪协商方式解决的可能,这样不仅可以化解社会矛盾,减少社会的不和谐因素,同时还可以达到在刑事程序中分流大量案件的目的。通过协商实现社会的和谐是协商性司法的价值目标,刑事司法的运作过程中所展现的人性、宽容和妥协,正是刑事法治的和谐精神所在。

(四) 宽严相济

根据犯罪态势确定正确的应对措施,这是各国的通例。第二次世界大战后,世界各国的刑事政策朝着所谓“宽松的刑事政策”和“严厉的刑事政策”两个不同的方向发展,这种现象称为刑事政策的两极化。²⁶实行“轻轻重重”的刑事政策,轻其轻者,重其重者,现已成为一种世界性潮流。在我国,惩办和宽大相结合刑事政策的基本精神就是“轻轻重重”。当下实行的宽严相济刑事政策是根据构建和谐社会的格局提出来的,其基本内涵是该宽则宽,当严则严,严中有宽,宽中有严,宽严有度,宽严审时。宽严相济刑事政策的提出是对“严打”的理性反思,是惩办和宽大相结合刑事政策的继承和发展。构建和谐社会,贯彻宽严相济,要求在刑事司法中刚柔相济,注重程序柔性,提高程序的个体参与性。认罪协商模式的精髓在于其参与结构,授权被告人参与作出影响其诉讼结局的决定。不论最终结果如何,被告人参与认罪协商程序本身的意义深远。

四、刑事纠纷解决中认罪协商制度的设计

理论上的争鸣必然会在现实中反映出来。我国目前虽然没有严格的法律意义上的认罪协商制度,但在刑事纠纷的处理中,相关法律其实暗含着协商解决刑事纠纷的制度,实践中也有一些协商的做法,这些都是认罪协商制度移植的生长土壤。结合我国目前的司法现实,确有必要顺应刑事程序分流的世界性趋势,构建中国式的认罪协商程序。

(一) 认罪协商的适用范围

认罪协商适用范围的拿捏必须充分考量效率与公正的平衡,以效率为基点的程序在适用中不能突破底线正义。美国 90% 以上的刑事案件不进入审理阶段,而适用认罪协商程序解决,这使得其程序正义的价值打了折扣,不足为鉴。我国在探索引入认罪协商制度时首先应当限定认罪协商的适用范围,如果以重罪与轻罪的二分法为标准,显然,认罪协商应当适用于非重罪案件。如果认为法定刑为 10 年以上有期徒刑的案件为重罪案件,则可将认罪协商的适用范围限定于可能判处 10 年以下有期徒刑、

²⁶ [日]森下忠:《犯罪者处遇》,白禄铨等译,北京:中国纺织出版社,1994年,第4页。

拘役、管制或者单处罚金的刑事案件。不容许对重罪案件进行协商,是担心“会使检察官自由裁量权过大,损害公平正义原则”,²⁷并“会造成刑法的规范及立法目的被减弱或被伤害。”²⁸

(二) 认罪协商的主体

关于认罪协商程序的协商主体问题,我国学者存有较大的争议。有的学者认为,辩诉交易应该由控、辩、被害人三方一致同意才可;有的学者认为辩诉交易应听取被害人的意见,但被害人不能直接参与辩诉交易。²⁹由域外经验可知,认罪协商的主体一般来说是检察官和被告人。笔者认为,在认罪协商程序中,检察官和被告人无疑是主角,他们居于该程序的主体地位,均可启动认罪协商程序。侦查机关、被害人、律师、法官等不是该程序中的主体,但这并不妨碍其发挥重要的作用。比如侦查机关对于在侦查阶段认罪并有协商意愿的被追诉人,可以及时向检察机关移送起诉并建议进行认罪协商;对于有被害人的犯罪,自然应当充分保障被害人的利益,这就要求检察官在协商之前应当充分征询被害人对于被告人认罪、道歉、赔偿等方面的意见,只有在充分考量被害人利益的基础上才能进行协商;由于被告人往往不精通法律,加之人身自由受限制等因素,因此其与检察官之间的协商往往是通过辩护律师来进行的;法官则应在认罪协商程序之中处于消极被动的角色,负责审查认罪协商的自愿性、真实性、理智性、合法性并且答辩有事实基础,同时注意保障被害人的利益。

(三) 认罪协商的内容

虽然域外认罪协商程序中协商的种类较多,但是基于我国罪刑法定原则、有罪必诉原则和检察机关的公信力,是否犯罪以及犯何等罪的问题是不容协商的,认罪协商的内容应当建立在犯罪性质确定的基础之上,限于于刑的协商,而不包括罪的协商,自然也不包括罪数的协商和组合协商。为了既激励被告人积极地提出和接受认罪协商,又不致无辜的被告人受到过度量刑优惠的刺激而选择做出有罪答辩,认罪协商所能给予的量刑优惠宜规定在法定刑的 1/3 至 1/2。为保障被害人的合法权益,可以借鉴台湾地区的经验,规定检察官与被告人在认罪协商的过程中,可以约定被告人“向被害人道歉”和“向被害人支付相当数额之赔偿金”,并须征得被害人的同意。³⁰

(四) 认罪协商的效力

由于认罪协商的合意是由检察官和被告人之间达成的,其效力自然及于二者之间,而不及于法官。检察官按照司法诚信原则必须按照协议内容履行,若其违约,法官可按照协议内容对被告人定罪量刑;被告人在法院作出裁判之前可以撤回协商合意,协议内容自然无效,此时由检察官重新提起公诉即可。对于认罪协商的协议,法官可以接受,也可以拒绝。如果法官接受协议的,那么该协议就具有了法律上的效力,法官应当不经言词辩论而于协商合意范围内直接作出裁判。依据协商合意作出的裁

²⁷ 王兆鹏:《论刑事诉讼新增之协商程序(上)》,台湾《司法周刊》2005年第35期。林钰雄:《刑事诉讼法》(下册),台北:元照出版有限公司,2013年,第277页。

²⁸ W.Hassemer:《刑事诉讼中的法定性和便宜性》,陈志龙译,台湾《刑事法杂志》1996年第3期。

²⁹ 陈光中主编:《辩诉交易在中国》,北京:中国检察出版社,2003年,第49页、第219页。

³⁰ 林钰雄:《刑事诉讼法》(下册),台北:元照出版有限公司,2013年,第275页。

判，因为均经过了检察官和被告人的同意，所以原则上不得上诉、抗诉。从诉讼效率出发，法官可以不制作正式的裁判文书，而以宣告判决笔录的方式取代。

媒体司法报道的界限与被害人权利的保障

冯皎*

摘要：本文以呼格吉勒图案为起点，对媒体报道的界限和被害人权利保障之间的关系进行探析。媒体的报道，一方面会对被害人的生命权、隐私权、名誉权、财产权和生活安宁造成伤害；另一方面，媒体的报道，有利于案件审理的公正、公平和公开，也有利于被害人国家援助等制度的建立；此外，媒体的选择性报道和过多细节的报道，会对被害人权利的保障造成影响。对于新闻自由权和被害人各种权利之间的平衡，需要特定的制度对其加以规制，如报道的许可机制、事先的审查机制、事后的补偿机制和公众知情权的平衡机制等。

关键词：媒体报道 被害人权利 界限

一、引言

2014年11月20日，内蒙古自治区高院宣布呼格吉勒图案进入再审程序。公众再一次关注到了这一起发生于18年前的案件。与此同时，呼格吉勒图的家庭、“犯罪嫌疑人”赵志红的家庭以及被害人的家庭再一次进入了公众的视线。记者的蜂拥而至，使得三个家庭原本有些平静的生活，再次起了波澜。在接受记者采访时，被害人的父亲说的最多的一句话就是：过去那么多年了，这事不想提¹。记者的追问，给曾经受到重创的家庭，带去了二次伤害。这就引起了笔者的思考，在刑事案件中，新闻媒体报道的自由与界限究竟何在？被害人因媒体报道受到的伤害该如何得到补偿？媒体的报道与被害人权利两者之间，存在怎样的关系？媒体的报道和被害人权利的保障，又该如何平衡与取舍？这些都是本文试图解决的问题。

二、媒体司法报道的自由与界限

* 冯皎，浙江大学光华法学院诉讼法学博士研究生。地址：浙江省杭州市西湖区之江路51号浙江大学之江校区11舍；手机：15088718046；邮箱：fengjiaolingxiao@163.com。

¹ 参见冯明文、吴海浪：《呼格案被害女子父亲：“道歉没有用 我要女儿活着”》，《法制晚报》2014年11月20日。

媒体有对案件进行报道的权利和自由,这是被宪法和法律法规所确认的;但是,对于媒体的司法活动的报道,也存在一定的限制。因此有必要对媒体在司法报道活动中的权利范围作一梳理和界定。

(一) 媒体司法报道的自由

1. 法律法规的授权

新闻自由被视为现代民主国家的基石,也为很多国家的根本大法所规定。美国开国元勋杰斐逊曾言:如果由我来决定,有政府而没有报纸,或者有报纸而无政府,我不会任何迟疑的选择后者。²我国宪法第35条规定:中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由;《出版管理条例(2011修订)》第5条也规定公民有依法行使出版自由的权利。从比较法的角度来看,美国宪法第一修正案也规定,严禁国会制定剥夺出版自由的法律;瑞典《政府宪章》第1章第1条规定:国家的一切权力来源于人民。人民对国家的统治建立在自由形成和表达思想,以及自由平等的选举权之上,并通过代议制和社区自治而实现;³《公民权利和政治权利国际公约》第19条规定:人人有自由发表意见的权利;此项权利包括寻求、接受和传递各种消息和思想的自由,而不论国界,也不论口头的、书写的、印刷的、采取艺术形式的、或通过他所选择的任何其他媒介。也就是说,新闻媒体的出版自由,作为公民言论自由的延伸,是受到宪法和法律法规保障的。

2. 现实的需要:监督权的行使

除了法律法规的授权之外,在我国的司法实践中,作为司法、行政、立法权之外的“第四权”,媒体对刑事案件进行报道,是行使监督权的一种方式,也是在转型社会中促进司法公正的助力所在。根据我国刑事诉讼法的规定,公安机关、检察机关和法院之间,相互配合,相互制约。但在现实的司法情况下,三个机关之间,更为注重配合,而忽视制约。在司法体制内无法达到制约的目的之时,就需要司法之外的力量来加以实现。无疑,媒体适合承担这一角色。媒体对案件的报道,一方面可以使得案件得到更多的关注,通过公众的关注,从而对公检法机关形成无形的压力,从而促进程序正义的实现;另一方面,在控辩审三方的诉讼结构之下,刑事案件中的被害人,很多时候是被忽视的社会弱势群体,通过新闻媒体的报道,也一定程度上呼吁公众对于被害人权利的关注。

² 参见[美]彼得森编:《杰斐逊集(下)》,刘祚昌等译,三联书店1993年版,第1325页。
³ 参见冯军:《瑞典新闻出版自由与信息公开制度论要》,《环球法律评论》2003年冬季号。

3. 报道自由的作用:知情权的保障

报道自由的存在,是对普通公民知情权的保障,能够满足公众对于刑事案件的兴趣。刑事案件由于存在基本人权、公共安全、司法腐败等主题要素,更容易引起公众的关注。有学者2005年在苏格兰做调查,发现88%的受访者对刑事司法感兴趣或非常感兴趣,有关犯罪的新闻比起其他报道对象能够引起公众更多的兴趣。⁴在民主社会,知情权是一项基本权利。“新闻自由不仅可以尽可能的减少政府权力的滥用,还可以促使政府更好的满足公众的基本诉求。”⁵报道自由的存在,可使公众从多个角度窥见司法的真实面目,使得公民对刑事案件的知情权得以保障,并在一定程度上有助于刑法的一般预防功能的实现。此外,报道自由的存在,还可以使得民意在一定程度上反作用于立法和司法,从而使得民意的诉求可以在立法和司法过程中得以体现。

(二) 媒体司法报道的界限

1. 新闻法律法规的限制

权利都是有边界的,新闻出版权也不例外。我国《出版管理条例(2011修订)》第5条规定:公民在行使出版自由的权利的时候,必须遵守宪法和法律,不得反对宪法确定的基本原则,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利;墨西哥宪法第7条规定“出版自由除尊重私人生活、道德和公共安宁外不受其他限制”;罗马尼亚宪法第5条规定“言论自由不得损害人的尊严、名誉、个人生活,并不得侵犯个人肖像权”;⁶《公民权利和政治权利国际公约》第19条规定:本条第2款所规定的权利的行使带有特殊的义务和责任,因此得受某些限制,但这些限制只应由法律规定并为下列条件所必需:(1)尊重他人的权利或名誉;(2)保障国家安全或公共秩序,或公共卫生或道德。也就是说,在各个国家,就法律层面而言,新闻自由的边界在于不违反宪法的基本原则和对合法的权益造成负的外部性。

2. 司法判例设立的界限

在美国,司法判例对于媒体的司法报道,已经发展出了一系列的限制条件。如在Gannett Co v. DePasquale案中,法官认为第六修正案规定的权利专属于被告人,被告人接受公正审判的权利超越了媒体的接近权;⁷在Sheppard v. Maxwell案中,联邦最高法院发现媒体严重干扰法官、陪审员、证人和辩护律师,以至于产生了一种狂欢节气氛并影响了被告人的公平审判,因此,其推翻了一个有罪判决⁸;在Estes v. Texas

⁴ [英]朱利安·罗伯茨、麦克·豪夫:《解读社会公众对刑事司法的态度》,李明琪等译,中国人民公安大学出版社2009年版,第8页。

⁵ [美]斯蒂格利茨著:《自由、知情权和公共话语》,宋华琳译,《环球法律评论》2002年秋季号。

⁶ 参见杜承铭:《论表达自由》,《中国法学》2001年第3期。

⁷ 443 U.S.368.

⁸ 384 U.S.333.

案中,联邦最高法院判决摄像机进法庭影响公正审判⁹。此外,美国通过判例的累积,还发展出了事前检查、事前限制和事后惩罚相结合的司法报道审查制度,审查原则是“明显且现实危险”原则和利益衡量原则,在无案例可循时,根据司法报道所涉及的基本权利的类型,在合理关联性审查标准、中度审查标准以及严格审查标准中择其一作为个案的审查标准。¹⁰

3.新闻伦理与职业道德的限制

新闻职业道德是指在一定社会条件下,人们在长期的新闻传播活动中逐渐形成的调整人们之间关系的行为规范的综合;新闻伦理是关于新闻职业道德的规范体系,其内容主要包括真实、公正、人道主义和社区意识。¹¹真实、公正是任何新闻工作者的伦理要求;人道主义和社区意识,在对涉及人的最基本的权利的刑事司法案件的报道中,尤其值得关注。人道主义的具体表现形式之一就是同情心。“亚当·斯密伦理学思想的基础是‘同情共感’(sympathy),而核心是‘合宜性’,最后落脚到‘德性’,形成完整的思想体系;他的德性论、良心论、正义论以及效用论都是严格建立在‘同情共感’基础之上的。”¹²同情心可以是任何情感的共鸣。在对刑事案件进行报道中,要尤其设身处地地考虑到报道可能对刑事被害人及其家属带来的伦理的困境。

三、被害人因媒体报道受到的伤害

在刑事案件中,被害人因为犯罪行为已经遭受到了一次伤害,但此后,被害人还可能因为不当的司法行为、媒体报道、舆论压力以及心理负担等原因遭受到第二次的伤害。被害人因媒体报道遭受到的伤害,主要体现在生命权、隐私权、名誉权、肖像权以及生活安宁等方面。

(一)生命权受侵害

在绑架以及敲诈勒索等案件中,在人质被害人尚未保障安全的情况下,媒体对案件情况的盲目报道,一方面会使得犯罪嫌疑人警觉,另一方面也使得被害人的生命安全得到威胁。被害人因为媒体报道而生命权受到侵害,最典型的案件是台湾著名艺人白冰冰之女白晓燕命案。在这一案件中,在白晓燕遭绑架隔天,大成报与中华日报在人质安危未明之际,刊登相关新闻内容,让被害人陷入随时可能遭灭口的危险处境;

⁹ 381 U.S.532.

¹⁰ 参见简海燕:《美国司法报道的法律限制》,知识产权出版社2008年版,第164-193页。

¹¹ 参见刘行芳主编:《新闻法治与新闻伦理》,郑州大学出版社2013年版,第194-198页。

¹² 罗卫东:《理解亚当·斯密:伦理学的视角》,《学术月刊》2008年第10期。

此外在绑匪要求交付赎款期间,有多家电子媒体为抢得相关画面,派采访车及SNG车尾随付款家属,媒体车辆跟踪白冰冰交付赎款,被告人确认被害人已报警,并将无法顺利取赎的怒气,发泄在白晓燕身上¹³。白晓燕的命案,是台湾新闻媒体伦理方面最为负面的教材。生命权受到侵害,也是被害人因媒体报道所遭受的最严重的伤害。

(二)隐私权受侵害

隐私一般指不愿被他人知道的个人信息,而这些信息一旦公之于众,就会给个人带来严重的心理负担或造成其他不良影响¹⁴。美国学者Warren将隐私权界定为两个方面:生活的权利以及不受干扰的权利¹⁵。根据并不完全的统计,强奸案件中,被害人的报案率不足10%;这一方面是因为取证的困难,另一方面也是因为被害人害怕舆论的压力。《法制日报》曾经有报道,在深圳市宝安区的联防队员涉嫌强奸案发生后,当地媒体云集被害人住所,采访被害人及其丈夫;在相关的新闻视频中,媒体直接拍摄了当事人的面孔及居住环境,未使用马赛克遮挡;媒体直接进入被害人的家门,堵住躺在床上已经有精神失常迹象的被害人,要求对方回答隐私问题。¹⁶在这种情况下,媒体对案件细节的报道,已经赤裸裸地构成了对被害人及其家属的一种新闻暴力。

(三)名誉权受侵害

媒体在对刑事案件进行报道时,有时也会因为报道的视角和观点,在客观上对被害人及其家属的名誉权造成损害。南方日报社与劳用等名誉权纠纷上诉案,就是因媒体的报道导致被害人家属名誉权受损的一个案例。南方日报社在《南方都市报》刊登了一篇主标题为“妻砍夫杀子,泼硫酸伤婆婆”,副标题为“婚后不孕,10年来养大丈夫私生子,不堪打骂终下毒手,被江门法院判死刑”的文章,而后被刑事案件被害人的家属提起诉讼。南方日报社认为报道并无恶意,旨在希望通过剖析一个因家庭矛盾引发家庭悲剧的真实案例,倡议有关部门重视并积极解决家庭矛盾;法院最后认为其刊登的文章缺乏客观真实的事实支撑,内容严重失实,侵犯了相关的被害人家属的名誉权。¹⁷这一案件,以南方日报社的败诉而告终,这也对媒体在新闻报道中的立场和遣词用句,敲响了警钟。

(四)肖像权受侵害

肖像是通过绘画、照像、雕刻、录像、电影等艺术形式使公民外貌在物质载体上

¹³ 参见《白晓燕案影响》,财团法人白晓燕文教基金会网站: <http://www.swallow.org.tw/index.php/about/impact> (2014年11月24日最后登录)。

¹⁴ 于海涌等著:《新闻媒体侵权问题研究》,北京大学出版社2013年版,第182页。

¹⁵ Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis. The Right to Privacy, Harvard Law Review, 4(5):193-220, 1890.

¹⁶ 参见余飞:《深圳联防队员涉嫌强奸案个别报道争议专家称媒体行为不慎或致报道对象权益受损》,《法制日报》2011年11月12日。

¹⁷ 参见北大法宝:《南方日报社与劳用等名誉权纠纷上诉案》, http://pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117796267 (2014年11月24日最后登录)。

再现的视觉形象。¹⁸《中华人民共和国民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”《德国新闻从业准则》第13条规定：在发布嫌疑人、罪犯、受害者及其受犯罪活动所影响的其他人的姓名和照片的时候，必须非常慎重地在公众的兴趣和相关人员个人的具体权利之间进行权衡¹⁹。这一方面的典型案例，是南京西堤国际小区的杀妻案。这一案件，因犯罪嫌疑人“富二代”的身份而得到关注，一时之间，被害人的照片也在因媒体的广泛报道在网上流传。而后，被害人的照片被商家利用，用于投放广告。²⁰此外，在上文所述的深圳市宝安区的联防队员涉嫌强奸案中，媒体对被害人及其丈夫的拍摄及照片发布，也是对被害人肖像权的侵害。

（五）生活安宁被破坏

在刑事案件中，犯罪行为对被害人生活等方面的影响，通常会持续很长一段时间。也因此，在对刑事案件的被告人进行量刑时，美国会将被害人影响陈述考虑在内，主要包括因犯罪行为遭受的任何的经济、社会、心理和身体的伤害²¹。媒体的新闻报道，一方面，可以使得案件被公众所关注，在一定程度上，有助于案件的公正审理，使得被害人的正当权利得以保障；但在另一方面，因为新闻媒体的采访和报道，也使得被害人及其家庭的生活安宁被破坏。如在呼格吉勒图案，因为对这一案件的再审，媒体对被害人家属的采访与报道，除了满足公众和媒体工作者的好奇心之外，对被害人家属而言，一方面，其家属不得不每天浪费大量的时间和精力来面对记者的采访，破坏其正常的生活轨迹；另一方面，也使得其家属不得不再次回忆起痛苦的往事。这样的采访与报道，使得被害人家属的生活安宁被破坏，也使得被害人的家属，遭受到严重的精神上的痛苦。

四、新闻媒体的报道与被害人权利关系探析

新闻媒体的报道，虽然会对被害人的权利造成一定的侵害；但与此同时，新闻媒体的报道，对于被害人权利的维护，也是不可或缺的，两者之间存在一些双向的互动的关系。

¹⁸ 参见杨立新、尹艳：《侵害肖像权及其民事责任》，《法学研究》1994年第1期。

¹⁹ 参见卞建林、焦洪昌：《传媒与司法》，中国人民公安大学出版社2006年版，第149页。

²⁰ 《用杀妻案被害人照片做广告 商家网站被批“无节操”》，《现代快报》2013年11月15日。

²¹ Hoffman, Martha, Victim Impact Statement, Western State University Law Review, 10(2):221-228, 1982.

（一）促进作用

新闻媒体对刑事案件的报道，对于被害人的权益保障，有一定的促进作用。

1. 媒体报道有利于促进案件的公正

媒体对刑事案件的报道，可以促进公众对于案件的兴趣，从而更有利于促进程序的正当性。在黄静案中，案件的关键就在于对黄静的死因的鉴定；而在鉴定过程中，鉴定意见前后不一，检材也离奇失踪，案件也一度陷入僵局。鉴定在刑事案件中的重要性不言而喻，在英国，伦西曼皇家委员会的研究报告表明，“在所有存在争议的起诉的案件中几乎1/3涉及科学证据”，在这些案件中，“科学证据在五分之二强的案件中被评价为‘非常重要’，在另外三分之一的案件中科学证据被认为是‘相当重要’”。²²因为新闻媒体的广泛报道，这一案件迅速被公众所关注，在先后经历5次尸检、6次鉴定后，2004年7月2日，最高人民法院司法鉴定中心认定，黄静在潜在病理改变的基础下，因姜俊武采用较特殊方式进行的性活动促发死亡。²³黄静真正的死亡原因，随着时间的流逝以及检材的毁损愈发成迷。²⁴但是在黄静案中，新闻媒体的介入，使得这一案件得到了一个相对公正的处理结果，也使得其结果更易为其家属接受。

2. 媒体报道有利于促进案件的公开

媒体对案件的报道，可以对案件进行监督，在一定情况下，防止“暗箱操作”的存在。十八届四中全会公报指出：完善确保依法独立公正行使审判权和检察权的制度，建立领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度，建立健全司法人员履行法定职责保护机制。这在表明国家司法改革的决心之时，也从侧面反映了司法实践中干预司法的现象的存在。笔者曾与基层法院的法官进行过访谈，在一个刑事案件处理中，其曾经收到过82张纸条。在这一方面，典型的案件是张金柱案。张金柱交通肇事致人死亡后逃逸，而后被判处死刑，其被作为媒体杀人案件的例证。但从案件之后的情况来看，如果不是媒体锲而不舍的报道和追踪，这一案件可能就会被摆平。“事发次日，已被拘留的张金柱被保释送往医院‘看病’，还有人向苏东海发出威胁，连报道该事件的记者也接连接到恫吓电话。很多目击者三缄其口，怕受报复。此后的一个半月有关报道都是：‘此案正在审理之中。’直到《焦点访谈》披露后，案件才有了重大转机。”²⁵正是由于媒体对案件的持续报道，才使得张金柱案件最终得以开庭审理，被害人及其家属的权益得以维护。

3. 媒体报道有利于促进案件的公平

²² [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社2003年版，第238页。

²³ 最高人民法院司法鉴定字（2004）第066号。

²⁴ 参见胡铭、冯姣：《鉴定意见与刑事错案——兼论鉴定意见的审查规则》，《山东警察学院学报》2013年第5期。

²⁵ 马守敏、徐鸿鸣：《张金柱驾车撞人逃逸案：“舆论杀人”的典型？》，《人民法院报》2007年10月29日。

2009年,杭州胡斌飙车案件一度被新闻媒体大肆报道。在这一案件起初,杭州的公安机关认定胡斌当时的车速在70码左右。案件一经媒体报道,就在网络上引起了轩然大波,“70码”也一度成为网络的热词。而后,在媒体和公众的强大压力之下,由7人组成的专家团,专门对肇事车辆速度、结构、安全性能等进行检验、检测,并认定事故时行车时速在84.1公里到101.2公里之间²⁶,这才逐渐平息了这场风波。抽离被告人和被害人两者之间的身份标识,在本案中,因为媒体的广泛报道,至少给予了被害人一个获得更为公平的判决结果的机会。有学者指出,在刑事案件中,“被害人的复仇心理,需要通过参与案件的处理过程得以疏导,但是更需要通过案件的处理结果得以满足。”²⁷最后,被告人胡斌被判处3年的有期徒刑,被害人的家属也得到了胡斌家属的经济补偿。

4.有利于促进公众对于被害人情况的关注,为新制度的设立提供契机

邱兴华案件曾经引起了公众广泛的关注,邱兴华也在2006年12月28日被执行死刑。在这一案件中,被告人邱兴华残忍的杀人手段以及被告人的精神鉴定问题引起公众关注的同时,被害人国家援助制度也一度引发热议。邱兴华案件中,一共有10名被害人,其中铁瓦殿的3名被害人提起了民事诉讼,不过由于邱兴华无力赔偿,他们的请求未受法院支持。而这些被害人的生活情况,也不容乐观,如被害人之一的铁瓦殿主持熊万成,给妻子留下3间土房和一个10岁的儿子。在法院免去邱兴华民事赔偿责任后,妻子向当地政府请求赔偿,不过仅获得500元钱,这远远不够给丈夫“迁坟”的费用。²⁸也就是说,邱兴华案,由于媒体的报道,使得我国的刑事被害人国家援助制度进入了公众和法律学者的视野,这为我国制度性的建设,提供了一个良好的契机。

(二) 抑制作用

除了媒体的报道可能对被害人及其家属造成的权益的侵害,媒体的选择性报道以及过多的报道,也可能对被害人的权益,造成严重的侵害。

1.媒体选择性地报道案件事实:被害人的权利无法保障

在转型社会中,社会矛盾日益突出。刑事案件中,特定标签的存在使得案件更容易得到公众的关注。邓玉娇案就是其中的一个典型。因案件涉及到了“官员”、“调戏”、“女服务员”这些敏感的要害,邓玉娇曾被网民视为“烈女”,其刺死邓贵大也被视为是“为民除害”。巴东县人民法院的判决认定邓玉娇的行为属于防卫过当,犯故意

²⁶ 参见《杭州飙车案司法鉴定完成 专家称时速肯定不是70码》,《钱江晚报》2009年5月14日。

²⁷ 参见李奋飞:《刑事被害人的权利保护——以复仇愿望的实现为中心》,《政法论坛》2013年第5期。

²⁸ 柴会群:《邱兴华案:枪声响起之后》,《南方周末》2007年1月5日。

伤害罪,免于刑事处罚。但此判决一出,又引起网民的热议。《中国青年报》曾刊文指出:邓玉娇才是此案的最大受害者。邓贵大作为一个政府官员,用钱击邓玉娇头部、肩部,充满了挑衅、侮辱的意味,期间还动手将邓玉娇两次“推坐”在沙发上,早已丧失了一个干部应有的道德及法律责任,这样的行为与街头流氓混混又有何区别?²⁹《重庆晚报》指出:她明确地告诉我,她受到了性侵犯。一直到5点多,律师出来后,大叫“丧尽天良”,然后掩面哭泣。³⁰媒体的选择性报道,使得很多的法定要件未被公众所知,网友纷纷为邓玉娇喊冤。但反观此案中的被害人,被邓玉娇刺死的邓贵大一家,境况黯然,其妻曾经提起刑事附带民事诉讼,但后来却不了了之;目前每月只有不到两千元的收入,大部分都花在儿子教育上。³¹在这一案件中,由于媒体对于案件情况的选择性报道,使得被害人及其家属的正当权益,无法得以维护。

2.媒体过多的细节报道导致潜在的被害人受到伤害

媒体对于案件细节的过多报道,会导致潜在的被害人受到伤害。有人曾对辽宁省沈阳市沈北新区的400名中小学生进行调查,就收回的380份有效问卷来看,有74.7%的被调查对象接触犯罪新闻是为了“引以为戒,避免自己犯同样的罪”,但有7.7%的比例是因为“看起来过瘾,很刺激,想模仿”。³²根据不完全统计,从2010年至今,全国共发生了至少18起校园流血案件³³。这些案件的犯罪嫌疑人,大多因为遭受社会的不公,而将生活的不满与怒气转嫁至无辜的师生。同样的还有公交车纵火案,继2013年6月厦门公交车纵火案发生以来,2014年7月在杭州也发生了类似的案件。媒体对于这些案件的报道,是对潜在的犯罪嫌疑人变相的“教科书”,犯罪嫌疑人往往透过媒体的新闻报道,“习得”同样的犯罪技能。让犯罪嫌疑人在现实生活中无法排解的愤懑,找到了发泄的渠道,从而使得更多的潜在的被害人受到了伤害。

(三) 两者之间的互动

在刑事案件中,媒体对案件的报道,一方面可以促使案件信息的公开,案件的程序更为公正,案件的审判更为公平;但是另一方面,由于媒体的强入侵性,其也容易对被害人的生命权、隐私权和名誉权等造成影响,导致对刑事案件被害人的二次伤害。两者之间的关系,可以用如下的图形加以表示:

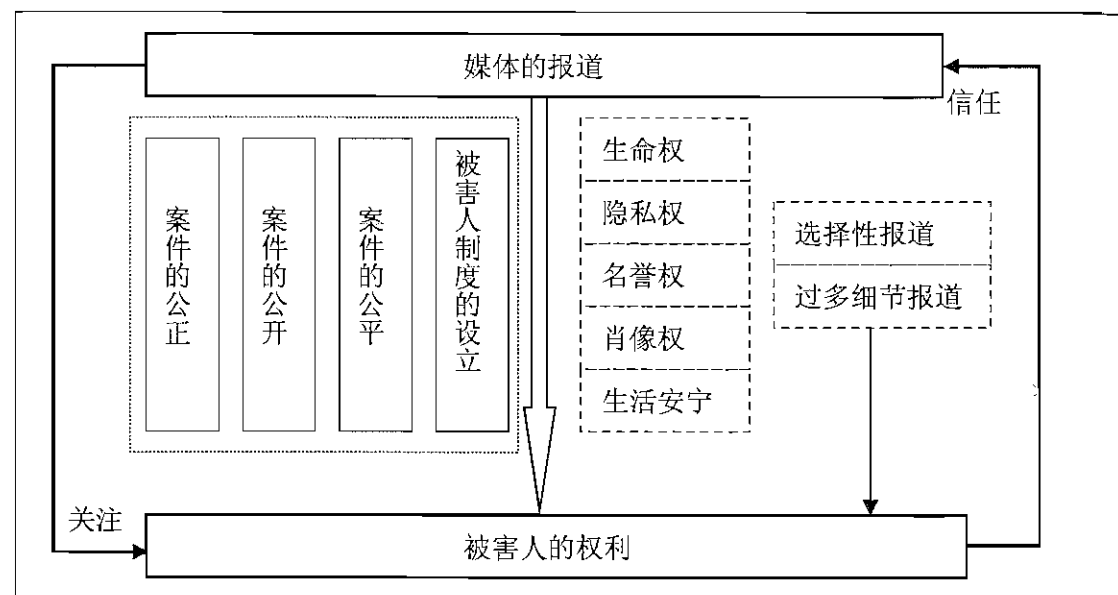
²⁹ 杨育:《邓玉娇涉嫌故意杀人,邓贵大岂不死得光荣》,《中国青年报》2009年5月20日。

³⁰ 《女服务员刺死官员续 邓玉娇内裤上留有强奸证据》,《重庆晚报》2009年5月23日。

³¹ 黄秀丽:《邓玉娇:“我过得很幸福”》,《南方周末》2009年12月31日。

³² 《法治新闻:守住底线不越雷池》,《法制日报》2014年11月7日。

³³ 参见凤凰网:《试析湖北校园流血案件的标本意义》,http://finance.ifeng.com/a/20140903/13055209_0.shtml(2014年11月25日最后登录)。



1. 被害人对媒体的信任。实证研究的结果表明，公众对于媒体是极为信赖的。调查显示，受众遇到司法不公时，30%的受众第一选择是“找媒体”，一共有61.3%的受众选择了“找媒体”这一方式。³⁴这从实践中发生的被害人屡屡付诸于媒体的情形，就可见一斑。最著名的案件，是药家鑫案件。药家鑫发生后，得到了舆论的强烈关注。被害人律师，在网上爆料药家鑫是“富二代”、“官二代”的背景，这样的材料，也得到了媒体的报道。虽然被害人的律师有利用网络和媒体进行造势之意图，其最终也被判向药庆卫赔礼道歉，并支付精神损害抚慰金。但这样的举止，也从侧面反映了被害人对于新闻媒体的信赖度，希望通过媒体的报道，来尽可能地保障自身的合法权益。

2. 媒体对刑事案件被害人的关注。有学者经过研究发现，在刑事案件中，如果犯罪的原因更易使人产生同情心、案件背后折射出的社会矛盾更为尖锐、加害人与被害人双方的力量对比过于悬殊，那么就更容易吸引民众的眼球，就会成为媒体报道的焦点。³⁵刑事案件中的被害人，是媒体在报道过程中不可避免的一个存在。从媒体已经报道的刑事案件来看，无一例外地涉及到了对被害人的品性、社会地位、家庭情况、死亡原因、扶养人的处境等问题，这在向公众报道刑事案件的同时，也向公众深刻地展现了罪行给被害人带去的伤害。这样的报道，媒体在增加销量的同时，也能引起公众对于被害人情况的关注。媒体和刑事案件的被害人之间的良性互动，是双赢的结局。

³⁴ 赵金、姚广宜：《媒体与司法，如何良性互动》，《青年记者》2012年第5期。

³⁵ 徐光华、郭晓红：《民意和媒体对刑事司法影响的考察——以两起“捡”球案同案异判为例》，《法商研究》2012年第6期。

五、两者之间的平衡与取舍

从上文的分析可以看出，虽然新闻媒体有对案件进行报道的权利，但其也有一定的限制；而且新闻媒体的报道，使得被害人隐私权、名誉权、肖像权受侵害，也使得被害人及其亲属的生活安宁被破坏。这就涉及到了不同的法律利益的冲突和衡量，“利益衡量以价值相对主义为基础，注重甲、乙双方具体利益的比较。”³⁶在媒体司法报道与被害人权利之间的平衡和取舍，可以从以下几个方面进行考虑：

（一）新闻媒体有权报道，但以被害人同意为限：报道的许可机制

“尽管第一修正案所规定的种种自由是至关重要的，但是这些自由的行使必须同保护那些在民主政治中必不可少的并未我国宪法所保证的其他权利和谐共存。”³⁷为保证其他同等重要的权利，对新闻自由权进行限制是有必要的，这样的法理，在美国的语境下适用，在我国的语境下，同样也适用。具体而言，主要包括以下几个方面：

1. 新闻媒体有权对案件的大体情况进行报道。新闻媒体享有新闻自由权，此外也涉及到对司法的监督和公众的知情权的保障，因此可对案件的情况进行报道。如上所述，一些新闻媒体的报道，可以使得刑事案件中被害人的情况得到公众的关注，使得案件的处理更为公正、公开、公平，在这种情况下，被害人很愿意媒体对案件进行报道。但对一些可能对被害人的隐私权、名誉权和肖像权造成影响的内容，被害人有权拒绝。有学者在采访中指出：“从报道权和公民基本权利的关系来看，报道权是由公民基本权利派生出来的。如果公民的隐私权、肖像权等基本权利都得不到保障，又何谈报道权。”³⁸因此在这些时候，对被害人进行保护的这一利益，超过了公众的知情权和新闻自由权。

2. 未经被害人及其家属同意，不得报道被害人的详细情况。新闻媒体有权对案件进行报道，对刑事案件进行报道时，不可避免地会提及到受害人的情况。在对被害人进行报道时，不可对被害人的详细情况进行描述。详细情况是指理性的第三人可以从案件报道中明示的情况或者可以从特定的信息中推断被害人的身份等信息的情形。此外，在未经被害人同意的情况之下，也不得对被害人的住所等地进行拍照。

（二）特别严重或者重大的案件的强制报道：事先的审查机制

在一些严重或者特别重大的案件中，为了平衡公众的知情权和被害人的相关权益

³⁶ 梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》，《法学研究》2002年第1期。

³⁷ [美]博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第503页。

³⁸ 余飞：《深圳联防队员涉嫌强奸案个别报道引争议专家称媒体行为不慎或致报道对象权益受损》，《法制日报》2011年11月12日。

之时,可以对案件的被害人的情况进行报道。关于何为“特别严重或重大”,需仔细地加以界定。

1.可以作为指导性案例,有参考价值。案例指导制度是指由最高人民法院、最高人民检察院确立、颁布对全国审判、检察工作具有指导作用的案例的制度。³⁹在英美法系国家中,判例的生成是司法过程中的自发过程:即因其判决主文的说理部分具有说服力而使得后续的法院依循先例。在我国,根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》,最高人民法院设立案例指导工作办公室,负责指导性案例的遴选、审查和报审工作。最高人民法院各审判业务单位以及各高级人民法院可以向最高人民法院案例指导工作办公室推荐案例。案例指导制度具有创制规则的重要功能。当一个案件被确定为指导性案例时,为了使得公众更为了解案件的背景情况和实际影响,媒体可以对被害人及其家属的一些情况进行报道。

2.其他案件中的事先审查机制。“政府或其他机构时常寻求以某种形式干预乃至阻扰媒体报道其不喜欢的新闻,具体途径包括立法部门的法律、行政部门的审批和法院的禁令,这就构成了美国现代意义上的事前限制。”⁴⁰本文中的“事先审查机制”,主要是指法院的事先审查机制。对于一些被害人不同意的并且不属于强制报道范畴的案件,法院需对案件的报道可能对被害人造成的影响、案件本身的意义、公众对案件的兴趣等方面进行权衡,之后再决定是否允许相关案件的报道。

(三) 被害人因权利受到侵害的救济途径:事后的补偿机制

没有救济就没有权利。刑事案件的被害人,因为媒体报道而受到的法益的侵害,可以通过和解、民事诉讼和刑事诉讼等方式进行处理。

1.和解。当刑事案件的被害人及其亲属意识到侵权行为的存在时,可以自行与媒体进行协商,要求其赔礼道歉、恢复名誉、赔偿损失或者消除影响。这是最为经济、也最为便利的方式。南方日报社与劳用等名誉权纠纷上诉案中,双方曾就案件的赔偿问题进行协商,但因为赔偿费用无法达成一致,才最终作罢。

2.民事诉讼。当刑事案件的被害人及其亲属,因为媒体的报道,隐私权、名誉权或者肖像权等权益受到侵害时,可以向法院提起民事诉讼,要求相应的媒体机构赔礼道歉、恢复名誉、赔偿损失或者消除影响等。如上所述的南方日报社与劳用等名誉权纠纷上诉案就是一例。南方日报社被判决赔礼道歉、消除影响,并支付精神损害抚慰金15000元。

3.刑事诉讼。我国《刑法》第246条规定:以暴力或者其他方法公然侮辱他人或

³⁹ 陈兴良:《我国案例指导制度功能之考察》,《法商研究》2012年第2期。

⁴⁰ 赵刚:《公开与公平的博弈》,法律出版社2012年版,第167页。

者捏造事实诽谤他人,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。当刑事案件的被害人认为新闻媒体的报道已经构成对自身的诽谤时,可以提起刑事诉讼。此外,如果被害人因媒体的报道而死亡时,还可以过失致人死亡的罪名,对相关人员进行处理。

(四) 刑事判决书上网:公众知情权的平衡机制

公众对于刑事案件有知情权,但是因为涉及到被害人的隐私、名誉等问题,有些案件媒体并不宜过多地报道。在这种情况下,为平衡公众的知情权和被害人的权利保护两者之间的矛盾,刑事判决书的上网制度,是一条较为可行的路径。“在今天这样的网络时代,一个过去很难完成的任务变得唾手可得,那就是将全国各级法院的所有判决书文本——当然,法律明确规定不能公开者除外——全文及时和不加修饰地在网络上发布。这是一个最低限度的司法公开要求,同时也是一项惠而不费的并具有实质意义的司法改革举措。”⁴¹刑事判决书上网制度的构建,至少有如下几个方面的作用:首先它有利于保障被害人的各项权利。判决书由专业的法官写作,由于长期接受法学思维的训练,法官比一般的新闻媒体更了解被害人的权利的底线,通过写作技巧的运用,判决书中的内容,通常不会对被害人的隐私权和荣誉权等造成影响;其次,它有利于保障公众的知情权的实现。公众关注的案件的结果,可以从判决书中得以了解。判决书中的案件事实,是案件的法律事实,公众通过对判决书的阅读,可以更为清晰地了解案件判决的依据所在,从而促进案件结果的可接受性;最后,司法公开程度和司法能力得以提高。判决书的重点在于它的说理性,因为公众对案件的关注,法官要想判决结果被更多人接受,必须加强判决书的说理性。这就倒逼司法能力的建设,有利于我国司法文明的实现。

六、结语

本文主要通过刑事案件的分析,对媒体报道和被害人权利保障之间的关系进行了一些阐述。媒体的报道,一方面会对被害人的生命权、隐私权、名誉权、财产权和生活安宁造成伤害;另一方面,媒体的报道,有利于案件审理的公正、公平和公开,也有利于被害人国家援助等制度的建立;此外,媒体的选择性报道和过多细节的报道,也会对被害人权利的保障造成影响。对于新闻自由权和被害人各种权利之间的平衡,本文提出了一些初步的设想,如报道的许可机制、事先的审查机制、事后的补偿机制和公众知情权的平衡机制等。但对于特定机制的具体操作,仍有待实践的进一步细化。

⁴¹ 贺卫方:《判决书上网难在何处》,《法制日报》2005年12月15日。

媒体对审判的监督：转型社会中的模式调整

林劲松*

摘要：在诉讼外审判监督体系中，媒体监督最为普遍、有效，因而也最值得从理论上予以高度关注。由于媒体监督的巨大影响力及其监督效果的不确定性，媒体与审判的关系一直处于紧张之中。当前，媒体对审判的监督体现为以审判结果为中心的模式，即主要围绕审判的实体结果展开质疑和批评，并希望法院改变审判结果。这种监督模式潜藏着极易侵犯审判独立的风险。在中国转型社会的大背景下，这种潜在的风险难以得到控制，常常演变为现实的社会冲突，危及公正审判。为避免这一风险的发生，媒体监督审判的模式应从以审判结果为中心转向以审判行为为中心。

关键词：媒体 审判监督 转型社会 审判结果 审判行为 模式

一、审判监督体系中的媒体监督

任何权力都需要监督，强调权力独立运行的司法权亦不例外。司法独立与司法监督的关系，是法学理论研究中一个永恒的话题。在一般民众的理解中，侦查、起诉、审判常常都被归属于司法活动的范畴，公安、检察、法院都被视为司法机关。但毋庸置疑的是，审判活动才是最具司法特质的活动，法院才是最为典型的司法机关。因此，在分析、构建司法独立与司法监督的关系时，围绕法院审判活动展开讨论不失为最佳途径之一。

在我国权力监督领域中，对审判活动的监督已经形成了一套完整的体系。根据审判监督发生场域的不同，可以将审判监督体系区分为两大类别：第一类是诉讼内的审判监督，第二类是诉讼外的审判监督。诉讼内审判监督是指在诉讼过程中，各方诉讼参与主体，如检察院、当事人或其他诉讼参与人等依照诉讼法规定的程序和手段对法院审判活动进行的监督。诉讼外审判监督是指在诉讼程序之外，各种社会主体依照宪法规定的有关国家权力和公民权利的法律原则或依照政治、法律原理等对审判活动进

行的监督。

诉讼外审判监督的主体多种多样，概括起来主要有三种：一是立法机关，即各级人民代表大会。根据宪法和法律规定，人民代表大会行使监督法院工作的职权。这种监督，自然也可以视为对审判活动的监督。二是新闻媒体。新闻自由是现代法治社会的基本要求，基于这一宪政理念，媒体享有对审判活动进行批评、建议的权利。三是公民个体。依照宪法规定，公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利。对审判活动的监督属于公民监督国家权力的应有之义。诉讼当事人如果在诉讼程序之外行使这一监督权，也应属于公民监督的方式。

在人大监督、媒体监督、公民监督三种诉讼外审判监督方式中，媒体监督应当是其中最为普遍、最为有效，因而也最值得从理论上予以高度关注的监督方式。这是因为：首先，与人大监督相比，媒体监督更为及时、全面和深入。人大监督主要是由立法机关从相对宏观的层面对法院审判工作的全局性问题进行监督，如评议并表决法院的年度工作报告、决定法院的人事任免、对法院提出质询等，一般不会涉及法院的具体审判工作特别是案件审理活动。曾经一度出现的人大个案监督现象即因为与审判独立、程序公正存在着严重冲突而几乎销声匿迹。¹此外，人大监督的开展必须遵守相应的工作程序，要求在一定的时间范围内以特定的方式对特定的问题进行监督。这些都使得人大对审判活动的监督不可能大范围、高强度地展开。媒体监督则不同。媒体对时效性近乎狂热的追求可以让审判活动中存在的问题尽可能快速地呈现在公众面前，数量众多、层次有别、趣味各异的媒体机构及其从业人员能够对审判活动中的问题进行无孔不入式的全方位考察，媒体即时性的追踪报道还能够使各种问题的根源在穷追不舍的挖掘中不断暴露。其次，与公民监督相比，媒体监督更加权威，更具影响力，更能引起全社会的关注。公民个人虽然享有监督审判的权利，但这种监督的效果是十分有限的，常常不足以产生足够的社会影响力并获得相关部门的重视。媒体监督则不然。尽管在理论上，“传媒对司法机关的监督，不应该成为以传媒面目出现的另一种国家权力”，²但“在今天的社会，以报纸杂志、广播电视等形式出现的大众传媒的影响力正呈现出愈来愈强化的趋势”，有人甚至称传媒为立法、司法、行政权之

¹ 人大对法院的个案监督主要是指人大对法院审理具体案件的过程和结果提出具体意见，以监督法院审判过程中的违法行为、预防错案的发生并纠正已经发生的错案。在学术界看来，这种做法既缺乏明确的法律依据，又严重侵犯了法院的独立审判权。具体可参见卞建林、姜涛：《个案监督研究——兼论人大审判监督的合理取向》，《政法论坛》2002年第3期。

² 王好立、何海波：《“司法与传媒”学术研讨会讨论摘要》，《中国社会科学》1999年第5期，第72-84页，之84页。

*作者简介：林劲松，法学博士，浙江大学光华法学院副教授（杭州 310008）

外的所谓“第四权”。³在现代社会,媒体通常被作为民意的载体,媒体的意见在一定程度上呈现为不特定多数人的公共意愿。因此,相对于零散而微弱的公民个人的呼声,媒体监督审判的效果不可同日而语。其实,在绝大多数情形下,公民监督必须借助媒体的形式,亦即转化为媒体监督才能发挥出实际的效果。随着网络媒体等新媒体,特别是博客、微博、微信等“自媒体”的兴起,公民监督转化为媒体监督的途径变得更为便捷,媒体监督的影响力也随之进一步扩大。

作为诉讼外审判监督的主要方式,媒体监督与诉讼内审判监督在监督内容、监督手段和监督效果上的法定程度存在着重大差别。诉讼内审判监督一般依照严格的法定程序进行。哪些诉讼参与主体可以监督法院的审判活动,他们分别可以监督法院哪些审判活动,监督行为体现为哪些诉讼行为,监督行为会产生何种程序效力,等等,这些问题都会在诉讼法中作出明确规定。例如,依照诉讼法的规定,检察院对于法院已经发生法律效力判决和裁定,如果认为确有错误的,有权按照审判监督程序向法院提出抗诉,接受抗诉的法院应当重新审理案件。然而,媒体监督在这些方面则是相对开放、灵活和自由的,除了抽象的法律原则外,一般没有明确、具体的法律规定。相应地,媒体监督究竟能对审判活动产生何种效果,也就具有很大程度上的不确定性。

正是因为媒体监督的巨大影响力及其监督效果上的不确定性,媒体与审判的关系才一直处于一种紧张的状态之中。虽然从制度目的上看,媒体与审判的关系是统一的,审判活动的目的是为了公正地解决社会纠纷,而媒体监督的作用在于促进审判公正更好地实现,但是,媒体监督和审判活动在价值理念上却存在着一定的冲突。媒体监督需要新闻自由的保障,审判公正则需要审判独立的支撑。新闻自由允许媒体对审判活动进行自由的报道和评论,审判独立则要求审判活动必须与其他社会领域适当隔离,排斥外部力量对审判活动的不当干预,并赋予裁判结果不容轻易改变、必须得到服从与执行的权威效力。因此,如果媒体监督超过一定的限度,就可能对审判独立、审判公正造成冲击和损害。在这一对矛盾关系中,作出任何一种孰重孰轻、非此即彼的选择显然都是错误的。在二者之间求得一种平衡,达到互相促进的效果,自然是最为理想的状态,因为“活跃而健康的传媒决非司法独立的障碍,恰恰相反,没有新闻自由和言论自由,司法独立与司法公正势必成为一句空话。”⁴

然而,理想不等于现实。在中国丰富的司法实践中,媒体监督与审判独立的冲突日益普遍,已经成为一种突出的社会现象。面对这一现象,无论是反对司法对民意的

妥协,认为司法对民意的妥协是以牺牲法律的正义、尊严和权威为代价,⁵应当通过树立司法权威来化解舆情风险,⁶还是主张司法应当尊重民意,认为“依靠树立司法权威来抵抗民意的侵蚀只是维稳思维在司法上的复制而已,针对民意与司法之间的矛盾,树立司法权威不是方案,而是一种解决矛盾之后的结果”,⁷在理论上都有其一定的合理性。除了这种基本立场的选择外,当前更为迫切、更为现实的问题也许是:如何在中国转型社会的大背景下,尽可能减少媒体监督与审判独立的冲突?

二、以审判结果为中心的媒体监督模式及其潜在风险

从宽泛的意义上说,媒体对与审判活动有关的事项(如争议事实、当事人情况、审判过程、裁判结果等)的报道与评论都属于媒体监督审判的范畴,都可能对审判活动产生一定的影响。⁸但是,其中最能体现“监督”特性的无疑是媒体对审判活动的直接的质疑与批评。在这种情况下,媒体意见不仅清晰地指向法院审判活动,而且已经提出了与法院审判不同的看法,甚至还要求法院对自己的审判活动重新进行审视或纠错,其“监督”意味不可谓不浓。正因为如此,以这种方式进行的媒体监督最容易引发与审判的冲突,因而不失为分析媒体监督与审判独立二者冲突的最佳切入点。纵观近年来屡屡发生的产生重大社会影响的诉讼案件将不难发现,媒体对审判的质疑式、批评式的监督主要集中于法院的审判结果,从而形成了以审判结果为中心的监督模式。

以审判为中心的媒体监督模式具有两个明显的特点:第一,媒体主要围绕审判的实体结果展开质疑和批评。审判结果一般可以分为案件事实认定和法律适用两个方面。媒体对审判结果的监督主要就是针对这两个方面进行,则认为法院裁判中认定的案件事实错误或适用的法律不正确。前者如彭宇案件。⁹该案一审判决作出后,各种媒体上的意见几乎一致认为:法院在判决中认定的彭宇撞人的事实是错误的。“虽然众多媒体的立场、角度不尽一致,但是国内舆论几乎一边倒:一审法院的判决肯定错

³ 参见孙万怀:《论民意在刑事司法中的解构》,《中外法学》2011年第1期。

⁴ 参见徐阳:《“舆情再审”:司法决策的困境与出路》,《中国法学》2012年第2期。

⁵ 刘雁鹏、冯玉军:《对“通过重塑司法权威化解民意审判”之批判》,《法学评论》2014年第4期。

⁶ 例如,媒体在法院审判前对社会热点事件的高度关注和密集报道,可能导致“媒体审判”现象的出现。

⁷ 2006年11月某天,南京市民徐老太在等候公交车的过程中摔倒受伤,彭宇将其扶起并与其他人一起将其送至医院住院治疗。事后,徐老太向南京市鼓楼区人民法院提起人身损害赔偿诉讼,诉称彭宇在下车时将其撞倒,应承担赔偿责任。彭宇则辩称自己和徐老太之间没有发生碰撞,对她的帮扶纯属做好事,不应承担侵权赔偿责任。2007年9月,法院作出一审判决,认定原告系与被告彭宇相撞后受伤,但双方均无过错,依照公平责任,判定彭宇承担40%的补偿责任,计45000余元。案件进入二审后,南京市中级人民法院对双方进行了调解,最后双方达成和解协议并撤回诉讼。

³ 贺卫方:《传媒与司法三题》,《法学研究》1998年第6期。

⁴ 王好立、何海波:《“司法与传媒”学术研讨会讨论摘要》,《中国社会科学》1999年第5期。

了,而且是大错特错!”¹⁰后者如李昌奎案件。¹¹在滔滔舆论中,媒体对该案的批评基本上集中于法院量刑过轻,死缓适用不当。第二,媒体希望法院改变审判结果。在指出法院审判结果的错误后,媒体一般还会要求法院及时纠正自身错误,重新作出正确的裁判。在实事求是、有错必纠的理念下,这种要求似乎是媒体认为审判结果错误后的必然逻辑。彭宇案件结案多年后,媒体仍然在呼吁法院对案件“给出一个明确的说法”,希望一审判决中的错误“得到完全的、正面的纠正”。¹²李昌奎案件的再审和改判则完全是在民意的洪流中启动和进行的。

不可否认,对审判结果的媒体监督个别情况下确实能够产生促进司法公正、实现个案正义的效应。例如,许霆案件便是如此。¹³但不容忽视的是,以审判结果为中心的媒体监督模式存在着明显的先天缺陷,潜藏着极易侵犯审判独立的风险。

法官(法院)在事实认定和法律适用上的自由裁量权,是审判独立的核心内容。这种自由裁量权的行使,有其充分的理论基础和法律依据,能够确保法院最大限度地接近事实真相、最大可能地正确适用法律。就事实认定而言,法官以中立的身份参与审判过程,充分听取当事人双方(控辩双方)对证据的质证和意见,在综合审查全案证据的基础上形成对案件事实的判断,这种案情判断方式的准确程度是迄今为止人类社会的认识能力所能够达到的最高水平。就法律适用来说,虽然法律是公开的、确定的,似乎人人都可以去参阅和适用,但法官不是法律的自动售货机。法官只有在听审案件的基础上将抽象的法律与具体的案情相结合,才能找到纸面上的法律与现实生活中的案件的最佳切合点,从而正确地适用法律。

媒体对法院审判结果提出直接的质疑或批评并要求法院改变审判结果,就有代替法院对案件事实和法律问题作出判断,进而侵犯法院独享的自由裁量权之嫌。事实上,由于调查手段和对案件的评价能力与法院审判活动无法比拟,媒体对审判结果的监督往往经不起推敲。例如,媒体对审判结果提出不同意见的依据,通常来自于当事人的诉说、媒体人的推理或法庭之外的所谓“新证据”,这样的“依据”与法院通过严格

¹⁰ 刘品新:《彭宇案报道:“直接来自马嘴”了吗?》,《检察日报》2007年10月17日,第6版。

¹¹ 2009年5月16日,云南省巧家县村民李昌奎强奸、杀害同村19岁的少女王家飞,并杀害王家飞3岁的弟弟。2010年7月,云南省昭通市中级人民法院以强奸罪、故意杀人罪判处被告人李昌奎死刑立即执行。被告人上诉后,云南省高级人民法院于2011年3月作出二审判决,认为李昌奎有自首情节,事后积极赔偿被害人经济损失,认罪、悔罪态度较好,改判死刑缓期二年执行。2011年7月,云南省高级人民法院启动再审程序,并于同年8月22日对李昌奎改判死刑立即执行。关于该案件具体情况的详细介绍,可参见王启梁:《法律世界乱象时代的司法、民意和政治——以李昌奎案为中心》,《法学家》2012年第3期。

¹² 参见沈彬:《“彭宇案”是否错案,法院应有明确交待》,《东方早报》2011年9月30日,第A42版。

¹³ 2006年4月21日晚,被告人许霆在广州市黄埔大道某银行的ATM机取款时发现机器出现故障,便通过多次反复操作的方式取款171笔,合计17.5万元。2007年11月,广州市中级人民法院一审以盗窃罪判处其无期徒刑。一审判决经媒体报道后,引起社会舆论的广泛关注和争议。2008年1月,案件经二审后被发回重审。同年3月,广州市中级人民法院经重审以盗窃罪判处许霆有期徒刑五年。许霆再度提出上诉,但被二审法院驳回。媒体认为,“许霆案的改判,不能被简单看作民意胜过司法的结果,而是应当理解为在中国特殊国情环境下,民意和司法的共赢”。参见陈杰人:《许霆案改判是司法和民意的共赢》,《法制日报》2008年4月2日,第3版。

的法庭审理程序认定的定案依据相比,显然缺乏足够的说服力。实践中,媒体也会经常引述某些法律专家的观点,或者直接让法律专家参与评论,以期利用内行人的权威来增强审判监督的可信性。的确,法律专家的观点一般更加专业、理性。但是,“亲历性”是案件审理者作出正确裁判的必要前提,无论法律专家的知识多么渊博、观点多么中肯,由于“亲历性”的欠缺,亦即其并未亲自参与案件审理,那么一旦他就案件审理结果提出批评和要求,也就难以避免侵犯审判独立之嫌。从某种意义上说,正是由于法律专家的权威性,他在大众媒体上针对审判结果发表的某些不当言论,较之普通民众的观点会对审判独立形成更大的冲击。

在一个法治相对成熟的社会,这种侵犯审判独立的潜在风险一般会处在一种可控的范围之内,不会成为一个突出的社会问题。一方面,媒体直接就审判结果做出评价会采取极为谨慎的态度,以免触及法院审判独立这根极为敏感的神经;另一方面,司法独立、司法权威在制度上的保障相当完备,面对可能发生的媒体不当监督,法院有足够的抵御能力,不会轻易受其影响。

三、转型社会以审判结果为中心的媒体监督模式的现实风险

众所周知,中国正处于转型社会时期。国家政治体制、经济制度在不断变革之中,社会的价值观念日益多元化,民众的权利意识不断增强。在这一转型社会的大背景下,以审判结果为中心的媒体监督模式的潜在风险不仅难以得到控制,而且常常演变为现实的社会冲突。这种现象的产生,主要源于以下几个方面的原因:

第一,民众不能理解审判活动中的特殊原理与规则。司法审判有其特定的原理和规则,但在一个法治尚待完善的社会中,审判活动中的某些原理或规则却不能为一般民众所理解,甚至与普通大众的朴素观念相背离。从中国的社会实践来看,比较典型的情形有两种:一是对案件真相的认识。法院审判是在特定的时间、场域范围内,在特定规则制约下进行的真相探知过程,审判结果中所认定的案件事实并非客观事实本身,而只能是法律上推定为真的事实。此外,当案件争议事实处于难以查明的状态时,法院在刑事诉讼中必须依照无罪推定原则作出对被告人有利的裁判,在民事诉讼中只能依照证明责任原理由承担证明责任的一方当事人承担不利后果。概言之,法院在审判过程中不一定非得查明事实真相,即使查明了所谓的真相也不等于发现了客观事实。但是,民众常常会坚持法院能够且应当查明真相,否则就是法院的失职。二是程序正义理念。法院在尽可能查明真相、实现实体正义的同时,还必须兼顾程序的正当

性。当实体正义与程序正义产生冲突时,有时必须以牺牲对真相的追求为代价。例如,依照非法证据排除规则,一项证据材料即使具有较强的证明力,有助于查明案件事实,也会因为取得程序不合法等原因被排除在诉讼之外,不能作为定案的根据;再如,法院生效裁判应当具有既判力,即使事后发现其存在错误,也不能轻易予以推翻,而必须将错误合理、合法地坚持下去。但是,民众在实事求是、有错必纠等朴素观念的影响下,往往会对法院基于程序正义的要求作出的选择提出批评。

第二,民众不能给予法院裁判应有的尊重。审判结果获得社会尊重是司法权威的体现,但是,转型社会下民众不尊重法院裁判的情况比较普遍。例如,彭宇案件中,法院在一审判决中“依常理”、“根据日常生活经验”对案件事实作出推定,这一做法是否合理固然可以在理论上进行讨论,¹⁴但媒体由此对法院的判决结果予以否定,认定彭宇“好心扶人反被讹”,并经常使用“某某版彭宇案”来指称“做好事没好报”的社会现象,甚至对办案法官长期进行网络上的谩骂等人身攻击,显然就是缺乏对法院裁判起码的尊重。其实,稍加分析就会发现,法院的一审判决结果还是经得起检验的,相当一部分媒体对一审判决结果的批评都失之偏颇,因为:依经验法则进行推定是民事审判中常用的方法;在事实认定上存在争议或不同理解是正常现象,审判法官对此有自由裁量的权力;法官认定案件事实是在综合全案证据的基础上进行的,并非完全依赖于某一推定。¹⁵2012年,有媒体报道南京市委政法委官员在接受采访时称,舆论和公众认知的“彭宇案”并非事实真相,彭宇曾承认确实与原告发生碰撞,于是乎,民众惊呼“真相终于浮出了水面”。¹⁶民众态度的大逆转恰恰说明,他们宁可相信媒体的报道或其他人士的转述,也不愿意相信法官在判决书里娓娓道来的结论。法院裁判的不受尊重由此可见一斑。

第三,媒体未能有效地鉴别民意并形成对审判监督的自我克制。民意如何判断,这本身就是一个十分复杂的问题。“众意和公意之间经常总有很大的差别;公意只着

¹⁴ 该案一审判决认为:“如果被告是见义勇为做好事,更符合实际的做法应是抓住撞倒原告的人,而不仅仅是好心相扶;如果被告是做好事,根据社会情理,在原告的家人到达后,其完全可以在言明事实经过并让原告的家人将原告送往医院,然后自行离开,但被告未作此等选择,其行为显然与情理相悖”;“根据日常生活经验,原、被告素不认识,一般不会贸然借款,即便如被告所称借款,在有承担事故责任之虞时,也应当请公交站台上的无利害关系的其他人证明,或者向原告亲属说明情况后索取借条(或说明)等书面材料。但是被告在本案中并未存在上述情况,而且在原告家属陪同前往医院的情况下,由其借款给原告的可能性不大;而如果撞伤他人,则最符合情理的做法是先行垫付款项。被告证人证明原、被告双方到派出所处理本次事故,从该事实也可以推定出原告当时即以为是被告撞倒而非被他人撞倒,在此情况下被告予以借款更不可能”。参见南京市鼓楼区人民法院(2007)鼓民一初字第212号《民事判决书》。这些推理在理论上似乎可以争议。

¹⁵ 例如,判决书中写道:“从现有证据看,被告在本院庭审前及第一次庭审中均未提及是见义勇为的情节,而是在二次庭审时才陈述。如果真是见义勇为,在争议期间不可能不首先作为抗辩理由,陈述的时机不能令人信服。因此,对其自称是见义勇为的主张不予采信。”这样的论证如果能够得到媒体必要的关注,相信会在很大程度上减轻民众对判决结果的质疑。

¹⁶ 参见本报记者:《彭宇案真相浮出,谁能淡定》,《法制日报》2012年1月17日,第7版。

眼于公共的利益,而众意则着眼于私人的利益,众意只是个别意志的总和”;¹⁷“民意不同于公意,公意是通过相应的正当程序(如立法程序)表达、竞争、筛选、折衷、平衡和集中了的,而民意至少不具有这样的过程特点”。¹⁸因此,民意常常是多元的、混杂的、情绪的、盲从的。在转型期社会,民意的这些特点更加突出,如民意中经常反映出来的仇官、仇富、反传统、娱乐化心态。这就要求媒体报道在反映民意的同时,必须对民意的合理性、代表性等作出必要的判断。然而,在转型时期的中国社会,媒体的发展还远不成熟,常常难以起到有效鉴别民意的作用。我国当前还缺少如新闻法一类的规范媒体职业行为的法律规定,媒体监督与审判公正之间的法律界限相当模糊,媒体从业人员的职业自律和道德规范亦很不健全,所以在对法院审判结果进行监督的过程中,媒体出于片面追求新闻效应、满足自身或部分人利益诉求等因素的考虑,极易偏离其本应具有客观中立立场,有意无意地误导民众,超越监督的合理界限,给公正审判带来不利影响甚至严重冲击。

第四,法院缺乏抵制媒体不当影响的能力。在转型时期的中国社会,审判独立性和权威性的制度保障尚显脆弱,即使面对媒体不合理的质疑或批评,也往往缺乏抵制、防御的能力、手段和勇气。特别是,在中国整个国家权力体系中,司法权相对弱小,其他政治权力干预司法审判的情况比较普遍。案件一旦经由媒体报道引起社会关注后,地方官员就会出于稳定社会、平息风波等政治因素的考虑,强势插手审判活动,作出所谓的指示或批示。正如学者们所指出的,在许多情况下,民意和舆论并不会自动起作用,是被当政者拿来使用的,地方当政者通过民意挟持了司法。¹⁹此外,中国相当一部分“机关报”型的媒体,背后具有公权力的影子,其观点实际上是官方意见的反映,不管是否合理,这些观点都会让法院不得不掂量再三。总之,只要媒体的压力足够强大,法院最终的选择便是妥协、屈服或逃避。李昌奎案件中,云南省高院面对媒体的质疑,最初曾力图解释二审改判的公正性、合理性,但在媒体的轮番轰炸下,不得不启动再审程序再次予以改判。当然,中国特色的“有错必纠”式的再审制度,也为法院的妥协提供了法律上的途径。彭宇案件中,上级法院面对舆论压力则采取了回避民意的“和谐司法”策略,以近乎秘密调解的方式终结案件,²⁰虽然绕开了在裁判文书中评价彭宇救助行为的难题,但也丧失了利用这一典型案件确立证据运用的一

¹⁷ (法)卢梭:《社会契约论》,何兆武译,北京:商务印书馆,2005年,第35页。

¹⁸ 孙笑侠:《公案的民意、主题与信息对称》,《中国法学》2010年第3期。

¹⁹ 参见孙笑侠:《司法的政治力学——民众、媒体、为政者、当事人与司法官的关系分析》,《中国法学》2011年第2期。

²⁰ 彭宇案件二审结案后,审理结果一直不为外界所知。直到2008年3月全国人大会议期间,作为全国人大代表的江苏省高级人民法院院长接受媒体采访时才透露,双方当事人已在二审期间和解撤诉。

般性指导规则的机会。²¹

四、构建以审判行为为中心的媒体监督模式

可以预见,在相当长一段时期内,中国转型社会的基本特征不会从根本上得到改观,成熟、稳定的社会环境还需要一个合理的发展过程。在这一过程中,为避免以审判结果为中心的媒体监督模式给审判独立带来的现实风险,对媒体监督方式进行适当的调整日显必要。从以审判结果为中心转向以审判行为为中心,也许不失为调整媒体监督模式的合理路径。

所谓“以审判行为为中心的媒体监督模式”,是指媒体对审判活动的监督主要应围绕法官(法院)的审判行为、职务行为进行,通过监督这些行为是否符合法律规定来促进审判活动的正当化、规范化。需要说明的是,这里的“审判行为”宜做广义的理解,即审判主体实施的和审判活动直接有关或者对审判活动有影响的行为。具体包括两类:一类是诉讼行为,指法官在审判过程中依照诉讼法的规定应当进行或不得进行的程序性行为,如对应公开审理的案件是否公开审理、对应当回避的情形是否进行了回避、对应当提供法律援助的被告人是否提供了法律援助,是否存在超期羁押、先定后审等违反程序法规定的情形。二是可能影响公正审判的诉讼外行为,如违反规定会见当事人、接受当事人的吃请、收受贿赂等违法犯罪行为。

较之以审判结果为中心的监督模式,媒体对审判行为的监督具有以下优点:

第一,在充分发挥媒体监督优势的同时,尽可能避免对审判独立的侵犯。审判行为是外在的、可观的,即使法庭之内的诉讼行为也会因为诉讼案件一般采用公开审理的方式而能够为社会大众所知晓,正所谓程序正义是看得见的正义。媒体在观察、报道、评价审判行为方面具有其他审判监督主体无可比拟的优势。媒体机构众多、从业人员庞大,而且媒体具有以新闻的视角、热情和敏锐力发现、报道热点问题、社会痼疾的专业能力,更何况媒体的背后还有可以为之及时提供信息来源的广大民众。因此,如果媒体能够专注于对审判行为的监督,其监督效果将会十分明显。与此同时,媒体对审判行为的监督并不直接涉及法院的裁判结果,这也就从很大程度上避免了侵犯法官自由裁量权之虞。例如,李昌奎案件中,云南省高级人民法院于2011年3月4日

²¹ 《美国联邦证据规则》关于“事后补救措施”、“医药费用或类似支出”的证据可采性的规定可资借鉴,其第407条规定:“某一导致人身伤害或物质损失的事件发生后所采取的措施,如果该措施在事件发生前采取则可能使伤害或损失不太可能产生的,那么有关这一事后措施的证据被用来证明过失、有责行为、产品缺陷、产品设计缺陷、警示或说明的必要性时,不具有可采性。”第409条规定:“有关提供或提议或承诺支付因伤害而产生的医药、住院或类似费用的证据被用来证明伤害责任的归属时,不具有可采性。”

改判被告人死刑缓期二年执行,但直到2011年5月16日该案被害人亲属到看守所了解李昌奎的死刑执行情况时,才知道案件被改判了。²²这说明被害人方没有及时收到二审判决书,法院违反了及时将裁判文书送达当事人的义务。如果媒体对此追问下去,办案法官就可能因此承担程序违法的不利后果。²³

第二,扩大媒体监督的监督效果。媒体对审判结果进行监督的突出特征之一,就是要求法院纠正某一案件的错误的裁判结果。即便媒体的监督是合理的,即便法院纠正了错误,一般情况下也只能说被监督的个案的正义得到了实现,而这一监督过程对其他法院(法官)、其他案件的影响是十分有限的。对审判行为的监督则不然。媒体通过对审判行为的监督,不仅可以促使法院及时纠正错误的行为,而且可以预防、减少今后类似行为的发生,甚至还可能导致某些案件审判结果的改变,而最后一点往往是以审判结果为中心的媒体监督模式所极力追求的。因此,媒体对审判行为的监督在某些情形下同样能够发挥对审判结果的监督作用,但它是在最大程度地降低侵犯审判独立的风险的基础上间接实现的,因而更为合理、可行。在此,不妨以“上海法官集体招嫖”事件,²⁴来具体说明媒体监督审判行为的效果是如何进一步扩大化的。媒体报道上海法官接受律师请客集体招嫖一事,属于对法官可能影响公正审判的诉讼外行为的监督。事情在媒体披露后,最高人民法院很快对涉事法官进行了违法违纪方面的处理,这些法官的职业生涯宣告结束。在媒体的进一步追踪报道下,招嫖法官已经被爆出包养情妇、坐拥多套住房、奢华场所消费、接受律师请客嫖娼等多种问题。²⁵从这一事件的调查中,律师请法官吃饭甚至“供养”法官的普遍现象引起了社会的关注和讨论。²⁶办案机关对一位被怀疑充当“司法掮客”的律师,即多年来通过帮助多名律师结识因此次嫖娼案被“双开”的原上海高院民一庭副庭长赵明华,以从中获取非法利益的律师展开调查。²⁷如果继续追踪下去,涉事法官曾经审理过的案件就有可能依照审判监督程序进行重审,因为按照诉讼法的规定,审判人员在审理案件的时候,有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的,法院应当依照审判监督程序重新审判案件。一旦再审案件,就意味着原来的裁判结果可能会被改变,实体错误将会得到纠正。可

²² 参见王启梁:《法律世界观紊乱时代的司法、民意和政治——以李昌奎案为中心》,《法学家》2012年第3期。

²³ 由于我国程序性制裁机制不够完善,程序违法行为往往得不到相应的制裁,这也是媒体不愿监督程序违法行为而更愿意监督裁判结果的一大因素,因为对程序违法的监督常常让媒体找不到成就感。随着我国程序性制裁措施的进一步完善,这种监督不力的现象应当会逐步改观。

²⁴ 2013年8月2日,一则“上海法官集体招嫖”的视频在网络上走红,矛头直指上海市高级人民法院民一庭庭长陈雪明、副庭长赵明华等人。他们被曝共同接受吃请、去夜总会娱乐,并怀疑有集体招嫖的不法行为。视频经多次转发,成为舆论的关注焦点。参见武志:《“法官集体嫖娼门”暴露了什么》,《人民公安报》2013年8月17日,第5版。

²⁵ 参见舒圣祥:《以“法官嫖娼案”为契机重塑司法公信力》,《民主与法制时报》2013年8月12日,第2版。

²⁶ 参见武志:《“法官集体嫖娼门”暴露了什么》,《人民公安报》2013年8月17日,第5版。

²⁷ 参见陈承:《上海法官嫖娼案牵出“司法掮客”——律师被带走调查》,《21世纪经济报道》2013年8月9日,第2版。

见,媒体监督审判行为的效果,并不局限于被监督的行为或行为人本身,它会一直扩散到与该行为相关的审判事务的方方面面,最终从多个层面推动审判公正的实现。

第三,帮助法院抵制外部干预。一般来说,被监督者对于监督行为都有一种本能的抗拒,因为监督者是奔着问题而来的,常常会置被监督者于不利境地。但是,某些情形下,法院的不当审判行为完全是迫于外部干预不得已而为之,例如,在审理某些黑社会性质组织犯罪案件的过程中,地方当政者指示法院,要求被告只能聘请当地律师作为辩护人;对于一些事实不清、证据不足的案件,二审法院顾及相关部门的强势意见,不敢依照疑罪从无的原则作出处理,而不得不将案件反复发回一审法院重审。此时,媒体如果对法院审判行为进行报道、监督,法院就会反过来借助媒体的力量,与民意形成合力共同抵制外部干预。这种情形下的媒体监督不仅不会令法院反感,而且会受到法院的欢迎和暗中鼓励,成为媒体监督的意外收获。

司法场域下刑事错案纠预机制之重构

--以近 20 年典型刑事错案的实证考察为契机

自正法*

摘要:司法场域是消解内部形式主义和外部工具主义对立的范式,理想的司法场域应基于司法规律、程序法治和侦控审平等的法治理念。司法场域作为错案纠预的核心要素,本文以司法场域的运行逻辑为视角,以近 20 年典型刑事错案的实证考察为切入点,将司法场域作为错案纠预的核心要素,论证我国错案的成因在于司法场域受行政权力支配或影响,在于公检法部门未能实现由传统社会治理工具向现代社会司法控制方式的转化。针对实证分析结论,提出依法治国须纠正错误的司法理念,树立证据裁判主义,克服司法行政化倾向;构建“庭审中心主义”,防止正当法律程序虚拟化,完善“权利制约权力”等内外监督的多元复合错案预防机制,以期实现杜绝或减少错案。

关键词:司法场域;典型刑事错案;正当程序;司法规律;侦控审平等;

对错案纠预机制的解答存在着内部视角的形式主义与外部视角的工具主义两种范式,“司法场域”理论及运行逻辑,正是消解内部形式主义和外部工具主义二元对立局面的重要举措。“‘错案’会使人想到一个无辜者在黑牢里服刑的情景,而实际上他并没有犯罪。”¹这是法国著名律师勒内·弗洛里奥对错案作出的栩栩如生的描绘。随着浙江张氏叔侄案、内蒙古呼格吉勒图案的曝光,错案再一次被推到了风口浪尖,毫无疑问,刑事错案作为最严厉的侵犯司法人权的方式之一。同时,错案犹如一把双刃剑,在给民众对司法公信力造成极大损害的同时,也为我国的司法体制改革提供了契机。2013 年 11 月,党的十八届三中全会通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定一》),《决定一》强调“国家尊重和保障人权”,全面贯彻完善人权司法保障制度,其中将健全错案防止和纠正机制作为重要的抓手;2014 年 10 月,党的十八届四中全会又通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定二》)首次提出了全面推进依法治国的总目标,为错案预防、纠正和追究机制提供了依据。本文以司法场域运行逻辑为问题研究的视角,

*自正法,男,云南玉溪人,浙江大学诉讼法学博士生;主要研究方向:刑事訴訟法学、司法制度、法社会学研究。
[法]勒内·弗洛里奥:《错案》,赵淑美、张洪译,北京:法律出版社 1984 年版,第 2 页。

突出司法寻求最优解决路径的策略,以当前中国式错案为实证考察样本,并结合当前防范刑事错案的法律、法规和司法改革的内容,全面革新刑事错案防止和纠正机制,以抛砖引玉。

一、司法场域的运行逻辑:理想司法场域

(一) 司法场域的逻辑结构

场域不仅是社会学上消解主观主义和客观主义二元对立的工具,而且是司法领域防止错案最基本的元素。法国布迪厄将场域(champs)定义为:“在各种位置之间存在的客观关系的一个网络(network)或一个构型(configuration)。”^[1]场域是一个系统的、动态、体现社会力量对比关系的网络结构,它是个利益和资本竞争博弈的空间,其运作和转变的原动力是场域的结构形式和场域内各个主体之间占有资本的区别,参与博弈的各方依据其所占有的“资本”展开竞争。²在布迪厄的场域理论中,除了场域概念外,还有“资本”和“惯习”两个概念;并把社会空间中存在的“资本”分为四大类:经济资本、文化资本、社会资本和象征性资本,资本在司法场域中“既是斗争的武器,也是争夺的关键。”³同样,刑事错案的发生是一个系统的过程,即是一个利益和资本竞争博弈的过程,然而长期以来,人们习惯于从单维度、静态的理论来反思、解释,缺乏一种多维度的、动态的切入点。

在现实社会中存在着不同领域的场域,比如政治场域、文化场域、科学场域、经济场域、艺术场域、宗教场域等,它们在各自的领域都有着独特的运作逻辑和特殊的功能。其中,科学场域最具自主性,政治场域排在最后,司法场域介于二者之间,司法场域虽然具有自主性,存在着自身逻辑,但其又是一个分化不彻底的场域,外部其他场域对其不断施加着各种影响。司法场域是法律运作、纠纷解决的空间,以实现正义为自己的使命,其有自身独特的运作逻辑。⁴可见,司法场域是一个相对独立场域,既有自身行动的内在运行逻辑,又是一个自主性比较低的场域。结合场域理论,布迪厄认为,司法场域的特定逻辑是由两个要素决定的,一方面是特定的权力关系,另一方面是司法运作的内在逻辑,前者为场域提供了结构并安排场域内发生的竞争性斗

² 高宣扬:《布迪厄的社会理论》,上海:同济大学出版社2004年版,第136页。

³ [法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学导论》李猛,李康译,北京:中央编译出版社1998年版,第135页。

⁴ 方乐:《司法的场域分析——以1997年的一次学术论战为背景的展开》,《法律科学》2006年第1期。

争。⁵首先,司法场域的基本运行逻辑遵循司法规律和程序法治。司法场域的基础要素是宪法法律权威、依法独立行使职权、司法公正、司法民主、司法公开等六大要素,这是司法场域有效运行的基本保障。其次,司法场域的主要依据宪法、法律法规;其终极价值目标是公平和效率,但公正是司法场域的基本价值目标。最后,司法场域的主体主要包括法官、检察官、被告人、被害人、律师、证人、法警、鉴定人和专家辅助人等。其中法官是权威主体,检察官、被告人是基本的利益主体,被害人、律师、证人、法警和专家辅助人等则是参与主体或辅助主体。这些因素总和一起型构了司法场域的运行逻辑。

(二) 理想的司法场域

理想的司法场域是建立在依法治国理念之上的,体现的是司法的中立性、终局性、公正性、公开性、独立性、程序性和权威性。其以司法权为基础,以裁判独立为支撑,以宪法、法律法规为权威,以法官为核心,以定纷止争为己任,以保护人权为目的,以实现公平正义为终极目标。在司法权的支撑和依法独立行使职权的保障下,司法场域其实为各方主体提供了一个公平、正义、有序的博弈平台,司法裁决过程从形式理性看成为参与各方共同进行的博弈过程。在理想的司法场域中,法官是权威主体,是正义的化身,法官的判决只服从宪法、法律法规,法官裁判案件不受任何个人利益和政治观念的影响;检察官和被告人则以平等的地位按照法律的规定,遵循法定的程序,表达主张或请求。证人、被害人等参与者也能根据各自的角色定位寻求自己的利益。具体而言,理想的司法场域包括了三个核心要素,即遵循司法规律、程序法治和侦控审平等。

理想的司法场域三大核心要素,首先是遵循司法运行的规律,即司法规律,其是由司法的特性所决定的体现对司法活动和司法建设客观要求的法则。立足依法治国的语境,并参考世界法治国家的经验,我们认为我国司法体制应当遵循基本司法规律:严格适用法律,维护宪法法律权威;公正司法,维护社会公平正义;司法的亲历性与判断性等。^[2]遵循其基本意义,就在于有效发挥司法的功能,以保障实现社会公正、维护社会秩序、防止刑事错案的发生。其次符合正当法律程序;程序是司法场域运行的逻辑,理想的司法场域应该以程序正义为其本质属性,维护正当法律程序是最大限度避免错案发生的根本途径。正如最高院副院长沈德咏提出的,“程序公正作为一种看得见的正义,对于人格尊严的保障、诉讼的公开、透明、民主及裁判的终局性和可接受性等方面,都具有更深层次的意义。而且从根本上讲,程序公正实体公正的有效

⁵ [法]皮埃尔·布迪厄:《法律的力量:迈向司法场域的社会学》,强世功译,载《北大法律评论》1999年第2卷第2辑。

保障。完备的程序制度,能在最大程度上防范冤假错案提供制度保障。”⁶最后是侦控审三方平等;在现行的刑事司法中,分工负责,互相配合、互相制约,配置公检法三机关的权力并处理相互关系的基本原则,而在现实的司法场域中三机关的关系制约不足、配合有余,而且公安机关处于强势地位,检察院无法有效发挥法律监督职能,法院对刑事程序的控制能力和对案件实体的裁断能力被弱化,难以形成以法院为标志的司法权威,最终导致侦、控、审三方失衡。

二、司法的场域分析:以“典型错案”为切入点

错案在实践中常被称为冤案、假案、司法错误、冤假错案等。关于“错案”的官方定义源于《人民检察院责任追究条例》第2条的规定,“错案是指检察官在行使职权、办理案件中故意或重大过失造成认定事实或者适用法律确有错误的案件,或者在办理案件中违反法定诉讼程序而造成处理错误的案件”。显然,这样带有鲜明政治色彩“错案”定义不能涵盖司法实践中错案的内涵。就概念的界定而言,近年来国内学者提出了诸多不同的观点,例如,实体错案说、程序错案说、主客观统一错案说、形式错案说、责任追究错案说、多重标准说、语境标准说等等,^[3]归纳起来主要有以下三种:客观说、主观说、主客观相统一说。⁷而笔者认为,从主客观相统一说定义刑事错案更符合司法实践。也有学者从四种不同语境下的刑事错案。^[4]本文笔者认为,刑事错案是指刑事诉讼中发生了犯罪事实,公检法三机关等在刑事司法活动中故意或过失违反法定的程序,或者严重侵害被告人的合法权益调查收集和使用证据,或者由于对案件的事实认定、证据认定和适用法律上的错误,最终导致无罪的人被追究刑事责任的案件。

本文选取近20年以来25起典型刑事错案为实证考察的样本,以这25起错案为切入点,以司法场域的运行逻辑为视角,论述刑事错案的防止、纠正机制,以期更好地完善司法人权保障制度。这25起典型刑事错案为:湖北余祥林案、四川罗开友案、河南赵作海案、湖南滕兴善案、海南黄亚全、黄圣育案、贵州王涛、肖卫东案、云南杜培武案、河北李久明案、河北李春兴案、河北陈瑞武案、河北徐东辰案、山西赵建新案、山西岳兔元案、广西覃俊虎、兰永奎案、广西邓立强案、辽宁李华伟案、黑龙

⁶ 沈德咏:《我们应当如何防范冤假错案》,《人民法院报》2013年5月6日。

⁷ 客观说认为,判断冤案的标准是案件最终处理结果是否与客观事实不符,是否存在错误;主观说认为,判断冤案的标准不是根据案件最终的处理结果是否与客观事实相符,而是司法人员主观上是否存在过错;主客观统一说认为,判断冤案的标准应把主观过错与客观结果结合起来。具体参见张丽云主编:《刑事错案与七种证据》,北京:中国法制出版社2009年版,第5页。

江丁志权案、甘肃王学义案、福建罗玉明案、山东郭新才案、浙江吴大全案、浙江张氏叔侄案、浙江五青年杀人案、河南李怀亮案、内蒙古呼格吉勒图案。

所选取的25起刑事错案样本有一些共同的特征:首先,错案样本具有典型性。这些刑事错案的形成并非偶然,几乎都是在“命案限期必破”的压力下,侦查人员在无其他破案手段时,绝大多数采取了刑讯逼供等违法手段获取犯罪嫌疑人人口供的方式侦破案件,并且对案件造成了侵犯司法人权等严重后果,进而导致司法公信力的流失。其次,错案样本属于“重特大”刑事案件。错案样本是源于湖北、四川、河南、湖南、海南、贵州、云南、河北、河北、山西、辽宁、黑龙江、甘肃、福建、山东、浙江、河南、内蒙古共18个省份的“重特大”案件,案件本身属于“情节特别恶劣”或“后果特别严重”等情形,加之侦查机关的“违法情节特别恶劣”、“对无辜者造成了严重后果”。再次,典型刑事错案都对当事人司法人权造成了严重损害。在错案样本中,被告人多数是底层的农民或工人,其中也有职业为警察的;错案严重侵害人身权利案件中的概率要明显高于财产权利的案件,大多数错案给被害人造成极大的人身和财产损失,侵犯当事人的司法人权。

三、理想与现实司法场域的对接:错案的防止机制

(一) 现实司法场域的实证考察

无论一国的刑事司法体制如何完善,都不可能完全杜绝刑事错案的发生。不管是在大陆法系国家还是在英美法系国家,就连诉讼程序高度的美国,错案也是不可避免的,比如迈克尔·埃文斯案⁸、沃尔特·D·史密斯案⁹、尼古拉斯·叶里斯案¹⁰等,可见,刑事错案总是刑事司法制度不可根除的诟病。导致刑事错案的成因可能是多层次、多因素的,这些因素交织在一起产生“累积效应”共同作用导致错案的发生。学者从不同视角研究刑事冤案的成因得出不同的结论,有学者从司法制度的视角剖析错案的根源¹¹;有学者从认知心理学与社会心理学的角度剖析刑事错案形成的根源¹²;也有学者从法社会学视角分析刑事错案的成因。¹³本文笔者对十六起典型刑事错案为样本“实证

⁸ 80 Ill.App.3d 444, 399 N.E.2d 1333, 35 Ill.Dec. 805.

⁹ Ohio App. 1988. State v. Smith, Not Reported in N.E.2d, 1988 WL 79080 (Ohio App. 10 Dist.).

¹⁰ Commonwealth v. Stanley, 498 Pa. 326, 336, 446 A.2d 583, 588 (1982).

¹¹ See, e.g., George C. Thomas III, *The Supreme Court on Trial: How the American Justice System Sacrifices Innocent Defendants* (2008).

¹² Brian L. Cutler & Steven D. Penrod, *Mistaken Identification: The Eyewitness, Psychology and the Law* (1995); Stephen J. Ceci, *Jeopardy in the Courtroom: A Scientific Analysis of Children's Testimony* (1999).

¹³ 胡铭、张健等:《错案是如何发生的——转型期中国式错案的程序逻辑》,杭州:浙江大学出版社2013年版,第20—49页。

研究”^[5]的基础上, 不仅分析现实司法场域, 而且进一步总结刑事错案的防止机制。

表 3.1: 刑事错案样本的成因分析表

刑事错案成因			错案在该成因中的分布情况		案件数量 (x)	百分比 (x/y, y=25)
侦查机关	刑讯逼供		除黄玉明案外		24	96%
	证据方面	伪造有罪证据	余祥林案、赵作海案、黄亚全、黄圣育案、李久明案、丁志权案、覃俊虎、兰永奎案、张氏叔侄案		7	32%
		隐瞒无罪证据	余祥林案、赵作海案、黄亚全、黄圣育案、杜培武案、李久明案、丁志权案、覃俊虎、兰永奎案、张氏叔侄案		8	
		强迫证人作伪证	赵作海案、黄亚全、黄圣育案、肖卫东、王涛案、郭新才案		4	
	鉴定方面	未进行 DNA 鉴定	余祥林案、赵作海案、罗开友案		3	12%
		不具有证明力的鉴定意见被采信	杜培武案		1	
	检察机关	检察机关监督失灵	“存疑”证据起诉	余祥林案、赵作海案、黄亚全、黄圣育案、李久明案、丁志权案、覃俊虎、兰永奎案、肖卫东、王涛案、郭新才案、张氏叔侄案、李怀亮案、呼格吉勒图案		11
隐瞒无罪证据			余祥林案、赵作海案、黄亚全、黄圣育案、杜培武案、李久明案、丁志权案、吴大全案、张氏叔侄案		8	
忽视侦查机关违法行为			全部样本错案		25	
审判机关	多次发回重审		余祥林案、丁志权案、陈瑞武案、李化伟案、徐东辰案		5	20%
	证据方面	无法形成证据锁链	全部样本案件		25	100%
		忽视无罪证据	全部样本案件		25	100%
政法委员会	政法委协调定案		余祥林案、赵作海案、丁志权案、李久明案、杜培武案、李怀亮案		6	24%
	公检法“从重从快”结案		呼格吉勒图案		1	4%
辩护律师	辩护意见未被采信		全部样本错案		25	100%

在此，主要是指刑事错案发生的司法环节

在此, 主要是指刑事错案发生的司法场域, 即刑事错案的成因, 根据表 3.1: 刑事错案样本的成因分析表, 可以清晰看出某一错案成因在刑事错案样本的百分比, 可见错案发生的根本原因在于司法场域受权力场域支配, 在于我国公检法及其它部门未能实现由传统社会治理工具向现代社会司法控制方式的转化, 其具体表现为以下方面:

1. 侦查机关的违法侦查行为

违法侦查行为是指侦查机关在侦查活动中违反实体法或程序法的行为。侦查机关的违法行为主要有: 首先, 对犯罪嫌疑人违法使用刑讯逼供; 在所选取的 25 例错案样本中, 其中 24 起案件侦查机关都对犯罪嫌疑人实施了刑讯逼供, 使用刑讯逼供比率达到了 96%。即使作为警察的李久明和杜培武也未能逃脱侦查机关的刑讯逼供。刑讯逼供的目的在于获取证据之王的口供, 以口供作为破案的突破口或将犯罪嫌疑人认罪伏法。其次, 侦查机关其他违法收集证据行为, 主要表现在: 伪造有罪证据、隐瞒无罪证据、强迫证人作伪证。如在典型错案样本中, 7 起案件存在侦查机关伪造有罪证据的行为, 比率为 28%; 8 起案件存在隐瞒有罪证据的行为, 比率为 32%; 还有 4 起案件存在强迫证人作伪证的行为。再次, 侦查机关在鉴定方面的违法行为; 主要表现为: 采信不具有证明力的鉴定意见、未进行 DNA 鉴定或者有的则是忽视了对被告人有利的 DNA 鉴定意见。虽然侦查机关在鉴定方面违法行为比率仅为 12%, 但这足以导致错案的发生, 在余祥林案中, 如果对实体进行 DNA 鉴定则有可能避免错案的发生。再深层次的探究侦查机关违法侦查的原因, 则是“不科学政绩考核指标”、“命案必破的压力”、“不规范的侦查程序”等。同样, 在法治发达国家, 侦查机关的违法侦查行为也是造成冤案的原因之一。¹⁴

2. 检察机关监督失灵

现行《刑事诉讼法》第 258 条规定, 检察机关审查案件时要审查“侦查活动是否合法”。在 25 起错案样本中, 检察机关监督失灵的比率达到了 100%, 其中具体表现为: 11 起错案存在“存疑”证据起诉, 比率为 44%; 8 起错案存在隐瞒无罪证据, 比率为 32%; 而忽视侦查机关违法行为的比率达到了惊人的 100%。检察机关应秉持客观公正的义务¹⁵, 不仅为大陆法系国家和英美法系国家所普遍采纳, 也为相关的国际法律文件所认可。但在司法实践中, 我国检察机关虽被定位为法律监督机关, 却没能担负起这一职能, 检察机关监督失灵行为和侦查机关刑讯逼供一样几乎存在于每个刑事错案中。

3. 审判机关司法裁判的虚拟化

为何司法裁判会虚拟化, 究此源头, 最根本的原因是审判程序的行政化。从对错案样本成因的统计分析中我们发现, 25 起刑事错案样本都存在着法官无法形成证据

¹⁴ Chris Mullin: *Testimony to the Royal Commission on Criminal Justice* (1991), para.13. 转引自 Lissa Griffin: *The Correction of Wrongful Convictions: A Comparative Perspective*, 25 Am. U. Int'l L Rev. 1241(2001).

¹⁵ 朱孝清检察官认为大陆法系检察官义务侧重于“客观”义务, 而英美法系侧重于“公正”义务, 因而将检察官的义务合称为检察官“客观公正义务”。参见朱孝清: 《检察官客观公正义务及其在中国的发展完善》, 《中国法学》2009 年第 2 期。

锁链和忽视无罪证据的情况下作出“有罪”的问题，而且比率为100%；在余祥林案、丁志权案、陈瑞武案、李化伟案、徐东辰案共5起错案中，无法形成有罪证据的情况下，多次发回重审，占到错案样本比率的20%。法院历经十几年的审判组织改革，对于司法裁判的行政化提出了一系列解决方案，无论是承办人制度、院庭长审批案件制度，还是审判委员会讨论案件制度、审判长或主审法官的庭长化¹⁶都不能避免我国司法裁判的行政化。近年来，新一轮的司法改革试图通过吸取四种制度的优势、审判程序的正当化和证据规则的制定来进一步减少院庭长对案件审批，从而确保审判机关司法裁判的正当、合法化。^[6]

4. 地方政法委的不当干预

地方政法委与公安司法机关是领导与被领导的关系，政法委的领导应该主要为政治领导、思想领导和组织领导，而不是具体的个案干预。从错案样本选取的实证分析，共有6起错案是在地方政法委的直接协调下作出的，占到全部错案样本比率的24%。如赵作海案中，检察机关认为不具备起诉条件，准备退回侦查机关，随即案件被作为疑难案件提交到商丘市政法委进行专题讨论，经集体研究决定，案件最终具备了起诉的条件，这就是典型的地方政法委协调下的刑事错案。

从25起错案样本再深入分析，我国刑事错案的成因，除四机关原因之外，还有律师辩护意见未被采信，被害人和公众形成的舆论压力，媒体“未审先判”的“先声”；律师职业群体的不专业化、不科学的绩效考核评价体系，紧缺的司法资源；立法体制的缺陷、个别办案人员素质底下和落后的刑事司法观念等共同作用导致了转型期中国式的刑事错案。比如，在具体错案样本成因统计表中，所有的错案样本都存在律师辩护意见未被采信，比例之高也令人诧异。

（二）现实司法场域下错案的防止机制

现实中的司法场域从来都不是理想和静止不动的空间，因为司法场域中存在着积极活动的各种力量，各个主体之间运用资本不断展开和博弈而使司法场域充满了活力。为坚守防范刑事错案的底线，2013年8月，中央中央政法委出台了《关于切实防止冤假错案的规定》；又于2013年11月，最高人民法院公布了《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》（以下简称《意见》）；通过对25起典型错案成因的实证分析，在刑事错案发生过程中，由于法院司法审判的场域被打通，形成了社会公众、媒体、公安机关、检察院、政法委、被害人、被告人、律师以及法院自身等各种力量因素博弈的局面，笔者以司法场域的运行逻辑为独特视角，将刑事错案的防止机

¹⁶ 陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究（第二版）》，北京：中国人民大学出版社2008年版，第58—69页。

制归纳为：

1. 完善司法场域，纠正错误的司法理念

通过分析近期发生的典型错案张氏叔侄案和李怀亮案，不难发现侦查机关刑讯逼供，口供中心主义、“印证规则模式”、偏信有罪证据、无视无罪、最轻证据、疑罪从轻、审判程序走过场、监督形式化等诸多违背刑事诉讼基本原则的违法行为和不当行为，这背后隐含着公安司法人员在办理案件过程中存在着重实体轻程序、重打击而轻人权保障、重效率而轻公正、重有罪推定等错误的司法理念。而这些错误的刑事诉讼基本原则不仅是国际刑事司法准则所反对，也是我国刑事实体法和程序法明令禁止的。

完善司法场域主要途径为，首先，保持思想上独立；这种思想上独立既包括法官法律之上的司法理念的确立，场域内法官角色的双重转换；也包括身份认同的独立。¹⁷其次，组织上的独立，保持裁判的独立性；党对司法的领导，需要由司法场域内化，而不是直接作用于法官。所有影响法官独立裁判的因素，如社会因素、政治因素、媒体舆论因素、利益关系等，都必须通过司法场域予以内化，不能直接影响法官具体案件的裁判。最后，应重树刑事诉讼基本原则，即坚持尊重和保障司法人权原则，坚持依法独立行使审判权原则，坚持程序公正原则，坚持审判公开原则和坚持证据裁判原则。

2. 树立证据裁判主义，克服司法行政化倾向

证据就是程序，¹⁷以证据作为裁判的依据不需要有特别的故事，实践中没有了不得的疑难案件。对此边沁也曾做出这样的高度概括：“证据乃司法之基础，也是正义之基础”。从25起典型错案的发生都不是因为适用法律不当，而是因为认定事实错误，在证据收集工作上使用了刑讯逼供等其它不正当的手段，证据是造成刑事错案最主要的原因之一。司法的行政化，笔者在上文中以深入剖析，在此不重复赘述。完善刑事证据制度作为预防和减少刑事冤案的重要途径之一，我国制定了非法证据排除规则和新《刑事诉讼法》的修改之后，进一步明确取证规则、举证规则、执政规则和认证规则。譬如，在取证制度中，规范证人证言的取证制度和建立侦查讯问录音录像制度。¹⁸针对典型错案中存在的突出问题，一方面，法官需向“司法裁判者”角色转换；当下法官“司法者”角色的扮演，事实上是一个双重转换的过程：既包括了法官在社会空间上由“日常的生活场域”、特别是“权力场域”向“司法场域”的转换，更为重

¹⁷ 周长征：《后赵作海时代的冤案防范——基于法社会学的分析》，《法学论坛》2010年第4期。

¹⁸ 笔者在与杭州市某区检察院检察员访谈对话中了解到，侦查人员在讯问渎职、反贪等犯罪嫌疑人时，全程都做到了录音录像，犯罪嫌疑人要想举证讯问中存在刑讯逼供等其它违法行为，基本上是不可能的。当然，这是在经济、文化相对发达的沿海地区，但在内地、西北和西南地区能否达到如此高的标准，还是值得商榷的。

要的是包括了法官在心理空间上由“非司法者”角色、特别是“权力人”角色向“司法裁判者”角色的转换。另一方面,法官审理案件必须重证据,重调查研究,切实改变“口供至上”的观念和做法,注重实物证据的审查和运用,只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪,真正确认“以法院或法官为中心”的司法场域结构。

3. 构建“庭审中心主义”,防止正当法律程序虚拟化

理想的司法场域的核心要素之一为正当法律程序,构建“庭审中心主义”是防止正当法律程序的虚拟化重要路径。中国刑事诉讼模式的类型必将是一种属于中国自己的、非鹿非马的、自成一体的、“made in China”的特色模式,是一种“本土主义的现代型”刑事诉讼模式。¹⁹既有职权主义诉讼模式的特征,又有混合模式的特征。如何摆脱“流水作业式”诉讼构造?如何建构“以司法裁判为中心”的诉讼模式?我国著名学者陈瑞华教授曾作出过细致的分析。²⁰构建“庭审中心主义”,应明确做到:首先,切实保障被告人及其辩护人在庭审中的发问、质证、辩论等诉讼权利。对于被告人及其辩护人提出的辩解理由、辩护意见和提交的证据材料,应当当庭或者在裁判文书中说明采纳与否的理由。其次,贯彻落实证人出庭作证制度。对于依法应当出庭作证的证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证,其庭前证言真实性无法确认的,不得作为案件定案的证据。再次,证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实,不得作为定案的证据。比如,采取技术侦查措施收集的证据,除可能危及有关人员的人身安全,或者可能产生其他严重后果,由人民法院依职权庭外调查核实的外,未经法庭调查程序查证属实,不得作为定案的证据。

4. 建立“权利制约权力”的监督机制²¹

权利与权力的关联性体现于司法场域这个特定的时空范围之内,这种关联性所呈现出来的形态是随着历史、地域、文化等不同因素而不断变化的,民众—社会—国家成为权利与权力交织的舞台。²²权利与权力的关联性体现在,“权力来源于权利,权力是为维护权利而产生的,权利优位于权力,权利与权力是互动的。”²³权利与权力作为司法场域的核心内容,内在存在着辩证的关系,联系司法场域理论,我们更清晰理解“权利”和“权力”是怎样借助于司法这一平台,实现“权利制约权力”的监督机制。

¹⁹ 左卫民:《中国刑事诉讼模式的本土构建》,《法学研究》2009年第2期。

²⁰ 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题(第3版)》,北京:中国人民大学出版社2011年版,第252-257页。

²¹ 自证法、张波:《转型期刑事冤案的预防机制探讨》,《云南警官学院学报》2014年第5期。

²² 王立峰:《法政治学的核心范畴研究——以布迪厄的“场域理论”为视角》,《社会科学研究》2013年第3期。

²³ 卓泽渊:《法政治学》,北京:法律出版社2011年版,第170—171页。

在25起典型错案样本成因分析中,我们看到侦查程序最大的问题在于缺少侦查权的司法审查机制,加之侦查机关在政治格局中的强势权力地位,检察院的检查监督很难起到制约作用。应对当前的司法困境,应建立“权利制约权力”的监督机制,一方面,赋予犯罪嫌疑人及其辩护律师抵御侦查权不当侵害的权利。比如,为律师实现监督权障碍的救济途径作出明确的规定,通过检查监督或法院的司法审查机制的途径保障律师监督权的实现。另一方面,在侦查程序中逐步引入司法审查机制。检察机关作为“准司法审查”性质的机关,理应审查侦查机关的违法侦查行为,对违法取证行为予以制止。这是一种权力监督与权利监督并重、程序外监督与程序内监督并重的制约机制。

四、司法场域下的错案纠正机制:多元复合模式

(一) 内部监督:法院审判纠正模式

司法场域是由两个要素所决定的,一个是司法运作的内在特定的逻辑规则,司法场域消解内部形式主义的举措为内部监督,即法院审判纠正模式。从这25起典型刑事错案的样本分析中,我国刑事错案纠正模式主要是审判监督模式,这种监督分为内部监督和外部监督,内部监督即法院的自我监督,主要是法院系统自查发现刑事错案,然后启动再审程序来纠错的方式。

现行《刑事诉讼法》第243条第1款、第2款规定了法院主动启动再审的机关,包括:最高人民法院、上级人民法院、本级法院和审判委员会;新刑诉法第241条和第243条第3、4款规定了法院被动启动再审的机关,主要包括:最高人民检察院、上级人民检察院。在河南赵作海案中,因被“嫌疑”杀害本村村民赵振裳,并于2002年10月商丘市中级人民法院判处被告人赵作海死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身;河南省高级人民法院经复核作出裁判,核准商丘市中院的上述判决。2010年4月,“被害人”赵振裳回到村中,那么赵作海案明显是错案,河南省高院随即着手调取证据和确认赵振裳身份,并立即对赵作海案启动了再审程序,并于2010年5月宣布赵作海无罪释放,并获国家赔偿。法院自身这种“有错必纠”的再审模式启动是值得肯定的,但司法实践中不可避免的存在“上级法院为了顾全下级法院的公信力和法官的利益等,而最终拖延刑事错案的纠正”,这些问题都是需要在法院审判监督机制中进一步完善,比如可以建立全国统一的错案纠正机制,逐步取消本级法院可以启动再审的权力等。

（二）外部监督：多元主体纠正模式

在司法场域中，另一个决定要素为外部社会特定的权力关系与斗争，以此形塑了错案监督的外部权力关系，司法场域消解外部工具主义的举措是外部监督，即多元主体错案纠正模式。内部监督有着天然的缺陷，如果法院内部启动再审程序，必将损害法院判决的权威性及司法公信力，因此法院启动再审是有其偶然性。^[8]这时，就需要外部监督机制发挥应有的功效，主要的外部监督机制有：检察机关的监督；依据现行《宪法》第135条和《刑事诉讼法》第7条的规定，可以看出，我国公检法机关关系为“分工负责、互相配合、互相制约”，而在现行司法场域中公检法三机关是制约不足、配合有余，检察机关作为我国的监督机关，不论政府机关、公务员和普通的民众，只要有违法行为，就应受到检察机关的检举监督。再依据刑诉法第243条第3、4款规定，检察机关监督法院生效的裁判文书，最高人民检察院和上级人民检察院通过监督法院的审判和接受民众的申诉，发现刑事错案时，向法院提起再审程序，从而纠正刑事错案。

②人民代表大会的监督；西方错案纠正模式中就有议会监督模式，同样，依据我国现行《宪法》第3、67条，我国人民代表大会行使着纠正错案的职能，无疑人大的监督是我国监督体系中最高的监督，也是最具权威的监督，它主要接受民众的信访等方式，如发现刑事错案，并将相关情况告知法院而启动再审程序。

③政法委的监督；政法委的监督是我国外部监督模式的重要力量，也是我国特殊的刑事错案纠正模式，政法委作为公、检、法、司四机关的领导部门，其主要职能协调、领导和监督公安司法机关的工作，并主要通过监督公安司法机关和接受信访两种方式纠正错案。在云南杜培武案的过程中，云南省政法委和市政法委对于错案的纠正发挥了巨大的作用，两级政法委发现1998年4月20日枪杀两名警察的犯罪行为是杨天勇犯罪团伙所为，而非杜培武所为，并对及时纠正错案作出了明确的指示。可见，政法委的监督是我国刑事错案纠正的重要机制。

④信访监督；依据我国《信访条例》的规定，信访是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式，向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，依法由有关行政机关处理的活动。信访监督在错案的纠正中至关重要的作用，^[9]在25例错案中，大多数错案都是通过信访的推动最终启动二审和再审。

除上四种外部监督方式外，还有当事人及近亲属的监督、新闻媒体的监督等都是刑事错案纠正的重要方式。

当然，刑事错案的外部监督纠正机制也有其缺陷，比如：检察机关监督的不独立、人大监督的形式化、政法委监督的政治化倾向、信访监督的非专业化等都是外部监督存在的缺陷。我国刑事错案纠正机制的再完善途径有，首先，加强检察机关对侦查行为的监督，实现其事前监督、同步监督和事后监督，规范侦查程序。^[10]其次，强调政法委大方向引导，而不是个案干预。从样本错案中分析，赵作海案从某种意义上说，是政法委制造的错案，当法院对赵作海无充足的证据将作出疑罪从无判决时，正是由于县政法委参与并指导判案，才有了赵作海案。^[11]政法委应在政治方向上为各级公安司法机关把好大方向，协调三机关的关系，协调大要案的处理，而不能具体参与个案的处理程序，阻碍司法机关独立判案。再次，变“被动”为“主动”纠正，进一步加强外部监督的力量。考察十六起典型错案纠正的运行模式图：法院错案判决生效→当事人及其近亲属等不断申诉、上访→被新闻媒体披露→政法委、人大、检察院等发现错案→提起再审→纠正错案，这是一种自下而上的被动纠正错案的程序。应由“被动纠正”变为“主动纠正”，形成自上而下与自下而上双轨并行的纠正程序。并逐步加强社会民间联盟、基金会等更多社会力量加入到刑事错案纠正机制中，例如美国的“无辜者计划”在纠正刑事错案方面发挥了巨大的作用，这些都是我国可以借鉴的。

结 语

以司法场域的运作逻辑为视角入手分析，突出司法寻求最优解决路径的策略，更好地揭示出错案案发生的过程、原因及隐藏在其后的社会因素；辅之于25起典型刑事错案实证分析，不仅有利于健全错案防止和纠正机制，从根本上根除刑讯逼供等违法行为，也有利于改进和完善司法人权保障的相关制度和程序，使人民群众在司法程序中依法享有充分真实的司法人权，确实在每一个司法案件中都感受到公平正义。总之，刑事错案的预防与纠正机制是一项长期而复杂的刑事司法改革工程，解决中国式错案的根本路径在于完善司法场域，彻底摒弃教条化的治理传统，为司法场域的独立运行提供硬件和软件设施保障。在张氏叔侄案、河南李怀亮案、呼格吉勒图案等典型错案日益曝光的司法背景下，构建多元化的错案纠预机制从而有效杜绝、减少错案的再发生可谓是任重而道远，正如美国俄亥俄州前检察总长吉姆·佩特罗曾所言的：“终生从政的经历告诉我，作为一个国家，在错误观念没有得到改变之前来修正我们的制度是非常艰难的。然而，改变了相关的错误观念后，我们能够大幅减少冤案，并在这一过程中创造一个更加安全的国家。”^[12]以司法场域运行逻辑和典型错案的实证分析

为研究路径,从而为司法实践中的反思、革新提供良好的思路与策略,以期能有效地预防错案的发生,加快法治中国建设的步伐。

参考文献

- [1] [法]皮埃尔·布迪厄:实践与反思——反思社会学导引[M].李猛、李康译,北京:中央编译出版社1998年版,第19页。
- [2] 陈光中、龙宗智:关于深化司法改革若干问题的思考[J].中国法学,2013年第4期。
- [3] 刘品新主编:刑事错案的原因与对策[M].北京:中国法制出版社2009年版,第3-8页。
- [4] 胡铭、张健等:错案是如何发生的——转型期中国式错案的程序逻辑[M].杭州:浙江大学出版社2013年版,第4—6页。
- [5] 左为民等:中国刑事诉讼法运行机制实证研究[M].北京:法律出版社2007年版,序言部分。
- [6] 自正法、张波:转型期刑事冤案的预防机制探讨[J].云南警官学院学报,2014年第5期。
- [7] 陈瑞华:刑事证据法学[M].北京:北京大学出版社2012年版,第289页。
- [8] 李建明:错案追究中的形而上学错误[J].法学研究,2000年第3期。
- [9] 李建明:刑事司法错误——以刑事错案为中心的研究[M].北京:人民出版社2013年版,第319页。
- [10] 陈光中、汪海燕:论刑事诉讼的“中立”理念——兼谈刑事诉讼制度的改革[J].中国法学,2002年第2期。
- [11] 陈永生:冤案的成因与制度防范——以赵作海案件为样本的分析[J].政法论坛,2011年第6期。
- [12] [美]吉姆·佩特罗,南希·佩特罗:冤案何以发生:导致冤假错案的八大司法迷信[M].苑宁宁等译,北京:北京大学出版社2012年版,前言。

审判中心主义下的“程序倒逼”机制探析

秦策;许克军*

摘要:在审判中心主义的改革背景下,我国的刑事诉讼应改变以往的“程序宽容”做法,通过庭审功能的实质性发挥,来强化审判对于侦查、起诉的引导制约作用,严格贯彻落实疑罪从无原则和非法证据排除规则,使法官敢于做出无罪判决、敢于排除非法证据,从而树立审判权威、提高司法公信、保障司法公正,实现从“程序宽容”到“程序倒逼”的转变,并最终逐步实现审判中心主义的改革目标。

关键词:审判中心主义 程序倒逼 疑罪从无 非法证据排除

一、引言:从“程序宽容”到“程序倒逼”

2014年10月23日,党的十八届四中全会提出:“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”,确立了审判中心主义的改革思路。而早在一年之前,最高人民法院司法文件中已提出了“审判案件应当以庭审为中心。事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,裁判结果形成于法庭。”¹这表明,最高人民法院已先期启动了“庭审中心主义”的改革进程。传统观点将庭审中心主义与审判中心主义混同起来,但其实两者之间既有联系,又有区别。结合当下中国刑事司法改革的大背景来看,庭审中心主义的对立面是卷宗中心主义,它所解决的是庭审虚化、庭审走过场及法官心证形成的问题。而审判中心主义的对立面是侦查中心主义,它所解决的是刑事诉讼重心前移、诉讼构造错位及司法没有权威的问题。但是,它们之间互为前提、相互促进。司法实务部门将其统称为“两个中心”,并视为今后我国刑事司法程序改革发展的基本方向。“‘两个中心’的理念一旦真正确立起来,必将对我国刑事司法职权的配置、刑事诉讼程序的重构、刑事司法方式的改

* 秦策(1968—),男,江苏如皋人,南京师范大学法学院教授,博士生导师,江苏省宿迁市中级人民法院党组成员、副院长(挂职),主要从事刑事法学研究;许克军(1989—),男,江苏高邮人,南京师范大学“江苏高校区域法治发展协同创新中心”研究人员,主要从事刑事诉讼法学研究。

基金项目:本文系“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)和江苏高校区域法治发展协同创新中心研究成果。

¹ 2013年10月9日最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第11条作此规定,2013年10月14日召开的第六次全国刑事审判工作会议文件采用了相同的提法,并在同一语段中增加了“全面落实直接言词原则、严格执行非法证据排除制度”的要求。

进带来一场革命性的变化。”²

这种“革命性变化”因何而生？毫无疑问，近年来冤错案件的时有发生是这场改革的直接原因与紧迫动力。冤错案件发生的原因多种多样，刑事诉讼重心前移、诉讼构造错位是其中一个重要原因。依刑事诉讼的基本法理，法庭审判是解决被告人罪责刑问题的最终阶段和关键环节，理应具备至高无上的权威性，这是由审判权的最终裁判属性所决定的。然而现实情况却全然不同。由于对公检法三机关互相配合关系的片面强调，法院对于侦查阶段的非法取证行为、审查起诉阶段的不当追诉行为，不仅未能主动地依法行使制约权，相反，采取了容忍、姑息、宽待、默许甚至纵容的方式，形成了中国刑事诉讼所独有的“程序宽容”现象。

“程序宽容”有多方面的表现。例如，在庭审过程中，因出现证据状况发生重大变化、证据缺失、证据链无法形成或证据体系存在瑕疵等情况，法院出于自身压力的考虑（如审判绩效考评压力、检察院抗诉或上级法院改判风险等）或为了配合检察机关的工作、顾及检察机关的脸面，往往会选择“建议检察机关撤回起诉”或做出“留有余地的判决”³。这直接导致了撤回起诉制度的扭曲⁴和对疑罪从无精神的违背，是一种典型的“程序宽容”现象。此外，在证据审查与运用方面也存在多种的“程序宽容”现象，包括对笔录证据可采性的“天然”推定、对书面证言的无条件接受以及非法证据排除规则成为一纸空文等等。上述这一系列“程序宽容”现象，既破坏了法院公正中立的社会形象，又有损于审判权威的树立和巩固，是与“审判中心主义”的改革目标相违背的。

如何推动“审判中心主义”的变革？其核心是要通过庭审功能的实质性发挥，来强化审判对于侦查和审查起诉的制约作用，即形成一定的“程序倒逼”机制，由时间顺序在后的审判活动对在先的侦查、起诉活动产生有效的反向影响，通过对案件事实和证据的终局性裁判来约束和引导审前程序，从而进一步对侦查权和起诉权进行适当制约和审查，而不再像以前那样一味的讲配合、一味的“程序宽容”，并最终树立审判权威，提高司法公信和保障司法公正。

二、“程序倒逼”的基本内涵初探

“倒逼机制”原是银行经济学的术语。它指的是一种自下而上的货币供给扩张过

² 沈德咏：《刑事司法程序改革发展的基本方向》，载《人民法院报》2014年10月24日，第2版。

³ 参见陈瑞华：《留有余地的判决——一种值得反思的司法裁判方式》，载《法学论坛》2010年第4期。

⁴ 参见顾永忠、刘莹：《论撤回公诉的司法误区与立法重构》，载《法律科学》2007年第2期。

程，即在强政府干预的经济体制条件下，大量的国有企业和地方政府，出于自身利益，压迫商业银行不断增加贷款，再迫使中央银行被动地增加货币供应。其后，这一概念又扩展至在社会管理领域，指以组织或关系链的末端，通过变化来逼迫上端采取相应改进措施的发展模式。⁵在法律领域，也曾有“社会事件倒逼立法跟进”、“以行政诉讼倒逼行政机关进行自我革命”的说法。最高人民法院院长周强曾提出“用司法公开倒逼司法公正”，⁶倡导强化庭审公开，让公正眼见为实，来加大司法体制改革的推进力度。在刑事诉讼领域领域，也有论者提出“用疑罪从无倒逼专门机关提升办案能力”。

7

如何在刑事诉讼的语境中理解“程序倒逼”？笔者认为，“倒”字表明，这是一种逆向促动或反向影响。依照刑事诉讼阶段论的观点，诉讼活动，从开始到终结，都是一个向前运动、逐步发展的过程，循序进行的相互连接而又各自相对独立的各个部分，称为“刑事诉讼阶段”。整个刑事诉讼过程，可以划分为立案、侦查、审查起诉、审判和执行等几个阶段。它们之间先后衔接，依次推进，但每个阶段相互独立，有着各自的直接任务与形式。刑事审判是确定一个公民是否有罪的关键阶段，刑事侦查和刑事起诉在时间早于刑事审判，作为审判程序的准备阶段，刑事审判对刑事侦查和刑事起诉的影响只能通过庭审活动来完成，本身具有反向制约的特征。而且，由于我国特有的司法传统和宪政体制，我国目前还没有确立类似于西方国家的司法令状原则和司法审查制度，所以我国的法官审判活动不能直接介入并有效影响审前程序，而只能被动接受在审前程序产生的侦查结论和起诉意见。在这样的特殊背景下，审判程序要想有效制约和引导审前程序，必须构建一种反向影响机制，即通过时间顺序在后的审判活动对在先的侦查、起诉活动产生有效的反向影响，从而树立审判的中心地位。

而“逼”字所强调的就是审判程序如何影响审前程序。这里的“逼”注重的是审判机关对于公安机关和检察机关的制约而非配合，一方面要产生实质性的制约，另一方面这种制约还要能够有效地改变在侦查与起诉中的非法行为。因此，“逼”是与“程序宽容”相对立的。我国宪法和刑事诉讼法虽然规定了公检法三机关应“分工负责、互相配合、互相制约”，但不少司法实务人员错误地理解了这一原则，导致了司法实践中“法院主要讲配合，检察院、公安主要讲制约”的怪现象，刑事审判流于形式，司法权威根本无从体现，刑事诉讼沦为一种一味的犯罪追诉活动，这是有违司法规律的反

⁵ 参见杨雪梅：《“倒逼机制”下我国民办高校质量提升路径探析》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2012年第6期。

⁶ 周强：“用司法公开倒逼司法公正”，<http://news.sohu.com/20140312/n396444487.shtml>，最后访问时间：2015年3月20日。

⁷ 沈德咏：《论疑罪从无》，载《中国法学》2013年第5期。

常现象。正如沈德咏副院长指出的,“分工负责的目的绝对不是为了更好地配合,而是为了更加有效地相互制约,否则就没有分工的必要。”⁸对公检法三机关之间的“互相配合”原则应当做正确解读。在刑事诉讼过程中,公安、检察机关应该更多地配合并服务于法院完成其审判任务,至于法院的配合,主要是指在追求惩罚犯罪总体目标上的配合。在传统模式中,审判权对公诉权、侦查权约束力处于疲弱与不足状态,因此就当下而言,主要的矛盾则是强化法院的制约功能,即通过裁判行为来有效地规制公安、检察机关在追诉犯罪过程中不法侵害被追诉人权益的行为,这是由司法的最终裁判属性决定的,符合审判中心主义的本质要求,也是“逼”字的意旨所在。

程序倒逼中的“程序”二字则表明法院对于起诉行为、侦查行为的反向制约符合刑事程序的内在逻辑,遵循刑事诉讼法的法定要求。程序倒逼的方式不是行政指导,而是程序性制约,所以法院不会直接干涉侦查和起诉行为。审判中心主义强调审判程序的中心地位和决定作用,其目的仅在于引导和制约侦查和起诉程序,以树立审判权威,但并不否认侦查、起诉程序的基础地位和独立功能。同时,这里的程序倒逼,既包括审判对起诉行为的倒逼,也包括审查起诉对侦查活动的倒逼;尤其是在现行体制下,审判对侦查取证行为的反向制约只有通过刑事起诉的传导才能落到实处,这种连环倒逼是对“侦查中心主义”下侦查结论决定裁判结果的纠偏,是基于司法理性的正常回归。

那么,我们应如何构建具体的“程序倒逼”机制呢?笔者认为,应立足于庭审程序的规范化以及庭审功能的发挥来完成,即以法庭审理中的举证、质证尤其是法官的认证活动来引导审判之前侦查、起诉各环节的取证和证据审查行为;法庭应当通过认证权的行使对侦查、起诉行为的合法性、合理性进行事后监督与制约,确保经过侦查和起诉程序确定下来的证据经得起法庭的检验、经得起法律的检验。“严格的举证程序,充分的质证过程和规范的认证结果是刑事诉讼庭审证据规则的核心组成部分。”⁹法院只有通过通过对证据的从严把握,才能倒逼检察机关在审查庭前证据时严格标准、提高质量,进而倒逼公安机关规范其侦查取证行为、提高办案水平;也就是说,只有通过这种连环倒逼机制,才能树立审判的中心地位,才能发挥审判的引导、制约作用。在法庭的举证、质证与认证诸环节中,法庭的认证是将控辩双方提交的证据转化为定案根据的过程,无疑是最关键的一环。认证的具体内容主要涉及到证据的证明力和证据能力,因此法庭审理应从这两方面入手,运用“证明力规则”和“证据能力规则”严格审查证据的证明力大小及证据资格的有无,从而构建一套有效的“程序倒逼”机

制。就前者而言,最重要的是证据体系的总体证明力能否符合法定证明标准的要求,尤其是能否切实贯彻疑罪从无原则问题;就后者而言,最重要的则是非法证据能否得到真正的排除。

三、基于疑罪从无的“程序倒逼”

(一) 疑罪从无原则对于“程序倒逼”机制的重要性

疑罪从无是从无罪推定原则中引申出来的一条重要的刑事司法准则,其是法定证据制度向自由心证制度转变的必然结果,也是处理证据存疑案件的有效技术手段。¹⁰早在18世纪,贝卡里亚就提出了无罪推定和疑罪从无的思想。“在法官判决之前,一个人是不能被称为罪犯的。……除了强权以外,还有什么样的权利能使法官在罪与非罪尚有疑问时对公民科处刑罚呢?……如果犯罪是不肯定的,就不应折磨一个无辜者,因为,在法律看来,他的罪行并没有得到证实。”¹¹疑罪从无作为现代刑事司法的重要原则,其在尊重和保障人权、防范冤假错案、维护刑事司法公正、促进司法文明进步等方面都发挥着不可替代的作用。¹²在审判中心主义的改革背景下,我国要想树立司法审判权威、实现庭审中心地位的回归,就必须重视对于证据存疑案件的处理和对疑罪从无原则的坚持。只有在面对存疑案件时,法官敢于坚持疑罪从无、敢于做无罪判决,才能实现审判对侦查与起诉的“程序倒逼”,才能发挥审判对于侦查与起诉的引导、制约作用。与此相对应,我国的司法实务人员应在工作中坚决纠正并抵制错误的疑罪从有、疑罪从轻、疑罪从挂思想。“罪疑是从有还是从无,是就定罪证据而言的,与量刑证据无关。在定罪时出现罪疑的情况下,要么从无,要么从有,而不存在从轻的问题。因此,罪疑从轻的提法是与无罪推定原则背道而驰的,应当彻底摒弃。”¹³

(二) 疑罪从无原则在现实中的异化

然而,事与愿违。疑罪从无原则在我国的司法实践中发生了异化,其并没有得到良好的贯彻和实施。疑罪从无原则在现实中的异化,一方面表现为检察机关以撤回公诉代替无罪判决,这无疑带来了诸多弊端。遇到证据不足的罪疑案件,法院在有可能做无罪判决的情况下,主动建议检察机关撤回公诉,既破坏了审判中立原则、有违司法公正,又免除了检察机关举证不能的责任、侵害了被告人的合法权益,这势必会给检察官一种不良的引导,使他们不重视自身素质和办案水平的提高,也极大的浪费了

⁸ 沈德咏:《论疑罪从无》,载《中国法学》2013年第5期。

⁹ 张泽涛:《反思帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式》,载《法律科学》2005年第2期。

¹⁰ 参见林山田:《论刑事诉讼原则》,载《国立台湾大学法学论丛》1999年第2期。

¹¹ [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2005年版,第37页。

¹² 参见沈德咏:《论疑罪从无》,载《中国法学》2013年第5期。

¹³ 陈兴良:《张氏叔侄案的反思与点评》,载《中国法律评论》2014年第2期。

司法资源、降低了诉讼效率。另一方面,疑罪从无的异化还表现在法院常常以“留有余地的判决”代替无罪判决。“这种留有余地的判决,不仅严重违背罪刑法定、程序公正原则,而且经不起事实与法律的检验,最终将会使法院陷入十分被动的地位。冤假错案一旦坐实,法院几乎面临千夫所指,此时任何的解释和说明都是苍白无力、无济于事的。”¹⁴留有余地的判决为冤假错案的发生提供了无限可能,中国近十年来发现并曝光的重大冤假错案,几乎都与这种留有余地的判决有关,从杜培武案、余祥林案到聂树斌案、赵作海案,再到新近的张氏叔侄案、呼格吉勒图案,无一不证实了其司法公正与司法公信的巨大危害。

(三) 疑罪从无原则的落实路径

切实贯彻疑罪从无原则是一个牵一发而动全身的问题。从立法完善的角度,应当遵循无罪推定原则、证据裁判原则和程序法治原则,建立起取证、举证、质证和认证相互衔接、内在统一的证据制度体系;¹⁵从程序设置的角度,可设立相对独立的疑罪处理程序,对疑罪从无案件的处理过程进行完善与优化;¹⁶从司法操作的角度,应当完善与细化疑罪的判定标准,并强化证据不足无罪判决说理制度。¹⁷以上建议均颇有见地,但笔者认为,疑罪从无原则在现实中的异化还与我国司法机关对超低甚至零无罪判决率的不当追求、关于刑事证明标准理解的片面性以及不合理的法检绩效考核机制等方面有关,从这几个方面推进改革是落实疑罪从无原则的必然路径。

1. 正确认识无罪判决的价值,转变对“零无罪判决率”的不当追求。

“在刑事诉讼中,我们始终强调的是不枉不纵,既反对宁枉勿纵,也反对宁纵勿枉。正如实事求是以查清案件事实为前提的,不枉不纵也是如此。但在案件存疑的情况下,根本无法做到不枉不纵,而只能是宁枉勿纵与宁纵勿枉之间,二者必居其一。”¹⁸而就在这宁枉和宁纵之间,我国过往的刑事审判往往倾向于选择宁枉,这也是造成我国近几年来冤假错案扎堆出现的根本原因。究其本质,这其实体现了我国的刑事诉讼更加偏向“犯罪控制模式”。¹⁹近几年来,我国无罪判决率持续走低,这与检察机关、审判机关不当追求低无罪判决率有关,有些地方甚至公开宣扬本地已实现“零无罪率”并将其作为重要业绩展示。当真是我国的刑事司法已经达到了超高水平,实现了有效追诉和精准裁判?其实不然,正如上文所说,我国的这种极低无罪判决率是人为规避

和消解的结果。这种有违司法规律的做法应被认真检讨和反思。其实,由于人类认知的有限性、技术水平的局限性、制度设计的疏漏性,审判实践中发生罪疑案件在所难免,办案人员不可能也无法还原案件的所有生活事实。在这种情况下,法官面临定罪犹豫,应坚持疑罪从无原则,勇于做出无罪判决。一定比例的不罪判决,也应是刑事司法的正常现象。因此,套用德沃金教授的话,我们应该“认真对待无罪判决”。

2. 根据刑事诉讼法的阶段性特点,设立具有渐进性的证明标准。

目前,我国刑事证明标准的一个重大问题是没有层次性,这既违反了一般诉讼规律,也有碍于疑罪从无原则的有效贯彻和落实。我国刑事诉讼法规定公安机关侦查终结移送审查起诉、检察机关提起公诉和法院作出有罪判决均适用同一个证明标准,即“事实清楚,证据确实、充分”。²⁰这一做法“看起来,对侦查、起诉和审判作统一规定,高标准严要求,似乎有助于查明案件事实真相、保障无罪的人不受刑事追究。但实践中则容易成为造成冤假错案的原因,并且成为相关部门拒绝纠正错误的借口。”²¹因为既然侦查、起诉阶段都已经适用了最高的证明标准,那进入审判程序的案件就都是确定有罪的,法官再做无罪判决就是违背程序原理,甚至法庭审理都可以走过场了,这中间无疑存在一种逻辑矛盾,也使法院的处境非常尴尬。正确的认识是,在不同的诉讼阶段,其直接任务、诉讼主体及采取的诉讼行为都不相同;且从认识论的角度看,对案件事实的证明也必须遵循认识论的一般原理,逐步地由感性认识上升到理性认识,达到定案所要求的标准。²²因此,刑事诉讼中不同阶段的证明标准也应当是有差别的,我国应设立具有渐进性的刑事证明标准,使侦查阶段的结案标准适当低于起诉标准,使起诉阶段的公诉标准适当低于有罪判决标准,以有利于检察机关积极追诉犯罪,并给法院以审查、裁量的余地,使其有理由做一定量的无罪判决,这样才符合刑事诉讼规律和刑事司法常态。

3. 尊重司法的基本规律,完善法检绩效考核机制。

在阻碍疑罪从无原则的贯彻落实方面,不合理的法检绩效考核机制也是一个重要原因。长期以来,我国的法院、检察院为了提高办案质量、杜绝冤假错案的发生,为办案人员制定了一套数字化的绩效考核体系,并将其作为办案人员业务能力和奖惩情况的重要衡量指标。对于检察人员来说,最重要的就是无罪判决率和撤回起诉率;而对于审判人员,则是抗诉率和发回重审率。无论对于检察人员,还是对于审判人员,

¹⁴ 沈德咏:《我们应当如何防范冤假错案》,载《人民法院报》2013年5月6日,第2版。

¹⁵ 参见沈德咏:《论疑罪从无》,《中国法学》2013年第5期。

¹⁶ 参见姚显森:《疑罪从无处理的程序法规制》,《现代法学》2014年第5期。

¹⁷ 参见金钟:《疑罪从无之关键——疑罪判定》,《人民法院报》2013年11月6日第6版。

¹⁸ 陈兴良:《张氏叔侄案的反思与点评》,载《中国法律评论》2014年第2期。

¹⁹ 有关“犯罪控制模式”的描述,参见[美]赫伯特·L.帕克:《刑事诉讼的两种模式》,梁根林译,载[美]虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译》,北京大学出版社2013年版,第9页以下。

²⁰ 关于我国为什么采取统一的刑事证明标准,有学者谈到:“我国在证明标准问题上过分强调‘绝对的确定性’,忽视了司法人员对案件认识的‘渐进性’和对案件事实的主观判断,未能将认识论中的‘可能性’范畴纳入研究的视野,因而得出了诉讼三阶段证明标准同一的结论。”熊秋红:《对刑事证明标准的思考——以刑事证明中的可能性和确定性为视角》,载《法商研究》2003年第1期。

²¹ 卞建林、张璐:《我国刑事证明标准的理解与适用》,载《法律适用》2014年第3期。

²² 参见李学宽、汪海燕、张小玲:《论刑事证明标准及其层次性》,载《中国法学》2001年第5期。

只要上面的考核指标不过关,他们办理的案件就会被当做错案处理,相应的,其业务能力也会受到否定评价,甚至会被要求承担一定的行政责任。实际上,这种对低无罪判决率、撤回起诉率,低抗诉率、发回重审率的追求,是一种不合理的行政化考核模式,违背了司法的正常规律,也大大挫伤了司法实务人员的职业尊严。人都有趋利避害的天性,在面临不利于自己的情况时,人们都会选择以各种方式规避。我国不合理的法检绩效考核机制就带来了这样的弊端,即迫于绩效考核的压力,法院在判决时一般会事先征求检察院的意见,尽量保证判决结果符合检察院的意见;同时,检察院在审查起诉时也往往会征求法院的意见,只有法院认为能够做出有罪判决时检察院才提起公诉。如此一来,在面对证据不足的案件时,法检两家往往心照不宣,不遵循疑罪从无原则,而是选择更有利于双方的“疑罪从有、量刑从轻”判决,这严重侵犯了被告人的诉讼权利,也为冤假错案埋下了祸根。2015年1月20日,中央政法委发文要求政法机关将有罪判决率作为不合理的考核项目加以取消,²³为今后的改革指明了基本方向。接下来要做的是构建合理完善的法检绩效考核机制,使其符合司法规律和刑事诉讼对于人权保障的要求。合理的做法是引入过错责任追究机制,即只有当检察人员或者审判人员在主观上存在严重过错(包括故意和重大过失),实施了不当追诉或错误裁判的情况下,才能对其进行行政追责或者要求其承担刑事责任。这样才能释放司法实务人员的自主性和主观能动性,才能使法官敢于做出无罪判决。

四、基于非法证据排除的“程序倒逼”

(一) 非法证据排除规则对于“程序倒逼”机制的重要性

非法证据排除规则肇始于美国,当初其设立的宗旨就在于震慑警察的违法取证行为。正如美国联邦最高法院在 *Weeks v. U.S.* ²⁴一案的判决书中所言:“倘若仍沿袭英国传统法制,仅苛违法搜证之执法人员以刑事责任,或赋予被害人民事损害赔偿请求权,资为法律上之救济方法,而仍容忍不法取得之证据具有证据能力,此实不足以有效遏阻执法人员之违法取证行为,唯有实行较为激进而实务之手段,亦即,从根本上将违法取得之证据予以排除使用,如此,方能彻底铲除执法人员违法搜证之根本诱因,使人民应享有之宪法基本权利真正获得确保。”²⁵因此,法院严格适用非法证据排除法则、从严把握证据,使其能够对侦查机关和检察机关产生“程序倒逼”的效力。非法

证据排除规则是审判程序引导和制约侦查、起诉程序的有效手段,它能对侦查人员的违法行为产生威慑效果,对公诉人的审查起诉行为提出更高的要求,并为权利受损的犯罪嫌疑人、被告人提供救济。法院一旦将公诉方提出的非法证据予以排除,就相当于对公诉人的审查起诉工作做出了否定评价,并进而对侦查人员非法收集的证据作出了无证据能力之宣告。这种否定评价和无效宣告必然会对公诉人的审查起诉行为提出更高要求,也会对侦查人员的非法侦查行为产生有效遏制,从而督促侦查机关和起诉机关在今后的工作中应依法收集、固定、保存、审查、运用证据。

(二) 非法证据排除规则在现实中的落空

我国虽然在2010年颁布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》,并在随后的2012年新《刑事诉讼法》及其相关司法解释中对非法证据排除规则的适用范围、证明责任、证明标准及适用程序等方面进行了进一步修改和完善,但“纸面上的法律”要想在司法实践中得到良好的落实并非易事。近几年来,从非法证据排除规则的实施情况来看,立法者仿佛给犯罪嫌疑人、被告人开了一张空头支票,辩方想要排除控方的非法证据实在难之又难,非法证据排除规则在司法实务中几乎完全落空,非法证据排除难已成为路人皆知的事实。具体来说,非法证据排除难主要表现在三个方面,即“程序启动难、证明过程难、结果排除难”。造成这“三难”的原因是多方面的,例如立法对于非法证据的宽容性规定、检察机关对于非法证据的狭义理解、法院对于辩方非法证据排除申请的无视、司法实务人员思想观念的陈旧、对重复自白可采性的默认接受、对检察机关证明责任的低要求等等。这一系列因素导致了非法证据排除规则在现实中的落空,随之而来的弊端也会暴露无遗,例如侦查人员的违法取证行为将得不到遏制,犯罪嫌疑人、被告人的人权将得不到保障,法院的司法权威和在诉讼程序中的中心地位也将无法树立,这都与“审判中心主义”理念背道而驰。因此,要想确立“程序倒逼”机制、树立审判权威、实现“审判中心主义”的理想,我们必须严格落实非法证据排除规则,使其从“一纸空文”变成“人权宪章”。

(三) 有效实施非法证据排除规则的几点建议

司法实践中的非法证据排除难表明,纸面法律与实效法律之间存在着鸿沟。这也意味着,仅有纸面法律的完善与再完善是无法取得实质性突破的。有学者认为,我国司法体制的不合理是导致排除非法证据面临阻力的深层原因;²⁶还有学者认为,排斥非法证据排除规则的运用还与片面强调维稳的政策考虑有关。²⁷笔者认为,除此之外

²³ 记者陈菲、邹伟:《中央政法委取消有罪判决率等考核指标》,《新华每日电讯》2015年1月22日第2版。

²⁴ 232 U.S. 383, 34 S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914)。

²⁵ 转引自林辉煌:《论证据排除——美国法之理论与实务》,元照出版公司2006年版,第17页。

²⁶ 参见陈瑞华:《司法审查的乌托邦——非法证据排除规则难以实施的一种成因解释》,载《中国法律评论》2014年第2期。

²⁷ 参见黄金钟:《非法证据排除制度的理性反思》,《犯罪研究》2014年第3期。

的重要原因还包括司法实务人员在观念上对非法证据的证明责任归属、非法证据排除的基点存在错误的认识,直接导致了司法操作中的变形与失效,同时,我国“印证证明”的证明方式存在着需要改进之处。

1.在观念与实践层面落实非法证据的证明责任归属

2012年《刑事诉讼法》第56条第2款规定,“当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的,应当提供相关线索或者材料。”第57条规定,“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。”据此,法律确定了取证合法性的“证明责任倒置机制”,即控方是取证合法性的证明责任主体,如若控方不能提供使法官确信取证合法性的证据,则其要承担证据可能被排除的不利后果;而辩方需要承担的仅为非法证据排除程序启动的初步证明责任。而且,从控辩平衡的角度看,法院也不应该过分苛求辩方的举证责任,因为面对强大的侦查机关和检察机关,被告人及其辩护人、诉讼代理人的收集证据能力十分有限,所以法律仅规定了辩方“提供相关线索或者材料”的初步证明责任。然而,在实践中却并非如此。有学者通过实证研究发现,很多法官在面临辩方的非法证据排除申请时,更多强调的是辩方应提供足够的证据证明刑讯逼供等非法取证方法的存在,而降低甚至免除控方的证明责任。在这些法官脑中,证明责任应由辩方承担的观念仍旧根深蒂固,这进而导致了取证合法性证明责任分配的虚置化。²⁸针对这种情况,笔者认为,一方面我国的法官们应勇于承担起排除非法证据的责任,做好真实发现的守护者和人权保障的排头兵,纠正实务中的错误观念,明确非法证据的法定证明责任归属,严格执行法律规定的“确认或者不能排除”标准,督促公诉机关严格审查核实证据,完成证据合法性的证明;另一方面公诉机关应努力克服部门利益,督促侦查机关规范取证行为,并规范自身取证合法性的证明方式、提高取证合法性的举证能力,实现证明活动的实质化。

2.正确认识非法证据排除的基点

我们为什么要设立非法证据排除规则?除了上文提到的震慑效果之外,其还有一个重要功能就是对非法取证行为实施程序性制裁。“从程序法实施的角度来看,非法证据排除规则是程序性制裁制度的重要组成部分。所谓‘程序性制裁’,是指那种对于侦查机关、公诉机关、审判机关违反法律程序的行为,依法宣告无效的制裁方式。相对于传统的‘实体性制裁’而言,程序性制裁并不遵循责任自负的归责原则,不对违法者追究刑事责任、行政责任或者民事责任,而是否定其行为及其结果的法律效

力。”²⁹对于非法证据来说,程序性制裁就是否定其法庭准入资格。因此,非法证据排除的基点是就证据能力而言的,排除非法证据就是确认该证据没有证据能力。然而有学者在实证调研中发现,我国的司法实务人员普遍将非法证据的证据能力与证明力问题相混淆,甚至有将证据能力问题转化为证明力问题的倾向和做法。“尤其是在一些重大案件或者命案的办理过程中,对于排除非法证据以后就难以定罪的案件,纠结于非法证据的证明力,不敢排除、不愿排除,担心排除以后就不能保证控诉的质量,就难以惩罚犯罪。”³⁰这就导致了非法证据“排除结果难”问题的出现,非法证据排除规则在实践中的实施效果也大打折扣。因此,笔者认为,我们应正确认识非法证据排除的基点是证据能力问题,其核心在于无论非法取得的证据是否真实、是否具有证明力,无论其对案件的定罪量刑多么重要,我们都应当予以排除,即使排除了就可能放纵了罪犯。

3.转换证明方式,减小非法证据排除的阻力

我国现有的刑事诉讼证明方式是印证证明,这种证明方式的理论基础在于对客观真实的不懈追求和对司法实务人员“实践理性”的不信任,它强调证据之间的相互印证,否认裁判者的自由心证。“印证证明以哲学中的符合论为理论基础,以还原案件生活事实为目标,一定程度脱离了司法实际,导致过高的证明标准。与自由心证比较,印证证明对证据量和证据呈现事实的自明性提出了更高的要求,随着我国刑事司法中人权保障的强化和对国家权力行使便宜性的约束增加,案件事实作为历史事实证明的艰难性越来越高。”³¹可见,我国的印证证明方式对控方的举证能力提出了更高要求,也提高了法官认定案件事实的难度,但这无疑也增加了非法证据排除的阻力。由于非法取证行为的屡禁不止和对口供的过度依赖,司法实务中出现非法证据的情况多有发生,而一旦出现了类似于通过刑讯逼供等方式获取的非法口供或重复自白时,将其排除则会破坏相互印证的有罪证据链条。面对这种情况,法官通常会选择“以证据之间的相互印证否定排除证据的正当性,以证明力的评价代替对证据能力的审查,无视非法证据排除规则。”³²法官的这种做法无疑架空了非法证据排除规则,使其成为空中楼阁,也为侦查人员继续违法取证留下了借口。因此,我国应转变这种不科学的客观证明方式,适当借鉴符合司法认知规律的自由心证证明模式。³³因为无论对于证据的采信还是对于案件事实的判断,都是法官的一种主观认识活动,它不可避免的会涉及到

²⁹ 陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年版,第126页。

³⁰ 闵春雷等:《东北三省检察机关新刑事诉讼法实施调研报告》,载《国家检察官学院学报》2014年第3期。

³¹ 秦宗文:《“疑罪”应当“从无”吗?——法治与情理视角下对疑罪从无原则的重新审视》,载《法律科学》2007年第1期。

³² 闫召华:《“名禁实允”与“虽令不行”:非法证据排除难研究》,载《法制与社会发展》2014年第2期。

³³ 参见龙宗智:《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》,载《法学研究》2004年第2期。

²⁸ 参见王爱平、许佳:《“非法供述排除规则”的实证研究及理论反思》,载《中国刑事法杂志》2014年第2期。

法官心证的形成问题。采用自由心证的证明方式,一方面能够减小非法证据排除的阻力,另一方面也能降低控方的举证要求,使法官实施证据裁判、认定案件事实更加符合司法实际。

五、余论

我国要想真正实现“审判中心主义”的理想,树立法院的权威至关重要。法院的权威体现在哪?就在于其能够发挥对侦查、起诉的引导和制约作用,敢于做疑罪从无的无罪判决、敢于排除非法收集的证据。因此,构建一套有效的“程序倒逼”机制是实现“审判中心主义”理想的可行路径。除了上文论及的方面,构建有效的“程序倒逼”机制还有赖于整个刑事司法环境的净化和完善。从宏观方面来讲,我国的刑事诉讼构造还有待优化和完善、公检法三机关之间的关系与职能还需进一步的厘清和定位;从微观方面来讲,我国的刑事诉讼程序应有效贯彻证据裁判原则、直接言词原则,应改革和完善撤回起诉制度、全案移送制度,应设立证据开示制度、有效辩护制度,司法实务人员也应克服落后陈旧的思想观念、努力提高自身素质和办案水平。

寻求“无讼”的社会生活:以渝东南的人民调解为个案¹

田 阡*

摘 要:人民调解制度在形式上与传统民间调解存在差异,但是从其调解工作范围与调解依据而言,它确是在中国传统民间调解制度演变而来的。处于变迁中基层农民对人民调解具有需求,这为人民调解制度提供了生存的空间,而人民调解制度也需要针对地方性特性做出制度调适。本研究在对渝东南地区的田野调查基础上,从社会关系、经济资本、法律资源等方面对基层农村对人民调解的需求因素进行了分析。进而以渝东南地区的人民调解制度实践——调解大院为例,分析了农村地方性知识在基层人民调解制度实践中的应用。研究发现,在情感性因素与生计理性的作用下,村民具有维护社会关系的需求。由于人民调解制度与农民维护社会关系的需求的适应性,人民调解制度在基层农村有巨大的生存空间。另一方面,人民调解又是村民基于经济资本与法律资源的弱势地位作出的被动的选择。针对山区的聚落特征、村落社会关系、农民的意义体系,人民调解机构做出了人民调解地方性的制度回应——“调解大院”,将人民调解制度融入进了村落的生活逻辑之中,但是它却没有对农民在经济资本与法律资源方面的弱势地位作出回应。基于研究发现,本文最后对国家农村社会管理体制发展路径做出了思考。

关键词: 乡土社会 人民调解 调解大院 无讼

一、引 言

人民调解制度作为中国调解制度的组成部分,与中国传统的民间调解存在着密切的关系。产生于初民社会人们解决纠纷时对暴力与文明的理性选择的中国古代民间调解,为历朝历代统治者重视。²官府支持并乐于将这些案件交予基层社会的精英们来

¹ 本文得到国家社会科学基金年度项目“西部地区少数民族农民工生计模式与身份认同研究”(项目编号:11BMZ048);国家社会科学基金青年项目“转型时期社会网络演变与农户创业推进的协同路径研究”(项目编号:14CGL029)的支持。

*作者简介:田阡,西南大学人类学与民族学系教授(重庆,400715)

² 胡旭盛、夏新华:《中国调解传统研究——一种文化的透视》,《河南省政法管理干部学院学报》2000年第4期。

调解,才使民间调解有了生存的可能。³传统的士绅及家族、宗族和行会中的精英人物作为传统中国民间社会的权威人物,依据儒家伦理和族规村约来化解民间纠纷⁴。可以说,传统民间调解的民间特征是较为明显的。20世纪40年代,中国基于传统民间调解机制创制了人民调解制度,并发展至今。⁵无论在组织形式还是调解依据方面,人民调解制度都与传统的民间调解存在着明显的差异,但又体现出了民间调解的历史延续性。

人民调解组织是乡镇人民政府之下行政组织,其成员则是通过人民代表大会选举产生。可以说,人民调解组织是在国家赋权的前提下代表国家来化解民间纠纷的机构,表现出了明显的行政色彩与官方化趋势。《人民调解委员会组织条例》、《人民调解工作若干规定》等大陆政府颁布的条例法规中,明确的规定了人民调解工作以法律为主要依据的工作准绳,表明人民调解制度相较于传统民间调解更加法律化、制度化的趋势。可以说,人民调解制度在组织与调解依据上已经与传统民间调解具有明显的差异了。不过,正如于语和、刘志松指出的:人民调解委员会的成员是经过人民代表大会选举出来的,具有明显的群众性,因而它所做的调解工作也属于民间调解的范围。人民调解制度虽然是以法律为主要调解依据,但是传统的民间调解依据在法律的平台上依然可以使用。⁶因而,从制度理念上讲,人民调解制度却是从传统民间调解制度演变而来的。

事实上,人民调解组织正在中国社会发展中扮演重要角色。人民调解委员会广泛分布于大陆的城市与农村,至1990年,大陆共有人民调解委员会102.05万个,调解人员625.62万名,全年共调解民间纠纷740,192万件⁷。近几年无论在基层农村的日常生活还是在农村社区的工程建设当中,人民调解制度仍然扮演着解决纠纷的重要角色,化解征地补偿、土地争议、邻里矛盾、医疗赔偿等基层农村的矛盾纠纷都是现在人民调解组织的重要工作。作为中国大陆调解制度的重要组成部分,2011年1月1日,《中华人民共和国人民调解法》的正式施行给人民调解制度以法律制度上的保障,这也从一个侧面说明了人民调解制度日益受到政府的重视。

在目前的中国社会转型期,伴随工业化与城镇化而来的诸如土地边界纠纷、征地补偿纠纷、家庭纠纷与邻里纠纷等,对基层农村的社会秩序造成了冲击。出于城乡二

³于语和、刘志松:《从民间调解的历史性与现实性看中国法学的发展》,《徐州师范大学学报(哲学社会科学版)》2008年第34卷第1期。

⁴宋明:《人民调解与传统民间调解的关系探析》,《行政与法》2006年第10期。

⁵王存河:《国家与社会的对话:人民调解制度的历史内涵解读》,《西部法学评论》2011年第6期。

⁶于语和、刘志松:《从民间调解的历史性与现实性看中国法学的发展》,《徐州师范大学学报(哲学社会科学版)》2008年第34卷第1期。

⁷于语和、刘志松:《我国人民调解制度及其重构——兼论民间调解对犯罪的预防》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》,2007年第2期。

元结构、公共政策的缺失、公共资源分配不平衡等原因,使得人民调解制度对基层农民生活的安定具有特殊的意义。国内外学者近几年对于人民调解制度的研究分析中,大多将视角投向人民调解工作的法律效力、规范化等方面,随着农民日益广泛的人民调解实践,农民的主体诉求和初衷可能并不是人民调解制度在法律及体制规范上的努力,更多的可能是源于地方性人民调解制度的缺失与农民对人民调解制度需求之间的巨大张力。这种张力的存在,使得符合地方性知识的人民调解制度实践成为维持基层农村社会秩序的迫切需求。

二、法律、社会秩序与民间调解

赵旭东认为现代法律的核心是通过规则的制定来对人的行为加以控制,因此就起到了一种社会控制的作用。⁸社会控制意味着对社会秩序的维持,社会秩序研究正是法律人类学与法律社会学的一个重要取向。自20世纪80年代以来,对于秩序的研究主要有两种研究范式。

第一,成文法典作为法律限定规则的最基本的表现形式,为部分西方学者所关注和强调,这种以规则为中心的研究范式主要是以帕斯比西、霍贝尔和哈姆尼特等法律人类学家和法律社会学家卢曼等人的研究为代表。他们立足于法律的功能意义,大多关注作为社会控制的法律以及强制性的制裁,并将法律的程序看成是一种履行社会规则的手段。这种研究取向将法律案件的处理结果看成是由应用成文法典所导致的⁹。

第二,另一种研究范式以考森、特纳、波汉南、纳德、斯达等为代表,他们将纠纷与冲突放在更广阔的社会文化背景之中来观察,把法律现象看成是社会生活的组成部分。事实上,这一研究范式注重的是一种地方性知识,将其视为一种便于管理的资源。¹⁰

纠纷是打破社会秩序的关键事件,化解纠纷则是恢复社会秩序的重要机制之一,因而纠纷解决与社会秩序具有天然的联系,纠纷的研究也成为了秩序研究的一个很重要的视角,成为西方法律人类学与法律社会学研究的重要主题之一。法律社会学家布莱克从关系的角度来研究纠纷案件,侧重纠纷内部的社会关系与纠纷处理方式的分

⁸赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京:北京大学出版社,2011年,第62页。

⁹赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京:北京大学出版社,2011年,第3页。

¹⁰Comaroff, John L. and Simon Roberts:《Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context》, Chicago: University of Chicago Press, 1981.

析。¹¹ 西方法律人类学家则试图通过对西方以外的“他者的社会”中的纠纷解决过程田野调查来思考纠纷背后的文化逻辑及其对地方社会秩序的价值。埃文斯-普里查德、古利弗、罗伯茨等在这方面做出了非常有益的探索。在吉尔兹看来,“法律与民族志,如同驾船、园艺、政治及作诗一般,都是跟地方性知识相关联的工作”。¹² 在20世纪80年代后,法律人类学家对纠纷的研究重心回到了本土文化,转向了西方社会本身,开始关注与正式的法律文化并存的、民间的、大众的法律文化。¹³ 不过,已有的部落社会的纠纷解决机制已经为社会秩序的维护提供了更加多样性的思考。纠纷解决天然具有的实践性,使西方的法律人类学家对部落社会的纠纷研究在20世纪80年代掀起的ADR(非诉讼纠纷解决机制之中)运动之中发挥了重要的作用。法律人类学家开始寻求以调解为手段的纠纷解决形式来弥补西方社会法律制度的弊端和体制的缺失。然而,在ADR推行的过程中,Felstiner发现部落社会与西方社会的差异性,非诉讼纠纷解决机制根植于部落社会的文化之中,移植到了西方社会之后表现出了诸如调解人稀少等问题^{14 15}。

相较于西方社会的非诉讼纠纷解决机制运行的困境,中国大陆的民间调解机制更显现出调解的适用性。虽然中国的民间调解制度与ADR存在着一定的相似性,它们都是对法院审判代替,并且都是在当事人自主合意基础上化解纠纷,但是就调解依据而言,中国大陆的民间调解机制更加体现出了中国传统民间调解的历史延续性。赵旭东研究发现面对村落发生的纠纷,农民也会优先选择民间调解来化解纠纷。¹⁶ 可以说,中国大陆当下民间调解机制的本土适应性与西方社会的纠纷调解的实态形成了一种明显的对比,这给了中国语境下的民间调解研究创造了一个与西方纠纷调解研究领域对话的机会。

事实上,大陆的学者观察到了中国民间调解机制本土延续性的特征,对于中国语境下的民间调解与社会秩序开展了一定的研究。民间调解与中国传统文化的关联为学者们所关注,瞿同祖¹⁷、梁治平等学者从典籍、档案等角度对民间调解进行了历史的分析,他们认为,调解不仅仅是一种纠纷解决的方式,问题的关键在于这种纠纷解决

¹¹ [美]唐·不莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,北京:法律出版社,2002年,第110-111页。

¹² [美]吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平主编,《法律的文化解释(增订本)》,上海:生活·读书·新知三联书店,1994年,第73-173页。

¹³ 张晓红、郭星华:《纠纷:从原始部落到现代都市——当代西方法律学视野下的纠纷研究》,《广西民族大学学报(哲学社会科学版)》2009年第5期。

¹⁴ Felstiner, William L.F.:《Avoidance as Dispute Processing: An Elaboration》, *Law and Society Review* 1975, volume 9:695-706

¹⁵ 张晓红、郭星华:《纠纷:从原始部落到现代都市——当代西方法律学视野下的纠纷研究》,《广西民族大学学报(哲学社会科学版)》2009年第5期。

¹⁶ 赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京:北京大学出版社,2011年,第183页。

¹⁷ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,上海:中华书局,2003年。

的制度安排体现了一种关于社会秩序的安排甚至宇宙秩序的安排,体现了一种特殊的文化价值的趋向。¹⁸

另一方面法律社会学家与法律人类学家也已经从制度层面给予民间调解以学术关照,季卫东通过在调解与诉讼之间建构一种“自治秩序”,从而将调解纳入了法制实现的过程,并主张将调解予以制度化。¹⁹ 同时,研究民间调解的人已经意识到了乡土社会自发生成的秩序的意义和价值,苏力就曾指出,法制建设应该“回到中国社会,从中国传统社会的特性以及正在进行的社会制度变革中寻求一种‘本土资源’,以此作为中国实现法治的基础”。²⁰ 谢晖、陈金钊主持的《民间法》丛书²¹、郑永流的《当代中国农村法律发展道路探索》等都在国家法与民间法、民间调解制度建构等方面做出了有益的探索²²。

为了寻求中国语境中的“法治本土资源”,法律社会学家强世功在总结了民间调解的研究视角之后,提出了“关系/事件”的分析路径,通过对民间调解案件的细致的场景描述和权力关系的分析,特定的调解事件被置于权力关系之中。²³ 法律人类学者也进行了大量的田野调查,在实证资料的基础上,对民间纠纷调解做出了实在性的探索,法律人类学家赵旭东以村落纠纷为个案,对村庄发生的纠纷进行重述,研究纠纷解决机制,进而分析了国家法与习惯法的关系。²⁴ 朱晓阳通过对村落历史的梳理,来观察民间调解机制的运行。这些学者为我们研究民间纠纷调解提供了大量的实证材料。²⁵

大陆法律人类学家与社会学家的调解研究是多样的,但是并不意味着研究领域的成熟。首先,学者们纵然已经进行了丰富的民间调解与社会秩序的研究,但是他们进行研究的前提大多存在着应然性的理论预设,即中国的基层农村对民间调解具有需求。基于这样的预设,学者们对国家法与习惯法、民间调解过程进行了分析,但是却很少思考基层农村对民间调解的需求是因何而来。董磊明曾指出,我们可以通过纠纷解决这个侧面来阅读变迁之中的整个中国农村。²⁶ 的确,民间调解是反映中国农村日常生活的一面镜子,但是如果只观察农村日常生活的现象未免将调解背后的社会文化意义简单化了,我们更需要深刻的思考处于传统和现代之间的基层农村为何需要民间

¹⁸ 梁治平:《法律的文化解释》,上海:三联书店,1994年。

¹⁹ 季卫东、易平:《调解制度的法律发展机制——从中国法制化的矛盾入手》,《比较法研究》,1999年21期。

²⁰ 苏力:《法治及其本土资源》,北京:中国政法大学出版社,1996年。

²¹ 谢晖、陈金钊:《民间法(1-8卷)》,济南:山东人民出版社,2003-2009年。

²² 郑永流:《当代中国农村法律发展道路探索》,北京:中国政法大学出版社,2004年。

²³ 强世功:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,北京:中国法制出版社,2001年,第11页。

²⁴ 赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京:北京大学出版社,2011年,第74-84页。

²⁵ 朱晓阳:《小村故事:罪过与惩罚 1931-1997》,北京:法律出版社,2010年。

²⁶ 董磊明:《宋村的调解:巨变时代的权威与秩序》,北京:法律出版社,2008年,第14页。

调解。

其次,部分学者虽然已经关注到了民间调解需求的成因,但是往往习惯性的将寻求“调解”简单地归因于“乡土社会”。事实上,这些年来部分学者相关的研究以“乡土中国”为前提展开,但是却忽略了中国的当下基层农村社会生活,纵然有学者意识到“乡土社会一直是在蜕变当中,而且今天仍在变化之中,但是‘乡土社会’的轮廓仍然清晰可见”。²⁷不过,他们得出的结论更多的是出于学术的敏感性,实证经验的匮乏,让我们不得不思考:中国当下的农村是否依然是乡土性的社会?事实上,费孝通先生在20世纪40年代就已经发现传统乡村的生活模式与现代社会格格不入,这似乎已经为后来的乡土社会变迁奠定了基调。尤其在中华人民共和国成立后,权力向基层的深入以及国家制度与市场对村落生计造成的冲击,使得费孝通先生笔下的“乡土社会”处于剧烈的变迁之中。正如贺雪峰的研究所示,在传统与现代之间,传统的中国农村呈现出一种“新乡土中国”的图景²⁸。“新”意味着中国大陆基层农村在国家制度与市场经济等因素的影响之下发生文化要素或者结构的变迁。而“乡土”则意味着在变迁之中,农村社会的传统文化并未就此发生根本性的变迁,乡土社会的许多文化事项依然在传承着。因而,我们有必要在变迁中的乡土社会背景之下,研究传承中的传统与变迁中产生的新文化因素如何共同作用于农民的民间调解需求。

再次,大陆法律人类学家在已有的研究之中都已经观察到了国家法与习惯法之间的一种互动关系。Moore等已经关注到了小地方的地方性特征,它既有其自身的产生和运作规则的能力,同时也受到了大环境的影响和侵入。²⁹学者透过国家法与习惯法的关系研究对当下中国的社会秩序作出了深入的思考。事实上,中国调解制度也已经关注了民间纠纷解决方式,在制度层面对地方性的秩序予以了关照,这在一定程度上回应了学者们“法律多元”的研究³⁰。不过,在实际的操作过程中,我们发现调解制度依然是在国家大的法律程序制度的背景之下运行的,科层制的调解制度建构忽略了农民生活逻辑中的民间调解制度的文化意义,这不免在实际操作层面依然存在着国家行政体制的霸权,忽视了农民的话语权。从当下基层农村的社会生活出发,以农村自身的逻辑来对调解制度进行设计,在中国语境之下更加具有实践意义。

作为中国大陆调解制度的重要组成部分,人民调解制度一方面体现着调解工作的行政性,表现出制度化与法制化的特征。另一方面,它的调解工作依然属于民间调解

的范围,其调解的过程中传统民间调解的依据依然在法律的平台得到应用。可以说,人民调解是民间调解与中国大陆当下调解制度之间的重要联结纽带。通过对当下基层农村对人民调解制度的需求分析,同时对人民调解制度做出的地方性制度实践进行思考,无疑可以对上述三个问题做出一定的回应。因此,本研究旨在说明两个问题:

第一,以中国山区基层农村为研究场域,从外出务工、生计方式、生活方式等方面,观察山区基层农村的社会文化变迁,考察当下山区基层农村是如何对人民调解产生需求的,进而解释传统的民间调解机制为当下人民调解制度所部分继承的民间基础。

第二,通过对基层农村的人民调解制度地方化实践的分析,从制度设计、人员选择等方面思考当下基层人民调解制度如何与地方性知识相结合,进而对中国乡村社会秩序的重建做出思考。

三、个案选择与研究方法说明

(一) 研究方法 with 资料收集

论文采用田野调查的方法,分两阶段对渝东南地区进行了田野考察。第一阶段,作者于2010年5月在渝东南地区的马鹿山村进行了调查,进行资料的收集。这一阶段,作者以山区的社会文化变迁为研究重点,通过半结构式访谈针对生计方式、社会结构、生活方式与自我观念意识方面的变迁与村落内部不同年龄和身分的村民进行了访谈。马鹿山村在近两年有许多返乡的农民工,这为作者了解农民工在城市的文化调适以及返乡农民工给村落社会文化带来的变化提供了很好的对象。需要指出的是,调查“习惯法”专题时,作者发现了近些年村落内部纠纷频发与人民调解案件激增的现实状况,这引发了作者对人民调解工作的极大兴趣。在对渝东南地区人民调解工作相关文件梳理之后,作者发现了“1+X”调解大院模式的特殊性,这为第二阶段的调查提供了线索。

第二阶段,作者对渝东南地区的“调解大院模式”进行了专题调查。由于作者需要对调解大院制度进行解析,那么就必然对调解大院建构的历程、调解大院的设立原因及效果调查,因而这一阶段作者以座谈会的形式按照身分的不同选取访谈对象进行访谈工作。首先,作者邀请了司法局负责人和主要工作人员,对他们的调解大院工作思路、建构历程和机构设置等进行访谈。其次,作者邀请了大院的院长参加座谈会,对大院院长的身分、自身素质、自我评价等进行调查。再次,作者邀请了纠纷当事人参

²⁷ 梁治平:《法律的文化解释》,上海:三联书店,1994年,第421页。

²⁸ 贺雪峰:《新乡土中国:转型期乡村社会调查笔记》,桂林:广西师范大学出版社,2003年。

²⁹ Moore, Sally:《Folk Law as Process: An Anthropological》,Oxford University Press, 1978

³⁰ 赵旭东:《法律与文化——法律人类学研究与中国经验》,北京:北京大学出版社,2011年。

加座谈会,对纠纷过程、纠纷起因、纠纷的调节过程以及当事人对人民调解制度的观念等对纠纷当事人进行了深度访谈。

(二) 个案选择与说明

本研究选取石柱县桥元镇³¹为的马鹿山村作为田野考察点。马鹿山村是在 2002 年撤乡并镇之后由原有的三个村合并成立的,现由 7 个村民小组构成。全村共有 691 户,2136 人,多为土家族,村落呈立体格局沿马鹿山,分散居住于山间的平坝地区。虽然以土家族人口为主,但是在村落中已经看不到摆手舞、白虎信仰等一类土家族文化特征,并且村民自身也并不认同自我的土家族身份,其生活方式与周边汉族几无差异。按照 1982 年的人口状况,村内居民每人分得 0.8 亩水田,1 亩土地。由于桥元镇内并没有规模较大的乡镇企业,马鹿山村的居民于 1980 年代末便已经开始外出务工,2010 年外出人口达到了 615 人。在已有的林地与土地配置的基础上,留守在龙村的村民以农业生产为主。马鹿山村内部通婚频繁,每一个村民小组都由主要的姓氏构成,而村组之间复杂的通婚关系,也使马鹿山村内部村民多为村民所言的“亲戚”或“熟识”。在经历了 1990—2010 年间,村落内部因为修路、土地和林地权、水资源使用等在村民之间发生了多次纠纷,由于村组内部并没有统计数据,因而具体数量无可而知,不过经历了家庭联产承包责任制落实 20 余年后,村民的家庭利益观念增强的趋势越发明显是作者在调查之中最为明显的发现之一。可以说,马鹿山村真实的反映出了渝东南地区的山区地理环境与人文生态特征,也具备了工业化、城镇化进程中山区农村社会文化变迁的代表性。

为更加细致微观的来分析问题,本研究选取马鹿山村的一个村民小组——龙村内部发生的故事来对问题进行论述。龙村在 2002 年撤乡并镇后划归马鹿山村管辖,距离桥元场镇约有 3 公里山路,全组共有 36 户居民,共 144 人。根据村组统计,现在农村共有水田 80 余亩,土地 120 余亩,龙村人口外出务工人数达到了 60 人,在已有的林地与土地配置的基础上,留守在龙村的村民主要以农业粮食生产和林下种植的中药材黄连种植(高体力付出的特色农业)为生。无论在人口特征还是生计方式方面,龙村都具备马鹿山村的代表性。

在对渝东南农村社会文化变迁与纠纷发生状况有一定了解之后,人民调解制度的地方实践便成为作者关注的重点,而且也发现在渝东南地区诸如“大调解”制度、“调解大院”模式等在渝东南地区不同的区县表现出人民调解制度地方实践的多样性,尤

其是“调解大院”模式。据当地司法局统计,“1+X 调解大院”推行以来,该县可防性案件 2003 年下降 6.2%,2004 年下降 14.4%,2005 年下降 28.6%。它是以村庄聚落为单位的几户选出一名具有权威的人物作为院长,对纠纷进行调解,“1”指自然院落,“X”是指自然院落中居住的所有农户。“1+X”联防大院模式就是以村(居)民居住的自然院落为中心,按照能辐射乡邻、看得见、喊得应、防得住的原则,将散居住户组成一个治安联防大院。可以说,调解大院是针对渝东南地区分散的村落分布特征而进行的人民调解地方性制度实践。它既坚持了人民调解制度的组织原则,又根据变迁中的社会文化需求做出了地方化的制度调适,它对于探索地方化的中国法律、规章制度具有一定的研究价值。

四、研究发现

进入 20 世纪 80 年代,渝东南地区农民刚刚摆脱计划经济体制的约束,为了尽快摆脱贫困,他们加入到了外出务工的大潮之中。渝东南的村落与家庭也在村民外出务工之后正在发生着急剧的社会文化变迁。本部分重点解释了变迁中的村落社会关系因素与农民在诉讼中的弱势地位如何催生了农民对人民调解的需求。村民对村落社会关系维护的自主需求给人民调解在农村提供了生存空间。农民在经济资本与法律资源方面的弱势地位,也使他们与强势群体或个人的纠纷中难于赢得诉讼,迫使他们被动地选择人民调解。面对农民对人民调解的需求,人民调解机构针对渝东南农村的地方性特征,进行了“调解大院”的设计。它提高了村落纠纷的解决效率,不过却很少对农民在经济资本与法律资源方面的弱势地位作出回应。

(一) 变迁中的社会关系与人民调解的自主选择。

1982 年,龙村开始实行家庭联产承包责任制,这一变革使农民的生产回归到了家庭。在随后的 30 年中,龙村村民的家庭意识也越发明显,村落居民之间因个人利益的争夺而各种纠纷频发。村民向小毅在经历了一次土地纠纷之后,深有感触的说道:“三哥死的时候已经把这一片土地给了我,修路需要把我家的这片田毁掉,多好的一片田。我大哥为了出行方便,就要毁掉这片田,那我家收入怎么办?”。

2007 年,龙村在县交通局的帮助下开始修建通向山下的道路,村民无须任何支出。向小毅的哥哥 20 年前去世,去世前将这片田给了向小毅使用,这片田一直是向小毅家粮食的主要来源。根据道路规划,道路要占掉这片田的一部分,他的大哥希望

³¹ 保护受访者隐私,本研究对地名、人名进行了处理。下文同上。

道路从这片田过,因为这样他家出行就方便了许多,而向小毅却不同意,说“这是我的田,谁也动不得”。道路建设中引发了两个亲兄弟各自的利益诉求,而两个家庭之间利益的冲突引发了两人之间的纠纷。事实上,近些年个人利益之间的难以协调引发了村落内部很多矛盾,村民之间的关系在一次次矛盾纠纷中经受考验。不过这并不意味着村民的社会关系比较脆弱,相似的纠纷在2009年又爆发了一次,它向我们展现了村民之间的社会关系依然是较为紧密。

2009年,黄守成扩大家里黄连种植规模,在山上开辟黄连地,占了向家的一小部分林地,他认为这是自己的林地,而向剑锋却称这片林地是自己的,由此两家因为林地边界发生了纠纷。两家在林子里吵了起来,争执不下,他们找到了村组长来调解。在听取了两家的陈述之后,组长说,“你们都是亲戚,何必因为这个事伤了和气。我看以前的划界图,这片林地是向某的。事情就到这里,你们也不要再争执了”。在组长的劝说下,两家人才算和解。事后,向剑锋发表了自己的看法:

毕竟都是同一个村的朋友,而且平时我们两家的关系都挺好的。自从我娃(儿子)出去打工之后,要是没有他家帮忙的话,我家还不知道是咋个样咧。要是上法庭(诉讼),以后我们两家怎么见面咧,去(人民)调解,这样也不伤感情。

从向剑锋的话语中我们可以观察到,向剑锋之所以选择人民调解来化解纠纷,一方面是由于一种情感性的考虑,“同一个村”标明了两个村民的地缘关系。在龙村,由于村落内部各个姓氏之间复杂的通婚关系,这种地缘关系往往是与亲戚关系分不开的,追溯起来,向剑锋是黄守成亲侄子的亲家,在纠纷发生时,向剑锋也考虑到了这样一层亲属关系,情感上的顾虑一定程度上降低了矛盾纠纷恶化的可能性。另一方面向剑锋选择人民调解更在于利益的博弈。事实上,自1980年代末,龙村的村民就开始外出务工了,至2008年,龙村共有60人在外务工,而村落中只剩下84人,且多以老人、妇女和孩子为主。大量的劳动力外出,给留守于村落的村民农业生产带来了劳动力短缺的问题。许多村民家里由于缺少劳动力,在农忙时节很难依靠自己的家庭来完成农活,这时村民们开始了家庭之间的生产协作与互助。向剑锋与黄守成是邻居,两家的孩子当时都在广州打工,家里只剩下两对夫妇一起生活。平日里谁家农活忙不过来,都会去帮一下忙。向家土地少,往往去向土地相对富余的黄家来免费借地来种,这些生产上的协作与互助使得家庭与家庭之间的关系更加紧密,正如向剑锋所说:“幸好农忙的时候有村里人帮忙,要不我真不知道怎么办”。家庭之间的生产协作与互助实际上为村民们创造了一种关系互动的空间,这种空间事实上在强调村民之间作为彼

此生存所依靠的资源。在劳动力紧缺的情况下,缺少了关系资源的支持将加剧他们家庭经济的脆弱性。为了解决家庭劳动力方面的困境,维护村民之间关系就显得尤为重要。事实上,“上法庭”在村民的理解之中有一种“诉讼”的意味,它对争议的事实关系进行审理并作出裁判,而对当事人之间的其他事实关系则漠不关心³²。向剑锋的话语暗示着上法庭后两家的关系很可能会受到影响,甚至破裂,这是他乃至生活于村落的人们所不能接受的。相较之下,人民调解来化解纠纷则能较好地维护他们看得弥足珍贵的社会关系。

从村民的话语中我们看到了变迁之中村民之间社会关系情感性支撑因素的延续性,另一方面,家庭之间的生产协作也向我们表明:村民之间社会关系越来越增加了一种工具性的色彩。可以说,农民维持社会关系的需求既是村民情感性的需求,也是在变迁中农民基于生计做出的理性选择。这些都是从村落生活逻辑的角度给人民调解工作提供了生存空间。

(二) 诉讼中的弱势地位与被动性选择

从上文我们已经看到在村落变迁之中,人民调解是村民基于维护社会关系的需求,做出的自主的理性选择。不过,这种选择的前提条件是纠纷双方在日常生产生活之中存在着较为频繁的互动。事实上,我们发现:当村民与陌生人发生纠纷时,他们依然倾向于选择人民调解。这种选择更多的是村民基于经济资本与法律资源方面弱势地位作出的被动性选择。

在这种对社会关系维护的诉求影响下,龙村在2000年以来只发生过一件诉讼案件。由于该案已经产生了故意伤害行为,触犯了法律。由于这件纠纷已经构成了刑事案件,所以通过法院来审判也是必然的程序了,其他的纠纷则基本没有选择诉讼。我们发现,这一定程度上也源于村民利用法律资源的能力与意识的不足。2009年,龙村村民皮某的妻子被林业站一位工作人员的车撞到了,腿部发生骨折。据他回忆,当时医药费就花费了五千余元。最开始他是很气愤的,他把这个人的车扣下了,让他赔偿各种费用。这位当事人也很恼火,准备寻求法庭诉讼调解,不过正如皮某所说,他的妻子没有太大的身体问题,他也就选择了找当地镇司法所进行人民调解。皮某这样评价道:“当时那方说起来有点可怜,他好像是林业站的,他经济当然雄厚。不过我这个人做事不争持(争执),只要家里人没有出什么问题,我就没什么好争持的”。

可见,在皮某的思想意识当中“个人权利”并不如法律所规定的“个人权利”那

³² 尹力:《中国调解机制研究》,北京:知识产权出版社,2009年,第26-34页。

样边界严格,这时皮某的诉讼意愿也不是非常的强烈。事实上,村民们在没有巨大的损失与争执的情况下,人民调解依然是他们的首选。在我们调查中发现,这种对个人权利的认知是很难与当地的普法宣传工作脱离关系的。

虽然随着大众传播媒介如电视、手机、报纸、期刊杂志等在农村的推广,大众传媒以新闻报道、娱乐节目等多样化节目将诸如农业、气象、都市生活等各种信息都传播到了龙村,逐步地改变着村民的生活方式、思维方式乃至审美情趣。然而,相较之下村民的诉讼意识并没有因为信息的传播而同步发展。“普法”实际上是对维护个人权利意识的传播,在马鹿山下的城镇经常会举行普法宣传活动,司法所工作人员给来往的村民发放普法的传单和宣传册。不过,留守在村子的村民受教育程度多在初中以下,让他们通过文字来理解“诉讼”意识是有难度的,正如今年70岁的向易中所言:“我连小学都没读过,让我看这些(指普法宣传单),我是看不懂的”。因而普法依然没有触动村民们“和解”观念。作为一种外源性的个人权利意识的传播方式,由于普法的方式与龙村村民自身教育程度的不对称,维权意识并没有真正的融入进村民的思想意识当中。不能否认,这种传播方式事实上将许多农民排除在了法律资源之外,这也是让农民在法律资源分配方面弱势地位的体现。不过,农民在法律资源分配方面的弱势地位更多的体现在农民遭遇的纠纷之中。

2009年,郭江毅在山下给人建房子,由于工程上出了问题,房屋垮塌。郭江毅被砸成了高位截瘫,在县医院花费了13万元,一直在重症监护室治疗,家里当时已无钱医治。他的家属去找承包商,但是当时承包这个房子的老板是城里面的人,他包来之后又转包给另一个人。事故发生之后,这两个老板相互推托责任,但是就不拿钱去救人。在无钱治病的情况下,郭江毅的家属找到了人民调解委员会来调解,人民调解员在了解情况之后,向两个老板提出“一次性给30万,两人按比例分摊”的提议。两位老板表示同意,与郭江毅家达成协议后,这件纠纷才最终得以解决。郭江毅的老婆说:“他们都说和他们没关系,都是另一个老板的事情。我也搞不懂该找谁,该告谁。眼看他(郭江毅)都没钱治病了,去告他们还要请律师,我们就更没有钱了。哪里能告得赢哦”。

从郭江毅老婆的话中我们看到,郭江毅一家在这场纠纷之中是处于弱势地位的。一方面,在承包转手发生纠纷的状况下,郭江毅与妻子确定不了到底谁该为他的伤势埋单。两个承包老板互相推卸责任,其结果还是郭江毅一家承担损失。另一方面,他们难以承担诉讼所需要的资金,这与责任方的混乱一起给郭江毅一家带来了诉讼的障碍,他们对“诉讼”难以做出有力支撑。可以说,在经济压力与法律资源缺乏的情况

之下,村民被限制在了“诉讼维权”的空间之外。他们不敢寻求诉讼,因为诉讼维权的成本高且成功的可能性微乎其微。

不仅仅留守的村民,在外务工的村民同样在纠纷中处于弱势地位。在2008年,龙村已经有60名村民远徙他乡,进入到广东、浙江等地的工厂打工,成为了离开土地的农民,远离了村落的生活空间。城市的生活并不如他们所想像的幸福与和谐,到了城市之后他们无论工作还是生活都受到了巨大的冲击,使他们感觉与城市的生活格格不入,发生在他们身边的纠纷让他们感触颇深。龙村村民向良华今年28岁,2009年在广州塘厦的服装厂做过保安。在当保安期间,工厂里的一名工人在工作时不慎将手指弄断了,按照用工规定,这是工伤,应该由老板来负责。但是湖北的老板没有按照要求来,而且威胁这名工人说:“敢不敢打官司嘛,要不咱们就法庭见”。这名工人后来怕事没有去法院申诉,事情也就不了了之了。这件事给了向某很大的触动,他说:“在那里,城里人瞧不起我们,老板也没有人情味。和工人发生了什么纠纷就告到法院,你说都是给他干活的人,何必这样呢?”。

面对工作期间出现的事故,老板们并没有考虑“和解”,反而通过法院审判给村民们以“官司”的压力,而村民们在城市中面对“官司”却往往处于一种弱势的地位,“我们既没有人又没有钱,去打官司怎么可能赢哦”向某感叹道。面对“官司”,他们的社会关系显得无用武之地,他们没有足够的关系资本寻找到可以提供援助的资源,而自身通过打工获得的收入也难以支撑他们完成诉讼程序。“诉讼”在城里人看起来是解决纠纷,维护个人权利的较为合理的工具,进入到城市的龙村村民,虽然处于城市的生活场域之中,但是却始终处于边缘的位置。在很难接近诉讼的情况下,外出务工的村民同样产生了“厌讼”的观念,而同样也是一种无奈的选择。

从村民的话语中我们发现,国家的普法宣传作为一种引导性的社会变迁手段与农民自身诉求和能力的不对称性,并未使农民建构起强烈的维权意识。在与陌生人发生矛盾时,村民自身所处的弱势地位往往使他们赢得官司的机会渺茫,他们被迫寻求“诉讼”以外的解纷路径,这也使农民产生了一种“厌讼”的观念。可以说,对人民调解的需求也是村民面对自身的弱势地位做出的被动选择。

(三) 自主选择与人民调解制度的对应

人民调解制度是村落文化延续与变迁过程中,村民为维护村落的社会秩序与弱势情况之下的个人权益做出的选择。然而,作为社会管理组织,人民调解制度又带有一定的管理制度的性质,这就使人民调解制度必须做出既符合国家制度规范又符合渝东南地区农民生活实际的制度调适。渝东南地区的人民调解制度——“调解大院”为我

们展现了人民调解工作“语境化”的思考方式，它是面对渝东南地区农民对人民调解制度的需求作出的制度性对应。渝东南的Q区县把11万户农户划分为3266个调解大院，设置大院院长3266名。在问起司法工作人员工作他们调解大院的工作思路时，他们说：

在维持原有的调解网络的基础上，在调解员之下我们设置了调解大院院长。这样就使原本大的村落给分割化了，每一个自然村落有一个大院院长负责。你们也知道，我们镇里村委的人也忙，顾及不到的嘛。村里发生了纠纷，我们不知道的情况下，这个地方的院长也能及时了解，及时化解。

由此可见，大院院长的设立是由两个方面的因素产生的。一方面，分散的村落分布状态使得村调解委员会很难顾及。事实上，2002年的国家行政机构改革，撤乡并镇给人民调解工作带来了问题。以龙村所在的马鹿村为例，2002年合并了原来的三个村之后，马鹿村面积达到了21000余亩，村辖人口达到了2136余人，足见人口的分散。不过调解员却一共只有12名，这就意味着1名调解员要在1900余亩的土地上负责130人的调解工作，因而调解员因为村落的分散很难在辖区的范围内完全地掌握每家每户的动态。另一方面，现行的人民调解工作将各个村的村主任和村支书作为人民调解委员会的调解主任和副主任，每一个社长为调解委员，这就存在一个问题：调解人员具有多种工作任务，很大程度上挤占了人民调解工作的时间。在调查中，马鹿村的村支书计算起自己的工作任务时说道：

工作这个说起来多了，计划生育、民政、农业、粮食增产、经济发展、招商引资，这还只是经济这块。我们基层工作人员基本上没有睡午觉的时间，晚上11点睡觉，早上6点起床，我们哪里还有时间顾及（人民）调解嘛？

由此足见调解人员的多种工作任务对于人民调解工作的影响。相比之下，大院院长他们作为聚落生活的成员，只负责该聚落的安全保障工作，对于聚落出现的纠纷也是第一时间了解的人，可以及时的对纠纷进行排查和调解。这充分的显示了“调解大院”对于山区聚落分布状态的适应性。

不过，“调解大院”更为重要的价值体现在大院院长的身分之上。调解大院的院长是在聚落内的村民通过民主选举产生的，这充分体现了聚落内居民对大院院长的认同。陈洪奎是他所在聚落对凹坪的大院院长，从2008年开始他便负责对凹坪的治安联防工作，化解纠纷更是他日常的工作之一。他就说到：“我这完全是凭我的热情，政府每年也不用给我们工资，村里人既然认可我，我就做嘛。平时反正都是邻居，有的还是亲戚，我去劝两句他们也都听，不算什么事情”。

的确，在聚落范围内大院院长能够发挥出非常好的调解效果。2008年对凹坪的谭光发与陆征两个村民因为农田中的水管问题发生纠纷，谭光发是陈洪奎的干亲家，而陆征则是陈洪奎的邻居。谭光发在没有经过陆征同意的情况下把水管切到了自家的田里，被陆征发现了。陈洪奎通过他的老婆知道了这件事情，找到了他们两个。陈洪奎说：“大家反正都在这一团转（周围）住，平时关系都很不错，你说你们两个人不和，我也不好办不是，没有必要（纠缠）”。在陈洪奎的劝说下，两个人也对这件事反思了一下。谭光发说：“洪奎都说话（出面调解）了，我也没什么话说，理也不在我这里，我给他（陆征）认了个错，事情也就过去了”。

可见，调解大院的院长虽然有“院长”的称呼，但是他们实际上是作为社区的成员而存在的，这实际上就将人民调解从国家层面的社会管理机制转变为了村民的日常生活实践行为。在一个基于血缘和地缘形成的聚落，大院院长往往与纠纷双方都存在着血缘和地缘的关系，因而在纠纷双方之间，他作为一个关系联结纽带更能够依据村民人情关系与行事规则进行纠纷的化解。同时，大院院长由村民选举而产生，是作为一个社区多数人认可的人物而存在的，具备一种民间性的权威。因而，作为纠纷双方的关系人和一种民间性的权威，大院院长对社区纠纷的调解更加具备一种民间性和生活性，使人民调解工作更加接近于传统的宗族调解和乡邻调解方式。从村民的话语中我们感觉到，人民调解的过程在他们意识当中更像是生活中的故事，这正是“调解大院”的核心内容，它将人民调解制度回归到了日常生活的社区，成为维持村落社会关系的日常生活行为。

正是因为大院院长的社区成员身分，人民调节机构对大院院长奖励措施上进行了调整。2010年人民调解员的调解奖励是：调处简易纠纷是10元/件，一般纠纷是30元/件，较大纠纷是50元/件，重大纠纷是70元/件。对大院院长的奖励并不是以奖金而是在过年或过节的时候给大院院长们一些礼品以示感谢。对此，一位工作人员解释说：

对大院院长以奖金的形式对他们进行奖励，会使村民们认为大院院长是政府的工作人员，给他们调解是分内之事，因而大院院长的权威会下降，而且也会引起村民们的猜忌，影响调解的效果。

实际上，对大院院长的奖励方式是与现实生活中村民的思维相适应的。大院院长参与到人民调解工作中来，不是对司法工作的责任，而是出于对社区和谐的一种责任感。地方性知识在组织着意义系统，人们根据地方性知识的规范去行动，去构建他们

的日常生活。³³ 村民的生活逻辑与对事件的解释往往与政府的解释存在着差异性。在渝东南地区调查中,政府与社区居民之间的关系往往是村民谈论的非常多的话题,“政府的人(指政府行政人员)领了工资,不做事怎么可能哦”。一位村民曾对作者说。可见,在村民的意识当中“工资”仿佛是村里人和政府的人的明显的边界标准。因而如果给大院院长以工资奖励,村民们却容易把院长当作为政府做事的人,这样院长在村落中的民间权威就会受到影响。因而,这也体现了司法局对调解大院的理性设计。

“调解大院”已经运作了近8年,从它的运行之中我们看到了一个更加尊重地方性知识的态度。一方面,人民调解机构认识到了自身的工作对于农村社区的意义何在,人民调解制度与农民需求的契合性,需要人民调解制度能够更好的服务于地方社会。另一方面,渝东南农村的文化特征以及农民意识形态中的人民调解制度成为了人民调解机构制度创新的依据。从村民的评价之中,我们看到“调解大院”一定程度上将人民调解制度回归到了村落的生活逻辑之中,并且一定意义上将维护农村社会秩序的行动权利交给了生活于村落的农民。不过,调解大院更多的是针对村落内部的纠纷,它更多的是契合村民对于村落社会关系维护的主观需求,而对于村民在经济资本、关系资本与法律资源方面的弱势地位并未做出较为明确的回应。

五、结语

费孝通先生在对乡土社会的分析之中提出过“无讼”的概念。“追求无讼”作为乡土社会的一个特征,是乡土社会生活的人们的理想的表达。³⁴ 然而,不可否认的是,费孝通笔下的“乡土社会”经历了60余年的变迁,无论是在其社会结构还是其生活方式已经不可同日而语了,那么为什么当下的乡土社会依然希望通过调解来化解纠纷呢?渝东南地区基层农村的对人民调解的需求为我们做出了一个层面的解答。

改革开放后渝东南地区的农村已经完全的嵌入了宏大的社会文化环境之中。从马鹿山村的社会生活中我们看到,山区农村在国家制度与市场经济的共同影响之下正在发生急剧的社会文化变迁,劳动力转移、普法宣传等无不向我们展现出了山区农村的社会文化变迁样态。马鹿山村民的生存状态让我们看到,虽然变迁中家庭个人意识越发明显,原有的基于血缘和地缘的社会关系受到冲击,但是这并未带来社会结构的彻底改变。相反,劳动力转移情况下农村家庭之间的生产协作与互助或许更增加了社会

关系的工具性色彩,它与情感因素共同促使村民产生对社会关系的强烈依赖。这使村民自主的对人民调解产生了需求。不过,不可忽视的是,我们也看到农民在法律资源获取中处于一种弱势地位。一方面,法律资源给予他们建立个人权利意识的空间是微小的,法律资源的传播与农民接受能力的不足使农民缺少自我权利的定位。另一方面,由于诉讼中经济资本与关系资本的匮乏,使他们处于诉讼场域中权力资源的边缘,“厌讼”的观念也正是这种边缘地位的体现。因此,人民调解也是农民在与面对强势群体或个人发生纠纷时作出的无奈的选择。

从“调解大院”为代表的人民调解制度的实践之中,我们发现人民调解制度虽然是政府面对基层农村对人民调解制度的需求做出的社会管理方面的制度性调整,但是“调解大院”的设置才真正的实现了国家社会管理制度与地方性知识的结合,“调解大院”实际上是人民调解制度向村落生活逻辑的回归,这在一定意义上给政府对农村社会秩序的维护与村民的日常生活创造了一种地方性制度的联结。从渝东南地区的人民调解制度实践之中,我们看到了农村的民间力量正在更多的参与到基层社会的管理之中。在国家进行法律下乡、重建乡土社会秩序的背景之下,像大院院长这类民间力量的兴起有可能更利于乡土社会秩序的重建。法律的多元已经是一个不争的事实,基层农村依据“情、理”构建起的社会秩序不只是需要国家制定的法律来维护,地方性的社会控制机制作为一种本土性法律资源,依然需要得到国家的尊重。

不过,“调解大院”更多的是在村民对村落社会关系维护主观需求的基础上做出的制度调适,我们依然不能否认农民在法律资源分配方面的被动的、弱势的地位。在资源分配不平等的情况下,农民在与强势群体或个人的纠纷中做出的无奈的选择,值得我们 from 制度层面深思。

³³ 易军:《地方性知识对非正式规范的文化解释研究——基于关系类型学的分析》,《新东方》2007年第8期。

³⁴ 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京:北京大学出版社,1998年。

现阶段社会矛盾化解与通过司法的社会治理*

——以理性选择理论为分析框架

胡 铭^{*}

摘 要: 社会矛盾在局部地区激化的现实,暴露出我国现行刑事司法制度存在不应回避的缺陷,并对我国刑事司法提出了新的挑战。司法是社会治理和法治路径有效衔接的关键性要素,通过司法的社会良性治理是法治社会的基本表征。透过对典型案例的观察,在理性选择的分析框架下,参与式治理、自主治理和多中心治理理论能为我们解释极端社会矛盾和缓解社会冲突提供思路,为相关司法制度改革提供理论支撑和方向指引,以便构建符合社会治理理念和司法规律的纠纷解决机制。

关键词: 刑事司法 社会治理 纠纷解决 理性选择

中共中央政治局就正确处理新时期人民内部矛盾问题而进行的第二十三次集体学习中明确提出:“我们要深刻认识正确处理人民内部矛盾的重要性和紧迫性,着眼于最大限度激发社会创造活力、最大限度增加和谐因素、最大限度减少不和谐因素,更加积极主动地处理好人民内部矛盾”。¹十八届四中全会决定指出:“我们党面对的改革发展稳定任务之重前所未有、矛盾风险挑战之多前所未有”。²这一方面显示了中央对于缓解社会矛盾的决心,另一方面也说明当前我国社会矛盾问题比较突出,已经直接影响到了国家的长治久安。如何缓解极端社会矛盾、有效解决社会纠纷,成为当前我国司法改革的一个核心问题。本文穿梭于司法与社会治理之间,在理性选择的分析框架下,尝试探寻符合社会治理理念和司法规律的纠纷解决机制。

一、当前社会矛盾的特点与司法面临的主导任务

近年来,随着中国社会的经济转型和社会结构的不断变化,社会深层次的矛盾不断暴露出来,甚至表现为局部地区的极端社会冲突。司法作为一种社会解压阀和解决

纠纷的最终、最彻底方式,承载着解决社会矛盾和恢复被其破坏的社会秩序的重任。作为本研究的逻辑起点,首先需要深刻认识当前我国社会矛盾呈现出的主要特点。

其一,社会矛盾在局部地区激化,表现为某些极端社会冲突。某些原本是一般社会矛盾或者普通刑事案件,最终却演变为非常极端的事件。如贵州瓮安的李树芬案³与浙江瑞安的戴海静案⁴,便具有显著的共性,前者成为轰动全国的瓮安事件,而后者亦对于局部地区稳定造成了极大的影响。这两大事件都起因于一位年轻女性的非正常死亡,瓮安是一位女中学生溺水身亡,瑞安是一位中学女教师坠楼身亡;都有着扑朔迷离、颇有争议的死因,而警方都很快轻易做出了自杀的结论,但这种结论却都不为家属和公众所信服;死者均被人们通过网络论坛等途径所不断美化并引起普遍同情,而犯罪嫌疑人的背景在网络上被揭露,所谓权力背景和富二代背景使得人们的仇恨心理不断强化;事件的结果都是引发重大的群体性事件,造成较大的人员、公私财产损失,甚至导致政府、公安机关的办公大楼、警车等被砸、被烧。

其二,某些极端社会矛盾演化成对公安司法机关的仇恨,甚至是疯狂报复。这在杨佳袭警案⁵和湖南永州朱军枪杀法官案⁶中体现得最为清晰。在杨佳案中,杨佳持刀闯入上海市闸北区公安分局办公楼内,捅死6名警察,另有3名警察受伤。后经查明,仅仅是因为杨佳认为自己在涉嫌盗窃自行车案件中,受到了警察不公正的对待,因得不到有效的解决而引发了对不特定警察的骇人听闻的报复。无独有偶,2010年6月,朱军携带冲锋枪进入当地法院办公室,对正在研究案子的法官进行疯狂扫射,当场造成3名法官死亡、3名法官受伤的惨剧。经查,该案的诱因是朱军对于离婚案的财产分割和某民事案件的执行不满,而对法官实施了极端的报复行为。这两个案件中,原本都只是很普通的一般案件,前者涉及轻微刑事犯罪,后者只是民事案件,而结果却是演化成了对公安司法机关工作人员的极端报复与杀戮。之前一般案件的处理过程显然存在某些问题,而这些问题引起了当事人的极大不满并直接诱发了后来的惨剧。

其三,反社会情绪有所升级,并外化为极端的反社会行为。这也是当前刑事案件发展的一种新动向。某些刑事案件不再是针对个人的报复或者为了直接获取某种利益,而是通过伤害不特定对象或者破坏不特定公私财物,来宣泄反社会情绪。最为典型的例子便是近年发生的系列杀害学生、儿童案。2010年3月以来,短短数月时间里,在福建南平、广西合浦、广东雷州、江苏泰兴、山东潍坊、陕西南郑,就发生了多起校园暴力伤害事件,而这些死者、伤者都还是幼儿园、学前班或小学的孩子。⁷这体现出的是一种畸形化的反社会情绪与反社会心理,是某种不满发展到极致而爆发出来的结果,而所谓加强校园安保等措施显然不能从根本上解决问题,其背后还是社会

* 本文系国家“2011 计划”司法文明协同创新中心和社科基金重点项目“中国特色社会主义司法制度的模式、规律与改革方向研究”(14AKS009)成果。

^{*} 作者简介:胡铭,法学博士,浙江大学光华法学院教授(杭州 310008)。

¹ 参见胡锦涛:《扎实做好正确处理人民内部矛盾工作 为经济社会发展创造良好社会环境》,《人民日报》2010年9月30日,第1版。

² 参见习近平:《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》,《人民日报》2014年10月29日,第2版。

³ 参见胡子敬:《“瓮安事件”:三细节决定处置之失》,《法制日报》2008年7月10日,第3版。

⁴ 参见金萍:《将矛盾化解在“护城河”外》,《人民法院报》2010年5月4日,第8版。

⁵ 参见刘建:《上海公安披露杨佳袭警案发原因》,《法制日报》2008年7月8日,第1版。

⁶ 参见李阳、傅召平:《凶手朱军的灰色人生》,《人民法院报》2010年7月21日,第4版。

⁷ 参见肖源:《“校园屠夫”的社会心理学解构》,《人民法院报》2010年5月31日,第6版;杨自度:《关于近期接连发生袭警案的思考》,《南通日报》2010年6月2日,第B02版。

矛盾激化的问题。

上述社会矛盾呈现的新特点正是中国司法当前所面临的巨大挑战。一般认为,强大而有效的刑事司法系统是法治社会解决社会矛盾、实现正义的最终、最彻底的方式。刑事司法领域的相关改革,特别是正确处理刑事司法与当事人、普通民众的关系并构建合理的纠纷解决机制具有举足轻重的意义。概括而言,我国刑事司法面临着如下主导任务:通过司法制度创新,消减司法所面临的现实矛盾,提高司法机构“公共产品”的产出能力与效益,更充分有效地保护社会主体的正当权利,创造及完善适应新时期社会矛盾特点的纠纷解决机制与法律秩序。这种表达或认识与社会治理的理念是颇为契合的,表现为多元主体通过平等的合作型伙伴关系,依法对社会事务和社会生活进行规范与管理,最终实现维护公共秩序和公共利益最大化。从本质来看,社会矛盾的化解不仅是刑事司法的问题,也是社会治理的问题,我们需要在社会良性治理的大视野下审视相关刑事司法的改革问题。

二、理性选择与通过司法的社会良性治理

司法(Justice)的有着多种面孔,一般认为,“将‘司法’界定为诉讼,即国家解决纠纷、惩罚犯罪的诉讼活动,不仅在理论上有所根据,而且契合中国实际。”⁸司法作为解决纠纷的最终最彻底的方式,在社会矛盾化解过程中显然占据了至关重要的地位。治理(Governance)指的是公共权威为实现公共利益而进行的管理活动和管理过程。⁹纠纷解决的过程亦是社会良性治理的过程,是公共利益最大化的管理过程。各种极端社会矛盾的存在对社会秩序提出挑战,司法作为纠纷解决的途径,司法制度完善和司法改革的过程本身便是社会治理创新的过程。着眼于利益相关的个体和作为整体的社会,在“个体——整体主义”方法论下,理性选择的理论分析框架可以为我们勾连社会良性治理和通过司法解决纠纷,为社会矛盾化解提供新的思路。

理性选择理论的研究对象是公共选择问题,公共选择就是指人们通过民主决策的政治过程来决定公共物品的需求、供给和产量,是把私人的个人选择转化为集体选择的一种过程,是一种社会良性治理的机制,是以经济学方法研究非市场决策问题的一种重要研究路径。这里的“理性”是解释个人有目的的行动与其所可能达到的结果之间的联系的工具性理性。传统的理性选择理论继承了亚当·斯密的“经济人”假设,形成了特征鲜明的“理性人”假设,注重把分析个人在既定环境中选择和行动的动机作为解释重点。就如诺斯所言:“制度是人类所创造的,并由人类而改进,我们的理论必须从个人开始”。¹⁰但这里的“从个体开始”并不能等同于“个人主义”。对此,

⁸ 陈光中等:《中国司法制度的基础理论问题研究》,北京:经济科学出版社2010年版,第6页。

⁹ 俞可平:《中国治理变迁30年(1978—2008)》,《吉林大学社会科学学报》2008年第3期。

¹⁰ [美]诺斯:《经济史上的结构和变革》,陈郁等译,上海:三联书店、上海人民出版社1994年版,第6-7页。

布坎南曾指出:“不应把方法论个体主义混同于作为组织社会活动的规范的‘个人主义’。前一种类型的分析,代表一种企图,要把所有政治组织问题简化为个人面对的种种取舍以及他在这些取舍之间做出的选择。他的‘选择逻辑’成为分析的中心,而不无需采取任何有关终极目标或标准的指引其选择方向的立场。相比之下,‘个人主义’作为一种组织规范,涉及到明确地接受某些价值标准”。¹¹也就是说,从个体出发,并把个体作为研究的基本分析单位,而不是个人主义的价值观。在方法论个体主义的基础上,理性选择制度主义发展了传统的理性选择理论,其基本假设主要涉及三个方面:(1)个体是社会治理过程的核心行动者,个体展开理性行动的目标是个人效用最大化;(2)制度是形塑着个体行为的规则集合体;(3)个体对于制度的约束或激励,能够作出理性的反应,并且大多数个体都会以同样方式对制度作出反应。¹²

与传统理论相比,理性选择制度主义最大的特点是关注制度:不仅关注法律等正式制度,还关注包括观念、文化、意识形态等非正式制度;不仅关注行为对制度的形塑作用,还重视制度对行为的约束与激励作用。其吸收了“有限理性人”假设,修正了传统理性选择理论的个人假设,把制度当成一种粘合剂,将自利的个人整合成一个有组织的社会整体,即体现了朝“个体——整体主义”方法论整合的努力,重视个人行为与制度的互动关系,从而将微观研究法和宏观研究法结合起来。因此,可以说理性选择制度主义虽把研究重点放在理解制度对个体行为及相关政策的影响上,但其终极关怀却是在此基础上解决如何通过良好制度设计和创新来引导、约束人们的理性选择,从而实现预期的社会良性治理的宏观结果。

遵循“个体——整体主义”方法论,与传统法学主要关注法律文本解释和三段论式法律适用有所不同,从理性选择的角度的角度来看待社会治理和司法过程,则是更为关注“社会生活中的司法”,从个体对司法的感受入手,追求司法制度在社会治理中的实施效果和作用。社会治理与纠纷解决的有效兼容和合理衔接过程,是个人和社会互动的过程,而司法制度在其中将扮演一个关键性的角色。司法既是“社会的刹车装置和制动器”,又是社会规则的创立者。¹³从社会良性治理的角度来看司法及其解决纠纷的过程,对于司法中的资源分配以及程序规则设计等制度性难题,理性选择的分析框架可以为我们提供可资借鉴的思路。中国司法所面临的前述种种社会矛盾,最终、最直接地反映在司法对于社会主体的权利的关注与保护不充分、不完善。这一判断不仅产生于诸多个案的经验性感受,同时也产生于学理性分析。按照理性选择理论,司法所提供的是“公共产品”。“这种‘公共产品’的内容是对社会成员正当权利的充分和完善保护,这既包括在司法框架中使社会成员的正当权利得到顺利行使和实现,也包括对侵害正当权利行为予以排除、制裁和打击。充分和完善保护社会成员的正当权利是

¹¹ [美]詹姆斯·M·布坎南、戈登·塔洛克:《同意的计算——立宪民主的逻辑基础》,陈光金译,北京:中国社会科学出版社2000年版,前言。

¹² 参见曹芳:《理性选择制度主义方法论评述》,《学术论坛》2009年第11期。

¹³ 参见杨建军:《通过司法的社会治理》,《法学论坛》2014年第2期。

司法机构所应当追求的产出最大化目标。‘公正’及‘效率’等价值内含在这种追求之中。”¹⁴社会矛盾激化是一种转型期的社会现象，通过司法解决纠纷则是一种社会治理的基本方式。如何在当事人、普通民众、社会组织与公安司法机关等公权力部门之间构建合理、有效的司法制度与纠纷解决机制，便是一个现实的公共选择过程。

三、参与式治理与社会矛盾化解

在理性选择的分析框架下，作为理性的个体，在采取行动时必然会涉及各种由正式或非正式的制度所确立的社会关系，而这些关系又将影响到个人的选择，通过公众和当事人充分、有效参与的制度设计，形成引导个人理性选择的良性社会关系，便是所谓参与式治理。公众和当事人的参与在社会矛盾化解中具有重要的作用：公众参与不仅对于保障人们的主体地位具有实质性的意义，而且对于制约包括司法权在内的公权力和保证刑事政策等国家政策满足公众利益具有程序性的意义，从而形塑一种看得见的参与式治理模式。

实证研究发现，“信任、互动和名誉所达到的水平，能积极地增强去形成值得信赖的系统。”¹⁵参与式治理所追求的效果是值得信任的主体，相信有良好声誉的相对方，形成良性互动的社会交易。其强调主体之间要进行互动，便需要声誉所带来的守信和执行力，以提高合作的水平并最终获得长期的纯收益。即使在这一过程中出现了纠纷，只要彼此能够克制自己的行为并信守承诺，就能够解决问题。在社会矛盾化解的过程中，同样会涉及上述因素。在纠纷解决中，作为极端社会矛盾中的核心主体的被害人与加害人，和作为参与人的公安司法机关工作人员、社区人员、调解组织成员等，要想形成良好的互动关系并最终解决社会纠纷，必须在各方之间形成信任关系。这种信任是摆脱对抗、走向合作的基础。在刑事诉讼普通程序中，司法权威的确立需要当事人和普通民众对于公安司法机关的信任，否则裁判将得不到尊重，私力救济的泛滥也难以避免，甚至可能因为裁判而使得当事人对司法产生极大不满，枪杀法官、警察的案例便清晰地说明了这一点。可以说，司法裁判是否具有终局效力，关键在于程序法的强制性规定，而是在于司法裁判是否能得到当事人和民众的信任与遵守，否者，即使法律赋予裁判终局性，在实践中还是会因为信访等沦为一纸空文。在非诉讼纠纷解决机制中，声誉对于调解人同样至关重要，社区中的长者、有威信的邻里、良好声誉的社会组织等往往能够更好地担任调解人之角色。公安司法机关工作人员在调解中能否发挥作用，很大程度上不在于国家强制力，而在于能否用自己的言行赢得当事人的信任。只有形成这样的良性互动关系，才能使得刑事和解等非诉讼纠纷解决机制真

¹⁴ 参见顾培东：《中国司法改革的宏观思考》，《法学研究》2000年第3期。

¹⁵ Elinor Ostrom, "A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action", The American Political Science Review, Vol. 92, 1998, p. 13.

正起到恢复正义的作用，¹⁶而不是强制息讼宁人或沦为以钱买刑。

在理解上述建立在信任、名誉之上的互动关系的基础上，我们可以解释为什么在刑事诉讼中当事人充分参与且公开、公正的审判过程至关重要，而非诉讼纠纷解决机制中持续的面对面交流非常重要，甚至可以实质性地改变基本的形势。刑事诉讼中，当事人充分享有参与程序的权利，充分表达自己的意见，并对审判结果产生有效的影响力。这是一种刑事司法与当事人的互动，是形成刑事司法与当事人之间互信机制的基础，也是公安司法机关赢得尊重的基础。反之，不公开、偏离程序正义的刑事审判，只能是使得司法失去当事人与公众的信任，使得判决得不到有效执行，反复地申诉、上访也就成为难以避免之痛。在非诉讼纠纷解决机制中，被害人与加害人之间通过持续地相互正视与对话，才能有效评估对方是否值得信任，加害人是否真心悔过，被害人是否愿意痛释前嫌等，也才能达成积极的和解协议。也正是对当事人之间面对面对交流的重视，美国德克萨斯州在刑事和解中强调用“眼对着眼”（eye to eye）代替“以眼还眼”（eye for eye）的传统刑罚观。¹⁷这种交流是建立在主体以往的社会经验和调解人的有效调和的基础之上，而通过交流得出双方可接受的赔偿结果，包括道歉、社区服务、金钱给付等，是能否良好沟通的前提。如果加害人态度蛮横，拒绝当众道歉，或者不愿意适当地金钱赔偿，被害人便很难有和解的意愿；同样，如果被害人漫天要价，摆出咄咄逼人的姿态，便是拒加害人于千里之外，达成协议也就很困难。一种对等的、互信的交流，才是刑事和解的催化剂。

四、自治治理与社会矛盾化解

自治治理理论是在理性选择理论上提出的，对于社会良性治理具有重要意义的一项理论。该理论的中心内容是研究“一群相互依赖的委托人如何才能把自己组织起来，进行自治治理，从而能够在所有人都面对搭便车、规避责任或其他机会主义行为形态的情况下，取得持久的共同收益。”¹⁸

在传统经济学的理解中，由于个人追求短期利益最大化、搭便车和机会主义的存在，开放公共池塘资源将必然出现所谓的“公地悲剧”现象，即过度使用而导致资源衰竭。在这种观念的指导下，世界各国对于公共池塘资源的管理多采用两种模式：政府集中化管理或者进行私有化。理性选择理论则解释了第三种解决方式：资源使用者在相互信任的基础上，通过设计持续性合作机制来施行自治治理。在理性选择视野下，“公地悲剧”只是在缺乏相互信任、较差沟通能力和高贴现率等情境下产生，但现实社会并非总是如此，人们在面对复杂的社会困境时，公共资源使用者经过反复博弈，

¹⁶ 参见胡铭：《刑事司法引入ADR机制：理念、困境与模式》，《政法论坛》2013年第3期。

¹⁷ Patrick Glen Drake, "Victim-Offender Mediation in Texas: When 'Eye for Eye' Becomes 'Eye to Eye'", South Texas Law Review, Vol. 47, 2006, p. 647.

¹⁸ [美] 埃莉诺·奥斯特罗姆：《公共事务的治理之道》，余逊达等译，上海：三联书店2000年版，第51页。

常常能够创造出复杂而有效的制度来规范、指导个体间的博弈行为。“开放社会的条件是,在那里,民主的公民发展出善于分析的能力,这种能力是与充满人际关系的复杂性相称的,而这种人际关系从日常生活的特征延伸到全球化的程度。”¹⁹ 也就是说,个体能够并愿意组织起来制定共同的行为规范以惩罚违约者,从而使资源得到良好利用。在刑事司法中,这种自主治理理念同样有其价值。如浙江省枫桥镇的实践中,构建了被称为“枫桥经验”的解决纠纷模式。这种以民间治理为特点的纠纷解决机制,便可以看作是当地民众以乡规民约为基础自发形成的自主治理机制。如当地对于刑事和解的实践远远早于浙江省出台相关的地方性法规,²⁰许多做法甚至是相关立法探索的重要渊源。

自主治理理论是建立在“理性人”假设的基础上的。一般认为,自主治理中影响个人策略选择的有四个内部变量:预期收益、预期成本、内部规范和贴现率。²¹ 理性经济人的策略应是预期收益大于预期成本的策略。个人选择的策略会对外部世界产生结果,并影响未来对行动成本与收益的预期。人们所具有的内在规范要受到处于特定环境中其他人的共有规范的影响。也就是个人如果违背了被他人认同的共同规范,便要受到质疑与约束。贴现率既要受个人所处的自然和经济保障程度的影响,还要受居住在特定社会或地方社群的人们在比较未来与当前的相对重要性时所共有的一般规范的影响。²² 概言之,收益、成本、共有规范、机会等都是影响个人决策选择的内在变量。就刑事司法来说,在极端社会矛盾发生的情况下,通过刑事诉讼解决纠纷的主体应当是相互沟通、一起解决共同问题的人们,其前提是确立了共同知识和规则且具有互利的预期,而这一切又植根于共同或类似生活环境,如社区、村落等。有效纠纷解决的根源在于个人的生活状况之中,也在于使邻里通过协作性的共同努力解决犯罪问题的互动、合作方式之中。

刑事司法需要对于犯罪这种极端的社会矛盾作出合理的反应。自主治理理论有助于我们解释问题以及刑事司法中采行自主治理方案的可行性。控制犯罪问题从本质上看,是一种社会公共事务,无论是公诉还是非诉讼途径,自主治理理论为解决现代犯罪问题提供了新的解释路径。刑事司法的过程并非必须依赖国家暴力来追诉犯罪行为。通过社群性的认同,建立相应的制度和规则以解决社会矛盾,由公众自发地协助公安司法机关控制犯罪,并构建当事人和普通民众积极参与的纠纷解决机制,体现了自主治理的精神。自主治理理论还能从以下几个方面为社会矛盾化解提供借鉴:(1)关于自治组织在刑事司法中的作用。包括社区、村庄、大中型企业、社会团体等都可

¹⁹ Elinor Ostrom, Vincent Ostrom, "The Quest for Meaning in Public Choice", American Journal of Economics and Sociology, Vol.63, 2004, p. 140.

²⁰ 浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院和浙江省公安厅于2004年联合下发了《关于当前办理轻伤犯罪案件适用法律若干问题的意见》,2009年浙江省人民检察院又颁布了《关于办理当事人达成和解的轻微刑事案件的规定(试行)》。

²¹ 参见[美]埃莉诺·奥斯特罗姆:《公共事务的治理之道》,余逊达等译,上海:三联书店2000年版,第62页。

²² 贴现率(Discount Rate)是指将未来支付改变为现值所使用的利率,在金融活动中一般指持票人以没有到期的票据向银行要求兑现,银行将利息先行扣除所使用的利率。

以成立社会治安综合治理组织或者民间调解组织,为控制犯罪和解决纠纷发挥积极之作用。我国现有的社会综合治理组织和民间调解组织普遍存在以下两方面的突出问题:一方面,受历史传统和资金等因素影响,对政府依赖性很强,并且在组织管理和活动方式上也常常带有浓厚的行政色彩;另一方面,组织内部制度建设不完善,缺乏有效的监督、激励等机制,使得社会矛盾化解能力受到掣肘。这便需要从公共资源的自主治理实践中汲取营养,逐步改善社会综合治理组织和民间调解组织的自主治理能力。(2)规则与监督机制。自主治理组织的一个重要特点是具有形成自主治理的规则和监督机制的能力。自主治理组织自主设计的治理规则本身既增强了组织成员进行相互监督的积极性,又使监督成本变得很低。我国现行法律法规对于社会综合治理组织和民间调解组织的规定很少,且社会矛盾化解涉及复杂的社会问题和地方社群特点,这便需要社会综合治理组织和民间调解组织在吸收乡规民约等地方化规则的基础上形成可操作的规则与监督机制。(3)公安司法机关在自主治理型纠纷解决中的定位。作为国家公权力的代表,公安司法机关更多地应以对话组织者的身份提供协商平台,并执行协商所作出的有实质约束力的协议。无论是提供法律或政策性支持,还是提供协商对话平台,公安司法机关均应处于社会综合治理组织、民间调解组织与当事人、普通民众的监督之下,以防止其脱离公共目标,并确保其成为恢复社会正义的实践者与倡导者。(4)回应型司法机制。“回应性越大,善治的程度也就越高。”²³公安司法机关必须对当事人和公众的要求作出及时的和负责的反应,不得无故拖延,更不能没有下文。在必要时还应当定期地、主动地征询意见、解释刑事政策和回答相关问题。

五、多中心治理与社会矛盾化解

多中心治理理论是另一项与社会矛盾化解有所关联而特别值得我们关注的理论。该理论的核心在于因地制宜,主张采用分级、分层、分段的多样性、多元化制度安排,主张政府、市场和社区间的协调与合作。“通过社群组织自发秩序形成的多中心自主治理结构、以多中心为基础的新的‘多层级政府安排’具有权力分散和交叠管辖的特征,多中心公共论坛以及多样化的制度与公共政策安排,可以在最大程度上遏制集体行动中的机会主义,实现公共利益的持续发展。”²⁴ 社会治理理论认为,集权制和分权制这两种传统的制度安排自身都有着无法克服的缺陷,如集权制会增加管理过程的成本并容易滋生腐败与权力寻租,而分权制难以避免内耗和规避责任。多中心理论则打破了单一权威的权力格局,形成了由多个权力中心组成的多元治理网络。“如果我们学会尊重多元化的路径,当认知和适应性得到提高时,我们将更加强大,不仅针对

²³ 参见俞可平:《全球治理引论》,《马克思主义与现实》2002年第1期。

²⁴ Elinor Ostrom, Larry Schroeder & Susan Wynne, Institutional Incentives and Sustainable Development: Infrastructure Policies in Perspective, Westview Press, 1993. 转引自张克中:《公共治理之道:埃莉诺·奥斯特罗姆理论述评》,《政治学研究》2009年第6期。

我们如何做科学研究,而且是针对各种政策如何才能导致更好的产出。”²⁵

在多中心治理理论之下,政府不再是社会治理的唯一权力中心。非政府组织、社区和民间团体等组织与政府一起承担起公共事务治理的责任。多中心治理并不排斥国家公权力与强制力,但在多元化、多样化、分散化的社会环境中,需要以更为开阔的视野来审视社会矛盾、冲突、差异甚至是某些偏激的极端行为。我们应将其视为正常的社会现象,而社会治理者应该善于运用协商、谈判等方法,化解各种矛盾与冲突。认可社会治理主体多元化的现实,在此基础上构建均衡的治理结构,包括主体结构的均衡和价值结构的均衡。前者要求各治理组织在合作治理过程中形成优势互补、互相竞争以及监督的平等关系;后者则寻求治理过程中自由与秩序、公平与效率、民主与法治等基本价值的均衡。对于刑事司法而言,建立诉讼与非诉讼相结合的多元纠纷解决机制并形成良性的互动关系是至关重要的,单一化地依赖公安司法机关和正式诉讼程序显然已经不能满足解决现实中的犯罪问题的需要了,而摒弃诉讼并将希望全部寄托于调解、和解等非诉讼机制也是不合理的,两者的有效结合才符合多中心治理的理念。“枫桥经验”可以说在这方面进行了很好的探索。枫桥地区通过多年的摸索,形成了公安司法机关与各种社会力量广泛参与的纠纷解决机制,建立了三级调解组织,分别是镇、片区和村组,并广泛动员了四部分力量:(1)镇政府设立综合治理委员会,包括司法所、人民调解委员会,其解决纠纷的数量占总量的15%左右;(2)社会力量调解组织,包括村民和居民委员会、企业组织等,并以老年协会、妇联组织、团支部和其它组织作为调解的辅助力量。社会力量占75%左右的调解;(3)个人调解,比如各级人大代表、老党员干部、企业主、老年人等的调解,占调解数量的5%左右;(4)公安司法机关,即派出所和法庭所调解的纠纷,仅占5%左右。²⁶

多中心治理理论给我们最大的启示是社会治理不应是单级的,而是需要政府、市场、社会、民众等多方参与,这里涉及共同参与和多种治理手段的综合应用。在刑事司法中同样需要多方参与,共同为社会矛盾的解决和社会正义的恢复而努力。其中核心力量既包括代表国家的公安机关、人民检察院、人民法院,也包括地方综合治理机构、人民调解委员、社区和民间团体等组织,还包括长者、邻居等个人。多中心治理理论还能为我国的社会矛盾化解与刑事司法改革提供以下若干参考:(1)多中心治理理论强调民众参与社会治理,而刑事诉讼中亦必须有民众积极有效的参与。刑事司法中涉及的多数犯罪案件,一般是发生在特定时空中有被害人的犯罪行为,这里的被害人从广义上来看不仅是犯罪的直接被害人还包括因为社区秩序和安宁被破坏而受害

²⁵ Elinor Ostrom, “The 2005 James Madison Award Lecture: Converting Threats into Opportunities”, *Political Science and Politics*, Vol.39, 2006, p. 9.

²⁶ 从本质来看,“枫桥经验”中的刑事和解是一种基层轻微犯罪治理。最初多适用于轻伤等刑事案件,然后慢慢扩展到了交通肇事、故意毁坏财物、未成年人犯罪等轻微案件。其体现了基层自治和社会治安综合治理的精神,是从整个社会秩序的范围来考量刑事犯罪问题,从而对犯罪作出合理的反应。这种基层治理源于民间的智慧和传统,再得到了中央的宣传与推广,经历了从下至上又从上至下的过程,从而形成现在“枫桥经验”的治理方式。参见洪洪果:《“枫桥经验”与中国特色的法治生成模式》,《法律科学》2009年第1期。

的其他民众。因此,生活在共同时空中的普通民众,与犯罪问题息息相关,他们在刑事诉讼中的参与符合刑事司法的本质,也是真正修复被犯罪破坏的社会关系的需要,从而使得他们应成为参与刑事诉讼和社会矛盾化解的一支生力军。(2)多中心治理需要公安司法机关转变角色和执法方式。公安司法机关将不再包揽所有的刑事案件,特别是随着刑事和解等非诉讼机制适用范围的逐步扩大,民间调解组织的作用不断增强,社会矛盾的解决将更多地依靠民间力量。公安司法机关作为国家公权力的代表,要以更加平等的姿态对待其他组织的参与解决社会纠纷的活动,其中,对于其他民间组织支持下的刑事和解协议的尊重与执行是关键性一环。在不少刑事案件中,公安司法机关的角色将是利用其在法律、政策方面的优势,提供相关的服务或协助工作。(3)多中心治理理论是补充政府管理和市场调节不足而确立的一种社会治理模式。刑事司法中,在强化多中心治理的同时,需要构建国家追诉与民间自主治理良性互动的机制,在诉讼与非诉讼机制、正式程序与非正式程序之间寻求平衡。(4)多中心治理追求的是“1+1>2”的协同效应,是要达到一个事半功倍的效果。协同效应的基本目标就是整合资源、提高产品质量和生产功效,降低成本。

六、通过司法的社会良性治理

“法律是治国之重器,良法是善治之前提”。从社会治理理论出发,司法制度创新的过程就是在迈向良性治理的过程中,参与司法过程的各方,尤其是国家、社会公众与当事人之间、个体与个体之间,能够共同参与、相互信任、良性互动,以期能够提高社会治理成效,降低治理成本,最终通过渐进改革实现符合司法规律的良治过程。前文中,理性选择的分析框架为我们的研究提供了一个崭新的视角,即从社会良性治理的角度重新审视刑事司法与社会矛盾化解。这在很大程度上能够帮助我们跳出原有严刑峻法式亦或是自动售货机式的僵化模式,从更开阔的视野来面对社会矛盾激化中的现实问题。展望当前的刑事司法改革,上述研究主要可以在以下两个方面给予我们启示:

(一)公正司法是良治的基础,而处理好刑事司法中诉讼与非诉讼的关系,为解决极端社会矛盾提供妥当路径

1. 极端社会矛盾本质上仍然是社会纠纷,将其纳入司法途径解决,通过体现公平正义的司法程序化解社会矛盾是首要选择。司法解决纠纷的过程,应当是“强化法律在维护群众权益、化解社会矛盾中的权威地位,引导和支持人们理性表达诉求、依法维护权益,解决好群众最关心最直接最现实的利益问题。”²⁷极端社会矛盾应被看作是当下我国转型社会的一种“新常态”,其本身并不可怕,可怕的是如果不能准确认

²⁷ 参见2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

识其属性,而是采用政治式、运动式的方法来试图压制矛盾、强行解决矛盾,实际上是偏离了解决人民内部矛盾的精神。司法途径本身是解决社会矛盾最彻底、有效的方式,刑事诉讼的方法亦是社会治理的有机组成部分。构建在正当法律程序基础上的真正值得并能够赢得民众信任的刑事司法制度,才是解决极端社会矛盾的根本之所在。这其中,构建强大的第一审刑事正当程序是关键。

2. 正确对待刑事司法中的“公”与“私”,诉讼与非诉讼的关系。刑事和解随着2012年正式入法而在我们刑事诉讼中刚刚起步,而调解在民事诉讼中有被滥用的危险。²⁸对此,我们应区别。一方面,刑事诉讼与民事诉讼,诉讼与非诉讼显然是有差别的,但是如果因此将它们都对立起来,作出非此即彼的选择则会不利于社会矛盾的解决。这种严格的界分会抹杀纠纷解决中的共性,毕竟,普通刑事案件亦需要以解决社会矛盾作为基本的出发点,有效整合刑事诉讼与民事诉讼、诉讼与非诉讼机制是面对复杂社会矛盾时的必然要求。²⁹理性选择理论涉及的公共资源治理同样是处理“公”的问题,“公”并不必然排斥“私”,也就是说不能简单地以公诉为理由排斥当事人、社区和普通民众的参与,更不能以公诉案件涉及国家秘密等为由排斥程序公开与社会监督。

3. 刑事和解等非诉讼纠纷解决机制不应代替刑事诉讼的正式程序。近年来,随着大调解战略的提出与实践,³⁰在有的地方司法机关甚至提出了“零判决”的目标。³¹这种观点本质上是调解、和解至上论,试图用和稀泥的方法维护所谓司法和谐,这显然是违背司法的基本规律的。在社会治理视野下,以刑事和解为代表的非诉讼纠纷解决机制的概念,对于正式刑事诉讼程序而言,应是建设性、补充性的,而绝非颠覆性、替代性的。否则,没有了强大的刑事正当法律程序作为基础,刑事和解等非诉讼途径将成为无本之木,而试图以调解、和解代替审判的所谓改革也只是舍本求末。即使是在民事诉讼领域,完全以非诉讼途径代替审判也是不科学、不合理的,诉讼与非诉讼机制都具有不可替代的价值,只有两者有效结合,才能最大化地发挥其社会矛盾化解的作用。

4. 正确看待和构建刑事和解等非诉讼机制,有效发挥其定纷止争的作用。如以刑事和解为例,在社会治理视野下,我们需要正视以下问题:(1)刑事和解增加办案成本?原本是实现程序分流、节省司法成本的刑事和解,在实践中却成了司法机关的负担。原因是调查走访、评估考察、调解疏导以及帮教矫治等工作都由司法机关包办,这样一来办案成本自然增加了,其背后还是忽略了自治治理和多中心治理的重要性。(2)刑事和解的效力。如果连检察机关主持的刑事和解的效力依然没有保障,则民

²⁸ 参见张嘉军:《民事诉调解结案率实证研究》,《法学研究》2012年第1期。

²⁹ 参见胡铭:《论刑事和解的理念基础》,《浙江社会科学》2010年第9期。

³⁰ 刘建、高白:《大调解:社会和谐的治本之方》,《法制日报》2008年1月8日,第2版。

³¹ 参见陆寿青、赵有朝:《两个法庭“一条心”审案一年“零判决”》,《法治快报》2010年2月9日,第1版;徐文忠:《荣县调解促“三养”案零判决》,《人民法院报》2009年9月16日,第2版;张冯焱:《我市知识产权案半年零判决》,《郑州日报》2009年7月14日,第2版。

间调解组织更是无法保障和解的成果,这将极大打击刑事和解的积极性。例如检察机关作出的量刑建议几乎没有任何约束力,又如对于刑事和解案件检察机关退回公安机关处理的方式没有法律依据。(3)刑事和解与考核。司法机关的考核机制限制了刑事和解中的理性选择。如不起诉率作为一项重要指标,检察机关往往努力将其控制在5%甚至是2%以下。(4)刑事和解只能适用于轻伤害和交通肇事等极少数类型的轻微案件?适用范围的狭窄极大地限制了自治治理的价值,也无法形成针对犯罪的有效的多中心治理模式。如在美国的多数州,被害人与加害人和解项目几乎可以适用于所有类型的案件。³²(5)刑事和解是以钱买刑?经济赔偿只是刑事和解中的重要一环,更关键的是和解应当是当事人的理性选择。这便需要和解建立在加害人“真诚悔过”和被害人“真心谅解”的基础上,这其中金钱绝非万能。(6)刑事和解违反了大众伦理道德?民众只会对暗箱操作的刑事和解持怀疑态度,而基于“公开、信任和尊重”等公共伦理,在各类自治组织主持下,通过有效参与、协商对话达成共识以良性处理犯罪等公共性问题,原本就蕴含着自治治理和司法民主的精神。

(二) 遵循司法规律,构建公开、有效参与的刑事司法以缓解极端社会矛盾

一个完善的刑事司法制度从长远来看,必然是要以让国民普遍满意为目标的制度。这里不是个案以民意为导向,而是一种总体性的评价与目标,从构建公正、高效、权威司法制度来满足当事人和民众对于刑事司法的正当性预期。使得通过刑事司法途径来解决社会矛盾成为理性人的选择,从而将极端社会矛盾有效地吸纳到刑事司法中来并避免极端事件的发生;使得当事人和民众的积极性得到充分调动,参与到公开、公正的刑事司法活动中来,从而形成对于国家的刑事司法系统的基本信任;使得社会多元力量能够在社会矛盾化解中发挥作用,从而形成国家公权力和各种民间力量良性互动并促成社会纠纷的合理、高效解决。

这其中,程序的公开与透明化是司法赢得民众信任、重树权威的前提。即以程序公开造就阳光司法,以公民权利制约国家权力,从而推进刑事司法权力的良性运转。新闻媒体、法学家以及普通民众的监督是防止司法腐败和权力异化的需要,亦是克服“谁来监督监督者”这一难题的需要。其中,网络正成为承载民意的新型载体并发挥越来越大的影响力,而媒体的日益强大,为监督司法提供了很好的场域。虽然,媒体监督司法的形式还需要规范,实践中也显现出一些疏弊,但媒体监督的作用日益扩大显然是大势所趋。³³

其次,正视司法精英化与司法大众化的冲突,修复公安司法机关与当事人、普通民众的关系。“法律本来是与人们的社会生活紧密相联系的,但随着法律的职业化、专业化以及大量复杂的法律术语和耗时费力的程序,随着法律逻辑与社会生活逻辑的相脱离,法律活动变成一个普通人除了依赖于法律专门人员之外无法也没有时间涉足

³² See Zvi D. Gabbay, “Justifying Restorative Justice: A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices”, in *Journal of Dispute Resolution*, 2005, p. 391.

³³ 参见胡铭:《转型社会刑事司法中的媒体要素》,《政法论坛》2011年第1期。

的领域。”³⁴以法官为例,刑事审判显然不仅仅是职业法官的世界,如果当事人在刑事诉讼过程中不能有效表达意愿,司法审判也不能反映普通民众的意见和感受,职业法官和当事人、普通民众之间的隔阂、误解甚至是仇恨就会出现。如果只有少量的作为封闭的精英社会阶层的职业法官,而他们又不足够了解现实社会,那么案件的裁判过程和裁判结果很难不会引起各种不满。毕竟,“司法权并不是要造就一批脱离社会的精英法官,而是要将人民的需要与社会的期望体现在司法活动之中,从而使法院在某种意义上成为‘社会的代表’”。³⁵

最终,需要构建当事人和普通民众能够充分参与并表达意愿的刑事正当法律程序。从诉讼层面来看,一方面应充分保障当事人在刑事诉讼过程中的权利,使得当事人能直接有效地对裁判结果的作出施加影响,而犯罪嫌疑人、被告人的基本权利构成了抵御国家权力无限膨胀的最好武器;另一方面,普通民众应当有权充分地参与到刑事司法中去,使得司法裁判能够体现社会一般的公正观,这也有助于摆脱司法官僚化和行政化的倾向,日本近年来开始实施的“裁判员制度”³⁶和韩国颁布的《关于国民参与刑事诉讼的法律》³⁷对此都作出了有益的尝试。从非诉讼层面来看,构建完善的非诉讼解决纠纷机制,如刑事和解制度的建立,能够让当事人、社区、普通民众等更为有效地参与到社会矛盾的解决中去。新刑事诉讼法所确立的刑事和解制度,还有待司法实践的进一步检验,如何形塑刑事司法中良好衔接的多元纠纷解决机制,尚需要实证研究的有效评估。

七、结语

综上所述,当下,极端社会矛盾在我国局部地区的激化,为刑事司法敲响了警钟,暴露出我国刑事司法与社会治理还存在这样那样的问题,这便需要我们认真思考刑事司法领域之改革,同时也需要重新考虑社会治理模式之调整。通过司法的社会良性治理,我们需要在自上而下的国家追诉模式中嵌入自下而上的自治治理模式,并形成合理对接;需要在当事人的理性选择中引入国家、社区等利益的导向;需要在公安司法机关、民间调解组织和当事人等多元博弈中处理好集权与分权产生的社会问题,以形成国家、社会与个人共同理性应对犯罪的新型治理框架。

³⁴ 苏力:《法律活动专门化的法律社会学思考》,《中国社会科学》1994年第6期。

³⁵ 庞凌:《司法如何介入政治》,《法学》2002年第11期。

³⁶ 日本于2004年确立了裁判员制度,采用从一般国民中随机抽选裁判员以广泛吸收民众参与。改革的宗旨是:“让国民参与到司法权的运作中去,从而加强司法的国民性基础。”参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法修改的动向》,陈光中主编:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,金光旭译,北京:中国政法大学出版社2004年版,第257页。

³⁷ 韩国法律所确立的国民参与审判制度从2007年3月开始试行。参见[韩]李太薰:《韩国刑事司法改革的动向和展望》,《法制日报》2006年5月25日,第9版。

刑事和解制度的实践困境与破解

秦宗文*

摘要:刑事诉讼法修改后,刑事和解制度的实施现状与预期有较大落差,其直接原因是立法失误及推动和解动力源的变化,深层原因则是对刑事和解一些理论的误读。重新解释刑事和解的本质及经济赔偿的本意,对刑事和解价值目标进行合理分流,确立公安司法机关之外的有权威的和解主持者,正确认识经济赔偿的差异性并确立赔偿的指导基准,建立补充性的国家代偿机制等将有助于刑事和解走出实践困局。

关键词:刑事和解; 刑事诉讼法修改; 被害人保护

刑事和解是新世纪以来刑事司法领域被持续关注的问题,笔者在中国知网上以“刑事和解”为主题词进行检索,从2002年至2012年刑事诉讼法修改之前有关刑事和解的论文共1632篇,刑事诉讼法修改之后至2014年6月,则有1106篇。对一个研究主题的关注持续这么长的时间,产生如此数量庞大的研究成果,这在刑事司法领域中是颇为少见的。理论上说,以长达十年的讨论和实务探索为基础,刑事诉讼法确立的刑事和解制度应当相对完善,可以较好地应对实务问题并充分发挥其制度价值,刑事诉讼法修改后多达千余篇的论文应当对这一新制度的利弊得失进行了深入的探讨,但仔细分析可以发现,情况并不如预期。考察新刑事诉讼法确立的刑事和解制度的利弊得失的最佳依据应该是刑事诉讼法修改后的司法实践,让事实来说话,但遗憾的是新刑事诉讼法修改后讨论刑事和解的论文基本上集中于文本分析,所用的经验事实也多为修法前的过去时,这直接导致相关讨论脱离现实,说服力不足。本文试图弥补这一缺憾,以新的实践材料为基础对刑事和解制度进行解析,并由此可以发现,刑事和解无论是制度自身还是实践情况,都与原先的预设有着相当差距。

一、新刑事诉讼法实施后刑事和解实践的新变化

2012年刑事诉讼法的修改结束了各地自行其事的探索,使刑事和解进入了较为

*作者简介:秦宗文(1974—),男,河南汝州人,南京大学法学院副教授。感谢马静华教授深刻、独到的批评和修改意见,当然文责自负。

统一、规范运作的新时期。当前，司法实践中的刑事和解呈以下主要特点：

（一）刑事和解适用率明显下降

在新刑事诉讼法实施前较长时期内，刑事和解虽然在理论和实务中关注度颇高，但实践中真正适用的案件比例并不高。截至2009年年底，全国检察机关共有2098个公诉部门试行刑事和解制度，占全国公诉部门的55.75%，办理当事人和解案件29109件，占全部起诉案件的3.88%。¹与此同时，我国每年刑事案件中法定刑在三年以下的案件数量占案件总量约60%左右，其中有被害人的案件又占较大比例。可以说，刑事和解的适用率尚有较大的上升空间。近年来，一些地方积极探索推进刑事和解，刑事和解的案件数量不断增多，占全部案件的比例上升较快。如某市看守所未决羁押的人数在实行刑事和解后降低约30%，监管秩序明显好转。²笔者调研的X市Y县基层检察机关在刑事诉讼法修改前的5年中，通过积极尝试，公诉部门通过刑事和解共成功处理681件刑事案件，涉及犯罪嫌疑人802人，占刑事总量接近一半。这与前文全国统计数据显示的和解案件量形成了鲜明对比。根据笔者在J省调研情况看，刑事诉讼法修改前多地的刑事和解案件量都处于上升趋势。

新刑事诉讼法实施一年多来，这种上升趋势意外逆转。如Y县基层检察院2012年通过刑事和解处理案件143件，涉及犯罪嫌疑人199人，而在2013年只有20件26人，案件量下降86%。Z市L区检察院2012年通过刑事和解处理案件20件，2013年仅有11件，下降45%。刑事和解案件量下降的事实在笔者与其它检察机关人员交流时也得到了进一步的证实，虽然各地下降幅度有所差异。

（二）刑事和解适用的案件范围收缩

刑事解除了案件数量下降之外，在适用的案件范围上也呈收缩之势。刑事诉讼法修改前，各地适用刑事和解的案件一般为法定刑在三年以下的轻罪案件，在案件类型上，则以故意伤害、盗窃、交通肇事为主，但同时各地也积极探索扩展刑事和解的案件范围，信用卡诈骗犯罪、合同诈骗犯罪、掩饰隐瞒犯罪所得、职务侵占、聚众斗殴、损害商业信誉、商品声誉罪，寻衅滋事罪、招摇撞骗罪等也被纳入探索和解决的范围。同时，在一些严重犯罪中也出现了刑事和解的身影，如引起广泛关注的孙伟铭醉驾案中，被告人家属与被害人一方达成和解。2009年10月至12月，四川省高级人民法院审理的死刑案件中，达成刑事和解的占12%。³新刑事诉讼法实施后，和解案件仍集中于故意伤害、盗窃、交通肇事三类案件，但超出法定范围的多类型化探索基本停

止。严重犯罪案件也基本不再以刑事和解的理由对被告人作轻缓处理。

（三）刑事和解在重罪案件中扩展性适用的情况较为多见

刑事诉讼法修改之前的司法实践中，各地普遍开展了重罪案件的刑事和解试点工作，但新刑事诉讼法将刑事和解限于可能判处三年有期徒刑以下刑罚的故意犯罪和除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件，排除了重罪案件适用刑事和解的可能性。然而实践中重罪案件通过被告人赔偿取得被害人一方谅解从而获得较轻处理结果的案件仍并不少见。如尤洪湧故意杀人案中，被告人致两人死亡，但被法院判处死刑缓期执行，其获得较轻处理结果的重要原因是被告人父亲对被害人家属的赔偿并取得一位被害人父亲的谅解。“法院表示，‘死缓’的判决除了考虑到尤洪湧有自首情节、其家属赔偿了被害人家属部分经济损失外，还与被害人郑强的父亲郑德富的谅解有关。今年4月，本案正式开庭审理后，郑德富请求法官，‘能给留一命，就留他一命吧’”。⁴有律师依据执业经验认为，新刑事诉讼法实施后刑事和解在重罪案件中仍在适用。⁵与刑事诉讼法规定的刑事和解相比，这种“赔偿—谅解—从宽”的机制只是缺少了法律规定的形式，⁶在内容和法律效果上并无实质不同。这种实质性的刑事和解不过是延续了新刑事诉讼法实施前的习惯性做法，但因它无法为新刑事诉讼法所容纳，法官不得不以其它名义行刑事和解之实。

（四）刑事和解违规适用的问题仍时有发生

按照新刑事诉讼法第277条的规定，“犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪”是公诉案件适用刑事和解的必要条件。又根据《人民检察院刑事诉讼规则》第510条之规定，适用刑事和解的公诉案件必须“案件事实清楚，证据确实、充分。”在逻辑上，案件事实清楚、加害人认罪悔罪是当事人达成和解的客观基础和主观基础，二者缺一不可；在法理上，如果案件事实不清，司法机关认可其和解协议并以此为据作出司法处理则与刑事证明标准的要求不符。

但新刑事诉讼法实施以来，这种情况并不少见。如S市X县2013的一起非法拘禁案，两犯罪嫌疑人（债权人）与被害人（债务人）一起从网吧离开至其中一名嫌疑人的家中，半夜两嫌疑人听到声响，发现被害人已坠楼身亡。在侦查中，两名犯罪嫌疑人都称被害人是因为没有地方睡觉自愿跟随自己回家的，但他们无法解释被害人为什么会从窗台摔下。本案有两个情节缺乏充分的证据加以证明：一个情节是被害人是

¹ 童建明主编：《新刑事诉讼法理解与适用》，北京：中国检察出版社，2012年，第262页。

² 宋英辉等：《我国刑事和解实证分析》，《中国法学》2008年第5期。

³ 金钟：《论刑事和解从轻处罚程序的制度建构》，《南京社会科学》2012年第4期。

⁴ 刘珍妮：《男子杀好友获对方父亲谅解 法庭上连磕8个头》，《新京报》2014年6月20日，第3版。

⁵ 于紫伊、赵成民：《论公诉案件刑事和解的范围——以案例诠释我国刑事和解案件的扩展空间》，载《法制博览》2012年第12期。

⁶ 根据《刑事诉讼法》第278条之规定，刑事和解应在司法机关主持下，由加害人和被害人达成和解协议，检察机关、人民法院以此为依据作出从宽处理。

否受两名犯罪嫌疑人强制或胁迫而被带往其家中,并且受到严密的看管而无法自行离开;另一个情节是被害人是自行跳楼还是被推下楼。由于事实不明,证据不清,加之两名犯罪嫌疑人未承认有罪,本案根本不符合和解的条件。然而,在被害人家属闹访的压力下,司法人员动员犯罪嫌疑人承认被害人是被迫到其家中,但不认定其对被害人坠楼负责,对被害人家属则说明案件认定的困难,最后双方达成和解,两名犯罪嫌疑人向被害人家属作出赔偿,案件遂中止诉讼。⁷从结果看,本案的处理产生了“案结事了”的社会效果,但并不符合刑事和解的适用条件,也有违实体公正,一定程度上损害了两名犯罪嫌疑人的合法利益。

总而言之,新刑事诉讼法实施以来,刑事诉讼的实践呈现两种相反的、矛盾的特征:一方面,在法律的轨道内,刑事和解无论从适用率还是适用范围上都呈紧缩之势;另一方面,在法律的轨道之外,刑事和解又产生扩张性适用与违规性适用的问题。如果将法律轨道内的刑事和解称为显性和解,法律轨道之外的刑事和解则可称之为隐性和解。这种隐性和解不但会带来新的合法性之疑,也因其游离于法律之外而不被关注,易产生监督死角和司法不公。

二、刑事和解当前新景象之生成原因

新刑事诉讼法实施以来刑事和解实践呈现的上述特点,主要与刑事诉讼法的修改有关,同时,部分也归因于内外环境的外变,以及传统因素在新形势下的持续作用。

(一) 显性刑事和解案件数量下降及范围收缩之原因

1. 新法对刑事和解适用范围的限制过严。

新刑事诉讼法将公诉案件纳入了和解的范围,突破了1996年刑事诉讼法将刑事和解仅限于自诉案件的规定,由此扩大了刑事和解的案件范围。与此同时,立法机关又加强了对公诉案件适用刑事和解的范围限制。根据刑事诉讼法第277条的规定,公诉案件适用和解程序的范围为因民间纠纷引起的侵犯人身权利民主权利、财产权利,同时可能判处三年有期徒刑以下刑罚的故意犯罪案件,以及除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件。相对于此前试点改革阶段中刑事和解范围不受限制的情况,新法对刑事和解范围的规定实际是限制了其适用的空间,影响到适用刑事和解案件的数量。之所以作出上述限制,从最高立法机关角度,是“考虑到公诉案件的国家追诉性质和刑罚的严肃性,防止出现新的不公平,对建立这一新的诉讼

⁷ 该案为X县检察官所提供,在此表示感谢。

制度宜审慎把握,和解程序的适用范围也不能过大。”⁸全国人大立法修改相关负责人在解读有关规定时也表达了类似观点。⁹

2. 立法导向对司法人员倾向性选择的影响

除了立法规定的明确限制外,立法价值的取向对刑事和解适用数量下降的影响可能更为显著。刑事和解的产生与发展始终处于各种扩张性因素与限制性因素的博弈之中。刑事和解在各地的兴起很大程度上可归因于地方司法机关领导以“维护社会稳定”的指导思想,以创新政绩、平息事态的方式应对当事人的上访缠访及降低上访率等方面的考量(当然笔者丝毫不否认一些案件中司法人员对实现个案实质公正的真诚追求),而公安司法机关对批捕率、起诉率、不捕率、不诉率的考核及刑事和解对办案效率的不利影响则抑制着公安司法人员推动刑事和解的积极性。从我国当前轻罪案件在全部案件中所占比例看,刑事和解有很大的适用空间,但在实践中各地刑事和解案件量相差甚大,这多半可归因于当地公安司法机关对两种对立因素在自身成绩中的权重把握不同所致。¹⁰在立法没有明确规定的情况下,各地公安司法机关可以根据自身的需求相对灵活把握,但在立法限制刑事和解适用的导向已明确的情况下,扩张刑事和解适用就显得正当性不足。例如,如何理解作为和解前提的“民间纠纷”,法律及相关司法解释没有给出明确的限定,对陌生人之间的盗窃行为过去实践中经常进行和解处理,但在当前限缩刑事和解的氛围下,一些地方认为其不属于民间纠纷,不再推动和解。刑事和解在立法中确立后使其丧失了成为创新项目的可能,这也影响到公安司法人员推动和解的积极性。

3. 制度化附随而来的僵化效应

正式制度环境与非正式制度环境对事项处理的影响各有利弊。制度环境有利于事项处理的统一性,有利于实现程序公正,但规范的程序运行可能降低办事效率。非正式制度环境可以节省正式制度下的诸多环节,提高办事效率,但可能影响事项处理的程序公正性和结果一致性。同时,非正式制度环境下往往对行为者的责任缺乏明确约束,鼓励行为者积极探索。而正式制度环境下对相关行为的责任后果也相对明确,要

⁸ 参见全国人大副委员长王兆国向第十一届全国人民代表大会第五次会议所做《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》。

⁹ 全国人大法工委副主任郎胜在接受媒体采访时,认为刑事和解“是新设立的制度,还需要审慎把握,范围要严格限制。”郑赫南:《郎胜:司法机关应从严把握刑事和解 避免“以钱买刑”》,载正义网:

http://news.jrb.com/jxsw/201203/t20120308_821267.html, 2012年3月8日。

¹⁰ 如某市公安局刑事和解工作开展很好,其重要原因就是该市在工作考核体系中对刑事和解工作提出了单独的指标要求,并将其置于重要位置。在该市率先基本实现警务现代化指标体系中,设置了刑事和解办结率达90%的指标要求。指标体系“说明”部分指出:该项指标测量值为78.1%,为进一步提升化解社会矛盾的水平,确定目标值为90%。计算公式为:刑事和解案件成功办结率/符合刑事和解条件的轻微刑事案件数*100%。“符合刑事和解条件”是个变量,办案人员若受趋利避害的人为影响,片面追求办结率,而不积极去做“符合刑事和解条件”的实际努力,和解工作就会裹足不前,相关考核就会落后。

求更多的是按部就班。制度的有效运行往往依赖于正式的制度环境和对其进行软化的非正式制度环境（如参与者的私人关系、台面下的沟通技巧等）的共生共存。¹¹一切按正式制度运行的司法注定是低效的，甚至是无法运行的。刑事和解纳入刑事诉讼法所带来的正式制度环境使一些在之前非正式制度环境中形成的有效的行为模式不再适用，适用于新的制度环境的有效的操作规范还处于探索之中，¹²可以软化正式制度的非正式制度因素需要较多的实践和较长的时间来形成和发展，这在一定时间内可能影响和解的顺畅运行。

4. 制度明确化提高了被害人的议价底气，累积效应使和解的底价不断上升。

刑事和解在实践中的兴起很大程度上源于实务部门的推动，司法人员在刑事和解的发起、推动和监督履行方面都发挥着主导作用。即使是部分由人民调解员主持的和解，实质性的工作也是由司法人员完成的，人民调解员更多充当了见证人的角色。司法人员的深度介入，一方面可以对提出过高赔偿要求的被害方进行劝说，使其明白赔偿要求的不合理性，另一方面由于缺乏明确的制度支持，司法人员对和解活动有完全的否决权，而一旦否决，被害人将只能根据法定标准得到赔偿，甚至可能实际上得不到赔偿，这使司法人员对被害人有一定的影响力。刑事和解立法后，部分被害人认为是否和解是法律赋予自己的权力，而不取决于司法人员是否支持，同时，新刑事诉讼法对司法机关对和解活动的参与持相对消极的立场，只要和解系自愿和合法，司法人员一般不应否决当事人达成的和解协议，这使司法人员对被害人的影响力相对下降。一些被害人认为自己是否同意和解可以决定加害人的命运，从而提出过高的赔偿要求。

个案中赔偿数额的不断攀升还在于刑事和解实践的累积效应。一些被害人在提出赔偿要求时会以已发生的案件为参考，提出更高的赔偿要求。这样，随着刑事和解实践的积累，赔偿数额也就不断上升。特别是在加害人经济能力较好，社会地位较高，入罪可能损失惨重的案件中，被害人往往狮子大开口，赔偿数额不断刷新。

5. 司法改革削弱了司法机关推动刑事和解的热情

传统刑事司法实践中，主要的不稳定因素来自涉法涉诉信访。¹³刑事案件中当事人双方利益处于激烈冲突之中，处理结果往往很难使双方当事人同时满意，特别是国家对被害人损害赔偿机制的不完善和附带民事诉讼机制的低效，被害人一方在刑事案

¹¹ 如有研究者发现法官的暗示性话语对推动刑事和解有着重要作用。参见黎晓婷：《游走于边缘的双刃剑：刑事和解中法官暗示性话语的探究与规制》，《法律适用》2013年第2期。

¹² 如刑事和解制度实施后与原来一些地方业已实践多年的“检调对接”之间就产生一定的冲突，如何将原来形成的有效经验移植到新的制度环境中就需要加以探索。

¹³ 马静华：《刑事和解的中国语境：实践模式与功能分析》，《西南民族大学学报》2010年第6期。

件中的损失很难通过司法途径得到充分的补偿，这促使当事人通过信访寻求救济。涉法涉诉信访在全国信访总量占有很大比重，而我国传统上将信访量作为国家稳定的重要参考指标，视之“事关党执政地位巩固和国家长治久安”¹⁴，按照“谁惹事谁负责”的处理要求，有关党政部门往往要求司法机关自行处理，这对司法机关形成了巨大的压力。如何在源头上控制信访风险成为司法机关处理案件时不得不考虑的因素，一些地方司法机关甚至在处理方案出台前进行信访风险评估。刑事和解往往能使加害人与被害人双方都得到相对满意的结果收益，消除了信访诱因，因而受到公安司法机关的青睐。但新刑事诉讼法实施以来，司法改革沿着强化司法机关独立办案的方向推进，受此影响，处理涉法涉诉案件的思路发生改变，即从维稳途径步入法治管道，由司法机关按照法定的程序加以处理。信访政策调整从十八大以来即已全面展开，各地对信访的考核指标进行了相应调整，¹⁵在此基础上，中央决策也发生变化。¹⁶上述政策的调整直接影响到公安司法机关对待刑事和解的态度。

政策变化使公安司法机关成为处理涉法涉诉信访案件的掌控者，当事人以信访寻找外力对公安司法机关施压的方法可能将不再有效，从而改变了过去的被动局面。相应的，公安司法机关将可以更多的依法办案，而不再对当事人的信访敏感，这可能使刑事和解失去最大的推动力。

（二）隐性刑事和解存在的原因

刑事诉讼法修改后重罪案件中实质性的刑事和解仍适用较多的根本原因在于其给当事人双方可能带来的双赢结果，也符合司法机关追求的案结事了的目标，这在既往研究成果中已有较多论述，不再赘述。其之所以由显性转为隐性、不以刑事和解名义进行，主要是立法修改所致。而刑事和解的违规使用实际上是有关司法人员将其作为下台阶的方法，对难以按正常程序处理的案件以和稀泥的方式结案。而要深究有关司法人员何以采以此种方式，则与司法机关的考核密切相关，前文已有论及，此处不多展开。

¹⁴ 参见中共中央办公厅、国务院办公厅2014年3月19日印发的《关于依法处理涉法涉诉信访问题的意见》。

¹⁵ 中共中央办公厅、国务院办公厅2014年2月印发了《关于创新群众工作方法解决信访突出问题的意见》，在此之前的政策形成过程中一些传统的作法如不同地区信访量排名等已被调整，这些都对地方公安司法机关的执法理念产生了影响。

¹⁶ 在涉法涉诉问题上，从维稳转向法治的决策性文件是中共中央办公厅、国务院办公厅2014年3月19日印发的《关于依法处理涉法涉诉信访问题的意见》。该《意见》指出，应“改变经常性集中交办、过分依靠行政推动、通过信访启动法律程序的工作方式，把解决涉法涉诉信访问题纳入法治轨道，由政法机关依法按程序处理，依法纠正执法差错，依法保障合法权益，依法维护公正结论，保护合法信访、制止违法闹访。努力实现案结事了、息诉息访，实现维护人民群众合法权益与维护司法权威的统一。”

三、如何破解当前刑事和解的实践困局

刑事和解当前面临的诸问题中,最突出的是刑事和解案件数量的下降和范围的收缩。重罪案件中刑事和解的正名问题与刑事和解的一些基本理论误区相关,可在前一问题的讨论中一并解决。违规使用刑事和解问题的解决则主要取决于司法机关独立性的增强,这依赖于当前司法改革的推进,对这一问题的深入探讨显然超出了本文的可能容量。因而,此处对策研讨以解决刑事和解数量下降和范围收缩为主线展开。

从上述讨论可以看出,刑事和解降温的原因是多方面的,但核心原因有两点:一是立法对和解范围的硬性限制;二是推动和解的传统动力源的变化。而其背后更深层的原因是对刑事和解一些基本理论问题的不当解读,这种理论上的不当解释直接影响到立法的合理性和相关机制的建设,也影响到为自身正当性辩护的能力,是造成当前刑事和解制度实施困局的重要因素。无论是从刑事诉讼法修改前各地刑事和解探索中显现的积极效果,还是从更好实现刑事司法的目的看,当前刑事和解制度的适用还有较大的提升空间。如何将其从可能变为现实,笔者认为应主要从以下几个方面着手:

(一) 正确认识犯罪对被害人利益侵害的恒在性与刑事和解适用的广泛性

我国刑事和解的兴起是以对犯罪活动侵害利益的反思为基础的。在认识到犯罪不仅侵害了国家与社会公共利益,而且同时侵害了被害人利益,并且承认被害人利益具有相对独立性,不可仅由国家通过刑罚权特别是剥夺自由权来代位行使的基础上,刑事和解才有产生的空间。犯罪所造成的社会危害包括对被害人利益的危害和对社会公共利益的危害两部分,通过刑事和解对被害人进行补偿可使社会危害总量降低,这无论对轻罪还是对重罪都是共通的,因而刑事和解既适用于轻罪也应适用于重罪。承认这一点,才能对刑事诉讼法修改前地方司法机关在重罪案件中推动刑事和解进行合理解释。需要明确的一点是,加害人对被害人的补偿并不是纯粹的民事赔偿,也是承担刑事责任的一种方式,刑事和解之所以遭遇“以钱买刑”的非议,很大程度上源于公众将自由刑、生命刑作为承担刑事责任的唯一方式,不认为经济赔偿也是承担刑事责任的重要方式。实际上,多国刑法中不但规定自由刑可转为经济处罚,在一定条件下经济处罚还可转为自由刑。¹⁷德国、意大利、日本等国的刑法规定,加害人对被害人赔偿的是法定的量刑情节。无论是支付给国家的罚金还是支付给被害人的赔偿,就对加害人的惩罚性而言,实质上是相同的。但这仅为所有案件进行和解提供了可能性,并不意味在所有案件中都可以和解。在肯定自由刑与经济处罚具有相通性的同时,又

¹⁷ 李贵方:《罚金易科自由刑比较研究》,《中国法学》1992年第3期。

要看到二者还存在差别,一般可认为自由刑实现一般预防与个别预防的力度更强一些。同时基于公平性考虑,也不应允许一个犯重罪的人完全通过金钱赎买自由,经济处罚对自由刑的替代应是有限度的。在非常轻微的刑事案件中,当加害人赔偿被害人使犯罪的危害性下降至使自由刑无必要使用时,国家可以放弃对加害人本应施加的自由刑处罚。在重罪案件中,加害人的赔偿可以使危害性总量下降,国家可以放弃对应部分的自由刑或将生命性转化为自由刑,但因犯罪对社会利益侵害的严重性,不可能使自由刑完全消灭。如果国家为达到最佳的预防效果而依据犯罪的总危害性对加害人惩罚,不允许加害人与被害人和解,国家应对被害人因犯罪所受的损失进行补偿,国外刑事赔偿制度的功用即在于此。

从这一点看,我国刑事诉讼法将刑事和解的范围限制在三年以下的刑事案件并不妥当。在我国当前被害人国家补偿制度没有有效建立的情况下,除非符合例外条件,原则上应允许有被害人的刑事案件都可以进行和解。例外条件的设置核心是加害人的主观恶性,对主观恶性大难以改造的加害人,如暴力恐怖犯罪分子及累犯、惯犯、手段残忍的犯罪分子,应以通过自由刑将其从社会隔离加以惩治为主,不允许通过刑事和解换取生命刑、自由刑的减让。

(二) 刑事和解价值目标的分流与正确认识经济赔偿的正当性

对刑事和解的目的理论界似乎没有什么分歧,即恢复因犯罪受损的社会关系,但现实中这一目标在多数情况下并没有实现。事实上,我国刑事和解的过程主要体现为加害人与被害人双方就赔偿数额的讨价还价,在绝大多数案件中刑事和解能否成功也主要取决于双方能否就赔偿数额达成一致。¹⁸这种现象受到了广泛的批评,批评意见认为刑事和解的运作现状背离了该制度的最初始目的,使刑事和解成为纯粹的物质利益交易场。这种批评意见具有很强的正当性。但无论批评意见多么有力,都无力改变当前刑事和解以经济赔偿为主的局面。这种理论与实践悖反的局面中,实践真的全错了吗?我们的理论假设前提是否有问题?

在回答这一问题之前,我们不妨设问,恢复当事人双方之间的关系是否在所有案件中都有可能,或者这种关系是否值得恢复?如何没有可能或不值得恢复,刑事和解的目的又应该是什么?笔者认为,刑事和解理论与实践呈现悖反局面的原因主要有两个方面:一是没有对刑事和解案件进行合理的分类,将本适用于部分案件的恢复社会关系的要求推广至所有案件,以偏概全;二是某种程度上将国外的恢复性司法的理念套用于我国司法实践,忽视国情的特殊要求。

¹⁸ 宋英辉等:《公诉案件刑事和解实证研究》,《法学研究》2009年第3期。

1. “民间纠纷”与“恢复社会关系”的内在矛盾

刑事诉讼法规定的刑事和解要求以“民间纠纷”为前提,其本意即是将刑事和解目的定位于使“遭到破坏的社会关系得到及时修复”,¹⁹但何为民间纠纷,刑事诉讼法并没有给出明确的界定。1990年4月19日司法部出台的《民间纠纷处理办法》第3条将民间纠纷界定为“公民之间有关人身、财产权益和其他日常生活中发生的纠纷”。如果将此定义也适用于刑事诉讼法,可以发现在很多案件中是无法达到恢复社会关系的。如两位乘客在公交汽车中因争抢座位发生打斗致一方轻伤,当事人双方日常生活空间相距千里,完全无交集,不存在需要恢复的社会关系,以恢复社会关系为目的来推动和解完全是缘木求鱼。

同时,以民间纠纷为前提也可能使部分本来可以恢复社会关系的案件无法通过刑事和解达到目的。如加害人与被害人系同事关系,住同一宿舍,平时关系不错,某日加害人临时起意将被害人的手表、手机、打火机等偷走,经鉴定价值三千多元,达到了盗窃罪立案标准。四天后加害人主动归还,后又投案自首。在案件处理过程中,被害人出具书面材料表示谅解加害人,社区也愿意进行帮教,加害人也深为后悔。在这一案件中,显然存在需要恢复的社会关系,但案件并非由于民间纠纷所引发,故完全不符合刑事和解的适用条件。

从刑事和解的适用条件与适用目的之间的关系看,现行规定存在内在的逻辑矛盾。解决矛盾的路径就在于将刑事和解进行合理分类,对社会关系可恢复的,去除民间纠纷引起的限制,均可进行和解;对于不存在社会关系恢复可能的,或者原来的社会关系本不合理,不值得恢复的,则应另行设定刑事和解的目的。

2. 在熟人社会中,刑事和解以寻求社会关系恢复为目标。

国内研究者在借鉴国外恢复性司法研究成果时,基本上借鉴了宽恕的概念(我国民众经常将宽恕与原谅、谅解等在相同意义上使用),²⁰期望国内犯罪案件的被害人与国外被害人一样,可以宽恕陌生人,在广泛类型的案件中实现和解。实际上宽恕的发生机制与社会文化背景有密切的联系,文化影响着人们的心理与行为。“无论是促成宽恕的外部人际动因或个人内部动因都受制于个人所处的文化。”²¹在西方个人主义文化中,个人做出宽恕是为了个人利益,如增强幸福感、降低罪恶感、提升自尊,寻求内心的释放。²²因而,被害人在考虑是否宽恕加害人时并不太关注自己与加害人是否

¹⁹ 郑赫南:《郎胜:司法机关应从严把握刑事和解 避免“以钱买刑”》,载正义网, http://news.icrb.com/jxsw/201203/t20120308_821267.html, 2012年3月8日。由于郎胜任全国人大常委会法制工作委员会副主任,这一观点应该可以视为立法含义的权威解读。

²⁰ 参见杨静:《中西宽恕心理研究综述》,《华中师范大学研究生学报》2009年第3期。

²¹ 傅宏:《中国人宽恕性情的文化诠释》,《南京社会科学》2009年第8期。

²² 陶琳瑾、傅宏:《宽恕治疗:基于东西方文化比较的研究》,《医学与哲学(人文社会医学版)》2010年第6期。

熟悉,以后会不会还有交往的机会,因而较容易对陌生人予以宽恕。²³这种宽恕甚至是不求回报,放弃赔偿后做出的。而在我国熟人社会所形成的集体主义文化中,被害人宽恕加害人的动机更多是为了保持“人际关系和睦”、为了保全人情和面子,他们很难理解或者很少能体验到宽恕给自己带来的自尊、心理安宁等内在好处。²⁴中国人的宽恕含有一种“策略性”的心理意义,这种策略有助于维持人际关系和睦。²⁵在另一项调查中,“近乎半数的受访谈者(46.2%)都指出‘如果那些冒犯者与他们没有任何关系(陌生人),他们是不会做出宽恕的’,相反,在朋友之间做出宽恕要更加容易得多。”²⁶也就是说“中国人将对宽恕的理解局限在纲常伦理的范围之内,只对可以原谅的事情表示宽恕,只对自己圈子内的人与事表示宽恕。简而言之就是人们觉得你应该被原谅那就宽恕你。而西方宗教中宽恕却与精神自由联系在一起,跳出时间之外,以超然的态度看待自己所不喜欢的人与事,谅解从世俗的眼光看来是不能原谅的事情。简而言之就是上帝觉得你应该被原谅那就宽恕你。”²⁷这种中西宽恕心理生发机制的不同决定了我们在推动刑事和解时不能奢求在所有或者大部分和解案件中被害人都能宽恕加害人,能让被害人真正产生宽恕感的案件的比例是有限的。宽恕又是和解的基本前提,和解是个体在内心宽恕对方,放弃报复或回避等消极动机,代之以积极的、建设性动机与对方接触沟通后才可能发生,没有宽恕就没有和解。犯罪发生后,如果能促成被害人宽恕并进而达成和解,将最大限度达到社会关系的和谐状态,这无疑是最理想的,但在我国当前集体主义文化背景下宽恕基本以维持关系和睦为导向,试图在所有和解案件中都实现恢复社会关系的目标显然是不现实的。

3. 在陌生人社会中,刑事和解应以有效赔偿为核心,寻求抚慰被害人和促使加害人悔罪。

在人员流动性较强的陌生人社会中,很多加害人与被害人之间在犯罪前不存在社会联系,在刑事案件处理完毕后也不会再发生联系,在这种情况下,恢复社会关系所必须的宽恕前提也很难发生,此时谈恢复关系是无的放矢,刑事和解应以有效解决赔偿、抚慰被害人作为主要目的,使加害人悔罪为次要目的。这种情况下的刑事和解实质

²³ 2000年4月引起广泛震惊的德国商人普方一家四口在南京被害案,法庭审理过程中被害人家属表示宽恕被告人,希望不要判处被告人死刑,在法庭判处四被告人死刑后还对结果表示质疑。中国外交部则表示,“德国人普方在中国被杀一案所涉及的4名被告人杀人手段特别残忍,情节特别恶劣,没有法定从轻处罚的情节,后果特别严重,所以应依法判处死刑,否则将不利于保护公民的生命财产安全,同样,不利于保护外国公民在中国的生命财产安全,维护其合法权益。”《朱邦造谈南京德国商人被害案》,新浪网, <http://news.sina.com.cn/china/2000-07-19/109073.html>, 2000年7月19日。作为直接受害者的家属与非直接受害者的第三方的态度反差给人留下深刻印象。

²⁴ 有调查结果显示这一比例高达92.3%。参见傅宏:《基于中国大学生样本的宽恕及其相关人格因素分析》,《教育研究与实验》2006年第1期。

²⁵ 陶琳瑾、傅宏:《宽恕治疗:基于东西方文化比较的研究》,《医学与哲学》(人文社会医学版)2010年第6期。

²⁶ 傅宏:《基于中国大学生样本的宽恕及其相关人格因素分析》,《教育研究与实验》2006年第1期。

²⁷ 杨静:《中西宽恕心理研究综述》,《华中师范大学研究生学报》2009年第3期。

上是一种宽泛意义上使用的刑事和解,它不再追求被害人对加害人的宽恕并在此基础上进行外部人际关系的修复,而是将经济赔偿作为这种刑事和解的基本内容。强调经济赔偿的意义主要在于:

第一,抚慰被害人。相对于国家赔偿而言,由加害人进行的赔偿可以体现为加害人对其犯罪行为的悔过,这对被害人心理将产生一定的安抚作用。同时,我国刑事附带民事诉讼的赔偿范围受到较大限制,如精神损害赔偿无法通过附带民事诉讼解决,而在有些犯罪中被害人受到的主要是精神上的伤害,刑事和解过程中加害人的赔偿数额并不以法律规定的数额为限,一定程度上可以包含对被害人的精神赔偿。通过刑事和解,被害人通常可以得到更充分的赔偿,这在我国体现的特别明显,这有助于被害人走出犯罪行为造成的心理阴影,回归社会正常生活。需要指出的是,经济赔偿给被害人带来的主要是抚慰作用,而不要求其宽恕加害人。抚慰是一种相对被动的过程,指被害人恢复因犯罪被破坏的心理平和,是一种指向内部的心理过程;宽恕则指被害人消除对加害人的报复或回避等消极动机,代之以接纳的积极动机,是一种指向外部的心理过程。宽恕在心理意义上高于抚慰,更有利于被害人回归社会,更值得追求。但正如前文所讨论的,宽恕生成的条件要求更高,更难达到,这种情况下强调和解的抚慰功能而不追求宽恕是一种次优选择。被害人心理恢复平和是其回归社会的重要步骤,通过刑事和解能实现这一功效也是值得肯定的。在无宗教背景支持的情况下,要求一个严重犯罪的被害人在犯罪发生后的短时间里宽恕加害者在绝大多数情况下实属勉为其难。²⁸我国司法实践中被害人对赔偿数额的关注正体现了其追求的是赔偿带来的抚慰功效,而非刑事和解理论上所追求的宽恕与和解。²⁹以正统刑事和解理论标准比照实践中的被害人,产生刑事和解变形走样的观感也就不足为奇了。

第二,刑事赔偿也可促进加害人的悔罪。当犯罪行为发生后,并非完全无条件的原谅加害人才能使促使其有效悔罪。就一般人际关系伤害而言,被害人选择宽恕加害人可使其从自责中解脱出来,进而恢复双方的积极关系,为维持这种积极关系,加害人再次伤害被害人的可能性也会随之减少。反之,如果被害人选择不宽恕,加害人感受到的是敌意,可能再次伤害被害人。因而,积极促进加害人与被害人之间的和解有利于社会和谐。但这并不意味着加害人在不付任何代价就应被宽恕。被害人轻易宽恕

²⁸ 由于我国被害人并不将宽恕视为自我人格的满足过程,被害人往往更重视加害人对损害的赔偿,视这种赔偿为对自己受损害的应然结果。有结果显示:“61.5%的受访谈者相信,在现实生活中,宽恕通常都是有附加条件的。”参见傅宏:《基于中国大学生样本的宽恕及其相关人格因素分析》,《教育研究与实验》2006年第1期。这一调查仅以日常生活中的普通矛盾为研究对象,在上升至刑事犯罪的严重社会冲突中,宽恕的难度无疑要高的多,被害人附加宽恕条件的可能性相应也会要高的多。

²⁹ 典型例子如成都孙伟铭醉酒案,一位被害人的家属一方面接受了孙伟铭家属给予的赔偿,另一方面又在二审中强烈要求判处被告人死刑。

加害人,也可能被认为是软弱,可能被进一步伤害,这种可能性有随伤害性质严重程度而增加的趋势。如有研究者对监狱里的罪犯做了相关的研究后指出,对于一些罪犯,尤其是重刑犯(例如杀人犯),他们非但不认可宽恕甚至还将宽恕看作是一种不道德的行为。可见,对于冒犯者而言,被冒犯者的宽恕带来的并非一定是积极的体验。³⁰从个别案例看,加害人的悔改之意就产生于面临严厉惩罚之际而非被放纵之时。如日本近年来最为著名的死刑案件光市母女被杀事件中,被告人被判无期徒刑后毫无悔改之意,而在改判死刑后则开始领悟生命的价值,开始忏悔。³¹强制加害人赔偿就是在自由刑、生命刑方面轻缓处理加害人的同时让其会付出一定的代价,从而体悟自己的过错给加害人造成的痛苦,促进其悔改。

强调赔偿的惩罚性还在于我国当前还缺乏有效的自由刑替代措施。从实践情况看,对加害人处理的轻缓多数体现在自由刑的减让上,如通过撤销案件、不起诉不再适用自由刑、适用缓刑、减少刑期等。除非加害人进监狱服刑,否则其社会上基本没有有效的事后管理帮教措施。西方国家的恢复性司法带有较强的宗教因素,宗教的纽带可以动员社区成员对加害人进行相对有效的监督和帮教。我国的社会矫正在很多地方基本上是无效的,所谓社区很大程度上是一个空间概念,民间组织发育不足,社会组织由官方主导、民众基本不参与,社区矫正基本上流于形式,难以真正起到矫正效果。对不进监狱服刑的加害人来说,赔偿几乎是唯一实质性惩罚措施。

刑事和解价值目标分类后,国家对不同类型的和解案件处理的轻缓程度也应有所区别。对于被害人宽恕加害人,双方关系恢复的案件,其更大程度上实现了社会和谐,处理时轻缓幅度可以大一些。对于加害人已进行了赔偿,被害人虽然没有宽恕加害人,但已较好实现抚慰效果,并且加害人已有悔悟的案件,应当轻缓处理,但幅度可以小一些。

对刑事和解价值目标的合理分流有助于,破解以纯粹的目的正当性作为立法依据产生的局限性,为“花钱买刑”的实践提供一定的理论依据,从而摆脱长期困扰刑事司法实践的这一困局。

(三) 确立公安司法机关之外的有权威的和解主持者

新刑事诉讼法对试点阶段公安司法机关积极介入和解进行了限制,明确公安司法

³⁰ 张田等:《“得寸进尺”还是“适可而止”:基于冒犯者角度对宽恕结果的讨论》,《心理科学进展》2014年第1期。

³¹ 一、二审判无期徒刑时,被告人福田孝行本身也很清楚,大概七、八年之后就可以假释出狱。在写给友人的信件当中,充满了侮辱被害人以及其家属的言论,其中更有藐视司法的部分。他写道:“我自己其实也很有把握坐监狱当成研修的意思,所以不急着想出去。也许等出狱的时候我已经大彻大悟了,不过也许再干一次也没准儿……法官、警察、律师、检察官……这个世上没人有权审判我。他引用小说《罪与罚》中的句子:那些被(上帝)选中的人,是超越人类法律道德的,自有作恶的权利。”可是在下了死刑判决之后,福田终于意识到自己犯下的罪行的严重性,开始写信给遗族表达自己的忏悔。参见萨苏:《福田孝行杀人案中的司法与民意之争》,网易, <http://news.163.com/11/0727/02/79UEL9NM00014AED.html>, 2011年7月27日。

机关的责任主要是事后审查,这是导致当前刑事和解案件数量下降的原因之一。事实上,刑事和解的顺利进行需要有权威性的第三方介入,不但有心理学依据,还被实证研究成果所证实。“个体主义文化下人们更愿意使用心理咨询师、自我帮助资源和个人处理技巧来帮助自己进行宽恕。……集体主义文化下人们更愿意使用第三方调解者、群体的叙述、仪式和象征而达成宽恕。”³²修法前的实践证明,犯罪使当事人之间情感冲突激烈,很难理性协商,往往需要第三者从中斡旋。而且第三者应有一定的权威性,主持者的权威性一定程度上可以固化和监督加害人的道歉,使结果具有更高的权威性,更能得到社会认同和当事人遵守。在实践中,这就体现为以国家权力为后盾的公安司法机关作为调解方得到的认同度更高。在一项研究中,有36.1%的被调查者认为由办案机关主持调解更好,有36.3%的被调查者认为在办案机关的帮助下由双方和解更好,只有9.5%的被调查者认为由办案机关以外的组织主持调解更好。³³另一项调查显示,司法人员消极参与的案件,和解耗费的时间更长,成功率更低。³⁴但正如前文所讨论的,推动刑事和解与办案机关特别是公安、检察机关的绩效考核机制之间存在严重冲突,办案人员积极性不高,不愿推动和解,并且办案机关的介入可能对当事人形成不当压力,影响和解的自愿性。新刑事诉讼法显然考虑了这种不利因素,让公安司法机关从刑事和解过程中抽身出来,这有合理之处。但问题在于,新刑事诉讼法没有引入合理的权威调解者填补空缺,而是寄希望于当事人自行和解,这显然是不切实际的。

因而,提振刑事和解的重要一步是引入权威的调解主体。由于目前缺乏权威性较高的民间组织,改造现有的具有官方背景的人民调解组织可能是较好的选择。为此,应着重解决如下问题:其一,提高调解人员的法律素养。便捷的方式是吸收熟悉刑事法律的退休司法人员及律师参加,以高素质人员获得当事人对调解活动的信任。其二,建立调解人员熟悉案情的有效机制,如查阅案卷、与办案人员沟通等机制,使调解活动以事实为根据。其三,建立司法人员对调解结果的认可机制。只要调解结果以当事人的自愿为基础,并且不违背法律,司法机关都应予以认可。

(四) 正确认识经济赔偿的差异性并确立赔偿的指导标准

在对刑事和解最有力的质疑中,除了以钱买刑外,另一个是经济赔偿的差异性会产生司法的不平等问题。这种差异性体现在两方面:一是类似案件的被害人得到的实际赔偿数额可能差别较大。二是在加害人力所能及的赔偿额度内,部分被害人能够谅

解但其他的被害人恰恰相反,由此影响到最终的刑罚结果。这种结果有一定的合理性。这是因为,刑事和解的实质是赔偿协商,在此过程中,国家只是提供机会给当事人双方进行谈判,并以刑罚为后盾迫使加害人尽可能与被害人达成一致意见,但国家既不能强迫加害人必须赔偿,也无法代替被害人接受加害人的主张。在此过程中,片面追求司法的公平性,绝对化要求类似案件类似赔偿是不合理的。从实际赔偿数额看,刑事和解的案件普遍高于附带民事诉讼可能得到的赔偿,也高于实际损失,这一定程度上也是合理的。这是因为,刑事和解的赔偿不纯粹是弥补损失,它带有一定的惩罚性,是惩罚性赔偿。正确看待这些问题,可以提高司法对舆论的抗压能力,为刑事和解争取更多的实践空间。

但同时也应看到,部分被害人的攀比心理和漫天要价导致过高的赔偿数额,提高了刑事和解的门槛,已影响到了刑事和解的顺利进行,也严重违背司法的公平性,国家有必要适度干预。司法机关可以统计不同类别案件中被害人的实际损失,按照适度增加赔偿的原则,制定各类案件的指导性赔偿标准。各地司法机关在制定标准时,还应考虑当地经济发展水平。明确、具体、合理的标准,一方面,可为当事人的和解提供指引,引导当事人理性协商。另一方面,对法院量刑也有一定指导意义。对于加害人赔偿数额已达到指导标准的,无论被害人是否同意和解,司法机关都可以在刑事责任追究上进行减让,当然其幅度应小于被害人完全接受赔偿、双方冲突已被化解的案件。这既有利于保持适用刑罚对加害人的压力,促使其进行积极赔偿进行和解,也可适当抑制被害人利用加害人惧怕刑罚漫天要价的行为,使其明白如果加害人同意赔偿的数额达到标准,即使其不同意和解,加害人仍能得到一定程度的轻缓化处理,降低被害人的不当心理预期。这将有助于促进当事人双方和解和实现刑事和解的公平性。

(五) 建立补充性的国家代偿机制

在实践中,部分刑事案件无法进行和解的一个重要因素是加害人经济能力严重不足,根本无法满足弥补被害人实际损失的基本赔偿要求。如在一起交通肇事案件中,当事人双方都愿意和解,被害人只要求赔偿住院费、误工费等实际损失,但由于完全不具备赔偿能力,最终是被告人被依法重判、被害人也一无所获。为了解决此类问题,应建立补充性的国家代偿机制。其核心内容是:加害人、被害人与代偿机构之间达成三方协议,由代偿机构为加害人代为做出赔偿,加害人及其亲属承诺在一定期限之间返还代偿费用,司法机关对此协议予以认可后,对加害人依法作出从宽处罚的决定。为防止加害人滥用代偿制度,可作出两方面的限制性规定:一是适用条件的限制,根据其实际能力条件,加害人必须先赔偿一定比例的损失方可申请国家补偿。二是案件

³² 杨静:《中西宽恕心理研究综述》,《华中师范大学研究生学报》2009年第3期。

³³ 宋英辉等:《公诉案件刑事和解实证研究》,《法学研究》2009年第3期。

³⁴ 黎晓婷:《游走于边缘的双刃剑:刑事和解中法官暗示性话语的探究与规制》,《法律适用》2013年第2期。

从宽处罚的限制,通过代偿机制达到和解的案件,司法机关对加害人从宽处罚的幅度应小于其他刑事和解的情形。

此外,制度僵化引起的和解不畅问题很难通过制度创新来彻底解决,但从经验来看,它很可能只是一种暂时现象。如能赋予司法机关充分的自主探索空间,制度的僵化性会不断减弱,应给司法机关较大的裁量空间,由实践来回答。

冤错案救济的宪法分析

——以新一轮司法改革中 23 起冤错案为样本*

郑磊 陈对**

一、引言：新一轮司法改革的第一关键词

十八届三中全会后,新一轮司法改革正在积极酝酿,而其中人权司法保障的提法更是成为新一轮司法改革的第一关键词。在党的十八大把“人权得到切实尊重和保障”作为全面建成小康社会的重要目标之后,十八届三中全会提出要“完善人权司法保障制度”,而十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对司法机关提出了特别要求,要将“加强人权司法保障”作为一项重要内容加以规定,这是在人权保障问题上的又一重要部署。人权司法保障这一提法的提出与近年来不断曝出的冤错案息息相关。英国哲学家培根曾说过:“一次不公正的审判,其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是无视法律——好比污染了水流,而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源。”党的十八大召开后,习近平总书记对政法机关作出“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的指示,冤错案的纠正也因此得到了极大的重视,2013 年,中央政法委首次就冤假错案问题发布《关于切实防止冤假错案的规定》;而党的十八大三中、四中全会更是提出健全冤假错案有效防范、及时纠正机制和责任追究机制。随着中央层面精神与规定的下达,冤错案的出现与平反也频频见诸报端,这也意味着冤错案的纠正进入了快车道。

冤错案平反也是获得权利救济的权利的一种实现方式。十八大以来冤错案平反的高密度出现,为考察冤错案层面救济权的实现状况提供了一定数量的素材和数据。在我国宪法中,救济权的规范体现主要是 41 条第 1 款的申诉控告权以及 41 条第 3 款的取得国家赔偿的权利,这正好对应冤错案救济的两个主要环节平反与国家赔偿。因此本文选取了新一轮司法改革中平反的重大冤错案,通过对群案进行统计分析的途径,来考察救济权。笔者将以冤错案救济的两个主要环节平反与国家赔偿作为文章的两

* 文章初稿尚未定稿,欢迎批评。

** 郑磊,法学博士,浙江大学光华法学院副教授, zhenglei87520@126.com。
陈对,浙江大学光华法学院硕士研究生, 1531943227@qq.com。

个主要部分，分别进行考察。在两部分之前，先对近年冤错案平反基本情况进行分析；在两部分之后，汇总就平反与国家赔偿的宪法控制提出若干思考。

二、23 起冤错案救济情况概览

根据宪法规定，国家有义务保护包括救济权在内的基本权利，但是，宪法规定公民获得救济权利的价值不在于规定本身而在于实行，正如戴雪所言：“从来政府以一纸公文宣布人身自由应有权利的存在，并非难事。最难之事是在如何能见诸实行。倘若不能实行，此类宣布所得无几。”¹因此，笔者探讨的新一轮司法改革中 23 起冤错案群案救济的统计数据及呈现的规律，从而力求对我国冤错案救济中保障公民申诉控告权行使的政策以及司法实践进行反思与探讨。

本文研究的新一轮司法改革中 23 起冤错案基本情况：

表 1：23 起冤错案基本情况汇总表

案件	被控罪名	纠错耗时（年）	审理次数	一审被判刑罚	纠正方式
赵艳锦案	故意杀人罪	10	6	无期徒刑	二审改判无罪
常林锋案	故意杀人罪和 放火罪	6	3	死缓	二审改判无罪
张氏叔侄案	强奸罪	10	3	死刑、无期徒刑	再审改判无罪
王什彩案	故意杀人罪	4	6	死缓	二审改判无罪
李怀亮案	故意杀人罪	12	8	15 年	二审改判无罪
吴昌龙案	爆炸罪	12	5	死缓	二审改判无罪
萧山五青年案	抢劫罪、盗窃罪	18	3	4 人死缓、1 人 无期徒刑	再审改判无罪
王本余案	强奸罪、故意杀 人罪	18	2	死缓	再审改判无罪
于英生案	故意杀人罪	17	3	无期	再审改判无罪

¹ [英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，北京：中国法制出版社，2001 年版，第 262 页

庞宗祥案	抢劫罪	6	4	死缓	检察机关撤诉
代克民案	故意杀人罪	7	7	死刑	再审改判无罪
杨波涛案	故意杀人罪	11	7	死缓	取保候审
张光祥案	抢劫罪	11	7	死缓	二审改判无罪
王江峰案	抢劫罪	2	3	十年	再审改判无罪
欧阳佳案	抢劫罪	5	3	十年六个月	二审改判无罪
高如举、谢 石勇案	抢劫罪	10	5	死刑	检察机关撤诉
念斌案	投放危险物质 罪	8	8	死刑	二审改判无罪
徐辉案	故意杀人罪、强 奸罪	16	4	死缓	再审改判无罪
黄家光案	故意杀人罪	18	3	无期	再审改判无罪
陈琴琴案	故意杀人罪	5	4	死缓	二审改判无罪
王元松案	故意杀人罪	10	5	无期	再审改判无罪
王国其案	非法买卖、运输 枪支罪	5	6	十年	检察机关撤诉
呼格吉勒 图案	流氓罪、故意杀 人罪	18	3	死刑	再审改判无罪

为了保证作为研究样本的案件具有典型性，从而确保据此得出的研究结论能够反映我国刑事冤案救济的实际状况，本文在选择样本案件时坚持以下几点：1、时间点的选择。十八届三中全会以来新一轮的司法改革力度空前，人权司法被反复提及，在刑事冤错案的平反中同样备受瞩目，因此笔者选择十八届三中全会前后（2013 年-2014 年）的相关案例，在保证样本具有延续性的同时，选择近两年的案件以保障样本容量及其新颖性。2、案件的选择。对于实证研究来说，外延过大不利于样本的收集，鉴于刑事错案是一个外延比较广的概念，为了更广泛的考察冤错案救济的各个环节，笔者将立案、侦查阶段的错案排除在外，选择了一审判决有罪，后来该有罪判决又被推翻的案件，包括一审判决有罪而二审改判无罪的案件。笔者认为这类案件先前的一审有罪裁判给被追诉人带来了不利益，应当同样被视为冤错案。因此有罪判决被推翻是本文

选择刑事冤错案样本的形式标准。依据上述两条标准,排除了不完整的样本后,笔者在我国媒体报道具有大量报道的刑事错案案例中选择了新一轮司法改革中的重大冤错案,共 23 个

三、冤错案平反中的申诉、控告权行使情况的分析

(一) 冤错案申诉控告权行使耗时漫长

从统计数据来看,23 起冤错案平均纠正时间为 10.4 年,这对于蒙冤入狱的公民来说,是极其漫长的。而 23 起冤假错案中,当事人从被警方确定为犯罪嫌疑人到最终被法院宣告无罪或检察院撤回起诉,历时 5 到 10 年的有 7 起,历时 10 年以上的有 14 起,历时 5 年以下仅有 2 起。其中,时间最长的是呼格吉勒图案、黄家光案、萧山五青年案、王本余案等四个案件,耗时 18 年。总的来说,冤错案申诉控告权行使耗时漫长。

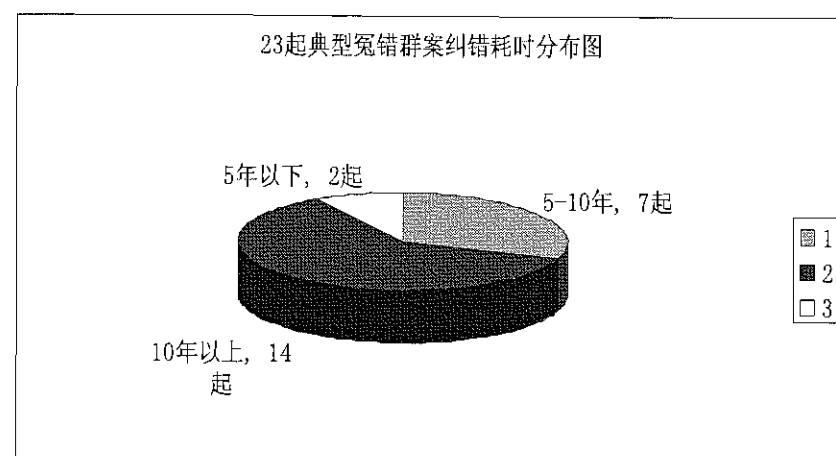


表 2: 23 起冤错案纠错耗时分布图

笔者认为申诉效率低与我国无罪率趋零有关。从最高法院历年公布的数据来看,2000 年各级法院无罪判决人数为 6617 人,10 年后的 2010 年时无罪判决人数仅剩 999 人,与之相应的无罪率在 2000 年时为 1.02%,2010 年时仅为 0.10%。据有关数据显示,西方国家无罪判决率一般在 25% 左右。而 2014 年最高法院工作报告公布的各级人民法院“无罪判决 825 人、无罪率 0.07%”的数据来看,中国无罪率趋零这一司法现象或将持续。²

² 《2014 地方司法观察:中国无罪率持续趋零》财新网

<http://m.china.caixin.com/m/2015-02-12/100783530.html?from=singlemessage&isappinstalled=0>

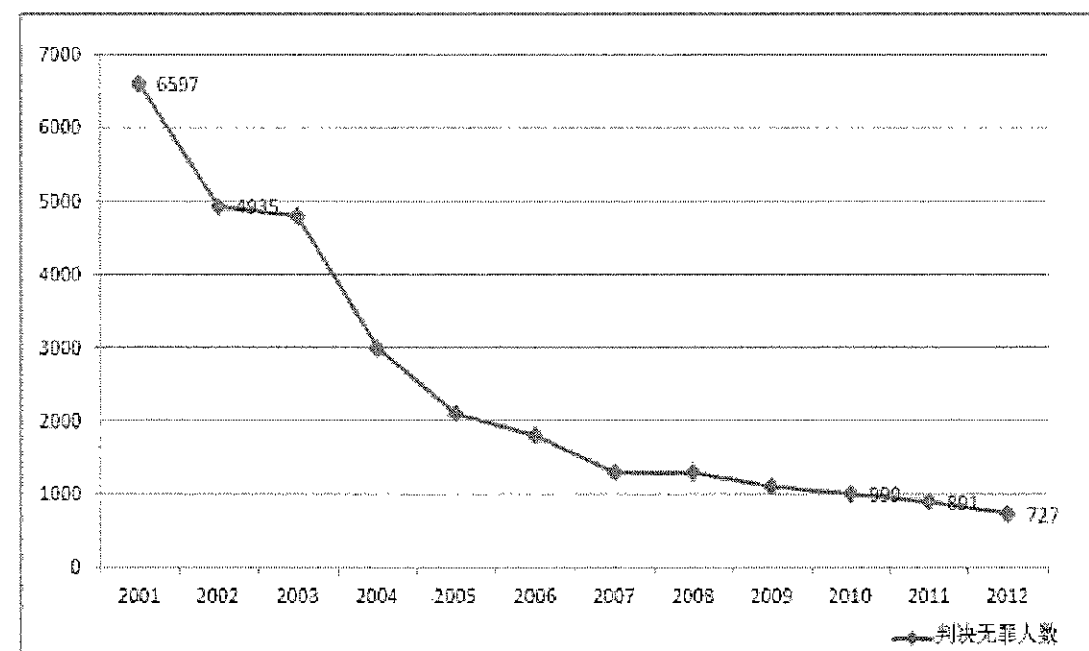


表 3: 法院判决无罪人数³

无罪率趋零在一定程度上可以体现出现阶段无罪推定、疑罪从无在还未在司法机关得到完全的落实。这种现实的存在也使得申诉的难度在无形之中增大,司法机关在证据不足时,往往能判有罪就判有罪,因此对于许多证据不足的冤错案,得到一纸无罪判决往往困难重重,这也成为造成我国申诉成功耗时漫长的一个很重要的原因。然而,公众对于整个司法制度、尤其对于刑事司法审判结果的信任和信心,会因为对无辜者的有罪认定而受到威胁,而且会因为司法人员漠视这些错误、不调查其原因、不做出适当改正而受到进一步损害。⁴

在比较法上,面对这一问题,英国在法院、检察院系统之外设置了独立的官方机构--刑事案件复审委员,而法国则在最高法院内部设立了刑事判决再审委员会作为独立的申诉案件受理的复查机构。⁵针对该问题,笔者认为可以借鉴比较法上的经验设立独立的申诉受理与冤错案复查机构,并赋予复查机构调查权,通过对申诉案件的全方位审查,考察是否存在证据不足,刑讯逼供等足以推翻原判决的事由,最终决定是否将案件提交到法院,由法院最终裁判。从当前已经暴露的错案来看,几乎每个无辜者或其家人都曾经或正在以各种不同的方式多次向各级人大、政法委等权力部门上访。有些案件是直接通过上访得到权力部门重点督办才有了再审的机会;更多案件得以再审也要感谢权力部门的干预。由此足见法院系统以外的国家权力部门对于申诉人

³ 图表选自金泽刚:“法官错判的原因与防治-基于 19 起刑事错案的样本分析”,《法学评论》,2015 年第二期,第 148 页

⁴ Editorial, Restoring Confidence in the Criminal Justice System. American Judicature Society. Judicature. September October 2002, Volume 86, Number 2, 64.

⁵ 陈卫东:“刑事错案救济的域外经验--由个案、偶然救济走向制度、长效救济”,《法律适用》,2013 年第 9 期,第 20 页

获取再审机会的重要影响。⁶从这个角度看,我国已经具备在法院系统之外引进第三方负责筛选合格错案的条件,建立独立的申诉案件复查委员会既符合我国现有的政治体制。专门机构的设立不仅可以拓宽救济渠道,同时各司其职,分工明确的机制也有助于缩短冤错案救济的耗时。

(二) 我国解决刑事错案的官方主动性因素不足

笔者对新闻报道的申诉成功契机进行了归纳,并重新加以分类,其统计结果如下图所示。(所谓申诉成功的契机,即在冤错案当事人申诉的过程中使案件得以纠正的转折点。)申诉成功的契机为法院自我纠正的案例占到了26%。而作为法律监督机关的检察院仅占17%。除去暂无资料的案件,法检以外的申诉成功契机比例为44%,包括真凶浮现、媒体介入及其他契机,其比例与法检相当。

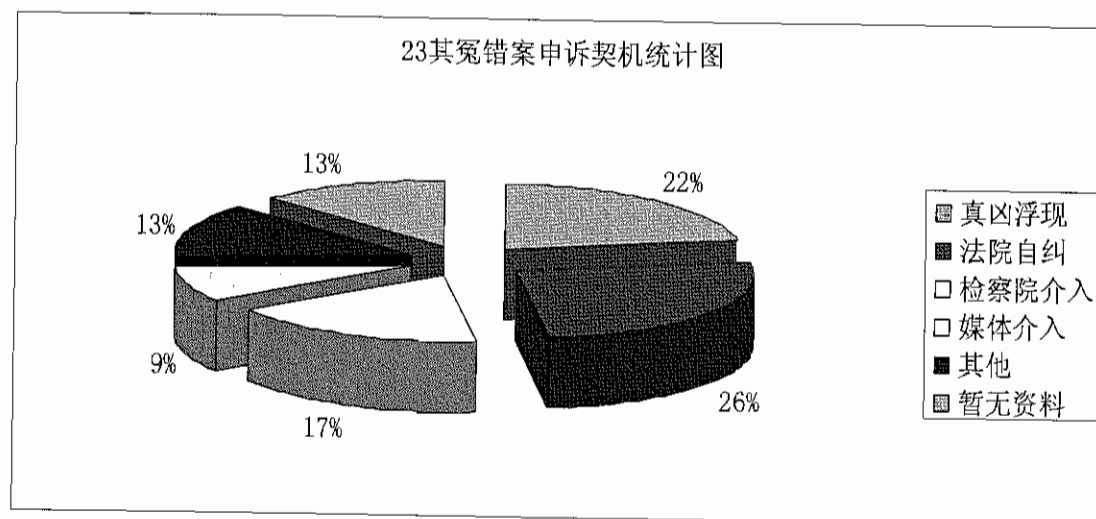


表4: 23起冤错案申诉契机统计图

新一轮司法改革前,在公众的印象中,典型的冤假错案,如余祥林案、赵作海案,往往都是由于“真凶再现”或者“亡者归来”而真相大白。而学者的研究也证实了这一点:陈永生统计的20个冤案中有3起是“亡者归来”,其余17起均是由于“真凶出现”,案件纠正的极具偶然性。⁷但是新一轮司法改革纠正的23起重大冤假错案中,仅有5起是因为出现了真凶,只占到了22%,而亡者归来的案例则没有出现,大多数案件是因为“证据不足”而得到纠正,如徐辉案、念斌案。这充分表明司法机关在司法理念上有了重大转变。因为无论是“真凶再现型”冤错案还是“亡者归来型”冤错案其实都不难纠正,毕竟真相显而易见。但想要纠正“证据不足型”的冤错案,却压力重重。各级司法机关敢于纠正这些冤错案,说明司法机关在坚持无罪推定、疑罪

⁶刘品新:《刑事错案的原因与对策》,北京:中国法制出版社,2009年版,第134页

⁷陈永生:“我国刑事误判问题透视-以20起震惊全国的刑事错案为样本的分析”,《中国法学》,2007年第3期

从无等理念方面有了一定的进步,这对于落实宪法尊重和保障人权的理念意义重大。这是一个非常可喜的变化。

但是同样需要注意的是司法机关外部因素在左右冤错案纠正的进程中与司法机关作用相当甚至超过司法机关,这表明法院检察院在冤错案的发现与纠正之中所发挥的作用还需要加强。有的学者批评道:“我国解决刑事错案的官方主动性因素不足,相应救济机制存在缺陷,难以实现蒙冤者的诉求。”⁸面对可能存在的刑事错案,英国、美国和加拿大等国并没有一味地等待被判刑人的申诉,而是建立起了主动纠察错案的机制。显然,主动发现要比被动等待更容易发现错案。而且,这种主动发现错案的机制设计也给被错判有罪的人提供了一条便捷的申诉渠道。⁹而通过对数据的进一步的分析,笔者发现从申诉成功的契机出现到冤错案当事人被无罪释放之间,仍然隔了相当长的时间,例如呼格吉勒图案,从真凶赵志红被曝出到内蒙古高院做出无罪宣判,竟耗时八年之久。而在笔者依据媒体报道整理出明确数据的19起案件中,竟有13起案件在契机出现之后,耗时一年以上才得以纠正。就算契机出现,冤错案当事人想要的到及时有效的救济仍然困难重重。可以说,法院自我纠错能力相当不理想,而我国又没有专门的独立机构为错案洗冤,大多数错案只能通过被告人不断的申诉、上访等途径得到重视。仅有少数幸运者是在检察机关或监狱工作人员的帮助下,实现大逆转,如浙江两叔侄强奸杀人案。而英美国家都有许多官方或民间的“洗冤机构”,例如美国的“无辜者计划”,英国的“刑事案件复查委员会”等。¹⁰

(三) 冤错案救济诉讼效率不高

23起冤错案件,各个省份的各级法院共审理了108次,平均每起案件需审理近4.6次,与之前的平均10.4年的纠错耗时相比较,平均每两年才能审理一次,可以看出,诉讼效率是比较低的。

⁸王永杰:“论冤案的救济机制”,《犯罪研究》,2012年第12期,第5页

⁹詹建红:“刑事错案救济机制的西方经验及其借鉴-以两大法系主要国家为参照”,《法学评论》,2015年第二期,第155页

¹⁰金泽刚:“法官错判的原因与防治-基于19起刑事错案的样本分析”,《法学评论》,2015年第二期,第148页

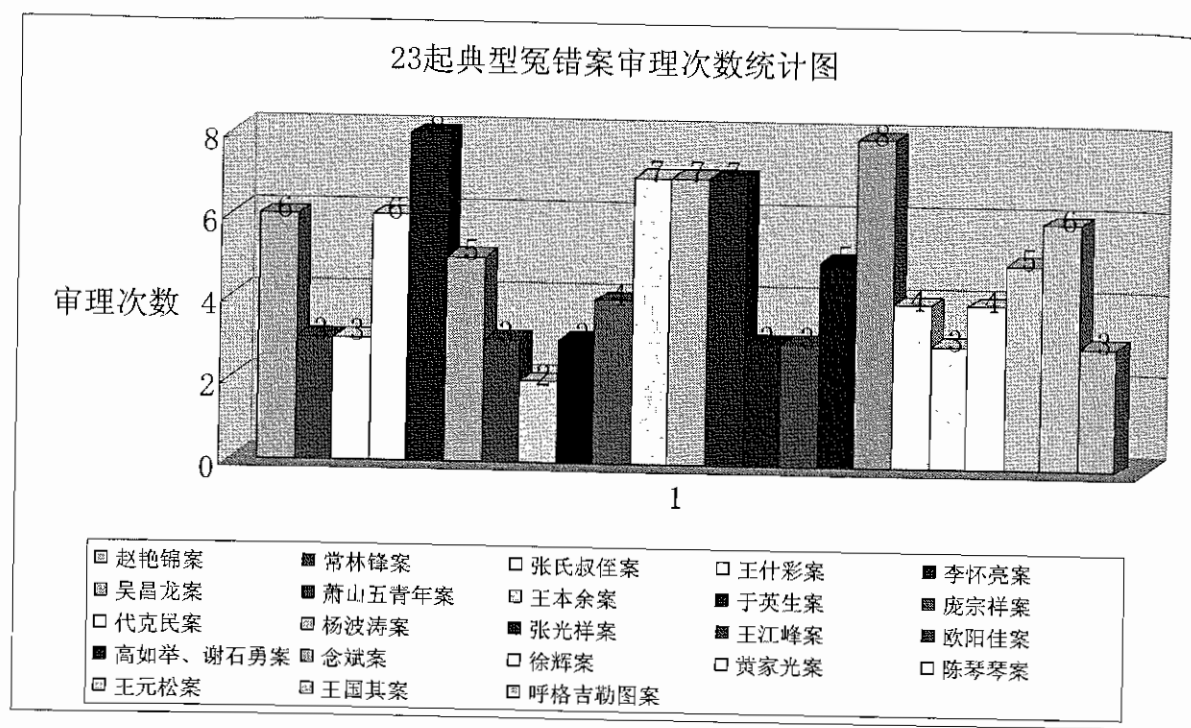


表 5: 23 起冤错案审理次数统计图

波斯纳曾说过,“效率是公正在法律中的第二个意义。”¹¹面对当事人的申诉,司法机关固然需要谨慎对待,但若效率过低,显然同样有违公正原则。这有主客观两方面的原因。主观上,这与法官自身素养有关。现阶段法学教育注重的是对于法律知识的理解,而对证据如何认定、事实如何判断等实务性的内容并没有相关课程传授。司法考试的考试科目设置也都是法律知识的内容,因此许多法官在认定事实问题上具有严重不足。¹²客观上,由于我国《刑事诉讼法》规定的“证据确实、充分”这类原则性的词汇让原本就没有接受过事实认定实务教育的法官难以判断案件的证据、难辨证人陈述的真假。¹³在主客观因素的影响下,法官对于冤错案的认定与审理存在着相当大的障碍,救济效率低在情理之中。

其次,笔者认为这同尚未形成以审判为中心的诉讼制度关系密切。尽管法院依法独立行使审判权已经成为一项宪法原则,但当前,国家司法权严重地方化,地方控制人财物,司法机关很难独立与中立,司法机关不中立,公正便很难保证。因此当出现来自各方的纠错阻力时,法院往往会选择审而不判,一拖再拖。而我国现正处在社会转型过程之中,贫富分化、思想碰撞等因素使得社会矛盾渐渐尖锐,这更使得维稳成为地方工作的重中之重。在这样的背景之下,司法工具化严重,司法活动服务于地方,

¹¹ [美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,北京:中国大百科全书出版社,1996年版,第18页

¹² 金泽刚:“法官错判的原因与防治-基于19起刑事错案的样本分析”,《法学评论》,2015年第二期,第145页

¹³ 张保生:“刑事错案及其纠错制度的证据分析”,《中国法学》,2013年第1期

从事维稳活动十分常见,以审判为中心无从谈起。而在冤错案当事人申诉的过程中,特别是在凶杀案中,在真凶未出现的情况下,对冤错案当事人的无罪宣告也意味着案件成为悬案以及真凶的无着落,因此法院势必将面临来自被害人家属的强烈抵抗,因此基于维稳,有时司法机关便会会以牺牲个人权利为代价,例如在赵艳锦案中,由于死者家属情绪激烈,为了维稳,司法机关对赵艳锦的申诉采取久拖不决的策略,使得赵艳锦重获自由耗时十年之久;在李怀亮案中,为了稳定死者家属,法院更是十分荒唐与其达成了“死刑保证书”。此外公检法在司法实践中“桃园三结义”般的密切合作也很难形成以审判为中心的诉讼制度。对一些疑难案件的申诉与纠正,政法委、公安机关的协调机制、介入机制也是导致申诉人常常无功而返的原因。因此笔者认为需要建立以审判为中心的诉讼制度。美国著名学者德沃金曾说过:“法院是法律帝国的首都,法官是帝国的王侯。”¹⁴而我国宪法第一百二十六条也规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”以审判为中心,是指整个诉讼制度和诉讼活动围绕审判而建构和展开,审判对案件事实认定、证据采信、法律适用、作出裁决起决定性和最终性作用。建立以审判为中心的诉讼制度,旨在解决我国司法实践中长期以来存在的“以侦查为中心”的弊端,刑事诉讼的“阶段论”、“流水线”等传统观念和习惯做法以及侦查权、检察权、审判权之间“强调配合多,相互制约弱”的问题。以审判为中心,不仅对预防冤错案具有现实意义,对于法院公正独立地对待冤错案当事人的申诉控告同样至为重要。

冤错案的申诉不仅耗时同样需要相当大的经济支撑,从笔者的统计几起案件来看,为了得到一份无罪宣告其代价往往是导致当事人家庭的负债累累。赵艳锦家至今仍负债20多万元,庞宗祥则早已家徒四壁。

对此,笔者认为可以加强冤错案救济的民间援助。冤错案的当事人及家属寻求救济耗费巨大与他们往往对法律知识及救济程序不甚了解相关。而伸冤者个体力量薄弱,那就要让更多的有利于伸冤者的主体参与到伸冤过程之中。这些主体可以是刑辩律师、民间维权团体、各种媒体等。具体途径而言,即在刑事错案发生之后,当事人可以寻求刑辩律师的法律援助,抑或通过民间维权团体提供帮助。必要时,通过媒体曝光并督促相应部门解决错案。¹⁵因此笔者认为,加强冤错案救济的民间援助,发挥民众及民间团体在冤错案救济中的积极作用,对于缓和我国面对的冤错案救济成本高收益低的现状具有积极意义。加强民间援助,有助于促使当事人及家属采取合法有效的救济措施而非激进的救济手段,也有助于减轻当事人的救济成本,并提高救济效率,

¹⁴ [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社,1996年版,第361页。

¹⁵ 王淑慧:“刑事错案的法律救济”,《法制与社会》,2014年8月,第110页

甚至有助于引起舆论与司法机关的重视。而在美国,各大学的法学院内部设立的实践教学机以及附属于法学院的民间非赢利性组织都是冤错案救济的重要参与者,这些民间团体致力于为那些自称是无辜者的囚犯提供法律代理服务或者在案件调查方面提供帮助,这也是美国冤错案救济的一大特色。因此,笔者认为,加强冤错案救济的民间援助甚有实益。

(四) 冤错案纠正后当事人控告权的行使情况不理想

刑事错案的救济的含义不仅仅包括纠正刑事案件的错误、恢复被错误处理者的合法权利,还应当包括确定错案责任人的法律责任以及错案责任人的法律责任必须被实际履行。¹⁶

冤错案纠正后当事人控告权的行使状况主要体现在了追责的情况。从下表可以看出,在已有资料的 16 起案件中,有 5 起案件已启动追责,但有关方面也没有透露更多的细节。而剩下的案件则陷入有关方面未予回应、未处理、未透露的境地。很显然,在冤错案救济中,对相关责任人的追责情况并不理想,不是未予回应、未处理便是未透露,有相当多的案件更是没有公开报道。冤错案件为何控告难、追责难?从客观上来说,冤错案件一般时间都较为久远,相关证据缺失,调查难度很大。从主观上来说,在调查时案件的相关责任人都会产生心理上的自动防御,很容易出现拒不承认的情况,调查人员突破的难度较大。而宪法规定人大对公检法有监督的权利,但在实践中,人大监督并没有真正落实到具体的冤案错案中来,即使有,对于人大监督,其监督本身往往层层批示,语焉不详,不痛不痒,最终解决问题的还是司法机关。因此,笔者认为必须保证人大对救济权行使的监督与知情。人大是我国的国家权力机关,代表着人民的意志,其他国家机关由其产生,对它负责,受它监督。作为公检法的监督机关以及人民的代表机关,人大在冤错案救济中的作用应当加大,应当承认其对司法个案监督的权力。主要表现为保证人大的监督与知情权,以督促司法机关及时合理地处理冤错案当事人的申诉控告与索赔。

¹⁶ 刘品新:《刑事错案的原因与对策》,北京:中国法制出版社,2009 年版,第 118 页

案件	赵艳锦案	张氏叔侄案	王什彩案	李怀亮案	萧山五青年案	王本余案	于英生案	庞宗祥案	杨波涛案	王江峰案	念斌案	徐辉案	黄家光案	王元松案	呼格勒图案
冤错案纠正后是否进行追责	无公开报道	已进行组织内部追责,未透露追责细节	无公开报道	未透露	已进行组织内部追责,未透露追责具体情况	未透露	启动追责	未处理	据当事人称上级是想把这事儿抹过去,至今他没有听到对他下一步如何安置与追责的说法。	无公开报道	未处理	未回应	启动追责	在回应王元松案的追责问题时,贵州高院称“还顾不上这个事	启动追责

表 6: 23 起冤错案追责情况统计表

四、冤错案平反后的获得国家赔偿权利情况的分析

近年来冤错案当事人获得国家赔偿情况有所改善,一旦确认为冤家错案,当事人获得国家赔偿的机率大大增加,同时赔偿总额不断提高,百万级别的国家赔偿屡见不鲜;精神赔偿的数额也一再突破记录,例如张氏叔侄错案的精神损害赔偿,已接近人身自由赔偿金的 70%,远远超过司法系统不成文的 50%的限制,而呼格案更是达到了 100 万之巨。但冤错案当事人获得国家赔偿的现状仍有许多值得反思之处。

(一) 23 起冤错案救济中获得国家赔偿情况概览

案件	赔偿机关	赔偿耗时	关押时间	申请数额 单位: 万	实际赔偿 数额单位: 万	精神赔偿 数额单位: 万
赵艳锦案	保定中院	3 个月	10 年	290	63	10
常林锋案	暂无资料	暂无资料	6 年	暂无数据	暂无数据	暂无数据
张氏叔侄案	浙江高院	约 2 个月	10 年	133	110	45
王什彩案	亳州中院	约 8 个月	4 年	92	30	3
李怀亮案	平顶山中院	11 个月	12 年	380	98	20
吴昌龙案	福州中院	1 个多月	18 年	476	126	50
萧山五青年案	浙江高院	2-5 个月	18 年	182、190	133、182、 192、196、 182 万	暂无数据
王本余案	内蒙古高院和包头市中院	不到 1 个月	18 年	暂无数据	150	15
于英生案		4 个月	17 年	暂无数据	100	暂无数据
庞宗祥案	北海中院	10 个月	6 年	256	暂无数据	暂无数据
代克民案	亳州中院	近 2 个月	7 年	318	60	12
杨波涛案	暂未赔偿	暂未赔偿	11 年	暂无数据	暂无数据	暂无数据
张光祥案	毕节市中院	暂无资料	11 年	101	70	9
王江峰案	铜川市王益区人民法院	暂无资料	2 年	暂无数据	19	2

欧阳佳案	娄星区法院	6 个月	5 年	165	46	10
高如举、谢石勇案	贵州高院	一个半月	年	105	90	15
念斌案	福州中院	约 2 个月	8 年	暂无数据	113	55
徐辉案	广东高院	2 个月	16 年	暂无数据	157	40
黄家光案	海南高院	暂无资料	18 年	暂无数据	160	37
陈琴琴案	定西市中院	暂无资料	5 年	84	暂无数据	暂无数据
王元松案	贵州省高院	1 个月	15 年	300	90	15
王国其案	暂无资料	暂无资料	5 年	暂无数据	暂无数据	暂无数据
呼格吉勒图案	内蒙古高院	5 日	被执行死刑	暂无数据	205	100

表 7: 23 起冤错案国家赔偿统计表

(二) 冤错案当事人获得国家赔偿的时间参差不齐, 但总体耗时略长

笔者对可以找到数据的 16 起案件进行了统计, 冤错案当事人获得国家赔偿的平均耗时为 3.6 个月, 而《国家赔偿法》规定赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内, 作出是否赔偿的决定, 显然许多案件都超出了这一法定的期限。这些案件中耗时最短的是呼格吉勒图案, 呼格吉勒图的父母从申请到拿到一纸赔偿仅耗时 5 天。而与之形成鲜明对照的是李怀亮案, 李怀亮从申请到赔偿足足过去了 11 个月, 而杨波涛案中, 法院至今未作出赔偿决定。但是值得注意的是这已经做出赔偿决定的 16 起案件中, 赔偿耗时全部都在 1 年之内。

现代诉讼理论认为, 对刑事诉讼中合法权益遭受侵害的被迫害人进行赔偿, 可以使被打破了的刑事诉讼程序的动态平衡得到弥补和救济, 使扭曲了的刑事追诉追求的公正价值得以补充和彰显。¹⁷因此, 保证当事人及时获得国家赔偿对于扭转失去平衡的公正价值意义重大。笔者统计的冤错案中, 当事人获得国家赔偿的平均耗时为 3.6 个月, 已然超出了《国家赔偿法》第 23 条所规定的两个月的期限, 而杨波涛更是至今未拿到国家赔偿。对于绝大多数刚刚重获自由的冤错案当事人来说, 负债累累, 妻离

¹⁷ 向泽选、武晓晨、骆磊:《法律监督与刑事诉讼救济论》, 北京: 北京大学出版社, 2005 年版, 第 91 页

子散,家破人亡的生活压力是他们走出监狱所面临的第一个问题,因此国家赔偿作为金钱的补偿虽然不能完全消除痛苦,但对于当事人生活的重新起步却至为重要。也正是因为如此,国家必须保障当事人及时获得国家赔偿。而国家赔偿与责任追究直接挂钩是导致国家赔偿不及时的重要原因。在司法实践中有这样一条潜规则:如果赔偿义务机关确认赔偿,相当于宣告该案为错案,随之而来的是对案件承办人以及相关部门的责任追究。错案责任追究带来的不仅仅是工资的暂时减少,而且关系到办案人员的职业前途。因此将两者挂钩其导致的后果常常是司法机关迫于追责压力,采取拖延的方式,以期缓和追责的压力。因此,必须将国家赔偿与责任追究脱钩。冤错案追责的前提应当是办案人员在行使职权过程中具有法定的过错,没有过错便不应当追责。而国家赔偿根本不以司法人员是否存在过错为标准,只要是冤错案,国家都应该赔偿。国家赔偿与责任追究完全是泾渭分明的两码事,将其混为一谈,阻碍了国家赔偿的顺利进行,因此,将国家赔偿与责任追究脱钩势在必行。

(三) 冤错案当事人申请获得的赔偿总额与实际获得赔偿总额差距较大

这几起冤错案的当事人所申请的赔偿总额与其实际获得总额之间存在着较大的差距。差距最大的为吴昌龙案,吴昌龙申请的国家赔偿数额为 476 万元,而福州中院实际赔偿数额为 126 万元,中间相差了 350 万元。而差距最小的是高如举谢石勇案,仅为 15 万元。可以说,当事人与法院之间在何种损失该赔,该赔多少的问题上无疑存在着较大的认识差异。当事人申请获得的精神赔偿数额与实际获得赔偿数额也呈现着相似的状况。

目前,世界各国的国家赔偿标准主要有三:惩罚性标准、补偿性标准和抚慰性标准。2010 年颁布的新《国家赔偿法》在国家赔偿标准问题仍采用抚慰性标准。¹⁸在冤错案的赔偿中,国家赔偿限于法定损害赔偿而非实际损害赔偿,即从损害的内容到损害的种类赔偿的种类、标准、方式、限额都是法定的,而不是根据当事人损害的实际数额来进行赔偿。而刑事冤错案的当事人在赔偿申请书中往往要求赔偿义务机关赔偿法定种类以外的实际的损害,包括:工资或误工费、关押期间身体受到伤害的赔偿金及医疗费、律师费等因案件发生的各种费用。这也就造成了当事人所申请的赔偿总额与其实际获得总额之间存在着较大的差距(如表七所

示)。即使受害人索赔成功,所获得的赔偿也远远小于其实际遭受的损害,这极大地削弱了受害人申请国家赔偿的动力。¹⁹很显然,这与《国家赔偿法》设计时“填平补

¹⁸ 郭欣阳:“刑事法研究刑事错案赔偿的立法与实践问题”,《人大法律评论》,2012 年卷第二辑,第 67 页。
¹⁹ 瓮怡洁:《刑事赔偿制度研究》,北京:中国人民公安大学出版社,2008 年版,第 66~67 页。

齐”的理念有些出入。

为了更好的保护宪法所规定的公民获得国家赔偿的权利,在刑事错案赔偿领域国家应当适用补偿性标准,实现刑事错案赔偿的填补损害功能,使被害人由于错案遭受的损害得以填补。同时,国家也应当坚持合理赔偿原则,即国家赔偿必须合理,不能仅仅因为法定而忽视了合理性,比如在念斌案中,其主张的伸冤费用、律师费等实际发生的损害都为合理诉求,理应纳入国家赔偿的范围,这更有利于补偿当事人,并加重责任机关的违法成本。甚至,在对赔偿标准上予以提高的同时,为了更好的弥补受害人受到的刑事司法侵害,还可引入惩罚性赔偿:侵权主体除向受害人补足其实际损失的费用外,还应支付额外的费用,这种额外的赔偿金超出了受害人的实际损失,带有惩罚的性质。

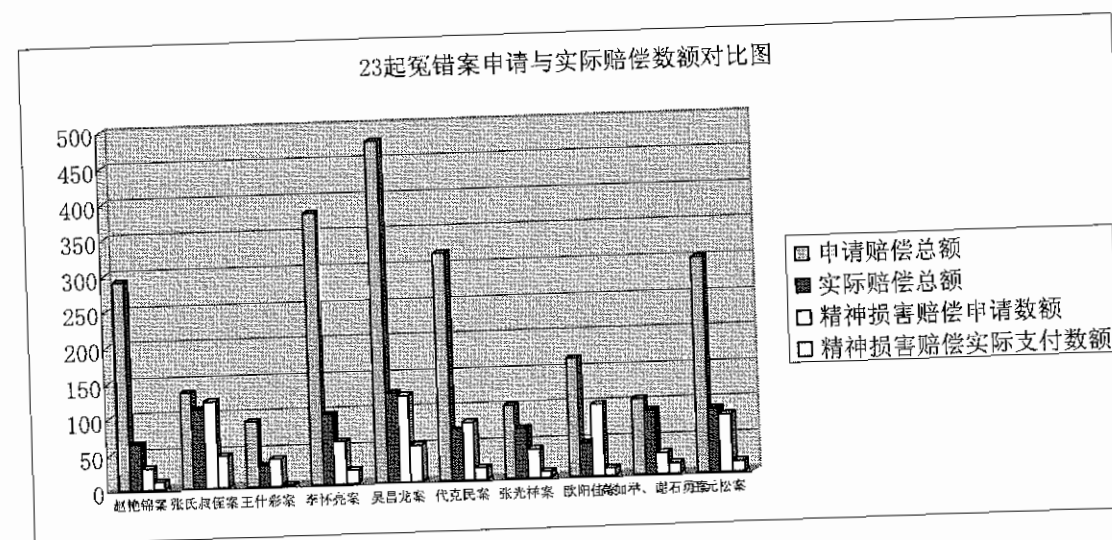


表 8: 23 起冤错案申诉与实际赔偿数额对比图

同时还需纠正的问题是:赔偿委员会设在法院,而刑事错案法院是主要的赔偿义务机关,属于自己担任自己的法官。在这样的情况下天平难以倒向弱者,因缺乏信赖又难以产生正义因而对司法的信任和信服难以建立。²⁰因此,笔者认为可以尝试建立专门的机构来辅助冤错案的国家赔偿。作为独立的机构,在这些国家,专门机构的建立对排除司法机关的内部阻力,提高国家效率与数额具有一定的积极作用。因此,建立专门的机构辅助冤错案的救济不失为一种有价值的尝试。

²⁰ 吴天宝、杨伦华:“刑事错案的司法救济及其法律监督”,《中国检察官》,2012 年第 1 期,第 28 页。

(四) 精神损害赔偿数额在国家赔偿总额中所占比例较小

从笔者所搜集的这几起案件的赔偿情况可以看出,总体上,精神损害赔偿数额在国家赔偿总额中所占比例并较小,平均比例为 24%,而 16 起案件中也只有 4 起案件超过 30%。最高的为呼格案和念斌案同为接近 49%,16 起案件中没有一个案件能超过 50%。冤错案的精

神损害赔偿数额缺乏统一标准,从统计数据来看,在这些案件中同样无实际规律可循。

“救济既是对法定权利的保护,也是对道德权利的宣示。”²¹国家赔偿加入精神损害是《国家赔偿法》修改的一大亮点,表明了国家更加充分的保障公民获得赔偿权利的宪法精神。但是,实践中还存在着许多的问题。《国家赔偿法》第三十五条规定:“有本法第三条或者第十七条规定情形之一,致人精神损害的,应当在侵权行为影响的范围内,为受害人消除影响,恢复名誉,赔礼道歉;造成严重后果的,应当支付相应的精神损害抚慰金。”但该条文对于精神损害抚慰金的规定相对抽象,法律既没有对严重后果的具体情形作出明确界定,也没有规定精神损害的具体赔偿标准,仅用“相应”两字带过。而之后颁布的《国家赔偿费用管理条例》和《人民检察院国家赔偿工作规定》规范性法律文件也都回避了该问题。这也与 23 起冤错案的实际情况相吻合(如表八所示),这些案件的精神损害赔偿数额在国家赔偿总额中所占比例并较小,并且精神损害赔偿数额缺乏统一标准,无实际规律可循。对于如何预防冤错案的发生,国家给予了极大的重视。但是,国家对冤错案的重心放在了错案形成的防范上面,但对冤狱形成之后的救济却没有较为有效的制度建树。这是导致我国刑事错案救济不畅的重要原因。²²因此,本着宪法与国家赔偿法的精神,国家应当逐步完善国家赔偿制度,规定明确的裁量标准,并且逐步增加精神赔偿在国家赔偿中的比重,使得冤错案的精神损失赔偿制度更加科学,确保冤错案当事人获得更合理的赔偿。比较法上,韩国早在 1967 年的《国家赔偿法》第 3 条第 5 项就规定,对于生命或身体之被害人之直系尊亲属、直系卑亲属及配偶,以及因身体等受伤害之其他被害者,应在总统令所定之标准内,参照被害者之社会地位、过失程度、生计状况及损失赔偿额等,赔偿其精神慰问金。²³

当前司法机关也开始认识到健全冤错案国家赔偿的机制的重要性,最高人民检察院 2014 年 11 月 20 日《人民检察院复查刑事申诉案件规定》首次明确:受理申诉后两个月内决定是否立案复查。而 2014 年 10 月,最高法院对精神损害抚慰金数

²¹ 夏勇主编:《走向权利的时代》,北京:中国政法大学出版社,1997 年版,第 3 页。

²² 陈卫东:“刑事错案救济的域外经验--由个案、偶然救济走向制度、长效救济”,《法律适用》,2013 年第 9 期,第 21 页。

²³ 王乐龙编:《刑事错案--症结与对策》,北京:中国人民公安大学出版社,2011 年版,第 229 页。

额作出了明确规定,精神损害抚慰金的具体金额原则上不超过人身自由赔偿金、生命健康赔偿金总额的 35%,最低不少于 1000 元。这位精神损害赔偿的裁量提供了一个明确的区间,不过这些零散的规定只是冤错案国家赔偿法律体系的一部分,想要建立完整的体系,仍然任重道远。

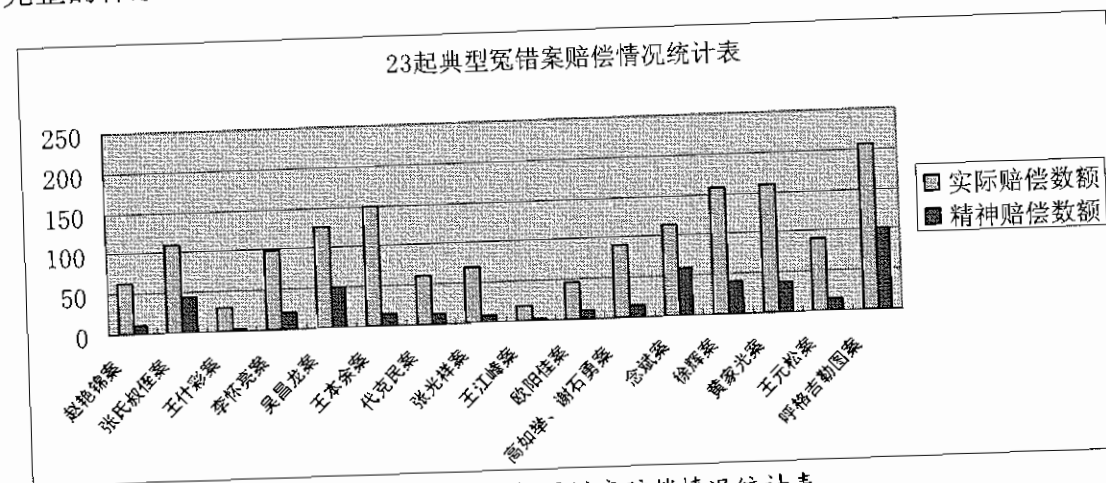


表 9: 23 起冤错案赔偿情况统计表

五、代结语

无论一个社会奉行什么样的法律价值,也无论它采取什么样的程序来认定案件事实,认识错误总是难以彻底根除的。²⁴每一公民都有可能成为冤错案的当事人,在权利宣告多而权利救济不足的中国现实下,救济权的完善与保障对于国家刑事诉讼制度的发展及宪法保障人权的精神发扬都至关重要。无权利保障即无宪法,宪法是宪政的前提,公民权利救济是宪政的标尺。²⁵本文就救济权行使问题的发掘与梳理仅是沧海一粟,惟能对于冤错案救济权的研究有所助,亦已足矣。

²⁴ 刘品新:《刑事错案的原因与对策》,北京:中国法制出版社,2009 年版,第 117 页。

²⁵ 陈焱光:《公民权利救济论》,北京:中国社会科学出版社,2008 年 5 月版,第 3 页。

相马与赛马：中国初任法官选任机制实证研究

王禄生*

摘要：在法院人事制度改革的十余年间，我国初任法官选任机制越发呈现出“相马”和“赛马”两种截然不同的模式。从实效看，“旧”问题并未完全治愈。相反，新问题却已然萌生：选任机制缺乏基本的连续性与起码的统一性，并且表现出对竞争化的偏好与“迷信”。这些新问题是我国法院在特定制度环境中潜移默化的选择，它们也是司法改革中强调的自下而上的“地方试点主义”路径的必然结果。正因如此，当前司法改革方案中试图建构的，省级统管的一元化选任模式可能在推行中遭遇严重的障碍。

关键词：初任法官选任 相马 赛马 新制度主义 地方试点主义

作为一个持续受到关注的话题，我国法官选任机制在过去十数年间被不断地讨论，并已取得了不少理论突破和创新。资质要求过低、选任程序笼统和受地方党政过度影响是学界公认的三大顽疾。为此，最高法院在 2005 年前后推出了法官选任机制的改革。不知不觉，这一改革已近黄口之年并即将迈入关键的十字路口，面临根本“大改”。¹回头审视法官选任机制改革的成效，我们可能会发现“旧疾未去，新疾又生”——在改革推进的同时，法官选任机制又产生了一系列新问题。这突出体现在缺乏基本的连续性和统一性，以及——可能有些危言耸听——过度强调竞争性。

为了全面把握改革过程中产生的新问题及其成因，笔者尝试以实证研究的方式分析当前我国初任法官选任机制。²这是基于两点考量：其一，法官初任是一个入口，很大程度上决定了法官队伍的整体素质。³其二，实践中助理审判员、审判员、庭长、院长选任机制有着不同程度，甚至是根本性的差异，笼统分析法官选任可能无法准确把握初任与再任机制各自所面临的真实问题。在这一基本思路的引导下，2006 年至

* 项目信息：中国法学会部级法学研究一般课题（CLS（2014）C33）；江苏高校区域法治发展协同创新中心重点招标课题“区域法治发展的评价指标体系研究”。

作者简介：王禄生（1984-），男，福建建瓯人，东南大学法学院讲师，江苏高校区域法治发展协同创新中心研究人员，法学博士。

¹ 十八届三中全会明确提出要建立省级统一选任的法官任用模式。这相对于原有的，分级选任的模式无疑是“伤筋动骨”的“大改”。

² “法官选任”具备两层含义：其一，法官初任，即不具有法官身份的人经一定程序被赋予法官（通常是助理审判员）的身份；其二，法官再任，即已经具备法官身份的人员在系统内部晋升到新的法官职务，如助理审判员晋升为审判员。

³ 在《法官法》的框架中，初任法官并不必然是助理审判员。根据相关规定，法院院长自动成为审判员，因此若在任命之前不具有法官身份，院长们的第一个法官身份就是审判员。

2014 年间，笔者分三次对 9 个法院进行了历时性的实地调研。⁴调研样本照顾了经济发展水平（发达、中等和落后）、城市规模（大、中、小）和所处区域（城区、郊区、郊县）的差异。同时，为了增加代表性，笔者还收集了媒体公开报道的各地法院初任法官选任机制改革。

笔者将在随后的分析中证明，中国初任法官选任的实践呈现为“相马”与“赛马”两种模式：它们都缺乏起码的连续性和统一性，并已显现出对公开竞赛的“迷信”。令人遗憾的却是，上述三大新问题恰恰是职业化进程中各地法院面对不同的制度环境所不得不做出的选择，它也是我国司法改革过程中一贯奉行的“地方试点主义”以及在此过程中所包含的试点间的“政治锦标赛”路径的必然结果。本文的发现对当前着力推行的一元化的法官选任改革无疑是一种警示。

一、我国初任法官选任机制的文本与实践

初任法官选任机制是指特定主体基于特定的资质标准对候选人进行考核并最终决定法官人选的过程。要分析初任法官选任机制，就势必要详细考察两大构成要素：资质要素和程序要素。也就是要考察候选人需要具备什么样的资质标准、遵循着怎样的程序才有能被任命为初任法官？

（一）准入门槛与隐形门槛：资质要素的文本与实践

2001 年修订的《法官法》第九条第一款对法官的任职资质做了一般性的规定。⁵随后第十二条第一款又对初任法官的资质进行了补充说明，增加了“德才兼备”和“司法考试”。⁶通常而言，国籍、年龄、拥护宪法等条件不会成为候选人的“羁绊”，“德才兼备”也缺乏量化评价的指标，真正起到准入门槛作用的无外乎资格考试、学历和任职年限三大硬指标。有关这三大准入门槛的论述已然汗牛充栋，笔者不再赘述。

⁴ 为了遵从实证研究的伦理，样本法院及人员均采用编号。A 市是 S 省省会所在，属于传统上的大城市，经济发展水平相对较高，其城市 GDP 总量位列全国前五；B 市是一座以科技、卫生闻名的城市，城市规模中等，经济发展水平一般。在全国人均 GDP 排名中位居 100 至 200 之间；C 市则是一座新兴的旅游城市，属于典型的小城市，人均 GDP 在全国城市中处在靠后的位置。除了样本城市的中级法院外（A 市中院、B 市中院和 C 市中院），笔者还兼顾了基层法院样本的代表性。在 A 市，笔者选择 3 个基层法院（a1、a2 和 a3），其中 a1 是高新区法院、a2 是郊县基层法院（农业县）、a3 则是市区基层法院。在 B 市中，笔者选择处于农业大县的 b 基层法院。最后，在 C 市中，笔者调研了位于主城区的 c1 基层法院和位于贫困山区的 c2 郊县基层法院。因此，样本法院一共涉及各具特点的 3 个中级法院和 6 个基层法院。在论文撰写过程中，笔者还就专门问题采访了沿海 J 省省会市 J 市中院的政治处法官。

⁵ 法官法第九条第一款规定担任法官必须具备下列条件：具有中华人民共和国国籍；年满二十三岁；拥护中华人民共和国宪法；有良好的政治、业务素质和良好的品行；身体健康；高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满二年。

⁶ 法官法第十二条第一款“初任法官采用严格考核的办法，按照德才兼备的标准，从通过国家统一司法考试取得资格，并且具备法官条件的人员中择优提出人选。”

实践中,我国初任法官选任的资质要求却不同程度高于准入门槛所划定的最低标准。笔者认为,那些在法律文本之外切实发生作用的,对初任法官选任结果产生一定影响的资质都可被统称为隐性资质。一般而言,业务能力、政治素质、领导评价、人缘、沟通协调能力和行政管理能力是初任法官选任重要的隐性资质。⁷为了考察隐性资质对初任法官选任的影响,笔者进行了问卷调查,并将数据整理为表1。⁸

表1:初任法官应当具有的资质和最为重要的资质

	业务能力	政治素质	领导评价	人缘	沟通协调	行政管理
应当具有的资质	88.4%	63.1%	32.3%	23.2%	45.5%	20.2%
最为重要的资质	58.5%	17.4%	15.9%	4.1%	3.1%	0.5%

1. 业务能力

业务能力是晋升助理审判员的隐性资质中最为重要的部分。当被问及助理审判员应当具有什么样的资质时,88.4%的法官选择了“业务能力”。表1的数据进一步显示,有58.5%的法院工作人员把“业务能力”视为影响初任法官选任成败的关键。何谓业务能力高?法院内部人士的共识是司法考试与业务能力不能画等号。一般而言,业务能力强应该是审判效率、审判质量、社会效果、文书质量、庭审水平、办疑难案件水平、调研能力等方面综合表现优异。

2. 政治素质

在相当长一段时间内,政治素质是初任法官选任最为关键的因素——“人民司法决不可掌握在不可信赖的人手里”。^{[1] (P35)} 尽管随着法官职业化进程的推进,政治素质在初任法官选任中的重要性已然下降。⁹然而,仍有17.4%的法院工作人员认为政治素质才是当前选任初任法官的最为重要的资质。最初政治素质可能被简化为是否为中共党员。但它在近年选任过程中被逐渐泛化理解且内涵高度不确定。¹⁰C市中院政治处副主任C对该资质做了相关的把握:“具体而言还是要落实到办案中来,办案的时候法官要有大局思想,不能太激进,要看办案的政治效果,要服务于党政的大局。”

3. 领导评价

⁷ 在特定的法院中,隐性资质还可能包括候选人的行政职级、英语水平和发表论文的能力,这一点在后文将会涉及。

⁸ 问卷调查调查对象是A、C两市中院审判业务庭的所有工作人员(包括法官、书记员和法官助理),其中在A市中院发放问卷206份,C市中院发放问卷38份。受访者被要求在隐性资质中选出初任法官应当具备和最为重要的资质,“最为重要”意味着决定一个人能否被选任为初任法官的成败。

⁹ 仅仅是在初任法官选任过程中的重要性下降,在院长选任过程中仍然是至关重要的资质。

¹⁰ A市中院审判庭庭长Y就讲述了一段轶事:“业务很好,但政治素质不行,在法院也不得行,当然看你这个政治素质如何理解。比如,上次我们那个办公室主任,打麻将,那一阵正好是在抓干部打麻将的事情,结果被记了处分,后来要提升他,报给组织部,组织部就看到这个处分了,这就是政治素质了嘛,‘麻将干部’,组织部就给他否决了,说不忙提,搁一下。”

领导评价是主观色彩很强的指标,它甚至受个人偏好的影响。¹¹约有16%的受访者选择领导评价是初任法官选任最为关键的资质。领导评价对选任助理审判员的影响程度大小取决于选任程序的设计。这一点将在后文详述。

4. 人缘

人缘主要是指同一般同事之间的关系。人缘并非是初任法官遴选扮演重要角色的隐形门槛。只有23.2%的受访者认为初任法官应该有良好的入缘,并且也只有4%左右的受访者认为人缘可能左右初任法官选任的结果。用有些法官的话来说就是“差一点没关系”,只要不差到“令人发指”。

5. 沟通协调能力

协调沟通能力不足似乎也是我国法官被批评较多的方面,¹²它是一个内涵很广的概念,但在法院中却通常特指与当事人沟通的能力,进而言之实际上是案结事了的重要依托。虽然,有45.5%的受访法院工作人员认为初任法官应当具有这一资质,但问卷结果同样表明,该资质并没有成为助理审判员任用时的决定因素。

6. 行政管理能力

助理审判员工作的核心是处理法律方面的事务,平时很少从事行政管理的工作,因此在助理审判员选任中,行政管理能力是所占比重最小的一个资质,受访法院工作人员几乎没有人认为其会对初任法官选任产生至关重要的影响。当然,晋升庭长和院长则另当别论。这一点下文也会有所涉及。

(二) 笼统规定与多元操作:程序要素的文本与实践

现行法律文本对初任法官选任程序的规定十分笼统:《法官法》第十二条第一款规定:“初任法官采用严格考核的办法”,“由本院院长任命”。然而,文本的笼统并不必然意味着实践的笼统。实践中初任法官的选任程序大致被划分为四个环节:候选人提名——综合考核——党组研究——上报审核和任命。当然,在不同法院中,若干环节可能被简化,甚至是省略;有的则进一步细化,演变出更多的环节。

1. 候选人的遴选

作为负责法院内部初任法官选任的职能部门,政治处(部)会在每年选任之前对符合初任法官条件的人选进行筛选,这在法院内部被称作“画框”。“画框”所依据的是法院内部选任文件所设定的基本条件。有的法院,基本条件大致等同于前文提及的准入门槛,而在有的法院中,基本条件中可能增加了隐性门槛,比如A市中院2006

¹¹ A市中院审判庭庭长Y在访谈中还提到,同样是庭室的工作人员,她会更青睐有全日制本科学历的人员,而不是军转干部。她戏言这是“同性相吸”(Y庭长也是科班出身)。

¹² 参见夏克勤、胡媛:《我国法官选任制度专业化改革思路》,载《人民司法》2014年第11期。

年初任法官的基本条件第5至7点就规定了额外的资质要求,比如“现任副主任科员以上职级或任科员职级满三年”。^{a1}基层法院也规定了高于准入门槛的选拔条件,2012年后该院只招收硕士研究生以上学历的人员。其余各样本法院规定了差异化的基本条件。

对于如何确定基本条件,A中院立案庭的一位资深审判长Q作了一番意味深长的解释:“实际上基本条件是起到划框作用的,就是根据当年的空缺确定候选人的数量,因此这样一种基本条件的设置实际上是很有‘艺术’的,多一年或者少一年都会使得许多人被划出或者划入候选人的范围。”

2. 综合考核

综合考核是初任法官选任程序至关重要的环节。在不同法院,它呈现出量化与非量化的多元面相。比如A市中院就进行了全面而细致的量化考核。根据该院的规定,考核被分为:(1)笔试40分,闭卷测试政治理论、案例分析和撰写判决书;(2)民主测评60分,其中院长和分管副院长各15分、所在部门领导20分和所在部门一般干部测评10分;(3)立功受奖加分,年度绩效考核被评定为优秀或单项荣立三等功的,每次加1分。^{a3}基层法院也采用了类似的综合考核方法。根据《a3法院干部晋升级和职称管理办法》,该院综合考核由考试和考察构成,考试为笔试,占总分的60分,考察由一般法官、庭室领导和院领导参加,计40分。

除了量化考核之外,也有许多调研法院采用一种非量化的考核方式,即由政治处牵头,从候选人的业务能力、政治素质、人缘等多方面进行评定。B、C中院和b、c1、c2基层法院目前大抵采用此种粗线条、非量化的综合考察方式。

3. 党组研究

政治部在综合考核之后会根据候选人的成绩进行排序,并根据当年初任法官名额,形成初步名单。在有些法院中,上报的人数可能会略多于员额。院党组对政治部提交的名单进行民主审议,讨论决定人选。

4. 上报审核和任命

经党组会议研究确定的初任法官人选后,由政治部按照《S省高级人民法院初任法官审核工作暂行办法》的规定报S省高级人民法院审核。¹³审核通过后由本院院长任命。

¹³ 参见“法(2002)163号”文件《关于加强任命法官管理工作的通知》和“法政(2004)59号”文件《关于进一步加强初任法官审核工作的通知》。

二、“相马”与“赛马”:我国初任法官选任机制的两种模式

现阶段,我国各法院的具体情况虽然千差万别,但却可以被概括为两种模式——“赛马”和“相马”。“赛马模式”通过候选人公开参与竞争性选拔的方式,根据竞赛结果进行排序,最终确定人选。该机制有很强的“赛场赛马”意味。“相马模式”则是由法院党组在符合条件的人员中,衡量工作资历、表现等多方面的因素后,确认最终的人选——候选人不需要参加公开竞赛,只需要静候“伯乐相马”。在笔者调研的法院中,A中院、a1和a3基层法院属于“赛马模式”。据不完全统计,媒体公开报道的采取此种模式的至少还有广东、福建、江苏、山东、广西、重庆、安徽和甘肃等地的法院。¹⁴B市中院、C市中院,a2、b、c1和c2等基层法院属于典型的“相马模式”。媒体公开报道采取此种模式的还有宁夏和江苏等地的法院。¹⁵两种模式的资质要素和程序要素均有显著差异。

(一)“相马”与“赛马”:资质要素的差异

第一,相较于“相马模式”而言,“赛马模式”对候选人资质,尤其是隐性资质的要求普遍更高。其道理简单易懂——水涨船高。在“赛马模式”的法院中,达到准入门槛的候选人规模较大,最终选拔出的初任法官资质条件往往大幅度超过准入门槛的最低要求。故而,隐性资质会对选任结果产生实质影响。比如A市中院要求候选人必须“任科员满三年”,a1基层法院要求候选人必须具备“硕士以上学历”。此种“拔高”同样发生了笔者调研之外的法院。比如浙江金华中院规定初任法官候选人必须有两篇以上法学论文在市级以上刊物或论文研讨会上获奖,¹⁶浙江余杭法院和广西兴安法院也有类似的要求。¹⁷

第二,两大模式中决定选任成败的关键资质有很大的不同。比如由于缺乏量化的排名指标,C市中院院领导对选任结果的影响也会大大超过A市中院。表2数据也验证了笔者的假设,C市中院受访者中有30.3%的比例将“领导评价”选为最为重要的

¹⁴ 具体报道可参见杨宗仁:《东莞市中级人民法院工作报告》,载《东莞日报》2013年1月22日;邵铭:《审判长负责制 还权于法官 佛山中院“自带干粮”式改革与中央司法改革精神悄然吻合》,载《南方都市报(佛山版)》2013年11月21日A05版;蓝水凤:《集美法院 人才培养显成效 80后法官挑大梁》,载《厦门日报》2014年4月29日B07版;王杰:《法院:创新管理练内功》,载《宿迁日报》2013年12月6日B06版;张玉杰等:《风清气正助扬帆》,载《山东法制报》2013年11月29日第2版;何春晓:《三结合全参与 提能力练真功——福建厦门思明区法院“两评查”活动纪实》,载《人民法院报》2013年2月24日第2版。

¹⁵ 参见祁靓:《县法院凭实绩选任助理审判员》,载《建湖日报》2013年11月27日第2版;《永宁法院竞争性选任助理审判员》,载银川中院法院网 http://yczy.nxfy.gov.cn/ycxwzx/ycdwjs/201405/t20140529_2217418.html 最后访问时间2014年10月12日。

¹⁶ 参见张旭良、胡冬阳:《青年干警培养的“金华模式”》,载浙江法院网 <http://www.zjcourt.cn/content/20130418000034/20130513000210.html> 最后访问时间2014年10月11日。

¹⁷ 参见《杭州市余杭区人民法院助理审判员、审判员选任办法》和《兴安县人民法院助理审判员选任方案》。

因素,明显高于“赛马型”的A市中院。¹⁸

表2: A、C中院受访人员心目中影响初任法官选任的决定因素

	业务能力	政治素质	领导评价	人缘	沟通协调	行政管理
A市中院	56.3%	21.5%	12.7%	4.4%	3.8%	0.6%
C市中院	69.7%	0%	30.3%	0%	0%	0%

(二)“相马”与“赛马”:程序要素的差异

第一,候选人对选任程序的参与程度,是两大模式程序要素的重要区别所在。在“赛马模式”中,候选人是程序的重要参与者。他/她通过参与各种笔试、考试影响选任的最终结果。在A市中院,候选人的直接参与的测试占总分的40%,在a3法院,候选人参与的比重达到60%,在山东菏泽中院候选人参与的比例达到90%(笔试50分、演讲40分)。¹⁹而在“相马型”的选任机制中,情况恰恰相反——没有公开竞赛,只有干部考察。这也符合传统意义上党管干部的原则。a2法院主管人事政策的副院长D在访谈时就承认:“实行竞争上岗前,选任程序随意性大,没有标准,直到任命时大家才知道。当时法官任用的权力太集中在领导手里了。”

第二,程序是否公开是两大模式程序要素的又一重要区别。在“赛马模式”中,初任法官选任是特定法院特定时期的公共事件,由于在综合测评环节中增加了民主测评的内容,除候选人外,候选人的同僚、庭室领导、分管副院长和院党组都被整合到选任程序之中,并扮演不同的角色(被赋予不同的分值)。而在“相马模式”之下,整个程序由政治处操持,在最终结果出台之前,除了极少一部分人,整个法院的其他人员几乎不参与。甚至就连助理审判员最为直接的领导也可能被排除在选任程序之外。对此,笔者曾询问b基层法院民一庭Y庭长,他的回答简单而明了——“不征求,哪征求我的意见哦”,“有他们政治处考核,领导决定,院长办公会议研究一下或者党组会议研究一下。”

第三,程序是否激烈同样是两大模式程序要素的重要区别。“赛马模式”通过激烈竞争的方式实现法官的选任,在此过程中候选人甚至需要“短兵相接”、“捉对厮杀”。“相马模式”虽然也可能存在竞争,但这种竞争更多可能以一种私下与长期的形式存在。在“赛马模式”之下,“一战定胜负”;而在“相马模式”之下,更加依赖潜移默化

¹⁸ 赛马模式通过引入业务竞赛和民主测评,在一定程度上打破了院领导对于初任法官选任结果绝对的垄断,使得选任权力不同比例地分配到候选人同僚、庭室领导等主体手中。同时,“赛马模式”运作需要依托大量的客观量化标准。最终候选人范围的确认依据得分的排名情况。这就使得法院领导在确定最终人选时受到一定客观量化指标的“羁绊”。院领导不可能总是公然选择那种在考试中成绩较低的人。

¹⁹ 参见于迪、王艳英:《菏泽中级法院推行助理审判员差额竞聘制度》,中国日报网 http://www.chinadaily.com.cn/hqgj/jryw/2012-11-09/content_7467084.html 最后访问时间2014年10月11日。

化的努力。

三、我国初任法官选任模式成因的新制度主义分析

(一)初任法官选任机制是法院对制度环境适应的结果

新制度主义(New Institutionalism)的创始人约翰·迈耶(John Meyer)认为制度环境实际上是由社会创造的、以神话(myth)形式而存在的、组织普遍持有并不断强化的制度化规则、规范、信念和认知等因素的集合。^{[2] (P344-346)}新制度主义对组织行为第一大假设便是组织通过对制度环境的迎合和适应从而获取行动的合法性(legitimacy)。笔者认为我国初任法官选任机制所表现出来模式特征恰恰是法院为了获取行动合法性所作出的行为选择。

首先,作为宏观的制度环境,法律制度和社会意识为初任法官选任机制勾勒了基本的准入门槛。因此无论是“赛马”亦或是“相马”机制,均十分重视法官的业务能力,并且在基本条件中均对法官的职业道德操守和工作年限做了相应的规定。这些都在形式上符合宏观制度环境的合法性标准。

其次,法院所处的中观制度环境也型塑了初任法官选任机制。从纵向看,特定法院处于法院系统这一中观的制度环境中。法院系统对初任法官“办案能手”的职能定位(系统意识也是制度环境)决定了初任法官选任机制的走向。因此,无论是“相马”亦或是“赛马”,对法官业务能力均十分强调,同时在综合考核时也以业务能力为绝对核心,而行政管理能力则无足轻重,因为它们与“办案能手”的定位无关。²⁰另一方面不容忽视的还在于“随着对法官职业化的呼声日渐高涨,法院系统内部展开了对工作人员晋升制度的改革,其指导思想就是‘凡晋必考’,即在法院系统内部通过组织‘竞赛’(考试、演讲、民主测评)等形式来实现人员晋升”。^{[3] (P132)}这一变化导致中观制度环境中对公开竞争的强调和推崇。这也决定了越来越多的法院初任法官选任机制开始向“赛马型”转变。

最后,个体法院所面对的县、市场域以及个体法院内部的制度环境进一步决定了初任法官选任机制的模式。A市中院处于经济发达的省会市,人员充足,竞争激烈。“僧多粥少”的位置之争决定了该院更具备进行“赛马”的条件。B、C两地中院人员就远不如A市那样充足,也就因此更不需要采用高度竞争和高淘汰率的选任方式。

²⁰ 法院系统内部定位(中观制度环境)很大程度上决定了选任机制的走向。比如对于庭长的定位可能就是一个庭室的管理者,因此在调研中,只有17.6%的法院工作人员认为庭长选任最关键的资质是业务能力。但却有31.3%的认为庭长选任的最关键资质是行政管理能力。

在国家级贫困县 c2 县调研时, c2 法院副院长 L 就做了如下描述:“我们的实际编制是 48 人, 缺编 13 人。在有法官职称的 18 人中, 有 5 个是院领导, 13 个人真正办案。”可以发现, 该院并非不愿意采用竞争型的选拔机制, 而是无法采用——想赛马总得有马吧?

(二) 在适应环境的过程中, 初任法官选任机制发生了“同形”

新制度主义对组织行为的第二大假设是在相同或者类似制度环境中的组织行动会逐步“同形”(Isomorphism)。出于追求合法性的考虑, 组织的行为受到组织利益相关者评价标准的影响。^{[4] (P39)} 故而会在相似的制度环境中采取相似的行动策略。

新制度主义的假设解释了为何我国初任法官选任机制在细节上虽然千差万别, 但总体上却大致沿着“赛马”和“相马”两种路径来进行。这里需要强调的是, “同形”是指 $A \approx B$ 而非 $A=B$ 。故而, “赛马”和“相马”机制也并非完全一致。因为“观众”、“马场”、“马匹”和“伯乐”等制度环境都不尽不同。比如 b 县所处的县域中, 法院要面对许多维稳的案件, 其对法官政治素质的要求就更强烈。

(三) 在制度环境的冲突中法院诉诸“脱藕”的策略

新制度主义对组织行为的第三大假设是面对相互冲突的制度环境, 组织会选择“脱藕”(decoupling) 的策略来获取不同制度环境的合法性。福莱兰德 (Friedland) 和奥尔福德 (Alford) 认为组织生存在不同的制度场域之中, 每种制度场域都遵循不同的行动“逻辑”, 不同的逻辑强调接受不同的评价并且遵守不同的优先性。²¹ 近期发生的关于浙江省拟提名原县委书记出任中院院长的新闻引发的激烈讨论就证实了制度环境的冲突。学界主流话语及公众层面面对专家型、知识型的法院院长的呼声日隆,²² 而法院生态中院院长定位却更倾向于纯政治型。²³

处于冲突制度环境中的组织会通过“脱藕”(decoupling, 也译作“断藕”) 的方式来维持合法性——将组织的正式结构与组织的实际行动松散地“耦合”在一起。脱藕表现为正式建立的制度“符号化”, 而组织的实践与“符号”断裂。²⁴ 具体而言, 就是表面上建立起强调业务条件和法律经验的初任法官选任机制, 根据最高法的要求开展竞争性改革, 而在实践中则将这些改革高高挂起, 或者大大简化、变通适用。在这种情况下, 单个法院就将自己的行动与宏观、中观、微观的制度环境松散地耦合在

²¹ 参见[美]罗格·弗利南德、[美]罗德·R·阿尔福德:“把社会因素重新纳入研究之中: 符号、实践与制度矛盾”, 载[美]沃尔特·W·鲍威尔、[美]保罗·J·迪马吉奥主编:《组织分析的新制度主义》, 姚伟译, 上海人民出版社 2008 年版, 第 252-285 页。

²² 参见支振锋:《法官任法官, 不是好主意》, 载《法制日报》2013 年 9 月 25 日第 7 版。

²³ 这一点在左卫民教授的研究中也有体现, 法院院长选任过程中, 对于业务能力已经不甚强调, 而对于政治素质、沟通协调和行政管理能力则极度强调。法院干警认为, 院长不需要有多强的业务能力, 最重要的是能够为法院整

²⁴ 参见王禄生:《地位与策略: 大调解中的人民法院》, 载《法制与社会发展》2011 年第 6 期。

一起。它就像脱藕的齿轮, 看起来彼此还在一起, 但实际已经空转。

此时就回到新制度主义的第二个假设“同形”。“同形”分为“强制同形”和“自致同形”。前者产生的结果往往都是仪式性的, 或者象征性的,²⁵ 更可能“脱藕”。后者则是指组织基于环境的变化而自发地以另一组织为模板, 在外观 (look)、感觉 (feel) 和运作 (operation) 上进行转变,²⁶ 因此往往更为深刻。²⁷ A 市中院和 a1 法院是因为所处的微观制度环境 (僧多粥少) 导致他们更可能自发、自决地选择“赛马模式”。而 b、c1、和 c2 在若干年前曾短暂试行竞争性的赛马机制。但是这种同形很大程度上是被迫的“强致同形”, 也就因此更可能是表面的——虽然对外宣称仍保留着相应的制度 (迎合宏观和中观的制度环境), 而内部却束之高阁 (迎合微观环境)。c1 法院院长 S 虽承认目前该院仍有相关的竞争选拔规定, 但却指出:“现在不搞这些了, 主要是工作重、待遇低、大家都不愿意竞选了。因为大家积极性不高, 不愿意报名, 以后没有再开展”。

四、我国初任法官选任机制的旧问题与新问题

(一) 我国初任法官选任机制的旧问题

毋庸讳言, 现阶段学界对我国法官选任机制的批评可谓车载斗量。批判的核心集中在资质标准要求过低、选任程序笼统且行政化、选任结果深受地方党政的控制等方面。²⁸ 学者们确实洞见了中国法官选任机制中的顽疾, 但若仅从初任法官选任机制的实践来看, 这种批评可能并不完全恰当。

首先, 无论是“相马”亦或是“赛马”, 业务能力都被认为是初任法官最为重要的资质。建国后占据核心地位的政治素质已在初任法官的选任中日渐式微。²⁹ 其次, “赛马模式”中所呈现出来通过专业考试、庭审技能和判决书撰写大赛等形式测试候选人的专业素质, 通过演讲进行民主测评的诸多改革已经使得初任法官选任越发不同

²⁵ 当然, 还有学者将“强制同形”细分为“权威方式的强制输入”(authority) 和“压迫方式的强制输入”(coercive power), 并指出前者的同形效果会比后者更具稳定性。参见[美]W·理查德·斯科特:“制度理论剖析”, 载[美]沃尔特·W·鲍威尔、[美]保罗·J·迪马吉奥主编:《组织分析的新制度主义》, 姚伟译, 上海人民出版社 2008 年版, 第 189 页。

²⁶ 参见 Calvin Morrill and Cindy McKee, Institutional Isomorphism and Informal Social Control: Evidence from a Community Mediation Center, Social Problems, 1993, (4).

²⁷ 参见[美]W·理查德·斯科特:“制度理论剖析”, 载[美]沃尔特·W·鲍威尔、[美]保罗·J·迪马吉奥主编:《组织分析的新制度主义》, 姚伟译, 上海人民出版社 2008 年版, 第 193 页。

²⁸ 参见陈文兴、詹素娟:《论我国法官遴选制度之再优化》, 载《法学评论》2007 年第 3 期; 孙建:《法官选任制度的构建》, 载《法学杂志》2004 年第 2 期; 胡道才:《地方法院法官选任权由省级统管是深化司法体制改革的突破口》, 载《人民司法》2013 年第 17 期。

²⁹ 左卫民教授观察到, 在法官任用方面存在两种理念: 干部任用理念和司法职业遴选理念。现阶段, 后者已经明显占了上风。参见左卫民:《中国法官任用机制: 基于理念的初步评析》, 载《现代法学》2010 年第 5 期。

于一般公务员选任。最后，无论是“赛马”亦或是“相马”，地方党政（包含政法委）和组织部门基本都是缺位的或者“不在意的”。如果说法院院长选任还深受地方党政影响的话，初任法官的选任早已率先实现完全由法院系统“自决”了。更为重要的是，在“赛马模式”之中，随着公开竞赛和量化排名的引入，法院领导对初任法官的决定权也受到了不同程度的限制。以至于采用该模式的A市中院，只有12.7%的受访者认为领导评价会成为选任的关键因素。（表2）因此，学界现阶段对法官选任机制整体的批评可能适用于法官再任或者院长选任，但却似乎并不能完全适用于初任法官选任的场域之中。也就是说，这些流行了十余年的“问题”很可能不仅是旧问题，还可能在某种程度上并非初任法官选任机制在当前所需要面对的真实问题。

（二）我国初任法官选任机制的新问题

实际上，在着力推进法官选任制度改革近十年之后，实践中的初任法官选任机制的新问题已然萌生：

1. 初任法官选任机制缺乏基本的连续性

我国初任法官选任机制的新病症之一就在于选任机制的高度变动。以A市中院为例，2001年至2013年间，初任法官选任的政策几乎一年一个样（表3）。比如2001年要求任“科员满1年”，而2006年要求“任副主任科员或者科员满三年”，2013年则没有类似的规定。此外，考试内容也有显著调整。

表3：2001年、2006年和2013年A市中院初任法官选任文件（节选）

	2001年	2006年	2013年
额外基本条件	1. 任科员满2年以上； 2. 近两年年度考核称职。	1. 年度考核在“称职”及以上等次； 2. 能够较好的完成本职工作； 3. 现任副主任科员以上职级或任科员职级满三年。	1. 近三年年度考核为称职以上等次； 2. 在法官助理或者书记员岗位上工作满一年，符合任职回避要求。
考试内容	考试科目分为综合知识、审判业务、英语。 1. 综合知识考试包括政治、时事、法官职业道德； 2. 审判业务考试包括法律理论与实务； 3. 英语考试侧重于英语基础知识。	笔试内容包括政治理论及审判实务，其中政治理论占20%，以选择题方式闭卷测试；审判实务占80%，以案例分析和撰写判决书方式开卷测试；案例分析和撰写判决书各占审判实务的50%。	1. 业务考试：经审查符合选任资格条件的人员，参加相应类别的业务知识笔试，笔试合格，方能进入素能测试； 2. 素能测试：组建相应类别的面试小组，对通过笔试合格人员的审判业务素质、思辨能力、语言表达能力等进行测试。

上述的多变性使得身处其中的初任法官候选人需要时刻面临可能出现的重大调整。当然，选任机制的多变性并非A市中院所独有。同样的情况还发生了深圳宝安区法院，在2011年的初任法官选任中，该院仅要求参选者从民事、刑事、行政与执行当中任选两类进行业务能力测评，在2012年的选任中则增加法院管理规范内容的考察。同时，还增加了法院工作年限和学历量化评分项目。³⁰对于此种现状，J市中院政治处副主任W在访谈时就提到：“法官晋升的政策经常没有连续性、稳定性与可预期性，主要看领导的想法。”

2. 初任法官选任机制缺乏起码的统一性

我国初任法官选任机制的新病症之二还在于选任机制的高度多元，缺乏起码的统一性。虽然笔者将多元的实践概括为“相马”和“赛马”两种类型，但若仔细审视各类型之下的不同法院，我们仍会发现显著的差异。在“相马模式”中，由于缺乏客观的量化标准，影响伯乐选马的因素是多样的，也可能是无法捉摸的。即使在强调客观量化的“赛马模式”中，“赛事”也千差万别。

表4：“赛马模式”法院选任机制的差异性³¹

法院	考核主体	综合考核内容
厦门集美法院	全体院领导、各庭领导、一般干警	裁判文书写作、命题作文、庭审测评、民主测评、综合绩效
厦门思明法院	全体院领导、各庭领导	庭审评查、考试
深圳福田法院	选任委员会（区有关部门和人大代表、政协委员、律师代表、专家学者和人民陪审员代表）	庭审能力测评、裁判文书写作（大学老师和律师担任评委，现场旁听模拟庭审打分；模拟庭审后制作裁判文书，再匿名交由大学老师评分）
深圳宝安法院	大评审团（院党组成员、中层干部代表、法官代表、区人大代表、区政协委员）	业务能力测评（民事、刑事、行政与执行当中任选两类）、考察（审判与执行流程管理规定、合议庭规则、党风廉政建设制度）

³⁰ 参见金晶：《创新初任法官选拔机制》，载《宝安日报》2012年6月20日第C6版。

³¹ 根据媒体报道整理而成。参见金晶：《创新初任法官选拔机制》，载《宝安日报》2012年6月20日第C6版；蓝水风：《集美法院 人才培养显成效 80后法官挑大梁》，载《厦门日报》2014年4月29日B07版；福田法院：《我院创新选任方式遴选20名初任法官》，载福田法院网 <http://www.ftcourt.gov.cn/news/newsdetail.aspx?cls=1&id=1284>；王华：《兴安法院竞争性选任助理审判员》，载广西法制网 http://www.gxfzw.com.cn/news/news_show.asp?id=204058；李志荣：《秦安法院助理审判员竞争上岗活动顺利完成》，载秦安政府网 http://www.qinan.gov.cn/html/2013/bmdt_1029/7567.html。最后访问时间2014年10月12日。

广西兴安法院	全体院领导、各庭领导、 一般干警	理论考试 30 分、速录速度测试 20 分、演讲答辩 20 分、民主测评 15 分、发表文章 15 分
甘肃秦安法院	全体院领导、各庭领导、 一般干警	综合业绩评价 20%、专业知识考试 20%、面试 20%、民主测评 20%、党组评价 10%、获奖加分 10%

表 4 总结了各地采用“赛马模式”法院选任机制的具体规定。可以发现，其间的差异性令人惊讶。即使是处于同一地域的，采取相同模式的法院，其初任法官选任细节也可能有深刻的不同。比如厦门的集美法院和思明法院以及深圳的福田法院和宝安法院在参与主体和综合考核内容方式也各行其是、不一而足。多元的选任机制客观上加剧了不同法院初任法官资质的差异性。

3. 初任法官选任机制对竞争过度强调

我国初任法官选任机制的新病症之三可能还在于对竞争化的过度强调。这一趋势至少可以追溯到 2005 年前后。该年发布的《人民法院第二个五年改革》明确提出要建立符合法官职业特点的选任程序和晋升程序。在此后改革中，“凡晋必考”和“竞争上岗”的理念被日益强调，甚至有过度 and 滥用的趋势。正如 J 市中院政研室副主任 W 回应的那样：“我从书记员、助审、成为合议庭成员、审判长、审判员再到副主任，也就是副处，每一级都是笔试、演讲、面试、各种测评，还有哪个行政机关有法院这么多层级，这么激烈的竞争？”

尽管竞争性的“赛马模式”有利于打破院领导对初任法官选任掌握的绝对权力，使得候选人能在一定程度上凭借其在比赛中的优异表现实现晋升。但在笔者看来，强调公开竞赛的“相马模式”至少需要面对以下两方面的诘问：

第一，如何确保竞赛的内容科学合理？究竟是一次性竞争亦或是潜移默化的观察更能选拔出优秀的法官？这是个颇具争议的问题。毕竟，优秀的法官候选人也有可能“在赛场”上发挥失常。另一方面，如何保证竞赛的内容的科学性，进而测试出候选人的真实水平也是值得关注的方面。简单的例子是对时政内容的考试是否就能够测算出候选人的政治水平？

第二，如何避免过度竞争化所导致的法院运转成本的增加？“赛马模式”是一个法院特定时期的公共事件。“赛马”的程序越复杂与精细，其涉及的主体就可能越多，也就因此需要花费更长的时间。B 市中院政治部主任 H 在访谈就指出：“竞争上岗很复杂，要两三个月时间”，他进一步解释到：“二、三十个人考 5、6 个职位。要制定方案、标准，还要动员报名、审查，组织考试，考试还要出题，出题的范围很复杂、繁琐，考试出题不能光是内部的人出题，还邀请大学老师出题，还包括政治上的

问题，阅卷、公布成绩，还需组织演讲。制定评分标准、群众评分表，公布初步人选、考察座谈、党组综合打分评定，然后公示，有意见的要核实，无意见的向人大写汇报材料。人大批下来怕是有 2、3 个月了。”

（三）新问题的成因分析——地方试点主义的视角

如果说宏观、中观与微观的制度环境在很大程度上型塑了我国初任法官选任机制的基本模式、多元面向和对公开竞争的偏好的话，那么司法改革中“地方试点主义”路径的推行以及在此过程中“政治锦标赛”的行事逻辑则从根本上决定了我国法官选任机制走向变动、多元与偏好竞争。

在研究中国经济奇迹时，许多国外专家学者选择了不同的视角，其中“地方试点主义”（experimentalism）令人印象深刻。海尔曼教授（Heilmann）认为，地方试点主义起源于分散的地方试点（decentralized experiment）。这些试点通常得到了高层的某种支持。而当试点被证明是卓有成效时，官方将会从成功的试点中萃取出典型经验（model experience），并进一步通过高覆盖率的媒体宣传、高规格的工作会议和地区间的经验交流实现全面推广。^{[5] [P2]} 地方试点主义最重要的特征在于给予基层组织以自主性和政策空间。

作为国家权力的重要组成部分，司法机关在过去三十年的改革也很大程度上呈现出“地方试点主义”特征。哥伦比亚大学中国问题专家李本教授（Benjamin Liebman）就观察到：“中国的法院正在经历显著的变化。但是近期绝大多数最重要的变化都来自地方法院，而不是在最高法院的命令之下”，“中国法的法院长期以来都在推行各种各样的试验。近年来，有些法院甚至做出了明显挑战现有法律规范或者有意识地创造新的法律依据。”^{[6] [P30-31]} “在某领域实现首例式创造并经实践检验上升为全国性的制度设计，被认为是法院创新能力和综合实力的体现，甚至是全国一流法院的标志”。^{[7] [P83]} 中国地方法院所进行的试点不甚枚举。以厦门市思明区法院为例，该法院就是全国第一个使用法槌的法院，这一制度后来被推广至全国；³² 同样在该法院推行的证人手按宪法宣誓的改革则因为未受认可而无疾而终。³³

可见，我国许多司法改革的推行，都是建立在自下而上的模式之上，都是由自发生（试点）到被高层认可并最终推广的路径。这便是经济领域的“地方试点主义”在司法改革领域的投射与再现。具体来看，我国司法改革的“地方试点主义”在决定初任法官选任机制变动性的同时，加剧了多元性与对公开竞赛的偏好：

³² 参见《厦门法院首次敲法槌》，载《新闻晚报》2001 年 9 月 16 日第 3 版。

³³ 参见郑金雄、王旭：《手按庄严的宪法宣誓 厦门市思明区法院试行证人宣誓制》，载《法制日报》2001 年 12 月 5 日。

第一,地方试点主义决定了初任法官选任机制的变动性。因为试点本身就意味着不稳定,意味着调整,意味着可能失败,意味着需要不断试错。中央政法委书记孟建柱在近期的一次发言体现了中央对地方司法改革试点的支持:“试点工作中,可以先慢后快,走小步、不停步,积小胜为大胜。”³⁴“走小步、不停步”的必然结果就是政策的多变性。

第二,地方试点主义过程中的“政治锦标赛”加剧了初任法官选任机制的多样性和对公开竞争的过度强调。“政治锦标赛”(political tournaments)最初被应用于政府行为的分析,是指“上级政府对多个下级政府部门的行政长官设计的一种晋升竞争,竞争优胜者将获得晋升,而竞赛标准由上级政府决定,它可以是GDP增长率,也可以是其他可度量的指标”。^{[8](P22)}同一行政级别的地方官员,无论是省、市、县还是镇一级,都处于一种政治晋升博弈,或者说政治锦标赛。^{[9](P34)}如果说制度环境型塑了初任法官选任机制多样的基本面貌,那么政治锦标赛就进一步加剧了此种多样性。原因就在于要想被选为典型就必须有足够的创新——一定要采取与其他法院不一样的路径、要不断“推陈出新”,从而引起上级注意。正因如此,各地法院才会在初任法官选任的综合测评方面“煞费苦心”:考试内容日益丰富,且从法院出题过渡到大学教师出题;民主测评由“背靠背”转为演讲打分,且从法院内部打分过渡到邀请更多主体参与等。一言以蔽之,如何把“考”做出新意、做出亮点就成为能否在锦标赛中获胜的关键。由此,过度强调公开竞赛的问题也就逐渐暴露,并愈演愈烈,甚至有危害司法理性的趋势。³⁵

五、结语

随着十八届三中全会之后司法改革的推进,建立省级统管的初任法官选任制度已经成为大势所趋。在已经获知的上海、广东、湖北、吉林、青海和海南六省提交的方案来看,由省政法委或者省高院牵头的统一遴选模式统一似乎是未来法官选任机制的必由之路。³⁶考虑到竞争上岗这一命题所受到的普遍认可,以及目前诟病颇多法官队伍规模,未来法官选任机制将很可能走一种“赛马模式”——通过竞赛/考试缩减

³⁴ 孟建柱同志在2014年7月15日在司法体制改革试点工作座谈会上的讲话。参见孟建柱:《扎实推进司法体制改革试点工作 努力提高新形势下政法工作能力和水平》,载《长安》2014年第10期。

³⁵ 学者高翔曾对我国地方法院竞争的现象进行专门研究,他认为地方法院竞争目的功利性会抵牾司法理性。参见高翔:《中国地方法院竞争的实践与逻辑》,载《法制与社会发展》2015年第1期。在初任法官选任的场域中,过度强调综合考核的形式与内容创新无疑是司法丧失理性的表现。

³⁶ 各地试点的相关信息可参见任重远:《学者建议由人大主导法官遴选司法改革:法官谁来选,怎么选》,载《南方周末》2014年9月25日。

法官队伍的规模。仅仅有此判断还不足够,司法改革成功的关键不仅依靠宏观的构建,更依赖细节的设定——有时后者更加重要。笔者认为要完善法官选任改革的细节构建必须回应以下几个系列的问题:

第一,如何在统一遴选的基础之上兼顾各地法院面临微观制度环境的差异?法院面临的微观制度环境决定了差异化的法官选任机制,并造成了地区之间法官资质的差异。此种现状是一种必然。那么省级统筹进行的“赛马模式”究竟是将所有候选人固定在一个“赛场”上进行?还是根据省域内的具体情况划分为若干不同“赛场”?如果选择统一的标准按照竞赛结果的排名择优录取,会不会加剧了经济发展水平落后地区的法官断层?如果按照不同的地区划分为几个“赛场”,如何保障这种划分是合理的?或者说如何不会让法官的资质差异过大?

第二,如何保障竞争式选拔过程中竞赛内容的科学性?要明晰这个问题,其实必须先确认法官究竟需要什么样的资质,业务能力、政治素质、沟通协调能力、人缘,哪些才是法官需要具备的资质?哪些资质适合通过竞赛测度?以什么方式进行测度,考试、面试、笔试亦或是演讲?

第三,如何保障全省范围内竞争式选拔高效且低成本地运作?前文已经提及,“赛马模式”是一个高度耗费成本的机制。竞赛的内容越精细,耗费的时间越长和成本越大。更进一步,省政法委或者省高院是否具有这样的组织能力来运作这样的任务?它是否因为着人员规模扩张?

针对上述的追问,笔者有如下几点建议:第一,未来我国法官选任机制应该采用“相马”与“赛马”模式的结合。一方面,要由选任委员会对候选人长期的工作业绩进行评价并量化。目前已经广泛建立法院内部案件系统能够提供基础数据,下一步改革需要构建的只是折算候选人历年业绩的框架与方法;另一方面,选任委员会还应当组织特定的考试和测评,对候选人的资质进行考察。两种模式的结合即避免了传统“相马模式”可能带来的暗箱操作,也避免了新兴“赛马模式”所产生的对竞赛的过度迷信及其负面影响。

第二,省级统筹选任的前提之下应该兼顾地方差异。如果完全不考虑地域差别,一步到位地在全国层面上实行统一的法官选任,其结果可能只会造成新制度主义视野中的“强制同形”,最终结果便是“脱藕”。笔者认为应当在“赛马模式”的基础之上将一个省域划分为3个法官选任区,分别进行法官选任。对于此种分类方式,司法系统应该不会陌生。³⁷

³⁷ 比如在法院公用经费保障的改革中,省级法院就对省域内的法院进行了分类,并确定了不同的保障标准。

第三,竞赛的内容应该以测试候选人的业务能力为核心。因此与业务能力测试无关的部分应该尽量删减从而提高选任的效率和精度。专业知识、庭审驾驭能力和法律文书撰写能力应当成为竞赛的核心内容。而诸如英语水平、速录能力无疑应该从竞赛中剔除。同时,在当前“赛马模式”中广泛存在的民主测评也应该剔除——它是对法官人缘的测度,与业务能力并无多大关联。

中国审前羁押实践究竟有何弊端?

——基于司法数据的比较实证分析

林喜芬*

摘要: 羁押率高和羁押/诉讼期间合一是中国刑事审前羁押的两大痼疾。通过采用不同的数据分析方法,并与域外司法的实践数据比对,本文指出中国审前羁押率虽然并不像通论所说的那样高,但仍有违国际刑事司法准则中“以羁押为例外”的法治原则。而羁押/诉讼期间合一的制度安排虽然可能导致嫌疑人被“一押到底”,但是审前羁押的总期间却并不长于、甚至还短于西方法治国家。仅作事实层面分析,之所以会出现羁押期间较短的“向好”特征,是因为“高羁押率”、“一押到底”客观上可迫使嫌疑人供述,进而促使刑事程序增速。

关键词: 审前羁押; 高羁押率; 一押到底; 司法数据

一、引言:作为附属强制措施的审前羁押

在中国刑事诉讼法中,关于自由权的限制,是一个较为复杂的问题。中国法定的强制措施共有五种,拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕。其中,拘传、取保候审、监视居住是限制公民人身自由的强制措施,而刑事拘留和逮捕是剥夺公民人身自由的强制措施。对于羁押,则并不是一种独立的强制措施,它是由逮捕的适用所带来的、持续限制被追诉人人身自由的当然状态和必然结果。¹一般认为,拘留是公安机关、检察机关在紧急情况下对现行犯或重大嫌疑人采取的暂时剥夺人身自由的强制措施。值得注意的是,拘留也会引发一定期间的羁押,由于该羁押时间最长可以持续 37 日,²已经很难说这只是暂时性地剥夺人身自由,可以说,公安机关³也有权决

*作者简介:林喜芬(1982-),男,天津静海人,上海交通大学凯原法学院副教授,法学博士。研究方向:刑事诉讼法。13918012681;地址:上海市徐汇区华山路 1954 号上海交通大学凯原法学院,200030。

¹ 参见陈瑞华:《审前羁押的法律控制——比较法角度的分析》,载《政法论坛》2001 年第 4 期。

² 公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》2013 年 1 月 1 日)第 125 条规定,对被拘留的犯罪嫌疑人,经过审查认为需要逮捕的,应当在拘留后的三日以内,提请人民检察院审查批捕。在特殊情况下,经县级以上公安机关负责人批准,提请审查批准逮捕的时间可以延长一日至四日。对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子,经县级以上公安机关负责人批准,提请审查批准逮捕的时间可以延长至三十日。”

³ 根据中国刑事诉讼法及相关司法解释,国家安全机关在侦查危害国家安全的犯罪案件、人民检察院在侦查职务犯罪案件、军队保卫部门侦查军队内部发生的刑事案件、监狱侦查罪犯在监狱内犯罪的案件等,可以行使类似于公安机关的拘留权。

定羁押。但限于篇幅,本文所关注的羁押问题,主要是针对附着于逮捕的羁押问题,而不包括拘留导致的羁押问题。而逮捕则是检察机关、法院对那些有证据证明有犯罪事实、可能被判处有期徒刑以上刑罚、采取其他强制措施不足以防止发生社会危害性的嫌疑人,决定实施的剥夺人身自由的强制措施。中国宪法第37条第1款规定“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯”,同时第2款规定“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。”刑事诉讼法进一步确立了“侦查中由人民检察院批准、决定逮捕”与“审判中由法院决定逮捕”的双轨制逮捕审查模式。⁴具体而言,在侦查阶段,公安机关和检察机关在各自负责侦查的案件中行使侦查权时,若需要逮捕嫌疑人都必须报请检察院的侦查监督部门审查决定;⁵除此之外,如果犯罪嫌疑人在审前程序中未被逮捕,在审判阶段才发现需要逮捕,法院也可以在符合条件的情况下决定逮捕。由于审前程序中的羁押对审判环节的羁押起着前设和主导意义,因此,审前羁押问题也格外引发学界的关注。

二、中国审前羁押率到底有多高?

(一) 中国审前羁押率的以往计算方法及局限

近年来,一系列的资料显示,中国的刑事审前羁押比例高达80%以上,甚至在有些地区,在有些案件类型中,可以达到90%以上。即使是对未成年人犯罪案件,尽管中国对未成年人犯罪一贯实行“教育为主、惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针,但有资料显示,近年来检察机关批准逮捕的未成年人占公安机关提请逮捕人数的比例也接近90%。⁶然而,犯罪嫌疑人在中国在羁押状态等候审判的比例到底有多高,却并没有较合理的数据证实。对此,最精确的计算方法,应当是“羁押率=逮捕羁押数/(逮捕羁押数+未逮捕羁押数)”,鉴于未逮捕数不易获得,一些学者曾利用《中国法律年鉴》中的数据,试图证明中国的审前羁押比例很高,通行的做法是将历年检察机关的逮捕数与法院的有罪判决数求比,得出接近甚至高于100%的数值,据此推断中国的审前羁押比例很高。⁷但是,这些研究都在计算方法上存在较大的问

⁴ 参见刘计划:《逮捕审查制度的中国模式及其改革》,载《法学研究》2012年第2期,第122页。

⁵ 为了强化对职务犯罪案件逮捕环节的监督制约和业务指导,最高人民检察院出台了《关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定(试行)》。由此,自2009年9月1日起,全国大部分地区的检察机关开始实施省级以下(不含省级)检察院直接受理侦查案件由上一级检察院(侦查监督部门)审查逮捕的改革。

⁶ 参见王守安:《健全逮捕裁量制度:贯彻“少捕、慎捕”政策的另一种思路》,载《人民检察》2010年第6期,第50页。

⁷ 类似的研究,参见孙长永:《比较法视野中的刑事强制措施》,载《法学研究》2005年第1期;参见刘计划:《逮捕审查制度的中国模式及其改革》,载《法学研究》2012年第2期;万毅:《逮捕并非“打击刑事犯罪”的手段——检察机关不宜向人大汇报批捕人数》,载《法学》2009年第1期。

题:第一,从刑事司法的运行实践看,逮捕之后,案件可能被起诉,也可能被不起诉;起诉之后,案件也可能被作出有罪判决和无罪判决,在中国,甚至还可能会存在检察院撤回公诉的情况。大致准确的计算方法应该是“羁押率=逮捕羁押数/(有罪判决数+无罪判决数+撤诉数+不起诉数)”,虽然有罪判决数和无罪判决数可以从年鉴中找到,但撤诉数和不起诉数都是较不确定的未知数,因此,试图将两个不确定因素直接化约掉的做法并不科学。第二,承接第一,实际上,即使得出捕判率较高的数值也并不具有说明羁押高的意义,因为很可能因为不起诉数、无罪判决数足够大,而使得“逮捕羁押数/有罪判决数”的数值足够大,甚至远大于1。例如,假设某国在一段时期逮捕羁押数是100,未羁押数是100,这些案件被作出起诉决定的80件,作出不起诉决定的120件,被起诉的案件中被定罪的有一半,是40件,未被定罪的有一半,也是40件。如果按照“羁押率=逮捕羁押数/有罪判决数”,则得出羁押率为100/40=250%的结论,这既不科学,也无法解释。实际上,该国这段时期的羁押率为“逮捕羁押数/(逮捕羁押数+为逮捕羁押数)=100/(100+100)=50%”。第三,判决数隶属于审判环节,与逮捕羁押数之间还间隔着公诉环节,用求取捕判率的方法估算羁押率较为间接,不如直接考察逮捕环节与公诉环节之间的数据。

(二) 本文的计算方法及结果

为此,本文将采取逮捕环节与公诉环节的数据进行分析。以往类似的分析也存在,但是,仍然在计算方法上犯了类似于前面的错误,即直接用“逮捕羁押数/提起公诉数”得出羁押率。⁸这虽然比上述研究更进一步,但仍然忽略了大致精确的计算方法应当为:羁押率=逮捕羁押数/(提起公诉数+不起诉数),因为“(逮捕羁押数+未逮捕羁押数)≈(提起公诉数+不起诉数)”,因此,直接用“逮捕羁押数/提起公诉数”计算,当“不起诉数”比较大时,可能得出羁押率不合理偏高的结论,同样的以上面的假设为例,这样计算的羁押率可能是100/80=125%,而实际仅为50%。本文的计算公式为:

$$\text{羁押率} = \text{逮捕羁押数} / (\text{提起公诉数} + \text{不起诉数})$$

当然,第一,由于我国不起诉数在年鉴中也并不易获得,因此,在具体操作时,我们会根据中国实践中的一些间接数据来近似计算。对于不起诉率,1996年修订的刑事诉讼法颁布实施两年后,最高人民检察院下文对不起诉率的控制范围作出明示或

⁸ 参见陈永生:《逮捕的中国问题与制度应对——以2012年刑事诉讼法对逮捕制度的修改为中心》,载《政法论坛》2013年第4期。

默示的规定，⁹基层检察机关也都规定了针对不起诉率的考核要求，这使得实践中检察院的不起诉率一直在低位徘徊，这使得检察机关（人员）在对案件拟作不起诉处理上始终保持非常谨慎的态度，唯恐被认为是执法不严、放纵犯罪。以1997年到2000年之间的不起诉率变化为证，1997年全国检察机关不起诉率是4.2%，到了1998年、1999年和2000年则迅速下降到了2.5%、2%和2%。¹⁰其他一些实证数据显示，某市2003-2006年全年不起诉比率不到1%，以2007年为界，2007年以后，不起诉案件的案件数与人数均有明显增加。但就总量而言，即使在2007年以后，不起诉案件的件数和人数依然明显偏低，占全年审结案件总比例最高不到4%。¹¹为此，在本文的数据处理时，（1）1997-2000年有间接数据的，不起诉率采间接数据；（2）2001-2006年，估算为1%~2%；（3）2007年之后，由于明示的对不起诉率的限制取消，这可能导致各地不起诉率上升，估算为4%~5%。

第二，以往研究均没有注意到，审查逮捕的期间（法律规定的为7日）和审查起诉的期间（法律规定的为1~1.5个月，即30~45天）存在较大差别，可能导致同一年度的逮捕工作与公诉工作并不对应。因此，在一年内，公诉部门在12个月份审查起诉的案件大致对应的是侦查监督部门在11个月份审查逮捕的案件，因此，如果通过“羁押率=逮捕羁押数/（提起公诉数+不起诉数）”这一公式计算中国每年的审前羁押率，代入公式的逮捕羁押数应当是每年11个月的逮捕羁押数，代入公式的提起公诉数和不起数应当是每年12个月的提起公诉数和不起数。

表一：中国检察机关逮捕数与检察机关审查起诉数暨审前羁押率表（1997-2013年）

年度	全国检察机关批准、决定逮捕的人数		全国检察机关提起公诉的人数	不起诉率 (估值)	全国检察机关审查 起诉案件	审前羁押率
1997	537363	492582	525319	4.2%	548350	89.83%
1998	598101	548259	584763	2.5%	599757	91.41%
1999	663518	608225	677236	2.0%	691057	88.01%
2000	715833	651080	708836	2.0%	723302	90.72%
2001	841845	771691	845306	1%-2%≈1.5%	858179	89.92%

⁹具体而言，1998年最高人民检察院即发文控制不起诉率，2001年最高人民检察院印发《人民检察院办理不起诉案件案件质量标准（试行）》和《人民检察院办理起诉案件质量标准（试行）》明文规定了不起诉错误和不起诉质量不高的情形，实际上是变相地对检察机关的不起诉裁量权做出了限制。2005年制定的《检察机关办理公诉案件考评办法（试行）》明文要求自侦案件、破坏社会主义市场经济秩序和普通刑事案件的不起率不能高于12%、7%、2%，2007年最高人民检察院将修订了上述两项《标准》，取消对不起诉率的明文控制。

¹⁰参见唐荣：《不起诉适用率偏低的历史原因浅析》，载《法制生活报》2014年7月16日，第3版。
¹¹参见成懿萍：《刑事不起诉率偏低之实证分析——以某地2003-2010年刑事不起诉案件为分析对象》，载《中国刑事法杂志》2011年第8期。

2002	782060	716888	854870	1%-2%≈1.5%	867888	82.60%
2003	764776	701045	819216	1%-2%≈1.5%	831691	84.29%
2004	828180	759165	897974	1%-2%≈1.5%	911649	83.27%
2005	876419	803384	981009	1%-2%≈1.5%	995948	80.67%
2006	906936	831358	1029052	1%-2%≈1.5%	1044723	79.58%
2007	937284	859177	1113319	4%~5%≈4.5%	1165779	73.70%
2008	970181	889333	1177850	4%~5%≈4.5%	1233351	72.11%
2009	958364	878500	1168909	4%~5%≈4.5%	1223988	71.77%
2010	931494	853870	1189198	4%~5%≈4.5%	1245234	68.57%
2011	923510	846551	1238861	4%~5%≈4.5%	1297237	65.26%
2012	969905	889080	1390771	4%~5%≈4.5%	1456305	61.05%

基于上述方法，可以得出表一中的审前羁押率数据，即1997年至2005年之间，审前羁押率大致在90%-80%之间波动，并逐渐递减；2006年至2009年之间，审前羁押率大致在80%-70%之间波动，并逐渐递减。2010年之后，审前羁押率甚至跌破70%。也就是说，在2006年之后，审前羁押率已经很难说仍保持在80%以上，截止2010年之后，更是不足70%。对于这一数据，可能的质疑是，以上数据均来源于《中国法律年鉴》，且中国这一整体甚为庞大，既包括了各地区检察院的情况，也包括了各层级检察院的情况，内部存在着很不均衡的特点。为此，笔者专门考察了H市F区检察机关2004年至2014年的审查逮捕数作为辅证。F区是地处城乡结合区域，F区检察院是一基层检察院。F区检察院的数据显示，第一，在基层地区，各年份的审前羁押率可能会波动非常大，例如，2008年的审前羁押率高达91%，不仅高于上一年度10%左右，而且高于下一年度15%左右。这可能与某些年份特殊的政法任务有关。第二，基层地区的审前羁押率数据也并未呈现出逐年趋低的走势，当然，存在一个总体趋低的态势。第三，总体趋势与中国所有检察机关的总体趋势是基本吻合的，而且，截止2010年左右，审前羁押率已经不足70%。

表二：H市F区检察机关逮捕数与审查起诉数暨审前羁押率表（2004-2013年）

年度	F区检察院批准、决定逮捕的人数	F区公安局移送起诉人数	审前羁押率
2004	582	742	78.4%
2005	739	—	?
2006	—	—	—
2007	1598	1972	81.0%
2008	2224	2445	91.0%
2009	1704	2294	74.3%
2010	1569	2254	69.6%

2011	—	—	—
2012	2043	3143	65.0%
2013	2007	3017	66.5%
2004~2013 (除 05、06、11 年)	11727	15867	74.0%

(二) 中国审前羁押率的评析：与域外数据的比较

尽管近年来中国审前羁押率已降至 70% 左右，但当前比率与国际上通行的刑事司法准则相比，仍显悖逆。对于审前羁押而言，联合国《公民权利与政治权利国际公约》第 9 条规定：“等待审判的人被置于羁押状态不应当是一般的原则，但是释放时可以附加担保在审判时或司法程序的其他阶段出庭或者在案件需要的情况下于执行刑罚时到场的条件”。联合国人权事务委员会在关于该条规定的“一般性评论”中明确指出：“审前羁押应是一种例外，并尽可能的短暂。”¹² 联合国大会 1988 年 12 月 9 日通过的《保护所有遭受任何形式羁押或

监禁的人的原则》第 39 条规定：除了在法律规定的特殊案件中，经司法机关根据司法利益决定羁押的以外，被追诉者有权在等待审判的过程中被释放。联合国大会 1990 年 12 月 14 日批准的《非拘禁措施最低限度标准规则》第 61 条也规定：“在适当考虑对指控犯罪的调查以及对社会和被害人的保护的同时，审前羁押应当作为刑事程序中的最后手段加以使用。”这些规定均表明，犯罪嫌疑人和被告人在判决以前的等待过程中不被长时间地剥夺人身自由应当是一种原则，而未决羁押只是万不得已的情况下才能采取的例外措施。

不仅如此，与其他国家相比，中国羁押候审率也明显高于主要的法治国家。就其他国家的操作实践来看，无论是在 20 世纪 90 年代，还是在 21 世纪以来，其审前羁押率普遍没有超过 50%，大多在 0% 至 30% 之间。

第一，20 世纪 90 年代的数据显示，各主要法治国家有着较低的审前羁押率。例如，在美国，根据联邦司法部的统计，1996 年，在警察逮捕后被指控犯有联邦法上的罪行的 56982 人中，经法院批准羁押的仅占 34%，其他多数嫌疑人都以个人具结或保释的形式被释放。¹³ 英国自《1976 年保释法》实施以后，羁押候审的比例大幅度下降，1990 年降至 10%，其后虽有一定程度的回升，但最高年份 2000 年也只有 14%。¹⁴ 德国的前西德各州，2000 年全年只有 36000 人受到审前羁押，大约占刑事法院判决人数的 4%，如果排除违警

¹² CCPR General Comment No. 08: Right to Liberty and Security of Persons (Art. 9), 30/06/82. <http://www.unhcr.ch/tba/doc.nsf> (2004-7-19).

¹³ See Federal Bureau of Statistics, Federal Pretrial Release and Detention 1996, <http://www.usdoj.gov> (2014-12-19).

¹⁴ 参见[英]麦高伟、威尔逊主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社 2003 年版，第 110 页以下。

罪，被审前羁押的嫌疑人比例大约是 6%。¹⁵ 在日本，1990 年未决羁押率为 21.8%。如果对不同种类犯罪分别计算的话，未决羁押率最低的是盗窃罪，只有 14.2%；最高的是毒品犯罪，为 63.9%。¹⁶

第二，进入 21 世纪，除了美国的数据有所上升，其他国家仍保持低位状态。其中，美国也许是法治发达国家中未决羁押率最高的。自 2001 年到 2007 年，美国未决羁押率从 53% 上升到了 64%，这引起了美国法律界的高度警惕。在这一背景下，受美国联邦司法部的委托，美国联邦羁押管理办公室经过对美国联邦司法系统自 2001 年 10 月 1 日至 2007 年 9 月 30 日适用审前羁押的 565178 件刑事案件进行分析，提议建立审前羁押风险评估机制，以有效降低审前羁押率。¹⁷ 欧盟委员会曾对 27 个成员国自 1999 年至 2007 年 9 年间的未决羁押率进行统计。统计结果表明，欧盟成员国未决羁押率通常都在 10% 至 30% 之间，超过 40% 的很少，超过 50% 的风毛麟角。欧盟各国中，未决羁押率最高的是意大利：2007 年高达 60.4%，还有两年（1999 年、2006 年）超过了 50%，分别为 50.4%、56.9%，其他年份都低于 50%。

未决羁押率最低的是芬兰：2001 年最高，为 16.9%；2003 年最低，仅 12.1%。¹⁸ 日本法务省《犯罪白皮书》显示，在 2004 年，日本各地检察机关处理的刑事案件（不含与交通有关的过失罪和违反道路交通规则的犯罪）中，犯罪嫌疑人的逮捕率（arrestate）仅占 31.8%，2005 年和 2006 年的逮捕率分别为 31.7% 和 30.0%。后续年份的逮捕率也大致如此。¹⁹

表三：主要法治国家或区域的审前羁押率情况

年度	美国	英国	欧盟	德国	日本
1990s	34% (1996)	10%-14%	—	4%-6%	21.8% (1990)
2000s	53%~64 (2001-2007)	—	10%-30%	—	30.4% (2003)

第三，到底如何评价中国审前羁押率逐年降低的走势，还不得而知。两个可能的推测是：其一，从宏观层面讲，自 20 世纪 90 年代以来，以 1996 年和 2012 年两次刑事诉讼法修订为契机，理论界对中国审前羁押率高所引发的危害，以及“以捕代侦”等实践痼疾，持续了

¹⁵ 参见[德]魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 95 页。

¹⁶ [日]田口守一：《逮捕后的人身羁押》，载[日]西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，中国·法律出版社、日本国·成文堂 1997 年联合出版，第 326 页。

¹⁷ Maric Van Nostrand & Gena Keebler, Pretrial Risk Assessment in the Federal Court: For the Purpose of Expanding the Use of Alternatives to Detention, U. S. Department of Justice, April 14th, pp. 1-5 (2009).

¹⁸ A. M. Van Kalmthout & M. M. Knapen, C. Morgenstern (eds.), Pretrial Detention in the European Union: An Analysis of Minimum Standards in Pretrial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU, Wolf Legal Publishers, Chapter 1, p. 42 (2009).

¹⁹ 参见日本历年的犯罪白皮书，http://www.moj.go.jp/housouken/housou_hakusho2.html (2015-1-12 访问)

近 20 余年的批判,实务界在理论界和社会各界的批评下,也持续自省,最终,外部的法治话语和内部的改革自省可能在降低审前羁押率方面起着作用。其二,从微观层面讲,近年来,实务界在内部工作绩效考核方面对不捕率指标有了一定的松动,即,不再过度强调降低不捕率。至于是否是这两个方面的原因,以及是否是其中之一,都有待进一步的实证检验。但在此,不得不指出的是,如果上述宏观和微观的因素在催使审前羁押率降低或促进审前程序法治化方面在起作用的话,社会公众和民意机构对检察机关不捕率变低也应持一种宽容态度。因为每年检察机关将逮捕数作为向人大做年度报告时的工作绩效时,从另一个侧面讲,也许是民意机构和社会公众对此有所期许。²⁰在此,从已有数据显示,我们无从知晓检察机关的以下行为是否是有意识地进行,即一方面向人大强调逮捕数在增高,而另一方面又在潜在地降低逮捕羁押率(因为案发数也大幅增加了)。如果是这样的话,降低羁押率的一个重要因素也许是民众能够真正认识到“羁押仅仅是一种程序性保障措施,而非实体性处罚措施”。

三、如何评价中国审前羁押的“一押到底”?

(一)“羁押/诉讼期间合一”与“一押到底”

从制度规范上讲,中国的审前羁押还表现出“羁押期间长”和“一押到底”的特征。从中国刑事诉讼法中关于逮捕后侦查羁押期间的规定来看:(A)一般重罪在逮捕后的侦查羁押期限最长可以达到 5 个月,即,一般不得超过 2 个月;案情复杂、期限届满不能终结的案件,经上一级检察院批准,可以延长 1 个月;经省级检察院批准或决定,可以再延长 2 个月。(B)如果是特别重罪,最长可以达到 7 个月,即可能判处十年有期徒刑以上刑罚,经省级检察院批准,可以在(A)情况的基础上,再延长 2 个月。(C)如果是案情或嫌疑人情况特殊(即,发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的,自发现之日起重新计算羁押期限。不讲真实姓名、住址,身份不明的,经县级以上公安机关负责人批准,羁押期间从查清其身份之日起计算),还可以暂停计算,使得羁押期间的初始点待定。由此可见,审前羁押基本上依附于整个刑事追诉活动,在检察院对逮捕作出批准或决定之后,羁押期间是伴随着诉讼的进程而往后顺延,即诉讼进行多久,被追诉人就被羁押多久。²¹这就是所谓的“一押到底”的现象或特点。

换言之,除了(C)所涉及的情形,嫌疑人被逮捕之日就是被羁押的起始日除了有严

重疾病或怀孕等特殊情况,案件的诉讼终结之日可能才是被羁押的终结之日。因此,如果要计算中国犯罪嫌疑人在审前程序中的被羁押期间,不仅要计算逮捕之后的侦查羁押期间,还要计算检察院的审查起诉期间,两者的“和”才是审前羁押的期间。针对检察院的审查起诉期间,中国刑事诉讼法的规定,人民检察院对于公安机关移送起诉的案件,应当在一个月以内作出决定,重大、复杂的案件,可以延长半个月。也就是说,被追诉人在审查起诉期间被羁押的时间大致为 1~1.5 个月。这样一来,中国犯罪嫌疑人若犯一般重罪,审前羁押期间可长达 $5+(1\sim1.5)=6\sim6.5$ 个月;若犯特殊重罪,审前羁押期间可长达 $7+(1\sim1.5)=8\sim8.5$ 个月。

值得注意的是,由于中国的刑事诉讼程序还可能出现“回流”或“倒转”现象,也就是说,诉讼期间虽然仍处于审前程序,但诉讼期间却可能长于上述情况。具体而言,人民检察院审查案件,对于需要补充侦查的,可以退回公安机关补充侦查,也可以自行侦查。对于补充侦查的案件,应当在一个月以内补充侦查完毕。补充侦查以二次为限。补充侦查完毕移送人民检察院后,人民检察院重新计算审查起诉期限。例如,一个人在被检察院审查起诉期间,检察院审查了 1 个月,认为需要延长,延长了半个月,然后,认为有必要退回公安机关补充侦查,并将案件退回公安机关;公安机关补充侦查了 1 个月,重新移送检察院审查起诉;检察院重新计算审查起诉期间,审查了 1 个月之后,认为需要延长,又延长了半个月,然后,检察院认为仍有必要退回公安机关第二次补充侦查,并将案件退回公安机关;公安机关进行第二次补充侦查并用足了 1 个月的补充侦查期间,然后,重新移送检察院审查起诉;检察院重新计算审查起诉期间,审查了 1 个月,认为需要延长,延长了半个月,最后做出起诉或不起诉决定。这样一来,整个审查起诉期间就可能长达 $(1+0.5)+1+(1+0.5)+1+(1+0.5)=6.5$ 个月。在此情况下,中国犯罪嫌疑人若犯一般重罪,审前羁押期间可长达 $5+6.5=11.5$ 个月;若犯特殊重罪,审前羁押期间可长达 $7+6.5=13.5$ 个月。

当然,上述均是基于制度上的理论分析,实践中,审前羁押不可能都这么长,甚至不像学界一般想象的那样长。从实践的角度讲,基于笔者曾于 2005 参与的一项针对中国 S 省刑事诉讼运行机制的实证研究,其结论显示,2004 年度 S 省 N 县、Y 区、J 区公安局侦查的案件,平均逮捕羁押期间为 25.8 天、42.4 天、52.2 天,平均逮捕羁押期间为 40.1 天。这其中,S 省乃是中国的人口最多的省份之一,而 N 县、Y 区、J 区在样本上分别代表了 S 省经济上欠发展、中等发展和发展最好的区县,因此,样本具有较强的代表性。表四)²²根据针对 S 省另一项关于审查起诉活动耗时的实证研究表明,大约在 20 天左右。这样一算,初略计算,中国审前程序中犯罪嫌疑人被羁押的平均期间大约为 $40.1+20=60.1$ 天。

²⁰ 参见万毅:《逮捕并非“打击刑事犯罪”的手段——检察机关不宜向人大汇报批捕人数》,载《法学》2009 年第 1 期。

²¹ 参见陈瑞华:《审前羁押的法律控制——比较法角度的分析》,载《政法论坛》2001 年第 4 期。

²² 参见左卫民、马静华:《侦查羁押制度:问题与出路——从查证保障功能角度分析》,载《清华法学》2007 年第 2 期,第 77 页。

表五)²³显然, 60 天与 6.5 个月或 11.5 个月存在较大悬殊, 对此实证状况, 理论上可以做出以下解释: 之所以实践中会比一般设想的羁押期间更短, 主要是因为侦查阶段的活动没有使用完法律规范上可以享有的所有办案期间, 与此同时, 检察机关在审查起诉阶段的活动也并没有使用完法律规范上可以享有的所有办案期间, 从而导致嫌疑人在审前程序中的羁押期间大幅度缩短了。当然, 必须承认的是, 制度上所规定的办案期间与羁押期间合一的现象, 即“一押到底”, 在实践中仍然是普遍存在的, 只是因为办案快了, 办案期间短了, 所以羁押期间才变短了。换言之, 嫌疑人被羁押期间的长短主要还是仰赖于办案机关推进刑事诉讼快慢, 而非“嫌疑人是否值得或有必要羁押如此长时间”等其他因素。

表四: S 省 N 县、Y 区、J 区公安局 2004 年侦查的案件平均逮捕羁押期间情况

项目 \ 单位	N 县公安局	Y 区公安局	J 区公安局	三个公安局的均值
平均逮捕期间	25.8 天	42.4 天	52.2 天	40.1 天

表五: S 省 C 市检察机关审查起诉期间的实际办案耗时情况 (1979-2007)

项目 \ 年度	1979	1980	1998	2007
最短审查起诉期限	5 天	8 天	6 天	4 天
最长审查起诉期限	49 天	90 天	29 天	58 天
平均审查起诉期限	21.25 天	29.2 天	12.6 天	19.4 天

(三) 中国审前羁押“一押到底”的评析: 与域外数据比较

在其他主要法治国家, 刑事审前羁押虽然不像中国一样“一押到底”, 但是, 实践中的羁押期间却较中国而言更长。具体而言, 一方面, 在主要的法治国家, 包括美国、英国、德

²³ 参见王昕: 公诉运行机制实证研究——以 C 市 30 年公诉工作为例, 中国检察出版社 2010 年版, 第 156-160 页。需要指出的是, 该实证研究所基于的样本量较为有限, 但鉴于该作者乃是一位有着 20 年以上侦查办案和检察办案的经验, 因此, 这一平均估量即使不作为定量数据, 也可以作为定性数据来使用。

国、法国、日本, 均存在针对羁押(包括审前羁押)的后续审查机制。也就是说, 羁押期间也并不依附于诉讼期间, 并不会随着诉讼的进行而相应顺延, 被追诉人被羁押之后, 在相应的时间内, 司法机关仍需要对是否有必要对被追诉人继续羁押进行审查。以德国为例, 不仅有权决定羁押的法官需要定期对羁押的必要性进行审查, 而且, 被羁押人也可以基于法定的事由而行使诉权, 向有权决定羁押的法官提出解除羁押的申请, 对此, 法官需要启动听证式审查程序并作出是否继续羁押的决定。²⁴

但是, 另一方面, 在其他国家的实践中, 嫌疑人在审前程序中被羁押的期间却相对较长, 这一点并不比中国的审前羁押实践显得更好。以欧盟法治国家为例, 根据欧盟委员会在 2003 年调查的情况显示, 25 个欧盟成员国中的 19 个, 审前羁押的平均长度是 167 天或 5.5 个月。²⁵另有一些数据也显示, 一些欧盟国家和南美洲、非洲国家的审前羁押期间情况确实不容乐观。(表六)²⁶尽管获取其他国家此方面的数据有一定的难度, 但是, 几乎可以确定的是, 全球的平均水平应该是大于欧盟国家的长度的, 有些国家的审前羁押情况甚至极为糟糕, 例如, 尼日利亚审前羁押的平均长度长达 3.7 年。²⁷这种长时间的待审羁押引发了很多欧美国家民众的不满和批评, 甚至进一步促进了辩诉交易等机制在欧美各国的蔓延和发展, 包括在传统的欧洲大陆法系国家。²⁸也因此, 单从审前程序中犯罪嫌疑人被羁押的期间来看, 实践中, 中国的数据并不劣于世界平均水平, 甚至不亚于欧美发达国家的水平。

表六: 主要国家嫌疑人在审前程序中被羁押期间的实证情况

项目 \ 国家	阿根廷	土耳其	葡萄牙	法国	意大利	波兰	南非
审前羁押期间	平均 >3 年, 一些 6 年	超过 7 年并非极为罕见	9-10 个月 (2001-2006 年); 8.5 个月 (2008 年 0	12 个月 (2002 年) 6-7 个月 (1998-2005 年)	175 天	5.5 个月 (2008), 其中, 接近 1/4, 1-2 年, 超过 10%, 超过 2 年	3 个月, 一些案件, 2 年 (2007-2008)

²⁴ 参见郎胜主编: 《欧盟国家审前羁押与保释制度》, 法律出版社 2006 年版, 第 12 页以下。

²⁵ European Commission, Accompanying document to the Proposal for a Council Framework Decision on the European supervision order in pre-trial procedures between Member States of the European Union, August 29, pp.10-11, SEC (2006) 1079. 转引自陈永生: 《逮捕的中国问题与制度应对——以 2012 年刑事诉讼法对逮捕制度的修改为中心》, 载《政法论坛》2013 年第 4 期, 第 18 页。

²⁶ See P.H.P.H.M.C. Van Kempen ed. Pretrial Detention: Human Rights, Criminal Procedural Law and Penitentiary Law, Comparative Law, Intersentia Publishing Ltd. 2012, p20-25.

²⁷ Anthony Nwapa. Building and Sustaining Change: Pretrial Detention Reform in Nigeria, in Justice Initiatives: Pretrial Detention, New York: Open Society Institute, 2008, p86.

²⁸ Marco Fabri, Theory Versus Practice of Italian Criminal Justice Reform, 77 Judicature No. 4, 211, 211-216 (1994).10

四、简要的结论：“高羁押率”、“一押到底”与“较短羁押期间”的关系

深入的透视，中国刑事司法中的“审前羁押率高”和“一押到底”的特点与“较短的羁押期间”之间是有着内在逻辑关系的，仅从发生学的角度讲，“高羁押率”和“一押到底”对嫌疑人的潜在威慑客观上可能导致羁押期间变短。

由于刑事证据的获取是一项复杂、艰难的行动，而在证据种类中，最能直接证明案件情况的无疑是被追诉人的口供。审讯学专家 Richard A. Leo 曾指出，“狡辩和推脱乃是人的天性，也是犯罪嫌疑人经常采取的应对策略”²⁹，在前述笔者曾参与的实证调研中，研究者对 S 省 J 区、N 县、Y 区犯罪嫌疑人在侦查阶段的认罪率做了考察。由于侦查实践的封闭性，课题组无法对讯问活动进行“在场式”的跟踪实证，只能通过对《讯问笔录》记载的内容来分析犯罪嫌疑人的认罪情况。统计结果表明，犯罪嫌疑人在侦查阶段的认罪率极高，J 区、N 县、Y 区分别为 100%、98.39%、98.35%，三个区县的平均认罪率也高达 98.91%。³⁰这其中，除了较长时间的讯问、较高强度的讯问之外，羁押环境就成为其中非常关键的要素。对此，S 省的一位警察 LJ 曾指出，“以我多年的刑侦经验，让嫌疑人意识到一旦被逮捕，基本上就会一押到底；一旦被逮捕，就基本上会被定罪。这对嫌疑人是有很大威慑的。这让嫌疑人明白‘坦白交代以获得公安司法机关一定程度上的宽大处理’对他/她来讲是有利的。相反，如果采取逮捕以外的措施，比如取保，嫌疑人就会认为你的证据不充分，追究不了他/她，这样一来，你就很难得到他/她的口供了。”一位从事职务犯罪侦查多年的检察官 WYF 也指出，“在职务犯罪案件中，嫌疑人的口供尤其重要，一旦突破了嫌疑人的口供，贪污受贿案件的办理就变得相对容易了，随之，赃款赃物的去向也就基本明朗了。”这也就是说，高羁押率和一押到底对嫌疑人的威慑，客观上较容易获得嫌疑人的认罪态度以及积极配合的态度。这有利于侦查破案。破案变得更容易了，审前程序（侦查环节和审查起诉环节）中耗费的时间自然就变得相对较短了，案件很快就被移送到下一个阶段——审判环节。

相反，在上述其他法治国家中，嫌疑人在侦查阶段的认罪率似乎并不高。以英国为例，Gudjonson 在 1992 年的实证研究显示，英格兰警察讯问所获得的认罪率在 40%~50% 之间。³¹针对被逮捕的嫌疑人，英国内政部在 1998 年出版的一份研究报告中表明，在 4250 名

被逮捕的嫌疑人中，大约有 50% 在讯问中认罪。另以美国为例，Paul G. Cassell 和 Bret S. Hayman 的一项实证研究表明，在 219 名犯罪嫌疑人中，共有 152 名犯罪嫌疑人在经“米兰达警告”后放弃了沉默权，接受了警察的讯问。针对接受讯问的这些犯罪嫌疑人，其中，在羁押状态下的 102 名犯罪嫌疑人中，有 58 名犯罪嫌疑人认罪，另有 44 名犯罪嫌疑人不认罪，认罪率为 56.9%；在未羁押状态下的 50 名嫌疑人中，有 15 名嫌疑人认罪，另有 35 名嫌疑人不认罪，认罪率为 30%。犯罪嫌疑人的总体平均认罪率为 47.7%。³²对此，虽然没有确切的证据显示，欧美国家的犯罪嫌疑人在审前程序中的羁押时间与其侦查程序中的认罪率低有直接的关联关系，同时，也没有确切的证据显示，这些国家的犯罪嫌疑人在侦查阶段的认罪率低与嫌疑人不存在高羁押率和一押到底的情况有关，但至少可以推测两者之间存在一定的联系。一方面，从英美嫌疑人的认罪情况看，总体上，被羁押的嫌疑人认罪率更高（美国的更明显），或者说，高羁押率与高认罪率可能存在某种关联。鉴于认罪率更有利于侦查破案，因此，一定程度上，高认罪率乃有利于减少审前程序的存续期间。而相反，低羁押率一定程度上可能降低认罪率，而低认罪率也一定程度上意味着审前程序的存续期间更长。尽管在英美审前程序的存续期间与羁押期间并不完全吻合，但在侦查机关无法破案的情况下，考虑到同案犯尚未到案，可能存在串供或嫌疑人毁灭证据等潜在风险，继续羁押就会成为必要。另一方面，从英美被羁押嫌疑人的认罪情况看，其总体认罪率要远低于中国被羁押嫌疑人的认罪率。尽管还要受到其他羁押环境因素的影响，但至少可以推测中国“一押到底”的羁押实践给嫌疑人的认罪压力要大于英美“非一押到底”的羁押实践。

当然，这些是从现象学上进行描述和发生学上进行推断，并不意味着使用“高羁押率”和“一押到底”来威慑，促使嫌疑人认罪，进而缩短羁押期间的做法就是合理的。对此，我们可以发现，一方面，从实证数据的角度讲，我们无法否认中国刑事诉讼的总体运行效率要更高些，至少审前羁押的期间并不是特别高。也正因为此，很多学者都指出，中国刑事诉讼程序太过简洁了，犹如“流水作业”一般。³³但另一方面，需要指出的是，这种高效率并不意味着公安、司法机关的办案质量就更高，相反，很可能导致一系列冤假错案。³⁴同时，所以牺牲其他诉讼价值，尤其是被追诉人的其他诉讼权利是否得到充分保障，为代价的。由于过度追求“高羁押率”和“一押到底”，使得被追诉人的自由权受到很大影响，实践中，“以押代侦”往往成为常态。这也许恰恰是中国刑事审前羁押运行现状的内在机理。

²⁹ Richard A. Leo, From Coercion to Deception: The Changing Nature of Police Interrogation in America, 18 Crime, Law & Social Change 35, (1992).

³⁰ 参见刘方权：《认真

Gisli H. Gudjonson, The Psychology of Interrogation, Confessions and Testimony, Wiley Publishing Inc. 1992, p.324. 对待侦查讯问——基于实证的考察》，载《中国刑事法杂志》2007 年第 5 期。

³¹ Gisli H. Gudjonson, The Psychology of Interrogation, Confessions and Testimony, Wiley Publishing Inc. 1992, p.324.

对待侦查讯问——基于实证的考察》，载《中国刑事法杂志》2007 年第 5 期。

³² Paul G. Cassell & Bret S. Hayman, Dialogue on Miranda: Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda, 43 UCLA L. Rev. 839, (1996).

³³ 参见陈瑞华：《从“流水作业”走向“以裁判为中心”——对中国刑事司法改革的一种思考》，载《法学》2000 年第 2 期。

³⁴ 参见林喜芬：《转型语境的刑事司法错误论——基于实证与比较的考察》，上海人民出版社 2011 年版，第 71-80 页。

“由裁判者负责”：法官司法责任追究制度的重构

——以司法责任制改革为背景

王震

摘要：司法责任制是新一轮司法改革重点强调的关键机制，而法官司法责任追究制度是落实“由裁判者负责”的重要制度，是司法责任制的重要方面。在司法责任制改革背景下探讨法官司法责任追究制度的重构，需要明确法官司法责任的界限，合理划定追责范围；明晰权责主体，将主审法官与合议庭成员作为主要追责对象；结合法官惩戒委员会的改革设计设置追责主体以及严格法官惩戒的追责程序，强化法官职业保障。法官司法责任追究制度的重构应当以确保法官独立行使职权为核心前提，进而实现严肃惩戒法官违法违纪行为，监督司法活动，保证司法公正的制度功能。

关键词：司法改革；司法责任制；责任追究；法官惩戒

一、制度背景：司法责任制语境中的法官司法责任

司法责任制是新一轮司法改革重点强调的关键机制，与司法管理体制和司法权运行机制是相互关联的有机整体。2014年4月在上海调研司法改革试点工作时，中央政法委书记孟建柱同志在讲话中对司法责任制进行了解读，“司法责任制是司法体制改革的关键，要按照让审理者裁判，让裁判者负责的要求，完善主审法官责任制、合议庭办案责任制和检察官责任制。同时，加强对司法权行使的监督制约，认真探索更具针对性的监督机制，确保司法权依法公正运行”。¹因此，法官司法责任实质上可以概括为“让审理者裁判，由裁判者负责”，具体体现在行为责任和结果责任两方面。²一方面，法官司法责任体现为法官的行为责任，

¹ 《孟建柱在上海调研司法改革试点工作时强调：紧紧抓住司法责任制这个关键，扎扎实实抓好司法改革各项任务落实》，载《人民公安报》，2014年4月20日，第01版。

² 龙宗智：《主任检察官办案责任制三人谈》，《国家检察官学院学报》2014年第6期，第5—7页。

也即法律规定由法官承担的审判行为和决定权。建立主审法官办案责任制与合议庭办案责任制，均意在强调审理和判决案件是法官的职责，而非审委会以及非本案审理法官的院长、庭长的职责，法官应当独立行使而不受其他组织或个人的干预。另一方面，法官司法责任还体现为法官的结果责任，即法官对案件结果或言案件结果的质量负责。既然法官是审判权行使的唯一主体，案件判决由法官独立做出，那么当然需要由法官对案件结果的质量负责。

为强化法官行为责任，本轮司法改革设计了主审法官、合议庭办案责任制，即案件承办法官作为主审法官，在合议庭中任审判长，负责案件的审理、合议以及裁判文书的签发。这一司法责任制改革赋予了法官作为审判者更大的权力，在一定程度上将缓解审委会随意讨论个案和院、庭长审批制度对法官独立行使审判权的架空，实现“让审理者裁判”。然而，这一改革措施也将产生两方面的影响。一方面，过去由于外部明示规则和内部潜在制度的存在，多数争议较大的案件也是最终出问题较多的案件，一般由审委会集体讨论决定，由此造成的结果也不完全由或实际上不由承办法官承担，法院才是责任的实际承担者或消解者。但主审法官制度代替了集体讨论，法官独立裁判案件，也因此成为今后案件责任的首当其冲者。另一方面，原先法院的院、庭长审批制度初衷在于对案件判决质量把关，对法官审判行为进行监督。但主审法官制度建立之后，法官签发裁判文书可能不再需要院、庭长的审批，案件判决也由此缺少了一项内部监督。结合司法责任制改革所产生的上述两方面影响，法官更加独立而内部监督减少的格局必然需要严格保证法官不滥用司法权。因此，法官结果责任的解决机制自然成为落实“由裁判者负责”的可欲途径。

法官司法责任追究制度是落实裁判者负责的重要机制，是司法责任制的又一重要方面。

尽管法官司法责任追究在我国并非新兴制度，而是早有诸多规定。然而，既有各种规定弊端不少，体系性较差，且具体内容如法官对案件质量是否终身负责、是否所有错案都需要追究法官责任等在学术界和实务界久存争议。司法责任制改革的制度背景无疑成为法官司法责任追究制度重构的有利契机。而法官司法责任追究制度的重构，需要重点在追责范围、追责对象、追责主体以及追责程序等方面进行探讨和廓清。

二、追责范围：裁判结果与裁判行为

尽管法官司法责任主体的身份决定了法官应当为案件负责,但是否意味着所有案件质量问题都需要追究法官责任?答案显然是否定的。法官司法责任应当有明确的界限,司法责任的追究不能一概而论,而应区分情形地划定法官司法责任追究的范围。裁判案件的法官不仅要为裁判结果负责,同时也要为裁判过程负责,据此可以将法官司法责任追究分为两种情形即裁判结果和裁判行为。

(一) 裁判结果的追责应区分偏差与错误

裁判结果的偏差是指法官在案件审理结束后最终做出的案件判决结果与判决后逐渐呈现的案件实际情况存在不符的情形。原则上,法官对裁判结果偏差不承担责任。法官此种情形下原则上免责的主要原因在于两个方面。其一,法官作为中立主体裁判案件,在遵守法律规定的前提下,根据自己的良心和理性,自由认定案件事实以及证据的证明力及其大小,并由此形成心证,做出判决。这种自由心证以及实际上运用自由心证的裁判过程,³允许法官在对证据的证明力及其大小如何评价,对案件事实如何认定上进行自由裁量。既然案件的判决结果是通过法官自由裁量得出的,那么某一案件的判决结果也就不会存在唯一、先验的绝对正确判决,所谓“一个法律问题实际上总有一个唯一正确答案”的潜在逻辑是站不住脚的。⁴由此,法官通过自由心证所做出的无论何种判决结果都应当原则上被认为是合理的,也因此不需要法官为该判决结果承担责任。其二,人民法院审判权是一种判断权,法官行使审判权裁判案件本质上是一种判断过程,包括对案件事实、证据以及冲突价值的判断。判断不同于科学计算,没有客观唯一的结果,不同的法官很有可能做出不同的判断。因此,仅就判决结果而言,法官独立做出的判断原则上即是合理的。而且判断,很大程度上是一种主观认知活动,认知主体会受到不同程度或方式的心理偏差的影响,从而在判断活动中出现认知偏差。这些心理偏差并不归结于司法人员业务素质 and 道德水准的低下,而是每个人在认知活动中都可能有出现的。⁵故而,法官不应当对此偏差承担责任。

³ 广义的自由心证不仅包括大陆法系将之作为实定法律制度的自由心证,还包括英美法系“证明的自由”。此外,我国法律虽然未对自由心证做出明确规定,但它作为一项判断证据的原则或方法在司法实践中确实存在。参见李祖军:《自由心证与法官依法独立判断》,《现代法学》2004年第5期,第102—108页;易延友:《对自由心证哲学基础的再思考》,《比较法研究》1998年第2期,第189—193页。

⁴ Ronald Dworkin, On Gape in the Law, in Paul Amselek and Neil MacCormick(eds.), Controversies about Law's Ontology, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, p.84.

⁵ 黄士元:《刑事错案形成的心理原因》,《法学研究》,2014年第3期,第27页。

法官对裁判结果偏差原则上不承担责任,但需要对裁判结果错误的特定情形承担责任。所谓裁判结果错误,是按照我国立法关于错案的相关规定,⁶结合裁判实体结果这一具体指向,提炼的一类法官责任追究情形,是指判决结果违反实体法律规定或故意违背客观事实。但并非凡属裁判结果错误,法官就要受到责任追究。而是法官对此种情况的特定情形承担责任,即主要指裁判结果存在违反实体法律规定和故意违背客观事实的情形。第一种特定情形既包括法官故意违反实体法规定,也包括法官明显错误适用实体法规定。法官故意违反实体法规定对案件做出裁判的,当然要受到责任追究,不存在争议。但法官因过失而错误适用法律是否需要承担责任,则需谨慎对待。严格准确适用法律是法官的职责所在,也是合格法官应当具备的司法技术。法官在决定适用法律时应当极为严格慎重,因过失而错误适用实体法律规定的,理论上应当承担责任。但过失错误适用法律的情形,与法官因个人理解和认知上偏差导致的适用法律错误不易区分,⁷很容易将本不应承担责任的后者作为过失情形予以追责。因此,在不可查明故意的情况下,只有法官适用实体法规定明显错误时方得追究其司法责任。第二种特定情形下,法官仅对故意违背客观事实所做判决承担责任。前文已经说明法官依法行使审判权,本质上是一种基于良心和理性的判断过程,而非对案件事实的客观再现,这也是现实不可能的。因此,强求法官对案件的判决结果必须与客观事实完全相符是不合理的,更不能据此要求法官承担责任。但是,这并不意味着客观事实的不重要。恰恰相反,判决仍然取决于事实认定。假如事实认定存在疑问的话,那么,案件的判决至少也存在同等疑问。⁸案件判决应当最大程度地趋近客观事实是具有极大正当性的,法官应当严格依据已知的案件事实裁判案件。故而,法官在判决前已明知某些客观事实仍然违背的情形属于应当追责的范围。

(二) 裁判行为的追责需要明确标准

上述研讨之追责范围是针对案件裁判结果,法官无需为裁判结果偏差承担责任,两种原因俱已分析。总而言之,裁判结果对错之标准是案件客观事实,后者

⁶ 立法上,我国将错案分为事实认定的错误和法律适用的错误。在实体结果评价上,不包括程序法律适用错误的情形。参见张保生:《刑事错案及其纠错制度的证据分析》,《中国法学》2013年第1期,第90—94页。

⁷ 《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》第22条规定了审判人员不承担责任的五种情形,其中前两项为:(一)因对法律、法规理解和认识上的偏差而导致裁判错误的;(二)因对案件事实和证据认识上的偏差而导致裁判错误的。这两项规定表明了法官对因理解和认识偏差而导致裁判错误的不承担责任。

⁸ 参见[美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院——美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第16页。

具有不确定性,而法官裁判案件又属于自由裁量的判断活动,所以必然存在裁判偏差的风险。因此,该种情况下,原则上不追究法官司法责任降低了法官对风险的担忧,反而能够保证法官积极履行职责,更大程度地担负司法责任。然而,裁判行为与裁判结果不同,前者标准在相关法律中已经事先有明确规定。法官有义务严格遵守既有规定,而且此种义务有严格遵守之可能,故而合理。法官违反关于裁判行为的规定即构成“违法裁判”错误之一种,⁹笔者将此一种错误简称为裁判行为错误,当然受到责任追究。尽管如此,裁判行为错误的追责范围也需有法律规定作为标准予以明确。

裁判行为错误的追责范围可由两方面标准明确,即程序法和法官行为规范。第一,法官违反程序法的错误。司法公正既包括实体公正,也包括程序公正,二者具有一致性,甚至程序公正优先论在目前我国理论界已经产生了较大的影响。¹⁰诉讼法明确规定了法官裁判案件的诉讼程序,以此保证案件裁判能够实现程序公正,法官有遵守之必要和可能。一旦法官的裁判行为违反程序法的既有规定,损害程序公正,就需要受到责任追究。相反,法官裁判行为符合程序法的规定,就不应当被认定为错误,无需受到责任追究。此外,程序法本身具有标准明确、公开,追究法官违法责任易于操作的特点,因而,以程序法为标准追究法官裁判行为错误,要比认定法官裁判结果错误更为客观公正。¹¹第二,法官违反行为规范的错误。法官行为规范的对象不仅包括了法官在审判案件过程中的行为,还延伸至法官日常生活中的言行举止,是法官职业的基本守则或伦理规范。在某一案件的审期内,可能影响裁判公正的不仅是法官在法庭上受程序法严格规制的诉讼行为,而且还包括其在法庭外的言行举止。法官违反程序法的错误虽然较之其不慎言行的错误更“令人吃惊”,但后者对案件裁判的负面效果隐蔽而更需受到重视。¹²法官在法庭外的不慎言行举止,受到法官行为规范的约束。例如,法官接受与案件有利害关系的机关、企事业单位、律师事务所、中介机构等的邀请举办讲座,虽然不直接违反程序法规定,但其行为违反了《法官行为规范》的规定。又如,法官在接受采访时,对正在审理中的案件和有关当事人进行评论的言论,同样违反了《法官行为规范》。上述两例行为,即属于法官违反行为规范的错误,

⁹ 张卫平:《谈话司法》,清华大学出版社2005年版,第212页。

¹⁰ 陈学权:《论刑事诉讼中实体公正与程序公正的并重》,《法学评论》2013年第4期,第107页。

¹¹ 魏胜强:《错案追究何去何从?——关于我国法官责任追究制度的思考》,《法学》2012年第9期,第64页。

¹² 参见孙笑侠:《论法官的慎言义务》,《中国法学》2014年第1期,第26页。

可能影响案件裁判公正,需要受到责任追究和惩戒,以维护法官职业行为规范的权威。然而,我国虽然有《法官法》、《法官行为规范》以及《法官职业道德基本准则》等法律和司法解释作为法官行为规范,但大部分在责任追究和惩戒方面的规定仍显欠缺或者粗略。因而,将行为规范纳入重构后的法官责任追究制度之中,才有可能使其得到更为有效的实施,同时也为法官司法责任追究提供了一种明确的标准。

三、追责对象:主审法官与合议庭成员

(一) 主审法官是司法责任追究制度的主要对象

新一轮司法改革确定司法责任制之前,无论就外部明示规则还是内部潜在制度而言,承办法官并不能完全独立判决案件,或者准确地说,不能独立决定案件判决结果。换言之,案件的判决结果往往是在院、庭长层层审批甚至部分案件交审委会讨论决定以后,才由承办法官按照审批或讨论结果对案件制作判决。法院所存在的“审”“判”分离制度弊病导致审判的权力主体不明确,继而审判的责任主体不明确,院长、庭长的行政权、管理权代替了审判权。¹³既然法官并非完全的权力主体,那么就不能作为唯一的责任主体。因此,设置追究承办法官司法责任的制度就显得极为不合理。但是,新一轮司法改革的重要举措即在消除权责主体不一致的问题。其落实司法责任制中“让审理者裁判”的制度设计是主审法官办案责任制,去除法院内部案件审判“行政化”之后,主审法官将成为案件审判的权力主体,自然也将成为责任主体。因而,主审法官作为重构后的司法责任追究制度的主要对象是适宜的。

主审法官承担司法责任的逻辑前提是其作为权力行使的主体,并能够独立行使权力。主审法官独立审判案件和签发裁判文书的,应当对案件负有司法责任。如果主审法官在案件审判中未能独立行使权力而致使出现司法过错的,是否要受到责任追究则需要讨论。主审法官未能独立行使权力可能出于两种原因,其责任追究也有所区别。其一,案件判决结果受到法院内部监督机制的影响。主审法官办案责任制并未完全取代审委会以及院、庭长对部分案件的监督机制。无论是现行《人民法院组织法》还是《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见》

¹³ 陈卫东:《司法机关依法独立行使职权研究》,《中国法学》2014年第2期,第28—46页。

(以下简称《意见》)中提及的审判权力运行机制改革,均未完全取消审判委员会以及院、庭长对案件的监督职能。主审法官审理的案件仍然有可能因审委会或院、庭长的介入而受到影响,甚至会改变或取代主审法官原先的判决意见,成为最后的判决结果。此种情形下的判决,因为判决结果是审委会或者院、庭长的意见作为主导,所以应根据监督留痕记录追究审委会或院、庭长等提出错误判决意见的法官的责任。¹⁴主审法官虽是法律文书上记载的审判者,但因判决是内部监督权行使的结果,故不应当被追责。其二,案件判决结果受到不正当干预。主审法官办案责任制的目的在于消除法院内部案件审判行政化,增加法官审理案件的独立性,仅就其本身而言,并没有防止法院内外部人员不正当干预案件审判的制度功能。不仅如此,而且主审法官制度因为很大程度上减少了层层审批、集体决定的审判方式,反而可能降低了法官利用集体抵制内外部不正当干预的能力。¹⁵内部不正当干预包括司法机关内部人员违反规定干预其他人员正在办理的案件的情形,外部不正当干预则包括法院之外的党政机关和领导干部违法干预司法活动、插手具体案件处理,要求司法机关做违反法定职责、有碍司法公正的事情的情形。面对不正当干预,主审法官应当坚决抵制,依法独立行使其审判职权,并执行干预记录制度。¹⁶法官执行不正当干预的违法要求的,同样应当受到追究。因为,外部权力对司法权的干预与法院内部行使监督权影响法官审判不同,后者具有合法性和正当性,而前者是违法的不正当干预,法官有义务抵制。

(二) 合议庭成员的司法责任追究

与主审法官办案责任制相辅相成的还有合议庭办案责任制,该制度旨在重新强化合议庭职能,使合议庭而不是审委会成为案件裁判的主要审判组织。主审法官、合议庭办案责任制的制度设计明确了司法责任的主体除办案的主审法官之外,还包括合议庭。¹⁷与主审法官不同,合议庭所办案件出现裁判错误,¹⁸其成员

¹⁴ 《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》的第4条规定,司法机关领导干部和上级司法机关工作人员因履行领导、监督职责,需要对正在办理的案件提出指导性意见的,应当依照程序以书面形式提出,口头提出的,由办案人员记录在案。

¹⁵ 苏力:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,北京大学出版社2011年版,第80—90页。

¹⁶ 《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》的第5条规定,对领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的情况,司法人员应当全面、如实记录,做到全程留痕,有据可查。以组织名义向司法机关发文发函对案件处理提出要求的,或者领导干部身边工作人员、亲属干预司法活动、插手具体案件处理的,司法人员均应当如实记录并留存相关材料。

¹⁷ 参见杨春福:《司法过错责任及其追究机制的法理分析》,《法制与社会发展》,2014年第6期,第48页。

¹⁸ 合议庭所办案件的裁判错误同样包括裁判结果错误和裁判行为错误,其追责标准应与主审法官相同,只是前者在裁判结果错误方面存在责任分配问题。而合议庭成员的裁判行为错误,只需直接追究该裁判行为错误法官的责任。因此,后文提及合议庭裁判错误,没有特别说明的,仅指合议庭裁判结果的错误。

的司法责任追究问题在于由多名法官组成的合议庭内部,司法责任如何分配?

解决合议庭成员的司法责任追究或言司法责任分配问题,应当首先明确合议庭成员之间的内部关系。第一,合议庭一般组成人员之间的关系。《最高人民法院关于人民法院合议庭工作的若干规定》(以下简称《若干规定》)第4条规定,合议庭的审判活动由审判长主持,全体成员平等参与案件的审理、评议、裁判,共同对案件认定事实和适用法律负责。因此,合议庭组成人员之间应该属于平权关系,彼此地位平等,权利义务相同。第二,审判长与其他合议庭成员之间的关系。我国诉讼法规定,合议庭的审判长一般由院长或者庭长指定审判员一人担任。院长或者庭长参加审判案件的时候,自己担任审判长。审判长有权决定审判人员之外的其他人的回避。¹⁹但从《若干规定》对审判长履行职责的列举来看,审判长的职责主要在于案件审判活动的管理和主持,包括主持庭审活动、主持合议庭评议和复议、提请院长将案件交审委会讨论决定以及负责案件期限等岗位职责。尽管,审判长还有审核与签发裁判文书的权力,²⁰但审判长只能按照或服从合议庭的一致意见或多数意见签发。因此,审判长虽然具有部分岗位职责,但在案件审理方面基本不存在实质决定的权力,其与合议庭成员之间,在案件审理方面应当是地位平等的关系。

明确合议庭各成员之间的关系之后,司法责任的分配即应当以此为标准。根据合议庭议事规则,判决应当按合议庭成员一致意见或多数人的意见做出。因此,当合议庭的裁判错误是一致意见造成的,合议庭所有成员均应受到追究,平等承担责任。当合议庭的裁判错误是多数意见造成的,应当由发表此意见的合议庭成员承担责任,其他成员不承担责任。审判长属于少数意见,而最后签发该判决致使裁判错误的,也不应当承担。因为,根据合议庭少数服从多数的议事规则,审判长也应当服从多数人的意见,其签发裁判文书的情况实际与其他少数意见成员一样,并不意味着同意该意见。

此外,《地方各级人民法院及专门人民法院院长、副院长引咎辞职规定(试

¹⁹ 《刑事诉讼法》第178条第6款,《民事诉讼法》第41条、第46条和《行政诉讼法》第55条第4款。

²⁰ 《最高人民法院关于人民法院合议庭工作的若干规定》第6条规定:审判长履行下列职责:(一)指导和安排审判辅助人员做好庭前调解、庭前准备及其他审判业务辅助性工作;(二)确定案件审理方案、庭审提纲、协调合议庭成员的庭审分工以及做好其他必要的庭审准备工作;(三)主持庭审活动;(四)主持合议庭对案件进行评议;(五)依照有关规定,提请院长决定将案件提交审判委员会讨论决定;(六)制作裁判文书,审核合议庭其他成员制作的裁判文书;(七)依照规定权限签发法律文书;(八)根据院长或者庭长的建议主持合议庭对案件复议;(九)对合议庭遵守案件审理期限制度的情况负责;(十)办理有关审判的其他事项。但是,根据《最高人民法院关于进一步加强合议庭职责的若干规定》第3条的规定,前述《若干规定》第6条的第(一)、(二)项和第(六)项的制作裁判文书职责由承办法官承担。

行)》中涉及法官责任追究部分,规定了法院院长和副院长对于直接管辖范围内发生的某些情形应当承担责任。这些情形主要包括两种即本院发生严重违法裁判案件,致使国家利益、公共利益和人民群众生命财产遭受重大损失或造成恶劣影响的和本院发生其他重大违纪违法案件隐瞒不报或拒不查处,造成严重后果或恶劣影响的。虽然责任承担方式一般是由院长、副院长主动提出辞职,但同时该办法也规定了院长、副院长,本人不提出辞职的,按照干部管理权限,由党委商上级人民法院同意后建议人大或人大常委会依照法定程序罢免、撤换或免除其职务。²¹因此,在这一意义上,院长、副院长在特定情形下会因案件裁判问题受到责任追究,成为司法责任追究的主体。尽管如此,随着主审法官、合议庭办案责任制的改革,院长、副院长除了法院日常工作管理和部分监督职责外,在具体案件裁判上的领导责任会随着权力介入的减少逐步缩减。

四、追责主体:独立和权威的多元化组织

(一) 逻辑一致:司法责任制的核心价值

在司法责任制改革背景中,追责主体的设置应当与整个改革的逻辑保持一致。换言之,追责主体的设置首先要符合司法责任制的核心价值,才有必要讨论追责主体设置的具体现实条件。否则,背离司法责任制的核心价值,追责主体的设置就会与改革背道而驰,反而减损改革的成效。司法责任制的内涵是“让审理者裁判,由裁判者负责”,同时包括了确保法官独立行使审判权和加强对司法权运行监督两个方面,二者是司法权运行的一体两面,相辅相成。不仅要重视落实法官的行为责任,也要强调追究法官的结果责任;不仅要保证法官能够依法独立行使审判权实现司法公正,同时也要确保司法权不被滥用而损害司法公正。但司法责任制的核心价值仍在于确保法官依法独立行使审判权。首先,司法责任制核心价值在于确保审判权独立行使,符合司法权的本质属性。在多数西方法治发达国家,司法独立是司法的一项准则,其实质内涵其实是要求法官依法独立行使职

²¹ 《地方各级人民法院及专门人民法院院长、副院长引咎辞职规定(试行)》第4条第(一)、(二)项规定,院长、副院长在其直接管辖范围内,具有下列情形之一的,应当主动提出辞职:(一)本院发生严重违法裁判案件,致使国家利益、公共利益和人民群众生命财产遭受重大损失或造成恶劣影响的;(二)本院发生其他重大违纪违法案件隐瞒不报或拒不查处,造成严重后果或恶劣影响的。第6条规定,符合本规定第四条情形之一的院长、副院长,本人不提出辞职的,按照干部管理权限,由党委商上级人民法院同意后建议人大或人大常委会依照法定程序罢免、撤换或免除其职务。

权。²²因此,与政治体制关系不大,司法权的本质属性在于审判权的独立行使。我国健全司法权运行机制,同样要尊重司法权的这一本质属性。因而,在司法责任制的两方面中,确保审判权独立行使是其核心价值。其次,司法责任制核心价值在于确保审判权独立行使,与本轮司法改革精神相契合。本轮司法改革在审判权运行机制方面着眼消除“行政化”的积弊,探索建立主审法官、合议庭办案制,改革审委会的职能,取消行政审批的裁判方式。司法责任制作为本轮改革的一项重要举措,也应当以确保审判权独立行使为核心。再次,司法责任制核心价值在于确保审判权独立行使,是司法权有效监督机制建立的前提。监督司法权的前提是司法权能够获得独立行使的保障,否则所谓的监督权就直接替代了司法权,损害了审判权的独立。法院之前的审判权监督机制之所以要被改革,正是基于这一原因。因此,司法责任制中监督机制的探索要以确保审判权独立行使为前提。

(二) 现实条件:独立、权威与多元

追责主体的设置应符合司法责任制的核心价值,而要确保审判权独立行使,追责主体应当具备一定的条件。这些条件具体包括:

第一,独立性,即追责主体应当独立于法院之外。《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》(以下简称《追究办法》)将各级人民法院监察部门作为该法院法官违法审判责任追究工作的职能部门,无法保证法官责任追究的公正客观,法院内部人员之间的利益共同或矛盾很可能影响司法责任的认定和追责。因此,司法责任追究制度中的追责主体应当设置在法院之外,以保证司法责任追究工作能够客观公正地进行。

第二,权威性,即追责主体的级别应当较高。追责主体的客观公正一定程度上需要该机构地位的权威性予以保证,不仅要独立于法院内部,而且要较省级以下地方法院的级别高。追责主体设置高于省级以下地方法院,才能够有足够的权力充分履行职责,避免一般地方权力干预。而且,追责主体的较高级别也会有助于减少追责机制启动的随意性。法官作为裁判者行使社会纠纷的裁判权,应当具有倍受尊崇的地位,一般机构随意对法官问责、追究,使裁判者随时处于被裁判的地位,很大程度上削弱了法官地位,进而可能影响司法权威的树立。而且如上文所述,裁判作为判断过程,是颇具个人化和开创性的活动,不应也不能给予法

²² 陈卫东:《司法机关依法独立行使职权研究》,《中国法学》,2014年第2期,第28—46页。

官过多的限制,导致法官无法正常行使其权力。²³如果对裁判者能够轻易问责,很容易使其陷于动辄得咎的处境,为法官行使权力增添不必要的顾虑,损害法官裁判的积极性。当然,追责主体的级别也不宜过高,否则会产生效率低下、救济缺少等现实问题。

第三,多元化,即追责主体的组成人员应当包括法律职业共同体中的多元主体。追责主体不仅在机构隶属关系上应独立于法院,在人员构成上也应当避免由单一法官组成。不同法院之间存在业务关系,可能存在共同利益。而且,某些裁判错误可能把不同审级法院牵涉其中。故而,即使是由不同法院的法官组成的追责机构也还是有可能影响责任追究的客观公正。法官不仅是法院的工作人员或法官职业的一员,其更是法律职业共同体的重要组成部分。为保证司法责任追究的客观公正,同时又不失追责主体的专业性,由法律职业共同体中的多元主体组成追责机构更为适宜。

综合上述条件,笔者认为,我国追责主体的设置有两种模式可供选择。其一,单设的独立委员会。作为法官惩戒制度开创者的美国,其惩戒机构是司法行为委员会,司法行为委员会是独立于行政、司法和立法机关的机构,维持其正常运作的经费是由国家单独作出预算。²⁴这种单设的独立委员会使得法官惩戒的中立性大大增加,可以极大程度地在形式层面保证其决定的公正性。如果我国采用该种模式,可以考虑在省级独立设置法官惩戒委员会。其二,附属代议机关的专门机构。我国采行议行合一而非三权分立的政治制度,人民代表大会对人民法院及法官的监督权具有全方位的明确法律规定。²⁵因而,以较高级别的地方人大作为追责主体可能因改革对原有架构的冲击较小而更具便利性和现实可行性。如果我国采用此种模式,可以在省级人大设置专门机构作为法官追责主体。

²³ 胡岩:《论司法错误与司法责任——兼论“错案追究制”的正当性》,《法律适用》,2011年第3期,第95—96页。

²⁴ 李蓉、邹梅珠:《西方法官惩戒制度的模式演变及我国的改革思路》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2015年第2期,第63页。

²⁵ 根据《中华人民共和国宪法》第67条规定,全国人民代表大会常务委员会行使职权监督国务院、中央军委、最高人民法院和最高人民检察院的工作。根据《中华人民共和国宪法》第104条规定,县级以上地方各级人民代表大会常务委员会监督本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作。同时,根据《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第44条规定和《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》第5条规定,可以看到宪法和法律赋予人大及其常委会对人民法院及法官的监督权是全方位的,该权利具有充分的《宪法》与法律依据。参见张国印:《建立和完善对法官的投诉与惩戒制度——试论在我国设立司法投诉中心》,《中国律师》2008年第4期,第41—42页。

五、追责程序:严格规范法官惩戒

(一) 现有追责程序的制度缺陷

法官司法责任追究制度是现代司法在扩大法官独立审判权,加强法官职务保障的同时为保证司法公正的实现而设置的责任制度,是一种针对法官的惩戒机制。²⁶其制度前提是保证法官独立行使审判权,强化法官职业保障。联合国《关于司法机关独立的基本原则》中规定:对法官作为司法或专业人员提出的指控或控诉应按照适当的程序迅速而公平的处理。法官应有权利获得公正的申诉的机会。有关纪律处分、停职或撤职的决定必须接受独立审查。从该规定可以看出,法官责任追究程序应当较一般行政人员处罚更为严格规范。其宗旨仍在于加强法官职业保障,确保司法权独立行使。我国有关法官惩戒的法律,也同样有表明这一宗旨的类似规定。《法官法》第8条列举了法官享有的权利,其中第(三)项规定:“非因法定事由、非经法定程序,不被免职、降职、辞退或者处分”。尽管如此,我国现有法官追责程序制度仍存在一定的缺陷。

首先,《法官法》第8条规定没有体现法官职业及其保障的特殊性。法官职业的特殊性要求其职业保障应当区别并严格于其他一般职业。然而,作为法官惩戒制度中原则性规定的《法官法》第8条的规定并未能满足这一要求。该规定实际上并非法官职业所特有,《公务员法》第13条第(二)项的规定与《法官法》表述完全一致。法官惩戒与一般公务员处分没有差别,法官职业及其保障的特殊性无法体现,也就意味着“非因法定事由、非经法定程序”的规定还不能满足法官追责程序法定的严格要求。其次,法官追责程序没有集中系统的法律规定。《法官法》是专门针对法官的较为基本的法律,将“经法定程序”作为法官追责程序的原则,其笼统性尚可理解。然而,该笼统规定的具体内容却欠缺集中系统的体现。简言之,法官追责程序的体系性较差。有关法官违法审判责任的确认和追究程序主要规定在《追究办法》中,内容较为简单。而《人民法院监察部门查处违纪案件的暂行办法》(以下简称《暂行办法》)和《人民法院监察工作条例》(以下简称《工作条例》)虽然有详细具体的监察程序规定,但此监察程序不仅适用于法官,也适用于法院的其他工作人员。所以,上述监察程序也并不完全等同于

²⁶ 参见丁文生:《“错案追究制”司法效应考——兼论我国的法官惩戒制度》,《湖北警官学院学报》2013年第1期,第130页。

本文语境中的法官责任追究的程序。此外,最高法先后制定的其他各种办法、条例、规定和准则等有十余部涉及法官惩戒程序,各种规范之间明显缺乏体系性。彼此间冲突的可能性暂且不论,多而杂的惩戒规定很难说符合《法官法》的程序法定的原则要求。²⁷再次,现有法官追责程序在本质上,基本是内部行政化的处罚程序。政府和人民在竭尽全力维护司法独立以期保持司法之中立与公正地位,而当独立行使审判权的主体——法官要受到处理和制裁时,他必须获得公正的待遇。而纵观人类所有活动方式,这种“待遇”只有在兼具中立性、程序性和法律适用思维的司法程序或至少是准司法程序中才可能得到保障。²⁸而且,司法权在权力本质属性和行使特点上与行政权有所区别,后者强调上命下从、整体一致,前者则更重视亲历性、判断性和独立性。²⁹因此,司法权的制约和监督不能照搬行政逻辑。司法权的旧有监督制约机制正是因为设置重床叠架的行政审批制度而损害了司法权的亲历性、判断性和独立性。行政逻辑的制约和监督正是保障司法权独立运行、重构追责程序需要坚决摒弃的。然而,当前法官违法违纪的惩处职责主要由人民法院监察部门承担,监察部门按照《暂行办法》和《工作条例》中的监察程序对法官进行惩处。但是,由于监察主体的性质和监察程序的设计导致法官违法违纪的惩处实质上是一种内部行政化的处罚程序,不具备司法性或准司法性。因此,这种处罚程序很大程度上也是无法满足法官职业保障要求的。

（二）严格规范法官惩戒的程序设置

《意见》将法官惩戒程序的改革内容放置在健全法官履行法定职责保护机制中论述,可以见得法官惩戒制度的核心目的在于强化法官职业保障。从制度的功能角度而言,才是追究法官司法责任,惩处法官违法违纪行为。因此,司法责任追究程序的设置应当以严格规范法官惩戒为导向,以保障法官充分履职。在此前提之下,程序设置应当使得法官责任追究发挥监督法官遵守法律,保证案件审判质量,惩戒违法违纪法官,保障司法公正的作用。

严格的司法责任追究程序应当包括以下几个方面:第一,完善法官司法责任追究的立法。追责程序法定原则要求法官司法责任追究应当有明确的法律依据,而且法定追责程序需要统一、明确和具体。很显然,经过上述分析,我国当前有

关规定还不足够。域外法官责任追究制度的立法模式,大致包括三种:其一,在宪法中规定法官司法责任追究的基本原则和制度,如美国、日本和英国等。³⁰其二,作为法官法的组成部分规定法官司法责任追究制度。如澳大利亚新南威尔士州在其《司法官员法案》中,作为司法委员会职能之一,规定了针对法官的投诉的处理机制;³¹此外,加拿大在其《法官法案》中规定了法官司法责任的调查制度。³²其三,专门立法规定法官司法责任追究,如美国律师协会的立法建议《法官纪律惩戒程序示范规则》。³³后两种立法模式可能对我国具有较大的借鉴意义。无论采用哪种立法例,在法官司法责任追究的程序中,都必须首先明确追责程序的启动主体和免于追责的条件或范围,对此前文已做阐述,故不再赘言。第二,法官追责程序的听证化改革。当前法官责任追究由法院内部监察部门启动和实施,使得法官追责在实质上成为纯粹的内部行政处分过程,不仅无法保证责任追究的公平公正,而且会损害法官履职。因此,法官追责程序应当随着追责主体的外部化,逐步加强追责程序的准司法性,初步实现听证化改革。在国家和省一级设立的由多元主体构成的法官惩戒委员会可作为听证主体,公开举行听证会,当事法官有权利参与听证,并有辩解、举证等权利。最终,由法官惩戒委员会在听取当事法官的意见基础之上,对法官责任的确认和追究做出决定并说明理由。第三,健全法官申请复议和申诉的渠道。追责程序应当保障不服惩戒决定的当事法官享有申请复议和申诉的权利,从而得到程序救济。当事法官可以在接到省一级法官惩戒委员会的决定之后,向该委员会申请复议一次。对复议仍然不服的,可以向国家法官惩戒委员会申诉。当事法官在接到省一级法官惩戒委员会的决定后,也可以直接向国家法官惩戒委员会申诉。

最后,谈及法官司法责任追究,办案质量终身负责制是不可回避的话题。因为近年来错案频频曝光,办案质量终身负责制和非法证据排除规则一样被急急祭起。遗憾的是,二者所存在的问题也颇为相似,即如此重大制度的具体内容和适用规则均未及廓清。办案质量终身负责制尤其如此。尽管办案质量终身负责制旨在严厉惩戒法官违法违纪行为,加强对法官审判的监督,提升案件质量,大力确

³⁰ 胡志斌:《域外司法问责制度的考察与启示——以美国、加拿大、澳大利亚、德国、法国、日本为样本》,《湖南警察学院学报》2014年第1期,第43页。

³¹ Judicial Officers Act 1986 No 100, Part 6 “Complaints against judicial officers” and Part 7 “Suspension and removal of judicial officers”.

³² Judges Act, §63-65, R.S.C. 1985, c. J-1, s. 1.

³³ 《法官纪律惩戒程序示范规则》的具体内容参见怀效锋:《司法惩戒与保障》,法律出版社2006年版,第362—380页。

²⁷ 全亮:《法官惩戒制度比较研究》,法律出版社2011年版,第181—182页。

²⁸ 参见蒋惠岭:《论法官惩戒程序之司法性》,《法律适用》2003年第9期,第5—6页。

²⁹ 龙宗智:《加强司法责任制:新一轮司法改革及检察改革的重心》,《人民检察》,2014年第12期,第28—31页。

保司法公正的实现。但是,制度建构阙如的办案质量终身负责制无异于一把达摩克里斯之剑悬在法官头顶,不仅难以实现上述制度功能,反而会使得该职业群体处于无往不在的责任风险之中。而且责任追究终身制的历史也印证了这一点,该类制度不仅未在司法系统内形成高效的“错案”防范机制,反而产生了诸多变异功能,逆向刺激了其他制度的畸变。³⁴办案质量终身负责制作为法官司法责任追究的一部分,其制度构建不能背离法官职业保障的宗旨。在此基础上,制度的具体内容和适用规则也需要进一步完善,其关键是法官责任标准的合理界定,其范围应当严格限定于本文追责范围中阐述的界限内,而非对一切案件结果承担责任。此外,不同程度的司法责任,其追究期限一概终身,其合理性值得商榷。总之,建立办案质量终身负责制不解决这些问题,就很有可能会损害法官审判的积极性,限制法官履职的充分性,甚至会适得其反,使得案件裁判问题的纠正更为困难,最终使法官司法责任追究制度再次回到旧轨道上而失去重构意义。

六、结语

“让审理者裁判,由裁判者负责”的司法责任制建构,其核心在于确保法官独立行使审判权,这是与法院司法改革的总体思路相契合的。而其中,以规范司法行为,监督司法活动为目的的法官司法责任追究制度则是以该核心为前提的。简言之,“由裁判者负责”的前提是“让审理者裁判”。这是探讨法官司法责任追究制度的前提,更是深化法院司法改革过程中需要达成的共识。只有在深化法院司法改革中达成并坚持这一共识,司法责任制才可能不会偏离改革初衷,法官司法责任追究制度才可能不会沦为重床叠架的内部监督制度中又一新的部分。在司法责任制语境中探讨法官司法责任追究制度,最为紧要的是科学合理地明晰法官权责,明确法官司法责任的界限。审判组织中不同主体的责任大小,不同类型过错的甄别标准,尤其是法官履职免责事由均需在司法责任追究制度中予以明确。³⁵否则,对办案质量终身制等法官追责制度的臧否都是缺乏意义的。此外,法官司法责任追究制度是一种法官惩戒制度,在追责主体和追责程序的构建上可以结

合当前司法改革中将逐步建立的法官惩戒委员会,既确保法官司法责任追究制度构建的科学合理和效率,同时也能充实法官惩戒委员会制度,使其充分发挥预期作用。总之,法官司法责任追究制度在确保法官独立行使职权的核心前提下,其建构和实施应当既能够严肃惩戒法官违法违纪行为,监督司法活动,保证司法公正,同时又能够避免阻碍法官依法积极履行审判职权,消解司法责任制的价值和功能。

³⁴ 张玉洁:《错案追究终身制的发展难题——制度缺陷、逆向刺激与实用主义重构》,《北方法学》2014年第5期。

³⁵ 《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》,载《人民法院报》,2015年2月27日,第003版。