

刑事案件 促进公众认同的 程序选择

THE CHOICE
OF PROCEDURE
TO
PROMOTE PUBLIC
ACCEPTANCE
IN
CRIMINAL CASES

崔 凯 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

崔
凯 / 著

刑事案件 促进公众认同的 程序选择

THE CHOICE OF PROCEDURE
TO PROMOTE PUBLIC ACCEPTANCE
IN CRIMINAL CASES



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

刑事案件促进公众认同的程序选择 / 崔凯著. -- 北京 : 社会科学文献出版社, 2017. 5
ISBN 978 - 7 - 5201 - 0745 - 7

I. ①刑… II. ①崔… III. ①刑法 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 088093 号

刑事案件促进公众认同的程序选择

著 者 / 崔 凯

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 恽 薇 高 雁

责任编辑 / 颜林柯 王蓓遥

出 版 / 社会科学文献出版社·经济与管理分社(010) 59367226

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: [www. ssap. com. cn](http://www.ssap.com.cn)

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 14.25 字 数: 213 千字

版 次 / 2017 年 5 月第 1 版 2017 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 0745 - 7

定 价 / 75.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

❏ 版权所有 翻印必究

本书为教育部人文社科青年基金项目“刑事疑难案件处理的社会效果考察——从程序完善的视角”（13YJCZH023）的最终研究成果。

目 录

序 言	001
第一章 “次优选择”	
——促进公众认同作为疑难案件处理方式的基本思路	005
第一节 疑难刑事案件处理的实体困境	005
第二节 基于案件新分类方式的启示	007
第三节 事实认定争议案件已有处理程序的局限	010
第四节 促进公众认同思路下的应对策略	018
第二章 检察环节促进公众认同的具体实践	025
第一节 程序定位的细微调整	025
第二节 强化公诉的合理探索	036
第三节 完善批捕的必由之路	049
第四节 吸纳不满的有益尝试	055
第三章 审判环节促进公众认同的程序努力	061
第一节 案件合并与分离审理的程序价值	061
第二节 刑事案件合并与分离的制度构建	072
第三节 基于促成认同的刑事特别程序反思	087

第四节	基于促成认同的鉴定意见采信制度优化	102
第四章	其他社会治理路径促进公众认同的参考借鉴	116
第一节	湖北省涉法涉诉信访实证研究	116
第二节	H省水环境类行政复议实证研究	140
第三节	我国强制性戒毒措施实证研究	151
第四节	宜昌市社会矛盾化解机制实证研究	166
第五章	促进认同思维的培育和形成	178
第一节	坚持以学生实践能力培养为取向	178
第二节	重视诉讼类课程的教学改良	184
第三节	承认司法考试对教学的冲击	194
附 录		201
参考文献		212
后 记		224

序 言

2012年3月14日，我国对《刑事诉讼法》再次进行了修订，此次修正案条文多达110条，修改幅度不可谓不大。即便如此，业界对刑事诉讼法法典仍然有着更多的期许。早在2015年，陈光中先生就提出《刑事诉讼法》有必要再做修改，主要是因为党的十八届三中全会和十八届四中全会推出一系列司法改革新措施，其中的重要内容必须通过制定新法或修改原有的法律来保证做到于法有据。^①从立法科学化和规范化的角度来讲，进行《刑事诉讼法》第三次修订，属于“箭在弦上，不得不发”。其实在当前的社会背景下，除了法律意义之外，《刑事诉讼法》的第三次修订可能还应该附加更多的社会意义。

我国从来不回避免改革和发展中出现的各种日益严重的社会矛盾，习近平总书记明确指出：“全面建成小康社会进入决定性阶段，改革进入攻坚期和深水区，国际形势复杂多变，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，依法治国在党和国家工作全局中的地位更加突出、作用更加重大。”^②诉讼程序能够吸收社会不满的制度功能虽然早已得到了公认，但是在“空气干燥”的大环境下，仍然需要进一步发掘程序在提升司法公信力、化解社会矛盾等方面的独特作用。^③

① 刘金林：《刑事诉讼法有必要再作修改》，《检察日报》2015年11月30日。

② 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

③ 笔者在拙作《社会稳定视角下的刑事疑难案件处理方式研究》（湖北人民出版社，2014）的序言中曾专门论及程序在吸纳社会不满，以及在提高整个社会公信力方面的积极价值。

当前，社会矛盾不断催生出一些新的社会问题，与此同时，人民群众不再是被动地接受改革，而是主动地关注改革、参与改革，在某种程度上甚至是决定改革。在“双管齐下”的压力下，我国刑事案件的追诉程序承担了比以往更大的责任。以《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》为点，以公、检、法等机关全面深化司法体制改革的意见类文件为线，以众多具体的司法改革举措为面，这一波司法改革的路线图和时间表已经较为清晰地展现在我们面前。在刑事司法领域，有关诉讼制度的调整粗略估算可能多达百项，这一方面体现了中央进行改革的决心，另一方面反向说明了我国刑事诉讼程序仍存在不少问题。更为重要的是，改革进入了深水区，当下正在进行的很多制度性改革和我国其他领域的改革类似，大多存在一定的争议，道路选择难度较大。我们发现，改革的不少阻塞点在于无法打破公众的固有观念，群众不能很快地接受新兴事物。譬如，2016年9月3日，我国通过了《全国人大常委会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》，这标志着被部分媒体标识为“花钱买刑”的被告人认罪认罚从宽制度正式落地，成为刑事审判工作的一个组成内容。该制度在我国历经多年讨论，反对者的一个重要论据就是我国缺乏此类量刑交易的民意基础。

基于这种思路，笔者在继续研究程序保障实体的诸项措施之余，将研究诉讼程序改革的另一个立足点放置于如何能够更加有效地促成民意认同，本书即是这种探索的部分成果。本书开篇对目前常见的刑事疑难案件进行了分类和总结，通过对各种问题的解决对策进行分析比较后得出，促进社会公众对程序的认同可能是当下解决各种司法难题迫不得已的“次优选择”。在具体的诉讼程序中，近年来检察机关试图通过加强对侦查环节的引导来实现控诉的精确性，从本书的主题视角来看，这样做能够在形式上对侦查环节的肆意行为进行一定的限制，可以部分满足公众对侦查权进行有效控制的要求。无论改革结果如何，至少占据社会效果的大义。当然，由于涉及复杂的检警关系内容，原本细微的调整也容易引起权力争夺

的误解，需要慎重对待。在审判环节，以刑事案件合并与分离审理为切入点，可以看出我国的审判程序越来越精细化，让程序在公正性上更加经得起当事人的推敲，更加经得起历史的检验。鉴定意见和特别程序是以往社会公众关注较少的内容，但放大审视之后，特别是鉴定意见，不仅在法律价值上可被称为新时期的“证据之王”，而且由于其科学性和权威性，在社会价值上也有成为“证据之王”的潜力。在人与人之间的信任度并不高的社会环境下，科学技术可以成为也应当成为一根保障和提升司法公信力的有力拉索，故而，我们应当尽可能地修正其制度上的缺陷，充分彰显其社会价值。

对社会公众认同案件处理方式的研究不能局限于刑事司法领域，刑事司法乃至其他法律手段并非当下解决社会纠纷的唯一手段，其他纠纷解决方式的经验和教训都弥足珍贵。本书在第四章专门选择了涉法涉诉信访、行政复议、行政处罚、社会治理等几种我国常见的社会矛盾解决方式，并以此作为选题，用实证方法进行了多角度分析，以期为刑事案件处理程序的完善提供另一角度的参考。马克斯·韦伯认为，缺乏专业法学教育与专业法律人阶层是中华法系长期不能进步，维持着“教权政治式福利司法特色”的一个重要原因。^①同时基于笔者身为高校教师的一些“私心”，本书最后对省属普通高校如何培养高质量法学本科人才进行了分析。之所以选择这一群体，是因为普通高校的培养环境和学生质量均非最优，但培养数量最为庞大，这些本科生在不久的某一天会成为我国基层（特别是中西部经济欠发达地区）法律职业共同体的主力。如何帮助他们树立正确的纠纷解决思维，如何让法学专业的学生能够了解民众需求，避免成为“恐龙法官”，是法学教育工作者必须思考的问题。

从2013年起，在教育部人文社科研究青年基金项目的资助下，笔者围绕刑事疑难案件处理程序的社会效果考察这一主题进行了较广范围的研究。

^① 林端：《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》，台湾：三民书局，2003，第32~33页。

究。这一选题是如此有趣，以至于笔者 2015 年的国家社科基金青年项目也深受其影响。在武汉大学进行博士后研究期间，良好的工作氛围极大促进了本书的成稿，不少成果得益于众多师长、专家和同好的启发，在此基础上，笔者厘清了一些问题的头绪，总结形成了本书。身处时代发展的洪流中，社会日新月异，改革成果层出不穷，本书主要集中研究的是 2012 年《刑事诉讼法》修正后至 2016 年成书期间的问题，局限于研究时间、范围和笔者个人能力，这本专著是一个课题研究的终点，但只代表着笔者对司法改革大势研究中的一个阶段的总结，新的工作已经在路上，更多未尽的课题还需要深入研究。

第一章 “次优选择”

——促进公众认同作为疑难案件处理方式的基本思路

第一节 疑难刑事案件处理的实体困境

由于受西方法律解释学的影响，我国大部分学者偏好于研究某些事实清楚，但在“法官造法”“法官释法”“法与道德”等法律适用方面出现疑难的案件。^① 实际上，就刑事司法的特点而言，在罪刑法定原则下，法律适用的难题并不是常见现象，相反，“实践当中如果有一千个事实问题，那么真正的法律问题还不到事实问题的千分之一”。^② 在学理和立法上，“犯罪事实应依证据认定之，无证据不得推定其犯罪事实”成为共识。^③ 学界围绕着无罪推定原则、证据裁判原则等事实认定的方法和手段进行过大量论述，证明责任、证明标准等大量有关事实认定的前沿理论也一直被我们所研讨。

但在实践中，刑事案件中事实认定方面仍然是出现争议最多的领域。有研究者全面调查了中部某省 1657 份某一阶段的刑事二审终审判决书，其

① 代表论文有韩新华：《试析德沃金的疑难案件理论》，《东方论坛》2003 年第 1 期；李启成：《常识与中国州县司法——从一个疑难案件（新会田坦案）展开的思考》，《政法论坛》2007 年第 1 期；梁迎修：《寻求一种温和的司法能动主义——论疑难案件中法官的司法哲学》，《河北法学》2008 年第 2 期。

② 〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社，2003，第 208 页。

③ 蔡墩铭：《刑事诉讼法概要》，台湾：三民书局，2005，第 117 页。

中以“事实不清”等事实认定存在争议作为上诉理由的案件为1640件。二审法院改判的案件为309件，发回重审的案件为94件。^①事实认定存在争议并不一定代表着案件属于错案，但事实认定争议案件在整体上诉案件中的占比如此之高，不能不引起我们的思考。

事实上，学界知道事实认定对刑事案件正确定罪量刑的重要性。从早期对“疑罪从无”原则的讨论，到后来的证明标准“客观真实”和“法律真实”的论战，再到现在如何避免刑事冤假错案的种种讨论，都可以看出学者们在事实认定问题上的种种努力。甚至可以认为，我国证据法在理论上的每一个前进的脚印中，都镶嵌着学者们对事实认定的执着。但案件事实认定结果为何屡屡出现争议，预设的“疑罪从无”等事实认定争议处理方式为何长期被架空，初步分析，这是因为我们对事实认定问题讨论的广度不够。有学者进行数据统计后认为，我国法学理论界对事实认定方面的研究文章或者专著仍然偏少，长期以来形成的“重法律规范、轻事实认定”的理论研究局面仍然没有得到根本改变。^②

刑事案件中，对事实认定争议等本体论问题的讨论还远远不够，学界研究的着力点和实务中需要解决的问题点不能有效对接。笔者认为，在某种意义上，事实认定问题是一个连接实体和程序的纽带，坚持实体真实主义的论者可以执着于事实认定，部分满足自己追求绝对真相的较高要求，坚持法律真实（程序正义）的论者亦可以因为案件事实认定属于程序法研究的传统范畴，而为自己寻找的程序化解决纠纷的道路搭建制度支撑。对事实认定争议案件的具体类型等本体论问题进行细分研究，会发现对不同类型事实认定争议案件的处理方式失灵存在不同的原因。总体而言，程序设置在发现案件真相方面的改良空间已经不大，成本也较高；相较而言，诉讼程序可以在吸收不满、促进公众认同方面大有作为。这种改革也顺应我国当前让群众在个案中感受到公平正义的司法改革思路，具有政策的可行性。

① 方金刚：《案件事实认定论》，博士学位论文，中国政法大学，2004，第2页。

② 陈增宝、李安：《裁判的形成——法官断案的心理机制》，法律出版社，2007，第29页。

第二节 基于案件新分类方式的启示

在众多刑事案件中，罪与非罪事实认定不清的案件虽然数量较少，但影响往往较大，事实认定更容易产生争议，所以是本书论证的侧重点。学界在研究事实认定争议案件时没有重视事实认定争议的产生原因，基本上是笼统论述之。笔者认为，根据事实认定争议的产生原因，实务中事实认定争议的案件可以划分为两大类，其处理方式和面临的问题也相差很大。

一 主动型事实认定争议案件

第一类可以称为主动型事实认定争议案件。这一类型的事实认定争议是诉讼主体出于某种非正常的诉讼需要而产生的。最为典型的的就是湖北佘祥林案和云南杜培武案等诸多知名的刑事错案。

此类案件主要表现为侦查机关出于破案的压力，实施刑讯逼供等非正常侦查手段，获取有利于定罪的非法证据。依据非法证据认定的案件事实自然不能服众，时常会引起很大争议。此类案件中，出于结案等目的的考虑，公诉机关没有履行正常的监督职能或者审判机关在审判过程中没有坚持“案件事实清楚，证据确实充分”的证明标准，导致最终在程序上或者证据上对明显存在瑕疵的被告人做出了有罪判决。总而言之，这种背离了诉讼目的，明显达不到证明标准的案件是经不起推敲的，无论是当事人还是社会公众都能轻易地发现此类案件属于“疑案”，提出强烈的质疑，甚至即便是做出判决的审判机关也知道此类案件的事实认定存在缺陷，有时不得不为自己的定罪行为“留条后路”。

案例一：2005年HN省杨××强奸杀人案。2005年，HN省一名5岁的幼女真真（化名）遭人强奸后又被残忍地踩死。公安人员在行

为作风一贯不好的杨××家中查出捆扎用的棕色碎布条、床上遗留的小孩吃剩的棒棒糖棍等与犯罪现场相吻合的物品。侦查过程中，杨××供认犯罪事实：2005年5月24日下午4时，他见真真单独一人在玩耍，顿起淫心，便将其带至自家的屋内。随后，他将真真抱到床上，用手捂住她的嘴巴，卡住她的脖子将其强奸。法院最后认定杨××残忍踩死5岁幼女的罪名成立，但仅判处其无期徒刑，而且只用了“凶手能认罪伏法”来作为减轻刑罚的判决理由，遭到被害人家属和群众的强烈质疑。

针对案件做出的“无期徒刑”这种明显量刑偏轻的判决，一位参与审理的法官解释，该案确有证据上的瑕疵，缺少直接证据如指纹等，尸体上无精斑，现场缺少直接目击证人等。被告人出于不可知的动机替他人顶罪的可能性无法排除，可能会导致错杀。法官还说，之所以给被告人暂留下一命是相对审慎和负责的，也为以后其他可能的出现留下了挽回错误的余地。^①

二 被动型事实认定争议案件

第二类称为被动型事实认定争议案件。这一类案件的事实认定争议比较隐蔽，表现为在没有非正常诉讼目的误导的情况下，诉讼主体或者社会公众对案件中用于做出有罪判决的证据是否达到“确实充分”的现行标准存在争议，即有的主体认为案件事实已经清楚，证据确实充分，不构成疑罪，应当按照法律规定定罪量刑，但同时有的主体坚决认为案件的现有证据并没有达到证明标准，应当“疑罪从无”。

这种事实认定争议可能发生在多个场合，如合议庭成员之间、检察官和法官之间、当事人和法官之间、社会公众和法官之间等。虽然国家不断强调诉讼要“辨法析理，输赢皆服”，但是出于诉讼利益或者认识差异，

^① 江小鱼：《凶手强奸五岁女童后将其踩死获轻判》，《民主与法制时报》2007年2月11日。

不同主体对案件事实认定有不同看法是无法避免的。这种类型的事实认定争议比较隐蔽，产生原因是诉讼规律和现有的制度存在缺陷，并不是诉讼主体出于非法目的而为之，所以笔者将其称为被动型事实认定争议案件。此类案件在现实中也并不少见。

案例二：2003年武汉王氏两兄弟杀妻骗保案。王洪学、王洪武两兄弟涉嫌杀害王洪武的妻子桂永红，骗取高额保险费，王氏兄弟及其辩护律师一直做无罪辩护。2003年10月9日，武汉市中级人民法院判处王氏兄弟犯有故意杀人罪与保险诈骗罪，数罪并罚判处死刑，缓期两年执行。一审后，王氏兄弟提起上诉，武汉市人民检察院也提起抗诉，认为如此恶劣的行为，法院应做出死刑立即执行的判决。2004年6月4日，湖北省高级人民法院做出刑事裁定，认为事实不清，证据不足，发回武汉市中级人民法院重审。2004年11月8日，武汉市中级人民法院判处王氏兄弟无期徒刑。王氏兄弟再次上诉。

2005年6月8日，湖北省高级人民法院以证据不足、指控的犯罪不能成立为由，做出无罪判决。他们认为案件存在三大疑点。武汉市人民检察院经过认真研究后认为，大量证据证实了王氏兄弟自产生骗保动机后，四次谋杀王洪武之妻桂永红，并最终致桂永红死亡，故应依刑法有关规定追究王洪学、王洪武故意杀人罪和保险诈骗罪（未遂）的刑事责任。而湖北省高级人民法院的判决没有对此案的直接证据——王氏兄弟的供述做任何表述和分析，只对间接证据进行孤立、单一分析，并将证据割裂开来，判决时片面采信了该部分证据。经武汉市人民检察院检察委员会讨论，认为终审判决确有错误，遂决定依照审判监督程序，建议湖北省人民检察院提请最高人民检察院对此案进行抗诉。^①

① 佚名：《武汉“杀妻骗保”案一波三折 王氏兄弟死缓改无罪》，《南国都市报》2005年6月10日；许晓梅等：《武汉王氏兄弟杀妻骗保案续：建议提请最高检抗诉》，《法制日报》2005年7月15日。

第三节 事实认定争议案件已有处理程序的局限

案件事实认定的争议问题一直存在，已经有着成体系的制度性处理方式，但现有方案在处理事实认定争议案件时常力有不逮，正是这种制度的不完善导致现在刑事案件事实认定方面出现大量问题。

一 主动型事实认定争议案件处理方式评析

（一）人权保障——制度设计的底线

主动型事实认定争议案件由于明显和人权保障观念相悖，因此被各国普遍抛弃。事实上，现代刑事证据制度中很多内容是为了避免案件出现主动型事实认定争议而设立。例如，如果关注涉及证据能力的非法证据排除规则的发展历程，“证据能力问题并不是伴随着诉讼证据与生俱来的，它经历了一个从无到有、从简单到复杂的过程”。^①非法证据排除规则是诉讼文明的产物，我国台湾学者林辉煌详细阐述了该规则产生的原因，“因侦查实务迭生执法人员不法搜集犯罪事证之事例，甚至恶化演变称侦查惯行，严重侵害人权，为扼阻此种违法乱纪之侦查乱象，审判实务乃以司法裁判自行创设证据排除法则，将执法人员使用不正方法取得之证据予以排除使用，作为吓阻违法搜查之手段，以资道正”。^②

我国2012年《刑事诉讼法》对主动型事实认定争议案件从两个方面进行了规制，一方面，通过第12条、第195条规定了刑事证明标准，并且实质上确立了“疑罪从无”为事实认定不清类案件的处理方式。通过这些规定我们可以发现，“疑罪从挂”“疑罪从轻”“疑罪从赎”等历史上和现

^① 汪建成：《理想与现实——刑事证据理论的新探索》，北京大学出版社，2006，第9页。

^② 林辉煌：《论证据排除——美国法之理论与实务》，北京大学出版社，2006，第7页。

在存在的各种对罪与非罪的认定存有明显疑问的案件处理方式都违反了现行法律规定。另一方面，第54条及有关司法解释否定了通过刑讯逼供等行为获取的证据的可采性，从侧面封杀了案件中产生主动型事实认定争议的原因。

综上可知，主动型事实认定争议案件的处理方式是没有争议的，坚持保障人权、坚持“疑罪从无”是罪与非罪事实认定不清案件的唯一合法处理方式。

（二）利益纠结——运行之实然状态

尽管法律规定十分明确，但“疑罪从无”在我国的贯彻和落实并不十分得力。案例一中，法官出于“相对审慎和负责”的考虑，将“疑罪从无”转化为“疑罪从轻”。法官做出明显疑罪从轻的判决，甚至还少见地给出了本来只是心照不宣的理由——“留下了挽回错误的余地”。法官的解释和法院的判决都显示该判决是一个典型的有所保留的“疑罪从轻”判决。这种罪与非罪事实认定不清案的处理方式正是学者们十余年来一直所抨击的对象，但实际上“疑罪从轻”和“疑罪从挂”一直屡禁不止。2007年1~2月，李玉华教授针对某省三级法院的法官就刑事证明标准问题进行了大规模的问卷调查。其中一题为“对于证据达不到‘案件事实清楚，证据确实充分’的重大案件如何裁判？A. 做出有罪判决，但是在量刑上从轻；B. 做出无罪判决；C. 如果您有其他答案请填写在这里”。调查结果显示，总体参加调研中做出B选项的仅为39人，占总人数的51.32%，有近半法官并不支持疑罪从无。还值得特别注意的是，法官级别越高，选择做出无罪判决的人数越少。^①这种情况和在我国得到不少认同的“法官级别越高，法律素养越高”的观点是相悖的。另外一个针对基层法院法官的调研结论与此大致相同，对于“一个人因涉嫌故意杀人被捕后，如果既不能

^① 李玉华、姜阔、张贵军：《关于刑事证明标准的调查与分析》，载陈光中主编《刑事司法论坛》（第一辑），中国人民公安大学出版社，2007，第256页。