

山东大学法学文丛

LUN XINGSHI YI' AN DE
ERNAN XUANZE

论刑事疑案的二难选择



胡常龙◎著



中国政法大学出版社

山东大学法学文丛

LUN XINGSHI YI' AN DE
ERNAN XUANZE

论刑事疑案的二难选择



胡常龙◎著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

论刑事疑案的二难选择/胡常龙著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 3
ISBN 978-7-5620-5311-8

I. ①论… II. ①胡… III. ①刑事犯罪—案例—中国 IV. ①D924. 05

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第044835号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 7.625
字 数 195 千字
版 次 2014 年 5 月第 1 版
印 次 2014 年 5 月第 1 次印刷
定 价 28.00 元

秘 书 张海燕

桑本谦 徐显明 黄世席 梁慧星 傅礼白

周长军 姜作利 柳忠卫 柳砚涛 秦伟

李道军 李霞 肖金明 范进学 林明

刘保玉 齐延平 孙新强 李永军 李道刚

于改之 毛映红 王丽萍 王德志 冯殿美

委 员 (按姓氏笔画排序)

主 编 齐延平

主 任 徐显明

《山东大学法学文丛》编审委员会



山东省社会科学规划研究项目文丛·青年项目

本书是作者承担的山东省社科规划基金青年项目的最终成果
(项目编号07JDD006)

总序

学术既是探索未知领域之路途，个人品格之表达，也为兴国之利器，在中国现代社会转型的大背景下，恐怕尤为如此。毕竟，一百多年命运多舛的中国近代史，和国人谋求民族振兴、学术昌隆的梦想，是一个让当代学人任其如何潇洒和毅然也走不出的背景。

近代中国遭遇的是“三千年未有之大变局”。先有清廷大举洋务，推行实用科学，苦心孤诣造就“同治中兴”，然而甲午之败，让人不免慨叹国家之积贫积弱不只在于器物，也在制度和人心，对“百代尤行秦法制”之弊，认识日深，于是立宪制，开国会，倡共和，修律法。然而以中国之老大帝国，难有小国“船小易调头”之利，沉重的传统，也不易收获一转百转、立竿见影的效果，中国转型之艰，历时之久，似乎是国运使然。

然而我们在奋力前行。中国早已从一个传统的“文化共同体”转变为现代民族国家，她对秩序的需要，也愈来愈依赖于制度的力量。据此视角，新中国的六十年亦可一分为二：前三十年百废待兴、徘徊探索，后三十年踌躇满志、励精图治。其间法制的昌明与否，几乎也成为时代进步与否的风向标，法制兴隆则国泰民安，法制衰微则万马齐喑。下一个三十年将如何？中国恐怕要从谋求经济富强转入以构建现代法治文明为中心的历史阶段。即便以我们最可为之自豪的经济成就而论，当放权让利所能获致

II 论刑事疑案的二难选择

的功效愈来愈有限时，其继续维持也需要以坚实的民主法制为保障，否则可能有功亏一篑的危险。

故而，下一个三十年我们将步入以确立、保障我们国家长治久安的宪政和法律体制为使命的时代。这个时代的生命，将以人权为灵魂，以法制为肌体，以民主为血脉。我们正处于这样一个历史的关头，它将历练我们的勇气，挑战我们的智慧。千里之行，始于足下，我们每个人都应尽心竭力为这个大背景涂写绚丽的色彩。

山东大学地处齐鲁文化之邦，文博史远，历久弥新，其法学教育也可谓源远流长。二十世纪二十年代的山东高等法律专科学校，是当时山东大学的六所学校之一。改革开放以来的山大法学教育，始于一九八〇年代，先是初建法学专业和法律系，一九九四年后法律系转制为法学院，汇集精英学人，筚路蓝缕，影响日隆，现已跻身中国法学教育重镇之列。近三十年来，山大法学从以中国法律史研究见长，正逐渐展现出多个研究领域均衡发展、齐头并进的发展态势。

呈现在您面前的这本著作，是“山东大学法学文丛”的一种。这套丛书诞生于中国法学教育如火如荼的时代。它是一只眼望蓝天的雏鹰，正伸展着年轻而有力的翅膀；它是一棵茁壮生长的大树，奋力展现的是生命的力量。丛书精选山东大学中青年法律学人力作，以学术创新、理性平和、品质均衡为追求。所谓学术创新，即或对既存法律问题提出独到见解，或开拓前人未涉之领域，或提出新的理论命题；所谓理性平和，即融汇正义的激情于深思熟虑的笔墨之间，允执厥中，力戒以情绪代替判断；所谓

品质均衡，即严格选目，宁缺毋滥，以学术价值为唯一遴选标准。我们期冀这套文丛展现山大法学教育和研究的最新成果，不揣浅陋，以求教于学界。

山大法学教育这棵茁壮成长的大树，是以著名法律史学家乔伟先生为代表的诸位创立者、众多在这里学习和工作过的人们的智慧和汗水浇灌出来的。乔老先生性情刚直，学通古今，垂范后学，令人感念有加。今“山东大学法学文丛”付梓之际，距先生驾鹤西去已二十二载，谓稚嫩，谓探索，皆表心怀，也以之告慰先生，并督促后继者自勉。

文丛自去年即已开始筹划，拟每年推出三五种，以期若干年后有集腋成裘之效，专业领域涵盖民商法、刑事法、宪法与行政法、诉讼法、国际法、中西法律史、法理学等学科门类。中国政法大学出版社关怀学术事业，不计物质得失，欣然惠允文丛出版，在此特致诚挚谢忱。

捷径往往是最长的弯路，善积跬步，方能行千里，学术的成长须从点滴开始，这是我们在编辑这套文丛时始终铭记的。

是为序。

徐显明

二〇〇九年夏于山东大学

前言

刑事案件作为已经发生的历史性事实，要通过司法程序再现的途径只能是收集案发时留下的大量证据碎片进行诉讼重组。但“昔日是不能恢复的，这一点就使得证实或者证伪有关昔日的假说很难”^{〔1〕}。从实践的角度看，刑事司法程序一旦启动，侦查人员、检察人员乃至审判人员将会不遗余力地收集证据查明案件事实，这既是公安司法人员的职责所在，也是司法人员准确判断、公正裁断的基础和根本。但受案件本身的复杂性、诉讼认识的滞后性、犯罪人的人为破坏和伪装以及证据收集的艰难性等因素的影响，实践中有相当比例的刑事案件无法侦破，这又可以分为两种情形：一是没有被发现的刑事案件，犯罪学上称之为“犯罪黑数”，据统计这种情形大约占已经发生的刑事案件的50%。二是已经发生并确认是刑事犯罪的案件。这类案件需要公安司法人员收集足够的证据并通过法定程序加以认定。但在收集证据进行司法认定的过程中，可能出现许许多多的“意外情形”。例如，有的案件无法确定犯罪嫌疑人，有的案件无法确定被害人的身份，而有的案件即使确定了犯罪嫌疑人也无法在有限的时间内抓获犯罪嫌疑人，致使案件久拖不决。另外还有相当比例的刑事案件已

〔1〕〔美〕理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第256页。

经抓获犯罪嫌疑人并对犯罪嫌疑人采取了强制措施，但由于在侦查阶段和审查起诉阶段收集的证据无法达到法定证明标准的要求，致使司法人员很难通过现有的证据作出被告人有罪的司法判断。当然，通常情况下司法机关会通过补充侦查进一步收集其他证据来补强现有证据证明力的不足，但实践中往往即使经过补充侦查也很难收集到足够的证据来完善案件的证据体系，达到法定证明标准的要求，这时就形成了所谓的“疑案”，即事实不清、证据不足，无法得出被追诉人有罪的肯定性结论的刑事案件。而公安司法机关和公安司法人员在面对此类案件时，受诸多因素的综合影响，往往面临着两难选择。一方面，从法律的角度而言，根据刑事诉讼法的规定，公安机关在面对事实不清、证据不足的刑事疑案时，经过侦查，在仍然无法收集到足够的证据的情况下，可以作出撤销案件的决定。检察机关在面对这类案件的情况下，如果是自行侦查的案件，可以作出撤销案件的决定；如果是公安机关侦查终结、移送审查起诉的案件事实不清、证据不足，则可以先退回公安机关补充侦查，经过补充侦查后检察机关仍然认为事实不清、证据不足的，可以作出不起诉决定，这就是我国《刑事诉讼法》规定的第三类不起诉——证据不足不起诉。而法院在面对刑事疑案的情况下，可以直接依据《刑事诉讼法》第195条第3项规定作出无罪判决。另一方面，从司法实践刑事疑案裁处的情况来看，大量的刑事疑案并没有按照刑事诉法律的强行性规定进行处理，而是通过程序的嬗变在诉讼程序内部加以消化，并且针对大多数的刑事疑案，公安司法机关不是因此作出了无罪结论，而是作出了有罪结论或者不作出任何结论，即出现

了“疑罪从有”、“疑罪从挂”的司法怪象。

之所以会出现上述现象，原因当然是极为复杂的。而两难选择的挤压无疑是促成有罪裁决形成的一个重要原因。根据法律规定，从理论上分析，对于刑事疑案的司法裁处，通常只有两种结论，即有罪结论和无罪结论。首先，公安司法机关对于刑事疑案直接作出有罪结论显然违背刑事诉讼法律规定，“很难有比将一个既无法被确认有罪也无法被确认无罪的人投入监狱更为明显的违反了正当程序要求的了”^{〔1〕}，而且“疑罪从有”很容易酿成冤错案件，大多数司法人员对此都是明知的。所以大多数公安司法机关和公安司法人员在面对刑事疑案时，普遍感到很难作出有罪裁决。这是公安司法机关面临的一难。其次，根据刑事诉讼法律的规定，对于刑事疑案，公安司法机关完全可以直接依据刑事诉讼法律的规定作出无罪结论，从法律角度而言这没有任何问题，但影响刑事疑案裁处的关键因素恰恰不在于法律。根据我国长期以来的刑事诉讼业绩评价办法，公安机关一旦作出撤销案件的决定，就意味着公安机关当初的立案决定是错误的或者是不当的；检察机关一旦作出不起诉决定，就意味着公安机关办错案件了；法院一旦作出无罪判决，就意味着侦查机关办错了案件，也意味着检察机关审查起诉错误；二审法院一旦作出无罪裁决，就意味着一审法院以及审查起诉机关和侦查机关办案错误；再审作出无罪裁决就意味着检察机关、审查起诉机关和一、二审法院都办错案件了。此时，前面的专门机关以及被害人的压力乃至社会舆论

〔1〕 Albert W. Alschuler, “Straining at Gnats and Swallowing Camels: The selective Morality of Professor Bibas”, in 88 *CORNELL, REV.* 1412 (2003).

的压力必然都会集中于作出无罪裁决的专门机关。另与疑罪从无结论相连的是错案追究责任和国家赔偿责任的承担,以及办案机关和办案人员考评成绩的低下,而这又直接影响到办案机关的业绩评价和办案人员的晋升提拔、工资奖金等切身利益。由于无罪裁决事关司法机关的年终业绩和司法人员的切身利益,所以即使司法人员认为已经侦查、审查起诉或者一审裁判的刑事案件确实“事实不清、证据不足”,基于各种因素的综合作用和影响,也很难作出无罪裁决。这也从一定程度上反映了我们国家刑事诉讼程序“入罪功能有余而出罪功能不足”的弊端。

既然对刑事疑案作出无罪裁决面临着诸多法律外因素的压力和阻力,而对这类案件作出有罪裁决又可能酿成冤错案件,故此司法机关特别是承担定罪量刑职责的法院面临着一个艰难的诉讼选择。为了最大限度地减轻前诉讼机关以及被害人的压力和阻力,避免错案追究责任和国家赔偿责任的承担,诉讼专门机关往往通过一些程序方面的嬗变来实现这一诉讼目的。例如无限期的取保候审、滥用发回重审、降低审级等来达到一些诉讼外的目的。当然,实践中有为数不少的刑事疑案最终“从轻”处理了,也有少数的刑事疑案直接依照法律的有罪规定作出定罪量刑裁判,而没有从轻处理。例如湖南的滕兴善案件,怀化市中级人民法院在证据存在重大矛盾的情况下以故意杀人罪判处滕兴善死刑并剥夺政治权利终身,而湖南省高级人民法院二审维持并核准了死刑,最终导致滕兴善被冤杀。也有一部分疑罪最终作出了无罪结论,但比例不大,根据笔者调研的结果占50%左右。“疑罪从无”、“疑罪从轻”、“疑罪从挂”现象在我国司法实践中长期存

在,甚至已经成为裁决疑罪案件的一种常态性做法,不仅严重侵犯当事人依法享有的诉讼权利,更为严重的是很容易冤枉无辜,为冤错案件的形成埋下了隐患。分析近年来被披露报道的刑事冤错案件,其中绝大多数在确定为冤错案件之前,都可以被划入疑案的范畴之中,都存在着有罪证据与无罪证据互相矛盾、无法排除他人作案可能性的证据缺陷。而我们的司法机关却轻视、漠视甚至无视无罪证据的证明价值和作用,径行作出有罪裁决。另外,由于我国缺乏主动有效的冤错案件发现机制^[1],刑事疑案一旦作出生效裁判,寄希望于通过审判监督程序作出无罪裁判极为困难,除非出现了关键性的无罪证据,例如发现了真凶或者所谓的“被害人”没有死。故此,一个基本的判断是以往审理的为数不少的作出有罪裁决的刑事疑案都可能存在着冤错的可能性。可以说,“疑罪从有”、“疑罪从轻”已经成为我国当前刑事冤错案件形成的基本路径。

“疑罪从有”、“疑罪从轻”、“疑罪从挂”作为我国刑事司法实践过程中的一个司法怪胎,长期徘徊在我国的司法实践中,从另一个角度反映了“疑罪从无”原则贯彻的艰难性,而疑案的不当裁决又成为刑事冤错案件酿成的一个基本路径。因此,要最大限度地避免刑事冤错案件的发生,合理科学的处理刑事疑案,依

[1] 由于缺乏主动有效的刑事冤错案件发现机制,我们目前发现并确定刑事冤错案件的途径都是被动的、消极的。从报道的多起刑事案件的冤错确认机制来看,不外乎两个途径:一是发现了真凶,例如云南杜培武案件、河北李久明案件、辽宁李化伟案件;二是所谓的“被害人”没有死,例如湖北余祥林案件、湖南滕兴善案件。也正是因为错案发现纠正的被动性、不得已性、消极性,而实践中“疑罪从有”处理的案件比例又很大,故其中有一定比例的被告人被冤枉的可能性很大,已经被揭示披露的冤错案件极有可能只是冰山一角。

法贯彻“疑罪从无”原则无疑是一个重要的方法。但我国目前无论是理论上还是实践中，对刑事疑案的不当裁处问题都缺乏足够的实证研究和高水平的理论成果。何谓刑事疑案，刑事疑案的形成原因是什么，“疑罪从无”原则为什么得不到有效贯彻，“疑罪从有”、“疑罪从轻”的利弊何在，疑案与冤案之间有何关联，怎样才能保证在我国司法实践中有效贯彻“疑罪从无”原则等问题都存在较大争议，并且其中的一些问题缺乏足够的理论探索，实践中的认识也很模糊。故深入研究刑事疑案的相关理论问题和实践问题，深入挖掘“疑罪从有”、“疑罪从轻”的法律、经济、社会学原因，探索“疑罪从无”原则贯彻的有效措施等问题不仅关涉到犯罪嫌疑人、被告人的人权保障问题，也是最大限度地避免刑事冤错案件发生的基本手段，更是我国刑事訴訟法治的基本要求，具有重大现实意义和理论价值。

胡常龙
2014年5月

总 序 I**前 言** IV**第一章 刑事疑案及其二难选择的理论界定** 1

- 一、刑事疑案的理论界定 1
- 二、刑事疑案的理论分类 8
- 三、二难选择的基本内涵 11

第二章 刑事疑案的法律现状及成因分析 14

- 一、刑事疑案的法律现状 14
- 二、刑事疑案的成因分析 22

第三章 刑事疑案二难选择的内外因分析 32

- 一、刑事疑案二难选择的外因剖析 32
- 二、刑事疑案二难选择的内在动因 43

第四章 刑事疑案二难选择挤压下的畸形选择——疑罪从轻 46

- 一、刑事疑案司法裁断的法律现状 46
- 二、刑事疑案从轻处理之利分析 48
- 三、刑事疑案从轻处理之弊害分析 50

第五章 从疑案到冤案——冤狱形成的基本路径 55

- 一、基于实证视角下的刑事冤错案件分析 55
- 二、疑罪从有是冤案酿成的基本路径 104
- 三、国外刑事冤错案件与刑事疑案关系比较研究 110
- 四、疑罪从无是减少冤错案件发生的理性选择 122

第六章 刑事疑案问题证据法学分析 126

- 一、刑事疑案证据的收集问题 126
- 二、疑案证据的审查判断问题 132
- 三、证明责任问题 135
- 四、证明标准问题 136
- 五、刑事证据规则问题 139

第七章 论刑事疑案裁处过程中的程序嬗变 148

- 一、刑事疑案裁判过程中程序嬗变现象审视 149
- 二、刑事疑案程序嬗变的原因分析 152
- 三、刑事疑案程序嬗变之危害性分析 156
- 四、程序嬗变的根治之策 160

第八章 死刑疑案裁处过程中的“留有余地”问题 166

- 一、两个概念的厘清 166
- 二、死刑疑案“留有余地”裁处的深层次原因分析 169
- 三、死刑疑案“留有余地”裁处之利弊分析 176
- 四、“留有余地”裁处的适用空间 180

第九章 刑事疑案视角下的我国刑事诉讼程序出入罪功能分析 185

- 一、社会学上的功能分析论 186
- 二、我国刑事诉讼程序入罪功能有余的基本表现 187

三、我国刑事诉讼程序出罪功能不足的基本表现 197

四、我国刑事诉讼程序出入罪功能良性互动论 203

第十章 刑事疑案裁处二难选择困境中的理性选择

——疑罪从无 211

一、疑罪从无原则理论正当性分析 211

二、疑罪从无原则贯彻的主要障碍 215

三、由疑罪从有、疑罪从轻走向疑罪从无的基本路径 218

结 语 223

参考文献 225

后 记 228