

写意法治

李奋飞 / 著

正义 的 底线

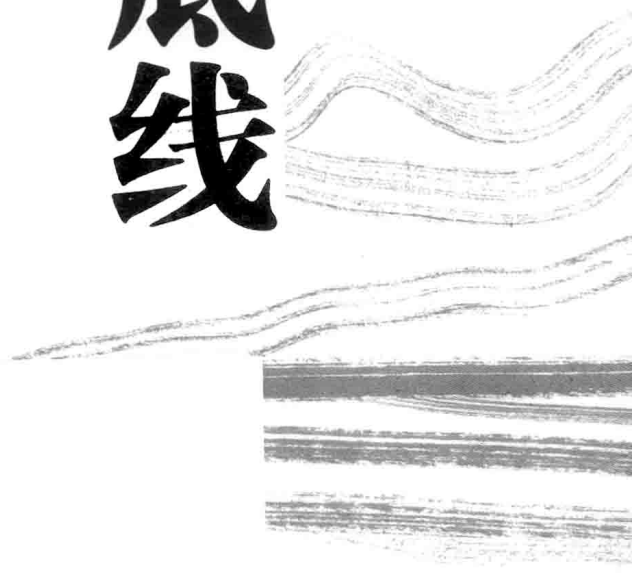


清华大学出版社

写意法治

李奋飞 / 著

正义 的 底线



清华大学出版社
北 京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

正义的底线 / 李奋飞著. —北京：清华大学出版社，2014

(写意法治)

ISBN 978-7-302-35608-9

I. ①正… II. ①李… III. ①刑法 - 案例 - 中国 ②刑事诉讼法 - 案例 - 中国 IV. ①D924.05 ②D925.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 042401 号

责任编辑：刘 晶

封面设计：傅瑞学

责任校对：宋玉莲

责任印制：刘海龙

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社总机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：三河市金元印装有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：148mm×210mm 印 张：10.25 字 数：199 千字

版 次：2014 年 5 月第 1 版

印 次：2014 年 5 月第 1 次印刷

定 价：35.00 元

产品编号：056006-01

对于一切事物,尤其是最艰难的事物,人们不应期望播种与收获同时进行,为了使它们逐渐成熟,必须有一个培育的过程。

——[英]弗兰西斯·培根

序

正义是人类社会最崇高的力量,也是评价人们行为的重要道德标准。不过,正义“有着一张普洛透斯的脸”,它“变幻无常”,并且随时可以呈现“不同的形状并具有极不同的面貌”(博登海默语)。作为法律人,我们所关注的主要是,法律适用过程中的正义问题。这种正义就是司法正义,既包括实体正义(结果的正义),也包括程序正义(过程的正义)。以往中国社会的思维习惯是“重结果、轻过程”,司法审判主要关注实体正义的问题,即主要关注案件办对了没有。至于办理案件的过程是不是合乎正义的要求,是不是符合法定的程序规定,则很少关心。结果就是为了实现所谓实体上的正确,采取非法手段办理案件。因而,刑讯逼供屡禁不止,冤假错案时有发生。公民正当合法的权利得不到切实维护,这也造成中国在人权保障方面极其滞后,因而演变成特有的“人权外交”问题。这些年,我一直参加中国人权对话,美国、欧洲、加拿大、澳大利亚都对中国人权状况施压。这可能有他们自身的偏见或出于自身政治利益的考量,但我们不得不承认,中国在人权问题上,特别是

在刑事司法领域,人权的保障还存在许多问题。这种现状促使我们必须更加重视程序问题。具体而言,我们之所以需要坚守程序正义,主要有这样几个方面的原因:

第一,程序正义是实质(或实体)正义的前提和基础。我们不能说有了程序上的正义,就一定会实现实体的正义,但没有程序的正义,就一定没有实质的正义或者实体的公正。因为实体正义的得出,要经过一系列的诉讼过程,这由诉讼程序主导。如果违反程序正义,那么得出的结果就是建立在不正当手段的基础上,即使事实认定正确,刑罚也适当,也不能称实现了实体的公正。实体是认识论的范畴,从认识论来说,指是不是查清了犯罪的事实真相。但是公正是价值论的范畴,公正的得出,不仅结果要正确,而且过程要正当,这个“正当”就融合了诉讼价值的限制。

第二,程序正义本身是司法公正的有机组成部分。司法的终极目标是司法的公正,司法的公正绝不单指结果的公正,还应包括诉讼过程的公正。程序公正和实体公正共同构成司法公正的有机整体。司法是一个过程,这里的实体是过程的结果,司法过程是否公正对于整个司法是否公正起着决定性的作用。最近结束的全国法院系统审判理论研究会的讨论话题就是公正司法问题。我在会上说,公正司法和司法公正是不一样的。司法公正是一种静态的结果;而公正司法是呈现出的动态,主要指过程的公正。一个刑事案件首先是侦查,其次是起诉,最终是审判。最终体现实体公正的是法院的判决,但是在这之前的侦查、起诉和审理,体现的都是程序上的公正。所以我在给司法部门讲课时经常讲,做好公正司法,实现司法公正,

最重要的是注重程序上的公正,评价公安司法机关工作的好坏,其实在很多情况下是要看程序是否得到严格遵守,有关当事人和诉讼参与人的权利是否得到切实保护。我们常常看到有些当事人,当案件还在侦查、起诉的阶段,他却到处告状,声称司法不公。案件还没有处理,怎么会不公呢?这明显可以看出他说的“不公”,是指程序上、过程上的不公。实现刑事诉讼的目的是最终查明案件事实的真相,做到求真。但是程序公正告诉我们这还不够,我们还要求善、求美。所以理想的刑事诉讼状态是,完美地实现侦破犯罪,是“真、善、美”的有机结合。这就把目标建立在更高的层面上。也只有这样,中国的司法不单在保障人权上有了很大的提升,更在刑事司法上有了实质性的进步。

第三,程序正义不仅具有保障实体正义的功能和价值,它自身还具有独立的诉讼价值。不要以为诉讼程序就是办办案手续,走走过程,绝非如此。实际上刑事诉讼法在一些制度和程序规范中设定了很多规范,有一些规范本身就具有独立的、内在的诉讼功能,而这些功能远非实体所能够解决。比如遇到疑难案件,什么叫疑难案件?疑难案件是指案件证据既有有罪的证据,也有无罪的证据;有罪的证据不能否定无罪的证据,无罪的证据也不能否定有罪的证据,处于两难之地。这种情况在实体上是无法解决的,所以继无罪推定理念原则之后,又规定了“疑罪从无”的原则:如果既有有罪证据,也有无罪证据,要按照无罪处理。这就是诉讼规则所具有的独特作用,而且非常科学地解决了这个问题。为什么一定要坚持“疑罪从无”的原则呢?有人提出反驳,认为既不应该从无,也不应该从有,应该实

事求是。但是,怎么才能实事求是呢?毕竟,有些案件真相是发现不了的,也就是说,有些案件实体上究竟有罪还是无罪的问题是没法解决的,但是,正如奋飞所主张的那样,“没有发现真相也应实现正义”。这里的正义其实就是程序正义。何况,此时对案件进行“从无”处理还是有内在科学道理的。我曾和撒贝宁做过几次节目,他说“疑罪从无”的道理就是一个小学算术问题,从根本上说,是司法机关要犯一个错误还是要犯两个错误的选择问题。如果坚持“疑罪从有”,那么首先可能冤枉了被告人,就犯下了第一个错误;冤枉了“好人”,那一定放纵了“坏人”,所以又犯下了第二个错误。反过来,如果“疑罪从无”呢?最多只能犯一个错误,这个错误就是可能放纵了“坏人”(而且由于这种可能的错误还是法律所允许的),所以,如果我们问一个三岁孩子——是想犯一个错误还是想犯两个错误?我想,孩子一定会说,我只想犯一个错误。这个道理说起来很简单,可是做起来却非常困难。在长期的司法实践中,中国的法院遇到疑案通常情况下不是“疑罪从无”,而是“疑罪从轻”或“疑罪从挂”。但是,无论是“疑罪从轻”,还是“疑罪从挂”,说到底都是“疑罪从有”,都是面临犯两个错误的危险。再比如非法证据排除。我们知道,2012年修正后的《刑事诉讼法》正式确立了这个原则。非法证据排除,它排除的是以刑讯逼供等非法方式获取的被告人口供,或者以暴力威胁等非法方式获得的证言。这个规则的直接目的其实就是制约、规范侦查机关的取证行为,防范刑讯逼供等野蛮司法行为的发生。这个规则如果能够得到有效实施,既有利于改变刑事诉讼法长期以来的“软法”面目,也有助于落实“国家尊重和保障人

权”的宪法原则。这个规则其实已经暗含了——程序公正在于有些情况下是优于实体公正的。

第四,程序正义或者程序公正是看得见的公正。有句法律人耳熟能详的谚语:正义不但要实现,而且要以看得见的方式实现。“看得见的方式”就是指程序的公正。因为程序是否公正,无论是诉讼参与者还是社会百姓,都能够耳闻目睹,感同身受。一个案件不管最终结果如何,如果程序公正了,就会在很大程度上获得认同感。所以一位智慧的执法人员,不管结果如何处理,一定要把程序走得天衣无缝。

尽管程序正义是个好东西,但其却很难一下子就为中国的社会公众所接受,特别是在那些比较特殊的案件中(比如几年前的刘涌案);虽然,社会公众并非只关心实体正义,而不关心程序正义。否则,我们就无法理解,为什么薄熙来案的审判会赢得民众的支持并为中国司法赢得赞誉了?但是,我们也应看到,受传统法律文化的影响,中国的民众根深蒂固的观念还是实际的公道。否则,我们同样无法理解,为什么李昌奎案曝光后会有人认为云南高院是在用程序正义蒙蔽结果正义了?因此,我们在进行制度设计时,必须考虑到程序正义的局限性并呼应社会公众的诉求。此外,法律人还必须充分认识到,法律观念变革的艰难性和渐进性。在这个过程中,法律人显然不应将社会公众当成嘲笑的对象,而应当如奋飞所主张并身体力行的那样,通过包括解剖和回应那些社会公众比较感兴趣的法律事件在内的一系列手段,并适用通俗易懂的语言和文字来介绍和传播程序正义的价值、标准,甚至包括它的局限性,等等。

人们常说,“性格决定命运”。奋飞为人淳朴、实在,甚至

有些谦卑,但是骨子里却透着种侠肝义胆。他明知如今的科研考核机制不会拿那些没有发表在指定期刊上的“小文章”当“干粮”,还是执着于在其学术的黄金期写这些“小文章”,以便可以在那些轰动案件乃至敏感事件中发出法律人的声音。不过,正如我在以前的序言中所指出的那样,他的这些“小文章”,不同于通常意义上的“普法”,不是在宣讲某种教义,也不是在解释某些条文,而是在试图勾勒法治下的阴影。也正因为此,他的文字中流淌着热血,也夹着悲鸣。但是,他的表达方式却不是“愤青”式的,而是独立冷静思考后的理性分析。比如,在药家鑫案件中,当“万民皆曰可杀”的时候,奋飞竟敢“冒天下之大不韪”,在《如果药家鑫该死》中表达出了这样的意思,西安中院在开庭审理药案时,向现场旁听人员发放“反馈意见表”,表明法院在杀不杀药家鑫的问题上还在犹豫,而且他还认为,法院是有理由犹豫的。甚至他还认为,这种犹豫本身就是进步。他的冷静分析,不仅得不到网民的理解,还遭到了不少谩骂。再如,在聂树斌案的疑似真凶出现之后,不少人都在呼吁查清真相,还聂树斌正义。但是,奋飞却在《检察日报》上撰文称,即使我们无法查清“聂案”的真相,但只要现有的证据不足以认定聂树斌就是真凶,就可以根据“不冤枉无辜”、“疑罪从无”以及“有错必纠”的原则宣判聂树斌在法律上无罪。换句话说,没有发现真相,也可以甚至应该实现正义。又如,在李昌奎案进入再审程序之后,当时可以说民意沸腾,而奋飞却在铺天盖地的喊杀声中,反思了中国刑事再审程序中的“有错必纠”理念,以阐释为什么有些司法错误没有必要也不应当再去纠正?他甚至明确提出,应从“有错必纠”走向“适度纠错”。

当然,这并不是说,奋飞喜欢哗众取宠博取眼球,也不是说,他不愿去感受、尊重和理解普通民众的情感、理智和判断。相反,他曾撰文呼吁,要设身处地以民众的立场来观察,要对民意给予充分的尊重,而不应随便就对民意贴上“非理性”的标签。同时,他认识到“民意如流水”,因而主张应反思、超越和引导民意,尽管这种反思、超越和引导在很多情况下简直是“出力不讨好”。好在,奋飞本来也就没有想去讨好谁。不然,写这些注定对晋升职称没有任何帮助文字,那岂不是真如作者自嘲时所说——“吃饱了撑的!”奋飞还真不是“吃饱了撑的”。他是有学术梦想的。这梦想就是,让自己的思考可以影响更多的人,而不仅仅是圈子内的学术精英。我虽然时常替他担心,担心他的这个梦想会影响他的职称晋升。但我不得不说,这是一种了不起的梦想。因为,在当代中国,法治注定不是学术精英在象牙塔里的自娱自乐,不是法学论著堆建起来的封闭城池,而是一场全民实践。在公开的媒体上参与这些轰动案件的讨论,其实就是将自己置身于全民法治的洪流之中。更何况,即使是“吃饱了撑的”,也值得赞扬。“吃饱了撑的”,说白了其实就是爱管闲事,而这正是合格公民不容剥夺的权利(在某种意义上也可以说是义务)呢。在人人都可发出声音甚至都能“制造”新闻的信息化时代,针对那些蕴含着丰富的法律问题的轰动案件所进行的具有较高质量的评论更有其特别的意义。也因为这样原因,我认为,奋飞将其近几年的精华文章结集出版,是很有意义的。其意义可能主要不在于我们可以从中寻求多少破解中国法治乱象的药方,而在于提醒我们尤其是我们法律人不要忘记自己的社会责任。长期以来,我们包括我们很多

法律人已经习惯于把中国的很多问题归结为体制,甚至习惯于“用政治或社会的压制来为自己的沉默辩护”,“却往往忘记了正是自己的沉默在为这种压制添砖加瓦”(刘瑜)。也正是因为这个原因,当奋飞请我为他的这本新书作序时,我没有丝毫犹豫就同意了。

奋飞的文章涉及范围比较广泛,但却做到了言必有物,尤其是都与正义有着或紧密或松散的联系。更为难能可贵的是,其深入浅出通俗平易的文风,可以让读者甚至法律的初学者于轻松中领略正义的魅力和深意。此外,在冤案的治理需要也已经受到“全民目击”的大背景下,本书的书名《正义的底线》也可以说合乎时宜。我认同作者的看法,正义尤其是实体正义尽管有时说不清道不明,但却是有底线的。这个底线就是作者所认为的——不冤枉无辜,发现已经冤枉了无辜要予以纠正。而要捍卫这个底线,我们必须重新认识程序,彰显程序的内在价值,并敬畏程序,坚守程序正义。这也是我为什么要在这篇序言中用如此多的文字论证程序正义价值的原因吧。

是为序。

陈卫东 谨识

自序

新春伊始,有两件事让我很是高兴。一件是 *Convicting the Innocent* 一书的版权拿到了,一件是《正义的底线》一书即将面世了。而这两本书都与正义有着很大的干系。于是,在给本书写自序时,我几乎是不由自主地就从什么是正义谈起了。

我们知道,在时间不断流逝的人类历史长河中,有关正义的文献真可谓汗牛充栋。有人认为,正义是各人得其所应得(乌尔比安、西塞罗、格老秀斯);有人认为,正义即“和谐”(柏拉图、庞德);有人认为,正义即“平等”(亚里士多德、德沃金);有人认为,正义即“自由”(洛克、卢梭、杰斐逊、康德、斯宾塞);有人认为,正义即“安全”(托马斯·霍布斯);有人认为,正义指“自由与平等”(罗尔斯);有人认为,正义指法治或合法性(凯尔森、阿尔夫·罗斯);还有人认为,正义就是“共同幸福”(阿奎那)。(参见肖建国:《程序公正的理念及其实现》,载《法学研究》1999年第3期)。

正义之所以会有这么多的含义,既是因为正义具有多方面、多层次的规定性,也是因为每个试图给正义下定义的人实

际上都在“盲人摸象”。因此,关于正义的答案,可能就取决于你站在什么地方、摸到的是哪个部位。上述这些不同的认识,均是从不同的侧面来界定正义的。也因此,美国法理学家埃德加·博登海默才说:“正义具有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常,随时可呈不同形状,并具有极不相同的面貌”。也因此,对于什么是正义,人们的研究和争论仍会长期继续下去,甚至永远无法“穷尽”。但无论如何,人们都不会否认正义的重要性。有学者甚至认为,正义已经是中国社会最核心的问题,……现在中国社会当中的很多问题,从经济到社会、政治,……往往都和公平正义有着直接的关系。不仅如此,人们对正义,尤其是法律之内的正义的底线也可以形成基本的共识。任何事情,都有底线。这些年来,“底线”一词正在频频撞击人们的眼球,诸如道德底线、伦理底线、人格底线、学术底线、职业底线、官德底线、教育底线,等等。何谓“底线”,说白了,其实就是“最低限度的”的要求。在刑事司法领域,正义最低限度的要求就是“不冤枉无辜”。冤枉无辜,既是对人类文明底线的挑战,也是一种最大的非正义。因为,冤案的发生,总是意味着国家的司法制度在打击犯罪、维护社会秩序的名义下,将无辜公民的自由乃至生命给无情葬送了,其不仅会对被冤枉者本人及其家庭造成严重伤害,还会对司法公信力乃至国家的形象造成严重伤害。也因此,最高法院常务副院长沈德咏才撰文指出,“要像防范洪水猛兽一样来防范冤假错案,宁可错放,也不可错判。错放一个真正的罪犯,天塌不下来,错判一个无辜的公民,特别是错杀了一个人,天就塌下来了。”

然而,“公正的审判是不容易的事情。许多外界因素会欺

骗那些最认真、最审慎的法官。”（勒内·弗洛里奥语）无论是人类的过去，还是现在，抑或是未来，冤枉无辜的人间悲剧都无法完全避免。美国自1989年以来，仅通过DNA检测就使300多起冤狱得以昭雪，他们遇救时已经服刑的平均时间是13.6年。现在，不少美国人都认为，通过DNA成功洗冤的只是“冰山一角”，仍在监狱中被错判的人数可能达数千人，或者可能达数万人。有人甚至说，这些命运不佳的人超过十万人。中国从20世纪70年代至今，已经发现的冤案也有近200起。在刚刚过去的2013年，很多法律人士发现，中国的法院在“变”，尤其引人瞩目的是密集的错案平反。舆论猜测，这是周强履新最高法院院长后发起的一次集中清理行动。虽然，包括清理冤狱在内的各种“运动式的工作方法”容易出现“治标不治本”的情况：“运动”一来，情况好转；“运动”一过，故态复萌。但是，对于这种“运动式平冤”，我还是表示赞赏的。这既是因为，“唯有依法及时纠正冤案，才能匡扶正义，方能让民众对国家法治树立起信心”；也是因为，中国这些年被媒体曝光的几乎所有冤案的纠正所依赖的大多是诸如“死者”复活、“真凶”落网等带有偶然性的小概率事件。有学者在对近年媒体披露的在全国引起了较大关注的20起刑事冤案分析后认为，这20起冤案中，没有一起是司法系统主动发现原审判决事实不清、证据不足或发现新的证明被告人无罪的证据而主动纠正的，所有案件都是因极其偶然的因素而得以纠正。具体而言，因出现真凶而被纠正的有17起，占85%；因故意杀人案中被害人“复活”而被纠正的有3起，占15%；还有学者在对以云南杜培武“故意杀人案”为代表的43个冤案进行分析后认为，我国刑事冤案

的发现都带有一定的偶然性。有些疑似冤案,甚至在“真凶”落网多年之后都无法得到纠正。被称为“内蒙古聂树斌案”的呼格吉勒图案就可以作为典型的例证。1996年4月9日,呼和浩特市第一毛纺厂家属区的公厕内,一名女子被强奸杀害,公安机关迅速将前来报案的呼格吉勒图锁定为犯罪嫌疑人。当年6月10日,呼格吉勒图被内蒙古高级法院核准并执行死刑。2006年,身负多起命案的凶手赵志红落网,他承认曾在1996年4月的一天,在第一毛纺厂的公厕内杀害了一名女性。除了这起案子以外,赵志红还身负9起命案。赵志红落网后,媒体纷纷将呼格吉勒图案称为“冤案”。当年负责抓捕赵志红的呼和浩特市公安局原副局长告诉羊城晚报记者:“赵志红落网后,交代的第二起命案就是这起女厕杀人案,他交代的情节和具体做法与现场非常一致,而呼格吉勒图交代的就不行。”但是,笔者至今也没有检索到该案已启动再审程序的新闻。在既有的纠错机制无法正常运转的背景下,善良的人们也只能寄希望于“运动”。毕竟,无论是通过什么方式,只要最终实现了正义(“迟来的正义也是正义”),对于那些蒙冤者而言,都是莫大的安慰。

面对冤案的纠正严重依赖于“偶然”的问题,尤其是面对有些死刑冤案的纠正所遇到的巨大障碍,法律人确实需要对中国冤案的纠正问题进行深入的考察和分析。但是,从制度设计的角度而言,相比较冤案的纠正问题,冤案的防范问题更需要重视。冤案不可能完全避免,但可以最大限度地预防。通过包括赵作海案在内的诸多冤案,我们发现,中国的冤案防范机制在运作过程中存在着严重的失灵问题。这种失灵是与“刑事

程序的失灵”密不可分的。所谓“刑事程序的失灵”，是指立法者所确立的法定程序在刑事司法活动中受到了规避和搁置，以致使刑事诉讼法的书面规定在不同程度上形同虚设。例如，在案件犯罪事实不清、证据不足，或者在被告人是否构成犯罪尚存明显疑点的情况下，法院没有依法做出证据不足、指控犯罪不能成立的无罪判决，而是宣告被告人构成犯罪，但不科处死刑立即执行，在量刑上“留有余地”，选择死缓或者更为轻缓的自由刑。这种“留有余地”的判决方式可以说是冤案得以形成的非常重要的原因。但是，对于这种“留有余地”的裁判方式，目前仍有不少人从中国司法现状的角度给予了同情和理解，认为这种裁判是需要相当大的勇气 and 智慧的，法院维护了司法独立的底线。还有人甚至认为，包括河南赵作海杀人案、浙江张氏叔侄强奸案，审判法院在当时“留有余地”是立了功的，至少可以说是功大于过的，否则人头早已落地了。面临来自各方面的干预和压力，法院对这类案件能够坚持作出留有余地的判决，已属不易。

我们承认，对于这些证据上有疑点的重大案件，法院要做出无罪判决，确实会面临来自各方面的干预和压力；我们也知道，在公检法三机关配合有余而制约不足的司法体制下（有人甚至戏称，警察是“做饭”的，公诉人是“端饭”的，法官则是“吃饭”的），在重实体考核而轻程序考核的管理体制下，如再遇被害方基于强烈的复仇和赔偿动机而进行的群体申诉或者上访，中国的法官乃至法院确实是很难对证据不足的案件直接进行无罪宣告的。但是，这并不能因此正当化法院对司法现实的妥协。毕竟，这种“司法妥协主义”的本质是，背离疑罪从无原则