

第31辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2010.1

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



汪建成

让『留有余地』没有余地

张健伟

错案的自

我复制

何家弘

幸运抑或不幸

王明敏

法正天心

顺，官清民自安

时延安

什么是个问题？

曾粤兴

量

刑对定罪的制约

周珂

蜗

窝

窝

窝

窝

窝

窝

窝

窝

窝

窝

西陶害刑罚的文化思考

朱伟

金融

金融

金融

金融

金融

金融

金融

金融

金融

金融

说廖明

比较法学在中国

金融

金融

金融

金融

金融

金融

金融

金融

金融

金融

录 虚拟中的法治

——

『李庄案』

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

网络虚拟陪审团审判

纪实 柳经纬

当『好莱坞』

标志遭遇开发商时



卷首语

人生黑洞

前些日子,泰国的动荡局势引起了世人的关注。自从2010年3月14日“红衫军”在曼谷发起反政府示威活动以来,示威民众与政府军警之间的冲突不断升级。据报道,至5月20日,死亡人数已达75人,另有1800多人受伤,数十栋建筑物被焚烧,曼谷一些地区的社会生活基本瘫痪。面对这样的动乱,有人叫苦,有人咂舌,有人哭泣,有人唱歌。

我想,对于普通的泰国人来说,这绝不是他们所希望的生活,但是他们身在其中却无法选择。人类的生活本应遵循平和的轨迹,但是人生的命运却往往不由自己掌控。一些特殊的事件能够以不可抗力方式扭曲人们的生活。于是,我联想到了我们这代人在“文化大革命”中的经历,又联想到了那些或积极或无奈地卷入第二次世界大战的人们。我感到困惑。究竟是一种什么力量在扭曲千万人的生活轨迹?也许,这就像传说中的宇宙黑洞。

宇宙中的黑洞是人类目前的认识能力还无法理解的东西。科学家们也只能推测出它的存在,而无法准确地描述其存在的形式和它产生的原因。有人说黑洞是一个特殊的不发光的星体;有人说黑洞是一些巨大恒星衰变末期的残骸;有人说黑洞里什么都没有;有人说黑洞里聚集着高度凝缩的物质;有人说黑洞是每一颗恒星自身发展的必然归宿;有人说黑洞是200亿年前宇宙诞生大爆炸的产物……不过

学家们的共识——黑洞具有不可思议的巨大引力
坍塌在黑洞之中。

在我的小说《人生》
又出如下感言——“我真正感兴趣的不是宇宙中的黑洞,而是人生中的黑洞。宇宙中的黑洞无论在时间上和空间上都离我们非常遥远,而人生中的黑洞则确确实实地存在于我们身边!我们可以体验到这种黑洞的存在,因为它那不可思议的引力明显地扭曲了人们的人生轨迹,因为它那神秘的力量造就了一个个变态的生命乃至一片片坍塌的人生!”

何家弘

写于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】 何家弘 人生黑洞 / 001
- 【三言拍案】 刘英明 赵作海案:如何防止冤案再次发生? / 004
汪建成 让“留有余地”没有余地 / 005
张健伟 错案的自我复制 / 008
何家弘 幸运抑或不幸 / 012
- 【法治漫谈】 王明锁 法正天心顺,官清民自安 / 017
梁玉霞 法律的精神与法律人的特质 / 021
乔新生 情色文化与市民社会 / 029
喻 中 最后一只乌龟:凯尔森与施米特之争 / 034
- 【法学札记】 时延安 什么是问题? / 038
曾粤兴 量刑对定罪的制约 / 043
冯亚东 皇权、科举制与利益均沾 / 047
常纪文 谁说反虐待动物立法是崇洋媚外? / 052
- 【法苑随笔】 柳经纬 当“好莱坞”标志遭遇开发商时 / 059
赵忠龙 我面对的是谁?
——影片《阿凡达》与人格权的法律进化 / 063
胡 建 剑指贿选:对《村委会组织法》修改的期待 / 073
- 【身边法事】 王亚新 作为传统社会治理机制的“上访” / 076
张 军 “刁民”是如何“培养”的? / 079
周 珂 蜗居与马蜂窝 / 083
- 【史海钩沉】 郝铁川 中西阉割刑罚的文化思考 / 088
潘贵华 古代“德治”对构建和谐社会的借鉴 / 092

- 【域外法制】 龙宗智 西班牙、丹麦司法访问随记 / 097
朱伟一 美国金融监管机构新说 / 105
季美君 墨尔本大学的“开放日” / 110
- 【名师剪影】 李琦 而立年,可忆师 / 112
- 【名家访谈】 廖明 比较法学在中国的勃兴
——米健教授访谈录(上) / 120
- 【学人动态】 杨建国 虚拟中的法治
——“李庄案”网络虚拟陪审团审判纪实 / 131
- 【聊斋闲话】 胡锦涛 到人大法学院来念书 / 140
李奋飞 法律兴亡,“我”的责任 / 146
- 【书城夜话】 王新环 神交于读书 / 150
王文生 我的书房“绳墨斋” / 156
- 【何博士信箱】 读者来信两封 / 159

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘
《法学家茶座》项目负责人 李岱岩
执行主编助理 廖明 杨建国

山东出版集团
山东人民出版社出版发行
网址 <http://www.sd-book.com.cn>
社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001
编辑部电话 (0531) 82098010
E-mail fxjcz@vip.163.com
发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据
法学家茶座.第31辑/张士宝主编
济南:山东人民出版社,2010.6
ISBN 978-7-209-05374-7
I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 118360 号
山东临沂新华印刷集团有限公司印刷
16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字
2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷
定价:14.00 元

赵作海案：如何防止冤案再次发生？

2010年5月13日上午，被宣告无罪释放的河南省柘城县老王集乡赵楼村村民赵作海收到赔偿义务机关代表、商丘市中级人民法院宋海萍院长亲手交付的人民币65万元。至此，因“故意杀人罪”而冤狱11年的赵作海获得了国家赔偿。

1998年2月15日，河南省柘城县老王集乡赵楼村村民赵振响的侄子赵作亮到公安机关报案，称其叔父赵振响于1997年10月30日离家后已失踪4个多月，怀疑被同村的赵作海杀害，公安机关当年进行了相关调查。1999年5月8日，赵楼村在挖井时发现一具高度腐烂的无头、膝关节以下缺失的无名尸体，公安机关遂把赵作海作为重大嫌疑人于5月9日刑拘。5月10日至6月18日，赵作海做了9次有罪供述。2002年10月22日，商丘市人民检察院以被告人赵作海犯故意杀人罪向商丘中院提起公诉。2002年12月5日商丘中院作出一审判决，以故意杀人罪判处被告人赵作海死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。河南省高院经复核，于2003年2月13日作出裁定，核准商丘中院上述判决。

2010年4月30日，“被害人”赵振响回到赵楼村，案件发生重大变化。5月5日下午，河南省高院听取了商丘中院关于赵作海案件情况汇报后，决定启动再审程序。5月7日下午，商丘中院递交了对赵振响身份确认的证据材料。5月8日下午，河南省高院张立勇院长亲自主持召开审委会，河南省人民检察院副检察长贺恒扬列席审判委员会，对案件进行了认真研究，认为赵作海故意杀人一案是一起明显的错案。审判委员会决定：撤销省法院（2003）豫法刑一复字第13号刑事裁定和商丘市中级人民法院（2002）商刑初字第84号刑事判决，宣告赵作海无罪；省法院连夜制作法律文书，派员立即送达判决书，并和监狱管理机关联系放人；安排好赵作海出狱后的生活，并启动国家赔偿程序。

赵作海案经媒体报道后，引发广泛关注，社会各界都在思考如何防止类似冤假错案的再次发生。针对这一话题，我们以前“说”过很多，不过仍然有话要“说”……

（刘英明 编写）

让“留有余地”没有余地

汪建成*

【醒世言】在“留有余地”的名义下，他们可以让一个又一个的疑点从眼皮底下溜过；在“留有余地”的名义下，他们可以对被冤者的无罪呻吟置若罔闻；在“留有余地”的名义下，他们定得那样潇洒，判得那样从容！是时候了，在经历了这么多冤案的洗礼之后，是该对“留有余地”的做法进行彻底清算了！

最近，各大媒体争相报道的河南商丘赵作海案，是又一起弥天冤案。随着被害人赵振响的突然出现，已服刑 11 年的赵作海才得以昭雪。

对这样一起冤案进行再多的思考都不过分，笔者也陆续注意到已有很多关于本案的议论，例如刑讯逼供、协调起诉等。欲想全面总结本案的教训不是这样一篇短文所能完成的，在不完全了解案情的情况下，妄加评论也不是一种负责任的态度。然而，笔者最想追问的一个问题是，如果按照本案当初确定的杀人后碎尸抛尸的案情，为什么被告人却没有被判处死刑立即执行，而是判处死刑缓期两年执行？联想到此前发生的杜培武、佘祥林等冤案，不容置疑的客观事实是，当初法院在定罪判刑时，实际上已经发现了案中很多难以合理排除的疑点，于是放弃了生命刑，作出“留有余地”的选择，改判死缓或者自由刑。

对于司法实践中这种“留有余地”的做法，有很多人在庆幸。赵作海的家人在庆幸，庆幸他们的亲人在度过 11 年铁窗生涯之后可以重见天日，骨肉重聚；社会公众在庆幸，庆幸一个鲜活的生命没有不明不白地从地球上消失，犹如从

* 作者为北京大学法学院教授。

玉树地震的废墟下挖出一个掩埋了数日、一息尚存的同胞；办案机关和人员也在庆幸，庆幸当初做出了英明的处理，否则天理难容，良心不安。

然而，笔者却没有感到一丝一毫的庆幸，相反却是绵绵悲愤，徐徐袭来！笔者想问：法律能在 11 年之后还给赵作海清白，但法律如何偿还他失去了 11 年的青春和自由？笔者又问：那个被砍掉了四肢和头颅的真正的被害人向何处诉冤，是谁让那个真正的凶手逍遥法外？笔者还要问：为什么赵作海在侦查阶段有刑讯之嫌的口供被奉为至宝，而他在起诉阶段和审判阶段申冤的辩解却无人听取？笔者更要问：为什么在发案 11 年后的今天，公安机关能够想起为那具无名尸体进行 DNA 鉴定，而在检材更为准确、提取更为便易的案发当时却无人问津……面对这一连串的追问，一个不愿面对而又不得不面对的答案了然于心：都是“留有余地”惹的祸！在“留有余地”的名义下，他们可以让一个又一个的疑点从眼皮底下溜过；在“留有余地”的名义下，他们可以对被冤者的无罪呻吟置若罔闻；在“留有余地”的名义下，他们定得那样潇洒，判得那样从容！

是时候了，在经历了这么多冤案的洗礼之后，是该对“留有余地”的做法进行彻底“清算”了！

应该承认，诉讼既不是现场表演，亦不是科学发现。因此，在刑事司法中，既不能证明被告人有罪又不能证明被告人无罪的现象便时有发生。那么在这种情况下如何定案？无非有三种选择：罪疑从有、罪疑从轻和罪疑从无。“罪疑从有”是法西斯们的法则，“宁可错杀一千，不可放一漏网”便是这一法则的又一典型公式。连古人都常怀“与其杀无辜，宁失不经”之心，现代文明何以相容？“罪疑从轻”即虽然定罪，但从轻处罚，“留有余地”便是这一法则的通俗化表述。如果说“罪疑从有”早已为现代文明所不齿，“罪疑从轻”则在当下的中国仍然阴魂不散，它虽然披着“科学”、“公正”的外衣，实际上却行着反科学、反公正之实。危害之一，它公然违反证据裁判主义精神，因为在这样的处理中，根本没有达到法定的证明标准；危害之二，它影响收集证据的全面性，在“罪疑从轻”的庇护下，办案者往往带上了一层有色眼镜，眼中只有对被告人不利的证据，对被告人有利的证据或疑点则随便放过；危害之三，它丧失了对证据能力的审查，越是在这类

案件中刑讯逼供的可能性越大,在“留有余地”的宽容下,一些本不具有证据能力的材料,成了认定被告人有罪的重要甚至唯一证据;危害之四,它漠视了被追诉者的基本尊严和权利,似乎只有生命权才可被稍加考虑,至于自由权则一文不值;危害之五,它在客观上极易造成对真正罪犯的放纵,多起冤案的出现都表明,随着“留有余地”判决的作出,原本应该侦破的一起重大命案的侦破工作也便宣告停顿,一次错误的追诉让真正的被害人含恨九泉,让真正的罪犯自由自在。

要彻底清算“留有余地”这个“罪疑从轻”的毒瘤,就必须高举“罪疑从无”的大旗。令人欣喜的是,我们的立法已经接受了这个人类经历过无数痛苦之后而获得的现代法律文明的瑰宝,我国《刑事诉讼法》第162条第3项,早在1996年就庄严宣告:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的罪名不能成立的无罪判决。”令人悲哀的是,我们的司法却迟迟在这扇文明的大门之外裹足不前,以致赵作海这样的冤案一再发生。

尊敬的警察、检察官和法官们,你们手中虽然掌握着法律赋予你们的国家权力,但其实你们也是一个由普通人组成的集体,普通人身上所具有的正义、良知在你们身上一样具备,如果你们在办案的过程中能够以一个普通人的身份想想站在你面前的被追诉者是你的亲爹亲娘、亲儿亲女,您当何为?回到法律的轨道上来,让“留有余地”没有余地,便是你们应该作出的最佳选择!您往前走一小步,法律文明便向前迈一大步,司法文明的理性之光必将耀我中华!

错案的自我复制

张建伟*

【警世言】冤案会自我复制,如果那铸成冤案的模板还在,冤案就会模式化地一再发生。中国式冤案的关键因素是刑讯,这项古老的罪恶让司法始终没有摆脱中世纪的梦魇。当人们为清白者遭受如此残酷、不人道的刑讯行为而一掬同情之泪的时候,有谁会为那些并非清白的人遭受的刑讯而扼腕、震怒?当我们将一起错案中颠覆的正义再颠覆过来,我们是否只满足于发现并纠正这起案件,而不从错案中获得更多?

赵作海冤案是标准的中国式错案。此案一经披露,立即让人联想起前几年轰动一时的佘祥林冤案,这两件空间与时间都有不小距离的案件,相似得如同李生兄弟。

一桩标准的中国式错案是循着这样的公式展开的:合理的怀疑+刑讯逼供=错案+发现真凶(或者“死者”还阳)=发现错案。这一公式虽然简单,但许许多多冤错案件,尽管含冤受屈的人各异,他们经历的悲剧却都循着这同一公式展开。远的如宋元话本中错斩崔宁,近的如刚刚披露的赵作海冤案,莫不如此。

冤错案件,除非故意铸成,其发生,起初都有某些不利于被冤枉者的情况或者证据,使人们对他“犯了罪”的怀疑有一定合理性,但仅仅是合理的怀疑而已,要证明其有罪,需要进一步收集证据。许多悲剧就在这个环节揭幕了:刑讯被认为是突破办案瓶颈、迅速推进诉讼进程的不二法宝,被用于撬开嫌疑人的嘴巴。且看赵作海和赵振响因琐事打架,赵振响失踪。两年后,赵楼村村民在淘井时发

* 作者为清华大学法学院教授。

现一具无头、无四肢男尸，误认为是赵振响。赵作海成为重大嫌疑人，警方的“怀疑”不可谓“不合理”。唯发现的尸体是否就是赵振响，当时显然没人想过把它弄个清楚。接下来刑讯隆重登场，那场面、那架势、那无刚不摧的威吓力、那令人发指的残酷，达到了“三木之下，何求而不得”的最佳效果。取得赵作海的口供以后，商丘市检察院“奉命”起诉，商丘市中级人民法院判决有罪，留有余地地处以“死缓”之刑（后改判有期徒刑），错案就此铸成。11年后流浪多年的赵振响回到村里，“死者”再现，人们才发现，原来赵作海是被冤枉的。此案一经报道，错案再次被放大在舆论面前，受到严格审视。错案追究制随之启动，刑讯逼供的内幕被披露出来，检察机关“奉命起诉”也经公诉人之口得以曝光。

错案一经发现，除了受到冤抑的人要被释放、赔偿外，人们最关心的是何以发生和发现错案。许多事后发现的错案，一经检讨，往往可以得出这样的结论：如果当初在可能知错的环节采取了不同的做法，错案就有可能避免。例如赵作海案件中，对于无头无四肢的男性尸体躯干要是多下点工夫去核实身份（要知道这时候DNA技术用于刑事司法中的个人识别已经十年多了），就有可能避免将其误认为赵振响而造成错案。

凡错案，必有致错原因。尽管错案的原因林林总总，但一般皆可归纳为两方面，一是主观原因，二是客观原因。就主观言之，判断者判断能力不足，或者刚愎自用、怠惰轻忽，甚至贪赃枉法、挟私报复，都会导致冤错案件发生。就客观言之，有些错案是因法庭技术未臻完善所致，如DNA技术应用于刑事侦查、司法审判之前，个人识别技术精确性不足，裁判者不能及时甄别冤枉，乃铸成错案。错案之后进行诸葛亮式的研判，找出致错原因，这样做的意义就在于，人们通过错案，可以汲取教训，增长司法智慧，避免重蹈覆辙，进而在以后的司法活动中减少错案。正所谓：“见兔而顾犬，未为晚也；亡羊而补牢，未为迟也。”

我翻查美、德、法、英、日等国披露的若干冤错案件，以及一些学者对各自国家冤错案件的成因分析，发现在这些国家，虽然有冤案，但冤案的侦讯以及后续的诉讼过程并无刑讯。以美国为例，C.罗纳德·赫夫等人认为：目击证人发生错误、检察官和警察的不当行为和错误、辩诉交易、为定罪施加的社会压力、律师

辩护不充分、以有罪指控无辜者的控诉、被告人有犯罪记录等等因素,都在给无辜者定罪中发挥了作用;此外,种族作为一种因素,也促使一些错案形成。瞪大眼睛看这里列出的错案原因,刑讯并未列于其中(那里面“检察官和警察的不当行为”也不是指刑讯),但我国冤案一桩桩、一件件披露出来,却无一没有刑讯。请看近年来报章披露的若干案件,如河南李姓青年冤案、昆明杜培武冤案、湖北佘祥林冤案等等,哪个不是借助刑讯逼供而铸就?

冤案披露后,刑讯逼供的细节得以曝光。赵作海同佘祥林、杜培武、胥敬祥等人一样,详细述说当年被刑讯的惨状。这些叙述只有在当事人的清白得以澄清之时才终于有人倾听并有机会公诸报端。我想到的是,同样受到惨烈刑讯的有罪者,谁会为他们受到的煎熬伸张正义?当人们为如此残酷、不人道的刑讯逼供行为而一掬同情之泪时,有谁会想到那些并非清白的人所遭受的刑讯而为他们扼腕、震怒?如果真正有罪的人受到刑讯被认为理所当然之时,混杂在有罪者中的无辜者也不会有好日子过。当初赵作海受到刑讯的时候,实施刑讯的人是怀着十足的把握来用刑的,他们确信不会打错人。在这种情况下,当我们将选择性的正义只投射到那些清白无辜者身上而不致力于将刑讯整体地从司法过程中剔除,造成错案的病灶就得不到消除,错案就会继续发生。

要防止中国式错案,第一要务是遏止刑讯逼供。道理颇为简单:造成冤错案件的病灶不除,冤错案件会自我复制,不断出现。不知有多少人会注意到赵作海冤案发生在1997年之后,这是一个耐人寻味的年份。1996年《刑事诉讼法》修改,1997年已经全面实施修改后的《刑事诉讼法》,这次法律修改因在犯罪嫌疑人、被告人权利保障方面的进步而受到世人瞩目,但法律的修改并没有改变被怀疑为有罪的不幸者可能遭受的厄运。《刑事诉讼法》修改之前,立法机关发出的信息是修改那些亟须修改的部分、可改可不改的暂不修改。遏止刑讯并没有被纳入必须通过修改法律加以解决的问题,这是《刑事诉讼法》修改时最大的失误,其结果是能够有效遏止刑讯逼供的措施几乎无一成为制度设计者青睐的对象。此后《刑法》修正案一个补丁又一个补丁地填充到现行法典当中,《刑事诉讼法》却十几年沉寂,虽有冤错案件一再披露出来,却不能及时修改,《刑事诉讼

法》的进步止于 1996 年。如今人们翘首以待的《刑事诉讼法》的修改再次提上日程,赵作海冤案投下的这颗震撼弹,提醒人们将防止冤案的发生作为此次《刑事诉讼法》修改的重心,这一愿望不算过分吧?

错案,本可以成为司法改革的动力和资源。多年来的司法改革,常常忽视这个动力和资源,结果造成冤错案件的病灶仍在。如果今天我们仅仅把赵作海之类案件当作个别、偶发案件而不在制度层面作出检讨、有所革新,错案的价值就没有真正得到实现。错案只是带来一时的震动,造成错案的制度原因不加以消除,暴露出来的制度漏洞不加以修补,司法运作的状况不加以改善,那么明天冤错案件还是会规律式的一再发生。赵作海案件再次提醒我们:我国侦查活动有着高度的封闭性,立法者对于侦查人员采取性善论的人性取向,在制度设计中对于行使侦查权力的机关和个人限制不够,这种权力放纵型制度安排已经一次又一次因刑讯逼供不能得到有效遏止而酿成冤错案件。公安司法机关“桃园三结义”的关系也使权力制约和纠错机制失灵,辩护处于下风,“你辩你的,我判我的”的司法惯性仍无改变迹象。这些都是司法改革的对象。

冤案曝光后,人们都在关注公安司法机关怎样追责?当年办案人员不少都已经得到迁升,他们将要为以前的过误行为付出什么代价,不能不成为人们关注的对象。我国官场少有对以前的过误行为追究责任的习惯,时过境迁,大事化小,小事化无。官员不必为过去的过错承担责任,正在行使权力的人就不会小心翼翼地对待权力的运作。刑讯者付出微不足道的代价难道不会间接地鼓励刑讯逼供的发生吗?媒体纷纷报道,坐了 11 年冤狱的赵作海获得了 65 万国家赔偿,这是理所当然的事。我关心的是,冤狱不能全由纳税人买单,按照《国家赔偿法》的规定:赔偿义务机关赔偿后对于实施了刑讯逼供的工作人员追偿部分或者全部赔偿费用。让全体纳税人为实施刑讯逼供的国家工作人员买单,不但情理难通,也不能使刑讯者得到深刻教训。应当将实施了刑讯逼供的工作人员进行追偿的情况在媒体上公开,这也是向纳税人作出的交代。

幸运抑或不幸

何家弘*

【喻世言】在一个国家中，倘若错案之发生对于被判个体来说是不幸的，那么对于社会整体来说也是不幸的；倘若错案之纠正对于被判个体来说是幸运的，那么对于社会整体来说却依然是不幸的。

2010年5月18日，笔者在中国人民大学法学院举办的“教授沙龙”上作了题为《刑事错案实证研究》的主题发言。其间，我谈到了河南赵作海的冤案，并称其为“幸运的不幸者”。在我发言之后的研讨中，法理学泰斗孙国华教授建议我把这个说法改为“不幸的幸运者”。虽然这两种说法的语义重心有所差异，但是都表达了赵作海既不幸又幸运的含义。正如赵作海本人对《新京报》记者所说的，“这个事情最悲惨，也最高兴”。

毫无疑问，赵作海是不幸的，因为他含冤11载，身陷囹圄，妻离子散。然而，他又是幸运的，因为“被害人”竟然“死去活来”，使他终于有了洗冤的铁证，不至于含冤终生。赵作海之不幸，是与那些没有遭遇错判而能够享受正常生活的人们比较而言的；赵作海之幸运，是与那些遭遇错判而不能享受正常生活的人们比较而言的。遭遇错判是不幸，遭遇错判而无缘纠正更是不幸。

我们经常说，刑事司法的原则是“既不冤枉一个好人，也不放纵一个坏人”。然而，这只是一个美丽的传说，因为这是不可能实现的理想。在任何一个国家的刑事司法系统中，错案都是不可能完全避免的。美国虽然是一个司法制度相对比较健全的国家，但是也存在错案。2010年2月，我应邀到美国辛辛那提大学法

* 作者为中国人民大学法学院教授。

学院讲学,介绍了中国刑事错案的情况,也听美国专家介绍了美国刑事错案的情况。美国自 20 世纪 90 年代中期开始,很多州都成立了“无辜者救援中心”,实施“无辜者行动计划”,主要是通过 DNA 鉴定技术对过去判决有罪的强奸等类案件进行复查,至今已经发现并纠正了 242 起错案,其中有些无辜的被告人也被关押了十几年。北卡罗来纳州的约瑟夫·阿彼特(Joseph Abbitt)强奸案就是一个很好的例证。

1991 年 5 月 2 日凌晨,两个少女(16 岁和 13 岁)在北卡罗来纳州家中被一个人入室者强奸。两个被害人称强奸者是个黑人,好像是曾经在该社区居住过的约瑟夫。随后,警察让两个被害人进行了照片混杂辨认,二人认定约瑟夫就是该强奸犯。警方在现场提取了被害人内裤、床单和衣服等物证。虽然对这些物证上的精斑等痕迹的 DNA 鉴定结论都不能肯定是约瑟夫的,但警方还是决定把约瑟夫列为重大嫌疑人。不过,约瑟夫此时已经离开了北卡州,下落不明。1994 年,警方得知约瑟夫因涉嫌银行支票诈欺而被关押在得克萨斯州的拘留所。随后,他们通过州际警察合作把约瑟夫抓捕归案。

1995 年 6 月,北卡州地方法院组成陪审团,开庭审理约瑟夫被指控强奸、入室盗窃和绑架罪案。两名被害人在法庭上指认约瑟夫就是强奸犯。虽然约瑟夫声称自己案发那天在上班,而且其雇主也出庭证明了这一点,但是因 4 年过去了,约瑟夫无法提供当时上班打卡的证据,最后,陪审团认定被告人有罪。法官随后判处约瑟夫两个终身监禁外加 110 年监禁。约瑟夫不服判决,提出上诉。1996 年 5 月,上诉法院维持原判。

2005 年,约瑟夫向北卡州无辜者援助中心求助。后者受理其案件后,寻找可以做鉴定的物证。该案发生时,北卡州还没有要求警方在判决后必须保存物证的法律规定,不过,该案的被害人内裤等物证并没有被销毁。第一次 DNA 鉴定的结论是非确定性的;第二次 DNA 鉴定结论排除了约瑟夫作案的可能性。2009 年 9 月 2 日,约瑟夫在监狱服刑 14 年之后,被法院正式宣告无罪。

古今中外都有错案,其原因之一是案件事实对于司法人员来说都是无法亲历无法直接感知的发生在过去的事件,犹如水中之月、镜中之花、海市蜃楼一

般；因为司法人员既不是上帝也不是神仙，无法全知全觉，也无法穿越“时空隧道”，而只能通过有限甚至短缺的证据去认识案件事实。另外，人都是会犯错误的。古人说，人非圣贤，孰能无过。不仅坏人会干坏事，好人也会干坏事。不仅恶劣的侦查人员和司法人员会办错案，优秀的侦查人员和司法人员也会办错案。我们承认这一点绝不是为那些侦查人员和司法人员开脱，而是要人们正视刑事错案出现的必然性并认真研究其产生的原因和发生的规律，以便从制度设计上降低错案的发生率，减轻错案的危害性。

从广义上讲，错案有两种基本形式：其一是错判，即把无辜者错判为有罪；其二是错放，即把有罪者错判为无罪。在因证据短缺而无法肯定嫌疑人或被告人是否有罪的情况下，司法人员的裁判便难免出错——放了，可能是错放；判了，可能是错判。面临这种没有绝对正确之路可选的处境，明智的做法就是“两害相权取其轻”。那么，错放与错判相比较，孰轻孰重？过去，我们习惯地认为错判是让个人受了委屈，而错放是让社会受了委屈。前者侵害了个人利益，后者侵害了公共利益。公共利益大于个人利益，因此应该“宁可错判也不要错放”。然而，这些年披露的错判案件使越来越多的人认识到，错判也具有非常严重的社会危害性。它不仅损害个人利益，使当事人遭受冤屈，而且损害公共利益，破坏司法公正和社会秩序，甚至会使公众丧失对司法的信念乃至国家政府的信念！从这个意义上讲，倘若在一个国家中，错案之发生对于被判个体来说是不幸的，那么对于社会整体来说也是不幸的。

换一个角度来看，错放只是一个错误，即让有罪者逍遥法外；而错判往往是两个错误，因为当一个无辜者被错误判刑的时候，往往还有一个真正的罪犯在逍遥法外，甚至继续为非作歹。例如，赵作海杀害赵振响是错案，但是该案中那具无头尸体的背后肯定隐藏着一个或多个杀人犯，当赵作海被判死缓的时候，大概有一个或多个杀人犯在一边偷着乐。在美国通过 DNA 鉴定纠正的 242 起错案中，有 35% 又确认了真正的罪犯。例如，1998 年，俄亥俄州萨米特县的克莱伦斯·艾尔金斯 (Clarence Elkins) 在一起强奸杀人案的审判中被判有罪。2005 年，他在监狱服刑 7 年半之后，通过 DNA 鉴定被宣告无罪。随后，警方通过 DNA 鉴

定又认定本案中另外一名嫌疑人厄尔·马恩(Earl Mann)才是真正的罪犯。错放是一个错误,错判是两个错误。因此,在案件事实不清的情况下,我们的原则应该是“宁可错放也不要错判”。其实,英国 18 世纪著名的法学家威廉·布莱克斯通就曾经说过:“让十名有罪者逃脱也胜于让一名无罪者受罚。”美国最高法院的大法官们在 1970 年温希普一案的判决中也指出:“我国(法律)体制的基本价值观念认为判定一名无辜者有罪要比放了一名有罪者糟糕得多。”套用国人熟悉的语言,这种观点之精髓就是:宁可错放十个,也不错判一个!美国 1994 年发生的辛普森涉嫌杀妻案的“世纪审判”大概就是这一原则的经典例证。

即便如此,美国的错判依然时有发生。不过,比较中美两国的错判案件,我们可以发现两点差异。第一,在中国的刑事错案形成原因中,刑讯逼供堪称罪魁祸首,例如,在我们实证分析的 50 起涉嫌杀人的错判中,47 起都存在刑讯逼供的可能性,高达 94%。但是在美国的刑事错案成因中,被害人或目击证人的辨认错误则排在首位。例如,在上述 242 起错案中,有 75%的案件中存在辨认错误;而在俄亥俄州通过 DNA 鉴定纠正的 8 起错案中都存在辨认错误。第二,美国已经建立了主动纠正错案的社会机制和相应的制度保障,而在中国,遭受冤屈的人往往还只能等待幸运的眷顾来纠错。诚然,我国有上访制度,有控告申诉部门,有刑事再审制度,但是实践经验告诉我们,在现有制度内发现错案和纠正错案都是相当困难的。

一方面,纠正错案往往会遭遇来自很多方面的阻力,例如地方政府官员的阻力和原司法机关、侦查机关的阻力。其实,有些错案的办案人员在办案过程中或结案之后就已经意识到自己的错误了,但是却不愿意纠正,似乎有骑虎难下之苦,只好掩盖错误甚至坚持错误,结果是错上加错。世界上没有不会犯错误的人,也没有从来没犯过错误的人。既然人人都会犯错误,那么,如何对待错误就具有特别现实的意义,而且往往是好人与坏人的分水岭。有的人在犯了过错之后能够勇敢而且及时地面对过错和承担责任,并能进一步采取措施纠正之;而有人在犯了过错之后首先考虑的不是如何纠正,而是如何逃避甚至掩盖,于是就由小错发展到大错乃至特错。知错即改,实为大勇大善;文过饰非,则属错上

加错。因此,如何对待司法活动中出现的错案,也是一个很值得人们认真思考的问题。

另一方面,我们缺少主动纠正错案的社会机制。从这些年发生的刑事错案来看,主要是一些偶然的因素导致了错案的发现和纠正。例如,黑龙江的石东玉案是因为另外一起抢劫案的嫌疑人为了立功而揭发他人是本案真凶,才得以昭雪;云南杜培武案是因为侦查人员在办理他案中意外地发现了该案中的重要物证——手枪,才得以洗冤;湖北佘祥林案和河南赵作海案都是因为“被害人”多年后生还,才得以翻案。从这个意义上看,赵作海等人还是幸运的,因为这些偶然的因素导致了错案的纠正。否则,他们可能会含冤终生,而且无人知晓——除了那真正的罪犯知晓。在我们的社会中,真正受到赵作海式遭遇的人绝对是少数,但是可能受到这种遭遇的人决非少数。正是在这个意义上说,倘若错案之纠正对于被判个体来说是一种幸运,那么对于社会整体来说就是不幸的。

