

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

二〇一〇年第二辑总第十七辑

赵秉志◇主编

【本辑要目】

赵秉志

张伟珂

◇

无罪推定的迷失与刑讯逼供的为祸

——赵作海故意杀人案法理研究

杨子良

胡旭

◇

参与受贿的特定关系人罪过的认定

——周良洛、鲁小丹受贿案探讨

刘静坤

◇

自首的证明责任和司法认定

——黎某某故意杀人案研讨

卢建平

◇

从肖传国案谈雇佣伤人案件的司法认定

左坚卫

向玉生

◇

复制教材销售给学员的定性处理

——湖南大学财税远程教育中心等侵犯著作权案探讨

王志祥

刘薇

◇

关于孙伟铭案判决理由定性部分的思考

阴建峰

◇

虚拟财产的刑法意义

——我国首宗盗卖QQ号码案探讨

人民法院出版社

2010年第2辑(总第17辑)

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2010年. 第2辑. 总第17辑/赵秉志主编. —北京: 人民法院出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5109-0219-2

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法-判例-研究-中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第063719号

刑事法判解研究

2010年第2辑(总第17辑)

北京师范大学刑事法律科学研究院

赵秉志 主编

责任编辑 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷27号 邮编 100745

电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550516(出版部)
67550551(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092毫米 1/16

字 数 268千字

印 张 15.375

版 次 2011年4月第1版 2011年4月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0219-2

定 价 38.00元

《刑事法判解研究》

学术顾问

高铭暄 马克昌 陈光中 王作富 储槐植
张 军 熊选国 南 英 朱孝清 孙 谦

编辑委员会

主 任 赵秉志

副 主 任 胡云腾 陈国庆

委 员 (以姓氏拼音为序)

高贵君 高憬宏 王尚新 李希慧

卢建平 彭 东 宋英辉 杨万明

张智辉 周 峰

主 编 赵秉志

主编助理 左坚卫

编 辑 李山河 廖 明 刘媛媛

特邀编辑 (以姓氏拼音为序)

陈 超 广东省高级人民法院刑一庭庭长

龚培华 上海市金山区人民检察院检察长

黄祥青 上海市第一中级人民法院副院长

孟燕菲 最高人民检察院法律政策研究室处长

万云峰 广州市中级人民法院刑一庭副庭长

翁跃强 浙江省义乌市人民检察院检察长

吴光侠 最高人民法院刑五庭审判长

詹复亮 最高人民检察院反贪总局业务指导处处长

张温龙 福建省石狮市人民检察院检察长

周加海 最高人民法院研究室刑事处处长

邹开红 北京市人民检察院法律政策研究室主任

卷首语

《刑事法判解研究》复刊后，得到了各方的大力支持。刊物以真实案例为基础，以多种形式开展多视角研究的风格也得到了读者的肯定，这也坚定了我们按改版后的形式继续编辑出版刊物的信心。经过精心策划，《刑事法判解研究》2010年第2辑（总第17辑）与读者见面了。

英国著名哲学家培根在《论司法》一文中说过，一次不公正的判断比多次不平的举动为祸尤烈，因为这些不平的举动不过弄脏了水流，而不公的判断则把水源败坏了。^①影响极大的赵作海冤案的负面作用较培根所说更甚。该案从侦查阶段的刑讯逼供、超期羁押，到检察阶段的证据不足审查起诉，再到司法判决的疑罪从轻，整个刑事诉讼的过程岂止是一次“不公正”的裁判所能概括的。在冤案形成的背后，是司法理念的错位、程序正义的缺失、法律保障的空乏、责任追究的无奈。对这起错案的深度反思不能因时过境迁而停止。因此，本辑“名案法理研究”栏目重点推出赵秉志教授与张伟珂博士生合作撰写的关于赵作海案件的长篇法理研究报告：《无罪推定的迷失与刑讯逼供的为祸》。在该栏目中，杨子良法官与胡旭同志合作对另一重大案件，即海淀区原区长周良洛及其妻子鲁小舟受贿案进行的研究，着重从司法实务的层面，对受贿罪共犯中《参与受贿的特定关系人罪过的认定》问题进行了探讨，颇具实务借鉴价值。

自首一直是司法实务中刑罚裁量的重要考量情节，对自首的认定也经常

① [英] 弗兰西斯·培根：《培根论说文集》，水天同译，商务印书馆1983年版，第193页。

困扰着司法人员。在本辑的“公报案例研究”栏目中，刊载了最高人民法院刘静坤法官的《自首的证明责任和司法认定》一文，以黎某某故意杀人案为例，探讨了自首认定中的实体和程序方面的问题。

肖传国雇凶伤害方舟子案的司法程序虽然早已走完，案犯肖传国也已经刑满释放，但关于本案的争议却留有余响，侵害人和受害人依旧对判决愤愤不平。本辑以“探案圆桌会议”的形式，组织了一组文章，就本案中进行了多角度探讨，希望能促进对本案思考的深化。

本辑的“疑难案件探讨”专栏，以五篇文章、五个案例，分别探讨了帮助犯与片面共犯的区分问题，侵犯著作权犯罪、侵犯商业秘密罪、转化型抢劫罪认定中的疑难问题，以及将他人遗留在ATM机上的信用卡中的余额取走行为的定性问题，希望能对司法机关处理这类犯罪有所裨益。

“他山之石，可以攻玉。”在本辑的“案例比较研究”栏目中，刊登了向燕的文章《技术侦查与隐私权保护》，在“域外名案评析”栏目中，刊登了孙平副教授的《法国“许霆案”评析》一文，通过对国外著名案例的比较研究或者深入剖析，为我国司法机关处理类似案件建言献策。

我们相信，随着本刊的编辑出版工作逐步走上正轨，它在刑事法理论和实务界将产生越来越大的影响。

《刑事法判解研究》主编 赵秉志

2011年1月22日

目录

名案法理研究

- 无罪推定的迷失与刑讯逼供的为祸
——赵作海故意杀人案法理研究
..... 赵秉志 张伟珂(1)
- 参与受贿的特定关系人罪过的认定
——周良洛、鲁小丹受贿案探讨
..... 杨子良 胡旭(37)

公报案例研究

- 自首的证明责任和司法认定
——黎某某故意杀人案研讨 刘静坤(48)
- 人户型抢劫的定罪与量刑
——周某、李某抢劫案的法理思考
..... 王庆刚 史迹(54)

探案圆桌会议

- “肖传国雇凶伤害方舟子案”专题讨论
- 从肖传国案谈雇凶伤人案件的司法认定 卢建平(64)
- 故意伤害罪的停止形态与处罚范围
——以肖传国雇凶伤害案为切入点的思考
..... 王志祥 敦宁(71)
- 方舟子被袭案件的法内分析与法外反思 苏明月(82)
- 媒体监督的限度 孟军(87)

疑难案件探讨

- 复制教材销售给学员的定性与处理
——湖南大学财税远程教育中心等侵犯著作权案探讨
..... 左坚卫 向玉生(92)
- 转化型抢劫犯罪应区分停止形态
——孙胜抢劫案研究 江堤(107)
- 冒用他人信用卡行为的认定和处理
——荣某将他人遗忘在ATM机上的信用卡
余款取走案探讨 嵇晶晶(114)

侵犯商业秘密罪的认定及处理

——郑杨斌侵犯商业秘密案探讨 …… 姜伟华(127)

帮助犯与片面共犯的区分

——张书海等特大系列抢劫案法理研究

…………… 付钦斌(162)

热点案件透视

关于孙伟铭案判决理由定性部分的思考

…………… 王志祥 刘 薇(180)

虚拟财产的刑法意义

——我国首宗盗卖QQ号码案探讨…………… 阴建峰(193)

论损害商品声誉罪认定的三个问题

——以“纸馅包子”假新闻炮制者损害

商品声誉案为视角 …… 袁 彬 周俊华(199)

案例比较研究

技术侦查与隐私权保护

——对 *Kyllo v. United States* 与 *R. v. Tessling*

的比较分析 …… 向 燕(208)

域外名案评析

法国“许霆案”评析

——Lafont 从 ATM 机上提取超出其账户可支取余额案

…………… 孙 平(216)

法律解释研究

刑法第十二条研究

——以有关司法解释以及公报案例为视角

…………… 张 波(225)

无罪推定的迷失与刑讯逼供的为祸

——赵作海故意杀人案法理研究

赵秉志* 张伟珂**

名案法理研究

〔基本案情及裁判结果〕

被告人赵作海，男，1952年10月出生，出生于河南省柘城县，汉族，文盲，农民，捕前住柘城县老王集乡赵楼村。“被害人”赵振响，男，1954年生，赵作海同村农民。

1998年2月15日，赵振响的侄子赵作亮到公安机关报案称其叔失踪，怀疑被赵作海杀害。1999年5月8日，赵楼村发现一具高度腐败的无头尸体，公安机关遂把赵作海列为重大嫌疑人并于5月9日将其刑事拘留。5月10日至6月18日，赵作海作了9次有罪供述；6月18日，柘城县检察院作出批准逮捕的决定；8月15日，柘城县公安局将该案移送检察院审查起诉；9月28日，柘城县检察院向商丘市检察院报送审查起诉，商丘市检察院两次将该案退回公安机关补充侦查。此后，柘城县公安局又移送

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会常务副主席。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院2010级博士研究生。

过此案，检察院均未受理。

至2002年全国清理超期羁押专项活动期间，柘城县政法委召开会议协调研究该案，认为案件基本事实清楚，基本证据确实充分，商丘市检察院可尽快起诉。后商丘市政法委扩大会议研究决定由市检察院重新阅卷。同年11月11日，河南省商丘市人民检察院以商检起诉（2002）81号起诉书指控被告人赵作海犯故意杀人罪，其指控内容为：1997年10月30日夜，被告人赵作海在与本村妇女杜××私通时，被也与杜××有通奸关系的本村村民赵振响发现，赵振响持刀将被告人砍伤，被告人逃至家中，持刀躲在自家大门后，等赵振响追到后，被告人用刀刺向被害人，致赵振响当场死亡，然后将赵振响的尸体肢解、隐藏。^①

被告人赵作海对起诉书指控的犯罪事实当庭予以否认；其辩护人辩称本案事实不清，证据不足，请求宣告被告人赵作海无罪。

商丘市中级人民法院（2002）商刑初字第84号刑事判决认定的事实为：被告人赵作海和被害人赵振响均与本村妇女杜××有通奸关系。1997年10月30日夜，被告人赵作海在杜××家与杜通奸时，被赵振响碰见，赵振响遂持刀将赵作海头面部砍伤，赵作海逃离杜家，赵振响追赶至赵作海家院内，赵作海持刀将赵振响杀死并将尸体肢解、隐藏。被告人赵作海归案后在侦查环节曾多次供述持刀杀害赵振响并肢解尸体的犯罪事实，其供述杀害赵振响的原因、情节与现场勘验笔录、刑事技术鉴定及有关证人证言相一致，且用以包裹尸体躯干的编织袋片提取后，经赵作海及其妻赵振起、儿子赵西良辨认无误。商丘中院认为，被告人赵作海杀害赵振响并肢解尸体的事实清楚，证据确实、充分。赵作海当庭翻供理由及其辩护人的辩护意见不能成立，法院不予采纳。被告人赵作海杀人后肢解尸体，犯罪性质恶劣，手段残忍，后果严重，社会影响极坏，本应严惩，但鉴于被害人赵振响首先持刀攻击被告人，有一定过错，对被告人判处死刑，可不予立即执行。故判决：被告人赵作海犯故意杀人罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

2003年2月13日，河南省高级人民法院作出（2003）豫法刑一复字第13号刑事裁定：被告人赵作海持刀杀人，手段残忍，后果严重，应予严惩。赵作海虽翻供，但一审当庭出示的证据来源清楚，收集程序合法，证据之间能相互印证，其否认犯罪的理由不能成立。鉴于被害人在案发原因上有一定

^① 参见：《赵作海案荒诞的现实与细节》，载 <http://www.anhuinews.com/zhuyeguanli/system/2010/05/20/002965802.shtml>，浏览日期：2011年4月15日。

的过错，对被告人赵作海可判处死刑，不立即执行。核准商丘市中级人民法院（2002）商刑初字第84号以故意杀人罪判处被告人赵作海死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身的刑事判决。

2010年4月30日，被“杀死”的赵振响“复活”，出现在赵楼村。5月6日，商丘市中级人民法院报告河南省高级人民法院，被认定为本案被害人的赵振响又回到村中。

2010年5月8日，河南省高级人民法院作出（2010）豫法刑再字第15号刑事判决：（1）撤销本院（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。（2）宣告被告人赵作海无罪。

另外，根据2010年7月商丘市人民检察院对赵作海故意杀人案中侦查人员涉嫌实施刑讯逼供等失职渎职行为印发的起诉意见书的认定，^①从1999年5月8日至6月10日，赵作海先后被控制在柘城县老王集乡派出所和柘城县公安局刑警队，分别被拷在连椅、床腿或摩托车后轮上，公安办案人员分班轮流审讯和看守，这种体罚控制情况持续长达33天。为获取赵作海实施故意杀人的供述，侦查人员罗某某持枪威吓赵作海，并指使、纵容李某某、王某某、周某某、郭某某、司某某等人采取用木棍打、手枪敲头、长时间不让休息和吃饭等方法轮番审讯赵作海。赵楼村村民杜某某和赵作海的妻子赵某某也被传唤和长时间非法关押。^②

〔裁判要旨〕

1. 被告人归案后在侦查环节曾多次供述持刀杀害被害人并肢解尸体的犯罪事实，其供述杀害被害人的原因、情节与现场勘验笔录、刑事技术鉴定及有关证人证言相一致，且用以包裹尸体躯干的编织袋片提取后，经被告人及其妻子、儿子辨认无误。事实清楚，证据充分。由于被告人曾经在公安机

① 信息来源于：<http://www.wswnet.cn/zhonghe/main.asp?id=8718>，浏览日期：2010年8月2日。

② 根据媒体的相关报道，杜某某向媒体表示赵作海被刑拘后，她和赵作海同时被关押在老王集派出所，为了让她承认和赵作海有私情，民警让其跪在木棍上，用木棍打，用皮鞭抽。而身为赵作海妻子的赵某某也表示，“井中出现无头尸后，她被关在一座酒厂里一个多月。当她说自己不知道丈夫杀人时，被惩罚跪在棱角分明的棍子上。”相关信息参见《‘赵作海冤案’背后的悲情》，载《法律与生活》2010年第6期；《赵作海：命就像一根草》，载《南方周末》2010年5月13日第A7版。

关的侦查环节做了多次杀人的笔录，并且有合理的证据存在，所以被告人及辩护人否认杀人的辩护不足采信。

2. 被告人虽翻供，但一审当庭出示的证据来源清楚，收集程序合法，证据之间能相互印证，其否认犯罪的理由不能成立。被告人杀人后肢解尸体，犯罪性质恶劣，手段残忍，后果严重，社会影响极坏，本应严惩，但鉴于被害人首先持刀攻击被告人，有一定过错，对被告人判处死刑，可不予立即执行。

[蕴含的法理问题]

几乎同所有为人关注的冤假错案一样，赵作海案遵循着同样的逻辑规则：有罪推定——刑讯逼供（或暴力取证）——政法委召集公检法三家协商会诊——裁判定罪。如此顺畅的体系犹如完整的证据链条使赵作海们陷入牢狱的磨难，更有不幸者坠入地狱的深渊。可以说，只要四个环节中任何一个环节被及时阻断，回归法治轨道，都足以阻止冤假错案的发生，但是机缘巧合使不幸降临到赵作海的身上。人们在感叹命运多舛、生命脆弱的同时，无不对有罪推定的司法理念、刑讯逼供的侦讯手段、协商会诊的司法模式痛加鞭挞。当然，引起人们关注的不仅是程序制度的不足，一系列的争议还存在于对实体法规则的反思以及对案件自身更深层次的思考。由此本案所蕴含的法理问题涉及程序与实体两个方面，其中两个问题值得特别关注。

1. 无罪推定原则的理解与相关制度的完善

理论界对于刑事诉讼法是否确立无罪推定原则存在争论，赵作海的不幸遭遇再一次让我们反思有罪推定与无罪推定对人权保障的不同价值。从被拘押的第一天起，赵作海就被贴上了“犯人”的标签；此后的刑讯逼供、超期羁押都只是这一认定的延伸。如果我们能够完整地确立无罪推定原则，赋予犯罪嫌疑人、被告人充分的诉讼权利来保障合法权益，那么赵作海也许会经历另一种生活。面对他悲痛的眼神，我们有必要反思无罪推定原则在当代中国的命运。

2. 刑讯逼供罪的争议问题

可以说，刑讯逼供对这次冤案的发生再次发挥了关键作用。有生活常识的人都能知道，如果不是遭受了非人的折磨，赵作海不可能9次无中生有地承认自己杀了人，9次无中生有地作出足以令其丧命的有罪供述。作为刑法明确规定的罪名，刑讯逼供罪在司法实践中远没有发挥应有的作用，通过对其构成要件明确，立案标准的分析，加强对刑讯逼供的实体法治理，提高刑事司法威慑力，也是一个值得探讨的路径。

[分析]

继杜培武、王树红、余祥林、聂树斌、呼格吉勒图等蒙冤者之后，2010年5月，赵作海以11年的冤狱再次唤起人们对刑事司法活动的极大关注。以此为契机，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部于2010年6月24日联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，明确了特定情形下非法实物证据排除规则，不仅扩大了非法证据排除的范围，而且初步建立了排除非法证据的程序以及相应的举证责任。我们不能奢望赵作海案像孙志刚案一样成为中国法治进程中的一块里程碑，但是该案确实再一次告诫公众——警惕以保障自由的刑法之名来剥夺合法公民的自由之身。

法律真实与客观真实往往存在一定的距离。错案就像物理实验中的误差，是司法运行过程中永远无法消弭的创伤。但是，我们本可以凭借人类的智慧与良知把这个“误差”降到最小。^①一个新的冤案掀起了人们对司法制度和司法理念的又一次拷问高潮。以血泪浇灌的自由之花如果仅换来一时的关注，而不能因此深刻反思、改变现有司法体系中不当的内容，也许赵作海的遭遇会像杜培武、余祥林等人一样，仅仅是法治进程中匆匆翻过的一页。因此，有必要对赵作海杀人冤案进行深度思考。

一、无罪推定的迷失——原则的理解与相关制度的完善

赵作海案再次唤起人们对无罪推定制度的思考，我国的刑事诉讼法中究竟是否存在无罪推定原则，为什么无罪推定原则在刑事诉讼程序没有发挥应有的人权保障机能，这些疑问都将伴随着我们在现有制度框架下对无罪推定原则的反思。

（一）穿越迷雾：对刑事诉讼法第十二条的反思

1. 刑事诉讼法第十二条与无罪推定原则的关系

刑事诉讼法第十二条规定：未经人民法院依法判决，对任何人都不得确

^① 即使一直以完善的人权保障制度、严谨的法律程序自居的英美国家，也有一定数量的冤家错案存在。据估计，在美国，1/4的被告人是无辜的，全美被判处死刑的案件中至少有1%的被告人是被冤枉的；而依照英国公民自由小组大法官（civillibertiesgroupJustice）的保守说法：“每年至少有15人被陪审团错判”。参见刘品新：《当代英美刑事错案的实证研究》，载《国家检察官学院学报》2007年第1期。

定有罪。本条规定是否可以看作是无罪推定原则在法律中的体现，理论界存在着不同的观点，有学者持肯定态度，也有学者认为本条没有确立无罪推定原则，“至少是未完全确立无罪推定原则，其基本理由是中国刑事诉讼法未确立犯罪嫌疑人的沉默权，相反规定了犯罪嫌疑人有如实陈述的义务。”^①还有学者持第三种观点即“我国刑事诉讼中实际实行的不是有罪推定，也不是完整的无罪推定，而有‘疑罪从挂’的取向。”^②从司法部门的意见来看，最高人民法院认为是“罪从判定”原则，最高人民检察院则认为是无罪推定原则。^③笔者认为，对刑事诉讼法第十二条该如何定性，需要从以下两个角度来分析：

(1) 对第十二条内涵的理解

第十二条分为两部分：“未经人民法院依法判决”和“对任何人都不得确定有罪”，从句式上分析这是一个双重否定句，抛开语气上的着重点，可以转换为“只有经过人民法院依法判决，才能确定有罪”。据此对本条的理解可以从以下三个方面考虑：首先，从整个法律条文的表述来看，人民法院没有判决前，被追诉人只是处于“不得确定有罪”即“不确定”的状态之中，这就从客观上否定了侦查机关、检察机关的定罪权。从而必然使不享有定罪权的公诉机关在收集证据的时候必须从有罪、无罪这种“不确定”的角度考虑进行证据的全面搜集，即不能仅仅为了实现对犯罪嫌疑人的追诉而只搜集有罪、罪重的证据。其次，在这里“确定”一词具有十分重要的意义。它表明在人民法院的判决具有确认犯罪成立的唯一性，至于在依法判决之前，被告人是有罪或无罪处于不明状态。事实上也正是如此，因为刑事诉讼程序正在进行之中，证明被追诉人有罪、无罪、罪重、罪轻的证据尚未最终确定。第十二条的规定在赋予法院独享审判权的同时也对被追诉人的法律地位做了客观的描述，不包含任何法律推理的成分。再次，确定被告人有罪的判决，人民法院必须依法作出。“依法”既包括刑事诉讼法等程序法，也包括刑法关于定罪量刑的实体规定。

综上得出以下结论：(1) 只有法院才有确定有罪的权力；(2) 有罪判决作出之前，被告人处于有罪、无罪不确定的状态，不存在对被追诉人无罪的推定，也不存在对被追诉人有罪的假设；(3) 法院的有罪判决必须依法

① 宋振武：《无罪推定原则之辨正》，载《烟台大学学报》2004年第1期。

② 梁庆寅、罗仕国：《无罪推定的逻辑形式》，载《中山大学学报》2006年第1期。

③ 尤广辉、时延安：《无罪推定原则之多维分析》，载《南都学坛》2002年第6期。

作出。从中可以看出，本条的规定即比“罪从判定”内容丰富，也不完全等同于无罪推定，更不存在有罪推定的思维逻辑。

(2) 从相关的法律制度设计来看第十二条所体现的法律思想

无罪推定原则要求在刑事诉讼过程中赋予被告人完整的辩护权、沉默权，并确立非法证据排除规则，而根据刑事诉讼法的相关规定，^①被告人从检察机关审查起诉之日起才享有聘请律师为其辩护的权利，并且被告人应当履行如实供述的义务，就证据制度而言，没有确立完整非法证据排除规则。^②所有这些法律制度都与无罪推定原则存在一定的冲突。当然刑事诉讼法中有一些规定与无罪推定是相吻合的，比如法院的独立审判权，罪从判定，严禁刑讯逼供等。但是不可否认，保障被追诉人利益的最重要权利缺失使第十二条的规定（亦或整个刑事诉讼法的规定而言）很难同无罪推定原则保持完全一致。只不过在罪从判定原则之下，第十二条的规定表现为与无罪推定原则的交叉关系，而这个交集即只有法院才能确定被告人有罪。

事实上，刑事诉讼法第十二条拟定的初衷也不是关于无罪推定原则。据《中华人民共和国刑事诉讼法释义》（胡康生、李福成著，法律出版社1999年版）一书在表述该条的立法意图时所载：“我们反对有罪推定，但也不是西方国家的那种无罪推定，而是实事求是地进行侦查，客观地收集有罪或无罪、罪轻或罪重的各种证据，在人民法院作出有罪判决以前，我们不称被告人是罪犯，但也不说他没有罪或者假定他无罪，如果假定他无罪，那么侦查机关对他进行侦查、采取强制措施就没有根据了。因此，我们的原则是实事求是地进行侦查。”^③由此看来，在立法者看来，无罪推定与实事求是是冲突的，为了更好地符合诉讼程序的真况，确立诉讼程序展开的依据，只能以实事求是的方式来表达：即有罪判决作出之前，被告人处于有罪、无罪不确定的状态，不存在对被追诉人无罪的推定，也不存在对被追诉人有罪的假

-
- ① 如刑事诉讼第三十三条规定：公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人；第九十三条规定：犯罪嫌疑人对侦查人员的讯问，应当如实回答。
- ② 根据2010年6月24日发布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》确立了两种排除后果和一种救济方式：第一，绝对排除。即采用刑讯逼供、暴力、威胁方法取得的非法言词证据依法必须排除，即使它是真实的、可靠的，也不能作为定案根据，没有任何自由裁量余地。第二，自由裁量的排除。即物证、书证的取得违反法定程序、影响公正审判的，可以被排除。可补正的救济，即一些技术性的违法，可以责令侦查人员去补正。整体上较之前有较大进步。
- ③ 宋振武：《无罪推定原则之辨正》，载《烟台大学学报》2004年第1期。

设。那么无罪推定原则和实事求是真的存在冲突么？

笔者认为这种观点是值得商榷的。首先需要明确的是客观真实和法律真实是存在差距的。追求客观真实是实事求是，尊重法律真实也是实事求是，因为法律真实是建立在客观、完整的证据链条之上的，即使适用非法证据排除规则下认定的“法律真实”也是一种客观的真实所在，因为它体现了对法律规律的尊重，依然秉承实事求是的思想。从这个意义上说，法律真实基于“法律工作者认识到诉讼不是也不可能是发现真情的科学调查研究”。^①而无罪推定原则的实事求是性就在于“以承认一定条件下人的认识的有限性为前提，体现了正确的认识论原则与法律价值论的有机统一”^②。其次，“无罪推定只是在程序上假定被追诉人无罪，从而为设置保障被追诉人合法权益的正当程序提供理论基础，其本身并不涉及被追诉人是否犯罪的实体事实。”^③作为规范性命题意义上的无罪推定原则，它本身不是一种“无罪”或“有罪”的断言式陈述，而是表现为“如何”或“应当”的规范式陈述；其内容不再是事实内容，而是“事实无涉”的程序规则。^④

综合以上分析，笔者认为，无罪推定原则与实事求是的法律思想是不存在本质冲突的，而刑事诉讼法的规定不管从原则本身的内涵分析，还是从刑事诉讼程序中相关制度的建构对比，都难以得出本条规定是无罪推定原则的体现。即使刑事诉讼法中存在诸如审判独立、严禁刑讯逼供等制度，恐怕也只是因为这些是现代刑事诉讼理念的基本要求，而与无罪推定原则无涉。而恰恰由于对无罪推定原则存在误解，人权保障的观念让位于惩罚犯罪的社会本位法治理念，就造成了刑事诉讼法存在的问题，即“对于判决之前的被指控人缺乏相应的程序保障，尤其是法典上没有规定刑讯等非法取证行为的否定的程序后果，没有确立对非法证据的排除规则，在实际的司法程序中刑讯逼供等非法取证现象普遍存在，非法证据畅用无阻，这使得对判决前的被指控人的无罪设定或禁止有罪推定没有实效性，而没有实效性的设定或禁令即为虚设”。^⑤赵作海案即是例证。

- ① 毛淑玲、刘金鹏：《刑事法中的推定与无罪推定》，载《法学杂志》2009年第12期。
- ② 梁庆寅、罗仕国：《无罪推定的逻辑形式》，载《中山大学学报》2006年第1期。
- ③ 林劲松：《作为宪法原则的无罪推定》，载《甘肃社会科学》2004年第5期。
- ④ 夏锦文：《无罪推定原则的意义解读——一种诉讼法哲学分析》，载《南京师大学报》2002年第4期。
- ⑤ 宋振武：《无罪推定原则之辨正》，载《烟台大学学报》2004年第1期。

2. 以赵作海案为例对诉讼制度若干问题的思考

无罪推定原则以其丰富的思想和内涵对于构建现代文明、规范的刑事诉讼制度，实现保障人权、限制司法权的目的具有重要价值，除此之外“很难找到另一项法律原则能够像它那样对保障人的名誉、尊严、权利和自由具有如此重要的作用。”^①而赵作海的经历——他的名誉、尊严、权利、自由受权力压制得消失殆尽，为这句话，甚至为无罪推定原则缺失下的刑事诉讼程序的运行缺陷提供了很好的注脚。

(1) 对“犯罪嫌疑人如实回答讯问的义务”的思考

刑事诉讼法明确规定了犯罪嫌疑人如实回答侦查人员讯问的义务。这一条体现了实事求是的法律思想，但是同时也为侦查人员滥用侦查权利、追逐口供打开了方便之门。笔者认为对犯罪嫌疑人的义务设定同有罪推定的司法理念紧密相连。在有罪推定的思维逻辑下，犯罪嫌疑人被假定为一个实施了犯罪行为，完全了解犯罪发生全过程的人。对其的羁押、讯问是为了了解犯罪发生的事实情况，所以应当如实回答侦查人员的讯问。并且借此义务的设置，侦查人员可以以“不老实”、“认罪态度不好”为由加大审讯力度，乃至刑讯逼供、超期羁押。因为“义务”的承担已经剥夺了他在诉讼中平等的法律地位，有罪推定的逻辑更是把犯罪嫌疑人置于“阶级敌人”的处境。相反，如果犯罪嫌疑人“如实”回答相关讯问，为侦查人员的事实推定提供“小前提”，所带来的就是“真诚悔罪”的法律宽恕。赵作海案就是在这样的思维逻辑下产生的。在其被侦查人员带走的28天里，被铐板凳、打脑袋、被枪口砸、不许睡觉，直至其做了9次的有罪供述之后，^②仍然被羁押长达37个月。严禁刑讯逼供、超期羁押的法律规定在有罪推定的逻辑面前形同虚设。试想如果把如实回答的义务以“沉默权”、“不得强迫自证其罪的权利”所代替，赵作海的生活也许会是另一种情形。

(2) 对辩护制度的追问

辩护权是为世界多数国家及国际公约承认的一项公民基本权利。作为一

^① 尤广辉、时延安：《无罪推定原则之多维分析》，载《南都学坛》2002年第6期。

^② 不只是赵作海，即便是赵作海的妻子赵某和本案的证人杜某某也遭遇了警方暴力和非法拘禁，参见《赵作海：命就像一根草》，载《南方周末》2010年5月13日第A7版。