

有利被告的当下中国程序话语

——兼及《刑事诉讼法》相关规定之评价

邢馨宇

内容提要:在刑事程序法领域,有利被告是作为无罪推定原则的伴生原则与严格解释规则的补充规则而存在的,对于案件事实的认定、刑事再审的提起与刑事诉讼规范的解释具有重要制约作用。就犯罪事实的认定而言,有利被告要求疑罪从无,并以排除合理怀疑作为刑事证明标准。但我国刑事诉讼制度因受“罪疑惟轻”传统观念的影响而未能贯彻疑罪从无的理念。本次《刑事诉讼法》修改因引入排除合理怀疑规则而使疑罪从无得以初步践行,但却未能以排除合理怀疑取代“证据确实、充分”而作为证明标准,使有利被告话语在犯罪事实的认定领域难以得到最大限度的表达。就刑事再审而言,有利被告要求禁止双重危险,允许有利被告的再审而(附条件)禁止不利被告的再审。我国《刑事诉讼法》的修改因固守有错必纠的原则仍将禁止双重危险原则拒之门外,因而使有利被告话语未能在刑事再审领域得到应有的表达。就刑事诉讼规范的解释而言,有利被告要求在穷尽严格解释的一切努力,但对程序性法律规定的准确含义仍不得其解时,采对被告有利的解释。为避免规范明确性的缺失而导致公权力扩张,保障犯罪嫌疑人与被告人的诉讼权利,有必要在恪守严格解释的前提下,反对不利被告的解释,坚持有利被告的解释。

关键词:有利被告 疑罪从无 禁止双重危险 一事不再理

邢馨宇,湖南警察学院讲师。

一 引言

近十多年来相继曝光的刑事案件,尤其是人命关天的重大事件,最终推动了《刑事诉讼法》的修改和出台。修改《刑事诉讼法》的诉求在很大程度上正是对刑事程序中存疑有利被告(以下简称有利被告)的呼唤,然而,新《刑事诉讼法》对有利被告的表达仍然有很

多的不足之处,有必要厘清有利被告在刑事程序法语境下的适用场域问题,以使这一理念在当下中国得到充分表达。

有利被告在程序法语境下的适用场域,关涉有利被告的定位。尽管这无论在国际社会还是在国内均无定论,但是,有利被告理应是一条既适用于刑事实体法也适用于刑事程序法的原则。在刑事程序法语境中,其不但作为无罪推定原则的伴生原则而适用于案件事实认定以及刑事再审的提起,而且,还作为严格解释规则的补充规则而适用于刑事诉讼法规范的解释。而疑罪从无、禁止双重危险与有利被告的解释,则是有利被告话语在犯罪事实的认定、刑事再审的提起与刑事诉讼法的解释这三个场域的相应表达。所以,本文关于有利被告的当下中国程序话语的探讨,也从这三个方面展开。

二 关于证明标准的有利被告话语： 从罪疑惟轻到疑罪从无

有学者认为,在中国古代,无论是在刑事实体法还是刑事程序法的语境中,未曾有过有利被告话语的表达。然而,单就程序法领域而言,影响中华法系司法数千年的罪疑惟轻理念,虽与发轫于罗马公法的 *in dubio pro reo* (存疑时有利被告) 不可同日而语,但是,罪疑惟轻的“轻”与存疑时有利被告所要求的疑罪从无的“无”,均属于有利被告的选择,只是程度不同而已,故罪疑惟轻应当作为有利被告的中国古代话语予以确认。而且,正因为作为有利被告的中国古代话语的罪疑惟轻在中华法系源远流长、根深蒂固,才使得作为刑事证明标准场域中有利被告话语的疑罪从无,几乎从来没有在中国的刑事诉讼立法与司法两个层面得到应有的贯彻。曾被奉为处置死刑疑案的成功经验乃至被上升为刑事政策的“留有余地”观念的久盛不衰,便是疑罪从无被罪疑惟轻长期阻隔在中国刑事司法之外的明证。一直到本次《刑事诉讼法》的修改,才通过引入排除合理怀疑而做出摒弃罪疑惟轻、贯彻疑罪从无的努力,从而使有利被告的话语开始在犯罪事实的认定场域得到表达。^[1]

(一) 中国传统表达之“罪疑惟轻”

近十多年来相继披露的死刑错案,除其中个别的涉案被告被判死刑并已经实际执行之外,从云南的杜培武、辽宁的李化伟到河南的赵作海、浙江的张氏叔侄案,大都是要么一审即被判处被告人死刑缓期二年执行,而要么由一审判处死刑后由二审改判死刑缓期二年执行。然而,只需对原审法院判决书的犯罪事实认定过程略加考察,即可发现,此类案件都是在论罪当死且没有任何实体意义上从宽情节的情况下,被最终判处死刑缓期二年执行的。在浙江张氏叔侄错案被纠正之后,最高人民法院常务副院长沈德咏大法官所发

[1] 杜培武案最能说明问题:一审认定,杜培武身为警察,枪杀2名警察,而且,没有任何法定从宽情节,因而依法判处其死刑。就实体而言,这并无不当。二审在维持一审对事实与证据认定的情况下,却改判其死刑缓期二年执行。既然论罪当死,又无任何实体意义上的从宽情节,却被改判死刑缓期二年执行,这无疑是由于对证据不足、事实存疑的考量。

表的“法院功大于过”的言论,亦为此做了很好的注脚。^[2]所谓有功,当然是指原审法院在发现案件证据不足、事实存疑的情况下,没有判处被告人死刑立即执行,而给案件在后来的纠正留下了余地。

显而易见,“留有余地”论只不过是“罪疑惟轻”论的当代翻版。然而,定案必须做到排除合理怀疑地证明犯罪事实的成立。因为所谓定案,当然只存在犯罪事实之有或者无的全然肯定或者否定判断,而不存在可能有或可能无的或然性判断。而在对犯罪事实的认定存在合理怀疑的情况下,无论有罪的可能性有多大,都并存着无罪的可能性,这样,法官所能做出的只是一种或然性判断,而不是一种全然的肯定或否定判断。在这种只能做出或然性判断的情况下,有利被告所要求的正是舍有而从无,即搁置有罪的可能性,而做出无罪的选择,亦即疑罪从无。沈德咏大法官的“宁可错放不可错杀”论,即是对这种理念的表达。

其实,早在 20 世纪 40 年代,胡适先生就非常敏锐地注意到了“罪疑惟轻”之弊以及疑罪从无的意蕴。他评价道:“罪疑惟轻等于说‘证据不够,只宜从宽发落’。这个被从宽发落的人终身不能洗刷他的冤枉,不能恢复他的名誉。”^[3]在这里,胡适先生一方面切中要害地指出了罪疑惟轻虽可以使人免受重刑,但其不可避免地潜藏着刑及无辜的危险而可能侵犯人权;另一方面,其言下之意在于警醒人们,要真正避免刑及无辜,只能摒弃罪疑惟轻而代之以疑罪从无作为支配犯罪事实认定的理念。

当然,胡适先生对罪疑惟轻的针砭,指向的只是现有证据不足以证明所控罪名的成立却强行定罪但处以轻刑的情况,而不适用于重罪与轻罪相竞的情况下对轻罪的认定。表面看来,这也是一种罪疑从轻的选择,但实际上,这是一种与疑罪从无不只是貌似而且还神合的选择,并不与疑罪从无理念相悖。因为罪疑惟轻与疑罪从无之所谓罪疑或者疑罪,均是针对现有证据不足以支持所控罪名的成立因而存在疑问的情况而言的。而在现有证据不足以支撑所控重罪却足以支撑轻罪的时候,所谓疑罪当指重罪,而与轻罪无关。在这种情况下,选择认定轻罪,而不选择认定重罪,自然也就意味着排除了疑罪,因而与疑罪从无是相吻合的。

被披露的一系列死刑错案,均属典型的在罪之有无存疑的情况下强行定罪但处以轻刑的情况,因而印证了胡适先生关于罪疑惟轻潜在着侵犯人权危险的论断。究其原委,此等死刑错案的发生,对作为罪疑惟轻的现代翻版的“留有余地”之弊,做出了最好的说明。尽管在“留有余地”理念的指导下,无辜者最终得以死里逃生,而成了黄羲之笔下的“冥途归魂”,^[4]但是,“留有余地”让杜培武们付出了本不应付出的沉重代价。他们的冤屈虽然最终侥幸得以昭雪,但其所失去的自由却难以回复,其本人与亲属所承受的精神折磨与

[2] 沈德咏大法官引起广泛争议的所谓“功大于过”论的原文表述为:“应当说,现在我们看到的一些案件,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。”参见沈德咏:《我们应当如何防范冤假错案》,《人民法院报》2013 年 5 月 6 日,第 2 版。

[3] 胡适著:《胡适的日记》,中华书局 1994 年版,第 599 页。

[4] 黄羲之有言:“罪疑惟轻,则冥途有重返之魂”。见(清)黄羲之:《明司马澹若张公传》,载《黄梨洲文集》,中华书局 1959 年版,第 61 页。

心理痛苦更是难以消弭。不仅如此,该等错案也让国家付出了不应付出的沉重代价!高额的错案赔偿虽可给蒙冤者以些许慰藉,但是,仅此难以挽回民众对法律与司法的信任,更遑论对法律的信仰了!

学界早已不乏对“留有余地”之类罪疑惟轻观念与实践的质疑以及对疑罪从无的呼吁,^[5]但是,真正使人们感到切肤之痛并深刻反思的,正是那些在“留有余地”的理念主宰之下所判处的死缓错案。人们从这一系列死刑错案中不但看到了无辜者的人权被“留有余地”地践踏,而且切实感受到了1996年《刑事诉讼法》与疑罪从无的要求相去甚远!^[6]于是乎,学界、民意与媒体形成了舆论合力,催生了新《刑事诉讼法》中排除合理怀疑的相关规定。

(二)“确实、充分”作为证明标准的缺陷

在1996年《刑事诉讼法》出台后,学界不乏将该法第171条关于“证据不足,不能认定被告有罪的,应当做出证据不足,指控的罪名不能成立的无罪判决”的规定解释成我国《刑事诉讼法》已经贯彻了疑罪从无的努力。^[7]的确,单就这一规定而言,似乎体现了疑罪从无的理念。但事实上,死刑错案的铸成,除了司法本身的原因,还与1996年《刑事诉讼法》证明标准的缺失有一定的关系。

通常认为,根据1996年《刑事诉讼法》,证明标准应该隐含在第46条关于“没有被告人供述,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚”的规定中,亦即从该规定可以引申出刑事案件的证明标准应该是“确实、充分”。而该法第171条所称“证据不足”,也就是证据没有达到第46条所列的“充分、确实”的证明标准。

然而,显而易见的是,由法律所规定的“充分确实”引申而来的“确实、充分”,难以担当证明标准的职能。

首先,证明标准担负着从证据的角度出、入罪的职能,其意义不容低估。正因如此,大凡法治国家,无一不是将证明标准予以专条规定,以致作为英美法系之证明标准的“排除合理怀疑”,已经发展成为刑事诉讼的国际准则载入国际人权文件之中。^[8]而1996年

[5] 参见陈光中、张建伟:《联合国〈公民权利和政治权利国际公约〉与我国刑事诉讼》,《中国法学》1998年第6期,第98-108页;陈瑞华:《刑事再审程序研究》,《政法论坛》2000年第6期,第103-112页;谢佑平、万毅:《一事不再理原则重述》,《中国刑事法杂志》2001年第3期,第103-112页;张毅:《禁止双重危险规则与中国刑事再审制度改革论纲》,载陈光中主编《刑事再审制度与人权保障》,北京大学出版社2005年版,第234页;沈德咏、江显和:《刑事再审制度改革的理性思考——以一事不再理原则为视角》,《人民司法》2006年第5期,第53-57页;王敏远:《刑事诉讼法学研究的转型——以刑事再审问题为例的分析》,载邱兴隆主编:《岳麓刑事法论坛》(第二卷),中国检察出版社2013年版,第1-13页。

[6] 参见王达人、曾粤兴著:《正义的诉求:美国辛普森案和中国杜培武案的比较》,北京大学出版社2012年版;沈兴政:《反思余祥林错案 浅谈疑罪从无》,载《律师事业与和谐社会——第五届中国律师论坛优秀论文集》(2005年);刘宪权:《“疑罪从轻”是产生冤案的祸根》,《法学》2010年第6期,第16-21页。

[7] 参见张力平、王平:《浅谈无罪推定原则在新〈刑事诉讼法〉中的运用》,《当代法学》1997年第2期,第47-48页;方明月:《析新〈刑事诉讼法〉的“无罪推定”原则》,《行政论坛》1998年第6期,第35-36页;杨凯:《新〈刑事诉讼法〉中的无罪推定原则》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》1998年第3期,第97-101页。

[8] 联合国人权事务委员会在1984年通过的关于《公民权利和政治权利国际公约》第14条的一般性意见中指出:“有罪不能被推定,除非指控得到排除合理怀疑的证明。”

《刑事诉讼法》第 46 条所列“证据充分确实的”,^[9]显然只是针对没有被告供述的情况下定罪的证明要求,而不是一般意义上对证明标准的专门规定。可见,1996 年《刑事诉讼法》的制定者本身没有意识到证明标准的价值,因而没有考虑到要设立一个法定的证明标准。实际上,“确实、充分”只是人们在没有法定证明标准的情况下,基于无奈而通过对法条的引申解释人为设定的标准。

其次,严格来说,“确实”二字应该只是对证据真实性的要求,而与证明标准无涉。因为证明标准关涉的是对证据之间关联性的总体评价,而与个别证据是否真实和合法无关。不确实的证据因不具有真实性而如同不合法的证据一般,应该不被采信而被排除在证明过程之外,自然进入不了对证据关联性的总体评价中。由此,也可以推导出将“确实、充分”作为证明标准,并非 1996 年《刑事诉讼法》制定者的初衷。

最后,尽管可以将“充分”二字理解为对证据的总体评价标准,但是,一方面,按本义,其注重的只是证据的充足与否,难以反映出证据之间的关联性;另一方面,证据的“充分”与否,是一个主观性与任意性很强的概念,往往难以具体衡量与判断。事实上,前文提到的死刑错案,从侦查机关的起诉意见书到检察机关的起诉书再到法院的一、二审判判决书,无一没有诸如“本案事实清楚,证据确实充分”之类的断语。^[10] 尤其戏剧性的是,其中还不乏被以“事实不清、证据不足”为由退回补充侦查或者发回重审的案件,最终却在没有补充任何实质性的有罪证据以及证据与证据之间的矛盾没有被排除的情况下仍然得以认定,而定案的理由,恰恰还是“本案事实清楚、证据确实充分”。这足以说明在证据是否“充分”判断上的主观性与任意性,近乎是说“充分”就是“充分”,说“不充分”就是“不充分”。以如此没有定准的概念作为证明标准,等于是说案件的认定无需一个客观而刚性的证明标准。

(三)新《刑事诉讼法》证明标准规定的得失

也许是立法者对“确实、充分”作为证明标准的缺陷认识不清,也许是基于对所谓“中国特色”的珍视,本次《刑事诉讼法》的修改不但没有摒弃作为所谓中国司法经验总结的“确实、充分”的证明标准,反而通过将其法定化进一步巩固甚至强化了其作为证明标准的地位。

早在《刑事诉讼法》的修改酝酿阶段,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部(简称“两院三部”)即于 2010 年联合颁布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》。其第五条明确规定“办理死刑案件,对被告人犯罪事实的认定,

[9] 其实,从 1996 年《刑事诉讼法》规定的是“证据充分确实的”,而被事实上奉为证据标准的是“证据确实、充分的”,以及《刑事诉讼法》的本次修改将 1996 年《刑事诉讼法》所规定的“证据充分确实的”改为“证据确实、充分的”,可以得知,1996 年《刑事诉讼法》本身也不是将“确实、充分”作为证明标准而予以规定的。因为只有真实的证据才可以进入证明过程,因此,应该是先有“确实”,才谈得上“充分”。本次《刑事诉讼法》的修改,显然是为了延续被事实上认同的“确实、充分”证明标准,才将 1996 年《刑事诉讼法》关于“证据充分确实的”修改为“证据确实、充分的”。

[10] 例如,杜培武案的一审判决认定,“公诉机关指控被告人杜培武犯有故意杀人罪的证据内容客观真实,证据充分,采信程序合法有效,其指控事实清楚,罪名成立”;其二审判判决认定,“本案基本事实清楚,证据确实合法有效”。参见王达人、曾粤兴著:《正义的诉求:美国辛普森案和中国杜培武案的比较》,北京大学出版社 2012 年版,第 177-178、182 页。

必须达到证据确实、充分”，并就“确实、充分”提出了一系列具体的衡量标准。这是司法解释对刑事证明标准的首次确认，也意味着“确实、充分”作为刑事证明标准之正式性得到了有权解释的认同。

2012年实施的新《刑事诉讼法》在第53条吸纳了“两院三部”《规定》的基本精神，使“确实、充分”作为法定的证明标准正式得到体认。其在1996年《刑事诉讼法》第46条的基础上增加了如下规定：“证据确实、充分，应当符合以下条件：（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）据以定案的证据均经法定程序查证属实。”显然，这两项规定全盘沿袭了“两院三部”《规定》第五条的相应内容。其中，第（一）项针对的是所需证明的事实范围，强调的是“充分”；第（二）项强调的则是证据的“确实”。两相结合，新《刑事诉讼法》对“证据确实、充分”作为证明标准地位的确认，显而易见。这从关于《刑事诉讼法》第53条的权威性说明，以及最高人民法院随后所颁发的司法解释也得到了辅证。例如，全国人大常委会法制工作委员会刑法室指出：第53条使用排除合理怀疑的提法，“并不是修改了我国刑事诉讼的证明标准，而是从主观方面的角度进一步明确了‘证据确实、充分’的含义，便于办案人员把握”。^{〔11〕}这足以表明，立法者是在坚守“确实、充分”的证明标准。而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第64条规定，“认定被告人有罪和对被告人从重处罚，应当适用证据确实、充分的证明标准”；随后颁布的《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第5条重申“认定被告人有罪，应当适用证据确实、充分的证明标准”。

当然，新《刑事诉讼法》第53条也通过第二款第三项规定“综合全案证据，对所认定的事实已排除合理怀疑”的表达，引入了被国际社会奉为证明标准的排除合理怀疑规则，成为本次《刑事诉讼法》修改的亮点之一。

首先，排除合理怀疑不但是英美法系早已确立的证明标准，而且已被相关国际人权文件所确认。^{〔12〕}《刑事诉讼法》对这一规则的引入，实现了国内法与国际法的对接。

其次，排除合理怀疑的引入，至少从立法层面标志着我国刑事诉讼与罪疑惟轻决别的努力。因为排除合理怀疑意味着存疑时应该推定为“无”，而罪疑惟轻的所谓“轻”，是建立在存疑时认定为“有”的前提下的。对排除合理怀疑的认同，意味着对罪疑惟轻的排斥。

再次，相对于抽象而笼统的“确实、充分”的证明标准，排除合理怀疑的引入，使证明标准相对而言更具可操作性。所谓合理怀疑，就是基于常识、常理与常情的怀疑。简言之，合理怀疑也就是基于普通人的本能而可能产生的怀疑。

最后，最重要的是，排除合理怀疑与疑罪从无，是一枚硬币的正反两面。前者强调的是，只要对案件事实存在合理怀疑即不能认定犯罪事实的成立，也就等于说当事实存疑时，不得认定有罪。这与“存疑时有利被告”的要求是相吻合的。排除合理怀疑的引入，

〔11〕 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2012年版，第53页。

〔12〕 联合国人权事务委员会在1984年通过的关于《公民权利和政治权利国际公约》第14条的一般性意见中指出：“有罪不能被推定，除非指控得到排除合理怀疑的证明”。这应该可以认为是排除合理怀疑证明标准的认可。

标志着我国刑事诉讼,至少在犯罪事实的认定场域,向有利被告迈进了一步。

然而,令人遗憾的是,新《刑事诉讼法》不是将排除合理怀疑作为取代“确实、充分”的证明标准,而仅仅是作为对“确实、充分”的补充。换言之,在新《刑事诉讼法》中,排除合理怀疑并不是作为独立的证明标准看待,而是被作为原有的“确实、充分”证明标准的下位概念引入的。这也就意味着,作为国际公认证明标准——排除合理怀疑,在我国新《刑事诉讼法》中,沦为“确实、充分”这一证明标准之下的“次标准”,以致既造成了证明标准在逻辑上的混乱,又使排除合理怀疑难以发挥其作为证明标准所应有的功能。

一方面,将排除合理怀疑作为“证据确实、充分”的下位概念予以规定,不但没有突出排除合理怀疑作为证明标准所应有的地位,反而在相当程度上贬低了其作为证明标准所应有的价值与意义。因为严格说来,“确实、充分”注重的是入罪,即只要是“确实、充分”,即可以认定案件的成立。而排除合理怀疑强调的是出罪,即凡存在合理怀疑,便不能定案。将排除合理怀疑作为“确实、充分”的下位概念,不利于从入罪在前、出罪在后向出罪在前、入罪在后的思维模式的转换,与人权保障优于效率追求的刑事诉讼价值位阶不相吻合。^[13]

另一方面,这样的规定,容易给司法人员带来错觉,认为新《刑事诉讼法》确认的证明标准仍然是“确实、充分”的标准,那么,无论是否存在合理怀疑,以前认为证据“确实、充分”的,在今天依然可以认为是“确实、充分”,从而可能导致“留有余地”之类的罪疑惟轻观念与做法苟延残喘,不利于疑罪从无理念的养成,使得排除合理怀疑难以发挥作为证明标准所应有的安全阀作用,不利于犯罪事实之认定场域的有利被告话语在司法层面的充分表达。

(四)疑罪从无纳入《刑事诉讼法》的构想

如果说排除合理怀疑之入法是本次《刑事诉讼法》修改的亮点,但仅仅将其作为“确实、充分”的下位概念予以规定,则又使这一亮点黯淡许多。有鉴于此,摒弃使中国在刑事诉讼证明标准上自外于国际社会的“确实、充分”,而突出排除合理怀疑作为证明标准的地位,还其作为证明标准所应有的意义与功能,真正确保中国的刑事诉讼实现从罪疑惟轻向疑罪从无的彻底转换,当是下次刑事诉讼法的修改所必须正视的问题。在这方面,立法者至少可以有如下作为:

其一,专条规定证明标准。如前所述,将证明标准予以专条规定,既是国际社会的惯例,也是突出证明标准地位与意义的需要。新《刑事诉讼法》第 53 条虽然完成了使法定证明标准从无到有的突破,但仍然将证明标准与重证据、不轻信口供的证据采信原则混合规定在同一条中,未能体现证明标准相对于证据采信原则所应有的独立性。因此,专条规定证明标准,实属必要。

其二,对证据的审查、判断的要求与证明标准分立。如前所述,证据的审查、判断与案

[13] 学界流行着刑事诉讼法的价值追求在于“求效率、促公正、保人权”的说法。但是,效率、公正与人权应该有一个价值位阶。即是说,三者未必在任何情况下都可以并行不悖地作为刑事诉讼法的价值追求。当三者相互间发生矛盾或冲突时,应该有所取舍。具体说来,便是对效率的追求必须在维护公正与保障人权的前提下进行,而对公正的维护又不得牺牲对人权的保障。因此,效率、公正与人权三者间应有的价值位阶是:人权保障优先,公正次之,效率再次。

件事实的证明,是相对独立的两个环节。证据的真实性只与证据的审查、判断有关,而与证明标准无涉。与证明标准有关的只是案件事实的证明,而不是证据的审查、判断。新《刑事诉讼法》第53条第二款第(二)项关于“据以定案的证据均经法定程序查证属实”的规定,是对证据真实性的要求,不属证明标准的内容。因此,关于证据的真实性要求应从第53条中移出,而设专条规定“未经法定程序查证属实的证据,不得作为定案的依据”之类的内容。一方面,以便突出证据的真实性要求;另一方面,消除现有规定所导致的对证据真实性要求与证明标准相混同的逻辑混乱。

其三,确立排除合理怀疑的证明标准。如前所述,1996年《刑事诉讼法》第46条中的“证据充分确实”本非法定的证明标准,而只是对被告人供述缺失的情况下认定其有罪的证明要求,“确实、充分”之所以上升为一般意义上的证明标准,不过是在法定证明标准缺失情况下的权宜之计。因此,在保留新《刑事诉讼法》第53条关于“没有被告人供述,证据确实、充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚”的同时,另行确立排除合理怀疑的证明标准,以还“确实、充分”作为被告人供述缺失情况下定罪证明要求的本来面目。至于排除合理怀疑证明标准的确立,可以将新《刑事诉讼法》第53条第二款第(一)、(三)项移出,而将两者相结合,另行专条规定:“定罪量刑的事实,均需通过证据得到排除合理怀疑地证明。”

三 再审制度中的有利被告话语： 从有错必纠到禁止双重危险

禁止双重危险与一事不再理,虽然源头不同,^[14]但基本上可以看作是两大法系对同一原则的不同称谓。现今二者早已走向融合,有着共同的精神追求,即原则上均体现为不得对既已做出终局判决的案件进行再审与改判,除非再审与改判的结果相对原审对被告有利。因此,用禁止双重危险还是用一事不再理来表述国际社会所公认的有利被告原则,并无实质区别。根据该原则,不利被告的重新立案、侦查、起诉与审判(以下简称为再审),要么被严格禁止,要么受到严格限制,惟有利被告的再审可以无条件的启动。因此,禁止双重危险或一事不再理被分别视为英美法系与大陆法系在再审问题上对有利被告立场的表达。

(一)我国引入禁止双重危险原则的必要性

基于实事求是的传统理念,我国刑事诉讼从立法到司法都贯彻着有错必纠的原则。正是受制于这一原则,再审制度始终担负着双向纠错职能。即是说,只要被认为有错,不但有罪或刑罚重的终审判决可以通过启动再审程序而予以撤销,改判无罪或者轻刑,而且无罪或者刑罚轻的终审判决,也可以经由再审而撤销,改判有罪或者重刑。据此,再审的启动,并不受原审判决结果是否有利于被告的限制。正如论者所指出,“即使判决、裁定已经发生法律效力,但一经发现有错误,不论是在认定事实,还是在适用法律上,也不论是对被告人有利的,还是不利的,都要通过审判监督程序重新审理,加以纠正,从而使无辜

[14] 大陆法系之一事不再理源于罗马法,英美法系之禁止双重危险源于12世纪的英国普通法。

受罚者得以平反昭雪,轻纵的罪犯受到应得的惩罚”。^[15]

以上有错必纠的再审模式,早已受到学界基于有利被告原则的诟病。主要是因为这种模式与国际社会所通行的禁止双重危险原则相背离,有违有利被告对刑事诉讼的要求。但是,刘涌与李昌奎之被再审改判死刑立即执行,至少从司法层面以强有力的态度对学界的诟病做出了反向的回应。而本次《刑事诉讼法》的修改,也显示了立法者对学界诟病的沉默。因此,学界在刑事再审语境中所表达的有利被告立场,至今仍被阻隔在再审制度实践的门外。

事实上,禁止双重危险有其内在的合理性,引入该原则,应该成为中国刑事诉讼表达有利被告话语的当务之急。

首先,引入禁止双重危险原则,是实现国内法与国际法接轨的需要。根据《维也纳条约法公约》的规定,国际条约的签署国,有义务不做使条约的目标与目的落空的事,因此,作为《公民权利和政治权利国际公约》的签署国,我国也承担着让国内法与该《公约》接轨的道德上的义务。而该《公约》第 14 条第 7 款明文规定,“任一人已依一国的法律及刑事诉讼程序被最后定罪或宣告无罪者,不得就同一罪名再予审判或惩罚”。这一规定,无疑是对禁止双重危险或一事不再理原则的认同。正如刑法上的罪刑法定禁止类推但并不禁止有利被告的类推解释^[16]一样,这一规定所禁止的只是不利被告的再审,而不禁止有利被告的再审。在本次《刑事诉讼法》的修改中,对于国际公约所确认的无罪推定原则、不得强迫自证其罪原则以及非法证据排除规则等,均有不同程度的体现,而唯独对禁止双重危险原则置之不理,放任与之相冲突的“有错必纠”再审制度的存在。这既难以表明我国与国际公约接轨的诚意,也无法就承担相应的道德义务对国际社会做出交代。

其次,禁止双重危险是疑罪从无的自然延伸。表面上看来,疑罪从无是对原审在证据不足情况下的要求,而禁止双重危险则是对再审的限制,两者似乎不相关联。然而,实际上,两者有着一定的内在联系,甚至可以说后者是前者的自然延伸。一方面,原审时如果就存在疑罪,除非出现了新的不利被告的证据而使原来不清楚的事实变得清晰,不会因再审而消除所存在的疑问。在这种情况下,启动再审而改判有罪,无异于是对原审所持疑罪从无的否定,从而使疑罪从无形同虚设;另一方面,禁止双重危险与疑罪从无的基本立意均是被告,即同样受制于宁纵勿枉的理念,而一旦允许不利被告的再审,不但势必导致原审有利被告、再审不利被告的矛盾局面,而且必将削弱这一原则人权保障功能的发挥。

再次,禁止双重危险是维护刑事判决终局性的必然要求。禁止双重危险,尤其是大陆法系所称的一事不再理,自其发端始,强调的即是判决的终局性。所谓终局性,在很大程度上是基于对法院判决的严肃性与权威性的认同,也是判决所应有的公信力所使然。发展到今天,判决的终局性至少蕴含着两大功能:其一,判决的生效意味着案件的终结,不得对已作出生效判决的案件予以再审,符合刑事诉讼所应有的效率要求。因为对业已终结的案件,再予立案、侦查、起诉与审判,意味着对诉讼资源的重复使用,自然会与诉讼效率

[15] 陈光中主编:《刑事诉讼法学(新编)》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 420 页。

[16] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社 1998 年版,第 31-35 页。

的要求相冲突。其二,刑事诉讼的过程,本质上说,也就是公权力对私权利的介入过程,而这种介入,必须受制于一定的底线与规则,否则,便难免恣意妄为形成对人权的侵扰。而对业已终结的案件,允许重新启动不利被告的立案、侦查、起诉与审判,难以避免国家权力行使的恣意性。因为同一案件,经由一次诉讼程序而终结,这是刑事诉讼中公权力介入私权利的底线。而允许不利被告的再审,必然构成对这一底线的僭越。因此,如果说维护刑事判决的终局性只是一种形式上的要求,那么这一要求所蕴含的保证诉讼效率与遏制权力恣意的功能,则正是禁止双重危险的实质价值所在。

最后,也是最重要的,禁止双重危险是保障人权的必然要求。禁止双重危险或者说一事不再理,也经历了由绝对主义向相对主义的转变。即是说,在原初意义上,其对任何再审均持排斥态度,而无论再审是否有利被告。随后,逐渐演变成了只禁止不利被告的再审,而允许有利被告的再审。鉴此,可以认为,允许有利被告的再审,实际上是作为禁止双重危险的例外而存在。这在很大程度上突出了刑事诉讼的人权保障功能。因为在原审确系错判的情况下,个人成了司法错误的牺牲品,其生命、自由、财产与人格、名誉等受到了不应有的剥夺,人权受到了不应有的侵犯。启动再审程序,纠正错判,便成为对蒙冤受屈者予以救济、对错误的原审予以否定从而彰显人权的必要手段。当然,禁止双重危险之于人权保障的价值,不只是体现在允许有利被告的再审上,也同样体现在对不利被告之再审的禁止上。这是因为,刑事诉讼潜藏着侵犯人权的可能性,不只是会因不利被告的实体结果而发生,也可能因诉讼过程本身不当而发生。刑事诉讼运行本身便是对个人权利予以限制的过程。假如说,个人因涉嫌犯罪而承受一次权利限制并受到刑事追诉,是其所必须付出的代价,那么,其因此而承受两次以上的权利限制,便构成对其权利的额外限制与剥夺。理由很简单,即使对其有利的原审判决错误,也是司法错误所致。应就此承担责任的,不是作为司法错误受益者的个人,而应该是作为司法错误主体的国家。国家不应当让个人付出权利再次被限制的代价,来转嫁其应就司法错误而承担的责任,只能将错就错以示自我“惩罚”,并以此作为承担相应责任的方式。因此,无论是允许有利被告的再审还是禁止不利被告的再审,均是保障人权的必然要求。

(二) 引入禁止双重危险原则的观念障碍及其解决

本次《刑事诉讼法》的修改不但没有导入禁止双重危险原则,而且很明显地强化了对不利被告的再审规定,从而表明立法者对禁止双重危险原则的抵触与排斥。基于对禁止双重危险之价值与意义的认识,学界一直呼吁通过修法引进这一原则,然而,本次修法反而强化了不利被告的再审制度,这充分反映出立法者与司法者在观念上均没有实现应有的转变。

在观念上,首先应该解决的是刑事诉讼价值追求的认识问题。在逻辑上,有错必纠是实事求是的必然要求。在我国,实事求是始终被看作是一种思维模式与工作作风,甚至是一个政治口号。问题在于,如何理解实事求是是在刑事诉讼中的践行。比如,当证据不足,事实不清时,一定要查个水落石出,表面看来,似乎是在讲求实事求是,但实际上,这不但不是实事求是,反而与之背道而驰。因为这是对人的认识能力有限性的无视,也与人的认识规律相背离。更为重要的是,法律问题尤其是刑事诉讼中的问题,在很大程度上不是仅靠实事求是就能解决的,也不仅仅是一个单纯的逻辑问题。有错必纠虽然是实事求是的

逻辑结果,但是,如果以有错必纠是实事求是的要求为由而在再审领域坚持这一原则,充其量只能说是实现了无罪不罚与有罪必罚意义上的公正要求。然而,刑事诉讼的价值追求是多元的,而不只是对公正的追求。至少,就学界的共识来看,在公正之外,刑事诉讼还应该讲求效率与保障人权。在有错必纠原则下,可能导致对有利被告的原审予以再审而做出不利于被告的改判。这势必既有损刑事诉讼对效率的追求,又有碍刑事诉讼的人权保障功能的实现。而只允许有利被告的再审,严禁不利被告的再审,虽然因可能放纵了个别犯罪而显得有失公正,但实现了对人权的保障,遵循了人权至上的刑事诉讼的价值位阶,同时也兼顾了效率,因而显然更为可取。因此,从观念上尽快实现由有错必纠向禁止双重危险原则的转变,应该是当下中国刑事诉讼制度引入禁止双重危险原则所要解决的首要问题。

还需解决的另一个观念上的重要问题即是,所谓社会效果与法律效果的兼顾或统一。不得不指出的是,最好的法律效果其实就是最好的社会效果。然而,长期以来,作为政治需要的产物,我们的司法乃至立法已经习惯了所谓社会效果与法律效果兼顾或统一的口号。在这一口号下,社会效果往往凌驾于法律效果之上,而成为左右法律运作的要素。实际上,所谓社会效果,不过是政治需要的托词。刘涌与李昌奎经由再审改判死刑立即执行,就很难说不是政治假借社会效果之名而操纵司法的结果。刘涌案与李昌奎案均是经终审被判处死刑缓期二年执行而经再审改判死刑立即执行的案件。其共同特点是,二审结果被媒体曝光后,引起了民众的普遍关注,而且不满的舆论一边倒,二审判决备受责难。而在“顺民意、得民心”被视为最大的政治的当下,引起了民众不满的判决,理所当然地被视为不讲社会效果的判决。正是为了讲求所谓社会效果,最高法院才在刘涌案中采取了直接提审的非常规手段启动再审,迅速改判刘涌死刑立即执行,也正因如此,云南省高级人民法院才应云南省人民检察院的建议而主动迅速启动再审程序,改判李昌奎死刑立即执行。显然,在这里,所谓社会效果,成为决定不利被告再审的关键性因素。鉴于此,我们没有理由不怀疑本次《刑事诉讼法》的修改之所以没有做引入禁止双重危险的任何努力,是基于此种社会效果的考量。因此,所谓社会效果与法律效果的兼顾,将会成为引入禁止双重危险原则的绊脚石。如若不抛弃这一观念,禁止双重危险之于当下中国立法与司法的贯彻,便将遥遥无期。

(三) 刑事诉讼引入禁止双重危险原则的现实选择

立法应当具有相对稳定性。在《刑事诉讼法》刚刚修改施行的当下,再启动修改程序并短期内引入禁止双重危险原则,显然是不现实的。但是,有了观念上的转变,完全可能使禁止双重危险原则在司法层面得到相当程度的贯彻。最高人民法院早已经作出“除人民检察院抗诉的以外,再审一般不得加重原审被告(原审申诉人)的刑罚”的规定,^[17]因此,从司法层面贯彻禁止双重危险原则,关键在于检察机关不轻易对已生效判决的案件提起抗诉。在这方面,检察机关应有所意识,其不仅是公正的捍卫者,还应该是人权的守护者。

当然,在立法上仍然坚守有错必纠的再审制度的情况下,要真正让禁止双重危险原则

[17] 最高人民法院《关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定(试行)》第8条。

在司法层面得到贯彻,既非易事,也无法解决根本问题。只有在立法的层面引入该原则,才是治本之策。因此,就下一次《刑事诉讼法》的修改如何引入禁止双重危险原则,当是理论上要先行解决的问题。

尽管《公民权利和政治权利国际公约》关于禁止双重危险的规定对不利被告的再审采绝对禁止的态度,然而,在国际社会,就不利被告的再审,现存绝对禁止与相对禁止两种模式。所谓绝对禁止模式,以法国与美国为代表。两者均在宪法与刑事诉讼法中明文确立了一事不再理或禁止双重危险原则。根据其规定与司法惯例,任何业已做出生效判决的案件,即使其有利被告的判决结果有明显错误,均不得因同一犯罪事实而再行羁押、起诉与审判。所谓相对禁止模式,以英国与德国为典型。在英国,原本所持的也是绝对禁止模式。但是,自20世纪六七十年代开始,在原则上禁止不利被告再审的同时,已通过制定法允许例外情况下不利被告的再审。也就是,如果原审对被告的有利判决是因为妨碍司法(如:司法人员受贿等)所致,或者原审所涉系杀人、强奸等严重犯罪,而在认定被告有罪的原审判判决做出后,又发现了新的有罪证据的情况下,可以启动再审,并做出不利于被告人的改判。^[18] 在德国,与英国相似,根据其现行刑事诉讼法的规定,尽管原则上禁止对不利被告的再审,但是,在原审判决中如果作为证据的文书系伪造,证人或鉴定人的陈述存在错误或作假以及因法官贪赃枉法而做出判决的情况下,允许再审,也允许在被判无罪的人又做出可信的自白情况下的再审。^[19]

一方面,由于在我国刑事诉讼中从未有过禁止双重危险的尝试,因此,在《刑事诉讼法》中引入绝对禁止不利被告的再审模式,显然难以为人们所接受;另一方面,基于疑罪从无而做出的无罪判决,只是相对无罪的判决,因为,所谓的疑罪,只是判决的时候因证据不足而事实存疑的案件,并不排除在终审判决后因为新证据的出现而使原本存在的疑问得以消除以致事实变得清楚的可能性,因此,因发现新证据而启动再审,不但不会与疑罪从无相冲突,而且是疑罪从无得出的必然结论。故而,引入绝对禁止不利被告的再审模式,也难以得到理论上的支撑。相应地,绝对禁止不利被告的再审模式,也不太可能受到下次修法的关注。

然而,相对禁止模式是完全可望引入的。一方面,其既有原则上的禁止,又有特殊情况下的例外,与中国人早已习惯了的“原则性与灵活性”相结合的思维定式相吻合;另一方面,因新的不利被告证据的发现而提起再审,不会被理解为与罪疑从无相冲突,也容易获得理论支撑,所以,以新的不利证据的发现为中心来设置允许例外的不利被告的再审,具有现实可行性。

当然,对于即使是因发现新的不利证据而允许再审的例外情况,也应再予严格限制。否则,势必背离禁止双重危险的初衷。参照英国与德国的立法例,我国在下次修改《刑事诉讼法》时,可考虑在对禁止双重危险予以原则性确认的同时,就因发现新的不利证据而启动的不利被告再审加以如下限制:(1)不利被告的再审只适用于被原审错误地认定为无罪的案件,而不得适用于被原审错误地判处轻刑的案件;(2)不利被告的再审只限于原

[18] 参见《英国2003年〈刑事审判法〉及其释义》,孙长永等译,法律出版社2005年版,第104、592页。

[19] 参见《德国刑事诉讼法典》第359条第1-3款;第362条第1-4款。

审事实认定错误的案件,而不得适用于原审适用法律错误的案件;(3)再审的提起以发现新的有罪证据或者发现原审诉讼中存在重大妨碍司法的证据(如:伪证)或者司法人员徇私枉法等可能严重影响原审程序公正的情形为前提;(4)允许提起不利被告的再审案件应限于极其严重的犯罪(如论罪当处无期徒刑或死刑的犯罪),对于非特别严重的犯罪,不应允许不利被告的再审。

四 法律解释语境下的有利被告： 从规范含糊到有利解释

在我国,从法理学角度在一般意义上研究法律解释,始终是一个热点,^[20]在刑事法领域,法律规范的解释,似乎只是实体法学者的事业。至于在程序法领域,尽管最高人民法院不乏所谓司法解释,但实际上只是就刑事诉讼法如何实施做出规定,很少涉及应该如何理解刑事诉讼法规范,因而并非真正意义上对规范的解释。至于学界,对刑事诉讼法规范的解释,似乎一直是一个被遗忘的角落。然而,事实上,对刑事诉讼法规范的解释,是不容忽视的一个重要问题。因为对于相关规范的理解不同,很有可能导致公权力的扩张与个人权利被侵犯。全面探讨刑事诉讼法的解释规则与方法等,难免过分游离本文主题。在此,仅从有利被告的程序话语表达出发,结合本次修改后的《刑事诉讼法》的规定,做一初步探讨。

(一) 刑事诉讼规范解释的必要性

在刑事实体法上,基于罪刑法定主义的基本要求,规范的含义必须清楚而确定,因此,规范的明确性乃是罪刑法定主义的题中之意。同样,刑事诉讼法规范的文字、概念与术语,也应当是明确的,这是程序法定原则的基本要求。因为一旦刑事诉讼法的规定不明确,必然令人不得要领,不但侦查、起诉、审判机关或犯罪嫌疑人、被告人与辩护人将无所适从,而且,还可能导致侦查、起诉、审判人员相互之间及其与犯罪嫌疑人、被告人以及辩护人之间,由于理解的不同而各执一端,轻则影响诉讼活动的顺利进行,重则导致公权力侵犯个人权利、妨碍犯罪嫌疑人或被告人的诉讼权利与辩护律师的执业权利。所谓程序法定,也必然因此而落空。

然而,长期以来,立法者对刑事诉讼规范应当具有明确性的意义认识不足,未将其提升到事关刑事司法活动顺利进行与人权保障的高度,因此,从 1979 年《刑事诉讼法》到 1996 年《刑事诉讼法》再到本次修改后的《刑事诉讼法》,规定含意不清的状况没有得到根本改善,甚至还呈现出越来越含糊的趋势。^[21]

就本次修改后的《刑事诉讼法》而言,仅就事关对公权力限制与对个人权利保护的规

[20] 撇开学界有关法律解释权与法律解释的原则、方法、种类等众多的专论不谈,仅关于法律解释的专著即有梁治平的《法律解释问题》(法律出版社 1999 年版)、张志铭的《法律解释操作分析》(中国政法大学出版社 1998 年版)、陈金钊的《法律解释学——权利(权力)的张扬与方法的制约》(中国人民大学出版社 2011 年版)等多部。

[21] 例如,以“等”为标志的不穷尽列举方式在 1996 年《刑事诉讼法》中不到 20 处,而在新《刑事诉讼法》中多达 50 处以上;指代不明的“有关”二字,在 1996 年《刑事诉讼法》中出现不到 10 次,而在新《刑事诉讼法》中出现了 20 多次。

定而言,看似含意模糊者,大致可以归纳如下:

其一,表述不明。为确保刑事诉讼的顺利进行,对犯罪嫌疑人或被告人的权利予以暂时性的限制乃至剥夺,无疑是必要的。然而,这种限制或剥夺,应有一定的底线,即应以保证诉讼活动的顺利进行为限。换言之,便是不应超出保证诉讼活动顺利进行的需要。就本次修改后的《刑事诉讼法》而言,在事关对犯罪嫌疑人或者被告人权利的剥夺或限制的强制措施使用上,相关规范存在明显的表述不明。^[22]

其二,彼此冲突。法律规范不应相互冲突,这是对立法技术的基本要求。在同一部法律中,自然更不应出现前后矛盾、彼此冲突的法条。然而,在新《刑事诉讼法》中,至少在相当一部分业内人士看来,第50条关于“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定,与第118条关于“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答”的规定,属于彼此冲突的规范。因为前者是对自我证明有罪的责任的否定,而后者则显然包含有对自我证明有罪的义务的认可。

其三,含糊不清。通观修改后的《刑事诉讼法》,用语含糊不清而令人费解之处随处可见,而且,带规律性的表现是,大凡涉及对公权力的限制或对个人权利的保障之规定,这种含糊不清的用语总是不时出现。其出现频率最高的表现方式是采用不完全列举法,以“等”、“其他”之类词语来指代未加明文列举的事项,在赋予司法机关以程序上自由裁量权的同时,也给公权力扩张与个人权利保障之争,留下了悬念。此外,以“等”或者“其他”为标志的不穷尽列举,以及用诸如“有关”、“重大”之类的模糊用语做出规定者,有不下百处。

其四,模棱两可。尽管我们可以说,法律用语的模棱两可,可以归类为含糊不清,但很难将含糊不清认定为模棱两可。以实体刑法的规定为例:《刑法》分则中所普遍使用的“情节严重”或者“其他”等语,属于典型的含糊不清,但不属模棱两可,而属“模棱多可”。与此不同,《刑法》第99条所规定的“本法所称以上、以下、以内,包括本数”,即属模棱两可。因为《刑法》分则关于法定刑格之上下限所列刑期,均包含本数。尽管在新《刑事诉讼法》中,并非所有以“可以”授权之处均可能引发公权力与个人权利之争,但是,基于对司法机关的授权即是对犯罪嫌疑人、被告人或辩护人的限权,而对后者的授权往往构成对前者的限权,因此,在很多场合,在“可以”的名下之“为”与“不为”,便不可避免地涉及到公权力与个人权利之争。在“可以”指向的是有利于犯罪嫌疑人或者被告人之“为”的情况下,犯罪嫌疑人或者被告人所看到的当然是“为”,而司法机关往往看到的是“不为”。

[22] 例如,最为典型的例证是监视居住与取保候审的条件混同。新《刑事诉讼法》规定,监视居住只能对符合逮捕条件的人适用,而逮捕所应适用的是可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人,采取取保候审尚不足以防止发生社会危险性者。而取保候审的对象是可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的人。由此可知,在现行刑事诉讼法语境中,相对于取保候审,监视居住应该被理解为是一种对犯罪嫌疑人或被告人自由的限制程度更强的强制措施。既然两者的强制程度不同,那么,在何种情况下适用取保候审,又在何种情况下适用监视居住,便应该由《刑事诉讼法》作出清晰的界分。但是,只要对新《刑事诉讼法》第65条与第72条的规定做一对照分析,即可发现,在犯罪嫌疑人或者被告人患有严重疾病、生活不能自理或者系怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女的情况下,既可适用取保候审,也可适用监视居住。监视居住与取保候审法定条件的此种混同,势必导致司法中适用这两种强制程度不同措施时的任意性,以致同是患有严重疾病、生活不能自理的犯罪嫌疑人或者怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女,其自由却遭到不同程度的限制。

相反,在“可以”指向的是司法机关的“不为”的情况下,司法机关所看到的往往是“可以”所同时意味着的“为”,而犯罪嫌疑人或者被告人所看到的当然是“不为”。因此,法律中模棱两可的规定必然引发公权力与个人权利之争。

《刑事诉讼法》规范存在的以上问题都是立法上存在的问题,其彻底解决,自然只能有待下次《刑事诉讼法》的修改。但是,如何在司法中尽量遏制《刑事诉讼法》中存在的以上问题所可能导致的弊端,应当是当下中国刑事诉讼实务所面临的问题。而在这方面,法律的解释可以也应该充任主要角色。因为关于法律规范的含义及其适用的分歧,在很大程度上只能靠解释来解决。

(二) 刑事诉讼规范解释中的有利被告立场

中国学界尚未就刑事诉讼法的解释建立起自己的一套话语体系,而法律解释的一般原理与方法具有普适性,刑事实体法与刑事诉讼法在理念上也大致相通,因此,这里不妨借鉴法理学与实体刑法学上的解释论原理与方法,拟就有利被告的立场下如何借助法律的解释而解决《刑事诉讼法》中表达不明、彼此冲突、模棱两可或含糊不清等问题,做一概况性探讨。

第一,刑事诉讼法的解释应以限制公权力与保障个人权利作为总的基本原则。有利被告,无论是在实体法语境中还是在程序法语境中,其基本精神均在于遏制公权力的扩张与恣意,在程序法语境中尤其如此。因为在刑事诉讼中,尽管作为个人权力主体的侦查、起诉与审判机关相互之间难免会发生矛盾,但最根本的冲突,还是存在于它们与作为个人权利主体的犯罪嫌疑人或被告人及他们的辩护人之间。因此,公权力与个人权利之争,不可避免地会成为刑事诉讼中恒定的主题。

基于人权高于主权的当代人权理念,当公权力与个人权利之争在法律上没有明确的解决方案时,应有的选择是,公权力为个人权利让路。罪疑从无与禁止双重危险作为程序法语境下的有利被告话语,在很大程度上便是限制公权力、保障个人权利的产物。既然如此,当刑事诉讼法规范因表述含糊而导致理解上的分歧,而这种分歧又关涉到公权力与个人权利之争时,取有利于个人权利主体的解释或者不利于公权力主体的解释,便应是有利被告理念的题中之义。因此,限制公权力与保障个人权利,是有利被告的理念对刑事诉讼法解释所提出的要求。

第二,刑事诉讼法的解释应以严格解释为首要规则。鉴于不得违背立法精神或者说立法本意是对法律解释的基本要求,严格解释应该成为刑事诉讼法解释的首要规则。严格解释,当指对法律规范严格按其立法精神所做的解释。相应地,准确把握立法精神,是遵循严格解释规则的前提。

第三,正确运用限制解释与扩张解释。限制解释与扩张解释是常见的法律解释方法。在我国实体刑法学界,对限制解释与扩张解释一般持肯定的态度,认为其可以作为刑法解释的方法。^[23]然而,也有部分实体法学者认为,这两种解释方法,应当谨慎使用,而且应以其是否有利被告为适用与否的标准。即是说,只有当适用限制解释与扩张解释的结论是有利被告的情况下,才可以适用;但如果解释结论不利于被告,则不得适用。严格说来,

[23] 参见何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第114-115页。

限制解释与扩张解释都是与严格解释有所偏离的解释方法,换言之,其总是在严格解释难以解决问题的场合才会出现。因此,这些解释方法如若运用不当,势必偏离立法精神而导致对犯罪嫌疑人或被告人不利的结果。

就限制解释而言,当存在争议而有待解释的规范是有利犯罪嫌疑人或者被告人的规范时,如采取限制解释的方法,势必人为缩小个人权利的空间,削弱刑事诉讼法的人权保障功能,因而也有违有利被告的要求。例如,《刑事诉讼法》第65条规定,对于怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女,可以取保候审。如果司法机关将怀孕或者正在哺乳婴儿的妇女限制解释为符合计划生育法规与政策的怀孕与生育的妇女,并以犯罪嫌疑人或者被告人系计划外怀孕或者其婴儿系超生儿为由,决定对其不予取保候审,那么,这种限制解释的结果必然将部分符合取保候审法定条件的对象排除在取保候审措施之外,而有违有利被告的理念。^[24]

就扩张解释而言,当存在争议而有待解释的规范是不利犯罪嫌疑人或者被告人的规范时,如采取扩张解释的方法,则意味着公权力的扩张,个人权利被排挤,自然也不符合有利被告的旨趣。例如,《刑事诉讼法》规定对特别重大贿赂犯罪的犯罪嫌疑人可予指定居所的监视居住,律师的会见应该经过侦查机关的许可。如侦查机关将特别重大贿赂犯罪扩张解释为包括非国家工作人员特别重大受贿和行贿行为,并因而决定对这样的犯罪嫌疑人予以指定居所的监视居住以及不许可其辩护律师会见,那么,这样的扩张解释结果,就是把指定居所的监视居住措施适用于本不应该予以指定居所的监视居住的犯罪嫌疑人了,^[25]同样有悖有利被告的理念。

因此,在坚持严格解释的前提下,严禁不利于犯罪嫌疑人或被告人的限制解释与扩张解释,允许有利于犯罪嫌疑人或被告人的限制解释与扩张解释,应该是有利被告理念所得出的必然结论。

第四,准确理解与适用从宽解释规则。在实体刑法解释领域,直接体现有利被告的解释规则,当属美国联邦最高法院所倡导的从宽解释。从宽解释是在穷尽一切资源后仍无法把握立法原意,而对所存疑问又并存着有利与不利被告的两种以上理解的情况下,要求采纳有利被告的解释。^[26]基于实体刑法与刑事诉讼法理念的一致性,以及有利被告的共同精神,实体刑法学上所倡导的从宽解释规则,应该同样适用于对刑事诉讼法的解释。即是说,当刑事诉讼法规范含糊不清或者模棱两可,而此等规范又事关公权力是否可以介入

[24] 最高人民法院研究室1991年3月18日《关于如何理解“审判的时候怀孕的妇女不适用死刑”问题的电话答复》指出:“在羁押期间已是孕妇的被告人,无论其怀孕是否属于违反国家计划生育政策,也不论其是否自然流产或者经人工流产以及流产后移送起诉或审判期间的长短,仍应按照刑法第四十四条和刑事诉讼法第一百五十四条的规定办理,即:‘人民法院对“审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑”。如果人民法院在审判时发现,在羁押受审时已是孕妇的,仍应依照上述法律规定,不适用死刑”。据此,也可以引申出,对正在怀孕与哺乳婴儿的妇女,不得以其违反了计划生育政策为由不予取保候审。”

[25] 例如,湖南省长沙市公安局在由公安部指定侦查“葛兰素史克(中国)投资有限公司(GSK)”涉嫌商业贿赂犯罪案件的过程中,对有关涉案人员均以其涉嫌的非国家工作人员受贿或对非国家工作人员行贿系商业贿赂犯罪,属于特别重大贿赂犯罪为由,予以指定居所的监视居住,并据此不许可辩护律师会见。辩护律师根据《刑事诉讼法》的规定,向检察机关提出纠正侦查程序违法的申请以及维护律师执业权利的请求后,没有得到检察机关的任何正式答复。

[26] 从宽解释规则(rule of lenity),源于美国联邦最高法院的有关判例,已发展成为美国刑法解释中的一条规则。

个人权利、个人权利是否应该得到保障,但借助严格解释仍然无法得出结论时,应该采纳有利于犯罪嫌疑人或者被告人的解释。

比如,以对犯罪嫌疑人或被告人是否有利为标准,凡带“可以”的规范,可划分为授权性规范与限权性规范。授权性规范如《刑事诉讼法》第 65 条关于“可以取保候审”的规定,而限权性规范如第 75 条关于“被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定,情节严重的,可以予以逮捕”的规定。前者是赋予犯罪嫌疑人或被告人取保候审的权利,后者则是取消其被监视居住的资格。鉴于授权性规范中的“可以”,与限权性规范中的“可以”,均同时含有“可以不”之意,在具体情况下,因就“可以”是选择“为”还是“不为”而发生分歧时,从宽解释要求对授权性规范中的“可以”选择“为”,而对限权性规范中的“可以”选择“不为”。

应该指出的是,从宽解释规则虽然是一条有利被告的解释规则,但其只是作为严格解释规则的补充规则而存在。即是说,它只有在严格解释无法解决问题而所存分歧又关涉犯罪嫌疑人或被告人的权利应否得到保障的情况下,才有适用的空间。在没有穷尽严格解释的努力之前,适用从宽解释规则来解决刑事诉讼法规范上的纷争,不但不是对有利被告理念的尊重,反而会构成对这一原则的曲解与滥用。

综上所述,《刑事诉讼法》存在的诸多不足之处,通过合理解释可以使其得到顺利实施,但这些问题存在,毕竟潜藏着公权力扩张、个人权利受侵犯的可能性,因此,通过对刑事诉讼法的解释而限制公权力对个人权利的侵入,也就成为有利被告理念得以实现的关键。相应地,以限制公权力的扩张与保障个人权利不被侵犯为主线,建立一套符合有利被告理念的刑事诉讼法解释的话语体系,当是刑事诉讼法学界的当务之急。

五 结 语

有利被告作为无罪推定的伴生原则而存在,对于保障人权的意义不容低估。因为无罪推定之所以是刑事诉讼法最基本的原则,正在于刑事诉讼法的人权保障机能,只有借此才可能得到发挥,而有利被告作为这一原则的伴生原则,其实就是作为它的必然结果而存在的。有利被告浓缩了无罪推定之保障人权机能的精华,对有利被告的话语表达是否充分,成为刑事诉讼法之人权保障机能是否完备的试金石。

新《刑事诉讼法》因引入排除合理怀疑规则而开启了贯彻疑罪从无理念的初步尝试,使罪疑惟轻这一潜藏着侵犯人权之可能的中国传统理念,至少在立法上予以了否定。但我们也看到了起步的艰难,从立法上对禁止双重评价置之不理就可以看出其对有利被告程序话语表达的不充分。鉴于此,重新认识有利被告的程序话语之于保障人权的意义,并使其在时下中国的刑事诉讼立法与实践中得到充分表达,当是立法者与司法者所面临的重要课题。

此外,在《刑事诉讼法》没有可能尽快纳入有利被告的禁止双重评价原则从而对刑事再审程序做些许改革的情况下,以有利被告为主线,构建关于刑事诉讼法解释的理论体系,以此引导刑事司法之人权保障机能的发挥,当是刑事诉讼法学界义不容辞的责任。

[本文系湖南省社科基金项目“有利被告论研究”(立项编号:11YBB160)的阶段性成果之一。]

[**Abstract**] In the fields of criminal procedural law, the principle of being in favor of the accused exists as a principle associated with the principle of presumption of innocence and complementary to the rule of strict construction. As such, it plays an important restrictive role in the determination of criminal facts, initiation of criminal retrial, and interpretation of norms of criminal procedural law. As far as the determination of criminal facts is concerned, the principle of being in favor of the accused requires that no punishment should be imposed in doubtful cases and takes “beyond reasonable doubt” as the standard of criminal proof. For a long time, the rationale of no punishment in doubtful cases has not been implemented in Chinese criminal procedure due to the influence of the traditional idea of “mitigating punishment for doubted crime”. The recent amendment to the Chinese Criminal Procedure Law introduced the rule of “beyond reasonable doubt”, thereby enabling the principle of being in favor of the accused to be implemented in China for the first time. However, the amendment takes the rule of “beyond a reasonable doubt” only as a subordinate principle, rather than a replacement, of the principle of “reliable and sufficient evidence”, thus fails to give full play to the role of the principle of being in favor of the accused in the determination of criminal facts. In terms of criminal retrial, the principle demands the prohibition of double jeopardy, permission of retrial favorable to the accused, and (conditional) prohibition of retrial unfavorable to the accused. However, the principle of prohibiting double jeopardy is not introduced into the Chinese system of criminal retrial because China adheres to the principle of ‘being true to fact’ and the principle that ‘every wrong should be righted’. In the revision of the Chinese Criminal Procedure Law, law makers not only rejected the principle of prohibition of double jeopardy, but also strengthened to a certain extent the system of retrial unfavorable to the accused. With regard to the construction of norms of criminal procedural law, the principle of being in favor of the accused requires the adoption of an interpretation favorable to the accused in cases where the precise meaning of the a specific norm is still hard to understand after exhausting all efforts on strict construction. To ensure the smooth implementation of the revised Criminal Procedural Law, prevent the expansion of public power and violation of private rights resulting from the lack of clarity of norms in the Law, and guarantee the litigation rights of criminal suspects and defendants, it is necessary for China to adopt a construction of norms of criminal procedural law favorable to the defendant under the precondition of adhering to the rule of strict construction.

(责任编辑:王雪梅)