出罪错案的成因及其规制

**梁士强**

摘要：在认识论上，凡作出不符合客观事实的结论均属错误，错误入罪与错误出罪是错案。排除合理怀疑作为证明标准的模糊性、非规范性；司法责任制片面追究入罪之错，都是导致出罪错案增多的原因。因此，出罪错案应通过排除合理怀疑规范化，通过制度设计使鼓励司法官回归常识，进行能动裁断，真正做到不枉不纵。

关键词：出罪错案、合理怀疑、司法责任

## 一、问题意识

经过近40年的改革发展，“疑罪从无”原则已在我国刑事诉讼中得到确立，2012年刑事诉讼法修改中，更是将“排除合理怀疑”确立为证明犯罪成立的标准。防止错误追诉无辜已成为刑事诉讼的核心目标，这反映出刑事诉讼程序与人权保障理念的进步。自“排除合理怀疑”标准引入后，该标准虽然在防止错误追诉无辜方面发挥了重要作用，但其自身存在的模糊性、非规范性特征，使部分司法官产生标准混乱，将一些本能达到法定证明标准的案件作出罪处理。本轮司法改革中确立的司法责任制“让审理者裁判，让裁判者负责”，为防止冤假错案、实现司法公正发挥着积极作用，但单一的“防止冤假错案”的评价体系与尚欠明晰的责任后果，使得裁判出现僵化，整个司法系统在严防入罪错案的同时，轻忽出罪错案；司法官在短缺证据、模糊事实面前往往不敢运用经验法则、逻辑规则进行推定，同时怯于运用常理常识进行裁断，导致裁判僵化，大量出罪案件办理水平不高，甚至有错出人罪之嫌。正如波斯纳所说，“严格的过滤机制意味着有些罪犯——或许是许多罪犯——都没有被起诉，而大多数被起诉后又判无罪的人可能是真正的罪犯。”

在认识论上，凡作出不符合客观事实的结论均属错误，因此，一个无辜的人被认定有罪或者一个有罪的人没有被认定有罪都是错案。以实质真实发现为价值取向的刑事诉讼必然要求同时防止上述两种错案的产生，即便在消极实质真实发现主义的刑事诉讼中亦是如此。

## 二、两类错案：一个回归常识的认识论问题

一个犯罪行为是否确实发生，是谁实施的——即一个案件的真相或实质真实，是刑事诉讼各种证明活动的首要目标或称核心价值。不能发现犯罪真相，就不能实现正义，提起公诉、作出裁判的公正性，主要取决于它的真实性。一个刑事司法体制，如果经常产出冤假错案，它便无法获得尊重，也无法得到遵从。《旧约圣经》箴言篇有言“宣判罪人无罪，判定义人有罪：二者同为上帝所憎恶。”但就刑事诉讼而言，无论进行多么严谨的程序设计，其制度能够保障程序的公正性，却无法保障经过该程序“产出”实体结论的正确性，换言之，在刑事诉讼中完全避免错误出现并无可能。刑事诉讼的程序设计，其期望实现的目的是让犯有罪行的被告人被判处有罪，无辜的人不受到追究，但事实上，即便“法律被仔细地遵循，过程被公正恰当地引导，还是有可能达到错误的结果——一个无罪的人可能被判有罪，一个有罪的人却可能逍遥法外”，[[1]](#footnote-0)为此，罗尔斯称刑事诉讼为“不完善的程序正义”。

这便确定了一个认识论前提：刑事诉讼中，不管我们如何努力的避免错误，错误总是在所难免。错判无罪和错判有罪哪一个错误更为严重，并需要我们更为切实地防止其发生呢？这就涉及到错误分配的问题。几乎所有的人都认为，判决无辜的人有罪是比判决有罪的人无罪是代价更高的错误，当错误不可避免的时候，与其冤枉无辜的人，倒不如错放有罪的人。美国法哲学家拉里·劳丹将此问题称为“错误分配论”。[[2]](#footnote-1)但从认识论上，当案件真相或实质真实被设定为认识目的，将真正清白的人错误定罪以及将真正有罪的人错判无罪均属错案，前者被称为入罪错案，后者被称为出罪错案。

刑诉法学界有学者主张法律事实说，沙俄法学家米哈依洛夫斯基提出，“何审判包括刑事审判的任务应当不是追求发现绝对的实质的真实而是追求法律上的真实。”[[3]](#footnote-2)趋于极端的法律事实说认为客观事实无从追寻，亦不能还原，刑事诉讼中只有依据证据构筑的法律事实，并基于此事实作出的裁判，即便同客观事实南辕北辙，亦不属错案。这一方案通过将实质真实排除在证明目的之外，貌似解决了错案产生问题，却与人们的朴素正义感背道而驰，也不符合我国实事求是的政法工作原则。事实是一种客观存在，一旦发生便只能认识，无从更改。因此，判决与证据均是呈现事实的形式，换言之，判决本身不能产生事实，同理，刑事诉讼中收集的各种证据也不能产生事实，它们实质上是“为了表明制裁行为是符合某个事实的假设”。[[4]](#footnote-3)以常识论，没有实施犯罪的人就是清白之人，即便刑事诉讼中收集到的各种证据都在证明其有罪；即便检察官对其提起公诉、法官对其作出了有罪判决——客观上他没有犯罪的事实也不会因之而动摇。同样，真正地实施了犯罪行为的人才有罪的，即便证据不足以证明，或是检察官、法官合乎司法规律地对其不起诉或判决无罪。

虽然刑事诉讼的强调发现真相，力图避免错误，但不得不指出，刑事诉讼的以下基本原则——证明标准、证明责任；无罪推定、存疑有利于被告——其创设目的都不是为了减少刑事诉讼中的错误发生的几率。它们的目标，是以某种方式来分配错误，从制度设计以及价值取向上不难看出，当错误在不可避免时，将是以错误的无罪认定为主，而不是作出错误的有罪认定。刑事诉讼法的不断发展进步，使我们有充分的根据接受这种直觉：错误入罪比错误出罪代价更大。错误入罪使得无辜公民的良好声誉受到了永久的玷污；被拘禁剥夺自由；使真正的罪犯逃避审判；造成程序、实体价值的双重失落。但是，错误出罪的代价绝非微不足道。错判无罪的代价是，使得有罪的人不受惩罚而得以逍遥法外；失落了正义；被犯罪破坏的社会关系无法得到修复；被害人在精神上、经济上无法得到宽慰和补偿；基于获判无罪的经验，行为人可能继续实施新的犯罪；向潜在的犯罪群体传递一种信息——他们也能够犯罪而不受追诉。由此，不难得出结论，如果错判无罪经常发生，犯罪率必会上升。虽然错判有罪显然是更为让人难以接受的错误，但是错判无罪同样要付出不可小觑的代价。

伏尔泰说，同判处谴责一个正直的无辜之人相比，错判两个事实上有罪的人无罪，更为谨慎；威廉·布莱克斯通更进一步，认为宁愿让10个有罪的人逃脱刑罚，也不能让1个无辜的人被定罪。这些都是严防入罪错案的经典表述。这样的表述暗含了一种社会契约关系，即社会能够多大限度内容忍入罪错案，按照布莱克斯通的观点，每1个无辜被告人被错误定罪就至少有11个有罪的被告人将会被判决无罪；易而言之，在11个有罪被告被判无罪的情况下，1个无罪被告被错误定罪是社会能够容忍的。当然，我们可以进一步提高这一比率，但不可讳言，这一社会契约必定真实存在，正如前文所述，刑事诉讼中，不管我们如何努力的避免错误，错误总是在所难免，如果对错判没有容忍机制，错放100人、10000人甚至10000000人仍有错判1人的可能，那么只好对所有人都判处无罪，以保证那1个无辜者没有被错误入罪。显然，被告人因“怀疑”获得的利益不能极端化，否则只要出现了“任何”类型的有罪的怀疑，都必须宣告无罪，这不具有可行性。

## 三、合理怀疑：浮动标准与规范化路径

长期以来，我国刑事诉讼的证明标准奉行客观主义，以“事实清楚，证据确实、充分”为法定证明标准。2012年刑事诉讼法修改中，作为主观证明标准的“排除合理怀疑”同样被确立为证明犯罪成立的标准。主客观证明标准并没有实质分歧，正如张建伟教授所指出，“在客观方面设定的证明标准与主观上相信的程度是相对应的，如‘事实清楚、证据确实充分’相对应的主观认识程度其实就是‘确信无疑’。”[[5]](#footnote-4)但他同时指出，“要以‘排除合理的怀疑’”取代‘犯罪事实清楚，证据确实充分’这一在司法实践中应用多年、事实证明行之有效的证明标准，不能不考虑到‘排除合理的怀疑’”标准本身的暧昧性。”[[6]](#footnote-5)由于对何为合理怀疑界定十分模糊且混乱，使得奉行其为证明标准的英美法国家“刑事法理论的核心地带混乱不堪”。[[7]](#footnote-6)

即使在英美法国家，要解释清楚什么是排除合理怀疑并付诸适用时都极其困难，让人倍感懊恼。[[8]](#footnote-7)排除合理怀疑作为证明标准，源于基督教神学传统，惠特曼教授在《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》一书中指出，排除合理怀疑作为诉讼规则，其肇始承担的是道德慰藉功能。中世纪神学传统中，对《圣经》的诠释认为，使他人流血违反基督教教义，法官畏于承担血罪责任，法官通过确立陪审团审判将血罪之责转移给陪审团，又通过确立排除合理怀疑提供了缓释个人责任的通道。“程序的作用并不在于证明，也不在于驱散我们对事实的无知。相反，它旨在消除我们担心裁判之责的恐惧。当我们实施惩罚时，程序给我们忐忑不安的心灵提供了一种道德安全避风港”。[[9]](#footnote-8)正基于此，英美法判例中，法官向陪审团阐释何为合理怀疑常常语焉不详，概括而模糊。伦巴诉美国案中，一审的犹他领地法官将排除合理怀疑巧妙而经典地解释为“一个合理的怀疑不是一个不合理的怀疑。”[[10]](#footnote-9)学者还试图为排除合理怀疑制定过如下定义：相当于确保个人生活中作出重要决定时的信念；那种会使一个谨慎细心的人在行动时产生犹豫的怀疑；对罪行的坚定信念；其确定性达到一定概率的怀疑等，然而，这些标准又各自有其问题。[[11]](#footnote-10)晚近以来，美国上诉法院系统中，绝大多数法院认为法官不应向陪审团就何为排除合理怀疑作出指示。在美国诉哈尔案中，第七巡回上诉法院更是断言“不应为界定合理怀疑作出任何努力”。[[12]](#footnote-11)

排除合理怀疑很难加以量化，但我国业已接受该标准作为我国法定证明标准的重要部分，就必须将其规范化，使之作为具备操作性和可预测性的规范被司法实践加以运用。司法的车轮滚滚向前，如果定罪标准混乱或被有意模糊，不可能激发人们对司法公正的信任。

同样地，排除合理怀疑作为有利于被告的刑事诉讼规则，如任意且模糊，不能加以规制而为司法官任意使用，必然导致出罪错案激增，且在司法责任制改革的背景下，我国司法实践中已出现了这样的倾向。即便排除合理怀疑作为主观证明标准其不可避免地具有模糊性，但是必须明确，所谓合理怀疑，其重点不仅在怀疑，更在“合理”，在任何小概率事件都可能发生的世界上，如果能够任意创设可能性，并将之视作“怀疑”，刑事证明活动就彻底失去其可能，承担证明责任的检察官便只能与风车战斗。

从规范上界定合理怀疑并非易事，合理怀疑并非质证，控方提交法庭的证据本就不能达到证明标准，或者经质证，被法庭采信的证据不能达到证明标准的，是证据证明问题而非合理怀疑问题。当控方已经对其描述的公诉事实作出了证明，且形式上达到证明标准，辩方通过“合理怀疑”提出另一种事实假说，对公诉事实发起“攻击”，才是合理怀疑所讨论的范畴。基于排除合理怀疑的诸多学说、我国立法例及司法实践经验，笔者认为，对于合理怀疑应作出如下界定：

首先，排除合理怀疑不是绝对确定。绝对确定不可能做到，通常认为确信程度达到95%以上，就达到了排除合理怀疑程度。大多数犯罪是隐秘进行的，只有调动大量资源、运用各种手段才有查明的可能，认清犯罪是极端困难而非简单的工作。由于犯罪活动的秘密性，犯罪后收集证据、回溯案件，限于人类现有的技术手段和认识能力，不可能臻至完美，因此绝对确定是不必要的，于刑事诉讼证明活动而言，甚至是有害的。

其次，合理怀疑只能是有理由的怀疑。据此，无法给出理由的怀疑是不合理的，因此也不能成为阻碍定罪的正当理由。提起公诉的检察官在指控犯罪时，必须进行被告人参与的事件描述，即认定公诉事实，检察官有义务提出证人证言、书证、物证等证据，证明该事实的每一个核心部分，提交证据的目标，是为了证明犯罪事实的成立；就辩方而言,他可以（虽然没有义务）就犯罪有关的事实提出不同的假说，至少会努力找到控方叙述的弱点或不合理之处。辩方可以挑战证据或证言，也可以质疑所提交的证据与被告人的有罪结论之间的推理关系。当控方已经构建起完整的证明体系，且证明体系从形式上已经符合法定证明标准的要求，辩方想要使作为裁判者的法官对公诉事实产生合理怀疑，其提出的理由应当是基于理性作出的阐述，需要有共识性的日常经验、客观事实或证据、线索依据作为支撑，否则将沦为臆想或猜测。司法官若将所有关于案件的臆想或者猜测作为合理怀疑而加以取证、进行排除，除了徒耗精力、浪费司法资源、增添讼累外，亦使完成证明变得无从实现。

再次，程序上，在以合理怀疑为抗辩理由时，辩护方须提出主张，且证明至存在合理怀疑这一主张成立。存在合理怀疑主张成立，又可称为引起合理怀疑。除免证事实主张即成立外，其他的合理怀疑主张均须提供证据或线索，其中线索须具有清晰明确的指向性，即通过线索能够发现具体事实或收集具体证据。一方面，证据及线索能够保证合理怀疑是理由而非臆想或猜测；另一方面，证据及线索能够使得合理怀疑内容具有相对确定性，使得围绕其进行的证明活动有的放矢。主张责任不同于证明责任，主张责任仅要求证明至具有“可能性”程度即止，证明责任归属控方不因辩方应负的主张责任而发生转移。排除合理怀疑的程序范式，即辩方通过证据及线索提出主张，由控方完成证明责任，由法官作出裁判，在我国的刑事程序规范中有迹可循，2017年两高三部《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》关于非法证据排除程序启动、证明、裁判就采用了这一范式。

## 四、司法责任：失范惩戒与司法官的良心自由

通常所讲的疑罪是客观意义上的，源于事实和证据原因而生成的，不能证实又不能证伪、处于悬疑状态的案件。我们可以将之称为客观的疑罪。但由于司法是裁判者进行就事实认定、法律适用进行判断的过程，司法官判断能力参差不齐，直接导致同样事实、证据情况下，不同司法官会作出大相径庭的判断。司法官判断能力不足，导致就其视角审查判断的案件处于悬疑状态，我们可以将之称为主观的疑罪。客观的疑罪存疑利益归于被告人，已为现代司法理念所普遍接受，没有讨论必要；主观的疑罪却是造成出罪错案的重要原因。主观的疑罪往往事实证据本身没有问题，或者问题不足以撼动有罪判断，其成因就是判断偏差。

在我国，通常认为检察官、法官皆是司法官。司法的本质是判断——判断法律、判断事实、判断证据，司法官的判断力高低决定了一个地区乃至国家的司法水准。客观上，司法责任制的确立，对司法官——无论是检察官还是法官，在作出有罪判断上起到了较强的抑制作用。当前的错案追究制度是由纠正冤错案件引申衍生的制度设计，责任追究制片面追究入罪之错，责任追究的高压使得司法官内心忐忑，精神惶恐，产生寒蝉效应。[[13]](#footnote-12)错判有过，错放无责，出罪之错必然因之增多。

司法责任制导致的司法官精神紧张，使独立的司法人格进一步受到抑制，使司法官更加缺乏担当的勇气。司法判断的伦理基础是良知。良知“表现为一种内心深信”“具有辨别是非得失、取舍善恶的意识作用”[[14]](#footnote-13)基于良知作出的价值判断，存在判断失误亦不应当追责。属于认识领域的价值判断问题，如证据采信、事实认定，不能因司法官判断与客观事实有异而对其加以惩罚。其原理在于，虽然人类具备理性，且有认识世界的能力，但任何具体的认识都受到主、客观条件的限制，人类不可能对既往事实的一切因素都加以认识，并在其基础上作出判断，因此，认识判断存在错误在所难免。具体到司法活动中，即使是最为审慎、最为认真的司法官也可能出现认识判断错误。对认识判断问题追究司法责任，“是对人类理性固有缺陷追责”，[[15]](#footnote-14)对于司法官显然不公平。要想使司法官绝不犯错，这一职位大概只能由上帝充任。张建伟教授指出，“司法人员是否有责任，要不要追责，不能一概而论。若非故意为之或有明显疏失，仅属于认识上的问题，便不应向司法人员追责，否则容易造成司法人员人人自危的局面，反而不利于司法独立人格的养成。”[[16]](#footnote-15)

当然，仅有良知及独立司法人格尚不足以作出正确裁判，大陆法国家司法官与英美法陪审团的区别不在于裁判者的独立性与道德感，而在于大陆法国家强调司法官的专业、理性判断。大陆法国家——包括深受大陆法影响的我国在内，对司法官培养、选任之要求都近乎苛刻。司法官应当有充分的基于证据审查判断案件事实的能力。应当能够灵活且恰当地运用包括印证法、验证法、质证、鉴定法等在内的证据审查判断方法。同时，作为指控方的公诉人在法庭上应具备将待证事实证明到排除合理怀疑的叙事能力、说理能力、说服能力。

## 五、余论：回归常识的司法能动

短缺证据、模糊事实是司法当中常见的现象，那么对于短缺证据和模糊事实要具体案件具体分析，不能一概的把它看作是疑罪案件。如果每个案件都须证明至每个细节、要素都与客观事实一致，司法官才能定案处刑，就会出现这样的荒谬情境——必须在每一个案发的时刻在现场安置摄像头，或要求每个案件都有记忆毫无偏差、与案件毫无利害关系的目击证人，否则就无法定案。这除了使大量有罪者不受追究，使其因机械司法获益，更消解了国家投入巨大资源，培养精英化的司法人员以保卫社会的价值和意义。

司法官必须清楚地认识到，一方面，其肩负着保障无辜被告人不被追究刑责的责任，对据以定罪的证据进行严格“质检”、谨慎推理，严格以法定证明标准证明犯罪；另一方面，其肩负着对社会公众的责任，不能让罪行轻易逃脱法网。这看似是个极其艰巨而复杂的工作，但又非不能实现，其“实践归宿在于裁判者的常识判断———一种需要事实证成的常识判断。”[[17]](#footnote-16)所谓常识判断类似于刑法的外行人平行评价，即一般人在所处情境中，基于理性能够作出的经验判断。遗憾的是，我国的司法实践中常识判断相当匮乏。常识判断不严格依据在案证据由司法官基于其认知直接作出，在司法责任制的高压下，司法官往往怯于诉诸内心，依据常识作出认定和裁断，使得相当对的出罪裁判与普通人的公正、善良直觉相悖。司法官应当敢于运用常理、常识、经验，结合正义感情对案件进行价值判断，这当然地强调司法官在司法活动中的能动性。能动主义的司法注重“生活利益的保护与生活利益的实现”，[[18]](#footnote-17)关注实质公正。这样一来，司法官在个案裁判中的权重被放大。相应地，排除合理怀疑规则应当进一步规范化，去除其模糊性；司法责任建构的同时，强调豁免机制建构，基于良心的价值判断不属于责任追究范畴，[[19]](#footnote-18)从根本上解决司法官逢疑辄出罪的倾向。在作出具体判定时，通过对心证形成经过的充分说理，清楚表明裁判是否立场公正、论理充分、逻辑清晰、适用法律恰当，使在裁判中利益受到减损的一方，能够心悦诚服地接受裁判结果，或据此寻求救济。在主观疑罪场域，司法官认为其能力不足以作出正确认定，可以依据刑事诉讼法第244条请求移送上级法院审判；或依据刑事诉讼法第185条规定，提交审判委员会讨论决定。在防止入罪错案的同时，警惕出罪错案，真正做到不枉不纵。

1. 罗尔斯：《正义论》，何怀宏译，中国社会科学出版社1988年版。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 拉里·劳丹：《错案的哲学：刑事诉讼认识论》，北京大学出版社2015年版，第30页。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 安·扬·维辛斯基：《苏维埃法律上的诉讼证据理论》，王之相译，法律出版社1957年版，第253页。转引自张建伟：《证明标准研究中的模糊视阈》，载《政法论坛》，2005年第6期，第133页。 [↑](#footnote-ref-2)
4. 拉里·劳丹：《错案的哲学：刑事诉讼认识论》，北京大学出版社，2015年版，第13页。 [↑](#footnote-ref-3)
5. 张建伟：《证明标准研究中的模糊视阈》，载《政法论坛》，2005年第6期，第133页。 [↑](#footnote-ref-4)
6. 同上。 [↑](#footnote-ref-5)
7. 拉里·劳丹：《错案的哲学：刑事诉讼认识论》，北京大学出版社，2015年版，第33页。 [↑](#footnote-ref-6)
8. [美]詹姆士.Q.惠特曼：《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》，侣化强、李伟译，中国政法大学出版社2012年版，第1页。 [↑](#footnote-ref-7)
9. 同上，17页。 [↑](#footnote-ref-8)
10. Dunbar v. U. S. ,156 U. S. 185(1894). [↑](#footnote-ref-9)
11. 参见拉里·劳丹：《错案的哲学：刑事诉讼认识论》，北京大学出版社，2015年版，第38-52页。 [↑](#footnote-ref-10)
12. U. S. v. Hall,854 F. 2d 1036, at 1039 (7th Cir. 1988). [↑](#footnote-ref-11)
13. 参见张建伟：《错案责任追究及其障碍性因素》，载《国家检察官学院学报》，2017年第1期。 [↑](#footnote-ref-12)
14. 舒新城主编：《中华百科辞典》，中华书局1935年1月增订第3版，第382页。 [↑](#footnote-ref-13)
15. 张建伟：《错案责任追究及其障碍性因素》，载《国家检察官学院学报》，2017年第1期，第115页。 [↑](#footnote-ref-14)
16. 张建伟：《法官错案责任的抚今追昔》，载《人民法院报》2014年1月24日。 [↑](#footnote-ref-15)
17. 王星译：《刑事证明标准的规范功能与实践归宿》，载《环球法律评论》，2021年第3期，第117页。 [↑](#footnote-ref-16)
18. 劳东燕：《刑法中目的解释的方法论反思》，载《政法论坛》2014年第3期，第79页。 [↑](#footnote-ref-17)
19. 2021年2月10日最高人民检察院《关于进一步做好刑事错案依法纠正、责任追究和善后工作的意见》关于错案责任认定，将错案限于检察人员对刑事错案发生存在故意或者重大过失，可以理解为是对价值判断造成的一般过失的责任豁免规定。 [↑](#footnote-ref-18)