

冤案是如何酿成的？

刘仁文*

一、我为什么关注冤假错案？

先讲几个前提性的问题：

首先，什么是冤案？在这里，我将冤案等同于平常我们所说的“冤假错案”，主要是指无辜者被判处有罪，也包括因事实认定错误而导致的罪轻者被判重罪。但是，冤案不包括在事实认定正确的前提下因法律适用的选择性而导致的差异。比如一审法官判得较轻，二审法官判得较重，我们不好说一审是个冤案，因为法官在适用法律时具有一定的自由裁量权，各个法官在适用法律时所判结果不一定完全一致。

其次，有人认为冤案应包括两类：第一，使无罪的人受到追究；第二，使有罪的人逃脱追究。我今天所谈的，主要指不利于犯罪嫌疑人、被告人的错误追究，即第一种情形，这也应当是一般意义上所指的冤案。

再次，有人认为冤案还可包括有意的和无意的两种。前者如公安干警明知是无辜者，但出于功利主义或报复心理对其予以刑事追究。不过，今天我在此讨论的主要是指无意的冤案。

为什么我关注冤假错案这个话题？我本来是搞刑法的，但我觉得，对一个刑事法学者来说，应当关注这个问题，特别是近年来余祥林案、杜培武案等，引起国人的高度关注。冤案到底是增加了还是减少了？我相信随着我国法律制度的不断完善，现实中的冤假错案应当是减少了。既然减少了，那为什么冤案问题却在近年反而引起了广泛的关注呢？我想主要原因是媒体有了相对的自由度，及时报道了这些案件，使之为人们所感知。

在20世纪80年代末之前，很多人相信美国的司法制度非常完善，对被告的救济非常有力，不相信司法中存在冤假错案。但是，到了20世纪80年代末之后，随着DNA技术被发明和推广，才发现冤案是如此之多，以致震撼了美国人的心灵。由此，很多人对美国的司法制度抱不信任和怀疑态度。也正是因为这些原因，才要对司法制度予以完善、救济和改革，研究冤假错案发生的原因。

新中国对冤假错案的关注，最初来自上个世纪70年代末80年代初。当时对“文化大革命”中酿成的许多冤假错案的平反，特别是刘少奇冤案的披露，引起了举国震撼。1978年12月18日召开的中国共产党十一届三中全会提出，要“坚决地平反假案，纠正错案，昭雪冤案”，被写入会议决议的平反者包括彭德怀、陶铸、薄一波和杨尚昆等人。会议认为：“过去那种脱离党和群众的监督，设立专案

* 刘仁文（1967—），男，湖南隆回人，现为中国社科院法学所研究员，研究方向为刑法学。

机构审查干部的方式,弊病极大,必须永远废止。”从此,结束了党内多年“人整人”的乱局。

在这种背景下,拨乱反正在全国范围内全面展开。据不完全统计,从1978年到1985年的7年间,全国共平反纠正了约300多万名干部的冤假错案,47万多名共产党员恢复了党籍,数以千万计的无辜受株连的干部和群众得到解脱。

平反和纠正伸张了正义,还历史一个公道,让中央的权威和决策深入人心。同时,数以千万计的“地富反右坏”及其后代,终于可以抬起头来做人。胡耀邦大量平反冤假错案,给其政治生涯留下光辉的一页。

当时,对冤假错案更多地是从政治制度上进行反思。为什么彭真在主持立法工作时,能在1979年一次性地制定并通过7部法律,包括《刑法》和《刑事诉讼法》?因为他在“文化大革命”坐牢期间就开始认识到,那种局面主要是因为无法无天造成的,因此一定要走法治之路。

我对普通刑事案件冤案的关注,主要还是最近几年的事。特别是湖北佘祥林“杀妻”案、云南杜培武案这两起重大冤假错案,经媒体披露后,引起举国关注。实际上,冤案是人类司法永恒的痛。任何社会都存在冤假错案,古今中外都是如此,如中国历史上的窦娥冤案,杨乃武与小白菜案,等等。可见,冤假错案的存在是一个残酷的事实,这是由人类的认识能力的有限性所决定的。当然,如果一个国家的刑事司法制度合理的话,无辜者被冤枉的可能性就低;制度不合理,无辜者被冤枉的可能性就高。认识到这一点,对我们研究和改善司法体制是有意义的。

如前所述,我们只能最大限度地减少冤假错案,想彻底消灭冤假错案是不可能的。比如,我们知道欧洲国家是当今法治发达的国家,但一份材料显示,其误判率仍然有0.5%。无独有偶,另一份材料显示,美国判案的正确率为99.5%。据说,美国每年大概有10000件冤假错案,我们可以推算一下,中国有13亿人口,每年发生冤假错案的比例。刑事案件发生后,若没有抓到犯罪嫌疑人,那是政府的失职;如果不但没有抓到,又错误冤枉了无辜,那真是错上加错。这种行为的,不仅会给当事人的亲人朋友造成伤害,还会使民众对司法制度失去信心。

我说这些,旨在说明两点意思:一是我们要致力于建立一个好的刑事司法体制和机制,使冤假错案的发生率降到最低;二是由于人类认识能力的有限性,不可能完全杜绝冤假错案。

认识到后一点,我们就理解了为什么说刑法是一种“不得已的恶”。这种“不得已的恶”应尽可能缩小打击面,能不判刑的就不判刑,能不坐牢的就不做牢,能不杀头的就更不应杀头。在刑事诉讼中,要采取一切办法进行有效地过滤和分流,如进行刑事和解、转处、缓起诉、缓刑、社区矫正、刑罚执行中的刑种转换(对没有必要关押的,将有期徒刑转换成公益劳动或罚金),最大限度地缩小定罪圈、判刑圈和关押圈,最大限度地限制死刑的适用。

可能的老师或同学知道,我是反对死刑的。有的国家之所以废除死刑,就是因为频繁的冤假错案无法挽回。我有一次在武汉大学做讲座的时候,有学生提出这样的问题:把人从青春年少关到白发苍苍,难道其青春年华就能够挽回吗?我说你说的有道理,国外学界确实有这样的观点,那就是要废除死刑。我认为这是目前比较极端的观点,还不可行。

为什么要保留刑罚,废除死刑?因为当今世界,人类已经可以不用死刑这种工具来达到有效治理社会的目的,这是废除死刑的最根本的理由。全球190多个国家,法律上和事实上废除死刑的国家已经占多数,欧洲已完全废除死刑,韩国10年以上没有执行过死刑,印度每年执行死刑不超过10个。我们可以看出,那些废除死刑的欧洲国家,以及美日这些死刑执行很少、使死刑成为象征性刑罚的国家,

他们的社会治安并不比那些大量适用死刑的国家差。

因此,我们应树立的这样的观念:人类有足够的信心不用死刑这个工具来治理社会。但迄今为止,我们还不能没有公安、检察院和法院,不能脱离这些国家机器来治理社会,这是废除死刑但不能废除刑法的根本原因。下面我就结合国外的文献,谈谈冤假错案是如何酿成的,并顺便谈一下我的看法和减少冤假错案的对策:

二、刑讯逼供的成因及对策

前不久,清华大学法学院组织了一个会,给我们提供了十大冤假错案的材料,都是经过媒体公开报道的。我看后想起一句话:“幸福的家庭是相似的,不幸的家庭各有各的不幸”,我想把它改成“不幸的无辜者是相似的”。从十大冤假错案可以看出,刑讯逼供、屈打成招是造成冤假错案的罪魁祸首。

根据国际人权标准,犯罪嫌疑人和被告人原则上应拥有以下权利,而我国仍有距离:

一是沉默权,如美国的“米兰达规则”。警察抓人后,应告知犯罪嫌疑人有权保持沉默,如果没有告诉而通过引诱、威胁取得的口供,不能作为证据使用。

二是律师在场权。犯罪嫌疑人被采取强制措施的第一时刻起,必须有律师在场,包括给犯罪嫌疑人提供必要的通讯方便。我们现在一方面没有确立犯罪嫌疑人的律师在场权,另一方面有的犯罪嫌疑人想请律师也请不到,为什么?因为被关起来了,又无法打电话。就这样一个细节难倒多少人。为被告人提供通讯工具,在第一时间通知家人被关押情况,请其帮助请律师,这是由律师在场权引申出来的一项权利。而在我国的法律中,没有这些细节性的规定。

前不久,我去北京市的劳教所调查,问管理人员按照行政诉讼法的规定,被处劳教的人可以聘请律师打官司,他们有否聘请律师?管理人员说,他们被关起来了,怎么请啊?这些细节即使法律没有规定,我们也要根据法律的精神推导出来应该这么做。

看守所的管理体制应改革,目前由公安机关管理,应该分离出来由司法行政管理部门管理。现有体制下,犯罪嫌疑人和讯问的警察之间应用铁栏杆隔开。这种做法很实用,警察想打人也没机会。警察作为一种特殊的职业,大多接触社会的阴暗面和我们所说的坏人,难免在工作中出现粗暴的行为,若不加控制,自然会造成刑讯逼供。再就是我们的《人民警察法》还有一个留置措施,对留置必须加以改造。将其纳入到刑事强制措施中来,第一时间送到看守所去,而不能搁在派出所或别的什么地方。此外,我国纪检、监察机关的“双规”、“双指”,也应纳入到刑事强制措施中来。

衡量一个社会是否是法治社会的一个重要指标,就是要看警察的权力是否受到有效地约束。“瓮安事件”发生后,《南风窗》杂志对我有一个采访,我主张应该给警察带上“拳击套”。警察权力过大,社会矛盾就会集中到这个地方,像杨佳袭警案,杀死六个警察。可悲的是,社会上有些人竟然认为杨佳是英雄!对于这种现象,我们确实需要反思。我主张,凡是剥夺人身自由的处罚或措施,不管是实体还是程序,也不管是刑事处罚还是行政处罚,一定要经过司法裁决,公安机关不能擅自决定,要第一时间送到法院去,由法官进行听证。

我曾问过韩国的法官,如果凌晨一两点在酒吧遇到打架斗殴的怎么办?他们告诉我:法院设有预审法官,24小时值班,律师在场权则由政府的公职律师来保证,也是24小时值班,随时为被抓的人进行法律援助,法院居中裁判决定是否羁押。公职律师顾名思义,由国家发工资。我国台湾地区也是,如陈水扁案,大家看到检察官不能决定是否羁押,由法院听证后法官来决定。对剥夺人身自由的措施

公安机关或检察机关不能既做“运动员”又做“裁判员”，只能由公安机关或检察机关做“运动员”，法院来做“裁判员”。实行权力制衡，矛盾也不会过度集中到公安机关。

由于我国对刑讯逼供行为缺乏一系列的预防措施，在司法实践中致使刑讯逼供泛滥成灾。尽管法律规定，严禁刑讯逼供，刑法中也规定了刑讯逼供罪，但实际追究的很少，为什么呢？大部分发现不了。被告人在法庭上向法官陈述有刑讯逼供行为，但无法用证据来证明。中国长期以来办案信奉“以事实为根据、以法律为准绳”，不采取无罪推定的原则，结果大部分法官认为，这个事情只要是被告人干的，即使在取证过程中有刑讯逼供行为，该判的还是要判。稍微好一点的，法官发现有刑讯逼供嫌疑的，暂时休庭，让检察官事后就此事写书面说明，结果往往是“经调查没有刑讯逼供”。怎么办？应该在刑事诉讼的全过程保证律师在场权，并进行全程录音录像，从一开始“我是某某警察，我的警号是××，在何时何地讯问某某”录起，一直到讯问完毕，录音带和录像带当着律师的面贴上封条，随案移送到法院。因为有全程的录音录像，有律师在场，就可以有效地防患于未然。现在检察机关在部分案子中试行全程的录音录像，为什么不在全部案件，特别是公安机关侦办的案件中推行呢？公安机关的刑讯逼供更厉害啊。

而且，相比起来，律师在场权更加重要，因为缺了律师的监督，录音录像也可能造假。有人担心律师从一开始就在场，会泄露案件侦查秘密、影响案件侦破，那可不可以通过严格规定律师的义务和法律责任，甚至采取一个妥协办法，让律师只能看到而听不到，起一个纯粹的监督角色呢？

大家注意到，在“杨佳袭警案”中，警方说有录音录像，但是否具备足够的公信力？录音录像是否完整？由于是警方自说自话，自然难免受到质疑。众所周知的美国辛普森案件，许多人都认为辛普森杀人无疑，但是由于警察程序违法，污染和篡改了证据，结果“毒树之果”不能被采纳，最终辛普森被宣布无罪。

我也建议，程序违法一旦提起，立刻中止审理，对本案举行听证，公安必须出庭作证。在中国，公安部门权力很大，很多地方公安局长兼政法委书记，协调和领导公、检、法，违背了司法规律。在国外，警察出庭作证是很普遍的事，但在中国，法官能命令公安出庭作证吗？即使你法官这样做了，公安也会以需要出现场、工作忙等为借口不出庭。

这个局面一定要扭转，要按照符合诉讼规律来办事。我们预防冤假错案的根本是为了发现事实真相，一切有利于事实真相的我们都应坚决采取。

在国外，还有我国的香港地区，如果案件需要警方到法庭来作证，警方必须来，警察在进入法庭时还要向法官敬礼呢。如果信仰基督教，还需要手按《圣经》宣誓。不信教的，则按照法律进行宣誓，以确保诚实。另一方面，说谎将构成妨害司法罪。克林顿当年遭弹劾，并不是因为他生活作风问题，而是因为他向法官撒了谎，欺骗和亵渎了法律，妨害了司法。

因此，一定要促成我国的公安机关改变观念，只要有利于社会的公平和公正、有利于发现事实真相、有利于减少冤假错案的措施，就都应采取。

三、目击证人可信吗？

我讲的第二个问题，是目击者辨认问题。在实际办案过程中，当公安机关抓到犯罪嫌疑人时，往往让目击证人或受害人进行辨认。

目前，国内学术界对目击者辨认对冤假错案的影响的研究几乎没有涉及。但在欧美诸国，由于制

度已经将刑讯逼供限制在了很低的水平，也就是说，不会因制度性缺陷而使刑讯逼供泛滥成灾，因而他们的研究结论是：目击者辨认错误，是导致冤假错案的首要原因。

如美国学者的调查显示：目击者辨认错误是导致被错误定罪的罪魁祸首，在随机抽选的195起无辜者被定罪的案件中，52.3%是由于目击者（包括证人和受害人）辨认错误所导致的，高出由其它原因造成的误判的总和。

反观我国，几乎忽视了目击证人辨认错误而造成的冤假错案。心理学的研究也证实，辨认结论的准确率通常在30%以下。特别是受害人在遭到抢劫、强奸的情况下，心里更是高度紧张，辨认的错误率更高。

由于辨认是目睹案犯的人对罪犯本人的指认，往往陪审员和法官相信目击者看到的是真的，一般采纳其证言，认为就是这个人实施的。所以，欧美这些国家针对冤假错案的这个罪魁祸首，他们进行了一系列的研究和改进措施。我不展开来讲了，举个例子来说明，把某个人关起来，让目击者从窗外看是不是这个人实施的，多危险啊！所以在西方辨认时遵循着这样一个原则：采取列队辨认为主（多个混杂），暴露辨认（仅一名被辨认对象）为例外，如在恐怖事件中目击者被炸伤了，不立即让他辨认就死掉了，来不及找很多人。在这种情况下，应结合其他证据进行考虑。

四、刑事司法中的告密文化

我讲的第三个问题是要请大家思考一下刑事司法中的告密文化。

我们的刑事司法，鼓励揭发检举，叫做立功，可以从轻、减轻甚至免除处罚。但是这种告密文化，有很大的副作用，有的犯人会不择手段去立功，从根本上看，这种制度对于塑造人际关系是很可怕的。想想“文革”期间，人与人之间没有信任感可言，夫妻之间、父子之间、师生之间互相揭发。如果我们的某一项制度虽然在个案中起到了帮助侦破的作用，但从长远看却是瓦解社会的作用，那就值得认真反思。美国的刑事司法系统也鼓励告密者与官方合作，允许告密者以信息作讨价还价的筹码（如辩诉交易制度），或至少在监所内获得特权，致使不少告密者不惜对同室囚犯采取连蒙带骗的手段或干脆编撰受害人的故事，因为“对受害者的不忠是所有罪犯的品质”，结果告密造成的冤案占整个冤案的21%。

我的初步观点是，除非对某些特别重大的案件，允许使用这一招，一般的定罪量刑还是要立足于犯罪行为本身的严重与否和犯罪人的人身危险性大小，否则，过分强调揭发他人犯罪可以减刑，不仅与追究刑事责任的根据相背离，还会导致犯罪人连蒙带骗酿成冤假错案，以及办案机关过分依赖这一渠道来破案。

五、不要迷信科学

第四个问题是垃圾科学（junk science）。不要迷信科学，包括DNA技术，因为只要做实验就会有失误和风险。有人说，不要以此来阻碍我国DNA技术的推广和应用，中国应广泛推广DNA技术。

应当看到，DNA技术对减少冤案的发生确实有用，如余祥林案，使用DNA检测就不会冤枉他。当然DNA鉴定也是要受到限制的，它只能用来鉴定生物性的证据，如杀人、强奸等，对于抢劫等没有生物性的证据就无法鉴定。我国的司法鉴定还比较混乱，一会鉴定轻伤，一会重伤，一会是轻微伤；一会是精神病，一会不是精神病。而法官又欠缺足够的意识和能力在庭上质证专家证人，专家证人也很少出庭作证。应当让专家出庭，说明为什么得出这样的结论，而作为法官，要有一套技术去质询专

家证人。

前段时间我出差,在飞机上遇到一位法医师,他给我一个信息,说精神病鉴定在医学上还没有完全解决,而且它是一门经验科学。如果鉴定人经验丰富,就可以判断这个人是否在说谎;如果鉴定人年轻而经验不足,就无法做出正确判断,可能被对方所骗。他还告诉我,美国目前在法庭审理中,专家做出精神病鉴定而法官通过质询后决定不予采纳的占50%以上,但在我国只要做出法医鉴定后,法官一般就没法去否定它,鉴定结论随案移送,没有机会也没有一套制度来使专家证人接受质询,因而也就不能有力地否定这个鉴定。种种迹象表明,我们要对“垃圾科学”保持警惕。

六、公、检不能隐藏证据

目前,我国公安、检察院在收集证据的过程中发现有利于被告的证据不告诉对方。有人为这种做法辩护,说不是要“控辩平等武装”吗?律师掌握了当事人有罪的证据不告诉办案机关,因为律师有保密义务,同样,公安机关、检察院发现有利于犯罪嫌疑人的证据时也可以不提供给他。

这是不正确的。因为在刑事诉讼过程中,公安机关、检察院是以国家暴力作为后盾的,收集证据的力度比律师大得多。如果发现有可能冤枉无辜的证据时,要通过“证据展示制度”来提供给他。如果不提供,造成冤假错案公安机关、检察院应承担相应的责任。

还有一个问题,作为辩护律师,尤其是我国公职律师的力量太小了。96年《刑事诉讼法》修改后进一步,确立了法律援助制度,但不是全方位的。这就造成一个问题:如果没有公职律师在侦查阶段援助,特别我国的刑事诉讼流程是“公安机关做饭,检察院端饭,法院吃饭”,结果“夹生饭”法院也要“吃”了。因为前期律师无法进行监督和制约,错案的根源已经注定。所以我国应加大公职律师的法律援助力度。

我们已经具备这个能力。这个问题也是国际公约的要求,我国已经在98年签订了《公民权利政治权利国际公约》,至今已经十年了仍然没有批准,为什么呢?因为我国在这些方面还没有达到这个标准。还有一个问题是近年来私人律师形象不好,对当事人不负责任。错案之后,律师是否承担责任?如果律师“忽悠”当事人,该做的没做,该调查取证的没有去调查取证,有严重过错,则律师也要承担相应的责任。国外有这方面的经验,这种情形下律师应当承担民事赔偿,给予当事人物质上和精神上的补偿。

七、“打”出来的高破案率

我们的一些政策和考评指标有问题,如限期破案、命案必破等。我们看看国外的资料,一些欧美发达国家的执法队伍和技术力量那么强,也没有中国的破案率高。实事求是地说,不可能有100%的破案率。命案出来以后,领导一批示,必须限期破案。公安机关的压力太大了,怎么办?只有打,最后屈打成招。

前面已经说过,刑讯逼供屈打成招已经成为一大祸患。很多报道说公安机关的破案率在100%,这符合现实吗?于是有的地方欺上瞒下,不破不立,或者下任务、分指标,酿成错案。

现在有些公安机关采取分指标的做法,促使下面多抓人。这怎么行?在构建和谐社会的背景下,抓人越少越好,而不是抓人越多越好。这个执法观念必须改变。

还有“错案责任追究制”,负责办案的法官一旦遇有发回重审、改判或者再审推翻的情况,检察官

一旦遇有被告人被判无罪的情况，就有可能被追究错案责任。

这又是一把双刃剑：假如有两个法官面对同一个案件，一个反对死刑，一个赞成死刑，前者判处死刑，后者判处死缓。他们对法律的理解、对案件的判断、对经验的总结，都是基于自己的信仰和勇气来做出裁断的。只要没有徇私枉法和司法腐败，就不应适用错案追究。否则，就会造成法官没有勇气承担责任，没有独立办案的勇气，最终造成内部层层汇报和层层请示。而过多的批复、答复等司法解释又给下面的法官套上了“紧箍咒”，使法官对个案没有活动的余地，无法实现个案的公正，如许霆案。

所以，我曾总结中国的司法状况是“一统就死，一放就乱”，我们应走出这种怪圈，还自由裁量权于法官，同时通过制度建设来减少司法腐败。对有证据证明徇私舞弊和司法腐败的，法官应该被追究责任。

关于国家赔偿问题，错案发生之后，如果法官没有司法腐败就不赔偿的话，被告人不是被白关了吗？就国家赔偿法这个问题，我是这样看的：既然冤假错案是不可避免的，在拘留、逮捕时只是犯罪嫌疑人，这就隐藏着一个前提条件，那就是拘留、逮捕有可能出现错误。既然刑法承认拘留逮捕可能会出错，那到底是有国家赔偿的义务，还是公民有容忍的义务？有人认为只要国家为了公共利益去正常执法，公民就有容忍的义务，此种情形不用国家赔偿。我是不同意这种观点的，因为国家是强者，个人是弱者。

不管什么原因，只要被错误关押就应该得到国家赔偿，赔偿的数额也不能只按照当地收入简单计算，而应把精神赔偿也计算在内。应该将国家赔偿机关从法院、检察院剥离出来，由国家拨款和从社会上募集、捐助，成立相对独立的负责赔偿的组织，因为把赔偿机关设在法院、检察院内部，当事人很难得到赔偿，法院、检察院就不承认是错案，这无助于错案的平反。因此对于凡是被错误羁押的，都应以国家赔偿。对于没有司法腐败、严格执法，只是由于人的认识能力所限而造成的错案，办案人员本人不应该承担责任，而由国家进行赔偿。

八、如何对待民意？

民意问题，既包括公众的民意，也包括受害人及其家属民意。没有哪一个国家的司法是完全理性和超脱的，一点不受民意影响的司法是不可能的，当然我国司法受民意影响的程度要更大些。

美国从20世纪70年代以来，强奸案的错案增多，为什么呢？其中主要原因就是来自不同的非政府组织和利益集团对法院的压力增大，如华人或西班牙裔被杀了，华人或西班牙裔的人组成非政府组织给法院施加压力，结果在民意的压力下导致强奸案的错案增多。通过这样的事实我们可以看到，在任何社会，民意都犹如双刃剑。在中国更是突出，有些案件不考虑民意，就无法向公众交待。余祥林案中，被害人家属组织数百群众签名上书，对办案机关形成巨大压力。

中国社会有一个可怕之处，那就是“信访不信法”。在奥运会期间，我接待一个老乡，告诉他这个案子完全可以到当地法院去告，他说不行，当地政府不怕你去法院，就怕你去上访，我要是去法院告，如果败诉了，那上访的理由也没有了。上访之后，如果碰运气，碰上哪个领导批示，地方要按照领导的批示去办，这很有用。这种假象迷惑和吸引了很多上访者，但大多无功而返。群众信访不信法律，原因复杂，包括司法的不独立，以及法院和法官的公信力不强。

如何对待民意？我的基本思路是，我们要从广场化的司法转向剧场化的司法。在过去的司法中，

游街、示众、公判公审,民意汹涌,司法不可能做到理性。现在应当通过剧场来确立角色和分工,合理的吸纳民意。

对于被害人,中国的法官最怕其上访。我从国外的资料看到,被害人的需要是多方面的,案件发生之后,犯罪人应该抓到而没有抓到,国家不去关心被害人,被害人完全被疏忽,其劳动力被杀了,上有老下有小,家里生活困难又无人关心。对国家而言,应建立对被害人的物质补偿和精神抚慰制度。一个被害人也是纳税人,在你的治理范围内受到了犯罪人的侵害,国家也有责任,因为你没有实现善治的目标,有义务去关心他。被害人需要倾听,需要非政府组织和政府的抚慰,以缓解其痛苦,通过这种渠道也能分解一部分民意的压力。这些我们都没有去做,往往单一地寄希望于抓到犯罪人,以实现所谓的正义,抓到后对其一关了之甚至是一杀了之,而有时被害人想真心实意地私了,让被告人赔点钱,国家却反而不允许。这种司法忘记了犯罪本来的矛盾,即矛盾来源于被害人与被告人之间。如何修复这种矛盾?国家应有一些新的思路。

九、如何审?如何判?

我讲的第八个问题是法庭开庭不规范。证人包括办案警察、鉴定专家不出庭作证,法庭上没有建立起真正的控辩双方交叉讯问制度。俗话说,真理愈辩愈明。

我们现在盛行书面作证,但这会造成信息失真,对取证者有用的就记录,没用的甚至是不利的就不记录,而它们又失去了在法庭上被质证的机会。民间作证没有严肃性,给点好处,或加以诱导,证人可以随便说,不知道法律后果,如果对证人在庄严的气氛下,讲清楚作伪证的责任、建立宣誓制度,效果就不一样。

除了法庭开庭不规范,我们的判决书也不强调说理,往往是“辩护理由不予采纳”、“鉴于本案案情,现判决如下”这类套话,至于为什么辩护理由不予采纳,为什么要这样判决,不得而知。判决书应该有严密的逻辑推理,环环相扣,应该是一篇优秀的论文。我主张借鉴美国等国的经验,法官所写的判决书都要上网或出版,成为法学院学生讨论的对象。

有些判决书的判决理由受到法院领导和审判委员会的干预。有人说审判委员会还是有用的,可以防止腐败,如果将权力完全下放给法官,会加剧司法腐败。我也主张对审委会暂时予以保留,但是审委会成员不应以行政级别论,而应该由资深法官组成,内设若干分组,如刑事组、民事组,重大案件全组参与庭审,不能光听汇报,汇报会使信息失真。

还有,为什么证人不出庭?一个原因是无法保证出庭证人的差旅费,误工费 and 人身安全。另一方面,证人不出庭作证,又不承担任何责任。因此,正反两方面的制度都不健全。

我在德国法院参观时,感到他们的做法值得借鉴:对于出庭的证人先到法院领份表,填好自己来作证的各项开销,在法院直接领钱,这样就保证了证人的出庭费用。那天,我旁听一个案子,有个证人无故未到,法官核实已经通知送到、他也没有请假后,宣布要依法罚他的钱。

各国在保护证人方面也有一些好的做法,如在必要时下达法官令,规定犯人释放后不准接近证人的住宅,否则构成犯罪;对某些特殊证人(如有组织犯罪的证人、强奸案件的被害人),在出庭作证时允许其在一个让被告人看不到的隔离间里作证;甚至对某些特殊证人,国家帮助他们更改姓名、转移住址。

在我国公开审判也没有真正落实,各种理由都有可能使你进不去法庭旁听,而我们在国外,只要

通过安检，最多再出示一下证件，只要里面有位置，即使是外国人，也是完全可以进去旁听的，这我有过多次经验。

我历来主张，按照先来后到，坐满为止，凭身份证足以，只需过安检。现在更可以借助网络提前预订，如果人数太多，则通过抽签决定。当然，法庭是一个剧场，它可以有自己的规则，如不能干扰法庭，否则轻则不能参加旁听，重则要追究法律责任。

司法中的许多潜规则架空了明规则，如内部请示使上诉徒有虚名。为什么潜规则盛行？我提一个可能被忽略的原因，那就是有的本来应当由明规则规定的，但它没有规定。如未决犯关在看守所，本来家属应当可以去见面，这是亲情需要，但我们在不准，结果就形成了潜规则：花多少钱可以买通看守所所长，然后安排你见面；取保候审本来应当是未决犯的一项权利，但由于我们基本上对未决犯采取审前羁押的做法，致使实践中又形成了一项潜规则：花多少钱可以保出一个人来。

现实中，还有一个很大的问题是大多数政法委书记不懂法。我有一个退一步的想法，在政法委不能取消、其功能反而日益增强的情况下，政法委书记起码要是从事过法律职业的，年轻的必须通过司法考试，要不他怎么去领导公检法和协调案件呢？佘祥林案就是政法委协调的结果。不只是审判法官不能决定案件，法院都不能决定，这又是一个潜规则。因此，我主张司法中潜规则应该向明规则靠拢，如果潜规则大行其道，我们宁愿将潜规则变成明规则，如正视政法委在中国的存在及其功能，转而加强政法委工作人员的法律素养；又如，将“双规”、“双指”纳入刑事诉讼法中，作为强制措施加以规范。如果潜规则和明规则差距过大，长期下去，法律将无严肃性可言。

十、缺乏错案发现机制

我讲的最后一个问题是，我们现在缺乏一个发现错案的机制。我们看佘祥林案和杜培武案是如何发生的？多年之后，“被杀”的妻子回来了，真凶落网了。这种从天而降的机会发生的几率太小了。我想我们能否有一个主动发现错案的机制呢？美国有定罪后的DNA鉴定，而我国在判决生效后就不管了。材料表明，自从美国DNA鉴定技术被应用后，40%有利于被定罪人，遗憾的是75%的证据丢失了。在1989年DNA鉴定技术出现之前，冤案发生率无从考证。英国和加拿大有刑事案件复查委员会这类专门机构，负责调查和宣布冤案。我们有审判监督制度，和国外的区别是，他们的复查委员会独立于司法机关，吸收律师、媒体、法官、检察官等多方人士参加，初步过滤后觉得证据比较有把握的再移交司法机关。我国现在这种错案的发现靠真凶落网或被害人出现，带有极大的偶然性，因而十分可怕！

关于我国的再审制度，也需要改革，对于判决生效后，不利于被告人的改判，原则上不能再有了，这也是维护法的安定性的需要。只有一种例外，那就是由于被告方与法官勾结起来使有罪判无罪，这种情况可以做出不利于被告人的改判。另一方面，强调法的安定性，决不影响纠正冤假错案之门的随时敞开，只要有证据就要启动程序来纠正冤假错案。总之，我们不能光凭运气和偶然性来发现冤假错案，而应借助于一个好的机制来主动发现冤假错案，进而实现有效的救济。

（责任编辑 陈夏红）