

死刑审判程序之完善

王敏远

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

摘要: 研究死刑审判程序不仅能促进其程序自身的完善, 也能促进公诉程序和侦查程序乃至相关刑事诉讼制度的完善。但是, 死刑审判程序的完善必须首先在观念上澄清程序公正和实体公正、被害人保护和被告人保护的关系等问题, 在程序设置上应当进一步解决证明标准、辩护权的保障和鉴定人等出庭作证的问题。

关键词: 死刑审判程序 程序公正 证明标准 有效辩护 鉴定人出庭

中图分类号: D925.2 文献标识码: A 文章编号: 1004-9428 (2013) 02-0150-08

一、关于死刑审判程序的几点说明

选择死刑审判程序主要基于两个理由: 第一, 死刑是人命关天的大事, 而我国的死刑审判程序从制度设计到实践运行都存在相当多的问题, 理论探讨也有待进一步推进; 第二, 在我的研究视野中, 死刑审判程序是重要的内容, 但也只是从中选择了那些现实中急需解决, 同时有关国际人权公约做了明确具体要求并在近期内有可能取得进展的那些问题加以讨论。在进入正题之前, 先简要介绍一下讨论死刑审判程序的背景、研究的价值以及研究目标和方法。

(一) 讨论背景

对于死刑审判程序, 我们要把它放在历史的背景下来认识, 也就是改革开放以来近三十年的发展历程。通过对比, 我们就能感受到今天讨论死刑审判程序和以前的差别在哪里。

1983 年 9 月 2 日, 全国人大常委会通过了《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》。这个文件的基本格调是办理死刑案件, 尤其是当时判处死刑数量最大的严重犯罪案件, 如杀人、抢劫、强奸、放火等案件, 可以不必严格遵守 1979 年《刑事诉讼法》所规定的诉讼期限。这个决定通过以后, 一个案件从案发到破案、到侦查、到起诉、到审判(一审、二审)判处死刑, 一直到最后执行死刑, 最快的时间, 总共是数天。各地似乎在比谁杀人速度快, 因为全国人大已经取消了死刑案件在程序上的时限, 各地司法机关办理死刑案件没有时间限制了。

我们还可以从观念层面来看当时的状况。首先是决策层的观念。在上个世纪 80 年代初的时候, 当时的主要领导人——邓小平同志的观念跟现在领导人的观念, 在我看来是存在明显不同的。这从他一些讲话、发言的措辞、态度中可以反映出来。例如, 他在 1981 年 7 月 19 日约见彭真同志时说: “刑事案件、恶性案件大幅度增长, 这种情况很不得人心”; “主要是因为我们下不了手”, 当然指

作者简介: 王敏远, 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

* 本文由中国社会科学院法学所研究生赵军峰根据作者 2009 年在法学所讲座录音整理而成, 编辑时略有删改。

的是政法机关 “对犯罪分子打击不严、不快，为什么不可以组织一次、两次、三次严厉打击刑事犯罪活动的战役呢？……集中打击、严惩刑事犯罪活动必须发动群众、依靠群众”。在这种观念的支配下，我们在 1980 年代针对犯罪活动发起了一次、二次、三次战役。可以说，那个时候领导层对待犯罪，尤其是严重刑事犯罪甚至是要判处死刑的犯罪，是主张通过发动战役的方式来解决的。这是决策层的观念。其次是公众的观念。一些今天看来大家不可能再有争议、甚至说已经形成共识的观念，像程序公正、保障人权等，在 1980 年代的时候，可以说基本上还没有人提及。我印象很深的是 1987 年我第一次参加诉讼法学年会，提交的年会论文是《论刑事诉讼程序的独立价值》。在这之前，我 1978 年上大学和 1982 年上研究生的时候，对于刑事诉讼法和刑法的关系，大家都认为那就是形式和内容的关系、毛和皮的关系，认为程序法都是依附于实体法的，程序法的独立价值根本不在考虑范围之内。因此，当时我的论文好像是唯一的一篇关于刑事诉讼程序独立价值的论文。应该说，即便到 1990 年代中期的时候，人权保障还不是一个得到普遍认可的观点。1996 年修改刑事诉讼法时，在立法机关主持的刑事诉讼法修改方案中，人权保障还不能理直气壮地成为一个观念基础。程序公正在 1990 年代也是一样，大家普遍认为它不过是一个依附于实体公正的价值，并无独立的地位。

今天则是完全不同的情况。关于这方面，大家有更多的时间和机会了解，或许已经有所了解，这里就不再展开。我想说明的是，对时代背景进行对比主要就是想有个铺垫，因为下面所说的所有问题，都是在刑事诉讼历史发展的基础上来谈的。换句话说，这都是前进中的问题，发展中的问题，和我们在上个世纪 80、90 年代所遇到的那些问题完全是两个概念。或者还可以说，关于死刑审判程序的完善，我们现在应该抱有更大的希望。当然，从根本上说，我个人认为应该彻底废除死刑。在这个意义上，如果彻底废除死刑的话，死刑程序的完善，包括死刑审判程序的完善，它的意义和价值都是有限的。所以，在一次国际学术讨论会上谈到死刑相关程序完善的时候，我甚至说：“为了这个程序的完善我们现在进行着努力，但是，这个努力却并不是一种让人觉得很愉快的奋斗。为什么呢？因为这是为一个注定要死亡的程序在奋斗。”在我看来，死刑程序早晚会随着死刑的废除而归于消亡。但是不管怎么说，我们现在不论怎么强调它的意义都不过分，因为在仍然保留死刑的情况下，死刑程序涉及到的是人命关天的大问题。

（二）研究价值

研究死刑审判程序到底有什么价值？这主要包括以下几点：

第一个价值是，通过探讨、研究，促使死刑审判程序得到完善，使得死刑审判程序能够真正实现在死刑问题上所要贯彻的如慎杀、少杀等一系列原则性要求。

第二个价值是，通过研究死刑审判程序的完善，来促进死刑案件的侦查程序、起诉程序以及其它相关制度的完善。我们知道，审判程序绝不是孤立的，在此之前有审前程序——侦查程序和起诉程序。作为我国诉讼三阶段论的组成部分，侦查程序和起诉程序，尤其是侦查程序，除了前后相接外，似乎与审判程序关系不大。但是，如果对审判程序加以完善，它就会影响起诉程序，并且通过起诉程序再来引导侦查程序。可能大家都听过非法证据排除规则，如果在审判阶段，严格按照死刑案件审判程序的要求，对非法证据予以排除的话，那就会对起诉程序产生相应的影响，并间接影响侦查程序。因此，研究死刑审判程序的价值绝不仅限于审判程序，其意义可以向前延伸，甚至也可以向其他相关制度延伸。比如，这种影响可以涉及辩护制度、被害人保护制度等。

第三个价值是，有利于促进刑事诉讼法相关内容的修改。从一审程序来看，1996 年《刑事诉讼法》对死刑案件审判程序的规定，没有体现出太多的特殊性。除了要求只有中级以上的法院才能

对死刑案件进行一审、要求死刑案件实行强制辩护等之外,在程序设置上基本没有特别的规定。我们认为,死刑案件的审判程序应该不同于普通案件,应该适用特殊的程序。这些特殊程序,现在法律没有规定,并不等于以后不会有。当然,现在死刑审判程序也有了许多特别的规定。比如,最高人民法院通过的《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定》要求对死刑案件的二审应一律开庭;原来刑事诉讼法关于死刑复核只有四条内容,最高人民法院收回死刑复核权之后也通过了相应的司法解释,增加了许多具体的规范。这些规定虽然是有法律规范意义的文件,但毕竟只是司法解释,不是刑事诉讼法规定的内容。我们就要通过研究,确定死刑审判程序到底需要作出哪些特殊的程序规定,进一步促进刑事诉讼法相关内容的修改。

(三) 研究目标和方法

最后需要说明的是,探讨这个问题的目标和主要方法。

目标比较好确定。第一个目标,通过死刑审判程序的完善,来预防、避免、减少死刑裁判可能发生的错误,当然也包括及时纠正已经发生的错误;第二个目标,通过完善死刑审判程序,使死刑裁判建立在正当程序的基础之上;第三个目标,通过完善死刑审判程序,实现以程序控制死刑的目标。它包括两层含义,第一个是控制死刑的数量,第二个是保证死刑案件的质量。

关于研究死刑审判程序问题的主要方法,我想一个比较有效的、有针对性的、有实际意义的研究,主要应该是实证研究,但是,由于我国一直对死刑案件的情况严格保密,实证研究难以真正进行。实证方法是最好的方法,但是它建立在所能获取到的材料的基础之上。鉴于死刑案件的材料难以收集,我们就不能采用实证方法来研究这个问题。因此,我们更多地只能采用文本分析的研究方法。当然,实证研究也不是完全不能做,诸如典型案例等实证分析方法也可以运用,但主要是在文本分析的基础上进行探讨。

二、死刑审判程序中的基础观念

死刑审判程序的完善,涉及几个需要澄清的基础观念。这几个观念问题不解决,我们对死刑审判程序的讨论就有可能陷于迷茫。

(一) 实体公正和程序公正的关系

应该说,对实体公正和程序公正关系的认识,我们经历了很大的变化。在上个世纪80年代之前,我们只重视实体公正。当然,那时所重视的实体公正与今天的实体公正,也有一定程度的差异,如实体公正之不枉不纵这个基本目标虽然没有变化,但在有疑问时,应该罪疑从轻还是从无,观念上可能就有差异。那时,程序公正还没进入我们的视野;今天,程序公正的观念已经深入人心,但是程序公正与实体公正到底应该是什么样的关系呢?人们的认识有分歧。现在的主导观点是,实体公正与程序公正应当并重。这一点我们通过法律规定能看到,也和目前主流的学术观点一致。

与实体公正优先或程序公正优先这两种显得“失重”的观念相比,“并重论”显得不偏不倚,很有道理。但是,我们在实际研究问题的时候,应该对这个观念保持警惕。应当说,“并重论”主张实体公正和程序公正作为同样重要的公正,应当同等对待,这是有价值的。但是,“并重论”的价值也仅限于此,如果认为以此观念为指导就可以解决其他相关的具体问题的话,那就是错误的。在处理具体问题的时候,如果我们认为实体公正和程序公正都不可偏废,都要同等重视,那就很有可能丢掉两种公正,或者说,两种公正都不能得到保证。

在我看来,程序公正和实体公正不是一个简单的并列关系。首先应该看到,实体公正,也就是经常所说的正确无误地处理实体问题,是自古以来,无论是中国还是外国的刑事诉讼都共同追求的一个目标。除了“非常时期”专门想制造冤假错案的特殊情况之外,所有时期的刑事诉讼都要寻求案件的真相,并且准确地适用实体法律。但是程序公正就不同,它是到近代才被认可的一个观念。从法律上来看,这是最近几十年才出现的具有普遍意义的现象;在内容上,它包括尊重和保障人权这样的基本要素,包括控审关系的具体要求,包括审判者中立、司法机关独立办案等一系列内容。程序公正的这些具体要求是刑事诉讼发展到一定程度才有的,是现代社会才强调的一种价值。

从这个意义上说,刑事诉讼的实体公正是人们一直就追求的,程序公正则是近代才出现并受到重视的,两者并不在一个等级上,所以把它们作为并重的价值来看待是不妥的。事实上,它们也不可能并重。那么,现在应如何看待两者的关系呢?我认为,我们应该在程序公正的基础上追求实体公正。换句话说,自古以来,中外刑事诉讼都追求实体公正,但是在什么基础上追求实体公正,这是有差别的:是在程序公正的基础上追求实体公正还是不顾程序公正、不择手段地追求实体公正呢?是在公正度较高的程序上来追求实体公正还是在公正度较低的程序上来追求实体公正呢?今天所说的死刑审判程序的完善所要追求的公正,就是要在更加强调程序公正的基础上来追求实体公正。因此,我们强调程序公正,并不是要减损实体公正,更不是要否定实体公正。

(二) 被告人权利保护和被害人权利保护的关系

关于被害人权利保护和被告人权利保护是什么关系的问题,现在各种主张都有。我们经常听到有人指责学术界过于强调对被告人权利的保护,以至于忽视、影响了对被害人权利的保护。这种说法听起来很有道理,但是仔细分析就能发现疑问很多。

首先必须明确,被告人和被害人的关系是否等同于罪犯和被害人的关系。我觉得这个是不能等同的。如果两者能简单等同的话,那么按照无罪推定,或者按照《刑事诉讼法》第12条规定的“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”,在法院还没有作出终审裁判的时候,怎么能认定被告人和被害人的关系就是罪犯和被害人的关系呢?显然不能这样简单地等同。这是我们首先要明确的。其次要明确,对于被害人权利的保护,虽然十分重要并且要加强研究,但这绝不能影响甚至否定对被告人权利的研究及相关制度的完善。为什么这么说呢?因为它们是两个问题,对两者加以保护的重心是不一样的。在我看来,被害人权利保护的重心主要是在立案前,因为在立案前,被害人因受到犯罪侵害而去控告的时候,可能会面临告状无门的情况。在实践中,被害人控告而司法机关不受理、不立案的情况时有发生。因此,这个时候我们确实有必要特别强调对被害人权利的保护。只要被害人受到犯罪的侵害并提出控告,司法机关就有必要立案,并积极侦查破案,而不能以各种理由、借口不予立案,此时强调的就是对被害人权利的保护。但是一旦立案以后,在侦查、起诉和审判阶段,犯罪嫌疑人、被告人的权利更应该成为保护的重点,因为此时他们更易于受到侵害,而且是来自国家强力机关的侵害。

当然,我们还可以从其他角度进行分析。比如,对被害人和被告人保护的方法是不一样的。如果我们将被害人权利的保护和被告人权利的保护放到一种绝对对立的关系中考察的话,那是十分危险的。如果认为因为排除非法证据或者其他严重违反程序的行为而没有判处被告人死刑,就是侵害被害人权利的话,那也是十分危险的。尤其是在事实和证据有疑问的时候,还强调保护被害人权利和被告人权利并重,将是十分错误的。佘祥林案就很典型。当时湖北省高院收到了由被害人发起的大概有两百多人的联名信,要求判处佘祥林死刑。如果当初为了强调对被害人的保护,真的判处佘祥林死刑,最后就会出现被告人和被害人都受到损害的后果,即真正的受害人并没有因此申冤,而

余祥林却被冤枉了。所以,我们不能因要加强对被害人权利的保护,就不顾事实、证据以及法律程序来否定、影响对被告人权利的保护。必须再次重申的是,被害人权利保护和被告人权利保护并不是绝对对立的矛盾体。

(三) 公检法三机关的关系原则

公检法三机关的关系原则,就是我国刑事诉讼法所规定的“公安机关、检察院、法院在刑事诉讼中分工负责,互相配合,互相制约,保障法律正确实施”这一原则。从某种意义上来说,这个原则有历史进步的一面,但目前还没能将这条规定的内容真正落实。关于这一点,我们不对比刑事诉讼法施行以前的情况,即使对比刑事诉讼法制定之后的情况就可以看出。像刚才所说的,3天时间完成从案发到立案再到执行死刑的诉讼全过程,这体现了刑事诉讼法所要求的三机关关系原则了吗?显然没有。这种做法体现的是另一个基本观念,即公安机关破案是不会有错的,破案后送到检察机关,你就应起诉,起诉之后就应审判,审判就应认可起诉,一审之后二审、死刑复核也应随之认可,然后枪毙。这样办案特别简单,当然也没有达到三机关关系原则要求的程度。事实上,现在实践中的很多做法都没有完全达到关系原则所要求的三机关分工负责、互相制约的程度,往往是公安机关一家独大,破了一个重大案件以后,就发布公告,立功受奖。在这种情况下,什么都提前认可、确定了,检察机关能不起诉吗?起诉了以后法院能不审判吗?能不判决有罪吗?因为如果这样,公众会提出疑问,既然公安机关已经破了案,罪犯都已经交代了,你这儿怎么还不起诉,还不判他有罪?从这个意义上来说,目前如果三机关能真正达到上述原则的要求,对公安机关侦破的案件严格把关,就已经很不错了。

但是,我们所要说明的是,上述规定是有重大问题的,因为它把三机关的并列关系同时也看作是协作关系,而我们知道,国际人权公约要求法院在审判中应该不偏不倚、独立、公正。公安机关和检察机关两家是一体的,这可以理解,但是公检法“三位一体”,就不符合国际人权公约的要求。不仅如此,这个原则还表明辩护一方并不是真正的诉讼主体。公检法三家互相配合、互相制约,辩护一方不在这个关系圈中,这将导致控辩的严重失衡。

控辩严重失衡反映在方方面面。如在审判程序中,对于检察机关提出的延期审理、调取新的证据等要求,现行司法解释规定应该同意;但是,律师提出这种申请就要经过审查:觉得有必要才同意,觉得没有必要就不同意。而哪些情况有必要,哪些情况没必要由法院说了算。再如,法院审判委员会在讨论死刑案件的时候,检察长或者检察长派出的副检察长可以列席参加,但辩护律师却不能参加,这也是控辩严重失衡的一个表现。在我看来,这种情况对于死刑案件审判程序的完善也有严重影响,是我们必须注意的一个重要观念问题。

(四) 确保办理死刑案件质量的重要意义

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部(两院两部)联合出台的《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》第1条规定“各级人民法院、人民检察院、公安机关和司法行政机关必须……切实把好死刑的事实关、证据关、程序关、适用法律关,使办理的每一起死刑案件都经得起历史的检验。”这表明了中央对死刑案件质量的重视。但问题是,死刑案件的质量问题不应交给历史去检验。在我看来,死刑案件的质量问题,首先应当经受现实的检验。

关于历史的检验和现实的检验,我想说说这两者的关系。在上述规定出台后,我们又一次听到最高人民法院领导说“要把死刑案件办成铁案,要经得起历史的检验”。显然,这与该规定所表达的基本观念是相同的。重视死刑案件的质量,把这个问题的的重要性提到历史的高度,这种想法本身没有错,但缺乏一些必要的说明。例如,什么是需要历史检验的错案。需要纠正的错案包括两种情

况，一种是被告人罪不当死而被判了死刑，另一种是被告人根本就没有罪而被判了死刑，这是一种典型的错案。至于被告人应该被判处死刑而没有判处死刑，虽然也是一种错案，但历史要检验的不应该包括这种情况，如果包括这种情况那就不对了。所以我们所说的历史检验的错案，应该只包括罪不当死而判死刑和完全冤错的情况。

但是仅仅有这个说明是不够的，还有必要作另一个说明，那就是历史怎么检验死刑案件的质量？这个我们很难想象。我们现在所见到的历史检验，无非是“真凶再现”或者“死者复活”。但如果死刑案件判决以后经过了若干年，真凶既没有再现，被害人也没有复活，是否就意味着这个死刑案件经受住了历史的检验？就表明其质量可靠？如果这样的话，那就大错特错了。真凶再现、被害人复活等情况是罕见的。用这种方式检验出来的冤假错案，只能是冰山的一角，我们需要更加全面、有效的检验质量的方法，以最大限度地避免、预防死刑案件可能出现的冤假错案。我认为，现实的检验是更应受重视的检验方式，我们应该将死刑案件的质量检验的重心放到现实检验之中。

什么是现实的检验？所谓“现实”，就是根据目前的案件证据，我们对案件的认识以及因此所呈现的案件事实；所谓“检验”，就是判断关于案件事实的认识是不是经得起人们理性的检验。当然，这离不开有关证明标准等方面的规定，后面会进一步谈到这个问题。换句话说，如果在审判阶段还有人对此起死刑案件的事实、证据表示怀疑，认为案件证据不确实或者不充分，或者事实不清，那就表明该起案件没能经受住现实的检验，因此不能判处被告人死刑。如果对这样的案件判处死刑，让历史去检验其正误，有意义吗？没有意义。应该说，把这样的死刑案件交给历史去检验，是对历史不负责任。因此，死刑案件首先应经得起现实的检验，才能将其交给历史去检验。

三、死刑审判程序的三个具体问题

死刑案件的审判程序有三个具体问题值得我们进一步讨论。第一个是证明标准问题；第二个是辩护问题；第三个是鉴定人、警察出庭作证问题。

（一）证明标准

我们知道，现实中发生的、并为人们所发现的死刑案件之所以有问题，可以说几乎都和证据相关，而证据又往往和证明标准相联系，即案件在还没有达到事实清楚、证据确实充分的程度时就作出死刑判决。因此，我们要保证死刑案件的质量，要减少、避免、预防死刑案件的错误，就要把重心放在对死刑案件的证明标准问题的研究上。

我国刑事诉讼法并没有区分死刑案件的证明标准和普通刑事案件的证明标准，其他相关的法律文件基本上也没有作出区别规定。虽然死刑案件的证明标准和普通刑事案件的证明标准有一些共通的地方，但是，在这个基础之上应有更进一步的要求。例如，《保障面对死刑的人的权利》这一国际公约就有一些更明确而具体的规定，那就是死刑裁判应该建立在“明确的和令人信服的证据基础上，应该是对事实没有其他解释余地的”基础上。普遍认为，这是一种比普通刑事案件更高的证明标准。

关于证明标准，首先要认识法律文件的表述，如我国刑事诉讼法规定的“案件事实清楚，证据确实充分”，上述国际公约的表述，还有英美法系“排除合理怀疑”以及大陆法系“内心确信”的表述等。上述这些有关证明标准的表述，虽然存在词语上的差异，学界也有不同主张，有的称之为客观真实的证明标准，有的则叫法律真实的证明标准，但这两种标准之间实际没有差别，都只不过是关于主观认识的要求，而不是具有客观意义的“标准”，包括我国所规定的“案件事实清楚，证

据确实充分”，也不是外在的、客观的、不会因人而异的标准。显然，事实本身无所谓清楚与否的问题，只有对特定的认识主体来说，才有清楚与否的问题；案件事实只有存在与否的问题，而我们对它的认识或者表述，则会有清楚与否的问题。证据确实充分的问题也是这样，只不过是主观认识的一种要求。因为证据本身不存在是否确实、充分的问题，我们只是在对其信不信的主观认识中，才会产生确实与否、充分与否这样的问题。

换句话说，人们所讲的所谓客观真实的标准，实际上并不是“标准”，而只是主观信念的要求，至于“排除合理怀疑”、“内心确信”，更是如此。因此，它们本质上没有区别。因为标准应该是不因人而异的标杆，但证明标准不可能达到这种程度。同样的案件、同样的证据，不同的主体作出不同判断的情况绝非罕见。因此可以说，现代刑事诉讼并不存在绝对确定的证明标准。因此，将证明标准称为证明要求更合适，我们有的只是证明要求。通常所说的刑事案件的证明标准高于民事案件的证明标准，在我看来实际指的是证明要求有低高的差别。当然，“证明标准”这个词仍可以使用，但我们不能将其理解为真的能起客观衡量作用的标准，它不过是对主观信念的一种要求而已。

要说明的是，当相关法律文件对死刑案件的证明标准提出了与以往不同且似乎更加明确的要求时，这并不可能真正解决人们对某一个具体案件是否达到了这种证明要求所产生的认识分歧。同样的证明要求，人们还是会产生不同的认识。那么，我们应该怎么解决这个问题呢？在前几年讨论死刑案件复核权全部收回最高人民法院这个问题时，我曾经讲过这么一个观点，即死刑复核权统一收回以后有两个问题需要解决，一个是实体法标准的统一问题，另一个是证明标准的统一问题。解决这两个问题有一个明显的差异，即实体法标准的统一，法律规定相当难，但如果法律作出了规定，执行起来相当容易；而证明标准的统一，则是规定出来很容易，执行起来却很难，因为人们对具体案件事实的理解和认识常会因人而异。因此，对于死刑案件的证明标准，我们确实可以提出更高的、更具体的要求，但这是不够的，难以实现保障死刑案件质量的目标。我们需要在程序上设计一些特定的、有利于这种证明要求得以实现的程序，如死刑裁判是不是应该设计一个建立在合议庭所有成员一致同意的基础之上的表决机制，而非像其他普通案件那样实行少数服从多数的表决机制。

（二）有效辩护

关于死刑案件的辩护问题，现行刑事诉讼法以及其他相关法律已经有了一些专门的规定，但是，我认为，目前还严重缺乏使我们的死刑案件辩护真正成为有效辩护的基础性的法律规范。

先从刑事辩护的基本定义来看。《刑事诉讼法》第35条规定“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”这条规定看起来似乎没有什么问题，但认真分析即可发现，该条规定忽视了刑事辩护更常规的一种形态，即辩护方不是自己提出被告人无罪、罪轻的事实和证据，而是通过找出控诉方的不足来实现其辩护目的。

由于第35条的规定没有充分重视这种辩护形态，且在具体程序设置上缺乏对有效辩护得以实现的基础，即辩护律师的先悉权的有效保障，辩护律师在审判以前所能见到的控方证据主要是主要证据的目录、复印件以及相关的法律文书，这些有限的材料远远不能保证辩护律师发现、证实控诉可能存在的问题。包括《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》在内的一些新司法解释，对于这一问题也没有更进一步的规定。如果法律连死刑案件的辩护律师发现、证实案件存在问题的权利都不能保障，仍然仅仅依靠公检法三家自己来保证案件质量的话，那就十分危险了。因为公检法三机关是职权机关，它们不能完全站在犯罪嫌疑人、被告人的立场上来发现、揭露控诉中可能存在的问题和证据问题，只有辩护律师才有这种可能性，但现在的问题就是辩护律师在审判

前连详细的案卷材料都看不到。实践中,这种状况已经从一审程序延伸到了二审程序。法律规定检察机关在二审开庭前可以去法院阅卷,却没有保障辩护律师全面接触案件材料的权利,这令人十分遗憾。

因此,关于死刑案件的辩护,我们还应作出更多的完善程序的努力。例如,如何正确回应律师提出的案件事实、证据有疑问的意见,就是必须解决的问题。辩护意见被裁判忽略,可以说几乎在所有的冤假错案中都存在。裁判者在律师提出了疑问或有其他解释余地的时候,依照何种标准否定、忽略其意见,这也是我们要解决的问题。事实上,只有辩护充分发挥了作用,辩护意见得到足够的尊重,死刑案件的质量才有足够的保障。

(三) 鉴定人、警察出庭作证

关于证人出庭作证,我国法律有明确的规定,但在司法实践中,证人很少出庭作证。在我国,如果要求所有刑事案件的所有证人都出庭作证,显然是不现实的。但是,能不能考虑在死刑案件中强制要求证人出庭作证,尤其是要求像鉴定人、办案警察这样的特殊“证人”出庭接受质证呢?我想,这值得我们进一步研究。

在我国的司法实践中,司法鉴定对于认识和判断案件事实发挥着越来越重要的作用,甚至到了法官经常根据鉴定意见作出案件判决的程度。鉴定意见在帮助法官认定案件事实、证据方面发挥巨大作用的同时,也带来了巨大的潜在危害,如鉴定意见本身存在问题或完全错误怎么办?因此,鉴定人出庭作证这个制度需要特别强调。通过鉴定人出庭以及相关程序的完善,如为刑事辩护人配备一个专家辅助人来帮助他在法庭上对控方鉴定人就一些专业问题进行质询,从而检验鉴定意见的可靠性,我们可以对鉴定结论有更清晰的认识。美国在2000年运用DNA技术重新审核了400多名等待被执行死刑的囚犯,结果发现其中86人是无辜的。后来他们通过进一步研究发现,冤假错案发生的原因,占前三位的分别是目击者的错误、鉴定错误、控方(警察)的不当行为。这个统计结果是很恐怖的,因为它意味着所谓科学的鉴定一样会产生错误的结论。可见,如果像鉴定人这种对于案件命运具有如此重要作用的特殊证人,能够不出庭而其意见又被采信的话,那将是十分危险的。因此,鉴定意见作为“科学的证据”,同样需要接受科学的检验——即同行在法庭上的专业性质询。所以,在死刑案件中确保所有的鉴定人都能够出庭接受质询,是十分重要的。

再比如,像办案警察这样的特殊证人,也应当出庭作证。很多冤假错案同警察在办案过程中的问题没有被发现,是联系在一起的,这既包括很严重的刑讯逼供,也包括制造伪证。对警察办案过程的质询,就是我们发现侦查是否存在问题的一个重要方法。经常所说的辛普森案,好像证明的是一个强大的律师辩护团为一个明显犯了罪的罪犯辩护成功的典型事例,但我觉得还不能这么简单地看。在这个案件里面,辩方指出承办案件的警察福尔曼在办案过程中存在很多问题,如他在提取了辛普森的血液样本后,没有按照程序规定立即送交实验室,而是赶到了犯罪现场。陪审团根据辩护律师的意见,倾向于认为这位有歧视黑人倾向的警官很可能拿着血液样本到现场做了手脚,以至于现场发现了辛普森的血迹。当然,还有其他因素导致陪审团最终作出无罪裁判,如福尔曼在对待黑人的态度问题上说了谎。正因为如此,陪审团认为他有栽赃陷害的重大嫌疑。因此,通过在法庭上对警察办案经过和其他相关情况的质询,能够有助于我们发现案件事实。这是十分重要的。

(责任编辑:付磊)