

反思疑罪从无及其适用

王星译

内容提要:我国实务界和学术界对疑罪从无的性质、辐射范围、适用后果等问题存在一定的误解,对其进行扩张式解读,从而模糊了其应有的界限。作为一项具有实体法、证据法面向的裁判规则,疑罪从无的适用首先以证据裁判规则、严格证明规则、自由心证原则等为制度性前提,并受到主体、对象、时点等诸多方面的限制。除此之外,疑罪从无还受到裁判文书说理、裁判者良心等内外机制的约束。“从无罪”并非疑罪从无适用的唯一后果,“从轻罪”、“从轻刑”亦符合该原则的基本要义。不加区分地拒绝对疑罪的“从轻处置”是狭隘的,将其等同于我国司法实践中“留有余地的疑罪从轻”判决并加以批判也是不理智的。理性观之,疑罪从无既非当下防范冤假错案的唯一出路,亦非祛除刑事司法顽症的万能良药。

关键词:合理怀疑 疑利被告 疑罪从无 罪疑惟轻 裁判规则

王星译,清华大学法学院博士研究生。

刑事错案作为推动我国当下刑事司法制度改革的动因之一,正受到学术界、媒体以及公众各界的广泛关注。主流观点认为疑罪从无是避免错案发生的理念性、原则性手段,刑事诉讼立案、侦查、起诉、审判等各个环节均应当贯彻该原则的要求。学者泛泛的口号性宣誓,并将其扩张解读为“无所不包式”原则,模糊了疑罪从无的适用界限。疑罪从无与我国古代罪疑惟轻、欧陆法之疑利被告、普通法之合理怀疑等法律传统一脉相承,历经发展、衍变,吸纳新要素之后成为法治国保护无辜、保障人权的机制。盲目推崇疑罪从无在防范冤假错案中的作用,无视疑罪从无应有的界限,势必存在诸多隐患,尤学者更应秉持相当的警惕之心。对疑罪“从轻”不加区分地予以批判亦存在不妥之处。本文意欲通过对疑罪从无性质的考察及其适用界限、后果等理论问题的探究,以回应学术研究审慎性之要求。

一 疑罪从无渊源及内涵略考

虽然疑罪从无的观念早已深入人心,成为刑事诉讼甚至宪法、人权法的基本原则,但

疑罪从无一词在我国古代法律以及法学文献上却不得寻见,最早为谁所用似无法考证。学术界同样持“鸵鸟式逃避主义”态度:对于定义何为“疑罪”乐此不疲,却自始缺乏对疑罪从无本源及其内核的考证,仅在用其为表达自己立场作论据时信手拈来。这正是时下刑事诉讼法学研究中常见的怪象之一。因学识所限,本文自无力对此类与“怀疑”相关的语词及其发展作考古学上的探究,但仍试图通过对主要脉络的撷要,对疑罪从无的渊源作粗浅的考察。

(一)“疑罪”溯源

我国古代法著述和官方法律文件中虽无从查考“疑罪从无”一词,但对“疑罪”应当如何处理则有相应规定。概言之,我国古代法对疑罪持“从轻”、“从去”、“从赦”、“从赎”等不同态度,比如,《尚书·吕刑》云:“五刑之疑有赦,五罚之疑有赦,其审克之”;唐律《断狱律》规定:“诸疑罪,各依所犯,以赎论。”^[1]可见,为防止错杀无辜,我国古代对疑罪的处理持审慎态度,多从轻论处。而就如何认定“疑罪”来看,古代疑罪法适用的前提均为裁判官在庭上听取“控辩”两造词讼、陈情之后,并非针对某一单项证据的审酌。经过考证,古代法所谓“罪疑”乃指与罪责相关的实体事实认定之疑。当法律适用出现疑问时,一般认为是立法不完备所致。古代司法实践中似乎很少出现因法律适用存疑而从轻的案例。^[2]

这里有必要澄清:我国古代法上的“罪疑惟轻”并非当下学者所批判的“疑罪从轻”。有观点认为,疑罪从轻是刑事错案的祸根,^[3]疑罪的从轻论处被一概贴上“留有余地、变相疑罪从有”的标签,与被奉为人权保障圭臬的“疑罪从无”两相对立。鉴于学术界缺乏对法律语词本真涵义的考察,罪疑惟轻这一古代法制史上早已存在的语词被连带鞭挞,此轻率之风实属不当。罪疑惟轻彰显了古代法对疑罪的宽宥态度,从轻罪、从轻刑自不待言,“从去”亦包含其内,实为举轻以名更轻。而当下“留有余地的疑罪从轻”则是我国司法实践中的一种现象,是违背司法公正的行为,与具有规范指导意义的疑罪从轻处置不处同一语境。

源自基督教神学怀疑理论的“排除合理怀疑”现已发展为普通法一项刑事证明标准,既涉及指控方证明案件事实的真实性和确定性,还关涉裁判者的内心确信。受基督教神学的影响,当初法官背负着对冤错案件而枉死的冤魂要接受上帝审判的惶恐和不安。^[4]1215 年第四次拉特兰圣会^[5]提出“存疑时当选安全之道”,该教义实际上是为法官摆脱错判导致的血罪以及上帝的审判提供出路。所谓“安全之道”,其第一个规则就是“存疑勿决”,即要求法官面对怀疑时,应当存有敬畏、审慎之心;第二个规则是“宁纵勿枉”,

[1] 关于我国古代疑罪的处理另参见张建伟著:《刑事诉讼法通义》,清华大学出版社 2007 年版,第 451-452 页。

[2] 参见蒋铁初:《中国古代的罪疑惟轻》,《法学研究》2010 年第 2 期,第 198-199 页。

[3] 参见刘宪权,《“疑罪从轻”是产生冤案的祸根》,《法学》2010 年第 6 期;沈德咏:《论疑罪从无》,《中国法学》2013 年第 5 期。

[4] 参见[法]罗伯特·雅各布著:《上天·审判——中国与欧洲司法观念历史的初步比较》,李滨译,上海交通大学出版社 2013 年版,第 77 页。

[5] “1215 年第四次拉特兰圣会”参见:<http://legacy.fordham.edu/halsall/basis/latran4.asp>,最后访问日期:2015 年 7 月 29 日。

“当存有怀疑,并且证据不确定时,宁可让罪犯逃脱,切勿判决无辜有罪。”〔6〕排除合理怀疑发展到现代,也为普通法国家判例所确认,例如,美国联邦最高法院关于 *In re Winship* 的判例裁决,控诉方应当承担排除合理怀疑地证明被告人有罪的责任。〔7〕但需指出的是,该标准仅适用于刑事审判中裁判者认定被告人有罪与否阶段。

源自于罗马法的“疑利被告”与我们所讨论的“疑罪从无”最为接近,并发展为欧陆法中一项刑事司法原则——存疑时有利于被告。西欧“中世纪的普通刑法为了阻止为无罪之判决,因此对证据不确定的案例甚至规定了罪嫌刑罚(认定有罪,判处较轻的刑罚)以及暂时性的无罪判决(暂时判决无罪,但保留随时进行追诉的权力)”,〔8〕这一规定实际上仍然采取的是“疑罪从有”的处理方法,与我国当下司法实践中“留有余地的疑罪从有”颇为相似。而疑利被告原则正是为抗制此项规定所开展,并最终被确认为习惯法原则的。〔9〕

需要指出的是,现代法律虽然没有明文规定“疑利被告”作为一项原则,但仍被习惯地当作刑事司法甚至宪法的基本原则之一。〔10〕当然,疑利被告的适用范围是不断发展的。在欧陆国家,“存疑”所指范围存在广义和狭义之争。争议的焦点在于“存疑”是单指案件事实存在的疑问,即因为证据不足、事实不清以致对被告人是否有罪所生的疑问;还是同时包括对据以认定被告人有罪的法律存在疑问,即因为法律规定不明、适用困难以致对被告人的行为是否符合法律的相应规定所生的疑问。狭义论者认为该原则只适用于事实存疑,而与法律疑问无关。广义论者指出,事实之疑与法律之疑均属存疑,都需作出有利被告的选择,疑利被告原则理当同时适用。〔11〕狭义论为目前德国实务界和学术界的通说。例如,德国联邦最高法院曾经作出判例(BGHSt 14, 73),认为疑利被告原则“只与事实之认定有关,而不适用于法律之解释”。〔12〕据此,法律问题存有疑问时,当依一般的法律解释原则,可作出对被告人有利或不利的裁决。

(二)“疑罪”释义

虽然法律文化、传统不尽相同,但在事实认定出现疑问时,绝大多数国家均倾向于选择“不妄自裁决”、“宁纵勿枉”的宽宥之道。尽管实现正义的手段相异,然基于全人类对正义、良善的共同追求,合理怀疑和疑利被告二者虽然出自欧陆、英美两方不同的法律土壤,但在横向和纵向上均能查考到其交叠或传承的脉络。

就合理怀疑与疑利被告的横向比较而言,根据达马斯卡的考察,刑事案件事实存有疑问时,应当作出有利于被告的裁决,这是现代法制的一项基本原则。只是二者对其称谓有

〔6〕 [美]詹姆士·惠特曼著:《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》,佘化强、李伟译,中国政法大学2012年版,第183页。

〔7〕 *In re Winship*, 397 U. S. 358 (1970), at 361-362.

〔8〕 [德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第126页。

〔9〕 参见吴爽:《再论存疑有利于被告原则的适用界限》,《刑法论丛》2010年第3卷,第194页。

〔10〕 如在德国,疑利被告被认为是《联邦基本法》第103条之(2)、《刑事诉讼法典》第261条等条文的应有之义。疑利被告还被归入《欧洲人权公约》第6条“公正审判”条款的内涵之中。

〔11〕 参见邢馨予:《有利被告的定位》,《法学》2012年第2期,第29-30页。

〔12〕 参见[德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第128页。

别:大陆法系的用语为存疑时有利于被告,而英美法系则为要求排除合理怀疑的证明(标准)。^[13]当然,达马斯卡得出这样的结论是有其考量和视角的。疑利被告与排除合理怀疑虽然都是对“存疑”时的“解疑”,但二者并不完全等同。除了运作机制及其所处的司法传统方面的区别,二者属性、内涵也有差异。

概言之,排除合理怀疑标准中的“怀疑”与欧陆法存疑时有利被告原则的“怀疑”存在交叠,均属裁判者(陪审团或法官)认定事实时所应遵守的规则。在普通法语境下,由于刑事审判的事实与法律分由小陪审团与法官分别审理,与事实问题相关的怀疑当如何处理属小陪审团的职权范围。“排除合理怀疑”既是小陪审团在个案中认定被告人有罪应当达到的程度,又是控诉方指控犯罪成立所要达到的证明标准。欧陆法因为并不存在事实认定与法律适用的严格区分,均由法庭(法官或陪审员)统一实行。然而事实认定仍是法庭的主要职责,疑利被告则适用于罪责等实体事实的认定存有疑问之时。疑利被告是一种作用于裁判者的裁判规则,具有“确定不确定性”的功能;排除合理怀疑则具有多重功能。作为控诉方承担证明责任所需达到的程度,相对于裁判者而言,排除合理怀疑是一个外部性要求。

与其相对应的内部性要求则是确定性的最高层级:“盖然确定性”,即盖然性证据所能达到的最高的确定程度,亦即命题接近于真但无法立即论证的确定性。^[14]详言之,在陪审团审判的情况下,盖然确定性是对陪审团认定是否有罪所要达到的确定程度,此为内在性标准。同样的机理,在法官审判的情况下,法官集事实认定和法律适用为一身:既要判断控诉方的有罪证明是否达到相应的证明标准(排除合理怀疑),还要判断有罪裁决是否达到相应的确定程度(即盖然确定性)。此时,外在性要求和内在性要求同时作用于法官。

纵向观之,合理怀疑与疑利被告原则在各自的法律土壤中均经历了娩生、发展、更新的过程,此为历史之必然。就其内涵的衍变脉络来看,可以作如下简要概括:(1)各自适用范围均集中在法官或陪审团对实体事实的认定上,并不致力于解决程序事实认定存疑以及刑事实体法和程序法适用存疑方面。原因在于后三种事项存疑时,存在其他的解决路径。(2)均由裁判者在听取控辩两造证据、综合评价全案证据之后适用。(3)裁判者接触到的证据亦受到形式上的限制,如欧陆国家要求证据必须经过严格证明方有证据能力,而英美国家则要求法官在证据提交陪审团之前对证据的可采性进行审查判断。

就我国古代疑罪法在现代法中的传承而言,尚缺乏可供考证的整体脉络。但现代意义上的疑罪从无乃是从古代司法理念、法律制度演化而来,对旧有的理念、制度既有保留,也有突破。

我国台湾地区学者向来讲究文字的传承与发展,将疑利被告意译为“罪疑唯(惟)轻”(实与我国古代法制史上“罪疑惟轻”有所区别)。^[15]台湾地区学术界与实务界对罪疑唯

[13] Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 *U. Pa. L. Rev.* 506 (1973), at 540.

[14] 参见郑旭著:《刑事诉讼法》(第4版),中国人民大学出版社2014年版,第60-61页;郑旭:《盖然确定性研究》,载卞建林主编:《诉讼法学研究》(第16卷),中国检察出版社2010年版。

[15] 台湾学者循古文用法造成误会。参见薛进展、蔡正华:《刑法适用解释存疑有利被告原则之否定》,《法治研究》2011年第10期,第25-26页。

(惟)轻的主要争议体现在其性质是裁判规则还是证据规则、^[16]适用范围如何、罪疑唯(惟)轻与刑法上的“选择确定”之间是何种关系等方面。^[17]而我国大陆学者则对欧陆法之疑利被告的适用作放大理解,将其认定为证据规则。^[18]认为这一规则应当适用于与刑事实体法、程序法和证据法相关的所有法律问题和事实问题的认定,^[19]以及适用于刑事诉讼的各个阶段。更有论者将其略称为“有利被告”原则,把无罪推定、排除合理怀疑、禁止双重危险等均作为其所称“有利被告”的具体体现。^[20]笔者怀疑,这种将疑罪从无作扩张式解读,并寄望于防范冤假错案的发生是否妥当。作为实现刑事诉讼法保障人权的良善机制,疑罪从无固然值得大力提倡,但如若赋予其过重的期待,疑罪从无可能将面临无限扩张而沦为泛泛口号的危险。

二 对我国疑罪从无“神话图景”的韦伯式反思

1919年,马克思·韦伯发表了《以学术为业》的演讲,提出“世界的除魅”这一见解。韦伯认为,现代社会已经远离了古代社会理性主义缺失的“暗夜”,人们对曾经奉为“神秘”的事物丧失了敬畏感,也不必像原始的野蛮人那样求助于神灵。相反,由于理智化的发展,人们可以“通过计算掌握一切”,而这就意味着“为世界除魅”。^[21]相似地,在对错案进行“运动式”批判的当下,疑罪从无被奉为防范错案的最主要路径。实务界和学术界对疑罪从无近乎“神话式的信仰”同样需要“除魅”。

目前我国“疑罪从无”的适用却极有可能被架空为防范冤假错案的“宣示性口号”。有论者指出,疑罪从轻对当前冤假错案的铸成起到了不可推卸的重要作用,并认为在刑事诉讼各阶段坚决贯彻疑罪从无,是目前解决冤假错案的唯一且最为有效的方式。该论者还认为,“疑罪从无是一国刑事法治文明程度的‘晴雨表’。缺失疑罪从无,很可能就会产生多米诺骨牌效应,影响整个刑事法治的正常运行”。^[22]当下,似乎不承认疑罪从无或者限缩其适用范围,就是对冤假错案现状的纵容或支持,就是与官方步调不一致。这种“专断式”的态度显然不是学术研究应当提倡的。疑罪从无作为法治国的良善之策,对人权

[16] 我国台湾地区有判例认为疑利被告(罪疑惟轻)是证据规则,如“最高法院”1997年度台上字第524号判例称,“刑事诉讼法”第161条规定,检察官就被告犯罪事实,有举证责任,苟查无足以证明被告犯罪之积极证据,即应为有利被告之认定,更不必有何有利之证据。而学术界则与德国通说一致,持“裁判规则”见解者居多。参见蔡圣伟:《论罪疑惟轻原则之本质及其适用》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第2卷),中国人民公安大学出版社2005年版;林钰雄:《论罪疑惟轻原则》,载林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,法律出版社2008年版;林丽莹:《刑事法上的举证责任——有疑则利被告原则、被告不自证己罪原则》,《月旦法学杂志》2006年第133期,第5页起。

[17] 参见蔡圣伟:《论罪疑惟轻原则之本质及其适用》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第2卷),中国人民公安大学出版社2005年版;林丽莹:《刑事法上的举证责任——有疑则利被告原则、被告不自证己罪原则》,《月旦法学杂志》2006年第133期。

[18] 参见黄维智:《刑事证明责任分配的三项基本原则》,《社会科学》2007年第3期。

[19] 参见邱兴隆:《有利被告论探究——以实体刑法为视角》,《中国法学》2004年第6期。

[20] 参见邢馨予:《有利被告的定位》,《法学》2010年第2期;邢馨予:《有利被告的大陆法系话语》,《中国刑事法杂志》2012年第1期;邢馨予:《有利被告的英美法系话语》,《中国刑事法杂志》2013年第7期。

[21] 参见[德]马克思·韦伯著:《学术与政治:韦伯的两篇演说》,冯克利译,外文出版社1998年版,第51页。

[22] 参见沈德咏:《论疑罪从无》,《中国法学》2013年第5期,第6、12、13页。

保障固然具有重要意义,但我们并不能将其作为“霸王条款”强制适用于刑事诉讼的各个阶段,并拒绝一切对疑罪从无的质疑。

(一)疑罪从无在刑事证明体系中被错置

在刑事证明体系中,疑罪从无被当作一项证明标准,或者证据规则,这首先是对疑罪从无性质的误读。其次,我国刑事证明理论与实践在评价证明风险负担时,一方面,忽略待证事实的概念,继而缺乏严格证明、自由证明的证明规则;另一方面,将法官心证的确定程度与控诉方指控犯罪成立的证据标准等同。

1. 疑罪从无的性质实属裁判规则

我国实务界和学术界对疑罪从无的性质关注不够,仅有的少数观点,要么将疑罪从无理解为一项证据规则,^[23] 要么理解为证明责任分配规则,^[24] 这些见解均值得进一步探讨。一方面,上述见解是建立在对“疑罪”概念的片面理解之上的,其认为在刑事司法语境下,所称“疑罪”通常指由于证据原因造成的疑罪案件,即“定罪证据不足的案件”,并进一步将其界定为“‘虚实之证等,是非之理均’,既不能充分证明,又不能排除合理怀疑而达到内心确信”。^[25] 另一方面,该见解的不妥之处还在于对证明规则或证据规则的认识有偏差。与民事证明不同,刑事证明的理论基础是无罪推定原则,该原则要求控诉方承担被告人有罪的证明责任,并达到相当高的证据标准——此为对国家求刑权的制约。该原则还要求法官在听取控辩双方证据之前,不得将被告人作为罪犯对待——此为对司法机关刑罚权的制约。证据规则或证明规则是为了促进真实发现,但并不能保障发现的确是“真实”,而后者恰恰是裁判规则作用的空间。

与欧陆疑似被告性质相同,疑罪从无亦属于裁判规则。所谓裁判规则,即“指示法官在事实不明的情形下要如何作出一个实体的决定、裁判的规则”。详言之,法律需要事先规定某项待证事实既无法被证明存在、也无法被证明不存在时应该有何种法律后果,该后果可以是积极意义的,也可以是消极意义的。^[26] 在刑事司法语境下,相较于消极后果(有罪、从重),积极后果(从无、从轻)显然对被告人更有利。在事实不确定的情况下,国家对追诉犯罪、保护无辜等价值权衡之后,选择后者更能体现法治国的精神以及刑事法对人权的尊重。

作为裁判规则,疑罪从无适用于控方履行刑事证明之后、法庭作出裁判之时。首先,这是由司法权的属性决定的。法官得出判决结果的过程恰是司法“权衡”和“判断”的过程,即法官需要审酌全案证据以认定案件事实,适用法律确定被告人罪责。^[27] 在这一“判断”过程中,即便对实体事实存在疑问,法官也必须作出“判断”,以确定被告人有罪、罪重还是无罪、罪轻。其次,欧陆法古老原则之“禁止拒绝审判原则”,要求法院必须为每个提

[23] 参见谢进杰:《“疑罪从无”原则的证据学之维》,《成都理工大学学报(社会科学版)》2003年第2期。

[24] 参见谢进杰:《“疑罪从无”在实践中的艰难展开》,《犯罪研究》2005年第6期,第42页。

[25] 沈德咏:《论疑罪从无》,《中国法学》2013年第5期,第12页。

[26] 参见蔡圣伟:《论罪疑唯轻原则之本质及其适用》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第2卷),中国人民公安大学出版社2005年版,第233页。

[27] 参见张建伟著:《刑事司法体制原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第19页。

交的案件作出裁判。该原则是“建构法学宇宙的出发点,也是法律思考、法学论证的出发点”。^[28] 据此,法官不能以存在疑问为由拒绝对该案进行事实认定和法律适用,更不能拒绝作出判决。在欧洲中世纪中期,法官以及其他权力机构如果拒绝审判甚至被彼时刑法认定为一种罪行。^[29] 进言之,法院无法认定罪责时,为了确定法庭裁判并为该裁判赋予理论基础,法院必须发展出裁判规则。疑罪从无正是法院系统创设出的裁判规则,这一规则要求实体事实存有疑问时,法官当作出有利于被告人的认定。该价值衡量的结果是刑事立法预先设定的选择,不允许法官个人审酌。

由此,裁判规则与证据规则的区别亦可显见。将疑罪从无视为证据规则或者证据评价规则的论者会认为,“根据疑罪从无原则,现有事实和证据不足以认定被告人犯有被指控的罪行”,这种思考路径恰好颠倒了顺序。因为疑罪从无适用的前提要求裁判者穷尽一切证据调查方法,在衡量、评价所有相关证据之后,仍然无法确认某项实体事实才得适用。妥当的说法应当是:正是因为现有证据不足以证明被告人某项指控成立,所以当基于疑罪从无原则作出无罪处理。^[30]

2. 现行刑事证明体系存在固有缺陷

我国刑事法忽视对待证事实的区分,缺乏严格证明、自由证明规则。待证事实即证明对象、证明客体,指控辩两造(多为控方)提出诉讼主张之后,为使法院以裁判支持该主张而需要提出证据加以证明的事实。^[31] 待证事实一般分为实体法相关的事实与程序法相关的事实。该区分的重要意义在于划定严格证明和自由证明的界限。一般而言,对实体法事实要遵循严格证明,而对程序法事实则只需自由证明。详言之,严格证明意指对实体事项的证明必须经过合法调查之严格证明程序。严格证明之严格性体现在两个方面:一是法定的证据方法的限制,二是法定调查程序的限制。^[32] 应当明确的是,实体法事实既属于检察官严格证明的对象,又是法官适用疑罪从无的范围。这其中隐含的关联在于:实体事实需要经过严格证明之后,所提出的证据方具有证据能力;具有证据能力的证据方能进入法官综合评价的视野;^[33] 法官综合评价全案证据之后,如果对实体事实仍存有疑问,法官得适用疑罪从无。

综上,严格证明的目的一方面在于限制公诉方的举证行为,制约侦查机关的取证行为,防止权力滥用,保障当事人的人权。另一方面,作为自由心证的制约机制,严格证明限制了法官自由评价证据的范围。通过阻止未经审查的证据进入法庭,严格证明规则起到了一定的过滤功能——经过筛选的证据始得进入法官自由心证的范围,从而成为认定事实

[28] 参见[德]尼可拉斯·鲁曼著:《社会中的法》,国立编译馆、李君韬译,国立编译馆与五南图书合作翻译发行,2009年版,第348、353页。

[29] 参见[法]罗伯特·雅各布著:《上天·审判——中国与欧洲司法观念历史的初步比较》,李滨译,上海交通大学出版社2013年版,第61页。

[30] 参见蔡圣伟:《论罪疑唯轻原则之本质及其适用》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第2卷),中国人民公安大学出版社2005年版,第237页。

[31] 参见张建伟著:《证据法要义》(第2版),北京大学出版社2014年版,第373页。

[32] 林钰雄著:《刑事诉讼法(上)》(第7版),元照出版有限公司2013年版,第478页。

[33] 参见林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,法律出版社2008年版,第19、90页。

实的根据。如前文所述,疑罪从无作为裁判规则,需要以法官综合衡量全案证据为前提,如果证据过滤机制缺失,法官的自由心证亦会受到影响。进言之,不牢靠的证据基础、薄弱甚至错误的事实建构极有可能导致错误的司法判决。

(二) 疑罪从无适用的效果被片面曲解

首先需要指出的是,疑罪从无并不适用于对单个证据的审查判断。疑罪从无的适用涉及裁判者对罪责问题的判断,这种判断不是片段性的、孤立的、单一的,而是应当在裁判者对所有证据的证据能力之有无作出判定,并就证明力大小作出自由判断之后,方能综合考量并作出最终裁判。然而,当下我国主流观点则倾向于将疑罪从无适用于对单个证据的审查判断,并片面地认为对于一项罪责相关的事实,如果控方未能证明或者证明未达到证明标准,则控方败诉,被告人应无罪开释。这种做法的出发点固然是善意的,但却违背了刑事诉讼证明的基本规则。而且,将疑罪从无适用于对单个证据的审查判断的观点也是对刑事证明一般原理的违背。除此之外,对疑罪从无适用的曲解还突出表现在如下两个方面。

1. “疑罪”之认定与控方“证明失败”之间的淆乱

刑事法领域存在两种具有误导性的见解:一是把无法证明等同于未能证明;二是将无法证明、未能证明等同于该待证事实未发生。这两种刑事证明的误解既混淆了诉讼法上的证明和实体法上对罪责的判断,又混淆了诉讼法对事实的认定和客观世界中对事实发生与否的判断。虽然大多数实体事实的判断最终都可以归结为诉讼证明上的问题,但这并不意味着二者之间等同。

“无法证明”是一种不确定的状态,具有未来面向,而“未能证明”则强调举证负担履行情况的客观结果,具有现实面向。进言之,“无法”就是本文所称的存疑状态,此时便存在疑利被告适用的空间;而“未能”则是控诉方并没有履行相应的证明责任,或控诉方举证、质证未依法定程序或未达法定标准等,属于“证明失败”的状态。因此,疑罪从无所指的“疑罪”乃是一种主观状态,控诉方“证明失败”则具有客观现实性。从法官心证的角度而言,疑罪从无之“疑罪”和控方证明失败对裁判的影响分别有两种状态:“无法形成确切心证”和“指控的犯罪事实不成立的心证”。

本文之所以作上述理论澄清,乃是因为我国司法实践甚至立法中,把定罪证据不足时裁判被告人无罪称作是适用疑罪从无的后果,这进而显露了倡导所谓“以疑罪从无为指导性原则,杜绝留有余地的疑罪从有判决”的真正用意。中央政法委于 2013 年颁布的《关于切实防止冤假错案的规定》中,在“严格执行法定的证明标准”项中也规定:“对于定罪证据不足的案件,应当坚持疑罪从无规则,依法宣告被告人无罪,不能降格作出‘留有余地’的判决。”立法文件误将“定罪证据不足”界定为“疑罪”,从而把疑罪从无的适用错置入刑事证明的范畴,无视其作为裁判规则的功能。

控方证明失败时,并不存在上述罪责从有无、罪刑从轻重的衡量空间和选择余地,其唯一导向就是无罪判决。法治国家的刑事诉讼法要求控诉方承担证明被告人有罪的责任,并需达到一定的标准。这一标准在不同法域的具体要求略有不同,欧陆国家体现为法官达到内心确信的内在标准,普通法国家则要求符合排除合理怀疑的外在标准。如果控

诉方未履行法定的证明责任,且未达到相应的证明程度,即为“证明失败”,这将直接导致犯罪指控不成立,法官据此作出无罪判决。

控方证明失败在刑事证明上的意义在于:控方用证据建构的事实未达到法律对定罪的要求。虽然控方有罪证明失败,被告人因而获得无罪判决,但这并不等于承认被告人实际上并没有实施犯罪行为(比如有罪证据可能因为取证违法而被排除等)。毕竟无罪判决是一种法律上的判断,而非对事实状况的评价。

与控方证明失败导致无罪判决不同,法官纵观全案证据之后,对于罪责等实体性问题仍然存在疑问时应当如何判处,即此处所探讨的“疑罪”的处理。据此可以认为:疑罪从无并非查明事实真实的手段,而是对法官裁判权的限制,即约束其在证据不符合法定要求的情况下任意判决被告人有罪。^[34]从而进一步印证了疑罪从无是一种指引、约束法官裁判的裁判规则,而非约束控辩双方举证行为的证明规则。

2. “二元式无罪判决”是对无罪判决的异化

根据我国现行法律,无罪判决有两种形式。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“最高人民法院《解释》”)第241条第4款规定:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当以证据不足、指控的犯罪不能成立,判决宣告被告人无罪。”该“证据不足”的无罪判决被公认为疑罪从无的体现。同时,该条第3款则规定,“案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人无罪的,应当判决宣告被告人无罪”。上述二元式无罪判决无不渗透着“中国特色式”的“保守主义”和“后退主义”。

首先,“证据不足”无罪判决中的“无罪”应自始即属无罪。众所周知,无罪推定原则要求控诉方承担指控罪行的证明责任,并达到法定的证明标准或者证据程度。那么,不符合该要求的自然无法获得有罪判决,据此,最高人民法院《解释》第241条第4款所规定的“证据不足”,理应属于未达到定罪之证明标准的情形,此种情况导向的唯一结果即——无罪判决。

其次,证据不足无罪判决并非疑罪从无的体现,而属刑事证明运作的内在规律和必然结果之一,是对控方证据和证明的否定。据上文所述,此种情形所指称的“证据不足”属于控方证明失败的范畴,理应导向唯一结果:无罪判决。

最后,最高人民法院《解释》第241条第3款规定的无罪判决同样存在隐患。该《解释》要求,无罪的认定、无罪判决的作出也需要达到“案件事实清楚,证据确实、充分”的程度,其实不然。一方面,人人生而无罪,并不需要证明,自不存在所谓证明到何种程度的问题。另一方面,对控方指控事实的认定是一个“如未证实即不成立”的命题,即只要控诉方未履行证明责任或者未达到法定的证据程度,则指控罪行不成立,被告人即获无罪判决。该条款隐含的意思是“被告人无罪也需要达到‘案件事实清楚,证据确实、充分’”,与无罪推定和刑事证明的一般原理不相符。

日本学者松尾浩同样对二元式无罪判决表达了忧虑。他认为如果对无罪判决进行上述区分,可能导致嫌疑人陷入某种困境,例如,因“证据不足”被认定无罪的被告人总是摆

[34] 参见张千帆:《从王书金到聂树斌——“疑罪从无”的误用》,《民主与科学》2013年第5期,第48页。

脱不掉社会的怀疑目光。尽管是“没有被证明为有罪”，但仍可能要持续体验被社会误解的痛苦。^[35]

“世界的祛魅”理论正表现出韦伯对“挣脱形式理性牢笼”的背景下而呈现“价值多元化”的担忧。那么，对疑罪从无的“神”化进行除魅之后，在面临价值多元化的刑事司法大背景下，重新审视这一规则，对其所隐含的价值衡量又该如何“抉择”呢？

三 疑罪从无不宜作扩张解读

在反思疑罪从无被不当扩张的问题之前，有必要重新审视学术研究中自始存在的命题，即如何从当下的视角审视某个旧有原则或制度经过发展而得的新内涵？尤其是当这一新内涵已经突破其原有的界限，甚至成为一个新事物的时候。如果因循保守主义态度，对其进行严格解读，则可能落入“原教旨主义”的窠臼。而如若对扩展了的新内涵甚至变异而得的新事物持完全开放、宽容的态度，并冠以“创新”之名，那又当如何面对法律的传承？就疑罪从无而言，笔者认为，不能固守对疑罪从轻处置的古代传统法制，因为，“为防止放纵罪犯而不惜冤枉无辜”的旧有理念早已被法治国所抛弃，此其一。其二，对旧的法律传统的革新首先应当符合正义、公正、自由等要求，既能维持内在的自洽性，又能彰显外在的包容性。

虽然学者对何为疑罪存在不同认识，但主流观点在论及疑罪从无时，往往争论的核心是“疑案应当如何处理”。疑案，即“疑难案件”的简称，或称“疑罪”。有论者将疑罪分为主观的疑罪和客观的疑罪两大类，^[36]还将疑罪看作是在刑事诉讼各主要阶段（侦查、起诉、审判等）出现的罪疑、刑疑、适用法律存疑等情况。^[37]这些观点亦被视为对疑罪从无内涵的新发展。然而，这些见解之于刑事司法基本理念而言，却是不可取的，实务界和学术界应当保持相当的审慎。

（一）刑事诉讼法保护无辜并非盲目

保护无辜者免受错误定罪的危害是刑事诉讼法的目的之一，但非唯一的、首要的目的。保护无辜是有界限的，证据裁判主义、罪刑法定主义、程序法定主义等基本原则要首先得到切实贯彻。其次，保护无辜并不能滥用刑事法的宽宥，而无视刑事诉讼法控制犯罪等目的和功能的实现。当然，刑事诉讼法目的、功能之间并不是非此即彼的择一关系，而是价值权衡的动态关系。

受英美法系对抗制诉讼模式的影响，我国学者在论及刑事诉讼目的、功能之时表现出“反保守主义”的“激进态度”，将人权保障奉为刑事司法的圭臬。这种盲目的法律移植其实是“自陷风险”的欺骗，用人权保障的宣示性主张来消解、模糊刑事诉讼发现真实、控制犯罪的功能，而不从弱化犯罪控制的消极影响等方面入手以实现对人权的保障，是不理

[35] 参见[日]松尾浩也著：《刑事诉讼法（下）》，张凌译，中国人民大学出版社2005年版，第160页。

[36] 参见张建伟著：《刑事诉讼法通义》，清华大学出版社2007年版，第451页。

[37] 参见刘伯纯：《试析疑罪的概念及特征》，《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2006年第1期；姚显森：《疑罪从无处理的程序法规制》，《现代法学》2014年第5期；沈德咏：《论疑罪从无》，《中国法学》2013年第5期。

性的。

(二) 扩张适用疑罪从无有违证明原理和证据规则

疑罪从无的适用范围是有限的,并不适用于除了与实体法罪责相关事实之外的其他对象。在不重视待证事实、法律也未明确规定严格证明规则的现状下,疑罪从无作为裁判规则容易被误置为证明责任分配规则或者证明标准,并被适用于各项证据的审酌之上。控方对有罪的证明是一个整体,应由法庭听取全案证据之后综合评判。控方对指控的各项犯罪事实未履行证明责任或未达到证明标准,并不必然导致无罪判决。单个证据证明失败并不能推出“证据不足”的存疑状态,法官不能直接适用疑罪从无规则认定证据所附着的待证事实不成立。同时,还应指出的是,约束检察权的证明责任机制与约束裁判权的疑罪从无存在本质上的差异。

(三) 疑罪从无扩张至侦查、起诉阶段有违其运作机理

有观点将检察机关在起诉阶段实施法律的程序性工作看作是贯彻疑罪从无的具体实践。比如,检察机关要严格按照法定标准逮捕、起诉。不符合法定逮捕标准的,坚决不捕;不符合法定起诉标准的,坚决不诉,将案件退回公安机关补充侦查或作存疑不诉处理。^[38] 本文对此观点持怀疑态度。

首先,疑罪从无适用的前提之一是以证据作为事实认定的基础。侦查阶段和起诉阶段并不涉及对事实的认定:侦查是搜集证据的过程,审查起诉则是择选、组合证据的过程。详言之,就侦查而言,侦查权具有主动性、开放性、扩张性。而就侦查过程中遇到的所谓“存疑”事项而言,不管是否是实体法事实存疑、程序法事实存疑还是法律存疑,都是侦查机关职权探究范围之内的事项。如果犯罪事实不符合法律所要求的确定性,则相应地作出不予立案、撤销案件等决定,并不存在自主审酌的空间,因这是程序法定原则的根本要求。相似地,审查起诉的目的在于确定犯罪嫌疑人是否符合提起公诉的要求,而起诉权亦属于“探究”型权力。虽然检察机关享有不起诉裁量权,不起诉决定对犯罪嫌疑人而言相当于无罪判决,但这亦不是疑罪从无适用的结果。^[39]

其次,侦查权和检察权与审判权有所不同,其权力运作的后果是“全有或全无”、“非是即否”的。也可以认为,侦查权和检察权的运作是一次性的,一旦权力得以行使,其后果就只有违法、合法之别,并不存在所谓存疑的中间状态。就检察权力运作而言,逮捕与否与起诉与否属于检察权行使的范围,不符合逮捕、起诉标准的唯一指向就是不逮捕、不起诉,这是国家权力行使的边界,也是程序法定原则的基本要求,不能将不逮捕、不起诉归入疑罪从无的范围。此外,通说观点将检察机关存疑不起诉或称证据不足不起诉作为疑罪从无的体现,虽然其适用后果确属“从无”,但此“从无”非彼“从无”,不能将二者等同起来。此处检察机关作出不起诉决定的根本依据在于本案不符合起诉条件:即“犯罪事

[38] 参见朱孝清:《冤假错案的原因和对策》,《中国刑事法杂志》2014年第2期,第7页。

[39] 有论者认为,根据《刑事诉讼法》第171条规定,人民检察院在审查起诉阶段,对于二次补充侦查的案件,仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,应当作出不起起诉决定。这就从根本上改变了原来“可以”起诉的规定,为疑案筑起了一道有效的“拦截程序”,体现了疑罪从无的要求。参见沈德咏:《论疑罪从无》,《中国法学》2013年第5期,第9页。

实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任”。由此可见,犯罪事实已经查清、证据确实、充分就是起诉条件本身,如果不符合起诉条件就必然意味着不得就该犯罪事实提起公诉,二者之间并没有“疑罪”存在的空间。此外,提起公诉的直接后果是审判程序的启动,本身并不预设检察官已经解决了证据能力问题,这是其与疑罪从无的最大区别。相较之下,疑罪从无的内在要求之一便是,法官认定事实所依据的证据应当是具有证据能力的证据。

最后,笔者主张在“侦查、起诉阶段不适用疑罪从无”的观点是一种价值判断,并不具有规范上的意义。拘留、逮捕、公诉等诉讼行为的作出必须满足一定的法定条件,或达到相应的程度要求,否则不当为之,表面上看可能与疑罪从无的适用效果一致,实属不同范畴。但不可否认,疑罪从无作为约束法官的裁判规则,可以在审前阶段对侦查机关、检察机关履行职权提供参照,有助于其预测法官心证,从而引导其调查取证、提起公诉与否等行为。

(四)“法律存疑”适用疑罪从无的消极影响

学者对疑罪从无之“疑罪”多作扩张解释,将其解读为包括事实存疑、法律存疑、证据存疑。^[40]法律存疑则涉及法律解释,以及法官在个案中对法律的适用。笔者对此观点有所保留。

一方面,法律解释适用疑罪从无可能造成司法权滥用。法律存疑时的解释实际上属于立法解释的范畴,已经超越了疑罪从无的界限,法官不能径行援引疑罪从无规则,从而将法律解释作为“从无(轻)处理”。然而,最高人民法院、最高人民检察院对刑事诉讼立法不明确或者疏漏之处各自作出司法解释,并自我授权其具有立法的效果,正是我国目前“司法解释立法化”的症结所在,而这一症结也进一步扩大了我国刑事诉讼规范的“合法性危机”。^[41]

另一方面,疑罪从无如适用于法官在个案中对法律的适用,则可能限制司法权的有效行使。简言之,个案中法官适用法律的权力属于司法权行使的必然,包括罪刑认定、罪名轻重、刑格高低等实体法的适用。法官并非立法的工具,而是立法在实践中得以落实的主体。如果个案中法律适用存疑时适用疑罪从无,则可能制约司法权的行使,压制法官作为裁判者的主体性。

以上两个方面看似矛盾,其实各有侧重。一为抽象、宏观层次;一为具体、微观层次。前者着眼于司法机关(包括最高人民检察院在内)对制定法的解释权,后者则注重审判人员在个案中适用法律的权力。

(五)疑罪从无并非排除对疑罪的“从轻”处置

在疑罪从无受到推崇的当下,为表明彻底贯彻疑罪从无的立场、态度,我国学者似乎天然地排斥“疑罪从轻”。^[42]有观点认为在疑案问题上采疑罪从无还是疑罪从轻,乃是产

[40] 例如,论者认为,疑罪包括证据不足导致的事实疑罪和对法条适用存在疑问的法律疑罪。参见陈光中、于增尊:《严防冤案若干问题思考》,《法学家》2014年第1期,第64页。

[41] 参见汪海燕:《论刑事诉讼法律规范的合法性危机》,《中国政法大学学报》2011年第1期。

[42] 参见高通:《论疑罪处理原则》,载《中山大学法律评论》(第九卷·第一辑),法律出版社2011年版,第192页。

生冤案与否的关键所在。^[43] 还有观点甚至认为疑罪从轻正是造成冤假错案的祸根。^[44] 需要澄清的是,实践中因为定罪证据不足而降格作出的“留有余地的判决”与本文所称疑罪可能从轻处置的主张截然不同。

前文曾指出,在“定罪证据不足”时,法官的评价是针对某项指控是否停留在犯罪层面所作出的。所谓“定罪证据不足”实际上是控方指控犯罪事实不成立的情形,自然导致无罪判决的结果。本文所主张的作为疑罪处置结果之一的“从轻”有其适用前提,即在构成犯罪不存在疑问时,如果罪行大小、刑责轻重等实体问题存有疑问,应当作有利于被告人的判决。此种意义上的“从轻”并不是为“留有余地的判决”辩护,更不能为其存在提供合法性、合理性。^[45]

还有观点认为疑罪从轻是疑罪从无的例外。其论证绕开疑罪从无是否存在例外的理论问题,而求诸于司法实践。无论承认与否,实践中裁判者对疑罪并非一律从无,而是在一些情况下从轻判处,这是一个“不争的客观事实”。^[46] 诸如此类的观点,大抵与我国学者对疑罪从无的狭隘解读和对所谓疑罪“从轻”的误解密切相关。

综上所述,反对疑罪从无的泛化并非限制适用或不适用疑罪从无,“疑罪从无的泛化解读”与“限制适用或不适用疑罪从无”本是两个不同的问题,而不是非此即彼的关系。反对疑罪从无泛化的出发点和最终归宿正是要更好地维持疑罪从无自身内涵的合法性、正当性。疑罪从无的重要作用和积极意义自不可忽视,然疑罪从无的泛化解读在当下我国确实存在,并且没有受到法律人足够的警醒。法律人应当本着严谨、审慎的态度对待疑罪从无本身,不能用扩张适用的方法来模糊其适用的界限。

法律传统以及现实状况均处于不断变化之中。疑罪从无作为“人造”的历史产物,同样面临发展、更新的过程,这是不可阻挡的必然趋势。面对这一动态的过程,我们要及时反思、时时警醒。对有积极意义的“更新”应予以提倡;对有消极意义的“更新”则要适时予以调整。目前实务界和学术界对疑罪从无内涵的所谓“更新”值得反思,只是泛泛地提倡疑罪从无而不去切实地解决当前刑事司法之症结,将疑罪从无扩张适用于刑事诉讼各个阶段违背公权力运作的机理和规律,对疑罪从无得以贯彻的制度环境也缺乏清醒的认识,以及刑事证明体系的固有缺陷等,都成为准确认定疑罪从无性质及其适用界限的极大障碍。

四 疑罪从无适用的界限及结果

裁判规则创设的目的在于确定“法与不法、罪与非罪”等事实问题,其效力一直受到

[43] 参见陈光中、于增尊:《严防冤案若干问题思考》,《法学家》2014年第1期,第64页。

[44] 参见刘宪权:《“疑罪从轻”是产生冤案的祸根》,《法学》2010年第6期。

[45] 有论点认为疑罪从无并不绝对排斥疑罪从轻的适用,司法实践中留有余地的从轻判决也具有一定的合理性。参见郝川:《“疑罪从无”的当代命运与规则要义》,《西南大学学报(社会科学版)》2013年第1期,第37页。

[46] 参见金钟:《论疑罪从无规则之例外——疑罪从轻》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2011年第12期,第111页。

争议。当裁判者作出裁决时,如果“无法援引不具争议的、现行有效的法律,反而必须去创设、预定、预设这种法律……”^[47]当此情形之下,为了约束法官的自由裁量权,防止其被滥用,裁判规则的适用就要受到诸多方面的限制。作为裁判规则的疑罪从无同样如此,其适用并非毫无限制,而自有其适用范围。以发展、丰富疑罪从无内涵为由对其任意扩张缺乏法律人应有的审慎。概言之,作为一项裁判规则,疑罪从无的界限至少有以下几个方面:刑事证明是其适用前提;疑罪从无适用的主体是法庭,时点是综合评价全案证据之后,对象是实体法相关事实;“从无罪”并非疑罪从无适用的唯一后果。此外,疑罪从无的适用还受到宪法和刑事诉讼法所确立的正当程序、公正审判等基本原则的约束。法官在适用疑罪从无作出裁判时,要对裁判文书进行说理;被告人就该裁判的上诉复审权应当得到充分保障等。

(一)疑罪从无适用的证据法前提

首先,证据裁判原则。“刑事裁判,应凭证据,即采所谓证据裁判主义,已成近代刑事诉讼之一定则。”^[48]日本《刑事诉讼法》第317条规定:“认定事实,当依证据。”^[49]我国台湾地区“刑事诉讼法”第145条之二亦规定:“犯罪事实应依证据认定之,无证据不得认定犯罪事实。”证据裁判原则是法治国刑事诉讼认定事实的手段。没有证据的裁判,或者法官根据臆想、揣测所做裁判均有违该原则。^[50]证据裁判原则可以对法官适用疑罪从无起到约束作用,主要体现在:法官认定事实必须先审酌全案证据,在此基础上方能判断实体事实是否存有疑问,是否援用疑罪从无作出裁判。

其次,区分待证事实前提下的严格证明规则。这里需要特别强调的是,只有经过严格证明,证据方具有证据能力,继而才能衡量其证明力高低。在刑事程序推进的过程中,证据能力的证明等必定先于疑罪从无的适用。

最后,法官自由评价证据的自由心证原则。一般而言,自由心证首先要求由法官在个案中自由判断证据的证明力,其次要求定罪的裁决应当达到内心确信的程​​度。通说认为,自由心证是中世纪欧陆国家反对法定证据制度的产物,在法制发展史上具有重要意义。与前文所述规制证据能力的严格证明相关,通过法官审酌证明力的证据才是具有证据能力的证据。换言之,严格证明是自由心证的前提,也是限制自由心证的手段之一。在疑罪从无的语境下,法官应当在自由评价证据证明力之后,衡量对被告人的罪责认定是否达到了内心确信的程​​度。如果没有达到内心确信的程​​度,此即“疑罪”,得援引疑罪从无规则作出认定。

综上,疑罪从无的适用是有前提的,这些前提是法治国必要的制度设置,其本意当然并非为了疑罪从无的适用。毕竟疑罪从无只是刑事审判可能遇到的一种情形。但刑事审判并不总能相当确定地认定案件事实,与其寄望于法官裁判之时再去发现“疑罪”,倒不

[47] 参见[德]尼可拉斯·鲁曼著:《社会中的法》,国立编译馆、李君韬译,国立编译馆与五南图书合作翻译发行,2009年版,第350-351页。

[48] 陈朴生著:《刑事证据法》(第3版),三民书局1979年版,第13页。

[49] 日本《刑事诉讼法》第三百一十七条规定:“事实の認定は、証拠による。”

[50] 参见陈朴生著:《刑事证据法》(第3版),三民书局1979年版,第13页。

如在刑事审判中通过刑事证明的一般原理和规则对证据进行更为严格的筛选,一来确保证据的“整洁性”,二来便于对审判中的模糊因素尽早、及时处理,降低裁判结果的不确定性。

(二)疑罪从无适用于实体法事实的认定

对于“罪疑”的具体指称,我国学者也见解不一,主要分为两个阵营:一为狭义的事实存疑论,认为该原则只是一项程序法原则,而非实体法原则;适用于对案件事实存疑时,并不能适用于法律存疑时;或者承认在少数特定情况下,可以适用于法律存疑之时。^[51] 二为广义上的存疑论,即该原则既是程序法规则又是实体法规则,同时适用于事实存疑和法律存疑。^[52] 这两派观点似乎只纠缠于存疑的是事实还是法律,而很少对何种事实、何种法律做进一步的区分,鲜少触及到罪疑唯轻适用的核心问题。

疑罪从无只适用于与实体法相关事实的认定,即与罪责和刑罚相关的实体事实,而不适用于程序事实,亦不适用法律问题之疑问。实体法相关的事实,包括既遂或未遂、故意或过失、正犯或共犯、重罪或轻罪(指具有高低阶层关系者)等问题。

疑罪从无缘何不适用于程序法相关的事实? 该问题涉及刑事证据法领域的严格证明和自由证明。程序法事实属于自由证明的范畴。程序法事实疑问包括诸如诉讼要件是否具备、诉讼程序践行有无违法、回避理由是否成立、上诉是否合法、再审是否合法及有无再审理由等。这些问题是由程序规则和证据规则所规范的。程序问题一般与被告人罪责问题不相关,也就无所谓“疑罪”有无的认定。

详言之,如果程序法相关事实存有疑问,法官并不能径直援引疑罪从无作出有利于被告的裁决。此时的进路应当是:程序法事实由于受自由证明的约束,一般而言并不要求达到排除合理怀疑之类较高的证据标准,多采优势证据标准或者清晰信服标准。此时程序法事实存在与否的核心就转变为:控诉方是否履行了该程序法事实的证明责任,是否达到相应的证明标准。如果没有,则控诉方对该事实证明失败,应当承担真伪不明状态的风险。而这种风险可能对被告人有利,也可能对被告人不利,在个案中视具体情形而定。如就控诉方对是否发生刑讯逼供的证明而言,法官就不能直接适用疑罪从无规则认定发生刑讯逼供行为,而应当具体审酌控诉方证据、衡量其证明程度,从而形成心证。如此一来,这种进路就存在两种结果:控诉方证明成立,则不存在刑讯逼供行为;控诉方证明失败,则认定存在刑讯逼供行为。

疑罪从无并不适用于法律问题存疑。可以认为,法律问题存有疑问时的解决路径并不是疑利被告原则。就实体法律相关的疑问,首选路径是罪刑法定原则,或称刑法法定主义原则。法官认定罪名并判处刑罚,必须要遵循刑法的明文规定。就程序法律的疑问而

[51] “事实存疑论”参见吴学斌:《论存疑时有利于被告人的原则与例外》,《法学杂志》2006年第6期;张兆松:《刑法存疑时有利于被告原则质疑——兼与邱兴隆教授商榷》,《人民检察》2005年第6期;俞毅刚:《存疑有利于被告原则之适用》,《法律适用》2004年第8期;张明楷:《存疑时有利于被告原则的适用界限》,《吉林大学社会科学学报》2002年第1期。

[52] “法律存疑论”参见邱兴隆:《有利被告论探究——以实体刑法为视角》,《中国法学》2004年第6期;时延安:《试论存疑有利于被告原则》,《云南大学学报(法学版)》2003年第1期。

言,首选路径则是程序法定原则,即“法无明文授权不可为”,该原则要求公权力的行使应当以制定法有明确授权为前提,并严格遵守法律规定的程序,否则即属程序违法。次选则是法律解释。在欧陆法系,法律解释属于立法机关(立法解释)或者司法机关(司法解释)的职权范围;而英美法系则被赋予个案中的法官,其法律解释还受到普通法遵循先例原则的约束。

刑事法解释并不是恣意而为的,首先要受到合法性、合目的性、权力谦抑原则、权利保护等原则的约束。^[53] 而法解释的具体方法也并非由解释主体任意为之,而要受到解释方法及其位阶的约束。萨维尼认为法律解释有四种方法,文义解释、逻辑解释、历史解释和体系解释。拉伦茨则将其补充扩展为:文义解释、体系解释、历史解释、目的解释、合宪性解释。^[54] 在欧陆疑利被告的语境下,当存在两种以上的解释时,也不能径自选择对被告人有利的解释,而是应当根据法解释的位阶进行:文义解释、目的解释、体系解释等。^[55] 相比较而言,在英美法的法解释学中,根据“宽宥原则”,^[56] 对刑法语意不明或存在疑问时,法官应当就刑法规定作出对被告人有利的解释。^[57] 该原则的内涵远远超出了法解释学的范畴,承载着普通法和宪法上的多重功能,如宪法上的分权原则、正当程序条款、平等保护条款、刑法法定等。^[58]

此外,还应当注意刑事诉讼法解释和刑法解释在细微之处存在的差别。与实体法不同,程序法由于涉及公权力行使的界限,并存在公权力滥用从而对公民基本权利甚至宪法权利造成侵害的极大可能性,对条文作解释时更应当谨慎为之。

总之,法律解释的结果即使是对被告人有利的,也并不能据以认为是疑罪从无适用的后果。不能认为两种不同的法律机制在具体适用时能达到相同或者相似的效果,就将二者等同为一回事。这既违反常理逻辑,也违背法学逻辑。

(三) 审查判断全案证据是裁判者适用疑罪从无之前提

疑罪从无当由法庭综合评判全案证据之后适用,此为主体适用层面的界限,该界限之外自然不存在疑罪从无作用力辐射的空间。

1. 疑罪从无的适用主体是法官

前文曾指出,作为裁判规则,疑罪从无约束裁判主体,即陪审团或法官,在我国法语境下即指法官。之所以由法官在审判阶段、在综合评判证据之后适用疑利被告原则,乃是因为司法权属于裁判权,具有被动性、事后性、终局性。^[59] 需要强调的是,司法权作为裁判

[53] 参见汪海燕:《刑事诉讼法解释论纲》,《清华法学》2013年第6期,第10-16页。

[54] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第200-219页。

[55] 参见[德]英格博格·普珀著:《法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第53-83页。

[56] *United States v. Wilberger*, 18 U. S. 76, 1820 WL 2133 (U. S. Pa.), at 5-6; *United States v. Bass*, 404 U. S. 336 (1971), at 348; *Liparota v. United States*, 471 U. S. 419 (1985), at 427.

[57] Sarah Newland, *The Mercy of Scalia: Statutory Construction and the Rule of Lenity*, 29 *Harv. C. R. -C. L. L. Rev.* 197 (1994), at 228.

[58] Conrad Hester, *Reviving Lenity: Prosecutorial Use of the Rule of Lenity as an Alternative to Limitations on Judicial Use*, 27 *Rev. Litig.* 513 (2008), at 515.

[59] 参见张建伟著:《刑事司法体制原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第19-25页。

权,具有“定纷止争”的终局性,不能处于存疑的中间状态。一般而言,出现事实存疑时的处理方式会有多种选择:可以从无罪、轻罪、轻刑判处,也可能会从有罪、重罪、重刑判处等。出于防止法官在此种存疑状态下滥用司法裁判权,防止出现错误定罪污染刑事程序的整洁性,保障被告人诉讼权利等考量,应当选择对被告人最不坏的处置。这既体现在英美法排除合理怀疑中,也正是欧陆疑罪被告的精髓。我国法所谓疑罪从无同样应循此路径。侦查权和检察权并不属于司法权。^[60] 侦查机关和检察机关在侦查阶段、起诉阶段则不受疑罪从无的约束(当然这并不意味着排除对犯罪嫌疑人有利的处置)。

所谓不受疑罪从无的约束,并不等于容许侦查机关、检察机关恣意发动侦查、任意提起公诉或作出不起诉决定,本文的一贯立场是,反对因为两种制度或规则适用的效果具有相似性,就把二者混同起来。疑罪从无对审判前程序具有形式上的引导作用,可以迫使侦查、检察机关考虑到日后法庭可能作出何种裁判,而及时调整其侦查策略、取证手段、公诉决定。

2. 法庭审查判断单个证据时不适用疑罪从无

法官不得根据疑罪被告原则审酌判断单个证据,而只能在综合评价全案证据之后,方可就实体法事实存疑时适用这一原则。明确这一点相当重要。比如,待证事实为被告人是否患有刑法意义上的精神病,那么,此时依法要对其进行司法精神病鉴定,以确定其是否具有刑事责任能力的适格被告人。然而,在司法实践中,往往存在多份不一致的司法鉴定意见。此种存疑之下,法官审查判断鉴定意见证据时,并不能直接援引疑罪被告原则认定被告人不具有刑事责任能力,从而作出无罪判决。理由大致如下:其一,司法精神病鉴定并不是法官确定被告人是否具有刑事责任能力的唯一依据。其二,司法精神病鉴定意见并不具有必然的、绝对的效力。刑事责任能力的判断虽然兼采医学标准和法律标准,但其本质上仍是一个需要判断的法律问题。因此,法官需要综合判断其他证据,比如,被告人近亲属或者邻居等提供的关于其精神状态的证言、其他具有专门知识的人士提供的证言,等等。

(四)疑罪从无适用的后果

学术界对疑罪从无的见解存在两种似乎矛盾的表象:一方面是对疑罪从无的宽泛解读,即将其适用范围扩张适用于刑事诉讼的各个阶段,如立案、侦查、起诉、审判等阶段;而另一方面则是对疑罪从无的适用后果作限缩解读,即主张“疑罪从无罪”,盲目批判疑罪“从轻”。诚然,抛开“疑罪从无”的词源不谈,其字面上给人最直接的观感就是:对于疑罪,应当从无罪,此亦符合文义解释的基本要求。不可否认,疑罪从无在司法改革浪潮澎湃的当下,被寄予防范冤假错案的纯真厚望,这种法律观流露出朴素的法治国式关怀,然而这种固定思维和刻板印象不仅束缚了疑罪从无的作用力,也是对疑罪处理机制的善意扭曲。

[60] 侦查权不属于司法权自无争议,检察权是否属于司法权则存有争议,有准司法权、行政权、司法权等多种见解。本文无意对检察权的属性作详细探究,拟将其作为独立于行政权、司法权之外的权力。参见张建伟著:《刑事司法体制原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第26-31页。

前文曾言,疑罪的处置古今中外均有迹可循,多采“对被告人有利”的方案。疑罪从无承继了欧陆法“疑利被告”的内核,自当保有其基本含义。从实质解释的角度出发,“从无罪”并非疑罪从无适用的唯一结果,还可以是“从轻罪”、“从轻刑”之意。

就罪疑“从无罪”来看,如果无法使法官形成确切心证的待证事实是可罚性的事实,无法排除无罪的可能,而非仅仅影响可罚性高低的事实时,疑利被告原则要求法院必须作出无罪判决。从表面理解,此与疑罪从无规则相契合,即存疑事实如果关涉有罪与否,应当作无罪判决。

就刑疑“从轻罪、轻刑”而言,疑罪从无除了上述“从无罪”的适用后果,还存在其他可能。如果被告人的犯罪行为确定构成犯罪无疑,然由于数个可能该当的犯罪事实之间存在轻重的层阶关系,在确定被告人可罚性高低时,疑罪从无规则适用的效果即依照处罚较轻的条文(即轻法)来认定罪责。此种情况即为台湾学者所称的“大包小”。如果可能该当的不同犯罪之间处于选择的关系,或称非此即彼的关系,则属于选择确定之范围,无关罪疑唯轻。不过也有学者将选择确定作为罪疑唯轻的例外。^[61]刑疑“从轻刑”也已为我国法律文件所认可。中央政法委 2013 年颁布的《关于切实防止冤假错案的规定》中规定:“对于定罪证据确实、充分,但影响量刑的证据存在疑点的案件,应当在量刑时作出有利于被告人的处理。”此亦为疑罪从无在立法层面的体现。

综上所述,当事实有罪无罪时存疑,应作无罪认定;当事实为具有轻重层阶的罪名之间存疑时,应当从轻罪;当事实有数罪与一罪之间存疑时,应当作一罪认定;当从重处罚情节的事实存有疑问时,应当认为该情节不存在等等。^[62]简言之,即疑罪从无(罪),刑疑惟轻(刑)。^[63]

此时可能面临与上文曾提及的“旧有法律传统的发展、传承”相关的问题,如果将疑罪从无的适用结果涵括从轻罪、从轻刑,那么,如何对待突破字面解释(“从无罪”)之外的扩张?众所周知,语词的表意是有限的,但我们却可以通过语义解读对其内涵进行更新。更新后的语词是否符合当下逻辑,则需要动态性的考察。

(五)疑罪从无还受到其他内、外规制

疑罪从无的适用并不是任意的,并非只要存在“疑罪”就必须作“从无”的认定。除了上文所述的适用范围之限制以外,其具体适用还存在其他一些限制。

首先,疑罪从无自然要受到法治国刑事诉讼基本原则的约束,如法治国原则、正当程序原则、公正审判等原则。

其次,法官适用疑罪从无所为判决要履行裁判文书说理义务,对其心证的形成,尤其证据证明力的审酌进行披露。裁判文书说理亦被认为约束法官裁判权及其自由心证的机

[61] 参见蔡圣伟:《论罪疑唯轻原则之本质及其适用》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第 2 卷),中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 264 页。

[62] 参见张明楷:《“存疑时有利于被告”原则的适用界限》,《吉林大学社会科学学报》2002 年第 1 期,第 55 页。

[63] 论者认为,“存疑有利于被指控人”是无罪推定原则的重要内容之一,其要求做到“疑罪从无”和“罪重罪轻存疑时从轻”两个方面”。参见张建伟著:《刑事诉讼法通义》,清华大学出版社 2007 年版,第 453 页。另参见陈光中、张佳华、肖沛权:《论无罪推定原则及其在中国的适用》,《法学杂志》2013 年第 10 期,第 7 页。

制之一。

最后,疑罪从无适用与否、如何适用还要受到法官良心的内在制约。此点在当下中国尤其应当受到重视。与西方法律传统受到基督教神学及教义的深远影响不同,我国法治运行缺乏宗教思想的渗透。西方基督教思想中的怀疑神学是宗教在世俗审判中对法官施加的内心约束。良心律法虽然无可名状,然在裁判者心里却占据至高的位置,成为约束法官的内在机制。

上文所述疑罪从无的界限,目的并不在于限制疑罪从无的适用,亦非对疑罪从无保护无辜、保障人权价值的否定。规制疑罪从无的适用所包含的权力制约因素与其所蕴含的价值并不矛盾,二者各有其存在的必要。一方面,在法治国家,公权力的行使总是有界限的,而这边界就是公民的宪法性权利。疑罪从无的适用同样是有界限的。另一方面,界定疑罪从无适用的范围源自对泛泛地将其作为人权保障口号的警醒,谦抑之道更能彰显疑罪从无的价值,从而使其适用更具有合理性、正当性。

五 结 语

诚然,如学者所言,我国刑事司法“惟有坚持疑罪从无方能彰显程序法治之魅力”,^[64]然而疑罪从无能否彰显程序法治的魅力则是有条件的,即需要在其适用界限之内运作。与疑利被告相同,疑罪从无作为一项裁判规则,其目的并不在于对法官自由评价证据提供指导,也并不是针对单个证据证明力的判断准则,而是在证据的综合评价结束之后,对于犯罪事实仍存有无法排除的疑问时,指导法官应如何裁定的裁判规则。^[65]

当下为人诟病的冤假错案并不属于“疑罪从无”的辐射范围,粗略观之,我国刑事错案在制度层面的成因有以下几点:第一,立法未确立严格证明,缺乏对证据能力的独立调查程序。证据可采性规则不完备,缺乏对控方证明手段的约束。第二,程序法事实同样属于待证事实,且遵循自由证明,然而我国法律却忽视了这一点。第三,立法虽然未确立自由心证,而司法实务中由法官自由评价证据的证明力,但却缺乏对自由心证的有效约束机制,如前述严格证明规则以及证据裁判原则、裁判文书充分说理等。

诸如此类深层原因往往被忽略,论者多强调刑讯逼供、暴力取证等现实原因,未对制度层面的原因进行剖析。这也许是论者对错案防范机制建言献策时未“找准着力点”的原因之一。疑罪从无一旦成为刑事诉讼各项“制度配置”的内在要素,在当下中国也就不再是“稀缺资源”。

在对刑事错案一片喊打和“运动式”纠错的喧闹声中,法律人似乎更需要冷静。笔者认为,疑罪从无虽然对防止错案发生有重要作用,但其既非“防范冤假错案的唯一选择”,^[66]亦非解决当下刑事司法顽症的万能良药。泛化解读疑罪从无、无视其适用界限等

[64] 参见沈德咏:《论疑罪从无》,《中国法学》2013年第5期,第9页。

[65] 参见林钰雄:《论罪疑唯轻原则》,载林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,法律出版社2008年版,第124-151页。

[66] 参见沈德咏:《论疑罪从无》,《中国法学》2013年第5期,第8页。

做法无疑将陷入极端化的危险;将疑罪的处理结果唯一为“从无罪”从而对“疑罪从轻”不加区分地予以批判也是不妥当的。

[**Abstract**] There are some misunderstandings both in theory and in practice about the nature, the scope, and the consequences of the principle of *in dubio pro reo*, which lead to the blurring and ambiguity of its connotation. It is clear that *in dubio pro reo* is a widely accepted and recognized principle yet with unequivocal limitations. It is not that *in dubio pro reo* will be applied whenever there is a doubt, but that some prerequisites have to be met before this principle can be applied. It takes other criminal principles, such as free evaluation of evidence, as its institutional premises and is limited by such factors as subject, object and time. For clarification, a not guilty verdict will not be automatically delivered when there is a doubt. However, there are several options for the fact finders and the law finders to choose from, for example, an offense of lower level or a diminished responsibility. It is not wise to categorically decline a lesser sentence when there is a doubt. Recently, the criminal justice system in China is under tremendous pressure because some people formerly convicted on the basis of unsound evidence turned out to be innocent. As a result, *in dubio pro reo* is highly trusted and considered as the most effective and practical way to prevent miscarriage of justice. Unfortunately, this is not the case; it is neither the only way to prevent wrongful convictions, nor a cure-all solution to chronic problems in the criminal justice system.

(责任编辑:王雪梅)