

中国古代的无罪推定及其现代价值

蒋铁初

【摘要】中国古代的无罪推定是指当案件审理中出现某种有利于被告的情形时,司法者会推定被告可能无罪。无罪推定分为对被告的无罪推定与对犯罪事实的无罪推定两种。无罪推定可以预防冤狱的形成,亦能够平反已成冤狱。其文化基础有仁者司法理念及以情折狱的司法传统。我国当代冤狱形成的根本原因是司法者的有罪推定思维。借鉴古代司法传统,当代社会应当努力培育司法人员的无罪推定与以情折狱思维,实践中司法机关在保存及移送证据时还应将无罪与轻罪证据单列一类。

【关键词】无罪推定;冤狱;以情折狱;证据

【作者简介】蒋铁初,男,杭州师范大学教授,法学博士,主要从事法律史研究,E-mail:jiangtiechu@126.com(杭州 311121)。

【原文出处】《证据科学》(京),2022.5.533~545

【基金项目】本文是笔者承担的2018年国家社科基金项目《中国仁政司法的传统及其权益转化研究》(18BFX025)、浙江省哲学与社会科学规划课题《中国古代的仁政司法研究》(16NDJC143YB)的阶段性成果。

冤狱是人类社会司法活动中普遍存在的一种现象,古今中外皆然。^①中国古代社会非常重视冤狱的预防与平反。笔者在考察中国古代冤狱预防与平反的实践中,发现那些能够预防与平反冤狱的司法者都有一个共同特征,即司法者在平反冤狱之前都对被告产生了无罪推定意识。正是在这一意识的支配下,司法者或者重新调整案件审理方向,或者暂停案件的奏报与执行,从而有效防止冤狱酿成及为已酿成的冤狱平反。我国当代的冤狱产生轨迹与古代冤狱产生轨迹有很多相似之处,因此,研究中国古代司法者的无罪推定心理及其在冤狱预防与平反中的作用,对当下的司法实践无疑具有借鉴作用。

一、中国古代的无罪推定及其功能

(一)中国古代无罪推定的含义与表现

当代的无罪推定概念源于西方。意大利法学家贝卡利亚提出:“在法官判决以前,一个人不能被称为罪犯”。^②亦即任何人未经依法确定有罪以前,应假定其无罪。^③此即无罪推定。无罪推定的前提是

法院未做出有罪判决,而法院做出有罪判决的条件则是有确实充分的证据认定被告人有罪。除法院外,任何单位和个人均无权认定被告人有罪。因此在案件的侦查与审查起诉阶段,即使侦查机关和审查起诉机关认为已经收集到充分证据认定被告人有罪,被告人仍然应被视为无罪。无罪推定是一种典型的直接推定,不管是否有证明被告人无罪的证据,只要法院没有作出被告人有罪的判决,被告人就应当被推定为无罪。但即使法院没有作出被告人有罪的判决,也不意味着被告人必然无罪。可见无罪推定的价值不在于更加准确地认定事实,而在于保护被告人在诉讼中的权利。即被告人在诉讼中不得被作为有罪者对待,其应当享有的不被刑讯、辩护等权利必须得到保护。无罪推定还有一层含义,即在刑事审判中,若被告人最终未被证明有罪,亦未被证明无罪,此时法院应当做出无罪判决,而不是做出疑罪判决。这是刑事审判有利被告人原则的体现,同样有保护被告人权的意蕴。

中国古代没有对被告人的权利保护观念,因此,当代意义上的无罪推定在中国古代并不存在。笔者在此借用当代无罪推定的概念,意在描述中国古代司法中的这样一种现象:当案件审理过程中出现了事实或者证据上有利于被告人的某种条件时,司法者会推定被告人可能无罪。可见中国古代的无罪推定是一种有条件的推定,而且这种推定不是案件处理的结果,被告人最终是否无罪还要经过一系列的审理活动。到事实审理终结时,被告人有罪的即认定有罪,被告人无罪的即认定无罪,被告人不能认定有罪也不能认定无罪的,则认定疑罪。与当代法律规定的不能认定有罪则应认定无罪的无罪推定不同。因此,中国古代的无罪推定既不是确定事实认定结果的一种模式,也不是保护被告人权利的一种手段。此种无罪推定的意义在于反思既有案件审理中有罪认定的可信程度,启动对案件事实重新审理或者改变审理方向,从而更有利于发现真实。

中国古代无罪推定有两种表现。一是对被告人的无罪推定。所谓对被告人的无罪推定,是指在犯罪事实本身没有疑问的情况下,司法者对于已确定的被告人推定其并非真犯。《棠阴比事》载:

程戡知度州。民有积为仇者,一日,诸子私谓其母曰:“今母老且病,恐不得更寿,请以母死报仇。”乃杀其母,置于仇人之门,而诉之。仇不能自明。戡疑之,或谓无足疑。戡曰:“杀人而自置于门,非可疑耶?”乃亲劾治,具得本谋。^④

本案已经确认的事实是有民母之尸置于被告之门。民母确系被杀,犯罪已经发生的事实没有疑问。争点是被告是否为真凶。先前的审理过程中被告不能自明,已被认定有罪。司法者怀疑被告不是犯罪者。理由是杀人者将被害人尸置于自家门口的做法不正常。

二是对犯罪事实的无罪推定。司法者面对指控的犯罪事实,因为某种原因怀疑其可能不存在。清代一则案件复核过程中司法者的思路即属于此种情形。《冷庐杂识》载:

顺天通州民妇康王氏之姑康陈氏与姨甥石文平口角,为石文平殴伤,愤懑自缢。石文平贿嘱康王氏伪称病故。而康王氏之戚王二素与有

怨,扬言康陈氏之死系康王氏石文平因奸谋毙。指挥萧培长、王莹访获审讯,康王氏等畏刑诬服。迨起棺检验,适雪后阴晦严寒,未用糖醋如法晷洗,误认缢痕为被勒,遂以谋杀定讞。刑部额外主事杨文定以案多疑窦,白之堂官,请旨覆讯,始得实情。改讞康王氏以受贿私和,石文平以威逼人致死,皆问杖流奏闻。得旨,萧培长、王莹承审失入,从重发往新疆,遇赦不赦。^⑤

本案中刑部官员杨文定对地方审理中认定石文平与康王氏因奸谋毙康陈氏的事实产生怀疑。怀疑的理由有二:其一,案件没有原告告发,司法者是访获案件,王二既称有命案却不敢告状,其言依情理不可信;其二,验尸方法不合要求,死因可能不实。毋庸赘言的是,司法者如对犯罪事实进行无罪推定,自然也会对被告作出无罪推定。需要指出的是,由于中国古代刑事诉讼中存在铁案如山与莫须有两种有罪证明标准。^⑥前者可以视为确定无疑的标准,后者可以视为优势证明标准。当实践中司法者以莫须有标准认定事实时,复审者更易对其形成无罪推定意识。

(二)无罪推定的功能

1. 无罪推定的程序功能

无罪推定的程序功能有三。

一是重新审理案件。司法者如发现被告虽被认定有罪,但相信有罪认定可能不实,就会重新审理案件。《清稗类抄》载:

东湖某妇,事姑孝。一日适姑寝问安,见姑床下有男子履,大骇,为掩门而出。姑已觉之,羞见其妇,自缢而死。乡保以妇逼死其姑鸣于官,妇恐声姑之恶,不复置辩,遂自诬服,已按律定讞矣。新令张某莅任,过堂,见妇神气静雅,谓必非逼死其姑者,疑其有冤。再三诘讯,矢口不移。令终疑之,沉思累日,乃故召差役某甲之妻鞭之,与获罪妇同系。甲妻终夜诅骂,谓县令如此昏暴,何以服人。妇闻其絮叨不已,忽言曰:“天下何事不冤,即如我任此死罪,尚且隐忍不言,鞭背小事,盍稍默乎。”张使人听于户外,明旦提妇与某甲之妻于堂上,诘以昨夕所闻之言,妇不能隐。张悉心诘问,尽得其情,平反冤狱。^⑦

司法者发现已审结案件中的被告可能冤枉,遂

决定重新审理,并运用传统的谳审查明真相。当然,案件能否重审还与司法者的身份有关。司法者若是守令之类的主官,可自主重审。本案中的新令张某、虔州案中的知州程戡等都是在发现案件有疑点后直接重审。如是佐官,则须建议上司重审。如上司认可司法者对案件事实的判断,则会同意重审,从而改变案件结果。如前述刑部额外主事杨文定发现康王氏案中有疑点,即向刑部堂官汇报并由堂官请旨获准后才进行重审。如上司不认同司法者观点,就可能拒绝司法者的建议,从而酿成冤狱。《汉书》所载一则案件即属此种情形。

东海有孝妇,少寡,亡子,养姑甚谨。姑欲嫁之,终不肯。姑谓邻人曰:“孝妇事我勤苦,哀其亡子守寡。我老,久累丁壮,奈何?”其后,姑自经死。姑女告吏:“妇杀我母。”吏捕孝妇。孝妇辞不杀姑,吏验治,孝妇自诬服。具狱上府,于公以为此妇养姑十余年,以孝闻,必不杀也。太守不听,于公争之,弗能得。乃抱其具狱,哭于府上,因辞疾去。太守竟论杀孝妇。郡中枯旱三年。后太守至,卜筮其故。于公曰:“孝妇不当死,前太守强断之,咎当在是乎?”于是太守杀牛自祭孝妇冢,因表其墓,天立大雨,岁孰。^⑧

二是暂停原判决执行。司法者如发现已审结案件有疑问,可以暂缓执行案件。宋代杜衍作河东提刑时,“上党民有继母为人所杀,人告民杀其母,不胜楚掠,遂自诬服。狱既具,衍疑非实,未论决间,果得真杀人者”。^⑨本案司法者作为河东路最高司法官,发现案件有疑,因而没有论决。在暂停之间,真凶被发现。如发现有疑问的司法者不是主官,他虽不能直接停止案件审理进程,但可以请求上司暂缓执行案件。《宋史》载:

薛奎为隰州军事推官。时有民常聚博僧舍。一日,盗杀寺奴,取财去。而博者四人适至,启户,溅血污衣,遽惊走。逡者因捕送官,考讯,引伏。奎独疑之,请缓其狱。后数日,果得杀人者。^⑩

本案的冤狱发现者是军事推官,无权直接暂缓案件执行,因此向知州请求。所幸的是其请求获得了主官的认可,从而避免酿成冤狱。

三是重新审理与暂停原判决执行两者相结合。司法者在发现案件疑点之后,先重新审理。如审理后亦未发现真实,则停止案件的执行以待时机。《折狱龟鉴》载:

信都郡王德彝判沂州。儒生乙恕,郊居肆业。一日,有横尸在舍侧。逡者见之,捕恕送官。狱具,将伏法。德彝疑其冤,命别司鞠问,亦如之。因令缓刑以俟。未几,果获贼,恕乃得释。^⑪

赵德彝是沂州通判。宋时通判虽非主官,但亦非佐杂官。通判对长官知州有监督权,且有分管狱讼之职,因此可以直接决定重新审理。在重新审理结果不变的情况下,依然没有执行判决,而是缓刑以待。最终因真凶现身而使被告之冤得释。

2. 无罪推定与释冤

所谓释冤,是指司法者通过审判确认先前被追诉或已被认定有罪甚至已被执行刑罚的被告人无罪。无罪推定的释冤价值在冤狱的不同阶段有不同表现。在无辜者已进入被追诉程序时,无罪推定可以防止其被认定有罪。在无辜者已经被认定有罪后,无罪推定可以防止错误判决被执行。在无辜者已被执行后,无罪推定可以为其平反。无罪推定最理想的释冤价值包括如下三个方面。

首先是防止无辜者被认定有罪。在有罪判决作出之前,司法者若对被告人产生无罪推定认识,就会全面收集证据,包括罪轻或无罪的证据。如能成功收集到被告人无罪的证据,则可阻止有罪判决的作出,从而防止冤狱酿成。唐代刘崇龟审理的一起案件中就体现了无罪推定对冤狱形成的预防作用。

刘崇龟镇南海。有富商子泊船江岸,见一高门中有姬,殊不避人。因戏语之曰:“夜当诣宅矣。”亦无难色,启扉待之。忽有盗入其室,姬即欣然往就。盗谓见擒,以刀刺之,遗刀而逃。富商子继至,践其血,洩而仆。径走至船,夜解维遁。姬家遂状讼于主者,径发官差人追及。掠拷备至,具实吐之,唯不招杀人。其家以刀纳于府主,乃屠刀也。府主乃下令曰:“某日大设,阖境屠者皆集球场,以俟宰杀。”既而晚放散,令各留刀,翌日再至。乃命以杀人刀换下一口。明日,诸人各认本刀。一人不去,云非某刀。问是谁者?

云某人刀。亟往捕之,则已窜矣。于是以他囚合死者为商人子,侵夜毙之。窜者闻而还,乃擒,置于法。富商子坐夜入人家,杖背而已。^⑫

本案在被害人之家向官府提交凶器之前,刘崇龟并未对被告人产生无罪推定的意识。但在看到凶器之后,开始相信被告人可能并非真凶。因为被告人作为富商之子,家中不应有屠刀。而他与被害人先前无仇,因而不可能专门偷刀杀人。正是认识到了这一点,司法者才改变了侦查方向,从调查凶器所有者入手,最终查明案件真相,防止了冤狱形成。

其次是防止错案被执行。在案件有罪认定做出后刑罚未执行前,如司法者发现有罪认定存疑,可以提出疑问并暂缓刑罚执行。在此期间如真实得以发现,可避免铸成大错。《折狱龟鉴》载:

孙廉观察以慈州刺史知沧州。有劫盗,狱既成。廉疑之,谓僚属曰:“我武人也,狱辞固非吾事。然试召某邻里,询其行止,皆曰此平日趺弛不事,今以为盗则非也。”后数日,果得真盗。^⑬

本案中劫盗之狱已成。但知州在召被告邻里询问后,认为其不可能为盗。孙廉之所以认为平日趺弛不事之徒不可能是真盗,是因为劫盗乃重犯。真正为盗之人平日里须伪装成良善本分之人,才能不引起他人注意,而不会放荡不循规矩。司法者的这一反向思维使得他能够对案件事实做出冷静判断,在逻辑上更符合事实真相。后真盗被获,验证了司法者先前的判断。

最后是平反已被执行冤狱。已被执行冤狱是指错误判决已经执行完毕或正在执行。死刑案件的执行具有瞬间性,因此不存在案件执行中平反的可能。冤案被执行后,意味着正常司法程序已结束,因此再予平反具有很大的偶然性。但是司法者若对某一案件形成无罪推定的心理,已执行冤案同样有平反的可能。前引汉代于公平反东海孝妇案件中,在案件审理阶段就已对孝妇作出无罪推定,但因太守不纳其言,孝妇冤死。新太守上任,于公依然坚持其无罪推定认识并影响了新太守,从而为孝妇平反。需要指出的是,本案的平反虽在无辜者冤死之后,但司法者对被告人无罪推定意识的形成则在案件执行前。从现有资料来看,司法者在被告人被执行后再

对其产生无罪推定认识的情况还没有发现。由此可见,冤案被执行后再获平反的可能性较执行前被纠正的可能性要小得多。

二、无罪推定的法文化基础

无罪推定虽是司法者的一种心理状态,但司法者并未止步于此。他们在此种心理状态形成后,又将其转化运用于司法实践,或暂停判决执行,或改变案件审理方向。从前引材料来看,无罪推定及其实质并非个别现象。作为一种有普遍意义的现象,其赖以存在的法文化基础值得我们思考。笔者认为,中国古代社会仁者司法理念与以情折狱传统构造了无罪推定的法文化基础。

(一)仁者司法的理念

1. 仁者司法的要求

所谓仁者司法,是指司法者基于对当事人的怜悯之念,在案件审理过程中善待当事人,尽力避免给当事人带来不必要的伤害。中国古代向有仁者司法的理念。早在西周时期,《吕刑》就要求“非佞折狱,惟良折狱”。^⑭良吏的标准是什么,宋儒蔡沈认为:“惟温良长者,视民如伤者能折狱”。^⑮所谓视民如伤,意指对待人民如待己身的伤口一样。一个正常人当然会保护自己的伤口免受再次伤害,作为仁者的司法者理应善待当事人,保护当事人不受非法伤害。司法者应当善待当事人的人性基础是其对当事人具秉的同情与仁爱之念。孔传在解释《尚书·吕刑》中“哀敬折狱”时称“当怜下人之犯法,敬断狱之害人”,即是此意。曾子曾说:“如得其情,则哀矜而勿喜”。^⑯实践中司法者对当事人如有怜悯之念,就会产生“恶其意不恶其人,求所以生之;不得其所以生乃刑之”的心态。^⑰当然,司法者对当事人的同情肯定不限于“求所以生之”,在非死刑案件中也应尽力避免对当事人造成法外伤害。特别是在汉代肉刑改革之前,肉刑与死刑的错误适用同样具有不可挽回的后果。《史记》所言的“死者不可复生,刑者不可复属”,即是此理。但是汉代以后,随着肉刑被废,笞杖徒流刑之类的错误判决,人们似已觉得能够容忍。因此,防止错误用刑更多的还是聚焦在死刑适用领域。明代一则案件复审中司法者的做法即是“求其所以生”心理的反映。《玉堂丛语》载:

周文襄公阅一死狱,欲活之无路,形于忧叹。使吏抱成案读之,至数万言,背手立听。至一处,忽点头喜曰:“幸有此可生。”遂出其人。^⑩

本案中司法者复审时竭力寻找被告罪轻的证据,功夫不负有心人,终于在数万言的案卷材料中觅得一条。复审者求其生而得,说明被告罪不至死。而原审以死罪上报,当属错误。复审者的求生思维避免了不当死的被告被处死的结果,符合仁者司法的要求。

2. 仁者司法的特征

仁者司法有以下四个特征。

一是司法者经常通过智慧审理,发现常人不易发觉的真实。智仁勇是古人推崇的三达德,智慧对于释冤的重要性自不待言。若无智慧,司法者很难发现被常人疏忽的疑点。退而言之,纵然凭借本能或直觉认为案件可疑,亦无法保证其所疑能得到证实,冤狱依然难以平反。对于智与仁的关系,古人认为:“智者不必仁,而仁者则必智”。^⑪关于前者,自然没有争议。历史上智而不仁者不胜枚举。值得细究的是后者,为何仁者必有智。古人给出的解释是仁者对事更加负责,因而会认真思考疑难问题,不达目的不放弃,结果是“用心苦则机关出也”。^⑫事实上,司法者若能用心琢磨,确实可以设想出发现案件真实的奇谋妙策。前文所引东湖某妇自承逼姑之致死冤狱中,县令张某面对疑案,“沉思累日”,才想出诤审之策,从而发现真实,正是仁者必有智的力证。

二是司法者勇于担当。关于仁与勇的关系,孔子曾言:“仁者必有勇,勇者不必有仁”。^⑬这一判断的后半句没有疑问,如见小利而亡命者就肯定不仁。仁者为何必勇,因为仁者爱人,以他人正当利益为重,不计自身利害,故而必勇。唐代崔仁师主张“凡治狱当以平恕为本,岂可自规免罪,知其冤而不为伸也”。^⑭司法者形成无罪推定意识并改变案件审理走向,其风险首先来自立法规定。中国古代法律有出入人罪的条文,如法官所判之罪与犯人实际之罪有出入就应承担责任。所判之罪比应得之罪重者称入罪,反之称出罪。出入人罪分故意与过失,故意按所出入之罪反坐。这一处罚相当严厉,重的可以至于死罪。失入和失出在此基础上减三等与五等。

司法官无罪推定并释冤可能承担的是失出之罪。对于依职权为当事人释冤的司法者而言,制度上的风险并非不可承受。因为司法者如不释冤,则可能承受失入风险。可见从制度上看,司法者释冤与不释冤的风险相差不大,释冤的风险还相对较小。但实践中往往是失入者被视为严明执法,失出被视为包庇罪人。之所以出现失入与失出后果在立法与实践之间不一致的情形,是因为失入的实际后果是可以预见的,即立法规定的减三等。司法者的失入很难被认定为故入,因为在审理者看来司法者缺少行为动机。但失出则常被认定为故出,原因是审理者会认为司法者因与案件有牵连或者收受贿赂而包庇犯罪者。结果是“失入则无辜,失出便获大罪。所以吏各自爱,竞执深文”。^⑮东汉永平年间一起案件的审理可以看出司法者释冤的风险。

时楚王英谋为逆,事下郡复考。明年,三府举安拜楚郡太守。是时英辞所连及系者数千人。显宗怒甚,吏按之急。迫痛自诬,死者甚众。安到郡,不入府,先往按狱。理其无明验者,条上出之。府丞掾史皆叩头争,以为阿附反虏,法与同罪,不可。安曰:“如有不合,太守自当坐之,不以相及也。”遂分别具奏,帝感悟。即报,许得出者四百余家。^⑯

袁安欲平反冤狱,府丞掾史皆叩头争,可见平冤风险之大。此外,在犯罪确已发生的情况下,为被告释冤还要面临无法查获真凶从而致案件难结的问题。前文所引的暂缓执行已具之狱,然后真凶很快现身的情形并不具有普遍性。疑案长期不结对司法者肯定是不利的。在这样的司法大环境下,司法者欲为被告释冤,非大勇者不能为。

三是司法者能够行恕道。恕是儒家重要的理念,所谓恕主要表现为推己及人,设身处地为他人作想。关于仁与恕的关系,恕可以解释为是仁的表现之一,因为仁者爱人,而爱人就应替所爱者考虑。《说苑》称“夫仁者必恕然后行”。^⑰司法者具备仁恕之念,自然不愿当事人受冤枉。这是恕的理念对于释冤的一般影响。恕的理念对于释冤还有特殊影响。表现为具秉仁恕之念的司法者能够对当事人的苦痛感同身受,特别是能够感受到被告所受的刑讯之苦,

从而对其在刑讯之下做出的有罪供述产生怀疑,而不是盲目相信。汉代路温舒所言的“捶楚之下,何求而不得”,^③正是此种认识的体现。在上述无罪推定的案件中,有很多案件的案情并无明显疑点,司法者之所以会怀疑有冤,就是因为被告的有罪供述是在被刑讯后做出的,因此本能地怀疑其可能不实。

四是司法者慎重做出决定。关于仁者与慎重案件审理的关系,古人早有关注。《论语·颜渊》载司马牛问仁,子曰“仁者其言也讷”。何为讷,《说文》称“言之钝也”。^④仁者说话慢,绝非智慧不够,而是出言谨慎。因为仁者知道,急则易错,出言行事皆如此。出错则会伤害无辜,故应尽可能不出错少出错,而慎重做出决定就是不出错少出错的重要保证。从上述无罪推定的形成过程我们可以发现,有不少案件司法者作出与他人不同的判断,并非都有充分的理由,有时完全出于司法者的谨慎态度,担心错误判决一旦被执行,便再难以挽回。^⑤正是出于慎重,司法者会暂停有罪判决的执行。有时被暂停案件经过重新审理后,并无新的发现,但司法者还会再延期执行。此种做法貌似慎重有余,实际颇有价值。往往就是在等待之际,案件会有新的发现。可见司法者因仁而慎,给冤狱预防及平反创造了时机。慎重对待案件的另一个表现是司法者能够认真检视证据,从而会有新的发现。如前引刘崇龟释冤案中刘崇龟之所以能够发现案件疑点就是源于其对证据和事实的仔细观察和思考。

(二)以情折狱的思惟

1. 以情折狱的传统

与仁者司法一样,以情折狱同样是我国古代重要的司法传统。以情折狱观念在中国古代很早就已出现。春秋时鲁庄公曾言:“小大之狱,虽不能察,必以情”。^⑥《周礼》则要求“小司寇听万民之狱讼,附于刑,用情讯之”。^⑦隋代裴政认为“凡推事有两,一察情,一据证,审其曲直,以定是非”。^⑧唐宋律中“赃状露验、理不可疑,虽不承引,即据状断之”的规定体现了无招认时认定有罪应达到证据充分、符合情理的要求。南宋郑克认为:“盖赃或非真,证或非实,唯以情理察之,然后不致枉滥”。^⑨则是将情理作为检验证据与事实的标准。宋以后“据状断之”规定虽被取

消,但情理依然受到重视。元人主张“鞫问罪囚必须员坐,以理推寻”。^⑩《大明令》要求“凡鞫问罪囚,必须依法详情推理”。^⑪清代的司法理论亦非常重视情理,普通司法者到最高统治者概莫能外。王又槐认为:“供词须近情理……无情理者,虽执有确据,亦应驳诘”。^⑫乾隆帝在批谕中称:“杜得正如果拉奸伊媳,必系无人之处,僧人广明何由在旁,此乃情理之显而易见不必悉心详究而始知者”。^⑬表明他们认识到了情理对案件事实认定的重要性。

令人遗憾的是,尽管中国古代司法一直重视以情折狱,但却无人对以情折狱进行专门研究。笔者考察了中国古代以情折狱的司法实践,认为所谓以情折狱是指这样一种做法:司法者将与争议事实具有相关性的事实作为“情”。当“情”出现时,司法者应对争议事实作出比“情”未出现时更加可能存在或不存在的判断。需要说明的是,“情”只是判断争议事实更可能存在或不存在的依据,而非认定争议事实存在或不存在的依据。这是以情折狱与以证折狱的区别。“情”与争议事实的关系有两种:一种是正相关关系,另一种是负相关关系。前者是指当“情”出现时,争议事实存在的可能性加大;后者是指“情”出现时,争议事实不存在的可能性加大。以情折狱应当从负相关关系来否定争议事实的存在,不应从正相关关系肯定争议事实存在。之所以应如此选择,是因为正相关关系中的“情”可以理解为是案件事实存在的必要条件之一,而负相关关系中的“情”则是指缺少必要条件的情况。当某一必要条件不具备时,结果很难出现;而必要条件具备,结果未必会出现。例而言之,故意杀人案中被告与被害人之间有矛盾之“情”,与争议事实是正相关关系;被告与被害人没有矛盾与争议事实则是负相关关系。两人没有矛盾,司法者有理由相信被告不会杀害被害人。但两人有矛盾,司法者却不能据此推定被告会杀害被害人。^⑭以负相关关系来否定争议事实成为司法者对犯罪事实及被告形成无罪推定的重要理由,因而对于冤狱平反有着重要意义。

2. 作为相关事实的“情”的表现

“情”是司法者判断争议事实的依据。笔者考察了古代无罪推定的案件,发现司法者观念中的相关

事实有四个方面表现。

一是当事人之间的关系。宋代陆九渊知荆门时,有诉人杀其子者,九渊曰:“不至是”,及追究其子,果无恙。^⑧本案司法者的思路如下:被告与被害人是父子关系这一相关事实与被告杀害被害人这一争议事实是负相关关系。由于双方父子关系的存在,因此被告杀害被害人的可能性较低。

二是当事人的一贯表现。前引汉代东海孝妇冤狱中,于公发现孝妇“养姑十余年,以孝闻”的相关事实与孝妇杀姑的争议事实是负相关关系,故而得出孝妇“必不杀姑”的判断。前引《折狱龟鉴》所载孙廉复核某劫盗之狱时,以其平日“趺弛不事”的表现来否定其为盗。很显然,孙廉认为被告平日“趺弛不事”的表现与其为盗是负相关关系。孙廉作出这一判断的逻辑前文已有阐释,此处不再赘述。

三是常人的理性行为。当事人的相关行为应当符合常人的理性,特别是故意犯罪案件中,被告的行为更应如此。被告相关行为符合理性,其与争议事实的关系才是正相关关系,否则就是负相关关系。《仁狱类编》所载一案司法者就是基于被告的行为不符合理性而认为其犯罪的可信度较低。

许襄毅公进官山东时。单县有田作者,其妇饷之。食毕,死。翁姑曰:“妇意也。”陈于官,不胜箠楚,遂诬服。自是天久不雨。公曰:“狱其有冤乎?”乃亲历遍审狱囚。至饷妇之狱,乃曰:“夫妇相守,人之至愿;鸩毒杀人,计之至密者也。焉有自饷于田而鸩之者哉?”遂询其所馈饮食,所经道路,妇曰:“鱼汤米饭,度自荆林,无他异也。”公乃买鱼作饭,投荆花于中,试之狗彘,无不死者,妇冤遂白。即日大雨如注。^⑨

本案中被告自饷于林的做法与毒杀其夫的事实是负相关关系。因为谋杀只有秘密进行,才更容易逃避制裁。自饷于林的公开杀人很容易被发现,不符合常人理性。同样,程勘审理的案件中,被告将被害人之尸置于自家门口的做法也不符合犯罪人的理性。因而与争议犯罪事实都是负相关关系。

四是日常生活经验。相关事实是司法者的一种生活经验,争议事实与其相符,两者的关系就是正相关关系;如不相符,两者关系则为负相关关系。清代

一则案例中司法者对争议事实的判断即是遵循这一思路。该案案情如下:

嘉庆十二年,有入赘岳家的霍丘县人范寿子失踪,其父报官。县审认定范寿子于正月十三日夜间被范顾氏与杨三凶殴致死并支解煮成肉汁。府审无异,招解到司。复审者疑曰:“范寿子正月十三夜同妻母弟诸人出观灯,灯散回家。乡间虽无更鼓,应有二更时分矣。又他往斗牌返,已三更矣。返后范顾氏与杨三及母弟诸人商定,各持械将范寿子凶殴致死,已四更矣。又将尸支解,煮成肉汁,捞骨烧灰,然后弃埋漫地。人肉未经煮过,猪肉则所常食,每烹煮必须一二时方熟,若要熬成肉汁,非昼夜不能。四更至五更,为时几何?此不确之大端也。”^⑩

本案中初审认定范寿子被杀,因为没有被害人尸体,故而被告供称的被害人尸体被支解并熬成肉汁就成了需要确认真伪的争议事实。本案的相关事实是猪肉被熬成肉汁需要一昼夜,而争议事实是被害人尸体被支解并熬成肉汁只有两更时间。据此,在复审者心目中,相关事实与争议事实构成了负相关关系,原审认定的被害人被支解熬煮肉汁不可能发生。而复审司法者之所以认为猪肉被熬煮成肉汁需要一昼夜,是依据日常生活经验而得出的认知。

需要说明的是,中国古代司法中非常倚重的五听折狱也是以情折狱的一种特殊表现。司法者观察到的当事人表情是相关事实,其与争议事实的关系可能构成正相关或负相关的关系。前引清代东湖某妇逼姑致死案中,新令观察到了被告神气静雅,就认定必非逼死其姑者。即是将是神气静雅与逼死其姑的关系视为负相关关系。司法者之所以会如此认为,是因为他相信一个人如能逼人致死,其表情应当是凶悍暴戾的,而被告的表情与此相反,故而被告事实不可信。

考察上述无罪推定案例发生的情形,我们发现司法者之所以能够发现有罪认定中存在的问题,是因为司法者受到以情折狱传统的影响,认识到相关事实与争议事实之间的负相关关系。据此对争议事实作出否定其真实性的判断,从而启动对被告的释冤程序。

三、无罪推定的当代意义

(一)当代冤狱及形成原因

1. 当代冤狱的种类

当代冤狱的表现同古代冤狱一样,也有两大类。

一类是错将犯罪未发生误认为犯罪已发生并将无罪者错定有罪。这方面最典型的案件是湖北佘祥林杀妻案。该案所谓的被害人佘祥林之妻张在玉离家出走。但侦查机关错将他人尸体认定为张在玉尸体并进而认定佘祥林是杀妻凶手。在证据不足的情况下没有判决佘祥林无罪,而是采取罪疑从轻的办案思路,判处其有期徒刑十五年。直到后来张在玉从外地回来,冤案才得以平反。

另一类是面对已经发生的犯罪,司法机关错将无辜者认定为有罪者。这方面最典型的案件是呼格吉勒图案。该案被害人杨某某被强奸杀害,公安机关认定报案人呼格吉勒图是凶手。在证据明显不足且有矛盾的情况下,司法机关将呼格吉勒图判处死刑并执行,连罪疑从轻都没做到,直接罪疑从有。冤案发生十年后,真凶赵志红现身并承认杨某某案是其所为。此后又经历了数年反复,呼格吉勒图冤案始获平反。

2. 当代冤狱形成的根本原因

对于上述冤狱的形成原因,法学界已作过大量研究。其中一个重要观点认为刑讯与变相刑讯是冤狱的主要推手。因为上述冤案的办理过程都有共性特征:即司法者先刑讯被告,迫其招认犯罪过程,再根据其有罪供述来收集相关实物证据。如无法收集到相关证据,就诱逼被告提供,从而造成所谓的主要证据印证一致的假象。但是刑讯逼供乃至逼证都只是司法者的外在行为,其内在动因是什么,这是值得探究的问题。笔者认为,司法者违法采用刑讯的动因是其对犯罪嫌疑人的有罪推定心理及错误的以情折狱思路。有罪推定有两种表现,第一种是在犯罪确已发生的情况下,倾向于认定犯罪嫌疑人或被告有罪。如呼格吉勒图案的办案人员就是这种思路。办案人员为何会产生有罪推定思路,这源于他们不同于普通人的地位。对于一起刑事案件,从普通人的角度来看,当然希望发现真实,被告有罪就应认定有罪,无罪则应认定无罪。办案者自然也希望发现

真实,但却与普通人有所不同。审理结果如认定嫌疑人或被告无罪,则意味着案件未破,原告仍会上控,办案者还须继续侦查案件;相反,如认定嫌疑人或被告有罪,办案者就有破案之功,而无再审之劳。这是司法者特别是侦查人员倾向于对嫌疑人或被告作出有罪推定的心理基础。

有罪推定的第二种表现是在未知犯罪是否发生时倾向于推定犯罪已发生,佘祥林案办案者的思路就是如此。从逻辑上讲,司法者如能确认犯罪事实没有发生,则可摆脱破案压力,因而,此种有罪推定原本不应成为司法者的倾向性选择。但实际上因为犯罪是否发生往往与犯罪是否由特定人员实施的事实杂糅在一起。通常表现为原告已经强烈认定犯罪已发生并要求司法者追究他们心中认定的有罪者。因而办案者在原告控诉的压力之下,往往会忽略犯罪是否发生的问题,而将关注点集中在犯罪是否由被指控人实施这一方面。如佘祥林案的侦查机关就是在张在玉家属强烈指控的压力下,草率认定无名女尸就是失踪的张在玉,在此基础上推定佘祥林就是杀害张在玉的凶手。^⑧

办案者一旦对特定人员形成有罪推定的心理,就会滑向错误的以情折狱思路,即以相关事实与争议事实的正相关关系来推定犯罪存在及犯罪为嫌疑人或被告实施,因为这样的思路与司法者的内心倾向是一致的。以佘祥林案为例:张在玉失踪后,其家人控告佘祥林杀妻。侦查机关面对被害人家属屡屡控告的压力,倾向于相信佘祥林杀妻为真。此时当侦查机关掌握了佘祥林与张在玉关系不睦的事实后,更加相信争议事实为真。按我们先前的分析,以情折狱只能以相关事实与争议事实具有负相关关系来否定争议事实,一般不能以正相关关系来肯定争议事实。因为犯罪的发生是小概率事件,而与其正相关的事实只是其发生的众多条件之一。两者因果关系很弱,不能由因推导出果。具体到本案中,佘祥林与张在玉关系不睦是因,但仅有这一个因,推导不出佘祥林杀害张在玉的结果。司法者以两人关系不睦得出佘祥林杀害张在玉的判断,是以情折狱的错误运用。

司法者错误以情折狱,其消极作用还表现为对

其后续办案心理产生不当影响。他们会对案件中的有罪证据和无罪证据持有不同的态度。不愿意认真听取嫌疑人的无罪辩解,认为其辩解是狡辩,并进而对其实行刑讯逼供。当嫌疑人不能忍受刑讯之苦而做出有罪供述时,办案人员会有意无意忽略嫌疑人可能是被迫自诬的事实,而认为有罪供述是在理屈词穷、无可狡辩之时的自供,因而更可信。甚至对有罪供述的矛盾之处或不合情理之处也都自觉或不自觉的予以忽视。如呼格吉勒图的有罪供述称:“我从被害人身后用右手捂杨某某嘴,左手卡其脖子同时向后拖动两分钟到隔墙”,而这份供述与尸体检验报告所述的“死者后纵隔大面积出血”伤情不符;呼格吉勒图还供称在杨某某被担在隔墙上、头部悬空的情况下,用左手卡住杨某某脖子十几秒钟,与“杨某某系被扼颈致窒息死亡”的尸体检验报告结论不符。^⑫对上述证据存在的矛盾,司法者没有做出合理解释,而是直接认定被告犯罪成立,从而酿成冤狱。

可见刑事案件审理中的刑讯逼供及司法者偏信有罪证据而忽视无罪证据是当代冤狱形成的直接原因,而司法者不自觉地遵循有罪推定办案思路及错误以情折狱则是形成上述直接原因的间接原因。

(二)古代无罪推定的当代借鉴

我国当代法律虽具有一定程度的无罪推定精神,但它只影响到法院生效判决前被告的地位及法院判决应当如何作出。从理论上来说,它是可以预防法院在证据不足时将被告错判有罪。但问题是在刑事案件的侦查与检察阶段,办案人员可能已经将疑罪甚至是无罪案件办理成有罪的铁案。因而立法上的无罪推定原则并不能保证法院将疑罪案件查找出来并作出无罪判决。事实上绝大多数冤狱最后都是经过法院判决认定的。因此,我国当代冤狱产生的主要环节不在于法院最后的审判阶段,而是在案件的侦查阶段。而中国古代的无罪推定思维产生的场域主要就是在案件侦查过程中,因此它对于冤狱的预防与平反就比当代法律中的无罪推定原则更有价值。借鉴中国古代的无罪推定办案思维,当代司法应当做到以下三点。

1. 培养司法者的平常心

当代司法机关应对从从业人员特别是侦查人员进

行职业思维培训。由于长期同犯罪分子打交道,侦查人员很容易对被告形成偏见。特别是受嫉恶如仇等朴素正义观的影响,司法者会对犯罪者持有仇恨心理。而一个满怀仇恨的侦查人员是很难冷静客观分析案件的事实与证据的。中国古代那些具秉无罪推定心理的司法者对犯罪者持的态度从来就不是仇恨而是怜悯。怜悯并不意味着会宽纵被告,但有怜悯心的司法者至少可以认真听取被告的无罪辩解,对错判无辜有罪有着强烈的戒备心理,从而对与被告有关的有罪证据和无罪证据能够一视同仁。当然在现实环境下,要求侦查人员将其对犯罪嫌疑者的仇恨之心转化为怜悯之念的跨度太大,短期内不易见效。但至少应当让司法者对嫌疑人养成一种平常心,而不能有仇恨心。法律职业者眼中只应有事实和法律,不应有仇恨。否则就会陷入有罪推定的泥潭中难以自拔。

2. 借鉴以情折狱传统

司法人员特别是侦查人员还应当养成以情折狱思维,以使自己的无罪推定思维能够有所承载,而不是存在于脑海中空泛的理念。借鉴以情折狱传统,司法者首先要认识到以情折狱只能以相关事实与争议事实的负相关关系来否定争议事实。司法者要特别关注那些有疑点的事实,充分考虑其与争议事实的负相关性。以聂树斌案为例,被告供述其勒死被害人康某某的女式花衬衫是其从一个收废品的人那里偷来的。这一事实与聂树斌案勒死被害人的争议事实即为负相关关系。据被告供述,其犯罪是临时起意的行为,不可能事先准备犯罪工具。即使准备犯罪工具,也不可能去偷一件女式花衬衫做工具。^⑬令人遗憾的是,对这一明显不合情理的事实,侦查机关没有考虑到其与聂树斌杀人的负相关关系,未能对指控事实产生怀疑。树立以情折狱思维,更要防止因行为人被指控的行为与相关事实具有正相关关系就轻易相信控告事实为真,并进而沿着这一思路去收集证据,而忽视相反证据。河南赵作海冤狱中,司法者仅凭赵作海与所谓被害人赵振响有矛盾,就从情理上推断赵作海可能是杀害赵振响的凶手,并实施刑讯逼其作出有罪供述。直到多年后赵振响现身,赵作海之冤才得以昭雪。^⑭从前文分析

可以看出,以情折狱只能从负相关关系否定争议事实存在。而在赵作海案件中,赵作海与所谓被害人赵振响有矛盾这一事实与赵作海杀害赵振堂的争议事实是正相关关系。本案中以情折狱的正确做法是如赵作海与赵振堂没有矛盾,则可以推定赵作海没有杀害赵振堂。司法者错误以情折狱,再辅以刑讯逼供,最终致冤案产生。

3. 分类存放证据

司法者对个案无罪推定意识的生产有两个条件,司法者要么在众多的有罪证据中发现无罪证据或罪轻证据,或者发现有罪事实认定的不合情理之处。但做到这两点并不容易。在古代社会也只是一部分司法者才拥有此种职业敏感性。当代司法实践中,具备此种思维敏感性的司法者同样不会很多。为了能让司法者更容易接触到无罪与罪轻证据,从而对特定案件产生无罪推定心理。司法机关应当对收集到的证据分类排列。具体要求如下:在案件侦查阶段,侦查机关对于收集到的证据应当将被告人无罪或罪轻的证据应归为一类,有罪或罪重证据归为一类。即使侦查机关有充分的理由认为无罪证据、罪轻证据不实,应当予以排除,仍然应当将其按原样保存于卷宗之内,并在上述证据后附上应予排除的理由。侦查终结后两类证据应完整移送检察机关。检察机关应审查全部证据,尤其要对侦查机关排除无罪证据及罪轻证据的理由进行详细审查,在此基础上出具检察机关的理由。在这一过程中,检察机关仍应保持证据的分类存放,并且在辩护人阅卷时允许辩护人查阅全部证据,特别是无罪或罪轻证据。而且连同侦查机关、检察机关对于无罪证据、罪轻证据的排除及解释都应当允许辩护人复制,当然法律另有规定的除外。检察机关决定向法院提起公诉后,在向法院移送案卷材料时,依然应当保持证据分类存放,以免法院先入为主,对被告人形成有罪推定意识。

结语

有罪推定与无罪推定是司法者对待案件事实审理时持有的两种心理状态。从中国古代的司法实践来看,有罪推定会造成冤狱,而无罪推定恰好相反,有预防和平反冤狱的功能。中国古代司法者的无罪

推定思维对于司法审判有着重要的意义。当代司法审判中,司法者的有罪推定心理同样存在。因此借鉴古代司法中的仁者司法与以情折狱的司法理念,可以消除司法者的有罪推定心理,培育司法者的无罪推定思维,能够有效地防止冤狱产生并平反已经酿成的冤狱。

注释:

①郭建认为冤狱可分为“无辜受罪”与“非法被害”两种情形,无辜受罪是由司法者造成的,非法被害是由犯罪人造成的。中国古代著名案例集《折狱龟鉴》称前者为冤枉,后者为冤抑。本文所称的冤狱系指前者。

②[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第31页。

③宋英辉主编:《刑事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第90页。

④(宋)桂万荣:《棠阴比事》卷上,清道光海类编本,第30页。

⑤(清)陆以湉:《冷庐杂识》,咸丰六年刻本,第324页。

⑥蒋铁初:《铁案如山与莫须有——中国古代诉讼中的双重证明标准》,《证据科学》2013年第5期。

⑦徐珂编撰:《清稗类钞·狱讼》,中华书局1984年版,第1108页。

⑧《汉书·于定国传》。

⑨(宋)郑克:《折狱龟鉴》卷一,清嘉庆墨海金壶本,第6页。

⑩《宋史·薛奎传》。

⑪前引⑨,第5页。

⑫(五代)和凝:《疑狱集》卷三,四库全书本,第35页。

⑬前引⑨,第7页。

⑭(元)董鼎:《书传》,四库全书本,第340页。

⑮(宋)蔡沈:《书集传纂》卷六。宋刻本,第259页。

⑯《论语·子张》。

⑰(宋)宋咸:《孔丛子》卷二,明万历子彙本,第12页。

⑱(明)焦竑撰:《玉堂丛语·清官周忱》。明万历四十六年徐象耘曼山馆刻本,第65页。

⑲(清)蒲松龄:《聊斋志异》,清乾隆铸雪斋钞本,第626页。

⑳同上。

㉑《论语·宪问》。

㉒(宋)司马光:《资治通鉴》卷一百九十二《唐纪八》。鄱阳胡氏仿元刊本,第3693页。

㉓《旧唐书·刘德威传》。

㉔《后汉书·袁安传》。

⑤(汉)刘向:《说苑》卷五《贵德》,明刊本,第48页。

⑥同上注第50页。

⑦(清)朱骏声:《说文通训定声》,清道光二十八年刻本,第1443页。

⑧古人所言的“刑者不可复生,刑者不可复属”(《史记·孝文本纪》)正是这种担忧的体现。

⑨《左传·庄公十年》。

⑩《周礼·秋官·小司寇》。

⑪《隋书·裴政传》。

⑫(宋)郑克:《折狱龟鉴》:清嘉庆墨海金壶本,第19页。

⑬(元)佚名:《元典章》卷四十《刑部二》。元刻本,第739页。

⑭怀效锋点校:《大明律》,法律出版社1999年版,第262页。

⑮(清)王又槐:《刑钱必览》卷一。引自杨一凡主编:《历代珍稀有司法文献》第三册,社会科学文献社2012年版,第1217页。

⑯《清通典》卷八十四,浙江古籍出版社2000年版,第2649页。

⑰闫晓君认为:“传统司法官员受情理的影响,倾向性的对一方施加刑讯,并且对表面上符合自己情理判断的人施以重刑以确证自己的预期”,并认为情理判断对冤狱产生具有联系(载霍存福、吕丽主编:《中国法律传统与法律精神》,山东人

民出版社2010年版,第496页)。笔者同意闫晓君的情理与冤狱有关的观点,但不认为冤狱产生可以归责于情理折狱本身,而应归责于司法者对以情折狱的错误运用。

⑱(明)窦子偁:《敬由编》卷十一。明万历三十九年刻本,第415页。

⑲(明)冯梦龙:《智囊补》卷九,明积秀堂刻本,第323页。

⑳陈重业主编:《折狱龟鉴补》卷三,北京大学出版社2006年版,第411页。该案的实际情况情况是范寿子出走时未与他人言及,其父报官。官府审理时迫使被告交出尸体,受讯者熬刑不过,就供说尸体是煮了烧了。范顾氏与众人也都供熬刑不过,因此诬服。至于血衣残骨凶器从何而来,吏役称因官员逼得紧,令杨三等人家属用猪血染衣,取家中刀锤及荒冢内枯骨送官作据。次年底,范寿子自河南回,杨三等人奇冤始雪。

㉑<http://www.xinhuanet.com/politics/2015-08/06/c-128098673.htm>。

㉒呼格吉勒图故意杀人罪、流氓罪,(2014)内刑再终字第00005号。

㉓聂树斌故意杀人、强奸妇女案,最高人民法院(2016)最高法刑再3号再审刑事判决书。

㉔<https://baike.so.com/doc/5365970-5601668.html>。

Presumption of Innocence in Ancient China and its Contemporary Value

Jiang Tiechu

Abstract: The presumption of innocence in ancient China means that when a certain situation favorable to the defendant occurs in the trial of a case, the judiciary will presume that the defendant may be innocent. The presumption of innocence can be divided into the presumption of innocence to the defendant and the presumption of innocence to the criminal facts. The presumption of innocence can prevent the formation of unjust imprisonment, and can also redress the already unjust imprisonment. Its cultural basis includes the judicial idea of benevolence and the judicial tradition of judgement based on sentiment. The fundamental reason for the formation of unjust imprisonment in contemporary China is the presumption of guilt of the judiciary. Drawing on the ancient judicial tradition, we should try our best to cultivate the judicial personnel's thinking of presumption of innocence and judgement based on sentiment. In practice, the judicial organ should also classify the evidence of innocence and misdemeanor separately when preserving and transferring the evidence.

Key words: Presumption of innocence; Unjust imprisonment; Judgement based on sentiment; Evidence