

我国刑事司法制度中的卸责机制

——以法院和法官为中心

高童非

(中国政法大学刑事司法学院,北京 100088)

摘要:由司法行为带来的责任包括法律责任、政治责任、道德责任等,这些责任在不同主体之间流动。司法规律和司法体制塑造了将责任汇集于法院最终由法官个人承担的责任分配体系。成为归责中心的法院和法官往往将自身压力往他处转移,形成以法院和法官为中心向四周其他主体扩散的卸责机制。卸责的手段主要有诉诸权威、规则依赖、对外转移和集体承担等。从机构层面看,法院通常将责任转移给检察机关和上下级法院;在个人层面上,法官则将责任转移给合议庭其他法官、陪审员、审判委员会以及被告人本人等。司法责任制改革在落实如何追责的前提下应当探索构建合理的卸责机制。相比于遇到瓶颈的“实体控制模式”,发挥程序功能对责任进行转移分担的“程序控制模式”效果更加显著且更易被法官所感知。

关键词:司法责任;以审判为中心;人工智能;认罪认罚从宽;陪审制;避责

中图分类号:DF82 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2019)05-0102-18

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2019.05.010

The Shirking Mechanism of Courts and Judges in China's Criminal Justice System

GAO Tong-fei

(School of Criminal Justice, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The responsibilities brought up by judicial actions include legal responsibility, political responsibility, moral responsibility, etc. The judicial law and judicial system have shaped the responsibility distribution system into a common pattern, which gathering the responsibilities to the courts, then ultimately putting the onus onto the judges. The courts and judges usually use some methods to transfer the pressure and responsibility to other subjects, which is called the “shirking mechanism”. The means of shirking mainly include resorting to authority, depending on the rules, transferring externally, sharing

收稿日期:2019-08-12

基金项目:国家社会科学基金项目“研究阐释党的十九大精神”专项课题“深化司法体制改革研究”(18VSI079)

作者简介:高童非,男,中国政法大学刑事司法学院博士研究生,主要从事刑事诉讼法学、证据法学、监察法学、法律史研究。

with others, etc. The court mainly transfers the responsibility to the procuratorate and the lower or higher court; the judge mainly transfers the responsibility to other judges, people's assessors, or defendants. On the one hand, the judicial responsibility system reform needs to find ways to investigate the responsibility; on the other hand, the reform should also explore to construct a reasonable shirking mechanism. Compared with the "entity control mode", the "procedure control mode" that sharing and transferring the responsibility by procedure is more significant and more operable.

Key words: judicial responsibility; trial-centered; artificial intelligence; pleading guilty; jury; blame avoidance

党的十八大以来新一轮司法体制改革的重中之重在于司法责任制的推行,司法责任制被视为司法体制改革的“牛鼻子”,对其他各项司法改革均具有牵引和统领作用^[1]。司法责任是由司法活动产生的责任,责任的主体虽然包含了法官和检察官,但正如党的十八届三中全会强调的,司法责任制是要“让审理者裁判,由裁判者负责”,在当前因错案而倒追责任的机制下,法官才是令案件“一锤定音”的裁判者,他们也因此成为主要承担责任的群体。同时,深化司法体制改革的另一项重大举措,即“以审判为中心”的诉讼制度改革要求法官行使实质性权力,如在刑事诉讼中这表现为认定被告人是否有罪的权力由法院行使并由法官通过庭审活动决定^[2]。这两项重要改革构建的是一个将责任集中于法院,最后由法官个人承担的责任分配机制,这对司法人员的心理需求和行为决策产生了影响。

本轮司法体制改革措施推行后,法官群体普遍感受到了较大的压力,并且对追责表示担忧。^①员额制带来的竞争、司法责任与所享有权利的不对称、司法压力的积累等因素加剧了法官的离职潮^[3]。不可否认,作为司法体制改革的基石,司法责任制改革对提高司法质量、效率和公信力具有决定性影响,但是如果不能在追究法官责任与完善司法人员职业保障上达致一定的平衡,一项积极的改革措施也可能带来负面效应。有学者指出了当前我国司法责任制改革中需要解决的两大重要问题:一是如何为司法人员减压;二是如何控制司法人员推卸责任和转嫁责任的现象^[4]。本文旨在结合我国司法权的运行机制,运用卸责理论就这两个问题进行初步的探索。

一、司法领域卸责理论的提出

在司法语境下,卸责意为责任主体通过程序或其他方式减轻由司法职务活动带来的责任。卸责本是一个司法活动中广泛存在的现象,并且围绕卸责存在诸多亟需厘清和解决的问题。本文通过对司法现象或者称之为经验事实的观察,以及对问题的剖析,进而提出关于卸责的理论,并且对该理论进行基础性的构建。法学理论可以分为两类:一类是解释性理论,即对现象或者问题进行解释的理论,因此又称为描述性理论或实然理论;另一类是规范性理论,主要是对制度建构、规则制定乃至体制改革提供理论指引的理论,又称为应然性理论。^②本文提出的卸责理论主要是解释性理论,但也包含了部分规范性理论。这一理论试图运用卸责的原理解释司法实践中的现象,以便更准确地理解一些司法程序设置背后的理念和目的,并以此对卸责机制的建构提供对策。

本文提出卸责理论是建立在对已有理论模式的反思上:第一,对司法权在不同主体间的运行进行研究时,学界较多关注的是以“揽权”为目的的利益博弈,而较少关注责任的相互推诿;第二,当前改革

^①某课题组在对司法人员进行调研时发现,65.5%的被调查对象认为,案件终身负责制对司法人员心理压力有较大影响。部分司法人员不能理性应对错案责任追究中的心理压力,担心责任追究的扩大化或者不公正处理,进而奉行消极回避的“鸵鸟政策”,或者为防止“引火烧身”,积极阻碍相关程序的启动。参见奚玮:《理性应对错案责任追究中的心理压力》,载《人民法院报》2019年7月11日第5版。

^②参见陈瑞华:《从经验到理论的法学研究方法》,载《中国法律评论》2019年第2期。

构建的是以“追责”为目的的司法责任制,而对于责任的分担和减轻则较少关注;第三,司法责任的认定主要是对相对静态的个人责任的追究,而较少关注动态的责任转移以及机构层面的责任承担;第四,司法责任制注重的是实体的责任控制,而未对责任的程序控制给予应有的重视。

(一) 视角:司法责任的动态考察

责任并非静态和固定的,而是动态地在不同主体之间流动和转移。譬如在刑事诉讼中,就宏观的机构层面而言,如果无辜之人在审查起诉阶段被作出不起诉决定,则侦查机关可能需要承担责任;如果无辜之人在审判阶段被宣告无罪,则侦查机关和检察机关可能应承担责任;如果无辜之人最终被定罪,则侦查机关、检察机关和审判机关都有可能承担相应责任。^①又如案件一审裁决后,作出裁判的机关对裁判结果负有相应的责任;在案件上诉由二审裁决后,责任则从一审法院转移至二审法院。这是最典型的责任在机构层面的流动途径,即从侦查机关向审判机关以及从下级法院向上级法院扩散和转移。就微观层面的个人而言,人的天性总体上是趋利避害的,都希望减少身上的负担,对于要承担后果的责任,通常会通过各种方式转移和消解,使个人承担的不利后果最小化。由于刑事案件的社会影响力相对较大,并且裁判结果可能是极为严厉的刑罚,故而在刑事程序中这种现象和机制更加显著和多元。司法规律和司法体制的要求使得承担审判工作的法官必然地成为了归责的中心,而行使定罪权的主体则将自身压力往他处转移,形成以法院和法官为中心,向四周其他主体扩散的卸责机制。

诚然,对被告人定罪量刑是法院和法官不可推卸的义务,但刑事诉讼程序中依然存在许多为法院和法官设置的缓解压力和转移责任的机制,其中部分是不合理的错误方式,但也有许多具有正当性。这些程序可能并非专为此设立,甚至制度的设计者都没有充分意识到该程序具有这样的功能,就像如今许多保障被告人权利的程序在一开始并不具有此种含义,而是在历史发展过程中逐渐被赋予新的使命或挖掘出新的功能。卸责功能虽不常被提及,但却实在地反映在制度的运行过程中,并且为裁判者内心所熟知。

(二) 术语:跨学科的对话

“卸责”(shirking)是经济学领域常用的一个术语,在司法责任语境也有学者将其称为“推责”,^②其字面意思是推卸责任,含有一定的贬义成分,不过本文所指的“卸责”是一个中性术语,是古今中外皆有之的正常现象,卸责行为和卸责程序并不必然是不正当的。法学界对司法卸责进行过一些初步的讨论,不少学者在对单个现象或制度进行研究时会关注到司法人员的卸责行为和司法程序的卸责功能,但是对此缺乏整体、专门和系统的研究,也缺少理论上的提炼和概括,对于卸责的态度更是存在一定的主观片面性。

国外政治学领域近来兴起关于政府官员“避责”(blame avoidance)行为的研究,避责就是规避责任,指的是“官员针对面临的或潜在的负面事件所采取的自我保护行为”。^[5]国内学者近两年开始关注这个领域,其中的代表性研究将避责定义为“政府各管理主体采取诸多策略规避由其职位带来的直接责任和潜在责任。”^[6]现代“风险社会”催生一种“有组织地不负责任”趋势,^③司法机关是广义的政府部门,同样置身于国家政治生态之中,法官和检察官的行为也存在类似的模式。

本文采用“卸责”这一术语而没有沿用“避责”,一方面是由于避责在理论上已经被学界界定为阻

^①需要注意的是,由于不同诉讼阶段的证明标准具有层次性,若是无辜之人被定罪,审判机关无疑应当承担责任,但不意味着侦查机关和检察机关必然要承担责任。参见杨宇冠:《论中国刑事诉讼定罪证明标准——以排除合理怀疑为视角》,载《浙江工商大学学报》2017年第5期。

^②参见倡化强:《事实认定“难题”与法官独立审判责任落实》,载《中国法学》2015年第6期。

^③参见 Gabe Mythen, Ulrich Beck: *A Critical Introduction to the Risk Society*, London: Pluto Press, 2004, p. 60.

碍创造力的消极行为,与“权责统一”的要求不相符,成为要被整顿肃清的官场不正之风,^①这与本文的描述对象不尽相同。行政活动应当具备主动性和创造性,如果行政机关和政治家都处在避责状态,则社会治理将遇到障碍,社会发展将失去动力。与行政行为不同,司法审判具有被动性,法院和法官处于消极中立的状态,遵循不告不理的原则。但是另一方面,司法人员又要深陷社会上出现的各种纠纷和矛盾之中,比行政人员承受着更大的压力。同时,司法具有终结性,司法机关原则上应当实体性地处理和解决争议,只要刑事案件诉至法院,法官就必须进行判断和处理,并存在不像行政机关那般的“不作为”空间。所以法院和法官的卸责只是部分卸责,并不会无视案件的存在完全逃避裁判权的行使,故而只要符合法定程序就不应当给予过于严厉的谴责。此外,避责中的责任可能是现实的,也可能是潜在的,而卸责则仅限于已肩负的责任。法院和法官本来就承担着审判的责任,司法人员只是试图通过程序将这种责任部分卸下,转移扩散给其他主体,而避责面临的可能是行政机关本不需要承担某种责任,因而采取措施规避这种潜在的责任。基于此,本文所称的卸责与政治学中避责的含义和价值不完全相同。

与政治学和公共管理领域注重个案中的决策和官员具体行为不同,本文并不着眼于法官具体的卸责行为,而是宏观地观察司法程序的卸责功能。虽然行政机关工作中也会运用到带有卸责功能的制度和程序,但其不仅零散,且不易观察,这主要由于行政程序的规范性远逊于司法程序。不过也需要注意的是,避责理论也完全可以用于解释法官等司法人员的行政性行为,并且司法行为和行政行为也并非泾渭分明,司法人员一条重要的卸责途径就是将责任和压力向司法机关以外的党政机关转移,而实践中党政机关也存在对这些来自司法机关的诉求进行“避责”的现象。

(三) 限度:揽权的另一面

本文将对刑事司法制度中带有卸责功能的各项制度和程序进行梳理,试图描绘出我国法院和法官卸责机制的整体轮廓,并且提供一种解读程序的视角,但本文不愿意给读者制造这样一种印象,即法院和法官总是在卸责。任何理论都有其限度,卸责理论只能用于解释司法实践中的部分现象。^②卸责只是法院决策的考量因素之一和法官决策逻辑的模式之一;程序的功能也是多元的,卸责也只是其众多功能之一。在涉及不同主体间的互动关系时,我国司法实践中大量存在另一种相对立的行为逻辑,那就是以“揽权”为目的的司法行为。从法院机构层面来看,法院和检察院在司法体制改革场域中存在权力的博弈,例如近期针对认罪认罚量刑建议是否应当精准化的争论就是两者对量刑裁量权的争夺;又如不同法院之间关于管辖权的争夺也是揽权的表现。从法官个人层面看,法官与陪审员之间形成支配关系,要求陪审员“服从于”法官决定同样也是揽权的行为。

揽权是卸责的对立面,本文强调卸责并非忽视揽权的存在,只是卸责比起揽权更不为人所熟知,认识到程序中潜在的卸责功能对把握司法体制改革的方向具有积极意义。与主动的揽权相比,司法活动中的卸责具有更多的被动性,程序本身设立的目的大多不是为了卸责,而是审判人员在压力下消极被动地通过程序进行责任和风险的转移。揽权呈现出更多是對抗性的博弈关系,特别是在地位和权力相近的司法机关和人员关系中,而卸责在很多时候体现的是非對抗的合作关系。最后,揽权和卸责也不是完全对立的,有时候是一种此消彼长的零和关系,例如最高法院收回死刑核准权,对最高法院而言这是一个揽权行为,而对其下级法院而言这就是一个卸责机制。

^①参见胡建森:《“避责思维”不是法治思维》,载《法制日报》2016年6月22日第7版。

^②此处的“限度”是指用理论解释行为和现象的限度,而非指司法活动中相关人员卸责的限度。责任的来源和类型复杂多样,卸责的方式和程度也各有不同,精准地为卸责行为划定限度是徒劳的,不过下文也将尝试为整体的卸责提供一些原则性规范,并且初步判断实践中既存卸责方式的正当性和合理性。

二、司法卸责机制的基本样态

以法院和法官为中心的司法责任流动分为两个阶段,第一个阶段是赋责,第二个阶段是卸责。赋责是来自各个渠道与审判有关的责任被施加到法院和法官处;卸责就是此后再通过不同方式和途径对外转移或部分消解责任。对卸责机制的基本样态进行描述主要围绕两个问题展开:一是卸的什么责;二是这些责如何卸。

(一) 责任的类型

审判案件的法院和法官会遇到各方面的压力,需要承担的责任也有不同的形式。当前推行的司法责任制强调的是法官应负的法律责任,但这只是其中一方面,法院和法官还面临着道德责任、政治责任等多方面的压力。在现代汉语中责任有两个层面的含义,一是应尽的义务职务等;二是应承担的后果。法律责任、司法责任等都是第二个层面的含义。本文指称的司法责任主要是司法人员因职务活动而承担的后果,但在特定语境中也具有司法人员应尽之职责的含义,这与通常意义上的“司法责任”含义相比更加宽泛。

1. 法律责任。由司法活动产生的责任其重要来源是法律制裁。我国《刑法》中的枉法裁判罪、徇私枉法罪等罪名的主体就是审判人员。如果法官故意违背事实和法律作枉法裁判,故意出入人罪,可能受到刑罚处罚。如今实行的司法责任制要求法官承担的责任也属于广义上的法律责任,除了刑事责任、民事责任之外,主要是纪律责任^[7]。司法责任制改革将以上多种类型的法律责任予以整合,设置了一系列程序对责任进行认定和追究,例如设立相对独立和中立的法官惩戒委员会对违法违纪的法官进行审查和处理。李少平大法官观察到实践中法律责任卸责机制的存在,他指出:“错案责任追究不当,会使法官时常处于被追责风险之中,有形无形会影响审判行为的独立性;法官害怕发生错案,会想方设法将案件决定权转交院长、审判委员会和上级法院,实现责任转移。”^[8]

2. 政治责任。当代中国政法体制的形成是党的领导体制进入并逐渐嵌入国家政权体制的过程^[9]。在我国特有的政法体制下,法院对个案的裁判须保持政治正确,主动服务于国家治理目的,而维护和保障社会稳定也成为司法机关的重要任务之一。具体案件的处理若涉及政治关切的问题,司法行动就会彰显政治逻辑。例如在涉诉信访案件中,时常出现“挂牌案件”“督办案件”,法院和法官就不得不考虑党政领导对于信访案件的批示^[10]。一些容易引发群体性事件的案件,如拆迁案件、环境污染案件、劳动纠纷案件等,存在当事人组织公开示威来表达其诉求的潜在可能,如果处理不当,则容易引发负面舆情,^①进而影响社会稳定,法院领导和法官也将因此承担政治责任。毋庸讳言,在此类案件中党政领导更多考虑的是如何解决问题维护社会稳定,即秩序价值优先于公平正义,因此他们的指示时常与法律不完全一致。事后对案件进行问责时,有关部门采取的也是政治逻辑而非法律逻辑。^②在此情形下,如果违背政法领导的批示,司法人员将承担政治上的不利后果,如果遵从指示裁判则可能在将来承担法律责任。面对此种两难的境地,法院和法官采取多种方式卸责,例如拒绝受理拆迁等涉及敏感社会问题的案件或对此作出没有实质解决纠纷的判决^[11];又如,党中央和最高人民法院相继出台规定,任何组织或个人如果在案件审理过程中以“法外”的方式“打招呼”,法院应当保留相关材料,全面

^①舆论可能对司法机关及其工作人员带来压力,使之承担政治责任,但是反过来司法机关也会通过媒体进行卸责,例如侦查过程中遇到来党政机关的压力时主动将情况告知媒体,以及审判前让犯罪嫌疑人电视上“认罪忏悔”在舆论上达到“与众弃之”的效果等,不过这些方法与无罪推定的要求不相符。

^②有学者指出,当政治家可以承受住舆论压力时,法官就可以得到保护,而当政治家不堪舆论压力时,法官就成了其转移舆论压力的牺牲品。参见周安平:《涉诉舆论的面相与本相:十大经典案例分析》,载《中国法学》2013年第1期。

记录,做到全程留痕、永久存储、有据可查。在法院难以抵制来自党政领导的压力时,该举措可以起到减轻自身责任的作用。

3. 道德责任。在我国无罪判决率极低的形势下,进入审判程序的刑事案件几乎必然导致对被告人施以刑罚。刑罚是最严厉的法律制裁,不仅极大限制或剥夺被告人的人身自由、财产自由甚至生命,还会使其家庭分裂破碎,对其亲友造成无可挽回的伤痛。传统儒家思想要求司法官员“哀矜折狱”,即在审判案件时应当心怀同情之心和怜悯之情^[12]。通常情况下法官都希望能避免对被告人处以刑罚,审判者在作出有罪判决时植根于人性之中的情感负担便是道德责任。这种道德情感上的压力在死刑案件中体现得最为明显,曾在最高法院挂职从事死刑复核工作的卢建平教授就在接受采访时通过讲述亲身经历将死刑复核法官内心的折磨淋漓尽致地吐露出来。^①此外,在中国传统观念中,福报与刑讼有极大的关系,报应论也深刻地影响着法官的心理。刑罚一直被认为是一项“凶”事,^②古代良吏尽可能避免适用死刑,因自己的决定导致他人死亡会使良心不安,若是错杀更会遭天谴冥报,即便死囚是罪有应得,其鬼魂也会来寻仇。^③虽然鬼神之说现如今已经式微,但这种报应观念绝非毫无影响,而是退居法官内心的隐秘深处不为外人所知。从陕西省高级人民法院辞职的死刑复核法官王磊的经历中可以看到这种观念的影子,据报道,自从参与死刑复核,王磊常常会被同一个噩梦惊醒,那些早已被处以极刑的犯人在梦里挣扎着对他说,他们是冤枉的。^④在施加刑罚乃至处死被告人时所背负的道德责任也是法官卸责的潜在因素,这在宗教观念影响较大的国家和地区尤为明显。^⑤

(二) 卸责的方式

法院和法官卸责的方式具有多样性,有的通过程序进行,有的仅与实体法的规定有关。在关注刑事司法程序中卸责机制在实践层面的运转之前,有必要在总体上对法官的卸责方式进行理论归纳。法院和法官卸责的核心在于对决定权和自由裁量权的控制,如果法院和法官有权决定是否判决有罪处以何种刑罚,就必须承担随之而来的责任,反之如果法院和法官将裁量权让渡给其他主体或减少自身的裁量权,其责任也相应地减轻。因此,本文主要关注的是以限缩裁量权为原理的合法卸责机制,较少关注如前文论及的拒绝受理、“笔下超生”作留有余地的判决^⑥等实体性处理方式或合法性存疑的举措。本文在此无意对卸责的所有方式进行描述,只是提出具有代表性的四种卸责类型,前两种是法官个人的卸责方式,后两种则适用于法官和法院。

1. 诉诸权威。将定罪量刑的决定权交托于神圣权威是古人解决纠纷时用于消解责任的最主要方

^①参见钱扬:《一个法官的自白:死刑复核,灵魂折磨》,载《人物》2015年第1期。

^②《周易·讼》有言:“讼,有孚,窒,惕,中吉,终凶。”参见《周易译注》,周振甫译注:中华书局出版社1991年版,第31页。

^③参见《学治说赘·福孽之辨》,载汪辉祖:《汪龙庄先生遗书四种》(第1册),清光绪十二年(1886)山东书局刻本。对此,汪辉祖也有应对的卸责之法:“法在必死,国有常刑,原非幕友所敢曲纵。其介可轻可重之间者,所争止在片语,而出入甚关重大。此处非设身处地,诚求不可,诚求反复,必有一线生机,可以藉手”。参见《佐治药言·求生》,载汪辉祖:《汪龙庄先生遗书四种》(第2册),清光绪十二年(1886)山东书局刻本。

^④参见凤凰卫视:《一位中国“审死官”的告白:剥夺他人生命时内心也在颤栗!》, http://phtv.ifeng.com/a/20160415/41595002_0.shtml, 2018年5月8日访问。除了阴报之外,如今刑事案件的法官还可能受到罪犯及其家属的报复,近年来多起针对法官进行人身伤害的恶性事件也见于报。

^⑤一项对台湾地区法官的访谈也得出了类似的结论。法官在作出死刑判决时背负沉重的心理负担。参见张娟芬:《杀戮的艰难》,中国人民大学出版社2013年版,第9页。关于基督教国家的例子将在下文详述。

^⑥在死刑案件中作留有余地的死缓判决是极具中国特色的卸责机制,已有学者指出该做法是法院应对党政领导等外部压力的应对之策。参见陈瑞华:《留有余地的判决——一种值得反思的司法裁判方式》,载《法学论坛》2010年第4期。

式,如神明裁判、天子决狱都是运用该模式的典型例子。其原理在于由掌握生杀大权的权威主体判定罪责施加刑罚可以免除或减轻普通司法官吏的责任。这些方式追求的不完全是绝对正确,而是形成一个无可指摘的结果使各方认可和接受判决。例子中的两种卸责途径在现代社会已经不复存在,但是诉诸权威的卸责途径以新的形式重新出现在司法领域。近来备受瞩目的人工智能技术已被引入司法领域,人工智能逐渐扮演原先上帝的角色,形成一种新型的“权威”,^①其得出的是一种相对合理又难以对其指责的结果。我国司法领域对人工智能的态度十分积极开放,司法改革的顶层设计者多次表态支持推动人工智能在司法领域的应用,^②实践中一些司法机关已经与科研机构合作开发出了人工智能应用产品,例如“上海刑事案件智能辅助办案系统”等。刑事司法实践中对计算机技术的应用较为成熟的是在量刑活动中,司法机关很早就运用电脑软件辅助量刑的确定,使刑罚尽可能精准统一。但是这类技术的应用一直以来就争议不断,一方面,计算机软件消除了法官的主观裁量空间,其正当性存有疑问;另一方面,由机器作出决定的模式形成算法支配审判的事态,这虽然可以部分解决法官推卸责任、转嫁责任的问题,但是由于其内部专业技术的复杂和外部商业机密的保护形成了“算法黑箱”,这种算法专制的局面又使得法官无从对结果负责。^③实务界对人工智能、大数据等科技手段态度积极,部分原因也是将其作为一种卸责的途径。试想一种极端情况,倘若随着技术的发展,刑事案件法官只需要按照一定格式输入某些参数即可得到精确的判决,则法官在法律适用上便不再承担责任。目前为了统一法律适用做到类案同判,法院推行关联案件类案强制检索的做法一定程度上也有卸责的功能,只是其不直接服务于该目的。

2. 规则依赖。“是法律而不是法官杀死了你”^④这句中世纪法谚揭示了裁判者严格遵循法律规定可以达到卸责的效果。显而易见,在罪刑法定原则的规制下,法律规定得越详细,严格依法办案的法官就越少地自由裁量,也就越少地承担责任。中世纪欧洲普遍实行法定证据制度的一个重要目的就是尽可能减少裁判者的自由心证,将其从沉重的心理负担和道德责任中解放出来。启蒙运动以来,法定证据制度受到了猛烈的批判,在我国该制度也一直被视作非理性的制度,但实际上我国的证明模式也带有很强的客观属性,法律法规对法官的主观判断进行了较多的限制,这一立法理念被学者称为“新法定证据主义”^[13],例如要求证据间相互印证的证明模式就是对法官心证的限制。在理论界对“印证”的规则提出诸多质疑的情况下,实务部门大多坚持这一做法,其中也有卸责因素的考量。对法官而言,机械性地适用印证规则可以有效地防控自身风险。这种行为逻辑在心理学领域被称为“规则依赖”,即官方体制内的个体严格按照规则行事避免承担责任^[14]。有学者在对裁判中的利益衡量进行阐释时指出它可使裁判者“不再觉得自己是一台机器,而是作为立法者的助手,担负着更高的责任,同时也享受着解决疑难问题所带来的自豪。”^[15]但是,这里并未完整地描绘出裁判者内心的全部图景。有研究表明,在获得荣誉的自豪感与不承担错误的风险责任之间进行利益衡量,公职人员大多自保为先选择后者。^⑤这种决策心理同样适用于法官,裁判者在行使自由裁量权时通常十分保守和谨慎。有田野调查显示,刑事法官并不待见所谓“自主性”,通常会排斥常识和经验等知识的运用,反而乐于在科层制司法

①这里有一个与之相似的例子:欧洲中世纪晚期出现了用于执行死刑的断头机,这一装置的发明极大缓解了刽子手在执行死刑时的道德责任。断头机不仅是一个方便执行的机器,更是一个卸责装置。将杀人交由机器来完成,此时机器就是权威的化身,是公正和不可抗拒的。作为该理念的延续,现代注射死刑相比于枪决而言也具有较强的卸责功能。参见杜君立:《现代的历程:一部关于机器与人的进化史笔记》,上海三联书店2016年版,第438页。

②参见邓恒:《人工智能技术运用与司法创新》,载《人民法院报》2017年12月14日第7版。

③参见季卫东:《人工智能时代的司法权之变》,载《东方法学》2018年第1期。

④该格言出自奥古斯丁,全文为“Cum homo juste occiditur, lex eum occidit, non tu”。相关论述可参见奥古斯丁:《论自由意志——奥古斯丁对话录二篇》,成官译译,世纪出版集团、上海人民出版社2010年版,第78-79页。

⑤参见倪星、王锐:《从邀功到避责:基层政府官员行为变化研究》,载《政治学研究》2017年第2期。

的运作下遮风躲雨,因为贸然彰显自主性无异于招致更多责任^[16]。

3. 对外转移。将定罪处刑的责任转移给其他主体是法院和法官最主要的卸责方式。由于法院和法官承担审判的职责,因此这种责任大多只能部分对外转移,司法机关通常不会将定罪的裁判权完全交由法官以外的其他主体行使,对此存在一个例外就是陪审团制度的设立。1215年第四次拉特兰会议禁止神职人员参与神明裁判后,代替上帝亲自裁断的欧洲司法官员面临着承担“血罪”等各项风险责任,^①开始实质接手审判工作的法官对此显得手足无措。^②在此情势下,英格兰将已有的陪审团制度推广开来,由十二个同地位之人负责裁判案件,原先推卸给上帝的所有责任和危险落到了陪审团的头上。陪审团不仅实现了与神明裁判相同的功能,也具有相同的性质。因为他们的裁决无需论证而形式化地被认可,人们无法质询其理由,更不用说去重启它。它约束法官,正如神明裁判曾约束他们一样。正是这种无法预测性并具有约束力的特性使得陪审团被视为一种新的神明裁判^[17]。就如雅各布提到的,十二个人对案件事实作出的裁决具有与上帝的裁判完全相同的地位^[18]。以上是法官个人层面对外转移责任的典型例子,机构层面的卸责也有着悠久的历史。如前所述,除了作出判决之外,执行刑罚尤其是死刑同样也是沉重的负担。中世纪教会法庭作出死刑判决之后,将罪犯交付世俗政权执行既是为了避免参与流血事件,达到卸责的目的。^③

4. 集体承担。集体承担是指将裁判或执行刑罚的责任与其他人共同承担,彼此分摊责任,达到卸责的效果。在群体的情境下,人们有时会失去对自己行为负责的感觉^[19],至少个体单独负责比多人共同负责要沉重得多,这与“法不责众”的心理逻辑相似。在司法裁判中,由陪审团集体作出决定、由多人组成合议庭共同决定等方式都属于此类卸责程序。集体承担的观念和程序还常见于死刑执行过程中。根据《礼记·王制》记载,我国从商朝开始就有“刑人于市,与众弃之”的做法,即以众人的名义处死他人,以群体的名义抵消杀人带来的不安并承担一切个人都不愿承担的报应和责任^[20]。我国古代通常都是在民众聚集之处执行死刑,除了起到教化和威慑作用外,在民众的欢呼、唾弃声中处死罪犯可以将杀人的道德责任与群众共同分担,而执行后的陈尸示众也有类似的功能。这些机制在其他宗教文明中体现得更加明显,伊斯兰教法中的石刑要求每个人都向受刑者投掷石头,一些地区执行绞刑时会让在场的所有人触摸绳索,其原理都是尽量让更多的人分担内疚和罪恶感,让共同体承担杀人的罪责。^④在当代,一些国家在死刑执行时仍然会为履职人员设置卸责程序。在2010年美国执行的一次枪决中,5名行刑的枪手各自挑选一支行刑枪,其中有一支枪装的是蜡丸空弹,5人同时开枪,这样就无法确定究竟是谁的哪一枪击毙了死囚。^⑤这些程序要求每个人都用石头砸向罪人或同时开枪,这与陪审团最初的“一致同意”表决原则的理念是相通的,即将所有成员紧紧地绑在一起共同承担责任。

三、以法院为中心的卸责机制

刑事诉讼中的卸责机制存在于两个层面:在机构层面,责任是以法院为中心,向其他机关扩散;在个

①有关血罪的论述参见倡化强:《形式与神韵:基督教良心与宪政、刑事诉讼》,上海三联书店2012年版,第52-62页。

②参见罗伯特·巴特莱特:《中世纪神判》,徐昕等译,浙江人民出版社2007年版,第180页。

③参见彭小瑜:《教会法研究》,商务印书馆2011年版,第378页。

④参见卡尔·布鲁诺·莱德:《死刑:起源、历史及其牺牲品》,王银宏译,上海人民出版社2019年版,第74页。基督教社会也有类似的传统,《圣经》中记载当群众要求处死耶稣时,官员本丢·彼拉多希望回避处死耶稣的责任,他在众人面前洗手,并说道:“流这义人的血,罪不在我,你们承担吧!”众人答曰:“他的血归到我们和我们的子孙身上。”参见《圣经(和合本)·马太福音》第27章24-25节。

⑤参见《美国14年来首次枪决死刑犯5枪手同时开枪》, <http://news.enorth.com.cn/system/2010/06/19/004782776.shtml>, 2019年5月8日访问。

人层面,责任是以法官为中心向其他个人扩散。在司法程序中,责任向法官所在法院外部转移的方向主要有两个,一是横向卸责,即向其他平行的机构转移分担;二是纵向卸责,即上下级机构间的转移分担。

(一) 横向卸责机制:向检察机关卸责

我国刑事诉讼包含侦查、起诉、审判阶段,分别由公安机关、检察院和法院负责,依照宪法和法律的规定,三机关之间是“分工负责,互相配合,互相制约”的关系。要完成对被追诉人定罪量刑的工作需要三机关的相互配合,任何一方施加阻力停止诉讼程序,如撤案、作出不起诉决定、作出无罪判决等,被追诉人都不会得到有罪判决。这种诉讼模式将三机关“捆绑”在一起,在现有的证明标准和司法责任认定体系下,一旦无辜的被告人被错误定罪,三机关都将承担相应责任。前一个阶段负责的机关在将案件移交给下一个机关时,也随之将责任带给下一个机关,这属于责任的正向流动。正向责任流动的终点是法院,法院如果在判决时遇到一定的压力,特别是因证据不够充分而未能排除合理怀疑并因此陷入“定放两难”的困境,需要将决定的责任转移给其他主体共同承担时,其路径只有往前交给检察机关,以及转移给上下级法院。^①其中,法院将所承担的责任转移给检察院属于横向卸责机制中责任逆向流动的情形。

法院在审判阶段将责任和风险逆向转移给检察机关与其共同承担的方式有多种类型,其中之一是通过程序倒流的方式,如退回补充侦查、准许检察机关撤回起诉等。理论上说,一旦检察机关将案件起诉到法院,如果法院发现证据不充分应当依法认定证据不足并宣告被告人无罪。然而,倘若法院直接作出无罪判决,要承担来自检察机关的极大压力,因为有罪判决率是检察机关考核的最重要指标,如果起诉的案件被宣告无罪,公诉人员个人乃至整个检察机关都将承担不利后果,动辄宣告无罪将严重影响检察院和法院之间的关系。从另一个角度看,证据不足并不意味着被告人就没有犯罪,经过补充侦查是可能达到定罪证明标准的,这类案件如果直接作出无罪判决,不仅可能承担来自党政领导的“问责”,还有可能遭受来自舆论的压力。在这种情况下,准许检察机关退回补充侦查后再行起诉,或者在确定无法定罪的情况下由检察机关撤回起诉代替无罪判决,将案件决定权交还检察机关,可以起到卸责的效果。

除此之外,司法实践中法院还有主动邀请检察机关领导人员列席审判委员会发表意见,甚至会主动提请政法委召集检察院等机关举行重大疑难案件的协调会,一同商计对策。^②法院主动邀请检察机关出具检察建议或进行检察监督等做法也不鲜见,这些方式可以强化法院与检察院在决策时的联系纽带,共同承担风险和责任。

(二) 纵向卸责机制:向上下级法院卸责

上下级法院之间的责任转移现象十分常见,这在死刑案件、重大敏感案件中尤为明显。对此,我国古代就有很生动的例子。清代死刑监候制度中存在“斩绞大案,上司未有不驳”^③的现象,各级官员都不想监候人犯命丧自己手里,从而背负杀人的责任,所以这些官员在自己的审级尽可能地给犯人留下生机,将难题交给其他审级,这就使审级之间出现了博弈的关系。^④在如今,审级间的卸责机制也广泛存在于司法实践中。我国法院上下级关系是指导与监督,但实际上其中除了有着司法制度中安排的常规

^①实际上我国法院的横向卸责机制还包含执行问题,有关执行的卸责机制前文已有论及。在我国刑罚一般由司法行政机关、公安机关执行,除了死刑外,法院不负责刑罚执行。通过死刑判决剥夺被告人生命的决定会给法官带来很大的压力,因此在死刑程序中也存在一定的卸责机制。在法官个人层面,采取了作出裁判的法官与参与执行的法官相分离的机制;在机构层面,采取了检察机关现场监督共同见证的横向卸责机制。

^②参见蔡裴:《“狡猾”的法院:司法运作中压力转移现象透视》,载《中山大学法律评论》2011年第1期。此外司法实践中还存在专案的公、检、法“联合办案模式”,这也是集体承担责任的一种方式。

^③参见万维翰:《幕学举要·总论》,乾隆三十九刊本。

^④参见孙家红:《清代的死刑监候》,社会科学文献出版社2007年版,第317页。

审级关系之外,还带有浓厚的行政色彩,这些都为卸责提供了渠道。

1. 自下而上的卸责机制。自下而上的卸责机制有两类,一类是常规的渠道,主要是通过上诉和提审等制度实现;另一类是非常规的渠道,例如个案的请示、汇报等。对于上诉制度的存在对法官裁判和决策有何影响已有学者指出:由于错案追究制度和内部评价制度的存在,初审法院的审判人员努力钻研审判业务,不断提高办案质量,最大限度地减少错判误判,降低上诉率^[21]。这种观点无疑是正确的,上诉制度具有防错的功能,但是这并非上诉制度功能的全部,也不是裁判者内心活动的全貌。初审法院知晓如果案件的处理出现错误,当事人几乎肯定会提出上诉,最终案件的决定权由上级法院掌握,即便有错误也可以得到纠正和救济的机会,这样在作出判决时初审法院所背负的责任和压力会减轻许多。此外,提审制度也可以为下级法院提供卸责的渠道。提级管辖的案件并非都是上级法院主动要求下级法院上交管辖权,下级法院认为案情重大、复杂而报请提级管辖,往往也构成上级法院提审的动因^[22]。

除了法律规定的正式渠道外,实践中还存在大量的“法外”非正式渠道。法院在遇到令其为难的案件时不愿意自行作出决定承担相应责任,或者担心案件日后被上级法院改判或发回重审,会倾向于向上级法院请示、汇报,将面临的风险与上级法院分担。请示等机制是法官寻求自保的有效途径,因为经过请示报核的案件即便当事人上诉大多也是维持原判,很少发回重审或改判;而依上级法院答复作出判决,即使最终出现错误,承办人也会免受错案责任的追究^[23]。然而,上级法院也并非都乐于此道,它们较少会下达正式函件就被请示、咨询的内容进行官方的书面回复,大多情况下都是通过电话等途径以口头方式答复,甚至拒绝作出指示,以无需请示、不在请示范围内等理由退回下级法院,也就此将责任推回下级法院。

2. 自上而下的卸责机制。自上而下的卸责机制最主要是通过发回重审实现。根据法律规定,实体性发回重审的情形主要是事实和证据出现问题。法律问题由高级的法院统一适用,这本就是法院的职权,较少面临责任和风险,但是与犯罪有关的事实是客观的,这也是控辩双方争议的焦点,一旦证据存在问题导致事实认定出现偏差法院就将承担错判带来的责任。对发回重审的情形进行规制时,立法机关也有卸责方面的考量。事实不清、证据不足的案件往往都是当事人抗议最严重的,也是法院面临压力和风险最大的案件,将其发回原审法院重审可以有效地将矛盾原路导回,从而维护中、高级法院甚至是省、市级行政中心的稳定。譬如,轰动全国的许霆案、余祥林案本身在事实上没有太大的疑问,上级法院完全有能力查清并改判,但二审法院为了回避矛盾、转移压力从而将案件发回原审法院重审^[24]。正如学者指出的,发回重审成为二审法官“转移职业风险……推卸责任、回避矛盾的挡箭牌。”^[25]立法机关已经注意到了这个问题,2012年《刑事诉讼法》修改时将发回重审的次数限制为一次就是为了敦促二审法官直面矛盾,承担责任作出判决,以免侵害被告人的权利。^①不过实务部门也承认,这一修改导致法院在审理事实不清、证据不足案件时所面临的“定放两难”问题会更加突出,面临的信访等外界压力会更大^[26]。

由于法律只允许上级法院审理下级法院管辖的案件,而上级法院原则上不能将案件移交下级法院管辖,因此自上而下的卸责渠道较为单一。但这也不意味着除了发回重审之外就不存在其他的途径。自2015年起,最高法院开始设立巡回法庭,虽然这只是最高法院的派出机构,严格意义上说二者不属于上下级关系,但卸责机制的原理是相同的。一开始中央文件中划定的巡回法庭受案范围并不包含刑事案件,但是最终最高法院党组决定将刑事申诉、涉诉信访等案件纳入巡回法庭的受理范围。此类

^①参与立法的相关人员在说明理由时指出:“进入二审程序的不少案件,尤其是人民检察院提出抗诉的案件大多关系复杂、矛盾尖锐,处理起来比较棘手或受外界干扰较多,有些二审法官不愿意也不敢让案件在自己手中做个了断。因此,就以原审判事实不清,证据不足,裁定将案件发回重审,以此回避矛盾。”黄太云:《刑事诉讼法修改释义》,载《人民检察》2012年第8期。

案件都是矛盾和压力最为严重和集中案件,需要通过在全国其他区域设置的巡回法庭减轻最高法院本部涉诉信访案件的数量和首都北京的信访工作压力^[27],这样也有效地将最高法院处理和应对矛盾冲突的政治责任分流给其他地区的巡回法庭。

四、以法官为中心的卸责机制

司法责任制改革要求“完善主审法官、合议庭办案责任制,让审理者裁判,由裁判者负责”,并且禁止法院院长、副院长、庭长、副庭长等通过行政手段不正当干预案件审理。虽然实践中这些负有监督管理职能的领导依然对案件的处理结果产生重要影响,法院内部在司法裁判上一直存在着行政审批的机制,向领导汇报请求指示也构成法官个人的卸责途径,但本文这里关注的更多是在法律框架内的合法卸责途径,关于作为组织的法院与法官在卸责中的关系将在他处详细论述。

(一) 向其他法官卸责

法官最便捷的卸责对象就是法院内部同样拥有裁判权的法官,如合议庭的其他法官、审判委员会委员等。除了不常见的国家赔偿委员会外,我国审判组织主要包含独任制、合议制和审判委员会三种形式。由法官一人独任审判的案件主要是案件事实和证据没有争议、被告人认罪的案件,因此对卸责的需求很小,向其他法官卸责主要是在由合议庭审理的案件中。

1. 合议庭。若非出于效率和人力资源等方面的考量,相比于独任审判,法官通常更愿意采用合议制的方式审判。经调研得知,之前速裁程序适用比例较预期低的原因之一就是法官采取独任制审判的积极性较弱,不愿意独自承担裁判的责任。“共同负责”是合议制区别于独任制的典型特征,合议庭全体成员对外共同对案件结果负责,对内根据发表意见等情况按各自过错承担责任。当有多人共同承担责任时,法官要比自己一人承担责任时更容易作出决定,也就是说在作出决定时内心背负的压力和可预见的责任要小得多。

我国合议庭的评议决策规则是少数服从多数,该机制不像“一致同意”规则那样旨在消除分歧矛盾,而是在保留矛盾分歧的情况下得出一个令所有人接受的结果^[28]。在此机制下,一方面通过要求“共同”承担责任减轻每个合议庭成员的责任风险,如裁判文书中判决结果由合议庭所有成员共同签署,文书上并不记载持少数意见成员的观点。另一方面这种“捆绑”又是松散的,它允许持反对意见之人保留自己的观点和理由,并在日后追责时予以宽宥。在此机制中法官个人认为认定被告人犯罪事实的证据达不到定罪证明标准,但又不愿承担无罪判决带来的压力,则可以通过发表少数的无罪意见既避免无罪判决带来的政治责任,又避免了有罪判决带来的司法责任。

2. 审判委员会。法官通过将自己审理的案件移交给审判委员会讨论决定以规避社会、政治、舆论、人情等各种压力的卸责机制很早就被学者关注到^[29],并且已经有不少成熟的研究。例如,有研究指出审判委员会形成了一个责任真空地带或曰“责任黑洞”,使得法院、法官都可以逃避追责。^①还有学者通过实证研究方法对审判委员会遇到压力、风险时采取的应对方式进行“深描”。^②就法官个人而言,案件经由审判委员会讨论决定,日后出现问题承办法官承担的责任就小得多。根据相关规定,审判委员会讨论的案件主要是重大、复杂、疑难等裁判者需要背负很大责任的案件类型。审判委员会的存在就是为法院提供一个可以承载从各法官处汇聚而来的责任和风险的“容器”,其功能类似于政府的信访部门。不过,也有实证研究发现,实践中提交审判委员会讨论的案件实际上多数不是疑难复杂案件^[30],

^①参见 Xin He, Black Hole of Responsibility: *The Adjudication Committee's Role in the Chinese Cour*, Law and Society Review, Vol. 46, No. 4, 2012, pp. 681-712.

^②参见王伦刚、刘思达:《基层法院审判委员会压力案件决策的实证研究》,载《法学研究》2017年第1期。

像专业性很强的民事疑难案件提交审判委员会讨论的比例并不高,反而是刑事案件成了提交审判委员会最多的案件类型,如检察机关抗诉、拟判处死刑、社会影响重大的案件,^①而在这些类型的案件中裁判者无一例外都需要承担较大的风险和责任。这一现象表明,审判委员会讨论很多时候并非为了出具专业的意见为解决“高精尖”案件提供方案,而是为了让委员会成员集体承担决策带来的责任和风险。

既然审判委员会是责任和压力的“出气阀”,那么审判委员会成员也需要一定的卸责机制。首先,审判委员会是个人数众多的组织,通常由十余人至数十人组成,在这个遵循少数服从多数的庞大的机构中,决策事项的责任零散地落到每个成员头上。其次,审判委员会的议事过程中,成员附和他人意见,甚至未置一词的现象并不鲜见^[31]。司法责任追究的依据在于成员在决议过程中发言所起到的作用大小,在不确定的情况下保持沉默或简单附和显然是一条“安全之道”。此外,审判委员会也并非责任流动的终点,有学者指出,审判委员会并非总是被动接受压力和责任,他们面对社会、政治压力感到“负责不起”时,也会主动向上级法院或党政机关汇报请示以寻求卸责^[32]。例如,有实证研究显示在职务犯罪案件定案前审判委员会有时会请示纪委,以免承担政治责任^[33]。

(二) 向陪审员卸责

陪审团制度得以在英美法系得到大范围推行很大程度上是由于其在卸责方面具有得天独厚的优势。陪审团裁判出现之前的司法制度是将判决被告有罪的差事交给上帝,从而使人类免于战战兢兢地审判同类的义务。如前所述,英格兰采用陪审团审判取代神明裁判,由陪审团集体承担原先上帝的责任,将法官从道德恐惧中解放出来。^②英美陪审团由不特定群体组成,其裁判机制类似于“黑箱”,无需说明理由,并且决策结果无可非难,陪审员不必对裁决结果承担司法责任。时至今日,陪审团的卸责功能仍然被英美法系法官所认可,他们将陪审团作为自己的挡箭牌,使法官不必承担错误定罪的责任。

我国实行的人民陪审员制虽然与陪审团制度有很大差别,但在一定程度上也起到分担法官审判风险的作用^[34]。学者业已指出,通过在司法裁判中引入“民意”来增强民主色彩不仅可以分担法官的压力,甚至还可能被法官利用为应对舆论和民意,抵抗外部干预的壁垒^[35]。长期以来,人民陪审员的卸责功能被虚置了,陪审员不仅与法官同职同权,实践中还大量存在陪而不审的现象,导致法官反倒成为陪审员卸责的对象。2018年我国通过专门法律规范陪审制度,一系列新举措有助于疏通从法官到陪审员的卸责渠道。根据《人民陪审员法》的规定,适用陪审员审判的案件主要是涉及群体利益的案件、社会影响重大的案件、公益诉讼案件、重罪案件尤其可能判处死刑的案件等,不难发现,在裁判上述几类案件时,法官往往面临很大的外在社会压力和内在心理压力。陪审员的加入不仅可以有效缓解这种焦虑,还能达到增强裁判民主性、可接受性和公信力的目的。同时,法律新增了由法官三人和陪审员四人组成合议庭审理案件的模式,以上七人共同审理事实问题。在该模式中,陪审员人数多于法官,这样的安排使陪审员的心理优势和“存在感”有所增强。有学者质疑七人的人数安排,认为陪审员多于法官才能更好行使职权的逻辑缺乏合理性^[36]。不过,如果从摆脱责任的角度来看,这种安排就是必要的。由于合议庭表决遵循少数服从多数原则,陪审员占多数意味着作为整体的陪审员在形式上拥有对案件处理结果的决定权,这样法官在依据陪审员意见进行裁决时内心将获得更大的安宁,如此法院才能更有效地将压力和责任转移给陪审员,以陪审员的名义对抗和缓解外部压力,即告知施压者:“这是

^①参见左卫民:《审判委员会运行状况的实证研究》,载《法学研究》2016年第3期。

^②对此,梅特兰有过一针见血的评论:“它(陪审团)将法官从判决的职责中解脱出来。对于许多人来讲,这种仅凭自己个人意见就决定被告人有罪无罪的责任,都是不能承受之重、不堪忍受之苦。它拯救了中世纪的法官,不仅让他们免于承担道德责任,还使他们免受仇恨和世仇之扰。同样,它使法官免于从事从未尝试过的苦差事,即剖析证人证言这一充满危机的重任。”参见詹姆士·Q. 惠特曼:《合理怀疑的起源:刑事审判的神学根基(修订版)》,佘化强、李伟译,中国政法大学出版社2016年版,第236页。

陪审员的决定”。

(三) 向被告人卸责

既然法官在对被告人定罪时背负沉重的负担,担心犯罪事实认定错误滋生冤案,唯恐错误地对被告人施加刑罚造成不可挽回的后果,那要求被告认罪认罚显然是最理想的卸责方式之一。一方面,被告人认罪意味着承认自己实施了公诉方指控的犯罪行为,是对控方待证事实的“自认”,这样法官在认定事实时所承担的错误风险就小得多;另一方面,被告人承认犯罪甚至进一步认可刑罚,则相当于在自由意志下对自己人身和财产的“处分”,这样法官在预见到将来的刑罚时不必承受过多心理和道德上的焦虑。正如学者所言,有罪供述之所以可取很大程度上是因为其可使法官的良心安宁。^①

司法官员通过要求被告认罪进行卸责最为人熟知的方法是刑讯,这在侦查手段不发达,事实难以认定,道德责任又十分沉重的古代尤为重要。不同于陪审团制度,13世纪欧洲大陆采用以刑讯为特征的纠问制程序作为神明裁判的替代品。该机制原理在于强制被告人和证人提供信息,将刑罚的道德责任由法官转移至这些主体身上。我国古代针对被告人和证人的刑讯制度一定程度上也发挥着类似的功能。古代法定的刑讯大多是在证据基本充分的情况下启动的,^②被告人的供述起到的更多是类似“证据补强”的作用,成为刑罚正当性的依据。法定刑讯的目的主要不是为了获取供述的内容,而是为了让被告人认罪,质言之,其功能主要不在于发现事实真相,而是为审判官员提供卸责的渠道,发挥心理慰藉的功能。不过强迫认罪只能是下策,古代司法制度都会为犯罪者提供自愿认罪的机会,^③欧洲基督教国家要求犯罪之人忏悔,与上帝和好,中国也重视司法的教化功能。在如今禁止刑讯逼供、不得强迫自证其罪的时代,自愿认罪在卸责中扮演更重要的角色。著名刑法哲学家达夫就将刑罚理解为一种世俗的忏悔,并借此证成现代刑罚的正当性^[37]。

在采取自愿认罪进行的卸责上,美国的辩诉交易制度是该模式的典范,检察官和被告人在审前签署认罪协议,法官通常只需要对协议进行确认即可,几乎不用行使自由裁量权,其个人的风险和责任也随之大为减轻。我国近年来推行的认罪认罚从宽制度也具有类似的功能,在此类案件中,法官在作出有罪判决时的压力显然要比在被告人拒绝认罪坚持无罪辩护情况下强行定罪要小得多。该程序的重心从审判阶段转移至审前阶段,法官不仅让被告人自担风险,也将责任转移至负责协商的检察人员。

五、卸责的程序控制:反思与重构

至此,本文已经对我国刑事司法制度中以法院和法官为中心的卸责机制进行了理论归纳和全景式描绘。如前所述,我国法官不仅要面临“案多人少”的工作压力,还置身于司法责任这一达摩克利斯之剑下。不可否认,司法责任制改革对保障案件质量,规范司法权运行具有重要意义,但是司法制度对法官也应当体现更多的人文关怀,这也是卸责之于法官的重要意义。法官的卸责行为可能引发正当性质疑,但是如果一个程序本身包含了卸责功能,而该程序又是由法律法规确立的,则卸责就不应当被理所当然地“污名化”,理论界也就必须直面卸责的问题,主动构建合理的卸责机制,而不是听之任之或一概否定。合理的卸责机制追求的不是责任相互推诿最终形成无人承担的结果,而是在尊重司法规律、确保审判公正的前提下,充分发挥程序的卸责功能,切断不合理的卸责途径并疏通正当的卸责渠道。在减轻责任的方式上存在着责任的实体控制和程序控制两种模式,在当前实体控制模式遇到障碍

^①参见詹姆士·Q·惠特曼:《合理怀疑的起源:刑事审判的神学根基(修订版)》,佘化强、李伟译,中国政法大学出版社2016年版,第31页。

^②相关研究参见姜小川:《中国古代刑讯制度及其评析》,载《证据科学》2009年第5期。

^③如《睡虎地秦墓竹简·封诊式·治狱》载:“治狱,能以书从迹其言,毋治(笞)谅(掠)而得人请(情)为上,治(笞)谅(掠)为下,有恐为败。”参见《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1990年版,第147页。

的情况下程序控制模式应当发挥更大作用。

(一) 实体控制模式的失灵

不少学者都意识到在一定限度内减轻法官责任对构建和谐司法生态、增强法官职业保障具有良性作用,但是当前的司法责任制注重的是实体上的追责,相关文件规定了一系列法官应当承担责任的,而在减轻责任和压力的途径上,学界也大多主张在责任认定方面明确法官不应当承担责任的。上述方法属于司法责任的实体控制模式,即控制法官应当承担的责任本身的类型、数量、认定标准等实体内容。按照阶段和过程划分,责任的实体控制包含了责任的源头控制和责任的终端控制等。

1. 责任的源头控制。责任的源头控制主要是通过制定规则或设置程序规制、筛选法官应当承担的责任,控制其进入法官行为、业绩评价体系。在我国,源头控制方面首当其冲应当解决的就是如何减轻法官的政治压力。去行政化是本轮司法体制改革的主线和目标,中央采取了省级法院人财物统一管理、领导干预留痕等措施隔离不合理的政治责任,但是这些方法在现实中起到的作用相当有限。在当前政法体制下,法官不可避免要经常性地承担政治责任,各种行政指令仍然通过各种渠道涌入法院,领导批示能做到真正留痕和追究的更是寥寥无几。

此外,司法机关内部不合理的考评机制是造成法官“定放两难”的重要原因。最高法院、最高检察院负责人近来多次强调要取消批捕率、拘留率、无罪判决率、结案数等不合理的考核指标。可是即便如此,这些数据仍然大量存在于官方的报告中用于彰显政绩,也依然是评判司法机关工作质量的潜在重要指标,办案人员达不到这些指标的要求仍然可能承担行政上的责任。

2. 责任的终端控制。责任的终端控制是对追责结果的控制,涉及的是责任的追究和豁免问题。^①在审判责任方面,唯错案结果论的裁判结果中心主义追责模式一直以来饱受争议,对此有专家提议应当以故意或重大过失等主观过错为司法责任追究的要件^[38],也有学者进言从长远来看应当从是否存在过错的主观主义罪责模式过渡到以是否违反法律的客观主义追责模式^[39]。这些建议对阻断不合理追责,减轻法官压力都具有积极意义。然而,我国对法官进行追责是伴随着错案纠正工作开展的,错案结果是启动追责的推动力,纠错防错也是推行司法责任制的主要目的。^②因此,司法责任的追究必然带有政治考量,也定然呈现出结果中心主义的追责模式,完全符合司法规律和司法特点的责任认定体系在短时间内难以推行。

通过责任的终端控制减轻法官责任最重要的方式是豁免制度。我国目前尚未针对审判人员建立体系化的豁免制度,有关免除责任的内容只是散见于一些文件中,将因对法律法理或事实证据的认识偏差、因新证据导致改判、因法律政策的修改等原因出现的错误认定为不予追究的情形。这些规定实际上只是追责的补充说明,按照当前司法责任认定的逻辑和标准,即便没有此例外规定,出现这些情形法官也不会被追究责任。真正意义上的豁免权不仅应当免除大量的刑事责任、民事责任和纪律责任,并且认定责任时法官即使被认为存在主观过错也应当予以一定的豁免。^③如果不能排除对过失心理状态的追责,使法官在依照良心作出裁决时不必担心个人不利后果,则豁免制度就形同虚设。可以说,在司法责任制改革的背景下,我国并不存在实质豁免的空间。

^①将哪些情形纳入责任追究的范畴属于源头控制范畴,而以何种模式认定和追究责任则属于终端控制范畴,二者具有一定的关联和竞合。

^②李少平大法官指出:“错案是客观存在的,法官要对自己的审判行为和案件质量负责,裁判出现错误,倒查法官是否有责任也无可厚非”。参见李少平:《深化司法责任制改革应当处理好四个关系》,载《法制日报》2016年2月24日第9版。

^③根据美国最高法院通过案例认定只要法官没有在“明显缺乏司法管辖权”的情况下行事,即使法官采取的行为是“错误的,恶意指出的,或者是超越其权限的”也享有责任豁免,不能被追究民事或者刑事责任。参见谭世贵、张玲:《法官责任豁免制度研究》,载《政法论丛》2009年第5期。

我国司法责任的实体控制模式处于失灵状态,既无法有效追责,又无法达到减轻法官责任和压力的效果。究其更深层次的原因乃是司法裁判中权责主体不统一,即案件最终决定权很多时候不在签署判决书的法官手中,而是由相关领导或其他人员掌握。申言之,现有模式的追责主体通常不是行使决定权的主体。在此大环境下,无论将司法责任的种类、标准、要件设计得多么科学精妙都无法做到公正追责或合理卸责,责任的实体控制模式遇到了无法跨越的体制障碍。

(二) 程序控制模式的构建

在实体控制模式遇到瓶颈的情况下,本文关于卸责的研究可以为减轻法官压力、合理规制法官责任提供一个新的思路。与采用列举法官应当承担责任的情形并且为其设置例外条款的模式相比,通过程序进行卸责,即发挥程序功能实现责任转移和分担在缓解法官责任和压力方面效果更加显著,且容易被审判人员所感知,对于提升法官职业荣誉感可以起到直接作用。由于卸责是客观存在的现象,所以程序控制模式的构建并非设立新的制度,而是建立一个由多种卸责程序和机制组成的体系,并且对其进行系统管理。在减轻责任上,程序控制模式并非想尽办法利用程序卸责,其前提是阻断不合理不正当的卸责渠道。总体来说,构建程序控制模式需要弱化以法院为中心的卸责机制,优化以法官为中心的卸责机制。

1. 弱化以法院为中心的卸责机制。构建合理的卸责机制首先要切断不合理的卸责渠道。我国法院是行使审判权的专门机关,为被告人定罪量刑是法院不可推卸的责任,不应当以任何形式对外转移,其他机关和部门也不应主动干涉法院独立行使审判权。总体而言,以法院为中心的卸责机制缺乏正当性,应当予以弱化。在审判阶段撤回公诉、实体性发回重审等做法属于实体补救型程序倒流,这违背了司法规律应当予以规制^[40]。在事实和证据存在问题时法院应当改判或作出无罪判决,不应将案件决定权假手于人。

然而,倘若中央就司法权的配置进行宏观调整,将某类案件的裁判权交由特定机构裁断而实现的卸责则是值得肯定的。这方面最典型的例子是死刑核准权的统一行使。1979年《刑事诉讼法》规定死刑由最高法院核准,但是法律颁布不久这一权力就被下放到高级法院,直到2006年最高法院才全面收回死刑核准权,这一制度安排也延续至今。有学者已经意识到,这种变化不仅把死刑案件审判的权威汇集于最高法院,更把错判无辜者的风险以及死刑案件与生俱来的各种责难汇集于最高法院^[41]。诚如该学者指出的,将风险和导向中央机构具有一定的危险性,但是不应当忽视死刑核准权上移带来的卸责作用。将执行死刑的决定权集中在单一法院里训练有素的少数法官手中,可以有效缓解广大中层法院法官承受死刑裁决带来的压力和责难。^①

此外需要注意的是,弱化以法院为中心的卸责机制并非一味地将所有责任落实到法官个人,法院仍然应当为法官提供一定的保护。法院建构与运行的基本模式在理论上可以分为法院整体本位和法官个体本位^[42]。美国法院是法官个体本位的典型,在这种模式中,法官构成法院内部的基本单元,法院组织的构建和权力的运行都是围绕法官个体的审判活动进行的,由于选举制度的缘故,法官也以个体名义直接对外承担责任。我国长期以来形成的是法院整体本位的模式,法院内部形成严格的科层制,法官是法院体制中的成员,个人色彩和识别度并不明显。在这种模式中,司法裁决不仅是法官个人决策的结果,更多是作为机构组织的法院意志的体现,法官也不单独对外担责,而是先由法院作为整体对外负责,法院内部则实行集体负责制。当前司法体制改革诸多措施都是在由法院整体本位向法官

^①死刑复核制度是我国古代法律文明的重要体现,古代死刑由刑部等中央机构复核,但最终裁决权在“奉天承运”的皇帝手中,司法制度通过将死刑的压力和责任汇集到中央最后由掌握生杀大权的“天子”承担,实现责难的消解。如今最高法院的死刑复核也应当注重“终端”的卸责,例如死刑复核程序中引入陪审团裁决,同时培养法官缓解和抵抗此类压力的职业能力。现今许多法院内部都设有情绪宣泄室,还有法院购买专业的心理咨询服务,为法官安排定期的心理测试和辅导,还有的法院会为经常处理死刑案件的法官提供更长的假期用以调节压力。

个体本位倾斜,其策略是先从机关中遴选出优秀的人员进入员额,再给予更高的地位和待遇,最后由其单独直接承担责任。这种去行政化的改革路径遭受了一些质疑,有批评者认为我国不宜采取法官个体本位的模式,而应当采取法官主导的法院整体本位模式。^①这种看法是有道理的,尤其是在责任承担上更是如此。从内部关系上看,我国法院作出刑事判决之前需要经过行政审批,需要承担潜在责任的案件也多经审判委员会、专业法官会议讨论决定。这些行政性程序设置的目的是让这些机构或人员对案件结果进行把关,并承担审查的责任。这些行政性的决定实际上不是决定者以法官个人的身份作出的,而是以法院的名义集体作出的。因此,在确定法官的责任时应当按照其在决策中实际起到的作用予以认定,不能忽视行政力量在其中扮演的角色。从外部关系上看,判决首先是以法院之名作出并对外发布,判决书中也随处可见“本院认为”的表述。案件的评议记录收录于副卷中不对外公开,^②持异议的少数意见也不载入判决书,因此外界无法得知法官个人对案件的分析 and 意见。当前的司法体制改革在法院内部让法官独立行使职权独立承担责任的同时,对外应尽可能避免使法官个人成为直面舆论、政治压力的主体。法院应当作为一个整体共同抵御和缓冲外部压力,从而为法官创造行使权力的安全环境。此时,法院成为法官个人的卸责对象,在一定限度内为法官个体提供一层保护。

2. 优化以法官为中心的卸责机制。俗话说“堵不如疏,疏不如引”,对于法官压力和责任的处理原则应当是积极疏导,充分发挥司法程序中的排压、卸责功能,将压力和责任合理合法地引导向合适的主体,这是法官职业保障的应有之义。既然以法院为中心的外部卸责机制大多缺乏正当性,那么以法官为中心的卸责机制就需要发挥更大功用。当然,运用内部卸责机制分散责任可能会引发裁判主体和裁判标准多元化的问题^[4],但这是司法责任制改革必须承受的代价,况且引入认罪协商机制和司法民主元素等改革方向都具有正当性,符合新时期司法理念发展的趋势。由于前文已对以法官为中心的卸责机制进行了系统的描述,故此处仅举两例就改革和构建的方向进行说明。

先以陪审制和合议庭的改革为例。关于陪审制的改革工作正在全国范围内推进,《刑事诉讼法》关于合议庭人数等方面的调整也是在配合陪审制改革的实施。目前与陪审制改革有关的司法责任制构建还不明朗,《陪审员法》第27条规定了陪审员错案责任,只有在客观上违反法律法规,主观上徇私舞弊才会受到免职等“无关痛痒”的处分。可见,陪审员基本上是不承担司法责任的,但司法机关对陪审员仍然会进行一些考核和奖惩。就卸责而言,整体思路应当是赋予陪审员责任豁免,原则上减轻甚至免除陪审员除故意枉法裁判外的其他司法责任,如若不然则可能形成陪审员和法官相互推诿的局面,使陪审员的作用大为减弱,违背改革的初衷。同时,由于陪审员是非专业人士,他们依靠朴素的是非观和正义观判断,不能要求陪审员在裁决时给出详细理由。如果在七人合议庭中,四名陪审员认为无罪三名法官认为有罪,此时无罪判决可以不要求说明判决理由。

再以认罪认罚从宽制度改革为例。在认罪认罚从宽案件中,检察机关发挥了重要的作用,法院主要审查的内容是认罪认罚的自愿性、真实性和明智性,并且庭审的程序大为简化,时间大为缩短。法院不仅在定罪问题上没有裁量的空间,法律还规定法院一般应当采纳检察机关提出的量刑建议。在检察机关推动精准化量刑建议的背景下,司法实践中法官在刑罚裁量上也几乎不存在自由裁量权。法官普遍对这一现象感到担忧,一方面,中央层面在此类案件的证明标准上一直拒绝松口,坚持与普通案件一样适用最高的证明标准,然而法官普遍表示实践中此类案件的证明标准有所降低,坚持原先证明标准需要承受很大压力;另一方面,适用速裁程序的认罪认罚案件法庭审理时间通常只有五到十分钟,

^①具体理由参见顾培东:《法官个体本位抑或法院整体本位——我国法院建构与运行的基本模式选择》,载《法学研究》2019年第1期。

^②对于是否应当公开副卷中的内部讨论意见,尤其是合议庭的少数意见,有的法官担心,公开这些意见可能会使当事法官面临某种个人风险。有学者则认为公开这些材料具有强化法官的个人责任感并促进法律再发展的积极作用。参见刘仁文:《论我国法院副卷制度的改革》,载《法学评论》2017年第1期。

每个法官每日可集中审理十余个案件,对于这么多的案件是否会出现错误导致日后的追责法官普遍表示“后怕”。有学者指出,在法官注重犯罪控制和分配司法错误比率的制度角色没有得到根本改变的情况之下,如果仅仅将目光局限在证明标准的制度表达上,而不是从表达与实践互动的角度去寻找改革灵感的话,只会进一步加剧其不可操作性,最多只能起到“取法乎上,得乎其中”的折中效果^[43]。实际上,证明标准是用于评价法官裁判行为合法性的依据,如果在此类案件中对法官给予一定的免责,有关证明标准是否应当降低的争议就迎刃而解了。这种“免责”可以通过责任转移和分担来实现,既然在认罪认罚从宽案件中检察机关处于主导地位,按照权责统一的原则,应当由检察机关相关人员承担主导责任。^①

六、结 语

在司法责任制成为学术热点,各方积极探索如何归责的时候,学界对卸责问题却缺乏应有的关注。构建合理的卸责机制与司法责任制改革的精神并不矛盾,只有认识到卸责机制的存在,才能使司法责任制的改革具有更加明确的着力点。司法责任制改革也不意味着一定要做加法,还可以适当地做减法,在严格控制责任来源的同时在法律框架内提供缓解压力的渠道。尤其是在当前还没能完全实现“让审理者裁判”的情况下,程序的卸责功能显得尤为重要。需要澄清的是,本文并非在鼓励卸责行为,而是在观察一个司法权运行中存在的现象。卸责是无法通过法律规定禁止的,因为这是出于本能的决策逻辑。本文也并非在倡导设立卸责程序,只是发现程序中早已存在的卸责功能,这也是前文不惜笔墨梳理历史脉络的原因。从某种意义上说,刑事司法制度的历史也是裁判者寻求卸责的历史。关于司法程序中卸责机制的研究还存在很大的空间,本文只能算作是抛砖引玉。许多制度的卸责功能还没有被充分挖掘,并且司法制度中也存在以检察机关、检察官等其他部门和人员为中心的卸责机制,这些都留待后续进行研究。

参考文献:

- [1] 张文显. 论司法责任制[J]. 中州学刊, 2017(1): 39-49.
- [2] 陈光中, 步洋洋. 审判中心与相关诉讼制度改革初探[J]. 政法论坛, 2015(2): 120-128.
- [3] 宋远升. 精英化与专业化的迷失——法官额制的困境与出路[J]. 政法论坛, 2017(2): 101-117.
- [4] 季卫东. 人工智能时代的司法权之变[J]. 东方法学, 2018(1): 125-133.
- [5] MARKVS H. Reconciling Perspectives on Blame Avoidance Behaviour [J]. Political Studies Review, 2015, 15(2): 243-254.
- [6] 倪星, 王锐. 权责分立与基层避责: 一种理论解释[J]. 中国社会科学, 2018(5): 116-135.
- [7] 陈光中, 王迎龙. 司法责任制若干问题之探讨[J]. 中国政法大学学报, 2016(2): 31-41.
- [8] 李少平. 深化司法责任制改革应当处理好四个关系[N]. 法制日报, 2016-02-24(9).
- [9] 侯猛. 当代中国政法体制的形成及意义[J]. 法学研究, 2016(6): 3-16.
- [10] 吴英姿. 论司法认同: 危机与重建[J]. 中国法学, 2016(3): 186-206.
- [11] 贺欣. 为什么法院不接受外嫁女纠纷——司法过程中的法律、权力和政治[J]. 法律和社会科学, 2008(3): 66-97.
- [12] 徐忠明. 读律与哀矜: 清代中国听审的核心概念[J]. 吉林大学社会科学学报, 2012(1): 102-110.
- [13] 陈瑞华. 以限制证据证明力为核心的新法定证据主义[J]. 法学研究, 2012(6): 147-163.
- [14] 倡化强. 事实认定“难题”与法官独立审判责任落实[J]. 中国法学, 2015(6): 282-300.

^①参见刘卉:《在落实认罪认罚从宽制度中承担好检察主导责任》,载《检察日报》2019年4月22日第3版。需要指出的是,该文献中的“责任”更多是指“担当”。

- [15] 菲利普·黑克,傅广宇.利益法学[J].比较法研究,2006(6):145-158.
- [16] 谢澍.多元场域与一元惯习——刑事法官的角色诠释[J].北大法律评论,2016(2):70-93.
- [17] 罗伯特·巴特莱特.中世纪神判[M].徐昕,喻中胜,徐昀,译.杭州:浙江人民出版社,2007:181.
- [18] 罗伯特·雅各布.上天·审判——中国与欧洲司法观念历史的初步比较[M].李滨,译.上海:上海交通大学出版社,2013:44.
- [19] 古斯塔夫·勒庞.乌合之众:大众心理研究[M].冯克利,译.北京:中央编译出版社,2004:34.
- [20] 胡兴东.中国死刑制度史[M].北京:法律出版社,2008:36.
- [21] 顾永忠.刑事上诉程序研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2003:18.
- [22] 谢进杰.提审制的机理、效应与未来[J].法学论坛,2014(1):83-89.
- [23] 万毅.历史与现实交困中的案件请示制度[J].法学,2005(2):9-18.
- [24] 葛琳.刑事诉讼程序回转现象之反思——以检察院“退处”和二审法院“发回重审”为研究范例[J].西部法学评论,2010(6):84-94.
- [25] 陈卫东,李奋飞.刑事二审“发回重审”制度之重构[J].法学研究,2004(1):115-132.
- [26] 戴长林.完善刑事二审程序 发挥审判职能作用[N].人民法院报,2012-05-30(6).
- [27] 胡云腾.论巡回法庭的涉诉信访及其工作理念——基于第二巡回法庭工作的启示[J].中国应用法学,2019(1):1-15.
- [28] 李平.论少数服从多数的合理性基础中西之别及其成因[J].中外法学,2017(5):1138-1158.
- [29] 苏力.基层法院审判委员会制度的考察及思考[J].北大法律评论,1998(2):320-364.
- [30] 李雨峰.司法过程的政治约束——我国基层人民法院审判委员会运行研究[J].法学家,2015(1):1-18.
- [31] 左卫民.审判委员会运行状况的实证研究[J].法学研究,2016(3):159-173.
- [32] 王伦刚,刘思达.基层法院审判委员会压力案件决策的实证研究[J].法学研究,2017,39(1):80-99.
- [33] 邵六益.审委会与合议庭:司法判决中的隐匿对话[J].中外法学,2019(3):713-738.
- [34] 汪海燕,陶文婷.人民陪审员制度的价值与完善[J].中国应用法学,2018(4):32-44.
- [35] 彭小龙.人民陪审员制度的复苏与实践:1998-2010[J].法学研究,2011(1):15-32.
- [36] 左卫民.七人陪审合议制的反思与建言[J].法学杂志,2019(4):108-114.
- [37] 安东尼·达夫.刑罚·沟通与社群[M].王志远,柳冠名,姜盼盼,译.北京:中国政法大学出版社,2018:155.
- [38] 朱孝清.错案责任追究与豁免[J].中国法学,2016(2):25-47.
- [39] 陈瑞华.法官责任制度的三种模式[J].法学研究,2015(4):4-22.
- [40] 汪海燕.论刑事程序倒流[J].法学研究,2008(5):129-138.
- [41] 魏晓娜.以审判为中心的刑事诉讼制度改革[J].法学研究,2015(4):86-104.
- [42] 顾培东.法官个体本位抑或法院整体本位——我国法院建构与运行的基本模式选择[J].法学研究,2019(1):3-22.
- [43] 陈虎.制度角色与制度能力:论刑事证明标准的降格适用[J].中国法学,2018(4):105-123.



(责任编辑 陶舒亚)