孔杰荣(柯恩)教授:许志永是否真的被“依法”定罪？

http://usali.org/

英文原文请见孔杰荣教授 2014 年 1 月 29 日周二发表于南华早报（英文版）的特约专栏.

作者：孔杰荣(柯恩)

无论何时被问起最近中国针对人权活动人士的刑事审判，外交部总会回答说，该案是“依法”处理的。这话听起来信誓旦旦，但“依法”的确切含义是什么？于上周审理的许志永案被外交部称为“一起普通的刑事案件”，该案件为我们提供了一个探究该问题答案的契机。

显然，外交部所指的仅仅是许志永因涉嫌“聚众扰乱公共场所秩序罪”这一中国刑法下的普通罪名而被起诉的事实。从名称看，这一罪名不仅笼统，更是含糊不清。它的定义和适用取决于公安部门、检察官，并最终由法院决定。否则，政府未就何种行为是被法律所禁止的对民众予以充分警告，而且可以轻易地剥夺他们被中国宪法所赋予的言论、宗教信仰和集会自由的权利。

刑事司法运行往往会不可避免地涉及到自由裁量权的行使。在中国，哪些因素可以影响自由裁量权的行使？在适用法律的过程中必须依照哪些程序？将法律适用过程合法化又需要何种正规的审查机制？

对许志永的审判，空有“公开”审判之名，却行秘密审判之实。而且，对许志永的起诉决定也明显是因为许志永坚持自己是无罪的，而实施自由裁量权的结果。于此形成鲜明对比的是，北京市第一中级人民法院在本案同案被告王功权承认实施了所受指控的犯罪行为后，对其予以取保候审。王功权是许志永组织的新公民运动的支持者，坐拥百万家财。这一事实充分体现了中国共产党的传统口号“坦白从宽，抗拒从严”。甚至连一些民主国家的执法机构也推行这一做法。在中国，这一做法更是露骨地被奉为法律理论的信条之一。虽然王功权根据法条规定被取保候审，其自由稍微受到限制最长可达一年，但当局经常利用此条款悄悄地撤销指控。

实际上，在 2009 年因其领导的公益组织“公盟”涉嫌偷税罪而被羁押一个月后，许志永也同样获得了取保候审。在那时，显然受到其第一次经历的刑事拘留惩戒的影响，许志永在取保候审后表示，他仍会坚持不懈地反对政治迫害，但接下来可能会采取一种更缓和的方式。然而，他领导的新公民运动却令人钦佩，其行动日益英勇，很快便消除了任何有关他是否会坚持民主决心的疑虑。但恰恰是新公民运动的有组织但平和的公共示威活动导致许志永目前受到追诉。

许志永的庭审是否真的是“依法”进行的？答案当然是否定的。该案的审理在许多方面都违反了“法律”，但并未违背中国的实践操作。事实上，它无情地嘲弄了最近习近平和最高人民法院领导们强调通过公开、公正的庭审来核实证据，从而进一步预防冤假错案的一系列讲话。

不同于对薄熙来的“表演式庭审”，许志永在一个仅有 17 个座位的法庭中受审，其中被告人家属仅获得两个旁听名额，而他的支持者和外国媒体一律未能获得旁听资格。国内媒体对庭审基本上没有任何报道。此外，虽然被告人及其辩护律师明确就控方所提出的事实提出抗辩，但法庭拒绝传唤控方证人出庭，被告和法官因此无法通过询问证人来核实证据的真实性。法庭满足于将控方证人在审前所作的陈述在庭上照本宣科，写入法庭笔录，从而剥夺了辩护方证明这些陈述存在虚假和不准确之处的任何实质机会。即使是最好的律师也无法对一张纸进行交叉询问，而且，正如薄熙来案所展示的，一个人即使不是律师，也可以有效地运用中国法律赋予辩护方交叉询问控方证人的权利，只不过法院在实践中很少允许辩方行使这一权利。

比这更荒谬的是，法庭拒绝了被告人要求传唤辩方证人到庭的请求。为了确保庭审过程中无一人能够支持被告人的主张，法院还坚持对因同一罪名受到起诉的许志永的同事们进行分案审理，根据刑事诉讼法的要求，他们本应与许志永案并案处理。

为抗议法院裁定一再拒绝给予许志永依照中国法律所享有的各项保护，许志永和他的律师在庭审的证据调查阶段始终保持沉默。但是，他的确试图行使被告人做最后陈述的法定权利。不幸的是，当他发言的开头几个段落表明他不仅就审判的不公正性提出质疑，而且也质疑摧毁新公民运动，并且违反中国宪法压制言论自由所实施的羁押和起诉的合法性时，法庭打断了他的陈词并结束了庭审。

这进一步突显了许志永案的审理并非是“依法”进行的。他的最后陈述主张自己无罪，因为政府通过适用刑法来镇压平和的公共示威抗议剥夺了他在宪法下所享有的正当权利。违反宪法的定罪当然不可能是“依法”的。

的确，中国政府拒绝为其公民提供任何有效手段以便他们的宪法权利得到贯彻。中国共产党不允许法院审查政府行为是否违宪，而且长期禁止全国人民代表大会常务委员会履行职责，行使专属的宪法解释权。

许志永充分了解这一情形。2003 年，在大学毕业生孙志刚死于警方收容的丑闻爆出后，许志永等三名年轻的法学博士联名“上书”全国人大常委会，对臭名昭著的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的合宪性提出质疑，。该办法授权公安和民政部门在未经法官、甚至是检察官许可的情况下实行限制人身自由的收容遣送等措施。这一行动震惊了法律界。废止收容遣送办法本应该成为一个历史性的违宪审查决定，但政府为了避免这一情形的出现，主动废止了该项行政法规，对来自国内的人权压力做出了难得的让步。

为坚持其对北京一中院判决的抗议，许志永本可以放弃上诉而接受严苛的四年有期徒刑。他显然知道，在这样一个受政治操纵的案件中，获得公正的上诉审查的可能性是很渺茫的。但他决定上诉是十分正确的。习近平主席和最高人民法院的新领导人都是聪明且言出必行的人。他们接下去可能会意识到，对许志永的追诉彻底否定了他们过去一年中就“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的必要性所宣扬的一切。上诉法院到时也可能作出判决，认定不能将相关法条解读为禁止平和的示威抗议活动。

不管怎样，许志永的支持者可能效仿他在 2003 年的事迹，向全国人大常委会提交一份建议书，要求审查许志永案中所适用的刑法有关“聚众犯罪”的禁止性规定是否违宪。

在此期间，中外记者、法学专家和外交官应该向习主席和司法系统的领导提出这一问题：许志永案是否体现了他们所提倡的新型“依法”公平正义？抑或，这是否只是另一起冤假错案？

（作者孔杰荣/柯恩 Jerome A. Cohen，纽约大学法学院教授，纽约大学亚美法研究所共同主任，外交关系协会亚洲研究兼任资深研究员。英文原文请参 usali.org。亚美法研究所研究员蒋超翊译。）