

文字之外:冤错案件事实问题 纠正机制分析

刘 忠*

摘 要 普通刑事案件的复杂性可以通过与历史遗留性质问题的案件进行对比而得以展示。普通刑事案件发生冤错,主要在于事实认定,而非法律适用。事实认定,是一种无法完全用文字进行表述的内心体验。由于不同的经历、教育背景、职业利益等原因,侦查人员和审判人员对被给定的同一个案件事实,具有不同体验,往往形成认知分歧。案件复审,基本发生在原审生效多年后。原审亲历过现场,并与被告人和其他诉讼参与人有过直接、言辞方式的互动。复审只能依赖纸面阅读。由于时空的转换,原审和复审具有十年以上的视域跨度和认知差异,因此易形成事实判断对立。对于事实问题的认知对立,集中展示在如何看待“真凶”的出现。相对于政治和制度大叙事,以认知能力提高为视角,对于冤错案件事实问题判断和纠正机制的建立,具有更为基础的地位。

关键词 冤错 事实问题 体验 视域 认知

引 言

对于抽象的制度、主义,公众往往感觉有距离,不容易获得经验感受。对犯罪,则相反。犯罪构成不可能超出普通公众的日常认知水平,因此,刑事案件直观、具体,容易使人获得直观感受和同理心。公众往往以刑事案件切入政治,从各类冤案的发生,来观察、评价社会。因此,对冤错案件的纠正,有别于学院视域内将之作为一个诉讼程序现象的做法,决策机关主要从政治上考虑。

* 复旦大学法学院教授。本文系国家社科基金一般课题“当代中国政法改革中的机构职权配置”(项目编号:20BFX032)的阶段性成果。

基于历史经验,建国后不同时期,中共中央都注意对冤错案件进行纠正。2016年,中共中央提出“以发展眼光客观看待和依法妥善处理改革开放以来各类企业特别是民营企业经营过程中存在的规范问题”。〔1〕2018年民营企业座谈会再次提出“对一些民营企业历史上曾经有过的一些不规范行为,要以发展的眼光看问题”。由最高法院启动再审,先后对物美集团张文中等原判罪名撤销,改判无罪,对顾维军案件进行了部分纠正。相关经济犯罪案件改正,获得了极大的社会影响。《刑法》第三章经济犯罪类型之外的故意杀人、强奸、投毒等刑事案件,也有一批被纠正。各级法院先后“纠正呼格吉勒图案、聂树斌案、陈满案等重大冤错案件42件63人”,“按照审判监督程序再审改判刑事案件8051件”。〔2〕

近年纠正的普通刑事案件,与1978至1982年间纠正的历史遗留性质问题的案件有极大差异。本文首先对两类案件进行对比,以在比较中细致展示:普通刑事案件冤错的发生,主要在于事实认定。事实认定是一种无法完全用文字进行表述的内心体验,具有不同“前理解”的侦查人员和审判人员、原审人员与再审人员,无法对同一事实形成同一判断。认知分歧,集中体现在对“真凶”出现的认定之上。对案件有过亲历的原判,与仅能根据案卷中的文字理解案件的复审者,由于文字之外信息带入的差异,很容易对案件产生不同认识。通过对事实问题判断时认知分歧的分析,冤错案件纠正中的复杂性得以表达。

与评述刑事案件法律适用和民商案件不同,分析刑事案件证据事实问题,理想条件应该是与办案人有齐平视域,即:能完整阅读案卷,并与诉讼参加人有当面、言语的交流。最低限度是能阅读侦查卷、预审卷。而刑事案卷都法定不公开。因此除引证历史旧案和最高法院核准的赵志红、王书金案裁决结论之外,无法对个案完整的证据构成和事实认定进行具体评述。部分案例来自于调研和参与观察,为免给办案机关带来影响,仅就未具来源的证据片段传递出的微观制度逻辑进行展开。本文重心,不是学界已经有大量研究的冤错案件如何防止,也不是确定案件属于冤错之后,对于形成原因进行分析,而是以认定案件是否属于冤错的机制为对象,对观察进行观察,对分析进行分析,对评价进行评价。

一、以事实问题为中心的普通冤错案件

在案件纠正对象上,习惯用语是“冤假错案”。这一传统表达是对假案和冤错两类案件的混搭。以案件基础性事实是否发生为界,两类案件实际分处两侧。

假案,现实中并无真实的法益受损,犯罪行为并不存在。1971年美国Roe v. Wade案件,麦克维(Norma Mccorve)自称被强奸,要求堕胎。二十年之后承认自己是在两名德州大学法

〔1〕 中共中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》,中发〔2016〕28号,2016年11月4日。

〔2〕 周强:“最高人民法院关于加强刑事审判工作情况的报告”,载《人民法院报》2019年10月27日,第1版。

学院研究生协助下,挑战德州堕胎禁令,被强奸的部分是编造的,并没有强奸事实发生。^{〔3〕}1768年乾隆下令追查“割辫叫魂”案件。案件事实,由多种因素合力建构,尤其是发辩为清朝身体政治的敏感中枢,小案件激发了弘历的政治神经。上压、下顶,终成大案。但最终发现案件事实并未发生。^{〔4〕}

冤错案件,都是犯罪行为确已发生,但在犯罪主体、罪责认定、量刑时发生偏错。目前被纠正并引发广泛关注的案件,基本都是故意杀人或投毒杀人等案件,法医鉴定排除了自杀、意外事件、自然死亡,确定是一起以故意杀人为内容的“命案”,表明确有犯罪行为发生。

中共中央曾给出过冤案和错案的定义:“所谓冤案,即是冤枉了无辜的好人或者本人虽然有缺点、有错误但的确不是反革命分子的案件。”“所谓错案,即是那些根据政策和法律不应该逮捕而捕了和判了刑的案件,例如本人有罪恶、但已经坦白交代或已经做过处理、以后没有重新犯罪的案件,或者只有若干历史罪恶并无现行破坏活动的起义人员,如果逮捕判了罪就算错案。”^{〔5〕}在另一份文件中,有一个更为直接简单的定义:“错案,即犯人虽然确实有罪,但处罚确实有很大偏差的案件。”^{〔6〕}

2014年以来,各级法院启动再审改判的8000多件刑事案件,尚未有假案被报道。由于法学是对已经发生的行为、事件进行经验研究,而不是对未曾发生过的虚拟事态做预测,也不是对人为构建的未来行为进行想像式推演。所以,本文关注的只有冤错案件。

冤错案件的发生形态,又有巨大差异。1978至1982年,中共中央和各级党委纠正了大批历史遗留的冤错案件,产生了积极的效果。受此鼓舞,1982年《政工通讯》38期上刊载了一个建议,提出公检法机关都要经常注意发现冤错案件,“一经发现,就主动办,不要不管,也不要等上面发话才办。对该法办的案件也能这样主动办。要在实际斗争(中)锻炼政法干部那种刚正不阿的作风”。^{〔7〕}在近年纠正冤假错案时,在公共舆论空间,也多有呼吁以1978至1982年纠正冤错案件的力度,来大规模纠正刑事冤错案件。

1978至1982年纠正的冤错案,主要是根据地时期和建国以来不同时期,依据当时政策所产生的历史遗留性质问题的案件。2014年以后各级法院纠正的都是依据《刑法》所判决的普通刑事犯罪,两类案件差异巨大。普通刑事案件纠正时的复杂性,在两者比较中生成。

其一,多数历史遗留性质问题的案件,证据、事实问题基本无争议,分歧主要在政策、法律适用。1979年,平反胡风集团案件,其中贾xx,复查后认为贾确曾于1944年投靠汪精卫政府淮海省省长郝鹏举,任淮海省参议,曾向郝献“兴淮十策”万言书。复查人对原审这一事实认

〔3〕 David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, New York: W. W. Norton & Company, Inc., 12th ed., 2020, p. 2.

〔4〕 (美)孔飞力:《叫魂:1768年中国妖术大恐慌》,陈兼等译,上海三联书店2014年版,第231页。

〔5〕 《中共中央关于切实做好镇反检查工作的通知》(1956年11月13日)。

〔6〕 《中共中央转发最高人民法院党组等关于全面检查肃反工作的几个通知和报告的批示》(1957年4月22日)。

〔7〕 广东省高级人民法院:《统战政策文件汇编》1986年3月编,第17页。

定,进行了再次确认。但依据中央政策对定性进行改正。^{〔8〕}对普通刑事案件,原审与再审的分歧,主要是事实是否成立。

其二,近年启动纠正的强奸、故意杀人、投毒等普通刑事案件,都是案件事实确已发生,有明确的被害人及已死亡被害人的近亲属。对于有被害人案件,如果案件纠正,会出现一个两难:被告人及近亲属在申诉、上访,而被害人确实属于被害死亡,如改判,即导致案件无人负责,又易引发上访、信访。因此,案件纠正涉及利益平衡。

其三,普通刑事案件复审,需要使用各种手段,甚至重新启动各种查明事实手段中最强的侦查手段,因此主要由公检法机关进行细致的事实再认定。历史遗留性质问题的案件,主要是政策调整和落实政策,因此多数由组织部、纪委依据政策处理,部分涉及到法律问题的,由法院重新改判。

其四,普通刑事案件,因为主要是证据事实的重新认定,因此对于因事实问题进行的再审改判,设置了严格的证明标准。^{〔9〕}历史遗留性质的案件,基本不涉及证据事实问题,主要是政策适用。1978至1982年大规模平反时,总的出发点是“搞革命、搞建设,实现四个现代化,总是人多一点好”。工作原则是“问题性质介乎两者之间的,按‘可宽可严,宁可从宽’的精神处理”。即使涉及到事实问题,“要大处着眼,可以粗一点,每个细节都弄清不可能,也不必要”。^{〔10〕}

其五,2014年后纠正的故意杀人、强奸等案件,犯罪类型属于自然犯。这些犯罪,触犯的是社会共同体的生存条件,所以不管是哪个时代、哪个法系,都会认为是犯罪,较少随时间、政策的变化变易。历史遗留问题的案件,因时代和政策而产生。随着外部的军事、政治、社会环境变化,政策调整,原有的认定会被改正。^{〔11〕}

其六,由于历史遗留问题的案件,是对人物的身份、品质的评价,而不是对事实问题性质的认定,基本是“行为人”中心,而不是“行为”中心,因此往往采用非此即彼的判断标准,即通过反事实假设方式证明。

典型如潘汉年案。中央纪委复查认定潘汉年“内奸”不能成立。一个重要根据是1955年总理办公室副主任罗青长等三人小组检查了所有相关电报和文件,提出7大疑点和5大反证,其中一个:1945年,原本部署由新四军接应,在上海武装暴动,后中共中央经过考虑决定取消。潘汉年作为负责人对此事完全知道,如潘是内奸,上海地下党为什么没有被破坏。^{〔12〕}中

〔8〕 中共中央批转《公安部、最高人民检察院、最高人民法院党组关于“胡风反革命集团”案件的复查报告》的通知,中发〔1980〕76号,1980年9月29日。

〔9〕 1996年《刑事诉讼法》第204条限定四种情形。2012年修正后增加了“可能影响定罪量刑的”一条。

〔10〕 中共中央关于转发中央组织部等《〈贯彻中央关于全部摘掉右派分子帽子决定的实施方案〉的通知》,中发〔1978〕55号,1978年9月17日。

〔11〕 《中央组织部关于转发湖北省委组织部、省民政局党组〈关于处理中原突围时复员隐蔽和掉队人员的历史遗留问题的意见〉的通知》,中组发〔1981〕16号,1981年7月25日。

〔12〕 参见上海市委党史研究室:《潘汉年在上海》,上海人民出版社1995版,第365—366页。

纪委第一书记陈云亦认为:如果潘投敌叛变,不能解释为何刘晓领导的上海地下党能完整地保持到上海解放。^[13]

这种反证方式,对于历史遗留问题的案件认定,极有说服力。但对于普通刑事案件则无法适用,不能因为某嫌疑人被控强奸、杀死了 A,但工厂里还有妇女 B 和 C、D 没有被强奸、杀死,就否认嫌疑人对 A 的犯罪。

通过以上比对标定,可看出普通刑事案件的复杂性,所以,不可能采用运动式集中清查清理。在具体方式上,只能是个案的、证据的、事实上的重新确认。

二、侦查与审判对事实判断的认知分歧

部分实体法学者认为冤错案件发生,是因为罪刑法定原则被破坏。一些程序法学者认为是非法证据排除规则没有有效建立。这都是以文字为中心。实际的中心,在文字之外。事实认定,无关乎文字。

对于司法裁判,从形式逻辑三段论出发,传统上将法律作为大前提,将构成性事实作为小前提,判决为结论。在侦查、起诉和审判活动中,实际的心理线路是先确定事实,确定了构成性事实后,第二步是“找法”——寻找最贴近、最能套得上的犯罪构成。事实问题,实际上是形式逻辑的大前提。弗兰克跳出三段论套路,创制了一个著名公式: $R \times F = D$ (R 是 rule, F 是 facts, D 为 decision)。^[14] 在该等式中, F 变量(事实问题)不管在乘号先后,结果一样。这一公式对于案件构成事实问题在认定案件中的决定性,给予了更有说服力的描述。

事实是什么,相对于文字构成的规则,要复杂的多。



图 1

[13] 参见《陈云文集》(第三卷),中央文献出版社 2005 年版,第 483 页。

[14] 参见(美)杰罗姆·弗兰克:《初审法院:美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社 2007 年版,第 15 页。

图1的3个图片中,图①是一只面向左侧的鸭子还是一只面向右侧的兔子;图②是两张面孔侧影还是一个黑色背景中的白色花瓶;^[15]图③是老太婆还是一位侧脸少女。^[16]这些初级入门的心理学知识,对案件认定的一个简单提示在于,同一被给定材料,不同人会有不同结论,而每个结论都持之有据,彼此无法说服。一起案件,从侦查、批捕、预审、起诉、辩护、一审、二审,到被告人、被害人、已死亡被害人近亲属,不同机构、不同利益、不同视域的人,对案件的认识多元,多元认识之间的差异,使得对犯罪的认知多样化。

在一起案件中,改判理由之一是:原判认定的分尸工具菜刀和砧板,系侦查机关从被告人家厨房提取,当时距案发时间已有18天,而被告人仍将菜刀和砧板置于厨房使用,与日常生活忌俗相悖。此处认为的忌俗,是法官以本人作为正常的普通人的生活经验,来看待被告人。但如以普通人日常心理看被告人,对吃被害人尸体以及其他更残忍恶劣案件,^[17]即无法建立基本的事实逻辑。

对案件证据事实的认知结论差异较大,甚至对立,原因之一在于每个人的“前理解”。塑造“前理解”的因素,有出身、受教育状况、人生阅历、个人境遇、职业利益等各种因素。由于法官的产生机制,刑事法官较少有人实际从事过犯罪侦查,对于侦查实务极不熟悉,导致纠错时,对于许多行为,与侦查形成不同判断:

(1)案件前期调查笔录丢失。在“天网工程”建成前,接报发现尸体后,公安会调集大批警力,在案发地广泛了解情况。期间,会形成包括各种想像、怀疑,甚至一些“民间福尔摩斯”对案件进行大胆推理内容的大量前期询问调查笔录。经过现场勘验、尸检报告、线索排查等多个证据源汇集后,侦查方向大致确定,待嫌疑人到案后,经预审,达到侦查终结证明标准,向检察院移送起诉前,预审人员会对案卷进行整理(俗称“整卷”),将前期排查所收集、事后证明是无用的一些笔录材料,进行剔除。与案件完全无关的材料还会销毁。某女被害案中,最初被纳入排查对象的,是该女多个前男友,形成了大量材料。在DNA分型技术进步后,对遗留生物检材鉴定,查明是流窜作案者实施犯罪,即解除怀疑,材料销毁。

案件前期侦查情况,会在案卷中反映出来,被后手程序办案人知悉。2012年公安部取消破案程序前,侦查部门有一份法律文书《呈请破案报告书》。这一文书的意义在于,综合反映案件侦查情况,总结侦查工作经验。在实际功能上,也有助于未曾参与侦查、预审的检察官、法官全面理解案件,准确形成心证。《破案报告》中会有一些格式套话,如:我局接报后,主管刑侦副局长靠前指挥,调集多警种投入侦破。支队民警连夜在案发周边进行走访、摸排,短时间内形成七十多份笔录材料,最终锁定嫌疑人。

[15] (美)爱德华·E. 史密斯:《认知心理学:心智与脑》,王乃戈等译,教育科学出版社2017年,第103页。

[16] (美)E. 西尔格德、R. C. 阿特金森等:《西尔格德心理学导论》,洪光远译,四川人民出版社2021年版,第156页。

[17] 参见(意)切萨雷·龙勃罗梭:《犯罪人论》,黄风译,中国法制出版社2000年版,第88—105页。

缺乏经验的审判人员,发现案卷内没有前期调查形成的这些笔录材料,提出质疑时,如果距离案件侦查时间未久,侦查人员通常会能找到未入卷的材料,并给与说明。案件终审判决、执行后,未订入案卷的材料,搁置一段时间,就会在整理材料时被销毁、丢弃。如果相隔多年,复审案件法官提出同样要求,即很难找寻。没有经验者,会简单作出案卷材料丢失的结论。

(2)嫌疑人由不供到供述。是否曾经不供述,不供和供述次数的对比,会在审判时被特别重视。曾经不供,常被作为案件纠正根据之一。侦查实践中,大量嫌疑人被抓捕到案后,最初几小时甚至几天,基本不供述。即使没有任何反侦查经验的嫌疑人,基于朴素的自保本能,都不会一审即供。以至于酒驾被查获构成的是危险驾驶罪这种根本不依赖口供的行为犯,都有很多被讯问时不开口的人。重罪嫌疑人在审讯初期不供述、无笔录,在出示了相关证据后,心理崩溃开始供述,更是案件常态。因此,某一个嫌疑人曾不供述,这符合常人心理和日常审讯历程,是普遍现象。将之作为认定案件冤错根据,因果性过于微弱。

(3)翻供。刑事证明中,简单看供述或翻供,以及计算供述或翻供次数,并无意义。侦查阶段嫌疑人只是口口声声自称有罪,对于作案细节和经过,却完全不讲,这种自供没有意义。在孤证、少证的故意杀人案中,侦查讯问口供的主要目的,在于“由供到证”:要求嫌疑人讲述孤知事实,根据嫌疑人供述的轨迹,找寻尸体、痕迹、凶器、血衣等处于隐蔽状态的证据,并据此调查相关知情人、证人,从而形成证明体系。在审判阶段,口供的意义,首先在于互证审查,判断口供内容与被告人、被害人的身高、体位、体态、被害人的伤情部位、案发现场,能否对应;其次,作为是否悔罪的表现,衡量人身危险性,参考量刑。如果翻供,要看前供与后供,哪一个能与物证、痕迹、现场勘验、法医鉴定等各种证据互相融贯,而不是后供一定为真。

(4)供证不一致。嫌疑人口供,通常是案发后在审讯室里,在身体被约束、面对侦查人员的情况下,对此前行为进行回忆形成的。人都有趋利避害的本能,即使供述,嫌疑人也会故意在细节处虚假供述,或因紧张、惊恐而出错,导致口供与现场勘验、物证等其他证据出现偏差。对此,审判人员会认为供证矛盾,不足以采信。如果细节完全一致,会认为人的记忆不是照相,不可能完全对应,有指供、诱供嫌疑,也不足以采信。

对于侦查与审判对口供持有的多元理解,早在1979年刑诉法35条确立的“重证据、重调查研究,不轻信口供”原则中就有所体现。该原则是一个无差别应用规则。而实践中表现出的做法是对口供中自认有罪的部分,都会与在卷的物证、书证、鉴定意见、证言、口供等多种证据结成的体系是否融贯进行总体性分析,而不轻信口供。而对于口供中不承认有罪的内容,则直接给予采信。

不同办案人对同一原则有不同的意义注入,由此可以看出条文文字的软弱。所提示出的意义在于,一旦有认知对立,试图通过制定法的方式对事实认定等内心体验提供一个共同遵守的规范,并不总是能达到约束裁量者的效果。1950年美国Brown v. Kendall案件中,被告背对原告后退,将棍子举过头顶打狗时,意外打到原告的眼睛。法官肖(Lemuel Shaw)使用了“通常注意”标准,即“一个小心谨慎的人所拥有的那样一种程度的注意。”《侵权法重述·第二版》回应了肖法官,规定“一个人必须遵守的避免存在过失的行为标准是,类似环境中的理性人

标准。”^{〔18〕}如何确定是否尽到假定的、抽象的、“一个小心谨慎的人”被赋予的注意义务,实际上是以握有终局裁量权的法官本人的内心为尺度,以法官个人判断投射于对象为标准。

在 *Jacobellis v. Ohio* 案中,大法官斯图尔特(Potter Stewart)对该案涉及的“淫秽”的定义是:“我看了,才知道。”^{〔19〕}其回答蕴意十分清晰:没有在先的书本上的概念可以限定内涵,并提供依赖,标准只存在于个体的人内心体验中。当侦查和审判不同个体的内心体验发生碰撞,出现认知竞争时,起决定性的是谁对事实享有支配权。美国联邦首席大法官休斯(Charles Evans Hughes)对此直白的说过:“我们都在同一部宪法之下,但宪法是什么,法官说了算。”^{〔20〕}

三、原审与再审:亲历者与纸面阅读者的差异

历史学研究,一个重要认知优势是“后见之明”(hindsight)。原因在于:①随着与事件发生间隔时间的拉长,保密文献逐渐解密;②亲历者逐渐摆脱、超越了各种约束,以回忆录、口述史、日记出版等各种方式发声,揭秘了更多没有档案正史记录的隐蔽信息;③在时代风云变换后,孤立事件在长时段中,原因结果关系能够看的更准确。

对于因时间间隔所形成的认知差异,刑事案件,与历史事件,尤其是与重大政治历史事件的认知形态完全不同。以“后见之明”“当局者迷”来看待刑事案件纠错,是一种逻辑颠倒。因为,故意杀人、强奸妇女等普通刑事案件,从原审到再审,尤其是多年后复审,是一个信息衰减的过程:

(1)终审后,案件封卷,不会再有新证据注入。时间拉长至十年、二十年后复审,各种人的记忆会完全模糊,现场以及现场附近的场景都早已被破坏,或发生变化。复审依赖的事实与证据,只能以原审案卷为基础,只是对原审定案证据进行评判,很难再有新证据注入补强。

(2)二十年前的侦查人员、公诉人员、审判人员、辩护人、诉讼代理人与各种诉讼参与人,有过直接接触,尤其是与活生生的被告人、证人、亲历了现场的鉴定人,通过言语方式,进行了面对面、言辞方式的全信息交流。对于被告人的神情、言语时反应内心活动的细微的下意识身体动作等,有直观感受。多年后的复审人员已不可能与被告人以及一部分证人有直接的言语交流。因技术限制,初审时许多案件连录像都不存在,只能依赖阅读文字结成的案卷,通过推敲手写笔录中字词的含义,进行事实判断。笔录作为静态的文字记载,完全不是讯问过程全信息复制,被告人的表情、动作等,均无法点对点准确记录。复审人员也可能到现场查验,但二十年中国建设翻天覆地,与案件初始阶段侦查人员现场勘验的内容,无法具有同一信息水平。

〔18〕 See James A. Henderson et al., *The Torts Process*, New York: Wolters Kluwer, 2017, pp. 176-187.

〔19〕 Brien, *supra* note 7, p. 34.

〔20〕 Jeffrey A. Segal et al., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York: Cambridge University Press, 2002, p. 3.

因此,即使原审和复审看到的是同一套案卷,原审的信息占有量是大于案卷,复审人员的信息占有量是小于等于原审案卷。在原审与再认的认知对比上,尤其差异显著的是,二十多年后的复审人员,较之原审人员具有以下信息获得和认知劣势:

其一,理解案件事实,依赖于作为“无言之知”^[21]的时代感。中国社会变化最剧烈的是1992年后三十年。以社会形态变迁后形成的心理,看待无手机、无监控、汽车不普及、人口较少流动的时代,会有巨大认知跳跃。1996年颁布《枪支管理法》严格禁枪前,猎枪、气枪普遍,街头有人持高压气枪(外形仿56半自动)走过,目击者因司空见惯可能不会留下印象。20年后街头有人持同款气枪行走,多数人都会惊异,从而印象深刻。这即是由于时代变迁所形成的认知代际差异。认知代差,导致仅靠阅读案卷获取判断的复审人员,易与二十年前的办案人有对立。

其二,20世纪八十年代后,法院人员录用以学历高低为筛选标准,高院、最高法院审判员多来自“五院四系”毕业生。20世纪九十年代在内地中院、基层法院工作的人员,多数依然来自干部选调或本地大中专毕业生以及军转干部。长时间在校园学习、高学历毕业进入高院、最高法院工作的复审人员,相较于扎根的、在地的原审法官,贴近烟火人间的基层生活历练不足,尤其是对理解刑事案件之证据事实不可缺的当地人情世故、市井民情,基本不熟悉。

一些案件发生在封闭的海岛或内地僻远乡村,原审办案人与被告人都为同县、同市常住居民,办案人对当时当地的社风、民情、习俗极为熟悉,对本地不同社会分层内不同人的言语方式、动作、衣着的细微差异,所反映出的心态、行为,有着准确判断。作为原乡人,原审办案人可根据本地嫌疑人、证人居住的街道、村庄、职业,细小的次方言区口音差异、惯用语、表情、动作习惯,推断行为人心和案件的实体真实。构成对案件判断必备的大量社会背景、地方性知识进入了案件,构成对案件事实判定的支持。复审的法院级别高,意味着远离案发地,作为异乡人,复审人基本听不懂当地方言,对构成支撑理解案件的大量本地言语习惯、动作、衣着等微观知识,更缺乏了解,因而无从将其带入案件支持判断。

传统看法认为,如果基层办案人确实有错,在一个低头不见抬头见、彼此都是熟人、朋友各种人情关系的乡土、半乡土社会中,少有人有自我放逐于社群的勇气,去冲决人情关系网,对案件进行改正。这就导致“洪洞县里无好人”局面,从而必须借助于更高级别、人情关系超脱于地方的高级办案机关,才能还案件公正。这表达出的是一种“以复审为中心”姿态。由前述分析可知,复审人员认知上的比较劣势,是高确定性的,而原审案件事实是否系人情关系无法冲决的错案,是高或然性的。不以似是而非的社会印象出发,而以确定的认知比较视角代入,可知前述传统看法并不当然成立。

“以复审为中心”的观点,也传递出部分研究对于直接言辞原则的双重态度。学者历来高度认同德国诉讼法提出的“直接言辞”原则,反对从案卷得出结论,认为法官经由与被告人和证人等诉讼参与人,进行面对面、言辞问答方式得出的结论,在可采性、证明力上,优于案卷阅读。

[21] 参见(英)迈克尔·波兰尼:《波兰尼文选》,彭锋等译,商务印书馆2006年版,第8—10页。

但当二十年后,复审人员仅根据书面阅卷所得印象,推翻此前直接言辞原则方式下产生的结论时,却给与接受。

在一些复审改正的案件中,即使仅以案卷为根据,按照时下更严格的证据规则衡量,原审认定的一些证据事实并无不当:

(1)散碎材料未入卷。一起故意杀人案中,有一份考勤表,证明被告人当天出勤,没有作案时间。该考勤表,是早年公众熟悉的油印表格,非时下的指纹、人脸、视网膜等具有高度排他性的生物信息签到,也不是手写签名。表格上,竖排是已经印好的几十个人名,横排是当月31天日期,横竖排组成密密麻麻的网格。当天人员出勤时,在表格对应日期名字处,打一个对勾(√)。该考勤表未提取入卷,被认为是重要证据遗失。

散碎材料未入卷,并不必然导致证据体系崩塌。在通过涂改发票进行虚假报销的贪污案,发票为重要原始书证,未提取入卷即无法定案。而该考勤表,不构成书证。因为必须对书写材料和书写人进行同一鉴定后,才可作定案根据。当时和时下的文检技术,一个对勾(√),检材数量过于微小,是本人所勾,或好友随手代勾,事后补勾,较难以鉴定。

(2)案件中的反常现象。一些冤案中,被告人认为自己被错误追诉,始终不供,或在侦查阶段有过一两次供述后,即开始翻供,尤其是在脱离公安控制,从审查起诉开始,一审、上诉、二审、复核,一翻到底。1983年,河南省巩县发生一起拦路抢劫强奸案件,认定是魏清安所为。宣判时,魏拒绝签字,并要法院拿出他作案时的衣服和鞋子等证据;死刑执行时,魏高喊冤枉,并要求父母给他伸冤;家属从看守所取回他盖的被子和换洗的衣服,发现他写的遗书,要父母给他伸冤。经河南省检察院复查,证明是冤案。^[22]

一些案件复审时,原审质疑:如被告人无罪,为何不仅在侦查阶段不翻供,在脱离了公安后的审查起诉、审判、死刑复核阶段,也不翻供,上诉状也只是以初犯、年幼为由要求从轻。对此反常现象,复审人员的解释是不能排除公安刑讯逼供的持续影响。

依照沧桑二十年诉讼观念变革后制定的更严格的证据规则——2017年两高三部联合发布的非法证据排除规则规定,侦查阶段有刑讯,该供述与受刑讯影响而作出的重复性供述一并排除,但两个情形除外:①如果侦查期间,更换了侦查人员,并告知诉讼权利和认罪的法律后果,嫌疑人自愿供述的;②审查逮捕、起诉和审判期间,检察人员、审判人员讯问时告知诉讼权利和认罪的法律后果,嫌疑人、被告人自愿供述的。^[23]也就是非法取得和受污染的口供排除,而非全案口供排除。

以上复审表现出来的案件处理方式,原因在于纠错的执念。原审与再审,对案件事实认知差异总是存在,而一旦以纠正的“执念”来复审案件时,差异会因此被放大。平时觉得没有什么冤错案件,在运动到来时,抱着纠正一批错案的执念,去审查再审申请,就会发现

[22] 参见赵文隆:《检察官的生涯》,海燕出版社2001年版,第308—332页。

[23] 最高人民法院等《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》,法发[2017]15号,2017年6月27日,第5条。

到处是错误。对于“执念的力量”，马斯洛有一句名言“如果你手中只有一把锤子，那将满眼都是钉子”。^{〔24〕}如果复审案件人员，前定了纠错心理，以此执念来审视案卷时，会将大量灰色的细部放大、高亮化：

(1)手写笔录误差。20世纪九十年代之前，侦诉审各种笔录，多是手写。长时间用笔在纸上手记笔录，记录人会极为烦躁、不堪其累，因此会对供述内容，以书面语进行概括总结。检视当年笔录，可见到字体先清晰，后凌乱，语言先详实，后简单，记录人的疲倦烦乱跃然纸上。时下复审人，多年已只习惯阅读电脑键盘输入、激光打印机打印的字迹清爽的笔录和案卷材料，缺乏当年手工办案的感受。因无法对此认知条件情境还原后，进行再认知，而是认为笔录不符合被告人文化程度，有指供嫌疑。

(2)对符合规定的程序行为进行否认。如实物证据保管，1979年刑诉法颁布后，最高法院规定：刑事案件中的证物，不宜于长期保管的(如血衣、凶器等)，在没有新规定以前，仍按本院(64)法研字第77号批复中提出的“至少保存15年”的规定处理。^{〔25〕}近二三十年，各地法院办公条件持续改善。每次办公室搬迁清理相关物品时，超出保管期限的物品会被清理。在复审二十年前审结的案件时，一些案件因部分证物灭失，原办案人会被怀疑枉法追诉。

在各种翻案执念中，口供细节尤其被置于最突出位置，复审人往往“辗转别抉”笔录中字里行间的矛盾，深扣细筛讯问笔录与其他证据的细小差异，将属于人认知合理误差内的内容，作为证据内部的重大矛盾。一起申诉案，原判认定某年4月某日晚8时许，被告人酒后在北方某省会城市工厂公共厕所内，对被害人进行流氓活动(1997年刑法改为强制猥亵)并致其死亡。改判依据之一是：被告人供称被害人身高1.60米或1.65米，尸体检验报告证实身高1.55米；被告人供称被害人发型是长发、直发，尸体检验报告证实系短发、烫发；供称被害人未穿外套，尸体检验报告证实穿外套。

陈寅恪在给冯友兰《中国哲学史》(下)出具的审查报告中说：“凡著中国古代哲学史者，其对于古人之学说，应具了解之同情，方可下笔。”^{〔26〕}此处所说的“同情”，并非有批评者望文生义所认为的怜悯、恻隐之心，而是设身处地。重构案件事实，需要的是陈寅恪所说的设身处地的“同情”：①案件发生在气候温和、人员户外活动极多的4月仲春时节，非北方人极少外出的寒冬；②时间是晚上8点多的省会城市，非偏远农村；③地点在省会城市城区国营工厂人来人往的公厕内，不是人迹罕至的荒郊野外，更不是封闭隔离的房间；④案发公厕，是20世纪九十年代之前建的露天旱厕，不是时下大城市写字楼里灯光明亮的“洗手间”。

口供作出，是“认知—记忆—回忆—口述”的四阶段过程。即使嫌疑人不诈供、不故意虚假供述，而是坦白供述，以上案发环境，也会对认知、记忆、回忆产生以下影响：

〔24〕 (美)侯世达等：《表象与本质：类比、思考之源和思维之火》，刘健等译，浙江人民出版社2018年版，第354页。

〔25〕 《关于人民法院诉讼档案保管期限的规定》(1984年1月4日)。

〔26〕 冯友兰：《中国哲学史》(上)，三联书店2009年版，第447页。

(1)相较于白天、正常交往条件下的认知水平减退。在光照昏黑的夜晚、公厕,正常人都难以准确描述出一个穿高跟鞋陌生女子的身高、体貌、衣着。是谓“白天不懂夜的黑”。此外,在有参照物和认知干扰条件下,长度识别会受参照物、干扰条件影响。如图二缪勒-莱尔错觉、艾宾浩斯错觉等图片所提示的那样。而且,目标对象站立和斜靠、平躺等不同姿势,会影响外人对其身高判断。

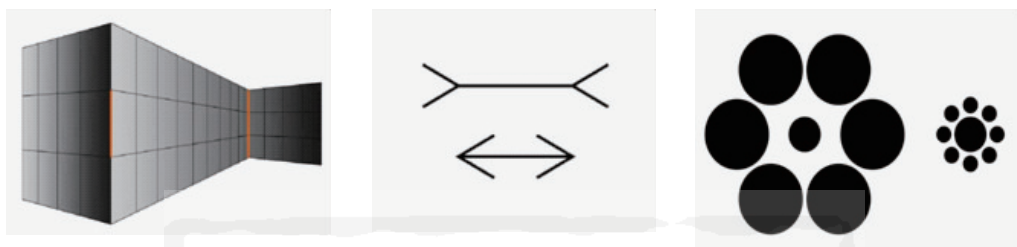


图2 [27]

(2)作案人在异常兴奋、狂躁状态下,几分钟内完成猥亵、杀害被害人的行为,心理处于过强应激状态,会出现一种类似夜晚拍照时闪光灯效果一样的记忆,[28]即对中心事件,记忆异常清晰、历久,但边缘事物反而黯淡。对于被害人,是卷发还是直发,身高160还是165,衣服的颜色、花纹图案,难以做出精准记忆原因在此。

(3)普通人都是以直觉和感官知觉,在被给定的环境中,对外部事物,进行推断。只有事后专家才有自己选定环境,使用测量工具进行精准测量的条件。以案发环境条件下,嫌疑人对身高、体貌、衣作记忆形成的口供,对比法医将被害人尸体被放置于解剖台上,进行精确丈量、检查后的结果,作为推翻全案根据,是对口供细节的过度要求。

(4)由于语词指向差异极大,语词总是与物存在分离。青年与其父母、上一代人历来对于何谓长发、短发,有较大争议。不同人之间也都有着属于自己的定义。对于何谓外套,更是无法外延统一。在春季气温差别较大的华北各省,对外套的厚度、质地的定义显然差别极大。在一年中气温差异很大的不同季节,同一地区的人,以及社会阶层有较大差异的人,对于外套是指羽绒服、大衣、毛衣、套头衫还是羊毛衫、夹克,也有较大差异。被告人所称外套,与讯问人员所指是否一致,应充分辨析言语指向的具体差异。

由此可见,案件是否冤错,并非如美国证据法对无令状扣押适用时所限定的“一目了然”(plain view)及其条件“直接明显”(immediately apparent)所表达的那样一种情状,而是草蛇灰线。只是因为纠正机制启动生产,最终冤错案件得以产出。案件被确定为冤错,是纠正机制

[27] 参见(美)斯滕伯格:《认知心理学》,邵志芳译,中国轻工业出版社2016年版,第104—109页。

[28] 夜晚使用闪光灯照相,会形成照片中间异常明亮,而背景一片漆黑的情况。人在应激状态下的记忆会类似。

生成的产物。对于案件纠正,原审与复审并非理论训练水平高低,更非恶行者与好人的道德评价范畴。原审与复审有十年、二十年的时间差,这样的视域跨度,决定了复审的判断与原审必然会有巨大的认知差异。认识到这一复杂性,能更冷静的看待原判、改判的分歧。

四、认知对立的集中展示:“真凶”如何出现?

在事实判断分歧上,原判与纠正机制的对立,集中展示在如何看待“真凶”出现。近年纠正的案件中,最著名的是呼格案、聂树斌案。引发媒体全覆盖的原因在于“原凶”已执行死刑,“真凶”赵志红、王书金出现,^[29]主动供述刑法上优先适用死刑的罪名。部分媒体和研究者认为:赵志红、王书金就是“真凶”,否则不可能知悉案件事实;两人是“真凶”,所以才会良心发现,作出违反“理性人”假设的行动。刑事实践的基本经验是,重罪被告人的内心活动和行为目的极为隐蔽、复杂,难以被书斋内学院式的简单研究所企及。

“真凶”出现,颠覆原判,最著名的就是前文所述 1983 年巩县拦路抢劫强奸案,被告人魏清安 1984 年 5 月被枪决。6 月洛阳市公安局抓获一名叫田玉修的盗窃杀人惯犯,在对田案死刑复核时,田交代 1983 年巩县拦路强奸案件是其所为。经复查确定。实践中,假冒真凶者亦非少见。鄂尔多斯“1998·9·2”案件,三人被入室杀死。案件长期未侦破。2010 年东胜看守所一名在押嫌疑人,供称案件由本人所为。但该人手上并没有伤情,现场遗留下来的足迹与血迹 DNA,与其并不一致,被否定。公安继续追凶,到 2018 年,根据 DNA 比对,抓获真正罪犯。^[30]

由诉讼经验提示,所谓“真凶”反“理性人”假设行为,并不简单。如果任何刑事诉讼中的事实,都是表象与实质一致,一望而知,清晰见底,那么,调用各种科技、社会手段,建立一个庞大的侦诉审机关,并构建如此繁琐、细致的事实判断机制,就是一种根本不必要的化简为繁。

作为经济学前提的“理性人”假设,随着经济学帝国主义对法学的殖民,逐渐被广泛接受。假设与实践一致之处,表现在侦查实践中,嫌疑人基本都是“打死不开口,神仙难下手”,极少有人会主动供述侦查机关不掌握的犯罪事实。即使有不变证据摆在面前,反侦查能力强的嫌疑人,也会绕开重要犯罪,仅交代一些轻微罪行,试图通过避重就轻,给侦查机关一个“下坡”,以达到逃避重罪追诉的目的。部分被告人自认“真凶”,自证其罪,主动供述重大犯罪事实,这一反本能行为,果真是良心发现,违反“理性人”假设吗?这种主动坦白犯罪,实质上是最大的理性,是一种“退一步、进百步”的行动。

这一行动逻辑的起点在于,自称“真凶”行为,必将导致原办案机关陷于“两难”境地:

[29] “内蒙古呼格吉勒图案启动再审程序案件”,载《人民法院报》2014 年 11 月 21 日,第 1 版;徐隽:“最高人民法院再审改判聂树斌无罪”,载《人民日报》2016 年 12 月 3 日,第 7 版。

[30] 《追踪从未停止》(中),中央电视台《今日说法》2019 年 2 月 27 日播出, http://www.chinanews.com/sh/shipin/2019/02-27/new_865401.shtml。

如果确认“真凶”，即意味着原判错误，而“原凶”已执行死刑，必将带来巨额赔偿，侦捕诉、一审、二审、死刑核准等各级大批办案人，都将被追责。如果维持“原凶”，“真凶”所交代出的案件事实，由于单位政治和媒体散播导致的舆情所产生的压力，令办案机关无法回避。这种两难，必将导致侦控审各机关都进退失据，从而启动大量资源进行细致复审，又因为被害人被杀死、前犯被处决，典型的“死无对证”，信息极难验证。

对假冒者而言，以此为利益支点，自认“真凶”行为，实现了本人边际成本—收益最大化：

(1) 边际成本。如果假冒被揭穿，只是一个扰乱司法秩序行为，构不成一个新罪名；如果被加罪，也会被先前死刑量刑吸收，自己并无任何多余成本付出。即使弄假成真，只是又多判一个死刑罪名，对于多个死刑罪名，在取消了凌迟等加重死刑执行方式后的现代刑罚体系下，仍只是合并计算量刑，执行一次枪决、注射而已。本人也没有任何多余财产可供加一份强制附带民事诉讼赔偿。无论如何判，本人利益不会恶化。

(2) 边际收益。本人所犯之罪，罪当死刑，且已没有命运转机可能。选择假冒，则能为自己提供一线生机。因为假冒的都是重大案件，重新甄别极费时间，从原办案机关到更高级别公检法各机关，势必重新取证、甄别事实，进行反复讯问、核实证据等活动，自己因此可以无限期延长生命。对自供有罪的“真凶”而言，原本仅根据在卷的 N 个犯罪事实已经可以判处其多个死刑，任何重大立功和自首都无法减轻其处罚，但在其主动坦白交代了“新的”犯罪事实后，达到了 $N+1 < N$ 的效果。而且，已经注定是要执行死刑的被告人，在此漫漫期间，可利用各种出监指认现场、开庭、提审机会，伺机脱逃。

所以，死刑犯假冒“真凶”，边际成本为零，边际收益则为正到无穷大。经验与逻辑一致。前述假冒鄂尔多斯“1998·9·2”案件真凶者，在与各种实物证据和细节比对不上后，承认是诈供，目的就是为找机会逃跑。2005年，赵志红因系列强奸杀人案被抓获自供是呼格案“真凶”。其间反复甄别，直到2019年，最高法院对该起犯罪事实否认后，赵志红才被执行死刑，多活14年。2005年，王书金因四起故意杀人、强奸案被抓获，早应被执行，但反复供述本人是聂树斌案“真凶”。16年后，最高法院否认其为“真凶”，王书金才被执行死刑。

在实践中，自称“真凶”后，超出被告人盘算之外，另有超预期收益。由于“真凶”出现的刺激性，当个别机关内部有人际关系对立，借助案件进行暗斗时，只要“真凶”讲述，能撬动案件即可，而不必要求以确实、充分证据将全案颠覆。在传媒异常发达的时代，一方有意喂料，大众媒体持续发酵，带来巨大负面舆情。公安为避免不测，在案件复审期间，会对“真凶”的实际待遇进行全面改善。因为案件在引发舆论关注后，看守所既要防止“真凶”病死、自杀，更要防止他杀、“被自杀”，以避免被污名化为杀人灭口，导致自己政治被动。因此，对“真凶”，往往不仅生活上优裕，还有定期体检、生活保障优待和特护。看守所对于责任的顾虑，导致假冒“真凶”者实现了超预期收益，为假冒真凶者理性计算中的边际收益，实际注入了新内容。正是基于此，在赵志红、王书金之前、之后，各地都发生过许多犯罪事实极严重的在押人员，会再自揽犯罪于身的事件发生。只是为避免效仿，此类事情极少向公共传媒披露。

对于“真凶”出现，一个惯常反问是，如果“真凶”不是实际作案人，如何知道案情，甚至交代

出“原凶”都不知悉的案件中一些事实细节? 逻辑推测与经验判断,为以下原因:

(一)案件排查

许多重大案件发生之初,并无清晰指向。在 20 世纪九十年代的社会控制水平下,大案侦破要借助大规模排查。相关案件信息,会由市公安局下发到分局、各派出所,部分案件情况还会发到各机关、企事业单位保卫处,甚至治安积极分子。历来,发生重大案件,都会在当地形成极高舆论关注热度,案情会在社会面扩散,形成街谈巷议。案件侦破、移送起诉、审判后,部分办案人,会在亲朋好友间,炫耀性讲述本人参与办理的案件内容。案卷中的证据事实会在极短时间,以口耳相传方式传播,导致家喻户晓。

(二)20 世纪九十年代特殊的法制新闻报道背景

两高一部等各政法部门,都有出版社和工作指导刊物、行业指导性报纸。在 1998 年中央严禁政法机关经商办企业之前,许多省级、地市公检法机关,也有自己的行业性报纸、期刊。每年报刊订阅季,下级单位都会收到上级硬性摊派的行业性报刊订阅任务。作为地方强势机关的公检法部门,会将上级摊派给自己的订阅任务,层层分解到辖区各机关、企事业单位。尤其是公安,对辖区公共场所、特种行业,具有极强支配权。在所有行业性报纸、刊物中,地方公安法制类报刊发行量极大。

在 20 世纪九十年代,没有网游、抖音、微信、微博,娱乐方式有限,获取外部信息方式也很单一,广播电视、报纸是主要方式。发生命案,历来是案发地域内公众至为关心的新闻,一旦案件发生,地方公安法制报刊,会迅速跟进报道。一方面,公安局宣传科的工作人员,具有普通报刊记者所没有的职务便利条件,可以在至少预审阶段结束后,直接阅读、摘抄案卷。相比之下,辩护律师 1979 至 1996 年间,庭前没有阅读案卷权;1996 年后提前至检察院审查起诉之日起,但只可查阅诉讼文书、技术性鉴定材料(俗称“盖了公章的”),不包括案卷。因此,地方公安法制报刊对案卷的披露,最具时效性。另一方面,上级机关对下级进行考核时,新闻宣传报道占分值,因此,各部门都有宣传报道任务。一旦本部门办理了全市瞩目的大案,不仅上级领导、部门领导会督促,办案人本人也有极强激励进行写作。

对于本地大案,市井居民从来是引颈关注。公安法制报刊,最能满足一睹为快要求。这使案外人,相对于被告人本人,具有更全面的对案件信息的掌握:①如前述,行为人本人,作案时因恐惧、兴奋,注意力高度集中于对被害人的性侵和杀害,对于其他事实反而完全没有注意,从而出现认知不完整;②在当代刑事诉讼中,被告人本人无法阅读案卷,庭审时也仅能了解证据指向的内容,对案卷中现场勘验、鉴定、相关笔录的细节,并不详细了解;③被告人极少受过刑事现场勘验、鉴定和侦查、证据训练,无法用专业眼光,在繁琐的案卷材料中,捕捉到要害,并对其关键性内容进行描述。因此,反而是案外人,借助各类法制报刊纪实栏目报道出的案情,借助专业人员分析案件的视角,能够知悉作案人本人因知识水平和视角差异所不知悉的大量事实。从主管机关所发通知中,可窥见当时状况:“有少数法制报刊,特别是一些报纸的月末版和周末版,在内容格调、出版发行等方面,还存在一些不容忽视的问题。其中突出的问题是报道刑事案例过多,渲染凶杀、暴力,甚至夹杂淫秽内容。有

些报道片面追求可读性,追求轰动效应,在读者中,特别是青少年读者中产生了不良影响。”〔31〕

(三)看守所的特殊环境

对于被羁押者进行长时间单独监禁,可能构成“不人道待遇”或酷刑。〔32〕此外,为了防止自杀和他杀,被羁押人也不可能单独监禁,而是几人、十几人一间号房。从侦查、批捕、预审、起诉、一审、二审到死刑核准,一些被告人,成年累月被关押在一起,一天24小时、一年365天,尺寸见方,没有娱乐消闲设施。为消愁解闷,彼此之间吹嘘、显摆,讲述人生历程和感受,无话不说。相关讲述为聆听者提供了多种空间:①为狱侦提供了可能——公安看守所布置在监号内的特情、耳目,通过这种闲谈,挖掘案件线索;②许多在押人员彼此讲述、吹嘘自己的犯罪手法和经历,导致犯罪手段扩散;③吹嘘、闲谈,导致案件事实以另外一种信息传播方式被扩散。

看守所内的这些口传,与实践的一些工作方式并联,使得“真凶”比“原凶”讲述更真实。从1983年“严打”起,政法机关开始有大量临时聘用人员。在基层,案件讯问时,基本是公安正式侦查员、预审员,记录人可能是临时借调人员、联防队员。在检法两院,书记员也多为临时借调人员,后逐渐为劳务派遣的合同制人员,而且女青年居多。临时聘用人员缺乏专业训练和办案经验,做笔录时,对没有犯罪构成意义,或者过于淫秽的内容,尤其是一些方言、俚语、土话、灰黑人群中流行的黑话,经常不会被一一映射式的书写记录。

反而,对于强奸妇女、性侵犯罪,犯罪时使用的手法、细节、被害人的隐秘身体内容,具有幽暗心理的灰黑人群,对此极为感兴趣。这些内容,也会在现场勘验报告、尸体照片、尸检报告中反映出来。在看守所内听过相关讲述、有心机的在押人员,或者经转述知悉相关细节的人员,日后冒充真凶时,其复述的犯罪事实,在案件复审人员看来,比“原凶”更细致,甚至更“真实”。

以上影响,在二十年后案件复审时,会清晰的显现出来:

其一,许多并无犯罪构成意义的琐细内容,在对“原凶”和“真凶”口供对比时,两者细微的差异会极其凸显。尤其是,“真凶”讲出的细节,跟案件现场图、尸检照片和报告进行比对后存在,而“原凶”供述笔录中没有时,就会使得“原凶”被冤枉的印象突出。有自称“真凶”者,讲述出被害人小腹部有刀疤的细节,原被告人笔录中无此供述。由于被害人尸体已火化,经调取原案尸检报告,与其供述一致。另询问被害人近亲属,调取妇产医院的住院记录,均证明被害人确曾剖腹产生育。这一讲述支持了对其“真凶”认定。但这一细节只是假冒真凶者,与原被告人同监在押期间,听其对作案细节描述得来。

其二,复审人员面对的是通过言语口述案件的“真凶”。口语讲述,历来更细致、更形象、生动,也更贴合本人的文化程度和社会身份。相对于通过陈年案卷笔录记载的书面文字,与“原

〔31〕《司法部关于加强法制报刊管理工作的通知》,司发〔1996〕10号,1996年2月6日。

〔32〕(奥)曼弗雷德·诺瓦克:《〈公民权利和政治权利国际公约〉评注》,孙世彦等译,三联书店2008年版,第183页。

凶”进行对话所获得的感觉,自供犯罪的被告人“真凶”形象更丰满。

其三,大规模人群可通过新闻报道、街谈巷议方式获知案情,特殊群体通过同监关押或“道上的朋友”转述等各种方式,获知更多案件情况。加上自称“真凶”者,都是案发当地人,对案发现场的场景、道路、建筑非常熟悉。案发十年后,即使原有现场建筑已拆除,根据既往生活记忆,去指认现场,并不会出错。这样的枝节性内容,会被放大,用以对案件基础证据体系进行冲击。

现实中,记忆力、观察力敏锐的人搭建一个事实构成,并不如外界所想的那样难。历史学家戴维斯(Natalie Zemon Davis)根据诉讼档案材料还原了1556年“马丁·盖尔归来”案,骗子仅根据听别人讲述的情况,来假冒马丁·盖尔。该人走到150个证人中间,“喊着每个人的名字,跟他们打招呼,并准确地提醒他们,许多年前在某一确切的场合,他们一起干过的事”。他能描述出当时结婚时每个客人的衣着以及与妻子的情况,在回忆时从未错过一步。庭审时,他精神饱满,表现出来的表情如此肯定,“以致在场的法官无不认为,囚犯是真正的丈夫,反倒妻子和叔父才有冒名顶替的问题”。图卢兹最高法院主审法官十分权威,曾出版不少法学论著,极为博学,就在将作出有利于骗子的判决时,装着一条木腿的真马丁到场,才证明法官对事实判断错误。^{〔33〕}

实践中,许多“真凶”,经不起与其他证据比对时的检测。毕竟对前凶的认定,有物证、痕迹、尸检、现场勘验获取的不变证据等证据体系支持,而后凶仅有一个口供。如非本人作案,即使坚持自供,在很多方面与物证、现场勘验、尸检方面综合反应出来的场景不一致,面对更有经验的办案人员,“真凶”往往会显形。2015年,呼和浩特中院认定被告人赵志红是“呼格案”真凶,内蒙高院维持原判。案件到最高法院复核,历经四年,2019年最高法院最终认定,虽然赵志红始终供认系呼格案真凶,但“指向赵志红作案的证据只有其供述,而其供述与在案其他证据存在诸多且重大的矛盾或差异,不能根据这样的供述认定赵志红实施本起犯罪事实”。^{〔34〕}2005年,王书金自供系聂树斌案真凶。2021年最高法院对王书金四起犯罪进行核准,确认不包括聂树斌一事。^{〔35〕}

2014年,支持改判呼格和聂树斌无罪的媒体导向和裁判心理基础,都主要在于赵志红和王书金自供其罪。两人分别历经十几年的复查,被认定属于假冒。《红楼梦》中太虚幻境对联说:“假作真时真亦假,无为有处有还无。”这对于刑事诉讼事实问题认定,超出学院内研究的复杂性之所在,提供了一个偈语。

〔33〕 参见(美)娜塔莉·泽蒙·戴维斯:《马丁·盖尔归来》,刘永华译,北京大学出版社2015年版,第97—110页。

〔34〕 “最高人民法院刑五庭负责人就赵志红死刑复核一案答记者问”,载《人民法院报》2019年7月31日,第4版。

〔35〕 “罪犯王书金被执行死刑”,载《人民法院报》2021年2月3日,第1版。

五、结语：大叙事与微观机制

鲁滨逊在“星期五”到来之前所生活的世界，面临许多问题，但其中没有一个是法律问题。^{〔36〕} 现代社会并非政治寓言《鲁滨逊漂流记》中所描述的一人一孤岛一世界，而是多元多样的欲望人组成的拥挤社会。一方面，由于拥挤，产生资源稀缺，人的欲望之间发生冲突，从而出现盗窃、抢劫等各种犯罪。自然犯和大多数法定犯，因此而发生。另一方面，人群拥挤加剧社会财富、观念、行为分化和多元。对于分层分化的社会，涂尔干一个著名判断是，任何社会都存在多数成员共同体，社会多数成员需要将一种“触犯了强烈而又明确的集体意识”的行为人排斥为“他者”，将一些行为识别为犯罪，以形成有机连带，加强社会整合。^{〔37〕} 这使得“犯罪”总是会被社会集体意识所析出。一些犯罪被创制的原因在此。

对于案件进行判断，是一种认知活动。认知受到各种给定条件的限制，人与人之间的认知差异，会对同一行为的判定，产生极大的不一致性，对于何谓“真实”存在巨大分歧。作为人的心理认知活动，一方面，世俗社会中的人，基于自身能力、自然科学技术水平等复杂原因，认知总是会发生差错。另一方面，案件认知，不同于可以随意进行的普通心理认知，而是实体法、程序法、司法制度限定的产物。因此，在被给定的约束条件下，认知犯罪时差错更难以避免，所以，不可能“天下无冤”。既然不会天下无罪，也不会天下无冤，有作为的空间只是在哪种规则体系下，冤错案件发生的几率更低。以本文关注的认知为视角，法官的认知经验和知识构成问题无法回避。

其一，法官经历与刑事经验。前文提到侦查与审判、原审与复审的认知对立发生，较大程度上与时下中国法官“家门—校门—法院大门”这一选任制度相关。至少有以下影响认知的因素：①经历。任前缺乏多元的侦查、检察、行政执法、律师执业经历；②年龄。年龄刻度意味着生活阅历，时下在不同级别法院，对应该审级要求，法官初任年龄都较低；③不同审级审判经验。20世纪八十年代以来迄今，法学院毕业可直接到最高法院、高院工作，只是在工作初期，到县区法院或中院，以“悬浮”方式，“锻炼”半年到一年。制度并未根据不同级别法院任职资格，提出具备派出法庭、基层法院初审、中院初审和上诉审、高院上诉审等不同审判经历年限的要求。

以美国为参照，可见这种差异。20世纪六十年代美国主流法学教育，稳定为J.D.教育后，联邦法官基本为J.D.毕业。J.D.学位要求有一个学位在先，这意味着跨学科知识训练。法学院毕业后，基本都先在律所或公司从事法务多年。此后部分人员会进入联邦或州政府司法部，获得代表政府公诉的诉讼经验。由于美国司法部，主管侦查和检察官事务，进入司法部担任一定职级，意味着更丰富的职业经历。在具有多角色多种经历后，人到中年，会有部分精英被遴

〔36〕 (美)大卫·弗里德曼：《经济学语境下的法律规则》，杨欣欣译，法律出版社2004年版，第1页。

〔37〕 (法)涂尔干：《社会分工论》，渠东译，三联书店2000年版，第43、113页。

选到联邦地区法院、上诉审法院。其中少数,会再在 50 岁左右,被遴选到最高法院(见表 1)。

表 1 2022 年在任美国联邦最高法院大法官的其他司法任职经历^[38]

姓名	其他司法相关部门任职经历 ^[39]	任前身份	学历	任职年龄
罗伯茨	司法部长特别助理、副总检察长首席帮办	哥伦比亚巡回	A.B./J.D.	50
托马斯	密苏里州助理司法部长	哥伦比亚巡回	A.B./J.D.	43
阿利托	总检察长助理、司法部助理部长帮办	第三巡回	A.B./J.D.	56
索托马约尔	纽约曼哈顿助理地区检察官	第二巡回	B.A./J.D.	55
卡根	联邦总检察长	联邦总检察长	M.phil/J.D.	56
戈萨奇	司法部副部长首席帮办	第十巡回	B.A./J.D.	50
卡瓦诺	总检察长办公室检察官	哥伦比亚巡回	B.A./J.D.	53
布雷特	无	教授	B.A./J.D.	48
杰克逊	公设辩护人、美国量刑委员会副主席	哥伦比亚巡回	A.B./J.D.	51

其二,单极复审方式。刑案复杂性在于,案件关涉被告人的生命、自由、财产和声誉,不仅是各种诉讼参与者的利益争夺,办案人也身在政治、舆论、金钱诱惑等极为复杂的旋涡中。部分案件的纠正,会被利用来进行派系政治较量,案件可能成为用来“打人”的石头。当案件卷入派系内斗和职务升迁激励之后,会使得案件事实认定扑朔迷离。在极端情况下,部分人会故意歪曲内容,并将这种歪曲,以认知分歧形式表现出来。究竟是认知分歧还是利益、阴暗心理驱使下的认知歪曲,对两者进行识别的难度极大。

对于原判被害人被杀死、被告人被执行死刑,没有当事人的案件,与张文中等案件开庭审理不同,部分案件改判是法官闭门在书桌上阅卷,进行书面审。并无原审侦查、控诉、审判人员、律师、被害人诉讼代理人与复审人员,从多认知角度,以言辞、集中方式进行对抗。

其三,特殊类型案件案卷开放。刑事案卷法定不公开,一些案件涉及性侵,审理也法定不公开。所以,公众所知都是得之于大众传媒对案卷事实筛选、提炼之后给出的次生内容。媒体真实,距离案卷真实,差别极大,距离实体真实,更是遥远。大众传媒报道出一些冤错案件后,也罕有侦查、起诉、一审、二审人员在公共媒体上进行反质疑,没有观点竞争。公众所能看到的事实,只是基于利益偏好和立场,被诱导所看到的格式。案卷不可得,作为普通公众的研究者也只能对媒体公开的事实碎片和部分证据环节,进行有局限的简评,而无法对原判犯罪构成与否的基本结论,做出任何评价。

对于被害人死亡、被告人被执行死刑这种特殊类型案件的再审,在一个严格限定的范围

[38] <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>,最后访问日期:2022年7月30日。

[39] 与通译一致,本文亦将 deputy 译为帮办,assistant 译为助理。如“曹建明会见美国司法部助理部长帮办斯沃茨”,载《检察日报》2016年6月16日,第1版。

内,比如向法检两院专家咨询委员会、省以上律协刑辩委员会等,开放案卷证据材料,以带入多认知视角竞争,会对复审结果带来更多可接受性。

其四,作为终局者的审监庭、巡回法庭法官。1953年,美国联邦最高法院反复驳回一项对于州法院人身保护令不服的调卷令申请,大法官杰克逊(Jackson)讲了一句被广泛引用的名言:“毫无疑问,如果还有一个超级最高法院,我们对州法院的驳回,其中大量将被再次驳回。并非因为我们不会犯错,我们才一裁终局,只是因为我们是终局者,我们才不会犯错。”^[40]一裁终局,是所有处于审级顶端的最高法院之固有权,也因此对这一权力行使者的知识和经验提出更高要求。

如果刺穿法院组织外壳,在当代中国裁判终局者最高人民法院内部,对法院内设机构组成再排序,对全国大量申请再审案件具体的、真正的一裁终局者,是位于刑一庭到刑五庭之后的审监庭。2014年之后全国设立了六个巡回法庭,如某一案件由巡回法庭进行再审,巡回法庭作出的判决、裁定,就是最高法院的判决、裁定。

古典经济学的著名判断是:“劳动生产力上最大的增进,以及运用劳动时所表现的更大的熟练、技巧和判断力,似乎都是分工的结果。”^[41]作为终局者的审监庭,不仅受理刑事案件再审,而且受理民事、行政等各类案件申诉和民行抗诉,还对减刑、假释进行监督。巡回法庭,也受理各类民事、行政、刑事申诉以及其他各类案件。^[42]相较于按照罪名对刑法483个罪名划分管辖的最高法院五个刑庭,以及按照案由划分管辖的四个民事审判庭,审监庭和各巡回法庭在知识专业性上严重不足。^[43]加之历来法官对于本院各审判庭选择偏好,以及法院对于人员配置的倾向,作为二线审判机构的审监庭法官,以及轮次抽调各庭人员下派巡回法庭临时组成的合议庭法官,不仅在知识训练,而且在对刑事审判事实问题的认知能力上,是否能担负起如此重大职责,都对于最高法院在法官选任、法院内部秩序安排上,对于实际上存在的“以复审为中心”观念,提出重新设计需求。

对冤错案件纠正进行观察,一个基本印象是,各种诉讼参与人和各办案机关、办案人、纠正者,彼此考虑多样而且隐蔽。案件启动再审、纠正原判,是一项无法以简单图式一笔勾勒的复杂性活动,将刑案纠正进行极简化的单一归因,是对无比复杂的现象世界的自我遮蔽。清末杨乃武与小白菜案纠正原因之一,是因太平天国起义、湘军崛起,至清同治光绪朝,中央与地方实力派,湖南派、浙江派官员明争暗斗。慈禧通过此案,压制地方势力,遏制“弱干强枝”。^[44]只是,受此案影响,部分研究基本是逻辑上行,从大叙事找寻原因。

[40] Brown v. Allen, 344 U.S. 443(1953).

[41] (英)亚当·斯密:《国富论》,郭大力等译,商务印书馆2015年版,第3页。

[42] 最高人民法院《关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》(2015年1月5日)。

[43] 《最高人民法院机关内设机构及新设事业单位职能》,法发[2000]30号,2000年12月4日;最高人民法院《关于五个刑事审判庭职责分工的通知》,法发[2006]1号,2006年1月13日。

[44] 参见《余杭杨乃武与小白菜案》,载《浙江文史资料选辑(第52辑)》,浙江省政协文史资料委员会,第50—58页。

本文认为,在方法上,从微观的认知发生机制切入来认知冤假错案之形成,较之习惯于逻辑上行,从大叙事来认知冤假错案之形成,对于完善防错机制,以及建设更具可接受性的纠错机制,具有更为基础性的意义。赵作海、佘祥林等许多冤错案件的酿成,也与认知分歧掩护之下的责任规避、利益寻租相关。所以,虽然作为心理现象的认知,只是一种个人体验,但判断出各种行为的认知线路,可以为改变行为的制度诱导和激励,提供可能的准备。

Abstract: The complexity of ordinary criminal cases can be demonstrated by being compared with cases of historically-inherited nature. Wrongful charges in ordinary criminal cases is mainly due to problems in fact-finding, rather than the application of law. Fact-finding is an inner experience that cannot be fully expressed in words. Due to different experiences, educational backgrounds, professional interests and so on, those who participate in investigation and trial have different experiences with the given facts of the same case, and often form cognitive differences. The retrial of a case basically takes place many years after the original trial took effect. The original trial experienced the scene in person and had direct and verbal interactions with the defendant and other litigation participants. Review can only rely on paper readings. And due to social changes, there are often more than ten years of cognitive gap between the original trial and the retrial, which may easily give rise to opposition in factual judgments. The cognitive opposition on factual issues is concentrated on how to respond to the emergence of the “true culprit”. Compared with the political and institutional narrative, the perspective of cognitive ability improvement is more fundamental and critical for the establishing of a mechanism for judging and correcting factual problems in wrongful cases.

Key Words: Injustice and Wrongfully Decided Cases; Factual Issues; Experience; Horizon; Cognition

(责任编辑:章永乐)