

无证据概念的个案导入:以聂树斌案为例

陆而启*

(厦门大学法学院, 厦门 361000)

【摘要】聂树斌案复查再审的艰难并非理论偏误所致, 但是为迎合司法实践提出所谓的聂树斌有罪和无罪“四六开”的概率论解释, 反倒成为聂案各方各取所需的借口。通过“无证据”概念的引入, 案件事实论证的成立与否可以转化为有、无证据的真相判断。对于所谓“证据确实充分”的已决案件, 即便是因为真凶出现的偶然情形被认为的是错案, 亦需要重新审视曾经的“证据”, 这并非是以一个糟糕的论证代替另一个劣质的论证, 而是要深入到糟糕的论证细节之中, 将曾经的不确实、不充分的、非法获取需要排除乃至虚假和捏造的“旧证据”还原为“无证据”, 同时运用“新证据”把“旧证据”证伪为“无证据”, 才能跳脱所谓的既有罪又无罪的概率论陷阱。

【关键词】聂树斌案; 概率论; 对立论证; 循环论证; 语境论; 无证据

【中图分类号】D915.13

【文献标识码】A

【文章编号】1674-1226(2017)04-0389-19

Introduction to the concept of no-evidence on individual cases: Taking the case of Nie Shubin as an example. Lu Erqi, Law School, Xiamen University, 361005

【Abstract】The difficulty in review and retrial of Shubin Nie Case does not result from theoretical errors, but is a probabilistic interpretation catering to judicial practice with a 4:6 guilt-to-innocence ratio of Nie, which in turn provides different parties to this case with excuses as they need. With the introduction of the concept of No-evidence, a factual argumentation of a case with or without success can be transformed into truth determination with or without evidence. A decided case with so-called “concrete and sufficient” evidence which turns out to be a erroneously-convicted case for the accidental appearance of the real perpetrator also make it necessary to re-examine the “former evidence”. Instead of replacing a bad argumentation with another same one, we should dig deeper into the details of those bad argumentations, reduce the former inaccurate, insufficient, illegally-obtained and inadmissible, or even false and fabricated “old evidences” into “no-evidence”, and falsify the old evidences into “no-evidence” by new ones, so as to jump out of the so-called probability trap of being both guilty and not guilty.

【Key Words】Case of Shubin NIE, Probability theory, Opposing argumentation, Circular reasoning, Contextual theory, No-evidence

* 陆而启, 厦门大学法学院副教授。

[基金项目] 2016年度最高人民检察院检察理论研究一般课题《“以审判为中心”背景下的刑事诉讼证据审查》(GJ2016C09)。

一、引言：为什么引入新概念

2016年6月8日最高人民法院官方微博和新华社同步发布消息：最高人民法院已于6日决定依法提审原审被告人聂树斌故意杀人、强奸妇女一案，按照审判监督程序重新审判。7月8日下午，最高人民法院官方发布消息称，最高人民法院第二巡回法庭当天上午约谈了聂树斌母亲张焕枝及其案件代理律师李树亭，并首次公布了该案合议庭成员。2016年12月2日，第二巡回法庭对原审被告人聂树斌故意杀人、强奸妇女再审查公开宣判，宣告撤销原审判决，改判聂树斌无罪。¹至此，聂树斌被执行死刑21年后，自所谓的真凶王书金出现11年后才终告平反。此前，聂案的复查都经过四次延期最终做出再审决定。2014年12月最高院决定将聂树斌一案指令由山东省高级人民法院进行异地复查，2015年3月，全国两会结束后，聂树斌案的两名代理律师首次获准查阅该案的全部卷宗。律师提交代理意见后，2015年4月28日，山东高院召开聂树斌案听证会，听取申诉人及其代理律师、原办案单位代表意见。

（一）实践困惑：“证据没变，为什么从死刑变成了无罪？”

当前聂树斌案被“疑罪从无”了，其实，原判相关政法机关曾一直不认为聂树斌无罪，²而申诉人渐渐（这个词表达了随着时代发展总会不断有新的证据或者途径去还原真相，以及民意舆论的发酵和各种社会力量的支持导致其社会关注度的不断提升）有底气坚称聂树斌无辜。这种结论上的拉锯还是要还原为对证据的审查判断。当下的无罪判决带来一个显见的困惑：“证据没变，为什么从死刑变成了无罪？”³

1. 再审程序的悖论

重新审视复查再审的艰难推进可以发现，聂案的特点是被执行死刑的提供了八次稳定供述的主体再也不能重新站起来成为提供可能的稳定辩解的主体了。聂树斌案属于定罪的已决案件则“无罪推定”和“排除合理怀疑”原则好像已无用武之地，确切地讲，该案的事实即使构成“合理怀疑”也只是从“绝对正确”逆转到“确有错误”（再审条件）这两极之间的难以消除的中间地带。这里有一个再审程序的悖论：一方面，因为不能确定为错案而就不能提起再审从而堵塞了救济渠道；另一方面，因为已经被认定为“错案”再去走一个庭审的过场显得多此一举。首先认定其为错案然后再去纠正错案，笔者称这种先入为主或者说先定后审情形为一种正向传递的“程序的悖论”。⁴值得注意的是，这里所说的“错案”是一种对“物自体真相”的执念吗？笔者以为对客观真实的追求从来不是坏事，真正成问题的是我们以为“客观真实”总是求之不得，而否认客观真实作为人的认识对象的根本制约作用。或许我们的认识只是一种共识的真相，而没有最终抵达客观真相，问题是我们从来不需要去抵达一种上帝掌握的而对人间可能无意义的真相，我们只需要抵达受规则、社会制约的有意义的真相。正如我们不能回到历史，但是我们不能否定历史的存在，甚至还因为历史要对当下有意义，从而克罗齐认为“一切历史都是当代史”（every true history is contemporary history），⁵其

¹ 参见中华人民共和国最高人民法院刑事判决书（2016）最高法刑再3号，<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=05b7e52f-5fa0-435c-8562-683f2e368fa4&KeyWord=%E8%81%82%E6%A0%91%E6%96%8C>。最后访问日期：2017年3月23日。

² 聂树斌案件再审判决后，2016年12月9日刑事法律圈的微信公众号公布了王少光等人在2016年7月23日所做的模拟法庭审判，模拟公诉人王少光认为聂树斌就是本案的真凶，应当被判处死刑。

³ 这是2016年12月10日央视《今日说法》栏目主持人路一鸣抛给卢建平教授的问题。

⁴ 此外，笔者还曾经列举过两种负向的“程序的悖论”，即事实和法律的双重悖论，参见陆而启：《法官事实认定的心理学分析》，法律出版社2014年版，第4页。

⁵ 参见单颖文：《“一切历史都是当代史”？》《文汇报》2016年8月19日。

含义并不是说历史是个任人打扮的小姑娘,而是指客观实在所蕴含的真理对于当下的与时俱进性。假设真的有“物自体真相”的话,它对人的认识难道一点不起作用吗?甚至所谓的客观事实本身就是人类的实践活动,因此所谓的客观事实本来可能就来自于人,而人对客观真相的认识永不言弃,了解物自体对我们的意义本来就是认识目的。一个简单的道理,聂树斌是否强奸、杀人是有一个“有罪”或者“无罪”的物自体真相存在的,而我们的审判也就是通过司法活动程序来认识它,如果不要去认识这个“物自体真相”,审判就不必要存在了。

2.“一案双凶”的选择题

尽管这个争议案件的发现过程同样出于“真凶归案”的偶然情形,然而,王书金是否为真凶被“疑罪从无”了,从而成为原办案机关否定“真凶归案”并进一步巩固聂树斌案有罪判决的一线希望。笔者认为,聂案的复查的确不依赖于王书金案的认定结论,但是,聂案的程序推进的确要以查明真相为前提,正如我国刑事诉讼的侦诉审的各阶段推进都以“自认为”“案件事实清楚”(《刑事诉讼法》第160,172,195、205、208等条)来推进的,当然,各阶段的认定还要通过正当程序进一步接受检验。与“案件事实清楚”即“有(确实、充分)证据证明案件事实”相反的情形则是“无证据证明案件事实”,因此程序就要分流终止或者通过救济程序推翻前面的决定。在聂树斌案这个“一案双凶”的原案之中,对无论聂树斌还是王书金只能给出要么有罪、要么无罪的“非此即彼”的判断。⁶正如“山东省高级人民法院经复查认为,原审判决缺少能够锁定聂树斌作案的客观证据,在被告人作案时间、作案工具、被害人死因等方面存在重大疑问,不能排除他人作案的可能性,原审认定聂树斌犯故意杀人罪、强奸妇女罪的证据不确实、不充分”也是一种真相一样,根据《刑事诉讼法》第195条的规定:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决”,无罪的结论已经呼之欲出。最终,聂树斌案被再审无罪了,那曾经定案的一堆堆“证据”,或者被认为与聂树斌犯罪无关联,或者是虚假的,不真实、不充分的,因此我们应该看到从死刑到无罪并不是证据没变,而是那些“旧证据”只能归为“无证据”了。

(二) 语义悖论:“不具有真实性的证据是证据吗?”

聂案的有罪判决曾经被认为是建立“确实、充分的证据”之上,其中理所当然的是“证据即证据”(定案证据)。机缘巧合,在被发现为错案之后,曾经“确实、充分的证据”就要重新接受检视,改判无罪后首先表现为案件事实“无证据证明”或者曾经的有罪判决建立在“不确实、不充分”的证据推论之上,因此出现了“证据非证据”的结局,但是并不妨碍原办案政法机关仍然将虚假的、非法的证据自个认定为还是证据,这也是之前翻案艰难能“上得了台面”的理由。尽管曾经的司法制度粗疏,但是也并非冤狱遍地,真正成问题的是,司法人员恶性不改(人性的恶循环-纠错纠正之难),还拿这种固定在案卷中的虚假证据、非法证据来循环论证原判无错的一面之词(错判事实的循环论证),会让人感觉我们掉入了人性和逻辑的两个恶循环之中而无法自拔。因此何家弘先生认为,聂树斌案几乎是全方位地揭示了我国错案救济制度的漏洞和弊端,也堪称“人性恶”的全景展现。⁷作为一种“错案”的有罪判决虽然可能说在“无罪推定”的原则贯彻上出了问题,更主要

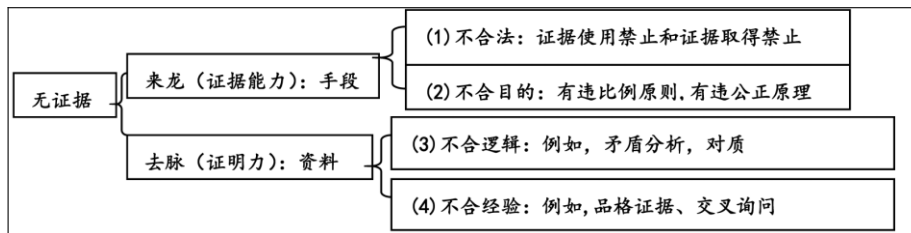
⁶ 这个看法无独有偶,例如,陈光中先生根据“疑罪从无原则”认为,聂案最后的处理应该有三个可能性(只从强奸杀害康某案来看):一是王书金是真凶,聂树斌无罪;二是聂树斌是真凶,王书金不是;三是根据疑罪从无原则,聂树斌与王书金都不能认定为真凶。陈光中:《聂树斌案存五大疑点——“聂树斌案”研讨会发言》,http://blog.sina.com.cn/s/blog_63aeaff70102vqg2.html,最后访问日期:2015年7月1日。“这不是一道非此即彼的选择题。”朱爱民、彭思源和代理聂树斌案申诉的律师刘博今都认为,即使无法认定王书金是石家庄玉米地奸杀案的真凶,也应当重启聂树斌案的再审程序。参见鲍志恒:《王书金案时隔6年今再审 律师否认将翻供聂树斌或将平反》,《东方早报》2013年6月25日,第A20版:中国。也就是笔者这里所说的“非此非彼”不是聂王二人之间的选择题,而是具体到聂王每一个人的有罪与无罪之间选择题,也就是说聂、王皆非“有罪”即“无罪”了。

⁷ 何家弘:《痛定思痛亡羊补牢——聂树斌案反思》,《理论视野》2007年第1期。

的是，这种错案可以说源于其本质上的“无证据”了。

1.“证据”的语用学揭秘：来龙与去脉

“证据”一词潜藏着两个问题，一是它总是一种指向别处的手段或者方法，二是它不能凭空产生作为证明自己的手段和方法，由此可知，“证据”其实有两个组成部分，一个显见部分是作为表象的材料形式，另一部分就是其隐含着的取证手段（来龙）和证明对象（去脉）。一个呈现在卷宗之中或者法庭之上的“证据”还有另外一个未言说的部分，也就是其到底是如何获取的，即其“来龙”角度的证据能力问题。因为取证手段而不能作为证据使用，大体上有不合法和不合目的两种情形。“证据”作为一种“材料”形式必然要指向“案件事实”的目标，这是对其从“去脉”角度考察的证明力问题。如果一个证据是虚假的、伪造的，或者综合全案证据与案件事实之间或者证据之间存在根本矛盾不能合理解释或者明显与经验不符，那就不能用以证明案件事实。因此，笔者提出了一个“无证据”的概念，即那些不能证明案件事实或者虚假的“材料”可以称之为对案件事实的“无证据”。“无证据”具体表现为证据材料的获取手段违法、不适当，或者更主要表现为其内容不真实、不可靠、与案件事实无关联。需要说明的是，笔者持虚伪排除说为违法取证得以排除的理论基础。“虚伪排除说”除了有其实土壤之外，更主要的是其有法律基础。例如，《刑事诉讼法》第242条第2项规定，当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：“据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当予以排除，或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的”。所谓“不确实、不充分”，或者“存在矛盾”，这些都是对证据的证明力评价。笔者下图结合我国刑事诉讼法的有关规定对无证据的内容做了一个粗线条的勾勒：



2.“证据”的语义学悖论：证据即有证据，证据即真证据

在刑事诉讼立法中出现的“证据”一般而言自带了“实有”和“真实”的光环。司法实践中一个被收集固定在卷宗之内或者提交到法庭之上的“证据”即使后来被证明是没有证据资格或者是虚假不实的，也还是被称为证据，这就很成问题。因为证据资格或者真实与否虽然可能受到对方的有道理的攻击，但是因为提出证据一方的固执己见或者不愿接受和承认对方的质疑而仍然称之为“证据”，还可能凭藉权力指鹿为马、认假为真，由此导致“铁案难翻”困境。尽管在我国早有学者提出了“不具有真实性的证据是证据吗？”“非法取得的‘证据’能否叫做证据”⁸等问题，甚至也将其勾连到不同国家的诉讼模式以及不同阶段的程序推进角度做了解释。其中何家弘专门指出，证据不应该有所谓“真”与“假”两值的判断，是一个中性的概念，但是，笔者以为，这种说法其实是一厢情愿，与语义学的潜在含义不符。当然以所谓的中性或者中间性质的“材料”来回避真假问题是无路可逃，因为诉讼程序终局性不能老是让事实真伪不明，让案件悬着。从一种否证的角度而言，我们不能否认不真实的证据仍然是一种存在，因此必须给他一个专门的称谓。

笔者曾经专文论述过无证据概念的法律基础和理论证成。⁹从过程性而言，无证据对应于表面证明和实质证明可以分化为无有罪证据和有无罪证据两个生成阶段。从证据对象而言，无证据也可

⁸ 何家弘、张卫平、陈瑞华主讲，晏向华整理：《什么是证据：从“天下无贼”谈起》，《检察日报》2005年3月11日。
⁹ 参见陆而启：《无证据概念的证明障碍证成》，《东北亚法研究》第10卷，2016年第1号，收入于陆而启：《意见裁判主义导论》，法律出版社2016年版，第167页以下；“无证据概念的提出”、“‘无证据’的生成过程”等节。

以分为“部分无证据”和“整体的无证据”。部分“无证据”是指多个同类证据或者不同种类的证据的部分证据是虚假不实或者无证据能力；整体“无证据”属于一种对案件事实的综合判断而形成一种集合性意见。从方法而言，无证据还可以分为事实上的无证据（源于事实裁决者的经验、良心和常识）和法律上的无证据（源于法律推定、假定和拟制）。

（三）理论出路：无证据概念的引入

正是焦虑于聂树斌案曾经存在的司法复查的僵局，笔者探索性地提出了“无证据”的概念。因为，如果捏造、虚假或者非法获取的不具有证据资格的“证据”还仍然是一种有罪可能的“证据”的话，那么任何冤假错案就永远不可能翻案。当然，捏造、虚假或者非法获取的不具有证据资格的“证据”仍然可以使用，恰恰可能是作为一种无罪证据，或者归零为对于犯罪事实的“无证据”。笔者曾经就这个无证据的概念就教于我的同事，周贇教授曾经作出过细心的评阅，其意大体为：（1）无证据概念纠结于真假、有无问题不放，因而是对超于人类认知能力，且无客观标准的“物自体真相”的一种执念；（2）提出“无证据”的概念并不能解决实际问题，当然，现有的制度和理论或许已经蕴含了这个“无证据”的概念内容，在理论上也能解决问题，但是实际并未解决问题，或者说有的办案方并不愿意落实现成的制度原则，由此这种所谓的“新思路”对解决问题也是可疑的；（3）“无证据”是一种生造的不必要的概念，原有概念或者对问题进行了分门别类。这里的第一个批评意见前已述及，不赘。下面对另外两个批评做一些回应：

1. 无证据概念的功能

周贇教授或许也赞同一种纸上谈兵的理论创新，“就理论谈理论”或许也并不在于追求实用价值。然而，笔者却并不想空谈理论，正是因为原办案机关对于“案件事实”凭藉在卷证据的循环论证，笔者才针锋相对地提出“无证据”概念。以追求“真相”来说理，虽然避实就虚，把政治剥离出法律，但是能够上得了台面，因此“无证据”恰恰是“就事论事”之举。更有甚者，聂案复查过程中学者龙宗智、何家弘等提供的“概率论”一类的理论论证也需要进一步检讨。在处理疑难案件时，“无证据”以一种法律拟制和主观决断让我们摆脱了概率论下横竖都对陷阱，也超脱了对立双方各取所需的任意选择。因此，笔者下文首先是剖析了我们粗糙的“概率论”的缺陷，以个别证据乃至全案之真、假判断来取代概率可以看出“无证据”概念有其现实的理论需求。

2. 无证据概念的必要

或许正是因为现有的制度和理论或许已经蕴含了这个“无证据”的概念，所以无证据概念并不是凿空之言，而是一种推陈出新。诉讼机器的运行有时呈现了一种自动化的推进特征，这也就是所谓的刑事追诉“起点错、跟着错、错到底”的连锁反应，¹⁰或者笔者所谓的将错就错、一错再错、错上加错。有无相生，既然“有证据”推进着诉讼，那么，“无证据”除了作为一种诉讼终端的识别成果之外，还相应地要求一定的程序分流与之配套，而不是任由“无证据”换了马甲继续冒充“（有）证据”去推进诉讼。虽然有所谓的虚假证据、非法证据等名词存在，但是，“无证据概念”延续了笔者所坚持的“主张即证据”¹¹的理念，正如前面已经谈及证据的显现部分和隐含部分，“无证据”体现了一种旧证据矛盾体系的崩溃，或者新证据对旧证据的证伪。单个证据的真伪其实必然要通过其他证据来支持和反对。理论可能不能解决问题，但是可能生发于实践问题。因此，第三部分，将在反驳学者龙宗智对“谁是真凶”的模糊论证基础上，进一步借力打力地对他提供的大部分“证据”作出一个真伪上的判断，第四部分还进一步以聂树斌案为例归纳了两种无证据的具体形态，如

¹⁰ 参见陈光中等：《以审判为中心与检察工作》，《国家检察官学院学报》2016年第1期。这具体为苗生明在第十一届全国高级检察官论坛“以审判为中心的诉讼制度改革与检察工作发展”发言文章“构建以公诉为主导的刑事指控体系”之中的引用。

¹¹ 参见前引9，陆而启书，第三章第四节“证据即证据：不在犯罪现场的意见解构”，第109页以下。

虚假口供的先后印证,口供与其他证据的相互污染。第四、五部分还探讨了无证据的发现方法,如调取新证据、对质询问、对非法取证要警察出庭接受质询等。最后又回归到法学研究的理论进路问题,批评了法教义学和社科法学的分析者可能存在着扭曲真相和脱离真相的问题,将这种潜在理论问题联系到文章主题,可以认为,无证据概念既是规范的,也是社会的。

需要说明的是,本文观点正是基于著名学者何家弘、龙宗智等教授的理论滋养,但是又不满足于他们的理论论证,既以他们的理论为评判对象,又以他们的论证字里行间的材料为论证素材,所以下文为了防止自己的归纳提炼过于曲解愿意,而对二学者的文字在很多处进行了引用,既为了防止在批评时被指为张冠李戴,又可能使人发现笔者提出的“无证据”新概念并非无中生有,而是持之有据的。

二、跳脱概率论的陷阱

确切地讲,学界对聂树斌案件所给出的有利于和不利于聂树斌的双面证据分析并不令人满意,这种观点主张聂树斌有罪和王书金有罪的可能分别占40%和60%,但是,所谓的“四六开”的比率运用于共同致害行为或者双方过错划分更为适合,而对于是否有罪的判断最终只能在“有无之间”。

(一) 横竖都对的概率表达

早在2013年6月25日,王书金强奸杀人案的二审开庭之际,何家弘在没有(条件)直接审查两起案件证据所作的纯理论探讨中就指出:

“如果做粗略的概率分析,我认为他是真凶的概率应该在60%左右。换言之,他是真凶的可能性略高于他不是真凶的可能性。”“如果用概率表述,被告人为犯罪实施人的可能性至少应达到90%。”“在排除了共同作案可能性的情况下,两个嫌疑人面对同一犯罪指控的概率是此增彼减的。在康某被强奸杀害案中,如果王书金为真凶的概率是60%,那么聂树斌是凶手的概率就是40%。既然王书金那60%的概率都不足以认定其有罪,那么聂树斌这40%的概率就更不足以认定其有罪了。”¹²

这种概率论的估计对心证过程作出了一个形象的表达,并且最终得出了一个“无罪”的结论。作为一种心证过程,确信程度有可能性的大小问题,并且以一种“概率”来表达与艾伦对民事审判“再概念化”的路径有神似之处,即不是告诉陪审团决定原告是否对每一要素已经建构到了证据优势标准,而是告诉他们决定谁的故事更可信。¹³笔者以为这种概率论的表达最为关键的就是,60%和40%从哪里来的?在我国的任何制定法包括判例之中都没有提供具体的判断准则,那么这只能说是心证的结果了,而人的良心是最难把握的。

何家弘教授对王书金能否定罪被撕扯在“不能肯定说王书金就不是真凶”也“不能肯定说王书金就是真凶”的六四开之间,然而,王书金最终被“疑罪从无”了,也就是说60%最终被事实裁决者归为0%。这个“归零”的判断表面看来是一个不依赖于被告人自己供述并且“疑罪从无”的法治进步,然而,笔者揣测其真实意图是为聂树斌的翻案设置障碍,当地原办案政法部门甚至持有这样一种观点,“如果王书金不是真凶,那么聂树斌案就不是错案。”¹⁴尽管这实质上并不能构成翻案的

¹² 上述参见何家弘:《王书金无罪不等于聂树斌有罪》,何家弘法律博客,http://hejiahong.fyfz.cn/b/756870,最后访问日期:2015年7月1日。

¹³ Ronald J. Allen, A Reconceptualization of Civil Trials, 66 *B. U. L. REV.* 401 (1986), pp425-37.

¹⁴ 滕彪:《聂树斌案:没有真相就没有正义》,2007-12-18,http://www.infzm.com/content/9847,最后访问日期:2015年7月1日。

障碍。何家弘的论述在这里有一个跳跃,也就是以非同案犯而对同一指控此增彼减,从假定王书金有罪/无罪比是60%/40%,而顺理成章地得出聂树斌有罪/无罪比是40%/60%。举重明轻,60%都归零了,40%更当如此。尽管先前聂树斌已经被100%定罪并执行死刑,问题是现在如何还能假设聂树斌有罪的可能性达到40%呢?由于这种概率只是一种形象的表达而不是科学的结论,概率考虑了哪些因素、如何形成不得而知,相反,概率提供的双面可能性却使得利害关系主体可任意选择对已有利的借口,因此,只要有一丝可能,原办案机关就会忽视无罪的可能而有选择地强化聂树斌有罪的一面之词。恰恰是因为原办案机关的拖延、坚持和辩解,从而使人们的常识不断地被颠覆,甚至还被找出一些合法和合理的理由。¹⁵阻碍翻案的最大王牌并不是没有真相,而是聂树斌的死去,来自一手(线)的正义的诉求被永远地屏蔽。

(二)真假必居其一的极化思维

换句话说,只要用“概率”来表达,就永远没有真相。难道案件的真相永远无法查明吗?这种哲学上“无限接近真相”的认识论问题永远困扰着诉讼法上的案件真相查明。生活可能千奇百怪、千变万化,并且在司法实践之中也常常遇到一种游走在死刑和无罪之间的典型案例,¹⁶然而对刑事案件事实的最终评价也只能是要么有罪、要么无罪的确切结果,进入诉讼的案件最终都有了一个确定的答案,正如我们不能说那些已决诉讼案件都没有“真相”。诉讼需要真相,真相虽不必然但也可能被发现。诉讼的结果并不能通过给我们一个既有罪而又无罪的答案来终结。而无罪和有罪的法律评价本身就是一种极化的思维方式,因为诉讼追求定分止争,而不能容忍不确定。或许由于不擅长概率性思考,法官可能倾向于将一个49%的可能性转换为0%的可能,将一个51%的可能转变为100%的可能;无可否认,某些法官以全有全无(all-or-nothing)的方式思考问题。¹⁷虽然,这不排除在总体上的有罪、无罪之间的争辩和拉锯最终还是要具体到案件的证据细节之中。

我们知道整个诉讼程序都是围绕着证据展开的,这很容易形成一个错觉,只要有案件就是有证据,司法机关的任何努力在定案的方向上都不会白费。我国《刑事诉讼法》第48条规定“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”。这会产生一个奇怪的现象,当出现了冤错案件的时候,曾经经过“查证属实”被作为定案的根据的“证据”竟然可能是虚假的,尽管未定案之前更适当的称谓是“材料”,但是作为“定案根据”的证据也可能出错,也不能再被称为“证据”,为解决虚假证据仍然被“证据”的语言学困境;排除证据”不是在证据的属性上下功夫,而是在定案机制上下功夫,或者通过程序机制阻隔事实裁决者接触有疑问的证据¹⁸,或者让已经接触了有疑问证据的事实裁决者“凭着法律、理性和良知”将其作用归零。然而,要注意的是,当这种外在的程序机制和内在的心理约束机制都不起作用的时候,我们目光可能要转移到“证据”要具有真实性的根本属性上来。“排除证据”虽然已经走在了“归零”思维的道路上,但是,结合中国情境以及常识、常理、常情,只有撕开证据的假相将虚假的证据“不能用于证明案件事实的材料”归入到一个“无证据”概念才可能是一个为公众所接受的论证。就此而言,在我国,人们接受非法证据排除规则以虚伪排除说为理论基础更不会有有什么心理障碍,该观点此处不赘。

¹⁵ “聂树斌案”的真相,极有可能将随着聂树斌,永远死去。赵凌:《“聂树斌案”翻案渺茫》,《南方周末》2009年11月12日。

¹⁶ 例如,念斌案、杨波涛案等,也有一些因为“留有余地”的判决而得以逃过鬼门关、最终被平反的案件,例如余祥林案、杜培武案、张辉、张高平案等。

¹⁷ Patrick A. Driessen, The Wedding of Social Science and the Courts: Is the Marriage Working? 64 *Social Science Quarterly*, 476 (1983), at 481.

¹⁸ 在对抗制下,合意的事实范围(range of facts)、自利的取证(search for evidence)策略和严格的证据可采性规则,这三种变量使得决定的事实基础的不充分。对抗式下的可采性规则,使得许多逻辑上相关和有认知价值的信息也可能根本无法为真相探究者所了解。参见 Damaska, Presentation of Evidence and Factfinding Precision, 123 *U.P.A. L. REV.* 1083 (1975), at 1093-4, note 22.

三、明确对立论证的核心

或许“一项公正的调查活动可能并非公平的竞赛或者根本就不是竞赛；一场公平的竞赛可能也并非公正的调查活动或者根本就不是调查活动”。¹⁹ 纵使如此，我们还是不能否认，辩证对抗可以作为一种求证真相的方式。而当下对聂树斌案的探讨恰恰是在两重对比中进行论证的。

（一）谁是真凶”的模糊论证

学者龙宗智认为，聂树斌案原审判决建立在“以口供为中心的两面印证式”证据构造基础上，也即被告人供述作为能够直接说明案件主要事实（何人何罪）的直接证据，现场勘查笔录、证人证言只是说明部分事实（案发环境、被害人状况等）的间接证据，虽缺乏供同一认定的关键物证，但仍属裁判有据。王书金自认真凶这一新证据出现，动摇了原证据构造。虽然其供述存在矛盾，导致“事实真伪不明”，但对王为真凶、聂案错判仍存合理怀疑。²⁰ 因此对该案的分析将从两个层面展开，一是聂树斌和王书金谁是真凶的对比，二是王书金、聂树斌各自对石家庄案有罪和无罪的对比。

第一，王书金的罪与非罪。这里有一个明显的错案发现的背景：2005年犯下多起奸杀命案的王书金供述曾强奸6名妇女并杀死4人，引出了“1994年石家庄西郊玉米地奸杀案”的“一案双凶”，²¹ 2007年3月，邯郸市中级人民法院一审判决王书金死刑立即执行；2007年7月，河北省高院二审开庭，直至2013年6月25日，王案二审再次开庭，因庭审中律师要求查阅控方举证材料，法院同意休庭；7月10日恢复开庭，两次开庭控辩双方围绕着王书金有无杀人从而能否构成重大立功展开辩论。根据公布的材料，龙宗智不否认王书金的供述与案件事实存在矛盾，且某些矛盾尚“不能得到合理排除”，对王系作案人，“不能得出排他性的唯一结论”²²，因此，要判定王书金为作案人证据不足，但也不能排除王书金作案的可能性。他认为尤其值得注意的是以下几点：²³

（1）供、证有矛盾可能是一种正常情况，甚至一定程度的矛盾是证据可靠性的表征。龙宗智分析认为，案发到抓获后的供述时间久远、记忆因素、观察准确性问题等，有矛盾是正常现象；时间跨度很大的案件，缺乏矛盾，高度一致反而不正常。²⁴ 因此，就被害人身高，乃至被害人颈部的缠绕的衬衣，王书金交代不确或未供述，均不足以从根本上否定其供述真实性。也就是说，龙宗智根据其矛盾分析法，好像是要论证，虽然存在证据矛盾，但证据体系也足以建立内心确信，可以排除合理怀疑地认定事实。

（2）王书金初供产生比较自然，没有发现明显的外部影响。

（3）王书金供述中某些重要情节与现场情况有一致性。包括其所供勒颈手段与被害人窒息死亡的死因较为一致，所述现场钥匙及埋藏衣物与现场勘查较为一致等。王书金的供述发现了被害人的行动规律，那么，如果王书金没有作案，他怎么会发现这一规律并由此选择作案时机？

（4）王书金有作案主观恶性，且作案手法相似，可作王实施西郊案的佐证。此外，西郊案欠缺能够对作案人进行同一认定的客观证据（体液、指纹、足印等），也对作案人的不确定性有一定影响，并为可能是王书金作案的合理怀疑留下相当空间。

¹⁹ 参见[美]加里·古德帕斯特：《美国对抗式刑事审判理论探究》，郭志媛、苑宁宁译，载[美]虞平、郭志媛编译：《争鸣与思辨：刑事诉讼模式经典论文选译》，北京大学出版社2012年版，第306页。

²⁰ 参见龙宗智：《聂树斌案法理研判》《法学》2013年第8期。

²¹ 参见马竞、周宵鹏：《王书金其人其罪》《法制日报》2013年9月28日，第8版。

²² 前引20，龙宗智文，第6页。

²³ 参见前引20，龙宗智文。

²⁴ 参见龙宗智：《论证据矛盾和矛盾分析方法》《中国法学》2007年第4期；前引20，龙宗智文。

反过来,龙宗智又对控诉方反驳王书金作案的解释“照单全收”,如供述时间为下午一时许,与证据基本证实应为五点后作案相矛盾;又如,王供述强奸后踹胸几脚再将其掐死,但尸检未见胸腹部明显外创及骨折²⁵;颈部衬衣也是一个疑点。不过,龙宗智引述何家弘的解释认为,这可以用高度紧张情况下的观察误区和时间长记忆不确以及所谓“细节换位”来解释,²⁶但毕竟构成对王书金作案的某种合理质疑。概而言之,从现有证据材料看,西郊案由王书金所作系不能完全肯定又很难从根本上否定的事实,即形成证据学上常说的“事实真伪不明”。

第二,聂树斌的罪与非罪。在2015年4月28日下午山东高院举行聂树斌案复查听证会²⁷后,2015年5月16日,由四川蜀鼎律师事务所、北京炜衡(成都)律师事务所联合设立的四川刑事辩护论坛(第一期)在北京炜衡(成都)律师事务所成功举办。²⁸本期论坛以学术沙龙的形式对国内外持续关注的聂树斌案件进行了学术研讨。龙宗智教授基本上保持原来的观点,首先就分析了聂案现有的证据情况。

1. 有利于维持判决的情况:

- (1) 审判阶段,一审,二审,律师询问阶段供述稳定;
- (2) 聂树斌供述的案情细致,与证据之间相互印证,可信度高。

2. 不利于维持判决的情况:

- (1) 隐蔽性证据的发现;
- (2) 王书金的供述自然,在一般的查问供述,同时自己供述自己作案对自己并无重大意义;
- (3) 聂树斌在突审期间无记录,反映出未认罪,非法取证的可能性增大;
- (4) 强奸问题的证据欠缺;
- (5) 其他证据的旁证:被害人胸部伤问题以及狱友旁证等。

龙宗智认为,构成合理怀疑是对案件能够启动再审更有分析力的分析方式。²⁹

第三,王、聂二人谁是真凶。通过证据分析,龙宗智说自己具有与何家弘教授相似的心证,王书金是真凶的可能性更大。他还解释说明,一方面,没有直接、全面审查证据,缺乏心证确定的必要条件,另一方面,这是根据对中国刑事司法长期参与及观察研究的专业体验,也是基于对两案证据的具体分析,还是根据一般经验法则所作的判断。最后,王书金不能被排除为作案人,这一新的证据事实加入聂案证据构造,将动摇原构造的稳定性及原判认定事实的确实性。它使一周突审中采用不合法手段的可能性增加,聂树斌有罪供述的客观性降低,其口供与其他证据的印证关系因口供来源的可靠性不足而受到冲击,并形成聂树斌可能不是案犯的合理怀疑。

²⁵ 2015年4月28日山东高院举行了聂树斌案复查听证会,在这次听证会上,代理律师还出具了两个新的证据:一是刑讯逼供,另一个是被害人骨折的证据。参见韩永:《聂树斌案复查听证会纪实》,《中国新闻周刊》总第706期,2015年5月7日。

²⁶ 参见前引12,何家弘文;参见前引20,龙宗智文。

²⁷ 参见何挺:《对聂树斌案复查听证程序的期待》,《人民法院报》2015年4月25日,第2版;吴仕春:《聂树斌案复查听证会:公正审理与社会监督的融汇》,《人民法院报》2015年4月27日,第2版;史洪举:《聂树斌案复查听证会:以公开促公信的好抓手》,《人民法院报》2015年4月28日,第2版;罗书臻:《山东高院召开聂树斌案听证会》,《人民法院报》2015年4月29日,第1版;罗沙、吴书光:《10个小时的听证会涉及哪些疑点》,《新华每日电讯》2015年4月30日,第4版;余东明:《聂树斌案复查听证会涉及哪些问题》,《法制日报》2015年4月30日,第8版。

²⁸ 《蜀鼎所与炜衡所联合举办刑事辩护学术沙龙》[2015-05-21],http://www.scsdlawyer.com/Trend3903.zh_cn.aspx,最后访问日期:2015年7月1日。

²⁹ 以上参见北京炜衡(成都)律所编辑整理:《“To be or not to be”聂树斌案学术沙龙》[2015-06-03],<http://www.cncdrc.com/Container.aspx?l=zh&c=xfxsdt&d=2503>,最后访问日期:2015年7月1日。

上述，三个方面对“谁是真凶”模棱两可的论证，恰恰给各方提供了“各取所需”的借口。这不对具体案件负责的理论探讨却可能给案件的假相和专门司法机关的错误背书，因为曾经办案的专门机关正好可以只选择对其有利的部分。笔者之所以不厌其烦地介绍学者龙宗智对该案件事实和证据的整理，尽管因为这种概括被称为是未看卷宗的情况下得出的，但是如果从最高人民法院再审所作出的无罪判决来看，其中事实和法律论证都更像是以原判决书涉及的证据和事实框架来回应社会问题，不愿更多地去调查“新证据”，而只是从复查期间爆出的对立论证之中选择一个自认为更合理的意见。或许可以这样说，最高人民法院的无罪判决不是因为其正确而权威，而是因为其权威而正确。当然这并不是笔者所愿意看到的，所以笔者更想从他提供的证据材料之中打捞出事实真相。在这里甚至笔者承认对真相是怀有执念的。

（二）字里行间的真相浮现

因此，笔者认为这种“各打五十大板”的分析进路看似客观其实完全脱离了客观真相（专业体验）和认知常识（一般经验）。在这里的讨论一定要有一个前提就是事实是有真相的，并且对法律评价有意义的某些案件真相是可以还原的，尽管不是所有案件和全部要件。换句话说，对立论的核心是发掘和还原真相，而不是做个“老好人”，两边都不得罪，关键的是，聂树斌案对法律评价有意义的真相就是可以还原的，是可以确定的，并且确定的结果不是来自于抓住一点不及其余的隧道视野效应，恰恰是综合衡量的结果。笔者试图从前面提供的信息之中提出几个明确的结论：

第一，王书金的口供是真实的，而聂树斌的口供是虚假的。这两个人口供之中法律可评价的核心内容“强奸/杀人”是不可能都是半真半假的，既可信又不可信的。龙宗智根据其“矛盾分析法”的专业判断也得出了即使有细节换位、部分记忆遗忘，王书金口供也具有真实性，不管是外在的客观证据印证还是内在的心理动机都不可能再得出其口供不确实了。可能有人说，这种观点不全面，没有看到公诉方的反驳，笔者恰恰要说的是，公诉方的合理质疑³⁰是建立在种种毫无根据的猜测之上的，并且已经完全脱离了人之常理，一方面为专门机关办案的马虎粗燥低级找借口，另一方面把一个简单粗暴之人想象得太老谋深算。王书金的竹筒里倒出的豆子太多了以至于专门机关对号入不了座了。聂树斌口供的不真实性基本上可以从办案机关的记录不全、狱友旁证等就可以得出。随着聂树斌案卷材料的公布，有人直接从其供述之中就得不真实的结论。

第二，聂树斌的虚假供述的本质叫“无证据”。虽然真凶归案从案件事实的角度而言已经使得聂树斌的口供真实性完全崩塌，然而，聂树斌的口供并不因为王书金的口供才变成虚假的了，而是其口供自始至终就是虚假的，这种偶然揭露出来的真相主要是因为“纸最终是包不住火的”。如果还在试图以供述稳定和情节细节相互印证来说明其“可信度高”，那么只能说专门机关“制作”出来的口供永远不会虚假，专门机关永远不会办错案。不光是司法机关有固执己见的习惯，随着案情细节的不断释放，聂树斌案已经错漏百出，龙教授还是对其“概率论”固执己见。此外，其他所谓的实物证据、环境证据或者客观证据对于聂树斌有罪而言都属于“无证据”了。龙教授已经看到了聂案的口供中心，当然不光是口供，然而，口供的真实性已经坍塌，则所谓“皮之不存毛将焉附”。（关于口供与其他证据的关系下文还将详解）

（三）无证据概念的属性分析

所谓的无证据也就是证据材料是通过违法手段获取的或者更主要是不真实的，不能用于证明案

³⁰ 在英美法系主要由辩护方来设置合理怀疑。“合理怀疑是一种实际和实质的怀疑，它来源于证据，来源于证据所证明的事实或情况，或者来源于检控方方面缺乏证据，它有别于那些仅仅来源于可能性、想像或奇怪推测而产生的怀疑。”参见[美]艾伦、[美]库恩斯、[美]斯威夫特：《证据法：文本、问题和案例》，张保生等译，高等教育出版社2006年版，第819页。

件事实的材料。笔者恰恰可以从前述龙宗智分析聂树斌案件的论文之中看到这样一些词语组合(前文已引述,期刊原文页码标注括号内):

- a. 虽缺乏供同一认定的关键物证,但仍属裁判有据。(页3)
- b. 原判所认定的事实,是有证据支持的。(页4)
- c. 而质疑口供因非法获取而不能作为定案依据,虽然可谓疑出有因,但应当说尚无实据支持。(页5)
- d. 缺乏关键物证也不能成为推翻原判的充足理由。(页5)
- e. 就被害人身高,乃至被害人颈部的缠绕的衬衣,王书金交代不确定或未供述,均不足以从根本上否定其供述真实性。(页6)

上述句子多次表述了“有证据”或者“无证据”的概念,这大体可以分为两个层次,一个是针对案件事实认定而言(a、b、d),另一是针对个别证据而言(c、e)。其中对个别证据又大体分为两个方面(1)取证手段非法性(c)(2)证据内容真实性(e)。

这里需要辨析一个问题:从证据的本质出发提出的一个“无证据”概念,认为所谓的在卷证据材料对于案件事实认定而言,并不能称之为证据,更准确地说,也就是“无证据证明案件事实”,不排除其具体原因可能是“违法取得”或者“不真实”。此外还有一种“无证据”的表述,如“无证据”支持“违法性”或者“真实性”的个别判断问题,尽管这两种原因当然也需要证据来证明或者用证据材料之外的证据来印证,但是,笔者所侧重的“无证据”概念针对的是证据或者事实本身,而不是“无证据”对证据的证明的旁证或者补强问题。总体而言,笔者更关注的是材料本身的真实性问题,“合法性”的判断常常用有无来表示;而“真实性”的判断常常是一个“不足”或者“充分”与否的程度问题,由此作为一种审查判断结果的无证据可能蕴含着一种对证据、事实认识上的“从有到无”、“从真到假”的思维立场的变化。

四、冲破循环论证的藩篱

之前,龙宗智教授在未读卷宗³¹的情况下,依据一审、二审判决书和相关报道,并考虑当时的司法背景、裁判要求以及被告未提出事实抗辩等原因,认为,聂案并非仅凭口供定案,而是建立在口供与相关证据(现场勘查笔录和证言等)相互印证的基础上,“原判所认定的事实,是有证据支持的”。³²他认为,质疑口供因非法获取而不能作为定案依据,虽然可谓疑出有因,但应当说尚无实据支持;他还以历史眼光和制度传统来看,缺乏关键物证也不能成为推翻原判的充足理由。根据以上分析,龙教授认为,如果就原判证据分析,被告供认作案且在认罪后供述较稳定,而与相关证据印证,虽有缺乏客观证据的缺憾,以及对“突审”合法性的疑问,但是尚不足以从根本上撼动原审事实认定。这应该也就是在王书金案发之前,十年间被告亲属对此案无申诉且无社会质疑的原因。³³

从上文可知,龙教授有一种希望能全面把握案卷材料从而给出更合理判断的想法。从某种意义上讲,全面客观地收集证据更有利于对证据的真假判断。但是,追求“全面”永无止境,不可能、不必要,甚至为了避免重复拖延,避免信息污染,避免有偏见,还故意不求全面。除了有从实体法、程序法到证据法的证明对象的争议焦点变化而所需材料也随之变化之外,还有证据排除、不被强迫自证其罪、证人作证豁免等程序或者制度就是让证据不能得以全面充分提出,当然,证据资源的稀

³¹ 据报道,2015年3月17日和18日案发二十年来申诉代理律师首次完整阅卷,参见赵秋丽、李志臣:《聂树斌案诸多悬疑待解》《光明日报》2015年3月19日,第5版。

³² 前引20,龙宗智文,第4页。

³³ 参见前引20,龙宗智文,文中提到的“两面印证”是指哪两面有点令人费解,大略而言可能指的是主观直接人证和间接人证、部分物证之间的证据相互印证。然而这里的“印证”或许缺少了一种根本的案件事实的指向性。

缺性、取证手段的局限性也都可能造成证据不充分。因此，我国刑事诉讼程序一个非常重要的事实真相的底本就是“案卷”。什么是案卷，到底有哪些材料，《刑事诉讼法》没有明确规定，但是基本上是专门机关刑事诉讼活动的记录，也只有“记入笔录”的内容才可能是证据或者为专门机关所衡量，虽然这种记录可能随着案件的专门机关的反复审查而不断累积。这种累积有的时候仅仅是过往资料的不断重复，例如聂树斌案卷宗八次供述稳定一致。这里存在一个非常严重的问题，不真实的证据可能因为“谎言重复千遍就是真理”。更主要的是，有缺陷的证据相互印证救“虚相”出水火，还“颠扑不破”。笔者并不打算遮遮掩掩，而欲以“无证据”的现实形态鲁莽地捅破真相的窗户纸。

（一）无证据之一：虚假供述的先后印证

经过改装过的“案卷”中聂树斌八次供述稳定一致只是虚假供述³⁴的重复。其实，错误不管重复多少遍也都是错误。哪怕是换成了不同的机关进行讯问得到的被告人供述，还可能是虚假的。法国律师弗洛里奥介绍了几个无辜者招供的案件，其中“德塞耶案件”就说明了虚假供述的错误的延续性和误导性。³⁵德塞耶被控参与1948年5月8日发生的抢劫凶杀案被押上了重罪法庭判了十年徒刑，在1952年2月因为两个女人吵架而抖出了真凶另有其人，德塞耶终被释放，真正的罪犯被判刑。问题是，德塞耶在预审官罪行复演的时候竟然能在他从未走过的路上为司机做向导，细致地描述埃梅里夫妇的家具摆放的位置，事后了解到，警察对德塞耶和其他人进行了粗暴的或者特别粗暴的审讯，而使他们做了假供。接着的问题是，次日一整天，德塞耶在预审官那里也没有翻供，他不但没有翻供，反而进一步肯定了他的供词。重罪法庭的陪审员们也认为，如果一个人是无辜的，他就不能了解这些细节。作者弗洛里奥在此指出一个常见的问题，在被告控诉说警察虐待了他的时候，重罪法庭庭长总是这样反驳：“你说你是在被警察打了之后招供的，我们暂时承认这一点。可是，预审官没有打你，你在他面前为什么又一次肯定了以前的供词呢？”弗洛里奥认为，“因为，大部分被告并不懂得刑事诉讼程序，他们还以为审判官审讯之后自己还会重新落到警察手里。所以，即使他们先前被打了，也不敢在法官那里翻供，他们害怕再次受到虐待。”³⁶很显然，一种虚假不实的“重复自白”是不能用来定案的，当然要被排除而将之证明作用归零。

（二）无证据之二：口供与其他证据相互污染

口供与相关证据（如现场勘查笔录和证言等）相互印证同时也很可能是证据信息源的相互污染。在我国刑事诉讼中的侦诉审环节都采用的承办人制度，基本上是案件“包干到人”，侦查案件承办人必选全面收集、审查或者判断证据，侦查人员往往会把自己知道案件信息通过“指供”、“诱供”（如上述的德塞耶案）传递给犯罪嫌疑人从而形成了口供与客观证据相互印证的假相，甚至有犯罪嫌疑人把自己的生活经验编织到案件事实之中以早日摆脱讯问环境的压力或者迎合侦查办案人员的想象。³⁷如果虚假证据的“毒树”引发的其他证据，根据虚假自白“碰巧”找到了客观“实物证据”，或者接受暗示而作出符合客观情形的自白，这种自白 其他证据，或者其他证据 自白的相互启发并不能相互背书而从虚假转化为真实，可见，虚假不实“毒树”和“毒树之果”的相互吻合印证的假相恰恰蒙蔽了事实真相，当然也要将其证明作用归零。

（三）调取新证据与对质询问

在王书金案二审第三次开庭时，辩护人提出王书金对石家庄西郊杀人案的供述是在没有外界信

³⁴ 虽然虚假供述，可能含有无罪供述为有罪，或者有罪供述为他罪、辩解为无罪或者隐藏真相，笔者这里主要是指是无辜者认罪的情形。

³⁵ [法]弗洛里奥：《错案》，赵淑美、张拱竹译，法律出版社2013年版，第56~61页。

³⁶ 同上[法]弗洛里奥书，第61页。

³⁷ [日]浜田寿美男：《自白的心理学》，片成男译，中国轻工业出版社2006年版，第20~29页。

息来源的情况下做出的,其对作案现场遗留的自行车、一串钥匙,以及被害人生前所穿衣服的隐藏地点及隐藏方式,与现场勘查笔录、有关证人证言等吻合。而检察官提出多个理由,认为不能排除王书金曾经到过案发现场、了解案件的部分情况,包括王书金有在案发现场打工的经历,其熟悉案发现场周围的环境,王书金知道其打工地附近发生过杀人案件,案发现场曾经是一个开放性的现场。对此,有学者认为,检察官提出的理由仅是一种可能性,并没有客观证据能够证明王书金在案发后通过其他途径了解案情。³⁸ 笔者也认为,王书金如何得知这些隐秘信息不能靠检察官的自行猜测和凭空杜撰得出用于反驳的解释,完全可以通过庭审与王书金当面对质或者再行调查取证了解。

正是因为“现有证据”和“新证据”只有呈现在卷宗里才被称为证据,然而,当在卷宗中的多个现有证据或者新发现的进一步通过卷宗记录保存在卷的证据相互之间存在疑问时,目前一般的做法是靠各方“围绕案卷证据”去进行“合理”的解释和说理,这种循环论证只能是一种错误的相互循环或者污染,由此,可能会给公众一种揭不开“盖子”、打不开“暗箱”一般的窒息感。可见,放任所谓的“在卷证据”模棱两可的解释只会让疑问得不到澄清,或许只有另辟蹊径进一步通过法定程序调查取证和对质询问来“刨根究底”才是一个正确的解决之道。陈光中先生在2015年5月初尚权律师事务所和中国政法大学共同组织的“聂树斌案”的研讨会上发言认为,聂树斌案件存在以下五大关键疑点,这已经撕裂了原裁判“证据确实充分”的证据证明体系,这五个疑点是:

- (1) 存在刑讯逼供的重大可能性;
- (2) 花衬衫的重大疑点并未合理排除(来源不明、勘验笔录说“窒息死亡”无法甄别犯罪手段,未能保留原貌);
- (3) 被害人尸体是否有骨折问题没有真正查清;
- (4) 为什么不提取被害人阴道精子;
- (5) 书记员假签名问题。

由此他认为,聂案完全符合提起再审的条件,譬如在聂案中出现的法医专家提供的认定被害人骨折现象的证据、纪某作证聂树斌曾经被刑讯逼供的证言,这两个新证据都说明原审法院可能定罪错误。(第242条第1项)另外,前4天讯问笔录的缺失与纪某的证言说明可能存在刑讯逼供现象,聂树斌的口供可能应当依法予以排除。(第242条第2项)办案违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的,此处公正审判主要是指实体公正,即结果公正来讲的。(第242条第4项)³⁹ 笔者以为这种评论是恰当中肯的,新证据并不能让原先虚假的证据变成真实,但是,在更大程度上让原先虚假的证据露出马脚。龙宗智认为,根据我国刑事诉讼法第242条、第243条的规定,启动再审的要求是裁判“确有错误”,然而,裁判单位应当与时俱进,从“有错才纠”,走向“有疑即纠”。虽然对王书金为西郊案真凶的概率判断或高或低,但依据经验法则不能否认王书金是真凶而聂树斌案为错案的合理怀疑成立。这种合理怀疑是有根据、能够论理,且能获得一定共识的,决非无中生有,吹毛求疵。这种情况下,按照“存疑时利益归于被告”的再审裁判原则,聂树斌案应当启动再审。⁴⁰ 该观点仅仅意图为“疑罪”提供一个进行再判断的机会,但是,如果“疑罪”不被归零为“无罪”,“有疑问的”的证据不被归零为“无证据”,无论多少次复查、再审也都不能揭露虚相。将所谓的“证据”合理合法地归零,真相就水落石出。

五、管窥静默的蓝墙

前面提到了对立论证和循环论证,大体上已经涉及到了聂树斌案件之中的第三种对立,也即权

³⁸ 褚福民:《王书金案件证据分析》《证据科学》2014年第4期。

³⁹ 前引6,陈光中发言,最后访问日期:2015年7月1日。

⁴⁰ 前引20,龙宗智文,第10页。

利主体和权力主体的对立和第三种循环，也即口供的非法不能证与口供不可采的制度悖论。

（一）口供非法不能证的自我利益掩饰

由于专门机关掌握着证据获取程序和手段的相关信息资源，被告方的任何质疑总是给人有以卵击石之感。龙教授承认，聂树斌口供是否非法获取无证据支持。然而，这个“无证据”支持，是一个伪法律问题，是一个公安司法机关“静默的蓝墙”⁴¹的潜规则，是一个社会问题，尽管法律仍然提供了一定的约束非法取证的“口惠”，《刑事诉讼法》第55条规定，“人民检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的，应当进行调查核实。对于确有以非法方法收集证据情形的，应当提出纠正意见；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

1. 亡羊补牢，为时已晚

申诉人很难去对抗结成了利益共同体的政法机关。我们知道权力是双刃剑，权力是必要的恶，总有被滥用的趋势，因此在制度设计上的事先预防规则比事后救济更重要，因为“亡羊补牢”所造成的损害往往还是可以以“合法”的借口所掩盖。不过，需要注意的是，一方面，对事实的澄清义务并不是申诉人（或者当事人）的责任，而所谓的收集、提供证据（包括线索）本来就不是申诉人的责任。在复查听证会上，聂家律师为推翻聂案原判决而提出的主要疑点被原办案机关一一做了解释，有些人质疑律师自己还没有把事实搞清楚，比如对被害人单位地址名称的质疑，因此，有律师同行指责律师失败的表现可能会给聂树斌案的平反蒙上了一层阴影。当然，也有人指责听证参与人员的选择不公开透明以及听证程序设置不合理等也不利于律师能很好地表现。正是因为受到了在听证会上律师不占上风的刺激以及对聂案平反前景的担忧，引发了聂家另一名律师陈光武与接受央视焦点访谈而“拉偏架”的中国政法大学教授洪道德之间掀起了道德论战，以及湖南律师杨金柱冒险公布本案全部案卷的行动。另一方面，当政法机关有其公正之外的利益考虑本身就存在是否合法合理的疑问，而政法机关失职或者不诚信还进一步地让申诉人或者当事人忍受有缺陷的程序和违反常识的事实认定所带来的惩罚后果。

2. “官无悔判”；“敝帚自珍”

或许受复查的“公检法机关”也可能拥有基于自身利益考虑的发言权。诉讼天然地青睐对抗形式，哪怕是这个生效裁判的复查程序也体现出了对抗色彩。然而，无论如何，负责复查的法官至少一直被要求处于居中的身份。现在看来，原先的生效判决的法院及之前办案的公检法机关很显然有了维护“自己劳动成果”的动机和利益，不管是“官无悔判”还是“敝帚自珍”，这种自我利益，掩盖和超越了所谓的公正追求。又由于其职权行使必然是通过个体官员来行使的，因此，我们在准许被告人、辩护人一方说话的时候，也必然要允许原来办案机关的“据理力争”。甚至换个角度而言，王书金自认的6起犯罪（含石家庄案），检察院只指控4起（不含石家庄案），法院也才只认定了3起，也就是说，石家庄市郊的案件首先就被检察官“疑罪从无”了，此外，法院还“疑罪从无”了另外一起，这些落实“疑罪从无”原则的司法实践是一个好的倾向。也就是说，即使王书金已承认犯罪，检、法机关还是可以“公正”处理案件而不为当事人意志所左右，当然，或许（表示作者的猜测）出于一种“自我利益”的掩饰，对王书金的自我认罪之否定，或许（表示办案者的博弈）还可能为聂树斌的翻案设置了一个“先例”似的障碍，暗含了“王书金的口供有时是不可信的”的结论。

（二）证据真实性判断的多元主体操控

综上所述，聂树斌案件的真相到底建立在什么基石之上呢？

⁴¹ 在美国“作伪证的案件通常很难加以证实”，参见[美]亚伦·德肖维茨：《合理的怀疑——从辛普森案批判美国司法体系》，高忠义、侯荷婷译，法律出版社2010年版。这不独是美国警察和司法系统的问题。聂树斌的一审辩护人张景和曾回忆与聂树斌第一次见面，张景和问：“第一次你为什么承认（强奸杀人）？”聂树斌没吭声。张景和又问：“为什么你第二次承认了？”聂树斌说：“打哩！”参见朱柳笛：《聂案代理律师提出四大疑点》，《新京报》2015年4月9日，第A18版：焦点。

首先要明确的是,需要查明的真相是有范围限制的,也就是说要限制在有法律评价意义的内容上,其中对于定罪而言,也就是要查明作为证明对象的犯罪构成要素。而用什么证据材料来证明这些证明对象在不同案件之中有其自己的特殊性,对用于证明案件事实的证据材料本身还进一步要通过证据材料来审查判断,尽管各种“证据材料”相互交错,各种用于判断证据的细节错综复杂,对证据真实性的判断只能通过法定程序和与提供证据的人对质作为最终保障——虽然还是有出错的可能。

从法定程序保障而言,如果说在对抗式诉讼中充斥着当事人对程序的操控,那么在职权调查式诉讼之中则难以避免专门机关对程序的操控,因此,在控辩意见不同的情形下,对抗式的证据调查方式在所难免,程序设计最终只能让我们在到底是相信法官、相信专门司法机关还是相信当事人及其辩护人之间进行选择了,无论如何,“兼听”能在一定程度上避免歪曲真相。另外,在诉讼中证人(包括警察)的出庭宣誓,以及就其品格接受交叉询问并不是可有可无的仪式,从另一个层面揭示了人是证据真实性的最终保证。

六、揭开语境论的面纱

对案件处理的合理性论证主要有两个方面,一种来自于案件之内,另一种来自于案件之外。前者更多的是一种法教义学的解释,后者则是一种社会学解释。这两种解释都有可能被误用,前者有时会扭曲真相,后者有时完全脱离了真相。法学研究的确要有一种批判的精神,但是,有学者把扭曲真相的法教义学和脱离真相的法社会学糅合在一起更是得出了令人讶异甚至违反常识的离谱的结论。

(一) 法教义学不能“扭曲真相”、自相矛盾

在法教义学分析方面,在聂、王的一案双凶的案件之中,无视王书金供述根本上不容否定,而聂树斌的供述已经从根本上被否定的事实,夸大一些貌似合理的反驳证据,还得出聂案“仍属裁判有据”,“是有证据支持的”。其实,聂树斌原案的裁判证据虚假问题以及违法取证的情形一直存在,因此,所谓的违反“无罪推定”、“罪行法定”、“程序公正”等问题在该案之中自始至终都有所体现。如果不承认这一点,哪怕认为当时“裁判有据”,那些“有据”就不会凭空变成“无据”了,所以艰难的“聂案复查”根本就无需启动而平反无望了。

有学者甚至用这种扭曲事实真相的法教义学分析为前提来支持一种法社会学的论述,例如,对于余祥林案,有学者认为,

“依司法的逻辑,余妻的生存仅仅说明余并未杀害自己的妻子,公诉机关搞错了被害人的身份。在现有案卷表明的证据基础上,尤其是案犯的口供与客观情况吻合一致的前提下,它不能从根本上消除另一个可能:余当时可能误把她人作为自己的妻子而加以杀害,或者余出于某种原因不愿供认被害人的真实身份。在这些假设中,余仍然可能构成故意杀人罪。”⁴²

该作者认为,冤案重审,余祥林被当庭宣判无罪的这个判决是有缺陷的。“在再审的整个过程中,无论是包括律师、检察官、法官在内的司法人员还是一般公众,都将焦点单纯地集中于余妻的

⁴² 陈柏峰:《社会热点评论中的教条主义与泛道德化——从余祥林冤案切入》,《开放时代》2006年第2期。类似论述也体现在朱苏力西南政法大学50周年校庆上的演讲《当代中国法理学的谱系及不足》底本,苏力:《当代中国法理的知识谱系及其缺陷——从‘黄碟案’透视》,《中外法学》2003年第3期,对苏力黄碟案真相论述的反驳,参见张书克:《评朱苏力教授在西南政法大学五十周年校庆上发表的演讲》,http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=3924,最后访问日期:2015年9月8日。

‘死’而复生，极其简短的质证和庭审仅仅毫无悬念地围绕余妻是否真正被害而展开，法院的判决也简单地认定由于余妻并未被害，因此余祥林故意杀人罪的事实不能成立而判决无罪。”⁴³笔者认为，本来被蒙蔽的真相已经随着“死者复活”而水落石出了，如果说重审无罪判决的程序“简短”、文书“简单”，当然是省掉了证明“你妈是你妈”的麻烦，或许主要是为了避免对错误的更深刻揭批，如果故作高深的学者要坚持错误，文过饰非，甚而凭着其“假设”得出“仍然可能构成故意杀人罪”就简直荒谬至极，让人啼笑皆非了。退一步讲，即使余祥林真的杀了人，也如日本学者所明确指出的那样，无罪证明的对象是诉因，也是“公诉事实不存在”或者被告人没有犯罪事实。为了不引起误解，也可以这样理解：被告人可能与诉因不同的时间、地点使用了不同的方法杀害了被害人，尽管如此只要不变更诉因，也要认定被告人无罪。⁴⁴在裁判员裁判中，辩护人必须考虑的问题可能不是诉因，而是裸的事实问题，也就是说，对不存在公诉事实这一点进行反论。因为这是“常识性”的东西。但是，“法官和裁判员不需要公诉事实确实不存在这一心证。而是需要对诉因即起诉状中记载的公诉事实需要有合理的怀疑，仅此而已”，“‘疑罪从无’或者‘宁可放纵十个罪犯，也不处罚一个无辜者’是刑事裁判的铁则”，“如果有合理怀疑，就必须认定无罪”这些观点完全具有说服力。⁴⁵以聂案为例，辩护人的辩护范围尽管不必要超出诉因范围例如认为聂树斌无罪，但是从“常识”角度而言，辩护人甚至可以指出真凶是王书金。从裁决者而言，正如聂案的最高人民法院判决书所述，“对申诉人及其代理人提出的王书金系本案真凶的意见，因王书金案不属于本案审理范围，本院不予采纳。”这可以看作是一种诉因的限制。

（二）社科学法不能“脱离真相”、文过饰非

笔者并不反对社科学派的语境论研究，发生错案当时办案经费紧张（如没有条件和经费做DNA检测）、办案条件简陋、办案手段简单，甚至办案观念落后怀有有罪推定的观念，顾及社会稳定和受害方家属情绪，这些都不为过，但是，真正的社科学派的证据学研究也不是要为发生的“错误”找借口，而是要找到“错误”的原因以对症下药。尤其是证据法学的跨学科研究更多是为探寻真相提供更多的可能。有时“真相”的发现可能的确受外在条件的约束，但是冤案的发生更多的是采用法外手段达到“破案”目的而置法律、真相和良知于不顾。这里提到了“良知”好像是一种学者所批判的“泛道德”话语⁴⁶，然而，纵使这些所谓的泛道德话语是重复着“无需证实的大写真理，抽象的正确原则”，但是其中描述的司法活动一点也不抽象，被告人的辩护意见不受重视，偏听偏信，甚至打压、阻止冤案受害人的亲属表达意见，这些都是活生生的现实呀，余祥林的无辜并不因为张在玉的复活才无辜的，而是其自始至终就是无辜的。

因此，龙宗智教授也对该聂树斌案迟迟不得平反的久拖不决给了三点理由：⁴⁷

- （1）王书金供述存在矛盾，聂案未必是错判；
- （2）人头落地，无可挽回，确认冤案影响极大，对政法形象乃至政权形象形成不利影响；
- （3）“有疑即纠”，顾虑形成连锁反应，形成“骨牌效应”，加重政法局势的不稳定性。

由于聂树斌的社会关注度高，甚至聂树斌复查结果被赋予了法治进程的里程碑事件。因此，龙

⁴³ 同上，陈柏峰文。

⁴⁴ [日]佐藤博史：《刑事辩护的技术与伦理：刑事辩护的心境、技巧和体魄》，张凌、于秀峰译，法律出版社2012年版，第288~289页。

⁴⁵ 同上[日]佐藤博史书，第292页。

⁴⁶ 陈柏峰引述认为以下属于泛道德评论，何家弘、张卫平、陈瑞华：《如何认定案件事实——从余祥林案说开去》，李富成：《余祥林“挺过来”与潘余均“挺不过来”》，甘德怀：《看不见的手：“杀妻案”的幕后导演》，高一飞：《请给民众哀求的权利》等网络文章。参见前引42，陈柏峰文。

⁴⁷ 前引20，龙宗智文，第10页。

宗智建议, 聂案复查, 要从“有错才纠”走向“有疑即纠”, 以彰显新的政法理念, 回应社会质疑。⁴⁸ 照顾当时的社会条件和司法环境, 龙宗智还建议, “无须启动司法追责程序”, 甚至他还“提出一项帮助决策的程序性建议, 即设立一个临时性咨询单位, 一方面协助从法律上对聂案做出评估, 以便决策时能够周全考虑相关因素; 另一方面, 也可以分担压力并减少社会质疑”。⁴⁹ 当然, 他对裁判当局的退路和担忧做了一些看来合理的封堵, 他解释认为, 长期不纠正将更加损害司法公信力, 有疑即纠的话, 反而彰显国家对每一个公民获得司法公正的高度关注和负责精神。然而, 龙教授这种“社会学进路”的猜测给了相关政法机关的拖延做了“科学”的注脚。既然“未必是错判”那就无需纠错了, 更何况还有司法形象、政法局势的合理性考虑, 这也无形之中让聂树斌案背负了更多的解决社会问题的责任, “社科进路”总是进退有据, 反而更加不利于案件的解决。最主要的是, 要实现个案的正义必须面对已经浮出水面的聂树斌案的真相, 而该案直击要害的解决办法就是把握真相。

或许一个逃避追责或者担责的方式是借助案外的社会力量进行评估。这种意见何家弘也曾考虑过。何家弘曾经提出过借鉴英国做法设立“申诉案件复查委员会”的建议⁵⁰, 又在山东高院举行的聂树斌案听证会后再次提出借鉴英美法系国家中陪审团审判的做法:

法官让陪审员们根据自己的内心良知和生活经验回答一个问题: 你是否能肯定地认为被告人就是实施了犯罪行为的那个人? 或者更为简单地说, 你认为被告人是否有罪? 由于本案有两个嫌疑人, 合议庭可以让听证人回答: 你认为王书金和聂树斌是真凶的可能性各有多大? 其实, 对于这类事实问题, 听证人都可以做出大概的判断。例如, 王书金是真凶的概率大概有 60%, 聂树斌是真凶的概率大概有 40%; 或者, 聂树斌是真凶的概率大概有 80%, 王书金是真凶的概率大概有 20%。然后, 合议庭可以把 15 位听证人的回答汇总起来, 计算出二人概率的平均数, 并作为复查决定的依据。⁵¹

或许这与英美法系国家的法庭之友 (amicus curiae) 制度有相同的功能, 即都属于案件复查阶段, 并且可能因为有重大的利益纷争从而为后来案件设立规则。按照《元照英美法词典》的解释, 法庭之友有两个含义: (1) 对案件中的疑难法律问题陈述意见并善意提醒法院注意某些法律问题的临时法律顾问 (2) 协助法庭解决问题的人。⁵² 从拉丁文来看, amicus curiae [L. amicus/ 朋友; curia/ 在古罗马, 元老院开会的场所] 从字面上看, 指法院的朋友; 指任何并非诉讼当事人但帮助法院解决问题或纠纷的人。法庭之友诉讼状 (amicus curiae briefs) 往往在重要的案件中由非诉讼当事人提交, 就对其有利害关系的某一特定观点或规则进行辩论。⁵³ 在美国有权成为法庭之友的可以是联邦或者州政府、外国国家、个人、利益集团和社会组织等; 其可以受法庭要求、基于对案件的浓厚兴趣或基于对公共利益的考虑以及受案件一方当事人要求而向法庭提交意见书。笔者的初步感觉, 陪审团主要是在一审程序之中作为中立裁决者来确定事实上的纷争, 而法庭之友可能恰恰是在一些案件影响大的司法审查活动中搅起纷争、了解事实、表达诉求, 提供法律适用见解或者专业技术帮助, 因此可能不会做到中立。陪审团可能是法官的推卸责任的机制, 而法庭之友参与诉讼的目的在于帮助法庭形成公正的判决, 提供意见要有一定的事实证据或者法律理由这个很难在中国做到。究其实,

⁴⁸ 参见前引 20, 龙宗智文。

⁴⁹ 前引 20, 龙宗智文, 第 11 页。

⁵⁰ 何家弘:《改良审判监督制度, 化解涉诉上访难题》《人民法院报》2013 年 4 月 2 日, 第 2 版。

⁵¹ 何家弘:《聂案听证会: 没能在电视中说的话》, <http://www.aisixiang.com/data/87353.html>, 最后访问日期: 2015 年 7 月 1 日。

⁵² 薛波主编:《元照英美法词典》, 法律出版社 2003 年版, 第 69 页。

⁵³ [美] 拉扎尔·伊曼纽尔:《拉丁法律词典》, 魏玉娃译, 商务印书馆 2012 年版, 第 11 页。

这种设想恰恰是为民意或者舆论审判开了一个口子,尽管在我国司法实践之中可能会容忍一些专家论证,而专家论证同样是一种民意。当然,民意从来不是天然坏的,事实真相也从来不以官方发布所垄断,因此,引入民众智慧,借助社会监督渠道来制约权力滥用有时是一个迫不得已的办法,当然,如何设计出一个好的机制还有很长的路要走。

七、结语:个别无证据与整体无证据

所有的诉讼活动都围绕着案件真相展开,并且法院对已决案件都自信地认为“经审理查明”——这当然是对“真相”根深蒂固的推崇,甚至对“物自体真相”的认识也是诉讼的目标,当然诉讼结束之后所获得人间真相因而也就不可能是被任意涂抹和解释。正如罗马法律格言所说:“在法庭上,凡有证据证明的事实,即应视为存在;凡没有证据支持的事实,则一律视为不存在。”撇开“证实”的“存在”部分,“无证据”是一个否定性的“不存在”概念,它混合了证据不支持事实或者事实无证据支持的“意见”内涵。正是为了冲破在聂树斌死无对证的情况下所谓的加之王书金和聂树斌有罪/无罪六四开之类的概率分析所形成的理论迷障,笔者提出了“无证据”的概念。这个意图返朴还真回到真相问题的理论论述,既是聚焦于聂案各方共同关注的价值认同,又诉诸了司法精英和民众都能够予以认同的“常识”工具。

提出无证据概念的初始动因就是针对聂案复查的艰难以及学者所提供的理论可能并不能解决实际问题,然而,最终聂树斌故意杀人、强奸妇女再刑事判决书中的表述可能成了印证“无证据”概念的一个现成样本:

“本院认为,原审认定原审被告聂树斌犯故意杀人罪、强奸妇女罪的主要依据是聂树斌的有罪供述,以及聂树斌的有罪供述与在案其他证据印证一致。但综观全案,本案缺乏能够锁定聂树斌作案的客观证据,聂树斌作案时间不能确认,作案工具花上衣的来源不能确认,被害人死亡时间和死亡原因不能确认;聂树斌被抓获之后前5天讯问笔录缺失,案发之后前50天内多名重要证人询问笔录缺失,重要原始书证考勤表缺失;聂树斌有罪供述的真实性、合法性存疑,有罪供述与在卷其他证据供证一致的真实性、可靠性存疑,本案是否另有他人作案存疑;原判据以定案的证据没有形成完整锁链,没有达到证据确实、充分的法定证明标准,也没有达到基本事实清楚、基本证据确凿的定罪要求。”

由此有人认为这是一起“疑罪从无”的无罪判决。当然,证明一个东西存在相对容易,而证明其不存在则很难。无证据作为一个驳论的概念,并不必须(当然不反对)自己首先提出,甚至在很多情况下无法提出。从本质而言,再审被判无罪的聂树斌杀人、强奸的犯罪事实从有证据证明到无证据证明,究其实自始至终都是“无证据”的。因此,再审判决无罪的审查重心是围绕着“原审判决”的事实和理由,这并没有错,甚至很难确认聂树斌无罪,尤其是在聂树斌本人不可能再提供新证据的情况下,选择“疑罪从无”的表述也是恰当的裁判思维方式。无证据,从判断对象而言可以分为个别的无证据和整体的无证据;从判断方法而言,可以分为事实无证据(例如聂案书证、物证包括笔录缺失的情形)和拟制的无证据。因为在正统和传统意义上刑事诉讼中对证据的审查判断大体上分为个别的证据审查和综合的证据审查,下文将相应地以聂案再审判判决书为例说明个别无证据和整体无证据。

(一) 个别无证据

结合法定的证据种类判断而言,上述裁判文书中的无证据具体表现:第一个就是,缺乏客观证据及三个“不能确认”。第二是三个“缺失”,部分讯问笔录、多名证人询问笔录、书证考勤表缺失,当然也属于无证据了。值得推敲的是“缺失”很显然是应当有而没有的,因此存在疑问的是,假设

那些材料存在并且是真实的,可以或者应该再补充、解释,那就不是无证据;当然如果那些材料本身是虚假或者待证事实无关联,则出于办案人员故意销毁或者疏忽掉则应该也不能以“缺失”来一笔带过,常识上就存在“好好的卷宗怎么就缺失了呢?”第三,三个“存疑”。其中,判决书认为“聂树斌有罪供述的真实性存疑,且不能排除指供、诱供可能”,前半句聂树斌有罪供述真实性存疑以及供证一致的真实性、可靠性存疑可以说是事实的无证据,而后半句“不能排除指供、诱供可能”的合法性存疑则可以说是法律上的无证据,但是,判决书并未确认存在需要排除非法证据的“刑讯逼供”情形,其实还是把非法取证的证据能力转化为了关于真实性的证明力问题来解决问题相对更无障碍。此外,“本案是否另有他人作案存疑”,也只是确认了口供的不真实性。当然,聂树斌无罪并非因为确认了真凶而使得原判决依据的证据从真实变为虚假,但是因为王书金自认犯罪这一重要的“新证据”对有机会到最终有能力质疑原判决所依据的证据是否真实、充分至关重要。

(二) 整体无证据

所谓“证据确实、充分”的聂树斌有罪原判,通过法定程序的再审最终撕开虚相,揭露真相。“旧证据”的不充分、不确实等问题最终被归零为“无证据”。判决书的结论其实也包含两个层面的无证据。第一“证据锁链”综合认证上的事实无证据,还是回到前面已经提及的缺乏客观证据及三个“不能确认”,“不能确认”主要是针对犯罪事实问题,而这里缺乏客观证据并不是少了哪一个证据,恰恰是所谓的“定案的证据没有形成完整锁链”,也因此事实上无证据。第二,“两个基本”证明标准上的法律无证据。笔者注意到再审判判决书用来“两个基本”的定罪证明要求来衡量原判证据,这很显然有出于“溯及”当时的时代背景因素的考虑,但是原案证据如果都达不到本质上更为宽松的“两个基本”的要求则坐实了法律上“无证据”。当然,现行刑事诉讼法对“证据确实、充分”的判断引入了一个带有主观色彩的“排除合理怀疑”⁵⁴的表述,由此观之,“无证据”在本质上也必然是一种人们的认知结果。

本文最终落脚于对聂案再审无罪判决文书的粗略解读,可见,聂案从死刑到无罪的变化,并不是证据改变,而是随着我们认识的逐渐深化,旧证据从有变无、从真变假了,这里的有、无与真、假当然是一种认识结果。由此,前述笔者从聂树斌案的司法实践中归纳出一个“无证据”概念,首先是尊重人的认识规律的结果,而不是所谓的对“物自体真相”的执念,侦、审活动搜取和固定的证据是一个“从无变有”的过程,而需要经非法证据排除的审查、法庭审判(一审、二审或者再审)活动再次确定各证据(之间)是否具有真实性和充分性,其中可能会出现提交法庭的证据最终因为不能保障其真实性、非法获取而被排除,或者不能确实、充分地证明案件事实而“从有变无”的否证情形。

最后,令人纠结的是,“无证据”通过何种程序审查判断和最终确认,前面行文之中已经对其动态的形成做了一些介绍,这很显然要融入到我国当下的以审判为中心的诉讼制度改革系统工程之中。

(收稿:2016-12-20,修回:2017-6-10)

(责任编辑:李训虎)

⁵⁴ 关于这排除非法证据和排除合理怀疑,这两个“否证”视角的内在联系,参见前引9,陆而启书,第167页。