

冤案背后的程序逻辑

——从晚清四大奇案透视正当法律程序

胡 铭

摘 要: 晚清四大奇案从一个侧面为我们揭示了古代冤案的轮廓,而这与当下揭示出的冤案又有着诸多相似性。从中我们可以看到导致冤案的原因具有很强的共性,刑讯逼供、过份依赖口供、无视无罪证据、有罪推定、司法腐败和官场潜规则、封建礼教等因素使得冤案的发生具有必然性。这背后隐匿的是“道”、“权”、“法”的博弈,是法律被权力和道义挤压的窘遇;是正当法律程序的缺失使得冤案成为一种必然,而纠错沦为一种偶然。

关键词: 冤案;晚清;正当法律程序;博弈

一、思考的起点

陈可辛导演的《投名状》一片将清末著名的刺马案再次搬上银屏,这也使得笔者产生了重读《晚清四大奇案》的浓厚兴趣。不同于儿时读该类历史题材小说时的猎奇心理,此番重读旧书,却是带着对冤错案件的理性反思去探寻冤案的历史脉络。

近年来,随着余祥林案、杜培武案、李久明案等若干重大冤错案件的爆光,上至政府、司法机关,下至媒体、普通民众,对于冤案的关注骤然攀升。在当前构建和谐社会的背景下,冤案显然奏响着不和谐之音,并为我们敲响了警钟。痛定思痛,我们对于造成冤案的原因已经做了不少反思,但是,就事论事式的研究很容易一叶障目,看似一个个型态各异并带有各种偶然性的错案,背后是否有着一脉相承的共性呢?回顾历史,同样是一个个貌似迥异,却一次次地重复着的冤案,让我们不得不警醒!在此,笔者暂时抛开新近发生的这些冤案,而是以晚清四大奇案作为分析的标本,采用实证分析和历史分析的方法,试图探寻冤案背后的程序逻辑。

二、分析的标本:晚清四大奇案¹

本文的研究之所以确定晚清四大奇案作为分析标本,主要考虑了以下几个因素:一是这四个案件都发生在清末,当时正逢中国封建社会最重要的转型期,具有承上启下的显著特点。二是对这四大奇案都有比较详尽的叙述,虽然并非案卷式或史书式记载,某些内容甚至还带有一些戏剧化的夸张,但是撇开那些夸大的成分,留下来的素材足够给笔者做分析之资,而且那些夸大的成分多数是对案件的前因后果、恩爱情仇等情节的渲染,而案件的审理过程则能够基本反映当时的实际情况。三是这四大案件都是知名度很高的奇案,如杨乃武与小白菜案、刺马案等都曾被多次搬上荧屏,^④使得我们对于一些情节能

作者简介:胡铭,法学博士,浙江大学光华法学院副教授。

¹ 如无特殊说明,本文中关于晚清四大奇案的案情源自周楞伽:《清末四大奇案》,群众出版社 1985年版;伍国庆主编:《晚清四大奇案》,岳麓书社 1996年版。关于晚清四大奇案具体包括哪四个案件,实际上有所争议:一说为杨乃武与小白菜案、刺马案、杨三姐告状、淮安奇案;另一说为杨乃武与小白菜案、刺马案、赛金花瓦德西公案、春阿氏谋夫案;本文采周楞伽书界定的通说,即杨乃武与小白菜案、刺马案、名优奇冤、太原奇案。

^④ 如香港 TVB 曾推出 20 集连续剧《清末四大奇案》,系统地演绎了这四个案件;2006 年央视播出了新版 32 集连续剧《杨乃武与小白菜》;刺马案先后被拍成狄龙主演的《刺马》和刘德华、李连杰主演的《投名状》等名片。

比较熟悉,容易具体分析,这便省却了详细介绍案情的笔墨。

在此,首先来概括一下晚清四大奇案的基本情况:

表 1

案 件	被告人	被害人	涉嫌罪名	原判情况	最终改判情况	案发时间	社会影响	最终结果之主要原因
太原奇案	莫老实、曹文璜	定慧和尚	故意杀人	莫老实斩首,曹文璜待判	两被告无罪	道光年间	民众支持改判	发现真凶,新山西提刑按察司到任
刺马案	张汶祥	马新贻	故意杀人	凌迟处死	维持原判	同治年间	民众唾骂马新贻,称赞张汶祥	曾国藩、慈禧太后等掩盖真象
名优奇冤	杨月楼	韦阿宝	通奸、诱拐妇女	杖责 500 充军流放	维持原判,后被赦免	同治年间	《申报》等斥责,民众同情	慈禧太后赦免
杨乃武与小白菜案	杨乃武、小白菜	葛品连(葛小大)	故意杀人	杨乃武斩立决,小白菜凌迟处死	两被告无罪,十余名官员受刑	同治年间	士绅联名上告,民众同情	夏同善、醇亲王、慈禧太后等介入

从总体来看,上述四大案件虽然情节各异,但却有着许多共性的地方:

首先,四大案件都是危及封建统治基础的重大案件,被告人则都是被判处重刑。其中,三件作为故意杀人案件显然是最严重的案件类型之一,而名优奇冤虽然涉及的是通奸、诱拐妇女这样在今天看来并非重大恶性的案件,甚至通奸还被看作是道德问题,但是考虑到封建社会将伦理纲常视为统治基础,而名优奇冤一案中,作为戏子的杨月楼被指控勾引上层社会的大小姐显然被视为大逆不道,从而亦被归入重罪案件。

其次,四大案件皆经历复杂的审判程序,多次审判、多级审判。其中,又以杨乃武与小白菜案的审判过程最为冗长、复杂。该案先后经历了余杭县令、杭州知府、提刑按察司、浙江巡抚、步军统领、湖州知府(刑部指定)、学政(京派大员)、钦差等多次审判,一直到惊动了以慈禧太后为首的统治阶级的最高层并派了钦差大臣专办该案,冤案才得到昭雪。如此复杂的审判,一方面是由于案件的严重程度和清末的官僚体制复杂;另一方面是由于被告人反复翻供,被告人的近亲属反复申诉,甚至是告御状,从而引起了统治阶层的关注并多次启动重新审判的程序。

再次,案件的最终结果多数与统治阶级最高层的意志有关,而非直接决定于正常的法律途径。也就是说,刑事案件与政治因素结合在一起,惊动了最高统治者,并最终对案件审理产生了直接影响。其中的三大案件,即刺马案、名优奇冤、杨乃武与小白菜案都惊动了当时主政的慈禧太后,而太原奇案虽然没有中央的直接干涉,但案件的纠错完全得力于新上任的高官——山西提刑按察司。相比之下,正常的审理、监督、复核途径对于上述四大案件的作用则显得极为微弱。

最后,民众对这四大案件都有较多的关注,并形成了较大的社会影响。如在刺马案中,当张汶祥被凌迟处死时,围观群众人人唾骂马新贻,个个赞美张汶祥。还有人当场作祭文宣读,当读到“为友报仇,侠骨热肠,觥觥奇男,义薄云天”^{[1](P.129)}时,周围群众无不拍手叫好。在名优奇冤中,民众的关注度更高,引起了社会的广泛热议。当时,报纸刚刚从西方引进中国,该案便引起了英文报纸《字林西报》和中

文报纸《申报》等竞相登载。报纸的评论中,对叶县令(该案主审)颇多责备讥讪,特别是对其施以酷刑表现出强烈的不满,在一定程度上揭露了中国封建专制统治下司法制度的黑暗。民间的普遍关注对于案件的审理过程显然产生了积极的影响,使得专制统治者不得不重新考虑并更加慎重地进行案件的审判。

三、导致冤案的表面逻辑

我们研究冤案是为了更为有效地纠正司法错误,而揭示导致冤案的原因则是有效纠错和防止再错的前提。对于晚清四大奇案而言,各异的案情背后却隐匿着共通的冤错原因,笔者在此试图透过纷繁复杂的案情来探寻导致冤案的基本逻辑。

下表概括了上述四大案件中导致冤错的主要原因:

表 2

案 件	是否存在刑讯	言词证据	实物证据	无罪证据情况	裁判者对于冤错的态度	伸冤的途径	其他导致冤错的原因
太原奇案	夹棍,昏死过去	轻信证言,不听辩解	片面采信孤立的物证	缺乏凶器等关键证据,作案动机牵强,证言矛盾	盲目自信,后又知错不纠	找关系,再审	裁判者搞形而上学,急于破案,封建礼教
刺马案	威逼利诱	捏造口供		无视被告人的陈述	故意掩盖真相以维护封建统治权威	对民众大声疾呼事实真相	统治阶级不愿意真相大白
名优奇冤	吊打、掌嘴、鞭背,肩膀骨头被打坏	轻信诬告,不听辩解	忽视实物证据	无视婚书、聘礼等无罪证据	明知有错仍刻意追究	申诉,复审中翻供,引起统治阶层注意	裁判者对戏子有偏见,封建礼教
杨乃武与小白菜案	棍打、夹棍、天平踏杠、炮烙等	引供、诱供,不听辩解	忽视实物证据	无作案时间、作案动机	刻意嫁祸,拿了贿赂维持原判	逐级申诉,找到京城高官相助	官官相护,重金疏通,封建礼教

从表 2 揭示的情况来看,可以将引发四大奇案以及阻碍纠错的主要原因归结为以下几大要点:

1. 极为残酷的刑讯是导致错案的最直接原因。在晚清专制时代,人民显然未能得到法律的有效保障,甚至人命被视作儿戏。“不论这一件事情,是否冤狱,受到绝大的冤枉,总先求之于非刑。受刑之人,倘是稍一含糊,不胜苛刑之苦,无不屈打成招,冤沉海底。”^{[2](P.377)}这在杨乃武与小白菜案中现示得淋漓尽致。该案中,杨乃武承受了各种酷刑的折磨,不仅被打得皮开肉绽、鲜血横飞,还使用了专门针对江洋大盗的“天平踏杠”和最为残忍的所谓“炮烙酷刑”。¹对于小白菜这样的柔弱女子,亦使用了夹棍等酷刑。正可谓“捶楚之下,何求而不得?”这样的酷刑,就算是铁人也很难忍耐得住啊!于是,屈打成招往往是必然的结果。另一方面,这些典型案例也说明虽然我国古代自唐朝以来,法律对刑讯制度就有了明确的限制性规定^④,但是司法实践中为了获得想要的口供,这些限制便往往成为一纸空文,也就很

¹ 伍国庆书中描述了所谓的“炮烙酷刑”:衙役用一块长约寸余、阔有五分的烙铁,烧得如火炭般通红,落在杨乃武的背上,一股焦臭直冲上来,杨乃武惨叫一声,眼前金星乱进,痛得心如油煎,昏死过去。参见伍国庆主编:《晚清四大奇案》,岳麓书社 1996年版,第 604 页。

^④ 《唐律》首先规定了刑讯适用的前提:“先备五听,又验诸证言,事状疑似,犹不首实者,然后拷掠”。在《唐律疏义》“拷囚不得过三度”条中也有规定:“诸拷囚不得过三度,总数不得过二百,杖罪以下不得过所犯之数。”

难成为防止冤案的有效规则。

2. 裁判者过份依赖言词证据,凭主观臆断来随意取舍言词证据,实物证据则处于可有可无的次要地位。在上述四大案件的审判中,几乎都是围绕着言词证据在展开,被告人口供、证人证言构成了定罪的主要依据。审判之目的,很大程度上就是为了获得被告人的有罪供述,如果被告人作无罪辩解或者翻供,则导致的必然是“大刑伺候”。同时,对于证人证言的判断,随意性很大。裁判者往往是有选择性地采信证言,却没有任何标准,为了获得想要的证言,甚至可以对证人、被害人施以酷刑。这样一来,由裁判者主观臆断而选择的言词证据构成了所谓的证据链,而实物证据在这一体系中处于可被忽略不计的尴尬境地。如在太原奇案中,就连杀人凶器这样的关键物证都没有查获,裁判者就已经草率地作出了裁断。

3. 忽视无罪证据,有罪推定成为裁判者的普遍心理。四大奇案中都存在这样那样的疑点,即无罪证据大量存在,这些疑点正是上述案件称“奇”的重要原因之一。如杨乃武根本没有作案时间,所谓购买砒霜的时间其正在外地赶考,大量的人证直接证明了这一点;又如杨月楼与韦阿宝有婚书、聘礼等当时能够直接证明婚姻合法性的证据。但是,这些无罪证据被裁判者有意无意地忽略,这与裁判者心中根深蒂固的有罪推定是紧密关联的。以名优奇冤为例,杨月楼作为戏子在当时的社会处于被鄙视的阶层。作为裁判者的叶县令素来讨厌优伶,并在内心中早就形成了偏见,认为凡是戏子都不是好东西。在这样一种有色眼镜之下,在办案初期,叶县令便已经认定杨月楼有罪,而后续的工作只是逼出有罪供述来定罪即可,对于无罪证据,显然是很难被其采信的。

4. 造成错案很大程度并非是事实不清,而是裁判者在发现有错或有疑问后为了自身利益不愿意纠错。在案发初期,这四大案件的裁判者都是想查清真相、秉公办理的。随着案件审理的深入,裁判者或多或少发现了案件中的错误或疑点,然而,裁判者却并不积极纠错。这里的原因是有差异的,在杨乃武与小白菜案中是为了袒护真凶,¹太原奇案与名优奇冤中初审裁判者是为了维护自身的权威,而刺马案中裁判者则是为了掩盖真相、维护封建统治秩序。人们常说“知易行难”,与查明真相比较起来,要纠错不仅需要智慧更需要极大的承担责任的勇气。更多的时候,为了维护封建统治阶级的利益以及封建统治的所谓“大局”,明知有错还是会选择牺牲少数人的利益。这在封建社会的中国是一种常态,就如黄仁宇在归纳明朝历史时所论述的:“因之我们的政事,注重体制的安定,而不计较对一人一事的绝对公允。牺牲少数人,正是维持大局的办法。”^{[3](P.58)}

5. 申诉、告御状是试图纠错的主要途径,但由于制度的不确定性和不规范性,严重阻碍了发现和纠正错案,而人为因素在纠错过程中发挥了至关重要的作用。申诉制度在我国由来已久,^④被人们认为是洗清冤屈的主要途径。由于古代审级制度的不完善,审判管辖具有较大的随意性,人们常常试图通过高级别官员的审判,甚至是皇帝的亲审来纠正冤案,以求脱离身边的所谓贪官污吏的摆布。如在杨乃武与小白菜案中,被告人近亲属的申诉引发了前后八次不同裁判者的审判,最终还惊动了慈禧太后。这种通过申诉纠错的制度具有很大的随意性,使得错案的纠正难度很大。可以说“运气”和“找关系”两大因素决定了纠错的结果。运气好了,遇到包青天式的好官,还被告人以清白;运气不好了,告御状不成已经命丧黄泉。^④或者通过找熟悉的官员,如杨乃武的姐姐曾是夏同善中堂家的保姆,而杨乃武与小白菜案最终正是通过夏同善的帮助才得昭雪;又如太原奇案中,为曹文璜伸冤的新任山西提刑按察司既是曹家的

¹ 该案的真凶系余杭县的儿子刘子和,刘县令发现之后不但没有大义灭亲,还为了袒护其子花费了百余万两的白银,进行疏通关系、栽赃嫁祸。

^④ 早在西周就已经有关于申诉的明确记载,如《周礼·大司寇》中有如下描述:“以肺石达穷人:凡远近载独老幼之欲有复于上,而其长弗达者,立于肺石。三日,士听其辞以告于上,而罪其长。”我国古代申诉的主要表现形式有肺石、邀车驾、击登闻鼓、上书皇帝等。到了清代,被统称为“京控”,《清史稿·刑法志》记载:“其有冤抑赴都察院、通政司或步军统领衙门呈诉者,名曰京控。”

^④ 在清朝,到刑部告状喊冤者要“滚钉板”,以考验喊冤者所申诉冤情的真实性,通过这种方式限制进京申诉。杨乃武的姐姐为了为其伸冤,便遭受了“滚钉板”之考验。

世交又曾是曹文璜供职的县衙的长官,而如果没有这位高官的帮助,后果很可能大相径庭。

6. 官场的潜规则、腐败问题诱发冤案并阻碍纠错。四大奇案可以说是叙写了清末官场现行记,其中反映出的官官相护、权钱交易等官场潜规则,使得错案的发生成为一种必然,而纠错却成了一种偶然。如在杨乃武与小白菜案中,初审裁判作出后,几乎后来的裁判者在接到案件时都产生了一定怀疑并试图查清真相,但是在知县刘锡彤的疏通、贿赂之下,维持原判、一错再错成了必然结果,以致于即便是一向以清廉著称的学政胡瑞澜也没有抵挡住 10万两白银的诱惑。在清末的审判中,腐败问题不仅出在裁判者身上,相关的衙役、看守等也都普遍存在腐败。如衙门施酷刑时,只要送钱给行刑的衙役,受刑的人便能一点不痛,非但旁观的人瞧不出破绽,便是堂上官员也不会看破。被告人的近亲属如果想要会见在押嫌犯,更是要花钱疏通。

7. 封建礼教是导致冤案的一个不可忽视的因素。我们一般将反映封建社会特有的社会现实和思想观念的礼教,称之为封建礼教。在这四大案件中,特权思想、弱势者单方面的义务、男尊女卑、亲疏有别、专制主义等封建礼教表现得非常显著。比如名优奇冤中,杨月楼作为戏子在封建社会属于被歧视的弱势者,连自由婚嫁的权利都没有,更不用说法律面前人人平等了。刺马案中体现的是典型的特权思想,可以说是“只许州官放火、不许百姓点灯”,马新贻作为封疆大吏可以杀弟夺妻、为所欲为,而张汶祥的义举却要遭受凌迟处死。在杨乃武与小白菜案¹和太原奇案中,涉及的封建婚姻制度和伦理纲常亦很明显。而这些封建礼教,在今天的社会,虽然已经被唾弃,但我们在司法实践中却常常还能看到各种封建遗毒的影子。

四、冤案背后的博弈

上文对晚清四大奇案的原因作了一番剖析,但是,这显然还不够,在诸多原因的背后,我们应该看到更为根本的东西。深入挖掘之后,展现在我们面前的是冤案背后隐藏着的“道”、“权”、“法”之间的博弈。

让我们首先来简单解读一下这三个概念。“道”从来就是一个众说不一的极为抽象的概念。“道”大概可以说就是以老子为代表的原始道家之所谓“道德”的“道”,亦可以说就是以孔子为代表的先秦儒家之所谓“中庸之道”的“道”,还可以有其他很多解释。在金岳霖先生看来,它乃是“不道之道,各家所欲言而不能尽的道,国人对之油然而生景仰之心的道,万事万物之所不得不由、不得不依、不得不归的道,才是中国思想中最崇高的概念、最基本的原动力。”^{[4](P.16)}在此,笔者不作深究,只是将“道”视为一种合乎规律性的终极价值,一种对公平、正义的最终诉求,可以称为“天道”或者“道义”,当然,这里并非是从封建玄学或者神秘主义的立场上来阐释“道”。相对而言,“权”和“法”就好理解多了。“权”可以简单地解释为“权势”或者“权力”,是一种通用的手段和具有强制性的影响力。从政治哲学来看,“权力是最通用的手段,甚至比金钱还要通用,因为权力可以支配金钱。”^{[5](P.262)}“法”当然就是法律,是国家制定并且正在实施的法律规范。

从本质来看,“道”、“权”与“法”都是一种支配性的力量,而这三种力量充斥于上述四大案件之中,并在碰撞与博弈间直接影响着案件的进程和结果。让我们以刺马案为例,看一看这种力量的博弈:张汶祥是“道”的捍卫者,刺马的行为显得大义凛然,俨然是一副替天行道的意味,因此得到了民众的同情,也成为了民众心目中英雄的代名词;马新贻作为两江总督是“权”的代表,他可以以权谋私、以权谋命,做杀害义弟、夺弟之妻等被道义所不齿、为天道所谴责的事情。以慈禧太后、曾国藩为代表的清政府为了维护封建统治秩序,以“权”废“法”并掩盖事实真相,再次体现了“权”的巨大力量;而“法”在刺马案

¹ 杨乃武与小白菜案中,杨乃武被认定为主犯,即杨乃武被认定提出犯意,购买砒霜等作案工具,实施杀人行为等,小白菜被认定的是从犯。但是,我们在量刑中,看到的却是颠倒的结果,即杨乃武斩立决,小白菜凌迟处死。这种从犯重判的现象中,透露出的信息是在封建礼教之下,小白菜参与谋杀亲夫被认为是最大逆不道之行为,必须遭受最重的刑罚之严惩。

中沦为“道”与“权”夹缝中的牺牲品。一方面是张汶祥以“道”代“法”，通过私力救济去实现心中的正义，而将法律弃之不顾，甚至是做了为法律所明文禁止的刺杀行为。另一方面是在权力面前，法律显得如此苍白无力。可以想像，即使张汶祥诉诸法律途径，也显然无法扳倒作为朝廷大吏的马新贻，而清政府在处理该案时，考虑的显然主要不是查明事实真相、正确适用法律，而是为了维护封建统治者颜面而故意扭曲真相。再让我们来看一看杨乃武与小白菜案。在该案中，杨乃武与小白菜是值得同情的被冤枉者，被民众所同情，在道义上占据了优势，这才会激起浙江士绅公愤并联名上书。但是这种“道”是脆弱的，还是无法抵挡“权”的压迫，以刘锡彤为代表的权力阶层上下疏通、官官相护，以至于纠错阻力重重，前后经历了八个不同衙门的审判并最终惊动统治阶级最高层。最终，虽然案件得到了昭雪，但却并非“法”发挥了关键性的作用，而是统治阶级高层的个人因素导致的结果，这里还是“权”在起作用。阻碍纠错的是“权”，最终纠错的还是“权”。

从“道”、“权”、“法”三种力量的关系来看，“道”本是“法”之基础，而“权”来自于“法”之授予。然而，在封建社会，显然并非这种关系。权力凌驾于法律之上，因为统治者制定了法律并按照自己的意愿在实施法律。统治者在公布法律时都会标榜自己制定的法律是符合公平、正义等天道的，但是封建专制统治的要求和谋取私利的欲望显然要高于这些抽象的标准，因此，为了维护封建特权的需要会使得“道”成为一种骗人和愚民的工具。在这样一种关系之下，我们便不难理解为什么晚清四大奇案中，虽然事实已经得到揭示而统治者却迟迟不肯纠错，虽然被冤枉者反复申诉却毫无效果，虽然被冤枉者博得了民众广泛同情却得不到法律的怜悯。于是，法律无法得到民众的广泛尊重与信仰，“强权即是公理”的观念却能大行其道并得到崇尚；于是，在人们遇到纠纷时宁可诉诸于虚幻的道义之私力救济，也不愿意去寻求软弱的法律之支持；于是，到了衙门要找关系、花钱疏通成为中国古代诉讼的不破真理，“官本位”的思想更是在善良的中国普通民众心目中根深蒂固。

可想而知，在一个法律并非至上的社会中，法治是无法生根发芽的，冤案的发生具有必然性，悲剧会一再重演。从晚清四大奇案中，我们看到“道”、“权”与“法”的博弈的结果是：法律被权力硬生生地撕裂，道义在人们心中的地位亦要高于法律，权力可以无情地抛弃道义，道义被权力肆意扭曲……这种结果使得规则不复存在，正义难以实现，法治更是一种奢谈！

五、偶然与必然：正当法律程序视野下的冤案

从晚清四大奇案中，我们看到了血淋淋的历史，更重要的是我们看到了冤案背后的一些东西。在任何社会都会存在冤错案件，¹ 我们要想完全避免冤案是几乎不可能的，这受到诸如人类的认知能力等因素的限制。冤案的存在并不可怕，可怕的是冤案一再地重复，可怕的是无法揭示其规律并有效地遏制冤案的再次发生，可怕的是在冤案面前人们变得渐渐麻木。这显然是一种非理性的状态，这是与现代程序理性背道而驰的。哈贝马斯曾言：

“过去的 一个世纪比任何其他世纪都更使我们领教了存在中的非理性的恐怖……现代性，已经意识到自己有种种不确定性的现代性，更加依赖于一种程序性理性观念，换句话说，一种将自己也置于审理程序之下的理性观念。”^{[6] (P. 4)}

哈贝马斯在反思历史的幕幕悲剧之后，发出了对程序理性的倚重之感慨，给我们以警示。在此，我们有必要站在理性的正当法律程序的视角来重新审视如何避免冤案的必然发生，而对于偶发性的冤案则应该抱一种更为宽容的态度。回顾历史并比照现在，我们可以发现正当法律程序的缺失是导致冤案必然发生的直接诱因，其中，尤其是以下几个方面值得我们特别关注：

¹ 以向来以法治社会老大自居的美国为例，博卢的统计显示，从 1976 年到 1999 年，法院针对 80 多名死刑犯作出了无罪判决，并将他们从监狱无罪释放。这些被无罪释放的杀人犯占杀人犯总数 1.3%；埃克斯特曼做了类似的统计，他所得出的统计数据 displays 从 1973 到 2002 年，仅仅是杀人犯中，就有超过 100 多人被证明是受到了冤枉。参见 [美] 布莱恩·福斯特：《司法错误论——性质、来源和救济》，刘静坤译，中国人民公安大学出版社，2007 年版，第 2 页。

1. 刑事诉讼理念的落后,特别是封建特权思想的存在,使得有罪推定、重实体轻程序、重打击轻保障等理念广泛存在。刑事诉讼理念是刑事立法和司法的先导,落后的刑事诉讼理念是阻碍正当法律程序确立的巨大障碍。在传统中国,在封建特权思想主导之下,维护封建统治是刑事追诉活动的最根本目的,那么就必然会以有罪推定、严酷刑罚为主要指导思想。在这种思想主导之下,所有的正当法律程序被视为揭示犯罪、惩罚犯罪的阻碍,而不择手段地追究犯罪的要求为刑讯逼供、非法取证、侵犯人权背书了合理性和合法性。这便使得错案的发生具有了必然性。在现今的中国,虽然无罪推定等理念已经逐渐被人们所接受,相应的法律规定也日益完善,但我们不得不承认事实上的有罪推定还广泛存在,“命案必破”等刑事政策亦留有显著的重打击、重实体结果的倾向。实践中,诸如“余祥林案”、“杜培武案”等冤案多是“命案”,急于破案并施以酷刑便成为破案压力之下的无奈选择,而无罪推定、被追诉人权利保障等现代刑事诉讼理念被抛在脑后,这便为错案埋下了深深的祸根。

2. 缺乏具有刚性的程序性规则,特别是缺乏以排除规则为代表的程序性制裁规则。刚性的程序性规则为刑事追诉活动限定了一个基本的范围,即在法定程序允许的范围内来追诉才是合法且有效的。在传统中国,不是没有程序性规则而是其刚性非常有限。比如关于死刑复核的程序,在杨乃武与小白菜案件中,知县判了死刑还要上报知府核定,然后上报巡抚衙门转呈刑部,批下来后才能最终定案。但是,这一系列的程序中,缺乏的是刚性的规则,诸如审查方式、时限、被告人的权利等都具有很大的随意性,以至于知县一路花钱疏通,使得数次的复核程序都成为一种摆设。相比之下,传统中国的实体性规则要严格的多,我们所熟悉的“杀人者死,伤人及盗抵罪”等规则便是严格的实体法规则。现代社会,刑事诉讼程序变得更加规范、严格,但是,我们可以看到我国刑事诉讼法对于程序的刚性规定还是可谓少之又少,程序违法很少有明确的制裁后果。¹ 违反了程序没有刚性的程序性后果,非法取得的证据不被排除,显然会助长非法取证和违法办案,这只能是使得一部分具有侥幸心理的办案人员更加肆无忌惮地程序性违法,相应地,冤案也就很难得到有效抑制。对此,我们必须有清醒的认识,决不可小视,诚如有学者所言:“按照程序正义价值改革法律程序,这是程序提升其价值含量从而具有更大道德性的问题;而制裁那些程序性违法行为,这是刑事诉讼法得到实施、而不至于流于形式的问题。”^{[7](P. 108)}

3. 正当而有效的侦查手段之缺失,导致不择手段地取证成为一种必然的选择。人类的认识能力是有限的,刑事案件作为已经发生过的事件,真相要想得到完整地复原几乎是不可能完成的任务。这种认识能力的缺陷,使得侦破疑难案件始终是人类面临的一大难题。清末之时,虽然西方科技革命的成果已经有所传入中国,但是,总体来看,人们对于案件的认识能力还主要凭借最原始的方法,即坐堂问案以获得言词证据,而要想获得足够的言词证据,刑讯又成了最终的法宝。所以,从表象来看刑讯是冤案的直接诱因,但深究起来,调查取证、查明真相的手段的缺失才是倚重刑讯、滥用酷刑的根源。现代科技使得调查取证的方法大为改善,合理地采用指纹、DNA鉴定、监听、信息截留、心理测试等技术手段,收集证据,摆脱对言词证据的过份依赖,走出“口供是证据之王”的误区,才能真正高效、准确地认定犯罪。

4. 举证责任制度的不完善。传统中国的举证责任被置于被告方,也就是说,被告人要承担证明自己无罪的责任。如杨乃武与小白菜案中,我们可以看到裁判者频频发出要求被告自证其罪的命令。以下便是该案的一次庭审中,裁判者的数次发令:

刘县令:“杨乃武,我劝你还是把毒死葛小大的情由,好好招认,免得皮肉受苦,本县替你笔下超生”……

刘县令:“好,杨乃武竟在大堂之上,耀武扬威,目中无人,不给你些厉害知道,谅你也不肯就招”……

¹ 我国刑事诉讼法只有两处明确规定了程序性制裁:其一是刑事诉讼法第91条关于一审程序违法、二审发回重审的规定;其二是最高人民法院和最高人民检察院的司法解释中关于非法言词证据排除的规定。

刘知县:“快给他上大刑,看他可再刁赖”……

刘知县:“杨乃武,瞧你不出,如此熬得疼痛,刁赖不招,今天倘再不招认,本县自有处置你的法则,快些招来”^[2](P.600-605)……

这里,我们看到的是裁判者对被告人的利诱威逼,被告人的自我辩护被视为“刁赖”,刑讯逼供以达到“自证其罪”的效果,则成为获得口供以证明有罪的主要手段。显然,“自证其罪”是与现代举证责任制度相左的,也违背了保障被追诉人人权的要求,而在程序法中缺乏一套理性、成熟的举证责任规则是导致刑讯和冤案的直接原因。合理地分配刑事案件中的举证责任,确立反对强迫自证其罪规则,应成为我们防止刑讯和冤案的必然要求,否则,被追诉人永远将是刑事诉讼中任人宰割的客体。

5. 没有建立理性而有序的再审纠错机制。冤案的发生难以完全避免,为了及时纠正冤案,再审纠错程序便具有极其重要的作用。传统中国一般是采用申诉的方法,期盼包公式清官的出现、寄希望于告御状来获得皇帝的恩泽,成为一种普遍的民众心理。由于缺乏有效、合理的再审纠错机制,使得传统中国在纠正冤案时往往有很大的偶然性,人为因素起着最主要的作用。当下,申诉制度经过演变仍然是现代中国的最主要的刑事纠错程序,一事不再理原则没有被立法所确认,而民众心中通过申诉、上访来纠错的心理仍然广泛存在。申诉、上访的大量存在使得政府和司法机关极为头痛,于是,有了所谓的“大接访”来集中处理案件与社会矛盾。这种做法的初衷是为了纠正冤错案件,给老百姓一个伸冤、纠错的机会,但是由于其并非一个法定的常设纠错程序,带来的是运动式的纠错或者政治性的接待,无法形成一套高效而有序的再审纠错机制,更是无法使得冤案的纠正真正实现从偶然变成必然。

6. 尚未建成行之有效的遏制司法腐败和权钱交易的程序性机制。司法腐败和权钱交易在上述冤案中显露无疑,这在传统中国显然无法得到有效地治理。虽然历朝历代都会有严惩贪官污吏的机制,但囿于封建统治和人治社会的特点,总是难以摘除这一毒瘤。历史反复证明靠严惩、靠内部监督、靠自律都无法解决这一难题。而我们今天似乎还在想用历史证明是杯水车薪的办法来遏制司法腐败和权钱交易。司法腐败的一再重演、司法高官的前赴后继式的落马,让人心痛!这便要求我们必须建立适当的程序机制来遏制权力的滥用,这里既包括公权对公权的制衡,比如司法审查、检察监督等机制,更应当包括权利对权力的制约,比如程序公开、民众参与、媒体监督、当事人的参与和权利保障等机制的构建。

六、结语

“前事不忘,后世之师。”历史是一本最好的教科书,晚清四大奇案展现给我们的便是一本鲜活的教材,一个个看似差异巨大的冤案背后却埋藏着必然性的规律。“道”、“权”、“法”之间博弈的结果和正当法律程序的缺失,使得冤案成为一种必然。面对这些问题,我们今天真的已经解决或者已经有了很好的解决方案了吗?历史总是有惊人的相似性,但是,前人犯过的错误并为此付出的代价,我们今天显然不应该再次为其埋单!

参考文献:

- [1] 周楞伽:《清末四大奇案》,群众出版社 1985年版。科学出版社 2001年版。
- [2] 伍国庆:《晚清四大奇案》,岳麓书社 1996年版。
- [3] 黄仁宇:《万历十五年》,生活·读书·新知三联书店 1997年版。
- [4] 金岳霖:《论道》,商务印书馆 1987年版。
- [5] [美] 丹尼斯·朗:《权力论》,陆震纶等译,中国社会科学出版社 2001年版。
- [6] [德] 哈贝马斯:《在事实与规范之间(前言)》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2003年版。
- [7] 陈瑞华:《问题与主义之间》,中国人民大学出版社 2003年版。

(责任编辑 于贺清)