

何家弘 著

司法证明方法与 推定规则

Methodology
of Judicial Proof and
Presumption

By He Jiahong

何家弘 著

司法证明方法与 推定规则

图书在版编目(CIP)数据

司法证明方法与推定规则 / 何家弘著. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1894 - 7

I. ①司… II. ①何… III. ①证据—研究 IV. ①D915.130.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 002451 号

司法证明方法与推定规则
SIFA ZHENGMING FANGFA YU TUIDING GUIZE

何家弘 著

责任编辑 吴 昉
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 23.25
字数 312 千
版本 2018 年 1 月第 1 版
印次 2018 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

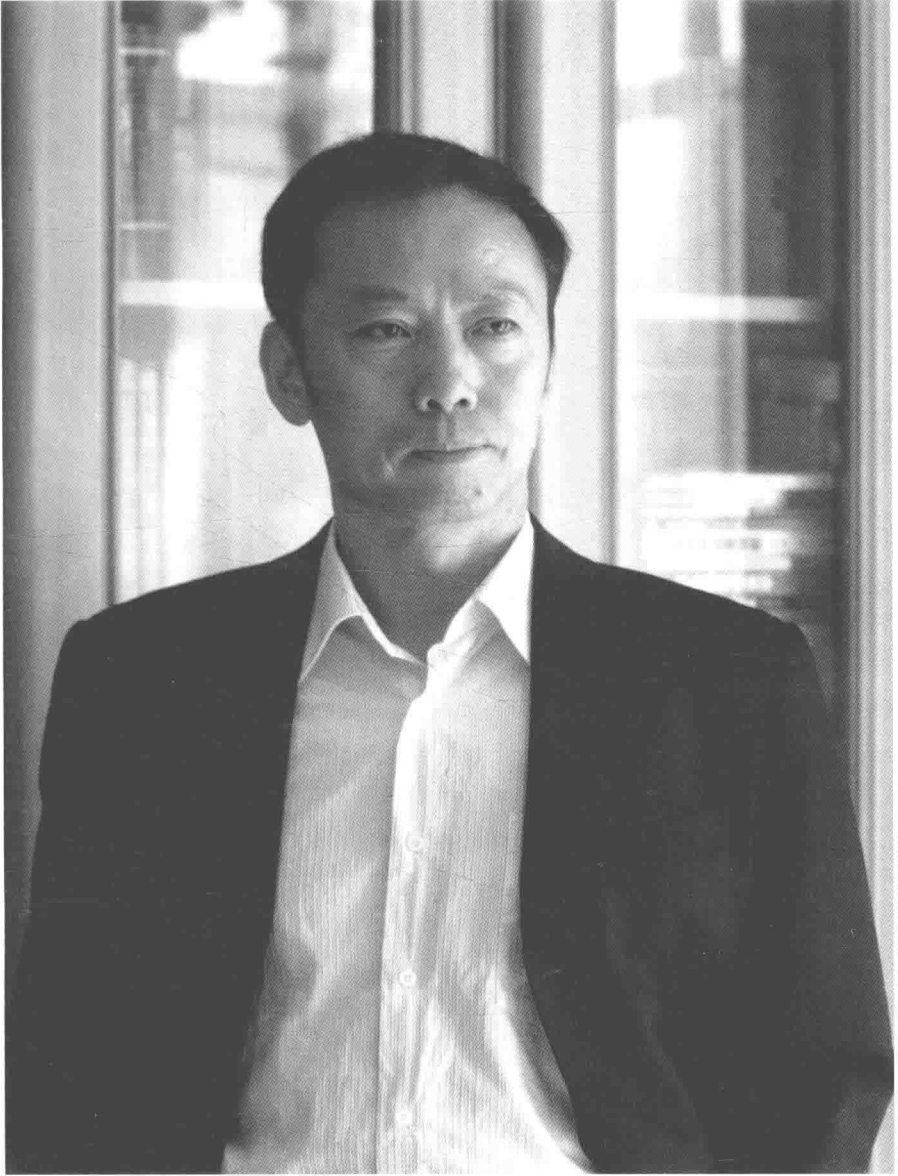
上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1894-7

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



何家弘 北京人，未及成年便到“北大荒”务农，当过拖拉机手、司务长、农场小学教师等；“返城”后当过建筑工人；在爱情的推动下考取大学，随意地选择了法学专业，然后一路求学，直至在美国西北大学获得法学博士学位；现任中国人民大学校务委员会委员，法学院证据学研究所所长、普通法中心主任、反腐败法治研究中心主任；兼任国务院学位委员会学科评议组成员、最高人民法院特邀咨询员、最高人民检察院专家咨询委员、中国行为法学会副会长兼法律语言文化研究会会长、中国警察法学研究会副会长、中国足协道德与公平竞赛委员会主任、国际足联道德委员会委员、英国《金融犯罪学刊》（*the Journal of Financial Crime*）和《洗钱控制学刊》（*the Journal of Money Laundering Control*）编委。曾经在最高人民检察院挂职担任渎职侵权检察厅副厅长，在中央电视台“社会与法”频道担任嘉宾主持人；曾获得国家颁发的“留学回国人员成就奖”，并享受国务院颁发的政府特殊津贴。曾经在英国苏塞克斯大学任访问教授（2016年）、日本名古屋大学任特任教授（2012年）、香港城市大学任客座教授（2002~2003年）；在美国纽约大学给研究生主讲“中国刑事司法”，在中国台湾地区东吴大学给研究生主讲“刑事证据”（2006~2007年），并应邀到美国哥伦比亚大学、辛辛那提大学和伊利诺伊大学（芝加哥分校），英国伦敦大学亚非学院、伦敦国王学院、利兹大学和金斯顿大学，澳大利亚国立大学、拉特罗布大学和科庭大学，法国埃克斯—马赛大学、巴黎第七大学和蒙彼利埃第三大学，德国马普外国与国际刑法研究所，挪威卑尔根大学，墨西哥国立大学和奇瓦瓦大学，中国台湾地区台湾大学、“中央”警察大学、真理大学和铭传大学，香港特区香港大学和香港中文大学做讲座；此外，还应邀到英国皇家国际事务研究所（查塔姆宫，2016年）、古巴出版委员会（2015年）、德国科尔伯基金会（2014年）、美国外交学会（2011年）发表演讲。法学专著《亡者归来——刑事司法十大误区》已经出版英文版、法文版、德文版、希伯来文版、西班牙文版、葡萄牙文版，并且在中国台湾地区出版了繁体中文版；“犯罪悬疑小说”（《血之罪》《性之罪》《龙眼石之谜》《古画之谜》《黑蝙蝠之谜》）已经出版法文版、意大利文版、西班牙文版、英文版，还在中国台湾地区出版了繁体中文版；第一部小说《血之罪》于2007年被英国《卫报》推荐为“亚洲十大犯罪小说”之一，并于2011年在“第五届全国侦探推理小说大赛”中获得“最佳推理奖”；于2016年在“第六届全国侦探推理小说大赛”中荣获“特别贡献奖”。

司法人员不是神仙,无法全知全觉,也无法穿越时空隧道,只能通过有限甚至短缺的证据去认识发生在过去的案件事实。于是,那事实便如水中之月、镜中之花一般而具有了模糊性。

序 言

本书的前身是《短缺证据与模糊事实：证据学精要》。该书由法律出版社于2012年11月出版，系该社重点规划产品——“法学家代表作系列”之第一部。该书出版后颇受关注，人民网、凤凰网、新浪网、网易网、法制网、中国普法网、中国日报网等均有报道，当当网和卓越网更有读者热评，法律社门户网站也作出重点推介。2014年，该书荣获北京市第十三届哲学社会科学优秀成果二等奖；2015年，该书荣获第三届中国法学优秀成果二等奖。同年，该书又获得国家社科基金中华学术外译项目资助立项，将由德国施普林格出版社出版英文译本。

该书原本是一部专业论文集，是笔者近二十年证据学研究成果之集萃。如今，这本书要翻译出版，面向外国读者，其内容体系必须进行修订。经过认真思考，我决定选取原著中适宜在海外发表而且论题相对集中的篇章，作为英文版的写作原型，重点论述司法证明与推定的相关主题，以使本书更符合学术专著的逻辑体系。另外，为了便于外国读者阅读和理解，我重新设计了各章内容结构，采用了由案例讲述引出主题的模式，对相关内容也做了必要的调整和补充。例如，为了更好地切入本书的主题，我增加了“司法证明的难题”作为第一章，而且以近年在中国引起广泛关注的三起“撞倒抑或自摔”的案件为例，展开关于证据短缺下司法证明难题的论述，而我近期到英国访问讲学中的一次遭遇更为这一问题的阐述提供了鲜活的脚注。

2016年9月27日，我到英国牛津大学参加“中西方的宪法传统”

研讨会。这次研讨会由中国人民大学法学院、牛津大学法学院、香港大学法学院和中英协会共同主办,讨论题目包括中国宪法的智识渊源、法治、法律规则公约、人权结构、法治的社会维度、中国宪法秩序中的香港地位等。我的发言主要从反腐败的角度探讨了中国法治的发展。

与会者中既有法学教授,也有法务专家。9月29日上午,英国最高法院前任暨首任大法官菲利普爵士也到会做了主题演讲。菲利普大法官还是中国人民大学普通法中心学术顾问委员会的英方主席(中方主席是中国最高人民法院前院长肖扬先生),因此,我们在29日中午还召开了普通法中心部分学术顾问的工作会议。参加会议的还有英方学术顾问牛津大学法学院前院长恩迪考特教授和维勒大律师、中方顾问代表朱景文教授以及普通法中心的发起单位代表中国人民大学法学院韩大元院长、牛津大学法学院戴维斯院长和中英协会裴士高主任,以及三个单位的其他教师等。我作为普通法中心的主任主持会议并且做了简要的工作报告。

这次会议之后,我还要在牛津大学进行学术交流,再到苏赛克斯大学做访问教授,共一个多月的时间。由于我的生活自理能力不强,所以出国访问半月以上时,一般都由妻子新萍陪同。另外,新萍的叔叔一家早已移居伦敦,她一直想去探望,这次就带着外孙宽宽同我一起来到英国。不过,她们在西斯罗机场就被亲戚接走,至伦敦居住。

国庆节期间,我到伦敦去接她们来牛津小住。我们住在牛津市主街旁的一家旅馆,这里车水马龙,人来人往。我们经常听到急救车那刺耳的叫声,还疑惑为何会有这么多需要急救的人。没想到,我们后来也坐上了急救车。

10月5日下午,我们计划带宽宽去参观三家博物馆。他很喜欢博物馆,住在伦敦的那几天,他一共去了四家博物馆,当然包括了大英博物馆。主街上有红绿灯的路口不多,行人过街一般都要走专门通道,就是路中间有个安全岛。其实,随意穿行马路的行人在牛津屡见不鲜。牛津的自行车也很多,而且速度很快,所以我过马路时都要抓紧宽宽的手,主要是防范自行车。

我们走出旅馆,来到主街。我拉着宽宽走在前面,新萍跟在后面。我看右边的车辆距离很远,就拉着宽宽走向马路中间,却突然听到身后的惊叫声。我回头一看,只见新萍被一辆自行车撞倒在地上。我急忙拉着宽宽跑回去。新萍躺在地上,痛苦地呻吟着,嘴边还有血迹。我想把她扶起来,但是她的左臂很疼,不能动。

这时,一些路人围了过来,关切地询问着。见新萍的伤势挺重,有人提出应该打电话叫急救车。路人甲(青年男子)便主动拿出手机拨打电话。路人乙(青年女子)蹲下身来,自说是急救志愿者,让我向新萍问了一些很专业的问题,包括有没有头晕、视力如何、是否恶心、手指的感觉等。然后,她接过路人甲手中的电话,向急救中心讲述这里的情况。这时又来了路人丙(黑人男子,学者模样),自说是医生,又问了一遍专业问题,然后建议把新萍扶到路边的座椅上。他又问了新萍的服药史和过敏情况,然后拿出一片止疼药,让新萍吃下去。此时,新萍的疼痛有所缓解,大家都焦急地等待着急救车。

这时我才注意那个骑车人。她有三四十岁,南亚人,像个打工者。她站在一边,不知所措。我没有责怪她。

警车先来了,走下来两个警察。他们简要询问了事件经过,告诉我急救车马上就到。然后又去询问那个骑车人的姓名和有关情况。急救车终于来了。两个急救员把新萍扶上车,躺在急救床上。我向那几位热心的路人表示衷心的感谢,然后带着宽宽也上了车。坐好之后,急救员按程序提问、记录,让我们系好安全带,急救车尖叫着驶向医院。

我们来到牛津大学医院的急救科。急救员把我们交代给医护人员之后就走了。医护人员又询问了那些类似的专业问题,并且复印了新萍的护照。我们坐在候诊区等候,时间过得很慢。由于急救科的病人很多,我们等了将近一小时才得到医生初诊。女医生态度和蔼,她认真地查看之后,判断是左肘关节脱臼,而且可能有骨折。她用三角巾把新萍的左臂固定好,然后让我们去拍X光片。新萍很坚强,一直靠自己慢慢走动。拍了X片之后,那位男医生急忙跑去找来一个轮椅,让新萍坐在上面。我推着她回到女医生的诊室。女医生已经在电脑上看到

了X光片,告诉我确有骨裂,就请来一位资深的男医生,讨论治疗方案。

男医生告诉我,新萍的左肘关节错位严重,而且有骨裂,需要首先做手术复位。他把手术程序和麻醉风险等告诉我,征得我们的同意之后,就开始组织手术。他们把新萍推进手术室,一共有五六位医护人员紧张有序地准备着。麻醉剂点滴固定好之后,医生让我带着宽宽离开手术室。宽宽一直很懂事地跟着我,没有再提去博物馆的事情。

大约半小时之后,医生走出来,叫我们进去。手术很成功,新萍的左臂打上了石膏。此时,她已经不感觉疼痛了。她很乐观地说,人在本命年都会遇到一些磨难,这大概就是了。她是个习惯于节俭的人,就问我治疗费用的情况。我说不用担心,我带了银行卡,而且我们行前都买了保险,回国后可以报销。

这时又来了一位女医生,跟我们讨论下一步治疗方案。她认为应该尽快再做一次手术,更换裂骨。为此,她要给新萍安排CT检查,今晚住院,明早手术。新萍不放心我一人带着宽宽,不愿意住院,也不愿意再做手术。她不想在体内安上一个金属部件。我有过损伤手术的经验,也认为做手术更换裂骨并非上策。我婉转地讲了我们的意见,但是那位医生坚持她的意见。我很费了一番口舌才说服她。她终于同意让我们出院,但坚持为我们预约第二天早上的门诊和CT检查。

初诊医生把我们带回她的诊室,给新萍更换衣服并交代注意事项。我衷心地向她表示感谢,然后问她,我应该如何去交费。她说不用,因为急救科的一切救治措施都是免费的,我更为她们那热情认真的态度而感动了。此时,已经是晚上八点多钟。我问女医生在何处可以找到出租车。她说在急诊科出口有个专门的电话,只需按一个按钮就行。她想了一下,起身送我们走到急诊科出口,指导我使用那个电话。我按了按钮,对方是出租车中心,问了我的位置和要去的地方。我们再次向女医生表示感谢,然后走出急诊科的大门。出租车很快就来了,一直把我们送到旅馆的门前。

生活还要继续,而且是对我的生活能力的考验。其实,人都是有潜

能的。没有了依赖,我的生活自理和他理能力都有很大提升。新萍本人是中医,知道如何调养康复,因此她的肘伤恢复很快,几天之后就可以行动了。

10月11日,我们从牛津来到布莱顿,我的访英模式也从学术交流转为讲学。作为苏赛克斯大学的访问教授,我除了给法学院的研究生讲课并参加一些会议,还给商务管理经济学院做了主题为“中国的腐败与反腐败”的讲座。此外,我还应邀到伦敦大学亚非学院做了《亡者归来》的新书发布讲座,到金斯頓大学商学与法学学院做了主题为“中国的刑事错案与司法改革”的讲座,到利兹大学东亚中心做了主题为“法学与文学在中国:冤案讲述”的讲座。这些讲座的现场反应都很好,自我感觉也不错。一些外国教师和学生表示,很高兴能有这样的机会听到中国学者用英语讲述,而且可以直接进行自由的对话。听众中也有一些中国留学生,他们往往会在讲座结束之后与我交流,谈谈他们的学习以及困惑。虽然他们并不满意中国的现状,但是也不喜欢听到外国学生对中国的抨击。他们很希望能有更多的中国教授出来讲座,以便让外国人更好地了解中国。

其实,我的讲座主题具有一定的敏感性,容易招来一些更为敏感的问题。我的做法是:第一,不否认也不掩盖中国的问题,但是要以学者的视角进行客观的讲述和理性的分析;第二,要具体介绍中国的进步,如反腐败和司法改革,而且要根据民主法治发展的大方向阐述个人的见解和建议。当然,讲座的语言也是很重要的,而且要穿插一些轻松幽默的话语。特别值得一提的是,利兹大学的讲座安排很有特色。那是一个电影演播厅,听众多为文学或语言学的学生和教师,而且主办者在讲座开始之前就提供了红、白葡萄酒。听众们可以一边品美酒,一边听讲座,确实很有文学的味道!

新萍康复之后,我们又谈起那天发生车祸的经过。新萍对当时的具体情况也记得不太清楚了,只知道她要过马路时看见有公交车过来,就停了下来。她注意看了左边,但是没想到自行车从右边撞了过来(英国的车辆沿道路左边行驶)。我记得当时警察调查时,那个骑自行车

车的女子说,她沿着路边骑车,看到一位女士要过马路,她认为自己能从那女士的身后过去,但是没想到女士往回走,就撞到了她的车上。诚然,在这起交通事故中没有纠纷,无须司法证明。但是,假如此事诉诸法院,法官面临的恐怕也是短缺的证据与模糊的事实。于是,我的思绪又回到了前书的主题。

总之,本书虽是在《短缺证据与模糊事实:证据学精要》的基础上完成的,但它已然成为一部新著。

是为序。

何家弘

2017年9月写于北京世纪城痴醒斋

目 录

第一章	司法证明的难题	001
第二章	司法证明的历史	033
第三章	司法证明的方法	067
第四章	司法证明的规则	101
第五章	司法证明的责任	133
第六章	司法证明的标准	163
第七章	推定概念的辨析	184
第八章	推定种类的重述	204
第九章	推定规则的范式	227
第十章	推定规则的创设	241
第十一章	推定规则的适用	261
第十二章	司法错判的证明	289
余论	从侦查中心转向审判中心	333

第一章 司法证明的难题*

案例讲述

(一)南京彭宇案

2006年11月20日,64岁的退休职工徐某某在南京水西门广场公交站等车时,有2辆公交车同时进站,徐某某急忙跑向后面一辆乘客较少的公交车,当她经过前一辆公交车后门时,26岁的小伙子彭宇正从这辆车的后门第一个下车,急于转车的彭宇先向车尾看了一下,回头时发现摔倒在地徐某某,随即将她扶起,并与后来赶到的徐某某家人一起将她送往医院治疗,其间还代付了200多元的医药费。经诊断,徐某某摔伤致左股骨颈骨折,需住院施行髋关节置换术,费用达数万元。

2007年1月12日,徐某某将彭宇诉至南京市鼓楼区法院,指控他将自己撞伤,并索赔包括医疗护理费、残疾赔偿金和精神损害抚慰金等共计13.6万元。本案中的主要证据包括:(1)双方当事人的陈述。原告徐某某诉称,2006年11月20日上午,原告在本市水西门公交车站等83路车。9点半左右,2辆83路公交车进站,原告准备乘坐后面的83路公交车,在行至前一辆公交车后门时,被从车内冲下的被告撞倒,导致原告左股骨颈骨折,住院手术治疗。被告彭宇辩称,被告当时是第一个下车的,在下车前,车内有人从后面碰了被告,但下车后原、被告之间

* 在本章中,撞倒还是自摔的案例材料由张小敏博士收集整理,刑事错案中证据短缺现象的分析是与徐月笛博士合作完成。笔者在此表示感谢。

没有碰撞。被告发现原告摔倒后以“做好事”的目的对其进行帮扶,而非被告将其撞伤。(2)现场目击证人陈二春的证言。该证人称,他当时没有看到原告摔倒的过程,他看到的时候原告已经倒在地上,被告已经在扶原告。(3)派出所谈话笔录。事故发生后,南京市公安局公共交通治安分局城中派出所依法对该事故进行处理并制作了谈话笔录。该笔录的电子文档及其誊写材料显示的制作时间为2006年11月21日,即事发后第二天。该笔录的内容显示:彭宇称其没有撞到徐某某,但其本人被徐某某撞到了。在审判时,承办民警出庭讲述了询问当事人的过程,证明彭宇曾承认二人之间发生了碰撞。

2007年9月3日,鼓楼区法院作出一审判决,认定了原、被告相撞的事实,但根据该案关键事实(究竟是被告撞了原告还是原告撞了被告)不甚明晰的情况而仅判决被告赔偿原告损失的40%。双方当事人均不服一审判决而提起上诉。后来在南京中级法院二审即将开庭之际,彭宇与徐某某达成庭前和解协议:彭宇一次性补偿徐某某1万元;双方均不得在媒体(电视、电台、报纸、刊物、网络等)上就本案披露相关信息和发表相关言论;双方撤诉后不再执行鼓楼区法院的一审民事判决。^[1]

(二)天津许云鹤案

2009年10月21日11时许,许云鹤驾驶津HAK206号轿车沿天津市红桥区回棋路由南向北行驶至红星美凯龙家具装饰广场附近时,老太太王某某由西向东跨越中心隔离护栏,随即王某某倒地受伤,许云鹤送王某某至人民医院治疗。后来,双方就是否发生碰撞及经济赔偿问题产生纠纷,并诉至法院。

该案中的主要证据包括:(1)双方当事人的陈述。原告王某某称,被告所驾车辆前部撞倒其腿部,其在被撞弹起后,趴在该车前部,又倒在地上。被告许云鹤称,原告在红旗路上由西向东跨越中心隔离护栏,

[1] 参见裁判文书《徐某某诉彭宇人身损害赔偿纠纷案》,载北大法宝网:www.pkulaw.cn,【法宝引证码】CLI.C.85983;另参见徐机玲:《南京官方披露:彭宇承认与徐老太碰撞》,载凤凰网:《瞭望新闻周刊》,http://news.ifeng.com/society/1/detail_2012_01/16/12003299_1.shtml。

在跨越过程中不慎摔倒在红旗路南向北的第一条机动车道内,自己立即采取制动措施并向左打转向,车辆在原告身前停住,双方并无接触。(2)原告方提供的证据材料。原告拍摄的津 HAK206 号车辆的照片,证明车上有掉漆皮的部位;医疗费票据、处方笺及费用清单、护理人员的误工证明、原告伤情构成八级伤残的鉴定书及鉴定费收据等。(3)鉴定意见。天津市天通司法鉴定中心出具的交通事故痕迹鉴定意见书称,“不能确定 HAK206 号小客车与人体接触部位”;后来又出具补充说明,称该鉴定意见书中所说的“不能确定 HAK206 号小客车与人体接触部委”的含义为:不能确定 HAK206 号小客车与行人王某某身体有接触,也不能排除津 HAK206 号小客车与行人王某某有接触。

2011年6月16日,天津市红桥区人民法院判决许云鹤承担40%的民事责任,赔偿王某某108606.34元,其中包括残疾赔偿金87454.8元。被告不服判决,提出上诉。2011年8月22日,天津市第一中级人民法院开庭审理该案。经双方当事人同意,法院委托司法部司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对王某某的伤情进行鉴定。2011年12月28日,该鉴定中心出具(2011)交鉴字第157号鉴定意见书,其意见为“王某某右膝部损伤符合较大钝性外力直接作用所致,该损伤单纯摔跌难以形成,遭受车辆撞击可以形成”。2012年1月19日,天津市一中院公开宣判,驳回许云鹤的上诉请求,维持原审判决。^[2]

(三)广东吴伟青案

2013年12月31日13时许,广东省东源县漳溪乡的吴伟青(男,45岁)驾驶一辆两轮摩托车从漳溪乡中联村往漳溪街镇方向行驶。当行至中联街下街路段(水泥路面,路宽3.6米)时,遇前方同向而行的老人周某某(男,79岁)拄拐杖行走在道路中间。吴伟青驾车从右右侧超越后发现周摔倒,即在前方路边停车,回来将其扶起。周某某说是吴伟青驾驶

[2] 参见裁判文书《王秀芝诉许云鹤道路交通事故人身损害赔偿纠纷案》,【法宝引证码】CLI.C.515512,《许云鹤与王秀芝道路交通事故人身损害赔偿上诉案》,【法宝引证码】CLI.C.1339057,载北大法宝网:www.pkulaw.cn;另参见“许云鹤”词条,载360百科: <http://baike.so.com/doc/3136413.html>。

摩托车撞伤了自己。吴伟青否认,但还是送周某某去医院就医,并垫付了医药费。次日,周家人向吴伟青索要十多万元的经济赔偿。双方发生争执,便到公安机关调解。根据漳溪乡派出所制作的询问笔录,吴伟青承认经过事发路段时鸣了喇叭,但否认撞倒了周某某;周某某坚称是吴伟青撞倒了自己,并否认当时曾听到摩托车的喇叭声;周某某的女儿认为,如果不是吴伟青撞的,他根本不会那么好心送父亲到医院,还给垫付了医药费。事发后第三天,在给亲友逐个打电话喊冤后,吴伟青跳塘自杀。^[3]

东源县公安局组成调查组对该事件进行调查,询问了当事人、当事人家属及相关知情人,并提取了相关的痕迹物证,但无法查明周老公究竟是“自己跌倒”的还是“被吴伟青撞到”的。在该事件中,双方当事人各执一词。虽然周老公在“自己跌倒”还是“被吴伟青撞到”的问题上曾有过自相矛盾的陈述,但是面对调查人员的询问时则坚称是被吴伟青撞倒的,并说,“如果不是他撞的,我能伤得那么重吗?”吴伟青“自杀以证清白”的行为容易让人们在主观上做出有利于他的判断,但是调查人员也不能以此便认定周老公是“自摔”。本案中直接目睹事情经过的证人。家住现场附近的村民周某某听到吴伟青和周老公的争吵声后才来到现场,并未亲眼目睹事发经过。吴伟青所在的建材公司同事蓝某某说,吴伟青死前曾给他打过电话,问按喇叭吓到人要不要负责。蓝小东便问他究竟有没撞到人,他说没有。^[4]一周之后,调查组发布了调查结论:“因事发路段没有视频监控,警方经多方调查走访也未找到直接目睹事发经过的证人,经现场勘验、伤者受伤部位检验、伤者体表检查、涉事车辆检验及综合有关证人证言等情况,得出的结论是目前没有直接证据证明当事双方发生过碰撞或刮擦,但不排除其他原因致周火仔倒地受伤。”对于警方发布的这一调查结论,当事人双方都

[3] 参见《“我是扶人不是撞人”大叔跳塘自杀证清白》,载人民网: [http://edu. people.com.cn/n/2014/0107/c1053-24041290.html](http://edu.people.com.cn/n/2014/0107/c1053-24041290.html)。

[4] 参见《男子扶老人被指撞人自杀证清白,死前对女儿说不想死》,载中国新闻网: <http://www.chinanews.com/sh/2014/01-07/5708453.shtml>。

不满意。^[5]至此,吴伟青已然离世,周老公仍在疗伤,但事件真相依然处于扑朔迷离的状态。^[6]

在上述三个案例中,法官所面对的证据都具有短缺性。因为没有目击证人和现场监控录像,所以能够直接证明事件经过的证据就是双方当事人陈述。当事人与案件裁判结果有着直接的利害关系,因此在陈述时难免带有利己的主观性与片面性。原告可能为了获得赔偿而昧心诬告;被告也可能为了逃避巨额赔偿责任而否认碰撞。另外,人的感知和记忆很容易受到主客观因素的影响而失真。在此类意外事故中,当事人在转瞬间形成的感知和记忆未必能准确反映客观事实。换言之,即使是诚实的当事人,其陈述的内容也可能不符合客观实际情况。譬如说,摔倒的老人声称自己就是让被告撞到的,但是其认知本身可能就是错误的。因此在双方当事人各执一词的情况下,司法人员必须依赖其他证据去认定案件事实。但是在这三个案件中,双方都没能提出充分的证据来支持自己的事实主张,因而使争议事实在一定程度上处于模糊的状态。正如许云鹤案的一审法院在判决书中所陈述的,根据原告提交的相关证据以及法院的调查笔录和天通司法鉴定中心出具的鉴定意见,法院无法确认被告车辆与原告发生过接触,也无法排除被告车辆与原告发生过接触。^[7]司法人员在认定案件事实的时候需要充分的证据,但是在现实中,案件中的证据往往短缺。在刑事案件中,这一问题表现得更为突出,很多刑事案件都属于证据短缺的案件。

一、刑事案件中证据标准的实证解析

刑事案件都是发生在过去的事实,司法人员不可能直接去感知,只

[5] 参见郑天虹、吴涛文:《广东东源通报“因扶老人被诬自杀”事件:暂无证据证明“男子撞倒老人”》,载新华网:http://news.xinhuanet.com/legal/2014-01/14/c_118964733.htm;另参见曾焕阳:《暂无证据证明“男子撞倒老人”》,载《广州日报》2014年1月15日。

[6] 以上三个案例资料是由中国人民大学博士研究生张小敏收集整理。

[7] 参见裁判文书《王秀芝诉许云鹤道路交通事故人身损害赔偿纠纷案》,【法宝引证码】CLI.C.515512,载北大法宝网:www.pkulaw.cn。

能通过各种证据去间接地认识。因此,案件事实对于司法人员来说犹如镜中之花一般。诚然,那“花”是客观存在的,但司法人员看到的是经过“镜子”反射或折射所形成的影像。而且,那“镜子”在案件发生的过程中已然破碎并散落,于是,司法人员要想认识案件事实,就必须把散落各处的“碎片”收集起来,拼凑成“镜子”,再通过“镜子”去认识“花”。然而,在许多案件中,司法人员得到的“镜子碎片”是残缺的和磨损的,只能看到“花”的部分影像,有些还是模糊的甚至是扭曲的影像。这里所说的“镜子碎片”就是证据。也就是说,离开了证据,办案人员无法认知那些发生在过去的案件事实,而办案人员通过证据所认知的案件事实也未必等同于客观发生的事实。

刑事案件中的“证据”有两种:第一种是案件发生时客观存在的“证据”,例如,一起杀人案的发生在尸体和周围环境中留下的痕迹物证以及在相关人员大脑中留下的印象。由于这种证据是潜藏在客观世界之中的,可能被办案人员发现,也可能不被办案人员发现,所以我们称之为“潜在证据”。第二种是办案人员或当事人收集和使用的“证据”,例如,在该杀人案中侦查人员收集的各种证据,包括嫌疑人的供述和血衣、凶器等物证。这种证据是办案人员已经发现和使用的,因此可以称为“现实证据”。对于刑事司法系统来说,现实证据才可以发挥证明的功能。

在刑事司法活动中,现实证据往往少于潜在证据,即侦查人员或当事人收集和使用的证据少于客观存在的证据。几乎在所有案件中,侦查人员或当事人都不可能发现并收集全部与案件有关的客观存在的证据。换言之,客观存在的证据是大量的,有一部分潜在证据没能转化为现实证据——无论是由于侦查人员或当事人没有发现还是发现后没有使用——是难以避免的事情。于是,这就造成司法裁判过程中证据资源的短缺。

为了更好地研究和认识证据短缺现象及其规律,我们选取了45起已经纠正的刑事错案作为样本,并且以20起证据确实充分的刑事判决案件为对照,进行实证性比较分析。为保证两组样本分析标准的一致

性,我们选取的案件罪名^[8]都是故意杀人罪。

(一) 证据质和证据量

证明标准是指司法证明必须达到的程度和水平,是衡量司法证明结果的准则。证据标准是证明标准在案件中对定案证据的具体要求。一般来说,证明标准应该包含证据标准,但是证明标准强调全案证据对案件事实的证明程度,或者司法人员根据证据对案件事实的认识程度,因此有些国家法律规定的证明标准仅侧重司法人员主观认知水平的描述,没有证据标准的客观描述,譬如排除合理怀疑的证明标准和内心确信的证明标准。我国《刑事诉讼法》(2012年修订)规定的证明标准则明确描述了证据标准的内涵。该法第195条规定法院判定被告人有罪的证明标准是“案件事实清楚,证据确实、充分”。其中的“证据确实、充分”就是证据标准。

证明标准指向案件事实,证据标准指向定案证据。对于司法人员来说,后者更具有可操作性。要保证案件事实认定的正确性,定案证据的质和量都必须达到一定的标准。所谓“证据质”是指证据的内容能否正确地证明案件事实,既包括证据的关联性与合法性,也包括证据的真实可靠性,且以后者为要点。所谓“证据量”是指证明案件事实的证据数量,既包括证据的种类和件数,也包括证据内容所指向的案件事实要素的数量。上述“证据确实、充分”的证据标准既包含了对证据质的要求,也包含了对证据量的要求。“据以定案的证据均经法定程序查证属实”就是对证据质的要求,而“定罪量刑的事实都有证据证明”则是对证据量的要求。有学者认为,“证据充分”是对证据量的要求,“证据确实”是对证据质的要求。^[9] 这样划分虽然有些粗略,但是基本上表达了证据标准的内涵。当然,就具体案件的证据标准而言,全案证据综合起来必须能够形成一个完整、协调的证明体系,足以得出唯一、确

[8] 在纠正的错案中,“罪名”指的是原审案件中指控并认定的罪名。

[9] 参见李慧群:《郑福田、傅兵抢劫案——对共同犯罪案件如何把握“证据确实、充分”的证明标准》,载《刑事审判参考》(总第86集),法律出版社2013年版,第48~54页。

定、排除其他可能的结论。^[10]

在研究证据短缺现象的时候,我们必须首先明确定罪的证据标准,而且可以从证据量和证据质两个方面来展开讨论。^[11]为此,我们选取了20起可以界定为证据确实、充分的刑事判决案件。案例的选择标准是:(1)不存在法律适用的争议;(2)当事人没有因定罪异议而提出上诉;(3)裁判文书中对定罪证据的描述比较全面详细。^[12]这些案例的基本情况见表1。

表1

	分析角度	案件数量	占比
裁判文书类型	二审判决书	15	75%
	复审裁定书	5	25%
犯罪阶段	故意杀人既遂	17	85%
	故意杀人未遂	3	15%
被告人能力	完全行为能力人	14	70%
	限制行为能力人	6	30%
作案方式	放火	1	5%
	爆炸	1	5%
	投毒	1	5%
	使用凶器	17	85%

不过,这些裁判文书中对证据的描述一般都不是“原汁原味”的,

[10] 马凯、王兆峰:《证据短缺路径下的错案预防》,载《黑龙江社会科学》2014年第3期。

[11] 我们的讨论对象是证明实体法事实的证据,不包括证明量刑情节和违法阻却事由的证据。

[12] 20起案例均来源于《北大法宝》,案号分别是(2014)柳市刑一终字第177号、(2014)陕刑一终字第00165号、(2011)黑刑三终字第63号、(2015)永中法刑一终字第92号、(2014)鲁刑四复字第17号、(2014)鲁刑一终字第103号、(2014)鲁刑一复字第40号、(2014)湘高法刑三终字第299号、(2014)皖刑终字第00354号、(2014)陕刑一终字第00184号、(2014)一中刑终字第3689号、(2014)津高刑一终字第96号、(2014)高刑终字第412号、(2014)吉刑一终字第118号、(2014)鲁刑二复字第16号、(2014)桂市刑一终字第163号、(2014)鲁刑一复字第35号、(2014)鲁刑一复字第36号、(2010)鲁刑四终字第2-1号、(2014)粤高法刑一终字第304号。

而是经过“修饰加工”的,特别是言词证据。例如,侦查人员对证人或被害人的询问以及对被告人的讯问往往是多次的,但是裁判文书通常只引用其中的一次,或者是多次笔录内容的概括综述。又如,法官在裁判文书中一般都会以转述的方式引用证人证言、被害人陈述、被告人供述,表达形式多为“其当天……”“其看见……”。在当事人对定罪事实没有争议的情况下,此类证据描述并无大碍,但是在有争议的情况下,这样的描述就可能隐藏认识的差异。因此,我们对这些案例中证据内容的认知也具有一定的相对性。

(二) 证据量的定罪标准

根据证据标准对证据量的要求,司法人员认定被告人实施了指控的犯罪行为必须有充分的证据,其要点就在于证据的内容应该覆盖所控犯罪的全部构成要件事实。我国传统的刑法理论把犯罪构成概括为犯罪主体、主观方面、犯罪客体、客观方面。但也有学者主张“采取二分体系,即罪体与罪责。罪体是犯罪构成的客观要件,罪责是犯罪构成的主观要件,两者是客观与主观的统一”。其中,罪体是定罪的客观根据,对应于传统理论中犯罪的客观方面,包括行为、结果、因果关系、犯罪的时间、地点等因素。^[13]

司法证明的任务是要运用证据去证明案件事实。罪体是案件事实的核心内容,因而也是司法证明的要点。另外,我们也可以把案件事实分解为“七何”要素,即何事、何时、何地、何情、何故、何物、何人。^[14]在故意杀人案中,案件事实就可以抽象地表述为“何人因何在何时、何地、如何(包含用何物)杀害了何人”。在刑事审判中,这些事实要素都是要用证据加以证明的,而其中最重要的两个要素是“何人”与“何事”。简言之,司法证明的要点是“何人干了何事”。

根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解

[13] 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第220~221、226~227页。

[14] 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第204页。

释》(以下简称《刑诉法解释》)第64条的规定,^[15]在故意杀人案中,应当用证据证明的基本案件事实包括:(1)被告人的身份及其刑事责任能力;(2)被害人的身份;(3)被告人实施了指控的杀人行为;(4)被告人有杀人的动机,存在直接故意或者间接故意的罪过;(5)故意杀人行为的时间、地点、手段、后果及起因等。

从证据形式的角度来看,^[16]通常用于证明“被告人身份及其刑事责任能力”的证据包括户籍证明、身份证信息、门诊病历等书证、证人证言、骨龄鉴定、司法精神鉴定等鉴定意见。用于证明“被害人身份及损害程度”的证据包括户籍证明、身份证信息、辨认笔录等书证、证人证言、尸体检验报告、人体损伤鉴定、DNA鉴定等鉴定意见。用于证明“被告人实施了指控的杀人行为”的证据包括作为直接证据的目击证人证言、被害人陈述、监控录像等视听资料,作为间接证据的搜查笔录等书证、物证及其鉴定意见^[17]、证人证言、视听资料^[18]以及辨认笔录等书证。用于证明“故意杀人行为的时间、地点、手段、后果及起因等”的证据包括刑事立案书、报案记录、现场勘查笔录等书证、作案工具等物证、证人证言、被害人陈述、监控录像等视听资料、尸体检验报告等鉴定意见。对于主观故意的证明,案件中常见的是动机证据,如能够证明被告人与被害人之间存在矛盾、被告人曾说过要加害被害人及案发前

[15] 《刑诉法解释》第64条规定:“应当运用证据证明的案件事实包括:(一)被告人、被害人的身份;(二)被指控的犯罪是否存在;(三)被指控的犯罪是否为被告人所实施;(四)被告人有无刑事责任能力,有无罪过,实施犯罪的动机、目的;(五)实施犯罪的时间、地点、手段、后果以及案件起因等;(六)被告人在共同犯罪中的地位、作用;(七)被告人有无从重、从轻、减轻、免除处罚情节;(八)有关附带民事诉讼、涉案财物处理的事实;(九)有关管辖、回避、延期审理等的程序事实;(十)与定罪量刑有关的其他事实。”

[16] 在不考虑被告人供述真实性的情况下,其内容通常可以用于证明基本案件事实,因此这里暂不论及被告人供述。

[17] 通过物证的双联性将被告人与案件联系在一起,如案发现场出现被告人的生物物证或者在被告人身上、衣物上提取到被害人的生物物证。

[18] 这里指的是非目击证人证言和不记录案发过程、仅可用于证明在案发时间段内被告人出现在案发现场、具备作案时间、案发前或案发后被告人的活动轨迹等作为间接证据的视听资料。

被告人的精神或生活状况等证人证言、被害人陈述等。而法官要想证明被告人主观上系“故意”而非“过失”，往往是通过能够证明被害人的受损部位及程度、被告人的加害方式及案发过程等的证据。例如，若尸检报告显示被害人被多次、严重伤害致伤，或者被害人的损伤在头部、胸部等致命部位，则认为被告人有杀人的故意。因此，用于证明罪责的证据包括证人证言，被害人陈述，人体损伤鉴定、尸体检验报告等鉴定意见。

在 20 起已决案例中，公诉方都提供了上述证据，证明了犯罪构成的要件事实或案件事实的“七何要素”，证据量都达到了定罪的标准。例如，在邓某故意杀人案^[19]中，法官据以作出有罪判决的证据包括（1）警方文件，包括接处警登记表、受案登记表、抓获经过、到破案经过；（2）被害人陈述，证明案发过程及被告人动机；（3）六份证人证言证明案发过程，内容基本一致；（4）视听资料光碟一张，证明案发过程；（5）一份证人证言，证明被告人与被害人之间存在情感纠纷；（6）辨认笔录及照片，证明被告人、被害人身份及作案工具；（7）现场指认笔录及照片；（8）笔记本提取笔录、接受证据清单，证明被告人动机及作案前思想动态；（9）百货商场购物小票，证明作案工具来源；（10）现场勘验检查笔录、照片，证明案发现场的状况；（11）菜刀、背包的扣押决定书、扣押清单；（12）人口基本信息表；（13）鉴定意见，证明现场血痕、被告人衣物上的血痕与被害人 DNA 一致；（14）法医学人体损伤程度鉴定书、伤残鉴定书；（15）被告人邓某的供述。

在上述证据中，能够被告人身份及其责任能力的证据有（6）（12）（15）；能够证明被害人身份及损害程度的证据有（2）（12）（14）；能够证明被告人有杀人的动机及存在故意的证据有（5）（8）（14）；能够证明被告人实施了指控的杀人行为及故意杀人行为的时间、地点、手段、后果及起因等的证据有（1）（2）（3）（4）（7）（9）（10）（11）（15）。综上，案

[19] 案情参见广西壮族自治区柳州市中级人民法院（2014）柳市刑一终字第 177 号刑事判决书。

件的基本事实都有证据证明,而且每项证明中都有多个证据,因此该案的证据量已经达到了定罪的标准。

(三) 证据质的定罪标准

证据质是司法人员认定案件事实的要素,也是司法人员审查认定证据的基本内容。即使一个案件中的证据量已然达标,但若证据质不达标,司法人员依然无法确认案件事实。《刑事诉讼法》第48条明确规定,“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”,这里的“查证属实”便是指向了证据的真实可靠性。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2007年联合颁发的《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》中曾对“证据不足”作出解释:“(1)据以定罪的证据存在疑问,无法查证属实的;(2)犯罪构成要件事实缺乏必要的证据予以证明的;(3)据以定罪的证据之间的矛盾不能合理排除的;(4)根据证据得出的结论具有其他可能性的。”^[20]其中的(1)(3)(4)项都涉及证据质的欠缺。

作为定案根据的证据应该具备证据能力且真实可靠,这就是证据质的定罪标准。在上述20个案例中,司法人员都已对证据查证属实,确认了定罪证据的合法性、关联性和真实可靠性,因此其证据质也都达到了定罪的标准。例如,在史某投毒杀人案^[21]中,法院认定其犯故意杀人罪的证据包括:(1)被告人供述;(2)被害人陈述;(3)四份证人证言,证明被告人与被害人的关系及矛盾,和被害人被送至医院的经过;(4)证人证言,证明被告人购买、退回、又要回可乐的经过;(5)证人(医生)证言,证明被害人就医后的诊断情况;(6)医院检测报告、证明书等,证明被害人系秋水仙碱中毒及就诊情况、损伤情况;(7)现场勘验、检查笔录与办案说明、视频截图,证明被告人曾购买秋水仙碱;(8)受案登记表、办案说明、身份材料、学籍档案卡等,证明办案经过及被告人

[20] 该意见第25条原文表述为“具有下列情形之一,不能确定犯罪嫌疑人构成犯罪和需要追究刑事责任的,属于证据不足,不符合起诉条件:……”该条文虽然是对检察机关提起公诉的指导,但是也可作为审判标准的借鉴。

[21] 案情参见北京市第一中级人民法院(2014)一中刑终字第3689号刑事裁定书。

身份情况。本案所列的证据都与案件事实相关,而且:证据(1)(2)(4)的内容基本一致,反映出被告人给被害人买了一瓶可乐,在被害人发现可乐是苦的以后,与被害人一起将可乐退回小卖部,之后又单独来到小卖部取回所退可乐的经过;证据(1)(2)(3)(5)的内容,反映出被害人在喝完可乐的当夜被送入医院就诊的事实;证据(7)系办案人员对被告人网上交易记录的固定,能够证明被害人在案发前曾购买过秋水仙碱。综合来看,全案证据均已查证,相互之间不存在无法解释的矛盾,内容属实,具备真实可靠性,能够得出被告人投毒杀人的唯一结论。

如何确认证据的真实可靠性,往往是司法人员审查认定证据的难点。对证据的审查认定包括单独审查与比对审查。前者是单独地分析每个证据的来源、内容和形式,评断其是否真实可靠。后者是对案件中证明同一案件事实的两个或多个证据的比较和对照,看其内容和反映的情况是否一致,看其能否合理地共同证明该案件事实。一般来说,内容相互一致的证据比较可靠,而内容相互矛盾的证据真实性则可能存在问题。当然,对于相互一致的证据也不能盲目采信,因为串供、伪证、刑讯逼供等因素也可能造成虚假的一致;而对于相互矛盾或有差异的证据也不能一概否定,还应认真分析矛盾或差异的形成原因和性质,因为不同证据之间有时也会出现一些并不影响其真实可靠性的差异。例如,不同证人对同一案件事实的描述很难完全相同,因为他们的感知能力、记忆能力和表达能力并不相同,他们感知案件事实时的主客观条件也不完全相同。因此,比对审查的关键不在于找出不同证据之间的相同点和差异点,而在于分析这些相同点和差异点,看其是否合理,是否符合规律。

中国的法官经常使用“印证”方法审查评断证据。多个证据的内容可以相互印证,就提高了证据的可信度。例如,在李某故意杀人案^[22]中,刑事技术鉴定书显示,被害人系被钝性物体多次击打头部致颅脑损伤死亡;公安机关在现场提取的扁头铁锤、圆头铁锤上均检出被害人血迹;被告人供述称其在案发现场先用圆头铁锤后用扁头铁锤击打被害

[22] 案情参见黑龙江省高级人民法院(2011)黑刑三终字第63号刑事判决书。

人,且通过辨认,确认了现场提取的两把铁锤系其作案时使用的工具;另有证人证言证实,这两把铁锤平时就存放在被害人处。综合来看,被告人的供述、辨认结果和两份鉴定书的内容共同指向两个铁锤就是作案工具的结论;而被告人的供述、证人证言的内容则共同指向作案工具系被告人从被害人处获得的结论。因此,在本案中,被告人供述、辨认结果、证人证言、鉴定意见等证据的内容一致,可以互相印证,司法人员可以确认这些证据的真实可靠性。换言之,这些证据达到了证据质的定罪标准。

二、刑事错案中证据短缺现象的案例分析

刑事错案本质上都属于疑案,即因证据短缺而事实模糊的案件,只是因为办案人员原审时没有正确认识,作出了错误选择才导致误判的发生。因此可以说,错案中一定存在证据短缺。刑事错案中的证据短缺有两种情况:一是证据量的短缺;二是证据质的短缺。前者是指案件中的证据未能证明所有犯罪构成要件或案件事实要素,未能形成完整的证据链。后者是指案件中的某些证据不具备证据能力或真实可靠性,不能作为定案根据或者不能排除合理怀疑地证明特定案件事实。在许多刑事错案中,这两种情况是同时存在的。为了考察这些证据短缺现象并探索其中的规律,我们选取了45起涉嫌杀人罪的刑事错案,作为研究的对象。

(一)45起刑事错案的基本情况

这45起刑事错案都是原审判决被告人犯故意杀人罪,后因某种原因改判无罪的案件。其中,纠错原因为“亡者归来”的有滕兴善、余祥林、赵作海3起;为“真凶再现”^[23]的有石东玉、杜培武、李久明、孙万刚、张高平和张辉、呼格吉勒图、杨云忠、杨黎明等三人、丁志权、李化伟、覃俊虎等二人、陈金昌等人、刘日太、秦艳红、赵新建、李杰等四人共16起,其余26起案件都属于证据不足的“疑罪从无”案件。在“疑罪从无”的26起案件中,王学义等12起案件是中级法院一审判有罪之后高级人民法院经上诉审而改判无罪;李怀亮等7起案件是中级法院一审

[23] 于英生案先是再审改判无罪,之后真凶再现,因此将其归入“再审改判”的案件中。

判有罪之后高级人民法院发回重审而由中级人民法院改判无罪；范家礼等人和谭富义 2 起案件是中级人民法院一审判有罪之后高级人民法院发回重审而由检察院撤回起诉；黄爱斌和李志平 2 起案件是中级人民法院一审判有罪之后高级人民法院发回重审期间被告人被释放，但司法机关并未给出法律上的无罪证明；艾小东、陈世江、于英生 3 起案件是两审终审判决有罪之后经再审改判无罪。^[24]（见表 2）

表 2

纠错原因		案件数量	占比
亡者归来		3	6.6%
真凶再现		16	35.5%
疑罪从无	高级人民法院上诉改判	12	26.7%
	中级人民法院重审改判	6	13.3%
	人民检察院撤诉	2	4.4%
	被告人获释	2	4.4%
	再审改判	3	6.6%
案件总数		45	100%

在这 45 起错案中，“被告人”虽均被判以故意杀人罪，但法院认定的具体的犯罪情节仍有所不同。其中，涉及“强奸”或“奸尸”的有 10 起，占 22.2%；涉及“抢劫”的有 3 起，占 6.6%；另有涉及“破坏生产经营”的 2 起和涉及“保险诈骗”的 1 起，都被原审认作“杀人动机”。从“作案方式”^[25]来看，以“扼颈”致被害人窒息死亡的有 7 起，占 15.6%；“投毒”的有 4 起，占 8.8%；因“放火”、“煤气中毒”、“投井”致死的各有 1 起，各占 2.2%；使用枪支、刀具、木棍等凶器杀害被害人的有 31 起，占 68.9%。在 7 起扼颈致死的案件中，有 6 起案件存在强奸

[24] 45 起案件中，马廷新、孙学双、李杰等四人、于英生 4 起案件资料来源于网络，其余案件均来源郭欣阳：《刑事错案评析》，中国人民公安大学出版社 2011 年版；何家弘主编：《迟到的正义——影响中国司法的十大冤案》，中国法制出版社 2014 年版。

[25] 对作案方式的统计是从“致死原因”角度考量。例如，在高宏亮错案中，原审认定被告人用木棍将被害人打晕后放火烧被害人致死，因此本案的作案方式为“放火”。

或奸尸情节。(见表3)

表3

错案分析		案件数量	占比
犯罪情节	强奸杀人/杀人奸尸	10	22.2%
	抢劫杀人	3	6.6%
	破坏生产经营	2	4.4%
	保险诈骗	1	2.2%
	仅故意杀人	29	64.4%
	案件总数	45	100%
作案方式	扼颈	7	15.6%
	投毒	4	8.8%
	放火	1	2.2%
	煤气	1	2.2%
	投井	1	2.2%
	使用凶器	31	68.9%
案件总数		45	100%

(二) 刑事错案中证据量的短缺^[26]

与20起“证据确实充分”的刑事判决案件相比,这45起错案普遍存在证据量的短缺。从罪体来看,错案中证据量的短缺集中体现在对“被告人实施了指控的杀人行为”的证明上,这主要表现为两种:一是没有充分的证据将被告人与该起案件中的杀人行为联系起来;二是现有证据对故意杀人行为的时间、地点、手段、后果及起因等的证明仍存在模糊或矛盾的地方。

通常来说,要证明被告人实施了该起犯罪,要么依靠能够证明案发全程的直接证据,如被告人供述、证人证言、被害人陈述、监控录像等;要

[26] 该部分内容将证据量的短缺和质的短缺分开讨论。在分析量的短缺时,不考虑质的短缺对证据的影响。例如,在两起案件中,一起案件缺少必要的鉴定意见,在将其与另一起有鉴定意见的案件进行比较时,我们不考虑第二起案件中鉴定意见质量是否符合证据标准。

么依靠将被告人和杀人行为联系起来的间接证据,如现场或被害人体内提取到的被告人生物物证和痕迹物证、被告人衣物或身体上提取到的被害人生物物证和痕迹物证、证明被告人案发前出现在犯罪现场或具备作案时间的证人证言等。在上述错案中,能够证明被告人实施了杀人行为的证据往往只有被告人的供述,既没有其他的直接证据^[27],也没有充分的间接证据。以使用作案工具故意杀人的案件为例,通常来说,在使用作案工具的故意杀人案现场、作案工具上等,最容易留下犯罪嫌疑人的指纹、掌纹等生物痕迹。而且,被害人遭受木棍、刀具、斧子等器具袭击后,往往会有血迹喷溅在现场或犯罪嫌疑人的身上。这些生物物证、痕迹物证的指向性较强,是锁定犯罪嫌疑人或排除犯罪嫌疑人的有力证据。但在我们所统计的使用凶器杀人的33起错案中,现场未提取到犯罪嫌疑人的相关物证,且被告人处不存在与案件相关的生物物证的有13起;现场存在可能与犯罪嫌疑人有关的物证但未提取或提取后未鉴定或未提供鉴定结果,且被告人处不存在与案件相关的生物物证的有7起;现场未提取到犯罪嫌疑人的相关物证,而被告人处发现血迹的有7起;还有4起案件属于现场有相关物证且被告人处有血迹,但无法作出同一认定的情况。后两种情形虽然有相关证据,但是证明力不强,实际上涉及证据质的问题,我们后文将予以讨论。所以整体来看,在33起案件中,没有证据证明被告人与故意杀人案有关联的有20起,占到60%以上。其他间接证据也存在类似情况,例如,在45起错案中,有16起案件的既有证据无法证明被告人具备作案时间,占总案例数的35.5%。可见,大部分错案中没有足够的指向性证据将被告人与杀人行为联系起来。

除直接证据外,司法人员要认识故意杀人行为的时间、地点、手段、后果及起因等事实,往往是借助于大量的间接证据,如现场勘查笔录、

[27] 在陈金昌案中,有被害人陈述作为直接证据,但该陈述被证实为指认错误,属于证据质的短缺。案情参见郭欣阳:《刑事错案评析》,中国人民公安大学出版社2011年版,第311页以下。

尸检报告^[28]等。这类间接证据几乎存在于每起杀人案中,由侦查机关出具,有固定的文书形式,一方面可以证明有案件发生,另一方面可以部分还原案件发生过程,我们可将之称为“格式证据”。其他的间接证据还包括作案工具等物证、证人证言^[29]等。这些证据需要通过内容的交叉性,一环扣一环来发挥对事实的证明作用,因此,间接证据的数量越多,司法人员就越容易还原事实经过;反之,间接证据数量不足会导致证明环节的缺失、证据链的断裂,事实经过就呈现出碎片化、模糊化。错案样本中,证明具体案发经过的证据量的短缺突出表现在作案工具上。在前述使用凶器的17起已生效的刑事判决案件中,有15起能够确定作案工具及其来源,占88.2%。与此相比,33起使用凶器的错案中有11起案件找不到作案工具,3起案件的作案工具来源不明,10起案件无法认定作案工具。(见表4)

表4

缺少证明客观方面的证据	案件数量	占比
未查找到作案工具	11	33.3%
未查明作案工具的来源和去向	3	9.1%
无法认定作案工具	10	30.3%

从罪责来看,错案样本中用于证明被告人动机的证据往往薄弱。通常来讲,侦查机关会根据被害人的人际交往情况,沿着情感纠纷、财产纠纷等方向查找、锁定犯罪嫌疑人,这一过程中收集到的“动机证据”在事实认定阶段会转化成证明被告人动机或罪过的证据。但是,在某些案件中,也存在没有证据证明被告人动机的情况,如李化伟错案。由于死者是李化伟之妻,所以案发后李被列为首要嫌疑人,然而控方并没有提供

[28] 投毒杀人案中的刑事技术鉴定结果与尸检报告发挥相似的证明作用,即可用于证明被害人的死因或致伤原因。

[29] 例如,在使用爆炸方式杀人的案件中,证人证实其在案件发生时先听到了争吵声,后听到了爆炸声。

证据证明李化伟的杀人动机,只有口供中提到“婚后怀疑被害人婚前与他人发生过性关系,一直嫉恨在心,因给被告人家钱一事发生口角后将被害人杀害”。^[30]而这一“动机”事后却被证明纯属臆测。在错案样本中,除口供外,没有其他证据证明被告人动机或直接故意、间接故意的有16件,占样本的35.5%。实际上,只有在被告人确实实施了犯罪行为的前提下,“动机”才能作为证据证明被告人的主观方面,在不确定被告人是否有罪的情况下,“动机”证据不具有证明价值。

需要注意的是,虽然“被告人的身份及其刑事责任能力”和“被害人的身份”这两项基本事实与其他需要证明的事实相比,证明起来较为容易,但错案样本中也存在缺少证据、无法证实被害人身份的情形。显然,确定被害人身份最有力且最直接的证据是DNA鉴定,然而在45起案件中,有4起案件未对被害人作DNA鉴定,或者DNA鉴定未比对出结果。正是因为被害人身份的不确定性,刑事错案中才会出现“亡者归来”的现象。

我们用案例来说明错案中常见的证据量的短缺。在李春兴错案^[31]的原审中,公诉方提供的有罪证据包括:(1)被告人的认罪口供,证明其因砍树与被害人产生纠纷,案发时用木棍将被害人打死;(2)现场勘查笔录;(3)证人证言一,证明发现被害人并报案的经过;(4)证人证言二,证明被告人案发前有弄死被害人的意思表示;(5)尸体检验报告,证明被害人系被钝物打击头部,颅内出血死亡;(6)现场提取的物证(木棍)上的血迹与被害人血型一致,证明系作案工具;(7)鉴定意见,证明砍树现场发现的纸条系被告人所写。

在该案中,除被告人口供外,没有其他直接证据,间接证据的数量也不够充分。首先,本案中的侦查人员在进行现场勘验检查之前,案发现场就已遭到破坏,导致未能提取到有价值的线索,如生物物证、痕迹物证等,所以没有指向性的间接证据能够证明“被告人实施了杀人行

[30] 郭欣阳:《刑事错案评析》,中国人民公安大学出版社2011年版,第243页。

[31] 案情详见郭欣阳:《刑事错案评析》,中国人民公安大学出版社2011年版,第113~121页。

为”。其次,现场勘查笔录、尸体检验报告、提取到的木棍及其血迹鉴定意见只能证明被害人曾遭到木棍击打,而未能证明使用该木棍的是被告人李春兴。最后,证人证言和砍树现场发现的纸条虽然能够证明被告人有作案动机,却无法证明被告人实施了杀人行为。

没有正确认定或者无法认定被告人与作案人的同一性是错案或疑案产生的直接原因,而且无法确定作案人也会使案发过程模糊不清。在45起错案中,作为唯一直接证据的口供,往往因可能存在刑讯逼供而真实性存疑,且间接证据数量又不足,无法补强口供或形成完整证据链。正如李春兴错案中展现的那样,现场勘验笔录、鉴定意见等间接证据中的大多数只能证明“有案件发生”,而无法证明“被告人实施了该起犯罪”,即在“有案件发生”“被告人实施了犯罪”和“被告人实施了该起犯罪”之间,证据未能架起一座可靠的桥梁。可见,在这些杀人错案中,用于证明“被告人实施了案件中的杀人行为”和“具体案发过程”的证据数量是短缺的,未能达到定罪的证据标准。

(三) 刑事错案中证据质的短缺

在证据量不足的同时,刑事错案中证据的质也未能全部达到“确实性”的标准,不足以证明各犯罪要素,主要表现为证据能力欠缺和真实可靠性不足。其中,因证据来源、内容和形式不合法和证据关联性不强导致的证据能力欠缺、因证据内容存在矛盾和误读证据价值导致的真实可靠性不足最为常见。

根据《刑事诉讼法》中非法证据排除规则的规定,来源、内容和形式不合法的证据应当依法排除。然而,错案原审时,合法性存疑的证据却十分常见。例如,在李久明错案中,律师在开庭时就提出“DNA鉴定结论上没有关于检材来源、取得、送检过程以及必要鉴定过程的相关内容”,且被告人毛发的提取、保管、鉴定均无笔录证实。^[32] 由于鉴定意见的取得包括侦查人员的取证阶段和鉴定人员的鉴定阶段,所以要确

[32] 何家弘主编:《迟到的正义——影响中国司法的十大冤案》,中国法制出版社2014年版,第109页。

保其合法性,需要保证侦查人员的取证合法和鉴定人的鉴定合法。据此,该案中,既有证据无法证明物证来源的合法性和DNA鉴定结论内容的合法性,需要进一步查证或予以排除。有些错案中还出现了“人造证据”、“虚假证据”。例如,在李志平错案^[33]中,侦查人员在现场提取了血迹、足迹、掌纹。如上文所述,这些生物物证具有明确的指向性,易于锁定犯罪嫌疑人,只要遵循合法、合规程序对它们作出鉴定,它们就基本能“说出”案件事实。但是,侦查机关没有利用好这些证据,而是在掌纹比对不一致的情况下,大费周折,通过鉴定造假来治李志平的罪。这样完全不具备合法性的证据一旦进入法庭,不仅无益于法官看清案件事实,更是会成为错误裁判的先导。

错案中定案依据证据能力欠缺的另一问题在于证据关联性不强。关联性要求每一个具体的证据必须对证明案件事实具有实质性意义。换言之,一个证据的使用必须对证明案件事实或其他争议事实有确实的帮助。^[34]实证分析显示,错案中的某些证据与待证事实并无必然联系,或者其内容未能有效证明待证事实。例如,在前述李春兴错案中,控方提供的证据之一是砍树现场发现的纸条,经鉴定,该纸条系被告人所写,控方据此认定被告人系因砍树纠纷谋杀了被害人。但仔细分析,砍树现场并非案发现场,纸条只能证明被告人曾到过砍树现场,而无法有效证明被告人与杀人案件有任何关联。存在类似情况的案件有3起。又如,在案件事实存疑的情况下,将前科作为犯罪动机,据此认定被告人的犯罪行为。犯罪前科只是对过去行为的评判,在侦查阶段可用于确定侦查方向,或者在审判阶段用于确定量刑轻重,但却不能作为定罪依据。因为一次做贼不等于永远做贼,一次犯罪不等于永远犯罪。在没有充分的调查前,将品格作为本起案件的动机是武断而盲目的。在45起错案样本中,借助品格证据证明犯罪意图的有6起。(见表5)

[33] 案情详见郭欣阳:《刑事错案评析》,中国人民公安大学出版社2011年版,第162~172页。

[34] 参见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第114页。

表 5

分析角度	具体情况	案件数量	占比
证据取得程序 不合法	鉴定样本来源不明	2	4.4%
	实物证据取得程序不合法	3	6.6%
	证人证言取得程序不合法	3	6.6%
证据造假	鉴定造假	2	4.4%
	作案工具造假	3	6.6%
	证人证言虚假	8	17.7%
	篡改证人证言	1	2.2%
关联性不足	品格证据证明犯罪意图	6	13.3%
	书证关联性、证明力不足	3	6.6%

通过比对审查,看两个或多个证据能否合理地共同证明案件事实可以帮助确定证据的真实可靠性。如果证据与事实之间、证据与证据之间存在无法解释的不合理矛盾,那么该证据的真实可靠性就不强,法官据此认定案件事实时就需要慎重考量。错案样本中最常见的就是被告人供述内容上的矛盾,包括多份被告人供述(包括有罪供述和无罪供述)之间相互矛盾,司法人员认定的有罪供述与证人证言、现场勘验笔录、鉴定意见等其他证据相互矛盾等多种情形,共有 23 起,占到总案件数量的一半以上。还有的案件中存在证人证言之间相互矛盾、鉴定结果与其他证据无法印证等类似问题,也占有一定比例。(见表 5)

证据真实可靠性不足的另一个表现是对证据价值的误读,即原审法官将证明价值较小的证据误读为证明价值较大的证据,因此错误认定了案件事实。例如,在滕兴善错案^[35]中,侦查机关对作案工具的认定基于两个原因,一是斧头上附着的毛发血型与被害人相同,二是斧头的形状与被害人身上的砍痕一致。但无论是血型还是砍痕,^[36]都不是

[35] 案情详见何家弘主编:《迟到的正义——影响中国司法的十大冤案》,中国法制出版社 2014 年版,第 2~34 页。

[36] 这里指的是一般情况。如果作案工具的磨损、形状等有特点,如存在凹凸不平的豁口等,可以作为同一认定的特征反映体。

与唯一客体相对应的特征反映体,它们对应多个客体或者说一类客体,不能据此作出该斧头是作案工具的统一认定。而在徐东辰错案中,被告人之所以被警方锁定,正是因其血型和被害人阴道残留物的血型能对得上。公安的DNA鉴定显示,“不能排除被害人阴道擦拭纱布和卫生纸上的精斑是徐东辰所留”。显然,这是个非确定性的鉴定意见,不具有排他性和唯一性。然而,正是这份鉴定意见,最终成为认定徐东辰犯罪的重要证据。^[37] 在45起错案中,存在因证据不具有唯一性和排他性而无法证明被告人系作案人情况的案件有10起。另外,测谎结论、根据鞋底压痕所反映的步法特征对穿鞋人进行同一认定的原理、方法和技术虽具有一定的科学性,但未能得到实践的充分验证和同行的一致认同,^[38] 因此对人身进行同一认定来讲其证明价值也相对较弱,此类案件在样本中有4起。(见表6)

表6

分析角度	具体情况	案件数量	占比
证据内容存在矛盾	被告人供述反复	9	20%
	被告人有罪供述之间相互矛盾或与其他证据无法印证	23	51.1%
	证人证言之间相互矛盾	3	6.6%
	鉴定结果与其他证据无法印证	5	11.1%
	作案工具与尸检报告不符	2	4.4%
	现场勘验笔录与尸检报告不符	2	4.4%
误读证明价值	证据不具有唯一性和排他性	10	22.2%
	鉴定方法的科学性存疑	4	8.8%

值得注意的是,错案样本中证据量的短缺和质的短缺往往是同时出现的。“不充分”、“不确实”共同造成全案证据不能形成完整的证明体系,使案件事实模糊不清。例如在杜培武冤案中,控方提供的有罪证

[37] 参见《当代刑事错案之十四》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_784904f50100th8e.html,最后访问日期:2016年7月18日。

[38] 参见何家弘:《当今我国刑事司法的十大误区》,载《清华法学》2014年第2期。

据包括:(1)被告人供述;(2)现场勘验笔录及现场照片;(3)尸检报告;(4)测谎结论;(5)枪弹痕迹检验书;(6)提取笔录及物证检验报告,即提取了现场足迹、案发现场车辆离合器上的泥土、被告人衬衣泥土及火药残留物并进行检验;(7)警犬气味鉴定结果;(8)非目击证人证言。原审庭审中,辩护人曾提出几点疑问,包括作案枪支一直未能找到;现场未提取“刹车踏板”和“油门踏板”上的泥土,但检验报告中却将其作为对比检材;气味鉴定中两只警犬的鉴定结果不同且无比对样本;相关技术鉴定结论与现场勘验报告不符,被告人供述反复等。

从证据角度分析,本案既存在证据量的短缺,又存在证据质的短缺。其一,本案缺少除被告人供述以外的直接证据和作为关键性间接证据的作案工具,且被告人供述存在反复、内容不一致的情况。其二,证据(4)的科学性存疑,只能作为参考性证据,或者排除性证据,而非确定性证据。其三,证据(5)对枪弹痕迹的检验为种属认定而非同一认定,未能证明在被告人身上遗留火药残留物的枪支就是杀害被害人的那把手枪。其四,证据(6)的检验鉴定一方面没有空白对照样本,另一方面泥土的来源不清,不能排除证据造假或检材混合的可能,真实可靠性不足,难以证明被告人在案发期间到过现场。其五,证据(7)的两次鉴定结果相反,无法得出确定性结论,而且由于被告人与被害人是夫妻关系,不能排除其二人身上气味相似的可能性。因此,本案既缺少证明“被告人实施了指控的杀人行为”和“故意杀人行为的时间、地点、手段、后果及起因等”的证据,而且已有证据的“确实性”不足,证据链存在缺口。虽然能够证明杜培武曾经开过枪,但鉴于其之前参加过射击训练,不能认定是其开枪杀死了二被害人。

三、刑事错案中证据短缺的规律

通过已决案件与冤错案件中的证据对比,我们发现,错案中的证据短缺存在一定规律,其产生原因也与案发时的主客观条件有关。摸清证据短缺的发生路径,有利于我们正确认识、有效防范证据短缺,减少因证据短缺而造成的误判。

办案人员对案件事实的逆向性、间接性认识只能通过证据来实现,而能够为办案人员使用的“现实证据”往往少于案件发生时客观存在的“潜在证据”。从这个意义上讲,证据短缺几乎是客观存在的事实。但是,正如有学者所称:“证据短缺是错案的必要条件,有证据短缺不一定是错案,但错案一定存在证据短缺。”^[39]证据短缺最终是否会影响案件的审判,还是由短缺的表现特点所决定的。

(一) 证据短缺多发生在司法证明的关键环节

通过对错案的分析可知,导致冤错案件发生的证据短缺往往是司法证明关键环节中的短缺,也即证明主要案件事实的证据短缺——要么缺少证据对该事实予以证明,要么已有证据内容不可靠,使该事实处于真假不明的状态。案例分析显示,错案中能够证明基本案件事实的证据尤为短缺,例如,缺少被害人身份的证明,缺少被告人实施了指控的犯罪行为的证明,唯一能够证明被告人实施了指控的犯罪行为的证据(被告人供述)缺少可靠性等。如果基本案件事实模糊不清,办案人员构筑的整个事实框架就会分崩离析。

当然,对基本案件事实的证明不仅需要依靠证据,还需要逻辑和经验的支撑。我们选取的错案样本均只有真实可靠性存疑的被告人供述这一直接证据,其对关键环节的证明力显然不强。《刑诉法解释》第105条规定:“没有直接证据,但间接证据同时符合下列条件的,可以认定被告人有罪:(一)证据已经查证属实;(二)证据之间相互印证,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问;(三)全案证据已经形成完整的证明体系;(四)根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑,结论具有唯一性;(五)运用证据进行的推理符合逻辑和经验。”这说明,对主要案件事实的证明可以通过间接证据细化、分解。例如,在王某故意杀人案^[40]中,虽然没有目击证人,但是被害人老伴当时就在案发现场之外,其证实被告人曾在案发时间进入现场,且期间没有其他人出入。在

[39] 马凯、王兆峰:《证据短缺路径下的错案预防》,载《黑龙江社会科学》2014年第3期。

[40] 案情参见山东省高级人民法院(2014)鲁刑二复字第16号刑事裁定书。

该份证人证言属实的情况下,根据逻辑和经验,我们可以得出是被告人杀害了被害人的结论。由此可知,对于被告人具备作案时间、曾出现在案发现场等要素性事实的证明是基本案件事实的重要组成部分,借助逻辑和经验,它们能够实现的关键事实的证明。然而,司法证明不能只有逻辑和经验。在缺少必要证据的情况下,逻辑和经验就如同空中楼阁,架不起整个事实的框架。因此,间接证据的短缺会造成证据锁链的脱钩,导致基本案件事实无法得以证明。

(二) 言词证据的短缺多表现在证据质上

基于上述案例分析,我们发现,刑事错案中的言词证据容易出现证据质的短缺,实物证据容易出现证据量的短缺。言词证据的真实可靠性不足是错案的一大“顽疾”。在45个错案样本中,有8起案件出现虚假证人证言,还有1起案件出现被害人陈述错误,它们在原审时没有经过严谨的审查判断,最终成为定罪证据,导致了误判的发生。当然,真实可靠性最值得怀疑的言词证据莫过于被告人陈述。客观情况限制,错案中往往没有目击证人证言,被告人供述几乎是错案中唯一能够证明主要案件事实的言词证据。然而,正因其“独一无二”,所以才更容易成为真假不明的“洼地”。在“亡者归来”和“真凶再现”的19起案件中,被告人的“有罪供述”已被确定为虚假;而在其余26起案件中,大部分被告人都在庭审时提出存在刑讯逼供,还有1起案件的辩方明确提出证据加以证明,却未得到原审法庭的重视。这些被告人供述是“由证到供”的虚假产物,是为了印证而印证的“人造证据”。此外,刑事错案中出现的被告人口供反复、被告人有罪供述之间相互矛盾、证人证言之间相互矛盾等情况也给它们的真实可靠性画上了问号。这些真假存疑的证人证言、被害人陈述和同案犯供述、被告人供述等不仅使案件变得扑朔迷离,也成为法官正确认定案件事实的挡路石。

(三) 实物证据的短缺多表现在证据量上

错案中的实物证据突出表现在数量的稀缺上。相对于言词证据而言,实物证据更容易“说真话”。虽然实物证据,尤其是物证,容易损毁或灭失,但只要及时、正确地提取、保管和使用,就能充分发挥其证明价