



不可能的任务：冤案的发现与证明*

谢锐勤

提 要：余祥林冤案的产生原因既不是教条主义所宣称的法律程序没有得到遵守，也不是泛道德化话语所指称的一系列机关办案人员缺乏正义感和同情心。冤案的产生，在制度环境上源于当时中国司法的政法传统和治理化特征，在社会条件上源于我们缺乏足够的财政力量保障新兴科技在基层司法中的普遍运用。因此，它既是制度环境与政法治理逻辑下的产物，也是科技与经济发展水平下的产物。反思冤案，我们一方面要看到这种治理逻辑的局限性，一方面要提高科技水平和财政保障，走向“日常监控型”国家，从而提高破案率，降低冤案量。

关键词：冤案；科技水平；制度环境；政法治理；日常监控型

一、问题、材料与进路

任何一种叙事都无法穷尽哪怕一个小事件的全部，它都是服务于目前分析路径的一种事实重构，不同的侧重点会导致叙事上的差异，本文的叙事也不例外。

1994年1月20日，湖北省京山县余祥林的妻子张在玉突然失踪，张的亲属怀疑张是被余所杀。4月11日，在当地一水塘发现一具女尸，张的亲属辨认认定女尸就是张在玉，公安机关遂立案侦查。10月13日，湖北省荆州中院一审判处余祥林死刑。余不服提起上诉，湖北省高院以“事实不清、证据不足”为由，发回重审。1995年5月15日，荆州地区检察院将此案退回补充侦查。1996年2月7日，京山县检察院补充侦查后再次向荆州地区检

* 作者谢锐勤，男，广东省高级人民法院研究室法官，华南农业大学法学学士，西南政法大学法律硕士研究生，研究领域为法理学、司法改革，代表作有《城乡二元结构下的民事调解——对一宗交通事故调解案的再分析》、《从户籍限制走向迁徙自由》、《论基层政府权威缺失与农村群体性事件——基于巴纳德“权威接受论”的原因分析及对乡村治理的启示》等。E-mail: xiecaizil125@163.com

本文获得全国法院系统第21届学术讨论会全国优秀奖。

察分院移送起诉，后再次被退查。因行政区划变更，1997年11月3日，京山县检察院向荆门市检察院移送起诉。12月15日，荆门市检察院将案件移送京山县检察院起诉。1998年3月31日，京山县检察院将此案起诉至京山县法院，法院以“故意杀人罪”判处余祥林有期徒刑十五年。余继续不服上诉。9月22日，荆门中院驳回上诉，维持原判。之后，余在湖北沙洋监狱服刑。

2005年3月28日，张在玉突然“生还”，余祥林“杀妻”案被证明是个冤案。3月29日，荆门中院作出再审决定，决定另行组成合议庭对余案进行再审。3月30日，荆门中院裁定将案件发回京山县法院重审。4月4日，荆门市委书记上余家道歉，表示一定要处理好这起冤案。4月13日，京山县法院公开开庭审理了余案，当庭宣判余祥林无罪。^[1]

余祥林冤案被广泛报道后，众多专家学者纷纷为此案开出了药方：废除死刑、无罪推定、司法独立、程序正义、提高素质、严禁刑讯逼供、赋予沉默权权利……几乎很少听到不同声音，或可能有不同声音但未能或未敢在公共媒体上展露出来。

任何严肃的讨论都必须基于对事件的认真梳理、分析和总结，而不应当脱离事件一般地讨论一些正确的法律原则，从而停留于一种粗糙的法治宣传。设想一下，在余案前的孙志刚案和刘涌案，在余案后的许霆案和邓玉娇案，我们看到的也是这些药方。这种分析套路的最大问题在于使我们疏于对事实和细节的细致梳理，使我们对于真实世界的法律运作未能真正了解，而只是停留在对教义的重复上，陷于一种自我循环的概念体系中，很难进行切实可行的制度创新和制度积累。^[2]今天，我们应当在经验上考察社会问题，结合历史条件和制度环境来分析社会事件，而不是陷入抽象的大词和脱离语境的无休止争论中。下文这些为冤案“合理性”辩护的文字，如果放在四年多前，肯定会被铺天盖地的口水所淹没；但四年多过去了，我们应该能够过滤掉一些盲目和激情。本文的结论未必正确，笔者也不准备说服任何人，对余的遭遇也深表同情，但本文力图从智识上提供另一种反思冤案的进路。

二、冤案的产生：历史条件和科技水平下的产物

余祥林冤案发生后，众多专家学者使用了“如果……冤案就不会发生”这一分析进路，这种先入为主的思维方式和教条主义的分析路径诚然构成了对社会实践的制约，但这些“正确的空话”并非一种超验的定在。如果没有考察余案发生的具体语境，我们就会陷入一种狂热的“话语崇拜”中，形成另一种放之四海而皆准的“意识形态”。

从张家的角度来看，张母甚至连女尸身体都没看到，为何张家人就一口咬定死者是张在玉呢？这不是很荒唐吗？首先，张患有精神病，夫妻之间感情不佳，至少说明余对张是有意见的；其次，余在当治安员后有“外遇”，张知道后两人经常吵架，夫妻之间感情进一步恶化；再次，这是一个封闭的小山村，外来流动人口也很少，却在短短不到三个月的时间就出现了两宗重大的“异常”事件；最后，余在闲谈中说过：他老婆一般不会走，要走了死都不死在附近。这种迹象表明余有杀妻的动机和可能。因为无论在历史上还是现实中，“因奸杀人”是具有一般社会经验的普通人的合理认知图式，也是他们最容易想到的一种可能。张家在这里受到便捷性启发式效应的影响：在同一个地理和人文社区内，在一段时间内同时出现失踪和无名遭谋杀尸体，在这些信息的刺激下人们很难不基于常识在二者之间建立某种相关，尽管这种相关无法在逻辑和事实上完全得到确证。^[3]在流动性很少的熟人社会中，不仅张家人有这种认知图式，当地民众甚至办案人员也是这种认知图式。

[1] 案情的叙述是根据各大报纸杂志上的公开报道综合而成的，当时关于案情的公开报道很多，这里就不一一说明出处，下文关于各细节的补充叙述也不一一说明出处。

[2] 参见苏力：《也许正在发生》，北京：法律出版社，2004年版，特别是第四章。

[3] 参见戴昕：《冤案的认知维度和话语困境》，苏力主编：《法律和社会科学》（第1卷），北京：法律出版社，2006年版，第105—106页。

案发现场最大的疑点是无名尸体所着衣物与张不相符，这一点很容易被排除。因为余当过治安员，有一定的反侦查能力，“换衣”被想当然的理解为掩盖证据或销毁证据，而且后来余的口供中也有让警方信服的“换衣”解释。

从余家的角度来看，他们一直提不出有力的证据来洗刷余的嫌疑，也没有足够的举动让社会相信余的清白。首先，余可以在下雨的晚上行走 11 公里找到“案发现场”，人们基于常识几乎会一口认定他很熟悉“案发现场”，最大的可能是事先严密细致的侦查过，属于早有预谋的犯罪类型。其次，余母在几百里外找到几个从未见过张的村民的“良心证言”，但他们看到的“疯女人”就一定是张在玉吗？警察敢相信这种证言吗？就算有警察在良心上相信了，又有谁敢在可能承担不利后果的制度层面上采纳呢？再次，余母在上访中遇到种种困难和打击，但没有采用中国传统惯用的“以死抗争”那样的激烈方式，也无法从根本上让办案人员在心里受到强烈的刺激和震撼。因为“激进的总是比务实的在话语上更具道义优势”。^[4]直到今天还有不少“以死抗争”的事例，例如 2001 年震惊全国的广东四会农民夫妇败诉自杀致莫兆军法官被指控有罪一案。^[5]最后，余家兄弟也不具备杨乃武伸冤时的政治资本、经济资本、文化资本和社会资本，^[6]大哥被撤销治保会主任职务，二哥和四弟因不堪歧视举家出走到广东打工，他们对公检法办案几乎形成不了任何有效的影响或制约，在自身生存都很困难的情况下，想要伸冤显然是“心有余而力不足”了。

有人质疑当时没有对无名尸体做 DNA 鉴定，但这明显超出当时的财政水平和科技普及率。在美国，直到 2003 年所有被判有罪的人才通过 DNA 检测证明自己无罪的机会；在我国，直到今天刑事鉴定使用 DNA 手段的也只有大约 10%；可见即便在今天，昂贵的 DNA 鉴定也不是破案中的常态手段。而在十多年前，做一次 DNA 鉴定的费用高达二万元，一个中部不发达县的公安局一年经费能有多少？^[7]余家表示出不起这个钱，公安局不愿出这个钱。所以在当时的情况下，要京山警方去做 DNA 鉴定不符合实际；而且在当时证据链已基本完整并有合理想象的情况下，DNA 鉴定也会被认为多此一举。所以在当时认定女尸最可能是张并基于此将案件继续下去，是他们唯一可能的选择，毕竟对证据的认定不可能是一个超出具体语境的行为。^[8]

从社会舆论的角度来看，群众出于普通人的经验和常识，事实上分享并确信了张家人的认知图式，所以才形成了群情激昂的社会舆论。在西方中世纪，当发生灾难时，人们常常会指控那些离群索居、行为怪异的人搞巫术，并对他们进行惩罚。^[9]不管人们的这种指控是否理性，社会就是需要这样一个“出气口”，以此修复被破坏了的“生态平衡”。在这个封闭的小山村中，搞暧昧“男女关系”的余无疑就是村民眼中“有问题”或“有前科”的人，在熟人社会小圈子中这就是一个具有轰动效应的大事件。当出现无名尸体后，舆论就需要有人对此负责，需要一个“替死鬼”，而大致符合以上特征的余无疑就成了村民眼中当然的“替死鬼”。村民对办案过程中是否刑讯逼供，是否程序正义等问题其实并不感冒，他们关注的是“是否有人被抓”这个实际效果。从张家人能够组织 220 名群众上访来看，显然当地群众已经从内心到行为对余的杀妻行为进行了确认。要知道：在熟人社会的语境下，一般人都不愿意出面或作证，怕伤感情或得罪人，但如此大规模的上访人群更加给办案人员在理念上坐

[4] 参见王朔：《无知者无罪》，辽宁：春风文艺出版社，2000 年版，第 22 页。

[5] 参见贺信、曾庆春：《农民夫妇败诉自杀法官无罪》，登载于搜狐网，网址：<http://news.sohu.com/2004/06/30/34/news220783467.shtml>，访问日期：2010 年 6 月 18 日。

[6] 参见徐忠明、杜金：《杨乃武冤案平反的背后：经济、文化、社会资本的分析》，《法商研究》2006 年第 3 期，第 141—150 页。

[7] 参见陈柏峰：《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，第 104 页。

[8] 参见苏力：《法律与文学》，上海：上海三联书店，2006 年版，第 65—71 页。

[9] 参见[美]布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，北京：中国政法大学出版社，1994 年版，第 68 页以下。

实了余的杀妻行为。

有人认为民意飘忽不定，不可靠，因此办案人员不应该屈服于民意，但这明显是站着说话不腰疼。200多人三天两头的在机关门口闹，这在当时不是一宗很大的群体性事件吗？在中国，“稳定压倒一切”从来都是各级官员的头等大事；即使到了群体性事件“井喷”的今天，稳定也是压在各级官员头上的“紧箍咒”；更何况是十多年前类似的“瓮安事件”呢？办案人员在当时能想到和做到的唯一事情就是：用最快的速度把案件给结了。

从公检法的角度来看，办案人员因为在知识和经验上与社区民众的同质性较高，事实上也分享了张家人的认知图式。他们首先是一个正常人的体验，然后才是一个专业人员的体验，在晚清著名的杨乃武与小白菜案中初审法官刘锡彤不就是这样听信传言并现场勘察的吗？^[10]这种先入为主和思维定势也很难说就是错的，因为这就是“经验之谈”，在大多时候也能起到良好的效果。特别是对“因奸杀人”类案件的类型化知识和记忆，是刑侦人员在处理具有某些特征的谋杀案件时都倾向于调动和利用的，它包括一整套关于可能的物理线索的含义、作案动机、作案行为的特点、被害人社会关系特点的固定的认知图式，以及在此基础上形成的对处于此类案件中的嫌疑人特征的刻板印象。这套知识是为刑侦行当的人，乃至更多的人分享的经验型信息，如果没有这些知识，警方几乎没有办法在处理这类案件时找到任何头绪，得出任何初步的推理。^[11]余案中，办案人员受到这种刻板印象的启发式效应影响，很难说是业务不精的表现，相反能够迅速排查和认定出余可能还是经验丰富的体现。一些细节的展现，也进一步加深了办案人员的认知图式。首先，张母没有看到女尸的身体，却能正确详细说出其部分特征，这种近乎“先知”的明示无疑给办案人员强烈的心理暗示。其次，余可以在下雨的晚上行走11公里找到“案发现场”，这无疑会给办案人员留下犯罪能力极强的印象，在内心更坐实了余杀妻的可能。最后，张家在收到张在玉来信时，都以为是有人开玩笑而不予理会，也就是说张家对张在玉的死已经达到了确认无误的高度。检察官和法官则在警方精心裁剪过的案卷上进一步确认了这种认知图式，在排除或模糊了无罪证据的案卷面前，在警方设下的“圈套”和案卷的“诱导”下，他们对“因奸杀人”的标签化和类别化理解会更强烈，更直观。

有人从程序和实体上对公检法三机关提出了质疑，但在笔者看来，这些质疑至少在当时的语境下是合理的。首先，是否存在刑讯逼供？到目前为止尚没有正式的结论出来，因此无法认定该案就一定存在刑讯逼供。从当地有关部门主动出借本案案卷给媒体来看，可见他们对程序合法是有自信的，至少认为在当时的语境下是合法的，因为如果知道疑点重重还出借案卷那无疑是在“伤口上撒盐”，正常人不可能是这样的思维。退一步讲：就算存在刑讯逼供，是否就不可理解呢？在当时这至多是“不能说的秘密”甚至“公开的秘密”罢了。对先进理念和科技水平更差的中部不发达地区公安局，他们不是更有动力实施刑讯逼供吗？直到今年8月初，最高检才透露将出台《死刑案件审查、运用证据若干问题的规定》，排除刑讯逼供所取得的证据。在当时的语境下，我们很难苛求公安局给余沉默权，进行无罪推定，这样最可能导致的结果是余无罪释放，而当地群众也必定认为公安局腐败无能、放纵坏人。其次，是否存在突审？突审也就是“车轮战”，是一种软暴力的运用，在今天的破案过程中仍不可避免。刑讯逼供被明文禁止，但突审直至目前还处在暧昧状态中，甚至很多时候还被当做“先进经验”来宣传。在当时，无论是制度层面还是实践层面，办案人员运用起来显然可以“放开手脚”。突审诚然是侵犯人权的体现，但如果不通过突审获取口供证言，靠当地公安局那点有限的技术和能力，那点有限的经费和装备，能够“文明讯问”出多少点有价值的证据？证据不足又如何去定罪？定罪不了又如何向群情激昂的社会舆论交代？最大的可

[10] 参见郑定、杨昂：《不可能的任务：晚清冤狱之渊藪——以杨乃武小白菜案初审官刘锡彤为中心的分析》，《法学家》2005年第2期，第46—55页。

[11] 参见戴昕：《冤案的认知维度和话语困境》，苏力主编：《法律和社会科学》（第1卷），北京：法律出版社，2006年版，第115—116页。

能是不了了之。因此，突审不仅加快了案件的侦查进度，而且节省了司法资源，取得了更快更好的效果。所以，在当时如果运用突审，可能不是野蛮的体现，可能还算是文明的做法。最后，口供供述的稳定问题。余的口供极不稳定，存在自身矛盾的多份口供，其中对作案的凶器、作案的手段、作案的动机都存在诸多的瑕疵。警方认为“他具有反侦查和反审讯能力，不可能一次性彻底交代清楚，余是试探性的供述，挤牙膏式的交代，故有多种供述”。余当过治安员，警方的这种合理怀疑只是办案中的常态而已，甚至因此更加认定余在说谎欺骗或掩盖证据。余可以在下雨的晚上行走 11 公里找到“案发现场”，这会给警方留下“老谋深算”的印象，对于这种经验丰富的“狡猾”的“犯罪分子”出现多种口供再正常不过了。在当时的语境下，如果要求警方对每一份口供都做到“排除合理怀疑”，那显然是严重高估了他们的办案能力和经济水平。即便到了今天，“排除合理怀疑”也还没能写入刑法中，在实践中就更是见机行事了。

从总体上看，余祥林冤案的发生，是四方“合谋”下的结果，是当时当地的历史条件、科技水平和财政实力综合作用下的产物。余案在当时当地政府和公众眼中并非冤案，可能还是除了余家及数名证人外眼中很正义的案件；如果因为刑讯逼供或程序正义等其它问题而让余无罪释放，可能当地民众会认为这才是真正的“冤案”。除非余自杀以证清白，才可能（并非一定）让人们反思这是否冤案。人们无法超脱历史，超脱语境，我们不能以今天的语境来苛求当时的办案人员，正如我们不能以当时的语境来降低今天的办案标准一样，“冤案”也有它的历史合理性，是人类有限理性下的悲剧。以当时的语境来看，办案人员想要发现余案是冤案就跟刘锡彤想要发现杨乃武与小白菜案是冤案一样，余想要证明自己无罪就跟小白菜想要证明自己无罪一样，几乎都是一个“不可能的任务”。^[12]

三、冤案的背后：制度环境和各方策略下的选择

泛泛而谈的指责办案人员的业务水平低下，道德素养低下，这种泛道德化话语的进路对于有针对性的分析问题并没有多大帮助。在各级机关的审查下，余案到目前为止也没有发现任何人存在贪污腐败或徇私枉法的地方，倒是当年专案组成员潘余均用鲜血写下“我冤枉”后自杀以证清白。按社会正态来说，好人与坏人的分布都是均衡的，而且与职业无关。司法人员的道德水准一般来说不会高于，也不会低于正常人的标准，^[13]我们倾向于将司法公正与否的问题同办案人员个人的道德品质联系起来，这实际上还是一种强调人治的法治进路，而冤案的产生显然与当时的制度和制度环境关系更大。

从公安局的角度来看，它是不敢也不会无罪释放余的。首先，从证据的角度来看，虽然不是很完美，但证据链基本完整，定罪是基本没问题了；即使没有判个死罪，判个无期徒刑或较长的有期徒刑也是没问题了；这至少对社会舆论有个交待。其次，在“命案必破”和“限期破案”的制度压力下，如果因为一些不影响大局的证据而释放了余，那张的失踪和无名女尸这两宗案件还有得奔波劳累，从至今仍不知道无名女尸是谁和张失踪 11 年后主动出现来看，显然“命案必破”的目的会落空，社会舆论的压力会更大。再次，中国正处于“权力炫耀型”国家向“日常监控型”国家转变，^[14]“命案必破”正是当地政府树立和加强权威的大好时机，如果不能对张的失踪和无名女尸给个合理的说法，那将是对政府权威的一次重创。最后，相关组织和人员还可以通过破案得到一些立功受奖之类的组织利益和个人利益，事实也证明当时的经办人员结案之后都或多或少得到了提拔；而释放余可能会给组织和个人留下“领导不力”、“能力低下”的不良印象，进而影响仕途晋升。

[12] 参见郑定、杨昂：《不可能的任务：晚清冤狱之渊藪——以杨乃武小白菜案初审官刘锡彤为中心的分析》，《法学家》2005年第2期，第46—55页。

[13] 参见苏力：《送法下乡》，北京：中国政法大学出版社，2000年版，特别是第三章。

[14] 参见左卫民、周洪波：《从合法到非法：刑讯逼供的语境分析》，《法学》2002年第2期，第31页。

在当时的语境下，如果放了余，那会给当地群众留下“官官相护”的印象。因为余在不懂官场分类的民众眼中是具有半个官员身份的治安员，其大哥又是治保会主任和预备党员，人们会想当然的怀疑他们是否“蛇鼠一窝”、“官匪一家”，舆论所有的压力都会奔公安局而来，那时公安局就会彻底失去回旋的余地。因此，将余案送到检察院也不排除有转移矛盾的可能，如果检察院不起诉，那也不是公安局的错了。退一步讲：就算公安局已经在证据上确信余无罪了，笔者认为也不会轻易让他无罪释放，可能会给他弄个定性模糊的劳教，让他劳教三五年再回去，以应付汹汹的民意。余母不就享受到了这样的待遇吗？

从检察院的角度来看，它也是不敢也不会无罪释放余的。首先，从证据的角度来看，定罪余虽然有瑕疵但明显说得过去，释放余在当时的证据标准下会很勉强，在疑罪从无意识和制度还很淡薄的情况下，检察院两权相害取其轻公诉余显然更合算、更现实。其次，1996年初我国新修订《刑事诉讼法》，1996年初我国实行改革开放后第二次“严打”，余案的侦查、起诉、审判正好处于这个转型期，余案符合“基本事实清楚，基本证据确凿”这样的入罪标准，在当时也没有多大异议。再次，检察院可以启动检察委员会讨论制度，目前尚未见这方面报道，但无疑这种可能性很大，检委会一方面承接来自“上级领导”和社会各方的压力，一方面避免个人承担不利后果，这种做法在大案要案疑难案中是惯用的手法。最后，对于这种大案要案显然检察院也有组织利益和个人利益的诉求，而这种诉求实现的几率还很高，在当时入罪余显然比释放余要收益更多、效果更好。

在当时的语境下，如果放了余，那会让公安局很难堪，也不好向“上级领导”交代，同时会把所有矛盾焦点都转移到自己身上，使自己彻底失去了回旋余地；如果公诉到法院，那无论法院判有罪还是无罪都不关自己的事了。检察院一方面“讨好”了两头，一方面应付了舆论，一方面又不用承担责任，实在是一举多得的好策略。

从基层法院和中级法院的角度来看，他们也是不敢也不会无罪释放余的。首先，余案定罪量刑是政法委召开两级公检法联席会议讨论决定的，法院不敢也不会违背“上级领导”的指示擅自行动的，而配合行动还可以获得积极配合当地政府中心工作的称赞。其次，法院同样有审判委员会这个集体负责制，目前尚未见当时启动的报道，但无疑这种可能性很大，审委会的名义可以确保有了荣誉归法院，出了事集体承担，因此也可以说是旱涝保收，两头讨好。再次，第一次判余死刑存在转移矛盾给省高院的可能，因为远离是非之地的省高院没有当地那么直观感受的巨大压力（但恐怕他们也不敢轻易改判无罪，发回重审就是他们自我保护的策略），第二次判十五年是为了确保矛盾的内部消化，因为经过几年时间的过渡判十五年应该张家不会再闹了。最后，也可以在大案要案的功名簿上添上胜利的一笔，以此向社会邀功，向政府要资源，既有法律效果，又有政治效果，还有社会效果，得到一个皆大欢喜的局面。

在当时的语境下，如果放了余，那将导致一系列连锁反应，而这可能是法院一家所无法承受的。无罪释放是对前面公检两家工作的否定，而且是彻底的否定，这不仅导致自己以后需要他们配合方面的工作很难开展，而且公检两家还涉及到责任追究和国家赔偿的问题。所以，实践中如果法院要判被告无罪通常会先跟公检两家通报情况，因为涉及面太广一般极少案件被判无罪。2005年上海检察机关提起公诉的案件只有一宗被判无罪，^[15]十几年前的情形就更加少得可怜了。

从总体上看，在“上级领导”的协调下，公检法三家已经处于同一战线上，形成了利益共同体，与余形成了“你死我活”的局面。案件的社会结构决定案件的命运，显而易见余案中的社会结构极不均衡，孤立的个人是组织团体状告的最好靶子。^[16]或许一开始证据问题

[15] 参见周宜军：《上海“余祥林冤案的制度反思理论研讨会”实录》，游伟主编：《华东刑事司法评论》（第8卷），北京：法律出版社，2006年版，第293页。

[16] 参见[美]布莱克著：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，北京：法律出版社，2002年版，第44页

和程序正义是重要的，也不排除有个别业务极为精通的人一开始就发现问题，但这些问题越到后来就越不重要了，经办机构 and 人员越来越受制于制度角色，即使发现错误也因制度角色而只能“将错就错”，^[17]因为“后错不错”，纠正牵扯到的利益关系实在太大了。事实上后来办案人员对余家人和证人的打击报复就是如此。余祥林是“一个人在战斗”，至多是一家人在战斗，但与之进行权力博弈的却是整个庞大的国家专政机器。在这场实力悬殊的角力中，早就注定了比赛的结局，案件只会顺着定罪量刑的逻辑“一条道走到黑”，唯一需要考虑的是如何做得“看上去更美”一些。出于维稳的需要，政法委也会协调到底，任何一点的翻案都是牵一发而动全身，想要通过制度途径几乎不可能，想要通过个人途径则不具备相应的“强关系”（余家已经成为当地熟人社会眼中的“异类”），也不具备相应的“弱关系”（余家已经沦为单打独斗的家庭），更不具备相应的“信息桥”，^[18]其“权力的文化网络”（杜赞奇语）影响力几乎可以忽略不计。因此，余祥林冤案是制度环境下的产物，是政法治理逻辑下的产物。官场上“官官相护”的收益比释放余的收益更大，定罪余的风险比释放余的风险更小，公检法的做法看似冒险实属心理常态，有一定的“实践理性”。

当然，从余案后来在公检法三家之间和内部之间轮流“踢皮球”来看，他们也已经或多或少预测到对余定罪量刑存在一定的风险，“踢皮球”就是寻求自我保护机制的体现。但即使有错，出于制度角色他们也要“将错就错”硬着头皮办下去；出于治理需要他们也必须把案件“无怨无悔”办下去；毕竟余案在当时看来翻案的几率几乎可以忽略不计，今天的平反也完全是不可重复性的偶然因素在起作用。

四、冤案的反思：政法传统和治理逻辑的局限性

余祥林“杀妻”案一发生，首先是一个社会事件，如果它没有任何法律外的边际效应，那么它会成为一个严格意义上的法律事件；如果法律的内涵和外延无法完全覆盖它，那么它就会转变为宽泛意义上的政治事件或公共事件。从余案一发生在当地引起的社会震动以及各方的博弈来看，从政法委积极协调各方力量来看，显然已经成为了一个政治事件。在中国的语境下，这也意味着余案不大可能完全按照司法的逻辑走下去，而必然或多或少掺杂了一定的政治因素，甚至起主导作用的可能是政治因素，只不过可能以法律的面貌出现罢了。因为案件处理不好，不仅是司法权受损，在当地政府和民众眼中都会认为是政府权力（行政权）受损，政府权威受打击。甚至当冤案被披露后，上余家道歉的是荆门市委书记，而不是公检法三家的“头头”。这说明至少潜意识中政府认为出现这种冤案政府当时是有责任的，公检法也不认为主要是司法权的问题，余家及社会也都认为当时政府脱不了干系。这也进一步说明：十几年前余案是一个政治事件，十几年后余案依然是一个政治事件，甚至在开庭前一天宣布余将被判无罪释放的依然是非主审法官的政府官员。以当时余案影响的广度和深度，政府权力不介入几乎不可能。但政府权力遵循的是治理的逻辑，司法权遵循的是司法的逻辑，这两种逻辑是有内在冲突的。当政府权力对司法权施加压力后，司法权也会扭曲，检察院和法院并没有把“以事实为依据，以法律为准绳”作为唯一依据，而是考量了其它因素，甚至可能其它因素考虑得更多。

具体到余案中，基于证据的瑕疵，如果按照司法的逻辑，可能（并非一定）是“疑罪从无”；如果按照治理的逻辑，肯定（而非可能）是“疑罪从挂”、“疑罪从轻”。“疑罪从无”在当时还无法为当地政府和社会所接受，既不具备这种理念，也不具备这种实践，唯一例外

以下。

[17] 参见苏力：《法条主义、民意与难办案件》，《中外法学》2009年第1期，第110页。

[18] 美国社会学家 Granovetter 提出“关系强度”理论：强关系是群体内部连接的纽带，弱关系是群体之间的纽带，信息桥是沟通不同群体间信息流通的桥梁。转引自徐忠明、杜金：《杨乃武冤案平反的背后：经济、文化、社会资本的分析》，《法商研究》2006年第3期，第148页。

的可能是相对超脱的湖北省高院。相反“疑罪从挂”、“疑罪从轻”无论理念上还是实践上，政府和民众接受起来就容易多了。也就是说：对余案首先是政治性判断，然后才是法律性判断。政治为法律定性后，法律就随着政治的逻辑进行“案件制作术”，^[19]根据政治的需要对案件进行量身定做，给它披上合法的外衣。最后判决十五年是一个极高的策略，也是一种皆大欢喜的局面：一方面满足了社会舆论和张家，一方面对“上级领导”有了一个交待，一方面又给自己留下了后路，这种办成“疑案”的策略从来就是中国官场权力运作的极高智慧之一。^[20]在这里，法律只是政法治理的一个工具，是正义理想与社会秩序、社会影响等相互平衡的一个考虑因素而已，甚至是讨价还价的工具。也正因为法律沦为工具，即使在发现错误以后，很多时候也只能顺着治理的逻辑将错就错下去。所以，冤案在一定意义上是三机关配合有余而制约不足的产物，是法院的独立审判权没有得到尊重并有效保障的结果，过于强势的政法传统和治理逻辑应该得到反思和纠正。

从总体上看，余祥林冤案的产生原因既不是教条主义所宣称的法律程序没有得到遵守，也不是泛道德化话语所指称的一系列机关办案人员缺乏正义感和同情心。冤案的产生，在制度环境上源于当时中国司法的政法传统和治理化特征，在社会条件上源于我们缺乏足够的财政力量保障新兴科技在基层司法中的普遍运用，对此我们要有一种“同情的理解”。因此，它既是制度环境与政法治理逻辑下的产物，也是科技与经济发展水平下的产物，^[21]是苏格拉底所说的“无知之恶”的一个结果。从古至今，从中到外，冤案从来都是非法的，但冤案从来就没有断绝过，或许这就是人类的宿命。从这个角度看，冤案的产生总是难以避免，它最多只是一个量多量少的问题；在“道高一尺魔高一丈”的情况下，科技与经济的发展也无法保证冤案数量就一定会减少，但这毕竟是一个较好的基础性方法和基本的制度变量。

五、冤案的预防：走向“日常监控型”国家和现代治理模式

余祥林冤案的产生在众多专家学者看来是理念落后的问题，是制度欠缺的问题，因此似乎给余案加上几个甚至几十个“如果……冤案就不会发生”就能够避免一样。但在笔者看来，再好的理念，再好的制度，如果没有技术的支撑，就可能沦为一句空话，甚至有作恶导致更多冤案的可能。

从杨乃武与小白菜案到余祥林案，我们看到的不是办案人员的徇私枉法或道德低下，至少一开始不是，而是缺乏相应的技术支持。从技术的角度看，我们也可以理解任何时候司法处理案件的能力都必定是有限的，有许多时候甚至是“错误难免”的。^[22]笔者在此也从技术角度举出几个“如果”来避免冤案：如果当时DNA鉴定是经济而又便利的，那么案发现场无名死尸是否张在玉就一清二楚（事实上张重新出现在京山县的第二天，当地公安局就通过DNA鉴定确认了她的身份，此时已是2005年的春天）；如果当时有今天便利而又快捷的网络进行“人肉搜索”，那张失踪后的来龙去脉也清楚；如果当时张在山东办理户籍手续和结婚登记材料时可以全国联网查询，那张的身份情况也可以浮出水面；如果当时张出现过的那些地方有全覆盖的“天眼”，那证人也可以轻而易举的出示张仍生存的证据；如果当时有经济而又便捷的指纹鉴定、足迹鉴定等技术，那作案凶器上就可以显示余是否凶手……这样的如果还可以继续列举下去，只要其中一个如果成立，余祥林案就不会成为冤案。这些“如果”比起沉默权，比起无罪推定等等正义程序显然要有说服力得多，也是支撑起沉默权，无

[19] 参见赵晓力：《关系/事件、行动策略和法律的叙事》，强世功主编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，北京：中国法制出版社，2005年版，第482页。

[20] 参见徐忠明：《办成“疑案”：对春阿氏杀父案的分析》，《中外法学》2005年第3期，第284—303页。

[21] 参见陈柏峰：《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，第113页。

[22] 参见苏力：《法律与科技问题的法理学重构》，《中国社会科学》1999年第5期，第65页。

罪推定等等这些制度实施的重要技术基础。技术改变推动知识改变,知识改变推动权利改变,权利改变推动权力改变。

因此,通过规范化的日常监控技术,不断的对人进行数据化的编码和管理,建立完备的证据客观化生成机制,是发现犯罪和制裁犯罪更有效的手段,是避免冤案更可行的方法。如果建立了完善的监控系统,人的一生从出生到死亡都陷入了规范化的书面资料和电子信息的重重包围之中,尤其是儿童、病人、疯人、囚徒更容易成为个别描述、仔细核查的对象。正是这种把生活变成文字和痕迹的做法,使得一个人一旦涉嫌犯罪就必然会有许多他本人无法“篡改”的实物证据呈现在国家追诉机关的面前。这样,即使不搞刑讯逼供,被追诉者往往也要主动坦白。组织对个人的监控资料,为国家的犯罪侦查提供了大量的线索和证据,无形中增强了国家的刑事司法能力,这就为现代司法摆脱“罪从供定”创造了基础性的条件。^[23]因此,国家需要做的是:一方面用科技武装司法不断加大对科技的财政投入,使得司法中运用科技手段破案更加方便快捷。一方面尽可能把所有的人整编进各种现代组织中,为实行全面“治理”提供巧妙安排。规范化的日常监控本质上也是一种社会治理模式,比起政法治理传统,显得更加科学和高效,也包含更多的法治因素,有利于推动权力从传统性向现代性的转变。在“日常监控型”国家里,无论是社会行动者的大部分日常生活场所,如学校、公司、超市、医院;还是更具整体性的情景,如监狱、看守所、收容所;人们生活的绝大部分时期均能受到或多或少的持续性监控,^[24]各种作息时间表、证件、档案、录像、登记表就是对人实施监视、训练、操纵、评判的基本手段。通过这种监控,建立国家控制个人的“权力的眼睛”,建立“全景敞视主义”意义上的“圆形监狱”。^[25]如果没有这种尖端的自然科学技术和雄厚的财政支持系统,哪怕司法者再有良心和道德,法律制度再“先进”,也注定难以运送正义。

(初审编辑:谢进杰)

[23] 参见左卫民、周洪波:《从合法到非法:刑讯逼供的语境分析》,《法学》2002年第2期,第36—37页。

[24] 参见[英]吉登斯著:《民族——国家与暴力》,胡宗泽、赵力涛译,上海:上海三联书店,1998年版,第16页。

[25] 参见[法]福柯著:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,上海:上海三联书店,2003年版,第280页。