

# 中国刑事印证理论的再批判与超越

周洪波<sup>\*</sup>

**摘要** 近年来学界围绕印证证明展开了第二轮热烈讨论,这一轮讨论的深度虽有较大的拓伸,但至今仍无合适的模式理论来准确呈现实然的中国刑事证明模式的比较法特征及其问题。关于中国刑事证明模式的比较法理论,应当着眼于认识论维度,以明晰证明标准的比较法差异为基点,以建构推理逻辑所用的事理、证据事实、证据关系构造以及推理结论认知判断等的类型差异为基本分析对象,并区分规范要求和实践习惯两个层面;在规范上,宜将常规形态称为客观推断模式,区别于其他法治国家的证明标准所匹配的情理推断模式;在实践上,可将常见的习惯做法标识为准客观推断表象化—情理推断后台化的形态。证明模式的转型方向应是情理推断的一般正当化/公开化及其规范化。

**关键词** 中国刑事证明模式 印证理论 替代性理论

## 引言:一个亟需实现的理论期待

围绕“印证”这一主题展开研究,是中国刑事诉讼法学界持续十多年的一道独特风景线。这种研究大致可以分为两轮:第一轮,始于2004年龙宗智发表论文《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》。<sup>〔1〕</sup>该文引起了学界围绕“印证”这一主题对中国刑事证明模式进行的热烈讨论,尽管有争鸣,但第一轮研究所促成的整体理论印象是:印证证明是中国刑事证明的

<sup>\*</sup> 对外经济贸易大学法学院教授。本文为作者主持的国家社科基金一般项目“错案治理视野中的印证规则研究”(项目编号:18BFX084)的阶段性研究成果,教育部新世纪人才支持计划项目“刑事证明问题研究”(项目编号:NCET-13-0982)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见龙宗智:“印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式”,《法学研究》2004年第2期,第107-115页。

基本模式,尽管应当适当借鉴其他法治国家的自由心证方法,但其在规范上仍然是事实认定之具体判断标准的较好指南。这种理论印象对司法实践产生了极大的(不当)影响,使“印证”成为了一些重要的司法解释文本的“关键词”和审判实践中的流行语。第二轮,起于2015年底拙文《中国刑事印证理论批判》(以下简称《批判》)的发表〔2〕和2016年初左卫民的论文《“印证”证明模式反思与重塑——基于中国刑事错案的反思》(以下简称《反思与重塑》)〔3〕《批判》对印证理论进行了全面深入的反思与批判,指出其在实然层面无力用印证模式来表征中国刑事证明方法在比较法上的类型特征,也未说清楚其类型独特性之成因,更无法在应然层面指明其应有的转型方向。《反思与重塑》将印证模式与近年来高度关注并“刺痛”很多人神经的错案关联起来,认为其是导致错案的重要成因,并指出应当通过对印证模式进行程序化改造从而促进其得到合理运用。正是这些前所未有的“尖锐”批判,刺激起了第二轮的热烈讨论。令人遗憾的是,第二轮的研究并未有效回应印证研究最初缘起时的核心问题意识。可以说,对印证模式的理论有效性和实践重要性仍然存在着太多的迷思,至今还未见到有效的证明模式理论,《批判》中提出期待替代性模式理论的出现,犹如“等待戈多”一般。

托克维尔曾言,征服人心的常常都是一些错误但简单的概念,而不是一些正确但复杂的概念。〔4〕对于中国刑事证明模式来说,“印证”正是这种“蛊惑人心”的错误但简单的概念。消解对“印证”的迷思、寻找替代性的刑事证明模式理论,无疑是一个亟需实现的期待,因为,如果已有的不当理论言说的误导性得不到消解,那么,不仅中国刑事证据制度和实践的老问题得不到纠正,而且,随着中国刑事司法改革的推展,又会增加许多新问题。一种研究能否取得成功,关键在于是否有清醒的问题意识和正确的问思路向。就如何正确标识中国刑事证明模式的类型独特性而言,正确的问思路向是,证明模式的类型学应着眼于认识论的维度,以明晰必然为真的事实确信与或然为真的事实确信这两种证明标准的比较法差异为基点,以二者对应在建构推理逻辑所用的事理、证据事实、证据关系构造和推理结论认知判断等的类型差异为基本分析对象,并区分证明模式的规范要求和实践习惯。本文将在归正问题意识与明晰问思路向的基础上,来清理《批判》之后的印证模式理论的辩护性研究和批判性研究存在的问题,并提出替代性的刑事证明模式理论。

## 一、刑事印证研究的新进展

从印证研究缘起时的问题意识来看,围绕这一主题展开争鸣所应关怀的核心问题有三个:第一,印证所指为何,其是否能够标识中国刑事证明模式,并说明其在比较法上的独特性?第二,哪些因素造成了中国刑事证明模式的独特性?第三,对中国传统证明模式的反思性规范立

〔2〕 参见周洪波:“中国刑事印证理论批判”,《法学研究》2015年第6期,第136—155页。

〔3〕 参见左卫民:“‘印证’证明模式反思与重塑——基于中国刑事错案的反思”,《中国法学》2016年第1期,第162—176页。

〔4〕 参见(法)阿列克西·德·托克维尔:《论美国的民主》,曹冬雪译,译林出版社2012年版,第102页。

场应当是什么?在第二个问题上,第二轮的研究并没有什么新进展,其基本观点与之前的大体一致,所以,在这里就不再对这方面的研究专门赘述。下面仅就其他两个方面的问题来梳理《批判》之后的印证研究的基本观点。

### (一)刑事证明模式的实然研究

对于印证所指为何,龙宗智对其之前不太明确的说法进行了明晰,他指出,其之前所说的“不同证据内含信息的同一性”这一印证内涵,既包括信息的内容同一,也包括信息的内容不同但指向同一、协调一致,前者为直接印证,后者为间接印证。<sup>〔5〕</sup>另有学者也强调,印证是指“信息源独立”的多个证据构成“证明指向同一”的证据间关系。<sup>〔6〕</sup>这些说法的实质意涵都差不多,与之前实际的普遍理解也没有什么差异。对于这种意义上理解的印证,在实然层面能否标识中国刑事证明方法模式,并说明其在比较法上的独特性,第二轮相关研究的代表性观点是:

其一,延续之前的流行见解,仍然坚持认为印证模式是中国刑事证明模式的基本标识,新的进展只是对印证模式的特征、原理等做了一些进一步的解读。比如,龙宗智认为,我的批判并不能“从根本上撼动印证证明作为中国刑事证明方法的基本地位”,“中国刑事诉讼证明模式为印证模式,这已经为学术研究、司法解释等规范性文件以及刑事证明实践所证实”。当然,龙宗智也承认,由于印证还没有得到理论上的精细解读,影响了其在实践中的合理运用,因此指出:印证的作用机理是,从强调证据之间的协调一致来说,真理融贯论是其主要哲学根据,从诉讼证明又应不懈追求客观真实来说,符合论也是其不能脱离的哲学根据;在逻辑方法上,前者对应的是归纳推理,后者对应的是溯因推理。印证有效性的约束条件及考量因素主要包括参与印证的证据品质、证据数量等。在实践中,印证已被视为完成证明的主要模式,但也存在着过度强调印证以及印证运用的简单化、扭曲化等问题。印证模式与西方证据学上的原子模式和整体模式既有区别也有相同之处,就着眼于证据群内证据间的关系而言,印证模式趋向于整体主义的证据分析,就着眼于证据判断的根据之客观性而言,印证模式更趋向于原子模式。<sup>〔7〕</sup>有学者认为:印证是中国的刑事证明模式,但并不是中国特有的一种证明模式,因为,印证是证据推理和司法证明的普遍经验法则,体现了人类共享的思维模式;中国与其他国家的不同,只在于后者一般没有对经验法则进行明文规定。<sup>〔8〕</sup>有学者认为,印证是“中国贡献于世界司法制度的宝贵财富”,因为其符合科学的适用原理,所以也具有世界性的普适意义,印证模式理论也是中国为世界证据法学作出的独特贡献。<sup>〔9〕</sup>

其二,肯定中国刑事证明模式是印证模式,但否认其是自由心证的一种亚类型。持此种看法的一些代表性理由是:尽管具体的司法裁判中存在着法官运用(自由)心证的现象,但是立法

〔5〕 参见龙宗智:“刑事印证证明新探”,《法学研究》2017年第2期,第152页。

〔6〕 参见万旭:“刑事印证的概念限定与功能反思”,载江溯主编:《刑事法评论》(第41卷),北京大学出版社2018年版,第353—357页。

〔7〕 参见龙宗智,见前注〔5〕,第155—163页。

〔8〕 参见薛爱昌:“为作为证明方法的‘印证’辩护”,《法学研究》2018年第6期,第35—36页。

〔9〕 参见栗峥:“印证的证明原理与理论塑造”,《中国法学》2019年第1期,第282页。

上并没有确立自由心证,而且自由心证还曾一度遭到学术批判;〔10〕中国刑事证明模式与欧陆自由心证制度在证据自由、证明力自由评价、判决责任伦理等方面有根本的区别。〔11〕

其三,认为印证模式只能标识中国刑事证明模式的“部分”特征。比如,有学者认为,印证只是一种证据分析方法,其与作为裁判方式的自由心证并不是相对的范畴,然而,其在实践中被异化为一种证明模式或裁判方式,从而严重排挤了自由心证的存在空间。〔12〕按此论述,中国的刑事证明模式在规范上应该是一种自由心证模式,而在实践中是一种印证模式。有学者认为:如果把证明模式与诉讼模式勾连起来,可以把证明模式分为印证模式和质证模式,前者侧重于证明标准层面讨论问题,是一种同向支持性证明方式,受到职权主义诉讼模式的重视,而后者侧重于庭审的证明方式,是对对方举出的证据进行质疑和质问,受到当事人主义诉讼模式的重视;2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)对印证和质证做了同样的强调。〔13〕按此论述,中国的刑事证明模式应该是印证模式和质证模式的混合体,而且这种混合体在各个现代国家的刑事诉讼中都普遍存在,只是侧重点各有不同而已,中国则较为侧重于印证模式。

其四,否认印证能够标识中国刑事证明模式,但没有提出新的模式标识。比如,有学者认为:印证只是一种初级的证据分析方法或证据审查判断方法,其与证明标准有别,实现了印证并不等于完成了证明,因此,印证不是完全证明意义上的“证明模式”(事实认定方式);证明标准是抽象的,不可能将其具体化,因此,没有必要将印证研究与证明标准勾连起来,期望以印证来将证明标准具象化是不切实际的。〔14〕按此论述,无论规范上还是在司法实践上,都不能用印证来标识中国刑事证明模式。

其五,否认印证能够标识中国刑事证明模式,同时提出了新的模式标识。比如,有学者认为:一方面,印证,既可以是认识论意义上的一种经验法则,也可以是法律层面的证据规则,然而,印证只是证据审查判断所用经验法则之一,印证规则也只是限制主观认知的规则之一,因此,将中国刑事证明模式称为印证模式是以偏概全。另一方面,中国的刑事证明模式在本质上属于自由心证模式,因为事实认定始终离不开“个人”的经验和逻辑推理;自由心证与印证并不矛盾,中国与域外的区别主要表现为,中国较为突显证据规则意义上的印证,而域外更多的体现为经验法则意义上的印证。〔15〕有学者认为:从刑事证据推理科学化的角度,应将中国刑事证据推理模式或

〔10〕 参见蔡元培:“论印证与心证之融合——印证模式的漏洞及其弥补”,《法律科学》2016年第3期,第174—177页。

〔11〕 参见施鹏鹏:“刑事裁判中的自由心证——论中国刑事证明体系的变革”,《政法论坛》2018年第4期,第28—31页。

〔12〕 参见杨波:“审判中心下印证证明模式之反思”,《法律科学》2017年第3期,第190—194页。

〔13〕 参见陆而启:“重返证明模式的理论框架”,《贵州民族大学学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第172—180页。

〔14〕 参见王星译:“‘印证理论’的表象与实质——以事实认定为视角”,《环球法律评论》2018年第5期,第106—110页。

〔15〕 参见汪海燕:“印证:经验法则、证据规则与证明模式”,《当代法学》2018年第4期,第31—33页。

证明模式称为“日常思维模式”,这种模式包括“发现”和“印证”两个环节,其区别于精密论证模式;这种模式是人类长期司法经验的结晶,也为目前多数国家所采用,区别只在于实现方式各不相同而已。<sup>[16]</sup>有学者认为:中国刑事证明模式应当定义为“以印证为中心的整体主义证明模式”,或简称为“亚整体主义证明模式”。中国刑事证明所强调的印证具有整体主义的外观特征,即如整体主义的证明模式那样强调个别证据的证明力和证明价值源于证据之间的关联,但其更多的是关注“形式”的整体而非“实质”的整体。中国刑事证明虽然非常强调印证,但印证并不是模式本身,而只是作为一种证据分析方法而居于模式中心的主要特征。<sup>[17]</sup>

## (二)刑事证明模式的反思性规范立场研究

在应然层面,关于证明模式的反思性规范立场,第二轮的代表性研究是:

其一,论证坚持印证的必要性和方法。有学者认为:印证模式不是错案的成因,其良好应用可以减少错案的生成,但鉴于之前的理论混乱和误解,有必要对其从本体论的视角进行修正和完善。印证的基本原理是命题论、过程论、融贯论、科学论,其中,命题论是理论前提,过程论和融贯论是对印证过程和方法的技术及程度要求,科学论构成了印证的最终目标和理论归宿;按照不同的标准,印证可以分为不同的类型,且有不同的适用条件。<sup>[18]</sup>有学者认为:证据整体主义的优越性、作为“真”之标准的融贯论说明印证作为一种诉讼证明方法的合理性,人类的认知限度表明印证作为证明方法的必要性。印证并非“真实”的充分条件,依据证据相互印证作出的判断并不意味着一定是正确的。印证要发挥“真”之标准或方法的作用要有证据来源、证据种类等方面的前提条件,在符合这些条件的情况下更高的印证意味着更高的真实可能性。正当程序的保障是实现印证运用合理化的重要外部条件。<sup>[19]</sup>

其二,与第一轮研究的主流见解一样,主张将印证与心证结合来对印证模式进行改造,新的进展只是就二者结合的必要性和方法增加了一些更为具体的说法。比如,龙宗智认为:第一,坚持印证主导。印证的运用要符合认识论上的作用机理和逻辑方法、有效性条件等,在法律应用上应当坚持将其作为审查个别证据和事实综合判断的主要方法,同时,应当区别不同的证明任务和对象,确定不同的印证适用方法和标准。第二,加强心证功能。“心证”即实现“内心确信”,其既为证明方法,也为证据标准,其特点是主观的“内省性”,即事实判断者基于“自身经验”进行证据感知和思维,从而建立内心确信。认定犯罪事实,客观印证只是必要条件,只有加上主观心证,才构成充分条件。第三,注重追证作用。一方面,要向前追查证据来源,防止证据被人为扭曲;另一方面,要对作为裁判基础的证据进行“后追”,即对裁判采纳的证据和事实要接受上诉审的审查检验和社会监督。第四,发挥验证功效。一方面,人证即主观证据形成的

[16] 参见封利强:“我国刑事证据推理模式的转型:从日常思维到精密论证”,《中国法学》2016年第6期,第154—155、157页。

[17] 参见谢澍:“迈向‘整体主义’——我国刑事司法证明模式之转型逻辑”,《法制与社会发展》2018年第3期,第181—183页。

[18] 参见杨继文:“印证证明的理性建构——从刑事错案论争出发”,《法制与社会发展》2016年第6期,第180—187页。

[19] 参见薛爱昌,见前注[8],第30、32—25页。

印证事实,一般要能被客观证据或客观事实所验证;另一方面,局部印证事实应与案件整体事实和证据相协调,使印证证据能嵌入整体的证据构造。<sup>[20]</sup>与之前的说法相比,龙宗智在印证和心证之外追加了追证和验证这两个证明要素,但其实质上都是印证的具体运用方法,所以其提出的证明模式转型方向在本质上还是一种印证与心证结合的模式。有学者指出,随着排除合理怀疑的落实和审判中心主义的推进,我国应由印证模式走向印证与心证融合的“混合模式”,使主观判断与客观判断、外部审查与内部审查相结合。<sup>[21]</sup>有学者认为,应当让印证回归证据分析方法、自由心证回归裁判方式,并实现二者的有机结合,在促进印证规则的精细化和科学化的同时,实现事实裁判的自由心证;审判中心主义的改革要求相应的证明实质化,这将逐渐为裁判者的自由心证提供完备的实现条件。<sup>[22]</sup>有学者认为,从印证在中国的法律化来看,存在着印证功能的不当扩张,这会带来不当提高证据采信标准或定罪标准、制造虚假印证等风险,因此,有必要在厘清印证的内涵,明确其法律定位,限制其适用范围,取消一些不必要的印证规定的同时,进一步协调印证与心证的关系,为心证留下足够的空间,让裁判者敢于坚持心证。<sup>[23]</sup>有学者指出,在刑事证明和事实认定中,应当在摆正印证位置的基础上发挥其应有的作用,其在本质上只是一种初级的证据分析方法,实现印证并不意味着完成证明,事实裁判离不开裁判者的个体主观认知判断,因此,需要自由心证制度为此提供保障。<sup>[24]</sup>有学者通过分析印证证明模式或印证规则与非法证据排除规则之间的冲突指出,前者容易导致后者被架空,致使非法证据难以被有效排除,因此,不能以印证规则来确定证据的合法性问题,而是应当在正确对待裁判者的心证之基础上,协调好印证与心证的关系,不能单纯依赖于以印证来排除心证,而是应当注重以直接言词原则、案卷分离和程序审查优先等程序机制来规制心证。<sup>[25]</sup>

其三,提出了其他的印证模式改造论。一是正当程序化的印证模式或印证规则论。有学者指出,实践中印证模式的扭曲运用导致了错案,因此应当建构有正当程序支撑的印证模式,具体路径是:实现取证过程的充分正当化;确保整个诉讼过程中证据信息传递的完整性;推进印证机制的精细化和正当化;允许裁判者在事实认定过程中进行自由心证。<sup>[26]</sup>有学者认为,自由心证容易导致错判的风险,以程序机制防止错案会产生较高的司法成本,基于我国司法资源有限的状况,不能片面地引入自由心证或正当程序,而是应当重视有一定程序保障的印证规则的建构;程序机制与印证规则都有利于促进案件真实的发现,但在一个制度体系的整体配置中二者一般是一种此消彼长的关系,在兼顾二者的重要性的前提下,应当区分案件类型确立不

[20] 参见龙宗智,见前注[5],第164—167页。

[21] 参见蔡元培,见前注[10],第176—178页。

[22] 参见杨波,见前注[12],第194—200页。

[23] 参见吴洪洪:“印证的功能扩张与理论解析”,《当代法学》2018年第3期,第86—87页。

[24] 参见王星译,见前注[14],第114—121页。

[25] 参见牟绿叶:“论非法证据排除规则和印证证明模式的冲突及弥合路径”,《中外法学》2017年第4期,第1070—1072、1078—1090页。

[26] 参见左卫民,见前注[3],第170—175页。

同强度的程序保障与印证规则。<sup>〔27〕</sup>二是印证加最佳解释推理论。有学者认为印证模式存在呆板与机械等缺陷,因此,可以在一定条件下引入最佳解释推理,作为弥补印证漏洞的一种新的证明模式;最佳解释推理可以检验印证、解释孤证、加强心证,而且与印证具有相容性,其在司法中的应用原理是:裁判者采信某个证据,是因为他认为目前对该证据的解释是最有说服力的、最能接受的,如果不采信,则是认为还有比这更有说服力的解释。<sup>〔28〕</sup>有学者也认为,印证模式在证据外延、证明方式和标准等方面的规定过于狭隘,应当用最佳解释推理论来对其进行改造。<sup>〔29〕</sup>三是印证与质证合理选择与结合论。将证明模式分为印证模式与质证模式的论者主张,在以审判为中心的诉讼制度改革背景下,应当针对不同程序阶段、不同案件类型对两种模式进行契合情境的选择,在不能偏废、相伴而生的情况下实现各有侧重和取舍。<sup>〔30〕</sup>四是印证加信念理性和可靠主义。有学者指出,印证是中国司法证明的传统模式,具有独特的制度生命力,但其是一种不完备的证明,应当补充信念理性作为心理认知基础,补充可靠主义为哲学教义,从而实现司法证明的科学化。<sup>〔31〕</sup>

其四,提出以新的证明模式来替代传统证明模式,无论传统模式被标识为印证模式还是其他模式。比如,有学者因为认为印证模式与自由心证模式有根本的区别,所以主张中国刑事证明体系应引入自由心证以替代客观印证,确立证据自由及证明力评价制度,强调法官的裁判义务,适度降低证明标准,赋予法官必要的职务保障。<sup>〔32〕</sup>将中国刑事证明模式标识为“日常思维模式”的论者认为,现有模式存在自发性、粗放性和跳跃性等问题,应当在加强相关法律从业者职业训练和完善合议制度、裁判说理制度的基础上,转向一种精密论证模式,该模式是在批判吸收威格莫尔分析法和图尔敏模型的合理之处,并结合国情进行的本土化改造,其推理过程包括目标事实版本的确立、证据推理模型的建构以及证据总体分量等的评估三个步骤。<sup>〔33〕</sup>将中国刑事证明模式标识为“亚整体主义证明模式”的论者认为,应该在“以审判为中心”的诉讼制度改革等背景因素的支持下转向一种真正的“整体主义证明模式”,并分析了转型进路的四个维度;<sup>〔34〕</sup>其所说的转型进路,通俗地说就是:要在法律构成要件的意义上来对复合性(复杂性)的待证事实进行必要区分,从而对各个证据进行有针对性的审查,而不能对所有证据进行含混的“整体打包”处理;要符合证据判断的知识规律,为经验法则运用所需的自由心证保留制度空间,而不能“粗暴”地将经验法则法定化;要通过正当程序的保障,使控辩双方的证据都

〔27〕 参见向燕:“‘印证’证明与事实认定——以印证规则与程序机制的互动结构为视角”,《政法论坛》2017年第6期,第25—30页。

〔28〕 参见罗维鹏:“印证与最佳解释推理——刑事证明模式的多元发展”,《法学家》2017年第5期,第122—130页。

〔29〕 参见向燕:“论司法证明中的最佳解释推理”,《法制与社会发展》2019年第5期,第195—205页。

〔30〕 参见陆而启,见前注〔13〕,第181—183页。

〔31〕 参见栗峥,见前注〔9〕,第275—282页。

〔32〕 参见施鹏鹏,见前注〔11〕,第32—33页。

〔33〕 参见封利强,见前注〔16〕,第157—176页。

〔34〕 参见谢澍,见前注〔17〕,第183—197页。

能够充分的进入审查视野,而不能出现对证据的偏向和忽视;要有合理的程序来促进裁判者的理性判断,避免不当的程序构型加剧裁判者的认知偏差。

## 二、刑事印证新研究的主要问题

尽管对印证的第二轮研究在理论深度上看起来有了相对较大的拓伸,但是,我在《批判》一文中指出的之前印证研究存在的一些要害问题却没有得到回应,因此,一些老问题在新的研究依然存在,而随着一些新说法的提出,则又增加了一些新问题。从根本上来说,第二轮的研究仍然没有提出正确的模式理论来标识中国刑事证明模式的比较法特征和指明其应有的转型方向。

### (一)刑事证明模式实然研究的主要问题

首先,第二轮研究逐渐脱离了印证研究缘起时最为核心的问题,在此意义上可以说,许多研究都“跑题”了。印证研究缘起时最为重要的问题是,如何通过证明模式的类型比较来说明中国刑事证明方法在比较法上的独特性。中国与其他法治国家在刑事证明方法方面的确存在着一些重大的差异,说清楚这些现实差异,无疑是我们分析其存在的问题和改革方向的基础。第二轮研究逐渐“跑题”的主要表现是:第一,有些学者往往着眼于强调印证或其他某种证明模式的普适性,以及中国与其他法治国家在这方面的共性,这显然是遗忘了真正需要研究的问题是证明模式的差异。第二,有些研究迷思于印证本身,而忽视了印证理论话语本身所要回应的问题。比如,有些学者正确认识到了印证只是一种个别性的具体证明方法,而不能用来标识作为完全证明的证明模式,质言之,作为完全证明的证明模式所包含的证明方法一般不局限于印证这一种,然而,很可能正是因为其把印证本身当成了研究对象,而忘了印证理论话语本身要回应的问题,所以,其在正确地将印证从一种证明模式降格为一种具体的个别性证明方法后,没有进一步去思考用什么样的证明模式来标识中国刑事证明模式的类型差异。第三,有些学者将印证模式与西方证据(法)学上的原子主义模式和整体主义模式关联起来进行对比性的研究,误导了证明模式的比较法研究。所谓原子主义模式和整体主义模式,只是用来分析特定的诉讼环节所使用的一些证据分析方法,而不是分别对应于英美法系国家和大陆法系国家的诉讼证明模式。原子主义模式主要是规定证据的可采性或证据能力时所使用的一种证据分析方法,而整体主义模式主要是裁判者在进行事实认定时所普遍使用的一种证据分析方法。可以说,不管这方面的关联性对比研究是否正确,都不是证明模式的比较法研究,其对中国刑事证明模式的比较法研究不仅没有任何实质助益,反而还可能产生不应有的误导。

其次,没有将证明模式的类型标识限定在认识论的维度,提出了一些不恰当的模式标签。龙宗智所提出的印证模式,是一种认识论意义上的证明模式,所欲表征的是完成法律规定的证明要求之证明方法的认识论原理和证据使用的类型特征,<sup>[35]</sup>因此,要在其所开启的问题意识中进行争论,就应当在认识论(原理)的维度来讨论证明模式的标识问题。超出认识论维度来讨论证明模式标识的表现如,有些论者提出的所谓质证模式、日常思维模式等。在认识论的意

[35] 参见龙宗智,见前注[1],第109页。

义上,普遍的共识是印证与孤证相对,而不与质证相对。质证,无疑是一种证明的行为方式,而不是一种认识论(原理)模型;当然,也并不是不可以将印证与质证相对,若如此,二者都应是在证明的行为意义上而言,即前者为一种正向证明行为,后者为一种反向证明行为。有论者提出的日常思维模式,是与精密论证模式相对,这种模式称谓无疑是表征模式的发展程度,即其较为粗疏而不够精密,因而,也不能表达证明模式本身的认识论原理特征。因此,这些研究在问思路向上无疑都是“跑偏”了,尽管其可能具有一定的启发意义,但实际的后果却是制造了研究的混乱。

再次,没有正确认识证明标准的比较法差异及其对证明模式比较法研究的根本意义,导致了一些似是而非的说法和混乱的争议,也无力看清和呈现中国刑事证明模式在比较法上的独特性。龙宗智所开启的证明模式讨论,是对于认识论意义上的完全证明而言,就此而言,证明标准的类型对证明模式的形态具有根本性的影响,因为,如果把证明标准比作目的地,那么,证明方法就是到达目的地的路径,目的地不同,路径也必然有异。就刑事证明标准而言,从中国刑事证明标准的法律话语理解历史,<sup>[36]</sup>以及从当下的一些司法话语来看,<sup>[37]</sup>中国与其他法治国家的确存在着本质的类型差异,而不仅仅是表达的不同,即前者在法律上强调的是常识和科学意义上的“必然真实”,不同于后者的“或然真实”。因此,比较中国与其他法治国家的刑事证明模式,在根本上要以正确理解证明标准的比较法差异为立基点。然而,因为多数学者几乎一直说不清刑事证明标准的性质以及中西差异,所以,也就无法将证明模式的研究锚定于证明标准这个关键的立基点上,继而说清楚二者的关系。这方面的表现主要有:其一,脱离证明标准来讨论证明方法,使问思路向脱离了必要的出发点。所谓“证明标准建构的乌托邦”,<sup>[38]</sup>此说只有在欲将证明标准的运用当天平刻度尺一样具体、现成的意义上才是有效的,并不能说证明标准不能进行相对的具体化,否则,事实认定就成了纯粹的黑箱操作和掷骰子游戏。其二,不能厘清证明模式与证明方法之间的区别,导致了一些似是而非的说法和混乱争议。证明模式,是具有总括性的证明方法类型,其可以包括多种具体的个别性证明方法;龙宗智所言的证明模式是在一种完全证明意义上的总括性证明方法类型。证明方法,多是指具体的个别性证明方法,在少数情况下也可以在总括性的意义上言说一种证明模式。在此意义上,印证只是一种具体的个别性证明方法,而不是一种完全证明意义上的总括性证明模式。然而,龙宗智以及其他一些为印证之重要性进行辩护的论者,多有理解上的混乱和似是而非的说法。从他们的论述来看,有时将印证当成一种个别性的证明方法,有时又将其当成一种总括性的证明模式——即有意识地试图通过印证本身来表达证明标准的要求。其三,不能完整地看到证明模式的比较法差异,因而也不能以正确的模式标签来进行有效呈现。印证模式理论的问题之一

[36] 参见樊崇义主编:《刑事诉讼法学研究综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第190—203页。

[37] 参见周洪波:“‘以事实为根据’——刑事诉讼的定罪基本原则”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2008年第5期,第114—116页。

[38] 张卫平:“证明标准建构的乌托邦”,《法学研究》2003年第4期,第64—68页。

是,在其他法治国家,依据“孤证”定案的情况并不是普遍现象,其依据多个证据定案时所依据的证据类型常常与中国有重大的不同,显然印证模式无法表征出这种比较法上的差异。所谓的以印证为中心的整体主义模式或亚整体主义模式,论者无非是想表达中国刑事证明是一种不正常或不合理的依据多个证据综合定案的模式;从印证所能承载的(仅有)意涵是依据多个证据综合判断定案来说,其提出的模式标签与印证模式在意涵承载能力上并没有本质的区别,可以说是一种“换了个马甲”的印证模式。另外,自由心证这一标签,只能标识中国与其他法治国家在裁判者是否有自由心证权力方面的区别,而无法表征前述的比较法差异,因此,其在比较法上也不是证明模式的一个合适标签(尽管其可以作为一个区别于法定证据制度的历史比较标签)。其四,无视中国刑事证明模式的比较法独特性,也未有效区分中国刑事证明模式的规范要求和实践习惯。对于中国刑事证明的一般标准的法律表述来说,最为具体的是“结论具有唯一性”,这种标准无疑与其他法治国家的盖然性标准是有本质区别的。在很长一段时间里,我们都肯定这种区别,但近年来越来越多的观念是无视这种区别。当下,普遍的流行见解是认为诉讼证明只可能实现盖然性的真。<sup>[39]</sup>可以说,正是这种对证明标准的流行看法,导致一些学者(不当地)将中国刑事证明模式的规范要求也归类为一种自由心证模式。显然,“结论具有唯一性”这种高标准要求不可能在司法实践中得到普遍遵循,因此,证明模式的规范要求和实践习惯存在着普遍的差异,相应地,在标识中国刑事证明模式时,就应当对证明模式的规范要求和实践形态进行必要的区分。值得注意的是,中国刑事证明模式的实践形态,既不是将规范模式进行分量“扣减”的简单变体,也不是直接使用其他法治国家的证明模式,而是因为受到证明标准合法性话语的规限,使得实践形态表现为两种模式的杂糅状态。然而,因为多数学者说不清楚证明标准的性质,所以,在分析证明模式时也就没有对规范要求和实践形态作出应有的正确区分,并进行恰当的标识。

## (二)刑事证明模式反思性规范立场研究的主要问题

首先,虽然有些论者为坚持印证进行辩护,但是,因为其对印证的认知和言说存在着许多问题,所以,其期待的印证规范功能是很难实现的。一方面,为印证之重要性辩护的论者多认为,相对于“案件事实清楚,证据确实、充分”“排除合理怀疑”等这些抽象的证明标准,印证能够发挥更为具体的规范作用,然而,因为对印证的定位和对证明标准的理解多较为含混,所以,不仅印证规则或经验法则可能起不到论者所期待的规范作用,反而可能会带来操作上的混乱。对印证的性质,有些学者将其理解为个别性的证明方法,有些学者将其理解为证明模式,而有些学者则在两种理解之间飘忽游移;不同的理解无疑会带来事实认定标准高低把握的不同。即便是把印证理解为一种个别性的证明方法,如果对证明标准本身的理解不同,也会导致对作为经验法则或规则的印证的不同理解,<sup>[40]</sup>即:如果将证明标准理解为“结论具有唯一性”的必然真实,那么,印证一般是完成证明标准的一种内在要求,也就是说,即便没有印证的法律规则,在认识论的经验法则之意义上也要求实现印证。如果将证明标准理解为或然真实,则印证

[39] 参见张保生:“事实、证据与事实认定”,《中国社会科学》2017年第8期,第130页。

[40] 印证作为经验法则与规则的区别,可参见汪海燕,见前注[15],第32-33页。

并不是完成证明标准的一种内在要求,在这种情况下,印证规则的规定就是对自由心证的事实确信之外增设的一个事实认定条件限制。对印证的定位和证明标准的理解不同,相应地,也就导致对印证规则的不同理解。比如,《刑诉法解释》第83条规定“被告人庭前供述和辩解存在反复,但庭审中供认,且与其他证据相互印证的,可以采信其庭审供述”,如将印证理解为一种个别性的证明方法,要采信庭前供述,除了印证之外,还需结合证明标准进行判定,而且,证明标准理解不同,往往也会导致结论不同,但是,如将印证理解为证明模式,则有印证就会采信庭前供述。显然,在对印证本身以及证明标准的理解较为含混的情况下,印证的运用很容易出现混乱局面。另一方面,证据相互印证的要求,至多只能发挥要求两个以上的证据构成相同的证明指向这一规范功能,然而,论者在为印证张目时,为其“附加”了很多阐释,从而期待其发挥更多的规范功能,但是,因为在这些阐释中,有些虽具体但却是一些“额外”的证据判断方法或条件,而并非是从“印证”中可以推演出来的认知要素,而有些则是一些更为抽象的“背景”观念,所以,其期望都是不切实际的。印证的证据来源是否独立、可靠、全面,印证的程度是否充分等,都不是印证方法本身能够解答的,而是需要借助于其他的认识论要素和判断方法,非要把这些“额外”的要素和方法装进印证里,并不会对印证本身的实践运用提供更多的帮助。此外,引入一些抽象说法来说明印证的作用机理或操作技术,是大而无当的。从证明标准转向证明模式的研究,是一种研究的具体化路向;诉讼证明在认识论上所依据的基本要素一般包括作为证据事实与待证事实之间的推理依据的关系性事理(通常称为经验法则、逻辑,也有一些学者将其称为推论性证据)、证据事实、建构推理逻辑的证据关系构造和推理结论的认知判断(通常所谓的心证)等,因此,对证明模式进行比较研究的应有具体化路径是比较研究几个基本要素的类型及其特征差异。就此而论,论者们讨论印证的运用原理或方法时所援引的所谓融贯论、符合论、归纳推理、溯因推理、命题论、过程论和科学论等都是比“案件事实清楚,证据确实、充分”“排除合理怀疑”等证明标准表述更为抽象或宽泛的论说,没有任何具体化的意义。尤其值得注意的是,这些抽象或宽泛的说法,多是一些知识论上的“通约性”背景观念,而不具有比较研究的工具意义。

其次,主张将心证与印证结合来改造印证的论说存在的主要问题是:其一,心证与印证并不构成相对的范畴,因此,改革主张是似是而非的。人对对象性的世界认识始终离不开人的主观认知——即心证,这是为印证进行辩护的论者自己都承认的,因此,证据是否构成相互印证,并不是纯粹外在的,其也是认知的一个结果。在此意义上,以心证来补充印证就是一种不知所云的改革主张。其二,如果说所有事实判断都离不开心证,构成对比的应是心证的自由与不自由,许多论者心里实际所想的其实是以自由心证来补充印证,即便如此,已有的论述也并不能帮助我们明白“借用”自由心证所需要的制度前提,以及如何“借用”与自由心证相关联的事实认定方法。一方面,许多论者都错误地直接将心证与自由心证划等号,没有看到或不承认不同制度在证明标准上的类型差异及其与心证类型的关系,因此也没有认识到,要使心证从不自由变得自由,必须要以改变证明标准为制度前提;另一方面,因为心证的两种类型并不能标识整体性的证明模式差异,而已有的研究基本上还没有论及与心证的自由与不自由相关联的一些重要的证明方法差异,所以,正如我在《批判》中已经指出的,已有的研究对如何“借用”自由心

证的方法并没有提供什么有效的具体指导,这样一来,自由心证的运用很可能就会沦为自由擅断。

再次,在心证之外寻找通过其他方法来改造印证模式的论说存在的问题是:其一,主张以正当程序改造所谓的印证模式,或是主张重视一定程序保障的印证规则,以及主张看重印证模式的同时也要重视质证模式等,对传统证明模式的批评和改革方案都属于一些“外在批评”和“题外话”。不可否认,这些改革方案在一定程度上有利于促进事实的准确认定,但是,由于都是在认识论维度之外来提出对传统证明模式的改造方案,没有看到理论上的印证模式欠缺对传统证明模式的标识能力,因而并没有看到传统证明模式在认识论意义上存在的问题,在此意义上,并没有真正进入印证研究缘起时的问题意识的核心地带。其二,主张印证加最佳解释推理的改革方案,没有认识到在特定意义上最佳解释推理与传统证明模式(论者认为其是印证模式)是凿枘不投的。因为最佳解释推理只能实现或然真实的证明结论,而传统证明模式在规范上要求实现“唯一性”的结论,所以,在没有改变证明标准的情况下,引入最佳解释推理是没有制度空间的。其三,主张印证加信念理性和可靠主义的改革方案,是大而无当的。一方面,信念理性、可靠主义比诉讼法上的证明标准更为抽象,将其引入诉讼证明没有任何具体化意义的;另一方面,其与融贯论类似,都是在主客二元论的困扰下,在本体论的意义上为一般意义上的知识论提供有效辩护的哲学理据,将其引入诉讼证明是“多虑”了,也易生混乱。

最后,主张以其他模式来替代传统证明模式的论说存在的问题是:其一,主张以自由心证模式替代传统证明模式(被认为是印证模式)的论者,与前面主张以心证改造印证的论者一样,都没有看到自由心证存在的制度前提,以及与自由心证相关联的一些重要的证明方法特征,所以,其同样不能告诉我们如何去合理运用自由心证。其二,以精密论证模式替代日常思维模式的主张,与前述以正当程序、质证等改造印证的主张一样,都是在认识论维度之外来讨论证明模式的改革问题,所以,也没有发现传统证明模式的“内在”问题和提出相应的对策。其三,迈向整体主义模式的主张,从标签的内涵来看其实是一种印证合理化的主张,而从其改革路径的论述来看,还杂糅了以自由心证、正当程序改造印证的主张,因此,为印证辩护的论说存在的问题和以自由心证、正当程序改造印证的论说存在的问题,在其身上也同样存在。

### 三、刑事证明模式的替代性理论

由印证研究所引起的中国刑事证明模式研究所关切的关键问题是,为什么个案的某些证据情形在中国无法认定犯罪,而在其他法治国家却可以认定?这一问题在本质上就是证明标准的问题。因此,由印证研究所引发的证明模式研究就应当从证明标准的独特性这一观点来审视中国刑事证明方法的类型独特性。在中国与其他法治国家的比较法语境中,证明标准对证明方法的影响无疑是最为根本性的,而许多学者所强调的司法体制和程序构造等的影响都相对次之。基于此,本文提出的替代性模式理论是:在实然层面,中国刑事证明模式在规范上的常规形态宜称为客观推断模式,区别于其他法治国家的证明标准所匹配的情理推断模式;其实践习惯宜称为准客观推断表象化—情理推断后台化的形态。在应然层面,改革取向应是

情理推断的一般公开化/正当化及其规范化。

### (一) 一些前提性说明

首先,将分别对应于中国和其他法治国家之一般性刑事证明标准的证明模式称为客观推断模式和情理推断模式,这种区分的有效性的理论前提是两种证明标准的确存在着实质的类型差异。前者实现的证明结论是必然真实,即是常识和科学意义上不可错的、不得不相信的事实确信;后者实现的证明结论是或然真实,即是在情理上为真但客观上可能错误的事实确信。之所以在这里要为这种区分的有效性进行专门辩护,是因为,当前中外证据法学界都有一种流布甚广的观念,即认为任何诉讼证明都不可能实现必然真实(或客观真实、绝对真实)。按这种观念,在诉讼证明中就不可能有客观推断这种证明模式。这种观念貌似有理,是因为论者找了一些“高大上”的哲学说辞来作为论据,然而实际上,其对哲学话语的援引都属于误用。<sup>[41]</sup>毋庸置疑,这种观念违背了明显的常识直觉,比如,在一些个案的证据情形中,根据监控录像或视频,能够确信录像所记录的事实情形(如发生了交通车辆的碰撞、杀人行为、盗窃行为等)必然属实。

其次,之所以两种模式的称谓以“推断”为共同的关键词,在于通过推断认定事实是诉讼证明的核心特征,用于推理的事理之属性和类型为何、与其紧密关联的结论判断特征为何是诉讼争议中的关键议题。诉讼证明一般是对过往事实而非当前事实的证明,因此,证明的基本认知结构是依据当前可观察的事实和事理(不同事实现象之间的因果关系原理)进行推理,然后再进行结论的认知判断。证据是摆在面前的“显在”事实,因此其一般不会成为讼争议题。事理是诉讼之前的日常生活中直接经验或间接学习到的一些规律性知识,其非当下可见且类型多样,所以,在具体运用中就是讼争的核心问题。因此,以推断为关键词能够抓住诉讼证明的关键点,从而集中问题分析的焦点。

再次,情理推断在实质上与学理上所说的最佳解释推理、似真推理基本相同,但在称谓上无疑比后两者更佳。除了前者更容易被常识所理解和更符合日常表达习惯之外,还因为,情理推断是一种实质称谓,能够表达推理所依据的基础即常情常理,而其他两者都是一种形式称谓,不能表达推理依据这一重要内容的意涵。

### (二) 客观推断模式的比较法特征

第一,在客观推断模式中,用来建立推理关系的事理是一种“客观事理”,不同于情理推断模式所用的常情常理。需要明确的是,诉讼证明中的推理所用的事理,不是哲学上一般所说的不限时空的普遍命题,而是属于金岳霖所说的限于特定时空的普遍命题或普及命题,<sup>[42]</sup>也就是有学者所说的“普通命题”。<sup>[43]</sup>因此,有些事理可以具有推理上的必然性。所谓客观事理,就是其是一种具有必然性的客观自然事理或规律(知识)。这种客观自然事理能够排除因人的

[41] 对诉讼证明上的哲学话语误用的详细分析,请参见周洪波:“刑事证明标准问题之争中的四大误区”,《清华法学》2008年第5期,第119—138页。

[42] 关于这种命题的分析,请参见金岳霖:《知识论》(下册),商务印书馆1983年版,第836—837、872页。

[43] 参见彭漪涟:《事实论》,上海社会科学出版社1996年版,第145—150页。

行为选择和感知的主观性而使证据对多个事实构成证明指向的可能性,换言之,它能够使证据事实与特定的待证事实之间建立必然的推理证明关系。比如,根据特定的历史时代照片不可能被篡改的自然规律,从被告人在特定的时间出现在案发现场这一照片的证据事实,可以必然推断出被告人曾经到过案发现场。与客观事理不同,常情常理是一种日常生活中常见(而非必见)的自然事理和社会生活事理;因为这种事理只是在过往的同样情景中常见而非必见某一相同事实而积累的规律性认识,所以不是必然性的事理,而只是或然性的事理。<sup>[44]</sup> 比如,在一起盗窃案诉讼中,被告人多次偷窃的事实会使人认为其有偷窃的习惯,因而容易认为其实施了被诉的盗窃行为。诉讼中运用的自然事理,有的具有必然性,有的只具有或然性;其或然性,或是因为自然事理本身就是或然性的,或是因为虽然本身具有必然性但还未被认知和确定。诉讼中运用的社会生活事理,是由社会文化所塑造或个人性情所引导的行为习惯,因为文化对人的规限都是软性的,人始终都具有超越习惯的行为选择性,所以,其始终是或然性的,相应地,其也就只能被用于情理推断模式中。

第二,在相关证据的范围方面,客观推断模式要窄于情理推断模式;在相关证据的形态上,前者局限于静态证据,而后者既有静态证据,也有动态证据。客观推断模式所用的证据,需要证据具有对待证事实能够构成客观推断的潜力或实际能力。与此不同,情理推断中所用的证据不需要具备这种潜力或实际能力。从诉讼证明一般是对过往历史事实的证明来说,证据都是过去事实(之现象)的发生或存在而所留下的一种“痕迹”事实,在此意义上,客观推断模式与情理推断模式的相关证据范围的不同,在本质上就是生成证据的原因性事实范围的不同。从前面对两种模式所用事理类型的分析来看,客观推断模式中的证据与待证事实之间应当是具有可能或实际的客观自然事理关系,那么,其相关证据应是可能或实际为待证事实的存在或发生而生成的“痕迹”事实。在情理推断模式中,除了前述“痕迹”事实是相关证据之外,还包括与待证事实在社会情理上可能或实际构成因果关系的其他事实的存在或发生而生成的“痕迹”事实。在情理推断的具体运用中,一般是首先用前一类证据来进行证明,只有当前一类证据不足以达到证明目的时才会用后一类证据来辅助加强证明的作用,在此意义上,可以将前者称为实质证据,将后者称为辅助证据。证明犯罪事实的辅助证据如,引起犯罪行为的动机性事实的“痕迹”证据,以及犯罪行为后的“善后”行为的“痕迹”证据。<sup>[45]</sup> 在客观推断模式中,所谓的辅助证据只能起到破案线索的作用,即作为寻找实质证据之功用。<sup>[46]</sup> 比如,在故意杀人罪诉讼的犯罪事实(非量刑事实)是否成立的证明中,甲声称目击了犯罪行为,乙声称目击了被告人与被害人在案发之前一个月的某天打了一架,如果是客观推断模式,就只有前一个证词可以作为证据使用,而如果是情理推断模式,则两个目击证词都可以成为证据。基于证据能否固定下来

[44] 值得注意的是,不能将这里所说的常情常理与前述区别于哲学形而上学意义上的常识。可以这样说,常情常理是常识意义上的常见的因而是或然性的事理,而常识上的事理既有必然性的客观事理,也有或然性的常情常理。

[45] 参见(英)理查德·梅:《刑事证据》,王丽、李贵方等译,法律出版社2006年版,第5—8页。

[46] 关于实质证据与辅助证据的详细论述,请参见周洪波:《实质证据与辅助证据》,《法学研究》2011年第5期,第158—164页。

转移利用而不改变证据事实的内容,可以将证据区分为静态证据和动态证据,由此而论,实质证据一般都是静态证据,而辅助证据则既有静态证据也有动态证据。辅助证据中的动态证据主要就是“证人”的作证表现,之所以这类证据具有动态性,是因为这些证据要使其能够得到自然呈现,是要基于法庭的临时性提问而获得,而不能重复获取,而且按常规的书面法庭记录和书面判决,这些证据也无法重复表现和利用。因此,客观推断模式和情理推断模式所用证据在是否具有动态性方面是有区别的。正是因为存在这方面的区别,所以,中国制度语境中所理解的证据范围要比其他法治国家局限得多。

第三,在建构推理逻辑的证据关系构造方面,客观推断模式没有情理推断模式多样。两种模式的区别主要是:其一,对于实质证据意义上的“孤证”情形,前者一般不能认定事实,但后者却可以。这是因为,一般情况下,孤证都不能对特定的待证事实构成客观推断的证明。之所以后者可以认定事实是因为,一方面,情理推断所要求的证明标准低,往往一个实质证据也可以形成合情的事实确信;另一方面,其实际证据运用多不是“孤证”定案,而是同时借助了许多辅助证据。其二,在依据多个证据综合判断认定事实时,证据的组合也多有区别。比如:①前者所依据的多个证据都是实质证据,而后者多是同时有实质证据和辅助证据。典型的情形是,对言词证据的使用,在前者需要其他实质证据尤其是实物性实质证据的印证或佐证才能作为定案证据,而在后者却可以结合与作证人的诚实性和作证能力有关的辅助证据来进行认定。②认定事实的实质证据仅有言词证据时,前者要求各言词证据具有来源的“独立性”(包括作证人与案件利益的独立性和与其他作证人之独立性),而后者则不必有如此要求。之所以有这样的区别,是因为没有独立性就不可能形成客观推断,而非独立性的言词证据往往也可以产生情理推断的事实确信。③前者在认定事实时对证据的证明力要进行黑白分明、非此即彼的判断,而后者却可以对证据进行灰色性的、混合的利用。这种区别的原理是,当一方的主张能够被所提供证据的客观推断证明时,另一方的主张及其证据的证明力就必然不能成立,因而裁判时就是完全肯定前者而否定后者;在情理推断模式中,事实确信并不是必然真实,而是一种灰色性的事实判定,在这种情况下,事实确信的形成本是支持性证据的正向证明价值和反对性证据的负向证明价值(虽然证明目标是反对对方事实主张,但是反过来起到了强化对方事实主张的作用,这就是所谓的“搬起石头砸自己的脚”)的累积效果,也就是说,在支持一方事实主张时,不仅是以其所提供的证据作为依据,也利用了对方证据的“瑕疵”。

第四,在心证的类型方面,客观推断模式所用心证的特征是不自由、不具有动态性,不同于情理推断模式的心证常常可以有自由和动态调整。客观推断模式的心证不自由的原理是:当对待证事实形成唯一结论的证明时,显然任何人都应当承认结论的真实性,因而不允许个人作出不同的判断;另外,在诉讼证明过程中,哪些事实是实质证据也是由必然性的客观自然事理所决定,因此,证据是否具有相关性的判断也没有个人的自由心证空间。其心证不具有动态性是因为,某一待证事实的证明形成必然真实的心证结论时,无论后面再出现多少证据,都不会改变结论,否则,之前的心证结论就不必然真实。情理推断模式的心证有一定自由的原理是,因为常情常理的或然性程度不具有数学百分比的明晰性,所以,无论是证据相关性的判断,还是最终的事实确信,其心证都有一定模糊性,因而在一定程度上允许裁判者作出不同于其他人

的判断。其心证具有动态性的原理是：一定的证据使裁判者形成合情的事实确信，因为这种确信是或然性真实，所以，当出现一定的新证据时，事实确信又可能产生动摇，然后在有进一步的新证据的情况下，又可能形成事实确信，只要事实确信是一种合情的事实确信，这种确信、动摇，再确信、再动摇的过程在理论上就有可能持续下去。这就是社会认知心理学上所说的或然性认知判断的“锚定—调整”特征。<sup>〔47〕</sup>

可以说，正是上述客观推断模式的比较法特征，能够解释中国刑事诉讼制度的独特现象：一方面，规则“简洁”，比如，缺乏品格证据规则、传来（传闻）证据排除规则、污点证人规则、提供证据责任转换规则等。因为“品格证据”在客观推断模式中本身就不具有证据地位，所以就没有必要制订这类证据的使用规则。仅凭传来（传闻）证据不可能形成客观推断的证明，所以，没有必要针对其制订排除规则来预防仅凭这类证据定案的风险；其是否能够作为定案的依据，关键是看其能否和其他证据一起形成客观推断的证明。因为仅凭污点证人的证言始终不可能形成客观推断的证明，所以，也不可能制订仅凭这类证据也可以定案的污点证人规则。在客观推断模式中，心证一旦形成就不可能动摇，所以，就不可能制定服务于动摇心证的提供证据责任转换规则。另一方面，表面相似的规则，实质理解有较大的差异，比如，证据相关性规则、禁止孤证定案规则等就是如此。将我国《刑事诉讼法》第50条第1款的规定“可以证明案件事实的材料，都是证据”与《美国联邦证据规则》第401条相比较，在表面上看不出对证据相关性的要求有什么区别，但结合法律上认可的证明模式来看，实际上前者的所指范围是相对较窄的，即多限于实质证据。我国《刑事诉讼法》第55条第1款中的规定“只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚”，在其他法治国家，对某些特定的人证（如性侵案件的被害人、儿童证人等）的证词也有相同的限制，两相比较，也仍然是表面相同，而实质有异，前者为证实规则，而后者是补强规则，即：在前者，并不意味着被告人陈述有了其他证据的印证或佐证就可以认定犯罪，而是所有证据能够形成“结论具有唯一性”的证明才能认定犯罪。在后者，特定言词证据只要有其他证据的辅助证明就可以认定犯罪，亦即在裁判者根据单一的言词证据自由心证形成合情确信的情况下，只要有其他证据在形式上加强言词证据的证明力，就可以认定犯罪。从证明模式的比较法差异来审视，我们无疑很容易理解这种类似规定的实质不同：在客观推断模式中，被告人陈述与必须要与其他证据一起才能完成证明，只有被告人供述不能定案是该模式的一种内在要求。而在情理推断模式中，补强规则不是完全证明的内在要求，而是为抑制错判风险而对自由心证作出的外在限制。

### （三）准客观推断表象化—情理推断后台化形态的基本特征

从司法实践来说，中国刑事证明的实践习惯形态呈现为一种准客观推断表象化—情理推断后台化，其称谓所蕴含的基本特征主要是：

其一，基于证据的局限，“结论具有唯一性”这种必然真实的法定证明标准在多数情况下都是难以实现的，但为了有效惩处犯罪，又不得不在没有达到法定证明标准的情况下做出事实认

〔47〕 参见（美）雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学》（第2版），谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第73—86页。

定,因此,情理推断模式的普遍运用就是客观存在的司法现实,然而,因为受到法定证明标准这种合法性话语的规限,情理推断模式又不可能被堂而皇之地运用,所以,一般情况下,公开的事实认定和证据运用就只能按客观推断模式进行叙事,相应地,情理推断模式就处在一种可用而不可说、隐于(自由)心证的“潜伏”状态。在此意义上可以说,中国刑事证明实践的普遍习惯是一种“说一套,做一套”的形态。其典型表现就是:在判决书中,裁判者多是把事实认定的结论表达得很客观,似乎没有任何自由心证的成分,提及的证据多是限于实质证据,但是,仔细分析事实认定结论则多不具有“唯一性”,而是部分裁判者的个人合情确信——裁判文书看起来是合议庭的一致结论,但从法院的“内卷”来看却往往存在着合议庭的分歧;为了使有罪认定看起来是客观推断,所以在判决书中,或是只提及被采信的控制方证据,而不提有可能构成合理怀疑的辩方证据,或是虽有提及但也是以不具有相关性、不符合事实的说辞简单粗暴地将其否定掉;对言词证据的采信条件,多是表达为有其他实质证据的印证或佐证,但通过笔者对裁判者的访谈调研,他们大多承认采信言词证据往往借助了作证人的品格、作证表现等辅助证据。

其二,因为对“结论具有唯一性”或常说的“客观真实”“绝对真实”等证明标准的研究一直停留在一种较为空泛、抽象的局面,较为缺乏对证明标准所对应的证明模式特征的精细解读,相应地,对客观推断模式的特征认识就基本上停留在一种常识“直觉”或“感觉”的状态,所以,司法实践中所公开言说的客观推断模式就不是一种标准形态,因而对实践习惯形态的称谓需要在客观推断表象化—情理推断后台化之前加一个“准”字进行限定——其意就是,本来不具有正当性的情理推断模式的某些方法偶尔会被公开运用和言说。这表现为两个方面:一方面,被公开言说的辅助证据一般是那种在常识“直觉”上不容易被分辨类型的证据,而明显属于辅助证据的则处于一种用而不说的状态。前者如,犯罪行为的动机行为、准备行为所留下的“痕迹”证据;其之所以不能明显分辨证据类型,既是因为其原因行为与待证的犯罪行为之间在现象上往往是一种“连续体”,也因为这些证据往往也属于需要证明的量刑事实的实质证据,因而被悄悄地“一证两用”。后者如,作证人的品格证据、作证表现等;这些证据的类型之所以较好分辨,是因为其明显不能保证待证事实(作证人言词内容所指事实)必然真实。另一方面,一些明显不能够形成客观推断的实质证据情形,不会作出肯定的事实认定。典型的情形是:单一的言词证据,如只有被告人陈述,或只有一个证人的证言;虽有多个言词证据,但不具有独立性,如同一个人在不同时间地点的多次陈述、多个同案犯(所谓的“污点证人”)的证词等。

其三,尽可能实现事实认定的准确性无疑是办案实务人员的基本心理——因为谁都不愿意随意出错,所以,为了使事实认定结论尽可能准确和具有合理的可接受性,办案人员(不局限于裁判者)一般都会以合情的事实确信作出犯罪事实“认定”。这种模式的裁判结论不是法定的“结论具有唯一性”,但因为合情的事实确信,所以,也不能简单地说是“疑罪从有”。在未达到法定证明标准的意义上是“疑罪从有”,但从合情的事实确信来说,裁判者在自由心证的意义上是没有怀疑的,因而又不是“疑罪从有”(其他法治国家对“疑罪从无”的理解,也是以合情的事实确信为标准而言)。出于谨慎起见,这种有罪认定往往在量刑上会进行一种“打折”处理,比如,本该判死刑立即执行的实际判处死缓。值得特别指出的是,即便那些事后发现的错案,当初的有罪认定往往也不是办案实务人员简单粗暴的“疑罪从有”作为,而是其个人的内心

有了合情的有罪确信,只不过这种有罪确信在客观上是可错的而已。

其四,由于情理推断运用处在一种“潜伏”状态,因而没有办法对其进行合理化的规范,所以其运用具有一定的随意性。有时事实确信在根本上是基于一般认为证明力较为薄弱的辅助证据,在有了这样的事实确信之后,然后再去“找”(有时不惜使用非法取证的方法)实质证据来“做成”看起来具有客观推断的样子。比如,轰动全国的余祥林案件最初的有罪判决就是这种情形。当初促成有罪判决的关键因素就是,余祥林妻子的家属基于二人的日常生活关系不好的事实而在情理上确信余祥林因嫌弃妻子而杀人,因而强烈要求公安司法机关将被告人绳之以法,进而促成了余祥林因受刑讯逼供而作出有罪供述。<sup>[48]</sup>而有时虽然事实认定看起来符合客观推断的一些形式条件,裁判者按情理推断也未形成事实确信,但仍然作出了有罪认定,质言之,是一种疑罪从有的裁判。

#### (四)刑事证明模式的转型方向

分析至此,自然的结论就是,中国刑事证明的合理化改革取向是情理推断模式的一般公开化/正当化及其规范化。对此,需要说明的是:

第一,中国刑事证明的合理化改革取向,不是以新的模式替代传统模式,而是让已经普遍“潜伏”存在的证明模式“浮出水面”,也就是,一般性地将普遍在后台运用的情理推断模式推到前台来,使其公开化/正当化。所谓一般性地公开化/正当化,就是将情理推断模式作为一种常规的证明模式,而不局限于已有做法将情理推断作为例外性的证明模式。之所以说情理推断模式已经是中国刑事证明的一种例外性模式,是从中国法律上有法律推定的规定来说的——法律推定就是情理推断的法定化,是不同于按一般证明标准认定事实的例外方法。所谓改革取向不是一种模式替代另一种模式,其意还在于客观推断模式的合法性并没有被否定,而只是不对情理推断模式进行常规性的合法性排斥。因为证明标准只是认定事实的最低标准,而实际的事实认定在个别情况下也可能高于证明标准而达到必然真实,因而也会运用到客观推断模式。在其他法治国家也是一样,会同样运用到两种模式。要使情理推断模式成为中国刑事司法的常规证明模式,关键的法律技术就是在证明标准上抛弃“结论具有唯一性”这种说法,按或然真实的意涵来理解“案件事实清楚,证据确实、充分”“排除合理怀疑”等法律话语。

第二,情理推断的一般公开化/正当化,不仅是我們不得不接受的法律命运,而且因其在事实认定的准确性方面具有自我强化的机能,所以也有较强的现实合理性和有效性。不确定性,是所有生命形式都必须面对的事实,因此,理性的反应,不是去逃避不确定性,而是在不确定性的情景中作出恰当的行动。<sup>[49]</sup>情理推断模式在中国刑事司法中的普遍运用,正说明了刑事司法也不得不接受不确定性,按或然真实来认定犯罪事实,但其“后台化”的运作也说明我们没有对刑事司法中的不确定性作出恰当的反应。刑事司法中接受不确定性的恰当反应,也不是通过法律推定这种例外的方法。在中国,法律推定是为接受或然真实的裁判结论所开的一个

[48] 参见顾永忠主编:《中国疑难名案程序与证据问题研究》,北京大学出版社2008年版,第45—81页。

[49] 参见(美)丹尼尔·卡尼曼等编:《不确定状态下的判断:启发式和偏差》,方文、吴新利等译,中国人民大学出版社2013年版,第569页。

口子,与此不同,其他法治国家的基本意图是将其作为避免裁量权滥用的法律技术。当然,使用法律推定这种立法技术,在接受或然真实及其对应的情理推断的运用的同时,也就否定了裁判者的自由心证权力。情理推断的合理化运用更多的是要依赖于裁判者根据具体的证据情形依自由心证而作出,而不能依赖于法律推定这种有限的例外方法。较长时期以来,中国法律话语层面对或然真实以及相应的情理推断模式的普遍排除,其根本的原因就是担心造成错案。就此而言,我们必须认识到,情理推断的普遍运用一般具有事实认定准确性方面的自我强化机能——这就是,情理推断本身的结论是或然真实,具有一定的不准确性,但是,裁判推理所依据的常情常理具有规范引导功能,会引导人们在(法律)生活中尽量按常情常理来行事,这样一来,情理推断的事实认定就会有更高的准确性。因此,也不必对情理推断的运用风险过于恐慌。

第三,虽然情理推断的运用对于裁判者的自由心证具有极大的依赖性,但也需要通过一定的证据规则和程序规则对其进行适当的规范。根据社会心理学的研究,不确定性的认识判断相伴一些普遍性的认知偏差和错误风险。比如,在“锚定—调整”这一认知过程中,容易过早锚定,也容易过早结束调整。<sup>[50]</sup>这种认知特征,在刑事证明中就是,容易过早地在一些薄弱的证据情形下形成事实确信,事实确信形成后不容易被新证据所动摇。正是因为存在这些认识偏差和错误风险,所以,对情理推断的运用进行一定的规范是必要的,而不能像边沁所极端主张的那样完全使其成为一种自然的运用。证据规则和程序规则是规范情理推断运用的两种方式,二者的不同是:前者主要表现为证据资格规则和证明力规则,其目的是对认知过程的直接干预,避免正常人都容易犯的一些认知偏差和错误风险,所以其规范功能偏实质化。后者主要是使控辩双方保持平等、裁判者保持中立,其目的是保障裁判者能够以理性和良心来运用自由心证作出公正的事实认定,因为其不直接干预认知过程,所以,其规范功能偏形式化。从情理推断与自由心证的紧密关系来说,其规范引导应该主要倚重于程序规则,而不是证据规则。当然,证据规则和程序规则的建设,在中国都还任重道远。需要强调的是,情理推断的结论在本质上是或然性的,所以,对情理推断进行规范,可以减少一些冤假错案的发生,但并不能杜绝其发生。对此,我们不能有不切实际的幻想。

## 结语:期待刑事证明实践走出迷途

有学者言:“没有什么比一个好的理论更具实用性。”<sup>[51]</sup>无疑,好的理论是照亮前行道路的光亮。证明模式理论是解说证据法之整体范型的理论,其对于证据法之理解的重要性,就犹如诉讼模式理论对于诉讼法之理解的重要性。因此,好的刑事证明模式理论无疑是刑事证明实践走上正途的一束最重要的亮光。然而,因为至今不能很好地分辨中国刑事证明模式在比较法上的类型独特性,以及这种独特性所产生的制度效应,可以说,我们一直都还没有一个好

[50] 参见(美)丹尼尔·卡尼曼:《思考,快与慢》,胡晓姣、李爱民等译,中信出版社2017年版,第102页。

[51] (美)保罗·H.罗宾逊:《归咎的刑事责任》,王志远、陈琦译,知识产权出版社2016年版,第20页。

的证据法学理论。在这种情况下,多年来的理论成果积累常常不是带来学术进步和认知澄明,反而是制造了许多学术混乱和认知迷雾,因此也使刑事证明实践陷入了迷途。

实践的迷乱表现为:在宏观层面,仍然不知改革的基本走向在何方。如前所述,证明标准是决定证明模式的基点,其决定着证据法的基本面相和走向,然而,在这方面,当下充满着混乱和矛盾。混乱是,有些人认为法定的一般证明标准是必然真实,而有些人却认为是或然真实。毫无疑问的是,法定的一般证明标准“结论具有唯一性”意指必然真实,但从司法规律来说,无疑应当对其进行改革。然而,令人忧虑的是,当下却表现出一种矛盾心态,即:一方面,理论和实务常常强调的是诉讼证据的局限和人的认识能力局限,进而主张降低证明标准,但是,另一方面,近年来如何防止冤假错案成了普遍高度关切的一个问题,面对于此,又想抓住“结论具有唯一性”这一标准不放。在微观层面,逐渐出现了规则表述上的似是而非和理解的混乱。应该说,在没有对刑事证据规则进行改革之前,中国刑事证据规则虽然粗疏但其内在逻辑基本上是顺畅的,在普遍主张学习和借鉴其他法治国家的证据法及其相关理论之前,我们对自身规则的理解也是基本清晰的,但是,在一知半解的学习、借鉴和改革的过程中,就逐步出现了规则表述的似是而非和理解的混乱,即将匹配于不同证明模式的规则“混搭”在一起、误置可出现于不同证明模式的规则话语的模式语境意涵。

诚愿这里的研究能够成为照进中国刑事证明实践迷途的一束亮光,而不是制造更多的黑影和迷雾。

---

**Abstract:** In recent years a second round of discussion on the corroboration mode of proof is going on in the academic circle. The discussion has greater theoretical depth, but no theory has been produced to accurately describe the features and problems in the Chinese corroboration mode of proof from the angle of comparative law. The comparative law theory in China on corroboration should be established on the basis of proper epistemology, and start from the differences in the standards of proof in China and abroad, analyze the evidence, evidentiary relations and judgment of inference results, etc., and distinguish legal requirements from customary practice. The legal rules require “objective inference”, which is different from the rational inference in other countries that have different standards of proof. In practice, our customary mode of proof is “objective inference-backstage rational inference”. Our mode of proof should evolve into justifiable/open and normalized rational inference.

**Key Words:** Chinese Mode of Criminal Proof; Theory of Corroboration; Substitute Theory

---

(责任编辑:刘哲玮)