

中国法语境中的“排除合理怀疑”

龙宗智*

摘要 中国刑事诉讼现行证明标准的特点,一是以印证为中心,二是以客观性为基点,三是以可知论即认识乐观主义为理论根据,四是以目的为方法,在证明活动中的可操作性不足,五是普遍适用,缺乏区别和细分。应当分析“排除合理怀疑”的渊源,借鉴域外经验。从适用对象看,“排除合理怀疑”既针对证据的确实性,也针对充分性;它应用于证据的综合判断,也可以在证据个别判断中使用。“排除合理怀疑”与“证据确实充分”,作为证明方法的区别主要体现在积极建构与消极解构,以及客观印证与主观心证的不同语词倾向。二者在证明程度上既有一致性,也有区别,证据确实充分是排除合理怀疑的充分条件,排除合理怀疑是证据确实充分的必要条件。在中国刑事诉讼中运用“排除合理怀疑”,需要强化疑点审查的“消极思维”,以加强防错机制;将其既用为证明标准,也用作证明方法;“排除合理怀疑”可适用于不同类型的案件,以及案件的不同诉讼环节,但根据不同情况,在实际把握上可以有所区别;在运用中应紧扣经验法则,并和“疑点排除”的中国经验结合运用;为便于适用,可作适当的语词性解释;应当以判例解释证明标准并推动其贯彻;能够通过展开心证形成过程等程序要求和证据法制度保障其成为有效的法规则。

关键词 刑事诉讼 证明标准 证据确实充分 排除合理怀疑

中国刑事诉讼历来以“案件事实清楚、证据确实充分”为定罪的证明标准。^{〔1〕} 2012年《刑事诉讼法》再修改,总结司法实践经验,借鉴国外证明标准,对证据确实充分作了进一步解释。《刑事诉讼法》第53条第2款规定:“证据确实、充分,应当符合以下条件:①定罪量刑的事实都有证据证明;②据以定案的证据均经法定程序查证属实;③综合全案证据,对所认定事实已排

* 四川大学法学院教授。本文受四川大学中央高校基本科研业务费研究专项(哲学社会科学项目)——学科前沿与交叉创新重点项目资助。写作过程中,四川大学法学院张斌老师提出了有价值的意见。

〔1〕 参见现行《刑事诉讼法》第162条第1项关于有罪判决证明标准的规定,以及第129、141条关于侦查终结、提起公诉的证明标准的规定。

除合理怀疑。”

上述三项具体要求中第一项要求定罪量刑的事实都有证据证明,是一项体现证据裁判原则的基础性要求;第二项要求定案证据经法定程序查证属实,是对程序合法性与单个证据客观性的要求;第三项即综合全案证据,对所认定事实已排出合理怀疑,则是衡量案件事实清楚及证据确实充分的重要标准。由此可见,排除合理怀疑已成为对中国刑事诉讼证明标准的一种解释,亦即刑事诉讼中认定事实的一项辅助性标准。在中国法的语境中,探讨“排除合理怀疑”的涵义及其与证据确实、充分的关系,把握其适用方法,具有重要的理论价值和实践意义。

一、中国刑事诉讼现行证明标准的特点

案件事实清楚、证据确实充分,^{〔2〕}是长期以来我国刑事诉讼认定事实的证明标准。从法律规范用语、司法解释、法理解析以及长期的司法实践看,这个证明标准有以下五个特点:

其一是以印证为中心。证据间相互印证,是证据确实充分最基本的要素和最重要的指标。笔者曾经论证,相互印证是中国刑事诉讼证明最重要的要求,因此区别于典型的自由心证证明模式,中国刑事诉讼的证明模式是印证证明模式。^{〔3〕}所谓印证证明,就是要求认定事实至少有两个以上的证据,其证明内容相互支持(具有同一指向),排除了自身矛盾以及彼此间矛盾,由此而形成—个稳定可靠的证明结构。如果将证据确实充分区分为证据确实与证据充分两项基本指标要素,那么“证据确实”即证据的真实可靠,必须通过证据间的相互印证来确认;而“证据充分”即凭现有证据足以认定事实,更须有多个证据,且其所含信息内容具有同一指向。因此,证据的相互印证,是达到证据确实充分最重要的要求。^{〔4〕}

其二是以客观性为基点。受“唯物主义”(同时反“主观唯心主义”)哲学主张的影响,与极其强调印证证明相联系,我国刑事证明的另一个特点是强调事实认定的客观性:—是证据的客观性,认为证据的客观真实性,是证据最重要的属性。事实认定的准确性,必须建立在证据的客观性之上。二是被证明事实的客观性,即运用证据所证明的案件事实,是一种客观事实,即对已发生的案件事实的客观真实的反映。三是证明过程与方法的客观性。利用客观的证据,实现对客观真实的认识,其证明方法也就必须具有客观性特征。这种方法突出体现在前面所

〔2〕 在法律、司法解释和司法实践中有时简称“证据确实充分”,本文亦从简。

〔3〕 龙宗智:“印证与自由心证——我国刑事诉讼的证明模式”,《法学研究》2004年第2期。文章发表后,已经有较多的文章尤其是司法界的文章认可我国刑事诉讼的证明模式是印证证明模式,并对这一模式及其适用作了一系列的探讨。从“中国知网”查专论我国印证证明模式及其相关问题的文章约有15篇。查阅时间2012年9月16日。

〔4〕 采印证证明模式而不采典型的自由心证模式,有多种原因,而非直接和非言词的审理方式是最重要原因。审理与判定的分离进一步支持印证证明;重复的事实审理需要案件在书面上的可检验性与印证性;印证证明模式与法官的素质、与主导的认识论有关联等。关于印证证明模式与典型的自由心证模式的区别及印证证明模式的成因,详见龙宗智,见前注〔3〕。

讲的客观印证方法,而不是求诸内心的主观思维方法。要求司法人员在使用证据认定事实时不应反求于内心,而应当始终盯住客观事实状况。事实认定主要通过印证证明的路径实现。因为证据印证,重在证据的“外部性”(证据间的相互支持),而非证据的“内省性”。所谓“内省性”,即求诸内心,看是否“真诚的确信”,或在自己的认识中是否已经排除“合理怀疑”。我们也经常主张证明结论应当是排他的、唯一的,但通常不用“排除合理怀疑”、“内心确信”等带有主观色彩的概念来限定和解释排他性和唯一性。〔5〕

上述这种注重客观而不注重主观的认识态度与方法,似乎可以称为证据判断中客观主义的认识立场。〔6〕这一点与国外证据法与证明理论形成一定区别。众所周知,国外现代证明体系,无论英美法系,还是大陆法系,由于并无预先设定的规则规制具体案件的证据证明力判断和案件事实的综合认定,因此均属自由心证的证明体系。而无论是大陆法系采“证实论”的建立“内心确信”,还是英美法系采“证伪论”的“排除合理怀疑”,虽然力求获得对客观事实的正确认识,为此注意将事实判断建立在客观资料的基础上,但均以事实认定为一个主观思维过程为前提,立足于主观领域、着眼于思维要素来确立证明标准。

其三是以可知论即认识乐观主义为理论根据。认为“从根本上看,任何案件事实,通过正确地收集、分析证据,是可以查清的”。〔7〕而查明的案件真实,应当是“事实本身的真实,也即事实的真情、事物的真相”。〔8〕确实充分的证据所达到的案件真实应当是一种排除不确定性(盖然性)因素的客观事实。应当说,这种认识论上的乐观主义,不免带有理想化的色彩。〔9〕近年来,这种认识乐观主义受到一定的冲击。一部分学者借鉴国外的证据法理论,主张“法律真实论”和证明中的盖然性理论。认为“客观真实”是受认识乐观主义影响的一种司法理想模式,其实用性、可操作性差,不能真正解决诉讼中的证明问题。诉讼认识的结果、裁判者的认识,很难达到“客观真实”,它只能是与客观事实“近似一致”,或曰只能“无限地接近客观真实”,因此主张以“法律真实”概念取代,即刑事诉讼证明应当符合刑事实体法和程序的规定,应当达到从法律的角度认为是真实的程度。〔10〕

然而,“客观真实论”的主导地位在司法界并未从根本上动摇。司法机关尤其是司法的主政者们,仍然担心抑“客观真实论”而扬“法律真实论”以及主张证明的盖然性,会增加证明中的主观擅断,从而损害案件质量。有的权威学者也对“法律真实论”持有疑义。或者说只在有限

〔5〕 这种情况因立法与司法者法理能力的提高以及对西方的学习而在近年来有一定变化,如2010年颁布施行的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第5条解释“证据确实充分”,称“根据证据认定事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论”,仍然使用这种“唯一性”概念。但在第33条规定间接证据的定案标准时称:“依据间接证据认定的案件事实,结论是唯一的,足以排除一切合理怀疑。”已经借用了“排除合理怀疑”的说法,不过加了“一切”的定语,以强调案件事实认定的可靠性。

〔6〕 龙宗智:“试论我国刑事诉讼的证明标准”,《法学研究》1996年第6期。

〔7〕 张子培主编:《刑事诉讼法教程》,群众出版社1987年版,页192。

〔8〕 裴苍龄:《证据法学新论》,法律出版社1989年版,页183。

〔9〕 不过,过于理想化的要求亦可能发生积极作用。在证据使用和判断能力普遍不足的情况下,标准高于实际可能性,也许能产生引导的作用,即“取法其上,得乎其中”的意思,亦即理念的“乌托邦功能”。

〔10〕 参见樊崇义:“客观真实管见——兼论刑事诉讼证明标准”,《中国法学》2000年第1期。

的情况下肯定“法律真实论”。陈光中先生称：

承认可知论，就应当承认案件的客观事实从总体上来说是可以被办案人员所认识的。犯罪实施者是谁必须确证无误，而不可能是其他的人，从这个意义上来说，有罪认定必须是绝对真实的。但是，人们对事物的认识能力是无限与有限的统一，是绝对与相对的统一。因此，在刑事诉讼中我们应当追求也可能实现客观真实，在一定条件下又必须辅之以法律真实，如果在刑事诉讼中普遍适用法律真实而否定客观真实，不仅不符合认识论的规律，而且容易导致出现错案、冤案。^{〔11〕}

其四是以目的为方法，在证明活动中的可操作性不足。案件事实清楚，是一个“证明度”问题，即要求诉讼证明达到事实清晰而非模糊不清的状态；证据确实充分，也是证明程度的要求。因此，事实清楚、证据确实充分是诉讼证明所要达到的目的。而证明标准，即证明所达到的程度并作为解除证明责任的标志，当然需要反映证明目的。因此，在此意义上，事实清楚与证据确实充分作为证明标准并无不当。然而，由于证明是一个复杂的过程，好的证明标准应当具有可操作性，而不应当只是对证明目的即证明程度的一种表述。在这个意义上，确实充分证明标准存在某种缺憾——没有设定一种实现证明目的的方法。因为任何一种以理性为基础的刑事诉讼证明，都力图达到事实清楚与证据确实充分的要求，这是不言自明的。问题在于何为事实清楚与证据确实充分，怎样衡量，如何思维和判定。相比之下，“排除合理怀疑”的证明标准，不仅指出了证明目的即证明应当达到的状态要求，而且指出了达到这种目的状态的方法，即通过对“疑点”及其合理性的分析以及排除合理怀疑的过程实现证明。然而，“证据确实充分”的证明标准规范，并未有效地提供实现证明目的的方法与手段。^{〔12〕}

其五是普遍适用，缺乏区别和细分。可以说，证据确实充分是我国刑事诉讼法所确认的唯一罪证明标准。不分侦查、起诉和审判，在侦查终结、起诉指控以及刑事判决的不同环节，就证明标准采用基本相同的表述方式；不分简易程序案件、普通程序案件以及适用特殊程序（复核）的最严重案件——死刑案件，证明标准在法律要求上并无区别。然而，不同的案件、同一案件的不同诉讼环节，在证明标准的表述及其把握上，既有一致性也有区别性。承认区别，比较符合刑事诉讼的规律，也比较符合司法实际需求以及普遍的司法经验。

从诉讼环节看，侦查、起诉是在一个相对封闭的空间中，主要采用单方面取证和审查的方式应对证据和事实问题；从诉讼目的上看，心证形成的过程还未能最终完成，证据体系也处于一种可变的、动态的过程中。因此，在参照判决标准衡量证据质量的同时，评估已形成的证据体系的定罪可能性，是侦查终结和起诉阶段证据评估的重要任务。因此不少国家在此使用了“很大的定罪可能”、存在起诉的“合理的根据”、“有犯罪嫌疑”等有别

〔11〕 陈光中：“诉讼中的客观真实与法律真实”，《检察日报》2000年7月13日，第4版。

〔12〕 笔者在证据法授课时以半开玩笑的方式称，法官、检察官们想要了解的是何为“案件事实清楚、证据确实充分”，那么法律就告诉你，“案件事实清楚、证据确实充分”，就是“案件事实清楚、证据确实充分”，即在证明目的和证明方法上同义反复。

于判决标准的概念,或者在适用判决证明标准的同时,也适用某种具有阶段性意义的辅助性证明标准。

从案件不同的严重程度以及适用的不同程序看,简易程序与普通程序的证明标准有别,一般刑事案件与死刑案件的证明标准有别,也属合理的制度设置。因为简易程序的程序简化,首先是举证、质证、认证的程序简化,而且简易程序以被告认罪为前提,此时如果仍然要求严格的证明方法并适用很高的证明标准,则与简易化的程序法理不兼容。死刑案件尤其是死刑立即执行的案件,是以剥夺生命权这种极其严厉的惩罚为标的,而案件执行后判决不可逆转,权利不能回复,因此在实际操作中,其证明要求应当最为严格,为此最好能在制度规范上有所反映。^[13]

不能否认,在长期的司法实践中,通过理论解释、实践总结以及某些司法解释的规定,尤其是通过司法经验的积累,司法工作者大体能够适当把握和适用“确实充分”的证明标准,但是也普遍反映该标准比较笼统模糊,可操作性不强,因此希望作进一步的解析与释明。^[14]

二、“排除合理怀疑”的渊源、涵义及适用意义

将“排除合理怀疑”(beyond a reasonable doubt)引入中国刑事诉讼法,并用来解释确实充分的证明标准,这种对国外尤其是英美证据制度与理论的借鉴,表现了中国立法者对域外法知识的一种开放的心态。然而,“排除合理怀疑”并非一个简单的法律术语,它代表一套具有多元性的、内涵丰富的法理念、法制度和法经验。因此,要有效地借鉴、合理地适用“排除合理怀疑”,需要对其渊源、涵义及其在外国法中如何适用,作一探讨。

(一)“排除合理怀疑”的产生背景^[15]

“排除合理怀疑”作为证明标准产生于英国。在英国刑事审判中,最初适用的证明标准,主

[13] 联合国大会1984年5月批准的《关于保护死刑犯权利的保障措施》第4条规定:“只有在对被告的罪行根据明确和令人信服的证据而对事实没有其他解释余地的情况下,才能判处死刑。”此处没有沿用排除合理怀疑的说法,应当说体现了对死刑案件证明标准特别严格的要求。对此,近年来我国刑事司法的规范拟制也有所注意。如“两高三部”制定的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》,对死刑案件适用确实、充分证据标准的解释十分严格(第5条),且要求“根据间接证据定案的,判处死刑应当特别慎重”(第33条第5项)。

[14] 参加最高人民法院2006年重点调研课题《关于我国刑事诉讼证据规则的调研报告》的法官李刚,以该项调研活动为背景作文,指出通过对公检法人员和律师所做的约200份问卷调查,占76%的调查者要求对现行证明标准的规定加以修正。有的法官反映:“现行的有罪判决证明标准操作性不强,在没有其他配套证据规则的情况下,增加了法官把握标准的难度,造成疑难案件处理不是过多的进行调查核实,就是反复向上级院请示的不正常现象。”“现行证明标准的要求过于单一,由于没有操作规则反而变得缺乏确定性,不同案件、不同地区法院法官掌握标准呈现混乱状态。”引自李刚:“关于我国刑事诉讼有罪判决证明标准适用情况的实证研究——兼谈我国有罪判决证明标准的重构设想”,《广西政法管理干部学院学报》2008年第6期。

[15] 对“排除合理怀疑”的渊源,英美学者已经有大量著述,笔者在此无必要也无能力综述,只能选取自己认为最有价值的认识作简略介绍分析,因此难免粗疏甚至挂一漏万。

要是要求对被告人的定罪量刑必须有“明白的根据”。嗣后交替使用过各种不同的用语,旨在表示“信念”的程度。18世纪下半期“排除合理怀疑”被引入刑事诉讼,并逐渐获得推广。^[16]它的产生和适用,与法官对陪审团的指示相关,因为法官需要找到合适的语言,告诉不熟悉法律的平民陪审团,使其能尽量充分地理解一个公正而理性的刑事审判对定罪的证据要求。而逐渐使用“排除合理怀疑”的概念并将其最终作为刑事案件证明标准确定下来,则与当时的哲学思想与宗教思想有关。^[17]

从哲学思想的影响看,“排除合理怀疑”与当时“道德确实性”的哲学理念有十分紧密的联系。而“道德确实性”是在17世纪左右宗教学和认识论中发展起来的概念,并作为证明标准直接导入刑事审判。根据相关研究,在17世纪,知识的确实性分成物理确实性、数学确实性和道德确实性三种类型。所谓知识的确实性,是指没有合理的怀疑原因的清晰性,以及由明确的证据中产生出的普遍认可。物理确实性,是指可以直接感觉到的,最高度的确实性。数学确实性建立在如几何论证那样的逻辑论证基础之上。例如人们不能怀疑整体比部分大,以及 $3+3=6$ 这样的事实。而道德确实性,是指判断者不能直接感觉作为主题的对象,而是从证言等媒介材料中获得的认识,虽然不能说这样的事情必定存在,但是只要没有偏见,就会达成一致的认识。^[18]

经验哲学家洛克,以其著名的《人类理解论》(1689年),对合理性、道德确实性及可能性分级等展开论述,对“排除合理怀疑”证明标准的产生和普遍适用发生了较大影响。他将合理性分为“合”理性(according to reason)、“超”理性(above reason)和“反”理性(contrary to reason)三种命题。需要注意洛克所说的“合理性”。在洛克那里,合理性的命题是一种“真理”,是一种

[16] 美国学者巴巴拉·J·夏皮罗称:18世纪下半期,法官和律师开始关注合理地出现在陪审团心中的“怀疑”问题。然而在大多数判例中,当时仍然强调“相信”的表述。要求陪审团对于证据“完全满意”或“满意”是这一时期案例的共同特征。在1752年的一个判例中,公诉方首次提出了排除合理怀疑的概念。有关研究表明,排除合理怀疑作为证明标准使用,首先是在1770年波斯顿大屠杀的审判之中。而在19世纪到20世纪的转折时期,在爱尔兰叛国罪的审判中已经明显使用了排除合理怀疑的证明标准。同时,这一标准也出现在世纪转折时期的美国的大量审判中。如1789年佛蒙特区巡回法院关于马修·莱昂(Matthew Lyon)诽谤罪一案的审判表明,这个标准正在被适用于这个新国家早期的历史之中。法官告知陪审团:“你们必须排除所有合理的、实质性的怀疑,才能推翻无罪的假定。”引自(美)巴巴拉·J·夏皮罗著:“对英美‘排除合理怀疑’主义之历史透视”,载王敏远主编:《公法》第4卷,熊秋红译,法律出版社2003年版,页60—64。

[17] 巴巴拉·J·夏皮罗称:“16—18世纪的法官面临着—项困难的任务——他们要告诉陪审团作出有罪裁决应遵循的标准。……法官别无选择地借用宗教和哲学中的认识论。假如法官感到他们不得不指令陪审团怎样认识案件事实、认识到何种程度,他们自然会将目光转向关注认知问题或正试图向外行验证其认知主张的同时代的其他人,而陪审员正是从外行中产生。……此时的法官面临着双重的认识论源泉:一方面是英国的宗教传统,特别是旨在寻求在日常生活中作决定的根本方式的决疑传统;另一方面是培根(Bacon)、博伊尔(Boyle)、特别是洛克(Locke)和实证主义哲学家所倡导的科学运动,他们试图依据所收集的证据建立科学的真实。”同上注,页43—44。

[18] (日)中川孝博著:《超越合理性怀疑的证明——刑事审判中证明标准的功能》,日本现代人文社2003年版,页201。也有学者认为,“道德确实性”与基督教神学的信仰确定性有关。参见张斌:“论英美刑事证明标准的神学渊源及启示——以‘怀疑’的道德蕴涵为中心”,《清华法学》2009年第5期。

“正确的或可靠的”判断,是一个可以和“确定性知识”划等号的概念。它们的获得,是“感觉和反省的结果”。感觉即“感官的感知”,反省则是指知觉(perception)、思想(thinking)、怀疑(doubt)、相信(believing)、推论(reasoning)、认识(knowing)、意欲(willing)等心理活动。这也是“感觉观念的再次心理加工”。

洛克认为,未能直接感知而通过媒介获得的、具有道德确实性的认识,属于可能性的范畴。其中,最高层级的可能性,是指没有偏见的任何人都同意的认识,它和绝对确实性非常接近。可以称为“道德确定”(moral certainty)。以下根据可能性的大小,分为确信(confidence)、“相信”(belief)、“推测”(conjecture)、“猜测”(guess)、“怀疑”(doubt)、“犹豫”(wavering)、“不相信”(distrust)、“不可能”(disbelief)等状态。洛克的这种可能性分级思想,如英美学者所评价的那样,已经成为英美刑事审判中证明标准分级体系的基础。^[19]

17、18世纪的宗教思想,对“排除合理怀疑”证明标准的产生和适用也发挥了重要影响。其中,道德神学中“良知”(conscience)的概念提示了刑事证明标准的运用方式。弗兰克林认为,要准确理解“良知”这个概念在审判中的工具意义,需要追溯到1215年第四次拉特兰宗教理事会颁布的教会法。它规定“基督徒每一年至少要忏悔一次”。这就意味着,基督徒在忏悔之前,必须审视自己的灵魂,审视自己有没有道德上的罪孽(世俗的犯罪行为当然包括其中),自己首先充当本人思想和行为的“法官”,在自己内心中那种微小的“良知法庭”(court of conscience)上进行裁判。^[20]经过几个世纪的实践,在18世纪英格兰的道德神学思想中,良知已经成为一种重要的“决疑”(Casuistry)手段。现代伦理学中所讲的“决疑伦理”就是出自这个时期的道德神学。由于上帝赐予人类的良知,在人类得以宣称或者履行反对道德罪孽的正义审判中,它是所有理性动物理解力的构成因素,它的作用是判断人们所为之事和行为的善良与邪恶,以及是否应当“控告或宽恕”,它的职责在于既要给出证言,又要作出判断,前者相当于忠实记录所说所做的公证人,后者相当于一个拥有权力的巡回法官。易言之,当时与基督教神学关联的良知,成为一种智识能力的标志,它的运用,成为一种具有实践操作性的知识。^[21]

此外,有的学者还考证认为,在英美刑事陪审团出现以后,排除“怀疑”的裁判功能,可以称为“道德安全论”。即陪审团成员在古已有之的基督教裁判杀戮报应的神学教义影响之下,基于自身的道德安全考虑,在确定被告是否有罪的问题上谨小慎微,导致大量实质有罪但被判无罪的案件出现。这样“排除”刑事陪审团对于有罪案件的道德“怀疑”,使有罪判决更加容易,确保他们能够对明显有罪的被告定罪,是“排除合理怀疑”规则出现的最初宗旨。^[22]

(二)英美法对“排除合理怀疑”的解释及制度关联

1. 解释

不能否认,“排除合理怀疑”是一项具有多义性,可能见仁见智的证明标准。因此对其理解

[19] 张斌,见前注[18]。

[20] James Franklin, *The Science of Conjecture, Evidence and Probability before Pascal*, The Johns Hopkins University Press, Chap. 4, p. 67.

[21] 张斌,见前注[18]。

[22] 张斌,见前注[18]。

与解释也是多元的。不过,受文化传统、诉讼理念、制度框架等各方面因素的影响,在英美法系刑事诉讼中,对该证明标准的理解和解释也有某些规律可寻,体现出某些可辨识的特征。举要有二:

一是通过“确实性”来解释。在英美刑事诉讼历史中,“确实性”,及“道德确实性”(moral certainty)概念,可以说是与“排除合理怀疑”联系最为紧密的概念。在司法中运用“确实性”或“道德确实性”概念,不仅是指一个人的心证状态,而且是指一种客观的情况,即没有偏见地作出判断的人都可以达成一致的意見,甚至怀有偏见的人也难以有效质疑其确实性。如美国联邦最高法院1990年所作的Cage案件判决:“合理的怀疑不单单是指可能的怀疑,而是现实的充分的怀疑,是合理的人类深刻接受的怀疑。要求的不是绝对的或者是数学的确实性,而是道德确实性。”

1994年Victor案件的判决,美国联邦最高法院肯定“道德确实性”概念以及同“排除合理怀疑”的关系,并对其作了进一步的解释:“‘合理的怀疑’是指合理谨慎的人在面对人生中重大、重要事件的时候,把所提示的事实当作真相,在据此采取行动之前,止步不前、踌躇徘徊的这样的怀疑。你们在没有偏颇地、充分地、公正地考虑了所有证据之后,必须在道德确实性的程度指出被告人有罪。如果在有关事件中有高度可能性的话,你们也可以断定为有罪,但这样的可能性必须是排除了被告人有罪的全部合理怀疑,具有充分并且是高度的可能性。合理的怀疑是指从证据、事实或者从根据证据所提示的事情中产生出来的,或者是从关于事实的某一部分欠缺证据而产生的、现实的并且是充分的怀疑,这区别于仅有某种可能性的、想象的、一时兴起的妄加推测中所产生的认识。”〔23〕除“道德确实性”,美国联邦最高法院还使用“合理的确实性”、“确定”、“肯定”等概念,解释“排除合理怀疑”。〔24〕

二是围绕该证明标准的用语作多侧面的解释。从英美判例中,大致可以总结出对解释排除合理怀疑的以下三种方式:

其一,什么是合理怀疑?通常会要求:不带偏见的人,经过审慎的思考,在一定的根据(证据)基础上所提出的“充分的怀疑”,或“现实的怀疑”。〔25〕

其二,什么不是合理怀疑?如妄加推测的怀疑、过于敏感的怀疑、一时兴起未认真思考的怀疑,乃至有意解脱被告罪责的怀疑等。即欠缺理性、公正与诚实的怀疑,以及面临重大决定时,止步不前、徘徊犹豫、对可靠性没有把握的心理状态。判例还采用了“可以适当的说明证据上某点的怀疑”的说法,从而区别于模糊的怀疑和想象上的怀疑。〔26〕

其三,什么是“排除合理怀疑”?包括强调具有“道德确实性”,以及使用概率论的说法——高度的“现实可能性”、“高度的可能性”(国内常译为高度的“盖然性”)等。将建立审判者对事

〔23〕 Cage案和Victor案判文引自中川孝博,见前注〔18〕,页203—204。

〔24〕 甚至有的建议以这些概念代替排除合理怀疑。如英国司法委员会发布的“指导范本”建议法官:“仅当证据确定(sure)被告有罪时应指示刑事陪审团定罪,除此以外,没有其他什么需要告诉陪审团的”。转引自张斌,见前注〔18〕。

〔25〕 中川孝博,见前注〔18〕,页264—269。

〔26〕 中川教博,见前注〔18〕,页209—211。

实的确信与排除合理结合理解,是英美法系的普遍做法,尤其在英国法庭普遍适用。有一种典型的法官指示陪审团的用语方式:“你们不能定罪,除非你们对被告的罪过已满意到确定的程度,即满意到排除合理怀疑的程度。”〔27〕而相反的情况即未“确定”、未“确信”等,则属“未能排除合理怀疑”。

虽然英美判例对排除合理怀疑的证明标准有大量解释,英美法院通常也认为对陪审团作证明标准的适当指示和解释为必要,〔28〕但也普遍认为这些解释的作用十分有限,甚至“法官自说自话,陪审团自听自判”现象大量存在。美国一些州法院系统为避免错误理解“合理怀疑”所造成的裁判疑难,不主张甚至禁止法官对理解“排除合理怀疑”规则发出任何陪审团指示。〔29〕美国联邦最高法院早在19世纪就已经有过断言,“(法官)解释‘排除合理怀疑’的任何努力,并不会让陪审团成员的头脑更加清醒”。〔30〕著名证据法学家威格莫尔宣称,“对(排除合理怀疑)这种捉摸不定和不可能确定(最终答案)的思想状态,要作出更加详细的解释,是不明智之举”。〔31〕

2. 制度关联

如果说作为证明标准适用的“排除合理怀疑”仍然存在“说不清”的问题,也许这一原则更重要的意义在于它与一系列审判制度的关联,从而保障审判的公正。

首先是对“无罪推定”原则发挥的作用。“排除合理怀疑”证明标准的确立,是使“无罪推定”得以实现的条件。正如有论者称:“正是在这一证明标准正式确立之后,无罪推定才引申出这样一条著名规则:如果对被告人有罪的证明存在合理的怀疑,则应作有利于被告的推定或解释。因此,现代意义上的无罪推定,只有在‘排除合理怀疑’证明标准的配合下,才能展示出完整的内容。”〔32〕由于无罪推定是以控诉方承担证明责任为前提,而排除合理怀疑是卸除证明责任的标志,因此存在合理怀疑就不能定罪。因此,这一证明标准的确立,使无罪推定原则的可适用性提高。

其次是与陪审议决制的关联。“排除合理怀疑”与陪审团审判对有罪裁判的议决制度有紧密的关联。“排除合理怀疑”证明标准,产生于对陪审团的指示要求,已如前述。但在陪审团裁判不需要阐明判决理由,且事实审通常无救济的情况下,陪审团成员心证的正确性,是司法需要关注的问题。为此,实行一致同意制,是“排除合理怀疑”证明标准正确适用

〔27〕 (英)理查德·梅:《刑事证据》,王丽等译,法律出版社2007年版,页79、82。

〔28〕 这种指示和解释通常与控诉方承担证明责任的说明一并进行。在英国 Bentley 案,上诉法院允许对1952年的一个谋杀判决提出上诉,理由之一就是法官没有对举证责任及其标准作出必要的指示。这主要适用于严重犯罪的情形。同上注,页79—80。

〔29〕 参见陈永生:“排除合理怀疑在西方面临的挑战”,《中国法学》2003年第2期。该文对美国各联邦巡回上诉法院及各州法院是否需要解释的分歧态度作了介绍。资料源于:Jessica N. Cohen, “The Reasonable Doubt Jury Instruction: Giving Meaning to a Critical Concept”, *Am. J. Crim. L.* Vol.22, 1995, pp. 682—696。

〔30〕 *Miles v. United States*, 103 U.S. 304, 312, 261, 26 L. Ed. 481(1881)。

〔31〕 J. Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 3d ed. (repr. Holmes Beach: Gaunt, 2003), 4:3542. 转引自张斌,见前注〔18〕。

〔32〕 汤维建、陈开欣:“试论英美证据法上的刑事证明标准”,《政法论坛》1993年第4期。

的重要制度保障。^[33] 因为一致同意,使心证具有了某种外显的、客观的性质。此外,也许也是更重要的原因,全员一致同意也有利于对证据进行充分的讨论,以避免仓促下判。正如日本学者中川孝博所说:“为了保证充分讨论证据,进行充分的评议,全员一致评决制是有必要的。”^[34]

不过,考虑到定罪的必要性及个别陪审员可能被收买等情况,在少数司法管辖区,也实行多数议决制。^[35] 因为,不能达到全员一致与存在着合理的怀疑两者不尽相同。中川孝博总结二者的关系为:“在全员一致规则基础的作用下,在对被告人有罪存在合理怀疑的情况下,陪审团应认定被告人无罪。在关于评决不能达成全员一致的情况下,陪审团不断定被告人无罪,而只是把它交给再次审判去解决。但如陪审员中的少数派给出了合理的怀疑,被告人就应立即得到无罪的评决。”^[36]

(三)“排除合理怀疑”在日、德等国的理解与适用

“排除合理怀疑”本为英美法系较为通行的证明标准,但在两大法系的融合过程中,尤其是在美国法文化的强大影响下,使日本、德国等大陆法系国家也接受其作为证明标准,或者作为证明标准的重要的解释。我国借鉴排除合理怀疑的制度基础与德、日等大陆法系国家较为接近,他们的经验对我们有一定的参考价值。

《日本刑事诉讼法》确认自由心证主义(第 318 条),但就刑事证明标准并无明确法律规定。由于在战后全面继受美国法,因此判例和法理确认排除合理怀疑的证明标准。^[37] 不过其应用有自身的特点:

其一,因为没有明确的法律规定,因此排除合理怀疑被普遍适用的同时,实务中也使用其他表述。如要求法官心证必须达到“任何人对真实性都确信无疑”的程度(最判昭 23·8·5 刑集第 2 卷第 9 号,页 1123),以及“高度的盖然性”等。“高度的盖然性”作为证据标准曾经在刑事司法中经常使用,但现在更多地使用“排除合理怀疑”。学理上一般认为:“‘高度盖然性’标准是双重肯定的评价方法,‘无合理怀疑’证明标准是排除否定的评价方法,二者是同一判断的表里关系。”^[38]

其二,对于“排除合理怀疑”,在法规和案例上缺乏普遍的、一般性的定义,倾向性的意见是

[33] 这里有一个前提:一致同意的陪审员数量不能过少。大多数州都规定 12 名陪审员,美国的要求是陪审团成员数量不得低于 6 名,因为最高法院已裁定,5 名成员的陪审团违宪,因为不会形成有效的小组讨论;会减弱从公平的、有代表性而普遍选择的社会成员中就某一事件得出结论的机会,并且可能会影响事实认定的准确性(Ballew v. Georgia, 435 U. S. 223 (1978))。

[34] 中川孝博,见前注[18],页 138。

[35] 美国最高法院已经判决,州法律定罪时少于全体一致投票的规定是合宪的,但是需要陪审团表决时必须达到至少 10:2 的投票比率,另一判决要求定罪时 9:3 的陪审团投票比率也是合宪的。引自(美)罗纳尔多·V·戴尔卡门:《美国刑事诉讼——法律和实践》,张鸿巍等译,武汉大学出版社 2006 年版,页 60。

[36] 中川孝博,见前注[18],页 251。

[37] 田口守一教授称,从当事人主义诉讼解构的观点来看,“排除合理怀疑”的证明标准是正确的。中川孝博,见前注[18],页 223。

[38] 中川孝博,见前注[18],页 223。

就某个怀疑是否为合理怀疑,“要根据各个案件个别的、实际的情况来判断。”〔39〕因此,重点不是如何定义,关注点是其在具体情境下的适用。

其三,适用“排除合理怀疑”的证据标准,有一种发展倾向,即“由采用主观的、直感的证据评价方法,到采用客观的、分析的证据评价方法”。〔40〕避免将“排除合理怀疑”仅作为一种指导性理念,而注意尽量地使其客观化、可视化。为此,强调刑事裁判展开法官心证过程,即对认定的事实,尤其是有争议的事实,作出必要的证据论证。“为了不让法官在自由心证主义的名义下,主观地、直觉地黑箱操作事实认定的过程,我们必须客观地进行事实认定,即使是有罪判决也必须向人们展示出判断为有罪的证据及判断过程。”〔41〕为此,主导的意见要求具体案件中的“合理怀疑”应当是由具体的证据所支持的、可以说明理由的。这一要求有别于英美,而与日本刑事司法中法官应展开心证形成过程的要求相关。

作为大陆法系的典型国家德国,其刑事诉讼证明标准更为强调法官的“确信”,要求“法院根据其在整个审理中建立起来的、自由的内心确信,判断证据调查结果”(《德国刑事诉讼法》第261条)。在实务中,要求审理事实的法院对犯罪事实的调查结果应含有高度的客观的可能性,以及法官本身主观的确信。同时要求在有罪判决的相关问题上能够“排除合理怀疑”,否则不得为有罪判决。德国联邦最高法院较新的判例强调,在形成确信时,应尽可能地着重于客观的事实,以使得能对此确信具有可考核、可监视的功能。法官不应自始即过于主观地形成确信,以至自陷于主观的巢臼。〔42〕为防止主观擅断,要求法官形成判决的过程也能被其他法官理解。为此,德国明确规定判决理由的载明制度(《德国刑事诉讼法》第267条),要求对有罪认定和无罪认定、法律适用与事实认定均说明理由,从而为心证的检验提供了条件。可见,德国法中的“排除合理怀疑”,是与客观上具有“高度盖然性”和主观上建立内心确信相配合的证据标准表达方式,强调其可检验并加强判决理由包括心证说明制度是应用这一标准的重要特征。

通过上述对“排除合理怀疑”的渊源与域外经验的分析,对于本文主题即在中国法中适用该规则,可以获得一定的启示:对“排除合理怀疑”解释与适用,需考虑如何能够为审判者准确而有效地理解和把握,可以借鉴国外的解释方式,同时有必要注意本国法的制度背景;“排除合理怀疑”是一种法的理念与标准,也是一种审判的方法,为使其成为具有实效性的法律制度,需要注意一定的保障条件包括相关制度的关联和支持。

三、“排除合理怀疑”的定位及其与“证据确实充分”的关系

从法解释的角度看,新刑事诉讼法中的证明标准,仍然是“案件事实清楚,证据确实充分”。而新法第53条中规定的“排除合理怀疑”,只是证据确实充分的判断依据,亦即对证据确实充

〔39〕 中川孝博,见前注〔18〕,页19。

〔40〕 中川孝博,见前注〔18〕,页12。

〔41〕 (日)白取佑司:“自由心证主义的反省—试论正确的事实认定”,载光藤景皎编:《事实误认与救济》,成文堂1997年版,页21。

〔42〕 (德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,页118。

分的一种解释。因此,中国法中“排除合理怀疑”作为证据判断规则的定位,与英美法和日本法以其为证明标准的主要表达方式存在区别。这种新的定位,在学理和实务方面,需要探讨以下几个问题:

(一)证据标准引入“排除合理怀疑”的意义和作用

任何一种为无法量化的思维活动设定标准的行为,其作用注定是十分有限的,证据标准设定亦同。证据学并非实验科学和精密科学,证据判断是根据各种客观物质痕迹和主观印象痕迹来回溯历史事实,是以判断者的生活经验包括司法经验为基础,以“内省”、“想象”、“常识运用”、“移情”、“前例和惯例运用”、“尊奉权威”、“直觉”、“归纳”等波斯纳法官所谓的“实践理性”为方法所作的认识活动。^[43] 其中的事实判断到何种程度即认为足以成立,其标准设定只能具有相对的性质。因此,即使在证明活动中引入“排除合理怀疑”的概念、标准和方法,其运用必然具有相对性,其作用无疑也是很有限的。

不过,承认作用有限并不是否认立法和司法引入的积极作用。虽然不能成为严格意义上的、可精密化的“标准”,但可以引导证据思维,也可以提供一种认识的方法。具体而言,引入“排除合理怀疑”解释证据标准有两点意义:一是提供一种多元的视角,即从注意外部印证性的同时,也注意内部的所谓“内省性”,审视证据或证据体系给判断者本人留下了何种印象,这种印象的性质是什么,因此可能更有利于把握证据和证据体系意义;二是提供一种思维方法,从而弥补“证据确实充分”难以作为证明方法,因此可操作性不足的问题。应当看到,虽然我们强调证据及证据判断的客观性,但对证据和事实的认识,毕竟是一种主观思维过程,无论是设定“证据确实充分”,还是设定“排除合理怀疑”、“建立内心确信”,或“确凿无疑”等标准,都是一种对案件事实的主观认识所作的衡量和评价,实际上在本质上都摆脱不了主观性。这与实验科学通过仪器显示可重复、可检验的事实有本质区别。“证据确实充分”作为证明标准,虽然十分正确,甚至无懈可击,但如前所述,并没有提供一种思维方法与路径;而“排除合理怀疑”,不仅从主观方面设定了一种标准,而且提供了一种方法,即疑点的发现、验证和排除的方法。因此,以“排除合理怀疑”来补充与解释“证据确实充分”,不仅显示出立法者的开放心态,而且具有技术上的合理性。^[44]

(二)“排除合理怀疑”的适用对象

即用其判断证据,是仅仅判断证据的充分性,还是包括证据的确实性以及其他要素;是仅为证据综合判断,还是也包括证据的个别判断。

新《刑事诉讼法》第53条第2款第3项,要求“综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀

[43] 波斯纳认为“实践理性”方法是与精密研究方法相对立的,它是一个包括轶事、内省、想象、常识等的“杂货袋”。“通过这些方法,不轻信的人们对不能为逻辑或精密观察所证明的事物可以形成种种确信。”参见(美)波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,页71-74。

[44] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编写的《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》一书称:“这里使用‘排除合理怀疑’这一提法,并不是修改了我国刑事诉讼的证明标准,而是从主观方面的角度进一步明确了‘证据确实、充分’的含义,便于办案人员把握。”全国人大常委会法制工作委员会编:《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定〉条文说明、立法解释及相关规定》,北京大学出版社2012年版,页53。

疑”。在法解释学的意义上,法律规定所要求的,是以“排除合理怀疑”为标准,利用“全案证据”,对案件基本事实(犯罪构成要件事实和量刑事实)进行综合性判断。这种判断无疑包括认定事实所依靠的证据的充分性——已有证据是否足以认定事实,也应包括所认定事实的客观性即确实性。因为从法律规范看,“排除合理怀疑”是对“证据确实充分”的解释,不仅是对证据充分性的衡量;从法理上分析,证据充分性与确实性不能分离,证据充分必须建立在证据的客观可靠性基础上,否则充分性就可能成为“虚假的充分性”,失去了证据法上的意义。从排除合理怀疑的本源上看,无论是在该证明标准的生成国,还是使用这一标准的其他国家,该标准均适用于确实性与充分性两方面的证据评判要求。而与该标准紧密联系甚至作为其内在要求的盖然性评价,正是对证据和事实客观性的评价。

此外,虽然从文义上看,证据合法性要求不在新《刑事诉讼法》第53条第2款第3项的“排除合理怀疑”的适用范围内,但并不排除在合法性判断上适用“排除合理怀疑”的标准与方法。我甚至认为,它在排除程序中较之证明程序中更为适用。一是因为排除程序本身的性质更适合“排疑性”消极标准,而证明程序最终需要建构标准(建立“确信”或认定“证据确实充分”);二是因为在一般情况下,由于侦查程序的封闭性和单面性,证明证据非法很难达到证据确实充分的程度,而只要能够产生合法性的合理怀疑,相关证据就应当排除。“排疑”标准更具有可操作性。新《刑事诉讼法》第58条规定:“对于经过法庭审理,确认或者不能排除存在本法第54条规定的以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除。”这里所谓“不能排除”,是指不能排除审判人员对证据合法性的疑问,这种疑问当然只能是“合理怀疑”,而非无端质疑、吹毛求疵。^[45]可见,“排除合理怀疑”完全适用于证据合法性的分析判断。

考察“排除合理怀疑”在我国刑事诉讼法中的语境,可以认定这一要求是对定罪证明标准的解释,是以对“全案证据”判断为前提,因此,它是对案件基本事实(犯罪构成要件事实及量刑事实)的综合判断;从阶段上看,它是对案件事实的最后判断。然而,在此前阶段,在对个别证据的确实性进行判断,或对局部事实能否认定进行判断时,亦可参照适用“排除合理怀疑”的标准。因为“排除合理怀疑”,不仅是证明标准,也是证明方法;而且,从个别与体系、局部与整体的关系看,如果没有个别证据或局部事实“排除合理怀疑”,对全案证据、事实“排除合理怀疑”就丧失了基础。当然,个别或局部判断的判断前提和要求,以及使用的方法,与最后判断有所不同。对个别证据可靠性作合理怀疑排除判断,既依靠由单一证据的感知和分析形成的经验判断,也依靠证据间的相互印证。而对全案证据的判断,则是在完成个别判断的基础上,综合全案证据寻求经验感知与逻辑分析并得出结论。

(三)排除合理怀疑与证据确实充分作为证明方法的关系

排除合理怀疑对证据确实充分有一种解释性、补充性功能,由证据分析的方向和角度看,

[45] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编写的《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》一书称:“不能排除存在第54条规定的非法取证情形的,即检察机关对证据收集的合法性的证明没有达到确实、充分的程度,审判人员对是否存在第54条规定的以非法方法收集证据情形仍有疑问的情况。人民法院对有关证据也应当予以排除,不得作为判决的依据。”全国人大常委会法制工作委员会编,见前注[44],页66。

二者的关系主要体现在以下两个方面：

其一，在认识方向上，证据确实充分着眼于建构，主要体现为一个积极和肯定的标准，该标准适用于采用证据证明待证事实的情况，是对积极的证明活动进行的评价；排除合理怀疑则着眼于解构，主要体现为一个消极和否定的标准，即在证明过程中寻求其薄弱环节，进行疑点发现及其消除性检验。后者虽然也服务于证据事实的建构，即某一特定叙事的确认，但其路径和方法主要是消极排除，而非积极建构。建构设定与解构排除，本为事实认定的两个方面——排除合理怀疑即能建立事实确信，反之亦然。因此，任何理性的证明标准，必然包含这两个方面的内容。不过，因为不同的制度背景、哲思基础、证据思维习惯以及其他一些原因，设置法律标准的重点或落脚点可能有所区别。

其二，在认识角度上，证据确实充分的证明要求，着眼于外部的证据体系，具有强调客观印证的语词倾向，而排除合理怀疑虽然也摒弃主观擅断，但其着眼于认识过程，带有主观心证的语词倾向。^[46] 确实充分的判断虽然如前所述在本质上摆脱不了主观性，但作为证明标准，就其语义及长期以来的应用实践看，是以客观性与印证性为其基本特征。而排除合理怀疑，为了不流于主观擅断，同样以客观的外部证据为依据，也不否认证据印证对于建立心证并排除合理怀疑的必要性与重要性，但其落脚点是判断者的心证过程。因为“怀疑”是指一种认识不确定的主观状态，而排除这种怀疑，作为心证，即内心求证的一种方式，无疑也是一种主观思维过程。

上述分析也可以说明，排除合理怀疑作为不同的证据思维方法及衡量事实判断确实性的不同标准，对理解和运用确实充分的证据标准具有辅助、补充的作用。而在证据实践过程中，两种标准的交叉运用，可使二者形成相辅相成的互补关系。这有助于我们从不同角度、以不同方式分析、检验证据事实，从而提高事实认定的准确性。^[47]

（四）排除合理怀疑与证据确实充分作为证明标准的高低区别

分析二者关系，我们还需明确一个问题：证据确实充分与排除合理怀疑虽然作为证明方法具有不同向度，但作为证明标准，在证明程度要求上是否同一，二者是否可以相互替代？对此，目前尚有不同看法，一种观点认为二者同一，只是表述方式不同，思考证据充分性的角度不同；另一种观点认为二者在证明程度的要求上既有同一性，又有差异性，不能相互取代。虽然前一种观点似乎占主导地位，^[48]但笔者主张后一种观点。笔者认为：证据确实充分是排除合理怀

[46] 对英美刑事诉讼法与证据法颇有研究的杨宇冠教授在其合作论文中称：“尽管排除合理怀疑要求怀疑应当合理、有据，但不可否认的是，它仍是一种主观性比较强的证明标准。何为合理怀疑，是否排除了合理怀疑等问题在很大程度上依赖于裁判者的主观判断。”引自杨宇冠、孙军：“排除合理怀疑”与我国刑事诉讼证明标准的完善”，《证据科学》2011年第6期。

[47] 笔者上述观点应当说是对立法意图的一种肯定。全国人大法工委刑法室主任王尚新先生称：“我国事实清楚、证据确实充分的规定最为严格，应当予以保留，大可不必妄自菲薄。只是这一规定过于原则，执行中难以把握，可以考虑引进英美法系的排除合理怀疑，与原规定共同形成对法官甚至控方的要求，这样可以使司法者从案件的正反两方面来考虑问题，相互印证，也可增强证明标准在执行中的可把握性。”引自王尚新：“刑事证据立法研究手记”，载何家弘主编：《证据学论坛》2002年第4卷，页315。

[48] 人大法工委以及学界参与立法者在著述与讲座中，大多认为这两种标准只是认识角度与可操作性上的区别，并无证明程度上的不同。王尚新，同上注。

疑的充分条件;排除合理怀疑是证据确实充分的必要条件。也就是说,证据确实充分必然意味着排除合理怀疑,如果存在合理怀疑,就不能确认证据确实充分;另一方面,排除合理怀疑,却并不必然就意味着证据确实、充分。或者说,在多数情况下,排除合理怀疑即可确认证据确实充分,但在某些情况下,单纯地排除合理怀疑并不意味着证据确实、充分。下面举一案例予以说明:

某市有一起故意伤害案。该案中,被告人系男性成年人,被害人是一女中学生,双方是邻居关系,但两家长期不合。起诉指控:一天,在被害人厨房中,被告人用厨房中的菜刀砍伤了被害人左手小臂下侧面,伤口深达约一厘米,根据司法鉴定,构成轻伤。本案有两个基本证据:一是被害人陈述,称自己被对方用菜刀砍伤。另一证据是被告人供述——完全否认砍伤这名女孩。这间厨房当时没有任何其他人进入,因此完全可以排除第三者伤害可能。一审判决被告人伤害罪成立,理由是被害人不可能自伤,即能够排除自伤的合理怀疑,而剩下的只有一种可能,就是被告人伤害。但二审判决被告无罪,理由是被告的伤害行为缺乏证据印证,因此不能达到证据确实、充分的程度。

此案中,一审判决采用排除合理怀疑的证据,认为当时情况下女孩自伤而且伤口达到如此深的程度的事实设定不具合理性,而被告人因邻里纠纷形成宿怨而可能产生作案动机,伤害后果可以合理判定是被告人造成。而二审判决采用印证标准,回避自伤的可能性分析,认为证明被告人伤害的证据不足,即除了被害人陈述外,缺乏其他证据印证。由于证据印证才能证成案件事实清楚与证据确实充分,因此宣判无罪且经被害人亲属反复申诉仍未改判决。

为进一步说明笔者所持上述非主流观点,再举一典型案例:

某公司报请某政府机关领导审批一项业务,符合条件而迟迟不批。该公司打听到该领导办事需好处(系传闻),即经过公司领导研究决定送几万元(有印证),款项由财务人员提出并陪同公司负责人到领导家门(有印证),公司负责人携款进入不久出来,告知陪同人员事已办妥(领导后来不承认,因此关键情节无印证)。不久,该项目顺利获批(间接印证)。

不给钱不办事,一给钱就办事,给钱过程在门槛外都有印证,但进门送钱的关键情节没有印证,能不能定受贿?这个案例是多年前原最高检公诉厅厅长姜伟告诉我的,他认为是可以认定的。但我在法官培训班用这个案例问法官,普遍反映不敢定案,可以说这种意见分歧就是适用不同标准的结果。姜厅长适用的排除合理怀疑标准(通常这个标准适用时应当有直接审理原则支持,以此判断被告和证人的供、证真伪从而确立心证),而法官们采用的是证据确实充分的印证标准,关键事实印证不足,因此不符合证据确实充分的一般标准。^[49]

上述典型案例似可说明,证据确实充分与排除合理怀疑的证明标准有一定的区别,可以说前者意味着一种更高、更严格的证明标准。这种差别是因为排除合理怀疑作为一种心证标准,只要判断者能够通过证据信息排除内心疑虑,建立事实确认即符合标准要求。而达致此标准,

[49] 这个案例后曾用在张军、姜伟、田文昌的“刑事诉讼控辩审三人谈”中,姜伟与张军、田文昌亦产生了分歧。参见张军、姜伟、田文昌:《刑事诉讼控辩审三人谈》,法律出版社2001年版,页104—107。

既可以是充分证据印证而得出结论,也可以是因单一证据(应为直接证据)优质,^[50]具有足以说服判断者的能力而得出结论。而后一种情况,并不符合“证据确实充分”标准的要求。因为证据确实充分不仅要求具有内部性的排除合理怀疑,^[51]而且还要求具有外部性的证据相互印证。因此,在依靠相互印证的证据建立心证排除合理怀疑的情况下,两种标准的证明程度是相同的;但在依靠单一或缺乏足够印证的证据而排除合理怀疑建立心证的情况下,排除合理怀疑的标准低于证据确实充分的标准。

对上述证明标准的差异性分析,论者可能仍会有异议,但在司法实践中不难找到对这种差异的实证性支持。我们在实践中经常听到检察官和法官这样一个说法:“我相信(或‘不怀疑’)这个案子是他做的,但凭现有证据我是不敢定他的。”前一句讲的内心确信或排除合理怀疑,而后一句涉及证据印证及确实充分标准。可见,两种标准无论在理论还是在实践中,既有同一性,也有一定区别。

四、“排除合理怀疑”在中国刑事诉讼中的解释与适用

作为操作性证据法则,在进行了定位与关系分析以后,需要探讨其在新法实施后的实践问题。笔者认为,有以下几点值得注意:

(一)强化疑点审查的“消极思维”,提高案件事实审查判断质量

虽然当今大陆法与英美法的证明标准已趋于一致,但总的看来,法、德等典型大陆法国家的证明是以“确信”为中心概念,而英美法以“排疑”为中心概念,由此似可将前者概括为“在建构过程中解构(排疑)”;后者则可概括为“在解构过程中建构”。二者的相同之处在于“以解构保障和促进建构”。这是否与大陆法的正当程序诉讼模式与英美比较更偏重于打击犯罪有实质性关联,不易轻易判断,而需进一步研究。但从我国的情况看,我们长期实行确实充分的证据标准,强调其“建构性”,实际上更为接近大陆法以“确信”为中心的标准。^[52] 由于强调其“建构性”及“可信性”,有时可能忽略对证据与事实的质疑。由于中国刑事司法实行“公、检、法分工负责,互相配合、互相制约”的具有线形结构和某种程度一体化特征的体制,以及受此影响实际形成的侦查中心和检察强势,加之长期存在的重打击、轻保护的刑事司法思想,对通过侦查已经形成的证据体系,检察和审判常常是持“善意的理解”,信任多而质疑少。这种建立在对侦查信任基础上的司法体制与证据制度方面重建构轻解构、重确信轻质疑的倾向相配合,导致了部分冤错案件的产生。这

[50] 如关键证人证言,证人经历、身份、品性所影响的证人的可信性,证言内容符合情理与逻辑,证人作证包括应对质证时由情态以及答疑显示出的证言可靠性等,决定了该证言的优质。

[51] 事实认定的确实性,必然包含排除疑虑,即排除合理怀疑的要求。

[52] 我们虽然区别于法、德等国而不用“确信”、“内心确信”等具有主观色彩的概念而十分强调判断的客观性,但是判断毕竟只是一种对客观事物的认识。正如学者 G·徐康杜尼批判德国联邦最高法院 1927 年的一个判例时所言:“法官不是因为知道、了解,而是根据‘确信’来形成判决的。不存在绝对确实的了解。但是,绝对确实的确信是存在的。”(转引自中川孝博,见前注[18],页 168)。因此,中国法官判决的事实认定也是建立在其“确信”之上。在这个意义上,证据确实充分与“确信”并无本质区别。

种证据思维倾向的一个突出表现,是对非法证据排除的裁判分析,往往趋于简略武断,简单采纳控方的说明而对辩方提出的足以形成取证合法性合理怀疑的证据视而不见,更缺乏细致合理的证据分析。^[53]而对错案防治,我们过去往往是从取证方法上找原因、析教训,因此加强了防止刑讯逼供的措施。但还需要注意改善证据思维,即重视质疑和解构对于保障案件质量的意义。

刑事诉讼法再修改采取了重视案件质量、加强人权保障的一系列举措,包括完善证据制度。而引进“排除合理怀疑”的标准与方法,其意义不仅表现于加强“证据确实充分”标准的可操作性,还应当认识到,它有利于调整我们的证据思维,即注重确信和建构的同时,重视合理的解构与质疑,其目的是为了进一步防止冤错。中川孝博分析日本刑事司法实务时指出,“排除合理怀疑的证明的用途,被发挥得最为淋漓尽致的是在撤销原判的案例中”。德国刑事诉讼中也有类似情况,因此体现出该证据标准的人权保障功能。^[54]在“打击犯罪与保障人权并重”的政策思想指导之下,也借用我们常用的“并重”语式,似可提出:以排除合理怀疑解释证据确实充分,意味着“建构”与“解构”并重,即“建立确信”与“排除怀疑”并重,通过多元和多向度思维提高事实认定的质量。同时,要充分重视排除非法证据程序中对合理怀疑的设定、检验、分析和排除,从而促使排除规则从纸面的规定变为现实,彰显证据规则的人权保障功能。

(二)既为证明标准,也作证明方法

在中国刑事诉讼法中,排除合理怀疑是衡量证据确实充分的标准,在综合全案证据进行事实判断时应当参照。同时,排除合理怀疑的过程也是心证形成的过程,因此它也是一种证明方法,即心证的方法。^[55]在证据操作中,体现为疑点排除法或矛盾排除法。有矛盾就有可疑之处,矛盾解决的过程就是合理怀疑消除的过程,也是心证形成的过程。^[56]疑点排除方法的要点,一是发现疑点,即对证据和事实作合理怀疑检验,注意发现矛盾与可疑之处;二是进行疑点验证,即用经验和逻辑法则验证怀疑是否合理。如果存在矛盾,属何种性质,是根本性矛盾冲突还是非根本性的,能否合理解释,是否可能解决;三是进行疑点排除。通过证据综合分析,以及进一步搜集运用证据,看疑点和矛盾能否消除,最终确定事实可否认定。

[53] 如“浙江宁波张国锡受贿案”二审判决、东北“刘涌案”再审判决、“谢亚龙案”一审判决,以及其他一些重大涉黑案件、职务犯罪案件的裁判,其判决理由对证据合法性的分析,实难消除经辩方举证包括被告人细致具体的过程描述而使人产生的对取证合法性的“合理怀疑”。

[54] 中川孝博,见前注〔18〕,页99、186。

[55] 心证方法可以看作证据学的基本方法之一。该方法的特点和要点,一是证明渠道的由外到内;二是证明方式的自省性;三是心证过程达到的目的状态是事实判断者的“自认为真”,或“视其为真”;四是作为证明过程的前提与条件的“普遍理性人”假设。参见龙宗智:“‘大证据学’的建构及其学理”,《法学研究》2006年第5期。

[56] 笔者曾在“证据矛盾及矛盾分析方法”一文中,指出“证据出现矛盾或者过于一致没有矛盾都有助于我们发现疑点避免错案,而解决矛盾的过程就是证明的过程。”该文对矛盾分析法及其运用作了具体阐述。参见龙宗智:“试论证据矛盾及矛盾分析方法”,《中国法学》2007年第4期。

(三)“排除合理怀疑”作为定罪证据标准的解释方式,不同类型的案件都可以适用,在诉讼不同环节均可参照,但根据不同情况,对证明标准的把握可以有所区别

简易程序以被告人认罪、案件主要犯罪事实无争议为前提,程序简化主要是证明程序的简化,因此不必适用普通刑事案件的证明标准。根据以上关于“证据确实充分”与“排除合理怀疑”在证明程度上有区别的论述,对简易程序案件,只需适用“排除合理怀疑”的证据标准,而不适用“证据确实充分”的要求。亦即对案件事实的证据即使没有充分印证,但是已有证据能够在事实认定上“排除合理怀疑”,即达到证据标准。对死刑案件,虽然也适用“证据确实充分”标准及“排除合理怀疑”要求,但在实际把握上应当最为严格。如果以“高度盖然性”衡量,这类案件的“盖然性”把握应当达到人的认识所及的最高程度。如以实践语言表述,在基本案件事实尤其是主体和客观要件事实的把握上,应达到“百分之百”的确信程度。

同理,在办案程序的侦查终结、起诉和审判的不同环节,虽然均可适用前述法定证据标准,以保证诉讼程序的统一性,保障案件质量,但因不同诉讼阶段的证据条件与诉讼功能不相同,实际把握上也应有所区别。侦查具有封闭性、单面性特点,其案件事实的确定性相对较低;公诉有客观审查责任,但未经质证程序,事实认定的确定性、稳定性要求应高于侦查终结,但低于审判;审判环节是应用证据标准检验的最后环节,事实认定直接导致法律适用及实体处理,因此,对事实认定的准确性、确定性要求最高,标准把握应当最为严格慎重。

(四)在运用中应紧扣经验法则,并和“疑点排除”的中国经验结合运用

对“排除合理怀疑”标准与方法的运用,虽然可能有前述诸项要求,但因其本质是经验判断,其判断基础是经验法则,因此,在实践中,最便利有效的方法,是诉诸经验与常识,即依靠“常识、常理、常情”。因此,即使是一个普通人,但只要具备正常的思维能力,具有必要的生活经验,依其“三常”而产生的证据判断,就可能是合理的判断,包括合理怀疑。这是删繁就简的合理怀疑原则的应用方法。

“合理怀疑”及其排除作为法律概念与规则,虽有域外体系化的法理念、法规则和法经验作为背景,但也不必人为地将其理解和运用复杂化,而应当与我们的长期的司法经验相衔接。我们的司法经验,就是前面已经提到的疑点分析法和矛盾分析法。过去我们在分析案件证据时,经常说这个案件在某一处有疑点,甚至在整体上有疑点。有时说案件中有矛盾,实际上就是指存在合理怀疑。例如,伤害案中打击工具与致伤情况不吻合,就形成作案工具上的疑点,即对作案工具的合理怀疑乃至对基本事实是否清楚的合理怀疑。又如,被告人能够具体说明非法审讯的时间、主体、过程、方法甚至某些细节,而公诉机关不能提供必要证据证明没有这些情况,就在审讯方法上产生疑点,即产生对审讯合法性的合理怀疑。

“排除合理怀疑”的法律确认,要求我们审视疑点与矛盾认识的合理性,要求我们证明力思维和案件事实认定的进一步精细化。然而,事实认定中最基本的判断,仍然是基于“常识、常理、常情”的经验判断。将“排除合理怀疑”建立在我们司法经验中的疑点分析的基础上,将其与疑点与矛盾分析方法相结合,应为消除该法律新规定在理解与适用上的障碍、保障证据裁判质量的有效方法。

(五)可作适当的语词性解释

对“排除合理怀疑”是否需要,以及能否作出进一步解释,尚有不同意见。^[57] 笔者倾向认为,对“排除合理怀疑”的涵义作进一步的解释,无论以司法解释的形式,还是在学术研究和教学中进行,均有一定的必要性。除了因为法律概念本身具有“多义性、不确定性和变迁性”特征,因此需要“通过定义达致精确”以外,^[58]还由于我国缺乏诉讼合理主义的法文化传统,对何为“合理怀疑”以及其他的法律合理性问题,公安司法人员和律师普遍训练不足。而“合理的人”及各种具有法律意义行为的合理性要求,正是西方行为责任法法理设定的前提和基本要求。^[59] 因此,对西方国家的法律人,法律合理性问题上的训练较为充分,而在我国,这方面的法学教养则相对不足。因此,需要对“合理怀疑”及其排除作出一定解释。在今年3月,我国刑事诉讼法修正案通过后,司法实务部门学习新刑诉法的过程中,有一个问题不断被提出:什么是“合理怀疑”,如何排除“合理怀疑”? 司法解释应当因应这种要求。应当承认,“合理怀疑”的产生及其排除,本质上是经验法则的运用问题,司法解释和学理解释的作用十分有限。但是,以适当方式作出进一步的说明,可能发生一种思维引导作用,有助于司法实践中更快也更适当地把握和运用。

在解释方面,可以借鉴国外对该证明标准长期运用实践所形成的解释方式。笔者认为,可重点解释什么是“合理怀疑”。参照国外的经验,有几点可以注意:其一,“合理怀疑”是在对全案证据慎重细致的分析推理的基础上产生的。要求慎重细致的分析推理,是为防止轻率、不负责任的质疑。需要说明,如对个别证据,凭经验直感也可产生合理怀疑,^[60]但就案件基本事实的认定,对全案证据的综合判断,就不能只是求诸于“感觉”,而应当有分析推理等较为复杂的思维活动。其二,“合理怀疑”应当有具体的证据事实作为依据,从而使“怀疑”有根据,合逻辑,能验证,以保障其合理性。其三,“合理怀疑”需符合经验与逻辑。这是实质性的,也是最基本的要求。尤其是经验法则,经验法则是合理怀疑证明标准与证明方法运用的基础。此外,能够有效推导以及逻辑一致性等逻辑法则的

[57] 如易延友认为,“排除合理怀疑本身就是一个相当直白的表述,对此进行任何过多的解释都有可能弄巧成拙,反而使相当明了的事情变得复杂化、模糊化。”引自易延友著:《证据法的体系与精神》,北京大学出版社2010年版,页31。2012年9月北京召开的最高人民法院关于新刑事诉讼法司法解释的研讨会上,有的教授认为,“排除合理怀疑”本身就是对“证据确实充分”的解释,再对其进行解释,必要性不大。而且,国外学者也常认为这是一个解释不清楚的标准,不妨不再解释,让司法工作者根据语义在实践中把握。但部分学者认为应该解释。有学者称:“我国未实行陪审团制度,所以不存在向陪审团解释问题。但是我国各级和各地的法官对于‘排除合理怀疑’的涵义的理解可能并不一致,这也可能导致裁判标准的不统一。为了解决这个问题,应当由最高人民法院对‘排除合理怀疑’的具体含义进行解释,以便于法官准确适用。同时控诉方和辩护方也应当准确理解‘排除合理怀疑’的涵义,以便刑事诉讼的顺利进行。”引自杨宇冠、孙军,见前注[46],页656。

[58] (德)魏德士:《法理学》,吴越、西晓春译,法律出版社2005年版,页89。

[59] 参见(美)迈克尔·D. 贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,第一章“导论”中“理性人”一节,中国大百科全书出版社1996年版,页4-12。

[60] 波斯纳,见前注[43],页92。

要求,也是应当遵循的。其四,“合理怀疑”的效力,应当是足以动摇事实认定。在综合全案证据进行判断时,有矛盾和疑点是很正常的现象,而案件信息过于同一,甚至不能发现矛盾和疑点,也许恰好是案件虚假的表征。^[61]有矛盾和疑点也能定案,是因为这些矛盾和疑点不能动摇基本事实的确认。只有能够动摇基本事实认定的怀疑,才属于定案证明标准中的“合理怀疑”。综上所述,司法解释似可规定:《刑事诉讼法》第53条第2款第3项规定的“合理怀疑”是在对全案证据慎重细致的分析推理的基础上产生的,有具体的事实根据,符合经验与逻辑,足以动摇事实确认的怀疑。

在解释“合理怀疑”的基础上,还可以进一步就“排除合理怀疑”进行说明和界定:一是规定,即排除合理怀疑所认定的事实,应当经得起客观验证,以此防止排除合理怀疑标准运用的主观化,保证其客观性基础;二是规定能够在裁判文书中有效论证,即要求展开心证形成的过程,以此加强事实认定的说理性,保证证据裁判的质量。^[62]

(六)以判例解释证明标准并推动其贯彻

概念定义和解析可能引导思维的方向,但以“自由心证”为特征的事实判断,主要取决于经验法则与实践理性的运用。因此,语词解释的作用是有限的,而证明标准方面的司法判例,作为经验法则和实践理性运用的具体范例,将更有助证明标准的把握,也更有助于合理心证的训练。英美法国家证据法判例对司法实践的规制作用毋庸赘述,即使在大陆法系的德、日等国,判例在证明标准适用中所起的指导作用也被普遍认可。可以说,证明标准的贯彻与证明方法的运用,在国外主要是通过判例而非语词解释发挥指导作用的。我国司法实践中,长期以来认为证据确实充分的认定属于经验判断,难以言说、解释和规范,因此趋于作较为模糊的处理。法院试行案例指导制度,所发布的判例少有证据法判例,更难见到证明力判断及证据综合判断的判例。而要增强“排除合理怀疑”的可操作性和实效性,有必要加强案例指导,即以上级法院的判例来解释和贯彻这项规则。排除合理怀疑证据解释要求的法律确认,体现了立法使证明过程精细化的趋向,司法应当适应这种精细化要求。尤其是最高人民法院,应当通过发布相关判例,发挥指导作用。学者也应当推动这项工作。

(七)能够通过程序和证据法制度避免证明标准的“虚拟”性,保障其成为有效的法规则

从域外经验看,排除合理怀疑作为证明标准最突出的问题是难以有效把握,作为理念的“虚拟性”较强而作为规则的实效性不足。因此,除了进行必要的解释,将其与有关的程序制度和证据法制度相关联,使其能够保障和促进证明标准在实践中的有效贯彻。

[61] 笔者在“证据矛盾与矛盾分析方法”一文中具体分析了这种没有矛盾的情况及其证伪意义。龙宗智,见前注[56]。

[62] 全国人大常委会法制工作委员会刑教室编写的《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》一书称:“‘排除合理怀疑’是指对于认定的事实,已没有符合常理的、有根据的怀疑,实际上达到确信的程。”(全国人大常委会法制工作委员会编,见前注[44],页53)这一解释简略且颇得要领。

一是要求法律文书展开心证形成过程。我国刑事审判是专业法官审判,因此不适用陪审团审判仅给出结论而无需论证的裁判方法,而应要求裁判者能够对心证形成包括合理怀疑及其排除提供根据,说明理由,展开心证形成过程。裁判文书对证据问题应当有具体的分析。这虽然是最高人民法院对裁判文书制作的基本要求,但在实践中,裁判文书说理在法律适用上相对充分,而在事实认定上则有时显得分析论证不够。由于心证形成有一定的主观性,有的法官担心容易受到质疑,加之有的法官证据分析能力较为欠缺,因此对心证形成过程的分析容易趋于简略。甚至有的争议案件,法官并未仔细分析证据事实上的分歧,而是采取若干证据,然后断然认定证据确实充分。实践中,判决书对心证形成、疑点排除等问题从人情事理、证据法学理乃至认识论原理上进行深入分析的文书并不多见。^[63]新刑事诉讼法将“合理怀疑”的发现和排除作为证据判断的标准和方法,也是对心证形成提出的新的要求。要求裁判文书进一步展开法官心证形成过程,可以训练法官的证据思维,培养法官的证据分析能力,更是防止裁判主观化,保持裁判清晰性、客观性与可检验性的重要方法。

二是建立和完善证明标准贯彻的检验机制,注意事实复审的合理有效。在事实审的再次审判中,检验心证形成过程,验证合理怀疑的存否,是存在事实审再次审理的大陆法系国家保障心证质量,防止一审法官主观擅断的重要制度方法。我国亦同。这一方法与前述裁判文书展开心证形成过程的制度要求紧密配合,裁判文书中展开心证形成过程,除了让当事人和社会信服外,更是为了上诉审理能够有效地进行心证验证。我国的二审、再审、死刑复核均采事实、法律综合审理模式,心证验证机制已在程序设计之中,因此我们无需像国外那样特别强调再次审理时的心证验证功能。而在肯定再次审理应有效发挥心证验证功能的基础上,似乎还应提出注意另外一方面的问题,即再次审理在事实检验方面应当十分慎重。刑事案件准确的事实确认,主要来源于坚实的一审审理,这比较符合司法规律。^[64]二审及后续审没有一审那样好的心证形成条件,因此,不能因为审级居于上位就持本级高明而下级易错的心态,^[65]而忽略一审心证形成的合理根据,在事实判断问题上不慎重地改变原判。此外,法院审判管理中的案件质量评估,对证据综合判断包括排除合理怀疑形成心证的检验,也应十分慎重,因为在程序框架之外,带有行政化倾向的个案质量评估,更缺乏必要的心证验证条件。评估审判法官的心证形成的合理性,容易导致评判的随意性,毋庸赘述。

(责任编辑:傅郁林)

[63] 可比较的是国外证据学研究大量使用证据分析细致堪作证据法教学、研究的案例,而我国证据学研究中少有这种判例。笔者认为,这种情况的原因除研究方法与研究条件的区别外,还与我国这类深入分析证据堪为典型案例的判决书较少有关。至于我国证据排除案例中普遍对合理怀疑缺乏分析论证,则与法官不敢排除和不愿排除非法证据有关。所谓不敢,是司法不独立、少权威,不敢得罪公安、检察,有时还包括纪委;“不愿”排除,是判断虽然取证可能不合法,但确信犯罪事实成立,不愿“因小失大”。

[64] 龙宗智:“论建立以一审庭审为中心的事实认定机制”,《中国法学》2010年第2期。

[65] 中国司法存在的行政化倾向,在一定程度上强化了“上级审更高明”的倾向。