

论非法证据排除规则和印证证明模式的冲突及弥合路径

牟绿叶^{*}

摘 要 我国的非法证据排除规则没有关注法官评价证据的心证过程。英美法系国家的排除规则体现了“原子主义”的思维方式,但我国的排除规则却是将“整体主义”和“相互印证”的逻辑表达于规范和实务层面。这种“整体主义”的证据评价方式源自于对案件实体真实的追求,其本质是用“印证”思维来解决证据能力问题。这会导致实体事实影响法官准确认定非法证据,也会致使印证证明模式在一定程度上架空排除规则。此外,心理学中“以融贯性为基础”的推理和相关法律实验表明,“整体主义”会引导法官倾向于不排除非法证据。我们应当在以审判为中心的改革中逐步弥合两者冲突,其中,最低限度的改革要求在于,不能以“相互印证”来处理取证合法性的问题。

关 键 词 原子主义 整体主义 非法证据排除规则 印证证明模式 融贯性的转移

一、问题和研究方法

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《最高法解释》)第99条要求法院对证据收集的合法性有“疑问”时,应当召开庭前会议,就非法证据排除等问题了解情况、听取意见;第102条规定,经审理,“确认”或者“不能排除存在非法方法收集证据的”,应当排除相关证据。但是,它们却没有详述“疑问”从何而来?如何“确认”非法证据?立

^{*} 浙江大学光华法学院博士后。本文是笔者主持的中国法学会2015年“刑事辩护与非法证据排除规则的完善”青年调研项目(项目编号:CLS[2015]Y15)以及中国博士后科学基金面上资助项目(项目编号:2015M580504)的阶段性成果。

法似乎将非法证据排除规则(以下简称排除规则^{〔1〕})设定为典型的“三段论”条款,要求法官遵从“认定非法——适用规则——排除证据”之逻辑,却并不关注他们评价证据并认定证据“非法”的心证过程。

在评价全案证据的问题上,龙宗智教授将我国刑事诉讼证明模式概括为“印证证明模式”(以下简称印证模式)。〔2〕由于印证模式是从经验事实中总结并提炼出的概念,〔3〕在相当程度上契合了话语与实践的要求,所以在理论、实务和立法层面都获得了认同。〔4〕尽管如此,陈瑞华教授质疑证据相互印证是否足以构成一种与神示证明、法定证明和自由心证并列的“证明模式”,〔5〕周洪波教授也对“印证”一词的理解、印证模式的归因解释等进行了理论批判。〔6〕但是,这些研究没有关注排除规则和印证模式潜在的冲突问题。

值得注意的是,龙宗智教授敏锐地观察到了排除规则的建立给印证模式带来的空前的困难,〔7〕左卫民教授在重塑印证模式的建议中,也指出应当完善排除规则的适用程序,“以防止其对法官心证形成与印证过程产生不当影响”。〔8〕还有其他学者专门研究了非法证据对法官心证的影响,〔9〕并在完善庭前程序、排除规则的建议中呼吁构建“二元法庭”。〔10〕总体而言,这些研究越发突显排除规则在认定全案事实中的重要性,不过它们都是基于第三人视角来进行论述,忽略了法官评价证据、适用规则之主体性。质言之,尽管“通过排除非法证据以保障查明事实真相”这一说法越发盛行,但我们仍然为法官运用“不为理性所知的内心理性”保留了相当大的空间。〔11〕所以,本文集中关注法官认定非法证据的心证过程。

严格来说,法官心证是一个在规范和事实之间“目光往返流转”“不断交互穿透”的过程,〔12〕但本文的问题意识集中于事实层面,不涉及法官对法律问题的思考以及诠释学中的

〔1〕 刑事证据法中的排除规则大致分为两种:基于证明政策的排除和基于外部政策的排除,非法证据排除规则属于后者。参见陈朴生:《刑事证据法》,台湾三民书局1979年版,第251—253页。如无特殊说明,本文中的排除规则特指“非法证据排除规则”。

〔2〕 龙宗智:“印证与自由心证”,《法学研究》2004年第2期,第109页。

〔3〕 参见陈瑞华:“论证据相互印证规则”,《法商研究》2012年第1期,第112页。

〔4〕 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163页。关于印证模式的其他主要论述,参见李建明:“刑事证据相互印证的合理性与合理限度”,《法学研究》2005年第6期,第20—32页;谢小剑:“我国刑事诉讼相互印证的证明模式”,《现代法学》2004年第6期,第72—77页。

〔5〕 陈瑞华,见前注〔3〕,第112页。

〔6〕 周洪波:“中国刑事印证理论批判”,《法学研究》2015年第6期,第145页以下。

〔7〕 龙宗智:“薄熙来案审判中的若干证据法问题”,《法学》2013年第10期,第12页。

〔8〕 左卫民,见前注〔4〕,第174页。

〔9〕 参见王彪:“非法证据对法官心证的影响和消除”,《证据科学》2015年第4期,第401—404页。

〔10〕 参见陈卫东、杜磊:“庭前会议制度的规范建构与制度适用”,《浙江社会科学》2012年第11期,第40—41页。

〔11〕 米尔吉安·R·达玛斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第38页。

〔12〕 参见(德)亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,台湾新学林出版股份有限公司2016年版,第93页以下;(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第162页。

“先前判断”或“作为理解条件的前见”。^{〔13〕} 本文也并非旨在进行纯粹认识论层面的研究,而是以“原子主义”和“整体主义”为解释工具,将排除规则嵌入印证模式之中,来厘清它们之间的摩擦以及由此产生的风险。不仅如此,本文进一步尝试将排除规则和印证模式置于整个司法改革的背景中,通过经验性地“深描”二者之间的衔接和运作,来揭示“原子主义”和“整体主义”对于完善排除规则、重塑印证模式、推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革带来的挑战和思路。

二、证据评价中的“原子主义”和“整体主义”

西方国家在证据评价中就已清晰地呈现出两种路径:原子主义(Atomism)和整体主义(Holism)。“原子主义”的理论认为评价证据的心理过程能被分解为若干独立的部分,每一部分都具有相应的证明力,然后经累加每一部分的证明力来最终认定案件事实。^{〔14〕} 与此相对,格拉斯福德提出了另一种“整体主义”的评价思路,^{〔15〕} 尽管随后阿布·哈雷拉和皮特·蒂勒斯从不同的角度进行了各自的概括,^{〔16〕} 但其核心含义在于反对“分解——累加”每个证据的证明力,认为单个证据的证明力来源于它们与案件所有信息之间的互动,它们各自的证明力无法脱离于案件事实的综合认定。^{〔17〕} 需要指出的是,纯粹的原子主义、整体主义区分难以成立,因为“在司法实践中,事实认识与法律诠释常常交织在一起”,^{〔18〕} 故证据评价也难以跳出“解释学的循环”——在裁判者和证据之间以及部分和整体之间往复交替的理解过程。^{〔19〕} 所以,原子主义和整体主义本质上体现的是评价证据的倾向和程度,前者视域相对狭小,后者则比较宽泛。

区分这两种评价方式的意义在于,“原子主义”会明确要求裁判者去忽略某些信息或者给予某个证据特定的证明力,明显体现出干预裁判者认定事实的心理过程。^{〔20〕} 相反,“整体主义”很少直接规范裁判者如何评价证据,只允许最低程度地干预心证过程,也就是我们熟知的

〔13〕 将本文论述限定于事实认定层面之原因在于,法官由于工作经验必然对法条和事实有“先前判断”,若言他们接触案件信息和证据后完全只进行事实层面的思考,难以令人信服。参见(德)汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法》(诠释学 I),洪汉鼎译,商务印书馆 2013 年版,第 392 页以下;(德)考夫曼:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社 2004 年版,第 77 页;拉伦茨,见前注〔12〕,第 91 页。

〔14〕 Mirjan R. Damaska, “Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View”, in David S. Clark (ed.), *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot GmbH, 1990, p.91; 参见(英)威廉·特文宁:《证据理论:边沁与威格摩尔》,吴洪淇、杜国栋译,中国人民大学出版社 2015 年版,第 3—4 页。

〔15〕 特文宁,见前注〔14〕,第 4 页。

〔16〕 (英)威廉·特文宁:《反思证据:开拓性论著》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社 2015 年版,第 320 页。

〔17〕 Damaska, *supra* note 14, p. 91.

〔18〕 吴宏耀:《诉讼认识论纲——以司法裁判中的事实认定为中心》,北京大学出版社 2008 年版,第 12 页。

〔19〕 参见(德)汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法》(诠释学 II),洪汉鼎译,商务印书馆 2013 年版,第 57 页以下;考夫曼,见前注〔12〕,第 60—62 页;拉伦茨,见前注〔12〕,第 87 页。

〔20〕 Damaska, *supra* note 14, p. 92.

“自由心证”。^{〔21〕} 需要注意的是,切勿将“原子主义、整体主义”和“英美法系、大陆法系”对号入座。诚然,英美法系的排除规则体现出明显的“原子主义”特征,但却不乏“整体主义”的思维痕迹。^{〔22〕} 此外,大陆法系的证据法也有一些相关性的规则,^{〔23〕}而且,许多国家也逐步建构起了各自的排除规则。^{〔24〕} 所以,我们发现,英美法系的证据法更倾向于“原子主义”,大陆法系的证据法则更多地表现出“整体主义”的特点。^{〔25〕}

本文以两种证据评价方式为切入点的原因主要包括以下三点:第一,“原子主义”和“整体主义”是涵盖证据能力和证明力评价的高度概括,是能够用以解释分析我国刑事程序和证据制度的理论工具。如果只从《最高法解释》第 69 条至 94 条关于证据审查判断的相关条款去解释法官是如何评价证据的,至多只是停留于外部视角的宏观叙事。此外,排除规则属于证据能力范畴,而印证模式主要涉及证据证明力之评价,^{〔26〕}它们不足以自我诠释为什么产生冲突。“原子主义”和“整体主义”却能涵盖二者且又超越二者,不仅提供对话和分析的框架,更有助于进一步挖掘法官评价非法证据和全案证据时“不为理性所知的内心空间”。

第二,“原子主义”“整体主义”和排除规则、印证模式基本能够相互对应,以之作为分析工具可以避免争议,解释产生冲突之深层原因。^{〔27〕} 我国的排除规则类似于英美法系国家的排除规则,其背后体现着“原子主义”的思维方式。虽目前我们对印证模式尚存争议,但主流观点认为“印证”强调的是“整体主义”下的证据与待证事实、证据与证据之间的相互关系,对全案证据的自由心证,完全可以由法官基于对全案证据能否“印证”证明内心认知而产生的一种“整体性”判断。^{〔28〕} 不仅如此,我国刑事立法和实践都明确要求法官以“相互印证”的方式对证据进行“综合审查判断”,体现出强烈的“整体主义”的色彩。故本文将“整体主义”作为印证模式的一个理论支撑。

〔21〕 Ibid., p. 94.

〔22〕 例如,美国《联邦证据规则》第 104 条(b)款规定,当证据的相关性取决于某事实是否存在时,必须提出足以支持认定该事实确实存在的证据。这即是“整体主义”的思维方式,因为法官只有根据其他相关事实才能认定某些证据的相关性。See Jennifer Mnookin, “Atomism, Holism, and the Judicial Assessment of Evidence”, 60 *UCLA Law Review*, 1553 (2013); Paul Giannelli, *Understanding Evidence*, LexisNexis Press, 2003, pp. 89—90 (本条款在 2011 年重塑之前被称为“附条件相关性”).

〔23〕 Damaška, supra note 14, p. 9.

〔24〕 Damaška supra note 14, p. 96. 其中最为典型的即是德国的证据禁止制度,参见(德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社 2003 年版,第 212 页以下;林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),台湾元照出版有限公司 2013 年版,第 593 页以下。

〔25〕 Damaška, supra note 14, pp. 101—102.

〔26〕 例如,实务中比较有代表性的观点是,“相互印证法则”是审查判断证据真实性的规则,它不同于审查判断证据合法性的规则。参见郑崇智:“刑事证据三性审查判断技巧”,载《人民法院报》2011 年 11 月 2 日,第 6 版。

〔27〕 例如,周洪波教授对“印证”一词做了反思性的梳理,认为“不是所有的证明都属于印证”“不同于证据与待证事实之间印证的情形,可称为推证(推论);不同于证据之间相互印证的情形,可称为‘佐证’”。参见周洪波,见前注〔6〕,第 146 页。无论何种标识,“印证”“推证”和“佐证”基本都是“原子主义”和“整体主义”证据评价方式的体现。

〔28〕 参见左卫民,见前注〔4〕,第 173 页。

第三,最为重要的一点在于,西方学者没有研究过“原子主义”和“整体主义”的冲突问题,因为它们在英美法系和大陆法系各自的场域内并行不悖,但在中国这片职权主义特征浓厚的土壤上引入了排除规则,“原子主义”和“整体主义”就在同一场域内相互作用。需要强调的是,本文绝非旨在用它们去剪裁中国的排除规则和印证模式,而是依托它们搭建的理论平台,去帮助发现本国问题,寻找未来的改革方案,并尝试建立中国关于证据评价的话语体系。

三、印证模式对排除规则的渗透

如果将排除规则嵌入刑事诉讼程序,就能发现其身兼多重属性。第一,在整个刑事程序中,排除规则旨在解决某个证据之证据能力问题,而并不涉及被告人的实体罪责问题,故它为实体之诉过滤掉非法证据,在刑事程序中发挥着门槛作用。第二,就某个处于争议之中的证据而言,排除规则的实体规范和适用程序构建起了相对独立的“听证程序”,即程序合法性之诉。第三,排除规则也是一种特殊的证明力规则,“原子主义”以法律命令之形式强行将非法证据排除于裁判者的视野之外,也就是给予非法证据“零”证明价值;“整体主义”并不过多干预裁判者评价非法证据之证明力,故它们一般也没有独立的证明价值。

这种多重身份掩盖了裁判者评价“争议证据”的内心过程。“原子主义”和“整体主义”都是针对裁判者评价全案证据、认定全案事实而言,两大法系和我国的证据法基本没有关注裁判者是如何评价“争议证据”、认定非法证据的心证过程。有鉴于此,本文首先将要论证:在我国排除非法证据的程序中,法官是以“整体主义”的方式和“相互印证”的逻辑来评价某个证据是否是非法证据的。

(一)规范层面的“整体主义”表达

翻阅我国《刑事诉讼法》及相关司法解释,尤其是排除非法证据的部分,我们无从发现法官评价证据、形成心证的直接线索。但结合法律起草者的权威解释和实际案例,我们却可以发现,排除规则这一“原子主义”的典型代表,在中国却是以“整体主义”的逻辑在规范层面表达出来的。

在2010年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《办理死刑案件证据规定》)的“审查认定证据”相关条款的基础上,2012年《最高法解释》第69条至94条对物证、书证、证人证言等证据的审查判断作出了更为详细的解释,对每一种证据分别列出了若干项应当着重审查的内容。这似乎表明,法官只需按照条文规定逐一进行,即可完成对证据的审查认定。此外,在排除规则的适用程序中,《最高法解释》第101条也明确,公诉人可以“通过出示、宣读讯问笔录或其他证据,有针对性地播放讯问过程的录音录像,提请法庭通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况等方式,证明证据收集的合法性”。随后,第102条则要求法院“经审理”作出是否排除证据的决定。这种条款之间的承续性似乎透露出“原子主义”的心证过程,即法官只需评价第101条中公诉人提交的证据,就能“经审理”认定非法证据。

然而,这些规则仍给法官评价证据留下了一定的内心空间。第69至95条本质上属于“指导”法官遵循审判经验,关注“应当着重审查”的内容,但法官并不是“司法机器”,听取公诉人出示的相关证据后就能作出是否排除证据之决定。相反,第101和102条抹杀了法官的主体性,忽略了他们“经审理”之前评价证据的内心过程。

其实,《最高法解释》第104条已经隐约表现出一些“整体主义”的端倪。第104条是在《办理死刑案件证据规定》第32条的基础上修改而成,其最明显的变化在于增加了第一款的规定:“对证据的真实性,应当综合全案证据进行审查。”第104条的条文意旨和理解适用基本沿用了第32条的条文释义,都指出“本条规定是针对具备证据能力(接受法庭调查资格)的证据提出”。^{〔29〕}这些执笔释义的权威主体在强调,本条要求对证据的证明力“综合全案证据进行审查”。显然,如果说我国法院目前普遍实行的“一证一确认”来判断证据合法性(证据能力)的做法属于典型的“原子主义”,那么对证明力的综合审查就现出“整体主义”的特征。

如果我们再仔细比较第104条和第32条的条文要旨,就可以发现它们在随后的理解和适用部分,都承认“所谓认证,是指审理案件的法官依照法定程序……对证据材料的证据能力和证明力进行评价判断进而作出确认的诉讼活动”。^{〔30〕}加上我国立法和实践素来饱受混淆证据的合法性和真实性之质疑,^{〔31〕}此时我们就能够合理地怀疑,《最高法解释》第104条之“综合全案证据进行审查”,同样可能适用于证据能力问题。

如果说第104条只提出了一些质疑,那么《最高法解释》第83条关于被告人供述和辩解的综合审查条款就是支持“整体主义”的直接证据。第83条第1、2款规定,“审查被告人供述和辩解,应当结合控辩双方提供的所有证据以及被告人的全部供述和辩解进行。被告人庭审中翻供,但不能合理说明翻供原因或者其辩解与全案证据矛盾,而其庭前供述与其他证据相互印证的,可以采信其庭前供述”。有的学者甚至将其奉为一项司法经验,并称“检察机关处理被告人供述、证言取证合法性及其效力的认定过程中,主要运用的是作为单个证据证明力要求的证据互相印证规则”。^{〔32〕}所以,如果被告人当庭提出其审前供述系非法取证之产物,法官将会根据《最高法解释》第80条审查“被告人供述和辩解与其他证据尤其是客观性证据能否印证,是否存在矛盾”;“在提出无罪辩解的情况下,尤其需要重视审查其辩解能否得到其他证据的印证”。^{〔33〕}此时,“相互印证”的要求和“整体主义”的思维痕迹已然不言自明。

这种“整体主义”在《最高法解释》第78条关于庭前证言和当庭证言存在矛盾时的采信规则中得到了进一步的体现。与《最高法解释》第83条相似,第78条第2款规定,“证人当庭作出的证言与其庭前证言矛盾,证人能够作出合理解释的,并有相关证据印证的,应当采信其庭前证言;不能作出合理解释,而其庭前证言有相关证据印证的,可以采信其庭前证言”。证人证言出现反复变化的一个重要原因在于,“证人在庭前作证时可能受到暴力、威胁,导致其提供的虚假的证言,后在庭审时如实供述”。^{〔34〕}在此情况下,首先应当让证人当庭对其翻证作出解

〔29〕 江必新主编:《最高人民法院〈刑事诉讼法司法解释〉理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第339页;张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第246页。

〔30〕 江必新,见前注〔29〕,第337页;张军,见前注〔29〕,第224页。

〔31〕 参见李训虎:“证明力规则检讨”,《法学研究》2010年第2期,第167页;牟绿叶:“论可补正的排除规则”,《中国刑事法杂志》2011年第9期,第50页;汪飏飞:“论证证据能力的附属化”,《当代法学》2014年第3期,第154—155页;纵博:“我国刑事证据能力之理论归纳及思考”,《法学家》2015年第3期,第78—79页。

〔32〕 杨宇冠等:《非法证据排除规则在中国的实施问题研究》,中国检察出版社2015年版,第321页。

〔33〕 江必新,见前注〔29〕,第268—269页。

〔34〕 江必新,见前注〔29〕,第254页。

释,如果证人的解释具有合理性,并有相关证据印证,就应采信其当庭证言。^{〔35〕}此时,权威解释特别强调,“待证人对其翻证作出解释后,应当尽量深入地询问案件的细节问题,通过有针对性的询问,能够把握证人对案件情况的了解程度,从而结合其他证据评估证人翻证的可信度”。^{〔36〕}由此可见,与审查翻供问题一样,因存在非法取证之虞而出现翻证时,证据之间的“相互印证”是重要的审查方式。而且,此时特别要求“应当尽量深入地询问案件的细节问题”,只有在法官自己通悉全部案情的前提下,才能准确“把握证人对案件情况的了解程度”。^{〔37〕}至此,当涉嫌违法取证而出现翻证时,法官“整体主义”的评价方式就跃然纸上。

(二)实务层面的“整体主义”操作

如果说规范层面的“整体主义”略显隐晦,那么法官在排除程序中审查判断证据时就表现出对“整体主义”的强烈偏好。例如,在刑某、吴某故意杀人案中,有的法官指出,侦查机关对取证行为是否出具“情况说明”是办案中经常遇到的情况,对该说明的效力应当具体分析,不能仅凭这一说明就认为取证合法。无论在什么情况下,都必须“综合全案证据予以裁判”。本案中,合议庭以侦查机关讯问被告人的时间、地点为切入点,结合办案说明、录像等证据材料,全面审查了侦查机关获取被告人供述的过程是否符合法律规定。^{〔38〕}又如,在尹某受贿案中,法官在审查被告人在侦查阶段不同期间所作供述的合法性时,也强调由于职务犯罪的特殊性,其在司法实践中对当事人言词证据依赖程度较高,尤其在被告人供述、证人证言不稳定的情况下,如何对侦查机关在不同侦查阶段取得的言词证据进行甄别,“需要综合多方面因素进行审查判断”。^{〔39〕}很明显,以上“综合全案证据予以裁判”以及“需要综合多方面因素进行审查判断”之措辞是法官们阐述办案心得体会的主观表达,直观地反映出他们审查证据时的“整体主义”思维方式。

还有的实务人员在总结如何审查证据的合法性时,明确将“其他证据印证供述的真实性”与查看讯问时的录音录像、调阅看守所体检记录、听取证人证言或侦查人员证言等《最高法解释》第101条列举的其他证明方式并列,并指出此类方法主要包括两种:“一是用被告人自己的其他供述或行为印证其有罪供述的真实性;二是用其他证据印证被告人供述的真实性。”^{〔40〕}这些都表明,我国法官通过“整体主义”视角将被告人口供的合法性和真实性联系起来,将口供与其他证据“互动”起来,经“综合审查判断”后才决定是否排除证据。

同时,我们也不能否认,在审查证据合法性的问题上,也存在一些“原子主义”的痕迹。例如,在刘晓鹏、罗永全贩卖毒品案中,被告人刘晓鹏在庭审中提出,“其归案后被公安人员连续讯问五天五夜,直至昏睡,公安人员将其拍醒后要求其在讯问笔录上签字,其在侦查阶段的有罪供述内容不真实”。^{〔41〕}相应地,法官按照《最高法解释》第101条的内容,先后审查了:①刘

〔35〕 江必新,见前注〔29〕,第255页;戴长林主编:《刑事审判方法》(第二版),法律出版社2015年版,第313页。

〔36〕 江必新,见前注〔29〕,第255页。

〔37〕 江必新,见前注〔29〕,第255页。

〔38〕 参见裴显鼎主编:《非法证据排除程序适用指南》,法律出版社2016年版,第9页。

〔39〕 同上注,第77页。

〔40〕 杨宇冠等,见前注〔32〕,第225页。

〔41〕 裴显鼎,见前注〔38〕,第48页。

在侦查阶段的全部供述；②刘的第三次供述的背景情况；③刘第三份供述的同步录音录像；④检察机关提交的证明取证合法性的材料。^{〔42〕}这种依次列项、逐一审查的做法在一定程度上体现出“原子主义”之“分解——累加”的思维方式。但办案法官最后坦言，“应当结合被告人提出被刑讯逼供的具体线索，审查被告人翻供的时间和前后供述的变化内容，进行综合认定，判断被告人供述是否属于非法证据”。^{〔43〕}这也就证明了上文对《最高法解释》第83条之分析，刘晓鹏案所列的①至④项材料仅是法律要求的“重点审查内容”，最终仍需依靠“整体主义”的评价方式来作出决定。

综上，我们从《最高法解释》的相关条款中勾勒出的“整体主义”思维框架在排除规则的实际适用中得到了充分的体现。特别是在《最高法解释》第78、83条关于翻供和翻证的采信问题上，“整体主义”在实践中远远超出了法律所设定的范围。虽然在刘晓鹏案中也存在“原子主义”的若干特征，但总体说来，在我国的非法证据排除程序中，法官会以“整体主义”的视角和“相互印证”的逻辑来最终处理取证合法性的问题。

四、“整体主义”评价方式的成因

（一）较高的证明标准和实体真实主义

美国各州排除非法证据的证明标准略有差异，或采“排除合理怀疑”，或采“优势证据标准”，^{〔44〕}但无论如何，这都是一个较高的证明标准。我国的排除规则与此类似，虽然《刑事诉讼法》第58条和《最高法解释》第102条并未直接言明排除非法证据的证明标准，但权威解释强调，“对控诉方降低非法证据排除规则的证明标准必然导致客观上由被告方承担证明责任，刑事诉讼法所规定的‘确实’‘充分’的定罪标准将失去存在的基础……不能因为在目前司法实践中控诉方对口供合法性的证明存在一定的困难而降低证明标准”。^{〔45〕}由此推之，尽管对是否适用“证据确实、充分”这一最高证明标准尚存争议，我国排除非法证据的证明标准也是相当高的。^{〔46〕}较高的证明标准无疑增加了公诉方的证明难度，而且《最高法解释》第102条所列之证明方法“单一且有效性存在障碍，难以查清证据是否非法”。^{〔47〕}所以，法官才会以“整体主义”的思维方式从全案材料中寻找其他证据，以期与排除程序中的相关事实和证据“相互印证”。

〔42〕 裴显鼎，见前注〔38〕，第49页。

〔43〕 裴显鼎，见前注〔38〕，第48—49页。

〔44〕 熊秋红：“美国非法证据排除规则的实践及对我国的启示”，《政法论坛》2015年第3期，第149页。

〔45〕 江必新，见前注〔29〕，第332页；张军，见前注〔29〕，第336—337页。

〔46〕 例如，有的法官直接指出，《刑事诉讼法》第58条之“不能排除以非法方法收集证据的情形”，是对证据收集合法性事实适用“证据确实、充分”证明标准的内在要求。参见戴长林、罗国良、刘静坤：《中国非法证据排除制度：原理·案例·适用》，法律出版社2016年版，第169页。在实务中，很多办案法官都将“证据确实、充分”作为排除非法证据的证明标准。参见裴显鼎，见前注〔38〕，第48、53页。但是，有的学者就指出，“采用明显优势证据标准更符合我国实际情况”。参见陈光中主编：《非法证据排除规则实施问题研究》，北京大学出版社2014年版，第24—29页。

〔47〕 陈光中，见前注〔46〕，第167页。此外，实务中也有检察机关反映缺乏证明证据合法性的有效方式。参见戴长林等，见前注〔46〕，第153页。

强化证据合法性的证明的原因在于查明事实真相、避免冤假错案。^{〔48〕}在我国现阶段的侦查体制下,很难确保被告人供述的自愿性,这也导致被告人供述具有许多内在的错误风险。^{〔49〕}而且,近年来曝光的错案都经验性地表明,刑讯逼供是我国刑事司法中生成错案的一个主要误区,几乎所有冤错案件的背后都可以看到刑讯逼供的魅影。^{〔50〕}所以,将排除规则与证据的真实性联系在一起,或许正是我国法官处理非法证据问题的特色。^{〔51〕}例如,有的法官发现,在有些排除非法证据的案件中,办案法官把不属于非法证据但真实性存疑的鉴定意见、指认笔录作为非法证据予以排除。^{〔52〕}排除规则本应用以审查鉴定意见、指认笔录之取证合法性问题,当它们的真实性存疑而出现证明力瑕疵时,法官为了避免它们无法与全案证据形成印证,就会基于事实真相优先之思维,而将证据不是因非法性而是因虚假性被排除。^{〔53〕}

至此,一方面,较高的证明标准意味着证明难度的增加,法官就需要依赖更多的案件信息来进行裁判,在控辩双方就非法取证问题所提供之证据相当时,或者在证据稀缺的贪贿案件中,“综合考虑全案情形”的需求就极为迫切。另一方面,由于错案之魅影萦绕在法官心头,排除非法证据也会招致巨大的外在阻力,^{〔54〕}法官唯有全力查明事实真相,方能最大限度地避免不利后果。正是在这两者的双重驱动下,“关注证据的全面性、一致性和协调性的印证模式便有了用武之地,”^{〔55〕}法官评价取证合法性问题也就体现出明显的“整体主义”色彩。

(二) 交织于刑事程序之中的证据制度

秉承大陆法系国家传统,我国刑事证据法被纳入诉讼法之中,与诉讼程序混合在一起,两者是相互交织、相互塑造在一起的。^{〔56〕}通过诉讼程序来认定案件事实,端赖于证据制度对信息和事实进行筛选、裁剪、加工;但并非所有证据制度都有利于查明事实真相,排除规则即是基于人权、社会利益等其他价值,对于刑事程序无限追逐真相之遏制。^{〔57〕}此外,排除程序也非完全游离于整个刑事程序之外,故法官也不是在纯粹的“原子主义”场域中进行证据评价,故“整体主义”也是一种不可避免的选择。

〔48〕 戴长林,见前注〔35〕,第275页。

〔49〕 江必新,见前注〔29〕,第264页。

〔50〕 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295页。

〔51〕 吴宏耀:“非法证据排除的规则与现状——兼论我国非法证据排除规则的完善进路”,《现代法学》2014年第4期,第126页。

〔52〕 吴纪奎:“非法证据排除的实践表达”,《证据科学》2015年第6期,第660页。

〔53〕 陈光中,见前注〔46〕,第166—167页。

〔54〕 关于法院排除非法证据之困难和案例,参见陈光中,见前注〔46〕,第47页;陈卫东、赵恒:“刑事证据制度重点问题实施状况调研报告”,《证据科学》2014年第6期,第650页;左卫民:“‘热’与‘冷’:非法证据排除规则适用的实证研究”,《法商研究》2015年第3期,第155—156页;王彪:“法官为什么不排除非法证据”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第36卷),北京大学出版社2015年,第604—606页。

〔55〕 左卫民,见前注〔4〕,第164页。

〔56〕 参见张建伟:《刑事诉讼法通义》(第二版),北京大学出版社2016年版,第240页。

〔57〕 “不计代价地发现事实真相,不是刑事诉讼法的基本原则。”(德)托马斯·魏根特:“刑事诉讼致力于事实真相么”,吴宏耀译,载何家弘主编:《证据学论坛》(第10卷),中国检察出版社2005年版,第517—518页。

例如,在郑某某贪污、受贿、滥用职权案中,广州市人民检察院在对一审判决的抗诉中提出,“本案在侦查过程中虽然存在侦查机关威胁被告人郑某某要抓捕其女儿、女婿和以取保候审相利诱等情形,但这种情况是否属于刑事诉讼法规定的‘威胁’‘欺骗’情形,目前尚无明确的认定标准”。〔58〕但是,有的权威解释已经指出,“威胁的内容,既可以是针对被害人、证人及其亲友的人身暴力的内容,也可以是揭发其隐私,破坏其人格、名誉等威胁内容”。〔59〕而且,如何审查被告人遭受威胁,“通常也需诸如是否采用人身强制、言语胁迫等外部标准来作辨识”。〔60〕本案法官在综合判断“威胁是否达到严重程度”时,无法回避被告人郑某某供认受贿的事实,因为这是他担心女儿、女婿被抓而受到心理胁迫的结果。如果被告人没有供述,或者供述内容查证是虚假的,就难以认定受到威胁。本案在侦查阶段的16次审讯中,被告人在后期7次中作了有罪供述,但在二审时却以后期受到威胁为由当庭翻供。对于这种多次供述不一致、当庭又翻供的情形,法官为了查明是否在后期受到威胁,就需要仔细核对每次供述内容。申言之,通过审查是否因受到“威胁”而排除证据之争议,法官已然基本了解本案关于受贿罪的指控事实和相关证据。“程序之诉的事实”和“实体之诉的事实”之间交叉重合,决定了法官在审查取证合法性问题时,不会仅仅遵照《最高法解释》第69条至95条的重点审查内容和第101条的几种证明方式,也就不会囿于“原子主义”的视角。

最后,当我们将证据规则置于整个刑事程序之中来观察时,就更能厘清一些“整体主义”的制度成因。最为重要的是,2012年《刑事诉讼法》第172条恢复移送全部案卷的要求后,法官能够在庭审前全面阅卷。〔61〕在“案卷笔录中心主义”的影响下,法官对于案件事实的认定严重依赖于公诉方提交的案卷笔录。但是,无论是公诉方的起诉书还是辩护方的辩护词,都不会将有关取证合法性的主张和证据单独装订成卷,法官在审查时也必然将“目光往返流转”于全案材料,对取证合法性问题进行“整体主义”式的评价。此外,左卫民教授调研后发现,庭前会议事实上成为了法官除了阅卷、开庭审判之外的第三种获取案件信息的渠道。〔62〕其原因在于,法官在事实认定过程中面临诸多风险、干扰,尤其是在某些证据紧缺的案件中,法官只有掌握更多的信息并取得信息优势,才可能降低审判中的各项风险。〔63〕所以,如果在庭前会议中处理取证合法性问题时,法官就不会局限于庭前会议中能够接触到的信息和证据,而更可能是审查全案材料甚至包括案外信息。此时,庭前会议为“整体主义”搭建了一个瞭望台。

〔58〕 裴显鼎,见前注〔38〕,第63页。

〔59〕 江必新主编:《〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释〉理解与适用》,中国法制出版社2013年版,第98页。关于“威胁”的学理解释,参见陈光中,见前注〔46〕,第10页;杨宇冠等,见前注〔32〕,第65页。

〔60〕 龙宗智:“我国非法口供排除的‘痛苦规则’及相关问题”,《政法论坛》2013年第5期,第18页。

〔61〕 陈瑞华:“案卷移送制度的演变与反思”,《政法论坛》2012年第5期,第20页。

〔62〕 左卫民:“未完成的变革:刑事庭前会议实证研究”,《中外法学》2015年第2期,第481页。

〔63〕 参见李训虎,见前注〔31〕,第165—166页。

五、“整体主义”评价非法证据的问题

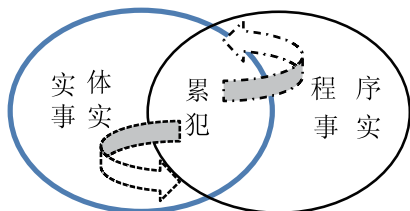
对取证合法性问题进行“整体主义”式的评价,其本质是让印证模式渗透入排除规则,在一定程度也表现为用证据的真实性来推断其合法性。具体而言,这种评价方式存在以下三个问题。

(一) 实体事实影响非法证据的准确认定

在“原子主义”视角下,法官在排除程序中只能评价与取证合法性争议相关的事实和证据;但在“整体主义”视角下,为了满足较高的证明标准并确保查明真相,法官会着眼于全案事实和证据。而且,“程序之诉的事实”和“实体之诉的事实”之间经常交叉重合,如此,被告人是否构成犯罪之实体事实就可能对法官认定非法证据造成影响。

例如,在汪某某受贿案中,法院审查是否存在非法取证时,认为被告人“在侦查阶段的供述、自书材料与证明其主要犯罪事实的证人证言及相关书证能够相互印证”,故而认定“侦查阶段的供述内容真实、来源合法,可以作为定案证据予以采信”。可见,法院在评价程序事实时已经涉及到了“主要犯罪事实”。〔64〕再如,在简某某盗窃一案中,被告人及其辩护人在二审时指控侦查机关有刑讯逼供行为,法院经审查认为,侦查机关出具说明对简某某的讯问系依法进行的,且简某某在庭审中供述入看守所之后侦查机关未对其有刑讯逼供的行为,所以认定“简某某的供述与证人证言、辨认笔录等证据相互印证,故该上诉理由及辩护意见不能成立”。最后,法院判决简某某构成盗窃罪,因其系累犯,应当从重处罚。〔65〕在本案中,由于《最高法解释》第101条特别规定侦查机关的情况说明“不能单独作为证明取证过程合法的根据”,所以法院补充参考了被告人庭审中的供述,不仅如此,还将供述与证人证言、辨认笔录等证据相互印证,反映出了鲜明的“整体主义”思维轨迹。

本案中一个值得关注的点在于,累犯这个法定加重情节可能对认定是否存在刑讯逼供、是否排除证据造成不利影响。严格来说,累犯情节是涉及被告人品格和倾向的重要证据,只有当判定有罪之后,才可以将其作为量刑的参考。惟在“整体主义”视角下,累犯、前科、品格亦或是其他不利于被告人的证据,都混杂在评价非法证据的过程之中。此时,实体事实和程序事实同时进入法官视野,他们无法对两者进行严格区分,那些不利于被告人的事实和证据必将随着法官的“目光往返流转”,对他们评价非法证据的心证造成污染。



“目光往返流转”

〔64〕 江苏省盐城市中级人民法院(2014)盐刑二终字第0019号刑事裁定书。

〔65〕 河北省高级人民法院(2014)冀刑二终字第13号刑事裁定书。

而且,这种风险也得到了实务中统计数据的印证。有的法官在梳理涉及排除证据的案例时发现,申请排除非法证据的被告人前科率高,在类似上文简某某案的盗窃案中,被告人有前科的比率高达 65.12%,抢劫案中的比率是 55.56%,贩卖毒品案中的比率约为 31.25%。^{〔66〕}这位法官在解释为什么这三类案件中前科率较高的原因时指出,“既可能是盗窃、抢劫犯罪分子大多实施过多次盗窃、抢劫,办案机关为了深挖犯罪,非法取证动力大一些;也可能是犯罪分子相对熟知法律,为逃避打击而诬告、编造办案机关非法取证。”^{〔67〕}第一种解释会让法官因办案机关之动机而倾向于排除证据;相反,第二种解释则会引导法官因对犯罪分子之厌恶而更倾向于否定存在非法取证行为。由此可见,实体事实影响法官准确认定非法证据是一种现实存在的风险。

(二)印证模式架空排除规则

理论上讲,法官需要在处理取证合法性的争议后,才能审查被告人的实体罪责问题。^{〔68〕}但当“整体主义”覆盖排除程序时,法官就需要“综合审查全案情形”,方能作出是否排除证据之决定。这也就意味着“相互印证”的逻辑渗透进了本来是“原子主义”之典型的排除规则。

上文中简某某盗窃案即是一个很好的例证。此外,在吴某、朱某某贪污案中,一审法院认为,被告人吴某在到案初期所作的 4 份有罪供述,因侦查机关违法取证而将之排除;但是,吴某在省检察院逮捕前提审所作的有罪供述,并未违反相关规定,具有证明效力。法院据此判决吴某和朱某某均构成贪污罪,且系共同犯罪。一审宣判后,朱某某的上诉意见辩称其是共同犯罪中的从犯。^{〔69〕}本案之关键在于吴某被排除的 4 份供述是否对认定朱某某是从犯的身份产生了影响。一审法院认定构成共同犯罪的主要依据是吴某到案后的 4 份有罪供述,它们对犯意、分工、分赃等进行了描述;但吴某在审查批捕阶段并未具体交代二人如何分工、分赃。所以,尽管一审法院在形式上排除了吴某到案初期的 4 份有罪供述,但内心仍将它们与其他事实和证据相互印证,构成了认定共犯之基础。相反,若只凭吴某在逮捕前所作之供述,没有涉及犯意、分工、分赃之细节,也就无法和朱某某所实施的“填写虚假结算凭证、指使他人冒领赃款、控制赃款、分配赃款”等行为以及大量书证、证人证言形成印证,也就无法作出主犯、从犯之判断。本案鲜明地展示出“印证”思维贯穿于法官评价非法证据、认定全案事实的心证过程,法官的目光在排除规则和印证模式之间“往返流转”。

其他学者在研究“重复自白”问题时也发现了类似现象。例如,在“北京非法证据排除第一案”中,法院在排除侦查人员非法获取的第一份被告人供述后,仍根据包括之后的讯问所获取的四份有罪供述在内的其他证据对被告人作出了有罪判决;^{〔70〕}另有学者发现,所有排除口供的案件都只是排除有争议的口供,而不排除其他重复供述,此时,排除规则对于大部分案件的

〔66〕 吴纪奎,见前注〔52〕,第 658 页。

〔67〕 吴纪奎,见前注〔52〕。

〔68〕 参见陈瑞华:“非法证据排除规则程序再讨论”,《法学研究》2014 年第 2 期,第 167—168 页;戴长林,见前注〔35〕,第 270—271 页。

〔69〕 江苏省扬州市中级人民法院(2014)扬刑终字第 0014 号刑事判决书。

〔70〕 吉冠浩:“论非法证据排除规则的继续效力——以重复供述为切入的分析”,《法学家》2015 年第 2 期,第 61—62 页。

定罪问题几乎没有实质性影响。^{〔71〕}考虑到无罪判决是对公检法三家的巨大挑战,只要其他供述能够与相关证据相互印证,能够认定被告人有罪,那么排除规则在一定程度上就成为了印证模式的一种修辞。不仅如此,有的法官所作的统计数据就直接表明,“在228件案件中,绝大多数案件的判决书将被申请排除的证据与其他证据相互印证作为不排除相关证据的理由”。^{〔72〕}还有的法官在梳理不排除证据的理由后,甚至指出“证据能够相互印证”已经成为司法实践中的“万能钥匙”,在任何想认定证据具有证明能力的场合均可采用该表述。^{〔73〕}

本质上,印证模式架空排除规则揭示出了法官对证据真实性和事实真相的执着追求。所以在实践中,排除规则的适用尚未脱离对证据真实性的关注,即使是刑讯逼供取得的被告人供述,如果能与其他证据印证,一些办案人员也不愿意予以排除。^{〔74〕}还有部分审判人员甚至认为非法证据排除规则的功能是防止冤假错案,进而“将对非法证据排除申请的审查简单地变成了对证据真实性的审查”。^{〔75〕}易延友教授将这些现象概括为“印证故合法”,即以供述证据与其他证据之间的相互印证推断供述的真实性,再以此推断取证程序的合法性。^{〔76〕}所以,鉴于证据相互印证旨在最大限度地防止错误认定案件事实,^{〔77〕}这就可以充分解释,为了避免错误采信非法证据而酿成冤假错案,法官会倾向于选择印证模式去处理取证合法性的问题。

(三)排除证据的难度增加

中国学者大都将“相互印证”作为司法理性主义的题中之意,认为这符合诉讼认识规律。^{〔78〕}西方国家的证据法对逻辑推理也极力推崇,^{〔79〕}但这种理性主义受到了怀疑论者的有力挑战,后者认为决策的过程是与那些逻辑推理格格不入的。^{〔80〕}近年来,以美国丹·西蒙教授为代表的学者另辟蹊径,提出了以实验为基础的认知心理学理论,即“以融贯性为基础的推理”(coherence-based reasoning)。^{〔81〕}其核心观点是,作为决策前提的人类认知机制,并不

〔71〕 易延友教授对此又作了详细的区分,他以1459个有关排除非法证据排除的案例为研究样本,发现在136个决定排除非法证据的案件中,因非法证据排除导致被告人被宣告无罪的案件仅为17件,占12.5%。参见易延友:“非法证据排除规则的中国范式——基于1459个刑事案例的分析”,《中国社会科学》2016年第1期,第141—143页。

〔72〕 吴纪奎,见前注〔52〕,第660页。

〔73〕 范莉、王星光:“非法证据排除程序适用的调研报告”,载裴显鼎,见前注〔38〕,第199页。

〔74〕 戴长林等,见前注〔46〕,第61—62页。

〔75〕 吴纪奎,见前注〔52〕,第660页。

〔76〕 易延友,见前注〔71〕,第156页。

〔77〕 李建明,见前注〔4〕,第24页。

〔78〕 李建明,见前注〔4〕,第21—24页;谢小剑,见前注〔4〕,第73页。

〔79〕 参见特文宁,见前注〔16〕,第89—95页。

〔80〕 关于理性主义和认识论怀疑主义的比较,参见特文宁,见前注〔16〕,第163页。

〔81〕 See Dan Simon, “A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making”, 71 *University of Chicago Law Review*, 511(2004); Mark Schweizer, “Comparing Holistic and Atomistic Evaluation of Evidence”, 13 *Law, Probability and Risk*, 65(2014); Andreas Glockner & Christoph Engel, “Can We Trust Intuitive Jurors? Standards of Proof and the Probative Value of Evidence in Coherence-based Reasoning”, 10 *Journal of Empirical Legal Study*, 230(2013).中文文献参见陈林林、张晓笑:“认知心理学视阈中的陪审团审判”,《国家检察官学院学报》2013年第5期,第71—72页。

是像理性主义那般严格遵循演绎、归纳或类推这样单向的过程,也不是像怀疑论者所言那般,会因受到外在干扰而摇摆、飘忽不定,而是一种双向来回的思维过程。^{〔82〕}西蒙教授认为,“融贯性”是一种经验性的现象,以融贯性为基础的双向推理在分析复杂问题时更具解释力。^{〔83〕}

西蒙教授在研究这种推理方式的重大发现是,人们在决策复杂问题的过程中,其主观认知会逐渐发生变化,并会最终遵循一种融贯性,倒向一种认知结果。正是由于这种“融贯性的转移”(coherence shift),决策者的主观认知才会倒向与其预期结果相一致的方向。^{〔84〕}这一发现也得到了德国一些研究心理学、行为学的学者的支持,他们甚至指出,“决策者似乎会积极地改变对既定信息的理解,强化不同结果之间的差异,然后增强信念并最终形成对问题的融贯性印象”。^{〔85〕}西蒙教授将该理论用于分析陪审团认定事实时指出,这种“以融贯性为基础的推理”会放大某些证据的证明力,“融贯性的转移”也会促使陪审员的内心倒向一个结果,并对此深信不疑,最终导致陪审员在并未达到“排除合理怀疑”时就作出了决定。^{〔86〕}易言之,这种“融贯性的转移”降低了证明标准对被告人提供的保护。

在中国的语境中,“融贯性的转移”会造成同样的后果。在“整体主义”视角下,如果法官倾向于排除证据时,“融贯性的转移”会加速他们作出排除证据之决定;相反,当倾向于不排除证据时,法官的心证也会逐渐倒向不排除的假设,对相关事实和证据进行选择采信,最终不断增强信念并作出不排除的决定。质言之,如果公诉方就取证合法性的证明程度是50%的话,那么以上两种“融贯性的转移”并不会对被告人造成实质性的影响。

但问题的关键在于,《刑事诉讼法》及相关司法解释对取证合法性的证明设定了较高的标准(虽有争议,我们假定其为90%),此时“融贯性的转移”会对控辩双方造成不均衡的影响。如图一所示,法院在启动排除程序后,公诉方首先需要自A点举证至B点;若辩护方提出相反的证据,则必须将证明程度降至C点,以促使法官动摇原来的心证。与此不同,如图二所示,当法官以“整体主义”的视角和“相互印证”的逻辑来审查取证合法性问题时,控方仅需证明至M点,“融贯性的转移”就会加速法官的认知过程,而且这种内心假设在随后的程序中不断强化,并且最终可能促使法官决定不排除证据。易言之,公诉方可能仅仅证明至M点,就达到了B点的证明效果,辩护方也就更加难以说服法官排除非法证据。^{〔87〕}

〔82〕 Simon, *supra* note 81, pp.514, 516. 这种双向推理理论与考夫曼、拉伦茨所言的“目光在规范和事实之间来回往返流转”相似。

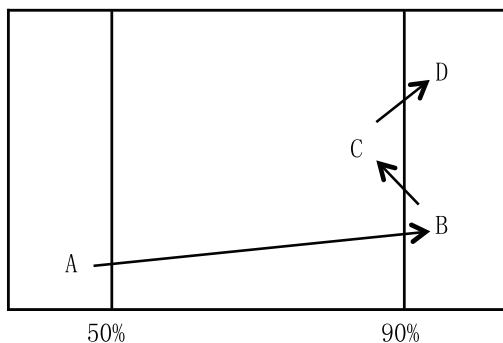
〔83〕 Simon, *supra* note 81, p. 516.

〔84〕 Simon, *supra* note 81, p. 517.

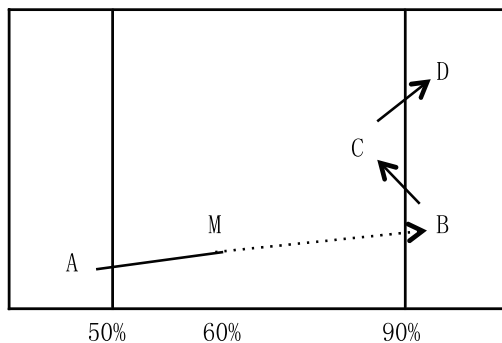
〔85〕 Andreas Glöckner, Tilmann Betsch & Nicola Schindler, “Coherence Shifts in Probabilistic Inference Tasks”, 23 *Journal of Behavioral Decision Making*, 441(2010).

〔86〕 Simon, *supra* note 81, p. 569.

〔87〕 这一现象得到了一些研究非法证据排除规则的证明标准的印证。有学者调研指出,司法机关一般都要求将非法证据证明到“事实清楚,证据确实、充分”的程度,但实际上所谓的“事实清楚,证据确实、充分”往往演变成了审判机关的自说自话,不具有说服力。参见杨宇冠等,见前注〔32〕,第201页。



图一

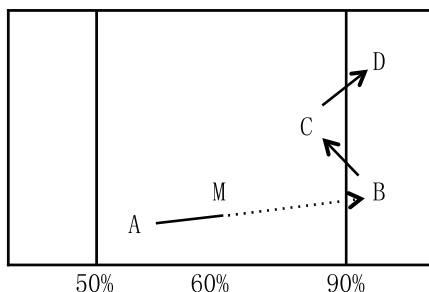


图二

此外,德国贝恩德·许乃曼教授在研究案卷对于判决具有“隐蔽的中心性决定”作用时,以心理学实验佐证了上述“融贯性的转移”对被告方造成的消极后果。

当审判程序中的法官接触到与案情有关的信息,但是这些信息与法官对于案情已经抱有的看法不一致,并且人们无法对这些信息进行客观检验,只能选择相信或者不信,那么法官会以与自己事先怀有的看法一致的方式评价这些(矛盾)信息……这种预测至少可以从社会心理学领域的“认知失调理论”推导出。^{〔88〕}

西蒙教授和许乃曼教授不谋而合的洞见告诉我们,经验事实和职业惯性会让法官在接触取证合法性争议初期就对是否排除证据形成一个初步的内心假设,法官在随后程序中将会倾向于接受与假设一致的事实和证据,同时排除那些潜在的矛盾和不一致性。问题的关键在于,法官是更加倾向于公诉方而非辩护方的事实版本,并会在不断强化最初假设的过程中作出不排除证据的决定。也就是说,与图二不同,由于法官对公诉方存有天然的职业亲近感,图三中的证明起点(A点)在“融贯性的转移”之前就已经超越了50%的界限。法官在排除程序中对被告人口供等非法证据的反复审查会进一步强化了不排除证据的假设,然后在某一时刻最终形成了内心确信,随后的程序只不过是这种确信再次强化的过程。



图三

〔88〕 (德)贝恩德·许乃曼等:“案卷信息导致的法官偏见:关于与英美模式比较下德国刑事诉讼程序优缺点的实证研究”,刘昶译,载何挺等编译:《外国刑事司法实证研究》,北京大学出版社2014年版,第80页。

这种理论分析也得到了我国的学者论述和实证数据的支持。例如,左卫民教授指出,中国主导性的政法理念和司法体制促成了印证模式下证据的高度偏向性,^{〔89〕}刑事司法的体制性与机制性因素会促使非法证据排除规则的执行进一步偏向于侦控机关,^{〔90〕}整个证据体系本质上是偏向控方的有罪证据,^{〔91〕}这也意味着法官评价非法证据的心证起点就已经出现了图三中的漂移。又如,张建伟教授从人性价值取向来分析排除规则的实践效果时指出,司法机关对于侦查人员倾向于性善论的人性取向,对于辩护方容易采取性恶论的人性取向,导致对侦查人员违法取证并为此提供伪证不加以警惕,增加了排除非法证据的心理阻力。^{〔92〕}此外,也有学者发现,法官对被告人的翻供辩解采信率极低,在655件样本案例中只有15起被告人的翻供得到了采信。^{〔93〕}这些都表明,一旦法官经先前阅卷就是否排除证据存在心证倾斜,那么,尽管辩护方可以继续提出相反的证据,但最终也是难以推翻法官经“融贯性的转移”形成的内心假设。

在数据统计方面,虽然目前排除非法证据的案例越来越多,但总体而言排除比率还是比较低的。^{〔94〕}其实,我们再次反思较低的排除率时,不能忽视决策主体本身的特点。因为法官受其经验偏好、内外压力之影响,证明标准之起点已经出现了漂移,此时,公诉方只需稍微举证即可触动“融贯性的转移”,进而促使法官作出不排除证据之决定。这就可以解释,在有些只有被告人的控诉和侦查人员的证言这种“一对一”的情形时,尽管证据稀缺,但法官还是没有排除证据,而且甚至冠以“被告人无其他证据予以证实”之名。

六、“审判中心主义”语境中弥合冲突的思路

应当承认,实务人员也已经开始正视排除规则和印证模式之间的冲突问题,譬如有的法官在审理报告中将一些被告人数次供述明确列出,但又标注:非法证据,予以排除,仅供参考。^{〔95〕}但“仅供参考”语焉不详,不仅无法指导评价证据,反而暴露出既要排除非法证据、又要达到“相互印证”的矛盾心理。与这种自生自发的探索不同,当前在“顶层设计”理念下推进的以审判为中心的刑事诉讼制度改革却能为弥合两者冲突提供制度支持和完善空间,因为“证

〔89〕 左卫民,见前注〔4〕,第168页。

〔90〕 左卫民,见前注〔54〕,第158页。

〔91〕 左卫民,见前注〔4〕,第168页。

〔92〕 参见张建伟:《证据的容颜司法的场域》,法律出版社2015年版,第138—139页。

〔93〕 张健:“非法证据排除规则实施背景下的庭审翻供问题研究——对2011—2013年655起案件的实证考察”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第4期,第111页。

〔94〕 例如,重庆法院系统组织的调研数据显示,2013年1月至8月间,一中院及其辖区审理的刑事案件中,被告方申请排除非法证据的有41件,最后成功排除的只有2件,排除率约为4.9%。参见裴显鼎,见前注〔38〕,第140页。天津市高级人民法院的数据表明,在228件案件中,仅有19件排除了非法证据,排除率约为9.21%。参见吴纪奎,见前注〔52〕,第656—657页。2013年江苏省法院143件启动排除程序的案件中,排除率仅占7%。参见范莉、王星光,见前注〔73〕,第198页。

〔95〕 孙长永、王彪:“审判阶段非法证据排除问题实证考察”,《现代法学》2014年第1期,第82页。

据制度系随诉讼之基本机构及其程序而建立,且与诉讼制度所采之基本原则具有密切关系”。^[96]以审判为中心的改革是一项涵盖面广、体系性强的长期工程,本文的思路主要着眼于如何通过程序来规制法官评价非法证据和全案其他证据的心证过程。以下是几条逐步推进的改革路径,既有彻底弥合冲突的激进方案,也有基于司法现状的温和理疗,具体包括:

(一) 实行起诉状一本主义,贯彻直接言词原则

学者在研究侦查案卷信息对法官判决的影响后,指出回归“审判中心主义”的根本解决之道是对侦查案卷与裁判信息进行切割,^[97]让法官头脑像一张白纸一样展开审判活动,通过庭审建立对于案件的心证,并本着自己的心证作出判决。^[98]其实,这种思路即能从根本上保证法官以“原子主义”的视角来评价非法证据。因为结合我国实务中“一证一确认”的操作,在被告方申请排除非法证据时,每个证据将是一种“原子”状态的存在,它们的证据能力只会取决于法官基于控辩双方举证质证和口头辩论所作的及时裁决,而不是基于阅卷产生的内心印象。被告人的作案手段、主观恶性等定罪事实以及前科、累犯、品性等量刑事事实都难以进入法官评价非法证据的视野,单个证据也无法和其他事实、证据相互印证,所以就彻底避免了本文致力解决的排除规则和印证模式之间的冲突问题。

进一步说,这一体现“原子主义”的方案倾向于英美法系典型的非法证据排除规则。由于侦查和审判之间没有承继关系,故全案证据可以分为侦查证据和审判证据。^[99]法官需首先在排除程序中以“原子主义”的方式评价非法证据,随后才能以“整体主义”的方式评价全案其他证据,两者在不同的场域中发挥作用。但是,这并不意味着为了弥合冲突,以审判为中心的改革就必须以英美制度为蓝本。相反,职权主义的诉讼制度依然可以贯彻直接言词原则,^[100]并依靠其他制度设计最大限度地防止法官事先了解全案信息,从而切断“原子主义”和“整体主义”在同一场域内的联系。

实现起诉状一本主义和直接言词原则虽然是理想目标,但它们二者尚有自身的弊端。例如,日本引入起诉状一本主义后出现了公诉权滥用、辩护难度增加以及法庭审判臃肿等消极后果。^[101]而且,以直接言词的方式听审每一个非法证据也势必对诉讼效率、审判资源造成一定的压力。但是,这种制度的“双刃剑”并不必然对“理想方案”造成实质性的影响,问题的关键在于如何扬长避短,利用制度协力来深化改革。例如,我们可以在庭前阶段解决大多数非法证据的争议,并发挥言词主义“助益精简审理内容、确立审理方向之机能”。^[102]同时,我们也可以

[96] 参见陈朴生,见前注[1],第17、46页。

[97] 参见魏晓娜:“以审判为中心的刑事诉讼制度改革”,《法学研究》2015年第4期,第93页。

[98] 参见张建伟:“审判中心主义的实质内涵与实现途径”,《中外法学》2015年第4期,第872页。

[99] 陈朴生,见前注[1],第3页。

[100] 参见罗科信,见前注[24],第429页以下。

[101] 参见(日)川出敏裕:“日本检察官之监控机制”,刘芳伶译,台湾《月旦法学杂志》2008年11月第162期,第107—109页。

[102] 邱联恭:“程序保障之机能——基于民事事件类型审理必要论及程序法理交错适用肯定论之观点”,台湾《台大法学论丛》1987年第17卷第1期,第17页。

期待认罪认罚从宽处罚制度的试点改革,以便集中司法资源在少数重大疑难案件中落实“审判中心主义”,^[103]并进一步探索实行起诉状一本主义和直言词原则的可能性,最终实现彻底弥合排除规则和印证模式之间的冲突。

(二)案卷分离,落实程序审查优先原则

这一思路植根于当前的学术研究和实务探索:一是,学者在论及推进“审判中心主义”的思路时,建议参考意大利单独设立辩护律师案卷的做法,以增强辩护律师参与的常态化和实质化。^[104]二是,我国的辩护实务中,大多数涉及非法取证的辩护词都会将其作为一项关键的辩护理由并单独列项。所以我认为,在检察机关移送全部案卷之后,一旦辩护方提出了排除非法证据的申请,法院经审查并启动排除程序后,就可以要求他们将涉及非法证据的相关事实、证据单独整理成册,附于全案材料之外。同时,法院应严格贯彻程序审查优先原则,在庭前会议或庭审程序中必须先行调查非法证据的争议,然后再根据其他案卷材料和庭审过程评价全案其他证据。^[105]

这种思路体现的是“原子主义”和“整体主义”的交替适用。在处理取证合法性问题时,由于相关材料脱离于全案其他材料之外,法官是以“原子主义”的方式来先行评价某个证据是否是非法的;待听取意见并作出裁决之后,法官又以“整体主义”的思维方式综合评价全案其他证据。这种交替适用能够防止法官目光在非法证据和全案事实、证据之间“往返流转”,能够最大限度地取证合法性问题剥离出来,给法官搭建“原子主义”和“整体主义”不同的平台来评价证据,从而在一定程度上弥合了排除规则和印证模式之间的冲突。

值得注意的是,已有多位学者倡导构建“二元法庭”来单独审查非法证据的争议,也有论者建议在审前阶段排除证据时,由人民检察院另作书面说明,写明非法证据的证据的种类以及是否排除理由并随案移送。^[106]但他们忽视了,如果庭前和庭审的法官系同一人,那么涉及非法证据的材料必将随着全案移送进入法官“整体主义”的审查视野;若由专人进行庭前审查,但不分离案卷材料,则其他法官在庭审阶段照样会接触全案材料。此外,还有一种比较彻底的方案,不仅要求分离案卷,而且要求由专任法官来审查处理取证合法性问题。应当承认,这种思路将排除规则的“原子主义”色彩发挥到了极致,但即使是英美法系国家,也不会选择这种对审判资源强求极高的

[103] 参见陈卫东:“认罪认罚从宽制度研究”,《中国法学》2016年第2期,第52页。

[104] 魏晓娜,见前注[97],第94页。关于这种两套案卷制度的运行效果,参见(美)艾瑞克·卢拉等主编:《跨国视角下的检察官》,杨先德译,法律出版社2016年版,第241—242页。

[105] 需要指出的是,我国2010年《排除非法证据的规定》第5条确立了程序审查优先原则,规定“被告人及其辩护人在开庭审理前或者庭审中,提出被告人审判前供述是非法取得的,法庭在公诉人宣读起诉书之后,应当先行当庭调查”。但是,《最高法解释》第100条修改了这项原则,规定“对证据收集合法性的调查,根据具体情况,可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据的申请后进行,也可以在法庭调查结束前一并进行”。

[106] 参见陈卫东、杜磊,见前注[10],第39页;汪海燕:“论刑事庭审实质化”,《中国社会科学》2015年第2期,第117页。

制度设计,^[107]而是仍然由同一法官来听审每个证据并作出是否排除的决定。与此不同,本文倡导的经形式审查分离案卷的思路,比较适合我国法院进行改革的自身条件。

另外,这种案卷分离的构想与“二元法庭”又存在一个显著的差异,即不是单方面要求法院进行改革,而是强调让涉及自身利益之控辩两造来主导分离案卷。辩护方若要求排除非法证据,则必须提交另一份独立的辩护意见,法院经初步审查认为存在疑问时,可要求检察机关承担举证责任并将讯问笔录、录音录像、证人证言等相关证据单独整理成册,以供法庭审查裁决。如此既能保证法官在处理取证合法性问题时不接触其他案件材料,同时也能促进控辩双方积极参与排除程序,强化排除规则的适用效果。

(三) 尽早解决争议,事先预防优于事后论证

这是基于现行制度在执行层面的思考,是一种相对容易实现的路径。如前文所述,在《刑事诉讼法》恢复移送全部案卷后,法官是以“整体主义”的视角和“相互印证”的逻辑来处理取证合法性问题的,心理学中的“融贯性的转移”也会促使法官更加倾向于不排除证据。这种认知心理会随着法官接触更多的案件信息而不断强化。易言之,取证合法性争议解决得越晚,法官接触到的信息就越多,也就越强化之前由于职业惯性形成的内心假设,最终导致更加难以排除非法证据。而且,近年来德国一些法院也通过判例的形式要求被告方及时提出取证合法性的异议,否则就可能遭受“失权”的后果。^[108]所以,为了避免法官的职业惯性和内心假设造成误判,本文建议尽早处理取证合法性的争议。

第一,有的学者研究发现,我国审查起诉阶段的排除程序启动频繁,发挥出一种“柔性把关”的功效。^[109]若能在审判前阶段尽早排除证据,那么就彻底避免了法官在排除规则和印证模式之中的心证冲突。^[110]

第二,若审查起诉后辩护方才提出排除证据的申请,则应尽量在庭前会议中解决争议。但可惜的是,目前庭前会议的运行效果并不理想。^[111]而且,最为关键的是,庭前会议的决定没有法律效力,致使多数争议依然被拖入一审之中。^[112]所以,为了在上游程序中就消弭“融贯性的转移”的消极后果,本文建议应当要求被告方原则上必须在庭前提出排除非法证据的意

[107] 值得注意的是,我国最高人民法院资深法官的相关改革意见中,也不明确提倡同时采用这两项制度。他们指出,“为了有效解决因庭前阅卷和庭前会议可能导致的预断问题,可以考虑从两个方面着手:一是限制法官庭前阅卷。二是由庭审法官之外的法官负责庭前准备工作”。由此可见,“可以考虑从两个方面着手”比“应当”“必须”等措辞的语气要软了许多。参见戴长林等,见前注[46],第230页。

[108] 但是,这种“失权规则”不适用于德国《刑事诉讼法》第136条a中证据,因为通过“虐待、疲劳战术、伤害身体、施用药物、折磨、欺诈或催眠等方法”获取的证据必须“绝对排除”于法庭之外。See Stephen Thaman (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, New Springer, 2013, pp. 122, 131.

[109] 参见吴洪淇:“证据排除抑或证据把关:审查起诉阶段非法证据排除的实证研究”,《法制与社会发展》2016年第5期,第153页。

[110] 参见熊秋红:“完善侦查监督工作机制加强人权司法保障”,载《检察日报》2016年11月3日,第3版。

[111] 例如,有的调研显示,在总计69件召开庭前会议的案件中,被告方仅在15个案件中的庭前会议中申请排除非法证据,最终只有4个案件作出了是否排除的决定。参见张燕龙:“庭前会议程序的衔接机制研究”,《法学杂志》2015年第12期,第115—116页。

[112] 吉冠浩:“论庭前会议功能失范之成因”,《当代法学》2016年第1期,第160页。

见,一旦法庭作出裁决,除非有新的事实和证据,否则不能在一审程序中再次提出此类申请。此外,根据《最高法解释》第103条的规定,必须严格限制二审阶段审查非法证据的条件,尤其是被告方无正当理由、没有在一审阶段提出申请时,不再受理此类争议,因为再次启动程序就意味着带来排除规则和印证模式的冲突风险。

第三,如果在庭审阶段被告方基于新的事实、证据要求排除非法证据的,我们应当按照“排除预断原则”去调整若干庭审规则。排除预断原则是起诉状一本主义的背后的理念,^[113]可以指引我们如何在法官阅卷后尽量降低非法证据的负面影响。

首先,在法庭调查阶段,公诉人的开场陈述中不能基于无证据能力的资料或无意请求调查的事实,向法庭陈述有可能产生偏见或预断的事项。^[114]因为《最高法解释》第100条规定,既可以先行调查非法取证之争议,也可以和其他问题一并调查,故一旦公诉人在开场陈述时就将“争议”证据作为重要的依据并当庭陈述,或者明知系非法取得而强行在开场陈述中论辩,乃有混淆争议、加速“融贯性的转移”之风险。其次,法庭对取证合法性争议作出处理前不得对案件其他证据进行举证质证。^[115]这也是体现了程序审查优先原则的要求,既能防止法官以“整体主义”视角来评价非法证据,也能降低非法证据在下游程序中对法官心证的影响。再次,必须先行调查有关犯罪事实的其他事实和证据之后,才能调查被告人的供述。^[116]因为被告人的供述向来是控方证据体系的支柱,而且就目前排除规则适用的情况来看,被告人供述也是最常见的非法证据,故将之置于最后顺位的调查,既可以避免因非法取证、虚假供述而影响法官评价其他证据,也可以拟制一种“原子主义”的环境,让法官最后单独审查这种争议较多、证明力强的“证据之王”。

第四,无论法院在庭前会议或庭审中排除相关证据,都应该在判决书中详细载明理由,因为“判决书是庭审结果的固化,判决书的质量与庭审的质量互为依托,是司法公正的重要载体”。^[117]但需指出的是,有的学者在研究消除非法证据影响法官心证时认为“由于需要进行裁判说理,被排除的非法证据对法官心证的影响将大大减小,法官一般不会对证据不足的情况下贸然定罪”。^[118]本文认为此处过于夸大了判决理由的事后消弭作用。正如邱联恭教授所言,“向来为说服当事人并获得其对裁判之信赖,论者每强调将法院判决理由记载于判决书之功用。实者,此项功用,就获得当事人对裁判之信赖言,既仅能见于辩论终结后……显然难与

[113] 参见林山田:“别迷失在主义的丛林中——为职权原则与调查原则申冤”,台湾《台湾本土法学》1999年第1期,第13页。

[114] 参见(日)田口守一:《刑事诉讼法》,张凌等译,中国政法大学出版社2010年版,第226页;(日)西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社1997年版,第54—55页。

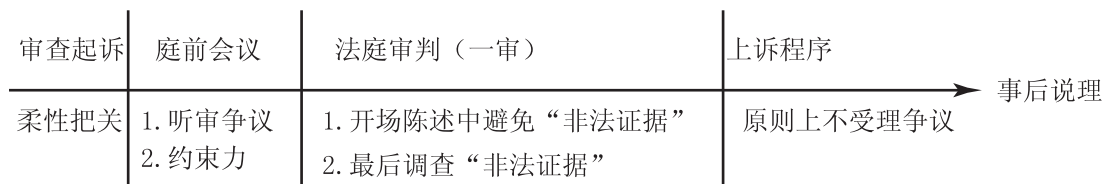
[115] 戴长林等,见前注[46],第175页。

[116] 参见陈朴生,见前注[1],第337页;田口守一,见前注[114],第301页;(日)松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(下),张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第38页。

[117] 熊秋红:“以念斌案为标本推动审判中心式的诉讼制度改革”,《中国法律评论》2015年第1期,第35页。

[118] 王彪,见前注[9],第412页。

上述信赖程序之积极功能相比”。^{〔119〕} 申言之,裁判说理虽能够约束法官心证并增强判决的可接受性,但其本质是要求法官从头脑中删去被排除的证据,并且不能在书面解释中提及相关事实,这种“心理魔术”使得我们难以探明非法证据是否污染了法官的心证。^{〔120〕}



图四 “尽早排除非法证据”

此处问题之关键在于,一旦在上游程序中法官心证就受到污染,若要在下游程序中将之降低或消弭,就必须依靠复杂的制度设计和昂贵的程序资源。相反,如图四所示,若能通过每个程序阶段尽早排除非法证据,也就可以通过层层关卡来防止非法证据随着程序进一步影响法官的心证。因为在上游程序中,法官接触的案件信息较少,出现“融贯性的转移”的可能性较弱,将非法证据尽早阻隔于程序之外,不仅能防止全案信息影响法官决定是否排除证据,更能最大限度地降低非法证据持续性污染法官评价全案证据时的心证,最终也就有利于保障全案事实认定的准确性。此即“事先预防优于事后论证”之逻辑。

（四）不能以“相互印证”来证明取证的合法性

最后一条改革思路集中关注法官应当如何评价取证合法性问题。这既能弥补我国现行立法的不足,也是为了对法官“不为理性所知的内心空间”进行最低限度的干预。如前文简某某盗窃一案中,很多法院会以“被告人的供述与证人证言、辨认笔录等证据相互印证”为由,来论证侦查机关没有刑讯逼供的行为。^{〔121〕} 这种“整体主义”的视角和“相互印证”的逻辑就是造成排除规则和印证模式冲突的直接原因。所以,本文建议应当从以下两个方面来规范法官评价证据和裁判说理的方式。

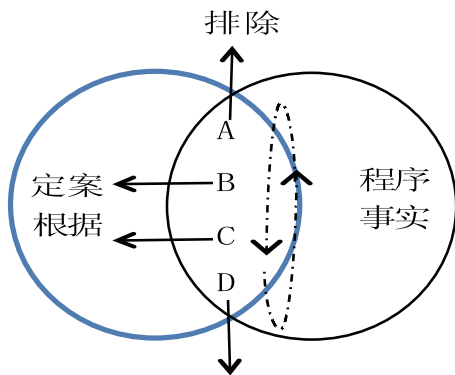
第一,我们必须明确要求法官在处理取证合法性争议时,原则上只能按照 2010 年《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第 7 条和《最高法解释》第 101 条的相关内容来审查公诉机关提供的讯问笔录、提押登记、体检记录、录音录像资料等证据材料,并在必要时要求侦查人员或者其他人员出庭说明情况,而不能涉及与取证合法性争议没有直接关系的其他事实、证据。因为如果按上文简某某案中的思路,当法官认定被告人供述与本案其他证据“相互印证”时,就会僭越证据真实性和合法性的边界,不仅导致排除规则和印证模式之间发生摩擦,更会影响程序事实和全案事实的准确认定。

〔119〕 邱联恭:“值得当事人信赖的真实——基于防止发生突击性裁判之观点批判形式的及实体的真实主义”,台湾《台大法学论丛》1982 年第 11 卷第 2 期,第 15—16 页。

〔120〕 参见(德)托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 188 页;(德)科劳斯·缇德慢:“德国刑事诉讼法导论”,宗玉琨译,载《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社 2013 年版,第 22 页;Thaman, supra note 108, p.118.

〔121〕 见前注〔65〕。

第二,在裁判说理中,也必须严禁以“相互印证”的逻辑来论证取证程序的合法性。但鉴于案件事实复杂多样,我们认为这里禁止的是与取证合法性争议没有直接联系的事实、证据,而不是完全将法官限于一个纯粹的“原子主义”场域。这在处理多次供述和翻供案件中最为明显。如图五所示,在类似前文中郑某某贪污案的情形中,被告人要求排除某一次或多次有罪供述时,法官就有必要结合全案供述来审查供述的一致性和翻供的特殊性。^{〔122〕} 尽管被告人的供述 B 和 C 最终被采纳作为定案根据,但它们在取证程序合法性的审查中也是不可或缺的。我们一方面强调法官应该在“原子主义”的场域内评价非法证据,另一方面也必须承认程序事实和实体事实、“原子主义”和“整体主义”都不是截然分割、完全对立的。所以,本文建议法官在裁判说理时不能将与取证合法性争议没有直接联系的事实、证据纳入评价范畴。



图五 “多次供述和翻供的审查判断”

六、结语：制度冲突与我国证据法的未卜命运

排除规则和印证模式之间冲突之本质源于“原子主义”和“整体主义”两种证据评价思维之间的差异。英美法系的排除规则以“原子主义”为基础,认为非法证据能够像鹅卵石一般从证据体系中被剔除;在大陆法系国家的证据法中,除了诸如德国证据禁止之类零星的排除规则,“整体主义”的评价方式一般并不强制要求剔除被污染的鹅卵石,只要达到内心确信之程度,亦可以作出有罪之事实认定。

中国的印证模式更类似于“整体主义”。在排除规则颁布实施之前,我们与大陆法系国家相似;在排除规则颁布实施之后,我们尤为强调剔除被污染的鹅卵石,这一过程就致使排除规则和印证模式之间出现摩擦。其结果是,如果排除了证据,可能无法达到有罪认定的证明标准,同时被排除的非法证据对法官心证之影响也难以彻底消除;如果不排除证据,那块“鹅卵石”经反复验证就显得格外引人注目,进而可能加强了控方的证据体系,导致“合法证据”对法官心证带来了影响。

“时代来去如风,故园荒草如金。”无论是“新法定证据主义”、验证模式和体系模式之

〔122〕 裴显鼎,见前注〔58〕。

二元论,^[123]还是我国台湾地区学者提出的“证据心证主义”,^[124]它们本质上都是在“整体主义”之下或多或少的调适。与其寻找崭新的刑事证明方法,不如以引入排除规则为契机,深入研究排除规则对印证模式之冲击、印证模式之固有弊端、印证与自由心证之衔接等问题,而且这些都已经受到学术研究和实务操作之关注。^[125]本文无力解决影响排除规则实施效果之执法观念、诉讼模式、司法体制等症结,^[126]至多只能以批判性的眼光为弥合冲突、建构制度提供一些思路。但诚如达玛斯卡所言,法律移植所导致的排异或冲突现象并不见得总是坏事,正是这种证据移植的未卜命运给我们改进中国的排除规则和印证模式带来了挑战,给我们在历史性的大视野下继续探索中国目前“四不像”的刑事诉讼制度创造了机遇。

因为,它们“互动且不断变化”!^[127]

Abstract: China's exclusionary rule of illegal—obtained evidence is not attentive to judge's internal evaluation of evidence. The exclusionary rule in the Anglo—American system denotes the atomism; by contrast, our exclusionary rule is expressed in the forms of holism and “mutual proof mechanism”, both normally and practically. Such holism is derived from the philosophy of substantive truth. The essence is to use the “mutual proof” to assess the admissibility of evidence. This logic produces problems not only in that the actual finding of illegal—obtained evidence may be affected by substantive facts, but also in that the mutual proof mechanism may eviscerate the exclusionary rule to a large extent. In addition, the “coherence—based” reasoning in the psychological and other relevant legal experiments indicates that holism will induce the judge not to exclude the illegal—obtained evidence. We can reduce their conflicts in the context of current trial centralization reform. A minimum reformative requirement is: the “mutual proof mechanism” cannot be employed to determine the admissibility of evidence.

Key Words: Atomism; Holism; Exclusionary Rule of Illegal—obtained Evidence; Mutual Proof Mechanism; Coherence Shift

(责任编辑:傅郁林)

[123] 关于“验证模式”和“体系模式”,参见褚福民:“刑事证明的两种模式”,《政法论坛》2015年第2期,第94页以下。

[124] 参见黄翰义:“论证据心证主义”,(台湾)《军法专刊》2009年第1期,第83页以下。

[125] 例如,左卫民教授提出了“程序化的证明模式”,也有其他学者提出将印证和心证融合。参见左卫民,见前注〔4〕,第170页以下;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176页以下。

[126] 参见陈光中,见前注〔46〕,第47页;张建伟,见前注〔92〕,第139—141页。

[127] 左卫民教授的原话是,“事实上,中国现有刑事诉讼制度乃是一种类似于‘四不像’的复杂组合,互动且不断变化。在中国社会发展与转型的大变革时期,思考中国刑事诉讼应当有一种历史性的视野。达玛斯卡的分析路径可资我们借鉴”。左卫民:《现实与理想:关于中国刑事诉讼的思考》,北京大学出版社2013年版,第64页。