

迈向“合理”的刑事证明

新《刑事诉讼法》证据规则的法律解释要义

周洪波^{*}

摘要 2012年《刑事诉讼法》修改引入了“排除合理怀疑”这一西方常见术语来解释作为定罪量刑证明标准的“证据确实、充分”这一传统法律表述,带来了许多困惑和理解上的混乱。有鉴于此,与此有关的进一步法律解释对于新法的良好实施就具有了关键意义。一方面,需要进行语义解释,“排除合理怀疑”的事实认定,在证明标准意义上应当是一种或然性、非唯一结论的“事实确信”;以其来解释“证据确实、充分”,应成为摆脱“客观真实”论或“铁案”观等传统证明标准观念的契机。另一方面,需要进行体系解释,即把许多证据规则都放在定罪量刑证明标准转型的视角中来进行理解和解释,从而使证据规则之间能够互相协调匹配,起到合理、有效的规范作用。

关键词 刑事证明 排除合理怀疑 证据规则 语义解释 体系解释

引言

我国1979年制定的《刑事诉讼法》在2012年3月完成了第二次修改。这次法律修改的内容很多,就笔者看来,其中最为重要的应该是与事实证明有关的制度改革。因为事实证明是诉讼的核心活动,相应的也有“证据法是诉讼法的脊梁”之说。就这方面的改革而言,

^{*} 西南民族大学法学院副教授。本文为2011年最高人民检察院检察理论研究一般项目阶段性成果(项目编号:GJ2011C04)。本文的研究也得到了西南民族大学研究生学位点建设项目的资助(项目编号:2013XWD-S0301)。

最为要紧的又莫过于证明标准在法律表述上的变化,即引入了“排除合理怀疑”这一西方的常见术语,来解释作为定罪量刑证明标准的“证据确实、充分”这一传统法律表述(在法典中,“证据确实、充分”的表述并不仅适用于定罪量刑证明标准),而不是广受专业人士和社会公众关注的非法证据排除规则的建立和出庭作证制度的改革等。因为,作为目的性、核心性的定罪量刑证明标准对证明活动具有根本性的统领作用,正所谓“目的地不同道路也必然有异”,所以定罪量刑证明标准的改革对证据规则具有全局性的影响,有“牵一发而动全身”之功效。然而颇令人遗憾的是,如此重要的证明标准法律表述变化,在当前却没有吸引到与其重要性相匹配的关注度。

为什么会引入“排除合理怀疑”来解释作为定罪量刑证明标准的“证据确实、充分”?前者是否能够对后者起到应有的“解释”作用——“明晰”被解释对象,使其能够更容易被理解或具有更明确的特定指向,从而更好地发挥规范指导作用?前一个问题的答案是众所周知的,即证明标准的传统法律表述“证据确实、充分”(或“案件事实清楚,证据确实、充分”等)在之前多年来就被问题化了——人们对于其是否太过笼统、抽象以及证明标准是否过高等,都产生了许多争论,而且普遍认为许多冤假错案的发生都与证明标准的问题有关。然而,后一个问题的答案却是晦暗不明的——尽管有了许多理论探讨和几个新的司法解释文本,但仍然留下了一些悬而未决的问题。一方面,在《刑事诉讼法》第二次修改的草案公布以及正式通过之后,人们对“证据确实、充分”、“排除合理怀疑”表述应该怎么理解、能否用后者来解释前者,以及用后者来解释前者的立法意旨为何等,都还存在着不少分歧和似是而非的理解;新的司法解释文本也没有对此作出具有直接针对性的进一步具体解释,从有关条文来看,其对证明标准之实质的理解是极为含混的。另一方面,欲使作为目的性、根本性的定罪量刑证明标准改革真正发挥“牵一发而动全身”之实际功效,而不是“孤立无援”,需要将许多证据规则放在定罪量刑证明标准的新表述视野中来进行理解和解释,然而,这种关联性的深入探讨却极为鲜见;在新的司法解释文本中,也基本未见在这方面的有意识关照。因此,仍有必要通过“语义解释”来解析与证明标准表述有关的语词含义,澄清“排除合理怀疑”入法的实质;通过“体系解释”来清晰呈现许多证据规则之间所应有的融贯性逻辑。

对于概念的语义解释来说,需要澄清的基本问题是:“排除合理怀疑”的引入,到底能够 and 应该起到一种什么作用,是使旧有的法律表述更好被把握?还是使其所指改变而发生一种实质性的“变革”,即因此而改变传统上基于“客观真实”论或“铁案”观等对“证据确实、充分”所作的理解和解释?就体系解释而言,需要弄清楚这样的问题:如何使定罪量刑证明标准得到其他证据规则的“鼎力支持”?如果使证明标准发生实质性的变革是引入“排除合理怀疑”之后的一种“合理期待”,那么在具体的证据规则方面需要一些什么样的新理解和新解释?正确解答这些问题,对于新《刑事诉讼法》的良好实施无疑具有极为关键的意义。否则,引入一个新语词的后果可能是好处未得些许,反倒弊害丛生。有鉴于此,本文力图针对这些问题提供一些较为清晰、妥当的说法,期望这对以后的法律解释(包括立法性的“司法解释”和具体办案过程中的判决说理)工作能够起到有益的指导作用。

一、语义解释：“排除合理怀疑”入法的实质

新《刑事诉讼法》第53条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。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；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。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过法定程序查证属实；③综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”其中，对“证据确实、充分”的解释性条件规定是新增加的内容。引人注目的是，在我国，“证据确实、充分”是近年来被问题化但曾经长期“备受珍视”的传统定罪量刑证明标准表述之一，“排除合理怀疑”是近年来多受推崇但曾经饱受诟病的西方常用术语；新法没有抛弃传统表述，而是用后者来解释前者，看起来似乎有点儿“混搭”的意味。这种“混搭”是否妥当、意味着什么，这在学理上的认识分歧较大，而新的立法性司法解释文本也未有明确的直接回应和妥当的应对，因此，正确的法律理解还有待阐明。

（一）对“排除合理怀疑”入法的学理分歧

“混搭”的效果如何？在学理上对此的已有评价和分析大致可以分为五大类：第一类属肯定说和标准实质不变说，即认为，这使证明标准的旧有表述变得更容易被理解和把握，但并未改变证明标准的实质。为什么证明标准更容易被理解和把握，有两种代表性的说法：第一种是非常流行的说法，即认为，“证据确实、充分”，是一种客观的、正面证实的表述，而“排除合理怀疑”是一种主观的、反面证伪的表述；因为任何正确的证明和认识都同时离不开前述的两个方面，所以，新法的结合性表述使证明标准更清晰，反映了立法对证明标准的认知不断科学化。第二种是有论者认为，“证据确实、充分”是证明标准，“排除合理怀疑”既是证明标准又是证明方法，因而后者更为具体。^{〔1〕}

不过，虽然许多肯定说都主张证明标准的实质没有改变，但对其实质为何却有三种不同的学理状态：一是，明确指出证明标准的实质就是要求实现证明的“结论唯一”或“排他性”。对此的解释，大致分为三种情形，即：第一，基本上没有进一步的解释，只是一种武断的结论；^{〔2〕}第二，认为从美国的有关法律规定和理论解释来看，“合理怀疑”就是指由证据得出的结论不具有排他性，所以，所谓“所认定的事实已排除合理怀疑”，就是指证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除，而根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验法则，由证据得出的结论具有唯一性、排他性；^{〔3〕}第三，认为在西方国家“排除合理怀疑”并不要求达到“结论唯一”或“排他性”，但是在我国的新《刑事诉讼法》中，“排除合理怀疑”只是“证据

〔1〕 参见龙宗智：“中国法语境中的‘排除合理怀疑’”，《中外法学》2012年第6期。

〔2〕 参见卞建林主编：《中华人民共和国刑事诉讼法最新解读》，中国人民公安大学出版社2012年版，页72—73。

〔3〕 参见张军主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉适用解答》，人民法院出版社2012年版，页207—208；张军、陈卫东主编：《新刑事诉讼法疑难释解》，人民法院出版社2012年版，页119—121。

确实、充分”的三个解释性条件之一,所以,我国的刑事证明标准仍然与西方国家的不同,还是要求达到“结论唯一”或“排他性”;〔4〕或是说,“证据确实、充分”比“排除合理怀疑”要求高,前者是后者充分条件,后者是前者的必要条件。〔5〕

二是,虽有解释,但其意并不明确。比如,有论者认为,“排除合理怀疑”是指,对于认定的事实,已没有合乎常理的、有根据的怀疑,实际上达到确信的程。〔6〕又比如,有论者认为,新法的表述,就是要求裁判者要形成内心确信,实现主客观相统一。〔7〕表面看来,这些似乎都是对法律表述的进一步解释,但实际上,被解释的对象与解释性的语词在语义的抽象层次上并没有什么区别,在语义上后者并不会比前者更清楚,因而这些解释都是不清不白的,对我们的理解并没有多少帮助。

三是,虽有解释,但似是而非。比如,有学者一方面说,所有的证据都是盖然性的,并不存在形而上学的绝对真实,定案的证据取舍,实际上就是排除主观合理怀疑后的相对确信;但另一方面又说,我国新刑事诉讼法中虽然规定了“排除合理怀疑”,但仍不同于西方的证明标准,它并不是对我国传统刑事诉讼证明标准的颠覆,它不是作为独立的证明标准与“客观真实”标准“平起平坐”,而是“委身”以对“客观真实”起补充作用。〔8〕这样的说法似是而非之处在于,其大而化之似乎可以自圆其说,但细究起来整个说法在逻辑上却很难讲得通。

第二类属限制接受说和标准实质不变说,即认为,用西语“排除合理怀疑”来解释传统表述“证据确实、充分”是不太合适的,对于既成的法律事实,需要限定前者的法律地位,维持对证明标准实质的传统理解不变。比如,有论者指出,这种解释会存在以主观标准解释主客观相统一标准、以相对确定性标准解释绝对确定性标准的矛盾。一方面,“案件事实清楚,证据确实、充分”是一个主客观相结合的证明标准:其中,“案件事实清楚”是主观标准,是指事实裁判者在认识上、心理上对事实已经“清楚”、“明白”;“证据确实、充分”是客观标准,要求证据客观上在质和量两方面达到“确实”和“充分”的程度。“排除合理怀疑”是主观标准,如果以其来解释“证据确实、充分”,那么“案件事实清楚,证据确实、充分”就成了一个从“主观”到“客观”再到“主观”的标准,存在着逻辑上的矛盾和理念上的混乱。另一方面,“案件事实清楚,证据确实、充分”就是“结论唯一”的证明,“结论唯一”的确定性为100%,至少应是99.99%。“排除合理怀疑”,在西方被理解“道德上的确定性”,是一种主观的确定性,其在本质上是“接近真实”尚未达到“确定性”的地步,其与主客观相统一的确定性和“结论唯一”有着重大的区别。将两种确定性程度

〔4〕 参见张军主编:《新刑事诉讼法法官培训教材》,法律出版社2012年版,页165。

〔5〕 参见龙宗智,见前注〔1〕。

〔6〕 参见郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》(最新修正版),法律出版社2012年版,页115-116。

〔7〕 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉释义及实用指南》,中国民主法制出版社2012年版,页136。

〔8〕 参见陈卫东主编:《2012刑事诉讼法修改条文理解与适用》,中国法制出版社2012年版,页55-62。

不同的标准放在一起也有逻辑矛盾。^{〔9〕} 尽管认为并不太适合用后者来解释前者,但面对法律的既成事实,进而提出一种限制性理解的主张,即认为:对于新法中引入“排除合理怀疑”,应该理解为,这只是增加了一个容易操作的主观标准,不能是对证明标准的改变;“排除合理怀疑”只是证明标准的一个必要而非充分的条件,不宜将证明标准解释为就是“排除合理怀疑”,也就是说,达到了结论唯一或排他性,也就达到了排除合理怀疑,但是实现了后者则不一定达到了前者。^{〔10〕} 也许正是以这样一种限制性理解为前提,才会有如此的说法:“‘排除合理怀疑’是国际通行的对证明标准的表述,如果对此能够正确理解和运用,将有助于最大限度地防止冤假错案的发生。”^{〔11〕}

第三类属肯定说和标准实质改变说,即认为,以“排除合理怀疑”来解释“证据确实、充分”,意味着证明标准(之实质)从“客观真实”、“绝对真实”转向了“相对的实体真实”标准;这种转型是值得肯定的,符合诉讼认识论和诉讼目的。至于转型为何符合诉讼认识论和诉讼目的,论者并没有说清楚。^{〔12〕}

第四类属否定说和标准“可变”说,即认为,将“排除合理怀疑”这样的西式术语与“证据确实、充分”以及“案件事实清楚,证据确实、充分”等这些传统表述并置在同一个法律文本中是有问题的,这使证明标准变得更难理解,而且,还可能意味着改变证明标准的意图和使得操作性标准的实际降低。比如,有论者认为:英美法系使用“排除合理怀疑”来作为刑事诉讼证明标准的表述,本质是承认证明标准是一个不能脱离事实认识主体而独立存在的主观范畴。我国传统上使用“证据确实、充分”这一证明标准的表述,则认为证明标准是一个可以脱离事实认识主体而独立存在的客观范围。在仍然坚持使用“证据确实、充分”标准的基础上,又对“证据确实、充分”的具体条件作出了实质上与“排除合理怀疑”标准基本相同的规定,实际上已经承认证明标准是一个主观范畴,甚至可以说已经在一定程度上降低了“证据确实、充分”的要求。这种“旧瓶装新酒”犹抱琵琶半遮面式的做法,容易引起认识上的极大混乱。^{〔13〕} 又比如,有论者也认为,“排除合理怀疑”与“证据确实、充分”严重缺乏整合性:一是,西式概念和本土概念无法等同观之,因为,二者各有存在的制度背景、演变历史和特定内涵。二是,前者是主观标准,后者是客观标准,二者性质有异。三是,前者是指需要达到最大的盖然性,其确信度可以为 95%,是相对较高的标准;后者的标准是 100%,是绝对化的高标准。这种整合性的缺乏,势必因执法人员的理解不一而引发广泛的执法差异。立法上的新界定实质上意味着更改证明标准的意

〔9〕 参见陈光中:“刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部《两个证据规定》之公布为视角”,《中国法学》2010年第6期;陈光中、郑曦:“论刑事诉讼中的证据裁判原则——兼谈《刑事诉讼法》修改中的若干问题”,《法学》2011年第9期。

〔10〕 参见陈光中主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》,人民法院出版社2012年版,页64—68。

〔11〕 参见陈光中等:“刑事诉讼法制的重大进步”,《清华法学》2012年第3期。

〔12〕 参见樊崇义:“实体真实的相对性——修改后刑诉法第53条证明标准的理解和适用”,《人民检察》2013年第7期。

〔13〕 参见汪建成:“刑事证据制度的重大变革及其展开”,《中国法学》2011年第6期。

图,也可能会引发实际执法标准的下降。^[14]

第五类是标准不变说和意义不大说,即认为,“排除合理怀疑”与“案件事实清楚,证据确实、充分”在实质意思是相同的,引入前者来解释“证据确实、充分”有助于人们从新的维度来理解证明标准,不过,其价值不大。因为,前者的含义仍然是难以确定的,其对诉讼证明的指导和规范意义极为有限,仍难排除事实认定具有一定的任意性。^[15]

(二)“排除合理怀疑”入法后的含混司法解释

新《刑事诉讼法》出台后,新的立法性司法解释很快跟进。从《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《最高法院司法解释》)来看,其并没有对新《刑事诉讼法》第53条中的“证据确实、充分”或“排除合理怀疑”等语词表述明确作出具有直接针对性的进一步具体化解释,不过,其中的有些解释条文与后者的理解具有较大的关联性;从这些条文来看,其对证明标准之实质的理解是极为含混的,也不见得妥当。

在《最高法院司法解释》中,与新《刑事诉讼法》第53条具有可比性的主要是,第104条和第105条。第104条规定:“对证据的真实性,应当综合全案证据进行审查。对证据的证明力,应当根据具体情况,从证据与待证事实的关联程度、证据之间的联系等方面进行审查判断。证据之间具有内在联系,共同指向同一待证事实,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问的,才能作为定案的根据。”第105条规定:“没有直接证据,但间接证据同时符合下列条件的,可以认定被告人有罪:①证据已经查证属实;②证据之间相互印证,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问;③全案证据已经形成完整的证明体系;④根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑,结论具有唯一性;⑤运用证据进行的推理符合逻辑和经验。”从这两个条文的表述来看,前者是对作为定案的证据真实性要求的规定,后者是对只有间接证据的情况下定罪的证据条件要求。就实质而言,前者无疑就是从另一个角度对证明标准的一般性规定,后者就是对特定类型证据情形下的定罪证明标准规定。

就证明标准的真实性程度的理解而言,司法解释的两个条文中的大多数表述都不比法典的第53条的表述更具体,而只有司法解释第105条中的“结论具有唯一性”是更为具体的。然而,“结论具有唯一性”并不是从司法解释第104条所能必然得出的推论——因为“证据之间具有内在联系,共同指向同一待证事实,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问”并不意味着证据仅仅指向待证事实;后面将指出,“结论具有唯一性”也并不必然是法典第53条所蕴涵的要求。从司法解释的前一个条文比后一个条文更具有一般性和概括性来看,后一个条文的“结论具有唯一性”的要求是否符合司法解释的整体精神,需要存疑;当然,其是否符合法典的基本精神,也值得商榷。

(三)对“排除合理怀疑”入法的应有合理解释

面对同样的法律变化,学术界及实务界却有多种不同的说法,这已经表明,以“排除合理怀疑”来解释“证据确实、充分”这种法律表述方式的“明晰”效果是很难让人乐观的。而新的立法

[14] 参见左卫民:“进步抑或倒退:刑事诉讼法修改草案述评”,《清华法学》2012年第1期。

[15] 参见王敏远:“重新认识‘排除合理怀疑’”,载《检察日报》2013年11月26日,第3版。

性司法解释文本对证明标准之实质的含混理解,又尤其让人特别担忧其可能带来的危害。就此而言,努力申明一种正确的法律评价和法律解释立场无疑是极为重要的。在这里,需要说明和澄清的几个要点是:

第一,“证据确实、充分”的实质,在传统上是由“案件事实清楚”的理解所决定,而在新《刑事诉讼法》第 53 条中则是由“排除合理怀疑”的理解所决定。

其一,我国法律关于定罪量刑证明标准的常见传统表述,除了“证据确实、充分”之外,还有“案件事实清楚,证据确实、充分”等,在这些表述中,真正重要的是“案件事实清楚”这一表述。证明标准的表述,可以有不同的视角。证明标准是待证事实的证明真实度的一种要求,关于证明标准的直接表述就是从待证事实处着眼来表述其真实度要求。按我国学界的通常理解“案件事实”就对应于待证事实,所以“案件事实清楚”就是对证明标准的直接表述。证明标准也可以从证据的角度进行表述,只不过这种表述是一种间接表述,即当待证事实的真实度达到证明标准要求之时,作为证明手段的证据所应满足的质、量状态;是否达到了这种状态,无疑在根本上要对应于待证事实的真实度要求来进行判断。在某种意义上可以说,无论对待证事实的真实度有何要求,任何证明标准都可以使用“证据确实、充分”这种表述,也就是说,只要证据情况满足了证明标准的要求,也就可以说是“证据确实、充分”。质言之,从诉讼证明的认识论原理来说,“证据确实、充分”本身的含义是不确定的,其意要看所对应的待证事实的真实度要求。因为,我国法律传统上对待证事实的真实度要求表述是“案件事实清楚”,所以“证据确实、充分”的实质,在传统理解上关键就是要看如何来理解“案件事实清楚”。在此意义上可以说,我国刑事证明标准的真正完整表述是“案件事实清楚,证据确实、充分”——这一表述在新法中也仍得以保留,如第 195 条的规定等。

其二,在新法第 53 条关于证明标准的三个解释性条件规定中,真正要害的是第三个条件。而前面两个条件与证明标准的真实度要求之间并没有直接的关联,它们不过是诉讼证明的一般性要求或当然要求,在某种意义上都不是“非说不可”、“必须挑明”的规范。^[16]证明标准是关于证明的真实性程度的要求,而“对所认定事实已排除合理怀疑”这一表述就是对证明标准所要求的待证事实真实性程度的一个直接表述(虽都为直接表述,即表述都着眼于待证事实,但与“案件事实清楚”不同的是,“案件事实清楚”是从认知对象的状态来表述,而“排除合理怀疑”是从认知主体的心理状态来表述)。相反,虽然后面两个条件都是实现证明要求的前提条件,但是其在历史上任何一个具有普遍可接受性而非“蛮不讲理”的诉讼制度中,都几乎是“不言而喻”的基本要求,或者说是一种诉讼常识。而且,单纯从它们中的任何一个条件来看,对于证明标准的真实性程度来说都得不到什么答案。

就第一个条件即“定罪量刑的事实都有证据证明”而言,其实质的要求就是凡作为适用法律的前提性事实都需要有证据证明。简单地说,就是凡证明对象都需要有证据,非证明对象则

[16] 社会学常人方法学的研究已指出,社会共同生活中有许多我们共同遵守但未言明的交往规范;故意不遵守未言明的规范会带来生活的混乱,但处处言明所有规范,生活也会“很累”、“很沉重”,甚至寸步难行。由此观之,如果所有“法律规范”都必须处处言明,那么任何一部法典都可能成为永无穷尽的皇皇巨著。

无需证明和证据。按许多人的说法,这就是一种证据裁判原则的要求,而且明确这种要求具有非常重要的法律意义。然而,在笔者看来,在法律上明确证据裁判原则的要求可能并不如想象的那么要紧,因为,不需要明确也基本上是一个被普遍接受的诉讼证明原则。比如,即使是所谓的神判,也是要讲证据的;只不过是,神判中许多所谓的证据以现在的认识论来看不再是证据而已。所以真正需要明确的不是证明需要有证据,而是哪些事实能够成为证据,运用证据应该达到什么样的证明程度。

就第二个条件即“据以定案的证据均经过法定程序查证属实”而言,其实质的要求就是证据必须是实实在在、确定的事实。这一条件要求,也基本上是一个不需要明确但被普遍接受的诉讼证明法则。因为诉讼证明就是从确定的前提去推论和判断未知的、待确定的证明对象或证明结论,确定的前提也就是一种客观的事实。当然,证据查证属实,仅此一般也不能知道其能证明到什么程度。比如,在杀人案的证明当中,确定当庭展示的一把刀上有被告人的指纹这一证据事实,但仅此而已,我们还是不知道被告人作案的可能性有多大。在此需要特别说明的是,长期以来,由于我国在理论和实务上没有在证据和待证事实之间作出清晰的区分,致使对证据的“查证属实”或“确实”存在着普遍的误解。这就是,常常把本来属于待证事实的“确实”或“查证属实”误解成了关于证据的“查证属实”或“确实”。换言之,人们常常在表述证据的“真实性”或“查证属实”之时,其所意欲所指的却是待证事实的“真实性”或“查证属实”。比如,在证明甲涉嫌杀害乙的证明中,对于“证人A说:‘我看见甲杀了乙’”这一证据,正确的理解是:一方面,当我们考量证人A的所说是否“确实”或“查证属实”时,实际上是在判断待证事实(甲杀了乙)以及其他作为推论桥梁的中间事实(A看见甲杀了乙)的真实属性,而不是在判断证据的真实属性;另一方面,不管证人A的所说是否属实,只要其确实说过甲杀了乙,那么“证人A说:‘我看见甲杀了乙’”在证据的意义上就是属实的。与此不同的是,理论和实务上却常常错误地认为,对证人陈述的真伪判断,就是对证据本身是否属实的判断;如果按此错误理解,一旦证据“确实”或“查证属实”,案件事实也就“清楚”了。如果正确理解证据的“确实”或“查证属实”,对于证明标准而言,真正重要的是证据在何种状况下是被视为“充分”的。

由此可见,新法第53条中,真正对“证据确实、充分”具有关键解释意义的是“排除合理怀疑”这一关键词,实质上是后者的意思决定着前者的意思。在这里可以说,前面提到的有论者认为,“证据确实、充分”是证明标准,“排除合理怀疑”既是证明标准又是证明方法,以及有些论者认为在新法中“排除合理怀疑”只是“证据确实、充分”的三个解释性条件之一,所以二者是不同的、“排除合理怀疑”只是“证据确实、充分”的必要条件而非充分条件、后者是前者的充分条件和前者是后者的必要条件、“排除合理怀疑”不是“平起平坐”而是“委身”于传统刑事证明标准等,都是不正确的。质言之,如何来评价和理解引入“排除合理怀疑”来解释“证据确实、充分”这一立法举措,关键在于如何理解和解释“案件事实清楚”与“排除合理怀疑”的语义及其与“证据确实、充分”的关系。

第二,我国法律上所谓的“案件事实清楚”与西方国家的“排除合理怀疑”这种证明标准表述相比,不仅仅有表述形式上的差异,而且长期以来也有对其实质的不同理解。

所谓“案件事实清楚”,我国长期以来的基本理解就是,除了要求作为法律适用前提的每个

待证事实都有证据证明外,对于每个待证事实而言证明标准的实质是:在法律上要认定某一事实,其条件必须是该事实确实(曾经)存在,而且证据能够保证事实认定与事实存在具有确实的“符合”关系。比如,被告人实施盗窃整个过程被监控录像拍了下来,根据录像这一证据认定被告人实施了盗窃行为,一般就符合这种证明要求。^[17]

“排除合理怀疑”这种语词的使用,多见于英美法系国家,与当事人主义诉讼模式有关,其所要表达的基本意思是,控方的事实主张要获得裁判者的认同,必须要排除辩方所提出的合理怀疑。所谓“合理怀疑”,就是基于经验世界的“常情常理”(普遍常见的情况和事理)的怀疑,换言之,其既不是通俗上所说的胡搅蛮缠的怀疑,也不是这样两种学理上所说的怀疑:其一,本体论意义上的形而上学怀疑,即基于主体与客体的二元论而质疑对于现象世界的认知具有完全的可靠性和本真性。比如,哲学家笛卡尔提出的“邪恶精灵的欺骗”的怀疑,即:我们虽然在认识事物的时候自觉清明,但却无法论证这不是我们在“受到邪恶的精灵欺骗”之下的一种幻觉。^[18] 又比如哲学家内格尔提出的“成为一支蝙蝠会是什么样”的怀疑,即:现象世界在我们人之视界里的“样子”一般被认为是其本来所是的、确定的,但却可能并不其然,世界在蝙蝠或其他动物的“视界”里可能会是另一番“样子”。^[19] 其二,经验世界的理论可能性怀疑,即基于现象世界的理论可能性而质疑基于过去的普遍规律性知识进行推理认知的可靠性。比如这样一个案例:被告人趁人不备将一个陌生人的钱包拿走,被发现后,被告人说不是为了盗窃,而是为了引起对方的注意从而与其交朋友,但是被告人仍然被认定有罪。^[20] 在该案中,从基于人的能力和意志的可选择性而在理论上所具有的行为可能性来看,被告人的辩解是有可能成立的,裁判者的认定只是在证据和“常情常理”(一般人在这种情况下都是盗窃)的基础上进行的推理判断。需要指出的是,对于诉讼中大多数事实的证明都可以提出第二种怀疑,但是这并不意味着西方学者和实务人员认为所有的事实证明都是如此。比如,在一起交通肇事逃逸案件中,现场的车体碎片与找到的一辆汽车的受损部分能够完全吻合,在这种情况下,西方学者和实务人员也认为能够完全确认交通事故是由找到的这辆车所造成。^[21]

在诉讼证明的时候,之所以需要抛开非“常情常理”之怀疑的搅扰而保持一种认识上的“安宁”,其基本的理由在于:一方面,法律上所定义的事实指称的是人的“视界”里的现象存在,是一种相对于人的“主体间”的客观存在,诉讼证明只需探究这种现象存在与否,而无需考虑现象“背后”是否还有另一个本真存在的本体论问题,也就不必为形而上学的怀疑所纠缠。^[22] 另

[17] 关于这种证明所运用的推理原理的更详细分析,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。

[18] 参见徐向东:《怀疑论、知识与辩护》,北京大学出版社2006年版,页50—51。

[19] 参见(美)约翰·麦克道威尔:《心灵与世界》,刘叶涛译,中国人民大学出版社2006年版,页132—134。

[20] 参见王亚新:“刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性的问题——关于自由心证原则历史和现状的比较法研究”,《比较法研究》1993年第2期。

[21] 参见(美)理察德·伦伯特编:《证据故事》,魏晓娜译,中国人民大学出版社2012年版,页20—24。

[22] 周洪波,见前注[17]。

一方面,诉讼证明是在有限的时间和成本里进行的一种活动,因此,尽管在某些事实的证明中可能实现经验上的完全可靠性,但在证明标准上只能追求“常情常理”上的可靠性,而不能为经验世界里的一切可能性所折磨,不计代价地追求经验世界的完全可靠性。

比较而言,按照我国对证明标准之实质的传统理解,在规范要求上并不考虑本体论上形而上学怀疑,但要求排除经验世界的理论可能性怀疑,从而实现经验上的完全可靠性,尽管这种要求在实践中常常都没有达到。

第三,从有利于表征我国的“案件事实清楚”以及“证据确实、充分”的传统理解与西方国家的“排除合理怀疑”之间的实质差异来说,较好的是,称前者为一种必然性、唯一结论或“不得不相信为事实”的“事实确信”,称后者为一种或然性、非唯一结论或“虽不一定为真但仍愿意相信为事实”的“事实确信”(所谓“愿意相信”就是从“常情常理”上而言)。

之所以如此,其原因在于:一方面,这样的表述既能够说明两种证明标准的差异,也能表现二者所具有的一些共性。从语用特征来看,尽管我国法律上对证明标准的表述是从认知对象(“案件事实”为待证事实对象或证明的结论性对象,“证据”为证明的前提性对象)的角度来进行表述,但是因为任何事实判断都离不开主体的认知,所以完全可以将其转换成从主体认知的角度来进行表述。这就是,要求裁判者在认定事实时应该形成“事实确信”,而且应是一种必然性、唯一结论或“不得不相信为事实”的“事实确信”。从“疑罪从无”这一现代刑事审判的基本原则来说,无疑,尽管西方法治国家不要求犯罪认定必须达到完全的可靠性,但也至少要求裁判者必须要形成“事实确信”,因为“事实确信”才构成“疑罪”的反面。只不过,其证明标准是或然性、非唯一结论或“虽不一定为真但仍愿意相信为事实”的“事实确信”(与此相对应的也是一种弱意义上的“疑罪从无”)。从语用特征来看,“排除合理怀疑”和“事实确信”都是从认知主体的角度来进行表述,不同的只是前者是从反面证伪的角度来表述,后者是从正面证实的角度来进行表述,二者之间无疑也是可以进行相互转换的,因为认知的确定性判断无疑都离不开正反两方面的审察。^[23]

另一方面,无论是“案件事实清楚”以及“证据确实、充分”的传统理解与“排除合理怀疑”这些表述本身,还是理论上对这些表述的其他常见的解释性称谓,对我们理解二者的实质差异可能都存在这样或那样的问题。其一,“案件事实清楚”以及“证据确实、充分”与“排除合理怀疑”这些表述不仅没有相同的语词要素,而且前已指出,二者的语用着眼点也不相同。这种差异,也就使得在进行比较时找不到一个共同的参照点和思考路向。其二,对于我国证明标准之实质,我国学界最为常见的解释性称谓是“客观真实”或“铁案”,其他一些较为常见的说法是“绝对真实”、证明结论具有唯一性和排他性或100%的真实等。对于“排除合理怀疑”之实质,在西方常见的是解释为“道德确定性”,^[24]或90%多但非100%的真实,或高度盖然性等,我国

[23] 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。

[24] 关于这种表述的历史起源及其意涵,请参见(美)詹姆士·Q.惠特曼:《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根源》,伯化强、李伟译,中国政法大学出版社2012年版,页286—311。

学者往往比较性的将其解释为“主观真实”或“相对真实”等。这些解释性的称谓的主要问题是：①“客观真实”与“主观真实”、“绝对真实”与“相对真实”这些比较性语词常常都被在多种意义上使用，因而使学界在讨论证明标准问题时常常限于混乱。比如，有些论者将“客观真实”或“绝对真实”理解为形而上学意义上的永恒本体存在的真实，从而将诉讼中关于经验现象的事实认定（也包括必然性的“事实确信”）称为“主观真实”或“相对真实”，而另一些论者却将诉讼证明中的必然性“事实确信”理解为“客观真实”或“绝对真实”。有些论者虽然是在经验现象证明的意义上理解，但是将“客观真实”或“绝对真实”理解为已经证实了案件中的所有事实细节，从而将对部分事实（如犯罪构成要件事实）的证明达到必然性“事实确信”的情形称为“相对真实”，同样的，其他一些论者却也将后一种情形理解为“客观真实”或“绝对真实”。②“客观真实”与“主观真实”这两个语词的语用着眼点一般是不同的，即前者着眼于认知对象，而后者着眼于认知主体的判断。所以，这两个着眼点不同的语词往往可以用来指称同一种真实状况。③“相对真实”无法将或然性程度要求不同的证明标准区别开来，比如，高度盖然性和证据优势都可以称为一种“相对真实”，但二者的或然性却有着重大的区别。④“主观真实”有时被用来表示任何真实都是人的一种主观反映之意，而有时又被用来表示事实认定的自由心证之意。⑤与结论具有唯一性和排他性或100%的真实相对的90%多但非100%的真实或高度盖然性这些或然性的比率说法，虽然使我们能够较为容易的理解“排除合理怀疑”的某些特征，但却不能说明在“事实确信”的意义上所具有的确定性特征。或然性的比率说法对于实践来说，更像是一种比喻，它并不能为实际的裁判活动提供多少指导，而且美国的司法实践对概率裁判法也是普遍持否定的态度。^[25]⑥西方学者提出的“道德确定性”这种说法，对于“排除合理怀疑”的实质具有较强的说明力。^[26]但是，其对于我国学界来说却存在一定的理解障碍，而且我国学界在比较性地说明我国证明标准的时候也没有一个与其相对的称谓。另外值得指出的是，前面提到的有论者认为我国的证明标准要求至少是99.9%的真实属于一种极为暧昧、似是而非的说法，有论者认为美国所理解的“排除合理怀疑”就是要达到唯一结论的证明也是不正确的。

第四，对于“案件事实清楚”与“排除合理怀疑”这些语词，从认识论和日常的语用习惯来说，实际上它们都可以具有强弱两意，而且都可以具有无语境限制的通用性，前述证明标准意义上的不同理解并不是语词的本意所使然，而是由特定的刑事政策所致。

[25] (美)理察德·伦伯特，见前注[21]，页18。

[26] 西方学者使用这种称谓，是要意指一种不同于数学上的逻辑确定性和形而上学意义上的永恒确定性，即经验现象上的确定性——对有时间性的现象存在的确定性判断。如果要用我们比较容易理解的语言来说明，按笔者的理解，其意欲表达的意思主要有这样两个方面：一方面，在对是否存在或曾经存在某一现象进行推理证明时，是把与证据有关的行为人（被追诉人、证人等）视为“常人”——具有正常伦理道德的人，也就是说，以“常情常理”（常见的、普遍的行为规律）为依据来推理证明，而一般不考虑人基于能力和意志的可选择性而在理论上所具有的行为可能性。另一方面，把裁判者视为具有正常伦理道德的人，也就是通常所说的裁判者应具有理性和良心，质言之，裁判者在或然性的推理证明中对自由心证权力的行使是值得信赖的，不会在“自由”中故意贩运自己的“私货”。

从前面已经可以看出,“事实确信”具有强弱两意,即包括强意义上的必然性“事实确信”和弱意义上的或然性“事实确信”。在认识论和日常用语习惯上,“案件事实清楚”并不是只能和强意义的“事实确信”构成对应关系,它们也可以和弱意义上的“事实确信”构成对应关系;“排除合理怀疑”也不是只能和弱意义的“事实确信”构成对应关系,它也可以和强意义上的“事实确信”构成对应关系。质言之,这些表述都可以具有强弱两意。因为,无论是哪一种类型,只要形成了“事实确信”,我们都可以既认为是“案件事实清楚”,也认为是实现了“排除合理怀疑”。在此意义上,前面提到的有论者认为“排除合理怀疑”与“案件事实清楚,证据确实、充分”的实质意思相同,是说得过去的。

另一方面,事实的认定总是可以有多个不同的观察角度,描述同样的事实认定状态也自然可以有多个不同视角的语用描述。从“案件事实清楚”与“排除合理怀疑”都可以具有强弱两意因而具有相同的所指来看,无疑,它们都可以互换使用,成为超越语境限制的通用语词。实际上,在实践中也是如此:无论是在我国的日常生活中还是在司法实践中,当我们在认定事实时,也自然免不了思考是否还存在或能够排除“合理怀疑”的问题;在西方国家,当他们认为某一事实认定已经“排除合理怀疑”时,也自然会认为是“案件事实清楚”。正如,有论者在主张应在我国的法律文本中引入“排除合理怀疑”或“排除一切合理怀疑”这些表述的时候,也基于认识论的共通性——“人同此心,心同此理”,认为这些语词与我国的证明标准用语在意思上是可通约的(尽管其对这些语词的具体意思理解上可能还存在着问题)。〔27〕

比较而言,这里需要指出的是:其一,我国在证明标准上从强意义来理解“案件事实清楚”,是基于保证事实认定的准确性的刑事政策考量,不能因此而认为这些词语本身只能有一种意思。如果按这些词语的弱的意义来认定事实,事实认定就可能出现错误,所以我国正是为了保证事实认定的绝对准确性,才按就高不就低的原则来对其作了限缩性的理解。其二,西方国家在法律证明标准上从弱意义来理解“排除合理怀疑”,是基于惩罚犯罪之现实需要的刑事政策考量和语词的一般语用习惯,并不意味着其否认“排除合理怀疑”本身可以具有强弱两意。西方国家在证明标准上采取就低不就高的原则来理解“排除合理怀疑”的意思,其原因是主要考虑到诉讼证明常常受到证据的数量和质量的局限,大多数事实认定都很难达到强意义上的“排除合理怀疑”,因此只有在弱意义上来理解“排除合理怀疑”才能满足惩处犯罪的现实需要。当然,从一般语用习惯来说,如果没有对“排除合理怀疑”作特别的限定,那么当满足其弱意义时,也自然认为是符合证明标准的。其三,从前面提到的对新《刑事诉讼法》引入“排除合理怀疑”这一语词的各种反应来看,我国学界对证明标准的几个法律语词之本意的理解无疑存在着问题。有的论者对这些语词所指为何没有清楚的说明,而多数论者似乎都把这几个语词的本意理解为一种单一的意思,即把我国的证明标准表述的语词本身仅仅理解为一种强意义的“事实确信”,把“排除合理怀疑”本身仅仅理解为一种弱意义上的“事实确信”。

第五,以“排除合理怀疑”来解释“证据确实、充分”,这种解释是否可行,要视情况而定。不过,即便能够解释,从解释学和立法技术来说,新《刑事诉讼法》此作为的意义不大,而且也不太

〔27〕 参见张军主编:《刑事证据规则的理解与适用》,法律出版社2010年版,页95。

合宜。

其一,单纯从新法第53条来看,解释是可行的。因为,前已指出从诉讼证明的认识论原理来说,“证据确实、充分”——关键是“充分”,其意是不确定的,即对待证事实的证明真实度要求不同,它就可以有不同的意思;而“排除合理怀疑”具有相对确定的意思,是对证明标准的直接表述。所以后者对前者其能够起到一定的解释定向作用,即限缩前者的指称范围。

其二,综合新《刑事诉讼法》关于证明标准的各种表述来看,解释是否可行,则要看如何来理解“案件事实清楚”与“排除合理怀疑”。在“案件事实清楚,证据确实、充分”这种表述中,实际上是“案件事实清楚”在对“证据确实、充分”起到一种解释定向作用。既然新法仍然保留了这种表述,那么以“排除合理怀疑”来解释“证据确实、充分”是否可行,就要看“案件事实清楚”与“排除合理怀疑”的理解是否一致。如果按我国一贯的证明标准立场来理解“案件事实清楚”,按西方法治国家的证明标准意涵来理解“排除合理怀疑”,二者的所指不一样,那么,将后者入法就是不可行的,因为这样会导致对“证据确实、充分”的两种矛盾解释。相反,如果从日常语用习惯来理解“案件事实清楚”与“排除合理怀疑”,二者的所指一样,那么将后者入法就是可行的,其对“证据确实、充分”的解释与“案件事实清楚”对“证据确实、充分”的“解释”在意思是统一的。

然而,之所以说即便能够解释但其意义不大而且也不太合宜,是因为:一方面,与法律已经存在并仍然得以保留、对“证据确实、充分”起着“解释”作用的“案件事实清楚”相比,“排除合理怀疑”与其处在同样抽象的层次,在解释上并没有起到进一步的具体化作用;从立法技术来说,将两个意思相同、处在同样抽象层次(都是对证明结论的一种概括定性)的语词放在一起也是一种表述的冗余。至于证明标准的多角度理解,是其本然所应当的,并不是一定要将每一个角度的理解都表述出来才能如此。另一方面,在理论和实务上对“案件事实清楚”更为熟悉,尽管对其理解存在着时常不自知的不少问题。但比较而言,对于“排除合理怀疑”较为陌生,而且争议也较多。相应的,有些学者认为“排除合理怀疑”入法更有助于理解,就是不恰当的;“排除合理怀疑”入法的不合宜,也不在于像前面提到的有论者所认为的那样,“案件事实清楚”、“证据确实、充分”、“排除合理怀疑”是分属“主观性”或“客观性”的标准,放在同一个文本中会导致逻辑混乱,或是认为主观性的标准和客观性的标准之间无法匹配,因为抛开论者们对这些词语的所谓“主观性”和“客观性”的界定是否正确不论,^[28]实际上,这些词语的根本差异只是其语用着眼点的不同而已,这种不同也不会影响它们完全可以有相同的所指。

[28] 学者们对这些词语的主观性或客观性的界定是有问题的。在诉讼中,案件事实一般都成过往,作为客观现象的案件事实不能“摆在面前”,因而“案件事实清楚”只是人的一种认知判断,在此意义上可以说“案件事实清楚”具有主观性,但也不能否认其具有一定的客观性。因为,这种判断总是要依据一定的客观对象(证据),而不可能凭空得出这种结论。证据是“摆在面前”的客观对象,在此意义上可以说“证据确实、充分”具有客观性,但也不能否认其主观性。因为,证据是否“确实、充分”总是相对于一定的看不见的“案件事实”而言,需要人在证据与证明对象之间建立认知推理关系才能得出结论。“排除合理怀疑”是人的一种判断,在此意义上可以说它具有主观性,但也不能否认其具有一定的客观性,因为这种判断结论也是必然要借助于一定的客观对象(证据)。

需要指出的是,如果是意欲实现证明标准的转型,即降低证明标准的要求,不再要求达到传统理解的“客观真实”或“铁案”等,合宜的方法可能也不是使用现有的解释方式——西语的引入也许能够表明一种与“国际接轨”的表面姿态或实质诚意,但在理解上并不方便。从前面的分析可以看出,在没有引入“排除合理怀疑”这一语词的情况下,也完全可以在日常的两种语义上按一般语用习惯或就低不就高的刑事政策原则来重新理解证明标准的旧有法律表述。如果一定要有所解释的话,可能也应该用更具体的表述来直接指明“案件事实清楚”以及对应的“证据确实、充分”本身有强弱两意,但证明标准应该在弱的意义上来理解。

最后,从我国刑事证明标准的问题化历史和刑事证明实践的基本规律来说,合理的是应当将新《刑事诉讼法》引入“排除合理怀疑”这一语词视为刑事证明标准转型的契机。

前已指出,对我国刑事证明标准的旧有法律表述及其传统理解在多年来已被置于问题化的情景当中,对此,虽然学界对于是否应当改变证明标准有分歧,但是多数的共识是,从对法律规范的传统理解上来讲,我国的“证据确实、充分”或“案件事实清楚,证据确实、充分”比西方国家的“排除合理怀疑”在真实性程度上要求更高。在这样的情形下,我们比较一下新《刑事诉讼法》和2010年最高人民法院等单位联合制定的《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《死刑证据规定》)关于证明标准方面的法律表述:前者引入了“排除合理怀疑”这一语词,但没有表述“唯一结论”的要求;而后者,在第5条关于“证据确实、充分”的解释性规定和第33条关于间接证据认定犯罪的条件规定中,既使用了与“排除合理怀疑”相似或基本相同的语词如“矛盾得以合理排除”、“排除一切合理怀疑”等,同时又要求“唯一结论”或“结论是唯一的”。对于后者的表述,有论者指出就是为了使证明标准的实质不突破传统的理解。^[29]因此,对于二者的这种差异,从解释学的一般技术来看,应该是认为立法有改变证明标准的潜在欲望(尽管具体的立法者可能并不一定有这种想法)。当然也可以说,从保留证明标准的传统用语,以及没有引入大陆法系国家的“内心确信”这种表述来看,也透露出“变法”上的犹疑和遮遮掩掩。^[30]

从前面提到的对新《刑事诉讼法》的各种反应来看,有学者或是基于事实认定准确性的诉求,或是对当前我国法官不能正确运用自由心证的忧虑,仍然认为应该坚持传统的证明标准表述及其理解不变,但是从刑事证明实践的基本规律来看,这无疑只是一厢情愿。在实践中,大部分的事实证明都不可能达到必然性的“事实确信”,但对于这样的许多情形不得不作出犯罪认定却是必须接受的无奈现实处境。可以说,长期以来,正是对证明标准的过高要求,使得我国刑事司法在犯罪控制与人权保障两面“受伤”:在犯罪控制这一面,因为证明标准的高要求,某些案件在西方国家可能不需要依赖非法证据就可以认定犯罪,但在我国往往不得不采取一

[29] 张军,见前注[27],页96。

[30] 保留旧有表述,也许是表明一种仍然与传统接续的姿态。没有使用“内心确信”,也许是因为,这一语词更多的容易使人将其与人们忧虑的自由心证甚至是自由擅断联系在一起;虽然“排除合理怀疑”与“内心确信”一样都是从人的主观判断这一视角的用语,但是,前者看起来裁判者似乎面临着更多的“客观”限制,即“合理怀疑”一般是指由裁判者之外的当事人所提出。

些违法行为尤其是刑讯逼供方法来取证和认定犯罪,这既减损了惩罚犯罪的正当性,而且也因程序污点上的“良心亏欠”,常常导致了一些本不该有的“打折”判决(降低惩罚);也使有一些本来在西方法治国家也可以做出犯罪认定的情形不敢作出犯罪认定。在人权保障这一面,非法取证行为往往都会对被追诉人造成严重的权利侵害;而依赖非法证据或未真正达定罪量刑标准而认定犯罪,因为其合法性的欠缺,这种犯罪认定在程序上往往躲躲藏藏,使得其缺乏程序上的严格审查,所以也易导致冤枉无辜。^[31]

因此,总结实践的经验教训,现实的合理取向应该是在一种弱的意义上来理解新《刑事诉讼法》中的“证据确实、充分”、“案件事实清楚,证据确实、充分”和“排除合理怀疑”等证明标准语词和“疑罪从无”原则。质言之,尽管从解释法则和立法技术来说,在法典上引入“排除合理怀疑”这一西式术语并不太合宜,但这不能仅仅视为只是增加了一种新的语用视角表述,或是与“国际接轨”的一种表面姿态,而是应视为法律发生实质变革的一个重要信号。期望本文力所及的精致(而繁复)的法解释学,有助于我们抖落传统的“客观真实”论和“铁案”观的精神包袱。就此而言,前面提到的司法解释文本中存在的问题还亟待消解。

二、体系解释:“排除合理怀疑”入法的证据规则效应

有学者已指出,如何表述证明标准是一个问题,而在实践中如何把握证明标准则是另一个问题;后一个问题更为复杂、更具有现实意义。^[32] 对于后一个问题,不单纯是一个实践经验问题。对此,一方面,关于证明标准表述的语义解释能够提供一些帮助,当然这种帮助是较为有限的;另一方面,特别重要的是,抽象的证明标准可以通过证明方法意义上的认识论逻辑进行一定程度的具象化,而将后者融贯到有关的证据规则中去,可以使前者获得更多的证据规则支持,找到更多的规范“落脚点”和效力“生长点”,进而使实践变得更为“有章可循”。为此,需要进行一种“体系解释”的工作。可以说,“体系解释”是一种非常必要的立法知识和法律解释知识,但至今在学理上和实际的立法性司法解释中都还极为欠缺。如果以新《刑事诉讼法》在引入“排除合理怀疑”之后证明标准应发生实质变革(而不仅仅是表述的变化)为前提,这种体系解释工作的主要目的在于,对法律沿袭不变或通常认为简单明了但似是而非的一些“关键词”,或是赋予其新的意涵,或是对其可能产生的歧义、多义进行澄清和限定。下面,就从与证明标准有关的证明方法的基本认识论逻辑,并结合其他国家的司法经验,^[33]以及合理的刑事政策,来对新《刑事诉讼法》中与证据规则有关的一些重要条文(不限于第五章的“证据”内容)进行解释,期望以此能够使我们对新法的证据规则获得一种较为通透的明智把握。

(一)相关性证据的范围类型与对应证据规则的解释

必然性、唯一结论或“不得不相信为事实”的“事实确信”,或然性、非唯一结论或“虽不一定

[31] 周洪波,见前注[23]。

[32] 参见熊秋红:“对刑事证明标准的思考——以刑事证明中的可能性和确定性为视角”,《法商研究》2003年第1期。

[33] 关于这方面的一些分析,请参见周洪波:“实质证据与辅助证据”,《法学研究》2011年第3期。

为真但仍愿意相信为事实”的“事实确信”，这两种证明标准在证明方法认识论逻辑上的重要区别之一，就是：二者可利用的相关性证据的范围是不同的。根据诉讼证明的认识论原理，如果证明标准是前一种，那么证据一般仅限于实质证据；不同的是，如果证明标准是后一种，那么证据不限于实质证据，还包括辅助证据。之所以如此，就是因为实质证据具有实现前一种证明标准的潜力或实际能力，而辅助证据在一定的证据情形下可实现后一种证明标准，但却始终不具备实现一种证明标准的潜力或实际能力。所谓实质证据，是指在事理上可能或实际为待证事实（证明对象）的存在或发生而形成的证据；所谓辅助证据，是在事理上可能或实际为相对独立于待证事实之外的其他事实的存在或发生而形成的证据。通俗地说，前者在事理上属于待证事实的存在或发生而留下的各种“痕迹”，后者则是前者之外的其他“痕迹”。比如，在对甲某实施了杀人行为的证明中，案发现场的监控录像记录、甲某在案发现场的指纹、证人A说看见甲某实施了杀人行为等，都属于实质证据；而证人B说在案发一周前看见甲某与被害人打了一架、案发后甲某潜逃外地等，则都属于辅助证据。在该案例中，所列实质证据往往能够在证明甲某必然实施了杀人行为，所列辅助证据却至多只能使人或然性的确信甲某实施了杀人行为。因为，在一定的情况下可以确定监控录像所记录内容必然是真实的，而甲某与被害人打了一架、或案发后甲某逃到外地的行为始终都不可能与甲某实施了杀人行为构成一种必然的因果推理关系。^{〔34〕}

可以说，正是因为我国的定罪证明标准（以及其他一些证明标准）长期以来被理解为前一种标准，而西方国家的定罪证明标准被定位为后一种标准，所以，我国刑事司法实践中基本上是有意识或无意识的普遍将证据框定为一种习惯上所（不当）理解的“实质证据”（包括前面所说的实质证据，以及后面所说的具体关联的辅助证据），而许多辅助证据则被仅视为一种破案线索（尽管其在司法实践的潜意识里对事实认定常常都在发挥实际的作用）。与此不同的是，西方国家所理解的证据包括实质证据和辅助证据。这种差异的典型表现就是，一些明显不具有实现前一种证明标准的潜力或实际能力的“证据”，如证人的品格和作证表现、被告人被指控的行为之外的其他行为所形成的“痕迹”证据等，在我国都不能被作为定罪证据来使用，而在西方国家则一般都可以被作为定罪证据来使用。显然，如果说对新《刑事诉讼法》的定罪量刑证明标准的实质应当作新的理解的话，那么，就应当相应的扩展相关证据的范围，即明确承认辅助证据的证据地位。不过，同时值得留心的是，由于某些诉讼职权行为的特殊性，还需要对辅助证据进行区分，从而对辅助证据的运用进行必要的限定。对辅助证据进行区别对待，关键就是要注意到，其中有些证据与其他证据具有较大的区别，其与待证事实之间存在着“近距离”的具体关联，即：有些证据，被视为其生成因素的事实，与待证事实同时并存于同一复合事实中。比如，一复合事实分为主观方面事实和客观方面事实，客观方面事实所生成的证据作为相对于主观方面事实这一待证事实的辅助证据。有些证据，作为其生成因素的事实，或是待证事实的准备行为（如购买犯罪工具等），或是为了保证待证事实行为能够彻底成功或不被发现的某些善后行为（如离开犯罪场所、与毁灭证据有关的某些行为等）。我们可以把这些辅助证据称为具体

〔34〕 关于实质证据与辅助证据的区分以及二者证明能力差异的详细分析，同上注。

关联的辅助证据,把其他的辅助证据称为抽象关联的辅助证据。^[35]在此意义上,无疑有必要对法典中与证据范围有关的一些法条的关键词进行解释。

基于前述证据类型的区分,对新《刑事诉讼法》中与证据范围有关的法条的解释,大致可以分为以下两类:

第一类是,法条中所直接或间接意指的证据应同时包括实质证据和辅助证据,一般没有必要对其所意指的证据范围进行限制。之所以如此,是因为:一方面,这些法条中所意指的证据都是指诉讼过程中的“备用”证据——可能运用到的证据,还没有利用证据来作为实施对犯罪嫌疑人、被告人不利的职权行为的依据;另一方面,这些法条可以适用于所有证明对象,并没有限定证明对象在法律上的特殊地位。这类法条主要包括:第48条第一款规定:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。”第50条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。……必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民,有客观地充分地提供证据的条件,除特殊情况外,可以吸收他们协助调查。”第52条第一款规定:“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”第60条第一款规定:“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。”第189条规定:“……公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止。审判人员可以询问证人、鉴定人。”其中,“可以用于证明……,都是证据”(“可以用于证明”是法律修改后才有的新表述,但这种变化本身并不影响证据范围的所指)、“能够证实……的各种证据”中的证据,都包括实质证据和辅助证据;“与案件有关或者了解案情的公民”、“有关单位和个人”、“知道案件情况的人”,都是掌握或能够提供实质证据或辅助证据的单位和人;而“内容与案件无关”中的内容,则是既不属于实质证据范围,也不属于辅助证据范围的内容。

第二类是,法条中所意指的证据应有所限定,这就是,必须包含实质证据或具体关联的辅助证据,有的还可以在此基础上包括抽象关联的辅助证据。之所以如此,其原因主要有三种:第一种是,法条规定的是某些职权行为的证据标准,而这些职权行为对犯罪嫌疑人、被告人会产生不利影响,在这种情形下,对证据的范围进行限定,是为了提高职权行为的适用条件,从而避免这些行为的随意使用。第二种是,法条本身就表明了其所指证据在认识论上与证明对象的特殊关联。第三种是,法条涉及某一程序启动的证据范围条件,需对其证据范围进行限制,以避免程序的随意启动而导致司法资源的浪费。

出于第一种原因的法条主要包括:第79条规定:“对有证据证明有犯罪事实,可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人,采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的,应当予以逮捕:……”,其中的“证据”,应包括两种证据,但其中至少必须具备实质证据或具体关联的辅助证据。第80条规定:“公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子,如果有下列情形之一的,可以先行拘留:……”第107条规定:“公安机关或者人民检察院发现有犯罪事

[35] 这里需要说明的是,笔者在之前的文章里曾把具体关联的辅助证据和抽象关联的辅助证据分别称为案中辅助证据和案外辅助证据,之所以将称谓改变,是觉得前两种表述更妥当一些。

实或者犯罪嫌疑人,应当按照管辖范围,立案侦查。”第110条规定:“人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料,应当按照管辖范围,迅速进行审查,认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候,应当立案;认为没有犯罪事实,或者犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任的时候,不予立案,并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服,可以申请复议。”其中,“现行犯或者重大嫌疑分子”、“发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人”、“认为有犯罪事实”、“根据侦查犯罪的需要”等情形,都应当依据的是前述证据范围条件来形成的证明。值得特别强调的是,在我国目前法律上对这些职权行为的证明标准的实质规定不明确的情况下,如果不作出前述证据范围的限定,其证据条件无疑是极容易达到的。第139条规定:“在侦查活动中发现的可用于证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件,应当查封、扣押;与案件无关的财物、文件,不得查封、扣押。……”第142条规定:“人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要,可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产。有关单位和个人应当配合。……”第143条规定:“对查封、扣押的财物、文件、邮件、电报或冻结的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产,查明确实与案件无关的,应当在三日内解除查封、扣押、冻结,予以退还。”其中,应当查封、扣押的财物、文件、邮件、电报,可以查询、冻结存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产,都应是“与案件有关”的证据,需要解释的是,这些证据都应是实质证据或具体关联的辅助证据。第148条规定:“公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准程序,可以采取技术侦查措施。人民检察院在立案后,对于重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,按照规定交有关机关执行。……”其中,所谓“侦查犯罪的需要”,就是通过技术侦查,应该能够获得对定罪量刑有重大影响的证据,需要解释的是,这里的证据都应属于实质证据或具体关联的辅助证据。毫无疑问,逮捕、拘留、立案、冻结、查封、扣押、技术侦查等职权行为都会对犯罪嫌疑人、被告人产生较大的不利影响。

出于第二种原因的法条主要是,第187条第一款规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证。”显然,其中的“有重大影响”已经表明了证人证言与定罪量刑在认识论上的特殊关联性,因此,这里的证言都应属于实质证据或具体关联的辅助证据。

出于第三种原因的法条主要是,第223条规定二审案件应当开庭审理的第一种条件,即“被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议,可能影响定罪量刑的上诉案件”。对此,在理解上值得作出限定的是,除了对“认定的事实”的异议应属于定罪量刑的构成要件事实之外,所异议的“证据”应当属于证明定罪量刑的实质证据或具体关联的辅助证据,才能认为属于“可能影响定罪量刑的上诉案件”,应当开庭审理。如果不对证据范围作出如此限定,就可能出现因关联性不紧密的辅助证据存在异议而(要求)开庭审理的情况,造成不必要的司法资源浪费。

(二) 裁判的心证模式与对应证据规则的解释

必然性、唯一结论或“不得不相信为事实”的“事实确信”，或然性、非唯一结论或“虽不一定为真但仍愿意相信为事实”的“事实确信”，这两种证明标准在证明方法认识论逻辑上的重要区别之二，就是：二者的判决心证模式不同。根据诉讼证明的认识论原理，如果证明标准是前一种，那么裁判的心证没有自由，也就是说不允许裁判者作出不同于“事实本来面目”和其他人的判断；另一方面，裁判心证也是静态的，即一旦形成此种心证，事实的“确信”和“确信度”都不会因新证据的出现而改变。相反，如果证明标准是后一种，“事实确信”是否符合“事实本来面目”本身是不能完全确定的，因而可能出现仁者见仁、智者见智的情形，相应的，也就允许裁判者作出不同于其他人的事实认定；另一方面，心证是动态的，即事实的“确信”和“确信度”可能是临时的，(同一个)裁判者可能因新证据的出现而改变。^[36] 不同的判决心证模式，在证据规则上的基本逻辑差异就是：其一，合议制有别。按前者，合议制必须是全票制，即只有全票通过才能认定事实。按后者，多数决制是合议制的基本形态，在特定情况下可以是全票制；对于后者，全票制有利于提高事实认定的可靠性，但不能保证事实认定一定符合事实本身。全票制的事实认定不一定是唯一结论的“事实确信”，但唯一结论的“事实确信”必然会获得所有裁判者的一致赞成。其二，错案的标准有异。按前者，如果具体的事实认定不能保证一定符合事实本身，都算错案，这样的判决都应视为枉法裁判，应当被撤销或推翻。按后者，即便事实认定不一定符合事实本身，都不能视为枉法裁判意义上的错案(法律错误)；如果出现新证据并能够作出不同事实认定，只能视为事实错误意义上的错案，在一定的情况下，可以允许撤销判决或改变裁判。

在我国《刑事诉讼法》中，多数决合议制是由来已久的规定，但是，从证明标准的传统理解来看，这种判决机制在证据规则的意义上是缺乏逻辑基础的。正因为如此，合议制在事实问题的裁决方面一直没有得到很好的实践，许多实质上的多数决在形式上被人为的改造为一种全票决(必须一致同意)。因为，当具体的证明达到了传统理解的证明标准时，事实认定就不可能存在意见分歧，其必然获得一致赞同，相反，如果存在意见分歧，即使某些裁判者能够形成“事实确信”，但也不可能是唯一结论的“事实确信”。所以，在实践中，常常明知事实认定不符合证明标准但要使其看起来具有合法性，也就要求合议庭所有成员的判断应表现为一致结论，然而，意见分歧却是客观存在的，只不过是私下被“和谐”的掉了或未被公开而已。对于错案而言，我国对事实裁判长期都没有区分事实意义上的错案和法律意义上的错案；对应于证明标准的特有心证模式逻辑，二者无疑也是合一的。

在证明标准的理解发生实质改变的情况下，对于与裁判心证模式对应的证据规则的法律解释，主要需要明确的是：

首先，对于多数决合议制的一般规定，应当公开面对“意见分歧”，同时，按照“事实确信”多数决来落实合议制。多数决合议制的一般规定，就是第 179 条，即“合议庭进行评议的时候，如

^[36] 关于两种证明标准的心证模式的静态性与动态性的区分，在一定程度上得益于与福建师范大学法学院刘方权教授的讨论。特此致谢。

果意见分歧,应当按多数人的意见作出决定,但少数人的意见应当写入笔录。评议笔录由合议庭的组成人员签名。”对此,需要把握的要点是:其一,在确实是按照多数决来作出裁判的时候,应当在判决书中公开支持者和反对者(不是反对事实裁判的理由)。按新的证明标准,存在“意见有分歧”时仍按少数服从多数的合议制作出事实认定是名正言顺的。对此,我们不能遮遮掩掩,而应大胆面对。只有这样,才能让人们明确知道裁判的性质,从而有利于人们进行合理的纠错。可以说,不公开具体的分歧理由,但公开不同的立场,是许多法治国家的常见做法。就此而言值得指出的是,《最高法院司法解释》第176条所规定的“评议情况应当保密”可能是不恰当的,因为按一般的理解,“评议情况”可能同时包括理由和结论(的不同)。其二,应按照“事实确信”多数决制来落实合议制。一方面,合议庭的多数成员的判断应当是“事实确信”,而不能是仅仅认为事实的可能性程度比其他少数成员的高;另一方面,即便在许多时候允许裁判者对于应当如何认定事实进行交流讨论,但最终的“事实确信”应当是每一个裁判者的独立判断。按这样的要求,可以避免完全没有“事实确信”的疑罪从无现象和“一言堂”现象。

其次,对于应当是合议制,但并没有明确进行法律表述的,应当进一步明确合议制的具体规则。在这方面,主要是第180条关于审判委员会的规定,即:“合议庭开庭审理并评议后,应当作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件,合议庭认为难以作出决定的,由合议庭提请院长提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定,合议庭应当执行。”法律没有表述审委会的判案机制,其实践操作中的问题也较多,比如领导意志的“一言堂”、政策考虑代替事实判断、以似是而非的妥协代替“事实(确信)”等。为了尽可能使审委会的判案更为合理,无疑应明确审委会判案也应该遵守前述多数决合议制的基本要义。

再次,从精细司法的角度来说,可以根据案件、程序的类型不同而将合议制分为不同的类型。从其他法治国家的经验来看,因案件、程序的类型的不同,合议制总体人数和“事实确信”人数比例的要求往往也有不同的类型,这使得对同样的证明标准在把握上出现松紧不同的差异。依笔者看来,在我国的刑事诉讼中也可以考虑区分合议制的不同类型,比如,严重犯罪的案件所要求的“事实确信”人数比例可以比轻微犯罪的高,审判监督程序所要求的“事实确信”人数比例可以比普通一审、二审的高等。第238条规定:“最高人民法院复核死刑案件,高级人民法院复核死刑缓期执行案件,应由审判员三人组成合议庭。”如果仅从新《刑事诉讼法》来看,这里规定的合议制无疑受第179条规定的统辖,即可以采用多数决制进行裁判。然而,如前所述,在2010年的《死刑证据规定》中证明标准的要求为唯一结论的“事实确信”,按此,死刑的有罪裁判(不仅仅是死刑复核程序的裁判)都应当一律采用全票决制;一般说来,按特别法优于普通法的法律适用原则,《死刑证据规定》在新《刑事诉讼法》实施以后应当仍然有效,那么死刑复核程序中规定的合议制就应该采用全票决制。在死刑案件中事实认定无疑应当特别慎重,但是,要求所有的死刑判决都实现唯一结论的事实认定却是不切实际的。^[37] 不过,虽然不应该对死刑判决设定一种特殊的证明标准,但慎重起见,我们仍然可以为该标准的实践操作设置一种特殊的表决制,这就是,要求死刑复核程序中的合议制应是全票表决制,甚至是要求其他程

[37] 参见陈虎:“提高死刑案件证明标准——一个似是而非的命题”,《中外法学》2010年第3期。

序的死刑判决也应是全票表决制。

最后,对于判决的正确与错误,应当作出新的理解。第 225 条规定:“第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件,经过审理后,应当按照下列情形分别处理:①原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的,应当裁定驳回上诉或者抗诉,维持原判;②原判决认定事实没有错误,但适用法律有错误,或者量刑不当的,应当改判;③原判决事实不清楚或者证据不足的,可以在查清事实后改判;也可以裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。……”对于其中的事实裁判原则,需要把握的要点是:所谓原判决认定事实“正确”、“没有错误”或“不清楚”、“证据不足”,在旧法中都是完全以客观事实为标准,但在新法中则要受合法自由心证的一定限制。这就是,如果一审判决是按“事实确信”多数决作出的事实认定,那么在没有新证据的情况下即使二审法院的审判人员有不同的心证,这时也不能认为一审判决在法律意义上为错误或事实不清、证据不足,这种情况不应允许事实改判;虽然没有新证据,但一审裁判的自由心证明显违背情理甚至是客观事实,原判决应视为法律意义上的错误或事实不清、证据不足,这种情况无疑应该改判;如果一审判决是按“事实确信”多数决作出的事实认定,在有新证据的情况下二审法院的审判人员有不同的心证,这时只能认为一审判决为事实上(而非法律意义上)的错误或事实不清、证据不足,这种情况在我国当前可以允许改判,但有必要进行一定的限制。

第 242 条规定的是再审程序的启动条件,其与旧法相比有一定的变化,但是旧法中规定的“据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的”这种条件仍然得以保留。需要明确的是,随着证明标准的变化,对此也应作出新的理解,这就是:在旧法中,因为唯一结论的“事实确信”这种证明标准不承认裁判者在事实认定上有自由心证的权力,所以是否符合前述再审条件比较好判断,而且应该有统一的认识。在新法中,按或然性的“事实确信”这种证明标准进行裁判,事实认定不一定会得到其他人的认同,也就是说,在这种情况下,在裁判者看来不符合前述再审条件,但在其他人看来却可能符合这种条件。毫无疑问,合法的自由心证权力是应当得到保护的,所以一般应将合法自由心证的事实裁判排除在前述再审条件之外。为此,笔者建议对前述再审条件进行一定的限制,即限定为:据以定罪量刑的证据明显不确实、不充分,或者证明案件事实的主要证据之间存在明显矛盾的。

(三)证据范围类型和裁判心证模式的波及效应与证据规则解释

证明标准的改变所导致的证据范围类型和裁判心证模式的变化,不仅会影响与其直接对应的证据规则,还会产生波及效应——对其他证据规则产生间接影响。前者的波及效应主要是,会使证据调查方法等规则的内涵产生变化;后者的波及效应主要是,会使侦查机关和审查起诉机关的职权行为的证明(证据)标准规则、程序选择的证据标准、证明责任规则等的内涵产生变化。

证据范围的变化对于证据调查方法规则的内涵所产生的波及效应就是:按照唯一结论的“事实确信”标准,证据调查方法的规范要求一般都是采取所谓“印证”^[38]或“客观

[38] 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。值得指出的是,许多学者用“印证”来概括我国刑事证明模式,是不恰当的;对此,笔者将另文论述。

证明”^[39]的模式(尽管实践中常常并不如此),在本质上,就是要求在证明己方事实主张时,应以实质证据来进行相互的佐证或印证;在反驳对方事实主张时,应指出对方的佐证或印证存在缺陷,或是提出相反的事实主张并以实质证据来证明之。按照或然性“事实确信”证明标准,证据调查方法的规则是,除了允许用前述方法来证明之外,还可以在证明事实主张时,用辅助证据来强化或弱化实质证据的证明力。

这种变化在人证(包括我国的证人、证明侦查情况的警察、鉴定人、专家辅助人等)调查方法上的典型表现就是:在前者,不能利用人证的举证表现和品格、先前行为等,而在后者则不然。对此,需要进行特别说明的是第57条和第58条。第57条规定:“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。”对于出庭说明的“情况”,在实践中常常找不到相反的实质证据来进行反驳,因而其往往沦为侦查人员对合法性的“自说自话”。造成“出庭说明情况”走过场,在一定程度上与传统理解的证明标准所要求的证明方法有关。在证明标准发生实质改变之后,应当明确允许以作证人的举证表现和品格、先前行为等来攻击其言词内容的真实性。第59条规定:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。”其中的“质证”,都应该是允许认作证人的举证表现和品格、先前行为等来判断言词内容的真实性。

裁判心证模式的变化对于证据规则的内涵所产生的波及效应,需要说明的主要是:第一,侦查人员强制犯罪嫌疑人(重新)如实陈述的证明标准。第118条规定:“……犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。但是对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利。侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定。”规定犯罪嫌疑人在侦查讯问中有如实回答的义务,这是新法对旧法的继承,对此,理论上多有诟病,即认为这不仅容易导致刑讯逼供,而且与新法第50条规定的“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪”相冲突。在笔者看来,对于既成的法律事实,我们不能一味的批评,最为要紧的是如何对“如实陈述”中的关键词“如实”进行合理解释,从而为减少不当强制讯问提供技术支持。

对此,应当把握的要点是:其一,所谓“如实回答”、“如实供述”或相反情形,根据前面对事实确信的解析,不难得知它们都有两种性质的不同判断。即一种是确信犯罪嫌疑人是或不是如实回答或供述而且这种确信一定是正确的,但另一种确信却不一定是正确的;对于不同性质的判断,侦查人员的程序权力应当是不一样的。当侦查人员认为犯罪嫌疑人没有如实回答或

[39] 参见周洪波:“客观证明与情理推断——诉讼证明标准视野中的证明方法比较”,《江海学刊》2006年第2期;周洪波:“比较法视野中的刑事证明方法与程序”,《法学家》2010年第5期。

供述,如果这种判断属于前一种确信,侦查人员有权责令犯罪嫌疑人就原来提出的问题重新回答;如果是后一种确信,侦查人员则没有权力要求嫌疑人重新回答,原来回答是否属实及其法律后果只能留待审判时由裁判者裁决,因为这种情况由裁判者来判断更符合程序公正的原理。在司法实践中,许多冤假错案,实际上就是在后一种确信的情况下,侦查人员以刑讯逼供等非法方法强迫犯罪嫌疑人作出有罪供述导致的后果。其二,基于特定的理解和司法解释方法,强制讯问与反对强迫证实自己有罪这两种规定在一定程度上是可以“和平共处”的。其他许多法治国家因规定了沉默权或反对强迫自证其罪权,而没有规定犯罪嫌疑人的如实陈述义务,由此,我国许多学者认为,该条与第 50 条之间是无法协调的,然而这种观念并不完全正确。沉默权与如实回答义务之间肯定是不能共存的,但反对强迫自证其罪与如实回答义务之间是否能够共存,关键是要看如何理解(不正当的)“强迫”。^[40] 在其他法治国家,对于刑事审讯中的“强迫”的理解在历史上也几经变化,而且在没有较好的律师辩护的情况下,如果把反对强迫自证其罪理解为犯罪嫌疑人和被告人的沉默权,这对犯罪嫌疑人和被告人也是极为不利的,其沉默的后果是使其失去了自我辩护的机会。^[41] 即便在有沉默权的国家,犯罪嫌疑人、被告人往往也不具有完全的陈述自由,因为在许多时候,尤其是在其被认为需要承担提出证明责任的时候,其沉默会遭致不利的评论或推论。另外,其他法治国家在许多法律领域,也“强迫”人们承担在事实面前的诚实义务。基于域外的经验和我国的国情,可以认为,新法的第 50 条和第 118 条的并存既可以合乎逻辑,也具有相当的正当性。

为此,需要的特定理解和司法解释是:①在第 50 条中,可以将“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据”理解为“不得强迫”的“定语”。这意味着,法律上反对的是以刑讯逼供等特定的非法方法来强迫犯罪嫌疑人回答提问,那么,第 118 条规定的如实回答义务在逻辑上就说得通,因为该条要求的是在事实面前的诚实义务——这是事实构成的“强迫”,而不是特定的讯问方法构成的“强迫”。当前我国律师辩护的实际状况较不理想,犯罪嫌疑人需要积极进行自我辩护,在这种情况下,如实回答义务对于犯罪嫌疑人的强迫性并不是太明显的,因而这种义务实际上就不会有太大的(不)正当性问题。②违反如实回答或供述义务的法律后果,不是体现在侦查中,而是在判决时。按法律的规定,只要是属于与案件有关的讯问,犯罪嫌疑人都应当回答,并如实回答,但实际上,如前所述,犯罪嫌疑人不回答或者进行虚假陈述时,侦查人员也没有合法的方法强制其开口说话或重新诚实说话,在此意义上,如实回答或供述的义务性就没有体现出来。为了使义务规定有实际意义,需要在判决时考虑:当裁判者认为犯罪嫌疑人在侦查中违反了如实回答义务时,在犯罪事实认定上,不能直接将其作为认定犯罪的证据,但可以作为不利于其法庭陈述诚实性的证据;在量刑上,应将义务违反作为不利评价的情节。另外,对于是否如实回答了有关问题的讯问,在判断上是否行使了自由裁量

[40] 参见周洪波:“沉默权问题:超越两种理路之新说”,《法律科学》2003 年第 5 期。

[41] 参见(美)兰博约:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,页 274—279。

权,在不利评价的严厉性上也应当要有所区别;一般来说,没有行使自由裁量权的不利评价的严厉性应强于使用了自由裁量权的情况。

第二,侦查终结建议起诉和起诉的证明标准。关于侦查终结建议起诉的证明标准,第160条规定的是“公安机关侦查终结的案件,应当做到犯罪事实清楚,证据确实、充分,并且写出起诉意见书,连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定;同时将案件移送情况告知犯罪嫌疑人及其辩护律师。”这里的“犯罪事实清楚,证据确实、充分”,与定罪量刑证明标准的表述没有实质的区别,但是因为后者的实质理解发生了变化,所以对其理解也应与旧法要有所区别。一方面,侦查终结建议起诉的证据标准在实质上也应取或然性“事实确信”之意;因为这种“事实确信”往往出现因人而异的判断,所以,在对于侦查终结的证据标准,应明确判断主体。从第160条的表述来看,判断主体似乎还没有得到明确。在司法(解释)中,应当明确判断主体为公安机关等侦查主体。另一方面,较之于裁判者,侦查主体对“犯罪事实清楚,证据确实、充分”的把握应适当宽松一些。这样,才能保证合理的定罪率。相反,如果标准掌握较严,可能出现侦查人员将自己没有形成“事实确信”但起诉者或裁判者能够形成“事实确信”的案件无法移送到后面的诉讼,从而使本可以起诉或定罪的案件无法被起诉或定罪。从其他法治国家的法律规定和实践来看,在侦查终结时,侦查人员不能仅仅在乎自己能否形成犯罪事实确信,更要预测在起诉和定罪的可能性,对于那种犯罪事实确信不强甚至不能确信但预测具有较大定罪可能性的案件,也应移送后续的程序。

与起诉标准有关的法条是第171条、第172条。第171条规定:“……对于二次补充侦查的案件,人民检察院仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,应当作出不起诉的决定。”第172条规定:“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任的,应当作出起诉决定,按照审判管辖的规定,向人民法院提起公诉,并将案卷材料、证据移送人民法院。”这些规定主要是审查起诉后如何决定的证据规则,对此,需要把握的要点是:在理解上,起诉决定证据标准与侦查终结证据标准应当一样,区别只在于二者的判断主体不同而已,即不仅“犯罪事实已经查清,证据确实、充分”应该在一种弱意义上来理解(“证据不足”也按此反面来理解),而且在标准把握上也应当比定罪标准宽松——因为其他法治国家的起诉证据标准常表述为“定罪的可能性”,也要低于定罪标准。^[42]

第三,选择简易程序的证据标准。第208条是关于适用简易程序条件的证据规则,该条规定:“基层人民法院管辖的案件,符合下列条件的,可以适用简易程序审判:①案件事实清楚,证据充分的;②被告人承认自己所犯罪行,对指控的犯罪事实没有异议的;③被告人对适用简易程序没有异议的。人民检察院在提起公诉的时候,可以建议人民法院适用简易程序。”适用简易程序应当同时满足三个条件还是只满足其中一个条件即可,这在法律表述上是不太清楚的。不过,从《最高法院司法解释》第289条的表述(“基层人民

[42] 参见孙长永:“提起公诉的证据标准及其司法审查比较研究”,《中国法学》2001年第4期。

法院受理公诉案件后,经审查认为案件事实清楚、证据充分的,在将起诉书副本送达被告人时,应当询问被告人对指控的犯罪事实的意见,告知其适用简易程序的法律规定。被告人对指控的犯罪事实没有异议并同意适用简易程序的,可以决定适用简易程序,并在开庭前通知人民检察院和辩护人。对人民检察院建议适用简易程序审理的案件,依照前款的规定处理;不符合简易程序适用条件的,应当通知人民检察院。”)来看,应是前者。需要注意的是,法院认为“案件事实清楚,证据充分的”,不一定是必然真实的,也就是说其也有真实的强弱两意,即便这里加上了“被告人承认自己所犯罪行,对指控犯罪事实没有异议的”的限定,也仍然如此。因为,有此限定,尽管在多数情况下,指控的犯罪事实一定符合客观实际情况,但从证明逻辑上来说,也可能存在被告人替人受过或是掩盖真正更为严重的罪行等情形。就此而言,这里值得进一步追究的是,由于被告人在简易程序中的程序权利较普通审判程序中的更少,我们是否需要作为简易程序适用条件之一的“案件事实清楚,证据充分的”之意涵作出一定的限定,即是否需要限定为其强意呢?从诉讼法理来说,允许有罪判决的事实基础之强弱与当事人程序权利的大小之间一般构成一定的反向关系,具体而言就是:前者越强,一般可以对当事人程序权利进行许多限制;反之,则一般应给予当事人较多的程序权利保障。在笔者看来,关于简易程序的适用条件,在旧法典未出现新法典的后面两个条件限制的时候,作出前述限定是必要的,但在新法典中却不必作出这种限定。也就是说,在新法中,“案件事实清楚,证据充分的”之强弱两意的两种情况均可适用简易程序;不过,证据标准是一种最低要求,作为适用简易程序的证据标准应是其弱意。因为,尽管被告人在简易程序中的程序权利较于普通审判程序中的少,但适用简易程序的后两个条件可以对满足前一条件的案件起到重要的过滤作用,即法院认为“案件事实清楚,证据充分的”,无论是真实的强意还是弱意的案件,都有部分案件不能进入简易程序,尤其是后一类案件中“案件事实清楚,证据充分的”心证较弱、出错风险较高的案件不容易进入简易程序。所以即便是“案件事实清楚,证据充分的”之弱意(真实)的案件,在经过被告人认罪和同意适用简易程序的条件过滤之后进入简易程序,所做出的犯罪认定出错的风险性也较小,被告人对有罪判决的认同性也会较强。

第四,证明责任规则。与此有关的法条主要是第49条、第56条和第57条。第49条规定:“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担,自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担。”第56条第二款规定:“……申请排除以非法方法收集的证据的,应当提供相关线索或者材料。”第57条第一款规定:“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。”关于证明责任的规定在旧法中是没有的,这是新法增加的规定。这种变化无疑具有重大的进步意义,但是规定还有很多粗糙和不足之处。证明责任与证明标准是有重要关联的,对此,学界多有忽视。如果将这些规定与定罪证明标准的变革关联起来,特别值得重视的是需要对证明责任进行细分。在理论上,证明责任有许多区分

方法,其中,有一种区分方法是将证明责任分为劝说责任和提出证据责任。^[43]按笔者的理解,前者为承担该责任的一方最终需要说服裁判者其证明达到了证明标准的要求否则将承担败诉后果的责任,后者为设置争点或提出合理怀疑,否则对方主张会面临被裁判者接受的不利后果的责任。根据这里的区分,第49条中的“举证责任”和第57条中的“应当对证据收集的合法性加以证明”应当定位为一种说服责任,第56条中的“应当提供相关线索或者材料”实际上就是一种提出证据责任。必须注意的是,第56条规定的提出证据责任只有在定罪证明标准以及证据合法性的证明标准为非唯一结论的“事实确信”的语境中才有正当性和认识论的合理性。因为:如果法律规定的证明标准是要求达到唯一结论的“事实确信”,被告人是不承担提出证据责任的,其只需要分析和指出对方的证据没有形成唯一结论的证明就可以了,按有学者的说法,只需要进行消极辩护而无需积极辩护;^[44]如果证明标准是一种或然性的“事实确信”,那么被告人在许多情况下仅仅进行消极辩护是不够的,需要进行积极辩护才可能会被裁判者视为提出了合理怀疑。这就是,当裁判者在诉讼证明过程中根据控方证据认为能够推定或推论形成“事实确信”,^[45]或是认为形成“表见证明”(根据现有证据看起来所证事实应该是成立的)时,^[46]被告人就需要履行提出证据的责任来设置争点。在证明标准改变以后,让被告方承担提出证据责任在很多情况下都会成为一种需求。为了使这种责任承担具有合理性,需要通过司法解释对此作出进一步的细化规定。不过,由于我国对证明责任的理论研究还很薄弱,在这方面的“法律”推展还需谨慎而行。

三、余 论

在行文结束之际,想说一些“延展性”的话题:第一,在我国法制体系初步成型之后,如何加强法律的实效性已成为共同关注的核心焦点,对于新《刑事诉讼法》的有效实施来说,法解释学应大有作为,大力倡之。对于法律实效性问题,大致可以分为两种思路:一种是“内在思路”,即法律解释学。这种思路是从法律本身的表述是否合理和条文之间的逻辑是否顺畅、匹配等来思考法律实效性的障碍和解决方法;另一种是“外部思路”,即主要是着眼于从法律所赖以生存的社会、政治等外部环境来思考法律实效性的障碍和解决之道,这种思路在分析问题时往往属于法社会学、法政治学等的研究,在解决之道上多属立法论。比较而言,后一种思路更为流行,但在笔者看来尤应重视前一种思路。因为一方面,在一定意义上可以说,法解释学是法学研究的基本功或“内功”,其比法社会学、法政治学和立法论等具有思路上的优先性。法解释学的优先性在于,如果没有好的法解释学,使法律表述及其理解具有较强的合理性(科学性),使法语

[43] 参见(日)田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,页226—227。

[44] 参见田文昌、陈瑞华:《刑事辩护的中国经验》,北京大学出版社2012年版,页59。

[45] 参见(日)田口守一,见前注[43],页228—229。

[46] 参见(英)理查德·梅:《刑事证据》,王丽等译,法律出版社2007年版,页72—76。

明白晓畅、法条之间逻辑融贯,再好的外部环境都无法使法律能够有效行动起来,而且可能导致从法社会学和法政治学等角度的“外部观察”出现问题的错误归因,即将具体、微观的内在原因归为抽象、大而无当的外在原因;立法论的解决之道也只有在解释论“用尽”之后才能被派上用场。可以说,我国刑事诉讼法的实效性不强的许多原因都是法语表述不清(当然,法语清晰常常是有限度的,其多义、歧义不见得全是坏事)、〔47〕理解混乱和法条之间的逻辑矛盾所致。另一方面,法解释学(尤其是体系解释)在我国刑事诉讼法学界没有得到足够的重视,解释功夫还较差,因而,需要在此方面多多用功。好的法解释学,不能受到传统诉讼法学的学科局限——将一种抽象的程序公正逻辑作为“通吃”的解释工具,而是应当认真对待法律解释的复杂性,从哲学、社会学、政治学、经济学等其他社会科学中去汲取养分,寻找更多的解释工具。

第二,笔者对本文的“语义解释”和“体系解释”的意义有不同的期待。通过语义解释,期望能够使人们对证明标准表述之实质的理解走出纷争,形成基本的共识,不再纠缠于此问题。这不仅有利于使司法实践获得明确统一的指南,而且有利于使我们将精力投入其他更需用功之问题的研究。一般说来,要对某一个“盖棺定论”并不是件易事,更何况不仅我国学界认为证明标准的问题较难,西方学界也常常认为如何解释“排除合理怀疑”等是一件极难的事情。但是,对于法律证明标准这种实践性极强、与生活密切相关、攸关社会秩序和个人权利的语词来说,我们必须对其实质形成共识,而且它所涉及的认识论主要是一种具有较多“硬通货”特色的常识观念和科学观念,而不涉及什么特别高妙难解的哲学认识论,因而也应该较为容易形成共识。我国学界把这个问题搞得很复杂混乱,大多是因为将一些一知半解的、无关的哲学话语扯了进来,而不是问题本身复杂难解。〔48〕在域外学界,所谓证明标准表述的解释困难,实际上也只是在“言传”的层面,而在“意会”的层面。值得我们大力用功的是如何在体系解释上打通证据规则之间的认识论的融贯性逻辑关节和拿捏政策平衡,因此,我想这里的期待应该不是什么理论狂妄和不切实际的奢望。对于本文在体系解释方面所作的努力,期望其带来的益处不局限于现成的说法,更在于能够成为一种研究方向的重要起点和线索。

(责任编辑:傅郁林)

〔47〕 参见(美)德博拉·斯通:《政策悖论——政治决策中的艺术》(修订版),顾建光译,中国人民大学出版社2006年版,页164—169。

〔48〕 参见周洪波,见前注〔17〕。