

我国刑事证据规则体系的宏观检视 及改革建言

阮堂辉*

摘要:我国证据规则体系历经40多年的发展,呈现出形式上立法文本多元、内容上侧重审前阶段取证规则及庭审阶段证明力规则、技术上以严格规则为主以灵活规则为辅等特征。这些特征直接导致证据规则重复与冲突、规则重心前置化、价值论与认识论规则配比失衡以及严格规则与灵活规则配置失当等体系性缺陷。要弥补上述缺陷,在形式上须改变证据立法文本多元的现状,整合现有证据规则,制定《刑事诉讼证据规定》,优化“法典+解释”的形式;在内容设置上,一方面基于审判中心主义的考量,侧重法庭证据规则体系的构筑,另一方面坚持以“价值论”为核心的多元理念,回归价值论规则的主体地位,并根据认知科学的发展状况,辅之以认识论规则;在立法技术上,须尊重严格证明与自由证明平衡规律,在价值论规则的制定上倾向于严格规则,在认识论规则的制定上倾向于灵活规则。

关键词:证据规则 价值论规则 认识论规则 严格规则 灵活规则

一、引言

证据规则的创设及体系化,即广义的“证据立法”,^①较大程度受制于证据法学理论的发展情状,英美证据法学理论与立法实践的互动反映了此种现象。一般认为,是否需要证据规则及需要何种证据规则的讨论肇始于英国学者边沁关于自由证明原理的论述。边沁在《司法证据原理》中充分表达了这样一种观念:司法程序最直接的目的是保障判决的准确性,为了实现该目的,只能依赖“自然制度”,而非“人为规则”。这就要求在案件事实认定环节,裁判者除了可以排除不相关的或可能产生过多烦扰、支出或延误等副作用的证据外,应当“聆听每一个人、采纳每一件事物”,即采纳所有证据。立法者在事实认定方面的努力,不应是为司法者制定约束其意志的证据规则,

* 中南民族大学法学院副教授
基金项目:国家社会科学基金项目(16BFX092)

^① 广义的“证据立法”,是指权威主体在权限范围内进行的创制证据规则的活动,既包括狭义的立法机关制定证据法律的行为,也包括其他诸如司法或行政机关制定证据性司法解释或规定的活动。本文使用的是广义的“证据立法”概念。

而是“为法官的理解力、考量不同类型证据的价值和权重而制定警示性指示”。^①由此可见,除了基于相关性或过分烦扰等极个别原因的排除规则外,边沁反对关于证据的一切立法,但同时也承认可以为法官对于证据的评价制定一些警示性而非约束性的规则。边沁的理论对与其同时代的学术研究和立法实践均产生了重要的影响,如在英美法系国家,英国学者吉尔伯特的证明力规则立法尝试在边沁之后基本销声匿迹;在大陆法系国家,其与意大利学者贝卡里亚、法国政治家罗伯斯皮尔等人的观点遥相呼应,^②共同促成了自由心证原则在成文法传统国家的普及。

边沁的理论对后辈学者的研究及立法实践同样影响深远。例如,英国学者斯蒂芬和美国学者塞耶等人以边沁所说的“相关性或过分烦扰等极个别原因的排除规则”为基础,构建起以相关性与可采性理论为主线的证据排除规则体系理论,同时,他们也明确承认自由证明的存在及其合理性,如“塞耶将证据的分析、有关证据的辩论以及证据的提出都视为不属于证据法的范围”,^③认为其属于证据法规则之外的自由证明领域的问题。由此可以看出,边沁之后的主流学者坚持的是事实认定法定主义与自由主义相结合,在可采性问题上制定强制性规则,在可采性之外则实行自由主义。这一理念直接促成了包括《美国联邦证据规则》在内的各种证据法典的出台。时至今日,英美证据立法中的规则体系依然主要由非法证据排除规则、特免权规则、品格规则、传闻规则、意见规则等可采性(即证据能力)规则构成。

反观我国的证据立法实践,其受到来自理论界的影响不甚强烈,理论研究与立法实践始终处于若即若离的状态。在理论界,学者们基于自身的逻辑纷纷提出各自的证据规则体系构想。例如,有学者建议我国在制定“统一证据法典”时应构建起以法庭证据采纳与评价为核心的证据规则体系。^④也有学者提出构建更简化的证据规则体系建议,认为统一证据法典“应当以可采性为其基本内容……对于可采性以外的规则,基本上应当予以忽略”。^⑤还有学者认为,证据规则体系主要由证据能力规则、证明力规则以及规范证据运用的规则 3 部分组成。^⑥可惜的是,学者们的理论论证并未获得实践中立法者的积极回应,从 1979 年《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑诉法》)第 5 章用 7 个条文规范证据种类、司法机关取证、孤证不能定罪、证人资格和作证等规则起,至 2021 年《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《刑诉法解释》)中证据规则体系的成型,^⑦证据立法的实践一直沿着自身的轨迹在运行。

理论与实践的若即若离在一定程度上导致实践的盲目与无序。虽然 40 多年的证据立法实践促成我国刑事证据规则体系的初步成型,学者们有关证据立法的研究亦可圈可点,但是由于缺

① See William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Weidenfeld & Nicolson Ltd, London, 1985, p.28.

② 参见[意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 19~33 页。

③ [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 年第 2 版,第 193 页。

④ 参见江伟主编:《中国证据法草案(建议稿)及立法理由书》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 1~29 页。

⑤ 易延友:《证据法的体系与精神——以英美法为特别参照》,北京大学出版社 2010 年版,第 92~95 页。

⑥ 参见樊崇义:《刑事证据规则立法建议报告》,《中外法学》2016 年第 2 期。

⑦ 2021 年《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》充分吸收以往的司法解释经验并兼顾实践需求,扩充并完善了证据规则体系,其“证据”一章共 10 节:第 1 节“一般规定”对审查运用证据的基本原则、证明对象、行政机关和监察机关收集的证据材料的使用等共性问题作了规定,第 2~8 节对各类证据的审查与认定规则作了全面规定,第 9 节规定了“非法证据排除”的相关问题,第 10 节规定了“证据的综合审查与运用”问题。从该章框架、内容及条文数量看,其不失为一次较小规模的刑事证据规则完整立法。

乏足够的理论论证及统筹规划,因此该体系显现出一些亟须解决的问题:一是立法形式缺乏整体规划,证据规则重复和冲突的问题突出;二是内容受传统的影响,立法过于侧重对审前阶段取证行为的规制,庭审证据规则特别是法庭证据能力规则供给不足;三是在理念上对证据法的价值排序不当,导致证据立法出现重认识论规则轻价值论规则的现象;四是在技术上缺乏科学理念的支撑,造成严格规则与灵活规则在证据规则体系中配置失当。下文将从以上几个维度,全面检视我国当代刑事证据规则体系的不足,进而为我国证据规则体系的改革建言。

二、我国刑事证据规则体系的特征

我国证据规则体系历经40多年的发展,虽未制定出类似《美国联邦证据规则》式的统一证据法典,但形成了具有中国特色的“程序法典+解释”的证据立法形式。正如有的学者所言:“立法通过或修改后,再以大量解释规范,对立法进行具有实施效力的诠释,这是中国法制一种较为特殊的现象。”^①目前,我国刑事证据规则主要分布于刑事诉讼法的有关章节及中央和地方机关各类关于证据性解释文本^②之中。梳理现有的文本,我国刑事证据规则体系呈现出以下几个特征。

(一)立法形式文本多元化

虽然我国证据立法采用了大部分成文法国家看似简洁的“法典+解释”形式,但是法典之外的证据解释文本呈现多元化特征。首先,在证据解释模式方面,迎合实践需求,采用了综合性解释与单一性解释共存的模式。综合性解释是指就证据解释的目的、任务、基本原则、基本规则或制度等方面所作的内容较为全面、体系较为完整的证据解释,如《刑诉法解释》第4章用10节篇幅规定了“证据一般规定、各类证据的审查与认定、非法证据排除、证据的综合审查与运用”等几个方面的内容,为典型的综合性证据解释文本;单一性解释是指仅就证据领域的特定问题所作的单一性证据解释,如最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《严格排除非法证据规定》),最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《关于电子数据收集提取判断的规定》(以下简称《电子数据规定》)等文本属于典型的单一性解释文本。目前,综合性解释与单一性解释在我国证据解释中各占一定的比例。其次,在证据解释层级方面,形成了以我国刑事诉讼法“证据”章为核心、包含立法解释、司法解释及地方性解释等多层级文本共存的形态。特别是2000年以后地方性证据解释文本大规模涌现,^③如四川省高级人民法院、四川省人民检察院、四川省公安厅联合发布的《关于规范刑事证据工作的若干意见(试行)》,湖北省武汉市江汉区人民检察院发布的《关于办理审查逮捕案件非法证据排除规则(试行)》、山东省寿光市人民法院、寿光市人民检察院联合发布的《刑事证据开示操作规程(试行操作)》等文本,更是增加了证据解释的多元化。

(二)重视审前阶段取证规则

^① 龙宗智:《立法原意何处寻:评2021年最高人民法院适用刑事诉讼法司法解释》,《中国法学》2021年第4期。

^② 笔者稍做搜索,即轻易获得最近10多年中央及地方公布各类证据性解释文本80余种,本文只选取具有代表性的文本予以介绍。

^③ 参见房保国:《现实已经发生——论我国地方性刑事证据规则》,《政法论坛》2007年第3期。

受传统的“侦诉审”合一机制的影响,审前阶段取证规则一直在我国证据规则体系中占据主要地位,其主要表现是:第一,我国刑事诉讼法不仅在“证据”章规定了一定数量的取证规则,而且“侦查”章的内容也基本可归类为取证规则。众所周知,由于刑事取证工作主要由侦查人员完成,因此对侦查人员的各种取证行为,我国刑事诉讼法通过“侦查”章进行了完备的法律规制,这些法律具有证据规则和程序规则双重属性。^①目前,此类规则虽被作为程序规则规定在程序法典之中,但其作为证据规则中的取证规则属性并不存在争议。第二,由各部门或各地方颁行的综合性或单一性证据解释也呈现出重视取证规则的特征。例如,《电子数据规定》共30条,其中电子取证规则占11条;又如,湖北省高级人民法院、湖北省人民检察院、湖北省公安厅、湖北省国家安全厅、湖北省司法厅联合发布的《关于刑事证据若干问题的规定(试行)》(以下简称《湖北省规定》)共39条,其中取证规则占16条。取证规则在证据立法中所处的地位可见一斑。

对于上述特征,有学者总结道:“当代证据法的应用并不仅限于审判阶段,侦查过程也要受到证据法的规范,证据法不仅规范在法庭中提出证据之行为,也规范在侦查和起诉中收集证据的行为”。^②总之,立法实践及学者的总结,均展现出我国证据立法对审前阶段取证规则的重视。

(三)重视证明力规则轻视证据能力规则

梳理现有证据规则不难发现,我国证据立法具有明显的重视证明力规则、轻视证据能力规则的倾向。这与英美法系国家的证据立法相比具有明显的差异。在英美法系国家,经过边沁、斯蒂芬、塞耶等众多学者的努力,加之受陪审团制度的影响,英美证据法逐步形成以可采性规则为核心的证据规则体系,直到现在,英美证据法的研究者都会习惯性地吧证据法视为对“陪审团听取的信息所设置的限制”^③的规则,即证据能力规则。

由于缺乏主导性的证据法学理论,因此我国的证据立法经历了从传统上不存在证据能力概念和机制,到不重视证据能力规则,直至现在略微重视的历史发展过程。对我国传统证据制度的梳理也可以佐证这种发展历程。我国传统的证据制度基本是以证明力规则为核心构建起来的。纵观古今,不论是古代的“五听”制度,还是现在的“不得作为定案根据”的排除规则,都是围绕证据证明力审查判断设置的规则。也就是说,即使通过古代“五听”制度或现代证据审查环节排除某项证据,也与现代意义的证据能力规则没有任何实质性的联系,因为根据现代证据法学理论,对证据能力的审查是先于对证明力的评价的,证据能力的审查是证明力判断的前置环节。因此,我国传统的证据运用过程基本都缺乏对证据能力的审查这一环节。应当注意,我国证据立法中经常以“不得作为定案根据”表述出现的强制性证据排除规定,并非我们所说的证据能力规则,而是以真实性判断为基础的证明力规则。例如,《湖北省规定》第33条第4项规定:“书证有更改或更改迹象的,举证方不能作出合理解释和必要证明的,不能作为定案的证据”;第5项规定:“原物照片、录像或模型不能反映原物外形和特征的,或反映模糊不清的,原物照片、录像或模型不能作为定案证据”。这些规定均属于基于证明力的排除规则。因此,同样是证据排除规则,英美证据法的排除原理及机制与我国传统证据制度中的证据排除原理及机制有着天壤之别。英美证据法中的排除规则建立在证据能力规则之上,而我国传统的证据排除规则则建立在证明力规则之上。

^① 参见陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年版,第15~16页。

^② 张建伟:《证据法要义》,北京大学出版社2009年版,第4页。

^③ See Fisher, Evidence, New York, 2002, Preface.

概言之,由于我国缺乏独立的证据能力审查环节,证据审查多集中于证明力判断环节,因此,除了非法证据排除规则外,我国不存在真正意义上的证据能力规则,证明力规则占据了证据规则的核心地位。

(四)以严格规则为主以灵活规则为辅

美国学者阿蒂亚和萨默斯将法律规则作了严格规则、高度灵活规则及中间规则的分类。^①依此思路,笔者将证据规则按照解释和裁量的自由度标准分为严格证据规则与灵活证据规则两类。严格证据规则是指仅可能存在较低层次的字面意义解释空间的,且对于法官而言自由裁量空间狭小的证据规则。此类规则多以“应当”“不得”等强制性用语呈现。灵活规则是指不限于低层次字面意义解释空间,对于法官而言自由裁量空间宽泛的证据规则。此类规则多以“可以”“一般”等引导性用语呈现。

目前,严格规则在我国证据立法中占据核心地位:第一,在取证与举证环节,多表现为严格规则形式。例如,现行的《刑事诉讼法》第118条规定的口供收集规则:“讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候,侦查人员不得少于二人”,就属于取证严格规则。又如,《湖北省规定》第8条在现行的《刑事诉讼法》关于举证责任规定的基础上作了进一步的规定,“犯罪嫌疑人、被告人以存在精神病或精神障碍、不在现场、行为得到合法授权等阻却违法事由作为辩护理由的,应当提供证据进行说明”,则属于举证严格规则。第二,在证明力规则领域,严格规则分布广泛。例如,《刑事诉讼法解释》第4章“证据”部分共10节,其中第2~8节是关于各类证据审查与认定的规则。这些规则大部分属于证明力否定或确认的严格规则。又如,《刑事诉讼法解释》第88条规定:“处于明显醉酒、中毒或者麻醉等状态,不能正常感知或者正确表达的证人所提供的证言,不得作为证据使用”,就属于证明力否定严格规则;再如,《刑事诉讼法解释》第91条规定:“证人当庭作出的证言,经控辩双方质证、法庭查证属实的,应当作为定案的根据”,则属于证明力确认严格规则。在地方层面,同样存在大量证明力判断严格规则,如《湖北省规定》第33条关于“对存疑证据的审查”条款罗列了11项情形,每项情形基本都属于证明力严格规则。

三、我国刑事证据规则体系存在的缺陷

我国证据立法虽取得重要的成绩,特别是地方性证据立法,因“体现了在刑事司法方面‘与时俱进’的精神”而受到部分学者赞誉,^②但是从总体看,这些立法对促进证据规则体系的科学构建作用有限。目前,我国刑事证据规则体系存有诸多缺陷。

(一)证据规则重复与冲突问题突出

证据立法文本多元化极易引发以下两个弊端。

一是规则重复。由于我国法律解释权主体相较于其他国家的更为宽泛,^③因此人民法院、人

^① 参见[美]P.S.阿蒂亚、[美]R.S.萨默斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏、陈林林、王笑红译,中国政法大学出版社2005年版,第61页。

^② 参见刘德华、王静:《逼出来的口供不能作为证据——四川5月1日起试行〈关于规范刑事证据工作的若干意见〉》,《检察日报》2005年4月13日。

^③ 在采取“审判中心主义”的国家,检察机关和侦查机关没有司法解释权,无权出台相关法律解释或规定。

民检察院和公安机关均享有实质的司法解释权。这就导致规则重复的问题:一方面,法典中的证据规则与解释中的证据规则重复。在我国的法律解释中证据规则除了部分对法典规则进行补充和扩展外,相当数量的解释是对法典中证据规则的重述。例如,现行的《刑事诉讼法》第54条第2款规定的“行政执法证据可以在刑事诉讼中使用规则”,被《刑事诉讼法解释》第75条作了重复规定;又如,现行的《刑事诉讼法》第56条规定的“非法实物证据排除规则”,也被《刑事诉讼法解释》第126条完整重述;等等。所以,最高人民法院出台的《刑事诉讼法解释》、最高人民检察院出台的《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《刑诉规则》)、公安部出台的《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《程序规定》)条文分别达655条、684条、388条之多就不难理解了。日本等成文法国家也有最高法院执行刑事诉讼法的解释性规范,但主要是解释法律未明确规定的某些具体执行问题,并不重复日本刑事诉讼法条文的内容,因此解释的条文较少。例如,《日本刑事诉讼法》(1949年1月施行)共507条,而同期日本最高法院制定的《刑事诉讼规则》仅305条。^①因此,同样是采用“法典+解释”的形式,日本等国家极力避免证据规则表述重复,而我国却陷入了证据规则表述重复的低效率怪圈。另一方面,各解释主体颁行的证据规则文本也存在规则重复的问题。例如,《程序规定》第71条规定的非法证据排除规则,既与我国刑事诉讼法的相关条款内容雷同,也与《刑事诉讼法解释》的相关规定基本重复。规则重复现象在地方性证据文本中更为常见,如《湖北省规定》规定的证据裁判等一般原则及诸多证据审查规则与《刑事诉讼法解释》中的证据规则雷同。

二是规则冲突。如果说证据规则重复只是为援引法条带来不便的话,那么证据规则冲突就使得司法人员在选择适用法条时陷入了两难的境地。例如,现行的《刑事诉讼法》第50条第2款对证据法定种类作了8种列举式封闭规定,而《刑事诉讼法解释》第100条突破了上述规定,将原本用于起质证作用的“专门知识的人的报告”直接纳入证据种类范围,明显突破了现行的《刑事诉讼法》关于证据种类的规定。^②又如,江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅、江苏省司法厅联合发布的《关于刑事案件证据若干问题的意见》第46条突破了现行的《刑事诉讼法》第55条关于单凭口供不能定案的规定,认为“被告人供认其实施了犯罪行为,且没有其他证据能够直接证明该犯罪行为系被告人实施,但被告人供述稳定,供述的犯罪情节与现场勘验、法医鉴定等其他证据吻合,非被告人亲身经历,不能够作出如此供述的,且能够排除侦查机关有刑讯逼供、诱供可能的,可以认定被告人犯罪”。暂且不评价此规定与现行的《刑事诉讼法》第55条的规定孰优孰劣,但此规定至少给司法人员执行我国刑事诉讼法带来了困扰。^③梳理各类证据立法例,此种情形也较为常见。

证据规则重复与冲突,不但在微观上破坏了证据规则体系的简洁性与统一性要求,而且在宏观上也妨碍了证据法治秩序的完善。法治是现代社会治理的有效手段,而“现代法秩序的固有特征在于法的普遍性和自治性,所谓‘普遍性’系指法律的形成和适用中的统一性和一惯性”。^④证据规则重复与冲突违背了证据法规则的统一性和一惯性要求。据此,虽然近10多年来各部门就

^① 参见龙宗智:《立法原意何处寻:评2021年最高人民法院适用刑事诉讼法司法解释》,《中国法学》2021年第4期。

^② 参见龙宗智:《立法原意何处寻:评2021年最高人民法院适用刑事诉讼法司法解释》,《中国法学》2021年第4期。

^③ 参见房保国:《现实已经发生——论我国地方性刑事证据规则》,《政法论坛》2007年第3期。

^④ 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第320页。

证据问题频频“立法”迎合了一线人员的需求,但是该举措绝非长效之策,进行利害比较不难发现,其更多的是引起证据实践的混乱,这一现象应该引起我们的警醒。

(二)证据规则重心前置化现象严重

一般而言,对证据活动进行规制,主要存在事前引导和事后惩戒两种思路,亦即有的学者所说的“形塑”与“除权”两种规则的运用。^①事前引导规则是指用于规范行为主体取证、举证、质证和认证行为的证据规则。设立该规则的目的在于提高事实认定质量、发现案件事实真相。而事后惩戒规则是指违反前述事前引导规则而招致不利后果的规则。事后惩戒规则又可分为实体惩戒规则与程序惩戒规则,现代证据法中的排除规则即为程序惩戒规则。考察英美证据法的历史,其证据规则史其实就是一部从事前引导规则向事后“排除”规则发展演变的历史。

我国证据立法注重审前取证与证明力判断等事前引导规则与我国诉讼传统机制不无关系。由于我国古代诉讼一直实行侦审合一机制,没有现代意义上的审前与庭审两个阶段的划分,因此,在证据立法上自然不会形成具有鲜明对比的审前证据规则与庭审证据规则。例如,贯穿于整个封建社会的口供获取拷讯规则以及发端于秦汉时期发达于宋明时期的勘验检查取证规则等,只强调对取证规则的重视。新中国成立后,我国刑事诉讼虽然采纳了现代诉讼理念和制度,侦诉审职能实现了分离,但是由于受历史的影响,侦诉审关系并没有达到当事人主义那种分离程度,甚至与传统的职权主义也存在差距,我国的侦诉审在结构上依然呈现出均衡布列的“线型”形态,因此,在证据立法方面,我国并没有因为废除侦审合一机制而改变重视审前证据规则的传统。

党的十八届四中全会确立了审判中心主义的改革目标。审判中心主义包含两个方面的要求:一方面,要求侦查、起诉和执行皆服务于审判,审判构成整个诉讼流程的中心和重心;另一方面,还包含着司法权对于侦查权进行有效控制,这种控制通过对于侦查中的某些环节如逮捕、搜查、扣押等采取司法令状(审批)制度来实现。^②可惜的是,我国当代证据立法未能体现审判中心主义思想和满足上述两个方面的要求,在证据规则上没有构建起完善的侦查阶段强制取证的令状或其他司法控制约束机制,以致形成侦查阶段规制侦查人员的证据立法与审判阶段约束法官的证据立法相同的局面,如我国非法证据排除规则,就平等地重视并构建起侦诉审三阶段的非法证据排除机制。^③从这一点看,我国证据立法并未有效改变传统的侦诉审各自为政的“线型”证据规则分布形态。

(三)价值论规则与认识论规则配比失衡

考察英美证据法学的发展历程可以发现,围绕应否进行证据立法及证据立法应包含哪些内容的问题,虽然学者们的观点存在差异,但是他们对于将价值论规则作为证据立法的重心在认识上是一致的。首先,持“废除论”者虽然反对进行证据立法,但是仍承认价值论规则的存在。例如,边沁主张,在案件事实认定领域彻底废除所有的证据规则,或者最少废除那些与“认识自信理论”相冲突的证据规则(即认识论规则),仅保留“不触及大多数促进事实认定外部目的和价值的

^① 参见张栋:《中国刑事证据制度体系的优化》,《中国社会科学》2015年第7期。

^② 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。

^③ 例如,我国关于非法证据排除的立法,既规定了审判阶段审判人员的非法证据排除职责,也规范了侦查阶段和审查起诉阶段侦查人员与检察人员的非法证据排除职责。

证据规则”(即价值论规则),如证人特免权规则、非法证据排除规则等。^①因此,如果说持“废除论”者还容忍证据立法的话,那么也仅限于价值论规则的范围。其次,持“肯定论”者虽然支持证据立法,但是他们仅支持价值论规则立法,如美国学者摩根、英国学者乔纳森·科恩等人主张废除价值论规则外的所有证据规则,严格限制证据立法。^②须注意的是,美国学者威格摩尔虽然主张保留和完善所有价值论规则和促进真相发现的认识论规则,但是他对价值论规则与认识论规则做了区别对待,在完成价值论规则立法的同时,在认识论规则方面只能制定“指引性的而非强制性的”规则,所以威格摩尔主张的认识论规则“立法”根本不具有真正的立法含义。换言之,威格摩尔的观点与科恩等人的观点本质相同,均强调价值论规则在证据立法中的核心地位。

在威格摩尔之后,面对频频的认识论规则立法思潮及实践冲动,主流的学者纷纷加以驳斥,如美国学者戴维·伯格兰将美国证据规则价值总结为生命、个人自由、稳定性、正当程序、事实真相、司法经济、联邦制、健康和安全的8项。^③美国学者罗纳德·艾伦把美国证据规则价值概括为解决争端的适当方式、知识的性质、小群体决策的动因、道德和伦理关怀、正义理想和效率价值的关系5项。^④上述学者虽然或多或少地提到事实真相等认识论问题,但是他们更关注证据规则的道德价值基础。美国学者亚历克斯·斯坦为了将以认识论为理论基础的证据学拉回到以价值论为理论基础的证据法学研究,提出了“分配错误风险”理论,即“证据法是在不确定状态下分配错误风险,而不是促进发现真相”。^⑤“而分配该风险的标准不可能是认识论性质的……司法事实认定中错误风险的分配标准位于政治道德领域。因此,证据法应当作如是理解,也应作如是设计:它是一个结合了道德和认识论两个方面理由的领域。在这个领域中,认识论罢手后,道德接手。”^⑥亚历克斯·斯坦所说的风险分配的政治道德标准其实就是我们一般理解的价值论领域的标准。我国有学者在论述证据法的功能时,对证据法的价值诉求也有着清醒的认识,其明确提出:“证据法不是以发现事实真相为目的的法律,认识论也无法构成证据法的理论基础……在现代证据法的世界里,发现真相固然是非常重要的价值,但那些被用来发现真相的手段却要受到越来越严格的法律限制,而且就连发现真相价值本身,也经常要让位于其他更为重要的法律价值”。^⑦该学者所说的重要法律价值无非以程序正义为目标的在证据运用方面的公正对待与效率问题。总之,以价值论规则为核心,同时兼顾认识论规则的证据立法是一种理性的选择。

由于认识论规则和价值论规则的分类与证明力规则和证据能力规则的分类是实质分类与表象分类的关系,证明力规则实质上属于认识论规则,证据能力规则多属于价值论规则,因此,证明力规则与证据能力规则的立法现状,基本反映了认识论规则与价值论规则的分布情形。如前所述,我国证据规则体系具有明显的重证明力规则、轻证据能力规则的特征,因而我国证据立法呈

① 参见[美]亚历克斯·斯坦:《证据法的根基》,樊传明、郑飞等译,中国人民大学出版社2018年版,第134页。

② 参见[英]乔纳森·科恩、何家弘:《证明的自由》,《外国法译评》1997年第3期。

③ 参见[美]戴维·伯格兰:《证据法的价值分析》,张保生等译,载何家弘主编:《证据学论坛》(第13卷),法律出版社2007年版,第247页。

④ 参见[美]罗纳德·J.艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》,张保生等译,高等教育出版社2006年版,第49页。

⑤ [美]亚历克斯·斯坦:《证据法的根基》,樊传明、郑飞等译,中国人民大学出版社2018年版,第1页。

⑥ [美]亚历克斯·斯坦:《证据法的根基》,樊传明、郑飞等译,中国人民大学出版社2018年版,第78页。

⑦ 陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年第2版,第18页。

现明显的重认识论规则轻价值论规则的现象,而这与上述证据立法重价值论规则的主流观点是相悖的。因此,有学者提出我国未来的证据立法应该适度增加证据能力规则(价值论规则),逐步削减证明力规则,用更多的证据能力规则代替证明力规则的主张。^①这其实也代表了我国刑事诉讼法学理论界渴望价值论规则回归证据立法核心地位的态度。

(四)严格规则与灵活规则配置失当

案件事实认定活动是否需要法律规制以及应该受到什么程度的规制,一直是证据法学的核心问题。如前文所述,从吉尔伯特的对证明力全面“立法”思想到边沁的自由证明原理,再到塞耶等学者主张对证据能力进行立法,证据法学理论一直处于变动之中。在制度实践上,人类社会也经历了从绝对的法定证据制度到自由心证制度,再到法定证明与自由证明相结合制度的转变过程。从目前看,不论是理论还是实践,法定证明与自由证明的结合已成为证据法学的共识。这种共识至少包含以下两点:其一,在范围上,证据立法主要限于对证据能力问题的规制,对证明力问题一般不作或少作规制,证明力的审查一般由法官按照自由心证原则进行自由评判;其二,在强制程度上,证据立法对证据能力规则与证明力规则应区别对待。例如,对于证据能力问题须进行严格规则立法,对于证明力问题一般不予立法,即使对证明力问题予以一定的规制,也如边沁所说,是“由立法者为法官制定的证据证明力评估指示”,^②而非真正意义的立法。因此,相较于证据能力方面的严格规则,证明力规则多表现为灵活规则。

与西方主要国家的证据制度不同,我国在证据运用方面由于缺乏独立的证据能力审查环节,而传统的证据立法较为重视证明力规则体系的构建,因此证据能力规则一直处于相对缺失的状态。在立法的严格程度建设方面,我国的证明力规则多表现为严格规则,如各文本中出现最多的“不得作为定案根据”条款多属于证明力判断严格规则;相反,存量极少的证据能力规则却表现为灵活规则,如著名的非法证据排除规则,在传统上我国立法一直将其作为灵活规则对待,如现行的《刑事诉讼法》第56条对非法实物证据的灵活排除规定,以及实践中对非法言词证据在实质上的灵活排除机制等。因此,我国证据立法呈现出证明力严格规则占主导、证据能力规则相对缺失的特征。这与世界上主流的证据法学理论以及其他国家的证据立法实践形成强烈的反差。

过于严格的证明力规则违反认识规律,制约人的自由评判能力,会阻碍事实真相的发现。例如,证据立法中的证明力比较、否定或确认等严格规则,因过于机械、违背认知科学规律和法律上的自由心证原则而广受诟病。相反,过于灵活与解释自由的证据能力规则,会影响人们对基本道德价值的坚守,导致人们对公正、人权、效率等法律价值需求的漠视。例如,由于非法证据排除规则缺乏刚性,致使实践中刑讯逼供现象屡禁不止,程序公正与被告人人权保障基本处于被忽视的状态,因此,解决我国证据规则体系中严格规则与灵活规则配置失当的问题已成当务之急。

四、我国刑事证据规则体系的改革建言

(一)证据规则体系的文本整合

^① 参见陈瑞华:《以限制证据证明力为核心的新法定证据主义》,《法学研究》2012年第6期。

^② William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Weidenfeld & Nicolson Ltd, London, 1985, p.43.

解决证据规则重复与冲突的问题,关键在于对证据规则体系进行文本整合。证据规则体系文本整合包含3个层面的问题:一是证据规则立法形式的选择,即证据规则统一文本是以“证据法典”的形式推出,还是以“《刑事诉讼法》+司法解释”的形式推出;二是综合性证据解释与单一性证据解释的整合;三是中央层面解释与地方层面解释的整合。

首先,证据规则立法形式的选择。统一证据规则文本是以法典的形式推出,还是以“司法解释”的形式推出?学界存在两种不同的主张:一种是主张用法典的形式。在2000年初的证据立法论战中,部分学者主张制定适用于刑民的“统一证据法典”,认为我国“最好是制定一部统一、独立、完整的证据法典,而不是将有关证据规则的规定分散在诉讼程序法典当中”。^①另一种是主张用“程序法典+解释”的形式。有学者主张我国应采用刑民分立型证据立法形式,认为应该通过修改三大诉讼法,对有关证据的内容进行增、删、改,借以完善证据立法。^②按照这种思路,证据立法形式表现为三大诉讼法典中的证据章以及对证据章所作的拓展性解释文本。

对于上述两种主张,笔者支持后者。其理由是:第一,“程序法典+解释”的形式符合我国证据立法模式传统。在证据立法模式方面,我国具有大陆法系国家的证据法依附于诉讼法典的传统。大陆法系国家虽然坚持成文法的传统,制定出了各类较完整的实体和程序法法典体系,但是基本都未出台过所谓的“证据法典”,其证据立法都是在程序法典中予以展现的。我国从清末开始,有关证据立法便秉承这一传统做法,将证据立法视为程序立法的附着物,在各诉讼法典中以专门章节来规范证据规则,同时,为方便法典的理解运用,会根据实际需要出台一些或零或整的证据“司法解释”或“规定”,该传统一直延续至今。因此,证据立法活动不可能断然抛弃或背离传统。第二,“程序法典+解释”形式符合我国证据法学理论研究的现状。法典的颁行需要充分的知识储备和经验积累,就目前证据法学的研究及实践状况看,我国学界对很多理论问题并未达成共识,甚至在实践中连共同的证据话语体系都未形成,有关证据的理论储备及实践经验还不足以支撑证据法典的创立。因此,在此情境下,以“程序法典+解释”作为证据立法的主要形式受到的阻力会较小。

其次,将综合性证据解释与单一性证据解释进行整合。从目前看,中央层面综合性证据解释主要体现为《刑事诉讼法解释》《刑诉规则》《程序规定》等文本中的证据章节;单一性证据解释主要有2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》以及《电子数据规定》《严格排除非法证据规定》等。刑事证据统一司法解释的制定,就是通过融、增、删、改等手段,将上述分散的两类解释整合为一体,形成统一的《刑事诉讼证据规定》。依笔者之见,这种整合应以《刑事诉讼法解释》第4章搭建的框架为基础,适度吸纳和整合其他解释文本条款。例如,将《严格排除非法证据规定》的主要内容吸收整合到《刑事诉讼法解释》第4章第9节“非法证据排除”部分,将《电子数据规定》的主要内容整合到《刑事诉讼法解释》第4章第7节“电子数据的审查与认定”部分。至于如何处理《刑事诉讼证据规定》与公检法系统各自的《程序规定》《刑诉规则》《刑事诉讼法解释》关系问题,笔者认为,可以对上述公检法系统各自解释文本中的证据章作简化处理,即三机关仅对我国刑事诉讼法证据章作字面意义解释,

^① 易延友:《证据法的体系与精神——以英美法为特别参照》,北京大学出版社2010年版,第93~94页。

^② 参见陈光中主编:《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿(条文、释义与论证)》,中国法制出版社2004年版,第4页。

不作证据规则上的拓展,证据规则拓展和体系搭建留给《刑事诉讼证据规定》来解决。

最后,将中央层面的证据解释与地方层面的证据解释进行整合。2000年后的地方证据立法热潮,虽然满足了一线司法实践的需要,但是引发的问题也不容忽视。笔者认为,经过10多年的发展,随着证据法学理论研究的深入及中央层面证据立法实践的进步,地方证据立法试点已完成历史使命,因此,对地方证据规则文本进行鉴别,具有创新性且符合证据法理念的规则可以纳入中央统一证据解释文本,重复或冲突及其他不必要的规则应一律予以废除。

综上所述,“法典+解释”模式符合我国传统证据立法形式与证据法学理论研究现状,为学界和实务界广泛接受并认可。鉴于证据规则文本应追求简洁性与统一性的需要,刑事证据立法形式改革的首要任务是整合分散于中央和地方各种解释文本中的证据规则,化繁为简,化零为整,制定统一的《刑事诉讼证据规定》,形成以“《刑诉法》+《刑事诉讼证据规定》”为基本形式的刑事证据立法格局。

(二)证据规则体系的内容调整

第一,落实审判中心主义改革的要求,摒弃以侦查为中心甚至扁平化的证据规则分布体例,强化庭审阶段的证据规则立法。

我国证据立法受侦查中心主义的影响,呈现出证据规则重心前置的特点。党的十八届四中全会推动审判中心主义改革,为证据规则体系改革提供了契机,强化庭审证据规则立法既符合改革的思路,也是一项立法策略。因为“提取与收集证据的目的在于法庭审理时用以证明案件事实,如果在法庭审理时禁止使用某些通过不合法手段获取的证据,虽然表面上看是规范法官与陪审员的证据采信行为,但却对侦查人员的证据提取与收集行为也具有相应的规范效力,即对法官与陪审员的证据采信行为进行规范,具有‘一箭双雕’的效果”,^①所以,坚持法庭证据规则的构建及完善,既是审判中心主义改革的需要,也是加强证据立法的一项科学策略。

如何强化庭审证据规则立法?笔者主张从以下3个方面入手:一是构建独立的法庭证据能力审查程序,实现证据能力与证明力审查环节的分离。我国在证据审查环节没有独立的证据能力审查程序,法庭证据审查实行证据能力与证明力混合审查模式。这也是我国缺乏证据能力规则的主要原因。二是在构建独立的证据能力审查程序的基础上,扩充证据能力规则体系。目前,我国并不缺乏证明力规则,但在证据能力规则方面除了有较为成熟的非法证据排除规则外,立法基本处于空白状态,学界熟知的品格证据规则、传闻证据规则、意见证据规则、特权证据规则等规则立法均未作出规定,未来证据规则创设的重心在于充实核心的证据能力规则。三是整合、构建与强化其他法庭证据运用规则,如证明对象、证明责任、证明标准、交叉询问等规则。

第二,坚持以“价值论”为核心的多元理念,注重赋予价值论规则以核心地位,根据认知科学的发展状况,辅之以认识论规则。

在证据法学界,学者们在论及证据法学理论基础时,基本坚持“多元理论”。例如,有学者将认识论、方法论、价值论并列为证据法学的基础理论;^②也有学者将认识论与价值论二元理论作

^① 樊崇义:《刑事证据规则立法建议报告》,《中外法学》2016年第2期。

^② 参见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2008年版,第38页。

为证据法学的基础理论。^①虽然学者们对证据法学的基础理论各抒己见,但是真正能将自己的理念一以贯之地落实到规则体系中的情形却颇为少见,实际立法乃至立法建议往往背离自己既定的基础理论与排序。例如,有学者提出的《中国证据法草案》第1条立法宗旨为:“为有效保障当事人的证明权,保证人民法院公正、及时认定案件事实,正确适用法律,根据宪法,制定本法”。^②由该条的内容可以看出,该草案以公正、人权、效率等价值论为基础,放弃以真相发现为目标的认识论为基础,但是在后续内容安排上,该草案第4章又规定了“证据评价与证明标准”等诸多认识论规则,而这显然超出了前述立法宗旨的范围。总之,立法宗旨与立法内容相一致,以确定性的基础理论及排序贯穿立法文本,应成为证据立法的根本要求。

为改变我国重认识论规则、轻价值论规则的现状,笔者认为,在整合证据规则立法时,应从以下两点入手:一是应确立以“价值论”为核心的多元理论作为立法指导思想。可以借鉴上述学者关于证据法指导思想的表述,并补充“准确认定案件事实”的字眼,表述为“为有效保障当事人的证明权,保证人民法院公正、及时和准确认定案件事实,正确适用法律,根据宪法,制定本法”。作如此规定,一来可以将公正与真相一并纳入证据法价值的诉求,体现证据法“多元理论”的根基;二来可以表明证据法的公正、人权等价值优先排序格局,更符合证据法学的“法学”特性。二是扩充价值论规则、削减认识论规则。这实质上就是要扩充证据能力规则、削减证明力规则。但是,削减证明力规则,并不是要消灭所有的证明力判断规则,而是要根据认知科学的发展规律,废除一些极端化规则以及一些属于“正确的废话”规则,前者如“直接证据证明力大于间接证据证明力”式的证明力严格规则,后者如《刑法解释》第83条第2款规定的“物证的照片、录像、复制品,不能反映原物的外形和特征的,不得作为定案的根据”等规则。

(三)证据规则体系的立法技术调整

证据规则主要由价值论规则与认识论规则组成,在价值论领域实行严格规则主义,在认识论领域实行灵活规则主义,^③已成为现代证据法学界的共识。但是,我国证据规则立法实践却扭曲了这一严格规则与灵活规则配置的原则,在价值论规则的制定上倾向于灵活规则,在认识论规则的制定上倾向于严格规则,违反了证据法的道德价值坚守要求以及基于认知科学的证明力自由判断理论(即“自由心证”理论)。

针对我国刑事证据规则体系中严格规则与灵活规则配置失当的现状,可以从以下3个方面着手改变:一是削弱证明力规则的严格程度,将证明力规则转化为灵活规则,甚至可以考虑废除不必要的证明力规则。前文已说过,在我国证据规则体系中,证明力规则占据法庭证据规则的核心地位,且多以证明力否定、确认、比较等严格规则呈现。证明力严格规则既违背认知科学理论,又直接违反自由心证原则,所以将证明力严格规则转化为灵活规则抑或直接废除某些证明力规则势在必行。例如,可以将原本严格的“不得”“应当”表述改为“一般”“可以”等灵活表述,以实现规则的引导而非约束作用。二是构建证据能力严格规则体系。目前,除了非法证据排除规则外,

^① 参见樊崇义:《刑事证据规则立法建议报告》,《中外法学》2016年第2期;张建伟:《证据法要义》,北京大学出版社2009年版,第10~13页。

^② 江伟主编:《中国证据法草案(建议稿)及立法理由书》,中国人民大学出版社2004年版,第541页。

^③ 当然,在认识论领域坚持灵活规则主义从大的方面说符合自由心证原则的要求,因为在灵活规则的规制下,法官拥有较宽泛的自由解释空间,可以行使较大的自由裁量权。

我国在证据能力规则的构建方面基本处于空白状态。未来的证据立法不但要强化证据能力规则体系的构建,而且要使其更多地以严格规则的面貌出现。具体而言,一方面我们需要强化非法证据排除规则的严格程度,另一方面应构建诸如传闻证据规则、品格证据规则、意见证据规则及特权规则等证据能力严格规则体系。三是完善法庭举证和质证严格规则。目前,我国证据立法虽然对取证、举证、质证等环节均有规范,但是除了在取证环节能保证必要的严格程度外,立法在法庭举证和质证环节表现得过于灵活。例如,在举证环节,由于我国刑事诉讼法规定得较为原则,因此证明责任分配实践显得灵活多变;在质证环节,由于缺乏严格的证人出庭及交叉询问规则,因此质证过程也显得过于随意和不严谨。完善举证和质证环节严格规则,重点在于构建证明责任、证人出庭及交叉询问等严格规则。例如,在证明责任分配方面,可将《湖北省规定》第 8 条与我国刑事诉讼法中证明责任分配原则进行整合,借以完善证明责任严格规则;在证人出庭和交叉询问方面,进一步细化证人出庭规则,限缩法官关于证人出庭与否的自由裁量权,等等。上述措施均可作为立法改革的突破点。

Abstract: After more than 40 years of development, the evidence rule system in China has shown the characteristics of multiple text styles in terms of form, emphasis on rules of evidence collection and probative force in content, and strict rules supplemented by flexible rules in technology. These characteristics directly lead to such systematic defects as the lack of simplicity and unity of evidence rules, attaching importance to the pretrial evidence rules, the imbalance between axiology and epistemology rules, and the mismatch between strict rules and flexible rules. To overcome the defects above, first of all, in terms of form, we must change the pluralistic status of the text of evidence rules, integrate the existing evidence rules, formulate the “Evidence Rules of Criminal Procedure”, and optimize the “code + judicial interpretation” model; Secondly, in terms of content setting, on the one hand, based on the doctrine of trial centralism, it focuses on the construction of the court evidence rule system, on the other hand, it adheres to the multi theories of “axiology” as the core, returns to the subject status of axiology rules, supplemented by epistemological rules; Thirdly, in terms of legislative technology, we should uphold the balance between strict proof and free proof, prefer strict rules in the formulation of axiological rules, and prefer flexible rules in the formulation of epistemological rules.

Key Words: rules of evidence, axiological rule, epistemological rules, strict rules, flexible rules

责任编辑 田国宝