

后果论视角下的刑事证明标准

——以“排除合理怀疑”为中心的分析

王 彬^{*}

摘 要:在疑案判决中,法律程序中的事实探知无法独立于对裁判后果的考量,“排除合理怀疑”作为证明尺度应该体现司法决策在准确性与效益性之间的均衡。道义论的进路将“排除合理怀疑”作为证明过程正当化的虚饰手段而使其沦为模糊不清的道德话语,而后果论的进路则将其作为错判风险的分配机制使之转化为可操作的证明技术。根据“排除合理怀疑”的经济学公式,错判风险的情境性考量要求证明标准的层次化表达和类型化解释,这也体现了法经济学与法教义学之间的互通之处。

关键词:排除合理怀疑 后果论 道义论 刑事证明标准

受认识条件的制约,司法中的事实探知无法完全还原真相,从这种意义上讲,法律真实与客观真实得以区分已经成为法学界的共识。在刑事诉讼中,“排除合理怀疑”作为证明标准得以普遍确立,这充分说明证明标准中的认识论迷雾得以驱散。但是,基于语义表达的模糊性,“排除合理怀疑”在司法实践中无法成为可度量的证明尺度,这导致其演变为语焉不详的道德话语,从而使刑事诉讼中的证明标准又重陷道义论的陷阱。事实上,既然“事实真伪不明”的认知状态在诉讼程序中不可避免,那么就不可能将还原真相作为事实认定的唯一目标,而是应实现法律内部各种价值的协调。从这种意义上讲,法律程序中的事实探知就无法独立于对裁判后果的考量,追寻可欲的裁判后果也应当作为事实认定的目标,“排除合理怀疑”作为证明尺度就应当体现司法决策在准确性与效益性之间的均衡。为此,本文以法经济学为分析工具,力图驱散“排除合理怀疑”的道义论迷雾而揭示隐含于其中的后果论逻辑,基于社会效用最大化的裁判目标,通过精致的后果权衡使之转化为可操作的证明尺度,从而为疑案判决提供方法论意义上的支持。

^{*} 南开大学法学院副教授、博士生导师
基金项目:国家社会科学基金项目(21BFX033)

一、“排除合理怀疑”的道义论迷雾:证明过程正当化的虚饰手段

随着司法改革的深入,“排除合理怀疑”作为证明标准在我国刑事司法制度中得以移植,其背后所体现的程序正义理念逐渐深入人心。这一证明标准的引入,意味着我国的刑事诉讼在逐渐摆脱“客观真实论”的认识论窠臼,与现代程序正义理念正在进行对接。但是,无论是在域外还是在中国,“排除合理怀疑”作为一种从实践中提炼出来的理念,在解释学上对其的阐释从未达成一致;其作为一种抽象的言辞表达因在语义上存在模糊性,故在司法实践中缺乏可操作性,这导致其更多的是作为具有道德正当性的法律话语而表达,作为一种可操作的事实认定技术在刑事司法实践中没有得以充分彰显,从而“排除合理怀疑”的表达与实践笼罩于道义论的迷雾之中。

首先,从历史渊源看,西方国家的“排除合理怀疑”最初并不是一种认识标准而是宗教驯化手段,在刑事审判中承载着宗教意义的道德慰藉功能。在宗教裁判中,“排除合理怀疑”是安抚和劝慰基督徒使其克服道德压力从而促使其接受裁判的道德手段。在刑事诉讼中,“排除合理怀疑”延续了其在宗教裁判中的道德慰藉功能。根据美国法律史学家惠特曼考证,“排除合理怀疑”最初与证据规则并无关系,也无证明事实的作用,而是为了缓解裁判者作出有罪判决的道德压力。^① 追根溯源,面对裁判过程中事实的不确定性,“排除合理怀疑”规则被创制出来以慰藉裁判者的内心不安,缓解裁判者内心的道德罪恶感。随着宗教观念对刑事司法影响的式微,“排除合理怀疑”演化为证明事实真相的“道德确信程度”。“证据必须要能够把事实真相证明到一个合理的道德确信程度,一个令人信服和引导认知的确定性,一个满足了推理和判断条件的确定性,一个我们注定在良心上会依据它行事的确定性。这就是我们所说的排除合理怀疑的证明。”^②

其次,在现代的刑事诉讼实践中,“排除合理怀疑”以道义论的方式予以表达,被当作具有道德正当性的证明标准而不是可操作的事实认定技术。在西方国家,随着法律与宗教的逐渐分离,诸神共舞、价值多元的现代社会来临,“排除合理怀疑”的宗教色彩逐渐淡化。时至今日,随着宗教神学在裁判中不断被“祛魅”,刑事审判的神学基础已经被瓦解殆尽,“排除合理怀疑”的道德慰藉功能已全无用武之地。当这一规则被用来服务于事实真相的探究时,其理论上的空洞性就暴露无遗。受宗教观念影响的“道德确定性”,作为证明标准和证明手段在刑事司法中逐渐被抛弃,事实认定的道德标准和证据标准甚至被要求严格区分开来,在刑事诉讼中,事实认定要防止来自道德标准的干扰。^③ 但是,在“排除合理怀疑”的宗教色彩被彻底“解蔽”之后,它又被不自然地转化为事实认定规则而服务于事实真相的探知。在英美国家的诉讼实践中,面对事实的复杂性和不确定性,“排除合理怀疑”作为诉讼证明规则因其抽象性和模糊性而在实践中未被建构为一种具有可操作性的刑事裁判技术,而是作为表达程序正义理念的强劲道德话语,并且被赋予不证自

^① See James Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, 2008, pp.185—200.

^② *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass.295, 320 (1850). 转引自[美]拉里·拉丹:《错案的哲学:刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社2015年版,第36页。

^③ See Larry Laudan, *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006, p.35.

明的道德公理属性。在“美国诉劳森案”^①中,美国联邦最高法院指出,“排除合理怀疑”是不证自明的,试图进一步对其解释只会使陪审团更加迷惑。在美国的联邦司法系统中,“排除合理怀疑”并不存在统一的操作标准,其语义的模糊、表达的混乱导致法院系统内部分歧巨大,甚至对“排除合理怀疑”是否应当进行界定都众说纷纭,诸多州法院并没有关于“排除合理怀疑”的具体界定标准。^②

在我国,“排除合理怀疑”的道德正当性依然优先于技术操作性。我国虽然已经通过法律移植确立了“排除合理怀疑”的证明标准,但是制度运作与本土文化的冲突仍然存在,法律制度与社会意识的调适仍然是一个漫长的过程。在我国的刑事诉讼实践中,由于“排除合理怀疑”的文本表达模糊,技术性操作标准缺乏,实质正义的社会心理根深蒂固,因此在道德压力的作用下,“排除合理怀疑”具有异化为“排除一切怀疑”的危险。从民间话语看,“还原真相”“不枉不纵”仍被视为司法者的天然道德义务;从官方表达看,“排除合理怀疑”被作为“证据确实充分”的操作标准,甚至将“结论唯一性”增列为更高的证明要求,自相矛盾的文本表达将理论界和实务界导向莫衷一是的境地。^③

最后,在操作方式上,“排除合理怀疑”的判断过度依赖于裁判者的良心和德性等道德信念因素。“合理怀疑”作为判断事实真相的对立面,在理论上可以视为对事实真相进行探知的认识过程,或者是对疑点进行排除的逻辑分析过程,从这种意义上讲,在理论上可以建构“合理怀疑”的认识论标准和逻辑学标准,从而使“合理怀疑”不单纯体现为裁判者内心虚无缥缈的主观认知或直观感受,而是必须满足真实性、完整性、融贯性和独立性等相当高的要求。^④ 尽管如此,我们仍无法否认裁判者是一个能动的主体,能够影响裁判者理性认知过程的重大力量往往源自裁判者的内在德性,裁判者的恻隐之心、同理之心、谨慎谦卑的品质既会影响其对证明尺度的把握,也会影响认知过程中疑点的发现和排除。在诉讼实践中,“排除合理怀疑”的证明过程仍然是一个疑点形成、排除的心理过程,而如何到达疑点排除的“合理”程度,无法完全摆脱裁判者的内心确信,这就无法否认裁判者道德信念对证明标准把握的制约作用。

毋庸置疑,我们无法否定刑事司法对裁判者德性的要求。从德性的意义上讲,裁判者肩负着分辨善恶的重大使命,必须具有理性慎思的品质和谦卑节制的精神。亦不可否认,判断者的信念具有伦理属性,裁判者必须对其信念承担伦理义务。正如英国哲学家克利福特所说:“就像我们

① See United States v. Lawson, 507 F.2d 433(1974), cert. denied, 420 U.S.1004 (1975).

② 参见陈永生:《排除合理怀疑及其在西方面临的挑战》,《中国法学》2003年第2期。

③ 《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》第140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……(四)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……”

④ 刑事诉讼中的“合理怀疑”在逻辑学或认识论意义上被建构为两种标准:一是将“合理怀疑”作为有理由的怀疑,在存在证据支持或可检验线索的情况下即为“合理怀疑”,这一标准被称为“理由论”。See Federico Picinali, Two Meanings of “Reasonableness”: Dispelling the “Floating” Reasonable Doubt, 76 The Modern Law Review, 845—875 (2013).二是将“合理怀疑”作为符合经验融贯的怀疑,通过对常识、情理、普遍认知等彼此融贯地进行推论,融贯地形成一致的怀疑,这一标准被称为“融贯论”。See Charles R. Nesson, Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity, 92 Harvard Law Review, 1187(1979).

要对我们的行为负责一样,我们同样也应对自己的信念负责。”^①也就是说,内心确信状态并非逃避道德责任的理由,关键是确信的形成本须合乎道德的方式,而不是通过抑制怀疑的方式来实现。但是,裁判者的德性只是实现司法公正的必要条件而非充分条件。因为“正义的规则只有对那些具备正义美德的人来说才是有意义的,只有对于拥有正义美德的人来说,才可能了解如何去运用规则”。^②我们不能将判断或者信念的形成完全诉诸裁判者的个体德性,不能将“排除合理怀疑”仅仅作为信念获得道德正当性的过程。如果这样,那么刑事诉讼的证明标准就会沦为依靠法官个人良知来判断的“黑箱”。更为严重的是,在制度约束的条件下,趋利避害会成为人的理性选择,受外在体制的压力和内在个体利益的驱动,裁判者所规避的是其自身被错案追究的风险,而不是因错判带给当事人和社会的风险,从这种意义上讲,裁判者的德性是无法完全保障裁判公正实现的。

因此,基于道义论的立场去界定证明标准的传统进路是失败的,这一进路最终将使“排除合理怀疑”沦为证明过程正当化的虚饰手段,而无法成为具有可操作性的实践标准。事实上,“法律真实论”的普遍确立已经说明,法律人所操持的程序正义话语并没有将“不枉不纵”视为司法者绝对的道德义务,而是在某种程度上吸纳了后果论的思维。这至少说明绝对地还原真相几乎不具有现实的可能性,而必须考虑法律程序对还原真相的制约,还必须考虑探究真相所付出的社会成本。从这种意义上讲,证明标准应当体现真相与后果之间的均衡,这就有必要在功能意义上挖掘“排除合理怀疑”所蕴含的后果论逻辑,从而揭示刑事证明标准的效用之维。

二、“排除合理怀疑”的后果论逻辑:错判风险的分配机制

从认识论的意义上讲,证明标准作为事实认定的裁判尺度关系到案件证明的程度,或者说关系到案件证明结果“接近”真相的程度。但是,在“事实真伪不明”的疑难案件判决中,在信息成本和时间成本的双重约束下,无论是对事实真相的探知,还是针对证据疑点的排除,都是成本支付下的决策行为,因此司法者不可能不计成本地去完全还原真相,而必须考虑探知事实所不得已付出的代价。当追求事实真相与激励有益行为和威慑有害行为等实质性目标出现冲突时,法律决策者应当追求总体的可欲后果,以寻求最大化社会福利的决策方案,而非全力地还原真相。^③这样,准确性和效益性就应当成为法官在事实认定中予以衡量的价值目标,对真相的追求就不能独立于对后果的考量,当追求真相的成本过于高昂时,降低对真相的证明标准就成为必要的理智选择。

对于刑事诉讼而言,“排除合理怀疑”作为证明标准意味着刑事诉讼的目标只能是在准确性与效益性之间谋取一个最大的交换值,从而在真相探知与后果考量之间寻求最佳的平衡。正如

^① William Kingdon Clifford, The Ethics of Belief, in Gerald D. McCarthy eds., The Ethics of Belief Debate, Scholars Press, 1986, p.24.

^② [美]阿拉斯戴尔·麦金泰尔:《谁之正义? 何种合理性?》,万俊人、吴海针、王今一译,当代中国出版社 1996 年版,第 9 页。

^③ See Louis Kaplow, Information and the Aim of Adjudication: Truth or Consequences? 67 Stanford Law Review, 1303 (2015).

美国联邦最高法院在“温舍普案”^①中所指出的,“正当法律程序要求刑事诉讼的证明标准能够确保陪审团作出正确的决定,能够尽量减小错误的风险,而排除合理怀疑标准是实现这一目标的主要机制。这一标准反映了现代社会的价值选择,那就是:将无罪者判为有罪比让有罪者逃脱法网更加糟糕”。^②因此,“排除合理怀疑”作为证明标准,既不完全是一个认识论意义上的认知问题,也不完全是修辞学意义上的说服问题,在很大程度上,这是在后果权衡与风险评估基础之上的策略性选择,而“排除合理怀疑”的经济学公式则为这种策略性选择提供了更为精细的标准。

(一)“波斯纳定理”:基于冤纵损益的后果考量

从后果论的意义上讲,“排除合理怀疑”证明标准的界定在本质上就是对裁判后果的损益比较,从而选择一种相对“合算”的结果,因此,证明尺度的把握应当通过对入罪与出罪或者说冤案与纵案之间的损益比较来确定。这样,冤案与纵案的错判损失应同时作为后果考察的变量。美国法学家波斯纳十分敏锐地指出,“排除合理怀疑”作为一种证明标准,实际上是理性选择错判最小的成本,而有罪证明标准的成本考量需要进一步考量错判有罪(冤案)与错判无罪(纵案)之间的成本差异。在他看来,相对于民事审判而言,刑事案件中的积极错误(即错误的有罪判决)比消极错误(即错误的无罪判决)所产生的成本更高,因此,必须通过将主要的说服责任分配给控方,使积极错误显得更为重大。^③

波斯纳实际上揭示了程序正义的经济学逻辑,程序正义的功能正在于通过提高控方的说服责任而降低作出错误有罪判决的概率,从而减少了因冤案带来的社会损失;即使程序正义有可能带来错误的纵案,但是纵案带来的损失远远小于冤案的损失。这正是刑事诉讼采取“排除合理怀疑”这一更为严格的证明标准的经济学理由。“与实质正义追求法律决策的零误差不同,程序正义能够容忍一定程度的误差,由此造成的损失将从节约信息费用方面获得超额补偿;在这种意义上,程序正义是实质正义与形式正义谋求妥协的产物,其经济学目标既非单纯减少误差损失,也不是仅仅降低交易费用,而是最小化两种成本之和。”^④如果把实质正义视为“不冤不纵”的理想极点,那么程序正义应该被视为真相与后果之间的最佳均衡点。这样,程序正义作为刑事诉讼目标的规范理据就不仅仅在于杜绝错判风险,而是在于在成本考量的前提下实现最大化的社会福利,程序正义因而应被视为一种性价比最佳的正义。^⑤

证明标准的严格程度会直接影响刑事司法作出有罪判决的概率,从而影响司法机关作出有罪判决和执行有罪判决的“行政成本”,并间接影响犯罪活动带来的社会总成本,这样,为作出有罪判决所付出的行政成本也必须考量进来。波斯纳将判决无辜之人有罪的概率纳入犯罪活动的损耗函数中,并指出这一概率会影响犯罪活动所产生的总体成本,而这一概率是由证明标准来控

① See *In re Winship*, 397 U.S. 358(1970).

② Henry A. Diamond, *The Reasonable Doubt: to Define or not to Define*, 90 *Columbia Law Review*, 1716—1736(1990).

③ 参见[美]理查德·A.波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昀译,中国法制出版社2004年版,第87页。

④ 桑本谦:《法理学主题的经济学重述》,《法商研究》2011年第2期。

⑤ 参见桑本谦、戴昕:《真相、后果与“排除合理怀疑”——以“复旦投毒案”为例》,《法律科学》(西北政法大学学报)2017年第3期。

制的。^①从理论上讲,证明标准过高将会导致有罪判决率为零。这虽然会排除冤枉无辜者的可能性,但是也排除了惩罚有罪者的可能性。这既会导致刑法丧失威慑力,又会导致罪犯继续其犯罪活动,并激励潜在的罪犯从事犯罪活动,从而产生巨大的社会损耗,因此从经济学的意义上讲,“排除一切怀疑”的证明标准虽然能防止冤案发生,但是由其带来的社会后果则是极为不经济的。同时,如果证明标准过低,那么无论是无辜之人还是真正的罪犯都可能被判决有罪,这虽然在一定程度上提高了刑法的威慑力,但是也加大了刑事司法制度运行的诉讼成本以及有罪判决的执行成本等行政成本,因此,“刑事司法不可能允许 10% 的人被错误定罪,更不可能允许 90% 的犯罪嫌疑人被判无罪”。^② 这意味着,在司法资源有限的前提下,证明标准的高低程度同时对冤案和纵案两类错判产生影响,证明标准的提高会导致冤案的减少但也会导致纵案的增加;反之,证明标准的降低会导致纵案的减少但也会导致冤案的增加。这样,“排除合理怀疑”应该是介于最高证明标准与最低证明标准之间的一个最优值,而这个最优值应当是由行政成本与错判成本之和的最小化来决定的。从这种意义上讲,可以将这一观点命名为“波斯纳定理”：“排除合理怀疑”的证明标准应符合刑事诉讼中错判成本和行政成本的最小化。

(二)“开普兰公式”:基于错判负效用的后果考量

“波斯纳定理”说明了“宁纵勿枉”在经济学意义上的合理性。但是,既然是从结果意义上来判断合理与否,那么这一论断就不是绝对的,因为这一冤纵损益的比较结果可能是变动的。当纵案带来的错判损失远远大于冤案的错判损失时,“宁纵勿枉”就不再是个理性的选择,这个被程序正义渲染的意识形态神话的正当性根基就会遭到动摇。美国学者曾根据美国的犯罪和刑罚数据进行计算,“平均来看,一个普通美国人在一生中成为暴力犯罪受害人的几率是其因被错误指控暴力犯罪蒙冤几率的 830 倍之多,这意味着倘若在‘无知之幕’背后做出选择,人们都会同意通过降低刑事证明标准来提升自己的总体安全”。^③ 经验研究表明,普通公民对于谋杀、抢劫、强奸等重罪的错判忍受度更低,有超过一半的人反对“以高比例错放为代价来保护无辜者”。^④ 这说明“宁纵勿枉”的逻辑既难以获得道德理论的支持,也无法通过经验证据加以说明。在美国,在公诉资源相对稀缺而犯罪猖獗的年代,法院和立法机关不得不减少被告人的程序优势,这也是美国联邦最高法院于 20 世纪 70 年代和 80 年代在刑事被告权利上摇摆不定的一个非意识形态基础。^⑤ 因此,我们必须在冤纵错判概率的基础上进行相对精确的损益比较,如此才能清晰界定“排除合理怀疑”的证明尺度。

既然确定证明标准的严格程度需要精致的后果权衡,那么引入概率思维则有助于进行精确

① See Richard A. Posner, An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, 2 The Journal of Legal Studies, 411(1973).

② Ronald Allen, Larry Laudan, Deadly Dilemmas, 41 Texas Tech Law Review, 75—77(2008).

③ Larry Laudan, The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good? in Leslie Green, Brian Leiter ed., Oxford Studies in Philosophy of Law, Oxford University Press, 2011, pp.195—227.

④ Robert Sommer, Barbara A. Sommer, and Mati Heidemets, Release of the Guilty to Protect the Innocent, 18 Criminal Justice and Behavior, 480(1991).

⑤ 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》(第 7 版),蒋兆康译,法律出版社 2012 年第 2 版,第 893 页。

的计算。概率思维的引入与人们的道德直觉往往是相悖的。因为一旦用精确的数字表达错判概率,就意味着冤案风险被正当化了,而这是极端道义论者无法容忍的。^①但是,道德直觉判断未必符合理性认识。“排除合理怀疑”并不意味着数学上的绝对确定性,其只是一种认知上的确信心度,而这种确信心度借助概率思维能够得以更为精确地表达。在美国的刑事诉讼中,用以表达“排除合理怀疑”的“拇指规则”是:当控方证明被告有罪可能超过 90% 乃至 95% 时,陪审团就可认定被告有罪——这也意味着被告有接近 5% 或 10% 无罪的可能。^②这说明即使“排除合理怀疑”的证明标准已经相当严格,也并不能确保其万无一失,还是容忍了错判概率的存在;否则,“排除合理怀疑”就会沦为“排除一切怀疑”。在美国就有数据表明,“在强奸谋杀案审判的死刑定罪中,重罪审判的错误率大约在 3.5%—5.0% 之间”。^③这样,用概率理论来计算错判风险就无可厚非。为此,开普兰将数学和统计学引入事实认定的法律决策理论中。在他看来,在刑事司法中,存在有罪与无罪两种可能的判决结论。出于便利,我们不直接考量效用而是考量负效用,因为避免特定结果比达到某种目标更容易确定。这样,我们用 D_i 来表示判决一个无辜之人有罪而产生的负效用,用 D_g 来表示宣布一个有罪之人无罪而产生的负效用。决策理论告诉我们,要证明一个人有罪,陪审团必须感到宣布无罪所产生的预期负效用要大于宣布有罪所产生的负效用。为此,陪审团必须确信有罪的概率至少为 P ,且 P 与 D_g 的乘积大于 $1-P$ 与 D_i 的乘积,即 $P \times D_g > (1-P) \times D_i$ 。假定 $D_i + D_g > 0$,那么 P 可以被表示为:^④

$$P > \frac{1}{1 + \frac{D_g}{D_i}}$$

上述“开普兰公式”即为“排除合理怀疑”的数学表达,其比较直观地表达了冤案负效用与纵案负效用的相对权重,也在某种程度上证伪了“宁纵勿枉”这一常识性命题,因为冤纵比在根本上是由社会总福利的数量值来决定的。在人们的常识与直觉中,冤案带来的负效用远远大于纵案带来的负效用,即“积极错误”所带来的危害远远大于“消极错误”更符合普通人的“危害偏好”。对于这种“危害偏好”,英国哲学家培根将之生动地表达为:“不公平的举动,不过弄脏了一渠水流,而那些不公的判断却把整个水源都败坏了”。^⑤这个描述被后人演绎为“不公判决的恶果甚于 10 次犯罪”的说法。英国法学家布莱克斯通则明确提出“冤枉 1 个好人之恶甚于放纵 10 个坏人”的说法,后被作为一个经典的法律和道德命题广为流传。^⑥然而,“开普兰公式”用具体的、可量化的效用标准取代平均的效用标准来权衡冤案与纵案的损益比,丰富了影响错判损失的具体变量,从而在某种程度上证伪了“布莱克斯通命题”。

① See Larry Laudan, Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology, Cambridge University Press, 2006, pp.45—46.

② See Larry Laudan, Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology, Cambridge University Press, 2006, pp.45—46.

③ [美]罗纳德·J.艾伦:《证据法、诉讼法和实体法的关系?》,张保生、张月波、汪诸豪译,《证据科学》2010 年第 6 期。

④ See John Kaplan, Decision Theory and the Factfinding Process, 20 Stanford Law Review, 1065—1092 (1968).

⑤ [英]弗朗西斯·培根:《培根论说文集》,乌尔沁译,译林出版社 2012 年版,第 199 页。

⑥ See William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, University of Chicago Press, 1979, p.352.

“开普兰公式”用概率表达了事实认定的盖然性,在科学哲学中可以寻找到智识支持。在科学哲学领域,对于事实真相的盖然性已经形成共识。基于证据的不完全性、非结论性、不融贯性以及非完全的可信性等特征,证据仅仅是逼近真相的“镜像”而非真相本身;而事实认定者因无法完全亲历已经逝去的真相,故只能通过证据推理间接地对事实发生的可能性作出判断。事实认定中的证据推理并不是从前提到结论的必然性推理,而是法官运用“优势证据”“合理根据”“确信无疑”等模糊标准所进行的寻求最佳解释的“似真推理”。因此,“逼真性”只能成为事实认定者所追求的理想目标或信念,而无法作为评价事实认定正确与否的确定标准,“盖然性”则作为衡量从证据推出结论可能性程度的标准而与“逼真性”区分开来。也就是说,“盖然性”是从前提推出结论的逻辑概率,而“逼真性”则是结论接近真理的程度。“逻辑概率体现了通过减少信息内容而逐渐趋于逻辑确定性或重言式真理的观念……逼真性则体现了趋于全面真理的观念。因此它把真理和内容结合起来,而概率则把真理与缺乏内容结合起来。”^①“逼真性”意味着真理可以被无限接近,但是在求真过程中错误难以避免,而“盖然性”则体现了某个命题可以被证伪的程度,却无法表达接近真理的程度,这一对概念恰当地平衡了证伪主义与科学真理之间的紧张关系。这说明司法决策的目标其实并不是穷尽真相、发现真理,而是最大可能地避免在求真过程中的错误。从这种意义上讲,我国刑事诉讼法中“证据确实充分”的证明标准并非指数学上的确定性而是指道德上的确定性,这种道德上的确信度也只是通过相对较低的错判率来保证的。因此,用确信有罪的概率来表达“排除合理怀疑”的程度就是科学、合理的。

(三)“却伯公式”:基于综合效用的后果考量

“开普兰公式”虽然已经能够反映基于冤纵错判所产生之社会负效用而进行的后果权衡,并丰富了影响错判风险的具体变量,但是其仅仅考量了冤纵错判所带来的社会负效用,却没有将正确入罪和正确出罪所带来的社会正效用考虑在内。另外,刑事裁判包含定罪和量刑两个基本部分。从公式的表达看,“开普兰公式”仅仅表达了出罪与入罪之间的损益比较,却难以反映量刑严苛程度所带来的社会效用权衡。为此,美国哈佛大学法学院的却伯教授在“开普兰公式”的基础上进行了拓展与深化,他仍然坚信决策者应当根据行为的后果来选择行为的策略。却伯首先对刑事判决的结果进行了精细化处理。他认为刑事裁判的结果存在4种基本形式:(1)判决有罪之人有罪,用 C_g 表示;(2)判决无辜之人有罪,用 C_i 表示;(3)判决有罪之人无罪,用 A_g 表示;(4)判决无辜之人无罪,用 A_i 表示。^②不难理解, C_g 和 A_i 是正确入罪和正确出罪的情形, C_i 和 A_g 是错误入罪和错误出罪的情形;正确的判决结果会产生社会正效用,而错误的判决结果必然具有社会负效用。如果对4种裁判结果的社会效用进行排序,那么顺序为: $U(C_g) > U(A_i) > U(A_g) > U(C_i)$ 。这样,有罪判决的社会后果就不仅仅包括错判冤案所带来的预期损失,还包括正确入罪所带来的预期正效用;作出无罪判决的社会后果就不仅仅包括错判纵案所带来的预期损失,还包括正确出罪所带来的预期收益。有罪判决的社会正效用包括降低甚至剥夺罪犯的再犯可能,对潜在罪犯形成有力震慑,避免了潜在受害人付出社会成本,人们基于报应正义的社会心理获得满

^① [英]卡尔·波普尔:《猜想与反驳:科学知识的增长》,傅季重、纪树立、周昌忠等译,上海译文出版社2015年版,第339页。

^② See Laurence H. Tribe, Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, 84 Harvard Law Review, 1379 (1971).

足;有罪判决的社会负效用则是对无辜者造成直接损害,浪费司法资源,降低司法公信力。无罪判决的社会正效用包括避免了无辜者蒙冤而提高了司法公信力,未付出执行成本而避免了司法资源被浪费;无罪判决的社会负效用则为因真正罪犯被无罪开释而损害刑法的威慑力,报应正义未伸张造成社会心理受到损害,对罪犯再犯和潜在罪犯犯罪形成不当激励,从而会带来社会损失。

如果作出有罪判决的概率为 P ,那么有罪判决的预期收益为: $EU(C) = P \cdot U(C_g) + (1-P) \cdot U(C_i)$;同理,作出无罪判决的预期收益为: $EU(A) = P \cdot U(A_g) + (1-P) \cdot U(A_i)$,理性的法律决策者在 $EU(C) > EU(A)$ 时,才会作出有罪判决,那么判决有罪的概率或者证明标准就应满足:^①

$$P > \frac{1}{1 + \frac{U(C_g) - U(A_g)}{U(A_i) - U(C_i)}}$$

“却伯公式”无疑在数学表达上更为精细化,但是符号的复杂化却导致后果的权衡不再那么直观了。无论是“开普兰公式”还是“却伯公式”,都无法解决社会效用赋值的难题,但是它们大致明确了在后果考量中应当考虑的基本变量,从而为司法者的证据推理提供了大致的思维方向,作为启发式工具在法官决策过程中具有启发功能。因为对不同备选决策方案的后果考量实际上是一个认知准确性的程度问题,对认知精确性的追求应当以有助于决策者在不同备选方案之间作出比较和选择为限。毕竟,法官与学者所面临的工作任务存在较大的差异,法官必须在特定时限内作出决策,他们在司法决策中并不直接运用数学知识,借助数学进行决策反而会增加法官的学习成本和决策成本。正如有的学者所说:“理论要看性价比,更精确的理论也意味着更高昂的成本,以牺牲理论本身的精确性来降低理论本身的知识门槛未必不是一笔划算的交易。所以,在功能意义上,理论的精确性不是一个奋不顾身的追求,而是一个在各种约束条件下的选择。”^②

(四)经济学公式的启示

事实上,经济学公式的意义并不在于消除证据推理活动的不确定性,而在于通过概率的表达形式来说明“证明标准决定了多大利益才是我们认为适当的怀疑的利益”。^③ 这样,经济学公式中的概率表达在某种程度上就超越了判断事件发生可能程度的“客观概率”和判断主体认知程度的“主观概率”。对于“客观概率”而言,基于事件发生的不可逆性,我们无法通过实验的方式对事件发生的概率进行司法证明,其对于司法证明的解释力因而极为有限。“有关事件在某种确切情况下,要么发生过,要么没有发生。我们不能重复实验一千次,来判定这些事件过去发生的频率。”^④ 对于“主观概率”而言,尽管它通过量化的形式表达判断主体的“确信度”,但是认知概率的形式化表达往往忽略影响判断的心理要素,不能完全传递认知信念的丰富内涵,基于认知主体的信念差异,真实世界就不存在统一的认知概率。经验研究已经表明,不同审判群体的认知概率

^① See Laurence H. Tribe, Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, 84 Harvard Law Review, 1383(1971).

^② 季卫东、舒国滢、徐爱国等:《中国需要什么样的法理学》,《中国法律评论》2016年第3期。

^③ [美]拉里·拉丹:《错案的哲学:刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社2015年版,第70页。

^④ [美]特伦斯·安德森、[美]戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁:《证据分析》,张保生、朱婷、张月波等译,中国人民大学出版社2012年版,第327页。

是存在差别的,陪审员更有可能以较低的证明标准去定罪。^① 一项关于美国联邦法院法官的实证调查也说明,即使在法官群体内部,也不存在统一的“排除合理怀疑”证明标准所对应的肯定性百分数。^② 因此,基于效用权衡的概率表达实际上只是启发性而非描述性的,其既不是要描述事件发生的可能程度,也不是要描述认知主体的主观确信程度,只不过用来启发法官在真实的诉讼证明中如何把握影响裁判效用的因素或变量,从而将证明标准转化为错判风险的分配机制。

在普通法系国家的刑事诉讼中,“排除合理怀疑”的证明尺度实际上是通过审查判断来实现的,这实际上隐含着错判风险分配的经济学逻辑,品格证据的有条件使用就是一个很好的说明。一般而言,“品格决定行为”的推理思路被明令禁止。这是为了防止在审判中运用品格证据形成对被告人不利的偏见而导致有罪推定,除了极少数案件类型外(如性骚扰类案件),被告人的不良品格与被告人被指控的犯罪在证据上没有关联性。^③ 但是,英美证据法一般采用“好品格具有案件相关性,坏品格不具有案件相关性”的建构原则。这意味着可运用优良品格证据来排除针对被告人的合理怀疑,却不能运用不良品格证据来加剧对被告人的怀疑。这样,通过证据类型的选择性适用实现了错判风险的合理分配,这其中暗含着“有利于被告人”的利益权衡。具而言之:(1)之所以“好品格具有案件相关性”,是因为要防范错判给具备“好品格”的被告人带来更大的社会负效用。根据“排除合理怀疑”的经济学公式,不同个体对个体信誉的珍视程度不同,冤案错判的负效用对每个个体来说也是不同的。被告人的社会声誉越好,有罪判决给其带来的声誉损失就越大,判决无辜者有罪所产生的社会负效用就越大。这样,冤案错判给社会声誉高的人带来的负效用远远大于给社会声誉低的人带来的负效用。这与有的学者所揭示的“海瑞定理”具有异曲同工之妙。有学者对古代法官海瑞的判案经验进行了经济学解读,总结出两条基本原则:“在经济资产的两可案件中,无法明晰的产权应配置给经济资产缺乏的人;以及文化资产的两可案件中,无法明晰的产权应配置给文化资产丰裕的人”。^④ 根据经济学原则,判决应当选择对社会损失最小化或社会财富最大化的方式进行。因此,在刑事诉讼中,为了防范因错判给具有“好品格”的人带来更大的社会负效用,就有必要对具备好品格的人给予倾斜。(2)之所以“坏品格不具有案件相关性”,是因为考虑到错判所带来的社会总体效用。在刑事诉讼实践中,对累犯的严厉处罚已经降低累犯的犯罪倾向,但是品格证据若不加限制地适用则会提升对累犯判决有罪的概率,这反而会加剧累犯在诉讼过程中的对抗心理,削弱刑罚对累犯的威慑力,扩大无辜之人被判有罪所带来的社会负效用;这也会降低公诉方对累犯的证明成本,相对提高对初犯的证明成本,从而在某种程度上损害公诉方起诉初犯的激励,增强潜在初犯的犯罪激励,增加有罪之人被无罪开释所带来的社会负效用。因此,品格证据的限制使用,在某种程度上能够最大化刑罚实施

① See Norbert L. Kerr, Guilt Beyond a Reasonable Doubt: Effects of Concept Definition and Assigned Decision Rule on the Judgments of Mock Jurors, 34 Journal of Personality and Social Psychology, 282, 285—286 (1976).

② See C.M.A. McCauliff, Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees, 35 Vanderbilt Law Review, 1293, 1325 (1982).

③ 参见纪格非:《品格证据在性骚扰民事案件中的运用——美国的立法、判例及启示》,《环球法律评论》2012年第4期。

④ 苏力:《“海瑞定理”的经济学解读》,《中国社会科学》2006年第6期。

的社会整体效用,在“事前的”威慑效应与“事后的”分配正义之间寻求最佳平衡。^①

三、错判风险的情境性考量:证明标准的层次化表达与类型化解释

“排除合理怀疑”的经济学公式说明,对证明尺度的把握只能通过影响错判风险的证据因素和程序因素来进行,证据规则和证明程序的严格程度作为制约错判风险的影响因素,在实质上决定着司法者对于证明标准高低程度的把握,从而“排除合理怀疑”无法作为单一的证明标准而独立使用,对这一证明尺度的把握必然体现在对证据的审查判断过程之中,必然存在于证明程序的运行过程之中。这样,在刑事司法决策中对错判风险的效用考量往往是情境性的,因而并不存在统一的“确信有罪”的概率,“排除合理怀疑”作为证明标准在文本表达上也不可能具备绝对确定的语义,在司法决策中也无法成为统一的证明尺度。这就需要司法者在具体情境中根据错判风险的效用考量对其进行层次化表达和类型化解释,而这恰恰体现了法教义学与法经济学之间的互通之处。

(一)证明标准的层次化表达

从功能的意义上讲,“排除合理怀疑”的经济学公式实际上是在社会福利总量最大化的目标下,说明冤案与纵案两类错判损失之间此消彼长的关系。这要求司法者在冤案与纵案的损益比较中寻求对证明标准的把握,司法者对证明标准的把握不能偏执一端,对冤案或纵案的过分倾斜都会带来社会负效用的增加。无论是“从严把握证明标准”还是“统一适用证明标准”,其实都不符合后果论的经济学逻辑。前者尽管能够获得道义论的权威话语支持,但是其忽略了纵案所导致的错判风险;后者虽然在试图维护法律适用的统一性和权威性,但是其又忽略了因案件类型差异所带来的错判风险差异,那种试图在所有案件中统一证明标准的做法,实际上是意图将所有案件的错判风险控制相同的水平。^② 因此,按照经济学的逻辑,错判风险的差异化势必带来证明标准适用的差异化,证明标准的宽严与错判风险的大小存在正相关性。

从纵向看,在不同的诉讼阶段,不同的刑事司法机关对于错案风险的控制能力不同,证明标准的严苛程度就应有所差别。在刑事诉讼的过程中,随着控辩双方平等对抗的程度不断增强,辩方力量的不断强化导致指控证据受到的挑战不断提高,“排除合理怀疑”的确信程度在诉讼过程中实质上会不断提高,刑事司法机关控制错案风险的能力因此在不断增强。如果片面强调“以审判为中心”统一不同诉讼阶段的证明标准,那么就有可能导致审判定案的前移现象。刑事司法机关为了追求办案效率,实际上会对证明标准进行“降格适用”,从而更不利于刑事司法机关对错案

^① See Joel Schrag, Suzanne Scotchmer, Crime and Prejudice: The Use of Character Evidence in Criminal Trials, 10 Journal of Law Economics and Organization, 319—342(1994).

^② “证明标准统一论”在我国司法实务界具有代表性。持这种观点的论者认为:“以审判为中心”要求刑事证明标准统一到定罪量刑的要求上来,要扭转习惯上审判、起诉、逮捕、立案证明标准依次降低的错误认识,坚持法律判断上的同一判断标准。参见沈德咏:《论以审判为中心的诉讼制度改革》,《中国法学》2015年第3期;甄贞:《如何理解推进以审判为中心的诉讼制度改革》,《人民检察》2014年第22期。

风险的控制。^①从这种意义上讲,根据侦查机关、公诉机关和审判机关的错案风险控制能力的差异,刑事证明标准的严苛程度应该随诉讼流程呈现纵向的逐级递进关系。即使在审判阶段,基于错案风险的差异,定罪的证明标准和量刑的证明标准也应当有所差异。“一旦被告人被定罪并进入量刑听证中,证明标准便应由排除合理怀疑转化为优势证据标准。”^②

从横向看,不同类别案件的错判风险存在差异,量刑的严苛程度、适用法律程序的复杂程度以及再犯可能性等因素都可能成为影响错判所带来的风险或效用,这样,错判风险的差异化要求司法决策者在个案或类案中综合权衡冤案与纵案的错判风险来灵活把握证明标准。例如,量刑程度会影响错判所带来的社会负效用,量刑的严重程度应当与证明标准的严格程度成正比。量刑的严重程度会直接影响到判决执行的行政成本,错误重判冤案的社会负效用往往巨大。错判死刑的冤案会给一个家庭带来灾难性的打击,毕竟人死不能复生,也会导致巨额的国家赔偿,甚至会严重影响司法的公信力,这需要付出巨大的制度成本加以弥补。因此,基于巨大错判风险的存在,裁判者对某些重刑案件的判决就需要更为谨慎,这就需要更为严苛的证明标准。这一判断并不违背我们的司法常识:在死刑判决上,刑事诉讼一直贯彻“少杀慎杀”的刑事政策。之所以在死刑判决中需要更为严苛的证明标准,就是因为死刑案件所带来的社会负效用远远大于其他类型的案件所带来的社会负效用。有实务人员也明确坦陈,如果盗窃案都以故意杀人罪的证明标准来审查,那么大部分盗窃案都是难以定罪的。^③这些常识和经验实际上都验证了证明标准中的经济学逻辑。

因此,“排除合理怀疑”作为证明标准在不同种类案件中的严格程度可能会有所不同,这就要求刑事证明标准因案件类型的差异而呈现横向意义上的层次化分布。立法者作为全局性、整体性利益或价值的分配者,应当尽可能在语义表述上对证明标准进行层次化处理,从而针对不同类型的案件进行价值或风险的合理分配。

(二)证明标准的类型化解释

从法教义学的意义上讲,“排除合理怀疑”作为证明标准是一个高度不确定性的概念。对于不确定概念只能通过类型化的解释才能加以适用,这与法经济学所主张的“错判风险的情境性考量”实际上具有异曲同工之妙。

从解释论的角度看,基于法律语言的模糊性,法律解释过程中无法避免无限递归的“连锁推理”悖论,解释者无法通过解释方法的运用来明确“合理怀疑”的程度,叠床架屋式的文字表述只会徒增概念的冗余,而无法增强法律文本的清晰性。从这种意义上讲,“排除合理怀疑”作为一个评价性的不确定概念,在语义上具有不可消除的模糊性,不可能通过法律解释的方式将其转化为

^① 我国稀缺的无罪判决数量说明在实践中大部分证明不足的案件,都未能按照证明标准的要求作出无罪判决,这说明我国刑事证明标准在实践中存在“降格适用”的现象。这是因为裁判者有限的制度能力难以满足人们对裁判者制度角色的期待,从而导致法律制度上的“高标准”并没有在实践中做到“严要求”。因此,我们对制度的设计应该考察制度运行的约束条件,对司法决策者的制度能力进行充分考量。参见陈虎:《制度角色与制度能力:论刑事证明标准的降格适用》,《中国法学》2018年第4期。

^② [美]拉里·拉丹:《错案的哲学:刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社2015年版,第94页。

^③ 参见江苏省南京市建邺区人民检察院李勇副检察长在2017年7月20日召开的“认罪认罚‘一步到庭’办案模式研讨会”上的发言。转引自秦宗文:《认罪案件证明标准层次化研究——基于证明标准结构理论的分析》,《当代法学》2019年第4期。

可量化的精确标准。法官无法完全通过法律解释的方法对刑事证明标准进行层次化的区分,而只能借助类型思维对证明标准进行情境化的把握。例如,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发的《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《办理死刑案件证据规定》)试图通过法律解释的方式来提高死刑案件的证明标准,其中第5条对“证据确实充分”的大量解释非但没有摆脱这一无限递归的困境,反而在实践中有异化为“排除一切怀疑”的危险。^①

归根结底,这是因为无法通过数量化的方式来表达作为认识状态或心理状态的心证程度。但是,可以将不可量化的心证程度转化为可量化的证明成本问题,并借助类型思维对证明标准进行层次化的表达,从而使证明标准具备可操作性。因为事实认定所达到的证明程度必然是通过证明程序对证据的审查判断来实现的,而待证事实的范围、证据的数量和质量、证明程序的严格程度实际上都关系到证明成本的大小。这样,证明标准的严苛程度与证明成本往往存在正相关性,即证明标准越严苛,证明成本就越高。从这种意义上讲,可以将“排除合理怀疑”证明程度的层次化转化为证明成本的层次化。因此,对“排除合理怀疑”这一证明标准的层次化处理,可以通过控制待证事实的范围、证据的数量和质量要求以及证明程序的复杂程度等因素来实现,从而形成相对具体化和类型化的操作性规范。

首先,通过形成类型化的证据审查标准来解释“排除合理怀疑”的证明标准。证据的数量和质量关系到证明标准的严苛程度,因此证明标准可以转化为可操作的证据审查判断标准。为此,2021年3月1日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》规定了关于证据审查判断标准的技术规范,根据不同的证据类型来确立证据审查判断的标准,从而使“排除合理怀疑”的程度在不同类型的证据审查中有所差别。例如,该解释第140条规定了间接证据的审查判断规则,第141条规定了隐蔽性证据的审查判断规则,经过被告人供述、指认的隐蔽性证据的审查标准明显低于间接证据的审查标准。

其次,通过判例的方式形成类型化的类案证明标准。根据“排除合理怀疑”的经济学公式,决策者对错案风险的把握往往是情境性的,刑事证明标准的适用无法脱离特殊的个案事实语境。对此,司法者须借助类型思维来把握同类案件的证明标准,最大限度地实现同类案件同类裁判。我国的制度背景下,这一标准可以通过案例指导的方式来实现。借助案例指导制度对法律的解释和发展功能,可以形成更为确定的操作规范,从而产生更为明确的技术示范效应;借助案例指导制度对类案程序利益的再分配功能,赋予司法者更为灵活的价值平衡、政策选择的腾挪空间,从而在类案中平衡错判所带来的冤纵损益,形成更为明确的政策示范效应。

最后,通过对证明程序的类型化控制来把握证明标准的宽严程度。证明标准无法先于证明程序而独立存在,往往内嵌于刑事诉讼的程序结构之中,与证明程序呈现内在的构成性关系,这样,“排除合理怀疑”作为证明标准的适用方法往往蕴含在具体的程序操作之中,对证明标准宽严度的把握可以通过对证明程序的控制来实现。例如,《办理死刑案件证据规定》并非单方面地提高死刑案件的心证程度,而是通过设置更为严格的取证规范来提升死刑案件证明程序的严苛程度,强化控辩双方的对抗程度,在控辩双方的质疑与辩驳中提升“排除合理怀疑”的证明程度,从

^① 2003年《江苏省高级人民法院关于刑事审判证据和定案的若干意见(试行)》第66条就明确规定:“对死刑案件应做到案件事实清楚、证据确实充分,排除一切怀疑,否则不能判处死刑立即执行。”

而防范死刑案件中可能产生的更为巨大的错判风险。

事实上,作为一种规范性的研究进路,“排除合理怀疑”的经济学公式试图在指导司法者应该如何根据社会效用作出决策,它们并没有考量制约证明标准发挥社会效益的诉讼体制和社会环境,更没有(当然也无法,因为这是描述性研究的任务)考量司法者在决策中的自身效用。但是,毫无疑问,这些因素势必会制约社会效益的实现。经验数据已经表明,为规避错案责任风险,为最大化自身效用,在司法实践中证明标准有逐渐抬高的趋势,^①而这更强化了“宁纵勿枉”的办案逻辑,导致纵案增多带来的社会负效用增加。在“命案必破”“限期破案”等司法政策的影响下,司法者对证明标准的把握则明显松动,导致不少错判无辜案件的发生。^②从这种意义上讲,构建刑事证明标准需要“双管齐下”:一方面,基于内在性路径明确构建刑事证明标准的目标,即在错判无辜与错放罪犯之间寻求平衡,既维护刑事司法的合法性,又兼顾刑事司法的效率性。这就有必要在刑事法律的规范教义中对证明标准的经济学逻辑进行适当吸收和合理转化,通过法律解释或案例指导的类型化,实现刑事诉讼证明标准的层次化和精准化,从而为司法者提供相对具体的指引。另一方面,基于外在性路径明确证明标准发挥社会效益的外部条件。通过配套证明机制的构建,引进适当的证明方法和证明规则,最大限度地防范司法错误,为证明标准的实施提供制度支持。同时,通过革新社会治理观念实现宏观制度语境的转换,培育疑罪从无的社会土壤,为证明标准的实施提供背景支持。

四、结 语

后果论以社会总体福利作为裁判后果的评价标准,通过对经验后果的综合考量得出规范评价结论,避免过分依赖某种特定的先验价值预设作出判断;后果论通过数学公式的精致化表达丰富了后果评价的具体变量,基于社会效益为裁判者在个案情境中把握证明尺度提供了可操作的类型化标准,防止解释者陷入概念泥淖而无法自拔。这无疑大大提高了证明标准的可操作性,为司法者在事实认定的准确性与效益性之间的协调提供了最优的交换值,从而将证明标准从语焉不详的道德话语中解放出来,从无限递归的解释困境中拯救出来,以简洁透彻的方式为降低错判风险、实现社会福利最大化提供了可操作的思维路径。因此,在模糊概念的适用上引入经济分析的方法进行精致的后果考量,反而有利于提高法律的确定性和可操作性。这说明法经济学意义上的后果考量与法教义学并不冲突,而是法教义学的有效补充,而如何将后果考量纳入法教义学的框架则是值得探索的更为深刻的理论问题。

责任编辑 王虹霞

^① 某省高级人民法院 2013 年刑事二审改判和发回案件数较 2012 年增长 135%;2016 年该院刑事二审发改率达 37.1%,其中有相当一部分系一、二审对事实证据的判断不同所致。2013 年,该省检察机关因事实不清、证据不足存疑不起诉的人数比 2011 年、2012 年的综合增长了 58.29%;2016 年存疑不起诉的人数比 2015 年增长了 2 倍多。参见秦宗文:《认罪案件证明标准层次化研究——基于证明标准结构理论的分析》,《当代法学》2019 年第 4 期。

^② 参见林喜芬:《证明理性化与刑事定罪标准之调整——基于防控司法错误的视角》,《法制与社会发展》2011 年第 1 期。