

刑事证据审查标准及其经验

罗维鹏*

目次

- | | |
|-------------------|---------------------|
| 一、证据审查标准的含义界定 | 四、“从证据到定案根据”的精细审查标准 |
| 二、证据审查标准的层次性 | 五、“定案根据确定”的最终审查标准 |
| 三、“从材料到证据”的初步审查标准 | 六、结语 |

摘要 证据审查围绕证据属性展开,在不同程序阶段、不同逻辑层次上的重心有所不同,因此证据审查具有层次性。但层次性之于证据审查不在于证据属性本身的层次性,而与证据审查标准有关。证据属性只是证据审查的内容而非标准。证据审查标准也与证据标准、证明标准不同,它是支配法官在诉讼中判断证据是否可以使用以及是否可以通过该证据认定案件事实的基本准则。其中,证据审查标准具有较强的经验性,起到联结规范与实践的作用,是司法实践普遍遵循的对待证据的潜意识。我国刑事证据审查的三步式特征为归纳提炼证据审查标准提供了视角,包括“从材料到证据”的初步审查标准、“从证据到定案根据”的精细审查标准以及“定案根据确定”的最终审查标准。每一项下又有多个具体标准,以期为法官审查证据提供有益的经验指引。

关键词 证据审查 证据分析 证据属性 审查标准

司法实践中有这样一种现象:很多法官不懂得证据法的深奥理论,甚至没有专门了解证据规则,但依然能够办理手中的案件。而且实务部门的日常业务培训倾向于实体法,虽然证据问题是每个案件办理必然会涉及的,但法官习以为常,很少有人专门研习证据法。这说明证据法对办案而言是可有可无的吗?当然不是!司法活动中存在着某些指导法官审查证据的不成文标准,正是这些标准将规范与实践之间的鸿沟联结起来。那么,实践中有哪些证据审查标准?对此,学界和实务界未给予应有的关注和提炼归纳。证据审查标准在每一个案件中都不可或缺,否则将导致证据审查陷入迷茫。本文首先界定证据审查标准的含义,之后基于证据审查的层次性分别归纳不同阶段的证据审查标准,以期加强证据审查的针对性,提高审查效率,使具体的证据规则更好地发挥功效。

* 西南财经大学法学院副教授、法学博士。本文系 2021 年教育部人文社会科学研究青年基金项目“刑事诉讼证明模式转型研究”(项目编号:21YJC820027)的阶段性成果之一。

一、证据审查标准的含义界定

证据审查的目的是由表及里地对证据去伪存真、去粗取精。这都需要相应的标准来实现。标准,是指从科学、技术和实践经验总结得来的用以衡量事物的准则。证据法学关心“事实”和“真实”,也就是案件的实际情况。如何判断我们对事物的认识是否为真,即为“真之标准”,法官也需要这个标准。而“真之标准”是一个颇有争议的概念,主要有“符合的真”和“融贯的真”,前者指一个命题与客观事实是否“相符”,后者指命题与其所处命题集合是否“融贯”。^{〔1〕}“真之标准”用来评价某一判断是否达到“真”,只有借助“真之标准”我们才能把握到真实。

反观证据审查,其“标准”是什么?这个问题看似简单却不易回答。在本文,证据审查标准是指,支配法官在诉讼中判断证据是否可以使用以及是否可以通过该证据认定案件事实的基本准则。需要说明的是,证据审查是一项经验性很强的司法判断,在这方面,从证据属性本身研究只能为经验的运用提供基本方向,比如从合法性、真实性、关联性等方面运用经验审查证据。但是如何运用经验,又如何结合经验判断证据究竟是否具备合法性、真实性、关联性,这些实际无关证据属性,而关涉证据审查标准尤其是经验层面的审查标准。因此,证据审查标准更多的是一种经验归纳或者说是证据审查的经验标准。正如华尔兹教授所言:“法官有时对证据有一种感觉、一种直觉的反映,其基础是他们的经验、常识,以及有关世界变化方式的知识。”^{〔2〕}具体而言,下文通过比较证据审查标准与相关概念的区别,以揭示其独特性及内涵。

第一,证据审查标准与证据属性不同。证据属性一直是国内学界追捧的话题。学者们讨论证据应当具备哪些属性,形成有关证据属性的“一性说(相关性)”^{〔3〕}“两性说(客观性和相关性)”^{〔4〕}“三性说(客观性、相关性、合法性)”^{〔5〕}以及“四性说(证据能力、证据力、证明能力、证明力)”^{〔6〕}等多种学说。虽然证据属性是重要的证据法学概念,证据审查围绕证据属性展开,但理论研究经常是通过判断某一材料是否具备客观性、相关性、合法性来决定该材料是不是证据,大有将证据属性作为定义证据的理论工具之意。已有学者指出,证据有真有假,半真半假,或真或假,人们已经很难就其属性做出明确的界定,尽管可以继续研究证据的关联性、合法性、真实性等问题,但不应再纠缠于它们是否是证据必须具有的属性,而要把研究重心转向审查认定证据的标准与规则。^{〔7〕}诚然,通过属性给证据下定义是没有意义的。^{〔8〕}不论证据的本质属性是客观性、相关性、合法性中的一个还是几个,最重要的还是这个证据可不可以使用以及其是否可靠。此外,有的时候证据属性被当作证据审查判断的标准。^{〔9〕}例如,2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑

〔1〕 参见陈波:《逻辑哲学》,北京大学出版社2006年版,第237—240页。

〔2〕 [美]乔恩·华尔兹:《刑事证据大全》(第2版),何家弘等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第83页。

〔3〕 参见张保生、张阳:《证据客观性批判》,载《清华法学》2019年第6期,第51页。

〔4〕 参见裴苍龄:《实质证据观》,载《法律科学》2006年第3期,第100页。

〔5〕 参见陈光中:《证据法学》(第4版),法律出版社2019年版,第142—145页。

〔6〕 参见张斌:《论我国刑事证据属性理论的重构——刑事证据“四性说”的提出与意义》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期,第134页。

〔7〕 参见何家弘、马丽莎:《证据“属性”的学理重述——兼与张保生教授商榷》,载《清华法学》2020年第4期,第78—79页。

〔8〕 参见易延友:《证据法学:原则 规则 案例》,法律出版社2017年版,第13页。

〔9〕 参见刘静坤:《证据审查规则与分析方法》,法律出版社2018年版,第112—217页;前注〔7〕,何家弘、马丽莎文,第79、81页;侯喆:《论刑事证据审查判断的标准与方法》,载《河北法学》2011年第1期,第197页。

事诉讼法》的解释》(以下简称《高法解释》)第139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,从证据与案件事实的关联程度、证据之间的联系等方面进行审查判断。”

但其实,同理于“真”与“真之标准”,证据属性并非证据审查的“标准”,而是证据审查的“内容”或者“要素”。^[10]将证据属性当作证据审查标准其实是误解,因为内容和标准是两个完全不同的概念。《高法解释》第82条、第87条、第93条、第97条、第102条、第108条、第110条、第119条列举了物证、书证、证人证言等证据审查判断的重点内容,比如“是否为原物、原件”“内容是否为证人直接感知”“鉴定机构和鉴定人是否具有法定资质”等,这只是判断证据真实性、合法性的具体方面,或者说是证据真实性、合法性的规范形式。但实际上,知道什么是真实性和真实性的表现形式,不等于也知道了判断真实性的标准。证人证言审查判断的重点是真实性,而真实性又要根据“证言的内容是否为证人直接感知”判断,这些都是证据审查的“内容”。“标准”则应是“怎样的内容才算得上直接感知”。因此,在证据审查中,知道从哪些方面具体判断相关性、合法性、真实性只是其一,更重要的是把握在什么情况下证据可以说是相关的、合法的或者真实的。后者即证据审查标准。

第二,证据审查标准与证据标准不同。证据标准是一个较新的概念,定义虽然不统一,但功能基本明确,主要指证明某一类犯罪所应收集的证据集合或者运用大数据、人工智能等技术提炼的数据化、模型化的证据判断基准。^[11]大体上,证据标准有两种形式:一种是,在具体证明对象上对证据的类别、形式乃至数量所做的规定和要求。例如,最高人民检察院公诉厅编著的《公诉案件证据参考标准》对公诉证据标准的定义是:“根据我国刑法和刑事诉讼法的有关规定,检察机关指控犯罪嫌疑人、被告人犯有某罪并要求人民法院对被告人处以某罪所应具备的证据框架和证据规范。”^[12]具体而言,抢劫罪中有无证明被告人作案动机和目的的供述,有无现场目击证人的证言,有无证明被抢财物价值的物证、书证等。证据标准为办案人员收集证据、运用证据提供了一些参考,有助于提高办案质量和办案效率。另一种是,无关具体罪名而是指出某一类证据需要具备的要素。例如,《高法解释》第89条规定,询问证人没有个别进行的,证人证言不得作为定案根据;第90条规定,询问笔录没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名以及询问的起止时间、地点,不能补正或者做出合理解释的,不得作为定案的根据。此时,“个别询问”“笔录填写姓名和时间、地址”就是书面证言应有的要素和证据标准。总之,无论证据标准的概念是“审查判断证据证明力的依据或准则”,还是“衡量或确认某事物作为定案根据的实质或形式上的要求”,抑或“证据作为定案依据时所应达到的最低要求或程度”,^[13]其仅限于明确证据审查时需要考虑的“内容”。以“信息填写不完整的笔录”为例,对它补正或者合理解释到什么“程度”才能继续使用,这当为证据审查的标准。

第三,证据审查标准与证明标准不同。根据《刑事诉讼法》第55条第2款,“证据确实、充分”是我国刑事证明标准,包括定罪量刑的事实都有证据证明;据以定案的证据均经法定程序查证属实;综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。虽然证明标准与证据审查标准都有促进准确认定案件事实之意,^[14]但在具体方面有所差异。一是功能不同。证明标准是将证据事实转换为客观事实的法律技术装置;在法律上,达到证明标准等同于发现真相。而达到证据审查标准却不意味

[10] 参见龙宗智:《论我国诉讼证据审查要素及审查方法的调整改革》,载《法学研究》2023年第4期,第170页。

[11] 参见秦宗文:《证据标准的双维分析:基准与动力》,载《中国刑事法杂志》2021年第3期,第88页。

[12] 最高人民检察院公诉厅编:《公诉案件证据参考标准》,法律出版社2014年版,第22页。

[13] 熊晓彪:《刑事证据标准与证明标准之异同》,载《法学研究》2019年第4期,第199页。

[14] 参见樊崇义、赵培显:《论客观性证据审查模式》,载《中国刑事法杂志》2014年第1期,第4页。

着案件事实就是如此,只能说某一证据可以用来认定案件事实。二是依据不同。证明标准属于具有盖然性的事实判断,以逻辑和经验法则为依据,而证据审查标准包含对证据本身的审查标准和对证据证明力的审查标准。其中,前者关注证据合法性问题,属于法律判断,必须以法律规定为依据,如《高法解释》中大量“可以作为定案的根据”和“不得作为定案的根据”的条款,而后者更多属于经验判断。三是结果不同。不符合证据审查标准的证据,其对案件事实的证明当然达不到证明标准,但未能使案件事实达到证明标准的证据却有可能是满足证据审查标准的。

二、证据审查标准的层次性

证据审查是一项由浅入深、抽丝剥茧的判断活动,具有某种层次性。那么,“层次”发生在哪里?这是一个值得思考的问题。

(一) 从证据属性的层次性谈起

证据属性是证据的本质特征。有学者在综合各种学说观点的基础之上将证据属性划分为五类:第一类是关于证据是否具有证明作用的属性,如关联性、相关性、证明性;第二类是关于证据是否真实可信的属性,如客观性、真实性、可信性;第三类是关于证据是否符合法律要求的属性,如合法性、法律性;第四类是关于证据准入资格的属性;第五类是关于证据证明作用大小的属性,即证明力。^{〔15〕} 证据属性层次论(以下简称“属性层次论”)认为,以往各学说以“二维平面式思维”认识证据属性,但证据属性应当具有层次性。在横向上关联性、真实性、合法性是证据的要素属性,在纵向上证据资格、定案根据资格、证明力是证据的结构属性。在要素属性中,关联性、真实性和合法性为平行结构,在结构属性中证据资格、定案根据资格、证明力为递进结构。最后,关联性决定证据资格属性,真实性、合法性决定定案根据资格,关联性、真实性、合法性共同决定证明力。^{〔16〕}

第一,关联性、真实性、合法性与证据资格、定案根据资格、证明力都是证据的属性。关于证据属性问题,学界常将大陆法系“证据能力/资格—证明力”、英美法系“可采性—可信性”与我国证据“三性”进行比较。一般认为,相关性是可采性的前提,证明力包含真实性和相关性,证据能力即证据的合法性。^{〔17〕} 在我国,证据“三性”还是证据成为“定案根据”的要件。^{〔18〕} 在“二维平面式思维”理解下,“证据属性”是一个独立的概念,可以说由“三性”构成,也可以说由“两力”构成,还可以说“三性”是“两力”的具体内容。而属性层次论不同,一方面,将证据属性这一概念分解为“要素属性”和“结构属性”两种结构,从而将“三性”“两力”及我国特有的“定案根据资格”都归为证据的属性。另一方面,该学说认为“三性”既是证据的(要素)属性,又是证据(结构)属性的具体内容。

第二,层次性体现在要素属性和结构属性、自然属性和法律属性之间的关系上。一方面,各结构属性之间呈递进关系,应首先判断证据能力,再由证据能力决定定案根据的资格,再判断证明力。^{〔19〕} 这与域外先审查证据能力或可采性,再审查证据证明力的做法基本一致,也符合我国证据

〔15〕 参见郑飞:《证据属性层次论——基于证据规则结构体系的理论反思》,载《法学研究》2021年第2期,第124—125页。

〔16〕 同上注,第126页。

〔17〕 参见陈瑞华:《关于证据法基本概念的一些思考》,载《中国刑事法杂志》2013年第3期,第62—68页。

〔18〕 参见纵博:《我国刑事证据能力之理论归纳及思考》,载《法学家》2015年第3期,第77页。

〔19〕 见前注〔15〕,郑飞文,第128页。

审查由“材料”到“证据”再到“定案根据”的制度结构。^{〔20〕}也有类似观点认为,证据审查有始端和终端之分,始端决定证据材料是否可以接受,终端决定证据材料是否可以成为最终做出决定的根据。^{〔21〕}另一方面,自然属性和法律属性之间具有目标差异性。自然属性包括相关性、真实性及证明力属于事实问题,合法性和证据能力属于法律问题。层次性的另一种表达,即“认识论罢手处,道德接手”。^{〔22〕}

第三,不同层次的证据属性有不同的影响因素。其一,要素属性对结构属性有影响。这体现在相关性是证据能力属性的必要条件,证据能力和证明力受真实性影响较大,而且还受合法性的影响。^{〔23〕}其二,各属性的影响因素不同。例如,相关性和真实性的判断主要考虑是否有利于准确认定案件事实,而合法性判断考虑更多的是公正、人权、效率等。

(二) 证据审查标准层次性的实指

本文认为,层次性之于证据审查应指证据审查在不同程序阶段、不同逻辑顺序上的重心不同。

一方面,证据审查标准的层次性属于思维逻辑的层次。属性层次论认为结构属性内部各属性之间具有递进的逻辑关系,表现为从证据资格到定案根据资格的审查顺序。这种审查逻辑在英美法国家有相应的程序配置,而我国未建立证据隔离机制和程序法官制度,证据审查虽有一定的顺序,却在同一法官的操作之下完成,而且是在法官的头脑中内省式地完成。因此,在我国证据审查的层次性不是程序性要求,而是一种思维活动。此外,作为思维的层次性,虽然可以对同一证据先审查什么后审查什么有一定的顺序要求,但该顺序不可能产生强制约束力。例如,虽然在理论上可以先审查相关性,再审查真实性、合法性,相关性在第一层次,真实性、合法性在第二层次,但操作上很难对“三性”的审查顺序做出清晰地划分,反而是就证据“三性”问题反复审查。实践中基本无所谓先审查证据的哪一属性之后再审查另一属性,也无所谓对证据的某一属性审查之后便可不再过问。

另一方面,证据审查标准的层次性属于办案要求的层次。同一证据的不同属性在不同审查环节存在交叉甚至相同。据属性层次论所述,真实性、合法性既在定案根据资格中出现也在证明力中出现,相关性既在证据资格中出现也在证明力中出现,还可能出现在定案根据资格中。例如,《高法解释》第91条第2款规定了矛盾证言的采信规则,在证人当庭证言与庭前证言矛盾时,经其合理解释并有相关证据印证的,应采信其庭审证言;不能合理解释,而庭前证言有相关证据印证的,可采信其庭前证言。如此一来,对证人证言真实性的审查,既可说是证明力审查也可说是定案根据审查。可见在规范层面也很难完全区分证据“三性”的审查顺序。经验告诉我们,案件从法院受理到做出判决,证据争议从模糊变得清晰,证据审查归根到底还是审查证据的“三性”,但在动态的审查过程中,证据审查标准建立在证据审查的不同环节以及不同环节的不同要求之上。例如,2018年实施的《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》(以下简称《法庭调查规程》)第45条第1款规定:“经过控辩双方质证的证据,法庭应当结合控辩双方质证意见,从证据与待证事实的关联程度、证据之间的印证联系、证据自身的真实性程度等方面,综合判断证据能否作为定案的根据。”“综合判断”即表明随着诉讼进程的推进,法官对证据和事实的认识不断加深,考虑的因素也会更多,有可能开始时认为合法的证据而在后来被排除,而开始时存疑的证据后来却被澄清。与此同时,综合判断也意味着虽然证据“三性”在证据资格和定案根据资格中都有涉及,但证据审查的严格程度会随具体情况的不同而不同。正如学者所言,证据的证明性有强弱之分,证据资格也

〔20〕 参见吴洪淇:《刑事证据审查的基本制度结构》,载《中国法学》2017年第6期,第176—177页。

〔21〕 参见林志毅:《论刑事证据资格之多重性》,载《中国法学》2022年第1期,第271页。

〔22〕 [美]亚历克斯·斯坦:《证据法的根基》,樊传明、郑飞译,中国人民大学出版社2018年版,第14页。

〔23〕 见前注〔15〕,郑飞文,第128—129页。

可分为初级资格和高级资格,虽然两者都涉及证据“三性”,但在具体方面,初级资格要求“可能”客观而高级资格要求“确实”客观,初级资格要求“低度”合法而高级资格要求“高度”合法。^[24]

三、“从材料到证据”的初步审查标准

(一) 证据审查第一步:判断是不是证据

学者在研究证据审查模式时常拿英美法系“可采性—可信性”审查模式、大陆法系“证据能力—证明力”审查模式与我国的“材料—证据—定案根据”审查模式做比较,通常认为可采性、证据能力、“材料—证据”是对证据的筛选机制,只有通过筛选的证据才有资格提交到法庭。现实中,法官初次筛选证据时考虑的核心问题一般是“眼前的东西是否可以作为证据使用?”在这个问题上,中外做法明显不同。按照美国《联邦证据规则》第401、402条,法官应首先判断证据的相关性,考虑“提出用于证明某个事实的证据对于案件是要素性的吗”以及“该证据实际上将通过使某个事实更可能(或更不可能)存在,从而证明(或证伪)那件事吗”两个问题。^[25]其次,法官还要考虑是否需要根据第403条排除一些虽然相关但继续使用会导致“不公平损害、混淆争点或者误导陪审团、不当拖延、浪费时间或者不必要地出示重复证据”的证据。而我国司法机关首先考虑的问题更加直接,主要是通过合法性判断“是不是证据”,原因如下:

首先,制度有要求。《刑事诉讼法》第50条第1款虽然规定“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”,看似在说凡是相关的材料都可以作为证据,但第2款“证据包括:物证;书证……”却将证据限于法定的八种。反之,不能归为八种法定证据的材料在刑事诉讼中不能作为证据使用。有学者将这一规定称为我国的“证据种类法定主义”。^[26]当然,尽管实践中有时也将法定证据种类之外的其他形式的材料当作证据使用,但严格来说,它们并不是证据,这种做法属于不规范的操作。换言之,除非刑事诉讼法修改,否则“证据属于法定的哪一种”必然是我国刑事证据审查首先要考虑的问题。这构成证据审查的第一步,目的是筛选哪些材料可以在刑事诉讼中作为证据使用,限制了诉讼证据的范围。^[27]

其次,操作有需求。证据审查的第一步既可以在庭前会议也可以在庭审中进行。例如,侦查机关常用的“到案经过”“破案经过”“抓获经过”“情况说明”等材料属于何种证据?而之所以首先解决这个问题,一方面,根据我国独有的“证据种类合法性”理论,唯有法定的八种证据才是合法的证据,个案证据材料必须归入法定的证据种类之后,才可以作为合法的证据在庭审中出示。^[28]更重要的是,不同种类的证据应有不同的审查判断规则。^[29]《法庭调查规程》的初衷就是为不同的证据种类设置不同的证据调查程序,所以如果没有事先明确证据种类,后续的庭审便有可能失去针对性。

最后,逻辑有可能。我国没有独立的证据准入审查机制,“材料—证据”由同一法官审查完成,而同一个法官在面对纷繁的证据时,很难严格按照理论上的顺序先审查证据的证据能力,再判断

^[24] 见前注[21],林志毅文,第264—266页。

^[25] 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149页。

^[26] 参见郑飞:《证据种类法定主义的反思与重构》,载《中国法学》2024年第1期,第106页。

^[27] 见前注[20],吴洪淇文,第177页。

^[28] 参见龙宗智等:《刑事庭审证据调查规则研究》,中国政法大学出版社2021年版,第12页。

^[29] 参见张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第8页。

证明力,甚至有时候存在证明力反制证据能力的现象。^[30] 以上是一个思维过程,无法被观察到,要求法官按照如属性层次论主张的先审查证据的某一属性(如合法性),再审查其他属性(如相关性、真实性),并不现实。相比之下,实践中证据审查始于法官基本知道眼前的是一种什么证据,已成为我国刑事证据审查的习惯操作,而且证据种类判断是有条件来首先完成的。

(二) 初审标准

证据审查的第一步,法官通常只对“可以用于证明案件事实的材料”作基本审查,主要考虑“是不是证据”和“不是证据该如何处理”两个问题,初步判断证据的合法性。

对于第一个问题,我国刑事诉讼法设置了证据法定原则,要求“法证优先”。^[31] 因此,判断一项材料是不是证据,先是将其与八种法定证据进行比对,不属于法定证据种类之一的,在证据审查的第一步就会被排除。由此产生初审证据的第一项标准——形式符合标准,指根据证据的外观形式或者证明功能判断其与法定的证据种类是否匹配。“形式符合”标准强调从形式上审查证据的合法性,结果只有“符合”和“不符合”。鉴于此时诉讼活动尚未充分展开,证据又属于稀缺的诉讼资源,为了更多地吸收证据,形式符合标准的尺度相对宽松。实践中,“符合”常表现为“基本符合”,“不符合”常表现为“明显不符合”。

对于第二个问题,有以下几种处理方式:其一,排除。这是对《刑事诉讼法》第 50 条第 2 款的严格执行,如心理测评报告、测谎情况说明等材料不能作为证据使用。审查标准仍是“形式符合”,属于第一个问题的反面。其二,参考。有的材料虽然不属于法定的证据种类但具备证据“三性”的特征,对定罪量刑有一定的价值。我国刑事证据规则将这类证据材料定性为“办案参考”,如《高法解释》第 569 条第 3 款规定心理测评报告不是证据,但可以作为办理案件和教育未成年人的参考;2021 年最高人民检察院等九部门制定的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》第 1 条规定,涉案企业合规第三方评估报告作为人民检察院依法处理案件的重要参考;2021 年《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第 8 条第 2 款规定,有关个人品格方面的证据材料不得作为定罪证据,但可以作为酌定量刑情节予以综合考虑。至于“如何参考”及“参考到什么程度”,主观性较强,只能交给法官根据具体情况综合判断。可以说,这种处理方式是前一种处理方式的变相操作。其三,转换。如果某些材料不符合法定证据种类的形式标准但又确有必要以此认定案件事实时,还有另一种独特的处理方式,即证据转换。这种方法在实践中经常用于修补证据的合法性瑕疵,将原本在形式上不合法要求而属于无证据能力的证据通过一定的方式转换为合法证据。^[32] 例如,在职务犯罪中控方将被告人的自白书、悔罪书当作供述,但自白书、悔罪书没有被告人亲笔签名,如果辩方提出异议,认为不能作为供述,法官有时会建议控方将该自白书、悔罪书转换为书证使用。^[33] 暂且不论这种方法的正当性,实践中证据是否需要转换,法官常以其是否对证明“有用”作为判断标准,有用的材料将被转换为相应的法定证据种类,无用的材料将被排除。

在有用标准下,证据转换蕴含一种“相似原则”。例如,“到案经过”在理论上可以是笔录证据,也可以是侦查人员所作证人证言,但它毕竟是以书面形式呈现的,除非是对证据法理论有深入研究的法官,否则一般从证据载体的外观来判断其种类,常以书证归类。换言之,“到案经过”最接近

[30] 参见纵博:《证明力反制证据能力论》,载《中国刑事法杂志》2014 年第 4 期,第 65 页。

[31] 参见罗维鹏:《中国刑事证据法基本原则再认识》,载《社会科学》2020 年第 12 期,第 105—106 页。

[32] 参见万毅:《证据“转换”规则批判》,载《政治与法律》2011 年第 1 期,第 130 页。

[33] 见前注[28],龙宗智等书,第 13 页。

书证。具体而言,“相似原则”含有“外观形式最接近”“理解起来最容易”和“操作起来最便利”三个要素。当然,转换过后的证据有时只是“类似于”某一法定的证据种类,使用时“参照”适用相关的证据规则进行审查与认定。如上述“到案经过”,本质上应属证人证言,但若将其作为证人证言使用,可能产生一些操作障碍,所以司法实践经常因其以书面形式呈现便暂以书证对待,必要时再通过证人证言规则处理。

应当承认,司法实践中初步审查证据的标准一般不会非常严格,有时候一些不符合条件的证据也会被留下甚至酿成错案。例如,杜培武案中误将测谎报告甚至“警犬气味鉴定”作为证据,余祥林案、呼格吉勒图案、赵作海案、念斌案等又误将犯罪线索作为证据。^[34] 另外,不规范的证据转换也经常发生,比如侦查人员让嫌疑人自述某些通过不合法方式取得的证据的内容,再以供述的形式固定下来。本文不提倡上述做法,反而期望这种做法能够得到遏制。

四、“从证据到定案根据”的精细审查标准

(一) 证据审查第二步: 筛选优质证据

相比于第一步,证据审查的第二步更加实质和精细。按照大陆法系国家的一般做法,解决证据能力问题之后,证明力由法官自由评价。英美法系国家做法类似,法官首先解决证据采纳问题,之后的证据分量由陪审团决定。域外证据审查体现“二步式”的特点,而我国的证据审查模式应是“三步式”。有学者认为,“证据一定案根据”是证据审查的第二道门槛。^[35] 但仔细观察的话,对“定案根据”的审查实际是第三步,而第二步应是《刑事诉讼法》第50条第3款“查证属实”。很多时候,由于第二步与第三步的内容重合,导致“证据一定案根据”被视为证据审查的出口,即证据在经查证属实的情况下作为定案根据,此时第二步与第三步确实没有明显的界线。比如“两高三部”《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》)第12条先后规定了证人证言“不能作为定案根据”和“不能作为证据使用”的情形;《高法解释》第75条规定了行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,经法庭查证属实,且收集程序符合有关法律、行政法规规定的可以作为“定案的根据”,第76条规定了监察机关依法收集的证据材料在刑事诉讼中“可以作为证据使用”。但还有其他情况,比如查证属实的证据未必最终作为定案根据,或者作为定案根据的证据未必是本案客观存在的证据,^[36]再或者证据的“三性”虽然满足要求但该证据因其他原因而不被作为定案根据。以上几种情况导致“查证属实”与“证据一定案根据”之间存在一定的割裂。出于逻辑完整性的考虑,本文将“查证属实”作为证据审查的第二步。

在这里,证据审查的第二步主要是为进一步过滤掉“问题证据”。这一环节既涉及对证据是否符合证据标准(合法性、真实性)的审查,又涉及对证据证明力(相关性)的审查。例如,《人民检察院公诉人出庭举证质证工作指引》第40条规定,质证阶段的辩论,一般应当围绕证据本身的真实性、关联性、合法性,针对证据能力有无以及证明力大小进行。经过第二步审查,符合标准的证据通常也就具备“定案根据”的资格,不过证据审查并未就此结束。根据《法庭调查规程》第45条第

^[34] 参见汪建成:《论证据裁判主义与错案预防——基于16起刑事错案的分析》,载《中外法学》2015年第3期,第596页。

^[35] 见前注[20],吴洪淇文,第176—177页。

^[36] 见前注[7],何家弘、马丽莎文,第74页。

1款,一项证据是否可以作为定案根据需法官“综合判断”证据与证据、证据与待证事实之间的关系。主要途径有二:一是规范性判断,二是认识性判断。规范性判断主要是排除那些不具备定案根据法律要件的证据,重点审查证据的合法性,依据有《刑事诉讼法》第192条第3款,《高法解释》第80条第2款、第84条第2款后半句、第86条第1款、第89条、第94条、第98条、第99条第1款、第100条第3款、第104条、第105条、第109条之(一)、第144条,以及《法庭调查规程》第46条第1款、第49条第1款等。认识性判断在于,法官根据法庭调查的情况综合考虑全案证据,排除仍然存疑或者争议较大的证据,要求法官对证据有自己的理解,重点审查证据的真实性和相关性。例如,《死刑证据规定》第32条第2款规定:“证据之间具有内在的联系,共同指向同一待证事实,且能合理排除矛盾的,才能作为定案的根据。”再如,在《高法解释》第74条、第75条第1款、第77条第1款、第86条第3款、第90条、第91条第3款、第95条、第103条、第107条、第109条之(二)以及《法庭调查规程》第45条第2款、第47条、第48条、第49条第2款等规定的情形中,法官运用一定的逻辑推理才能排除证据疑问,补正或者合理解释瑕疵。因此,认识性判断带有相当的经验色彩。

诉讼至此,证据审查相较之前更加深入,对抗性更强,对证据“三性”审查提出更高的要求。如果证据审查的第一步仅考虑“是不是”证据,那么在第二步则要考虑是不是“优质的”证据,以实现去伪存真、去粗取精的目的。在这一环节,证据本身的状态没有变化,但法官对证据的认识发生了较大变化。

(二) 合法性审查标准

一是严格的形式符合标准。证据“三性”在证据审查的不同逻辑层面反复出现,某一属性即使之前已经被审查,如果后来发现疑问还须继续审查。因此,如果庭审中辩方重新提出某一证据不在法定的八种证据之列,不应作为证据提交给法庭时,法官应就证据的合法性问题展开二次审查。与第一步审查的内容相同,标准首先仍然是“形式符合”,但是随着诉讼的深入,审查的程度较之前更加充分,所以要求更加严格,不再只是基本符合而是更加严格的形式符合标准。

二是痛苦标准。针对非法证据,《刑事诉讼法》第56条第1款、2017年“两高三部”《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第2条、第3条和2018年最高人民法院制定的《人民法院办理刑事案件非法证据排除规程(试行)》第1条、第2条,构筑了我国非法证据排除规则。有的学者将其中的审查标准概括为“痛苦规则”,即犯罪嫌疑人、被告人在肉体上或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦。^[37]也有学者基于实证研究提出了疲劳审讯的量化指标:夜间讯问以及持续时间在16小时以上的审讯。^[38]诸如此类的经验归纳即非法证据审查的经验标准,不再赘述。这里对本文的问题意识再作补充:构建全面的经验标准体系并非本文的理论诉求,因为经验不可能被穷尽,有的时候经验标准是“只可意会不可言传”的存在;本文寄希望于对证据审查经验标准的研究,能引起一种提炼“实践证据法”的理论导向。

三是要素齐全标准。《死刑证据规定》和《高法解释》创设了中国独特的“不可靠证据排除规则”,^[39]要义之一就是刚性排除不满足法律要求的被告人供述、鉴定意见、有专门知识的人的意

[37] 参见龙宗智:《我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题》,载《政法论坛》2013年第5期,第18—19页。

[38] 参见易延友:《疲劳审讯的认定与界定——以817个实务案例为基础的展开》,载《政法论坛》2019年第2期,第125页。

[39] 参见纵博:《不可靠证据排除规则的理论逻辑、适用困境及其出路》,载《环球法律评论》2020年第3期,第120页。

见、辨认笔录等证据,没有补正的机会。这是“证据一定案根据”转换的关键环节,如前所述,这首先属于规范性判断,审查标准可称为“要素齐全”。操作中,针对定案根据必备的法定要件,一般通过形式审查即可发现问题,要素不齐的证据将被直接排除。例如,讯问未成年被告人的笔录上没有其法定代理人或者合适成年人的签名、捺印;讯问笔录欠缺被告人的签名;证明被告人自首、坦白、立功的证据材料欠缺接受单位印章或者接受人员签名;鉴定意见没有注明提起鉴定的事由、鉴定委托人、鉴定机构、鉴定要求、鉴定过程、鉴定方法、鉴定日期等相关内容或者欠缺鉴定机构的盖章及鉴定人的签名,等等。需要注意,如果嫌疑人供述因侦查人员疏忽而错误,如将“左侧”写为“右侧”,在经被告人提醒后侦查人员在原笔录上涂改更正,却未让嫌疑人在更正处捺印或者签字,事后侦查机关常通过“情况说明”等方式就当时疏漏问题进行补正,补正后的笔录与其他证据相互印证,其是否可以作为定案根据呢?应当是不能的,因为在所有类似《高法解释》第89条规定的法定不得作为定案根据的情形中,证据将直接丧失作为定案根据的资格,而非如果能与其他证据相互印证便恢复作为定案根据的资格。这与瑕疵证据补正(认识性判断)的逻辑完全不同。

(三) 证明力审查标准

证明力主要与证据的相关性和真实性/客观性两个属性相关。同一证据的证明力在不同法官眼中可能有高有低,但若交给足够多的法官评价,会逐渐出现多数意见。支撑多数意见的便是证明力审查的经验标准,属于法官集体经验的表现。

一是外部标准。证据之间存在相互影响的关系,单个证据的证明力很多时候需要借助其他证据来综合判断。审查证据证明力最常见的方法就是比对法。第一,不同证据种类的横向比对。例如,被告人供称入室盗窃但未使用暴力,而后来从现场监控中看到被告人与被害人有打斗,对比之下就需要重新评价被告人供述的证明力。此种情形的外部审查标准即“印证”,指利用不同证据内含信息的同一性来证明待证事实,^[40]或者通过判断证据彼此之间是否存在矛盾或者通过一个证据内容与另一个证据内容的符合程度确认某一证据的真实性。^[41]《高法解释》第91条第2款规定,根据证人能否做出合理解释及是否有其他证据印证来决定采信当庭证言还是庭前证言;第143条规定:“下列证据应当慎重使用,有其他证据印证的,可以采信……”通过“印证标准”判断证据证明力,不仅有充分的认识论基础,^[42]而且还符合我国整体主义的国家治理理念,^[43]已被司法实践普遍接受和广泛运用。第二,同一证据种类的纵向比对。针对言词证据尤其是多份证据前后反复的情形,可以采用这种方法判断哪一证据最可信。印证标准是其一;其二,“首次标准”和“多次标准”也是常见的司法经验,强调同一犯罪嫌疑人供述前后矛盾时以第一次(或者前几次)、多次稳定的供述为基础,审查其他矛盾的供述能否得到合理解释或者能否与其他证据相互印证。首次标准和多次标准是一种有益的办案经验,也存在一定的弊端。例如,前几次供述可能确实因为距案发不久,嫌疑人记忆比较清晰,初供内容一般比较可靠,但要警惕“毒树之果”和“重复自白”的风险。

二是内省标准。《刑事诉讼法》第55条第2款所要求的“排除合理怀疑”,《高法解释》第140条规定间接证据定案应当“符合逻辑和经验”以及很多司法解释所谓的“综合认定”,这些都给证据审查留下一定的主观空间。正如熟悉的法律格言所说,“法律的生命不在逻辑,而在于经验”。在证

[40] 参见龙宗智:《刑事印证证明新探》,载《法学研究》2017年第2期,第152页。

[41] 参见罗维鹏:《印证与最佳解释推理——刑事证明模式的多元发展》,载《法学家》2017年第3期,第118页。

[42] 参见龙宗智:《事实碎片都闪耀着同一事实之母的光芒——论“印证”的机理》,载《当代法学》2022年第1期,第31—42页。

[43] 参见龙宗智:《“印证”的治理》,载《法学家》2022年第2期,第97—98页。

据审查中,“经验”主要指经验法则或者常情常理,是联结证据与待证事实的桥梁。法官每一次审查证据其实都是对自己过往办案经验的运用。法官几乎在每一次证据审查中都会有意或无意地用到经验法则。尽管自由心证原则排斥为证据证明力评价预设标准,但我们可以尽量借助可靠的经验法则来提高证据审查的能力和结论的可靠性。例如,同时满足以下三项标准,可以认为某一经验法则具有较高的可靠性,包括经验法则必须在过去确实发生;经验法则必须有条件反复发生;经验法则必须在未来还会发生。^[44] 笔者认为,在很大程度上,把握了经验法则的运用标准也就基本把握了证明力审查的内省标准。

(四) 瑕疵修复的审查标准

与不可补正的不可靠证据不同,瑕疵证据的本质特征在于其违法情节轻微,具有法政策上的容忍性,可以通过一定方法弥补违法性瑕疵。^[45] 《高法解释》第 86 条第 2 款等规定了诸多的证据瑕疵问题。审查证据的瑕疵问题是否得到修复属于认识性判断。首先,在修复之前应判断瑕疵是否具有可修复性。一般而言,可修复的瑕疵至少同时符合以下几个标准:其一,瑕疵系过失所致,不存在故意伪造;其二,瑕疵系技术性失误或者办案的客观条件所致;其三,很少有例外。例如,口供记载“以上笔录向本人选读过”,“选读”对于“宣读”便不具有可修复性,因为汉语中这两个词语有明显的区别,不可能因笔误写错。^[46] 其次,在我国与其说瑕疵证据排除,不如说瑕疵证据经过补正或者合理解释之后继续使用。修补瑕疵、重新取证、对无法修补的瑕疵进行情况说明是实践中常用的瑕疵修复方法。在不同方法之下,审查瑕疵是否得到修复的审查标准也不同。

一是要素齐全标准。例如,对于缺少侦查人员、物品持有人、见证人签名的勘验、检查、搜查、提取笔录,法院可以要求有关人员在原笔录上补充签名,并做出说明。如果勘验、检查、搜查、提取笔录或者扣押清单没有详细注明物品的名称、特征、数量、质量等情况,法院可以要求办案人员重新填写,并做出说明。又如,搜查未经县级以上公安机关负责人批准,搜查证仅有公安机关部门印章,但搜查出的物品有搜查记录和见证人的,法院也可以要求补充公安机关负责人的批准手续。根据具体情况,如果类似瑕疵确系疏忽所致,并且经过修补的证据可以达到法定的证据标准,即可作为定案根据。

二是同效标准。对于没有非法取证但又不宜补正或者不能补正的瑕疵,可要求侦查人员重新取证。例如,辨认没有制作辨认笔录或者辨认笔录只有结果没有过程,法院可以要求侦查机关重新组织辨认活动,并制作符合规范的辨认笔录。^[47] 在这种情况下,重新取得的证据替代了原先有瑕疵的证据。因此,审查标准即重新收集的证据应与原证据具有相同的证据效力。

五、“定案根据确定”的最终审查标准

(一) 证据审查第三步:确定定案根据

定案根据是认定案件事实、做出是否移送起诉、是否起诉等决定和判决、裁定的最终依据。^[48] 一般而言,通过证据审查第二步检验的证据即可获得作为定案根据的资格,但严格来说只是“拟”作为定案的根据。哪一证据最终被用作定案根据,真正产生于证据审查的第三步。不过,此时法

[44] 参见罗维鹏:《刑事证明中经验法则确证的规则塑造》,载《法学家》2022 年第 4 期,第 56—57 页。

[45] 参见万毅:《论瑕疵证据——以“两个〈证据规定〉”为分析对象》,载《法商研究》2011 年第 5 期,第 118 页。

[46] 参见龙宗智等:《中国刑事证据规则研究》,中国检察出版社 2011 年版,第 271 页。

[47] 参见陈瑞华:《论瑕疵证据补正规则》,载《法学家》2012 年第 2 期,第 80 页。

[48] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社 2018 年版,第 107 页。

官的考虑因素有时会超出规范性判断和认识性判断,牵扯某些深层的价值因素和政策因素。简言之,法官更愿意选择能够支撑自己裁判观点的证据作为定案根据,放弃甚至有意忽略某些证明力较低、功能重复或者在他看来是没有用的证据,尽管这些证据在证据审查的第二步看来是可以作为定案根据的。也就是说,定案根据是一种“综合判断”的结果。

至此,证据审查接近尾声,选择定案根据的目的是为事实认定寻找最有价值的依据。“定案”即确定案件事实究竟是什么,或者说确定法官眼中的事实是什么。从案件事实生成机制来看,刑事司法追求诉讼程序之内的法律事实,是控辩双方经过对抗或者合作下的产物。^[49] 定案根据与程序内法律事实相互影响。一般情况下,案件事实必须以定案根据为支撑,有什么样的证据认定什么样的事实。但还有一种情况:法官根据自己的内心确信“挑选”证据,或者说有什么样的观点选择什么样的证据。如果说“定案”在于为证据寻求一种最佳解释,^[50]前一种情况便如此,那么后一种情况便是为最佳解释寻找最佳证据。

(二) 定案根据的最终标准

在证据审查的第三步,定案根据具体指从中可以得出有关待证事实的最佳解释的最佳证据。定案根据的审查标准即证据审查的最终标准,可以简称为“双重最佳标准”,这是实践中在多种效果权衡下的内心标准。

一是最佳解释。就事实主张和证据的关系而言,有某一事实主张的证据很可信而没有某一事实主张的证据几乎不可信,如果证据为真,该事实主张即为证据的最佳解释。^[51] 在诉讼中,有关证据的最佳解释乃是司法裁判可以相信为真的案件事实。照此逻辑推知,定案根据的标准即在证据“三性”均具备的情况下能从中得出最佳解释的证据。

二是最佳证据。司法裁判与学理思辨不同,现实中事实认定难免受到案外因素的影响,如在当事人上访、闹访、媒体渲染、维稳政策、绩效考核指标、熟人请托等因素影响下,^[52]最佳的证据不单纯是事实判断,还涉及复杂的价值判断。我国刑事裁判的生成机制带有行政化的“初断/审批”特点,个别有争议案件的最终判决实际是通过集体会议的形式做出。^[53] 如果承办法官意见与审委会或者专业法官会议多数人的意见不一致,而审委会、专业法官会议的倾向性又比较明显时,承办法官可能不再继续坚持自己的观点。如此一来,定案根据就需要重新选择。在这个意义上,最佳的证据是最能够支撑裁判结果的证据。但也要意识到,以上标准也可能成为一把双刃剑,必须警惕为了追求预定结果而“造假案”“虚假印证”等危险的一面。^[54]

六、结 语

很多法官虽然没有专门研究证据法理论,但仍然可以办案并且可以办好案,这一现象促使本

[49] 参见杨波:《刑事诉讼事实形成机理探究》,载《中国法学》2022年第2期,第177—180页。

[50] 参见罗维鹏:《印证、最佳解释推理与争议事实证明方法——兼与周洪波教授商榷》,载《法学家》2021年第2期,第173页。

[51] 同上注。

[52] 参见吕化强:《事实认定“难题”与法官独立审判责任落实》,载《中国法学》2015年第6期,第290—291页。

[53] 参见兰荣杰:《刑事判决是如何形成的?——基于三个基层法院的实证研究》,北京大学出版社2013年版,第144—148页。

[54] 参见刘静坤:《论刑事程序中的虚假印证及其制度防范》,载《当代法学》2022年第1期,第47—49页。

文反思支撑证据审查的经验标准是什么？其实，引导证据审查实践活动的不是证据属性本身，法官也不太关心证据“三性”之间的哲理关系，他们只是在意究竟如何判断一个证据的合法性、真实性和相关性，即证据审查标准。当然，证据审查作为兼具规范与经验的诉讼活动，特别是证据证明力审查鲜有规范标准可循。本文探讨证据审查标准无意与自由心证制度对立，故而将视角置于经验标准。一来，通过归纳法将证据审查的实践经验理论化、体系化，再以理论化、体系化的经验标准反哺实践，尽量达成一定的共识。二来，经验标准还有很多，任何归纳都做不到绝对地全面，但可借此尝试推动证据法学基础理论研究的问题意识转向，探索一些将证据法的理论和规范与实际操作联结起来的学术之道。

最后，假设有一起非法采矿案件，在前几次庭审中经查被告人未经许可擅自采矿，被告人亦承认自己无证经营，表示认罪认罚，而在最后一次庭审时被告人突然提供一份开采许可证，翻供称自己之前忘记有此证。经查此证确系真实，发证时间也是在案发前。那么，该许可证可信吗？又如何评价被告人前后矛盾的供述呢？或许有人认为，按照常理来说经营者不可能不知道自己有无证件，而且直到最后才提交很难不让人怀疑许可证的来历，本案“事出蹊跷必有妖”。如果您是法官，审查以上证据的标准是什么？有什么好的经验吗？

Abstract Evidence review revolves around the attribute of evidence, with different focus at different procedural stages and in different logical sequences. This suggests that there is a hierarchy to evidence review. However, the hierarchy of evidence review has nothing to do with whether the evidence attribute itself is hierarchical, but with the standard of evidence review. Evidentiary attribute is only the content of the evidence review rather than the standard. The standard of evidence review is also different from the standard of evidence and the standard of proof. It is the basic criterion that governs the investigators to judge whether evidence can be used and whether the facts of a case can be identified through evidence. Among them, the empirical standard of evidence review plays an important role in connecting norms and practice, and it is the subconsciousness of the evidence treatment that is generally followed. The three-step characteristics of criminal evidence review in our country provides a perspective for summarizing the standards of evidence review, including the preliminary review standard of “material to evidence”, the fine review standard of “evidence to final basis”, and the final review standard of “final basis”. Under each of these, there are many specific criteria that provide useful empirical guidance for judges to examine evidence.

Keywords Evidence Review, Evidence Analysis, Evidentiary Attribute, Standards of Evidence Review

（责任编辑：樊传明）