

“印证理论”的表象与实质

——以事实认定为视角

王星译

内容提要:“印证理论”的核心命题“印证是证明模式(方法)”,是对印证属性的错误界定,进一步造成与自由心证、证明标准等相关概念的淆乱。究其实质,印证既非证明模式,亦非证明标准,而是一种证据分析方法,也可作为一种证据审查判断方法。印证从证据直接跨越到事实,未通过法律推理、诉讼认识论等裁判机制建立并证立二者之间的联系。裁判者片面依据印证来择选适用证据、认定事实的做法有违合法性,并缺乏正当性。印证低估了事实认定的复杂性,亦无法充足证据裁判主义的要求。“证据互相印证”的效果既不能充足证据的真实性,也不必然意味着高的证明力,更不等于证明标准已达成、证明负担被卸除。尽管融合了“心证”的因素,但“印证理论”仍过于强调并追求证明标准的具体化与客观化,否定事实认定标准的主观性,拒斥裁判主体的主体性。

关键词:印证理论 事实认定 证明模式 证据判断

王星译,中国政法大学证据科学研究院博士后研究人员。

引言

通过观察我国刑事司法实践,有论者把我国法中的证明模式描述概括为“印证”,即“证据间互相印证”。^[1] 印证证明后被发展完善为“印证理论”(或“印证证明理论”),并逐渐被学术界接受,也为我国立法规范所认可。^[2] 但与此同时,学术界仍不乏质疑甚至

[1] 有关“印证理论”的系统性观点,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。

[2] “印证”一词出现在《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》以及《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》中。

否定之声音。^[3] 为示回应,支持论者对该理论做出修正。修正后的“印证理论”也包含不同学术见解,如有论者强调印证与心证的融合,^[4]或主张“印证—心证—追证—验证”相结合,^[5]还有论者建议在印证中融入程序机制(程序正义)^[6]等。尽管如此,囿于核心命题与内在结构均存在重大缺陷,“印证理论”仍无法回应否定论者的抨击。另有学者尝试寻求其他的证明模式。有学者提出刑事证明的两种模式(验证模式和体系模式);^[7]有学者主张用“最佳解释推理”替代印证证明模式^[8]等。总之,围绕“印证理论”,学术见解百家争鸣,论题广泛涉及自由心证、法定证据主义、排除合理怀疑、证明标准等。前述学术论争的积极意义自不待言,不仅丰富了学术智识,还为促成实务界与理论界的对话并达成共识助力良多。

实际上,早在“印证理论”提出之初,便已有学者揭露并论证了“印证证明模式”及该理论的局限性与缺陷,并认识到印证所追求的“极致客观主义”给刑事司法体系带来的消极影响。但围绕“印证”^[9]的学术研讨仍是“未竟事业”,有必要厘清“印证理论”带来的概念淆乱与论题错位。本文围绕该理论的核心命题,以刑事审判中的事实认定为视角,探讨以下三个基础性问题:印证是“证明模式”吗?如何认识“印证理论”的表象?为其表象所掩蔽的本质是什么?

一 “印证理论”的表象

严格地讲,“印证理论”仅有印证的“表象”,从未在内部建立起明确的理论体系,甚至也未清晰地阐释其本质内容。故此,本文称该理论为“印证学说”,以示区别。首先,“证明模式”一词不仅具有模糊性,而且具有误导性。其次,相较于内部不自洽而言,“印证学说”造成相关概念淆乱的“危害”更甚。再者,围绕该学说的学术争论,很大一部分并没有清晰阐释该理论的核心观点,仅仅停留于该理论宣示的“表象”——当然这相当程度上可以归咎于该学说本身的模糊性。最后,印证学说提出的“泛化及扩张适用印证”的主张,导致其内涵与外延更加模糊。鉴于此,为了对印证学说作整体性反思,有必要重新认识该

[3] 例如,张文娟:《我国刑事诉讼证明模式:“相互印证”与“自由心证”之辨——相互印证弊端之实证分析》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第13卷),法律出版社2007年版;周洪波、缪辛:《模糊的刑事证明逻辑》,《西南民族大学学报》2015年第1期;周洪波:《中国刑事印证理论批判》,《法学研究》2015年第6期;杨波:《我国刑事证明标准印证化之批判》,《法学》2017年第8期;杨波:《审判中心下印证证明模式之反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期等。

[4] 参见蔡元培:《论印证与心证之融合——印证模式的漏洞及其弥补》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第3期,第176-178页。

[5] 印证模式的改革方向是坚持印证主导,加强心证功能,注重追证作用,发挥验证功效。参见龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第164-167页。

[6] 参见左卫民:《“印证”证明模式反思与重塑:基于中国刑事错案的反思》,《中国法学》2016年第1期;向燕:《“印证”证明与事实认定——以印证规则与程序机制的互动结构为视角》,《政法论坛》2017年第6期等。

[7] 参见褚福民:《刑事证明的两种模式》,《政法论坛》2015年第3期。

[8] 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》,《法学家》2017年第5期。

[9] “印证理论”的论者多用“(刑事)印证”、“(刑事)印证证明”、“证据互相印证”等词语,但为保持语言的简洁与一致性,除特别列明,本文统一用“印证”一词。

学说的“表象”。

(一)“印证理论”导致概念混乱

尽管印证学说把印证界定为一种“证明模式”或“证明方法”,但却被“裹挟”至证明标准主客观化之争(或抽象化、具体化之争)的论题之中,导致观点争论的场域被替换为“事实认定标准”。印证学说甚至把这一标准混同于证明标准,以致于将其与“犯罪事实清楚,证据确实、充分”、排除合理怀疑等概念相联系。不仅如此,印证学说还将其所论“印证证明模式”归属为自由心证亚类型,同时强调其与西方自由心证存在本质上的差别。^[10]甚至,修正后的“新印证理论”主张把“心证”(自由心证)纳入到印证体系之中,认为“心证既为证明方法,亦为证据标准,其特点是主观的‘内省性’——事实判断者基于自身经验进行证据感知和思维,从而建立内心确信”。^[11]总之,印证学说加剧了相关概念的混乱。在此,为了论证的准确性以及语言的规范性,有必要澄清相关概念的内容并厘清概念之间的界限。

自由心证、自由评价证据与内心确信并不完全等同。日本《刑事诉讼法》明确规定了自由心证原则,即证据的证明力由裁判者自由判断。^[12]与之类似,英美法则常用“自由评价证据”,^[13]亦在强调证据证明力由事实裁判者(法官或陪审团)自由判断。尽管二者均源自法文“intime conviction”,但并非完全对应,可以直译为“内心确信”。内心确信制度产生于理性解放时代,废除了中世纪的法定证据制度,倡导解放裁判者(法官)的自主性,允许其将理性用于个案裁判。^[14]其包含两个方面的含义:其一,法律不应当预先规定证据的证明力大小,应当交由法官在个案中审酌全案证据自由判断,此为前提;其二,指控事实是否成立,要诉诸于法官内心是否确信被告人有罪。由此可见,法国法上的内心确信实际上既包含了证明力的自由判断(自由心证或自由评价证据),也包含了指控罪名成立的定罪标准。^[15]因此,为了语义的明晰性与话语体系的一致性,在论及不同概念时,应当明确其所指。^[16]

证明标准,即控方欲使其指控的犯罪事实成立所要达到的证明程度,如我国法上的“犯罪事实清楚,证据确实、充分”,“排除合理怀疑”,又如美国法上的“排除合理怀疑”以及上文所述法国法上第二个层面的“内心确信”。证明标准与定罪标准相为表里:如果以

[10] 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,第109页。

[11] 龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第164-165页。

[12] 日本《刑事诉讼法》第318条规定:“证据的证明力,由法官自由判断。”

[13] 英美学者有时将“free evaluation of evidence”与“free proof”(自由证明)混用,均指事实裁判者对证据证明力的自由评价;但严格说来,“自由证明”乃与“严格证明”相对应的概念,可能造成混淆。“严格证明与自由证明的区别”,参见林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,法律出版社2008年版,第17-18页。

[14] 参见[法]贝尔纳·布洛克著:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第79-81页。

[15] 《法国刑事诉讼法典》第353条规定:“重罪法庭退庭之前,审判长宣读以下训词。这一训词用粗体大字张贴于评议室最明显的位置:‘法律不过问法官形成自我确信的理,法律也不为法官规定某种规则并让他们必须依赖这种规则去认定某项证据是否完备,是否充分。法律只要求法官平心静气、集中精神、自行思考、自行决定,本着诚实,本着良心,依其理智,寻找针对被告人及其辩护理由所提出之证据产生的印象。法律仅向法官提出一个概括了法官全部职责范围的问题:您有内心确信之决定吗?’”本条译文参见[法]贝尔纳·布洛克著:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第79页。

[16] 我国也有学者撰文指出,应当回归到欧陆法语境探讨自由心证的历史生成及其核心要义。参见施鹏鹏:《刑事裁判中的自由心证——论中国刑事证明体系的变革》,《政法论坛》2018年第4期,第18-20页。

控方证明为视角,则该标准为证明标准;如以裁判者认定犯罪事实为视角,则该标准即为定罪标准。

自由心证本身并非证明标准,但二者之间有密切关联。控方证明是否达到证明标准,需要由裁判者综合全案证据综合判断,^[17]且该判断以法律不预先规定证据证明力大小为前提。故此,证明标准便与自由心证联系起来。换言之,裁判者在认定事实时,有权力与职责自由判断证据证明力(自由心证及第一层面的内心确信);在自由审酌证据证明力高低之后,裁判者要综合全案证据认定事实(并适用法律,即做出裁判),此为现代刑事司法制度上的证据裁判原则。总之,证明标准是否得到满足最终要诉诸裁判者的内心。例如,在英美法语境下,法官筛选掉不具可采性的证据之后,至于控方证明是否排除了合理怀疑,仍需要事实认定者(法官或陪审团)内心做出主观判断,即做出无罪或有罪的笼统判决,并且不需要披露该心理过程。

(二)印证是“证明模式”吗?

印证学说的核心论点是,我国刑事诉讼采印证证明模式。所谓证明模式,即“实现诉讼证明的基本方式,即人们在诉讼中以何种方式达到证明标准,实现诉讼证明的目的”。^[18]但是,印证的确属于“证明模式”吗?

1. “证明模式”一词具有模糊性

“证明模式”本身就是一个模糊的、具有误导性的词语。探讨“证明模式”的学术文章多对该词意指语焉不详。印证理论认为,我国刑事诉讼中,“使用证据证明案件事实,从而做出事实判定”的方法,可以概括为“印证”,该模式即“印证证明模式”。印证学说通过考察人类诉讼证明史,概括出三种基本的证明方式:“神意证明方式”、“法定证明模式”、“自由心证”,^[19]印证证明模式被归属为自由心证的亚类型,与神意证明、法定证明并称。^[20]因此,“证明模式”是某种“证明方式”、“证明方法”。简言之,印证学说认为,印证即证明方法。^[21]

印证学说的核心命题暂且搁置不论。在展开论述之前,首先有必要对“证明方法”作简要考察。在现代法治语境下,一般意义上的证明方法可以有:证据、常识与理性、经验法则,或用法院司法认知免除证明等。论及证明方法时,语境中必须有承担证明的主体,以及证明所指向的主体对象,即事实裁判者(神明、法官或行政官等)。此时,证明方法即当事人双方对各自主张的“证明行为”,或反驳对方主张的“抗辩行为”。因此,证明的方法实际上指向的是当事人双方的举证及证明行为。印证理论所谓之“证明方法”显然不属于真正的“证明方法”。

[17] 参见张卫平:《自由心证原则的再认识:制约与保障——以民事诉讼的事实认定为中心》,《政法论丛》2017年第4期,第16页。

[18] 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,第107、109页。

[19] 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,第107、109页。

[20] 正是在这个意义上,我国已有学者提出质疑,认为印证与印证规则“均达不到支撑我国证明模式或证据制度的‘分量’”。参见汪海燕:《印证:经验法则、证据规则与证明模式》,《当代法学》2018年第4期,第33页。

[21] 参见杨继文:《印证证明的理性建构——从刑事错案治理理论争出发》,《法制与社会发展》2016年第6期,第181页。

退一步讲,就印证学说所界定的“证明方法”而言,“证明模式”一词并不能准确概括该学说所阐释的两部分内容:(1)使用证据证明案件事实;(2)做出事实判定。前者尚可归属为真正意义上的“证明方法”,后者则未必如此。甚至,这两项内容根本归属不同层面,不仅处于不同的诉讼时段,指向的诉讼主体也并不相同。其一,证明(及证明方法的使用)在先,事实认定在后,这既是诉讼规律,也是诉讼常识。然而,“证明模式”却混淆了刑事证明与个案裁判的程序时点。其二,“证明模式”忽略了主体性因素:使用证明方法的主体是具有证明责任的一方(通常是控方),而认定事实的则是裁判者(法官或陪审团)。就印证学说的核心命题而言,其显然是在面向法官这一主体展开论证的,而法官并不是证明的主体。即使不考虑主体性要素,印证也并不是“证明”。正如印证学说所论,印证的运作机理在于考察证据间的一致性,属于描述性行为;证明则属于一种附带证明主张的说服行为。

不仅如此,印证学说对“证明方式”的发展历史也存在误读。其所谓之“神意证明方式”、“法定证明模式”、“自由心证”并不是纯粹的证明方法,而是包含了事实认定的个案裁判。换言之,与其说三者是某种证明方式,不如说三者属于某种裁判机制。更准确地说,印证学说所界定的三种证明方法实际上是“事实认定模式”。在此有必要把前两种方式与自由心证区别论证。

前二者存在于历史上的非理性时代,且神判法往往与法定证据制度密切相关。“神意证明”下的火审、水审、面包审、决斗审等“行为”并非“证明”,该“行为”直接指向个案裁判结果,即最终的事实认定。^[22] 其所谓之“法定证明”(即法定证据制度)同样循此逻辑:在法律规定不同类型证言拥有不同程度证明力的制度背景下,原告主张若获得支持,则要举出符合法定种类、法定数量的证据;原告完成该举证行为时,法官就必须依法做出裁判。^[23] 由此可见,这两种方式中不存在裁判者的主体性与主观性。

与这两种方式不同,自由心证作为对法定证据制度的否定,其已经融入了法官作为裁判者的主体性兼主观性因素。如前所述,法国刑事诉讼法发展史的自由心证与“内心确信”密切关联。自由心证是法官是否确信被告人有罪的制度性前提,即制定法并不预先规定证据的证明力,在此基础上,裁判者自由评价证据证明力,然后诉诸于内心,即主观上是否确信该指控成立:若是则有罪,若否则无罪。由此可知,自由心证并不宜被归属为证明方法,而属于裁判机制的内容。

2. 印证并非“证明模式”

揭示了“印证证明模式”带来的概念淆乱之后,我们可以重新审视一下印证学说的论证脉络。印证学说的核心论点包括以下命题:(1)证明模式即证明方法;(2)在我国刑事

[22] 有关神判制度,参见[美]亨利·查尔斯·李著:《迷信与暴力:历史中的宣誓、决斗、审判与酷刑》,X. Li译,广西师范大学出版社2016年版。也有学者认为,神判制度实际上是道德慰藉程序,而非真实发现程序。参见[美]詹姆斯·Q.惠特曼著:《合理怀疑的起源》,但化强、李伟译,中国政法大学出版社2016年第二版。

[23] 有论者在考察中世纪欧陆司法刑讯的起源时,论及彼时实际上把上帝作为事实裁判者,而神断法则属于上帝对个案的裁判结果。参见 John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, The University of Chicago Press, 2006, pp. 5-6。

司法语境下,刑事审判正是法官使用印证这种证明方法,来“使用证据证明案件事实,从而做出事实判定”的;(3)上述司法现象可以被概括为“印证证明模式”。因此(4)印证即是一种证明方法。由此可见,印证学说的核心命题不仅模糊、混淆了相关概念,而且逻辑层次不清。

首先,印证证明模式的论证从“证明的方法”直接跨越到个案的“事实判定”,其间,“偷换”了这两个范畴所指涉的“主体”——前者为当事人双方(当然,刑事诉讼中一般为控方),后者为事实裁判者(法官或陪审团等)。

其次,在“偷换主体”的同时,还混淆了刑事证明的逻辑步骤。“证明的方法”重在证明“行为”本身及证明主体所采用的“手段”,在用证明方法完成证明之后,刑事证明即告终结,之后便转向裁判者做出裁判的行为,即“适用证据判定事实”,该事实认定行为已然不再归属于“证明模式”的范畴了。进而,在事实认定阶段,裁判者面对具有可采性或证明力的证据,需要通过心证自由判断该证据的证明力大小高低,综合全案证据做出最终的事实认定——这个阶段才是自由心证、排除合理怀疑的证明标准运作的场域。

再者,印证学说的支持论者显然不是在控方举证及证明这一角度论证印证的,反而从“法官”的主体身份出发展开论证,进而陷入了与证明方式、证明标准、证据采信、证据审查判断等相关概念的混淆之中。如此,印证学说的内部矛盾、概念模糊、论证错位等缺陷便明晰了。

最后,假设从印证学说支持论者的角度出发,认可其以法官为主体面向探讨证明模式的做法,该学说仍将面临如下质疑:(1)“采用何种证明方法”这一问题约束的是诉讼当事人(刑事诉讼中的控方);(2)“证明”并不是法官的任务。就证据而言,法官的职责在于“判断证据是否具有可采性,并自由判断可采性证据的证明力”——认定事实;(3)针对“如何认定事实”或“认定事实的方法”诉讼发展史早已做出了回答:用证据认定事实,即证据裁判主义。

3. 印证亦非证明标准

印证学说源自我国司法现实,是对我国司法实践现状的抽象概括。诚然,我国刑事诉讼法“事实清楚,证据确实、充分”的定罪标准比较抽象,尚未细致到足以裁判者提供明确指引的程度。进而,如何促进并实现“抽象证明标准的具体化”就成为值得探讨的学术与实践问题。受此驱动,印证学说通过概括司法实践,将其抽象并升华为学术“理论”。在前述立法背景下,为促进证明标准的具体化与可操作性,最初的印证学说也强调证明标准的客观化。

之后,印证学说的发展受到刑事诉讼法修改的影响。2012年《刑事诉讼法》增加了“排除合理怀疑”的规定,将其作为“事实清楚,证据确实、充分”标准的补充。为了契合新修立法的精神,印证学说也由偏重“客观因素”转向吸纳“主观因素”。

修订后的印证学说则主张一种“把印证与心证、追证、验证相结合的新模式”,即所谓“新印证证明理论”。^[24] 印证学说甚至主张,“坚持将印证方法作为案件事实认定,即事

[24] 印证模式的改革方向是坚持印证主导,加强心证功能,注重追证作用,发挥验证功效。参见龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第164-167页。

实综合判断的主要方法。在证据的综合判断上,只有符合印证规则,才能认定案件事实清楚、证据确实充分”。^[25] 由此,印证学说声称,通过引入主观因素,印证中和了修法前客观化的证明标准,兼具主客观双重面向。“印证证明”甚至成为现行法证明标准在操作层面的“替代品”。此举进一步混淆了证明方式与证明标准的概念,模糊了客观化证明方式与主观化证明标准之间的界限。这种“证明标准印证化”的现象曾遭到论者的尖锐批评,“证明标准的客观化要求以实事求是对抗自由心证,以客观验证代替裁判者内心的主观信念程度,即诉诸证据之间的互相印证性,并以‘案件事实清楚,证据确实、充分’来诠释这种客观验证的程度,最终形成了证明标准印证化的结果”。^[26]

通过对印证学说核心命题的解析可知,印证证明与证明标准之间并不存在直接的关联,但该学说的支持论者却“自陷”证明标准的“战场”上,并且与该学说的批评者展开论争。这种学术争鸣貌似“错位”,但背后实际上大概可归咎于以下两个成因:其一,印证学说在作自我定位时,把印证证明模式归入自由心证这个“证明方法”的亚类型,其本意大概是跟非理性时代的神意裁判与法定证据制度“划清界限”,宣示其属于自由心证的现代刑事司法体系阵营。其二,包括印证学说支持论者在内的许多学者对自由心证存在误解。暂且不论其错误地将自由心证制度作为一种“证明方法”,但就自由心证的本意——自由评价证据的证明力——而言,自由心证并非证明标准。论者所称证明标准意义上的自由心证实际上是法国法中“内心确信”的另一层含义,即“法官内心确信被告人有罪时,当能定罪”。于是,造成概念之间的混淆。

尽管印证学说从强调印证的客观化到融入心证等主观性因素,却不能说明印证本身就是证明标准,亦无助于其所声称的“促进证明标准的具体化”。甚至,“证明标准的具体化”就是一个“伪命题”。^[27] 究其本质,证明标准,从裁判者角度而言,即认定犯罪事实所需要的证据程度;从控方的角度而言,即控方对指控事实成立所要达到的证明程度。欧陆法语境中的“内心确信”以及普通法系中的“排除合理怀疑”均属于该证明标准(证明程度)。尽管未得到具体适用,证明标准可能被“客观化”,但本质上证明标准仍是一个需要诉诸于裁判者内心的主观标准。

根据印证学说的观点,印证是一种证明模式或证明方法,这就意味着印证的完成远远未至证明标准的“领地”。首先,证明标准要回答的问题是:证明标准是否得到满足?答案并不是模棱两可的,而必须是“是”(有罪)或“否”(无罪)。其次,对该问题的回答则要建立在于控方举证证明、辩方抗辩、控辩双方论争等程序的基础上,这些依附于刑事证据的证明行为无涉法官。再者,法官回答该问题之前,需要掌握具有证据能力或可采性的证据,并有权自由判断这些证据的证明力高低(即作为“自由评价证据”,或“自由心证”)。概言之,控方证明是否达到证明标准,是裁判者在证据裁判主义的根本原则要求之下,自由心证的结果。该过程包含了法律推理与认知机制等多方面的因素,单纯地通过印证建

[25] 龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第164页。

[26] 杨波:《我国刑事证明标准印证化之批判》,《法学》2017年第8期,第152-153页。

[27] 参见张卫平:《证明标准建构的乌托邦》,《法学研究》2003年第4期。

立起来的单一关系远远未达到“证明标准被满足”的程度。

综上,印证学说的核心命题是矛盾的。印证学说对“证明模式”(或“证明方式”)的界定不自洽;该学说下的“印证”并非其声称的“证明方式”。印证既不是自由心证的“亚类型”,也无涉证明标准,与证明标准更是分属不同层面的两个不同问题。

二 “印证证明模式”的实质

鉴于印证学说对印证定义的偏差、对印证作为证明方法或证明模式之性质认定的错位,本文在展开论证之前,有必要跳脱该学说对印证及印证属性的界定,抛开其所使用的“印证”、“印证证明”、“证明模式”等容易导致语义淆乱,引发概念之争的词语,从该学说的核心命题及论点出发(尽管印证学说论者似乎并未对其“理论”核心要义达成普遍共识),剖析印证学说所倡导的“印证”的本质。

在论证之前,有必要强调一下印证学说对“印证”的界定。该学说认为,“在我国的刑事诉讼中,是以何种方式使用证据证明案件事实,从而做出事实判定的,我认为,可以用一个词概括,即‘印证’”。^[28]修正后的“新印证理论”更是进一步扩张了印证的适用范围:“刑事印证证明是指在刑事诉讼中利用不同证据内含信息的同一性来证明待证事实,这里的同一性包括信息内容的同一与指向的同一。印证证明既适用于个别证据的判断,也适用于证据的综合判断,还适用于对证据真实性、合法性和相关性的判断。”^[29]

(一) 印证是一种证据分析方法

印证是一种“简化版”的证据分析方法。证据分析之所以成为必要,乃是因为个案证据的复杂性以及司法裁判的复杂性。印证却过分低估了证据群与证据分析的复杂性,简单地将证据间关系通过对比同一性建立其连接,并通过该一致性来充足对某个待证事实的“证明”。^[30]该连接是单一的,建立在该连接之上的证明也是不充分的。诚如学者所言,审判并不仅仅具有“不确定性”,更具“复杂性”;司法证明不是“概率的”,而是探寻“相对似真论”。^[31]随着刑事程序的推进,几乎在任何阶段都有可能获得有助于证明的信息或资料,而事实裁判者往往是在最后阶段才了解到全案证据信息,并依据其所知的全面性信息做出事实认定。涉案人员众多、证据繁杂、专业性高等案件尤其如此。比如威格莫尔图示法(Wigmore Chart),其制作过程与思路,也凸显了对证据群进行整体分析的复杂性。^[32]

[28] 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,第109页。

[29] 龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第149页。

[30] 坚持以印证为主导,要求“坚持将印证方法作为个别证据真实性、合法性审查的主要方法。尤其是对于有争议的证据,应将证据间的相互印证作为证据审查的主要方法和判定标准”。参见龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第164页。

[31] 如 Ronald J. Allen 教授在多篇文章中阐述了这一论点,参见 Ronald J. Allen, Rationality and the Taming of the Complexity, 62 *Ala. L. Rev.* 1047 (2011); Ronald J. Allen, Complexity, the Generation of Legal Knowledge, and the Future of Litigation, 60 *UCLA L. Rev.* 1384 (2013); Ronald J. Allen & Alex Stein, Evidence, Probability and the Burden of Proof, *Arizona Law Review*, Vol. 55, 2013, pp. 557-602 等。

[32] 参见[美]特伦斯·安德森、[美]戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁著:《证据分析》(第二版),张保生、朱婷、张月波等译,中国人民大学出版社2012年版,第79页(本书第五章介绍了威格莫尔图示法的制作)。

纵然是证据分析诸方法中,^[33] 印证也只能算作是仍需其他方法检验的初级方法。

证据分析具有主体无涉性,证据分析方法也具有“技术中立性”。简言之,证据分析及证据分析方法“人人皆可为(得)之”。参与诉讼的各方为了有效开展各自侦查、指控或辩护等工作,均有可能利用到不同的证据分析方法。侦查机关侦查取证时,可以利用证据分析的方法,如印证、设证法等。检察机关审查并决定起诉时,亦可以利用证据分析的方法,如印证。辩护律师也可以通过证据分析,来辅助本方开展辩护。裁判者(陪审团或法官)在认定事实乃至做出裁判时,亦可以利用证据分析方法,辅助其做出裁判。

需要指出并强调的是,证据分析方法尽管可为不同主体使用,但所获得的效果在程度上甚至准确性上却存在显著差别。尽管作为一种证据分析方法,印证的适用并不强调主体性,但不可否认,立场性偏向带来的消极影响是无法消除的。例如,侦查人员的“印证”以侦查取证为导向,更倾向于对其已掌握信息的“肯定性印证”,即“证实性偏见”。^[34] 法证科学分析人员的检验或鉴定也存在此种认知性偏见。^[35] 再如,印证的效果直接取决于分析主体所掌握的证据信息的数量与质量:证据数量影响互相印证的“环”的稀疏程度,质量则影响印证证据的可靠性。表现之一便是辩方与控方之间的信息不对称以及“武器不平等”。

我国已有论者正确地指出,印证实际上是一种证据分析方法,^[36] 但同时认为,印证“既可以实现对单个证据证明力的审查,亦可以审查全案证据的证据链条是否完整”。^[37] 对印证属性的界定,本文予以认同,但认为不应当高估印证作为证据分析方法的作用,反而应当对印证分析的过程及效果保持警惕。印证学说对印证的广义解读与扩张适用实际上已经超越了证据分析的功能。司法实务界则滥用了“印证证明”方法,尤其是证据间互相印证的效果被视为证明标准的达成、证明负担的卸除,甚至被法官作为据以认定事实的标准。更甚者,侦查机关为了实现证据间互相印证,“不惜违法取证,证据造假,没有印证就不敢定案”。^[38]

故此,作为一种思维工具,运用印证开展证据分析时,还应当注意以下三个问题:第一,用于分析的证据(或信息)必须满足以下三个主要特征或资格的要求,即“相关性、可信性、证明(推论)力或分量”。^[39] 尤其需要明确的是,通过印证所建立起的一致性并不必然代表着可信性或者更高的证明力度。印证学说以真相融贯论、真相符合论等为“理

[33] 证据分析方法的多样性,参见[澳]安德鲁·帕尔玛著:《证明:如何进行庭前证据分析》(第二版),林诗蕴、都敏、张雪燃译,中国检察出版社2015年版,第5页。

[34] 有关“证实性偏见”,参见 John Rafael Peña Perez, *Confronting the Forensic Confirmation Bias*, 33 *Yale L. & Pol'y Rev.* 457 (2015)。

[35] 参见 Paul C. Giannelli, *Cognitive Bias in Forensic Science*, 25 - *SUM Crim. Just.* 61 (2010)。

[36] 参见杨波:《审判中心下印证证明模式之反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期,第198页。

[37] 杨波:《我国刑事证明标准印证化之批判》,《法学》2017年第8期,第158页。

[38] 杨波:《我国刑事证明标准印证化之批判》,《法学》2017年第8期,第158-159页。

[39] [美]特伦斯·安德森、[美]戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁著:《证据分析》(第二版),张保生、朱婷、张月波等译,中国人民大学出版社2012年版,第79页。

论”依托,并以归纳法、溯因推理作为运作机理,^[40]这些推理方法并不完全可靠,而是包含着非理性因素。^[41]第二,由于证据信息的获取并非完整,证据分析也有存在疏漏的可能。完整的证据分析通常建立在充分的证据披露的基础上,如果缺乏足够的证据资料,则证据分析将存在瑕疵甚至缺陷。因此,理想状态下,证据分析主体应当尽可能地综合目前掌握的所有证据信息,梳理出案件争点,找出证据的薄弱之处,从而帮助己方提出更有利或者更符合本方利益的诉讼主张。这就需要通过审前证据披露等程序来实现。第三,需要明确的是,证据分析本身并不是诉讼证明,而仅仅是“开始”、“初始”、“起步”。既不意味着证明活动的完成或证明过程的终结,更不能替代最终的事实认定。“证据之间的相互印证并不等于已经达到了可以据以做出裁判的主观信念程度”,^[42]认识到这一点对裁判者而言尤为重要。

(二) 印证是一种证据审查判断方法

印证学说对印证作过分解读,并主张扩大适用范围,使其脱离了作为法院审查判断证据方法之一的功能定位。在这个意义上,印证的适用主体是裁判者(法院),^[43]行为内容则是:裁判者利用其它证据通过审查一致性来判断单个证据是否具有“真实性”。尽管支持论者们倡导将其与心证等相融合,但此举除了增加与证明标准、自由心证等相关概念的淆乱之外,印证学说(及修正后的新印证学说)下的“印证”(或其所称“印证证明”)仍然没有摆脱其作为证据审查判断方式之一的本质。^[44]

所谓之审查判断证据,审查判断的是证据的什么?学理上尽管对其概念见解不一,但如下共同之处:“一是审查判断证据的主体基本相同;二是审查判断证据的内容,即确定证据的证明力大小、强弱,以及与案件事实之间的关联性等基本一致;三是都承认审查判断证据是一个认识过程;四是对证据审查的目的都是为了从感性认识上升到理性认识,对案件事实做出正确的结论,查明事实真相。”因此,审查判断证据,“就是根据证据的客观性、关联性和合法性的标准,以排除假证,从而正确认定案件事实,做出合乎实际的结论”。^[45]本文对此并不完全认同,认为证据审查判断的内容是证据的证据能力(或可采性),如此,不仅可以明晰地界定裁判者审查判断证据的内容与范围,而且可以厘清作为审查判断证据方法之一的印证与自由心证、证明标准等概念之间的关系。

[40] “印证理论”的作用机理,“一是真理(真实)融贯论,二是真理(真实)符合论,三是归纳逻辑与溯因推理”。参见龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第156-159页。

[41] 考夫曼曾坦言,“法学方法并非完全是理性的逻辑推论的过程,有些方法是不确定的、非理性的,在此意义上是‘不科学的’”。参见[德]阿图尔·考夫曼著:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第15-16页。

[42] 杨波:《我国刑事证明标准印证化之批判》,《法学》2017年第8期,第159页。

[43] 尽管侦查机关在侦查取证时、检察机关在审查起诉时,均运用到印证的“证明方法”,但这主要是作为一种证据分析方法。

[44] “印证证明既适用于个别证据的判断,也适用于证据的综合判断,还适用于对证据真实性、合法性和相关性的判断;其作用机理一是真理(真实)融贯论,二是真理(真实)符合论,三是归纳逻辑与溯因推理;其考量因素包括参与印证的证据的品质、数量、清晰度,是否存在客观性证据尤其是隐蔽性证据,是否符合经验法则,是否合理嵌入整体的事实构造,以及是否存在合理差异等。”龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第149页。

[45] 樊崇义主编:《刑事诉讼法学研究综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第216页。

证据能力(可采性)的有无需要“判断”,证明力的高低不需要“判断”。证据的可采性问题(采纳或排除)^[46]属于预备性问题,^[47]通常在法院用证据认定事实之前解决。不同法域下,裁决可采性问题均属于法院的法定职责。适用陪审团的英美法国家一般在审前程序中解决,欧陆法国家则通过庭审证据调查予以裁决。因此,在这个意义上,所谓证据的审查判断,指向的应当是包含“有无”之回答的问题,即可采性或证据能力的有无。相较之下,证据的证明力则不需要亦不必要进行“审查判断”,主要原因在于:现代刑事司法体系并不预先对证据的证明力做出规定,此所谓自由心证原则。^[48]概言之,对于已经认定具有证据能力的证据,法官综合全案,自由斟酌证据证明力的高低。而斟酌证明力高低的目的是判断控方证明是否达到法定的证明标准——从另一个方面而言则是,判断被告人是否达到定罪标准。进而,自由心证与证明标准也区别开来了。

但是问题在于,我国现行法规定的证据的审查判断,实际上则融合了对可采性有无的判断以及部分证明力规则。我国法上对证据证明力做出规定或限制的立法现象,被论者概括描述为“新法定证据主义”。^[49]纵观欧陆从法定证据制度的覆亡到内心确信制度的确立这一发展史,试图通过证明力规则“指导”(或者“约束”)裁判者的做法早已被证明是不可行的。^[50]尤其在高度发展、复杂性增加的现代社会,立法者创设出一套万能的证明力认定规则几乎是“不可能完成的任务”。

印证证明之所以超越其所谓“证明方法/证明模式”的范畴,与自由心证、证明标准相混淆,在某种程度上与我国证据审查判断规则的模糊性与混杂性不无关系。我国法上证据审查判断规则中所包含的证明力规则,似乎为印证证明提供了立法上的“正当性”。^[51]综观我国刑事立法文件中涉及印证的规定可知,印证被用于辅助法院审酌庭前不一致陈述(如证人证言、被告人供述与辩解等),即通过审查“一致性”判断是否“采信”。此种审查判断证据的思路实际上无涉庭前陈述本身的可靠性,亦不考虑庭外陈述的证据能力(或可采性),而是把印证作为法官审酌其证明力的方法。换言之,首先要解决的是庭前(不一致)陈述的证据能力(或可采性)问题,立法却利用印证的方法将其置换成证明力高低问题,从而证据能力规则被证明力规则掩盖了。尽管如此,仍应当明确的是:证据的审查判断主要针对证据是否具有可采性,即某项证据应当被采纳还是被排除;印证,则属于证据审查判断的方式之一;互相印证的效果只是微弱意义上的,作为判断证据真实性判断

[46] 通常意义上,我国法上所用的“定案的根据”,意指用于认定事实的证据,大致与英美法上具有可采性的证据、欧陆法上具有证据能力的证据相类似,但不完全等同。

[47] 参见美国《联邦证据规则》104(a):“法院必须就一个人是否具有作为证人的资格、特免权是否存在以及证据是否可采的预备性问题做出决定。”

[48] 如有论者认为:“所谓证明力审查判断模式,是指裁判者判断证据证明力大小的手段与方式,其主要解决的是单个证据证明力和全案证据证明力的大小问题。”蔡元培:《论印证与心证之融合——印证模式的漏洞及其弥补》,《法律科学》2016年第3期,第172页。

[49] 陈瑞华:《以限制证据证明力为核心的新证据法定主义》,《法学研究》2012年第6期,第149页。

[50] 参见施鹏鹏:《法定证据制度辩误——兼及刑事证明力规则的乌托邦》,《政法论坛》2016年第6期,第124页。

[51] 有论者把“印证”一词的英文从“verification”(意为“验证”)更改为“corroboration”(意为“补强”),此举加深了印证与相关概念的淆乱。有学者概要考察了印证与补强的区别,参见周洪波:《刑事庭审实质化视野中的印证证明》,《当代法学》2018年第4期,第48页。

的参考性因素之一。

不可否认,在裁判心理上,裁判者可能倾向于认为:经印证的证据可能更具有可靠性,进而会被认为具有更高的证明力,但这种观念极具误导性。

首先,印证的与被印证的证据材料本身均可能不可靠,“被印证”的证据亦不必然具有可靠性,因此并不必然可采。“印证”的过程并不涉及真实性判断,甚至形式上得到互相印证的表象恰恰掩盖了真实性这一实质性问题。用于印证的证据自身也并非毫无限制,至少应当具有相关性可采性。经过印证的证据,亦不必然具有可靠性,换言之,被印证的证据并不一定具有较高的证明力。

其次,印证所达到的效果仅仅是表面上的、形式性的、象征性的。证据间经印证建立起来的联系缺乏推理,且具有相对性或对向性。尽管这种联系是相互的或双向的,但仍然属于单一性联系,且这种互相印证的单一性联系极易陷入“循环”。

再者,印证对证据真实性的单一性“证明”并不宜扩张于全案证据的审查判断。^[52] 换言之,法院利用印证以及其他方法判断单一证据的真实性之后,并不需要再利用印证审查判断全案证据。因为审查判断全案证据的直接目的在于衡量所有证据的证明力,^[53] 进而做出事实认定。这时,应当遵循自由心证之要求,由法院自由判断证据的证明力,并利用常识、理性、经验法则、法律推理等综合机制认定事实。

最后,印证的完成既不是证明负担的卸除,也不意味着证明标准得到满足。^[54] 从刑事证明与司法裁判的运作逻辑上看,确实需要借助印证来判断单个证据的真实性,但就“案件事实是否清楚,证据是否确实、充分”的判断而言,印证仅仅针对单个证据是否“确实”,无法涵盖证据“充分性”的问题。诚如论者所言,“在实践操作中应当让‘印证’证明在审前事实建构和客观性证据审查判断中发挥应有的作用”。^[55] 但是,对该“应有的作用”应当有清晰准确的认识。印证的过程并不涉及证据真实性及证明力高低的判断。互相印证的效果并不必然等同于证据真实性,亦不必然意味着更高的证明力。互相印证的效果也不意味着达到了案件事实清楚、证据确实充分的证明标准,是否达到该证明标准需要法官自由评价证据证明力之后做出判断。^[56]

三 从事实认定的视角检视“印证理论”

厘清印证学说带来的概念淆乱,并探究其表象之下的本质之后,可以窥见“印证证

[52] “坚持将印证方法作为案件事实认定,即事实综合判断的主要方法。”龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第164页。

[53] 如英美学者多用“probative force”或“probative value”指代单个证据的证明力,而用“weight of evidence”指代多个证据或证据群的证明力。参见王进喜著:《美国〈联邦证据规则(2011年重塑版)〉条解》,中国法制出版社2015年版,第30-31页。

[54] “在证据的综合判断上,只有符合印证规则,才能认定案件事实清楚、证据确实充分。”龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第164页。

[55] 左卫民:《“印证”证明模式反思与重塑:基于中国刑事错案的反思》,《中国法学》2016年第1期,第175页。

[56] 该意义上的自由心证,即对中世纪法定证据主义的否定,与法国法上“内心确信”的第一层含义相对应。

明”暗含的逻辑脉络:用于印证的证据 B 与证据 A 具有一致性,则证据 A 得到证据 B 的印证,或称证据 A 与证据 B 可以互相印证;进而,证据 A 上附着的要素性事实得到证明(或称证据 A 具有真实性);全案证据经印证“连接”后,便可认为达到证明标准,同时可以做出事实认定。可见,所谓“印证证明”,直接从被其他证据印证了的证据跨越到(证据上附着的)事实,证据被印证即事实被证明到法定证明标准,从而完成用印证证据认定事实的过程。换言之,把“被印证”(或称“得到印证”)的状态等同于证明负担的卸除以及证明标准的满足,用印证与被印证的“对向行为”来替代事实认定。

印证证明方法直接指向事实认定,甚至被作为某种事实认定机制,却有意或无意地用印证证明掩盖了真正意义上的事实认定,并把“裁判者如何进行事实认定”这个问题简单化了。实际上,印证本身并不能等同于事实认定。如果把事实认定作为目标,那么印证只是实现该方法之一。

对“裁判者如何进行事实认定”这一问题的回答,需要转向诉讼认识论。“所谓诉讼认识,也即诉讼活动中围绕纠纷事实而展开的运用证据认定事实的活动,也即,司法裁判活动中的事实认定问题。”^[57]该认知活动包括以下两个环节,“裁判者的外部认识过程(即针对证据的认识活动)与内部思维活动(即对案件事实的思维重构)”^[58]印证的过程及证据间相互印证的效果恰恰掩盖了事实认定的认识论属性。作为证据分析方法、证据审查判断方法,印证具有的工具性价值仍然无法充足事实认定这一认识论过程。

事实认定作为刑事诉讼中小前提的证成,是指法官根据已经认定的事实,从法律规范的大前提中,得出推论——一个案判决。^[59]包括:(1)“证据”即事实认定的方法——此所谓现代刑事司法中证据裁判主义的根本要求。(2)法官(或陪审团)是事实认定的主体,这说明事实认定兼具主观性与主体性。(3)控方证明达到何种程度方能促使裁判者做出事实认定,换言之,即控方证明需要达到法定的证明标准,裁判者方能认定指控的事实成立。至于是否达到该标准,则仍需要由裁判者自由评判,此即自由心证。

(一)“印证证明”无法充足证据裁判主义的要求

现代法治语境下,事实的认定要依据证据,此所谓证据裁判主义。在很大程度上,刑事审判正是围绕着“法官如何认定事实”展开的。事实、证据和事实认定是证据裁判主义的三个核心要素,三者分别契合于命题、论证与结论的关系。“事实”具有法律属性,属于司法证明的逻辑起点,用于认定事实的证据则应当具有相关性与可采性。“认定事实”即司法证明的最终结果,在性质上有别于作为逻辑起点的“事实”,也不完全等同于客观意义上已经发生的案件事实,而是“由证据建构的事实”,这意味着事实认定并不具有绝对的确定性。^[60]

[57] 吴宏耀著:《诉讼认知论纲——以司法裁判中的事实认定为中心》,北京大学出版社2008年版,第1页。

[58] 吴宏耀著:《诉讼认知论纲——以司法裁判中的事实认定为中心》,北京大学出版社2008年版,第18页。

[59] 有论者认为,“事实认定过程包括举证、质证和认证。举证和质证是诉讼双方的证明活动,认证则是事实认定者采信证据的评价活动。采纳或排除是对证据可采性(证据能力)的裁定,采信则是对证据证明力和可信性的评价……从本质上说,认证是事实认定者的一个内心确信过程,或者,是对证据进行审查判断、能动解释的过程”。参见张保生:《事实、证据与事实认定》,《中国社会科学》2017年第8期,第124页。对该广义上的“事实认定”,本文恕不能认同。

[60] 参见张中:《法官眼里无事实:证据裁判原则下的事实、证据与事实认定》,《浙江工商大学学报》2017年第5期。

根据证据裁判主义的应然要求,用以认定事实的证据首先应当具有证据资格(或可采性,或证据能力)。事实依附于证据,而认定事实则要求法官采纳或不采纳有关证据。证据资格或证据能力的判断在事实认定的过程中,具有优先性。证据可采纳与否的前提是法律对采纳或排除证据做出规定,这种证据采纳规则大致可以分为两类:一是为保障证据真实性进而保障裁判准确性为目的的规则;二是非为保障真实为目的的规则,如为实现正当程序、人权保障等真实之外的目的而排除某类证据。^[61]前者往往规定在证据法或刑事诉讼程序法之中,即证据可采性规则;后者则往往源于宪法,如违反律师帮助权、违反禁止合理搜查扣押等规定所得证据应当被排除。尽管背后的理论基础和合法性来源不同,但这两类证据采纳规则的核心要旨均在于:把不真实、不可靠或违宪所得的证据排除在庭审之外,从而将其排除在裁判者心证范围之外。

印证证明则并不关注证据的证据能力或可采性。用于印证的证据或被印证的证据本身可能并不可采信——或因违反证据可采性规则,或因违反非法取证等程序性规则,而仅仅关注证据之间是否存在一致性。即便达到互相印证的效果,该一致性也是可反驳、可推翻的。印证证明的运作逻辑尤其会给侦查人员带来偏见性误导。以非法方法取得的犯罪嫌疑人、被告人供述为例。通常,刑讯获得的自白并不一定不可靠,但通过利用其它证据与该非法所得供述的“印证”,侦查人员可以在心理上与形式上“洗濯”刑讯的“污点”。或者反向行之,如有其他证据与非法所得自白相印证,该用于印证的证据则可以用于迫使犯罪嫌疑人、被告人做出自愿供述,从而“覆盖”非自愿性供述。由此可见,作为学理抑或规范,印证证明似乎并未对司法实践起到足够“良善的”指导性作用。

此外,证据裁判主义还有另一项要求,但却未受到足够重视,即:用以认定事实的证据,不仅应当首先具有证据资格,还应当经过控辩双方的论辩。此举旨在保障辩方获得有效辩护的权利,针对于己不利证据提出积极抗辩的权利。刑事诉讼语境下的“论辩”体现为欧陆法中的直接言词原则、英美法中的交叉询问(如对质权与传闻规则)。前者主要为欧陆国家所用,即通过法庭上的论辩来调查证据的真实性;后者则主要为英美国家所用,日本及我国台湾地区的公判前整理程序也大致循该思路。不管其在程序上表现为何种方式,其最终目的均是作为可采性规则的补充,将其置于“论辩”的机制与程序之中。

印证学说下的“印证证明”往往以侦查取证、控方指控为导向,恰恰欠缺对辩护因素的考量。如果仅通过考察比对证据之间的一致性来完成印证的话,就似乎没有法庭调查、法庭辩论的必要了,这就进一步“压缩”了刑事辩护发挥作用的空间。退一步讲,在保留法庭调查或法庭辩论的情况下,法庭调查或法庭辩论的指向与目的似乎也沦为对证据的印证或证据之间的互相印证:或是一方通过印证来“证实”本方事实主张的合法性或本方证据的真实性,或是一方通过印证来“证否”,以提出“合理怀疑”。这种思维主导下的庭审远未达到“论辩”的程度,反而加剧了庭审“空洞化”,甚至从裁判者内心强化了“书面审

[61] 参见[美]米尔吉安·R.达马斯卡著:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第96页。

理”的正当性。这种印证思维主导下的庭审甚至有违庭审实质化的根本要求。^[62]

如果把证据裁判主义所蕴含的论辩性维度做一个横向延伸,则不可避免地会牵涉到证明责任分配机制。该机制实际上与刑事实体法上对犯罪构成要素的界定密不可分,甚至可以认为,犯罪的内部结构决定了证明责任的具体分配。根据无罪推定原则,控方应当承担犯罪成立的证明责任,并且要满足较高的证据标准。尽管如此,刑事实体法上的免责性事由(如欧陆三阶层理论体系下的有责性、英美双层犯罪体系下的积极抗辩事由),应当由哪一方承担证明责任则存在值得进一步探讨的空间。事实上,对于有责性或免责性的证明责任的分配,不同国家做法不一。这就意味着,辩方在证明责任分配机制中存在“可争辩”的空间。然而,印证证明的思路与逻辑却无法内嵌到证明责任分配机制中。

以正当防卫为例。在当前印证证明的功能得到扩张的语境下,印证对于辩方而言是相当高的要求,在个案操作上存在一定的难度。其一,行为人符合违法性要件的行为已经“该当”了犯罪的实质要件,就控方而言,印证效果已达到。其二,正当防卫所针对的有责性具有一定的主观性,辩方对此提出的抗辩本质上是一种基于事实与法律的“主张”,除了言词证据之外,鲜少有实物性证据用于“印证”,实际上很难得到“印证理论”所论之客观化的“印证标准”。其三,就证明标准意义上的印证而言,正当防卫这一待证事实便存在两个层次:辩方提出证据义务或者争点形成义务层面的证据标准,以及控方就该待证事实承担的说服责任(或真伪不明的证明责任)的证据标准,而这两个证据的印证标准显然不能等同,否则对于辩方而言,则“显失公平”,甚至可能有违正当程序、公正审判等基本原则。^[63]然而,我国现行刑事诉讼法并未对此做出明确规定,从现行体系中也无法做出正当且自洽的解释。综上,不管采取何种犯罪论体系,在证据裁判以及刑事证明的体系下,印证都不宜作为证明方法或证明标准。

(二)“印证证明”偏重证明标准的客观化

控辩双方向裁判者展示了全案所有具有可采性的证据之后,裁判者要自由评价证据,判断控方证明是否成立、是否达到法定的证明标准,此时需要转而考察裁判者的内心。^[64]不管是从控方证明所要达到的程度(证明标准)这一角度,还是裁判者定罪所要达到的程度(定罪标准)这一角度,事实认定均包含主观性。这种主观性既受制于裁判者的个人认知,也受制于所获得证据的充分程度。这表明事实认定过程必然包含模糊性与不确定性,甚至可错性。^[65]

诚然,证明标准的客观化是我国立法与司法中无法回避的现实。我国刑事司法体系对真实发现以及客观真实的苛刻追求,导致其尤为偏重证明标准的客观化。“犯罪事实

[62] 参见周洪波:《刑事庭审实质化视野中的印证证明》,《当代法学》2018年第4期,第46-47页。

[63] 如有观点认为,“辩方形成正当防卫争点时不应强求印证”。参见兰荣杰:《正当防卫证明问题的法律经济学分析》,《法制与社会发展》2018年第1期,第185页。

[64] 正如惠特曼教授所言,英美法上的“合理怀疑”尽管被当做事实证明机制,但其原本而且应当是道德慰藉程序,它探究的是裁判者的内心。参见[美]詹姆士·Q.惠特曼著:《合理怀疑的起源》,但化强、李伟译,中国政法大学出版社2016年第二版,“第一章 论事实证明和道德慰藉”。

[65] “证明标准是一个概率标准……按照‘证据之镜’原理,证据的不完全性、非结论性、模糊性、可信性等,都决定了事实认定的盖然性或可错性。”张保生:《事实、证据与事实认定》,《中国社会科学》2017年第8期,第130页。

清楚,证据确实、充分”的立法意旨在于维持个案裁判的正确性,即保障案件结果符合实体上或客观上的真实,或者尽最大可能地接近实体上或客观上的真实。2012 年《刑事诉讼法》在对“证据确实充分”的进一步解释中,引入“排除合理怀疑”的新规定。^[66] 尽管如此,由于立法态度的暧昧不清,加之司法实践的犹豫踟蹰,为证明标准加入主观化因素的立法意图实际上落空了,“排除合理怀疑”也被架空了。^[67] 证明标准客观化的实质并未得到改变。

借用印证学说的“印证”一词,可以认为,印证证明恰恰“印证”了事实认定标准的客观化。印证学说坚持通过其宣称的“精致化”的印证技术,以指导裁判者审查判断证据,但往往“互相印证”就被异化为等同于“完成心证”。因此,尽管融入“心证”这一主观因素,但印证证明学说整体上仍未真正包容证明标准(或事实认定标准)的主观性。在立法层面,我国 2012 年《刑事诉讼法》修改新增加了排除合理怀疑,将其作为“证据确实、充分”的条件之一,此举的初衷似乎在于融入主观性因素,以“中和”证明标准的“强客观化”。之后,《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》(简称“高法解释”)第 105 条却把排除合理怀疑与“印证”并列,作为全案只存在间接证据时如何认定被告人有罪的“裁判标准”(或证明标准)。然而,本条规定的五项内容实际上却是间接证据审查判断的标准,并不能等同于做出有罪裁判的证明标准。换言之,“高法解释”本条不仅混同了印证标准、证据采纳标准和证明标准,甚至架空了排除合理怀疑的“主观内核”。^[68]

实际上,对认定标准客观化的偏好并不为印证所“独有”。我国刑事司法体系整体上(立法与司法两个层面)均渗透着这种偏好,这与我国法文化传统上一直以来所秉持的“客观真实观”密切相关。受这种真实观念的影响,我国刑事诉讼法与证据法以真实发现为首要要务,最大程度地追求客观真实以及裁判的准确性。这种“客观化的极致表现”并没有对真实发现的模糊性以及裁判结果的可错性表达应有的宽容;反而,在现实无法达到这种“极致”的情况下,刑事司法体系便受到扭曲——用所谓客观化的表象掩饰甚至粉饰“人为操控”的司法恣意。

然而,即使是绝对意义上的客观主义——更何况现实中并不存在,纵然存在也无法实现——也不能完全消除刑事误判发生的可能性。刑事司法体系只能最大程度地降低事实认定的错误率,例如,保障被告人辩护权得到充分有效地行使,此举可作为预防错误的机制。定罪后的救济机制则可以提供纠正错误的机会,如二审上诉、再审等程序。

认可证明标准的主观性是一方面,另一方面还要探究:法官如何判断控方证据达到证明标准;或者法官何时方能给被告人定罪。如前所述,应当把证明标准与自由心证区别开来,二者属于不同的机制,拥有各自的功能。但作为基本原则的自由心证往往是一项前

[66] 2012 年《刑事诉讼法》第 53 条第 2 款:“证据确实、充分,应当符合以下条件:(一)定罪量刑的事实都有证据证明;(二)据以定案的证据均经法定程度查证属实;(三)综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。”

[67] 参见纵博:《“排除合理怀疑”适用效果的实证研究——以〈刑事诉讼法〉修改前后共 40 件案件为样本》,《法学家》2018 年第 3 期,第 39-40 页。

[68] 参见吴洪淇:《印证的功能扩张与理论解析》,《当代法学》2018 年第 3 期,第 87 页。

提,在该前提下,是否定罪或证明标准是否达到,应当由法官自由审酌证据证明力之后,自由判断。诚然,自由心证并不是“完全自由”的,而是要以证据裁判原则为前提,还要受到常识、逻辑与经验法则以及外在因素的限制。^[69]此外,裁判者(乃至所有法律人)的思维活动还要符合法律推理的一般性要求。^[70]

(三)“印证证明”拒斥裁判者的主体性

印证证明对事实认定标准客观化的偏好还指向另一个司法现实:拒斥裁判者的主体性。在某种程度上,对主体性的否定也可以认为是客观化标准偏好的结果之一。换言之,印证证明对事实认定标准客观化的追求同时也意味着并不存在裁判者发挥“主动性”的空间。正如新印证学说所倡导的,“坚持印证主导包括两个方面:一是坚持将印证方法作为个别证据真实性、合法性审查的主要方法……二是坚持将印证方法作为案件事实认定,即事实综合判断的主要方法”。^[71]可见,利用印证方法所获得的“互相印证”才是裁判者所期望达到的效果。原本,事实认定属于认识论范畴,涉及常识、逻辑、经验法则的运用,而印证过程的客观化却拒斥了事实认定的主体性,忽略了裁判者作为理性人的主体性功能。

印证学说对裁判者主体性的拒斥(与其对事实认定标准客观化的偏好一并)例证了我国法对裁判者理性思维和认知功能的箝制。换言之,立法者对裁判者依据庭审所得证据做出准确裁判的能力表达出“不信任”——抑或对其没有抱持足够的信任,否认裁判者在刑事审判中的主体性,反而倾向于寻求外化的、具体化的客观实在。该立法现实无助于裁判者独立司法品格的形塑,裁判者对自身主体性的“不自信”反过来又使其屈从于“自我理性的压抑”。与我国法相反,普通法系与欧陆法系则以不同形式认可了裁判者的理性。例如,受乐观理性主义影响的英美刑事程序法与证据法认为,事实裁判者(法官或陪审团)具有常识和理性,并能胜任利用常识和理性认定事实的裁判职责。^[72]再如,在欧陆法语境下,作为司法官僚的职业法官则与外行不同,具有超越常识的法律专业知识。

对此,我国亦有论者指出,印证实际上隐含着“权力支配”。如有论者指出,追求客观细节的印证证明模式更能获得体制内部上级机关的认同(如司法的行政化审批),这恰恰与我国刑事司法体系行政化运作的特征相契合。^[73]背后支撑这种“细致化印证证明”的是我国权力垄断的司法体制和侦查中心主义理念,该体制和理念下的“印证证明模式”缺乏正当程序的支撑。^[74]

[69] 参见林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,法律出版社2008年版,第81-123页。

[70] “法律推理是特定主体在司法实践中,从已知的法律和事实真相合乎逻辑地推想和论证新法律理由的思维活动。”张保生著:《法律推理的理论与方法》,中国政法大学出版社2000年版,第79页。也有学者认为并不存在单独的法律推理一说,换言之,法律推理的方法并不仅仅为法律所独有,但它们在某种特定意义上确实是独特的。“这种独特性体现在,法律推理和法律论证的主要特征可以看作是这样一条道路:它可能只是通往某个决定,而不是通盘考量之后得出的那个对于当下案件来说最佳的决定。”参见[美]弗里德里克·肖尔著:《像法律人那样思考:法律推理新论》,雷磊译,中国法制出版社2016年版,第7页。

[71] 龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期,第164页。

[72] 参见[英]威廉·特文宁著:《证据理论——边沁与威格莫尔》,吴洪洪、杜国栋译,中国人民大学出版社2015年版,第24-25页。

[73] 参见秦宗文:《刑事隐蔽性证据规则研究》,《法学研究》2016年第3期,第186页。

[74] 参见左卫民:《“印证”证明模式反思与重塑:基于中国刑事错案的反思》,《中国法学》2016年第1期,第175页。

除了压抑裁判者理性之外,印证证明还起到另一个与之矛盾的效果,即印证容许甚至纵容了裁判者滥用司法权的行为。主要表现为以下(但不限于)三个方面:其一,印证证明的运作机理包括归纳法与溯因推理,但归纳法也包含有非真,溯因推理更是充斥着非真与概率。^[75] 这些推理方法适用于个案裁判时,其固有的局限性甚至缺陷会被证据信息的不完整性、个案情节的复杂性、刑事审判的不确定性等综合因素“放大”,极易导致司法裁判的恣意。其二,目前我国法院裁判文书说理机制的不完善进一步加剧了司法恣意与权力滥用。如学者所言,“假如没有达到证据相互印证的程度,法官即使相信证据的真实性,也不能作此认定”。^[76] 然而,通过印证,法官则可以获得正当化的表象,并在心理上自我说服,借以逃脱裁判文书的说理论证,甚至成为法官逃脱个人责任的借口。其三,印证模式助长了裁判者的“思维惰性”。仰赖印证,法官形成了司法惯性,即“在侦控机关单方建构的有罪偏向证据体系的基础上进行的比较、权衡”。^[77] 在思维形成机制上,受印证模式统辖下的法官极易形成如下错误见解:完成印证,就可以定案了,于是便可以不诉诸于内心,即便是内心尚有疑惑,仍然可以弃之不顾,毕竟形式上已经完成印证了。形式上貌似“精致”的印证又促使法官逃脱了良心责任。

综上所述,认定事实,需要以具有可采性的证据为依据,需要裁判者判断控方证明是否符合相应的证明标准,判断该标准是否满足则诉诸裁判者的内心活动,进而需要自由心证制度为裁判心理提供保障。不可否认,本质上,事实认定不仅是主观的,而且是主体性的。^[78] 其中,主观性与客观性相对,主体性则强调裁判者个人的认知因素。相反,印证学说下的印证证明掩盖了事实认定这一核心机制。即使是强调“心证、追证、验证”相结合的印证也无法充足证据裁判主义的根本要求。追求极致客观化的印证偏好事实认定的客观化,对事实认定标准的主观性以及裁判者的主体性缺乏正确的、充分的认识。

余 论

“印证理论”的核心命题即“印证是证明模式(方法)”,是对印证属性的错误界定,造成与自由心证、证明标准等相关概念的淆乱。究其实质,印证既非证明模式,亦非证明标准,而是一种证据分析方法,也可作为一种证据审查判断方法。“证据互相印证”的效果既不能充足证据的真实性,也不必然意味着有较高的证明力,更不等同于证明标准已达成、证明负担被卸除。印证从证据直接跨越到事实,未通过法律推理、诉讼认识论等裁判

[75] 溯因推理(或设证法),为查尔斯·桑德斯·皮尔士首创,是区别于演绎推理和归纳推理的方法,常常被等同于最佳解释推理。该推理从结论出发,包含着不确定性和风险性,具有相当的不可靠性。参见[德]阿图尔·考夫曼著:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第123-127页。

[76] 陈瑞华:《以限制证据证明力为核心的新证据法定主义》,《法学研究》2012年第6期,第152页。

[77] 左卫民:《“印证”证明模式反思与重塑:基于中国刑事错案的反思》,《中国法学》2016年第1期,第170页。

[78] 我国已有学者注意到“分析”、“认知”等主观性因素之于刑事司法证明的重要作用,但仍然仅仅停留在“主观性”这个单一层面。参见谢澍:《迈向“整体主义”——我国刑事司法证明模式之转型逻辑》,《法制与社会发展》2018年第3期,第196页。然而实际上,主观性功能得到充分有效发挥的前提还在于肯定并认可事实认定者(以及法律认定者)作为独立个体的主体性。

机制来建立并证立二者之间的联系。裁判者片面依据印证择选适用证据、认定事实的做法有违法律性,也缺乏正当性。印证低估了事实认定的复杂性,亦无法充足证据裁判主义的要求。尽管融合了“心证”的因素,但“印证理论”仍强调并追求证明标准的具体化与客观化,否定事实认定标准的主观性,拒斥裁判者的主体性。

当前我国刑事司法领域正深入推进庭审实质化、以审判为中心等多项改革,评估改革是否成功的标准必然是多元的,这很大程度上是由刑事司法价值多元化的本质所决定的。在程序公正与实体公正并重已经成为刑事司法基本共识的当下,我国还应当在肯定裁判复杂性的基础上,摒弃印证理论可能造成的淆乱与误导,消除“证据替代品”充斥法庭给庭审实质化带来的消极影响,增强控辩双方在庭审场域的“论辩性”。进而倡导认真对待证明机制的公正性、事实认定的主观性、裁判者的主体性。

不可否认,“印证理论”作为一种学说,具有一定的创新性。诚然,学术研究贵在创新,但创新之词语如果缺乏规范性,不仅无助于促进有益的学术争鸣,反而会进一步加剧法律语言体系的支离破碎,不利于促进学术研究话语的一致性。理论界与实务界概念体系的不一致无疑是造成我国刑事司法“书本上的法”与“实践中的法”、学术研究与司法实践相脱节的重要原因之一。本文并非旨在全面批判或推翻“印证证明理论”,亦非否定印证在刑事司法体系中的积极作用,而是希望透过对印证本质的探寻摆正印证在刑事裁判乃至刑事司法体系中的位置。通过对印证学说所持见解的勘误,达到厘清概念混淆之目的。以此为基础,倡导学术界与实务界关注并深入研讨刑事证明、司法决策、裁判认知等相关议题。

[Abstract] The core proposition of corroboration theory, namely “corroboration is the mode/method of proof”, is an erroneous and misleading definition that causes confusions about such legal concepts as intime conviction and standard of proof. In fact, corroboration is not a mode or way of proof, but rather a method of evidentiary analysis, or a way of evidence review and evaluation. Corroboration theory cuts off the relationship between the evidence and the fact, which might trigger disputes over both legality and legitimacy. The effect of “evidence of evidence” does not guarantee the authenticity of the evidence, nor does it necessarily mean high proof. It does not even mean that the standard of evidence is satisfied or the burden of proof is released. Despite the integration of intime conviction, corroboration biasedly emphasizes objectiveness of judicial proof and denies the fact that the nature of judicial proof rests on the subjective aspect of fact-finding process and the fact-finders’ subjectivity.

(责任编辑:王雪梅)