

证据属性的中国法律之道

周洪波^{*}

内容提要 证据属性是证据法学的基本问题,在我国历来多有争议。我国较长时间里所肯认的学说是证据应当具有客观性、关联性(相关性)、合法性,但其在近年来遭到的批判甚烈,理论上表现出建立新学说的强烈欲望。新近的探索推进了理论的进展,然而,还有一些问题有待澄清。为此,需要阐明:明确证据的当前事实性,才能有效界分证据与待证事实,进而实现对证据相关性的问题聚焦;对证据相关性建构的事理原理及其运用的法律规导原理(法律许可的事理相关性)进行澄清,才能凸显证据相关性对于制度建构的根本意义,以及明晰我国“法律传统”对证据相关性理论的影响及其存在的问题。合理的证据属性理论在我国的现实化,不仅需要对一些既有证据规则进行新的阐释,还有必要对规则进行一些新的表达和拓展。

关键词 证据属性 当前事实性 证据相关性 证据规则

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.20221130.003

目次

- 一、引言
- 二、证据属性的理论之争
- 三、证据属性的理论去蔽
- 四、证据属性的法律展开之道
- 五、结语

^{*} 西南民族大学法学院教授。本文系2018年度国家社科基金一般项目“错案治理视野中的印证规则研究”(项目批准号:18BFX084)的阶段性成果。

一、引言

诉讼意义上的证据应当具有哪些属性,是证据法学的基本问题。在较长一段时间里,我国教科书广泛肯认的主流学说是一种“三性说”,即认为证据(应当)具有客观性、关联性(或相关性)、合法性。其中,客观性被奉为证据的根本属性,被视为在比较法视域中我国的法律特质之体现。正如有学者说:“从相当意义上说,诉讼证据的客观性特征是构建我国证据理论体系的基础,甚至是我国确立诉讼原则、设置诉讼程序的基石之一。”^①但近年来,证据属性的主流学说受到了不少质疑,诉讼法学教材和证据法学教材中关于证据属性的说法也明显趋于多样化。^②2012年《刑事诉讼法》的修改,将关于证据概念的原有表述“证明案件真实情况的一切事实,都是证据”改为了“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”,这种变化进一步激起了是否需要重塑证据属性之学说的理论关怀。然而,从新近的研究来看,对于如何表述证据属性仍有较大的分歧,既有对旧学说的(修正性)持守,也有多种新主张,目前还看不到哪一种表达可以成为新的趋势。

关于证据属性的新近研究有不少教益,其中,有学者力主相关性为证据的根本属性并应围绕其展开证据制度的建构,^③这种立场是值得肯定的,但相关论证还有待商榷。其他学说则遮蔽了证据相关性在证据属性中的重要地位。这些使得证据属性理论还笼罩着一些认知迷雾,阻碍了对证据属性的明晰,以及在此基础上推动我国法律改革的现实可能性。有鉴于此,本文力图祛除笼罩在证据属性方面的认知迷雾,阐明证据属性的基本原理,并以此观照我国法律应有的一些基本变革。

二、证据属性的理论之争

(一) 主流学说的持守与批判

传统主流学说对证据属性的基本看法是:证据的客观性,也称真实性、确实性,是指证据所反映或包含的内容是真实可靠的,证据的客观物质痕迹和主观知觉痕迹都是已经发生的案件事实的客观遗留和客观反映,是不以办案人员的意志为转移的客观存在,不是主观的想象、臆断或虚构。证据的相关性,是指证据与案件事实之间应当存在着必然的客观联系或实质联系,从而对案件事实有证明的作用。证据的合法性,也称法律性或许可性,是指证据的形式以及证据收集的主体、方法和程序应当符合法律的规定,并且证据必须经过法定的审查程序,才能作为定案的根据。^④值得注意的是,在这种理解中,客

① 张晋红、易萍:《证据的客观性特征质疑》,载《法律科学》2001年第4期,第105页。

② 参见张保生、阳平:《证据客观性批判》,载《清华法学》2019年第6期,第27-28页。

③ 参见阳平:《从客观性到相关性:中国证据法学四十年回顾与展望》,载《浙江工商大学学报》2018年第6期,第127-129页;前注②,张保生、阳平文,第51-57页。

④ 参见樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2001年版,第46-51页;陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2002年版,第143-149页。

观性和相关性实际上存在着交叉重叠,这就是,客观性既指证据本身是客观事实,也指证据与案件事实之间存在客观真实的联系。

尽管2012年《刑事诉讼法》的修改抛弃了将证据界定为“事实”的做法,但认为客观性是证据之本质属性的观点也仍被一些教科书所持守。其理由主要是:其一,虽说这意味着真假证据都是证据,但法律仍然保留了“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”这一规定,表明证据最终还是要讲客观真实性,从这个意义上讲,客观性仍然是证据的本质属性。^⑤其二,“可以用于证明”意味着新的定义更强调证据相关性的形式意义,即指证据与案件事实之间存在形式上的证明关系,但如果材料在形式上不相关,就不可以用于证明案件事实,因此,相关性仍是证据的本质属性;同时,客观性也是证据的本质属性,即定时时仍然要求查证确定证据应当具有实质的相关性,亦即证据与案件事实之间存在客观真实的联系。^⑥这些为传统学说辩护的论说,与之前的理解已经有所出入,即是从裁判时待证事实已经查清楚的情况下来理解证据的基本属性,但已不再像过去那样认为诉讼过程中未“查证属实”的“证据”就不是证据。

主流学说遭受的最大诘难,是证据的客观性问题。从20世纪90年代末开始至今,质疑将客观性视为证据基本属性的常见论说,主要有两种:一种是认为,证据既表现为物证、书证等客观性的证据,也表现为人证这种间杂客观性和主观性的证据,以及鉴定意见这种主观性的证据,将客观性作为证据的基本属性是以偏概全。^⑦另一种是认为,一方面,在诉讼过程中,在对证据进行调查时,案件事实还未得到判决确定,在这种情况下,证据是否为客观真实也就还不能确定;另一方面,即便在判决时对事实进行了确认,认为案件事实已经得到了证明,但也可能不一定符合客观事实,相应地,证据的客观性也不能完全确定。因此,将客观性作为证据的基本属性,与诉讼中运用证据之实际情况并不能够始终保持一致。^⑧这种论证,多是以言词证据、影音证据等对证明对象具有“反映性”的证据作为例证,认为在诉讼过程中即便判决作出了肯定性的事实认定,也可能不能完全确定证据能否真实“反映”待证事实,也就不能确定这些证据是否属实。

有学者为了彻底推倒主流学说的统治地位,力图从哲学的角度来进行更深入的批判。其基本论说是:“证据客观说”在我国的盛行,与我国在特定时代所接受的法学、哲学教育及传统上形成的司法理念有关。其存在的知识错误是,一方面,混淆了证据与存在、事实,误以为证据是对客观存在或事实的正确反映。本体论意义上的存在,是独立于经验的客观世界;因其与感知无关,“客观性”审查就无法通过经验来验证,法庭上的举证、质证都依赖于经验证明。事实是认识论上的经验判断,是主体对客体的经验把握,是真知之事;事实所真知之事,是被人的感官和思维所把握的那部分存在;本体论意义上

⑤ 参见陈光中主编:《刑事诉讼法学》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第161页。

⑥ 参见樊崇义主编:《证据法学》(第5版),法律出版社2013年版,第150-152页。

⑦ 参见张建伟:《证据法要义》,北京大学出版社2014年版,第134-137页。

⑧ 代表性的论述,参见何家弘:《让证据走下人造的神坛——试析证据概念的误区》,载《法学研究》1999年第5期,第111页;宋英辉、汤维建主编:《证据法学研究述评》,中国人民公安大学出版社2006年版,第164页。

的存在,未进入认识论领域,无所谓事实不事实。证据与事实有本质的不同,事实具有不变性,证据具有变动性;事实是整体,证据是片段;事实具有本源性,证据具有表征性;证据有真假,事实为真。另一方面,没有看到认识尤其是诉讼证明具有相对性。按罗素的观点,任何真理都是全体,任何部分事物都不十分真,以此而论,全体性的绝对真理超越了认识论的范围,经验性真理都具有相对性的特征。按休谟的观点,我们关于时间空间关系、因果关系等各种关系的知识都是盖然性的,因此,事实认定具有盖然性。^⑨另外,在司法价值理念方面,诉讼并不单纯追求事实认定的准确性,还注重和谐、效率等其他多种价值目标对真相追求的限制,这也使得事实的认定具有盖然性。目前人类还没有发明出检验证据客观性的标准,因此我们不能说客观性是证据的基本属性。^⑩

对证据属性之主流学说的代表性批评,还有两种:一种是认为,证据载体既有主观性,又有客观性,因此,客观性并非证据本身的内在属性,不是证据属性的独立方面,但客观性是相关性的一种内在特征。不过,不同学者对客观性的理解又有所不同。比如,有学者认为,客观性是证据与待证事实之间存在着不以人的意志为转移的客观联系。^⑪另有学者认为,客观性不是证据与待证事实之间的形而上的客观联系,而是一种解释意义上的初显的、假定的、可废止的决定关系,即解释“证据为何呈现为目前的样貌”,就首先要解释“事件是如何发生的”,将前者与后者关联起来是基于猜测而建立起来的解释关系。^⑫另一种是认为,主流学说的问题不仅在于不当地将客观性视为证据属性,更为要害的问题是其所言说的证据属性是一种静态的、平面的属性集合,缺乏一种层次性、过程化的视野,没有区分证据过程和证明过程,^⑬没有结合审查判断证据的不同阶段和程序结构进程来分析证据属性,^⑭不恰当地对证据属性进行了“简化”处理,难以对证据的实际运用发挥有效的指引和规范作用。

(二) 证据属性的新主张

关于证据属性的新主张,有代表性的学说大致可以分为三类:

第一类是,有些学者奉行“拿来主义”,直接采用域外的理论。不过,不同的学者有不同的理论偏好和取向。有的学者认为英美法系国家的证据理论和证据制度更为发达,更有助于权利保护和司法正义的实现,因而直接以英美法系的证据属性理论即证据的相关性和可采性理论来进行证据制度的分析。^⑮有的学者基于制度形态上我国与大陆法系国家具有相似性,因而援引大陆法系的证据属性理论即证据能力和证明力理论。^⑯

⑨ 参见[英]罗素:《西方哲学史》(下卷),马元德译,商务印书馆2019年版,第304、218页。

⑩ 参见前注②,张保生、阳平文,第32-51页。

⑪ 参见熊志海:《法律证据客观性研究》,载《探索》2002年第3期,第123-126页。

⑫ 参见徐舒浩:《基于决定关系的证据客观性:概念、功能与理论定位》,载《法学研究》2021年第5期,第175-192页。

⑬ 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139-143页。

⑭ 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72-80页;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125-130页。

⑮ 参见易延友:《证据法学:原则、规则、案例》,法律出版社2017年版,第102-118页。

⑯ 参见卞建林主编:《证据法学》,高等教育出版社2020年版,第145-146页。

第二类是,有学者在借鉴英美法系理论的基础上糅合大陆法系理论而有所创造性地主张,相关性是现代证据制度的基本原则,应以相关性替代客观性作为证据的根本属性,并认为证据属性包括相关性、可采性、证明力、可信性四个方面。相关性,是证据与待证事实之间的逻辑联系,指证据有助于证明事实存在可能性的属性;以“最小相关性”为检验标准体现的是证据法的准确价值,相关性规则有利于实现贯彻证据裁判原则的庭审实质化。可采性,是指具有一定资格的证据才可以被采纳,其是以相关性为必要条件,同时基于公正、和谐与效率等价值的关照而对证据采纳进行筛选和过滤的要求。证明力,是一种以相关性为基础的说服力,指证据对待证事实存在的可能性具有的证明作用及其程度;证明力意味着证据与待证事实之间的逻辑联系程度,是证据的相关程度或证明作用的指示器。可信性,是指证据或其来源可被相信的程度。^{①⑦}

第三类是,有些学者并不认为相关性是证据的根本属性,主张分层次来言说证据的属性。其中代表性的有三种说法:一是,有学者明确否定相关性为证据的根本属性,其认为,基于裁判者审查认定事实的两个步骤,所谓证据的“属性”,应分为作为采纳主要标准的关联性、合法性和作为采信主要标准的真实性、充分性。^{①⑧}二是,有学者认为,诉讼证明在知识论上可以区分为仅考虑证据本身的证据过程和考虑证据与待证事实的关系的证明过程,相应地,证据属性分为证据过程中的“证据效”之证据能力、证据力和证明过程中的“证明效”之证明能力、证明力。^{①⑨}这种学说中的“证明效”实质上针对的就是证据相关性,不过,并没有以相关性来言说证据的属性。三是,有学者认为,证据属性的一种层次体现是要素属性与结构属性,另一种层次体现是自然属性与法律属性。要素属性,是影响证据评价的基本要素或标准,包括具有平行关系的三个方面即相关性、真实性(或可信性)、合法性(符合公正、人权、和谐与效率等方面的法律要求)。结构属性,是程序进程的不同阶段的证据规则对证据运用的要求,包括具有递进关系的两个方面即证据能力(或可采性)、证明力(或证明价值)。自然属性,包括真实性或可信性、相关性;法律属性,就是合法性。在结构属性中,证明力是事实问题;证据能力是法律问题。^{②⑩}这种学说也是将证据相关性视为某个层次或某个阶段之中的证据属性之一,并没有将其视为根本属性。

三、证据属性的理论去蔽

(一) 通过重建证据的事实性聚焦相关性问题

在2012年修改《刑事诉讼法》之后,关于证据属性的已有诸种论说基本上皆认为证据不一定是事实(相应地,也不一定具有客观性),即便是修正的学说,也只是认为在

^{①⑦} 参见张保生主编:《证据法学》(第3版),中国政法大学出版社2018年版,第29-42页。

^{①⑧} 参见前注^{①④},何家弘、马丽莎文,第81-88页。

^{①⑨} 参见前注^{①③},张斌文,第143-152页。

^{②⑩} 参见前注^{①④},郑飞文,第126-137页。

定案时才要求证据为事实。因此,学界对证据的概念界定提出了多种替代性的学说。除了一些学者采用法律上所认可的“材料说”^{②①}之外,还有其他一些说法,如认为:证据是“证明案件事实的根据”^{②②};证据是“从证据载体中得出的,用来证明案件真实情况的命题”^{②③};等等。然而,不论关于证据的属性与概念界定存在怎样的分歧,已有论说基本上都分享着两个基本共识:一是对证据的所指有共同的理解;二是皆认为证据为事实的条件是其完全证明了待证事实。诸种学说的区别只在于,证据之为证据是否要以其是事实为条件。在笔者看来,既有学说的两个共识,其实皆为“误识”,即不当地理解了证据所指以及证据的事实性条件,没有正确反映诉讼证明的基本原理。这种误识造成的突出问题就是,阻碍了对证据相关性的问题聚焦。

证据属性以及证据概念的旧有学说无疑是有待讨论的,但是,应对之策不在于否定证据的事实性及其客观性,而是抛弃既有学说的两个基本共识,改变对证据所指的理解,相应地重建对证据之事实性的理解。按此,需要给出证据的大致定义是:证据是与待证事实(主张、判定)具有法律许可的事理相关性、摆在裁判者面前可直接观察的当前事实。^{②④}依此定义,概括地说,证据的属性有两个方面:一是独立性,即当前事实性。其指证据是裁判者可以直接观察的当前事实。虽然具有当前事实性意味着具有事实性和客观性(经验事实意义上,而非本体论意义上的),但并不能简单地以事实性或客观性来进行标识,因为,证据不只是事实,更是当前事实,而客观性不仅可以在多种意义上进行言说,而且证据此方面的属性和后一方面的属性都涉及客观性的评估。二是关系性,即相关性。从形式上说,相关性,就是证据与待证事实之间具有认知上的证明关系;从实质上说,可谓之法律许可的事理相关性,即证据与待证事实之间的推理证明关系是依据人们所掌握的事理知识来建立的,而且这种事理相关性要得到法律的许可。此两方面的证据属性,在判断上是否具有问题性是不一样的,因而其地位也是不一样的:证据的当前事实性意味着,证据是什么,在诉讼中对于裁判者以及其他诉讼主体而言是显见的,可以通过直接的观察而得到确证。因为已成过往的待证事实不能被直接观察,相应地,证据与待证事实之间的实际的因果关系常常就是不明朗的,亦即不能确定因果关系的判断是否具有客观性;也因此,如何对证据相关性的事理建构进行(预备性的)规范,就是证据法的基本任务,对证据相关性的具体判定,就是具体诉讼中的争议焦点。从问题性的角度来说,证据的当前事实性是不重要的,而证据的相关性是重要的,在此意义上可以说,后者是证据的根本属性,在讨论证据属性时应当将目光聚焦于其上。不过,也需要认识到,明确证据的当前事实性,才能够将证据与待证事实进行有效的区分,进而使问题能够聚焦于证据

②① 证据概念之“材料说”的较早出处,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133-135页。

②② 前注⑧,何家弘文,第111页。

②③ 张继成:《事实、命题与证据》,载《中国社会科学》2001年第5期。

②④ 对此证据定义的分析,参见周洪波:《修正的事实说:诉讼视野中的证据概念新解》,载《法律科学》2010年第2期,第88-100页;周洪波:《诉讼证据概念:“修正的事实说”重申》,载《浙江社会科学》2019年第6期,第54-65页。

的相关性,亦即明确证据的当前事实性,是凸显相关性是证据根本属性的必要知识前提。

对证据之所指及其事实性的两种不同理解,可以从两者对言词证据、影音证据等“反映性”证据的不同理解来进行说明。从各种既有学说的理解来看,只是把言词证据、影音证据等证据中“反映”待证事实的内容(言词、声音、影像等)视为证据内容,且认为只有当前者真实反映后者时,证据才为事实。与此不同的是,本文所界定的证据则是把这些证据中的言词、声音、影像等及其所依托的载体一起视为证据的内容,且认为,不论这些证据是否能够真实反映待证事实,都是客观存在的现象实在,是一种当前事实。比如,以证言为例,本文是把“证人张三在法庭上说:‘……’”或“一份证言笔录记载,证人张三说:‘……’”视为证据,而不是像既有学说那样仅把证人说话的内容当成证据。

与既有论说相比,本文的理解可能更为妥当,因为:其一,前者不能厘清证据与待证事实(要件事实或对其具有推论证明作用的间接事实或中间性事实主张)之间的区分,而后者则可以克服此问题。比如,就前述张三证言而论,当判断张三所说是否属实时,实际上是在判断张三所说之事是否存在,也就是在判断待证事实是否存在。按既有论说,这也是在判断证据是否为事实。因此,可以说既有论说不能有效厘清证据与待证事实之间的区分。按本文的界定,则可以明显区分作为当前事实的证据与已成过往的待证事实为不同存在的事实,分清判断对象的不同。需要特别说明的是,当证据的反映内容是推论证明要件事实的间接事实或中间性事实(主张)时,在一定意义上可以说其具有“证据性质”,^{②5}但因为其本身的真实性是需要推论证明的,所以,在本质上也是一种(派生性)待证事实,而不是证据。其二,既有论说对证据所指的理解,实际上是对本文所理解的证据进行了“离析”,即仅把张三所说的言词内容视为证据内容,而把“证人张三在法庭上说……”“一份证言笔录记载,证人张三说……”视为证据内容所依托的证据载体。为什么会有这种“离析”,深究起来,其观念逻辑应该是认为:“证据内容”是(可能或实际)来自于待证事实作用因素(如将证据视为来自于待证事实的信息等),而“证据载体”不过是前者所依托的外在环境而已。这种“离析”无疑是错误的,因为,如果说“反映性”证据是(可能或实际的)待证事实与外在环境共同作用而产生,环境的特征也对证据的证明作用产生着重要的影响。比如,反映内容所依托是张三还是李四,是人证还是录像设备等,都将影响证据的证明力。由此可以说,对于这些类型的证据,都应将其视为待证事实作用因与外在环境作用因“聚合”而共同造就的“复合物”,而不能仅把这种“复合物”中的部分摘出来视为证据内容,这样才能正确分析证据的证明机理。本文所界说的证据就是按一种“复合物”的观念来理解证据,能够有效服务于诉讼证明的分析。其三,域外证据法学理论,大多也持类似观点。即:一方面,就一般性理解而言,认为证据必

^{②5} 参见〔荷〕弗洛里斯·贝克斯:《论证、故事与刑事证据——一种形式混合理论》,杜文静等译,中国政法大学出版社2020年版,第43页。

须是裁判者可直接感知的当前事实。^{②6}另一方面,就言词证据而言,不是仅将陈述内容视为证据,而是将某人的特定陈述行为也视为证据。比如,“巴特勒作证,狱警们佩戴着防护手套”这一作为推理起点的证据性事实,指的就是可直接观察的作出特定陈述的作证行为,而不仅仅是陈述的言词。^{②7}

就证据所指的妥当性,还需说明的是:第一,事实是现象与语言的“复合物”,^{②8}事实有语言的陈述判断,证据事实的语言陈述判断,不是人证的陈述判断,而是诉讼主体尤其是裁判者对“摆在面前”的现象实在的陈述判断。就此而言,虽然言词证据中有人证的陈述判断,但其并不是对证据本身的判断,而是对待证事实的判断,在证据事实的意义上,其已经转换成了证据事实的现象一面,为诉讼主体尤其是裁判者所要观察和判断的言语现象。可以说,既有论说不注意人证的陈述判断在证据中的“位置”,多误把其看成言说证据的语言一面,是导致不能清楚区分证据与待证事实的重要原因。第二,不同意义上的证明对证据所指有不同的理解,将诉讼证据理解为摆在诉讼主体面前的事实,符合对诉讼证明的日常习惯理解。比如,在哲学认识论的证明上,一般将证成某一信念的所有依据,包括经验实在与信念等,都视为证据。^{②9}对于诉讼证明而言,按朴素的常识理解,是通过看得见的事实去推断认知看不见的事实,证据就是指可直接观察的现象事实。不过,证据并不是诉讼证明的唯一依据,另外的依据是事理知识,其并不被视为证据,而被视为在证据事实与待证事实之间建立推理桥梁的知识工具。有学者将这种经验知识称为“推论证据”。^{③0}这种说法将证据所指理解得过于宽泛,不符合日常的习惯认知。第三,主张相关性为证据之根本属性的论者,对证据客观性和事实性的批判,^{③1}按对证据所指的既有理解来说是可以成立的,但本文所理解的证据所指以及认为其有当前事实性则可以免于这种批判,因为,按既有理解的证据所指,当然不能说证据(一定)是事实,也不具有本体论上的客观性,但本文所理解的证据所指与前者不同,相应的事实性所指也不同;需要特别指出的是,证据与待证事实之间的关系并不是如论者所言的片段与整体的关系,而是不同事实之间的因果关系。另外,论者在对证明的推论过程进行示例分析的时候,也在言说作为推论起点的“证据性事实”,而所谓的“证据性事实”也就是本文所界说的证据(事实)之所指。^{③2}

明确证据的当前事实性,是为了促进对证据相关性的问题聚焦;这种聚焦,有利于

^{②6} 参见[美]特伦斯·安德森、[美]戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁:《证据分析》(第2版),张保生、朱婷等译,中国人民大学出版社2012年版,第118-120页;前注^{②5},弗洛里斯·贝克斯书,第15-16页。

^{②7} 参见[美]罗纳德·J.艾伦、[美]理查德·B.库恩斯、[美]埃莉诺·斯威夫特:《证据法:文本、问题和案例》(第3版),张保生、王进喜等译,高等教育出版社2006年版,第151页。

^{②8} 参见陈嘉映:《事物,事实,论证》,载陈嘉映:《冷风集》,东方出版社2001年版,第173-182页。

^{②9} 参见[法]苏珊·哈克:《证据与探究——对认识论的实用主义重构》(修订版),刘叶涛、张力峰译,中国人民大学出版社2018年版,第16-41页。

^{③0} 参见[美]亚力克斯·斯坦:《证据法的根基》,樊传明、郑飞等译,中国人民公安大学出版社2018年版,第111页。

^{③1} 参见前注^②,张保生、阳平文,第32-51页。

^{③2} 参见前注^{①7},张保生主编书,第32页。

促进对诉讼证明进行更为精准的分析。就此而言,需要道明的是:一方面,基本上可以说,关于证据属性的所有认识论分析,如证据的真实性或确实性、人证的可信性、实物证据来源的可靠性、证明力等,都可以化约或转化为证据相关性的分析。^{③③}之所以如此说,是因为诉讼证明的认知构造主要是一种溯因推理,是通过探查证据因什么原因而得以出现来证明,也就是通过证据与其原因之间的相关性来进行证明;质言之,证据相关性分析,是证据分析之本质所在。展言之:其一,通常所说的对证据是否属实或确实的判断,实际上是对证据与待证事实之间的相关性是否真实的判断。比如,对证据之言词、声音、影像是否真实的判断,实际上就是在判断证据与待证事实之间是否存在真实的反映关系,也就是在判断证据是因待证事实的存在或发生而生成,还是因其他行为的存在或发生而生成。其二,人证的可信性判断,也可转换为相关性的判断,即什么样的原因(事实)使得证人是可信的。其三,实物证据来源可靠性的判断,也就是判断实物证据在多大程度上是来源于待证事实的作用效果,因而在本质上也是相关性的判断。其四,证明力的强弱问题在本质上是相关性的程度大小问题,而且,对于证明作用强弱的分析,相关性比证明力具有更强的问题聚焦性。证明力既与证据的内容有关,也与证据的相关性有关,前者是显见的,而有多大的相关度则是不显见而易被争议的,诉讼证明最终要聚焦于有多大的相关度的判断。有学者指出,证明力大小,在根本上就是证据相关程度的大小,^{③④}这一见解无疑是切中肯綮的。不过,需要说明的是,这并不意味着必须抛弃“证明力”这一分析工具。人们之所以常常使用“证明力”这一词语,是因为其对诉讼证明的说明较为形象。另一方面,肯定证据是(当前)事实,并不像通常所认为的那样就无法解释证据的调查核实要求和伪证现象。实际上,所谓的调查核实,并不是调查证据是不是事实,而是调查证据与待证事实之间的相关性是否属实;故意的虚假陈述、伪造的书证等伪证,仍然存在当前可直接观察的证据事实,所谓“伪”,不是证据本身不是事实,而是使用证据或提供证据的人意图在证据与待证事实之间构建的因果关系是虚假的。^{③⑤}

(二) 证据之事理相关性及其合法性原理澄明

证据的相关性是一种二阶的复合构造。一阶是事理相关性,即在认识论上运用事理在证据与待证事实之间建构推理证明关系。这种相关性大致对应于通常所说的“逻辑相关性”。二阶是法律许可的事理相关性,即事理相关性的建构要受到法律的规导,证据的相关性是得到法律许可的事理相关性。法律许可的事理相关性,也可以简称为法律相关性。就此而言,威格摩尔提出“法律相关性”这一说法是有积极意义的,尽管这一概念的妥当性也受到了一些学者的质疑。^{③⑥}按属性而论,证据的相关性包含事理相关性和

^{③③} 有学者也提出过类似观点。See David S. Schwartz, *A Foundation Theory of Evidence*, Georgetown Law Journal, Vol.100:95, p.134-140 (2011).

^{③④} 参见张保生、王进喜等:《证据法学》,高等教育出版社2013年版,第28-29页。

^{③⑤} 参见刘帅:《理想状态原理下的证据属性问题研究——证据法基本语词辨析暨证据分类新解》,载《中国刑事法杂志》第2013年第2期,第80页。

^{③⑥} 参见郭志媛:《刑事证据可采性研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第13-18页。

合法性两个方面。

第一,在证据相关性的知识建构方面,应当说明证据相关性建构的知识工具及其基本类型。既有论说的主要问题是:首先,对证据相关性的知识建构工具的说明或是缺乏,或是较为形式化、主观化。主流学说是以证据与案件事实之间客观的、实际的联系作为证据相关性的标准;这种学说给人的感觉是以“上帝之眼”来观察证据的客观相关性,没有论及如何进行判断,自然没有提供分析建构证据相关性的知识工具。新的学说多是以“有逻辑联系”或“有证明作用”来言说,以“最小相关性”标准,将相关性(证明力)的大小交由裁判者自由评价;这些说法都比较形式化、主观化,实质性的指导不多。有学者以“解释性的初显决定关系”来说明证据相关性,以“猜想”来建构证据与待证事实之间的相关性;^{③7}论者本意是要强调证据相关性具有一定的客观性,但“解释性”“猜想”却都是较为主观性的说法,也看不出明确的知识依据。其次,对证据相关性的事理建构的知识类型的理解较为局限。典型表现是:其一,多是仅在“最小相关性”的意义上来理解相关性。尽管力主相关性为证据之根本属性的学者也认为证据有相关度的大小,但还是习惯以证明力来进行替代性的表达。其二,多是在可能或实际为“案件痕迹”的意义上来理解相关证据的范围。值得特别指出的是,认为证据与待证事实是片段与整体的关系这种观念,^{③8}潜在的意识也是按此来理解相关证据。即便有个别学者指出不能局限在这个范围来理解证据的相关范围,但也是语焉不详。^{③9}

在这方面,需要阐明的是:首先,宜以“事理”来言说证据相关性的知识建构工具。事理,是指事实与事实在现象实在层面之间相互影响、相互作用的关系原理,是建立事实与事实之关系的认知桥梁的知识依据,是将各种证据性论证黏合在一起的“胶水”。^{④0}对此需要特别予以说明的是:其一,在分析证据相关性的建构或评价证明力或证据分量的知识工具的时候,理论上往往也会以“知识库”^{④1}或“经验法则与逻辑”^{④2}来进行言说,比较起来,事理的表达更具有具体性和实质性。“事理”的表达直接显明的是认知对象一面,而其他的表达直接显明的是主体认知一面。“事理”与“事实”都体现了判断的经验来源,前者为现象之间的关系之理,后者是特定的现象,二者都体现了一定的判断客观性,在概念逻辑上也有更强的匹配性。其二,作为建构证据相关性的知识工具之事理,是限于特定时空中的“普通命题”,而不是超越时空的“普遍命题”。^{④3}前者与后者的不同是,前者既有或然性的也有必然性的,而后者都是或然性的。哲学上所说的没有“绝对真理”,一般就是指的后者。特别强调这一点,可以纠正一种流行的理论观点,即通常以

^{③7} 参见前注^⑫,徐舒浩文,第175-192页。

^{③8} 参见前注^②,张保生、阳平文,第34页。

^{③9} 参见前注^⑫,徐舒浩文,第189页。

^{④0} 参见前注^{②⑤},弗洛里斯·贝克斯书,第43页。

^{④1} 参见前注^{②⑥},特伦斯·安德森等书,第355页。

^{④2} 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册,总论编),中国人民大学出版社2005年版,第356页。

^{④3} 关于两种命题的比较分析,参见金岳霖:《知识论》(下册),商务印书馆1983年版,第836-837、872页;彭漪涟:《事实论》,上海社会科学出版社1996年版,第145-150页。

后者来说明诉讼证明的性质,从而认为所有诉讼证明结论都是或然性的。

其次,证据相关性建构的基本知识类型区分主要是:其一,从证据与待证事实在现象层面的事理关系类型区别来看,证据相关性可以区分为实质的相关性与辅助的相关性。实质的相关性,是指证据与待证事实在事理上可能或实际的生成关系,即前者可能或实际为后者之现象实在曾经存在或发生而生成的痕迹事实。辅助的相关性,是指作为证据的生成原因的事实虽然不是待证事实,但其与待证事实在事理上存在着可能或实际的引起与被引起的关系。^{④⑤}这种区分的意义在于呈现,因为实质证据的证明能力与辅助证据有着明显的区别,即后者不具有实现必然真实的证明能力,因此,在法律规定和司法实践中都更为重视证据的实质相关性,而对辅助证据的运用则限制较多,我国基于证明标准的特有理解更是基本否定辅助证据的法律地位。其二,从证据的个别判断和整体判断的区别来看,证据相关性可以区分为孤立的相关性与综合的相关性。前者是指孤立地看某个证据与待证事实之间的相关性;后者是指将某个证据放在整体的证据情形中来评价的证据相关性。这种区别的意义在于呈现,证据的相关性是随着其所处的证据情景而变化的,证据准入资格的排除(禁止)规则是以对前者的评估为依据,在事实判定时则以对后者的评价为依据。其三,从相关性判断的“深浅度”不同来看,证据相关性可以区分为概括的相关性与具体的相关性。前者一般以相关性的有无而论,是指对证据进行初步审查,概括地判断其与待证事实有无事理上存在联系的可能;后者是具体的相关度,是指对证据进行实质审查,具体地判断其在事理上指向待证事实的可能性大小。这种区分的意义在于呈现,前者就是英美法系所理解的证据相关性即“最小相关性”的实质所指,后者就是大陆法系所说的证明力和英美法系所说的证据分量的实质所指。其四,从判断是否明显来看,证据相关性可以区分为明显的相关性与模糊的相关性。前者是指在判断上容易形成共识的相关性;后者是指在判断上容易产生分歧的相关性。众所周知,相关度大小或证明力强弱的判断常常会出现后一种情形,但往往没有注意到“最小相关性”的判断也是可能出现这种情形的。^{④⑤}这种区分的意义在于为如何划定证据评价的裁量判断(自由心证)权范围提供理论支持,即前一类型的相关性判断一般要限制裁判者的自由心证权,而后一类型的判断则不然。

第二,在证据相关性的事理建构的合法律性方面,既需要统观各国法律制度规定来梳理证据相关性之事理建构的法律规范类型,也需要解析法律规范的制度语境差异性。既有论说存在的主要问题是:首先,对证据相关性的法律规范类型的理解较为局限。传统学说的理解最为局限,基本上只是局限于在不符合其所言的“合法性”(证据形式和收集的主体、程序的合法,以及经过了法定的法庭调查程序)时对证据的排除和限制性使用。新学说多是从可采性或证据能力的角度来言说相关性的法律规范,在证据排除与限制使用的考量因素方面比传统学说要更为宽泛,包括了准确、公正、和谐和效率等兼顾

^{④⑤} 参见周洪波:《实质证据与辅助证据》,载《法学研究》2011年第3期,第158-164页。

^{④⑤} 参见[美]约翰·W.斯特龙主编:《麦考密克论证据》(第5版),汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第57-58、161页。

促进真实发现和保护其他法律价值的考量。^{④6}总体上看,既有学说似乎没有明显地意识到,除了可采性与证据能力具有法律性与认识论的双重特征之外,其所谓的“相关性”也有法律的阴影,所谓的真实性、可信性、充分性、证据效、证明效、证明力等证据属性,在证据准用资格意义上都是既涉及相关性又同时涉及法律规范。另外,既有理论尤其缺乏对证据相关性的裁判规则的关注。其次,对证据相关性之法律规范的制度语境差异性还存在一定的认知盲区。典型的表现如:其一,既有理论似乎多认为按“最小相关性”来理解证据相关性是纯粹的认识论要求,而没有特别注意其实际上是基于特定的制度语境而形塑的法律理解。其二,基本上没有关注到,我国对证明标准的特有理解传统对证据相关性原理产生的重大影响,如对相关证据范围的狭窄理解,不关注相关性的心证规则等。对此有两个方面需要阐明:

首先,证据相关性建构的合法律性,主要表现为两种规则类型,一是规定证据在什么条件下可以为法律许可而用的资格规则,二是认定前述资格条件的裁判规则。证据的事理相关性及其法律规范的意涵在司法适用中并不都是一清二楚的,而常常会产生争议,所以,关注其裁判规则,才能构成对证据之法律属性的完整理解。前者可以称为证据合法律性的实质规则,后者可以称为证据合法律性的形式规则或裁判规则。其一,证据合法律性的实质规则,主要表现为以下几种:(1)证据相关性建构的阶段化程序规导规则。这就是,从一些重要的程序节点来考量证据的准用资格条件。从具体的诉讼制度来看,主要关注的是庭审的准入节点和事实认定的裁判节点,相应地,证据资格的基本类型主要就是庭审的准入资格和作为认定事实的裁判依据资格。这两种资格的区分,主要服务于强调进行庭前程序与庭审程序区隔的案件诉讼,在当代各国诉讼中,基本上都强调这种区隔。(2)证据相关性建构的事理知识形态的“援引”与“选择定型”规则。无论是庭审准入资格,还是判决依据资格,都要以一定的事理知识形态为标准。一方面,是否符合某一标准,其判断依据来源于事理知识,因此,法律要“援引”事理知识来提供支持。有学者指出,“证明原则”为证据法提供许多潜在原理,^{④7}实质上讲的就是这个道理。另一方面,证据的事理相关程度有多种,以哪种程度类型作为证据资格的认识论条件,法律则可以进行“选择定型”。就此而言,作为庭审准入资格的“最小相关性”,以及事实认定裁判依据资格所对应的“排除合理怀疑”“内心确信”“证据确实、充分”“高度可能性”等证明标准,既具有认识论的内涵,也有法律的属性。(3)对证据建构之事理相关性的阻断规则。如品格排除规则、传闻/传来排除规则、非法证据排除规则、作证特免权规则等。这类规则旨在,对一些本来有事理相关性的证据,或是基于促进实现真实目标(防范证据可能被过高评价、滥用自由心证权的认知风险)这种内部政策,或是基于保护其他诉讼价值(规范侦查权力、保护权利和社会利益等)这种外部政策,而排除或禁止对其的使用。^{④8}(4)证据建构之事理相关性的附条件肯定规则,即要求某些证据只有在

^{④6} 参见前注②,张保生、阳平文,第51页。

^{④7} 参见前注②6,特伦斯·安德森等书,第386页。

^{④8} 内部政策与外部政策的区分,参见陈朴生:《刑事证据法》,三民书局1979年版,第151页。

形成某一种证明状态或证据条件的前提下才允许提交。这主要就是通常所说的附条件相关性规则、有限关联性规则或铺垫规则。比如,实物证据的附条件使用规则,即对实物证据的来源、保管过程进行证明之后,才能提交实物证据。另外,如果说证明力的判断本质上也是对证据相关性(程度)的判断,那么补强证据规则也属于这类规则,即某些言词证据作为定案根据的条件是能够得到其他证据的补强。这类规则主要是为了避免某些证据的相关度(证明力)被过高评价的认知风险,以及在促进真实与追求其他诉讼价值之间进行动态平衡。(5)认定事实的证据相关性或证明力的法定化规则。典型的法律推定规则。这类规则旨在降低证明的难度或控制自由心证权导致的认知错误风险。其二,证据合法律性的裁判规则,主要表现为三种:(1)裁判者的主体资格规则。这类规则旨在实现裁判者的中立性、公正性和认同性。如案件分配制度、回避制度、裁判事项区分制度(如区分事实审和法律审,并相应地规定由不同类型的人员来进行审判)等,就是这种规则。(2)事实认定的议事规则。这就是,为了避免会议时各成员之间的不当影响而设置一定的议事程序。比如,规定按年龄大小、专业与非专业的区分来安排发言顺序等。(3)自由心证裁判权的赋予和限制规则。一般说来,在相关性判断具有模糊性的情况下,会赋予裁判者自由心证权,相反,在判断是否符合某一法律标准有明显性的情况下,则排除自由心证权的行使,允许对有违判断标准的裁判进行救济。

其次,认识论具有普适性,但法律规范却有语境性,^④因此,对证据的事理相关性建构的法律规范也会有制度语境的差异性。在这方面值得特别指出的是:其一,英美法系与大陆法系具有诉讼模式、裁判制度的差异(比如,刑事诉讼上前者为当事人主义模式,后者为职权主义模式;前者视陪审团审判为重要的裁判制度,而后者则不然等),因此,前者的证据相关性制度注重庭审准入的相关性控制,而后者则注重判决的相关性控制。这种区别的制度表现就是,前者的基本制度是可采性制度,而在判决上注重保障裁判者的自由心证权(如陪审团裁决无需说理);后者对证据能力的规范虽然与前者的可采性制度类似,但其并不特别在意是在庭审准入阶段还是在判决阶段发挥作用,而是更注重通过裁判理由制度、复审制度等对裁判者的裁判权进行制约。从证据属性的实质规则来看,前者呈现为“严进宽出”的制度模式,而后者呈现为“宽进严出”的制度模式。^⑤这种差异体现在证据属性理论上,就是前者关注证据可采性,并对内含于其中的证据相关性按“最小相关性”来进行理解;^⑥而后者则特别关注证据的证明力(相关度)。不过,值得注意的是,在英美法系国家,随着陪审团制度运用的式微,对事实认定的裁判权规范越来越受到关注,因此,理论上越来越关注与裁判权规范有关的证据分量或证明力问题。^⑦

^④ 参见前注^②,苏珊·哈克书,第339-340页。

^⑤ 参见周洪波:《证明标准视野中的证据相关性——以刑事诉讼为中心的比较分析》,载《法律科学》2006年第2期,第90-94页。

^⑥ 参见[美]罗纳德·J.艾伦:《艾伦教授论证据法》(第3版,上),张保生、王进喜等译,中国人民大学出版社2006年版,第126页。

^⑦ 参见前注^②,特伦斯·安德森等书,第327-345页。

其二,我国对证明标准的独特理解传统与诉讼构造传统,极大地影响了证据相关性原理方面的理论逻辑与制度逻辑(司法现实逻辑另当别论)。典型的表现就是:(1)“客观真实”(必然真实)证明标准使得我们习惯于将相关证据局限于实质证据的范围,也使得与其他国家表面相似的证据规则在实质意涵上却有重大的差异(后文详论);(2)按照“客观真实”的标准,在起诉时事实就应该是一清二楚的。另外,在刑事诉讼中较长时间以来负责不同阶段的公、检、法习惯于信赖式的“流水作业”,因而对审判中证明的过程性和阶段性没有明显的需求,相应地,对证据相关性建构进行过程性、阶段性规范的需求就不强;(3)“客观真实”的标准在判断上不仅具有明显性,而且是刚性的,因此,谁来裁判并不重要,自由心证权制度空间也较小,证据属性的裁判规则就难以受到关注。毫无疑问,“客观真实”因其难以在多数的具体证明中实现而不适合作为一般性的诉讼证明标准,庭审的实质化也应当强化,相应地,证据相关性原理之合法律性的具体规则也应作出调整。法律的改革存在着学习和借鉴,但必须充分关照到制度语境的限制;虽然证据的相关性理论主要由英美法系的理论所阐发,但并不宜简单地搞“拿来主义”。

四、证据属性的法律展开之道

证据属性的探讨,应当结合具体的证据规则来进行,这样才能使证据属性理论“接地气”,产生实际的生命力。在这方面,已有论说有一定的欠缺。从以上对证据属性原理的解析来看,我国的现有证据属性规则体系存在着一些问题,需要对现有规则进行一些新的阐释,也有必要进行一些新的表达和拓展。因篇幅所限,在此摘其要简述之。

(一)“证据”的法律界定与意涵

就证据的当前事实性而言,需要解析的是有关证据本身的法律界定,以及对与证据查证要求有关的表述。

在我国的三大诉讼法中,只有《刑事诉讼法》第50条对证据本身是什么进行了界定。如前所述,这方面的法律表述有前后的变化。在一定意义上说,原本将证据界定为事实并没有问题,法律表述的变化是因为对证据所指的理解上存在问题。另外,对证据的界定,必然关涉证明对象,将证明对象表述为“案件事实”是不够严谨的。对当前的法律表述,可以有三种处理方法:一是维持现有的表述,但将其中的“案件事实”理解为待证事实,将“证据”解释或实际理解为证据材料。二是重新改回原来的表述,并将其中的“案件事实”理解为待证事实,或直接表述为“待证事实”。三是取消对证据本身的界定,而在法律规则中直接使用“证据”一词;我国的《民事诉讼法》《行政诉讼法》都没有对证据本身是什么进行界定,但并没有因此给司法造成不便,说明此方法也是可取的。

既然证据本身是事实,那么就需要对“证据查证属实”“证据确实”“伪造证据”以及类似的法律表述是否必要和妥当进行解析。代表性的法律表述如:《刑事诉讼法》第50条之“证据必须经过查证属实”,第55条之“据以定案的证据均经法定程序查证属

实”;《民事诉讼法》第63条之“证据必须查证属实”;《行政诉讼法》第33条之“以上证据经法庭审查属实”。《刑事诉讼法》第55条、第160条等之“证据确实、充分”。《刑事诉讼法》第44条、第54条等之“伪造证据”;《民事诉讼法》第111条之“伪造、毁灭重要证据”等;《行政诉讼法》第59条之“伪造、隐藏、毁灭证据或者提交虚假证明材料”等。《刑事诉讼法》第44条、第61条等,以及《民事诉讼法》第112条、《行政诉讼法》第59条之“作伪证”。前已指出,查证属实和伪造的事项,并不是证据本身的事实性,而是证据与待证事实之间的相关性。在此意义上可以说,这里提及的法律表述,不过是一种省略式的表述。依从于表述的习惯和简便,无需对这些表述进行修改,但需要在解释学上明确其实际的意涵。

(二) 证据相关性的实质规则

第一,我国基本上区分了证据的庭审准入资格与定案准用资格,但这种区分主要适用于需要庭审实质化的案件类型,而不具有程序的“普适性”。

一般认为,基于《刑事诉讼法》第50条、《民事诉讼法》第63条(“证据包括:……证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据”)、《行政诉讼法》第33条(“证据包括:……以上证据经法庭审查属实,才能作为认定案件事实的根据”),以及司法解释中的“认定案件事实的根据”“认定案件事实的依据”等表述,我国已经在区分了庭审准入资格和定案资格的基础上对证据的运用进行规范。普遍认为,没有必要以现有法条所区分的证据种类作为证据准用资格的条件限制。这种看法是应当肯定的,法律所设定的证据种类以证据(载体)之现象存在的特定形式作为基础,然而,具有证明作用的“证据”在现象存在形式上却可能是纷繁多样、多变的,所以,当前的证据种类对证据准用资格的限制就是不恰当的“画地为牢”。可以说,区分证据的两种资格,适应于通过庭审实质化调查而认定事实的普通审理程序之需,但并不需要在所有程序中都强调这种区分。质言之,在简易程序、速裁程序等庭审功能弱化的程序中,这种区分的意义都会减弱。在证据相关性的准用把关上,是应该取“严进宽出”模式,还是“宽进严出”模式,或是适当平衡,还需审慎对待。

第二,就基于证据准用资格对证据相关性建构的事理知识形态的“援引”和“选择定型”而言,需要解析相关证据的范围、证据准用相关性/相关度的法律问题。我国法律中,对证明对象、证明标准的理解对此有着重要的影响,需要进行一些调整。

一是,对相关证据范围的习惯理解较为局限,需要进行拓展。一方面,对证明对象的理解局限使得一些本应当为“证据”的未被列入证据的范围,进而导致对证据不能进行有效的调查和审查。《刑事诉讼法》第59条规定,法院可以要求侦查人员和其他有关人员就证据收集情况“出庭说明情况”;第192条规定,“人民警察就其执行职务时目击的犯罪情况作为证人出庭作证”适用一般证人的规定。结合这两条来看,意味着“出庭说明情况”不是作证,侦查人员关于犯罪事实的陈述才被视为证人证言。这种理解,实际上就是源于未将对实体法事实具有辅助证明作用的程序事实作为证明对象(另外,也许

还与保护警察尊严的考虑等有关)。这在司法实践上造成的后果就是,“出庭说明情况”往往沦为侦查人员的自说自话,而不能按证人调查的方法来审查其真实性。为此,应当作出的观念转变是,在对实体法事实进行证明时,在需要的情况下也明确证据收集、保管等程序事实的辅助性证明对象地位,进而将侦查人员对程序事实的证明按证人作证来进行规范。另一方面,因为在较长一段时间里三大诉讼法都将证明标准理解为一种不可错的“客观真实”,导致对相关证据范围的理解存在局限,使得一些法条在表面上看起来很“普通”但实质上却有独特的意涵。如果按“客观真实”来理解证明标准,证据范围一般局限于实质证据。^{⑤③}从司法解释来看,刑事诉讼法因为有“结论具有唯一性”这种表述,其一般性的证明标准应该还是维持了“客观真实”这种传统要求;尽管民事诉讼法因为2001年实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)许可法官进行证明力大小的权衡而摆脱了“客观真实”标准的法律拘束,但从具体的证明方法来看,这种标准仍然是一种幽灵般的存在。因此,《刑事诉讼法》第50条的规定、第62条的规定(“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务”),《民事诉讼法》第72条的规定(“凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证”)等,这些条文的实质逻辑都是有意无意地从实质证据的意义来理解证据,这使得我国在证据范围和证人范围的理解上都有很大的局限。毫无疑问,即便是在利害攸关的刑事诉讼中,都不应当将必然真实作为一般性的证明标准,相应地,应当在证据同时包摄实质证据与辅助证据的情况下来理解这些条文,同时,在此基础上展开辅助证据的运用规则体系建构。

二是,在证据准用的相关性/相关度方面,司法解释中有“关联”词汇的一些规定,以及《刑事诉讼法》第50条和证明标准方面的规定需要明晰。需要阐明的是:(1)在司法解释中,表达证据相关性的“关联”词汇在多种意义上使用。有意味着庭审准入之最小相关性的“可能有关联”这种表达,如《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《刑事诉讼法解释》)第85条;也有意味着定案根据之真实相关性的“能够反映案件真实情况,与待证事实相关联”这种表达,如《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》(以下简称《民事诉讼法解释》)第104条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《行政诉讼法解释》)第42条;还有意味着相关程度大小的“关联程度”这种表达,如《刑事诉讼法解释》第139条。对于这些词汇应该如何理解,主要看其是庭审准入要求还是定案根据要求,如是前者,宜理解为“最小相关性”(如《民事诉讼法解释》第121条、《行政诉讼法解释》第39条);如是定案根据要求,则还要结合法律规定的证明标准来理解。(2)不少论者认为,《刑事诉讼法》第50条的“可用于证明”与《美国联邦证据规则》第401条的规定在实质的规范意涵上是相同的,都意味着是一种“最小相关性”的要求,然而,实际上前者并不如后者那样明确。后者规定,“相关证据”是“证

^{⑤③} 参见前注^{④④},周洪波文,第157-174页。

据具有某种倾向,使决定某项在诉讼中待确认的争议事实的存在比没有该项证据时更有可能或更无可能”。而“可用于证明”并没有具体的法律界定。但正如威格摩尔提出“法律相关性”这个概念所显示,庭审准入的相关性并不当然就应该是一种最小相关性,而是可以设置特定的法律要求。^{⑤4}因此,对于我国的庭审准入的相关性程度要求,即便在《刑事诉讼法》中,都还存在一个法律解释的空间;借鉴其他国家的立法,可以解释为“最小相关性”。《民事诉讼法解释》第121条规定:“申请鉴定的事项与待证事实无关联,或者对证明待证事实无意义的,人民法院不予准许。”《行政诉讼法解释》第39条规定:“当事人申请调查收集证据,但该证据与待证事实无关联、对证明待证事实无意义或者其他无调查收集必要的,人民法院不予准许。”这可以理解为对庭审准入的相关性要求,也可以按“最小相关性”来进行解释性的规范。(3)证明标准决定着定案根据准用的证据相关度大小要求,在这方面,刑事诉讼法和行政诉讼法都还有待进一步明确。2012年《刑事诉讼法》修改引入“排除合理怀疑”这一词汇之后对证明标准的实质要求产生了很大的分歧;如前所述,从司法解释中有“结论具有唯一性”这一表述来看,仍然意味着是“客观真实”的要求,但这种过高的标准拘束是需要破解的。^{⑤5}行政诉讼法中,关于证明标准只有“事实清楚”这种可以有多种理解的抽象表述,可考虑以“合情的事实确信”对其进行解释明晰。

第三,就基于证据准用资格而对本有事理相关性之证据而设置的排除(禁止)规则而言,在我国基本上一直是按“客观真实”这种证明标准所形塑的认识论逻辑和思维模式而展开,这种法律状况需要予以改变。

受“客观真实”这种证明标准所形塑的认识论逻辑和思维模式主导,我国的证据排除规则在两个方面呈现出独特的比较法特征:一方面,证据排除规则较少,主要体现为实质上没有基于防范滥用自由心证权、证据被过高评价的认知风险这种内部政策的排除规则。从应然的角度来说,在“客观真实”这种证明标准的语境中,事实的认定无疑没有滥用自由心证权、证据被过高评价的认知风险,相应地,就没有必要制定防范认知错误风险的内部政策规则。这就可以理解为什么我国没有前科、品格证据等的排除规则,因为在“客观真实”的语境中,前科、品格等因其证明力局限而本身就不被视为证据。人们往往认为我国法律要求原则上应当提供“原件”“原物”的规定(如《刑事诉讼法解释》第84条、《民事诉讼法》第70条等)是一种传来证据排除规则,但其实不然。传来证据排除规则的意思是,在存在自由心证的制度语境中,因为这类证据的相关度(证明力)可能被过高评价,因而将其排除。然而,我国的提交原件、原物规则的实际逻辑与前者并不相同,这种限制只是为了减少核实传来证据之真实性可能导致的程序复杂性,而不是为了避免其相关度被过高评价的风险,因为其是否被采用不是依凭裁判者的自由心证,

^{⑤4} 参见前注^{⑤3},易延友书,第117-118页。

^{⑤5} 参见周洪波:《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》,载《中外法学》2014年第2期,第433-445页。

而是要看其是否能够达到“客观真实”的证明标准要求。按理说,我国的民事诉讼法从2001年起已经在法律上明确承认了可以按“相对真实”标准判案,但在具体的证明方法上仍然没有摆脱“客观真实”所形塑的认识论逻辑和思维模式,因此,还没有制定内部政策规则。另一方面,不太在意将排除规则设定在庭审准入资格中还是在定案根据资格中,即并不强调在庭审准入这个程序节点进行证据排除的审查。即便法律上有提倡在庭前会议和庭审一开始审查非法证据排除问题之意,但并没有形成一种刚性的规则。如有学者所言,证据排除的审查呈现为一种“扁平化的线性特征”。^{⑤6}对此,很多学者都表示出了明确的忧虑,即认为这会导致证据排除的实际效果不好,即表面上(应当)被排除的证据因被裁判者见到了,从而实际上对裁判者的内心判断产生了实质性的影响。从司法实践来说,这种担心是有现实性的,但是,从制度逻辑上来说,却属“杞人忧天”——因为,如果严格依照“客观真实”的要求而认定事实,就没有自由心证的权力,也就不可能有应当排除的证据产生实际心证影响的“暗度陈仓”之举。毫无疑问,司法中多数案件都不可能实现“客观真实”的证明,也未按此标准定案,裁判者进行自由心证以及使用辅助证据是一个客观的事实状态。因此,正确的做法是“勇于面对现实”,明确“相对真实”的证明标准地位及其认识论逻辑,认识到对自由心证权进行规范的现实意义,一方面对内部政策的证据规则进行布局,另一方面明确将证据排除规则主要设置为庭审准入的证据资格条件。

第四,我国似乎有一些基于证据准用资格而设置的证据附条件准用规则,但其内在的规则逻辑也存在着一一定的比较法差异,应当在明确“相对真实”这种证明标准的制度前提下来建构这类规则。

在我国的法律中,与域外的附条件相关性规则表面类似的规则有三类:一是物证、书证作为定案根据以查明证据的收集、保管、来源等为条件的规定。比如,《刑事诉讼法解释》第77条规定“……材料来源不明或真实性无法确认的,不得作为定案的根据”。另外,《民事证据规定》第21条、第23条,以及《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行政诉讼证据规定》)第16条、第19条等,也有相关规定。二是补正与合理解释规则。这就是,《死刑证据规则》《刑事诉讼法》《刑事诉讼法解释》中关于瑕疵证据与违反法定程序的物证、书证等未得到补正或合理解释的情况下不得使用的规则。三是印证规则。比如,《刑事诉讼法解释》第87条、第91条、第93条、第96条、第140条、第141条、第143条等关于以“印证”作为证据成为定案根据要求的规定,以及《行政诉讼证据规定》第58条等,都有“印证”方面的规定。许多学者认为,第一类和第二类规则的实质精神与《美国联邦证据规则》第104条的附条件关联性(可采性)规则、第105条的有限关联性(可采性)规则、第901条的验真辨认规则一致,^{⑤7}而第三

^{⑤6} 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180-181页。

^{⑤7} 关于《美国联邦证据规则》的介绍,可参见前注^{⑤6},易延友书,第114-116、426-445页。

类规则等同于域外的补强规则^{⑤8}。但它们在表面相似的背后,仍存在着规则逻辑的差异。在“客观真实”的制度语境中,这种证明不需要专门的证据规则规定,这是当然的要求,而且,也无需强调证明的先后次序,关键在于证据相互之间最终的佐证和印证,并形成唯一结论。对于某些证据需要补正或合理解释的规定,也是因为其在未得到补正或合理解释的情况下,就不可能达到“客观真实”这种证明标准的要求。而《美国联邦证据规则》中的附条件相关性、有限相关性规则,突出特点是强调证明的先后次序和证明对象的限制,其主要的目的在于限制自由心证权,避免在允许按“相对真实”证明标准认定事实的情景下实物证据、品格证据的证明力被过高评价。印证规则与补强规则的相同之处是“孤证”不能认定事实,不同之处是二者要求的证明程度是不一样的:前者是派生于“客观真实”这种证明标准的证明方法要求,后者并不要求达到这种证明标准,其旨在对“相对真实”的证明标准语境中的自由心证权进行限制。从比较分析来看,我国在这方面的证据规则需要在明确“相对真实”这种证明标准的制度前提下,从控制自由心证权、认知错误风险的角度来进行调整性推演。

(三) 证据相关性的裁判规则

就证据之事理相关性及其法律性的裁判规则而言,应当走出“客观真实”证明标准语境之规则逻辑的潜意识限制,在明确事实认定的自由心证权基础上来建构裁判权的规则体系。

仔细分析我国法律中的裁判规则,除了按少数服从多数的合议制之外,基本上都隐含了“客观真实”这种证明标准的认识论逻辑。其典型表现有三个方面:一是对裁判主体资格的限制不够严格。主体资格限制不严的体现是,三大诉讼法中的回避制度所规定的回避情形关注的基本上都是因为特殊的“利害关系”可能故意违背“客观事实”进行裁判的情形,没有考虑裁判者因为性别、生活经历或职业经历而可能存在偏见的回避情形,以及主要因为这些情形难以证明而匹配的无因回避制度。对裁判者的程序“区隔”不足,如未特别关注对审前程序和审判程序的裁判者区分。二是不注重裁判议事规则的建设。这方面的主要表现是,尽管某些专门规定对案件的合议和评论的发言顺序作了一些规定,但也基本上未像有些国家那样对不同年龄、性别的裁判者设置一定的发言顺序。三是对裁判权的规范都是以“事实”为标准,而未区分事实认定的明显情形与模糊情形。比如,《刑事诉讼法》第236条规定:“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。”《民事诉讼法》第170条规定:“第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:……(二)原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的,以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更;(三)原判决认定基本事实不清的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;……”深究来看,这些规定中的“事实”都是在“客观真实”这

^{⑤8} 参见龙宗智:《比较法视野中的印证证明》,载《比较法研究》2020年第6期,第16-20页。

种证明标准语境下的理解,因而没有像在“相对真实”证明标准语境中区分事实认定的明显情形与模糊情形。前已指出,将“相对真实”作为一般性的证明标准、承认证据运用与事实认定方面的自由心证权是我们不得不面对的现实(窘境)。在这种情况下,法律应注意对裁判主体的心理因素方面进行规范,比如可以考虑:建立避免认知心理偏见方面的筛选回避制度;针对有些不同事项的认定,进行一定的裁判主体区分和程序“区隔”,从而避免裁判者因见到了不该见到的证据而受到不当的心理影响;对案件的合议或讨论设置一定的发言顺序,从而避免一些裁判者被另一些裁判者“带偏”;等等。正如有学者所言,证据能力的判断需要裁判者行使一定的自由心证权,^{⑤⑨}质言之,无论是证据的庭审查入资格,还是事实认定依据的准用资格,都需要肯定裁判者有一定的自由心证权。相应地,应当区分证据状态或证明状态的不同情形来设计二审、再审的救济制度,应当肯认一审中基于自由心证权而作出的证据裁判和事实裁判的合法性,仅允许对明显超越自由心证权范围的裁判进行救济。就此而言,可以考虑的改革是,一方面,相对于前判而言,如果后判没有新证据,只有当前判明显违背证据相关性和“事实”认定标准之时,才应当允许推翻前判作出新的事实认定;另一方面,即便前判没有明显违背裁判的法律标准,如果有新证据,也可以重新审判和作出新的判决。

五、结 语

在法学界存在一个有趣的现象,基本上只是研究刑事诉讼法的学者在纠结证据属性之学说的对错问题,而研究民事诉讼法、行政诉讼法的学者则几乎不太在意。比如,民事诉讼法学者编写的证据法学教材就可以同时介绍几种证据属性理论,而不去特别辨析孰优孰劣。^{⑥⑩}然而,这并不意味着证据属性问题不具有普遍的重要性。可以说,在三大诉讼法中,证据运用和事实认定皆是既以一般认识论为基础,又都与日常认知活动有一定的区别,而对法律诉讼领域中的证据属性进行标识,正是理解这种相同与不同的基本知识工具。在此意义上,证据属性理论,既是观察证据规则的一个宏观视角,也是贯穿证据规则的一条核心的逻辑红线;只有在证据属性理论上有清晰的认知,才能有对证据规则的通透观察。之所以刑事诉讼法学者在这方面用力较多,主要是因为刑事诉讼更在乎事实认定的真实性,证据运用受到的法律规范也更多。

法学与法律不是完全两分的,^{⑥⑪}在一定意义上可以说,法学理论是法律规范的内在灵魂。因此,只有在证据属性理论方面形成一些基本共识,才会使证据规则具有内在的生命力。就此而言,真正重要的不是证据属性的关键词式表达,而是其基本原理。本文力图阐明的是:就问题焦点而言,相关性是证据的根本属性,其实质内涵是法律许可的事理

^{⑤⑨} 参见孙远:《刑事证据能力的法定与裁量》,载《中国法学》2005年第5期,第161-174页。

^{⑥⑩} 参见张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第15-19页。

^{⑥⑪} 参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第2-7页。

相关性,由合事理性与合法律性两个方面构成;该问题聚焦是以明确证据的当前事实性为知识前提。尽管从细分的角度,可以专门分析证据的合法律性或合法性,但其在证据属性上并不属于区别于相关性的另一范畴,而只是内在于后者的一个方面。尽管从方便的角度,可以基于可信性、可靠性、充分性、证明力等来进行证据分析,但这些都不过是针对特定的证据类型或特定的程序节点等从不同角度来言说相关性,其在证据属性上并不属于与相关性在同一逻辑层面的区别性范畴。透过现象看本质,证据制度的建构和具体诉讼中的争议都是且应当围绕证据的相关性问题而展开。

Abstract: The attribute of evidence is the fundamental issue of evidence law, and it has always been controversial in China. The traditional theory is that evidence should have three attributes, which are objectivity, relevancy (correlation) and legitimacy. In recent years, it has been severely criticized and there is a strong tendency to establish a new theory. Recent explorations have made some progress while some issues remain to be clarified. It is necessary to clarify the nature of current factuality of evidence to effectively distinguish evidence from facts to be proved, so as to focus on the relevancy of evidence. And only by clarifying the logical and legal rationales of relevancy of evidence can we highlight the fundamental significance of evidential relevancy for institutional reform, as well as clarify the impact of China's 'legal tradition' on the theory and its existing problems. The actualization of the rational theory of evidence attributes in China requires not only a new interpretation of some existing evidence rules, but also some new innovations and expansion of these rules.

(责任编辑:李 游)