

刑事证明标准的规范功能与实践归宿

王星译

内容提要:排除合理怀疑尽管被写入我国刑事诉讼法,但“证明标准主客观相统一”的立法旨趣并未实现,客观化证明标准反而在实践中复归并逐渐强化。我国刑事证明标准领域仍存在诸多亟待穿透的理论迷雾。造成混乱的原因是刑事证明标准的立法功能在于保障事实认定的准确性,而对确定性的追求超出裁判者的认识能力,从而催生证明标准客观化的实践。证明标准的规范性功能实则在于分配裁判错误,既可以使裁判者免受其因主观判断导致错误裁判的负担,也可以防止其诉诸个人价值判断恣意裁判,滥用自由心证。证明标准的实践归宿在于裁判者的常识判断——一种需要事实证成的常识判断。为此,还需要以保障裁判者自由心证为制度前提,并以对抗性论辩为程序基础。

关键词:证明标准 事实认定 常识判断 自由心证

王星译,华中科技大学法学院助理教授。

一 引言:我国证明标准实践中的“新客观主义”现象

2012年刑事诉讼法修改在“证据确实、充分”的规定中增加了排除合理怀疑的要件,立法机关认为此次增修“从主观角度进一步明确了‘证据确实、充分’的含义,便于办案人员把握”,同时承认,“‘证据确实、充分’具有较强的客观性,但司法实践中,这一标准是否达到,还是要通过侦查人员、检察人员、审判人员的主观判断,以达到主客观统一”。^[1]然而,实务部门对于如何适用“主观的”排除合理怀疑仍未有定论。学者围绕刑事证明标准的研讨多集中在排除合理怀疑与“证据确实、充分”的关系辨析方面,^[2]鲜少探究如何适用证明标准这一实践性问题。立法机关对证明标准的制度期待与司法实践产生了某种落

[1] 王爱立、雷建斌主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉释解与适用》,人民法院出版社2018年版,第101页。

[2] “证据确实、充分”与排除合理怀疑的联系与区别有不同看法。参见陈瑞华:《刑事证明标准中主观要素的关系》,《中国法学》2014年第3期;李昌盛:《证据确实充分等于排除合理怀疑吗?》,《国家检察官学院学报》2020年第2期;李训虎:《刑事证明标准“中体西用”立法模式审思》,《政法论坛》2018年第3期等。

差。我国诉讼模式、权力构造、制度基础并未发生根本性变化,客观化的诉讼理念与实践传统并没有被完全摒弃。面对抽象的证明标准如何适用的实践难题,实务部门仍然更倾向于量化的、细致的、可具操作性的客观证明标准。^[3] 对此,有学者敏锐地指出,在“中体西用模式”下,刑事证明标准逆向而动导致客观化复兴。^[4] 学者们进一步断言,立法者所倡导的“主客观相统一”的目标在司法实践中并没有真正实现。^[5]

与以往为增强可操作性而异化的“两个基本”^[6]有所不同,此次客观证明标准回潮呈现出新的外观:受实用工具主义价值驱使,“法律+技术”被引入到诉讼证明与司法裁判中,本文将之概括为“新客观主义”。在我国刑事司法实践中,新客观主义主要有三类表现:其一,统一证据标准。^[7] 尽管统一证据标准倡导者认为,其“主要是对客观层面证明标准的技术化改造……无法表达主观层面的证明标准,人们不能将其简单等同于证明标准”。^[8] 然而,这个提法与规范上的证据法理论体系并不相容,甚至带来了概念淆乱和误导。其二,“概率式证明”,^[9]即将统计学等数理逻辑引入司法证明,将其作为“驯服不确定性的知识工具”。^[10] 在概率论下,结构主义论者亦倡导通过印证促进司法证明退回客观,走向科学。^[11] 其三,“算法式证明”^[12]场景,即将人工智能算法技术引入事实认定,如用于证据分析等裁判活动。上述“数据化证明”本质上都是用算法科技对主观证明标准的客观化包装,以实现增强证明标准可操作性,规避事实认定者主观判断的目的。“数据化证明”让证据分析乃至事实认定更加僵化,侵蚀了自由心证这一现代刑事法治理念和制度,加剧了法定证据主义的倾向。^[13] 算法技术用于事实认定,可能干预甚至“篡夺”裁判者事实认定权力。^[14] 对此,有学者准确指出,“即便再三强调相应软件系统的辅助性,

[3] 学者认为应增强证明标准操作过程的规范性,主张可从明确证据运用中的技术规范、颁布证明标准适用的指导性案例、设置证明标准适用中更严格的程序操作规范三个方面着手。参见徐阳:《我国刑事诉讼证明标准适用观念之思考——从增强可操作性到增强操作过程的规范性》,《法商研究》2017年第2期,第70-73页。

[4] 参见李训虎:《刑事证明标准“中体西用”立法模式审思》,《政法论坛》2018年第3期,第128-132页。

[5] 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;张栋:《中国刑事证据制度体系的优化》,《中国社会科学》2015年第7期,第131页。

[6] 参见朱孝清:《“两个基本”要坚持,但要防止误读和滥用》,《人民检察》2014年第10期,第5页。

[7] 如统一证据标准下的“上海206工程”。参见黄祥青:《“206工程”的建构要点与主要功能》,《中国检察官》2018年第8期;鲍文强:《审判中心下的刑事证据标准:现实功能与适用准则》,《法律适用》2020年第22期,第83-84页。

[8] 刘品新、陈丽:《数据化的统一证据标准》,《国家检察官学院学报》2019年第2期,第133页。

[9] 参见栗峥:《证据链与结构主义》,《中国法学》2017年第2期;梁权赠:《用数字证明:从周文斌案的概率分析说起》,《证据科学》2015年第4期;刘品新:《印证与概率:电子数据的客观化采信》,《环球法律评论》2017年第4期等。

[10] 曹佳:《司法证明概率论:理论基础、应用局限与前景展望》,《甘肃行政学院学报》2017年第4期,第123页。对于司法概率证明的强有力批判即相对似真推理理论,参见[美]罗纳德·J·艾伦:《司法证明的性质:作为似真推理工具的概率》,汪诸豪等译,《证据科学》2016年第3期;[美]罗纳德·J·艾伦、[美]迈克尔·S·帕尔多:《相对似真性及其批评》,熊晓彪、郑凯译,《证据科学》2020年第4期。

[11] 参见栗峥:《证据链与结构主义》,《中国法学》2017年第2期,第189页;栗峥:《合理怀疑的本土类型与法理建构》,《中国社会科学》2019年第4期,第70页。

[12] 参见栗峥:《人工智能与事实认定》,《法学研究》2020年第1期;纵博:《人工智能在刑事证据判断中的运用问题探析》,《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第1期等。

[13] 参见熊秋红:《人工智能在刑事证明中的应用》,《当代法学》2020年第3期,第87页。

[14] 参见郑曦:《人工智能技术在司法裁判中的运用及规制》,《中外法学》2020年第3期,第683-685页。

也无助于改变改革者力图加强刑事证明标准运用客观化的倾向”。^[15] 这一司法现状至少说明,我国司法改革目的并未实现,证明标准的实践症结仍未得到妥善解决。学术研究没能给立法与实践“表里不一”的悖离现象做出合理解释,也没有真正解决证明标准的理论难题。本文从新客观主义现象出发,围绕证明标准,尝试提出一种新的理论诠释路径。

本文立论的前提是:尽管排除合理怀疑被赋予“促进证明标准主客观相统一”的制度期待,但证明标准的功能仍然被定位为“确保事实认定准确性”。制定法修改及实践应用均围绕证明标准的外部开展,并未真正触及其内在的主观性。实践中,法官受制于事实认定确定性的追求以及司法责任制的规制,认定事实时惧于诉诸主观内心,倾向于采取较为“稳妥的”客观主义进路。学者所倡导的改良式印证证明模式,也仅停留在证据分析方法上,并未探究裁判者适用证明标准时如何释放常识与理性。

二 新客观主义现象反映出我国证明标准理论体系的淆乱

(一) 证明程序与证明标准混淆

通说认为,我国刑事证明标准“案件事实清楚、证据确实、充分”是偏客观的,而2012年刑事诉讼法在“证据确实、充分”的具体要求中增加了主观性的排除合理怀疑,有助于证明标准的主客观相统一。但裁判者如何主观判断、裁判者主观判断应当符合的“客观”所指是什么,立法机关语焉不详。

“证据确实、充分”并非客观的证明标准,实为客观的“证明程序”。根据2012年刑事诉讼法的规定,“证据确实、充分”的要求均是程序要件,而程序要件自然是外在的、客观的、可操作的。详言之,“定罪量刑的事实都有证据证明”是证据裁判原则的基本要义,也是严格证明之证据方法严格性的要求;^[16]“据以定案的证据均经法定程序查证属实”是程序要件,是严格证明之证据调查严格性的要求。这两项要件合起来体现了证据裁判原则之下的严格证明,因严格证明是证据能力的前提,^[17]故也可视为对证据能力的限制。这两个要件是证据调查与审查,并非为裁判者认定事实提供证明标准指引。这两个要件均在证据裁判原则的范畴之下,是法官自由心证的前提。由此可见,“证据确实、充分”的两个条件既没有实质上解释“确实、充分”,也不能作为“证据确实、充分”的判断标准。概言之,证据是认定事实的手段(即证明方法)之一,“证据确实、充分”的规定是证明要求,而非“事实的程度”。是故,对证明方法的要求并不能等同于甚至替代对所证明事实的要求。在这个意义上,把“证据确实、充分”当作证明标准是不妥当的。

毋庸置疑,事实认定层面的证明标准不能与诉讼程序、证明活动混同。如学者所言,

[15] 李训虎:《刑事证明标准“中体西用”立法模式审视》,《政法论坛》2018年第3期,第131-132页。

[16] 严格证明的严格性首先体现在法定证据方法以及法定调查程序两个层面的双重限制。参见林钰雄:《严格证明的映射:自由证明法则及其运用》,《国家检察官学院学报》2007年第5期,第4页。此外,严格证明还“要求对于犯罪事实的心证达到毫无合理怀疑的‘确信’程度”。参见欧卫安:《论刑事速裁程序不适用严格证明——以哈贝马斯的交往共识论为分析的视角》,《政法论坛》2018年第2期,第179页。

[17] 参见林钰雄著:《刑事诉讼法(上)》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2019年版,第498页。

“证明标准是证明的结论要求和目的地,证明方法是证明的手段和过程。二者比较,前者较为抽象,后者较为具体”。^[18] 然而,把证明方法等同于证明标准,并用证明方法来界定证明标准,给司法实践把证明标准异化为印证证明的证据分析方法埋下了“隐患”。

2012 年修法增加的排除合理怀疑,被作为认定“证据确实、充分”的要求之一,反而加剧了证明方法与证明标准的淆乱。理论上,作为裁判者认定事实的心证标准——排除合理怀疑无法与“证据确实、充分”的证明要求实现“主客观统一”。其一,证明程序是外在于证明标准的,并不是证明标准所谓的“客观方面”;其二,排除合理怀疑是裁判者认定事实的确信程度,与客观的证明程序、中立的证据分析方法分属不同层面。立法机关所期待的“证据确实、充分”与排除合理怀疑的主客观相统一出现了功能上的错位。这种“主客观相统一”的中体西用立法模式“导致的是刑事证明标准立法体系的科学性、严密性的缺失以及主客观因素的混同乃至适用的混乱”。^[19] 证明程序与证明标准的混同、“证据确实、充分”与排除合理怀疑的“主客观相统一”,让证明标准客观化有了似乎正当的理由,给司法实践通过证明方法、证明程序“改造”证明标准留下了制度空间。我国刑事诉讼法对排除合理怀疑这一主观因素的引入,仍然无法调和客观因素的底色,在这个意义上,刑事证据法就是一个“客观化证明标准不断具体化的过程”。^[20] 制定法试图通过证明程序“消解”证明标准的主观性,却并没有真正解决证明标准的主观性这一根本性问题。

在事实认定的场域中,证明标准主客观统一所讨论的应当是裁判者的主观心证(排除合理怀疑)与外在于裁判者内心的案件事实(客观事实)的统一。进一步探寻其本质,则是裁判者所认定的事实(法律事实)与证据性事实、案件事实的一致性。这是因为,事实认定的本质是用证据认定案件事实,并将其归属于实体法上的要件事实。^[21] 以此事实认定为基准,方能适用法律,做出裁判。

诚然,证明标准对证明方法的影响是不容忽视的,^[22] 其有益影响的产生需要以二者的分离做为前提,以证明标准的规范性功能回归为根本。根据刑事诉讼法,排除合理怀疑被表述为:“综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。”该排除合理怀疑条款尽管被作为“证据确实、充分”的三项要求之一,但实际上已经超越了“证据确实、充分”,具有独立的规范意义。然而,我国刑事证明标准仍要面临如何解释“案件事实清楚”与排除合理怀疑之间的关系。^[23] 但遗憾的是,对于何为“案件事实清楚”,立法机关并未细化规定,司法解释也没有进一步阐明,亦往往被研究证明标准的学者所忽略。“案件事实清楚”是正

[18] 周洪波、缪铨:《模糊的刑事证明逻辑——关于〈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〉的证据规则评析》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2015 年第 1 期,第 84 页。

[19] 李训虎:《刑事证明标准“中体西用”立法模式审思》,《政法论坛》2018 年第 3 期,第 140 页。

[20] 参见陈瑞华:《刑事证明标准中主客观要素的关系》,《中国法学》2014 年第 3 期,第 179 页。

[21] 有论者认为,“案件事实与构成要件之间的关联性论证实际上是指,按照程序规则并由证据证明的生活事实(客观事实)与构成要件之间的归属论证,其目的在于证立法律事实”。黄泽敏:《案件事实的归属论证》,《法学研究》2017 年第 5 期,第 44 页。

[22] 已有论者准确地指出,现行法仍然是从外在角度来推进证明标准客观化,而并没有直面排除合理怀疑的主观标准。参见陈瑞华:《刑事证明标准中主客观要素的关系》,《中国法学》2014 年第 3 期,第 182 页。

[23] 有学者认为,刑事诉讼法要求的证明标准是“案件事实清楚,证据确实、充分”,“案件事实清楚”对“证据确实、充分”起到一种解释定向作用。参见周洪波:《迈向“合理”的刑事证明》,《中外法学》2014 年第 2 期,第 443 页。

统意义上的证明标准,即裁判者做出有罪判决的标准,“证据确实、充分”是对用以认定事实的“证据”这一证明方法的要求。解释学上,2012年刑事诉讼法修改之前仍然存在何为“案件事实清楚”的解释空间,修法之后,排除合理怀疑与之可以互相解释。详言之,在符合证明程序的基础上,所认定的案件事实如达到排除合理怀疑的程度,则符合“案件事实清楚”的标准;反之,如欲满足“案件事实清楚”的标准,则所认定的事实要排除合理怀疑。

(二) 证据分析方法被异化为证明标准

1. 印证证明的功能扩张:“证明标准印证化”

证明标准所追求的“客观真实”被实践异化成印证证明模式,这也是用证明方法改造证明标准的例证。长期以来,我国刑事司法体系中以印证证明模式为显著特征。^[24]近年来,学者对印证证明模式展开反思性批判。^[25]印证证明模式为学者诟病的最大弊端在于其功能被扩张至证明标准的领地,甚至成为真正运作的证明标准,即“证明标准印证化”。^[26]

我国刑事司法实践中推崇“实事求是”“有错必纠”等客观真实观。裁判者适法时面临如下困境:一方面,制定法表述是明确的,但其对客观真实之“极高”追求在实践中可能很难实现;另一方面,制定法的表述又是模糊的,因其并没有给裁判者提供事实认定程度的心证指引。面临证据存疑、事实不清时,裁判者“不敢”诉诸内心的常识判断,而在体制压力之下倾向于“留有余地的疑罪从有判决”。直面法官如何判断证明标准是否达到心证标准,给实践中法官“自由”心证留下了空间。

印证证明所追求的形式上的客观性,给法官规避内心常识判断提供了可行路径,而且是“以证据之名”,这在某些方面可以解释,为何在奉行“客观真实”证明标准的司法实践中,仍有诸如赵作海案、聂树斌案、呼格吉勒图案、胥敬祥案等冤假错案的发生。^[27]在这些适用印证证明法导致错误定罪的案件中,法官实际上并未真正发现制定法规定的客观真实,反而通过粗糙的印证证明来认定事实,这恰恰反映了司法实践中法官“不受约束的自由心证”潜规则。印证证明的简化逻辑不仅规避证明标准的主观性,也规避了事实认定的复杂性。裁判者以“增强证明标准可操作性”为名,行使了较大程度的心证“自由”。用印证证明模式等证明方法“改造”证明标准的主观方面,用“两个基本”等降低证明标准来“增强证明标准的可操作性”等即是例证。印证证明的效果本身并不能满足“案件事实清楚,证据确实、充分”或排除合理怀疑的证明标准,更无助于发现立法者所期待的“实质真实”。

[24] 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;龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期;龙宗智:《法学与史学印证方法比较研究》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期;龙宗智:《比较法视野中的印证证明》,《比较法研究》2020年第6期等。

[25] 参见周洪波:《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;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;周洪波:《中国刑事印证理论的再批判与超越》,《中外法学》2019年第5期等。

[26] 参见吴洪洪:《印证的功能扩张与理论解析》,《当代法学》2018年第3期等。

[27] 印证证明模式与错案之间的关联,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。

印证证明本质上是一种证据分析方法,^[28] 其在功能上不能充实事实认定过程,更不能替代裁判者认定事实的证明标准。有学者尝试剥离印证证明与证明标准的关系,将印证证明改造成更妥适的证据分析方法,即“从证明模式到证据分析方法”。^[29] 然而,遗憾的是,该改革理论均没有解决证明标准的客观化、主观性、主客观相统一等我国刑事司法体系中的传统问题。相较之下,倡导将心证融入印证证明模式中的改良式印证证明^[30] 尽管在“直面证明标准主观性”这一方向上值得肯定,但“心证”属于事实认定的范畴,印证证明无法应对证明标准的主观性与解决裁判者的常识判断。

2. 用证据推理模式界定事实认定

以承认司法证明与事实认定的似真性^[31] 为基础,西方学者研究认为,证据推理有两种基础模式:^[32] 一是以论证为基础的证据推理模式,侧重对证据个体的分析,又称论证模式、证据模式。威格摩尔所论“司法证明的科学”中的图示法^[33] 是典型的证据模式;二是以故事为基础的证据推理模式,侧重因果性叙事,又称叙事模式、故事模式。前者即原子主义模式,后者即整体主义模式。^[34] 有学者在反思传统印证证明模式的弊端并对其进行有益改造时,借鉴或套用了西方学者的理论框架与研究范式。以改良印证证明模式为旨趣,整体主义证明模式倡导“遵循从原子分析到整体认知的证明逻辑”;^[35] 综合型证明模式则倡导融入最佳合理解释叙事的整体模式。^[36] 前者认为,我国印证证明模式属于亚整体主义模式,应当迈向真正的整体主义模式。转换路径包括“区分证明力与证据能力的评价标准、通过整体认知融贯性消解认知偏差、借助原子分析增强整体建构中的交互理性”。^[37] 后者综合型证明模式则认为,应当以“自然生活历程事实”为证明对象,辅之以核心证据与补助证据的综合运用法,并且包容或然性法则下的似真性司法证明模式。

[28] 学者所界定的证明方法、证明规则、整体主义叙事等实际上可归为证据分析方法。参见薛爱昌:《为作为证明方法的“印证”辩护》,《法学研究》2018年第6期,第21页;孔令勇:《刑事印证规范解读:从证明方法到证明规则》,《环球法律评论》2020年第6期,第149页;杨继文:《印证证明的理性构建——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186页。

[29] 纵博:《印证方法的不足及其弥补:以多元证据分析方法体系为方向》,《法学家》2020年第6期,第160、170页。

[30] 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;龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期;朱锡平:《融合心证:对证据印证证明模式的反思》,《法律适用》2015年第2期等。

[31] 参见[美]罗纳·J. 艾伦:《司法证明的性质:作为似真推理工具的概率》,汪诸豪等译,《证据科学》2016年第3期。

[32] 参见[荷]弗洛里斯·贝克斯著:《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39-40页;郑飞、柴鹏:《论证据推理的性质与方法》,《证据科学》2019年第3期,第280-286页;纵博:《印证方法的不足及其弥补:以多元证据分析方法体系为方向》,《法学家》2020年第6期,第167-169页等。

[33] 参见[英]威廉·特文宁著:《反思证据:开拓性论著(第二版)》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社2015年版,第317-318页;[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)》,张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第144-184页。

[34] 传统的概率论作为一种证据推理模式已经遭到西方学者的广泛批评,逐渐退出主流理论范式。参见[美]罗纳·J. 艾伦、[美]迈克尔·S. 帕尔多:《相对似真性及其批评》,熊晓彪等译,《证据科学》2020年第4期等。

[35] 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192页。

[36] 参见向燕:《论司法证明中的最佳解释推理》,《法制与社会发展》2019年第5期,第190-191页。

[37] 谢澍:《反思印证:“亚整体主义”证明模式之理论研判》,《华东政法大学学报》2019年第3期,第152页。

综合型证明模式既关注整体意义上的故事型事实,又注重证据推理各个环节的准确性,以此确保事实认定结论更接近客观真实。^[38]

在西方证据推理二分模式下,整体主义模式与综合型证明模式均属故事模式。综合型证明模式属于典型的故事模式,强调整体叙事,且以寻求似真的最佳解释推理为导向,其在理论内部基本是自洽的。相较之下,整体主义证明模式内部理论是混乱的。其对“整体主义”与“原子主义”的界定采用的是达马斯卡的理论模型,^[39]但其却又援引西方证据推理模式中的故事模式与论证模式作为注解。^[40]西方以证据为基础的论证模式、以故事为基础的叙事模式或者论证与叙事的混合模式等,实际上是一种证据分析模式。^[41]作为一种方法论(或思维模型),控辩审三方以及法律人均可用。证据分析模式更多的是以程序为运行场景,以证据为载体的视角,可以在侦查、庭审等不同诉讼阶段使用,也可以在庭审上为控辩双方所使用,不同点在于使用者处于何程度、承担何职责、处于何身份。

证据分析方法不能替代事实认定。即便其可为裁判者所用,但证据分析方法并未嵌入事实认定的场景。处于个案程序场景中的裁判者,必须处在对全案证据进行综合判断的整体视角,而且必须以证据为基础来建构故事或认定事实,并对故事或事实进行证成。在这个意义上,不分诉讼模式,亦不区分法官或陪审员(参审员),司法裁判中的事实认定均是一种“整体主义”视角。

上述学说见解引入证据推理模式的比较法成果,改良了我国印证证明模式,但是,其所依据的证据推理模式实际上是证据分析方法,并将其与事实认定相混淆。在这个意义上,整体主义模式抑或综合型证明模式尽管称为证明模式,但实际上仍属于证据分析方法。

3. 人工智能算法用于证据分析的有限功能被夸大

以上述分析为基础,可以理解人工智能算法之于事实认定的证据分析工具的本原功能。以证据为基础的论证模式为人工智能算法提供了运作空间。如威格摩尔图式、改良式威格摩尔图式、图尔敏模型等证据分析模型,均可包容人工智能算法的形式逻辑。在以证据为基础的论证模式中,人工智能算法被用作一种证据分析的技术工具或者为其提供思维模型。该运用的积极意义值得肯定,但不宜被扩张。首先,西方学者早已指出原子主义论证模式的弊端,即忽略了整体上的叙事,以及叙事对常识与情理推断的依赖。其次,人工智能算法应对复杂性^[42]的方法无助于解决事实认定在认识论上的复杂性。^[43]一则

[38] 参见向燕:《论刑事综合型证明模式及其对印证模式的超越》,《法学研究》2021年第1期,第115页。

[39] 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181页。

[40] 正如学者指出,“将印证模式与西方证据(法)学上的原子主义模式和整体主义模式关联起来进行对比性的研究,误导了证明模式的比较法研究”。周洪波:《中国刑事印证理论的再批判与超越》,《中外法学》2019年第5期,第1241页。

[41] 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)》,张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第145页。

[42] 人工智能也是一种典型的“复杂行为”。参见刘劲杨:《人工智能算法的复杂性特质及伦理挑战》,《光明日报》2017年9月4日第15版。

[43] 人工智能在司法裁判中的局限,参见宋旭光:《论司法裁判的人工智能化及其限度》,《比较法研究》2020年第5期;孙海波:《反思智能化裁判的可能及限度》,《国家检察官学院学报》2020年第5期等。

裁判的逻辑不同于计算的逻辑,计算的形式逻辑是一种确定性,而事实认定具有认识论上的盖然性;^[44]二则司法裁判的最大特征在于自由裁判或价值判断,这是人工智能永远不能取代的。^[45]最后,法律裁判需要法律推理,法律推理的三段论过程中,事实认定需要证据推理,而法律适用则需要法律解释,这恰恰是人工智能“不能完成的任务”。^[46]

尽管印证证明实际上与证明标准无关,却因证明标准的实践应用与学术论争而起,因此,围绕刑事证明模式的论争仍要回归到证明标准这一本源问题。学者对印证证明模式的论争,后来却滑向了对证据推理模式等证据分析方法的比较研究。由于印证证明自始便与自由心证相勾连,包括改良式印证证明、证据推理模式在内的证据分析方法亦被错误地用于事实认定,甚至被等同于证明标准的适用,因此相关学术研究多在证明标准的外围开展,并未触及核心命题。我国刑事证明模式的核心问题在于立法机关(裁判者)如何处理(适用)证明标准的主观性,以及裁判者如何对事实认定进行证成。前者是内在于证明标准的问题;后者虽然是外在于证明标准的问题,但却关乎事实认定的合法性与正当性。

三 证明标准规范性功能的偏差与矫正

探寻我国刑事证明标准的实践困境与理论淆乱的成因,需要综合考察制定法描述及其规范性功能。制定法将证明标准设定为事实认定准确性的保障机制,证明标准印证化、可视化等客观化“改造”契合了制定法对确定性的追求。然而立法上的功能设定“超出”了裁判者常识判断的能力,同时将事实认定的错误可能性归咎于裁判者,反而给裁判者规避证明标准的主观性提供了可能。

(一) 证明标准的制度性期待: 确保事实认定准确性

长期以来,我国刑事司法领域贯彻积极实质真实发现主义的诉讼理念,^[47]相应地,刑事司法体制的建构、程序与证据规则的设置亦以其作为理念指导和精神内核。在刑事证明体系中,最典型的体现即:以客观真实作为实体裁判的准绳和证明标准的“刻度”。然而,证明标准客观化及其带来的弊端也是显见的。^[48]在此语境中,证明标准被作为提高事实认定准确性的机制,这是一种错误的功能定位。立法与司法解释对证明标准的制度期待是提高及确保事实认定的准确性,即认为提高证明标准就可以防止(特别是死刑案件中的)错误定罪。死刑案件证明标准结论唯一与排除合理怀疑何者标准更高的争论即是例证。这种制度期待仍然没有跳出传统客观真实论“勿枉勿纵”的话语体系。

受制于“证据之镜”原理,事实认定具有似真性,^[49]其本身并不是概率性的,而是解释

[44] 参见雷秋生:《人工智能在刑事证明标准判断中的局限性》,《北京警察学院学报》2019年第5期,第30页。

[45] 参见陈景辉:《人工智能的法律挑战:应该从哪里开始?》,《比较法研究》2018年第5期,第141页。

[46] 参见张保生:《人工智能法律系统:两个难题和一个悖论》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第6期,第28页;赵艳红:《人工智能在刑事证明标准判断中的运用问题探讨》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2019年总第125期,第61页。

[47] 参见张建伟:《从积极到消极的实质真实发现主义》,《中国法学》2006年第4期,第176-179页。

[48] 参见陈瑞华:《刑事证明标准中主客观要素的关系》,《中国法学》2014年第3期,第182-185页。

[49] 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117页。

性的。^[50] 事实认定寻求的是最佳解释推理。^[51] 在此前提下,证明标准的设定并不是为了准确地认定事实,更高的证明标准并无助于更准确地认定事实。所以,所谓死刑案件结论唯一证明标准是更高的证明标准的论断是错误的,因为其所依据的前提并不成立。

(二)证明标准的规范性功能:一种裁判错误分配机制

诉讼认识论上所探究的证明标准关注的其实是现象的有无,^[52]其本质是“裁判者在案件审理终结后对案件事实形成的信念尺度,是做出有罪或无罪判决的行为动机”。^[53]这决定了法官应当给出证明标准是否达到的明确判断,而不能是处于模糊状态的判断或者不决断。

证明标准的复杂性除了在于事实认定的或然性,还在于事实认定的规范性。事实认定是包含价值判断或规范判断的一种“法律创设”。程序规则对证据展示方式的约束,证据规则对案件事实的择选等均包含刑事诉讼法的价值判断。事实认定在实体不明时如何判断尤为如此。司法实践中,证据并不总是充分的,刑事司法体系必须要解决因证据短缺而导致事实模糊的“疑罪”问题。由于法官不得拒绝作出裁判,面临疑罪时,刑事司法体系要在法官自由判断和实质真实之间做出平衡。价值选择背后潜藏的风险是,如果裁判错误——错判无辜或者错放有罪,均可能使刑事司法体系丧失实体公正或者程序公正。证明标准的功能在于解决价值选择之后可能的错误风险。^[54]在可能错放有罪与可能错判无辜之间如何选择,不仅涉及司法正义,还涉及政治正义,不应交由裁判者在个案中自由心证判断,而应当由立法明确做出价值选择。^[55]比较法史上,证明标准均承担了这种功能。普通法系中的世俗法官在认定事实做出裁判时,内心面临宗教、道德上的双重负担,合理怀疑作为一种道德慰藉机制,为其提供了“安全之道”。^[56]在欧陆职权制语境中,法官内心确信(自由心证)的形成依赖常识与理性,在实体事实不清的情况下,诉诸存疑时有利于被告的裁判规则。^[57]这些“安全之道”均是立法价值选择的结果。相较之下,我国制定法“证据确实、充分”的证明标准要求法官追求确定的客观真实,要“勿枉勿纵”,“不存在错误风险分配的问题”。^[58]

排除合理怀疑规范性功能的发挥可以实现我国司法证明的“范式转移”。首先,裁判者从制度主体转向普通人主体。在客观真实被作为包括所有诉讼行为之唯一评判标

[50] 参见[美]罗纳德·J.艾伦:《论司法证明的性质》,王进喜等译,《证据科学》2011年第6期,第767页。

[51] 最佳解释推理,参见向燕:《论司法证明中的最佳解释推理》,《法制与社会发展》2019年第5期等。最佳解释推理逐渐从概率论转向解释性的似真推理。参见[美]罗纳德·J.艾伦:《司法证明的性质:作为似真推理工具的概率》,汪诸豪等译,《证据科学》2016年第3期,第373页。

[52] 参见周洪波:《刑事定罪证明标准类型的哲学辨析》,《国家检察官学院学报》2016年第5期,第132页。

[53] 刘晓丹:《刑事证明标准的维度分析》,《中国刑事法杂志》2016年第3期,第91页。

[54] 对证明标准错误分配机制的分析,参见[美]拉里·劳丹著:《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74页;李昌盛:《证明标准因何而设》,《学术界》2020年第7期,第94页。

[55] 参见[美]亚历克斯·斯坦著:《证据法的根基》,樊传明等译,中国人民大学出版社2018年版,第15、19-20页。

[56] 合理怀疑作为道德慰藉机制的功能,参见詹姆斯·Q.惠特曼著:《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》,但化强、李伟译,中国政法大学出版社2016年版,第13-40页。

[57] 参见林钰雄著:《刑事诉讼法实例解析》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2019年版,第4页。

[58] 参见刘晓丹:《刑事证明标准的维度分析》,《中国刑事法杂志》2016年第3期,第84页。

准的制度语境中,裁判错误被“转嫁”到裁判者身上:法官成为行政职责的可能承担者——错案追究制、办案责任制成为压抑法官主体性、主观性的桎梏。^[59] 法官在制度中的角色甚至超越了其作为普通人的角色。^[60] 其次,排除合理怀疑可以促进刑事证明从唯一结论的确定性转向或然性真实。^[61] 或然性证明包容裁判者的主观判断以及证明方法的多元性,可以缓解证据印证证明模式的僵化与机械。^[62] 最后,排除合理怀疑在某种程度上还可以促使我国刑事诉讼法的认识论基础从积极转向消极的实质真实发现,即从“勿纵”到“勿枉”。^[63]

综上,我国应当把证明标准从确保事实认定准确性的“错位功能”中解脱出来,发挥其裁判错误分配机制的功能。这种剥离不仅可以使裁判者免受因主观判断导致错误裁判的负担,也可以防止其诉诸个人价值判断恣意裁判,滥用自由心证。如此,方能促使法官更加纯粹且集中地使用证据认定事实,运用常识与理性判断证明标准是否达到。

四 证明标准的实践归宿在于裁判者的常识判断

(一)何为常识判断

在事实认定场域,裁判者只需要在本案(经过资格筛选以及控辩双方论辩的)证据的基础上,运用其作为理性普通人的常识判断认定事实。诉讼语境中的常识判断与生活世界中的常识判断类似,即普通人(理性人)运用一般生活经验的判断。常识又作常情常理、经验法则,故常识判断亦作情理推断、经验推断。^[64] 常识判断概念的界定,需要先回归国外学者的两种证据分析模式的概念体系中。在论证模式与故事模式中,均存在一种概称陈述,^[65]可能源自经验研究,也可能来源于日常经验或者一般知识。最典型的经验性知识是常识——“一种智慧的结晶、一种指引人类行为的原因和准则”。^[66] 论

[59] 有学者敏锐地指出,我国立法者在对证明标准进行制度设计时,乃是以确保事实认定的准确性为核心导向,而非如何分配裁判错误风险;而实践中司法人员则偏向于评估个案中不同裁判结果的损失大小,衡量之后作出综合损失最小的判决。参见李昌盛:《证明标准因何而设》,《学术界》2020年第7期,第93-94页。

[60] 有学者认为,司法实践中普遍存在的经验推定恰恰暴露了法官的认知偏差,其原因一定程度上在于我国司法体系更强调法官的制度角色,而非其“普通人”的角色。参见陈林林:《司法过程中的经验推定与认知偏差》,《浙江社会科学》2015年第8期,第31页。

[61] 参见周洪波、缪铨:《模糊的刑事证明逻辑——关于〈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〉的证据规则评析》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2015年第1期,第79-80页;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》,《中外法学》2014年第2期,第444-445页。

[62] 已有学者关注到,排除合理怀疑在远期前景上可以改变我国刑事证明方式。参见王戩:《论“排除合理怀疑”证明标准的中国意义》,《华东政法大学学报》2015年第6期,第113页。

[63] 参见张建伟:《从积极到消极的实质真实发现主义》,《中国法学》2006年第4期,第176-179页。

[64] 有论者认为情理推断与似真推理、最佳解释推理相同,但在称谓上较之后两者更适当。参见周洪波:《中国刑事印证理论的再批判与超越》,《中外法学》2019年第5期,第1246页。

[65] 参见[荷]弗洛里斯·贝克斯著:《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21页。也有论者将Generalization(概称陈述)译为“(司法)概括”,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)》,张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第346页;还有译作“法则”,参见向燕:《论刑事综合型证明模式及其对印证模式的超越》,《法学研究》2021年第1期,第107-108页。

[66] [美]罗纳德·J.艾伦著:《理性、认知、证据》,栗峥、王佳译,法律出版社2013年版,第52页。

证模式中的概称命题是一种证据性概称陈述,而叙事模式中的概称命题则是一种因果性概称陈述。^[67]两种模式中的概称陈述作为大前提,用于建立证据命题与案件事实之间的关联。

如何跨越证据与事实之间的鸿沟,是证据法学研究的重点,也是司法证明的核心。在司法证明的场景中,证据与事实之间的关联需要借助逻辑法则、常情常理等经验判断,这些经验判断很大程度上依赖于常识。常识判断以经验法则、常情常理等经验知识作为大前提,并且涵盖从前提到结论的推论过程,旨在建立证据与事实之间的关联。常识判断可以唤醒法官作为普通人的角色,使其专注于普通判断力的发挥。至于事实认定过程中的价值判断,则要借助证明标准规范性功能的发挥来卸除法官的制度性负担,即在事实存疑时,由疑罪从无、存疑时有利于被告等裁判规则便可以指引法官心证。^[68]

有论者指出,我国刑事司法实践中已存在情理推断的实际运作,只不过以潜藏在客观化证明标准之下的方式,因而主张“改革取向应是情理推断的一般公开化/正当化及其规范化”。^[69]本文基本认同这种判断,但倾向于认为,我国司法实践中“潜行”的情理推断反而是不合乎情理推断的裁量权。这种裁量权的运作彰显的是实践部门长期积累而成的惯性思维,如有罪推定、唯口供论、遵从鉴定意见的偏见。这种惯性思维的形成与刑事司法体系的权力构造以及程序设置密不可分,是裁判者思维被体制异化的必然结果。

综上,解决我国刑事证明标准领域症结的关键在于突破证据分析方法、刑事证明模式等理论迷雾,发挥证明标准裁判错误分配机制的功能,卸除制约并禁锢法官的外部行政因素,让证明标准回归裁判者的常识判断。

(二)证据分析方法可以为常识判断提供“事实证成”

前文曾论及,我国围绕印证证明模式的研究,倾向于诉诸西方学者有关整体主义的故事模式与原子主义的证据推理模式等证据分析方法。以致于所倡导的改良式证明模式混淆了证据分析方法与事实认定模式乃至证明标准,未触及我国刑事证明标准的理论症结与实践难题。尽管如此,这并不意味着西方学者的证据推理模式不可为事实认定者所用。证据分析方法可以为事实认定提供证成,如论证模式下的证据论辩、叙事模式下的因果叙事、混合模式下的对话式论辩就可以为裁判者事实认定提供证成。这种证成体现为裁判者在判决书中对裁判理由的阐明。^[70]在这个意义上,证据分析方法还可以作为证明标准在裁判者内心运作的“可视化”机制。

作为理性普通人经常识判断所得的故事,并不能代替证据叙事。^[71]裁判者对案件事实的“回溯性认识”中,^[72]由于诉讼认识的局限性以及真实发现的或然性,需要对案件事

[67] 参见[荷]弗洛里斯·贝克斯著:《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39-40页。

[68] 参见郭华:《我国疑罪从无的理论省察及规则重述》,《政法论坛》2021年第1期,第161页。

[69] 周洪波:《中国刑事印证理论的再批判与超越》,《中外法学》2019年第5期,第1245-1246页。

[70] 对抗制下,陪审团并不需要对事实认定阐明理由,即不需要证成;也可以认为,陪审团对事实认定的证成“嫁接到”繁杂的程序规则以及细致的证据规则中了。

[71] 参见尹洪阳:《事实认定过程中的证据叙事分析》,《中国政法大学学报》2018年第2期,第134页。

[72] 参见李安:《证据感知与案情叙事——以诉讼心理学为考察视角》,《中国刑事法杂志》2009年第2期,第63页。

实进行证成。在司法三段论的演绎逻辑结构中,^[73]作为小前提的案件事实并不是给定的,裁判者“必须一方面考量已知的事实,另一方面考虑个别事实在法律上的意义,两者结合进行才能形成案件事实”。^[74]在演绎推理中,事实认定实际上是小前提“找事实”的过程,是将案件事实归属于大前提所谓之实体要件事实的过程,也是法律适用的前提与基础。准确地说,对故事的证成,实际上是演绎推理证成中的“事实证成”。^[75]这种事实证成旨在对案件事实可归属于或不可归属于实体法构成要件事实,即学者所论“归属论证”。^[76]事实认定者经过常识判断所得的裁判事实(或法律事实),需要在用证据建构的案件事实(此案件事实并不是生活中的客观事实)与实体法构成要件事实之间建立关联,^[77]否则该事实认定会缺乏合法性与正当性,并将阻断后续的法律适用。

那么,在裁判者对事实认定说理论证(事实证成)的语境下,我们确有必要反思通说所倡导的综合或整体的证明模式。该模式是否可以为裁判者事实归属提供证成呢?通说上的综合或整体证明模式本质上属于西方学者所论的以故事为基础的整体主义模式。我国对印证证明模式的改良抑或对证据分析方法的理论拓展,也不能无视西方学者对论证模式、故事模式弊端的分析。西方学者指出,故事模式缺少对证据个体的关注,证据模式则缺少对整体叙事的关注。^[78]因此,有西方学者尝试提出融合二者优势的混合模式。如有论者倡导建立一种论证与解释的形式混合理论。^[79]也有学者提出锚定叙事理论,用真实的证据来支持故事。^[80]那么,为了事实证成,是否有必要拓展一种契合于我国本土语境的混合模式呢?综合型证明模式作为一种整体主义的叙事模式,尽管注意到了证据的作用,但对证据的类型化分类(核心证据与辅助证据)^[81]仍以增强证明客观化为旨趣,重在证明方法与证明程序,没有诉诸裁判者对证明标准的主观判断。此外,我国有学者倡导一种多元证据分析方法,即在改良印证证明模式的基础上,“将故事方法的整体视角检验、论证方法的单个证据检验与印证方法的信息同一检验进行融合”。^[82]该理论提供了一种可能的混合模型,但仍以证据模式为基础,叙事仅用于从整体上检验故事的完整性。但该理论并未阐明以何种方式把常识与经验引入事实认定的哪个环节。

[73] 法律论证的二阶论证理论认为,“内部证成涉及从既定前提到结论进行推导的逻辑有效性问题,外部证成则关乎前提本身的正确性问题”。王彬:《逻辑涵摄与后果考量:法律论证的二阶构造》,《南开学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第34页。

[74] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论(全本·第六版)》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第353页。

[75] “证据博弈观”将其称为“事实论证”。参见熊明辉、杜文静:《在证据与事实之间:一种证据博弈观》,《浙江社会科学》2019年第6期,第48、53页。

[76] 参见黄泽敏:《案件事实的归属论证》,《法学研究》2017年第5期,第74页。

[77] 案件事实与构成要件之间的关联性论证,参见黄泽敏:《案件事实的归属论证》,《法学研究》2017年第5期,第77页。

[78] 参见[荷]弗洛里斯·贝克斯著:《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67-71、100-103页;威格摩尔对故事模式的批评以及对图式分析的推崇,参见[英]威廉·特文宁著:《证据理论:边沁与威格摩尔》,中国人民大学出版社2015年版,第190-191页。

[79] 参见[荷]弗洛里斯·贝克斯著:《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127页。

[80] 参见[荷]威廉·A.瓦格纳等著:《锚定叙事理论——刑事证据心理学》,卢俐利译,中国政法大学出版社2019年版,第50-51页。

[81] 参见向燕:《论刑事综合型证明模式及其对印证模式的超越》,《法学研究》2021年第1期,第111-112页。

[82] 纵博:《印证方法的不足及其弥补:以多元证据分析方法体系为方向》,《法学家》2020年第6期,第170页。

在证明标准的场景中,为了证成案件事实,本文倾向于一种故事模式为基础的混合模式——证据性叙事模式。在故事模式的基本构造中,叙事为其基本逻辑,而叙事是时序性的、因果性的,而且合乎经验法则、情理推断。作为叙事的元素,证据性事实与案件事实之间的关联性论证需要有证据支持,并且需要通过论辩程序经受对方的检验。详言之,控辩双方围绕证据性叙事展开论辩是程序性前提。辩方有权提出诸如常识等以经验知识为基础的主张(如概称命题、经验法则等);控方则应揭示隐藏在推论大前提中的经验知识,辩方便可检验其可靠性。竞争性证据论辩最终可以起到校正裁判者常识判断偏误的积极作用。

(三) 常识判断的制度前提:裁判者自由心证受到保障

可以说事实认定中的常识判断是裁判者的一种自由。如前所述,在追求极致客观真实的偏颇理念下,法官“潜在”地探索使证明标准更具可操作性的客观标准,印证证明模式为其提供了一种解决的路径。而可操作性的证明标准,也为法官卸除司法责任制这一行政性负担提供了可行的路径。我国刑事证明标准没有发挥裁判错误分配机制的功能,却又与司法责任制产生错位的勾连,禁锢了裁判者的心证自由。在刑事裁判领域,错案追究制度和司法责任制无疑是法官头上的“达摩克利斯之剑”。为避免可能的“司法责任”,“安全之道”就是压抑主体性、回避主观性。裁判者的独立品格并没有得到应有的尊重,缺少释放理性与自由的内在动因。^[83]是故,客观主义传统下的裁判者亦习惯于求助精致化的客观标准。司法解释通过制定规则把本应属于法官自由心证主观判断的因素“确定”下来,而法官适用时直接援引规则亦可减轻甚至卸除其解释论证的负担。这种客观化路径成为一种“错案责任转移机制”。法官的制度角色与制度能力无法“匹配”制定法的“高标准、严要求”。^[84]在证明标准的实践领域,这种矛盾现象同样存在,学者将其概括为“树状模式表象化—丛林模式后台化”的典型形态,即“一方面,会尽力‘收集’实质证据,突出树状模式的完整性;另一方面,在借助于丛林模式帮助的情况下仍然作出了事实认定,不过,为了使证明在表面看起来具有合法性,会尽量把外围之树‘掩藏’起来”。^[85]

证明标准是否满足需要诉诸裁判者的判断,这种判断属于自由心证的范畴。^[86]自由心证是证明标准适用的关键。^[87]证明标准的自由心证,并不意味着法官由此便享有不受约束的自由裁量权。自由心证是一个规范体系。^[88]一方面,要有相应机制保障自由心证的真正实现,如法官任职保障、法官品格独立等;另一方面,也要有规范自由心证,防止滥用的约束机制,如理性与良心的道义约束、作为前提的证据裁判规则、有效辩护制度之贯

[83] 如有论者准确地指出,我国法官长期以来诉诸“规则依赖”“机构依赖”“制度依赖”以逃避独立裁判,进而倡导修改司法责任制中的相关条款。参见佘化强:《事实认定“难题”与法官独立审判责任落实》,《中国法学》2015年第6期,第282页。

[84] 参见陈虎:《制度角色与制度能力:论刑事证明标准的降格使用》,《中国法学》2018年第4期,第105页。

[85] 周洪波:《树状模式与丛林模式:诉讼证明观念图示的理论与实证》,《中国刑事法杂志》2011年第1期,第69页。

[86] 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。

[87] 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80页。

[88] 自由心证的制度体系以证据自由、证据自由评价以及法官的判决责任伦理为基础,立足法官对证据的理性智识评价以及审慎认知,最终达致案件真相。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21、30页。

彻以及阐明裁判理由义务等。^[89]

我国刑事诉讼法没有明确规定自由心证制度,反而存在很多限制法官理性与良心等自由判断的成文规则与不成文潜规则。在对法官主体性和证明标准主观性讳莫如深的语境下,证明标准是否达到这一判断最终又沦为依据客观的、外在的甚至量化的标准予以衡量。不仅如此,学术研究同样忽略了自由心证与证明标准的密切关联,进而也没能把自由心证与证明主张、证明责任等证明机制有机结合,这种散乱的证明体系很大程度阻碍了我国刑事证明理论的发展。^[90]

(四) 常识判断的程序基础:围绕证据与事实的对抗性论辩

为了防止纯粹故事模式忽略单个证据的消极影响,证据性叙事的混合模式增加了证据的要素,并通过论辩程序实现。主张混合模式理论的学者也认为,要在混合模式中倡导一种对话式的程序理性。^[91]但这种对话形式的侧重点在于促进控辩双方达成合意。这也许符合对抗制当事人主义诉讼模式下的形式真实发现模式。但是与我国职权制传统下实质真实发现的诉讼目的与构造不甚契合。我国刑事诉讼法中的真实发现并不受控辩双方处分的约束,而是要求法官承担职权调查义务。真实发现是外在于控辩双方,而借助中立的法院内在于刑事程序的。因此,我国法要关注的就应当是如何在最大程度拓展法院证据调查之后认定事实之时的心理认知,并且让这种心理认知尽可能地似真。在法官适用证明标准认定事实时,常识判断的经验性、制度的规范性(尤其是程序规则)等共同作用之下,可能会加深“认知偏差”,甚或导致自由心证的滥用。^[92]对此,混合模式论者也指出,为了防止对话式程序的管道视野、确证偏误等认知偏差的心理影响,应当增强控辩双方叙事的竞争性。^[93]这种对抗性论辩程序对我国而言尤为重要。对抗性论辩程序的引入,不仅可以修正纯粹叙事模式中带有偏见甚至不可信的常识判断,还可以带来“附带利益”:一是可以增强平等对抗,彰显程序公正;二是可以增强司法裁判中事实认定的可接受性。

传统的印证证明模式下,控辩双方证据论辩色彩较多,辩方未能实现充分有效的辩护。辩方与控方证据信息不对称、证据手段或证明方法不对等,控辩失衡长期存在。在这种信息不对称、武器不对等的法庭环境中,最佳故事的建构通常掌握在控方手中,法院对于控方视角下的最佳故事欠缺证成,而以粗放的印证、短缺的证据表面地证成“案件事实

[89] 参见林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,法律出版和 2008 年版;王亚新:《刑事诉讼中发现真相与抑制主观随意性的问题——关于自由心证原则历史和现状的比较法研究》,《比较法研究》1993 年第 2 期;王晨辰:《法国刑事证据自由原则及其限制》,《证据科学》2016 年第 6 期。

[90] “国内有关证明程度理论的研究没有将其与自由心证、举证责任等有关诉讼证明的理论一体化,使证明标准的理论成为独立于自由心证的理论体系,是更为根本的原因。”马莉、何邦武:《证明程度在民国时期的学理演进及启示》,《中南大学学报(社会科学版)》2020 年第 3 期,第 87 页。

[91] 参见[荷]弗洛里斯·贝克斯著:《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 179 页。

[92] 体制异化可能导致裁判者认知偏差的研究,参见元轶:《庭审实质化压力下的制度化及裁判者认知偏差》,《政法论坛》2019 年第 4 期,第 100 页。

[93] 参见[荷]弗洛里斯·贝克斯著:《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 124 - 125 页。

清楚,证据确实、充分”的证明标准。

综上,证明标准是一种主观的、需要利用经验和理性、依据客观基础(如证据与证明)做出主观判断的所要达到的确信程度,试图通过客观化使证明标准更具“可操作性”的努力是不现实的。证明标准对法官裁判心理的作用实际上就是将证据事实归属到实体法事实的“认定”过程。事实认定要发挥裁判者作为(或原本就是)理性普通人的常识判断,并对事实归属进行证成。证据分析方法可以作为常识判断提供证成路径。为了让证明标准回归常识判断,需要以保障自由心证为制度前提。为防止常识判断的偏误,则需要引入竞争性论辩为程序基础。

需要指出的是,我国有论者倡导从认识论转向“认知论”。该说倡导在证明标准、证明模式等方面引入认知科学原理,以促成证明标准的认知递进性,并借以突破印证证明模式的困境。^[94] 对此,本文倾向于认为,裁判者认知偏差可以通过设置开放性、参与性的程序规则矫正(心理学上认为并不能完全消除),而不宜从裁判者主观认知上对其进行约束。^[95] 诉讼认识论本身就包容了认识主体对外在情景(即个案语境)的自适应性(或自我适应),而刑事程序与证据规则共同运作的语境也给裁判者及各主体提供更多参与的、开放的认知可能。因此,刑事诉讼“认知论”并未超出诉讼认识论的范畴,亦无法撑起一种理论模型或者研究方式,倡导这种“理论转向”可能还会带来概念淆乱以及理论迷雾。

五 余论:事实认定不应遵从“科技主义”

我国现行刑事诉讼法没有承认事实认定的或然性,反而规避了证明标准的主观性,压抑了裁判者自由心证的独立品格。刑事诉讼法修改多针对证据规则、证明程序等证明标准的外围开展,并未触及证明标准的内在。在这种语境下,证明标准客观化的复归甚至强化是可预见的,甚至是必然的。

在反思证明标准客观化时,应当警惕科技主义对事实认定的侵蚀。法律与科技的融合扩张到事实认定的领地,开始占据裁判者常识判断的自由。其科学外观似乎可以消解主观性的“神秘主义”,让证明标准“可视化”。^[96] 但其潜藏的更大风险在于:“迫使”裁判者让渡事实认定的判断权,交诸科技的手中。尽管科技主义论者意识到算法技术仅能起到辅助作用,^[97] 但其剥离技术应用的主体与场景来孤立地论证技术的“中立性”,在刑事司法体系中是不切实际的。法律科技主义的变革枉顾事实认定作为规范判断的本质,以及证明标准作为裁判错误分配机制的功能。刑事司法体系应当警惕这个“危险的

[94] 参见谢澍:《从“认识论”到“认知论”——刑事诉讼法学研究之科学化走向》,《法制与社会发展》2021年第1期,第161-162页。

[95] 学者亦有持此论者。参见周洪波:《中国刑事印证理论的再批判与超越》,《中外法学》2019年第5期,第1252页。

[96] 参见左卫民:《关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考》,《清华法学》2018年第2期,第114-120页;罗维鹏:《人工智能裁判的问题归纳与前瞻》,《国家检察官学院学报》2018年第5期,第31页。

[97] 参见谢澍:《人工智能如何“无偏见”地助力刑事司法——由“证据指引”转向“证明辅助”》,《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第5期,第118页。

变革”,^[98]而不是屈从于其外部性的、辅助性的有限作用。相反,当前我国刑事裁判领域的首要问题在于法官独立司法品格之保障,常识与理性的普通判断力之发挥,在这个基础没有铸牢之前,畅谈“人工智能裁判”都只能是“虚妄的臆想”而已。证明标准依靠事实认定者的常识判断,不应遵从于科技主义,更不能屈从于“算法专制”。^[99]如果证明标准割裂了常识判断让权于科技与算法,势必将剥离刑事程序的道德性与刑事诉讼法的规范性。人工智能算法背后对实用功利主义价值的偏好,可能进一步淡化甚至消解程序公正这一独立价值,并将刑事诉讼法陷入程序工具主义甚至程序虚无主义的境地。^[100]

[本文为作者参加的 2019 年度华中科技大学一流文科建设计划(智库建设与社会服务能力提升计划)“教育部教育立法研究基地”的研究成果。]

[**Abstract**] Although the principle of “beyond all reasonable doubts” has been embodied in the Chinese Criminal Procedure Law, the legislative goal of “unifying the subjectivity and objectivity of proof standard” has not been achieved. On the contrary, the objectified proof standard has been reintroduced and gradually strengthened in practice. There are still many theoretical mists that need to be penetrated in the field of criminal proof standard in China. These confusions are caused by the fact that criminal proof standard takes the guarantee of the accuracy of fact-finding as its legislative function. The pursuit of certainty has exceeded the cognitive ability of the adjudicator, thus leading to the practice of the objectification of proof standard. The normative function of proof standard actually lies in the allocation of adjudicative errors, which relieves adjudicators of the burden of adjudicative errors resulting from subjective judgment, while at the same time preventing them from making arbitrary adjudication based on their personal value judgment and abusing inner conviction. The practical goal of proof standard is to realize adjudicator’s judgment based on common sense, which must be proved by fact. To this end, it needs to take the inner conviction of the adjudicator as its institutional premise and the adversarial argumentation as its procedural basis.

(责任编辑:王雪梅)

[98] 刑事司法智能化的法理隐疾,参见孙道萃:《我国刑事司法智能化的知识解构与应对逻辑》,《当代法学》2019 年第 3 期,第 16-20 页。诚然,人工智能算法的支持者们实际上也认识到该技术的局限性和风险,并且对未来技术进步提出了积极的愿景。参见纵博:《人工智能在刑事证据判断中的运用问题探析》,《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 1 期;栗峥:《人工智能与事实认定》,《法学研究》2020 年第 1 期;郑曦:《人工智能技术在司法裁判中的运用及规制》,《中外法学》2020 年第 3 期。

[99] 参见季卫东:《人工智能时代的司法权之变》,《东方法学》2018 年第 1 期,第 133 页。

[100] 认罪认罚从宽制度的广泛适用、速裁程序、简易程序等亦是例证,“这无形中助长了程序形式主义、虚无主义的倾向”。参见汪海燕:《认罪认罚从宽案件证明标准研究》,《比较法研究》2018 年第 5 期,第 73 页。