

不可靠证据排除规则的理论逻辑、适用困境及其出路

纵 博

内容提要:我国司法解释中确立了不可靠证据排除规则,认为当证据的取证操作程序或本身存在某种可能影响其真实性的缺陷时,其证明力存疑,对这类证据要求“绝对的排除”,其理论逻辑是希望通过排除不可靠的证据而防止冤假错案,但这部分排除规则在实践中并未被严格适用,法官适用规则时往往在证据能力与证明力之间“往返流盼”,甚至以证据的证明力较大为由而拒绝排除证据。出现这种情况的原因有两方面,在诉讼制度方面,我国的诉讼结构与不可靠证据排除规则难以兼容,无法实现认定事实责任的分散,并且欠缺有效的证据隔离机制;在证据制度方面,证据能力与证明力并未清晰区分,不可靠证据排除规则缺乏必要的例外。对于我国的不可靠证据排除规则,有几种改革的思路,包括构建一元制审判结构下的证据相对隔离、完善规则的例外性规定、将规则改造为授权式排除规则、将规则改造为证明力判断指导规则。但这几种路径均各有利弊,所以在选择时需要权衡其利弊而谨慎确定改革方向。

关键词:不可靠证据 排除规则 证据能力 证明力

纵博,安徽财经大学法学院副教授。

一 问题提出

2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合制定的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(下称“《规定》”)中确立了一些新的证据规则,如第9条第1款、第12条、第13条、第20条、第24条、第26条、第28条以及第30条。这些规则规定当某种证据的取证操作程序或自身存在可能影响其真实性、准确性的缺陷时,不得作为定案的根据或不得作为证据使用,例如无法证明来源的物证和书证、未个别询问获得的证人证言、未经核对确认的证言以及未提供有效翻译的证言等。2012年颁布的《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》(下称“《解释》”)

则基本上全部吸纳了这些规则。对于这类规则的性质,学术界曾经有不同认识,^[1]但实际上,最高人民法院相关部门在《规定》出台之初就已经明确了这些规则的性质,即因为这些证据无法排除伪造的可能性、影响证据的真实性,所以才为了“防止不可信之危险”,减少错误认定事实的可能性,釜底抽薪地否定了其证据资格。^[2]在《规定》中,所谓“不得作为定案的根据”“不得作为证据使用”“不能采纳”是同一意义上的表述,均指不能作为证据调查的对象,法官不能突破规定,将这两类证据作为裁量证明力的对象,自然最终不能作为定案(裁判)的根据。^[3]

可见,司法解释中确立的这类证据排除规则与《刑事诉讼法》第 56 条的非法证据排除规则截然不同,因为非法证据排除规则排除证据的根本原因在于取证手段的违法性;而这类证据排除规则排除证据的根本原因在于证据的取证操作程序或证据自身存在某种可能影响其真实性、准确性的缺陷,所以默认证据的证明力存疑,并彻底否定其证据能力。因此,笔者将这类证据规则称为“不可靠证据排除规则”,“不可靠”即“难以保障真实性或准确性、具有较大的虚假可能性”之意,这一概念可以区别于非法证据排除规则,同时也区别于证明力判断中的“真实性”要素。因为“不可靠证据排除规则”并不是因为已经能够确定证据不真实才将其排除,而是因为司法解释制定者认为证据的证明力存有疑问而一概排除,实际上与英美的传闻规则、最佳证据规则与鉴真规则等证据规则有一定的同质性,具有排除不可靠证据(exclusion of unreliable evidence)的功能。

虽然不可靠证据排除规则在我国的刑事证据制度中可谓创新之举,其本意是希望通过严格排除不可靠证据而防止冤假错案,但这种证据规则的理论逻辑是否符合司法实践的需求向度、在实施中是否能够遵循规则的理论逻辑是值得研究的。因此,本文拟探讨不可靠证据排除规则的理论逻辑,然后通过部分实践案例中不可靠证据排除规则的适用状况发现其逻辑背离之处,并进一步论证我国不可靠证据排除规则可能的改革路径,以求为这部分证据规则的完善和适用提供学理借鉴。

二 不可靠证据排除规则的理论逻辑

为解决司法实践中反映出的违法取证不能禁绝、证据审查虚置、证据裁判观念不强、

[1] 如龙宗智教授认为这些规则是“排除因欠缺证据基本要素而不具备证据能力的证据”,参见龙宗智:《两个证据规定的规范与执行若干问题研究》,《中国法学》2010年第6期,第23页;汪海燕教授认为这部分证据规则是“从证明力的角度限制裁判者的自由裁量权”,参见汪海燕:《评关于非法证据排除的两个〈规定〉》,《政法论坛》2011年第1期,第99页;陈瑞华教授认为这些证据规则是《规定》增设的强制性排除规则,其中对实物证据部分的排除规则相当于中国的“实物证据鉴真规则”,参见陈瑞华:《实物证据的鉴真问题》,《法学研究》2011年第5期,第132-133页;万毅教授则认为这部分规则是排除“因无合法性而无证据能力的证据”,参见万毅:《论无证据能力的证据——兼评我国的证据能力规则》,《现代法学》2014年第4期,第140-141页。

[2] 如针对特定情形物证、书证、证人证言、犯罪嫌疑人和被告人供述、鉴定意见等,最高人民法院刑事审判第三庭在其编著的著作中都对《规定》为何要排除上述证据进行了明确的说明,具体可参见最高人民法院刑事审判第三庭编著:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第121-122、141-143、180-182、201-204页,等等。

[3] 参见最高人民法院刑事审判第三庭编著:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第51-52页。

冤假错案不断出现等问题而出台《规定》,^[4]以强化证据裁判原则、防止冤假错案。为了实现上述目的,就要对各类证据的审查判断作出严格规定,如对于物证、书证等实物证据来说,要求要有原件,如果不是原件,复制件要在特定条件下按照特定标准提供,否则没有证据效力;特别强调客观性证据的来源必须依法有据;提取、扣押要有笔录清单甚至要求有照片,要依法组织辨认才能够作为证据使用等等,《规定》明确了不符合上述要求的实物证据不能作为定案的根据,应当予以排除,而且是“绝对的排除”;^[5]再如对于证人证言,《规定》第13条规定询问证人没有个别进行、笔录未经证人核对确认、未提供翻译等情形下获得的证言不得作为定案根据,主要的考虑是这类证言由于明显违反法律规定,具有极大的虚假可能性,便干脆釜底抽薪地否定了其作为证据的资格;另外,《规定》还确立了证人能力规则、意见证据规则,因为不具有作证能力的证人提供的证言、证人提供的意见性证言均无法保障真实性,所以应当排除。^[6]因此,不可靠证据排除规则实际上是将默认为证明力存疑的证据直接排除,禁止法官使用这部分证据。

从最高人民法院刑三庭的上述解读和说明来看,《规定》中确立的不可靠证据排除规则,其理论逻辑具有明显的英美法亲缘,也即在“证据能力—证明力”的证据二元属性框架下,将具有较大虚假风险的证据直接排除,以防止裁判者错误认定事实。只不过英美的证据排除规则是在“法官—陪审团”二元审判结构的制度背景下衍生,主流观点认为证据排除规则是作为保护外行的陪审员避免被潜在的不可靠证据“干扰和误导”的一种方式;^[7]而我国则是将不可靠证据排除规则作为规制一元制的独任法官/合议庭采纳证据的强制性规则。因此,不可靠证据排除规则实际上是在考虑证明力的基础上确立的,是将证明力转化为证据能力问题,^[8]换言之,就是直接排除默认为证明力存在疑问的证据。

可见我国的不可靠证据排除规则与英美的证据排除规则有所不同,无论是最高人民法院刑三庭对《规定》的说明,还是最高人民法院研究室对《解释》的说明,都体现出不可靠证据排除规则具有极强的刚性,持绝对排除的态度。^[9]而在英美等国家,由于传闻证据规则、最佳证据规则、鉴真规则等本来就是为了保障证据的证明力,所以当证据具有一定的可靠性保障时,本应排除的证据就无需再排除,从而形成排除规则的例外。如传闻证据规则,在制定法和普通法中均有大量的例外。美国《联邦证据规则》第803条规定了23类传闻的例外,因为这些例外情形中“在说实话的动机、陈述和感知之间的时间间隔、对陈述的审查要求、进行准确报告的法律职责等方面,保证了这些陈述具有一定程度的可靠性,在一定程度上消除了陈述人在感知、记录、回忆、表述、如实提供陈述等方面存在的传

[4] 参见最高人民法院刑事审判第三庭编著:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第1-5页。

[5] 参见最高人民法院刑事审判第三庭编著:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第9、26、120页。

[6] 参见最高人民法院刑事审判第三庭编著:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第52、141-143页。

[7] 参见[美]Thomas P. Gallanis:《现代证据法的兴起》,吴洪淇译,《证据科学》2008年第1期,第50页。

[8] 正如我国台湾地区学者李学灯所言:“证据容许性之各种法则,除因其他外部之政策而发生者外,迹其渊源,更多由于防止不可信之危险。换言之,即由于证据力之问题而转为证据能力之限制。”参见李学灯著:《证据法比较研究》,我国台湾地区五南图书出版公司1992年版,第467页。

[9] 参见最高人民法院研究室编著:《〈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〉理解与适用》,中国法制出版社2013年版,第56页;最高人民法院刑事审判第三庭编著:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第144、180页。

闻危险”，^[10]另外第 807 条还设置了一个范围广泛的例外，允许使用证明力更强的传闻证据；而在普通法上拥有悠久历史并且被联邦及大多数州所认可的传闻例外，属于根深蒂固的例外，因为这些例外“有可靠性的实质保障，这种可靠性哪怕通过庭内的证言也无法获得”。^[11]由此可见，由于英美的上述证据排除规则本身是建立在对证明力问题的考虑之上的，所以在其适用中，仍然需要在证据资格、证明力之间往返流盼，如果能够确定证据的证明力较强，即便本应排除的证据也无需再排除；而我国的不可靠证据排除规则是通过一刀切的方式否定了（司法解释制定者默认为）证明力存疑的证据的资格，没有例外性规定，即便实践中办案法官能够确定某个证据的证明力较强，但只要该证据按照规则应当排除，法官就不得也无需再考虑证据的证明力（因为司法解释已经默认证明力存疑），更不得再使用该证据，具有较强的绝对化色彩。

三 不可靠证据排除规则的实践逻辑

自《规定》确立了不可靠证据排除规则至今已经近十年，从司法实践情况来看，不可靠证据排除规则的适用数量并不多，笔者在北大法宝和中国裁判文书网中以“不得作为定案的根据”和“不得作为证据使用”作为关键词进行全文搜索，均只有二三百件案件的裁判文书曾出现过这两个关键语句，且其中属于真正适用不可靠证据排除规则的更少，而且部分法官并未严格遵循不可靠证据排除规则的要求，一定程度上背离了规则的理论逻辑。在司法实践中，除了对辩方申请排除控方某一不可靠证据的申请以不符合《规定》或《解释》的规定而予以驳回或未予理睬之外，法官对不可靠证据排除规则的适用主要有如下几种情况：

（一）按照规则的要求排除证据

在部分案件中，法官遵循《规定》和《解释》的要求，在形式上严格按照规则排除证据。这部分案件中，既有对控方证据的排除，也有对辩方证据的排除。但从其中某些案件法官在判决书中的论证来看，不仅考虑了不可靠证据排除规则的要求，还考虑了证明力问题。如在扎西多吉故意伤害案中，控方提供的取证合法性证明材料没有侦查人员签名，这是《解释》要求必须直接排除的证据，但法官分析认为，证人“索某某在否认目击上述过程时，侦查机关并无充足的法律上的理由认为索某某没有说实话，且系扎西多吉的同伙犯罪嫌疑人，并据此对索某某进行留置乃至关押，同时，侦查机关在案发后第一时间对索某某进行的询问没有形成笔录，直至十几个小时后的第二日下午 18 时许才形成第一次笔录的做法，也不符合证人证言收集程序”。^[12]可见，法官是经过对证言生成过程的判断，认为侦查机关收集证言的合法性存疑，进而认为控方的证明材料极有可能不真实，才最终排除该材料，而非仅因没有侦查人员签名。而张某甲抢劫、盗窃案则更为明显，由于被害人在真人辨认中最初指认另一男子江某某脸部长得像犯罪嫌疑人，随后公安人员将被告人张

[10] 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 2012 年版，第 266-267 页。

[11] 史立梅：《美国对质权条款与传闻证据规则关系之考察》，《环球法律评论》2010 年第 6 期，第 101 页。

[12] 参见（2016）藏 01 刑初 54 号刑事判决书。

某甲带出来,问被害人哪一个是抢劫者,被害人又指认张某甲是抢劫者,法官认为被害人辨认结果的准确性非常可疑,才最终排除了该证据。^[13]

(二)形式上排除证据但理由偏离规则的要求

在另一部分案件中,法官虽然形式上按照《规定》和《解释》的要求排除了相关证据,但其排除的理由却与不可靠证据排除规则的意旨不同,并非因为证据的收集未遵循取证操作程序或证据自身存在缺陷而直接将其排除,而是认为证据“无法采信”才将其排除。如在黄某某故意伤害案中,法官认为“辨认过程存在瑕疵(无见证人签名及无见证人),且辨认笔录不具备其必然客观性”,所以将该辨认笔录排除;^[14]而在侯刚故意伤害案中,法官认为“侦查机关组织被害人、证人对被告人侯刚进行辨认时,均给予辨认人明显暗示,难以保证辨认活动的真实性。故该证据本院不予采信”,将辨认笔录排除。^[15]这说明法官要么是没有真正理解不可靠证据排除规则的内涵,将其作为证明力判断规则适用;要么就是在适用规则的过程中考虑了证明力问题,认为这些证据的证明力较小或没有证明力(而不是证明力存疑)才未将其作为定案的根据。但无论如何,“不具备其必然客观性”或“不予采信”等词语在裁判文书的使用,表明法官并未严格按照《解释》的要求对证据进行“绝对的排除”,而是在证据能力和证明力之间进行了一定的“往返流盼”,认为证据的证明力较小或没有证明力才将证据排除。

(三)以证明力较大为由不排除证据

对不可靠证据排除规则的理论逻辑背离得最为明显的是一系列未排除证据的案例,在这些案例中,即便某一证据按照《解释》本应排除,法官却以证据的证明力较大为由而未排除证据。如在王福山抢劫、绑架案中,法官认为“虽然相关辨认笔录的见证人违反有关规定,但被告人王福山均已签字,且当庭对于指控的六节抢劫事实包括作案地点等均无异议,亦有各被害人的陈述、手印鉴定书、现场勘验检查笔录、监控录像等证据予以印证,相关辨认笔录的真实性能够得到确定,可以作为定案的根据”,^[16]所以未排除辨认笔录;而在江福庆故意杀人案中,法官认为“尽管公安机关在提取沾有被告人血迹的血纱布时未依法制作提取笔录和清单,但破案经过及被告人供述等其他证据材料能够证明血纱布来源,不属于来源不清的情形,可以作为定案证据采用”,^[17]直接拒绝适用司法解释明确规定的排除规则。法官在这类案件中的思路是,由于证据的证明力较大,所以无需排除证据,并且法官通常未在裁判文书中表明其如此裁判的法律依据。

综上所述,虽然我国司法解释确立的不可靠证据排除规则将影响证明力的各种情形予以类型化,只要某种证据符合规则的规定,就默认其证明力存疑,要求应当强制性排除,不得再考虑其证明力,但实践中,法官在适用规则时仍会考虑证明力问题,在部分案件中不可靠证据排除规则作为证明力难以判断时的处置手段;在部分案件中则以证明力较

[13] 参见(2014)中中法刑二终字第81号刑事判决书。

[14] 参见(2016)粤1624刑初100号刑事判决书。

[15] 参见(2016)闽0403刑初184号刑事判决书。

[16] 参见(2015)浙温刑初字第6号刑事判决书。

[17] 参见(2015)浙刑三终字第47号刑事判决书。

大为由而直接拒绝适用不可靠证据排除规则,即便形式上按照规则要求排除证据,实际上也多少考虑了证据的证明力。这就说明,不可靠证据排除规则的理论逻辑在实践中并未被实践接受,甚至被公然违背,使其难以发挥预想的规范效果。

四 不可靠证据排除规则适用困境的原因分析

司法解释确立不可靠证据排除规则以促进准确认定事实、防止冤假错案的目的值得肯定,但其在适用中却发生偏离或违背现象,这就必须探讨其背后的原因所在,只有明确规则适用困境的原因,才能为规则的改造与完善指明方向,使其能够发挥实效。

(一) 诉讼结构的不兼容性

诉讼结构的不兼容性是我国不可靠证据排除规则适用困境的根本原因。基于如下原因,不可靠证据排除规则只有在英美法的二元审判结构中才能运行得较好,而在一元制审判结构中则会产生运行的窒碍。

1. 无法实现责任的分散

在英美法系的法官与陪审团职责分工前提下,认定事实的责任分散到双方,法官站在事实认定堡垒的大门口,负责决定将要传递给最终的事实认定者的信息是否具有充分的认知潜力进而可被采纳;^[18]而最终的事实认定者是陪审团,而且陪审团无需对最终裁决说明理由。这种责任的分散为证据隔离机制奠定了良好的基础,法官可以发挥有效的把关作用,将不可靠的、可能会带来不公正损害的、混淆争点的、误导陪审团的证据排除在外,而无需担心事实认定结论的问题;陪审团则仅就其接触的证据进行最终裁判,无需担心其接触的证据数量是否足以达到证明标准。而在一元制审判结构中,法官既要负责证据能力的裁决,又要负责证明力的判断,且对事实认定结论承担最终的责任,所以在制度和心理层面都难以将证据能力与证明力问题截然分离,无法实现责任的分散。我国不可靠证据排除规则的适用也面临着同样的问题,法官既要负责查明事实,又要负责排除规则的适用,所以在适用不可靠证据排除规则时,难以避免地要考虑证据的证明力问题,而在证据的证明力较大的情况下,法官就会缺乏严格适用排除规则的心理动机,因为证明力强的证据越多越有利于查明事实,防止错误认定事实并承担错案责任。所以,适用排除规则和认定事实的责任集中,导致不可靠排除规则难以按其理论逻辑适用。

2. 缺乏证据的隔离机制

虽然英美的证据法是否源于陪审团制度有一定的争议,但不可否认的是,基于责任分散的陪审团制度而建立起的证据隔离机制是英美证据法有效运行的重要前提,即让作为事实裁判者的陪审团不能接触被排除证据的法律机制,即便他们有所接触,通过法官所作的“不得考虑被排除证据”指示也能发挥一定的隔离作用。^[19]只要具备有效的证据隔离

[18] 参见[美]米尔建·R. 达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第77页。

[19] 对于法官的这种指示究竟能发挥作用、是否需要对其指示的方式进行改良,可参见 Linda J. Demaine, In Search of An Anti-Elephant: Confronting the Human Inability to Forget Inadmissible Evidence, 16 *Geo. Mason L. Rev.* (2008)。

机制,证据排除规则便存在生存的土壤,这种证据隔离越彻底,证据排除规则发挥作用的空间也就越大。^[20] 而在一元制审判结构中,往往欠缺有效的证据隔离机制,所以法官能够接触到本应排除的证据,对于那些应当排除但证明力较强的证据,要求法官必须将其“绝对排除”就面临着心理上的困难,因为对于任何人来说,知而不用都是一个显而易见的难题。^[21] 正如达玛斯卡(Mirjan R. Damaska)所言,由于信息的证明价值和信息载体的可靠性是综合加以考虑的,所以通过两个独立的概念范畴来表达证据处理过程之两个方面的需要,看起来就像无聊的理论冲动了。^[22] 正是因为如此,有英美学者提出,其他国家若要移植英美的证据排除规则,是需要谨慎考虑的,以传闻证据规则为例,如果缺乏法官与陪审团之间的证据隔离机制,就没有必要移植传闻证据规则,其主要原因就是法官在法官审判中,法官接触到传闻之后,可能会被具有证明力的传闻影响;反之,法官也可以直接忽略没有证明力的传闻证据,而无需传闻证据规则。^[23] 但需要注意的是,证据隔离机制不仅存在于法官与陪审团的二元制审判结构中,在一元制审判结构中同样也可以存在,总之,无论何种审判结构,只要具有有效的证据隔离机制,就可以为证据排除规则的运行提供合适的环境。但由于我国2012年修改的《刑事诉讼法》恢复了庭前全案证据移送制度,并且缺乏有效的证据隔离机制,法官能够在审前接触所有证据,并能够直接判断证明力,所以不可靠证据排除规则才难以按照其理论逻辑顺利运行,甚至使其存在的必要性都会被质疑。

(二) 证据制度的缺陷

1. 证据能力与证明力在实践中未能清晰界分

在英美法系国家,由于具有上述的责任分散和证据隔离机制,可采性问题与证明力问题具备清晰区分的程序性基础,所以在证据法上能够实现二者的清晰界分。

其一,可采性与证明力之间有着明显的递进性,并且其判断标准是不同的。英美法的可采性与证明力在理论上是不混分明的,即先判断可采性再判断证明力的逻辑关系,并且二者的判断标准也高低有别。美国《联邦证据规则》104(a)规定法官对证人资格、特免权及证据可采性等预备性问题作出决定,根据联邦最高法院的判定,法官在适用104(a)时,应当“凭借优势证据”裁判预备性事实问题,也有一些例外,如在刑事案件中有时要适用“清晰且令人信服的”标准。^[24] 但在刑事诉讼中,可采性的判断标准必然低于实体事实的判断标准——通常是“排除合理怀疑”标准。这种层次性的判断标准体现了“可采性—证明力”之间的递进关系,也彰显了二者之间的界分和区别。对于传闻证据规则、鉴真规则等促进准确认定事实的证据规则来说,在可采性判断中只要初步的(*prima facie*)判断证据是可靠的即可,而证据是否真实(*authentic*)则属于陪审团的职能范围,所以可采性是一

[20] 参见吴洪淇著:《转型的逻辑:证据法的运行环境和内部结构》,中国政法大学出版社2013年版,第83页。

[21] 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、魏晓娜译,中国人民公安大学出版社2006年版,第223页。

[22] 参见[美]米尔建·R.达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第78页。

[23] See Roger C. Park, Exporting The Hearsay Provisions of The Federal Rules of Evidence, 33 *Boston University International Law Journal* 106-109 (2015).

[24] 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2012年版,第19-22页。

种初步的筛查机制。^[25] 其二,在证据法的实践中,可采性与证明力总体上是界限分明的。虽然对于部分证据的可采性判断权问题偶尔会有不同意见或争议,如专家证言,^[26]但总体上可采性与证明力在陪审团审判案件中有着明显的区分,法官只关注可采性问题,而事实认定权责属于陪审团,如果在可采性问题的判断中需要查清某一事实,则需要举行“审判中的审判”,这种审判的目的仅在于查明与可采性相关的事实,而非实体事实。即便在无陪审团的法官审判案件中,可采性与证明力仍有着较为明确的界分,虽然这种区分较之陪审团审判显得要弱一些。如在英国的治安法官审判中,事实问题和法律问题都属于治安法官裁决的范围,但如果法官听取的证据被裁定为不可采,他们必须在此后忽略这一证据;有人提出遇到这种情形应当中止审理并由其他法官听审此案,但高等法院分庭认为,将已经裁定不被采纳的证据置之脑后是治安法官的责任。^[27] 美国也同样如此,法官独自审判的案件依然要进行可采性和证明力的区分,上诉审作为一种制约手段,仍能防止法官在作出裁判时考虑那些已经被排除的证据。^[28]

而在我国,虽然近年来引入较多的英美证据法理论,但在“证据能力”与“证明力”的关系方面,我国却更趋同于大陆法系,即我国的“证据能力”并不像英美的“可采性”那样是指“进入法庭调查程序的资格”,对证据的“入口”进行控制,而是指“作为认定事实依据的资格”,对证据的“出口”进行控制,^[29]所以证据排除规则只是要求法官最终不要用那些被排除的证据作为定案根据,而不是绝对禁止对证据进行调查,相反,有时只有经过调查才能决定证据是否应排除,一般来说法官事前就能够接触所有的证据,这就导致法官在对证据能力的判断中难以完全抛却证明力问题,使证据能力与证明力在实践中难以清晰界分,二者之间既无递进关系,也没有明确区分的判断标准。

正是由于证据能力与证明力之间没有明确界分,大陆法系国家普遍没有确立传闻证据规则、最佳证据规则等促进准确认定事实的规则,一来他们认为事实认定者能够摒弃那些具有相关性但并不可信的证据的影响;^[30]二来正如前述达马斯卡所说,通过两个独立的概念范畴来表达证据处理过程两个方面的需要,看起来就像“无聊的理论冲动”。与其他大陆法国家不同,我国在司法解释中确立了不可靠证据排除规则,但却轻视了证据能力与证明力之间没有明确界分给规则适用带来的困难。因此,虽然我国理论界多数都主张证据能力与证明力应当呈递进关系,如有学者所主张的应当对“法庭准入资格”和“定案根据资格”进行审查,^[31]但在实际审判过程中,证据能力与证明力的判断并不具有英美法的那种递进关系,而是纠缠在一起难以区分,最高人民法院刑三庭在对《规定》的说明中

[25] 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2012年版,第312页。

[26] See Krista M. Pikus, We the People: Juries, Not Judges, Should be the Gatekeepers of Expert Evidence, 90 *Notre Dame Law Review* 481 (2014).

[27] 参见[英]理查德·梅著:《刑事证据》,王丽、李贵方等译,法律出版社2007年版,第511-513页。

[28] See Stephan Landsman, Are The Federal Rules of Evidence Dynamite?, 33 *Boston University International Law Journal* 106 (2015).

[29] 参见纵博:《我国刑事证据能力之理论归纳及思考》,《法学家》2015年第3期,第74页。

[30] 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、魏晓娜译,中国人民公安大学出版社2006年版,第96-97页。

[31] 参见陈瑞华:《关于证据法基本概念的一些思考》,《中国刑事法杂志》2013年第3期,第61页。

还有些自我矛盾地指出,基于我国刑事诉讼的实际情况,并未对证据规则作出脱离司法实际的截然区分证据能力和证明力的规范。^[32] 因此,对于不可靠证据的排除,虽然规则的本意是要求不得将这些证据“作为裁量证明力的对象”,但实际上是难以做到的,至多只能要求不得将不可靠证据作为最终定案的根据。这就意味着,我国的不可靠证据排除规则无法禁止法官在审判中考虑不可靠证据的证明力问题。

2. 不可靠证据排除规则缺乏例外

即便不考虑前述证据能力与证明力没有清晰区分的问题,我国的不可靠证据排除规则本身存在的过于绝对化的问题也会导致其难以严格适用。我国不可靠证据排除规则没有例外性规定,即要求对符合规定情形的证据绝对排除,而不容法官裁量。这部分规则本身是基于证明力的考量而确立的,是司法解释制定者对司法经验的总结,将经常出现的可能会影响证明力的情形予以类型化,并将这些情形下的证据直接默认为证明力存疑的证据予以排除。然而,当个案中法官认为本应排除的证据具有较大的证明力时,是否仍然必须排除证据就是值得探讨的问题。

即便在可采性与证明力明确界分、具有良好的证据隔离机制的英美,在不可靠证据排除规则方面仍设置了大量的例外,其原因就在于这些证据排除规则是立法者认为证据不可靠才制定的,但没有经验证据能够证明立法者认为不可靠的证据在实际上确实不可信,^[33]所以在这些例外情形中,因为证据的证明力是有保障的,再排除证据就纯属多余,而且也导致证据的浪费。因此,在不可靠证据排除规则的适用中,以证据具有较大证明力而豁免排除规则的适用是正当的。英美的证据排除规则中明确规定的诸多例外,就是通过对法官的可采性裁量权的限制,防止法官将那些证明力较大的证据也机械地排除,从而减少陪审团能够接触的证据。^[34] 然而,由于我国的不可靠证据排除规则既没有规定原则性的例外,更没有规定具体的例外,这就会导致法官适用规则时遇到心理上的困难。上文之王福山抢劫、绑架案为例,虽然在王福山对其随身物品的辨认、对作案地点的两次辨认以及被害人对嫌疑人的辨认中,见证人为刑警队驾驶员,不符合见证人的中立性要求,但法官认为“被告人王福山均已签字,且当庭对于指控的六节抢劫事实包括作案地点等均无异议,亦有各被害人的陈述、手印鉴定书、现场勘验检查笔录、监控录像等证据予以印证”,所以“相关辨认笔录的真实性能得到确定”,如果此时让法官按照规则要求“绝对的排除”辨认笔录,显然是强人所难,实际上也难以做到,因为即便法官表面上将其排除,私下里也会将辨认笔录作为定案根据使用。

我国不可靠证据排除规则缺乏必要的例外规定、过于绝对化的弊端导致难以按照其理论逻辑适用。波斯纳曾指出:“规则越是古老,并且为规则支配的活动越是活跃,法官受到的压力就会越大,就要求他们制定特例和特定延伸。事实上,受规制的活动越具有流

[32] 最高人民法院刑事审判第三庭编著:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第50页。

[33] See Eleanor Swift, A Foundation Fact Approach to Hearsay, 75 *California Law Review* 1352 (1987).

[34] See Roger C. Park, Exporting The Hearsay Provisions of The Federal Rules of Evidence, 33 *Boston University International Law Journal* 108 - 109 (2015).

动性,它就越少可能完全为规则治理。”^[35]而诉讼证明活动就是极富流动性的、瞬间万变的过程,对于基于保障证明力的不可靠证据排除规则而言,至少应当在证据的证明力较强时有例外性规定,避免证据排除的心理困难,也防止证明资源的浪费,而缺乏例外的、过于绝对化的规则无法适应诉讼证明的需求,只会导致规则被违背并失去权威性。

五 不可靠证据排除规则的几种改革思路及各自利弊

在已经明确了不可靠证据排除规则在我国适用困境的原因后,如何解决不可靠证据排除规则的适用困难?对此有两种途径:其一是由司法人员通过法律解释及漏洞填补解决,但这需要法官具有较高的法律解释水平,而且如果普遍地需要复杂的法律解释方法才能应对适用难题,就说明规则本身是有问题的;其二是从诉讼程序和证据规则层面进行修正。第二种方法是治本的方法,但应当如何修正呢?当然我们可以简单地根据上述原因提出“对策”,比如“将责任分散”“构建证据隔离机制”“区分证据能力和证明力”“设置证据排除的例外”。但问题是这些“对策”中有的可能因为与我国的诉讼传统、现有规范体系不契合而毫无意义,如“责任分散”在我国未来不太可能实行陪审团审判的前提下就不可能实现,因为根本不存在分散责任的主体,专业法官还将承担着适用法律和认定事实的全部责任。有的则并不是问题的解决途径,如“区分证据能力和证明力”,目前我国无论在理论上还是规范上,证据能力与证明力二者大体能够区分,只不过因诉讼制度和证据制度的原因而无法在实践中贯彻落实。因此,要解决不可靠排除规则的效果不彰问题,必须根据我国的制度背景设计出合理可行的路线。所以下文从程序和证据规则方面提出不可靠证据排除规则的几种改革思路,并论证各种思路的利弊,为未来可能进行的规则改造或程序改革提供一些参考。

(一)一元制审判结构下的证据隔离

如前所述,一元制审判结构下也可以构建证据隔离机制,只有具备有效的证据隔离,才能使事实认定者不接触被排除的非法证据或不可靠证据,这是保障证据排除规则发挥实效的程序性基础。最好的证据隔离,就是使证据能力与证明力的判断主体分离,尤其是在不可靠证据排除规则的适用中,因为证据能力与证明力交织,更需要将判断主体分离,才能发挥排除的效果,否则这类排除规则存在的必要性都会被质疑,因为法官可以直接舍弃他认为没有证明力的证据,根本无需适用排除规则。

我国学者在探讨非法证据排除规则的适用时,实际上早已提出过判断主体分离的问题,如有学者建议,在非法证据排除规则的适用中,应当实行预审法官与庭审法官之间的分离,由预审法官通过庭前会议程序解决包括是否排除非法证据在内的一些程序性问题。^[36]但这种观点实际上主张的是一种与英美类似的二元制结构,而且完全将预审法官与庭审法官进行分离在我国未来若干年可能都难以实现,其一是诉讼制度及传统决定了

[35] [美]理查德·A.波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第59页。

[36] 参见王超:《非法证据排除规则的虚置化隐忧与优化改革》,《法学杂志》2013年第12期,第106页。

二元制结构与我国对法官的职责定位难以契合；其二限于司法资源也难以在所有案件（即便仅限于普通程序的案件）中实现预审法官与庭审法官的分离。

在司法实践中，有的地方司法机关在一元制审判结构中如何实现证据隔离方面进行了一些探索，如四川成都的庭审实质化改革中，为了避免合议庭法官接触案卷材料而形成预断，设计了一个折中方案，由合议庭的主审法官指派另一名合议庭法官作为程序法官，程序法官负责阅卷、开庭前会议、处理包括非法证据排除在内的程序性事项，合议庭其他法官只能事后接触程序法官的报告和整理的争点，并不接触证据和其它材料。^[37] 这种程序法官的设置可以使其他合议庭法官在不事前接触证据材料的情况下，在庭审过程中形成心证，从而最大限度的减少被排除证据对合议庭的干扰，使证据排除规则发挥实效。但目前的这种改革尝试还有一些不足，如限于《刑事诉讼法》第 187 条规定庭前会议只能“了解情况，听取意见”。程序法官对证据排除的处理分为两类：一是控辩达成合意的，控方可以撤回应排除的证据，辩方也可撤回排除证据的申请；二是无法达成合意的，则需在开庭时进行实质调查后才可作出决定。而实际上控辩能够达成合意的只是少数，这就导致多数情况下证据排除问题仍需当庭解决，合议庭所有法官仍能接触到包括被排除证据在内的全部证据。再如对于当事人当庭提出排除证据申请的，改革方案也未设置特别的程序处理这种情形，而是将证据排除与举证质证混合进行，这也会导致合议庭接触全部证据，削弱证据排除规则的效果。

虽然地方司法机关的尝试并不完全成功，而且其主要目的是处理非法证据排除问题，但其基本构想却可为我国一元制审判结构下的证据隔离机制提供一个较好的蓝本，也可为不可靠证据排除规则的适用铺垫程序性基础。从合议庭中指定一名程序法官阅卷和处理程序性争议，并未改变一元制审判结构，也未加重司法资源负担，关键在于如何克服改革中的不足以实现更有效的证据隔离。为此就要解决程序法官能否在庭前处理证据排除事宜，以及如何处理当事人当庭提出的证据排除申请两个问题。

对于第一个问题，司法机关和学术界常以《刑事诉讼法》第 187 条规定庭前会议的功能仅限于“了解情况，听取意见”为理由，认为对于包括证据排除在内的程序性事项，在庭前只能通过控辩双方协商的方式解决，而不能由法官作出裁决。^[38] 但这种认识有失偏颇，因为《刑事诉讼法》第 56 条第 2 款规定：“在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。”该款并未限定在审判阶段何时可以排除证据，从体系解释的角度来看，这也就意味着审判阶段中法官随时可以决定排除证据，包括庭前会议阶段。第 187 条只是说明，法官在庭前会议也可以不作决定，仅“了解情况，听取意见”，但该条并非不允许法官在庭前作出证据排除决定的禁止性规定。因此，在下一步的改革中，无需将庭前阶段处理的证据排除限于控辩达成合意的情形，程序法官可以在庭前任何阶段就排除非法证据或不可靠证据作出决定。对于

[37] 参见万毅、赵亮：《论以审判为中心的诉讼制度改革——以 C 市法院“庭审实质化改革”为样本》，《江苏行政学院学报》2015 年第 6 期，第 114 页。

[38] 参见万毅：《论庭审实质化改革与证据规则之完善——以 C 市法院改革为样本的分析》，《中国政法大学学报》2016 年第 5 期，第 140 页。

不可靠证据的排除来说,庭前程序法官的排除可以使合议庭其他法官不再考虑不可靠证据的证明力,从而才能使不可靠证据排除规则有其存在的必要性,并真正能够适用。

对于第二个问题,我国并未将证据排除申请限定为必须在庭前提出,而是允许审判阶段随时提出,但法院可以设置一定的程序机制,尽量减少庭审中被排除证据对法官的影响。具体而言,法官应当在开庭前告知当事人,如果在庭审中申请排除证据,一般应当在该证据进行举证质证之前提出,但即便在举证质证之后提出,也不能认定为失权,仍要进行处理。如果证据尚未被举证质证或在举证质证过程中,当事人提出排除证据的申请,可以由程序法官单独处理证据排除事宜,此时无需延期审理,而只需合议庭其他法官暂时回避即可,以免接触到争议证据。如果证据已经举证质证,则合议庭其他法官无需回避,因为此时回避已经无意义,但排除决定仍由程序法官单独作出,并且在合议时,程序法官应提醒其他合议庭法官,证据因不可靠已经被排除,不得再予以考虑,由此形成合议庭法官之间的牵制和监督,保障证据真正被排除出合议范围。

虽然通过上述途径,可以在我国的一元制审判结构下构建一种“相对的证据隔离”,但这只是解决了不可靠证据排除规则的存在必要性问题,而并未解决规则自身的合理性问题,所以还需从规则自身方面解决其合理性问题才能促进规则的实效。

(二)完善规则的例外性规定

如前所述,我国不可靠证据排除规则缺乏必要的例外导致其难以按理论逻辑而适用,法官对排除规则的违背似乎是有情可原的,甚至是迫不得已的选择。因此对规则自身的完善在于对其例外性规定的完善,让法官在确定证据的证明力较大的情况下可以决定不排除证据。无论是否实行前述这种相对的证据隔离,只要计划依然保留不可靠证据排除规则而不是将其废除,创设一些规则的必要例外都是必须采取的措施,关键在于如何创设例外。从一般立法技术来看,例外性规定有三种途径:列举式、概括式、列举加概括式。因此必须根据不可靠证据排除规则的性质、特征而选择适当的方式。

列举式例外虽然有明确、便于适用的好处,但对于不可靠证据排除规则来说,列举式在技术上是难以实现的,因为这里的例外是针对证明力问题的,即证明力强的证据可以豁免不可靠证据排除规则的适用,而证明力主要应付诸于法官的主观判断,何种证据的证明力较强,难以进行完全的列举。虽然德沃金曾认为,从理论上说,必须将所有例外都加以补充说明,补充的越多,这条规则的表述就越准确,而且至少在理论上来说,规则的例外是可以全部列举出来的。^[39]但这种观点实际上是一种源自经验主义的盲目乐观,而且从其上下文语境来看,他所指的应当是一般的行为规则,而证明力问题是难以用规则完全涵盖的,因为自由心证是判断证明力应遵循的普遍原则,因此任何高明的立法者都不可能将所有虽然符合不可靠证据排除规则但却证明力较强的证据全部列出。即便能够列举,也会存在一个更大的问题,即立法者将那些自己认为证明力强的证据规定为例外,但在具体案件中这些证据实际上证明力却可能很小,这也是为何美国《联邦证据规则》中传闻证据的

[39] 参见[美]罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第43-44页。

列举式例外(规则 803、804)被不断批评的原因,如麦考密克认为,列举式例外会导致无用的证据涌入,也会导致有用的证据被漏掉;波斯纳也认为,列举式例外会导致完全不可靠的证据也被采纳。^[40] 因此对于我国的不可靠证据排除规则来说,以列举式方式规定其例外从技术上是不太可行的,在实践中也会导致证据采纳方面的诸多不合理结果。

概括式例外的好处在于具有足够的灵活性,法官也享有充分的自由裁量权,而且对于不可靠证据排除规则而言,概括式例外在理论上最为适宜,因为证明力的判断遵循自由心证,应当赋予法官根据证明力而灵活判断是否排除证据的充分自由。《美国联邦证据规则》中规则 807 规定的传闻证据的其它例外就是概括式例外的典型,该条规则允许法官采纳规则 803 和 804 之外其它证明力较强的传闻证据。但概括式例外赋予法官过于宽泛的自由裁量权,可能会导致采纳不可靠的证据或排除可靠的证据。正是认识到这一弊端,近年来美国证据规则咨询委员会决定对规则 807 进行修改,要求法官在采纳其它传闻例外之前,必须考虑所有的相关情况以及补强证据,只有法官最终认为传闻在可靠性上能够达到规则 803 或 804 的同等水平,才可例外的不排除。^[41] 如果我国的不可靠证据排除规则设置概括式例外,将会导致规则形同虚设,因为在没有任何有效指引的情况下,法官将无视规则的意旨而随意运用裁量权,或误解规则的规范目的,使不可靠证据进入庭审乃至被错误采信。因此,概括式例外对于我国来说并不是一个好的选择。

列举加概括式例外对于不可靠证据排除规则来说,可能更为适宜。因为列举加概括并非简单的将二者合并,或者只是集合二者的优缺点,列举加概括能够衍生出其它功能,使规则更为科学。通过有限的列举,司法人员可以通过归纳而明确规则的意旨,通过概括规定,又可以赋予司法人员充分的自由裁量空间。所以对于不可靠证据排除规则的例外规定来说,列举加概括式既可以防止法官忽视规则,任意混淆证据能力和证明力,又可以让法官有充分的裁量自由。实际上,美国《联邦证据规则》中的规则 803(列举)、804(列举)、807(概括)对传闻证据的例外就是列举加概括,虽然对于这种方式仍存在一些批评,但主要的批评意见并不是认为这种方式本身有问题,而是列举的例外存在问题,或者概括性规定不完善。^[42] 而对于实行成文法制度的我国来说,列举加概括能够对法官发挥必要的指引作用,使法官明确规则例外的性质及原因,又使其免受绝对化的束缚,所以是相对而言最为合理的选择。如对于未附有笔录、清单的物证、书证,可列举如下几个具体例外:(1)有证人证言、视听资料等证据能证明物证、书证来源的真实性的;(2)当事人认可物证、书证的真实性,且无合理疑点的;(3)有证据能够证明物证、书证具有独特性,不存在伪造的可能性的;(4)国家机关、事业单位、人民团体提供的物证、书证,且经验证为真实的。在这几种列举的具体例外之后,再加上一个概括性例外:(5)其它能够证明物证、书证的证明力较大的情形。前四种列举的例外情形,均是因为物证、书证虽然未附有笔录或

[40] See Liesa L. Richter, Reality Check: A Modest Modification to Rationalize Rule 803 Hearsay Exceptions, 84 *Fordham Law Review* 1473 - 1474 (2016).

[41] See Victor Gold, The Three Commandments of Amending the Federal Rules of Evidence, 85 *Fordham Law Review* 1617 - 1618 (2017).

[42] See Liesa L. Richter, Reality Check: A Modest Modification to Rationalize Rule 803 Hearsay Exceptions, 84 *Fordham Law Review* 1473 - 1476 (2016).

清单,但其证明力已经能够确定为较大才无需排除证据,所以在规则的适用中,第五项概括例外必然要与前四种例外情形相当,才可不排除证据。

虽然增设例外可以使不可靠排除规则更为科学,但例外的增设也会使法官更为困惑,从而增加规则的适用难度,因此,增设例外虽有必要,但也要考虑到增设例外的方法以及法官群体的接受能力,避免使规则过于复杂而适得其反。

(三) 将规则改造为授权式排除规则

另一种思路是改变规则的结构,将其改造为一种概括授权的排除规则,而不再规定应当排除的具体情形,同样,也不再对规则的例外进行列举规定,而是以概括式例外的形式进行规定。这种思路的理论基础在于,在我国的一元制审判结构且缺乏证据隔离机制的背景下,原本并无创设不可靠证据排除规则的必要性,但我国既然已经创设了这类规则,就要让其具有发挥作用的空间,而不能以过于机械的规则对法官进行束缚,否则排除规则势必遭到抵制。因此,概括授权的排除规则不失为一个好的选择,可以将司法解释中的不可靠证据排除规则删除,改为一条概括式排除规则规定:“若证据的取证程序存在缺陷,或者证据自身存在某种缺陷,导致证据的证明力存在疑问,且法官无法以其它方式确定证据的证明力时,可以直接将证据排除。但当法官能够以其它方式确定证据的证明力较强时,可以不排除证据。”这种授权式排除规则有如下两点优点:

第一,不再对应排除情形作出具体规定,赋予法官充分的裁量自由,而且可以将排除规则作为证据具有不可靠情形且真伪不明时的有效处理手段。仍以物证、书证为例,若侦查机关未制作笔录或清单,法官又对物证、书证的真实性心存疑虑,但又无法以其它方式查明,就可以直接将物证、书证排除,从而彻底防止因错误采纳、采信证据而导致错案;但如果通过证人证言、视听资料等证据证明物证、书证确属真实,证明力较大,法官当然就无需排除该物证、书证。

第二,概括授权的排除规则,可以防止规则列举无法涵盖所有导致证据不可靠的情形。以证人证言为例,《解释》第 76 条规定询问证人没有个别进行的、书面证言没有经证人核对确认的等四类情形下获得的证言要排除,但侦查人员采取指名问供方式获得的证言要不要排除? 过度的引诱、欺骗获得的证言要不要排除? 这几种情形下获得的证言同样难以保障真实性,属于不可靠的证言,原则上也应当排除,但《解释》第 76 条就没有对此作出规定。再如对于辨认,《解释》第 90 条规定了应当排除的几种情形,但辨认过程没有见证人、见证人未签字确认等情形同样不能保障辨认结果的准确性,《解释》也未规定。而概括授权的排除规则可以防止列举的疏漏,法官可以根据具体情况决定排除证据。

但概括授权的排除规则也有较大的风险,因为这实际上是一种简化处理,相当于取消了其它所有具体的排除规则,将排除证据的裁量权完全赋予了法官,法官就有可能将证据能力完全作为证明力的附属物,^[43]只进行证明力上的取舍,而不再适用排除规则对不可靠证据进行排除。而且,在法官的法律解释能力和证据判断能力没有达到较高水平时,这种方式因其模糊性可能会导致规则难以顺利适用。另外,相对而言,这种概括授权的排除

[43] 参见汪贻飞:《论证据能力的附属化》,《当代法学》2014 年第 3 期,第 154 - 158 页。

规则在不实行“相对的证据隔离”的情况下可能更好适用,因为同一法官可以较为自由的对证据排除问题进行裁量;但如果实行了“相对的证据隔离”,这种方式就未必合适,因为对于程序法官来说,明确的规则能够让其更好地排除不可靠证据。所以,选择将不可靠证据排除规则改造为概括授权的排除规则必须谨慎而为。

(四)将规则改造为证明力判断指导规则

这是最为彻底的一种选择,即彻底改变不可靠证据排除规则的性质,不再将其作为“证据排除规则”,而是将其改造为法官判断证明力的指导性规则,与《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第77条、《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第63条规定的性质类似。如对于未附有笔录、清单的物证、书证,规则不再要求必须排除,而是可以规定“法官应当谨慎判断这类物证、书证的证明力,如果没有其它证据证明物证或书证的来源、真实性,可认定物证、书证不具有证明力”。

这种方式等于废除了不可靠证据排除规则,将原本应当排除的不可靠情形转化为判断证明力时的指导规则,发挥对法官的指引、提醒、警告作用,使法官免于在证据能力、证明力之间纠缠混淆,也使证据隔离机制不再必要,因为已经不存在证据排除、证据隔离的问题,法官直接判断这类证据的证明力即可。在不具有二元制审判结构和证据隔离机制的情况下,这种证明力指导规则可能会比不可靠排除证据规则发挥更有效的作用。因为不可靠证据排除规则与非法证据排除规则不同,其主要目的还是在于保障证明力,但这种通过排除证据来保障证明力的方式对于兼具判断证据能力、证明力职责的法官来说似乎确实有些多余,因为他们完全可以直接判断证明力,并舍弃没有证明力的证据。这也是为什么即便在英美,在无陪审团的法官审判中证据排除规则的适用也有所弱化的原因,因为随着非专业裁判者的隐退,可采性作为正确判决的保障措施的重要性已经下降,^[44]法官会暂时采纳所有有争议的证据,如果案件终结前法官审查反对方提出的排除证据申请时,发现有清楚、可信的证言能支持他对事实的认定,那么他会倾向于采纳这个证据。^[45]也正是因为如此,大陆法系才几乎没有确立过不可靠证据排除规则。而上述我国的实践案例也证实了这一点,法官很难在完全不考虑证明力的情况下严格适用排除规则。所以,如果能够创设科学的证明力指导规则,对于我国的法官来说更为实用、有效。

但需要注意以下两点:其一,只应将符合日常生活经验的、接近规律性的证明力判断方法上升为规则,而或然性较大的、个体性经验较强的则不宜上升为规则,否则就会误导法官;其二,既然是“指导规则”,就意味着仅供法官参考,而不具有强制性,否则就演变为机械的法定证据制度。所以,将不可靠证据排除规则改造为证明力指导规则,可能导致法官机械地按照规则判断证明力,影响事实认定的准确性。

六 结 语

本文对我国不可靠证据排除规则的理论逻辑进行了推演,并对其实践运行状况进行

[44] 参见[美]米尔建·R.达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第69页。

[45] 参见[美]约翰·W.斯特龙著:《麦考密克论证据》,汤维建译,中国政法大学出版社2004年版,第129页。

了考察,发现其实践适用与其理论预设存在背离之处,究其原因在于我国的诉讼制度和证据制度存在一些不契合之处,导致不可靠证据排除规则难以顺利实施。对此,本文提出了不可靠证据排除规则的几种改革思路。在这几种思路中,第一种是从程序方面实行“相对的证据隔离”,为不可靠证据排除规则的存在必要性创造条件,在此基础上可以兼采第二种思路“完善规则的例外性规定”或第三种思路“将规则改造为授权式排除规则”,尤其是与第二种思路的结合,在理论上能够产生更好的效果。而第四种思路“将规则改造为证明力判断指导规则”则彻底改变了规则的性质,也就无需再实行“相对的证据隔离”。但这几种思路均各有其利弊,因此在选择时需要权衡其利弊而谨慎确定改革方向。不过无论如何,不可靠证据排除规则在目前的诉讼制度和证据制度下难以有效发挥作用是可以确定的,对其改造或许迟早要进行,本文的探讨也许能够为将来的规则改造和程序改革提供一些先见之明。

[本文为作者主持的 2018 年度国家社会科学基金一般项目“人工智能在刑事证据判断中的运用及其界限研究”(18BFX079)的研究成果。]

[**Abstract**] China has established through judicial interpretation the exclusionary rules of unreliable evidence to prevent miscarriages of justice, which require “absolute exclusion” of doubtful evidences when there is a defect in the procedure of evidence collection or in itself that may affect the authenticity of the evidence. However, these exclusionary rules have not been strictly applied in practice. When applying the rules, judges often look back and forth between evidence capacity and probative force, and even refuse to exclude evidence on the grounds that the probative force is strong. There are two reasons for this situation. In the aspect of procedure system, the structure of procedure in China is incompatible with exclusionary rules of unreliable evidence. It is impossible to realize the dispersion of fact-finding responsibility, and there is a lack of an effective evidence isolation mechanism. In the aspect of evidence system, there is no clear distinction between evidence capacity and probative force, and there is a lack of necessary exceptions to the exclusionary rules of unreliable evidence. There are several ways to reform the exclusionary rules of unreliable evidence in China, including constructing evidence isolation mechanism under the unitary system of trial structure, improving the exceptional provisions of the rules, transforming the rules into an authorization rules, or transforming the rules into proof judgment rules. Each of these paths has its advantages and disadvantages. China should weigh these advantages and disadvantages and carefully determine the direction of the reform.

(责任编辑:贾元)