

刑事证据二步式审查方法构建

吕 敏

(四川大学 法学院, 四川 成都 610207)

摘要: 传统证据审查判断是对证据合法性、真实性、关联性一并审查的同时解决证据能力和证明力问题。在审判之前证据三性难以发挥作用, 非法证据在法庭调查之前的诉讼程序中都畅通无阻, 对法官心证产生不当影响, 致使案件真实无法查明, 甚至会出现非法证据成为定案根据的情况, 产生冤错案。二步式证据复合审查方法, 旨在关注并区分证据能力和证明力问题, 第一步先行判断证据准入法庭的资格, 第二步进行证明力评估。

关键词: 证据; 证据能力; 证明力; 合法性; 二步式证据; 审查方法

中图分类号: D925.2 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674 - 5639 (2020) 05 - 0073 - 05

DOI: 10. 14091/j. cnki. kmxyxb. 2020. 05. 011

Construction of a Two-step Review Method of Criminal Evidence

LV Min

(School of Law, Sichuan University, Chengdu, Sichuan, China 610207)

Abstract: Traditional evidence examination and judgment are to examine the legality, authenticity and relevance of evidence and to solve the problems of evidentiary capacity and probative force. Before the trial, the three attributes of evidence are also difficult to play their functions, leading to the unobstructed illegal evidence in the court proceedings before the investigation with improper influence on the judge's mental impression before the adjudication, so that the truth can not be found. Moreover, some illegal evidences will become the basis of the final case, resulting in unjust and wrong cases. The two-step evidence compound examination method aims to focus on and distinguish the issue of evidentiary capacity and probative force. The first step is to judge the qualification of evidence to enter the court, and the second step is to evaluate the probative force.

Key words: evidence; evidentiary capacity; probative force; legality; the two-step evidence; review method

从证据学和学理研究角度看, 证据成为定案根据的先决条件: 一是证据首先要具备证据能力; 二是证据要有证明力。证据有证据能力才可以有进入法庭使用的初步资格, 再通过逻辑和经验法则来确定证据对待证事实的证明价值, 证明能力和证明力二者之间呈递进关系。反言之, 不具备证明能力的资料由于丧失了证据资格, 更谈不上对事实的证明力作用。区分证据能力和证明力两个层面的证据审查方法, 将证据能力作为证据进入诉讼使用的入门条件, 有效排除对证明力起消极作用的证据, 进而

使证明力的判断更加高效和具有针对性, 提高了诉讼使用证据的效能。

一、传统证据审查理论的风险

一直以来, 传统证据审查理论是围绕着证据属性理论而展开的, 证据属性是证据适用的核心。证据能作为定案根据使用, 在于证据能够满足合法性、真实性、客观性的标准。例如, 在法庭调查和法庭辩论环节, 法官以证据三性来进行证据调查, 辩护人也通过对证据的三性的说明、质疑、反驳进

收稿日期: 2019 - 12 - 11

作者简介: 吕敏 (1994—), 女, 河南漯河人, 在读硕士研究生, 主要从事刑事诉讼法研究。

行质证活动。正因为证据三性审查具有简单、操作性强的优点,以三属性来审查证据、最终判断证据能否采信也逐渐成为了整个刑事司法证据审查分析的基本方法。问题在于客观性和关联性是证据的内容,合法性是证据的形式,即合法性是证据真实性和相关性的法律保障。^[1]证据三属性的思维方式,三性之间不存在递进或者顺承的关系,合法性的首要地位不能显现出来,在司法实务中也产生了诸多风险。

首先,司法人员未有区分证据能力和证明力的法律意识,不能通过二者之间的逻辑承接来进行证据审查活动,于是无论证据是否具备法律资格,侦查活动中搜集的证据最后都一揽子出现在了法庭之上,很容易便成为法官心证的材料。例如:在庭审质证活动中,辩护人在对控方的证据质证时,通常是从证据三性出发,并依次说明。耳熟能详的是辩护人发表质证意见时,总是以“公诉人列举的这份证据不具备合法性,不能作为定案根据”等说法结尾。实际上不具备证据能力的证据,裁判者应该尽量避免这类证据(防止先入为主的预判),在排除某证据的证明能力时,不仅不能作为定案根据,根本不应该出现在法庭之上。^[2]

其次,司法人员对于证据能力和证明力的关注的权重比也不一致,相较之下,更加侧重证明力问题的判断,对于非法证据未能严格审查和防范,成为了影响裁判不公的肇因之一。再者,出于打击犯罪的职业心理倾向,侦查人员更倾向于搜集对犯罪事实起到证明作用的证据,忽略单个证据的法律效力,侦查活动“全面取证”原则异化为“选择性取证”,通过侦查人员的筛选和过滤,最后保留在卷宗内的多为有罪证据。证据搜集的不全面、不充分,证据之间不免会充斥着矛盾和冲突,给检察官和法官分析证据、认定事实都造成了审查障碍。具体而言,未经过合法性审查判断的证据一旦进入证明体系,将会对整个证据结构造成污染。此外,不同于美国的非法排除证据规则,在我国不具有证据能力的证据只是不得作为定案根据,但却允许法官用自由裁量权来进行判断。如此一来,便无法发挥证据能力对于证据资料的过滤作用。除了无证据能力证据对法官心证上产生的消极影响外,基于庭审效率和效果的角度,也有学者认为,这种平行式

证据调查方式导致整个庭审缺乏层次性,使得法庭调查和质证缺乏条理性和针对性,控辩难以真正展开论点交锋,有时甚至会出现质证过程演变为自说自话,造成混乱无序的状况。^[3]

最后,证据适用偏差之风险。证据能力和证据的合法性在很大程度上是相关的,但二者并非等同。若以证据属性合法性来审查证据,易对司法人员工作观念产生误导,甚至出现把证据能力和证明力混为一谈的情况。一般会认为,证据必须要满足合法性要件,不符合法律规定的证据都会受到法律的限制或者排除。其实不然,从比较法角度来看,不合法的证据也可以成为定案根据,合法的证据也可以禁止使用。例如:德国证据禁止理论,非法证据可以分为证据取得之禁止和证据使用之禁止。合法取得的证据可能会因为违背比例原则而禁止使用,当然,非法获取的证据也并非一定会被禁止使用,经过法官的权衡判断,依然可以作为证据使用;同样,在我国证据“不合法”的外延很是宽泛,不合法证据也可分为非法证据和瑕疵证据,针对证据对被追诉人权益的不同侵害程度,会受到强制排除或者自由裁量排除之评价。非法证据通常因为违反了被追诉人宪法上的权利、因严重违法法定程序要受到严格排除,但根据刑事诉讼法的规定,瑕疵证据经过合理解释或者补正之后可以作为定案依据。

二、二步式证据审查结构与程序的构建

刑事证据审查体系是一个层层递进的过程,先从证据资料通过证据方法形成证据,再到定案根据。二步式证据审查方法从横向层面,整体上完成了对证据的程序性审查和实质性审查。程序性审查指对证据能力的审查,实质性审查从证据本身内容出发,旨在判断证据的相关性和可信度等。

一直以来,证据准入与证据评估的分离是两大法系证据审查体系的一个共同的特征。^[4]例如:在美国,法官负责法律裁判的工作,而陪审团负责事实裁判的工作。如强奸罪的要件为何或证据可否使用(如窃录之录音带是否可以成为证据)由法官认定。至于证人的证词可不可信,被告是否实施被指控的犯罪行为等事实判断问题,则由陪审团决定,^[5]审查主体的分离、两步式证据审查方法有效

避免了不可采证据对事实认定者的不当影响。

再从证据发展阶段来看，证据通过证据方法形成证据，经过审查后按照特定程序才可以成为诉讼证据。所以，在审查时有必要改变传统的证据三属性的审查方式，转为依照证据证明能力和证明力的逻辑递进、先后顺序关系进行审查较为合理，符合证据运行规律。一言以蔽之，如果证据缺乏证据能力，诸如被告人自白系在刑讯逼供、诱供等侦查行为下作出的，法庭便可认定证据不具备法庭准入的资格。审查之后对于具有证据能力的证据，法庭继续组织控辩双方质证，进一步判断该证据资料与事实之间的关系，法官依据自由心证原则审查证据的关联性和客观性，作出证明力判断。2017年我国最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部出台的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《严格排除非法证据规定》）为分层次证据审查方法提供了理论依据，该规定第30条，“庭审期间，法庭决定对证据收集的合法性进行调查的，应当先行当庭调查”；另有《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》第100条规定的先行调查与当庭调查并行之规则，均为我国刑事证据审查制度改革提供了理论支撑。

另外，我国刑事诉讼中，作为庭前准备程序的庭前会议主要承载了非法证据排除的功能。但由于庭前会议并非实质审理程序，辩方提出对证据合法性的初步质疑时，庭前会议只是对该申请作出初步处理。如果控辩双方对证据收集合法性未达成一致意见，对于合法性仍存有疑问的，法官便只能在庭审中进行调查，不得在庭前会议中直接作出有关证据的证据能力判断。

实际上，证据的本质在于利用现有资料来推断过去，帮助司法人员了解或者重构事件的发生。司法证明的过程也是运用证据审查方法最大限度地接近案件真实。由此说明了证据审查的最终目的在于回溯过去，认知真相，至于这个审查是否必须限制在法庭之上与目的实现并无直接的关系。“西方各国真正完全经过庭审环节的案件所占比例并非多数，这也代表了刑事诉讼发展的一种趋势……证据法学应适用这一发展趋势，从解决司法实践之需要出发，抛开庭审中心主义观念，将证据的收集调

查、法庭内外的使用、有证据能力和无证据能力的证据、定案证据和非定案证据都纳入证据法学研究范围”，^[6]证据能力的庭前审查规范与证据学的要求并不冲突。

其次，《严格排除非法证据规定》第14条、15条明确了侦查阶段对证据能力审查的基本程序，分为检察院依被告人或者辩护人的申请排除非法证据和侦查机关全面审查证据收集合法性的证据材料后，依职权可以自行排除非法证据。该规定为庭前证据审查提供了法律依据。第二步式证据审查方法在审前程序的适用不仅能够促进侦查取证活动的规范化，也对实现审前程序对诉讼过程的过滤功能具有重要意义。

三、证据能力之审查

证据能力，相当于英美法系证据学中的可采性（admissibility），指一项资料被认定为具有法律资格所应具备的首要条件。美国法中亦设于自白任意性规则、传闻证据规则、品格证据规则等证据规则来规范证据的可采性。

证据能力问题本质上是一法律判断问题，是贯彻证据裁判原则，坚持证据中心主义所首先要解决的一个基本问题。而证据能力（也即证据力）则与证据收集合法性紧密相关。关于证据收集的合法性，有严格证明和自由证明之分，影响定罪量刑的证据因涉及被告人法定利益的保护，应采用严格证明的方式，程序性事实可以采用自由证明方式。我国台湾学者林钰雄先生认为，证据有证据能力要满足消极条件和积极条件两项基本限制，消极条件指证据使用之禁止，也可以说为证据排除；积极要件是指证据必须经过严格证明的调查程序，包括法定的证据方法和法定的调查程序。^[7]目前，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）对于证据合法性审查确定了严格的程序和制度。一般而言，为了确保证据的合法性，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，其中重点调查证据收集手段、方法的合法性。^[8]

具体到我国《刑事诉讼法》和《严格排除非法证据规定》的相关规定，立法上采用了正面规制和反面排除的模式来保障证据的证据力，即采用

列举的方法对程序收集合法性予以正面规定,同时设立证据排除规则规定非法证据排除的范围和方式。由此,证据的来源、收集、保管固定、审查核实都要严格按照法律程序的相关规定,另一方面,运用严重违法的方法来收取证据资料,为证据合法性要求所不容许,应该受到证据排除之法律后果。

另外,需要说明的是,一般情况下,刑事诉讼的举证责任由检察机关来承担。关于证据能力的举证责任,在侦查阶段,由于侦查活动的秘密性和公权力的天然优势,易造成被追诉人与侦查机关诉讼信息的不对称,犯罪嫌疑人和侦查机关难以达到“平等武装”。法律规定犯罪嫌疑人在审查排除非法证据时要提出具体相关的线索或者材料,实际上,犯罪嫌疑人并不具有这样的条件和可能性,大多只是“泛泛而谈”,这也是非法排除实施难的原因之一。在此应该认为,只要犯罪嫌疑人提出了遭受非法取证的时间、场所、行为等的初步举证或者线索,足以使法庭对证据调查产生合理怀疑后,应由侦查机关人员就证据合法性调查提出证明。总的说来,非法证据排除举证责任分配上,辩方附有疑点形成责任,举证达到合理程度后,举证责任便转移给了控方,控方对非法言词证据的证明应达到“排除合理怀疑”的标准,对非法实物证据达到“优势证明”的标准。^[9]

四、证明力之审查

证明力审查不涉及评价证据的合法或非法性,审查证明力的意义在于解决证据的真伪和证明价值问题。

证据的证明力审查属于事实问题。相关性指与案件有关的材料才能够作为诉讼证据使用,是定案证据具备的必要条件之一,也是证据的实质内容和本质属性。《美国联邦证据规则》第401条对相关证据解释为:“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证据时更有可能或更无可能”。第402条规定,“所有具有相关性的证据均可采纳,但美国宪法、国会立法、本证据规则以及联邦最高法院根据立法授权确立的其他规则另有规定的除外。没有相关性的证据不得采纳。”明确限定了证据调查的范围以及不具备相关性规则的证据排除规则。

证明力审查具体包括两步骤。其一,审查证据是否与案件相关,是否对案件事实(实体法事实和程序法事实)起到了证明作用。证据应与待证事实之间存在联系,无法建立联系的证据便不具备相关性。如盗窃案件的犯罪嫌疑人否认犯罪,侦查人员在现场的抽屉上发现了一枚嫌疑人的指纹。由于无法排除犯罪嫌疑人在正常情况下出入现场的可能,指纹与犯罪嫌疑人盗窃行为便无法建立关联作用,指纹证据也不具有证明力价值;其二,判断证据对于特定案件事实的证明力大小。判断的基础在于证据与证据之间、证据资料和事实之间的联系程度,该审查判断直接影响到证据可采性的强弱。按照单一到系统的要求逐个审查证据,再经过庭审质证对抗,经采信的证据才可以为司法证明使用,成为法官裁判的根据。

实物证据与言词证据是证据的一种分类形式。实物证据是以犯罪遗留的痕迹、物品等为表现形式客观存在的证据,与犯罪现场具备直接的关联性,其客观性的证明内容也能够起到判断其他证据真实性的作用,给司法人员侦破案件、认定案件事实提供了清晰的指向。

相较之下,言词类证据的审查判断更具有复杂性,即犯罪嫌疑人的供述和辩解、被害人证言和证人证言等证据。此类证据被认定有法律资格之后,法官通常会按照自由心证原则、逻辑经验法则、印证分析方法、情理分析方法、感知分析方法、变化分析方法等证据分析方法来判断言词证据是否可采信、可采信的强度。

具体可从证据的两个方向进行分析判断。一种是同一份笔录证据的连续性审查,主要是针对同一份证据有连续取证的情形。在进行变化分析时,首先要明确的一点是不同时间取证的证词发生变化是正常的,重点应关注证词中发生实质性变化的部分,即能够指向犯罪嫌疑人作案的情节,从这些情节中提出合理怀疑;另外一种是不同的证据之间的相互印证分析。关键是利用已倾向采信的证据对有可能存在矛盾或者疑点的不利证据进行反向审查、质疑,起到不利证据证明力低的目的或者能够补强部分证据证明力的作用。倾向采信的证据一般是实物证据或者中立性证人证言等。如一抢劫案件,被害人声称其被同村人甲抢劫,经取证,被害人的多位

邻居均陈述被害人在案发第一时间向他们求助时并没有提到是甲实施的抢劫行为。对比之下，非利害关系人的证词更能客观地反映出矛盾或问题所在。这种证据之间的对比分析，来判断有罪证据的证明力，方法上有点类似以子之矛攻子之盾。

相关性判断关系着案件定罪量刑事实的认定，最终影响着办案质量。我国《刑事诉讼法》规定，司法人员在收集证据时要全面收集与被追诉人有罪、无罪、量刑轻重的各种证据，从各证据之间、证据与事实之间的联系进行审查。不过缺乏具体明确的相关性审查标准，在实务中，司法人员对相关性认定的裁量权并不统一，对此也有必要规制更具体、具有操作性的审查判断方法。

五、结语

第二步式的证据复合审查方法相比传统对证据三性的审查，突出了证据合法性的首要地位以及证据能力和证明力的逻辑递进关系。证据只有满足合法性之形式要件后，才进行相关性和真实性的价值判断，有利于鉴别证据真伪，剔除非法证据，更好地贯彻证据裁判原则和非法证据排除规则，认定案件事实。对于庭审实质化而言，复合式证据审查方式能够充分地进行科学举证和质证，通过直接式的物证调查、交叉询问和法庭辩论的针对性，在法庭上显现出证据的证明力。基于复合式证据审查判断方法在审前程序的过滤功能，有必要在庭前会议以及侦查、审查起诉阶段对证据合法性进行调查，侦查人员可对合法性存疑的证据应依职权排除，检察机

关及时行使检察监督职能，夯实证据基础。这也对司法人员提出了更高的要求，要求侦查人员、检察官、法官在审查运用证据时，首先需要用怀疑的眼光去看待证据，进行科学地分析研究，关注证据是否存在不合法的要求，是否存在漏洞或矛盾，在进行个别化证据审查时，同时注重了整个证据审查体系的协调性，共同构建以证据为核心的刑事指控体系，顺利实现刑事诉讼的目的。

【参考文献】

- [1] 樊崇义. 刑事诉讼法学 [M]. 4 版. 北京: 法律出版社, 2016: 176.
- [2] 陈瑞华. 问题与主义之间: 刑事诉讼基本问题研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 289.
- [3] 万毅. 证据“三性”质证宜采分层递进调查模式 [N]. 检察日报, 2017-11-19 (3).
- [4] 吴洪淇. 刑事证据审查的基本制度结构 [J]. 中国法学, 2017 (6): 167-186.
- [5] 王兆鹏. 美国刑事诉讼法 [M]. 2 版. 北京: 北京大学出版社, 2014: 597.
- [6] 李忠民. 证据概念与证据属性 [J]. 学海, 2007 (1): 146-151.
- [7] 林钰雄. 刑事诉讼法: 上册 总论编 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 345.
- [8] 陈光中. 刑事诉讼法 [M]. 5 版. 北京: 北京大学出版社, 2013: 162.
- [9] 马贵翔, 胡巧绒. 论证据合法性的证明: 兼评修改后刑诉法关于证据合法性证明的规定 [J]. 人民检察, 2012 (15): 13-18.

