

论刑事证据资格之多重性

林志毅*

内容提要 刑事证据的初级资格旨在为法律决定之事实基础提供一般合理性根据,高级资格旨在为法律决定之事实基础提供高度合理性根据,主观资格旨在保障证据材料在价值上的可接受性。由于我国理论及实践对上述不同性质、不同种类的证据资格缺乏深入而清晰的认识,因而在刑事证据资格制度上存在初级资格要求不明确,高级资格没有严格区分始端资格与终端资格,主观资格偏离价值本位且取向较为单一等主要问题,从而在某种程度上导致刑事证据使用的不当,甚至酿成冤假错案。为了更加合理地使用刑事证据,我国的刑事证据资格制度应当明确初级资格要求,严格区分始端资格与终端资格,让主观资格回归其价值本位并且使之进一步合理化。

关键词 刑事证据资格 证据能力 证据资格审查

目次

- 一、刑事证据初级资格之一般证明性
- 二、刑事证据高级资格之特别证明性
- 三、刑事证据主观资格之可接受性
- 四、刑事证据资格审查之误区
- 五、我国刑事证据资格制度之缺陷及完善

* 华南理工大学法学院副教授,法学博士。本文系2017年度国家社科基金后期资助项目“回应型刑事司法研究”(项目编号:17FFX034)的阶段性成果。

在我国以往的刑事证据理论当中,对于证据资格往往不加严格区分,大体上将它对应于大陆法系的证据能力、英美法系的可采性以及我国传统的合法性概念。有学者分析指出,我国证据法学界已接受了“证据能力”概念,并将它和“证明力”一起作为构建我国刑事证据规则的逻辑基础。^①但是,目前我国学界对“证据能力”这一概念的含义尚未形成一致的认识。除了在作为一种“资格”这一意义上达成共识之外,在其他方面仍然存在争议。概括起来,主要在两个维度上存在争议:性质维度与程序维度。

在性质维度上,关于证据能力内涵主要有以下几种学说:其一,属性说。该说认为证据能力是证据本身的属性。^②其二,条件说。该说认为证据能力是指事实材料成为诉讼证据或转化为定案根据所必须具备的条件。^③其三,法律要求说。该说认为证据能力是对证据的法律要求。^④其四,采纳标准说。该说认为证据能力是指某个证据是否可以在诉讼或其他证明活动中被采纳的标准。^⑤实际上,“属性说”是一种内部视角,它是从证据内部来看证据能力问题,认为证据能力是证据概念的延伸。而后三种学说则是从外部视角或证据使用者视角来观察证据能力,认为它是使用证据材料的条件,这种条件是法律上对证据材料提出的要求,同时,也是证据材料能否被采纳的标准。“采纳标准说”还认为,适用“属性说”(内部视角)来论述证据能力问题容易造成混乱,比如关于合法性问题,因此,“采纳标准说”(外部视角)是一种更为科学合理的角度。本文亦采外部视角。

在程序维度上,关于证据能力内涵主要有以下几种学说:其一,进入法庭说。该说认为证据能力是指英美法系的可采性概念,即进入审判法庭的资格。其二,定案根据说。该说认为证据能力是指作为定案根据的法律资格。这种理论认识在一定程度上反映了我国的立法表述。其三,采纳(标准)说。该说认为证据能力是指某个证据在诉讼或其他证明活动中被采纳的资格。当然,采纳不一定采信。其四,严格证明资格说。该说认为证据能力是指证据在诉讼中可以被用来作为严格证明之依据的法律资格。^⑥可见,我国学说的分歧主要集中在两个点:第一,是“时点”;第二,是“程序类型”。在时点问题上,进入法庭说管的是“入口”问题,定案资格说管的是“出口”问题。虽然采纳说管的也是“入口”问题,但是,它不限于法庭的“入口”,而是诉讼或证明活动的“入口”。而严格证明资格说管的是严格证明程序的“入口”。然而,严格证明程序的“入口”与法庭的“入口”并不完全一致。按照严格证明理论,在法庭审理中,尤其是大陆法系的审判法庭,有些事实的证明未必适用严格证明程序。在程序类型问题上,前三种理论学说并不特别予以限制,但是,严格证明资格说则将证据能力问题限于严格证明程序。

以往的有关理论研究对我国刑事证据制度的发展起到了积极作用,但是,它对实践

① 参见陈瑞华:《刑事证据法》(第3版),北京大学出版社2018年版,第126页。

② 参见陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第164-165页。

③ 参见汪建成:《理想与现实——刑事证据理论的新探索》,北京大学出版社2006年版,第8页。

④ 参见陈卫东主编:《刑事诉讼法学》(第2版),高等教育出版社2018年版,第120页。

⑤ 参见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2019年版,第116-117页。

⑥ 参见孙远:《刑事证据能力导论》,人民法院出版社2007年版,第7页。

中一些可能影响司法公正的问题仍然难以做出充分的回应。比如,在审前程序中,有关法律事实的认定是否存在证据能力问题?没有勘验检查人员和见证人签名而只有记录人签名的现场勘查笔录能否作为拘留、逮捕的依据?律师未经检察院或者法院许可而取得的被害人陈述或者当事人自行收集的转账凭证等是否具有证据能力,能否进入法庭作为质证的对象?对于威胁、欺骗等方法取得的被告人供述是否具有证据能力,或者说是是否应当予以排除?对于这些问题,现有理论似乎难以作出一致或充分的回应。

实际上,刑事诉讼中存在多种不同性质、不同种类的证据资格。它们远非传统的证据能力概念所能涵盖,而且在刑事司法中发挥着不同的功能或作用。如果不对这些证据资格加以明确的区分,就可能导致证据材料使用的不当,甚至酿成冤假错案。刑事证据资格包括客观资格与主观资格两大类,而客观资格又可分为初级资格与高级资格。这些不同性质、不同种类的证据资格,在基本含义、证据要素、证据要求、证据功能、证据对象、证据逻辑以及证据审查等方面均存在差别。

一、刑事证据初级资格之一般证明性

所谓刑事证据客观资格,是指刑事证据材料由于在客观性上具有证明性而具备的资格,它又可分为初级资格与高级资格。由于证明性强度有一个渐变的过程,所以,相应的证据资格也是一个渐变的序列。本文为了区分和论述的方便,将具有最高证明性的证据资格称为高级资格,而将未达最高证明性的各种证据资格统称为初级资格。

所谓刑事证据客观资格之初级资格,是指证据材料由于客观上具有一般证明性而具备的资格。证据材料的这种证明性,通过其客观性与关联性来体现。而客观性与关联性往往又通过合法性来保障。比如,物证的客观性与关联性,往往通过搜查扣押笔录及物品清单制作的合法性予以保障。根据我国法律的规定,搜查的情况应当写成笔录,扣押财物的应当当场开列清单,由侦查人员以及有关人员签名或者盖章等等。证人证言笔录的客观性与关联性,则往往通过依法履行告知如实作证义务程序以及制作询问笔录或报告予以保障。根据我国法律规定,询问证人笔录应当交证人核对,核对无误的,证人应当签名或者盖章,侦查人员也应当在笔录上签名。通过上述这些合法的取证行为,就在一定程度上保障了证据材料的客观性与关联性。

虽然初级资格与高级资格一样,都涉及客观性、关联性以及合法性这三项证据要素,但是,初级资格在上述三项要素的要求上明显不同于高级资格。初级资格对客观性的要求只是“可能”的客观,它包含了多种“可能”。但是,它没有达到高级资格的“确实”程度。例如,我国的逮捕决定,它所要求的证据资格就是一种初级资格。根据权威解释,作为逮捕条件之一的“有证据”,包含了只有“一种”证据的情形。^⑦那么,在只有“一种”证据的情况下就难以达到“确实”的程度。初级资格对关联性的要求通常是“抽象”

^⑦ 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2018年版,第181页。

的关联即可。所谓抽象的关联,是指根据一般的社会经验和逻辑,认为该项证据材料与案件事实之间存在关联。例如,某人的血型与犯罪现场遗留血迹的血型相一致,根据一般的社会经验可以认为该人可能与该案件有关联。“抽象”的关联也是一个集合概念,具有不同的“刻度”。例如,指纹一致与血型一致的关联度是不同的。另外,初级资格对合法性的要求一般也只是低度的合法。“低度”的合法意味着容许存在一定程度上的违法。由于违法存在程度的差别,所以,“低度”的合法也是一个集合概念,具有不同的刻度。例如,搜查扣押笔录没有侦查人员签名,与同时也没有见证人签名相比,显然,后者的合法性“度数”更低。但是,上述两种情形都未必影响证据材料的初级资格。总之,从证据要素要求来看,初级资格所要求的通常是“可能”的客观、“抽象”的关联与“低度”的合法。进言之,它所具有的证明性是一种较低程度的证明性,故称之为一般证明性。

初级资格的证据功能在于为法律决定之事实基础提供一种一般合理性根据。根据美国艾伦教授的观点,所谓合理的根据,包括三个方面的合理性:其一,事实认定的合理性;其二,证明方式的合理性;其三,作出法律决定及处罚的道德合理性。^⑧换言之,以具备初级资格的证据来认定事实并作出相应的处理结果,无论是事实本身的认定、事实的证明方式还是以该事实为基础作出相应的处罚决定,均具有某种一般意义上的合理性。

初级资格的证据内涵、证据要求以及证据功能等,决定了它的适用事项。它主要适用于那些影响较小的法律事项。其一,程序性事项。比如,立案决定、搜查决定、拘留决定,等等。例如,在我国,作出逮捕决定时,并不要求“证据确实”(定罪的要求),而只是要求“有证据”即可。再如,在英美法系国家,客观性存在缺陷的传闻证据虽然通常不能作为定罪的根据,但是,却可以作为适用强制措施或者量刑的根据。其二,特殊的实体性事项。比如,通过“快速程序”或协商性程序所作出的定罪量刑裁判。例如,德国刑事诉讼中的刑事处罚令,美国通过辩诉交易的定罪以及我国通过速裁程序的定罪等等。在这些定罪程序当中,对证据的审查都不同程度地简化。

从证据的动态过程来看,初级资格处于证据使用或审查的第一关。对于初级资格的审查,世界各国通常采取行政(非“司法”)审查方式。例如,搜查决定通常是由主管官员单方根据侦查人员提供的书面材料而作出。当然,也存在一些在控辩双方共同参与下以及采用言辞方式审查的情形,例如美国刑事司法中的羁押决定,德国刑事司法中的羁押复查决定等等。由于初级资格在本质上是客观性与关联性问题,所以,判断一项证据材料是否具备初级资格,主要依据的是一般的社会经验和逻辑,法律对此一般不事先直接予以规定。

总之,并不是所有的证据材料都具备初级资格,要想获得初级资格,就要具有某种程度的客观性与关联性,而这里的客观性与关联性往往通过合法性来保障。但是,与高级资格不同,初级资格对证据要素的要求通常是“可能”的客观,“抽象”的关联与“低度”的合法。因此,具备初级资格的证据材料所具有的只是某种一般证明性,它的功能在于

^⑧ 参见[美]罗纳德·J.艾伦等:《证据法文本、问题和案例》(第3版),张保生等译,高等教育出版社2006年版,第193页。

为法律决定之事实基础提供一种一般合理性根据,因此,它主要适用于影响较小的法律事项,但亦不可或缺。

二、刑事证据高级资格之特别证明性

刑事证据客观资格之高级资格,是指证据材料由于在客观上具有特别证明性而具备的证据资格。这里的特别证明性是指在具体个案中的高度证明性。虽然它与一般证明性一样,也是通过证据材料的客观性与关联性来体现,而且往往也通过合法性来保障,但是,它对证据要素的要求高于一般证明性。它对客观性要求的是“确实”的客观,也可以说是最高程度的客观。例如,我国法律规定中的“查证属实”、德国法律中的“内心确信”以及英美法系中的“排除合理怀疑”。^⑨高级资格对关联性的要求是具体的关联而不是抽象的关联。所谓具体的关联,是指在具体个案中所存在的高度关联关系,它需要综合全案其他证据予以判断。例如,在案发现场发现某人的物品,据此可以判断其与案件存在抽象的关联,但是,如果有其他充分的证据(如监控录像、车票等)表明该人在案发当天在外地,那么他跟案件就没有具体的关联。由于高级资格里的合法性服务于其客观性与关联性,所以,其对合法性的要求是高度的合法。高度的合法是指不存在违法的情形,或者虽然存在某些违法,但是能够得到合理的解释说明。例如,根据我国法律的规定,如果收集物证的搜查笔录上没有侦查人员签名,又不能作出合理解释的,那么不得作为定案的根据。但是,如果能够作出合理解释也可以采用。

总之,唯有“高度”的合法性,方能保障“确实”的客观性与“具体”的关联性。也唯有如此,方能保障证据材料的特别证明性。高级资格的证据功能在于为法律决定之事实基础提供高度合理性根据。这里的“高度合理性”乃通过确实的客观性、具体的关联性和高度的合法性来保障。如果说“一般合理性”是一个具有不同刻度的集合概念,那么“高度合理性”相对而言是一个具有确定刻度的单一概念。

高级资格的证据内涵、证据要求以及证据功能等,决定了它的适用事项。它主要适用于影响较大的法律事项,尤其是定罪裁判。因为这些法律事项对当事人具有重大影响,所以法律对其证据材料的要求也相应提高。我国法律明确规定,证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。不仅对定罪证据要求具备高级资格,而且对量刑证据实际上也要求具备高级资格。但是,在定罪量刑程序分开的英美法系国家,对于量刑证据则通常仅要求具备初级资格即可。

由于高级资格是对客观资格的最高要求,所以,在证据资格审查中,它往往处于最后一环。也由于是最高要求,所以世界各国往往采取司法审查的方式。即在控辩裁三方的共同参与下进行审查。高级资格的审查普遍通过两项重要的基本制度来保障,一项是直接审理制度,另一项是充分质证制度。虽然直接审理制度主要在职权式诉讼模式国家

^⑨ 虽然“内心确信”与“排除合理怀疑”主要是相对于事实问题的心证而言,但是,其中也隐含着对证据问题的心证。

得以强调,但是,在英美法系国家则通过传闻证据排除规则达到类似的效果。同样,虽然充分质证制度主要在对抗式诉讼模式国家得以强调,比如设置交叉询问制度以及每个被告人都有权获得律师帮助(含质证)的权利等等,但是,在职权式诉讼模式国家,也能够保障充分质证的效果。比如在德国,虽然并不是每一个被告人均享有律师帮助的权利,但是法官和检察官均负有客观公正义务,而且法官有责任将证据调查延伸到所有对于裁判具有意义的证据上。每次收集证据之后,法官都应当给予被告人、检察官和辩护人对此发表意见的机会。通过直接审理制度与充分质证制度,有利于以保障法庭对证据材料的直接接触与深入审查,从而保障“确实”的客观与“具体”的关联。由于高级资格在本质上也属于客观性与关联性问题,所以,判断一项证据材料是否具备高级资格,主要依据的也是经验和逻辑。只不过它所强调的是具体个案中的经验和逻辑。例如,被告人的供述是否确实,某把刀具是否属于犯罪工具,都需要结合案件的其他情况来看。不能说被告人认罪了那么口供就“属实”,或者被告人辨认了那么刀具就“属实”。认罪可能是顶包,辨认也可能出错。自首(具备初级资格)可以立案,但是,光认罪(不具备高级资格)不能定案。总而言之,高级资格的审查需要综合案件的其他情况来判断。它属于经验与逻辑的范畴,法律通常不事先直接予以规定。

总之,高级资格是证据材料由于具有特别证明性而具备的资格。虽然它与初级资格一样,都涉及客观性、关联性以及合法性等证据要素,但是,它在上述三项证据要素上均提出了比初级资格更高的要求。它要求的是“确实”的客观、“具体”的关联与“高度”的合法。由此,具备高级资格的证据材料就具有了一种特别证明性。它的证据功能在于为法律决定之事实基础提供高度合理性根据。

三、刑事证据主观资格之可接受性

刑事证据的主观资格,是指证据材料由于在主观价值上具有可接受性而具备的资格。换言之,一些客观上具有证明价值的证据材料,可能会由于主观价值上不能被接受作为刑事证据使用而被否定证据资格。例如,刑讯逼供所获得的被告人供述。显然,主观资格在性质上不同于客观资格。

证据材料被剥夺主观资格,通常是因为它属于非法证据,或者在合法性上有问题。比如,违反法律规定而采取刑讯逼供、暴力、威胁等方法收集的证据。但是,除了合法性问题之外,证据材料也可能因为其他方面的问题而被否定主观资格,例如,客观性或者关联性问题。从表面上看,英美法系国家的意见证据与传闻证据是因为客观性问题而被否定证据资格,而品格证据则是因为关联性问题而被否定证据资格。但是,牛津大学乔纳森·科恩教授认为,上述证据材料被排除的背后,实际上隐含着“不错判无辜比不放纵犯罪更为重要”的价值取向。^⑩即,上述证据材料在客观性与关联性上存在较大风险,如

^⑩ 参见[英]乔纳森·科恩:《证明的自由》,何家弘译,载《外国法译评》1997年第3期,第8-9页。

果使用这些证据就容易造成错判,从而否定其证据资格。达马斯卡教授也认为,品格证据的关联性具有复杂性,比如是否具有证明价值、是否会被赋予过高的证明力、是否会对准确认定事实产生其他不良影响等等。这些远远超出立法者的控制。因此,他认为仅仅由于证据证明性的复杂性而排除品格证据看起来也有问题。^⑪这就面临着两种选择,第一种,使用品格证据而接受其可能导致事实认定错误的风险;第二种,不使用品格证据而放弃其证明价值。大陆法系国家往往基于探知真相的价值取向而接受前者,而英美法系国家则通常基于“不错判无辜比不放纵犯罪更为重要”的价值取向而选择后者。艾伦教授更直截了当地指出,通过指涉关联性而排除先前性行为证据等,其背后实际上是价值的取舍问题。^⑫意见证据与传闻证据也同理,此不赘述。

除了客观性与关联性问题之外,在域外,证据材料还可能由于外部性问题而被否定主观资格。所谓的外部性,是指使用该证据材料所带来的外部消极影响。比如,对隐私权或人性尊严的侵犯,对家庭伦理、宗教伦理的损害,以及造成司法效率低下等。在德国,包括配偶在内的具有特定身份关系的人均享有拒证权,而且法官有告知的义务,如果法官未履行该义务,将导致所取得的证言被排除。在法国,法庭不得“经宣誓”而听取包括特定亲属关系在内的特定关系人员的证言。在美国,法官可以根据证据材料所造成的不当拖延、浪费时间或者不必要地出示重复证据而否定其证据资格。上述证据材料并非在客观上完全没有证明价值,而是基于使用它所带来的外部性,人们出于主观上的价值权衡,从而“人为地”否定其证据资格。

主观资格当中的可接受性,实际上是证据材料的证明价值与其他价值比较权衡的结果。一边是证据的证明价值,另一边是使用该证据材料所引发的其他价值,例如前述之人性尊严、家庭伦理、司法效率、错判无辜,等等。美国联邦法院直接指出,它是一种“无形价值的比较”^⑬。当证据材料的证明价值被其他价值所明显超过时,或者虽然没有被明显超过,但是综合权衡下来仍然觉得不可接受时,该证据材料就会被否定主观资格。

从证据要素来看,主观资格的证据要素不仅涉及传统的证据三性,而且还涉及证据材料的外部性。但是,在主观资格的范畴里,所有的证据要素都只是媒介。换言之,它不需要去探究客观性是可能的客观还是确实的客观;关联性是抽象的关联还是具体的关联;也不需要探究违反合法性的种类,它只是通过指涉这些证据要素来表达特定的社会价值。例如,在实行传闻证据排除规则的国家,它不需要去具体审查某项传闻证据的真假。它所表达的是,这种证据的客观性存在风险,基于“不错判无辜比不放纵犯罪更为重要”的价值取向而不接受它。品格证据也同理,一项违法的证据材料之所以被排除,并不是因为其违法本身,而是因为该违法行为严重损害了该社会所珍视的价值。例如,

⑪ 参见〔美〕米尔吉安·R.达马斯卡:《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289页。

⑫ 参见〔美〕罗纳德·J.艾伦:《艾伦教授论证据法》(上),张保生、王进喜等译,中国人民大学出版社2014年版,第118-119页。

⑬ 前注⑧,罗纳德·J.艾伦等书,第183页。

刑讯逼供在历史上也曾被接受,因为在当时的社会价值体系里,查清事实真相压倒一切。概言之,这里主要判断的不是违法的严重性,而是违法的价值性。虽然违法的严重性会影响价值性的判断,但是,它们是两个不同层面的范畴,或者说违法性只是价值性的“媒介”而已。外部性要素亦同理,它的重点不在于外部性的具体含义,而是通过指涉外部性来指出相关证据材料在价值上的不可接受性。

主观资格对证据要素的要求与客观资格显然不同。它要求的是证据要素不触及其他价值问题,或者说,证据材料除了能够证明案件事实之外,其证据要素不涉及其他价值问题或者虽然触及其他价值,但是未引起较大反响。

主观资格的证据功能在于维护特定社会的重要价值。正如有学者所言,刑事诉讼只是社会大系统运行中的一个子系统,它的运行不得损害社会生活其他方方面面的正常运行。^⑭从世界范围来看,主观资格中的其他价值,具有以下特征。

第一,多样性。价值的多样性有两层含义:其一,多元化。它包括宪法性权利、司法效率、社会伦理、职业伦理、人的尊严及意志自由等。当然,同一价值取向在不同的社会其具体内涵可能不同。例如,宪法性权利,在美国主要是关于搜查扣押、禁止强迫自证其罪、律师帮助以及正当程序等方面的权利,而在德国则主要是关于人的尊严和意志自由的权利。其二,层次化。同一价值在不同的国家或地区,其所处的结构层次可能不同。比如,宪法性权利在美国和德国算是顶层价值,但是在加拿大则有所不同。^⑮

第二,变动性。价值的变动性主要表现在以下两个方面:其一,随地域而变。例如,英国注重对被告人的公正性。但是,同属英美法系的澳大利亚则注重“重大的政府政策”。美国注重正当程序,而德国则注重人之尊严。其二,随时间而变。例如,随着人权理念的发展,刑讯逼供从合法变成不合法。

基于证据资源有限性的基本原理,^⑯主观资格主要用于影响较大的法律事项,主要是定罪量刑的裁判和审前剥夺人身自由的强制措施。换言之,对于那些具有证明价值的证据材料,在证明资源有限的情形下,不应轻易排除,除非极大挑战了人们的价值观念。无论英美法系国家还是大陆法系国家,包括非法证据排除规则在内的政策性规范,主要适用于审判阶段。当然,德国和我国的非法证据排除规则也适用于审前阶段。应当说,影响越大的法律事项,适用主观资格的可能性就越大。

并不是所有的法律决定都要求审查主观资格,一般而言,主观资格的审查是证据审查的第二关。从世界各国看,对主观资格的审查既有独立审查模式,即专门就证据排除问题举行独立的听证程序,也有附带审查模式,即在审查实体问题时附带审查证据的排除问题。我国审判阶段实行的是一种相对独立的审查模式,即庭审期间,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。但为防止庭审过分迟延,也可以在法

^⑭ 参见汪建成:《理想与现实——刑事证据理论的新探索》,北京大学出版社2006年版,第286页。

^⑮ 参见杨宇冠:《非法证据排除规则研究》,中国人民公安大学出版社2003年版,第181页。

^⑯ 参见龙宗智:《证据法的理念、制度与方法》,法律出版社2008年版,第15页。

庭调查结束前调查。主观资格的审查,依据的是证据材料在价值性上的可接受性。从世界各国来看,那些在价值上不被接受的证据材料,往往由法律事先直接予以规定。在法律不明的情形下,例如,在我国那些通过引诱、欺骗等非法方法取得的证据材料,就需要在价值上予以权衡,综合考虑其可接受性。有学者指出,个案裁量性是刑事证据能力规范有效适用的基本要素之一。^{①⑦}

总之,某些在客观上具有证明价值的证据材料,可能会由于在主观价值上具有不可接受性而被否定证据资格。不可接受性实际上是证据材料证明价值与其他价值比较权衡的结果。主观资格既涉及证据材料的合法性,也涉及客观性、关联性以及外部性等证据要素。主观资格要求的是证据要素不触及其他价值问题,或者虽然触及但未引发较大反响。它的证据功能在于维护特定社会的重要价值。从证据的动态过程来看,主观资格的审查通常居于第二位。对主观资格的审查,既有独立审查模式也有附带审查模式。判断一项证据材料是否具备主观资格,其核心标准在于是否具有价值上的可接受性。对于那些不具有可接受性的证据材料,法律往往事先直接予以规定。

四、刑事证据资格审查之误区

(一) 审查内容的多重性

审查内容的多重性,是指对刑事证据资格进行审查时,所要审查的资格内容存在多重性。这种多重性既表现于单项证据材料的审查,也表现于单个法律事项的审查。

就单项证据材料而言,有时候仅需要满足单项证据资格即可,或者说,法律仅要求对单项资格进行审查,例如立案的证据材料。但是,有时候则需要满足多项证据资格的要求。例如,我国逮捕决定的证据材料,就不仅需要满足初级资格,同时也要满足主观资格的要求。单项证据材料证据资格的多重性既有“初级资格+主观资格”的组合形式,也有“高级资格+主观资格”的组合形式。我国逮捕决定证据材料的资格要求即属于前者,而定罪量刑证据材料的资格要求则属于后者。

就单个法律事项而言,有些仅需要满足单一法律事实即可。例如,我国拘传犯罪嫌疑人仅需要满足嫌疑之事实即可。但是,有时候则需要满足多项法律事实要求。例如,我国刑事诉讼中拘留决定的作出,就不仅要满足被拘留人是“现行犯或者重大嫌疑分子”的事实要求,而且还要求具备“特定紧急情形”的事实。在这种情况下,拘留决定的作出就需要分别满足两种法律事实的证据资格要求。换言之,要针对两项事实的证据材料“分别”进行资格审查。根据我国现行法律规定,它是“初级资格+初级资格”的组合形式。但是,这里“初级资格”可能代表着不同的资格要求。

在我国的传统理论当中,也要求对证据材料进行“多重”审查,即对证据的“三性”

^{①⑦} 参见孙远:《论非法证据排除规则有效适用的三个要素——以侦查追诉阶段排除非法证据为视角》,载《政治与法律》2018年第4期,第135页。

进行审查。但证据三性的审查是笼统的,因而具有一定的模糊性。比如,关于合法性的审查,对于各种不同的具体违法情形该如何处理,合法性理论有时难以给予充分的指导。除了非法证据排除规则等规定了相应的后果之外,仍然存在一些没有规定后果的情形,比如被告人及其近亲属所收集的证据以及辩护律师未经检察机关和法院许可而取得的被害人陈述等等。即使在那些规定了法律后果的地方,其内涵也并不都是那么清晰,比如采取威胁方法取得的被告人供述。而本文所言之多重证据资格理论试图为上述问题提供一种新的更为具体的解释思路。

按照多重证据资格理论,在刑事诉讼中,不同法律事项可能要求不同的证据资格,而不同的证据资格则代表着不同的证据要求。例如,就客观性而言,如果是初级资格的审查,那么它就仅要求达到“可能”的客观即可,如果是高级资格的审查,那么它就要达到“确实”的客观,而如果是主观资格的审查,那么就要看它在客观性上的问题是否引致不可接受性。同理,对于合法性的审查,如果是初级资格的审查,那么“低度”的合法也可以,但是,如果是高级资格的审查,那么它就要达到“高度”的合法,而如果是主观资格的审查,那么就要看它的违法性是否达到了让人无法接受的程度。例如,对于辩护律师未经检察机关和法院许可而取得的被害人陈述,这种取证方式或过程虽然违反法律的规定,但是却并未达到让人无法接受的程度,所以,在主观资格上应当没有问题。另一方面,由于在合法性上存在“瑕疵”,因此它尚不能取得高级资格。但是,在被害人同意的情形下,它也具备一定的证明性,因此,可以取得初级资格,可以允许其进入审判法庭或者作为量刑的根据。再如,对于通过威胁方法取得的被告人供述,在主观资格视野下,就要看该案中威胁的具体情形是否达到了不可接受的程度,如果达到了那么就应当予以排除,如果未达到,那么就不应当剥夺其主观资格。但是,它不被剥夺主观资格,并不意味着其他资格就没有问题。例如,威胁手段可能影响证据的客观性,进而影响高级资格。

(二) 审查程序的两端性

在刑事诉讼中,从证据材料的接受到法律事项决定的作出,通常都不是即时的,而是隔一段时间,或长或短,中间还可能有补充收集或移送证据材料等情形。这就意味着对证据材料的审查具有两端性,即,始端与终端。始端是指证据材料的接受,终端是指证据材料最终成为作出决定的根据。于是证据资格就出现了始端资格与终端资格问题。始端资格,是指证据材料能否被接受的资格。从事实认定的正确性以及司法效率等问题出发,并不是所有的证据材料都应当被接受。因此,对于各种证据材料就要进行审查,只有具备一定证明性的才能被接受。这里的证明性就是始端资格的要求。终端资格,是指作出某项法律决定时所要求的证据资格。就客观资格而言,终端资格有可能是初级资格(如立案),也有可能是高级资格(如定罪)。但是,不管终端资格是初级资格还是高级资格,始端资格都是初级资格。只不过,在终端资格是初级资格的情形下,始端资格是要求更低的初级资格而已。

证据资格审查的两端性,突出体现在对定罪证据资格的审查。即在法庭证据调查过程中,实际上存在证据材料的“入关”与“出关”问题。就证据材料的客观资格而论,

作为定罪根据的证据,在“出关”时应当具备高级资格,但是,从理论上而言,在“入关”时,它只需要具备初级资格即可。

对“入关”资格的审查,在英美法系国家体现最为明显的就是可采性制度。通过可采性制度,将那些在关联性或者真实性上未达法律要求而不具备初级资格的证据材料阻止于法庭之外。例如,在美国审判阶段,如果对方提出要求,那么证据材料的提出者往往就需要对证据材料的可采性(入关资格)加以证明或说明,由此,相应的证据材料方能获得入关资格。对于这一问题,美国《联邦证据规则》设专章(第九章“验真与辨认”)予以规范。所谓验真,是指证明某事物(例如文件)为真,以便将其采纳为证据的行为。^⑮根据该规则,验真的方式有很多,诸如知情证人的证言、证据材料的特殊性等等。另外,有些证据材料还可以“自我验真”,例如,带有印章和签名的国内公文、经公证的文件等等。这些文件不需要其他的证明方式,它们本身就足以证明自身的客观性,从而具备入关资格。

对“出关”资格的审查,则明显体现于我国的制度。在我国的法律当中,尤其是司法解释中,存在大量“不得作为定案的根据”的条款。这些条款相当大的部分是关于“出关”资格(高级资格)的规定,例如,对书证的更改或者更改迹象不能作出合理解释的,不得作为定案的根据等等。

强调审查程序的两端性,旨在强调区分两端的证据资格,即始端资格与终端资格。强调始端资格,一方面在于排除那些明显不具有证明性或者不够格的证据材料,另一方面也在于肯定那些具备一定证明性的证据材料。而强调终端资格,一方面在于强调法律决定的作出应当具备合理的或符合法律要求的证据基础,另一方面也要求不得将那些未达终端资格的证据材料作为相关法律决定的证据基础。

五、我国刑事证据资格制度之缺陷及完善

我国的刑事证据资格制度,无论是主观资格制度还是客观资格制度,都存在一些问题。

(一) 初级资格: 要求不明确

我国刑事证据资格制度的主要问题是对初级资格的要求不明确。就强制措施而言,除了逮捕对证据提出了明确的要求之外,其他强制措施对证据都没有提出明确的要求,更不用说对证据的资格提出要求。例如,拘传、取保候审与监视居住的适用原则是,根据案件情况,对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审与监视居住。^⑯这里的“案件情况”,是否包含了对证据情况的要求?同时,对“犯罪嫌疑人”之“嫌疑”是否有证据要求?再如,关于拘留的适用条件,其中的“现行犯或者重大嫌疑分子”以及“紧急情形”是否有证据及其资格的要求?从理论上而言,都应当是需要的,否则就可能导致滥用。例

^⑮ 参见王进喜:《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。

^⑯ 参见《刑事诉讼法》第66条。

如,在“聂树斌案”中,聂树斌就是在没有够格证据材料的情况下被“抓获”,并最终导致冤案。正如再审判决书所言,聂树斌被抓获之前,办案机关并未掌握其实施本案犯罪的任何证据或线索。虽然逮捕措施的适用对证据提出了要求,即“有证据证明”,但是,对证据的“质”(资格)没有提出明确的要求。除了强制措施以外,那些强制性侦查措施也存在同样的问题。例如,搜查、强制检查等。

在日本,拘留犯罪嫌疑人需要满足两项条件:相当嫌疑性和拘留必要性。相当嫌疑性,亦即拘留的理由,是指“有相当的理由”足以怀疑嫌疑人已经犯罪。拘留必要性是一种综合判断。日本学者认为,拘留必要性很难用积极的、明确的形式表述出来,但是,可以明确的是,如果根据犯罪嫌疑人的年龄、境遇情节轻重及状态等各种情况,认为犯罪嫌疑人没有可能逃跑或销毁证据危险的,就属于没有拘留的必要。^{②①}上述两项要件的成立均需具备相应的证据基础,对此,日本《刑事诉讼规则》提出了明确的要求,即必须提供证明的相关资料(释明资料),法官也可以要求申请人到法院陈述理由或提交资料,法官会对证据材料进行审查,不是随便提交的资料都可以作为法官签发拘留令的依据。在我国,请求拘留时,虽然也需要呈请拘留报告书,但是,无论是《刑事诉讼法》还是公安部《公安机关办理刑事案件程序规则》均没有对证据材料及其资格提出要求。

在美国,搜查与扣押均需具备“相当理由”,而“相当理由”则需要相应的证据予以证明。^{②②}关于如何判断“相当理由”,美国联邦最高法院先后建立起了“双叉”法则与“综合判断”法则。“双叉”法则是指既要判断讯息的可信性,又要判断线民的信用力,两个条件均具备方可。“综合判断”法则,是指“双叉法则”中的两个条件不再独立判断,而需综合判断。换言之,若其中一个条件特别强而有力,那么它就可以弥补另一个条件的不足。在判断是否满足“相当理由”时,美国联邦最高法院指出,警察“武断但未阐明”的陈述,毫无价值,不得作为相当理由的依据,即不具备作为判断“相当理由”的证据资格。曾有这样一个案件,线民仅仅说某人经营赌博行业,但未说明时间、地点或细节,美国联邦最高法院认为此线民未说明其讯息的来源,其讯息不具有可信性,从而排除其作为判断“相当理由”的证据资格。可见,美国搜查扣押令状的签发,不仅要求提供相应的证据材料,而且对证据的资格也提出了要求。同时,美国所有令状的签发,都需要申请人进行宣誓,若为不实宣誓,则应受刑事处罚。

在我国,对于大多数程序性事项,均没有提出明确的“证据”要求,更没有明确的“证据资格”及其“证明”要求。加上这些事项在决定程序上的某种“封闭性”特征,极易造成权力的“任性”,甚至酿成冤假错案。例如,在“聂树斌案”中,再审判决书指出,聂树斌被抓获之时无任何证据或线索指向其与康某1被害案存在关联,但是,却被作为嫌疑人采取了强制措施。卷宗内并没有关于具体是何人反映的证据,也没有组织群众对聂树斌辨认的证据。再退一步而言,即使“群众反映”蓝色山地车之证言,以及侦查人

^{②①} 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(上卷),丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第57页。

^{②②} 参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》(第2版),北京大学出版社2014年版,第48-62页。

员关于看到聂树斌骑蓝色山地车的证言,可以作为传唤或者拘传的根据,它们也不应作为拘留、逮捕的根据,因为后者的证据资格要求不同。

由于对单项证据材料初级资格的要求都不明确,所以,在那些要求多项法律事实的法律决定中,问题就会更严重。同时,对初级资格没有提出明确的要求,不仅影响证据材料直接对应的法律事项决定的合理性,而且也可能对后续事项的决定造成不良影响。例如,在“聂树斌案”中,如果对拘留的证据资格进行了“双资格”的严格审查,那么聂树斌可能就不会被拘留、逮捕,进而也可能就不会酿成冤案。所以,初级资格对司法公正的影响力并不亚于高级资格。

(二) 高级资格: 未严格区分始端资格与终端资格

在高级资格方面,我国制度的主要问题在于没有严格区分始端资格与终端资格,而存在“资格跳跃”与“资格跨越”现象。所谓“资格跳跃”是指从始端资格直接跳到终端资格。这主要存在于官方证据材料。在我国刑事司法当中,对于那些具备始端资格的官方证据材料往往直接推定具备终端资格,缺乏充分有效的审查。这明显体现于那些冤假错案当中。^②这种跳跃表现在以下几个方面。

第一,将“可能的客观”当作“确实的客观”。这种情况既存在于直接证据,也存在于间接证据。前者的典型是被告人口供。在“呼格吉勒图案”中,呼格吉勒图的口供作为主要甚至唯一的定案根据,却没有其他证据予以“核实”。在“李久明案”中,辩护律师曾提出,作为检察机关指控主要根据的被告人口供,对案件细节的交代与现场勘验笔录不符,客观性达不到“确实”的程度。这些情形均系将“可能的客观”当作“确实的客观”。

第二,将“抽象的关联”当作“具体的关联”。例如,将血型鉴定一致作为认定被告人身份的主要依据。在“呼格吉勒图案”中,官方即是通过呼格吉勒图指甲缝内附着物人血的血型与被害人的血型一致,来认定行为人是呼格吉勒图。我国学者指出,在我国司法实践中,本应进行DNA鉴定而办案人员只进行血型鉴定并以此为根据认定被告人有罪的做法非常普遍。^③再如,在“聂树斌案”中,原审法院也是将公安机关“抓获证明”以及“破案报告”里“群众反映”的信息内容与聂树斌具体关联起来。可以说,所谓“群众反映”这种证据信息,显然既未达到“确实的客观”,也未达到“具体的关联”。

第三,将“低度的合法”当作“高度的合法”。证据材料的违法性,并未真正得到治愈。例如,在“聂树斌案”中,现场勘查笔录无见证人参与,同时,勘查笔录除记录人外,其他参与勘验、检查人员本人均未签名。指认笔录和辨认笔录也存在类似的“重大瑕疵”。在未能作出补正或者合理解释的情况下,这些笔录就达不到定案资格的要求。但是,原审法院却采用了这些证据,其客观性达不到“确实”、关联性达不到“具体”的程度,

^② 参见陈永生:《我国刑事误判问题透视——以20起震惊全国的刑事冤案为样本的分析》,载《中国法学》2007年第3期,第45-61页。

^③ 参见前注②,陈永生文,第53页。

因而不具有特别证明性,不能作为定罪的根据。

同时,在我国刑事司法当中,高级资格还存在“资格跨越”问题。即对于私人证据材料^{②④}跨过始端资格而直接按照终端资格的要求来进行审查。

第一,以主体不合法为由,否定非法定主体收集的证据材料的始端资格。始端资格实际上是一种初级资格。根据我国现行法律规定,刑事诉讼中有权收集证据的主体包括专门机关工作人员和辩护律师。在实践中,法官基本上都理解为“只包括”专门机关工作人员和辩护律师。除此之外的其他任何私人主体,包括被告人近亲属、非律师辩护人、非辩护人身份的律师、亲属、自诉人以及被告人本人等,收集的证据资料都不具备始端资格。在私人主体收集的证据材料当中,实际上包括两种类型:一种是“无添加”的证据材料。即相关私人主体在没有其他因素介入的情况下,纯私人收集的证据材料。例如,被告人近亲属收集的证人证言录音材料。另一种是“有添加”的证据材料。即在“半官方”或者“官方”因素介入下收集的证据材料。例如,在公证机构人员进行公证的情况下收集的证人证言,委托法律服务所法律工作人员制作的证言笔录,或者有关机构的文书,例如仲裁书、身份证复印件、转账凭证以及村委会出具的证明,等等。但是,无论是哪种类型的证据材料,通常都被法院以主体不合法为由否定其始端资格。相比之下,在美国,那些带有印章和签名的国内公文、经公证的文件等等,都是可以“自我验真”的,从而被认为具备始端资格。

我国的立法当中,并没有明确规定取证的主体仅限于专门机关工作人员及辩护律师。取证主体合法性理论,虽然是主流的解释理论,但也只是对我国现行立法的解释理论之一。除了这种解释之外,也存在不同的理解。例如,有学者认为,我国现行法律规定的司法人员必须依照法定程序收集证据,并不是限定收集证据的主体只有司法人员。^{②⑤}当然,辩护律师的取证资格,我国法律是予以明确肯定的。但是,对于那些法律并未予以明确肯定的主体,是否意味着否定呢?实际上,那些所谓非法定主体所收集的证据材料,其中有一些可以达到始端资格的要求,尤其是那些“有添加”的证据材料,例如在公证机构公证下取得的证据材料,以及身份证复印件、转账凭证等等。这在我国司法实践当中已经有所体现。虽然多数的司法人员会否定非法定主体收集的证据材料的始端资格,但是,也有一些司法人员在特定条件下肯定或默认其始端资格,乃至最终肯定其终端资格,比如私人收集的仲裁书。从典型职权式诉讼模式的德国来看,私人主体收集的证据材料不仅具备始端资格,而且在法庭查证属实后,还能够具备终端资格(高级资格),成为定案的根据。实际上,作为初级资格,始端资格要求的合法性只是低度的合法性。

^{②④} 私人证据材料是指非官方主体收集的证据材料,包括辩护人、被告人及其近亲属等。关于私人证据材料的实证分析,本文主要以北大法宝数据库中2018年《刑事诉讼法》第43条所关联的全部裁判为分析样本。该条款自1996年设立以来,截至2021年2月16日止,总共关联78份裁判文书,其中1996年《刑事诉讼法》第37条关联11份,2012年《刑事诉讼法》第41条关联51份,2018年《刑事诉讼法》第43条关联16份。下文有关分析的案例资料主要来自这78份裁判文书。

^{②⑤} 参见陈一云、王新清主编:《证据学》(第5版),中国人民大学出版社2013年版,第66页。

取证主体“不合法”,未必影响证据材料的始端资格。可以说,我国司法实践中多数法官对取证主体(合法性)的理解,是一种较为严格甚至过于严格的理解。这种理解没有严格区分证据材料的始端资格与终端资格。

第二,以程序违法为由,否定始端资格。从司法实践来看,这里主要表现为以辩护律师未经检察机关或者法院许可而收集被害人陈述为由,否定该被害人陈述之始端资格的情形。另外,也有一些以取证人数、取证方式等不合法为由而否定始端资格的情形。例如,只有一名律师单独收集的证言、辩护律师委托他人收集而非亲自收集的证言、未经证人同意而私自录音收集的证言以及专家意见未经依法委托或专家意见函并非原件等等。

与主体问题一样,程序性问题的某些不合法情形,也未必影响证据材料的始端资格。实践中也有很多运用得当的案例,在某强奸案中,二审法院不仅没有否定辩护律师未经检察院和法院许可而取得的被害人陈述的始端资格,反而经过审查之后还肯定其终端资格。再如,一名辩护律师单独取得的证人证言、非原件专家意见函等等,也同样可以具备一般证明性,可以在肯定其始端资格的情形下,进一步审查其终端资格。

第三,对于合法取得的资料,施加额外条件,进而否定其始端资格。在我国的司法实践中,个别法院要求证人证言需经公安机关复核才能具备始端资格,或者收集证人证言需采用询问的方式而不得采用自书的方式,否则不具备始端资格,等等。这些额外条件,应当说是“法外”不当施加的负担。我国法律并未规定,所有的证据材料均需经公安机关复核才能进入法庭。虽然公安机关复核之后证据材料的证明性可能更强,但是,公安机关未复核,并不意味着该证据材料就不具有一般证明性。以“未采用询问的方式”而否定辩护律师收集的证人自书材料和视听资料的始端资格,也同样不具有正当性。根据我国《刑事诉讼法》的规定,无论是询问还是自书方式收集证言都是合法的。自书证言未必影响其始端资格。个别法院显然采取了一种比现行立法更为严格的审查方式,或者说采用了终端资格标准来审查始端资格。

第四,以合法性作为关联性的前提而否定证据材料的始端资格。应当说,不具有关联性的证据材料,不应赋予始端资格。这也是英美法系国家可采性制度的核心宗旨之一。关联性问题是事实判断问题,而事实判断主要属于经验与逻辑的范畴。但是,个别法官却以合法性作为关联性的前提,不合法的证据材料即认为没有关联性。例如,在某故意伤害案中,辩护人提交了5张案发现场照片以及证人残疾证复印件等证据材料,由于辩护人系非律师,所以法官以“辩护人所提交的证据不符合刑事证据形式要件要求(合法性)”为由,认为其与待证事实无关联性,不予采纳。如果仅仅由于辩护人系非律师,不符合法律规定的取证主体,就直接认定为无关联性,就违反了关联性判断的基本原理。即使认为上述证据材料不合格,原因也应当是不具有合法性而不是没有关联性。

无论是“资格跳跃”还是“资格跨越”,都可能会导致刑事证据使用上的不当。“资格跳跃”可能会导致采用了一些不够格的证据材料,从而可能导致冤假错案。在“聂树斌案”中,正是因为采用了一些不够格的证据材料作为定案的根据,从而导致聂树斌被不当地定罪量刑。换言之,如果排除了辨认、指认笔录等“瑕疵”证据材料的高级资格,

那么就使得聂树斌供述的真实性存疑,供证难以一致,也就可能不会定罪量刑。因此,在终端资格上,无论是对于私人证据材料还是官方证据材料,都应当严格遵守法律的要求,做到“确实”的客观、“具体”的关联与“高度”的合法。而“资格跨越”则可能会导致不当排除了一些原本够格的证据材料,例如被害人之谅解书。从实事求是的指导思想以及以事实为根据的基本原则出发,就定罪量刑这些影响较大的事项而言,应当尽量赋予更多证据材料以始端资格,尤其是私人证据材料。在新的时代背景下,私人取证的空间越发具有张力。一方面,随着审前羁押率的下降,被告人取证的可能性随之增多;另一方面,随着科学技术的发展,取证具有了便利性,但侦查机关取证时却会出现不充分的可能,例如“李玉梅集资诈骗案”。^{②6}最后,也最为重要的是,私人收集的证据材料在某些条件下也具备一定的证明性。^{②7}因此,在合理条件下肯定私人证据材料的始端资格,使其能够争取获得终端资格的机会,就具有积极的意义。它不仅有利于案件事实认定的正确性,也有利于化解矛盾,从而提高司法的整体公正性,让人民群众尤其是当事人在每个案件中都真正感受到公平正义。

(三) 主观资格: 偏离本位且价值取向单一

在主观资格方面,我国现有制度主要存在以下两个方面的问题:

第一,偏离主观资格的本位,即价值性。我国刑事证据主观资格的制度表现主要是非法证据排除规则。但是,无论是从立法机关的理解,还是司法机关的实践来看,都主要是从事实层面来理解和实施非法证据排除规则。从立法机关的理解来看,设立非法证据排除规则的主要目的似乎是防止“冤假错案”,^{②8}而“冤假错案”实际上是事实问题而不是价值问题。从司法实践看,在是否排除非法证据问题上,法官首先看的是排除证据后是否影响定案。如果影响定案,那么排除就有难度,如果不影响定案,排除相对容易。可以说,在实施非法证据排除规则问题上,法官主要考虑的也是事实问题而不是价值问题。这也就不难理解,为什么被寄予厚望的非法证据排除规则,在实践中并没有取得令人满意的效果,被排除的非法证据少之又少。实际上,社会寄予的是价值的愿望,而司法遵行的是事实的逻辑。在人权保障已经入宪以及写进《刑事诉讼法》的情形下,仍然以事实问题作为排除“非法证据”的基础,这不仅不符合主观资格的本质,也难免显得有些不合时宜。

第二,价值取向较为单一。正如前文所述,从世界范围来看,主观资格中的价值取向具有多样性特征,它包括宪法性权利、诉讼公正、司法名声、司法效率、社会伦理、职业伦理、人的尊严以及意志自由等内容。如果说非法证据排除规则有价值取向的话,那么主要的应当是“遏制刑讯逼供”,或者“司法公正”这一较为抽象的表达。至于人的尊严、意志自由等,并未真正成为我国非法证据排除规则所珍视的价值。

^{②6} 参见钱列阳、谢杰:《金融犯罪辩护逻辑》,法律出版社2020年版,第37-68页。

^{②7} 实践中,有的司法机关根据被告人提交的微信聊天记录截图和银行流水等作为作出批准逮捕决定的根据。

^{②8} 参见前注⑦,王爱立主编书,第120页。

我国刑事证据主观资格制度的上述缺陷,不仅会给证据使用本身带来消极后果,也对我国社会的重要价值产生很大影响。

第一,本该排除的证据未能予以排除。即本该从价值层面予以否定的证据材料,司法人员可能从事实层面出发而不予排除。例如,对于通过刑讯逼供等非法方法获得的被告人供述,可能因为“供证一致”,客观性得到印证而被采用作为定案的根据。

第二,不该排除的证据被排除。有些证据材料并未达到价值上不可接受的程度,司法人员却从事实或其他层面予以考虑而排除。例如,个别法院认为辩护人未经检察机关和法院许可而取得的被害人谅解书属于“非法证据”而予以排除。因此,在我国非法证据排除规则的实践中,除了“极少排除”这一现象之外,还存在“过度排除”的现象。^{②④}另外,就社会价值而言,我国刑事证据主观资格制度的缺陷可能会导致一些重要社会价值保护的不力,例如人的尊严以及家庭伦理等等。

基于上述认识,在这里需要简要梳理与上述内容有关的几组理论关系。

第一,证据资格与证据能力。多重证据资格理论既涉及审判阶段的证据资格,也涉及审前程序中的证据资格;既涉及程序“入口”的资格,也涉及程序“出口”的资格;既涵盖严格证明程序中的证据资格,也涵盖自由证明程序中的证据资格,等等。因此,它有别于传统上的证据能力概念,它是传统证据能力概念的拓展与延伸。

第二,证据资格与证据“三性”。多重证据资格理论比传统的证据“三性”理论更为具体和丰富,或者说更为体系化。这种体系化可以概括为“分类分层”。该理论将证据资格分为客观资格与主观资格两大类,其中客观资格又分为初级资格与高级资格两种。初级资格、高级资格与主观资格在对证据三性的要求上存在层次或层面上的不同。如果说初级资格与高级资格对证据三性的要求是在“有内容”的层面,那么主观资格对证据三性的要求则是在“无内容”的媒介层面,同时,它还推向了另一个更为深层的价值层面。

第三,证据资格与自由证明。在传统的严格证明与自由证明理论当中,严格证明程序中的证据需要具备证据资格(能力),而自由证明程序中的证据似乎没有资格限制。正如我国台湾地区学者所言,“自由证明”原则上可以使用“所有的”证据资料来证明,这也是称其为“自由”的道理。^{③⑤}但是,也有对自由证明提出某种限制的观点。例如,日本学者提出的“谨慎的自由证明”,^{③⑥}德国学者提出的“以一般实务之惯例”之自由证明。^{③⑦}可见,自由证明程序中的证明也不见得就是完全自由,包括证据的完全自由。在多重证据资格理论视野下,即使是自由证明,也要具备最低限度的证明性,达到初级资格的要求,这在我国具有特别的意义。因为在侦查中心主义下,审前阶段尤其是侦查阶段的很多处理结果,例如逮捕决定,往往对案件的最终处理结果产生重要影响。

^{②④} 参见林志毅:《论我国审判阶段非法证据排除规则的理论基础》,载《中外法学》2017年第4期,第1049页。

^{③⑤} 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352页。

^{③⑥} 参见〔日〕田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第269-270页。

^{③⑦} 参见〔德〕克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》(第24版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,第208页。

第四,证据资格与可采性。在多重证据资格理论视野下,可采性概念实际上既涉及客观资格问题,也涉及主观资格问题。但是,可采性概念仅涉及审判阶段的证据资格问题,而多重证据资格理论还涉及其他诉讼程序中的证据资格问题。

以多重证据资格理论为视角,可以发现我国刑事证据资格制度所存在的一些问题。在初级资格上,我国制度的主要问题在于要求不明确,从而导致有关法律事项决定不合理。这种不合理影响深远,危害性也不小。相对于初级资格而言,我国制度传统上比较注重高级资格的审查。但是,它的主要问题在于没有严格区分始端资格与终端资格,从而导致“资格跳跃”与“资格跨越”现象。这两种现象都可能会影响案件事实认定的正确性,进而影响案件处理的公正性。在主观资格上,我国制度的主要问题在于偏离价值本位,且取向较为单一。这不仅使得一些证据的使用欠妥,而且使得我国一些重要的社会价值没能得到很好的维护。因此,将来的制度改革与运用,应当在刑事诉讼的“全程”中,以多重证据资格理论为视角来审查证据资格问题,尤其需要进一步明确初级资格的要求及其审查,注意区分始端资格与终端资格,尤其是高级资格的始端资格与终端资格,同时,让主观资格真正回归其价值本位并注意价值取向的合理性。

Abstract: While the primary competence of criminal evidence is to provide general rationality for the fact of legal decision, and senior competence is to provide high rationality for that, subjective competence is to ensure the acceptance of evidence materials. The lack of deep and clear conception of above different kinds of competence in the Chinese criminal justice system results in such problems as that requirement of primary competence is vague, it ignores the differentiation between the beginning competence and the terminal competence about senior competence, and subjective competence deviates its orientation, and its value content is in some sense single. In order to use criminal evidence more reasonably, the Chinese competence system of criminal evidence should make clear the requirement of primary competence, discriminate strictly the beginning competence and the terminal competence, and let subjective competence come back to where it should be and make it more reasonable.

(责任编辑:李 游)