

论经验法则在证据证明力评价中的运用

——以刑事司法为视角

谭世贵, 陆怡坤

(华南师范大学 法学院, 广州 510631)

【摘要】经验法则是评价证据证明力大小的重要依据。当前,经验法则在证明力评价中的运用模式可分为印证评价模式、盖然性评价模式和混合型评价模式。由于经验法则的运用难以通过法律进行规制,因而无论在何种模式中,其均面临着提出主体不明、射程和推理方式不明确、外部规制作用有限、被告人对经验法则在证明力评价中的运用缺乏救济手段四重困境。对证明力评价中经验法则的运用机制进行完善,要从接纳不同主体提出的经验法则、加强对法官运用经验法则评价证明力的指引、落实证明力评价中对经验法则运用的裁判说理、明确证明力评价中误用和滥用经验法则的救济方式四方面着手。

【关键词】经验法则 证明力评价 运用模式 裁判说理 救济方式

【中图分类号】D925.2 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-5455(2021)05-0151-14

“经验法则”一词属于大陆法系中的概念,德语表述为“Erfahrungssätze”,日语表述为“经验则”,而英美法系中的对应性表述一般为“rule of thumb”。经验法则是经验上升为法则的结果,即各类经验的可靠性在长期的司法实践中不断经受检验,最后演化为法则。经验法则之所以能被用于评价证据证明力,是因为其内容符合当时、当地的人们乃至当事人的一般认知。作为法律术语,经验法则是指从日常经验或专门领域中归纳出的关于事物因果关系或性状的知识或规律,是法官根据证据进行事实认定不可或缺的方法。在我国现行法规范下,经验法则一般被视为事实推定的构成要件。在我国刑事司法经验与证据理论的共同作用下,经验法则在事实认定活动中评价证明力的作用逐渐显现。近二十年来,我国司法实务人员已就经验法则在证明力评价中的运用进行了积极的探索,为解决刑事司法中的证明力评价问题积累了宝贵的经验,运用经验法则评价证据证明力的做法已在实务界得到普遍认可。

过往观点认为,法官有权自由地选择并运用经验法则评价证据证明力,而不应受到法律的限制。^①然而,近年来因法官自由评价证明力而引发争议的情况时有发生,对该观点提出了挑战。为克服法官在证明力评价中可能因主观擅断而招致的潜在风险,我国最高司法机关相继发布若干司法解释,不少下级法院、检察院也自行制定地方性证据规定,

收稿日期: 2021-05-17

① 李祖军:《自由心证与法官依法独立判断》,《当代法学》2004年第5期。

旨在将证明力的评价限定在一定范围内,学者将这种现象称为“新法定证据主义”。^①通过司法解释等规范性文件对证据的证明力加以规定,实际上是对司法实践中的经验进行总结和提炼,这对匡正当下证明力评价标准的弊乱无疑起到了积极作用。然而,外部的司法实践是变化百出的,静态的经验法则显然难以应对处于动态中的司法实践。一方面,即便被规范的经验具有普遍性,也不能保证该经验适用于全部个案,统一运用具有高度确定性的证明力规则难免会导致事实认定的僵化;另一方面,现行证据规则中有关证明力评价的条文多为原则性规定,法官在个案中对证据证明力的评价很大程度上仍需依靠心证。综上,规范化的司法经验对证明力评价所起到的作用十分有限。

鉴于此,笔者无意就经验法则运用于证据证明力评价的正当性与合理性展开论证,而是冀望探究其面临的实践困境及相应的解决之道。本文将以三个部分对经验法则在证据证明力评价中的运用展开讨论:首先,对实践及学理讨论上经验法则在证据证明力评价中的运用模式进行梳理,这是对我国刑事诉讼中经验法则运行样态进行研究的基础;其次,考察法官运用经验法则评价证据证明力时面临的实践困境,并对其成因进行分析;最后,在此基础上就证据证明力评价中经验法则运用机制的完善提出若干构想。

一、运用经验法则评价证据证明力的三种模式

从经验法则与证据证明力评价二者间的关系来看,前者是后者的工具和手段,将经验法则运用于证据证明力评价中的做法并不新颖,但学界和实务界对经验法则的运用还处于摸索阶段,尚未形成一种被广泛接纳和认可的证明力评价模式。笔者认为,刑事司法中运用经验法则进行证明力评价的活动具备以下两个方面的特征:第一,基于经验法则作出的证明力评价结论具有或然性,例如,我国证据法语境中的最佳证据规则强调原本的证明力大于副本,^②人们只需诉诸常识,即可得出原本比副本更可靠的结论,但无论是在司法实践还是在日常生活中,均无法保证该结论必然正确;第二,经验法则能够被反复验证,其可验证性不仅体现为对日常生活规律的反映,还体现为专业领域中对科学原理的遵从。

就法官运用经验法则评价证据证明力的过程而言,并不是指法官毫无拘束地根据自身的感性认识判断证据有多大的证明力,而是要求法官在刑事司法中遵循一定的范式,理性地评价证据证明力。结合我国司法实践现状及学理上的讨论热点,笔者初步将证据证明力评价中经验法则的运用划分为三种模式。

(一) 印证评价模式

所谓“印证评价模式”,是指利用不同证据之间的同一性来评价某一证据的证明力。根据龙宗智教授的观点,我国的刑事诉讼证明模式可被概括为印证证明模式,法官对个别证据证明力的评价主要依据案件具体情况作出,虽属于自由心证体系,却又有明显区

① 陈瑞华:《以限制证据证明力为核心的新法定证据主义》,《法学研究》2012年第6期。

② 最佳证据规则源于英美法系国家,属于证据的可采性规则,但在我国相关证据立法中,最佳证据规则同时侧重于证明力。参见易延友:《最佳证据规则》,《比较法研究》2011年第6期。

别。^①该学说经历多年发展,已对刑事司法产生了不可磨灭的影响,不少法官在评价证据证明力时都会援引“印证”的概念,作为评价证据证明力的依据。

无论是理论还是司法实践,均表明印证已成为法官评价证据证明力的有效方式。即相互印证的证据具有较大的证明力;反之,证据证明力则较小。例如,在聂树斌再审改判无罪案中,聂树斌就作案时间的供述有:第一,其作案日期为1994年8月5日;第二,其在8月初有两天没上班,第三天上上班被葛某某批评;第三,其是在被领导葛某某批评的当天或次日作案。葛某某的证言证实聂树斌在8月3日当天上班,4日没有上班,出勤证明印证其8月3日是上班的。葛某某的证言与出勤证明能够相互印证,具有较高的证明力,最高人民法院据此认为聂树斌在其供述的案发时间内并没有上班,该供述并不能与聂树斌被批评后当天或次日作案的供述相互印证,二者存在重大矛盾。^②这个例子说明,若个案中对单个证据的可检验性不足,则难以单独对其证明力进行评价;若通过审查证据间的信息是否相互支持,则有助于把握证据证明力的大小。总体而言,印证评价模式在我国刑事司法中产生的收益十分可观,很大程度上满足了司法机关对提高诉讼效率和有效打击犯罪的需求。然而,近年来印证评价模式却招致不少的批评。有学者指出,印证评价模式的相关研究对如何避免并减少虚假印证和形式印证及其导致的错案缺乏关注。^③有学者进一步指出,印证是诱发错案的重要原因,其认为错案中证据的“印证”得出的是完全错误的事实判定。^④毋庸置疑,该模式在长期的司法实践中的确发生了功能异化:在证据短缺的情况下,为了使证明力较弱的证据能作为定案依据,部分办案人员选择背弃内心的确信,甚至采用违法的方式强行实现证据间的“相互印证”。也就是说,印证评价模式在实践中的异化实质是办案人员对经验法则的误用或滥用,其将印证视为赋予证据较高证明力的工具,而非理性客观评价证据证明力的手段。龙宗智教授指出,印证是证据推理和司法证明的普遍经验法则。^⑤通过比较法研究可知,印证是一种世界范围内普遍存在的事实认定经验,符合司法证明中的认知规律。从技术角度分析,印证评价模式所依据的同一性经验法则本身并不存在太大问题,只是在具体运用中缺乏约束,容易出现异化。

综上,仅对经验法则的科学性和合理性展开探讨并不足以发现印证评价模式面临的种种问题,笔者认为,应当着眼于经验法则的运用过程,即对印证评价模式的整体进行考察。若将印证视为一种经验法则,那么实际上可将印证评价模式视为一种混合直言三段论推理。在该混合直言三段论中,大前提是“如果某一证据得到印证,就会产生某一证据证明力得到补强的法律后果”,小前提是“该案件中的某一证据能够得到印证”,结论则是“该案件中某一证据的证明力能够得到补强”。由此可见,哪怕印证评价模式所依据的经验法则是正确的,也可能因为小前提存在错误印证的情况而导致结论错误。

① 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。

② 刑事判决书(2016)最高法刑再3号。

③ 周洪波:《中国刑事印证理论批判》,《法学研究》2015年第6期。

④ 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。

⑤ 龙宗智:《比较法视野中的印证证明》,《比较法研究》2020年第6期。

应当注意到,基于同一性经验法则的印证评价模式虽然在刑事司法中得到广泛运用,但其局限性也相当明显。一方面,印证评价模式主要适用于证据链以口供为主的刑事案件,假如被告人和证人因串供或其他原因导致口供和证言在外观上不存在明显矛盾,就无法通过印证评价模式对其证明力进行评价,也很难保证事实认定的准确性。另一方面,印证评价模式要求的是证据与证据之间的相互印证,这意味着证据在数量上须大于一,否则将无法归纳出证据间相同或相似的信息。若仅有单一证据指向待证事实,那么印证评价模式就会失去用武之地。于是,一种要求适合法官对单个证据的证明力展开原子主义分析的经验法则运用模式也就应运而生。

(二) 盖然性评价模式

所谓“盖然性评价模式”,是指法官借助经验法则,判断某一证据与其对应的待证事实所形成的心证的盖然性大小。理论上,学者多认为经验法则与盖然性存在密切的关系,如毕玉谦教授认为,经验法则是以事实的盖然性作为其内容而形成的规则。^① 本文之所以将经验法则与盖然性联系起来,主要是基于三方面的原因。第一,两者均属于不确定性命题。根据《现代汉语词典》的解释,盖然性是指有可能但又不是必然的性质,^②而经验法则来源于复杂多变的外部世界的不完整信息,从事物的不确定性出发,盖然性与经验法则存在相通之处。第二,两者均可通过归纳法进行总结。就经验法则而言,学界普遍认为其属于对一般社会生活或专门领域进行归纳得出的知识;就盖然性而言,其在逻辑上被视为归纳逻辑。第三,盖然性理论是联结经验法则与证明力评价的桥梁。我国台湾地区学者姜世明认为,对于证据价值的评估,某种程度上也涉及盖然性理论的问题:若采取客观盖然性,则会依赖科学上的经验法则;若采取逻辑上的盖然性,则会强调业已存在的经验法则;若持主观盖然性观点,则会借助一般理性行为人的个人经验。^③

盖然性是一个高度抽象的概念,证据的证明力同样具有模糊性,而基于心证公开的要求,法官须借助一定手段对“某证据为真”的盖然性进行表达,进而评价证据证明力的大小,实现抽象概念的可视化。根据一般认识,在众多表达方式中,数学是最为准确、概括、直观的一种,概率论则是数学学科中的重要分支。法学领域的盖然性与数学领域的概率并不具有天然的联系,但自20世纪70年代以来,以新证据法学派为代表的一众学者尝试将概率等同于盖然性,进而利用概率统计方法对证据的证明力进行分析,并以数字符号的形式进行表达。在我国,这一做法也逐渐为部分学者所接纳。虽然盖然性理论在经验法则的运用中同样抽象,但其在实践中与概率统计产生了关联,为抽象概念的可视化开辟出新的进路,并由此分化出两种经验法则的表达方式,即基于客观概率的经验法则和基于主观概率的经验法则。

客观概率(Objective Probability)是指根据事件发展的客观性统计出来的一种概率。^④ 就一般人而言,过往接受有关概率论的教学均围绕客观概率展开,随机事件的概率就是

① 毕玉谦:《经验法则及其实务应用》,《法学》2008年第2期。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》(第6版),商务印书馆,2012,第417页。

③ 姜世明:《论经验法则》,《政大法学评论》2009年第2期。

④ 徐国祥:《统计预测和决策》,上海财经大学出版社,2016,第10页。

其中最典型的例子。若采用基于客观概率的经验法则评价证据的证明力,那么该证据为真的程度完全取决于过往同种环境和条件下待证事实出现的频率。但是,运用客观概率评价证据证明力的方法存在着一定的现实困难,假设法官需要为某一待证事实存在的可能性指派概率,那么该概率必须满足两个条件:第一,形成该概率的统计样本足够大,不至于存在严重偏差;第二,该概率的生成背景必须与案件背景相同或相近。遗憾的是,案件事实不可能重现,在事实认定中几乎无法同时满足这两个条件。此外,客观概率的运用要求法官在个案中将案件事实与社会科学的背景知识相联结,无疑对法官的研判能力提出了极高的要求。综上,法官在个案中难以利用客观概率来确定待证事实存在与否的盖然性,更难以形成具有稳定性的经验法则,因而客观概率在证明力评价的运用中难以得到推广。

主观概率(Personal Probability)又称个人概率,是指建立在过去的经验与判断的基础上,根据对未来事态发展的预测和历史统计资料的研究所确定的概率。近年来风靡人文社科领域的贝叶斯理论即是主观概率的代表。主观概率的引入主要是为了区别于客观概率,主观概率取决于决策主体的主观认识,在诉讼中表现为法官对待证事实存在可能性的主观把握。如何运用基于主观概率的经验法则评价证据的证明力,可用实践中最为常见的案例进行说明。在某个强奸案件中,侦查机关在受害者衣物上提取到犯罪嫌疑人的精斑并送检,经鉴定,该精斑的DNA与犯罪嫌疑人的DNA完全一致。据此,检察机关有足够的理由相信犯罪嫌疑人曾与受害者发生过性行为。犯罪嫌疑人则辩称,犯罪现场的精斑DNA之所以与其DNA相同,是因为鉴定意见出错了。现在问:“该鉴定意见的证明力怎样?”对此问题,若抛开DNA鉴定意见几近无误的背景知识,法官一般会通过了解DNA鉴定的准确性来判断该鉴定意见的证明力。核实DNA鉴定意见准确性的方法无非两种:一是重新对DNA链条上的全部基因信息进行逐个比对分析;二是仅针对DNA的部分序列片段进行比对分析。第一种方法固然最为可靠,然而DNA的逐个比对工作费时费力,显然有违诉讼经济原则;第二种方法看似投机取巧,实则有坚实的科学依据。以司法部2018年发布的《法医物证鉴定Y-STR检验规范》为例,该文件是当前刑事司法中利用基因信息排查嫌疑人的主要技术规范,其采用的测量方法实际上是将主观概率中的贝叶斯理论引入法医物证学。^① Y染色体仅存在于男性细胞中,通常情况下,同一父系的所有男性个体具有相同的Y-STR单倍型,由于每个人的基因都是独一无二的,所以两份无亲缘关系的基因样本在鉴定结果上不可能匹配,反之亦然。实践中,只要案涉精斑的Y-STR基因型与被告人的基因型中一定数量(一般为10—20个)的基因座相符合,则可以在概率层面排除99%以上出错的可能性,进而认定二者具有同一性。

(三) 混合型评价模式

本文语境下的混合型评价模式,是指在印证理论、盖然性理论或其他理论相融合的基础上对证据证明力进行评价的模式。在我国的证据法学研究中,已有大量文章对印证证明模式的运用展开讨论,但其讨论的对象多以传统的证据种类为主,如证人证言、被告

^① 过去有学者认为,DNA鉴定是对“客观盖然性”,也即客观概率的运用,该观点的谬误在于混淆了DNA鉴定中基因同一性的认定方法。参见秦策:《诉讼证明的盖然性范畴:功能与限度》,《金陵法律评论》2013年春季卷。

人的供述和辩解、物证和书证等,而专业性、科学性较强的电子数据和鉴定意见则长期处于讨论的边缘。与此同时,以罗纳德·艾伦教授为代表的新证据法学派对我国证据法学研究产生了重要影响,我国学者开始在证明力评价等领域内尝试将传统理论与概率论相结合,以破解司法证明中的难题,证据证明力评价中的混合型评价模式即在该背景下应运而生。

以电子数据的证明力评价为例,刘品新教授提出的电子证据印证体系,实际上是将我国刑事诉讼中的印证评价模式与概率论中的数学知识相结合,通过公式计算得出电子证据所对应待证事实存在的可能性,即司法证明意义上的盖然性,进而判断电子证据证明力的大小。^① 刘品新教授设计的电子证据印证公式极具创新性,能够有效结合印证理论与盖然性理论的优点,但也正如其所言,在推行电子证据的客观化采信上,该方案以贝叶斯理论为支撑,而贝叶斯理论在计算上过于复杂,可能超出法官的能力范围。^② 除此以外,混合型评价模式还面临着推理方式的运用困难。在证据证明力评价中,印证的运用是一种演绎推理,盖然性的运用则是一种归纳推理,证明力评价中的经验法则应当如何与两种法律推理方法建立起联系?学界尚未对此展开探讨。

印证难以运用于科学证据并非混合型评价模式出现的唯一原因,有学者针对印证方法对经验法则的运用有限、缺乏对单个证据的独立分析、缺乏从整体视角对证据进行分析这三方面的不足,提出构建多元证据分析方法体系。^③ 具言之,即引入印证方法以外的其他证据分析方法,如故事方法^④和论证方法^⑤,构建兼具严密性和灵活性的证据分析体系。当然,该体系的提出更多是针对司法证明中的弊病,具有明显的问题导向特征。但多种证据分析方法之间能否做到融会贯通并形成体系,在形式逻辑与实践逻辑层面均未得到充分论证。尤其是故事方法和论证方法均属于英美法系的证明方法,其能否与本土化的印证证明模式形成优势互补,也是未知之数。

由上可见,无论是刘品新教授的电子证据印证体系,还是多元证据分析方法体系,在方法论上均秉承着实用主义的进路,目的在于克服主流的印证评价模式在证据证明力评价中的弊端。诚然,在个案中采用混合型评价模式,强调任何方法均可资利用,有利于从多个维度运用经验法则,能够对个案中证据的证明力展开更加透彻、全面的分析。但是,实用主义进路的缺陷也是显而易见的,若法官运用经验法则评价证据证明力时只关注在结果上解决问题而无视法理的约束,则会导致经验法则在证明力评价中的运用缺乏稳定性和统一性,甚至超出人们的预期。从长远来看,对混合型评价模式的建构不能仅秉持实用主义的态度,还应遵循基于理性主义的司法证明进路,力求实现混合型评价模式中

① 刘品新:《印证与概率:电子证据的客观化采信》,《环球法律评论》2017年第4期。

② 同上。

③ 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。

④ 故事方法,又称故事构造法、故事讲述法等,是指裁判者在评判证据时,判断被告人或证人对案件事实的描述或叙述的故事是否符合逻辑、日常生活经验及常识。参见葛琳:《证明如同讲故事?——故事构造模式对公诉证明的启示》,《法律科学(西北政法大学学报)》2009年第1期。

⑤ 同③。根据学者的定义,论证方法是一种借鉴逻辑学的证据分析方法,即通过对证据进行一系列推理得出结论,而结论的正当性则建立在对每一推理环节进行检验的基础上。

各要素间的相互联通。

二、运用经验法则评价证据证明力的实践困境

(一) 经验法则的提出主体不明

运用经验法则对证据证明力进行评价属于法官的职责,然而,对于该法则的运用是否为法官个人所专属,学界则存在较大的争议。经验与知识、技能和生活经历紧密联系,具有高度个人化特征,在讨论经验法则的运用困境时,往往会将法官个人社会经验的匮乏视为当中的原因,^①却鲜有文献将研究点停留于其他主体,如检察官、律师、被告人等。在民事诉讼领域,最高人民法院 2020 年颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第 85 条第 2 款规定了审判人员可以依照日常生活经验对证据证明力的大小进行判断。但考虑到法官运用日常生活经验对证据证明力进行的评价可能有失偏颇,有学者提出,法官不能基于个人经验对个案中的某一证据进行事实认定。^② 这种观点不无道理,经验法则的生成经历了从经验向法则的转变,这是对个体经验进行反复检验的过程,其目标是将众多高度个人化的知识转化为集体知识。在法官的个人经验未接受反复检验前,不能视其为某领域内对一般性规律的反映。法官评价证据证明力所运用的经验法则,应当为熟悉该领域的一般人所认可,或者至少为法官群体所认可。

在司法证明活动中的专业领域,法官同样不是经验法则的提出主体。这是因为,法官由于专业受限,无法就事实认定中的专业领域发表意见,而只能根据专家提供的意见评价证据的证明力,即意见证据规则之例外。诸如价格认定、质量鉴定和基因鉴定等高度专业化的证据,其法律意义上的证明力大致等同于其在所属领域中的可靠性,而对其可靠性的评价一般会在该领域内形成相应的经验法则。在诉讼中引入专业领域的经验法则以供法官评价证据证明力并不罕见,由此可以认为法官并非经验法则的唯一提出主体。

(二) 经验法则的射程和推理方式不明确

从近年来有关经验法则的各种著述来看,学界已经从各种角度论证了经验法则并非仅限于日常生活经验,并尝试对经验法则进行类型化处理,各种观点纷呈各异。有学者认为,经验法则可依据法则的可靠性划分为“一般性经验法则”“准一般性经验法则”和“非一般性经验法则”^③;也有的学者认为,经验法则的种类通常可划分为“一般生活经验”和“特别专业知识”^④;还有学者认为,可根据盖然性的高低将经验法则划分为“生活规律”“经验基本原则”“简单的经验规则”和“纯粹的偏见”。^⑤ 学理上的争鸣并不能改

① 王庆廷:《“经验”何以成为“法则”——对经验法则适用困境的考察、追问及求解》,《东方法学》2016 年第 6 期。

② 马贵翔、顾必琛:《经验法则的构成探析——以经验法则在事实认定中的适用为视角》,《贵州民族大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 6 期。

③ 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。

④ 姜世明:《论经验法则》,《政大法学评论》2009 年第 2 期。

⑤ 普维庭:《现代证明责任问题》,转引自吴洪淇:《从经验到法则:经验在事实认定过程中的引入与规制》,《证据科学》2011 年第 2 期。

变这样一个事实,即经验法则在数量上的无限性决定了其无法以一个或数个标准而被类型化。抛开数量上的问题,类型化标准自身的概念是高度抽象的,不具有数字那样的明确性,例如若要释明“一般性”和“准一般性”经验法则间的区别,恐怕连标准制定者也无法厘清二者间的界限。学界对经验法则进行类型化处理的目的并非澄清其法律性质,而是将具有相似性的经验法则纳入特定的运用场景。遗憾的是,经验法则间界限的模糊性决定了对经验法则的完全类型化只能是空想。由此,经验法则的射程范围将处于不明确的状态。

在推理方式方面,一般认为,经验法则是事实认定程序中的推理基础。尽管有学者认为经验法则的运用不需要推理,但该观点实际上放弃了经验法则原有的功能定位,^①同时将经验法则的运用等同于直觉认知,将复杂的问题简单化,有导致法官恣意裁判的风险。就经验法则的生成路径而言,学界普遍认可经验法则是通过归纳法形成的观点。如张卫平教授认为:“经验法则是指人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则和知识。”^②但是,这并不意味着经验法则在证明力评价中的运用也必须以归纳推理的方式展开。实际上,笔者在前文就指出,印证评价模式在证据证明力评价中可视为一种混合直言三段论推理,易言之,印证评价模式是以演绎推理的形式存在的。同时,盖然性评价模式下对经验法则的运用体现了归纳的方法,这是由概率论的基本原理所决定的,无论是主观概率还是客观概率都不例外。近年来被学界所提倡的“印证+概率”的混合型评价模式则兼具演绎推理和归纳推理的逻辑特征。当然,经验法则的运用并不排斥类比推理。作为一种或然性的推理方式,类比推理虽然在刑法解释学中被严格限制,但若能在事实认定中得到正确应用,将对法官评价证据证明力大有裨益。例如,毒品犯罪中存在着这样一条经验法则,即毒贩往往具有形迹可疑、有意隐藏毒品、躲避警察等特征,而某甲在车站被搜出毒品时也具有上述特征,但其辩称毒品是在其不知道的情况下被塞进去的;根据上述特征,可以认为某甲的辩解证明力较低。由此可见,演绎推理、归纳推理和类比推理均与经验法则存在联系,但对于何种经验法则应当运用何种推理方式,立法、司法、学理上均无定论,从而导致法官对经验法则的运用遭遇困难。

(三) 经验法则的外部规制作用有限

经验法则并非法学理论研究的产物,而是众多法官在审判实践中探索的结果。众所周知,经验法则具有高度的灵活性,这既是法官运用经验法则评价证据证明力之正当性所在,也是证据立法的短板所在。一方面,现行刑事证据立法没有也不可能渗透到各种复杂场景下对各类证据证明力的评价中;另一方面,若参照法定证据制度,通过立法预先设定证据的证明力,必然抹杀法官在个案中的智识和理性。^③

就印证评价模式而言,尽管其已在刑事司法中被广泛运用于证据证明力的评价,但在质量上并不尽如人意,具体表现为法官在裁判文书中普遍没有释明为何证据之间能够

① 现代自由心证制度下的经验法则对法官的自由心证具有约束作用。参见王德新:《自由心证:主义、技术与救济》,《理论月刊》2011年第8期。

② 张卫平:《认识经验法则》,《清华法学》2008年第6期。

③ 施鹏鹏:《法定证据制度辨误——兼及刑事证明力规则的乌托邦》,《政法论坛》2016年第6期。

相互印证,即法官对运用印证方法评价证据证明力的过程欠缺说理。通过对裁判文书中有关证据间印证关系的论证部分进行梳理,笔者发现说理内容不全面的问题普遍存在,且“套话”“空话”较多;而少数对证据间印证关系进行充分说理的裁判文书又倾向于否定证据间的印证。这表明法官对印证方法的运用可能普遍存在机械式的理解。

印证评价模式在证明力评价中存在的说理不足问题,归根到底,与经验法则外部规制的有限性不无关系。近年来,我国已将印证纳入证据证明力评价的规范体系中。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于2010年6月联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》就多次强调了印证是评价证据证明力大小的重要方法。尽管刑事诉讼立法中有关证据证明力印证的规范不断出现,但总体看来,相关规范没有就印证的内涵作出明文规定。例如,最高人民法院于2021年2月颁布的《关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》第91条第2款规定:“证人当庭作出的证言与其庭前证言矛盾,证人能够作出合理解释,并有其他证据印证的,应当采信其庭审证言;不能作出合理解释,而其庭前证言有其他证据印证的,可以采信其庭前证言。”尽管该条明确规定庭前证言得到其他证据印证也可以被采信,但对于何谓“印证”,又何为“庭前证言有其他证据印证”,却没有作出进一步的解释。由此可见,印证的内涵并没有因为立法层面的规范化而更加明晰,当前的证据规范多从形式上规定印证的法律后果,正如前文所述混合直言三段论中的小前提一样,而对于作为大前提的印证经验法则,其起到的规制作用仍十分有限。

就盖然性评价模式而言,概率论的引入的确能够在特定情况下纾解证据证明力的评价困难,但目前概率论在我国法学领域中尚属新鲜事物,相关研究和应用普遍停留在表达盖然性大小的层面,其在证明力评价中的运用尚未得到普遍认可。有学者指出,由于运用概率评价证据的证明力比较繁琐,会对诉讼效率产生负面影响,且该方法尚未形成理论体系,存在较多争议,因此我国无须大规模推广使用,但可以适当借鉴,例如运用概率评价鉴定意见的证明力。^①除了法学界的争议以外,盖然性的概率表达还容易诱发不公正的偏见,在证明力评价过程中,对概率值的解释会直接影响法官的认知。一般而言,只有较高盖然性的经验法则才会为法官所采纳,针对个案对该经验法则的运用展开解释。概率的主客观之分,决定了概率的解释方法存在主观解释与客观解释的分野。两种解释方法各有所长,有各自的适用范围,且没有普遍适用的唯一标准。^②但是,无论是何种解释,都会使法官根据头脑中既存的知识或观点对事实加入自己的理解。换言之,概率并不能消磨法官的主观能动性,反而会加强法官的主观臆断。由此,笔者认为,在经验法则与概率论相结合的问题得以厘清之前,不宜将以盖然性为特征的经验法则普遍运用到证明力评价中。

揆诸现实,基于概率结果的经验法则难以运用在传统证据种类上,法官一般不会主动将此类经验法则运用于被告人供述、证人证言等证据证明力的评价中,即使被告人或

① 金钟:《证明力判定论——以刑事证据为视角》,中国人民公安大学出版社,2010,第164页。

② 任晓明、桂起权:《非经典逻辑系统发生学研究——兼论逻辑哲学的中心问题》,南开大学出版社,2011,第115-116页。

辩护人主动提起,法官也会不予理会。周文斌受贿案就是典型的例证。该案被告人周文斌涉嫌犯受贿罪,在庭审上,其运用概率论、数理统计等方法来论证控方证据不具有证明力,但该案裁判文书却对此只字不提。^①可见,基于盖然性的证据评价模式并未得到法官的重视,更谈不上对其进行规制。

(四) 被告人对经验法则在证明力评价中的运用缺乏救济手段

评价证据证明力是法官认证过程的最终环节,在事实认定活动中起着举足轻重的作用。法律赋予法官在证据证明力评价中自由选择并运用经验法则的权力,是出于对具有良好职业素养及丰富社会经验的法官的充分信任,但这种信任也面临着风险,即法官一旦错误运用经验法则,则可能导致关键证据的证明力被不当评价。前文已经论证了对经验法则进行规范化所取得的成效甚微,我国将来也不可能走法定证据主义的老路。在此前提下,为刑事被告人提供切实有效的救济手段,才是问题解决之道。

诚如法谚所言:“无救济便无权利。”被告人享有的诉权实际上是一种救济权,若未针对经验法则在证明力评价中的运用建立起有效的救济途径,那么被告人希冀的公正审判就只能停留在纸面上。我国《刑事诉讼法》第227条第3款规定,被告人享有绝对的上诉权;第233条规定,第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查。尽管被告人看似享有对误用、滥用经验法则的救济权利,但《刑事诉讼法》及相关司法解释并未就经验法则的相关救济手段作出规定。实际上,由于司法资源的有限性,二审法院难以实现对事实问题的全面审查,最多是对第一审认定的事实进行“复查”。^②而且,相关条文的规定过于原则化,也难以切实保障被告人能够就法官误用、滥用经验法则的行为获得救济。

从功能主义的立场出发,不同的证据证明力评价模式代表着不同的推理方式,其最终目的均在于解决证据证明力评价过程中的各类难题,强调在不违反法定证明力规则的前提下完成对证明力的评价。然而,证据证明力评价是一个“仁者见仁,智者见智”的证明过程,法官运用经验法则评价证据证明力时采用的推理方式不统一,源于其在事实认定活动中对方法论的偏好,刑事被告人及其辩护人对经验法则的反驳,大抵须依法官的推理方式对经验法则的可靠性或运用方式的合理性进行证伪,否则将面临抗辩理由不予认可的风险。

刑事被告人及其辩护人要遵循法官选择的经验法则及推理方式才能展开有效反驳的做法,显然违反了程序正义的基本要求,过分加重了辩方的负担。裁判中的程序被设计用于限制和约束法官自由裁量权的行使,以确保裁判的正义性。^③而法官自由裁量权的行使必须以法官的理性做保证。法官理性的有限性和差异性,决定了法官在个案中选择的经验法则或采用的推理方式不必然正确。

① 刑事二审判决书(2016)赣刑终33号。

② 陈瑞华:《论彻底的事实审——重构我国刑事第一审程序的一种理论思路》,《中外法学》2013年第3期。

③ 史立梅:《程序正义与刑事证据法》,中国人民公安大学出版社,2003,第118-119页。

三、完善证明力评价中经验法则运用机制的构想

运用经验法则评价证据证明力的最大风险是容易造成证明力的不当评价。一旦法官选择的经验法则自身存在缺陷,或对其运用不当,便可能导致对证据证明力的评价过高或过低,进而影响事实认定的准确性。同时,经验法则的运用又与个案中证据的短缺程度成正比,个案中证据越短缺,利用证据展开的事实认定越困难,法官则越倚重运用经验法则评价证据证明力。司法实践表明,经验法则已广泛运用于事实认定中,肯定经验法则的价值可有效提高事实认定的效率。但是,经验法则的模糊和抽象特性会令法官难以把握,如何谓经验法则、何种经验才能上升为经验法则、如何利用经验法则评价证据证明力等。基于此,本文尝试就证据证明力评价中经验法则的运用机制提出四点完善构想。

(一) 接纳不同主体提出的经验法则

经验法则多存在于法律世界之外,随着社会分工的专业化和复杂化,证据证明力评价所牵涉到的经验法则也变得日益复杂。众所周知,经验法则的概念并非为法律界所独有,天文学、管理学、地理学和统计学等领域均有经验法则的身影。换言之,各领域的从业人员均可就本行业的专业问题提出经验法则。

有学者指出,司法证明中分权模式的出现是人类社会分工的必然结果,对司法证明权力的分割不仅能提高认识案件事实的能力,还有助于保障人权,防止滥用公权力。^①在法庭科学领域,法官已经欣然接受相关领域的经验法则,并将其用于评价证据的证明力,这表明法官并不排斥其他社会群体提出的经验法则。目前,法官在事实认定中面临的大部分问题仍源自社会生活,然而社会生活并不能为自然科学所检验。因此,法官只有接纳不同主体提炼出的经验法则,才能贴近社会生活,进而对证据的证明力作出正确评价。需要注意的是,并非所有案件中对证据证明力的评价都应当接纳其他主体提出的经验法则。相较于在司法实践中形成的经验法则,其他主体提出的经验法则在大多数情况下只能在证据证明力评价中起到补充性作用,而非决定性作用。但是,对于案情复杂且专业化程度较高的案件而言,其他主体提出的经验法则将会对事实认定中的证明力评价环节产生实质性影响。

(二) 加强对法官运用经验法则评价证明力的指引

正如裴苍龄教授所言:“法眼看证据,越看越模糊。”^②经验法则作为法官心证的基础,我国对其运用不宜在立法上作过多的限制,但这并不意味着法官对经验法则的运用享有绝对自由的裁量权。当前,学界虽然仍就“证明力评价中经验法则的运用是否应当进行立法规范”的问题争论不休,但在长期的争论中已形成了基本共识,即经验法则的运用要受到一定的限制。毋庸讳言,证据证明力评价中对经验法则运用的限制程度实际上反映了法官心证原则在事实认定活动中的被认可程度。大陆法系国家自二战后普遍对法官的自由心证加以限制,使自由心证从绝对自由迈向相对自由。^③揆诸现实,我国近年

① 吴洪淇:《转型的逻辑:证据法的运行环境与内部结构》,中国政法大学出版社,2013,第45页。

② 裴苍龄:《证据问题不能法律化》,《河北法学》2014年第4期。

③ 金钟:《证明力判定论——以刑事证据为视角》,第70页。

来对自由心证原则的态度也发生了转变,即便是强调我国证明模式为印证证明模式而非自由心证的学者也承认印证应该与心证相互融合。^①我国与大陆法系国家对待自由心证虽轨迹相悖,但最终殊途同归。我国通过学理上的阐释为法官松绑,与大陆法系国家通过立法限制法官的自由裁量权,有异曲同工之妙。鉴于此,笔者认为宜在立法之外通过发布指导性案例、典型案例等方式,加强对法官运用经验法则评价证明力的指引。具言之,指引应当涵盖两方面的内容。

一方面,适当降低经验法则的盖然性要求。由于刑事证明具有严格性的特征,有学者主张证明力评价中的经验法则必须满足高度盖然性的要求。对此,笔者认为,在证明力评价中对盖然性的要求不宜参照“排除合理怀疑”的证明标准。从证明方式上看,对证明力的评价适用自由证明法则,对心证的要求无须达到排除合理怀疑的“内心确信”,自由证明法则对心证的要求仅为“大致相信之过半心证”。^②从法律效果上看,排除合理怀疑会直接影响刑事被告人的实体处理结果,而适当降低经验法则的盖然性要求则未必产生该效果。司法实践中,刑事证据的证明力尚且无法全数达到如此高的盖然性,而经验法则只是证据证明力的评价基础,自然无须达到该要求。

另一方面,提倡培根式的经验法则归纳法。虽然经验法则具有普遍性,但其论证过程及结论并非必然。经验法则的生成过程可体现为一种不完全的归纳推理,也即前提为真时结论也不一定为真。培根同样认识到归纳法结论的或然性,其反对通过感官的“现象罗列”进行归纳,强调通过清除否定例证以保证结论的正确性和科学性。^③就经验法则而言,其或然性源于例外情形,若能将例外情形排除在经验法则之外并对经验法则加以修正,则能显著提高经验法则的盖然性。

(三) 落实证明力评价中对经验法则运用的裁判说理

近年来,我国积极推动裁判文书说理的改革,力图健全开放、动态、透明、便民的阳光司法制度体系。如前所述,现行刑事诉讼立法尚未对经验法则在证明力评价中的运用加以规定,法官需要对之进行自由裁量。因此,针对经验法则运用的说理不仅技术难度高,而且社会影响大,直接关系着“看得见的正义”能否实现。一旦说理不当,还可能引发“彭宇案”般的负面效应,造成司法公信力的减损。

最高人民法院于2018年6月颁布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第4条规定:“裁判文书中对证据的认定,应当结合诉讼各方举证质证以及法庭调查核实证据等情况,根据证据规则,运用逻辑推理和经验法则,必要时使用推定和司法认知等方法,围绕证据的关联性、合法性和真实性进行全面、客观、公正的审查判断,阐明证据采纳和采信的理由。”可见,经验法则的运用是裁判文书中认证说理的题中之义。但是,现有的部分裁判文书并没有很好地对该部分进行说理,而是仅在列明证据后,简单说明该证据“能否相互印证”“是否符合经验法则”,最后作出“上述证据经庭审举证、质证,证

① 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。

② 林钰雄:《刑事诉讼法(上册)——总论编》,元照出版有限公司,2010,第479页。

③ 萧焜焘:《科学认识史论》,商务印书馆,2018,第378-379页。

据来源、表现形式合法、内容客观真实,与本案具有关联性,本院予以确认”的结论。这样的说理方式明显难以做到以理服人,也不利于司法接受外部监督。笔者认为,对证明力评价中经验法则运用的说理应当包含以下三个方面的内容,以加强对法官行使自由裁量权的制约和监督。

第一,释明经验法则的采纳理由。法官对经验法则的选择主要涉及两个问题:一是某项经验可否作为经验法则;二是个案中运用该经验法则是否合理。换言之,法官对采纳某一经验法则的说理应当顾及可行性和合理性。就可行性而言,若某项经验未经检验,不存在普遍性,则不能上升为经验法则,自然也不能为当事人所接受。就合理性而言,经验法则具有或然性,并非适用于所有个案,只有当经验法则的知识背景与个案背景存在足够多的相同点时,才具有运用的合理性。

第二,释明证明力评价的推理过程。如前文所述,经验法则是归纳推理的产物,但运用经验法则的推理方式并不限于此。法官在证明力评价过程中无须受推理方式的限制,可以在具体个案中针对不同类型的经验法则,采用不同的推理方式对证据证明力进行恰如其分的评价。而既然无法强制要求法官运用特定的推理方式,就只能通过要求法官在裁判文书中释明证明力评价的推理过程,实现推理过程的公开化,进而充分保障当事人、辩护人或诉讼代理人以及社会公众对法官运用经验法则评价证据证明力活动的监督。

第三,回应有关经验法则的异议。毫无疑问,经验法则的误用和滥用会导致证据证明力被错误评价,法官可能在此基础上作出不利于被告人的判决。在刑事诉讼中,被告人的弱势地位较为明显,例如在法庭调查中,法官对被告人所提异议不予理会的现象普遍存在,遑论依托于法官心证的经验法则,其运用更难以受到被告人的质疑。诚如学者所言,当前国内的司法改革日趋强调裁判结果的可接受性、重视裁判的社会效果,为适应开放社会带来的市场化需求,司法说理应当是面向当事人、面向社会的。^① 通过要求法官积极回应被告人及其辩护人的异议,不仅能够有效保障被告人辩护权的实现、保证庭审实质化,而且可以督促法官慎重运用经验法则评价证据证明力,最终达成证明力评价的结果具有公正性和可接受性的目标。

(四)明确证明力评价中误用和滥用经验法则的救济方式

经验法则是各类经验被提炼、归纳后得出的事理法则,较之于零散的经验,其不确定性已被控制在较低的水平,但在某种程度上也牺牲了灵活性,可能会以个案正义为代价。加之经验法则在我国刑事司法中的内涵并不明确,如何运用不同的推理方式也无定论,实践中经验法则的运用仍陷于无序,因此有必要在现行法律框架内,针对经验法则的运用明确相应的救济方式。

在明确有必要为被告人提供经验法则运用的救济方式后,需要进一步回答的问题是,何种救济方式才是有利于被告人的,而且这种救济方式能否在现行法律规范或相关法理的框架内作出合理解释。同时,明确相应的救济方式还应考虑到我国刑事第二审的现实定位包括查明案件事实等实体真实目标。^② 由此,对误用和滥用经验法则的救济应

① 方乐:《司法说理的市场结构与模式选择——从判决书的写作切入》,《法学》2020年第3期。

② 陈心歌:《中国刑事二审程序问题研究》,中国政法大学出版社,2013,第90页。

当从两方面展开。

一方面,应当确定误用和滥用经验法则的审查标准。我国《刑事诉讼法》第236条第1款第(三)项规定:“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。”据此,只有一审判决认定的事实错误时,被告人才能获得救济。但是,经验法则的运用与证明力评价均在很大程度上依赖于法官的心证,即便我国刑事二审贯彻全面审查原则,二审法官也不可能因其心证结果与一审法官存在差异而认定一审判决认定的事实错误。鉴于此,笔者认为可借鉴日本司法实践中形成的“经验法则、逻辑法则违反说”的审查标准,即如果不能具体说明原判决认定的事实参照经验法则、逻辑法则等存在不合理的,则不能认定原判决事实认定错误。^①该审查标准给我们的启示是:二审法官对事实的审查既要尊重一审判决中形成的事实认定结果,又要保证事实认定结果符合经验法则和逻辑法则。

另一方面,应当厘清何种情形属于对经验法则的误用和滥用。在我国,经验法则既未被正式引入刑事诉讼的立法体系中,也未在司法判例中形成先例,其概念仍不甚明确。在该背景下,法官对误用、滥用经验法则情形之判断难免会缺乏依据。笔者认为,在相关立法和学说尚未形成统一意见的情况下,宜通过类型化的途径,列举常见的误用、滥用经验法则的情形,供二审法官参考。所谓误用经验法则,顾名思义,即错误地运用经验法则进行事实认定。实践中,误用经验法则的情形包括运用盖然性较低的经验法则、运用经验法则认定的事实与证据证明的事实相悖、经验法则违背一般习惯等。所谓滥用经验法则,根据实践经验,是指法官在事实认定中徇私舞弊,故意将经验法则作为逃避或枉法裁判的理由,^②以及未经充分论证而随意采纳经验法则、凭借主观臆断而创设并运用经验法则等情形。通过对误用、滥用经验法则的现象加以类型化,能够对法官运用经验法则评价证明力的活动予以有效监督,避免法官的主观擅断,从而实现证明力评价结果的客观和公正。

在现代司法证明中,经验法则的运用理应兼具规制自由心证和破解证明难题的双重功能。一方面,对经验法则进行的立法规制,虽然能在一定程度上起到规范法官评价证明力的作用,但从长远来看,其所取得的成效有限,且对经验法则灵活性造成了减损。另一方面,经验法则依托于自由心证,对查明案件真相、发现实体真实具有重要意义。在考察了我国司法实践与学理上的三种运用模式后,本文希望通过证明力评价中经验法则运用机制的完善,能够有效克服经验法则在证明力评价中面临的实践困境。无论是积极的立法规制还是绝对的自由评价,都有悖于证明力评价活动的司法规律,因此,在立法规制与自由评价间寻求衡平之道,可谓任重道远,需要学界与实务界更多更深入的研究和探索。

【责任编辑:杨孟葳;责任校对:杨孟葳】

① 最高裁判所2012年2月13日判决,《判例时报》2012年第2145号,转引自林偶之:《日本二审法院如何审查裁判员认定的事实——以日本最高法院2012年2月13日判决为例》,《西南政法大学学报》2019年第5期。

② 宋英辉、汤维建:《证据法学研究述评》,中国人民公安大学出版社,2006,第380页。