

论我国诉讼证据审查要素 及审查方法的调整改革

龙宗智*

内容提要：我国诉讼证据审查的基本逻辑是，以“三性”审查为基础，以“定案根据”确认为依归，同时审查判断证明力，进而认定事实。英美法系和大陆法系的证据审查则呈现为证据资格与证据效用两分格局，其证据法着重规制前端证据资格，而证据“三性”以特定方式嵌入证据制度。我国现行证据审查制度具有要素清晰、审查方式较为灵活等特点，但其平面化特征妨碍了证据审查逻辑的清晰展开；“三性”审查缺乏精准界定及必要区分，且与“两力”关系不清晰。改革完善证据审查方式，首先应准确界定“三性”内涵，厘清“三性”与其他证据审查要素的关系，并适当调整其适用方法。其次，应在司法解释规范中使用证据能力概念，强化“可以（不能）作为证据使用”的审查规范，加强证据准入的前端控制。最后，保留部分定案根据规范，维系后端控制要素，形成前后端控制并重的二元审查机制。

关键词：证据审查 证据“三性” 证据能力 证明力 定案根据

证据审查要素，是指在诉讼活动中，根据诉讼法和司法解释规范，诉讼各方质证、司法机关审查认定证据所考量的基本要素。多年来，在我国的诉讼活动中，证据质证与审查认定的基本要素是所谓“三性”，即证据的相关性（关联性）、客观性（真实性）与合法性；审查方法亦基于“三性”审查而形成，即通过对“三性”的质证与审查认定，判定证据材料能否成为认定案件事实的依据，并判断其证明作用。由于新的证明理念、证据审查要素概念及事实认定方法的引入，以及我国诉讼制度与证据制度自身发展等原因，证据“三性”审查体系受到质疑，包括对个别要素（如客观性、合法性）作为证据基本属性的理论质疑，〔1〕以及对“三性”审查体系的整体挑战（如以证据资格与证明评价两分的审查体系作为替代方案）。〔2〕因

* 四川大学法学院教授。

〔1〕 参见张保生、阳平：《证据客观性批判》，《清华法学》2019年第6期，第26页以下；何家弘、马丽莎：《证据“属性”的学理重述——兼与张保生教授商榷》，《清华法学》2020年第4期，第72页以下；周洪波：《证据属性的中国法律之道》，《中国法学》2022年第6期，第282页以下。

〔2〕 参见《刑事诉讼法学》编写组：《刑事诉讼法学》，高等教育出版社2019年版，第135页；李勇：《重视证据能力与证明力之证据判断功能》，《检察日报》2017年12月31日第3版。

此,重估“三性”的实践价值与学理意义,厘清“三性”内涵及与证据能力、证明力、定案根据等审查要素之间的关系,从而构建逻辑自治、符合实践需求及诉讼制度改革发展需要的证据审查要素体系及审查方法,以丰富我国的证据法学理,完善证据审查规范,是我国证据法学亟待回应和厘清的重要理论与实践问题。

一、我国证据审查要素构造及其特征

在证据法学中,证据审查是基础,事实认定是目的,但二者不能截然分开,比如审查证据的证明效力就是确定事实认定的可能性。因此,即使是单一证据审查,也可能涉及诉讼证明的要素和标准,如证据是否充分、是否排除合理怀疑等。为保证论题的集中及研究的深入,本文聚焦于单一证据的审查要素,只在必要时论及与事实认定相关的整体性证明问题。

探讨我国证据审查要素与方法,首先要了解我国证据审查的规范构造与实践特征。笔者将其归纳为以下几点。

(一) 证据“三性”是质证与证据审查的基本要素

在证据属性的问题上,既有“三性说”,又有所谓“一性说”“两性说”“四性说”等。^{〔3〕}即使是“三性说”,其表达方式也各不相同。^{〔4〕}本文无意参与证据属性问题的学理讨论,而只是基于既定规范,着眼司法实践,承认“三性”是质证与证据审查的基本要素,将证据须具备“三性”作为证据认定的基本标准。在这个意义上,证据“三性”审查无疑是证据审查最重要的方法。

先对“三性”作一简略定义。相关性(关联性)是指与案件待证事实有实质性关联,即对案件事实有证明力;合法性是指取证主体、证据形式、证据搜集方法与程序符合法律规定;客观性(真实性)是指证据真实可靠,与事实相符。将“三性”审查作为证据审查最重要的审查方法,有法律规范和司法解释的充分支持。从法律规范看,刑事诉讼法对个别证据的基本规范要求即为“三性”要求。一是相关性。例如2018年刑事诉讼法第50条的规定,“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”,系证据相关性的基本规范;第120条规定了侦查中人证调查的相关性要求;第141条、第145条、第152条等对涉案财物(物证)、技术侦查搜集证据材料的相关性作了规定。二是客观性。首先,体现于诉讼基本原则。进行刑事诉讼,必须“以事实为根据”(第6条)。其次,规定了办案机关的客观义务。“公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书,必须忠实于事实真象”(第53条)。再次,明确规定了证据使用的基本要求。“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”(第50条)。三是合法性。例如规定进行刑事诉讼“必须严格遵守本法和其他法律的有关规定”(第3条),“以法律为准绳”(第6条),“必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”(第52条),而且“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪”(第52条)。为保障合法性,还

〔3〕 参见前引〔1〕,张保生等文,第27页以下;张斌:《论我国刑事证据属性理论的重构——刑事证据“四性说”的提出与意义》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期,第138页以下;王均平、翟远辉:《刑事证据基本属性新阐释——应用论视角的证据价值、功能、工具定位》,《四川警察学院学报》2013年第1期,第1页以下。

〔4〕 参见前引〔1〕,何家弘等文,第72页以下;陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2019年版,第142页以下。

规定了非法取证的法律后果，确立了非法证据排除的实体与程序规则（第56条至第60条）。刑事诉讼法有关侦查、起诉、审判程序的大量证据规范，也对证据搜集、使用的合法性提出了具体要求。为贯彻落实法律规范关于证据“三性”审查的要求，有关诉讼法适用、庭前会议、非法证据排除、法庭调查、类案办理等的司法解释文件，也作了大量具体规定。^{〔5〕}对于法庭质证与证据审查的“三性”要求，2022年《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》（以下称“民事诉讼法解释”）第104条作了更为直接的规定：“人民法院应当组织当事人围绕证据的真实性、合法性以及与待证事实的关联性进行质证，并针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论”；“能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据。”

（二）“三性”审查实以客观性审查为关键

其一，相关性可谓证据的根本属性，但作为审查要素，在质证与证据审查中相关性审查的实际效用却有限。从实务观察，相关性审查在法庭证据调查中常常不是最重要的质证与证据审查问题，尤其是在刑事诉讼庭审中。律师对相关性发表质证意见，还经常被法官打断。有的法官甚至在刑事审判的证据调查阶段，要求控辩双方主要针对证据的客观性、合法性发表意见，少谈甚至不谈相关性。对于此类现象，笔者观察总结的主要原因是：（1）相当一部分相关性问题的相关性，尤其是人证的相关性，易于判断无需展开辩论。需要辩论的相关性问题主要是物证等间接证据的相关性，^{〔6〕}但在实践中这类证据数量有限。（2）由于相关性与证明力的关系不清晰，诉讼参与者常常由相关性问题的延伸辩论证据的证明力以及待证事实认定的可能性，从而发表较长的质证意见，妨碍庭审效率，因此易被法官制止，或被要求在辩论阶段对相关事实认定发表意见。（3）我国刑事诉讼尚未确立具体的相关性规则，如品格证据、惯习（相似事实）证据、事后补救等证据的相关性规则，这些证据材料是否具有相关性的判断基本诉诸经验，而无一般性的明确规定，因此也就难以在法庭上展开论证并为法官所重视。

其二，合法性是一个被普遍关注却效用不足的审查要素。在实务中，证据合法性质证与辩论是破坏对方证据与证明体系的重要乃至主要途径，因此相当一部分律师热衷于证据合法性的质证与辩论，而法官的普遍态度却是，对合法性异议很重视但极少采纳。所谓很重视，是因为法官必须依法裁判，加之近年来的司法改革强调证据合法性审查，确立了非法证据排除的调查程序，法官不能不重视合法性异议并展开相应调查及审查程序。但法官通常不采纳，是因为排除证据，尤其是排除支撑定罪的重要证据，在我国目前的司法背景下，是非常困难的。一是因为这种做法有可能放纵罪犯；二是因为这种做法意味着对侦查、调查取证和公诉指控的否定，在互相配合制约的一体化司法体制中，法官很难作出此种否定性认定。此外，不采纳也有技术

〔5〕 例如2021年“刑事诉讼法解释”第4章中关于如何审查、处置证据相关性、真实性、合法性的规定；2017年最高人民法院《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第30条第1款关于法院审查证据合法性的规定，第45条第1款关于法庭应从证据与待证事实的关联程度、证据之间的印证联系、证据自身的真实性程度等方面综合判断证据能否作为定案根据的规定；2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》关于检察院、法院“应当围绕真实性、合法性、关联性”审查判断电子证据的意见。

〔6〕 日本学者田宫裕称：“相关性，对于直接证明要证事实的直接证据来说问题不大，主要问题是间接事实的证明，即间接证据”（〔日〕田宫裕：《刑事訴訟法》，有斐阁1996年版，第326页）。松尾浩也亦认为，证物和间接证据的共同特点是强调证据的相关性，而言词证据通常强调可信度（参见〔日〕松尾浩也：《刑事訴訟法》下，弘文堂1999年新版补正第2版，第101页）。

性原因,如律师在目前的诉讼框架下难以为其证据异议提供足够依据乃至线索;律师提出的合法性问题过于宽泛,而法官适用的证据排除规则在适用范围上限制较严,律师的合法性异议难以获得支持,等等。

其三,就规范构造及实际操作论,最重要的审查要素是客观性。首先,这是由诉讼目的和价值所决定的。保证和确认证据的客观性,是发现真相的路径与方法。直接证据的客观性,如口供或关键证人证言的客观性、犯罪行为影像记录的客观性等,本身就意味着案件主要事实的客观呈现;间接证据的客观性,则通过中间待证事实、次终待证事实的客观性证明,达致最终待证事实的客观性。其次,客观性是证据调查的重点和难点。在实务上,法庭调查的重心、法官关注证据的重点,通常是证据是否客观真实。诉讼的难点也多在于此,因为证据客观性的判断本质上就是指控事实能否成立的判断,多数争议案件聚焦于此。再次,依据缺失客观性的证据定案会导致对司法责任的追究。出现冤假错案的主要原因,就是证据尤其是关键证据缺乏客观性。在司法责任制之下,证据缺失客观性而导致冤假错案发生会产生追究司法责任的后果。因此,办案者不能不高度重视证据的客观性。

(三) 证明力审查亦受重视,“两力”概念进入司法

我国诉讼中的证据审查虽以“三性”审查为中心,但由于证据可采性(证据资格)和证据的证明效用本系现代诉讼证据审查必须回答的两个基本问题,故我国诉讼实践和证据法不可避免也会使用同类概念,如证据“能不能用”“用来做什么”,而且随着域外证据法概念及审查方法的引入,“证据能力”和“证明力”概念开始进入我国司法实践。其中,证明力作为证据审查要素的意义尤为显著。这一点已明确反映于司法解释规范,如前引“民事诉讼法解释”第104条,要求法庭在组织对“三性”的质证的同时,“针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论”;2021年《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》(以下称2021年“民事诉讼法解释”)第139条第2款则规定,“对证据的证明力,应当根据具体情况,从证据与案件事实的关联程度、证据之间的联系等方面进行审查判断”。

与证明力规范不同,作为审查要素的证据能力虽然在司法实务部门对相关规范的学理解释中被使用,〔7〕在最高人民检察院制定的工作指引中亦曾出现,〔8〕但其尚未得到“两高”司法解释,尤其是最高人民法院司法解释的确认,因此证据能力概念的实际作用较为有限。有学者认为,2018年刑事诉讼法第50条第1款至第3款区分了“证据”和“定案的根据”,区分了从材料到证据、再从证据到定案根据的两个准入门槛,形成了一种证据能力审查和定案根据审查的“二元审查结构”。〔9〕然而,司法解释实际上并未贯彻此种区分,基本未建立从证据材料到证据的第一道审查门槛,因此在司法实践中并未形成上述“二元审查结构”。

(四) 定案根据是证据审查的归结点,具有替代证据能力审查的作用

“定案根据”(定案的根据、认定事实的根据)是我国证据法的重要概念。2018年刑事诉讼法第50条规定,“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”;第55条第2款则就

〔7〕 例如在对2010年“两个证据规定”的解读中提到,“认证的内容包括证据的能力和证明力两个方面”。参见张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第244页。

〔8〕 2018年最高人民检察院《人民检察院公诉人出庭举证质证工作指引》第40条第2款规定:“质证应当一证一质一辩。质证阶段的辩论,一般应当围绕证据本身的真实性、关联性、合法性,针对证据能力有无以及证明力大小进行。”

〔9〕 参见吴洪洪:《刑事证据审查的基本制度结构》,《中国法学》2017年第6期,第180页。

证据确实、充分的必备条件作出规定：“据以定案的证据均经法定程序查证属实”。在2018年刑事诉讼法有限的证据条文中，即有4处使用“定案的根据”或同义语。民事诉讼法中的同义语是“认定事实的根据”，该法共有5处使用了这一概念。在司法解释的证据规范中，更是大量使用“定案根据”概念。例如，2021年“刑事诉讼法解释”就有28处使用“定案的根据”及同义概念。可以说，确认定案根据，是我国诉讼证据审查的一个归结点——审查证据，最终需确认该证据能否作为“定案的根据”。

应当注意的是，作为定案根据与具有可采性（证据能力）的内涵不同。前者是在后者的基础上附加实体要素与程序要素而形成的概念及审查要素。证据作为定案根据，首先应符合可采性的一般要求，即具备相关性与合法性（特指不被各类证据禁止规则所排除），此外还需具备一个程序要件和一个实质要件：程序要件是指根据司法解释的规定，如2021年“刑事诉讼法解释”第71条的规定，证据必须经过“当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证”，即履行严格证明程序；实质要件是指根据2018年刑事诉讼法第50条第3款的规定，证据必须“查证属实”。

可采性、证据能力^{〔10〕}与定案根据的内涵不同，决定了它们的功用不同：前二者是对诉讼前端即证据材料或证据方法能否进入诉讼成为证据调查对象的控制因素，而定案根据着重对诉讼后端即证据经法庭审查能否据以认定事实进行控制。

综上所述，根据现行法律及司法实践，我国诉讼中的证据审查呈现出以“三性”审查为基础，以“定案根据”确认为依归，同时审查判断证明力，进而认定事实的基本逻辑。

二、证据审查要素构造的比较研究

了解域外证据法在审查证据时需审查哪些要素、采用何种审查方法，是研究我国诉讼证据审查的必备功课。从中既可能找到我国制度的某些渊源，更可能为我国现行制度与方法的调整完善获得启示。鉴于域外证据法有关证据审查的内容颇为丰富且复杂，笔者只能根据研究需要对某些特征作出概括，并尽量表达主流观点兼作若干评析。

（一）域外证据审查要素的构造基本呈现为证据资格与证据效用的两分结构

如有论者所称，“经过各自不同的演变历程，两大法系在证据审查方面尽管运用了不同的概念体系和配套程序，但却形成了一个以‘证据准入—证据评估相分离’为核心的基本制度结构。”^{〔11〕}所谓证据准入，即证据资格、证据能力问题；证据评估，即证据的证明效用问题。

英美法系证据审查的主要因素，一是相关性与可采性，二是证明力。首要的审查要素是相关性，而且相关性审查是解决可采性问题的前提性问题。其审查逻辑是“凡是具有逻辑相关性的证据均可采，除非触犯禁止性规定”。在确认证据资格后，该证据即可进入法庭成为证据调查对象，并由事实裁判者评估其证明效用。根据语境，此种效用可以用“证据力量”“证据分量”“证明价值”“证据说服力”等词语表达。

〔10〕 此处的“证据能力”仅指以日本为代表的证据法体系中的证据能力概念。德国法中的同类概念则增加了“积极要件”，即经过合法调查的严格证明程序要件。德国法中的证据能力概念也不包括“查证属实”这一涉及证明力的实质要件。参见林钰雄：《刑事诉讼法》（上册·总论篇），中国人民大学出版社2005年版，第345页。

〔11〕 前引〔9〕，吴洪淇文，第168页。

大陆法系的证据审查“两分结构”则呈现不同样态。德国主要以证据禁止及证据合法性法理表达证据能力要求。被审查的证据需具备消极要件（证据未被禁止使用）和积极要件（证据已经严格证明），由此取得证据能力之后才能成为法官自由心证的对象，因此证据能力是自由心证的“拦砂坝”和“挡土墙”。〔12〕在日本法庭，证据审查的基本要素是证据能力和证明力。日本在学习德国的过程中吸收了美国法，尤其是“可采性”法理革新了德国法中的证据禁止理论，从而提出了被认为更严谨合理且与“证明力”概念相对应的“证据能力”概念，因此其内涵更接近英美法中的“可采性”概念。〔13〕日本法与德国法最明显的区别是，注重证据资格的庭前控制，将证据能力界定为严格证明的基础，禁止无证据能力的证据进入法庭调查影响法官心证。

域外证据审查要素构造的共同特征可称为“两分性”。其表现，一是阶段性，即证据审查在法理上分为两个阶段，首先解决证据资格即准入问题，然后进入证据的证明价值评估。二是证据准入与证据评估分属法律问题与事实问题。证据准入基本属于法律判断，即依据法律规则进行的评断（其中最低限度的逻辑相关性具有事实判断的性质）；证明效用评价则属于事实判断，原则上不受法律规则约束。三是在法官决定法律问题、陪审员决定事实问题的二元法庭结构中，证据准入作为法律问题由法官决定，证据效用作为事实问题由陪审员确定。

（二）证据法着重规制前端证据资格

域外证据法规制证据资格主要进行前端规制，即对证据材料（证据方法）能否进入诉讼进行规制。尤其是在陪审团审判的情况下，法官对于证据材料能否进入诉讼进行证据调查，审查证据材料是否“具有在听审、庭审或其他程序中被允许作为证据提出的品质或状况”。〔14〕美国学者华尔兹指出：“可采性是涉及何种事实和材料将准许陪审团听、看、读甚至可能是摸或闻的一种决定。”〔15〕在日本法上，“能够作为证据进行证据调查、可以作为事实认定的资格，称为证据能力”。〔16〕日本学者松尾浩也指出：“‘可以作为证据’仅仅是指，可以进行证据调查，法院如何考虑其证据的证明力则是另外一个问题。因此，可以以‘在特别可信的状况下作出的供述’为理由承认证据能力，但经过调查判断该供述不可信。”〔17〕意即具备证据能力的证据经证据调查，可能因其不可信而被裁判者排除。

德国法在程序上未如英美和日本那样贯彻排除预断原则，其对证据能力的管控有别于日本法，实际上设置了前端（进入法庭调查）和中端（经过法庭调查）两道防线。这与我国的制度较为相似，但不同之处在于，德国法要求证据只有经过禁止性规范的调查与审查，才能诉诸法官自由心证即证明力判断。而我国没有较为明确的、体现为程序机制的证据能力审查与证明力判断的先后划分，除无争议证据外，证据能力问题均在程序后端由法官一并处理。

（三）域外证据审查亦重“三性”，但其以特定方式嵌入证据制度

在任何一个合理的证据制度中，即使表述不同，证据“三性”作为证据审查的基本要素，其地位均十分重要。如英美证据法的代表性学者认为，除证据可采性问题外，“在分析一个证

〔12〕 参见林钰雄：《严格证明与刑事证据》，中国台湾学林文化事业有限公司2002年版，第103页以下。

〔13〕 参见孙锐：《刑事证据资格研究》，吉林大学2017年博士学位论文，第31页。

〔14〕 参见薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第37页。

〔15〕 [美] 乔恩·R. 华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第10页。

〔16〕 [日] 石井一正：《日本实用刑事证据法》，陈浩然译，中国台湾五南图书出版公司1988年版，第18页。

〔17〕 [日] 松尾浩也：《日本刑事诉讼法》下，张凌译，中国人民大学出版社2005年版，第47页。

据数据与假设的关系时，它所具有的三个主要特征或资格必须得到确定：相关性、可信性、证明（推论）力或分量”。〔18〕此处的可信性，即证据客观真实在英美证据法中的一种表达。从比较研究的角度看，更应注意的是证据“三性”嵌入证据制度并发挥功能的方式。以下作简略分析。

1. 相关性

所谓证据的相关性，是指证据“可以合理地，直接或间接地影响对程序中的争议事实存在可能性的评估”（澳大利亚联邦证据法第55条），或“证据具有某种倾向，使决定某项在诉讼中待确认的争议事实的存在比没有该项证据时更有可能或更无可能”（美国《联邦证据规则》之规则401）。相关性的实质是证明力，即对待证事实的证明效力。对此，我国学术界和实务界的理解并无实质分歧。然而，域外证据法对相关性的具体界定和适用，有两点值得注意。

其一，相关性与证明力的关系。相关性的实质即证明力，因此就证明效用而言，二概念具有同一性，但其表意及语用有一定区别。英国学者指出，相关性（relevancy）使得这些证据能够在（证明事实发生可能性）从1到-1的刻度线上有一个位置，但是证明力（weight）决定了这个位置在哪里。〔19〕亦有学者指出，证据的证明价值以及证据的“分量”或“说服力”（cogency）是一个程度的问题，有时与是否具有证明价值即逻辑相关性的问题相混淆了。“为避免混淆，两个概念应分开。证明价值是一个程度问题，逻辑相关性则不是。”〔20〕他们的界定说明了二者的主要区别：相关性主要回答证据有无证明力（在证明刻度线上是否有一个位置），并因此能否作为证据提出；证明力则具体说明证据发生证明作用的性质、内容及证明力大小（分量）。即如学者的界定，相关性“是对逻辑上可能性之推论的一种最低检验标准”，〔21〕日本学者则简略说明了二者的关系：证明力是相关性的延伸。〔22〕

其二，附条件相关性的设置。美国《联邦证据规则》之规则104（b）规定：“以事实为条件的相关性。当证据的相关性取决于一定的事实条件的满足时，在引入了足以支持一项该条件已经满足之认定的证据后，法院应据此采纳该证据。”这被称为“附条件相关性”（澳大利亚联邦证据法第57条将类似情况界定为“暂定相关性”）。其涵义是，某一证据的相关性如以特定事实存在为前提，举证者应当证明该事实，否则该证据相关性不能成立。例如，虽然证人证言具有相关性，但就证人是否经历了该事实有争议时，举证方需证明该证人的经历情况（美国《联邦证据规则》之规则602）；又如，物证、书证被举证时，首先应当证明物证、书证的真实性，如出自何处等（美国《联邦证据规则》之规则901（a））。附条件相关性概念在日本等大陆法系国家亦被引入和使用。日本学者指出，附条件相关性问题涉及“条件事实”的界定、此种事实的证明标准、欠缺附条件相关性的法律效果等问题。〔23〕值得我国学者注意

〔18〕 [美] 特伦斯·安德森、[美] 戴维·舒姆、[英] 威廉·特文宁：《证据分析》，张保生等译，中国人民大学出版社2012年版，第79页。

〔19〕 参见 [英] 克里斯托弗·艾伦：《英国证据法实务指南》，王进喜译，中国法制出版社2012年版，第7页以下。

〔20〕 Raymond Emson, *Evidence*, Palgrave Macmillan, 2004, p. 29.

〔21〕 参见 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生等译，高等教育出版社2006年版，第154页。

〔22〕 参见 [日] 野々村宜博：《刑事訴訟における関連性概念について—その序論的考察（1）》，《法と政治》第40卷（1989年）第1号，第186页。

〔23〕 参见 [日] 光藤景皎：《刑事証拠法の新展開》，成文堂2001年版，第7页以下。

的是,附条件相关性的意义在于,通过在审查证据相关性时增加对证据来源及证据材料本身客观性的审查,从而在证据能力即可采性审查中纳入特定的证据客观性审查要素,^[24]进而回应证据能力审查与客观性审查脱节的问题。

2. 客观性

证据的客观性主要取决于裁判者的心证,因此客观性在域外证据法中的表达通常是可信性(credibility)、可靠性(reliability)等具有主观色彩的概念。但是,不同概念表达的基本涵义,即证据本身真实可靠以及证据信息与事实相符,却具有一致性。而且,对于证据的客观性(可靠性、可信性)以及由此查明案件事实的重要价值,不同诉讼体系的认识并无实质区别,但值得注意的是域外证据法对证据客观性审查要素的处理方式。

其一,客观性审查要素的细化和区分。对于客观性要素的审查,英美证据法根据不同对象、不同场景使用不同概念,且区别其效力,以便更准确地把握客观性。如学者所言:“在评价每一种证据形式的可信性时,必须考虑的属性是不同的。不论我们考虑哪种证据,可信性都不只涉及一个维度或属性,可信性的具体属性取决于我们考虑的证据种类。言词证据的可信性的属性完全不同于有形证据的属性。”比如,评价有形证据的可信性,必须考虑三个重要属性,即真实性(authenticity)、准确性/灵敏度(accuracy/sensitivity)、可靠性(reliability),分别针对证据的来源、感应装置和某些生成证据的装置;评价言词证据的可信性需考虑证言主张之根据,证言性主张的可信性属性,包括证人的诚实、客观和观察灵敏度,而这三个具体属性又依靠对相当数量“附属证据”的评定;专家意见的可信性则参考言词证据的可信性属性进行评价。^[25]

客观性要素的审查,还应作不同阶段和不同性质的区分。例如,前述附条件相关性规则要求在证据能力审查中需审查作为相关性前提的证据的客观性,尤其是形式客观性要素。而在确认证据能力以后,对证据证明力进行审查时,则以证据的可信性审查,尤其是证据信息的“符合性”审查为重要内容。

其二,客观性与证明力的联系与区别。证明力的广义概念包含证据的客观性,其狭义概念则是指单纯的证明效力。我国台湾地区有学者在阐述大陆法系证据法理时称:“证据之证明力可分为(a)证据之实质内容在何种程度得以信赖之信凭力(信用力)与(b)证据之实质内容对事实认定具有何种程度的效用之纯粹的证明力两种。前者之观念乃是舍弃证据与要证事实之关系而为证据本身是否值得信赖之评价。另一方面,后者之观念系指该证据在与要证事实之关系中,为证明该事实之存在与否得为何种程度效用之评价。”^[26]或称:“证据,具有对于判断事实之真伪发生心证上之‘作用力’者,谓之具有‘证明力’。称‘证明力’,即指此一‘作用力’而言。在英美法,相通之用语,应系‘证据作用性及信用性’(the weight and credibility of evidence)。”^[27]英美学者则指出:“关于证据的证明力:一项或一组证据的证明力(probative force)回答这样的问题:‘在本案中,这个证据支持或反对某个次终待证事实的强度如何?’……任何一项直接相关的证据,必须通过推论链条与次终待证事实联系起来。这个链条包括几个环节。在这个链条中,第一个环节总是可信性环节,剩余环节是那些对论证该项

[24] 附条件相关性的审查不限于客观性要素的审查,还包括是否存在中间性、联结性证据的审查等。

[25] 参见前引[18],安德森等书,第84页以下。

[26] 黄朝义:《刑事证据法研究》,中国台湾元照出版公司2000年版,第27页。

[27] 林朝荣:《证据能力与证明力》,载黄东熊等:《刑事证据法则之新发展》,中国台湾学林文化事业有限公司2003年版,第47页。

证据与次终待证事实具有相关性的必要环节。一个证据的证明力取决于该链条中每一个环节的强度。”〔28〕这意味着（广义）证明力包括证据作用性及可信性（信用性、可靠性）。

3. 合法性

证据法与诉讼法中的证据规范，就是为了规制证据的搜集、使用与判断，因此无论在何种法律体系中，证据合法性审查均具有重要价值。但是，域外证据法的合法性审查与我国现行审查方式有所不同，表现出以下特点。

其一，以证据能力即可采性为基本审查要素，合法性是证据能力即可采性中的一个下位概念，因此合法性审查不是独立的审查要素。无论是英美法系证据法还是大陆法系证据法，均以证据能力即可采性为基本的证据审查要素，而证据能力有两个基本要素：一是相关性，即最低限度的证明效力；二是合法性，将各种影响可采性的证据法规范作为审查标准。

其二，以证据禁止（排除）界定证据的合法性。域外证据法在可采性评价中审查证据是否合法的问题，并且通常不作是否符合法律的正面评价，而是作出是否触犯证据禁止（排除）规范的效力性评价。例如，在日本，具备以下条件可以肯定证据的可采性（证据能力）：有自然的关联性；有法律的关联性；没有违反证据禁止规定。〔29〕在德国刑事诉讼中，证据能力是以“证据禁止”概念和规范进行规制的。所谓证据禁止，包括所有在刑事诉讼中对证据之提出设有限制的法律规定。此种禁止可分为两大类，即举证禁止和证据使用（证据评价）禁止。〔30〕英美证据法规定具备相关性的证据可以采纳，但触犯各种证据排除规则的除外，这些排除规则包括传闻证据规则、意见证据规则、关于辨认的规则、特免权规则、品格证据规则、非法自认排除的规则以及行使自由裁量权排除证据的规则等。〔31〕

以证据禁止（排除）规则表达和界定证据的合法性，其意义在于：证据合法性并非一项绝对化的规则。基于利益平衡原则，证据的法律瑕疵在各国证据制度中均有一定的容许性，包括法定容许和酌定容许。〔32〕因此，对合法性作一般性正面评价不具有实际效用，只有进行证据禁止一类的效力性评价，才能有效发挥合法性审查对于确定证据可采性的效用。

三、我国证据审查要素构造的应用价值及主要缺陷

目前以“三性”为中心的证据审查要素体系及审查方法，是在借鉴域外经验并结合我国诉讼制度需求的基础上形成的。笔者认为，其主要价值可归结为以下两点。

其一，证据“三性”作为证据审查的基本要素，简略、清晰、全面地表达了证据审查的基本要求，且与域外证据审查要素体系有一定的共通性。证据审查的基本要素和标准，就是该证据的相关性即证明力、决定证据是否可采的合法性以及证据是否真实可靠。以证明功能论，相关性反映的是证据系证明手段，此可谓证据的手段特性；客观性系由证据的客观性达致案件客观事实，可谓证据的目的属性；合法性则系保障属性，即通过证据规范的设置和适用，保障

〔28〕 前引〔18〕，安德森等书，第93页。

〔29〕 参见〔日〕田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，法律出版社2019年版，第468页。

〔30〕 参见〔德〕克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第212页。

〔31〕 参见澳大利亚联邦证据法第3章“证据的可采性”；美国《联邦证据规则》之规则402（相关证据的一般可采性）等。

〔32〕 参见孙远：《刑事证据能力的法定与裁量》，《中国法学》2005年第5期，第161页以下。

证据的相关性、客观性、正当程序、效率性以及其他诉讼利益，如国家秘密、职业秘密、亲属关系等等。

其二，重“后端”不重“前端”，以定案根据审查代行证据能力审查的方法具有一定的灵活性，避免了证据调查前审查证据能力常常会遇到的判断难题，并且这一做法与现行诉讼制度及相关支持条件较为配合。“三性”质证与证据审查并未明确区分证据资格与证明效用，操作上兼具证据能力审查与证明力审查的双重性质。在综合审查之后确定定案根据，使得这种审查方式具有所谓“平面审查”的特征，由此形成注重证据调查后的证据把关，即重“后端”而不重“前端”的审查体系。

所谓“避免了证据调查前审查证据能力常常会遇到的判断难题”，是指在操作层面，证据资格的先期判断和处理常常会遇到困难。比如，在决定证据相关性能否达到最低限度的逻辑相关性时，尤其是中间待证事实的相关性，可能需要在证据与事实框架较为明确即进行实体审理之后，才能得出正确结论。而就附条件相关性审查而言，其中涉及的有形证据的真实来源、言词证据的可靠性条件等，则与证明力判断紧密相关，即使在美国的“二元法庭”，也可能由法官和陪审团共同进行判断。比如，对于证人是否亲身体会了所证事实，由法官根据较低证据标准作初步的可采性判断，而在对条件性事实是否成立存在不同合理解释时则交由陪审团决定，由此就形成了可采性与证明力（真实性）判断的交叉关系。^{〔33〕}

就证据能力的另一要素即合法性进行判断，先期决定更为困难。比如，要认定取证程序的违法性，需要证据证明到足以撼动其合法性的程度，而相关证据的证明力可能会受其他证据影响，故可能需要结合其他证据进行整体判断，如果仅根据有限信息作即时判断则可能出错。例如，2021年“刑事诉讼法解释”第126条第2款就收集物证、书证程序不合法，“可能严重影响司法公正”这一证据排除条件的认定提出要求：“应当综合考虑收集证据违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况”。此种对违法程度与危害后果的综合考量，显然需要证据调查到相当程度以后才能进行。此外，合法性判断除适用法定标准外，也需适用酌定标准，即法官依据自由裁量权，斟酌违法程度与法益重要性作出可采性裁决。如果法官不了解案件证据与事实的整体状况，就可能难以适用酌定标准。

所谓“与现行诉讼制度及相关支持条件较为配合”，主要有四点理由。一是我国的法庭构造为“一元法庭”，合议庭统一审理判定法律问题和事实问题，缺乏区分证据准入和证据评价的法庭结构要素。加之实质上是专业法官审判，因此不用过分担心不适格证据进入诉讼对法官的不良影响。二是我国刑事诉讼实行案卷移送制度并主要依据案卷进行裁判，法官可以通过阅卷建立心证，庭审的实质化不足，因此，以证据能力审查限制进入法庭作为调查对象的证据范围的实际效用有限。在这种情况下，证据审查的关键在于后端，即通过证据审查尤其是案卷审查来确定定案根据。三是我国法庭仍缺乏通过审查进行证据准入把关的足够条件和能力。比如，作为准备程序的庭前会议本系解决证据能力问题的适当制度空间，但是此项制度系“选配”而非“标配”，实践中适用较少。^{〔34〕}在现行检法关系及法院内部审判管理监督制度之下，

〔33〕 参见 *United States v. Platero*, 72 F. 3d 806, 815 (10th Cir. 1995); 俞亮：《证据相关性研究》，中国政法大学2005年博士学位论文，第25页。

〔34〕 根据贾志强依据裁判文书对2014年至2018年全国一审刑事案件适用庭前会议的统计，全部刑事案件的适用率为0.07%，普通程序案件为0.15%；近年来有上升趋势，但适用比例仍然很低。参见贾志强：《刑事庭前会议制度实施状况研究》，《中国刑事法杂志》2020年第6期，第157页。

法庭包括主审法官的权威与即时裁判能力不足，如果在庭前会议或庭审时对证据准入严格把关，则可能因过滤证据而妨碍控方举证主张的成立。因此，无论是庭前会议，还是正式庭审，遇有证据能力争议，法官通常不当庭表态，而是等到作出裁判时，通过确定证据是否作为定案根据而对证据能力问题予以处理，同时回应控辩争议。^[35] 四是我国庭审制度注重诉讼效率，习惯于搁置争议，推进庭审。案卷移送及使用制度所导致的庭审虚化，使得法院更加注重庭审效率，保证庭审顺利推进成为基本要求。有一典型例证可以说明这一点。对于涉及证据能力审查的非法证据排除问题，2010年“两高三部”《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下称“排除非法证据规定”）第5条规定：“被告人及其辩护人在开庭审理前或者庭审中，提出被告人审判前供述是非法取得的，法庭在公诉人宣读起诉书之后，应当先行当庭调查。”但是，实践中发现，这种先调查证据能力问题再进行证明力调查的规范要求会迟滞审判进程，因此先后在2012年、2017年作了规范调整。^[36] 目前的做法是，如2021年“刑事诉讼法解释”第134条规定：“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，也可以在法庭调查结束前调查。”需要注意的是，“排除非法证据规定”中的“先行当庭调查”，仅仅是先行启动调查程序，而未要求对有争议的证据即时作出可采性决定。即使如此，先行调查的规定也难以以为实践所普遍接受，因此后来的解释规范作了可先行调查也可后期调查的修改。此例说明，如果一刀切地采行证据准入与证据评价相分离且分先后的证据审查方法与程序，将不可避免地遭遇可行性难题。

通过比较研究探析证据审查的一般规律，并结合司法实践深入分析目前我国的证据审查要素构造，也会发现一些较为突出的问题，这些问题妨碍了证据审查要素构造及审查方法的逻辑合理性与实际效用。

其一，“三性”审查呈平面化特征，易混淆不同性质的问题，妨碍证据审查逻辑的清晰性；由于缺乏证据能力审查关口，不利于防止不合格证据进入案卷和法庭乃至成为认定事实的依据，也难以充分适应诉讼制度发展背景下的证据调查需求。证据审查的一般规律是先行解决诉讼准入问题，因为“证据必须先有证据能力，即须先为适格之证据，或可受容许之证据，而后始生证据力之问题”。^[37] 这种阶梯式证据审查方式，较之混同证据准入与证明效力的审查方式，至少能保证思维的有序性、清晰性和有效性。因为如果对不具备证据资格的证据进行了证明力评价，在之后明确其不合格时，不仅导致前期的证据判断活动归于无效，而且难以有效排除证据信息，从而形成对证据评估的不当干扰。

在实体真实主义的诉讼理念之下，现行证据审查要素构造因其平面化特征，往往重视客观性及证明力的审查，而忽视证据能力审查。另外，由于仅需在作出裁判时确认证据能否作为定案根据，未在诉讼前端设置专门的证据能力审查确认关口，而证据“三性”审查以确定证据

[35] 我国法庭对证据争议的法庭认证，一种典型且普遍的反应是：对无争议的证据法庭予以确认；对有争议的证据，待合议庭合议后予以确认。这也是最稳妥的实践做法。最高人民法院曾推动当庭认证，但受制度条件制约，收效甚微。

[36] 2012年“刑事诉讼法解释”第100条第2款规定：“对证据收集合法性的调查，根据具体情况，可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据的申请后进行，也可以在法庭调查结束前一并进行。”2017年最高人民法院《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》第18条规定：“人民法院决定对证据收集的合法性进行法庭调查的，应当先行当庭调查。对于被申请排除的证据和其他犯罪事实没有关联等情形，为防止庭审过分迟延，可以先调查其他犯罪事实，再对证据收集的合法性进行调查。”

[37] 李学灯：《证据法比较研究》，中国台湾五南图书出版公司1992年版，第464页。

材料能否作为定案根据为目的,即着重控制证据审查的后端(亦为事实认定的起点),不注重控制证据审查的前端——根据证据能力标准控制进入诉讼的证据范围——因此,很难防止某些不可采的证据进入法庭并影响法庭的事实认定。

应当看到,具有平面化特征的“三性”审查,大体适应了我国诉讼实践的需求,但在推进“以审判为中心”的诉讼制度改革,强化以非法证据排除为标志的证据能力审查的背景下,这种不重视证据能力前端控制的审查方式,已显现出某些不符合改革逻辑的问题。

其二,作为主要审查要素的证据“三性”缺乏精准界定及必要区分,且与“两力”关系不清,其适用方法亦需改善。证据“三性”质证与审查,一直存在相关性内涵不清、合法性语用不准、客观性细分不足等较为突出的问题,具体分析如下。

首先,相关性内涵不清。学者一般以2018年刑事诉讼法第50条第1款规定的“可以用于证明案件事实”作为相关性的法律内涵。相关性的实质是证明力,这在学理上并无争议。然而,在实践中,相关性的实际内涵并不清晰,主要存在两个问题。一是认为一般关联,包括时空关联,如一件物品出现在作案现场,亦属相关性(关联性),即使对案件并无证明力。二是对相关性所含证明力要素的内容理解模糊。不仅证明力的有无是相关性,证明力的性质(何种相关性,包括正相关与负相关等)、证明力的大小也被认为是相关性。这种模糊理解的实践例证是,在法庭质证时,同样是质疑诉讼对方所举证据的证明作用,有的律师称“对证据相关性有异议”,有的律师称“对证据相关性无异议,但对证明力有异议”。显然,不同律师对相关性的内涵有不同理解。法官、检察官也存在同样的理解差异,而法官对相关性的不同理解可能导致对质证的限制,尤其是在司法解释未明确规定可针对证明力问题展开法庭质证的刑事诉讼当中,以致有的法官只允许在质证阶段对有无相关性发表意见,并且限制此时由相关性延伸论及证明力问题,另一些法官则允许由相关性延伸论及证明力。

上述问题也体现在司法解释规范中。例如,前引“民事诉讼法解释”第104条,要求在对“三性”包括相关性进行质证的同时,还应“针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论”。该规范确认了相关性与证明力的并列关系,在学理上并无不妥,但要求说明和辩论的证明力内容包括“证据有无证明力”,就与相关性的内涵发生了逻辑上的重合。

其次,合法性语用不准。与域外合法性审查着眼于证据能力即可采性不同,我国证据审查的合法性要素在语用实践中强调一种正向的、一般性审视,即审查取证主体、证据形式、取证方法与程序是否合法,而不强调其证据禁止效果。例如,我国刑事诉讼法一直规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据”(如2018年刑事诉讼法第52条),但在非法证据排除规则设立以前,依据此项规范进行审查并无实际意义,因为该规范并未匹配相应的法律效果。即使2010年以后开始设置非法证据排除规范,对于主要的适用对象即口供,仍基本限于排除刑讯逼供所得的口供,^[38]而基于“威胁、引诱、欺骗”等非法方法取得的口供,其法律效果仍然不明确。

另一方面的问题是对合法性审查范围的理解有歧义。一些学者和实务工作者虽然已经认识到合法性审查是一个证否而非证成的问题,但仍然将其理解为是否适用非法证据排除规则的审查,而未兼顾合法性审查所导致的法律禁止效果即妨碍可采性的其他情况。比如,在主张进行证据能力审查,认为“我国刑事诉讼法第56条规定的非法证据排除规则即以证据能力为基点

[38] 参见龙宗智:《我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题》,《政法论坛》2013年第5期,第16页以下。

确立的证据规则”，并具体阐述了非法证据排除规则的内涵及适用之后，却未更多涉及影响证据能力的其他合法性问题。^{〔39〕}而在司法实践中，以“非法证据排除”涵盖各类存在法律适用障碍的证据禁止，也是经常存在的一个质证误区。2018年刑事诉讼法第56条规定的“非法证据”有严格的范围限制，实践中出现的大量瑕疵证据并不在其适用范围之内，如口供、证言笔录未签字确认，鉴定主体或程序不合法，人证违反意见证据规则等等。概念使用不准确、证据主张缺乏规范基础，是司法实践中证据排除申请经常被驳回的重要原因之一。

再次，客观性细分不足。一是客观性的诉讼性质和功用未作区分。如前所述，证据的形式真实性和来源可靠性一般属于证据能力问题，证据内容与事实相符则属于证明力问题。但是，在我国证据审查规则体系中，对这两类客观性问题作一并审查处理，以致在司法解释规范中，对影响证据能力的客观性与影响证明力的客观性缺乏明确界定，从而妨碍了证据审查的精确性。二是未能就不同类型证据的客观性审查进行细分。比如，客观性较强的物证类证据与主观性较强的人证类证据的客观性有别；在人证中，证言、口供与鉴定意见、有专门知识的人发表的意见有区别，前者是如实陈述所了解的相关事实，涉及陈述的真实性问题，后者则涉及科学合理判断专业问题的准确性问题。现行审查方法，对这些不同性质和类型的客观性审查问题，细分不足，表达也欠准确。

四、对改革完善路径的探讨

随着域外证据法制及法理的引进以及我国诉讼制度改革的推进，有学者初步分析了以“三性”审查为基础的证据审查体系所存在的问题，提出了改革完善建议。主要的改革主张可以归纳为两种：一种较为激进，主张借鉴域外证据法，以证据准入（证据能力）与证据评价（证明力）的分离审查整体取代“三性”审查。另一种较为保守，尊重我国司法现实，同时注意借鉴域外经验与学理，引入新的审查要素，从而形成一种不同要素分层并存的审查体系与方法。笔者拟先分析这两种主张的合理性与可行性，在此基础上提出自己的改革完善方案。

（一）替代论

有学者主张以“两力”替代“三性”。代表性观点指出：“从我国的审判组织及审判程序的现状出发，结合近年来我国刑事证据立法的发展情况，采用证据能力和证明力作为定案根据的基本要求更加符合我国实际，也有助于我国证据立法的进一步发展。”这一主张的主要理由是：（1）证据“两力”审查有先后顺序，“对于不具备证据能力的证据，不必进行下一步的证明力审查”；（2）实行“两力”审查，尤其是证据能力审查，有利于“从源头上遵守法定程序，防止冤错案件的发生”。^{〔40〕}

“替代论”主张转换基本审查要素，应当说抓住了问题的关键，很有说服力。如前所述，证据“三性”审查确实存在审查逻辑不够清晰、不注重前端控制的问题。鉴于“两力”审查，即证据准入与证据评估相分离的审查模式，是各国普遍适用的成熟模式，在我国证据审查程序中对之予以采用，不应当有很大障碍。不过，从实务角度分析，这个替代方案不一定会被接受。一是证据资格的前端把关在我国的诉讼中更为困难，意义也较为有限。已如前述，除某些

〔39〕 参见前引〔2〕，《刑事诉讼法学》编写组书，第135页，第157页以下。

〔40〕 同上书，第135页。

十分明显的情况外,对于有争议的证据能力问题,我国法官的经常做法是搁置争议,在诉讼后端再予以回应。因此,“替代论”存在一定的操作难题。二是“两力”审查的实质内容仍然基于“三性”,直接进行“三性”审查更具有“穿透”效力。证据能力审查主要审查相关性与合法性,证明力审查则以客观性与证明价值审查为基本内容,那么,从实务角度看,不妨穿透“两力”,尤其是证据能力,直接提出实质要素作为对当事人质证的基本要求、作为司法者审查的基本内容。即以证据“三性”加证明力(以将相关性的内涵限定为证明力的有无为前提)为基本审查要素,同时适当加强证据资格控制的前端要求,适当发挥证据能力概念的功能。这样的证据审查要素体系与审查方法或许更具有实质性,也更符合我国的诉讼实践。应当说,证据“三性”加证明力的基本审查要素思路并非作者的臆想,其在司法解释中已有体现,如前引“民事诉讼法解释”第104条对质证(从法庭角度看即证据审查)的要求即“三性”加上证明力。

(二) 分层并存论

分层并存论是指依据一定的逻辑关系,将不同的审查要素相结合而形成一个分层次的证据审查要素体系,如所谓“证据属性层次论”。郑飞认为,“关联性(相关性)、真实性和合法性等要素属性是证据评价的基本要素,证据能力(可采性)和证明力等结构属性则体现事实认定的程序结构进程。三个要素属性之间是由相关性统领的平行关系,两个结构属性之间是基于程序结构进程的递进关系;同时,三个要素属性都不同程度地影响着对两个结构属性的审查判断。”他还将定案根据定义为“证据使用禁止”,与证据能力概念一并纳入证据资格审查体系。郑飞主张:“我们的研究范式不应从一个极端即‘只注重要素属性(关联性、真实性和合法性)的要素论’,转向另一个极端即‘只注重程序结构进程(证据能力和证明力)的结构论’,而应当迈向‘要素论与结构论并重’。”〔41〕

然而,目前的各种“并存论”,包括“分层并存论”,存在一定的理论和操作缺陷。一是在两个审查要素组,或者加上“定案根据”这三组审查要素之中,何者是基础审查要素的问题尚待解决。如果是证据“三性”,则证据审查要素与审查方法并无实质变化;如果改以“两力”审查为中心,则与“替代论”无异。二是不同要素组之间的关系解说不一,需进一步廓清。尤其是相关性与证明力的关系不清,存在明显重叠;客观性与证据能力、证明力的关系不清;“三性”“两力”各自的内涵也缺乏准确界定,或者不同界定方式之间存在矛盾,等等。〔42〕三是“并存论”以“两力”理论分析现行规范的解释力不足。虽然实务界普遍承认“两力”概念并时而使用这组概念解说现行规范,但现行法律和司法解释均未使用证据能力概念,而是普遍使用“定案的根据”(认定事实的根据)作为证据审查要素。也就是说,虽然证明力审查要素早已为实践所接受并为规范所确认,但加上证据能力概念而形成的“两力”体系,即使可以发展为证据审查的指导观念,也难以成为解释现行规范的有效理论工具。

(三) 证据审查要素构造调整改革的必要性与基本思路

首先,混同证据准入与证据评价的平面式审查方法,缺乏清晰的证据审查逻辑,不利于防止不合格证据进入案卷和法庭,至少不利于对证据进行“初筛”,因此有必要加以一定的调整

〔41〕 参见郑飞:《证据属性层次论——基于证据规则结构体系的理论反思》,《法学研究》2021年第2期,第123页。

〔42〕 这一问题在实务界亦有相当反映。参见王怡之:《迷雾中的证据“三性”和证据“两力”》, <https://mp.weixin.qq.com/s/JQCOP2uEKDQxH-oz6v43yA>, 2022年10月10日最后访问。

改革。而且，从比较研究看，加强证据准入审查，不仅是英美法系的传统做法，也是大陆法系当今的趋势，尤其是施行国民参审的国家和地区，普遍加强了审判准备程序并对进入法庭的证据作了限制。比如，日本为加强集中审理，根据新的、更为严格的证据相关性与调查必要性标准，更加严格地限制了允许进入法庭的证据范围。^[43]

其次，证据“三性”审查体系存在要素内涵不清，与其他审查要素的关系界定不精准，适用方法有待完善等问题。

再次，有必要通过改革完善证据审查要素体系与审查方法，发挥促进庭审实质化与有效性的积极作用。比如，强化法庭调查阶段证据可采性审查机制，促进庭审发挥证据筛查功能。

对于调整改革证据审查要素体系与审查方法的基本思路，笔者倾向于不作颠覆性调整，仅作针对性改良，即针对突出问题调整完善审查要素与审查方法。循此思路，调整改革的主要举措，一是重新界定“三性”内涵，完善其适用方法；二是强化证据准入的前端控制，基本形成证据审查的“两分格局”，同时完善证据审查程序。

五、证据“三性”的内涵厘清与适用方法校正

根据前述思路，证据“三性”仍然是证据审查的基本要素。侦查（调查）及检察机关在搜集、运用证据时，仍应以证据“三性”审查作为单一证据审查的基本内容；法庭组织质证，亦应首先要求对证据“三性”发表意见。总之，证据能力与证明力的判定以及定案根据的确定，均以“三性”审查为基础。为此，需准确界定证据“三性”的内涵，厘清“三性”与其他证据审查要素的关系，并适当调整其适用方法。

（一）相关性的理解与适用

在相关性的理解与适用方面，首先应注意避免将相关性理解为形式关联性，明确相关性的实质是证明性，由此实现相关性概念的逻辑一致性，免生歧义。其次，也是更重要的，是要厘清相关性与证明力概念的边界。相关性表示证明力的有无，而证明力表示证明力的性质和大小，二者是内涵不同、功能不同的概念，因此也是不同的证据审查要素。这种区分，无论在英美法系还是大陆法系，都是基本清晰的。

如果诉讼制度未将证明力作为法定的证据审查要素，则“三性”中的相关性要素可以看作一个广义概念，既包含证明力的有无，也包含证明力的性质和大小。否则，就无法对证据的证明功用与价值进行充分质证与审查。而在证明力要素被确立为证据质证与审查认定的基本要素时，相关性就应当是一个狭义概念，仅涉及证明力的有无问题。据此，在庭审质证中，诉讼双方如认为证据因欠缺相关性而不具备证据能力，则应表示“对相关性有异议”；如果不否认证据能力，仅否认该证据能够证明举证方所主张的事实，则可表示“对相关性无异议，但对证明力有异议”。

从法庭组织与控制质证的角度看，在证据调查程序中，法庭应当允许诉讼双方对证据的证明力，包括单一证据与证据群组的证明力，发表质证意见。但如果是就全案证据体系的证明力发表意见，即对证据体系是否达到证明标准进行评价，则可因其具有对案件整体和要件事实进

[43] 参见 [日] 司法研修所编：《裁判员制度の下における大型否認事件の審理の在り方》，法曹会 2008 年版，第 13 页以下。

行辩论的特征而作适当控制,并要求在辩论阶段再作展开。在证据调查阶段,必要时可允许简略表达基本观点。

(二) 客观性的理解与适用

作为证据审查要素的客观性,其内涵界定及审查方法的完善涉及以下两个问题。

一是基本概念界定与概念使用的场域性。证据的客观性是指证据真实可靠,其主要有两重内涵:(1)证据本身的客观性,即证据的本原性;(2)证据内容的客观性,即证据所含信息能够符合、反映与案件有关的客观实际情况。需要说明的是,强调客观性不等于否认证据搜集与审查过程中的主观介入,而是要强调以客观实际作为证据审查判断的出发点和归宿,尽量避免主观随意性。

在证据法实践中,应根据质证与证据审查的不同对象和场景使用不同概念,以更为准确地表达质证与认证意见,而不宜拘泥于某一特定概念。例如对人证,可以使用可信性、可靠性等概念。在质证与辩论证据信息内容是否虚假时,可使用证据真实或不真实等概念。对于案件事实的客观性,可使用“证据确凿”“事实认定已排除合理怀疑”等说法。此外,证据的准确性、精确性等,也可用作表达各类证据内容客观性的措辞。

还应准确界定客观性概念的所指,即何种意义上的客观性,以使证据调查进一步精细化。比如,对于一般证据,应说明是证据本身的客观性即证据的原始性、未篡改性,还是证据信息内容的客观性;对于电子数据等证据,则可能存在电子数据载体的客观性、电子数据本身的客观性、电子数据信息的客观性等不同层面的客观性。^[44]

二是区分客观性要素的性质与功能,使客观性审查的性质与证据功能更加明晰化。为准确界定客观性的性质与功能,可以考虑引入“附条件相关性”概念及其审查方法。在证据相关性审查中纳入对证据来源及证据本身真实性要素的审查,以确定证据能力。例如物证、书证的客观来源与鉴真,人证的客观性条件(证人当时是否在现场、能否观察到案件情况等),均属物证、书证与人证具有相关性的条件。法律和司法实践是否确认某种证明方法的客观性,如是否确认测谎证据及警犬鉴别作为证据的客观性及证据方法的容许性,也属于附条件相关性的审查内容。另一方面,证据内容即所含信息的客观性——能否反映案件事实,则属于证明力审查的范畴。

(三) 合法性的理解与适用

其一,应当从证据的合法性能否被证否的角度解读合法性概念,而非从证成的角度解读。在质证与证据审查的过程中,证据合法性审查的意义与价值在于确定证据的可采性即证据能力。也就是说,评价合法性的落脚点是审查其是否触犯证据禁止(排除)规则,因此合法性应是一个证否性概念而非证成性概念。这才是合法性要素应有的内涵,也是域外合法性审查的基本方式。

以证据审查标准来界定合法性,就要求将一切影响证据可采性的规范问题均纳入合法性审查,包括维护法律正当程序,保障证据的客观性、相关性及其他重要利益,如国家秘密、商业秘密、个人隐私及亲属关系等规范问题。这种合法性审查,大致相当于德国法中的证据禁止审

[44] 有学者将电子证据的真实性区分为三个层面:电子证据载体的真实性、电子数据的真实性和电子证据内容的真实性(参见褚福民:《电子证据真实性的三个层面——以刑事诉讼为例的分析》,《法学研究》2018年第4期,第123页)。在本文的语境中,“真实性”与“客观性”是同义的,因此该学者的观点与笔者此处的主张基本一致。

查和日本法中的非法证据排除审查。

其二，基于请求权基础理解合法性并适用其审查标准。立足于可采性即证据能力要求进行证否性的合法性审查，应当基于请求权基础对法律规范作类型化梳理，从而实现法律效果明确、效能更高的合法性审查。

请求权基础，即权利成立的法律依据。这种依据不是任何指引性规范，而是法律效果规范，主张者须在请求权基础的法律效果范围内提出诉讼请求，并就请求权基础的构成要件进行举证。法院裁判案件时也必须以请求权基础为依据，并针对被告围绕请求权基础提出的抗辩事由进行审查。^[45]借用请求权基础理论构建合法性性质证与证据审查体系，需要梳理证据禁止与排除的法律与司法解释规范，以类型化方式确立证据能力审查的请求权基础，以适应证据合法性审查的实践需要。根据证据规范关系的不同类型，可以将因不合法而排除及禁用的证据划分为以下三种基本类型。

首先，非法证据，即2018年刑事诉讼法第56条规定的应当依法排除的采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，以及搜集证据不符合法定程序，可能严重影响司法公正，且不能补正或者作出合理解释的物证、书证。

其次，欠缺证据基本规范要素从而不具备证据能力的证据。例如，人证笔录未签字确认，鉴定主体不合法，物证书证没有提取笔录、来源不清，辨认笔录违反辨认程序等等。在2021年“刑事诉讼法解释”关于证据审查的章节中，有较大数量的此类规范。所谓“欠缺证据基本规范要素”，是指关系到证据行为能否成立，对证据评价可能产生重大影响，且有明确规范要求的证据要素。欠缺基本规范要素，不仅意味着证据效力被否定，还可能意味着相应的证据行为不成立，相应的证据也会因此不具备证据资格。

探讨此类证据问题，尚需回答一个有争议的问题：证据形式不符合规范要求是否属于欠缺基本规范要素从而不具备证据能力。主流的证据法学观点，均要求证据需具备形式合法性。^[46]这是因为我国刑事诉讼法明确规定了证据的形式种类，且采取了封闭式而非开放式的立法规定方式。但是，仅因证据形式不合法就否定其证据能力，与证据法理以及司法实践需要相悖。从证据法理上论，凡是有相关性的证明材料和方法皆可为证据；从司法实践看，实务已普遍突破刑事诉讼法的规定，将法律无明确规定的证据材料、证据方法作为证据使用，且有一定的司法解释依据。例如，2021年“刑事诉讼法解释”第100条已经明确规定“有专门知识的人出具的报告”可以作为证据使用；第101条则赋予“事故调查报告”以证据能力。^[47]实践中则大量使用海关、税务、证监、工商、交警出具的各种类型的“行政认定”作为定案根据。显然，“行政认定”不是鉴定，也与书证有别，难以归类为某种法定证据形式。鉴于证据形式主义规范不尽合理以及司法实践的普遍需要，笔者认为，证据形式不规范乃至不合法，一般不宜视为

[45] 参见刘力：《论民商事案件裁判方法的反思与完善——以请求权基础分析方法为中心》，《东方法学》2020年第1期，第83页以下。

[46] 参见前引〔4〕，陈光中主编书，第139页；卞建林主编：《证据法学》，高等教育出版社2020年版，第160页；陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2018年版，第139页。

[47] 这两个条款都修改了2012年“刑事诉讼法解释”的相应规定，是根据实践需要对证据形式规范的突破。参见龙宗智：《立法原意何处寻：评2021年最高人民法院适用刑事诉讼法司法解释》，《中国法学》2021年第4期，第256页以下。

欠缺证据基本规范要素从而否定相应证据的证据能力。

再次，其他根据法律和司法解释规范禁止使用的证据。例如因触犯法律相关性规范、意见证据规则、最佳证据规则、作证特免权规则、国家秘密、商业秘密、个人隐私保护规则等而不应采纳的证据。

除上述而外，证据有合法性瑕疵，但经补正、合理解释而克服瑕疵的，或者经过利弊权衡可以容忍该瑕疵的，或者因该瑕疵而减损证据证明效用的，也都属于法律效果导向的证据合法性审查需要应对的问题。

六、建立并完善二元审查机制

加强证据准入的前端控制，是调整改革证据审查体系的重要内容，并由此初步形成证据准入与证据评估的二元审查体系。总的要求是在证据“三性”及证明力审查的基础上，将证据能力作为前端控制要素纳入规范体系。建立明确的证据能力规范，将其作为侦查（调查）及检察机关诉讼案卷制作、法院允准证据进入法庭调查的基本要求。保留定案根据审查，形成证据资格的二元审查结构。同时改善审查方法，完善审查程序。

其一，在司法解释中明确使用证据能力概念，明确证据“三性”审查的目的和性质。为加强证据准入的前端控制，需要将证据能力上升为正式的规范性审查要素，即在“两高”的司法解释，尤其是最高人民法院的司法解释中使用证据能力概念。而且，需明确要求证据“三性”审查的前期目的就是解决证据能力问题，即相应证据是否具备证据资格从而进入诉讼成为法庭调查对象。证据能力审查的基本要素是相关性与合法性，以及证据形式与证据来源的客观性（附条件相关性中所包含的客观性要素内容）。

需要补充说明的是，在操作上，法庭质证仍然主要针对证据“三性”及证明力，即要求并允许控辩双方对证据“三性”及证明力的性质和大小发表意见。证据能力主要作为质证与证据审查的指导观念发挥作用，而不一定要成为新的独立的质证与审查要素。只是要求在就“三性”发表意见时，需明确意见的性质和目的，从而使“两力”成为“三性”质证与审查的指导观念。同时，证明力的性质和大小，仍为独立于“三性”的审查要素。如此处理，应当能够适应司法实践需要，也不致发生“三性”“两力”叠床架屋的问题。

其二，区别“可以（不能）作为证据使用”和“可以（不能）作为定案根据”。这两种规范有性质上的区别，这一点已在2021年“刑事诉讼法解释”的条款中有所体现，比如第101条的规定：“有关部门对事故进行调查形成的报告，在刑事诉讼中可以作为证据使用；报告中涉及专门性问题的意见，经法庭查证属实，且调查程序符合法律、有关规定的，可以作为定案的根据。”第100条对有专门知识的人出具的报告，也有类似的规定。

然而，在2021年“刑事诉讼法解释”的证据审查规范中，仍有大量条款本应属于证据能力规范，却不恰当地被规定为定案根据要求，从而妨碍了对证据资格的前端控制。例如，第89条规定：“证人证言具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：（一）询问证人没有个别进行的；（二）书面证言没有经证人核对确认的；（三）询问聋、哑人，应当提供通晓聋、哑手势的人员而未提供的；（四）询问不通晓当地通用语言、文字的证人，应当提供翻译人员而未提供的。”又如，第98条规定，“鉴定意见具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：

(一) 鉴定机构不具备法定资质, 或者鉴定事项超出该鉴定机构业务范围、技术条件的; (二) 鉴定人不具备法定资质, 不具有相关专业技术或者职称, 或者违反回避规定的; (三) 送检材料、样本来源不明, 或者因污染不具备鉴定条件的”。显然, 以上情况均属于欠缺证据基本规范要素, 相关材料不仅不能成为裁判依据, 侦查、公诉机关都不应当将其入卷作为证据使用, 也不应当在法庭上出示。有鉴于此, 2021年“刑事诉讼法解释”第83条至第114条中大量规定“不得作为定案的根据”的条款, 均应调整为“不得作为证据使用”, 即将这些条款均改为证据能力审查条款。

值得注意的是, 一些地方性司法指导文件已经作了相应调整。例如, 2020年广东省委政法委、广东省高级人民法院等五机关联合发布的《广东省刑事案件基本证据指引(试行)》,^[48]就区分了“不得作为证据使用”与“不得作为定案的根据”, 将“查证属实”规定为确定定案根据的先决条件。比如, 该指引第29条规定: “国家行政机关在执法和查办案件过程中依法收集的物证、书证、视听资料、电子数据、检验报告、鉴定意见、勘验笔录、检查笔录等证据材料, 公安机关可以依法调取, 经人民检察院审查核实, 收集程序符合法律和有关规定的, 可以作为证据使用。经查证属实, 可以作为定案的根据。”在其他证据审查规范中, 该指引也区分了能否作为证据使用和能否作为定案根据。例如, 对法律规定的非法证据、欠缺基本规范要素的证据, 或者存在瑕疵且不能补正与合理解释的证据, 均规定“不能作为证据使用”。部分条款还规定有“可能影响定罪量刑”, 或者诉讼对方“对证据有异议”等条件。

其三, 仍然保留定案根据作为证据审查的后端控制要素。从我国证据审查的实际条件和需要看, 我国的证据审查应当构建“二阶证据资格”概念, 保留后端控制, 强化前端控制。强化前端控制, 是指将证据能力作为前端控制要素纳入规范体系并加强证据能力审查。同时, 仍然维持定案根据概念, 保留后端控制, 将具有证据能力的证据是否经过了法定调查程序、是否查证属实作为证据审查要素, 从而为事实认定奠定基础。如此就形成了前端准入控制与后端准用控制并重的二阶证据资格审查, 前端可称为低阶证据资格审查, 后端可称为高阶证据资格审查。不过, 在高阶证据资格的审查判断中包含了是否查证属实的客观性审查, 而这已经属于证明力判断的范畴了。

其四, 完善证据能力审查的程序机制。(1) 强化侦查(调查)及检察机关就证据能力进行先期审查把关的责任。通过证据能力审查的明晰化与规范化, 再配合以阶段性非法证据排除规范, 应能强化侦查(调查)及检察机关的审查把关责任, 初步解决能否作为证据使用的问题。^[49](2) 发挥庭前会议在证据要素审查中的作用。除程序性安排外, 庭前会议围绕证据问题应着重解决证据能力问题, 防止不合格证据进入庭审。方法是听取控辩双方对证据相关性、合法性及证据能力意义上的客观性(附条件相关性中的证据来源、鉴真等)的意见, 法庭可在开庭后的庭前会议报告中对有争议的证据提出证据能力处理意见。如有不服, 可诉诸庭审在证据调查阶段进一步解决。(3) 强化法庭调查程序处理证据能力争议的功能。首先, 遵循

[48] 参见《高院发布: 刑事案件基本证据指引(试行)》, <https://mp.weixin.qq.com/s/5Gok3LSX8u911gFnaphIFw>, 2022年11月21日最后访问。

[49] 定案根据需经法定程序查证属实后方能确定, 因此, 侦查(调查)及检察机关并不具备审查把关能否作为定案根据的客观条件。但是, 对于是否具备证据要素的先期审查, 即证据能力审查, 侦查(调查)及检察机关则具备相应条件。因此, 明确证据能力规范, 将有助于强化侦查(调查)及检察机关的证据能力审查责任。

“先解决证据能力问题，再审查证明力”的原则，严格限制2021年“刑事诉讼法解释”第134条关于为防止诉讼拖延调整证据合法性调查时机的规定的适用，仅允许在有充分理由的例外情况下可以调整调查时机。在强化前端证据能力控制规范的基础上，可以考虑在适当时候删除这一有关变通处理证据合法性调查时机的规定。其次，注意对质证进行释明，即在控辩双方质证目的不清晰时，要求明确证据“三性”质证的性质和效用——针对证据能力还是证明力——从而凝聚争议焦点，明晰审查思路，分类解决问题。再次，通过强化庭前审查（包括庭前会议审查）以及对有争议的证据能力问题作较为充分的法庭调查，法庭应加强当庭认证，尤其是对有争议证据的证据能力作当庭认证。这也是遵循证据审查规律，促进庭审实质化的重要举措。

Abstract: The basic logic of evidence examination in litigation in China is to determine the fact of a case by taking the examination of the authenticity, relevance and legality of evidence as the basis and the confirmation of “the basis for the final decision” as the support and making a judgment of the probative force of the evidence. Evidence examination in the common law system and in the civil law system presents two patterns of evidence qualification and evidence utility. Evidence law focuses on the regulation of “front-end evidence qualification”, and the authenticity, relevance and legality of evidence are embedded in the examination system in a specific way. The current evidence review system in China is characterized by clear elements and flexible review methods, but its “flat” characteristic hinders the clear expansion of evidence review logic. The examination of the authenticity, relevance and legality of evidence has the problem of lacking a precise definition and necessary distinction, and its relationship with the competence and probative force of evidence is not clear. To reform and improve the method of evidence examination, firstly, it is necessary to clearly define the connotations of the authenticity, relevance and legality of evidence, clarify their relationships with other elements of evidence examination, and appropriately adjust the method of their use. Secondly, the concept of competence of evidence should be infused into judicial interpretation norms to strengthen norms on the review of “competence (incompetence) of evidence”, so as to strengthen the control of the front-end of evidence. Finally, part of the norms on “the basis for the final decision” should be retained to maintain the back-end control elements, thus forming a “binary review mechanism” with the coexistence of the front-end and back-end controls.

Key Words: evidence examination, the three attributes of evidence, evidential competence of evidence, probative force of evidence, the basis for the final decision
