

刑事诉讼中的程序性证明

闵春雷*

内容提要：以往的证明理论多是围绕被告人罪行的有无及轻重等实体性问题展开，而涉及到被告人重大权利的程序性问题没有被纳入证明范畴。究其原因没有将这类问题作为一个与传统证明理论相对应的全新证明范畴来对待，缺乏对程序性证明理论体系的构建。程序性证明是在刑事诉讼中控辩双方或一方就案件的程序性争议或程序性请求运用证据向法官（或中立的第三方）进行的论证说服活动。程序性证明对于限制公权力滥用、保障被追诉人的诉权意义重大。通过对程序性证明之主体构成、证明对象、证明责任、证明标准、证明程序及时空维度等构成要素的考察，有助于拓宽刑事诉讼证明的研究范畴，为司法证明提供规则指引。

关键词：刑事诉讼 程序性证明 程序性争议 程序性请求

一、问题的提出

在刑事诉讼中，除了法律明确规定无需证明的事项，〔1〕对控辩双方的争议事实及其提出的程序性请求均需要进行证明，这其中主要包括两大部分事实，即实体法事实与程序法事实。这在理论上虽已形成共识，但在司法实践中，证明几乎都是围绕被告人是否有罪及罪刑轻重等实体法事实展开的，〔2〕对于刑事诉讼中大量涌现的程序性争议及程序性请求事实，诸如非法证据是否存在、申请回避理由的存否等程序法事实，法官大多采用简单、随意的行政化处理方式予以解决，实际上在我国程序法事实还没有被真正纳入司法证明的范畴。在理论上，诸如证明的概念、证明对象、证明责任及证明标准等刑事诉讼证明的基本范畴仍拘泥于实体性问题的证明框架，难以应对司法实践中大量出现的程序性证明的新问题。传统证明理论的局限使得关系到被告人重大权利的程序性问题无法通过司法证明的途径予以解决。然而，“有裁判必有证明”，如果关系到被告人重大权利的程序性裁决不是建立在证明的基础之上，势必会削弱裁判的权威性，影响司法的公信力。

* 吉林大学法学院教授。

本文受到国家社会科学基金青年项目的资助。

〔1〕即与待证事实相对应的免证事实，在理论上通常包括众所周知的事实、司法认知事实、生效判决确定的事实及推定事实等。对此，最高检发释字〔1999〕1号《人民检察院刑事诉讼规则》第334条进行了规定。

〔2〕最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第52条规定：需要运用证据证明的案件事实包括：（1）被告人身份；（2）被指控的犯罪行为是否存在；（3）被指控的行为是否为被告人所实施；（4）被告人有无罪过，行为的动机、目的；（5）实施行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节；（6）被告人的责任以及与其他同案人的关系；（7）被告人的行为是否构成犯罪，有无法定或者酌定从重、加重、从轻、减轻处罚以及免除处罚的情节；（8）其他与定罪量刑有关的事实。程序法事实没有被规定在其中。

众所周知,1998年最高人民法院通过司法解释的形式确立了非法证据排除规则,但在司法实践中非法证据的排除仍然十分困难。一方面,是由于“打击优于保护”的司法观念的影响;另一方面,程序性证明理论及证明规则的缺失也使得非法证据排除规则难于实现。目前关于非法证据可采性的证明通常是与案件实体问题的证明混同在一起进行的,由于缺乏明确的规则指引及理论指导,一些法官对于被告方提出的排除非法证据的请求如何进行证明感到难于操作。证明什么、由谁证明、采用什么方式证明以及需证明到何等程度都存在困惑,故只能要求被告人不要纠缠“细枝末节”,或将非法证据问题作为法官定罪后从轻处罚的一个考虑因素。最终导致在实践中非法证据排除规则基本无法得以落实,法律赋予被告人的权利被大打折扣。

与上述问题相类似,针对当事人申请回避的裁决也无法建立在司法证明的基础上。申请回避是当事人享有的一项重要权利,但是,对于当事人所提出的要求审判人员回避的申请,法院却完全采取了一种行政化的裁决方式。^{〔3〕}根据刑事诉讼法第30条的规定,审判人员的回避应当由院长决定;院长的回避由本院审判委员会决定。司法实践中由于对回避理由是否成立,应由谁提供证据进行证明、提供怎样的证据证明、采用何种方式证明及达到何种证明标准均缺乏明确的规则指引,其结果是有关回避裁决的作出带有很大的随意性;对于可能出现的回避争议,由于法院院长不可能针对当事人回避的请求举行听证,审判委员会更不可能就本院院长应否回避展开听证,故回避决定的作出缺乏必要的证明活动为前提。司法实践中针对当事人回避的申请或争议,法院都采取了行政化的裁决方法,没有为司法证明留下应有的空间。回避这一当事人的重要权利没有被尊重,公正审判亦缺失了最基本的制度保障。

近年来,随着程序正义理论的弘扬,程序性辩护、程序性制裁理论的提出,程序性裁判理论受到学界的普遍重视。^{〔4〕}但是作为程序性裁判的前设制度——程序性证明理论还没有得到应有的关注,^{〔5〕}在一定程度上制约了这一理论的实现。在刑事证明领域,尽管关于搜查、逮捕等强制性措施的证明研究已开始起步,但无论是在研究的广度和深度上都存在极大的局限,对其理论基础、价值及规则的运用没有得到充分的揭示;而对非法证据的证明、申请回避及管辖争议等诸多程序性问题的证明尚未被提及。究其原因就是没有将这类问题作为一个与传统证明理论相对应的全新证明范畴来对待,缺乏对程序性证明理论体系的构建。在国外,围绕非法证据的可采性,主要体现在德国的证据禁止理论^{〔6〕}和美国的非法证据排除规则的适用^{〔7〕}等方面,但关于非法证据的证明规则仍较为模糊、零散且争议颇多,更没有提出程序性证明这一概念。故本文主要拟从对程序性证明的内涵阐释入手,探寻程序性证明的意义;重点分析程序性证明的构成要素,以期拓展刑事证明的研究领域,提炼程序性证明的一般规则,为司法实践提供理论指引。

二、程序性证明之内涵

程序性证明是与实体性证明相对应的称谓,二者是以证明对象的性质为标准进行区分的。以实

〔3〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2005年版,第435页。

〔4〕 参见王敏远:《刑事辩护中的程序辩护》,《法制日报》2001年12月23日;陈瑞华:《程序性辩护之初步考察》,《燕山大学学报(哲学社会科学版)》2005年第1期;陈瑞华:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年版。但本文对程序性裁判是作广义理解的,不仅包括针对司法人员行为的合法性所作的裁判,而且包括针对控辩双方提出的程序性请求所作的裁判。

〔5〕 笔者在以往的研究中曾提出程序性证明这一概念,参见闵春雷:《妨害证据犯罪研究》,吉林大学出版社2004年版,第136页。

〔6〕 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210页以下。

〔7〕 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2002年版,第110页以下。

体法事实为证明对象的谓之实体性证明；以程序法事实为证明对象的谓之程序性证明。换言之，实体性证明是在刑事诉讼中控辩双方或一方就案件的实体争议或请求运用证据向法官进行的论证说服活动。实体性证明主要围绕被告人是否实施了犯罪行为及其罪刑的轻重而展开，直接关系到被告人的定罪量刑，是实现刑事诉讼实体公正的基础和关键。程序性证明是在刑事诉讼中控辩双方或一方就案件的程序性争议或程序性请求运用证据向法官（或中立的第三方）进行的论证说服活动。^{〔8〕}程序性证明围绕刑事程序法规定的程序性事实展开，对于限制公权力滥用、保障被追诉人的权利意义重大，是实现刑事程序公正的重要途径。

与刑法规定的定罪量刑等实体法事实相对应，程序法事实是由刑事诉讼法规定的程序性事项，包括程序性争议与程序性请求事项两类。程序性争议事项是指控辩双方对某一程序事实的合法性发生争议，理论上控辩双方均可提出异议，但实践中通常由辩方向已就某一程序事项作出决定的公权力机关提出，要求其对该程序事项的合法性进行证明，以维护自身的合法权益。如关于搜查、逮捕等强制性措施的合法性、是否存在超期羁押、讯问的合法性及管辖争议等等。程序性请求则是指控方或辩方为启动某一程序或实现某项程序权利向法官（或有权机关）提出的请求事项。对控方而言通常表现为审前程序中提请批捕、搜查、监听等强制性措施的申请；辩方的程序性请求则表现为申请回避的请求、影响采取或变更某项强制措施请求、申请恢复诉讼期间的请求、申请证据保全的请求及执行中的某些程序性请求。^{〔9〕}随着刑事法治的逐步推进，作为证明对象的程序法事实的重要性也越发凸显。首先，刑事诉讼中的程序争议直接关涉到被追诉人基本权利的保障，明确争议事实的有无是实现程序公正的关键。其次，明晰控方及辩方的程序性请求，有助于切实维护被追诉人的诉讼权利。再次，程序法事实的证明有利于积极推进诉讼的顺利进行，保障刑事诉讼目的的实现。最后，程序法事实的证明结果会对实体法事实的证明产生重要制约，最终可能影响到被告人的定罪量刑。如对讯问合法性的证明直接决定该供述的可采性有无，进而直接影响到被告人刑事责任的确立。

综上所述，程序性证明与实体性证明的区分是源于证明对象的不同性质，这有别于大陆法系严格证明与自由证明的划分。作为大陆法系国家证据法上的基本概念，严格证明与自由证明最早由德国学者迪恩茨于1926年提出，^{〔10〕}之后这一理论传至日本及我国的台湾地区，并在学说和判例中得以发展。德国学者克劳思·罗科信认为，对于攸关认定犯罪行为之经过、行为人之责任及刑罚之高度问题的重要事项，法律规定需以严格方式提出证据，亦即所谓的严格证明。^{〔11〕}日本学者田口守一认为，用有证据能力的证据并且经过正式的证据调查程序作出的证明，叫“严格的证明”；其他的证明，叫“自由的证明”。自由证明的证据是否在法庭上出示，出示以后用什么方式调查，由法院裁量。^{〔12〕}可见，严格证明与自由证明的划分是以证明的根据和程序为标准进行的。严格证明是在证明的根据及程序上都受到严格限制的证明：一方面，严格证明所依据的证据必须是法律明确规定的证据且具备证据能力；另一方面，证明的过程或程序必须严格依照法定的证据调查程序进行，两者成为严格证明不可缺少的条件。与之相对应，自由证明是指证明的根据及程序都不受上述两项限制的证明，法官可以采用更为宽泛的证据材料或采取灵活机动的方法来完成。但自由证明中应注重对被告人辩护权的保障。

〔8〕 向法官进行证明，是程序性证明的理想状态，但这需要以审前程序中司法审查机制的确立为前提。在当前司法审查机制缺失的情况下，只能寻求相对中立的第三方作为裁决方，对控辩双方的程序性争议或程序性请求进行裁决。

〔9〕 为了突出重点与论证的方便，本文中的控方仅指在刑事诉讼中行使控诉职能的侦控机关，没有包括作为当事人一方的被害人与自诉人。对于后者提出的程序性请求的证明，参照辩方程序性请求的证明规则。

〔10〕 参见〔日〕松冈正章：《严格证明与自由证明》，《法学译丛》1981年第5期。

〔11〕 参见前引〔6〕，克劳思书，第208页。

〔12〕 参见〔日〕田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第219页以下。

一般的观点认为,严格证明主要适用于符合犯罪构成要件事实的证明;而某些纯粹的程序性事实则属自由证明的范畴。^[13]但是,严格证明与自由证明的适用范围并非是一成不变的,在不同的国家和地区,甚至在同一国家和地区,学者们的主张亦有所不同。以非法获取口供的证明为例,对其适用哪种证明充满争论。传统观点认为,对被告是否曾被施以法律禁止之讯问方法被讯问,应采用自由证明之方式认定。但这一主张近年来颇受学者们的挑战。如在我国台湾地区有学者主张自白之任意性须经严格证明,并认为以此会杜绝违法侦查的风气。^[14]大陆地区也有学者主张对被告人口供的可采性需要适用严格证明。^[15]可见,不能单纯从证明的内容是实体事项还是程序事项来界定严格证明和自由证明的适用范围。在我国刑事诉讼中,从实现刑事法治的要求出发,严格证明应适用于案件的实体性争议及涉及公民基本权利的重大程序性争议,以防止国家刑罚权的滥用,切实维护被追诉者的权利。

实体性证明与程序性证明、严格证明与自由证明的划分是从学理上对刑事诉讼证明进行的不同分类,在适用范围上会出现一定的交叉。但两大证明分类的区别是明显的:一是划分的标准不同。如前所述,严格证明与自由证明的划分是依据证明的根据及程序的不同进行的区分;实体性证明与程序性证明是以证明对象的性质作为区分标准的。二是适用阶段有无限制不同。严格证明通常只适用于审判阶段,且只限于普通程序适用,审前程序及简易程序是不具备适用条件的;但实体性证明适用整个审判程序,不受程序繁简及审级的限制;程序性证明则贯穿于刑事诉讼的全过程,不受诉讼阶段的限制。^[16]三是强调的价值不同。严格证明与自由证明的划分强调的是公正(限制国家刑罚权)与效率两大诉讼价值的实现与平衡;实体性证明与程序性证明的区分则更突出被追诉人权利的保障。四是研究的重点不同。相对而言,严格证明与自由证明的划分中,依刑事法治的要求,严格证明的研究似乎更被强调,自由证明通常作为严格证明的映射;^[17]而在实体性证明与程序性证明的分类中,从我国的立法与司法实际出发,程序性证明的价值应得以彰显,程序性证明的研究应当受到关注。

三、程序性证明之意义

与实体性证明解决的问题不同,程序性证明不是去解决犯罪事实的有无及罪刑的轻重问题,而是围绕程序的合法性,确认某一行为是否合法有效或决定能否开启某一诉讼程序。可见,程序性证明的核心问题是通过诉讼证明实现对被追诉人权利的保障,促进程序正义的实现。在倡导刑事法治的今天,程序性证明理论的提出和构建不仅具有重要的实践意义而且蕴含着深远的理论价值。具体表现为:

1. 规范公权力的运行,遏制违法行为发生。诉讼证明虽发生在法官面前,但其对证明主体的控制和规范作用却辐射到审判程序之外,这一点在程序性证明中体现得尤为明显。一方面,通过对程序性争议事项的证明,审查控方诉讼行为的合法性,势必会促使其在审前程序中严格遵守刑事诉讼法、减少程序违法行为的发生。以“非法证据”的证明为例,当被告人供述的可采性成为争议

[13] 参见吴宏耀、魏晓娜:《诉讼证明原理》,法律出版社2002年版,第58页以下。

[14] 转引自林钰雄:《自由证明法则之新开展》,《台湾法学》2007年第7期。

[15] 参见前引[13],吴宏耀等书,第70页以下。

[16] 从实然状态看,在审前程序中,公安机关提请批捕时,必须提出确实的证据证明犯罪嫌疑人符合逮捕条件;在执行程序中,对于罪犯的减刑和假释也需要相应的证据证明。从司法改革的应然方向看,应将司法权前置到审前程序中,对国家公权力实行有效的司法控制,以实现公民个人权利的保障。据此,对涉及公民基本权利的程序性争议(诸如非法证据的可采性、超期羁押的有无等)及由控辩一方提出的程序性请求亦应由法官主持的程序性裁判作出裁决,而这必须以程序性证明为前提。可见,程序性证明适用于刑事诉讼的全过程。

[17] 参见林钰雄等:《严格证明的映射:自由证明法则及其运用》,《国家检察官学院学报》2007年第5期。

时,应由控方负担证明责任对讯问程序的合法性进行证明,且需达到排除合理怀疑的证明标准。在控方证明过程中,需要出示讯问时的录音录像,必要时侦查人员应出庭作证。如果未能达到排除合理怀疑的证明标准,则确认非法取证行为存在,“非法证据”适用排除规则不能作为定案的根据。这一否定性结果必然会对侦控机关及人员产生巨大的震撼作用,促使其反思和总结教训,杜绝程序违法行为的发生。反之,如经证明讯问行为合法,供述则获得可采性并用作定案的根据,这一肯定性结果必将对侦控机关和人员起到积极的鼓舞作用,促进其继续严格依照法定程序办理刑事案件。简言之,无论程序性争议证明的结果如何,都会进一步规范公权力机关的诉讼行为,有助于其遵守刑事诉讼程序,遏制程序违法现象的发生。另一方面,对控方提出的程序性请求的证明,能够限制公权力的扩张和滥用,保障被追诉人的人权。以侦查机关提请逮捕为例。作为控诉职能的承担者,基于追诉与控制犯罪的迫切性,侦查机关往往会扩大逮捕等强制措施的提请比例。从限制公权力滥用、保障人权的法治要求出发,必须通过程序性证明活动对其程序性请求进行限制和规范。经过证明,只有符合程序法规定的证据要件和证明要求,方可启动这一强制措施;对于没有证据或未达到法定证明要求的,则不得启动该项强制措施。由此可见在审前程序中控方程序性证明的重要性,未经程序性证明,拘留、逮捕、搜查、扣押、监听等强制性侦查行为均不得开启,否则就会伤及无辜,这也是实现侦查法治化的必由之路。

2. 维护被追诉人的诉权,实现其诉讼权利。^[18] 诉权是诉讼中当事人双方基于自身利益的需要向法院提出诉讼请求以期获得裁决的权利。作为与审判权相对应的权利范畴,诉权是设置具体诉讼权利的依据,当事人具体的诉讼权利应是其诉权的法律表现。在刑事诉讼中,诉权表现为追诉方的控诉权与被追诉方的防御权。就被追诉人而言,其诉权通常通过辩护权的行使得以实现。在诉权的内容上不仅包含实体性权利请求,更应当包含程序性权利请求。被追诉人对诉讼中程序争议的主张及对程序性权利的请求,都是其行使诉权的重要表现方式。由于诉权的行使直接关系到被追诉人宪法性权利的实现并对法院的公正审判至关重要,且从其结果看直接关系到被追诉人在刑事诉讼中的处境甚至会对实体审判结果发生重要影响,故诉权的行使应当是慎重的,必须以程序性证明为依托方能得以实现。缺少程序性证明作为基础,诉权只能是停留在法律上的奢侈的权利,不可能被实现。换言之,程序性证明为被追诉人诉权的实现提供了必要的支持,据此,法官方能作出对其有利的程序性裁判,被追诉人的基本权利及具体诉讼权利才能实现。

同时,由于诉权对裁判权构成制约,对当事人的诉权主张法官必须予以回应,而不能漠然视之。但在司法实践中,正是由于程序性证明理论的缺失,使被追诉人的诉权没有被认真对待。仍以非法证据的排除为例,自1998年最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第61条确立了非法言词证据排除规则后,在中国的法庭上越来越多的被告人及其辩护人以控方刑讯逼供所获口供不能使用为由为己方辩护,但由于法律未对这一特殊证明活动的证明责任、证明标准及证明程序进行规定,导致法官无所适从,实践中常以“不要追究细枝末节”等借口予以搪塞,被告人的诉权没有以诉讼的形式受到认真对待,其权益没有得到应有的尊重和保护。再如,司法机关对于在押犯罪嫌疑人或其律师提出的取保候审的申请,也极少在证明的基础上作出是否同意的决定,基本上沿用了一套随意的行政处理方法,这对于被追诉人诉权的保障是极其不利的,也使得法律赋予被追诉人的诉讼权利无法实现。

3. 限制裁判者的自由裁量权,提高裁判的权威性。刑事证据法的重要功能不仅体现在对控辩

[18] 有关诉权的理论在民事诉讼法学的研究中已得到广泛关注。近年来,诉权理论在刑事诉讼法学研究中也逐渐受到重视,参见汪建成、祁建建:《论诉权理论在刑事诉讼中的导入》,《中国法学》2002年第6期;陈瑞华:《程序性制裁理论》之《诉权视角下的程序性辩护》,中国法制出版社2005年版,第360页。

双方证明活动的制约和规范,还充分表现为对法官自由裁量权的限制。^[19]长期以来“重实体、轻程序”的观念对司法实践影响颇深,在司法实践中普遍存在着法官漠视被追诉人诉权的现象。程序性证明理论的提出试图从完善证明规则的角度解决这一问题。即通过明晰程序性证明的证明对象、证明责任、证明标准等构成要素,对法官的自由裁量活动进行限制。具体而言,对于属于程序性证明对象的程序性争议及程序性请求,法官必须主持证明活动,按照证明责任的相应分配原则和程序对程序性事实进行认定,且应分别情况达到法定的证明标准。通过程序性证明规则规范法官的裁判活动,必将极大地改变法官既往对程序性事实所采取的随意和放任态度,促使其认真对待当事人的权利。同时,由于法官对程序性争议及程序性请求的裁决是建立在证明的基础之上,证明根据及程序均受到证据规则和程序性证明规则的规范和制约,其所作的裁决是有事实和法律依据的,所以,势必会提高裁判的可信性及权威性。

4. 弘扬程序正义,彰显程序的独立价值。程序性证明的又一价值是使程序走到了前台,在程序性证明中程序不再是可有可无的事项、也不再是实体的附庸,而是成为需要独立进行证明的对象,通过程序性证明活动程序的独立价值得以彰显。一方面,对于程序性争议的证明是紧紧围绕侦查机关诉讼行为的合法性展开的,为此控方需要证明其采取的诉讼行为是合法的、正当的,无违反刑事诉讼法规定的情况。如分别情况控方需要通过证据证明其讯问行为是合法的、不存在刑讯逼供的情况;搜查是有根据的且依法定程序进行;逮捕是依法进行的且没有超期羁押的情况,等等。凡此种种,都是对已发生诉讼行为合法性的反思与评判,通过程序性证明,符合法定程序的行为被支持并继续发生诉讼效力,违反法定程序的行为被否定并产生相应的程序后果,程序经此受到重视,程序正义亦得以实现。另一方面,对于程序性请求的证明也是围绕程序法事实进行的,控方的某一诉讼程序能否得以启动,完全依赖于有无符合证据能力及相应的证据标准的证据的支持,换言之,程序性证明规范了控方的权力运行、使其更加符合刑事诉讼法的要求;辩方也只有通过程序性证明活动,才能维护其程序性权利,促进公正审判的实现。

近年来,随着程序正义理论研究的逐步深入,程序的独立价值倍受瞩目,以其为核心的理论研究亦呈现蓬勃发展之势。程序性辩护、程序性裁判、程序性制裁等一系列全新概念和理论的提出,对于弘扬程序正义、强化程序刚性意义重大,同时也为程序性证明的提出创设了理论背景与平台。^[20]但是,无论是程序性辩护还是程序性制裁理论,均缺乏对程序性证明的必要关注。事实上,辩护需要事实论证、裁判亦需以证明为基础,程序性证明理论能够为程序性辩护及程序性裁判的实现提供强有力的理论支点。相信程序性证明理论会与程序性辩护、程序性裁判及程序性制裁理论一道构筑起刑事诉讼的程序性防御体系,有效防止程序违法的发生。

5. 丰富诉讼证明理论,提升证据法的品格。程序性证明是刑事诉讼证明理论中一个崭新的课题,学界对此研究尚属空白。如前所述,原有的证明理论是围绕实体性证明展开的,证明对象、证明责任、证明标准等基本范畴的研究囿于实体性证明的固有思路,无法应对程序性证明的新问题。如应对于哪些程序性争议及程序性请求进行证明、不同情况下证明责任由谁承担、程序性争议及程序性请求的证明各自要达到何种证明标准、证明遵循何种程序,等等。相信对上述问题的阐释会极大地拓宽诉讼证明的研究领域、深化证明基本范畴的研究,促进刑事诉讼证明理论更趋丰富和完善。同时,程序性证明规则的确立和完善会更加凸显刑事证据法的公法属性,在诉讼证明中全面体现控制权力、保障权利的法治理念,切实维护被追诉人的合法权益,积极有效地实现证据法的功能。

[19] 参见陈瑞华:《从“证据学”走向“证据法学”——兼论刑事证据法的体系和功能》,《法商研究》2006年第3期。

[20] 陈瑞华教授在此方面做出了重要的理论贡献,具体论述详见其著作:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》第三章,中国人民大学出版社2003年版;《刑事诉讼的前沿问题》第五、六章,中国人民大学出版社2005年版;《程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年版。

四、程序性证明之构成要素

1. 程序性证明之主体构成

程序性证明的主体通常为控、辩、裁三方，但由于证明对象及所处诉讼阶段的差异，证明主体也会有所不同。首先，从证明对象看，程序性争议的证明应由控、辩、裁三方组成，但对程序性请求的证明可由提出请求的一方与裁判者两方组成。由于程序性争议主要表现为辩方对控方某一行为的合法性的质疑，诸如适用强制性措施的正当性、讯问的合法性等等，直接关系到被追诉人的基本权利的维护，需要由控辩双方在中立的裁判者面前进行证明，因此三方构成主体是必要的。但对于程序性请求的证明中，由于提出请求的相对方尚未提出异议，程序性请求是单向度的，如控方提请批捕或辩方申请回避等，此时仅需请求方向裁判方进行证明，所以证明主体表现为双方结构。

其次，从证明所处的诉讼阶段看，证明主体的承担有所差异。在审判程序中，由于具备完备的诉讼形态，程序性证明的主体表现为控、辩、裁三方。控方即为公诉人，辩方为被告人及其辩护人；法官为接受证明的主体。当就被告人的程序性请求进行证明时，则由被告人及其辩护人向法官证明。但在审前程序中问题复杂得多，由于司法审查机制的缺乏，在审前程序中根本不存在完整的诉讼形态，故控、辩、裁三方证明结构很难形成。从实然的状况分析，在审前程序中，由于中立的裁判者的缺失，控辩双方的程序性争议无法采用诉讼证明的方式去解决；单方的程序性请求也不可能诉之法院。以提请批捕为例，按刑事诉讼法的规定，是由侦查机关向检察机关进行“证明”；犯罪嫌疑人变更强制措施请求也要向侦控机关提出并“证明”。由于检察机关中立性的缺乏（侦查机关就更是缺乏中立性），使得这种论证活动与诉讼证明还存在较大的差异，因此也倍受学界的批评。从应然的要求出发，程序性证明的实现应以审前程序中诉讼结构的完善为前提。即引入司法审查机制，设立审查法官制度，在此前提下，程序性争议的主体通常应表现为侦查人员、犯罪嫌疑人及其律师及审查法官的三方构成；程序性请求的主体通常由侦查人员和审查法官、犯罪嫌疑人及其律师及审查法官的双方构成。

2. 程序性证明之证明对象

程序性证明的证明对象为控辩双方的程序性争议事实及单方提出的程序性请求。首先，程序性争议事实主要是涉及侦控机关程序性违法的事实，如在审判程序中关于“非法证据”的争议及变更管辖、申请回避等有关被告人公正审判权保障的程序性争议。审前程序中犯罪嫌疑人及其律师提出的由于滥用侦控权导致的强制行为的合法性争议，如拘留、逮捕、搜查、扣押、窃听的正当性与合法性问题以及刑讯逼供、超期羁押的有无等等。由于程序性争议事实直接关涉被追诉人基本权利的实现，且会对案件的实体性证明发生重要影响，所以需要控辩双方运用证据予以证明。其次，控辩任何一方提出的程序性请求也属于程序性证明对象。区别于程序性争议的是，程序性请求的对方当事人还没有在程序中出现或者尚未提出异议。就控方而言，对于拘留、逮捕、搜查、监听等强制性侦查措施的采取均需要相应的证据证明，获得司法许可，否则就不能启动这些侦查行为；就辩方而言，程序性请求事项主要包括诸如申请回避的事实、影响采取或请求变更某项强制措施的事实、申请恢复诉讼期间的事实、申请证据保全的事实、请求排除非法证据的事实及执行中的某些事实。上述事实直接关系到被追诉人诉权的行使和诉讼权利的实现，同时也是顺利推进诉讼的必要环节，因而需要由被追诉人予以证明。

3. 程序性证明之证明责任

证明责任问题是全部证明理论中最为复杂的问题之一，在程序性证明中，证明责任的承担因具体情况而有所不同。首先，对于控辩双方程序性争议的证明，由控方承担证明责任。这里实际上存在证明责任倒置的情况。由于程序性争议主要是辩方针对侦控机关程序违法事实提出的，如果根据“谁主张谁举证”的一般原则要求辩方提供证据证明控方程序违法，在诉讼实践中既不现实也不公

平。因为在刑事诉讼中,被追诉人难以收集证据、辩护律师的证据调查权也十分有限,故实难完成刑讯逼供等程序违法事实的证明。所以,在此情况下应借鉴英美法系的做法,适用证明责任倒置的理论,由控方负担证明责任。^[21]这样既符合诉讼公正和效率的要求,又有助于促进侦控机关严格遵守法定程序,实现刑事诉讼的文明和公正。其次,对于控方程序性请求的证明,由控方承担证明责任。根据“谁主张谁举证”的原则,对于诸如拘留、逮捕、搜查、监听等强制性侦查措施的要求,控方均需要运用证据进行证明。正是通过控方的程序性证明活动,使得上述强制性侦查措施的开启获得了合法性与正当性,与此同时限制了国家刑罚权可能出现的滥用,从实质上保障了被追诉人的基本权利。最后,对于辩方程序性请求的证明,由辩方承担证明责任。对于辩方提出的诸如申请回避的请求、影响采取或变更某项强制措施的要求、申请恢复诉讼期间的请求、申请证据保全的请求、排除非法证据的请求^[22]等,均由犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人提出证据证明。通过辩方积极履行证明责任,能够促进其诉权的实现,切实维护其诉讼权利。同时,辩方承担证明责任也在一定程度上防止了当事人对诉权的滥用。

4. 程序性证明之证明标准

控辩双方通过证明责任的履行应在法官内心深处发生怎样的影响,运用证据对程序事实的证明需要达到怎样的标准方可解决争议、启动程序,这是程序性证明标准需要研究的问题。由于证明对象及证明责任的差异,程序性证明之证明标准呈现出层次性的特点,表现在:首先,对程序性争议的证明应达到排除合理怀疑的最高证明标准。由于程序性争议关系到公民宪法性权利的维护,且对被告人刑事责任的确定会直接影响,故必须通过证明达到排除合理怀疑的要求。以非法证据的排除为例,控方需要运用证据证明其讯问行为是符合法定程序的,不存在辩方提出的刑讯逼供的情况,而且这一证明不能在法官心中留下疑点;换言之,控方对讯问合法性的证明应达到排除合理怀疑的程度。^[23]达到此要求,控方即完成了证明任务,法官确定讯问合法、刑讯逼供不存在、供述具有可采性。达不到此标准,法官即判定刑讯逼供存在,相关供述被依法排除。其次,对于控方程序性请求的证明总体上应达到“清楚可信”的证明标准,^[24]即强制性措施的采取是建立在清楚

[21] 在美国的大部分州,对口供是否自愿的问题的证明责任由控方负担,少部分州要求被告方负担。美国联邦最高法院在莱戈一案(Lego v. Twomey 404 U.S. 477, 92 S. Ct. 619, 30 L. Ed 2d 618, 1972)中对由被告方负担证明责任表示怀疑。从最高法院指出的“控方有宪法性的责任达到证明的标准”这段话中可以推知最高法院认为证明责任应由控方承担。参见前引[7],杨宇冠书,第120页。在英国,《1984年警察与刑事证据法》第76条规定,对于被告人口供是否属于警察以强迫手段获得以及口供是否可靠的问题,应当由控方律师承担证明责任,换言之,只要检控方不能证明被告人在法庭之外向警察所作的供述不是以强迫手段取得的,或者该口供是完全可靠的,应当由控方律师承担证明责任。参见前引[3],陈瑞华书,第618页。

[22] 根据证明责任的分层理论,此处辩方对非法证据的证明仅承担提出证据的责任,而说服责任则倒置给控方承担。

[23] 关于口供自愿性的证明标准,在美国,20世纪70年代以前许多州的法院都要求检控方对被告人供述自愿性的证明须达到排除合理怀疑的最高程度,但在1972年莱戈一案中,最高法院的立场发生了转变,认为对口供自愿性的证明标准应不低于优势证据标准。但是最高法院并没有在全国强制推行这个标准,而是让各州根据自己的法律自由决定是否采用更高的标准。在此案件之前,有些州采用的是排除合理怀疑之标准,后来改成优势证据之证明标准,也有些州根据本州的法律没有作出改动。参见前引[7],杨宇冠书,第121页以下。在英国,根据《1984年警察与刑事证据法》的规定,与检控方所要承担的证明其指控被告人所犯罪行的证明标准一样,在被告人供述的可采性问题上,检控方也要将此证明到排除合理怀疑的最高标准。只要检控方没有证明到这一标准,法官就可以认为供述可能是以违反第76条(2)的方式取得的,从而排除该证据。参见前引[3],陈瑞华书,第618页以下。

[24] 也称“明确可信的证明”(proof by clear and convincing evidence)。一般认为,该证明标准比优势证据的要求更高,但又低于排除合理怀疑的证明标准。该标准为1966年美国联邦最高法院在一起驱逐出境案件中确立的一项新的证明标准。对此,美国联邦最高法院阐述了以下立场:“由于该案涉及到公民的基本权利的严重剥夺,并会给相关公民的生活造成立竿见影的障碍,如果仅适用较低的盖然性优势标准,则显得有失法律的严肃性,并显得轻率,故而应当适用新的证明标准。”参见前引[13],吴宏耀等书,第204页以下。考虑到我国刑事侦查程序缺乏必要的司法控制,刑事拘留的时间较长,同时未对逮捕与羁押进行区分(逮捕即意味着较长时间的羁押),故借鉴这一较高的证明标准,以控制强制性措施的启动。

可信的证据之上，当然不同的强制性措施在具体证明程度和表述上会略有差别。控方的程序性请求多是围绕采取强制性侦查行为提出，由于其直接关系到公民人身自由、财产及隐私权的维护，故也需要达到较高证明标准方可获准启动，这一点体现了证据法对国家公权力的有效限制。但是，由于拘留、逮捕、搜查、监听等强制性措施请求的提出及获准主要发生在审前程序特别是在侦查阶段，此时证据的有限性及程序的紧迫性决定了对这一证明标准不可设定太高的要求，至少要与排除合理怀疑的定罪标准拉开一定的距离。唯此，才能兼顾控制犯罪与人权保障的双重目的。最后，对于辩方程序性请求的证明需达到“优势证明”的标准。在刑事诉讼中，由于辩方获取证据的能力受到较多限制，故对其程序性请求的证明不可设立过高的标准。优势证明即通过证据证明某一程序性事项的存在比不存在在法官心中更占据优势，法官即应确定这一请求事项的成立。

5. 程序性证明之证明程序

从刑事诉讼公正与效率两大价值目标的要求出发，程序性证明在证明程序上应体现繁简有别的原则。具体而言，对于重大程序性争议的证明可采严格证明，适用听证或审判程序。这是因为重大程序性争议事项多涉及公民的基本权利，应当更为认真地对待。即需在法官主持下，由控辩双方到庭进行陈述、举证、辩论，必要时可传唤证人到庭质证。如对于非法证据排除的申请，控方持有异议的，由于涉及侦控机关违法事实有无的争议，故需要通知证人到庭（在此情况下侦查人员出庭作证成为必要），进行较为复杂、严格的听证程序，法官在充分听取控辩双方的质证和辩论后依法作出裁决。对于辩方提出的程序性请求可采用自由证明，这是由其证明责任和证明标准决定的，也完全符合提高诉讼效率的要求。如对于当事人一方提出的申请回避的请求，法官可以采用更为宽泛的证据材料或采取灵活机动的方法来完成证明。^{〔25〕}至于控方程序性请求的证明程序，笔者主张在严格证明与自由证明之间去设计。一方面，应采用符合法定形式且具备证据能力的证据证明；另一方面，这种证明以审查书面证据为主，必要时应听取犯罪嫌疑人及其辩护律师的意见；证明标准也无需达到排除合理怀疑的最高要求，达到清楚可信的较高证明标准即可。

6. 程序性证明之时空维度

程序性证明之证明对象的广泛性决定了其存在的时间跨度，它应当存在于整个刑事诉讼过程中。不仅在审判程序中有集中体现，还广泛地存在于审前程序，在执行程序中也会有所涉及。从实然状况分析，由于程序性裁判机制的缺乏，程序性证明只发生在审判程序中，且与实体性证明参杂在一起，没有形成独立的证明活动，这就不可避免地使程序性证明成为实体性证明的附庸。从应然的制度设计出发，程序性裁判应独立于实体性裁判，与此相适应，程序性证明应具有独立的程序空间。以发生在审判程序中的程序性证明为例，程序性证明应与实体性证明相分离。即当被告人提出程序性争议或程序性请求时，应中止实体性证明、独立就该程序法事实是否成立展开新的程序性证明。为切实维护被告人的程序性权利，程序性证明最好在刑事庭前程序中通过听证程序得以解决。仍以非法证据的证明为例，在庭前程序中完成证明的好处是：一方面经过证明活动在庭前排除非法证据会尽可能排除预断，避免庭审法官受到不良证据的“污染”进而影响公正裁判；另一方面，在庭前程序中排除非法证据能够防止出现因证据调查及程序性裁判而造成的庭审中断，有助于法庭对实体问题的集中审理，提高庭审效率。在美国，有关排除非法证据的申请，应由被告人在专门的审前动议阶段向法官提出，法官会就这一问题举行专门的“证据禁止之听证”。俄罗斯联邦刑事诉讼法典第 235 条亦专门规定了关于排除证据申请的庭前听证程序。^{〔26〕}

〔25〕 自由证明之方法法院得以一般实务之惯例调查之，亦即可不拘任何方式来获取可信性（例如以查阅卷宗或电话询问之方式）。参见前引〔6〕，克劳思书，第 208 页。

〔26〕 详细论证参见闵春雷：《刑事庭前程序研究》，《中外法学》2007 年第 2 期。

五、程序性证明之实现路径

任何理论的提出与制度的建构都不是一朝一夕能够完成的，程序性证明的实现亦是如此，特别是在我国这样一个缺乏程序传统、相关配套措施严重缺失的国家，程序性证明的实现之路会更加漫长。但是，我们不应失去信心，毕竟实践证明，中国的法治之路会越走越顺畅，程序的正当性和价值会越发得以彰显，公民的权利保障也会与时俱进、日益深入人心。

程序性证明的实现路径至少应分两步走：一是应以审判程序中的程序性证明为重点进行推进，特别是重点解决好非法证据等程序性争议的证明。审判程序（包括庭前程序）具备完备的诉讼形态，也是解决控辩争议的最佳时机，在法官的主持下由控辩双方对程序性争议事项进行证明，能够尽快解决程序性争议，同时也为控辩双方的程序救济留下了程序空间。由于在审判程序中不存在过多的程序障碍，特别是通过庭前程序的完善，可以使大量程序性争议及程序性请求的证明在此阶段完成，故我们可以对程序性证明的实现抱有乐观的期待。二是确立司法审查机制，在审前程序中逐步实践程序性证明。在审前程序中引入司法审查机制，是实现权力控制与权利保障的必由之路，也是完善刑事诉讼结构的重点。只有在中立的裁判者（审查法官）面前，控辩双方的程序争议或程序性请求才有了接受的对象，程序性证明才能得以公正有效的实现。但是在目前审前程序中缺乏司法审查机制的情况下，我们亦不能消极等待、放弃“为权利而斗争”的努力。程序性证明可以在主体构成方面作出适当的妥协，选择相对中立的其他有权机关充当裁判方；同时，重在追求实现程序性证明的其他构成要素（证明对象、证明责任、证明标准及证明程序等等）的精神实质。如在检察机关负责批捕的现状下，应突出强调侦查机关证明责任的履行及证明标准，且尽量采用较为严格的证明程序，必要时听取犯罪嫌疑人及其辩护律师的意见，旨在发挥控制羁押的功能，切实促进被追诉人权利的实现。