

证明力规则检讨

李训虎^{*}

内容提要：中国的司法实践对证据的证明力表现出异乎寻常的关注，呼唤证明力规则、创造证明力规则并实践证明力规则。然而，当下的证据法学界对证明力规则往往持一种简单化的批判态度，其对于证明力规则的理性总结与学理思考相较于司法实务界倾注的努力不相适应。在以证明力为导向的证据法中，证明力规则的产生是一种必然。在证明力规则问题上，中国证据法学者在理论层面缺乏主体意识，但法律条文以及司法实践却显示了相当程度的主体性并保持了韧性。

关键词：证据法 证明力规则 证据能力 主体性

一、引言：问题的由来

现代证据法是“由一系列将不同的具有证明力的证据排除在陪审团所及范围之外的规则（‘排除规则’）所组成的”，〔1〕其“核心假设为证据规则仅为可采性规则”。〔2〕长期以来，美国证据法学者将可采性问题视为证据法学研究中的核心问题，而将与可采性相对应的证明力问题视为事实认定者自由裁量的事项，归于经验操作领域，事实认定者可以运用经验、良心、理性进行自由判断，证据法对其不予规范。证据能力〔3〕与证明力在现代证据法中的不同命运反映出证据法学者对于两者的不同态度，或者说证据法学者的态度决定了证据能力与证明力在现代证据

* 中国政法大学证据科学教育部重点实验室讲师。

本文系中国政法大学证据科学教育部重点实验室科研项目培育基金资助项目成果。

〔1〕 [美] T. P. 加兰尼斯：《现代证据法的兴起》，吴洪淇译，《证据科学》2008年第1期。

〔2〕 Charles L. Barzun, *Rules of Weight*, 83 Notre Dame L. Rev. 1957, 1957 (2008).

〔3〕 证据能力与证明力是大陆法系证据法中的核心概念，与此相对的英美法概念是可采性与相关性。英美证据法亦采用“证明力”这一术语，如“probative value”，“probative force”以及“weight”三个相近的词汇，只是“对于上述三个术语并没有一个普遍接受的含义”。See Terence Anderson, David Schum & William Twining, *Analysis of Evidence*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2005, p. 224, note 1. 基于与证明力的对应关系以及表述的方便，本文在同一意义上使用“证据能力”与“可采性”两个术语，不对二者加以严格区分。

法中的地位,进而使得证明力问题在美国证据法中成为一个被忽视或者被冷落的问题。〔4〕

与美国证据法学研究形成对比的是传统的中国证据法学研究并不关注证据能力问题,而是将证明力放在突出的位置,形成了一种重视证明力、忽视证据能力的倾向:强调证据的真实性,强调客观性是证据的本质属性,甚至否定证据的合法性,〔5〕奉行客观真实的证明标准。尽管有学者主张合法性亦为证据的一个属性,但在客观性作为首要属性的情况下,合法性只能作为附属属性出现,以至于被客观性所淹没。与证据法学研究相呼应的是,证据立法缺乏关于证据能力的规定,强调“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”;司法实践中,司法人员在收集、审查证据时,关注的是证据的证明力、证明价值,而极少关注证据的合法性。

随着证据法学研究的发展,特别是以美国为代表的西方证据立法模式以及美国证据法学研究成果在中国的传播,证据能力问题逐渐在中国的证据法学研究中凸显出来,与此相对的是,对证明力问题的研究则日渐没落。学者曾经呼吁的“从偏重证明力的证据观转向重视可采性的证据观”、〔6〕“从对证明力的关注转向对证据能力的关注”〔7〕在当下的证据法学研究中已经成为现实。深受美国证据法学影响的主流证据法学围绕证据能力问题展开研究,主张以证据能力为核心构建中国的证据法体系,而对证明力规则持一种否定、排斥的态度。

尽管主流证据法学主张、推崇证据能力问题,对证明力规则予以排斥,然而,观察中国的司法实践,其展现给我们的是另外一种景观:实践中的法官〔8〕依然推崇证明力规则,证明力被置于较证据能力更为突出的位置,在重要性上远远超过了证据能力。主流证据法学所主张的证据能力在司法实践中并没有得到尊重,甚至受到漠视、规避,刑事诉讼法以及相关司法解释〔9〕规定的中国式的非法证据排除规则在司法实践中无法得到有效实施即是体现。当我们深入司法实践进行进一步的调查研究时,我们发现当下的司法实践是如此重视证明力问题,几乎所有的一线法官都主张在证据立法中对证明力问题加以规定,甚至希望通过一种事无巨细的方式规定各种证据的证明力,即构建完备的证明力规则。如果说这样一种观点仅仅是一种呼声的话,那么,最高人民法院发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)以及《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行政诉讼证据规定》)的相关规定则表明证明力规则已经以正式文本的形式在司法实践中得到贯彻执行。此外,地方性证据规定大量引入的、甚至突破司法解

〔4〕 美国证据法以可采性为核心加以构建与美国证据法学围绕可采性展开研究是相辅相成的。塞耶、威格摩尔等占主导地位的学者对证明力规则的排斥直接影响了证据法的构建(如特文宁曾经指出:“与威格摩尔进行辩论的困难之一在于他的影响是如此巨大,一旦他根据很弱之理由甚至毫无来由地编造一项原则,先例可能会很快尾随而至并迅速填补这一鸿沟。” See William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, p. 111. 转引自[美]罗杰·帕克、迈克尔·萨克斯:《证据法研究之反思:跨学科转向的诸种结果》,吴洪淇译,未刊稿,脚注6)。反过来,以可采性为核心建构的法典化的证据法又促使证据法学研究者忽视对证明力规则问题的研究。当下,美国的证据法教材、专著几乎都是围绕联邦证据规则展开,正如特文宁所说,“在英国、美国和普通法世界的其他国家,有关证据的教学、写作以及思考都是围绕证据法而进行的。学者们倾向于追寻证据法”。 See William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006, pp. 73-74. 另外,证据能力规则与证明力规则可谓“各领风骚数百年”,在现代证据法产生之前并没有证据能力规则的生存空间。

〔5〕 参见陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社2007年版,第79页以下。

〔6〕 何家弘:《从应然到实然——证据法学探究》,中国法制出版社2008年版,第429页以下。

〔7〕 汪建成、孙远:《刑事证据立法方向的转变》,《法学研究》2003年第5期。

〔8〕 与司法实践中的法官相对应的是学术语境中的法官,当法官转换角色撰写学术论文或者与高校研究人员进行座谈而非深入访谈时,其展现给我们的是另外一种相异的观点——主张借鉴西方的制度,以证据能力为中心构建证据制度,这形成了“中国法官的另外一种面孔”。

〔9〕 刑事诉讼法第43条规定严禁以非法方法收集证据,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条明文规定:“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。”

释的证明力规则更是凸显了其在司法实践中的作用。简而言之,当下中国的司法实践渴求证明力规则、实践证明力规则进而创造证明力规则。

尽管证明力规则在司法实践中得到广泛重视,然而,中国法官对于证明力规则的态度以及证据法实践中自生自发的证明力规则并没有得到证据法学研究的认可。司法实践中法官对于证明力问题的态度以及最高人民法院出台的相关规定屡遭学界批评。可以看出,在证明力问题上,证据法学研究与证据法实践开始分道扬镳。

司法实践中对证明力规则的态度异于被奉为圭臬的美国证据法学观点、异于当下中国主流的证据法学观点,证据法学研究者对此更多的是一种否定的态度。然而,仅仅是实践偏离了理论吗?当法官渴求、创造并实践证明力规则时,从事学术研究的我们应当秉持怎样一种态度?^[10]

对于这样一种与证据法理论格格不入的现象,面对这样一种实践与理论悖反的现象,笔者禁不住产生一系列追问:为什么中国的法官渴求证明力规则?他们创造了哪些证明力规则?他们是如何实践证明力规则的?为什么主流证据法学观点排斥证明力规则?证明力规则是法定证据制度的死灰在中国的复燃吗?证明力规则与证据法真的格格不入?

正是上述追问,成为笔者探讨证明力规则的初始动因。当笔者展开对证明力规则的研究时发现,我们要做的不仅是回应一线法官的呼声,对司法实践中的证明力规则进行细致的分析、探讨,而应当从更深层次上审视证明力规则为什么在中国的司法实践中长期存在?特别是在当下证据法学研究发生转向、证据科学兴起的背景下,我们需要探讨证明力规则的建构是否可能、证明力规则在现代证据法中是否有存在空间?有多大的存在空间?同时我们应当进一步反思:当下的主流理论是否存在问题?为什么理论与实践发生了这样一种反差?中国的证据法学理论与实践应当是怎样一种关系?

二、证明力规则的中国图景

上文笼统地指出当下的证据法实践呼唤证明力规则、实践证明力规则进而创造证明力规则。这一判断是对司法实践中的证明力规则的总结。然而,总括式的判断无助于准确理解当下司法实践中的证明力规则。基于此,下文将对司法实践中的证明力规则展开深入考察,以探究当下司法实践中的法官对于证明力规则到底是怎样一种态度,他们创造了哪些证明力规则。

(一) 呼唤证明力规则

当我们就证据问题展开实地调研、对法官进行深入访谈时,我们主要围绕证据能力、非法证据排除等热门话题设计问题。然而,受访法官似乎对这些问题并不关心,他们关心的、谈论更多的是证据的可靠性问题、各类证据的证明力问题。受访法官往往表达这样一种观点:希望证据立法能够细密、完备,特别希望其中能够详细规定各种证据的证明力及其判断方式,使法官在办案时能够有一个明确的指导。个别地区、个别法官的访谈或许不足为据,但当笔者就同一问题向分布广泛、法律科班出身甚至获得法学硕士、博士学位从事审判工作的诸多同学请教时,^[11]得出的结论亦是惊人的一致:一线法官呼唤证明力规则,希望构建详尽的证明力规则以解决认证问题,提高判决的准确率和诉讼效率。

尽管访谈得出的判断具有一定的说服力,但是,由于样本数量的有限以及调查方法的局限使

[10] 关于司法与学术之间的紧张关系,参见[美]波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第八章。

[11] 甚至从事刑事辩护的律师也希望制定证明力规则,以规制法官不受限制的事实认定。当然,这其中也有刑事辩护过程中进行程序性辩护、主张排除非法证据根本无法得到支持转而求其次的原因。

得这一判断的客观性很容易遭受质疑。确实，通过访谈者的参与来考察受访者的主观心态难免有失客观，为了进一步验证上述判断，需要通过见诸于客观的行动来体察法官的主观心态。基于此，下文将从法官创造证明力规则以及实践证明力规则两个方面展开进一步的分析。

（二）创造证明力规则

为了回应司法实践的需求，解决三大诉讼法中粗疏的证据规定难以满足司法实践需要的困境，最高司法实务部门相继通过一系列司法解释来规范诉讼证明活动，特别是最高人民法院相继出台了《民事证据规定》、《行政诉讼证据规定》。然而，上述规定的出台仍然无法从根本上解决司法实践中的证据问题，现实的困境催生了地方性证据规定的出台。尽管各地出台的证据规定存在诸多粗疏之处，甚至个别的地方性证据规定超越了相应的诉讼法以及司法解释，遭受了诸多质疑、批判，但不可否认的是，这些规定弥补了现行法律的不足，已经成为三大诉讼法及其相关解释、规定的重要补充，弥补甚至替代法律以及司法解释而成为指导法官审判实践的重要依据。并且，各地相继推出的地方性证据规定已经形成了巨大的制度市场并促成了彼此之间的制度竞争，这样一种思想的实验无疑为将来证据制度的完善奠定了坚实的基础。由此，考察地方性证据规定中的证明力规则不仅具有现实意义，而且具有超越现实的意义——增加了统一性证据规定〔12〕出台的可能性并为之进行知识储备。

研读上述解释、规定，可以发现，上述文本的一个突出特点在于创造了大量的证明力规则。当然，在上述规定之前，民事诉讼法、刑事诉讼法亦规定了证明力规则，如刑事诉讼法第46条规定的口供补强规则。但需要指出的是，地方性证据规定不仅大幅规定证明力规则，甚至突破、修改、创造了大量的证明力规则。具体来说，上述文本中的证明力规则体现了如下一些特点：

1. 制定证明力规则已经成为普遍共识。观察当下规定证明力规则的各类证据规定，从效力等级来看，既包括最高司法实务部门制定的司法解释，又包括地方性的证据规定；从地域范围上来看，为数众多的地区制定的证据规定都包含证明力规则，覆盖范围广泛；从制定主体来看，既有法院单独制定的规定，又有公、检、法、司的联合规定；从制定形式来看，既有涵盖三大诉讼的证据规定，又有针对某一诉讼的证据规定，还有针对某一类案件的证据规定；从时间跨度来看，近些年各地的证明力规则随着地方性证据规定的出台相继问世。可见，制定证明力规则已经成为各级、各地司法实务部门的普遍共识。

2. 司法实务部门在证明力规则的制定上态度坚定。最高人民法院的司法解释尤其是《民事证据规定》出台之后，其中的证明力规则就饱受学界批评，但各地司法实务部门仍然不为所动，相继在出台的地方性证据规定中就证明力问题作出规定。如果说地方性证据规定仅仅是对上述司法解释亦步亦趋的话，我们或许只能认为上述规定仅仅是在贯彻司法解释的相关规定而已，但当上述规定突破、创造大量的证明力规则时，其就不仅仅是贯彻执行上级法院的规定了。相反，在学界对证明力规则大加批判的情况下地方性证据规定仍不为所动，并且对于司法解释予以突破、创新，我们从中可以看到地方司法实务部门在制定证明力规则上的义无反顾。

3. 证明力规则的主要形式已经发生转变。证明力比较规则是成文证明力规则中最主要的一种表现形式，亦是证明力规则为证据法学者诟病的主要对象。早期的证明力比较规则往往以绝对规则的形式出现，如1998年发布的《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第27条第2款规定：“证人提供的对与其有亲属关系或者其他密切关系的一方当事人有利的证言，其证明力低于其他证人证言”，第3款规定“原始证据的证明力大于传来证据。”这两款都属

〔12〕 这里所谓的统一证据规定主要是指最高司法实务机关在地方性证据规定基础上所做的统一证据规定的努力，例如，《人民法院第三个五年改革纲要（2009—2013）》提出“完善刑事证据制度，制定刑事证据审查规则，统一证据采信标准”。

于绝对的证明力条款,即通过细化的条文宣示某一证据的证明力大于另外一个证据的证明力。但观察当下的证明力规则,可以发现,除极个别规定外,^[13]绝对的证明力规则在司法实践中已经被废弃,取而代之的是相对证明力规则,即《民事证据规定》第71条所采用的表述方式:某一证据的证明力一般大于另一证据的证明力。

当下,证明力规则的主要形式已经完成由绝对证明力规则向相对证明力规则的转变。相对证明力规则将原先僵硬的规则转化为灵活的原则,赋予了法官一定的自由裁量权。尽管这样一种变化是细微的、悄无声息的,但证据规定中采用的这样一种经验主义的表达为可能陷入绝境的证明力规则带来了重生的机会。

4. 新类型的证明力规则在文本层面初现端倪。以往的成文证明力规则一般以证明力比较规则的形式出现,而很少有其他形式的证明力规则。近几年,通过否定证明力的方式排除证据已经有在文本层面出现的迹象。

构建非法证据排除规则已经成为学界共识,但由于诸多因素的影响,非法证据排除规则并没有得到司法实务部门的实质接受,甚至不排除非法证据成为潜规则。但学术界的持续呼吁对司法实务部门产生一定影响,司法实务部门对于非法证据排除规则的引进采取的是一种迂回的态度,通过证明力规则处理证据能力问题已经成为司法实务部门的一个重要选项,例如浙江的地方性证据规定,^[14]尽管这一规定要求“当即确认没有证明力”,与最高人民法院发布的批复所要达到的效果是一致的,^[15]但需要指出的是,其与最高人民法院的意旨并不相同,最高人民法院明确指出“不能作为证据使用”,意即通过否定证据能力的方式排除证据,而浙江的规定却是通过一种迂回的方式——通过否定证明力的方式来解决证据能力问题。上海的地方性证据规定中亦有类似条款,^[16]也是通过排除证明力的方式来解决证据能力问题。

可以看出,尽管司法实务界对非法证据排除问题已经取得初步共识,但在当下的司法环境下,建立和践行非法证据排除规则仍然需要巨大的勇气,通过否定证明力的形式达到排除非法证据的目的不失为一个最佳选择。

(三) 实践证明力规则

考察司法实践中的证明力规则,不能仅仅将目光停留在成文的证据规定中的证明力规则,而应当将目光下移,观察实践中的证明力规则,探寻实践中不成文的证明力规则或处理证明力方式。^[17]下文将以有代表性的证明力规则予以说明。

1. 证明力否定规则(孤证不能定案)。孤证不能定案这一原则长期以来被作为司法实践中的一条重要原则,但并没有被书面化、条文化。我国刑事诉讼法第46条规定:“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”法律仅仅针对只有口供的情形作出规定,规定只有口供不能定案,要求以其他证据对口供予以补强。然

[13] 例如辽宁省高级法院、省检察院、省公安厅《关于规范死刑案件证据的意见》第64条第8、9、10项。

[14] 《浙江省高级人民法院第一审民事经济纠纷案件适用简易程序审判操作规程》第64条规定:对下列证据应当确认其没有证明力……(5)当事人用欺骗、胁迫、贿买等方法取得的证人证言;(6)一方当事人没有经过另一方当事人同意私自录制的与另一方当事人的谈话录音,另一方当事人不认可的。

[15] 《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》(1995年3月6日)中指出:“证据的取得必须合法,只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话,系不合法行为,以这种手段取得的录音资料,不能作为证据使用。”

[16] 如上海市2006年颁布的《关于重大故意杀人、故意伤害、抢劫和毒品犯罪案件基本证据及其规格的意见》第四部分标题即为“基本证据的补强与证明力排除”,强调的是排除证明力而非证据能力。

[17] 基于篇幅的限制,本部分的考察主要集中于刑事诉讼中的证明力规则。

而，在司法实践中这一规定已经被扩大解释，不仅仅局限于单独的口供不能定案，而是扩大适用于所有类型的证据，不论是何种类型的证据，只要是孤证都不能定案，即否定其证明力。

这一证明力规则在司法实践中得到了严格贯彻，甚至拟议中的《最高人民法院关于审理死刑案件审查判断证据若干问题的意见》（试行）规定：“单个证据的一次证明或多次重复证明，没有其他证据加以印证的，不能作为定案的根据。”可以预见，在不久的将来，长期沿用的但未成文化、书面化的孤证不能定案可能会由潜规则上升为正式的司法解释条文。

2. 证明力减等规则。前文已经提及，有些地方性证据规定中已经存在将证据能力问题转化为证明力问题的条文。但这些规定仅仅是极少数，或者如上文所述仅仅是初现端倪。而司法实践中，将证据能力转化为证明力问题已经超越话语实践而成为现实的做法。当下刑事司法实践中逐渐形成的处理证据能力问题的潜规则，没有采取排除非法证据的做法，而是将其证明力减等，甚至通过从轻量刑来解决敏感的证据能力问题。由此，证据能力问题转化为证明力问题甚至量刑问题。

辽宁省高院就李俊岩涉嫌组织、领导黑社会性质组织罪所做的终审判决中，指出“鉴于本案具体事实、情节和证据情况及不能从根本上排除公安机关刑讯逼供行为的存在，原审以故意杀人罪判处李俊岩死刑立即执行欠妥，应予改判。”最终，辽宁省高院改判李俊岩死刑缓期两年执行。^[18]法院认为不能排除刑讯逼供的可能，但不是采取排除证据的做法。面对同样的证据，二审法院之所以改判，其中的玄机就在于“不能从根本上排除公安机关刑讯逼供行为的存在”，通过将可能因刑讯逼供得来的证据在证明力上予以减等适用从而达到改判的目的。

有司法实务界高层人士在论及死刑案件审判、复核工作时特别指出“对于被告人的供述与现场勘验、检查吻合，但其他直接证据单薄的案件，如果是‘先证后供’，如果不能完全排除串供、逼供、诱供等可能性，一般不判处被告人死刑立即执行”。^[19]按照主流的证据法学观点，如果不能排除非法取证，其后果应当是将证据排除。而前述观点却是采纳该证据，对被告人在量刑上予以照顾——不判处死刑立即执行。从本质上来说，这一做法就是将证据能力问题转化为证明力问题，将具有瑕疵的证据予以转化适用，并转化为量刑问题。证明力减等规则亦体现在最高人民法院的司法实践中，在其复核的“马红青故意杀人案”中，之所以不核准，理由就在于“取证不规范，严重影响证据的证明效力”。^[20]最高司法实务部门的实践无疑会成为全国各地法院效仿的对象，而司法实务界高层人士的表态无疑会将这样一种行为正当化。

如果说上文列举的案例以及司法实务界高层人士的言论属非正式文本的话，那么，2008年最高人民法院颁布的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》则将证明力减等规则予以明文化，该纪要规定：行为人本没有实施毒品犯罪的主观意图，而是在特情诱惑和促成下形成犯意，进而实施毒品犯罪的，属于“犯意引诱”。对因“犯意引诱”实施毒品犯罪的被告人，根据罪刑相适应原则，应当依法从轻处罚，无论涉案毒品数量多大，都不应判处死刑立即执行。行为人在特情既为其安排上线，又提供下线的双重引诱，即“双套引诱”下实施毒品犯罪的，处罚时可予以更大幅度的从宽处罚或者依法免于刑事处罚。^[21]

[18] 该案例引自陈瑞华：《程序性制裁理论》，中国法制出版社2005年版，第251页。

[19] 熊选国：《宽严相济刑事政策在办理死刑案件中的具体运用》，载崔敏主编：《刑事诉讼与证据运用》第5卷，中国人民公安大学出版社2009年版，第21页。

[20] 参见最高人民法院《关于死刑案件证据审查问题的通报》（附：《有关证据审查问题的典型案例》），最高人民法院2008年6月20日印发。

[21] 该纪要同时规定了“数量引诱”，以及不能排除“犯意引诱”和“数量引诱”的案件和对被告人受特情间接引诱实施毒品犯罪的处理原则。参见《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》，《人民法院报》2008年12月22日。

毫无疑问,在犯意诱发型犯罪的审理过程中,辩方会提出排除“非法”证据的主张,但上述规定回避该问题,并将证据能力问题转化为量刑问题,即采纳该证据,对被告人予以量刑上的优惠。这样一种做法的本质是将具有瑕疵的证据予以转化适用,将证据能力问题转化为证明力问题,进而转化为量刑问题——对当事人从轻量刑。

当然,证据能力存在瑕疵的案件未必采用证明力减等规则,甚至证据能力存在重大瑕疵的案件,证据的证明力也未必减等。但不容否认的是,证明力减等规则的出现需要认真对待:它的出现表明我们的司法实践并非对证据能力问题无能为力,相反,其为证据能力问题的解决提供了新思路、开启了新思维。

3. 证明力补强规则。补强规则系口供补强规则的简略表达,由于对孤证不能定案的信守,口供补强规则在司法实践中得到了相当程度的认同,^[22]并且司法解释就个别证据的补强问题作出了规定。^[23]除了上述补强规则外,当下的司法实践开创了补强规则的新形式。

刑事诉讼法规定“没有被告人供述,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚”。然而,有些地区的司法实践中存在这样一种现象:对于死刑案件,即便有充分的证据,如果没有被告人口供的印证,法院一般不会判处被告人死刑立即执行,而是作出留有余地的判决。^[24]这是一种审慎的处理方式,在这一问题的处理过程中,我们看到了司法实践对于补强规则的另外一种“创造性”运用:如果没有被告人口供,仅仅有确实充分的证据,判处死刑立即执行亦难以被接纳。口供不再是被补强的证据,而成为判处死刑立即执行必需的补强证据。^[25]

口供除了在死刑等重大案件中发挥着补强证据的作用外,实证研究表明“20年以来,言词证据和书证是定案的主要依据,而其中口供的地位和作用更无可替代。”^[26]“无供不录案”的传统做法一直影响着我国的司法实践。传统意义上的补强规则仅仅要求对于口供进行补强,上述做法改变了传统。如开创口供补强规则先河的日本宪法第38条规定,任何人如对其不利的唯一证据为本人人口供,不得定罪或科以刑罚。这一立法模式成为其他法域效仿的对象。然而,我国的司法实践展现给我们的不仅仅是异化的口供补强规则,还有口供作为补强证据的证明力补强规则。尽管法官的处理方式展现了对于死刑的慎重,但这种做法无疑是与法律相悖的。尽管这种做法值得商榷,但这样一种引起非议的现象给我们提供了观察证明力规则的新样本。

4. 证明力优先规则。《民事证据规定》、《行政诉讼证据规定》以及地方性证据规定中大量存在证明力比较规则,规定某种证据的证明力大于另外一种证据的证明力。这种规则亦可以称为证明力优先规则,即规定某种证据的证明力优先于其他证据的证明力。除了这类成文的证明力优先规则外,司法实践中普遍存在的、且发挥作用最大的证明力优先规则是赋予侦查案卷笔录优先的证明力,将其视为具有优势证明力的裁判依据。

司法实践中,法官经常会面对这样一些情况:证人在庭审中所作的证言异于向侦查人员所作

[22] 需要指出的是,口供补强规则在司法实践中的贯彻差强人意,尤其对于同案被告人口供的处理更是混乱不堪,为规避口供补强规则而对共同犯罪案件进行分案处理的亦屡见不鲜。

[23] 如《民事证据规定》第69条与《行政诉讼证据规定》第71条规定了“不能单独作为认定案件事实的依据”的证据。

[24] 需要指出的是,这种现象并非绝对,但为数不少,甚至成为许多法官的指导思想。

[25] 2007年最高法院发布的《关于进一步严格依法办案确保死刑案件质量的意见》第42条规定:“高级人民法院复核死刑案件,应当讯问被告人。最高人民法院复核死刑案件,原则上应当讯问被告人”。但最高法院内部提出明确要求,核准死刑案件原则上都应当提讯被告人,就是到被告人羁押地,就地讯问被告人,了解案件发生的实际情况(参见陈虹伟、焦红艳:《死刑复核:对生命的慎重无止境——访最高人民法院审判委员会委员、刑五庭庭长高贵君》,《法制日报》2007年3月18日)。尽管这一做法并没有强调口供作为其他证据的补强证据,但司法实践超越规定要求都应当提讯被告人的做法亦佐证了被告人供述在死刑案件中的重要地位。

[26] 左卫民:《中国刑事案卷制度研究——以证据案卷为重心》,《法学研究》2007年第6期。

的证言甚至前后几份证言笔录相互矛盾或者被告人在庭审中改变向侦查人员所作的供述。面对上述情况，辩护律师往往质疑侦查案卷笔录的证明力，对于这样一种现象，有学者基于对法院裁判文书的经验分析，认为“除了极为罕见的情况以外，法院遇有上述情况，一般都对公诉方当庭宣读的证言笔录直接予以采纳，并将其作为认定案件事实的根据。”^[27]这一判断亦适用于被告人改变供述的情况。可以看出，司法实践中法官往往赋予侦查案卷中的证据如证人证言、被告人先前陈述等证据较庭审中的新证言、新陈述以优势证明力，这与英美法系的传闻证据规则以及大陆法系直接言词原则下优先采纳当庭陈述是背道而驰的。我们可以将这类未成文的潜规则称为“侦查案卷笔录证明力优先规则”。

5. 证明力推定规则。长期的司法实践形成的“重打击、轻保护”的司法传统，使得被告人在刑事诉讼中往往处于不利地位。疑罪从有、疑罪从重的思维模式影响、塑造着法官的行为模式。随着人权保障理念的深入人心，无罪推定原则日益受到推崇、重视，司法实践中特别是死刑案件中出现了这样一种情形，即当证据发生冲突和矛盾时，法官往往做有利于被告人的解释，即推定有利于被告人。

在证明力问题上，当证据发生矛盾或者冲突时，如何处理？依照自由心证的理念，证据的证明力应当由事实认定者依据经验、理性和良心自由判断，法律不能予以干涉。但在司法实践中，对于这种情况，出现了倾向于有利于被告人处理的行为模式。这种做法无疑是对自由心证的限制。司法实践中有些地方已经将这种做法上升为地方性证据规定的形式予以条文化、法定化。如江西省的地方性证据规定对证据冲突时的事实认定问题作了如下规定：“有罪证据和无罪证据之间、罪重证据和罪轻证据之间存在矛盾和疑问时，如果不能得以排除和作出合理解释，应当作出有利于被告人的认定。”^[28]当以地方性证据规定的形式要求在无法排除证据之间的矛盾而必须作出有利于被告人的认定时，无疑是以“立法”的形式限制了法官自由裁断证据证明力的权力，是以证明力规则的形式来约束法官的自由心证。

需要指出的是，尽管当下证明力推定规则主要应用于死刑案件，但因为死刑案件的审理采取集体决策方式，使得死刑案件的处理不再是个别法官的行为，而成为法官群体的行为模式。并且这样一种行为模式对法官产生潜移默化的影响，从而使其将这种行为模式运用于其他案件的处理过程中，使得证明力推定规则在其他类型的案件中产生发散、波及效应。

三、理性反思证明力规则

与司法实践呼唤、创造、实践证明力规则不同的是，《民事证据规定》以及地方性证据规定中的证明力规则以及司法实务界建构证明力规则的主张遭到了学术界的强烈批判，甚至被斥为“具有法定证据制度的性质，已远远背离了自由心证原则的精神”，^[29]“带有强烈的法定证据制度的色彩”，^[30]“是落后的法定证据制度在中国的复兴”，^[31]地方性证据规定中的证明力规则亦遭到批判。^[32]证据法学者往往以一种训诫、斥责的姿态来对待当下司法实践中的证明力规则。为

[27] 陈瑞华：《刑事诉讼的中国模式》，法律出版社2007年版，第139页以下。

[28] 江西省高级人民法院、江西省人民检察院、江西省公安厅《关于规范故意杀人死刑案件证据工作的意见（试行）》，载《刑事审判参考》2008年第1集。

[29] 张进德：《证明力与证据能力辨析——兼评〈关于民事诉讼证据的若干规定〉》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第6期。

[30] 肖建华主编：《民事证据法理念与实践》，法律出版社2005年版，该书第十八章“证据证明力规则的运用与问题”对民事诉讼中的证明力规则进行了系统的解说分析。

[31] 吴丹红：《证据法学的启蒙》，《证据科学》2008年第1期，第2期。

[32] 参见房保国：《现实已经发生——论我国的地方性刑事证据规则》，《政法论坛》2007年第3期。

什么证据法学者往往对证明力规则持一种反对、批判的态度而缺乏一种同情的理解乃至一种建构的姿态呢？^{〔33〕}

研读上述反对的观点，可以发现，批评者往往将目标集中于《民事证据规定》以及地方性证据规定中的“证明力比较规则”，并且往往诉诸美国证据法，通过美国证据法对于证明力规则的否定来批判司法实践中的证明力规则。^{〔34〕}这样一种批判是大而化之的批判而缺乏对于证明力规则的系统研究、反思。基于批评对象的限制，即便批评的理由成立，亦不足以成为反对证明力规则的理由。反观司法实践对于证明力规则倾注的努力，这样一种粗疏的批判表明当下学人对证明力问题的学理思考和理性总结与之完全不相适应。

基于此，本文力图在证明力规则问题上有所作为。当然，目的并非在于构建证明力规则，而在于阐释为什么中国的司法实践置学者的批评于不顾而“一意孤行”、不遗余力地构建证明力规则；在于厘清司法实务人员为什么如此青睐、热衷于证明力规则，其背后的原因是什么。这一问题需要从催生、决定证明力规则的因素以及证明力规则的自身价值角度予以论析。

分析司法实践为什么关注证明力规则，可以从证据法单一的理论基础（基于认识论基础上的证据法追求客观真实、强调证据的证明价值）、重实体、轻程序的法律传统（强调证据的实体方面——证明力、忽视证据的程序方面——证据能力）以及人权保障意识缺乏等宏观因素中寻求答案。但诉诸认识论、价值论的分析往往大而化之，并且容易陷入施米特所说的价值专制，^{〔35〕}特别是在证据法学分析从来就不缺认识论、价值论等宏大叙事分析的情况下，诉诸认识论、价值论的分析不但难以说明问题的本质所在，甚至会陷入意识形态之争。在笔者看来，证明力规则的产生、命运与诉讼主体的需求直接相关，正是诉讼主体的需求决定了产生何种证据规则，而证明力规则能否满足诉讼主体的需求则决定了其命运。由此，下文的分析将转换思路，摆脱宏大的价值分析，从供需关系的角度切入分析。当然，我们不仅需要从供需关系来理解证明力规则，亦需要放宽视界，深化观察的视角，考察是什么因素决定了诉讼主体的需求。^{〔36〕}

（一）个体的事实裁判者渴望证明力规则

在当下的司法实践中，在事实认定领域，由于相关制度的缺失，法官拥有几乎不受限制的自由裁量权。^{〔37〕}尽管法官拥有较大的自由裁量权，但由于错案责任追究制^{〔38〕}等机制的存在又使

〔33〕 极少数学者主张构建详尽的证明力规则，参见汤维建：《民事证据立法的理论立场》，北京大学出版社2008年版，附录：《中华人民共和国民事诉讼法（建议稿）》。尽管本书建构的证明力规则比较详尽，然而，遗憾的是作者并没有就证明力规则予以系统论述。

〔34〕 尽管美国证据法以可采性为中心建构，但美国的司法实践甚至成文法中仍然存在证明力规则，并且流行至今的美国证据法权威如威格摩尔等人反对证明力规则的观点（See John Henry Wigmore, *Required Numbers of Witnesses; A Brief History of the Numerical System in England*, 15 Harv. L. Rev. 83, 84 (1901); John H. Wigmore, *Book Review of C. Moore*, in William Twining and Alex Stein (eds.), *Evidence and Proof*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1992) 在当下已经岌岌可危。

〔35〕 参见〔德〕施米特：《价值的僭政》，朱雁冰译，载王晓明、杨熙楠主编：《现代性与末世论》，广西师范大学出版社2006年版，第102页以下。

〔36〕 基于篇幅、笔者研究兴趣以及刑事证据与民事证据在诸多方面的差异等原因，笔者下文的分析将主要集中于刑事证据领域。并且我国刑事司法的复杂性、刑事证据制度建构的困难性使得本文的分析集中于刑事证据领域具有更重要的意义。

〔37〕 我国的法官对证据能力问题几乎没有自由裁量权，法官在事实认定过程中遇到的问题不是证据可不可以采纳的问题，而是采纳之后如何运用的问题。由此，法官主要针对证明力问题拥有自由裁量权。对于为什么证据能力问题被排除在法官判断范围之外以及为什么法官拒绝判断证据能力问题，下文将有进一步论述。

〔38〕 尽管取消错案责任追究制的呼声很大，但在当下的司法实践中其仍然运行，《人民法院第三个五年改革纲要（2009—2013）》提出“建立体现宽严相济、促进社会和谐稳定的办案质量考评制度和奖惩机制，改进办案考核考评指标体系，完善人民法院错案认定标准和违法审判责任追究制度”。由此可以看出，其目标在于完善而非取消。

得法官面临很大的职业风险，作为理性人的法官势必会规避或者转嫁因缺乏制度约束的事实认定给其带来的风险。然而，在事实认定领域，在相关制度缺失以及现有制度无法给事实认定者提供行之有效的规避手段时，证明力规则就成为事实认定者面对纷繁复杂的证据问题时的一个重要选项。

首先，事实裁判者希望借助证明力规则规避风险。现有的事实认定机制赋予了事实认定者相当程度的自由裁量权，但拥有自由裁量权的事实认定者对赋予其权力的做法并不领情。相反，他们希望在事实认定时能够有规则指导，其原因在于他们无法承受当下的制度设计通过其他途径施加的负荷。

当下的制度设计缺乏对于自由裁量的流程管理或者过程控制，但并不意味着对于法官的事实认定没有控制与惩罚机制，现行的制度采取的是从结果倒推的方式来评判事实认定者的成果进而对其加以惩处。由于对于事实认定上下级法官可能存在的差别、再审程序发动的无序、随意以及程序外救济途径如上访大行其道等原因，使得这样一种反向控制机制带有极大的不确定性，使得法官无法预见到自己所作出的判决是否具有真正的既判力。同时，与这样一种评判机制配套而行的错案责任追究制的存在使得法官不得不考虑采取何种措施来应对事实认定带来的风险。

实践中法官创造出案件请示制度、将案件提交审委会等方式来规避风险，然而，这些制度只能涵盖少部分案件。基于此，法官希望制度设计者能够对事实认定过程给予明确的指引，甚至有的法官希望制度设计者能够提供操作指南，比如一个案件具备哪些证据就可以定罪，有哪些证据就可以判处死刑等。这样一种想法显然不切实际，因而退而求其次，通过建构一定的证明力规则来规制事实认定成为事实认定者的一个重要选项。更为重要的是，证明力规则在判断证据证明力大小方面（如证明力比较规则）、是否判处特定刑罚（证明力补强规则）、是否认定案件事实方面（孤证不能定案）发挥着重要作用。由此，能够发挥指引作用的证明力规则对希望规则指引的法官注定会产生吸引力，尤其当证明力规则成为法官的一种共识乃至知识背景时，个体的法官显然可以认为依据证明力规则作出的判决具有正当性与合法性。

其次，事实认定者希望通过证明力规则摆脱不当干扰。缺乏规制的事实认定赋予了法官自由裁量权，甚至为法官权力寻租提供了机会，但同时为其他人关说法官办案打开了方便之门。面对来自上级、社会各个方面的游说、干涉，理性的法官想方设法予以摆脱，如自己对案件并无决定权，案件需要提交审判委员会讨论、合议庭合议等。但这些理由往往难以奏效，因为大多数关说者明白其不可能让法官公然违法，而只能试图让法官在其可以掌控的领域或者灰色地带通融。由此，法官在事实认定领域拥有的自由裁量权就成为关说者努力的方向。

面对关说者的游说，法官往往进退两难。尽管其完全可以在事实认定上进行模糊处理，但败诉方诉讼外的救济（如上访）以及惩处措施的不确定、难以预期使得法官不得不考虑是不是会因小失大。由此，两难困境中的法官希望有一个详尽、细致的规则来指导事实认定，并以此为由摆脱不当干扰。尤其是，希望保持自主性、独立性的法官希望在事实认定领域能够运用相应的规则来拒斥各种干扰。从这个角度讲，为法官认定事实提供指导的证明力规则无疑能够发挥防火墙的功用。

法官在事实认定过程中面临诸多风险、干扰，为规避风险，法官在作出判决前必须通过某种机制来增强其对于事实认定的内心确信度；为排除干扰，法官必须借助某种机制来使关说者相信相对自由的事实认定亦必须依凭一定的规则。尽管法官具有强烈的制度建构愿望，然而，法官能够发挥主观能动性的领域有限，如其在证据能力问题上不可能有所作为，^[39]其亦不可能构建某

[39] 事实认定者只有充分掌握信息并取得信息优势，才有可能减轻责任，降低风险，由此，其主观上不会主动排除对其事实认定有价值的任何信息。

种制度化的防范措施。法官只能选择风险最小的领域推进,在自己掌控的事实认定领域构建某种规则就成为法官的最佳选择。在这种情况下,不触动体制问题、成本低廉、低风险且获得广泛认同的证明力规则就成为法官增强内心确信的重要选项。

(二) 行政化的法院探求证明力规则

“人民法院行政化,法院院长行政首长化”已经成为当下司法体制的一个特色。在这样一种行政化的体制中,不仅法官个体希望借助证明力规则规避风险,摆脱干扰,行政化的法院亦希望构建证明力规则以规制法官事实认定过程的无序与滥权。

在当下的司法环境中,事实认定者拥有的缺乏规制的自由裁量权造成了权力滥用的可能。为了防止法官滥用权力、防范司法腐败的出现,法院采取了一系列措施来规制法官的行为。事实认定领域作为法官权力滥用可能性较高的领域自然成为规制的对象,并且法院惩戒中连带责任的存在^[40]亦使得行政化的法官希望通过证明力规则来规制个体法官的事实认定。由此,作为全国法院代言人的最高人民法院以及各高级法院不遗余力地创制证明力规则以防范法官在事实认定领域内可能的滥权。

同时,事实认定者拥有的缺乏规制的自由裁量权造成不同法官、不同地区在事实认定方面存在或大或小的差异。在法院看来,事实认定的不统一在一定程度上源于统一的证据采信标准的缺乏。而证明力规则的另外一个重要作用在于促进事实认定的统一,防止不同法官、不同法院在事实认定领域出现较大的偏差。由此,法院希望借助于证明力规则来规制不同法官、不同地区对于相同情况的事实认定进而促进事实认定的统一性。

由于上个世纪90年代以来的第二次司法改革推崇现代司法理念,强调司法权的现代化、职业化、中立性、独立性,“在客观上却反倒进一步强化了法官的裁量权,结果引起了来自不同方面的强烈反弹”,^[41]正是基于对于法官滥权的担忧以及统一事实认定的考量,中国司法改革的主政者、参与者从来没有忽视法官自由裁量权滥用可能带来的风险。由此,探求限制审判裁量权的客观化机制一直是与司法改革的推进相伴而生的,而证明力规则所具有的限制审判裁量权的功能使其成为法院改革过程中的重要选项。

(三) 司法裁判的接受者认同证明力规则

裁判的正当性应当主要来自于裁判的可接受性。因为当事人接受它,所以尊重它;因为社会认可它,所以它对社会公众具有普遍的指导意义。^[42] 既往的理论很少关注作为司法裁判接受者的诉讼人。^[43] 有学者提出司法制度的合成理论,认为在当代中国必须重构司法制度的理论,把诉讼人纳入考量,不再仅仅视诉讼人为司法制度的被动接受者,而是将之视为直接影响和塑造这一制度并创造制度绩效的行动者。^[44] 在当下中国的司法实践中,在稳定压倒一切,^[45] 在上访、缠诉成为一种诉讼现象,在作出死刑判决要以社会和人民群众感觉为依据的背景下,司法裁判的接受者(诉讼人与社会民众)早已被纳入考量的范围,社会民众对于司法的认知度、接受度成为规则

[40] 例如,根据最高人民法院发布的《地方各级人民法院及专门人民法院院长、副院长引咎辞职规定(试行)》,本院内发生“严重违法裁判案件,致使国家利益、公共利益和人民群众生命财产遭受重大损失或造成恶劣影响的”,院长、副院长应当主动提出辞职。

[41] 季卫东:《中国司法改革第三波与法社会学研究——限制审判裁量权的客观化机制的探求》,载《“二十一世纪‘法律与社会’运动在中国”国际研讨会论文集》,2009年9月12日—13日。

[42] 参见易延友:《证据法学的理论基础》,《法学研究》2004年第1期。

[43] 本文不再单独论述作为控方的检察机关与证明力规则,而是放在这一部分一并论述。在笔者看来,证明力规则的出台对作为控方的检察机关并无实质影响,并没有触动控方利益。相反,控方乐见其成。

[44] 参见苏力:《司法制度的合成理论》,《清华法学》2007年第1期。

[45] 参见陈柏峰:《社会热点评论中的教条主义与泛道德化》,《开放时代》2006年第2期。

制定以及司法裁决作出的重要考量依据。司法实践对于证明力规则的关注体现了这一点。

长期以来,我们奉行的是辩证唯物主义认识论,并以此为出发点构建诉讼认识论,事实认定过程被塑造为一个追求真理的过程。在这样一种意识形态的塑造下,裁判的可接受性的主要来源是实体的正确性而非程序的正当性。当司法裁判的接受者关注实体真实、追求客观真相时,其不会关心证据是否合法,而只会关心证据有无证明力(确实性问题)以及价值大小(充分性问题),根据现有证据应该作出何种判决。由于司法实践一直将司法裁决的接受者置于重要的位置,由此,无论作为个体的法官还是作为个体法官集合的法院都要在事实认定问题上对民众的诉求有所回应。当事人关注的证明力问题就成为裁判者回应当事人诉求,进而获得裁判正当性的一个突破口。基于此,裁判者对于证明力的规制就顺理成章,进而依据证明力规则作出的裁决就能被接受和被认可。或者说,正是由于民众对于证明力的关注、认可为司法实务部门规制证明力提供了正当性和合法性。

(四) 案卷笔录中心主义的裁判方式催生证明力规则

尽管我国没有像大陆法系国家那样将自由评价证据上升为一项具有重要地位的制定法原则,但从当下的实践可以看出,法官实际上拥有缺乏限制的自由裁量权。由此,约束法官的心证就成为摆在制度建构者面前的难题。规制事实认定者的心证一般有三种途径:证据规则、司法制度上的分权与制衡机制以及上诉法官的审查。由于后两种制度在当下中国存在显而易见的缺陷,使得通过建构以可采性为核心的证据规则约束法官心证成为一个最优选择。^[46]然而,当下侦查中心主义的诉讼构造、案卷笔录中心主义的裁判方式使得证据能力没有生存空间,进而只能退而求其次寻求通过证明力规则来规制事实认定。

现代证据法的发展历史表明,以证据能力为核心的证据规则的建构、实施,必须以审判中心主义的存在为前提。在当下的司法实践中,审判中心主义并未得到确立,相反,侦查中心主义仍然是中国刑事诉讼构造的最大特点。在这样一种诉讼构造中,侦查、起诉、审判阶段均使用侦查卷,起诉、审判阶段使用的证据卷基本上形成于侦查阶段。可以说,侦查证据卷是将侦、诉、审有机联系起来的关键。在各类卷宗中,对案件的实体处置发挥实质性作用的也正是证据卷。^[47]法庭审理过程中,宣读笔录、庭后移送案卷已经成为常态,庭审过程演化为对侦查案卷的确认过程,进而形成了案卷笔录中心主义的裁判方式。案卷笔录中心主义的裁判方式不仅造成刑事证据规则难以建立和实施,而且还导致一审法院开庭审理过程流于形式,诸多为规范法庭审判而建立的诉讼原则和程序规则形同虚设。^[48]案卷笔录中心主义的审判方式推定案卷笔录具有天然的可采性,导致现代意义上的以证据能力为核心的证据法缺乏存在空间。在这样一种背景下,力图通过构建以证据能力为核心的证据法来规制法官的自由心证就成为一种不现实的选择,然而,约束法官心证的需要又使得制度设计者不能无所作为。由此,从原始的约束法官心证的措施——法定证据制度中寻求灵感,建构证明力规则就成为制度设计者退而求其次的选择。

(五) 重视证明力的诉讼文化塑造证明力规则

上文更多地从司法实践需求的角度阐释了证明力规则产生的必要性与必然性。其实,作为诉讼文化产物的证明力规则的产生亦是文化塑造的结果。正如有学者指出“证据的证明力从来都是一个社会文化共同体的创造”。^[49]不仅如此,在当下证明力规则的产生过程中,司法实务部门对

[46] 参见易延友:《证据规则的法典化——〈美国联邦证据规则〉的制定及对我国证据立法的启示》,《政法论坛》2008年第6期。该文主张建构以可采性为核心的证据规则。

[47] 参见前引[26],左卫民文。

[48] 参见前引[27],陈瑞华书,第110页。

[49] 苏力:《法律与文学:以中国传统戏剧为材料》,生活·读书·新知三联书店2006年版,第131页。

于证明力规则的青睐不仅仅是证明力规则具有自身的价值使然,同时,重视证明力的传统文化赋予证明力规则以正统性,强化了司法实务部门选择、塑造证明力规则的决心。

在我国的传统诉讼文化中,尽管没有产生证明力这一现代证据法概念,但不容置疑的是传统的诉讼实践追求的是证据的证明力,强调“铁证如山”,而不论证据是如何取得的。正如滋贺秀三所指出的,“断罪原则上以口供为凭,仅仅例外地——承认不承认这个例外依时代而不同——才允许根据不是口供的证据来断罪。这就是中国人的思考样式。……贯穿整个帝制中国的历史,在法的一定制约下拷问经常是作为正规的制度而存在的——另一方面,连刑讯拷问也没有效果的时候,不知何时才有结论的长期未决拘留这种弊害的产生就成为不可避免。”^[50]在现代诉讼理念下,上述获取口供的方式因手段的违法而被禁止,但在传统的诉讼文化中刑讯逼供被视为理所当然,并被法定化、制度化,^[51]只要获取的证据具有证明力、能够证明案件事实即可。

这样一种诉讼文化绵延不绝,塑造了司法人员以及整个民众的思维方式,并对当下司法实践中的行为方式产生了深刻影响。当司法实务部门力求在规制法官心证方面有所突破时,其希望出台的制度能够获得民众认同,并且能够在传统中找到参照物。而传统诉讼文化对于证明力的认同、重视使得证明力规则的建构具有道德优势,甚至使得当下的证明力规则建构具有了接续传统的意味,从而获得了文化上的正统性。

(六) 证明力规则是以证明力为导向的证据法的必然产物

上文从诉讼角色角度阐述了其对于证明力规则的需求,从规则层面论述了证明力规则所具有的满足主体需要的特性,从中观的制度层面阐释了证明力规则产生的必然性,从宏观的文化层面分析了证明力规则在当下产生的文化背景。

在当下的司法实践中,诉讼各方需要一定的证据规则加以规制。然而,侦查中心主义的诉讼构造、笔录中心主义的裁判方式这样一种诉讼模式、诉讼架构使得庭审空虚化,使得法庭审理演变为对侦查卷宗的确认,使得证据能力根本没有存在的空间,进而现代意义上的证据法缺乏存在的空间,而是形成了以证明力为导向的证据法。这样一种诉讼环境、制度环境要求法官在不涉及证据能力或者有意规避证据能力的情况下对事实问题作出裁判。上述诸多因素的合力使得制度设计者只能选择从证明力规则角度寻求突破。而诉讼当事人以及社会民众对于证明力规则的认同、接纳赋予了证明力规则以正当性,同时,长期以来中国司法实践的传统则赋予了证明力规则以正统性。简而言之,在以证明力为导向的证据法中,证明力规则的产生是一种必然。这充分说明为什么在学术界对证明力规则持一种否定态度的情况下,司法实务部门依然在创造、实践证明力规则。

亦需要承认的是,诉讼各方应诉素质、行为模式和需求类型在发生着悄无声息的变迁,而这些因素的出现影响了诉讼各方的需求,影响了证明力正统的地位。司法实践亦调整策略应对这种变化,新类型的证明力规则如证明力减等规则的出现即是因应这种需求的产物。从长期来看,这些累积的变化将对证明力规则以及证据法产生广泛而深远的影响。

四、认真对待证明力规则

(一) 证明力规则的他山之石

作为一种证据评价模式,自由心证制度获得了各国的公认。在大陆法系国家,作为法定证据

[50] [日] 滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平编,法律出版社1998年版,第10页,第11页。

[51] 参见姜小川:《中国古代刑讯制度及其评析》,《证据科学》2009年第5期。

制度的对立面，自由心证在法律层面获得了正统地位。“在英美法律制度中，证明应该完全自由的观点只能是毫无希望的乌托邦式空想，顶多也只能存在于证据法的教材之中。但是有一种观点是可行的，即道德和政治上的理想倾向于证明的自由，因此，在实践中每个与该理想相背离的做法都必须有自己的正当理由。”〔52〕按照科恩的观点，以自由心证取向作为基本的道德政治假定，任何偏离该理念的制度必须给出自己的正当化理由。

在当下自由心证、证据自由评价无论在大陆法系还是英美法系国家都占据正统地位，〔53〕在我们这样一个“以比较研究为法学研究的重要方法，以移植西方法律制度为立法的重要渊源”〔54〕的国家，尤其在我国证据立法运动风起云涌的时期，〔55〕运用自由心证的公理来批判证明力规则就占据了道德的高地。由此，证明力规则在学者的围攻中自然就陷入了正当性危机。

我国司法实践中的证明力规则是制度设计者理性选择的结果，是以证明力为导向的证据法的必然产物。由此，证明力规则的制度设计就具有了存在的合理性。这就为偏离自由心证理念的证明力规则给出了正当化理由。然而，在奉英美证据法理念为圭臬的学者眼中，仅仅从当下的司法实践阐释证明力规则产生的必然性难以从根本上具有说服力，相反，这样一种论证似乎有存在即合理的嫌疑，似乎是以地方性的经验来质疑公理性的认识。尤其，对于一个变革中的证据制度，证明力规则似乎更是落后、守旧的代称。由此，下文试图借助批判证明力规则的学者所依凭的英美证据法理念、实践为证明力规则正名，并对持上述观点的学者有所回应。

首先，证明力规则与证据法并非水火不容。当下，学界对于证明力规则的排斥更多地源于对法定证据制度的厌恶，更多的是一种意识形态的解读。然而，正如达玛斯卡所言：“自由心证并非一种内在的价值，之所以禁止法律对证据评价活动作出预先规定，其认识论方面的理由仅仅在于，对于这一领域还没有能力设计出更好的规则”。〔56〕从这样一个判断可以看出，在人的认识能力可及的范围内对证据评价作出预先规定并无不当，只是制度设计者需要考量是否有能力制定证明力规则。

其次，英美证据法学者反对证明力规则的理论依据已经发生动摇。在英美证据法学者反对证明力规则的理由中，威格摩尔将摩尔斥为“道德背叛”的观点可谓一锤定音，占据主导地位并影响深远：“如果有一样东西是普通法法官制度和陪审团制度所代表的，那就是证据规则，由法官来决定和适用并且仅仅适用于法官的，仅仅是可采性规则；任何法律规则都不能对陪审团审查判断证明力或可信性予以限制。”〔57〕

然而，在当下，以证明力规则侵犯陪审团权力而对其予以整体排斥已经不合时宜。毕竟陪审团审判在司法实践中的作用已经江河日下。〔58〕当陪审团仅仅只占民事和刑事审判事实认定的一小部分时，以此作为反对证明力规则的理由所具有的说服力已经严重削弱。

〔52〕 [英] 乔纳森·科恩：《证明的自由》，何家弘译，《外国法译评》1997年第3期。

〔53〕 关于自由心证在两大法系中的地位，参见吴宏耀：《诉讼认识论》，北京大学出版社2008年版，第107页以下。

〔54〕 傅郁林：《分界·分流·分层·分类——我国民事诉讼制度转型的基本思路》，《江苏行政学院学报》2007年第1期。

〔55〕 从已经出版的证据法专家建议稿或刑事诉讼法专家建议稿中不难看出，移植西方尤其是英美证据法是其中重要的组成部分。

〔56〕 [美] 米尔吉安·R·达玛斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀等译，中国人民公安大学出版社2006年版，第229页。

〔57〕 John H. Wigmore, *Book Review of C. Moore*, in William Twining and Alex Stein (eds.), *Evidence and Proof*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1992.

〔58〕 英国在1932年取消了民事诉讼中的陪审团审判，是否取消刑事诉讼中的陪审团审判一直争论不休。在美国，陪审团审判的数量已经大幅减少，2002年由陪审团审判的案件占全部案件的比例下降到3.4%。参见易延友：《陪审团在衰退吗》，《现代法学》2004年第3期。

再次, 当下美国的证据法实践中存在大量证明力规则。美国的初审法院以及上诉法院创造了诸多证明力规则, 诸如: 从本质上难以置信的证言通常是不可信的; 证人关于自己行为的记忆优于其他人的记忆; 关于死者反对利益的陈述的证言通常不可靠; 船员为其船长开脱无罪的证言具有很小的证明力; 陪审团必须赋予不矛盾的、中立的证人证言以证明力; 当证人证言与其自身行为相矛盾时, 陪审团应当忽视其证明力; 等等。此外, 行政机关非常普遍地依赖于证明力规则并创造了大量证明力规则。如主治医师的证言的证明力通常高于其他医师, 家庭医师所作记录的证明力高于其后作出的口头证言等等。^[59] 即便对法定证据制度持强烈排斥态度的大陆法系国家, 其证据法实践中也存在诸多证明力规则。^[60]

此外, 事实认定的科学化对自由心证形成了巨大冲击。在事实认定的科学化日益广泛、法庭越来越依赖于技术专家的背景下, 自由心证面临重大变革。正如达玛斯卡指出的: “自由心证原则是现代大陆法系证据法的基石之一, 在不远的将来需要对它作出重新的思考和定义。对此不要有什么误解。科学将持续地改变生活, 事实认定的伟大变革摆在了所有司法制度面前, 这些变革最终可能与中世纪末期出现的改革一样重要。”^[61] 尽管当下事实调查方法的科学化对自由心证总体影响不大, 但“我们应当承认, 将来的情况可能会有所变化: 随着科技的迅猛发展, 更为可靠的仪器和方案很可能就会开发出来; 而这些手段的应用, 将会给事实裁判者的自由心证施加更大程度的干涉提供正当性。”^[62] 尽管无法预见将来的具体变化, 但不可否认的是, 事实认定的科学化已经并将继续对自由心证产生影响, 这一趋势同时意味着证据的证明力问题在一定程度上演化为科学问题从而限缩了法官在证明力问题上的自由裁量权。

同时, 反思、检讨证明力规则的声音不断出现。跨学科的研究方法逐渐成熟, 证据科学日益发展, 证据科学代表人物对于证明力问题的关注凸显了其在当下的重要性。^[63] 将证明力推至极致、被严厉批判并早已被证据法学者遗忘的摩尔被重新关注。^[64] 尤其需要一提的是, 新近有美国学者在系统梳理证明力规则的基础上作出反思, 认为不应当排斥证明力规则, 相反, 证明力规则有助于事实认定的准确、公正和效率, 其应当是证据法改革的一个方向。^[65] 英美学者对于证明力规则的反思对于我们无疑具有启示意义。

通过上文, 无论从理论探讨, 还是法律实践, 无论从当下, 还是未来发展趋势, 抑或他们自身的反思, 我们可以得出这样一个结论: 以美国的证据法学理论以及证据法实践来批判我国当下的实践已经无法自圆其说。

(二) 证明力规则的中国出路

笔者对证明力规则持一种同情的理解的态度, 认为在当下的司法实践中, 其与整个诉讼结构、法官心理、民众认同以及整个诉讼文化是相通的, 甚至认为证明力规则在当下是一种必然的产物, 并且证明力规则具有的潜在价值使得我们不得不予以认真对待。证明力规则不但具有规制

[59] 参见前引 [2], Barzun 文, 第 1975 页。

[60] 如法国民法典第 1341 条规定了书证证明力优先规则: 要求对超过法令确定之数额或价值的物件, 必须制作证书。在证书做成之后, 其具有高于其他证据的证明力。法国民事诉讼奉行书证优先的原则, 本条以及其后条款的规定充分体现了这一点。参见《法国民法典》, 罗结珍译, 中国法制出版社 1999 年版, 第 322 页以下。

[61] [美] 达玛斯卡:《漂移的证据法》, 李学军等译, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 210 页。

[62] 前引 [56], 达玛斯卡书, 第 228 页。

[63] 参见前引 [3], Anderson 等书, 第 8 章, 第 9 章。该书用两章的篇幅探讨证明力问题。

[64] 特文宁在其经典的《证据法学研究的理性主义传统》中将主张建构证明力规则的摩尔作为英美证据法中重要的代表人物予以介绍, 并称“摩尔很快就被人遗忘是非常令人遗憾的”。See William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd ed. Cambridge University Press, 2006, pp. 70-71.

[65] 前引 [2], Barzun 文。

法官心证的作用，也有助于准确、公正、高效地认定事实；〔66〕同时还发挥着行为指引以及政策导向的功能。比如，法律规定书证具有较高的证明力，公众就会因此采取要式法律行为并注重书证的保存；再如，补强规则在一定程度上改变了口供至上的传统思维。

尽管笔者对证明力规则持一种同情的理解的态度，但这并不意味着追求一种绝对的客观主义机制，需要指出的是，证明力规则是作为自由心证的例外出现的，自由心证的正统地位是毋庸置疑的，在当下的中国亦是如此。〔67〕并且从长远来看，我国应当建构现代意义上的证据法，应当从以证明力为导向的证据法转变为以证据能力为核心的证据法，应当构建完备的自由心证、证据自由评价机制。必须指出，探究证明力规则只是“在承认审判过程存在主观性的前提条件下，致力于为正当判决奠定客观性基础”〔68〕的努力之一。对证明力规则应当具有开阔的视野、前瞻的思维，而非无原则的妥协。基于此，笔者主张对证明力规则采取实用主义的策略，一种分而治之的务实策略。〔69〕

口供补强规则、孤证不能定案是司法实践经验的总结，并且长期的司法实践证明上述规则是符合司法规律的。对于这类证明力规则，应当予以保留。而对于司法实践中大量存在的证明力比较规则，应当予以清理，对于其中符合司法证明原理以及司法实践经验的相对证明力规则予以保留，对于不符合司法实践经验的相对证明力规则应当予以废止。绝对的证明力规则是对于自由心证理念的严重悖反，排除了形式上的自由裁量权，严重冲击了自由心证原则，将一般现象绝对化，用立法的方式来替代司法，应当予以废止。

侦查案卷笔录证明力优先规则推定笔录具有优势证明力，使得法庭审判成为侦查的确认程序，造成审判空心化，法庭审理名存实亡，应当予以废止。中国式的补强规则过于强调口供的作用，有口供至上的嫌疑，并且与现行法律明显相悖，对于这样一种证明力规则应当予以废止。

证明力推定规则的出现冲击了“疑罪从有、从重”的传统，贯彻了无罪推定原则的精神，符合现代诉讼理念，符合保障人权的宪法精神，应当予以保留。需要特别讨论的是证明力减等规则。按照现代证据法的理念，我们应当强化证据能力理念，建构一系列的排除规则。但在这一过程中，我们亦需要注意司法实践的现状以及现实需要，否则，就会重蹈司法解释中规定的非法证据排除规则成为具文的覆辙。由此，通过迂回的方式处理证据能力问题的证明力规则在当下具有现实的合理性。

五、结语：理解中国证据法发展的脉动

司法实践呼唤、创造、实践证明力规则绝非偶然，更非法定证据制度的死灰在当下司法实践中的复燃，而是多种因素综合作用的结果，是以证明力为导向的证据法的必然产物。当下的证据法学理论与证据法实践在证明力问题上相去甚远，形成对极性的两种态度。

〔66〕 前引〔2〕，Barzun文。

〔67〕 《民事证据规定》第64条规定：“审判人员应依照法定程序，全面客观地审核证据，依照法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力的大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果”。地方性证据规定亦充分认同自由心证。如作为地方性证据立法运动代表的江苏省高级人民法院在《〈关于刑事案件证据若干问题的意见〉的理解与适用》中解释“判断证明力大小的指导规则”时特别指出“该条规定属于指导性规则，旨在为法官判断不同类别的证据价值提供方向性的指导和参考，……对案件证据证明力大小的把握，归根到底仍然属于法官自由心证的范畴。”据此可以说明，自由心证在我国当下的司法实践中已经确立其合法、正统的地位。

〔68〕 前引〔41〕，季卫东文。

〔69〕 由于司法实践中存在诸多证明力规则，笔者难以全面罗列，因此只能选取有代表性的证明力规则予以说明。

之所以证据法学研究与证据法实践产生悖反,并不仅仅是理论与实践之间固有的距离,更多的是,当下的证据法学研究缺乏对既有制度的尊重意识,相反对既有制度怀有一种藐视之情。在以往的证据法学研究中,关注的往往是西方的理论,关注的是域外相关制度的发展、演进,更多的是在描绘西方法治的“理想图景”,而忽视了当下中国的问题,动辄以西方特别是美国的证据法学观点来看待当下中国的司法实践,而对当下中国的证据法实践漠不关心。在当下的证据法学研究中,这样一种现象可谓司空见惯。这样一种心态、研究路径,导致很多立法建议稿、专家建议稿亦是如此。^[70]

黄宗智在考察过去和现在的中国民事法律实践的基础上提出“近百年来中国虽然在法律理论和条文层面上缺失主体意识,但在法律实践层面上,却一直显示了相当程度的主体性。”^[71]在笔者看来,这一判断对于当下中国的法律实践具有相当程度的针对性。通过对于证明力规则的考察,可以看出,尽管我们在证据法学理论、诉讼法理论上发生转向,对西方证据法特别是英美证据法情有独钟,主张构建以可采性为核心的证据法,建构非法证据排除规则,但司法实践中长期延续的证据法传统却保持了一种韧性,依然是以证明力为导向的证据法,证明力规则大行其道,其没有因为学术界的讨伐而迷失方向、迷失自我。尽管证明力规则在理论层面遭到学者的完全否定,但其在实践中显示出顽强的生命力,并在司法实践中发挥着切实、广泛的作用,并因应司法实践的变迁而与时俱进(如证明力减等规则),从而展现了灵活的适应性与创新性。可以说,证明力规则在法律条文以及法律实践层面保持了相当程度的主体性。

在证明力问题上,在理论层面上证据法学研究缺失主体意识,但在法律条文层面上却一直显示了相当程度的主体性,在证据法实践层面更是显示了主体性。当然,对于主体性的强调并不等于认同证据法实践中的具体做法,证据法实践中显示的主体意识只是告诉我们,在证据法的研习中,我们绝不能忽视诸如证明力规则那样的难以把握的历史潜流,相反,它们是决定中国证据法形态的一种动力。唯有洞悉实践,把握潜流,才能真正理解中国证据法发展的脉动。

Abstract: Unlike the modern evidence law taking competency of evidence as its core, the traditional Chinese evidence study does not focus on the competency of evidence. Rather, it puts emphasis on weight of evidence. In legal practice, judges call for and create the rules of weight, and put them into practice. Thus forms the image of the rules of weight in China. Judges hope to construct detailed rules of weight to solve the problems of proof and improve the accuracy and efficiency of judgment. The judicial authorities have a common view on the rules of weight and have enacted many new types of rules to alter the main format of the rules of weight. Particularly, there are also hidden rules, such as the rule of negative weight, the rule of degrading weight, the rule of corroborative weight, the rule of prior weight and the rule of presumptive weight, etc.

Why do rules of weight remain vigorous in spite of strong criticism from scholars? The main reasons are as follows. The individual fact—finders long for rules to be relied on to avoid risks

[70] 翻阅当下的一些诉讼法或者证据立法建议稿,我们发现其中大量条文是对于域外法律的移植借鉴。我们很难见到对司法实践经验或者改革成功经验的总结。正如冯象所言,“立法‘完美’不算学术,得归功于‘翻译抄袭’”。冯象:《木腿正义》,北京大学出版社2007年版,第132页。

[71] [美]黄宗智:《过去和现在——中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第258页。黄宗智这一观点是在细致考察清代以来尤其当下民事司法实践的基础上得出的。尽管其关于司法实践的具体观点受到学者的质疑(如滋贺秀三、寺田浩明),但文中引述的结论性观点仍然具有很强的解释力和说服力。

and get rid of improper interference. The courts take efforts to restrict trial discretion in fact finding and make it objective. And the traditional litigation culture which emphasizes weight of evidence shapes the rules of weight, which can be widely accepted by the parties. At the same time, the trial model centralized on the files and notes also yields the rules of weight. In brief, rule of weight is a necessary product of the current evidence law. Based on that, we should have a wide view and forward-looking perspective on this issue, rather than unprincipled compromise or criticism. We should take the strategy of pragmatism to find a way out.

On the issue of weight of evidence, the academics lack subjective conscientiousness, while the legislation has embodied certain amount of subjectivity, especially in the field of legal practice. The emphasis on subjectivity is not equal to acceptance of the legal practice. The subjectivity in practice reminds us that we should not ignore the rules of weight as they are hard to control like undercurrent. By contrast, they are the power to decide the model of Chinese evidence law. Only through the insight on practice and control over undercurrent, can we truly understand the movement of Chinese evidence law.

Key Words: evidence law, rule of weight, competency of evidence
