

证据的采纳和采信

——从两个“证据规定”的语言问题说起

何家弘^{*}

内容提要：司法人员审查认定证据应该分为两个阶段，即证据的采纳和证据的采信。司法人员审查认定证据的内容应该包括“四性”，即合法性、关联性、真实性、充分性。采纳证据应该遵循带有一定刚性的规则；采信证据则应该依据带有一定弹性的标准。科学证据的采纳和采信具有一定的特殊性。

关键词：证据 采纳 采信

证据的采纳和采信貌似一个语言习惯问题，其实是一个颇为重要的理论问题，也是一个无可回避的实务问题。当采纳摆脱了采信的荫庇，证据法学便萌发出蓬勃的生机，司法证明也变得更加有序。司法人员终归是要审查认定证据的，而这种审查认定包含了两层含义：其一是审查证据能力，确认其是否可以进入诉讼的“大门”；其二是审查证明效力，确认其是否可以作为定案的根据。前者可以称为证据的采纳，后者可以称为证据的采信。厘清二者之间的关系以及与“证据四性”的关系，绝非易事，但是很有意义。

一、两个“证据规定”中的语言瑕疵和物证的关联性

2010年6月13日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合颁布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（以下简称《办理死刑案件证据规定》）和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《非法证据排除规定》），并于2010年7月1日起施行。毫无疑问，这两个证据规定的出台本身就标志着中国证据法律制度的进步，而且其规定中也确有一些进步的表现，譬如明确了证据裁判原则和程序法定原则，明确了非法证据排除的证明责任和标准等。但是，这两个规定的内容中也确有不尽人意之处和尚显粗糙之处，而语言表述不够准确严谨即是其中的问题之一。

^{*} 中国人民大学法学院教授。

本文是2010年度国家社科基金项目“刑事诉讼中科学证据的审查规则与采信标准研究”（项目批准号：10BFX048）的阶段性成果。

《办理死刑案件证据规定》第6条规定了“对物证、书证应当着重审查”的内容。其中第(四)项所规定的审查内容是“物证、书证与案件事实有无关联”，具体表述如下：“对现场遗留与犯罪有关的具备检验鉴定条件的血迹、指纹、毛发、体液等生物物证、痕迹、物品，是否通过DNA鉴定、指纹鉴定等鉴定方式与被告人或者被害人的相应生物检材、生物特征、物品等作同一认定。”这项规定的内容是很有意义的，基本观点也是正确的，但是作为本应明确严谨的法律语言，这项不足百字的规定中就存在多处瑕疵，而且这些语言瑕疵背后隐含了对相关问题的认识误区。

第一，该项规定把需要审查关联性的物证、书证限定在“现场遗留”的范围内，这是不合适的。第6条规定的对象是刑事诉讼中使用的所有物证、书证，因此不能把发现物证、书证的场所仅限于“现场”。实际上，刑事诉讼中使用的许多物证和书证都不是来自于现场，而是其他相关场所，其中较为多见的是犯罪嫌疑人的住所。例如，1989年4月5日在黑龙江省伊春市友谊林场发生的关传生被杀案中，侦查人员在嫌疑人石东玉家中提取到一件带血的军衣和一把单刃水果刀作为该案的物证，而石东玉家并非该案的现场。值得注意的是，在犯罪嫌疑人家中提取的物证或书证是否与案件事实确有关联，往往是物证、书证之关联性审查的要点，而且司法人员在这个问题上的疏漏很可能会成为刑事错案的根源。在石东玉涉嫌杀人案中，当年办案的法医检验后确认，衣服上有O型血和A型血，而死者关传生的血型为A型，遂认定石东玉的衣服上有被害人的血，该血衣与该案事实具有关联性。后来，法院认定石东玉犯有故意杀人罪，判处死刑缓期两年执行。1994年，当地的政法机关对该案进行复查时，通过请专家重新进行鉴定，发现当年的被害人血型鉴定结论有误，被害人的血型是AB型，该血衣上没有被害人的血。由此认定当年判处石东玉有罪为错判，而导致错判的原因之一就是办案人员把从嫌疑人家中提取的本来与该案事实没有关联性的血衣和水果刀错误地认定为杀人物证。^{〔1〕}另外，在此处使用“遗留”一词也不够严谨，因为在有关场所发现的物品不一定是“遗留”的，有些就是属于该场所的。因此，这段表述应改为“对现场或其他相关场所发现的”。

第二，该项规定把需要审查关联性的物证、书证界定为“与犯罪有关的”，这也是不严谨的，有自相矛盾之嫌。我们说一个痕迹或物品与犯罪有关，那就是肯定了它与案件事实具有关联性。这也是审查物证、书证与案件事实之关联性的主要内容。那么，对于已经明确与案件事实具有关联性的物证、书证，还要求审查其与案件事实有无关联，显然不符合语言表述的逻辑要求。另外，这种表述也会迎合一些办案人员的思维习惯，以为在犯罪现场发现的东西都是与犯罪有关的，都是能够证明犯罪事实的证据。这种思维习惯容易使办案人员先入为主，步入司法证明的误区。例如，在北京市某郊区县曾经发生一起入室盗窃案。侦查人员在现场的暖水瓶上提取到一枚指纹印，经比对，不是该家人及亲友的手印，遂认定为作案人所留。通过其他线索发现嫌疑人后，侦查人员提取了嫌疑人的指纹样本，但是与该现场手印有本质性差异，侦查工作陷入僵局。后来有侦查员提出，这是个新暖水瓶，那枚指纹印是否售货员所留。经过比对，果然如此，侦查工作才打破僵局。由此可见，对于在犯罪现场发现的痕迹物品，也必须认真分析其是否与犯罪确有关联性。笔者建议把这一表述改为“可能与犯罪有关的”，这既符合语言逻辑，也符合客观审查的要求。

第三，该项规定把物证、书证的鉴定一律归结为同一认定的表述也不够全面。对物证、书证进行鉴定所解决的问题既包括同一认定，也包括种属认定，而且后者对于审查物证、书证与案件事实的关联性和认定案件事实也具有重要意义。在司法证明中需要进行种属认定的情况主要有两种：一种是要求认定与案件有关的某个客体所属的种类。例如，要求鉴定某现场发现的金属粉末的物质成分，要求鉴别某案件中发现的一根羽毛是何种鸟的羽毛，要求辨识某无名尸体的衣物的

〔1〕 参见何家弘：《血之罪》的“后记”，中国人民大学出版社2010年版，第360页以下。

产地等。另一种是要求认定先后出现的两个或多个客体是否种类相同。例如,要求鉴定某杀人现场提取的血迹与嫌疑人的血液是否类型相同,要求认定某罪证文书所用的纸张与嫌疑人家里发现的纸张是否种类相同,要求认定现场足迹中的泥土是否与嫌疑人生活地区的泥土相同等。就同类客体而言,种属认定的结论当然不如同一认定结论的证明价值高,但其价值也不应被忽视,因为在有些情况下它是不可替代的。另外,否定种属相同的鉴定结论是否定物证、书证的关联性乃至排除嫌疑人的重要根据。从这一点来说,种属认定结论的证明价值并不低于同一认定结论的证明价值。在前述石东玉涉嫌杀人案中,假如当年的法医正确地把被害人的血型鉴定为AB型,而在石东玉衣服上发现的血迹只有A型血和O型血,那么这个否定种属相同的鉴定结论就可以肯定在嫌疑人石东玉家中发现的血衣与该杀人事实没有关联性。由此可见,在审查物证、书证的关联性时不应忽略种属认定。

第四,该项规定中存在概念混乱的情况。首先,该项规定中有“对现场遗留的指纹”的说法,但是,“指纹”是指人手指上的乳突线花纹,指纹是不可能留在现场的,现场遗留的只能是指纹印或手印。人们在口语中把指纹印称为指纹似乎无可厚非,但是作为法律文件,用语应该准确。另外,由于现场遗留的此类痕迹既包括指纹印也包括掌纹印,所以统称为“手印”更为合适。其次,该项规定把“生物物证、痕迹、物品”并列起来表述也不严谨。按照逻辑规则,并列概念应该是同一层级的具有不相容关系的概念。但是,生物物证、痕迹、物品是三个具有交叉关系的概念,例如,血迹既是生物物证,也是痕迹;毛发既是生物物证,也是物品。再次,该项规定把“生物检材、生物特征、物品等”并列为同一认定的对象,不仅再次犯了并列概念混乱的错误,而且违反了同一认定的基本原理。例如,人的DNA特征和指纹特征都可以称为“生物特征”,这些特征可以作为同一认定的依据,但不是同一认定的对象。换言之,我们可以通过指纹特征对人的手指进行同一认定,但不能对指纹特征进行同一认定。对“生物检材”进行同一认定的说法也不严谨。例如,在犯罪现场提取的血迹是生物检材,在嫌疑人身上提取的血液样本也是生物检材,我们可以通过检验血液的DNA特征认定这两份检材来自同一个人,即对人进行同一认定,但是这两份检材是不可能同一的。顺便说,我们一般把犯罪现场发现的血迹等称为“物证检材”,把从嫌疑人或被害人身上提取的血液等称为“样本检材”,后者的基本功能是作为比对样本,因此该项规定中“与被告人或者被害人的相应生物检材做同一认定”的说法也不够准确。

综上所述,笔者建议把这项规定的文字修改为:“对在现场或者其他相关场所发现的可能与犯罪有关而且具备检验鉴定条件的血迹、手印、毛发、体液等痕迹物品,是否通过DNA鉴定、指纹鉴定等鉴定方式与被告人或者被害人的相应的样本检材进行了比对并得出了同一认定或种属认定的结论。”也许有人认为,笔者这是吹毛求疵,大家都能够理解原来那段话的大概含义,就是要重视对物证、书证与案件事实的关联性的审查,不必如此精细地进行语言文字的推敲。但是笔者以为,法律语言应该是准确严谨的,而且这些表述还涉及到对物证、书证关联性的理解。顺便说,虽然第6条第(四)项的规定名为对“物证、书证与案件事实有无关联”的审查,但具体内容主要讲的就是物证,并不包括书证。因此,笔者在下面就物证的关联性问题再谈一些个人观点。

物证是指以其内部属性、外部形态、空间方位等客观存在的特征证明案件事实的物品和痕迹。内部属性指的是物证的物理性质、化学成分及其结构、化学性质、功能等特征;外部特征指物证的大小、形状、颜色、光泽、图纹等特征;空间方位则是指物证所处的位置、环境、状态,以及与其他物体的相互关系等特征。物证具有如下特点:(1)物证具有较强的客观性和稳定性;(2)物证具有不可替代性;(3)物证在诉讼中一般表现为间接证据;(4)物证多需要借助科技手段才能解读其证明价值。

物证对案件事实的证明作用往往表现为“双联性”。案件事实是由“七何”即何事、何时、

何地、何物、何人、如何、为何等基本要素构成的。在这七个要素中，最主要的是何事与何人。就刑事诉讼而言，司法证明的目的就是要通过各种证据证明何人是否干了何事，例如，张三是否实施了指控的杀人行为，李四是否实施了指控的盗窃行为。有些物证可以根据单向的联系证明何时、何地、如何、为何等案件事实要素，但是要完成从何事到何人的证明或者从何人到何事的证明，物证则必须具有双向的联系，即一方面联系何事，一方面联系何人。从这个意义上讲，物证是连接两个基本事实要素的桥梁。

1994年发生在美国洛杉矶的著名橄榄球明星辛普森涉嫌杀妻案中，侦查人员在犯罪现场发现了一些滴落血痕。根据其新鲜程度和滴落的位置，而且经DNA鉴定确认不是两名被害人的血，侦查人员推断其是杀人凶手所留，从而确认了该血痕与杀人事实的联系。但是，如果该血痕只有这一个方面的联系，则无法完成其证明功能。后来，警方通过DNA鉴定确认这些滴落血痕是辛普森所留，于是又确认了该血痕与被告人的联系，从而实现其证明功能。尽管这是个间接证据，尚不能直接证明辛普森就是实施杀人行为的人，但是可以证明辛普森在案件发生的时段到过现场。这对于证明辛普森是杀人凶手也是很有价值的。在该案中，侦查人员还在辛普森的家中提取到一只带有血迹的袜子。根据其形态特征和空间位置特征，侦查人员认定那是辛普森的袜子，从而确立了该物证与被告人的联系。但是，如果仅有这一个方面的联系，该物证也无法实现其证明价值。后来，警方通过DNA鉴定，认定该袜子上的血迹是被害人妮科尔的血，又确立了该物证与杀人事件的联系，从而可以证明辛普森与该杀人案件有关联，尽管这也是一个间接证据。在这两个证明中，物证都是一方面连接何事，一方面连接何人，只不过现场滴落血痕是从何事连接到何人，而血袜子是从何人连接到何事。在司法实践中，如果办案人员忽略了其中的一个环节，就会使物证的证明链条出现断缺并导致证明结果的错误。^{〔2〕}

司法人员在审查物证的关联性时，特别要注意物证的发现、提取和保管，以保证检验鉴定的物证确实是在犯罪现场或者与案件有关的场所提取的，而且其基本上保持了发现提取时的状态和特征。在辛普森涉嫌杀妻案中，警方技术人员在现场提取该滴落血痕检材时没有按照要求使用专门包装新鲜血痕检材的塑料包装袋，而是使用了包装干血痕检材的纸袋。由于这种包装方法容易造成血痕检材的污染而影响DNA鉴定结果的准确性，所以在审判中受到了辩方专家的有效质疑。另外，侦查人员从辛普森家提取的袜子上面的血痕也受到了辩护方的有效质疑。由于袜子两面都有血痕且形状完全一样，而且袜子上的血痕中含有一般在实验室保管血液样本时才会加入的防止血液凝固的化学药剂成分，所以人们有理由相信这个血袜子证据是伪造的，即有人把洛杉矶警察局实验室保管的被害人妮科尔的血液样本拿出来倒在了从辛普森家提取的本来没有血痕的袜子上。物证检材本身就有问题，依此做出的鉴定结论自然也有问题，正如辛普森的辩护律师所言“进去的是垃圾，出来的还是垃圾”。由此可见，审查物证保全环节对于确认物证与案件事实的关联性是非常重要的。

依笔者的理解，《办理死刑案件证据规定》第6条第（四）项的规定本意就是要强调对物证关联性的审查。对于与犯罪现场有联系的物证，还要审查其是否与被告人确有联系；对于与被告人有联系的物证，也要审查其是否与犯罪事件确有联系。前者一般可以通过DNA鉴定或指纹鉴定来确认该物证与被告人的联系；后者一般可以通过DNA鉴定或指纹鉴定来确认该物证与被告人的联系。由于该项规定的语言存在瑕疵，所以才会产生认识的误差。不过，这里还有一个被人忽略却非常重要的问题：物证的关联性属于证据的采纳问题还是采信问题？《办理死刑案件证据规定》第6条所属部分的标题是“证据的分类审查和认定”，主要讲了各类证据需要着重审查的内

〔2〕 参见何家弘：《从观察到思考——外国要案评析》第35节“辛普森案与科学证据”，中国法制出版社2008年版，第225页以下。

容,并没有说明哪些审查是服务于采纳的,哪些审查是服务于采信的。究其原因,两个“证据规定”本身就没有明确区分证据的采纳和证据的采信,而且在相关的语言表述上也是相当混乱的。

二、两个“证据规定”中的语言混乱与证据的审查认定

《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》的主要内容是证据的审查和认定。所谓证据的审查,是指有关人员在诉讼过程中对证据进行的考查、检查、分析、研究的活动;所谓证据的认定,是指有关人员对证据的能力和效力进行判断、评断、认可、确认的活动。证据的审查与证据的认定是一对既有联系又有区别的概念。一方面,审查证据不等于认定证据;另一方面,认定证据离不开审查证据。简言之,审查证据是认定证据的前提和基础,认定证据是审查证据的目的和归宿。

两个“证据规定”是由最高人民法院起草的,因此其内容似乎主要是为法官制定的。例如,笔者上文剖析的《办理死刑案件证据规定》第6条第(四)项的规定就明显带有法官审查认定证据的色彩。然而,在刑事诉讼过程中,凡是使用证据的人,都要对证据进行审查,侦查人员对于自己收集或他人提供的证据要进行审查;律师对于自己收集或他人提供的证据也要进行审查;审查批捕或起诉的检察人员对于侦查人员提供的证据还要进行审查;审判人员对于诉讼双方提供的证据当然也要进行审查。换言之,侦查人员、检察人员和律师都是审查证据的主体,尽管他们审查证据的角度和方式可能有所不同。那么,他们是认定证据的主体吗?从广义上讲,凡是审查证据的人就都要对证据进行认定,因而也都可以称为认定证据的主体。例如,侦查人员在决定侦查终结时要对证据进行认定;检察人员决定提起公诉时也要对证据进行认定。但是从狭义上说,认定证据是法官行使审判权的一种职能活动,是具有特定法律效力的司法行为,因此,只有法官才是认定证据的主体。换言之,审查认定证据的活动贯穿于刑事诉讼过程之中,但是法官对证据的审查认定是判决的基础,具有终局性。

办案人员审查认定证据的内容主要包括两个方面:其一是审查证据能力,确认其是否具有证据资格,是否可以进入诉讼的“大门”;其二是审查证明效力,即审查获准进入诉讼程序的证据是否真实可靠或者其证明是否有效,是否具有充分证明案件事实的证明力,是否足以作为认定案件事实的根据。目前在我国的证据法学界和司法实务界,概念抑或语词的使用是相当混乱的,与上述两个概念相关的语词还包括证据资格、证据效力、证据分量、证据力、证明力、证明价值等,因此笔者有必要做一些界定和说明。

所谓证据能力,指的是某个东西或材料能否满足诉讼等法律活动对证据的基本要求,是否具备成为证据的能力,是否具备担任证据的资格,因此又称为证据资格。所谓证明效力,指的是证据对案件中待证事实的证明效果和力量,换言之,证据对待证事实的证明是否有效,证据是否能够达到法定标准地证明待证事实,亦称为证明价值或证明力。证据能力一般以证据种类为考察对象,例如,测谎结论是否具备证据能力,儿童的陈述是否具备证据能力;但是也可以个体为考察对象,例如,这个鉴定结论是否具备证据能力,这个证人证言是否具备证据能力。证明效力则主要是针对个体而言的,例如,这个证人证言有多大的证明力,这个鉴定结论能在多大程度上证明案件事实;但是也可以针对一组证据乃至全案证据而言,例如,这一组证据能否确实充分地证明该待证事实;案件中的全部证据能否达到法定标准地证明整个案件事实。证据能力与证明效力是一对既有联系又有区别的概念。

证据能力是证据法律制度中的一个基本问题。诚然,在不同的历史时期,在不同的国家,关于证据能力的规定并不完全相同。例如,在古代社会中,刑讯获得的被告人口供一般都具有证据

能力；但是在现代法治国家中，这类口供一般都不具有证据能力。同为现代社会，有些国家关于证据能力的规定比较宽松，有些国家的规定则比较严格。另外，不同国家的证据法学者研究和阐述这一问题的角度也不尽相同。大陆法系国家的学者习惯使用证据能力（competency of evidence）的概念；而英美法系国家的学者则往往从证据“可采性”（admissibility of evidence）的角度来研究这个问题。其实，一个东西具备了证据的“可采性”，就等于说这个东西具备了成为证据的能力或者说证据资格。

侦查人员、公诉人员、审判人员在审查认定证据的时候，都要考虑这两个方面的问题，但是略有不同。侦查人员在决定侦查终结的时候，公诉人员在决定提起公诉的时候，一般都不需要把这两个问题区分开来。但是，由于审判程序具有阶段性，而且在审判中对证据的审查认定要经过举证、质证、认证的过程，所以审判人员就需要分别考察证据能力问题和证明效力问题。《非法证据排除规定》第2条规定：“经依法确认的非法言词证据，应当予以排除，不能作为定案的根据。”对于侦查人员和公诉人员来说，这条规定的语言是明确恰当的，因为他们一般不用单独考虑证据“进门”的问题。排除非法言词证据，也就是不作为侦查终结或者提起公诉的定案根据。但是对于审判人员来说，这样的规定就显得有些模糊和不够严谨了。因为在审判过程中，排除证据的含义可以是不能作为定案根据，也可以是根本不许“进门”。在这个问题上，两个“证据规定”中使用的语言确实有些混乱。

《非法证据排除规定》第10条规定：“经法庭审查，具有下列情形之一的，被告人审判前供述可以当庭宣读、质证：（一）被告人及其辩护人未提供非法取证的相关线索或者证据的；（二）被告人及其辩护人已提供非法取证的相关线索或者证据，法庭对被告人审判前供述取得的合法性没有疑问的；（三）公诉人提供的证据确实、充分，能够排除被告人审判前供述属非法取得的。对于当庭宣读的被告人审判前供述，应当结合被告人当庭供述以及其他证据确定能否作为定案的根据。”

这一条规定的语言表述是令人满意的，因为它明确区分了审查认定证据的两个步骤。第一步是要先决定这些接受审查的证据能否“进门”，即能否当庭宣读并接受质证。这就是说，如果辩护方提出被告人的审前供述属于非法取得的证据，但是未能举证或举证不足，没有达到使法官形成疑问的证明标准，或者公诉方举出的反证达到了确实充分的证明标准，那么该审前供述就可以进入诉讼程序。第二步是要决定这些获准“进门”的证据能否作为定案根据。换言之，只有那些经过与其他证据的比较审查并被确认为真实可靠的证据，才能作为定案的根据。获准“进门”的证据并不一定都能作为定案的根据，这正是“两步认证”模式的要点和意义。

然而，《非法证据排除规定》第11条的语言表述却有些差强人意。“对被告人审判前供述的合法性，公诉人不提供证据加以证明，或者已提供的证据不够确实、充分的，该供述不能作为定案的根据。”这就是说，对于被告人审前供述是否非法取得的问题，辩护方已经完成了证明责任，于是，证明责任转移到公诉方，即要举证明该审前供述不是非法取得的，或者说具有合法性。如果公诉方未能举证或举证不足，没有达到确实充分的证明标准，那么该审前供述就不能作为定案的根据。按照第10条规定的逻辑，这种情况应该同样属于“进门”的问题。法官应该裁定该审前供述不许当庭宣读，而不应裁定其不能作为定案的根据。诚然，如果辩护方是在庭审调查之后或者该审前供述已经举证之后才提出非法取证的主张，那么法官也应该明确排除该审前供述，不让其进入庭后评议的程序。总之，不许“进门”和不能作为定案根据的含义应该是有所区别的。

概括而言，两个“证据规定”中涉及证据审查认定结果的语言表述有以下四种：第一种表述是“可以或不能作为定案的根据”。例如，《办理死刑案件证据规定》第8条规定：“物证的照片、录像或者复制品，经与原物核实无误或者经鉴定证明为真实的，或者以其他方式确能证明其真实的，可以作为定案的根据。原物的照片、录像或者复制品，不能反映原物的外形和特征的，不能

作为定案的根据。”此外,《办理刑事案件证据规定》第9条、第12条、第15条、第19条、第20条、第24条、第26条、第28条、第30条、第32条、第35条,《非法证据排除规定》第2条、第10条、第11条、第12条、第14条,使用的都是这种表述。第二种表述是“可以采用”。例如,《办理刑事案件证据规定》第9条规定:“物证、书证的收集程序、方式存在下列瑕疵,通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的,可以采用”。此外,《办理刑事案件证据规定》第14条、第21条使用的也是这种表述。《非法证据排除规定》中没有出现这种表述。第三种表述是“可以或不能作为证据使用”。例如,《非法证据排除规定》第7条规定:“公诉人提交加盖公章的说明材料,未经有关讯问人员签名或者盖章的,不能作为证明取证合法性的证据。”此外,《办理刑事案件证据规定》第12条、第26条、第30条使用的也是这种表述。第四种表述是“应当、可以或不能采信”。例如,《办理刑事案件证据规定》第22条规定:“被告人庭前供述一致,庭审中翻供,但被告人不能合理说明翻供理由或者其辩解与全案证据相矛盾,而庭前供述与其他证据能够相互印证的,可以采信被告人庭前供述。被告人庭前供述和辩解出现反复,但庭审中供认的,且庭审中的供述与其他证据能够印证的,可以采信庭审中的供述;被告人庭前供述和辩解出现反复,庭审中不供认,且无其他证据与庭前供述印证的,不能采信庭前供述。”此外,《办理刑事案件证据规定》第15条、第37条使用的也是这种表述。《非法证据排除规定》中没有出现这种表述。在以上四种语言表述中,第二种和第三种的意思相近,都是可以“进门”;第一种和第四种的意思相似,都是可以作为定案的根据。

诚然,人们可以在不同语境下使用不同的近义词或意思相近的不同表述方式,但是在同一个法律文件中,专业用语的使用应该尽量保持一致,否则就容易产生混乱。特别是当不同的语言表述方式出现在同一个条文之中的时候,这种混乱就更为明显,甚至会导致理解的误差。例如,《办理刑事案件证据规定》第12条规定:“以暴力、威胁等非法手段取得的证人证言,不能作为定案的根据。处于明显醉酒、麻醉品中毒或者精神药物麻醉状态,以致不能正确表达的证人所提供的证言,不能作为定案的根据。证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。”虽然这样的表述差异似有保持语言流畅的考量,但是很容易让人以为这三种情况的证据应该得到不同的待遇——第三种证据是明确不能“进门”的,而前两种证据是可以“进门”的,只是不能作为定案的根据。换言之,意见证言一般不允许当庭宣读,但是暴力获取的证言却可以当庭宣读。这大概不是该规定起草者的本意,因为暴力取证的危害显然要大于意见证言。实际上,以暴力、威胁等非法手段取得的证人证言不具备证据资格,处于明显醉酒、麻醉品中毒或者精神药物麻醉状态以致不能正确表达的证人不具有作证能力,二者和意见证言一样,都是不能作为证据使用的。由于上述规定使用了不同的语言表述,更由于两个“证据规定”没有明确区分证据的“进门”问题和“定案”问题,所以才导致了语义理解上的误差。笔者以为,这种语言混乱状况是可以改变的,而改变的有效进路就是明确区分证据的采纳和证据的采信。

三、证据采纳的分立与证据法学研究重心的转移

多年以来,在全面追求客观真实的哲学思潮的影响下,中国大陆的证据法学者非常注重研究证据的审查问题。“审查判断证据”几乎成为证据法学^{〔3〕}的主要内容,或者说最有实用价值的内容。正如巫宇甦教授在其主编的“文化大革命”结束之后正式出版的第一部证据学教材中所指出的,“审查判断证据是诉讼中证明活动的关键环节,具有非常重要的意义……只有认真审查证

〔3〕 在20世纪80年代和90年代,中国学者习惯使用“证据学”作为这门学科的名称。

据,正确判断证据的可靠性和证明作用,才能保证准确、及时地查明案件真实情况,完成刑事诉讼、民事诉讼的任务。”〔4〕陈一云教授在20世纪90年代初期主编的《证据学》教材中也指出:“审查判断证据是诉讼过程中的一项重要活动,是证明案件事实的决定性步骤。”〔5〕因此,上述两部在当时最有影响的证据学教材不仅设专章讲述“审查判断证据”,而且在分章讲述物证、书证、鉴定结论、证人证言等各类证据时还都用专节讲述“审查判断”的问题。后来,江伟教授主编的《证据法学》也沿用了这种内容体系的设置。〔6〕

进入21世纪,中国的证据法学教材在内容体系上出现了一些变化,除了加强对证明问题的阐述和证据规则的介绍之外,“审查判断证据”问题的地位开始弱化。例如,在刘金友教授所著的《证据法学》中,各种证据的审查判断被删除了,相关内容分别在“证据的查证与质证”和“综合审查判断证据”两章中讲述;〔7〕在卞建林教授主编的《证据法学》中,各种证据的审查判断则被压缩为“证据的审查判断”章中的一节。〔8〕在笔者主编的司法部法学教材编辑部统编的“高等学校法学教材”《新编证据法学》中,没有设专章讲述证据的审查判断问题,而仅在“认证制度”一章中进行了阐述;〔9〕在笔者与刘品新博士合著的《证据法学》中,我们则只编写了“证据证明力的审查评断”一章。〔10〕

与此同时,专家学者对“审查判断证据”的界说也发生了一些微妙但意义深远的变化。例如,陈一云教授在其主编的教材中说道:“审查判断证据,是指司法人员对收集的证据进行分析研究,鉴别其真伪,找出它们与案件事实之间的客观联系,确定其证明力,进而就案件事实真相作出结论的活动。”〔11〕而卞建林教授在其主编的教材中说道:“审查判断证据,是指国家专门机关、当事人及其辩护人或诉讼代理人对证据材料进行分析、研究和判断,以鉴别其真伪,确定其有无证明能力和证明力以及证明力大小的一种诉讼活动。”〔12〕上述两个界说的主要区别在于:前者认为审查判断证据的目的就是确定证据的证明力以便查明事实真相,而后者则认为审查判断证据的目的还应该包括确认证据能力,即判定受审查的证据是否具备诉讼中的证据资格,应否准许其进入诉讼的大门。这说明,证据的采纳问题或曰可采性问题开始受到研究者的关注。

无论是教材内容体系上的变化,还是专业术语的内涵和外延的变化,都在一定程度上反映了我国证据法学研究重心的转移——从单一的追求客观真实的认识论目标转向追求事实真相、司法公正、人权保障等包括认识论和价值论的多元目标;从审查运用证据的方法转向审查运用证据的规范;从强调证明标准转向强调证据规则;从重视证据的采信转向重视证据的采纳。于是,长期被遮蔽在证据采信问题里面的证据采纳问题分立出来,并逐渐成为证据法学研究的重心。笔者认为,这种分立有利于证据法学的发展,使我们的证据法学研究从“广种薄收”走向“深耕细作”,从而更好地把握二者的规律,更好地阐释二者的规则。另外,加强对证据采纳问题的研究也可以促进证据法的完善。从某种意义上讲,证据法的主要内容就是证据的采纳规则。

明确区分证据的采纳和采信,也可以使司法实践中对证据的审查认定活动更加有序,更加有效。当采纳问题被淹没在采信问题中的时候,法官的认证活动自然而然地采取一步认证的模式。

〔4〕 巫宇甦主编:《证据学》,群众出版社1985年版,第144页。

〔5〕 陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第227页。

〔6〕 参见江伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,第1页以下。

〔7〕 参见刘金友:《证据法学》,中国政法大学出版社2001年版,第1页以下。

〔8〕 参见卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年版,第5页。

〔9〕 参见何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第4页。

〔10〕 参见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2004年版,第3页。

〔11〕 前引〔5〕,陈一云主编书,第226页。

〔12〕 前引〔8〕,卞建林主编书,第408页。

所谓一步认证,即法官对证据的审查认定过程不分为采纳和采信两个阶段,而是一次性完成对证据能力和证明效力的认定。在案情和证据都比较简单的诉讼中,一步认证是可以的。但是在案情和证据都比较复杂的诉讼中,一步认证模式可能就不合适了。特别是在涉及非法证据应否排除的问题时,两步认证模式才是更加合理的选择。所谓两步认证,即法官对证据的审查认定过程分为采纳和采信两个阶段,分别完成对证据能力和证明效力的审查认定。

在美国的陪审团审判中,法庭认证是典型的两步模式,因为对证据能力的认定是法官的职能,而对证明效力的认定是陪审团的职能。在法庭调查过程中,主持审判的法官要当庭对具有可采性争议的证据做出裁定,准许该证据进门还是把该证据阻拦在大门之外。正是在这个意义上,人们称法官是审查证据的“看门人”。但是,法官准许进门的证据是否真实可靠,是否具有充分的证明力,则应由陪审团在庭审之后进行评议时认定。正如美国著名证据法学家乔恩·华尔兹教授所指出的,“尽管证据已由审判法官裁定可以采纳,但它仍要由陪审团来决定其具有多大分量,如果有的话。作为事实的认定者,陪审员们有权评价证据的说服力或可信度。他们可以认定其毫无分量,如果其可信度值得怀疑的话;他们也可以给其完全的分量,只要其具有说服力而且是无可反驳的。”〔13〕

在诉讼活动中采用两步认证模式,有利于提高认证结果的合理性和科学性,也有利于提高法官的认证能力和水平。虽然我国法律目前对此并无明确规定,但是在审判实践中,很多法官都在自觉或不自觉地使用着两步认证的方式。例如,根据一份调查报告,48%的法官(71%的刑事审判法官)在实践中主要采用两步认证的方式;69%的法官认为两步认证更符合认证的规律和要求;61%的法官认为两步认证更有助于提高法官的审判技能。〔14〕

采用两步认证模式,就要明确区分证据的采纳和证据的采信。首先,从语词角度来看,采纳的关键字是“纳”,即把接受审查的证据纳入具体案件的证据组合,或者说准许该证据进入诉讼的大门;采信的关键字是“信”,即确认受审查证据的可信度,或者说判定该证据是否真实可靠。其次,就法官的认识过程来说,采纳是对证据的初步审查和认定,采信是对证据的深入审查和认定;采纳是采信的基础,采信是采纳的延续;没有被采纳的证据当然谈不上采信,但是采纳了的证据也不一定都被采信。再次,从证据的属性来看,法官在决定采纳和采信问题时审查证据的角度有所不同。法官在决定证据能否采纳的时候,主要审查证据的合法性和关联性。法官在决定证据能否采信的时候,主要审查证据的真实性和充分性。不过,某些证据采纳规则的确立也是基于对证据真实性的考量,如传闻证据规则和科学证据的采纳规则,对此,笔者在后面还会专门讨论。最后,从法律规范的角度来看,证据的采纳基本上属于法律适用问题,一般都应该有明确的法律规则;证据的采信基本上属于事实判断问题,一般都可以由法官依据一定的经验法则做出。因此,证据的采纳规则最好是严格的、刚性的,明确告知法官在什么情况下可以采纳,在什么情况下不能采纳。而证据的采信规则往往是指导性的,或者称为带有一定弹性的采信标准,准许法官根据案件和证据的具体情况进行一定程度上的自由裁量。在英美法系国家的陪审团审判中,证据的采纳问题由法官裁定,而且诉讼当事人可以对法官的裁定提出上诉;证据的采信问题由陪审团判断,而且诉讼当事人一般不能把陪审团的证据判断作为上诉的理由。

综上所述,明确区分证据的采纳和采信,既有理论意义,也有实践意义。它可以丰富我国的证据法学理论,可以完善我国的证据法律规范,也可以提高我国司法人员审查认定证据的水平。审查认定证据是司法人员正确认定案件事实的基础性工作,也是司法公正的基础性保障。历史的经验表明,司法人员在审查认定证据问题上出现误差,往往就会导致冤假错案。从这个意义上

〔13〕 [美] 乔恩·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2004年版,第20页。

〔14〕 参见张素莲、刘艳:《法官认证方式实务考察与分析》,载何家弘主编:《证据学论坛》第4卷,中国检察出版社2002年版,第471页以下。

讲,明确区分证据的采纳和采信,也可以减少冤错案件的发生。

四、证据采纳的分立与证据规则的完善

近年来,随着石东玉、杜培武、李久明、佘祥林、滕兴善、赵作海等人的冤错案件披露报端,刑事错案^[15]已然成为专家学者和社会公众关注的一个沉重话题。2005年以来,中国人民大学法学院证据学研究所通过举办论坛、进行座谈、召开研讨会、进行问卷调查和典型案例等方式对我国的刑事错案问题进行了实证研究。例如,我们收集了20世纪80年代以来在我国发生的50起涉嫌杀人罪的刑事错案材料,并对错案的形成原因逐个进行了具体分析。我们发现几乎每个刑事错案都是由多种原因重合作用造成的。其中与证据有关的原因包括:虚假证人证言、被害人虚假陈述、同案犯伪证、被告人虚假口供、鉴定结论错误、忽视无罪证据等。^[16]在这些证据原因中,由刑讯逼供获得的虚假口供排在首位——在这50起错案中,存在“被告人虚假口供”同时也肯定或可能存在“刑讯逼供”的案件占94%。^[17]另外,我们面向法官、检察官、警察、律师等法律专业人员进行了问卷调查,大多数调查对象都直接或间接地认为“刑讯逼供”是导致刑事错案的重要原因。^[18]

然而,这些内容虚假的证据在当年都经过了侦查人员、公诉人员、审判人员的审查和认定,而且最终都作为定案的根据。这确实是一个需要我们认真反思的问题。我国刑事诉讼法第43条规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”;第46条要求司法人员“不轻信口供”。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第61条规定:“凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的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。”最高人民检察院颁布的《人民检察院刑事诉讼规则》第265条规定,“以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言不能作为指控犯罪的根据。”然而,在法律上宣布严禁刑讯逼供并排除所有非法证据是容易的,但是真要在司法实践中贯彻落实就不那么容易了。

其实,许多警察、检察官和法官都知道口供并不可靠,办案时过分依赖口供很容易出现错案,但是在实践中,侦查人员没有口供不结案,检察人员没有口供不起诉,审判人员没有口供不判案的情况屡见不鲜。即使被告人在法庭上推翻了原来在侦查阶段作出的有罪供述并提出有刑讯逼供,法官往往也会说,这个问题待合议庭评议后确认,而结果往往是法官结合其他证据对有罪

[15] 从语词含义的角度来说,刑事错案应该包括两种基本类型,其一是把无罪者判为有罪,可以简称为“错判”;其二是把有罪者判为无罪,可以简称为“错放”。它们都是刑事诉讼过程中就案件事实问题做出的错误裁判,但这里讲述的是第一种类型的错案,即错判。

[16] 参见何家弘、何然:《刑事错案中的证据问题——实证研究与经济分析》,《政法论坛》2008年第2期。

[17] 在这50起刑事错案中,4起案件已经法院或检察院正式认定存在刑讯逼供的情况,占8%;43起案件虽未经法院或检察院正式认定但是可能存在刑讯逼供的情况,占86%;3起案件不存在刑讯逼供的情况,占6%。在第一类案件中,3起案件的侦查人员已被法院判定为刑讯逼供罪;另1起案件的侦查人员被认定有刑讯逼供行为,但是检察院做出了不起诉的决定。在第二类案件中,21起案件的被告人在诉讼过程中声明曾受到刑讯逼供,但是没有其他证据证明;7起案件中有一定证据能证明刑讯逼供,如被告人身体上的伤痕或证人证言,但是法院没有认定;1起案件在诉讼过程中检察机关曾经鉴定确认被告人身上有刑讯逼供造成的轻伤,但后来未被法院认定;14起案件的被告人在侦查阶段做出有罪供述,后来翻供,且最终因案件中出現新的无罪证据而证明其无辜,因此可以推断其有罪供述很可能出于刑讯逼供。同上引文。

[18] 在2007年1月至3月期间,笔者指导的7名硕士研究生分别到北京市、河北省、河南省、山东省、西藏自治区等地进行了与访谈相结合的问卷调查。在调查对象中,认为“办案人员重视口供轻视其他证据容易导致错案发生”的人占47%;认为“刑讯逼供最有可能导致被告人做出虚假供述”的人占60%。同上引文。

供述予以采信。毋庸讳言,目前在我国的刑事司法实践中,口供仍然是定罪量刑的重要证据。这也导致依据口供形成的笔录在刑事诉讼中处于核心地位,使庭审过程虚化,并被有些学者称为“案卷笔录中心主义”。〔19〕

笔者以为,造成这种状况的原因之一就是我们的法律制度没有明确区分证据的采纳和采信。当证据的采纳问题被淹没在证据的采信问题之中时,通过刑讯逼供等非法手段获得的证据就会悄无声息地混入定案根据。如果刑讯逼供获得的证据在审判过程中就明确不可采纳,就不被允许在法庭上宣读,那就比较容易实现非法证据的有效排除,就能够减少由刑讯逼供导致的冤错案件。

诚然,刑事错案是人类社会面临的共同性问题。不仅中国有,外国也有;不仅法制不太健全的国家有,法制比较健全的国家也有。例如,从20世纪中期开始,美国的很多州都建立了“无辜者救援中心”,通过“无辜者行动计划”对可能错判的案件进行复查。这些中心都是民间机构,其复查错案的主要手段是DNA鉴定,因此复查的案件多数是存有生物物证的强奸案。在过去15年,美国已经通过DNA鉴定发现并纠正了242起刑事错案。〔20〕

建立有效的非法证据排除规则是预防刑事错案的重要措施。如何对待非法证据,世界各国在立法上或司法实践中有不同的做法。概括而言,主要有以下几种:(1)真实肯定,凡是经查证属实的非法证据都可以采纳。(2)一律排除,凡是非法证据,一律排除,不得采纳。(3)排除加例外,非法证据一般都要排除,但法律规定在一些例外情况下可以采纳,如严重刑事案件中的例外、善意违法的例外、危害不大的例外等。(4)线索转化,非法取得的证据不能直接采纳为诉讼中的证据,但是可以用作证据线索,经转化为合法程序或手段之后,可以采纳。(5)区别对待,非法取得的证据要区别对待,既不要一概采纳,也不要一律排除。具体来说,这有以下几种情况:第一,不同种类的证据要区别对待,例如,非法取得的言词证据必须排除,非法取得的实物证据不必排除;第二,不同程度的违法行为要区别对待,例如,严重违法并严重侵犯人权的非法证据必须排除,轻微违法并轻微侵犯人权的非法证据不必排除;第三,不同案件中的证据要区别对待,例如,一般犯罪案件中的非法证据必须排除,严重犯罪案件中的非法证据不必排除。

采取区别对待做法的国家,往往把非法证据分为两类,一类是由立法明确规定必须排除的;一类是由法官自由裁量予以排除的。例如,按照英国法律的有关规定,非法获得的证据分为“法定不能采用”和“法官自由裁量不采用”两种情况。前者一般指警察通过刑讯逼供等严重违法手段获取的证据;后者指警察以不太严重的违法手段获取的证据。在欧盟国家刑事司法一体化的进程中产生的《刑事大法典》(Corpus Juris)建议稿,把非法证据分为三类。第一类是非法取得的证据,如通过刑讯逼供或非法搜查取得的证据;第二类是违规取得的证据,如违反律师在场之规定所取得的证据;第三类是不当取得的证据,例如,警察对犯罪嫌疑人谎称,在用来实施犯罪的手枪上已发现了他的指纹印,从而获得了嫌疑人认罪的口供。〔21〕如此区分的目的,也是要区别对待不同情况的非法证据,而明确区分证据的采纳和采信,可以为区别对待非法证据提供一条便捷的路径。具体说,严重的非法证据不可采纳,轻微的非法证据可以采纳,但是不能轻易采信,或曰应降低证明效力。

〔19〕 在我国的刑事审判中,公诉人出示证据的方式多是宣读侦查案卷笔录,甚至被告人的口供笔录。这样,法庭表面上是在审判案件,实际上是对这些笔录做审核,控辩双方无法当庭对质。参见陈瑞华:《案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的重新考察》,《法学研究》2006年第4期。

〔20〕 2010年2月,笔者应邀到美国的辛辛那提大学法学院讲学。笔者介绍了我们关于中国刑事错案的研究成果,也了解到美国关于刑事错案的一些情况,包括上述数据。

〔21〕 M. Delmas-M & J. A. E. Vervaele, *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Intersentia, 2000, pp. 26-28.

2010年出版的《欧盟国家在刑事案件中跨境收集和使用证据》一书的作者曾经对欧盟成员国进行问卷调查，了解各国法律中的规定是把非法证据作为不可采纳的证据还是作为应该降低证明力的证据，后者相当于把非法证据作为采信问题来处理。该书作者把有关规则主要分为两类：第一类是绝对无效规则或严格禁止性规则，即明确规定某些非法取得的证据不可采纳；第二类是相对无效规则或贬损可靠性规则，即规定某些证据的非法性会影响到证据的可靠性。这些问卷调查的结果表明：80—90%的成员同时存在上述两种规则；在80%的成员中，第一类规则都属于制定法规则（statutory rules），其他国家则包括学理性规则（jurisprudential rules），而第二类规则多属于学理性规则。对于那些贬损可靠性的非法证据，有些国家要求酌情排除；有些国家允许作为获取其他证据的线索信息（steering information）使用；有些国家允许作为佐证使用。该书作者还就欧盟各国的外国非法证据规则进行了问卷调查。调查结果表明：70%的成员国有规则规定外国获得的某些非法证据绝对无效；80%的成员国有规则规定外国获得的非法证据会贬损证据的可靠性。^[22]由此可见，绝大多数欧盟成员国至少在审查认定非法证据时区分了证据的采纳和采信。

笔者认为，明确区分证据的采纳和采信，有利于减少非法证据对司法证明的干扰，提高司法人员认定案件事实的准确度，更好地维护司法公正。然而，要想及时有效地把那些非法证据阻拦在诉讼大门之外，就不仅要明确哪些非法证据应该排除，而且要明确排除这些非法证据的程序和标准。在这个问题上，《非法证据排除规定》迈出了可喜的一步。该规定的第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。”这条规定确立了非法证据的先行审查原则。具体说，侦查人员是否有刑讯逼供等非法取证的问题被辩护方提出来之后，法庭就要先对这一问题进行调查，不能等到庭审结束之后再与其他证据一并审查认定。这条规定等于明确了非法取证属于证据的采纳问题，不是采信问题。如果经过审查确认其属于应该排除的非法证据，法官就要先行做出不予采纳的裁定。如果经过审查确认其不属于应该排除的非法证据，法官就要裁定其可以采纳，然后再通过对方质证和法庭评议来确认其是否可以作为定案的根据。

司法人员审查认定证据的基本内容是证据的“四性”，即合法性、关联性、真实性、充分性。所谓合法性，就是说诉讼双方提交法庭的证据一般都应该在取证的主体、程序、手段，以及证据的形式等方面符合法律的要求或规定，否则就不能采纳为诉讼中的证据。合法性是证据的社会属性，是国家基于一定的价值考量而赋予证据的属性。所谓关联性，就是说在诉讼双方提交法庭的各种证据中，只有确实与案件事实存在关联性的证据才可以采纳为诉讼中的证据，不具备关联性的证据不得采纳。关联性是证据的自然属性，是证据与案件事实之间客观存在的联系。这种关联性不是哲学意义上的普遍联系，而是说证据对待证事实具有实质性证明作用。所谓真实性，就是说证据的内容应该是真实的，或曰可靠的，其证明的事实应该符合案件的客观实际情况。真实性是采信证据的基本标准。在获准进入诉讼程序的证据中，如果经过审查发现某个证据不具备真实性，那么法官就不能采信该证据，就不能把它作为定案的根据。所谓充分性，就是说证据对于待证事实应该具有充分的证明力，证据对于待证事实的证明程度应该达到法律所要求的标准。充分性可以是就单个证据而言的，也可以是就案件中的一组证据或全部证据而言的。就案件中的某个事实或情节来说，一个证据或一组证据达到了“证据充分”的标准，就是说，这个证据或这组证据已具有足够的证明力来证明该事实或情节的存在或不存在。就整个案件来说，所谓“证据充

[22] G. Vermeulen, W. De Bondt and Y. Van Damme, *EU Cross-border Gathering and Use of Evidence in Criminal Matters*, Maklu, 2010, European Commission, pp. 129—133.

分”，则是指案件中的全部证据已经具有足够的证明力来证明案件事实。充分性也是采信证据的标准。作为定案根据的证据，不仅要具有内容的真实性，还要具有证明的充分性；不仅要“证据确实”，而且要“证据充分”。

上述证据“四性”的顺序也反映了司法人员审查认定证据的逻辑顺序。司法人员对证据的审查认定，一般应该按照合法性、关联性、真实性、充分性的顺序来进行。在这“四性”中，合法性和关联性主要属于证据的采纳范畴，真实性和充分性主要属于采信的范畴。不过，这种划分并非绝对。如前所述，非法证据一般是不可采纳的，但是程度较轻的非法证据也可以在采信证据时考量。不具有关联性的证据一般不能进入诉讼的大门，但是证据的关联性也可以影响证据的证明效力。证据与案件事实的关联越近，其证明力就越高；直接关联的证据要比间接关联的证据具有更高的证明力；与案件事实具有必然联系的证据比与案件事实具有偶然联系的证据证明力更高。实际上，法官在认定证据能力和证明效力时都要考察证据的关联性，只不过考察的层面有所不同。前者考察的主要是形式上的关联性，后者考察的主要是实质上的关联性。前者考察证据与案件事实之间有没有必要的关联，后者考察证据与案件事实之间关联的性质和程度。

证据的证明效力是以证据的真实性为前提的，所以真实性是采信证据的首要标准。但是，某些证据采纳规则也是以证据的真实性考量为基础的。例如，传闻证据排除规则是英美法系国家重要的证据采纳规则。虽然英美法系国家制定传闻证据排除规则主要是为了保障诉讼对方的直接质证权，但是也有真实性的考量，即传闻证据一般都是不可靠的，或者其真实性是不好评断的。大陆法系国家一般都没有确立严格的传闻证据排除规则，而是对其证明效力加以限制。根据前面提到的问卷调查结果，90%的欧盟成员国允许在诉讼中使用传闻证据。其中，只有11%的国家规定传闻证据可以单独作为认定案件事实的证据；77%的国家规定传闻证据仅可以作为佐证；11%的国家规定传闻证据只能作为线索信息使用。在不同国家使用传闻证据的国家中，也只有11%的国家规定不能使用外国的传闻证据。^[23]目前，我国的法律还没有就传闻证据规则做出明确的规定。虽然两个“证据规定”在一定程度上强调了证人、鉴定人、讯问人员出庭作证的重要性，但是我们主要还是在采信的问题上考虑传闻证据的真实性问题。笔者以为，要想改变我国目前这种证人出庭率极低的状况，把某些传闻证据的审查转入采纳的范畴是很有必要的。换言之，法律明确规定某些种类的证人如果不出庭作证，其证言就不可采纳，这会成为突破证人不出庭之司法改革瓶颈的动力。

在司法人员审查认定证据的活动中，证据的合法性、关联性、真实性、充分性既是相互区别的，也是相互联系的。从一定意义上讲，真实性是审查认定证据的核心内容。但是，我们不能用真实性代替合法性和关联性，也不能用真实性代替充分性。因此，明确区分证据的合法性、关联性、真实性、充分性等概念的内涵，还是很有意义的。

综上所述，明确区分证据的采纳和采信，可以促进证据审查认定规则的完善，可以提高司法人员审查认定证据的精准程度，可以提升司法人员认定案件事实的能力和水平。为此，我们就需要分别研究制定证据的采纳规则和采信标准。这些规则和标准一般都是针对某一类证据制定的，例如，传闻证据的采纳规则，指纹鉴定结论的采信标准等。采纳规则的适用属于法律适用问题。司法人员只要确认某个证据属于规则限定的某种证据，就可做出采纳或不采纳的决定。采信标准虽然是针对某类证据制定的，但是司法人员必须认真审查具体证据情况，判断其是否达到了该项标准的要求。虽然制定某类证据的采纳规则和采信标准可能都是基于真实性的考量，但是审查认定的要点还是有所区别的。从这个意义上讲，采纳要考虑的是某类证据的真实性问题，采信要考虑的是某个证据的真实性问题。由于科学证据的审查要点就是真实性或科学可靠性，所以在这个

[23] 参见前引[22]，Vermeulen等书，第143页以下。

问题上表现得尤为明显。

五、证据采纳的分立与科学证据的采信

科学证据不是一个严格意义上的证据种类，甚至也不是一个含义明确的法律概念，但确是一个越来越受到法律专业人士偏爱的语词。其实，科学证据并非法律专用术语，而是在哲学和自然科学领域中被广泛使用的术语。按照“纯科学”领域的界定，“科学证据没有普遍接受的定义，但一般是指那些用来支持或反对一种科学理论或假说的证据”。^[24]笔者无从查证这一术语在法学领域的缘起，但是根据个人的知识，美国的弗雷德·英博教授当为先驱者之一。他与莫森斯合著的《刑事案件中的科学证据》(Scientific Evidence in Criminal Cases)一书在20世纪80年代就已经在美国的刑事司法领域内产生了极大的影响。^[25]乔恩·华尔兹教授在《刑事证据大全》中也使用大量篇幅来介绍科学证据(该书第18章的标题就是“科学证据”)，分别讲述了精神病学、心理学、毒物学、化学、法医病理学等学科的专家意见，以及照相、录像、显微分析、中子活化分析、指纹、DNA、枪弹、声纹、可疑文书、测谎和车速检测等科学证据的内容。^[26]然而，英博教授和华尔兹教授都没有给出科学证据的界说。似乎科学证据就是一个日常生活用语，犹如汽车、房屋、书本，大家都说，大家都懂，没有必要去给出定义。

也许，美国学者不太愿意纠结于科学证据的界说，而是集中精力去探讨或阐述科学证据的内容。例如，美国密执安州司法研究所编写出版的《科学证据》一书全面介绍了各种科学证据及其在诉讼中的采纳标准，其内容不仅包括DNA、枪弹、指纹、声纹等“硬科学”(the hard sciences)的证据，还包括精神病学、心理学、行为科学等领域的专家提供的“软科学”(the soft sciences)证据，但是也没有给出科学证据的定义。值得注意的是，该书的作者把测谎归入“硬科学”证据的范畴，把催眠归入“软科学”证据的范畴。^[27]在美国法律界广泛使用的《布莱克法律词典》在很长时期内都没有科学证据的词条，直到1999年的第7版才出现了相当简约的解释：科学证据是“那些根据技术或特别知识做出的而且其证明价值依赖于科学方法的言辞或意见证据”。^[28]

中国学者习惯于“名不正则言不顺”的思维模式，所以常纠缠于概念定义的纷争。^[29]笔者无意在此讨论科学证据的概念问题。其实，无论如何界定，无论是否承认，科学证据都势不可挡地走进了司法证明的领地。美国著名的证据法学家达马斯卡教授曾经指出：“站在20世纪末思考证据法的未来，很大程度上就是要探讨正在演进的事实认定科学化问题。”^[30]笔者在20世纪末也曾经提出司法证明已经进入“科学证据时代”的观点。^[31]因此，我们应该更多地关注科学证据在司法实践中的运用问题，其中之一就是要确定科学证据的采纳规则和采信标准。近年来，一些学者在这方面已经取得了令人鼓舞的研究成果。例如，张南宁博士在2010年第1期《法学研究》上发表的“科学证据可采性标准的认识论反思与重构”就是一篇颇有建树的论文。

[24] From Wikipedia, the Free Encyclopedia.

[25] 笔者于1990年初到美国西北大学法学院做访问学者时结识了当时研究美国刑事司法制度和科学证据问题的权威弗雷德·英博(Fred E. Inbau)教授。回国后，组织翻译了他与雷德、巴克雷合著的《审讯与供述》(Criminal Interrogation and Confession)一书，由群众出版社于1992年出版。

[26] 参见前引[13]，华尔兹书，第7页。

[27] See Michigan Judicial Institute: Scientific Evidence, 1994, pp. 2-6.

[28] Bryan A. Garner (ed.), Black's Law Dictionary (seventh edition), West Group, 1999, p. 580.

[29] 关于科学证据概念的讨论，参见刘晓丹：《论科学证据》，中国检察出版社2010年版，第1页以下。

[30] [美] 米尔建·R·达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第200页。

[31] 参见何家弘：《21世纪中国证据法学前瞻》，《检察日报》1999年9月2日。

在该文中,张博士从认识论的角度深入分析了科学证据的可采性标准,考察了美国相关的法律规定和判例,提出了一些创新性观点。不过,他似乎也在一定程度上混淆了证据的采纳与证据的采信。如果说我国的证据法学者过去是把证据的采纳混淆在证据的采信之中,那么张博士则是走向了另外一个极端,即把证据的采信混淆在证据的采纳之中。

张博士在论文中提出,要根据科学证据在真相发现中的功能,从内在属性和外在属性两个方面来审视科学证据,从而建立起科学证据可采性的内部标准和外部标准。按照他的解释,“科学证据的内在属性表现在科学证据的有效性、可靠性和相关性三个方面,反映了科学证据生成的内部机制,其认识过程是一种自然化认识的进路。……科学证据的外在属性表现为在运用科学证据证明事实过程中,人们对提出科学证据的专家本人的可信性的评价。这些评价体现了科学证据的社会维度,反映了科学证据的外部机制。”^[32]他在此基础上说道:科学证据可采性的“内部标准包括科学有效性、可靠性、相关性,科学有效性由科学原理和方法决定,而科学证据的可靠性受可再生性、因果关系、不确定性和错误率等因素的影响。外部标准指的是专家的可信性。”^[33]

张博士把“专家的可信性”作为科学证据的可采性标准是不恰当的,也是不具有可操作性的。虽然他把论文第四部分的标题定为“科学证据可采性的外部标准:专家的可信性”,但是他未能给出一个明确的基于专家可信性的可采性标准,未能说明哪些科学证据是可以采纳的,哪些科学证据是不可采纳的。他主要分析了提供科学证据的专家可能存在的信度问题,例如,专家可能是不诚实的,可能是有偏见的,可能是受利害关系影响的,而且权威鉴定机构的科学家也不一定都是可信的。他还援引了美国西弗吉尼亚州犯罪实验室前主任、血清学专家特鲁伯·蔡恩的案例,其在1979—1989年间为134起案件伪造了检验结果。^[34]这些情况是确实存在的,法官在对科学证据进行审查认定时也应该对这些问题给予充分的注意,但这些不是法官采纳科学证据的标准,而是法官或陪审团在确认科学证据是否能够作为定案根据时需要考虑的因素。换言之,这不是证据的可采性问题,而是可靠性问题;不是证据应否采纳的问题,而是能否采信的问题。

在美国的司法审判中,专家的可信性确实是法庭审查科学证据的一个要点,而且往往是对方律师在交叉询问中进行质疑的目标,但是专家的可信性一般都不会影响科学证据的采纳,而只会影响科学证据的采信。专家的可信性应该包括两方面的内涵:其一是专业知识和经验;其二是个人道德和品行。在中国和许多大陆法系国家中,司法鉴定权是需要特别授予或确认的,因此不具备鉴定资格的人提供的专家意见是不可采纳的。但是在英美法系国家中,专家证人的资格审查主要通过法庭上的对方质证来完成,而对方质证的主要目的是让法官和陪审团对该专家意见产生怀疑。这是证据的采信问题,而不是证据的采纳问题。至于专家的个人道德和品行可能对科学证据产生的不当影响,那就更是属于证据的采信范畴了。其实,专家的“可信性”这一语词本身就表达了这样的含义。

如前所述,在美国的陪审团审判中,证据的审查认定属于典型的两步模式:先由法官决定证据能否采纳,再由陪审团评断证据可否采信。笔者在前面讲过的辛普森涉嫌杀妻案就是一个很好的例证。在该案中,公诉方的主要证据是血痕的DNA鉴定结论,包括现场滴落血痕、手套上的血痕、袜子上的血痕、汽车里的血痕等,因此辩护方在正式审判开始之前就提出了审前动议,要求法官排除公诉方所有的DNA证据,理由是该项技术还存在诸多问题,未能达到科学可靠的采纳标准。在旷日持久的法庭听证过程中,公诉方的专家讲述了DNA鉴定技术的科学可靠性,辩护方专家则讲述了DNA鉴定技术目前还存在的瑕疵和缺陷。双方唇枪舌剑,争论的焦点就是

[32] 张南宁:《科学证据可采性标准的认识论反思与重构》,《法学研究》2010年第1期。

[33] 同上。

[34] 同上。

DNA 证据的可采性。后来，社会公众的舆论明显地倒向公诉方，辩护方颇识时务地在法庭做出裁定之前撤回了这一排除证据的请求，等于默认了 DNA 证据的可采性。然而，具有可采性的证据并不一定都具有可靠性，或者说，获准进入诉讼大门的证据并不一定都能够成为定案的根据。在该案中，辩护方在庭审中又对公诉方的科学证据采取了各个击破的策略，寻找每个证据在可靠性方面的瑕疵。如前所述，辩护方指出警方技术员包装现场滴落血痕检材的方法有问题，可能造成生物检材的污染，从而影响鉴定结论的可靠性。这不是证据的采纳问题，而是证据的采信问题。因此，这个问题无须法官裁定，而是由陪审团在庭审之后综合评议时认定。该案陪审团的无罪判决表明那些陪审员最终并没有采信公诉方的这些已经采纳的科学证据。^[35]

张南宁博士把科学证据的采信问题混淆于采纳问题，其实是情有可原的，因为对科学证据的审查认定具有一定的特殊性。虽然对科学证据也要进行合法性审查和关联性审查，但是最主要的还是真实性审查或科学可靠性审查。科学证据的科学可靠性首先是一个种类问题，然后才是个体问题。科学证据的科学可靠性首先取决于该类科学证据所依据的原理、方法和技术，而科学的一个基本特点是可重复性和可验证性。如果某种检验鉴定方法是科学的，那么不同专家使用这种方法对同类客体进行检验鉴定的结果就应该是相同的。如果某种检验鉴定方法是不科学的，那么这一类客体的同种检验鉴定结论就都是不科学的。因此，司法人员在审查认定科学证据的时候，首先就要审查这类科学证据所依据的原理、方法、技术是否科学可靠，而且这是可以作为采纳问题来处理的。例如，DNA 鉴定的原理、方法、技术是否科学可靠？如果是可靠的，那么所有 DNA 鉴定结论就都是可以采纳的。如果是不可靠的，那么所有 DNA 鉴定结论就都是不可采纳的。在决定是否采纳这个环节，司法人员不必审查每个具体的 DNA 鉴定结论是否科学可靠，只要确认该科学证据属于 DNA 鉴定结论就可以适用该类科学证据的采纳规则。然而，可以采纳的证据不一定都是可以采信的。例如，DNA 鉴定结论是可以采纳的证据，但是这并不等于说每个 DNA 鉴定结论就都是可以采信的证据。那些通过了采纳的种类审查的科学证据，还要接受能否采信的个体审查。在这个环节，司法人员要根据案件和证据的具体情况，全面审查每个证据是否科学可靠，包括检材的提取和保管，检验的设备和技术，专家的能力和品行等方面的情况。从这个意义上讲，采纳环节考察的是某类科学证据的科学可靠性，采信环节考察的是某个科学证据的科学可靠性。前者是后者的基础，后者是前者的延伸。正是因为科学可靠性的审查贯穿于科学证据的采纳和采信过程中，张博士才把采信问题混淆于采纳问题之中。

科学证据的采纳规则应该具有明确性，甚至具有一定程度的刚性。这就是说，采纳规则应该明确告诉司法人员，哪些种类的科学证据是可以采纳的，哪些种类的科学证据是不可采纳的。司法人员在这个问题上不应有太大的自由裁量权。那么，如何制定这些采纳规则？立法者、司法解释者或判例创制者应该遵循法律与科学相结合的原则考察每一类科学证据所依据的原理、方法、技术是否科学可靠。美国法院在 1923 年的弗赖伊诉合众国案中确立的弗赖伊标准和在 1993 年的多伯特诉梅里尔·道药品公司案中确立的多伯特标准，都是为针对某类科学证据制定可采性规则所确立的标准。^[36]倘若科学证据都是非黑即白的，倘若科学与伪科学之间的界线总是泾渭分明的，那么科学证据的采纳规则就是容易制定的。然而，科学技术是在不断发展的，人们对一些新兴的科学技术的认知往往存在差异，即使是同一领域内的专家也会众说纷纭。于是，本来貌似简单的科学证据采纳问题就变得相当复杂了。

华尔兹教授在《刑事证据大全》中把科学证据分成了三类：第一类是已经得到普遍接受的科

[35] 参见前引 [2]，何家弘书，第 225 页以下。

[36] 参见 [美] 肯尼斯·R·福斯特、彼得·W·休伯：《对科学证据的认定——科学知识 with 联邦法院》，王增森译，法律出版社 2001 年版，第 265 页。

学证据,如指纹鉴定结论和DNA鉴定结论;第二类是被普遍观点明确否认的科学证据,如利用催眠术获得的言词证据和催眠专家的意见;第三类是处于中间状态的科学证据,即有可能得到普遍承认的科学证据,如通过测谎技术获得的言词证据和测谎专家的意见。^[37]笔者赞成华尔兹教授的这种“三分法”,但接下来的问题是:如何确认和使用这三类科学证据?

对于第一类和第二类科学证据,问题的难点在于确认。这就是说,只要我们能够确认某类科学证据属于第一类,即真正科学可靠的科学证据,那就可以明确规定其是可以采纳的证据;只要我们能够确认某类科学证据属于第二类,即可以称为“垃圾科学”乃至“伪科学”的证据,那就可以明确规定其是不可采纳的证据。但是对于第三类科学证据,问题的难点不在于或者不仅在于确认,而是在于使用上的选择。如果我们明确规定这类科学证据可以采纳,那就会模糊了这类科学证据与第一类科学证据的界线,甚至有可能在司法实践中导致对这类证据的滥用和盲从。如果我们明确规定这类科学证据不可采纳,那又会把一些可能很有价值的科学证据抛进垃圾堆,浪费了本来就经常处于短缺状态的证据资源。除了华尔兹教授提到的测谎证据之外,我国的司法实践也还遭遇过一些令人左右为难的科学证据。例如,根据鞋底压痕所反映的步法特征能否作为对穿鞋人进行同一认定的根据;颅骨成像结论能否作为人身同一认定的根据;骨龄鉴定结论能否作为刑事责任人年龄判定的根据;鉴定机构自制的书写时间样本能否作为判决书证制作时间的根据等。这些证据所依赖的原理、方法、技术都具有一定的科学性,但是都未能得到实践的充分验证和同行的一致认同。虽然有关部门曾经就这些问题给出司法解释,但是一律否定或肯定的做法似乎并不妥当。

笔者建议,对于这类科学证据的采纳问题,可以采取模糊处理的做法,或者法律不作出明确规定,或者法律作出有限采纳的规定,将其主要作为采信的问题去处理。所谓有限采纳,^[38]就是说,法律规定这类证据可以采纳,但是只能用于质证或作为佐证,或者明确规定其属于需要补强的证据,不能单独作为认定待证事实的根据。在科学可靠性不甚明晰而且同行意见不尽一致的情况下,把这类科学证据的审查作为采信问题来处理是明智有益的。一方面,这可以避免滥用证据或浪费证据的偏失,让司法人员根据案件和证据的具体情况来判断该证据的科学可靠性;另一方面,这也可以积累经验,与时俱进,待认识成熟或统一之后,再明确将其归入可以采纳的科学证据或者不可采纳的科学证据。在这个问题上,一些国家的做法值得我们借鉴。

《欧盟国家在刑事案件中跨境收集和使用证据》一书的作者也曾就测谎结论的可采性问题向欧盟国家进行了问卷调查。调查结果表明,50%的成员国允许在审判中使用测谎结论;其中60%的国家允许用作佐证,40%的国家允许作为获取其他证据的线索信息;没有国家允许把测谎结论作为单独的定案证据。在问及如何对待其他国家提供的测谎结论时,只有30%国家会采取排除的态度,但是对本国的这类证据却有一半国家明确是不可采纳的。这说明,有些国家不允许采纳本国的测谎证据,但是可以采纳外国的测谎证据,但一般也只能作为线索信息使用。^[39]这种并非一律采纳或排除的处分方式具有一定的合理性。这类证据的问题与刑讯逼供不同,不是违反法律和侵犯人权,而是科学可靠性的瑕疵或朦胧,因此可以留待采信的环节去逐一解答。

科学证据的采信是至关重要的。司法人员不能被“科学”两字唬住,也不能盲目采信那些已经采纳的科学证据。实践经验表明,即使像指纹鉴定结论和DNA鉴定结论这种所谓的“证据之王”,也并非都是科学可靠的,也会出现误差。例如,DNA鉴定的技术非常复杂,检材也非常容易受到污染,因此要求非常严格。从检材的提取和保管,到检验的仪器和试剂,再到结果的得出和解读,在这一过程中有很多因素都可能导致鉴定结论的误差。其实,DNA检验并不能直接告

[37] 参见前引[13],华尔兹书,第456页以下。

[38] 参见何家弘:《测谎结论和证据的“有限采用规则”》,《中国法学》2002年第2期。

[39] 参见前引[22],Vermeulen等书,第138页以下。

诉人们某犯罪现场发现的血痕精斑等生物检材是否某嫌疑人所留，而只能提供一个可供分析比对的图谱，然后由专家进行解读并计算匹配概率，再给出鉴定结论。专家得出的结论也并非简单的“是”或“不是”，而是以匹配概率为基础的肯定同一或否定同一的可能性。DNA 检验得出的匹配概率不可能达到 100%，最佳条件下得出的也就是 99%。当然，依据血痕精斑的 DNA 图谱进行人身同一认定并不需要那么高的匹配概率。例如，我们可以把肯定同一的匹配概率定为 93%，把否定同一的匹配概率定为 80%。凡是物证检材与样本检材的匹配概率高于 93% 的就可以肯定同一，而低于 80% 的就可以否定同一。那么，当匹配概率在 80% 至 92% 之间的时候，怎么办？

科学证据并不是非黑即白的，有时也会出现“灰色地带”。这就是说，检验鉴定的结果既不能肯定同一，也不能否定同一，既不能说这个物证检材就是这个嫌疑人留下的，也不能说这个物证检材就不是这个嫌疑人留下的。这就是我们所说的“非确定性”的鉴定结论。很多种类的科学证据都可能出现非确定性的结论，这是司法人员必须面对的现实。司法人员往往希望专家给出确定性的鉴定结论。例如，有的法官会对鉴定人说：你别给我讲什么概率，你就告诉我这个血迹是不是这个被告人留下来的，这个手印是不是这个被告人的，这些字迹是不是被告人写的，等等。其实，这对鉴定人来说实属勉为其难。

证据往往会具有一定的不确定性或者模糊性。例如，某强奸案的被害人说，那个家伙大概有二三十岁，身材比较高大；某抢劫案的目击证人说，那个抢劫犯手中好像拿着一把匕首，也可能是一把水果刀。对于作案人的年龄、身高和作案工具来说，这些言词证据都属于非确定性的。科学证据也会具有这种不确定性。在此需要指出，非确定性的科学证据不仅是可以通过真实性审查的证据，也是可以通过充分性审查的证据。例如，专家的鉴定意见是：通过 DNA 图谱的比对，物证检材和样本检材的匹配概率为 85%，或者说，现场血痕是被告人所留的概率为 85%。只要检材的提取和保管都符合有关要求，检验的仪器和方法也都符合有关的标准，而且该专家具有足够的知识经验和良好的道德品质，那么这个鉴定意见就是真实可靠的。但是，真实可靠的证据不一定都具有充分的证明力，因此司法人员还要对证据进行充分性的审查。

如前所述，证据的充分性是指证据对于待证事实具有充分的证明力，或者说，证据对于待证事实的证明程度达到了法律所要求的标准。司法人员对科学证据的充分性审查可以包括三个层面：第一，专家的鉴定意见是确定性的还是非确定性的，后者对于待证事实的证明力不足；第二，专家的鉴定意见是同一认定结论还是种属认定结论，后者对于认定个体身份事实的证明力不足；第三，专家的鉴定意见与案件主要事实之间的关联方式是直接的必然的还是间接的偶然的，后者对案件主要事实的证明力不足。凡是证明力不足的科学证据，都不能单独作为证明该案件事实的定案根据。在此，证据的充分性要求该科学证据能够与其他证据互相印证，或者能够与其他证据形成完整的证明链条，并且能够得出具有排他性的证明结论。

司法人员在审查认定科学证据的时候还要考虑一个因素，那就是专家的鉴定意见主要依赖的是个人经验还是科学检验。诚然，所有的鉴定意见都离不开科学检验，也都离不开个人经验，但是二者在具体科学证据的形成过程中所占的比重有所不同。根据这种不同，我们可以把科学证据分为两大类：一类是“经验型鉴定意见”，即主要依赖于专家个人经验得出的鉴定结论，如笔迹鉴定；另一类是“检验型鉴定意见”，即主要依赖于科学检验的鉴定结论，如 DNA 鉴定。这种划分的要点在于鉴定结论对专家个人经验的依赖程度。司法人员在审查认定这些不同的科学证据时要注意这种差异，从而把握审查的重点。特别是对于那些主要依赖个人经验的科学证据，法官一定要让专家出庭作证，而且要注意发挥“对方专家质证”的作用。

目前在我国的司法实践中，科学证据的采信是比较混乱的。造成这种状况的原因之一就是缺

乏统一规范的采信标准。笔者曾经提出要努力实现科学证据采信标准的规范化,^[40]希望能够群策群力地制定出一套让法官、检察官等司法人员接受而且简便易行的采信标准,如DNA鉴定结论的采信标准、指纹鉴定结论的采信标准、笔迹鉴定结论的采信标准、电子证据的采信标准等。这些标准的制定绝非易事,需要以大量的艰深的科学研究为基础,但确实具有很高的实用价值。

综上所述,证据的审查认定应该区分采纳与采信,以便司法人员更加科学、更加严格地履行审查认定证据的职责。在面对科学证据的时候,司法人员既不能把审查认定证据的职权拱手相送,任由专家去代行认定事实的职责,也不可心胸狭隘地守护手中权力,唯恐专家打破自家对话语权的垄断。通过证据的采纳规则与采信标准的完善,我们应努力在司法裁判中达至法律与科学的完美结合。司法证明和科学证明都以追求真相为目标,但是在法庭上追求真相和在实验室中追求真相还是有所区别的。科学对真相的追求是绝对的,永无止境的;而司法对真相的追求是相对的,必须兼顾公正和效率的考量,必须具有终局性,因为司法之要务在于解决纠纷乃至化解矛盾。这一目标的实现,离不开司法人员对证据的审查和认定。

Abstract: On June 13, 2010, the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, the Ministry of Public Security, the Ministry of State Security and the Ministry of Justice jointly issued *the Provisions on Issues Concerning the Examination and Evaluation of Evidence in Death Sentence Cases* and *the Provisions on Issues Concerning the Exclusion of Illegally Obtained Evidence in Criminal Cases*, effective as of July 1, 2010. The enforcement of these two provisions on criminal evidence is a huge improvement of Chinese criminal evidence system. These two provisions have clarified the procedures for court to hold illegal evidence, the assignment of burden of proof, and the corresponding standard of proof, which make the exclusionary rules against illegally obtained evidence operable. However, the two provisions on criminal evidence used some ambiguous languages regarding to the issues of the admissibility and the evaluation of evidence.

The examination of evidence by judges should be divided into two steps. The first step is to determine the admissibility of evidence, in other words, the evidence should firstly be allowed to be used in the trial. The second step is to determine the reliability and the value of evidence, in other words, it concerns how to evaluate the admitted evidence. Judges should focus on the lawfulness and relevance of evidence in the first step, while focus on the truthfulness and sufficiency of evidence in the second. The rules of admissibility should be rigid, while the standards of reliability and value of evidence should be flexible. The separation of these two steps is good for the development of the evidence law. It shifts the research orientation, promotes the evidence rules, especially the exclusionary rules against illegally obtained evidence, and helps to prevent wrongful convictions by reinforcing legal acquisition of evidence.

Key Words: evidence, admissibility, reliability

[40] 参见何家弘:《对法定证据制度的再认识与证据采信标准的规范化》,《中国法学》2005年第3期。