

刑事隐蔽性证据规则研究

秦宗文*

内容提要：隐蔽性证据规则的确立既有经验层面的支持，也与我国特殊的刑事司法环境有关。隐蔽性证据规则以定罪为导向，相关司法解释虽然设立了严格的保证条件，但仍潜存虚假补强的风险。隐蔽性证据规则的实施情况，一方面证实这一规则确有深厚的经验支持；另一方面显示实践部分地偏离了规范，如补强程度把握的分化、适用范围的扩张等。同时，口供污染路径的多样化、司法人员的过分自信以及实际发现污染的困难等，挑战着相关规范防范虚假补强风险的保证条件。隐蔽性证据规则在实践中呈现的样态，既有司法人员认识心理方面的成因，也与刑事司法的印证证明模式、规则本身的模糊、录音录像供给与需求的双重动力不足等因素相关。考虑到不同类型案件中防范虚假补强风险与促进效率之间的价值权衡，隐蔽性证据规则的实施应以多元化方式进行。

关键词：隐蔽性证据 隐蔽性证据规则 口供 口供补强规则 虚假补强

引言

我国刑事诉讼法中确立了口供补强规则，即“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”。从该规定看，关于补强证据的范围、补强强度等都缺乏清晰标准，由此导致执法尺度不一。《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“死刑案件证据规定”）第34条规定：“根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证，且与其他证明犯罪事实发生的证据互相印证，并排除串供、逼供、诱供等可能性的，可以认定有罪。”这一规定被认为是对口供补强规则的细化和完善，^{〔1〕}可称之为隐蔽性证据规则。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称“刑事诉讼法解释”）第106条基本沿袭上述规定，指出“根据被告人的供述、

* 南京大学法学院副教授。

本研究受国家社科基金项目“隐蔽性证据虚假补强问题研究”（15BFX096）的资助。

〔1〕 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257页。

指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证，且被告人的供述与其他证明犯罪事实发生的证据相互印证，并排除串供、逼供、诱供等可能性的，可以认定被告人有罪。”据此，隐蔽性证据规则被扩展适用于包括死刑案件在内的所有刑事案件。

隐蔽性证据规则有两个突出特点：其一，它是证明力规则。在过去，什么证据可作补强证据，其证明力如何，均由法官自由裁量。隐蔽性证据规则强调了隐蔽性证据的证明力，一旦有该类证据出现，法官一般可认定被告人有罪。其二，它具有明确的定罪导向。限制特定证据证明力的现象在其他国家也存在，如大陆法系国家对口供证明力的限制，英美法系国家曾限制儿童证言的证明力。但基于无罪推定原则，从促进定罪的角度肯定证据证明力的现象极为罕见。而隐蔽性证据规则明确指出，当隐蔽性证据补强口供时，法官一般应认定犯罪成立，从而使其成为“带有‘定罪公式’色彩的证据规则”。〔2〕

隐蔽性证据规则符合人们的直观认识，但也应当看到，隐蔽性证据潜藏着虚假补强风险。在美国的一些错案中，法官基于对隐蔽性证据的信赖，甚至否定了与之相矛盾的DNA鉴定意见。〔3〕我国将经验层面的隐蔽性证据规则上升为显规则，可能导致放大虚假补强风险，并进而加剧无辜者入罪的风险。近年来，国内学界对虚假口供，特别是对催生虚假口供的刑讯逼供关注甚多，但对虚假口供为何被轻易采信研究不足，对隐蔽性证据的虚假补强风险则更是缺乏研究。

基于上述情况，本文拟对隐蔽性证据规则的生成背景、内涵、运行状态以及成因进行分析，并针对实践中出现的问题探讨可能的解决方案。

一、隐蔽性证据规则的生成背景

以隐蔽性证据补强口供，是各国刑事司法实践中的普遍做法。但将其规则化并赋予特殊的证明力，据可查阅的资料，我国可能是第一个。这一规则出现在我国的司法解释中，并以定罪为导向，与我国特殊的刑事司法环境有关。

第一，强化证明力规则的证据立法导向。各国证据法的发展一般以证据能力规则为核心。此模式以司法中心主义为基础，法官对证据发挥着实质性的审查作用。但在我国当下，以审判为中心的诉讼制度改革正在进行中，证明力规则对于我国法官规避责任风险、摆脱干预干扰，对于法院规范法官心证以保证案件质量，对于上级法院进行行政化管理和统一司法，均具有重要意义。〔4〕这些因素使得建构证明力规则成为我国证据法发展的特色。

第二，对“铁案”目标的追求。隐蔽性证据规则首见于“死刑案件证据规定”，而该规定的出台服务于“把每一起刑事案件都办成铁案”的目标。〔5〕“铁案”思维更多关注事实判断的准确性，相对忽视证据的正当性。正如有司法实务工作者称，“通过刑讯逼供找到了物证所在的地点，而这个物证确实是证明被告人作案的最可靠的证据：凶器上有被告人的

〔2〕 陈瑞华：《以限制证据证明力为核心的新法定证据主义》，《法学研究》2012年第6期，第160页。

〔3〕 See Brandon L. Garrett, *The Substance of False Confessions*, 62 Stan. L. Rev. 1055 (2010).

〔4〕 参见李训虎：《证明力规则检讨》，《法学研究》2010年第2期，第164页以下。

〔5〕 参见《印发〈关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定〉和〈关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定〉的通知》。

指纹,被害人的血迹。能因为这是刑讯逼供来的而不使用这个证据吗?”〔6〕此处的凶器往往属于隐蔽性证据,在实践中其被视为“最可靠的证据”。

第三,对死刑复核权收归最高人民法院后地方司法导向的纠偏。2007年最高人民法院“收回死刑复核权,使其面临错判的风险和压力”。〔7〕同时,压缩死刑判决数量也是当时重要的司法任务,这使得最高人民法院对死刑案件的证据把握极为严格。这种要求传导至地方,各地法官在处理死刑案件时也非常谨慎。如一位资深法官所言,“现在要判处一名罪犯死刑谈何容易”,为控制死刑判决数量,法官“对罪轻情节的重视往往远远超过对罪重情节的重视”。〔8〕但是,死刑控制过严也引起了一些争议。例如,一些地方政府提出,“是维护社会治安要紧,还是控制死刑要紧?”〔9〕这一情况也引起了司法高层的重视,最高人民法院在2007年下半年重申,对严重犯罪要坚持“严打”方针,“该判处死刑的坚决判处死刑”。〔10〕最高人民法院等五部门就“两个证据规定”〔11〕发布背景答记者问时指出,2007年最高人民法院收回死刑复核权后,“因制度不完善,执法标准不统一和办案人员素质参差不齐,也不断出现一些不容忽视的案件质量问题。”〔12〕出台隐蔽性证据规则,可视为最高人民法院对地方司法某种不良导向的纠偏。

二、隐蔽性证据规则的规范分析

作为讨论隐蔽性证据规则的基础,有必要对该规则的内涵进行较为清晰的分析。

(一) 被补强口供的特性

运用隐蔽性证据规则,首要的问题是哪些口供可以因得到隐蔽性证据的补强而被用于认定被告人有罪。这涉及以下三方面的问题:

1. 被补强口供的范围。依口供补强规则的一般理论,需补强的口供应是被告人承认全部或主要犯罪事实的供述,隐蔽性证据的作用仅是保证口供的真实性。若口供仅涉及次要犯罪事实,需要隐蔽性证据提供补充信息以共同认定犯罪,就不属于补强;隐蔽性证据规则不适用于此情形。

2. 口供的合法性问题。权威解释认为,口供应具有合法性。“被告人供述本身要求排除串供、逼供、诱供的可能性,否则口供本身系非法证据,也就不存在被补强的价值。”〔13〕

〔6〕 转引自前引〔1〕,张军主编书,绪论第21页。

〔7〕 熊秋红:《刑事证据制度发展中的阶段性进步——刑事证据两个规定评析》,《证据科学》2010年第5期,第570页。

〔8〕 赵俊甫:《我国死刑司法控制的隐忧》,载李洁等主编:《和谐社会的刑法现实问题》,中国人民公安大学出版社2007年版,第836页。

〔9〕 赵蕾:《死刑复核周年记录》,《南方周末》2007年12月19日第1版。

〔10〕 田雨、丁冰:《最高法院:下半年将继续坚持“严打”方针》,http://news.sohu.com/20070704/n250909428.shtml,2016年3月6日访问。

〔11〕 即《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。

〔12〕 《中央政法机关负责人就两个“证据规定”答记者问》,http://news.xinhuanet.com/legal/2010-05/30/c_12157696.htm,2016年3月6日访问。

〔13〕 江必新主编:《〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释〉理解与适用》,中国法制出版社2013年版,第113页。

这实质是指此类口供因系非法证据而应被排除。但是，此解释将串供形成的供述也视为非法证据，并不妥当。非法证据通常指因国家权力的滥用而违法取得的证据。若被告人案发前串通，之后形成虚假供述，则不属于非法证据。此外，2012年刑事诉讼法第54条将“采用刑讯逼供等非法方法”取得的证据列为排除对象。“刑事诉讼法解释”第95条将“刑讯逼供等非法方法”解释为“使用肉刑或者变相肉刑，或者采用其他使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法”。由此可知，诱供取得的口供无需强制性排除。因此，隐蔽性证据规则要求被告人供述需“排除串供、逼供、诱供等可能性”，并非着眼于口供的合法性，而在于其真实性。

3. “先供后证”还是“先证后供”。“先供后证”时，侦查人员并不掌握其他证据；先取得被告人口供，口供的真实性一般较高，仅需一定的证据予以印证就可以定案。“先证后供”时，则较易发生非法取证现象，口供虚假的可能性很高，需强力补强方可定罪。对此，权威解释认为，隐蔽性证据规则适用于“先证后供”，即侦查人员掌握一定的间接证据（不足以认定被告人系作案人）后再获得被告的供述，这种口供才需要隐蔽性证据进行补强。^[14]此种对“先证后供”的解释不同于一般见解。“先证后供”一般指侦查人员先掌握案件情况，再取得供述，供述中含有侦查人员已掌握的信息。依此见解，隐蔽性证据规则的要求属于一般理解的“先供后证”，即嫌疑人先供述隐蔽性信息，侦查人员再获得隐蔽性证据印证口供。关于“先供后证”和“先证后供”的含义，本文沿用一般见解。

（二）隐蔽性证据的特性

“刑事诉讼法解释”没有对隐蔽性证据作明确界定。结合条文规定和国外相关研究成果，本文认为，隐蔽性证据是指不易为案外人察觉而通常只有作案人才可能知晓的案情信息。其特性主要体现在以下四个方面：

1. 多为细节性的间接证据。隐蔽性证据无法证明犯罪的主要过程，多表现为证明案件细节的间接证据。“刑事诉讼法解释”将隐蔽性证据限定为物证、书证，但国外将言词证据也纳入隐蔽性证据的范围。^[15]如偏僻屋舍里发生的强奸杀人案，被告人供述，作案时听到屋外有人呼喊被害人的姓名；后被害人的朋友证实，该时间段其在屋外呼叫过被害人。此时，喊人情节是隐蔽性信息，朋友的证词即为补强口供的隐蔽性证据（JCF1）。^[16]

2. 通常具有独特性。隐蔽性证据与案件事实常有特殊联系，不易类同，在其他案件中不易重复出现。有些证据虽有一定的隐蔽性，但其独特性不强，故会影响其证明力。如任海玲杀人案，合议庭认为，“任海玲曾供称，用手卡住计某某的脖子，用刀在计某某的颈部

[14] 参见前引[1]，张军主编书，第262页。

[15] 参见[美]佛瑞德·E.英鲍：《刑事审讯与供述》，刘涛等译，中国人民公安大学出版社2015年版，第340页。

[16] 本文所用案例，除特别注明外，均为笔者访谈中受访者所提供。受访者有S省高级人民法院副院长SF1（S代表地域，F为所从事职业的汉语拼音首字母，1为同一区域受访者序号，下同）、S省C市刑事辩护律师SCL1、J省高级人民法院刑庭庭长JF1、审监庭庭长JF2、J省检察院公诉人JJ1、J省N市检察院公诉处副处长JNJ1、J省C市中级人民法院刑庭法官JCF1、C市检察院大要案指挥中心主任JCJ1、J省L市中级人民法院副院长JLF1、J省Y市公安局法制处处长JYG1、J省N市G区派出所副所长JNGG1。受访者提供的均为其职业生涯中有深刻印象的案例，代表性较强，但因通过访谈所得，文中无法列出案号并精确标出案例出处。文中将以案例提供者代表案例和谈话来源。对S省和J省C市相关人员的访谈以电话方式进行，其他人员为当面访谈。访谈时间为2016年2月至3月。

连续捅了两下,该供述得到尸检报告的印证,但该作案方式比较常见,不具有特殊性”。^[17]

3. 不易被发现或猜到。隐蔽性证据通常仅有作案人知道,作其他解释的余地不大。如依供述在偏僻废弃矿井中找到了被害人尸体,被告人若非作案人,很难解释其如何了解到抛尸地点(SCL1)。

4. 独立性强。隐蔽性证据独立于口供,有很强的稳定性。日本的判例认为,法庭供述可作庭外口供的补强证据。^[18]虽然法庭的氛围使被告人一般不会作不利于己的虚假供述,但其仍是供述,不排除某些被告人因庭前因素的影响而继续作虚假供述的可能。因此,这种补强对口供真实性的保证作用较弱。

(三) 隐蔽性证据规则的功能指向

补强对象的不同会影响完成补强的难度。日本的通说要求对罪体进行补强。“‘罪体’的含义是,从犯罪中排除犯罪主体(被告人与犯罪的联系)和主观方面(故意、目的等)之后的残余部分。”^[19]即,不要求对被告人与犯罪行为人的同一性进行补强。学者认为,若要求需对同一性进行补强,“认定有罪就太困难了,同一性认定可能受某些偶然现象的支配”,“这个问题应由法官合理的自由心证来判断”。^[20]美国的口供补强传统上采取犯罪实体规则,补强的对象是犯罪行为确实存在,但“不要求证明被告人即作案人”。有学者认为,此标准太低,难以防止虚假口供。^[21]隐蔽性证据规则的功能指向是被告人与犯罪行为人的同一性。隐蔽性证据通常只有作案人知道,要求以隐蔽性证据补强口供,就是要求对同一性的补强。相较于对犯罪行为的补强,同一性得到补强的口供有更高的真实性。因此,隐蔽性证据规则要求的是高强度的补强。

(四) 隐蔽性证据规则的定罪导向

1. 出台隐蔽性证据规则是因为口供得到隐蔽性证据补强时能否定罪,“实践中存在一定的争议”。^[22]这一规则是为解决争议而设。虽然隐蔽性证据规则对符合条件的案件,仅规定为“可以认定被告人有罪”,但这里的“可以”不宜理解为由法官裁量,否则争议根本未能得到解决。

2. “可以”的表述是否一定意味着定罪导向,相关权威解释没有明确说明,但可结合其他规定进行理解。“刑事诉讼法解释”第105条规定,“没有直接证据,但间接证据同时符合下列条件的,可以认定被告人有罪”。此处用词也是“可以”。对此,权威解释认为,“长期的司法实践中,实务部门对于完全依靠间接证据定案总结出了规则,而证据学界也进行了理论论证和总结,相对比较成熟”;“在满足本条规定的四个条件的情况下,可以认定被告人有罪,系当然推理”。^[23]比照此一观点,隐蔽性证据规则中的“可以认定被告人有罪”,也宜理解为“系当然推理”。

[17] 南英主编:《刑事审判参考》(总第102集),法律出版社2016年版,第30页。

[18] 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国人民大学出版社2010年版,第302页。

[19] [日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》下卷,张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第38页。

[20] 前引[18],田口守一书,第302页。

[21] 参见[美]理查德·A.利奥:《警察审讯与美国刑事司法》,刘方权、朱奎彬译,中国政法大学出版社2012年版,第249页。

[22] 参见前引[13],江必新主编书,第113页。

[23] 同上书,第111页。

3. 同案被告人供述相互补强规则的制定过程,可佐证隐蔽性证据规则的定罪导向。“刑事诉讼法解释”在起草的过程中曾规定,“被告人的供述与同案其他被告人的供述相互印证,并排除诱供、逼供、串供等可能性的,可以作为定案的根据。”但这一规定因担心强化“口供至上”,“导向不好”而放弃。^[24]此处的“导向不好”显然指易遭批评的定罪导向。共犯口供相互补强与隐蔽性证据补强口供,是实践中亟待进一步明确两种情形。^[25]这两类证据的补强能力在实践中得到广泛认同,^[26]若要予以规则化,必然以定罪为导向。

(五) 隐蔽性证据规则的内在逻辑结构与风险

从文本分析,隐蔽性证据规则要发挥作用需要满足三项条件:第一,隐蔽性物证、书证是根据被告人供述、指认提取的;第二,供述与隐蔽性证据之外的其他证据相互印证;第三,排除串供、逼供、诱供等可能性。第一项条件是核心,第二、三项条件起保证作用。若三项条件都成立,口供的真实性应无问题。但从司法实践看,两项保证条件能否实现预设功能不无疑问。

1. “其他证据”与口供相互印证,可能无法保证隐蔽性证据补强口供的真实性。“刑事诉讼法解释”对“其他证据”的范围、补强强度没有作明确规定。隐蔽性证据规则的作用,就是通过赋予隐蔽性证据以特殊证明力,更便捷地完成补强任务。在已有隐蔽性证据的情况下,法官对“其他证据”的补强要求有可能趋于形式化。

2. “排除串供、逼供、诱供等可能性”的要求能在多大程度上实现,存在疑问。如何辨识是否存在上述行为,目前有相当难度。比如,实务中不敢轻信辨认结果,这是因为若辨认中存在违规行为,“仅靠检察、审查起诉,靠案件审理、复核是很难把存在的违规辨认问题审查出来的,如参照物的多少有照片证实,但有无诱导、暗示、引诱辨认人作出辨认”,法官是审查不出来的。^[27]这同样适用于获取隐蔽性证据过程中的不当行为。

隐蔽性证据补强一般可保证口供的真实性,因此隐蔽性证据规则有深厚的经验基础。但是,证明力的评价本质上属于经验问题,即使将之规则化,实务中法官的认知仍有作用空间,规则的运行仍可能呈现多面性。同时,要满足隐蔽性证据规则所设的保证条件,目前还有不少困难,这一规则仍有虚假补强的风险。

三、隐蔽性证据规则的实践表现

隐蔽性证据规则在司法实践中的表现,既有符合规范原意的一面,也有背离规范的一面。

(一) 司法人员对隐蔽性证据的信赖与渴望

因为隐蔽性证据很难为案外人所知,人们往往相信,得到隐蔽性证据补强的供述具有高度可信性,其“思维逻辑是:如果你没有罪,怎么会交待出那么多细节”。^[28]如在陈满

[24] 参见前引[13],江必新主编书,第115页。

[25] 同上书,第113页。

[26] 同上书,第115页。

[27] 参见前引[1],张军主编书,绪论第12页。

[28] 于一夫:《余祥林冤案检讨》, <http://www.southcn.com/weekend/commend/200504140010.htm>, 2015年10月16日访问。

案中，一审审判长坚称，“这个案子没有任何错误，百分之百不是冤案。”其信心正源于隐蔽性证据对口供的补强。“口供与勘察笔录中某个重要细节非常吻合，这个重要细节一般人在现场走三四遍也不一定能发现。”〔29〕正是基于对隐蔽性证据的高度信任，法官办案时很留意此类证据（JCF1）。法官不但重视卷宗中已有的隐蔽性证据，有时还会自己挖掘该类证据。若卷宗中仅有线索，法官据此核对了隐蔽性细节，则法官通常会认为这种情形下没有指供的可能，据此定案是更安全的（JLF1）。

这种认识不局限于我国。比如在法国，“陪审员们理解不了，一个人不是罪犯，却承认犯了罪，而且提供了确切的细节。如他是无辜的，就不能了解这些细节。”〔30〕隐蔽性证据被视为评价口供真实性的关键因素。如讯问中“特别要注意寻找只有嫌疑人才知道的事实”，这可以让讯问者“借助已知的事实评价口供”。〔31〕对隐蔽性证据的信任会影响司法人员对其他证据的评价，甚至会排斥与之矛盾的DNA证据。比如美国的德斯科维奇案。1990年，17岁的德斯科维奇被认定实施了强奸和杀人行为。讯问中他否认犯罪，但提供了一些细节情况，包括“他用佳得乐瓶子打了被害人的后脑勺，瓶子扔在了小路上。”警察随后在现场发现了一个佳得乐瓶盖。口供是控方的核心证据。审判前，精斑DNA检测排除了德斯科维奇的嫌疑，但控方要求陪审团忽略DNA证据；检察官推测，或许被害人是“滥交者”。检察官强调供述的可靠性，特别指出在他供述了佳得乐瓶子的事情之后，“真的发现了瓶子”。但是，德斯科维奇服刑16年后，真凶出现了。〔32〕

（二）对隐蔽性证据规则定罪导向的理解

隐蔽性证据规则在理论上是具有定罪导向的，但接受访谈的绝大多数实务人员对此予以否认。一位法官断然宣称：“那是学者的观点。有隐蔽性证据补强的口供基本上都是真实的，若再加上一些其他证据印证，不会有错”（JF1）。对隐蔽性证据的高度信赖使他们相信，隐蔽性证据规则是对认识规律的事实描述，不带有任何价值判断色彩。基于此，大多数法官支持制定隐蔽性证据规则，认为如此可避免不必要的分歧，正确处理案件。部分法官则认为，实务中一向重视隐蔽性证据，是否将之规则化并无太大影响（JF2）。

（三）“排除串供、逼供、诱供等可能性”的保证效果

隐蔽性证据补强口供以“排除串供、逼供、诱供等可能性”为保证条件。前述有权威意见认为，若口供不能排除上述情形，即系非法证据，即使其有隐蔽性证据补强，也不能据以定罪。但实践中并非如此，法官在决定是否排除供述时，对口供真实性的关注远甚于其是否非法取得。有学者研究了295份涉及非法证据排除的裁判文书后发现，供述的合法性与真实性被混为一谈；文书中大量出现“供述事实有其他证据印证”（覆盖率42%）、进入看守所前后供述一致（覆盖率21%）、供述内容有逻辑、细节相互印证（覆盖率5%）等表述，法官以这些说明供述真实性的表述来否定辩方提出的供述系非法取得的主张；在法官的“潜意识里，多数认为取证合法与否、是否存在刑讯逼供不重要，供述是否真实才是认

〔29〕 马世鹏、刘旌：《一审审判长曾称陈满案“没任何错误，百分之百不是冤案”》，http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1304476，2015年10月16日访问。

〔30〕 [法] 勒内·弗洛里奥：《错案》，赵淑美译，法律出版社1984年版，第74页。

〔31〕 参见前引〔3〕，Garrett文，第1067页。

〔32〕 同上文，第1054页以下。

定供述排除与否的唯一因素”。^[33] 这样，口供是否系以被禁止的方式取得，没有成为运用隐蔽性证据的先决条件；反过来，法官常以口供能否得到隐蔽性证据印证来判断口供是否真实。如此，隐蔽性证据规则所设定的这一保证条件的实际效果，其实是有限的。

（四）补强程度把握的分化

司法实践中，在不同案件中、不同人员对补强程度标准的把握也并不一致。

1. 虽属同一类型案件，补强程度的把握却不同。如张某杀人案。张某与被害人有感情纠纷，某日，被害人到张某家中，张某将其掐死并藏尸于衣柜中。被害人家属到张家找人，没有找到后离开。张某担心他们再回来发现尸体，遂碎尸并从马桶冲走。审讯中，张某供述了作案过程。警察在张某家中提取了刀具等相关证据，在化粪池中找到五六斤碎肉，经鉴定确认为被害人人体组织，但无法确定为身体的哪一部位。此案讨论中意见分歧较大，有法官提出，无法确定碎肉是人体哪一部分的，若是胳膊上的，被害人不一定死亡，如是头上的，可以确定被害人死亡；依现有证据不能定故意杀人，否则被害人将来回来了怎么办（JF1）？此种适用隐蔽性证据规则的意见，显然比司法解释的要求要高。在另一起杀人案中，被告人供认杀人，并称匕首被扔到了河里。被告人指认的地方水深且急，警察没有找到匕首。后来，一对当时在岸边聊天的情侣指认，看到被告人往河里扔东西，但无法确定是匕首。一审认定被告人成立故意杀人罪。该案中，法官认为口供细节丰富，真实性很高；虽然没有找到匕首，但证人证实被告人向河里扔了东西，可以补强认定口供属实（JLF1）。这种判断则明显低于司法解释的要求。

2. 在不同类型的案件中，补强程度的把握标准不同。实证研究发现，简易程序案件一般适用优势证明标准。^[34] 若有隐蔽性证据补强口供，法官一般会认为足以达到证明标准；而对于有“其他证据”印证的补强要求，则会认为没有必要。但在命案中，法官普遍认为，除隐蔽性证据外，还应有“其他证据”补强口供。但对于补强程度，又有意见分歧。如隐蔽处发现的匕首，是否应有指纹证明为被告人所用，就有不同意见（SF1）。

（五）隐蔽性证据规则适用范围的扩张

1. 隐蔽性证据的泛化。“刑事诉讼法解释”将隐蔽性证据限定为物证、书证，但实务中扩张隐蔽性证据范围的现象较为普遍。法官一般认为，“先供后证”时，言词证据有时也可视为隐蔽性证据。如室内放火案中，被告人先供述，详细描述了原始现场情况、作案经过；侦查人员能确定供述的作案经过可导致现场发生什么变化，但不能确定供述的原始现场情况是否真实；通过向现场户主核实原始现场情况，就能确定供述是否真实。^[35] 对此，法官普遍认为，这种言词证据信息也有隐蔽性，与隐蔽性物证、书证一样具有特殊的证明力。

2. “先证后供”时隐蔽性证据规则的扩张适用。隐蔽性证据后于口供被发现，是适用隐蔽性证据规则的基本条件。但实践中，侦查人员先掌握证据（包括隐蔽性证据）时，若法官通过案情判断，确信供述的隐蔽性细节并非逼供、诱供所致，就会以隐蔽性证据补强

[33] 参见王爱平、许佳：《“非法供述排除规则”的实证研究及理论反思》，《中国刑事法杂志》2014年第2期，第101页。

[34] 参见叶锐：《刑事证明标准适用的影响因素实证研究》，《中国刑事法杂志》2014年第2期，第118页。

[35] 参见刘静坤：《法庭上的真相与正义》，法律出版社2014年版，第73页。

的口供为主要根据来定罪，从而扩张了隐蔽性证据规则的适用范围。

（六）多种途径可能污染口供，造成隐蔽性证据虚假补强

国内外很多有影响的错案，在当初定案时都有隐蔽性证据补强口供。如1948年法国的德塞耶杀人案，德塞耶供述了重要细节，他指出了被害人房间里家具摆设的具体位置。法官据此认为，他参与了犯罪活动。^[36]1999年日本的宇和岛案，检察官认为口供“包含着只有犯人才能做出的供词，又具体又详细，同时符合客观证据等，足以认为具有高度信赖性”。^[37]但事后看，这些口供当初都被污染了，隐蔽性证据补强是虚假的。那么，这些虚假补强是如何产生的？^[38]

1. 口供无意中被污染

一是侦查人员有意泄露案件细节。向嫌疑人抛出或真或假的证据，以示犯罪情况已被掌握，从而动摇其意志，这是常用的讯问方法。有研究发现，在警察使用讯问技巧的案件中，有85%的样本案件向嫌疑人出示了真实的证据。^[39]策略性地出示证据也是我国侦查讯问的常规方法，“如采用‘假设’的客观事实信息，提供给犯罪行为人，能起到以假乱真的效果”。^[40]但是，这类方法产生正效应的前提是嫌疑人乃作案人；若嫌疑人是无辜的，就会带来“喂”案情给无辜者的后果，从而有可能出现隐蔽性证据虚假补强口供的现象。比如，为了证明已经掌握了确实的证据，侦查人员“向嫌疑人出示了证据，无意之间透露了一些她不知道的细节，以致于她随后能复述这些信息”。好在侦查人员对讯问进行了录像，从而避免了错误。^[41]在此类情况中，侦查人员泄露案件细节属于讯问技巧，是有意为之，但口供被污染则属于意外结果。

二是侦查人员无意中泄露案件细节。在某些情况下，侦查人员无意的行为可能会泄露案件细节给嫌疑人，从而促成虚假补强。如某案中，侦查人员在房外讨论案件，嫌疑人听到谈话内容，后来在供述中将之予以复述（JNGG1）。再比如，为了唤起嫌疑人的记忆，讯问人员有时会提醒他犯罪时间或其他细节；嫌疑人否认犯罪时，讯问人员有时会以指控的方式说出嫌疑人如何实施犯罪的看法，以谴责嫌疑人的顽抗。如前述德塞耶案中，被告人就是通过讯问人员指控式讯问中泄露的案情，了解到被害人房间里家具摆设的具体位置信息。^[42]

三是嫌疑人从其他途径了解到案件细节。嫌疑人可能从侦查人员之外的其他渠道了解到案情，如从被害人处了解被害情况，从第三人处知晓案情，案发后到过现场等；或者嫌疑人系替身，从而出现口供与隐蔽性证据相互印证的情况。如某盗窃案中，被告人供述四次作案，时间、数额、藏钱的位置等隐蔽性细节都得到了失主的证实，其口供似乎很可信。

[36] 参见前引[30]，弗洛里奥书，第71页以下。

[37] [日] 浜田寿美男：《自白的心理学》，片成男译，中国轻工业出版社2006年版，第17页以下。

[38] 错案的曝光往往需要较长的时间，因此，笔者无法以隐蔽性证据规则实施后的案例进行分析。但众所周知，司法实务有较强的延续性，并且隐蔽性证据规则是对经验的总结和肯定，而不是反方向性的调整，因此，基于以往错案的分析不会影响结论的可靠性。

[39] See Richard A. Leo, *Inside The Interrogation Room*, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 86, No. 2, p. 278 (1996).

[40] 吴克利：《审讯心理攻略》，中国检察出版社2004年版，第223页。

[41] 参见前引[3]，Garrett文，第1075页。

[42] 参见前引[30]，弗洛里奥书，第77页。

但后来查明,被害人失窃后,在家吵、对外讲,嫌疑人与被害人是邻居,借此了解到案件情况。^[43]另外,在审讯压力之下,嫌疑人还可能杜撰能与隐蔽性证据印证的口供。

2. 口供被有意污染

在有些案件中,侦查人员似乎有意制造隐蔽性证据与口供相互印证的假象。如安徽于英生杀妻案中,审讯笔录一再被更改:开始,笔录中没有提余英生与妻子发生性关系的事;后来,法医鉴定发现被害人体内有精斑,笔录就加上了“前天晚上发生了性关系”这一情况;进一步检验,发现与于英生的DNA不符,就又把所加记录删掉了。^[44]在英国的某起案件中,警察通过一些巧妙的方式,如提出诱导性问题、警察不鼓励嫌疑人偏离警察所预想的犯罪故事版本进行供述、以声调变化暗示正确答案等,提供了关键的、可验证的细节给无辜的嫌疑人。^[45]对于此类行为,已难用口供无意中被污染来解释;警察似乎认定嫌疑人就是真凶,并根据与隐蔽性证据相印证的需要来裁剪供述。比如,在日本的20个典型刑事错案的发生原因中,警方伪造证据的占13%。^[46]

总而言之,因口供污染而导致隐蔽性证据虚假补强的现象并非个案。美国学者的研究表明,至2010年1月,借助“无辜者计划”获得平反的252名无辜者中,42人当初在审讯时作了供述。在具备研究条件的38个案件中(涉及38位无辜者),除2人(其中一人是精神病患者)以外,无辜者不但作了虚假口供,而且提供了丰富、详细和准确的细节信息,其中通常包含隐蔽性信息。^[47]27个案件中(占研究案件的71%),侦查人员在法庭作证时强调这些细节是不公开的或能得到补强的;有时还特别强调,他们进行讯问时刻意避免使用诱导性问题,以免污染口供,嫌疑人都是自愿供述的。在这些案件中,得到隐蔽性证据补强的口供显得极为可信,对法庭最终认定被告人有罪起到了关键性作用。^[48]而在我国,从媒体披露的信息来看,近年具有较大影响的多起冤错案件中,口供都得到了隐蔽性证据的补强,并且这些补强对认定口供的“真实性”起到了重要作用。

(七) 在对虚假补强的识别中存在过分自信的现象

法官对隐蔽性证据虚假补强口供问题,呈现出两种心态:一是担心。法官普遍担心侦查人员先掌握情况,后逼供、诱供,从而导致虚假补强;为避免错案,法官甚至会在一些“先证后供”的重大案件中,判决被告人无罪。如以下案例:某甲外出打工9年未回家。邻居准备将自家部分房屋出租,但租客要求必须有独立茅坑;邻居认为某甲短期内不会回家,决定将他家茅坑清理后让租客使用;清理时,发现人体骨架。后某甲被抓获,其供认当年杀人后外逃,因为害怕一直未回家。某甲的口供细致地描述了作案过程,并包含被害人身高、性别等隐蔽性证据。警方对案件的事实认定很有信心,但法官认为该茅坑临近路边,不排除他人作案的可能性,也因为该案是“先证后供”,故无法排除指供的可能性。最终,

[43] 参见陈正清:《发现疑点不放过,查无实据不定罪》,《人民司法》1984年第4期,第16页。

[44] 参见中央电视台“新闻直播间”节目《检察官在行动:洗冤“于英生杀妻案”》文字版, http://news.jcrb.com/jxsw/201502/t20150204_1475323.html, 2015年10月16日访问。

[45] See Corey J. Ayling, *Corroborating Confessions: An empirical analysis of legal safeguards against false confessions*, 1984 Wis. L. Rev. 1187 (1984).

[46] 参见何宏杰、吕宏庆:《日本预防刑事错案的系列改革》,《人民法院报》2013年5月17日第5版。

[47] 参见前引[3], Garrett文,第1054页以下。

[48] 同上文,第1057页。

某甲被判无罪 (JF2)。二是自信。当被问及若隐蔽性证据被污染,能否有效识别时,法官普遍表现出很强的自信。有的法官举出自己成功办理的案件来证明做到此点并不困难;有的法官认为,某些情况下确实不好识别,但仔细审查还是能做到的;有的法官也承认,现行制度下可能会出错,但认为这种可能性非常低 (JNJ1, JF1, SCL1, JLF1)。总之,虽然有担心,但法官总体上对识别虚假补强有很强的信心,即使在错案中也是如此。

但是,无论是实验还是回溯分析实际案件,都显示出法官识别虚假口供的能力是有限的,并且存在过分自信的现象。一项心理学实验研究表明,普通人识别谎言的准确率为55%左右,但他们都展现了比实际能力更高的自信心。另一项研究证明,经常作出判断的专业人士识别谎言的能力也远低于预期。该实验中,代表普通人的大学生识别谎言的正确率为52.8%,侦探为55.8%,测谎人员为55.7%,法官为56.7%,精神病医生为57.6%,成绩最好的特工人员为64%。^[49]除了模拟实验,对实际案件的分析也表明,在进入审判程序的存在虚假供述的案件中,86%的案件被错误定罪,^[50]而法官确信被告人有罪是定罪的基本要求。判断中的过分自信现象具有跨文化的普遍性,而且有关研究表明亚洲人的过分自信更为严重。^[51]

(八) 发现隐蔽性证据虚假补强口供的困难性

当前发现证据被污染基本依赖下列两种路径:

第一,根据案情进行推断。控辩双方对隐蔽性证据是否被污染存在争议时,根据案件证据的印证情况,推断隐蔽性证据对口供的补强是否可信,这是常规性方法。而此一过程往往是以口供为中心展开的。信赖口供源于一种常识性观念:人们倾向于隐瞒对自己不利的事实,若嫌疑人作不利于己的陈述,通常是真的。有关调查表明,“绝大多数人相信自己不会承认没有犯过的罪行——他们相信别人也是如此。”^[52]若嫌疑人作了自白,一般人都倾向于相信自白是真实的;即便后来翻供,也往往被看作为脱罪而进行的欺骗。口供的偏见性影响也得到了研究的证实。研究显示,即便陪审员知道供述是警察强迫取得的,甚至有时与DNA证据相矛盾,口供对裁决的影响也难以有效消除。^[53]在另一项研究中,被试者是132位有经验的法官。和预期一致,相比较低压力(讯问仅持续半小时,录像证明嫌疑人没有受到强制)下获得的供述,法官对高压讯问(供述前讯问持续15个小时;讯问人员向被讯问者吼叫,威胁判处他死刑,向他挥动手枪;拒绝听取无罪辩解等)下获得的供述更多认定为不具有自愿性,二者的比例分别为29%和84%。然而,即使是高压下获得的供述,也显著提高了有罪认定的比例。在证据较弱的条件下,若没有供述,只有17%的法官认定被告有罪;如附有低压力下获得的供述,有96%的法官认定被告有罪;即使是附上高压

[49] See Saul M. Kassir, *Human Judges of Truth, Deception, and Credibility: Confident but Erroneous*, 23 *Cardozo L. Rev.* 810 (2002).

[50] See Boaz Sangero and Mordechai Halpert, *Proposal to Reverse the View of a Confession: From Key Evidence Requiring Corroboration to Corroboration for Key Evidence*, 44 *U. Mich. J. L. Reform* 526 (2011).

[51] 参见于竊、李纾:《“过分自信”的研究及其跨文化差异》,《心理科学进展》2006年第3期,第472页。

[52] Saul M. Kassir, *The Social Psychology of False Confessions*, *Social Issues and Policy Review*, Vol. 9, No. 1, p. 38 (2015).

[53] 同上。

力下获得的供述,也有69%的法官认定被告有罪,有罪认定的比例是第一种情形的4倍。〔54〕

第二,审查录音录像。若有直观的录音录像,法庭准确识别出大多数口供污染行为应不是难事。相较前一种方法,这种方法更有效,但实践中存在不少妨碍法庭以录音录像审查口供真实性的因素。首先,录音录像不充分。口供污染可能发生在很多环节,若仅对部分侦查活动录音录像,法官将难以全面发现证据污染。如美国各州对讯问录像的要求基本限于羁押性讯问,对非羁押讯问或讯问室外的活动则不要求录音录像。但是,在这些活动中,嫌疑人有可能被“喂食”信息。如纽约中央公园慢跑者案,在对嫌疑人怀斯的供述录像之前,他被带去犯罪现场,并被出示被害人的照片。这使人难以分清供述的信息中哪些是他原本就不知道的,哪些是警察泄露给他的。〔55〕其次,不提供或仅提供部分录音录像。即便录音录像完整,若法庭无法审查或不能进行完整审查,同样难以发现证据污染。我国的讯问录音录像仅是证明讯问过程合法性的证据;若没有启动非法证据排除程序,一般不需要向法院移送或调取讯问录音录像。〔56〕而在司法实践中,启动非法证据排除程序并非易事。如根据内部资料显示,2013年某省公诉案件启动非法证据排除程序的,仅占全年庭审案件总数的0.5%左右。〔57〕在300份辩方申请排除非法证据的判决书中,也仅有12%的案件控方提出了录音录像作为证据。〔58〕这意味着在绝大多数案件中,法庭没有审查录音录像。

四、隐蔽性证据规则实践样态的成因分析

由前文的分析不难看出,隐蔽性证据规则在实践中呈现的样态与司法解释规划的图景往往存在出入。那么,在从文本走向实践的过程中,哪些因素使得隐蔽性证据规则的实践呈现出当前的样态?

(一) 隐蔽性细节对犯罪事实认定的特殊意义

在刑事司法中,侦查、起诉和审判就是形成、过滤、审核或重组、确认犯罪事实的过程。初步接触案件事实后,侦查人员往往会迅速形成案件如何发生的框架性构想,其确信度则因案而异。这种构想指导着证据收集的方向,并可能随着证据收集的变化而得到修正,因此这是一个互动的过程。这一过程的最终成果,是要形成一个基于证据能合理解释犯罪行为的叙事故事。而故事的可信性除受一致性、融贯性和完整性等影响外,还与故事是否有足够的细节支持密切相关。首先,细节使故事更生动,从而更可信。犯罪的细节信息使嫌疑人的供述看上去很逼真。正是这些细节信息使第三方认为嫌疑人的供述极为可信,“尤其是当这些细节被认为生动、准确、独特时。……法官与陪审团经常将供述中的细节视为

〔54〕 See D. Brian Wallace & Saul M. Kassin, *Harmless Error Analysis: How Do Judges Respond to Confession Errors?* Law Hum. Behav. DOI 10.1007/s10979-010-9262-0, Publish on line: 12 January, 2011; 前引〔52〕, Kassin文,第38页。

〔55〕 See Saul M. Kassin, *False Confessions and the Jogger Case*, The New York Times OP-ED, November 1, 2002, p. A31.

〔56〕 参见王晓东、康瑛:《〈关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题批复〉的理解与适用》,《人民司法》2014年第3期,第26页。

〔57〕 辩方申请排除非法证据难在各国具有普遍性。参见熊秋红:《美国非法证据排除规则的实践及对我国的启示》,《政法论坛》2015年第5期,第143页。

〔58〕 前引〔33〕,王爱平等文,第102页。

认罪的补强。”〔59〕审判者对细节的重视，与人们评价证据的心理机制有关。有研究发现，人们评价证据的证明力时，经常是不符合逻辑的。比如，细节使供述显得“生动”，而“生动性被认为使信息带上了感情色彩，使信息更具体和更具意象性，并且使信息更具有可感知性和存在感，也使信息更容易被亲近。”而人们常给予“生动性”的证据远高于其实际价值的证明力。〔60〕其次，细节在记忆中具有稀缺性，包含细节的故事显得更可信。记忆的特点是更关注事件大概的结构和事件的整体意义，而不擅长记住细节。〔61〕若口供包含细节，尤其是关键的、独特的细节，并能融贯地嵌入故事结构，特别是能让非作案者难以理解的现象得到合理的解释，将使犯罪故事更加可信。

（二）印证证明模式进一步强化了隐蔽性细节的意义

以故事模式认定犯罪事实在全国司法实践中均有所表现，而审判者如何评价故事则受证明模式的影响。自由心证模式虽强调证据裁判，却也承认审判者个人知识和经验对事实认定的重要意义。审判者有时会以案外知识填补证据无法证明的故事情节之间的缝隙。在一场模拟审判中，在陪审员认定的事实中，有55%是由证据直接证明的，有45%则是推导而来的。〔62〕研究还发现，故事除了能有效组织证据，有吸引力的故事本身也会对审判者产生较强的吸引力，产生“故事本身就是证据”的效果。〔63〕我国的印证证明模式〔64〕更强调以证据证明案件事实，排斥故事本身的证明作用和法官自身知识填补故事情节缝隙的功能，这就对证据量包括细节性证据提出了更高的要求。同时，司法的行政化审批和审级中的复审，都要求法官应尽可能将审判事实客观化，而充斥着细节特别是隐蔽性细节的犯罪故事，更容易获得不具有“现场感”的上级的认同。

（三）侦查人员的证实性偏差

从实践看，有理由相信绝大多数虚假供述并非控方刻意追求，但供述中出现隐蔽性细节又确系侦查行为所致，对此如何解释？合理的解释是，在追求细节的心理下，侦查人员的证实性偏差催化了有意或无意的口供污染。若某人被列为嫌疑人，可能有一定的证据基础，也可能仅仅源于侦查人员的直觉。而其一旦成为讯问对象，对其进行的讯问工作就会以取得口供为导向。如一位反贪局长所言：“侦查工作，不能中立，对一条线索，我们通过初查认为嫌疑人极有可能存在犯罪事实的，接下来就需要一种‘有罪推定’。……如果站在中立的角度去办案，我们的思维很多时候会被对方影响，或者相信了对方的辩解。”〔65〕警察培训教材传授的方法则是，“对于顽固否认的嫌疑人，不能持以‘或许清白’的疑虑进行审讯。”〔66〕这种有罪推定的心态，有利于侦查人员高效开展工作。但是，在讯问开始时，侦查人员并无有效办法甄别嫌疑人是否无辜。当被讯问者确属无辜时，有罪推定所形成的

〔59〕前引〔21〕，利奥书，第148页。

〔60〕参见前引〔45〕，Ayling文，第1189页。

〔61〕参见〔日〕高木光太郎：《证言的心理学——相信记忆、怀疑记忆》，片成男译，中国政法大学出版社2013年版，第16页。

〔62〕参见〔美〕里德·黑斯蒂：《陪审员的内心世界》，刘威译，北京大学出版社2006年版，第247页。

〔63〕参见〔英〕威廉·特文宁：《反思证据》，吴洪淇等译，中国人民大学出版社2015年版，第302页。

〔64〕关于印证证明模式，参见龙宗智：《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》，《法学研究》2004年第2期。

〔65〕田晓、朱晓：《一边善用谋略，一边挖掘人性》，《方圆》2013年第1期，第39页。

〔66〕前引〔37〕，浜田寿美男书，第48页。

证实性偏差就可能催化隐蔽性证据虚假补强口供。

所谓证实性偏差是指个体在判断自己的信念或假设并进行决策时，往往认为支持性的论据更具说服力，并且有意或无意地寻找与已有信念或假设一致的信息和解释，而忽视可能与之不一致的信息和解释。^{〔67〕}证实性偏差可以不同方式影响隐蔽性证据补强口供的真实性：第一，过分热衷收集与假设一致的信息，不自觉陷入自我证实的境地。在认定嫌疑人有罪的心理下，若嫌疑人未能提供自己想要的信息，侦查人员就可能有意向其透露隐蔽性信息，启发、帮助其回忆案件事实，或者向其表明案情已被掌握，其抵抗是无益的；或者，侦查人员也可能情急之下无意中泄露隐蔽性信息，从而污染供述。甚至在极端情况下，侦查人员有可能伪造、变造供述以达到与隐蔽性证据相互印证的目的。第二，对与预断不符的信息视而不见或者降低、消除其影响力，从而错失发现虚假补强的机会。第三，将无关的信息作不利于嫌疑人的解释，从而强化认识偏差，加剧了虚假补强的风险。如浙江杭州张高平、张辉案中，二人将货物运至上海后冲洗货车，这一正常行为被解释为意图毁灭证据，从而加大了侦查人员对二人的有罪怀疑。审判时，指认现场的录像证明二人了解只有作案人方知的细节；后来披露录像是预演后拍摄的，但并无证据证明办案人员是故意制造错案。^{〔68〕}对此，合理的解释是侦查人员确信二人系真凶，制造隐蔽性证据补强口供仅是为了满足审判的需要，而这与对冲洗车辆等无关行为的错误解读密切相关。

（四）证明力规则的模糊性

证明力判断一向属于法官裁量的范围，仅有极少数例外。原因之一是证明力判断通常要结合案情进行个别裁量，对其加以事先约束反倒可能产生削足适履之弊。隐蔽性证据规则虽以经验共识为基础，却仍需为法官裁量保留空间。比如，“隐蔽性很强的物证、书证”中的“隐蔽性很强”如何把握？“其他证据”的范围如何把握？补强的强度如何把握？“逼供、诱供”如何把握？“可以认定被告人有罪”中的“可以”如何把握？对于上述问题，有些虽已有权威性解答，却无法定约束力。这就为法官个性化地适用隐蔽性证据规则提供了可能。

（五）法官的风险管控意识

在不同类型的案件中，法官防范错案的风险意识是不同的。这些年暴露出来的冤错案件多为“命案”，而严防死刑案件出错在法院系统中是受到充分重视的。后果的不可挽回性、错案追究、责任终身制等，使法官高度警惕“亡者归来”、“真凶再现”等情况的出现，这导致在“命案”中对口供补强的把握要高于隐蔽性证据规则本身的要求。而简易程序、速裁程序本身就意味着追求效率的政策导向，适用这些程序的案件对证据的要求也有所降低。同时，这些案件缺乏“亡者归来”、“真凶再现”等标示案件铁定错误的情况，当事人也缺乏“命案”中因利益损失巨大而长期抗争的韧性，案件被认定为错案的概率大为降低，法官被追责的可能性也相应减少。这些都使得法官在该类案件中对口供补强的把握要低于隐蔽性证据规则本身的要求。

（六）实体正义的司法导向

近些年来，实体与程序并重已成为相关规范性文件中的一般性提法，程序正义对司法

〔67〕 参见吴修良等：《判断与决策中的证实性偏差》，《心理科学进展》2012年第7期，第1080页。

〔68〕 这是笔者2013年5月于杭州参加浙江大学光华法学院举办的有关张氏叔侄案的研讨会时获悉的情况。

实务人员的司法理念也形成了一定的冲击。但司法实践中仍以追求实体正义为主要导向,非法证据排除规则的实践情况即为例证。这一因素可以解释“排除逼供、诱供等可能性”这一保证条件为何被虚置。访谈中,一些资深法官直接将隐蔽性证据规则理解为“毒树之果”规则(JF2, JLF1)。这种理解显然有异于最高人民法院的立场,但从实践情况看却并非毫无道理。同时,追求实体正义的司法导向使得公检法三机关之间的配合关系牢不可破。一些法官虽然了解侦查中可能污染隐蔽性证据的情形,却因为信任其他机关,仅对死刑案件倍加小心;对于其他案件,则在隐蔽性证据是否被污染存在争议时,多倾向于采信控方的主张。

(七) 录音录像供给与需求的双重动力不足

录音录像的使用困境主要源于两方面:首先,录音录像的供给动力不足。当前录音录像不全、录音录像的关键片段缺失等现象屡见不鲜,法庭使用录音录像面临诸多障碍,这与侦查机关的消极态度有关。对所有侦查活动进行充分的录音录像,并允许在法庭上充分使用这些录音录像,这在相当长的时期内是不现实的。其次,录音录像的需求动力不足。录音录像使用率低还有法官需求动力不足的原因。一是法官认为没有必要。由于对控方证据的信赖、口供的重要影响等,在大多数案件中,法官通过阅读案卷就已经形成内心确信,故认为没有必要调取录音录像。二是出于诉讼效率的考虑。实践中,讯问往往多次进行,每次都可能持续较长时间,争议案件的录音录像全部调阅几无可能。同时,因为辩方没有充分查阅录音录像的权利,故难以准确指出有争议的讯问时间节点,从而无法有效地分担法官的压力。加之案多人少的背景性因素,法官调阅录音录像的积极性普遍不高。

五、隐蔽性证据规则实施的多元化进路

适用隐蔽性证据规则的最大风险是虚假补强。出于对隐蔽性证据的高度信赖,一旦出现虚假补强,发生错案的概率极高。而虚假补强的危害与案件的严重性成正比,案件越严重,越要重视虚假补强风险的防范。同时,经验证明,得到隐蔽性证据补强的口供往往有很高的真实性,肯定隐蔽性证据补强口供的价值可减少对其他证据的需求,简化证据评估,提高事实认定效率。关于此点,有关美国法官就证据补强所作指示对陪审团评估证据影响的实验,可作为例证。^[69]但是,上述二者所体现的价值明显存在冲突。风险防范会要求隐蔽性证据规则在一定程度上的复杂化,如强调证据的隐蔽性,强调其他证据的附加补强,强调严格把控逼供、诱供,以及强调对讯问录音录像的充分审查等;而重视效率会要求隐蔽性证据规则的简化,会对上述事项持更加宽松的态度。因此,二者的配置关系将决定隐蔽性证据规则的实施策略。

纵观各国司法,追求效率与防范错案风险在不同类型案件中存在不同的配置情况。一般而言,对轻罪案件的处理侧重效率,对重大案件的处理侧重防范误判。就隐蔽性证据规则而言,应在考虑隐蔽性证据补强的口供一般可信的情况下,根据轻罪、重罪案件的不同,

[69] See Jeffrey G. Hoskins, *The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases*, 4 Can. J. Fam. L. 193 (1983).

评估误判风险大小、后果的严重程度,平衡效率因素,对隐蔽性证据规则的实施策略作多元化安排。

(一) 隐蔽性证据规则的实施需要讯问录音录像制度相配合

虚假补强主要源于证据污染,而录音录像是事后发现证据污染的有利工具,因此,隐蔽性证据规则的良好实施需要配合以对讯问录音录像制度的完善。当前,通过录音录像发现口供污染的首要障碍,是相关规范性文件将录音录像的适用限制在证明非法取证的程序事项。^[70]作为侦讯过程的客观记录,录音录像既是程序运行的记录载体,也是侦讯内容的记录载体。美国一些州以录音录像为证明讯问内容的唯一载体,这是因为做笔录会干扰讯问活动。^[71]当前对录音录像使用的限制,是对其证明价值的人为切割,应予纠正。适度扩张录音录像的摄制对象,并保证其完整性,在技术上并无障碍。例如对“命案”,许多地方公安机关对勘验、指认、辨认活动都进行了录音录像。^[72]针对当前公安机关对录音录像支持度不高的情况,不妨通过修法或司法解释,要求侦查录音录像随案移送。

允许辩方充分利用录音录像,对于查明真相和提高效率均为有益之举。辩方有权使用讯问录音录像,在一些国家已是常规做法。如在英国,会见结束时,警察会书面通知嫌疑人,说明录像材料的用途及查看方法;并告知嫌疑人,若其被起诉,其将及时得到一份复制品。^[73]若不许辩方有效利用已形成的录音录像,从查明真相的角度看,录音录像的成本耗费就丧失了意义。若公开全部录音录像有困难,鉴于隐蔽性证据的重要影响,若辩方提出虚假补强异议,则应允许律师查阅在其申请范围内的录音录像。从效率的角度考虑,若律师能庭前查阅录音录像,明确争议点,则将节省法庭审阅时间,有助于提高法官使用录音录像的积极性。

虽然录音录像对于识别虚假补强具有极大价值,但也不能期待其能包治百病。比如,某些威胁、引诱是否足以促成虚假补强,不同法官的判断可能会不同。由于执法的复杂性,也很难要求对侦查人员的所有活动都进行录音录像,而逼供、威胁、引诱就可能发生于其间。因此,在努力扩大和提高录音录像的覆盖范围和真实性的同时,也要认识到其保证作用的有限性。此外,当庭播放录音录像还涉及诉讼效率,大范围、长时段播放录音录像会降低诉讼效率。因此,也不是所有涉及隐蔽性证据的案件都要播放录音录像,可以根据案件类型的不同作差异化处理。

(二) 重罪案件虚假补强的高风险与隐蔽性证据规则的实施进路

1. 重罪案件虚假补强的高风险

从错案的发生机制进行分析,虚假补强的发生率与案件的严重程度成正比。首先,案件越重大,口供真实性的保证越重要。此类案件一旦定罪,刑罚很重,甚至可能判死刑,没有被告人供法官通常不敢下判。这会促使控方努力取得口供。其次,案件越重大,违法取证的可能性越大。刑罚的严重程度会影响供述的意愿,案件越重大,嫌疑人自愿供述的可能性越低。而案件越重大,破案的压力越大,违法取证的可能性也越大,虚假补强的可能性随之增

[70] 参见2013年最高人民法院《关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复》、2014年最高人民检察院法律政策研究室《关于辩护人要求查阅、复制讯问录音、录像如何处理的答复》。

[71] See Thomas P. Sullivan, *Police Experiences with Recording Custodial Interrogations*, 88 *Judicature* 134 (2004).

[72] 参见邓国荣:《“指认现场”让翻供苍白无力》,《人民检察》2004年第12期,第59页;朱俊杰:《谋杀犯罪现场勘验研究》,《公民与法》2012年第9期,第41页。

[73] 参见瓮怡洁:《英国的讯问同步录音录像制度及对我国的启示》,《现代法学》2010年第5期,第107页。

加。如李和平杀人案,“警方在村里驻扎了50多天,破案压力非常大”;“不破案,警方肯定下不了台。”^[74] 公安机关将强制录音录像的适用标准之一设为可能判处10年以上有期徒刑的案件,应该说不无此方面的考虑。^[75] 最后,案件越重大,无辜者被释放的可能性越低。案件越重大,有人应对此负责的社会心理就越强;若无替代者出现,无辜者摆脱诉讼的难度就越大。如重庆的童立民案,被告人被超期羁押6年,“既不能充分认定有罪,又不能轻易判决无罪,导致本案久拖不决。”^[76] 证实性偏差,甚至伪造证据以形成印证关系,也都更容易出现在重罪案件中。

2. 重罪案件中隐蔽性证据规则的实施进路

此处的重罪案件,指可能判处10年以上有期徒刑、无期徒刑、死缓和死刑立即执行的案件。重罪案件虚假补强的高风险和虚假补强后果的严重性,决定了这类案件在适用隐蔽性证据规则时,应以防止虚假补强为首要导向。但鉴于隐蔽性证据补强的口供一般有较高的真实性,也应适当考虑效率的要求。

(1) 死刑立即执行案件

对于可能判决死刑立即执行的案件,无论被告人是否提出口供虚假补强抗辩,法庭都应审查录音录像,以尽可能降低虚假补强的风险。死刑立即执行案件的证明应适用最严格的标准,对可能判死刑立即执行的案件,除了依口供找到隐蔽性物证、书证,还应有独立来源的证据补强口供。如根据口供找到具有隐蔽性的杀人工具,工具上的指纹、血迹即具有独立来源的证据,可以补证被告人与工具之间的联系。再如,根据口供在河里找到了杀人工具,但已无法从杀人工具上提取指纹;此时若无其他有独立来源的证据补强口供,则不应作出死刑立即执行判决。实践中有时以辨认现场笔录等材料来佐证隐蔽性证据,但这类证据源于口供,不属于有独立来源的证据,且容易造假;当依这类证据佐证隐蔽性证据时,不宜作出死刑立即执行的判决。

(2) 可能判处10年以上有期徒刑及其以上刑罚的案件

在这些案件中如何适用隐蔽性证据规则,需要考虑三点:其一,隐蔽性证据虚假补强口供的可能性。如前文所述,作为重罪案件,此类案件中虚假补强的可能性较大。加之我国司法实践中催生虚假补强的因素还很多,如刑讯逼供、疲劳审讯、威胁、引诱等,^[77] 因此对虚假补强的可能性要高度警觉。其二,口供的稳定性。面临严重的刑罚时,被告人即便庭前因受外力影响而作了虚假认罪,其在庭审中一般都会翻供。例如,在已纠正的错案中,被告人庭审时几乎全部翻供。因此,若被告人庭审时仍认罪,则庭前供述属实的可能性较高,口供真实性的保证要求可适度降低。若被告人庭审时翻供,则口供真实性的保证要求应予以提高。其三,利用录音录像的可能性。由于录音录像的直观性,若有录音录像

[74] 韦洪乾:《河北定州农民两次被错判死刑,蒙冤23年不得昭雪》, <http://news.sohu.com/20060624/n243916648.shtml>, 2015年10月15日访问。

[75] 参见2014年公安部《公安机关问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第4条。

[76] 参见杨子墨、文秦:《死刑犯最终无罪释放,嫌犯经历7年牢狱之灾》, http://news.china.com/zh_cn/focus-character/shjj/10001706/20030124/11403165.html, 2015年10月15日访问。

[77] 一项2007年对服刑人员的调查显示,55.3%的人受过直接刑讯,60.1%的人受过变相刑讯(挨饿、疲劳审讯等)。参见林莉红等:《刑讯逼供现状调查报告》,《湖北警官学院学报》2010年第3期,第38页。

保证口供的真实性，则口供补强的要求可适度降低。根据相关规范性文件，^{〔78〕}重罪案件讯问均应录音录像，这为审阅录音录像提供了可能。若法庭调取录音录像，控方不提供又不能作合理解释的，则要谨慎对待口供的真实性。

总之，对于上述类型案件，可按以下方式适用隐蔽性证据规则：一是庭前口供比较稳定，并且被告人当庭认罪的，口供得到隐蔽性证据补强即可，不再需要其他证据补强。但鉴于错误后果的严重性，录音录像应随案移送，以备法庭审查。即使法庭不审查，移送行为也会产生一定的威慑效应，有利于保障口供的真实性。二是被告人当庭翻供，录音录像能证明口供的真实性，并且录音录像真实、完整的，口供得到隐蔽性证据补强即可。有意见认为，供述得到隐蔽性证据补强的，首次自白如因逼供、诱供等情况而被排除时，仍可认为重复自白具有证据能力。^{〔79〕}但这一意见正确的前提是，排除了“喂食”污染口供的可能性。而要做到此点，最可信的方式就是审查录音录像。三是被告人当庭翻供，无录音录像能充分证明口供的真实性，或者录音录像的真实性、完整性存疑的，口供应同时得到隐蔽性证据和其他证据的补强。此时法官应警惕虚假补强风险，谨慎适用隐蔽性证据规则。

（二）处理轻罪案件的效率要求与隐蔽性证据规则的实施进路

此处的轻罪案件指可能判处10年以下有期徒刑及其以下刑罚的案件。在此类案件中，违法取证的动力、口供真实性的保证要求等相对减弱，口供虚假补强的可能性也相应降低。因此，在防范风险的同时，隐蔽性证据规则的效率价值应得到更多的肯定，在这类轻罪案件中可适度降低隐蔽性证据规则的要求。

1. 被告人当庭认罪的案件

对于这类案件，若口供得到隐蔽性证据补强即可定罪，无需其他证据补强，也无需审查录音录像。此类案件中，违法取证的可能性相对较小，当庭认罪一般已足以保障口供的真实性；若再以隐蔽性证据补强，口供的真实性应是极高的。因此，基于效率的考虑，可不再要求提供其他证据和审查录音录像。

2. 被告人当庭翻供的案件

若被告人可能被判处3年以上10年以下有期徒刑，鉴于错案后果相对严重，除隐蔽性证据外，还应以其他证据或录音录像保证口供的真实性。而被告人可能被判处3年以下有期徒刑的案件，侦查人员违法取证的动力一般不足，嫌疑人拒绝供述的意志一般也不强烈，故口供污染的可能性较低，以隐蔽性证据补强一般足以保证口供的真实性；即使被告人当庭翻供，也不需要其他证据或录音录像进行保证。

3. 隐蔽性证据规则的适度扩展

在轻罪案件中，为提高办案效率，可考虑将隐蔽性证据的范围扩展至言词证据。同时，对于“先证后供”案件，若能排除串证、逼供、诱供的可能，则被告人供述了虽已为侦查人员所掌握，但不易为非作案人所知的隐蔽性证据的，可依隐蔽性证据规则定罪。相较于当前规范性文件的要求，此一扩展在一定程度上升高了虚假补强的风险。因此，在上述两种情况下适用隐蔽性证据规则定罪，应以被告人当庭认罪或有完整、可信的讯问录音录像

〔78〕 参见2014年公安部《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第4条。

〔79〕 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24页。

保证口供的真实性为前提。

(三) 对于特殊类型案件宜慎重适用隐蔽性证据规则

隐蔽性证据规则以一般司法经验为基础,但在某些特殊类型案件中,若口供虚假的可能性明显超过正常水平,则应特别慎重地适用这一规则。首先,对于存在“顶包”可能的案件,由于此类案件的被告人与作案人常有特殊关系,使得被告人有可能了解案情,所以,即使被告人自愿认罪,且该认罪可以得到隐蔽性证据的补强,法官也不应盲目认可口供的真实性。若法官有合理理由怀疑被告人系“替身”,则在排除疑问之前应慎重适用隐蔽性证据规则。其次,对于特殊群体人员的犯罪,也应考虑到该人群所具有的特质,而慎重适用隐蔽性证据规则。从国内外的案例看,未成年人、智力障碍者及精神病患者的抗压能力较弱,容易受暗示或顺从他人的意志;一些对于普通人而言通常不会引发虚假供述的讯问策略,如轻度的威胁、引诱、欺骗乃至正常的讯问压力,对这些特殊人群却有引发虚假供述的可能。因此,对于这类特殊群体的口供,法官应高度警觉,慎重适用隐蔽性证据规则。

Abstract: The establishment of the rule of concealed evidence is supported by experience and related to the special criminal judicial environment in China. Although judicial interpretation has set some very strict collateral requirements, there still exists the risk of false reinforcement. The implementation of this rule has on the one hand confirmed that the rule does have a strong empirical support, but on the other hand, also showed that some practices have partly deviated from the text, as evidenced by the differentiation in the control of the degree of reinforcement and the expanding scope of application. In the meantime, the diversification of confession pollution, the overconfidence on the part of judiciary officers, and the difficulties in actual detection of pollution are challenging the collateral requirements of the prevention of false reinforcement. There are different kinds of factors that influence the implement of the rule of concealed evidence, such as the psychological condition of judicial officers, the verification mode in Chinese criminal justice system, the ambiguity of the rules themselves, the risk control consciousness of judicial officers, the substantive justice orientation of the judicial system and the lack of both the supply of and the demand for audio and video recordings. Prevention of false reinforcement and promotion of efficiency have different value ranks in different types of cases. Considering that the confession reinforced by concealed evidence is generally credible, a diversified strategy for the implementation of the rule of concealed evidence should be adopted by following the general principle of improving efficiency in misdemeanor cases and preventing the risk of false reinforcement in felony cases while, at the same time, taking into consideration the risk of misjudgment, the severity of consequence in different types of cases and the factor of efficiency.

Key Words: concealed evidence, the rule of concealed evidence, oral confession, the rules of reinforcement of oral confession, false reinforcement
