



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

证据法学

Evidence Law

◎ 李明 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

总顾问 吴家清 齐树洁

证据法学

Evidence Law

主 编 李 明

副主编 郭天武 邓立军 蔡国芹

撰稿人 (按撰写章节顺序)

李 明 肖 玲 张友好 蔡国芹
郭天武 孙末非 常廷彬 彭 勃
王杏飞 邓立军



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

证据法学/李明主编. —厦门:厦门大学出版社,2014. 1

高校法学“十二五”规划教材系列

ISBN 978-7-5615-4921-6

I. ①证… II. ①李… III. ①证据-法律-中国-高等学校-教材 IV. ①D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 009808 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:22.75 插页:2

字数:548 千字 印数:1~3 000 册

定价:37.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

主编简介

李明，法学博士，广州大学法学院教授、硕士生导师，广州大学法学院副院长，兼任广东省诉讼法学会副会长，广州大学检察理论研究中心副主任。出版专著《监听制度研究》，主持国家级、省部级等各级课题8项。在《中国法学》、《法学》、《政治与法律》等刊物共发表论文50篇。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”编委会

总 主 编：杜承铭

总 顾 问：吴家清 齐树洁

编委会成员（按姓氏拼音顺序排列）：

蔡国芹 蔡镇顺 陈俊成 陈亚平

崔卓兰 邓成明 邓世豹 房文翠

韩明德 蓝燕霞 栗克元 马占军

祁建平 施高翔 王继远 王晓先

吴国平 夏 蔚 熊金才 徐 波

徐继超 于风政 曾月英 张小平

秘 书：甘世恒

总序

2011年3月,吴邦国委员长向世人宣布:中国社会主义法律体系已经形成。中国已步入了法治社会的健康发展轨道。作为改革开放排头兵的广东省,更是在法制建设的进程中敢于先行先试,为中国社会主义法律体系的完善贡献了自身的力量。与之相适应的是,广东省法学院校在法学教育和法学研究方面,也一直进行着积极的探索和改革。广东省开设法学专业的院校二十余所,以法学本科教育为主,多年来为广东、华南地区乃至全国的政法系统、党政部门、企事业单位培养和输送了数以万计的法律人才。随着我国市场经济的逐步发展完善,对法律人才的要求也进一步提升,既有的法学本科教学内容体系和教育模式在新的形势和新的要求面前难避僵化之虞。因此,以教学内容体系和教育模式为取向的法学本科教育改革,就成为广东各法学院系教育教学改革的重中之重。为了进一步推进广东法学院校法学教育教学改革特别是法学教材建设与改革,由厦门大学出版社策划,组织广东省二十余所院校法学专业教师联合编写的“高校法学‘十二五’规划教材系列”便应运而生。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”是根据教育部公布的法学教学大纲编写的,符合国家“十二五”规划要求的法学创新教材。本教材系列具有如下特点:

第一,以几个较早成立的法学院系为依托,由广东二十余所院校的法学专业教师联合编写。本教材系列集合了广东省大部分开设法学专业课程的院校的教师,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授担任各册主编,并吸收了许多具有丰富一线教学经验的中青年任课老师作为作者参与编写。教材系列作者队伍阵容强大,同时又具有一定的权威性。

第二,紧密结合实际,力图打造具有广东特色的法学创新教材。广东省处于改革开放的前沿,经济的繁荣带来了思想的活跃。作为广东法学本科教学改革的一次尝试,教材系列力图突破传统的理论性较强的编写模式,将法学基本知识和具有地方创新特色的司法实务以及国家司法考试相结合,培养既具有法学基本知识,又能够了解司法实务的合格法律人才。为此,教材系列除对法律知识体系的整体阐述外,还吸收了部分具有广东特色的案例,精简为各章之前的“引例”部分,帮助学生进一步理解法学知识在法律实务中的应用。同时在各章之后增加“司法考试真题链接”部分,有助于学生将本章知识与国家司法考试



要求相结合。

第三,吸收和采纳我国法学界的成熟观点和研究成果,精简教材内容,提高教学质量和效率。法学本科教育应为通识教育,即将学生培养成掌握法律基本知识,并能熟练运用法律的实用人才。目前国内大部分法学教材共同存在的问题是篇幅过大,理论争议过多,导致学生难以完全吸收掌握,从而在走上工作岗位后无法正确使用法学知识。因此,为了确保学生能掌握基本的法律知识并熟练运用,本教材系列要求各主编仅采用我国法学界公认的观点和理论,对于存有争议的部分暂时搁置,从而将教材的篇幅尽可能地压缩,减轻学生的学习压力,提高学习质量。

本教材系列是各院校教师共同努力的结晶,凝聚了许许多多一线教师的心血和智慧,是广东省各法学院校在法学本科教材上的一次共同探索和努力。当然,由于参编教师众多,加之水平有限,难免有所缺失和不足,敬请读者批评指正,以助日后不断完善。

杜承铭

2011年12月

前 言

本书由李明教授主编，郭天武、邓立军、蔡国芹担任副主编。参加编写的作者有李明、郭天武、邓立军、蔡国芹、王杏飞、彭勃、肖铃、常廷彬、张友好、孙末非。本书最后由主编统稿、定稿。具体写作分工如下：

李明，法学博士，广州大学法学院教授、硕士生导师，广州大学法学院副院长，兼任广东省诉讼法学会副会长，广州大学检察理论研究中心副主任。专著《监听制度研究》，主持国家级、省部级等各级课题8项。在《中国法学》、《法学》、《政治与法律》等刊物共发表论文50篇。撰写第一章、第十三章。

郭天武，法学博士，中山大学法学院教授，博士生导师，广州地区第二届十大杰出中青年法学家。兼任广东省法学会诉讼法研究会秘书长。主持国家课题、省部级课题10余项，专著《保释制度研究》、《香港刑事诉讼专论》等8本，在学术期刊上发表论文60篇。合作撰写第六章。

邓立军，广东财经大学法学院教授，硕士研究生导师，四川大学法学院诉讼法专业博士研究生，主要从事刑事诉讼法学的教学与科研工作。主持“秘密侦查法治化与刑事诉讼法的再修改”等多项国家级、省部级课题，先后出版学术著作20余部，主要有：《全球视野与本土架构秘密侦查法治化与刑事诉讼法的再修改》、《外国秘密侦查制度》等，并在《现代法学》、《武汉大学学报》等刊物上发表学术论文80多篇。撰写第十一章。

蔡国芹，法学博士，嘉应学院教授，嘉应学院政法学院副院长，兼任广东省法学会诉讼法学研究会常务理事、犯罪学研究会常务理事、广东省“六五”普法高级讲师团成员、梅州市人民政府行政复议委员会非常任委员。专著《刑事调解制度研究》，主编《人民法院司法警察制度改革与发展研究》、《中国刑事诉讼模式转换中的民主化性格透视》（论文）、《民事审判方式改革中的程序非正当化倾向》。撰写第四章、第五章。

王杏飞，法学博士，中国社会科学院法学博士后，西南政法大学副教授，硕士生导师，兼任中国民事訴訟法学会研究会理事，广东省知识产权维权援助专家。专著《司法规则制定权研究》入选中国社会科学博士后文库，获“优秀博士后学术成果”奖。主持国家社科基金、省部级课题7项。在《中国法学》、《现代法学》、《法学评论》等发表论文50余篇。撰写第十章。

彭勃，法学博士，深圳大学法学院教授，兼任广东省法学会诉讼法研究会副会长，广东省房地产研究会常务副会长，深圳市人民检察院人民监督员。代表著作为：《日本刑事诉讼法通论》、《英美法概论：法律传统与法律文化》等著作5部，论文60余篇。撰写第九章。

肖铃，法学博士，华南师范大学副教授、硕士生导师，2013年1月至2014年1月斯坦福大学法学院访问学者，中国刑事诉讼法学会会员。主持2009年度教育部人文社会科学研究青年基金项目《国际刑事法院证据规则研究》。专著《国际刑事诉讼证据规则研究》，论文“国际刑事诉讼中证据自由原则的确立和发展”、“论共犯陈述的证据性质”。撰写第二章。



常廷彬,法学博士、博士后,广东外语外贸大学法学院教授,兼任中国民事诉讼法研究会理事、广东省诉讼法学研究会常务理事、广东省法学教育研究会常务理事,广东省人大常委会立法咨询基地专家,著作《民事判决既判力主观范围研究》荣获“第三届全国中青年民事诉讼法学研究成果奖”著作类二等奖。撰写第八章、第十二章。

张友好,法学博士,华南理工大学法学院副教授、院长助理、法律系主任,兼任广东省地方立法研究评估与咨询服务基地副主任。在《政法论坛》、《法律科学》、《法商研究》等刊物上发表学术论文三十余篇,主持国家社科基金、教育部规划项目等省部级课题六项。并获首届全国诉讼法学中青年优秀科研成果三等奖、第三届陈光中诉讼法学奖和第三届钱端升法学奖暨“第三届中国法治论坛”优秀论文奖。撰写第三章、第七章。

孙末非,女,四川大学法学院博士研究生,主要研究方向为刑事证据法和刑事诉讼法。代表作:《论多元主体对非法证据的排除》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2013年第2期;《非鉴定专家制度在我国刑事诉讼中的完善》,载《吉林大学社会科学学报》2014年第1期(合著)。合作撰写第六章。

法律文件全称简称对照表

序号	全 称	简 称
1	《中华人民共和国宪法》	《宪法》
2	《中华人民共和国民法通则》	《民法通则》
3	《中华人民共和国刑法》	《刑法》
4	《中华人民共和国刑事诉讼法》	《刑事诉讼法》
5	《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
6	《中华人民共和国行政诉讼法》	《行政诉讼法》
7	《中华人民共和国律师法》	《律师法》
8	《中华人民共和国警察法》	《警察法》
9	《中华人民共和国国家安全法》	《国家安全法》
10	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法〉实施中若干问题的规定》	《刑诉法规定》
11	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》	《办理死刑案件证据规定》
12	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》	《非法证据排除规定》
13	最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉实施中若干问题的解释》	《刑诉法解释》
14	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》	《民诉意见》
15	最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》	《行诉解释》
16	最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	《民诉证据规定》
17	最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》	《行诉证据规定》
18	最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》	《行诉解释》
19	公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》	《办理刑事案件程序规定》
20	全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》	《司法鉴定管理决定》

目 录

第一编 总论

- 第一章 证据法学概述/3
 - 第一节 证据法学的研究对象/4
 - 第二节 证据法学的体系/7
 - 第三节 证据法的理论基础/10
- 第二章 证据制度的历史沿革/21
 - 第一节 外国证据制度的历史沿革/21
 - 第二节 我国证据制度的历史沿革/36
- 第三章 证据法的基本原则/45
 - 第一节 证据裁判原则/46
 - 第二节 直接言词原则/49
 - 第三节 自由心证原则/53

第二编 证据论

- 第四章 证据的概述/59
 - 第一节 证据的概念/59
 - 第二节 证据采信的基本要求/63
 - 第三节 证据的意义/73
- 第五章 证据的种类/76
 - 第一节 物证/77
 - 第二节 书证/80
 - 第三节 证人证言/84
 - 第四节 当事人陈述/92
 - 第五节 被害人陈述/98
 - 第六节 犯罪嫌疑人、被告人的供述与辩解/100
 - 第七节 鉴定意见/105
 - 第八节 勘验笔录和现场笔录/115
 - 第九节 检查笔录、辨认笔录和侦查实验笔录/119



第十节 视听资料和电子数据/123

第六章 证据的分类/130

- 第一节 证据分类概述/130
- 第二节 言词证据和实物证据/132
- 第三节 原始证据和传来证据/136
- 第四节 本证与反证/140
- 第五节 直接证据和间接证据/143
- 第六节 主要证据与补强证据/147

第七章 证据的规则/153

- 第一节 相关性规则/154
- 第二节 非法证据排除规则/159
- 第三节 传闻证据规则/169
- 第四节 最佳证据规则/175
- 第五节 意见证据规则/180
- 第六节 拒证特权规则/183
- 第七节 补强证据规则/188

第三编 证明论

第八章 证明的概述/197

- 第一节 证明的概念/197
- 第二节 证明的意义/199
- 第三节 证明的分类/200

第九章 证明对象/205

- 第一节 证明对象的概述/205
- 第二节 刑事诉讼的证明对象/213
- 第三节 民事诉讼的证明对象/219
- 第四节 行政诉讼的证明对象/222

第十章 证明责任/229

- 第一节 证明责任概述/229
- 第二节 刑事诉讼证明责任/233
- 第三节 民事诉讼证明责任/241
- 第四节 行政诉讼证明责任/249

第十一章 证明标准/256

- 第一节 证明标准概述/256
- 第二节 刑事证明标准/262
- 第三节 民事证明标准/270

第四节 行政诉讼证明标准/276

第十二章 证明方法/284

第一节 证明方法概述/285

第二节 逻辑方法/287

第三节 经验方法/290

第四节 推定/295

第五节 司法认知/303

第十三章 证据的运用/310

第一节 取证/311

第二节 举证/327

第三节 质证/335

第四节 认证/340



第一编

总论



第一章 证据法学概述

【引例一】2003年5月18日晚,张高平和侄子张辉开着大货车从歙县前往上海。受人之托,他们让去杭州的女同乡王某搭上了顺风车。次日上午10时,在杭州西湖区留泗路边的水沟中,王某的尸体被发现。4天后,在王某上车的地方,张高平、张辉落案。2004年2月,杭州市中级人民法院一审判处张辉死刑、张高平无期徒刑。两名被告人都曾当庭翻供,指称刑讯逼供事实,法庭未予理睬。1998年最高人民法院的司法解释已规定,刑讯逼供所取证据,不能作为定案的根据。2004年10月19日,浙江省高级人民法院终审改判主犯张辉死缓、从犯张高平有期徒刑15年。2013年3月20日上午,在全国押犯规模最大的监狱——浙江乔司监狱,一间教室被布置成临时法庭,浙江省高级人民法院在此再审张辉案。6天后,当年作出重罪判决的浙江省高级人民法院宣判:张辉、张高平无罪。被以“强奸杀人”罪名关押近10年后,张高平、张辉叔侄终被无罪释放。

浙江省高级人民法院新闻发言人唐学兵公开表示:侦查机关违法利用同监犯袁某某,采用暴力、威胁等方法参与案件侦查,协助公安机关获取张辉有罪供述,“同时又以该同监犯的证言作为证据,直接导致了本起冤案”。

思考题:因刑讯逼供或其他非法手段取证而导致冤假错案时有发生,请用真理论和价值论相互关系的原理来分析这种现象。

【引例二】1998年1月英国一年轻人因涉嫌盗窃罪被捕,因证据不足被法庭宣告无罪。依照相关法律规定,警方对在侦查中收集的DNA样本应当予以销毁,然而警方并没有这样做,而是将它与未破获案件数据库中的DNA样本进行比对。结果发现其与1997年的入室强奸案的犯罪嫌疑人留下的DNA样本特征吻合。

该青年第二次被捕,并被强制取样与入室强奸案件中DNA样本进行比对。结论是:二者同一的概率高达1:1700万,DNA成为关键的定罪证据。一审法官认为该DNA证据的取得违反了法律规定,不能采用,因此判其无罪。控方就证据裁定上诉,直到英国最高审判机关即上议院。2000年12月,上议院作出裁定:在本案中,DNA鉴定结论是至关重要的证据,而且确实可靠,因此法官应当采用,尽管那是违反法律规定取得的证据。仅仅因为取证不合法就让被告人逃避惩罚,这显然不符合司法正义的要求。

思考题:如何用价值论来分析本案对被告的判决?



第一节 证据法学的研究对象

证据法学,是研究关于证据的法律规范和在诉讼或非诉讼法律事务处理中运用证据证明和认定案件事实或其他法律事实的规律、方法和规则的学科,是现代法学体系中的一个重要组成部分。证据法学不仅是法学的一个分支学科,也可视为证据学的一个分支学科。证据学是关于证据与证明的系统性知识,它不仅研究案件事实所涉及的证据问题,也研究历史事实、科学事实等可能涉及的证据问题。“证据法学,是存在于法的空间中受法律规制的证据学;而一般意义上的证据学,即研究关于证据与证明的系统性知识,对于证据法学具有基础性意义。”^①证据法学不仅研究诉讼证据,也研究在行政执法、公证、仲裁、监察等活动中所涉及到的与证据相关的问题。

作为一门独立的法学学科,证据法学有特定的研究对象,使它与其他学科相区别。具体而言,证据法学主要研究以下几个方面的内容:

一、证据制度

证据法学作为一门应用性较强的法学学科,当前的证据制度是其研究的主要内容。它主要研究证据制度是否完善,有哪些地方需要进行修改,当前证据制度是否能很好地规范司法实践并服务于司法实践。因此,也可以说,证据制度是证据法学研究的出发点和落脚点。

目前,我国并没有一部完整的证据法典,证据法也未成为我国法律体系中一个单独的法律部门,有关证据的法律规范散见于其他法律法规中。我国先后制定的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》均以专门章节对诉讼中的证据及其运用进行了规定。在《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》、《律师法》、《仲裁法》、《行政处罚法》和《治安管理处罚法》等法律法规中,也有关于证据内容的规定。全国人大常委会于2005年通过的《司法鉴定管理规定》,既对我国司法鉴定管理体制作出了规定,同时也对鉴定意见证据的运用问题进行了规定,特别有关鉴定的程序、鉴定人的权利义务和鉴定人的责任作出了规定。该法虽然主要是针对司法鉴定管理体制的立法,但同时也是全国人大常委会第一部也是目前唯一的一部对单个证据的形成、证据资格的有无等问题作出专门规定的法律,具有重要的制度意义。

此外,司法机关的司法解释,特别是最高人民法院出台的关于证据的专门规定,对司法实践中证据运用的规范起着重要作用。如最高人民法院于2001年12月和2002年6月出台的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民诉证据规定》)、《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行诉证据规定》),比较全面地规定了民事诉讼、行政诉讼中证据的规范与运用。但遗憾的是,多年来,最高人民法院一直没有对刑事诉讼中证据的使用问题进行专门的司法解释,直到2010年5月30日,最高人民法院才与最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《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》,简称“证据两规定”。《非法证据排除规定》确立了我国非法证据排除规则的基本框架。在此规定中把非法

^① 龙宗智:《证据法的理念、制度与方法》,法律出版社2008年版,第2页。



证据分成非法言词证据和非法实物证据两类,并分别确立了非法言词证据强制排除、非法实物证据裁量排除的后果,在非法实物证据问题上给予办案人员程序补正机会,这些规定基本上被2012年新修订的《刑事诉讼法》所吸收。《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》虽然是专门针对死刑案件的证据规则,但最高人民法院要求各级法院在办理其他刑事案件时应当参照执行。该规定从“一般规定”、“证据分类审查与认定”以及“证据的综合审查和运用”等三个方面对刑事证据的运用进行了比较详细的规定。“证据两规定”的出台改善了刑事案件中证据缺乏基本规则的状况,也为新《刑事诉讼法》的修订与完善积累了立法与实践经验。

2012年新修订的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》以及相继出台的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称《刑诉规则(试行)》)、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)和公安部制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》,都对有关证据制度作了相应的修改和完善。这些规定是对司法、执法活动的长期经验的总结,它们不仅全面规定了诉讼证据的基本原则和主要规范,明确界定了诉讼证据的表现形式,还具体制定了对各类证据的收集、审查判断和运用的规范,为司法实践中证据的运用提供了基本的法律依据。

证据法学作为主要研究诉讼证据的证据运用的专门学科,自然应当以上述法律法规及相关司法解释作为主要的研究对象,以准确理解立法精神,阐明其制度内涵,为司法实践提供参考。当然,目前我国关于证据立法的状况远远不能满足司法实践的需要,主要表现为证据规定比较零散不系统、证据内容过于原则粗疏缺乏可操作性,同时证据规定的内容也比较落后等等。随着我国把“人权保障”写进宪法,签署相关的国际人权公约,依法治国进程稳步推进,我们迫切需要制定新的证据法,以适应时代的需要。然而,制定一部什么样的证据法典,实务界和理论界都还有很大的争论,即使是对证据立法的形式也有不同的看法,我国当前是制定一部统一的证据法典好还是制定单独的刑事证据法、民事证据法和行政证据法好,也没有达成共识,这些都是目前我们证据法学迫切需要研究的问题。

二、证据实践

证据法学要研究证据实践,也就是要研究证据制度在司法实践中的适用情况,研究执法、司法部门以及案件事实的相关人如何收集、保全和审查判断证据,以及如何运用证据证明案件事实。

研究证据制度在司法实践中的运用情况就是要研究证据制度能否有效地运用于司法实践,在司法实践中会产生哪些问题,有哪些地方需要修改。证据制度不能自我发现问题,也不可能自我修复完善,只能在实践中发现问题并予以纠正。证据制度是否完善,只能通过实践加以检验。通过对证据制度适用的研究,就可以发现它在哪些地方过于原则,哪些地方难以在实践中把握而不具有可操作性,哪些规定落后于时代的要求,进而可以根据实践的需要,加以修改和完善。

同时,证据法学还要研究证据在实践中的形成、固定以及如何运用证据认定案件事实的过程。司法实践中证据的运用是生动具体的,是丰富多样的,它既受现有证据制度的规范,同时也可能会突破或丰富现行制度。一般认为,证据法主要包括两个方面的内容,即证据论与证明论。从证据论的角度来看,实践中的证据形式有多种多样的表现形式,它可能会突破



既定的证据形式,各种证据规则可能会遭遇各种例外,而取证、举证、质证和认证等证据的动态运用过程往往会比人们预定的规则更为生动活泼。从证明论的角度来看,证明责任、证明标准以及证明方法在实践中也经常会遇到现行制度所无法解决的难题,如运用现行证明标准不能很好地解决司法实践中案件事实的认定、现行的证明责任制度并不总是能够在当事人之间公平合理地予以分配就是典型的例子。当然,实践的一些做法,有可能是合法的,也有可能是非法的;有些可能反映了实践的迫切需要,有些也可能只是一时的权宜之计。但无论如何,这些证据以及证据运用的实践,都为证据立法和证据理论研究提供了丰富的素材,同时,也对证据立法和证据理论研究提出了要求。只有不断研究证据运用的司法实践,才能不断地丰富证据法学,使这门学科更为科学、更为繁荣,更好地为实践服务。

三、古今中外的证据制度和证据理论

证据法学要研究古今中外的证据制度。除了要研究今天中国的证据制度之外,证据法学还要研究古代的证据制度和国外今天的证据制度。每一个历史阶段的证据制度,在它所处的时代都曾发生过巨大的历史作用,为社会的稳定和纠纷的解决作出了重要贡献,也凝聚了当时人们的智慧和心血。用今天的价值、理念、原则甚或立法技术为标准进行审视,古代的证据制度可能显得落后甚至荒谬。然而,研究证据制度的历史,依然对我们有重要的现实意义:一是古代的证据制度可以为今天的证据制度提供借鉴和养分。所谓古为今用,证据制度亦是如此,通过研究证据制度的历史,可以总结得失、经验和教训,从中汲取古代证据制度的合理成分,为今天的证据制度提供借鉴。二是研究古代证据制度可以了解证据制度发展的历史脉络,进而了解证据制度发展的历史走向。所谓“忘记过去,就意味着背叛”,不了解历史,就有可能开历史的倒车,证据制度就可能倒退。了解证据制度的历史,就可以明确我们的起点,使今天的证据制度的发展与历史相衔接,同时明白证据制度的发展方向,在制度设计时不偏离正确的发展轨道。

证据法学要研究今天国外的证据制度。国外特别是西方一些法治国家的证据制度比较完备,有的国家制定了专门的证据法。如美国制定了《美国联邦证据规则》,澳大利亚制定了联邦《1995年证据法》、《1994年(新西兰)证据和程序法》、《1995年(新西兰)证据和程序规则》等,加拿大于1985年颁布了《加拿大证据法》,英国也制定了专门的证据法。其他一些国家虽然没有制定专门的证据法典,但在其诉讼法中也都有专门的章节规定证据规范,如法国、德国、日本等国都在其诉讼法中比较详细地规定了证据规则。这些国家的证据规则,特别是一些国家制定的专门的证据法典,不仅内容详尽具体,而且可操作性强。我国制定证据法,就必须研究这些国家的证据制度,同时还要关注它们的发展趋势,对这些证据法律规范进行研究并加以吸收和借鉴是非常有必要的。

要研究古今中外的证据理论。所谓理论是指人们对自然、社会现象,按照已知的知识或者认知,经由一般化与演绎推理等方法,进行合乎逻辑的推论性总结。证据理论则是指对司法实践中证据的形成及其运用的经验、规律的提炼和总结,是关于证据的系统性知识,包括了证据的理念、价值、原理和原则等内容。证据理论来源于证据实践,是对证据实践的总结和概括,它为人们提供真理性的认识,但同时具有反过来指导证据实践的价值和意义。古今中外的证据法学者提出了诸多的证据法理论和学说,指导着证据制度和证据实践。从古代的神示证据制度,到欧洲中世纪的法定证据制度,到近代西方的自由心证证据制度,都是历

史上出现过的重要的证据理论。尽管今天看来有些证据理论不合时宜,有的甚至明显违反了司法实践的规律,但它们都曾在特定的历史阶段中对准确认定案件事实进而“定分止争”,维护社会秩序的稳定起过良好的作用。对这些历史上曾经出现过的或西方国家正在盛行的证据理论进行研究,研究它们产生、发展的规律,研究它们的特点、内容,科学、客观评价其优劣,有利于帮助我们提出新的证据理论并用于指导我们的证据立法及证据实践。因此,这些理论应当成为我们证据法学研究的主要内容。

第二节 证据法学的体系

证据法学体系,是指针对证据法学研究对象之间的内在规律和相互关联进行研究和阐述的理论系统。简言之,证据法学体系就是研究对象之间的组织结构安排,它不仅要反映研究对象的整体结构,更要反映研究对象的内在逻辑关系。研究证据法学的体系应当区分学科体系和教材体系,学科体系是指本学科的基本内容构成及其内部关系,必须具有科学性、完整性、逻辑性和开放性,亦即研究对象之间要有严密的逻辑结构,内容要完整科学,同时能够容纳不断变化发展的新成果。教材体系则是根据教学实践的需要,对本学科的内容进行选择 and 编撰,根据适用对象的不同而灵活运用。显然学科体系与教材体系是有区别的,但教材体系往往能反映出该学科的主要内容和主要成果,同时,合理的教材体系也可以为学科体系奠定基础 and 提供经验。以下就以国外的证据法学教材 and 国内的教材的体系安排来展示证据法学的体系。

一、国外的证据法学体系

英美法系国家以美国著名证据法学家华尔兹教授撰写的《刑事证据大全》一书为例进行展开,该书在国内学界有比较高的知名度,是我国学者研究美国证据法的重要读物。全书的内容共分 19 章。

第一章是公开发表的法律渊源,包括法律渊源的内容、公布判决的方法、判例的检索、证据法的渊源等。第二章是审判程序和证据的种类,包括对抗式审判制度、审判法官的角色、律师的角色、法律问题和事实问题、有关证据的两个关键性问题、证据的可采性问题、证据的基本类型、证据的三种基本形式、证据的分量和刑事审判的结构等。第三章是审判记录,包括审判记录的功能、内容和制作,对证人的盘问,提出实物证据,文字材料,采用证据的异议和证明的提供等。第四章是再论相关性,包括证据的定义和检验、经常出现的相关性难题等。第五章是排除传闻的规则,包括传闻的定义和例外、有关心理状态的问题、非人证据和直接证据等。第六章是排除传闻规则的例外,包括已经记录的证言、临终陈述、承认和认可、有损自己利益的陈述、心理状态、激奋言词、感觉印象的陈述、承认和辨认、过去记录的回忆、业务档案、公共档案及其他例外。第七章是证人可靠性的质疑,包括质疑的层次和方法、交叉盘问中的质疑、使用外部证据的质疑、以前曾提供相同陈述的证明等。第八章是反对强迫性自我归罪的宪法特免权,包括《宪法第五修正案》的规定和有关判例法律。第九章是用不恰当方法获得之辨认证据的排除,包括该排除规则的背景和产生、几个有关的判例、审前不恰当辨认后当庭辨认的可采性和指定审前辨认规则的努力等。第十章是无理搜查和证据扣



押以及隐私权的证据保护。第十一章是供述。第十二章是普通法和制定法的证言特免权。第十三章是证明责任和推定。第十四章是司法认知,包括判决事实的司法认知、立法事实的司法认知、法律的司法认知等。第十五章是证人能力,包括证人能力的含义、能力的一般标准、能力降低的影响和有关程序等。第十六章是文字材料,包括最佳证据规则、专家和专业知识等。第十七章是意见,专业知识和专家,包括意见规则、专家和专业知识等。第十八章是科学证据,包括精神病学和心理学证据,毒物学和化学证据,法医病理学证据,照片和录像,显微分析和中子活化分析,以及指纹、DNA、枪弹、声纹、可疑文书、测谎、车速检测等证据。第十九章是示意证据,包括历史背景和有关异议的根据等。

大陆法系国家一般没有专门的证据法典,其证据规范往往包括在诉讼法等法学体系之中,其证据法教材往往也包括在诉讼法教材中。法国1999年出版的让·拉尔给耶的《刑事诉讼法》就是如此安排的,其中第五编为“刑事诉讼的证据”,内容分为两大部分。

第一部分是基本原则,下设两章。第一章是证明责任的原则,作者首先在无罪推定的原则下阐述了刑事诉讼被告人的权利,如被判无罪的被告人可以要求法庭公开宣布其无罪判决的权利,可以在新闻媒体上就指控事实公开答辩的权利,以及可以对新闻媒体缺乏依据的报道提出起诉的权利等。然后阐述了两个衍生原则,即“谁主张,谁举证”的原则、“疑罪从无”的原则。第二章是法官权力的原则,包括法官应该积极参与案件调查和收集证据的原则,以及法官在判断证据的证明力时享有自由裁量权的原则。在第二项原则下,作者分别阐述了“内心确信”的基本含义,介绍了“内心确信”的例外,并论述了法官“内心确信”的三项限制,即法官在判决中必须写明判决的理由、法官采用的证据必须经合法手段获得、法官采用的证据必须经过双方的质证,即“对立审查原则”。

第二部分是各种证据手段,下设五章,分别阐述了被告人口供、证人证言、书面证据、专家证词、法律推定和司法推定等五类证据的含义、特点及其有关的规则。被告人口供是刑事诉讼中法定的证据形式,但是它已不再具有“证据之王”的效力,法官可以在没有口供的情况下判定被告人有罪,也可以在被告人承认有罪的情况下判定其无罪。关于证人资格的问题,法律规定证人应该是亲自感知案件事实的人,因而传闻证据应该排除;法律还规定,证人作证时必须年满16岁,证人不能有诈骗等犯罪前科,证人不能与本案有重要的利害关系等,不符合上述条件者提供的证言只能用作线索,不能在审判中采用。根据法律的规定,证人有出庭以口头方式作证和在陈述前宣誓的义务,誓词为:“我宣誓所说全部属实,除事实外无他。”书面证据包括合同等文书,在民事诉讼中常见,在刑事诉讼中使用较少。根据法律的规定,诉讼双方一般都可以邀请自己的专家证人。在刑事诉讼中,法官也可以指定专家证人。专家证人不必要在法庭上接受对方的质证,但是对方可以对专家的证词提出疑问,法官也没有在判决中必须采纳专家证词的义务。法律推定是依据法律规定可以从一个事实推出的结论,分为可以推翻的和不可以推翻的两种,前者如无刑事责任能力的推定,后者如无罪推定。司法推定指法官可以根据犯罪现场的痕迹物证得出结论。在司法推定中,法官往往要听取有关专家的意见。^①

^① 何家弘:《新编证据法》,法律出版社1999年版,第10~12页。

二、国内的证据法学体系

国内的教材体系大同小异,本书就以本教材的体系编排为例展示国内的证据法学体系。

本教材共分三编:第一编“总论”,第二编“证据论”,第三编“证明论”。本教材安排三编,与国内多数教材的编排相同。在章节总数上,本书要比一般的教材章节少,本书只有十三章,主要内容并没有减少,主要是把其他教材有些内容分章编写的,我们放在一章编写。如证据法的理论基础,多数教材作为单独的一章来编写,本教材只是作为一节放在第一章中;有些教材把证据的每一个种类都作为一章来写,本教材把法定的证据种类只作为一章来写。当然,也有部分内容考虑到其实用性,而没有纳入本教材的编写范围,如证据法学的学科性质,证据法学的研究方法等等。本书具体的体系安排如下:

第一编“总论”,共三章。第一章,证据法学概述。简要阐述证据法学的研究对象、体系和证据法的理论基础。理论基础主要是介绍证据制度的认识论基础和价值论基础。第二章,证据制度的历史沿革。简要介绍中外证据制度的历史沿革,重点介绍国外证据模式的历史演变。第三章,证据法的基本原则。分别介绍了证据法的证据裁判原则、直接言词原则和自由心证原则。

第二编“证据论”,共四章,即从第四章到第七章。第四章,证据的概述。主要介绍证据的概念、属性以及证据的价值。第五章,证据的种类。分别介绍了我国刑事、民事、行政诉讼法中规定的证据种类,即物证,书证,证人证言,当事人陈述,被害人陈述,犯罪嫌疑人、被告人的供述与辩解,鉴定结论,勘验、检查笔录和现场笔录,视听资料等,对其概念、特点和意义作了分析和介绍。第六章,证据的分类。主要介绍了证据分类的概念、分类的标准、意义以及几种常见的分类。第七章,证据的规则。主要是对国外的各类证据规则进行了简要的介绍,包括相关证据规则、非法证据排除规则、传闻证据排除规则、最佳证据规则、意见证据规则、特权规则、自白和补强证据规则。同时,本章结合我国的相关证据规定,分析了我国证据规则的现状,并提出了完善我国证据规则的建议。

第三编“证明论”,共六章。即从第八章到第十三章。第八章,证明的概述。主要介绍证明的概念与意义和几种常见的证明分类。第九章,证明对象。介绍证明对象的概念和特征、证明对象的范围,同时分别介绍刑事、民事和行政诉讼中的证明对象。第十章,证明责任。分别介绍刑事、民事、行政诉讼中证明责任在当事人中的分配,同时介绍一些特殊的证明责任分配,如举证责任倒置以及法官的裁量分配原则等。第十一章,证明标准。该章分别介绍刑事、民事、行政诉讼的证明标准,在对我国现行的证明标准进行介绍的同时也对其分析质疑。第十二章,证明方法。该章介绍几种主要的证明方法,如逻辑推理、经验方法等认定案件事实的方法,同时还介绍推定和认知等免证方法。第十三章,证据的运用。主要介绍证据运用的动态过程,包括取证、举证、质证、认证以及运用证据认定案件事实,包括每个环节证据运用的主体、方法、过程及合法性判断等内容。在该章中,以合法性判断为标准,对实践中的一些做法特别是取证方法作了一些有探索性的分析。



第三节 证据法的理论基础

证据法的理论基础是指对证据法制的构建与改革完善起指导作用的理论,是整个证据法的灵魂。用什么样的证据法理论来指导证据法决定着证据法的发展水平,然而,证据法的理论基础究竟是什么,近年来学界分歧较大。辩证唯物主义认识论曾经作为唯一的理论基础指导证据法学的研究,随着近年来证据法学研究的深入,证据法学的理论基础呈现出多元化的局面。目前主要有认识论与价值论说,认识论与程序正义说,形式理性与程序正义说,认识论、价值论与概率论说,认识论、价值论与方法论或目的论说等。我们选择目前学界认同较多的认识论和价值论作为证据法的理论基础加以介绍。

一、认识论基础

认识论也称知识论,是探讨人类认识的本质、结构,认识与客观实在的关系,认识的前提和基础,认识发生、发展的过程及其规律,认识的真理标准等问题的哲学学说。哲学史上关于认识论有多种流派和学说,有唯物主义的认识论和唯心主义的认识论,唯物主义认识论又分为机械唯物主义认识论和辩证唯物主义认识论。我国证据法应当坚持以辩证唯物主义认识论为指导,将认识论的基本原理与诉讼证据运用的特殊规律结合起来,形成诉讼认识论,作为证据法的基础理论。

(一)辩证唯物主义认识论

辩证唯物主义认识论包括了三个原理,即实践和认识辩证关系原理、真理的条件性和具体性原理、认识过程的反复性和无限性原理。这三个原理基本上包括了认识的产生、本质、结构及认识规律、认识的真理标准等认识论的主要内容,下面对这三个原理进行简单介绍。

1. 实践和认识辩证关系原理

辩证唯物主义认识论认为,认识是在实践基础上主体对客体的能动反映,且这个反映是在创造过程中实现的,也就是说主体的反映是一个能动的创造性过程,实践的观点是辩证唯物主义认识论首要的和基本的观点。实践决定认识,认识也反过来指导实践,认识与实践是辩证统一的。

一方面,实践决定认识。首先,实践是认识的来源,人不能脱离行动、脱离实践而从外界直接获得知识,即便因传承而获得的知识,其最终的来源依然是实践。其次,实践是认识发展的动力和最终目的。实践需要解决什么问题?人们就关注什么问题,这些问题也就成了认识的对象。人类的认识活动,总是为各个时代社会实践的特定需要服务的,科学研究的任务也是围绕着人类实践的需要这个中心来确定的。因此,实践产生了认识的需要也是认识的归宿,是全部认识的基础。人们的认识能力归根结底也是在实践基础上形成和发展的,社会实践水平越高,人类的认识能力就越强。因而,人们能够在新的实践水平上总结新经验、回答新课题、获得新认识,产生新科学,使人类的认识不断发展。再次,实践是检验认识真理性的唯一标准。认识正确与否,也要靠实践来检验,1845年,马克思就提出了检验真理的标准问题:“人的思维是否具有客观的真理性,这不是一个理论的问题,而是一个实践的问题。人应该在实践中证明自己思维的真理性,即自己思维的现实性和力量,亦即自己思维的此岸

性。关于离开实践的思维是否具有现实性的争论,是一个纯粹经院哲学的问题。”^①这就非常清楚地告诉我们,一个认识是否正确反映了客观实际,是不是真理,只能靠社会实践来检验。这是马克思主义认识论的一个基本原理。

另一方面,认识反过来指导实践。实践是人能动地改造物质世界的活动,其本质特性决定它不能离开认识的指导。首先,人的实践活动不同于动物的本能活动,它是受意识支配的,实践的这种本质特性决定它不能离开认识的指导。其次,认识活动及其成果具有相对独立性,遵循其特有的活动方式和发展规律,一经形成,便能反作用于实践。再次,认识对实践的指导作用表现在许多方面:认识可以使主体了解、把握主体和客体及其相互作用的规律性,指导主体自觉地按照客观规律去从事改造世界的活动;认识可以使主体在实践活动之前,确定既符合自身需要、又符合客观实际的目标、方案、步骤和措施,对实践活动作出预测和规划;认识可以使主体根据变化了的情况及时调整自己的行动,指导主体选择实现目的的最佳行为方式;认识可以指导主体将局部经验上升为理论;认识还可以使主体实现对自身的认识,并自觉调整自己的活动,以适应改造客体的需要。由于实践的性质,认识对实践的指导作用有两种情况:一是在正确认识指导下实践顺利进行;二是错误的认识指导,对实践产生消极作用。认识来源于实践,又反过来为实践服务。实践、认识、再实践、再认识,循环反复,以至无穷,这就是人们正确地认识世界和能动地改造世界的无限发展的过程。

2. 真理的绝对性和相对性辩证关系原理

真理是个发展的过程,既是绝对的,又是相对的,这是真理问题上的辩证法。真理的绝对性,指任何真理都包含着客观内容,并体现出人类思维的至上性;真理的相对性,指真理的条件性、有限性,即人们在一定条件下对世界的正确认识都是具体的、近似的。绝对真理和相对真理的区分,既是确定的又是不确定的。它们在人类的认识过程中相互联结、相互转化。否认真理的相对性,会使思想僵化;否认真理的绝对性,会走向相对主义和不可知论。

真理的绝对性或绝对真理的主要含义:真理的内容是客观性的,任何真理都是对客观事物及其规律的正确认识,都包含着不依赖于人的客观内容;就人类认识的本性来说,完全可以正确认识无限发展的客观世界,每个真理的获得都是向无限发展着的物质世界的接近,承认世界的可知性,也就必然承认绝对真理;从真理的发展来说,无数相对真理的总和构成绝对真理,承认认识发展的无限性,也就必然承认绝对真理。

真理的相对性或相对真理是指人们在一定条件下的正确认识是有限度的,从广度上说,它只是客观世界的一定范围、方面的正确认识,有待于扩展;从深度上说,它只是对特定事物的一定程度、层次的近似正确的认识,有待于深化;从进程上说,它只是对事物的一定发展阶段的正确认识,有待于发展。

绝对真理和相对真理是同一客观真理的两重属性,任何客观真理都是绝对真理和相对真理的统一。绝对真理和相对真理是相互联结、相互包含的,绝对真理寓于相对真理之中,相对真理包含着绝对真理的成分和颗粒。相对真理和绝对真理又是辩证转化的,真理是由相对真理走向绝对真理的永无止境的过程,任何真理性的认识都是从相对真理向绝对真理转化过程中的一个环节。

3. 认识过程的反复性和无限性原理

^① 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1995年版,第16页。



认识过程的反复性,指人类追求真理的过程由于受主客观条件的限制,对于一个复杂事物的认识往往要经过由感性认识到理性认识、再由理性认识到实践的多次反复才能完成。认识的发展过程包括两个发展阶段、两次飞跃。认识过程的第一次飞跃是从感性认识到理性认识的飞跃。感性认识是主体对客体表面现象的反映,是来自客体的各种刺激和主体的感知系统的相互作用的产物。感性认识包括感觉、知觉和表象三种形式,是认识的低级形式,具有直接性、具体性的特点。理性认识是在感性认识的基础上,主体运用人所特有的抽象思维能力对感性材料进行加工,形成对客体的本质和内在联系的认识。它包括概念、判断、推理三种形式,具有间接性、抽象性的特点,是认识的高级形式。感性认识有待于上升到理性认识,这是认识论的辩证法。因为认识世界的目的是为了改造世界,认识的真正任务是透过事物的现象掌握其本质和规律。认识的目的和任务决定了感性认识必须上升到理性认识,实现认识过程中从感性认识到理性认识的飞跃。认识过程的第二次飞跃是从理性认识到实践的飞跃。理性认识只有回到实践中去,才能发挥认识对实践的能动作用,指导人们的实践活动,转化为改造世界的物质力量,实现认识的目的;而且理性认识只有回到实践中去,才能使认识得到检验、完善、丰富和发展。因此,这次飞跃意义更为重大。对事物的认识仅仅依靠一次认识是无法完成的,它需要多次反复,因为人们的认识总要受到很多限制:其一,是受到客观事物发展程度的限制;其二,是受到生产发展水平和科学技术条件的限制;其三,人们的立场、观点、方法、性格特征等主体因素,也影响和限制着人们正确全面地认识事物。因此,人们要获得对事物的正确认识就要经历多次反复。

认识发展的无限性,指对于事物发展过程的推移来说,人类的认识是永无止境、无限发展的。认识具有无限性。首先,是认识对象的发展是无限的。认识对象是从低级到高级,从简单到复杂的无限变化着的物质世界,决定了认识的不断扩展和深化。其次,认识基础即社会实践的发展是无限的,实践的发展对认识提出新问题,推动认识的发展。再次,主体的认识能力在实践中产生并在实践中不断发展,其提高能力也是无限的,并且作为认识的主体的人类是世代延续的。因此,人类的认识具有无限性,追求真理是一个永无止境的过程。然而认识又具有有限性,它指在认识过程中,处于一定社会历史条件下的人,其认识能力是有限的;在一次实践中,人们认识事物的广度和深度也是有限的。因此,这种认识的无限性与有限性也是对立统一的。正如恩格斯在《反杜林论》中所指出的:“人的思维是至上的,同样又是不至上的。它的认识能力是无限的,同样又是有限的,按它的本性、使命、可能和历史的终极目的来说,是至上的和无限的;按它的个别实现和每次的实现来说,又是不至上的和有限的。”^①

(二) 诉讼认识论

辩证唯物主义认识论的一般原理在诉讼中的运用就形成了诉讼认识论,它与哲学上的认识论是特殊与一般的关系,它既符合一般认识论的原理,同时也有自身的特殊性。因为诉讼认识的本质是法律规范下的认识活动,需要遵循特殊的方法和要求。诉讼认识论的特殊性主要体现在以下几个方面:

第一,诉讼认识的主客体具有特定性。哲学意义上的认识主体是所有的社会生活中的人,而诉讼中认识主体是受法律限定的,除了公安、司法机关的办案人员以外,还有当事人及

^① 恩格斯:《反杜林论》,载《马列著作选读·哲学》,人民出版社1988年版,第97页。

其法定代理人、辩护人和诉讼代理人以及其他的诉讼参与人,他们都可以以一定的方式和途径参与诉讼认识活动,例如辩护人或诉讼代理人的调查取证、举证,鉴定人对专门性问题作出司法鉴定等,都属于诉讼认识主体的行为。由此可以看出,诉讼认识的主体范围是特定的,其范围远远小于哲学意义上的认识主体。

诉讼主体认识的客体是案件事实,也就是诉讼中需要查明的事实。与哲学意义上的其他事实相比,案件事实具有以下特性:(1)过去性。根据事实存在的时间维度的不同,事实可以分为过去发生的事实、正在发生的事实和将来要发生的事实之别。案件事实主要是指过去发生的事实,只有发生过的事实才能成为争议事实并进入公安司法人员的视野。如果公安司法人员是案件事实发生时的目击者,他也只能是证人、被害人,而非办案人员。当然,随着侦查手段的丰富,侦查人员可以监控正在发生的事实,并可在现场收集证据来证明正在发生的事实。如果我们把这种事实也理解为案件事实,那么就可以指正在发生的事实。由于这种事实只是发生在极少数案件的侦查中,而且它最终要进入事实裁决者的视野,一旦进入事实裁决者的视野中,它也就变成了过去事实。因此,基本上可以认为案件事实具有过去性的特征。(2)确定性。与不断变化发展的客观世界相比,案件事实具有确定性。因为案件事实一旦发生,它发生的时间、地点、人员和过程都是确定的,也是固定不变的。即便是犯罪嫌疑人或其他人对案件事实的隐藏、包庇或仿造,都不能改变案件事实本身,因此,作为认识对象的案件对象具有确定性。(3)法定性。不是实际发生的所有的与案件相关的事实都是案件事实,只有在诉讼中能够引起、变更或消灭法律关系的事实才属于案件事实。法律之所以规定部分发生的事实为案件事实,是因为这些事实在法律上具有一定的意义,对于双方当事人的权利和义务能够产生影响。案件事实的法定性,将过去发生的事实中那些不具有法律意义的事实排除在外,这就缩小了诉讼中需要办案人员认识的范围,也为诉讼中查明案件事实减轻了压力。

第二,诉讼认识的手段主要是证据。对案件事实的认定需要认识主体运用逻辑、经验等内在的证明方法,但证据是认定案件事实主要的外在手段。公安司法人员一般通过取证、举证、质证和认证等环节来认定案件事实。案件事实发生在过去,办案人员只能通过证据去再现客观发生的案件事实,查明案件事实真相。证据是联系认识主体与认识客体即办案人员与案件事实之间的纽带。目前,大多数国家在其诉讼中确定了证据裁判原则,就是对证据在诉讼认识中基础作用的认可。当然,这里的证据仅指来源于客观存在的一种事实材料,不包括主观臆测的、虚幻的证据,如历史上曾经出现过的以神灵的意思表示、占卜、预测或宣誓等作为判决依据的证据。同时,这里的证据要求是经过合法程序收集并经过严格的法庭调查质证的证据,对不具有可采性的证据不能成为诉讼认识的手段。

第三,诉讼认识的过程被严格法定化。诉讼认识除了要遵守一般认识要遵循的经验法则、逻辑规则以外,还要遵守法律的规定。首先,诉讼认识必须在有限的时间内完成。对此,各国在其法律中都专门规定了诉讼的各种期限,如采取强制措施的期限、起诉期限或审理期限等;有些国家则规定了诉讼及时原则、不间断审理原则等。其次,诉讼认识只能在特定的地域内完成。一般情况下,对于具体的案件都是在特定的区域内完成的,因此,各国规定了案件管辖制度,超越案件管辖范围所作出的事实认定往往会被规定为无效。再次,诉讼认识受到程序规则和证据规则的制约。在现代诉讼中,为了体现程序的公正、民主与文明,加强人权保障,对证据的收集、审查判断等都有严格的程序保障,并设置了一系列的证据规则,如



非法证据排除规则、传闻证据排除规则等。如最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家安全部颁布的《办理死刑案件证据规定》中明确规定了“法定程序原则”、“证据裁判原则”。诉讼认识过程的法定化,既是为了实现实体公正,也是为了保证程序正义。

第四,诉讼认识的结果只能是法律事实。诉讼认识的结果即裁决者最后裁决时所依据的事实,这个事实只能是法律事实,不能认为它就是客观事实。因为这种事实是经过法定程序获取的法定的证据,并经过法定的证明过程所确定的法定范围内的事实,它始终受到法律规范、约束甚至裁剪,因此,最终认定的事实只能是有法律意义的事实,即法律事实。这种法律事实可能完全符合客观事实,可能部分符合客观事实,也可能完全不符合客观事实。但无论法律事实属于哪一种情况,司法人员都只能以证据所能证明的法律事实为依据而不能是其他什么事实作出裁决。当然,司法人员在办案中要尽可能地做到使法律事实与客观事实相一致,这也是对公安司法人员办案的基本要求和他们的努力方向。

二、价值论基础

价值是指客体对主体需要的满足。价值关系不仅发生在人与物之间,也发生在人与人之间以及其他一切可能的对象性关系中。^① 依据所满足的需要主体生存发展中的整体性质和地位,人们常将价值定位为“目的价值”和“工具价值”。这两者的关系是目的决定手段,而手段检验目的。近年来,随着对诉讼法研究的逐渐深入,诉讼价值也得到了越来越多的关注,作为诉讼制度重要组成部分的证据制度也有其蕴涵和应当体现的价值。

(一) 证据制度的价值基础

根据主体与客体之间的关系来界定价值,证据制度的价值就是指证据制度的法律适用及证据实践对公民、社会和国家需要的满足程度。证据制度价值与诉讼制度具有相同的价值基础,即公正、人权、秩序和效率。不过,这些价值在证据制度中的体现与在诉讼制度中的体现还是有所区别的。

1. 公正

公正即公平正义,对什么是公平正义有多种定义和解释。《辞源》对于公正的解释是:“不偏私,正直”。这大体上体现了公正的核心内容即平等和合理。公正要求遍及社会生活的方方面面,既包括司法公正,也包括社会公正。司法公正既是社会公正的重要体现,也是社会公正的最后一道法律防线。司法公正指通过法律平等、合理地分配人们的权利义务。在诸项价值中,公正是诉讼法律制度的首要价值,其位阶要高于其他价值。司法公正包括实体公正和程序公正,证据法上公正也包括实体公正和程序公正。由于证据法主要是程序法规范,程序正义在证据法中体现得更为充分、明显。

证据法上的实体公正。实体公正,是指司法人员在执法的过程中严格按照行政、民事和刑事等实体法的规定处理各种类型的案件。它要求司法机关要查明案件事实,并根据法律合理分配当事人的权利和义务。实体公正通过制定科学、公平实体法并加以严格执行而体现出来的,因此,它有两个要求:一是法律要公正,一是结果要公正。具体到证据法上的实体公正,通过适用证据法的各种规定,可以有效地获得准确、客观和完整的证据,并可以根据取得的证据准确地查明案件事实。证据法上的一些制度、规则就体现了证据法实体公正

^① 李德顺:《价值论》,中国人民大学出版社2007年第2版,第27~28页。

的要求,如传闻证据排除规则、最佳证据规则、意见证据规则以及公平合理的证明责任、科学的证明标准等。在证据实践中,要尽可能地追寻实体公正,也就是要求尽可能地做到每一个证据都要准确、客观,为司法公正打下坚实的基础。

证据法上的程序公正。程序公正也称为程序正义,相比较于结果公正,它是一种过程公正。程序除了它的工具价值之外,学界普遍认为它也有其自身独立的价值。即程序不仅要保障司法人员正确认识案件事实,同时也要求司法人员在保障人权的前提下,正当地、合法地认识案件事实。如何判断程序正义,学界提出了众多的标准。美国学者戈尔丁提出了9项内容:(1)与自身有关的人不应该是法官;(2)结果中不应含纠纷解决者个人利益;(3)纠纷解决者不应有支持或反对某一方的偏见;(4)对各方当事人的诉讼都应给予公平的注意;(5)纠纷解决者应听取双方的论据和证明;(6)纠纷解决者应只在另一方在场的情况下听取一方的意见;(7)各方当事人都应得到公平的机会来对另一方提出的论据和证据作出反应;(8)解决的诸条件应以理性推演为依据;(9)推理论证及所提出的论据和证据。我们认为程序正义至少要包括以下几个方面的内容:裁判中立、程序参与、程序平等、程序公开、救济原则、程序及时及终结原则等。

程序正义标准指导着证据法的程序公正,但与证据法上的程序公正在内容上或具体要求上又有所不同。我们认为,证据法上的程序公正,主要是指证据的收集、审查判断及认定都要经过正当的、法定的程序,使证据实践符合形式正义。它应该包括这样几项内容:(1)裁判中立,即裁判要在证据运用及证据法适用方面保持中立无偏私。(2)证据平等,即要求裁判人员在收集、调查证据和质证方面要平等地对待双方当事人。(3)证据法定,即在证据实践的各个环节都要遵守法定的程序,保障证据运用合法。同时,也要求证据的形式法定、条件法定。(4)证据公开,即证据的质证、认定包括证明都应当公开。(5)证据救济,要求证据实践中如有证据遗漏、错误等不规范行为,有证据规则予以救济。(6)证据及时并终结原则,该原则要求收集证据要及时,同时受法律时效性的约束,对举证或质证等证据运用有一定的时间限制,证据及时终结才能保证诉讼的及时终结。证据规则中的非法证据排除规则、自白任意性规则、公开质证规则、举证时效制度等等,都是证据法上的程序公正的要求和体现。

实体公正和程序公正是司法公正不可分割的两个方面。如果没有实体公正,即使程序上公正,司法公正也无从谈起;反之,如果没有程序公正,实体公正也就不能实现,司法公正同样无从谈起。实体公正和程序公正两者之间的关系是相辅相成的。我国一直比较重视实体公正,而对程序公正则重视不够,这种现象在证据法的适用上同样存在。尽管近20年来,程序正义观念逐渐增强,程序公正受到越来越多的重视,但在司法实践中,程序公正的地位还远不能与实体公正相提并论。针对当今我国的司法实践,强调和突出程序正义有更强的现实意义。

2. 人权

人权就是人作为人依其本性应当享有的权利,而不是任何外界的恩赐。每一个人固有的人格、尊严和价值不容侵犯和贬损,它包括每个人的生命不受任意剥夺,人身安全不受任意伤害,人身自由不受任意侵犯,思想自由不受任意禁锢,最低生活得以保障,追求幸福得以实现。人类社会各种组织和制度安排,各种政策和法律设计,都应当以保障公民的各种权益为依归。充分享有人权,是人类长期以来追求的理想。在古代,受当时的经济发展水平和社会制度的限制,人们所享有的权利极其有限。以自由、平等、人道为其重要内容的现代意义



上的人权,是近代资本主义商品生产逐步发展和资产阶级民主革命取得成功以后才出现的。

现代人权的发展主要经历了三个时期。第一个时期,是从17、18世纪欧洲资本主义上升时期到20世纪50年代的民族解放运动。这一时期的人权主要内容是人身人格权利以及政治权利与自由,它的诞生与确立以美国的《独立宣言》和法国的《人权与公民权利宣言》为主要标志,这是第一代人权。这一代人权所倡导的权利是“消极权利”,强调政府对公民的个人自由不进行干涉。第二个时期,是从上个世纪50年代的民族解放运动到上世纪末本世纪初的经济全球化的出现,随着民族解放运动的发展,这一时期的人权表现在突破传统的人权观,把个人的人权发展到集体人权,并注重经济、社会和文化方面的权利,增加民族自治权以及和平权等内容,扩大了人权观范畴,这是第二代人权。这一代权利要求政府做有利于个人权利的积极行为者,因此又被称为“积极的权利”。第三个时期,也就是现在经济全球化带来的发展权、环境权、人道主义援助权,人人享有发展的权利,这被称为第三代人权。第三代人权概念以国际人权文件所确认的发展权为核心。联合国大会通过了一系列决议,包括《自然资源永久主权》决议、1966年《社会进步和发展宣言》、1974年《建立新的国际经济秩序宣言》和《各国经济权利和义务宪章》等,承认发展中国家人民享有发展权。以这一代人权概念为中心的国家人权法被称为“发展权法”。

无论人权怎么变化发展,生命权、自由权和财产权始终是三项最基本的人权,而三大诉讼基本的任务也就是要保障公民这三项权利。三大诉讼法的基本任务各有不同的侧重点,但总体上是围绕这三项基本权利而展开的。刑事诉讼的基本任务是惩罚犯罪和保障人权,惩罚犯罪最终也是保障人权。民事诉讼解决的是平等主体之间的人身纠纷和财产纠纷,当事人将案件诉诸法院的目的是维护其合法的人身权和财产权。行政诉讼解决的是行政主体的具体行政行为是否合法的问题,法院通过对行政机关的具体行政行为的合法性进行审查,防止行政机关滥用权利,也是对公民人身权和财产权的保护。

证据法和诉讼法具有相同的人权保障任务,因此也有相同的人权价值追求。目前,虽然我国并没有统一的证据法典,但在已有的证据法规范中,已经确立了体现人权保障的规范,如刑事诉讼法严禁以刑讯逼供、威胁、引诱和欺骗的方法取证,确立非法证据排除规则,以及《民事诉讼法》禁止当事人以侵害他人合法权益的方式收集证据等等。当然,对人权予以充分保障的证据规范还不完善,在证据法的改革和完善过程中,强化对当事人的权利保障,特别是对犯罪嫌疑人、被告人权利保障的进一步加强很有必要。如要在证据法中明确规定无罪推定原则、自白任意性规则、任何人不得强迫自证其罪原则,并建立沉默权制度、讯问时全程录音录像制度以及律师在场制度等人权保障制度。

3. 秩序

秩序与混乱无序相对,指自然界和人类社会处于相对稳定、和谐、连续的状态。西方法理学家博登海默认为秩序“意指自然进程和社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”^①。秩序是法的基本价值之一,它是法律调整社会事务的出发点,是法的其他价值实现的基础,与法始终相伴随。在一个社会中,如果法律不能使社会处于有秩序的状态,那么就谈不上对人的自由、平等以及其他价值的维护。正如庞德所说:“当法律秩序已经认

^① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第219页。

定和规定了它自己要设法保障的某些利益,并授予或承认了某些权利、权力、自由和特权作为保障这些利益的手段以后,现在它就必须为使那些权利、权力、自由和特权得以生效而提供手段。”^①所以法律其他所有的价值都需要以秩序价值作为基础,并建立在法律秩序价值的一定实现上。

秩序也是人类一切活动的基本前提和必要条件,它既构成人类理想的要素,也是人类社会活动的基本目标。人类历史的实践证明,犯罪猖獗,社会动荡不安,人们的生命财产就得不到保护,生活工作不能正常开展,生产力也会受到极大的破坏,社会就不能向前发展,人们也难以过上幸福生活。

证据法与其他诉讼法律制度一样,要接受法律秩序价值的指引,同时要通过证据法的适用来维护秩序,证据法所确立的一些规则也特别突出了对秩序价值的维护。如拒证特权规则的建立就是如此。所谓拒证特权就是指有特定身份、职业的人或与当事人有特殊关系的人有权拒绝出庭作证,如与当事人具有配偶关系、父子关系、母子关系的人,都可能享有拒证特权。允许他们享有拒绝作证的权利,显然不是为了查明案件事实真相,而更多的是考虑维护整个社会秩序的稳定。因为家庭是社会的细胞,也是社会稳定的基础,如果为了打击犯罪而强迫夫妻、父母与子女相互指证,既与人性相背,也会破坏家庭的团结,从而会从根本上破坏社会的稳定。

当然,任何犯罪本身就是对社会秩序一种破坏。近年来,各国由于犯罪形势日益严峻,特别是一些暴力犯罪、恐怖犯罪、跨国的有组织犯罪越来越多,严重危害社会,各国对证据规则也不断地进行修改、调整以适应新的形势,维护稳定的社会秩序。从刑事证据规则来看,主要表现在这样几个方面:(1)扩展取证手段。如为了打击严重的恐怖犯罪和严重的腐败犯罪,一些国家允许对这些犯罪的侦查使用秘密侦查手段,并扩大了侦查部门使用该手段的权力。同时,也允许这些通过秘密侦查手段获得的资料作为证据使用。如联合国《打击跨国犯罪公约》第20条第1款规定:“……在其(主管当局)认为适当的情况下使用其他特殊侦查手段,如电子或其他形式的监视和特工行动,以有效地打击有组织犯罪。”我国于2010年5月颁布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第35条明确规定:“侦查机关依照有关规定采用特殊侦查措施所收集的物证、书证及其他证据材料,经法庭查证属实,可以作为定案的根据。法庭依法不公开特殊侦查措施的过程及方法。”(2)强化对证人、被害人的保护力度。如英国司法改革白皮书《所有人的正义》,对于被害人的人权保障要求加强;我国在1996年修改《刑事诉讼法》时提高了被害人的诉讼地位,明确规定被害人为当事人。(3)证据规则适用由严格到松动。如美国一贯实施严格的非法证据排除规则,对毒树之果也加以严格排除。但在2004年,联邦最高法院以5:4的表决结果作了裁决,某种情况下毒树之果是可以被采纳的,同时通过间接违反米兰达规则而获得的实物证据也将不被排除。“9·11”之后,美国《爱国者法》第213条就授予侦查人员有迟延告知并出示执行逮捕证的权限,即任何人只要受到警察怀疑进行了与恐怖主义有关的活动,在未被告知的情况下,其本人或其住处、办公地点都可能在没有逮捕证、搜查证的情况下被逮捕或随意搜查,其所获得的证据可以使用。英国《1994年刑事审判与公共秩序法》第34条至第37条规定,对于特定情形,如果被告人保持沉默,法律允许法庭对被告人作出不利推断。在《2003年刑事司法法》

^① [美]庞德:《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第114页。



中又允许使用特定条件下的传闻证据,包括原始的证据来源有正当理由不能出庭陈述,或法官认为原始证据来源不出庭是适当的;并修改了品格证据规则,允许在一定条件下使用被告人犯有前科的证据,承认其相关性。(4)推定适用范围扩大。联合国《反腐败公约》第28条规定:“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素,可以根据客观实际情况予以推定。”联合国《打击跨国犯罪公约》也有类似的规定。这些规定显然加重了被告方的举证责任,降低了证明标准。从刑事证据规则的这些变化可以看出,证据法也在适应秩序价值的需要。

4. 效益

效益是经济学上的术语,指以较少的投入能获得较大的收益,既包括时间上的快速,也指人力、物力资源上的投入产出比。诉讼上的效益是指通过诉讼程序解决法律纠纷要以较少的司法资源的投入获得较好的诉讼收益,诉讼及时原则的确立以及速决程序或简易程序的构建都是诉讼效益的体现。

为了尽可能提高诉讼效率,一些国家对诉讼期限作了严格的规定,没有规定诉讼期限的国家也会要求集中审理或不间断审理,以防止诉讼不必要的拖延。如《日本刑事诉讼法》第1条规定:“本规则的解释和适用,应当谋求宪法要求的裁判的迅速和公正。”《日本民事诉讼法》第2条规定:“法院应为民事诉讼公正并迅速地进行而努力。”《法国刑事诉讼法》第220条也规定刑事审查庭庭长应当做好各项工作,“努力防止诉讼受不合理的延误”。同时,各国还规定了相应的简易程序以提高诉讼效益,如《日本刑事诉讼法》规定了简易程序、略式程序快速处理案件;《意大利刑事诉讼法》规定的诉讼程序有普通程序和特别程序之分。特别程序又规定了5种程序:简易审判程序、依当事人的要求适用刑罚程序、快速审判程序、立即审判和处罚令程序。我国1996年《刑事诉讼法》修改后也规定了简易程序,后来司法解释应实践的需要规定了一定条件下的普通程序简化审程序,都是为了降低诉讼成本,节约司法资源,提高诉讼效率。

证据制度中同样也体现了对效益的追求。如《美国联邦证据规则》第102条规定:“本规则将用以保证公正施行,消除不合理的耗费和延误,促进证据法的发展壮大,以实现确定事实真相,公正处理诉讼。”涉及相关性证据时,该规则第403条规定:“证据虽有相关性,但其证明价值明显不及所含有的不公平的偏颇、导致争点混淆,或有误导陪审团的危险,或被认为是当拖延、费时或不必要的重复举证时,也可以排除。”我国的相关证据制度中也有体现诉讼效率的相关规定,如举证时效制度、免证事实制度都蕴藏着对效益的追求。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民诉证据规定》)第43条规定:“当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的,人民法院不予采纳。当事人经人民法院准许延期举证,但因客观原因未能在准许的期限内提供,且不审理该证据可能导致裁判明显不公的,其提供的证据可视为新的证据。”《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行诉证据规定》)第68条规定:“下列事实法庭可以直接认定:众所周知的事实、自然规律及定理、按照法律规定推定的事实、已经依法证明的事实、根据日常生活经验法则推定的事实。”对一些事实直接免证,显然可以极大地提高诉讼效率。

当然,追求诉讼效率不是绝对的。公正和效率是今天司法活动追求的两个基本目标,但二者存在一定程度的紧张关系。只讲效率、不顾公正,会让司法丧失基本的信仰;但如果只讲公正、不顾效率,同样会使公正丧失价值,所谓“迟来的正义非正义”。在公正与效益的关



系上,如果二者产生冲突,效率应当作出一定的牺牲,公正具有优先的地位。当然,这并不排除在个别情况下允许效率优先,兼顾公正。如在一些小额的民事诉讼中,可能短时间内难以查清案件事实,实体公正难以实现,为了提高诉讼效率,可以调解结案,也可以根据证据规则迅速裁决结案。但总体上,我们主张“公正优先,兼顾效率”。

(二)证据制度的价值冲突及平衡

从上述对价值基础的分析可以看出,证据制度追求多元价值,包括公正、人权、秩序和效益,而各种价值之间显然程度不同地存在着冲突。因为不同的主体针对不同的事物,其价值判断是不同的,这不仅缘于不同主体的观念上的区别、现实因素的差异,也缘于不同主体的利益取向及判断标准不同。公正与人权、公正与秩序、秩序与人权、公正与效益,甚至公正内部的实体公正与程序公正之间都存在冲突。如只是为了追求实体公正,可能会不择手段地查找证据以查明案件事实真相,这就可能与人权价值、程序正义相冲突;反复查找证据,不惜花费时间、人力物力,这就与效益价值相冲突。如果过度保障权利,则难以有效打击犯罪,社会稳定也就难以维护,这与秩序价值就可能相冲突,也与实体公正的追求相冲突。正如罗斯科·庞德所说:“价值问题虽然是一个困难的问题,它是法律科学所不能回避的。即使是最粗糙、最草率的或最反复无常的关系调整或行为安排,在其背后总有对各种互相冲突和互相重叠的利益进行评价的某种准则。”^①在诉讼案件中,各种价值的冲突显然是客观存在的,重要的是如何平衡和协调这些相互冲突的价值。

对于案件的诉讼,最理想的状态是各种价值能得到满足或能平衡协调,现实中确实有相当数量的案件体现了多元价值的良好协调,但也有一些案件存在难以调解的冲突。在案件诉讼中,特别是刑事诉讼中,各种价值应当得到兼顾,力求达到平衡,这是最为重要的。美国学者卓尔萨马哈认为刑事诉讼应在以下几个方面达成平衡:(1)社会与个人;(2)目的与手段;(3)法律、社会与意识形态;(4)联邦、州和地方政府;(5)政府的行政、立法与司法部门;(6)正式的规则与自由裁量权。当然,他也认为保持这些关系的平衡是很困难的,他引述美国联邦最高法院首席大法官伦奎斯特的话说:“在我们国家,贯穿政治理论长期历史和宪法发展历程的,最难以裁决的案件是存在两种相互冲突的价值的案件,每一价值都能够得到应有的尊重,但它们却相遇在此消彼长的竞争当中。”^②

对于各种价值冲突的平衡,大体上有两种途径:一是制度安排,二是法官自由裁量。首先,就制度的角度而言,各种诉讼制度、规则甚至包括政策都要精心设计,经常根据形势的需要进行调整,以努力地平衡这些价值冲突。人们评价一部法律是否符合正义标准(合法性)时,往往是立足于这部法律是否能将社会关系调整得令所有社会成员都满意,但事实上,能够满足每个社会成员需要的法律是不可能存在的,那些合乎正义的法律所调整的社会关系、社会秩序能达到的也只能是大多数社会成员的认可和满意。证据法作为诉讼制度的重要组成部分,同样涉及多元价值的冲突与协调,以非法证据排除规则为例可以予以充分说明。根据非法证据排除规则的有无、完善与否、是否严格执行就可以从一定程度上看出这个国家对某种价值取向的偏好。一般而言,非法证据排除规则比较完善并得以严格执行的国家,比较重视人权保障价值、程序正义价值;反之,则比较重视实体公正,重视秩序价值。同时,该规

^① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第55页。

^② 卞建林、谭世贵:《证据法学》,中国政法大学出版社2010年版,第67页。



则的变化,也可以反映对某种价值取向上的变化。如美国一度严格地实行非法证据排除规则,包括严格地排除“毒树之果”,而近年来,为了打击日益严重的恐怖犯罪、暴力犯罪,其执行该规则的力度则有所削弱,建立了若干例外。其次,是法官的自由裁量。法律并不能完全解决各种价值冲突问题,而现实又是如此的丰富多彩,它经常会超出法律的预期。因此,法律总是会赋予法官一定的自由裁量权,让法官对各种现实因素予以考量,在多种价值冲突间裁量平衡。一国的诉讼价值多元冲突,基本上是利用这两种方法来加以平衡协调的。

我国的各种诉讼中,包括刑事、民事、行政诉讼,传统上强调实体公正、秩序价值和效益价值更多一些,对程序正义、人权价值关注不够。相关的证据制度也反映出这一倾向,如三大诉讼的证据制度不完善,没有一部统一的证据法典;突出保障人权价值的非法证据排除规则没有建立健全,已经有的规定也没有得到有效的执行;沉默权制度缺位;对被害人、证人权利保障不足等等。总体而言,我国的程序正义、人权价值的保障处于弱势,在证据立法及证据实践中,都应当进一步加强。



【引例一】评析:张辉、张高平案是闻名全国的重大冤案,在该案中,侦查机关为了侦破案件,不惜运用非法手段获取口供而导致冤假错案。事实证明,以违反法定程序或非法手段获取证据,不仅牺牲了人类社会普遍承认的基本价值如人权、公正等,而且也不能获得事实真相。

【引例二】评析:同样的案件,在不同国家的处理结果可能完全不同,因为各国制度设计的价值取向是不同的。本案中存在实体正义和程序正义两种价值的冲突,英国上议院最终肯定了违法证据的可采性,在实体正义和程序正义两种价值的权衡中选择了实体正义。



❁ 思考题

1. 一般认识论与诉讼认识论有什么区别?
2. 认识论和价值论如何指导证据法的构建与完善?
3. 中国证据法体系和国外证据法体系有哪些主要的区别?



第二章 证据制度的历史沿革

【引例一】根据《加洛林纳法典》的规定,能够认定有罪并科处刑罚的只能是三种情况:两名以上目击证人关于犯罪主要事实的一致证言,或者经过合法程序获得的被告自白,或者现行犯在实行犯罪时被当场捕获并持有凶器或赃物。

试问:这一规定体现了哪种证据制度的特征?

证据制度是司法制度中不可分割的重要组成部分,是一个国家的法律中与证据有关的规定和规则的总和。在人类社会的历史进程中,不同国家在不同历史时期曾经建立了不同类型的证据制度。证据制度的类型可以从不同角度进行划分,如果以阶级性为依据,可以将证据制度划分为奴隶制的、封建制的、资本主义的和社会主义的证据制度。然而,因为证据制度的关键问题是如何审查判断证据,因此,证据法学理论上更多是将审查判断证据的原则和方法作为证据制度的划分依据。一般认为,按此标准从世界范围来看,人类历史上曾经经历过神示证据制度、法定证据制度和自由心证证据制度三个典型阶段。需要注意的是,证据制度发展的三阶段并非是放之四海而皆准的规律,事实上,这主要是对大陆法系国家证据制度的发展历程的简要概括,英美法系国家的证据制度有着不完全相同的发展轨迹,我国证据制度的发展也不能简单地套用上述三个阶段,而是有着自己独特的发展历程。

第一节 外国证据制度的历史沿革

一、西方社会早期的神示证据制度

(一)神示证据制度的概念

神示证据制度也称神明裁判或神证。在人类社会早期,司法官员在面对当事人之间的争执纠纷时,因为还没有掌握科学的证明方法,还不知如何收集证据并依靠证据查明案件事实,而当时人们普遍信仰神的存在,于是通常会采用一定形式邀请神灵帮助裁断案情,并且用一定的方式把神灵的旨意表现出来,据此来判断案情和是非曲直,这种做法我们现在称之为神示证据制度。虽然不同民族和国家因信仰不同采取的显示神意的方法不同,但是它们本质上都是相同的,都是依靠所谓的“神的旨意”来裁断案情。正如美国学者霍贝尔所说:“从法律这一方面来说,一旦其手段不能收集到充分确凿的证据材料来解决案件的争议时,它便总是转而求助于宗教。在初民的法律中,通过占卜、赌咒、立誓和神判等方式求助于超



自然来确定案件真实是非常普遍的。”^①虽然神示证据制度普遍存在,但各国在相关制度的表现形式以及该制度的消失时间上都有所不同。

(二)神示证据制度的内容和方法

神示证据制度中显示神意的方法可区分为“神誓法”和“神判法”两类。

“神誓法”即争议双方陈述相互冲突时,通过当事人面对神灵宣誓来证明案件事实的方法。在诉讼中,当双方陈述的事实相互矛盾且难辨真假时,裁判者就要求一方或双方在庄严的宗教仪式下对神灵发誓,以证明其陈述的真实性。如果当事人不敢对神发誓,或者在发誓过程中精神恍惚、神态慌乱或显示出某种神灵报应的迹象,裁判者就可以认定其陈述是虚假的并判其败诉。如果没有出现上述情况,对神的宣誓就成为裁判者确认宣誓者对案情陈述真实性的依据。如公元5世纪西欧墨洛温王朝的《萨利克法典》规定,控告人和被告人都必须在法庭上严格地按照规定的形式和姿势对神宣誓并进行陈述。如果一方出现了宣誓形式或姿势的错误,或者在陈述过程中表现出口吃等“有罪迹象”,法庭就可以判其败诉。^②在有些案件中,如果诉讼双方都信誓旦旦,事实真相难以据此查明,为了加强誓言的力量,神的旨意就不能仅仅通过当事人的宣誓来证明,还要有其他人的辅助宣誓,这些人被称为“旁证人”或“助誓人”。一般案件越严重,要求的“助誓人”也越多,“助誓人”可以由其亲友担任。如法兰克王国的《撒利法典》就规定可以由当事人亲属或友人对神宣誓来证明当事人陈述的可靠性,这被称为“辅助宣誓”或“保证宣誓”。古代许多国家的法律还明确规定了各种誓词的内容。如公元9世纪英国的“盎格鲁—撒克逊法律”规定,(1)索赔被窃财物的原告人誓词:“我在上帝面前宣誓指控他就是盗窃我财物的人。这既不是出于仇恨、妒忌或其他非法目的;也不是基于不实传言或信念。”(2)被告人的誓词:“我在上帝面前宣誓,对于他对我的指控,我在行为和意图上都是无罪的。”(3)“助誓人”的誓词:“我在上帝面前宣誓,他的誓词是清白的和真实的。”

“神判法”是指通过让当事人接受某种肉体折磨或考验来证明案件事实的方法,又称为“神明裁判法”或“折磨考验法”(trial by ordeal)。这种折磨或考验通常都在神职人员主持的弥撒或祈祷等宗教仪式下进行。从文献记载来看,人类历史上曾经采用过的神明裁判的方法可谓五花八门,比较典型的有水审、火审、决斗等。

1. 水审

水审是指通过一定的方式使当事人接受水的考验,显示神意,借以判定当事人对案情的陈述是否真实。水审又分为冷水审和热水审,冷水审是将被控告的人投入河水中来检验其是否有罪的方法,古代巴比伦人在审理案件时常采用这一方法。如《汉谟拉比法典》规定,如果某自由民的妻子被人告发有通奸行为,但是她自己不承认,那么法官就会命令人把该女子扔到河里去。如果那个女子沉到水里去,就证明她有罪;如果她没有沉下去,而是浮在水面上,就证明她无罪。有意思的是,同样是水审法,古代日耳曼人的检验标准刚好相反:将诉讼当事人在膝盖处绑起来,然后用一根绳子系在腰部,慢慢地放入水中,并根据其头发长度在绳子上打一个结,如果其身体沉入水中的深度足以使那个绳结没入水中,就证明其是清白的;否则就证明其是有罪的。这是因为古代日耳曼人认为河水是世界上最圣洁的东西,不能

^① [美]E. 霍贝尔:《初民的法律》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版,第229页。

^② See William Andrew Noye, *Evidence: Its History and Policies*, Sydney, Butterworths, 1991, p. 3.

容纳有罪之人。当然在前一种情况出现时,当事人的亲友必须立即捞救,以免被神验明无罪者反遭溺死。热水审一般是以在沸水中放置物件令被控告人用手取出来以验证其是否有罪的方法。一般的检验标准是,被沸水烫伤后并经向神祷告或发咒语,在一定时间内如果烫伤痊愈或者有即将痊愈的迹象,则认定无罪;脓肿溃烂,则认定有罪。

2. 火审

火审是指通过一定的方式要求当事人接受火或者烧红的铁器的检验,并根据显示的神意判定当事人的陈述是否真实或被告人是否有罪。如公元9世纪时法兰克人的《麦玛威》法中规定:“凡犯盗窃罪,必须交付审判。如在审判中为火所灼伤,即认为不能经受火的考验,处以死刑;反之,如果不为火所灼伤,则可允许其主人代付罚金,免受死刑。”又如中世纪欧洲国家曾盛行的“热铁审”:在刑事案件的审判中,担任法官的牧师给烧红的铁块上洒上一些“圣水”,大声说道:“上帝保佑,圣父、圣子和圣灵,请降临到这块铁上,显示上帝的正确裁判吧。”然后,他让被告人手持那块热铁走过9英尺的距离。最后,被告人的手被密封包扎起来,3天之后查验。如果有溃烂的脓血,则判其有罪;否则就证明其是清白无辜的。

3. 决斗

决斗是盛行于欧洲中世纪的一种习俗,根据决斗引起的原因,可以分为司法决斗、荣誉决斗、爱情决斗和政治决斗^①。所谓荣誉决斗,是指以获取荣誉为目的而进行的决斗。爱情决斗就是决斗的双方或一方为了表达对自己心仪爱人的爱恋而进行的决斗。政治决斗是由于政见不同而引起的决斗。

司法决斗是由法庭命令或认可,依预定的法律规则和固定的仪式,以武力方式证明案件事实和诉讼请求并且带有一定的神明裁判性质的争端解决方法,它被用以确定当事人双方对案情陈述的真伪,以及谁是犯罪人。司法决斗一般在当事人双方对案情的陈述发生矛盾,而原告提出愿以生命证明自己的控告是真实的,被告一方又提不出证明自己无罪的证据时,法官便要求双方决斗。这种决斗得到法庭的命令或认可,有固定的仪式,以武力方式证明案件事实和诉讼请求。在基督教盛行的中世纪,人们相信上帝是万能的。在诬告成风而刑侦手段落后的情况下,纠纷无法解决时,法官只好宣布通过决斗来判决。人们都认为,万能的上帝会支持决斗中正义的一方,失败的一方得不到上帝庇护而有罪,因此,上帝成了双方的裁判官。在决斗中失败的一方不仅会受伤或死亡,而且在法庭上也输掉了。败诉的一方如果不服,可以与法官决斗,击败法官可以扭转法庭的判决,转败为胜。在决斗之前,主持者一般都要对神祈祷而且要求当事人向神宣誓,以便神灵在暗中帮助正义的一方在决斗中战胜对手,决斗的胜方就是诉讼的胜方。如果一方在宣誓时神情恍惚,读错了誓词,则被认为是神显示了旨意,不必进行决斗,法官就可以确定其陈述是虚假的或其是有罪的人。

司法决斗被认为是一件严肃的事情,往往有法定的规则和固定的仪式,观摩者也往往都是政界和宗教界的显赫人士。如在中世纪的西欧领主法庭上,原告指控被告有罪,而被告予

^① 历史上许多名人都参加过决斗,如我们所熟悉的文学家大仲马、屠格涅夫、托尔斯泰等都曾参加过决斗,美国第七任总统安德鲁·杰克逊、法国第三共和国总理乔治斯·克列孟梭也是决斗的高手,号称“铁血宰相”冯·俾斯麦更是把决斗当成家常便饭——在大学期间他就与人决斗过27次!连林肯总统都曾走上过决斗场。由于决斗是一种武力比拼,经常导致决斗一方死亡,如美国财政部长汉弥尔顿、俄罗斯诗人莱蒙托夫、普希金、意大利诗人费利克斯·卡罗·卡瓦洛蒂等都牺牲在决斗场上。



以否定时,法官则命令他们以决斗的方式来判决胜负,要求他们约定决斗的时间、地点和武器。决斗开始时,一方投下手套作为挑战的要约,对方拾起手套则表示接受决斗挑战。在刑事案件中,争议各方当事人必须出场,但在其他案件中,可委托选手代理决斗。某些教会和大领主为此专门豢养了一些职业决斗选手代其出场决斗。以今天的眼光来看,司法决斗似乎是一种迷信、野蛮、非理性、藐视文明和法制、依赖运气和偶然性,甚至荒谬怪诞和愚不可及的纠纷解决机制。因为决斗本身并不能真正发现事实真相,证明谁有罪谁无过错,却可能使杀人犯再次合法地杀人。尽管如此,这一制度却延续了 1000 多年,在中世纪欧洲的社会生活中发挥了化解纠纷、实现正义、维护荣誉、保障秩序的作用。而且西方人对决斗的热衷经久不衰,一直持续到了 19 世纪才慢慢消亡。法国的最后一次合法的决斗发生在 1547 年,而英国直到 1819 年才正式废除司法决斗。

除水审、火审、决斗之外,文献中记载的“神明裁判”的方法还有很多,如卜卦、十字形证明、天平测验、面包奶酪法等。卜卦是指双方当事人就争议事实向神祷告,然后进行占卜,法官根据卦象式签牌的内容判断谁胜诉的神判方式;十字形证明是当事人双方对面站立,手臂左右伸直,使身体呈十字形,保持这一姿势时间最久者胜诉,这主要是为信仰基督教的民族所采用。古印度的《那罗陀法典》第 102 条还明文规定了“神明裁判”的八种形式:(1)火审,让嫌疑犯手持烙铁步行并用舌头舐之,无伤则无罪;(2)水审,让嫌疑犯沉入水中一定时间,浮起者有罪,沉没者无罪;(3)秤审,用秤量嫌疑犯体重两次,第二次较前次轻者无罪;(4)毒审,让嫌疑犯服某种毒物,无特殊反应则无罪;(5)圣水审,让嫌疑犯饮用供神之水,无异状反应则无罪;(6)圣谷审,让嫌疑犯食用供神之米,无异状反应则无罪;(7)热油审,让嫌疑犯用手取出热油中的钱币,无伤则无罪;(8)抽签审,设正邪两球,让嫌疑犯摸取,摸到正球者无罪。

“神誓法”和“神判法”虽然都是神示证据制度中显示“神意”的方法,但两者对于接受审查的人意义殊为不同:“神誓法”往往更有利于接受审查的人,因为对宣誓人来说,对神宣誓以后,只要没有特殊情况出现,他就可以胜诉;而“神判法”往往更不利于接受考验的人,如热铁审中,一般情况下人的手都会被灼伤溃烂,能幸免的人非常罕见。事实上,司法官员决定采用哪种方法显示神意,往往在很大程度上决定了审判的结果。在司法实践中,选择何种显示神意的方法取决于司法官员,如果司法官员怀疑某人说谎,就会要求他接受肉体考验,而不是简单地要求其神宣誓。现有的文献资料表明,相较于“神誓法”,“神判法”的适用更多,后者是神示证据制度的主要内容和代表形式。

(三)神示证据制度的消亡

随着社会的发展,以“神判法”为代表的神示证据制度逐渐退出了历史舞台。这一方面是由于国家权力的膨胀,统治阶级对这种结果难以预料的非理性的司法证明方法感到不满,要求司法官员在审判中行使更大的决定权。另一方面,神示证据制度消亡的真正原因还在于人类认识能力的提高。随着科技的进步和社会实践的发展,越来越多原先符合“神意”的案情认定事后被发现是错误的,人们越来越对“神明裁判”方法的合理性和可靠性产生了怀疑。

有意思的是,虽然“神明裁判”具有浓厚的宗教色彩,但是在欧洲首先公开反对这种司法证明方法的却是教会。1215 年,欧洲天主教拉特兰大教会明令禁止在其宗教法庭的审判中使用“神明裁判”。随后,欧洲许多国家也相继废除了“神明裁判”的方法,如法兰西王国在

1260年、罗马帝国和英国在1290年先后废除了“神明裁判”。13世纪末，“神明裁判”基本上退出了欧洲司法证明的历史舞台。与此不同，“神誓”制度却在许多国家以证人宣誓的形式保留下来直到今天，当然其形式和意义已完全不同。近现代的证人宣誓是证人出庭作证的一项法律程序，目的是以宗教信仰的力量来保证证人如实陈述。证人证言的真伪以及证明力则应由法官根据自由心证原则来判定，这和神示证据制度中的宣誓作为法官确认当事人陈述真实性的根据已截然不同。

（四）神示证据制度的历史评价

神示证据制度是非理性、非科学的证据制度，是当时历史条件的产物。它以宗教信仰为其思想基础，审查判断证据的权力不是由法官行使，而是由神秘莫测的超自然力量行使，因此，它所采用的各种证明方法都是唯心主义的。以今天人们的眼光来看，神示证据制度中采用的显示神意的方法是荒唐可笑的，既不科学也基本没有理性可言，但是在当时的社会条件下，这些方法被认为是神圣的不可置疑的。神示证据制度的出现和长久存在，是符合当时的历史条件的，是与人类当时的认识能力和科技水平相适应的，要求古人以合理的手段来寻找证据、查明案情，就人类当时的科技和认知水平来说，是对古人的一种苛求。

从另一个角度来看，神示证据制度有助于提高当时司法裁决的权威性，有助于维护当时社会秩序的稳定。人类的司法裁决需要具有权威性才能得到社会成员的接受和认可，进而起到维护社会秩序稳定的作用。然而，在人类社会早期，受制于人类的认识水平，当时的司法者还无法用判决本身的科学性和合理性确立其权威，并且国家机构的权威也还不够强大，而当时人们普遍信仰和崇拜的就是神，在这一背景下，司法者借助神灵的力量来提高司法裁判的权威性显然是最佳途径。对当时的社会而言，权威性的裁决也许比科学性、合理性的裁决更为重要，公平正义的观念和理解都要屈从于信仰和崇拜。

并且不可否认的是，神示证据制度在某些情况下也能够起到查明事实的作用。从概率论的角度来看，相当一部分显示“神意”的方式（如决斗、卜卦、十字形证明）具有得到50%的准确结论的可能性。又如对神宣誓的方式，在一个把神奉为最高主宰者的社会中，对神宣誓自己所言属实对于宣誓者的心理无疑具有极大的强制作用，往往可以迫使宣誓者为了不受神的惩罚而不敢不讲出实情。而一些有罪的人在宣誓时，受其有罪心理的影响，确有可能影响其宣誓的神态举止。而有些方法在今天看来也有一些道理，如“面包审”，在法庭上，法官要求被告人在一定时间内吃下一盎司重的大麦面包和同样大小的干奶酪。如果他顺利吃下去就无罪，如果他吞咽困难甚至发生呕吐，就证明他有罪。这确有一定道理，因为有罪者在恐惧心理的压力下，会出现唾液分泌减少等生理现象，从而使吞咽困难。

二、大陆法系国家证据制度的历史沿革

公元11世纪以前，欧洲大陆国家和英吉利岛国的诉讼模式没有太大差异，都属于早期的弹劾式诉讼。然而，在“神明裁判”逐渐退出历史舞台的同时，二者的诉讼制度开始分道扬镳。前者逐渐实行了以司法职权为核心的纠问式诉讼制度；后者则形成了以陪审制为基础，以当事人为主导的抗辩式诉讼制度。这一分歧也直接导致了二者证据制度的分野。

（一）大陆法系国家早期的诉讼制度与证据制度的特点

公元12世纪以后，欧洲大陆国家的诉讼制度发生了很大的变化，即由早期的弹劾式诉讼转变为纠问式诉讼。在弹劾式诉讼中，双方当事人地位平等，司法官员奉行“不告不理”的



原则,不主动介入当事人双方的纠纷。然而,在纠问式诉讼制度下,司法官员一改消极被动立场,无论是否有被害人控告,司法机关都有权主动追究犯罪,法官集起诉权和审判权于一身。欧洲大陆最先正式采用纠问式诉讼的是教会法院。1215年,伴随着“神明裁判”的废除,天主教拉特兰大教会开始在其宗教法庭中推行纠问式诉讼制度。随后,法兰西、德意志和意大利等欧洲大陆国家的普通法院也都相继采用了这种新的诉讼制度。纠问式诉讼的代表性法典是1532年的《加洛林纳法典》。纠问式诉讼制度的主要特点有四个:(1)司法机关主动追究犯罪;(2)实行有罪推定;(3)刑讯逼供制度化、合法化;(4)书面审理成为庭审的主要方式。

以刑事案件为例,纠问式诉讼制度下的刑事案件可分为两个阶段:预审和审判。预审阶段司法官的主要工作内容是对被指控者进行秘密审讯并收集证据,他享有广泛且不受监督的调查权,经常采用刑讯的方法收集证据。在审判阶段,法官的工作是依据预审案卷材料对被告人进行最后的审讯,这种审讯往往只具有形式上的意义,因为法官通常在审判前就已经在了解预审案卷材料的基础上形成了判决意见。可见在这种诉讼制度中,预审是最重要的诉讼阶段,负责预审的司法官是案件起决定性作用的人,审判仅是宣布判决的一种形式而已。

与此相适应,欧洲大陆国家这一时期的证据制度相比较之前的神示证据制度,最大的进步在于用“人证”取代了“神证”,“人证”成为司法证明的主要手段,尤其是刑事诉讼中的被告人供述被视为最重要的证据。这相当于把人的命运从“神”的手中交回到了人的手中,相对神灵的不可捉摸性,人证的相对确定性也可以算是一种进步。不过,在预审阶段积极承担追诉职能的司法官员收集证据具有极强的目的性,多注重片面收集不利于被告人的证据,而被告人在诉讼过程中不论是预审还是审判阶段都没有举证的权利,相反经常成为刑讯的对象。在审查判断证据的问题上,欧洲大陆国家早期的证据制度还具有自由证明的特征。由于审判完全建立在预审案卷材料基础之上,法官在审判阶段不再询问证人,对被告人的讯问也只是一种形式,所以审判法官对预审官员收集的证据没有实质意义上的审查。同时,由于法律对法官收集证据和使用证据没有任何限制性规定,所以法官在审判中可以完全根据个人的知识、经验、兴趣、好恶来采信证据和认定案件事实。

(二)法定证据制度

1. 法定证据制度的产生

欧洲进入封建君主专制时期之后,一种新的适应当时政治需要的证据制度,即法定证据制度(又称为形式证据制度)取代了早期的神示证据制度。在16世纪至18世纪之间,法定证据制度发展到了全盛时期,其影响一直延续到19世纪中叶。当时欧洲大陆法系各国的法典中普遍规定了这种证据制度,其中具有代表性的法典有罗马帝国1532年的《加洛林纳法典》和法兰西王国1670年的《刑事法令》,以及1853年的《奥地利刑事诉讼法》和1857年的《俄罗斯帝国法规全书》。同时期的英国,由于其法制传统的特殊性以及其所处位置的间隔性,其证据制度中虽然也具有许多形式主义的因素,但却没有形成严格意义上的法定证据制度。

法定证据制度的产生既是适应纠问式诉讼制度的需要,更是封建君主专制政治体制的产物。君主专制政治的特点就是要强化中央集权,强化国家权力对社会的控制。纠问式诉讼模式取代弹劾式诉讼模式,显然更有利于中央集权,而法定证据制度的产生显然更适应纠