

The Essence of Evidence Law

证据法要义

(第二版)

张建伟 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

是非之心，人皆有之；是非之心，智之端也。

——孟子

序 言

在一本侦探小说里读到：侦探问看门人“案发前后有无外人出现在现场”，回答是“没有”。实际上当时邮差曾经出现，由于这个邮差每天到来，实在熟悉得不得了，把侦探提到的“外人”理解为“可疑的陌生人”的被询问者竟然一时没有想起他——这个熟悉的“外人”。

这是很常见的现象：有些事，我们习焉不察，从来没有追问过、思索过，即使那本来应该成为疑问的。

2004年9月的一天，清华园涌来了很多外国刑法学专家，后面还跟着许多国内的法学专家。明理楼里，听罢主人对清华大学法学院和中国刑法发展历程的介绍，轮到提问时，外国专家立即活跃起来。一位专家问：在许多国家，证据法都是必修课，为什么贵国却是选修课呢？

这还真是个问题，猝然遇到，脑子里没有标准答案，真不好回答。只见热情的主人三言两语含糊过去，估计那位提问的外国学者辞别中国时也没有把这个疑问弄出个子丑寅卯。

时隔这么久，我的耳边还时常响起那一句悦耳的英文：为什么在贵国证据法是选修课呢？

在西方国家，证据法很受重视，盖因诉讼靠证据说话，除非免证事项，没有证据简直像白门楼上被捆成粽子状的吕布，徒呼奈何。况且，证据法是技术性很强的法律，尤其是英美之证据规则格外繁密，非精密研习无以熟练掌握，遑论应用？法学院的学生若弄不清楚证据法，将来办起案来，窘状可想而知。各大学法学院不敢小觑，实在理有固然。

我国有特别的“国情”，情况当然大不相同。一是证据法内容过于简单，若按诉讼法典上区区几条证据法内容讲，不出半小时，谁都能懂。二是在司法实践中，证据法并未得到足够重视，没有精心学习过证据法的，仅凭诉讼法典上那寒酸的几条和最高司法机关的司法解释，已足够应付。证据法学得再好，一身屠龙术用不上，又有啥用？证据法之不受格外青睐，也是事有必至。

最近读杨良宜、杨大明著《英美证据法》，居然在序言里找到可以给那位外国专家提供的答案，只不过读来实在令英雄气短。

杨良宜、杨大明劈头就说“中国人不讲证据”（这话说得不太厚道，我看了都

吓了一跳,瞪了半天眼),云:“中华民族的文化中一向没有对证据深究的传统与习惯。说到肯去花心思、动脑筋、花金钱调查事实/真相才作出判断,中国人推崇的包公应是绝少的例外。即使如此,笔者的印象仍是许多处不够科学。一旦无法解释,包公要靠第三只‘阴眼’或做梦、托梦才知悉事实真相。另一例子是中国人喜欢的武侠小说,对证据/事实更是天马行空”。西方建立一套相对完整、符合人性与现实需要的证据法,穷几百年之功,收集和累积了西方古人先贤的明智之言和有关如何分析/对待各种证据(作为先例)的方法,“但中国完全是空白,它既没有制度,也没有人去收集与累积中国古人先贤的智慧。例如,诸葛亮的‘料事如神’(这正是判断事实真相的能力)或包公的‘明镜高悬’(也是同一回事)到底是怎样一回事,怎样才能做到。反而是,这些中国古人智慧慢慢沦为迷信或支离破碎、似是而非的一些说法”。不仅如此,“中国人懒于取证,不肯花钱,不想麻烦与不懂调查”,杨良宜、杨大明叹道:“很久以前笔者曾听过西方国家嘲笑一些发展中国家对嫌疑犯入下酷刑迫供,说:‘这些国家警察或公安不是为人残忍,而是他们十分懒惰,不想动脑筋调查’。这是笑话,但仔细去想想,也觉得有一定程度的真实”。杨良宜、杨大明提出改变之道,谓:“中国人懒于取证调查,说真的,懒惰何止在此。笔者认为最严重与最危险的懒惰在疏于学习,而学习的最主要渠道就是去阅读与钻研好书”。

这所谓“好书”当然包括证据法方面的好书,可惜司法人员中读书的风气并不浓,吾未见有多少闲来无事手捧证据法书籍耽读者也。

仔细想想,两位杨先生这番解说,乃震聋发聩的反省之言,操持法律权柄的人们听了之后若有所憬悟,对改良司法实在大有裨益。不过,这番话实在不宜向外国人宣扬,说出来有点长他人志气、灭自己威风,大家关起门来跺跺脚、点点头,也就罢了。

我暗自思忖:证据法早晚是会逐渐得到重视的,君不见庭审那套方式发生的变化,已经刺激了证据法学研究的发展;当打官司摆脱了打关系的糟糕局面,事实、证据和法律真正成为诉讼中独立起决定作用的要素时,证据法一定不会再独自向隅、受到冷落了。

到那时,证据法该是各法律院系的必修课了吧?

目 录

绪 论

第一章 证据法总论	(3)
第一节 证据法界说	(3)
第二节 证据法属性	(6)
第三节 证据法功能	(10)
第四节 神裁法:证据法的童年	(14)
第五节 诉讼模式与证据法	(22)
第六节 中国证据法的沿革	(31)
第二章 证据法的理论基础	(39)
第一节 认识论	(39)
第二节 法律价值及平衡、选择理论	(47)
第三章 证据法之诸主义	(52)
第一节 证据裁判(原则)主义	(52)
第二节 无罪推定(原则)主义和疑罪从无(原则)主义	(55)
第三节 两造举证主义和职权调查主义	(57)
第四节 实质真实发现主义与形式真实发现主义	(61)
第五节 法定顺序主义与自由顺序主义(证据随时提出主义 与证据适时提出主义)	(64)
第六节 形式证据主义与实质证据主义	(68)
附 录 证据法学简史	(77)
第一节 外国证据法学的历史发展	(77)
第二节 中国证据法学的历史沿革	(86)

本 论

上编 证据通论

第一章 证据界说	(105)
第一节 证据生成	(105)

第二节 证据界说	(110)
第二章 证据属性	(122)
第一节 总说	(122)
第二节 关联性(相关性)	(124)
第三节 客观性以及客观性的质疑	(134)
第四节 可采性	(138)
第五节 证据能力与证明力	(140)
第三章 证据种类与分类	(144)
第一节 证据种类	(144)
第二节 证据分类	(145)
第四章 证据的收集与保全	(154)
第一节 总说	(154)
第二节 收集与保全证据的基本要求	(158)
第三节 收集与保全证据的主要方法	(161)

中编 证据各论

第一章 物证	(171)
第一节 总说	(171)
第二节 物证的分类	(173)
第三节 物证的证据能力	(175)
第四节 物证的证明力:迹证重于人证	(185)
第二章 书证	(190)
第一节 总说	(190)
第二节 书证的分类	(191)
第三节 书证的证据能力	(193)
第四节 外部证据规则	(200)
第五节 书证的证明力	(202)
第六节 书证之提出	(205)
第三章 证人证言	(207)
第一节 总说	(207)
第二节 证人资格	(207)
第三节 证人的作证义务	(210)
第四节 免证特权	(212)
第五节 证人的权利及安全保障	(218)

第六节 作证方式	(224)
第七节 证人证言之证据能力	(225)
第八节 证人证言的证明力	(232)
第九节 韦蒲尔定律	(233)
第十节 五听	(243)
第四章 被害人陈述	(245)
第一节 界说	(245)
第二节 被害人陈述的特点	(245)
第三节 被害人的心理特点和对被害人的询问	(247)
第四节 被害人陈述的证据价值	(247)
第五节 被害单位出具的证明材料:证据能力与证据归类	(248)
第五章 犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解	(251)
第一节 总说	(251)
第二节 犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解的特点	(252)
第三节 犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解的证据能力	(253)
第四节 供述义务	(267)
第五节 犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解的证据价值	(269)
第六章 鉴定意见	(271)
第一节 总说	(271)
第二节 鉴定意见的证据价值	(273)
第三节 鉴定意见的证据能力	(275)
第四节 鉴定意见的种类	(276)
第五节 鉴定人之选任	(287)
第六节 鉴定人的权利义务和对鉴定的基本要求	(288)
第七节 司法鉴定体制	(290)
第七章 勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录	(293)
第一节 总说	(293)
第二节 古代中国之勘验制度	(294)
第三节 勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录的种类	(296)
第四节 勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录的特征	(298)
第五节 勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录的证据价值	(299)
第八章 视听资料、电子数据	(301)
第一节 总说	(301)
第二节 视听资料、电子数据的起源和司法应用	(303)
第三节 视听资料、电子数据的应用前景	(307)

第四节 讯问中的录音录像	(311)
第九章 各种证据的收集与保全	(314)
第一节 物证、书证、视听资料、电子数据的收集与保全	(314)
第二节 当事人陈述与证人证言的收集与保全	(318)
第三节 鉴定意见的形成	(322)
第四节 勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录的形成	(323)
附 录 主要证据规则一览表	(326)

下编 诉讼证明

第一章 证明	(331)
第一节 证明定义与两种证明观	(331)
第二节 临近或者易混淆的概念	(336)
第二章 证明主体	(341)
第一节 谁证明	(341)
第二节 法院、公安机关是否证明主体	(343)
第三章 证明责任	(347)
第一节 证明责任缘起	(347)
第二节 证明责任界说	(348)
第三节 证明责任制度之必要	(353)
第四节 证明责任与诉讼主张	(355)
第五节 证明责任的构造	(357)
第六节 证明责任分担	(360)
第四章 证明客体与免证事实	(373)
第一节 证明客体	(373)
第二节 免证事实	(380)
第五章 证明标准	(404)
第一节 证明标准的设定是否可能	(404)
第二节 证明诸标准	(406)
第三节 以主观的证明标准取代客观的证明标准?	(411)
第四节 “客观真实”与“法律真实”	(414)
第五节 证明标准涉及的两大基本问题	(421)
结论	(438)
跋	(445)

绪 论

难道你们不知道？
难道你们没听说？
难道没人告诉你？

——《上帝的话》

第一章 证据法总论

法律乃人类行为之规则。

——John Jay McKelvey

《易》曰：“饮食必有讼。”“讼”者，纠纷也。一旦形成纠纷，不能自行解决，就要求助于第三方出面裁决，这逐渐成为解纷止争的主要方法。随着历史发展，国家最终充当了裁决双方争议的第三方，国家解决争议的专门机构主要是法院。

诉讼，以认定事实、适用法律为内容，适用法律，以有一定事实之存在为基础。故适用法律，必先明了事实。事实明了，适用法律才能正确。事实明了依赖诉讼证明，通过证明使事实清楚的手段乃是证据。什么资料可以作为证据，如何收集以及如何运用，都需要认真加以规范。为使依证据认定事实真实、适用法律正确，不能没有法律规范作为准绳，此即证据法产生之缘由。

第一节 证据法界说

解纷止争之道往往在于先了解真相，查明是非，要做到这一点，不能不注重揭示真相的证据。^① 现代诉讼首重证据，实行“证据裁判主义”，建构了一整套细密的证据制度。一国一地的证据制度通常都不是一朝一夕形成的，它们有着长期悠远的沿革史。将证据制度以法律的形式确定下来，即为证据法。

在一些国家、特别是英美国家，一提到证据法，便会想到许多证据规则。有学者曰：“法律乃人类行为之准则。”（A law is a rule of human action.）^②“法律作为一种制度，由许多这样的规则组成。”^③可以给法律下这样一个定义，法律“就是

^① “证据”一词，繁体为“證據”。《说文》解释云：“證，谏也。”“證，告也。”从字的构成看，“證”由“言”和“登”组成，登是“上车”之意，引申为“上升”，登堂入室，“言”加“登”，意思是到官府大堂去讲话（告发），然则告发不能无所依据，“證”就有了凭据之意。《说文》解释“據”的含义是“杖持也”，该字左手为“手”，右手由“豕”和“虎”构成，含有野猪和老虎“斗相持不解”之意，据说后来代表分别以“豕”和“虎”为图腾的部落争持不下，各自“手持”凭证到更高首领处说理，由后者进行裁决。此近日“证据”一词意义之所由来也。参见谭金土著：《法言与法相》，远方出版社2001年版，第123—124页。

^② John Jay McKelvey, *Handbook of Evidence Law*, St. Paul. West Publishing Co., 1944, p. 1.

^③ Ibid.

由主权机构制定、颁布并依靠制裁、奖赏或者刑罚来保障实施的规则。不过,就法律的整体而言,这并非精确的定义。法律作为我们生活在其下的社会制度的一部分,由数量庞大的人类行为规则所组成。并非所有规则皆由主权机构制定和颁布。相反,许多规则来源于所有人类共有的心灵的某些特性,并由所有人类种族成员所获得的自觉认识建立起来。这些规则与尊重其自身的人格和财产的基本权利有关”^①。

其实,证据法的内容并不仅限于证据规则。在英美国家,有关证据法的教材和课程一般以“证据”而不是“证据法”为名,这并不是无意为之。^②彼得·摩非(Peter Murphy)指出:“大多数律师与学生在想到证据时都把它看作一系列规则的总和,这些规则统摄着在法庭上哪些事实可以被证明,哪些材料可以提交给法庭用来证明这些事实,以及这些材料应当以什么形式提交给法庭。他们心里所想的,其实是证据法而非证据本身。普通法奇妙处之一,是证据规则的产生,目的不在于使一方当事人为获得胜诉得以将证据呈送给法庭,而在于禁止一方当事人在其对手反对的情况下提出某些类型的证据,甚或法庭本身主动拒绝某些证据。由于实践需要,强调熟悉这些规则就成了自然而然的事情。在证据学科进行教学和考试的内容就成了证据规则了。”^③

证据法(the Law of Evidence)是规定诉讼上有待证明的对象、可以作为证据的资料的范围以及收集、调查和利用方法的原则、制度和规则之法律规范的总称。上海东吴大学法学院《证据法学》云:“夫证据法学者,即证据法中之学理与规律,用以为审判上裁判真确之准据。凡研究此类事物证明之方法,既宜合于科学之原理,又须不违背公道之实施也。美国散由(Thyer)教授曰:‘证据法学,乃审判合于理性化之结晶,为鉴衡一切证据之科学,经悠久之经验所蜕化而成。’”^④约翰·杰伊·麦克凯尔维认为:“证据法乃是与在法庭中运用证据有关的法律,在其贴切的意义上,该法律包括两个方面内容:(1)用于排除证据的特定规则;(2)规范在法庭中提出证据之行为的规则。准确地说,证据法包含了所有根据制定法、法院的裁决和实践确立起来的统摄法院司法活动中证据运用的那些规则。”^⑤不过,当代证据法的应用并不仅限于审判阶段,侦查过程也要受到证据法的规范,证据法不仅规范在法庭中提出证据之行为,也规范在侦查和起诉中收集证据的行为。审前收集证据的行为不当,最终可能招致在审判中根据证

① John Jay McKelvey, *Handbook of Evidence Law*, St. Paul. West Publishing Co., 1944, p. 1.

② 我国20世纪80年代最初的此类教材也称“证据学”。当时证据学作为法学的一门学科,并不会被误读为与“法”无关之学。

③ Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, London Blackstone Press Limited, 1997, p. 1.

④ 东吴法学丛书:《证据法学》,上海私立东吴大学法学院1948年发行,第2页。

⑤ John Jay McKelvey, *Handbook of Evidence Law*, St. Paul. West Publishing Co., 1944, p. 5.

据法的相关规则而排除不当行为获得的证据。

证据法之含义颇广,日本学者石井一正云:“‘证据’或‘证据法’广义上为泛用于一切学问和日常生活概念;狭义上则特指裁判中确定事实的方法和程序”^①。土本武司云:“并非任何物品都能作为证据,也不是可以无限制地承认证据的证明力,关于何物能作为证据的资格——证据能力问题——或能否根据有证据能力的证据自由地认定事实及有哪些制约——证明力问题——等,有一定的法则。关于证据的法则,称为‘证据法’。”^②在诉讼活动中有证据法之运作,在非诉讼证据法亦有证据法之运作,故证据法包括诉讼证据法与非诉讼证据法两类:

1. 诉讼证据法

诉讼证据法乃是参与司法活动的专门国家机关以及当事人收集证据、运用证据进行证明、审查判断证据所应遵守的法律规范,包括刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼等三大诉讼法,也包括宪法诉讼证据法,以及公益诉讼证据法等。本书所阐述的,乃诉讼证据法,并仅涵盖刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼等三大诉讼所运用之证据法。

2. 非诉讼证据法

非诉讼证据法乃是行政机关、仲裁机构、公证机关等机关或者组织以及当事人收集证据、运用证据进行证明、审查判断证据所应遵守的证据法规范,包括行政证据法、仲裁证据法和公证证据法等。

证据法包含以下两种模式:

1. 单一法

又分为统一法和专项法。统一法采取熔三大诉讼的证据法律于一炉、制定统一的证据法的形式,如美国在1909年由证据法学家威格穆尔编纂的《证据法典》(Code of Evidence)、美国法学会在1942年编纂的《模范证据法典》(Model Code of Evidence)、美国统一各州法律全国大会在1953年的《统一证据规则》(Uniform Rules of Evidence)以及由律师、法官和法学教授组成的咨询委员会编纂的《联邦证据规则》(Federal Rules of Evidence)^③,都提供了这一方面的范例。专项法是就特定人员或者特定诉讼阶段乃至于一特定诉讼种类(即分别就民事、刑事、行政证据单独立法,以不同的诉讼类型为单元,形成适用于这些不同诉

① [日]石井一正著:《日本实用刑事证据法》,陈浩然译,五南图书出版公司2000年版,第2页。

② [日]土本武司著:《日本刑事诉讼法要义》,董璠舆、宋英辉译,五南图书出版公司2007年版,第294页。

③ 该规则全称《联邦法院和治安法官适用的证据规则》,其草案于1972年经过美国联邦最高法院批准,美国国会修改、公布,1975年7月1日生效。高忠智著:《美国证据法新解:相关性证据及其排除规则》,法律出版社2004年版,第3—4页。

讼类型的证据法律)所制定的证据法的形式,如英国《警察与刑事证据法》、联邦民事证据规则等。单独立法模式中还有一种情况,就是针对证据法中某一问题进行单独立法,如针对我国刑事庭审当中证人出庭率偏低的情况,有人建议立法机关制定证人出庭法。这一建议如得到采纳,就属于针对证据法中特定问题单独制定的法律,亦即属于专项法。

2. 混合法

分为两种情况:一为与诉讼法合并之混合法,即诉讼法中含有证据法内容,即将有关证据制度分别纳入诉讼法,成为刑诉、民诉和行政诉讼三大诉讼法典的组成部分;一为与实体法合并之混合法,即实体法中含有证据法内容,诸如在实体法当中单独列编规定证据法,葡萄牙、澳门的民法典当中就规定有民事证据法部分。

第二节 证据法属性

证据法以诉讼上有待证明的对象、可以作为证据的资料的范围以及收集、调查和利用证据的原则、制度和规则等为内容,在法律的类别上究竟应属什么,应有所认识。

法律,就其分类而言,依法律存在的形式不同而分类者,为成文法与不成文法;依法律的实质内容而分类者,为公法与私法、实体法与程序法(此外还应有一种,即混合法);依实施要求不同而分类者,为强行法与任意法;依法律来源不同而分类者,为固有法与继受法;依法律效力不同而分类者,为普通法与特别法。^①

诉讼证据法是成文法还是不成文法,因国家或地区不同而异,在有的国家或者地区为成文法,有的为不成文法。成文法与不成文法,区别并不在于是否记载于一定文书,如判例虽以文书形式存在,但判例法仍属于不成文法非成文法。我国虽无独立的证据法典,但在诉讼法典中皆规定有证据章节,这些诉讼法皆成文法,诉讼法中证据法部分当然也是成文法。

诉讼证据法乃是规范参与司法活动的专门国家机关以及当事人收集证据、运用证据进行证明、审查判断证据所应遵守之法。公法与私法区别之标准,为法律关系的主体为何,“规定国家(或公法人)与国家、或国家与私人之法律,曰公法;规定私人与私人之法律,曰私法”^②。由此观之,诉讼证据法乃公法无疑。非诉讼证据法中规范国家机关收集证据、运用证据进行证明、审查判断证据所应遵

^① [日]奥田义人著:《法学通论》,卢弼、黄炳言译,政治经济社藏版,年代不详,第128—132页。

^② 同上书,第123页。

守之法,亦为公法,与国家机关无涉,只规范个人或者国家机关、企业事业单位社会组织收集证据、运用证据进行证明、审查判断证据所应遵守之证据法,则为私法。

诉讼证据法乃强行法,非任意法。强行法与任意法区别的标准,在于对于法律关系的取舍去就,是否由个人的自由意志所决定,即法律的适用是强制的还是取决于个人之私意。强行法是必须遵奉而不能以自己的意思来决定是否适用的法律。任意法与之相反,凡可以由个人自己决定是否适用的法律,为任意法。诉讼证据法乃诉讼中必行之法,非由当事人可依私意决定是否适用者,故而属于强行法。

我国的诉讼证据法非固有法,乃继受法。“固有法者,本一国固有之民情风俗习惯而发生之法律也。继受法者,或采他国之法律为模范以制定法律,或取他国之法律,直为本国法律之谓也。”我国自清末改制以来,法律皆仿习西法而成,证据法亦然。我国当前之诉讼证据法乃参酌苏联法制、大陆法系和英美法制而制定,非本国自主创造之法,故而属于继受法。

我国诉讼证据法为普通法,即通用于全国而非国内某一特定地区之法,通用于全体人民而非某一特定人群。特别法乃适用于某一特定地区之法或者某一特定人群,并与普通法存在原则与例外关系、对普通法起补充作用之法,显然,诉讼证据法并非特别法。

进行上述归类,一目了然,并非难事,但证据法究竟是程序法还是实体法,抑或既有实体内容也有程序内容的混合法,却需要仔细端详,不可遽然而论。日本松冈义正在其所著《民事证据论》中云:“民事证据之法则,应全部规定于民法中乎?抑或将民事证据法则中关于证据实体之法则(举证责任、证据种类、证据效力之法则),规定于民法中;而关于证据手续之法则,则规定于民事诉讼法中乎?抑或独立地制定为单行法而规定之乎?此为立法上最重要之问题也。”^①不仅民事证据法如此、刑事证据法亦然。

(一) 实体法

实体法(substantive law)就是关于人们之间权利与义务的法律^②,或曰法律关系之实体的法律,“原来人类有一定之生活关系,是曰事实关系。事实不可无法律以保护之,遂生法律关系。故法律关系者,权利义务之关系也”。上海东吴大学法学院《证据法学》云:“实体法为规定事物之权利义务与责任等问题;程序法乃标明诉讼手续、审判进行而为实施实体法之用者。证据法在法律中之地位,通常指谓程序法之一部分。惟亚拿氏(Aron)则谓:‘证据法乃研究事物真伪之

^① [日]松冈义正著:《民事证据论》,张知本译,洪冬英勘校,中国政法大学出版社2004年版,第1页。

^② John Jay McKelvey, *Handbook of Evidence Law*, St. Paul. West Publishing Co., 1944, p. 1.

实体法也,得与规定权利义务之实体法,及标明诉讼手续之程序法,鼎足而立。”^①实体法中载有证据法的内容,典型的例证是德国曾将举证责任规定于民法之中,“就德国言之,德国系以举证责任之法则属于民法者”^②。

(二) 程序法

大陆法系国家的传统,视证据法为诉讼法之一部分,故证据法通常被看做程序法。程序者,“凡运用实体法时,所经历之过程,谓之程序”^③。程序法者,与实体法相对称,又称“手续法”“附属法”“形式法”,“谓规定行使权利履行义务之手续之法律,即规定关于实体法运用上之手续的法律”^④。

约翰·杰伊·麦克凯尔维认为:“证据法乃手续法的一部分。”^⑤

霍奇·M. 马利克也指出:“法律通常分为实体法(substantive law)即规定权利、义务和责任的法律,和附属法(adjunctive law)即规定实体法实际应用所依赖的程序、声辩(pleading)和证明的法律。”^⑥其中,“程序规则规范诉讼的一般行为;声辩的目标在于引导双方当事人和法庭去确定每个特定案件中争议中的实质事实;证明是以适当的法律手段确立这些事实以便使法庭得到认定,这个含义中也包括反证(disproof)。”^⑦

证明不同于辩论、从证据中得出的推论,影响证明之要素有三:证据、推定和司法认知。英国学者指出:“是故证据法之内容是双重的,例如,规范哪些资料可以或者不可以被采纳以确立争议中的事实,以及诸如这些资料出示给法庭的方法。是否需要证明乃是法律问题。英国法明确区分法律与事实。外国法乃属例外,它被看做是为了证明目的之事实。”^⑧

松冈义正也认为,证据法乃属程序法,云:“但以民事证据多为民事诉讼方面具有效用者,所有民事证据之法则,应以之全部规定于民事诉讼法中,方为适当。”^⑨松冈义正还指出:

就法国言之,法国于一千六百六十七年之敕令,曾将证据之法则,悉规定于诉讼法之中;厥后制定法国民法时,则将证据一般之法则规定于债务关系之中,而将其他证据之法则规定于民事诉讼法之中,显系以民事诉讼法为

① 东吴法学丛书:《证据法学》,上海私立东吴大学法学院 1948 年发行,第 1—2 页。

② [日]松冈义正著:《民事证据论》,张知本译,洪冬英勘校,中国政法大学出版社 2004 年版,第 31 页。

③ 郑竞毅、彭时编著:《法律大辞书》,商务印书馆 1940 年版,第 1502 页。

④ 同上书,第 210 页。

⑤ John Jay McKelvey, *Handbook of Evidence Law*, St. Paul. West Publishing Co., 1944, p. 1.

⑥ Hodge M. Malek, *Phipson on Evidence*, London, Sweet & Maxwell Ltd., 2005, p. 1.

⑦ Ibid.

⑧ Ibid.

⑨ [日]松冈义正著:《民事证据论》,张知本译,洪冬英勘校,中国政法大学出版社 2004 年版,第 1 页。

民法中规定证据之补充。此种编纂,实缘于起草民法者之错误,早为识者所批评。原来法国民法多本于婆杰氏(法国法学者)之债务关系论(Traité des Obligations),既系债务关系论,当然论及证据时,只能限于债务关系,法国民法起草者忽焉不察,竟于制定民法时,直以载诸债关系论中之事项定为条文;此外物权关系及其他法律关系,悉遗忘之矣。此所以法国民事诉讼法必须补此缺点,另行规定证据调查之法则,而与民法共同完成证据之法则也。由此观之,法国规定证据之法则,其非以之属于民法之见地,已可明了矣(法之祁薛氏亦主证据法则应规定于诉讼法中)。①

日本曾依法、意、比、荷等国立法例,在旧民法中规定证据之实体,如旧民法证据编中规定有举证责任、证据种类、证据效力(后已效),并在民事诉讼法中规定“证据手续”且未加修订,松冈义正认为这表明“日本之证据法则,殊欠完备”。②

同样,石井一正认为证据法乃程序法,云:“‘证据法’如被解释为广义的事实确定的程序,那么,这种程序就是一种几乎与所有的学科都有联系,与社会生活密不可分的程序。任何一个人都会深切地感觉到,无论是在学术上还是在社会生活中,确定事实都务求准确。在这层意义上,广义的‘证据’、‘证据法’就不是一种法律特有的技术性、冷漠的术语,而是一种使用频率极高的概念,它意味着构成所有事实基础的、准确认定事实关系的方法和程序。”③

松尾浩也指出:“审判程序核心的部分是依据证据准确无误地认定事实的过程,规定这个过程的法律规范的总称是证据法,它是程序法的重要组成部分。”④日本学者这类观点,与其是是一种学术见解不如说是对大陆法系立法习惯的事实描述。

我国近代以来证据法,亦含诉讼法之中。证据法素被看作诉讼法的一部分,

① [日]松冈义正著:《民事证据论》,张知本译,洪冬英勘校,中国政法大学出版社2004年版,第30页。

② 同上书,第1页。松冈义正还指出:“举证责任分担之法则,能行于应加判断之当事人事实上之主张(出诉原因之事实,抗辩原因之事实)不能行于其他之事实。又举证责任分担之法则(亦与主张责任分担之法则相同),仅于民事诉讼中发挥其效力。故属于民事诉讼法,非属于私法。然在立法便利上,当制定民法及其他实体法时,因斟酌举证责任分担之法则,常设种种举证责任之规定。所以举证责任分担之法则,必须综合探究民事诉讼法之法意与私法及其他实体法中关于举证责任分担之各种法则而认识之。”([日]松冈义正著:《民事证据论》,张知本译,洪冬英勘校,中国政法大学出版社2004年版,第41页。)

③ [日]石井一正著:《日本实用刑事证据法》,陈浩然译,五南图书出版公司2000年版,第1页。

④ [日]松尾浩也著:《日本刑事诉讼法》(下册),张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第1页。

与诉讼法有着相同的价值理念,起到沟通程序法与实体法的桥梁作用。^①我国自清朝末年为收回治外法权而变法,模仿西方国家法制开始本国法制的近代化改革。1902年清政府下诏宣布立法的宗旨云:“参酌各国法例”,“务期中外通行”,“与各国无大悬绝”,并派沈家本、伍廷芳为修律大臣负责修订现行法律。次年设立修订法律馆,修订法律馆负责拟订奉旨交议的各项法律与各项专门法典,增订旧有的法例与各项章程。制定诉讼法是清末立法的项目之一,当时仿行欧陆国家的惯例,将证据法规定在诉讼法之中。

(三) 混合法

证据法,不仅包含实体法之内容(关于证据关联性、等属性的规定、推定等皆是),亦包含程序法之内容(关于收集证据的规定的程序的规定皆是),故证据法实为实体与程序之混合法。所争者,唯在实体法的内容多一些,还是程序法的内容多一些而已。

第三节 证据法功能

法律本身并不构成目的,它是为实现外在于它的目的或者价值服务的。休果·L·皮拉克法官曾言:“法律本身不是目的,它也不提供目的,而是为我们所认为对的事提供卓越的服务方法。”^②法律制定出来之后,总要发挥预期的功能,功能与功用的含义相似^③,乃指“事物之显著效益曰功用”^④。证据法当然也具有其特定功能,立法者在制定法律之时,期望发挥这些功能达到预期的目的,实现法律追求的价值或者维护这些价值。

证据法具有两大基本功能:

一、保障发现真实

发现真实,是实体公正的表现和前提,体现了秩序价值。秩序是首要的法律价值,在大多数情况下是其他价值的基础。诚如艾瑞克·沙瓦瑞德所言:“如果

^① 林钰雄云:“证据法乃诉讼法的灵魂。刑事诉讼法是确定并实现国家于具体刑事个案中对被告刑罚权的程序规范,实体刑法借此而得以实现,证据法则是沟通其间的桥梁。具体刑罚权存在与否,包含事实认定与法律评价两个方面,例如,检察官起诉甲于某年某月某日在某处杀乙,甲有无检察官所指的犯罪事实,乃事实认定问题,若所指实在,甲所为是否该当刑法之构成要件,则属法律评价问题。犯罪事实如何认定?应该透过何种程序认定?这是整部刑事诉讼法的核心问题,乃证据法所欲处理的对象,并且同时涉及发现真实与法治程序之目的。”林钰雄著:《刑事诉讼法》(上册),中国人民大学出版社2005年版,第344页。

^② [美]劳伦斯·J·彼德(Laurence J. Peter)著:《珠玑集》,罗明琦、王梅文译,世界文物出版社1978年版,第488页。

^③ 仲文毅编辑:《新辞典》,新加坡,星洲世界书局1957年版,第138页。

^④ 陆尔奎等编校:《辞源》,上海商务印书馆1915年版,第341页。

秩序崩溃,自由自将失去……更进一步的公平远景也将失去。”^①

诉讼的过程是运用证据查明案件事实的过程,案件事实查清了,在此基础上正确适用法律,案件才能得到正确处理。在诉讼中,大部分难解决的问题皆出于事实认定,证据的运用在这个问题上特别重要。石井一正指出:“在现代社会,无论是民事诉讼、刑事诉讼或行政诉讼,事实认定,亦即证据法(证据调查)实际上已经成为——裁判的核心。也许,说到裁判,大部分人都会认为这是一种法律性程序,是围绕着法律适用或法的解释而进行争论的诉讼核心。但是,在实际的裁判中,无论民事诉讼还是刑事诉讼,几乎所有的案件都是由当事人针对事实的认定来展开各自的攻击和防御的,甚至于这种攻防可以决定诉讼的胜与败。”^②无疑,证据的收集、运用和审查判断,根据证据所认定的案件事实是否符合事实真相,乃诉讼之关键。证据法之完善,对于实体事实的发现和确认可谓举足轻重。

尽管世界各国在达到诉讼具体目标上要求的程度和方式不尽相同,但对于刑事案件一般都要求探明事实真相。在刑事诉讼模式的总体设计上,大陆法系各国实行职权调查原则,英美法系各国实行当事人平等对抗制度,主要是出于各自发现案件真实的考虑:前者认为积极发挥法官的能动作用可以更好地发现案件的真相,后者认为发挥当事人双方的积极性才最有利于实现这一目标。

追求实体真实,要求在总体设计上最大限度查明案件真相,这不是针对个别问题而言的,某些案件枝节问题并不需要一一查证清楚。对于具体案件来说,基于对案件涉及的多元价值的权衡,也可能为保护惩罚犯罪以外的价值而牺牲实质真实发现。

二、保障手段正当

证据法应当有利于满足发现案件真实的要求,但又不能把这一目标绝对化、简单化,案件真实的发现必须通过正当手段来完成。手段正当是程序公正的基本要求,它体现了对个人自由价值的尊重。

证据法的作用不仅在于揭示案件事实,还具有保障人权的重要功能。证据法可以通过取证环节、采证环节对执法人员的诉讼行为和结果加以约束,起到限制国家专门机关的权力、保障个人自由、实现程序公正的价值作用。因此,证据法的完善,对于正当程序的维护、保障个人自由同样干系不小。

从总体上看,实体真实与程序正义应当是统一的。一般情况下,程序设计科

^① [美]劳伦斯·J. 彼得(Laurence J. Peter)著:《珠玑集》,罗明琦、王梅文译,世界文物出版社1978年版,第488页。

^② [日]石井一正著:《日本实用刑事证据法》,陈浩然译,五南图书出版公司2000年版,第4页。

学,程序运用正当,有利于实现查明案件真实情况的目标,因此在诉讼中应当将实体真实与程序正义结合起来。

我国司法改革,期望强化当事人的诉讼权利,并力图在维护秩序和保障人权方面取得平衡。从业已取得的进展和推出的改革措施看,对当事人诉讼权利的保障是有所加强的。但与之相比,证据法却明显滞后,不能为改良后的审判方式提供助力,因而减弱了司法程序改革的效果,限制了诉讼程序进一步改革的步履。^①

在权利保障方面,我国证据法与国际司法准则在拉近距离。^②如1988年9月我国批准加入的《禁止酷刑和其他残忍不人道或有辱人格的待遇或处罚公

^① 例如,证人出庭作证问题,是三大诉讼中普遍存在的突出问题,在我国,即使是证人出庭情况最好的1996年下半年到1997年初庭审方式改革试点时期,所有案件的证人出庭率也只有7%,其他时候证人出庭已经成为我国庭审中难得一见的场景。

^② 1945年英、美、法、苏等国倡议成立了联合国,并通过《联合国宪章》,该《宪章》第一次将“人权”规定在一个普遍性的国际组织文件中,成为会员国应遵守的最基本的国际准则。鉴于法西斯主义肆虐时代对人权的极大侵犯,人们意识到如果国际社会存在一些保护人权的有效的国际制度,也许这些暴行可以得到制止。1948年12月10日,联合国大会通过了人权委员会起草的《世界人权宣言》,宣言虽不是一项国际条约,但它提供了一份不容剥夺的人权一览表,为了使《世界人权宣言》公约化,“作为所有人民和所有国家努力实现共同目标”(序言),1966年12月16日第21届联大通过了包括《经济、社会和文化权利国际公约》《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公民权利公约》)以及《公民权利和政治权利国际公约任意议定书》的“国际人权公约”,《公民权利公约》于1976年3月23日生效。《公民权利公约》确立的证据准则主要有:(1)禁止酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。《公民权利公约》第7条规定:“任何人均不得加以酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性待遇或刑罚。”所谓酷刑是指“为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的任何理由,蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”。(2)质证权。在法庭上有权在同等条件下讯问对他不利和有利的证人(戊目);免费获得译员的援助(己目)。(3)无罪推定。《公民权利公约》第14条第2项规定:“凡受刑事控告者,在未依法证实有罪之前,应有权被视为无罪。”(4)反对强迫自证其罪。《公民权利公约》第14条第3项庚目规定:“任何人不得被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。”《公民权利公约》制定后,联合国大会及其所属组织还通过了一系列有关司法的单项法律文书,规定了某一方面的准则,将《公约》确立的证据准则具体化。其中包括保护未成年人的《儿童权利宣言》(1959年11月20日通过)、《联合国少年司法最低限度标准规则》(即“北京规则”,1985年11月29日通过)、《联合国预防少年人犯罪准则》(1990年12月14日通过)、《联合国保护被剥夺自由少年规则》(1990年12月14日通过)。这些法律文件规定:在诉讼的各个阶段,应当有保证基本程序方面的保障措施,诸如假定无罪、指控罪状通知本人的权利、保持缄默的权利、请律师的权利、要求父母或监护人的权利、与证人对质和盘诘证人的权利等。关于禁止酷刑包括《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》(1975年12月9日)、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日)、《有关医务人员、特别是医生在保护被监禁和拘留的人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚方面的任务的医疗道德原则》(1982年12月18日)。这些法律文件宣布:任何国家不得容许或容忍酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。应确保在任何诉讼程序中,不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据,但这类口供可用作被控施用酷刑者讯逼供的证据。应确保酷刑受害者得到补偿。医务人员、特别是医生,如积极或消极地从事构成参与、共谋、怂恿或企图施行酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的行为,为严重违反医疗道德。还有关于预防和控制犯罪的,包括:制定了反贪污腐败的实际措施(如公布财产、举证责任倒置等),预防和控制有组织犯罪的实际措施(如允许截获电信和使用电子监视等)。

约》第15条明确规定：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中不得援引任何业经规定系以酷刑取得的口供为证据，但这类口供可用作被控施用酷刑者刑讯逼供的证据。”我国《刑事诉讼法》规定严禁刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法方法取证，逐步明确由此获得的证据如何处理，其中以刑讯逼供等非法方法获得的犯罪嫌疑人、被告人供述和以暴力、威胁等非法方法获得的证人证言、被害人陈述将予以排除，不能作为起诉的依据和定案的根据。1998年10月我国政府签署了《公民权利和政治权利国际公约》，这一公约多方面规定了刑事司法准则，其中含有与证据有关的内容，例如：该《公约》第14条规定：在法庭上有权在同等条件下讯问对他不利和有利的证人；其第14条第3项（庚目）规定：“任何人不得强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”。尽管这一公约须经全国人大常委会审查批准后才能生效，但为了达到国际刑事司法准则提出的要求，在国内法律的完善方面已经有所作为，例如，在2012年修正的《刑事诉讼法》第50条中规定“不得强迫任何人证实自己有罪”就是如此。人们认识到，证据立法涉及无罪推定、直接言词原则、沉默权、禁止酷刑等内容，国际社会都有一定的准则可以参考、遵循，我国证据制度应当与国际司法准则看齐，以达保障自由之目的。

三、保障诉讼效率

任何诉讼都需要投入一定司法资源。司法机关为办案预备和投入的人力、物力、财力，称为“司法资源”。在不严格意义上说，公安机关的办案警力、装备和资金也一同称为“司法资源”。在诉讼中，不但国家专门机关为办理案件要投入司法资源，当事人等诉讼参与人参加诉讼活动，也要付出时间、精力和财力，甚至蒙受经济损失。诉讼过分延宕而导致当事人深陷诉讼中，称为“讼累”。在不失公正的前提下，减少司法资源的投入和当事人“讼累”，不但是诉讼程序设置需要认真考虑的问题，由于构成诉讼活动主要组成部分的是收集、提供和审查判断证据，保障诉讼效率，自然也就成为证据法不能回避的问题。

保障诉讼效率是证据法又一重要功能。J. W. 塞西尔·特纳指出：所有的证据制度结构都是依据三个主要的公理建立起来的，其中之一是“如果一个人试图不承担举证责任，他就不能提出在逻辑上与争议事实有关的问题”，这一原则的理由之一，就是“防止浪费法庭的时间”。^①有的证据规定是把诉讼效率作为考虑因素之一而建立起来的，例如，某一证据虽然具有相关性，但属于“与案件事实只有微弱的联系，不值得花费时间去核实的证据，如果允许每一种与争议事实有点关系的情况都作为证据，审判时间就会拖长到令人无法忍受的程

^① [英]J. W. 塞西尔·特纳著：《肯尼刑法原理》，王国庆、李启家等译，华夏出版社1989年版，第485页。

度”^①,证据法中诸如此类的内容,都是为了保障诉讼效率而规定的。

第四节 神裁法:证据法的童年

证据法的童年,是在反理性的襁褓中度过的。

初民已有讼争,有讼争就需要解决。要解决纠纷,需要弄清楚争议双方的是非曲直,这就需要探明真相。美国学者罗维引述霍布浩斯的话说:“古旧的诉讼手续不以有罪无罪之确实决断为中心,而注重在部族内斗之防止。然而即令在粗陋的文化中,也应用种种方法来测验控词之真伪或争执之是非,但所用方法通常饱含该族所通行的法术兼宗教的观念。在这个题目之下,有两种习俗值得注意,立誓(oath)和神断(ordeals)。”^②由此形成诅誓和神断的证据制度,最初的证据制度存在于行动中,并没有体现在书面上。^③

神断,音译为“奥提尔”(ordeals),“‘奥提尔’者,在神灵之前之一种试验,如能受试胜利,宣告无罪。此种试验,大抵为一种严刑式之难事,理直之人,虽经试验,决无损伤,若理屈者,必死伤于受试验之时”^④。

神灵的启示并不是现代严格意义上的证据,它与案件事实往往不具有关联性。以获取神的启示作为断案的方法,是这一裁判制度的本质性特征,故该证据制度应当被称为“神示证明制度”或者“神明裁判制度”。这种证明制度是在生产力低下的发展状况的制约下产生的,主要发端和盛行于亚欧各国的上古时期和欧洲的中世纪。在实行神意裁判制度的社会里,人们对于自然界的各种现象和人世间的悲欢离合,缺乏科学的认识方法和手段,将这些现象和事件归结为神意。神被奉为万物的创造者,是宇宙的主宰,神无所不在,无所不知,神意代表着公正、正义,违背神的意志、欺骗神灵必遭天谴,在这一认识前提下,人们相信可以凭借神的启示发现是非善恶并进而惩恶扬善,实现神的意志。

获得神的启示是通过某些确定的仪式来完成的,这些仪式主要有:

一、诅誓

诅誓(oath)的证明方法在公元前17世纪巴比伦王国《汉穆拉比法典》中有明文规定,该《法典》第126条规定:“设若某人并没有失落什么而声称‘我失落了某物’并诬陷自己的邻居,则他的邻居应在神前发誓来揭穿他并没有失落什么,而他则应加倍偿还他的邻居自己所贪图的物品”。古代日耳曼法和西欧中

^① [英]J. W. 塞西尔·特纳著:《肯尼刑法原理》,王国庆、李启家等译,华夏出版社1989年版,第485页。

^② [美]罗维著:《初民社会》,吕叔湘译,商务印书馆1987年版,第488页。

^③ 同上。

^④ 应成一著:《社会学原理》,民智书局1933年版,第152—153页。

世纪初期的《萨利克法典》也有类似规定。在笃信宗教的社会, 诅誓是常见的证明方式。人类学者指出: “立誓之法的普遍用途是决定犯罪与否。萨莫伊人和奥斯提雅克人让被告凭熊鼻立誓。他一面用刀割熊鼻, 一面宣誓, ‘我若诬誓, 熊来噬我!’ 他们相信诬誓者必应誓, 所以凡是宣过誓的, 便算是无罪。但是倘若后来他真被熊咬死或遇其他意外, 大家都说是由于他诬誓之故。吉尔吉斯人的规则特别些, 不叫被告立誓, 另外找一个以正直知名的人立誓, 倘若他明知而诬誓, 誓言便落在他的身上。”^①德国直到 1933 年才取消将宣誓当做询问证人替代方法的做法。英美国家至今采用的宣誓供述书 (affidavit) 是诅誓制度的遗留。许多国家证人在法庭上作证前进行的宣誓, 也是古代诅誓的遗风。

在欧洲古时, 曾实行对福音传教士发誓方式来替代决斗, 方法是: “接受这种考验的被告, 要面对一本《新约》, 或圣者的遗物, 或圣者的陵墓发誓他没有犯下强加于他身上的罪行。另外他还要找到十二位被公认是正直的人, 他们也要同时发誓他们相信他是清白的。这种审判方式导致极大的弊端, 特别是在有争议的遗产案中, 最坚定的发誓人自然会获胜”^②。也就是说, 人们可以“靠信誓旦旦发假誓”获得成功。^③

二、水审(冷水审和热水审)

水审 (ordeal by water) 是用水来检验当事人的陈述是否真实或者被控告的人是否有罪的神示证明方法, 又分为冷水审和热水审两种方法。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, 例如, 《汉穆拉比法典》第 2 条规定: “设若某人控他人行妖术, 而又不能证实这事, 则被控行妖术的人应走近河边, 投入河中。如果他河水制服, 则揭发者可以取得他的房屋; 反之, 如果河水为这人剖白, 使之安然无恙, 则控他行妖术的人应处死, 而投河者取得揭发者的房屋。”冷水审中还有饮水一法, 按照希伯来法律, 凡怀疑妻子不贞洁的丈夫, 可以令其妻子过量饮水进行测试。沸水审是以在沸水中放置物件令被控告的人用手取出来或者赤足入水以验证其是否有罪的方法。检验标准通常是, 烫伤后向神祷告或发咒语, 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。

日本也曾存在水审制度, 学者石井一正云: “从古代至中世纪, 日本和西欧的证据方法都有非常相似的特征, 其代表性的证据方法就是‘神判’。在日本, 最为古老的裁判方法之一即所谓的‘盟神探汤’, 这是一种让诉讼当事人伸

① [美] 罗维著:《初民社会》, 吕叔湘译, 商务印书馆 1987 年版, 第 488 页。

② [英] 查尔斯·麦凯著:《人类愚昧疯狂趣史》, 朱品凡等译, 漓江出版社 2000 年版, 第 294 页。

③ 同上。

手到滚烫的开水中去捞取小石块,然后根据手是否被烫伤来判断主张真伪的方法,《古事记》《日本书纪》中均有记载。到了中世纪,这种方法演变为‘汤起请’,即用同样的方法捞出小石块后根据手被烫伤的程度来判断是非曲直。”^①

三、火审/热油审

火审(ordeal by fire)是用火或者烧热的铁器检验被控告的人是否有罪的方法。火审的存在,是因为“人们一般都认为火是不会烧清白的人”^②,多见于中世纪的教堂中,据说是古代条顿民族和法兰克民族发明的。公元9世纪法兰克人《麦玛威法》规定:“凡犯盗窃罪,必须交付审判。如在神判中为火所灼伤,即被认为不能经受神火的考验,处以死刑。反之,如不为火所灼伤,则可允许其主人代付罚金,免处死刑。”

查尔斯·麦凯指出有几种火审方法:“有一种火刑就是把烧得炽热的犁头按一定的距离摆放在地上,然后蒙上被告人眼睛让他赤脚走过这些铁犁。如果他正好踩在空格里,没踩着犁,那么他就被判无罪;如果他被烫着了,那他就定罪……这种神裁法称为‘世俗炼狱’。它还可以用其他几种方法来审判。一种是用手拿几块一或两三磅重的炽热的铁块……另一种方法是把手臂赤条条地伸进一个装着沸水的大锅里,然后牧师用几块亚麻布和绒布包扎一下,让病人在教堂里住上三天,由他们进行特别护理。如果三天之后手臂完全恢复不留一个疤痕,那就绝对证明被告的清白。”^③后一种情形,实际上是“水审”(沸水审)。

在有的国家或者民族,沸水被热油取代,称为“热油审”。周达观撰《真腊风土记》记载,在南海一小国真腊,“且如人家失物,疑此人为盗,不肯招认,遂以锅煎油极热,令此人伸手于中。若果偷物则有腐烂,否则皮肉如故云。番人有法如此”^④。此外,查尔斯·麦凯转述福比斯《东方回忆录》中记载,云:

当一个被控死罪的人选择神裁时,他将被严密监禁几天,右手和手臂用厚蜡布包住,扎紧并封蜡,而且还要有有关官员在场以防作弊。在英格兰地区,封蜡总是和同伴的手臂一起封,而且囚犯是由一个来自欧洲其他国家的卫兵看管。到了规定的审判时间,就把一个大油锅放在火上,油开后丢进一个硬币;这时当着法官和原告的面解开犯人手臂上的包扎物并清洗,在进行仪式时,在场的婆罗门教徒则向他们的神祈祷。在接受了他们的祈祷后,被告把手伸进沸腾的油里取出硬币。然后又封起手臂直到指定的复审时间。

① [日]石井一正著:《日本实用刑事证据法》,陈浩然译,五南图书出版公司2000年版,第2页。

② [英]查尔斯·麦凯著:《人类愚昧疯狂趣史》,朱品凡等译,漓江出版社2000年版,第295页。

③ 同上书,第295—296页。

④ 陆辑等辑:《古今说海》,巴蜀书社1988年版,第141—142页。

那时打开蜡封:如果没有伤痕就是无罪;反之他就要因他的罪行而受到惩罚。^①

四、决斗

维柯在谈到决斗时曾经指出:“在各民族的野蛮时代,神的裁判中有一种方式就是决斗。”^②应成一解释说:“决斗者,使相争执之两造,各比武艺于上帝之前。如理直者,得上帝之默佑,自然战胜;其理曲之造,上帝使之战败,故两方曲直,因其胜败而定之。”^③从性质上看,“决斗就已包含了真正的裁判,因为决斗都在争执对象当面进行……决斗可以有见证人,作为裁判人进行干预,这就会使决斗变成民法或刑法的裁判”^④。

决斗(wager of battle)起源于何时,无从稽考。维柯指出:“它理应从最早的神的政府之下就已开始,在英雄政体下还持续一段很长时间。”尽管“过去没有人相信原始的野蛮体制下就已运用决斗,因为没有留下决斗的记录……不过这种决斗毕竟留下了两个重大的遗迹,一个在希腊史里,另一个在罗马史里,都说明了古代各民族的战争一定是从受委屈的两方个人的私斗开始(拉丁人把这种战争就叫做 duella 决斗)”^⑤。查尔斯·麦凯指出:

根据 501 年通过的以勃艮第国王名字命名的贡德巴尔达斯法,在所有法律诉讼程序中是允许用格斗代替发誓来作证的。在查理曼时代,勃艮第人的做法已传遍法兰西帝国,不仅是为了公道的原告,而且证人,甚至法官,在死亡威胁时都不得不为他们的理由,他们的证据,或是他们的裁决作辩护。他们的继任者路易一世,努力要根绝这种日益增长的罪恶,他只允许在重罪的申诉、民事案件,或是涉及权利文书的问题以及武士团法庭的案件,或是攻击一个人骑士资格的这些案件中进行决斗。除了妇女、病人、残疾人以及 15 以下的儿童或是 60 岁以上的老人,无人能免除这些考验。允许牧师找人代替他们。随着时间的推移,这种做法扩大到所有民事和刑事案件的审判中去,所有案件都必须由决斗来决定。^⑥

应成一指出:“在古代之日尔曼人,及撒克逊人之历史中,均有此等宗教审判之记载。英国直至 1817 年后,其制始废。”^⑦由当事人双方使用武力对打以决

① [英]查尔斯·麦凯著:《人类愚昧疯狂趣史》,朱品凡等译,漓江出版社 2000 年版,第 296 页。

② [意]维柯著:《新科学》,朱光潜译,人民文学出版社 1997 年版,第 483 页。

③ 应成一著:《社会学原理》,民智书局 1933 年版,第 152 页。

④ [意]维柯著:《新科学》,朱光潜译,人民文学出版社 1997 年版,第 484—485 页。

⑤ 同上。

⑥ [英]查尔斯·麦凯著:《人类愚昧疯狂趣史》,朱品凡等译,漓江出版社 2000 年版,第 292 页。

⑦ 应成一著:《社会学原理》,民智书局 1933 年版,第 152 页。

胜负的神示证明方式,显然不是以证据进行裁判而是依体力、武功来确定案件事实的有无。在这种争斗中,凡获胜的一方便被认为是无罪的,失败的一方被认为是罪过的,这种判断的结果难免与事实真相相左。

决斗作为纠纷解决的方法有其社会心理基础,“人们认为上帝会给予诉讼理由合理的格斗者一方以勇气,让他击败他的对手。正如孟德斯鸠所言,在刚刚脱离野蛮时代的民族中这种信仰是很自然的。”^①决斗作为一种解决纠纷的手段还有一个原因,那就是决斗意味着勇气,“缺乏勇气之人会被他人自然而然地怀疑到除怯懦以外其他的缺点。而缺点又是与背叛共存的,因此在遭遇战中表现得最为英勇的人会公众免除任何他会被指控的罪行”^②。“政府通过在尽可能小的范围内开始了诉讼,在这种诉讼案中通过单个格斗来证明或否认犯罪的做法是合法的。”^③

不过,决斗曾受到教士的反对,“需用智慧进行管理的教士从不赞成要置所有事物于最强壮之人统治之下的法律体系,自始他们就坚决反对决斗,并努力去抑制这种与宗教准则截然不同的尚武精神”^④。教士们把进行决斗的人逐出教会,一是出于对流血流的憎恶,二是出于保住权力的欲望,“为了把这种权力集中于教会,他们制定了五种审讯方式,并把它们的操作全部掌握在他们手中。这五种方式是:面对福音传教士发誓;十字架神裁法和火刑裁决法,用于身份较高之人;水刑裁决法,用于卑贱阶层;最后一种,即面包和奶酪裁决法,用于他们的阶层成员”^⑤。

决斗不仅仅是诉讼争议的解决方式之一,也是争勇斗狠的做法,甚至出现为一条狗、一只鹅、戏院的一个座位而进行决斗或者因一位妓女争风吃醋而进行决斗,许多决斗由玩牌而引起。这种决斗的习俗逐渐与时代冲突,一些国家开始着手禁止决斗。在英法国家,开始有决斗者被监禁在监狱里。在德国,腓特烈大帝下令对于军队内的决斗,决斗的一方倒下,士兵受命立即向另一方射击。奥地利皇帝约瑟夫二世下令逮捕进行决斗的军官,并要求军事法院审判他们,指出:“这种野蛮的习俗只适用于帖木儿时代,它给每一个家庭带来悲痛。我要制止它,惩罚它,即使为此我会损失一半的军官。仍然会有人知道如何把一个英雄的品格与一个良好臣民的品格结合起来;只有遵守法律,他才能成为英雄”。波兰国王奥古斯塔斯颁布法令,对于决斗的主犯和从犯处以死刑。1773年在慕尼黑颁布法令:对于决斗的主犯和从犯,即使决斗双方没有一个人被杀或受伤,也将

① [英] 查尔斯·麦凯著:《人类愚昧疯狂趣史》,朱品凡等译,漓江出版社2000年版,第292页。

② 同上。

③ 同上。

④ 同上。

⑤ 同上书,第293页。

被处以绞刑,尸体埋在绞刑架底下。那不勒斯国王于1738年发布法令反对决斗,规定对于所有与决斗有关的人均处以死刑。^①对于决斗的消亡,应成一指出:“在古代之日尔曼人,及撒克逊人之历史中,均有此等宗教审判之记载。英国直至1817年后,其制始废。”^②

五、卜筮

卜筮(*divination*)是就当事人双方争议的事实向神祷告,然后进行占卜,法官根据卦象式签牌的内容判断何者胜诉的神示证明方式。这里的“卜”,是占卜的意思,“向龟曰卜,谓欲知事之吉凶,灼龟以取兆也”;“凡预兆皆曰卜,如以虫鸟之鸣卜阴晴是也”。^③“筮”的意思是“以蓍草占休咎之术”。^④

六、十字形证明

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的神示证明方法,为信仰基督教的民族所采用。查尔斯·麦凯还介绍了另一种十字架裁判法,颇为奇特:

十字架审判或裁判法,这也是查理曼在他的儿子之间出现争执时要求他们采取的方式。这种方式是这样进行的:被控有罪的人在宣誓他是清白的之后,求助于十字架以便得到对他有利的判决。他被带入教堂,立于圣坛前。牧师事先准备好两根一模一样的棍子,其中一根刻有一幅十字架图案,用大量的细羊毛小心翼翼地并经许多仪式把它们裹好,放在圣坛上或是圣人的遗物上,然后向上帝进行一次庄严的祈祷。根据圣坛上十字架的裁决,上帝会高兴地发现被告是无辜或有罪。一个牧师走向圣坛,取下一根棍子,用手虔诚地拨开羊毛,如果棍子刻有十字架,被告人则是清白的;如果没刻有,那么他就是有罪的。^⑤

七、面包奶酪法/圣米法

这是“教士们为自己而设的那种最不可能判他们阶层的任何成员有罪的方法”。该方法“是这样进行的:把一块面包和一块奶酪放在圣坛上,被指控的牧师身着全套法衣,周围一群傲慢的天主教徒,牧师念了一段咒语,然后怀着极大的热情祈祷几分钟。如果他所被指控罪行属实,上帝将派他的天使加百利去扼

① [英]查尔斯·麦凯著:《人类愚昧疯狂趣史》,朱品凡等译,漓江出版社2000年版,第332—336页。

② 应成一著:《社会学原理》,民智书局1933年版,第152页。

③ 陆尔奎等编校:《辞源》(上册),商务印书馆1915年版,子集第396页。

④ 同上书(下册),未集第12页。

⑤ [英]查尔斯·麦凯著:《人类愚昧疯狂趣史》,朱品凡等译,漓江出版社2000年版,第294页。

住他的喉咙使他无法吞食面包和奶酪”。这种方法“就连世上最应受惩罚的恶人用这种方法也可以清洗罪名”，难怪根本就“没有牧师被这样噎住的记录”。^①

印度实行圣米法，与面包奶酪法很相似：“它不是选用面包和奶酪，而是圣米。通过想象的力量使罪犯连一粒米也吞不进，这种情况并不罕见。罪犯意识到自己的罪行而害怕受到上天的惩罚，所以当试图吞食圣米时他们就觉得在喉咙中有窒息感，于是就跪了下来，承认了所有对他们的指控”^②。

八、静坐

元朝周达观撰《真腊风土记》记载：“两家争讼，莫辨曲直，国宫之对岸，有小石塔十二座，令一人各坐一塔中，其外两家，自以亲属互相提防，或坐一二日，或三四日，其无理者，必获证候而出：或身上生疮疖，或咳嗽热症之类。有理者略无纤事，以此剖判曲直，谓之天狱，盖其土地之灵有如此也。”^③小说《西游记》描述唐僧与虎力大仙比赛静坐，也与此近似。

九、立鸡蛋

将鸡蛋立起，以此判定双方争议事实真伪，也是一种神裁法，如非洲“特佛高人用占卜方法断定盗贼，把鸡蛋放在矛刃上，叫到谁的名字那个鸡蛋站稳了，谁便是贼”^④。

十、付诸“神兽”

将动物当作“神兽”，依一定方法“验证”真伪善恶。如古代越南有所谓“鳄鱼裁判”，将双方当事人投入有鳄鱼的河内，如果一方被鳄鱼——神的化身——吞噬，则该当事人败诉。^⑤

在我国上古时期，有一种传说中的神兽獬豸，似羊非羊，似鹿非鹿，头上长着一只角，俗称“独角兽”。在中国古代的法律文化中，獬豸一向被视为公平正义的象征，它怒目圆睁，能够明辨善恶忠奸，发现奸邪的官员，就用角把他撞倒，然后吃下肚子。当人们发生冲突或纠纷的时候，独角兽能用角指向无理的一方，甚至会将罪该处死的人用角抵死，令犯法者不寒而栗，自古以来被认为是驱害辟邪的吉祥物。辞海解释云：獬豸为“传说中的异兽名，能辨曲直，见人斗即以角触不直者，闻人争即以口咬不正者，见《异物志》”。此外，《后汉书·舆服志下》

① [英] 查尔斯·麦凯著：《人类愚昧疯狂趣史》，朱品凡等译，漓江出版社 2000 年版，第 296—267 页。

② 同上书，第 267 页。

③ 陆楫等辑：《古今说海》，巴蜀书社 1988 年版，第 141—142 页。

④ [美] 罗维著：《初民社会》，吕叔湘译，商务印书馆 1987 年版，第 489 页。

⑤ [日] 石井一正著：《日本实用刑事证据法》，陈浩然译，五南图书出版公司 2000 年版，第 2 页。

解释说：“獬豸，神羊，能辨别曲直，楚王尝获之，故以为冠。”后亦用以指执法者。古代法官官吏戴獬豸冠（又云“法冠”），《后汉书·舆服志下》：“[法冠]执法者服之……或谓之獬豸冠”^①。

独角兽(unicorns)不仅是中国古代传说的神兽，也是西方传说中一种神秘生物，通常被形容为修长的白马，额前有一螺旋角（这也是独角兽的特征）。关于 unicorns 的形态有很多不同的说法：有的说它像一匹大马，头上有一只角，是难以驯服的生物。有些人则认为它是山羊般的生物，独角，神圣的生物，有些民族甚至信奉 unicorns。古罗马博物学家普林斯形容 unicorns 为四肢似大象，狮子尾，上半身像山羊，头上有一黑螺旋纹的角，是极凶猛的怪兽。公元前 380 年，有一希腊哲学家 Ctessias 对 unicorns 作出一种普遍形态的说明。他说 unicorns 是印度一种野生生物，有白色的身体，紫色的头，蓝眼，一只又直又硬的角，底白，中黑，顶部是红色。这有可能是把独角仙神化后所形成（独角仙也叫 unicorn）。“unicorn”源自于希伯来文“re'em”，早期古老翻译为“monokeros”，意解“独角”，后来转成英语“unicorn”了。独角兽是幻想中的神兽，但有些考古学家则说独角兽的角其实是北极海独角鲸科“一角鲸”（也叫 unicorn）的牙。^②

神裁法是在生产力低下的发展状况的制约下产生的，主要发端和盛行于亚欧各国的奴隶社会和欧洲的封建社会前期。当时实行与法术兼宗教相关的司法习惯。

在实行神裁法的社会里，人们对于自然界的各种现象和人世间的悲欢离合，缺乏科学的认识方法和手段，便将这些现象和事件归结为神意。神意裁判之所以存在，“只有一个唯一的根源，那就是一切民族生来就有的天意安排的观念，当他们看到善人遭殃而恶人得势时，还必须俯首听从这种天意安排”^③。在那样的社会，神被奉为万物的创造者，是宇宙的主宰，神无所不在，无所不知，神意代表着公正、正义，违背神的意志、欺骗神灵必遭天谴，在这一认识之下，人们相信可以凭借神的启示发现是非善恶并进而惩恶扬善，实现神的意志。

不过，随着人类理性的发展，神裁法受到动摇。在西方，牧师进行神明裁判之时，开始暗中做手脚，如利用十字架进行神裁时：“牧师事先经过严密的调查

^① 资料来源 <http://www.bjsupervision.gov.cn/xiezhi/xiezhi.asp>，最后访问日期：2008年5月21日。

^② 百度百科“独角兽”词条，资料来源：<http://baike.baidu.com/view/35999.htm>，最后访问日期：2014年7月13日。

^③ [意]维柯著：《新科学》，朱光潜译，人民文学出版社1997年版，第486页。另外，维柯指出：“在所谓‘自然体制’（即氏族体制）中，因为还没有依法律去统治的民政权威，氏族父主们就向神们陈诉自己所遭到的冤屈，祈求神们为自己的案件的公道作证。”这是神的裁判的早期形式。“最初向神们的陈诉是由简单粗鲁的人们来进行的，他们相信神们会听到他们，他们想象神们住在山顶峰，正如荷马把神们摆在奥林普斯峰上，而塔西佗则叙述到赫曼都里族和查提族之间的一场战争，说他们迷信要使住在山峰上的神们听清楚凡人的祈祷，只有在两族之间的那条界河上才行。”同上书，第481—482页。

并了解一切情况后已断定上诉人是清白还是有罪,这样他们就相应地拿起标有十字架的或未标有十字架的棍子。尽管对于其他所有旁观者来说,这些裹在羊毛里的棍子看起来都是一模一样的,但对于那些要剥开羊毛的人来说,则可以毫不费劲地把它们区别开”。又如进行火审时,“因为只有牧师是参与放置犁头的,所以他们经常可以预知到结果。为了证明一个人有罪,他们只需把铁犁放得间距不等,那么被告肯定会踩到其中一块铁犁。”在火审中,手拿炽热的铁块,手却丝毫无伤,“不仅是手皮厚的男子,连那些细皮嫩肉的女人也能皮毛不伤地这样做时,我们可以肯定事先已在手上涂抹了保护剂,或是那种表面上看似炽热,实际上不过是块漆成红色的冰冷铁块”^①。

随着知识的进步,神明裁判受到激烈的反对,但习惯的力量超乎想象,法国迟至路易九世(1226—1270)、英国迟至亨利二世时才予以废除,但决斗的社会风俗却一直延续到19世纪还存在。

第五节 诉讼模式与证据法

人类的诉讼经历了神示裁判和证据裁判两大证据制度阶段。以神的启示作为判断案件事实手段,称为神示裁判主义。诅誓和神断都是神示裁判主义的证明方法。在神示裁判主义的证据制度中,神的启示被视为无可争议的“证据”。不过,依现代证据观点,该“证据”实际上与案件事实缺乏相关性。

证据法表现于法典才容易为后人所了解。公元前2400年时,最初占据巴比伦土地的萨麦族人制定了自己的法典,即“Sumerian Code”(萨麦法典),该法典书写于泥板上,我们现在可以知道当时的司法制度已具雏形,但对于其证据制度则不得其详。公元前2100年,汉穆拉比在任时制定了法典,后人称之为《汉穆拉比法典》(Code of Hammurabi)。在巴比伦王国,刑事诉讼和民事诉讼没有明确的划分,《汉穆拉比法典》是诸法合体的,它对传唤证人、举证责任、法官责任、神明裁判等作出了规定,这是在人类制定的法典中我们所知最早的证据法。

古代罗马人制定了罗马法,该法的全面发展持续了一千年。现今可考的最初罗马成文法典为《十二铜表法》,共有105条,其中第二牌共4条,是关于诉讼中审问的规定;第三牌共6条,含有关于自认的规定。除《十二铜表法》外,罗马人还为人类文明发展奉献了宝贵的《查士丁尼法典》。罗马法法庭具有程序完备的特点,罗马法昌盛时期也正是辩护律师大显身手的时期。帕皮尼安、保罗和乌尔比安主持的法庭发现并确立了一系列证据原则、制度和规则,诸如:“举证

^① [英]查尔斯·麦凯著:《人类愚昧疯狂趣史》,朱品凡等译,漓江出版社2000年版,第293—295页。

责任在于确认之人而不在否认之人”(ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio)的举证原则、“兼听”(audi alteram partem)的调查原则、“任何人都没有使自己牵连进刑事案件的义务”(nemo tenetur seipsum accusare)的反对自证其罪原则、“一切行为都被推定是正确的和严肃地作出的”(omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta)理智推定原则、遇有疑义作有利于被告一方的解释和处理(in dubio pro reo)的有利被告原则等。罗马法为现代证据制度构造了框架,其确立的证据原则、制度、规则成为现代证据原则、制度和规则的主要来源之一。在古罗马的法庭审判中,“诉讼争辩概由律师为之,他们可向法院提出图片说明罪行;可以抱着小孩争论,可以揭示当事人的伤痕”^①。法庭为了取证,常对当事人的奴隶加以刑讯。哈德良严格限制对奴隶使用刑讯,除非不得已始可用之,他并提醒法院不可信赖刑讯获得的证据。但法院刑讯并未停止,到3世纪甚至扩大到自由人。^②

证据法与诉讼模式存在协调一致关系。古罗马的弹劾式诉讼催生了一系列证据规则。古罗马之诉讼,法官消极中立,诉讼之认定端赖诉讼双方举证,需要建立证据规则保证诉讼双方以一定规矩画成方圆,并使法官在面临诉讼双方竞争而有所裁决时有预定的依据,进而在此规矩之下对全案作出最终裁决。没有证据规则作为依据,法官和诉讼双方将手足无措,或者陷入诉讼的混乱。

不同历史时期,法律价值有所不同。我们可以将历史粗略区分为君权时代与民权时代,这两个不同时代的司法和证据制度,各有不同特点。在历史进程中。诉讼模式也处在演进过程中。这些模式经早期弹劾制到纠问制直至现代诉讼模式,发生了质的变化。诉讼模式不同,证据法也存在差异:

君权时代	民权时代
国家权力至上	个人权利至上
义务本位(强调个人对于国家的义务)	权利本位(强调个人自由权利的保障)
纠问主义(主动依职权审判,不告也理、秘密审判、书面审判、拷问、对公民自由保障不重视)	弹劾主义(不告不理、职权主义和当事人主义:一个偏重程序公正,一个偏重真实发现)
法定证据制度	自由心证证据制度

继罗马法之后,公元5至9世纪的欧洲又形成了日尔曼法。日尔曼法是在日尔曼国家中适用于日尔曼人的一系列法典的总称。尽管日尔曼法是在日尔曼部族原有习惯的基础上发展而成的,却在西欧法律发展史上占有重要地位。日尔曼法确立了神明裁判制度。

公元4世纪到15世纪,罗马天主教的法规从罗马法和日尔曼法借鉴了许多

^① [美]威尔·杜兰著:《恺撒与基督》,台北幼狮文化公司译,东方出版社2003年版,第516—517页。

^② 同上书,第517页。

法律原则和制度,成为欧洲中世纪的重要法律。教会法与罗马法、日尔曼法并称为欧洲三大法律传统的重要组成部分。教会法以《圣经》、宗教会议的决议、法令与法律集、教皇教令集等为法律渊源。教会法采用书面审理程序和代理制度,证据必须经过宣誓提出,法官依据“理性和良心原则”进行审判活动,必须发自内心地确信他所作出的判决。教会法在诉讼中确立了纠问式诉讼程序,例如,英诺森三世的教会法则规定,根据公众告发或私人控告,法院可以对案件进行调查,从调查证据到刑罚执行都由官方负责。按照当时的教会制,法官审判,没有外行法官参与,收集证据、审查判断证据均由法官进行,严格客观标准,实行推定证据规则(情况证据规则)、供述证据规则等以及法定证据制度——主要事实之证明,须二个完全证人,有亲属关系者,为1/2价值;有的有1/4或者1/8价值。纠问式诉讼程序以及与之相应的证据法对大陆各国诉讼法和证据制度影响巨大。

中世纪,欧陆诸国奉行弹压政策、刑罚严酷、实行法定证据制度。在中世纪,法国法律经历了由习惯法到罗马法再到王室立法的发展过程(从9世纪到18世纪),1670年制定的刑事诉讼法是这一发展历程的重要成果之一。法国的司法审判先采用“神明裁判”与“司法决斗”,后采用形式证据制度。“法国从13世纪导入的法定证据制度,经过几百年的经验积累和发展,到16世纪基本达到完成、确立的地步。1670年路易十六的刑事裁判王令是其代表性的法典。”法国《人权宣言》规定了以下证据原则:(1)无罪推定原则:“任何人在其未被宣告为犯罪以前应被推定为无罪。”(第9条)(2)反对酷刑:“即使认为必须予以逮捕,但为扣留其人身所不需要的各种残酷行为都应受到法律的严厉制裁。”(第9条)法国大革命以后,拿破仑亲自主持法典编纂。1808年12月16日公布的《刑事诉讼法典》,确立了内心确信(*l'intime conviction*)的证据制度和其他一些具有现代精神的证据原则、制度和规则,对欧洲大陆诸国产生深远影响,而且影响远及亚洲、非洲和美洲的许多国家,成为大陆法系国家证据制度的奠基之作。

日尔曼习惯法和罗马法对德国法的产生和发展产生了重要影响。德国封建社会的早期沿袭日尔曼人的习惯,采取弹劾式诉讼。1220年,德国编成了《萨克森法典》,其中对刑事诉讼规则作出了规定。德国后来受到教会——意大利法影响,1532年颁布了《加洛林纳法典》,该法典共179条,确立了“有罪推定”和刑讯制度,审理不公开,判决分为有罪判决、无罪判决和存疑判决。《加洛林纳法典》也是形式证据制度的代表性法典,它意味着法定证据制度在全德意志各公国取得统治地位。

俄国直接从部落习惯法转化为早期封建制法,11世纪出现的《罗斯法典》是在习惯法和立法的基础上汇编而成的。11世纪的《俄罗斯法律汇典》已经把各种证据按照其不同价值而区别开来,这些价值是由法律预先规定各种不同条件

决定的。《俄罗斯法律汇典》中民事诉讼法条文和刑事诉讼法条文中均有反映形式证据制度原则的条文。《俄罗斯法律汇典》规定受铁的考验的证据具有证明价值,例如,被告人在经受烧红铁考验时“没有烧坏”就意味着他是无罪的。《俄罗斯法律汇典》还规定了完善的证据的种类和不完善的证据的种类。1497年颁布和1550年颁布的两部《律书》(前者称“大公律书”,后者称“沙皇律书”或“第二律书”)对法院的权限、诉讼费用、诉讼程序作出了规定。1649年制定的《会典》采用了纠问式诉讼制度。1833年俄国编纂了《俄罗斯帝国法律全书》,原为十五卷,四万两千余条,规模庞大。该全书在修订和补充时增补了《1664年审判条例》作为第16卷,对法定证据制度作出了详细的规定。

俄国本属大陆法系国家,1917年十月社会主义革命诞生了苏维埃政权,新政权宣布废除沙皇时代的司法制度和基本立法,但由于来不及在短时期内制定出完备的新法律,仍允许沿用一部分旧法律。1918年11月30日,苏维埃政权宣布完全禁止在诉讼文件中引用旧法令,确立了苏维埃诉讼和证据制度,后又通过制定和完善诉讼法典,确立了社会主义类型的诉讼和证据制度,对其他社会主义国家产生了示范作用。

欧洲大陆诸国实行纠问制诉讼,后改良形成沿用至今的审问调查制。在此一诉讼模式中,法官积极、主动;职业法官主审,主动推进诉讼进程和调查证据被认为是法官之责任,其证据规则重在限制法官,规定较为简单,证据的证明力采自由心证主义,由法官自由加以判断。这种诉讼,重在调查证据的程序,要求进行合法调查,才能决定取舍,保证发现案件真实,不加以法律形式的限制;但如果职权过重,当事人参与机制缺乏,对于当事人辩护不理,容易导致专横。“普通法事实认定的复杂标准经常被认为是普通法系与大陆法系诉讼程序之间的主要差别,因为普通法系存在着许多有关事实认定的复杂法律规定,而大陆法系则几乎不存在。”^①

英国在长期的诉讼发展中,没有形成盛行于欧洲大陆的纠问式诉讼,虽然证据制度在一定程度上存在形式主义特征,但并没有形成严格的法定证据制度,刑讯也不盛行。英国的证据法并不预先具体规定各种证据的证明力,而是确立一整套证据规则用以规范采纳证据和判断证据的活动。

证据规则复杂而精密是英美法系证据制度的突出特点。英美法系国家通过一系列判例确立了许多具体的证据规则,这些证据规则极大地丰富了诉讼证据法和诉讼证据法学,并对英美法系以外的国家的立法和司法实践产生了积极的影响。这些证据规则通常是在解决具体问题中确立起来的,即法律循着从个案

^① [美]米尔建·R·达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第10页。

到原则的脉络演进。对于这一现象,美国法学家罗斯科·庞德解释说:“在普通法法律家富有特性的学说、思想和技术的背后,有一种重要的心态。这种心态是:习惯于具体地而不是抽象地观察事物,相信的是经验而不是抽象的概念;宁可在经验的基础上按照每个案件中似乎正义所要求的从一个案件到下一个案件谨慎地行进,而不是事事回头求助假设的一般概念;不指望从一般公式化了的命题中演绎出面前案件的判决……这种心态根源于那种根深蒂固的盎格鲁撒克逊的习惯,即当情况发生时才处理,而不是用抽象的具有普遍性的公式去预想情况”。

英美法系国家确立一整套证据规则有其诉讼机制的原因。英美国家实行陪审制度,本竞技(fair play)和运动(true sports)之精神进行审判——排除规则,限制无关联性的证据、偏颇、虚伪的证言,使证据保持安全性、证明力,保证陪审团可以作出合理之判断。证据规则与陪审制度关系密切,“英国诉讼程序有其独特性,即确定案件事实的责任不是由经过训练的法官来承担,而是由未经过训练的平民来承担,我们的许多证据规则就是根据这一特点建立起来的”。原因是,“在英国,由于陪审团成员的非专业化,使法庭不得不建立起许多规则,以排除某些容易使不善于逻辑思维的人受到错误引导的证据。”因此,“在英国法方面,这些规则一般地说来,都是陪审制度演进的结果。”^①不过,米尔建·R. 达马斯卡对此持有不同意见。他认为:“被广泛视为英美证据法理论基础的所谓非专业人士的心智缺陷,对英美证据法的独特性所给出的解释要比通常认为的小得多。必须从别的地方去寻找那些与陪审团有关的更具释明力的因素。”^②

英美法系对抗制诉讼中,法官消极、中立,实行陪审制度,推进诉讼进程和举证乃当事人的责任,如果允许控辩双方极尽攻击、防御之能事,而不就举证方法设立严格标准,将导致举证纷乱、旷日费时,于是设立一整套严密、繁琐的证据规则,把握争点、限制辩论范围,以约束当事人和防止陪审团产生偏见。英美法系的证据规则的特点在于:证据规则复杂,重在如何提出合理的证据——即“许容性”(admissibility)证据,对于个人利益的保护较周详,但由于限制过严,裁判结果也可能存在误差。对于社会秩序的维护,有所不足。米尔建·R. 达马斯卡云:“从大陆法系的角度来观察英美证据法,人们就会发现英美证据法的三个典型特征,即:证据规则的复杂性、对事实认定者所闻所见的证据材料进行预先的筛选以及对证据分析进行架构的渴望。”^③

在英美法系国家,证据规则颇具特色。这些规则主要有:诱导性询问规则、

① [美]阿瑟·库恩著:《英美法原理》,陈朝璧译,法律出版社2002年版,第76页。

② [美]米尔建·R. 达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第50页。

③ 同上书,第10页。

意见证据规则、证据的相关性规则、最佳证据规则、传闻证据规则、自白和沉默权规则、非法证据排除规则等。英美法系国家的某些证据规则可以追溯到中世纪,绝大多数的证据规则是以 17 至 18 世纪的判例为基础的。在 19 世纪和 20 世纪,英美法系国家进行了一系列法律改革,证据制度得到进一步发展。

英美法系国家证据规则主要是由排除规则构成的。排除规则通常适用于两种情况:一是排除那些与争议事实无关的材料;二是排除那些虽然有相关性,但与案件事实只有微弱的联系、不值得花费时间去核实的证据,或者与案件事实相关、甚至也很重要,但由于其自身特点,会使一般人误以为其证明力比实际更大的证据以及违反正当程序、损害公民受法律保障的权利而取得的证据。

在英国,1955 年库鲁马一案后,曾一度出现法官不断扩大排除非法证据的范围的趋势,但在 1979 年英国诉桑一案中,上议院阻止了这种扩张趋势。1984 年《警察与刑事证据法》肯定了普通法的传统做法,该法第 78 条规定:(1) 在任何诉讼中,法庭在考虑到包括证据收集在内的各种情况以后,如果认为采纳这一证据将会对诉讼的公正性产生不利的影 响,以至于不应将它采纳为证据,就可以拒绝将控诉一方所据以提出指控的这一证据予以采纳;(2) 本条的规定不应 对任何要求法庭排除证据的法律规则的适用产生不利影响。可见,排除非法搜查、扣押的证据并非普通法系国家的普遍做法。^①

在美国刑事诉讼中,曾经有过的情况是,即使被强迫的自白也决不会被法庭自动排除,只有很少的被告人曾经成功地排除了污点证据。^② 1914 年,这种情况发生了重大变化,在威克斯诉美国一案(Weeks v. United States)中,警察没有事先取得搜查令而搜查了威克斯的住宅并扣押了他的书信文件。为了遏止警察违法搜查和扣押,联邦最高法院裁决:警察的行为属于非法搜查,由此获得的证据不能在法庭中使用,警察应将由此取得的书信文件返还被告人。最高法院认为,如果不排除违法搜查或扣押的证据,美国宪法第 4 条修正案将毫无价值,从而确立了现代意义上的非法证据排除规则。不过,当时威克斯一案所确立的排除规则并不适用于州法院系统,非法搜查、扣押的证据在各州法院仍可以作为证据使用。而且,各州警检违法取得的证据,由于联邦官员并未参与非法的搜查、扣押。依据所谓的“银盘理论”^③,联邦法院也可以采用。1949 年,最高法院通过沃尔夫一案宣布,美国宪法第 4 条修正案通过第 14 条修正案对各州法院系统一体适用,但非法所得的证据是否可以采用,仍然由各州法院自行决定。直到 1949 年

^① [新西兰]J. B. 道森著:《英联邦国家对非法取得的证据采证问题的若干法律规定》,载《法学译丛》1983 年第 4 期,第 250 页。

^② *Vital Problems for American Society*, edited by J. Alan Winter, Random house, 1968, p. 184.

^③ 即 silverplatter doctrine,源于餐厅侍者用银盘托账单或钱物递送给顾客的做法,作为刑事诉讼理论,意思是州执法人员收集的证据提供给联邦执法人员,联邦法庭承认该证据的可采性。

在沃尔夫诉科罗拉多州(Wolf v. Colorado)案件的判决中,美国最高法院才根据美国宪法第 14 条修正案中的正当程序条款将美国宪法第 4 条修正案适用于各州。法院态度的转变源于 1961 年在马普诉俄亥俄州案件(Mapp v. Ohio)的影响。美国联邦最高法院推翻了俄亥俄州法院的判决,新的判决在美国司法史上被称为“里程碑式的判决”。最高法院通过美国宪法第 14 条修正案中的正当程序条款将权利法案中其他宪法修正案施行于各州。例如,美国最高法院通过宪法第 14 条修正案中的正当程序条款将权利法案中其他宪法修正案施行于各州。例如,美国宪法第 5 条修正案^①反对强迫自我归罪(self-incrimination)的特权在 1964 年马洛诉霍根(Malloy v. Hogan)的判例中被裁决适用于各州。与此类似,在 1963 年吉德恩诉万瑞得(Gideon v. Wainwright)案件中,获得律师帮助的权利也被裁决适用于各州。美国最高法院还借助于排除规则去保护没有特别规定的某些“法律正当程序”权利。例如,被强迫而非自愿作出的自白将被排除,这并不是因为反对自我归罪的特权之故,而是因为强迫自白违反了法律的正当程序。与之相类似,不公正进行的审前辨认程序也会被确认违反了法律的正当程序。^②

此外,其他证据规则也都有着各自的重要功能。例如,传闻证据规则的内容是传闻证据不得作为证据使用。传闻证据(hearsay evidence)是指证人并非自己亲自感知而是转述他人所描述的有关案件的事实或者在法庭外所陈述的有关案件事实的证言。英国在 1202 年就认识到传闻证据不可信,但直到 17 世纪后半期传闻证据规则才得以确立起来。禁止传闻证据的理由在于它不可靠,因为陈述在传播的过程中可能会被歪曲,这些陈述来自不在场的证人,该证人既不能对该证言发誓,也不受交叉询问,其证言的确实性得不到检验,而且采纳传闻证据也容易拖延诉讼进程。英国《2003 年刑事司法法》放宽了刑事诉讼中传闻证据可采性的规定,允许使用符合特定条件的传闻证据,包括提供原始证据的人有正当理由不能出庭或者法官认为其不出庭是适当的情况下使用传闻证据。^③

被告人拥有不被强迫自证其罪的权利,以暴力或者公开威胁得到的任何供述都不能作为证据使用。反对强迫自证其罪的权利有三大来源^④,其中之一是英国 1637 年的李尔本案件,该权利于 1640 年得到英国议会的确认。美国宪法第 5 条修正案也确认公民享有该项权利。自白规则可以追溯到 1906 年 10 月 26

^① 美国宪法第 5 条修正案规定:“非经大陪审团提出报告或起诉,任何人不受死罪或其他重罪的惩罚,唯在战时或国家危急时期发生在陆、海军中或正在服役的民兵中的案件不在此限。任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生命或身体的危害;不得在任何刑事案件中被迫自证其罪;未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产;非经恰当补偿,不得将私有财产充作公用。”

^② John N. Ferdico, *Criminal Procedure*, West Publishing Co., 1989, pp. 47—49.

^③ 陈光中主编:《21 世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 7—8 页。

^④ 一是古罗马“任何人都没有义务将自己牵连进刑事诉讼”的格言,二是欧洲中世纪的教会法及其实践,三是英国的议会立法。

日英国首席法官奥尔沃斯墩为回答伯明翰警察局局长的询问而写的一封信。1964年,英国王座法庭的全体法官会议制定了一套新的规则,规定:一旦警察有了足够的证据怀疑一个人实施了犯罪,他应该立刻对这个人进行警告,告知其享有沉默权,然后才能对他进行询问。1966年,美国最高法院在对米兰达案件的裁决中规定警察在对犯罪嫌疑人加以逮捕时必须告知其拥有沉默权,违反这一规则所取得的自白将被排除。1994年,英国的刑事审判对沉默权加以四项限制,允许法官和陪审团在特定情形下对嫌疑人、被告人的沉默或者拒绝陈述作出不利于他的推断。这一法律的修改颇为引人注目。在美国,米兰达规则自产生之日起就存在很大争议,至今人们仍对这一规则有不少质疑,批评者通常认为,米兰达规则帮助了罪犯从而妨碍了对犯罪的打击。2000年到2004年,四个有关米兰达规则的问题被提交给美国联邦最高法院:(1)国会是否有权改变米兰达规则?(2)毒树之果规则是否要求排除违反米兰达规则而获得的实物证据?(3)警察机关故意违反米兰达规则时应适用什么证据规则?(4)米兰达规则被违反时受害者是否有权提起民事损害赔偿之诉?美国联邦最高法院拒绝推翻米兰达规则,认为该规则已经成为美国文化的一部分。2004年,美国联邦最高法院在迪克森一案中以5票对4票裁决因违反米兰达规则而获得自白进而取得的实物证据将不被作为“毒树之果”加以排除。^①

总之,英美法系国家的证据制度由大量的证据规则构成,这些证据规则通常由相应的判例所确立,这些证据规则内容繁琐、复杂,而且至今仍在不断地丰富和发展,如美国刑事诉讼中通过判例对排除规则附加了诸如“必然发现”(inevitable discovery)的例外、“真诚相信”(good faith)的例外、“稀释”(attenuation)的例外、“独立来源”(independent source)的例外等,它们在诉讼中都发挥着举足轻重的作用。英美法系国家通过一系列判例确立的证据规则,极大地丰富了诉讼证据法和诉讼证据法学,并对英美法系以外的国家的立法和司法实践产生了积极的影响。

英美法系国家的一整套证据规则,是在解决具体问题中确立起来的,宗旨是保障发现案件真实,防止冤枉无辜。英美法系国家的证据规则具有严格性,而且常常有利于确保被刑事追诉者的权益,这被认为具有极大的法治价值。一些证据规则,如米兰达规则,体现了当实质真实与正当程序存在矛盾时将正当程序置于实质真实之上的价值取向,反映出英美国家对诉讼中人权保障的重视。另外,证据规则与诉讼机制存在密切关系,在英美国家,由于陪审团成员具有非专业性,法庭不得不建立起许多规则,以排除某些看来容易使他们受到错误引导的证据。

^① 陈光中主编:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社2004年版,第7页。

美国一些证据法专家热心推动证据法的起草工作,一系列证据法得以出台。美国联邦和州制定了一些证据法典或者证据规则,诸如1942年《模范证据法典》、1953年《统一证据规则》、1965年《加利福尼亚州证据法典》和1975年《联邦证据规则》等。在美国,最具权威性的证据法典是联邦最高法院于1965年起草、国会于1975年1月2日批准颁布的《联邦证据规则》,该规则对证据制度进行了总结、归纳,对有关证据的原则和制度作出了详细的规定,并且为完善之,每隔几年修订一次。

在美国,联邦最高法院通过一系列判例丰富了普通法证据制度,特别值得一提的是,20世纪五六十年代,美国联邦最高法院在首席法官厄尔·沃伦的主持下扩展了人权法案保障的权利的实体内容,并使这些权利对各州产生约束力,在马普诉俄亥俄案件(1961年)、吉迪温诉温赖特案件(1963年)、米兰达诉亚利桑那州案件(1966年)等著名判例中,美国联邦最高法院强化了对被告人获得律师辩护和沉默权的保护和非法获取证据的排除,掀起了美国法制史上的“正当程序革命”,为证据制度带来新的变革。

英国以判例法为主,但也制定了若干成文法,特别是近年来,制定了一系列用来规范诉讼证明活动的单行法律。包括1968年《民事证据条例》、1984年《警察与刑事证据法》等。1994年的《刑事审判与公共秩序法》对起源于英国并得到广泛应用的沉默权规则作出改革。

“9·11”恐怖袭击发生后,为加强打击恐怖犯罪,一些西方国家纷纷修订法律。美国以几乎没有争论和异乎寻常的速度通过了《爱国者法》(Patriot Act),英国、加拿大、澳大利亚等国也纷纷进行反恐立法,对有关司法程序进行修订,放宽了羁押、监听、扣押、秘密侦查等方面的适用条件,强化了打击恶性犯罪的能力。这些法律有的属于证据法的内容;有的虽然不是证据法内容,但对证据法的调整可能会产生一定影响。

在美国,作为诉讼和证据制度磁石的陪审团制度在发生变化,证据制度也可能随之变化,米尔建·R.达马斯卡云:“在普通法证据制度形成时期影响很大的体制环境在20世纪已经发生了巨大变化:陪审团的重要性已急剧下降,审判中心制已经在很大程度上被废弃,甚至当事人对诉讼程序的控制——尽管还有相当顽强的抵抗——也不免受到了挑战。因此,证据法的三个支柱全都出现了裂缝……英美法系中证据法近期出现的改革浪潮在很大程度上可以归因于这些制度环境的变化。由于与制度环境相联系的理由弱化了,因此在此前赋予了意义的诸多法则和惯例现在已越来越显得仅仅具有技术性,是缺乏深厚意义的法律

仪式。”^①

在评价英美国家证据法时,米尔建·R. 达马斯卡的一段话值得玩味:“伴随着陪审团审判的边缘化、审判中心论的放弃以及对抗制在一定程度上的衰退,曾为普通法的证据法特征提供了强大而又有争议之理论基础的该制度背景也好像已经衰败。因此,与英美事实认定模式广泛联系的规则和惯例如今往往也丧失了其令人信服的理论基础。失去了理论基础和充分的根据,他们面临的危险是,渐变成过时的古式摆设和被禁闭在司法城堡地牢里的知识珍本。”^②

在亚洲,1948年,日本以新宪法为依据并参照美国模式改革了证据制度,强化了公审中心主义和控辩双方的对抗作用、限制口供的证据能力、限制传闻证据。

20世纪后半期,强化人权保障成为刑事证据制度改革的主要趋向;另外,两大法系诸国相互借鉴吸收,使许多具体原则、程序和规则进一步趋同。

第六节 中国证据法的沿革

徐朝阳云:“在我国古代诉讼亦有宣誓之制,盖古代信赖神权,中外一致,而我国古代且有司盟之官,专司其事,如《周礼·秋官·司盟》云:‘有狱讼者则使之盟诅。’其方法,即:‘凡盟诅各以其地域之众庶,共有牲而致焉,既盟则为司盟,共祈酒脯(见《疏》)。’据此,则我国古代诉讼审理亦法定证据主义,可无疑义。’至于盟之场所,则不一定。”^③中国古代的神判制度,在有历史记载的周代已经衰落,从现有的史料看,中国古代的神判制度并不发达。在中国古代的诉讼活动中,对于证据,一般交由法官自由判断,虽然存在根据“众证定罪”(即有三人以上明证其事才能定罪)和“罪从供定”等机械的规定,但还不能构成法定证据制度。

中国古代有证据制度。证据种类主要有被告人口供、证人证言、物证、书证和检验结果等。在诉讼中,刑讯是法定的调查取证的方法。不过,要追溯近现代意义的证据法,不能不追溯到清末法律新制,特别是民国时期法律中的证据制度。

一、民国时期证据法

1911年10月10日爆发辛亥革命,推翻清朝统治,建立中华民国,成立了孙

^① [美]米尔建·R. 达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第7页。

^② 同上书,第198—199页。

^③ 徐朝阳著:《中国诉讼法溯源》,商务印书馆1933年版,第10页。

中山领导的南京临时政府。1912年3月2日,南京临时政府颁布《大总统令内务司法两部通飭所属禁止刑讯文》废除了刑讯制度,规定:“不论行政司法官署,及何种案件,一概不准刑讯,鞫狱当视证据之充实与否,不当偏重口供”^①。同时命令各级官府“从前不法刑具,悉令焚毁”。

1912年,袁世凯就任民国大总统之职,因民国法律还没有制定颁布,于是下令准许暂时援用清朝施行的法律,这就是《暂行新刑律》。1914年4月,袁世凯撤销约占全国2/3的地方审检厅和全部初级审检厅,恢复县知事兼理民事刑事案件的制度,《县知事审理诉讼暂行章程》规定:“审判方法由县知事或承审员相机为之,但不得非法凌辱”。

在袁世凯执政时期,对于证人作证制度,当时的《刑事诉讼法草案》作出具体规定。我们可以通过这部法律草案的内容一窥民国时期证据法的全貌,后来的法律是在其基础上斟酌损益而形成的,故述之不妨略详:

关于证人资格者,《刑事诉讼法草案》第150条规定:“不问何人,检察厅及审判衙门得以为证人而讯问之,但有特别规定之人不在此限。”^②

关于免证特权者,《刑事诉讼法草案》第152条规定:“左列各人得拒绝证言:第一,被告人之亲族,其亲族关系消灭后亦同。第二,被告人之监护人、监督监护人及保佐人。”^③《刑事诉讼法草案》第152条规定:“应行讯问之事实遇有左列各款得拒绝证言:第一,僧道、医师、药剂师、药材商、产婆、律师、公证人或曾居此等地产之人因受职业上委托应守秘密者。第二,证人之陈述恐致证人或证人之亲族、监护人、监督监护人、保佐人为刑事被告人者,其亲族关系消灭后亦同。”^④《刑事诉讼法草案》第151条规定:“官吏、公吏或曾为官吏、公吏之人所知之事实,如本人或该管公署称为有职务上秘密者,非经监督吏员承诺不得以之为证人而讯问之。”^⑤

民国时期实行作证前具结制度,有关此规定者,《刑事诉讼法草案》第159条规定:“左列证人不命其具结而讯问之:第一,未满15岁者;第二,因精神障碍不解具结之意义及效果者”。

为配合诉讼法有关证据的规定,当时的刑法也作出了相应规定。《暂行新刑律》就证据方面的犯罪作出的相应规定,包括:

(1) 湮灭证据罪。《暂行新刑律》第178条规定:“湮灭关系他人刑事被告事件之证据或伪造或行使伪造之证据者处四等以下有期徒刑、拘役或三百圆以

① 《辛亥革命资料》,中华书局1961年版,第215页。

② 转引自《暂行新刑律汇解》,第十二章第二页。

③ 转引自《暂行新刑律汇解》,第十二章第二—三页。

④ 转引自《暂行新刑律汇解》,第十二章第三页。

⑤ 转引自《暂行新刑律汇解》,第十二章第二页。

下罚金。”有论者指出：“本条所谓证据者，其于刑事被告人有利或不利，皆不为之区别，而处分亦不预定其轻重。”“证据字样，既明揭关于刑事被告事件，则关于民事者不在此限，自无待言。按湮灭民事证据，有毁弃文书之规定，且被害者可以要求赔偿，故无庸设民事处分之专条。盖湮灭证据，为侵犯该官吏之搜索权；湮灭民事证据，为侵损被害者之利益，二者绝不相侔也。”“湮灭刑事证据，有曲庇犯人使之转重为轻，幻有作无者。有陷害犯人，使之轻者加重，无而为有，二者情形虽异，处分则一。其伪造或行使者亦同。”^①

(2) 亲属之间得为容隐的规定得以延续。《暂行新刑律》第 178 条还规定：“犯罪人或脱逃人之亲属为犯罪人或脱逃人利益计而犯本章之罪者免除其刑。”当时有判例规定：亲属湮灭证据（兄藏匿胞弟烟具）不得处刑（院判四年非字十七号）。

(3) 对于提供伪证行为，《暂行新刑律》第 181 条规定：“依法令于司法或行政官署为证人而为虚伪之陈述者处二等至四等有期徒刑。”“依法令于司法或行政官署为鉴定人、通译人而为虚伪之鉴定、通译者，亦同。”“犯前两项之罪未至确定审判而自白者，得免除其刑。”判例规定：“判决后及未命具结，均不能为证人。又不陈述，不能为伪证。”（院判四年五月二十九日非字第十号）有论者解释说：“证人有得依民事诉讼法及其余律例为证人者，及不得为证人者。从其区别而谓之适法之证人。例如，律例虽有近亲不得为证人之说，然近亲为证人者，纵陈述虚伪，不得以本条拟之。”“鉴定人者，以自己之学识或特技，于审判厅鉴别事物，凭判定者也。例如，医师、理化学者，判定加害者之健康状态（有无精神病与否）或有无血痕之类。凡审判官于法学之力所不能及之处，必需有特别之学识，或技术之人为其补助，即可命之为鉴定人。与传之出证人，同有供述自己真实见解之义务，通译人亦同。”“第一项有需注意者三：（其一）犯本罪之人，须系按律有为证人之资格者，使无此资格（如精神病人），虽有虚伪之陈述，不得致罪。（其二）本罪成立，须属肯陈述而故为虚伪之言者；若不肯陈述，或所陈述而等于不陈述者，不列于本罪。（其三）本罪成立，无论民事证言利于原告或害及

^① 论者又云：“元年九月二日司法部令江苏提法司潘陈氏等杀人既遂，复将尸体抛弃大塘一节。初必疑为湮灭证据罪，及细思之，《暂行新刑律》第 178 条明定湮灭他人刑事被告事件之证据者，方成本罪。则犯人湮灭自己证据刑事被告事件之证据者，即不成本罪可知。二年五月十五日大理院统字第二十二号函覆京师第三初检厅查湮灭证据罪，不限于犯罪发觉以后，虽在犯罪未发觉以前，苟预知他人犯罪之证据而湮灭者，亦成立该罪，惟须他人之犯罪案件，系属于审判衙门，始能为湮灭证据罪之既遂时期。”“八年三月十五日复浙江高审厅函统字九四九号湮灭或伪造或行使伪造关系他人刑事被告事件之证据，本不以他人已为刑事被告为论罪条件。凡在湮灭或伪造或行使伪造关系他人刑事被告事件之证据为起诉权时效未消灭以前，经有权官署于其职务上知悉该项证据所证明他人犯罪之事实时，即可按照本条处断。乙伪造之函，既经县知事提甲研讯，自可援据本条论罪（按来函略称，有甲某因犯他案羁押，乙与有嫌，捏丙之名，致函与甲，内有谋乱等语，被管狱员检出，送县提甲研讯后，知系乙伪造）。”（许世英、胡必达编辑：《现行新刑律汇解》，上海文明书局 1918 年版，第 28—29 页。）

原告,刑事证言利于被告或害及被告,并因虚伪致为审判得实或不得实,皆一律处罚。惟得视其情节,于法定范围内轻重其刑耳。本罪以虚伪陈述为既遂,欲陈述而尚未陈述者为未遂。惟未遂,无处罚之明文,故不为罪。或谓因虚伪而致判决有误者,为既遂,否则为未遂,实谬也。为虚伪之鉴定或通译者,亦同。”

1922年,北洋政府制定了《民事诉讼条例》《刑事诉讼条例》颁行全国,规定了证据裁判原则:“犯罪事实,应依证据认定之。”(《刑事诉讼条例》第305条)又规定证据心证原则:“证据,由法院自由判断之。”(《刑事诉讼条例》第306条)同时规定:“法院认为被告之犯罪嫌疑不能证明……应谕知无罪的判决。”

及至国民党执政,于1928年7月颁布了《中华民国刑事诉讼法》和《中华民国刑事诉讼法施行法》,1934年这两部法律得到修正并于次年颁布施行,1945年再次修正公布。1932年公布实施、1935年和1945年两次修订定型的《民事诉讼法》主要模仿日本1891年实施、1926年修订的《民事诉讼法》和1898年7月16日实施的《人事诉讼程序法》,在第三节中规定了证据制度,共分通则、人证、鉴定、书证、勘验、证据保全六目。1935年《刑事诉讼法》在第九章规定“被告之讯问”(第94—100条),在第十一章规定搜索及扣押(第122—153条),在第十二章规定勘验(第154—161条),在第十三章规定人证(第162—183条),在第十四章规定鉴定及通译(第184—198条),这些章节皆与证据有关或者本身就是关于证据的规定。

此时的诉讼法是在进一步取法德国、日本等大陆法系的刑事诉讼制度基础上制定的,主要采用职权主义的诉讼模式,确立了如下有关证据制度的原则:

(1) 职权进行原则。法院对于诉讼的进行或者终结,依据职权而进行必要的诉讼行为,不受当事人意思的约束,也不必等待当事人的申请,务求发现实质的真实。

(2) 直接审理原则。法官应当亲自接触当事人和收集证据,但有例外,即允许委托受命推事进行若干诉讼行为。

(3) 言词审理原则。举证、辩论等行为以言词为之,例外是,第三审案件不经过言词辩论。

(4) 实质真实原则。关于事实和证据,不受当事人意思所拘束,例如,《刑事诉讼法》第270条规定:“被告虽经自白,仍应调查其他必要之证据,以察其是否与事实相符。”

(5) 自由心证原则。对于证据的证明力,法律不预先加以规定而由法官自由判断;《刑事诉讼法》第269条规定:“证据之证明力,由法院自由判断之。”《民事诉讼法》第222条规定:“法院为判决时,应斟酌全辩论意旨及调查证据之结果,依自由心证,判断事实之真伪。”

(6) 证据裁判原则。例如,《刑事诉讼法》第268条规定:“犯罪事实,应依

证据认定之。”

(7) 自白任意性规则。《刑事诉讼法》第 270 条规定：“讯问被告，应出以恳切之态度，不得用强暴、胁迫、利诱、诈欺及其他不正之方法且与事实相符者，得为证据。”

(8) 疑罪从无原则。例如，《刑事诉讼法》第 293 条规定：“不能证明被告犯罪或其行为不罚者，应谕知无罪的判决。”

在 1931 年以前，工农民主政权在各根据地建立起革命法庭或裁判部。1931 年 12 月，江西瑞金工农民主政权颁布《中华苏维埃共和国中央执行委员会暂行组织和裁判条例》，1932 年 6 月颁布《中华苏维埃共和国司法程序》，确立了禁止肉刑逼供的原则。当时证据制度的特点是：严禁刑讯逼供；要求正确对待被告人人口供，“收集确实证据”“充分的证据”；要求原告向司法机关提供证据。^① 抗日战争时期，冀鲁豫边区、陕甘宁边区等地的抗日民主政权颁布了单行保障人权的条例，如陕甘宁边区政府颁布了《陕甘宁边区保障人权财权条例》，规定了在司法活动保障公民人身自由的程序和证据要求。当时强调调查研究、实事求是，严禁刑讯、诱骗或强迫供述，重视口供以外的其他证据，不轻信口供；明确当事人提供证据的责任。解放战争时期，人民民主政权确立了合法的传讯和搜查程序，以及禁止使用肉刑和乱打乱杀、案件复核、平反已决案件的原则、制度。强调定罪证据必须确实、充分，否则应释放被告人或宣告无罪。

中华人民共和国成立前夕，中共中央发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》（1949 年 2 月），随之华北人民政府也颁布了《废除国民党的六法全书及一切发动的法律的训令》（1949 年 4 月 1 日），宣布废除国民党的《六法全书》及其一切反动法律，各级人民政府的司法审判不得再援引其条文，中国法制进程发生重大转折。

二、当代证据法

1949 年 10 月 1 日中华人民共和国成立，证据法律制度转而取法苏联，例如，苏联诉讼程序中的如下内容，为新中国的诉讼法所认同：（1）依审判员的心证来评定案内的证据，审判员不受任何形式的证据的拘束；（2）直接原则，即审判员应当根据他亲身所了解的案件中的一切证据来源来制作判决。直接原则并不是要审判员亲自去调查每一件事实，而是使审判员能够清楚地了解各种证据。我国 1957 年起草、1963 年修订的《刑事诉讼法草案》（初稿）第 140 条就明确了审判员应当根据他在法庭上亲自查实的证据来确定被告有罪还是无罪，并据此制作判决。为使直接原则得以贯彻，该草案也作了类似于苏联模式的规定，要

^① 陈一云主编：《证据学》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 80—82 页。

求:所有当事人在公开审判时都必须出庭(第133条);证据必须由法院直接审查,证人与鉴定人必须到庭(第137条、第138条);原则上,每一案件的诉讼程序不得中断,每一案件的组成人员不得更易(第19条、第146条)。此后又经历颠沛,几乎全毁,直到1976年以后方有转机,中国法制进程重新起步,证据法律制度也在这个过程中得以复苏和发展。

我国当代证据法的发展经历了以下阶段:

新中国成立初期到1979年的三十年间,我国没有制定诉讼法典,只是在《宪法》和颁布的若干单行法律、法规中规定了司法机关体系及若干诉讼原则和程序。

1950年7月颁行《人民法庭组织通则》,规定法庭“受理案件后,应认真地进行调查证据,研究案情,严禁刑讯。”1951年中央人民政府委员会颁布了《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》《中央人民政府最高人民检察署暂行组织条例》和《各级地方人民检察署组织通则》。这些法规规定了人民法院、人民检察署的组织原则和组织形式,规定人民检察署是国家法律监督机关,但没有涉及具体的证据制度。1954年9月,第一届全国人民代表大会第一次会议在制定颁布《宪法》的同时,制定颁布了《中华人民共和国人民法院组织法》和《中华人民共和国人民检察院组织法》,同年12月颁布了《中华人民共和国拘留逮捕条例》。这些法律明确规定了若干重要的诉讼原则,同样没有就证据法作出具体规定。1956年10月,最高人民法院总结了新中国司法实践经验,公布了《各级人民法院刑、民事案件审判程序总结》,对证据的审查判断的司法经验加以规范化、制度化,用以指导实践。

1976年10月以后,中国结束“十年动乱”走向改革开放,重建中国的法制重获契机。1979年6月,《刑事诉讼法草案》(修正二稿)提请第五届全国人民代表大会第二次会议审议,于1979年7月1日正式通过,同年7月7日公布,1980年1月1日起施行。《中华人民共和国刑事诉讼法》分四编,共164条,是我国第一部社会主义类型的刑事诉讼法典。《刑事诉讼法》的制定,是健全社会主义法制的重要一步,结束了新中国建国以来长期没有刑事诉讼法典作为刑事诉讼活动的依据的局面。该法就刑事证据法作出了粗略的规定。1995年12月,全国人大常委会法制工作委员会拟订了《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》,提交第八届全国人大常委会第十七次会议进行了初步审议。1996年2月,全国人大法律委员会召开会议对再度修改的修正案草案进行了审议,并提交第八届全国人大常委会第八次会议进行了第二次审议。1996年3月5日召开的第八届全国人民代表大会第四次会议审议了《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》,1996年3月17日修正案以《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》的名称获得通过。修正后的条文共225条,比