

司法部第二届全国法学教材与科研成果一等奖
北京市高等教育精品教材

| 第七版 |

证据法学

何家弘 刘品新 著

EVIDENCE LAW

证据法学

Evidence Law

| 第七版 |

何家弘 刘品新 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

北京

图书在版编目(CIP)数据

证据法学 / 何家弘, 刘品新著. -- 7 版. -- 北京 : 法律出版社, 2022

ISBN 978 - 7 - 5197 - 6421 - 0

I. ①证… II. ①何… ②刘… III. ①证据—法学—中国 IV. ①D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2022)第 016240 号

法律资料分享, docsriver.com

证据法学(第七版)
ZHENGJU FAXUE(DI - QI BAN)

何家弘 刘品新 著

责任编辑 陈 慧
装帧设计 凌点工作室

出版发行 法律出版社
编辑统筹 法律教育出版社
责任校对 王 丰 郭艳萍
责任印制 刘晓伟
经 销 新华书店

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印张 33.25 字数 500 千
版本 2022 年 3 月第 7 版
印次 2022 年 3 月第 1 次印刷
印刷 天津嘉恒印务有限公司

地址:北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址:www.lawpress.com.cn

投稿邮箱:info@lawpress.com.cn

举报盗版邮箱:jbwq@lawpress.com.cn

版权所有·侵权必究

销售电话:010 - 83938349

客服电话:010 - 83938350

咨询电话:010 - 63939796

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 6421 - 0

定价:68.00 元

凡购买本社图书,如有印装错误,我社负责退换。电话:010 - 83938349

何家弘

法学博士(美国西北大学,1993年),现任中国人民大学大华讲席教授、法学院证据学研究所所长、反腐败与法治研究中心主任;兼任最高人民检察院专家咨询委员、国际足联道德委员会委员;曾在最高人民检察院挂职担任渎职侵权检察厅副厅长(2006~2008年),在中央电视台“社会与法”频道担任嘉宾主持人(2005~2006年);曾在英国苏塞克斯大学、日本名古屋大学、中国香港城市大学任客座教授,并应邀到美国、英国、法国、德国、澳大利亚、荷兰、比利时、挪威、丹麦、墨西哥、哥伦比亚、巴西、古巴等国的三十余所高校或研究机构发表演讲。其法学专著《亡者归来——刑事司法十大误区》已出版英文、法文、德文、西班牙文、葡萄牙文、日文、希伯来文版;其“洪律师推理小说”(《血之罪》《性之罪》《龙眼石之谜》《古画之谜》《黑蝙蝠之谜》)已出版法文、意大利文、西班牙文、英文译本。

刘品新

法学博士(中国人民大学,2003年),现任中国人民大学法学教授、刑事法律科学研究中心副主任、证据学研究所副所长、刑事错案研究中心副主任、反腐败与法治研究中心副主任、网络犯罪与安全研究中心执行主任、智慧检务创新研究院副院长、国家检察官学院兼职教授,并常以执业律师、司法鉴定人或专家辅助人等身份走进办案一线;曾在最高人民检察院挂职担任检察技术信息研究中心副主任(2016~2018年);曾赴荷兰、瑞典、美国、澳大利亚和德国进行学术访问,探索设立“电子证据法”“大数据智能司法”“网络犯罪治理”等未来法治新课。代表性著作有:《电子证据法》《网络法:原理、案例与规则》《刑事证据疑难问题探索》《反侦查行为——犯罪侦查的新视角》《经由法律的正义》等。



PREFACE 第七版前言

研习证据法学,首先要明确事实认定和法律适用的关系。事实问题和法律问题是诉讼中的两个基本问题。认定事实和适用法律是司法裁判的两项基本任务。准确地认定案件事实或争议事实是正确适用法律规则的前提和基础。因此,司法人员审理案件的工作应该是先认定事实再适用法律。然而,二者的关系并非总是这样前后有序且简单明了。中国著名游泳运动员孙杨药检仲裁案是分析这个问题的很好案例。虽然仲裁不同于诉讼,但是二者在事实认定和法律适用问题上也有相通之处。

2018年9月4日晚上,国际游泳联合会(以下简称国际泳联)委托的药检人员按照约定到孙杨住所提取血、尿样本。但是在取样过程中出现了一些争议,主要是因为取样药检人员的资质有一些疑点,最后药检人员没有能够完成取样。事件发生后,国际泳联的反兴奋剂部门首先进行了调查,并于2019年1月3日公布了调查报告。该报告称,由于药检人员的资质有一些疑问,双方发生了争执,最终由于孙杨的不配合而没有能够完成这次取样。但是,国际泳联认为孙杨的行为不构成抗检,因此没有对孙杨做出任何处罚。

世界反兴奋剂机构(WADA)对国际泳联的事实认定没有异议,但是对国际泳联的不处罚决定有异议,所以提请国际体育仲裁院(CAS)进行仲裁。2020年2月28日,国际体育仲裁院做出对孙杨禁赛8年的裁定。这一裁定在中国产生了很大反响,笔者也写了一篇题为《无视规则就要承

担相应的后果》的文章,发表在2020年3月4日的《检察日报》上。

2020年4月27日,孙杨针对该裁定向瑞士联邦最高法院提出上诉。12月24日,瑞士联邦最高法院撤销了国际体育仲裁院的“8年禁赛”裁定,理由是该案仲裁庭的首席仲裁员曾在社交媒体上发表过涉嫌“辱华”的种族主义言论。2021年6月22日,国际体育仲裁院再次就孙杨药检案做出裁定,把孙杨的禁赛期缩减至4年零3个月,而孙杨就此丧失了参加东京奥运会的机会。

在本案的仲裁过程中,事实认定不是主要问题,因为仲裁双方都没有提出事实争议。作为原告方的世界反兴奋剂机构认可了国际泳联在调查报告中对事实的认定,作为共同被告方的国际泳联和孙杨也没有对这个调查报告提出异议。国际泳联的做法顺理成章,而孙杨的做法则有失策之嫌。虽然国际泳联与孙杨站在同一个“战壕”里,但二者并非真正的战友,因为仲裁结果最终影响的只是孙杨。既然双方都没有提出事实争议,那么仲裁庭的任务就是适用法律规则。

《世界反兴奋剂条例》第2条第3款规定,逃避样本采集或者接到依照反兴奋剂规则授权的检查通知后拒绝样本采集,无正当理由而未能完成样本采集或其他逃避样本采集的行为,均属于兴奋剂违规。在适用这个规则时,对孙杨来讲最重要的一点就是在本案中有无“正当理由”。具体来说,就是药检取样人员的资质问题能否构成其不配合样本采集的正当理由。对于这个问题,国际体育仲裁院的判例中已有非常明确的解释。在2005年巴西游泳运动员阿泽维多案例中,国际体育仲裁庭的裁定明确表达了药检人员的资质问题不能构成当事人拒绝采样的正当理由。按照这个规则解释,孙杨案的仲裁结果也就无可厚非了。

孙杨药检案的仲裁过程可能存在国际政治因素的影响,但是孙杨律师团队的仲裁策略确有失当之处。在仲裁庭上,虽然孙杨一方也讲述了具体的事实经过,谈到药检人员的资质问题、取样人员不合理要求的问题,以及后来发生争执的情况,但是,由于孙杨一方并没有提出不同于国际泳联的事实主张,所以仲裁庭并不关注事实认定问题。实际上,原告方在仲裁庭上并没有就事实问题提出证据,取样的药检官也没有出庭作证。

简言之,国际泳联认定的事实就是因为孙杨不配合而没有完成取样;

虽然国际泳联的不处罚决定对孙杨有利,但是这一事实认定对孙杨不利。孙杨作为独立的仲裁当事人可以提出不同于国际泳联的事实主张。假如孙杨一方当时提出因为取样人员的资质有问题,双方发生争执,最后是药检官主动终止了取样,那么在这个案件中就有了事实争议:是因为孙杨不配合而没有完成取样,还是药检官主动终止了取样?这样一来,仲裁庭就要首先对事实进行认定,世界反兴奋剂机构就要举证,那个药检官就要出庭作证。如果对方的证据不充分,仲裁庭就应该做出对孙杨有利的事实认定,而这也就会影响仲裁的结果。由此可见,区分事实问题和法律问题是至关重要的。

所谓事实认定,就是司法人员根据证据对案件事实或争议事实所做的判定。案件事实或争议事实都是发生在过去的,而且诉讼双方往往持有不同的事实主张,因此司法人员在做出裁判之前必须对这些事实有一个明确的认识。从这个意义上讲,事实认定是一种查明事实真相的认识活动。司法人员无法穿越时空,无法直接感知这些发生在过去的事实,只能通过各种证据去认识这些事实。因此,证据是事实认定的基础,证据规则是服务于事实认定的。

所谓法律适用,就是司法者把有关的法律规则运用到已经认定的案件事实或争议事实并做出相应的判决。法律规则应该具有明确性、可操作性和可预测性等基本特征,但是受到概念的模糊性和语词的多义性以及社会语言的发展变化等因素的影响,法律规则往往具有一定的开放性,即主要含义的相对明晰与边缘含义的相对模糊,或者说,在抽象的层面上相对明晰而在具体的层面上相对模糊。因此,法律适用不是简单机械的归类性认识活动;司法人员必须对法律规则进行适当的解释,才能就认定的事实做出法律的裁判。

在大多数诉讼中,事实问题都是争议的焦点,因此事实认定也就成为司法裁判的主要任务。20世纪90年代初,笔者在美国西北大学法学院留学时曾听人说,英语中“诉讼”(lawsuit,字面含义是“法律争讼”)一词容易产生误导,让人以为诉讼的争议都是法律问题。其实,绝大多数诉讼的主要争议都不是法律问题,而是事实问题。例如,被告人有没有杀人?被告人有没有盗窃?被告人有没有违约?被告人有没有侵权?因此,英

语中的“诉讼”应改成 factsuit,即“事实争讼”。诚然,英语中并没有这个语词,但是这种说法反映了事实认定在司法裁判中的重要地位。

在某些诉讼中,双方对案件事实没有争议,但是对法律规定的理解有差异,因此法律适用就成为司法裁判的主要问题。例如,在近年来引起社会广泛关注的“聊城于欢案”“昆山龙哥案”“涑源反杀案”等涉及正当防卫问题的诉讼中,双方对被告人受到不法侵害的事实和造成被害人伤亡的事实都没有争议,但是对于被告人的行为能否构成正当防卫则意见不一,因此司法裁判的主要任务就是要判断被告人的行为是否符合我国刑法中关于正当防卫的规定。换言之,这些案件的主要争点就是法律适用问题。

在抽象的概念层面,事实认定和法律适用之间的界限是明晰的,但是在具体的实务层面,二者之间的界限又变得模糊了。犹如海岸线,当我们从高空向下眺望时,海岸线十分清晰,但是当我们站在海边时,海岸线就变得模糊了。抽象而言,于欢致人伤亡的行为是否为正当防卫属于法律适用的问题,但是司法人员在做出具体裁判时还要考虑事实问题,譬如被害人在于欢抓起水果刀之前的具体行为以及于欢与被害人的位置关系等。于是,事实认定又渗透到法律适用之中。

司法人员在认定案件事实或争议事实时需要适用法律中规定的证据规则,于是,事实认定活动就包含了法律适用的内容。例如,被告人的供述能否作为认定案件事实的根据?这就要适用非法证据排除规则,而这个法律适用的结果就会影响到案件事实的认定。另外,法律中推定规则的适用可以直接作为事实认定的结论,例如,根据死亡推定规则,在失踪人已经4年或7年下落不明且音讯杳然的情况下,法官就可以推定该失踪人已经死亡。于是,法律适用也就渗透到事实认定之中。

基于上述实务经验,一些司法人员认为事实认定和法律适用是无法区分的,或者是很难区分的。他们的理由主要包括以下几点:第一,事实认定属于事实判断,法律适用属于价值判断,但事实判断和价值判断并非分属于两个截然不同的领域。第二,在诉讼中,认定事实必须遵循程序和实体的法律规范,因此二者不能截然分开。第三,审判要综合考虑事实问题和法律问题,不能分为事实审和法律审,即使在英美法系国家的陪审团

审判中,事实认定与法律适用也不是截然分开的。这些观点不无道理,但是值得商榷。

在法官独审制和传统参审制审判中,区分事实认定和法律适用确实没有太大的实用价值,因为这些认识活动都要由相同的人员完成。在英美法系国家的陪审团审判中,人们习惯把司法裁判工作分为事实认定和法律适用。陪审团负责认定事实,法官负责适用法律,因此陪审员也被称为“事实认定者”(fact-finder)。在这种诉讼模式下,区分事实认定与法律适用就具有现实意义。事实上,英美法系国家的许多程序规则和证据规则就是基于这种诉讼模式设计的。在此需要说明,虽然美国的陪审制度源于英国,但是美国的陪审团在事实认定方面的职权大于英国的陪审团。在英国,陪审团负责认定纯粹的事实,如被告人是否杀死了被害人;但是美国的陪审团要认定法律事实,如被告人是犯了一级恶意杀人罪还是二级非恶意杀人罪。后者实际上包含了一定的法律适用。

在中国,无论人们是否在理论上同意事实认定与法律适用的划分,法律规定实际上体现了这种划分,刑事诉讼法明确规定的“以事实为根据,以法律为准绳”的原则就是一个佐证。2018年4月,全国人大常委会审议通过了《中华人民共和国人民陪审员法》。该法把陪审员参加审判的合议庭分为三人合议庭与七人合议庭。该法第22条规定:“人民陪审员参加七人合议庭审判案件,对事实认定,独立发表意见,并与法官共同表决;对法律适用,可以发表意见,但不参加表决。”这一规定就明确了事实认定与法律适用的区别。

综上所述,司法裁判中的事实认定与法律适用之间存在辩证关系。一方面,二者是有区别的。一般来说,司法裁判首先要认定案件事实或者争议事实,然后再适用法律。另一方面,二者又是可以互相转化和包容的。认定事实可能包含法律适用的内容,适用法律也可能包含事实认定的内容。明确二者的辩证关系,对于证据法学来说,具有理论价值;对于司法裁判来说,具有现实意义。

《证据法学》是专著性质的法学教材,初版于2004年,先后获得司法部第二届全国法学教材与科研成果一等奖、北京市高等教育精品教材等多项奖励,并曾经入选法律出版社“最受欢迎的法律好书”。过去17年,

6 第七版前言

我们跟随国家法律和司法实践的发展变化,对本书进行了六次修订。这次第七版属于“大修”,删除文字约8万,修改文字约15万,而且对法条、案例和注释进行了全面更新。总之,这应该算得上一部与时俱进的教材。

何家弘

2021年中秋节写于北京世纪城痴醒斋

目
录
CONTENTS

第一章 证据制度的历史沿革	(1)
第一节 人类社会早期的神示证据制度	(2)
第二节 英美法系证据制度的历史沿革	(8)
第三节 大陆法系证据制度的历史沿革	(20)
第四节 中国证据制度的历史沿革	(30)
第五节 司法证明模式的历史评判	(37)
第二章 证据法的理论基础	(44)
第一节 认识论	(45)
第二节 方法论	(52)
第三节 价值论	(73)
第三章 证据法的基本原则	(88)
第一节 遵守法制原则	(89)
第二节 实事求是原则	(92)
第三节 证据为本原则	(95)
第四节 直接言词原则	(99)
第五节 公平诚信原则	(103)

2 目 录

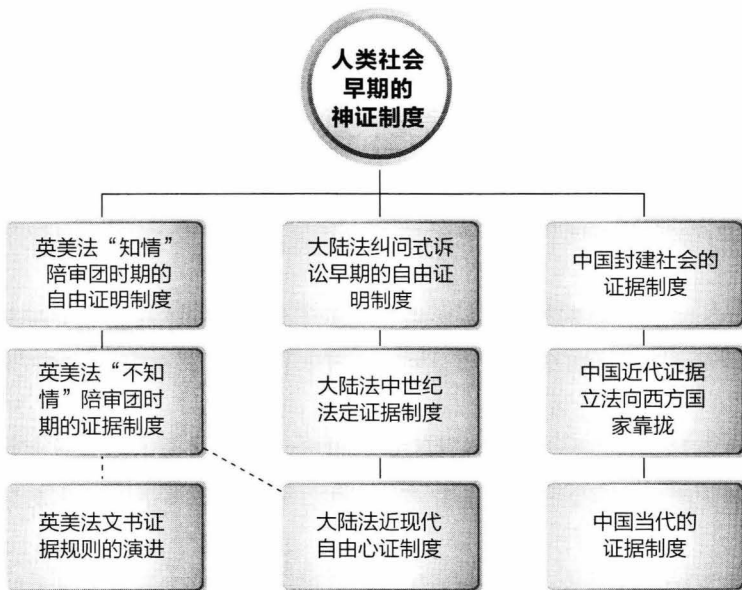
第四章 证据概念与证据资格	(110)
第一节 证据的真实观	(111)
第二节 证据的定义	(117)
第三节 证据的资格	(124)
第五章 证据的学理分类	(133)
第一节 言词证据与实物证据	(134)
第二节 原生证据与派生证据	(143)
第三节 直接证据与间接证据	(149)
第四节 本证与反证	(157)
第六章 证据的法定形式	(163)
第一节 物证	(164)
第二节 书证	(170)
第三节 视听资料	(176)
第四节 电子证据	(181)
第五节 证人证言	(189)
第六节 当事人陈述	(194)
第七节 鉴定意见	(204)
第八节 笔录	(211)
第七章 司法证明的概念与对象	(218)
第一节 司法证明的概念	(219)
第二节 证明对象的概念	(229)
第三节 证明对象的构成	(235)
第八章 司法证明的环节	(250)
第一节 取证	(251)
第二节 举证	(269)
第三节 质证	(278)

第四节 认证	(290)
第九章 司法证明的方法	(299)
第一节 证明方法的概念	(300)
第二节 推定	(307)
第三节 司法认知	(323)
第十章 司法证明的责任	(337)
第一节 证明责任的概念	(338)
第二节 民事诉讼证明责任的分配	(344)
第三节 行政诉讼证明责任的分配	(351)
第四节 刑事诉讼证明责任的分配	(362)
第十一章 司法证明的标准	(379)
第一节 证明标准的基本范畴	(380)
第二节 外国的证明标准	(389)
第三节 中国的证明标准	(399)
第十二章 司法证明的规则	(416)
第一节 证明规则的概念	(417)
第二节 外国的证明规则	(424)
第三节 中国的证明规则	(440)
第十三章 证据证明力的审查评断	(465)
第一节 证据证明力审查评断的一般原理	(466)
第二节 直接证据与间接证据的证明力审查评断	(477)
第三节 八种法定证据的证明力审查评断	(488)
第四节 全案证据证明力的综合审查评断	(507)



证据制度的历史沿革

就司法证明的方法而言,人类社会曾经历过两次重大的转变:第一次是从以“神证”为主的证明方法向以“人证”为主的证明方法转变;第二次是从以“人证”为主的证明方法向以“物证”为主的证明方法转变。而就司法证明的制度或证据制度而言,人类社会的发展则在一定程度上体现了“否定之否定”的规律,即从自由证明到不自由证明,再到相对自由的证明。诚然,英美法系和大陆法系的证据制度有着并不完全相同的发展轨迹,而中国的证据制度也有自己独特的历史进程。



第一节 人类社会早期的神示证据制度

其实,法官之所以能够就案件做出裁决,并不是因为他们自己的智慧,而是因为有神的帮助。而且,判决的权威性是最为重要的,人们对合理和正义的理解都会因此而屈从于对神的信仰和崇拜。

——古希腊人

中世纪欧洲国家盛行“热铁审”。在一起刑事案件的审判中,担任法官的牧师给烧红的铁块洒上一些“圣水”,大声说道:“上帝保佑,圣父、圣子和圣灵,请降临这块铁上,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,三天之后查验。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。

一、神示证据制度的内容和方法

在人类社会早期,司法人员往往用一定形式邀请神灵帮助裁断案情,并且用一定方式把神灵的旨意表现出来,作为裁判的依据。这就是所谓的“神示证据”,它包括“神誓法”和“神判法”。“神誓法”即通过诉讼当事人面对神灵宣誓来证明案件事实的方法。在诉讼中,当双方陈述的事实不一致而且难辨真伪时,裁判者就要求当事人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说的是假话并判其败诉。“神判法”即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由神职人员主持的宗教仪式下进行。

在“神誓法”和“神判法”中,司法天平的倾斜略有不同。前者往往有利于接受审查的人;后者则明显不利于接受审查的人。按照“神誓法”的规则,接受审查者在面对神灵发誓之后,只要没有“特殊反应”出现,就可以顺利通过审查甚至胜诉。由于“特殊反应”的出现概率较低,所以接受审查者比较容易过关。有时,争讼双方都面对神灵信誓旦旦,而且都没有“特殊反应”,裁判者只好寻求其他证明方法。然而,使用“热铁审”等神明裁判方法,结果显然不利于接受考验的一方,因为一般情况下人的手都会受到热铁的灼伤,只有特殊情况下才能幸免。由此可见,裁判者决定让某人接受神灵的考验,往往就可以在很大程度上决定审判的结果。于是当裁判者怀疑某人说谎时,就会要求他接受神灵的考验,而不是简单地让他对神宣誓,因为宣誓的结果概率对他有利,而考验的结果概率对他不利。在许多国家的实践中,这种考验往往用于那些名声不好的被告人,那些被指控犯有投毒、杀人等恶劣罪行的被告人,以及那些难以让人信赖的当事人。神明裁判是神示证据制度的主要内容和代表形式。

在世界各国的历史上,神明裁判的方法五花八门。古代巴比伦人在审理案件的时候经常采用“水审法”。按照《汉谟拉比法典》中的有关规定,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,那么法官就会命令将该女子扔到河里去。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。不过,古代日耳曼人采用的“水审法”检验标准恰恰相反。诉讼当事人在膝盖处被绑起来,然后用一根绳子系在腰部,慢慢地放入水中。根据他的头发长度在绳子上打一个结,如果他的身体沉入水中的深度足以使那个绳结没入水中,就证明他是清白的;否则就证明他是有罪的。其理由是洗礼教派的“圣洁之水”不能容纳提供虚假证言的恶人。

古印度的《摩奴法典》中规定,如果法官依证言和物证不能确认案件事实,则可以用“神明裁判”来审查证据和证明案件事实。作为《摩奴法典》之补充的《那罗陀法典》第102条明文规定了八种“神明裁判”的方法,包括火审法、水审法、秤审法、毒审法、圣水审、圣谷审、热油审和抽签审。

在有些国家或地区还曾经流行过把被告人扔进鳄鱼池等场所接受凶猛



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

动物考验的方法和让被告人在一定时间内吃下定量的干奶酪和面包等食物的考验方法。后者主要在一些欧洲国家流行过,时称“面包奶酪法”。

另外,在中世纪欧洲一些国家的诉讼活动中盛行的决斗法也带有一定的神明裁判的性质。在决斗之前,主持者一般都要对神祈祷而且要当事人向神宣誓,以便神灵在暗中帮助正义的一方在决斗中战胜对手。决斗的胜者自然就是诉讼的胜方。如果败方的亲友对胜诉方进行报复,则被视为对神明旨意的抗拒,一般都要被判处死刑。

无论在哪一种形式的神明裁判过程中,司法人员的认识活动都不是认定事实和做出裁判的主要依据。法官的基本职能并不是查明案件事实并在此基础上适用法律,而只是扮演仲裁仪式主持人的角色。从某种意义上讲,那时的法庭并不是为查明案件事实而设立的司法机构,而是请求神灵揭示案件事实的工具,是为获得“神明旨意”所设置的带有强烈宗教色彩的场所。例如,古希腊人认为,司法裁判的职责不能掌握在人的手中,而只能掌握在诸神的手中;法官之所以能够就案件做出裁决,是因为他们有神的帮助。于是,司法裁决被认为是神的旨意,当事人不是用证据和理由去说服法官接受其诉讼主张,而是祈求神灵来证明其诉讼主张的正当性。

二、神示证据制度的消亡

随着社会的发展,以神明裁判为代表的神示证据制度逐渐退出了司法证明的历史舞台。这首先是由于国家权力的膨胀。公元11世纪,欧洲一些国家开始建立比较稳定的政府。这些政府自然而然地开始寻求能够保护其利益的各种措施手段,包括司法手段。于是,司法审判不再被视为个人纠纷的仲裁,而是国家统治者控制民众行为和镇压反政府活动的工具。统治阶级开始对那些结果难以预料的非理性的司法证明方法感到不满,要求司法人员在审判中行使更大的决定权。例如,国王作为一个国家的封建主要求地方贵族交出一定的财产或土地,但是地方贵族对此产生异议并诉诸法律。在这种审判中,国王当然不愿意听凭难以预料的“神明”来做出裁判,便开始越来越多地介入司法证明的过程,让他能够控制的人担任证明的主要角色,如传唤若干名了解案件情况的人进行询问,然后由被任命的法官在证人证言的基础上做出裁决。