

张建伟 著

证据的容颜 司法的场域

清華法學文叢

清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

張建偉 著

数据的容颜
司法的场域

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

证据的容颜·司法的场域 / 张建伟著. —北京:
法律出版社, 2015. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8250 - 9

I. ①证… II. ①张… III. ①证据—中国—文集
IV. ①D925.013.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 175300 号

证据的容颜·司法的场域

张建伟 著

责任编辑 易明群 黄倩倩
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 26.5 字数 413 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8250 - 9

定价:70.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



清华大学法学院复建二十周年

张建伟

男，1966年出生，辽宁省锦州市人。1989年毕业于西南政法学院，获得法学学士学位；1992年、2000年相隔8年两度毕业于中国政法大学，先后获得法学硕士、法学博士学位。1992年至1997年供职于最高人民检察院法律政策研究室。2000年至2003年执教于中国政法大学。现为清华大学法学院教授、法学院副院长，曾挂职为最高人民检察院渎职侵权检察犯罪检察厅副厅长。个人著作有《司法竞技主义——英美诉讼传统与中国庭审方式》《刑事司法体制原理》《刑事司法：多元价值与制度配置》《论检察》等学术专著，另著有《刑事诉讼法通义》《证据法要义》等教材以及《法律皇帝的新衣》《法律稻草人》等学术随笔集，论文代表作为《对抗与和合》《证据法学的理论基础》《窦娥的“二度遇害”》《阿Q之死的标本意义》《从消极到积极的实质真实发现主义》《认识相对主义与诉讼的竞技化》《法学之殇》等。

座右铭为：毋意毋必毋固毋我。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 重建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学重建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

序 言

人不是上帝,却不得不扮演着“上帝”的角色——审判人类(自己的同类)的罪。

既然人不是上帝,但凡有点自知之明,都会知道自己无法以全知全能的能力来真正扮演好“上帝”的角色。人的视野就这么大,局限在一定时间和时间之中,无法穿过时间的隧道回到过去,也无法打破空间的局限,全纬度地谛视每一个案件事实的全貌。

尽管科学技术的发展及其司法应用,为事实裁判者突破时空的局限提供了一定的可能性,但是这种可能性还没有大到使人可以取代上帝而鉴古知今,尽数把握过去、现在和未来。

由于这一原因,法律人,必须保持一种谦卑,人是不完美的,此一起码认识之必要。

将镜头拉开,我们能够清醒地意识到,我们无知的领域很多、也很大——不仅仅在事实判断和证据采择方面如此,在法律知识领域,何尝不也是如此?

我们对于某些知识问题,常常感觉困惑,有许多模糊的视域,让我们轻易发现自己的无知。更为不幸的是,有时候我们对于那些模糊的视域懵然不觉,当然也就忽略了自己的无知。

但是,作为一名学者——这是容易失掉谦卑和敬畏的身份——由于经常扮演着导师的角色,这一身份容易沾染自以为是、妄自尊大的特征,要意识到自己不是全知全能(即使在自己熟悉的知识领域)而且永远不可能垄断全部真理可不是都能做到,培育一种谦虚谨慎的态度也是不容易的,以谦虚谨慎的态度对待自己、对待别人都是困难的。

认识到这一点,作者常常自我提醒要保持对知识的敬畏,对他人的谦卑。

司法离不开证据,证据的面貌常常是模糊的,何家弘教授称事实为“模糊事实”,证据是“短缺证据”,其实证据也常常是模糊的,错误的证据可能将司法导入错误的泥沼之中。司法是证据的场域,良性的司法使证据的审查判断尊重严格的规则和科学的规律,糟糕的司法使证据信息产生扭曲甚至存在严重的侵犯人权取证的情况。

对于错案的畏惧之心,可能使我们保持一种清醒,对于错误的证据保持一种警惕,也会唤起改良司法的愿望。

与证据和司法的主题有关,收在本集中的论文,多数是为了廓清自己的模糊视域而草就的,我希望这些论文能够经得起时间的检验。随着自己的智识的增长,回首自己过去的言说,不至于陷入得意于前、羞赧于后的内心窘迫境地。这里需要向读者有所交代的是,汇集在这里的论文,写作跨度较大,作者尽量使之保持原貌,良莠难免参差,作者惴惴不安的,是读者的评判。当然,作者也期待读者给出中肯的批评意见。

还需要说明的是,关于本书,吾意是汇总证据法领域内的论文而合成之,但是这方面的论文还没有多到可以撑起三十万字的篇幅要求,于是将另外一些涉及司法的论文汇编在后面,形成两部分内容。另外,将三篇关于非法证据排除规则、庭前会议与准备程序以及冤错案件的对话录附载于中作为附录。有关证据方面的论文作为上编(本编部分内容在拙著《证据法要义》撰写时中有所吸收),有关刑事司法程序的论文作为下编,分别冠以“证据的容颜”“司法的场域”,读者可以将这两编看作互有关联的一本书的两个部分,也可以把它们看作合编在一起两本书。

这种编排使本书内容更加丰富,然而私意更喜欢主题单一的作品,我愿将来进一步积累,将证据和司法两方面新增的论文补入,使本书可以拆分为两本各自主题更为单纯的著作,一论证据,一论司法——正如此前已经出版的《论检察》那样。

这要假以时日,能否实现这一想法,也要看日后是否还有这样的心劲儿。

目 录

上编 证据的容颜

证据法学的理论基础	003
指向与功能:证据关联性及其判断标准	039
口供主义与刑讯取证:对一种古老罪恶的再分析	060
司法人权保障的“空城计”? ——反对强迫自证其罪规则的虚置现象	079
被冷落的自白任意性	102
非法证据缘何难以排除	125
对话:非法证据排除制度	143
诱导性询问和证明力:司法解释匡谬	153
迷信与盲从:“科学证据”的审查判断	168
证明标准研究中的模糊视域	195
从积极到消极的实质真实发现主义	232
从认识相对主义到诉讼的游戏化	252
不彻底主义:证据制度改良的愿望与羁绊	279

下编 司法的场域

从权力行使型到权力抑制型:刑事程序构造的重新设定	295
诱惑侦查:盲点与难点的实例分析	319
审判中心主义:实质与表象	329
实质性审判与律师辩护的独立性	346
对话:庭前会议和准备程序	356

统一司法资格考试:观察与反思	367
享成与虑始:司法体制改革中的利益纠葛	389
对话:从古话今冤假错案之回顾与省思	405

上编 证据的容颜

司法健康地活着
需要诸多维生素
证据是司法中的
维生素 E

E 是 Evidence

这个维生素 E
时常有一个
模糊的容颜
变幻莫测

证据法学的理论基础

目 次

诉讼活动与认识活动

客观真实与证据规则的工具价值

一、认识论与客观真实

二、证据规则的工具作用

质疑所谓“形式理性”观念

证据法学理论基础之我见

一、理论基础之一：认识论

二、理论基础之二：法律价值及平衡、选择理论

实质真实发现原则与形式真实发现原则

结语

最近拜读了陈瑞华教授发表在《法学》(2001年第1期)上的《从认识论到价值论——证据法学理论基础的反思与重构》^①一文(以下简称陈文),阅读过程中能够时时感觉到作者刻意求新。不过,掩卷静思,觉得文中也不乏

^① 此文又见:陈瑞华:《证据法学的理论基础》,载何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年版。陈瑞华:《刑事诉讼法的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版。

可推敲之处,其中若干主要观点,颇有详加探讨的必要,^②故而特撰此文,以求教于著者并借以达到澄清某些认识之目的。

诉讼活动与认识活动

陈文提出:中国主流的诉讼理论将刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼都视为一种认识活动,这种认识活动的最终目标在于运用证据,查明案件事实的客观真相,从而为正确适用刑法、民法、行政法等实体法律规范奠定基础。有关运用证据的活动作为重要的诉讼活动,是这种认识活动的重要环节。由于这一原因,这一理论将辩证唯物主义认识论视为诉讼制度的重要指导思想之一,视为证据制度的重要理论基础。

陈文进而指出:尽管围绕证据的运用所进行的证明活动包含着认识过程,“但绝不仅仅等同于认识活动”“这种认识活动在诉讼中都不具有根本的决定性意义”,^③理由是:

其一,诉讼和仲裁都是以解决利益争端和纠纷为目的的活动,“在解决争端的过程中,裁判者固会通过审查控辩双方提供或者自行收集的证据材料,对案件的事实真相作出明确的揭示,但这种对事实的揭示只是为了争端的解决,提供一定的事实基础和依据,创造一定的条件,而不是诉讼的最终目的。裁判者就争端的解决所作的裁判结论,并不一定非得建立在客观真实的基础上不可。”在何家弘主编的教材《新编证据法学》中,陈进一步提出:“换言之,诉讼和仲裁所蕴涵的认识活动即使不能最终完成,或者并无任何明确的结果,裁判者也必须作出旨在解决争端的法律裁判结论。可以说,利益争

^② 近年来证据法学研究热闹起来,这种热闹,与前几年较为沉寂的局面形成了强烈的对比,令人欣慰。因为证据法学本来不但是技术性很强的学科,而且对于个人自由等个人价值的保障来说也颇为重要(就这一方面言之,由于庭审方式改革和诉讼法修改,关于完善诉讼程序的研究论著可谓汗牛充栋,其中与证据收集和运用等证据法有关的研究成果并不鲜见,其中涉及的主要是个人权利——特别是犯罪嫌疑人、被告人权利的保障问题,论说者们的反复申说造就了更多人云亦云的场面),这是毋庸赘述的。不过,学术研究上忽冷忽热的局面,也可能会让人萌生一点隐忧,它多少会让人联想起这些年来我们身上反映出来的热情有余而思虑不足的学术研究习惯。现在学者们将更多精力投注于证据法学研究,与证据法有关的论著也多起来,见解难免不一致。对证据法的有关问题认真探讨、热情争论甚至直率批评,总归是有益于士林的。能够如此,证据法学研究中出现这场热闹才不致流为一场泡沫。

^③ 以下引文凡未注明出处者,皆引自陈瑞华:《从认识论到价值论——证据法学理论基础的反思与重构》,载《法学》2001年第1期。