



法大诉讼法学博士文库

4

总主编 卞建林

JUDICIAL NOTICE

司法认知论

◆周萃芳 著



中国人民公安大学出版社

法大诉讼法学博士文库 (4)

司法认知论

JUDICIAL NOTICE

周萃芳 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

司法认知论/周萃芳著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 9
(法大诉讼法学博士文库; 4)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 219 - 7

I. 司… II. 周… III. 证据—司法制度—研究

IV. D915. 130. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 120187 号

司法认知论

JUDICIAL NOTICE

周萃芳 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司印刷

版 次: 2008 年 9 月第 1 版

印 次: 2008 年 9 月第 1 次

印 张: 13. 125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 347 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 219 - 7/D · 189

定 价: 30. 00 元

网 址: www.cpsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

法大诉讼法学博士文库

总 序

21 世纪的中国诉讼法学将向何处去？这是每一位诉讼法学者都应当关心的重要问题。历史是昭示未来的一面镜子。我们不妨先从历史的角度来考察一下我国诉讼法学发展的轨迹和趋势。

我国近代诉讼法学肇始于一百多年前的清末修律。1906 年，清政府创办了京师法律学堂，由沈家本亲自制定的法律学堂章程将刑事诉讼法与民事诉讼法均列为主要课程，这标志着诉讼法学作为一门新兴的学科开始独立存在。之后，夏勤、陈瑾昆、蔡枢衡、熊元襄、石志泉、邵勋、邵铎等学者在翻译和介绍日本、德国等国诉讼法律与诉讼理论方面都作出了杰出贡献，并在此基础上对诉讼法学基本原理进行了可贵的探索。至 20 世纪 40 年代，旧中国的诉讼法学理论体系得以初步形成。

新中国成立以后，随着旧中国的“六法全书”被废除，原有的诉讼法学理论体系和研究成果也被抛弃。受当时的政治环境影响，中国的法学理论工作者开始将目光转向前苏联。在 20 世纪 50 年代，伴随着前苏联法学教授来华授课，一批前苏联的诉讼法学著作被翻译推介到我国。我国学者开始在学习前苏联诉讼法律制度与法学理论的同时，结合中国无产阶级专政的实际经验与需要，尝试创建我国的诉讼法学理论体系。然而，不久后的“反右”运动和“文化大革命”动乱，法律虚无主义甚嚣尘上，诉讼法学研究长期陷入停滞。这种状况一直持续到 20 世纪 70 年代末期。

1978 年改革开放以来的 30 年，是我国诉讼法学的恢复和迅速

发展时期。随着 1979 年中国第一部刑事诉讼法的颁布实施,我国诉讼法学开始全面“复苏”。在“解放思想、实事求是”方针的指引下,诉讼法学的学术研究变得活跃起来,关于刑事诉讼、民事诉讼、证据理论、司法制度方面的多本专著先后问世。特别是 20 世纪 80 年代初、中期,国家统一组织编写刑事诉讼法学、民事诉讼法学、证据法学教材。这些统编教材,发行量大,适用面广,读者群众,影响力巨,基本确立了诉讼法学与证据学的理论框架与教学体系。诚然,此时的诉讼法学仍不够成熟,大多停留在注释法学的阶段,教学和研究的目的是解释法律、宣讲法律,先进的诉讼理念尚未确立。至 20 世纪 90 年代,此种状况得到很大改善。“刑事诉讼法学研究登上了一个新的台阶……在理论方面,对刑事诉讼基础理论的研究开始起步并初有成就。”^①其标志性成果是一系列有关诉讼目的、诉讼构造、起诉制度、审判原理等基本理论问题的学术专著陆续出版。随着我国政治、经济、社会、文化等各个方面日新月异的发展与进步,随着“依法治国,建立社会主义法治国家”基本治国方略的确立与实施,我国社会主义民主与法治建设取得巨大成就。在此大背景下诉讼立法进程加快,诉讼制度日臻完善,诉讼法学理论研究也在不断深入。“程序正义”、“人权保障”等先进的诉讼价值观念得到大力弘扬和广泛传播,公平、正义、人权、自由、秩序、效率等价值观不仅是诉讼理论界热衷探讨的命题,并逐步得到立法和司法实务部门的理解和认同,甚至成为普通百姓耳熟能详的大众话语。进入 21 世纪以来,诉讼法学研究方面最显著的进展莫过于研究方法的转型。不仅实证研究方法受到重视,多元化、跨学科的研究方法也得到了提倡,哲学、社会学、逻辑学、经济学等多学科的研究方法被广泛地应用于诉讼法学和证据法学研究。甚至文理汇聚、社会科学与自然科学交融的现象也已

^① 陈光中、卞建林:《刑事诉讼法学研究现状与发展趋势》,载《法学家》1996 年第 2 期。

出现，国家自然科学实验基地中国政法大学证据科学研究院的成立就是明证。

由以上分析可见，我国诉讼法学的发展史大致可以划分为三个阶段，即萌芽与初创阶段、重建与停滞阶段和恢复与提升阶段。回顾历史，笔者在为我国诉讼法学发展历程的艰难曲折而感叹的同时，也为当前诉讼法学研究所取得的巨大成就而感到欢欣鼓舞。然而，值得注意的是，从历史上看，我国诉讼法学的成长始终伴随着对外来法律文化的学习：从萌芽与初创阶段对日、德等国诉讼理论的借鉴，到重建与停滞阶段对前苏联诉讼理论的模仿，再到恢复与提升阶段对美、英等国诉讼理论的引入。达马斯卡曾经告诫我们：“与私法领域相比，程序法的意义和效果更加依赖于外部环境——尤其是直接依赖于所在国家司法制度运行的制度背景。”^① 诉讼法对其制度背景的依赖使得这门学科较之其他学科具有更强的地域性特征。所以，我们需要思考的一个问题是：我们仿效外国经验而建构起来的理论，我们从西方国家那里所引入的理念以及我们参考国外做法而采用的研究方法，是否真的适合于我国？即使这些理论、理念和方法完全适合于我国，那么中国学者对人类法治文明的独特贡献又何在？

笔者认为，21 世纪的中国诉讼法学应当以创建中国特色、中国风格诉讼法学理论体系为努力方向。回首过去的一个多世纪，中国诉讼法学在对国外诉讼理论持续不断的“效仿”过程中渐渐迷失了自我，始终未能确立起自身的独立品格。因此，我国学者应当从中国实际出发，在了解和借鉴他国诉讼理论的同时，着力构建具有中国特色、中国风格的诉讼法学理论。这是一项艰巨而长期的历史任务。其艰巨性在于，曾经在世界法制发展史上占有一席之地的中华法系早已风光不在，一百多年来我国所进行的各项法制改革大

^① [美] 米尔吉安·R. 达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀等译，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 231～232 页。

多是跟在西方国家后面亦步亦趋，我国法学理论缺乏自主发展的传统。其长期性在于，我国民众存在着根深蒂固的“重实体、轻程序”观念，而观念的转变绝非一朝一夕可以实现的。昂格尔就曾经针对我国古代法律评论道，与其他非欧洲的法相比较，中国法是离“法治”（rule of law）理念最为遥远的一极。^①因此，在这一现实背景下生成中国特色、中国风格的诉讼法学理论体系可能需要几代学人的共同努力。

历史的经验告诉我们，对于任何事业来讲，人才都是关键。从我国京师法律学堂的创办与诉讼法学的诞生可以看出，诉讼法学学科的发展与诉讼法学人才的培养是分不开的。因此，针对我国诉讼法学研究任务的艰巨性和长期性，我们应当进一步加大对青年诉讼法学高级人才，尤其是对诉讼法学博士生的培养力度。法学博士生群体是一支重要的科研力量。博士生们大多风华正茂，正处于人生创造力最为旺盛的时期，有可能提出富有原创性的学术观点；博士生们思维活跃，较少受到成见的束缚，有利于发掘新思维、新视角，不断推陈出新；博士生们拥有最有利的学习环境和条件，有足够的时间和精力就某些专门问题深入钻研。也正是基于这些原因，有人认为，博士学位论文常常能够代表学者一生的最高学术成就。

中国政法大学是全国最早获得诉讼法学博士学位授予资格的高等学府，由于师资队伍、培养模式、图书资料、学术交流等诸多方面的优势，法大培养的诉讼法学博士人数众多，质量上乘，为我国诉讼法学的学科发展作出过重要贡献。早在20世纪80年代末期，中国政法大学前校长、诉讼法学学科带头人陈光中先生就呼吁学界进一步加强对刑事诉讼法学基本理论的研究和创新，并引进自然科学和其他社会科学中的相关学科的成果，开拓刑事诉讼法学研究的

^① [日] 滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，载《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等编译，法律出版社1998年版，第3页。

新领域。^①在法大导师们的指引下，一批优秀的法大诉讼法学博士生开始对诉讼法学基础理论进行了大胆探索，取得了很多填补空白的开拓性研究成果。我国诉讼法学界在20世纪90年代出版的具有代表性的基础理论著作大多是在他们的博士学位论文基础上完成的。曾经取得的辉煌成就使中国政法大学的诉讼法学学科在全国享有盛誉。1999年，中国政法大学诉讼法学研究中心（2006年更名为中国政法大学诉讼法学研究院）成立，这是诉讼法学专业唯一入选全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地的研究实体。从此，中国政法大学在诉讼法学学科建设和人才培养方面掀开了新的一页。

“法大诉讼法学博士文库”，是中国政法大学诉讼法学研究院主持编选并组织出版中国政法大学诉讼法学专业（含刑事诉讼法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学、证据法学）博士学位论文的系列丛书。这套丛书旨在搭建学术平台，推出诉讼法学新人新作，营造百家争鸣的学术氛围。此外，由于博士学位论文不仅能够反映博士生个人的勤奋和智慧，还常常凝聚了博士生导师们的辛劳和心血。因此，这套丛书的出版也是对法大诉讼法学教学成果的集中展示。我们希望能够通过丛书的出版，进一步培养和造就高素质的诉讼法学博士生，推动诉讼法学年轻学者之间的互动和交流，促进我国诉讼法学的繁荣和发展。

中国政法大学诉讼法学研究院院长 卞建林

2008年4月3日于北京

^① 陈光中：《中国刑事诉讼法学四十年（下）》，载《政法论坛》1989年第5期。

序

20 世纪 70 年代美国大学的“发表或灭亡”(publish or perish)的行规,尽管有争议却也告诉了我们学术成果及时公开发表的重要性。我曾多次催促周萃芳尽快将本书出版,今天得知该书终于即将交付印刷,作为老师,甚为欣慰。当然,并非所有的博士论文都有出版的价值,对本书的推荐也并非出于老师对学生的偏爱,而是本书的选题和内容确有独到之处。

本书是国内关于司法认知的第一部专著,具有填补空白性。我国学术界对于司法认知的研究一直是很不够的,甚至可以说几近空白。虽然国内的刑事诉讼法学或是证据法学的教材都会略有篇幅来介绍司法认知,但是基本上属于蜻蜓点水、一带而过。虽然也曾有若干论文讨论司法认知问题,但是不仅数量有限而且研究的深度、广度都成问题。而司法认知规则作为主要证据法规则之一,对于司法实践具有非常重要的价值,在国外已经具有相当成熟的理论体系以及丰富的实践经验。因此,在研究思路,本书主要采取比较研究的方法,不仅从理念层面对该理论进行剖析,并从制度层面对其进行分析。在此过程中,本书并非单一的翻译介绍式,而是综合运用价值分析、实证分析、心理分析等方法,借鉴法哲学、法社会学、心理学,尤其是经济学等交叉学科的研究成果,从多元视角剖析司法认知的理论基础及其实务价值。

本书的另一个特点是资料新颖、翔实,即使是仅仅从资料的角度来看,本书也是颇有价值的。作者利用在英国牛津大学学习的机会,收集了大量的一手外文资料。据我所知,她在写作本书的过程中,仅翻译整理外文资料一项,就花费了大量的时间和精力。正是

对英美法系证据规则和司法认知的深入研究，使得本书有着扎实的基础。其中，对于司法认知在英美法中的历史演进、典型案例、理论论证等分析，使得我们对于司法认知有了较为全面的认识。文中的论述有一定的深度，如对英美现有的两类司法认知的事实——裁决性事实和立法性事实进了详细讨论，不仅分析了两者的概念、区别以及相互之间的联系，而且还着重论述了各自的衡量标准等。

创新是本书的价值所在。选题的新颖和资料的翔实注定该研究会有所创新。然而，作者并不满足于外国经验的介绍与照搬，而是深入分析了司法认知的理论基础，并将最终落脚点放在我国的现实问题上。例如，本书从司法认知的对象、衡量标准、程度以及效力四个方面提出了我国司法认知体系构建的设想。提出将司法认知的对象分为法律和事实两类，被司法认知的事实应该“不具有争议性”或者“超出合理转移范畴”；参照美国相关法律规定，设计了两类司法认知的具体衡量标准；从具体程序的角度，明确了司法认知的启动方式、司法认知的审理、法庭在司法认知中的权限以及司法认知的时间；在效力上，坚持司法认知应该具有终局性。虽然，本书的部分观点还有待实践检验，有的提法也还很不成熟，但是这种勇于开拓的创新精神却是值得我们肯定的。

不少作为学术成果的专著，出版后不会有太多的学术反响和社会影响。本书同样很可能不会在短时间内热销，但是我相信，随着我们对司法认知问题认识的日益深入，本书的价值会越发彰显，而不会像许多所谓学术成果那样成为速朽的“砖著”。

本书的作者周萃芳，是我指导过的博士生中很有个性的一位。虽然历经坎坷，但是她却有着一股韧劲，在求学之路上锲而不舍。她在中国政法大学三进三出，当过检察官，也做过律师，最终完成了博士学业。2005年，她还以优异的面试成绩获得帕森基金会的支持，得以赴牛津大学奥利尔学院学习。这段牛津大学求学的经历，对她的一生都会是一份宝贵的财富，本书也可以说是这段经历的一份真实印迹。

本书的出版对周萃芳来说，既是对她的博士学习的一个小结，又是她人生的一个新的开始。希望她能再接再厉，不断取得新的成绩！

是为序。

陈光中
2007 年 12 月

前言

近年来,我国学术界和立法界都在努力进行各项证据规则的研究,以期构建一套完善的证据规则体系。司法认知作为英美传统证据规则之一,正在受到人们越来越多的关注。但是,因为以往原始资料的缺乏,关于司法认知的理论研究较为薄弱,使得立法方面的努力也呈裹足不前之势。在这种情况下,分析和研究国外法制发达国家的立法、理论以及实践经验,剖析其运行机制,就具有了较高的理论和实践价值。基于此,笔者希望通过研究作为英美法系代表的英国和美国与司法认知相关的理论和司法实践经验,获取一些对我国证据规则体系构建有益的借鉴,以完善我国的证据规则体制。

本书共分为七章。第一章至第六章是对英美两国司法认知理论、立法和司法实践的介绍和分析。第七章是对司法认知在我国应用的一些构想。

第一章是司法认知的概念和历史渊源。虽然已有的关于司法认知的定义莫衷一是,而且也很少有英美法学者试图对司法认知进行简练定义,但我们还是可以从其中总结出一些司法认知所具有的特征:司法认知是法庭的一种职务行为;司法认知的对象有一定的限制;司法认知的直接结果之一是免除了对被司法认知事项的正式证明。同时,为了使读者不至于混淆司法认知与相关概念,笔者对免证事实、自认、推定以及预决事实等概念以及它们与司法认知之间的联系一一进行了分析。为了更好地理解司法认知,对司法认知的历史渊源进行了深入探究,明确了司法认知源于中世纪关于法官的一项理念,而关于证据法上的司法认知最早可以追溯到罗马法上的“显著之事实,无须证明”这句古老法谚,英美法学者也普遍认

为,“已经知道的无须证明”这个谚语也许可以追溯到市民法和教会法,总而言之,司法认知历史悠久。并且,为了让读者对早期司法实践中司法认知的运用有个大致的了解,笔者按照时间顺序,列举了一系列引用率较高的早期案例予以说明,同时简要地介绍了司法认知的早期理论研究状况。

第二章讨论的是司法认知的理论基础。笔者首先罗列了英美对抗制体系中存在的几个重要前提条件,作为进一步讨论的基础,并按照司法认知的对象,分别对司法认知法律和司法认知事实的理论基础进行了论述。两者的理论基础在某种程度上是共通的:一是法官被认为既有义务掌握法律,也应该拥有任何常人都拥有的包括日常知识在内的知识。如果法官的这些必要知识有所欠缺的话,就应该具有获得这些知识的能力,法官在这方面的知识和能力称之为必要的职能装备和智力装备。二是法官作为解决社会纷争的终极机构的具体执行者,既有维护法律统一的职责,也有维护社会对某些事实的认识统一的职责。

第三章论述的是司法认知的对象之一——事实。这一章是本文的重点之一,所占的篇幅也最大,而且向来是司法认知领域中最复杂、也是最为核心的一部分。在该章中,笔者不仅概述了司法认知适用对象的早期理论研究,而且讨论了司法认知事实的衡量标准,即传统的“众所周知”以及现代发展起来的“确定性可证实或者真实性能得到确认的事实”两类,并且论述了司法认知的对象是否应该具有确定性的前提条件。作为司法认知事实篇的重要组成部分,对英美现有的两类司法认知的事实——裁决性事实和立法性事实进行了详细论述,不仅论述了两者的概念、区别以及相互之间的联系,而且还论述了各自的衡量标准等。

第四章论述的法律是除事实之外的第二类司法认知对象。与第三章一样,该章也是本文的重点之一。笔者首先按照法律的地域将其划分为国内法和外国法律,然后根据法律渊源再将其划分为普通法、成文法以及公法、私法等分别进行论述。在英美法系,法官被

认为有义务掌握法律，尤其是国内公共法，所以在很大程度上，对国内公共法的司法认知基本上意见一致，而且由于英美属于普通法系国家，所以对国内普通法的司法认知意见也基本上统一。但是，对于其他法律种类，以及不属于诉讼地所属国的法律，传统上并不在司法认知范畴之内。美国由于其特殊的联邦制政治体制，在相当长的一段时间内，绝大部分州甚至将外州法律也视为外国法律对待。

第五章集中讨论了与司法认知相关的一些程序。首先是司法认知程序的启动方式，根据法庭在司法认知方面所需承担的职责，分为强制性启动与任意性启动两种，在符合法律规定的条件下，任意性司法认知就会向强制性司法认知转换。其次，讨论了对司法认知的听证程序，并明确获取听证的机会是法律赋予当事人的一项权利。在英美由陪审团审理案件的情况下，还涉及在司法认知之后法官是否向陪审团进行指示的问题，现在在美国较为普遍的做法是区分刑事诉讼、民事诉讼，决定对陪审团指示的效力问题。一般情况下，大家都认可对民事诉讼中的陪审团的指示具有强制效力，但是在刑事诉讼中的效力如何尚有争论。最后，讨论了在上诉审中法庭是否可以以及如何进行司法认知这个问题。上诉审法庭在司法认知时在理论上几乎不受初审法庭的影响，虽然在司法实践中有一些限制存在。

第六章对司法认知的性质、效力和作用进行了讨论。除了作用外，关于司法认知的性质和效力一直以来都争论不断，笔者对其中三类代表性学说进行了论述，分别是“非正式证明论”、“司法职能论”以及“特殊推定论”。司法认知的效力与性质密切相关，由于各学者所持的关于司法认知的性质的观点不同，所以得出的司法认知的效力也就分为“终局性”和“初步为真”两种。立法界由于各种原因，选择了前者。司法认知具有多种作用，其中最为引人注目的就是由于省略了烦琐的正式证明程序所带来的巨大经济作用。

在最后一章，笔者在分析了我国目前关于司法认知的立法以及理论研究现状之后，提出了在我国确立司法认知体系的建议。以英美立法以及司法实践为参照，笔者从司法认知的对象、衡量标准、程序以及效力四个方面进行了司法认知体系的构建。建议，将司法认知的对象分为法律和事实两类，并明确，至少在将司法认知应用到我国司法实践的初步阶段，被司法认知的事实应该“不具有争议性”或者“超出合理转移范畴”；参照美国相关法律规定，设定了两类司法认知的衡量标准；并在程序中明确了司法认知的启动方式、司法认知的审理、法庭在司法认知中的权限以及司法认知的时间；最后，笔者建议，司法认知应该具有终局性，即在已经给当事人提供了对司法认知的适当性以及被司法认知的事项的确切含义进行审理的机会的情况下，一旦被法庭采取了司法认知，就不应该再允许对其进行反证明。

目 录

前 言	(1)
第一章 司法认知的概念及其起源	(1)
第一节 司法认知的概念	(1)
第二节 司法认知与相关概念的辨析	(4)
一、司法认知与免证事实	(4)
二、司法认知与自认	(5)
三、司法认知与推定	(6)
四、司法认知与预决事实	(10)
五、结论	(11)
第三节 司法认知的起源	(11)
一、司法认知的历史渊源	(11)
二、早期司法实践中的司法认知	(14)
三、司法认知的早期理论发展	(20)
第二章 司法认知的理论基础	(27)
第一节 司法认知法律的理论基础	(29)
一、必要的职能装备	(29)
二、维护法律统一性的需要	(29)
第二节 司法认知事实的理论基础	(31)
一、司法认知事实的事实基础——	
必要的“智力装备”	(32)
二、司法认知事实的体系基础——	
维护“认识”统一性的需要	(36)

第三章 司法认知适用对象之一——事实	(39)
第一节 司法认知适用对象的早期理论研究	(39)
第二节 司法认知事实的衡量标准	(47)
一、传统的衡量标准——众所周知	(48)
二、传统衡量标准的近现代发展—— 确定性可证实的事实	(59)
第三节 司法认知事实的确定性	(73)
一、确定性概述	(73)
二、塞耶—威格莫尔的不确定性理论	(75)
三、摩根—麦考密克的确定性理论	(78)
四、结论	(81)
第四节 裁决性事实与立法性事实	(83)
一、裁决性事实和立法性事实的概念	(87)
二、裁决性事实和立法性事实的区别及其重要性	(91)
第五节 裁决性事实的司法认知及其分类	(98)
一、裁决性事实的司法认知	(98)
二、裁决性事实的衡量标准	(99)
三、裁决性事实的种类	(100)
第六节 立法性事实的司法认知	(106)
一、司法认知立法性事实是否有必要法典化的争论 ...	(108)
二、司法认知立法性事实的衡量标准以及 法庭可以依据的资料	(120)
第七节 裁决性事实和立法性事实的相互转换	(126)
第八节 非裁决性事实——背景事实的司法认知	(133)
第九节 几类特殊事实的司法认知	(141)
一、政治事实的司法认知	(141)
二、科技事实的司法认知	(145)
三、与法官刑事量刑有关的事实的司法认知	(159)
四、转变为习惯法的事实的司法认知	(166)