

证据法的理念、制度与方法

龙宗智 著

龙宗智法学系列

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本课题研究受全国优秀博士论文基金资助

证据法的理念、 制度与方法

龙宗智 著

龙宗智法学系列



法律出版社

始创于1954年

图书在版编目(CIP)数据

证据法的理念、制度与方法 / 龙宗智著. —北京:法律出版社, 2008. 9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8740 - 2

I. 证… II. 龙… III. 证据—法律—研究—中国 IV. D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 131878 号

© 法律出版社·中国

证据法的理念、制度与方法

龙宗智 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 9 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.25 字数 277 千

印次 2008 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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 - 5036 - 8740 - 2

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

探索“本土的”证据学理论

(代序)

本书是我的全国优秀博士论文基金项目“证据法的理念、制度与方法”的最终成果。这一研究,是从2001年开始的5年项目,延至今年才结题并提出最终成果。时间延长,除了因为2002年至2006年我从事校长工作行政事务繁忙外,也与我的写作方式有关。

我曾经在“我的学术自白”一文中说过:“说实话,我做理论研究,喜好写文章而不爱写书。一则文章总是有感而发,有时甚至有不吐不快之感,而著书则需要完整性,有些部分并无感想,但为结构需要必须勉强构筑,因此难免无病呻吟,处理相关材料时味同嚼蜡,甚或感到痛苦。二则写文章如打攻坚战,虽然有时艰苦异常,但使出浑身解数攻克后,山头上战旗飘飘,平添几分胜利喜悦。而写书像是持久战,久战不胜,难免横

生倦怠。而就结果看,书中精彩的,就是文章里的那些内容。因此,我的文章多而著作少,著作中好的内容,常常是先变成了刊物上的方块字。”〔1〕

也许正是由于这种论文写作偏好,我采取了以问题为中心而不是以著作的主题逻辑构架为中心的研究与写作方式,即以问题意识为先导,发现有意义的证据学问题后即进行研究和写作,形成一篇篇文章,最后整理汇总成为著作。而每篇文章都要经历一个由问题发现、主题提炼、资料搜集、形成逻辑架构,到深入研究、文字处理,以及调整校正思想与文字的过程。其中有些问题是由司法实际体验出发,多年观察思考的结果,如中国刑事诉讼的证明模式,以及证据间的矛盾及矛盾分析法。有的在学理上特别用功,如“推定的界限及适用”。总的来看,因注重思考与研究问题,费时较多,而产生的文字并不多。但稍感宽慰的是,一般来讲,所研究的问题都有一定的学术和实践价值,所提出的思想也是出自本人,较有创新,也有一定深度。这样说涉嫌自吹自擂的学者通病,不过也有一点根据,即被刊物认为可以发表。本书的十一章内容均已在刊物上发表,而且大都发表于学科级刊物——《法学研究》及《中国法学》。

多数文章发表后引起反响。如“印证与自由心证——我国刑事诉讼的证明模式”一文,所提出的“印证证明模式”,已经为多篇专论支持,并有人结合实践进一步研究。该文还获得教育部第四届中国高校人文社会科学研究成果优秀成果奖二等奖。但也常有一些不同意见,在本书我亦将此在部分章节后以附录形式收入,以便读者能够有多元视角,获得理性认知。

研究证据法的理念、制度与方法,我认为应当注意解决证据法中

〔1〕 龙宗智:《上帝怎样审判》(增补本),法律出版社2006年版,第69页。

的以下三大基本矛盾:

证据学回答如何发现历史的事实,而历史的不可逆,使得事实不能再现而只能解说,罗生门式的多样化解说因此而不可避免。因此事实的唯一性与解说的多样性之间的矛盾,是证据法所遇到的第一个基本矛盾。

为了发现真实,人们必须尽量采取各种在技术上有效的途径与方法,这是证据学技术理性的要求;另外,真实性的追求应当有限度,仍需服从价值理性的约束。因此,最大限度地发现真实的技术理性要求,与价值理性对这种要求的限制之间的矛盾,是证据法中的第二个基本矛盾。

探求不可逆的历史事实,受到价值理性的主观性限制,也受到事实反映性程度的客观限制,用于证明的资源十分有限,因此,事实证明的需要与证明资源有限性的矛盾,是证据法中的第三个基本矛盾。可以说,这一矛盾更具有根本性。有人说,经济学的出发点是“资源有限”,我认为,证据学同样为利用资源的学理,因此其出发点即为“证明资源有限”。由此而产生如何发现与利用这些资源的种种证据学原理。

在关注三大基本矛盾中探讨证据法问题,本书的研究注意了一个视角,即立足当下,构建“本土的”证据法理论。

以很长历史时期的司法实践和学理验证为基础,经由吉尔伯特、边沁、撒耶,到威格摩尔和摩根等证据法大师,西方已经构筑起博大精深的证据法学体系,在这个体系面前,我们这些后来者很难在学理上超越(虽然我也曾进行某些尝试,如构建所谓“大证据学”,但自认难以逾越巍然屹立的学术高峰),然而,在中国特定的司法制度与诉讼构架的背景之下,如何设定规则,运用证据,则是一个仍待解决的问题。这是简单地套用既有的证据理论无法解决的难题。例如在

中国刑事司法一体化的线型构造中,在强势的侦查和较为弱势的审判面前,要以传闻规则来处理审前书面证言会遇到很大的困难;又如,现有的证据法理论也难以回答解决纪委取证的诉讼效力这类特殊的问题。我这些年的学术努力,就是力图回答这类难题。如分析中国的证据分类体系、中国特有的证明模式、中国刑事诉讼中的书面证言运用、中国刑事法中的推定与证明责任、中国刑事庭审中的证据调查,以及取证主体合法性上中国所特有的问题,等等。其目的是探索并力图构建立足于“本土”的证据学理论。这方面已经有了一些心得(读者可以从这本书中审验)。当然,“革命尚未成功”,同志(老同志)不可不继续努力。

龙宗智
2008年6月于成都

目 录

第一章 “大证据学”的建构及其学理/1

一、证据学研究基点与学科性质/2

二、证据学的研究对象：证据与证明/9

（一）证据论/9

（二）证明的必要性与证明机制的启动/12

（三）我们能否认识“客观真实”——证明的 限度/13

（四）证明的不同要求与不同方式/17

三、证据学方法/18

（一）事实证明的不同路径与状态/18

（二）证据学基本方法/23

（三）与经验、逻辑方法相关的其他证据学 方法/30

四、证据学结构及建立“大证据学”的意义/34

2 证据法的理念、制度与方法

第二章 证据分类制度及其改革/50

- 一、我国证据分类制度的特点/51
- 二、证据的来源及派生性证据的意义/56
- 三、关于笔录证据与专家证据的制度确认/60
 - (一) 关于各种笔录证据在分类上的处理/60
 - (二) 关于专家证据的形式与类别界定/62
- 四、人证分类及“视听资料”的证据形式问题/66
 - (一) 人证分类问题/66
 - (二) 视听资料的证据属性/68

第三章 欺骗与刑事司法行为的道德界限/72

- 一、关于侦讯活动中使用欺骗的许可性/73
- 二、设置欺骗性侦讯手段的法律界限/78
- 三、承诺不可反悔——司法信用原则/82

第四章 取证主体合法性若干问题/88

- 一、关于非管辖侦查单位取证合法性问题/89
- 二、关于纪委取证与刑事诉讼的关系问题/96
- 三、关于立案前调查机关所获证据的法律效力问题/106

第五章 书面证言及其运用/112

- 一、书面证言使用之弊害及言辞诉讼原则之根据/113
 - (一) 书面证言可能扭曲作证者的本意,从而给出错误的证据信息/114
 - (二) 书面证言妨碍了诉讼对方的质辩,而这种质辩是发现真相的重要手段/114
 - (三) 书面证言排除了法官直接辨识证言真意及其可靠性的可能/115
 - (四) 由于缺乏法庭宣誓、具结的作证场景与前提,书面证言的

可信性保障条件不足/115

二、书面证言之可用性及“例外规则”建立之法理/119

三、排斥与容纳书面证言之不同方式比较研究/123

(一) 传闻规则与书面证言/124

(二) 直接、言辞原则与书面证言/128

(三) “程序转向”情势下借鉴传闻规则对书面证言的处理/131

(四) 比较分析意见/141

四、我国目前书面证言使用的状况特点/147

五、完善我国证言提出使用制度的意见/151

第六章 刑事对质制度及其改革完善/164

一、对质询问的含义、要素及意义/165

二、对质询问的立法模式与立法例/170

三、我国建立完善对质制度的必要性及制度模式/173

四、对质的方式与程序以及对质制度的改革/184

(一) 现行制度框架内的操作规范/184

(二) 对质制度的改革及其操作要求/186

第七章 我国刑事诉讼证明模式/190

一、自由心证的证明方式及其内涵/191

二、我国诉讼证明模式及其比较性实证分析/194

三、“印证证明模式”的主要特点及产生原因/198

(一) 获得印证性直接支持证据是证明的关键/199

(二) 注重证明的“外部性”而不注重“内省性”/199

(三) 要求证据间相互印证导致很高的证明标准,在信息有限的司法环境中达到这一标准的难度很大/201

(四) 为实现印证目的,易于采用比较灵活的取证手段/202

四、两难困境及谨慎突破/206

第八章 刑事证明责任制度若干问题/240

一、证明责任的相关概念及适用空间/242

(一)概念的界定与选择/242

(二)证明责任规范的适用空间/244

二、我国现行刑事诉讼证明责任制度的特点与问题/247

三、刑事证明责任分配制度的法理根据及被告人证明责任的承担/254

四、检察官的证明责任与客观义务的关系及制度完善/264

五、公诉案件中被害人作为诉讼当事人的证明责任/274

六、法官的查证责任以及与检察官证明责任的边界/277

第九章 推定的界限及适用/283

一、问题的提出与研究的意义/283

二、推定的概念以及推定与推论的区别/288

三、“事实推定”能否成立/298

四、我国刑事立法中的推定规范/309

五、刑事司法解释中的推定/318

六、余论：推定的创制与规制/329

第十章 刑事庭审人证调查的几个问题/332

一、关于中国刑事庭审证据调查的制度环境与其他支持因素/333

二、关于人证调查方式的性质界定——是交叉询问,还是控辩询问/338

三、被告人调查程序如何设置/341

四、询问证人的程序与方法/344

(一)轮替规则/344

(二)调查范围/345

(三)询问方式/347

五、诉讼异议与证据调查规则/349

六、庭审安排与诉讼指挥/353

(一)庭审安排:人证中心,或分段式证据调查/353

(二)法官在庭审人证调查中的责任/355

(三)诉讼指挥权的行使方式及合议庭的内部关系/357

第十一章 证据矛盾及矛盾分析法/358

一、证据矛盾的性质与类别/359

二、证据矛盾产生的原因及意义/363

三、应对矛盾的方式与方法/369

(一)有效地排除矛盾/369

(二)合理地解释矛盾/370

(三)充分地证明事实/371

(四)适度地容忍矛盾/372

四、存在矛盾的情况下认定事实的标准与要求/373

第一章 “大证据学”的建构 及其学理*

什么是证据学,这是一个学科起始点的问题。一般认为,证据学研究证据与证明问题。有学者称:“证据就是人们从未知达到已知的认识过程中用来推认未知事项的既知材料,而证明则指从未知出发而达到的已知状态,常常也包括从未知达到已知的过程本身。”^{〔1〕}证据学,即关于证据与证明的系统性知识。

诉讼以证明为中心,裁判以证据为根据。司法的理性化,使证据学在法学中日益成为一门显学。我们经常使用证据学的概念与方法,如证据能力、证明力、证明责任、证明标准、证据排除规

* 本章内容曾刊载于《法学研究》2006年第5期。

〔1〕 王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,第21页。

则等,成为我们日常法律实务与研究常用的概念工具。然而,按照前述关于证据学的一般定义分析,我们也许犯了一个“习焉不察”的错误。我们平时所称证据学,只是研究诉讼中的证据问题,因此只能称为诉讼证据学,或者更宽泛一些——法证据学。而更为基础性的知识体系,即研究证据与证明的一般知识,在思维学科乃至哲学认识论意义上的证据学,我们并未建立,甚至缺乏基本的研究。

法证据学,或称证据法学,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。否则,前者即成为无源之水、无本之木。因此,我们有必要探讨“什么是证据学”,从而明确证据学的学科定义、性质特征、基本方法,在此基础上,建立一种其原理不仅适用于法证据学,而且适用于其他任何使用证据判定事实的学科领域,这实际上要求我们探索建立一种新的学科及知识体系,即所谓“大证据学”。

一、证据学研究基点与学科性质

规范与事实是两个最基本的认识范畴。在认识论的意义上,证明可以由此区分为两种基本的类型:一是对规范的证明,一是对事实的证明。规范证明,是对理论原理的证明。由于命题、判断以及学理的抽象性,这种证明,可以称为“虚的证明”。而事实证明,则是对具体的客观情况及现象的证明,这可以称为“实的证明”。规范的证明与事实的证明,因证明任务性质的不同,而决定其使用不同的概念与方法。相比之下,对规范的证明,已经为各门科学以及科学哲学所充分探讨,虽然不可避免地仍是众说纷纭,但人们毕竟通过

这些不同视角的探索形成了科学证明的丰富知识。但在另一方面,令人遗憾的是,对事实的证明,其一般原理和各门学科运用证据证明事实的具体规律与学理,则为人们长期忽略。以致直到今天我们还在这种事实证明的道路上艰难摸索。尤其是在法证据学领域,当我们又发现一些重大的冤案错案时,我们不禁返躬自问,我们真正掌握了证据学的知识与技术吗?当我们无缘像科幻电影那样利用时间机器回到过去看到当时的景象,我们甚至疑惑,在事实证明的路上,我们到底能不能真正地找到“真实真相”?

任何理论必须建立在事实基础上,因此,事实是理论的出发点同时也是理论的构成要素。而“事实”的概念,作为证据与证明的指向与目标,是证据学的基点,也是决定学科的性质、方法与特征的基本问题,因此有必要进行适当的概念解析。

“事实”一词在日常生活与科学文献中应用非常普遍,但其应用具有多义性。哲学家彭漪涟教授曾引用前苏联已故著名哲学家柯普宁的解释对“事实”一词进行了分析。柯氏认为,“事实”有三义:第一,现象、事物和事件本身被称为事实;第二,我们对事物及其特性的感觉和知觉也被认为是事实;第三,事实也指我们想用它们来论证或反驳某种东西的不容置疑的理论原理。彭教授认为,“这一概括大体上说是符合实际情况的。但是,用严格科学的眼光来衡量,这三种不同的用法,并非都是同样准确,同样符合‘事实’一词的科学含义的”。他认为,首先,仅客观事物自身不可能是事实;只能说对客观事物的某种判断是事实。因此,第一种用法欠准确。其次,事实与理论有本质的区别,绝不能将事实同对于事实的解释混同起来。因此,理论原理不能称为事实。柯氏的第三种用法也会导致资料与概括、材料与观点的混淆。而只有第二种用法,即把“事实”用于我们对事物及其特性的感觉和知觉,这才是适当的。“因

为,我们关于事物及其特性的感觉、知觉,作为一种对于客观事物及其特性的认识,也就是一种相应的知识。这种用法所指的事实即经验事实,正是‘事实’一词的本义所在。事实必须是人的感觉、知觉的成果。一个事物及其情况,如果不经人们的感觉、知觉,尽管是客观存在的,但是,由于它没进入人的认识领域,没有为主体所接受,主体是谈不上知觉到什么的。”〔1〕

彭教授将事实概念的客观性与主观性结合起来,强调“事实”是人的感觉、知觉对客观事物感知的结果,因此“事实”应当是“经验事实”。以“经验事实”界定事实概念,符合日常与科学文献对语词的约定俗成的要求,同时在此基础上才可能建立科学合理而且具有实用意义的事实论理论构架,因此这种定义应当充分肯定。然而,彭教授驳斥柯普宁,认为客观事物自身不能称事实,柯氏定义中的第一义不准确;认为理论不是事实,因此柯氏的第三义也不对。这里,彭教授似有削足适履之嫌。因为柯普宁只是指出在词语运用的意义上人们在这三种意义上使用“事实”一词,因此这一名词根据不同语境实际上具有三种意义。也就是除了对事实的感觉和知觉即经验事实被称为事实外,在语言实践中,客观事实以及某种被确认的理论也被称为事实。这是词语应用问题,只能作“真值”存否的判断,不应作是否“准确”一类价值判断。因为在日常生活和科学研究中,我们不仅将以事实指称经验事实,也用其指称“客观事实”。这是在本体论的意义上使用事实概念。例如,我们强调不能凭主观臆想决策,要从客观出发,尊重客观实际,说“尊重事实”;我们讲证明的目的时要求,“发现事实真相”;哲学家奥斯汀把真理定义为“符合事实”,而且认为这一定义具有一种源远流长的传统,等等。这里的

〔1〕 彭清涟:《事实论》,上海社会科学出版社1996年版,第1~3页。

“事实”，就不是指我们主观对客观的正确感知，而是指作为感知客体的客观实际情况。陈嘉映先生论证事实概念时说：“拿一幅照片，我们可以问这幅照片上的图景是否合于现实中的图景，也可以问这幅照片拍的是不是现实里的图景。正是在这个意义上，我们也说一个陈述大致符合事实、不太符合事实、完全不符合事实。”^{〔1〕}应当说，这里讲的“现实”与“事实”都是指的一种客观的情况，而不是人们对事实的感受。因此，在一定的语境中，在本体论的意义上，“事实”当然可以作为“客观事实”的含义来使用。

同时，事实有时也被用来强调某种理论的价值。如我们说，“只有共产党能够救中国是事实”。邓小平曾讲，“社会主义的中国在经济、技术、文化等方面现在还不如发达的资本主义国家，这是事实”。^{〔2〕}他还说，“现在虽然我们也在搞社会主义，但事实上不够格”。^{〔3〕}这里所用的“事实”，表述的应当说是一种意见与判断，是一种理论观点（有的称这是“价值事实”）。一般认为，这种用法并无语病。语言是沟通的工具，只要实现有效沟通，而且语言的多义性之间并无导致逻辑混乱情况以及产生误用的效果，就不能否定其语义的合理存在。而且界定已经被使用的词语，即活的词语，只能从用语的角度，根据实践中有效交流沟通的需要进行，而不应当否认现实中词语的意义，而人为地限定某一词语的适用范围。

综上所述，事实可以作本体论意义上的概念，即客观事实，也称现实事实。这是指在客观世界中现实存在着的事物、现象及其变化过程等。在科学方法论中，它有时被标明为“事实1”。客观事实是

〔1〕 陈嘉映：“事物，事实，论证”，载中评网，学者社区：<http://www.china-review.com>。

〔2〕 《邓小平选集》（第2卷），人民出版社1972年版，第166页。

〔3〕 《邓小平选集》（第3卷），人民出版社1972年版，第225页。