

证据科学文库
EVIDENCE SCIENCE LIBRARY
主编·张保生



诉讼证明标准研究

李玉华等 / 著

中国政法大学出版社

国家社会科学基金项目编号05CFX019

D915.130.4

22

证据科学文库
EVIDENCE SCIENCE LIBRARY
主编·张保生



诉讼证明标准研究

李玉华等 / 著



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼证明标准研究 / 李玉华等著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 6

ISBN 978-7-5620-3655-5

I. 诉... II. 李... III. 诉讼 - 证据 - 研究 IV. D915.130.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第098504号

书 名	诉讼证明标准研究 SUSONG ZHENGMING BIAOZHUN YANJIU
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088 fada.zh@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908291(编辑室) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787×960mm 16开本 20.5印张 370千字
版 本	2010年5月第1版 2010年5月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3655-5/D·3615
定 价	48.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

证据科学文库

总 序

自 20 世纪 60 年代以来,随着心理学对证据法学的“入侵”以及概率论、经济分析、女权主义运动等社会科学和自然科学方法的采用,传统的证据法教义性研究受到挑战,证据法学研究呈现出跨学科发展的趋势。

在诉讼实践领域,随着科学证据的出现以及大量高科技手段在司法鉴定领域的广泛采用,传统的事实认定方法即以人证为中心的证明方法正在向以“物证”或“科学证据”为主的证明方法转变。达马斯卡关于证据法的未来是“事实认定科学化问题”的论述,以及何家弘教授关于“科学证据”时代已经来临的论断,喻示了一种可能性,即证据制度的不断完善与科技手段的运用相结合,或者证据法学与法庭科学相结合,有可能最大限度地减少冤假错案,促进司法公正。

进入 21 世纪以来,证据法学跨学科研究的步伐进一步加快。特别是 2005 年以来,英国威廉·特文宁教授将证据作为跨学科主题所从事的研究,美国戴维·舒姆教授对证据科学的概念、内在要素及整体架构所作的系统论述,中国政法大学为申报证据科学教育部重点实验室而对证据科学的学科性质、研究领域和研究内容所作的全面论证,标志着证据科学研究进入了学科理论体系的探索阶段。

证据科学以证据为研究对象,研究证据采集、鉴定技术以及案件事实认定的一般规律和方法,旨在解决司法实践面临的重大证据问题,破解事实认定的千古难题。最高人民法院前院长肖扬首席大法官说:“证据是实现司法公正的基石。加强证据科学研究,对有效维护广大人民群众合法权益,保证

II 诉讼证明标准研究

国家司法机关公正行使自己的权力，实现社会主义民主和法治具有特别重要的意义。”作为一门新兴交叉学科，证据科学的研究范围虽然十分宽泛，但其主要研究领域还是集中在证据法学和法庭科学的分别研究及其二者的交叉研究。因此，证据制度研究、证据规则研究、法庭科学技术的多学科发展和高技术化问题研究，以及法庭科学与证据法学结合的证据科学理论研究等，构成了证据科学研究的前沿领域。

“证据科学文库”将秉承“辨证据真伪、铸法治基石”的宗旨，以提升学术水平、推出学术精品和学术新人为目标，面向国内外证据科学研究学者，坚持“宁缺毋滥”的资助原则，为推动证据科学的发展和促进司法公正作出贡献。

中国政法大学证据科学教育部重点实验室
(证据科学研究院)

序

诉讼证明标准不仅是中国的问题，也是一个世界性问题；不仅是一个重要的理论问题，也是一个实践性极强的问题。在 21 世纪初，我国学术界对诉讼证明标准的讨论呈现出争鸣之势，出现了不同的观点乃至流派。这充分反映了在社会和法律的转型期人们理念的改变。理论上的争论也影响到了司法实践，在诉讼证明标准的理解与运用上，司法人员也出现了不同的认识。因此，对诉讼证明标准立足中国、放眼世界进行研究是非常有意义的。

我本人非常关注中外证明标准的研究，本世纪以来也陆续发表过一些文章，参与证明标准的讨论。李玉华是我指导毕业的博士，她自硕士论文《论诉讼证明标准》（2001 年通过答辩）的写作开始就一直在关注和研究诉讼证明标准，发表过多篇相关文章并写成了博士论文《刑事证明标准研究》（2005 年通过答辩），在此基础上又主持完成了国家课题《诉讼证明标准研究》。在课题成果提交专家评审之前，我就已经比较详尽地阅读过全文，并提出过一些建议。现得知成果顺利通过专家匿名评审，即将交付出版，欣然作序。

李玉华主编的《诉讼证明标准研究》是其多年研究诉讼证明标准的成果，充分体现了学术研究的连续性与创新性，具体来说有以下特点：

第一，对证明标准及相关理论的研究进一步深入。该书认为证明标准是诉讼证明体系中一个重要的独立范畴，与证明任务、证明要求等概念不同。证明要求和证明任务不属于诉讼证明的基本范畴，应当从研究中剔除，这是证据法学发展到一定阶段的必然要求，也是证据法学发展到一定阶段的标志。该书提出并阐述了诉讼证明标准的模糊性、主观性和客观性。将目的论、认识论与价值论共同作为构建证明标准的理论基础也是本书的独到之处。诉讼价值和诉讼目的在三大诉讼之间的差异，以及诉讼价值和目的对证明标准的不同要求，为

IV 诉讼证明标准研究

证明标准的多元化提供了理论基础和司法实践的现实需求。该书探讨了证明标准多元化以后将带来的一系列影响,认为不同诉讼证明标准的差异将导致对同一事实的认定可能出现不一致。辛普森案“刑事无罪,民事有责”的情况在我国也有了理论上的可能性,但出现在司法实践中还需时日。

第二,本书立足于我国三大诉讼的证明标准进行研究,这一视角注意到了三大诉讼证明标准在立法上的统一与协调。在证明标准的研究和讨论中,学者们往往是以刑事诉讼证明标准或民事诉讼证明标准或行政诉讼证明标准为研究对象。但是,证明标准如果体现在立法上终究是要考虑到三大诉讼证明标准表述的协调。本书意识到了这个问题,并且在三大诉讼证明标准的具体构建上提出了建设性的建议。

第三,本文注重对中国实际问题的研究。本书在写作过程中进行了大量的实证研究,围绕证明标准对基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院实际从事刑事和民事审判的法官进行问卷调查、座谈、个别访谈、阅卷;还对不同级别和地区的刑事、民事和行政裁判文书进行了分析等,这增强了本书的科学性。

理论上的创新往往伴随着质疑与争鸣,这是正常现象。本书可能也是如此。愿本书的创新之见在争鸣与实践中臻于成熟。

最后,值得一提的是李玉华和课题组成员(既有专门从事理论研究的,也有司法部门的实务工作者)团结合作、克服困难完成了课题。这种合作攻关的精神值得倡导。此书的出版是一个课题的结束,同时又是一个学术研究的新起点,我希望全体课题组成员在学术研究上继续前进,勇攀高峰!

陈光中

2010年3月

/ 目 录 /

I	证据科学文库——总序
III	序
1	第一章 证明标准概述
1	第一节 证明标准与相关概念
1	一、诉讼证明
5	二、证明对象
9	三、证明责任
14	四、证明标准
18	第二节 证明标准的属性
18	一、模糊性
20	二、主观性
24	三、客观性
26	第三节 证明标准的功能
27	一、指引裁判者认定事实
28	二、在刑事诉讼中指引控辩双方的诉讼活动
29	三、在民事诉讼和行政诉讼中指引当事人举证、质证
31	第二章 我国关于证明标准的争论
32	第一节 争论的由来和背景
32	一、争论的由来
36	二、争论的背景和原因
40	第二节 关于证明标准的主要学说

2 诉讼证明标准研究

40	一、传统客观真实论
43	二、法律真实论
45	三、相对真实论
46	四、误区论
46	五、客观真实论者的回应及其理论的新发展
49	六、诸种诉讼真实观的异同分析
55	第三节 争论的意义
55	一、展现了诉讼法学界“百花齐放、百家争鸣”的良好学风
56	二、促进了证据法学理论的发展
57	三、对司法实践产生了重要影响
59	第三章 证明标准构建的理论基础
59	第一节 证明标准构建的认识论基础
59	一、哲学上的认识论
63	二、诉讼认识论
66	三、认识论对证明标准构建的影响
85	第二节 证明标准构建的价值论基础
85	一、哲学上的价值论
86	二、诉讼价值论
89	三、公正、效率对证明标准构建的影响
97	第三节 证明标准构建的目的论基础
97	一、哲学上的目的论
99	二、诉讼目的论
100	三、诉讼目的对证明标准构建的影响
113	第四章 刑事诉讼证明标准
113	第一节 外国刑事诉讼证明标准的表述及评析
113	一、大陆法系刑事诉讼证明标准的表述

114	二、英美法系刑事诉讼证明标准的表述
118	三、比较与评析
120	第二节 我国刑事诉讼证明标准表述的选择及理由
120	一、内心确信与我国的诉讼文化传统难以契合
122	二、排除合理怀疑不具有更大的优越性
123	三、“事实清楚，证据确实、充分”符合我国的历史传统和文化习惯
126	四、对“事实清楚，证据确实、充分”的理解曾经存在片面性
127	五、正确解释“事实清楚，证据确实、充分”仍然能够解决问题
131	第三节 我国多元化刑事诉讼证明标准的构建
131	一、不同犯罪构成要件的证明标准
134	二、不同案件定罪的证明标准
135	三、量刑情节的证明标准
139	四、被告承担证明责任时的证明标准
141	五、达不到法定证明标准时的处理
149	第四节 刑事诉讼证明标准在裁判文书中的体现
149	一、证明标准在裁判文书中体现的必要性
152	二、目前刑事诉讼证明标准在裁判文书中的体现
159	三、多元化刑事诉讼证明标准在裁判文书中的体现
162	第五章 民事诉讼证明标准
162	第一节 外国民事诉讼证明标准的表述及评析
162	一、大陆法系民事诉讼证明标准的表述
165	二、英美法系民事诉讼证明标准的表述
168	三、比较与评析
170	第二节 我国民事诉讼证明标准表述的选择及理由
170	一、我国重新选择民事诉讼证明标准的探索与努力
171	二、优势证据标准不适合作为我国的民事诉讼证明标准
173	三、高度概然性应当成为我国民事诉讼证明标准的选择

176	第三节 我国多元化民事诉讼证明标准的构建
176	一、民事侵权案件的证明标准
182	二、民商事合同纠纷案件的证明标准
187	三、劳动争议案件的证明标准
190	四、婚姻家庭案件的证明标准
192	第四节 民事诉讼证明标准在裁判文书中的体现
192	一、目前民事诉讼证明标准在裁判文书中的体现
199	二、多元化民事诉讼证明标准在裁判文书中的体现
202	第六章 行政诉讼证明标准
202	第一节 外国行政诉讼证明标准的表述及评价
202	一、英美法系行政诉讼证明标准的表述
206	二、大陆法系行政诉讼证明标准的表述
208	三、比较与评析
209	第二节 我国行政诉讼证明标准的探索与选择
209	一、对传统行政诉讼证明标准的反思
211	二、理论界对行政诉讼证明标准的探索
214	三、司法解释对行政诉讼证明标准的发展及缺憾
216	第三节 我国多元化行政诉讼证明标准的构建
216	一、“事实清楚，证据确实、充分”的标准
223	二、“接近事实清楚，证据确实、充分”的标准
224	三、高度概然性标准
226	四、优势证据标准
230	第四节 行政诉讼证明标准在裁判文书中的体现
230	一、目前行政诉讼证明标准在裁判文书中的体现
234	二、多元化行政诉讼证明标准在裁判文书中的体现
236	第七章 证明标准多元化的影响

236	第一节 对同一事实的认定可能不一致
236	一、同一事实的界定
237	二、传统上对同一事实的认定具有一致性
237	三、证明标准多元化后对同一事实的认定可能不一致
238	四、“刑事无罪、民事有责”将成为一个难题
239	第二节 既判事实的预决力需要重新梳理
240	一、刑事诉讼既判事实的预决力
242	二、民事诉讼既判事实的预决力
242	三、行政诉讼既判事实的预决力
243	第三节 “事实清楚”等相关表述需要改变
243	一、一审作出裁判时“事实清楚”等表述需要改变
244	二、二审作出裁判时“事实清楚”或“事实不清”的表述需要改变
247	第八章 证明标准适用困难的解决
247	第一节 建立证明标准判例指导制度
247	一、证明标准判例指导制度的界定
249	二、建立证明标准判例指导制度的必要性和可行性
252	三、证明标准判例指导制度的具体构建
254	第二节 积极运用司法认知
254	一、司法认知的概念及其对象
256	二、司法认知对解决证明标准适用困难的积极意义
257	三、司法认知的效力
258	四、司法认知的适用程序
259	第三节 合理运用事实推定
259	一、事实推定的概念
260	二、事实推定对解决证明标准适用困难的积极意义
261	三、事实推定的适用范围
263	四、事实推定的效力

265	五、建立事实推定的规则
266	第四节 适当运用诉讼调解
266	一、诉讼调解的概念
266	二、诉讼调解对解决证明标准适用困难的积极意义
267	三、诉讼调解在三大诉讼中的运用
276	第五节 建立控辩协商制度
276	一、控辩协商的界定
277	二、控辩协商对解决证明标准适用困难的积极意义
277	三、控辩协商制度的建立
280	附录一：本课题进行实证研究设计的表格、问卷等
286	附录二：关于民事诉讼证明标准的调研报告
291	附录三：关于刑事诉讼证明标准的调研报告
301	主要参考文献
311	后 记

第一章 证明标准概述

第一节 证明标准与相关概念

近十来年我国的证据法学发展迅速，传统的观念、理论不断受到挑战，新的观点不断涌现，几乎在每一个问题上都有不同的观点和争论，出现了百家争鸣的局面。这对于学术研究来说是有积极的推动作用的。研究充满争议的证明标准就必须明确证明标准在整个诉讼证明体系中的地位，即厘清证明标准与相关概念的关系。

一、诉讼证明

界定诉讼证明是讨论证明标准的一个前提，因为对诉讼证明的界定不同，证明标准的外延也就不同。学界对诉讼证明有不同的认识，因此，有必要对诉讼证明进行界定。

（一）国外对诉讼证明的界定

1. 英美法系的诉讼证明。英美法系国家的证据法学理论鲜有关于证明概念的明确界定与探讨。我们随便翻开英美法系国家的证据法学著作和教科书几乎看不到关于证明概念的标题，在相关的章节如“证明责任”等章节中也很少提到诉讼证明的概念，即使提到也是寥寥数语，如“证明的含义是含糊不清的。我们有时用它表示证据，如证词或书证。有时，当我们说一件事情被证明时，我们的意思是就已提供的材料，我们确信：主张的事实是真实的。因此，证明是证据产生的确信或说服的最终结果”。^{〔1〕}

英美法系国家的法律也很少对证明下明确的定义。在《美国联邦证据规则》、《美国统一证据规则》中均未见到有关证明的定义条款，只有《加利福尼

〔1〕〔美〕约翰·W. 斯特龙主编：《麦考密克论证据》（第5版），汤维建等译，中国政法大学出版社2004年版，第648页。

亚州证据法典》、《加利福尼亚州民事诉讼法典》等少数州法规有相关规定。其中,前者第190条已经取代了后者第1824条,规定如下:“证明是通过证据在事实裁判者或法庭心中建立对某一事实的必需信念(的过程)”。^[1]《布莱克法律词典》对证明的解释是:“证据的效果;通过证据确立事实。该事实或情况导致内心作出肯定或否定的判断。通过展示证据使法官或陪审员相信或说服他们相信所主张事实的真实性。”^[2]

英美法系国家的证据法学理论鲜有对证明概念进行界定和探讨,这是与它们的诉讼制度息息相关的。首先,在英美法系国家,不管是刑事诉讼还是民事诉讼均实行对抗式诉讼,诉讼模式相同,相应证据制度没有什么差别,诉讼证明的概念也就没有什么区别;其次,英美法系国家的刑事诉讼实行审判中心主义,诉讼证明也是在审判阶段讨论,这也使得刑事诉讼中的证明与民事诉讼证明没有太大的差异。因此,英美法系国家对诉讼证明的概念没有太多的关注与争论。

2. 大陆法系的诉讼证明。在大陆法系传统中,对证明的界定,往往借助概念之间的比较得以说明。其中,在过程意义上,证明往往被定位于严格证明,与自由证明相对;在结果意义上,证明又与释明(疏明)相对,用以揭示其所应达到的主观确信程度。^[3]

“对于攸关认定犯罪行为之经过、行为人之责任及刑罚之高度等问题的重要事项,法律规定需以严格之方式提出证据,亦即所谓的严格证明。对严格之证明有以下两种限制:其一为有关法定证据之限制,即指被告、证人、鉴定人、勘验及文书证件;严格证明之证据只得依刑法第244条以下所规定之规则使用之。除严格证明以外,法院得以一般实务之惯例以自由证明之方式调查之,亦即可不拘任何方式来获取可信性(例如以查阅卷宗或电话询问之方式);在许多案例中对此只需有纯粹的可使人相信之释明程度即已足。刑事诉讼法并无明文对自由证明之程序有所规定。自由证明程序之适用如下:对裁判只具诉讼上之重要性之事实认定,例如有权提起告诉之人知悉犯罪行为及行为人之时间或者对证人年龄之认定;对除开判决以外之裁判中之事实认定(此在实体法上亦具重要性),例如:羁押命令之签发或开启审判程序之裁定。”^[4]

“证明(Beweisen)乃指,使法官对所指陈之事实产生确信。相对地,释明

[1] 何家弘主编:《外国证据法》,法律出版社2003年版,第196页。

[2] *Black's Law Dictionary*, Abridged sixth edition by the publisher's editorial staff, p. 844.

[3] 宋英辉、汤维建主编:《证据法学研究述评》,中国人民公安大学出版社2006年版,第289页。

[4] [德]克劳斯·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第208页。

则使人相信 (Glaubhaftmachung) 其具可能性即可, 例如法官之回避 (刑诉法第 26 条第 2 项), 回复原状之申请中理由之释明 (刑诉法第 45 条第 2 项) 及对拒绝证言时理由之释明 (刑诉法第 56 条)。”^{〔1〕} 我国台湾地区的证据法理论也采用这对概念。“提出证据而使法官获得完全之确信者, 即为证明; 唯提出证据, 若仅使法官获得大概可信而形成较为薄弱之心证者, 则非证明, 而称为释明。对于事实之认定, 原则上应经证明; 唯在程序有关之事实, 则以释明, 即为已足。”^{〔2〕}

(二) 我国对诉讼证明的界定

证明的概念在传统上没有什么争议, 但是近十年来, 随着我国证据法研究的繁荣, 人们对诉讼证明的概念开始出现分歧与争论, 这在刑事诉讼的证明中体现最为明显。表面上看是对定义的争论, 实际上涉及诉讼构造、证据制度的理论基础等深层次的问题。最主要的原因是我国刑事诉讼阶段的存在导致人们对刑事证明概念的理解不一致, 对民事诉讼证明和行政诉讼证明的争论与分歧在刑事诉讼证明的争论中均能体现, 故这里以讨论刑事诉讼中的证明为例。我国学者对诉讼证明的概念有不同的认识, 主要有以下三种代表性观点:

1. 传统的“大证明”观。传统的“大证明”观在我国的证据法学理论中长期占据绝对的权威地位, 近年来, 尽管受到了挑战, 但是仍然具有很大的优势。其代表性表述有: “诉讼中的证明具有自己的特点, 它是指司法机关或当事人依法运用证据确定或阐明案件事实的诉讼活动。”证明的主体在刑事诉讼中就是人民法院、人民检察院、公安机关和刑事诉讼的自诉人。^{〔3〕} “刑事诉讼中的证明通常是指公安司法机关在刑事诉讼中运用证据认定案件事实的活动。从广义上理解, 刑事诉讼证明还包括当事人和其他诉讼参与人依法提供证据、运用证据证明自己所主张的事实的活动。……从认定事实的角度讲, 整个刑事诉讼过程, 就是发现、收集证据并运用证据证明案件事实的过程, 刑事诉讼证明贯穿于侦查、起诉、审判的各个阶段, 侦查、起诉和审判机关都是诉讼证明的主体。同时, 诉讼当事人以及他们的辩护人或代理人为了当事人的利益, 也要进行有关证明活动, 因而他们也是证明主体。”^{〔4〕} “诉讼意义上的证明, 是特定的机关和诉讼参与人在诉讼过程中, 本着查明案件真实情况的目的, 依法运用证据来确定和阐明案件

〔1〕 [德] 克劳斯·罗科信:《刑事诉讼法》, 吴丽琪译, 法律出版社 2003 年版, 第 207 页。

〔2〕 林山田:《刑事程序法》, 台湾五南图书出版有限公司 2001 年版, 第 373 页。

〔3〕 陈一云主编:《证据学》, 中国人民大学出版社 1991 年版, 第 113 页。

〔4〕 陈光中、徐静村主编:《刑事诉讼法学》(修订 2 版), 中国政法大学出版社 2002 年版, 第 134 页。

4 诉讼证明标准研究

事实情况的活动。证明的主体是特定的机关和诉讼参与人。在刑事诉讼中就是人民法院、人民检察院和公安机关。刑事诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人、被害人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人以及这些诉讼参与人的辩护人和代理人。”〔1〕

传统的“大证明”观有如下特点：

第一，从诉讼阶段上来讲，“大证明”观认为诉讼证明贯穿于整个诉讼活动的全过程，即立案、侦查、起诉、审判各个阶段都存在证明。

第二，从内容上来讲，刑事诉讼中的证明通常是指公安司法机关在刑事诉讼中运用证据认定案件事实的活动，就是发现、收集证据并运用证据证明案件事实的过程；刑事诉讼证明还包括当事人和其他诉讼参与人依法提供证据、运用证据证明自己所主张的事实的活动。在这个意义上，诉讼证明活动几乎等于诉讼活动，因为诉讼活动就是围绕证据的收集和运用展开的。

第三，从证明主体来看，“大证明”观认为诉讼证明的主体非常广泛，包括人民法院、人民检察院和公安机关；刑事诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人、被害人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人以及这些诉讼参与人的辩护人和代理人。

2. “小证明”观。“小证明”是近年来中青年学者提出的挑战传统“大证明”的观点。其典型表述为：“从诉讼法的角度界定，证明就是国家公诉机关和诉讼当事人在法庭审理中依照法律规定的程序和要求向审判机关提出证据，运用证据阐明系争事实、论证诉讼主张的活动。”诉讼证明的主体是国家公诉机关和诉讼当事人。〔2〕

“小证明”观的特点主要体现为：

第一，从刑事诉讼的阶段来看，证明仅仅存在于审判阶段。

第二，从内容看，诉讼证明就是国家公诉机关和诉讼当事人在法庭审理中依照法律规定的程序和要求向审判机关提出证据，运用证据阐明系争事实、论证诉讼主张的活动，并不包括收集证据的活动。

第三，主体是公诉机关和当事人。人民法院不是诉讼证明的主体。

3. 将证明区分为自向证明和他向证明。即“司法活动中的证明，就是指司法人员或司法活动的参与者运用证据明确或表明案件事实的活动。这包括两层含义，其一是提出事实主张的当事人、律师、检察官等用证据向法官说明或表明案

〔1〕 刘金友主编：《证据法学（新编）》，中国政法大学出版社2003年版，第167～168页。

〔2〕 卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2000年版，第264页。