

吴高庆 主编

证据



学

清华大学出版社

证据法学

主 编 吴高庆

撰稿人(以撰写章节先后为序)

吴高庆 封利强 谭世贵

张 曙 王 艳 胡 铭

方福建 叶肖华 王建林

杨杰辉 宋高初 林劲松

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

证据是证明的根据,是认定案件事实的基础。本书从构建证据法学学科体系出发,对有关证据法律制度的内容进行了深入的阐释。本书系统地论述了证据制度的历史沿革、证据法的理论基础、证据法的基本原则、证据和证明的基础理论和知识,也包括证据的收集和保全、审查判断、举证、质证和认证;同时不仅关注立法与司法解释的最新变化,吸收国内外证据法学研究的最新成果,而且根据电子技术对证据的影响,设立专章阐述电子证据。

本书适合高等院校法学本科学生、研究生、教师及法律实务界人士阅读和使用。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

证据法学/吴高庆主编.--北京:清华大学出版社,2010.8

ISBN 978-7-302-23029-8

I. ①证… II. ①吴… III. ①证据—法学 IV. ①D915.130.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第111796号

责任编辑:方 洁

责任校对:王荣静

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:25.75 字 数:501千字

版 次:2010年8月第1版 印 次:2010年8月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:39.00元

前 言

教材是教学的基础。应清华大学出版社之约,我们组织浙江大学、浙江工商大学、浙江工业大学、宁波大学和浙江师范大学五所高校长期从事证据法学教学而富有教学经验的教师编写了《证据法学》。期望本书能够成为一部教师好用、学生易学的好教材。

本教材撰稿分工如下(以撰写章节为序):

吴高庆(浙江工商大学诉讼法学研究中心教授、校诉讼法学硕士点学科带头人):第一章、第十五章、第二十二章第三节“三”;

封利强(浙江工商大学研究法学研究中心讲师、博士):第二章;

谭世贵(浙江工商大学诉讼法学研究中心主任、教授、博士、博士生导师):第三章、第四章;

张 曙(浙江工业大学法学院副教授、博士):第五章、第六章、第八章;

王 艳(浙江工商大学诉讼法学研究中心教授):第七章、第九章;

胡 铭(浙江大学光华法学院副教授、博士):第十章、第十一章;

方福建(浙江工商大学法学院副教授):第十二章;

叶肖华(浙江工商大学研究法学研究中心讲师、博士):第十三章、第十四章、第二十章第五节;

王建林(浙江工商大学研究法学研究中心副教授):第十六章、第十七章;

杨杰辉(宁波大学法学院副教授、博士):第十八章、第十九章;

宋高初(浙江师范大学法政学院副教授):第二十章(其中第五节除外)、第二十一章;

林劲松(浙江大学光华法学院副教授、博士):第二十二章(其中第三节“三”除外)、第二十三章。

本教材由吴高庆担任主编。该书由主编提出基本结构,经作者集体讨论后分别撰写,最后由主编统一审定。

由于水平所限,本教材肯定尚有许多遗漏和不妥之处,敬请读者指正。

吴高庆

2010年仲夏写于西湖之畔

目 录

第一章 证据制度的产生与发展	1
第一节 人类社会早期的神示证据制度	1
第二节 大陆法系证据制度的历史沿革	7
第三节 英美法系证据制度的历史沿革	16
第四节 我国证据制度的历史沿革	26
第二章 证据法的理论基础	32
第一节 证据法的理论基础概述	32
第二节 诉讼证明认识论	41
第三节 诉讼证明价值论	48
第三章 证据法的基本原则	56
第一节 证据裁判原则	56
第二节 真实合法原则	60
第三节 直接言词原则	64
第四节 公平诚信原则	68
第四章 证据概述	71
第一节 证据的概念	71
第二节 证据的特征	75
第三节 证据能力与证明力	81
第四节 证据的意义	83
第五章 物证	87
第一节 物证的概念	87
第二节 物证的特征	88
第三节 物证的意义	89
第四节 物证的收集、保管以及审查判断	91
第六章 书证	99

第一节	书证的概念和意义	99
第二节	书证的特征和分类	101
第七章	证人证言	110
第一节	证人证言的概念和意义	110
第二节	证人的条件和权利义务	118
第三节	证人证言的收集和审查判断	130
第八章	被害人的陈述	135
第一节	被害人陈述的概念、意义	135
第二节	被害人陈述的特征	137
第三节	被害人陈述的收集和审查判断	138
第九章	犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解	144
第一节	犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的概念、意义	144
第二节	犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的特征	149
第三节	犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的收集和审查判断	164
第十章	当事人陈述	169
第一节	当事人陈述的概念和意义	169
第二节	自认	173
第三节	对当事人陈述的审查判断	177
第十一章	鉴定结论	179
第一节	鉴定结论的概念和特点	179
第二节	鉴定的分类	182
第三节	心理测试鉴定	186
第十二章	勘验、检查和现场笔录	192
第一节	勘验、检查和现场笔录的概念和意义	192
第二节	勘验、检查和现场笔录的特征	194
第三节	勘验、检查和现场笔录的内容与制作	196
第四节	勘验、检查和现场笔录的审查判断	199
第十三章	视听资料	202
第一节	视听资料的概念和意义	202
第二节	视听资料的收集和审查判断	209
第十四章	电子证据	215
第一节	电子证据的概念和意义	215
第二节	电子证据的特征	219
第三节	电子证据的收集和审查判断	220
第十五章	证据的学理分类	226
第一节	证据分类概述	226

第二节	原始证据与传来证据	227
第三节	言词证据与实物证据	230
第四节	直接证据与间接证据	233
第五节	本证与反证	237
第六节	控诉证据与辩护证据	239
第七节	主要证据与补强证据	241
第十六章	证明的概念与对象	244
第一节	证明的概念	244
第二节	证明对象	251
第十七章	证明责任	265
第一节	证明责任概述	265
第二节	证明责任制度的产生和发展	267
第三节	证明责任的分配	270
第四节	我国的证明责任制度	276
第十八章	证明标准	283
第一节	证明标准概述	283
第二节	国外诉讼法中的证明标准	286
第三节	我国诉讼法中的证明标准	292
第十九章	证据的收集与保全	300
第一节	收集与保全证据概述	300
第二节	收集与保全证据的主要方法	307
第三节	各种证据的收集与保全	313
第二十章	证据的审查判断	318
第一节	审查判断证据的概念和意义	318
第二节	审查判断证据的任务	320
第三节	审查判断证据的步骤和方法	325
第四节	审查判断证据的基本法则	330
第五节	死刑案件证据的审查判断	334
第二十一章	举证、质证和认证	339
第一节	举证	339
第二节	质证	344
第三节	认证	350
第二十二章	证据规则	357
第一节	证据规则的概念、功能	357
第二节	外国证据规则简介	359
第三节	非法证据排除规则	361

第四节	相关证据规则	364
第五节	传闻证据排除规则	372
第六节	自白和补强证据规则	376
第二十三章	推定和司法认知	382
第一节	推定	382
第二节	司法认知	390
参考文献		398

第一章 证据制度的产生与发展

第一节 人类社会早期的神示证据制度

证据制度,是指关于运用证据阐明和确定案件事实的法律规范的总和。由于任何法律的适用都要以事实认定为基础,所以,证据制度是诉讼制度的核心和基础,在整个法律体系中居于十分重要的地位。

受人类的认识能力和价值取向的影响,不同历史时期的证据制度不可避免地带有其所处时代的烙印。同时,不同国家由于司法体制、历史文化传统等方面的差异,其证据制度也各不相同。认识证据制度的历史发展规律,有助于我们加深对现行证据制度的理解。

在人类社会由野蛮走向文明的历史进程中,证据制度也经历了一个由蒙昧走向科学的过程。在人类社会早期,神示证据制度是一种较为普遍存在的证据制度。

一、神示证据制度的表现形式

神示证据制度是借助于神灵的启示来辨别真伪;以确定案件事实的证据制度。这一证据制度曾经盛行于亚欧各国的奴隶社会时期,直到欧洲封建社会早期仍然有着一定的影响。

由于获取神灵启示的途径多种多样,人们对神意的解读也是五花八门,所以,在不同的国家和地区,神示证据制度的具体表现形式各不相同。概括而言,神示证据制度中常见的证明方法主要包括对神宣誓、水审、火审、决斗、十字形证明、卜筮等。

(一) 对神宣誓

对神宣誓是指要求当事人按照规定的形式对神宣誓,以此来证明己方陈述的真实性。对神宣誓的内容一般是当事人对己方陈述真实性所作的保证。比如,

9世纪英国的“盎格鲁—萨克逊法律”规定,在索赔被窃财物的案件中,控告人的誓词是:“我在上帝面前宣誓,指控他就是盗窃我财物的人。这既不是出于仇恨、妒忌或其他非法目的,也不是基于不实传言或信念”;被告人的誓词是:“我在上帝面前宣誓,对于他对我的指控,我在行为和意图上都是无罪的。”如果当事人不敢进行宣誓,或者在宣誓过程中精神恍惚,导致了某种形式上的错误,或者出现了其他“有罪征象”,法庭便可以据此认定其陈述为虚假。如果没有出现上述情况,则法庭将认可当事人陈述的真实性。再比如,《汉谟拉比法典》第131条规定:“倘若自由民之妻被其夫发誓诬陷,而她并未被破获有与其他男人同寝之事,则她应对神宣誓,并得回其家。”

在某些情况下,法律不仅要求当事人对神宣誓,还要求有其他人的辅助宣誓。这些辅助宣誓的人被称作“旁证人”或者“助誓人”。在不同案件中,法律对“助誓人”的人数要求也有所不同。比如,西欧中世纪初期的《萨利克法典》第58条规定:“如果有人杀了人,而交出其所有财产,但还不够偿付依法所该缴纳的罚金,那么他必须提供12个共同宣誓人,他们将宣誓说‘在地上在地下,除已交出的东西以外,并没有其他任何财产’。”

(二) 水审

水审是指通过让被告人接受水的考验来获取神意,以判断被告人陈述的真伪,确定被告人是否有罪。水审又分为冷水审和沸水审两种。

冷水审是指,将被告人投入河中,以其是否被河水吞没来判断其陈述的真伪,确定其是否有罪。尽管很多国家都采用冷水审,但由于各民族文化上的差异,人们对神意的理解有所不同,于是导致了不同的判断标准。在古巴比伦,人们通常认为,被告人被河水吞没意味着神要对其进行惩罚。所以,如果被告人在河水中浮出水面,则被认为是无辜的;而一旦其沉入水中,则被认为是有罪的。例如,《汉谟拉比法典》第2条规定:“倘自由民控自由民犯巫蛊之罪而不能证实,则被控犯巫蛊之罪者应行至于河而投入之。倘没为河所占有,则控告者可以占领其房屋;倘河为之洗白而彼仍无恙,则控彼巫蛊者应处死,投河者取得控告者之房屋。”相反,在古日耳曼,人们把水看做世界上最圣洁的东西,不接纳任何污垢。所以,如果被告人在河水中浮出水面,则认为其受到水神的唾弃,应当被判定有罪;而一旦其沉入水中,则认为其被水神所接纳,应当被救起并宣告无罪。

沸水审是指,让被告人将手伸入沸水中取物,对其烫伤的手臂予以包扎并对神祷告,经过一段时间后根据其烫伤是否愈合来判断其陈述的真伪,确定其是否有罪。如果烫伤逐渐愈合,则认为被告人得到了神的庇佑,其陈述是真实可信的;而如果伤口溃烂,则认为是神对其加以惩罚,其陈述是虚假的。

(三) 火审

火审是指通过让被告人接受火或者烧红的铁器的考验来获取神意,以判断被告人陈述的真伪,确定被告人是否有罪。在不同国家的火审中,判断神意的方式不

尽相同。有的国家以被告人是否被灼伤作为评判标准。例如,依据9世纪法兰克的《麦玛威法》规定,凡犯盗窃罪,必须交付审判。如在审判中为火所灼伤,即认为不能经受火审的考验,处以死刑;反之,如果不为火所灼伤,则可允许其主人代付罚金,免处死刑。有的国家则以被告人的伤口是否愈合作为评判标准。例如,14世纪古塞尔维亚的《都商法典》第152条也规定,被告人想证明自己的清白,就必须从教堂门口燃起的火堆中,取出烧红的铁器,用手拿到祭坛上去。经过一段时间以后,如果被告人手上的灼伤愈合了,即可被宣告无罪;如果被告人伤口溃烂而不能愈合,则应当被认定有罪。

(四) 决斗

决斗是指在争讼双方各执一词,案情真伪难辨的情况下,法庭依据当事人之间武力争斗的胜负来判断当事人陈述的真伪,确定被告人是否有罪。决斗是在中世纪欧洲广为流行的一种神明裁判方法。

决斗要严格按照法律规定的程序进行。在决斗前,通常有法庭安排的宗教仪式,由裁判者请求神灵暗中帮助正义的一方。决斗在争讼双方之间展开。如果一方不敢参与决斗,则会被认为是畏惧神灵的惩罚,将以败诉论处。在民事案件中,双方当事人可以不亲自出场,而分别雇佣职业剑手进行决斗。法庭依据决斗的胜负来认定案件事实。在决斗中获胜的一方会被认为得到了神的帮助,因而是清白无辜的;而在决斗中失败的一方会被认为未能得到神的帮助,因而是有罪的。此外,如果一方在决斗前宣读誓词的环节出现了错误,也会被看做是神的旨意,法庭不必经过决斗即可判定其有罪。

此外,十字形证明与卜筮也是具有代表性的神示证据制度。十字形证明是指当事人双方对面站立,手臂左右伸直,使身体呈十字形,保持这一姿势时间最久者胜诉的证明方法。这一证明方法为信仰基督教的民族所采用。卜筮是指法官就当事人双方争议的事实向神祷告,然后进行占卜,根据卦象式签牌的内容判断何者胜诉的证明方法。

二、神示证据制度的基本特征

(一) 指导思想的宗教性

在远古时期,人类尚未摆脱蒙昧状态,对于各种自然现象和社会现象难以获得科学的解释,把神看作是万物的主宰并将各种突发事件的出现归结为神意是一种普遍的认知心理。同时,由于社会生产力极其落后,人类的生存能力很低,因而,祈求神灵的庇佑在某程度上成为人类的唯一选择。随着国家的出现和法律的产生,这种对神灵的信仰和崇拜常常被统治者利用,作为维护其阶级统治的重要工具。并且,人类认识能力的低下决定了人们在诉讼证明活动中揭示案件真相的能力受到极大的限制。在这一背景下,神示证据制度的出现就不足为奇了。因此,神示证据制度是在人类愚昧无知的背景下产生的,以宗教信仰为其思想基础。比如,

对神宣誓证明方法的有效性主要取决于宣誓人对神的畏惧。如果人们不信奉神灵,不害怕对神宣誓可能遭受神的惩罚,那么,对神宣誓将成为一道毫无意义的程序。再比如,水审、火审和决斗等证明方法的可接受性主要来源于人类对神灵的崇拜。假如人们不相信神灵是万能的,能够明辨一切是非曲直,并且会将神意以具体的方式呈现出来,那么,水审、火审和决斗等证明方法即使在当时的历史条件下也不可能获得如此广泛的接受。这种指导思想的宗教性从根本上决定了神示证据制度的落后性。

(二) 制度功能的辅助性

神示证据制度的另一个基本特征在于制度功能的辅助性。与历史上其他的证据制度不同的是,神示证据制度中所规定的各种证明方法并非直接适用于所有案件的审判中,只有在争讼双方各执一词,又缺乏足够充分的证据来对案件事实加以证明的情况下才发挥作用。美国人类学家霍贝尔在对初民社会法律进行深入的考察后指出:“从法律这一方面来说,一旦其手段不能收集到充分确凿的证据材料来解决案件的争议时,它便总是转向求助于宗教。在初民法律中,通过占卜、赌咒、立誓和神判等方法求助于超自然来确定案件事实的情况是非常普遍的。”^①所以,神示证据制度实际上并不排斥和否定证据的作用,裁判者只有在证据不足、案情难以明了的情况下才求助于神灵的启示。在这个意义上说,神示证据制度是一种辅助证明制度,神灵的启示是对依靠证据揭示案件真相的一种补充。

(三) 证明方式的间接性

证明方式的间接性也是神示证据制度的基本特征之一。神示证据制度中的各种证明方法基本上都不是直接用来证明案件事实,而是通过检验当事人陈述的真伪或者获取神灵的启示来间接地认定案件事实。就对神宣誓来说,这一证明方法发挥作用的前提在于当事人对于在神灵面前撒谎的畏惧,而这种畏惧心理在当时历史条件下是比较普遍的。因此,如果当事人敢于对神宣誓,那么其陈述的内容往往具有较强的可信性,于是,裁判者便可以将这种较为可信的陈述来作为认定案件事实的依据。就水审、火审、决斗等证明方法来说,这些证明方法并不具有“重现”发生在过去的案件事实的功能,其发挥作用的机理在于通过特定的仪式来探测神灵对于被告人的态度。这些特定的仪式,无论是将被告人投入水中,还是让被告人手持烧红的铁器,或者让双方当事人展开决斗,都与案件事实本身没有任何直接的关系,而仅仅是获得神灵启示的方法。

(四) 证明结论的随机性

由于神示证据制度下所采用的各种证明方法不具有科学性,裁判者据此获得的证明结论便具有很大的随机性和偶然性。比如,从科学的角度来看,接受水审考

^① [美]E. A. 霍贝尔:《初民的法律——法的动态比较研究》,周勇译,299页,北京,中国社会科学出版社,1993。

验的被告人是否会沉没与被告人是否有罪没有任何关系,而接受火审的被告人是否会被火灼伤以及伤口是否会愈合基本上取决于被告人的身体状况和环境因素,当事人之间决斗的胜负也是如此。即使就对神宣誓来说,当事人是否敢于对神宣誓在很大程度上取决于当事人是否信奉神灵,是否畏惧神灵的惩罚。所以,神示证据制度所规定的证明方法往往难以反映案件的真实情况,真正有罪的人可能侥幸逃脱处罚,而无辜者却可能不幸遭遇错判。这种证明结论的不确定性严重地损害了法的可预测性。

(五) 证明手段的残酷性

受当时历史条件的限制,神示证据制度下所采用的证明方法具有一定的残酷性。不论是水审,还是火审,都是让被告人的肉体接受某种考验,而在考验的过程中被告人随时都有受伤甚至毙命的可能。而判断决斗胜负的标准则通常是一方将另一方杀死。因此,神示证据制度是一种十分野蛮和残酷的制度。

三、对神示证据制度的历史评价

神示证据制度是人类社会最原始的证据制度,在当时特定的时代背景下具有一定的积极意义,但也不可避免地具有一定的历史局限性。

(一) 神示证据制度的积极意义

首先,神示证据制度体现了原始的公正性。神示证据制度与弹劾式诉讼(accusatorial procedure)如影随形,是早期弹劾式诉讼的特征之一。在弹劾式诉讼模式下,控告由私人提起,审判以言词辩论的方式进行,法官处于消极仲裁者的地位,控告人与被告人在法庭上具有平等的诉讼地位,拥有对等的诉讼权利。在这一背景下,一旦争讼双方在事实问题上存在分歧,缺乏足够充分的证据来明辨是非,那么,这种事实争议最终就会委诸神灵来加以判断,即由法官通过特定的方式来获取神的启示,然后再遵照神意来作出裁判。这一证据制度既能够保障法官的中立性,又能够保障争讼双方诉讼地位的平等,同时还确立了统一明确的证据采信和事实认定标准,对于保障原始的司法公正具有积极意义。

其次,神示证据制度在当时历史条件下具有可接受性。“在现代人的眼中,各种‘神明裁判’的方法是荒唐荒谬的。但在古代人的眼中,那些方法是神圣的,不容置疑的。”^①可以说,对神灵的崇拜是神示证据制度的可接受性的基础。由于人们普遍相信神灵能够在暗中帮助无辜者经受各种考验,并使说谎者或有罪者得到应有的惩罚,所以,通过祈求神灵启示的方式所确立的裁判便能够得到广泛的认同,司法的权威性也由此得以确立。

最后,神示证据制度能够在一定程度上促进真实的发现。如果说谎者或有罪者信奉神灵,那么,受心理因素的影响其在宣读誓词的时候就可能出现精神恍惚,

^① 何家弘主编:《外国证据法》,23页,北京,法律出版社,2003。

以致读错誓词的情况。在对神宣誓或者决斗制度中,法官均将据此作出对宣誓人不利的裁判,这显然对于查明案件真相具有积极意义。同时,接受沸水审和火审考验的被告人伤口的愈合也会受到心理因素的影响,其裁判结论同样可能在一定程度上反映案件真相。此外,在决斗过程中,有罪者的负罪心理及其对神灵惩罚的恐惧都可能制约其身体和精神状态,进而影响到决斗的胜负。这对于真相的揭示也有一定的促进作用。正是基于上述心理因素在揭示真相方面的积极作用,英美法系国家的证人宣誓制度一直沿用至今。

(二) 神示证据制度的历史局限性

首先,神示证据制度是一种非理性的证据制度。神示证据制度是与现代国家奉行的证据裁判原则背道而驰的。在神示证据制度下,法官审查判断证据、认定事实的权力受到较大的限制,在案件事实真伪不明的情况下只能求助于神灵的启示。法官在某种程度上成了仪式的主持者和神意的解读者,异化为类似于神职人员的角色。“那时候,法庭不是为查明案件事实设立的机构,而是为获得‘神灵指示’设置的场所。”^①所以,神示证据制度是以唯心主义为思想基础的,其产生是与当时生产力水平低下,科学文化技术落后以及人们的愚昧无知分不开的。以现代人的眼光来看,水审、火审乃至决斗的结果与案件事实之间根本不具备相关性。所以,这一证据制度揭示真相的能力极其低下,与后世的各种证据制度不可同日而语。

其次,神示证据制度在一定程度上沦为阶级统治的工具。在人类社会早期,统治者往往自觉地利用人们对神灵的敬畏来维护其阶级统治。在诉讼证明活动中,统治者借助于神明裁判制度进一步助长人们对神灵的崇拜,并按照自己的意志来确定显示神意的方式,给司法裁判披上神意的外衣,以维护司法裁判的权威性,巩固其统治地位。

最后,神示证据制度反映了原始的等级特权思想。在奴隶社会,奴隶不是法律权利的主体,而是法律权利的客体,奴隶主有权对奴隶进行随意处置,对奴隶的生杀予夺都不需要任何诉讼证据。在这一背景下,奴隶毫无诉讼权利可言,神示证据制度只适用于奴隶主和自由民。同时,处于不同经济地位的当事人在神明裁判中适用不尽相同的规则。比如,古捷克法律中明确规定,决斗只能在同一个阶级或者一个等级的当事人之间进行;如果决斗双方是绅士或领主,可以用剑和盾为武器参与决斗;如果决斗双方是农民或平民,只能手持木棍相互搏斗。

神示证据制度作为人类历史上最原始的证据制度,曾经在亚欧各国的奴隶社会时期和封建社会早期发挥了重要的作用。我国古代也曾实行过某些神判方法,比如,《周礼》中就有“有狱讼者,则使盟诅”的记载。不过,由于我国古代文明发达得较早,神判的方法适用较少,而且消失得也较早。在欧洲,随着人类认识能力的提高,神示证据制度的弊端日益彰显,其科学性与合理性不断受到人们的质疑。

^① 何家弘,《神证·人证·物证——试论司法证明方法的进化》,载《中国刑事法杂志》,1999(4)。

1215年,欧洲天主教拉特兰大教会明令禁止在其宗教法庭的审判中使用神明裁判。随后,欧洲许多国家相继废除了神明裁判。不过,决斗作为神明裁判的一种方式,仍然在欧洲存续了较长的时间。直到1818年,法国国会才明令废除了司法决斗。

在神明裁判制度退出历史舞台之后,原始的自由证明制度得以恢复。在其后的发展过程中,大陆法系国家与英美法系国家由于诉讼模式上的差异,逐渐形成了各具特色的证据制度。

第二节 大陆法系证据制度的历史沿革

一、法定证据制度的产生和发展

(一) 法定证据制度的产生

在欧洲大陆,伴随着封建君主专制制度的确立,体现着原始平等思想的弹劾式诉讼日益走向衰落,最终被建立在专制思想基础上的纠问式诉讼(inquisitorial procedure)所取代。与弹劾式诉讼模式下由私人提起诉讼不同,纠问式诉讼的本质特征是法官代表国家主动依职权追究犯罪。美国著名学者霍贝尔对此评论道:在原始法的发展过程中,真正重大的转变并不是在人与人之间的关系中实体法上的从身份到契约——尽管这是欧洲法在其后来发展过程中的一个显著的特征,而是在程序法上所发生的重心的重大转移,维护法律规范的责任和权利从个人及其亲属团体的手中转由作为一个社会整体的政治机构的代表所掌管。^①国家追诉原则的确立使得控告方收集证据的能力大大增强,法庭查明案件真相的能力得到了显著的提高。因此,纠问式诉讼模式的出现也在一定程度上加速了神明裁判制度的消亡。

在纠问式诉讼模式下,法官开始由消极的仲裁者转变为集控诉权与审判权为一身的司法官吏。而被告人只是承担诉讼义务的被追究的客体,与行使控诉权的法官显然不具有相同的诉讼地位和对等的诉讼权利。尤其是在神明裁判制度被废除以后,所有事实问题的最终的裁决权都归属于作为控告者兼裁判者的法官。并且,在纠问式诉讼模式下,不仅庭审前的调查活动是秘密进行的,法庭审判一般也不公开进行。法庭还拥有对被告人实施刑讯的权力,被告人常常成为被拷问的对象。比如,根据法国1670年的敕令,在刑事案件中,如果对被控犯有死罪的被告人已取得相当的证据而仍然不足以作出有罪判决时,可以对被告人实施刑讯。可见,

^① [美]E. A. 霍贝尔:《初民的法律——法的动态比较研究》,周勇译,369页,北京,中国社会科学出版社,1993。

在这一诉讼模式下,控辩双方之间的力量对比存在着显著的不平衡。孟德斯鸠曾言:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^①于是,如何规制法官的权力便成为一个亟待解决的问题。同时,封建君主为了加强对地方政权的控制,维护中央集权,也有必要通过法律对司法权施加必要的控制。

法定证据制度正是在这一背景下应运而生的。与国家取代被害人作为控告人相对应的是,法律取代神意成为司法活动中审查证据和认定事实的根据。封建君主专制制度的确立和纠问式诉讼模式的出现是法定证据制度产生的两个主要驱动力。从历史上看,法定证据制度对于维护中央集权和防止司法专横发挥了积极的作用。

法定证据制度在16至18世纪盛行于欧洲大陆,在德国、奥地利、俄国等国一直沿用到19世纪后期。最早规定这种证据制度的代表性法典是1532年神圣罗马帝国的《加洛林纳法典》。此外,具有代表性的法典还有1853年的《奥地利刑事诉讼法》和1857年的《俄罗斯帝国法规全书》等。

(二) 法定证据制度的基本内涵

法定证据制度,又称形式证据制度,是指一切证据的证明价值及其审查和运用规则都由法律预先作出明文规定,法官在审理案件的过程中必须据此认定案件事实的证据制度。在这一证据制度下,法官在认定事实的过程中只能机械地遵照既定的法律规则来审查和运用证据,而不得自由评断和取舍。

在法定证据制度下,立法者把证据划分为一定的种类,并依据运用证据的经验来确定每一种证据的证明价值,并将其看作是该类证据在任何案件中永恒不变的度量标准。根据不同种类的证据相对于案件事实的证明价值的差异,将证据划分为完全的证据与不完全的证据,又将不完全的证据进一步区分为不太完全的证据、多一半完全的证据和少一半完全的证据。一个完全的证据可以构成一个完整的证明,法官可以据此对案件事实予以认定;而一个不完全的证据可能只能构成1/2、1/4乃至1/8的证明,不能单独证明案件事实,而只能与其他证据结合起来证明案件事实。

法定证据制度的相关理论经历了积极理论和消极理论两个发展阶段。积极理论一直支配法定证据理论至18世纪前期。该理论认为,当刑事案件具备了法律规定的“完全的”或“完善的”证据时,无论法官个人对案件的看法如何,都必须作出有罪判决。18世纪后期,出现了法定证据制度的消极理论。该理论认为,当缺乏法律所规定的证据时,即使法官个人认为被告人有罪,也不得作出有罪判决。这两种理论均以是否具备法律预先规定的证据作为认定案件事实的根据,即使法官对案情仍有怀疑,也必须依法认定。然而,“消极理论不同于积极理论的,是大大减轻了

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,154页,北京,商务印书馆,1961。

形式证据理论的畸形弊害,反映了人道主义的影响,也反映了自然法学派和百科全书派对当时法官的专横提出抗议的影响”。^①

(三) 法定证据制度的基本特征

1. 证明价值的预定性

法定证据制度的基本特征之一在于,任何证据的证明价值都由法律预先加以规定。比如,1857年的《俄罗斯帝国法规全书》规定以下几种证据是完全证据:受审人的坦白,书面证据,亲自勘验,具有专门知识的人的证明,与案件无关的人的证明。这些证据具有完整的证明价值,具备其中之一即可认定案件事实。再比如,有的国家规定,证人证言只能构成1/2的证明;与案件有利害关系或个人信誉有瑕疵的证人证言是1/4的证明。

2. 证据评价的机械性

在法定证据制度下,由于法律对所有证据的证明价值预先作出了规定,法官在审查判断证据的过程中几乎丧失了自由裁量的空间和余地,只能按照法定规则来对证据的证明价值进行评估。法律通常会对证据加减法则作出明确的规定。一般说来,任何两个1/2的证明相加都可以构成完整的证明;任何两个1/4的证明或者四个1/8的证明加在一起都可以构成半个证明。如果证人证言受到对方的有效质疑,则该证据的证明价值将减半。

3. 证明结论的法定性

法定证据制度对于法官在何种情况下可以认定事实作出了明确的规定,因此,即使法官本人内心的判断与法律的规定不一致,也必须依法作出裁判。依据积极理论,只要把控诉证据加在一起构成了一个完整的证明,那么,法官就必须作出有罪判决;而依据消极理论,如果把控诉证据加在一起不能构成一个完整的证明,那么,法官就必须作出无罪判决。有些国家还针对具体案件明确规定了判断标准。例如,《俄罗斯帝国法规全书》第312条规定:审理强奸案件必须具备下列情况才能定罪量刑:①切实证明确有强暴行为;②证人证明被害人曾呼喊救助;③她的身上或被告人身上,或者两个人身上,显露血迹、青斑或衣服被撕破,能够证明有过抗拒;④立即或在当日报告。

4. 取证方式的野蛮性

在法定证据制度下,被告人的口供是所有证据中最有价值和最完善的证据,被称作“证据之王”(regina probationum)。因此,在刑事诉讼中,法官为了给被告人定罪,往往会千方百计地获取被告人的口供。法定证据时代的许多法典都将刑讯逼供合法化,并对讯问的内容、步骤和方式等作出了明确的规定。例如,《加洛林纳法典》第31条规定:“假如某人被怀疑对他人有损害行为,而嫌疑犯被发觉在被害

^① [苏]安·扬·维辛斯基:《苏维埃法律上的诉讼证据理论》,王之相译,90页,北京,法律出版社,1957。