

证据法理论与实证分析： 司法裁判个案评论（一）

罗筱琦 陈界融 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法理论与实证分析：司法裁判个案评论 (一)
/罗筱琦、陈界融著. —北京：中国法制出版社，
2004.2

ISBN 7 - 80182 - 249 - 8

I. 证… II. ①罗… ②陈… III. 民事诉讼 - 证据 -
法的理论 - 中国 IV. D925.113

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 009298 号

证据法理论与实证分析：司法裁判个案评论 (一)

ZHENGJUFA LILUN YU SHIZHENG FENXI SIFA CAIPAN GE AN PINGLUN YI

著者/罗筱琦 陈界融

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/ 13.625 字数/ 381 千

版次/2004 年 2 月第 1 版

2004 年 2 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 249 - 8/D · 1215

定价：25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66062741

发行部电话：66062752

编辑部电话：66032924

邮购部电话：66033288

读者俱乐部电话：66026596

作者简介

罗筱琦，女，西南政法大学法学博士，中国人民大学法学院博士后研究人员，广东商学院副教授。曾在《法学家》、《现代法学》、《国家检察官学院学报》、《人民司法》、《国家法官学院学报》（《法律适用》）等刊物上发表论文 27 篇。

陈界融，男，中国人民大学法学院法学博士，中国人民大学财政金融学院博士后研究人员。曾在《法学家》、《法学》、《政治与法律》、《人民检察》、《国家检察官学院学报》、《人民司法》、《国家法官学院学报》（《法律适用》）、《四川大学学报（哲社版）》等刊物上发表论文 33 篇。

内 容 简 介

证据是司法裁判的基础，证据法是证据裁判主义规则的集中体现。本书在对张映耀被诉交通肇事案的分析中，论述了司法认知法则、交通事故责任认定书的法律性质以及由本案引起的诸如检察官的具体刑权、刑事被害人的上诉权、主张建立汽车运输强制责任保险制度、犯罪被害人保护制度、交通事故故意责任刑罚体系，等等。在对董金铭被诉贪污、行贿案的分析中，集中论述了非法证据排除法则之非任意供述法则、非法搜查扣押排除法则以及传闻法则、被告人坦白法则（补强法则），特别是对我国现行《刑法》对贪污罪定义中的“以占有为目的……”提出了质疑。本书通过个案分析，一方面，拟达到弘扬证据文化，倡行证据逻辑思维的目的；另一方面，拟在我国法学研究百花园中，开创一片判例法学研究领地，以为实现包括司法文明在内的全面小康社会作出一点应有的贡献。

序

王利明*

西方法哲学中的“法是一系列的以制度手段实现其效力的规范，而正义则是一组使法正当化的文化价值”的思想，对今天的法律人来说，也并不陌生。随着司法改革的深入，“重实体，轻程序”的司法沉痾，逐渐为程序正义论所涤荡，程序公正是实体公正的保障与基础的理念，也渐入人心。程序正义，首先，应当体现在制订程序法时，必须将程序正当性原理在程序法中反映或揭示出来；其次，制订出的程序法，必须得到司法不折不扣的遵守，惟其如此，才能真正实现实体正义，也才能真正增强司法判决的公信力。

判例研究是指通过对具有典型意义的判例进行学理分析，从中发现立法的成功与不足，进而针对法律漏洞寻求填补办法与对策，并通过对判例的整理而探求立法体系的完善。由此可见，判例研究首先对立法的完善具有重要价值。但从中国现行立法体制来看，由于主要采用成文法体制，使判例研究的作用更主要地表现在其对司法的指导、

* 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师，第十届全国人民代表大会代表，第十届全国人民代表大会常务委员会法律委员会委员。

提供参考及促进法官素质提高等功能上。我国证据法尚未出台，在此大背景下，通过对典型判例的分析，阐明证据规则的内涵及其应用，对于学习和研究证据法具有重要作用。

本书的作者尝试以上生效的司法判例为研究对象，分析了司法裁判中程序性原则及其司法运用的重要性与现实性，特别是对刑事司法裁判中的证据法问题进行充分的论述。关于证据的“三性”（客观性、关联性、合法性）。作者指出：客观性，即真实性，如果不真实也即失去作为证据的最为重要的资格。关联性则为重中之重，因为具备真实性的证据非常之多，不可能把所有的证据都搬到法庭上来，那么就通过关联性这道“门槛”，将一些不具有关联性或关联性很小的证据，排除在案件之外，这样，就能最大限度地保证案件事实认定真实。而在证据“三性”中，争议最大的即是合法性。在民事诉讼中，对于当事人诉讼行为为之提出证据的行为，应当秉承法不禁者为自由的原则，只要法律不明文禁止以某种方式提出证据，当事人提出的，就是合法的。但是，在刑事诉讼中，就不能这么认为，相反，法律没有明文规定可以作的，公权力机关擅自作为就属非法，而不仅限于法律明文禁止的一些情形。因此，证据的合法性就是刑事证据法中的一个非常重要的原则。

合法性原则在刑事证据法中的体现，即是非法证据排除法则，主要包括非任意供述法则、非法搜查扣押排除法则、非法监听排除法则等。本书作者在第一个案例中，论述了司法认知法则、交通事故责任认定书的法律性质以及由本案引起的诸如检察官的具体求刑权、刑事被害人的上

诉权、主张建立汽车运输强制责任保险制度、犯罪被害人保护制度、交通事故故意责任刑罚体系，在第二案中，主要是集中在非法证据排除法则的论述以及传闻法则、被告人坦白法则（补强法则）的论述，等等，其中，有些论述也比较有新意。

尽管本书中不少观点尚有可商榷之处，某些论述也有待推敲，但由于本书的两位作者，曾在检察院反贪污受贿工作局工作过，曾从事过刑事辩护律师，既有一定的刑事司法实践经验，又有一定的证据法理论知识，相信本书所选判例，将为我们进行法学教学、研究，提供第一手的素材和资料，对于掌握证据法的相关知识也有一定的帮助。

以是为序。

2003年6月17日

论判决书内容中的法理分析

——代前言

判决书是人民法院行使审判职能的最终表现。我国人民法院判决书之内容几十年皆为事实陈述、法律适用、判决结果三大块式。这与改革开放特别是民主法治建设之态势格格不入。不可否认，现代国人法制观及其意识已非前人可比，即由事实（个案比照）积累而知晓法律变为由法理分析及法律规定而研习法律。环境更易、法制演变、意识更新之今日，强烈要求法随时变，判决内容因势而改，理应增加法理分析的内容。

一、有关国家判决中法理分析情形

1. 英美法系国家

在英美法系国家，其法律由法院采取一种从案件到案件的推理（reasoning from case to case）反复斟酌案件本质及合理性，依归纳方法逐步发展而来。判决即为法源，即判例法。从思维对象看，奉行个案思维即权利义务关系的一种思维。“在普通法法律家富有特性的学说、思想和技术的背后，有一种重要的心态。这种心态是：习惯于具体地而不是抽象地观察事物，相信的是经验而不是抽象概念；宁可在经验的基础上按照每个案件中似乎正义所要求的从一个案件到下个案件谨慎地进行，而不是事事回头求助假设的一般概念；不指望从被一般公式化了的命题中演绎出面

前案件的判决……”^① 高度地总结概括技能要求有高品质法官，也能造就出高品质法官，这一点从英美法系国家的法官选任上就能体现出来。英美法系国家的法官大多从一定年限的律师中选任，这些律师大部分有大学教授和政府公务员背景。特别是最高法院法官，任职时大都五六十岁，学识渊博、声誉卓著，且为终生制，其所为之判决，集自己学识、人格、对法律奉献精神于一体，不为他方权势所困，弃官式语言之呆板圆滑而以优美典雅之文风极力阐释自己独特见解。因此，极具浓厚美学韵味，又含深刻法理兼容极高艺术性之判决不断被奉献于世人面前，使人领略到五彩斑斓法律判决之美而倾心研读关注。因之，在英美国国家遂有“国可以一年无君，但不能一日无法（法官）”之景观。在这种法制氛围下，法官特别重视事实资料和经验知识积累，深入研习各种解决方法之可能性及后果，能认真充分考虑控辩双方见解，推动法制向前发展。在其判决中，判决理由（rationale）之法理分析为最主要内容。

2. 大陆法系国家

大陆法系国家均属成文法国家，但因文化背景传统不同，判决亦各有特色。如法国，最高法院判决内容、结构和文风都是法国法律思维特殊类型的极端表现。从字面上看，法国法院每一个判决都是一个单独句子组成。所有判决理由都可以从这个夹着一连串的以“鉴于……”为开头句子中发现，判决书中无专门叙述案件事实段落。判决通常措词简洁、文字精炼、表达清晰、说理简明扼要。当然，这与法国司法体系密不可分。不过这种过于僵化模式，使判决书变成空洞形式仪式书，已受到越来越多的批判。他们建议判决书放弃以“鉴于……”形式开头之千篇一律制

^① K. 茨威格特等著：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 458 页。

作模式，主张法官应在判决书中说明其论证，解释其判决原因，另外也不应隐瞒任何相关考虑。^①当然，司法体系不改，判决书文风亦不会更改。

德国，18世纪，理性法影响了人们的思想，成为许多改革运动精神动力。理性法学者以严谨的、逻辑数学的演绎方法著称。19世纪末，法律实证主义盛行，以法律无漏洞即一切法律问题可就现行法规定依逻辑推理寻得解决和法院严格依法判决，不能逾越法律规定为两个基本信念，使判决拘泥条文，立论重逻辑推理。至本世纪初，利益法学派崛起，力倡判决应致力于确定法律程序中固有之价值判断，并以之衡量所涉及之各项利益，二战后，在“盟国”干预下，力图构建法治国体系。法院判决一方面反映德国传统特色，旁征博引，逻辑严密，论述详尽；另一方面，大胆创新，创造了许多重要制度影响现代世界法制，为世界许多国家判决效仿。我国台湾地区法院判决也具德国气息。

二、我国判决书中，增加法理分析之必要性及意义

有法谚曰：法律是“理”与“力”的结合。有“理”无“力”乃道德；有“力”无“理”乃强权政治。判决反映国家意志体现社会理念，理应“理”“力”兼具。“理”即法理分析，“力”即法律规定。“理”“力”结合——判决结果。何为法理？法理即由法律根本精神演绎而得之法律一般原则。^②德国民法典第一草案称为“由法律精神所得之原则”；意大利民法称为“法的一般原则”；奥地利民法称为“自然的法原理”；日本民法称为条理。所谓条理，指与法律（包括习惯法）调和的法命题。

① K. 茨威格特等著：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第230页。

② 转引自杨仁寿：《法学方法论》，台湾1987年修订版，第176页。

现代法治，一切权力属于人民。国家机关及其工作人员活动受人民监督，对人民负责。公开原则为一切机关活动基本原则。就法院审判言，公开包括案由公开、审判公开（法定不公开除外）、判决理由公开、适用法律公开、判决结果公开等。英国大法官 Lord Acton 曾言：“秘密使人腐化，在司法亦然，任何事务经不起讨论及公开的均非妥当。”^①在专制时代，强权即真理，判决本身有不可告人秘密，何来公开？在法治时代，法庭审理案件，须经如下判断过程：首先，事实判断。即对所争事实，根据证据取信原则，依据程序法，作出事实认定。其次，价值判断。在事实判断基础上，依据正义、理性即法律进行法理分析，得出分析结论。在此基础上，依据法律规定，对欲适用之法律作出解释说明，以达明理。再次，法律判断。即基于事实认定、法理分析，寻找以该法理为理念，并适于该事实判断之法条。第四，判决结果。上述判断之必然产物。法庭审理即围绕上述四层次展开，亦应为判决书所体现。间或由于东方人重实体、轻程序之传统，我国判决仅做到审判公开之程序性公开。而未做到判断理由公开之实体性公开。久而久之，所为之无价值判断之乏理性的法律判断使人不惑而厌恶，有可能演化为对“恶法”（公民视其为）之抵触与反抗。此非法价值所欲容。

现代社会，科技革命日新月异，人们无暇顾及每一部法律规定。相反，却关注于身边每一个判决，极欲知晓判决所含法理。这中强烈愿望与判决无法理分析之呆板面孔形成极大反差：很少有人对判决书细心品味，或热烈讨论，代之以仅看事实陈述与判决结果。判决宣传法律、张扬法治目的很难达到。这种连判决书中法律规定（法条适用）都不看之现实，难道不是对判决书中应有法理分析之呼唤？

① Lord Acton and His Circle, Abbot Casquet (ed) .1906.p166.

笔者之所以力倡判决书中应有法理分析，还基于如下考虑：

第一，它能增加判决说服力，提高判决质量。法律是一门科学，每一法条背后皆有科学基础即法理。无论哪个国家，不可能采取诸如：“基于精神病患者在患病期间，其表意行为难断真伪，故其实施之民事行为因其意思表示欠缺有效要件而无效”之类方式制定法律。而采用简洁、严明方式直叙其意，其所含理念交由法官在具体案件审理中阐释。这就促使法官在个案审理中，细心研读法理，采取慎重务实态度。正确找法。据此，生成判决书多具法理依据，此即有助提高判决书说服力，确保高质量判决书产生。

第二，它能促进法律进步，有利于民主法治建设。实务中，因出现法条竞合乃至冲突，司法解释前后不一，本法与解释有别等情形时，判决如无法理分析，人们很难知晓法官如何这般处断。胜诉者，有侥幸感；败诉者，心有难服之处，甚至断定对方有后台或给法官行贿使然。因无法理分析，致判决无明理之效，当事人上诉与否，一片茫然。外界无从监督法院审判。如果有法理分析，当事人就能断定其胜败（诉）之处，可否当然，上诉与否，成竹在胸。对这类判决，必心服口服，主动履行。基于此，减少诉累，提高法院审判效率就成为现实。对某一判决法理分析若存异议，此即有争议之法律问题，必引起学者及实务界广泛关注，激烈讨论，其结果必利于争议解决，新制度创制，进而推进法理学的发展，促进法律进步。故关注、讨论、认同法理分析之过程，即为民主法治建设发展之进程。如北京海淀区法院，近年来广泛邀请学界讨论一些争议较大疑案新案，审理出一些在全国有影响之典型案件，其实效有目共睹，其风可扬。

第三，有利于增加法官人格魅力，造就出中国之名法官。在传统三点一式（事实陈述，法条引用，判决结果）判决中，法官个人判决风格皆为机械呆板之程式覆盖。判决之优劣，审判水平

之高低很难体现。法官高尚人格价值，不为世人知悉认同。久之，法官中必生不思进取，敷衍了事等“大锅饭”病。笔者多年司法实践，感触颇深。如某中级法院二审民事判决，近2000字判决书中，错别字和不知其意之字达29处。当发出检察建议后，竟将卷内判决撕走，又附新打印判决！具有法学学士之法官尚且如此，其他法官真不敢想象。也许这仅是特例。司法正义，源自法官正义人格。如果判决书中有法理分析内容，法官个人学识、观点、方法充分跃然纸（判决书）上，为众人知悉，一方面，增加法官责任感和进取心，提高竞争意识，促使法官学术上虚心学习不断进取；工作上勤勤恳恳，每一案件皆悉听双方当事人意见，认准事实，寻准法源，使其所办案件经得起历史检验。此即能展现法官独特办案风格，此风格，“就形式而言，为判决之结构及措词；就内容言，为判决理由之做成，尤其是关于立法资料，学者见解之参酌，法律外因素之考虑以及推理论证过程等。……”^①另一方面，可以建立正义、公平、理性之法官独立人格典范。这一点正是我国社会所急需和要树立而又缺乏者。如果判决中有法理分析，透过判决，可将名法官渊博法学思想，崇高敬业精神，博大人格魅力凸现出来，为法律工作者及公民所敬仰，为社会所肯定和力倡。因之，此高尚法官独立人格价值，乃社会之宝贵财富，法治盛世之显著标志，亦乃社会大众之万幸所在。然此独立人格价值之造就，基于：一、法官公平、正义及独立人格的培养。客观上，建立保障法官能独立之物质基础，与其职业成本相符之薪金（较其他职业成本为高，故高薪）。强化法官职业教育，建立严格资格考试，使法官有自觉提高自身品质紧迫感、自觉性。法官应清醒认识到，无公平独立人格，便无法在法官阶层中生存。其二，整个司法制度之科学定位。我国已走过艰

① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（一），台湾版影印件，第308页。

难法治历程，传统行政司法于一身之县衙作风，在一些党政领导中时有体现。理顺党与司法关系乃实现法官独立人格价值之关键。从理论上讲，未能或尚未上升为国家意志的党政意志，不能左右司法行为。“在党的代表大会上，不能制定法律。”党的政策或者领导人讲话、要求等不能作为法院办案“政策”或“现实”依据。^①党对法治之领导，体现在立法领导和工作监督上。即只能将党的意志，经法定程序上升为国家意志之法律，然后领导全国人民并模范遵守法律。否则，“严格执法”演化成“根据形势需要”执法。^②人民群众特别是全国人代会上，代表们对当前执法存在问题极为不满就说明这一点。党绝不能对法官检察官进行思想组织领导，对司法机关及其工作人员工作失职或有违法之处，党应通过党在人大中的党员代表提出质询案或罢免案形式予以监督，国家亦然。如若不然，要求法官忠于宪法、忠于事实与法律秉公办案、刚正不阿等美好盛景将成为欺世之辞。法官公平独立人格价值要求即如海市蜃楼。

三、判决书中法理分析之内容

1. 解释法律

不管我们承认与否，每一判决都是法官对法律的解释，而非法律在判决中的成像。法官未为计算机取代之现实，即说明这一点。只不过不同位阶的法院，其解释法律之效力不同而已。最高法院判决，其解释法律不仅对当事人具有终极法律效力，而且对下级法院具有参照作用。其他法院，其判决如果生效，其解释法

① 司法实践中，有人将党的政策称为办案之“政策依据”，有别于法律依据；将党政领导人对具体案件所作之“指示”、“要求”、“意见”等称为办案之“现实依据”，补充于独立办案原则。

② 参见《“依法从重从快”的来历》，《法学》1997年第8期，以及该刊系列文章。

律仅在当事人间发生法律效力，是当事人最直接、最具体，最现实的“法律”。一般说来，上级法院解释法律的结果，对下级法院审理类似案件有影响，有时左右下级法院之审判。更有甚者，检察院监督类似案件，也参照上级法院判决（即司法实践中“唯法（法院）”现象）。其原因，一者上级法院既有类似判决，无须再为深思，即使上级法院判决有误，亦一体遵循，省时省力，更无上诉被改判之虑；其二，特别是最高法院之判决，皆由或大多由审委会讨论决定。为司法解释者，也是这些人，更无理由怀疑其适法性，故信而采之。

笔者之所以将判决命题为法官对法律的解释，是因为法律用语多为书面语，每一法条皆有一定法理基础，非经阐明，很难将不确定概念具体化。特别是出现法条冲突或竞合情形，非经解释恐不能直接适用。法官任务就是将貌似枯燥乏味之法条，通过自己劳动，挖掘出法理基础，使其活现于判决中，明理于当事人间，令其讨回满意“说法”，心口服于判决并敬而自动履行之，以达主动守法之良景。一言以蔽之日，判决就是法官将法律解释于具体案件中的司法行为。“解释法律，系法律学之开端，并为其基础，系一项科学性之工作，但又为一种艺术。”^① 这门艺术只有法官才能创造。这也是最高法院有司法解释权（准立法权）的法理依据。

提到法官解释法律，必然论及解释法律目标和解释准则。解释法律目标是指法官通过对法律条文、立法文献及其附随情况进行解释，欲探究和阐明相关法条之法律意旨。其法律意旨为立法者制定法律规范时之主观意思，抑或存在于法律规范之客观意思，向有主观说及客观说两种不同见解。主观说认为，解释法律旨在探求立法者主观的、历史的意思。其立论依据：第一、立法

① 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第194页。

行为是立法者意思行为，通过立法表达立法者看法和企图，借助于法律以实现他们所追求之社会目的。因此，只有立法者才知道自己所要求的是什么；第二、立法者意思是一种可以借助于立法文献加以探知的历史事实。只要解释法律取向于这种可被探知的立法者意思，法院判决和决定便不知、捉摸不定，因此，主观说有利于确保法律之安定性价值；第三，基于三权分立原则，法院只能依法裁判，从而解释法律即应以探求立法者意思为目标。^①客观说认为，解释法律旨在发现寓存于法律，合于其理念之客观规范意义。旧主观说乃是概念法学之见解。随社会生活发展变化，立法者未曾预见之各种事态凸现于人们面前，如仍按立法者意思解释法律，将无法适应新情况，故客观说应运而生。按此说，法律一经制定，即从立法者分离而成为一种客观存在。立法者立法时赋予法律之意义、观念及期待，无拘束力。而作为独立存在于法律内部之合理意义具有拘束力。此乃为解释法律之目标。客观说立论依据：第一、一个具有意思能力立法者并不存在；第二、法律与立法者意思并非一体，具有法律效力的乃依法律形式表达于外部之表示意思，非立法者内心意思；第三、受规者所信赖者，乃法律之客观表示，非立法者主观意思；第四、唯客观说方能达成补充或创制法律之功能，倘秉主观说，则法律之发展将受制于“古老的意思”，不能适应社会发展之需要。^②对此，法哲学家 Radbruch 曾有形象比喻：“法律似如船，虽由领港者引导以出港，但在海洋上则由船长指示，循其航线，任意航行，固已不受领港者之支配。”^③ 否则无以应付惊涛骇浪、风云变幻。美哉其言。

① 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 206 页。

② 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 207 页。

③ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（一），台湾版，第 297 页。

关于解释法律之目标争论久矣，始自德国普通法时代，19—20世纪初多偏重主观说，至今日虽有现代主观说及折衷说，但仍为客观说占优势。我国应采用何说，学者未能述及，梁慧星先生认为“最高人民法院的批复、解答及所公布判例，给人以客观说印象。”^①但“印象”从何而来，未作阐述。事实上，我国学界及实务对此均未予以足够重视，将法律解释与解释法律混为一谈是原因之一。笔者所谓“解释法律”指法院在审理某一具体案件时，在查明事实基础上，为引用某一法条，依据法理对该规范所为阐释，以向当事人及相关人及相关人员昭示所选用之法因及该规范内涵，以达明理之目的，使所为判决有“理”有“力”。解释法律之大众化就是“适用法律正确”。其主体只能是法院。解释法律之表现形式及结果即判决。至于其他主体依自己学识，对某一案件适用法律所为之解释，无司法意义，非本文所关注。

关于解释法律之准则，应包括：

第一，注意文字意义之连贯与法规整体性规定。法官应凭自己固有之学识、人格，依据法理，把握要件，注意法条之专门性与连贯性。法律条文大多为专用术语，汉语语义丰富，同一词语在法条中与生活中可有不同之意。如“善意”，在日常生活中指“好意”，无坏心眼。而在法律中，则指知情与不知情而言。每一部法律，篇、章、节、条间有内在的、必然的连贯性，不能断章取义。

第二，法官应从公正立场出发，对某一条文应仔细了解立法目的，探求法律真谛。例如《民法通则》第125条规定“在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担民事责任。”某甲醉酒步入某乙在通道旁挖的渗污内溺死，不能因甲酒醉而解释为乙免责或部分承担责任。此条立法目的，为挖坑人设

① 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第209页。