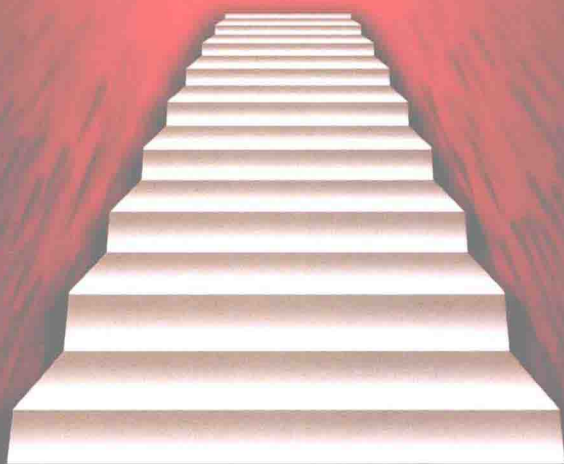




西安交通大学 学术文库

刑事证据裁判理论研究

张弘 著



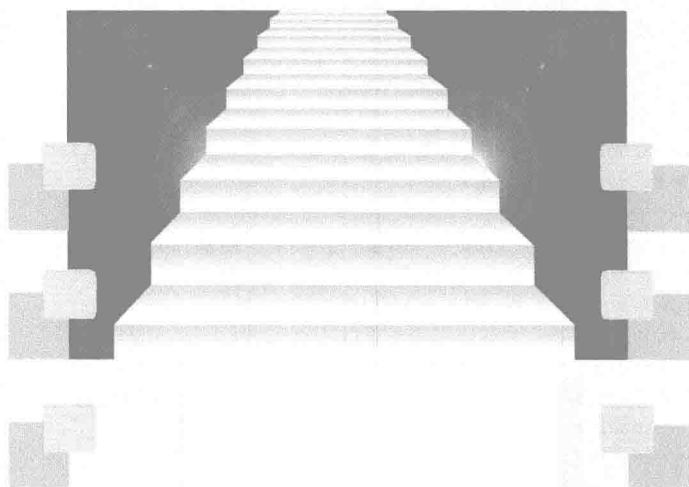
西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS



西安交通大学 学术文库

刑事证据裁判理论研究

张弘 著



西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

内容简介

证据裁判是诉讼的基石,在涉及生命与自由的刑事诉讼中尤其如此。刑事证据裁判理论关于证据能力的设定,反映了现代诉讼制度中对于程序公正的追求,而一系列证据规则的确立,则标志着刑事诉讼在实现打击犯罪与保障人权过程中注重多元价值的选择。刑事诉讼中的证据裁判理论,以证据的运用条件和运用规则为主线,涵盖了作为裁判主体的法官和陪审员在诉讼裁判中的证据职责、控辩双方的举证负担、证据对重建事实的作用、两大法系不同的证明责任和证明标准,以及证据裁判在非正式程序中的地位和作用。

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据裁判理论研究/张弘著. —西安:西安交通大学出版社,2015.10
ISBN 978-7-5605-8000-5

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑事诉讼-证据-研究
IV. ①D915.313.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 233950 号

书 名 刑事证据裁判理论研究
著 者 张 弘
责任编辑 蔡庆华 周 冀

出版发行 西安交通大学出版社
(西安市兴庆南路 10 号 邮政编码 710049)
网 址 <http://www.xjtupress.com>
电 话 (029)82668357 82667874(发行中心)
(029)82668315(总编办)
传 真 (029)82668280
印 刷 虎彩印艺股份有限公司

开 本 720mm×1000mm 1/16 印张 15.25 字数 243 千字
版次印次 2016 年 2 月第 1 版 2016 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5605-8000-5/D·225
定 价 49.00 元

读者购书、书店添货,如发现印装质量问题,请与本社发行中心联系、调换。
订购热线:(029)82665248 (029)82665249
投稿热线:(029)82668531 (029)82668526
读者信箱:xjtu_hotreading@sina.com

版权所有 侵权必究

作者简介

张弘,女,西安交通大学法学院副教授,法学博士,刑事诉讼法专业,证据法学方向。兼职律师。

先后毕业于东南大学、西北政法大学、中国政法大学,2009—2010年获中美富布莱特项目资助,赴美国西北大学法学院交流访问。2014年作为“双千计划”人才,于西安市碑林区人民检察院挂职担任副检察长。2013年8月被聘为陕西省人民检察院特约检察员。

序 言

证据裁判是现代诉讼制度的基本原则,在刑事裁判诉讼中尤其重要。刑事审判涉及被追诉人的人身自由、财产和生命安全,这些权力皆为公民的基本权利,受宪法保障,一旦误判,后果极其严重甚至无可挽回。定罪量刑必须以事实为依据,事实的确定依赖证据,以证据而非推测、猜想等不具有确定性的方式进行裁判,是现代诉讼的基本准则,也是多数西方成文法国家在法典中明确确立的原则。我国刑事诉讼法虽然没有以独立的条款明确规定证据裁判原则,但以证据进行裁判却始终贯穿刑事诉讼的始终。虽然证据裁判原则在我国的刑事审判中居于无可争议的基石地位,但我国立法并未构建系统的刑事证据规则。在英美法系证据规则中,有关证据资格的可采性规则是证据规则的主体内容,在我国的证据理论界也受到较早关注,学界的研究比较深入。但理论和司法实务明显脱节,刑讯逼供等明显不具有可采性的证据,在司法实践中却常常成为定案证据,错案频频曝光。比起证据能力,我国的审判实务更加关注证明力,证明力在我国三大诉讼法的司法解释中都有涉及。如果法官不关心证据是怎么来的,只要能够证明案情,都予以采纳,那么,所有可能出现的不当取证、非法取证,都可能愈演愈烈,直至真假难分。谎言掩盖真相、真凶逍遥、无辜冤狱、法律蒙羞……毋庸讳言,所有的冤案错案都有证据运用严重失当的情形。2000年曝光的杜培武冤案、李华伟冤案,引发了社会震动。在媒体和民众严厉谴责刑讯逼供的同时,学界开始关注错案中的证据运用问题。证据法在2000年之后逐渐成为显学,证据法典的立法的问题在2003年前后一度成为诉讼法学界研究的热点和焦点。著名的法学家陈光中教授、江伟教授、毕玉谦教授等后主编出版了关于证据法立法草案与建议稿,证据规则和证据裁判的理论在我国的研究逐步发展。正基于此,笔者在2003年考入中国政法大学攻读博士学位时,选择了刑事诉讼法学证据法方向,并将证据裁判原则作为学位论文选题。

证据裁判理论与四个基本要素有关:裁判主体、裁判证据、裁判事实以及法律适用。其中,证据判断选择与事实认定对案件具有决定意义。证据的运用条件涉

及到证据能力和证明力、证据规则体系则体现了现代文明诉讼理念中对多元社会价值的尊重与保障。事实认定是证明过程的结果,证明过程包含了证明对象、证明标准、证明价值等基本要素。证据和证明构成了证据裁判理论的主体架构,本书也重点围绕证据、证明规则和证明过程展开。

本书共分十章。第一、二章对“证据裁判理论”的基本含义、适用范围和发展历史作了概括性描述。阐释了本书的研究对象和范围,回顾了从神明裁判到证据裁判的发展历史。第三章是证据裁判理论的基础价值探讨。在这一章中,笔者试图展现现代证据裁判理论所具有的公平、正义、文明、理性、真实、科学、效率等诸多优良特质,这些特质被立法融合或附加在证据能力、证据规则、证明标准、证明责任等法律规范中,贯穿整个在诉讼裁判的过程中,融程序正义和实体公正于一体。第四章关于裁判主体的论述,并非本书重点,但却不可或缺。裁判主体承担着证据运用和事实认定的关键职责,其所具有的积极或消极的证据责任,与案件的结局息息相关。英美法系和大陆法系法官具有不同的裁判负担和证据职责,职业法官与外行陪审员存在裁判职能上的分工,这些都为我们观察证据裁判的过程提供了多种参考视角。第五章到第九章是本书的重点,这五章分析研讨了刑事证据裁判理论的基本要素,每一部分都有中国问题的对应探讨。其中第五、六、七章,重点探讨了证据功能、证据适用条件以及证据运用规则。对证据能力和证明力关系、合法性与证明功能之间的关系作了探讨性分析。第八、九章为证明过程分析。证明过程是控辩双方和裁判主体的思维过程,尽管人类的思维过程基本遵从同样的形式逻辑规则,但英美法系和大陆法系不同的诉讼制度和诉讼模式,还是不可避免地给最终的事实认定,打上了不同的烙印。本书希望通过对两大法系证明过程的探悉,发现并选择我们可以有效借鉴的域外视角,避免盲目概论。第十章是关于辩诉交易、诉辩协商、速决程序以及我国的刑事和解程序的研讨。在司法资源有限而刑事案件逐年增长的现代司法裁判中,诉讼效率早已成为世界各国不可回避并致力解决的话题。非正式程序面临的尖锐矛盾。是公正的相对性与效率的凸现性。证据裁判原则在此类速决程序中呈现弹性特点,但其依然发挥了基础调节作用。

原稿完成于2006年4月,作为我的博士学位论文,顺利通过答辩。我分别于2008年及2011年对原稿的大部分内容进行了修改。但由于惰性、散漫与“喜新厌旧”的心理,心思与关注点常常被新发现的问题吸引,故一直拖沓,而未能将书稿修订出版。然而近十来,刑事冤案、错案频频暴出,每个错案中必有证据错误问题,这一状况再次引发了我对证据运用基本问题的重新关注。略略回顾一系列已被曝光

的错案,证据问题令人触目:十年前的余祥林冤案、赵作海冤案中,对被害人(死者)身份的误认;浙江张辉、张高平叔侄冤案中,对监狱证人虚假证词的采信;呼格吉勒图冤案中,对被告人指甲缝里血迹鉴定的误判;于英生案件中,现场勘验中被遗漏的两枚指纹,等等。可以肯定地说,所有的冤案、错案都存在证据的问题。司法实践,用活生生的例证,再次提醒我们:证据裁判及其基础理论,必须成为刑事审判中非常重要且值得深入研究的研究论题。

理论的研究应当服务于实践并为实践提供依据和指导。2010年5月,两高三部联合发布了《办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件非法证据若干问题的规定》。两个证据规则旨在规范和加强司法部门在案件办理过程中对证据收集、判断和运用的立法指导,防止冤案错案。2012年刑事诉讼法修订颁布,证据制度有若干变化,非法证据排除规则正式入法,证据裁判立法得到进一步完善。

2013年,我有幸进入基层检察院挂职,深入司法一线,感悟刑事司法原生环境,并收集了大量的原始案件资料,对于案件办理过程中,证据运用存在的诸多问题有了更感性、更深刻的领悟。司法实践中,大量的证据运用问题需要学界进行理论研究、分析问题、总结问题并寻求解决方案,用以指导实践。如果审判实务能够严格依照证据裁判原则进行诉讼活动,那么,绝大部分的冤案是可以避免的。有感于此,我结合2013年刑诉法修订后的内容和挂职办案的感受,再次对书稿进行了补充、修改和调整,终成此书。

需要说明的是对于文中出现的所有引文,本应一一加以注释,以示学术规范和对作者的尊重,但因为注释较多,有的文献多处出现,故在第一次引注后,重复之处,省去繁琐重引,特此说明。另外,由于法律制度的不同,文中所指“我国法律”均不包括港、澳、台地区法律制度。

借此出书版之际,我要特别感谢我的博士导师宋英辉教授,感谢导师对学生在学期间的悉心指导,以及对本书作为博士论文所倾注的心血。多年来,导师潜心学术,心无旁骛,治学勤勉,笔耕不辍,学术造诣深厚,在学界享有盛誉。导师为人谦和,善解人意,深得学生敬重。在此,我诚挚地对导师说一声:“感谢您!感谢您的辛勤付出!”

特别感谢出版社编辑秦茂盛老师、周冀老师。在秦茂盛老师的鼓励与支持下,本书最终完稿并得以出版。周冀老师耐心细致地审阅,令我在修改中获得了新的学习机会,有了新的收获。衷心感谢编辑老师的辛勤付出!

最后想说,由于精力、时间和水平有限,本书尚有诸多不尽心意、尚待提升之处。对于缺憾与不妥,期待得到学界同仁、法律职业人的评判、指正,期待与同行有更深的交流和探讨。

张 弘

2015年4月11日于西安

导 论

证据裁判是现代诉讼制度的一项基本原则。作为解决纠纷的手段,人类社会曾经历了从原始、蒙昧的非理性裁判方式,到追求证据定案的理性裁判方式。在这一漫长的发展过程中,随着人类经验、知识的积累和认识能力的提高,证据以其特有的理性证明功能,逐渐占据了裁判的主导地位,并最终成为现代诉讼的奠基原则。因此,证据裁判,无疑是人类社会智慧和理性不断进步与发展的表征,是现代诉讼文明的必然结果。

人类历史上,无论何种裁判,其重要目标之一是探求真实,追求一种可靠的认知结果。证据作为一种已知的资料,记载了在已消逝的事实过程中留下的各种信息,这些信息能够帮助人们恢复或呈现消逝的事实,这就是证明。证明是一种认定事实的基本方法,这种方法经过人类长期的经验,被证明是一种具有高度可靠性的理性认知方式。证据裁判就是以证据证明为手段来实现对一种依消逝事物的探查。在人类发展的历史过程中,现代证据裁判比其他任何方式都更可能获得准确的结果。所以,证据裁判最终必然取代人类最初的裁判方式,神明裁判。

证据裁判自身在发展过程中也能经历了从表面理性到实质理性的演变。在中世纪法定证据裁判时期,证据的功能被机械固化,立法预先制定的各种证据规则,紧紧地锁住了法官的心智,法官成为简单的“计算器”。为获得法定的证明标准或证据类型,刑讯逼供合法化,被告人成为最直接的证据方法。在这一时期,形式证据被发展强调至极端,证据裁判的理性光辉被遮蔽,甚至其与生俱来的探查真相的优势功能也遭到了人为的损害。应当说,法定证据制度下的裁判并不是现代意义上的理性裁判。法定证据裁判方式,以真相为唯一追求目标,但它立法预先划分了证据的取舍与等级,虽然能暂时或部分满足裁判需要,却其从根本上是严重反科学、反理性的,因而法定证据裁判不能实现它追求真相的预设目标,也必将被自由心证裁判方式所取代。

自由心证的证据裁判才是人类理性发展完善的表现。自由心证制度充分意识

到证据与事实判断之间的复杂性和多样性,从而将对证据的判断、选择和运用的权力交由法官,充分发挥法官作为理性人的主观能动性。这样的裁判方式符合逻辑证明的科学判断规律,保障了证据裁判真实功能的实现。然而,现代证据裁判的意义远不止于此。真实,不再是文明社会诉讼追求的唯一目标,以公平正义的方式解决纠纷和社会冲突,已成为现代社会理性和文明的象征。证据,早已不再是简单意义上的证明工具,而是被赋予了更加深厚的内涵,承载了以正义的方式发现真实的多重使命。

总之,在司法领域内,与其他任何裁判方式相比,现代证据裁判无疑是最具有优秀程序品质的裁判方式。它在合理判断定证据和事实的同时,通过对裁判中的证据规则的设定,以及程序上的充分保障,限制了法官产生恣意、推测、猜想与臆断的随意性,它同时蕴含了实体法与程序法的双重功能,具有理性价值、保障真实价值、正义价值以及现代社会所必需的经济性价值。证据裁判以其自身特有的自然功能与立法的预设功能,彰显了证据对于裁判的价值以及裁判对于社会的价值。

基于证据裁判的重要意义,大陆法系多数国家在刑事诉讼立法中将其作为基本的诉讼原则,予以明文规定。如,日本刑事诉讼法第 317 条(证据裁判主义)规定:“认定事实应当依据证据”,韩国刑诉法第 307 条、法国刑诉法第 427 条、意大利刑诉法第 192 条,以及我国台湾地区刑事诉讼法第 154 条均有类似规定。英美法系虽未以制定法明示证据裁判条款,但英美判例法却积累并发展了完备的证据规则,对证据能力的关注甚至成为其诉讼制度的核心。

我国的司法裁判制度中一直强调裁判必须注重证据。进入 21 世纪后,学界开始关注证据理论。一批优秀的证据理论专著和证据法学教材也纷纷涌现。司法实务方面,2002 年最高人民法院先后发布了《民事诉讼证据规则》和《行政诉讼证据规则》,但至今,却一直没有颁布《刑事证据规则》。然而刑事裁判涉及到生命和自由,刑事证据规则,无疑是所有法律关系和诉讼程序中,最具有急迫性的、必要性的。2008 年,中国政法大学张保生教授接受最高人民法院委托,带领课题组经过几年的调研研究,出版了《人民法院统一证据规定——司法解释建议稿及论证》。2010 年 5 月,两高三部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。2013 年 1 月 1 日,《刑事诉讼法》修订实施,其中证据制度有较大修改。新法吸纳了非法证据排除规则,修改了证明标准,新增了证据种类和证人出庭作等条款。司法解释对证明对象、证明力等、非法证据的证明方法等做了进一步补充规定。

虽然证据裁判理论研究和立法在逐渐深入和扩展,但《刑事诉讼证据规则》的缺失,依然使实践中裁判主体对证据的理解和运用产生不可避免的差异。因为证据不足或适用错误而导致的错案,无时无刻不在提醒我们:证据裁判原则是刑事审判活动的首要原则,证据裁判中的证据、证据规则以及证明过程,都需要制定立法,予以统一规范,无证据法可依和法律适用不统一的现状,依然是当下亟待解决和必须改善的问题。

研究证据裁判原则,是在相当意义上对证据及其运用条件的研究。比如,何种资料可为证据、哪些事实需要用证据证明、法官如何判断和采纳证据、证据责任如何分配,自由心证如何制约,等等。这些问题或与证据本身的条件有关,或与证据的运用有关,都共同作用于裁判结果。如果裁判的结果是金字塔尖,那么,证据就是金字塔底,证明过程就是从塔底向塔尖攀登的过程。此外,证据裁判还涉及裁判主体、裁判客体和诉讼程序运行的程序性问题及若干基本原理等。

目 录

序言

导论

第一章 刑事证据裁判理论导论·····	(1)
一、刑事证据裁判释义·····	(1)
二、刑事证据裁判原则的适用范围·····	(5)
第二章 从神明裁判到证据裁判·····	(8)
一、非理性裁判方式——神明裁判·····	(10)
二、从非理性裁判到理性裁判的过渡——多种裁判方式并存时期·····	(19)
三、理性裁判方式——证据裁判制度·····	(21)
第三章 刑事证据裁判理论之价值分析·····	(28)
一、证据法属性界定·····	(29)
二、理性价值——刑事证据裁判原则之基础价值·····	(30)
三、真实性价值·····	(36)
四、正义价值·····	(39)
五、经济性价值·····	(44)
第四章 刑事证据裁判的主体——法官及其证据责任·····	(48)
一、英美法系刑事证据裁判主体的证据职责·····	(49)
二、大陆法系刑事证据裁判主体的证据职责·····	(56)
三、两大法系法官证据裁判职能评析·····	(61)
四、我国刑事法官的证据裁判职能·····	(64)
第五章 证据裁判的依据——证据·····	(74)
一、证据的界定·····	(74)
二、证据界定的功能视角——证明·····	(80)
三、证据的本质特性——相关性和证明力·····	(82)
四、证据的法律特性——证据能力和可采性·····	(90)
第六章 证据评价·····	(97)
一、评价什么——证据能力(可采性)·····	(97)

二、证据评价的内容	(100)
三、证据评价的依据	(103)
四、证据评价的方法	(106)
五、证据自由评价之制约	(108)
第七章 刑事证据规则——证据运用之价值选择	(110)
一、证据规则与诉讼模式关系概略	(111)
二、相关性规则	(116)
三、传闻规则	(125)
四、非法证据排除规则	(132)
五、自白规则	(140)
六、证人特权规则	(143)
七、刑事证据规则的发展趋势	(148)
第八章 刑事证据的客体——证明对象	(151)
一、案件事实与证明对象	(151)
二、以证明对象为标准的事实分类	(154)
三、证明对象的具体内容与证明方式	(158)
四、无需证明的事实——免证事实	(165)
第九章 从证据到事实——事实认定过程分析	(172)
一、事实认定的思维过程	(172)
二、普通法系与大陆法系不同的事实认定机制	(175)
三、事实认定的程度——证明标准考察	(178)
四、事实认定的证明方式——严格证明与自由证明	(186)
五、证明责任及其对事实认定的影响	(189)
六、事实认定过程的心证制约	(202)
第十章 刑事非正式程序中的证据裁判理论	(205)
一、非正式程序概述	(205)
二、刑事非正式程序中的证据裁判精神	(210)
三、证据裁判原则对我国的非正式程序设计的启示	(216)
参考文献	(223)

第一章 刑事证据裁判理论导论

古往今来,追求实体真实并在此基础上正确适用法律以实现惩罚犯罪与保障人权,是任何一种刑事诉讼模式所追求的理想目标之一。而如何准确认定犯罪事实,历史上曾经历了从神明裁判到证据裁判的演进。在相当长的历史时期,解决争议的主要方法并不要求实行“证据”制度;早期的解决纠纷的方式,如神明裁判、决斗裁判和宣誓裁判以及形成中的陪审团审判,都不需要具有第一手材料和信息的裁判官来做出决定。诉讼裁判的发展史,可以说从一个侧面反映了证据制度的产生、发展和变迁的过程,也是人类的裁判方式从蒙昧无知的非理性裁判方式到主动运用知识、智慧和良心进行证据裁判的理性方式的演进历史。

一、刑事证据裁判释义

刑事诉讼程序是以确定犯罪的有无和正确适用刑罚为最终目的。犯罪的有无以及刑罚权的适用皆须以犯罪事实的认定为基准。事实的构建,可以有多种方式,如推测、占卜、幻觉、猜测、梦幻、想象等等,而只有以证据证明的方式认定的事实的才最具理性。“人类长期的认识实践说明,采用已知的事实或固有的经验来解释和证实未知的事实,是一种有效的方法,体现出形式逻辑的缜密性与可靠性。换句话说,使用已知的证据来认识和反映未知的证明对象,并且对证据本身的可靠性采取严格考察的态度,是人们准确认定事实、避免错误的主要途径。”^①在诉讼发展史上,裁判的方式随着人类社会经济基础的变化而变化,从神明裁判、法定证据到自由心证的裁判方式,都随人类知识的增长和对大自然征服能力的提高而呈现出不断从低级走向高级的合理化进步。

证据裁判,简言之,就是以证据证明的方式重建案件事实并在此基础上适

① 陈浩然. 证据学原理[M]. 华东理工大学出版社, 2002 年版, 第 3 页。

用法律所进行的裁判。在诉讼中,对于案件事实的认定必须依靠证据进行,没有证据或证据不充分,不能认定案件事实。正如台湾学者陈朴生先生所言:“无证据之裁判,或仅凭裁判官理想推测之词,为其裁判之基础者,均与证据裁判主义有违。”^①证据裁判是人类理性的反映,是近现代诉讼的基石。

刑事证据裁判比起民事诉讼、行政诉讼以及其他诉讼而言,是最为必要和最为严格的,因为刑事诉讼决定了被追诉人的生命权、自由权,也包括财产权利,生命和自由是无价的,是最基本和最重要的人权,刑事诉讼自然对事实真相和程序公正的要求最高,而证据裁判正是对真实和公正最基本的保障。

证据裁判原则中包含证据、事实与裁判三个紧密相连的基本要素。

第一,证据要素。证据是证据裁判中的基本和关键要素。证据普遍存在于我们的日常生活中,人们在自觉不自觉中运用证据解决着工作和生活中的很多问题。司法裁判中的证据与日常生活证据并无本质差异,但在具体适用方面却有着更严格和更专业的要求。诉讼中的证据,涉及证据的可采条件(证据资格、证据适格)和运用规则,即证据能力、证明力和证据规则,这些内容是裁判证据的主要内容和研究目标。从诉讼进程和证据范围的动态变化关系考察,随着程序的深入,证据范围逐渐缩小。即诉讼之初当事人各方提交到法庭的证据是最宽泛的证据来源,这些证据在法庭上经过法庭程序调查和证据规则门槛,淘汰部分不具备法律条件的证据,排除不可采的证据,再经过法官的综合权衡,最终成为定案证据。这是一个逐步精简的过程。被筛选掉的证据也许在日常生活中可以用于证明,但在司法裁判中却由于不符合证据条件而被排除出去,这正是裁判证据与生活证据的区别所在。

诉讼中的裁判证据,必须包含法律要求,满足法律关于保障真实,实现公平、公正、理性、科学、文明和效益等诸多价值元素。因此,为诉讼外的证据附加基本的法律入门条件是必要的。裁判证据要满足相关性、真实性、合法性的需要。而合法性正是诉讼证据的法律特征。合法性与诸多可采性规则有关,构成了英美证据法的基本框架和主体内容。研究裁判证据的属性和运用规则,构建法律职业人的共同语言,使参与诉讼各方能够在规则的框架下分析运用和判断证据,这是证据法学科的重要任务之一。

证据的经验属性和法律属性在多数国家是以证明力和证据能力或相关性(relevance)和可采性(admissibility)来描述的。当事人提供的证据必须同时

^① 陈朴生著,《刑事证据法》[M],台湾三民书局,1979年,第13页。

满足具有证据能力和证明力这两个条件,才有可能被采纳为定案证据。因此,一般而言,裁判过程通常包括对证据能力的审查与对证据证明力的调查两方面。

证据能力是解决何种证明资料可用于支持当事人的诉讼主张而可能被接受为定案根据的资格或条件,“何种资料可为证据,及如何收集、如何利用,此与认定之事实是否真实及适用之法律能否正确极关重要”。^① 英美陪审团审判尤其要求证据应具备可采性,方可提交法庭,这一资格条件可称之为“证据门槛”。何种资料可跨过门槛,进入法庭,进入实质的调查环节? 门槛设置标准的高低将可能直接影响法官可用于定案的证据数量。英美诉讼程序的审前证据动议或庭审中的暂停商议正是解决证据入门的程序。大陆法系的庭审调查以及部分庭前动议也具有同样功能。如何设立符合我国自己现实状况的证据能力门槛,使其能够同时满足定罪与公正保障的目标是本文探讨的问题之一。

证明力是证据具有证明功能的本质要件,涉及证据与要证事实之间的联系,对这种联系的判断与经验和常识有关,也与法律的设定有关。英美法系与大陆法系分别以不同的方式对证据能力与证明力进行检验:英美法系重在以法定条件限制和控制证据能力并重点审查证据能力,大陆法系则将重点落在证据调查程序上,普遍规定未经合法调查之证据不得采为认定事实的根据;最后,证据如何运用。英美法系当事人主导证据调查,证据运用受到证据规则的严格约束。在定罪程序中,英美法系的证据规则包含了严格的证据可采性的规范要件。大陆法系法官主导证据调查,立法较少规定证据能力,证据能力和证明力由法官认定。此外,证明体系中涉及证明对象、证明程度、证明责任等若干重要理论,对这些问题在证据裁判中的作用、地位及运用状况及其考察,都是证据要素所要研究和探讨的问题。

第二,事实要素。司法裁判中的事实认定是裁判的基础。证据是事实认定的基础。证据经过法庭调查后,法官运用经验法则、逻辑法则和伦理法则进行推理证明,得出案件事实。诉讼中的事实有其自身的特点:首先,并非所有的事实都需要查清判明,需要查明的是与定罪量刑有关的事实。与定罪量刑有关的事实包括实体法事实、程序法事实和证据事实,或者可以将事实分为主要事实、次要事实、辅助事实等。这些事实的具体内容在文中都有涉及。对于

^① 刁荣华主编,《比较刑事证据法各论》[M],汉林出版社,1984年版,第1页。

不同的事实分类,立法规定了不同的证明方式和证明标准。主要事实或实体事实通常需要对证据的可采性、合法性严格审查,采用严格的证明方式,达到最高的证明标准。多数次要事实或程序事实可以采用宽松的证据标准,以自由证明方式审查,达到优势证明标准即可。其次,某些事实可以不需要证据加以证明,这就是免证事实。免证事实包含司法认知和推定。司法认知在普通法系比较发达,我国适用较少。推定,是建立在具有高度盖然性的统计学基础之上的,是以一个已知的基础事实推导出另一个待证的事实。推定的设立具有减轻证明难度、节约司法资源的意义。推定与证据裁判具有互补关系,由于推定具有高度盖然性而非必然性,依然有例外存在,当有反证出现时,推定规则即行退让,争议事实依然需要证据证明。推定在民事诉讼中适用较多,而在刑事诉讼中则被严格限制适用,以确保证据裁判对案件事实真相的认定保障。最后,事实的认定与法官的个人经历、成长背景、社会地位、教育程度、职业经验都有一定的内在的关系。事实判断更多表现出经验而非法律的特性。

第三,裁判要素。证据裁判中的“裁判”,是一种运用公权解决纠纷的方式,是法院或法官的诉讼行为,是一种意思表示。现代意义的裁判,是由中立的法官,在公开的法庭上,以听取双方当事人的举证和辩论,在对证据进行充分的核实查证的基础上,对双方的纠纷依据法律规定所做出的权威性裁断。裁判的实质是一种诉讼上的处分。裁判不是瞬间完成的,不是突发的灵感,更不是粗略的直觉和盲目的推测和臆想,而是一个接受证据、调查证据、判断证据并最终运用证据认定事实进而做出裁断的思维判断过程。其中证明的过程与逻辑推理、心理学以及法官的经验等个体因素密切相关,是司法裁判理论研究的重点,也是难点。

司法裁判也涉及几个因素:一是裁判主体。证据裁判中的主体,必须由具有中立地位的第三者担任。裁判主体必须亲自参与法庭审理,参与对于证据的直接接触。为保障裁判的民主性,许多国家采用了陪审制裁判。二是裁判客体。裁判的客体是被提交法庭进行审理的人和案件事实,即被告人和被控诉的犯罪事实。在裁判事实中,公诉事实具有重要意义,公诉事实决定了裁判权行使的范围以防止审判权的无限扩张。台湾学者陈朴生教授指出,“在诉讼过程中,证明是一种职权行为与裁判结果,指的是按照法定的程序,通过证据的作用,由裁判人排除争议,确定案件事实的判断与推定活动及其最终结果”,“证明又是一个事物之间内在联系的分析与认识,证明的科学价值在于其内在