

证据法前沿问题研究

著 蒋雪琴



四川大学出版社



责任编辑:孙滨蓉
责任校对:曾 鑫
封面设计:墨创文化
责任印制:王 炜

图书在版编目(CIP)数据

证据法前沿问题研究 / 蒋雪琴等著. —成都: 四川大学出版社, 2015. 10
ISBN 978-7-5614-9055-6

I. ①证… II. ①蒋… III. ①证据—法学—研究—中国 IV. ①D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 245472 号

书名 证据法前沿问题研究

著 者	蒋雪琴 韦永睿 邵 燕 纵 博
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-9055-6
印 刷	四川永先数码印刷有限公司
成品尺寸	148 mm×210 mm
印 张	7.875
字 数	208 千字
版 次	2015 年 10 月第 1 版
印 次	2015 年 10 月第 1 次印刷
定 价	25.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。

电话:(028)85408408/(028)85401670/
(028)85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。

◆网址:<http://www.scup.cn>

前 言

证据是诉讼的灵魂，证据法是诉讼制度的核心。但在我国，证据法学的研究在很长时期内都没有受到重视，直到近些年，证据法学的研究才随着诉讼制度改革和司法实践的变迁而成为研究热点。目前学术界对于证据法学的研究已经密集地开展起来，关于证据能力、证明力、证明责任、证明标准、推定、司法认知、各类证据规则的文献已经汗牛充栋。但证据制度与诉讼制度的其他方面不同的是，由于规范的对象是千变万化的证据及事实，总是有层出不穷的新问题出现，所以给学术研究不断地提供新素材，造成一个又一个新的前沿问题，迫使证据法学者必须紧密跟随实践的步伐，开拓新的研究领域，为司法实践提供学理支持。然而，目前我国证据法学的研究依然未能形成体系化、系统化的路径，学者的研究大多分散于各个议题，无法形成攻破新领域的合力，也缺乏学科内的领军人物对研究方向进行指引。所以，对于随着司法实践发展而出现的需要解决的新问题，基本上还只是消极应对，在问题出现之后再行理论总结和探讨，为问题的解决寻求方向。

基于此，我们将近年来对这些问题研究的心得结集成这本《证据法前沿问题研究》，希望能够对这些热点问题的解决提供一些思路。

证明标准问题是实践中的重要问题，学术界对证明标准的问题探讨也很多。《刑事诉讼法》引入了“排除合理怀疑”的证明

标准,但这一标准是否能够适用于我国,仍需进一步检验。《不兼容的排除合理怀疑》从诉讼模式方面对“排除合理怀疑”标准在我国刑事诉讼中的适用进行了探讨。《中美民事证明标准差异的经济分析》从经济分析角度,对我国与美国民事诉讼证明标准不同的原因进行了解读。证明责任也是证据法学中的热点问题之一,且该问题十分复杂,我国的证明责任理论依然十分薄弱,还有许多理论难题有待突破。《刑事证明责任与推定的理论难题探析》对我国刑事诉讼中被告人承担证明责任的理论基础进行了总结,并且探讨了推定的设置、界限、适用等问题。《论我国民事程序中的推定》则对民事诉讼中推定的概念、法律推定的正当性、民事诉讼中的推定进行规范及学理的分析。由于目前我国证据规则日益繁多,对证据规则进行学理阐释也是证据法学的重要任务。《论证据客观性保障规则》对我国司法解释中若干证据规则的性质进行界定,为司法实践中这类规则的适用提供了新思路。《中国刑事证据法的原子主义倾向》基于达马什卡对根据证据认定事实的模式分类,认为我国在证据的印证要求以及证明标准的设定方面均体现出原子模式的特征。《浅议法定证据制度与司法公正和权威的关系》通过对司法公正、司法权威概念的探讨,结合法定证据制度的含义,认为法定证据制度虽然可以提高司法的可预见性,防止法官擅断,但不能促进司法公正和权威。《刑事诉讼中瑕疵证据补正的若干操作问题研究》《对瑕疵证据“合理解释”的解释》《再论瑕疵证据的补正与合理解释》三篇文章,对我国司法解释中规定的瑕疵证据补正与合理解释规则适用中的若干问题进行学理和实践角度的分析,为这类新类型规则的合理适用提供了理论参考。《情态证据在刑事审判中的使用》则对情态证据在我国刑事诉讼中使用的范围及限制进行探讨,为这种法定证据形式之外的证据使用奠定了理论基础。《强制医疗程序中的若干证据法问题解析》则对刑事诉讼法

新增设的强制医疗程序的证明对象、证明标准、证明责任等问题从证据法基本原理层面进行阐释。

然而，受篇幅限制，对于证据法中其他前沿问题，本书未能全面涉及，但作为专门从事研究证据法学的青年学子，日后还将加强学术敏感性，深入实践发掘新的问题、难题，从证据法理角度对这些问题、难题提出解决途径和方法，并争取在本土化证据法理论上实现突破，为我国证据法的发展提供些许助力。

纵 博

2015 年 5 月于四川大学望江校区

目 录

不兼容的排除合理怀疑	(1)
一、导论	(1)
二、司法运作的两组模式	(2)
三、对中国刑事程序的观察	(9)
四、制度环境下的认知过程	(17)
五、结语	(22)
中美民事证明标准差异的经济分析	(23)
一、引言	(23)
二、研究现状述评	(25)
三、好的证明标准能够降低诉讼成本	(30)
四、诉讼制度的差别决定了中美需要不同的民事证明标准	(37)
五、证明标准的改进	(44)
六、结论	(47)
刑事证明责任与推定的理论难题探析	(49)
一、被告人是否承担证明责任	(50)
二、推定的若干问题	(59)
三、结语	(72)
论我国民事程序中的推定	(73)
一、导论	(73)
二、文献梳理	(74)

三、推定的定义以及不真正的推定	(84)
四、中国民事立法中的推定	(89)
五、最高法院公报案例中的推定	(93)
六、结论	(98)
论证据客观性保障规则	(100)
一、《死刑规定》中的证据客观性保障规则	(100)
二、证据客观性保障规则的理论意义	(114)
三、我国证据客观性保障规则的特点	(119)
四、证据客观性保障规则的实施与完善	(123)
中国刑事证据法的原子主义倾向	(129)
一、我国刑事诉讼“印证”证明模式体现出原子主义倾向	(130)
二、我国刑事证明标准的设定体现出原子主义倾向 ...	(131)
三、对证据的证据能力、证明力的规制	(134)
浅议法定证据制度与司法公正和权威的关系	(137)
一、引言	(137)
二、关于公正与权威之含义的探讨	(138)
三、两种证据制度对公正与权威的影响	(143)
刑事诉讼中瑕疵证据补正的若干操作问题研究	(147)
一、瑕疵证据的补正应由控方明示提出并由法官裁判 ...	(149)
二、瑕疵证据补正后并非直接成为定案根据	(152)
三、欠缺真实性保证条件的瑕疵证据不应进行补正 ...	(154)
四、关于合理解释的问题	(156)
对瑕疵证据“合理解释”的解释	(160)
一、哪些瑕疵证据可以进行合理解释	(163)
二、解释的内容	(167)
三、对解释的必要证明	(170)
四、合理解释的“合理”标准	(172)

再论瑕疵证据的补正与合理解释

——以对《刑事诉讼法》第 54 条的解释为中心	(176)
一、可以补正与合理解释的物证、书证范围	(178)
二、瑕疵证据与非法证据的界分标准	(189)
三、可以补正或合理解释的证据种类	(194)
四、结语	(199)
情态证据在刑事审判中的使用	(201)
一、情态证据界定	(201)
二、域外刑事审判中情态证据的使用	(205)
三、情态证据在刑事审判中的价值	(214)
四、我国刑事审判中如何使用情态证据	(218)
强制医疗程序中的若干证据法问题解析	(222)
一、证明对象问题	(223)
二、证明责任问题	(225)
三、证明方式问题	(230)
四、证明标准问题	(235)

不兼容的排除合理怀疑

一、导论

2013年修订的《刑事诉讼法》有着许多引人注目的改变。第53条写道“证据确实、充分，应当符合下列条件：……（三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”应当说，如果我们满足于纯粹的字面含义，那么并无不妥：它不仅用语精当，并且与前文语境毫无违和。但众所周知的是，“排除合理怀疑”一语已有其成义，乃是美国统一证据规则明定的重要证明标准“beyond reasonable doubt”的通译。如果考虑到这一层，这个用语就显得颇为怪异。

“排除合理怀疑”一语不能与确实充分标准兼容，这似乎令人摸不着头脑。我国的证明模式被认为是自由心证的分支。^①一种有影响力的观点认为，内心确信与排除合理怀疑几乎是同义词，最多也只是一个问题的两种表述，只是侧重点不同罢了。^②然而，笔者将致力于论证：事实认定者的认知过程，受制于刑事

① 龙宗智 《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》，载《法学研究》2004年第2期。

② 一些学者将两个概念不加区分地使用，参见李训虎 《“排除合理怀疑”的中国叙事》，载《法学家》2012年第5期。戈达德勋爵主张以“确信”代替“排除合理怀疑”，see Peter Murphy. ④ Murphy on Evidence⑤. Blackstone Press Limited, 1997, pp. 110-111.

程序的权力结构和目的。因此，不同制度环境下的用语，不宜轻易套用。应当预先说明的是，笔者的分析主要基于达马什卡教授所提出的研究进路，亦即“科层式”与“协作式”，以及“政策实施型”与“纠纷解决型”这两组概念。

二、司法运作的两组模式

（一）不同权力结构的模型

达马什卡教授首先提出了权力结构的两个模型，分别称之为科层式程序模型和协作式程序模型。他从三个角度描述了这两个模型针锋相对的特征，即公职人员的性质、他们之间的关系，以及他们做出决策的方式。在科层式程序模型之下，官员是职业的，被排列在严格的等级秩序中，按照技术性的标准进行决策。在协作式程序模型之下，权力由一些外行人士行使，没有明显的上下级关系，并且只致力于产生一个后果可欲的决策。紧接着，达马什卡教授分别描绘了两个模型之下法律程序的图景。科层式模型的程序涵义包括按部就班的递进式程序、上级审查的作用、卷宗管理、渐进式的审判、官方程序的排他性，以及按照逻辑法条主义的标准来规制程序。而协作式模型的程序涵义包括程序活动的集中化、单一决策层级的分叉、信赖口头交流、倾向于在一个较短的时间内集中解决问题、私人程序行动的合法性，以及按照实质正义的要求规制程序。^①

这些论述是本文的主要理论基石。不过，笔者打算做更进一步的研究。在这两个程序模型中，我们可以发现：有一些特征可以独立存在，而某些特征却似乎是其他属性的必然延伸。

1. 科层式程序模型

科层式程序模型的诸特征中，森严的权力等级与分段的程序

^① 参见达马什卡著，郑戈译《司法和国家权力的多种面孔》，中国政法大学出版社2004年版，第27页。

并不依赖其他特征而存在。它们可以被视为一种原生的特征，并分别衍生出其他一些属性。那么，分段式程序会带来什么样的影响呢？首先，既然各个阶段都是最终任务不可或缺的部分，那么没有任何理由厚此薄彼。这就使各个阶段在重要性上呈现为大致相等的态势。其次，上一阶段的工作成果如果不能被下一阶段所利用，无疑是极大的浪费。因此，信息需要妥善保存以便下一阶段的官员利用，或有待未来上级的审查。这就导向了对卷宗的喜好。相对的，言辞证据就不太便于保存。因为——举个例子来说——要求一位证人在第二审程序中作证的意义是非常有限的：他的记忆可能随着时间推移而模糊；在一审与二审之间的时间里，他可能会受到外部信息的干扰；而且他很难再现第一次出庭时的各种情态，而这些信息在证据法上是有其独特意义的。^①

人非圣贤，孰能无过。这提示我们某种形式的质量控制措施是必需的。科层式的权力结构使上级审查成为可能，也几乎是一个等级体系下的必然思路。上级比下级更高明，这是所有等级制度中的假设。自然，这也决定了资源的分配。这又带来了什么影响呢？第一，它导向了官员的职业化。既然上级相对于下级来说拥有更大的权威和更多的资源，为其付出努力也是值得的。一个致力于此的人将会更好地融入这个体系，最终挤出所有心不在焉的竞争者。另外，既然上级的权威总是大于下级的权威，那么体制内官员的权威自然也就大于体制外私人的权威。诉讼中的行为只有在官方主持下，至少也得是官方监督下，才容易得到认可。这就是官方行为的排他性。与不信任外行相适应的是，体制内的官员容易生成一种互相的认同感。

^① 证人出庭久为学界呼吁，但最近才体现在修法中，实践效果仍有待观察。除了学者们常常列举的那些理由外，一个不可忽略的原因是无须言辞证据，我国的刑事诉讼亦运转良好。

2. 协作式程序模型

在协作式程序模型中，哪些特征是原生性的呢？那就是外行官员。在这种权力结构中，权力的行使者不以此为职业，而是由外行人士充任。既然大家都是门外汉，身份上就不太可能有鲜明的等级，最多只是职务不同罢了。自然，决策时就不会依靠上级的指示，而是靠平等者之间的协商。一个现实的例子：相比起典型的大陆法系国家，美国的上诉制度是孱弱的。对某项决策的救济，常常需要通过重审动议，或是另一个平行机构的裁决。^①

失去了“体制内”与“体制外”的划分，职务行为的排他性也很难形成：大家都是业余人员，何必看不起其他的门外汉呢？明白了这一点，我们对于英美法系国家里律师广泛参与诉讼行为的现象，就不会觉得奇怪了。

由业余人士行使权力的体制，往往格外重视塑造一个安全的权力运行环境。在论述为何英美法系国家存在如此繁复的证据规则时，学者们往往宣称：因为事实认定者乃业余人士，他们不可避免地会错误评价某一信息的证明价值，也容易受到表演的影响。这当然是对的。然而，另一个同样重要的理由却很少提及：正如前文所述，平级的权力结构内缺少上级的审查，事后控制多少有些软弱。因此，要想实现质量控制，就得在程序开始之前多做文章。

如果某项决策需要集体做出，又会带来什么呢？显然，官员们都有自己的主业，频繁的召集他们可不是一个好主意。因此，最好选定一个较短的时间段，一劳永逸地解决问题。这就是程序的集中化。凡事预则立，为了保障这个中心环节的效率，需要充分的准备工作。这也在某种程度上加强了程序前质量控制的意图。

^① 比如人身保护令。

协作式中的决策者更偏爱言辞证据。目击证人的当面陈述比起冰冷的卷宗，能提供丰富得多的信息，这毋庸置疑。科层式中的决策者不得不放弃言辞的理由，并不存在于协作式的环境中。虽然缺乏统计数据，仍有理由相信：协作式下信息传递的总量远远小于科层式下的情况。科层式下的侦查官员需要将侦查结论制成详细的卷宗交检察官审阅，检察官在起诉时又要制作同样精致的起诉卷宗。这一切在协作式的环境中都不复存在，控方最关心的是证人，特别是关键证人能否出庭，并且能否给出他们期待的回答。另外，既然质量控制主要通过事前——而非事后——的措施来实现，信息的记录与保存也就显得不那么重要了。这就为言辞证据的茂盛提供了适宜的土壤。

细心的读者已经发现：纯粹的协作式在现实中难觅踪影。时至今日，即使是最为崇尚平行权力而厌恶等级的一些国家，也不得不接受科层式的一些特征来组织其权力体系。同样的影响也渗透到刑事程序中。

（二）不同司法目的之模型

1. 理想的纠纷解决模型

正如字面所言，纠纷解决式程序的核心目的，只在解决纠纷。并且，这个目的之实现，深深植根于私人自治的土壤中。即使纠纷出现，其解决之道亦由当事人自行选择，诉讼只是一种可选的标准方法罢了。因此，并非所有的纠纷都是这个程序的目标。只有市民社会自身无法消化的纠纷，才需要在国家的主持下寻求化解。

怎样的程序才有助于解决纠纷呢？最好的办法，就是赋予当事人充分的主导权，而决策者则保持完全的消极。这样，如果争议的某一方蒙受不利结果，他只能责怪自己。就算某人不识趣，要把怨气撒在别人身上，也不致动摇公众对制度的信心。

这样的设计中，公平是一个非常重要的价值。程序应当是公

平的，从而使双方都有获胜的机会。纠纷的双方是平等的，由此导向了程序的对称性：两造的权利对称分布，即使其中一方恰好是国家机关的代表，也不应得到比普通市民更多的特权。但是，这个思路在刑事诉讼中遇到了困难，因为实践表明，国家机关相比普通市民，拥有强大的且更多的实力。如果程序设计仍然遵循对称的思路，国家机关几乎永远是获胜的一方，这就违背了“双方都应有机会取胜”的理念。因此在刑事诉讼中，对控方获胜就应设置更多的障碍——更高的证明标准、严格的可采性规则等。

当事人是程序的主导者。当事人既决定程序的进行，也决定权利的处分。在这里我们看到当事人自治的精神甚至渗入官方立法之中：标准方案并非只有一套，而是非常人性化地准备了多个选项，以便为民众提供参考。

在这样的环境中，律师无疑是重要的，因为当事人的这些权利，只有通过法律专家才能有效行使。

2. 理想的政策实施模型

政策实施型模型的原生性特征，即程序的构建围绕贯彻某一既定政策展开。越有助于实现政策目标的程序，就是越好的程序。显然，这句话已经暗示着这样的思想：程序法的主要价值，在于保障实体法的运行。程序是结果的女仆。这样的思想为珍视程序价值的学者所深深厌恶。^①

那么，怎样的程序才有助于实现政策目标呢？

首先，应当承认世事万千，殊难逆料，立法者无法预料所有的情形。从这个意义上说，立法永远是落后于实践的。与此相适应的是，程序最好采用一种较为概括的语言风格，而不宜过分精

^① 关于程序正义的论述，参见陈瑞华《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2005年版，第205页。

细：一方面立法时即预留例外的可能，另一方面充分发挥司法解释和其他非正式渠道的作用，以求使程序具有相当的灵活性以适应时代的变迁。否则难免作茧自缚，使得对程序法的遵守反而妨碍了正确目标的实现。

这种灵活性看起来，也是对标准做法的背离，但这与纠纷解决式程序中的情形完全不一样：纠纷解决模型中，采用何种程序的决定权在当事人手中，而这在政策实施模型中是不可想象的。国家机关有许多制度，确保公务员成为政策运行的良好渠道，但没有理由认为，普通市民会和官员一样致力于似乎颇为遥远的政策实施模型，他们更容易被自己的利益所吸引。因此，与纠纷解决式程序中的景象截然相反的是，程序的控制权牢牢掌握在官员手中。官员控制的范围与控制的力度紧密相关。不过总的来说，有两个事项是不可或缺的：其一是程序的启动和终结。反证法有助于更好地说明这个问题。试想，如果程序的启动与否掌握在私人手上，那会如何呢？国家发现一个问题，这个问题反映在了某一案件中，通过解决这一案件，政策得以实现。这是多么美好的图景。但是，当事人却可以选择启动标准程序，这就阻碍了政策实施。反过来，有的时候一起纠纷纯粹是小题大做，但当事人坚持启动诉讼程序，那就浪费了宝贵的诉讼资源。

诉讼的终结也差不多。一起案件消耗了大量的诉讼资源，接近得出满意——令政策满意——的结果了，忽然当事人决定终结这一程序。这是对国家政策赤裸裸的规避，并且同样浪费了诉讼资源。如果国家认为程序已无必要运行，但却由于当事人的坚持而不得不延续，同样也是一种浪费。这些理由足以使明智的立法者宣告：程序的开启与闭合必须由官员掌控。

其二是诉讼的内容。既然大部分的错误决定都是在信息不充分的条件下做出的，那么，要想做出正确的决定，充分地了解情况当然是受欢迎的：兼听则明。但是，当事人未必有兴趣把所有

的事项都提交官方裁断。他们只会提交有争议的事项。这很可能导致错误的判断，从而违背政策之目的。因此，在政策实施模型中，诉讼内容不能交由当事人决定，而同样要掌握在官员手中。当然，集控诉与审判为一体的纠问法官已经被实践证明是一种效率较低的设计。大陆法系国家大都奉行控诉原则，无起诉即无审判。但是，法官对于诉讼内容仍有置喙空间。

读者已经注意到，刚才的论述已经体现出政策实施型程序一个非常鲜明的特征，即对查明真相的热诚。判决若是不以事实为基础，怎能称得上是一个正确的判决呢？当然，这绝不意味着这种程序会为了查明真相而不顾一切。因此，较为妥当的说法：政策实施型程序总是力图达到给定条件下最大化的真实发现。

经过官员的控制，留给私人的空间已经不多了。不过，这绝不意味着当事人无法有效地参与程序。事实上，当事人常常被视作最宝贵的信息来源，因为他们是最了解“究竟发生了什么”的人。本文并不是说，当事人的陈述永远可靠。但也要记得，即使是虚假的陈述亦有其价值。不过千万不要以为国家在为个人的利益消耗资源：他的利益只不过正好与政策目的重合罢了。

律师的作用自然也随之式微。政策实施模型中，最引人注目的问题：当事人之利益若与政策目标冲突，律师当何去何从？实践告诉我们极端的答案都不可取。若顺从当事人而罔顾政策，那要律师又有何用？但是，若置当事人利益不顾，又会使当事人不再信任律师，从而使律师制度无法运行。因此折中是必然的结果：律师不应积极说谎，但可消极隐瞒。当然，事关重大者除外。

最后一个问题：如果事后才发现一个判决是错误的，怎么办？在纠纷解决模型中，这根本不是一个问題：大家只关心纠纷是否解决，不关心判决正确与否。但在一个追求真理的法官看来，错误应该得到纠正。因此，应当预先设计救济渠道，以纠正

错误的判决。当然，这样一来，判决的稳定性难免受损：朝令夕改亦为智者不取。因此，二者如何权衡，正是法律精髓所在。

（三）小结

理论上，这两组模型之间是可以自由搭配的。一个科层式的权力结构可以服务于纠纷解决，也可以服务于政策实施。德国的民事诉讼与刑事诉讼就满足上述两个组合的大部分要求。协作式的权力结构也是如此。当然，读者已经发现，完全符合上述某个模型之特征的程序在现实中难觅踪影，但以上的分析仍然是有价值的。因为，这两组模型覆盖了描述一个司法程序所需的主要变量。通过将某一实例与这两组模型的比较，我们可以较为准确地揭示其风格。

三、对中国刑事程序的观察

（一）中国刑事程序的科层式与政策实施型特征

1. 科层式特征

如果我们对中国的刑事程序来一次鸟瞰式的观察，将发现它具备科层式权力构造的两个基本特征。首先，上级对下级享有全面的权威：上级法院对下级法院的审查全面而深入，并且具有相当的能动色彩（这一点容后详陈）；检察院和司法警察的上下级之间则是隶属关系。其次，程序可以被划分为几个阶段（如侦查、起诉、审判、执行），最终的任务——解决被告的刑事责任问题——亦被相应的拆解为几个部分，每个阶段致力于解决任务的某一部分，同时每一阶段都有专门的机关（或者机关的某一部门）负责。

当我们将观察的距离拉近，可以看到次一级的特征也同样存在。让我们从刑事程序的发端开始，《刑事诉讼法》第107条明白地宣示：纠纷的产生并非刑事程序的前提，侦查机关有权开启刑事诉讼的大门。一旦它决定立案，就有职责搜集各种信息，对