

从应然到实然

证据法学探究

法学文萃系列

何家弘作品集

何家弘 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法学文萃系列
何家弘作品集

何家弘 著

从应然到实然

——
证据法学探究



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

从应然到实然：证据法学探究/何家弘著. —北京：中国法制出版社，2008. 2

(何家弘作品集·法学文萃系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0369 - 6

I. 从… II. 何… III. 证据 - 法学 - 研究 IV. D915. 130. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 014428 号

何家弘作品集·法学文萃系列

从应然到实然——证据法学探究

CONG YINGRAN DAO SHIRAN —— ZHENGJU FAXUE TANJIU

著者/何家弘

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/ 15. 875 字数/ 338 千

版次/2008 年 3 月第 1 版

2008 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0369 - 6

定价：39. 00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66010406

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

二十一世纪中国证据法学前瞻 (代序)

自“改革开放”以来，我国的证据理论研究取得了相当丰硕的成果，我国的司法证明实践也积累了相当丰富的经验。但是从总体上看，我国在这一领域的理论研究还缺乏突破和创新。目前，我国的证据法学不仅落后于审判实践的需要，也落后于司法改革的步伐。展望充满机遇和挑战的21世纪，聆听“依法治国”的时代呼声，我国的证据法学研究必将以更快的步伐向前发展。

一、迎接科学证据时代的挑战：首先，要转变以“人证”为主的办案观念；其次，要增加司法证明手段的科技含量

纵观人类司法证明的历史，我们可以看到证明方法和手段的两次重大转变。第一次是从以“神证”为主的证明向以“人证”为主的证明的转变。在这一进程中，人类认识客观事物的能力的提高是决定性的因素。具体来说，由于人们在司法实践中越来越清楚地认识到“神明裁判”并不可靠，不愿意在决定自己命运的时刻“听天由命”，所以就把司法证明的决定权从“神”的手中拿了回来。于是，“水审法”、“火审法”等非理性的证明方法就退出了司法证明的历史舞台，以人为主体的理性证明方法开始进入角色，而当事人的陈述和证人证言便责无旁贷地成为了司法证明的主要依据。

第二次是从以“人证”为主的证明向以“物证”或“科学证据”为主的证明的转变。在这一进程中，科学技术的进步发挥着决定性的作用。从某种意义上讲，物证在司法活动中的应用和推广总是伴随着科学技术的产生和发展。诚然，案件中的物证是客观存在的，但是物证并不能自己到法庭上去直接证明案件事实，必须借助于人的力量，必须由人来解释物证所保存或蕴涵的与案件有关的信息。换言之，物证需要人的解读，而解读物证往往需要一定的科学技术。正是在这个意义上，我们称物证及其相关的鉴定结论等证据为“科学证据”。

在很长的历史时期内，物证在司法活动中的运用一直处于随机和分散发展的状态。直到18世纪以后，与物证有关的科学技术才逐渐形成体系和规模，物证在司法证明中的作用也才越来越重要起来。毫无疑问，19世纪是“科学证据”长足发展的时期，而20世纪则是“科学证据”步入司法证明舞台中心的时代。例如，随着科学技术的突飞猛进，各种以人身识别为核心的物证技术层出不穷。继笔迹鉴定法、人体测量法和指纹鉴别法之后，足迹鉴定、牙痕鉴定、声纹鉴定、唇纹鉴定等技术不断地扩充着司法证明的“武器库”。特别是本世纪80年代出现的DNA遗传基因鉴定技术，更带来了司法证明方法的一次新的飞跃。目前在一些科学发达的国家中，“科学证据”已经在各种司法证明手段中占据首位，成为新一代“证据之王”。我们可以毫不夸张地预言，21世纪的司法证明将是以“物证”为主要载体的科学证明。

“科学证据”时代向司法人员提出了新的挑战。在复杂纷繁的现代生活中，在日新月异的科学发展进程中，司法活动的对象也在不断提高其科技含量，司法活动的环境也在不断更新其科技内容，

因此司法人员必须学习和掌握现代科学技术，必须提高司法活动的科学水平。具体就司法证明而言，我们首先要转变以“人证”为主的办案观念，要克服“口供情结”，要养成以“科学证据”为主的办案习惯；其次，我们要增加司法证明手段的科技含量，即使在各种“人证”的运用过程中也要提高科技水平，要学会运用心理学、行为科学和其他科学方法来询问证人和讯问犯罪嫌疑人或被告人，科学地查明案情和证明案件事实。

二、司法公正呼唤严格强大而且具有可操作性的证据法：理由之一，实体公正的实现离不开证据；理由之二，程序公正的实现离不开证据规则

“依法治国”是时代的呼声，而司法公正则是实现“依法治国”的重要保障。司法公正有两层含义：其一是要求司法机关在司法活动的过程中坚持正当平等的原则；其二是要求司法机关在司法裁决的结果中体现公平正义的精神。前者称为“程序公正”；后者称为“实体公正”。就司法系统而言，实体公正是指系统的最终“产品”是否公正；程序公正是指该“产品”的“生产过程”是否公正。

实体公正必须建立在正确认定案件事实的基础之上。如果案件事实认定有误，那么司法裁决的结果就不可能是公正的。例如，张三本没有杀人，法官却认定他杀了人，实体公正就无从谈起了。由于案件事实一般都是发生在过去的事件，而且司法人员只能间接地通过各种证据去认识那些过去的事件，所以证据在很大程度上决定着司法人员对案件事实的认定正确与否。换言之，离开了证据，实现司法的实体公正就是一句空话。

程序公正具有两个基本功能：其一是保障司法活动的当事人或参与者的正当权利得到平等的保护；其二是保障在司法活动中尽可

能实现实体公正，因此，程序公正和实体公正是相辅相成、不可偏废的。要实现程序公正，就必须有一系列的规则，而证据规则就是其中不可或缺的组成部分。例如，认定案件事实必须依靠证据，因此就要有切实可行的证据规则来保障正确地收集证据和使用证据，包括具体证据的发现、提取和保管等程序方法。毫无疑问，用刑讯逼供等非法手段收集证据的行为侵犯了当事人的合法权利，违背了程序公正的基本原则，而且会使司法人员对案件事实的认识步入歧途，因此，这种行为必须禁止，这样获得的证据必须排除。没有这些证据规则，程序公正就是一纸空文。

由此可见，无论是实现司法的实体公正还是程序公正，都要求我们重视证据，要求我们制定一套严格的而且切实可行的证据规则。但是，由于历史原因和法律文化传统的影响，目前我国的证据制度还很不完善，人们的证据意识还很薄弱，司法人员和执法人员在收集证据和使用证据时还有很大的随意性，甚至有人在司法活动中视证据为玩物。另外，我国目前还没有统一的证据法典。证据法的内容散在于刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法以及最高人民法院和最高人民检察院的司法解释当中。这种状况也在一定程度上造成了司法实践中证据规则的混乱。为了适应新世纪对司法活动的要求，为了在“依法治国”的框架内保障司法公正，我们有必要制定一部统一而且“强大”的证据法典。这也是我国证据法学面向21世纪所不容回避的历史使命。

三、“法定证明”与“自由证明”的结合是我国证据制度改革的基本思路：一方面，收集使用证据要规范化；另一方面，审查判断证据可自由化

抛开社会的阶级属性和政治属性，我们可以抽象地把古今中外

的司法证明制度归纳为两种基本模式：一种是法定证明模式（亦称为“法定证据制度”）；另一种是自由证明模式（亦称为“自由心证制度”）。这两种模式的根本区别在于法律是否给司法人员收集使用证据和审查评断证据的自由。换言之，是由法律事先规定出收集使用各种证据的规则和审查评断每一种证据的标准，还是让司法人员根据案件的具体情况和个人的良知去自由收集证据和评断证据。时至今日，人们对这两种司法证明模式仍然褒贬不一。

主张法定证明模式的人认为：司法公正的核心就在于相同案件应该得到相同的处理；而要做到这种一视同仁，司法人员在收集使用证据和审查评断证据时就必须遵照统一而且具体明确的规则，不能有任何自由裁量权。换句话说，法律面前人人平等的原则不仅适用于实体法问题，也应该适用于程序法问题，也应该适用于证据的收集和评断。此外，证据规则与实体法规则一样，也应该具有可预见性，所以必须由法律事先明确地规定出来。

但是偏爱自由证明模式的人认为：案件的具体情况是纷繁复杂的，证据的内容和形式是多种多样的，社会的环境状态也是发展变化的，因此由法律事先把一切都明文规定下来的做法在理论上是荒谬的，在实践中是不可行的。为了保证具体案件中证据的合理性和准确性，法律必须给司法人员运用证据进行证明的自由裁量权，让他们根据案件当时的具体情况去自由地收集使用证据和审查评断证据，去自由地运用证据认定案件事实，而且司法人员普遍具备的良知和能力也完全能够胜任这项工作。

虽然欧洲大陆国家曾经在历史上盛行过“法定证据制度”，后来又转变为“自由心证制度”，但是当今世界上主要国家的证据制度都是上述两种证明模式的结合，当然不同国家对二者的侧重亦有所不同

同。有人说英美法系国家目前采用的就是“法定证据制度”。这种观点很值得商榷。从历史上看,作为英美法系之渊源的英国从来就没有采用过欧洲大陆国家那种“法定证据制度”,当然,它也没有采用过欧洲大陆国家那种“自由心证制度”。就当前的证据制度而言,虽然英美法系国家的法律中有很多具体甚至繁冗的证据规则,但是它在评断证据价值上仍然给予了法官或陪审团很大的自由裁量权,因此它也是法定证明模式与自由证明模式的结合,只不过更倾向于法定证明模式而已。另一方面,以法国为代表的大陆法系国家虽然保持着“自由心证”的传统,但是也在不断地吸收英美法系证据制度的优点,采用了诸如证据排除规则等法定证明模式的内容。由此可见,法定证明与自由证明的结合代表了当今世界各国证据制度的发展趋势。

目前,我国采用的证据制度基本上属于自由证明的范畴,尽管我们那犹如一盘散沙的“证据法”中也有“严禁刑讯逼供”和“未经对方当事人同意私自录制的录音资料不得作为证据使用”等规定。由于我们多年来一直宣称我国采用的是“实事求是的证据制度”,一直强调在运用证据时要坚持“具体问题具体分析”的原则,因此我国的司法人员在运用证据认定案件事实时确实享有颇让外国法官羡慕的自由裁量权。

进行证据制度改革,制定统一的证据法典,我们首先要解决的问题就是明确改革方向和我国证据法的基本框架。毫无疑问,我们的证据制度应该是自由证明模式与法定证明模式的结合,但是究竟应该以哪种模式为主呢?考虑到目前我国司法人员的总体素质比较低和审判实践中证据采信混乱无序等情况,笔者认为我国的证据制度改革应该坚持以法定证明模式为主、以自由证明模式为辅的思路。

在证据制度的大部分内容上采用法定证明模式，仅在证据价值评断上采用自由证明模式。换言之，收集使用证据一定要规范化；审查评断证据可以自由化。具体来说，我国的证据法应该明确规定各种证据规则，包括收集证据的规则、保管证据的规则，采用证据的规则，排除证据的规则，举证的规则、质证的规则等。但是在评断各种具体证据的证明价值时，法律不必束缚司法人员的手脚，而应该给予他们较大的自由裁量权。

以上三个方面既是中国证据法律制度的发展方向，也是中国证据法学研究的发展方向。

赘 语

本文原发表于1999年9月2日的《检察日报》。当时我正在主编司法部法学教材编辑部统编的“高等学校法学教材”《新编证据法学》，该书于2000年3月由法律出版社出版。此前，我国大陆的学者多习惯使用“证据学”的概念。江伟教授主编的《证据法学》（法律出版社1999年5月出版）是最早使用“证据法学”作为名称的此类教材之一。进入21世纪以来，我国大陆的学者越来越多地偏爱使用“证据法学”的概念，甚至出现了要摒弃“证据学”概念的言论倾向。由于学科名称之争曾经给我留下不良的记忆^①，所以我认为在这个问题上人们似不必太过较真，保留适度的模糊并无不好。换言之，我们不妨把它们视为两个可以相通的概念，喜欢“证据学”的就用“证据学”，喜欢“证据法学”的就用“证据法学”；或者在

^① 例如，我国大陆学者关于“刑事侦察学”与“犯罪侦查学”的名称之争以及“物证技术学”与“司法鉴定学”的名称之争，就在一定程度上影响了上述学科的整合与发展。

有些语境下使用“证据学”，在有些语境下使用“证据法学”。这些用法都无可厚非，学者们不必去争个你死我活。

诚然，严格地说，这两个概念还是有所区别的。顾名思义，证据学是关于证据的科学或学问；证据法学是关于证据法的科学或学问，或者说，是关于证据的法律科学或学问。由此可见，证据学应该是证据法学的上位概念，证据学可以包括证据法学。正是在这个意义上，我曾经说过，证据学是一个学科群，包括证据法学、证据调查学和物证技术学等。其实，证据属于相当博大的科学研究对象，不同的学者基于不同的学术修养和知识积淀而从不同的角度对其进行研究，对于整个学科的发展大有裨益。例如，有些学者专长于证据法律规范的研究；有些学者专长于司法证明方法的研究；有些学者专长于证据收集手段的研究；有些学者专长于证据审查规律的研究。这些研究成果可以互进互补，相辅相成。倘若采取厚此薄彼的态度，认为只有自己研究的学问才有意义，那就不仅会影响学科的发展，也会让旁人觉得太“小家子气”。

另外，即使按照上述严格的意义进行划分，证据法学在证据学领域内的边界也具有一定的模糊性和变化性。首先，虽然司法证明活动的客观规律是没有国界的，或者说，不同国家的人们所要研究的证据问题是基本相同的，但是不同国家的证据法却存在较大差异。例如，有些国家制定了单独的证据法典或证据法规则，而有些国家则只在诉讼法律中做出了关于证据问题的若干规定；有些国家的证据法律规则很具体很繁杂，而有些国家的证据法律规则却很抽象很简单。如果证据法学的研究对象以法律规定为基准，那么在有些国家属于证据法学的内容在另外一些国家可能就只能属于广义证据学的范畴了。其次，一个国家的证据法律制度也会随时代变迁而发生

变化，而这也会在不同程度上影响证据法学的边界划定。例如，以法国为代表的欧洲大陆国家的证据法律制度就曾经从“法定证据制度”转化为“自由心证制度”。那么，在前一种证据制度下，证据的审查评断和采信运用等问题就都属于“证据法学”的范畴；但是在后一种证据制度下，上述问题就不能归入“证据法学”的范畴了，因为在极端的“自由心证”制度下，根本就没有“证据法”，一切与证据有关的知识都只能归入“证据学”中。由此可见，把“证据法学”和“证据学”完全割裂开来甚至对立起来的观点是难以成立的，也是不利于本学科发展的。笔者以为，我们在这个领域内进行科学研究的目的是为了服务于司法证明实践的需要，只要我们研究的成果有利于指导司法实践，那就是好的理论，至于其名叫“证据学”还是“证据法学”，其实并不重要。

目 录

何家弘作品集·法学文革系列

从应然到实然——证据法学探究

二十一世纪中国证据法学前瞻 (代序)	1
第一篇 苦 思	1
一 / 神证·人证·物证——司法证明 方法的进化	1
二 / 英国历史上的“文书审”与文书 证据规则	13
三 / 两大法系证据制度的比较	20
四 / 对西方证据法学的再认识	65
五 / 司法证明制度的过去、现在和 未来	78
第二篇 慎 思	115
六 / 让证据走下人造的神坛——试析 证据概念的误区	115
七 / 论证据的基本范畴	135

八 / 论司法证明的概念和基本范畴	155
九 / 试述刑事诉讼中举证责任的分配	181
十 / 质证规则研究	205
十一 / 认证规则研究	231
十二 / 试述司法证明中的推定	256
十三 / 试述证据证明力的审查评断	267
十四 / 论司法证明的目的和标准	291
十五 / 司法证明标准与乌托邦——答 刘金友兼与张卫平、王敏远 商榷	316
第三篇 遐 思	350
十六 / 证据学中的“哥德巴赫猜想”	350
十七 / 关于“事实”的断想	355
十八 / 关于“传闻”的联想	368
十九 / 关于“物证”的假想	396
二十 / 中国刑事证据制度改革畅想	406
附 篇	433
一 / 民事案件证明的认识论	433
二 / 证明的自由	473

第一篇 苦 思

1-1

神证·人证·物证 ——司法证明方法的进化

在人类司法实践的历史进程中，证明方法曾经有过两次重大的转化：第一次是从以神证为主的证明方法向以人证为主的证明方法的转化；第二次是从以人证为主的证明方法向以物证为主的证明方法的转化。与此相应，司法证明的历史可以分为三个阶段：第一个阶段以神誓和神判为证明的主要形式；第二个阶段以当事人和证人的陈述为证明的主要方法；第三个阶段以物证或科学证据为证明的主要手段。诚然，物证往往要与专家的鉴定结论等结合起来才能实现其证明价值，而专家的鉴定结论也是以人的言词形式在法庭上表现出来的，但是专家的陈述与当事人和证人的陈述有不同的性质和功能，所以笔者没有把鉴定结论归入人证的范畴。也许这与某些证

据分类不相吻合，但是与本文的主题宗旨相一致。

一、神证：蒙昧证明方法的权威

一般来说，人们对某个问题的认识活动有两条通向结论的途径：一条是由别人告诉你答案；另一条是由你自己去发现答案。在人类社会的早期，由于认识能力的局限，人们在解答生活中遇到的疑难问题时，往往要请求神灵或先哲的帮助或启示。后来，随着人类认识能力的提高，人们才越来越多地依赖自己的力量去发现各种各样的“真理”。司法人员查明案件事实的活动也是一种认识活动，因此也经历了相同的发展轨迹。如果我们认真考察古今中外司法证明方法的沿革，就不难看出这种从他人揭示“真理”到自己发现“真理”的进化。

在古代社会中，人们生活和交往的地域范围比较小，或者说，在同一群体内生活的人口数量比较少。因此，案件的情况一般都不太复杂，案件发生的形式一般也都表现为双方争讼。张三说李四偷了他的牲畜。李四说王五损坏了他的财物。双方发生了纠纷，就去找法官或者其他裁判人员。在有些案件中，法官或者裁断人员仅凭争议双方的陈述很难分辨曲直，而当时人类还没有找到科学的证明方法，只好去求助于神灵的力量。于是，“神证”法就应运而生了。

所谓“神证”，就是用一定形式来请神灵帮助裁断案情，并且用一定方式把神灵的意旨表现出来。最简单的方法是向神灵宣誓，并且按照严格的宗教形式陈述案情。例如，按照中世纪欧洲萨利克法律的规定，使用巫术是一种违法行为。假设某甲指控某乙对他使用了巫术，那么某甲就要在法庭上按照特定的程序对神宣誓，并且一丝不苟地使用正确的形式和姿势提出指控。然后，法庭再要求某乙用同样严格的方式做出反驳。如果其中某个人不敢对神发誓，或者

在陈述的形式或姿势上出现错误，或者在陈述过程中出现口吃的现象，那就可以证明他说的是假话，法官就可以判他败诉。

然而，当时也有人不信或不怕神灵。也许，他们虽然相信神灵，但是认为神灵的报应毕竟比人的惩罚更为遥远，所以敢于面对神灵撒谎。另外，随着神誓法的广泛使用，它的心理威慑作用越来越小，因为很可能有些面对神灵撒谎的人并没有受到神灵的报应。知情者就会认为神灵也有“看走眼”的时候。于是，越来越多的争讼双方都敢于面对神灵，信誓旦旦，令人难辨真伪。法官们不得不去寻找其他的证明方法。这就有了各种各样的神明裁判法，如水审法和火审法等。世界各国的神明裁判方法可以说是五花八门，而且同一种方法的裁决标准也可能有所不同。

例如，古代巴比伦人在审理案件的时候经常采用水审法。按照《汉穆拉比法典》中的有关规定，如果某自由民的妻子被人告发有通奸行为，但是她自己不承认，那么法官就会命令人把该女子扔到河里去。如果那个女子沉到水里去了，就证明她有罪；如果她没沉下去，而是浮在水面上，就证明她无罪。不过，古代日尔曼人采用的水审法检验标准恰恰相反。他们把犯罪嫌疑人扔到河里之后，如果那个人浮在水面上，就证明他有罪；如果他沉下去了，就证明他无罪。因为日尔曼人认为水是最纯洁的，不会接受有罪的人。

火审法是利用火的灼热对人体的考验来查明案情。法国人的祖先就曾经广泛使用过这种证明方法。甲说乙偷了他的牛，乙说没偷，法官无法分辨事实真相，就让甲和乙用手去握烧红的烙铁。法官同时要神祈祷。然后看谁的手掌没有伤或者伤得轻或者伤好得快，法官就裁定谁的陈述是真实的。后来这种考验就变成单方的了。法官只让一方当事人接受火的考验。如果考验结果能说明问题，另一