

●何家弘/主编

证据学论坛

第一卷

ZHENGJUXUE
LUNTAN

中国检察出版社

证据学论坛

(第一卷)

何家弘 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据学论坛/何家弘主编. —北京: 中国检察出版社, 2000.9
ISBN 7-80086-769-2

I. 证… II. 何… III. 证据-理论研究 IV. D915.131

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 42063 号

证据学论坛

何家弘 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

电子邮箱: zgjccbs@263.net

电 话: (010)68650028(编辑) 68650025(出版) 68650016(发行)

经 销: 新华书店

印 刷: 铁十六局材料总厂印刷厂

开 本: 850mm×1168mm 32 开

印 张: 16.5 印张

字 数: 425 千字

版 次: 2000 年 10 月第一版 2001 年 3 月第 2 次印刷

印 数: 5001—8000 册

书 号: ISBN 7-80086-769-2/D·770

定 价: 30.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《证据学论坛》编委会

编委会主任:江伟(中国人民大学法学教授)

编委会委员:(以姓名笔画为序)

龙宗智(四川大学法学教授)

刘一杰(司法部法规教育司司长)

汪建成(北京大学法学教授)

邹明理(西南政法大学法学教授)

陈一云(中国人民大学法学教授)

张卫平(清华大学法学教授)

郎 胜(全国人大法工委刑法室主任)

赵汝琨(中国检察出版社总编辑)

郝赤勇(公安部法制局局长)

徐立根(中国人民大学法学教授)

崔 敏(中国人民公安大学法学教授)

樊崇义(中国政法大学法学教授)

熊选国(最高人民法院研究室副主任)

戴玉忠(最高人民检察院研究室主任)

主 编:何家弘

学术秘书:童勇 刘品新

责任编辑:李法宝

证据学论坛 (第一卷)

目 录

卷首白话

- 3 “事实”断想/何家弘

前沿聚焦

- 17 论鉴定/徐立根
28 司法鉴定的证据属性与效能/江一山
34 反复鉴定问题研究/叶峰 叶自强
69 鉴定人制度比较研究/宫万路
90 浅析证据法与鉴定体制的内在联系/刘昊阳
99 论鉴定制度改革/徐丽

网上对话

- 119 证据制度改革的基本思路/何家弘 龙宗智

专论大观

- 135 刑事证据前沿问题研究/樊崇义 等
229 论民事诉讼中的认证/江伟 刘敏
246 关于证据属性的若干思考和讨论
——以证据的客观性为中心/汤维建
279 证明责任分配的基本法理/张卫平

学术沙龙

- 317 健全完善我国刑事证据法律制度的几点思考/戴玉忠
328 自由心证新论
——“自由心证”之自由与不自由/汪建成 孙远
365 刑事诉讼中法官评判证据的自由裁量及其
制约/宋英辉 许身健

科技平台

- 385 电话监听证据研析/杨迎泽 李麒
399 测谎结论的证据价值/贺晓彬

实证研究

- 405 证据立法的走向
——来自警察的调查报告/童勇
413 关于证据的思考
——来自检察官的调查报告/晏向华
419 证据制度的完善
——来自法官的声音/李辉 汪鸿滨

外法评介

- 427 美国《联邦证据规则》评介/刘品新
453 加拿大证据法评介/陈敏
459 法国刑事证据法评介/余昕刚
463 俄罗斯联邦刑事证据法评介/徐鹤喃
468 澳大利亚证据法的发展与改革/徐昕

书苑漫笔

- 499 走出证据的困惑
——读何家弘的法学解读小说/周健强
502 公正的民事审判需要科学的证据法则
——评叶自强著《民事证据研究》/岩石

卷末絮语

- 513 证据学的百花园/何家弘
- 515 征稿启事
- 517 英文目录

卷首白话

“事实”断想

一天早晨，某君骑车上班，路见一个过马路的老妇被一骑车的年轻人撞到。年轻人没有停车，跑了。此君是位善良人，便下车看老妇摔得怎样，并将其送到附近的医院。然而，老妇的儿子闻讯赶到医院之后，老妇一口咬定该君就是撞伤她的人。双方争执不休，只好来到派出所。警察极尽询问调解之能事，最后裁定该君当赔老妇200元钱。该君气昏了头，大呼天理，大骂警察。

给笔者讲述这件事的朋友在就世风日下很发了一番感叹之后，转而责怪那名警察办事不公。我有些不以为然，说：“如果我是那名警察，恐怕也得这么裁断。”对方愕然。我解释道：“你说不是你撞的，她说就是你撞的。我做为一名裁断者，凭什么就一定要相信你说的话呢？”对方说：“因为我说的的是事实呀！你们不是讲办案必须‘以事实为根据’嘛。”我说：“我又不是你，我怎么知道你说的是不是事实呢？对我来说，你说的可能是事实，老太太说的也可能是事实呀。究竟谁说的是事实，当然只能靠证据来证明。可是，你有证据吗？”对方仍然不服气：“你们可以去调查嘛！”我说：“为了这200块钱，我们再花几千块钱去登广告找证人。值得嘛！”

谈话就这样不愉快地结束了，但我的思维却久久未能走出这次谈话的阴影。我认真地反思着我们之间的每一句对话。突然，一个“问号”在我的脑海中升起，而且变得越来越清晰……

“以事实为根据，以法律为准绳”，这是一个几乎家喻户晓人

人皆知的口号。我国的刑事诉讼法明确规定，人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须以事实为根据，以法律为准绳。民事诉讼法也把这一条做为诉讼的基本原则。所谓“以事实为根据”，就是要求司法人员在审理案件的过程中，必须以客观存在的案件事实为依据，不能以主观的臆测、推断、猜疑为基础。多年以来，我一直认为它是人类司法实践经验的最准确最科学最精辟的概括和总结。然而此时，我的心底却生出了一些疑惑，并进而对这个口号中的“事实”两字打上了一个很大的问号。

毫无疑问，这个口号在我国历史上曾经发挥了非常重要的作用，特别是在反对司法活动中的“逼供信”和转变司法人员的传统办案观念等方面，功不可没。在当前的司法实践中，它作为一项基本原则仍然很有意义，可以反对司法专横和司法恣意。但是对于法官的审判活动来说，对于司法证明活动的科学规律来说，这一口号的立论却值得商榷。

以事实为根据，那么何为事实？法官在审理案件的时候，能够看到、听到或以其他方式直接感知到案件事实吗？就一般情况而言，答案显然是否定的，因为案件都是发生在过去的事情，未曾亲身经历者通过各种途径所看到的只能是“虚拟”的事件。尽管现代科学技术非常发达，但是人类目前还没有办法回到过去。将来是否有这种可能？我不敢贸然否定，但心中总觉得那是一种难以理喻的事情，大概只能存在于科学幻想之中。

我曾经看过几部美国好莱坞的科幻电影，名字记不清了。在那些特别敢想也特别能想的编剧和导演的手下，剧中人物穿越所谓的“时间隧道”回到过去，不仅可以重温自己昔日的生活经历，而且可以目睹自己的父亲、祖父、祖祖父的生活场景。于是我就想到，如果这宇宙中真有“时间隧道”就好了，如果我们的法官能掌握通向“时间隧道”的“法宝”就好了，他们就可以在审理案件的时候亲眼目睹一下发生在过去的案件事实，不必再费

心劳神去通过证据“重建”案件事实。只可惜人类现在还没有找到开启“时间隧道”的钥匙，甚至还根本不能证明那“时间隧道”的存在。换言之，我们还得承认时间具有一维性，是一去不复返的。法官在审理案件的时候，根本无法看见发生在过去的事实，包括比较遥远的过去和很不遥远的过去。他们所能看到和听到的，只是各种各样的证据。法官的任务就是要通过这些证据去查明和认定案件事实。

由此可见，以“事实”为根据的说法其实并不科学。在某些社会生活领域中或许是正确的，但是对司法活动来说则不无偏颇，因为在法官面前，案件事实犹如镜中之花、水中之月、海市蜃楼。这里的“花、月、楼”当然是客观存在的事实，但是法官只能通过“镜、水、空气”的折射感知它们的存在。而这“镜、水、空气”就是案件中的证据。

笔者建议把司法活动的基本原则概括为“以证据为基础，以法律为准绳”。明确这一点，不仅有理论意义，也有实践意义。在“以事实为根据”的口号下，人们往往会形成一种错觉，或者形成一种思维定式，似乎法官看到、听到或者认定的就是事实。而实践经验告诉我们，法官在法庭调查中看到和听到的不一定是事实，即使是法官认定的“事实”也未必就真是事实。说句“极端”的话，在法官的眼中，其实没有事实，只有证据。因此笔者斗胆奉劝法官大人们在审理案件和做出裁决的时候，不妨忘掉“事实”，只记住证据。

有人说，这叫“证据裁判主义”。

二

一位老侦查员习惯在办案过程中把了解到的情况都记在自己的脑子里或者用非常简洁的语言记在一个小本上，包括调查访问对象关于案件事实的陈述和在有关场所上发现的物品等情况。这

种方法一直很方便也很有效。每到结案时,他一拍脑门儿,再翻翻小本,报告就出来了。领导和同事们都说他的脑瓜儿好使,肯定是用特殊材料做成的。他也很有成就感。但是后来,办案的规矩变了,脑子里和小本上记录的东西不管用了,因为没有“证据能力”。他感到困惑,感到自己成了落伍之人,心中难免有些失落和沮丧。

我不是喜欢幸灾乐祸的人,但是听了此事之后我还是由衷地感到高兴,因为我在这位侦查员的身上看到了令人欣喜的变化。首先,这是观念的转变,是从单纯强调“犯罪侦查”到全面重视“证据调查”的转变。其次,这也是法治的进步,是从满足于“查明”案件事实到立足于“证明”案件事实的进步。

“犯罪侦查”和“证据调查”是两个内涵相容外延交叉的概念。笔者无意否定“犯罪侦查”概念的合理性和存在的必要性,也无意用“证据调查”的概念取而代之。但是,我想请读者注意这两个概念背后隐含的价值取向。“犯罪侦查”所强调的是打击犯罪,是国家机关针对各种反社会行为所采取的带有强制性的措施。片面追求“犯罪侦查”的效果,往往会使人们忽视证据规则的要求,忽视司法的程序公正。而“证据调查”的含义中则少了许多预先设定的倾向性内涵,强调的是客观的取证和举证,因而更多且更全面地体现了司法公正的精神和追求。这种差异原本是细微的,但是在司法实践中却可能产生“失之毫厘,差以千里”的结果。执法人员若能真正认识这一差异,则是执法观念的重大转变。

“查明”与“证明”也是两个既有联系又有区别的概念。“查明”是“证明”的前提或基础,“证明”是“查明”的延续或目的。但是“查明”并不等于“证明”。用通俗的话讲,查明是让自己明白,而证明则不仅要让自己明白,更重要的是要通过证据让别人明白。自己明白的事情,并不一定就能让别人也明白。在很多案件中,让自己明白并不难,难的是让别人都明白。民事纠

纷的当事人可能自己对案件事实一清二楚，刑事案件的调查人员在破案之后也可能对案件事实心中有数，但是他们还要用证据说服法官相信他们所说的就是事实，而这往往才是最难最难的啊！在侦查实践中，办案重心从“查明”转移到“证明”，这说明人们认识到了“让别人明白”的重要性，认识到了司法程序的独立价值，同时也就促使侦查人员树立了依法办案的观念。从“查明”到“证明”，虽仅一字之差，却是社会朝向法治的进步！

三

在2000年5月下旬于北京召开的中美法学专家证据问题研讨会上，我讲述了一个既简单又棘手的案例：

某城市巡警在午夜拦查了一个骑自行车的男子，并且在其车后架上的麻袋里发现了一具裸体女尸。该男子解释说，他在一个垃圾堆上见到这个麻袋，以为里面有什么值钱的东西，想驮回家去看看。关于女尸，他一无所知。警察不相信他的“鬼话”，便带回公安局讯问。经过一番“较量”，该男子“供认”了自己强奸杀人的“事实”。但是后来在法庭上，被告人翻供，声称受到了刑讯逼供。法官经过对看守所有关人员的调查，认定被告人确实曾经受到过刑讯逼供。在本案中，公诉方除了被告人口供笔录和证明被告人曾在深更半夜骑车驮着一具女尸的证据之外，没有任何能够证明被告人强奸杀人的证据。法官面对“两难”的选择，最后决定判被告人无期徒刑，没有适用死刑。

听了这个案例之后，在座的学者多认为法官应该判被告人无罪，因为证据不足。但是包括美国联邦上诉法院的纽曼法官在内的一些学者则认为本案法官的判决并无不当，因为适用无期徒刑的证明标准要低于适用死刑的证明标准。诚然，本案的判决涉及到无罪推定原则和刑事司法的价值取向等问题，但是我在这里想说的还是“事实”问题。

什么是案件中的“事实”？既然法官无法亲眼目睹或亲自感知发生在过去的事实，那么法官通过已知证据所认定的案件事实是否能等于客观存在的事实？在本案中，根据已知的情况和证据，客观地说，该被告人很可能就是杀人凶手，但是任何一个有着正常思维能力的人也不会否认，被告人也有可能是无罪的，尽管这种可能性非常之小。换言之，尽管从垃圾堆里捡到女尸的说法总让人感觉有些荒唐，但是我们也不敢说这世界上就绝对没有这种荒唐的人。总之，我们不能断言本案中法官认定的事实就一定是客观事实。

于是，我又想到了司法证明活动中的一个根本性问题，即法官在认定案件事实时所追求的目标究竟应该是什么？多年来，我国学者一直坚持“客观真实”的观点，认为法官在诉讼活动中必须也能够发现案件的客观真实情况。但是，近年来，这种观点受到了一些学者的质疑，并提出了“法律真实”的新概念。所谓“法律真实”，即法律所确定或认可的“真实”，是法律意义上的真实，是在具体的司法活动中达到了法定证明标准的真实。

“法律真实”中包含有“客观真实”的内容，但是“法律真实”并不等于“客观真实”，因为其中也可能包含有不符合客观事实的内容。如前所述，法官认定案件事实离不开证据，而证据中存储着的与案件事实有关的信息并不等于客观存在的案件事实。例如，张三说他看见李四偷拿了王五的钱包。这证言可能是真实的，也可能是虚假的，还可能是半真半假的。其实在大多数情况下，证言都是真实与虚假的结合。当然，有的证言中真实的成分多一些，有的证言中虚假的成分多一些。即使是法官采信的证言，即使是法官们称之为“属实”的证言，往往也包含有不真实的“水分”。列宁曾经说过，图画近似于模特儿，但是不等于模特儿，因为模特儿是客观存在的，而图画的轮廓是受历史和人为条件制约的。这句话对于我们理解“法律真实”与“客观真实”之间的关系颇有裨益。

承认“法律真实”是司法证明活动所追求的目标，可以减少这个目标中的理想成分和神话色彩，使证明规则在司法实践中具有更强的现实性和可操作性，也有助于司法人员严格依法办案。如果司法人员心中老是想着要追求“客观真实”，就可能忽略法律程序上关于公正与权利保护的要求，甚至为了追求“客观真实”而不惜违法收集证据，侵犯人权。司法证明活动的基本原则应该统筹兼顾多方位的价值观，包括查明事实、保护人权、保证司法效率、维护司法公正等。以“法律真实”做为司法证明的基本标准，就是这种统筹兼顾的体现。

四

天气预报不准，这已然是人们无可奈何的事实了。不仅中国的天气预报不准，外国的天气预报也不准。英语中就有一句俗话：天气预报不可能总是正确的。看来这属于人类无法回避也无法排除的“认识误差”。为了减少天气预报的错误率，或者说为了提高天气预报的科学性和准确度，气象学家在天气预报中引入了概率原理，于是我们就天天听着“降水概率 20%……50%……70%……”的预报。有人听不惯，冲着电视屏幕大喊：“你别老说什么百分之几十，就告诉我们明天究竟是下雨还是不下雨！”

从某种意义上讲，以概率为基础的天气预报也属于“法律真实”的范畴。当然，天气预报和司法证明有很大差异。前者是顺向思维，可以由时间来验证其是否准确；后者是逆向思维，不能用时间来检验其是否正确。不过，我依然认为天气预报可以给司法人员一些有益的启示。其实，证据学家也一直探讨在司法证明中运用概率原理的方法和途径。英国一位名叫祖克曼的学者在讨论这个问题时举了一个据说是“广为人知”的例子：

某人在一条公路上被汽车撞伤了，有关证据只能证明他是在

那条公路上被一辆公共汽车撞的，但不知是哪一辆。经过调查得知 A 公共汽车公司的车辆占该公路上运营车辆总数的 80%。根据概率的计算，A 公司所属车辆撞伤那个人的可能性为 80%，而民事诉讼所要求的证明标准是“优势证据”，即一方的证明超过 50% 就可以胜诉，因此法院判 A 公司承担赔偿责任。

诚然，我们绝不能说本案中的肇事车辆肯定就是 A 公司的车，只能说它很可能是 A 公司的车。面对这种情况，人们往往会要求法院去查明“事实真相”，甚至会提出一些具体的建议，如寻找目击证人、检验现场痕迹、查找漆片等微量物证……但是，本案中给出的前提条件是没有其他证据。换言之，法官面临一种两难的境地：要么以证据不足为理由驳回原告的起诉，使被撞人得不到任何赔偿；要么根据概率做出赔偿判决，使 A 公司可能蒙受冤枉，代人受过。一边是绝对得不到赔偿，一边是可能的冤枉，而且其蒙冤的可能性只有 20%，法律的天平开始倾斜了……

于是，我们又回到了“法律真实”的问题。从一定意义上讲，这是概率为 80% 的“法律真实”。那么，这种 80% 的真实，是不是等于说在审理的每 100 个案件中就会有 20 个错案呢？结论当然不会如此简单。法律所认可的案件事实虽然只有 80% 的真实性，但是裁决的结果仍然可能是完全正确的。一方面，理论上只有 80% 的概率，在现实中很可能就是确实存在的事实。例如，天气预报中说降水概率 80%，在现实生活中一般就是实实在在的下雨。另一方面，案件事实的细节是多方面和多层次的，人类认识的确定性程度也会因此发生变化。在这个方面或这个层次上的认识可能具有确定性，但是改到另外一个方面或层次上可能就不确定了。在肇事车辆是公共汽车这个认识层面上，判断是确定性的；但是在肇事车辆究竟是哪个公司的车或哪辆车的认识层面上，判断又具有了模糊性。

正确的判决不一定要求所有案情细节都达到 100% 的真实。