

法律 应用研究

最高人民法院法律政策研究室 编

6

2001



专家论坛

立法、司法聚焦

刑法应用问题研究

刑事诉讼应用问题研究

民事行政法律应用问题研究

以案释法

立法问题研究

中国法制出版社

2001 年第 6 辑

法律应用研究

最高人民检察院法律政策研究室 编

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目(CIP)数据

法律应用研究/最高人民法院法律政策研究室编.

-北京:中国法制出版社,2001.12

ISBN 7-80083-826-9

I.法… II.最… III.法律-应用-研究-中国
IV.D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 045522 号

法律应用研究 2001 年第 6 辑

FALU YINGYONG YANJIU

编者/最高人民法院法律政策研究室

经销/新华书店

印刷/保定市印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/6.5

字数/140 千

版次/2001 年 12 月北京第 1 版

2001 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-826-9/D·791

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价: 10.00 元 (全套 6 册 定价: 60.00 元)

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

《法律应用研究》编辑委员会

主 编：戴玉忠

副主编：陈国庆 孙 力 穆红玉

编 委：（以姓氏笔画为序）

王守安 王保权 王建平 罗庆东

周苏民 线 杰 韩耀元

特约编委：

宋 军 赵屹松 李兴友 张仲马 苑瑞先

陈元忠 聂晓生 张东军 罗昌平 尹 吉

黄生林 丁芙蓉 林贻影 于 峰 郝广谦

阎河川 廖炎清 丁维群 曾伊山 蒋玉玲

张远南 郝伟民 冉鄂兰 陆云生 付远志

梁晓淮 蒋应满 安 南 路晋军 房建中

李文渝

执行编辑：罗庆东 王建平

前 言

为推动法律应用研究和司法解释工作，为各级检察机关、公安机关、审判机关、司法行政部门具体应用法律工作提供权威、准确的指导和研究意见，同时也为学术研究提供有价值的参考，最高人民检察院法律政策研究室编辑了《法律应用研究》丛书。

《法律应用研究》立足于司法实践，突出应用性、权威性，主要宗旨是通过对法律应用问题的研究提出适用法律意见，为执法、办案等工作提供指导，同时为制定司法解释提供实践和理论依据。

《法律应用研究》定期编辑出版，每辑根据实际需要设置“专家论坛”、“立法、司法聚焦”、“刑法应用问题研究”、“刑事诉讼法应用问题研究”、“民事行政法律应用问题研究”、“立法、司法解释释义”、“以案释法”、“立法问题研究”、“资料库”等栏目。

我们热忱欢迎法律专家、学者以及从事立法、司法实务工作的同志为《法律应用研究》撰写有关文章、案例，共同推动法律应用研究和司法解释工作，繁荣法律研究园地。

最高人民检察院法律政策研究室

2001年12月

欢迎来稿、欢迎订阅

《法律应用研究》由最高人民法院法律政策研究室编辑，每期根据实际和需要设置如下主要栏目：

1. 专家论坛：每期刊登一至两篇法学界资深人士的文章，围绕司法实践中一些重大疑难问题，发表全面、深刻、权威性的观点。

2. 立法、司法聚焦：刊登围绕当前立法及司法实践中的热点问题的研究争鸣文章、研究综述、研讨会综述、访谈，以及一些优秀的调研文章等。

3. 刑法应用问题研究：主要围绕司法实践中反映的刑法应用问题，结合拟制定的司法解释研究情况，刊登由有关同志撰写的就如何适用刑法提出倾向性意见的文章，指导司法实践。

4. 刑法应用问题研究：主要围绕司法实践中反映的刑法应用问题，结合拟制定的司法解释研究情况，刊登由有关同志撰写的就如何适用刑法提出倾向性意见的文章，指导司法实践。

5. 法律、司法解释释义：刊登全国人大常委会法工委、高检、高法、公安部等有关部门领导及负责具体起草工作的同志撰写的有关法律、立法解释、司法解释以及其他有关规范性文件应如何理解和适用的文章。

6. 立法、司法解释评析：刊登各级检察机关、法院、公安机关等办案一线的同志就司法实践中发现的立法、司法解释存在的问题、应如何完善以及提出有关立法、司法解释

建议的文章。

7. 以案释法：刊登通过典型疑难案例的分析提出应如何适用法律的文章。

8. 个罪研究：针对刑法规定中的新罪、常见罪、重点罪，刊登对该新罪、常见罪、重点罪司法认定中存在的疑难问题进行详尽阐释的文章。

9. 法律文书选评：选登优秀法律文书，并进行评析。

10. 域外法制：有针对性地介绍一些国外立法和司法情况、动态。

11. 研究动态：主要刊登国家立法动态、最高司法机关有关法律政策研究工作的重要部署、研究动态。

12. 资料库：刊登“两高”现行有效的司法解释及有关司法解释性文件，选登有关的法律、法规及国外有关法律资料等。

《法律应用研究》热忱欢迎法律专家、学者以及从事司法实务工作的同志撰写有关文章、案例，形式不限。来稿请寄最高人民检察院法律政策研究室《法律应用研究》编辑部（地址：北京北河沿大街147号，邮编：100726）。来稿请附作者简介，并详细写明通信地址、邮政编码。来稿采用与否，一律不退，一经采用，即付稿酬。

《法律应用研究》由中国法制出版社定期出版，两月一辑，定价10.00元，全年六辑，定价60.00元。邮购另附15%的邮挂费。



目 录

专家论坛

论证据裁判原则 / 樊崇义 吴宏耀…………… (1)

立法、司法聚焦

关于量刑建议权的两个问题 / 周国均…………… (35)

刑法应用问题研究

论抗税罪的几个疑难问题 / 陈运光…………… (47)

巨额财产来源不明罪共同犯罪问题探讨 / 孟庆华… (67)

虐待被监管人罪若干问题研究 / 周 群…………… (80)

刑法应用问题研究

诱惑侦查问题探究 / 刘 文…………… (95)

民事行政法律应用问题研究

试论我国民事诉讼中的辩论原则 / 贾志鸿…………… (110)

表见代理制度研究 / 戴文震…………… (120)

立法、司法解释释义

《关于监所检察工作若干问题的规定》的理解

与适用 / 李忠诚…………… (135)

以案释法

先杀害被害人再向其亲属勒索财物的行为应如何

定性 / 李贵成 鲍晋选…………… (154)



立法问题研究

法律应用研究

- 浅议非刑事法律法规在处理刑事案件中的
适用 / 刘荣芳 (162)
- 试论贿赂罪罪状的修改与完善 / 河北省邢台市
人民检察院研究室 (166)

资料库

- 现行有效司法解释（刑法部分之五） (172)
- 最高人民检察院、公安部关于印发《关于
经济犯罪案件追诉标准的规定》的通知
(2001年4月18日) (172)
- 附：关于经济犯罪案件追诉标准的规定 (173)

论证据裁判原则

樊崇义 吴宏耀*

一、证据裁判的历史考察

证据制度发展史，同时也是一部人类认识发展的历史。从神明裁判到证据裁判，其中所体现的是人类认识上的科学与进步。时至今日，证据裁判原则已经成为规范各种诉讼的一项基本原则，而依据证据对纠纷事实问题进行裁判也已成为一种司空见惯的法律现象。然而，像其他许多社会现象一样，证据裁判也是一个发展渐进的过程。

在诉讼证明史上，证据裁判的发展历程可以从三个侧面进行考察：第一，根据证据对于裁判的意义，经历了由证据非裁判所必需到没有证据不得进行裁判的转变；第二，根据裁判所依据证据的性质，经历了依据非理性证据进行裁判到以理性证据为依据的证据裁判；第三，根据证据的价值内涵，经历了片面强调证据的真实到真实性与合法性并重的证

* 樊崇义：中国政法大学诉讼法学研究中心主任、教授、博士生导师。

吴宏耀：中国政法大学诉讼法学专业博士研究生。



据裁判。

（一）从证据非裁判所必需到没有证据不得进行裁判

证据裁判的现象在人类社会的早期就已经出现了。有社会，就有纠纷。在人类社会的早期，为了解决纠纷，各民族已经开始了运用证据认定纠纷事实的尝试。在我国，早在西周时期，人证、物证等证据形式已开始被用以诉讼活动了。如，《周礼·地官·小司徒》载，“凡民讼，以地比正之。地讼，以图正之。”^①在西方国家，证据（尤其是证人证言）也很早就开始被用以认定纠纷事实。例如，《汉穆拉比法典》第9条规定：“自由民遗失某物而发现其失物在另一自由民之手，倘占有此失物者云：‘此物由一卖者售与我，我在证人之前买得’，而失物之主亦云：‘我能提出知道为我物之证人’，则买者应领到出售此物之卖者及购买时为之见证之证人；而失物之主人亦应提出知此为其失物之主人。法官应审理他们的案件，而交付买价时为之见证之证人及知此失物之证人，皆须就其所知，声明于神之前。”^②又如《十二铜表法》第3条规定：“若〔原被告之一方〕证据不足，则他应到〔未出庭审讯之证人〕住宅的大门，在三天之内，大声〔向之〕吁请。”^③

然而，在人类历史的很长一段时期里，证据却并非裁判的必要依据。神明裁判制度下，对事实问题的裁判是交由神灵来完成的，司法官员的任务只不过是对神灵显现的答案予以宣示罢了。“那时候，法庭不是为查明案件事实设立的机

① 《周礼·仪礼·小司徒》。

② 《汉穆拉比法典》，法律出版社2000年版，第15页。

③ 《十二铜表法》，法律出版社2000年版，第8页。



构，而是为获得‘神灵指示’设置的场所。”^① 所以，在神明裁判制度下，对于事实裁判而言，证据并非裁判的必要条件，裁判的关键在于“神灵指示”而非反映纠纷事实的证据。

在我国，神明裁判绝迹很早。据证裁判首先表现为对口供的极端重视。早在西周时期，审判已主要是围绕口供展开的，即所谓“两造具备，师听五辞”。^② 《睡虎地秦墓竹简》的有关记载亦表明，在当时的审判活动中，十分强调对被告的反复诘问，必要时还可以施以拷打直至求得口供。^③ 时至汉代，审理案件主要是按《周礼》“以五声听狱讼”的方法进行，经过审讯，得到口供，三日后再行复审，叫做“传复”。复审之后，所作判决要向被告宣读判词（即“读鞫”），如罪犯呼冤，允许请求复讯，即所谓“乞鞫”。自此，“罪从供定”的司法传统基本上为我国历代封建王朝所承继。在我国封建法典的集大成之作《唐律》中，结案必须有被告服罪的口供；如果不肯服罪，主管官员要针对其不服之处重新审理，否则将受到严厉的处罚，该项要求的例外情形仅限于“据状科断”、“据众证定罪”。^④ 之后的明清典律均有“狱囚取服辩”的规定。但在王权至上的封建集权社会，“法外用刑”、漠视法律的现象十分普遍，无供定案的事例也时有发生。更重要的是，自汉以后，法律逐渐儒家化，“引经决狱”、“论心定罪”、“以情折狱”等现象十分普遍，可以说，在我国古代，据证裁判从来都没有得到真正的制度化。

① 何家弘：《司法证明方式和证据规则的历史沿革》，载《外国法译评》1999年第4期。

② 《周礼·秋官·小司徒》。

③ 《封诊式·讯狱》。

④ 《唐律疏议·断狱》。



在西方社会，英国和欧洲大陆的证据制度走了两条不同的发展道路。在英国，神明裁判是在与陪审团审判的竞争中逐渐被逐出历史舞台的。陪审团最初是由本乡本土的邻里组成，“陪审团并不审理证据，而是基于审判前他们所知道的情况回答某个问题或事实……他们回答问题无需经过审判中询问证人的过程……”。^① 在当时的陪审团审判中，证据对于裁判是可有可无的。裁判所依据的不是其它人提交的证据，而是陪审团成员自己的亲身经历或道听途说的事实。随着“知情陪审团”逐渐转变为“不知情陪审团”，陪审团依靠证人证言进行裁判也变得越来越普遍，并最终导致了必须据证裁判的强制性要求。台湾学者周叔厚认为，至1600年以后，陪审员已经不得在其陪审案件的审判法院外收集证据资料，而仅以陪审案件法庭上表现的证据为限进行裁判。^②

在欧洲大陆，神明裁判废止之后，取而代之的是从教会法传播而来的法定证据制度。在西欧法制史上，罗马帝制时期的纠问程序中已出现了法定证据的萌芽。罗马法复兴时期，在意大利注释法学派的努力下，法定证据制度逐渐在意大利城市国家与教会法的纠问程序中得到确立。从十三世纪开始，作为教会法向世俗法渗透的一环，法定证据原则也逐渐向西欧大陆各主要封建国家扩散，并得以普及和发展。法定证据制度的兴起很大程度上是与神明裁判衰落后司法力量为追寻案件实质真实而导致的恣意司法密切相关的。欧洲历史上，“在纠问程序和实质证据制度的发展初期，由于对追求真实的目的过分强调和摆脱传统形式主义举证方式的需

① [美] 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社1993年版，第542页。

② 周叔厚著：《证据法论》，（台）海天印刷厂有限公司1995年三版，第30页。



要，纠问官吏搜集、审查证据的活动出现了无形式、无条件的倾向。只要纠问官认为能够发现真实，一切方式方法都委诸于他的自由裁量，即几乎不受任何程序制约的纠问。其结果是导致了事实认定上的恣意性。……对这种情况的反省导致了抑制法官自由裁量的问题意识产生，其结果就是法定证据主义登上了历史舞台”。^① 而另一方面，正在形成的中央集权国家，以及为了统治秩序而有效约束分封割据的地方势力的迫切需求，则为法定证据制度的普及和发展提供了更直接的推动力量。在法定制度下，司法官对事实的认定必须以证据为根据，事实的评判即证据数量的加减。在此制度下，证据裁判以一种畸形的方式得到了前所未有的强调。“只要法官把起诉方提供的证据加在一起可以构成一个完整的证明，他就必须做出有罪判决；如果不能构成完整的证明，他就必须做出无罪判决。在这两种情况下，判决都不受具体案件中法官内心对证据确信程度的影响”。^② 在大陆法系国家，作为对法定证据制度的扬弃，自由心证制度尽管否定了法定证据的机械性，证据裁判却作为司法传统的一部分被继承了下来。

（二）从依据非理性证据裁判到以理性证据进行裁判

与人类认识能力发展同步，作为裁判依据的证据也经历了一个由非理性到理性的发展过程。在人类社会的初始阶段，神明裁判是一种非常普遍的现象。恰如人类学家霍贝尔所言，“从法律这一方面来说，一旦其手段不能收集到充分确凿的证据材料来解决案件的争议时，它便总是转而求助于

^① 王亚新：《刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性的问题》，载《比较法研究》1993年第2期。

^② 何家弘：《司法证明方式和证据规则的历史沿革》，载《外国法译评》1999年第4期。



宗教。在初民的法律中，通过占卜、诅咒、立誓和神判等方式求助于超自然来确定案件事实是非常普遍的”。^① 在神判制度下，裁判是根据那些被普遍视为体现了神明意旨的事实或现象做出的，其间的推理方式不是理性，而是对神明的信仰和崇拜。

在西方民族的历史上，以神明裁判或以决斗解决纠纷的方式持续了很长的时间。以西欧为例，直到1215年第四次拉特兰宗教会议，神明裁判才被废除。对此，美国学者伯尔曼评论说，“……1215年第四次拉特兰宗教会议禁止教士参与神明裁判的法令。这项法律有效地终止了通行西方基督教世界的神明裁判，并由此而迫使世俗当局在审理宣誓案件时接受新的审判程序”。^② 但具体到各地区，神明裁判被废除的时间却可能更晚。在意大利地区，直到1231年弗雷德里克二世编纂的《奥古斯都法》颁布之后，神明裁判才被彻底废除；至于决斗裁判，却在极少数刑事案件中仍得以延续。在英格兰地区，1290年神明裁判被法律禁止。罗马帝国亦在同年废除了神明裁判。在法国地区，神明裁判于1260年被明令废除，至于决斗裁判的彻底废止则要等到1663年了。

神明裁判在我国绝迹得非常早。我国法制史学界一般认为，商朝时期的司法制度具有一定的“神判”色彩。^③ 西周时期，尽管有“有狱讼者，则使之盟诅”的记载，^④ 审判却

① [美] E·A·霍贝尔著：《初民的法律》，中国社会科学出版社1993年版，第299页。

② [美] 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社1993年版，第305页。

③ 薛梅卿主编：《新编中国法制史教程》，中国政法大学出版社1995年版，第14页。

④ 《周礼·秋官·小司寇》。

已主要表现为“听狱之两辞”。瞿同祖先生曾就此论述到，“中国在这方面的进展较其他民族为早，有史以来即已不见有神判法了”。^①

随着神明裁判被逐出历史舞台，包含人之理性和经验认识的证据方法开始受到了广泛的重视。如前所述，在我国，西周以降，当事人陈述、证人证言、物证、勘验、书证等证据形式已经开始普遍用以诉讼活动。尤其值得指出的是，自西周开始，与“五听”的审问方式相连，对证据的审查判断主要是由法官结合自己的一般生活经验来完成。《唐律·断狱》规定：“诸应讯囚者，必先以情审查辞理，反复参验。”对此《注疏》注解，“依狱官令，察狱之观，先备五听，又验诸证言”，即要求断狱在审讯时必须依据情理审查供词的内容，然后还应同其他证据相比较，进行检验。晋朝注释律学家张斐曾对此中的道理进行了解释。他认为，“情者，心神之使，心感则情动于中而形于言，畅于四肢，发于事业，是故奸人心忧而面赤，内怖而色夺，论罪务本其心，审其情，精其事，进取诸身，远去诸物，然后乃可以正利”。^②

在欧洲，最早在司法证明方式中注入理性因素的法律规定大概是11世纪日耳曼民族的“旧西弗里西亚法律”。^③但是，理性司法证明方式在萌芽之后，整整花了几个世纪的时间才得以在欧洲的司法系统中成长起来。在英国，理性裁判是伴随着陪审团裁判的推广逐渐战胜“神明裁判”并以渐进

① 瞿同祖著：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第273页。

② 《晋书·刑法志》。

③ The laws of Old-West Frisians, a Typical Germanic people of the Eleventh Century, in William Anerew Noye, Evidence: Its History and Policies (1991), P8.



的方式日积月累地发展起来的。在欧洲大陆，理性裁判则以体现王权意志的“凝固的理性”首先被刻画进法典之中，形成了法定证据制度；法国大革命之后，随着自由心证制度的兴起，司法的理性开始转向普通人的理性。时至今日，“以前用超自然力量或其他‘机械形式’裁决的事情，现在都用理性的方法来裁判了”。^①

（三）从强调证据的真实性到真实性与合法性并重

证据首先是一个事实问题：什么是证据，什么不是证据，不取决于法律，而是由生活事实决定的。因此，在证据裁判中，人们首先关注的是证据的真实性问题。

在英美法系国家，因实行陪审团审判而积淀了众多的证据规则，一项材料是否可以作为证据接受法庭的调查必须通过证据规则的检测。然而，在普通法历史上，各种证据规则却主要是为了保障证据的真实性而产生的。“普通法的成长伴随着对伪证、造假和滥用或阻碍司法程序之种种图谋的持续恐惧。这种恐惧产生了深远的影响，不仅表现在排除那些被认为尤其容易被滥用的特定种类的证据（传闻证据再一次成了罪魁祸首），而且表现在对有利关系的当事人及其配偶充当证人的一概否定”。^②以传闻证据为例，一般认为，“反对采用传闻证据之一般规则的基本考虑在于对这种证据可靠性的担心。再换句话说，法律所关心的是对方律师无法考察传闻证据的可靠性”。^③

① William L. Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (1990), P32.

② Peter Murphy, *A Practical Approach to Evidence* (Fourth Edition), Blackstone Press Limited (1980), P3-4.

③ [美] 乔恩·R·华尔兹著：《刑事证据大全》，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 84 页。