



诉讼事实 与纠纷事实的关系

基于证据学思想发展脉络的分析

刘 铭 著

兼
外
借

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



诉讼事实 与纠纷事实的关系

基于证据学思想发展脉络的分析

刘 铭 著

图书在版编目(CIP)数据

诉讼事实与纠纷事实的关系：基于证据学思想发展脉络的分析 / 刘铭著. -- 北京：法律出版社，2018
ISBN 978-7-5197-1935-7

I. ①诉… II. ①刘… III. ①诉讼—证据—研究
IV. ①D915.130.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第013453号

诉讼事实与纠纷事实的关系——基于证据
学思想发展脉络的分析
SUSONG SHISHI YU JUFEN SHISHI DE GUANXI
——JIYU ZHENGJUXUE SIXIANG FAZHAN
MAILUO DE FENXI

刘铭著

责任编辑 李峰云 王珊
装帧设计 鲁娟

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 10.5
字数 248千
版本 2018年3月第1版
印次 2018年3月第1次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782 西安分公司 / 029-85330678 重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636 深圳分公司 / 0755-83072995

书号：ISBN 978-7-5197-1935-7

定价：55.00元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

自序

本书的前五章是我在吉林大学法学院就读期间的博士论文,第六章是因任教中国刑事警察学院后更多地关注侦查程序,在此研习背景下继续以事实问题为主线补增的侦查事实分析。为留存些许回忆,本书题目固执地保留了博士论文的题目《诉讼事实与纠纷事实的关系——基于证据学思想发展脉络的分析》,前五章也只是略作修整和补充,仅是在最后章节展现聚焦于侦查事实问题的新思考。

我的博士论文成文于2009年上半年,那时正是我国刑事证据法学领域关于事实问题的讨论热度渐失之时。仍然选取事实问题作为博士论文主题主要有两个原因:其一,事实是实体法和程序法的重要连接点,也是证据学研究的基点,希望通过博士论文写作中的求索,给自己的困惑和问题寻找答案;其二,事实问题经前阶段的热议,观点纷呈,正是冷静沉淀、厘清思想脉络的好时机,希望通过博士论文写作中的梳理,尝试为事实问题描绘理论图谱。

悠久而厚重的诉讼事实理论研究对于一个初涉证据学研究领域、尚不得门径而入的学生来说,无疑是艰难的甚至不可能完成的任务。所幸有众多前辈开拓性智识成果的指引和各位师友的鼎力相助,使得我得以勉力尝试。任教后,由于更多的是接触侦查领域、侦查人员,走近侦查这个刑事诉讼的“细节”,感知到很多宏观诉讼研究忽略的“具体的”甚至“琐碎的”问题,逐渐开始换个视角感悟侦查,发现侦查事实问题有其独特且亟待发掘的内容。然而,遗憾的是对侦查事实的分析也因观察不足、功力有限,依旧是粗陋的,总觉得未得要领、未切肯綮。

正如本书结语所言,本想打开一扇窗,受前辈的睿智之光启迪,未料推开了一道门,迎候更为纷繁复杂而又多姿多彩的世界。旧的问题未解,而新的问题又至。我始终认为,事实问题作为证据学的根基性命题,对它的研究只是刚刚起步,远未临近终点。而本书提供的事实分析尽管粗疏、浅显,但是我愿不揣浅薄,竭诚奉上我在事实问题研究上曾经的努力,也寄希望于各位读者不吝赐教,使我能事实问题研究的道路上继续思考、不断完善。

目 录

引 论 / 001

第一章 诉讼空间内外的两个事实 / 006

第一节 诉讼空间 / 007

一、诉讼空间的形成 / 007

二、诉讼空间的封闭性 / 014

三、诉讼空间的开放性 / 022

第二节 纠纷事实和诉讼事实 / 027

一、事实的多重解读 / 028

二、纠纷事实 / 031

三、诉讼事实 / 033

四、事实关系问题的提出 / 035

第二章 传统证据学派的事实观 / 038

第一节 传统证据学派 / 038

一、传统证据学派的由来 / 038

二、传统证据学派的代表人物及其主要思想 / 042

第二节 传统证据学派的事实命题 / 059

一、特文宁先生的事实命题总结 / 059

二、诉讼事实向纠纷事实的“靠近” / 063

第三章 新证据学派的事实观 / 074

第一节 新证据学派 / 074

一、新证据学派的由来 / 074

二、新证据学派的研究进路 / 078

第二节 新证据学派的事实命题 / 093

一、变革的缘起：新哲学思想对近代启蒙哲学的冲击 / 094

二、诉讼事实与纠纷事实的“疏离” / 097

三、诉讼事实形成的多种方式 / 102

四、小结 / 105

第四章 我国证据学理论中的事实研究 / 107

第一节 客观真实与法律真实的论争 / 108

一、论争的背景 / 108

二、论争的内容 / 112

三、论争简评 / 125

第二节 事实研究的新思路 / 128

一、语言、符号分析的引入 / 128

二、历史学视角的借用 / 132

三、可接受性理论的认可 / 133

四、信息理论的证据学运用 / 135

五、后现代证据理论的介绍 / 136

第三节 我国既有理论研究简析 / 137

第五章 诉讼事实与纠纷事实关系的

两个要点 / 141

第一节 要点一:纠纷事实的再现是诉讼事实的核心 / 142

一、强调之因——“程序至上”倾向的蔓延 / 142

二、简释——“再现”与“核心”的解读 / 146

三、证成——“纠纷事实再现”的必要性和可行性 / 149

四、启示——几点宏观建言 / 158

第二节 要点二:不同程序背景下事实关系存有差异 / 163

一、简释——研究路向的选取 / 163

二、解析之一——侦查阶段与审判阶段背景下的比较 / 168

三、解析之二——合意型司法与传统司法背景下的比较 / 176

四、启示——证据规则的视角转换 / 186

第六章 聚焦于侦查事实的分析 / 193

第一节 侦查阶段的证据与事实 / 193

一、引言:证据学研究的融贯与区分 / 193

二、侦查阶段的证据“识别” / 198

三、侦查阶段的事实“探求” / 204

四、小结 / 210

第二节 侦查事实与后续诉讼阶段事实的关系 / 212

一、引言:诉讼事实的“衔接”、“阻断”与“映射” / 212

二、“衔接”:从侦查事实到起诉事实 / 214

三、“映射”:从审判事实到侦查事实 / 237

第三节 侦查革新背景下的侦查事实形成 / 251

一、引言：侦查革新的两个维度 / 251

二、刑事科学技术发展与侦查事实形成 / 254

三、侦查制度革新与侦查事实形成 / 282

结 语 / 306

参考文献 / 309

后 记 / 326

引 论

对于证据学^①来说,事实问题是个根基性命题。尽管“事实”并不是由法学赋予特殊含义的专业术语,因而不能跻身于证据法学核心范畴之列,但无可否认的是,“事实”是诸如“证据”“证明对象”“证明责任”等证据法学核心范畴的一个前提性概念。

① 关于“证据学”和“证据法学”,学界曾有要求明确区分的观点。例如,易延友:《证据学是一门法学吗——以研究对象为中心的省察》,载《政法论坛》2005年第3期;又如陈瑞华:《从“证据学”走向“证据法学”——兼论刑事证据法的体系和功能》,载《法商研究》2006年第3期等。本书也试图在使用上注意区分:“证据法学”一词强调对于证据的规则研究;而“证据学”的研究范围则要广阔一些,包括关于证据及其运用的所有现有的法学领域和其他社会科学、自然科学领域的研究。笔者主张拓宽证据学的研究范围。尤其是后文将谈及的新证据学派其实不只限于证据的规则研究,因而本书在文章标题和用语使用上尽量用“证据学”一词,个别的时候用“证据法学”一词(因为传统证据学派的研究是以证据规则的研究为主的),以此显现拓宽证据学研究范围的主张。尤值一提的是,近年来,对证据学跨学科研究的强调和对证据学研究本身的思考,很多学者又提及“证据科学”。例如,王进喜:《证据科学的两个维度》,载《政法论坛》2009年第6期;又如王跃、易旻:《迈向“证据科学”——法庭科学学科建设模式的“大证据学”视野》,载《法制与社会发展》2011年第3期等。这些研究使人们对证据学研究领域有了更广阔、更深层次的理解,也与笔者粗浅的对证据学的认识和想法在基本方向上是一致的。

对于事实的解读,直接关涉这些证据法学核心范畴的解释、圈定,关涉证据规则、证明规则的具体设置,因而也关涉司法实践中的事实发现和认定活动。如果把证据学研究比喻为一棵枝繁叶茂的树,对于证据规则、证明责任等的研究位于这棵树的“可见”的,或主干或枝桠部位,而对于事实的研究则是处于地下的“不可见”的根系部分。对事实问题理解的每个微小的变化,都会影响到“证据学研究之树”的枝叶生长。

对于证据学来说,事实问题又是个历久弥新的问题。早在标志着证据法学出现的吉尔伯特所著《证据法》^①中就涉及对于事实的态度。在该书中,吉尔伯特试图通过最佳证据规则的构筑以“精准”的确定每个证据描述“事实”的资质和能力,并且对事实认定的盖然性标准进行了最初的阐述。当然,若不限于成文著述,或许可以将论及事实问题的时间推得更早,可以说从有依据公权力裁决的纠纷解决方式开始,如何复现纠纷事实的智者之思中就包含有对于诉讼程序中事实问题的认识和思考。时至今日,这种思考并没有结束,甚至由于新证据学派的诞生和发展,尤其是随着带有后现代色彩的证据学者的质疑,事实问题在当代凸显在人们面前。事实是诉讼中可再现的吗?这样的疑问引来了世界范围内的广泛研讨,而在中国证据法学界的突出表现就是20世纪90年代兴起直至现在仍有余音的关于证据法学基础理论问题、“客观真实”和“法律真实”的大讨论。

毫无疑问,证据法学基础理论问题、“客观真实”和“法律真实”的讨论在我国产生了深远的影响。从司法实务人员口中的“案件事实是法庭上由证据支撑的法律事实,不等于客观事实”到老百姓常说的

^① 杰弗雷·吉尔伯特(Geoffrey Gilbert, 1674-1726)编撰过不少法律书籍,作品大部分都是在他死后出版的,1754年首版于都柏林的《证据法》(*The Law of Evidence*)是他最有影响力的一部著作,目前也被认为是首部系统研究证据法学的专著。

“打官司就是打证据”；从法理学、诉讼法学、证据法学等对于事实问题的著述数量自 20 世纪 90 年代的激增到关于事实问题的观点争论屡现各层次的研讨会，可以窥见这一影响的深入和广泛。另一个观察点——博士论文选题在此方面的集中更体现了研究者的兴趣聚焦于事实，其中如毛立华博士的《论证据与事实》、朴永刚博士的《案件事实真实性研究》、杨波博士的《法律事实建构论》等。随之而来的疑问是，既然有如此多的学者研究事实问题，相关博士论文也为数不少，再以此为研究范围是否有重复研究之嫌。本书继续选取此论域研究基于如下三点理由：

第一，事实问题是个根基性的且历久弥新的命题，就如同对于“正义”“法律”等问题的研究，没有研究的终点，只有不同角度的解读。不同的研究就好像投射向隐蔽之物的光线，虽然每个人投射的光照只是对物体的部分描述，都无法照见物体的全貌，甚至有的光照“如此之强，以至于使我们对其余的东西视而不见”，并因此使我们对所研究的问题“仍然没有一个清晰全面的见解”。^① 但是，正是这或明或暗、不同角度的光的叠加使物体逐渐清晰于人们面前。

第二，概观诉讼法学学者和法理学者对事实问题的研讨，多从哲学角度分析事实问题，而少有从证据学思想的发展脉络中去梳理这个问题的解答历程；再者，相关论述几乎均涉及诉讼内的事实和诉讼外的事实的关系，但是少有直接以此为研究对象，直面这一具体问题的研究。上述两方面的研究缺位正是本书试图探索问题和解答问题的进路。正题中“诉讼事实与纠纷事实的关系”是本书试图梳理和解答的问题：诉讼事实作为诉讼空间之内的事实性质如何？有何特色？它是否要体现诉讼空间之外的纠纷事实？如何体现？在何种程度体现？

^① [英]哈特：《法律的概念》，张文显、郑成良等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 2~3 页。

副题为“基于证据学思想发展脉络的分析”，对证据法学思想发展的梳理，将是本书具体剖析诉讼事实与纠纷事实关系的起点与基点。考虑到证据学的主要研究文献集中于英美法系，大陆法系因更多强调裁判者对证据的自由评价和事实的自由认定而对证据学的研究文献较少，我国和其他一些法学上的后进国家的研究多是在学习阶段，观点和内容更多的是步人后尘；所以，证据学思想发展的梳理是以英美证据思想演进为主的，并在本书的第四章集中介绍评析了我国有关事实问题的证据学思想。沿此行文，以证据学思想发展中对“诉讼事实与纠纷事实的关系”问题的各种解答的分析为基础，提出并阐述了本书对事实关系问题的基本立场，并用独立的一章专门阐释侦查阶段的证据和事实问题。

第三，正因文章采取的进路是从证据学思想发展脉络的梳理入手，其中必然要涉及诸位大师、学者曾经的和现有的对于证据学领域中事实问题解答的评介，期望在此基础上有所创获。任何知识、思想的生成不是凭空而起，知识的增量必是点滴积累而成，相关资料的研究正是必要的探索阶梯。因此，研究事实问题的博士论文恰恰是本书必不可少的基础，也是本书评介的对象。因为论文第二、三章更多涉及的是英美法系的证据理论传承，这些异域的内容要有中国化的过程才能有助于我国的理论研究和司法实践。在这一转化过程中，中国学者的本土研究无疑是必须要借助的资料。研读中国学者的包括博士论文在内的著述，是寻找中国问题、中国解答的重要路径。因而有关事实问题的博士论文虽然已经存在几篇，但不是阻碍本书又一次选取事实问题作为研究对象的因素，而是本书进行事实问题研究的重要资料来源。

由于关注领域所限，本书集中于刑事法领域的事实问题研讨，必要时兼及民事法、行政法领域。当然，证据问题有一定的共通性，各个

诉讼领域有共有的问题、概念、理论、规则体系,许多情况下问题的研究有一定的延展性和通用性。事实问题也是如此,书中很多论述同样适用于其他类型的诉讼。但是,事实问题也存在因诉讼类型不同而产生的个性。同是事实问题,不同诉讼类型的关注点不同,不可能在本书中面面俱到地研讨。由于民事诉讼中对当事人处分原则的重视,因而对诉讼外纠纷事实的探求就有了变通的余地,对诉讼事实要符合纠纷事实的要求并不强烈;而刑事诉讼中则表现为对事实真相的高度重视。刑法中罪责自负、罪刑相当的原则要求明确的确定被告人及其罪行,以保证国家刑罚权的准确适用,这样过去的纠纷事实在刑事裁判中就成了必须予以准确查明的判决基础。^① 选取刑事诉讼作为研究领域,还有一个原因是:刑事诉讼是发现事实真相和保障司法人权两个价值竞争最为激烈的所在,因而,可以说刑事诉讼领域为诉讼事实与纠纷事实关系问题的探讨提供了丰富的研讨素材和广阔的讨论空间。最关注事实真相能否经由诉讼程序发现?如何通过制度设计发现的是刑事诉讼法学者;最关注诉讼过程中的被指控人处遇、司法人权并要求在特定情况下事实发现要让位于人权保障的也是刑事诉讼法学者;围绕证据法学理论基础等的研讨最激烈之处更是见于刑事诉讼法学者的争论。因此,本书将研讨的范围局限在刑事诉讼领域也是研究资料收集状况和研究空间、研究魅力使然。

^① 对此,达马斯卡先生曾有详细的分析([美]米尔吉安·R. 达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第60~67页);具有强烈造法色彩的司法裁判程序更注重裁判能够体现各方利益产生有效而公正的立法式判决;纯粹解决个人纠纷的民事诉讼程序中,更注重纠纷的解决,发现真实对于二者都是次要的。而刑事诉讼程序则不同,发现真相具有明显的重要性。

第一章 诉讼空间内外的两个事实

纠纷事实是发生于社会生活中的冲突。由于冲突无法通过诉讼外的手段解决,于是处于冲突中或与冲突有密切关系的人将冲突诉诸诉讼。诉讼事实是诉讼空间内的事实,经过法律的筛选——包括实体法和程序法的共同作用,诉讼空间内的事实经过剪裁,形成不同甚至是迥异于纠纷事实的第二个事实,进而生成诉讼事实与纠纷事实关系的疑问。本书开篇希望实现的目的即是明晰纠纷事实和诉讼事实在书中的内涵和指涉范围,提出贯穿全文的问题:诉讼事实与纠纷事实的关系如何。

第一节 诉讼空间^①

一、诉讼空间的形成

(一) 观念形成:从“间隔”功能到“诉讼空间”

法律程序是人们进行法律行为所必须遵循的法定时间与空间上的步骤和形式,是实现实体权利和义务的合法方式和必要条件。^② 程序具有间隔功能。“通过程序形成了一个解决复杂纠纷的相对空间,使当事人之间的复杂社会关系从进入程序的那一刻开始就与社会隔离开来。用程序的符号(原告、被告、法官、陪审员等)取代他们原有的社会角色,使复杂的社会关系简单化为单一的程式化关系,既排斥了当事人之间原有的社会角色(可能起诉人是某镇长的七姑,被起诉的是某局长的八姨),又排斥了其他非程序的因素以及其他处置方式。”^③

尽管任何法律程序中都存在这种间隔功能,但是不同的程序类型所体现的间隔的强度显然不同。同样是法律程序,行政执法程序和立法程序的间隔性就比较低。例如,立法程序为了体现更为广泛的民主性就要更多考虑如何使更大范围的公民参与进来,而不是通过程序设置阻隔。而诉讼程序则将区隔功能体现得最为明显,甚至更为突出所谓“作茧自缚”的效应。

从间隔功能扩展开去,诉讼通过程序塑造的较强的间隔性就在人们的意识中形成“虚拟空间”的形象。于是,诉讼通过诉讼法的规则

① 本部分曾发表于《当代法学》2008年第6期。

② 张文显:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第336页。

③ 同上书,第339页。

设定、诉讼主体的诉讼行为和各种诉讼关系的交织形成“诉讼空间”。这种空间感并非凭空捏造,而是人们不经意间的思想流露。翻检大多数关于诉讼的描述或论及诉讼问题的著述,会发现很多人有意无意地将诉讼比喻为产生判决、解决纠纷且独立于社会环境的“空间”。

季卫东先生指出,“在变易不居、犬牙交错的多义的社会现实中,任何法律决定或行政措施都会受到来自各个方面的压力……况且,一个完全开放的决策过程非常容易为事实上存在的力量对比关系左右。因此,需用法律规范来创造一个相对独立于外部环境的决策的‘隔音空间’。在这里,只有原告、被告、证人、代理人,而不管他们在社会上贤达名流还是贩夫走卒。在这里,只讨论纷争中的判断问题,而不管早晨的茶馆谈笑、傍晚的交通拥挤。在这里,只考虑与本案有关的事实和法律,而不管五百年前的春秋大义、五百年后的地球危机。总之,通过排除各种偏见、不必要的社会影响和不着边际的连环关系的重荷,来营造一个平等对话、自主判断的场所。”^①

日本学者继承德国的学说曾提出“法的空间”的理论作为刑事诉讼的分析理论之一。龙宗智教授也明确提出:“庭审,即法庭审判,是一个具有法的范式和象征意义的法的空间。”^②诚然,本书只是明示庭审是个“法的空间”,但是考虑到著述的内容围绕刑事庭审制度展开,自然论及的范围也仅及于庭审制度。庭审无疑最突出地体现了诉讼的空间性,但沿审判程序向前后延伸的诉讼程序也都显露出这种“法的空间”特征。王亚新先生就指出,“司法又意味着有一个独立性、自律的所谓‘法的空间’得以形成和维持。这个法的空间既相对独立于

^① 季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,中国法制出版社2004年版,第24~25页。

^② 龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第1页。