

復旦版

原创学术著作

法学系列



刑事证据 规则研究

● 马贵翔等 著

www.fudanpress.com.cn

 復旦大學出版社



原创学术著作
法学系列

復旦版

刑事证据 规则研究

● 马贵翔等 著

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据规则研究/马贵翔等著. —上海:复旦大学出版社,2009.9
(复旦版原创法学系列)
ISBN 978-7-309-06901-3

I. 刑… II. 马… III. 刑事诉讼-证据-规则-研究-中国 IV. D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 174496 号

刑事证据规则研究

马贵翔 等著

出版发行 复旦大学出版社 上海市国权路 579 号 邮编 200433
86-21-65642857(门市零售)
86-21-65100562(团体订购) 86-21-65109143(外埠邮购)
fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

责任编辑 张永彬

出品人 贺圣遂

印 刷 上海浦东北联印刷厂
开 本 787 × 960 1/16
印 张 19.25
字 数 277 千
版 次 2009 年 9 月第一版第一次印刷

书 号 ISBN 978-7-309-06901-3/D · 432
定 价 35.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

本书作者在研究刑事证据规则基本理论、内在结构的基础上提出了我国刑事证据规则的系统化立法建议。作者认为，现代证据规则是对自由心证与证据裁判主义衡平的结果。刑事证据规则的基本框架是以确保证据可靠性的证据能力规则为中心展开，分为证据运用基础规则、证据能力规则、证据程序规则三部分。作为中心的证据能力规则又进一步分为基础与基本两部分，并以基本规则为核心，而该基本规则形成的内在逻辑是把口头证言作为证据可信性基础展开。此外，作者还探讨了单个证据规则的内在构成，主要特色是对证明标准在待证事实上的层次性、举证责任转移的内在机理和程序化进行了初步探索，对证据开示的程序进行了设计，对意见证据规则之鉴定规则的专门性界限进行了分析，对非法实物证据的运用提出了自己的看法。

项目完成人简介及写作分工

项目主持人：马贵翔，复旦大学教授，法学博士，博士生导师。撰写引言，第一章，第二章，第三章之二，第四章之一、二，第五章之一、六，第七章之三。

项目参加人(以撰写内容先后为序)：陈春芳，浙江工商大学法学硕士，撰写第三章之一；蔡震宇，上海市崇明县人民检察院法学硕士，撰写第四章之三；竺常赟，上海市黄浦区人民法院民事审判第一庭庭长、法学硕士，撰写第四章之四、第六章之二；王建林，浙江工商大学法学院副教授，南京理工大学人文学院博士研究生，撰写第五章之二、第七章之一、二；谢琼，上海市南汇区交通行政执法大队，法学硕士，撰写第五章之三；卫跃宁，中国政法大学教授，法学博士，科研处副处长，撰写第五章之四；方娴，复旦大学法学硕士研究生，撰写第五章之六、第六章之一。此外，第五章之五由马贵翔和东南大学纪委监察部纪检员、法学硕士张海祥合作完成。

全部内容由马贵翔统改定稿。

目 录

引言：证明模式转换的必要性与现代证据规则	1
第一章 刑事证据规则基本理论	7
一、自由心证主导性与证据裁判补充性之诉讼结构解析	7
二、证据裁判的本质：依据证据规则作出裁判与缺陷解读	12
三、自由心证与证据裁判衡平的直接措施	16
第二章 刑事证据规则的基本结构	21
一、刑事证据规则结构的形成：从证据的概念出发	21
二、刑事证据规则规范的对象：作为证据可信性基础的 口头证言	31
三、刑事证据规则结构展开	37
四、刑事证据规则与民事、行政诉讼证据规则的区别分析	43
第三章 刑事证据规则解构之一：刑事证据运用基础规则	48
一、证明标准规则	48
二、举证责任分配规则	66
第四章 刑事证据规则解构之二：刑事证据能力基础规则	84
一、证据能力取得规则	84
二、刑事证据开示	87
三、证人资格规则	97



四、证据能力适用范围规则：严格证明与自由证明	122
第五章 刑事证据规则解构之三：证据能力基本规则	134
一、刑事证据相关性规则	134
二、排除传闻证据规则	144
三、反对诱导性询问规则	153
四、自白任意性规则	161
五、意见证据规则	179
六、实物可靠性保障规则：最佳证据规则	190
第六章 刑事证据规则解构之四：刑事证据效果判定规则	200
一、司法认知规则	200
二、刑事证据推定规则	210
第七章 刑事证据规则解构之五：刑事证据程序规则	234
一、直接言词规则	234
二、交叉询问规则	259
三、非法实物证据运用规则	285
主要参考文献	297



引言：证明模式转换的必要性与现代证据规则

我国司法实践中,法官或者其他司法人员在运用证据认定案件事实上存在的形式主义倾向历来是较为突出的。具体表现的一种情形是,法官对案件真相已经形成确信,但因证据在形式上并不符合法定规则或习惯规则的要求而不能定案。表现之一,有些案件,虽然法官或其他司法人员已经确信了案件真相,但限于证据数量不足而不敢定案^①。表现之二,证据虽有一定数量,但因受各种约定俗成的规则的约束而不能下判。比如所谓前科一律不能作为此次犯罪的依据,如被告人李某涉嫌在某单位家属区连续5次撬门入室行窃,其中3次因在被盗房间里提取到了李某留下的指印与在李某居室搜查到被盗物品,李某不得不承认而予以定案外,最后两起虽与前3起作案手段完全相同,也提取到李某指印,但没有在李某处搜到相应赃物,李某又拒不承认,终致后两起案件无法定案。法官的理由是后两起案件只有指印这样的孤证,而前面3起案件虽与前面两起案件作案手段相同,但前3起相对于后两起在性质上是前科,前科不能作为认定此次犯罪的证据。表现之三,是排除怀疑方面的形式主义倾向。多表现为法官或其他司法人员在认定案件时试图排除所有怀疑,而不是排除合理怀疑。比如赵某在获知老板信用卡密码后,乘老板入睡之机窃取其信用卡,取款一万余元后又将信用卡放回原处。侦查时赵某供认了作案的全部过程,侦查人员又

^① 这其中最普遍的是所谓“孤证不能定案”,比较常见的是,只有被告人口供没有其他证据的一律不定案,也有只有被害人陈述或证人证言或书证不能定案的。总之,无论被告人、被害人、证人或书证把案件真相描述得多么生动、逼真,一律不能定案。



收集到赵某获知信用卡密码的证据、作案时间的证据、银行柜员机有关取款时间和数额的证据。按理此案证据已经确实充分,应予定案,但法院始终未予定案的原因竟然是,赵某说信用卡是在老板熟睡时从其口袋取走的,但老板说他的信用卡从来不放在口袋只放在抽屉,在无法排除这个矛盾时不敢定案。对这种“有确信而不定案”的状况,有学者也有类似描述:“有一些案件,法官根据在案的证据,明明已经能够对事实作出认定,但为了‘保险’,仍不惜做大量的‘取证’工作,对一些当事人都已经不争的证据,法官还要作调查;稍微复杂一点的案件总希望技术鉴定部门来代替自己对案件事实进行认定或者不敢判决而空耗时日进行调解,如此等等。这种带有法定证据制度色彩的诉讼与我们司法制度的内在价值要求是相背驰的。”^①有学者认为,在实践中时常会出现举证、质证时占了上风,可在认证时却出乎意料地输掉了官司。而证据采信、采纳的“只可意会,不可言传”,让当事人也只能是有苦说不出,这种对诉讼结果的可预测性的匮乏,会深深地挫伤当事人对证据裁判的信赖^②。

另一种情形则恰恰相反,法官并未对案件真相形成确信,但证据在数量与形式等方面已经达到法定或习惯规则的要求,法官竟然敢下判。有学者对我国近年来发现的佘祥林、吴鹤声、杜培武等 20 起震惊全国的刑事冤案进行了分析,在这 20 起案件中,表面上看证明被告人犯罪的证据丰富多彩,除了所谓被告人供认不讳外,现场勘察笔录、鉴定结论、证人证言、书证、物证一应俱全,在杜培武案中单是出庭作证的专家就有 10 余位,可谓“气势磅礴”。但另一方面存在的令人震惊的事实却是:有多达 15 起(占 75%)案件证明被告人无罪的证据没有被推翻或得到合理解释,法官就作出了有罪裁判。在这 15 起案件中,有 10 起案件存在证明被告人没有作案时间或不在犯罪现场的证据。但是在这 10 起案件中,公安司法人员都置这些证据于不顾。譬如,在杜培武案中,

① 张斌红:《自由心证与法官自由裁量权》,载“中国法院网”<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=145465>。

② 张友好:《经验与规则之间:为法定证据辩护》,载《中国刑事法杂志》2005 年第 6 期。

与杜培武为同一戒毒所警察的赵坤生、黄建忠证明杜培武在案发当晚一直没有离开单位,没有作案时间,但法院还是判处杜培武死刑;在陈金昌等抢劫杀人案中,尽管有多人证明4名被告人案发时不在犯罪现场,但法院还是判处被告人死刑或期限不同的有期徒刑。在李杰等故意杀人案中,案发当天与李杰都在医院看望病人的黄大明能够证明李杰没有作案时间,但公、检、法机关都置之不理。如在湖南怀化的滕兴善故意杀人案中,律师指出了案件在证据方面存在的众多问题:(1)根据侦查机关的鉴定结论,无名碎尸颅骨与“被害人”颅骨不符,不能证明“被害人”确实被害;(2)水文站出具证据证明,案发时,侦查机关认定的河中的作案地点与河岸唯一的一条通道被大水淹没,犯罪嫌疑人与被害人无法到达作案地点;(3)船工王明正等人证明,在警方认定的作案现场的上游见过尸块,这表明侦查机关对犯罪地点认定有误;(4)犯罪嫌疑人交代的杀人手段与侦查机关的尸检报告不符;(5)鉴定结论无法证明检察机关出示的斧头系杀人工具。这些辩护意见后来被证明都是正确的,但在诉讼过程中,侦查、检察机关和法院都未予采信,结果导致被告人被错判有罪,并被交付执行死刑^①。存在证明被告人没有作案时间或不在犯罪现场的证据并且没有排除或作出合理解释的这10起案件,再加上刑讯逼供因素^②,不用说法官,就是一个有正常理智的普通人一般也不会形成确信。

相比较而言,第一种情形直接造成司法资源的浪费,间接的可能会形成“迟来的正义”,极少数情况下可能会因纠缠枝节问题而人为制造疑案最终放纵犯罪。第二种情形则极有可能直接造成错案。

上述实践中存在的两种情形反映的就是自由心证与证据裁判主义的冲突。从表面上看,造成这些冲突的罪魁祸首是证据裁判主义,即证据裁判主义的“硬性”要求使法官心证不再自由。那么,是不是废除证

^① 参见陈永生:《我国刑事误判问题透视》,载《中国法学》2007年第3期。

^② 在20起冤案中,有多达19起案件存在刑讯逼供,并且手段极为残酷。如在杜培武案中,侦查人员对杜培武进行了长达31个昼夜的刑讯逼供。杜培武被打得求生不能,求死不得,只好供认自己杀人。在余祥林案中,侦查人员对被告人进行了10天11夜的刑讯,刑讯的手段极为残忍,包括不让睡觉、毒打、呛水、蹲马步等,结果导致余祥林只得违心供认杀人。参见陈永生:《我国刑事误判问题透视》,载《中国法学》2007年第3期。



据裁判主义就解决这一问题了?问题远远没有这么简单。寻求解决上述问题的办法需要研究自由心证与证据裁判两种规则或制度的衡平问题,直接目的在于缓解两者在实践中的紧张关系。

这里需要首先说明的是,自由心证与证据裁判衡平的一个前提是证明模式的确立,也可以说,证明模式是衡平的第一步。证明模式决定了自由心证与证据裁判相互关系的基本格局。

在对现代世界各国证据制度之证明模式进行追问的时候,我们看到有一种观点是较有说服力的:“在现实生活中纯粹的法定模式或自由模式都不存在,即便是在各自产生之初,法定证据并不绝对排斥法官的心证,自由心证也或多或少地要接受某种规则的约束”,“将这种区分绝对化,认为自由心证就可以不要任何法定的证据规则,或者法定证据就完全排除了法官对证据的自由判断,并不符合各国的历史和现实。”^①我们也赞同这一提法。但问题还没有澄清,我们要追问的是,自由心证与证据裁判有无主次之分?从逻辑上讲显而易见的是,在坚持证据裁判基础上实行法官心证,是以证据裁判为主自由心证为辅的制度;相反,在实行自由心证基础上适当考虑证据裁判的约束,是以自由心证为主证据裁判为辅的制度。由此看来,封建时代的法定证据制度是以证据裁判为主的制度,我们称之为传统证明模式;现代世界各国的基本证据制度是以自由心证为主的制度,我们把它称之为现代证明模式。当然,就现代世界各国的证明模式而言,大陆法系和英美法系相比较,大陆法系自由心证相对多一些;英美法系则证据裁判相对多一些,但都是以自由心证为主的制度。从历史的角度我们看到,证据裁判对自由心证的实体性限制^②使自由心证经历了一个否定之否定的发展过程:其一,在人类早期的控告式诉讼模式下实行无证据规则限制的自由心证;其二,在封建时代的纠问式诉讼模式下实行证据规则的量化控制(即以规范证明力为特点的传统证据规则或形式证据规则),使自由心证基本上窒息,就此而言,它是对自由心证的第一次否定;其三,在现代诉讼模式下

① 张友好:《经验与规则之间:法定证据辩护》,载《中国刑事法杂志》2005年第6期。

② 这里是相对于诉讼程序对自由心证的程序性限制而言的。

实行证据规则指导性控制(即以法官自由裁量并以规范证据能力为标志的现代证据规则),使自由心证起死回生,完成了第二次否定的回归,其实质是一种提高与发展。

在传统证明模式下对自由心证和证据裁判进行衡平是十分困难的,这是因为传统证明模式实行以规范证明力为特点的证据规则的量化控制,想改变这种量化控制将在根本上颠覆传统证据规则,如此就会改变法律规定的证明模式。也正因为如此,证据裁判的形式化弊端就不可能得到根本性的克服。对现代证明模式的衡平则可以实现对以证据规则指导性控制为特点的证据裁判的反思性整合,以尽最大可能克服其弊端。这是衡平自由心证与证据裁判须以现代证明模式为前提的基本理由。

但“以自由心证为主证据裁判为辅”只是一种指导思想或原则,如何把它兑现为一种可操作的制度是一个较为复杂的问题。这种复杂性在于,一旦确立了证据裁判的规则并予以执行,则不可避免会受到这些规则的左右而陷入证据裁判为主的泥潭;而若不规定证据裁判的规则,自然又滑入了自由心证为主的巢穴。那么,到底怎么办?有无出路?这就是本课题所要试图首先检讨的基础理论问题。

我国现行的证明模式不仅是以法定证明模式为主,而且规范证据证明力的形式证据意识^①较重。这不仅仅在于我们在法律上未明确承认自由心证,更在于立法上的规定^②,有学者认为,我国的证据立法中对规范证据能力的证据规则与规范证据力的证据规则两者之间的关系问题上采取了模棱两可的态度,甚至可以说出现了以规范证据证明力规则为主的倾向。如果对我国现行的证据规则现状及证据规则立法趋势作一番简单分析,就会发现如下的隐含事实:从我国现行的证据规则来看,规范证据能力的规则不仅数量有限,而且质量普遍不高,而规范

① 笔者也把它称之为法定证据情结。

② 主要表现是除了三大诉讼法规定了证据法定形式和少量证明力规则以外,近年来最高人民法院通过司法解释的形式确立了大量的规范证据证明力的所谓证据规则。如2001年12月6日由最高人民法院审判委员会第1201次会议通过的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第69—78条;2002年6月4日由最高人民法院审判委员会第1224次会议通过的《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第63、64、71条。

证据证明力的证据规则大有后来居上之势^①。而且实务界对形式证据的“路径依赖”(path dependence)也较为明显。近年来司法实践部门对制定证据规则的呼声较为强烈,由此也促进了理论界对证据规则问题的研究,立法部门对制定证据法(核心是确立证据规则)的重视也是基于这样的背景。然而司法实践部门对制定证据规则的呼声却在相当大程度上包含有对证据规则功能与价值的误解。笔者曾调查过几个法院的审判员对制定证据规则的看法,普遍认为制定证据规则很必要,并认为在具体案件的审判中,他们经常遇到因证据问题难以定夺的情况,有时涉及的是整个案件的基本事实,有时涉及的是个别事实或部分事实,由于法律对证据证明力缺乏明确的、可操作的标准规定,使他们在定案时衡证无方,什么情况下已达到确实充分的程度,哪些证据可以采纳,哪些证据不能采纳,缺乏一个确定性的标准,由此也加大了法院和审判员在定案上所承受的来自被害人、被告人、检察院以及其他有关单位和个人乃至社会的压力。这样的看法在司法实践部门具有相当广泛的代表性^②。

我国以法定证明特别是形式证明为主的现状提醒我们,欲研究自由心证与证据裁判在我国的衡平问题,理论上主要需解决三方面的问题:一是首先应关注证明模式的转换,确立自由心证主导性与证据裁判补充性的现代证明模式。二是消除证据规则设计上的规范证据证明力的倾向而达成规范证据能力的现代证据规则。这在以保护人权至关重要的刑事诉讼中尤其重要。三是克服证据裁判的形式化弊端。证明模式转换与克服证据裁判的形式化弊端解决的是证据运用的基本原则问题,证据能力规则的构建则涉及刑事证据规则的结构体系把握和单个刑事证据规则的设计。

① 何家弘主编:《证据学论坛》(第二卷),中国检察出版社2001年版,第106页。

② 审判员希望立法者出台一种确定性的证据标准规则为其定案作依据,是难以甚至不可能实现的,因为证据表现形式和证明力在个案中的千差万别,决定了立法者不可能找到明确统一的标准,这方面,在欧洲中世纪的法制史上曾有过深刻的教训,即实行法定证据制度和形式证据制度,就是法律预先规定各种证据的价值和意义,法官必须机械地按照法律规定的条件来衡量证据的可靠性程度,而不能按照自己的认识来分析和判断证据。在法定证据或形式证据制度下,法律不适当地规定了明确和统一的标准,极大地限制了法官的独立判断,造成了无数冤假错案,这种不科学的所谓证据规则已经被历史所抛弃。

第一章 刑事证据规则基本理论

一、自由心证主导性与证据裁判补充性之诉讼结构解析

从概念上讲,自由心证的本质意义在于自由判断直至形成确信(包括确信有或确信无),并不硬性要求以证据为根据。而证据裁判主义则要求必须以证据为根据。两者的区别是十分严格的。

自由心证主导性来源于它具有的明显优势,即有利于客观真实地揭示案件真相,即法官在解决社会纠纷时要准确认定事实、正确适用法律^①。法官审理的典型意义首先是对证据进行分析、评判以推导事实是否清楚,然后在事实确信清楚的基础上进行法律分析。法律分析具体说来包括先依据法律规定评判事实的性质,也就是给行为定性,以明确事实是一种何种性质的侵权,然后对事实的严重程度进行界定,这是一种量的估价;最后依法确定纠纷双方(当然实践中多表现为确定被告的责任)的责任分担的界限。可见审理是一种理性的逻辑推导过程,也是审理者形成内心确信的过程,在实际意义上对案件的解决起着决定性的作用。判决只不过是审理者对在审理过程中形成的内心确信的一种

^① 这里首先需要解释一个相对简单的问题,即需要证据作依据的裁判范围或对象是什么?简单而言,裁判是指对需要运用证据证明的案件真相的裁判,也就是说裁判的对象是案件真相。那么,什么是案件真相?案件真相是以事实真相为典型的。一起纠纷之所以能够成为纠纷无非分两种情形:其一,事实纠纷。当事人之间对越轨行为当时的客观状态即真实情况有不同的看法。其二,责任纠纷。责任纠纷从理论上讲是指当事人双方对事实无争议,只是对于双方基于此同样事实引起的责任分配有观点分歧。从表面上看,事实纠纷与责任纠纷有严格的区别,但其本质恐怕并非如此。事实纠纷的焦点是越轨行为的真实状态,是一种直观的也可看作是典型的事实真相。那么,责任纠纷如何呢?责任纠纷的核心在于区分责任大小,其本质是对相同事实进行合理定位,也就是找到事实的真正归宿或所在。在这个意义上,知道事实是什么只是事实的一部分,而知道事实的合理所在则是看不见的事实的一部分。比如某一事实的社会负面影响到底多大本身就是一个事实问题。由此看来,责任纠纷其实也是事实真相问题。

最终表达。

那么在诉讼程序中这种主导性是否依然存在?回答是肯定的。诉讼程序的实质首先是为法官的自由心证创造获取充分信息的空间,此即所谓方法性或技术性功能,其实行的基本步骤是对解决纠纷的天然格局即控辩均衡对抗法官居中裁决的方法予以固定,最终目的均是实现对真相的揭示。罗尔斯曾经提到刑事审判所“期望的结果是:只要被告犯有被控告的罪行,他就应当被宣判为有罪。审判程序是为探求和确定这方面的真实情况设计的。”^①这种信息空间的内在机理在于,允许控辩双方平等地又不受限制地提出自己的材料与见解,并允许任何一方行使反驳另一方的权利,使案件事实及适用法律的真谛显露出来,这是一个法官作出公正判决的主要条件。控辩双方的对抗意味着一方所提的正确的材料和意见将保留下来,而有意或无意提出的错误的材料和意见将受到对方的揭露和批驳而被否决。所以,只要程序设计严密,处置得当,就可以确保案件得到公正处理,至于罗尔斯所讲的“不完善的程序正义”^②是一种可以容忍的必然缺陷,它对整个程序的影响不大。由于控辩双方的争论本质上都是实体性的争论,或者说是探求实体真实的过程,因此,一方对另一方错误材料和意见的反驳与揭露的论据,一方面来源于实体法的规定(主要体现为定性与适用法律),另一方面则来源于人们对客观世界规律的认识,所谓办理案件遵循逻辑推理、科学公理和经验规则,在这里显然主要是针对案件事实的认定而言的,最直接的则是证据的运用。单纯的证据运用是一种冷静的追求实体正义的过程,即“审判官必须冷静沉思,向自己提问并根据理智,根据已经取得的反对受审人的证据及其答辩的理由,以真诚之心探求浮显出什

^① [美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 81 页。

^② 罗尔斯认为,不完善的程序正义的含义是“即便法律被仔细地遵循,过程被公正、恰当地引导,还是有可能达到错误的结果。一个无罪的人可能被判有罪,一个有罪的人却可能逍遥法外。在这类案件中,我们看到了这样一种误判:不正义并非来自人的过错,而是因为某些情况的偶然结合挫败了法律规范的目的。”([美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 81 页。)

么印象。”^①有学者也认为,“尽管法律可以在证据能力、法官资格以及具体程序等方面作出详细的规定,但在证明力的判断问题上,只要不放弃对发现案件事实这一目标的追求,自由对司法者来说就显得无比重要了。证据证明力的判断这个事实领域的问题构成了司法过程中的法律不入之地。可以说,自由是证据证明力判断活动中的客观规律。”^②由此看来,自由心证是探求真相的天然要求,本身自是理所当然的。可以说,从纠纷产生并出现解决纠纷的活动时候起就必然伴随着自由心证。可以设想,在一个证据确凿的案件中,法官或裁决人如何能作出判决,并非证据在亲口说话,而是法官对证据形成了确信。法律把自由心证作为规则明确规定下来至少有两方面的原因,一是对封建时代的对证据证明力进行定量化规定的形式证据制度的明确否定;二是对法官作出正确判决所必要的自信心、胆略和勇气给予法律上的鼓励。

证据裁判的补充性的实质是诉讼结构对自由心证进行基本限制的基础上的进一步限制,其价值来源于单个法官恣意的不可避免性。

诉讼结构对自由心证进行基本限制的实质是,科学的诉讼结构是有效防止自由心证自然滋生的法官恣意的基本措施。法官恣意主要有三种情形,一是先入为主;二是疏忽大意、漫不经心导致判断上的失误;三是有意犯错,即故意歪曲事实、曲解法律。程序在防止这种恣意方面的作用^③体现为:一是科学的司法程序结构保证了法官能真正全面地听取案件正反两方面的意见,使司法程序结构系统对信息的处理更加准确,以使认定事实和适用法律做到恰如其分。某些法官可能有良好的职业道德,责任心强,不徇私情,始终有一颗公正之心。但若没有科学的诉讼结构作保障,有可能不自觉地出现先入为主或偏听偏信的情况。二是程序本身的庄严氛围^④会增强法官的使命感和注意力,可有效避免法官疏忽大意和漫不经心可能造成的心证上的错误。三是司法程

① 1808年法兰西刑事诉讼法第342条、法国1959年修改后的刑事诉讼法第353条。

② 汪建成、孙远:《自由心证新论》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第一卷),中国检察出版社2000年版,第358页以下。

③ 是所谓程序自治性的本质。

④ 所谓庄严氛围以法庭审判为典型,形成于决定事项的重要性、程序的仪式性和严肃性等。



序结构正确协调了诉讼主体之间的关系。比如控、辩、审三方关系和他们各自的内部关系,使诉讼主体职责分明、相互制约,从而有效地防止了诉讼主体的人情和恣意对诉讼过程产生的干扰,从而在保证程序公正的基础上维护判决的正确性和权威性。某些法官可能与案情有各种各样的情感联系甚至利害关系,或者受到案外人情的拉拢、腐蚀,可能有意使判决走向不公正,但司法程序结构中控、辩、审三方有效制约的程序“闭合性”(包括陪审官和法官的有效制约,控、辩双方的申请回避权)、公开审判的程序“开放性”则可以在很大程度上抵消这种弊端。此外,除了程序的直接限制以外,还有相关制度的外围性限制相配合,最具代表性的是试图阻断外界影响的司法独立的体制性设置^①。这些外围性限制的价值是非直接的、松散的,与程序自治性的直接限制不可比拟。

但诉讼结构对自由心证进行的基本限制只能是基本的,不可能是天衣无缝的。它决定于程序正义的天然缺陷。其实质是单个法官恣意的不可避免性。诉讼程序较之其他程序其自治性是最强的,但不同层次或不同级别的诉讼程序其自治性程度是不同的。以陪审团制度的建立为标志的诉讼基本结构的完善形态的自治性最高^②。其他无陪审团的诉讼基本结构的一般形态的自治性相对较弱。其一,陪审团审判的自治性最高,但陪审团审判是一种豪华型的审判,耗资巨大,只能适用于少数重大案件,大多数甚至绝大多数案件的审判需要由单个法官或少数法官进行。而单个法官或少数法官一方面难以形成陪审团会议那

^① 司法独立是围绕自由心证层层展开的,第一层次是法官不受案外人或公众的影响,由此产生了新闻监督司法的限制制度;第二层次是法官判案不受本法院领导的影响,由此产生了法院内部管理的非行政化设置;第三层次是法官不受更高级法院或其领导的影响,由此产生了上下级法院之间的相互独立的关系设置;第四层次是法官不受行政长官、议会的影响,由此产生了法院独立于行政与立法机关的权力配置。

^② 我们之所以把陪审团制度作为诉讼基本结构的升级形态,是考虑到以下因素:其一,陪审团制度的设立进一步提高了刑事诉讼结构的自治能力,其根源在于陪审团制度进一步限制了法官个人恣意的可能,进一步缩小了程序漏洞;其二,陪审团制度的设立使审判结果的正确性进一步提升,理由在于多人裁判更易于选择合理方案;其三,陪审团制度的设立比较集中和突出地体现了诉讼民主,体现了社会和公民对诉讼的参与,易引起社会的广泛关注;其四,陪审团制度的设立使诉讼程序的成本大幅度提高,说得通俗点就是使诉讼程序从便宜走向昂贵,从普通走向豪华。

