

# “证据法的基础理论”笔谈

2004年8月28日—29日,中国社会科学院法学研究所刑事法学重点学科组在京郊召开了“刑法前沿问题暨证据法的基础理论”研讨会。来自中国社会科学院法学研究所、北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、中山大学、中南财经政法大学等单位的30余名专家、学者参加了此次研讨会。与会专家重点围绕着王敏远研究员在《公法》第四卷上发表的《一个谬误、两句废话、三种学说——对案件事实及证据的哲学、历史学分析》一文展开了对事实、证据、证明标准、客观真实、法律真实、证明方法等问题的探讨。我们约请其中的几位专家提供了笔谈稿,作为研讨会的部分成果呈现在这里,希望以此深化对证据法基础理论问题的讨论,并促进证据法学在研究重点和研究方法上的转变。

## 再论法律中的“真实”——对相关问题的补充说明

王敏远\*

关于法律中的真实及证明等问题,笔者曾于去年撰文予以专题论述,<sup>[1]</sup>关于这些问题的基本立场和主要观点,我在该文中已作了相应的阐明。然而,那虽然是一篇长文,却仍然有许多未尽之言,需要予以进一步的说明。以下将从不同的方面对有关法律中的“真实”问题的未尽之意略作补充。

在补充说明之前,对该文的主要观点有必要作简要的概括,以便使补充说明有的放矢。在我看来,该文中需要在此概括的主要论点如下:第一,在认识论的层面上,事实是可谬的。这里所说的事实既包括历史的事实也包括现实的事实;既包括复杂的事实也包括简单的事实;既包括凭感官可以知觉的事实也包括凭借科学原理和手段推断的事实。只有认识到这一点,我们才能摆脱因为对本体论意义上的事实所持的信念,而对认识论意义上的事实可能产生的迷信;不仅如此,我们由此才能够避免因为认识论意义上的事实之可谬,而导致无可救药的不可知论。第二,“客观真实论”与“法律真实论”作为应予批判的对象,是因为其作为刑事证明标准的理论是错误的。这种错误不仅是由于它们未以合适的哲学理论作为其基础,而且也由于它们面对刑事证明标准这样一个通过法律的概括规定根本不可解的问题,试图以“客观真实”或“法律真实”作为证明标准予以简单化处理。第三,刑事证明标准的问题,虽然是一个关于事实的信念及其判断的根据、方法的问题,但也是一个法律问题;而作为一个法律问题,并不能通过法律规则解决,而是需要依靠科学与常识作为凭据才能确定的问题。就此而

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。

[1] 参见拙文《一个谬误、两句废话、三种学说——对案件事实及证据的哲学、历史学分析》(以下简称《一个谬误、两句废话、三种学说》),载王敏远编:《公法》第四卷,法律出版社2003年版。

言,由于科学与常识的非确定性,刑事证明标准就显得不再是一个可予以绝对确定的界线,而是一个可谬的界线。这是一个无奈的事实,但却是个应当承认的事实。

笔者的上述立场和观点,虽经法律界多位贤达之士的质疑,但笔者至今仍予坚持。虽然如此,时至今日,我感觉确需对文中所涉及的问题作若干补充说明,以使观点得以更清晰地显现。

### 一、批判具有相对的意义

“硬邦邦的事实”、“认识符合事实”、“事实胜于雄辩”不仅是在日常生活中常用的说法,而且在很多场合也是一种妥当的表述。从这个意义上说,对其作出的所谓“谬误”和“废话”的判断,仅仅是基于特定问题讨论中的需要,所作的具有特殊意义的分析,并不意味着其在任何情况下都是谬误或都是废话。而“客观真实论”与“法律真实论”作为理论界的一种探索,也具有诸多应予肯定的积极意义,我们不能因为其所存在的错误而否定这种积极意义。我认为这种积极意义至少包含两个方面:第一,“法律真实论”在否定“客观真实论”的方面具有应予充分肯定的积极意义。正是这种否定,有助于使法律界得以从对客观真实的迷信中解脱出来,进一步意识到人们对事实的信念与事实本身是两回事,而真实不过是人们对事实的一种信念。第二,“客观真实论”在坚持刑事证明标准的传统含义方面所具有的积极意义也应当予以充分肯定。正是“客观真实论”的传统含义,才包含了对刑事证明极端严格的要求,而这种严格要求是刑事证明不同于民事证明以及其他方式的证明的,是现代刑事诉讼对认定有罪应在证明方面具备的严格要求,是与人权保障的精神相一致的。

### 二、程序真实应有的含义

关于程序真实的问题,那篇文章基本没有涉及。而在原先的设计中,该文所说的“三种理论”中的第三种理论,原本就是针对程序真实的理论。由于考虑到有关程序真实的问题相对简单,故从该文中舍弃了对这个问题的讨论。现在看来,程序真实中还是有一些需要说明的问题。

程序真实与法律真实是两个词义相近但并不等同的概念。在任何时代、任何国家的诉讼中都要追求真实,这几乎是不言而喻的。可以说,追求真实是从古到今诉讼活动的一个基本目标。我以为,程序真实所强调的是:诉讼活动中所追求的真实应当是程序内的真实,应当在程序所限定的范围内寻求真实,对真实的寻求应当受到程序的约束。对此,可用一个笑话作相应的说明。某晚,甲见到乙在路灯下寻找失物。甲问:何物丢失?乙答:钱包。甲又问:是在此处丢失?乙答:不知道。甲再问:为何在此寻找?乙答:只有此处有灯光。这个笑话中就包含一些对程序真实问题可作进一步说明的内容,例如,诉讼中对真实的寻求,只能在程序的范围之内,这相当于只能在有灯光的地方(换句话说就是在有可能寻找的地方)寻求一样。我们不能在法律程序之外寻求真实问题的解决。但需要进一步说明的是,在程序的范围之内所求得的是否为真实,另有相应的判断根据,而不是程序本身。将刚才所讲之例略加改造,我们就可以得到这种认识。假设乙在灯光下找到了一个钱包,那么,判断其是否属于所遗失的钱包,其根据并不在于它是在灯光下找到的,而应当有其他的凭据。正是在这个意义上,“程序真实论”是一种应予批判的理论。“程序真实论”认为,程序内的真实是人们唯一能寻求的真实,因为,对案件真实难以寻求,更难以判断何为真实,故必须退而求其次,人们应当放弃对案件真实的寻求,而只能寻求和判断法律中的求证活动是否遵守了程序。在他们看来,若违反了程序,则可以确定地说未找到真实;若遵守了程序,则可以确定地说找到了真实。这样认识程序真实当然是有问题的。显然,采用违反法律程序的方式或采用在法律程序之外的其他方式寻求真实,应当予以否定;然而,在法律程序之内寻求的真实,并不是我们可以信任这种真实的充分理由,而只是一个必要条件。

### 三、需要解决的基本问题

在诉讼法学界的诸多讨论中,经常能生发出精彩思想和高妙言论的,往往是在探讨证明问题的时候。然而,一些精彩思想和高妙言论也往往会给人文不对题的感觉,例如,关于绝对真理与相对真理的思想,又如,究竟是法律真实还是客观真实才是证明标准的议论,等等。其原因,一方面在于我曾予以说明的研究方法问题,即:我们应当选择需要并能够解决的问题,对其采用科学的研究方法予以研

究;另一方面则在于我在此要补充说明的研究意识问题,即:我们的研究应当具有相应的问题意识,为解决特定问题而进行的有针对性研究才是有意义的研究。

这种问题意识可以在司法、立法和理论等不同的层面予以相应地揭示。在司法层面,我们面临的问题很多。例如,司法机关常以“辩护意见与本案的实际情况不符”为由而不予采纳,或者更多的是断言“上述事实有某某证据为证”而予以认定,显然,这种做法体现了一种不讲理由的司法理念,是一种极易导致司法任意妄断的做法。我们的理论若无此问题意识,则不仅无助于该问题的解决,甚至有可能发生助长司法任意妄断的后果。在我看来,“客观真实论”与“法律真实论”及“程序真实论”,均存在着这种应予重视的问题。以往,司法部门的一些人很赞赏“客观真实论”,因为这种理论可以为武断提供根据:不管实际所凭借的理由是什么,司法所认定的就是客观真实,无需争辩且无可争辩。而现在,司法部门的某些人很赞赏“法律真实论”及“程序真实论”,因为这不仅可以为其降低刑事诉讼中的证明要求提供根据,而且,由于“法律真实论”及“程序真实论”倡导了一种与众不同的“真实”,甚至于可以为完全不讲理的司法裁断提供根据。因此,我们的理论研究不仅应当避免华而不实,而且,应当力求不为司法任意妄断提供根据,问题意识的意义正在于此。

以上几个方面的补充说明,只是对已进行的研究所作的部分补充,许多应予补充说明的问题,在此甚至于还未提及。例如,关于司法证明的特殊性,其中就有应予补充说明的内容,诸如司法中的证明可以“移的就矢”等。然而,更为详尽的补充,只能留待于更恰当的时机。

## 对“科学的刑事证明理论”的哲学、逻辑学批判

张继成\*

在《一个谬误、两句废话、三种学说》一文(以下简称“王文”)中,王敏远教授认为“客观真实”标准是不能成立的,因为“事实是硬邦邦的”是“一个谬误”,“认识符合事实”与“事实胜于雄辩”是两句废话。对于王文的上述核心观点以及他所提出的“科学的刑事证明理论”,笔者持反对的态度。其理由如下:

一、研究证明标准问题时,应当重视认识论、语言论,但不能以抛弃本体论为代价

王文指出,在研究证据以及证明标准问题时,必须站在认识论和语言论的立场上,因为:“人类必须而且只能用‘语言’去理解‘世界’和自己的‘意识’,并用‘语言’去表述对‘世界’和自己的‘意识’的理解;虽然‘世界’在人的‘意识’之外(世界不依赖于人的意识而存在),但‘世界’却在人的‘语言’之中(人只能在语言中表述世界和表达对世界的理解);‘语言’既是人类‘存在’的消极界限(语言之外的世界对人来说是存在着的无),‘语言’又是人类的‘存在’的积极界限(世界在人的语言中变成属人的世界);‘语言’中凝聚着‘思维和存在’、‘主观和客观’、‘主体和客体’的对立统一,因而也是消解主——客二元对立的文化的结晶。”“没有认识论的本体论无效”,“没有语言学的认识论和本体论为无效”。<sup>[1]</sup>但是,我们不能因为哲学研究实现了认识论和语言论转向,就抛弃本体论。离开本体论,认识论将成为无源之水,无本之木;没有本体论的语言论将是空洞无物的,是一种噪音。本体论是认识论和语言论的根基。熟悉现代西方哲学的人一定知道,许多西方学者就是从语言学的角度来研究本体论、认识论和逻辑问题的。在诉讼实践中,我们仍然要关注本体论,虽然这种本体论只是认识论和语言论视野中的本体论,但毕竟没有抛弃本体论。在诉讼实践中,没有本体论的认识论和语言论是没有任何意义

\* 中南财经政法大学法学院教授。

[1] 参见孙正聿:《哲学通论》,辽宁人民出版社1998年版,第230页。

的:不了解本体论,我们就无法理解证据何以具有客观性、关联性、充分性?轻视本体论研究,将是证据法学理论研究的倒退。

## 二、“科学的刑事证明理论”掉入了“认识符合认识”的陷阱

王文认为,只要坚持“认识符合事实”,必然要掉入“认识符合认识”的陷阱之中。既然如此,他所提出的科学的刑事证明标准就应该也一定能够避免掉入“认识符合认识”的陷阱之中。但不幸的是,他把科学和常识当作判断人们对案件事实的认识是否正确的标准,这本身就是一种“符合论”。用科学和常识(科学和常识本身就是一种认识的成果)作为检验人们对案件事实的认识是否正确的标准,这无疑就是用一种认识来检验另一种认识,这样,所谓“科学的证明理论”就已经完全掉入了他自己力图避免的“认识符合认识”的陷阱之中。王文所说的科学和常识证明标准,不仅是一种符合论,而且是一种在真理理论上具有更大理论缺陷的符合论——融贯论。融贯论由于无法区分协调的童话、谎言与真理而倍受批判。

## 三、“事实是硬邦邦的”这个命题不是一个谬误

王文认为,“事实是硬邦邦的”这个命题是一个谬误。他得出这个结论的论据是:历史事实由于只是一系列事件的象征,存在于人们的头脑之中,只是人们根据一定的目的、愿望、甚至偏见而从事件中截取出来的,因而,不再像人们通常所说的那样是硬邦邦的、铁一般的。笔者认为,这只是反映了历史事实软性的一面,其实,事实除了具有软性的一面外,还有硬性的一面。我们不能只顾一面,而不顾其余。否定事实的硬性、把事实说成是软绵绵的,在理论上是错误的,在实践上具有极大的危害性。

卡尔·贝克尔说历史事实并不是像人们常常认为的那样是硬邦邦的,是有前提条件的:第一,没有象征意义,就没有事实;第二,历史事实存在于人的头脑之中、日记中、报纸上;第三,历史事实是史学家根据一定的目的、愿望、偏见从历史事件中截取出来的,目的不同,从事件中所截取出来的事实也就不同。但这一切并不构成否定事实具有硬性的理由。当象征意义确定之后,事实是什么样就是什么样,而不能既可以这样,也可以那样。选择什么作为人们从事件中截取事实的标准,的确没有硬性,要随主体的目的、愿望而定,但当截取事实的标准确定之后,即要想从事件中截取出什么样的事实确定之后,截取出来的事实则由事件本身来决定,而不能由主体的目的、愿望来决定。恺撒渡过了卢比孔河是事实,恺撒没有渡过卢比孔河就不是事实;恺撒夺取了罗马共和国的统治权是事实,恺撒没有夺取罗马共和国的统治权就不是事实。可见,事实具有硬性。

## 四、“认识符合事实”和“事实胜于雄辩”并非两句废话

王文认为“认识符合事实”是句废话的一个重要理由是:“认识符合事实”仅仅适用于对现实事实的认识的证明或证实,对于有关历史的认识来说,因为现实中并不存在与之相符合的历史事实,这种证明标准是毫无意义的。笔者认为,该观点同样不能成立。因为如果“认识符合事实”对于判断历史事实的认识是否正确不能适用的话,那么,它对于判断对现实中事实的认识是否正确同样不能适用。因为,对现实事实的认识总是先于对它的证实或证明,但当人们就自己对现实的认识进行证明或证实的时候,现实已经不再是现实,现实已经成为历史事实了。既然王文认为“认识符合事实”对于现实事实的认识的证明或证实具有适用性,那么,它对于案件事实的认识的证明或证实同样具有适用性。那么,是什么原因导致他承认“认识与事实相符合”只适用于对现实中的事实的认识的证明而不适用于对历史事实的认识的证明呢?原因就在于,他不知道,事件必须存在,而不能存而不在;而事实不仅可以存在,而且可以存而不在。

王文认为“事实胜于雄辩”是句废话,其重要理由是:只有已被掌握的事实才有可能胜于雄辩,不为人所知的‘事实’是不可能胜于雄辩的。而案件事实作为人们认识的对象,在其尚是待确定的事实,而非已被把握的事实时,本身就需要通过论证予以证实,当然就不可能成为胜于雄辩的事实。笔者不同意这个观点,理由在于:首先,王文没有将事件与事实这两个概念区分开来,将事件本身看作事实。我们知道,事件已经过去,事件只是一种“自在之物”,还不是“为我之物”,它根本就不会“说话”,也没

有任何断定力,什么也不能说明,所以当然不可能胜于雄辩;而事实则不一样,事实是为主体的概念所接受了、关于事件、物的性质或关系的断定或陈述,它已经会“说话”了,它将“自在之物”变成了“为我之物”,当然可以胜于雄辩。其次,“事实胜于雄辩”中的“事实”是指已被认识、知道、把握了的“事实”,因为,根本不存在没有被人们认识、知道、把握的事实。因此,王文的论证是不能成立的。

综上,笔者认为,王文的论证使自己陷入了自我否定的尴尬局面。在诉讼证明中,科学、常识能够帮助我们更好地发现案件真相,更好地确定我们的认识的真假。以科学和常识为标准,也能够更好地帮助我们判定人们的认识是否符合事实。就目前来说,还没有比科学更好的能够帮助人们认识案件事实的手段和工具。辨别真假是诉讼证明的目的,科学和常识是达到这个目的最有效的途径、手段。而事实是硬邦邦的,认识与事实相符合,事实胜于雄辩,这正是人们提倡运用科学发现事实的价值之所在。既然以科学的手段所认识到的事实不是硬邦邦的,以科学和常识为标准检验的认识必然使人们陷入“认识与认识符合”的陷阱,事实不能胜于雄辩,那么,人们不禁要问:诉讼证明中,科学和常识的手段或标准还有什么用处呢?王文企图通过说明“事实不是硬邦邦的”、“认识不能与案件事实相符合”、“事实不能胜于雄辩”来否定“客观真实论”的理论基础,但不幸的是,他不小心地连自己所要确立的“科学和常识证明标准”的理论基础也给否定掉了。

笔者认为,客观真实是诉讼证明的标准,“科学和常识”只是追求“客观真实”的最佳手段。以科学和常识为手段的诉讼认识如果所获得的“事实是硬邦邦的”、“事实胜于雄辩”,那么,科学和常识在诉讼证明中才有存在的意义和价值。

## 司法裁判中的事实问题

吴宏耀\*

在我国证据法学研究中,“裁判者关于案件事实的认识只能是回溯性历史认识”已逐渐成为共识。由此出发,王敏远教授在《一句谬误、两句废话、三种学说》一文中,进一步揭示了裁判者视角下的事实面相以及在此面相下裁判者认识的基本特点。然而,如果采取当事人或事实经历者的视角,我们将发现,案件事实并非只是一种历史事实;对案件事实的认识,也并非只能借助于证据。因此,为了全面展示司法裁判中事实认定问题的复杂性,必须兼采经历者与裁判者的双重视角。

案件事实的双重视角提醒我们,在分析案件事实问题时,必须注意案件事实与特定认知主体之间的关系;关系框架不同,案件事实将呈现出不同的面相。其中,对于裁判者,案件事实是一种“过去的事实”,不可能重现,因此,只能通过证据才能有所认识。而对于经历者,案件事实却是一种曾经经历、感知的“现在的事实”;而且,关于该事实的经历(“当下感觉”)将留存在记忆之中并作为其人生经验的一部分,对其现在和今后的生活产生影响。因此,对于经历者,案件事实呈现出“硬邦邦”的给定性;而且,一般而言,经历者的人数越多,案件事实的给定性也就越强、越难改变。

案件事实的两面性暗含了证据制度必须直面的内在矛盾:尽管裁判者只能通过证据才能认识案件事实,在法律意义上,他却必须对“案件事实是否发生”做出裁判;而在生活层面上,这一法律认定又必然遭遇案件事实自身给定性的评判。对此,如果承认,法律制度是社会生活的组成部分,其目的在于促进社会生活的和谐发展而非构建一个与现实生活无关的法律空间,那么,就必须看到:在司法裁判中,错误的事实认定不仅直接关系到当事人的权利义务,而且,这种逐案累积的错误,犹如长堤蚁穴,间接而深远地影响着诉讼制度、证据制度自身的正当性。换句话说,“在司法裁判过程中,‘法律真

\* 中国政法大学诉讼法学研究中心副教授。

实‘如果不能在统计意义上做到与‘客观事实’在多数情况下一致,或者使人们普遍相信有可能达到并追求这种一致,那么,裁判所依赖的这种‘法律真实’,就会在制度和意识形态上失去其正当性,司法过程就会变质。”<sup>[1]</sup>因此,证据制度的建构与发展必须致力于“如何促进裁判者的认识符合事实真相”。但是,基于回溯性认识的自身特点,无论裁判者确信程度多高,所认定的事实都不可能必然正确,在此意义上,证据制度面临的上述困难实质上构成了证据制度发展完善的不竭动力和最终指向。

基于上述分析,在证据法学研究中,有必要区分裁判者的认知能力与证据制度的整体功效、法律制度内的裁判标准与社会生活层面的评判标准。

第一,就裁判者而言,他只能通过证据才能对过去的事实有所认识。因此,我们必须承认以下两个命题:一是,并非所有的案件都能够查明案件事实的真相。为此,在事实真伪不明时,必须引入体现价值倾向的制度化处理方案,即依据证明责任进行裁判。二是,裁判者认识的可错性。也即,裁判者自认为查明了事实真相,不等于裁判者的认识真的“符合事实真相”。为此,必要的事实救济制度就显得尤其重要。

另一方面,我们又必须看到,在制度合力的作用下,裁判者的认识有可能真的符合事实真相。具体而言,除证明标准外,裁判者的事实认定能否“符合事实真相”还受到以下因素的影响:其一,案件事实能否准确、全面地转化为诉讼中的事实主张。根据不告不理原则,起诉范围确定了裁判的事实边界。因此,在事实认定问题上,裁判者的认识是一种具有明确事实指向的活动,而这一事实指向取决于双方当事人的事实主张。其二,案件事实能否有效地转化为法庭上的证据。在裁判者视野中,证据是认识过去的桥梁。然而,在现代诉讼制度中,提出证据的责任主要在于双方当事人。因此,在案件事实向证据转化问题上,尽管裁判者也可以有所作为,双方当事人的活动却有着更为实质性的影响。其三,证据的甄别、推理是否正确。证据不可能直接向裁判者展示案件事实的真相。证据自身尚需甄别,依据证据认定事实亦需要借助思维推理。在此过程中,裁判者理所当然居于决断者的地位。但是,双方当事人的积极参与,不仅丰富了裁判者的“知识库”信息,而且,有助于裁判者将其“知识库”中的一般知识转化为指向具体争议问题的情境化判断。一言以蔽之,“客观真实”这一价值目标的实现依赖的是诉讼制度、证据制度的整体合力,而非某一具体制度的自身力量;依赖的是多主体的诉讼参与,而不单纯是裁判者的个人才智。

第二,对于裁判者的认识,必须从两个方面加以分析:一方面,在社会生活层面上,裁判者的事实认定无法改变“已发生事实的真相”,相反,案件事实的给定性实质上构成了评判裁判者认识正确与否的外在标准。

但是,需要指出的是,尽管对于特定个体,案件事实的给定性总是具有硬邦邦的品格,在社会层面上,这一给定性却呈现出强弱程度不等的社会意义。因此,在司法实践中,以此作为评判裁判者认识的外在标准,并非总是如人期待的那么明确、实用:如果案件事实具有较强的社会给定性,正确的事实认定将因此具有难以否定的确定性;错误的事实认定,也容易被识别、纠正。如果只是特定的事实侧面具有较强的社会给定性,那么,尽管可以据此识别错误的事实认定,却无法据此得出事实认定正确的确定性结论;如果案件事实的给定性只具有个人属性,那么,据此所作的评判,对于辨别事实认定的对错将毫无价值可言。

更重要的是,社会层面上的评判只能在裁判之后进行。换句话说,在时序上,先有裁判者的事实认定,而后才能对该事实认定是否正确(反映事实真相)做出评判。因此,在司法裁判过程中,即使案件事实具有较强的社会给定性,裁判者在认定事实上仍然可能出错,尽管这一错误在某些人看来可能是如此明显,甚至是愚蠢。

另一方面,在诉讼制度之内,裁判者只能借助证据才能对案件事实有所认识,而且,他无法像经历

[1] 张志铭:《裁判中的事实认知》,载王敏远编:《公法》第四卷,法律出版社2003年版,第3页。

者那样对自己的认识是否符合案件事实真相做出“客观上的判断”(尽管他可以对此做出判断并坚信自己正确)。因此,在裁判活动中,裁判者因不知案件事实真相,无法将其作为裁判的标准;而只能依据法庭证据调查所得的关于诉争事实是否真实(或者说事实主张是否成立)的主观确信进行裁判。

在裁判活动中,裁判者认定事实所依凭的是主观确信。对此,需明确三点:首先,这里的“主观确信”是以法庭证据调查为基础的主观判断。因此,它尽管具有主观判断的外观,却必须以诉讼中存在的、外在于裁判者的证据为基础。这种以证据为基础的主观确信,不仅在一定程度上限制了裁判者的主观恣意,而且,也为其他裁判者通过法定程序审查、改变裁判者的事实认定提供了外在的判断标准。其次,这一确信尽管表现为裁判者的主观判断,它的形成过程却是诉讼活动中多主体的交互作用。因此,在实质内容上,它蕴含了多主体的不同认识及其关于证据与事实的多种可能性解释;这一确信即以此为基础甄别、综合发展而成。再次,这一主观确信尽管以裁判者确信自己认识正确为内容,裁判者确信自己正确却不等于事实上必然正确——像其他人类认识一样,裁判者的认识也存在着出错的可能。如果说,以证据为基础、产生于多主体的交互作用,赋予了该主观确信作为裁判依据的资格,那么,裁判者认识的可错性,则提醒裁判者在认定事实时必须保持一种谨慎的心态,并在职业道德上对自己所认定的事实保持一种适度的谦逊和开放精神,而不是凭借法律上的事实认定权而主观确信。

## 目的与方法、证明与裁判

刘荣军\*

王敏远教授关于案件事实与证据问题的长文《一个谬误、两句废话、三种学说》(以下简称“王文”),运用哲学、历史学和语言学的研究方法,试图在诉讼程序与案件事实之间建立“可操作性标准”的努力是显而易见的。在我看来,该文至少在一定程度上产生了这样的作用:首先,推动证据学研究的理性化发展。在以往的研究中,关于证据学的理论大多以“舶来品”作为理论的平台,而且没有对这些舶来品的结构特征加以分析。例如,关于与客观真实和法律真实关联的证明标准“standard of proof”,原本并非单纯指用以衡量证明主体所要证明自己主张的一个尺度,而是指当事人为了达到能够使裁判者相信其主张的程度而需要承担的一种责任,因此与证明责任“burden of proof”密切关联。王文试图说明证明标准其实在中国语境中更近似于证明要求,这与责任是直接关联的。王文的努力,给如火如荼、各执一端的议论降了些雨,这将有助于研究的理性化。其次,统一认识。尽管目前的理论界以及实践部门关于证明标准的争论仍在继续,但是就笔者的观察,在理论界,赞成王文观点的学者数量呈现上升的趋势。相信通过与其它观点的交流,这一数字还会上升,而且有望对实践部门形成实质影响。再次,研究方法的扩张。在有关的议论中,运用哲学、历史学、逻辑学、实证理论等方法进行议论的论者不少,但是,王文的议论显然综合了较多的社会科学研究方法(远不止他标明的哲学和历史学的方法)。虽然要承认,由于理论的深化可能使一些人担心出现“阳春白雪”的局面,但是其议论的深度和效果却是不容置疑的。

不过,作为评论者,进行挑剔乃是天职所在。就笔者看来,王文对目的与方法、证明与裁判之间关系的议论存在致命的缺陷。

应该明确的是,当下关于上述命题的议论,其基本的出发点以及分歧点都与认识论存在不可分割的关系。无论是客观真实说还是法律真实说,抑或是科学证明说的持论者,都存在主观上如何看待诉讼中面临的案件事实的问题(下面仅就客观真实说和法律真实说进行议论)。换言之,任何一方都是

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。

在以包含着自己概念体系和认识体系的知识就对象(事实)进行解释,进一步说就是主观思想对客观事物的态度问题。关于这一点,许多论者并不否认。然而,在对上述观点的评述上,王文并未意识到一个非常重要的问题,即各方学说在认识的目的和方法上存在醒目的混同。持客观真实说者既将客观真实作为诉讼认识的目的,也力图将其作为标准;而持法律真实说论者同样也将客观真实作为诉讼认识的目的,但是强调了客观真实发现的困难,转而求诸于在法律范围内确定事实,即以法律作为标准来取而代之。可是,事情其实并非可以这么简单化。如果从哲学的认识论层面上审视问题,那么我们会发现我们正在议论的基础可能发生了偏差。

这一基础就是我们所追求,并且想以其作为证明标准尺度的真实。而真实(无论是法律真实还是客观真实)是什么呢?如果将真实仅视为环绕事实周围的一系列的证据锁链,似乎只要能够找到证据(而且是越多越好),一切问题都可迎刃而解。然而,真实与目的却又是分割不开的。如果没有发现真实,不能说已经达到目的;反过来说,如果没有达到目的,则意味着人的追求与真实之间仍有距离。在哲学家看来,真实只不过是追求真理的一个初级阶段。如此看来,发现真实本身仅仅是使作为认识主体的人开始有了认识的基础平台。但是,必须指出,这一平台必须是真实的存在,必须是客观的,而非“法律”的。否则,人们将可能失去这一认识的基础。作为发现真实的高级阶段,自然应该是真理。在诉讼案件中,所谓的真理应该是什么?笔者认为,诉讼案件的真理就是存在于真实之中的事物的内在的相互联系。任何一个诉讼案件所包含的事实,必然有其内在的相互关系。如果不能发现该内在的相互关系,将难以解决由于这些关系的失衡所显在化的纠纷。所以,人们从简单的逻辑思维逐渐向科学思维过渡,并且不断挖掘认识能力的目的,就是为了在面对客观存在时能够尽可能客观、全面地认识事物的内在联系。因此,人们所使用的的各种方法都可能对这种认识本身产生重大影响。

在诉讼程序中,根据法律的规定,采用各种方法认识案件事实的内在联系,从而解决纠纷,不仅符合认识论的目的,而且与诉讼制度本身设置的目的是是一致的。如果离开目的本身去奢谈方法,或者将目的与方法混同,甚至将方法视为目的,则与我们的哲学理念相距远矣。而王文将注意力集中于争议焦点的方法上,却忽视了它们在目的与方法关系问题上的谬误之处,是一遗憾。

上述争点引申出来另一个问题,即证明与裁判之间的关系。王文的一令人遗憾之处在于,在否定存在证明标准的同时,仍试图寻找具体的可操作的“证明标准”。在笔者看来,清华大学的张卫平教授关于证明标准难以设立的主张其实很有道理。所谓证明,即使望文生义,也可以解释为以证据明了之。而在诉讼程序中,证明是与当事人的请求或主张结合在一起的。也就是说,提出请求或主张者,才有证明自己的请求或主张成立的必要。所以,如果在诉讼程序这一特定的环境下,很显然证明就只能由提出请求或主张的当事人进行,而非他人。英美法中的“standard of proof”其实指的就是针对当事人主张的证明要求,当事人为达到该要求而必须承担证明责任。作为诉讼程序,即使由国家公诉机关提起公诉的刑事诉讼程序,也必须以两造当事人的对立作为基本的程序结构。在这样的程序结构中,对立双方的证明标准就是使中立的裁判者相信自己,争取有利于自己的判决。由此一来,双方证明就会呈现利己趋向,而不是符合“客观”,或者符合“法律”。如果按照所谓当事人主义的“诉讼模式”,案件的事实主要通过当事人双方来查明,则双方的证明必定是对立的,如何能够达到使中立的裁判者“排除合理怀疑”或者形成“内心确信”,只要裁判者不进行心证披露,当事人是不清楚的。

这里的奥妙在于,所谓证明本身并非裁判者为之,而是法律和法官要求当事人所为。因此标准其实就掌握在作为裁判者的法官手中。而法官就是根据这一标准去衡量当事人的证明是否达到揭示案件真实,乃至案件事实的内在关系。如此看来,所谓的证明标准其实是法官判断当事人是否能够证明其主张的尺度,如果这样,倒不如强调裁判标准更符合认识案件事实和其内在联系的目的。

在笔者涉读的大陆法系和英美法系有关证据学的著述中,关于证明标准的阐述,其实就是法官作为判断的尺度要求当事人承担的证明责任。而这种标尺并不能简单地根据“客观真实”或者“法律真实”这样的素材来制作,而是要求具有丰富法律知识以及人文、自然科学知识和经验的法官及司法体



系,综合社会和法律资源来铸造、并且以他们的满腔正气和热情来保证该尺度的公平与公正。因此,不限制方法,不扎紧箍咒保证法官的“自由心证”,确是人类认识迄今为止在诉讼领域的最高结晶。

## 刑事证明观的重建与诉讼模式的转型

卞建林\*

围绕我国刑事诉讼模式的转型,笔者谈谈重新构建我国刑事证明理论体系、特别是确立新的证明观的重要性和必要性。主要谈以下三点:

### 一、刑事诉讼模式与刑事证明观的互动

所谓刑事证明观,指的是人们对于刑事证明和证据运用所持的基本观念和立场,是构建证明理论体系的核心和起点。刑事证明观既来源于刑事司法活动和证明实践,转而又指导刑事证明的立法与司法活动;既受制于一个国家的诉讼模式,又反作用于诉讼模式,对诉讼模式的进化和诉讼制度的构建产生影响。以分析不同诉讼模式下侦查与审判的关系和法官在查明案件事实中的作用为例,可以领略到诉讼模式与证明观之间的互动关系。

在大陆法系国家,由于奉行职权主义诉讼模式,侦查程序带有明显的纠问色彩,强调国家机关运用职权对案件事实的发现,注重在审判前进行有效侦查的必要性,并且侦查程序具有较强的单向性和职权性。同时,为弥补因辩护方在侦查中的弱势地位而可能造成的失衡,防止侦查官员基于“必罚”的信念而忽视有利被告的证据,在法庭审理阶段,重视法官在发现案件事实方面的作用,要求法官依职权将证据调查延伸到所有对于裁判具有意义的事实、证据上。显然,在此种刑事诉讼模式下,证明对象已不仅仅局限于控方所主张的事实,也无论该事实主张在控辩双方之间是否存有争议。在英美法系国家,由于严格贯彻“审判中心主义”和“证据裁判原则”,认为当事人间抗辩式的公开言词辩论不仅是程序公正的内在要求,也是发现案件真实情况的“最佳法律装置”,因此将侦查仅看作控方为提起公诉而进行的准备,侦查的结论对审判没有任何预设的效力。并且在侦查中同样奉行对抗制,允许处于对立当事人地位的嫌疑人及其辩护人进行必要的事实调查和证据收集。这样,法庭审理中的证明活动紧紧围绕起诉方指控而辩方不予承认的事实进行。即仅将争议事实作为待证事实,并且“控方负有证明所有争议事实的法定责任。”

刑事证明观虽受制于诉讼模式,但亦能够反作用于诉讼模式,影响着不同诉讼模式下的具体制度特征。例如,在职权主义的证明观中,对证明功能的认识主要着眼于国家权力运行的层面,并对司法官员高度信任,为此在诉审关系和庭审程序上都确立了与此证明观相契合的诉讼制度,如在起诉方式上实行卷证移送主义;在庭审程序上采用审问制,贯彻调查原则,又称实质真实原则。而在当事人主义的证明观中,则将证明活动的推进建立在控辩双方平等对抗的基础之上,充分信任诉讼两造在收集证据和提供证据上的热情和能力,认为作为中立裁判者的法官没有必要介入到控辩双方的证明活动中去。控辩双方在证明中对抗不仅可以最有效地发现案件事实,而且能够抵制国家权力的不当侵入。为此在起诉方式和庭审结构上分别确立了与此证明功能观相契合的相关制度,即实行非卷证移送主义(在日本则被称为起诉状一本主义)和抗辩制。控辩双方地位平等,控审职能完全分离,法官消极听证、居中裁断。

### 二、我国传统刑事证明观的不足及其对诉讼模式转型的消极影响

我国传统证明观念已明显滞后于诉讼理论的发展和司法实务改革,不但不能适应刑事诉讼制度

\* 中国政法大学教授。

改革的要求,而且正在阻碍诉讼模式的转型和司法改革的推进。主要表现在以下方面:

第一,传统证明观将诉讼中运用证据认定案件事实的活动基本等同于办案人员主观认识客观世界的活动,研究重点始终局限于认识论的层面,最终形成脱离诉讼法律研究诉讼证据、脱离诉讼活动研究诉讼证明的现象,从而妨碍证据法律的健全和证据规则的建立。

第二,刑事证明理论与刑事诉讼理论发展相脱节,相背离,从而阻碍诉讼制度的健全完善。近年来我国刑事诉讼理论研究已取得可喜成绩和长足进步。在程序正义理论指引下,人们普遍意识到,我国长期实行的司法一体化的办案机制,使诉讼具有强烈的行政治罪的色彩,侦查、起诉、审判相互间呈现的是一种前后递进、接力互补的关系。在此诉讼构造下,被告人完全客体化,沦为司法流水线上的“物件”,因此必须加以改革,阻断侦查与审判的联系。而传统证明观,坚持认为证明贯穿于诉讼的全过程,公检法三机关都是证明的主体,并且强调审判人员的证明责任。立法上仍予维持的关于审判人员必须“收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”的规定,就是明显的例证。

第三,传统的证明观正在阻碍我国审判方式改革的继续推进。按照现代审判理论,合理的审判构造应当为正三角型的样态,即控诉与审判分离,控诉与辩护平等对抗,法官不偏不倚,居中裁断。反映在证明问题上,要求控方负举证责任,证明不能或证明不力会招致不利后果。控辩双方当庭举证质证,法官的职责是听证认证,在双方举证质证的基础上对证据的证据能力加以裁决,对证据的证明力加以判断,最终对争议事实作出结论。而我国传统证明观却强调法官也是证明责任的承担者,为此赋予法官庭上庭外进行调查的广泛权力。这样的证明理论必然和当下进行的审判方式改革趋向相抵触,并使有关审判程序改革的举措沦为空谈。

### 三、因循刑事诉讼模式转型,重建我国刑事证明观

因应我国刑事诉讼模式转型的趋势,我们应当探讨如何确立新的证明观并构建新的证明体系。限于篇幅,仅提出以下粗略构想。

#### 1. 重建我国刑事证明的诉讼观

依据“审判中心主义”和“证据裁判原则”的要求,回归诉讼证明的本义,将证明的场域限定在法庭,明确证明就是当事人特别是控诉一方在法庭审理中依法提出证据,运用证据阐明指控事实,论证诉讼主张的活动,这样才能实现由“以侦查为中心”向“以审判为中心”的诉讼模式转移,将理论研究和立法重点集中到庭审证明规则、证明程序的制度设计上来。

#### 2. 重建我国刑事证明的认识观

要纠正将刑事证明完全等同于认识活动的传统观念,意识到诉讼中的证明是一种既涉及认识范畴又涉及价值范畴的复杂活动,既需要遵循认识论的一般规律,遵守经验法则和逻辑法则,同时又要满足程序正义的要求,接受程序法规范和证据规则的调整与制约。

#### 3. 重建我国刑事证明的功能观

要对诉讼证明的功能重新认识,证明是诉讼两造为争取对己有利的结果而向中立的法庭所进行的权利行使活动,而不只是国家旨在打击犯罪的职权活动,才有可能将法官从证明主体中分离出去,才不会继续对被告人、辩护人的证明权利予以漠视,才有可能理顺诉审关系,构建合理的审判构造。

#### 4. 重建我国刑事证明的价值观

刑事诉讼的价值取向应该是多元的而不是单一的,秩序与自由,公正与效率,实体公正与程序公正,惩治犯罪与保障人权,证明制度的建立涉及到多重价值之间的选择与平衡。只有明确多元的证明价值观,一些提议中的制度,如证人作证豁免特权、反对被迫自我归罪等,才有可能在我国建立。

## 诉讼中的“真实”与证明标准

陈卫东\*

裁判者运用法律规范解决某一个案时,其任务不仅仅是给出一个裁决,更为重要的是,通过各种方式对这一裁决作出正当性说明。裁决的正当性来源于实体和程序的互动作用,不可否认的是,最有效的莫过于作为裁决基础的事实认定是准确的。发现真实,使裁判者认定的案件事实同客观事实一致,实现客观真实,是诉讼证明的目标,是诉讼制度存立的基础之一。

这一点在刑事诉讼中显得尤为重要,这是因为,刑事诉讼是实现刑法的过程,刑事被告人被定罪的结果是国家刑罚权的启动,公民的自由或生命被限制或剥夺,所以,在刑事诉讼中,仅仅强调诉讼在纠纷解决上的功能是不够的,纠纷在这里不仅要解决,还要尽可能按照案件的真实情况解决。

司法过程是对过去事实的探寻,问题是在诉讼过程中裁判者认定的事实是如何得到的?又如何保证所得到事实的真实性?这种事实与客观事实的关系如何?

若对一个具体案件进行分析,便不难发现,案件事实的认定是在法律的框架内,在程序的规制下,在证据的基础上进行的。案件事实发生了,证据作为事实的载体先是存在于客观世界中,接着进入主观世界,被当事人发现并用来证明自己所主张的事实,最后,在审判中,裁判者眼光往返流于诉讼两造之间,运用证据规则、逻辑法则、经验常识对证据去伪存真,得出对案件事实的认定。在逻辑顺序上,案件事实产生于证据之前;但在认识视野中,案件事实的认定却在证据之后。

在现代的诉讼结构中,裁判者已不再是事实的探知者,即便有的国家允许裁判者在一定程度上主动调查证据,但往往受到严格的程序性规则的约束,对案件事实的认识主要来自于双方当事人的证明。证据在诉讼过程中被发现、阅读、掌握、筛选,当事人在诉讼利益的驱使下,往往只提供对自己有利的证据,甚至伪证。案件事实的认定,判决结果的做出,是裁判者自由心证的结果。为避免采证错误,限制裁判者主观恣意,不至于出入人罪,各国都设立了一系列诉讼制度保障真实的发现,如质证制度来排除虚假证据,判决理由制度使心证由自由变得“不自由”,上诉制度给裁判者树立了一个监督者,证明标准要求心证须达到一定的程度。

在诉讼证明体系中,证明标准所要解决的问题是裁判者在何种认识程度上可以认定事实存在,或特定事实得以证实的尺度,当证明活动的结果状态达到证明标准的要求时,在法律上该事实就视为真实。在刑事诉讼中,证明标准解决的就是,在证明达到何种程度时,裁判者可以认定被告人有罪。

那么,究竟应该用什么作为有罪判决的证明标准呢?有人主张以客观真实作为证明标准。可是,这是不现实的,在诉讼过程中,裁判者认定的事实已不再是本原意义上的事实。构成案件的事实可能包罗万象,但法律并不是对任何一个细节都感兴趣。法律只是将某些被认为具有决定性的情节规定为必须证明的对象,只要这些得到证明,就可以做出相应的事实认定。况且,事实的发现不能“不择手段,不问是非,不计代价”,现代诉讼包含着越来越多的价值选择的过程。可见,认定的案件事实,是法律规范涵摄下的事实,是控辩审交涉的结果,是程序塑造的产物。客观事实,存在于法外空间,是彼岸的自在之物,在诉讼的视野中,没有谁能借给裁判者一双“天眼”,将它看个清清楚楚明明白白,再进行比照,当然,如果那样的话,诉讼程序的存在也没有意义了。“取法其上,得乎其中”,客观真实只能是诉讼所追求的目标,而非可操作的标准,我们得到的是法律上的真实。

证明标准就是要使裁判者对事实的认定具有确定性。问题是,以法律真实或客观真实作为证明标准都是没有意义的。这在两种真实观的论战中已体现出来,证明标准作为裁判者用来衡量所应达

\* 中国人民大学法学院教授。

到的证明程度,是用以约束裁判者的,须具有客观的特征,以便于外人评价,当然,纯粹客观的证明标准只存在于法定证据制度,该制度已为时代所抛弃。由于裁判者又是判断证明结果是否达到证明标准的主体,证明标准这杆秤,无形地存在于裁判者的内心,是由裁判者通过对标准的理性认识去把握的。这就出现了证明标准的设定与操作中的悖反。

但是,在自由心证的情况下,证明标准的客观性并不是无迹可循的,特定的犯罪事实是否存在以及该犯罪事实是否为被告所为,必须有证据来揭示。为了证明犯罪事实的存在及被告人的罪责,检察官必须从头到尾地出示证据,同时被告人及其辩护人则提出反证、进行质证,展开辩论。通过双方的攻击防御,证据逐渐增加,证据之间的关系逐渐明朗,事实渐渐清晰。法律规定了证据的提出及展现方式及双方对证据的质疑方式。由于法律程序的保障,证据的积累程度、待证事实的明白性、清晰性,可为当事人了解和认识。因此,证明标准不妨具体化为:(1)据以定案的每一证据都已经过查证,确实是客观存在的;(2)能够收集、应该收集的证据均已依法收集;(3)凡对定案有意义的事实和情节均有必要的、足够的证据予以证明;(4)证据之间、证据与案件事实之间没有矛盾,即使曾有矛盾也已得到合理解决或排除;(5)综合全案证据,得出的结论是唯一的,排除了其他可能性。即根据全案证据,不仅从正面充分证明所认定的事实,足以得出关于案件事实的正确结论,而且从反面排除任何关于案件事实的其他可能。

当然,上述证明标准依然存在着法官主观的判断,这在自由心证的制度下是不可排除的,但是可以通过其他诉讼制度的配合来遏制主观恣意,如精英化的法官、严密的证据规则等等。诉讼中真实的发现是整个诉讼制度共同作用的结果。任何美好的设想如果缺乏制度设计,就只能是乌托邦,证明标准问题最终必须转化为制度性措施,这应当成为今后我们努力的方向。

## 刑事证据理论的哲学基础

汪建成\*

刑事证据理论的哲学基础包括认识论、人性论和价值论三个方面。

### 一、认识论基础

刑事证据理论中到底存不存在认识论的问题?这是近年来理论界争论非常激烈的一个问题。有学者从传统的观念出发,认为刑事诉讼中一定存在认识论的问题,而且提出应该以辩证唯物主义的认识论作为刑事证据理论的主要基础;另有学者则认为刑事证据理论的基础不是认识论或者说主要不是认识论,甚至提出要走出认识论的误区。<sup>[1]</sup>笔者认为,只要认同刑事诉讼不是一场纯粹的掷硬币的游戏,就应该将认识论作为刑事证据理论的基础,至少是基础之一。原因很简单,一桩案件从起诉到裁判要经历认定事实和适用法律两个阶段,前者是后者的前提和基础。刑事诉讼中对案件事实的获取,显然不是现场表演,而是对既往事实的恢复和再现,在这个过程中,无疑存在认识论的问题。只不过需要进一步研究的是到底以什么样的认识论作为基础?

传统理论的错误在于只看到辩证唯物主义认识论中关于真理的绝对性理论,并以此为指导,认为刑事诉讼应当以追求客观真实作为其目标。在这种认识论的指导之下自然难以构建起科学缜密的刑事证据规则。证据理论的研究,也因这种片面的认识论而难以深入下去。笔者以为,刑事证据理论的研究,应当建立在辩证唯物主义认识论中关于真理的相对性理论之上,理由如下:

\* 北京大学法学院教授。

[1] 有关这方面论争的详细内容,参见汪建成、王敏远:《2000年刑事诉讼法学研究述评》,《法学研究》2001年第1期。

首先,刑事证据是为实现特定的证明对象服务的,只有那些对证明刑事案件有实质意义的事实才能成为证据。因此刑事诉讼中的案件事实无疑是经过证明对象这把剪刀裁剪过的,法官们所关注的事实同小说家所关注的事实显然不同。

其次,刑事诉讼要受到特定的时空条件的限制。刑事诉讼作为一种解决纠纷的机制,一定要在特定的时间范围内,对特定的问题给出特定的答案。司法者对诉讼效益价值的追求,决定了不可能等上哪怕是一百年的时间来获得对案件事实的绝对正确认识。

最后,刑事诉讼中的证明主体是人,而不是神,同样存在思维的非至上性问题。执法者比普通人高明之处仅仅局限于法律领域,案件事实问题则属于经验层的问题,在这个问题上,执法者并没有一定高于普通人的天性。执法者对案件事实的认识之所以能够获得普通人接受和认同的权威,并不在于他在传达上帝的启示,而在于他的认识是通过运用证据获取的,此乃证据裁判主义的理性基础。

## 二、人性论基础

强调人性恶的第一要义是,要看到刑事诉讼过程中运用证据的主体的双重人格:一方面他们是公平正义的化身;另一方面他们也是普通的人,具有人性不可克服的弱点:武断、偏执、自私等。为此,需要建立各种证据规则,来限制他们在收集和运用证据过程中的擅权、恣意和妄为。只有在人性恶的前提下,证据可采性理论才具有旺盛的生命力;而如果从人性善的角度出发,证据可采性理论自然没有存在的市场。现代刑事诉讼中,各种证据能力规范之所以越来越发达,表面上看起来是为了限制各种材料的证据资格,实质上隐含在其背后的动因却是对收集和运用证据主体的行为进行严格的规制。

强调人性恶的第二要义是,要认识到各种证据规则的普适性。证据规则的作用在于,使人们对案件事实的不确定认识获得相对确定性。而这种相对确定性的根基则来源于规则的普遍适用性,即对于不同的人 and 事适用相对的规则。因此,任何证据规则都不是针对特定的人,而是针对所有可能涉讼的公民而设立的。这就意味着,必须改变长期存在的一些传统的思维定势——似乎某种证据规则是为特定的人服务的。这种思维定势的背后,实际上是自觉或不自觉地将人类分成两类:一类是天使,一类是人渣。从证据制度的构建来看,这显然违背了证据规则的普适性原理。必须看到,强调证据规则的普适性,就意味着,人间原本没有天使,人人皆有可能成为人渣。只有实现这种观念的转变,才不会得出“沉默权是保护坏人”的荒唐结论!

## 三、价值论基础

就刑事证据法而言,可能涉及到的价值是多方面的。第一,刑事证据法是适用于刑事诉讼过程中案件事实之证明活动的法律。因此,它对于刑事案件事实的证明必须具有有用性,在理论上可以将这种价值称为工具价值。第二,现代社会的刑事诉讼奉行无罪推定原则,犯罪嫌疑人、被告人在被正式作出有罪宣判之前,在法律上是无罪的。因此,他作为一个普通公民所应当享有的包括自由、生命、财产等在内的各项权利都应当得到保障。刑事证据法对于这一目标的实现,也应当具有有用性,在理论上可以将这一价值称为程序本位价值。第三,刑事诉讼是一个立体的过程。尽管表面看来,它是控辩审三方在法律所确立的一套封闭的流程之中展开,但实际上刑事诉讼作为一个整体,又是在整个社会的大背景下存在的,它只是整个社会生活的一个方面。因此,如何保障在刑事诉讼活动运行的同时不损害社会生活其他方面的正常运作,就是有关刑事诉讼的各项制度在设计的时候不得不考虑的问题,而刑事证据法在实现这一目标上的有用性也不容忽视,在理论上可以将这种价值称为社会价值。上述三个方面的价值彼此之间相互冲突的现象经常发生。而且,刑事诉讼直接关系到国家安全、社会稳定和公民自由,因此,相对于其他领域而言,在适用于刑事诉讼领域的刑事证据法当中,各项价值之间的冲突就来得更为激烈。

在证据法中对查明案件事实的追求应当保持一个合理的限度,从而为其他价值留出实现的空间。当然,对于刑事证据法来说,案件事实的查明仍然是值得追求的目标之一。法律要赋予追诉机关在调查取证过程中各项必要的权力。但是,在这些权力令追诉机关如虎添翼的同时,也应当为其设立种种

限制,使其不得为所欲为。刑事证据理论的研究应当以多元化的价值观为指导,而不能仅仅停留在传统的一元化价值观的基础之上。

## 确立以客观事实为基础的法律真实观

樊崇义 毛立华\*

在证明标准问题上,学术界有着许多争议,尤其是客观真实观和法律真实观一直是近几年争议的焦点。笔者认为在诉讼中应当确立以客观事实为基础的法律真实观,对此,可以从几个方面认识:

首先,从认识的特殊性——诉讼认识论的角度看,证明标准应当是法律真实。诉讼认识是指裁判者通过诉讼活动对案件事实的认识,是一种历史的认识。在认识主体与认识客体的关系上,诉讼认识的客体(案件事实)并非直接作用于裁判者的感官,即使是双方当事人举证、各项证据内容的列举,也是事后行为。这种特殊的认识类型的特征是求真难和力不及。就审判而言,一方面,由于诉讼效益和社会对及时公正的期许,使得裁判者对案件事实的认识只能局限在诉讼的期间,即在时间上限制了认识的无限性。另一方面,裁判者对案件事实的认识建立在当事人举证的基础上,裁判者所要认定的事实是过去发生的,无法通过事实的重现来检测其真伪,因此,它只能依赖于当事人的举证以及裁判者在此基础上的认证。当事人的证明活动是否达到了证明标准的衡量不可能是所谓的“客观真实”,只能是具有相对性的真实,是法律规定了的真实。由此可见,诉讼中证明标准的构建,只能按照诉讼认识的客观规律,实事求是地加以确定,不能漫无边际、形而上学、脱离实际地去追求“客观真实”,或曰“绝对真实”。

其次,从诉讼的本体论角度出发,证明标准是看得见摸得着的法律真实。诉讼,就其本意而言,是一种论争,是在第三方面前的论争:以刑事诉讼为例,刑事诉讼是控方与辩方就被告是否实施了犯罪,应否承担刑事责任,承担何种刑事责任的问题展开对抗,并请求中立的裁判者作出裁决的活动以及由此而产生的各种法律关系。诉讼往往以裁判者作出生效裁判为终结的界标,而这一裁判结果的落实又有赖于原被告双方的真心接受和自觉履行。此处姑且不论国家强制力对裁判结果实现的拘束力和保障性,原被告双方对裁判者在裁决过程中的裁决规则、依据以及裁判者施裁的行为的评价都会对裁判结果的认同产生重要影响。事实上,刑事诉讼中犯罪者二次犯罪问题、民事诉讼中执行难问题,都暴露出了诉讼主体对裁判结果的对抗心理,这种对抗心理是国家强制力所不能根本解决的。在笔者看来,解决的方法,存在于诉讼的规则本身,存在于裁判者对诉讼规则的切实履行,并最终存在于当事人获得公正的裁决以及裁决标准的可接受性。换句话说,裁判者据以作出裁决的标准的可接受性对于一国的司法具有决定性影响,这就意味着证明标准是争议双方卸载证明责任、确定诉讼结局的分水岭和心理界限。诉讼主体要卸载自己的证明责任就要去说服裁判者,在这个说服的过程中,承担证明责任的一方(刑事诉讼中为控方)与裁判者之间就是讲话者与听众的关系了。为了能够确定讲话者通过讲话所及的听众,就需要了解讲话者的意图,在一个法庭上听众往往就是裁判者,讲话者之间论证的目标在于获得或强化裁判者的认同,并促使裁判者作出有利于己的裁决。纵然对于一方讲话者而言,听众在听说以前支持自己的主张是最理想的,但在法庭存在双方、甚至多方讲话者的时候,最理想的格局不外是听众对各方是没有偏见的、中立的。这就要求裁判者对于案件事实在法庭听说以前是一无所知的、没有偏向的,这样,诉讼的双方在实施诉讼行为的时候就会尽力去适应裁判者,希望通过自己的论证达到证明标准的要求,从而卸除自己的证明责任,使诉讼结局向有利于自己主张实现的方向

\* 樊崇义,中国政法大学诉讼法学研究中心教授;毛立华,中国政法大学诉讼法学博士生。

向发展。于是,诉讼系统就要为作为听众的裁判者确定一个标准,以便裁判者判断讲话者的论证是否足以使自己支持该讲话者的主张。这个标准应当是有预知性的,能够为诉讼各方所认识,为他们的诉讼行为提供指向性。那么,可为人知的标准到底是什么呢?只能是看得见摸得着的法律真实了。与看不见摸不着的客观真实不同,法律真实是由法律(包括实体法和程序法)规定的真实,它既能够为诉讼的争议双方所认知以便引导各自的诉讼行为,又能够为裁判者所掌握,通过法律真实这只看得见的手裁判者将正义在人间传播。可见从诉讼的本体论的要求看,为各方所接受的证明标准在本质上只能是法律真实,这种由法律所规定的真实摆脱了客观真实的虚幻主义,使裁判剥下神秘的面纱以其能为人们所认知的面目实现着诉讼的目标。

需要指出的是,笔者所主张的法律真实是以客观事实为基础的。这种客观事实主要由证据所能证明的事实体现出来,以某一涉嫌杀人的刑事案件为例,追诉机关对于客观上究竟发生了什么犯罪事实并不清楚,但综合全案情况,仍然可能根据客观的证据获得一种更有可能反映客观事实原貌的判断。在此,假定作为控诉方的检察院以杀人罪提起了指控,此时,裁判者尽管不知道客观上已经发生的事实究竟是什么,其认识活动的实际目标却具体明确,即只需根据控诉方提供的证据判断是否符合杀人罪的法律构成要件就可以了。如果控诉方能够提出足够的证据让裁判者深信被告人构成了杀人罪,且经过辩护方的反驳仍无法对该结论产生有理有据的合理怀疑,就可以认定控诉方的证明已经到了法律真实的程度。

## 法律真实的暧昧性及其认识论取向

张 建 伟\*

法律真实论与客观真实论的学术争议,使法学研究长期忽视的认识论受到关注,各执一说的学者从认识论纷繁复杂的学说中寻找各自持以为论的依据,一时间不同的认识论观点纷纷在讨论中“出场亮相”,热闹非凡。人们由此深化了对于诉讼认识的理解,这无疑是一场争论的积极效果。但证据法学是如此贴近实践的学科,它的研究上的每一个进展,都不可避免地对司法实践产生显著的影响。令人忧虑的是,法律真实论对司法者追求案件真相的内在动力产生了相当大的消解作用,不能不引起我们的注意,这种消解作用来源于它在能否发现客观真实和应否发现客观真实两大问题上与客观真实论的不同见解。

法律真实的主张从它娩出之日起,其含义就是暧昧的。有人说,法律真实就是达到法律所规定的那种真实的程度。早有论者提出,若按此种观点,则神示证据制度、法定证据制度所要求的那种真实就无一不是“法律真实”了。法律真实论要想有自己的清晰主张,不能不亮出自己的旗号,表明自己与客观真实论的真正分野在哪里。

事实上,在如下事项中,两者并不存在真正的分歧:

1. 法律真实论与客观真实论均承认在诉讼认识中存在一个前提,即作为裁判对象的案件本原事实,也都承认案件本原事实是外在于裁判者、不以其意志为转移的客观存在。

2. 法律真实论与客观真实论都属于认识的客观主义流派。法律真实论与客观真实论都承认自己所主张的真实乃是由判断的对象所规定的,只不过,客观真实论所主张的真实被认为是由案件的本原事实决定的,所谓“真实”是指裁判认定的事实与案件本原事实的相合性。法律真实论认为自己所主张的真实是由诉讼证据所规定的,所谓“真实”是指裁判认定的事实与诉讼证据所展示的事实相合

\* 清华大学法学院副教授。

性。

3. 法律真实论与客观真实论均主张证据裁判主义。客观真实论认为证据既要与案件事实相关,也要如实反映案件事实情况。法律真实论者虽然注重证据,却往往回避证据的确实性问题。

4. 裁判者认定的事实并不是案件的全部事实,只是由法律剪裁过的有裁判意义的事实,在刑事诉讼中主要表现为定罪量刑所必需的事实。

5. 客观真实论者并不是程序虚无主义者,也从未主张要不择手段地追求案件真相的发现。法律真实论者过分夸大了程序合法性在判决可接受性上的重要性,其结果是难以理解有些国家在决定取舍非法证据上的斟酌态度。

6. 法律真实论与客观真实论均承认裁判错误的可能性。法律真实论者抨击客观真实论者不承认所谓“可错性”(又称“可谬性”,其含义是“发生错误的可能性”<sup>[1]</sup>),乃出于一种谬见。若客观真实论者不承认存在裁判错误的可能性,何以当初赋予人民检察院在认为“确有错误”的情况下提起抗诉的权力,何以建立审级制度和审判监督程序以实现“有错必纠”的司法理想?如果说,在裁判错误的可能性上,客观真实论者认为只要符合自己所提出的实现正确裁判的若干条件,应当能够避免裁判错误,这不免显得有些浪漫主义的色彩的话,更值得警惕的倒是法律真实论者夸大裁判错误的可能性,认为所有裁判都可能是错误的,裁判者即使作出裁判也不能知道自已的裁判是否符合案件的真相,这就无所谓实体正义了。实体正义被虚化的结果,乃是为实质上的不正义找到了遁词。

7. 法律真实论与客观真实论均认为发现案件的真相是诉讼的终极目标,他们的区别仅在于法律真实论认为客观真实只是理想的目标,难以实现;客观真实论则认为这个目标乃现实目标,只要按照一定的规律和规则行动,一般能够达到这一目标。

从法律真实论者的言说中,我们看到法律真实论与客观真实论真正的分歧在以下几个方面:

1. 案件的本原事实能否被发现?客观真实论者是乐观主义者,认为在符合一定条件的情况下(诸如证据得以及时、全面收集,证据是确实的并达到充分的程度,裁判者有着健全的判断力并且耐心、细致、负责地进行判断,等等),案件的客观真实是能够被发现的。法律真实论者是悲观主义者,往往倾向于认为案件的客观真实不能被发现或者难以被发现,裁判中所能保证的只是法律上的真实。实际情况是,不是所有的案件都能够发现案件的真相,但也不是所有的案件都不能发现案件的真相。

2. 裁判者能否知道自已的裁判是否符合案件的本原事实?客观真实论者强调,在一般情况下,裁判者对于非亲历的案件事实能够知道自己裁判的正确性,但在有些案件中,法官尽管在作出裁判时确信自己的裁判是正确的,后来发现当初的确信是错误的,这种正确与错误是能够得到客观验证的(如以新发现的事实和证据加以验证)。法律真实论者强调裁判者对于非亲历的案件事实即使作出正确的判断也无从知道自己裁判的正确性,这就造成了一种自相矛盾的观点,既然我们不知道一桩案件的一个裁判是正确的,也就无从知道该案件的另一个裁判是错误的,那么如何作出某一案件是错案的判断呢?

3. 是否应当以主观证明标准去取代客观证明标准?当代各国刑事诉讼,其证明标准可以区分为主观标准和客观标准两类。主观标准又分为积极的、肯定的主观标准,如法国的“内心确信”;消极的、否定的证明标准,如英美国家的“排除合理怀疑”。客观标准如我国的“犯罪事实清楚,证据确实充分”。法律真实论者主张以主观标准“排除合理怀疑”取代客观标准,理由是:客观标准太高,不具有可操作性。事实上,“排除合理怀疑”是一个含义更为模糊的标准。

这里需要指出,客观真实的证明标准要求裁判者的认识应符合案件实际情况,并不意味着用案件的本原事实作为尺度来检验裁判者的判断是否正确。客观真实的标准是“犯罪事实清楚,证据确实、

[1] 本人颇不赞同“可错性”或者“可谬性”的提法,因为这个词容易使人产生歧义,似乎它的意思是“可以发生错误”。实际上,发生错误是否“可以”,要看裁判者是否存在懈怠、疏忽之类过错。



充分”,应从四个方面把握这一标准,即:(1)每一定案的证据都应当查证属实;(2)每一认定的事实、情节都应当有证据加以证明;(3)证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除;(4)由证据得出的结论是唯一的,排除其他可能性。分析裁判者的判断是否符合事实,所根据的乃是这四项具体标准,而不是已经过去的“客观事实”。应当指出,案件本原事实在诉讼中一般是通过裁判者与判断对象(案件真相)之间的媒介物——证据——加以呈现的。证据为真,则事实为真,人类为确保发现案件真相、排除假伪证据积累了不少经验(有的还体现为诉讼程序要求和诉讼技术方法),尽管这些经验不足以使所有的案件都水落石出,但至少能够使一部分案件被查明真相,使犯罪人无所遁形。

## 客观真实的价值与困境

魏晓娜\*

在刑事诉讼中,证明标准解决的无非是两个问题:其一,在做出有罪裁判时,证据的总体证明力应该使法官对指控事实达到何种程度的确信或认识;其二,法官能够对事实达到何种程度的认识。前者属于价值评判的范围,并且是一种实体价值权衡;后者属于认识领域,不同的认识论基础可能会对这一问题形成不同的理解。就前者而言,如果要求达到的确信或认识程度高,意味着对被告人定罪的难度加大,那么真正的罪犯逃脱惩罚的机率增大,但无辜被告人被错误定罪的可能性则相应缩小;如果要求达到的认识程度低,那么真正的罪犯逃脱惩罚的机率降低,但无辜被告人被错误定罪的可能性也相应增大。这种程度的高低之间存在一个反变关系:如果侧重于惩罚犯罪,降低证明标准,势必伤及无辜;如果侧重于保护无辜,必然以部分地牺牲惩罚犯罪的政策目标为代价。“客观真实”论从保护无辜的直觉意义出发,要求法官在作出有罪裁判时,其心证应当达到认识界限内的最高程度。这样,价值问题就转换成了认识问题——到底法官能够达到什么样的认识程度,或者说法官能否达致对于案件事实的真理性认识?

对于这一问题的回答,不可避免地要受到特定时代、特定民族居支配地位的认识论哲学传统的影响。在中国居于主流意识形态地位的马克思主义认识论哲学对此作出了肯定的回答。它不仅承认客观世界里有独立存在的物质,并且认为物质的本身也是可以认识的。这一结论不仅是对人类理性能力的自信,也有其方法论上的革命作为终极担保,即将实践观引入认识论。因而它比其他哲学流派的高明之处在于,前者以改造世界为宗旨来把握认识,后者往往仅以认识世界为目的来把握认识。这是一种彻底的反映论。马克思主义认识哲学反映在诉讼领域中,便是承认在诉讼中主体的认识能够达到对案件事实的正确的、客观的认识。

真实或真理是对认识对象本来面目相一致的描述,是认识科学的最高境界。认识和实践都产生于主客体关系之中,其中认识是客观见之于主观的活动,而实践是主观见之于客观的活动。虽然认识活动总是人的认识活动,因而难以摆脱主观性,但客观性却是认识活动及其结果最为可贵的品格。真理和谬误都具有主观的一面,但主观性却不是二者最本质的区别,将二者区分开来的只能是客观性。因而对实践活动而言,人们可以强调主体的能动作用,而要达到正确的认识,却不得不强调客观的决定作用。所以,真实只能是客观的真实,不存在所谓主观的真实。

但是,以客观真实作为刑事证明标准也存在着不易克服的逻辑障碍。这一障碍不在于主体的理性能力达不到对于案件客观真实性的认识。因为,即使是对于案件客观真实性的认识也不意味着再

\* 中国人民大学法学院讲师。

现案件的细枝末节,只是主体所达到的对案件事实的一定层次的认识,这一认识止于具有法律意义的事实和情节。法律并不过问杀人者每一刀的方向和砍向被害人的姿势,仅仅关心杀人行为与被害人的死亡是否有直接的因果关系,因为这才是法律评价的对象,对案件认识的客观真实性的要求仅止于此。况且,客观真实并不是意味着在所有的刑事案件中都要求做到这一点,而只是在对被告人作出有罪判决时的要求。在法律领域,认识能力难以解决的问题往往是通过引入一定的价值准则加以解决的。为了使刑事法律制度的首要价值——无辜者不受定罪的权利——得到保障,在难以达到对案件事实的确实性认识的情况下,只能对被告人作出无罪判决。

客观真实的难题存在于两个方面。首先,马克思主义认识论是以其实践观取胜的。正是由于主体的认识活动或理论活动最终要以对象性实践活动为轴心,知识的确实性、真理性才是有形的、直观的、可感的。但是,刑事诉讼中对案件事实的探知活动与一般的认识活动具有不同的特征。刑事诉讼中的认识对象是一种已经发生过的历史性事实,而“历史事实不是什么可以被你拣起来抚弄的具体的东西,如一块砖头或一块石头那样;在某种意义上,历史事实是人为的——它是人们从原始材料中选择出来的结果”。<sup>[1]</sup>由于其不可挽回、不可改变和不可重复,历史事实已经成为一种确定不移的客观事实,但是在对这种客观事实进行探知的过程中,实践的认识功能几乎没有用武之地。因为在诉讼活动中,主体的认识与客观事实的统一不可能通过实践进行,其统一与否一般情况下也不易于通过实践进行验证。在这种情况下,诉讼认识的确实性、真理性就难以通过实践取得直观性和可感性。

客观真实第二个方面的难题来自于其作为证明标准的特性。任何一种证明标准都是表述给法官、由法官具体掌握和适用的,说白了,证明标准归根到底还是一种标准,标准的特点在于其可测量性,这样才能真正起到一种标准的作用:对合格的案件作出一种处理,对不合格的案件作出另外的处理。而如果以客观真实作为证明标准的话,这种可测量性实际上是不存在的。因为在法官对证据作出综合判断时,并不存在一个可以触摸的客观事实。这样,证明标准就丧失了其对法官判案给予具体指导的基本功能。

最后需要指出的是,尽管客观真实的证明标准在这两个方面存在缺陷,但它仍然是维护刑事司法制度之底线价值——无辜者不受定罪——的最后堡垒。任何取代它的努力如果忽视这一点,势必危及整个刑事司法制度的合法性根基。

## 从“科学的证明方法”谈起

熊秋红\*

王敏远先生在《一个谬误、两句废话、三种学说》一文中从哲学和历史学的角度对案件事实和证据问题作了研究。该研究有助于我们跳出本体论的窠臼,从认识论的角度重新审视案件事实与证据问题;也有助于我们关注与证据法学相关的其他学科如哲学、历史学、社会学、心理学等的最新进展,从而为证据法学基础理论的研究奠定具有普适性的基础。当然,他在文中对于“事实”的解说、对于“证明标准”的界定以及对于“客观真实说”与“法律真实说”的批判,未必能获得普遍的认同。但是,笔者无意介入本体论与认识论、认识论与价值论、客观真实与法律真实的争论。笔者感兴趣的是,王敏远先生以历史学和现代哲学作为分析工具,对证据法学的基础性问题进行了充满思辨色彩的剖析之后所得出的研究结论:“我们现在所应提倡的具有科学意义的关于刑事证明的理论,其特点是:所探讨的

[1] [英]汤因比:《汤因比论汤因比》,上海三联书店1997年版,第13页。

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

问题是有意义的问题,所选择的研究方法是科学的方法,所欲解决的问题确实是科学能够解决的问题。<sup>〔1〕</sup>关于案件事实和证据事实的认识正确与否是个只能诉诸于科学与常识的问题,对这类具体问题,是不可能以抽象的规则解决的,那么,期望通过哲学探讨确定‘客观真实’,使该问题彻底地解决,或者指望用某种证据规则规定‘法律真实’,使该问题一劳永逸地予以消除,那就是不可能的。<sup>〔2〕</sup>在这里,他将如何达成对案件事实的正确认识的问题摆在了我们面前。王敏远先生在文中提到了两种认识案件事实和证据事实的手段或者方法,其一是科学,其二是常识。但是,对于科学与常识在刑事证明中的具体运用问题,他在文中未展开论述。故笔者想就此问题一抒己见。

自证据裁判主义确立以来,常识与科学在刑事证明中一直扮演着重要的角色。就常识而言,中世纪欧洲大陆法国家所采用的法定证据制度,其中的一些规则在一定程度上总结了当时的司法经验,比如认为目击证人的证言高于非目击证人的证言、对被告人供述予以特殊对待等。在自由心证原则之下,裁判者主要依靠自己所拥有的“知识库”对案件事实和证据事实进行判断,在裁判者的知识库中,日常生活经验与常识是其中重要的组成部分。陪审制度也是一种将经验与常识引入刑事司法的方式。陪审团制度的设立蕴含着这样一个假定:在认定案件事实方面,普通人的智慧(主要由常识与经验组成)并不一定低于作为法律专家和职业司法者的法官的智慧。就科学而言,人类从很早的时候起,就开始在刑事司法中运用科技手段收集、审查判断证据,如我国宋朝的《洗冤集录》被认为是世界上第一部法医学著作。在现代社会,科技正在对社会生活的各个方面施加影响,人们日渐感受到“专家无处不在”。这种状况必然折射到刑事司法领域。现代科学技术促进了“法科学”的发达,所谓证据裁判主义进入了“科学证据裁判主义”的新阶段。<sup>〔3〕</sup>科技手段在人类司法证明活动中起着越来越重要的作用。常识与科学在刑事司法中的运用不是绝对分离的。常识性认知中有时包含有科学的原理;而当一种科学知识在司法证明中反复使用并得到普遍的认同时,它往往就转化成了一种“常识”。

正因为常识与科学在事实认定中起着重要的作用,因此,我们必须关注常识与科学在运用过程中可能存在的问题,并寻求法律上的解决之道。

关于常识的运用,我们应当注意到:作为个体的裁判者,其“知识库”的内容并不完全相同。裁判者的知识背景、成长经历、家庭环境、宗教倾向、性格特征等因素都会影响“知识库”的内容。如何防止裁判者将带有偏见的个体经验带入事实认定,是值得关注的。另一方面,概括地说,裁判者的“知识库”中所储存的常识并非都是正确的。我们需要警惕裁判者“知识库”中所储存的错误信息,同时,我们也需要扩充裁判者“知识库”的容量,以便促进其对案件事实的正确认识。有助于提高“知识库”质量的做法至少有几项:其一是,完善司法认知制度。“知识库”中的一小部分内容可以通过司法认知制度予以规范。在我国刑事司法中,如何确定司法认知的范围、如何区分司法认知的类型、如何设定司法认知的程序等,这些问题有待在立法上加以解决。其二是,增强判决书的说理性。判决书应对法官的推理过程进行说明,从中可以体现什么样的“常识”影响着法官的事实认定,从而便于人们对法官的“常识”运用是否合适进行评判和监督。其三是,改善法官选任制度。一方面,没有法律专业知识的人不能当法官;另一方面,有法律专业知识,但未经司法实践磨砺的人也不适宜当法官。通过司法资格考试是担任法官的必要条件而非充分条件。其四是,加强当事人及其他诉讼参与人对诉讼活动的参与。在完善刑事诉讼程序时,应当保障当事人及诉讼参与人对诉讼活动的实质性参与。这种参与有助于扩大裁判者的“知识库”,使当事人及其他诉讼参与人的经验和知识也成为裁判者知识库的一部分,从而丰富裁判者对案件事实的认识。

科学的发展提高了人们认识案件事实的能力。但是,应当看到,刑事证明中的科学运用有其局限

〔1〕 参见王敏远:《一个谬误、两句废话、三种学说》,载王敏远编:《公法》第四卷,法律出版社2003年版,第173页。

〔2〕 同上书,第487页。

〔3〕 参见蔡墩铭:《刑事证据法论》,台湾五南图书出版公司1997年印行,第4页。

性。这种局限性主要表现在：第一，科学本身的不确定性问题。科学大体可以分为自然科学与社会科学。我们一向所笃信的自然科学有时并不能对法庭中存在的重大问题提供明确的答案。与自然科学相比，社会科学的不确定性更加突出。第二，伪科学问题。科学的发展是累积性的，科学家们提出的理论中，有些能够经得起时间的考验，有些则不能。裁判者依据现在人们所认为的“科学”做出裁判，其中有些可能是经不起时间考验的“伪科学”。第三，科学只能解决案件事实认识中的部分问题，而不可能解决全部问题。比如，在强奸案中，DNA 证据常常起重要的作用。但是，如果被告人承认与被害人有过性关系，但是声称被害人同意这样做，DNA 证据便什么也证明不了。第四，“冒牌”专家问题。科学不会自动地进入到刑事诉讼中来，它往往由专家带进来。科学倾向于向狭窄的专业化方向发展，但是，进入法庭的专家常常被视为他们所在的学科领域的通才，他们所提供的专家意见可能超越真正的专家证言的界限。此外，还有些专家尽管有专家的“头衔”或“资格”，但可能不具备应有的专业水平。第五，科学要向非专家提出，并由他们评价。专家将他们掌握的科学知识传达给裁判者，并由裁判者认定其是否可采。裁判者一般缺乏科学的专业知识，他们主要依靠常识和经验对科学知识进行判断。但是，科学知识有时是违反直觉的。裁判者面临着要在科学与常识理解之间做出决断的选择。由非专家对专家意见进行审查判断，其局限性是不言而喻的。以上情况表明，科学证据可能是刑事司法中发生误判的潜在原因。“没有哪种类型的证据能保证提供无可争议的证明，因为发现事实和审判的不确定性是人类条件所致的不可避免、无法弥补的特征。”<sup>〔4〕</sup>因此，在刑事司法中，我们应当对科学的应用持健康的怀疑态度，使其接受不断的批评和监督。从立法的角度看，刑事司法中的科学运用应当受到细致的管理和规制，以确保科学知识的运用能够推动刑事诉讼的顺利进行，并且尽量减少发生误判的可能性。在此方面，健全的司法鉴定制度起着至关重要的作用。我国目前的司法鉴定制度存在不少的问题，我们应当通过完善对司法鉴定机构的管理、加强对司法鉴定人资质的控制、赋予当事人自行委托鉴定人的权利、加强对鉴定结论的质证制度、发挥司法鉴定行业协会的作用、完善司法鉴定机构和司法鉴定人违法责任追究制度等，消除或缓解我国刑事司法活动中所面临的鉴定结论的地位日益提高与现行鉴定制度相对滞后之间的矛盾，促进科学证明方法的良好运用，增强司法裁判的公正性和可接受性。

## 误判的证明标准

杨建广\*

证明标准问题近来成为中国诉讼法学界的热点问题，其中王敏远教授对“客观真实说”与“法律真实说”的猛烈批判<sup>〔1〕</sup>又将这种讨论推向了法学之外。笔者无意加入法学之外的抽象的、宏观的证明标准的讨论，倒是希望从有利于指导司法实践，有利于提高裁判质量，有利于说服公众以便树立司法权威方面做点努力。

刑事审判过程是一个不断地去伪存真的过程。去伪是手段，存真是结果。去伪，即否定了被告人是客观现实中的罪犯的全部或部分指控，这通常是有标准且可以评价和检验的。存真，即肯定了被告人是客观现实中的罪犯，这只是裁判者的内心确信的结果。这一结果与过去发生的客观事实是否符合通常是没有标准且难以评价和检验的。正是基于这一认识，笔者认为寻找统一的证明标准的实践

〔4〕 [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社 2003 年版，第 240 页。

\* 中山大学法学院教授。

〔1〕 参见王敏远：《一个谬误、两句废话、三种学说》，载王敏远编：《公法》第四卷，法律出版社 2003 版，第 172 页。

意义不大,而寻找具体罪名的证明标准,尤其是具体罪名的误判标准则是研究证明标准的科学途径之一,它有可能使证明标准问题从定性研究走向定量研究。

### 一、证明标准概念辨析

证明标准与证明要求是经常被在同等意义上使用的两个概念。<sup>[2]</sup>但笔者认为,证明标准和证明要求是有差别的。抽象意义上的证明标准与证明要求、证明任务可以通用,即指法律要求证明案件事实所要达到的程度,它是一种目的性、原则性的要求。“内心确信”、“排除合理怀疑”、“犯罪事实清楚、证据确实充分”等就可归入抽象意义上的证明标准之中。具体意义上的证明标准(即本文所主张的证明标准)则是衡量证明活动是否达到法定证明要求的具体尺度,它应该是明确且具有可操作性的。

那么,什么才是明确且具有可操作性的证明标准呢?王敏远教授提出将科学与常识作为证明标准,这比起以抽象的“客观真实”或“法律真实”为标准确实进了一大步。但笔者认为这仍过于抽象,或者说这只是确立证明标准的根据,仍有必要进一步将其具体化和标准化。具体意义上的证明标准应该是能够用来衡量某一具体罪名成立所必备的实体法与程序法方面的基本要素是否具备、结构是否已经清楚的评价指标系统。如故意杀人罪的评价指标系统(证明标准)就至少包括两个层面:

1. 要素标准。衡量该罪名成立所必备的实体法与程序法方面的基本要素是否具备的各种具体要求。包括:证明被告人身份的证据确实、充分、合法;证明被害人的伤亡情况的证据真实、可靠、合法;证明被告人实施了被指控的杀人行为的证据真实、可靠;被告人具有主观故意的态度得到证实;实施行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节得到证实;被告人的责任以及与其他同案人的关系的证据充分;被告人的行为明确触犯刑法,有无法定或者酌定从重、从轻、减轻处罚以及免除处罚的情节;证据确实、充分、合法,等等。值得强调的是,这里作为个案的证明标准的具体要求与证明对象是不同的。证明对象是待证事实本身,证明标准是衡量待证事实是否存在的尺度。如被告人待查明的身份是证明对象,而需要用该被告人的身份证、户口本或DNA的鉴定技术指标来证明被告人身份的具体要求就是证明标准。以上任一基本构成要素(可选择的要素除外)的缺失都视为达不到证明标准的要求。

2. 整体标准。衡量该罪名的基本要素在系统条件下,相互之间的关系及其作用从整体上来看符合该罪名的法定构成要件的具体要求。其中,该罪名的全部要素的整合过程不是简单的叠加过程,而是一个系统综合的过程。这里面也包含了但不限于遵循“排除合理怀疑”的证明要求。

之所以做这种选择,是因为从认识论角度来考察,世界上没有一个案件是完全相同的,但确有部分案件,如同罪名的案件的结构是相同的。而证明则是对每一个具体个案的重构活动。案件的结构不同,评价其功能的标准就可能不同,反之,案件的结构相同,评价其结构和功能的标准就可以相同。因此,我们不仅没有必要找寻,而且事实上也难以找寻到一个抽象的,尤其是用一句话概括的证明标准。而且,在今后相当一段时间里,中国的法官和公众的整体认识能力难以适应过于抽象的目的性、原则性的证明标准。而适用于不同种类案件的具体明确的证明标准不仅有利于养成法官依法办案的习惯,而且有利于说服社会公众服从司法裁判。

### 二、误判的证明标准

一般来说,误判主要表现在两个方面,一是认定事实上的错误,二是适用法律上的错误。由于法律适用的标准较为明确,而案件事实“真实”性的问题标准不一,因此,这里主要讨论前者的证明标准。

对案件事实的误判可能会发生在刑事裁判的任何一个环节中。因此,为了防止刑事裁判发生错误,从而达到通过正当程序来推进法治的目的,确立明确且可操作的误判证明标准是必不可少的。

#### (一) 误判的描述

[2] 陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社2002年版,第165页。甄贞:《刑事诉讼法学研究综述》,法律出版社2002年版,第249页。

在一个刑事案件中,存在着被告人是真正的罪犯和被告人并不是真正的罪犯两种情形。

在前一情形下,如果根据所提出的证据进行合理的判断,被告人应被判为有罪,而事实上作出的是有罪判决,则我们可以说这不仅是客观的、真实的,而且作为裁判时的判断也是正当的。而如果作出的是无罪判决,则我们会说这是误判:不仅是实质性的、客观的误判,而且就裁判而言,也是不正当的,确实应定为误判。后一情形下的情况与此类似。

据此,可以认为:凡运用证据证明案件事实的过程缺乏合理性,或不合逻辑的,不论其结论是否与客观事实相符,都是误判。反之,即使裁判违反客观事实(包括从裁判时起,在诉讼以外查明的真相和事后才查明的真相这两方面),只要依据证据得来的判断具有合理性并符合逻辑,就不能列入误判的范畴。至此,误判的证明标准似乎仍然不够具体且不好操作。

## (二) 误判的证明标准

证明标准作为证明案件事实的具体尺度,应该是既可以用来衡量已由裁判确认的案件事实为真,也可以用来评价已由裁判确认的案件事实为假。因此,误判的证明标准实际上也就是前文所说的具体意义上的证明标准。为了叙述方便,下面以诉讼法学界熟悉的杜培武案件为例稍加说明。

在杜培武被改判无罪后,证明原认定杜培武构成故意杀人罪的判决是误判的证据逐步凸显。其中包括:(1)真凶事后的出现及其对案件的合理描述;(2)杜培武的有罪供述是侦查人员刑讯逼供的结果;(3)找到了杀人的手枪从而证明了杜培武原口供是编造的;(4)证明杜培武案发时到过现场的鉴定结论所依据的衣物、泥土等检材来路不明,等等。那么,如果“真凶”没有出现会怎样呢?我们又根据什么标准来衡量“真凶”就是客观上的杀人者呢?其实,在杜培武案件的“真凶”没有被发现时,实际上已可以根据笔者前文提到的故意杀人罪的证明标准判定杜培武不是杀人真凶。

用上述证明标准衡量后的结论是:(1)杜培武不承认杀人(原供述属非法取得,不得作为定案根据);(2)杜培武案发时到过现场的证据不足;(3)杀人手枪一直没有找到,且不能印证杜培武关于藏枪地点的多次供述,等等。显然,只要根据衡量故意杀人罪的第一层次的要素标准,证明杜培武构成杀人罪的基本要素已有缺失。因此该案达不到故意杀人罪的证明标准的要求。即使真凶没有找到,该案一审时也应该判无罪,否则,二审时也应该评定一审是误判。这点从云南省高级人民法院二审改判杜培武死缓的判决中已得到印证。只是该院当时没有采用具体的误判证明标准,且因司法不独立无法(或难以)真正落实“罪疑从无”的法律要求,只好含糊其词,采取“罪疑从轻”的策略罢了。

由此可见,误判其实不是一个事实评价,而是一个法律评价。对误判责任人的追究也只能是一种行为追究。误判证明标准体系的确立,将使我们对于任一刑事裁判的结果正确与否的评价变得确定。审判人员凭借自己的知识和经验(有时需要借助科学实验)就可以做出判断。这样就可以正确地引导司法人员依法认真负责地审查判断证据。而对于那些不严格依法办案的法官,即使其所作的裁判对案件事实的认定偶尔和“客观事实”一致,但由于其过程是杜撰的,如采信了依法应予排除的违法证据,或对诉讼中已经存在的证据视而不见,或证明过程违背经验法则、逻辑法则等,就应当承担误判的后果。而我们对这种无法让人们相信的“客观事实”予以否定,恰恰体现了裁判的公正。