



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

论文精粹

聂昭伟：证明力与证据能力规则演变规律探究——我国证据规则立法方向的理性选择

ubuntu 发表于： 2010-01-07 20:11 点击： 504

聂昭伟 浙江省高级人民法院

关键词：证据规则/证据能力/证明力/自由心证

内容提要：证据规则立法演变呈现出如下规律：首先，在证明力问题上，法官的判断经历了从不自由到自由的过程，证据证明力日渐脱离法律的规定，而进入法官自由裁量的范围；其次，证据能力属于法律问题，应当成为各国证据立法的重心所在。我国当前证据立法与上述规律背道而驰，其中，证据能力规则不仅数量稀疏，而且质量不高；相反，证明力规则却显得相当庞杂，占据了证据规则体系的主干地位。为此，在将证据立法重心由证明力转向证据能力的同时，又要防止矫枉过正。一方面，我国尚未形成自由心证约束机制，仍然需要一定的证明力规则来制约法官的心证；另一方面，我国当前证据资源有限，证据能力排除规则又不宜规定过多，以避免对案件事实真相认定产生障碍。

在现代诉讼中，基于证据裁判主义的要求，对案件事实的认定必须建立在证据基础之上，诉讼证明实际上就是运用现有证据探求已经发生的事实的回溯性活动。正是在这个意义上，证据被誉为是诉讼证明的基石，相应的，作为规范证据运行的证据规则也就成为证据立法乃至诉讼立法的重心所在。由于证据能力与证明力是证据的两个基本属性，因而所有的证据规则均可以划分为两类——规范证据能力的规则与规范证明力的规则。当前，我国证据立法如火如荼，专家学者的拟制建议稿层出不穷，但由于对世界范围内证据能力规则与证明力规则的发展、演变规律存在一些片面的理解，导致证据规范在证据属性重心上出现了不恰当的偏斜。为此，我们需要探寻证据能力规则与证明力规则在世界范围内的立法演变规律，以期为我国证据规则立法提供正确的方向。

一、证明力规则立法演变规律考察

在证明力的问题上，证据法发展演变的核心问题是将证据的证明力交由谁来判断。根据对这一问题的不同回答，人类历史上的证据制度前后经历了神示证据制度、法定证据制度以及自由心证制度三个阶段。证明力规则的这一发展演变历程表明，法官对证明力的判断经历了从不自由到自由的过程，证据证明力判断越来越多地脱离法律的规定，而成为事实审理者自由裁量的范围。

(一) 证明力判断的不自由阶段

1. 神示证据制度下的证明力判断

世界法制史的研究表明，分布于世界各个地域的不同民族或不同社会中，在其早期的发展阶段上，都曾经普遍地存在过以神判为代表的证据制度阶段。所谓“神示证据”，是指司法人员用一定形式邀请神灵帮助裁断案情，并且用一定方式把神灵的旨意表现出来，作为裁判的依据。在这种证据制度下，法官的基本职能并不是查明案件事实并在此基础上适用法律，而是扮演仲裁仪式主持人的角色。同样，法庭也不是为查明案件事实而设立的司法机构，而是请求神灵揭示案件事实

的工具,是为获得“神明旨意”所设置的带有强烈宗教色彩的场所。由于在神示证据制度下,法官只能诉诸神灵而不能依自己对案件证据的主观判断定案,因此,其在证据证明力判断上是不自由的。例如,依照古代日耳曼冷水神判法,被扔进池塘或河里的被告,若能在水中沉一会儿,说明已被神灵接纳,就判定无罪;若漂浮于水面,则表明遭到了神灵的拒绝,将要判定有罪[1]。法官即使认为沉入水中的被告是有罪的,也不能做出有罪判决,反之亦然。

2. 法定证据制度下的证明力判断

从神示证据制度的内容中不难看出,这种制度是在人类认识客观世界的能力极度低下的条件下产生的。随着社会科学的发展和人类认识能力的提高,人们越来越对神明裁判方法的合理性和可靠性产生了怀疑,神明裁判的权威性开始降低。特别是随着国家权力的膨胀,司法审判不再被视为个人纠纷的仲裁,而是国家统治者控制社会、维护社会秩序的工具。统治阶级开始对那些结果难以预料的非理性的司法证明方法感到不满,司法官员开始取代神明成为发现事实真相的主体。为了避免司法官员在审判中根据个人的知识、经验、兴趣、好恶来自由地采信证据和认定案件事实,统一规范法官在审判中运用证据的活动,以具体规定各种诉讼制度的证明力的法定证据制度应运而生。在法定证据制度下,法律预先规定了各种证据的证明力和判断证据的规则,只要起诉方的证据加在一起构成一个完整的证明,法官就必须作出有罪判决;如果不能构成完整的证明,他就必须作出无罪判决。法官必须据此定案而不得自由判断。无论是有罪还是无罪,判决都不受具体案件中法官内心对证据确信程度的影响。

当然,在神示证据与法定证据制度下,尽管法官的自由裁判普遍受到压抑,但是仍然在这些证据制度的夹缝中顽强地生存着。一方面,在神示证据制度下,虽然在名义上是由神判,但实际上是由教士来判,其自由裁量权仍然具有存在的空间,教士经常采取一些措施来影响验证结果。如在热铁神判法中,教士为了判被告有罪,就给他一块重三磅的铁块,或把铁犁焯放得不规则,而当他不想判被告有罪时,他就给他一块一磅的铁块,或让铁块凉一会儿。……另外,教士对神判法的验证结果享有解释权,当被告在热铁神判法中手掌被烧伤时,教士可以宣布伤口已经愈合了;如果被告在冷水神判法中只是稍微下沉,教士也可以宣布他已被上帝接纳了[2]。通过这样一些方式,教士可以在一定程度上按照自己内心确信来作出裁判。同样,“尽管法定证据制度的各项规则相当详尽、具体,但总不可能概括无余,而且有些规定又可以做各种解释。因此,封建法官在审理案件时仍有回旋余地,可以利用对法定规则的解释,上下其手,使审判有利于一方。”[3]当然,在神示证据与法定证据制度之下,法官抛开神意和法定规则进行自由裁量都是与法律的要求相悖的,因而是相当有限的。

(二) 法官在证明力判断上开始获得自由

随着科学知识的进步和社会实践的发展,神示证据制度的不合理性早已暴露无遗,并受到各国法令的明确禁止。而法定证据原则尽管有其历史的合理性和存在意义,但其以法定的形式和效果却窒息了法官的能动认识作用,是牺牲了发现案件真实的诉讼目的来保障抑制法官主观随意性。此外,在法定证据制度下,由于法律普遍规定被告人供述是良好的二分之一证明,一些国家的法律甚至明确规定被告人供述是最有效的证据或者是“证据之王”,导致刑讯逼供的滥用。更重要的是,人们已经对证据证明力的性质以及“人类普遍认知能力”有了正确的认识。人们已经认识到,证据证明力属于事实问题,所涉及的是证据与待证事实之间是否具有联系及其联系的强弱。由于对这种联系的判断只涉及逻辑和通常的经验问题[4],不同的人运用其相同或相似的认识能力往往能够作出大体一致的结论。因此,法律没有必要予以规定。

正是基于这种认识,英美国家才将事实认定放心地交由陪审团进行,罗伯斯庇尔在谈到陪审法庭的设立时也讲到:“在法律复杂的地方,应用法律较为困难;但是判定事实是否存在的困难是与这点无关的。在一切国家里,在一切立法制度下,罪证都是属于事实的范围。借以发现罪证的概念和推理是相同的。为了看到和认知罪证所必须的能力也是相同的。无论你们如何增加法律、法典、决议和买卖契约的解释员的人数,像是否有过买卖,你是不是买主这样一些事实问题,是不会因此而变得较为复杂的。无论你们如何挖空思想出各种困难的事例,我既不能同意它们的识别能力与某种方式或某种职业有关,也不同意这种能力是超过有理智的人甚至于受社会信任来承担这种责任的有识之士的理解力的[5]。因此,法律没有必要预先将证据的证明力予以规定下来,而应当交由司法者进行判断。不仅如此,证据事实与待证事实之间联系的多样性,也使得立法者无法以一种一言以蔽之的方式进行概括,[6]因而证据的证明力也只能交由司法者在具体案件中结合各种不同的证据综合进行判断。

而在大陆法系国家，1790年12月26日，法国国会中的资产阶级代表杜波尔率先向宪法会议提出了一项改革草案。他指出，法定证据制度对证据证明力的事先规定是荒谬的，对被告人和社会都是有害的，只有在审判中给予法官自由判断证据的权力，才能保证法官尽最大可能去查明案件事实，从而作出正确的判决。法国宪法会议通过了《杜波尔议案》，并颁布法令确立了自由心证制度。1808年的法国《刑事诉讼法典》对于自由心证制度作出了具体而生动的规定，其第342条规定：“法律不要求陪审官报告他们建立确信的方法；法律不给他们预定一些规则，使他们必须按照这些规则来决定证据是不是完全和充分；法律所规定的是要他们集中精神，在自己良心的深处探求，对于所提出的反对被告人的证据和被告人的辩护手段在自己的理性里发生了什么印象。法律不向他们说：‘你们不要把没有由某种笔录、某种文件、多少证人或多少罪证……所决定的证据，认为是充分证实。’法律只是向他们提出一个能够概括他们职务上的全部尺度的问题：‘你们是真诚信吗？’”继法国之后，一些大陆法系国家纷纷效仿，确立了如今被称为自由心证的著名原则。

(三) 法官在证明力判断上的自由进一步扩大

随着自由心证原则在世界各国的普遍确立，证据的证明力越来越多地脱离了法律规定的范围，而进入到法官的自由裁量当中。法律预先对证据证明力进行设定仅限于这样一些场合，即：

1. 某些证据的分量很小，证明价值可能是微乎其微的；某些证据的关联性过于遥远，容易导致推测、虚构或者浪费时间；
2. 某些证据会产生多个争执点，容易混淆主要争议，造成事实审重心的偏离；
3. 某些证据可能会误导陪审团，或者诱导其凭感情冲动作出不恰当的决定；
4. 某些种类的证据在类型化上不可靠或具有不确定性，存在给事实认定带来错误的危险，等等。

在这些证据材料上，由于其自身所包含的诸多风险，可能超过了它们的证明价值，因而需要法律对其证明力予以规定。上述这些规定实际上是将证明力的问题转化为证据能力的问题，即以法律的方法来解决证明力的认定这样一个事实问题。这种制约措施作为自由心证原则的例外，司法者在面对某些特殊证据时，必须依据法律作出相应认定，而不能自由进行。在这些证明力规则当中，最为明显的例子就是传闻证据规则，正是由于传闻证据的可靠性差，法律才将其排除于可采纳证据之外。最佳证据规则也是这样，由于原始文书更具有可信性，因此，证据法规定双方当事人对该文书所载内容发生争议时，应优先提供原始文书，而不是复制品。上述这些规定显然限制了法官对于证据证明力的自由判断，构成了自由心证原则的重要例外。

当然，由证据证明力问题的性质所决定，法官在证明力判断上自由裁量权不断扩大的趋势从来未曾停止过，并且在不断地冲击自由心证原则的上述例外规定。例如，传闻证据由于无法通过交叉询问予以证实，可靠性难以保证而被法律预先加以排除。但是，如果将所有的传闻都一概排除，这样就会造成许多有价值的信息流失。因此，英国从1968年起开始限制传闻证据排除规则在民事诉讼中的应用，到1995年的《民事证据法》完全取消了传闻证据排除规则；[7]而在刑事诉讼中，该规则同样出现了例外，1988年《英国刑事审判法》在第23条中规定，传闻证据在满足一定条件下也可以被采纳。[8]除此之外，《美国联邦证据规则》也明确列举了传闻证据规则的几种例外情况。不过，鉴于列举方式难以从根本上避免传闻证据排除规则的负面影响，因此1997年的《美国联邦证据规则》增加了一条对传闻证据排除规则例外情况的原则性概括，赋予法官在采纳传闻证据时更大的自由裁量权。

同传闻证据排除规则的命运一样，最佳证据规则也很快被自由心证原则打开了缺口，第二手证据只要满足了法律的特别要求，就可以向法庭提交。例如，《加拿大证据法》规定，当事人在法庭程序中满足下列条件可以不提交原件：(1) 提交原件是不可能或不具有合理可行性的；(2) 必须在提交复制件时附带提交不可能或不具有可行性的理由的宣誓证言；(3) 必须由制作复制件的人出具证明证实复制件的出处和它的真实性。在美国，立法中比较常见的允许当事人提交第二手证据的理由包括：(1) 原件非由于提供者的过错遗失或灭失；(2) 原件不能通过适当的司法程序获得；(3) 原件由对方当事人掌握，该当事人拒绝提供；(4) 证据所要证明的事项并非本案主要争点；而英国法则通过判例，对一切二手证据的可靠性不作任何区分，完全由法官自由判断。

既然自由心证被认为是最有助于发现真实的方法,那么,证明力的判断就不再是一个法律问题,而成为一个事实问题。证据法虽在这个问题上几乎无用武之地,但是,这并没有导致证据法的消亡。相反,近百年来证据法却以前所未有的速度发展。导致这种现象发生的原因是各式各样的证据能力规则迅速填补了证明力规则废除之后的空缺。伴随着这一发展趋势,证据法的概念也在发生着根本性的改变——它的关注点已经从证据的证明力转向了证据能力,它不再关心何种的证据具有什么样的证明能力,而是关心满足哪些条件的证据才具有资格在诉讼中使用。

(一) 证据能力规则的全面发展阶段

在证据能力的问题上,人类社会的证据制度明显经历了一个证据能力规则从无到有,而且最终在证据规则中取得绝对主导性地位的过程。如果说证明力规则早就存在的话,那么证据能力规则很晚才进入人类的视野[9],其中,在英美法系国家,由于证据规则的产生和发展与陪审制度密切相关,因此直到17世纪,随着陪审团审判制度在英美国家的普遍确立,证据能力规则才进入到全面发展阶段。这是因为,陪审员是从普通民众中挑选而来并且是一次性地参与案件的审理,与职业法官审理案件相比往往缺少应有的鉴别能力和沉着冷静。“鉴于陪审员对于证据之评价,不甚熟悉,自应由经验丰富的裁判官加以说示,而其说示,又不能无一定之标准,乃设有排除规则限制无关联性之证据、偏颇之证言、虚伪之证言或足致陪审员因本身之感情与同情之偏见、易于发生错误之证据,提出于法庭,使陪审员,仅得凭其合理性且富有安全性证明力之证据,而为合理之判断”[10]。可见,英美法系对证据资格设置证据规则的初衷主要是基于对事实认定的考虑。传闻规则、品格证据规则、意见规则、最佳证据规则等都体现了这一特点。

而在大陆法系国家,则经历了与英美法系国家不同的发展历程。究其原因,一方面是由于大陆法系更重视法官而不是当事人在诉讼过程中的作用,“为发挥职权主义之精神,对于证据能力殊少加以限制。凡得为证据之资料,均具有论理的证据能力。”[11]另一方面,由于这些国家的法官都是经过专业训练的司法官员,不用担心会被某些种类的证据误导而步入裁判的歧途。用老百姓的话说,他们知道如何从庄稼中剔除杂草。基于这些原因,大陆法系国家很少对证据能力进行限制。但是,这并不意味着在大陆法系国家就不存在对证据能力的法律规定。事实上,随着近年来两大法系国家在证据制度方面的相互借鉴,以及为实现特定政策的需要,大陆法系国家在证据能力方面的法律规定逐渐增多。特别是随着陪审团审判模式的引入,为防止陪审团成员所固有的弊端,其同英美法系一样需要通过证据能力规则就证据的范围加以限制。由此可见,“大陆法系证据制度和普通法系证据制度有着不同的发展进程。在普通法系国家中,证据规则最初是围绕陪审团制度设置的,后来稍做变更和调整便于法官的审判之中。在大陆法系国家中,证据制度首先是专业法律工作者设立的,后来又因为陪审团的介入而发生了变化。”[12]

(二) 证据能力规则从严格走向松弛

由于证据能力规则的存在很大程度上与陪审制息息相关,因此,陪审制的兴衰不可避免地会对证据规则带来影响。在陪审制发源地的英美法系国家,使用陪审团审判的案件日益减少。在英国,陪审制的衰亡首先发生在刑事诉讼领域。自19世纪中期以来,随着刑事案件数量的增加和法院审判任务的加重,法律首先允许那些轻微刑事案件的被告人选择没有陪审团参加的简易审判方式,由此拉开了由法官单独审判刑事案件的序幕。[13]而在民事诉讼领域,随着法院在选任陪审员时遇到了越来越多的困难,陪审团审判案件的范围也在日趋缩小[14],到1934年以后英国的陪审制已基本上名存实亡了。在美国,基于同样的原因,进入20世纪以来,审判中使用陪审团的案件数量也在不断减少。据统计,美国现在采用陪审团审判的刑事案件和民事案件的数量均不足其法院审判案件总数的10%。其他普通法系国家的情况也大同小异。由此可见,陪审制已经不是普通法系国家的主要审判方式了。而在大陆法系国家,尽管引入了陪审制度,但是以德国为代表的国家对其进行改造,将陪审制改为“参审模式”,即使在法国和意大利也都放弃当初引入的“陪审团模式”,而采用了“参审模式”。在参审模式下,由于法官与陪审员在法庭上共同负责认定案件事实和适用法律,因此能够有效地避免由陪审团单独认定案件事实所存在的弊端。由于证据规则很大程度上是为了防止陪审团在使用证据时出现混乱或偏见而产生发展起来的,因此,随着英美陪审制审判的衰亡以及大陆法系“参审模式”的改造,证据能力规则存在的根据大为削弱。

此外,由于“证据能力,法律上殊少为积极的规定,一般仅消极的就无证据能力或其能力限制之情形加以规定。故证据能

力所应研究者,并非证据能力本身之问题,乃证据能力之否定或限制之问题。”[15]可见,证据能力规则多为否定性排除规则。通过排除规则尽管可以将一些无关的、多余的、容易被夸大的证据材料排除出法庭调查之外,在一定程度上保障了诉讼证明中证据的可靠性。但是,排除规则终究是以规则取代了法官个人的理性判断,因而不可避免地带有规则判断所必然产生的“执一成之绳墨,律万变之物情,至桎梏有司之聪明,所伤失者,故失之泥”[16]的弊端。更重要的是,过多的排除规则使得众多能够证明案件事实的证据资料被排除在作证范围之外,“使得审判上可用之证据大为减少,因而影响司法职务之执行。”[17]

到十九世纪,学者们已经注意到了排除规则自身所固有的僵硬性以及不利于发现事实真相的弊端[18],英国学者边沁(Benthan)在其著作《审判证据的理论基础》中就提出一个定理——不排除证据原则,即为达到裁决的公正性,不应该排除任何证据,除非这项证据会引起困扰、开支与拖延。为此,边沁甚至主张废止所有的要式主义的规则,回到以日常经验与常识推理为依据的“自然的”自由证明制度[19]。随后,英国证据法学家史蒂芬(J·F·Stephen)发展了边沁的思想,证据法进一步得以简化。从近年来的发展趋势看,即便以《美国联邦证据规则》为代表的美国法系证据法,排除规则也呈现明显的萎缩迹象,这些由历史上的判例形成的规则部分地开始消亡。[20]排除规则尽管仍在发挥作用,但是随着例外数量的增多,其实际适用的范围不断缩小,开始有越来越多的证据具备进入法庭调查视野的资格。

这一趋势在加拿大表现得尤为明显,在加拿大,“近年来,最高法院试图从严格地使用各种规则全面转向更积极的、主要是靠逐个案件的方法来决定证据的可采性。此一运动的结果是,大大增强了法官在决定证据可采性上的作用。”[21]这一运动导致了如下后果:取消了许多补强证据的要求,降低了证人作证能力的标准,提高了专家意见的采纳数量,放宽了传闻规则,甚至暂时性地放松了禁止运用品格证明被告人具有实施特定犯罪倾向的规则[22]。而在英美法系国家,也已经产生了这样一种发展趋势:即在证据能力问题上,法官的作用和权力不断增强,证据的可采性开始越来越取决于法官的判断和裁量而不是排除规则的预先规定。证据排除规则尽管仍发挥其作用,但由于例外规则的不断增多,其实际适用的范围却在不断缩小,越来越多的证据具备了进入法庭的资格。

三、 我国证据规则立法方向的理性选择

有关证明力和证据能力之规则的演变规律表明,首先,在证明力规则上,世界各国普遍确立了自由心证原则。证据的证明力越来越多地脱离了法律规定的范围,而进入到法官的自由裁量当中。即使是在一些由法律对证据证明力预先进行设定的规则(例如传闻证据与最佳证据规则),也因为众多的例外规定而越来越多地成为法官自由裁量的对象。其次,在证据能力规则上,经历了从无到有,从稀疏到繁华再转向松弛的过程。证明力和证据能力规则的发展轨迹为我国证据立法提供了以下两方面的启示:一方面,在证据证明力的判断上,应当明确赋予法官自由心证的权力,法律不应过多干预;另一方面,证据立法应当从对证明力的关注转向对证据能力的关注,需要通过设立一些的证据能力规则,否定某些证据(如非法证据)的证据能力,从而防止和纠正侦查人员非法收集证据的行为,保障公民的合法权益。当然,为了克服排除规则所固有的僵硬性以及对于事实真相发现的阻碍性,有关证据能力的规则也不宜规定过多,并且应当设置一些例外规定以增加排除规则的灵活性。然而,我国证据立法实践却与上述规律背道而驰,规范证据能力的规则不仅数量有限,而且质量不高,而规范证据证明力的规则则相当庞杂,完全占据了证据规则体系的主干地位。

(一) 我国当前证据规则的立法现状

我国迄今为止尚未制订出独立的证据法,证据规则主要散布在诉讼法以及最高人民检察院和最高人民法院颁布的一系列司法解释当中。从这些证据规则中不难发现,证据法对证据能力一直未给予应有的重视,导致实务中也很少用证据能力规则解释具体案件。这一点可以从以下两个方面得到印证:其一,在我国相关诉讼法律关于证据的概念中,强调的是证据的相关性与客观性特征。我国《刑事诉讼法》第42条规定:“证据有下列七种:……。以上证据必须经查证属实,才能作为定案的根据。”《民事诉讼法》第63条亦规定:“证据有下列几种:……。以上证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据。”从这些规定中可以看出,某一证据只要能够“证明案件真实情况”并经“查证属实”,即具有相关性、客观性就可以作为定案证据使用。而对作为证据能力规则主要内容的合法性,除了要求具有法定形式之外,再没有别的要求。其二,有关规范证据能力的规则不仅数量稀疏,而且质量低劣。我国诉讼立法上尽管可以找到一些与证据能力相关的规定,例如非法收集的言词证据排除规则等等,但是由于这些规则要么是立法技术不够明确、严密,难以执行,要么缺乏诉讼程序方

面的配套措施而流于形式。

与规范证据能力规则的稀疏冷落相比,在我国规范证据证明力的规则却形成了庞大而完整的体系。早在1957年,最高人民法院在《关于与案件有直接利害关系的人能否当证人等问题的复函》中就确立了同当事人有利害关系的证人所提供证言的证明力规则,明确规定其证明力要低于其他证人证言;此后,最高人民法院在1994年颁布的《关于审理刑事案件程序的具体规定》中确立了关于书证副本、复制件与物证照片、录像的证明力的规则,规定其经与原件、原物核实无误后,具有与原件、原物同等的证明力;后来,最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中对该原则又作了重申,规定:“书证的副本、复制件,物证的照片、录像,只有经与原件、原物核实无误或者经鉴定证明真实的,才具有与原件、原物同等的证明力。”

到了1998年,最高人民法院通过《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》,较为系统地阐述了民事诉讼中有关证据证明力的判断规则,导致我国关于证据证明力的规则骤然增多,并基本形成较为完整的证明力规则体系。该规定对证据证明力作了如下预定:(1)证据证明力如何认定的规则,即其中的第22-26条规定;(2)证据证明力强弱的规则。例如该《规定》第27条规定:“1.物证、历史档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证的证明力一般高于其他书证、视听资料和证人证言。2.证人提供的对与其有亲属关系或者其他密切关系的一方当事人有利的证言,其证明力低于其他证人证言。3.原始证据的证明力大于传来证据。”(3)证据证明力补强规则。例如第21条规定:“当事人对自己的主张,只有本人陈述而不能提出其他相关证据的,除对方当事人认可外,其主张不予支持”;第28条规定:“下列证据,不能单独作为认定案件事实的依据:1.未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言;2.与一方当事人有亲属关系的证人出具的对该当事人有利的证言;3.没有其他证据印证并有疑点的视听资料;4.无法与原件、原物核对的复印件、复制品。”[23]

(二)我国证据规则立法方向的理性选择

1. 在证据证明力规则上理性选择

世界范围内证据证明力规则立法演变规律表明,法律对其不应当预先设定标准,而应由事实裁判者凭理性和良心自由裁量。然而,当前我国证据立法却与这一规律背道而驰,大量条文集中在证据证明力规则上。对证据证明力的过多规定,使得我国证据立法在一定程度上回到了法定证据制度的老路上来。这些僵化刻板的证明力规则,以“一刀切”的简单机械态度来应对纷繁复杂的司法实践,窒息了法官的良心和理性,不利于对案件事实真相的发现。证据法的发展历史已经表明,在现代社会,这样一种做法既不可能又没有必要。在证据证明力问题上,世界各国之所以普遍实行自由心证证据制度,除了是由证明力的性质所决定之外,另一方面的原因还在于现代世界各国在自由心证制度上已经形成了一套较为完备的约束机制,因而能够放心地把判断证据的权力赋予法官,而不用担心法官的主观擅断。

这些约束机制的内容主要包括:首先,对作为自由心证主体的法官进行约束,要求法官不仅具有较高的法律素养,而且具有严格的自律精神和高尚的道德伦理,从而避免法官感情用事,违背甚至出卖自己的良心。其次,为了防止刑讯逼供所获得的不良证据以及其他真实性与关联性薄弱的证据进入审查范围,进而影响法官的自由心证,通过证据规则在庭前程序中将这些证据排除出去,使裁判者在认定案件事实的时候,完全置身于一个由合法证据构成的法律世界。再次,要求法官在心证过程中对证据取舍和证明力判断时,不得违背最基本的经验常识和逻辑法则。[24]最后,自由心证还要求法官将心证形成过程、结果以及理由公之于众,从而可以接受当事人和社会一般公众的监督。正是通过上述方式对自由心证的限制,在这些国家使得“法院于事实为真伪,虽有判断之自由,然亦非可率尔以从事。法律之所期待者,审判官恒为富于学识经验之人,其判断事实必能依经验定则而为之。如依经验定则而行,自无专横之弊,故取舍法定证据主义而采自由心证主义者。”[25]

我国证据立法尽管已经将自由心证制度规定下来,[26]但是,由于该制度所必须的约束机制尚未建立,因而无法防止法官在证明力判断上的主观擅断。正是因为我国司法人员专业水平与职业素养不高,在诉讼法中缺乏完善的庭前证据审查程序,而且当前的判决制作过于简单和程式化,为了遏制法官在审判实践当中的擅断,才不得不通过预设证据的证明力,来限制法官自由心证的范围。这种现象尽管与证明力的性质以及世界各国在证明力判断上实行自由心证的普遍做法相悖,但

是在我国却仍然存在一定的必要性,因而不能简单地予以否定。当然,随着法官素质的整体提高、庭前证据制度的建立以及判决理由的公开等约束机制的建立健全,对于证据证明力的判断应当越来越多地交由法官自由判断。即使是一些原本直接由法律规定其证明力的证据规则(例如传闻证据与最佳证据规则),也可以逐渐交由法官自由判断和取舍。

2. 在证据能力规则上的理性选择

与证明力规则不同,在证据能力规则上,我国绝大多数学者认为,“由于规范证据资格的规则以证据为调整对象,直接决定着诉讼证明中可资运用的证据范围,因此,这类规则在证据法规范中居于基础性地位。”[27]学者们之所以极力主张证据立法以证据能力规则为主干,除了因为证据能力属于法律问题之外,更重要的是证据能力规则具有防止、限制追诉机关滥用国家权力,保护公民的合法权利不受非法侵犯,以及保障证据的质量以增强其证明力等方面的功能。我们知道,在证据能力与证明力的关系问题上,“证据必须先有证据能力即须先为适格之证据,或可受容许之证据,而后始生证据力之问题。”[28]“如其证据,并无作为证据的能力,即无作为证据的资格,自不产生证明力的问题。”[29]由此可见,一定的证据材料必须是法律上允许的,然后才谈证明力。也就是说,具备证据能力的证据材料才具有证明力,前者是后者的前提,不具备证据能力和未按照提供证据规则提出的证据,即使法官认为证据的内容有可能是真实的,也不得据以作为判决的依据。

明确了证据能力是证明力判断的前提,就可以使侦查人员认识到非法取得的证据不具有证据能力,因而也就无从论及其证明力,从而促使侦查人员依法取证,保障公民的合法权益。我国当前刑事司法实践当中警察违法取证的情况比比皆是,原因就在于我国规范证据能力的规则不仅数量稀疏,而且质量普遍不高,导致其对非法证据的排除功能不强。相应的,法院在审判时,就可以在追求实体真实目的的刺激下赋予非法证据以证明力,从而纵容了侦查人员的不法行为,以致于屈打成招,严刑逼供,酿成冤假错案的现象时有发生。可见,为了防止和纠正侦查人员非法收集证据的行为,保障公民的合法权益,避免冤假错案,在客观上需要建立起完善的证据能力规则,以便将那些虽然与案件事实具有关联性,但是却不具有合法性的证据排除出法庭审查的范围。

当然,在设定证据能力规则的过程中,我们也应当充分认识到,证据是司法过程中法官认定案件事实的唯一可以借助的手段,过度的排除证据很可能导致裁判信息不足,并产生大量真伪不明的状态。为此,两大法系国家排除规则的例外规定越来越多,证据进入事实认定阶段的门槛正在降低,这一立法发展趋势应当为我们的证据立法所关注。当前,随着审判方式改革的进一步深入,绝大部分证据的收集与提出已由法官转移给了当事人,这就意味着当事人和律师成为了收集证据的主体。然而,由于我国没有足够的律师以支持美国式的大范围的证据发现,[30]因而我们在诉讼中可以利用的证据资源是很有限的,这就决定了我们的证据能力规则必须能够让更多的证据可以进入法官认证的范围之内。特别是在制定一些由证据证明力转化而来的证据规则时,更要格外谨慎。[31]如果任意提高证据进入诉讼程序的门槛,规定过多的排除规则,只能加剧司法资源相对不足的状况,减少法官作出判决可依据的信息总量。为此,我国当前证据能力规则体系不应过于严格,只有在涉及个人重大权益的事项上才通过法定的证据能力规则予以排除,而在不涉及或较少涉及这种重要权利的事项上,则可以采取更灵活更有弹性的自由裁量方式以利于发现真实。

注释:

[1] (美)博西格诺等. 法律之门[M]. 邓子滨译. 北京:华夏出版社, 2002: 495.

[2] 李培锋. 为现代视角置入缺滞的语境[J]. 读书, 2002, (1): 73.

[3] 巫宇苏. 证据学[M]. 北京:群众出版社, 1985: 19.

[4] Indirect: Richard O. Lempert&Stephen A. Saltzburg, A Modern Approach to Evidence, West Publishing Co. 1982, P. 153.

[5] 罗伯斯比尔. 革命法制和审判[M]. 赵涵舆译. 北京:商务印书馆, 1965: 125.

[6] 这一点正如我国台湾学者陈朴生所言:“盖证据,千态万种,其价值亦各有差别,本难以法律定期选择标准”。(陈朴生. 刑事证据法[M]. 台北:海天印刷有限公司, 1979: 574.)

[7] 该法第1条第1款规定:“在民事诉讼中,不得因为证据是传闻而予以排除。”

[8] 这些条件包括:(1)作出陈述的人已死亡或因身体、神智原因不能出庭作证;(2)陈述者在英国以外,实际上无法出庭;(3)已经采取了合理方法仍无法找到陈述者;(4)该陈述是向有权对犯罪行为进行调查或对罪犯进行扣押的人做的,并且陈述者由于恐惧无法作口头陈述的。

[9] 即使是今天,以复杂的可采性规则闻名于世的英国证据法,在十八世纪末有关证据的规则也非常简单(沈达明.英美证据法[M].北京:中信出版社,1996:7.)

[10] 陈朴生.刑事证据法[M].台北:三民书局,1979:280.

[11] 樊崇义.刑事诉讼法实施问题与对策研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2002:188.

[12] 何家弘.新编证据法学[M].北京:法律出版社,2000:25

[13] 1847年的英国率先规定14岁以下的实施了轻微盗窃罪的人可以不用陪审团审判。1855年的《刑事司法条例》规定轻微盗窃罪可以不用陪审团审判。1879年的《简易司法管辖权条例》把对未成年人的简易审判程序扩大到只有故意杀人罪除外的范围;对成年人的简易审判也扩大到更为严重类型的盗窃罪范围;1899年的《简易司法管辖权条例》以及1915年和1925年的《刑事司法条例》又进一步扩大了对成年人适用简易审判的案件范围。

[14] 1883年的《最高法院规则》允许法院在民事案件中自主选择陪审团审或法官审,使得陪审团审理民事案件的数量一下子就下降了大约50%。1918年的《陪审团条例》进一步规定民事案件一般都应该采用法官独审制,除非法院有特殊理由选择陪审团审。1933年的《司法行政条例》又使民事案件的陪审团审下降到12%左右。

[15] 陈朴生.刑事证据法[M].台北:三民书局,1979:280.

[16] 这是民国时期学者郭云观在对法定证据制度弊端所做的评价,由于排除规则同样属于规则判断,因此,相互之间具有相同的弊病。转引自《证据法学》,上海私立东吴大学法学院1948年版,第180

[17] 刁荣华.比较刑事证据法各论[M].台北:汉林出版社,1984:163.

[18] 这一点正如李学灯先生所指出:“自18世纪以来,此类规则(指排除规则)丛生,而得失互见。就其短处而言,则对证据能力有过多的限制,有时不免矫枉过正。若干案内,如无其他可受采纳的证据,而原有可以利用的证据,又因各种法则而遭受排除,将造成无可使用证据来发现真实,因而有人将此讥笑为规则主义(或称法则主义),而非真实主义。20世纪以来的趋势为逐渐放宽限制,而加重法官的裁量权,以使得可自由采纳原非属于容许的证据。”(李学灯.证据法比较研究[M].台北:五南图书出版公司,1992:472—473.)

[19] 李学灯.证据法比较研究[M].台北:五南图书出版公司,1992:8.

[20] 在美国,国会颁布的证据领域的立法,其基本趋势是扩大证据可采纳性的范围,使其不受普通法规则规定范围的限制(见何家弘,张卫平.外国证据法选译:(下卷)·[M]·北京:人民法院出版社,2000:597.)

[21] David M. Paciocco & Lee Stuesser, The Law of Evidence, published by Irwin law 1996, p. 4.

[22] 樊崇义.刑事诉讼法实施问题与对策研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2002:190

[23] 除此之外,在我国各地高级人民法院所拟定的证据规则中,同样呈现出重规范证据证明力规则、轻规范证据能力规则的倾向。(有关我国各地高院拟定的证据规则,可以参见金俊银.中国民事证据规范适用手册[M].北京:人民法院出版社,2000:62—340.)

[24] 这一点正如我国台湾地区学者蔡墩铭指出:“虽法律对证明力之有无及其程度委由审判官自由判断,惟此非谓审判官可依其恣意而对证据予以评价,亦即其在判断时,仍须遵守论理法则与经验法则,苟有违反,仍非合法之证明力判断。”(蔡墩铭.审判心理学[M].台北:水牛出版社,1986:678.)

[25] 石志泉.民事诉讼法释义[M].台北:三民书局,1987:244.

[26] 2002年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定:“审判人员应依照法定程序,全面客观地审核证据,依照法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力的大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果”。这一条可以看作是赋予法官理性裁判的自由和独立裁判的权力,说明自由心证制度在民事诉讼中有了合法的地位。

[27] 樊崇义,锁正杰,吴宏耀,陈永生.刑事证据前沿问题研究[C]//何家弘.证据学论坛(第一卷).北京:中国检察出版社,2000:156.

[28] 李学灯.证据法比较研究[M].台北:五南图书出版公司,1992:464

[29] 陈朴生.刑事证据法[M].台北:三民书局,1979:254

[30] 我国律师从业人员为9.0257万人,等于平均每1.44万名中国人才有一名律师。这与美国每276人中就有一名律师的比例相差很悬殊。以上分别参见:<http://www.202.205.72.64:800/cgrs/in-dex.htm>。([美]史蒂文·苏本、玛格瑞特·伍·美国民事诉讼的真谛[M].蔡彦敏、徐卉译.北京:法律出版社,2002:230.)

[31] 以传闻证据排除规则为例,由于我国证人亲自出庭作证的比例很低,多数证人只出具一份书面证言,因此,如果一律排除,那么证人证言这类证据可能就会因此而变得名存实亡。

