

# 让证据走下人造的神坛

## ——试析证据概念的误区

何家弘\*

笔者在研习证据学理论的时候,经常感到我国这一学科领域内某些占统治地位的观点缺乏严谨的逻辑性和内在的科学性,因而导致了理论上的纷争和实践中的混乱。对于这些貌似堂皇的观点,笔者心中生出许多疑问并继而转化为异议。虽然明知这些异议会让很多笔者所敬仰的师长们感到逆耳,但其如骨鲠在喉,实在是不吐不快。

### 一、证据概念误区的表象

虽然证据的概念已经是一个被学者们讨论得很多的问题,似乎再多谈一句都是赘余了。然而,以笔者之管见,尽管这方面的文字确实不少,但其中仍有许多不尽清晰不尽明了之处,而且这些问题涉及整个证据学理论的构架,绝非无关紧要。

(一) 证据首先是一个法律术语,抛开语词使用习惯去界定证据的概念是误区之一

证据一词在汉语中的准确起源大概已经很难查考了(也许这仅是笔者孤陋寡闻所妄下的论断)。唐代文豪韩愈在那篇《柳子厚墓志铭》中曾经写下了“议论证据今古,出入经史百子”的名句。然而,其中的“证据”是动词,意为“据史考证”或“据实证明”。在古汉语中,证据二字往往是分开使用的。其中,“证”字犹如现代的证据,但多指人证;“据”字则意为依据或根据。例如,《唐律·断狱》中就多有“据众证定罪”之用语。及至清代,法律中仍有“众证明白,即同狱成”的规定。本世纪初,随着白话文的推广,证据二字才越来越多地合并为一个词使用,而且多出现在与法律事务有关的文字之中。例如,南京临时政府于1912年3月2日颁布的《大总统令内务、司法两部通飭所属禁止刑讯文》中规定:“鞫狱当视证据之充实与否,不当偏重口供。”这可以视为后来在我国颇为流行的“重证据,不轻信口供”之办案原则的发端。

现在,证据已经是汉语中常用的语词之一。诚然,人们在日常生活中在非法律事务中也使用这一概念,但是,由于它在法律事务中具有特别重要的地位和最高的使用频率,所以它仍然在很大程度上属于专门的法律术语,以致于人们一听到这两个字就会首先联想到案件、纠纷、调查、审判等法律事务中的问题。《辞海》中对证据的解释即:“法律用语,据以认定案情的材料。”因此,人们都知道“证据学”是专门研究法律事务中证据问题的学科,不会因为其前面没有冠以“法律”、“司法”或“诉讼”等字样就把其误解为研究日常生活中或其他专业领域内证据问

\* 中国人民大学法学院教授,法学博士。

题的学科。从某种意义上讲,人们在日常生活和非法律事务中使用证据一词时实际是在借用这一法律术语。

由此可见,证据很久以来就成为了法律领域内的一个专门用语。换言之,证据首先是或者主要是法律术语。因此人们对证据一词的一般理解实际上也是以法律领域内的概念为基础的。二者之间没有也不应该有本质上的差异。明确这一点,就要求我们在讨论证据的概念问题时必须从这两个字的基本含义出发。我们不应该片面地强调法律用语和人们日常生活用语的差异,而偏离人们在长期形成的语言习惯中对证据一词的一般理解,并生出所谓“法律证据”或“法律事务证据”的概念。从这一意义上讲,认为证据首先是一个日常生活用语,并因此要抛开人们对证据的一般理解而在所谓的“法律意义”上为其重新下个定义的观点,实际上是证据概念问题上的第一个误区。

(二)证据一词本身并没有真假善恶的价值取向,改变证据概念的这种“中性”立场是误区之二

那么,究竟什么是证据呢?或者说,人们对证据的一般理解究竟是什么?简言之,证据就是证明的根据。这是对证据一词最简洁最准确的解释,也是人们普遍接受的证据定义。因此,我们可以将其称为证据的“基本定义”。

诚然,在法律上给证据下定义,可以给出更为具体更为明确的界定和说明,但我们不应忘记或抛弃这一语词本身所具有的基本含义。语词的基本含义是人们在使用该语的长期过程中约定俗成的。如果我们忘却了这一点,就会背离语言的使用规律。

世界各国的法律学者对证据的概念有不同的解释并在各自的基础上形成了不同的学说。笔者无意在此评论百家,只想谈一谈在我国法学界占统治地位的关于证据概念的观点。而这种观点的缘起就在于我国刑事诉讼法中的有关规定。

1979年7月1日,第五届全国人民代表大会第二次会议通过了新中国的第一部刑事诉讼法。该法第31条规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”这是我国法律首次给证据一词下的定义。后来问世的民事诉讼法和行政诉讼法,以及1996年修正的新刑事诉讼法都接受了这一定义。于是,这一定义就成了我国对证据概念的官方解释。下面,我们便具体分析一下这个定义。

按照刑诉法中的规定,证据就是证明案件真实情况的事实。这一定义中的核心词是“事实”,因此可以将其简化为“证据即……事实”。这一定义与我们前面谈到的“基本定义”之间的最主要区别就在于它把“根据”改成了“事实”。这一改变的用意是显而易见的,即要强调证据的真实性。为此,该定义还不惜在前面使用了颇有赘余之嫌的“真实”二字。换言之,仅仅强调证据必须是“事实”还不够劲儿,还要强调其证明的必须是案件的“真实”情况。一言以蔽之:“不属实者非证据”!这充分反映了立法者们生怕别人不知道他们重视证据“真实性”的执著心态。

从证据一词的“基本定义”来看,它并没有真假善恶的价值取向。好人可以使用证据,坏人也可以使用证据。换言之,无论你要证明的是什么,也无论你证明的根据是什么,只要你把甲用做证明乙的根据,甲就是证据。就真假的二值观念而言,“根据”一词也是中性的,它可真可假,或者说它可以同时包含真与假的内容。

然而,“事实”一词则改变了证据概念的这一性质,使它不再具有中性的立场,而是坚决地站到了“真实”的一方,把一切不真实或不属实的東西都排斥在证据的范畴之外。毫无疑问,这

体现了一种良好的理想或愿望,但是它改变了证据一词本身所具有的“中性”立场,因此也就不可避免地引发了这一概念与人们使用该语词的习惯之间的矛盾。

诚然,证据就是证明的根据这一“基本定义”中的“根据”一词有些抽象。学者要对其进行解释和说明也是无可非议的。但是你的解释和说明不能偏离原意。比方说,你用“依据”、“凭据”等近义词来代替“根据”就不会改变词意;你用“材料”、“手段”等同样没有真假价值取向的中性词来说明“根据”,也不会造成使用中的混乱与自相矛盾(至于“材料”和“手段”等词能否准确全面地表达“根据”一词的内涵,则另当别论)。但是,你一旦改变了原来词语的属性,用具有真假价值取向的“事实”来代替或说明本来没有真假价值取向的“根据”一词,就会背离该语词的原意并造成使用上的混乱。实际上,刑法的起草者们也无法摆脱这种自相矛盾的困扰。

例如,刑法在给出上述定义并列举了7种证据之后,又明确指出:“以上证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”人们不禁问道:既然证据都是“真实的”事实,既然不属实的东西都不是证据,那么还有什么必要去“查证属实”呢?已经肯定是事实的东西却还要让人去审查其是不是事实,这就好像让人去审查一只狗是不是狗一样荒唐。这种自相矛盾的情况在上述法典及其相关的论述中还有多处,在此就不一一列举了。

## 二、证据概念误区的症结

人们在证据概念问题上的认识误区,归根结底在于证据所反应或证明的案件事实是否必须属实。从司法实践的情况来看,坚持“不属实者非证据”的观点是很难成立的。众所周知,无论在刑事案件中还是在民事案件中,无论是在经济纠纷中还是在行政诉讼中,当事人提交司法机关的证据和司法机关自己收集的证据中都是有真有假的,因此才需要认真地审查评断。按照“不属实者非证据”的观点,这些当事人提交的和司法机关收集的证据显然就都不能称为“证据”了,因为它们很可能不属实嘛!

其实,持“不属实者非证据”观点的学者自己也无法否认现实生活中这种证据真假混杂的情况。例如,《证据学》一书的作者在批驳“证据来源”或“证据材料”的提法时坦率地指出:“在诉讼过程中,司法人员初步作为证据收集的物品、书面文件以及证人、当事人的陈述,常有真假相杂的情况。在经过审查判断之后,摒弃那些虚假的或者与案件事实无客观联系的物品或陈述等,不作为证据使用,这是常见的事。这些一度曾经被收集而不能证明案件真实情况的东西,本来就不是证据,也不应称之为‘证据来源’或‘证据材料’。”〔1〕

然而,问题并没有到此结束。实践经验无数次告诉我们,不仅当事人提供的和司法机关收集的证据中有真有假,司法机关审查判断之后用做定案根据的证据中也会有真有假,否则就不会有冤假错案了。有的时候,法官采信的证据被后来的事实证明为假;有时候,法官决定不予采信的证据又被后来的事实证明为真。人非圣贤,孰能无过?法官亦非“超人”,我们怎么能要求他们在审查评断证据时不得犯任何错误呢?如果按照“不属实者非证据”的观点,那些被法官错误地采信了的证据也就不能再称为证据了,而顶多属于“一度曾经被”用做证据“而不能证明案件真实情况的东西”,其“本来就不是证据”。

问题到此仍然没有结束。已经明确的错案还好说。错了,纠正过来就得了。我们以前看

〔1〕巫宇魁主编:《证据学》,群众出版社1985年版,第70页。

走了眼,错把别的东西看成了证据。谁能保证自己永远不会看走眼呢?!问题是那些在今天还没有被发现为冤假错案的判决中,难道就肯定没有错误吗?在法官们正在做出的判决中,难道就肯定没有内容不属实或者不完全属实的证据吗?如果我们让每一位法官扪心自问,恐怕他们都很难做出“肯定没有”的回答。换言之,如果我们坚持“不属实者非证据”的定义,恐怕很多诚实的法官都不敢坚持说他们定案的依据是“清一色”的“证据”了。他们也许会说,他们认为那些定案的依据都是“证据”,但那仅仅是他们自己的“认为”。倘若其中某些证据日后被新发现的事实或证据所否定,那也是难以避免的事情。他们还可能更加勇敢地承认,那些定案依据中肯定有“证据”,但是也肯定有一些本不是“证据”而被错误地“用做证据”的东西。至于那些本来就不诚实或者不太诚实的法官们,其采信的证据是否属实,就更值得打上一个大大的问号了。

严格说来,在任何一起案件的定案依据中,都存在着证据不完全属实的可能性。而且就每一个具体的证据来说,其中也存在着不完全属实的可能性。例如,证人证言往往不是百分之百属实的。那些决定采信某证言的法官一般也都知道该证言只是基本属实。那么,证言中不属实或可能不属实部分是不是证据呢?如果我们对此问题做出否定的回答,那么一份证言就同时既是证据又不是证据,而提供该证言的人就既是证人又不是证人了。这样的结论虽然听上去挺“辩证”的,但是终让人觉得有些可笑。

由此可见,如果我们非硬着头皮说法官认定的证据就肯定是百分之百的属实,那么即使法官们自己不好意思说“不”,即使客观事实一时无法站出来说“不”,也总会有别人说“不”的。法官也是人,和当事人、律师、侦查人员、检察人员一样的人。凭什么别人收集并审查过的证据都不一定属实,但只要一经过法官的手就属实啦?虽然法官在诉讼程序中处于决策人的位置,但是那并不等于说你就有了识别真假证据的“特异功能”。证据的判断和采信者都是人。你以为你是谁哪!

于是,我们就被这“不属实者非证据”的定义带入了一种非常尴尬的境地。试以刑事案件的诉讼过程为例:当事人和证人提供的证据可能不属实,不能称为证据;侦查人员收集的证据也可能不属实,也不能称为证据;检察人员提交审判的证据还可能不属实,还不能称为证据;一审法院认定的证据仍然可能不属实,仍然不能称为证据;二审法院……这样一来,证据何在?证据岂不成了人们在现实生活中可望而不可及的东西了吗?

读了本文上面的论述,有些读者的心中可能已经产生了这样的疑问:你总说法官采信的证据不一定属实,你这不是在宣扬唯心主义的“不可知论”吗?笔者认为这是一种误解,而且这恰恰是人们步入证据概念误区的症结之所在。

辩证唯物主义认为,世界是可知的,人类是有能力认识一切客观真理的。但是,这并不等于说世界上的事物对每个具体的人来说都是可知的,并不等于说每个具体的人都有能力认识客观真理。恩格斯在《反杜林论》中曾经精辟地指出:“一方面,人的思维的性质必然被看作是绝对的,另一方面,人的思维又是在完全有限地思维着的个人中实现的。这个矛盾只有在无限的前进过程中,在至少对我们来说实际上是无止境的人类世代更迭中才能得到解决。从这个意义来说,人的思维是至上的,同样又是不至上的,它的认识能力是无限的,同样又是有限的。按它的本性、使命、可能和历史的终极目的来说,是至上的和无限的;按它的个别实现和每次的

现实来说, 又是不至上的和有限的。”〔2〕

人们对证据和案件事实的认识都属于认识的“个别实现”, 都是“在完全有限地思维着的个人中实现的”, 都是不可能无限期无止境地走下去的, 因此就每一个具体案件来说, 人们对证据和案件事实的认识都不是“绝对真理”, 都只能是“相对真理”。换言之, 人们对每一个具体案件和具体证据的认识都不是百分之百的“属实”, 而只是在不同程度上的“属实”。

案件事实都是发生在过去的事件, 对于当事人来说如此, 对于办案的司法人员来说更是如此。从某种意义上讲, 司法人员与历史学家的工作性质有很大的相似性, 因为他们都必须通过现存的材料去认识发生在过去的事件。换言之, 他们的认识活动都具有逆向思维的特点, 即从现在去认识过去, 从结果去认识原因。这当然是一件非常困难的工作。

此外, 司法人员对发生在过去的案件事实的认识不可能是直接实现的, 而只能是间接地通过各种证据来实现。众所周知, 案件中各种证据的情况是错综复杂的, 而且人们对证据的收集和使用又要受时间、空间等有关条件的限制, 因此人们对案件事实的认识便不可避免地带有一定的局限性和模糊性。这个问题并非像有些人想象的那么简单, 似乎证据总是非黑即白, 似乎案件事实总是泾渭分明。在这些人的心中, 评断证据和认定案件事实即使不像“ $1+1=2$ ”那么简单, 也一定是总能找到确切答案的问题。

然而, 这实际上是一种形而上学的思维习惯。恩格斯在《自然辩证法》一书中曾经指出: “一切差异都在中间阶段融合, 一切对立都经过中间环节而互相过渡, 对自然观的这种发现阶段来说, 旧的形而上学的思维方法就不再够了。辩证法不知道什么绝对分明和固定不变的界限, 不知道什么无条件的普遍有效的‘非此即彼’, 它使固定的形而上学的差异互相过渡, 除了‘非此即彼’, 又在适当的地方承认‘亦此亦彼’, 并且使对立互为中介。”〔3〕实践经验告诉我们, 人们在通过证据认定案件事实的时候经常要不可避免地面临那种非黑非白的“灰色地带”, 即使是所谓的“科学鉴定”结论亦然。

有经验的司法鉴定人员都知道他们在进行各种司法科学鉴定时, 面临的难题恰恰是那些所谓的“灰色地带”。它既不是黑色的也不是白色的。例如, 在根据毛发根鞘细胞中的性染色体来判断毛发性别的鉴定中, 人们一般都把 Y 染色体作为认定男性毛发的依据。但是大量的数据表明, 女性毛发的根鞘细胞中也可以有 Y 染色体, 只是数量较少。在单位检材内, 男性毛发的 Y 染色体数量为 20 至 80, 女性毛发的 Y 染色体数量为 0 至 25。如果具体案件中毛发检验结果表明 Y 染色体的数在 26 以上或 19 以下, 结论可以说是明确的; 如果检验结果表明 Y 染色体的数量在 20 至 25 之间, 那么结论就是“灰色”的了。在笔迹鉴定和司法精神病鉴定等那些很大程度上要依靠鉴定人员的个人主观经验的鉴定中, 这种“灰色”区域更为常见。即使在客观标准比较明确的指纹鉴定和 DNA 遗传基因纹鉴定中, “灰色”区域也时有所见。在这种情况下, 鉴定结论就不可避免地要依赖于鉴定人的主观能力和经验。

严格说来, 任何形式的证据中都包含有人的主观因素。也许有人会说, 物证就是纯客观的证据, 其中没有任何主观因素。这也是一种误解。物证自身固然可以说是客观的, 没有主观因素的, 但是物证自身却不能证明案件中的任何问题。任何物证要想证明案件中的有关事实, 必须与有关人员的行为联系起来, 必须依赖于有关人员的活动。例如, 某杀人现场上有一把带血

〔2〕《马克思恩格斯选集》第 3 卷, 人民出版社 1972 年版, 第 126 页。

〔3〕《马克思恩格斯选集》第 3 卷, 人民出版社 1972 年版, 第 535 页。

的匕首。它自己能够证明案件事实吗？否！首先要有人将它从现场上提取并作为证据；然后要有人对它进行检验或辨认，以便确定它与案件事实或嫌疑人的联系。只有当有关专家通过刀上血痕或尸体伤口的鉴定结论确认它就是致被害人死亡的那把凶器，或者有关证人通过辨认确认它属于某个嫌疑人的时候，它才能发挥证明的作用。而在这一过程中，它也就不可避免地“染上”了有关人员的主观因素。因此我们说，任何证据都在不同程度上包含有人的主观因素。这正是司法人员依靠证据处理案件时可能发生错误的根源之一。

那么，我们应该如何理解证据的客观性呢？笔者认为，从形式上来看，证据都是客观存在的东西。无论是物证也好，书证也好，证人证言也好，鉴定结论也好，都有其客观的外在表现形式，都是看得见摸得着的东西。这是不以人的意志为转移的。如果对案件有关情况的反映仅存在于某人的大脑之中，没有以证人证言或当事人陈述等形式表现出来，那它就不是证据。当然，我们可以称之为“潜在的证据”。“潜在的证据”具有成为证据的可能性，但是还不具有现实性。只有具备了客观表现形式这一不可缺少的条件，“潜在的证据”才能转化为现实的证据。

在此，我们有必要区分证据和定案根据这两个概念。一般来说，定案根据都应该是证据；但是证据并不都能成为定案根据。我们这里所说的“定案”并不仅指审判人员的判决。实际上，侦查人员、检查人员、仲裁人员、行政执法人员、纪检、监察人员等都有“定案”的任务。虽然他们“定案”的标准和要求并不完全相同，但是工作性质却是相似的。他们对于自己收集或他人提供的证据要根据有关的规则进行审查评断，然后从中筛选出他们认为属实或可靠的证据作为定案的根据。那些未能被他们选中或者说已被他们排除的证据，也仍然是证据，只是未能“荣升”为定案根据而已。

例如，在一起合同纠纷案件中，一审法院的法官请笔迹专家对合同上的字迹进行了鉴定。但是在后来对案件中的各种证据进行综合评断的时候，法官认为该鉴定结论不符合案件中的真实情况，未予采信。我们能因此说该鉴定结论就不是证据吗？否！它当然是证据，只是没有被该法官采用为定案根据而已。事实上，该案的二审法院后来又采信了该鉴定结论，将其作为为了定案根据。如果我们说因为一审法官没有采信该鉴定结论所以其不是证据，那么二审法官采信之后它怎么又成了证据呢？同一样东西，一会儿是证据，一会儿不是证据，而且仅仅以法官是否采信为标准。这不仅否定了证据的客观存在性，而且否定了证据的统一确定性。其结果必然是造成理论上与实践中的混乱。

用通俗的话讲，证据本来是一件很普通的东西，一件人人都可以使用的东西。好人可以用，坏人也可以用；智者可以用，蠢人也可以用。但是忽然有人宣布：不行！这是在玷污证据！证据只许好人用，只许聪明的好人用，只许永远不犯错误的聪明的好人用！这样一来，证据当然是很纯洁很神圣了，但是它却失去了与现实生活的缘分！又譬如，本来都是人，并无天壤之别，无非你比他人聪明一点儿，高大一点儿，再加上机遇和条件好一点儿，所以你就成了名人或伟人。这并没有什么了不起的。可是大家非要把你捧成“圣人”乃至“超圣人”，其结果是不言而喻的。因此，把证据捧到人们高不可攀的神坛上，供奉起来，这实在是证据的不幸，更是人的不幸！

### 三、证据概念的反思

如前所述，我国学者在研究证据概念问题上的误区形成于1979年刑法中的有关规定。

因此要想走出这个误区,就要分析其产生的历史原因及其得以维系的各种力量。

新中国成立以后,随着人民司法制度的建立,证据问题也逐渐受到人们的重视。那一时期人们对证据问题的研究及有关的论述主要集中在证据的意义和重要性上,还没有深入到证据的概念和特征等理论问题。不过,当时的一些法规性文件在强调要重视证据调查的同时,也谈到了什么是证据的问题。而且非常有趣的是当时并没有提出“证据只能真不能假”的观点。例如,中共中央在 1955 年做出的关于肃清暗藏的反革命分子的指示中说道:“不漏掉一个反革命分子和不冤枉一个好人,分别是非轻重,根本的办法是依靠证据。证据就是人证和物证。证据也有真假之分,所以要经过鉴定。”〔4〕这大概是受了当时人们对证据概念的朴素认识的影响。

1979 年的刑事诉讼法提出了“不属实者非证据”的观点。笔者无缘得知立法机关在起草和讨论该条文时的具体背景情况。只能从当时的社会历史环境来分析其产生的原因。

首先,该观点是长期以来在我国人民的思想中形成的片面强调“客观”和片面追求“唯物”的思维习惯的产物。诚然,1979 年是我国历史上一个非常重要的转折时期。中国共产党的 11 届 3 中全会不仅在政治思想上提出了“拨乱反正”的口号,而且在法制建设方面提出了“做到有法可依”的要求。然而,多年来“极左”思潮对人们思想的影响绝非一朝一夕就能转变的。人们已经形成的思维习惯仍有很强的力量。于是,当人们在起草刑诉法面临要给证据下定义的问题时,就自然而然地倾向于“客观真实”的说法。在当时的历史条件下,让人们接受证据可以不是客观事实的观点确实是非常困难的,如果不是不可能的话。

其次,该观点是我国理想主义的民族心理传统的体现。从民族心理的角度来分析,我们中华民族与欧美等西方民族的一个差异就表现在我们较为推崇理想主义,而西方人较为推崇实用主义。在给证据下定义的时候,这一深层次的思想文化传统就起了潜移默化的影响。于是,法律中规定的证据便带有了理想主义的色彩,使它成为一种口号,一种目标,甚至是一种大大高于实践的口号,一种高得无法达到的目标。但与此同时,这种理想性的规定就把司法实践中的可操作性作为了无可避免的牺牲。

再次,该观点是我们已经习惯的非黑即白的思维定势的体现。无论我们承认与否,无论我们在理论上如何表述,在我们的潜意识中都存在着一种非黑即白的思维定式。在我们的思维习惯中,人就只能分为好人与坏人,朋友和敌人,事物也只能分为真的和假的,对的和错的。于是,在给证据下定义时,人们不能接受假的和错的,便很容易地接受了“不属实者非证据”的观点。

总之,在当时的社会历史条件下,对证据概念做出那种界定和解释是完全可以理解的。从某种意义上讲,那也是一种历史的必然。但是,随着人们思想的不断解放,随着改革开放的不断深化,人们对证据的概念问题也产生了一些新的看法。其实,一些学者在讨论证据概念问题也曾指出了我国诉讼法规定中的上述自相矛盾之处。但是,既然法律已经如此明确地宣称“不属实者非证据”,学者们便只好发扬我国文人与人为善、与“上”为善的“优良传统”,绞尽脑汁千方百计各显其能地为其诠释,以求能圆其说。

于是有人说:证据有广义与狭义之分,广义证据有真有假;狭义证据都是真的。例如,《证据理论与实务》一书的作者指出:“广义证据有真假之分和是否属实之别。由于广义证据概念将证明法律事务事实真相的一切事实和材料都称之为证据,而由于自然的、人为的和人们主观

〔4〕前引〔1〕,巫宇魁主编书,第 60 页。

认识鉴别上的原因,实际上用以证明的事实和材料,不可避免有真有假,有的属实、有的不属实。……虚假的证据和不属实的证据,与真实的证据,属实的证据,不仅是客观存在的不可否定的一个事实,而且是互相混杂、真假难辨,造成广义证据复杂性的一个重要因素。”该书作者在引述了刑法、民法和行政诉讼法中有关证据概念和种类的规定之后,进一步指出:“从这些规定可以看出:第一,从狭义的证据的内容和实质来讲,它必须是证明案件真实情况的事实……”〔5〕。

于是又有人说:证据可以分为证据事实和证据材料。证据事实都是真的,证据材料则可真可假。例如,《民事证据法及其程序功能》的作者认为:“我国诉讼法关于‘证据’均为能够‘证明案件真实情况的一切事实’的定义,其中所使用的证据应为‘证据事实’或‘诉讼证据’,而有关证据的法定种类及有关阐释中所涉及的‘证据’应是‘证据材料’,其中‘证据事实’为已经查明的属实性证据,可以作为定案的根据,而‘证据材料’由于未经过审判人员依法定程序的加工和提炼,不一定就是属实证据,例如伪证、虚假的证明材料等等。”该作者还指出:“从认识角度来看,‘证据事实’本身就是对案件真实情况的反映,在‘质’上已无所谓真与假,只是在‘量’上反映案件真实情况的程度上有所不同而已。人们对‘证据事实’的认识是通过‘证据材料’来实现的。其中‘证据材料’可体现人们在认识过程中的感性阶段,而‘证据事实’则体现的是在认识过程中的理性阶段。”〔6〕

把现实生活中有真有假的证据称为“广义证据”或“证据材料”,把诉讼法中规定的必须真实的证据称为“狭义证据”或“证据事实”,这似乎解决了法律规定与现实不符的问题。但是,由于这些学者不得不按照法律上那本不严谨的规定来解释,所以仍然无法走出上面谈到的误区,即由司法人员查证属实的证据是否就可以肯定是“证明案件真实情况的事实”的问题。如果你说“广义证据”或“证明材料”只要一经过审判人员的“加工和提炼”,就都变成了属实的证据,那么这审判人员的手可真堪称“点石成金”之手了!如果你把这说成是审判人员的专利,那么其他司法人员以及仲裁、行政执法、纪检、监察等人员会有何感想呢?笔者认为,无论你称它为“狭义证据”也好,还是称它为“证据事实”也好,其实都不能保证审判人员在审查评断证据的时候绝对不出现任何误差,因此其中仍然会有真有假。

此外,上述解释赋予证据一词两个颇不相同的概念,就使得诉讼法中的有关规定陷入了“偷换概念”或者违反同一律的尴尬境地,因为诉讼法本身在使用证据这一术语时并没有做出这种区分。法律并没有说明案件真实情况的一切事实,都是“狭义证据”或“证据事实”;也没有说以上“广义证据”或“证据材料”必须经过查证属实,才能作为定案的根据。上述两种解释实际上是说法律起草者在使用证据这一概念时一会儿用的是“广义证据”,一会儿用的是“狭义证据”;一会儿说的是“证据事实”,一会儿说的是“证据材料”。虽然这些学者是想帮助诉讼法的起草者摆脱困境,但是起草者们恐怕很难接这番好意,因为他们绝不愿意承认自己在起草法律时居然犯下了这种“小儿科”的逻辑错误。

在此顺便说一句,用“诉讼证据”的概念也不能解决证据真假的问题。诉讼证据当然是指在诉讼活动中使用的证据,或者说被法庭采信并用于诉讼的证据。然而,人们不能因此就得出结论说诉讼证据都是真实的,其他证据(提出“诉讼证据”概念的人们并没有给出一个与之相对

〔5〕 刘金友主编:《证据理论与实务》,法律出版社1992年版,第57页。

〔6〕 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第11页。

应的概念,也许可以称为“非诉讼证据”吧)则有真有假。证据学研究的对象不仅是诉讼证据,也包括非诉讼证据,如仲裁中使用的证据,调解中使用的证据,公证中使用的证据,行政执法中使用的证据等等。人们可以把证据划分为诉讼证据和非诉讼证据,还可以进一步把诉讼证据划分为刑事诉讼证据、民事诉讼证据和行政诉讼证据等等。但是,这些划分的子项都应该具有母项的基本特征。人们不能说诉讼证据都是真实的,非诉讼证据则有真有假。其中的道理是显而易见的,毋庸赘述。

然而,为什么我们在很长时间内未能走出证据概念问题上的误区呢?为什么人们在制定行政诉讼法和民事诉讼法的时候宁肯采取回避的态度也不改变那自相矛盾的说法呢?为什么人们在修改刑法时仍然维持原来的表述呢?经过认真的反思,笔者认为主要有以下几方面的原因。

第一,某些决策者仍然坚持自己的观点。其中,有些人是无法跳出自己原来的思维定式;有些人是无法丢弃自己的“面子”。一个人一旦形成了思维定式,那确实是很难改变的。我自己也有这种体会。特别是随着年龄的增长,这种定式的力量会越来越强大,或者说越来越顽固。至于“面子”,那是我们国人最重视的东西。但是,也有人说,我们中国人很多事情都坏在了“面子”上。笔者以为,此话不无道理。

第二,崇拜权威的思想仍然起着很大的作用。在思想界和学术界,我们已经形成了崇拜权威或遵从权威的习惯。我们在论述一种观点时,往往首先不是考虑自己怎么想怎么认为,而是去考虑权威们怎么想怎么认为。在做文章时,也就情不自禁地要去权威的地方引经据典。在这种习惯的影响下,人们自然会遵从法律里面已经有的、由权威人士起草的明文规定,并千方百计为其解说。

第三,我国学者中缺乏批判思维的习惯。我不想说我国的文人有虚伪媚上的陋习,但是我们必须承认,我们大多数学者确实缺乏鲁迅先生那种“敢于得罪人”的精神。当我们面对一种观点或者一种理论的时候,特别是面对一种带有权威性的观点或理论的时候,我们往往习惯于首先去寻找其中正确的内涵,而不像许多西方学者那样带着挑毛病的眼光甚至“抬杠”的心态去寻找其中的不合理之处。当我们在撰写文章或者提出一种观点的时候,我们会情不自禁地首先考虑自己说的话是否正确,而且是在别人(当然是重要的别人)的眼睛中是否正确,然后再考虑这是否为自己认真想说的“心里话”。换言之,我们往往宁肯说“对话”,也不说“实话”。说“实话”很可能就要得罪人。得罪了一般文友,便会失去“人和”;得罪了重要人物,还会失去更多的东西。于是,人们在证据概念问题上便采取了回避、迎合的态度。

其实笔者在 10 年前也曾经写过一篇文章,题为“刑事诉讼证据属性新辨”。<sup>[7]</sup>在那篇文章中,笔者力图用“可能的证据”或“证据材料”、证据、定案根据等不同层次上的概念来为刑法中的有关规定辩解。但是费尽九牛二虎之力后再仔细看来,仍然觉得自己的说法有些牵强。自己本想圆其说,却总说得太不圆,给人一种“半圆半方”的感觉。惭愧之余,又感到几分悲哀。现在看来,关键在于我当时也没有能或者说没有勇气走出证据概念问题上的这个误区。

笔者认为,我们中国学者在学术争论问题上应该更开明更坦率一些。在法庭上打过官司,人们仍然可以是朋友嘛。何况文人之间不过仅打些笔墨官司呀!笔者这篇文章就肯定是要得罪人的。但我觉得很坦然,因为我讲的是实话,尽管其中难免会有偏颇之处。

[7] 何家弘:《刑事诉讼证据属性新辨》,《法律学习与研究》1988 年第 6 期。

那么,究竟在法律上应该如何给证据下定义呢?笔者建议修正我国刑诉法中关于证据概念的定义,改用如下表述:证据即证明案件事实的根据。在学理解释中为了更明确地包括那些非诉讼法律事务中的证据,我们可以说:证据即证明与法律事务有关之事实存在与否的根据。无论这“根据”是真是假或半真半假,它都是证据。无论这“根据”是否被法庭采信,它都是证据。至于这“根据”的具体表现形式或存在形式是什么,那就是诉讼法中所列举的7种证据:物证、书证、证人证言、鉴定结论、视听资料等。

在此顺便说明一点,我们不应把物证、书证、证人证言等视为证据的表现形式,而应把它们视为根据表现形式不同而对证据进行的分类。任何一种证据都是内容和形式的统一。例如,物证的内容是它以某种方式所记录的与案件事实有关的信息,其形式是特定形态的物质或物体;证言的内容是证人所陈述的案件情况,其形式是语言文字符号。

综上所述,我们应该让证据走下人为建造的神坛,还其“普通者”的身份,使其回到现实生活中来。只有这样,我们才能走出证据概念问题上的误区。