

证据法学基本问题之反思

宋英辉 吴宏耀 雷小政*

内容提要:证据法学理论基础的根本问题在于形成体现现代证明活动自身特殊性的具体认知理论。裁判事实与事实真相之间的关系具有或然性,应寻求适当法律程序与规则,以保障关于案件事实的认识在最大程度上符合或者接近客观存在的事实。应当走出以点带面的偏狭思维,转向一种动态的证据概念,并在证据的真实性上强调当下社会认知条件所能达到的真实或属实。基于狭义证明理论,裁判并非都以查明事实真相为必要条件和最终目的,但不能因此而否定法官的照顾义务和消极的实质真实义务。证据法学的研究方法应是一个多元化的、开放性的、与时偕行的体系。

关键词:认识论 事实 证据 诉讼证明 研究方法

我国传统证据法学形成于 20 世纪 70—80 年代。^[1]但是,在之后的十余年间,无论是理论研究还是制度建设,都几乎陷于停滞。新世纪伊始之际,为回应社会对证据立法的迫切需求,证据法学研究开始引起诉讼法学界的广泛兴趣,而证据立法工作的开展,则在相当程度上刺激了证据法学研究的繁荣。

随着证据法学研究从冷到热,法学界围绕我国如何构建一套完善的证据法学理论体系及如何完善证据立法等问题,展开了热烈的讨论,推出了大量关于证据法的专著、论文、教材,提出了一系列富有创新性和挑战性的观点;同时,国外许多证据法学理论、研究方法和司法实践经验也被直接或间接介绍和应用到我国证据法学研究之中。证据法学的研究已形成繁荣的学术景象,证据法学也逐渐成为一门“显学”。不过,在已有的证据法学研究中,由于新旧学说并陈、各派观点林立,致使诸多证据法学问题仍然处于模糊不清的状态。为此,本文以近年的证据法学研究为对象,试图勾勒传统证据法学与主要创新理论之间的争议,分析其中的共识和重大分歧、理论优点和不足,并就此给出我们的回应。

本文的目的在于:梳理相关的学说分歧,以期明确近年来证据法学研究所取得的基本共识;澄清

* 宋英辉,中国政法大学诉讼法研究中心教授;吴宏耀,中国政法大学诉讼法研究中心副教授;雷小政,中国政法大学诉讼法学专业硕士研究生。

本文系司法部 2002 年度法治建设与法学理论研究部级科研项目重点研究课题《我国证据制度的理论与实践问题》的阶段性成果之一。

[1] 20 世纪 70—80 年代出版的一批《证据学》教材奠定了我国证据法学的传统理论体系。其中,陈一云教授主编的《证据学》教材(中国人民大学出版社 1991 年版/2000 年版),自 90 年代以来一直作为我国高等学校证据法学的指定教科书,并对之后各版本的证据法学教材、著作有着深远的影响。

争议的问题所在,以求激起进一步的学术讨论与理论交锋。限于篇幅,本文仅就证据法学中的认识论、司法裁判中的事实、证据概念、诉讼证明、证据法学研究方法的转型等五个基本问题展开讨论。

一、证据法学与认识论

我国证据法学的理论基础是什么?对此,我国传统证据法理论认为,证据法所要解决的核心问题是:如何确保司法人员能够正确认识案件事实。也即,如何保证司法人员的认识主观符合客观。因此,我国证据制度的理论基础和指导思想是辩证唯物主义认识论。我国证据制度是“实事求是的证据制度”。^[2]作为我国传统证据法学的重要组成部分,上述理论观点曾一度被不假思索地讲授和传播。但是,随着证据法基本问题研究的展开,陈瑞华教授对此提出了质疑:“如果诉讼活动不是认识活动,或者至少在在一定程度上不属于认识活动,那么将认识论作为证据法的理论基础,就显得不科学了。”^[3]由此,围绕我国证据制度的理论基础问题,学术界展开了相当激烈的讨论。^[4]总体而言,学者们主要讨论的问题有二:第一,认识论是否是证据法学的理论基础之一?第二,证据法学的理论基础是一元还是多元?其中,就后一问题而言,“证据法学的理论基础应当多元化”的立场已经为多数学者所接受,尽管由于研究的出发点不同,证据法学的多元理论基础究竟是什么仍然存在较大的分歧。^[5]在前一问题上,则形成了两种截然对立的观点。由于该问题直接影响着我国证据法学理论的发展方向,故以下仅就此展开讨论。

针对传统证据法学理论,陈瑞华教授首倡并极力反对将认识论作为证据法学的理论基础。其论证逻辑如下:“辩证唯物主义认识论所调整的对象主要是人类的认识活动。……但是,人类运用证据进行诉讼的活动,究竟是不是一种认识活动呢?答案如果完全是肯定的,那么将辩证唯物主义认识论视为这种活动的指导思想和制定证据法的理论基础,确实是无可厚非的。相反,如果诉讼活动不是认识活动,或者至少在在一定程度上不属于认识活动,那么将认识论作为证据法学的理论基础,就显得不科学了。”沿循这一论证逻辑,他从四个方面论证了以下命题:诉讼活动“尽管包含着认识过程,但并不仅仅等同于认识活动。……在这一意义上,诉讼包含着裁判者运用证据对案件事实进行确定的认识活动。但是,这种认识活动在诉讼中并不具有根本的决定性意义。”^[6]

应当承认,在以上论述中,“诉讼活动至少在在一定程度上不属于认识活动”的论断有合理之处。但是,能否因为诉讼活动不完全是认识活动而否认认识论的理论指导作用呢?显然,论者在此犯了一个逻辑错误。在论证中,论者似乎并不否认诉讼活动“包含着认识过程”,但论者认为,由于诉讼活动并非完全等同于认识活动,或者说,“至少在在一定程度上不属于认识活动”,因此,将辩证唯物主义认识论作为证据法学的理论基础,是不科学的。这里,论者暗含了一个潜在的大前提,即“认识论作为证据法

[2] 参见裴苍龄:《证据法学新论》,法律出版社1989年版,第5页;陈一云主编:《证据学》(第二版),中国人民大学出版社2000年版,第93页以下。

[3] 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(第三章“证据法学的理论基础”),中国人民大学出版社2000年版,第191页以下。相似的论述,可参见陈瑞华:《从认识论到价值论:证据法理论基础的反思与重构》,《法学》2001年第1期;何家弘主编:《证据法学新编》(第二章“证据法学的理论基础”),法律出版社2000年版,第21页以下。

[4] 对此做出回应的文献主要有:陈光中、陈海光、魏晓娜:《刑事证据制度与认识论》,《中国法学》2001年第1期;张建伟:《证据法学的理论基础》,《现代法学》2002年第4期。

[5] 可参考以下文献:卞建林:《略论我国证据制度的理论基础》,《人民检察》2000年第11期;前引[3],陈瑞华文;前引[4],陈光中、陈海光、魏晓娜文;前引[4],张建伟文;周士敏:《试论我国证据制度的理论基础》,《诉讼法论丛》第8卷,法律出版社2003年版;易延友:《证据法学的理论基础》,《法学研究》2004年第1期。

[6] 前引[3],陈瑞华书,第196页以下。这一论证逻辑亦存在于其他人的论述之中。如有论者云:“认识论是如何发现案件事实真相为己任,但非常不幸的是证据制度恰恰以规范发现事实真相的程序为要旨,甚至一系列证据规则直接妨碍了事实真相的发现。这表明,证据规则和认识论实际上是相互冲突的,因此证据法学的理论基础根本不可能从认识论那里找到正确的答案。”周菁、王超:《刑事证据法学研究的回溯与反思》,《中外法学》2004年第3期。

学的理论基础,必须能够全面解释证明活动的全部”。显然,如果由此出发,我们就不得不接受论者的结论。因为,我们也承认诉讼活动中包含着诸多价值选择的制度安排,如证明责任(疑罪的处理方案)、非法证据排除规则、证人拒绝作证权,等等。

然而,连论者自己都没有真正接受上述潜在的大前提。在论者看来,彻底放逐辩证唯物主义认识论之后,证据法学的理论基础需要重构。就此,论者认为:以证据法的规范品性出发,“可以为证据法学确立两个方面的理论基础:一为形式理性观念,二为程序正义理念。”〔7〕即论者在这里为证据法学确立了两个理论基础。那么,我们不仅要问:这两个理论基础是否能够分别为全部的证明活动提供理论指导?如果一个已经足以解释全部的证明活动,另一个是否纯属多余?当然,对此的可能辩驳是:二者分析角度不同。但是,如果二者不是互补的关系而是截然不同的两个视角,那么,二者之间又是一种什么关系?在这两种不同理论的指导下,证据制度的发展是否也会有所不同?

其实,只要承认证据法学理论基础是多元的,就必然意味着任何一种理论基础都无法解释证明活动的全部,因而需要其他理论同时作为理论支撑(更准确地说,是一种理论间的制衡)。相反,如果承认,依靠某一种理论,就足以全面解释所有的证明活动,那么,其必然结论只能是一元论。因此,对“诉讼活动不完全是认识活动”的证明,虽然可以有力批驳“以辩证唯物主义作为唯一的理论基础”的观点,在逻辑上,却无法由此得出“将认识论作为证据法学的理论基础,就显得不科学了”的结论。换句话说,论者的论证(事实上)指向的是一元论的错误,而非“认识论是否是证据法学的理论基础”本身。

那么,认识论是否是证据法学的理论基础呢?对此,我们的答案是肯定的。其理由有三:

第一,尽管解决纠纷并非在任何情况下都以查明事实真相为必要条件,但毫无疑问,查明事实真相却更有助于纠纷的解决。

诉讼制度以解决纠纷为最终目的,但如果纠纷的裁决与纠纷事实真相完全无关,那么,纠纷的司法裁决将沦为司法专横的宣判,因而也就无法贯彻法规范的一般指引功能。更重要的是,完全与事实真相失去联系的裁判制度,即便冠以程序正义的美名,也不可能获得民众的信赖;而失去了民众的信赖,司法裁判制度自身的正当性也就岌岌可危了。在此意义上,我们赞同以下主张:“在司法裁判过程中,‘法律真实’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。”〔8〕

正是由于事实真相对于司法裁判制度具有无可替代的基础性地位,不同法系和法文化尽管关于“真实”的理解不尽相同,但将查明事实真相作为诉讼制度的目标之一,却具有超越时代、超越法系的普遍性。其实,即使在我们看来不重视事实真相的英美法系,亦不否认确定事实真相是证据法的目的之一。例如,美国证据法学大师威格莫尔曾言:“(在英美法系)多数证据法学家共享如下假定,即准确的事实发现应该成为证据法的中心目标。”〔9〕美国证据法学会主席艾伦教授则认为,查明事实真相具有深刻的法治意义。在《事实真相及其敌人》一文中,艾伦教授饱含激情地断言:“在我看来,一个不重视事实和事实真相的法律世界,将是一个令人厌恶的生活之所。”〔10〕英国著名证据法学者威廉·海宁亦认为:“在司法裁判中,对事实真相的追求必须不时让位于其他价值和目标,如维护国家安全、维持家庭信赖……但是,司法裁判的目的却显而易见:确立事实的真相。”〔11〕不惟学说如此,《美国联邦证据

〔7〕前引〔3〕,陈瑞华书,第214页。在此,论者似有误用“形式理性”之嫌。相关论述,请参阅张建伟:《形式理性与客观真实》,《检察日报》2001年7月20日;刘涛:《论韦伯的“形式理性”理论与刑事证据法的“理论基础”》,载《证据法论坛》第6卷,中国检察出版社2003年版。

〔8〕张志铭:《裁判中的事实认知》,载王敏远主编:《公法》第4卷,法律出版社2003年版。

〔9〕IA John Henry Wigmore, *Wigmore on Evidence* 37.1, P. 1018 (Peter Tillers rev. 1983).

〔10〕Ronald J. Allen, *Truth and Its Rivals*, 49 *Hastings L.J.* 309, 319 (1998).

〔11〕William Twining, *Evidence and Legal Theory*, 47 *Mod. L. Rev.* 261, 272 (1984).

规则》同样承认:查明事实真相是其基本目的之一。《美国联邦证据规则》第 102 条在“目的和结构”标题下规定:“本规则将用以保证公正施行,消除不合理的耗费和延误,促进证据法的发展壮大,以实现确定事实真相,公正处理诉讼。”^[12]

因此,我们认为,就我国传统证据法学而言,其错绝对不在于把查明事实真相作为证据制度的目的。相反,正是因为“查明事实真相作为证据制度目的”的合理性,才赋予了我国传统证据法学理论如此深厚的生存基础,并由此掩盖了以下致命缺陷:将查明事实真相绝对化,认为只有查明事实真相才能公正解决纠纷,甚至进而默许,为了查明事实真相可以无视或牺牲其他社会基本价值的存在。其实,在现代诉讼制度中,查明事实真相尽管仍然是证据制度的重要目的,却并非证据制度的唯一目的。因此,在制度设计上,对事实真相的追求必须兼顾对其他社会基本价值的尊重,在必要时甚至应让位于对其他社会基本价值的追求。

第二,尽管认识论不能解释所有的证明活动,但是,离开了认识论却无法解释相当一部分证明活动。

在现代诉讼制度下,以法庭审理为核心,证明活动可以大体分为三部分:一是,一项材料能否作为法庭证据,即证据资格问题。证据资格问题主要是一个法律问题。换句话说,基于不同的价值选择,立法可以通过相应的证据规则,为法庭证据设置必要的法律门槛。二是,以何种方式揭示法庭证据的证明价值及其大小,即证据调查问题。证据调查问题可以看作是庭审方式问题,其重点在于证据调查活动中,控辩双方与法官之间的权力分配。在此意义上,证据调查问题主要是一个程序问题。三是,根据法庭调查的证据,对于双方存在分歧的纠纷事实应当做出何种判断,即证据评价或事实认定问题。在现代诉讼制度中,两大法系国家尽管在证据资格、证据调查问题上存在着较大的差别,但在证据评价问题上,却均属于自由评价模式。

就证据活动的上述内容而言,尽管法律可以为证据资格、证据调查设置规则,但就证据价值的评价而言,立法所能做的却微乎其微。从各国立法例看,立法除了规定极少数证明力规则外,关于证据证明力的判断,则不得不完全诉诸裁判者的经验和理性。因此,就该部分证据活动而言,无论是形式理性还是程序正义,都无法给予必要的理论指导和解释。更重要的是,如果我们不诉诸认识论,根本无法解释,为什么现代诉讼制度要放弃具有形式正义外观的证据法定主义而采用自由心证制度?

其实,即便是证据资格问题,离开了认识论仍然无法得到全面解释。恰如美国证据法学家塞耶的概括,英美证据法可以概括为两句话:与案件事实在逻辑上没有证明作用的东西一律不能采纳为证据;一切有上述证明作用的东西都可以采纳,除非有明确的法律或政策上的理由加以排除。因此,在英美证据法中,相关性规则被誉为证据资格的基础性规则。然而,何谓相关证据,却并非一个法律问题,而是一个由事物与事物之间的逻辑证明关系所决定的事实问题,“即按照事物的正常进程,其中一项事实本身与事实相联系,能大体证明另一事实在过去、现在或将来的存在或不存在”。^[13]显然,如果离开认知理论,不仅无法解释相关性规则的基础地位,而且,也无法回答为什么只有相关证据才具备作为法庭证据的必要条件,更遑论对何谓相关证据作出解释了。

第三,从规范证据资格的证据规则来看,尽管许多证据规则体现了价值权衡与外部政策的利益,但不能否认,诸多证据规则仍直接或间接地服务于查明事实真相的认识论目的。

关于普通法上的证据规则,英国学者 K·S·肯尼和 J·W·塞西尔·特纳曾经这样描述它们的功能:“必须记住,我们的证据规则大都是在多年经验的基础上建立起来的,其宗旨只有一条,就是保证求得

[12] 该条英文原文为:“These rules shall be construed toto the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined.”

[13] [英]史蒂芬:《证据法概念》,《外国法译丛》1984年第2期。

案件的客观真实,防止发生冤枉无辜的现象。”^[14]英国法律中的证据规则起因于这样特殊的功能:在英国实行的陪审团审判制度,证据规则被反复地强调,是为了防止那些未经法律训练的陪审员将那些未被按照严格的证据规则确立的事实考虑进去而被引向虚假的结论。

其实,即便是主要作为价值权衡之产物的非法证据排除规则,也并非与查明事实无关。在非法物证、书证的排除规则中,即使其保障公民合法权利、遏制警察非法行为、促进司法廉洁等价值因素得到充分强调,也并不必然与发现真实相悖。一方面,与合法取得的证据相比,非法取得的证据不真实的可能性更大,而非法证据排除规则将通过违法方法或手段获取的证据排除在诉讼之外,在很大程度上避免了根据虚假的证据对案件事实作出错误的认定,同时也促使侦查人员通过合法方法或手段取得证据,以有助于案件事实真相的发现。另一方面,各国理论和实务界也认识到,不应当将物证、书证的排除规则绝对化而牺牲发现真相的利益,否则,同样会导致诉讼的不公正。正因为如此,即使在美国,也对该规则的适用施加了许多例外,如“独立来源的例外”、“因果联系减弱”、“必然发现的例外”和“善意的例外”等。

此外,证据关联性规则就是要解决证据如何同案件事实发生联系,从而确定其证明能力问题;最佳证据规则要求出示书证、物证的原件、原物,而不是复印件、复制品,这符合第一手材料更可靠的认识规律;传闻规则或直接言辞原则要求排除传闻陈述的理论基础之一便是传闻陈述经过转述,可靠性差,不利于确定案件真相;自白任意性规则,其基本的理论依据之一便是,非任意性自白,大多不可靠,因此不应将其作为自白证据予以采用。可见,将认识论与证据规则对立起来,认为“认识论与刑事证据规则的建立格格不入,几乎所有的证据规则在认识论那里都找不到正当的根据和存在的必要”的观点,^[15]是很值得商榷的。

综上,我们认为,在证据法学中,根本问题不在于要不要认识论,而在于如何恰如其分地运用认识论。显然,如果不能将抽象的哲学认识论与现代证据制度相结合,以形成体现现代证明活动自身特殊性的具体认知理论,即便理论上承认“认识论是证据法学的理论基础”,也难以发挥其应有的作用。我国传统证据法学近二十年的经验教训即在于此。因此,为了推动我国证据法学理论研究的深入,我们应当及时将“是不是”的问题转化为“如何是”的问题,并致力于探讨合乎现代证据制度的认知理论。

二、司法裁判中的事实问题

“以事实为根据,以法律为准绳”是我国的一项基本司法原则。但是,在我国传统证据法学中,殊少关于事实问题的讨论。尽管如此,传统证据法学却十分强调查明事实真相问题,并将查明案件的客观真实视为诉讼证明的任务或要求。例如,1983年群众出版社出版的高等学校法学试用教材《证据法学》认为,“诉讼中证明的任务是什么?不同的阶级、不同的证据制度有不同的要求。……我国人民司法机关在进行诉讼时,历来遵循‘以事实为根据,以法律为准绳’的原则。《刑事诉讼法》第31条明确规定,只有经过查证属实的证据,才能作为‘证明案件真实情况’的证据。这里所说的‘事实’、‘案件真实情况’,指的是案件的客观真实,而不是任何其他形式、其他程度的真实。因此,我国诉讼中的证明任务就是确定案件的客观真实。……司法机关所确定的这些事实,必须与客观上实际发生的事实完全符合,确实无疑。”^[16]1991年中国人民大学出版社出版的、供全国高等学校法学专业学生学习使用的《证据学》教材承袭了上述观点,亦认为:“查明案件的客观真实,归根结底,就是要求司法人员

[14] [英]K.S.肯尼和J.W.塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,华夏出版社1989年版,第343页。

[15] 前引[6],周菁等文。

[16] 巫宇魁主编:《证据学》,群众出版社1983年版,第78页。

的主观认识必须符合客观实际”。^[17]传统证据法学并不否认,在司法实践中,并非每个案件都能达到客观真实的程度。但是,“绝不能因此得出结论,认为案件的客观真实不能查明。只要针对上述原因,采取相应措施,破案率就能提高,错案就能纠正。”^[18]“这只能激励人们总结经验,采取有效措施,努力为查明案件真实创造条件。”^[19]此即所谓的“客观真实理论”。^[20]

客观真实理论是我国传统诉讼法学和证据法学中最为重要的基础理论。该理论具体包括三部分:第一,在诉讼领域,能够查明案件的客观真实或案件的真实情况;第二,诉讼中的证明任务,即在于查明案件的客观真实;第三,在诉讼活动中,查明案件客观真实的具体立法要求是事实清楚,证据确实、充分。

围绕刑事证明标准的立法设计问题,我国诉讼法学界展开了激烈的讨论,并形成了“客观真实说”、“法律真实说”等不同流派。^[21]在证明标准讨论中,理论研究的触角开始逐渐触及司法裁判中的事实问题。总体而言,有关事实问题的讨论可以分为两个层面:一是,以认识对象作为切入点,具体分析作为裁判者认知对象的事实(即案件事实)究竟是一种什么样的事实;二是,以认识结果为切入点,具体讨论裁判者据以裁判的事实(即裁判事实)能否是客观事实。就前者而言,诉讼法学界基本上已经接受了以下论断:在司法裁判中,作为裁判者认知对象的事实是“过去发生的、无法重现的历史事实”,裁判者只能借助特定的手段回溯性地形成关于该事实的认识。^[22]但是,就裁判事实的性质问题,不同学者之间却存在着截然对立。其中,赞同客观真实说的论者认为,裁判事实能够达到客观真实,并以此主张将客观真实作为刑事案件的证明标准;而反对客观真实的论者则认为,裁判事实无法达到客观真实,因而在裁判上,只需以法律设定的证据标准认定事实,而无需关心该事实认定是否符合案件事实的真相。

在既有关于“裁判事实能否达到客观真实”的讨论中,论者基本上都是从辩证唯物主义认识论入手展开自己的论证。然而,有趣的是,尽管论者依据的都是马克思主义的经典文献,得出的结论却迥然不同。^[23]更重要的是,这种哲学化的理论论证,所能得出的只是一般性的结论,而无法就个案作出回答。基于此,本文将放弃一般性的哲学论证,而转向依托现代诉讼制度的技术化论证。

在现代诉讼制度中,裁判事实的构成可以分为两部分:一是,确定事实裁判者的认识对象,即指向性问题;二是,事实裁判者就认识对象形成自己的内心确信,即确信度问题。裁判事实的指向性和确信度构成了裁判事实的两个有机部分。其中,指向性解决的是认识什么的问题,而确信度解决的是该项事实是否成立的问题。

在现代诉讼制度中,指向性问题取决于控辩双方。不告不理原则是现代诉讼制度的基本原则之

[17] 前引[2],陈一云主编书,第114页。该书2000年第2版继续坚持了这一观点。

[18] 同上书,第79页。

[19] 同上书,第115页以下。

[20] 客观真实理论是一种极端重视客观性的理论。对此,有学者以历史的眼光剖析了其内在的成因。“我国法学界过去在讨论证据制度时,首先将自由心证(包括内心确信)定为资产阶级证据制度,划在异类之列,自不能与之苟同,因此在讨论我国的证据制度是什么时,自然努力强调这一命题的客观性,尽量避讳这一命题有主观性的一面,害怕强调了司法官运用证据认定事实的主观作用,涉嫌主张资产阶级唯心论。在这种前提下,无论提出我国证据制度应定名‘实事求是’,或者‘实质真实’或者‘客观真实’,都是强调客观而排斥主观的。这种理论取向自然影响到对证明标准的正确设立。法学界在讨论证明标准时,同样存在片面强调证明标准客观性的特点,只要求司法人员始终盯住客观事实状况,而并不要求司法人员在运用证据认定事实时反求于心,从而确信自己的证明结论。”(徐静村:《我的“证明标准”观》,载陈光中主编:《诉讼法学论丛》第7卷,法律出版社2002年版)

[21] 参见樊崇义:《客观真实管见》,《中国法学》2000年第1期;前引[4],陈光中、陈海光、魏晓娜文;刘金友:《客观真实与内心确信》,《政法论坛》2001年第6期;张继成、杨宗辉:《对“法律真实”证明标准的质疑》,《法学研究》2002年第4期。

[22] 关于案件事实乃“过去发生的、不可重复的历史事实”的细密分析,参见王敏远:《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》,载王敏远主编:《公法》第4卷,法律出版社2003年版。

[23] 因此,客观真实与法律真实之争,最终几乎沦为了一场有关马克思主义哲学基本概念的争论。

一。不告不理原则包含两方面的含义:第一,在程序启动上,没有起诉就没有审判;第二,在审判对象上,起诉范围直接决定着审判的范围,诉外裁判不具法律效力。因此,在具体案件中,裁判者基于被动性的要求,不能自行决定其认知的对象,更不得在起诉事实之外寻求事实问题横加裁判。相反,案件事实的具体化只能由双方当事人加以完成。具体而言,原告方当事人的诉讼主张确定了案件事实的基本轮廓,被告方当事人则可以通过积极的抗辩推动案件事实的进一步补充、调整。^[24]

如果说,指向性问题依赖于控辩双方的话,确信度问题则更多地仰赖于裁判者。不过,在现代诉讼中,为了防止裁判者的主观擅断,并非绝对排斥控辩双方的参与和影响。^[25]相反,基于以下制度要求,控辩双方完全可以通过自己的积极参与,对裁判者的事实认定产生实质性的影响:第一,根据证据裁判原则,裁判者应当依据证据认定事实;无证据不得认定事实。在现代诉讼制度下,即使在职权主义模式下,裁判者也很少自行收集证据,而主要根据控辩双方提供的证据进行裁判。因此,控辩双方通过自己的举证活动,在实质意义上决定了事实认定的可能性。第二,根据质证原则,裁判者据以认定事实的证据必须经过控辩双方当庭质证;未经当庭质证的证据,不得作为裁判根据。据此,控辩双方通过质证活动,不仅可以阐明证据的真伪,而且可以揭示证据发挥证明价值的其他可能性,从而为裁判者认定事实提供更全面的评判思路。第三,根据自由心证原则,裁判者的事实认定不得违背经验规则和逻辑法则。^[26]总之,司法裁判中的事实认定,尽管外观上表现为裁判者的智力活动,但实质意义上却是在诉讼法规范下控辩审三方主体交互作用下的产物。

通过上述分析,可以明确以下两点:

第一,在司法裁判中,尽管可以笼统地说,裁判者的认识对象是过去发生的纠纷事实,但在具体案件中,真正作为裁判者认识对象的“事实”,已经不是生活意义上的纠纷事实(客观存在,危害行为或侵权行为的存在或者不存在)本身,而是已经经过实体法规范“格式化”之后的案件事实,或者,更准确地说,是关于纠纷事实的法律化命题。这一命题尽管一般源于过去发生的纠纷事实,却并不必然符合该纠纷事实。因此,在现代诉讼制度中,裁判者的直接认识对象,并非本意上的“纠纷事实”,并非“客观存在”,而是“当事人主张的案件事实”。而且,如果考虑到,在具体案件中,纠纷往往源自事实上的分歧,那么,作为认识对象的案件事实往往表现为相互对立的竞争性的事实命题。由于作为裁判者直接认识对象的“事实”并非本意上的“纠纷事实”(客观存在),因而使得在客观上存在着裁判者认定的裁判事实与客观发生的纠纷事实分离(或不一致)的可能性。

另一方面,在现代诉讼制度中,诉讼证明实质上是一种多主体所进行的运用证据推求已经发生之事实的回溯性认识活动,其核心部分,是让知情人(经历者)的认识转化为不知情人(裁判者)的认识。这一活动主要由经历者和裁判者构成。因此,关于纠纷事实的研究,必须注意纠纷事实与特定认知主体之间的关系:关系框架不同,纠纷事实将呈现出不同的面相。其中,对于裁判者,纠纷事实是一种“过去的事实”,不可能重现,只能通过证据,根据事物联系的一般规律,才能有所认识;对于经历者,尤其是被害人与被告人,纠纷事实却是一种曾经经历、感知的事实;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,对其产生影响。因此,对于经历者,纠纷事实呈现出“硬邦邦”的给定性;而且,一般而言,经历者的人数越多,其给定性也就越强、越难改变。从经历者与裁判者的双重视角出发,我们将发现,尽管作为裁判者裁判对象的“事实”是已经经过实体法规范

[24] 参见吴宏耀、魏晓娜:《诉讼证明原理》,法律出版社2002年版,第84页以下。

[25] “其证据之调查,重在发见证据态度,形成正确之心证,基于法官裁判制及自由心证主义之理论,证据之调查与证明力之判断,其职权固属于法院;然证据之应否调查及如何调查,与证明力之如何判断,倘完全不容许当事人参与其事,既有背诉讼之本意,且其所形成之心证,亦难免过分主观,均非良善之制。”陈朴生:《刑事证据法》,台湾三民书局1979年3版,第71页。

[26] 例如,根据我国台湾地区刑事诉讼法第379条之规定,判决不载理由或所载理由矛盾者,属于当然违背法令,据此可以提起第三审上诉。

“格式化”之后的案件事实,但对于经历者而言,纠纷事实“硬邦邦”的给定性,对其事实主张具有不能忽视的影响。从这个意义上讲,裁判事实并非是脱离客观存在的空中楼阁,而是内含着纠纷事实的硬邦邦的给定性,并被诉讼参与者(尤其是被害人和无辜被告人)寄予合乎事实真相的殷切期望。因此,如果承认客观存在对经历者的给定性进而对其主张案件事实的影响,就不能不承认存在着裁判事实符合事实真相的可能性。

第二,在具体案件中,裁判事实能否“符合事实真相”,一方面取决于控方提出的控诉主张是否符合客观存在的事实、是否提出了足以支持自己控诉主张的证据并进行了有效的诉讼证明,辩护方的辩护是否有助于展露事实真相;另一方面,还取决于裁判者的个人因素及是否遵循经验规则和逻辑法则。在此意义上,“查明事实真相”作为诉讼活动的基本价值目标之一,是对诉讼制度、证据制度提出的整体性要求;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;取决于控辩审三方的共同作用,而非裁判者的个人才智。

由此可见,裁判事实的形成过程及影响其形成的诸多因素,表明裁判事实与客观存在的事实之间具有或然性关系。就某个具体案件而言,关于裁判事实的认识,存在诸多不确定性,它或者与客观存在的事实相符合,或者部分符合,或者完全不相符合。^[27]不承认裁判事实与客观存在的事实(至少是对于解决纠纷具有意义的基本事实)达成一致的可能性,就无法解释人类社会经过漫长的实践后基于何种理由而对解决纠纷的诉讼方式所作出的选择,也无法解释实际上在统计意义上裁判事实与客观存在的事实(至少是客观存在的事实的基本部分)在多数情况下达成一致的事实;相反,忽视裁判事实与客观存在的事实之间具有的或然性关系,就无法解释许多案件中裁判事实的可错性实践和从实体与程序等方面规范认定事实活动及设立尽可能完备的救济程序的必要性。

综上,我们认为,由于裁判事实与客观存在的事实之间具有或然性关系,关于裁判事实的认定存在诸多不确定性,因此,诉讼法学研究的任务,应当是在进行价值权衡和平衡各种利益的基础上,寻求适当的法律程序与规则,以保障关于案件事实的认识在最大程度上符合或者接近客观存在的事实,达成合目的的认识,而不是囿于认识“能否符合客观真实”的争论。此其一。

其二,诉讼证明标准是为达成合目的的认识,法律对裁判者关于案件证据和事实认识的确信度提出的最低要求。这有以下意思:首先,诉讼证明标准是对裁判者认识确信度的要求,不是衡量客观存在的事实的标准,所以,不能将裁判者确信的事实等同于客观存在的事实。其次,诉讼证明标准是对裁判者关于案件证据和事实认识程度的最低要求,所以,作出有罪裁判时,事实裁判者的确信度不能低于法律要求的诉讼证明标准。从这个意义上讲,并不排斥对于特殊案件提出更高的证据要求,也不排斥事实裁判者在作出认定时对于事实真相的追求。最后,也是同样重要的,诉讼证明标准是为保障事实裁判者达成合目的的认识而提出的要求。即对解决案件来说,是达成对于处理纠纷有意义的那部分事实的认识。因此,从合理性上讲,没有必要要求裁判者认识事实的范围绝对地符合客观存在。当然,它也并不排斥裁判者认识完全符合客观存在。

其三,在某个具体案件的裁判上,对于裁判者而言,他既不能自行设定裁判的事实对象,也不能超越证据认定事实,裁判事实能否符合客观真实具有或然性,是不言而喻的。而且,在时序上,“裁判事实是否已经达到客观真实”这一问题,只能发生于裁判者作出裁判之后。而此时,基于裁判的内部拘束力,作出事实认定的裁判者已无权自行更改,而只能由控辩双方依照法定理由诉诸法定的救济途径。

[27] 如果客观存在事实的经历者准确地感知并表达了其经历的事实,客观存在事实的经历者(或其代表)确定的诉讼主张符合客观存在的事实,提出了足以支持自己控诉主张的证据并进行了有效的诉讼证明,裁判者认识能力所及并遵循了经验规则和逻辑法则,关于裁判事实的认识可以符合客观存在的事实;否则,裁判事实就可能与客观事实不符。

三、司法裁判中的证据

在我国证据法学研究中,关于证据问题的讨论主要集中于证据的概念及其客观属性问题。依次论述如下:

(一) 证据的概念

我国刑事诉讼法规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据”。^[28]我国传统证据法学认为,这一规定是立法对刑事证据所下的定义,概括了诉讼证据的本质特征,反映了它的本质属性。^[29]因此,在我国证据法学中,关于证据概念的界定,尽管存在着“事实说”、“统一说”、“广义狭义说”等差异,但就其核心而言,基本上都是以该条规定为法律依据而展开的(即“证据是……事实”),并具有以下共同特点:第一,以应然的定案根据为模本,设定证据的标准和要求;第二,强调证据内容的真实性。

与传统证据概念强调证据的内容不同,近年来关于证据概念的研究开始越来越多地转向形式性的证据概念,如“根据说”、^[30]“材料说”。^[31]其中,以何家弘教授提出的“根据说”为例。该论者认为,证据是指证明案件事实存在与否的根据。“无论这‘根据’是真或假或半真半假,它都是证据;无论这‘根据’是否被法庭采信,它都是证据”。^[32]显而易见,与传统证据概念相比,这一功能性证据概念具有以下特点:第一,该证据概念以当事人为着眼点,认为凡是当事人用以证明案件事实的根据,无论法庭采纳与否,都属于证据;第二,该证据概念彻底抛弃了证据的真实性问题,无论真假都可以作为证据。

上述两类证据概念的对立是显而易见的。不过,上述证据概念都是一种静态的证据概念,它都是以某一时间点的证据现象为模本进行的“定点性”研究。然而,证据现象是一个过程性存在。“以点带线”的证据概念,难以反映证据是过程性存在的属性。

诉讼活动是一个过程。因此,诉讼中的证据现象也必然是一个过程性存在。其中,在刑事诉讼中,我们至少可以将证据现象分为以下三个大的时段:程序外的证据、审前程序中的证据与审判程序中的证据。其中,审判程序中的证据,又可以根据是否接受法庭调查分为法庭调查前的证据与法庭调查后的证据。显然,我们以上述任一时段的证据为模本而提出的证据概念,都很难准确地反映其他时段证据的特点。比如,在审判程序中,凡当事人提出请求法庭调查的证据,当然都是证据;对于此时的证据,我们当然无法谈论它的真假问题,否则,还要法庭调查干什么?于是,形式性证据概念比实质性证据概念显得更有道理。但是,对于法庭调查之后的证据,如果我们仍然说证据没有真假,那么,法庭调查同样也就没有存在的必要了。就此而言,对于此时的证据,我们又不得不考虑其证据内容的真实性。再以审前证据与法庭证据为例。在审前活动中,侦查人员刚刚接触案件时,如果对证据提出过高的要求(如必须是原件、原物;传闻证据不可用),那么,对于很多案件来说,可能会因为没有合格的证据而根本无法启动侦查程序。然而,审判程序则不同,由于之前已经有了相当充分的准备,如果此时还允许提出传抄了好几道手续的传来证据、还允许道听途说的人提供证言,那么,审判程序将会因充斥大量无关的证据而混淆争点、拖延诉讼。因此,在证据概念问题上,我们必须走出以点带面的偏狭思维,而转向一种动态的、过程性的证据概念。

那么,就证据立法而言,我们是否需要关注每一时段的证据现象呢?当然不用。在现代诉讼制度

[28] 1979年刑事诉讼法第31条,1996年修改后的刑事诉讼法第42条。

[29] 前引[2],陈一云主编书,第99页。

[30] 参见何家弘:《让证据走下人造的神坛》,《法学研究》1999年第5期。

[31] 参见陈光中主编:《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》,中国法制出版社2004年版;毕玉谦、郑旭、刘善春:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社2003年版。

[32] 前引[30],何家弘文。

下,审判犹如证据过程的目的地;审判前所取得的证据,最终必须通过审判活动才能产生其期待的法律意义。^[33]因此,证据法只需明确审判阶段的证据,纲举而目张,其他阶段“唯我马首是瞻”即可。也正是基于此种原因,西方证据立法和证据法学理论基本上都是以审判阶段为“定点”。考虑到我国证据制度和证据法学的大陆法传统,我们认为,德日的证据法理论尤其值得借鉴。

在德日以及我国台湾地区的证据法学中,对于审判阶段的证据,根据是否接受调查,将其区分为证据方法、证据资料、证据原因。一般来说,证据方法与证据资料的关系是,通过调查证据方法,获得证据资料。证据资料对认定事实所产生的积极作用,称之为证明价值或证明力。以是否具有证明价值,证据资料可以进一步区分为证据原因和其他(没有证明价值的)资料。证据原因是指使法官能够形成心证的原因。^[34]

如下图所示:

证据方法——(证据能力问题:证据法规则)——证据调查(程序法规则)——证据资料——证据原因(证明力问题:裁判者信其为真、据以认定事实的根据)

证据方法	证据法规则 (证据能力)	程序法规则 (法庭证据调查)	证据资料
证人	传闻规则 意见规则	交叉询问:一问一答 职权询问:连续陈述	证言
当事人本人	品格证据规则 自白规则、自白补强规则	民:询问当事人 刑:作为证人询问不同于证人	当事人陈述
鉴定人	意见规则	鉴定 专家证人/法庭助手	鉴定意见
文书	最佳证据规则	书证	文书记载的内容
证物	原物规则	检证	证物的性状与现象

(二) 证据的真实性

在证据的特性上,一般均强调证据应当具备客观性的内在特征。在我国传统证据法学中,客观性是指证据必须是客观存在的事实,而非主观想象、猜测和捏造的产物。通过证据的客观性,传统证据法学意在强调两点:第一,证据的真实性、可靠性;第二,证据相对于办案人员的决定性、第一性。^[35]因此,何家弘教授将我国传统证据法学关于证据的界定概括为“不属实者非证据”,并认为,这一界定因强调证据的真实性,人为地改变了证据的“中立”立场。^[36]

对于证据的真实性问题,何家弘教授认为,证据本身并没有真假善恶的价值取向,而传统证据法

[33] 英美的非法证据排除规则、德国的证据禁止,即是最好的明证。在此,其立法思路都是:通过法庭对证据采用与否,对审前取证活动施以强制性约束。

[34] 参见何家弘主编:《外国证据法》,法律出版社2003年版,第484页。

[35] 参见前引[2],陈一云主编书,第99页;刘金友主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2001年版,第115页。陈光中主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1991年版,第159页。

[36] 前引[30],何家弘文。参见何家弘主编:《证据法学新编》(第四章),法律出版社2000年版。

学却因坚持“不属实者非证据”的立场,而造成了立法上的自相矛盾和理论实践上的困难。^[37]

但是,值得注意的是,该论者似乎并不否定定案根据应当具有真实可靠性。“证据和定案根据是两个既有联系又有区别的概念。一般来说,定案根据都是证据;但证据并不一定都能成为定案根据。……他们对于自己收集或他人提供的证据都要根据有关的规则进行审查判断,然后从中筛选出他们认为可靠的证据作为‘定案’根据。那些未能被他们采信的证据,也仍然是证据,只是未能成为定案根据而已。”^[38]然而,现在的问题是,如果说“不属实非定案根据”,似乎同样会出现论者所驳斥的尴尬局面。套用论者的话,即“一审法院认定的定案根据仍然可能不属实,仍然不能称为定案根据;二审法院……这样一来,定案根据何在?定案根据岂不成了人们在现实生活中可望而不可即的东西了吗?”^[39]

我们认为,证据法学是无法离开“真实/属实”问题的。道理很简单。如果彻底抛弃了证据的“真实/属实”问题,那么,证据/定案根据也就失去了审查判断证据的标准,而以揭示证据真假为目的的法庭调查程序也就没有存在的必要了。我国传统证据法学关于证据的界定,其错误并不在于强调了证据的真实性(即客观性),而在于片面、盲目地套用客观性、真实性等具有绝对色彩的哲学概念。尤其是,在我国传统证据法中,片面强调物质对于认识的本体论意义(即物质的第一性),致使在解释“证据的客观性”时,完全忽视了证据活动自身的当下性和实践性。证据是一种当下的实践活动,在谈论证据的客观性/真实性时,我们只能谋求在特定时空进行的诉讼程序中所形成的当下判断,而不能要求以永恒正确的“真实性”作为判断标准。因此,在证据法学中,当谈论“真实/属实”时,必须强调其为当代社会认知条件所能达到的“真实/属实”。

四、刑事诉讼中的证明

在证明问题上,我国传统证据法学采广义证明理论。按照这一理论,在刑事诉讼中,证明与刑事诉讼阶段相对应,贯穿侦查、审查起诉、审判等诉讼阶段。其中,证明主体是公安、检察、审判机关及其办案人员、当事人以及诉讼参与人(或者,仅指公安、检察、审判机关及其办案人员);证明的目的是为了查明案件真实情况。证明客体则为案件事实。^[40]长期以来,广义证明理论一直是我国证据法学的权威学说,其影响波及整个传统证据法学理论。例如,根据广义证明理论,我国证据法理论中有了侦查机关的证明责任,有了立案的证明标准、逮捕的证明标准、起诉的证明标准等内容。

针对上述广义证明理论,有学者认为,我国证据法学应当根据证明的自身特点确定刑事诉讼证明的具体范围。就刑事诉讼而言,由于起诉之后才存在明确的证明对象,因此,证明只存在于审判阶段;至于侦查、审查起诉阶段,尽管存在查明事实的认识活动,却并非证明活动。^[41]例如,卞建林教授认为,在刑事诉讼领域,证明就是国家公诉机关和诉讼当事人在法庭审理中依照法律规定的程序和要求向审判机关提出证据,运用证据阐明系争事实、论证诉讼主张的活动。证明的主体只限定在国家公诉

[37] 第一,在司法实践中,因为证据有真真假,如果坚持“不属实者非证据”的证据概念,将导致根本无法确定何者是证据的尴尬局面。“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即的东西了吗?”第二,从认识论的角度来看,由于有些证据并非绝对的“要么真,要么假”,因此,“不属实者非证据的”机械思维无法回应错综复杂的证据实践。前引[30],何家弘文。

[38] 同上文。

[39] 同上文。

[40] 相关论述参见刘金友:《证据法学》(新编),中国政法大学出版社2003年版,第167页以下;前引[2],裴苍龄书,第145页;陈一云:《证据学》(第二版),中国人民大学出版社2000年版,第114页。

[41] 参见卞建林:《诉讼证明概念辨析》,《检察日报》2000年8月31日;前引[24],吴宏耀等书,第4页以下。

机关和诉讼当事人,可统称为诉讼当事人,公安机关和人民法院不是证明的主体;证明的目标指向是审判人员,也就是证明给裁判者看或向裁判者证明;证明的对象是诉讼中争议的事实,并非案件的全部事实;严格意义上的证明只存在于法庭审理阶段;证明的动因受到证明责任影响和支配;证明在属性上不仅是一种抽象思维活动,还是一种受诉讼法规范和调整的具体的诉讼行为。^[42]

我们认为,证明理论的转变与我国庭审方式改革密切相关。在我国传统庭审方式下,法官是法庭审理活动的主导,控辩双方只具有辅助性作用。因此,在这种庭审方式下,法官不是被说服的对象,而是积极查明事实真相的认识主体。在此意义上,审判活动与之前的诉讼活动,在认知模式上并没有实质性区别。90年代中后期,通过庭审方式的改革,我国立法重新配置了控辩审三方的诉讼权利关系,控辩双方在诉讼中的主动地位明显增强;法官开始从积极的调查者转变为被动的裁判者。于是,法官关于案件事实的认知模式开始呈现出证明活动的特征:裁判者不再是直接面向事实的认识主体,而成为被动的被说服者。

基于狭义证明理论,我们认为,尤其需要强调以下问题:

第一,证明活动不等于通常意义上的(主客体间的)认识活动。我国传统证据法学将证明活动完全等同于认识活动,显然忽视了证明活动自身的认知特点。诉讼证明活动是人类认识事物的特殊认识方式,与主客体间的一般认识活动不同,证明是一种围绕特定命题而展开的说服活动。证明的核心在于主体间的说服,而不在于主体对客体的反映。^[43]

第二,尽管裁判者必须认定事实,裁判却并非以查明事实真相为必要条件和最终目的。对裁判者而言,认定事实仅仅是一种手段,其最终目的在于解决纠纷。当然,如果能够查明事实真相,显然有助于纠纷的彻底解决。

在现代司法裁判中,存在着两种不同性质的裁判模式:一是以事实为基础的裁判模式。在刑事诉讼中,这种裁判模式仅仅适用于有罪裁判。也即,基于“自己责任”的现代法理念,惩罚一个人必须以其实施了特定行为并构成犯罪为前提。二是以价值观为基础的裁判模式(或者说,以事实真伪不明的预先风险分配为基础的裁判)。在这种裁判模式中,因为事实真伪不明,而不得不求助于价值上的取舍与权衡。^[44]因此,可以说,在现代诉讼制度下,不查明事实真相,在一定条件下,同样可以裁决纠纷。

需要特别说明的是,尽管我们强调裁判并非都以查明事实真相为必要条件,但是,却并不因此而否定法官在诉讼中的照顾义务和消极的实质真实义务。^[45]事实上,如果法官彻底转变为消极的裁判者并放弃不能错罚无辜的道义责任,我们担心,在大多数被告人根本没有辩护律师协助的我国,刑事诉讼的公平抗辩是否会沦为弱肉强食的强权裁判!在这个意义上,法官在诉讼中的照顾义务和消极的实质真实义务,应当予以特别强调。

五、证据法学研究方法的转型

关于法学研究中的方法问题,20世纪早期德国学者拉德布鲁赫曾言:“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样,有理由去为本身的方法论费心忙碌的科学,也常常成为病态的科学,健康和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”^[46]有学者对这段话有精妙的引申:其一,一门学科的科学性问题主要取决于方法论,因而对该学科的科学性拷问就成为对方法论的探究。其二,病态的学科,

[42] 参见卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第13页以下。

[43] 王敏远教授认为应当区分作为论证的证明与作为知道的认识。详见前引[22],王敏远文。

[44] 参见吴宏耀:《现代法视野中的刑事诉讼》,《政法论坛》2004年第3期。

[45] 参见[日]土本武司:《刑事诉讼法要义》,董璠舆、宋英辉译,台湾五南图书出版公司1997年版,第61页。

[46] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第169页。

也就是幼稚的学科,越为该学科的方法论所困扰。其三,在拉德布鲁赫看来,法学就是这样一门病态的学科、幼稚的学科,因而法学方法论是一个未解的问题。^[47]我国证据法学研究,通过学者们的艰辛努力、经过多年的积累和摸索,已经取得了诸多显著研究成果,仍责其为“病态的学科、幼稚的学科”似乎过于苛刻。但是,不可否认的是,我国证据法学研究仍然存在诸多美中不足之处。学术界基本达成共识的是,证据法学的深入发展,需要通过创立有效的方法论,来解决传统法学方法论的非自足性问题;通过对研究方法的思考,清理思路、调整或者改变认识问题的视角,也许会获得研究的新的突破点;需要通过对不同方法类型的拣选与整合,以形成证据法学的方法体系和方法论共识,从而推动证据法学乃至整个法学研究的进步。

(一) 证据法学研究方法的反思

学者们对证据法学研究方法的反思,主要反映了如下问题:(1)受认识论的影响,我国学者很少将证据学和证据法学区别开来。(2)“拿来主义”。某些学者对中国传统证据法学以及西方发达国家的证据法学理论缺乏批判精神,其中,一些学者脱离中国证据立法与实践,过分热衷引介和移植西方国家的证据理论或方法,具有生搬硬套之嫌,给人缺乏创见、没有新意的印象;一些学者在深耕一些西方国家定型的概念或规则时,在“变色”、“变味”的中国语境下产生一些无谓的争论,走了不少弯路。(3)纯粹的对策式法学研究方法。这是证据法学研究中的一大误区,导致一些学者研究证据法学时的功利主义心态,不仅使得如此模式化的论文、专著缺乏学术客观性,而且也使一些立法建议和对策变成一种武断的预言和充满激情的说教。(4)纯粹的理论推导或者空对空的研究模式。受到时间、人力、物力等因素的影响,许多学者在研究证据法学过程中很少做实证研究,绝大多数是“从书本到书本”,“从概念到概念”,其消极影响是许多研究成为书斋成果,缺乏实践部门的认同。^[48](5)“形式主义的谬误”。只看事情表面的谬误和口号式地理解一些名词,忽视其真正含义与背后的历史背景(譬如,对“形式理性”的理解),与之相关的是,有些言之凿凿的成果也并非深思熟虑的研究之作,甚至不乏人云亦云的、妄自臆测或者自以为是的内容。^[49](6)“买椟还珠”。对“重实体,轻程序”的旧疾进行疗救,有的学者矫枉过正,从而又添“重程序,轻实体”之新恙,无异于买椟还珠,或者饥谨年头卖掉家中仅有的口粮去换一双象牙筷子,其为祸必不亚于对客观真实过分倚重而忽视程序合法之害。(7)“理论功底的非专业化现象”。在证据学问题的讨论中认识与证明不分、现实与历史混淆、真与真理不辨、证明标准意义不明、可操作性标准不清等问题较为常见。^[50](8)问题意识缺乏。证据法学中某些问题的研究华而不实,缺乏问题意识,不仅无助于问题的解决,还可能滋生司法任意妄断的后果。譬如,“客观真实论”可以为一些司法部门的武断提供根据,“法律真实论”可为一些司法部门降低刑事诉讼中证明要求提供根据。^[51]

以上学者的意见大体上真实地反映了我国证据法学研究方法中存在的若干问题。我们认为,反思应当坚持理性的方式和建设性的态度;反思的深度和广度可进一步深入和拓展;而且,由于一些反思本身就具有局限性,因此,“反思”的反思尤不可少。

首先,思考中国证据法学研究方法问题,宏观上应当结合中国法学在方法论研究的总体状况、法理学与部门法之间的互动性情况、西方现代化范式对中国的影响等因素来考虑。只有这样,才能准确地理解证据法学研究中存在问题的共性和个性、来龙与去脉,客观地评价其积极与消极因素、正向与反向功能。

长期以来,我国的法理学与部门法学处于某种程度上的脱节状态,法理学不能满足部门法的学理

[47] 参见陈兴良:《部门法学哲理化及其刑法思考》,《人民法院报》2004年12月29日。

[48] 前引[6],周菁、王超文。

[49] 参见张建伟:《程序至上与买椟还珠》,《检察日报》2002年7月9日。

[50] 参见王敏远:《证据学的转变》,载王敏远主编:《公法》第4卷,法律出版社2003年版。

[51] 参见王敏远:《再论法律中的“真实”——对相关问题的补充说明》,《法学研究》2004年第6期。

要求并为其提供充分的智识支持,而部门法学则不能为法理学提供必要的理论素材,未能形成法理学与部门法学之间的良性互动关系。在研究证据法学这一“准部门法学”时,法理学与之的脱节问题,显现无遗。在证据法学研究中,不少研究活动各行其是,自言自语,缺乏统一方法论的支撑,不仅与其他部门法学之间出现难以沟通的情形,证据法学界的不同专家之间有时也难以相互理解。这是产生“无谓的争论”的重要原因。此外,有学者指出,中国法学之所以回答不了这个时代给出的问题,并不是某个论者或某个理论模式使然或某一法学主张发生了危机,而毋宁是中国法学本身发生的一种“总体性”的范式危机;“西方现代化范式”的影响不仅表现在它通过给中国法学提供各种与中国本土生活无甚关系的西方问题的方式而为中国法制发展确立了一幅“西方理想图景”,而且更是转移了我们的关注点,使我们看不到中国法学自1978年始至今所存在的根本问题,即中国法学所提供的并不是中国自己的“理想图景”,而是一幅“移植”进来的、未经批判的、以西方现代性和现代化理论为依凭的“西方理想图景”。^[52]证据法学研究中的“拿来主义”即是根源于对“西方理想图景”的迷信,体现了比较方法中的弱性一面,用时髦的法学术语,即缺乏本土资源意识。值得忧虑的是,这种“范式”危机在证据法学研究中很有市场。“形式主义的谬误”和“买椟还珠”,则是在比较法研究中知识积累和学术积淀的问题,以至于忽视西方法学术语、概念的真正含义与后面的历史背景,以及对西方法学理论中的优点与弱点缺乏准确的判断,甚至颠倒次序。

其次,纯粹的对策式法学研究方法因为功利性饱受非议,但对策式法学研究方法在中国当代法制建设进程中具有的意义不容忽视。因此,证据法学也应包括多个层次。具体而言,至少应当包括:(1)注释证据法学,以关注立法意图、注释证据法规范;(2)对策证据法学,缩减立法和司法错位,旨在解决法律实施中的具体问题并提出立法建议;(3)证据法理学,探究证据法的内在规律和法律价值等。如此“三位一体”的证据法学,不仅扩展了其学术内涵,而且也内在地要求证据法学者的“三栖”能力:一对接学术界,以保持理论的高度和学术的深度;二对接决策层,为政策、法律的制定提供理论支撑与专业意见;三对接实务界,引导并促进实务中各种弊端与缺憾的革除。这样,“书斋成果”就能获得实践部门的认同,发挥其应有的效用。在一定意义上,法学家就是沟通各种法律解释与现象的中间人,法学家的工作就是要将那些交织成网络状的与法律有关的知识“分馏与更生”。一方面,我们应注意克服对策证据法学中存在的功利性倾向、僵化的论文和专著模式、武断预言等弊端,保持学术的诚意正心,积极吸收注释证据法学、证据法理学的理论资源;另一方面,仅挑其中的对策证据法学进行批评,赋予其过多的功能和意义,有苛求嫌疑,反而束缚了其功能的切实发挥。

(二) 证据法学研究方法的前瞻

关于我国法学研究范式的转换,学者已然有了清醒的认识,比较一致的观点是:摒弃传统的单一法学研究范式的旧框框,实现研究范式的大综合或者总体性转换;既要坚持马克思主义法学研究的基本立场,又要不断吸收西方现代法学和社会科学的最新研究成果。我们认为,证据学的研究方法转型问题,不应离开“法学研究范式的转换”这样一个大的讨论背景和语境。在研究方法上,除了以往的历史分析、比较分析、实践分析(非典型意义的实证分析)等方法之外,应综合采用新型的研究方法,如分析法学的方法、法律逻辑学的方法、制度经济学的方法、典型意义的实证研究方法等来探析证据法学中的理论与实践问题,以获得更富有创新性和有说服力的成果。波斯纳提出的所谓新证据法学者(New Evidence scholars)的兴起,大致指与传统证据法学者相区分,适应现代科技发展,注重以经济学、数学、统计学、逻辑学、心理学等多学科方法对证据和证据法进行分析的证据法学者。以

[52] 参见邓正来:《中国法学向何处去? (上)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,《政法论坛》2005年第1期。“范式”危机并非针对中国法学中的某一种理论模式或某一种有影响的理论主张,更不是针对中国法学界中的某一代论者或某一群体的,而是直接针对中国法学中若干彼此不同的理论模式或彼此冲突的理论模式所共同信奉的且未经质疑的一整套或某种规范性信念。该论认为,“范式”危机正是这种规范性信念缺乏有效质疑并被论者们视作当然的状态,即一种占据支配地位的法学范式虽说在很大程度上无力解释因其自身的作用而产生的各种问题,但是却依旧占据着支配地位。

下,我们主要讨论比较的方法、实证分析、经济分析的方法和证据法学哲理化问题。

1. 比较的方法

当代中国已与世界紧密联系,证据法学应在世界背景下研究问题。因此,在证据法学研究中,比较的研究方法具有重要意义。但是,证据法学的研究有其共通性,亦有个别性,这需要比较研究方法与本土问题意识之间的整合。我们认为,运用比较的方法进行研究,是一种全方位、多角度的观察比较:从内容看,既有理念层面的阐释论证,也重视制度层面的列举分析;从广度看,既有溯古及今的对比,更多的还是中国与英美法系、大陆法系等不同国家之间的比较;从深度上看,既有微观的特写式写照,更侧重宏观的全景式审视;从方法看,不仅要注意“求同法”,还应注意“求异法”,二者不可偏废;从结果看,不仅要注意借鉴,还应注意原创,原创比借鉴更重要。中国证据法学要求研究者根据内在的本土资源,以批判的态度,严谨的思维,独到的眼光,进行原创性的开拓工作。一方面,通过比较世界各国的证据法律制度,找出在不同的法律文化传统下其相同之处并分析形成的原因,可以使我们更好地把握证据法的共同性规律;另一方面,证据法的许多理念与制度,都具有特定的时空维度和本土化色彩,这要求在借鉴和法律移植时,必须着力避免南橘北枳的风险。譬如,在设计证据规则时,我们应该认识到我们具有的一种“后发”优势,可以有效借鉴英美法系国家在证据规则方面的成功经验,回避其在证据规则方面走过的弯路,而建构适用于本国的逻辑谨严、简明高效的证据规则。通过比较研究方法,借鉴西方国家经验,并与本土问题意识之间进行整合,这是证据法学研究中的最重要的一种方法。

2. 实证的方法

除了理论研究外,中国证据法学应力求拓展实证研究,不独欲探求法之“应然”,抑且了解法之“实然”,由此才能产出兼具深度与广度的研究成果。实证研究在中国仍然很薄弱。这种薄弱不仅表现在实证科学有价值的成果不是很多,更严重的是许多从事人文科学或者社会科学的人对实证科学的不重视。造成这种局面的原因可能很多。从历史的角度,或许我们一直缺乏那种知识传统,缺乏自然科学方法论对社会科学的影响。另外,从研究方法看,实证研究主要运用的观察、归纳和类比等方法所得到的结论,从逻辑上看的确不像用演绎法推导出来的结论那样具有必然性。我们认为,在证据法学研究中,实证的方法必须以第一手的实证材料为支撑,而这些研究材料来源一方面必须本源自中国的法律现实,进而趋向有益于解决中国的法律现实问题,同时这些研究材料又不能限于城市或者东部地区,应重视广大农村和西部地区。证据法观念和制度的变革,需要在城市与农村,东部与西部之间平衡协调。其次,实证研究并不是简单的外在观察、观念先行的问卷调查、信手拈来的媒体证据的列举、游山玩水的附带产品,而是不断反省的发问、不断推敲的考证、“设身处地”的接近、“同情深入”的理解,它既是一种“走进去”的猜想与反驳,又是一种“走出来”的思考和实践方法。由此,“问题意识”的问题才可能获得解决。

3. 经济分析的方法

法的经济分析是运用经济学原理对法律进行成本收益分析,这是一种特殊的利益衡量方法。对法学来说,经济分析方法的“侵略”或“加盟”意味着一种思想的革命,一种研究方法的革命。传统法学由于缺乏统计学、经济学方面的训练而只能用语言不能用详尽的实际统计资料来讨论法律效果问题,从而使法律效果这个在法学中处于十分重要地位的法律分析常常误入歧途。经济学让我们以一种新的方式审视法律体系,经济学概念对法律概念的替换使得法学研究面貌焕然一新。从国外证据法学研究的新近发展来看,以被加州大学法学院罗杰·帕克教授称为“近年来证据法的主要进展之一”的波斯纳(Richard A. Posner)著作——《证据法的经济分析》为例,其以经济分析作为主导性研究方法,以准确性、效率最优和成本最低为目标,从事实发现的效率维度切入,使用成本——收益分析(即成本最小化与证据搜寻数量的最大化、事实发现准确性的最优化)、社会成本分析、机会成本分析、激励分析等方法,评论并批判了《联邦证据规则》主要条款,包括证明责任、无害过错、限制性指示、关联性、品格

证据、事后修理规则、和解要约不具可采性规则、传闻、证据特权、证据排除规则以及专家证人等,得出美国证据法的制度构造和理论基础存在着微妙的经济逻辑之结论。^[53]我国许多学者已注意到经济分析的方法对证据法学研究的重要理论意义,一些学者开始对非法证据排除、传闻证据排除、自白任意性、证人拒绝作证权、举证责任分配、证明标准的多元化等,进行利益衡量分析。就我国证据法学研究现状而言,我们认为,有两点值得注意:一是不能过分提高效率目标的地位,必须将效率放在整个证据法学的价值体系中来思考;二是在经济分析时,应当重视源于我国实践的数据资料的量化分析,如果仅仅依据外国的数据资料,更多的只是具有学理上的参考意义。

4. 证据法理学

部门法学的法理学是部门法学知识的不可分割的组成部分。部门法学的抽象法学研究的最大意义是为部门法研究提供规范的、成熟的方法论,从而为不同的部门法学之间交流整合以及同一部门法学内的交流和流派形成提供语境平台,探讨部门法的一般规律和原理体系。部门法学的法理学研究是部门法学成熟的标志。部门法学法理化并非法理学原理在部门法理学中的简单套用,而是部门法基本原理的体系化。我们认为,证据法不是有关实体法和诉讼法规范的简单拼凑,而是由独特原则和方法论支撑而形成的独立法律部门。证据法学的法理化研究是证据法学借助哲学、法哲学和法理学的一般方法和原理研究证据法的问题。在法哲学的历史上,先后出现了许多不同的法学派别,影响比较大的,则有自然法学派、分析法学派和社会法学派,它们本身也经历着发展流变。与它们密切相关的法学研究方法包括价值分析方法、逻辑分析方法和社 会分析方法,分别以研究法的价值、法律规则和法的社会实际为主。对于这三种方法,证据法学都可以用以研究一些基本性问题,譬如,运用价值分析方法研究证据法理论基础中法律价值的选择与平衡;运用逻辑分析方法研究证据法的实在法以及证据规则的建构;以社会分析方法研究中国证据法观念与制度变革的实际效果等问题。

总之,证据法学的研究方法应是一个多元化的、开放性的、与时偕行的体系,如果仅仅局限在某个狭隘天地里,或者置身于一个没有哲学的、历史的和文化的背景的“洞穴”里,其结论往往成为一种封闭在知识盒子里的、带有“自恋性”的傲慢与偏见。而实现这种研究范式的转换,既需要学者们诚心正意地革除某些落后的思维和习惯,也对学者们的知识积累和学术积淀提出了要求和挑战。

Abstract : In the theories of legal science of evidence , its key of the foundation is to form a cognitive theory conformable to the specialty of modern proving activities. Due to the uncertainty about the identity between judicial facts and the reality of cases , appropriate legal procedures and rules should be followed to guarantee the largest possibility of the identity. The conception of evidence should transfer from the traditionally narrow understanding to a dynamic understanding. The conformity of evidence to realities is restricted by current cognitive conditions. The logical conclusion of the traditionally narrow theory of proof is that judges have obligations to find the reality of the case and the taking care obligation , although not all the judgments take the finding of reality as its necessary precondition and ultimate aim. The research method of the legal science of evidence should be a multiple , open and up - to - date system.

Key words : epistemology , reality , evidence , proof in litigations , research methods

[53] 参见[美]理查德·A·波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昉译,中国法制出版社2001年版,序言。