

陈瑞华 著

在分析和概括过程中
在找到理论对话对象的前提下
将相应的制度规律予以“概念化”
从而实现“惊心动魄的跳跃”
从经验事实的此岸跳到理论的彼岸……

刑事证据法的 理论问题

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书立足中国刑事证据立法的发展现状，对刑事证据的理论问题进行了专门探讨，通过对证据制度的多方位思考，提出了具有解释力的概念和理论命题。

本书贯彻了作者所提倡的“以世界的眼光研究中国问题”的学术思路，对我国刑事证据立法经验作出了非常有意义的学术总结，是作者对学术探索和理论尝试的自我超越。

——出版者

在中国刑事证据法初步形成之后，我们有责任从中国的证据立法经验中发现规律，提出抽象的理论命题，以推动证据法学理论的发展。而对于一些不尽如人意的制度和实践，我们即便提出理论批评，也不是站在西方证据理论的立场上来进行评头论足，而是对这些制度的内在逻辑是否成立以及能否达到实施效果，作出中肯的评价。

——陈瑞华

ISBN 978-7-5118-7477-1



9 787511 874771 >

定价：48.00元

刑事证据法的 理论问题

陈瑞华 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据法的理论问题 / 陈瑞华著. —北京: 法律出版社, 2015. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7477 - 1

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼—证据—理论研究—中国 IV. ①D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 014945 号

刑事证据法的理论问题

陈瑞华 著

责任编辑 孙东育 李峰云

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 21.75 字数 302 千

印次 2015 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7477-1

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2012年,笔者出版了一部名为《刑事证据法学》的教科书。两年后,经过大幅度的修订,这本教科书的框架结构趋于稳定和成熟。伴随着教科书的写作和修订,笔者对刑事证据法学中的一些理论问题也进行了思考,并陆续发表了十余篇涉及证据问题的学术论文。作为一种旨在向初学者传授刑事证据法学知识的作品,证据法教科书至多只能吸收一些较为成熟的理论,而无法将笔者对刑事证据法所做的理论思考全部呈现出来。因此,早在《刑事证据法学》成书之际,笔者就有了出版一部刑事证据法理论著作的想法。

这部《刑事证据法的理论问题》,就是专门讨论刑事证据理论问题的专著。从形式上看,这部著作似乎属于笔者所发表的证据法学论文的汇编,带有“论文集”的性质。但从内容上看,这些写作时间跨度达五年以上的作品,几乎都是对我国刑事证据立法经验的学术总结,贯彻了笔者所提倡的“以世界的眼光研究中国问题”的学术思路。这些作品立足于中国刑事证据立法的发展现状,通过对证据制度问题的理论思考,提出了一些具有解释力的概念和理论命题。这些概念和理论几乎都不是对西方现有理论的简单移植和引进,而是按照“先归纳,后演绎”的原则,对中国刑事证据的制度和实践所做的理论抽象。当然,有些概念的确曾出现在西方证据法著作之中,但笔者在使用时对其内涵和外延都作出了一些界定,使之被用来解读中国刑事证据法中的制度和规则。

这种在方法论上所做的探索,与过去那种注重“拿来主义”的证据法学研究是有着实质区别的。长期以来,由于刑事证据立法发展较为滞后,我国法律甚至连一些最基本的刑事证据规则都没有确立,司法实务界在审查判断证据时面临着“无法可依”的问题,也存在着诸多方面的不当做法。在这一现状面前,法学界基本上沿着“理论指导立法”和“理论批评现实”的道路来进行证据法学的研究。所谓“理论指导立法”,就是将西方(尤其是英美)普遍确立的各种证据制度和证据理论奉为“真理”和“定律”,运用简单的演绎逻辑,来提出确立这些制度或者贯彻这些理念的设计。多年以来,众多以证据问题为研究对象的学术论著,都是“立法论”指导下的作品,所运用的基本是“对策法学”的方法。而所谓“理论批评现实”,则是在自认为掌握证据法“普遍真理”的前提下,对中国的刑事司法实践所做的一种否定性评论。这种研究发现了证据制度和实践中存在的一些问题,但对这些问题发生的原因,却简单地归结为没有贯彻西方的普遍证据理论,或者没有确立西方的重要制度。例如,对于法庭审判中盛行“案卷笔录中心主义”的问题,研究者通常解释为法律没有确立证人出庭作证制度,没有确立直接和言词原则;对于“刑讯逼供”屡禁不止的问题,研究者解释为法律没有确立非法证据排除规则;对于司法实践中屡屡出现“冤假错案”的问题,研究者解释为法院没有真正贯彻“无罪推定”原则,在证明标准中没有确立“排除合理怀疑”这一主观证明要求;对于我国法院动辄以“认罪态度”作为对被告人进行从重或者从轻量刑依据的问题,研究者则解释为这是没有确立“沉默权制度”的结果……

从逻辑上看,无论是“理论指导立法”,还是“理论批评现实”,都是将中国的证据制度和证据实践作为评判和改造的对象,而这种评判的依据则是西方的证据理念,这种改造的目标则是确立西方的证据制度。但是,从比较法的角度看,西方国家并没有形成“统一的证据理论”,即使在英美两国,所确立的证据理论也各不相同;西方国家更没有一部统一的证据法,且不说大陆法国家根本就没有专门的证据法,就连英美两国的成文证据法典也相差甚远。既然如此,哪一种“统一的证据法”可供中国借鉴,又哪有一套现成的证据理论可供我们参考呢?

而从证据理论的实践效果来看,随着我国刑事证据法的初步形成,众多通过效仿西方制度所确立的证据规则,并没有取得立法者所预期的实

施效果,甚至在某些方面出现了新的问题。例如,2012年《刑事诉讼法》确立了证人、鉴定人、专家辅助人以及侦查人员出庭作证的制度,规定了出庭作证的情形,设置了无正当理由拒绝出庭的法律后果。但这部法律的实施效果表明,证人、鉴定人、专家辅助人出庭作证的情况并没有显著增加,侦查人员出庭作证的情况更是较为罕见。在法庭审理中,法官依然通过宣读案卷笔录的方式组织举证和质证活动。这显然说明,理论界所倡导的建立证人出庭作证制度、摆脱案卷笔录中心主义的立法主张,并未落到实处。又如,2010年以来,非法证据排除规则得到成文法的确立,并逐步得到发展和完善。但是,法院真正依法排除非法证据的情况依然极为罕见。这是一个公认的事实。这说明,法学界所提出的通过确立非法证据排除规则来解决“刑讯逼供”问题的设想,并没有如期实现。再如,2012年《刑事诉讼法》明确规定公诉方承担证明被告人有罪的举证责任,并在证明标准中引入了“排除合理怀疑”的主观要素,这应当是众多理论研究影响下的结果。但是,司法实践的情况表明,法院按照“疑罪从无”原则作出判决的情况并没有显著增加,法官按照过去的“两个基本”之要求来认定犯罪事实的做法依然延续……

很显然,中国刑事证据制度中存在的问题,并没有随着证据立法运动的发展而得到自动地解决。过去曾经困扰立法者的证据问题,如“证人不出庭作证”、“刑讯逼供屡禁不止”、“法庭审理流于形式”、“定罪缺乏明确证明标准”甚至“冤假错案屡屡发生”等问题,如今依然存在。这说明,立法者通过制定成文证据法来解决问题的努力遭遇了挫折。面对这一现实,难道我们不应对过去的研究方法做出深刻反思吗?难道我们仍然要置司法实践之现实于不顾,而继续进行引进西方理论、移植西方制度的游戏吗?

在近年来的学术研究中,笔者对证据法学研究方法进行了一种新的探索。笔者借鉴了社会科学研究的一般方法,将现行的证据制度和证据实践作为一种事实来看待,先不对其做出价值评价,而是从三个角度对其进行观察和思考:一是考察其“是什么”,运用类型化的分析方法,概括其理论模式;二是分析其“为什么”,在抽象出“自变量”和“因变量”的前提下,找出问题形成的原因;三是讨论其“怎么样”,也就是根据特定时空范围内证据制度发展的轨迹,找出其中的制度变迁规律。而在进行这种分

析和概括过程中,笔者并未满足于“就事论事”的思考,而是在找到理论对话对象的前提下,将相应的制度规律予以“概念化”,从而实现“惊心动魄的跳跃”,从经验事实的此岸世界跳到理论的彼岸世界,提出富有解释力的理论命题。对于这种带有社会科学方法色彩的证据法学研究方法,笔者称为“从经验事实中提炼出理论的方法”。

自2010年以来,中国发生了一场“刑事证据立法运动”。这场运动最初主要是由最高人民法院领导进行的。该法院推动了两个刑事证据规定的颁布和实施,确立了大量的刑事证据规则。2012年,立法机关通过修订刑事诉讼法,吸收了这场立法运动的一些成果。为保证新的刑事诉讼法得到有效的实施,最高人民法院随后颁行了新的司法解释,将2010年以来证据立法取得的主要成果全部确立在法律之中,使之具有直接的法律效力。到目前为止,这场证据立法运动还在进行之中,最高人民法院继续为完善非法证据排除规则做着积极的努力。

中国的刑事证据立法运动并不是对西方证据法的简单模仿和移植,而是针对中国特有的制度问题,确立了一系列富有特色的证据规则。对于这些证据规则的合理性,法学界尚存在一些争议。有些证据规则甚至存在突出问题。面对这些并不十分成熟的证据规则,我们究竟应像过去那样,继续搞“理论批评现实”、“理论指导再立法”,还是应在承认其客观存在的前提下,运用社会科学方法对其进行观察和研究呢?在经过认真思考之后,笔者选择了后者。

按照“从经验事实中提炼出理论的方法”,笔者对中国刑事证据立法的经验进行了理论上的总结。例如,通过对中国刑事审判制度改革的观察,笔者提出了定罪裁判、量刑裁判与程序性裁判并存的三大司法裁判理论,并对这三大裁判形态对证据法的影响进行了理论概括,揭示了三大证据制度的特征,这对诸多证据规则作出了新的理论解释。又如,通过对我国证据法所确立的一系列“证明力规则”的观察,笔者提出了“新法定证据主义”的证据理念,将其比作一只“看不见的手”,在左右着中国的证据立法进程,并将持续对诸多证据规则的形成和发展产生较大的影响。又如,通过对2010年以来非法证据排除规则发展历程的考察和反思,笔者认为中国同时确立了“强制性排除规则”、“裁量性排除规则”与“瑕疵证据补正规则”三大排除规则,并大体形成了以“程序审查优先”为标志的

程序原则,以及以初步审查与正式调查相结合的程序构造,在排除规则适用对象上则出现了从“典型的非自愿供述”向“拟制的非自愿供述”演变的气势。再如,通过对一系列刑事证据规则的分析思考,笔者认为中国刑事证据法已经确立了两个重要的理念,一是针对前后发生矛盾的同一言词证据的“相互印证”理念,二是针对实物证据的“鉴真”理念。经过提炼得出的两个证据理念,可以为诸多证据规则的正当性提供理论解释。此外,诸如“过程证据”与“结果证据”的概括,刑事证明标准中主观要素与客观要素关系的总结等,也大多是本书在刑事证据领域所做的理论总结。

对中国刑事证据立法经验做出理论上的概括和总结,并不意味着笔者完全认同现行证据规则的合理性和正当性。事实上,很多证据规则无论其内在正当性上抑或实施效果都可能存在一些问题。对于这些问题,笔者在进行理论总结的同时也对其正当性给予了否定评价。例如,现行证据法对于“强制性排除规则”、“裁量性排除规则”和“瑕疵证据补正规则”的确立,在适用对象和排除效果上确有一些不当之处。对于违法程度更为严重的非法物证和书证,证据法竟然允许法院像对待瑕疵证据那样,给予公诉方进行程序补正的机会,并附加了“严重影响司法公正”这一裁量空间极大的适用条件,这必然造成非法物证、书证难以得到及时排除的严重后果。又如,刑事证据法对于证据证明力所作的一些法律限制,明显带有中世纪欧洲法定证据制度的痕迹,这与刑事诉讼构造的纠问化是一脉相承的。这些将部分经验法则不适当地加以规范化的立法努力,不仅阻碍了裁判者内心确信的形成,造成了司法裁判的公式化和机械化,也违背了刑事司法的基本规律。再如,在非法证据排除程序与实体审理程序的关系上,最高人民法院2010年一度确立了无例外的“先行调查原则”,要求法官在辩护方提出排除非法证据的申请后,暂时中止实体问题的审理,优先解决程序争议,然后再恢复实体审理程序。但在2012年的司法解释中,最高人民法院却部分背弃了这一原则,允许各级法院在辩护方提出申请时自行进行程序选择:既可以优先审理程序争议问题,也可以对辩护方的申请置之不理,在案件的法庭调查程序进行完毕后,再启动非法证据排除程序。这种对先行调查原则的背弃,无疑使法官在适用非法证据排除规则时享有过大自由裁量权,甚至会造成对非法证据排除的审理流

于形式,相关程序形同虚设。

无论是对刑事证据立法经验作出理论总结,还是对相关证据规则提出学术批评,笔者都没有自认为“掌握了真理”,站在所谓的“道德高地”,对诸多制度和实践进行价值评判。事实上,任何概念和理论,假如不是从经验事实中提炼出来,并经受了严格的学术验证,都可能演变为一种带有宗教教义色彩的理论信仰。研究者一旦将某种理论命题置于如此境地,就会变成一个彻头彻尾的教条主义者。在中国刑事证据法初步形成之后,我们有责任从中国的证据立法经验中发现规律,提出抽象的理论命题,以推动证据法学理论的发展。而对于一些不尽如人意的制度和实践,我们即便提出理论批评,也不是站在西方证据理论的立场上来进行评头论足,而是对这些制度的内在逻辑是否成立以及能否达到实施效果,作出中肯的评价。

学术活动如同攀爬高坡一样,越往前行,面临的阻力越大,做出新的理论创新也就变得越加困难。在出版了一部刑事证据法教科书之后,笔者接着推出了这部刑事证据法学理论著作。笔者并不奢望做出多少“原创性的学术贡献”,只想以超越自我的精神,做出一些新的学术探索和理论尝试。在本书的写作和出版过程中,笔者得到了法律出版社资深编辑孙东育女士的鼎力支持。作为笔者的“御用编辑”,孙女士明知本书不可能取得太大的经济效益,却对本书的学术价值给予肯定,甚至断定本书有望取得较大的“社会效益”。但愿这不会成为她的误判。

《刑事证据法的理论问题》在写作过程中得到了国家 2011 计划司法文明协调创新中心的资助,本书也是该中心的研究成果。

陈瑞华

2014 年 12 月 4 日谨识于北大法学院陈明楼

目 次

Contents

第一章 三大司法裁判形态对证据法的影响	1
一、引言	1
二、定罪裁判中的证据理念	4
三、量刑裁判中的证据理念	8
四、程序性裁判中的证据理念	12
五、三大裁判形态对司法证明过程的影响	16
六、侦查人员的三种证人地位	23
第二章 新法定证据主义	31
——以限制证据证明力为核心的证据理念	
一、引言	31
二、新法定证据主义的基本特征	34
三、新法定证据主义兴起的原因	42
四、对新法定证据主义的理论反思	50
五、新法定证据主义的未来	55
第三章 非法证据排除规则的中国模式	59
——以 2010 年两个刑事证据规定为样本的分析	
一、问题的提出	59
二、强制性的排除与自由裁量的排除	62

三、可补正的排除	67
四、程序审查优先原则	72
五、证明责任的分配	77
六、徒法不足以自行(代结语)	82
第四章 非法证据排除程序中的理论问题	87
一、引言	87
二、程序性裁判的性质	89
三、先行调查原则及其例外	94
四、对侦查行为合法性的初步审查	99
五、正式调查程序	103
六、程序性裁判中的证明机制	108
七、程序性裁判中的救济机制	117
八、结论	122
第五章 非法证据排除规则的适用对象	125
——以非自愿供述为范例的分析	
一、引言	125
二、排除非自愿供述的目的	128
三、典型的非自愿供述	133
四、拟制的非自愿供述	138
五、“毒树之果规则”的适用	140
六、重复自白规则的范围和边界	142
七、结论	146
第六章 瑕疵证据的补正规则	147
一、引言	147
二、“瑕疵证据”的分布和类型	149
三、“瑕疵证据”与“非法证据”	152
四、可补正的排除与自由裁量的排除	158
五、对瑕疵证据进行补正的正当性	161

六、瑕疵证据的补正与治愈	168
七、几点反思	174
第七章 证据相互印证规则	177
一、引言	177
二、作为证明力要求的印证规则	179
三、作为证明标准的印证规则	183
四、印证与口供补强规则	186
五、对印证规则的反思	190
六、印证规则的未来	196
第八章 实物证据的鉴真问题	201
一、引言	201
二、鉴真的性质	204
三、比较法视野下的鉴真方法	207
四、鉴真的诉讼功能	214
五、违反鉴真规则的法律后果	217
六、鉴定检材的鉴真问题	219
七、对中国鉴真制度的几点反思	221
第九章 刑事诉讼中的过程证据	225
一、引言	225
二、过程证据的基本类型	226
三、过程证据的主要功能	231
四、过程证据的审查模式	236
五、过程证据的证据能力	242
六、过程证据与结果证据的组合运用	246
七、结论	248
第十章 行政证据与技术侦查材料的证据资格问题	251
一、引言	251

二、行政证据的证据资格	252
三、技术侦查材料的证据资格	256
四、特殊证据的证据能力	258
第十一章 刑事证明标准中主客观要素的关系	263
一、问题的提出	263
二、对证明标准客观化的反思	265
三、主观证明要求的引入	274
四、客观要素与主观要素的关系	280
五、结论	289
附录一 留有余地的裁判方式	291
——对中国冤假错案发生原因的一种解释	
附录二 司法审查的乌托邦	307
——非法证据排除规则难以实施的一种成因解释	
附录三 庭外供述笔录的非自愿性推定原则	319
参考文献	329
索引	333

第一章 三大司法裁判形态 对证据法的影响

Chapter 1

一、引言

传统的刑事审判是以解决被告人刑事责任为目的的司法裁判活动。在这种裁判活动中,检察机关代表国家提起公诉,法院对公诉方所指控的案件作出裁判,以确定被告人是否构成犯罪,并对有罪的被告人科处一定的刑事处罚。过去,法院审判并没有定罪与量刑程序的区分,法院通过一场连续的法庭审判,既要对被告人是否构成犯罪作出裁决,也要解决有罪被告人的刑罚问题。同时,对于控辩双方提出的一些程序争议,或者对诉讼中出现的程序问题,法院通常既不举行专门的司法裁判活动,也极少做出有针对性的裁判结论。

但是,随着近年来刑事司法改革的逐步推进,这一局面开始发生了变化。“量刑规范化”改革运动的展开,使得一种“相对独立的量刑程序”出现在中国刑事审判制度之中。^{〔1〕}在这一程序中,检察机关可以向法院提

〔1〕2010年10月1日,最高人民法院为规范刑罚裁量权,实现量刑均衡,正式发布了《人民法院量刑指导意见(试行)》(以下简称《量刑指导意见》),确立了新的量刑方法,对一些常见的量刑情节确立了数量化的量刑调节比例。与此同时,最高人民法院还会同最高人民检察院、公安部等部门,联合签发了《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》(以下简称《量刑程序意见》),确立了相对独立的量刑程序。对这两个司法解释的详细分析,可参见熊选国主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社2010年版,第1页以下。

出量刑建议,被害方、被告方也可以提出量刑意见;法庭调查要先后设置定罪调查和量刑调查程序,控辩双方也要围绕着定罪和量刑问题分别提出辩论意见;法院的裁判文书要就定罪和量刑问题分别说明理由……结果,法院既要对被告人是否构成犯罪的问题做出认定,又要对有罪被告人的量刑问题作出裁决。由此,刑事审判开始被分离为定罪裁判与量刑裁判两个程序。

2012年修订后的刑事诉讼法(以下简称为“2012年《刑事诉讼法》”),将原有的适用于轻微案件的简易程序与“被告人认罪案件的普通程序”予以合并,建立了一种统一的简易程序。在这一程序中,由于被告人自愿认罪,对适用简易程序不持异议,且案件事实清楚,控辩双方对定罪问题没有争议,被告方通常也放弃了无罪辩护,因此,法庭对定罪问题的审理程序将大大简化。但是,被告人在这种程序中往往对获得“宽大处罚”抱有较大的期待,控辩双方在诸如量刑情节、量刑种类和量刑幅度等问题上仍然会产生争议。因此,法庭将不得不对量刑问题作出裁决。在某种意义上,简易程序中的法庭审判将变成一种较为单纯的量刑审判。而在普通程序中,由于被告人不认罪,律师通常做出了无罪辩护,法院则需要在进行定罪审判的同时,交叉进行量刑审理。

在量刑裁判与定罪裁判发生程序分离的同时,另一种司法裁判活动也开始从刑事审判中分离出来。传统的刑事审判将被告人刑事责任问题作为裁决的对象,这其实是一种实体性裁判活动。随着中国法律制度的发展,刑事审判已经逐渐突破原来固有的“实体性裁判”的范围,而衍生出“程序性裁判”的程序机制。所谓“程序性裁判”,是指法院为解决控辩双方存在的程序性争议而举行的司法裁判活动。^[1]例如,被告人对某一法官提出回避申请的,法院需要对该项申请是否成立作出决定;公诉方或者被告方申请法庭延期审理的,法院要做出是否批准的裁决;控辩双方围绕管辖问题发生争议的,法院需要就此作出决定;被告方对某一控方鉴定意见提出异议,要求重新鉴定或者补充鉴定的,法院也应决定是否予以采纳;对于被告方有关排除某一控方证据的申请,法院也需要做出是否同意

[1] 对于“程序性裁判”的较早分析,可参见陈瑞华:《程序性制裁理论》(第2版),中国法制出版社2010年版,第233页以下。

的裁决……在以上情形下,法院都有可能举行司法裁判活动,并对有关程序性争议做出裁判结论。这种裁判结论尽管并不涉及被告人的刑事责任问题,却会对刑事诉讼的进程具有不同程度的影响。

2010年,最高人民法院、最高人民检察院会同其他三个部门通过了两个刑事证据规定,在中国刑事诉讼中初步确立了一些旨在排除侦查人员非法所得证据的规则。^[1] 2012年《刑事诉讼法》对这两个证据规定的部分内容进行了吸收和调整,正式确立了非法证据排除规则。这部法律不仅界定了“非法证据”的内涵和外延,确定了排除非法证据的后果,还建立了非法证据排除的程序,包括排除非法证据的申请、对非法证据的初步审查、非法证据排除程序的正式启动、证明责任分配、排除非法证据的裁判以及相应的救济机制。非法证据排除规则的确立足以表明,一种以解决程序争议为目的的程序性裁判机制,已经出现在中国刑事诉讼中。

不仅如此,2012年《刑事诉讼法》还确立了庭前会议制度,法庭可以在开庭前召集控辩双方,就回避、证人出庭名单、非法证据排除等程序问题发表意见,然后在听取各方意见的基础上作出相应的决定。这种带有“预备庭”性质的庭前会议制度,给予控辩双方就诉讼程序问题发表意见、提出申请的机会,也使得法庭在开庭前可以就控辩双方的程序争议问题作出决定。根据最高人民法院、最高人民检察院即将颁布实施的司法解释,这些被纳入庭前会议讨论对象的程序争议事项还可能包括管辖异议、申请调取证据、案件是否适用简易程序的审查、延期审理等方面。^[2] 当然,经过这种庭前会议,法庭就程序争议问题所做的决定对于法庭审理是否具有约束力,控辩双方究竟能否在庭审中重新或者继续提出这些程序争议问题,这些仍然属于悬而未决的问题。不过,经过听取控辩双方就程序问题发表的意见,法庭一旦作出相应的决定,就意味着在庭审之前展

[1] 2010年6月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《办理刑事案件证据规定》)和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《非法证据排除规定》)。对这两个证据规定的权威解释,可参见张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第1页以下。

[2] 笔者先后参加了最高人民法院和最高人民检察院召集的刑事诉讼法司法解释座谈会,发现无论是法官还是检察官,对于发挥庭前会议在解决程序性争议方面的作用,扩大庭前会议所要解决的程序事项,都持十分肯定的态度。

开了一种特殊的司法裁判活动,这种裁判活动也具有“程序性裁判”的性质。

由此看来,“量刑规范化改革”运动和2012年《刑事诉讼法》的实施,促成了司法裁判形态的多元化。对于中国法院而言,在检察机关提起公诉之后,就有可能针对被告人是否构成犯罪、如何量刑以及相关程序争议问题举行司法裁判活动,并做出相应的裁判结论。“量刑裁判”、“程序性裁判”从传统的“实体性裁判”中脱离出来,并进而推动了“定罪裁判”走向独立,这是我国刑事诉讼制度发展进程中的重大变革。

本章拟对三种司法裁判中的证据规则做出初步的分析。笔者将在对“定罪裁判”、“量刑裁判”和“程序性裁判”做出诉讼形态区分的基础上,讨论这三种裁判形态下的不同证据理念,并对三种裁判形态对司法证明机制的影响作出分析。最后,笔者还将对三种裁判形态下的侦查人员作证问题作出比较分析。

二、定罪裁判中的证据理念

作为一种刑事审判程序,定罪裁判程序所要解决的主要是检察机关指控的犯罪事实和罪名是否成立的问题。根据不告不理的原则,检察机关提起公诉是法院启动定罪裁判程序的前提,未经起诉的案件则不属于法院审判的对象。由此,检察机关的起诉书作为“定罪申请书”,同时包含着被指控的人、起诉事实和法律评价三个基本要素。起诉书既具有启动定罪裁判程序的功能,又确定了法院的审理对象和裁判范围。作为司法裁判者,法院并不笼统地解决被告人是否构成犯罪的问题,而主要是裁决检察机关指控的犯罪事实和罪名是否成立的问题。

在定罪裁判程序中,被告人处于被指控的地位,可以在辩护人的帮助下行使各项辩护权。在不同的普通程序中,被告人通常会选择不同的诉讼角色:如果被告人拒绝认罪,其在定罪程序中会选择无罪辩护,提出与公诉方直接对立的诉讼主张;如果被告人自愿认罪,但不同意适用简易程序的,其可能完全放弃无罪辩护,或者仅仅选择罪轻辩护,即旨在将重罪改为轻罪的辩护。但不论其是否选择无罪辩护,被告人在定罪裁判程序中都经常持有与公诉方不同的诉讼立场。

经过定罪裁判程序,法院要对被告人是否构成犯罪作出权威的裁判结论。这种裁判结论与法院对案件量刑问题的裁判结论一起,将被载入同一诉讼文书之中。从内容上看,定罪裁判同时包含着事实认定和法律评价两个组成部分。在事实认定部分,法院要通过审查控辩双方提出的全部证据,来判定检察机关对被告人犯罪事实的证明,是否达到了法定的证明标准。而在法律评价部分,法院则要根据所认定的犯罪事实,来确定所要适用的刑法条款,尤其要认定具体的犯罪构成要件和罪名。

由于法院要解决被告人是否构成犯罪的问题,其结论要么是有罪判决,要么是无罪判决,因此,这种裁判活动就存在着作出“错误裁决”的风险。所谓的“冤假错案”,作为“刑事误判”的一种表现方式,就主要发生在定罪裁判领域。而为了避免这种误判结果,立法部门往往会在刑事诉讼法中确立一系列程序保障机制。无罪推定、严格证明等一系列程序规范的设置,就很大程度上具有避免刑事误判的机能。

(一) 无罪推定的理念

作为一项可反驳的推定,无罪推定是一种最稳固的推定,构成司法证明活动的逻辑前提,也构成被告人抵御国家追诉的法律屏障。公诉方要说服法院作出有罪判决,就必须越过这道法律障碍,通过提出证据证明被告人构成犯罪,从而推翻无罪推定。

为了推翻无罪推定,公诉方需要提出相反的证据,证明被告人构成某一犯罪。也就是说,推翻无罪推定、提出反证的责任必须由公诉方承担。为达成此目的,公诉方必须承担证明责任,并将被告人构成犯罪证明到最高的证明标准。在英美证据法中,这一证明标准被界定为“超越合理怀疑”;而在大陆法国家的证据法中,这一证明标准则被界定为“内心确信无疑”。而在中国法中,这一证明标准则是“事实清楚,证据确实、充分”。公诉方只有将被告人构成犯罪这一点证明到最高的程度,使法官、陪审员形成内心的确信,才能推翻无罪的推定,并将无罪的推定转化为有罪的判定。相反,假如公诉方提不出任何证据,或者所提出的证据没有达到最高的证明程度,使得裁判者对被告人是否构成犯罪存在合理的疑问,那么,这就等于无罪推定没有被推翻,原来的无罪的推定也就只能转化为无罪的判定。法庭可以据此宣告被告人不构成犯罪。

无罪推定作为一种司法证明的逻辑前提,等于赋予被告人一种带有

保护性和特权性的假定:被告人在法律上是无罪的,法律上的推定已经免除了被告人进行证明的义务。公诉方所承担的证明被告人有罪的责任,是不可转移的。法庭只需审查公诉方的证据是否足以证明被告人有罪,及其证明活动是否具有说服力,就足够了。法庭不得责令被告人承担证明自己无罪的责任,更不得对那些无法证明自己无罪的被告人直接作出不利的推论。从理论上讲,无论是保持沉默,还是积极地提供证据来证明自己的清白,都属于被告人的自由,并非他所要承担的法律义务。法庭判定公诉方指控的罪名是否成立的唯一标准,不是被告人是否提出了无罪证据,或者能否证明自己无罪,而是公诉方能否令人信服地证明被告人有罪。

无罪推定原则以这样的方式确立了现代刑事诉讼中司法证明的基本框架,这一框架由三个要素构成:一是证明被告人有罪的责任由公诉方承担,且此责任不可转移;二是被告人不承担证明自己无罪的责任,但拥有进行积极的无罪辩护的权利,被告人是否提出无罪证据,能否证明自己无罪,均不影响公诉方的证明责任;三是在公诉方无法提出有罪证据,或者无法将被告人有罪这一事实证明到最高证明标准的情况下,法庭对被告人是否有罪形成合理的疑问,对此疑问只能作有利于被告人的解释,即无罪推定无法被推翻的情况下,只能宣告被告人无罪。概括起来,上述三项要素也就是通常所说的司法证明的三大法则,它们分别可以被简要表述为“公诉方承担证明责任”、“被告人不承担证明责任”以及“疑罪从无”。

(二) 严格证明的理念

严格证明与自由证明原是德国证据法中的基础概念。目前,中国证据法学者普遍接受了这两个概念以及相关的证据理念。在德国法中,法庭对案件事实的认定有证明与释明两种,其中,“证明”是指提出证据并说服法官对所主张的事实产生内心确信的活动,而“释明”则是指通过简单的说明使人相信某一事实具有可能性的活动。对于法官的回避事由、恢复原状的法定事由以及拒绝作证的事由,都不必纳入司法证明的对象,而只需简单的释明即可认定。而在那些被纳入司法证明的事实中,包括犯罪行为、行为人的责任以及刑罚幅度等在内的事实,法律要求通过较为严格的方式加以证明,这种证明就是严格证明。而对于各类程序性争议

事实(如涉及宣誓资格的证人年龄等)以及法官作出除判决之外的各类程序性裁决所依据的事实(如羁押命令的裁判依据、开启审判程序的裁判依据等),则适用较为自由的方式进行证明,也就是自由证明。^[1]

严格证明和自由证明不仅在证明方式上有着明显的区别,而且在所运用的证据方法与证明所要达到的确信程度上,也有一定的差异。首先,在证明方式上,严格证明适用最为严格的方法,贯彻直接和言词审理的原则,而自由证明则可以采取诸如查阅案卷笔录、电话询问等非正式的审查方法。其次,在证据方法的使用上,严格证明的事实一律采取最严格的证据能力规则,法庭不仅只允许采用诸如被告人供述、证人证言、鉴定意见、勘验报告以及文书证据等法定证明方式,而且还要适用各类排除性的证据规则。相反,自由证明所采用的证据方法则较为自由,原则上可以使用所有证据资料来进行证明,不受证据排除规则的限制。最后,在证明程度上,严格证明的事项需要证明至法官产生内心确信无疑的最高程度,该项证明即为完成。相反,自由证明则不需要达到如此高的确信程度,达到高度可能性的程度足矣。

检察机关指控的犯罪事实,属于刑事诉讼中最重要的证明对象。受无罪推定和实质真实等原则的影响,对这一待证事实,需采取最严格的证明方法,适用最严格的证据排除规则,并确立最高的证明标准。证据法理论中基于此问题是没有争议的。而检察机关所提出的不利于被告人的法定量刑情节,究竟采取严格证明还是自由证明的方法,基于此问题,存在一些不同的观点。不过,诸如主犯、累犯之类的法定从重量刑情节,都是对被告人极为不利的量刑事实,一旦得到法庭的采纳,就会变成对被告人从重量刑的事实依据。本着“天平倾向弱者”的理念,对于法定的从重量刑情节,应当适用严格证明。

相反,对于有利于被告人的量刑情节,不论是检察机关提出的还是被告方提出的,也不论是法定情节还是酌定情节,都是支持对被告人从轻、减轻或者免除刑事处罚的事实依据,因此,对此类待证事实,无须采取严格证明,而只需自由证明就足够了。至于在刑事诉讼中所发生的程序性

[1] 参见[德]罗科信:《刑事诉讼法》(第24版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,第207页以下。

争议或申请,无论提出诉讼主张的是公诉方还是被告方,对于相关程序事实,都无须适用严格证明,适用自由证明即可。不仅可以不采用直接和言词审理的原则,不适用非法证据排除规则,还可以采用较为自由的证明方法。我国刑事司法实践中经常出现的一些简易证明方法,如电话查询、阅卷审查、出具情况说明材料等,在自由证明中均可采用。

当然,严格证明与自由证明的划分也是相对的。对于法官而言,即便对那些本应适用自由证明的证明对象,为了慎重和稳妥起见,照样可以采用严格证明方法。但对于那些本应适用严格证明的证明对象,法庭则不可以采取自由证明方法。

三、量刑裁判中的证据理念

与定罪程序不同的是,量刑程序启动的逻辑前提是法院已经对被告人作出了有罪的裁判,或者对被告人构成犯罪已经产生内心确信。即便在中国新近确立的“相对独立的量刑程序”中,定罪调查与量刑调查交替进行,定罪辩论与量刑辩论混合展开,法院在量刑调查和量刑辩论中仍然要将被告人构成犯罪这一点作为逻辑前提。既然如此,量刑程序所要解决的核心问题就不再是避免错误的定罪问题,而是保证量刑信息的准确性,使法院的量刑裁决建立在尽可能全面的量刑情节基础上,从而实现量刑的公正性和均衡性。^[1]有鉴于此,我们有必要参照定罪程序中的证据规则,对量刑程序中的证据理念重新进行分析。

(一) 定罪事实与量刑事实的关系

在刑事审判过程中,法院通常要对犯罪事实和量刑事实作出两种不同的裁判。如果说对定罪事实的裁判带有一种“要么成立,要么不成立”的特征的话,那么,法院对量刑事实的裁判则带有“或多或少”的性质。究其原因,法院在定罪裁判中所要完成的是一种“定性”过程,要对检察机关指控的犯罪作出是否成立的裁决;而在量刑程序中,法院则需要对所要实施的刑事处罚作出“量化”的裁决,即在确认犯罪事实的基础上,确认被告人究竟存在哪些量刑情节,以及这些量刑情节究竟在何种程度上

[1] 参见熊选国:“关于量刑程序改革的几个问题”,载《人民法院报》2010年10月13日。

足以证明应对被告人作出从重或者从轻、减轻的刑事处罚。

法院对犯罪事实与量刑事实的认定既具有一定的交叉性,又带有一定的独立性。^[1]

根据罪刑相适应原则,法院对被告人刑事处罚的严厉程度应当与其犯罪行为的社会危害程度相适应,并保持大体上的均衡。法院对被告人犯罪事实的认定,也是对其适用刑事处罚的事实基础。在犯罪客观方面的认定上,犯罪行为的过程、犯罪的结果以及行为与结果之间的因果关系,固然是法院认定被告人构成犯罪的客观事实基础,但这些事实同样也可以成为法院的量刑依据。诸如被告人实施犯罪的时间、地点、工具、作案对象、造成的后果、犯罪后的行为等事实,既是犯罪客观方面的具体表现,也是衡量被告人行为社会危害程度的重要信息。

而在犯罪主体方面,那些被认定具备刑事责任能力的被告人,其犯罪时的年龄、精神状况等因素,经常被作为从轻、减轻或者从重处罚的事实依据。例如,一名未满18周岁的未成年人,固然对部分案件应当承担刑事责任,但他系属未成年人这一事实本身,就足以构成法院从轻或者减轻处罚的法定情节;一名患有轻度或者间歇性精神疾病的被告人,固然会被认定具有刑事责任能力,但他患有精神疾病这一事实本身,也可以成为法院从轻量刑的酌定情节。不仅如此,在主观方面的认定上,被告人具有故意或者过失,固然是他构成犯罪的条件,但其主观恶性却往往是非常重要的量刑情节。这种主观恶性经常涉及被告人的犯罪动机、犯罪目的以及对待被害人的主观心态等方面。

很显然,犯罪事实与量刑事实具有相当程度的交叉性和重合性。被告人犯罪事实的成立,也成为法院对其适用刑罚的事实基础;法院对被告人犯罪事实的认定过程,客观上也是对犯罪行为的社会危害程度、被告人主观恶性以及被告人能否回归社会、有无再犯可能等事实的确定过程。在某种意义上,法院通过对被告人犯罪事实的法庭审理活动,客观上使部分量刑证据得到了举证、质证和辩论,部分量刑事实也就随之得到了当庭认定。

[1] 参见熊选国主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社2010年版,第492页以下。

那么,在与犯罪事实重合的量刑事实之外,法院还会对哪些量刑事实进行相对独立的认定呢?换言之,在量刑审理程序中,法院所要调查的独立量刑情节究竟有哪些?《量刑指导意见》明确列举了法院量刑时需要充分考虑的各种法定和酌定量刑情节。在“常见量刑情节”中,那些与犯罪事实相互重合的量刑情节主要有未成年被告人的年龄、犯罪未遂、从犯、黑社会性质组织或者恶势力犯罪的、犯罪对象为未成年人、老人等弱势人员的、在重大灾害期间犯罪的,等等。对于这些量刑情节,法院在定罪审理过程中也会一并加以认定。而对于那些独立于犯罪事实之外的量刑情节,法院则需要量刑审理程序中进行单独的调查和认定。这些独立于犯罪事实之外的量刑情节主要有以下几种:自首、立功、如实供述、当庭自愿认罪、退赃退赔、积极赔偿被害人经济损失、取得被害方谅解、累犯、前科劣迹,等等。在未成年人犯罪案件中,被告人的认识能力、是否初犯、悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等,也都属于需要在量刑程序中进行独立调查的酌定量刑情节。

在过去那种定罪与量刑一体化的程序框架下,这些与犯罪事实重合的量刑事实,通常在一种混合式的法庭审理中得到调查和辩论,但那些独立于犯罪事实之外的量刑情节,则无法在法庭上得到实质审查,有关的量刑证据也难以被纳入举证、质证和辩论的程序轨道内。如今,在定罪与量刑程序相对分离的制度下,那些独立于犯罪事实的量刑情节可望在量刑程序中经受专门的调查和辩论。也正是这些量刑情节相对于犯罪事实的独立性,决定了法院独立展开量刑审理程序的必要性。法院在量刑程序中所要审查和认定的量刑事实,主要就是这些为犯罪事实所无法容纳的量刑情节。

(二) 无罪推定的例外

定罪事实与量刑事实的交叉性和重合性,决定了法院对部分量刑事实的认定要遵循传统的证据理念。而定罪事实与量刑情节的独立性,则意味着法院在认定这些量刑情节过程中不可能固守传统的理念,而应确立一些新的原则。事实上,恰恰是这些独立于犯罪事实之外的量刑情节,决定了量刑程序中证据规则的特殊性。

按照一般的理解,法院以生效裁判认定被告人有罪后,“无罪推定”就彻底失去了效力,被告人就自然从“无罪的推定”转化为“有罪的判

定”。但是,在法庭审判过程中,法院一旦认定被告人构成犯罪,或者对被告人有罪产生了内心确信,那么,无罪推定还能发挥作用吗?换言之,在法院对被告人所做的有罪认定尚未发生法律效力,的情况下,无罪推定还有实际意义吗?

在笔者看来,法院有罪裁判的生效,所带来的是无罪推定效力的彻底丧失。而在某一法庭审理过程中,法庭对犯罪事实的认定或者对被告人有罪的内心确信,则意味着无罪推定原则的暂时失效。所谓“暂时失效”,是指在某一特定审级范围内,法院一旦认定被告人有罪,无罪推定对随后的审判活动即失去法律约束力。而在被告人提出上诉、检察机关提起抗诉从而引发的新的审判程序之中,无罪推定原则又重新发生法律效力。

在法院认定被告人构成犯罪之后,无罪推定原则为何失去法律效力了呢?这是因为,被告人的犯罪事实得到了充分的证明,法院对被告人犯罪产生了内心确信即无罪推定发生作用的前提条件已不复存在原有法院任意定罪的危险已经消除,被告人受到错误定罪的可能性也微乎其微。法院既然对被告人的犯罪事实作出了“肯定”的评价,剩下的裁判工作就主要是确定适当的量刑种类和量刑幅度了。

一些大陆法国家由于奉行定罪与量刑一体化的程序模式,其证据规则主要是围绕着控制任意定罪问题而建立起来的,因此,对犯罪事实和量刑事实的认定都遵循严格证明的理念,强调被告人即便在量刑环节也要受到无罪推定的程序保护。^[1]但在英美法国家,定罪程序与量刑程序是完全分离的,无罪推定只能适用于陪审团负责裁断的犯罪审理阶段,而对于由法官主持的量刑听证程序,则基本上失去了发生作用的空间。^[2]

在中国法院试行的“相对独立量刑程序”中,定罪与量刑在程序上得到了分离,定罪调查与量刑调查被视为两种不同的法庭调查程序,定罪辩

[1] 参见[德]Claus Roxin:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,三民书局1998年版,第517页以下;[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第329页以下。

[2] 参见[美]菲尼、[德]赫尔曼、岳礼玲:《一个案例 两种制度——美德刑事司法比较》,郭志媛译,中国法制出版社2006年版,第351页。

论与量刑辩论也变成有着实质差异的辩论程序。^{〔1〕}可以说,在定罪裁判程序中奉行的无罪推定原则,在量刑调查和量刑辩论环节丧失了发挥作用的前提条件。在这些量刑程序中,法院所面临的主要危险是量刑信息的不完整和量刑情节的不准确问题。因为控辩双方向法庭提供的量刑信息假如是不全面的,或者有着明显的遗漏,法院的量刑裁决就注定会过分偏向从重处罚或从轻、减轻处罚,从而造成不公正的量刑裁决。又如控辩双方基于本方的诉讼利益,向法庭提供了虚假或者不可靠的量刑证据,以致法院错误地采纳了某一或某些量刑情节,那么,法院纵然适当地实施了《量刑指导意见》的规定,对被告人作出了“恰如其分”的量刑基准刑调节,也无法实现量刑裁决的公正性。这些情况归根结底还会带来法院量刑裁量权的不规范问题。一旦法院在量刑信息的调查和量刑情节的遴选上不受限制,甚至有些随心所欲的话,就势必在量刑种类的选择和量刑幅度的确定方面出现自由裁量权的滥用问题。

在无罪推定失去规范作用的情况下,被告人不承担证明责任的“戒条”肯定会有所松动,公诉方始终承担证明责任的“黄金法律”便会失去意义,证明责任要达到最高标准的“红线”也不复存在。甚至连被告人的地位都不得不发生调整:原来在定罪审理中过分强调其当事人地位和供述自愿性的情况发生了变化,被告人在量刑程序中更多地充当事实的陈述者和量刑信息的提供者角色,其“证据之源”地位得到更多的强调。正因为如此,那些为保障被告人供述自愿性而确立的证据规则,在量刑程序中就不可能完全适用。被告人对公诉方证据的合法性所进行的挑战也要受到一定的限制,所谓的证据排除规则也不再严格适用。

四、程序性裁判中的证据理念

根据中国主流的证据法理论,对于程序性事实的认定适用自由证明的准则。尤其是对于诸如回避、延期审理、证据展示、证人资格等程序性事实,法律不需要确立过于严格的证明规则,也不应设立过高的证明标

〔1〕关于中国相对独立的量刑程序的确立及其评价,参见陈瑞华:《量刑程序中的理论问题》,北京大学出版社2011年版,序言。

准。但《非法证据排除规定》对于被告人供述取得合法性的证明问题,却采取了一种相对严格的证明方式。根据这一规定,公诉方可以通过提供侦查讯问笔录、当庭播放录音录像等方式,来证明供述取得的合法性,也可以通知“讯问时其他在场人员或者其他证人”出庭作证。如果“仍然不能排除刑讯逼供嫌疑的”,公诉方则可以通知负责讯问的侦查人员出庭作证。在公诉方举证后,控辩双方可以就供述取得是否合法的问题进行质证和辩论。但这一司法解释对于被害人陈述、证人证言以及实物证据取得的合法性问题,则没有明确确立上述证明准则。

在广义的程序性争议问题上,中国法律并没有建立专门的程序性裁判机制,法院一般按照一种行政化的方式作出决定,几乎完全排除了控辩双方的参与机会,这使得法学界倡导的“优先适用自由证明”的观点并没有在现行法律中得到体现。而《非法证据排除规定》针对特定程序性争议所确立的证明机制,则显示出程序性裁判中证据规则的发展还存在着另外一套逻辑体系。当然,这种证明机制在被告人供述取得的合法性问题以外的场合,似乎还没有得到推行的迹象。自由证明的理念也还有着广泛适用的可能性。于是,我们就需要回答以下几个重要的问题:为什么在程序性事实的证明中要适用有别于实体性裁判中的证据规则?为什么在诸如被告人供述的自愿性等问题的认定上,要确立相对严格的证据规则?

与实体性裁判不同的是,程序性裁判并不解决被告人的刑事责任问题,而主要用来解决控辩双方发生的程序性争议。对于这种程序性争议,法院所作的裁判结论,或许会对刑事诉讼的进程具有不同程度的影响,但一般不会直接影响案件的实体结局,更不会带来要么导致有罪,要么促成无罪的严峻局面。相对于被告人是否构成犯罪的問題而言,诸如回避、管辖异议、证据展示等方面的程序性事实,即便发生事实认定上的错误,也通常不会带来严重的法律后果。实体性裁判中经常要面临的冤枉无辜、放纵犯罪的危险,在程序性裁判中是不会出现的。比如,对于某一合议庭成员应否回避的问题,法院即便无正当理由拒绝被告方的回避申请,最多会使合议庭的中立性受到消极影响,一般不至于导致合议庭形成误判的结果。这就如同体育比赛中的执法过程一样,裁判对于参赛双方是否“违规”所作的判罚决定,即使存在不公平之处,也通常不会对比赛的最终结

果产生直接的影响力。

实体性裁判之所以要确立严格证明的机制,除了要避免错误定罪的风险,还要保证被告人获得公正的审判,使其各项诉讼权利得到较为充分的保障。但在程序性裁判过程中,这种以被告人为中心的程序理念失去了存在的前提。通常情况下,控辩双方对于回避、管辖、延期审理等程序问题,都有着平等提出诉讼请求的机会,法院对控辩双方提出的程序性争议也要给予平等的裁决。除后文将分析的被告人供述的自愿性问题以外,法院对于绝大多数程序性争议问题只要做到不偏不倚地认定事实、一视同仁地适用法律,就足以保证被告方受到公平对待了。不仅如此,在大多数程序性裁判过程中,被告人只要获得律师的有效帮助,就足以与公诉方展开平等的诉讼争辩,而通常不存在“一方强大,另一方弱小”的不均衡对抗问题。正因为如此,所谓的“平等武装”,也就是“天平倾向弱者”的理念,在程序性裁判中并不适用。当然,这只是一般原则。至少在被告人供述取得的合法性问题上,法院在适用非法证据排除规则方面要遵循例外的规则。

可以说,程序性裁判所具有的维护公平游戏规则的诉讼功能,决定了它与实体性裁判具有实质性的区别。也正是这种特殊的诉讼功能,决定了它具有明显的民事诉讼特征,而不具有典型的“刑事诉讼特质”。具体而言,控辩双方围绕着程序性问题所发生的争议,与民事纠纷具有相似之处。无论是对回避问题、管辖问题、延期审理问题,还是对非法证据排除问题,控辩双方都可以向法庭提出诉讼请求,并申请法庭作出裁判。对于这些程序问题,控辩双方可以提出诉讼请求,也可以撤回诉讼请求,法庭甚至可以说服双方进行和解,甚至直接进行调解。在很大程度上,程序性裁判程序的启动,以控辩双方对有关程序问题存在争议为前提,而双方的合意则对法庭的程序性裁判结论具有决定作用。这显然说明,民事诉讼中的当事人处分原则,在程序性裁判程序中具有一定的适用性;而刑事诉讼中固有的国家追诉主义、起诉法定主义以及法院依据职权主动进行调查的理念,在程序性裁判中基本无适用空间。

程序性裁判程序既然具有民事诉讼的基本品格,为何旨在规范程序性事实认定的证据规则要遵循自由证明的准则呢?其实,这是出于对程序性裁判程序中诉讼效率的考虑。基于节省诉讼成本和提高诉讼效率的

考虑,任何国家的刑事诉讼都会将司法资源集中投入到实体性裁判之中,尤其是运用到对被告人犯罪事实的证明过程之中。而且即便是实体性裁判程序,也会根据案件的复杂程度和控辩双方的争议程度,来设计繁简分离的制度。对于那些被告人自愿认罪、对检察机关指控的罪名不持异议的轻微刑事案件,法院可以按照较为简易的程序加以审理。同样,是出于节约诉讼成本的考虑,在控辩双方就程序性事项发生争议的场所,法院所进行的程序性裁判过程也应选择较为简易的程序,从而确保这类争议得到快速的处理。与此同时,对于控辩双方所提出的相关证据,法律一般也不设置严格的证据能力要求,更不会动辄适用证据排除规则。

既然程序性裁判通常选择较为简易的程序模式,适用自由证明的理念,为何在针对被告人供述的证据能力问题上,中国司法解释偏偏采取了一种相对较为严格的证明机制呢?

事实上,无论是英美法还是大陆法,在被告人供述的合法性问题上,都确立了某种有别于普通程序性裁判的程序机制。与搜查令的发布、羁押命令的制作、对回避申请的裁决以及保释听证等程序相比,那种针对被告人供述的合法性所举行的司法审查程序相对更为正规、复杂一些。而与物证、书证等证据的合法性审查程序相比,那种针对被告人供述的合法性审查,也要遵循更为严格的证明机理。之所以作此制度设计,主要是考虑了以下几个方面的因素:一是被告人身陷囹圄,丧失了人身自由,其所作的有罪供述带有先天的不自愿性;二是被告人所获得的律师帮助极为有限,律师在搜集侦查人员非法讯问的证据方面会遭受不同程度的困难;三是侦查人员在羁押性讯问中具有极大的主观随意性,无论是在讯问的时间选择、地点、持续时间还是在适用的讯问手段等方面,都存在着滥用权力、滥施暴力的危险;四是侦查人员一经采取酷刑、暴力、威胁等非法讯问手段,就很容易造成被告人被“屈打成招”,作出虚假的供述,甚至酿成刑事误判;五是无论被告人还是辩护律师,在证明侦查人员非法讯问方面都存在着信息不足的问题,而侦查人员则拥有保存证据、提供证据的便利,他们可以通过制作笔录、制作视听资料、保留医疗检查记录等各种方法,来证明侦查行为的合法性。^[1]

[1] 参见陈瑞华,《程序性制裁理论》(第2版),中国法制出版社2010年版,第233页以下。

如果说普通的程序性裁判具有民事诉讼的品格,那么,有关被告人供述的合法性审查程序则带有“行政诉讼”的特征。换言之,在广义的程序性裁判程序中,诸如回避、管辖、延期审理、重新鉴定等方面的程序性事实,应遵循民事诉讼的证明要求。但在被告人供述的合法性存在争议的情况下,控辩双方无论在掌握的事实信息或是举证能力上,都难以保持势均力敌的状态。这时,根据“天平倾向弱者”的原理,法律应当赋予被告人一定的诉讼特权,使公诉方承担更多的诉讼义务。这种特殊的程序性裁判程序,与那些由“民告官”所引发的行政诉讼具有较为相似的特征。

当然,即便是在被告人供述的合法性审查过程中,对程序性事实的证明也不应采取与实体性事实完全一致的证明方式。为了提高诉讼效率,避免程序性裁判过程的繁杂冗长,这种程序性裁判应以控辩双方对被告人供述的合法性存在争议为前提,如双方对程序性事实问题不持异议则不必,法庭举行直接和言词的审理程序。与其他程序性裁判不同的是,这种围绕着被告人供述的合法性所进行的司法审查活动,要确立证明责任倒置的规则,令公诉方对证明被告人供述的合法性承担责任,并且要达到最高的证明标准。如同针对行政行为的合法性所进行的司法审查一样,在适用一些特殊证明机制的场合之外,还要遵循民事诉讼的一般原理。

五、三大裁判形态对司法证明过程的影响

“定罪裁判”、“量刑裁判”和“程序性裁判”的相对分离,是我国刑事审判制度的重大改革。这三种司法裁判形态的出现,很大程度上改变了原有的诉讼格局,大大拓展了公诉制度的内涵和外延,丰富了刑事辩护的基本形态,对于刑事证据规则的多元化也起到重要的推动作用。鉴于此,在对三种裁判形态下的证据理念进行了讨论的基础上有必要继续分析这些裁判形态对于司法证明过程的辐射作用,特别是对证明对象、证明责任和证明标准的深远影响。

(一) 三种证明对象

1. 犯罪事实

在定罪裁判活动中,司法证明的对象是犯罪事实。所谓犯罪事实,是指检察机关通过指控所提出的被告人构成某一犯罪的事实。任何一项犯

罪事实的成立,都需要满足刑法所确定的犯罪构成要件,检察机关需要证明的就是该罪名所包括的全部构成要件事实。这种构成要件事实通常包括犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪行为及其与犯罪结果的因果关系。其中,犯罪主体事实可以包括以下内容:被告人具备特殊主体资格,如具备国家工作人员、国家机关工作人员等方面的资格;被告人达到法定的刑事责任年龄;被告人具备法定的刑事责任能力,等等。犯罪主观方面的事实则是指被告人具备某一犯罪罪名所要求的主观罪过,如直接故意、间接故意、过失等。而犯罪客观方面的事实则可以包括犯罪行为、犯罪结果以及行为与结果之间的因果关系,当然,有些不需要结果因素的“行为犯”,则不需要有犯罪结果,更谈不上行为与结果之间的因果关系了。

当然,被告方提出案件具有正当防卫、紧急避险等免责事由的,这些法定免责事由所包含的事实本身,如被告人实施人身防卫的行为、被告人实施紧急避免危险的行为等,也会成为与犯罪事实有关的证明对象。与此同时,刑法所确立的巨额财产来源不明罪以及若干种非法持有型犯罪,都存在着证明责任转移的情况,而证明责任一旦转移给被告人,那么,被告人就需要证明巨额财产差额的真实来源以及持有违禁品(如毒品、枪支弹药、爆炸物、伪造货币等)的合法性,这些事实也就成为司法证明的对象。不仅如此,我国司法解释针对刑法分则中的“明知”或“以非法占有为目的”等犯罪主观要件,确立了大量的推定规则,即在一定的基础事实成立的前提下,不需要提出证据加以证明,而可以直接推定“明知”或“以非法占有为目的”的成立。而在公诉方已经证明基础事实存在的前提下,证明相反事实成立从而对该项推定事实加以否定的责任,就转移给被告方。而被告方所主张的相反事实,也就成为证明对象。

2. 量刑事实

随着我国量刑规范化改革的逐步深入,一种“相对独立的量刑程序”已经建立起来。在普通程序中,法庭调查被区分为定罪调查程序与量刑调查程序,法庭辩论则分为定罪辩论程序与量刑辩论程序;检察机关可以提出专门的量刑建议,被害方、被告方都可以提出专门的量刑意见;而在裁判文书中,法院则要就定罪与量刑问题分别陈述定罪裁判和量刑裁判的理由。这种量刑改革方案尽管没有建立一种定罪与量刑完全分离的程序机制,却使量刑被纳入法庭审判的过程,定罪裁判与量刑裁判在程序上

得到了相对的分离。检察机关所提出的量刑建议,作为一种量刑主张,所包含的量刑事实主要是一些法定的量刑情节,其中既可能有主犯、累犯等不利于被告人的量刑情节,也可能有自首、立功、坦白等有利于被告人的量刑情节。而被告方所提出的量刑意见,则包含着有利于被告人的法定情节或酌定情节,如从犯、未成年、认罪悔罪、被害人过错、平常表现、社会评价、犯罪起因、赔偿被害方并取得谅解、积极退赃等。这些由检察机关和被告方所提出的量刑情节,都有助于双方所提出的量刑主张成立,因此属于量刑裁判中的证明对象。

3. 程序争议事实

随着两个证据规定的颁行和2012年《刑事诉讼法》的通过,非法证据排除规则在我国法律中得到确立。被告方有权向法院提出排除公诉方非法证据的申请。对此申请,法院经过初步审查,认为被告人提出了证据线索并对侦查行为的合法性有疑问的,就可以启动程序性裁判程序,对侦查行为的合法性进行开庭审查,并对被告方的申请作出裁判。由此,被告方所诉称的非法侦查行为的发生就成为司法证明的对象。这是我国法律对程序性争议问题首次确立程序性裁判程序,也是首次明确将侦查行为的合法性纳入司法证明的对象。

其实,程序性裁判中的证明对象远不止侦查行为的合法性问题。我国刑事诉讼法还针对一审法院的程序性违法行为,确立了撤销原判、发回重审制度。根据这一制度,一审法院的审判违反法律规定的程序,影响公正审判的,二审法院可以撤销原判、发回重新审判。在司法实践中,二审法院对一审法院审判程序合法性的审查,大都由被告方通过上诉方式启动。作为被告方的上诉请求,一审法院违反法律规定的程序包含着几个方面的事实,如一审法院违反回避制度,审判组织不合法,违反公开审判原则,或者剥夺了当事人的合法权益,特别是剥夺了被告人的辩护权,等等。这些被纳入被告方诉讼主张的待证事实,作为一种程序性争议事实,属于这种程序性裁判的证明对象。

不仅如此,2012年《刑事诉讼法》还确立了庭前准备程序,法院在组成合议庭并就庭审活动进行初步准备之后,可以启动庭前听证程序,通知控辩双方参与这一程序,并就出庭证人名单、回避以及非法证据排除等问题发表意见,法庭也会就这些程序争议事项作出裁判。据此,诸如证人出

庭作证、法官回避等事项,不仅是法庭裁判的对象,而且有可能成为控辩双方的诉讼主张。而作为这些程序性主张的事实根据,诸如证人证言的真实性、法官与案件存在法定的利害关系等事实,就可以成为司法证明的对象。

(二) 三种证明责任

1. 定罪事实的证明责任

根据无罪推定的原则,法律推定被告人处于无罪公民的状态,公诉方承担证明被告人有罪的责任,这一责任是不可转移的,并且要达到最高的可信度和确定性;被告人由于受到无罪推定的保护,无须承担证明自己无罪的责任;在公诉方无法证明被告人犯罪事实的情况下,无罪推定就不能被推翻,而可以直接转化为无罪的判定。正是无罪推定原则确立了刑事诉讼中证明责任的基本框架,使得检察机关承担对被告人犯罪事实的证明责任。这一带有为被告人提供诉讼特权保障的原则,与“谁主张,谁举证”的理念不谋而合,既为检察机关承担证明被告人有罪的责任奠定了基础,也为检察机关承担败诉后果提供了理论依据。在无罪推定原则的作用下,即便中国刑事诉讼仍然保留了一些职权主义的构造因素,这种基本的证明责任机制仍然得到了确立。

出庭公诉的检察官不仅要向法庭提出本方的证据,而且还要直接论证自己所主张的待证事实的真实性。在中国现行刑事审判程序中,检察机关对本方证据负责进行“举证”活动,辩护方对公诉方的证据进行“质证”活动,法官基本不负责对控辩双方的证据加以举证和质证。其中,公诉方通过出示、讯问、询问、播放等各种举证手段,将本方证据及其所包含的证据事实逐一展示给诉讼各方。这种举证活动绝不仅是一种简单的“行为”或“形式”,而是具有证明待证事实的目的和实质内容。

检察机关无法提出证据,或者所提出的证据无法证明待证事实的,法院可以作出“证据不足,指控的犯罪不能成立的无罪判决”,这一无罪判决其实就是宣告公诉方诉讼主张的不成立,意味着检察机关公诉活动的失败或者国家的“败诉”。根据中国的刑事司法现实,假如检察机关提不出任何证据,法院别说作出有罪判决,就连启动刑事审判程序都是不可能的。而在法庭审判过程中,检察机关所进行的举证活动假如漏洞百出,根本无法形成完整的证明体系,法院也会作出建议撤回起诉,并在征得检察

机关同意的前提下作出准许撤回起诉的裁定。其实,这种撤回起诉的制度设计本身,就属于对检察机关败诉风险的确认。假如检察机关拒绝撤回起诉而重新起诉的,法院也可以直接作出无罪判决。当然,这里可能有其他一些案外因素在影响着法院的独立审判,但这些案外因素的干预已经不再属于司法证明机制所能解决得了的。除去这些影响审判独立的因素,中国刑事审判中的司法证明机制其实已经存在并发挥作用了。那种由检察机关承担证明责任,并进而承担败诉风险的证明责任机制也已经得到初步的确立。

在刑事诉讼过程中,检察机关对其所主张的被告人犯罪事实承担证明责任,即承担提出证据论证该犯罪事实真实性的责任;检察机关的举证活动,是其承担证明责任的必要手段;检察机关对犯罪事实的论证活动,是其承担证明责任的必经过程;法院对证据不足的案件作出指控的犯罪不成立的无罪判决,是检察机关在无法证明被告人有罪时承担败诉后果的标志。

2. 量刑事实的证明责任

我国已经初步确立了相对独立的量刑程序,实现了将量刑纳入法庭审判程序的改革目标。无论是在量刑调查还是在量刑辩论中,控辩双方都有可能提出各自的量刑事实和量刑情节。在我国刑事司法实践中,检察机关提出的量刑情节通常都是法定的情节,但作为一种例外情形,该方也有可能提出一些酌定的量刑情节。与此同时,被告方也有可能提出对本方有利的量刑情节,这既包括法定的从轻、减轻或免除处罚的情节,也包括大量的酌定量刑情节。前者可以有最常见的自首、立功、坦白、从犯、未成年等法定情节,后者则可以包括包括犯罪起因、被害人过错、积极赔偿、取得被害方谅解、平常表现、家庭状况等在内的一系列酌定情节。

在量刑事实的证明方面,控辩双方都要遵循“谁主张,谁举证”的原则,对本方所提出的积极的量刑事实承担证明责任。对于被告方而言,由于所提出的量刑情节都被用来证明该方的诉讼主张,即对被告人从轻、减轻或者免除刑事处罚,因此,这些量刑情节的证明责任,理应由该方承担。对于这些量刑情节,检察机关有可能提出质疑或者直接予以否认,但并不因此承担证明责任。

3. 程序性事实的证明责任

根据前面的分析,非法证据排除程序明显分为初步审查程序和正式

的程序性裁判程序。在前一程序中,被告人需要对侦查行为非法性提供证据线索,并证明到令法官对侦查行为的合法性产生疑问的程度。被告方假如不能提供证据或者线索,无法令法官产生这一疑问,法官就有可能拒绝启动正式的程序性裁判程序,而直接拒绝被告方的诉讼请求。这显然说明,对于侦查行为的合法性这一程序事实,被告人确实要承担一定的证明责任。而在正式的调查程序中,侦查行为合法性的证明责任由公诉方承担,这一责任是不可转移的,并且要达到最高的证明标准。假如公诉方不能提供证据证明侦查行为的合法性,或者所做的证明无法消除法官对侦查行为非法性的合理怀疑,法院将对侦查行为的合法性做出否定性的认定。

在非法证据排除规则之外,被告人还可能提出其他方面的诉讼请求,如申请回避、申请证人出庭作证、申请延期审理,在上诉程序中还有可能申请二审法院宣告一审法院违反法律程序、影响公正审判,等等。这些诉讼请求都基于一种程序上的争议事实,要么提出了程序上的申请,要么对公诉方或者一审法院的诉讼程序提出了合法性异议。对于这些程序事实,作为申请方的被告人也要承担证明责任。而公诉方作为否定有关诉讼请求的一方,无须承担证明责任;法官作为裁判者,也不能在被告方仅仅提出诉讼请求的情况下,一味地进行司法调查。被告方对这些程序事实承担证明责任,也就意味着同时要承担举证义务、论证义务以及败诉风险。

(三) 三种证明标准

1. 定罪事实的证明标准

在定罪裁判程序中,检察机关对被告人的犯罪事实承担证明责任,并需要达到“事实清楚,证据确实、充分”的程度。检察机关无法提出任何证据或者无法达到这一证明标准的,法院可以作出无罪判决。但与此同时,对于法定的积极抗辩事由以及刑法所确立的推定事实,被告人也承担一定的证明责任。但是,无论是法律还是司法解释,都没有对被告人承担证明责任的情形确立明确的证明标准。主流的证据法理论认为,被告人对这些事实的证明无须达到“事实清楚,证据确实、充分”的程度,而只要达到一种较低证明标准即可。至于这一较低证明标准究竟如何界定,法律和司法解释都语焉不详。而在司法实践中,无论是最高人民法院还

是地方各级法院,都没有对被告人承担证明责任时的证明标准作出任何明确的解释和说明。

2. 量刑事实的证明标准

至于量刑事实的证明,刑事诉讼法也要求部分适用犯罪事实的证明标准。根据刑事诉讼法的规定,没有被告人供述,其他证据确实、充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。这显然说明,法院无论是认定犯罪事实还是认定量刑事实,都要达到“事实清楚,证据确实、充分”的证明标准。检察机关在对犯罪事实承担证明责任的同时,还要就其所提出的量刑事实承担证明责任,并达到与犯罪事实相同的证明标准。这一标准对于检察机关提出的所有不利于被告人的量刑情节都可以适用。但与此同时,根据“谁主张,谁举证”的原则,辩护方提出有利于被告人的量刑情节的,也应对该项情节的真实性承担证明责任。而对于这些有利于被告人的量刑事实的证明,究竟应达到何种证明标准,法律并未作出明确规定。尽管被告人的证明责任在理论上不需要达到最高的证明标准,但这一立法空白可能造成司法证明机制的混乱,甚至带来法官自由裁量权的滥用。

3. 程序事实的证明标准

对于程序事实的证明问题,法律也没有确立专门的证明标准。迄今为止,包括回避、变更管辖、延期审理、证人出庭、重新鉴定等一系列程序事项,尚未被纳入司法证明的体系之中。有关的程序争议事实也无法成为法定的证明对象。何谈就这些事实来确立证明标准了。

目前唯一被纳入司法证明体系之中的是非法证据排除问题。在非法证据排除程序中,侦查行为的合法性与公诉方的证据是否属于非法证据的问题,属于司法证明的对象。在被告方申请排除非法证据的案件中,被告人承担初步的证明责任,要对侦查行为的违法性提供证据或者线索。法院只有在对侦查行为的合法性产生疑问的情况下,才会启动正式的非法证据排除程序。这显然说明,被告人为启动非法证据排除程序所承担证明责任,需要达到令法官对侦查行为合法性产生疑问的程度。而在正式的非法证据排除程序中,检察机关对于侦查行为的合法性承担证明责任。这与行政诉讼中“被告承担证明责任”的情形有很大的相似之处。根据两个证据规定的要求,检察机关需通过出示案卷材料、播放录音录像资料或者传召侦查人员出庭作证等方式将侦查行为的合法性证明到“事

实清楚,证据确实、充分”的程度。检察机关不能证明侦查人员并未使用非法方法收集证据,法院则可以认定侦查行为系属违法行为,并作出排除非法证据的裁决。

六、侦查人员的三种证人地位

三种司法裁判形态的相对独立,衍生出一个附带的证据问题,即侦查人员不同的证人地位问题。侦查人员在刑事诉讼中天然负有调查犯罪证据、查获犯罪嫌疑人的职责。为保障侦查人员的超然地位,避免其在诉讼中产生先入为主的认识,刑事诉讼法将那些与案件有利害关系或者事先熟悉案情的侦查人员列为当事人申请回避的对象。这从根本上排除了侦查人员充当证人等诉讼角色的可能性。但是,随着刑事司法改革的逐步深入,上述观念开始发生根本的变化。在刑事诉讼中,侦查人员不仅有可能了解案件事实,而且还有可能了解一些独知的事实,他们如果不能提供证言,案件的事实真相将难以查明,司法公正的目标也就难以实现。不仅如此,侦查人员的专门调查职责一般发生在审判程序之前,而他们充当证人角色则发生在法庭审判阶段,在这一阶段,他们的侦查职责已经结束,即使提供证人证言,也不足以影响其在侦查程序中的公正性。更何况,某些证人角色恰恰要求侦查人员就其侦查行为合法性提供证言。因此,侦查人员的证人地位逐步为中国刑事诉讼法所确立。^[1]

那么,侦查人员究竟在刑事诉讼中充当怎样的证人地位呢?其实,这种证人地位在不同司法裁判程序中也有不同的表现。在定罪裁判程序中,法院所要解决的主要是犯罪构成要件事实是否成立的问题。侦查人员就其所了解的犯罪事实可以提供证言。特别是那些在犯罪发生时当场抓获嫌疑人的侦查人员,更是有可能充当“目击证人”。而在量刑裁判程序中,侦查人员有可能就某些量刑事实和量刑情节提供证言,从而充当“量刑证人”。不仅如此,面对被告方提出排除非法证据的申请,法庭一旦启动正式的程序性裁判程序,就需要对侦查行为的合法性进行全面审查。而对这类程序事实进行审查的最好方法莫过于传召侦查人员出庭作

[1] 参见陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年版,第186页以下。

证,对其侦查过程进行说明,并回答控辩双方的发问。这样,侦查人员就可以就侦查活动的合法性提供证言,从而充当“程序证人”。

(一) 作为“定罪事实提供者”的证人

根据2012年《刑事诉讼法》的规定,警察就其执行职务时目击的犯罪情况,可以作为证人出庭作证。这是我国法律首次确立侦查人员的目击证人地位。在刑事案件的侦查过程中,侦查人员经常是了解犯罪事实的。例如,侦查人员接到报案后,迅速赶赴现场,将正在作案的犯罪嫌疑人当场抓获;侦查人员在巡逻过程中,发现了正在进行的犯罪活动,并将犯罪嫌疑人当场或者事后抓捕归案;侦查人员通过技术侦查手段,将犯罪嫌疑人所实施的犯罪过程予以秘密录音、录像;侦查人员采取诱惑侦查手段,亲自采取数量引诱、犯意引诱或者双套引诱方法,诱使犯罪嫌疑人实施犯罪活动,并在犯罪嫌疑人进行违禁品交易时将其擒获……

侦查人员在执行职务过程中目击犯罪事实的情况多种多样,并不限于上述情形。但归根结底,侦查人员对案件事实情况的了解,与一般的目击证人并无本质区别。从侦查人员证言形成的基本原理来看,他们通过执行职务了解了犯罪事实情况,对此产生直观的印象,经过记忆和储存,再通过提交书面证言,或者亲自出庭作证,将其所了解的案件事实表达出来。由此可见与普通证人一样,侦查人员在作证方面也要经历感知、记忆、储存和表达等几个环节。从证明力的角度来看,侦查人员所提供的证言也有虚假的可能性,也可能与案件事实不具有相关性。这就需要司法人员根据经验法则、逻辑法则,对其证言的真实性和相关性进行审查判断。同时,与其他证人证言一样,侦查人员的目击证言也应具备法律所规定的证据资格,否则,同样不具有证据能力。

当然,侦查人员作为目击证人,也有一些区别于普通证人的特殊性。毕竟,侦查人员是在执行职务过程中目击犯罪事实的人。其一般不会接受其他侦查人员的询问,从而形成询问笔录或者证言笔录。侦查人员就其所目击的案件事实,一般是通过提交“情况说明”、“抓捕经过”、“破案经过”等方式来提交证言的。原则上,这些说明材料即侦查人员提交的书面证言。一般而言,只要控辩双方对这些说明材料的真实性和相关性不持异议,刑事法庭会将其直接采纳为定案的根据。但是,遇有控辩双方对这些说明材料提出异议的场合,特别是被告方对这些材料的真实性和相

关性提出合理怀疑的,侦查人员就有必要就此提供进一步的证言。法庭有可能要求侦查人员作出补充性的“情况说明”,或者传召其亲自出庭作证,当庭提供口头证言。但无论是提交书面说明,还是出庭作证,侦查人员都是就其所目击的犯罪事实提供进一步的证言。这种证言对于侦查人员载入案卷之中的说明材料,起到补充和强化的作用。两者结合起来,共同成为侦查人员的目击证言。法官要作出是否采纳侦查人员目击证言的决定,就需要将两者视为同一证言的不同组成部分,进行综合审查和判断。

(二) 作为“量刑事实提供者”的证人

根据我国现行的“相对独立的量刑程序”,刑事法庭在进行定罪审理的同时,还要就量刑问题进行司法裁判活动。要选择一个适当的量刑种类和幅度,法庭要对各种法定和酌定的量刑情节进行调查核实,并对这些量刑情节的影响作出法律评价。无论是法定情节还是酌定情节,从其生成的时间和来源来看,可以分为两大类:一是犯罪发生后已经生成的量刑情节,二是在刑事诉讼过程中逐步形成的量刑情节。前者往往形成于犯罪发生之前和犯罪行为过程之中,并随着犯罪行为的结束而告形成。诸如犯罪前科、犯罪动机、犯罪起因、被害人过错、主犯或从犯、累犯等方面的情节,都属于这一类量刑情节。后者则是随着刑事诉讼程序的启动而逐渐形成的量刑情节,主要包括自首、坦白、立功、认罪态度、赔偿被害人、刑事和解、退赃、预交罚金等常见的情节。

通常情况下,对前述第一类量刑情节,侦查人员会在侦查过程中将其搜集起来,制作相关的证据笔录。遇有控辩双方对这些量刑情节发生争议的场合,法庭一般不需要侦查人员提供证言,而最多会责令当初接受侦查人员调查的证人出庭作证而已。但是,前述第二类量刑情节却是在刑事诉讼程序启动之后新出现的,侦查人员有可能直接对其中的自首、坦白、立功、认罪态度、退赃、退赔等情节提供了说明类材料。控辩双方一旦对这些量刑情节提出异议,法庭就有可能向侦查人员进行调查核实,侦查人员也有可能就此类情节是否成立等问题提供证言。

《办理死刑案件证据规定》对侦查人员提供量刑事实方面的证言问题确立了若干项证据规则。首先,被告方提出案件有自首的事实和理由,有关机关未予以认定的,法庭应当要求有关机关提供证明材料或者要求