

“十二五”国家重点图书出版规划

◎ 陈卫东 著

反思与建构： 刑事证据的中国问题研究

中国当代法学家文库

陈卫东法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

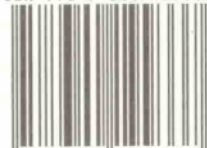
中国当代法学家文库

陈卫东法学研究系列

- 转型与变革：中国检察的理论与实践
- 反思与建构：刑事证据的中国问题研究
- 刑事诉讼权能研究
- 刑事诉讼程序正当化研究

策划编辑/杜宇峰 班晓琼
责任编辑/易玲波 游丽娜 周 础 李 勇
封面设计/徐 静

ISBN 978-7-300-19933-7



9 787300 199337 >

定价：98.00元

“十二五”国家重点图书出版规划

陈卫东 著

反思与建构： 刑事证据的中国问题研究

中国当代法学家文库
陈卫东法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

反思与建构：刑事证据的中国问题研究/陈卫东著. —北京：中国人民大学出版社，2014. 10

(中国当代法学家文库)

ISBN 978-7-300-19933-7

I. ①反… II. ①陈… III. ①刑事诉讼-证据-研究-中国 IV. ①D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 200472 号

“十二五”国家重点图书出版规划

中国当代法学家文库

陈卫东法学研究系列

反思与建构：刑事证据的中国问题研究

陈卫东 著

Fansi yu Jianguou; Xingshi Zhengju de Zhongguo Wenti Yanjiu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2015 年 1 月第 1 版

印 张 35.25 插页 3

印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷

字 数 516 000

定 价 98.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

前 言

证据制度是全部司法制度的核心。刑事诉讼中几乎所有的问题都与证据制度息息相关。近些年来陆续曝光的冤假错案绝大多数与证据问题密切相关，这就更加彰显了证据问题在刑事诉讼中的重要性。长期以来，我国刑事证据制度的立法相对滞后，1979年《刑事诉讼法》和1996年《刑事诉讼法》整部法律仅有8条证据条文，而2012年《刑事诉讼法》也不过才16条证据条文。这难以满足司法实践的需求，也由此导致了司法实践中存在着大量证据收集、采纳、采信等方面的问题。例如，在证据收集方面存在着证据收集主体的适格性、收集手段的合法性等各方面的问題，其中的一个顽疾就是以非法方式取证的问题，特别是以刑讯逼供等不人道手段取证的问题，很多冤假错案的发生都与此有关。在证据采纳方面也存在着很多问題，其中一个非常重要的问题就是如何落实非法证据的排除问题。而在证据的采信方面存在着落实刑事诉讼的证明标准等方面的问题，实践中留有余地的判决便是该问题的集中体现。

刑事证据制度方面存在的问题不仅影响了其自身的发展，也制约了我国庭审方式改革的顺利进行。我国刑事庭审程序的虚置化在很大程度上与证据制度、证据规则的不完善相关。正因为如此，党的十八届四中全会“决定”指出要“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，在具体的举措方面提出要“全面贯彻证据裁判规则，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据，完善证人、鉴定人出庭制

度”，以保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。

随着对刑事证据问题的重视，刑事诉讼立法也将证据制度的完善作为核心内容予以关注，较为激进的单独制定“证据法”的主张在2000年左右曾占据主流。在2001年至2003年之间，全国人大法工委还曾组成了一个班子，专门研究刑事证据法的起草问题，只不过后来放弃了单独制定“刑事证据法”的方案，而是将证据问题纳入《刑事诉讼法》修改之中。近年来，我国的刑事证据制度有了一定的发展。2010年两个“证据规定”（即《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》、《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》）的出台可以说是我国刑事证据制度发展史上的标志性事件，这意味着刑事证据制度的发展迈上了一个新的台阶。2012年《刑事诉讼法》修改在吸收两个“证据规定”相关内容的基础上对证据制度进行了一些调整与修改，使得我国的刑事证据制度在立法方面又有了一些突破。当然，不容否认的是，我国刑事证据制度立法的科学性、完备性也还有非常大的提升空间。

实际上，与证据制度的不完善相对应的是证据理论研究的不足。应当说，相当长时期以来对证据问题的关注与研究并不是刑事诉讼法学研究的主要内容，刑事诉讼法学研究更关注的是诉讼程序自身的设计与完善。近年来随着对证据问题的重视，对证据问题的研究也日渐繁荣，并引起了一些学术争论。作为理论研究状况的反映，证据制度在刑事诉讼立法中的地位转变可以在一定程度上说明该问题。但是应当看到，隐藏在证据研究“表面繁荣”背后的是对一些基本性证据问题的讨论远未能达成共识，对一些关键性问题缺乏研究或者研究并不充分。换言之，有很多问题还需要我们进行深入的研究。此外，随着刑事证据制度与证据实践的发展，实践中产生了一些新的问题，需要理论给予密切关注。

对于这些问题，作者进行了长期的观察与思考，并在著作中作了理论上的解释与回应，举例言之：

传统上对证据概念的理解理论上存在着不同的认识，有“事实论”和“根据论”两种概念之争。实际上，这两种不同的理论主张的倾向并不相同：前者追问



的是“证据是什么”，是一种认识论倾向，而后者追问的是“证据应该是什么”，是一种价值论倾向。尽管自从证据制度产生以来，人们一直在追求能够达到“真理”，但由于人们的认识能力和认识条件的限制，这种追求总是以一种无奈而告终。最终，人们发现放弃对“证据是什么”的哲学追问，而代之以“证据应该是什么”的思考和设计可能是一个较好的选择，因此，应当承认哲学意义上证据与法律意义上证据的区别，并自觉完成研究视角的转变，倘能如此，上述围绕着证据概念的争论也就可以解决了。

证据的表现形式是什么？学术界的观点并不统一，存在着“事实说”、“法律存在说”、“信息载体说”、“反映说”等观点。“事实说”将哲学上的证据概念与诉讼中的证据概念相混淆，将证据与事实画等号，不仅理论上难以自圆其说，实践中也自相矛盾。“法律存在说”注意到了证据概念的实践属性，但却试图用合法性体现证据的程序价值，把证据审查、认定规则等同于证据属性本身，人为限制了证据的外延。“反映说”把证据列入主观范畴，犯了把反映对象与反映内容相混淆的错误。而“信息载体说”正确认识到证明过程是一种回溯性过程，是要通过一系列过程和手段，把那些储存在相关人或物上的信息发掘出来，而信息自身无法独立存在，它总是依附于一定的人或物。应当说，2012年《刑事诉讼法》修改受到这些讨论的影响，并对证据的表现形式从“事实说”调整为“信息载体说”，认为“可以用于证明案件事实的材料，都是证据”。

刑事证据法应当包括哪些基本原则？在理论上有所争议，总体来看应当包括证据裁判原则、合法性原则、关联性原则、直接言词原则、质证原则。其中特别需要强调的是证据裁判原则。证据裁判原则是证据规定的帝王条款。证据裁判原则是伴随着司法不断文明理性地发展而产生、确立的，其是司法文明理性的集中体现。证据裁判原则作为一项基本原则在两大法系国家都得到了普遍承认：大陆法系国家普遍奉行证据裁判原则，有些大陆法系国家还在立法中明文规定证据裁判原则，以作为对法官调查证据权力的规制。而英美法系国家尽管在立法中没有明文规定证据裁判原则，但是存在着大量规范证据运用的规则，比如证据的关联性规则、可采性规则，等等，这些规则与证据裁判原则的精神实质是相一致的。在



我国，证据裁判原则虽然没有在立法上被明确规定，但是我国“以事实为根据”的司法政策以及相关的法律规定都体现了证据裁判原则的精神。例如，《刑事诉讼法》第53条第1款规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人陈述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”此外，需要说明的是2010年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》规定“认定案件事实，必须以证据为根据”。这被视为正式确立了证据裁判原则。但是非常遗憾的是，2012年《刑事诉讼法》修改时并没有吸纳该规定的做法，也没有明确确立证据裁判规则。考虑到在我国证据意识、证据观念尚有欠缺，刑事诉讼法立法的科学性、完备性还有待提升，未来在《刑事诉讼法》修改过程中应当在证据部分首要位置明确证据裁判原则。此外，需要说明的是，“推进以审判为中心的诉讼制度改革”的重要一环即在于庭审中心主义，而庭审中心主义有赖于直接言词原则、质证原则等原则的实质确立，特别是相关制度的构建或完善，这就需要在证人、鉴定人、侦查人员出庭以及证据开示、交叉询问等方面作出更为完善的调整或者制度构建。

刑事证明责任乃是刑事诉讼的脊梁。证明责任的积极意义在于经过法定的方法和过程，事实仍真伪不明时，假定一方应当承担此种不利后果。证明责任既是一种裁判规则，也是一种风险分配机制。在英美法系国家，证明责任包括了两层含义，一是对某一特殊争议事实提出证据的责任，二是说服裁判者的责任。而在大陆法系国家，证明责任被划分为客观证明责任和主观证明责任，前者是争议事实不明时承担不利后果的“结果责任”，而后者是为自己的主张提供证据支持的“行为责任”，仅存在于对抗制的诉讼结构下。证明责任分配规则在两大法系国家呈现出不同的风格。我国也在2012年《刑事诉讼法》第49条规定了具有我国特色的公诉案件被告人有罪的举证责任分配规则。对于我国立法上的举证责任分配规则如何理解？应当说，对该规则的理解必须结合我国刑事诉讼的立法从整体上进行观察与分析。据此，在作者看来，我国的举证责任分配规则应当包含以下几个方面的意涵：其一，人民检察院承担证明被告人有罪的举证责任，但是并不否





认人民检察院同时要承担证明被告人无罪、罪轻和罪重的责任，这是人民检察院秉承客观义务原则的基本要求。其二，人民法院要承担补充性的举证责任，也就是说，在公诉案件刑事审判过程中，在检察机关提供证据使案件达到真伪不明的状态时，人民法院负有收集并运用证据查证、确认案件事实的责任。其三，被告人不承担举证责任。被告人及其辩护人提出犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的抗诉属于其诉讼权利而非诉讼义务。由此可见，我国的公诉案件被告人有罪的举证责任分配规则具有其特质。

刑事证明标准也是一个历久弥新的话题。在我国，公诉案件大体要经过立案侦查、逮捕、移送审查起诉、提起公诉和判决几个处理阶段（活动），对每一阶段（活动），法律都规定了一定的证明标准。因此，我国的刑事证明标准体系是由立案侦查的证明标准、逮捕的证明标准、移送审查起诉的证明标准、提起公诉的证明标准以及有罪判决的证明标准构成的。这些证明标准是随着诉讼的进程而不断提高的，这体现了我国刑事证明标准具有一定的层次性。其中，移送审查起诉的证明标准、提起公诉的证明标准和有罪判决的证明标准都是“犯罪事实清楚，证据确实充分”。从学理上讲，将移送审查起诉的证明标准、提起公诉的证明标准和有罪判决的证明标准等同是否恰当是值得商榷的。这种制度设计虽然体现了诉讼的严肃性，但是较高的证明标准也打击了检察机关追究犯罪的积极性，使得检察机关主动放弃了对一些犯罪的追究。因此，应当放宽提起公诉的证明标准，可以将之界定为“根据证据进行判断认为有可能定罪时”即应提起公诉。当然，刑事证明标准的核心问题是有罪判决的证明标准问题。在我国，有罪判决的证明标准为“事实清楚，证据确实、充分”。对于这里的“事实”存在着不同的认识观，有“客观真实说”、“诉讼真实说”、“法律真实说”以及“庭审真实说”之争，后三种学说认为应区分客观真实与诉讼真实、裁决案件所依据的证据事实是诉讼内的事实（真实）、法律上的真实、庭审认定的事实而不是“客观真实”。应当说，“客观真实说”的初衷是好的，作为一种理想状态也是无可非议的，但是其自身不仅很难判断，也很难实现，在刑事诉讼中是否具备可行性、科学性是值得商榷的。实际上，诉讼作为解决社会纠纷的专门活动，有其自身的规律，我

们应当从诉讼自身的特性来认识“事实”。在刑事诉讼中，对“事实”的发现是依照法定程序通过对证据的审查判断来实现的。这是一种特殊的回溯性的认识活动，认知的结果受制于诉讼程序以及其他主、客观条件。这种认知的结果往往和客观真实有一定的差距。因此，在刑事诉讼中，我们应当区分法律意义上的“诉讼真实”与哲学意义上的“客观真实”，并以“诉讼真实”作为诉讼上的追求。

在具体标准设计上，英美法系国家采用的是“排除合理怀疑”标准，大陆法系国家实行的是“高度盖然性”标准，也是一种排除了任何疑问的内心确信。这说明两大法系国家在刑事证明标准方面的精神实质是相一致的。那么，我国的证明标准和国外的证明标准是一种什么关系？孰高孰低？对此，有不同的观点。有人认为国外的证明标准较之我国的证明标准要更高，也有人认为恰好相反。从对“证据确实、充分”的解读来看，该标准与“排除合理怀疑”标准实际上是相通的，两者之间并没有本质的区别。无论是“证据确实、充分”还是“排除合理怀疑”，都是一个标准的两个方面：前者是一种肯定性的表述，而后者是一种排除性的表述。从理论上来看，无论采用两种表述中的哪一种，都没有太大的问题。需要指出的是，在2012年《刑事诉讼法》修改过程中，对“证据确实、充分”的证明标准进行了细化，并在其中采用了“排除合理怀疑”的表述方式。应当明确，2012年《刑事诉讼法》并没有修改“证据确实、充分”这一证明标准，而是将“排除合理怀疑”作为明确“证据确实、充分”证明标准的一个要素而加以规定，其目的在于便于证明标准在实践中的操作。

此外，为了严防死刑的滥用，对死刑案件适用更高的证明标准是否可行？对于该问题，我国的司法实践中曾经提出一些改革方案。如何看待该问题？在作者看来，对于死刑案件的证明标准，不能笼统地主张其应该高于普通刑事案件的证明标准。对死刑案件的证明标准问题应当采取分而治之的策略：死刑案件定罪的证明标准应当采取与普通刑事案件相同的证明标准，判处死刑的证明标准则应当采用更高的“排除一切怀疑”的证明标准。

至于证据规则的完善，尤其需要强调的当属非法证据排除规则。2010年颁布的两个“证据规定”确立了非法证据排除规则，明确了非法证据的范围及排除

程序。2012年《刑事诉讼法》修改在此基础上在第54条至第57条确立了我国的非法证据排除规则，明确了非法证据的范围以及非法证据的证明责任和证明标准问题。这应当说是我国刑事证据立法的一大进步，但是应当看到，我国的非法证据排除规则也存在着一些问题。关于非法证据的实体标准及其外延范围的认识并不统一。当前，“两高三部”正在起草、论证“非法证据排除规定”，试图进一步明确非法证据的范围。应当指出的是，非法证据的实体标准及其外延是一个非常繁杂且争议极大的问题，试图通过立法予以完全解决可能并不现实。至于“非法证据排除规定”界定非法证据实体标准和外延的实际效果如何，将来还有待司法实践的检验。实际上，关乎非法证据排除规则能否有效运转的更为核心的问题是非法证据排除程序机制的畅通问题。这是一个非常宏大的话题，涉及非法证据排除动议的提出主体，非法证据排除动议提出的时间、方式，非法证据排除动议的审查，非法证据排除程序的证明等问题。由于我国在非法证据排除方面的经验较为有限，这就需要从比较的视角并结合我国的实践探讨非法证据排除程序的详细构建问题。关于该程序的详细构建需要强调两个问题：其一，非法证据排除程序并不是所谓的“诉讼中的诉讼”或者“审判中的审判”，其仅仅是审判过程中的一个环节，是审判人员对证据的合法性进行审查的程序；其二，我们应当更加关注非法证据在庭前的排除，以尽量避免非法证据排除在庭审中重复提出并扰乱诉讼进程。基于此，未来在《刑事诉讼法》修改过程中应当对庭前非法证据排除程序的建构问题给予足够重视。值得注意的是，2012年《刑事诉讼法》修改构建了庭前会议制度，允许在庭前就非法证据排除问题了解情况、听取意见，这为我国将来构建庭前非法证据排除程序留下了制度空间。

当然，上述并不是证据问题的全部，也并不是本著作的全部内容。作者在此梳理上述问题所意图表明的是，对证据问题我们还需要进行更加深入的研究才能解决一些认识上的问题，也才能对刑事证据制度的立法和司法实践提供智识上的支持。正是带着这样的认识，作者长期关注刑事证据理论的研究。作为研究的阶段性总结，作者谨希望这些研究成果的出版，能够促进学术界与实务界更加深入的思考。



需要说明的是，该著作共分为6篇，分别为绪论篇、证据篇、证明篇、证据规则篇、证据评论篇以及证据调研篇。在绪论篇，作者从宏观上探讨了我国证据制度存在的一些问题及其症结所在。在证据篇、证明篇以及证据规则篇，作者对证据制度的一些基础理论进行了研究，也对一些证据制度的修改、完善或者制度建构提出了可供参考的意见和建议。在证据评论篇，对于我国刑事证据制度未来的立法以及近年来刑事证据制度立法的发展等问题，作者进行了宏观的思考与评析。此外，证据调研篇是作者运用实证研究方法对证据问题进行的研究，分析、评估了证据制度改革在实践中的运行及其效果。这些评估与研究在当下仍有其指导意义，并有助于我们窥见刑事证据制度在实践中的真实运行状况，对于我们思考未来刑事证据制度的发展有所裨益。

在该著作即将付梓之际，要感谢为该著作的出版付出辛勤劳动的中国人民大学出版社社长与各位编辑。他（她）们认真敬业的工作精神、科学严谨的态度令人钦佩。该著作的编辑出版也凝聚了他（她）们的心血与智慧。

当然，刑事证据理论博大精深，并不是一本研究著作就能全部涵盖的。本著作也仅仅是作者一段时期以来对刑事证据问题思考的总结。随着我国刑事证据制度立法与司法实践的不断发展，将会有更多的刑事证据问题需要从理论上进行解释与回应。因此，我们还应继续对刑事证据问题保持足够多的关注与思考。

是为序。

陈卫东

于人大明德法学楼

2014年12月10日



目 录

绪论篇

| | |
|----------------------|---|
| 第一章 刑事证据法的中国问题 | 3 |
|----------------------|---|

证据篇

| | |
|-----------------------|-----|
| 第二章 诉讼证据定义新论 | 91 |
| 第三章 刑事证据法的基本原则 | 110 |
| 第四章 证据能力研究 | 160 |
| 第五章 口供证据效力研究 | 179 |
| 第六章 测谎结论的证据问题研究 | 197 |
| 第七章 量刑证据研究 | 218 |

证明篇

| | |
|-------------------|-----|
| 第八章 证据证明力问题 | 235 |
|-------------------|-----|

| | |
|-----------------------------|-----|
| 第九章 刑事法上的证明责任与推定 | 249 |
| 第十章 关于完善我国刑事证明标准的若干思考 | 266 |
| 第十一章 完善死刑案件证明标准的一种思路 | 284 |
| 第十二章 司法认知 | 302 |

证据规则篇

| | |
|-----------------------------|-----|
| 第十三章 证据规则概论 | 321 |
| 第十四章 推行非法证据排除规则的障碍与出路 | 341 |
| 第十五章 我国非法证据排除程序的分析与建构 | 361 |
| 第十六章 我国刑事庭审中交叉询问规则的重构 | 407 |

证据评论篇

| | |
|--|-----|
| 第十七章 刑事诉讼法证据制度修改的宏观思考 | 417 |
| 第十八章 刑事再审案件的证据评定 | 427 |
| 第十九章 刑事证据法的新发展 ——评《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》 | 439 |

证据调研篇

| | |
|---|-----|
| 第二十章 寿光证据开示试点模式的理论阐释 | 467 |
| 第二十一章 “两个证据规定” 实施情况调研报告 ——侧重于三项规定的研究 | 481 |
| 第二十二章 司法精神病鉴定实施情况调研报告 | 504 |



目 录

| | |
|-----------------------------|----|
| 绪论篇 | |
| 第一章 刑事证据法的中国问题 | 3 |
| 一、我国刑事证据立法的新发展 | 5 |
| 二、建立、完善证据制度的制约因素 | 16 |
| 三、证据采集过程中存在的问题 | 19 |
| 四、证据采纳过程中存在的问题 | 50 |
| 五、证据采信过程中存在的问题 | 68 |

| | |
|-------------------------------|-----|
| 证据篇 | |
| 第二章 诉讼证据定义新论 | 91 |
| 一、如何定义“证据”：以逻辑学为视角的考察 | 92 |
| 二、认识层面的界分：证据是什么和证据应该是什么 | 95 |
| 三、解释论上对证据概念的分析 | 97 |
| 四、从功能层面对证据概念的分析 | 101 |
| 五、证据的形式 | 102 |



| | |
|-----------------------------------|------------|
| 六、2012年《刑事诉讼法》修改后证据概念解读的新思维 | 105 |
| 第三章 刑事证据法的基本原则 | 110 |
| 引 言 | 110 |
| 一、证据裁判原则——证据规定的“帝王条款” | 115 |
| 二、合法性原则——证据规则的社会属性 | 126 |
| 三、关联性（相关性）原则——证据法则的逻辑基点 | 136 |
| 四、直接、言词原则——事实发现的前提机制 | 143 |
| 五、质证原则——真相查明的动态装置 | 148 |
| 第四章 证据能力研究 | 160 |
| 一、证据能力的概念 | 160 |
| 二、国外证据能力规则的比较 | 164 |
| 三、我国证据能力制度的现状和完善 | 171 |
| 第五章 口供证据效力研究 | 179 |
| 一、口供的基本概念 | 180 |
| 二、口供的证据效力 | 181 |
| 三、同案被告人口供的应用效力 | 184 |
| 四、我国司法实践过分依赖口供的原因探析 | 188 |
| 第六章 测谎结论的证据问题研究 | 197 |
| 引 言 | 197 |
| 一、测谎结论的基本范畴 | 198 |
| 二、测谎结论应用的比较研究 | 203 |
| 三、测谎结论的证据资格 | 208 |



| | |
|-------------------------|-----|
| 第七章 量刑证据研究 | 218 |
| 引 言 | 218 |
| 一、量刑证据的研究价值 | 219 |
| 二、量刑证据的宏观透视 | 220 |
| 三、量刑证据的微观解析 | 224 |

证明篇

| | |
|------------------------------------|-----|
| 第八章 证据证明力问题 | 235 |
| 一、证据证明力的概念解读 | 236 |
| 二、证据证明力的决定因素 | 240 |
| 三、判断证据证明力大小的标准 | 245 |
| 第九章 刑事法上的证明责任与推定 | 249 |
| 一、证明责任的本质 | 249 |
| 二、证明责任的概念 | 251 |
| 三、刑事证明责任分配的一般原则 | 254 |
| 四、刑事证明责任的分配 | 256 |
| 五、我国刑事诉讼案件中的举证责任分配规则 | 260 |
| 第十章 关于完善我国刑事证明标准的若干思考 | 266 |
| 一、质疑传统的证明标准理论 | 267 |
| 二、各国刑事证明标准之比较与评价 | 274 |
| 三、我国刑事证明标准之重塑 | 277 |
| 第十一章 完善死刑案件证明标准的一种思路 | 284 |
| 一、死刑案件的证明标准：一个引人关注的问题 | 285 |



| | |
|-----------------------------|------------|
| 二、标准与规则之争：证明标准的建构是否可能 | 287 |
| 三、定罪与量刑的分离：分而治之的前提 | 290 |
| 四、排除合理怀疑：死刑案件定罪的证明标准 | 292 |
| 五、排除一切怀疑：判处死刑的证明标准 | 296 |
| 第十二章 司法认知 | 302 |
| 一、司法认知的价值考量 | 303 |
| 二、司法认知的对象 | 305 |
| 三、对我国司法认知规则运用的建议 | 312 |

证据规则篇

| | |
|------------------------------------|------------|
| 第十三章 证据规则概论 | 321 |
| 一、非法证据排除规则 | 323 |
| 二、口供自愿性规则与口供补强规则 | 325 |
| 三、最佳证据规则 | 330 |
| 四、传闻证据规则 | 331 |
| 五、意见证据规则 | 338 |
| 六、推定和司法认知 | 339 |
| 第十四章 推行非法证据排除规则的障碍与出路 | 341 |
| 一、法律文化障碍透视及启示 | 342 |
| 二、政治、法律体制障碍透视及启示 | 345 |
| 三、犯罪形势障碍透视及启示 | 350 |
| 四、法律观念障碍透视及启示 | 354 |
| 五、建构符合我国国情的非法证据排除规则的几点建议 | 357 |





| | |
|------------------------------------|-----|
| 第十五章 我国非法证据排除程序的分析与建构 | 361 |
| 一、谁有资格提起排除非法证据的动议 | 363 |
| 二、如何提出非法证据排除动议 | 376 |
| 三、非法证据如何被审查 | 381 |
| 四、非法证据排除程序之证明 | 401 |
| | |
| 第十六章 我国刑事庭审中交叉询问规则的重构 | 407 |
| 一、英美法系交叉询问的一般规则 | 408 |
| 二、大陆法系对交叉询问规则的借鉴 | 410 |
| 三、我国刑事诉讼中的交叉询问制度的现状和困境 | 412 |
| 四、重构我国刑事庭审中的交叉询问规则 | 413 |

证据评论篇

| | |
|------------------------------------|-----|
| 第十七章 刑事诉讼法证据制度修改的宏观思考 | 417 |
| 一、我国刑事证据立法的偏失 | 417 |
| 二、刑事证据制度修改的方法论问题 | 420 |
| 三、刑事证据立法的体系化问题 | 423 |
| | |
| 第十八章 刑事再审案件的证据评定 | 427 |
| | |
| 第十九章 刑事证据法的新发展 | |
| ——评《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》 | 439 |
| 一、“两《规定》”的出台背景——一起冤案 | 440 |
| 二、“两《规定》”出台的意义——两大进步 | 441 |
| 三、“两《规定》”的亮点——三项突破 | 444 |
| 四、“两《规定》”的不足——四个疑问 | 454 |

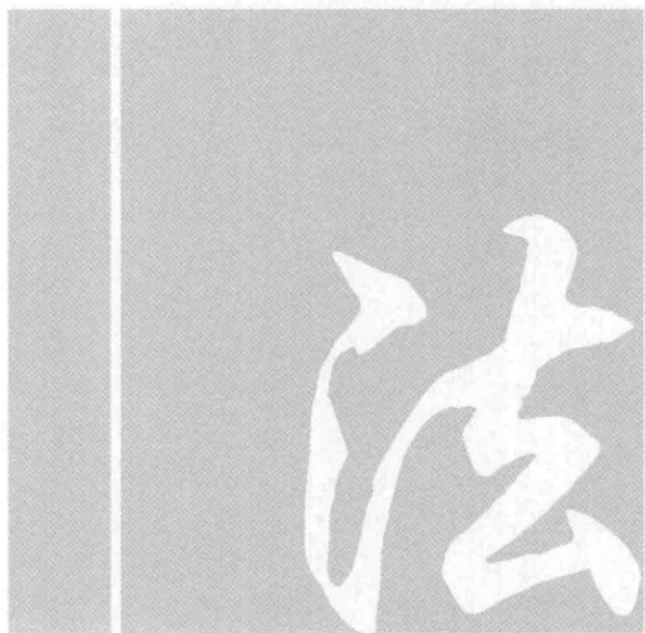


| | |
|--------------------------|-----|
| 五、“两《规定》”的未来——五点建议 | 457 |
|--------------------------|-----|

证据调研篇

| | |
|--------------------------------------|------------|
| 第二十章 寿光证据开示试点模式的理论阐释 | 467 |
| 一、引言：选择证据开示而非阅卷制的理由 | 467 |
| 二、试点工作的研究方法 with 改革对象 | 470 |
| 三、寿光试点模式的具体内容 | 472 |
| 四、寿光模式的理论评析 | 476 |
| 第二十一章 “两个证据规定” 实施情况调研报告 | 481 |
| ——侧重于三项规定的研究 | 481 |
| 引 言 | 481 |
| 一、非法证据排除规则与程序 | 482 |
| 二、隐蔽性证据的使用 | 499 |
| 三、特殊侦查措施获得的材料用作证据 | 501 |
| 第二十二章 司法精神病鉴定实施情况调研报告 | 504 |
| 引 言 | 504 |
| 一、鉴定主体 | 505 |
| 二、鉴定的程序 | 519 |
| 三、公安、司法工作人员对司法精神病鉴定意见的审查判断 | 531 |
| 四、证明标准的操作 | 545 |
| 五、对精神病人的安置 | 545 |





绪论篇

第一章

刑事证据法的中国问题

从某种意义上讲，整个诉讼过程，就是证据的发现、收集、审查、判断和运用的过程。英国法学家边沁说：“审判的技能在实际上不是什么别的东西，只是利用证据的技能罢了。”意大利法学家菲利则进一步说：“搜集证据、检讨它们并加以评定——这就是刑事诉讼全部内容所应表现的。”^① 整个诉讼的程序流程，是以证据为主线推进的，而整个诉讼的实体问题的解决，也是通过对证据的采认而完成的。因此，证据制度是全部司法制度的核心，在刑事诉讼法实施中存在的问题总是与证据现象息息相关。

在证据立法和司法实践两个层次上均存在一定的问题，使得我国的刑事诉讼在证据理论以及证据规则、证据运用等方面仍存在很多问题，这种滞后直接制约了刑事庭审方式改革的顺利进行。学界和司法部门对于进行证据制度的改进与重塑均有共识。从深层次上讲，证据制度的重塑与变革不仅仅是对诉讼程序作相关规定就可以完善的，它必须与整个司法制度，甚至与政治体制改革相联系，稳步协调推进才能达到预期的效果。限于本书的范围，不能全部涉猎。在本章，笔者试图对司法实践中与证据制度直接联系的问题进行探讨。

^① 转引自裴苍龄：《证据法学新论》，10页，北京，法律出版社，1989。

首先有必要交代一下本章的体例设计。我国的证据制度涉及公、检、法机关和有关当事人与诉讼参与人，囊括了采证、举证、质证和认证多个环节，结构相当复杂。学界传统理论认为：刑事诉讼证明贯穿于侦查、起诉、审判的各个阶段，侦查、起诉和审判机关都是诉讼证明的主体。同时，诉讼当事人以及他们的辩护人或代理人为了当事人的利益，也要进行有关的证明活动，故也是证明主体。这种对刑事诉讼证明的理解与西方国家不同：在西方国家，无论是英美法系国家还是大陆法系国家，诉讼证明主要是指司法裁决过程中一方当事人在对方当事人有机会提出异议的情形下说服司法官相信其主张成立的活动。在这些国家（地区），尽管刑事追诉活动已经远远超出了传统意义上的刑事诉讼活动，而且，大陆法系诉讼模式下（如德国、日本、我国台湾地区等）甚至在更为宽泛的意义上承认侦查活动的“诉讼”属性，但是，就刑事诉讼证明而言，它们却较为一致地保留了诉讼证明的“诉讼”特征（即在对方当事人的参与下，当事人说服司法官相信其主张成立的活动），并往往以诉讼证明的典型形态——审判阶段的证明活动为主要研究对象展开对诉讼证明相关问题的研究。^①我国的司法改革是以庭审中心为基本方向的，而且证据的运用最终也要归结到庭审中的证据运用上来，因此，本章采用的体例视角尽量贴近以庭审为中心的思路，以证据的采集、采纳和采信^②为基本构架。鉴于举证和质证环节在程序上多体现于庭审，同时与证据采信有着更紧密的联系，本章将其列入证据采信部分。学界经常提到的证据的审查判断，本章因为庭审中心的关系，主要讲的是法官对证据的审查判断，并根据是解决证据的可采性还是可信性将其分解到证据的采纳和采信两部分分别论述。至于公安和检察机关对证据的审查判断，本章不作专门阐述，可以比照法官对证据的采纳与采信部分，结合其相应的法定规则与标准来进行。笔者认为，证据的审查判断，其主体的不同决定了审查判断行为的法律后果的不同，但在审查判断

^① 参见吴宏耀：《刑事诉讼证明解析》，载正义网，2000-12-07。

^② 在证据采集阶段，证据作为客观存在同案件发生关系，进入取证主体的视野，得以被提交法庭确认；在证据采纳阶段，证据被采纳主体（在我国应指法官）确认其可采性；在证据采信阶段，也就是裁判者通过内心确信形成判决的阶段，裁判者通过具体的证据采信形成逻辑上完整的证据链条，从而形成心证的过程。





主体内心确信的形成机理上，应当别无二致。^①公安和检察机关对证据的审查判断在对抗式庭审中仅仅是公诉一方的主观行为，而法官对证据的采纳和采信行为才对案件的审理具有实体意义上的影响。这也是本章略去对公安、检察机关审查判断证据环节的深入探讨的原因。至于涉及证据规则的有关问题，本章将其归入证据采纳部分。

一、我国刑事证据立法的新发展

在刑事诉讼程序中，刑事证据既是诉讼活动的基础，也是认定案件事实的根据，可以说，诉讼的全过程都是围绕证据问题进行的，其重要性毋庸置疑。同时，刑事证据又涉及收集、使用和审查判断等问题，具有一定的复杂性。因此，一国有关刑事证据的法律规定可以充分体现该国刑事司法的文明程度和先进程度，中国亦不例外。2012年3月14日，第十一届全国人民代表大会第五次会议审议通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，2012年《刑事诉讼法》不仅对“证据”一章作了较大调整，而且增加了新条文、增设了新制度，完善了我国的证据立法。

（一）刑事证据制度的修法背景

1. 修改刑事证据制度绝非偶而是必然

证据制度是刑事诉讼的重要组成部分，直接决定了刑事案件审理的质量。立法机关决定修改证据制度也非一时兴起，而是经过了慎重的考虑，而现有立法规定的缺陷为证据制度的修改提供了契机。

首先，“证据”一章的条文数量较少。1979年《刑事诉讼法》“证据”一章仅有7个条文，占条文总数的4.2%。1996年《刑事诉讼法》修改后，“证据”

^① 从标准的角度来讲，证据之所以被采集，原因在于采集主体对其相关性的认定，这也是证据采集的标准；证据之所以成为诉讼证据，从而具有法律意义上的效力，正是由于采纳主体依法律对其相关性、客观性和法律性的认定，此时的相关性认定和证据采集主体的相关性认定标准和标准掌握程度是不同的；证据被采信为定案证据，是采信主体对证据自身证明力的一种判断。但判断所依照的标准和规则是一种递进关系。



一章的条文数量没有发生较大变化，仅增加一条有关保护证人及其近亲属作证的规定，但百分比下降为 3.5%，而且司法解释中有关证据问题的规定也不够详尽^①，远远不能满足司法实践的需要。法律规定的不明确、不具体导致司法实践中公、检、法机关无法可依。

其次，“证据”一章的内容比较单一。1979 年《刑事诉讼法》“证据”一章的框架体系基本符合当时的时代背景和认知水平，但 1996 年修改时未作变动，大部分条文仅是静态地规定了证据的概念、分类及运用证据的原则等问题。这一沿用至今的架构和体例已与国际公约中的刑事证据规则和人权保障标准不相匹配。^②

最后，“证据”一章的体系不够协调。这主要表现在证据部分的相关条文之间衔接不畅且缺乏必要的配套制度。例如，1996 年《刑事诉讼法》第 43 条规定了严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，但“证据”一章并未规定非法证据排除规则和相应的配套制度；再如，第 49 条规定人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全，但法律没有明确保护机关和保护程序，导致该条在实践中流于形式。

2. 修改刑事证据制度有理论铺垫和实务需要

除立法本身存在的问题，理论界和实务界也积极呼吁修改刑事证据制度。一方面，学术理论的深入研讨为证据制度修改作了铺垫。学界已经对证据制度中的相关问题进行了较为深入的研究和讨论。例如，有关“法律真实”与“客观真实”的讨论使我们突破桎梏，以法律人的思维方式理解证明标准问题。^③ 在证据

^① 例如，最高人民法院《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》没有专章对证据问题作出规定，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》中“证据”一章仅有 11 个条文规定，公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》中“证据”一章仅有 10 个条文规定。

^② 例如中国加入的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》和《公民权利和政治权利国际公约》等。

^③ 参见樊崇义等：《刑事证据法原理与适用》，30 页，北京，中国人民公安大学出版社，2001；陈光中等：《刑事证据制度与认识论》，载《中国法学》，2001（1）。



概念方面,针对早期研究中证据就是事实的观点^①,学者随后提出了“根据说”^②、“材料说”^③、“信息说”^④和“方法说”^⑤等不同观点,充分揭示了证据的功用和属性。虽然对于部分问题尚未形成定论,但学术讨论中的百家争鸣恰恰有助于我们厘清证据部分的相关概念、规则和制度,而且经过时间的积淀,其中相对成熟的研究成果已经直接影响了2012年修法。

另一方面,司法实务的客观需要为证据制度修改埋下伏笔。证据作为实体裁判和诉讼程序的连接点,对正确定罪量刑有关键作用。但在司法实务层面,随着中国经济社会的快速发展,现行刑事诉讼法及其司法解释关于证据的规定比较原则,很难满足实践需要。^⑥这主要表现为在审判过程中出现了很多新情况和新问题需要法律作出明确规定,例如,电子证据的审查判断问题。另外,与近年来司法实践中轰轰烈烈的诉讼程序尤其是审判程序的试点改革相比,证据制度稍显沉寂。例如,量刑程序规范化改革等试点研究是我国审判程序由单一化迈向多元化的一次有益尝试^⑦,但证据制度与诉讼程序的不匹配、不协调已成为司法改革继续推进的阻力。

3. 证据制度的修改既源于实践又高于实践

一方面,证据制度的修改绝非“无源之水、无本之木”,立法机关在修法之前已经积累了大量的经验。1996年《刑事诉讼法》修改后,公安机关、人民检察院和人民法院各自出台了司法解释,同时还制定了最高人民法院、最高人民检

① 参见陈光中主编:《刑事诉讼法学(新编)》,148页,北京,中国政法大学出版社,1996;程荣斌主编:《刑事诉讼法》,162页,北京,中国人民大学出版社,1999;陈一云主编:《证据学》,99页,北京,中国人民大学出版社,1991。

② 曹贵乾主编:《刑事诉讼法教程》,122页,北京,警官教育出版社,1998。

③ 何家弘:《让证据走下人造的神坛》,载《法学研究》,1999(5)。

④ 齐剑侯、童振华编:《刑诉证据基本原理》,50页,长春,吉林人民出版社,1982。

⑤ 崔敏、张文清:《刑事诉讼证据理论与实务》,38页,北京,中国人民公安大学出版社,1992。

⑥ 参见郎胜:《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明——2011年8月24日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》,见http://www.npc.gov.cn/huiyi/lfzt/xsss-fxg/2011-08/30/content_1668529.htm,访问日期:2012-04-02。

⑦ 参见陈卫东主编:《量刑程序改革理论研究》,北京,中国法制出版社,2011。



察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法〉实施中若干问题的规定》（以下简称“六机关规定”）以综合协调公、检、法三机关在执行2012年《刑事诉讼法》过程中出现的问题和存在的矛盾。尽管如此，法律执行的效果仍不理想。因此，自2000年起，为消弭执法过程中存在的问题并推动刑事证据制度改革，全国人大常委会法制工作委员会考虑制定一部专门的刑事证据法，同时学界也就证据立法问题展开了讨论。^① 由于刑事诉讼法与刑事证据法两者相互依存且难以剥离，刑事证据法最终并未出台，但立法机关经过多年的调研、论证和讨论，已经形成了较为成熟的条文规定，对于证据制度存在的问题以及应当如何完善早已了然于胸。

另一方面，刑事司法改革的有益探索为立法机关提供了丰富的参考样本。早在2008年，中共中央政法委在《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》中即提出四大方面、60小项的改革任务^②，任务之一即为刑事证据部分的改革与完善。例如，2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部颁布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》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“两个证据《规定》”）作为司法改革的成果，第一次在我国系统确立了刑事证据的基本原则和非法证据排除规则，对于法官审查、判断、运用证据作出了详细的指导。^③ 2012年《刑事诉讼法》再修改也吸收了“两个证据《规定》”的基本精神，将非法证据排除规则写入其中。

可见，2012年证据部分的修改源于现行立法规定的不足和司法实务的客观

^① 参见樊崇义等：《刑事证据法原理与适用》，北京，中国人民公安大学出版社，2003；江伟主编：《中国证据法草案（建议稿）及立法理由书》，北京，中国人民大学出版社，2004；陈光中：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿（条文、释义与论证）》，北京，中国法制出版社，2004。

^② “四大方面”是优化司法职权配置、落实宽严相济刑事政策、加强政法队伍建设、加强政法经费保障四方面，“60小项”涵盖了重整刑事证据规则、全面展开量刑规范化改革、推行案例指导制度、完善人民陪审员制、规范上下级法院关系、建立司法巡查制度、加强律师管理等具体的改革任务。同时，最高人民法院出台了《人民法院第三个五年改革纲要（2009—2013）》，最高人民检察院出台了《关于贯彻落实〈中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见〉的实施意见——深化检察改革2009—2012年工作规划》。

^③ 参见陈卫东：《非法证据排除规则的喜与忧》，载《法制日报》，2010-08-11，11版。

需要，立法机关在充分考虑理论研究、实践探索和司法改革成果的基础上，将其中成熟的经验上升为法律规定。

（二）证据制度修改的“亮点”

2012年《刑事诉讼法》修改，对证据部分的修改具有高度前瞻性，充分体现了对人权的尊重和保障。“证据”一章在原有条文基础上新增了8个条文，共计16个条文，占刑事诉讼法条文总数的百分比上升到5.5%。与辩护、强制措施等其他部分相比较，“证据”一章的条文变动基本都是围绕人权保障这一主线进行的，不仅与中国加入的国际公约的基本要求保持一致，而且是宪法中尊重和保障人权条款在2012年《刑事诉讼法》中的具体落实。

1. 不得强迫自证其罪原则入法

不得强迫自证其罪原则源于我国1998年10月签署的《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3项：在判定对任何人提出的任何刑事指控时，人人完全平等地有资格享受最低限度的保证。其中一项要求是“不被强迫做不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”。考虑到为批准公约创造条件，同时有效遏制并防范刑讯逼供，2012年《刑事诉讼法》第50条在严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据后增加“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定，从而第一次确立了该原则。该条规定是我国人权保障和程序公正的重要内容之一，但在修法过程中也引发了一系列讨论。

首先，就如何准确表达“不被强迫做不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”的基本精神存在争议。笔者认为，国际公约中的表述含义准确但语义重复，若直接使用“不得强迫自证其罪”，则略显晦涩且有“西化”嫌疑，不利于代表审议和新法通过。为便于社会公众理解和接受，立法机关最终选择使用“不得强迫任何人证实自己有罪”这样一种中国化、通俗化的表达方式。尽管按照一般理解，“证实”与“证明”在语义上有所区别，但按照立法机关的解释，这里的“证实”与“证明”二词同义，且与公约不得强迫自证其罪的精神一致。^①

^① 参见郎胜主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》，116页，北京，新华出版社，2012。

其次，就2012年《刑事诉讼法》第50条与沉默权的关系存在争议。争议的焦点是2012年《刑事诉讼法》第50条是否在我国确立了沉默权制度。^①笔者认为，不得强迫自证其罪原则和沉默权两者理念一致，都是为了保障被追诉人供述的自愿性，亦即保障犯罪嫌疑人、被告人出于内心的真实意愿表达自己的思想，而不是在被威胁、强迫的状态下作出供述。但两者也有区别：沉默权保障的是犯罪嫌疑人的自由供述权，犯罪嫌疑人可以选择保持沉默，也可以选择作出供述，但是如果主动供述就要如实供述，否则，要承担相应的法律责任。^②而不得强迫自证其罪原则保障的是犯罪嫌疑人在作出供述时自由表达的权利，犯罪嫌疑人可以如实供述，也可以虚假供述，但不必承担相应的法律责任。另外，沉默权在国际公约中并无相关依据，而不得强迫自证其罪原则在国际公约中有直接、明确的规定。

最后，就2012年《刑事诉讼法》第50条与第118条如实回答义务的关系存在争议，争议的焦点在于不得强迫任何人证实自己有罪是否与犯罪嫌疑人的如实回答义务相矛盾。全国人大常委会法制工作委员会副主任郎胜在2012年3月8日答记者问时对此问题作了解释：“它要求犯罪嫌疑人如果你要回答问题的话，你就应当如实回答。”笔者认为，第118条强调的是回答应当如实，而不是应当如实回答。该规定与沉默权的要求相类似。结合2012年《刑事诉讼法》第50条与第118条，犯罪嫌疑人在接受讯问时享有回答或者不回答的选择权，如果选择回答问题，应如实回答；如果选择拒绝回答，则享有不被强迫自证其罪的权利。

2. 确立非法证据排除规则

证据制度修改的最大亮点是明确规定了非法证据排除规则。1979年和1996

^① 沉默权实质上赋予了犯罪嫌疑人、被告人两项权利：一是犯罪嫌疑人、被告人享有不被强迫陈述的权利；二是犯罪嫌疑人、被告人享有对于是否陈述以及是否作出不利于自己之陈述的选择权。参见陈卫东、陈飞：《沉默权与坦白从宽》，载《河南政法管理干部学院学报》，2005（1）。

^② 在沉默权制度高度发达的美国和英国，犯罪嫌疑人的行使沉默权的背后是严厉的伪证罪制度。例如，在美国，若经宣誓后作出虚假供述是联邦罪行，成文法规定，犯罪者一经定罪，最高可被判监禁5年。（参见 <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1621>，访问日期：2012-04-02。）再如，在美国得克萨斯州，刑法规定了两类伪证罪：一类是未经宣誓的声明，另一类是宣誓后的供述。前者最高可判处4000美元罚金及/或1年自由刑，后者最高可判处1万美元罚金或2年至10年自由刑。参见 <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.37.htm>，访问日期：2012-04-02。

年《刑事诉讼法》中都原则性地规定严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗等非法方法获取证据，但未确立相应的排除规则和排除程序。2012年修法参考了前期中央司法体制改革的成果，吸收了“两个证据《规定》”，界定了非法证据排除的范围以及排除的程序等内容，从而在法律上搭建了我国非法证据排除的制度框架，确立了严格排除非法言词证据、裁量排除非法实物证据的发展方向。

第一，如何理解“刑讯逼供等”的含义。笔者认为应当结合第50条和第54条对“刑讯逼供等”的含义进行体系解释。所谓“刑讯逼供”是指使用肉刑获取口供的行为，而“刑讯逼供等”等同于酷刑的概念，是指使用肉刑或者变相肉刑，使当事人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦而不得不供述的行为；除使用肉刑、伤害身体的刑讯逼供行为外，“等”包括虐待（冻、饿、晒、烤）、疲劳（熬）、服用药物、威胁、折磨、引诱、欺骗、催眠等其违法程度和强迫程度与刑讯逼供相当的使当事人违背自由意志作出供述的行为。

第二，如何理解“威胁、引诱和欺骗”的含义。1979年和1996年《刑事诉讼法》之所以在刑讯逼供以外特别强调威胁、引诱和欺骗这三类非法取证手段，原因在于：一方面，1979年刑法和刑事诉讼法在制定时总结了我国的历史经验，吸收了“文化大革命”的沉痛教训，从而在证据问题上作出了一系列重要规定。例如，刑法中规定了刑讯逼供罪，刑事诉讼法中则强调严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。^①上述规定基本由彭真同志亲自起草^②，主要目的是保障公民的人身权利。另一方面，制定1979年《刑事诉讼法》时主要借鉴了原苏联刑事诉讼法中的类似规定。随着经济社会的快速发展，中国刑事司法的文明程度不断提高，

^① “第一，重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。这一条是很要紧的，是为了防止逼供信。第二，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。第三，收集证据，不但要收集有罪的证据，也要收集无罪证据；不仅要收集犯罪情节严重的证据，而且要收集犯罪情节轻的证据。”（王汉斌：《王汉斌访谈录——亲历新时期社会主义民主法制建设》，30~31页，北京，中国民主法治出版社，2012。）

^② 参见王汉斌：《王汉斌访谈录——亲历新时期社会主义民主法制建设》，28页，北京，中国民主法治出版社，2012。



“威胁、引诱和欺骗”的含义逐渐发生了变化。在2012年修法过程中，公安机关提出在侦查实践中，合法的侦查讯问技巧与非法的“威胁、引诱和欺骗”之间的界限不好把握，而且学界对此问题也有不同见解，争议较大^①，《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第1条即删去了“威胁、引诱和欺骗”的表述方式。因此，在2011年8月颁布的《刑事诉讼法》修改草案征求意见稿中，采用了“严禁刑讯逼供和以其他非法方法收集证据”的表述方式。但在草案征求意见的过程中，司法机关、律师代表和社会公众都认为如果删去“威胁、引诱和欺骗”会对侦查人员和侦查工作产生误导，应当予以保留。立法机关考虑到“威胁、引诱和欺骗”的历史渊源和遏制非法取证行为的积极指导意义，最终在二稿中恢复这一表述并将之保留到2012年《刑事诉讼法》中。

我们认为，刑事诉讼法不宜笼统地作出严禁以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据的规定，这样可能会导致司法实务人员难以理解和把握立法的原意。因此，对于2012年《刑事诉讼法》第50条应当结合2012年《刑事诉讼法》第54条加以理解，对于通过威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集的证据，只有在情节严重且严重影响司法公正时才应排除。

第三，如何理解物证、书证的排除规则。根据新法第54条，排除物证、书证需要同时具备三个条件，即只有在收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正，不能补证或作出合理解释的情况下，才应予以排除。这反映出立法机关对于排除物证、书证的慎重态度。之所以作这样的严格规定，主要是因为取证程序违法一般不会改变物证、书证等实物证据的客观内容，也不影响证据的可信性，而且我国司法实践中实物证据比较稀缺。

第四，如何理解非法证据排除的程序设置。笔者认为，不能将非法证据排除程序定位于“诉讼中的诉讼程序”或者“审判中的审判程序”，实际上这是审判人员在刑事诉讼过程中对定案证据的合法性进行的审查，是审判程序的一个环

^① 参见《欺骗取证：问题之源与立法取舍之争——陈卫东、何家弘、卞建林三人谈》，见 <http://www.evidencelaw.net/show2.asp?AID=596>，访问日期：2012-04-02；龙宗智：《威胁、引诱、欺骗的审讯是否违法》，载《法学》，2000（3）。





节。而且该程序本身没有独立的裁判，采纳或排除某一证据的决定应当包含在法院最终的判决中。

3. 证人出庭与证人保护协调一致

保障证人出庭作证也是 2012 年证据制度修改的亮点之一。长期以来，证人不出庭是我国刑事诉讼的突出问题，这不仅导致我国的刑事审判一直在不规范、低层次的状态下运行，而且也妨碍了审判人员对证人证言的审查判断，限制乃至剥夺了控辩双方，尤其是被告人对证人的质证权。2012 年《刑事诉讼法》明确了证人出庭作证的范围、豁免权的范围、不出庭的后果和证人的保护与经济补偿，上述内容分别规定在“证据”一章和“第一审程序”中。

《刑事诉讼法》第 187 条中规定的证人出庭作证范围的三个要件是并列关系，而非选择关系。第 188 条中被告人的配偶、父母、子女有权不出庭作证仅指在法院开庭时不出庭作证，并不当然地免除其在侦查、审查起诉阶段依法作证的义务，也不限制其自愿主动出庭作证。另外，第 188 条还特别规定了证人应当出庭而不出庭作证的法律后果。之所以规定训诫和司法拘留的强制后果，是考虑到在世界范围内，公民依法作证同依法纳税、依法服兵役被并称为公民的三大义务，既然国家有提供安定社会秩序的义务，社会公众也有为维护社会秩序而作证的义务。

4. 明确刑事诉讼中证明责任的分担

法谚有曰：“证明责任乃诉讼的脊梁”，证明责任理论和举证责任理论都是刑事证据制度的基础理论。就学界研究现状来看，关于证明责任与举证责任这两个概念的认识存在分歧，有“同一说”、“并列说”、“大小说”、“包容说”、“前后说”等观点。^① 一般认为，证明责任分为提出证据的责任与结果责任，前者又被称为主观证明责任，渊源于罗马法上“举证义务存于主张之人，不存于否认之人”，而后者又被称为客观证明责任，主要解决当待证事实真伪不明时，由谁承担败诉风险的问题。

2012 年《刑事诉讼法》第 49 条第一次在我国明确了刑事诉讼中证明责任的

^① 参见樊崇义等：《刑事证据法原理与适用》，270～271 页，北京，中国人民公安大学出版社，2001。



分担问题，弥补了法律规定上的空白，使得刑事证据制度更加合理、刑事证明体系更加完备。但值得注意的是，立法机关在表述证明责任分配时使用了“举证责任”而不是“证明责任”的表述方式，这并非无意为之，而是有意之举。立法机关主要考虑到以下两点：一方面，使用“举证责任”的表述方式是与民事诉讼法和行政诉讼法的规定保持一致^①；另一方面，人民法院在刑事审判过程中承担了一部分补充审查核实证据的义务。根据《刑事诉讼法》第191条的规定，合议庭在庭审过程中对证据有疑问的，可以宣布休庭并对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据，可以采取勘验、检查、查封、扣押、鉴定和查询、冻结等措施。后一方面原因是主要原因，在修法过程中，立法机关反复强调之所以使用“举证责任”，主要是考虑到“不能否定法院客观全面审查证据的义务”^②。

5. 完善刑事诉讼证明标准

1996年《刑事诉讼法》第46条仅强调处理刑事案件要秉持重证据、重调查研究、不轻信口供的证据使用原则，其中的“证据充分确实”是指除被告人口供外，要有足够的能够证实被告人有罪的其他证据，而且这些证据经互相印证和法庭质证是确实可信的。^③同时，1996年《刑事诉讼法》第129条规定的公安机关侦查终结移送审查起诉的证明标准、第141条规定的人民检察院提起公诉的证明标准，以及第162条规定的人民法院作出有罪判决的证明标准都应当是“证据确实、充分”，该标准与第46条中的“证据充分确实”没有联系，法律也未对于什么是确实、充分作出进一步界定。2012年《刑事诉讼法》第53条对1996年《刑事诉讼法》第46条作了修改，弥补了上述缺陷，将“证据充分确实”替换为“证据确实、充分”，作为证明标准使用。法律同时还明确了“证据确实、充分”的内涵以便于司法实务人员理解和把握。

^① 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中使用了举证责任的表述方式，《行政诉讼法》第32条也规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”

^② 郎胜主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》，115页，北京，新华出版社，2012。

^③ 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，57页，北京，法律出版社，1996。





2012年《刑事诉讼法》有关“证据确实、充分”的界定源于《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第5条，2012年《刑事诉讼法》将该第5条的五个条件缩减为两个，同时增加了“综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑”的规定。那么“证据确实、充分”与“排除合理怀疑”二者的关系如何理解？考察“排除合理怀疑”证明标准的起源，可以发现，其是英美法系证据法九等证明标准的第二等，既是刑事案件作出定罪裁决的要求，也是诉讼证明的最高标准。^①而且该标准是在陪审团审判中使用的，“要想使陪审员们认定被告人犯有指控的罪名，就必须说服他们相信该犯罪的全部要素都已经得到了超出合理怀疑的证明。如果任何要素未得到这种令陪审团满意的证明，或者如果任何辩护意见未得到公诉方的这种反证，那么被告人就必须被判无罪”^②。

显然，中国“证据确实、充分”的证明标准与英美法系“排除合理怀疑”的证明标准有很大区别，不仅在于前者不适用于陪审团审判，更重要的差异在于“证据确实、充分”适用于公安机关侦查终结移送审查起诉、人民检察院提起公诉、法院定罪量刑等不同的诉讼阶段。在“两个证据《规定》”出台过程中，最高人民法院认为我国侦查、起诉阶段不存在证明问题，亦无所谓证明标准在不同诉讼阶段的层次性问题，中国刑事证明及证明标准问题只存在于法庭审判阶段。^③显然，这种狭义的理解既违背了刑事诉讼法的规定^④，同时也脱离了刑事司法实践的客观需要。^⑤在中国，结合人民法院承担的补充性举证责任理解“证

^① 参见《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，卞建林译，22页，北京，中国政法大学出版社，1996。

^② [美] 乔恩·R·华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，314页，北京，中国人民公安大学出版社，1993。

^③ 参见最高人民法院刑事审判第三庭编著：《刑事证据规则理解与适用》，79页，北京，法律出版社，2010。

^④ 2012年《刑事诉讼法》第54条第2款规定：“在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。”根据此条规定，公安机关、人民检察院和人民法院都有排除非法证据的责任，都要相应承担证明责任。

^⑤ 例如，以有罪率为考评标准、国家赔偿制度等都决定人民检察院对于没有把握指控成功的案件不起诉，决定了人民法院一般选择“疑罪从轻”而不是“疑罪从无”的处理方式。参见陈卫东、刘计划：《论检侦一体化改革与刑事审前程序之重构》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第8卷，北京，中国政法大学出版社，2001。



据确实、充分”与“排除合理怀疑”的关系，笔者认为我国的证明标准只有“证据确实、充分”一种，2012年《刑事诉讼法》规定“排除合理怀疑”并不是在我国确立了第二类证明标准。此处的“排除合理怀疑”仅是一种文字表述方式，是指对于认定的事实，已没有符合常理的、有根据的怀疑，实际上达到确信的程度。该标准并不是修改了我国刑事诉讼的证明标准，而是从主观方面进一步明确“证据确实、充分”的含义。^①

二、建立、完善证据制度的制约因素

在我国当前的社会文化土壤中培植现代证据制度，存在不少的制约因素。择其要者如下：

1. 现行立法和司法体制的制约。长期以来我国片面强调、重视实体法，轻视程序法和证据法，体现了一种功利的法律观——简单地把法律政治工具化，忽视了法本身的价值。在这种思想影响下，立法方向受到误导。当前立法中，存在严重的“补丁”思想，哪里出了明显的问题，就赶快对哪里进行立法规范。而对于证据制度这样影响深远但没有突出、剧烈的现实矛盾体现的地方，就在立法计划上给予搁置。同时，我国的司法制度中，行政色彩也很明显，在整个诉讼活动中行政力量的干预和渗透十分明显。一些地方政法委直接插手案件的具体审理，这很不符合司法独立的要求。由于这种干扰的存在，对一些案件的侦查和审理不是依照侦查活动的正常进程进行，而是通过行政任务的方式要求尽快破案，因此，在证据收集和采信等方面容易出现敷衍了事、非法刑讯、制假用假的现象。行政力量的干预造成证据不是定案的依据，领导意志型的审判结果常常出现，从而导致在相同或相近的证据条件下，审判结果大相径庭，从而削弱了司法活动的权威性和严肃性。法律在这种功利色彩明显的文化背景下，萎缩成一种纯粹的统治工具。同时，由于我国长期坚持诉讼中的唯物主义认识论观点，将诉讼证明和

^① 参见郎胜主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》，123页，北京，新华出版社，2012。

人类的认识活动简单等同起来，导致了公、检、法的配合多于制约、合作多于分工的流水线式的诉讼体制，模糊了诉讼证明的主体、举证责任、证明标准等问题，形成大诉讼概念，使诉讼形成了多中心的局面。1996年《刑事诉讼法》修改后引入了对抗体制，力图形成庭审中心，但传统诉讼理念的影响力仍很大，直接导致了诉讼体制改革推进的迟缓。因此，我们只有以司法体制的根本变革为证据立法的背景，才有可能实现重塑证据制度的目标。

2. 我国特有的法律文化对于建立现代证据制度也会产生一定的制约作用。现代证据制度的法律文化基础是民主、法制，在强调司法公正的同时最大限度彰显个体权利。中华法系具有封闭性的特点，法律泛道德化是其突出特征，主要表现为：

(1) 重行政，轻法律。由于我国漫长的专制体制的影响，行政力量总处于一种强势地位，这种情况也就渗透到我国的传统法律文化中，从而使得我国的证据制度中过度强化行政机关或其他司法机关的力量，并在立法中以原则、笼统的规定在事实上延伸其权力。例如，我国的证据制度并未规定详尽的证据采集制度，这样，对于公安机关和检察机关来说，就在采集证据时缺乏必要的限制。从这一点上来看，我国现有的证据制度存在以牺牲法律为代价片面强化侦查机关权力的倾向。

(2) 重道德，轻法律。论心定罪就是很明显的例子。定罪量刑不是从证据出发，而是从审判人员的主观判断出发，靠法官对于被告人犯罪时所持心理的主观推测来进行。在这种情况下，证据在司法活动中的中心地位被削弱了。因此，较之于程序公正，人们普遍看重实体结果。

(3) 重理想，轻现实。我国的传统观念中存在着将诉讼理想化的倾向。在“厌讼”心理的作用下，诉讼成为最后时刻的救济手段。因此，诉讼文化中的理想主义和完美主义常常左右着人们的法律意识。这种人文特性使群众先入为主地认为诉讼结果必须是公正的。与此相对应，百姓对法官的要求也是畸高的。这种文化倾向在我国的证据立法中也有所体现，最鲜明的莫过于“以事实为依据”的断案要求和“证据确实、充分”的证明要求。同时，人们对诉讼结果的公正性有



过高要求，一旦其对公正期待的幻想破灭（而往往司法现实中的错案和枉法等很容易造成这一点）就会产生法律不完善的疑虑，这种疑虑会导致人们对立法、司法、执法机关的不信任，并会在憎恶现实的情况下更加地理想化，从而形成一种恶性循环。从某种意义上讲，这也是人们“厌讼”心理产生的一种机理。过于理想化，也无形中削弱了当事人的证据意识，影响了公民及时收集证据的能力和习惯的培养，同时在理论上也限制了法学研究者们对证据采信和应用规则的研究活动。

（4）重社会，轻个体。我国历史上长期以来进行的文化教育熏陶就是个人利益服从社会利益，反映到法制领域，就导致公权力的膨胀，忽视个人利益。这和现代权利观是明显抵触的。例如，假设由于证据不足，法官判决有重大犯罪嫌疑的人无罪，当庭予以释放。这时人们会认为该法官缺乏社会正义，纵容犯罪。再如，在对张二江案件审理过程的报道中，充斥了“面对威严的法官和公诉人提供的环环相扣的证据，张二江极尽诡辩之能事，但仍然遮掩不住丑态百出”之类语句，将被告人及其辩护人的正常质证行为丑化，就充分体现了这种思维。

3. 由于大众文化素质较低和法律观念的匮乏，造成大众证据意识的缺乏。在我国传统法律文化长期熏染下，无论是司法实务人员还是当事人，都相当缺乏证据意识。同时，较低的文化素质也使现代证据制度的建立难以在短期内实现。这一点可以通过一个案例得到详细的说明：湖北省××市某中学校长为获取贷款，欺骗一女教师陪某银行行长马××；马××将该女教师骗入一酒店内，一夜两次试图强暴该女教师，但由于遭到激烈反抗未遂。顾虑到报案可能给自己带来的不良后果，该女教师毁掉了本案的关键证据——有马××精斑的内裤，致使此案迟迟难以定案。过程中的一些细节也耐人寻味：马××在第一次审讯时，说自己当晚在阎姓朋友家里住，但阎姓朋友没有为其作证。后听说受害者内裤上的精液已经化验出来了，则全面招供。但有人将本属机密（受害人未保留有精污的内裤）的情况告知了马××后，马××随即翻供，并委托其亲友对被害人进行威逼利诱，希望其撤回指控。警方两次提请逮捕马××，均被××区人民检察院以“证据不足”退查。在公安人员的提醒下，被害人将马××亲友对其威逼利诱的



便条、现金和录音作为证据提交。后在市人大等有关部门的干预下，马××最终被批准逮捕。××区人民法院作出一审判决，马××被判处有期徒刑两年。判决书中列举了部分直接证据和间接证据，法院认为这些列举的事实和情节可以形成一个证据链，证明被告人马××在事发当天确实对受害人实施了强奸行为，已构成强奸罪，但由于其意志以外的原因而未得逞，属犯罪未遂，故依法作出以上判决。^①

该案例中，被害人由于没有保全本案的关键证据，致使自己对马××的指控缺乏支持；马××的伪证及诱证行为显然违法；侦查人员谎称持有关键证据，有诱供的嫌疑，同时对侦查活动保密不足；检察机关的批准逮捕和法院的判决中显然存在外力因素，涉案证据显然缺乏令人信服的说服力，等等。我国公民和司法机关的证据意识由此可见一斑。

以上从宏观的角度分析了我国证据制度立法层面上存在的问题。必须看到，立法上和实践中存在的问题不能割裂开来分析，因为，立法层面上的缺失直接导致了实践层面的混乱，而实践层面种种问题的解决，也必须依赖于完善的立法。因此，在分析了我国证据制度立法的缺陷后，还需要结合司法实践中证据运用的三个环节——证据采集、证据采纳和证据采信——存在的问题具体地加以分析和探讨。

三、证据采集过程中存在的问题

证据采集，也称证据取得，是司法工作人员和诉讼参与人按照法律规定收集并掌握一切与案件事实有关的事实和材料的过程。在这一阶段，所收集的证据仅仅为追诉方和被追诉方所掌握，未被赋予法定资格，和裁判者没有发生关系。被说服者是证据采集主体自身而非裁判者，因此，这一阶段尚不属于诉讼证明过程，仅仅是追诉方和被追诉方自身对案件事实进行认知的过程。当然，被说服者

^① 参见《生活时报》，2002-04-04。



对事物的认识与其他主体的说服活动是作为一个整体而存在的，在这一个整体认识活动中，被说服者对事物的认识有赖于其他主体的说服活动，而且，后者在很大程度上影响着被说服者认识的准确程度。此外，此时的追诉方在证据采集过程中往往运用公权力，有可能对被追诉方的个体权利造成侵害而导致司法不公，因此，也应将其纳入证据研究的视野。

（一）主体问题研究

根据刑事诉讼法的相关规定，有权收集证据材料的主体包括人民法院、人民检察院、侦查机关和被告人的辩护律师，除此以外的其他人均无调查取证权。^①下面对于我国司法实践中围绕取证主体存在的比较突出的几个问题进行探讨：

1. 律师的调查取证权问题

这是证据采集过程中最主要的问题之一。律师调查取证权的基本含义是：律师有权参加诉讼或非诉讼活动，依照法律规定，收集、查阅与本案有关材料，向有关单位或个人了解情况、提取证据。它通常包括三个方面的内容：一是律师依法实施一定行为的可能性和限度，二是律师依法可以请求个人或单位为一定行为或不为一行为范围，三是当上述权益受到侵犯或依法不能实现时请求有关机关保护的可能性。广义的律师调查取证权包括阅卷权、摘抄权、复制权、调查权、同在押的犯罪嫌疑人或被告人会见或通信权等，狭义的律师调查取证权仅指取证权。2012年《刑事诉讼法》、《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》、《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》等法律和司法解释赋予律师较以往更大的调查取证权，以适应审判中控辩双方平等竞争的需要，是国家设定的以对抗和制约追求司法公正的法定手段：侦查阶段律师提前介入，作为辩护人接受委托，享有为犯罪嫌疑人提供法律帮助的权利。根据2012年《刑事诉讼法》第33、36、37条的规定，受

^① 笔者认为，调查取证权应当是指其取证受到法律保障，所取证据具有法律承认的效力，即可以提交审判机关审查后进入庭审。取证不等于提供证据。一些没有调查取证权的部门也可以将其收集、掌握的证据提交给有调查取证权的主体，例如，抓获犯罪嫌疑人的单位保卫部门，对犯罪嫌疑人进行初步调查的纪检、监察部门，等等。机械地理解诉讼法的规定，盲目排斥一切无调查取证权的个人和组织掌握的证据，显然是不合适的。



委托的律师享有了解权、会见权、局部的调查权，从而为维护司法公正、维护当事人的合法权益创造了新的机会。律师在审查起诉阶段有较多的调查取证权，如对案卷材料的查阅权、摘抄权、复制权；审判阶段辩护律师对案卷材料也有权查阅、摘抄、复制。立法本意是好的，但事实上，律师办理刑事案件的积极性在刑事诉讼法修改后反而下降了。据《检察日报》报道，全国刑事案件的律师参与率下降，不到 30%。是什么原因导致律师不愿为犯罪嫌疑人提供法律服务呢？

原因有多个方面，但主要原因是法律规定有缺陷，在实践中律师活动受到诸多限制。这种缺陷体现在以下几个方面。

(1) 侦查阶段律师取证权规定不明确。2012 年《刑事诉讼法》第 33 条明确了侦查期间律师辩护人的身份，而第 36 条规定了侦查期间辩护律师的权利，即可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助，代理申诉、控告，申请变更强制措施，向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况、提出意见。但是，这里没有明确侦查阶段律师是否有调查取证权。第 41 条规定的律师调查取证权也未明确是否适用于侦查阶段。这就给律师侦查阶段调查取证工作造成了很大的困难。现在理论界一般支持律师在侦查阶段有有限的调查取证权，即律师只能依犯罪嫌疑人及其家属的要求调查取证，调查取证不得干扰侦查工作的进行以及只得调取有利于犯罪嫌疑人的证据。尽管如此，律师在侦查阶段的取证权也是极为有限的。

(2) 律师调查取证权受制于被调查人。依《刑事诉讼法》第 41 条，律师调查取证须经证人或者其他有关单位和个人同意。现行法律在扩大律师调查取证权的范围同时，对律师调查权作了许多限制，或者说没有赋予律师强制取证的权利。与之相对的是，《刑事诉讼法》第 52 条第 1 款赋予了公安机关、检察机关强制取证的权力。这种权力的失衡使律师在证据收集上处于一种天然的劣势。在实行令状主义的国家，律师和侦查机关一样，向证人或者其他有关单位和个人取证时，对方不同意的，辩护律师可向法院申请调查令，证人或者其他有关单位和个人除可拒绝作证者外都应当如实提供证据，否则，辩护律师得申请法院通知其到庭作证。这一点是值得效法的。

(3) 另外一个导致律师不愿参与刑事诉讼的原因是律师收集证据十分困难且



风险极大，稍不留神就可能背上“辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪”、“包庇罪”等罪名，甚至因“泄露国家秘密罪”而身陷囹圄。这一问题是比较普遍的。依据我国《刑法》第306条，在刑事诉讼当中，辩护人、诉讼代理人有毁灭、伪造证据，或帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或作伪证的，构成辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪。这一条也成为悬在律师头上的达摩克利斯之剑。例如，具有广泛影响的福建省律师涉嫌伪证罪第一案即由吴某春涉嫌非法买卖爆炸物案而起的黄某斌涉嫌伪证案中，检察院和公安局因黄某斌所调取的证人证言与公安机关先前对此案的认定不一致，就对黄某斌的取证行为进行调查，并依据两份证人证言虽有证人署名但并非证人在场情况下形成的这一程序上的问题认定其行为构成伪证罪，并提起公诉。后此案虽经法院判决无罪，但给当地乃至全国律师界造成极大震动。黄某斌律师涉嫌伪证罪案发以后，福安在侦查阶段律师接受委托介入办案的，出现了空白，没有律师接这样的案子了。在黄某斌一案中，证人翻供是公诉机关指控其行为构成伪证罪的直接原因。证人翻供在刑事案件代理过程中并非个别现象，因而，由此折射出的刑事辩护给律师带来的风险也成了律师关注的话题。据统计，在1997年修改后的刑法实施的5年里，全国范围内就有数十名律师因犯“伪证罪”、“妨害作证罪”和“毁灭证据罪”被判刑。另外，还有因给委托人看卷宗被控泄露国家秘密罪的例子。律师于某在担任辩护人期间，将知悉的国家秘密泄露给刑事被告人家属，造成刑事被告人家属主动找证人作伪证。于某被提起公诉，一审法院认定其行为已构成故意泄露国家秘密罪，判处有期徒刑1年。^①甚至还有检察官庭上刚和律师辩论，一休庭马上就 will 将律师逮捕的戏剧性场面发生，理由据说是“当庭发现辩护人有串通被告人作伪证的嫌疑”。这种典型的程序违法行为都能堂而皇之地见诸报端，律师的平等地位从何谈起？如此，律师不愿意介入刑事辩护、刑事辩护质量下降就可以预料到了。单以北京为例，律师人均办理刑事案件数量已经从1990年的2.64件下降到2000年的0.78件，这一数

^① 后二审法院认定卷宗不属于国家秘密，改判无罪。参见《法律与生活》，2002（8）。



字与律师人数和业务量的迅猛增长形成了鲜明对比。

针对律师界的这种反应，有关专家对《刑法》第306条在司法实践中的价值提出了质疑，认为从这几年的实践来看，全国据说有几百起这样的案件，但是，只有百分之几的案件经过诉讼以后认定，确实是辩护人构成了《刑法》第306条规定的犯罪，也就是说这条（《刑法》第306条）的错案率太高。因此有必要从根本上来考虑《刑法》第306条的立法价值和实践效果，在适当的时候应该通过立法的调整，解决司法事务中的这一难题。^①

2. 法官的调查取证权问题

1979年《刑事诉讼法》规定庭审前对公诉案件的审查为实体审查，即人民法院只有在“犯罪事实清楚，证据充分”的情况下才能决定开庭审判。根据这一规定，人民检察院向人民法院提起公诉时，必须将起诉书连同案卷材料和所有证据一并移送受诉法院。法官在审查公诉时，不仅全面阅卷，还可以讯问被告人，询问证人、鉴定人，并可以进行勘验、检查、扣押和鉴定等一系列补充收集证据、审查核实证据的司法调查活动。在庭审前积极进行的这种庭外调查，使法官代替起诉方进行调查取证，承担起追诉者的角色。法官不自觉地产生追诉倾向，使他无形中与被告形成对立。并且，这种实体审查势必造成法官先入为主、先定后审，开庭成为走过场。因此，庭审前实体审查以及法官带有追诉性质的司法调查，其严重弊端是显而易见的。1996年《刑事诉讼法》在保留对公诉案件进行审查这一程序的同时，将原来的实体审查改为程序性审查，于第150条规定：“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。”这就将原来的实质性审查改为形式上的审查。这种形式上的审查禁止法官在开庭前就被告人犯罪事实是否清楚、证据是否充分等实体问题进行审查，从而废止了1979年《刑事诉讼法》赋予法官的庭审前的司法调查权，法官在开庭前不得再进行勘验、检查、搜查、扣押、鉴定等司法调查活动。^②这一改革防止了

^① 参见《法律服务时报》，2002-05-31。

^② 参见陈卫东、刘计划：《我国刑事诉讼中法官司法调查权的变化》，载《法学评论》，1998（2）。



先定后审，有利于减少法官的预断，有利于控辩双方积极有效地参与诉讼。但由于法律没有对审查公诉的法官能否参加法庭审判作出规定，1996年《刑事诉讼法》规定的程序性审查仍有可能导致法官某种程度的预断。2012年《刑事诉讼法》第181条规定，“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中明确的指控犯罪事实的，应当决定开庭审判”。不再要求“附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”，进一步减少程序性审查中的实体色彩。

1979年《刑事诉讼法》规制下的庭审是在法官主导下进行的，法官亲自主持庭审，直接审问，听证、质证，全面调查核实证据，积极主动地担当法庭调查的主角，故而带有浓厚的审问主义色彩。在保留法官主持庭审权的同时，1996年《刑事诉讼法》大大弱化了法官的庭内调查权，法官的主导性调查转变为补充性调查，其职责主要是维护法庭秩序，引导、听取庭审，判断证据，作出裁判。与此相联系，1996年《刑事诉讼法》强化了检察官的控诉职能和被告人的辩护职能，由控辩双方主导法庭调查。检察院庭审前不再向法院移送案卷材料和原始证据，而是由公诉人在法庭上负责出示，承担起揭露、证实犯罪的职责。辩护方的作用得到加强，同时，由于控诉方力量过于强大，在必要时，法官可对辩护方予以帮助，保持控、辩双方的相对平衡，从而加强庭审的抗辩性，使法庭审判更趋于合理、公正。1996年《刑事诉讼法》对于询问证人的程序和方法进行了重大改革，但并未明确规定交叉询问程序。2012年《刑事诉讼法》继承了1996年《刑事诉讼法》的这些修改成果。

1979年《刑事诉讼法》规定，在法庭审判过程中，遇有合议庭认为案件证据不充分或者发现新的事实等情形而影响审判进行时，可以延期审理并自行调查。这就是1979年《刑事诉讼法》关于法庭审理过程中法官庭外调查权的规定。2012年《刑事诉讼法》第195条规定，对证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。但该法第191条同时规定：“法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据，可以进行勘验、检查、查封、扣押、鉴定和查询、冻结。”可见，2012年《刑事诉讼法》延续了1996年《刑事诉讼法》修改





的成果，保留了法官的庭外调查权，但与1979年《刑事诉讼法》的规定有所不同。首先，进行调查的前提条件不同。2012年《刑事诉讼法》规定，庭外调查是在合议庭对证据有疑问时进行的，而不是在合议庭认为案件的证据不充分或者发现新的事实时采取的。关于如何理解“对证据有疑问的”，全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著的《中华人民共和国刑事诉讼法释义》的解释是：“‘合议庭对证据有疑问的’，主要是指合议庭在法庭审理过程中，认为公诉人、辩护人提出的主要证据是清楚、充分的，但某个证据或者证据的某一方面存在不足或者相互矛盾，如对同一法律事实，公诉人、辩护人各有不同的物证、书证、证人证言或者鉴定意见等证据等情形。”“在这种情况下，不排除疑问，就会影响定罪或者判刑，但是，控、辩双方各执一词，法庭无法及时判定真伪，有时就需要先宣布休庭，对证据进行调查核实。”^①这虽不是立法解释，但也颇能说明立法原意。其次，目的不同。1979年《刑事诉讼法》规定的庭外调查是为了收集、补充证据，而2012年《刑事诉讼法》规定的庭外调查则是为了调查、核实证据。最后，1979年《刑事诉讼法》规定的庭外调查为法官自行调查，而2012年《刑事诉讼法》没有规定法官的自行调查权。我国刑事诉讼法对庭审方式的设计，是希冀建立一种由控辩双方积极举证但又不排除法官具有证据调查权的制度，从而在目前司法资源较为有限的情况下，达到兼顾公正和效率的目的。但是，由于现行刑事诉讼法规则的粗放性、模糊性，这种由庭上延伸至庭外的扩大化了的审判权力，极易使司法实践存在较大的不当操作空间，损害司法之公正形象。因此，有学者提出，法官的庭外调查活动应受到以下限制：首先，法官应将庭外调查的目的限制在保全证据、审核证据证明力，从而确保庭外调查活动顺利进行，而不得以追诉或者协助追诉为目标；其次，庭外调查应采取开庭审判的形式：由控辩双方发动并直接参与，双方有权在调查中请求对有关证人实施询问、质证，有权发表评论和辩论，法官不得自行决定并发动庭外调查；再次，法官与各方通过庭外调查获得的新证据只有经过严格的法庭调查，经控、辩双方的质证，查证属

^① 郎胜主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》，341～342页，北京，新华出版社，2012。



实，才能作为据以定案的根据，法官绝对不能将此证据直接用作对被告人定罪的根据；最后，法官应将其审判活动的重心放在法庭审判上，将庭外调查仅作为一种例外，法律应明确限制适用庭外调查的场合。^①

笔者认为：对法官的庭外调查作出以上四个方面的限制是必要的，具有重大的理论和实践意义。但有一点需要指出，即在法官能否自行决定并发动庭外调查的问题上，现行刑事诉讼法规定，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。可见，立法已经明确赋予了法官自行决定庭外调查的职权。在具体司法实践中法官行使调查权的随意性很强，这一方面是因为法官自己当庭确证能力有限，另一方面是因为检察机关在公诉时举证不力，法官为了既不伤两家的关系，又不放纵犯罪，只好辛苦自己行使调查权。这就极易使庭外调查权变异为侦查权。这两种情况带来的危害都很大，再加之没有其他程序作保障，极易使公民丧失对司法的信心，而且调查的结果也不易被控辩双方（特别是被告方）认同。这种有悖诉讼司法理念的情况应该坚决禁止。因此，应通过立法明确，庭外调查权的行使，应该以控辩双方申请为主，而不能任意行使。在司法实践中，申请法官对证据进行调查的往往是被告人：被告人常常慑于侦查机关的“威力”（现实中刑讯逼供屡见不鲜）而作出虚假供述，一到开庭审判就翻供，并且申请法官重新调查核实证据的情形并不鲜见。现实中的情况决定了需要确立上述申请引发制度，以利于在庭审中保障被告人的合法权益，同时警示侦查机关、起诉机关慎重办案，严肃取证。

3. 纪检、行政监察机关掌握的材料能否作为证据的问题

在1996年《刑事诉讼法》中，纪检、行政监察机关不是法律规定的收集证据的主体。但在现实生活中，大量的经济案件是纪检、行政监察机关先行调查处理后移送司法机关的。关于纪检、行政监察机关移送给检察机关、公安机关的涉罪调查笔录（以下简称纪检材料）能否作为刑事诉讼证据，争议很大。实践中一般采用直接接收确认的做法，但也有例外情况，例如，1999年8月，某省委政

^① 参见陈瑞华：《刑事审判原理论》，247、250~251页，北京，北京大学出版社，1997。



法委召集公、检、法、司等单位负责人召开了专题研讨会，形成的纪要于1999年12月31日印发试行。该纪要第1条规定：“地方县级以上纪检、行政监察机关对查处的违纪、违法案件，认为应当追究刑事责任而移送检察机关或者公安机关立案侦查的，其办案人员按照规定的程序制作的调查笔录，检察、公安机关的办案人员依法应当重新制作。但遇有被调查人死亡、出境等无法取证的特殊情形的，进入刑事诉讼程序后，经侦查机关依法查证属实可以作为刑事诉讼的证据。其他行政执法机关制作的调查笔录适用前款规定。”对此可作出如下理解：一是纪检材料不能作为刑事诉讼证据；二是侦查机关应“重新制作”调查笔录以作证据；三是在无法重新制作的特殊情况下，纪检材料经侦查机关“查证属实”才可以作为刑事诉讼的证据。

笔者以为，从司法解释权的角度来看，该纪要有越权之嫌。因为省级司法机关不具有司法解释权，更不应该作出有违刑事诉讼法律的规定。另外，该纪要误解了证据的合法性、混淆了证明材料制作主体（具体调查、记录、制作证明材料的单位或人员）与取证主体（依法有权收集、调取或接受证明材料的单位或人员）之间的界限。根据刑事诉讼理论，纪检材料等证明材料在刑事立案之前制作而成，加之是以其记载的内容来证明案件的情况，所以应当属于刑事诉讼中的书证；司法机关及其工作人员的收集、调取、接受，有法可依。因此，该类材料只要具备证据“三性”，就可以并且应该作为证据。依照法律，司法机关有权向任何了解案件情况的单位、个人收集、调取一切可以证明案情的事实材料（1996年《刑事诉讼法》第45条），“有关单位和个人应当如实提供”，都有作证的义务（1996年《刑事诉讼法》第45、48条）。显而易见，以上的“单位”当然包括纪检、行政监察机关在内，其中的“事实材料”当然包括纪检材料。至于涉案材料按规定被收集、调取或者接受之后，是否需要“重新制作”，1996年《刑事诉讼法》并没有规定，只是在其第90条中，要求对收集、调取的“证据材料”（包括依法接受的材料）予以核实。从实践来看，核实的方法多种多样，虽然常会采取“主证复核”方式，但这与“重新制作”截然不同：复核是对原“证据”涉及的内容、制作过程进行的核查，进一步确认其是否符合证据“三性”，是否有法律



禁止的行为（如刑讯逼供、诱骗等），以及充实其他印证材料。“重新制作”是以否定原材料为前提，要求就原材料的内容、形式重新进行制作。但是，自行书写的投案自首材料、报案材料，行为人、知情人或被调查人在笔录上修改、添注的有关关键性内容的材料等，均无法重新制作。这种为确保证据程序上的纯洁性而矫枉过正的做法显然加大了诉讼成本，并造成了一定程度上的理论混乱。值得一提的是，2012年《刑事诉讼法》第52条第2款规定：“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。”该规定明确赋予了行政机关调查取证资格，也不排斥纪检、行政监察机关在查办案件过程中收集的前述四类证据在刑事诉讼中的合法性。

4. 私家侦探问题

私家侦探的主要职责是通过公开的或秘密的调查活动来获得各种情报或证据。20世纪90年代初，中国第一家“私家侦探”在上海创立。如今，在北京、南京、成都、沈阳等大中城市“私家侦探”以“调查事务机构”的名义公开或隐蔽地存在着。然而，目前我国现行法律法规对私家侦探及其行为的规范却相当滞后，如何确认其收集的证据的效力仍是法律上的盲点。

在刑事诉讼中，法定主体依照法定程序收集的符合法定形式的证据种类才能成为法庭证据。显然，在我国的刑事诉讼中，私家侦探是没有相应法律地位的，其收集的证据也不能直接在诉讼中使用，其法律效力也不好确定。此外，私家侦探并不具有国家法律所赋予的公开的、强制的手段，他们开展活动往往是秘密进行的，这就容易侵犯公民隐私权。2000年4月辽西第一家专业调查公司被锦州市公安机关捣毁，原因就是这家调查公司对被调查人进行跟踪、盯梢、拍照，严重侵犯了被调查人的隐私权、肖像权。因此，笔者认为，在文明社会，特别是我国当前的法制状况和治安状况下，承认此类机构的合法存在并不是明智之举。在当前缺乏法律规制的情况下，应严格执行1993年公安部颁布的《关于禁止开设“私人侦探所”性质的民间机构的通知》中关于“严禁任何单位和个人开办各种形式的民事事务调查所等私人侦探所性质的民间机构”的规定，并对现有机构进行清理整顿。对于此类机构收集的刑事证据，法院应对其采集证据的过程是否合



法进行严格审查。今后随着法制的发展与规制，私人侦探的合法性尚有进一步研究的必要，这是后话。

（二）客体问题研究

我国刑事诉讼法规定了证据的8种法定形式。下面着重对鉴定意见进行研究，并就电子证据和法律未予明示的测谎仪问题展开讨论。

1. 司法鉴定问题

刑事诉讼中的鉴定意见，是指受公安、司法机关指派或者聘请的鉴定人，对案件中的专门性问题进行分析、鉴别、判断所作出的结论。这一结论是鉴定人从科学技术的角度提出的分析、判断意见，是建立在科学研究基础上的证据形式，客观性比较强，因而在认定案情方面有十分重要的意义。但在我国，司法鉴定却存在许多问题：（1）司法鉴定缺乏必要甚至有效的行业管理，导致程序不规范和鉴定人员违规操作现象普遍。鉴定结论不是建立在科学认定的基础上，而被许多其他因素左右。（2）鉴定人不出庭接受质证，司法实践中甚至存在鉴定意见直接被采纳的倾向。这在实际上剥夺了当事人的质证权，使其诉讼权利无从体现，在权利受到侵害时没有必要的救济途径。（3）鉴定人技术水平不高。这一点在基层审判中比较多见，一些鉴定意见甚至不以科学的专业术语出现，表述含混不清。（4）我国目前还不允许当事人根据自己的意愿选定鉴定机构。现阶段，法律规定刑事诉讼中由公安、司法机关确定鉴定机构。尽管当事人可以对已作出的鉴定意见申请重新鉴定或者补充鉴定，但是，当公安、司法机关坚持自己选定的鉴定机构及其作出的鉴定意见时，当事人的合法权益仍有可能无法得到保障。（5）鉴定体系繁杂无序，鉴定意见出自多门，彼此矛盾，使得实践中存在着检察机关否定公安机关的鉴定意见、法院否定检察机关的鉴定意见的情况。有时，在一起案件中，公安机关鉴定为重伤害，检察机关鉴定为轻伤害，而法院鉴定为轻微伤害。

这些问题的存在导致了我国在司法鉴定问题上的混乱。笔者认为，统一设定鉴定机构的方法并不足取，通过市场机制和信用机制完全能够解决的问题没有必要依靠行政强力。例如，在英国，并不要求鉴定人有专业身份，2001年英国开始分类设立鉴定协会，这是一种行业自律组织，而非官方组织，主要是将同类专

家的名字编订成册，法庭只从协会中选择鉴定人，其间市场作用（主要指鉴定人的信誉）十分关键。笔者认为，我国应该允许建立民间性质的鉴定机构，刑事案件当事人可以自由选择鉴定机构进行鉴定，关键是要加强行业自律和行业管理，并通过一定的立法明确规定鉴定人的法律责任与权利。同时确保鉴定人必须出庭接受质证，鉴定人直接出庭可以避免许多重复程序，避免一个案子产生几个鉴定意见的情况。

需要特别指出的是，鉴定意见的科学性是相对的，并不是毋庸置疑的绝对真理。它的科学性既受到鉴定人的技术水平、敬业精神等主观因素的制约，也受到检材、仪器等客观条件的限制，而在司法实践中因鉴定意见错误导致的错案并不鲜见。我国《刑事诉讼法》第146条规定：侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。这一规定充分体现了以当事人权利制约鉴定人的精神，对于保证案件质量有着重要的意义。但该规定在实践中并没有得到很好的实施。不告知的原因往往是：（1）以侦查工作需要保密为借口，而不告知；（2）怕重复鉴定，增加费用支出；（3）检材消失，使得重新鉴定成为不可能，同时也就失去了告知的意义（比如，凶杀案件中，一经鉴定即将尸体火化，使得复检没了可能）。这样就使有关当事人失去了对错误鉴定意见要求复核的救济权利。

笔者认为，鉴定意见是一个重要的证据，侦查机关有义务告知被告人。唯有如此，才能体现实体和程序并重、执法必严的法制精神，在保障有关当事人的诉讼权利的同时，也增加一道纠错机制来维护鉴定意见的科学性。因此，在实践中必须严格执行《刑事诉讼法》第146条，绝不能将其虚置。

2. 电子证据问题

随着科技的迅猛发展，计算机技术特别是网络在人们的生活中越来越重要。我国司法实践中遇到的问题主要包括 e-mail 和网上下载的资料等证据效力问题。

我国原有的三大诉讼法所列证据种类中并未包含 e-mail，而作为诉讼中的证据，其表现形式首先必须合法，即应在法律所规定的证据范围之内。但笔者认为，e-mail 作为一种新的通信方式，如仅仅因为其未被列入证据种类，而简单地



否定其证据效力，既脱离实际，又不利于查明案件事实。从当前国际发展形势来看，电子证据在诉讼中发挥着越来越重要的作用。有鉴于此，一些国家开始制定相关的法律来规范电子证据的应用。德国在 1997 年通过了世界上第一部全面规范互联网的法律“多媒体法”（德文简称 IUKDG），其中就有对 e-mail 的规范。美国在发生了大量的 e-mail 侵权纠纷后，联邦政府也正积极推进制裁所谓“垃圾邮件”的立法活动，各州政府开始对 e-mail 侵权纠纷进行审判，如 1997 年 11 月得克萨斯州的 Travis 郡审理的 flowers.com e-mail 侵权案中，e-mail 即作为直接证据被法庭确认，并据此判决赔偿。更有甚者，在 1998 年华盛顿检察长以同样的事由和证据，对 e-mail 侵权者提起了刑事诉讼。^①

我国在 1999 年 3 月 15 日通过的《合同法》第 11 条规定：“合同的书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”从而第一次在法律上确定了包括电子邮件在内的数据电文的书面形式地位，使得它相当于我国诉讼法中的书证。在司法实践中，直接由 e-mail 引发的纠纷尚不多见，其一般是以证据的形式出现。在 e-mail 作为证据形式出现时，可分为以下两种情况：（1）双方无异议的 e-mail。在司法实践中，如果双方对 e-mail 的内容及收发人无异议，一般认为可以作为证据认定。既然 e-mail 应属证据的一种，那么它也必须要在诉讼中接受双方当事人的质证，在这种情况下，e-mail 的证据形式已不重要，因为当事人的承认性陈述本身就可以作为证据认定，而这种承认性陈述又可以与 e-mail 的内容相互印证，所以，应当被法庭认定。（2）双方有争议的 e-mail。这种形式在诉讼中最为常见。不论是由 e-mail 直接引发的纠纷还是以证据形式出现的 e-mail，只要其涉及当事人双方的切身利益及关键性问题的确定，就会引发争执。从外观上看，e-mail 的信头上均带有收发件人、收发件人的网址、收发件时间等详细资料，所以，对于这类文件，只要上述信息清楚，笔者认为是可以作为证据认定的，如还有疑问，可要求当事人将 e-mail “转发”到承办人指定的计算机上或通过“联

^① 转引自李海霞：《浅谈 E-mail（电子邮件）的证据效力和保全问题》。

机”、“共享”的方式直接到举证人的计算机上查阅原始信息。可能发生的删改一般是随 e-mail 以“插入”、“附件”方式发送的 Mime 非文本文件，如 Word、Excel、Gif、Mpg 文件，乃至声音、音像等多媒体文件，因为该类文件的打开是在相应的编辑软件下进行的，故可以修改。该类文件的电脑打印件，与普通文件的打印件无异，如仅凭打印件很难起到证据的作用。

网上下载的资料证据效力也可以比照 e-mail 的处理方式进行。此外，公安系统内网下载的资料能否作为证据的问题常在异地抓捕、异地审判中遇到。当实在无法通过其他手段取得犯罪嫌疑人相关资料时，警察便不得不直接将网络上的犯罪嫌疑人信息在打印后归入证据材料卷宗，移送人民检察院审查逮捕或者审查起诉；细心的警察还仔细地在打印件上签上自己的姓名并加盖其所在警队的印章。假如案犯自报年龄与网络下载信息相左，而案件却是一件数额较大的盗窃案，则案犯是否年满 16 周岁，就成为有罪与无罪的大问题；再假如案件是一件故意杀人致死的重案，则案犯是否年满 18 周岁将决定着能否判处死刑的问题。有关前科的资料也是关系到量刑的重要情节。到目前为止，并无任何法定机关以任何方式表明公安系统的网络信息具有像基层公安机关户口登记那样的公定力（合法行政行为的效力之一）。因此，在这样的案件中，让检察官、法官仅仅依据网络信息去作出当事人年满 16 周岁或年满 18 周岁的判断，显然是违背他们的职业道德的。笔者以为，这种与原有诉讼法上证据可采性不符的信息资料，只能作为侦查线索，不宜确认其可采性。基于上述分析，在 2012 年《刑事诉讼法》第 48 条关于证据种类的规定中增加规定“电子数据”为合法证据形式，从而确认了电子证据的证据效力问题。

3. 测谎结果

本书将以专章的形式对此论述，这里只是简单提及。测谎仪的使用在我国刑事侦查中已经不是什么新鲜的或者罕见的事情了。但学界和司法界对此一直存在很大争议。支持者认为测谎仪的准确率高达 98%，测谎结果是可靠的。也有人提出，测谎仪无异于对精神的“刑讯逼供”^①，是对任意自白规则和不强迫自证

^① 《南方周末》，2001-05-01。

其罪原则的否定。现实中对测谎仪的迷信，充分暴露了我们对犯罪嫌疑人口供的迷信。从实践来看，我国测谎技术的应用存在不少问题。值得注意的是，我国的司法实践已经出现因相信测谎结果而造成冤案的例子：在昆明市公安局办理的杜培武案件中，鉴于杜不承认自己杀过人，侦查人员将杜带到昆明市中级人民法院做心理测试即测谎。两次心理测试的结论显示杜说谎可能在90%以上。在有测谎结果以及其他“客观证据”后，侦查人员加强了对杜的审讯，最终酿成了错案。测谎结论在造成本案错误中起到了推波助澜的作用。按照外国的做法，测谎活动对测试人员的资格要求较高，测试人员需要具备以下条件：（1）具备大学学历；（2）接受至少6个月的实习，由有经验的测试人员在实习过程中给予指导；（3）成为测谎专业人员至少应有5年的工作经验。我国一窝蜂地使用测谎仪来办案，但测试人员不能达到相应的要求。况且测谎仪本身的科学性还受到科学界一定程度上的质疑，其结果也具有相当大的主观性，即便是符合资质要求的操作员得出的结论也未必是科学的、正确的。因此，最高人民检察院于1999年9月10日公布了《关于CPS多道心理测试鉴定意见能否作为诉讼证据使用问题的批复》，规定，测谎结果不能作为诉讼证据使用，只能作为检验证据的手段使用。这一批复表达了这样的讯息：对测谎结果必须抱有慎重态度。但这个批复也存在问题，因为没有任何一个测谎结果是单独作为诉讼证据使用的，测谎结果总是与被测谎人的陈述结合在一起的，如果将被测谎人在测谎过程中的陈述作为证据，并将测谎的结果作为判断这一陈述是否真实、可靠的依据，其结果仍然是测谎结果在证据的认定和事实的判定中发挥着举足轻重的作用。同样，由于测谎结果的准确性难以把握，迷信这一结果据以判断案件证据真实性的作用，仍然会导致冤错案件。^①有的学者认为测谎结果可以比照鉴定意见来采信，对此，笔者认为是不恰当的，关键在于测谎结果所证明的不是案件事实，而是案件言词证据自身的真伪，这种补强在逻辑上是否有必要值得进一步讨论。

因此，这种技术的使用，必须受到严格的限制。那么，我们应当如何对待测

^① 参见《法制日报》，2002-08-05。

谎结果呢？稳妥的办法是：（1）不允许将测谎结果作为诉讼证据使用。（2）测谎只能在侦查阶段和审查起诉阶段进行，而且这种手段的采取应当是犯罪嫌疑人提出申请。（3）不允许检察官起诉时或者审判过程中提出被告人在审前曾经被测谎的情况和结果，以避免对法官产生不良影响。法院在审判阶段不应当使用测谎仪作为检验证据的手段，也不允许在决定是否采信某一证据时将测谎结果作为考虑的因素。

（三）手段问题研究

1. 刑讯逼供问题

在 21 世纪建设法治社会的今天，“刑讯逼供”虽已明确写入刑法的禁止行为之列，但各级司法机关办案人员的传统观念仍是刑讯逼供所得犯罪事实真实，未出假案即可被接受，刑讯逼供未致被告人伤残即可被原谅。在一次调查问卷中，对于“违法行为获取证据是否可以采用”这一问题，公安部部机关警察回答“是”的有 5 人，回答“否”的有 46 人，基层公安系统警察回答“是”的有 45 人，竟无一人回答“否”^①。“刑讯逼供”的目的往往有二：一是获得破案线索，提高破案率。二是迫使被告人低头认罪，主动提供自己有罪的证据。因此，公、检、法三机关在办案程序上对此实际上是睁一只眼闭一只眼，变相地开绿灯。公安、司法机关办案人员被以《刑法》第 247 条规定的“刑讯逼供罪”追究刑事责任的可能性很低（现实中往往是出人命或出错案时才会被追究）。虽然各级公安、司法机关多次整风强调纪律，严禁刑讯逼供，但我们不得不遗憾地承认，刑讯逼供甚至是我国当前刑事侦查中的一种常态。

当前理论界较常见的一种观点认为举证责任倒置可以有效地遏制刑讯逼供。所谓的举证责任倒置，就是检控方对刑讯逼供的指控，承担他们没有进行刑讯逼供的举证责任。倡议这种做法的主要理由是，刑讯逼供的受害者缺乏举证的能力，即使他有这样的能力，在其取证时也往往是事过境迁，无法取得充分、有效的证据。与此相反，刑讯逼供的被控告者拥有便于举证的权力和能力，处于举证

^① 参见童勇：《证据立法的走向》，载何家弘主编：《证据学论坛》，第 1 卷，北京，中国检察出版社，2000。



的优势地位，由其承担举证责任有利于查明案件真相，并有利于对检控人员形成有力的约束。笔者对此观点持怀疑态度，因为：该观点的着眼点不是从根源上铲除刑讯逼供的滋生土壤，而是试图对现有体制进行局部的修正。在强大的公权力机器面前，这种修正的效果令人怀疑。侦查机关手握公权力，而且作为一个整体，在当前缺乏制约机制情况下的举证（甚至伪证）能力远强于辩护方。在2002年6月浙江省杭州市余杭区人民法院重审的“公安干警刑讯逼供致死案”中，涉案的公安干警就指证公安局副局长授意其刑讯逼供，并在案发后让他们顶罪。这里，刑讯逼供不是个体行为，而是单位行为。基层一些警察法律意识淡薄，甚至出现过找出数名证人证明一个无辜的大学生嫖娼的极端情况。依此类推，在刑讯逼供东窗事发后找人作伪证、串供证明逼供行为不存在也不是难事。而辩护方势单力孤，缺乏取证的有效手段与能力，在对方自证清白后，重整旗鼓的可能性恐怕是微乎其微。所以，这种提议在根本上还是通过检控机关的自律而非他律来实现，是靠不住的。

笔者认为，解决刑讯逼供问题的方法说来很简单，也是比较“古老”的一个观点，即只有赋予嫌疑人不自证其罪的权利，赋予其沉默权，才是这一问题的唯一解决之道，建立非法证据排除规则也是应有的手段之一。只有从动机上消灭刑讯逼供的驱动力，从体制上保证嫌疑人对刑讯逼供的对抗力，从后果上确认对刑讯逼供的制约力，才能从根本上消除这一现象。2012年《刑事诉讼法》第50条明确规定“不得强迫任何人证实自己有罪”，第54条规定了非法证据排除规则，将对遏制刑讯逼供起到重要作用。

2. 陷阱取证问题

“陷阱取证”是法学理论与司法实践中非常复杂的问题，通常用在对特殊的刑事案件的侦查中。其基本含义是指，在对特殊刑事案件的侦查中，侦查人员为了获取犯罪嫌疑人犯罪的证据或线索、抓获犯罪嫌疑人而采取的诱使被侦查对象实施犯罪行为的一种特殊侦查手段或方法。除了美国以外，世界上其他国家，比如英国、法国、德国、日本、瑞士、葡萄牙等，均对“陷阱取证”从法律上予以确认。鉴于“陷阱取证”在打击刑事犯罪，尤其是在打击日益蔓延的毒品犯罪中



的重大作用，联合国公约和部分地区性公约也对此予以确认。联合国 1988 年 12 月 29 日在禁止非法贩运麻醉药品和精神药物第六次大会上通过了《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，该公约第 11 条规定了“控制下交付”的“陷阱取证”侦查手段，即侦查人员在毒品犯罪的侦查中，一旦发现贩毒者拥有大量毒品急于寻找购买对象，就可以以毒品需求者的身份假意购买，在毒品“交易”过程中，将毒品查获，将贩毒者缉捕归案。如今，这种“控制下交付”的侦查手段已成为国际上普遍采用的缉毒方法。我国的侦查实践中，秘密侦查以及诱惑侦查或者设置侦查陷阱常常被侦查机关重视，这是因为大量的无被害人犯罪发案率高，如涉毒案件、受贿案件等，使社会治安恶化、公共权力腐败。此类犯罪成为社会热点问题，然而，这些犯罪却无具体的诉讼法意义上的被害人和具体的利害关系人，因而对犯罪的揭露、对罪犯的缉拿就较有被害人犯罪要困难，使侦查机关面临社会舆论的压力，因而，侦查机关采用诱惑侦查或者设置侦查陷阱的做法，就易于获得公众的理解与支持，因此，尽管有关主管机关经常要求侦查机关在报道破案经过时不得泄露侦查机密，但是，破获案件的喜悦又常使侦查人员忘记了这种规定，于是从一些法制类节目中观众仍然能够了解到这一特殊侦查行为的一些细节。另外，对于侦查机关来说，诱惑侦查或者设置侦查陷阱是一种投入少、产出高的选择，这对于经费不太宽裕的侦查机关也是一种诱惑。

国外的相关理论将“陷阱取证”区分为犯意诱发型和机会提供型两种。犯意诱发型是指嫌疑人本无犯意，只是在侦查人员的引诱下才产生犯意，即犯意的产生与侦查人员的引诱行为之间存在着法律上的因果关系。机会提供型则不然。所谓机会提供型，是指嫌疑人的犯意是其自发产生的，侦查人员只不过是给其提供了一个犯罪机会，并且这一机会与其他任何人所提供的机会对嫌疑人犯意的影响并没有任何实质差别。从世界各国的立法来看，都普遍承认机会提供型“陷阱取证”的正当性，而根本否定犯意诱发型“陷阱取证”的正当性，对这两种不同的“陷阱取证”侦查方式采取了全然不同的立场：对于犯意诱发型要追究侦查人员的刑事责任，对于机会提供型则在肯定其有存在必要的前提下，加以严格限制。在我国“陷阱取证”早就在刑事侦查活动中得到运用，在毒品、假币等犯罪的侦

