

XINGSHI ZHENGJU
REDIAN WENTI YU DUICE

刑事证据 热点问题与对策

■ 张月满 著

知识产权出版社

刑事证据热点问题 与对策

张月满 著

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据热点问题与对策/张月满著. —北京:知识产权出版社, 2005. 8

ISBN 7-80198-424-2

I. 刑… II. 张… III. 刑事诉讼—证据—研究—中国 IV. D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 096790 号

内容提要

本书是作者在从事《刑事诉讼法》和《证据法学》的教学过程中及刑事辩护实践中,对刑事证据问题的点滴思考,也是山东政法学院 2005 年科研课题之一。该书以刑事证据的概念、特征,证据的法定种类,证据在理论上的分类,刑事诉讼证明四大部分为脉络,理论与实践相结合,对刑事证据概念的重新界定、刑事证据基本特征的理解、不同证据种类中存在的问题、言辞证据的运用、刑事诉讼中证明标准等热点问题,进行了一些有益的探讨。

刑事证据热点问题与对策

作 者:张月满

责任编辑:宋 云

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址:<http://www.cnipr.com>

电子信箱:zscq-bjb@126.com

电 话:010-82000890 82000860 转 8324

传 真:010-82000890

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:850mm × 1168mm 1/32

印 张:8.5

版 次:2005 年 8 月第一版

印 次:2005 年 8 月第一次印刷

字 数:203 千字

定 价:30.00 元

ISBN 7-80198-424-2/D·363

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

证据在刑事诉讼中占有十分重要的地位。刑事诉讼的内容是解决被告人的刑事责任问题,而此问题的解决要建立在案件事实清楚的基础之上,司法人员对案件事实的认识是通过刑事诉讼证据来实现的,刑事证据是查明案件事实的依据,是实现司法公正的保证。刑事证据问题历来是各国刑事诉讼制度的重要内容之一,素有诉讼问题核心之誉。因此,刑事证据问题一直是诉讼理论上及司法实践中的热点和难点问题。在我国刑事诉讼制度发展的历史上,由于长期存在着“重实体、轻程序”的传统法律意识,刑事证据的立法和司法较为薄弱,表现为证据立法条文较少且缺乏明确性的规定。这也给司法实践带来了种种问题,导致错案增多,严重影响到刑事诉讼中的司法公正。我国刑事证据的理论和实践表明,现行刑事证据状况不利于刑事诉讼法价值和目的的实现。

笔者认为,在诉讼民主与文明发展的今天,加强刑事证据的理论与实践问题的研究十分必要,它可以促进刑事证据制度的不断完善。笔者在从事《刑事诉讼法》和《证据法学》的教学研究及参加刑事辩护的司法实践过程中,对刑事证据的相关问题有一些切身的体会和认识,今在此抛砖引玉,以求得法律界同行的指教,共同密切关注刑事证据问题,为我国的刑事证据制度的改革和完善尽微薄之力,为形成科学、民主、明确、可行的刑事证据制度添砖加瓦。

本书是山东政法学院 2005 年科研课题之一。本书探讨的问

题是笔者在从事《刑事诉讼法》和《证据法学》的教学及刑事辩护的司法实践中的点滴思考,部分内容或观点已在相关法学刊物上发表。刑事证据所涉及的知识博大精深,以笔者的能力难以一一涉猎,所以书中必有很多不足之处,恳请读者批评指正。

本书的出版得到了知识产权出版社的大力支持,宋云编辑为此付出了艰苦的劳动。另外,本书在撰写过程中,参阅了法学界有关专家、学者的研究成果,在此一并表示衷心感谢!

作 者

2005年2月

目 录

第一章 刑事证据概念及特征	(1)
一、刑事证据概念的重新界定	(1)
二、刑事证据的客观性	(4)
三、非法证据	(5)
四、刑事证据的关联性	(26)
五、刑事证据的证据能力与证明力	(33)
第二章 物证、书证	(36)
一、物证的含义	(36)
二、物证鉴定	(37)
三、书证的含义	(40)
四、物证与书证的运用	(42)
第三章 证人证言	(45)
一、刑事证人出庭作证的价值	(45)
二、建立和完善刑事证人证言规则	(52)
第四章 被害人陈述	(144)
一、被害人陈述的内容	(144)
二、被害人陈述的运用	(149)

第五章 犯罪嫌疑人、被告人供述与辩解	(156)
一、犯罪嫌疑人、被告人供述与辩解的运用	(156)
二、我国应否确立犯罪嫌疑人、被告人沉默权	(164)
第六章 鉴定结论	(171)
一、我国刑事鉴定体制存在的问题	(171)
二、鉴定结论的运用	(178)
第七章 勘验检查笔录	(192)
一、勘验检查笔录的含义	(192)
二、勘验检查笔录的运用	(192)
第八章 视听资料	(195)
一、视听资料的运用	(195)
二、电子证据	(199)
第九章 证据分类	(203)
一、证据的分类与证据法定种类的区别	(203)
二、言辞证据的运用	(204)
三、刑事证据在理论上的其他分类——主证据与 补强证据	(214)
第十章 刑事诉讼证明	(219)
一、刑事诉讼证明标准	(219)
二、刑事诉讼证明责任	(233)
三、刑事诉讼证明对象	(242)
四、收集到案的证据应妥善保管的价值意义	(245)

五、刑事审判证据运用应把握的几个问题	(248)
六、刑事证据运用实例——从一起爆炸案件看刑事 证据的运用——兼谈有罪证明标准的认定	(254)
参考文献	(260)

第一章 刑事证据概念及特征

一、刑事证据概念的重新界定

刑事证据概念的界定是证据制度的基础。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第42条第1款规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”但这个概念涵盖不了刑事诉讼过程中方方面面的证据。近年来随着我国证据立法的呼声日益高涨,学术界面临着对刑事证据概念予以重新界定的任务。刑事证据的概念应如何表述?在我国现代刑事证据法学研究中,主要有三种比较有代表性的观点:第一种观点为“客观事实”说,持此观点的学者认为“诉讼证据就是司法人员在诉讼过程中可用以证明案件真实情况的各种事实”。^①第二种观点为“根据”说,持此观点的学者认为“证据就是证明案件事实或者与法律事务有关之事实存在与否的根据”,无论“根据”是真是假,是否被法庭所采纳,它都是根据。^②第三种观点为“统一”说,持此观点的学者认为“诉讼证据是事实内容与法律形式的统一,即以法律规定的形式表现出来的能够证明案件真实情况的一切事实”。因此,诉讼证据必须具有证据能力和证明力。^③上述三种观点之间在证据的内涵和外延的划分上存在着根本性的分歧:“客观事实”说认为证据的内涵为

① 陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社2000年11月版,第99~104页。

② 何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年3月版,第93~99页。

③ 卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年9月版,第70~72页。

客观事实,证据必须具有客观真实性和相关性,法律性不是证据的本质属性,照此推理,可以得出虚假证据不是证据和非法证据是证据的结论;“根据”说的内涵最小,只要是能证明案件事实或与法律事务有关之事实存在与否,就是证据,因此,虚假证据以及非法证据均是证据;“统一”说内涵最大,要求证据不但应当是能够证明案件真实情况的一切事实,而且还必须符合法律规定的形式,因此,虚假证据和非法证据都不是证据。通过上述分析,可以看出三种观点之中,除“根据”说之外,另两种观点都面临着无法回答的诘难:虚假证据与非法证据究竟是否是证据,如果不是,那么它们是什么?笔者认为,传统证据学对证据概念的界定之所以面临上述诘难,主要是因为传统理论中对证据概念的界定只关注证据的实体属性,而忽略了证据的程序属性。应该说,证据的主要属性应表现为其程序性。

刑事诉讼证据是在诉讼中使用的,因此,作为刑事诉讼证据的概念,应当反映出诉讼程序的特点。刑事诉讼的证据是诉讼中用来明晰案件事实的,而案件事实是诉讼双方想通过诉讼去查清。我国刑事诉讼又是分阶段进行的,在每阶段的证据运用中,其含义应有所区别。证据概念的程序性在国外的证据概念中有所体现。例如,美国的《布莱克法律辞典》对证据的解释为“当事人为使法官或陪审团相信他们的论点而以证人、记录、文件以及其他有形的物品为媒介而在审判中提出的任何种类的有证明力的内容”。这一概念体现出英美法系以审判为中心的基本诉讼特征。日本学者对证据的定义也体现出日本诉讼制度的基本特征,如日本学者认为“证据是法官为确定判决的基础资料而取得诉讼上的手段和方法”,^① 这一定义体现出日本诉讼制度所具有的当事人主义与职

^① 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年12月版,第3页。

权主义混合的基本特征,表现为:第一,以审判为中心。日本刑事诉讼奉行严格的起诉状一本主义,这是日本吸收英美法系当事人主义的一个基本要素,因此,在日本,证据概念也限于审判阶段。第二,法官有一定的证据调查权。这是日本刑事诉讼所具有的大陆法系职权主义诉讼特征,基于这一特征,上述证据概念并没有把证据限定于必须由双方当事人提出,而是包括了法官自己调查收集的证据。俄罗斯联邦原《刑事诉讼法》第69条将证据的概念界定为:“调查机关、侦查员和法院依照法定程序据以判明危害社会行为是否存在和实施该项行为的人是否有罪的任何实际材料,以及对于正确解决案件具有意义的其他情况,都是刑事案件的证据。”上述证据概念同样体现了俄罗斯原刑事诉讼的基本特征。其证据的概念贯穿于从侦查到审判的整个刑事诉讼过程,而限于审判阶段。另外,也反映出证据主体的多样性。从诉讼的角度来研究证据的概念是十分必要的,证据概念的界定直接影响到证据立法的调整对象。另外,由于诉讼具有阶段性且每一阶段的任务不同,诉讼证据在每个阶段的表现和要求也是不同的,因此,证据概念本身应当是具有阶段性的。前述三种主要的证据概念实际上是在不同的阶段语境上来界定证据概念。从外延上来讲,“根据”说的证据概念外延最大,包括非法证据和虚假证据在内的所有证据;“事实”说的证据概念外延居中,其所界定的证据包括非法证据在内的所有真实证据,排除了虚假证据;“统一”说的证据概念外延最小,将非法证据和虚假证据排除在证据范围之外。所以,三个证据概念在外延上呈包含与被包含关系。

笔者认为,界定证据的概念必须尊重其程序性,主张在我国刑事诉讼法所确立的基本诉讼体制之下,以诉讼阶段为标准对证据概念进行不同阶段的界定。可将证据界定为立案证据、侦查和起诉证据、审判证据和定案证据。立案证据指能证明有案件事实存

在的信息和资料。侦查和起诉证据指在侦查和起诉阶段收集到的能证明案件事实情况的所有信息和资料。审判证据指控、辩双方为证明自己的诉讼主张而在法庭上提交的信息和资料。定案证据指经法庭依法质证的、法官用以认定案件事实并作出裁判所依据的信息和资料。将刑事证据按不同的诉讼阶段分为不同的称谓,反映了刑事证据概念的程序性,有利于证明责任的履行及职能作用的发挥,凸显审判的核心作用。对司法机关及其工作人员围绕诉讼阶段的具体任务有效运用证据有一定的指导作用。

二、刑事证据的客观性

关于对证据客观性的认识和理解,在我国学者中存在着不同的观点和看法。有的学者认为“事实材料”是对已经发生的犯罪行为的再现,是不以人的意志为转移的,是纯客观的;有的学者认为“事实材料”的存在是客观的,人们发现、收集查证“事实材料”的过程则是主观能动性的反应,离开人们的主观性,“事实材料”便无法被发现、认识,因而,“事实材料”是以客观性为基础的,是主客观的有机统一。那么,证据是否具备主观性属性呢?该如何分析和认识证据的主观性问题?笔者认为,刑事诉讼证据在具有客观性的同时也具有主观性,是客观和主观的辩证统一,是以客观性为基础的。证据的主观性是指证据的形成,内容是客观的,是不以人的意志为转移的。但是,从认识论的角度分析,对证据收集、认定、查证等活动都离不开人的主观能动性。因为,首先,证据需要被人认识到,并且被提出来。被认识到,并且被提出来的证据,是一个客观的转化过程,这一转化过程中掺杂了大量的主观因素,是人主观能动性的结果。因为证据是有真有假、真假混合的,要去伪存真,就需要对“事实材料”进行判断或认定。通过诉讼程序的认证和质证,判断哪些事实材料可以接受,具有证据资格,哪些不能接受,被否

定,不能作为证据使用,这些表现都是主观性的体现和反映,它表明人的主观能动性能够正确反映客观事物。这也是唯物辩证法中物质与意识关系的基本观点。其次,证据的存在和证据的认识是两个不同的范畴,证据只有过渡到主观性才具有实际存在的价值。证据的存在是证据认识的前提,证据存在是客观的,是不以人的意志为转移的,但是,客观存在的,严格意义上说不是证据,是“事实材料”,它还处在人们的认识之外,属于有待认识的基本素材,由于它的价值尚不被人们所认识和把握,因而价值是潜在的。但是,这种潜在的价值对诉讼程序而言是没有任何价值可言的,要将其潜在的价值变为现实的价值,就必须通过人的主观能动性对它进行认识和利用,只有这样才使其具有诉讼程序上的证据价值。从这一点讲,我们可以说“证据”是在诉讼程序中用来起证明作用的东西。据此,凡是带有诉讼证明目的性的证据都具有主观性。证据的主观性是一个动态的过程。证据的主观性表现为诉讼证据从被发现、阅读、理解、认识、掌握、筛选、提供质证、认证到最终被采纳的整个过程。证据的主观性贯穿于刑事诉讼过程始终。根据以上分析,笔者认为,证据的客观性是针对证据的内容和存在形态而言的;证据的主观性是从认识论的角度入手的,没有客观存在,对对象的主观认识是臆断和空想;离开人的主观能动性,证据不能被发现、认识,证据的价值无法被认定,作为“定案的依据”的结论也永远不能产生。因此,证据在证据客观性属性的理解和认识上应该是主观和客观的有机统一,以客观性为基础。

三、非法证据

非法证据,是指有关国家执法人员违反法律规定的权限和程序或以非法方法获得的刑事证据。非法证据是否具有法律效力,能否在诉讼中采用,对其应如何处理等问题,不仅在理论上有所研究

的必要,也是司法实践中迫切需要解决的问题。

(一) 国外相关规定

国外对于非法证据一般采取排除的规则。所谓非法证据排除规则,主要是指在刑事诉讼中应当排除那些通过非法搜查和扣押获取的物证的规则。另外,各国一般认为非法取得的口供没有证据能力。

现代任何国家的刑事诉讼法都禁止以违反法律的方式获取证据,然而对非法获得的证据是否具有证据能力,成为定案根据,却既有共识,又有不同的意见和相异的处置。

对非法方式获取口供的排除,现代各国一般认为非法取得的口供没有证据能力。

在英美法系的国家中,凡是通过违法或不恰当的方式取得的并非出于陈述人自由意志的自白应当绝对排除。而且,如果对自白的任意性有疑问也应当排除。对自白的任意性,如果被告人方面提出异议,检察官有义务向法庭证明其确实属于自由意志,可传唤原讯问人员到庭作为证人加以询问。英国奉行非任意性自白排除,以排除虚假供述。英国是现代非法获得证据排除制度的始创者,被告人自白排除则是非法获得证据排除制度的最初表现形式,产生之后不久即移植到美国。到19世纪前期,因受法国资产阶级革命人权保障思想的影响,任意性法则受到西方国家的普遍重视。无论是大陆法系,还是英美法系,都把口供是否具有任意性作为其取得证据能力的要件。

早在18世纪末,英国判例法就确定了被告自白排除法则,除非自白是完全自愿的。司法官员取证时的引诱、威胁等行为将导致对自愿性的破坏。1964年英国高等法院王座法庭通过的《法官规定》规定:在刑事案件中,被告人部分或全部认罪的自白可被起诉方用作指控被告人有罪的证据,只要他是自愿的,即证据不是因

为被告人不公正的对待,希望得到好处或被司法官威胁、压制而获得。1984年的《警察与刑事诉讼法》第76条规定:“(1)在任何程序中被告所作的不利于己的自白可以作为指控他的证据。(2)在任何程序中,假如起诉方反对提出被告人自白,对法庭来说,意味着自白是或者可能是通过以下方式获得:a. 压制或者 b. 可能的说或做的结果使得自白因此不可靠。法庭将不允许提出不利于他的自白,尽管它可能是真实的,除非起诉方超出合理怀疑地证明不是如前所述而获得。(3)在任何程序中,如果起诉方建议提出被告人的自白,法庭可以要求起诉方证明自白不是以第(2)款提及的方式而获得……(4)在此条中,‘压制’包括刑讯、不人道或者降低待遇,以及暴力威胁的使用(无论是否相当于刑讯)。”按照英国学者的观点,上述规定实际上确定了对非法取得被告人供认的自动排除原则,法庭遇到上述规定情况,都必须无条件地将被告人的供述予以排除,而不享有任何自由裁量权。当然在司法实践中还存在非法获取自白排除由法官行使自由裁量权现象。

1984年以后的司法实践,对被告人自白的排除主要涉及:

1. 被告人在警察拒绝其律师介入下的自白。如1987年的女王诉梅森(Regina V. Mason)一案。^①在此案中,被告人梅森涉嫌纵火烧毁他人的小汽车,警察在不掌握任何证据的情况下,逮捕了梅森并欺骗他说他们已在犯罪现场发现了他的指纹。紧接着,警察对被告人律师重复了同样的谎言。最后梅森承认了自己准备了引火材料并指使他的一个朋友纵火烧毁了汽车。在对此案进行初审时,法官采纳了梅森承认犯罪的供述,并判决被告人有罪。被告人不服定罪,提出上诉。上诉法院认为:(1)《警察与刑事证据法》第

^① 熊秋红:“英国刑事诉讼中对非法获得的证据处理之评价”,载《国家检察官学院学报》1997年第2期。

78条的规定适用于被告人自白;(2)警察欺骗被告人及其律师是最应当受到指责的行为,但是这并不意味着法官应起约束警察行为的作用,法官只关心与公正相联系的自由裁量权是否被合适地行使;(3)在此案中,初审法官错误地行使了自由裁量权,“他忽略了一个重要因素,即对上诉人律师的欺骗。假如他已考虑到这一点,毫无疑问,他会得出一个相反的结论。”基于上述理由,被告人的上诉获得确认,上诉法院撤销了定罪。

2. 警察诱供所得自白应予以排除。如1991年女王诉豪顿·桑普森(Regina V. Havden Simpon)一案中,被告人是一个风琴演奏者兼唱诗班的指挥,他被指控偷了初级唱诗班成员的钱,警察对他说,假如他承认盗窃,他们将以两条罪状指控;否则,他们将询问唱诗班的每个成员并分开指控。被告人因此承认了犯罪。在上诉法院的审理中,定罪被撤销。理由是《实施法典》禁止警察诱供。

3. 被嫌疑人未署名供述应予排除,如1991年斯科特(Scott)一案,因没有给嫌疑人阅读讯问笔录并签名,导致定罪被上诉法院撤销。^①可见,英国对非法获取自白证据采用排除态度。

在美国,非法证据排除在实践中先后经历了先联邦后各州适用;在排除的内容方面,经历了排除违法取得的自白排除到排除违法搜查、扣押取得伪证据;从适用的原则上,经历了完全排除到一般适用排除违法取得证据并加例外的历程。^②美国是实行非法物证排除规则的主要国家。它通过一系列判例确定通过违法的、无根据的搜查和没收所获得的证据^③,以及通过违法收集的证据发现、

① 熊秋红:“英国刑事诉讼中对非法获得的证据处理之评价”,载《国家检察官学院学报》1997年第2期。

② 付宽芝:“违法证据的排除与防范比较研究”,载《外国法译》1997年1期,第58~65页。

收集的证据(派生证据)均应排除。根据“毒树之果”的理论,使用以非法手段获取的证据是有害的,因为它会鼓励警察的违法行为,纵容对公民隐私、住宅和人身等权利的侵犯,破坏法制。但由于犯罪浪潮的冲击,为增强有罪证据的力量,近年来联邦最高法院通过判例确认了规避排除规则的一系列例外。如“最终或必然发现”的证据不适用排除规则;侦查人员不是明知搜查和扣押是违法的,即出于“善意”也不适用排除规则。此外,最高法院还进一步提出,警察的违法行为必须与犯罪给社会造成的损失一起衡量。也就是要对非法搜查所获证据的取舍作利益权衡。总之,对违法获取的能够证明案件真实情况的物证是否排除,从根本上说是一种价值选择,或者着眼于保护被告人和其他诉讼参与人的合法权益否定非法取得的证据材料的证据能力,或者为追求本案的客观真实并有效的实现国家的刑罚权而肯定其证据能力,前者体现了严守正当程序以保障基本人权;后者体现了现代刑事诉讼中追求实体真实以惩罚犯罪的目的。两大目的尖锐对立。继英美之后,一些大陆法系国家也部分吸纳了英美非法物证排除规则的精神。第二次世界大战后的日本法深受美国法影响,非法物证排除规则逐渐得到部分下级审法院及学者的支持。日本最高法院并未直接引用该规则,只是在有关判例中指出:在物证扣押等手续中,存有……重大违法情事……一旦被认为不适当时,即应否定该证据之证据能力。无论美国还是日本,有关此规则的赞否两派的讨论自始就较为激烈。整体而论,赞成派略占优势,其理论根据主要有三:(1)保护理论,即利用除外规则将追诉活动纳入法定的轨道加以规范与限制,从而保障个人的隐私权不受非法侵害。(2)公正理论,它所提倡的是这样的原则,法院不应通过采纳有污点的证据来参与违法活动,否则法院将无公正与诚信可言,同时亦有损司法的廉洁性。(3)威慑理论,认为在非法物证排除规则的支持之下,警察不仅不能享受