

SUSONG SHIJIAOXIA DE SIFA JIANDING ZHIDU YANJIU

诉讼视角下的 司法鉴定制度研究

王素芳 著

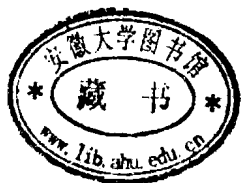


上海大学出版社

诉讼视角下的司法 鉴定制度研究

——以刑事诉讼为出发点

王素芳 著



上海大学出版社

· 上海 ·

图书在版编目(CIP)数据

诉讼视角下的司法鉴定制度研究/王素芳著. —上海: 上海大学出版社, 2012. 10
ISBN 978-7-5671-0597-3

I. ①诉… II. ①王… III. ①司法鉴定-司法制度-研究-中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 313426 号

编辑/策划 高晓晨 江振新

封面设计 倪天辰

技术编辑 金鑫 章斐

诉讼视角下的司法鉴定制度研究

——以刑事诉讼为出发点

王素芳 著

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.shangdapress.com> 发行热线 021-66135112)

出版人: 郭纯生

*

南京展望文化发展有限公司排版

上海上大印刷有限公司印刷 各地新华书店经销

开本 890×1240 1/32 印张 7.25 字数 188 千字

2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5671-0597-3/D·137 定价: 38.00 元

前 言

司法鉴定是在诉讼活动中运用科学技术或专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。鉴定意见在现代诉讼中所起的作用越来越大,已成为协助司法人员分析、判断和审查证据并形成内心确认的重要工具。鉴定结论作为诉讼活动过程中的主要证据种类之一,在刑事诉讼活动中具有其他证据无法替代的优势,它对于司法机关分析案件的性质、犯罪的严重程度、促进诉讼活动的顺利进行,发挥着重要的作用。由于我国没有统一的司法鉴定立法,诉讼法对鉴定程序基本上没有规定。2005年10月1日起开始施行《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《决定》)对加强司法鉴定机构和鉴定人员的管理,维护司法鉴定的独立,保障司法审判的公正性,具有非常重要的意义,《决定》和《程序通则》在一定程度上解决了司法实践制度中的若干问题,但未能完全适应中国刑事诉讼制度发展的需要,2012年3月14日,第十一届全国人民代表大会第五次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,有关司法鉴定制度的修改引起了社会的广泛关注。

司法鉴定制度在一定意义上是为诉讼服务的,它为裁判者在诉讼中正确理解证据和认定案件事实提供可靠的证据方法,诉讼制度是司法鉴定制度得以存在的前提,司法鉴定制度是诉讼制度的重要

组成部分,司法鉴定制度设置是否科学影响到诉讼的公正性,也是衡量诉讼制度是否完备的重要标志之一。

司法鉴定制度是联系诉讼证据与诉讼程序的纽带,诉讼程序立法由纠问式审判机制向对抗式审判机制转变,使在诉讼程序中法官凭借自己的法律知识、审判经验以及实践能力对证据和事实的独立判断更加强烈依赖鉴定意见,更需要司法鉴定制度的合理设计来保证司法实体的公正。作为证据制度重要组成部分的司法鉴定制度,其目的在于通过科学技术在诉讼程序中的运用,从而保证能更准确和有效地对案件事实进行确认。

从诉讼程序的角度分析司法鉴定制度,对司法鉴定进行定位,明确诉讼理念下司法鉴定,从司法鉴定的概念、本质属性、特征等基本问题出发,构建科学的司法鉴定理论体系,在此基础上以现代诉讼程序为视角分析司法鉴定制度。通过对我国现行司法鉴定制度缺陷和存在问题的分析,在借鉴两大法系司法鉴定制度、适合中国法律传统文化的基础上,构建我国的司法鉴定制度。主要从司法鉴定管理制度、司法鉴定主体制度、司法鉴定启动程序制度以及司法鉴定评判程序制度等几个方面加以研究,弥补我国司法鉴定制度的不足,从理论和具体操作方面提出一些改革和完善建议。

目 录

引论 司法鉴定制度与诉讼制度	001
一、司法鉴定与诉讼程序	001
二、司法鉴定制度与证据制度	008
第一章 司法鉴定制度基本理论问题	013
一、司法鉴定的属性与特征	013
二、司法鉴定制度的理论基础	018
三、司法鉴定结论	024
四、司法鉴定与刑事诉讼	027
五、司法鉴定制度的基本构成	036
六、我国司法鉴定制度改革和完善的必要性及其发展要求	037
七、我国司法鉴定制度改革和完善的指导思想	039
第二章 司法鉴定管理制度	042
一、国外司法鉴定制度管理制度概况	043

二、我国司法鉴定管理制度概况	053
三、构建我国新的司法鉴定管理体制	066
第三章 司法鉴定主体制度	079
一、司法鉴定机构	079
二、司法鉴定人	089
三、司法鉴定人出庭作证制度研究	102
四、司法鉴定人民事赔偿责任	110
第四章 司法鉴定启动程序制度	118
一、司法鉴定启动制度概述	118
二、司法鉴定启动制度比较研究	123
三、我国司法鉴定启动制度分析	142
四、合理构建我国司法鉴定启动制度	148
五、重新鉴定的规范	157
六、司法精神病鉴定相关问题研究	166
七、司法鉴定援助制度	173
第五章 司法鉴定意见评判程序	184
一、鉴定意见与鉴定结论	184
二、我国司法鉴定评判程序中存在的问题	186
三、司法鉴定意见的审查	189
四、鉴定意见的质证程序	200
五、鉴定意见的认证	208
六、专家辅助人制度	214

引论 司法鉴定制度与诉讼制度

诉讼制度、证据制度、司法鉴定制度之间紧密联系,在不同的诉讼模式和证据制度下有不同的司法鉴定制度的设计,鉴定制度是由证据制度和诉讼制度所决定的,受它们的制约并为其服务。

一、司法鉴定与诉讼程序

诉讼的目的在于“保护基本人权与查明案件真相即发现实体真实”,“实体真实以保护人权的程序为前提,追求真实只有通过正当的程序才允许”。^① 司法鉴定制度在一定意义上讲是为诉讼服务的,为裁判者在诉讼中正确理解证据和认定案件事实提供可靠的证据方法,诉讼制度是司法鉴定制度得以存在的前提,司法鉴定制度是诉讼制度的重要组成部分,司法鉴定制度设置是否科学影响到诉讼的公正性,也是衡量诉讼制度是否完备的重要标志之一。

^① [日] 田口守一. 刑事诉讼法. 刘迪等译. 北京: 法律出版社, 2000, 8—10.

（一）司法鉴定与诉讼制度的关系

《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《决定》)对司法鉴定作的定义是:司法鉴定是指在诉讼活动中运用科学技术或专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。鉴定作为诉讼过程中的诉讼活动,具有诉讼性,因此“鉴定就应当依照规定的诉讼程序进行”。苏联有学者提出:“鉴定是借助有专门知识的人对证据进行研究的過程和方法,鉴定是一种认识、研究、审查证据的方法,在法院缺少专门知识的情况下,法院就必须利用这些方法。不许可把鉴定同鉴定人意见混为一谈,因为前者是研究、认识和审查证据的过程,而鉴定人意见则是作为确定对案件有重要意义的事实情况这种诉讼手段的研究结果。”^①日本有学者认为:“所谓鉴定者,即依第三者之陈述意见而成证据调查,将鉴定界定为证据调查活动,证据调查属于程序性的诉讼活动。”^②这些观点均将鉴定作为诉讼活动,并强调鉴定的程序性。

对司法鉴定不同的观点影响诉讼程序的设计理念,同时又制约着司法鉴定保障司法公正得以实现的程度,司法鉴定在有关程序方面的设计不仅要遵循鉴定自身的内在规律、保证鉴定结论的可靠性,还应当体现诉讼活动对人权保障的价值追求。司法鉴定的诉讼理念会直接影响到诉讼程序的构建,如鉴定涉及个人隐私、人生自由等问题时,应当保障程序的正当性;在亲子关系的鉴定中,是否应当规定通过强制当事人或者第三人进行血液检查获得鉴定材料等应当遵循诉讼程序的精神,需要采用诉讼制度选择的價值进行衡量。

司法鉴定涉及诉讼制度主要表现在鉴定申请程序、决定程序、委托程序、实施程序以及救济程序等方面。其中,司法鉴定是由职能部门决定和委托还是由当事人决定和委托,在不同诉讼模式的国家有

① [苏] 多勃洛沃里斯基. 苏维埃民事诉讼. 李衍译. 北京: 法律出版社, 1985, 221.

② [日] 松冈义正. 民事证据论. 北京: 中国政法大学出版社, 2004, 206.

所区别,在实行职权主义诉讼制度的大陆法系国家,其鉴定通常由职能部门启动,在实行当事人主义的英美法系国家,其鉴定通常由当事人启动。我国诉讼法的修改以及法院庭审制度的改革,在一定程度上借鉴了当事人主义的做法,但是就整个诉讼制度的总体特征来说仍然属于职权主义。尤其在刑事诉讼中,控辩双方的地位不完全平等,控辩双方的对抗程度与英美法系国家相比较而言,仍然有较大的差距,这些都是司法鉴定制度设计时需要考虑的问题,这些问题体现了司法鉴定与诉讼制度之间的理念上的相互内在关系。^①

司法鉴定制度是联系诉讼证据与诉讼程序的纽带,司法鉴定与诉讼在法律的制定和诉讼程序的运行中存在互动关系。鉴定意见在现代诉讼中所起的作用越来越大,已成为协助司法人员分析、判断和审查证据并形成内心确认的重要工具。诉讼程序立法由纠问式审判机制向对抗式审判机制转变,使在诉讼程序中法官凭借自己的法律知识、审判经验以及实践能力对证据和事实的独立判断更加强烈依赖鉴定意见,更需要司法鉴定制度的合理设计来保证司法实体的公正。《决定》虽然只是规定了司法鉴定的管理问题,但是出现了社会鉴定机构和鉴定人,从而为当事人利用鉴定提供了现实可能性,也就引起了诉讼制度的某些变化,如鉴定人的出庭作证,引起了诉讼结构和审判方式的变化。在刑事诉讼中,“邱兴华案”引起的司法鉴定启动权的讨论等问题。司法鉴定与诉讼制度的互动性体现在:“一方面,司法鉴定促进诉讼制度的改革,使完善后的诉讼制度更能保障司法鉴定为诉讼服务,体现出对诉讼法修改内容所具有的作用和诉讼制度改革目标实现的重要意义;另一方面,诉讼制度的改革也会促进司法鉴定体制的变化,使变化后的司法鉴定体制能够更好地保持与诉讼制度相适应,体现对司法鉴定体制改革目标的重要作用。”^②

① 杜志淳.司法鉴定立法研究.北京:法律出版社,2011,2.

② 王敏远.司法鉴定与司法公正研究.北京:知识产权出版社,2009,72.

(二) 司法鉴定的诉讼价值与功能

1. 司法鉴定的诉讼价值

司法鉴定作为刑事诉讼行为,同样包含了一系列诉讼价值的实现和选择过程。司法鉴定作为一种“求真”的认识活动,恰如它是“向善”的活动一样,“真”和“善”都是它的价值目标。伦理学意义上的价值可以被区分为工具价值和固有价值两个方面,即“作为方法的善”和“作为目的的善”。司法鉴定的价值之一在于追求鉴定结论的可靠性,因此与鉴定制度相关的法律及其诉讼程序必须最大限度地确保鉴定结论的科学可靠性。对司法鉴定制度和程序、鉴定实施过程及其鉴定结论的评判时同时兼顾“作为方法的善”和“作为目的的善”,在司法鉴定法律程序的设计必须兼顾鉴定过程中所涉及的人的权利。

司法鉴定的外在价值在于司法鉴定的工具价值,也就是司法鉴定对于案件的正确处理所发挥的价值,包括鉴定结论是核实其它证据真伪的重要手段和确定其它证据价值的有效手段。在刑事案件的侦查中所取得的一些证据需要通过鉴定才能发挥作用。司法鉴定的客观真实科学可靠是鉴定结论的基本价值所在,是司法鉴定的初始目标,是其得以存在的基础,是衡量司法鉴定外在价值的标准。

司法鉴定是诉讼行为,作为程序法内在价值的程序正义理论是司法鉴定内在价值的基础。司法鉴定的公正价值,体现在司法鉴定制度的设计及其程序本身的属性,主要是指鉴定程序的参与性。日本学者谷口安平认为:“与程序的结果有利害关系或者可能因该结果而蒙受不利影响的人,都有权参加该程序并得到提出有利于自己的主张和证据以及反驳对方提出之主张和证据的机会。这就是正当程序原则最基本的内容和要求,也是满足程序正义的重要条件。”^①鉴定

^① [日] 谷口安平.程序的正义与诉讼.王亚新等译.北京:中国政法大学出版社,1996,2.

程序的参与性指刑事诉讼程序所涉及利益的人或者他们的代表,都有权参与鉴定程序并获得提出有利于自己的鉴定结论并予以反驳对方提出的主张和证据的机会。其有三种基本含义:一是拥有一定的鉴定权,二是对鉴定过程的亲历性,三是能够富有成效地对鉴定结论提出质疑。这种质疑不仅停留在鉴定过程本身,还包括鉴定人在庭审过程中接受控辩双方的质证询问。^①

2. 司法鉴定的诉讼功能

“功能概念是指属于总体活动的一部分的某种活动对整体活动所作的贡献。一种活动之所以持续下来,是因为它对整体生存的必要。”^②功能英文为“Function”,在《辞海》里解释即事物的功效和作用。司法鉴定不仅是鉴定人对存储有案件事实信息的客观存在的物、人体等有无案件事实信息、有什么样的案件事实信息的识别、分析和判断,同时本身也包含了相关的案件事实信息。虽然司法鉴定本身并没有直接从案件事实中获取案件的事实信息,但是,由于司法鉴定是对案件事实信息的识别、分析和判断,所以,司法鉴定所做出的结论当然可以用来认定案件待证事实。更为重要的是,由于司法鉴定是对与案件事实有关的客观存在的物、人体中的案件事实信息的识别、分析和判断,这就使得这些物体、人体或者场所中存储的案件事实信息具有可识别性、明确性,更能够为人们所知晓。显然,这些对案件事实信息的识别、分析和判断意见,自然对人们更加清楚、正确地认识案件事实有着十分重要的积极作用。^③

(1) 帮助司法人员认识案件中的专门问题。

司法鉴定帮助司法人员认识案件中的专门问题,具有补充法官认识能力、推动诉讼进行的作用。无论是刑事诉讼、民事诉讼,还是行政诉讼,都会遇到某些专门问题,认识这种问题,需要某种专门知

① 郭金霞. 司法鉴定质量控制法律制度研究. 北京: 法律出版社, 2011, 27.

② 丁·威尔逊. 功能分析介绍. 国外社会科学, 1986(10): 32.

③ 熊志海. 刑事证据研究. 北京: 法律出版社, 2004, 110.

识,而一般司法人员是不具备的。通过委托鉴定机构,指派和聘请鉴定人进行鉴定,使案件中的专门问题迎刃而解。司法鉴定的科学性,弥补了司法人员有关专门知识的不足。例如,一般情况下,法官所要解决的问题是对案件的待证事实的认定,在认定案件事实的基础上决定适用法律。其中对案件事实的认定是适用法律的前提和基础。法官作为法律专家,对于案件的待证事实有关的书证、物证或者视听资料等物的证据,除了运用通常的认证规则或者经验法则来判断识别外,往往仅凭借普通人所具有的学识、经验予以认识,由于案件的待证事实所涉及的领域非常广泛,法官不可能作为各个领域的专家来对此加以认定或者识别,对于涉及案件的待证事实的专门性问题难以做出合理的评价,只能委托专家采用多种技术手段来做出科学鉴定,需要依靠专业知识以及相应的仪器设备来查验、分析后才能得出结论,这是作为法官查明案件事实的一种必要方式和认定手段。

(2) 使与案件有关的证据更好地发挥证明作用。

与案件有关的物品、痕迹、文书、影像等,都是证明案件事实的重要依据,这些重要依据只有通过司法鉴定,才能充分发挥它们的证据作用。这是因为司法鉴定是对与案件事实有关的、客观存在的物、人体或者某种场所囊括案件事实信息的识别、分析和判断,这就使得这些物体、人体或者场所中存储的案件事实信息具有了可识别性、明确性,更能够为人们所知晓。所以司法鉴定是某些物品、痕迹成为诉讼证据的重要手段。司法鉴定能够确定某些实物证据与案件事实存在着关联,从而使这些实物证据和待证事实形成证据链,由此可见司法鉴定可以使与案件有关的证据更好的发挥证明作用。

(3) 是审查判断其他证据的重要手段,起印证和补强作用。

由于司法鉴定是对案件中的专门性问题进行检测、分析、鉴别的基础上得到结果,具有科学性的特点,因而成为审查案中其他证据真实性的的重要手段,判断证据真伪以及作为决定某一证据取舍的依据。比如物证或书证的真伪,有时需要鉴定手段来鉴别。同时,司法鉴定

对审查犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、证人证言、被害人陈述是否真实可靠,具有重要意义。^①

(三) 从诉讼的角度看刑事司法鉴定是刑事诉讼行为

从我国刑事诉讼的特征来看,刑事诉讼行为是当事人和其他诉讼参与人在严格依照法律规定的程序下进行的行为。在刑事诉讼的过程中,依据时间顺序可以把刑事诉讼划分为侦查、起诉、第一审、第二审和执行等阶段,此外还包括死刑复核和审判监督两个特殊阶段。刑事诉讼程序受诉讼阶段的制约,每个诉讼阶段都有相应的刑事诉讼程序。《刑事诉讼法》第82条第4款规定,“诉讼参与人”是指法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员。这些诉讼参与人与案件的结局没有直接的利益关系,其实体权益并没有因诉讼的进行而处于待定状态,也不会因诉讼的结束而受到有利或不利的影 响。《决定》第一条规定:“司法鉴定是指诉讼中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”这一定义表明司法鉴定是诉讼行为。诉讼行为的外延大于刑事诉讼行为,刑事诉讼行为的外延大于侦查行为。鉴定人是刑事司法鉴定实施过程中不可或缺的主体,因此把刑事司法鉴定看成刑事诉讼行为也是说得通的。之所以把刑事司法鉴定的性质定位成刑事诉讼行为是有一定理论意义的。第一,刑事诉讼行为是权力机关和当事人都可以进行的行为,若把刑事司法鉴定简单的看成侦查行为,那就否定了当事人可以行使司法鉴定的程序性权利,是对当事人权利的一种侵犯。刑事司法鉴定是一种刑事诉讼行为,这也与它自身的服务职能有关,因为刑事司法鉴定的服务职能包括追诉职能、辩护职能、审判职能以及法律监督职能等。第二,与司法鉴定人在刑事诉讼中的职责和地位相当。司法鉴定人的职责是运用自身所掌握的专门知识对当事人以及权力机关无法辨识的证据材料加以

^① 宋随军. 刑事诉讼证据实证分析. 北京: 法律出版社, 2006, 139.

识别,从而恢复案件的事实真相并对此提供证明,司法鉴定人不追究当事人的任何责任,不具有任何的利益倾向性。所以刑事司法鉴定性质的定位及其程序的设计,不能受到来自诉讼中利益竞争双方的诱惑和压力,尽可能地排除利益选择的干扰,从而最终确保提供客观公正的意见。所谓客观公正的意见,也就是要求专家证人在为一方当事人作证时所陈述的意见应当与为另一方当事人作证时陈述的意见完全一致,他所陈述的意见不应当受到雇佣当事人的影响。^①

二、司法鉴定制度与证据制度

随着人类社会的不断发展和进步,在解决纠纷的司法发展历史上,经历了三个时代,即由“神证”时代到“人证”时代,进而转向“物证”时代,我们现在所处的时代就是“物证”时代,伴随科学技术的发展,物证证明案件事实的特点是不会主动显现出来,司法证明活动进入了以“物证”为载体的“科学证据”时代,“物证”时代在某种意义上说是司法鉴定的时代,司法鉴定结论对于查清案件事实,认定案件的性质和分清责任等都起着重要的作用。目前在一些科学技术发达的国家,以物证为主要载体的科学技术证明手段占据首位,成为主要的证据方法。“物证若经由标准之作业程序取得,其真实性往往高于证人之陈述,是对物证或人类身体之鉴定,即成为不可或缺之证据方法。”^②无论是我国将鉴定结论作为证据的种类,还是英美法系国家将其作为专家证言,还是大陆法系国家将司法鉴定结论作为独立的法

① 李艳超,《刑事司法鉴定启动程序研究》,吉林大学学位论文,2010,2.

② 施俊尧,《刑事诉讼鉴定实务之检讨》,《刑事科学》,2002(53):7.

定证据,鉴定结论都是作为证明案件事实的重要手段和方法,都反映了鉴定制度与证据制度的关系,显示出司法鉴定的证据功能。

司法鉴定结论在证据体系中经常被比喻为“证据之王”,在司法实践中,出现了从“打官司”到“打证据”进而到“打鉴定”的不正常现象,为了使作为证据的鉴定结论在诉讼中起到应有的作用,必须从证据的角度加以规范。司法鉴定在证据体系中与其他证据相比在证明案件事实方式上存在着不同,它本身不是产生在纠纷之前或者与纠纷相伴而生,是对某些证据种类或某些事实与案件之间联系的评判,属于鉴定人对鉴定客体或者鉴定客体与案件事实关系等问题的判断意见,从本质上讲,是对专门问题所做出的判断性意见,并非源于案件事实本身。从鉴定的内容来看,在诉讼中的主要功能是从科学技术的角度帮助司法机关发现真实和确认证据,本身不属于事实范畴,而是一种事后认定案件事实的评判方法和手段,因此,它有不同于其他证据的特点。这种不同于其他证据的特点,更需要证据制度对其调整,需要有一系列的程序规则予以约束,特别是统一的鉴定标准、程序规范以及鉴定人出庭作证等相关制度来保障。^①

(一) 司法鉴定结论的证据能力

证据的含义在诉讼法学界一直存在争议,没有定论,《刑事诉讼法》第48条对证据的内涵进行了解释:可以用于证明案件事实的材料,都是证据,包括了鉴定意见在内共有八种,同时指出必须经过查证属实,才能作为定案的依据。有学者将证据定义为:“证据是证明案件事实或者与法律事务有关的事实存在与否的根据,也就是负有证明责任的主体,证明某种待证事实存在与否的根据。”^②英国学者 William Shaw 指出:“从广义上讲‘证据’是能够使未知或者存在争议的事实变得清楚的一切手段。一般人在就日常生活中的某些事项

① 王敏远.司法鉴定与司法公正研究.北京:知识产权出版社,2009,62.

② 孙业群.司法鉴定制度改革研究.北京:法律出版社,2002,64.

形成某一意见或者得出某一结论时,通常应用的是这种意义的‘证据’。从广泛的来源中获取证据并形成结论,那可能是从他所看到的、听到的、读到的甚至是别人告诉给他的,或者是从这些来源中推导出来的。”“司法意义上的证据可以被认为是按照证据规则而被允许用于证明或者反驳处于调查中的事项的事实。”^①在证据规则里,许多涉及的都是证据能力问题。

证据能力是指证据成为法律上的证据的条件或者资格,“何种的资料可供严格的证明,称此具有可为严格的证明资料的能力为证明能力,又称证据资格。”^②“证据能力”这一称谓来源于大陆法系国家,英美法系国家称为“可采性”。从目前世界各国的规定来看,判断某一证据是否具有证据能力都是以是否符合一定的法律要求为标准的。鉴定结论作为一种证据形式,其证据能力就是鉴定结论成为证据的法律资格,是法律对鉴定结论证据资格的规定。有学者从学理上对鉴定结论的证据能力提出了应有的要求:鉴定之必要性规范,证据关联性规范,证据之科学可靠性规范,鉴定机构和鉴定人资格规范和鉴定过程的正当规范等几个方面。

(二) 司法鉴定结论的证据属性

司法鉴定结论作为法定证据的一种,就必须具备证据的内在属性,我国学术界关于证据的特性曾存在“两性说”和“三性说”的争论,赞同“两性说”的学者认为,证据只具有客观性和关联性两个特征,“合法性”或者“法律性”不是证据的根本特征。^③目前基本赞同诉讼证据具有客观性,合法性和关联性三个属性,有学者在分析三者的关系是认为:“证据的客观性最先产生,处于事实领域,它是定性概念;证据的关联性是经人的主观判断之后才产生的,处于逻辑关系,它是

^① William Shaw, Evidence in Criminal Cases, Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1954, p. 2.

^② 陈朴生. 刑事诉讼法. 台湾: 三民书局, 1970, 249.

^③ 陈一云. 证据学. 北京: 中国人民大学出版社, 1991, 104.