



卓越法律人才培养系列教材
高等法学教育“十三五”规划教材

XINGSHI
ZHENGJUXUE



刑事证据学

(修订版)

主编◎王彬

 郑州大学出版社
郑州

作者名单

主 编 王 彬

副主编 李建东 张 斌

编 委 付传军 韩 铮

吴 鹏 芮 强

作者简介

王彬 男,河南淮滨人,诉讼法学博士、博士后,河南警察学院侦查系主任、教授、硕士研究生导师(与郑州大学联合招生)。担任河南省第二批卓越法律人才教育培养(河南警察学院)基地负责人;全国公安高等教育重点专业(侦查学)培育点负责人;河南省高等学校精品资源共享课程《刑事证据学》课程负责人。兼任河南省刑事诉讼法研究会常务理事;河南财经政法大学诉讼法研究中心研究员;河南省公安厅刑事侦查研究中心研究员;《中原侦查研究》杂志副主编;曾任郑州市公安局刑事侦查支队(现为刑事侦查局)党委委员、副支队长。出版《刑事搜查制度研究》《命案侦查:理论与实践分析》等著作;主编《刑事诉讼法学》《刑事侦查学》《证据法学》等国家级、省部级规划教材10多部;在《政治与法律》《武汉大学学报》《中州学刊》等期刊上发表学术论文50多篇;主持省、部级以上社科研究项目10多项。研究方向:刑事诉讼法、侦查理论与实务、证据理论与实务。

李建东 男,河南正阳人,河南警察学院侦查系副教授、诉讼法学硕士,兼任河南省刑事诉讼法研究会理事;公开发表专业学术论文10余篇,主持或者参加各级各类社科项目20余项;研究方向:刑事证据、刑事诉讼程序、刑事侦查及司法制度。

张斌 男,安徽阜阳人,周口师范学院副教授,诉讼法学硕士,兼职律师;公开发表专业学术论文10余篇,主持或者参加各级各类社科项目10余项;研究方向:刑事诉讼法、刑事证据。

芮强 男,河南新乡人,河南警察学院副教授,法学硕士。

吴鹏 男,河南荥阳人,河南警察学院副教授,法学硕士。

付传军 男,河南永城人,河南警察学院讲师,法学硕士。

韩铮 女,河南西平人,河南警察学院讲师,心理学硕士。

第二版修订说明

本教材自2013年9月出版以来,已先后多次印刷,受到了公安(法学)界和相关学科读者较为广泛的关注。2014年,本教材被列入河南省普通高等教育“十二五”规划教材,2015年,以本教材为依据申报的河南省高等学校精品资源共享课程《刑事证据学》获得立项;同时,近几年来,我国刑事证据制度在理论和实践方面都有了新的发展。为了满足规划教材建设和精品资源共享课程建设的需要,并将刑事证据理论和实践方面的最新成果展现给读者,我们在广泛搜集资料的基础上进行了本次修订。

编者

2016年3月

第一版前言

2010年5月30日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合颁布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》,对非法证据规则、意见证据规则、死刑案件中各种证据的审查与判断等一系列问题,都作出了明确的规定。

2012年3月14日通过,2013年1月1日生效的《中华人民共和国刑事诉讼法》,吸收了“两个规定”的有关内容,对刑事证据的一系列问题进行了重大修改与重新规定,如增加规定了不被强迫自证其罪原则、完善了刑事证据的法定种类、非法证据规则、证明标准等重大刑事证据问题。

可以说,“两个规定”的颁布和《中华人民共和国刑事诉讼法》的修订,是对我国刑事证据制度的重大革新与发展,对于我国刑事证据学科的发展而言,具有里程碑式的重大意义。

为了满足刑事证据教学与研究的需要,我们以2012年《中华人民共和国刑事诉讼法典》、“两个规定”,以及最新相关司法解释、规章等法律规范为依据,紧贴刑事司法实践,编写了这本《刑事证据学》教材。在内容上,以“基本概念、基本原理、基础知识”为主要内容,并体现刑事证据最新的学术动向和研究成果;在体例上,没有像其他证据法学著述那样,分为基本理论、证据论、证明论等编,而是按照刑事证据的内在逻辑、刑事诉讼推进的先后顺序进行编写,既突出了刑事证据制度中的重点,又兼顾了刑事证据制度的全面性,并根据每一章内容的不同设置了“问题与思考”和“典型案例”,以便于学习者掌握刑事证据的基本理论知识和刑事证据的最新研究成果。

本书由王彬教授拟定编写大纲,并组织分工编写,最后由王彬教授修改、定稿,李建东副教授参与了统稿和编辑工作。

具体撰写分工如下:

王彬 第一章,第三章,第四章

付传军 第二章,第六章第九、十、十一节

李建东 第五章,第七章

韩 铮 第六章第一、二、三、四、五、六、七、八节

吴 鹏 第八章

张 斌 第九章

芮 强 第十章,第十一章

本书能够顺利出版,得益于郑州大学出版社的大力支持与帮助。在本书的编写过程中,我们还参考和借鉴了国内外一些专家、学者的研究成果,在此一并表示感谢。

本书是编者多年来对刑事证据制度深入研究与探索的集中体现。虽然在编写过程中尽了最大努力,但书中不足之处在所难免,请各位读者提出宝贵的意见。

编者

2013年5月18日

目 录

第一章 刑事证据学概述	1
第一节 刑事证据学的研究对象与学科定位	1
第二节 刑事证据的渊源与立法模式	5
第三节 刑事证据学与相关学科的关系	9
第四节 刑事证据学的研究方法	11
第二章 刑事证据制度的历史沿革	15
第一节 人类社会早期的神示证据制度	15
第二节 大陆法系刑事证据制度的历史沿革	19
第三节 英美法系刑事证据制度的历史沿革	25
第四节 中国刑事证据制度的历史沿革	29
第三章 刑事证据制度的理论基础	48
第一节 证据制度理论基础的不同观点	48
第二节 我国刑事证据制度的理论基础	53
第四章 刑事证据制度的基本原则	63
第一节 证据裁判原则	63
第二节 直接言词原则	68
第三节 自由心证原则	74
第五章 刑事证据的概念及相关问题	83
第一节 证据概念分析	83
第二节 刑事证据的概念与属性	88

第三节	两大法系国家证据属性说	96
第六章	刑事证据的法定种类	102
第一节	物证	103
第二节	书证	110
第三节	证人证言	117
第四节	被害人陈述	127
第五节	犯罪嫌疑人、被告人的供述与辩解	133
第六节	鉴定意见	142
第七节	勘验、检查笔录	154
第八节	辨认笔录	160
第九节	侦查实验笔录	164
第十节	视听资料	168
第十一节	电子数据	174
第七章	刑事证据的学理分类	182
第一节	刑事证据的学理分类概述	182
第二节	控诉证据与辩护证据	188
第三节	原始证据与传来证据	193
第四节	言词证据与实物证据	199
第五节	直接证据与间接证据	206
第六节	刑事证据的其他学理分类	215
第八章	刑事证明要素	221
第一节	刑事证明概述	221
第二节	刑事证明主体	227
第三节	刑事证明对象	234
第四节	刑事证明责任	246
第五节	刑事证明标准	263
第九章	刑事证明环节	282
第一节	刑事取证	282
第二节	刑事举证	309
第三节	刑事质证	324
第四节	刑事认证	336
第十章	推定与司法认知	351
第一节	推定	351
第二节	司法认知	358

第十一章 刑事证据规则	364
第一节 关联性规则	364
第二节 非法证据排除规则	365
第三节 非法自白排除规则	370
第四节 传闻证据排除规则	377
第五节 意见证据规则	383
第六节 最佳证据规则	387
第七节 品格证据规则	390
第八节 证人拒证特权规则	391
第九节 补强证据规则	394
第十节 我国刑事证据规则的现状与完善	398
附录	404
中华人民共和国刑事诉讼法(节录)	404
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(节录)	407
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部 关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定	417
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部 关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定	419
参考文献	429
第二版后记	432

第一章

刑事证据学概述

第一节 刑事证据学的研究对象与学科定位

刑事证据学,是研究关于刑事证据理论、立法规定、司法实践,以及刑事证据运用的规律、方法和规则的学科,是证据学体系中的一个重要组成部分。

在不同的诉讼中,证据通常可以分为刑事证据、民事证据和行政证据三大类,除了诉讼中的证据之外,在其他一些领域,如行政执法、仲裁、公证、监察等活动中,也存在着证据以及如何运用证据的问题,这些领域的证据通常被称为非诉讼证据。依据诉讼的不同分类与各种诉讼程序的不同特点,证据学又可细分为刑事证据学、民事证据学和行政证据学。

一、刑事证据学的研究对象

作为证据学体系中的一个重要分支,刑事证据学有其特定的研究对象。具体而言,刑事证据学的研究对象主要有以下几种。

(一)与刑事证据及其运用有关的立法

本书虽然冠名“刑事证据学”而非“刑事证据法学”,但这并不意味着“刑事证据学”就不研究立法中有关刑事证据及其运用方面的内容。恰恰相反,立法中有关刑事证据及其运用方面的内容正是本书所要研究的首要对象。各国的刑事证据及其运用的内容大多是通过刑事诉讼法典或者其他单行刑事规范加以规定的。如《德国刑事诉讼法典》第226条、第251条、第253条、第254条对“直接原则”的规定;《日本刑事诉讼法典》第14章第179条、180条对“证据保全”制度的规定等。而美国则通过单行法规《联邦证据规则》详细地规定了本国刑事证据及其运用的

有关问题。

在我国,规定刑事证据的立法主要有四个层次,即刑事诉讼法典、司法解释、行政法规与部门规章。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的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第五章从第48条到第63条,共用16个条文对刑事证据概念、种类,刑事证据的收集、审查判断,证明责任和证明标准,证人出庭作证及其相关责任等问题进行了明确规定。

在司法解释层面上,发布了《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》(以下简称《解释》)(2012年);最高人民检察院发布了《关于CPS多道心理测试鉴定结论能否作为诉讼证据使用问题的批复》(1999年)、《关于检察机关能否根据省级人民政府指定医院作出的医学鉴定作出伤情程度结论问题的批复》(1999年);最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布的《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《死刑案件若干问题的规定》)(2010年)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《非法证据若干问题的规定》)(2010年)。

在部门规章层面上,为配合刑事诉讼法的贯彻实施,最高人民检察院、公安部也相继出台了一些部门规章,结合各自部门的特点对刑事证据的一些基本问题进行了细化与解释。如最高人民检察院发布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称《诉讼规则》)(2012年),公安部发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《程序规定》)(2012年)等。

因此,有关刑事证据及其运用的立法规定是刑事证据学研究的主要对象。

(二)与刑事证据及其运用有关的司法实践

与刑事证据及其运用的有关立法一样,刑事证据及其运用的有关司法实践也是刑事证据学的研究对象。在司法实践中,实践者在刑事证据及其运用方面创造和积累了很多成功的经验,也总结出了各种深刻的教训。这些与刑事证据及其运用有关的宝贵经验和深刻教训,既为刑事证据立法和刑事证据理论研究提供了丰富的素材,也对刑事证据立法和刑事证据理论研究提出了新的要求,更是检验刑事证据立法是否完善、刑事证据理论研究是否科学的标准。

在司法实践中,刑事证据及其运用涉及刑事证据的方方面面,出现的问题也是多种多样、各不相同。既有刑事证据概念、种类方面的问题,也有取证、举证、质证、认证或者举证责任等方面的问题。这些问题有的是立法已有规定,但规定过于原则和粗疏,在司法实践中难以把握和操作,如1996年《刑事诉讼法》对“证明标准”的规定就比较原则和粗疏,仅仅规定为“案件事实清楚,证据确实、充分”,至于达到什么标准才算“确实”“充分”,完全凭公安司法人员的经验判断,造成了一些影响全国的冤假错案。有的问题是立法没有规定的,如1996年《刑事诉讼法》第42条规定的证据种类中有“视听资料”,但却没有直接涉及“电子数据”这一证据种类,而这一证据种类在揭露、证实和打击犯罪过程中,公安司法人员与当事人却经

常使用。再如,司法实践中出现的非法证据排除规则问题,1996年《刑事诉讼法》也没有具体规定,而司法实践中,公安司法人员却经常面临着非法证据是否需要排除的问题。这些司法实践中出现的新问题、新情况,迫切需要在理论上加以研究和解决。因此,如果离开了刑事证据及其运用实践的支撑,刑事证据立法很可能就成为一纸空文,刑事证据理论研究也只能是空中楼阁。

(三) 刑事证据运用的方法、规律与规则

刑事证据运用必须采取一定的方法,遵循一定的规律,其中比较成熟的由法律作出规定或者由判例加以确认上升为证据规则。探求这些刑事证据运用的方法,揭示这些刑事证据运用的规律,提炼相应的刑事证据规则,是刑事证据学研究的重要内容。

关于刑事证据运用的方法,可以从不同的角度、不同的层面进行研究和探求。例如,从刑事证据运用的过程的角度,可以分别研究刑事证据的收集、保全、开示、审查判断的方法等;从刑事证据运用的主体的角度,可以分别研究取证的方法、举证的责任、质证的方法、认证的方法等;从逻辑证明的角度,可以研究演绎与归纳、直接证明与间接推理方法等;此外,司法认知、法律推定等内容,也隶属于刑事证据方法之研究范畴。

刑事证据运用的规律,同样是多方面、多层次的,既包括刑事诉讼过程中运用刑事证据的一般规律,也包括在刑事诉讼的不同阶段运用刑事证据的特殊规律,还包括不同的法定刑事证据种类、学理刑事证据分类,如物证、书证、鉴定意见、电子数据、直接证据、间接证据、原始证据、传来证据等各自独特的运用规律,等等。

刑事证据的运用还必须遵循一定的规则。从刑事证据运用过程所反映的情形来看,刑事证据规则主要有两大类:一类是人类在长期的诉讼实践中总结出来的,用以保障对案件事实的认识尽可能符合或者接近客观事实真相的刑事证据规则,如关联性规则、传闻证据规则、最佳证据规则等;另一类则是为保障其他法律设定的利益或者考虑到有关政策的规定而确立的刑事证据规则,如非法证据排除规则、反对强迫自证其罪规则、证人拒证特权规则等。

(四) 古今中外的刑事证据制度与刑事证据理论

在人类社会发展的不同历史时期,不同的国家形态下,曾经构建了不同的刑事证据制度类型,如古代欧洲的神示证据制度、中世纪时期的法定证据制度、近现代的自由心证证据制度,等等。刑事证据学应当对这些先后出现在不同历史时期的刑事证据制度的产生、发展及其规律、特点进行研究,探求其科学性、合理性及局限性,以便从中吸取精华,剔除糟粕,为我所用。

古今中外刑事证据和刑事证据运用的理论,也是刑事证据学的研究对象。在人类社会发展的不同阶段,古今中外学者们在对刑事证据立法,刑事证据的取证、举证、质证和认证,刑事证明和刑事证据诉讼实践等方面的研究与探求过程中,积

累了丰富的理论研究成果,并形成了一些学说和流派,这些都是刑事证据学研究的重要内容,是繁荣和发展我国刑事证据学的宝贵财富。

(五) 自然科学与其他社会科学中的重要研究成果

在人类社会的发展过程中,自然科学与其他社会科学的每一次进步,都会对刑事证据及其运用产生重要的影响,如指纹鉴定技术、DNA 分析检验技术、测谎技术、视频图像侦查技术、网络侦查技术等出现与推广,都迫切要求刑事证据学对其加以深入研究,并在理论研究比较成熟的时候,由刑事证据立法对其作出相应规定,以适应刑事司法实践发展的需要。刑事证据学是一门开放的、与时俱进的科学,这不仅表现在对其他国家刑事证据制度和刑事证据理论的吸收和借鉴上,更表现在对人类社会最新科技成果的及时吸收和采纳上。只有不断地把人类社会取得的最新科技成果纳入刑事证据学的研究对象之中,刑事证据学才可能成为一门适应社会不断发展的、具有永久和强大生命力的科学。

二、刑事证据学的学科定位

(一) 刑事证据学是法学中的一门独立学科

从司法实践来看,公安司法人员在办理各类刑事案件的时候,都要依据证据进行,离开了证据,刑事案件就无从办起,这说明刑事证据学所调整的社会关系已经存在。

就证据立法而言,虽然我国尚无统一的刑事证据法典,但这绝不能说我国没有刑事证据法律规范。近年来,我国不仅通过修改刑事诉讼法对刑事证据制度进行了修改、补充和完善,而且还通过司法解释的形式明确地规定了一些刑事证据规范。这些都表明,我国已经有了比较完备的法律规范意义上的刑事证据制度、刑事证据规则,以及刑事证据的收集、审查判断与运用等方面的内容。

从理论研究来看,近 20 年来,特别是进入 21 世纪以后,学界对刑事证据学的研究形成高潮,大批具有较高价值的学术论文公开发表,大量学术专著也相继问世,刑事证据学或者刑事证据法学教材更是如雨后春笋般地出版。

综上,我们认为,刑事证据学之学科独立已经逐渐成为现实。

(二) 刑事证据学是一门交叉学科

刑事证据学是一门交叉学科,主要表现在以下方面:

从科学的层面上看,刑事证据学涉及人文科学与自然科学中有关刑事证据制度和刑事证据属性等内容。在刑事证据的收集、审查判断和运用过程中,有些社会现象、自然现象本身就是刑事证据,不具有相当的社会科学知识和自然科学知识便不可能深入了解和研究刑事证据学。

从社会学层面来看,刑事证据学处于法学与哲学、政治学、心理学等其他社会

科学关于刑事证据及刑事证据运用等问题的交汇点上。哲学、心理学等学科的认识论和方法论对刑事证据学的学习和研究,具有十分重要的指导作用。

从部门法学学科的层面上看,刑事证据学不仅与刑事诉讼法学交叉,而且它也处于侦查学、检察学和审判学关于刑事证据运用的交汇点上,甚至还处于理论法学与其他应用法学等有关刑事证据问题的交汇点上。因此,多层面的交叉、知识点的跨学科是刑事证据学的显著特点之一。

但需要说明的是,刑事证据学与刑事诉讼法学的交叉,并非一般意义上的个别知识点的交叉,而是刑事证据规则、基本原则、基本内容甚至是部分理论体系上的重叠性交叉。在我国法学体系中,这种多重交叉关系非常明显,在某种意义上甚至可以说,刑事证据学是从刑事诉讼法学中分离出来的。刑事证据学研究的刑事证据法律规范,如刑事证据的概念、种类,刑事证据的收集、审查判断与运用,证明责任、证明标准,证据规则等,均无法离开刑事诉讼法典的规定。即使我国将来制定了刑事证据法典,刑事证据学的研究仍然离不开刑事诉讼法学。

(三) 刑事证据学是一门应用法学

一般认为,法学可分为理论法学与应用法学。刑事证据学虽然研究刑事证据及其运用的基本概念、基本理论、基本原则、规则等一系列理论问题,但刑事证据学的研究对象则更侧重于刑事证据立法、刑事证据实践等现实性问题。因此,刑事证据学的定位不应当是一个纯理论学科,而应当是一门以实践性、适用性为主的应用法学学科。

刑事证据问题说到底就是一个解决案件事实的法律问题。当然,也不能用刑事证据学的实践性、应用性否定刑事证据学的理论性。但是,对于刑事证据学而言,理论性与应用性相比,其应用性则更为鲜明,它解决刑事诉讼或者非诉讼具体问题的对策以及技巧性更为突出。同时,刑事证据学的理论研究是以服务刑事证据司法实践为宗旨的,离开了刑事证据的实践,脱离了刑事诉讼案件和非诉讼案件,刑事证据学的单纯理论研究只能是一种虚无的理论。刑事证据学只有在刑事诉讼实践中站稳脚跟才能步入正轨,只有不断深入和贯穿于刑事诉讼案件之中,才能发挥其应有的作用,也才能不断开拓和发展。

第二节 刑事证据的渊源与立法模式

一、刑事证据的渊源

刑事证据的渊源是指刑事证据的存在形式或者载体。我国刑事证据的渊源主要有以下六种。

(一) 宪法

宪法是国家的根本大法,具有最高的法律效力,一切法律、行政法规和地方性法律都不得同宪法相抵触。因此,宪法规定的有关指导刑事证据收集、审查判断和运用的内容,规范取证程序的内容等,都是刑事证据的渊源。刑事证据学的内容必须以宪法为依据,不得与之相抵触。

(二) 刑事诉讼法

在我国,刑事诉讼法设专章规定了刑事证据的概念、种类,刑事证据的收集、审查判断和运用,证明责任、证明标准,刑事证据规则等内容,它们是我国刑事证据的主要渊源。离开了刑事诉讼法所规定的刑事证据内容,在我国目前尚无统一证据法典或者专门刑事证据法典的情形下,刑事证据学根本就不可能存在。

(三) 相关法律

相关法律主要是指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律中有关刑事证据制度的内容,如《人民法院组织法》《律师法》等。

(四) 司法解释

司法解释是指,最高人民法院、最高人民检察院单独发布的针对某一类法律适用问题所作出的解释,或者联合其他部委针对某一类法律适用问题所作出的解释,如《关于严禁将刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人供述作为定案依据的通知》(2001年1月2日)、《死刑案件若干问题的规定》和《非法证据若干问题的规定》等。

(五) 行政法规、规定

行政法规、规定,是指国务院制定的行政法规,主管部、委、局(署)制定的规定中有关刑事证据的规定,如公安部制定的《公安机关办理行政案件程序规定》(2012年12月19日)等。

(六) 国际条约

目前,我国加入的与刑事证据及其运用有关的国际条约有《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》(1986年12月12日中国政府签署该公约,同时声明对该公约第20条和第31条第1款保留。我国立法机关于1988年10月4日批准该公约,同年11月3日,该公约对中国生效)、《联合国反腐败公约》及《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)等。

二、刑事证据的立法模式

(一) 证据立法模式之考察

从世界范围来看,证据立法模式主要有两大类型四种模式。

一类是就证据问题进行单独立法,制定独立于其他部门法的证据法。采取该

类立法的主要是英美法系国家。其中,该类立法又可分为两种模式:

一是统一证据法模式,即制定可以适用于刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼的统一证据法典的立法模式。如美国的《联邦证据规则》、加拿大的《证据法》、澳大利亚的《证据法》等。

二是单立的证据法模式,即分别就刑事诉讼和民事诉讼等制定证据法的立法模式,单行的证据立法只适用于相关的诉讼领域,而不能适用于其他诉讼领域。如英国1968年的《民事证据法》,1984年的《警察与刑事证据法》《青少年法庭与证据法》等。

另一类是没有独立的专门证据立法或者法典,证据法规范散布在诉讼法典或者其他法典之中,证据法规范与其他法律规范混为一体。大陆法系国家的证据法通常采取这种立法类型,但在具体做法上存在着很大差别。因此,这种证据立法类型又分为两种立法模式:一是实体法模式,即在实体法中规定证据问题的立法模式,如葡萄牙的民事证据法就包含在《民法典》之中;二是诉讼法模式,即采用在诉讼法中规定证据问题的立法模式。在这种立法模式中,又有三种立法体例。

(1)在诉讼法中,没有集中系统的证据法内容,有关证据规范散布在相关的诉讼程序规定之中,如《德国刑事诉讼法典》。

(2)在诉讼法中,以专编、专章或者专节的形式规定有关证据的内容,其中不仅包括原则性、共性的内容,而且将收集、审查判断证据的具体程序也规定在内,如《意大利刑事诉讼法典》和《澳门刑事诉讼法典》,《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》基本上也属于这一立法体例。

(3)在诉讼法中,以专编、专章或者专节的形式规定证据制度的原则内容以及诉讼程序中带有共性的问题,至于收集、审查判断证据的具体程序则另行规定在侦查、起诉、审判等有关章节之中,如《日本刑事诉讼法典》等。

(二)证据立法模式的不同观点

目前,在证据立法模式上,我国学界主要有四种观点。

1. 主张制定统一的证据法典

该种观点认为,从证据法的内容上看,它不属于任何一部诉讼法,但在三大诉讼中能够普遍适用。它虽然与程序法联系密切,却并非程序法之内容,而是一个实在的、类似于实体法规范的规范。此外,诉讼法与证据法存在着区别,程序具有不可回转性,而证据是可以回转的。如证据调查之后,如果发现了新的证据还可以重新开始证据调查,而程序进行之后就不能再进行。从证据法的形式上看,单独制定单行的证据法,除了很难处理三大证据法中的共性问题外,还不利于保持法律体系的完整统一性。制定统一的证据法典除了能够避免上述弊端外,还有利于规范各种司法证明活动,有利于减少立法资源的浪费,也有利于仲裁和行政执法等活动中运用相关的证据规则。

2. 主张制定单行的证据法

该种观点认为,无论是从立法技术本身还是从中国法院的实际审判状况来看,都有将证据法从诉讼法中独立出来的必要。从我国的现实情况来看,我国缺乏制定统一的证据法典的条件,三大证据制度很难统一在一部法典之中。除了技术和理念上的障碍之外,三大证据制度在理论上也存在很大的差异,反映在制度上几乎难以协调,不能因为三大证据规则有相同的特点,三大证据制度的某些内容有相同或者相似之处,就应当制定统一的证据法典。三大诉讼法中一些基本原则也有很多一致的地方,但世界各国并没有因此而制定统一的诉讼法典。

3. 主张在诉讼法的框架内完善证据法

该种观点认为,从表面上看,证据法与程序法是不同的,证据法更多的是属于实体规范;而从实际功能上看,程序和证据的功能是结合在一起的,很难将二者截然分开。虽然证据法有实体法的内容,但大部分证据规则体现的仍然是程序法方面的问题,执行着程序的功能。既在程序中提出,又在程序中发挥作用,不能无限扩大证据法的独特性及与诉讼法的差异。因此,既没有必要制定统一的证据法,也没有必要把证据制度从三大诉讼法中独立出来,制定为单行法规。

4. 主张把证据规则纳入实体法,作为民法典和刑法典的组成部分

上述四种不同观点中,支持前三种观点的学者相对较多,对于第四种观点支持者很少,很多学者都意识到在我国采取这种证据立法模式可能性不大。虽然证据法规范中有一部分实体法的内容,但有关程序法的规范还是比较多的。在当今社会强调程序与实体分开的背景下,再主张回到二者合一的形式上,已经没有太大的市场。因此,有关证据立法模式的争论主要体现在前三种观点之间,即是制定统一的证据法典,还是制定单行的证据法,或者是制定包含在诉讼法之内的证据制度上。

(三) 我国证据立法模式的选择

任何一项制度的选择和确立,都必须立足于一国的历史文化传统和一国的现实情况。从证据立法模式上看,我国没有选择制定统一的证据法典,也没有选择单独制定证据法,更没有选择将证据规范规定在实体法之中,而是选择了在三大诉讼法的框架内规定和进一步完善证据规范的立法模式。这种证据立法模式的选择,具有如下理由:

首选,就立法的渊源形式而言,证据立法应当置于诉讼法之框架内予以制定和完善。在我国,形成了以宪法为核心,以民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等基本法为主干的法律体系。各种法律、法规之间存在着不同的位阶和效力。如果将证据立法从三大诉讼法中独立出来,它们的位阶和效力如何确定,如果与三大诉讼法的位阶和效力相同的话,那么证据立法就成了第二诉讼法。因为证据立法中也有程序法的内容。如果与三大诉讼法的位阶和效力不同的话,那么孰高孰低就很