

卷首白话

证据学范畴的困惑/何家弘

证据学论坛 12

前沿聚焦

刑事证明中的联结点初探/陈为钢

解析“两个基本”与“留有余地”

——以一起死刑案例为标本的分析/王培中、陆建红

专论大观

诉讼证据定义新论/陈卫东、王兆峰

学术沙龙

谈谈真实发现原则/宋英

科技平台

美国非法计算机证据排除之规定及启示/张斌

疑案会诊

第十卷反馈：如何证明犯罪嫌疑人具有侵吞公款的故意？/李奇

外法评介

美国律师协会关于促进目击证人准确辨认的最佳做法的声明/王进喜 译

前沿 · 实务 · 文摘



EVIDENCE
FORUM

何家弘 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



证据学论坛 12

前沿 · 实务 · 文摘



EVIDENCE
FORUM

何家弘 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

证据学论坛. 第12卷, 前沿·实务·文摘 / 何家弘
主编. —北京: 法律出版社, 2007. 1
ISBN 978 - 7 - 5036 - 6973 - 6

I. 证… II. 何… III. 诉讼—证据—研究
IV. D915.130.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 155272 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2007 年 1 月第 1 版

印张/23.25 字数/428 千
印次/2007 年 1 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939822

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 6973 - 6

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《证据学论坛》编委会

编委会主任：江 伟(中国人民大学法学教授)

编委会委员：(以姓氏笔画为序)

王若阳(北京人民警察学院副院长、法学教授)

卞建林(中国政法大学法学教授)

龙宗智(西南政法大学法学教授)

田文昌(中华全国律师协会刑事业务委员会主任委员)

刘一杰(司法部法规教育司司长)

汪建成(北京大学法学教授)

何家弘(中国人民大学法学教授)

邹明理(西南政法大学法学教授)

陈一云(中国人民大学法学教授)

张卫平(清华大学法学教授)

郎 胜(全国人大法工委刑法室主任)

杨迎泽(国家检察官学院教务长、法学教授)

郝赤勇(司法部副部长)

徐立根(中国人民大学法学教授)

袁 江(国家司法考试中心副主任)

崔 敏(中国人民公安大学法学教授)

樊崇义(中国政法大学法学教授)

熊选国(最高人民法院副院长)

戴玉忠(最高人民检察院检察委员会专职委员、研究室主任)

主 编：何家弘

副 主 编：刘品新 马 滔

学 术 秘 书：许 明 郭欣阳

目 录

卷首白话

- 证据学范畴的困惑 何家弘(1)

前沿聚焦

- 刑讯逼供与案件事实的证据认定 宋世杰(8)
刑事证明中的联结点初探 陈为钢(20)
解析“两个基本”与“留有余地”
——以一起死刑案例为标本的分析 陆建红 王培中(33)
关于审查和判断刑事案件“证据充分”的实证分析 陈殿福(48)
提起公诉的证明标准之初步研究 李奋飞(65)
民事证明标准实证研究 王 松(73)

专论大观

- 诉讼证据定义新论 陈卫东 王兆峰(84)
论区分公文书证与私文书证的意义 刘 玫 刘中欣(93)
证据契约初探 许建添(107)
品格证据在审理未成年人犯罪案件中的应用 郭欣阳(124)
刑事辨认程序与证据比较研究 杨 雄(134)
事实推定过程中的价值考量 俞惠斌(145)

学术沙龙

非法取证与刑事错案

- 法学名家高峰论坛 卞建林 龙宗智 卢建平 黄京平 何家弘(156)
谈谈真实发现原则 宋英辉(162)
实行传闻证据排除规则 根治刑讯逼供顽症 范 祥(169)
民事诉讼中要不要采纳非法证据排除规则 赵 蕾(177)
毒品案件审理中的事实推定
——基于刑事司法证明方式视角的分析 艾 明(190)
国际反腐合作中的证据问题 李长城(201)

隐姓瞒名:美国的证人保护制度 高一飞(206)

科技平台

美国非法计算机证据排除之规定及启示 张 斌(211)

“电子眼”的证据法分析 高家伟(229)

声纹鉴定结论在诉讼中的运用 胡忠惠(236)

论司法鉴定检验方法的规范化

——以鉴定质量控制为视角 刘晓丹(243)

实证研究

关于民事诉讼证明标准的调研报告 张贵军 李玉华(251)

疑案会诊

第十卷反馈:利用“免还通知单”平账的事实不足以证明嫌疑人具有

侵吞公款故意 李 奇(257)

第十卷反馈:认定贪污案件被告人是否具有侵吞公款故意应

证据证明或司法推定 张国辉 陈 剑(260)

窃电大案的证据是不足还是充分?

——关键看是否具有排他性 石海玲(263)

外法评介

美国律师协会关于促进目击证人准确辨认的最佳做法的声明

..... 王进喜译(268)

法国刑事证据制度研究 [法]西尔维·西马蒙蒂著 施鹏鹏译(286)

澳洲刑事证据可采性问题透视 季美君(298)

精品文摘

第一部分 证据制度改革与证据立法 马 滔 郭欣阳(310)

第二部分 证据的概念与形式 马 滔 郭欣阳(326)

第三部分 证明规则的建构与完善 马 滔 郭欣阳(337)

英文目录 (355)

征稿启事 (358)

卷首白话

证据学范畴的困惑

何家弘

最近应中国人民大学出版社的邀请,我主编了一本面向研究生的“21 世纪法学教材”——《证据法学研究》。研究生教材不同于本科生的教材,既要有理论的深度和广度,又要有研究的前沿性与开放性,以便为学生提供继续研究的空间。因此,与一般证据法学教材相比,该教材在内容体系上开拓了许多新的领域,如证据法学的方法论原理、信息论原理、概率论原理,以及逻辑学基础、数学基础、行为科学基础、自然科学基础等。在组织编写的过程中,我也认识到明确学科基本范畴的重要性,因此,该教材也专门讨论了证据的基本范畴、证明的基本范畴和证据法的基本范畴。然而,在证据学的领域内,许多范畴都因为相关语词的混乱而难得明晰,以至于读者困惑,听者困惑,用者困惑,作者也困惑。

大概由于语言习惯的变迁和外来语言的影响,我们使用的与证据有关的语词越来越呈现出“多而且乱”的状态。一方面,大量的同义词或近义词经常让读书人感到一头雾水,例如,证据的功能、证据的意义、证据的作用,以及证据的价值、证据的分量、证据的效力、证据力、证明价值、证明力等众多语词就具有相近或相似的含义。另一方面,一些生译词或外来词往往让初学者感到莫名其妙,例如,证据能力、证据方法、证明手段等词语就有这样的感觉。笔者并不反对使用这些语词,因为语言习惯就是约定俗成的,只要大家都接受,就可以使用,但是必须明确并统一其含义。如果人们都按照自己的理解和喜好使用这些语词,那就难免出现语义的含混、模糊乃至混乱。语词是概念的表现形式,语词的混乱既能反映出概念的模糊,也会进而导致概念的模糊,二者具有互为因果的效应。因此,我们有必要对这些语词进行清理和规范。下面,笔者就择其要者,略做分析。

一、证据意义与证据功能

语词的生成与流行往往有其特定的历史背景。例如,在一段时期内,国人非常喜欢使用“意义”一词。在我们的社会生活中,无论大事小事,都要讲“意义”,

以至于这个词的使用颇有些“泛滥”。受这种语言潮势的影响,我国的证据学者也很喜欢使用“证据意义”的说法。例如,巫宇甦先生主编的《证据学》、陈一云教授主编的《证据学》、刘金友教授主编的《证据法学》、卞建林教授主编的《证据法学》等教材都在阐述证据的概念问题时用专节讲述了证据的意义。^{〔1〕}江伟教授主编的《证据法学》在证据的概念一章中虽然没有讨论证据的意义,但是在证据分论中也分别讲述了物证、书证、视听资料等证据的意义。^{〔2〕}樊崇义教授主编的《证据法学》不仅设专节讨论了证据的意义,而且对诉讼法规定的每一种形式的证据乃至许多相关概念和制度都专门阐述了“意义”,^{〔3〕}难免给读者留下一种“言必谈意义”的感觉。

笔者并不反对学者对“意义”的偏爱,也不反对人们使用“证据意义”的说法,但是总觉得就具体内容而言,使用“证据的功能或作用”的说法更为贴切或更为朴实。所谓意义,本指事物所包含的思想和道理,后引申为事物的影响和价值。例如,我们可以说“研究证据问题是很有意义的”;也可以说“证据对于诉讼活动来说具有重要意义”。但是,当我们把“证据意义”作为一个词组的时候,就容易让人感到有些别扭,就需要将其解释为“证据在司法或诉讼活动中的作用”。因此,我在主编《新编证据法学》^{〔4〕}的时候,使用了“证据功能”的说法。还有些学者也使用过证据功能的说法。例如,齐树洁教授在其主编的《英国证据法》一书的第一章就讨论了“证据的司法功能”问题。他指出:“英国的审判过程中生成的法律问题包括:权利主张和控诉所使用的实体法问题、证据的可采性问题、有关证据的产生和作用问题,以及是否有充足证据证明法庭对事实考虑的正当性问题。证据的司法功能也包括对附属于裁判本身的一些必要问题做出的决定。”^{〔5〕}我以为,与“证据意义”相比,“证据功能”一词更有专业术语的感觉。

二、证据属性与证据特征

证据属性和证据特征是与证据相关的一对重要范畴。在这个问题上,学者们的语言习惯也不一样,有的学者喜欢使用“证据属性”的说法;有的学者愿意使用“证据特征”的说法;还有的学者则同时或交替使用这两个概念。例如,在

〔1〕 巫宇甦主编:《证据学》,群众出版社1985年版,第71页;陈一云主编:《证据学》(第二版),中国人民大学出版社2000年版,第111页;刘金友主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2001年版,第137页;卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年版,第82页。

〔2〕 江伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,目录部分。

〔3〕 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2001年版目录部分。

〔4〕 《新编证据法学》,法律出版社2000年版。

〔5〕 齐树洁主编:《英国证据法》,厦门大学出版社2002年版,第53页。

上述证据法学著作中,巫宇甦先生主编的《证据学》、刘金友教授主编的《证据法学》、江伟教授主编的《证据法学》、樊崇义教授主编的《证据法学》都采用了诉讼证据的“基本特征”的说法。卞建林教授主编的《证据法学》则使用了证据的基本属性的说法。^{〔1〕}该书的作者指出:“在证据属性问题上,我国证据法学者一般持有两性说或者三性说。持两性说者认为,证据具有客观性与相关性两种属性,它们是证据的本质属性;持三性说者则认为,证据具有客观性、相关性和法律性三种属性,法律性是将诉讼证据与一般证据区分开来的基本属性……”^{〔2〕}陈一云教授主编的《证据学》则同时使用了证据的属性和特征两个术语。该书作者在论述了证据的客观性和相关性之后,说道:“以上两个特征,就是证据这一概念的内涵,是证据本质属性之所在,是证据不同于任何其他事物的质的规定性。凡是在诉讼过程可以用作认定案件事实根据的证据,都必须同时具备这两个特征。”^{〔3〕}总之,学者们在使用这两个概念时似乎并没有做出严格的区分。

笔者认为,证据属性和证据特征是两个既有联系又有区别的概念。从字面上看,属性是一个事物所具有的性质或者所隶属的性质;特征则是一个事物区别于其他事物的征象和标志。从哲学上讲,属性是内在的东西,是事物的质的规定性;特征是外在的东西,是事物的质的规定性的外在表现。一般来说,属性是抽象的,特征是具体的;属性是无法分割的综合整体,特征是可以分开考察的个体表征。由此可见,证据的属性是其本身固有的区别于其他事物的特殊性,证据的特征则是这种特殊性的外在表现。

证据具有什么性质,或者说,证据属于什么性质的事物?要回答这个问题,首先,要从事物的本质来进行考察,即证据究竟是属于客观的东西还是属于主观的东西。笔者认为,证据既有客观的属性,也有主观的属性。其次,证据的基本功能是证明相关事实,而这也正是证据区别于其他事物的基本点,因此,证据的属性还应该包括证明性。最后,我们这里讨论的证据是以法律事务为界限的,因此它也应该具有法律的属性。

证据特征是证据属性的外在表现,因此证据的上述基本属性都应该有相应的特征表现。具体来说,证据的客观性所表现出来的特征是证据的真实性;证据的主观性所表现出来的特征是证据的可误性或虚假性;证据的证明性表现出来的特征是证据的关联性或相关性;证据的法律性表现出来的特征是证据的合法性或非法性。由于证据既具有客观性也具有主观性,所以证据既有真实性的一

〔1〕 实际上,“证据的属性”也是20世纪80年代后期和90年代初期我国证据法学界讨论相当热烈的一个理论问题。

〔2〕 卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年版,第78页。

〔3〕 陈一云主编:《证据学》(第二版),中国人民大学出版社2000年版,第102页。

面,也有可误性或虚假性的一面。证据的这种双重属性和两面特征,正是证据问题之复杂和审查证据之困难的根源。

三、证明手段与证据方法

证明手段和证据方法也是我国证据法学者近年来经常使用的两个概念,但也是含义颇为模糊的两个语词。有些学者在其著作中使用了“证明手段”的说法,但是并没有给出定义或解释。例如,卞建林教授主编的《刑事证明理论》一书的第八章的题目就是“刑事证明手段”,作者并没有直接解释这个概念的含义。由于该章的主要内容是讨论证据问题的,所以似乎可以把“证明手段”理解为证据。不过,作者在行文中既有“证据是证明手段”的说法,^{〔1〕}也有证据形式是证明手段的说法——“证据的形式,又称为证明手段,它是证据的种种表现形式”。^{〔2〕}吴宏耀和魏晓娜两位青年才俊在其大作《诉讼证明原理》一书中两次把“证明手段”作为章的标题:第四章“证明手段——证据裁判原则”;第五章“证明手段——证据规则”。^{〔3〕}然而,作者也没有给出证明手段的定义,似乎证据裁判原则和证据规则都是证明手段的基本内容。究竟什么是证明手段?使用者不做解释,似乎是“只可意会不可言传”的东西。于是,证明手段就成为了“大家都明白也都不明白”的概念。

在中国内地,证据学者在20世纪90年代以前很少在正式文字中使用“证明手段”的说法,大概因为“手段”一词带有一些贬义,而且属于非正式用语。后来受台湾地区证据学者的影响,这个概念开始被人们接受。我国台湾地区著名证据学家陈朴生先生在《刑事证据法》一书中说道:“证据,乃为证明要证事实,使臻明了之原因,亦称证明之手段,即依据已知之资料,以推理其事实之存在或不存在是。”^{〔4〕}按照陈先生的解释,证明手段指的就是证据。既然绕了一大圈讲的却还是“证据”,那又何必使用这样一个语词呢?这样做,难免给人留下故弄玄虚的印象,或者显露出我辈学者的一项基本技能或“职业秘密”,即“把简单的问题复杂化”。

“证据方法”的概念大概来源于大陆法系国家,然后经过日本学者的翻译与中国学者的再翻译,引入了汉语。例如,日本的《民事诉讼法》著作中就有这样的论述:“证据方法是指作为认定事实素材的人或物,分为人证与物证。人证就

〔1〕 卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第274页。

〔2〕 卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第271—272页。

〔3〕 吴宏耀、魏晓娜:《诉讼证明原理》,法律出版社2002年版,第95—169页。

〔4〕 陈朴生:《刑事证据法》(重订版),台湾三民书局1992年版,第41页。

是把人作为证据方法,经过对人的询问所得到的被询问人所作的陈述即可作为认定事实的材料,通常有证人、鉴定人及当事人三种;物证就是把物作为证据方法,经过检查物证所取得的认定事实的材料,通常包括书证和勘验物两种。”〔1〕台湾地区的陈朴生先生在其著作中也使用了“证据方法”的概念。他把“证据”一词的含义归纳为五个方面,第一个方面就是“证据方法,指得供调查之物体。因其方法之不同,得分为人的证据方法与物的证据方法两种。前者,如被告、证人、鉴定人等;后者,如证物是”。〔2〕

在我国内地出版的证据学著作中,作者一般只是在讨论证据概念时简要介绍“证据方法”的观点,且多持批判态度。例如,在1985年出版的高等学校法学试用教材《证据学》中,作者只把它作为一种关于证据定义的学说略做介绍:“认为证据是确认待证事物或事项的方法。主张这种说法的学者说:‘凡一切法律上之方法,除辩论外,用以证实或否认司法调查中各事项之真情者,谓之证据。’这种说法,把司法人员在诉讼中运用证据查明案件真实情况的各种证明方法,同证据本身混为一谈,当然也不可能对什么是证据作出正确的回答。”〔3〕樊崇义教授在其主编的《证据法学》教材中也把“证据方法”作为与证据概念相关的基本概念进行介绍:“所谓证据方法是指诉讼中可以作为调查对象的有形物。例如物证、书证、各种人证等。其实,按照辩证唯物主义的世界观和方法论,证据就是客观存在的实实在在之物,不易〔4〕把证据问题,概括为证据方法。”〔5〕

卞建林教授在其主编的《刑事证明理论》一书中对“证据方法”的概念做了相当全面的阐述,而且介绍了汪翰章主编的《法律大词典》(上海大东书局1934年出版)和郑毅毅、彭时编著的《法律大辞书》(商务印书馆1940年出版)中关于“证据方法”的解释。按照前者的解释,证据又被称为“证据方法”,包括两层含义:一是提供用以确认事项的资料的人或物;二是用以确认事项的资料本身。按照后者的解释,证据方法也有两层含义:其一是发见证据之手段,例如询问证人或鉴定人,查阅证书及勘验等;其二是证明证据之材料,例如证人、鉴定人、证书及勘验之标的物。卞教授指出:“其中第一个含义易之以‘证明方法’、‘取证方法’或者‘收集证据的方法’更便于理解。”〔6〕

我认为,“证据方法”的语词构成不太符合当下中国内地汉语的语言习惯。“方法”的含义是方式、做法、手段、途径、程序,一般是针对某种活动或行动而言

〔1〕〔日〕兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第100页。

〔2〕陈朴生:《刑事证据法》(重订版),台湾三民书局1992年版,第42—43页。

〔3〕巫宇甦主编:《证据学》,群众出版社1985年版,第76页。

〔4〕此字似乎有误,应为“宜”。

〔5〕樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2001年版,第46页。

〔6〕卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第265—266页。

的,因此我们可以说“证明方法”、“证据调查方法”、“证据审查评断方法”等;也可以就某个学科或生活领域而言,如“哲学方法”、“化学方法”、“法学方法”等。但是,“证据”是表示一种事物的名词,没有活动或行动的含义,也不是学科领域,^[1]因此,“证据方法”之说就让人感觉有些别扭。然而,20世纪30—40年代的中国以及当前台湾地区使用的书面汉语在较大程度上沿袭了古汉语的习惯,所以证据一词既可以作名词使用,也可以作动词使用。当其作为动词使用时,意为“据实证明”,犹如当前大陆地区所说的“证明”,^[2]因此其组成“证据方法”的语词并无不妥。由于数十年的分割,中国内地和台湾地区分别形成了各自的汉语语言习惯,我们在学术研究中可以相互借鉴,但不宜简单地生搬硬套,否则就会导致语言使用上的混乱。诚然,笔者发表上述议论,只是想引起人们对证据学范畴问题的重视,并无他意。

其实,“证据学”作为学科的名称本身也是有所“困惑”的。从教材的名称就可以看出,20世纪90年代以前的教材一般都以“证据学”为书名,后来则多改称为“证据法学”。有的学者认为,从“证据学”到“证据法学”标志着学科的进步;也有的学者对于证据学是否属于法学的范畴提出了质疑;近来还有学者提出了“证据科学”的概念。于是,证据学、证据法学、证据科学等概念之间的关系又成为了人们讨论的话题。笔者在《证据学论坛》第一卷的“卷末絮语”中就已经说过:“证据学是一门博大精深的学问。就概念而言,证据学自有广义与狭义之分。前者包括证据法学、证据调查学和物证技术学等学科;后者则仅指证据法学。《证据学论坛》取其广义。证据法学、证据调查学和物证技术学等分支学科都以证据为研究对象,但是研究的角度和侧重点有所不同。证据法学主要从法律规范和制度方面研究证据;证据调查学主要从调查方法和手段方面研究证据;物证技术学则从科学和技术的角度研究证据,而且主要是各种物证的发现、识别、记录、提取、保管、检验和鉴定。上述分支学科是相互连接、相辅相成的。证据学的研究需要多种方法的结合,需要以多种学科知识为基础,其中既有很深奥的哲理,也有很精确的技术,因此堪称为‘真正的学问’。”我以为,无论如何称谓,这个学科都是法学领域内一个独具特色的综合性学科,其内容都应该是广博的,因为这既是法律学科发展的需要,也是法律实践工作的需要。

《证据学论坛》是探索和创新的产物,也要在不断的探索和创新中生存并发展。从第十一卷开始,我们对《证据学论坛》进行了从外表到内容的更新,以便

[1] 如果说“证据学方法”,人们就不会觉得别扭了。

[2] 卞建林教授主编的《刑事证明理论》一书在介绍了汪翰章主编的《法律大词典》中关于证据定义的解释之后评论道:“其中主观意义上的证据实际上即我们通常所说的‘证明’。”参见卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第265页。

使之更加符合各界读者的需要。第十二卷继续这个方向,在内容上保持“理论前沿”和“司法实务”并重的同时,又增加了“文摘”,以便为读者提供更加丰富的关于证据学研究的信息。我希望,我们的努力能够得到广大读者的认同,也欢迎各界读者就论坛的编辑方向和风格提出宝贵意见。总之,“以读者为本”是我们编辑《证据学论坛》的基本方针。

2006年11月写于北京世纪城雍和斋

前沿聚焦

刑讯逼供与案件事实的证据认定

宋世杰*

在当前,司法活动中最关键的问题就是关于案件事实的证据认定,在刑事诉讼中更是如此,同时这一问题还是司法过程中最突出、最迫切需要解决的问题。但是,解决这一问题的关键是防止把并非真实可靠的证据看成可以作为定案的根据的证据。目前现实中反映出的问题,大多数是刑讯逼供获得的口供、虚假的证人证言、不可靠的鉴定结论等,归纳起来,最主要的还是刑讯逼供获得的口供,为此如何看待刑讯逼供、防止刑讯逼供就成了本文需要解决的第一位的问题,也就成为认定案件事实的证据的核心了。鉴于口供所具有的证据价值,倘若不对口供的可采性进行限制,刑讯逼供、胁迫引诱、欺骗等非法手段不严格禁止,必然淹没保障口供真实性所体现出的尊重人性尊严的光辉,成为产生冤假错案的重要根源。

一、口供概说

(一) 口供的概念、特征

“口供”在我国是个日常用语,其在刑事诉讼中的立法用语为“被告人供述和辩解”,由于作出口供的主体还包括犯罪嫌疑人,故而口供的立法用语表述为“犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解”更为合适。“口供”是指犯罪嫌疑人、被告人就有关案件情况,向公安机关、检察机关、人民法院所作的陈述。其内容包括三个方面:(1) 嫌疑人、被告人的供述。即嫌疑人、被告人向司法机关工作人员承认自己犯罪并就有关事实所作的陈述。(2) 嫌疑人、被告人的辩解。即嫌疑人、被告人否认自己犯罪,或虽承认自己犯罪但依法应不予追究刑事责任,或依法应从轻、减轻、免除处罚的申辩和解释。(3) 嫌疑人、被告人对同案其他犯罪嫌疑人

* 湘潭大学法学院教授,博士生导师。

人、被告人(包括共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人、被告人)的检举揭发,又称“攀供”。由于这种攀供的内容与揭发者自己的犯罪行为有着密切的联系,难以与自己口供中陈述的案件事实截然分开,在本案中可以当做证据使用,因而属于“犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解”的组成部分。而对于嫌疑人、被告人对非同案犯罪嫌疑人、被告人的检举揭发,由于其内容与本案的事实无关,不能作为证明本案事实的证据使用,因而不属于“犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解”的组成部分,但如经查证属实,则表明嫌疑人、被告人认罪和悔罪态度好,而可以作为对其从宽处理的根据。可见,口供的内容不但包括对有关犯罪事实的供述,也包括对无罪(没有犯罪事实或行为虽表面上具备犯罪的特征,但因存在违法阻却事由而不构成犯罪)的辩解。把握这一点对于正确地对待嫌疑人、被告人供述具有非常重要的现实意义:它提醒司法工作人员认真地对待嫌疑人、被告人的辩解,而不是片面追求有罪的陈述、对无罪的事实漠然置之,甚至不把它们当做证据予以收集固定。从形式上来看,除少数情况外,如嫌疑人、被告人不能说话或其以意思表示明确无误的肢体语言回答提问(如点头表示肯定,摇头或摆手表示否定),口供通常都以口头形式作出,而以书面或录音、录像方式予以固定。口供一般是向司法机关工作人员作出的,但在我国,由于为鼓励犯罪行为人投案自首,对犯罪行为人的亲友代为投案自首而其本人亦不抗拒追诉的行为视为自动投案,按自首论,而对犯罪行为向有关单位或基层组织投案自首也以自动投案和自首论,这使得有关犯罪的陈述有时不是直接向司法机关作出,但随后犯罪行为入仍需接受司法机关的讯问并作出陈述,因此上述两种情形下作出的供述与辩解仍应属于口供的范畴。

作出口供的主体只能是犯罪嫌疑人和被告人,而犯罪嫌疑人和被告人在刑事诉讼中处于被迫诉的地位,刑事追诉的一切活动,都围绕着他们的刑事责任问题而进行,即嫌疑人、被告人是否应负刑事责任、应负何种刑事责任、应负多大的刑事责任。因此,刑事追诉的结果与他们有着直接的利害关系,而他们作出的口供将会对他们的罪责问题产生直接的影响。嫌疑人、被告人在刑事诉讼中所处的特殊地位决定了口供的特殊性。一方面,可能很大的真实性与可能很大的虚伪性并存;另一方面,口供具有极易变化的特征。这是因为:如果陈述人就是真正的犯罪分子,他就不能不考虑如实陈述的后果,而通常不会作出完全真实的陈述,或矢口否认,或避重就轻、避实就虚。不仅是无罪或罪轻的供述和辩解具有很大的虚伪性,就是有罪或罪重的供述也同样很可能是虚假的,实践中出于替亲人顶罪、出于哥们义气或出于羁押中产生的迎合侦讯人员以求宽大处理的变态心理都可能使原本无罪的人作出有罪的供述,而原本罪轻的人作出罪重的供述。因而,可能很大的真实性与可能很大的虚伪性构成口供的重要特征。此外,口供作为言词证据,其内容易受陈述主体的心理状态和陈述意向影响而呈现出易变

性。由于陈述主体的陈述意向具有很大的主观性,易随着诉讼环境的变化而变化,因此在不同的诉讼阶段,随着诉讼主体所处的内、外部环境的变化,其思想极易发生反复,陈述意向发生波动,而作出与以前实质上不同的陈述,甚至完全推翻以前的陈述,此即所谓“翻供”。

(二)口供与国外“自白”的区别

我国刑事诉讼法中没有“自白”的概念,口供与国外刑事诉讼法中的自白也有一定的区别。根据陈浩然先生对“自白”定义的考察,在英美法系和日本、德国等大陆法系的范围内,所谓的自白是一个复杂而烦琐的概念。但从本质上分析,各国法律又都将“对自己不利”的供述作为自白的重要构成要件,并且以此为界限对自白画出了一个清晰的轮廓,其基本的出发点则是为自白的任意性规则确定了一个相对明确的范围。从内容上分析,形形色色的自白概念又可被简单地分为“广义自白”与“狭义自白”两大类型。所谓的狭义自白,即被告人对被指控的犯罪事实供认不讳和承认刑事责任的陈述,而广义自白则指包括狭义自白在内的一切于己不利的陈述,也即被告人对犯罪构成要件事实、犯罪的主要事实以及其他于己不利的事实所作的明确告白。英国和日本等国家的证据法采用狭义自白的概念,而德国证据法则明显采纳广义自白的概念,比较特殊的是美国,各州的判例和证据规则通常采用狭义自白的概念,但联邦最高法院的判例则明显倾向于广义自白。^{〔1〕}可见,广义自白的含义大致相当于我们所说的“供述”。在英美法系中,由于存在“罪状认否程序”,一旦被告人在法庭上作出正式的自白,就将直接被认定为出于任意,从而不再进行事实调查而直接进入量刑的程序。而在大陆法系国家如德国,即使被告人在法庭上作出有罪的陈述,仍需有其他证据补强方能定罪。

我国刑事诉讼法中的口供既包括嫌疑人、被告人所作全部或部分的有罪陈述及其他虽非承认有罪而间接地不利于己的陈述,也包括嫌疑人、被告人所作的自己无罪的辩解。可见,口供的范围大于自白,其范围大致相当于广义的自白加上无罪的辩解。对于自白,应适用任意性规则,而对于口供,笔者认为也有必要适用任意性规则,因为非任意的无罪辩解也可能是虚假的或是侵犯嫌疑人、被告人人权的产物。然而对口供可采性限制的重点,仍然宜放在有罪陈述及其他不利于己的陈述上。此外,虽然“供述”的范围小于“口供”的范围,并未予以严格区分。

(三)刑讯逼供是司法活动中长期存在的现象

刑讯逼供的产生有深厚的时代背景与社会根源,人类自有司法活动以来,一直把口供看做案件中的最重要证据,在国外,确认口供(承认)的免证作用,称为

〔1〕 陈浩然:《证据学原理》,华东理工大学出版社2002年版,第306—307页。

证据之王。我国更确认“无供不录案”，没有口供就不能认定案件事实。这种状态在古代至中世纪已成为普遍认可的证据运用规则。因此刑讯就成为常规获取口供的方法。数千年来的沉积，已经成为社会的一种亚文化，有着根深蒂固的由来和较为普遍的思想基础。所以，至今刑讯还是一种较为广泛的现象，不仅我国这样，外国也有之，不过是表现的状态和广泛的程度有所差别罢了。由此可知，克服刑讯逼供就成为社会和司法活动长期而艰巨的任务，也就必然会带来案件事实认定中证据方面的困惑和突出的问题。

二、口供主义刑讯逼供的原因及其消除的条件

证据是证明案情真相的唯一手段，证据的收集和判断又都离不开调查研究。因为证据存在于客观现实之中，所以判断案情不能靠主观臆测和纯粹的逻辑推理，而只能充分依靠人民群众，依靠科学的侦查手段，进行深入细致的调查研究，以取得确凿的证据，舍此再没有第二种方法。

为什么不能轻信口供？口供也是一种证据，但是被告人在刑事诉讼中所处的特殊地位为他的供述和辩解带来了复杂性。实践告诉我们，有罪者不认罪的现象常有，无罪者承认有罪的现象也存在。因此，在诉讼中如果被告人的口供是否属实无法核实，从法律意义上说这种口供连半点证据意义也没有。因此刑事诉讼法规定：“只有被告人供述，没有其他证据，不能认定被告人有罪和处以刑罚。”相反，“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”。

运用证据时，常常容易犯主观性、片面性的错误，其集中表现形式之一就是口供主义。因此，实行重证据，重调查研究，不轻信口供原则，必须坚持反对口供主义。下面讲讲关于口供主义的两个问题。

（一）口供主义和逼、供、信存在的原因^{〔1〕}

口供主义的恶性表现主要有两个方面：一是冤枉好人。没有犯罪的人在刑讯面前乱供、假供的不少。十年动乱中，在某一农场的所谓“反革命集团”案件中，冤屈致死的就达30多人。二是为真正的犯罪分子提供了伺机翻案的借口。有的犯罪分子，由于在审讯中受了刑讯逼供，到一定的时候就以此为借口进行翻案。

上面两种情况多数发生在刑事诉讼中，在民事诉讼中也有轻信当事人一方陈述、不注重其他证据的情况。

口供主义的社会思想根源主要有以下几点：

〔1〕 宋世杰：《诉讼证据学》，湖南人民出版社1988年版，第176—178页。