

ZHENGJUYUZHENGMING

Gu Xingzhi Bianzhi Wei Shijiao

证据与证明

——以刑事法治为视角

黄维智◎著

中国检察出版社

证据与证明

——
以刑事法治为视角

黄维智◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据与证明——以刑事法治为视角/黄维智著. —北京:
中国检察出版社, 2006. 12
ISBN 7 - 80185 - 600 - 7

I. 证… II. 黄… III. 刑事诉讼 - 证据 - 研究
IV. D915.313.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 140401 号

证据与证明——以刑事法治为视角

黄维智 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650015(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市巾画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 8.875 印张

字 数: 236 千字

版 次: 2006 年 12 月第一版 2006 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 600 - 7/D · 1575

定 价: 22.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

证 据 篇

证据形式比较研究	/3
一、概论	/3
二、证据形式分类的意义及原则	/4
三、国外有关证据形式及证据形式分类的学说	/10
四、我国有关证据形式和证据形式分类的学说	/15
五、中外证据形式分类的比较、评析及展望	/16
目击证人辨认的可信性及其程序保障	/23
一、目击证人辨认可信吗	/23
二、目击证人辨认发生错误的原因	/28
三、目击证人辨认的程序保障	/32
四、我国目击证人辨认程序的解构与重构	/39
非法证据排除规则价值论纲	/41
一、非法证据排除规则的基本价值	/42
二、非法证据排除规则建构中的价值冲突	/51
三、非法证据排除规则建构中的价值抉择模式	/55
四、我国非法证据排除规则建构中的价值抉择	/61
鉴定证据的证据能力研究	/66
一、鉴定主体的适格性	/67
二、鉴定事项的必要性	/70
三、鉴定内容的关联性	/73

四、鉴定过程的规范性	/75
五、鉴定结论的可靠性	/77
六、检材来源的合法性	/79
鉴定证据的客观性保障	/81
一、必要事实原则	/81
二、客观中立原则	/83
三、科学可靠原则	/86
四、来源真实原则	/88
五、双方平等原则	/89
六、意见公开原则	/91
鉴定证据的科学条件	/93
一、问题的提出	/93
二、鉴定证据与科学	/95
三、鉴定中所运用科学的标准	/100
四、目前我国鉴定中所运用科学的标准的主要问题及解决办法	/107
测谎鉴定问题	
——从高检的批复谈起	/112
一、从测谎技术到测谎鉴定	/112
二、我国的测谎技术与测谎鉴定	/121
“证据强制”与刑事免责	
——贿赂犯罪中的作证问题研究	/125
一、我国惩治贿赂犯罪中的两难现实	/125
二、国外在惩治贿赂犯罪中的举措——强制作证与刑事免责	/128
三、对我国在贿赂类案件中的“强制作证”与“刑事免责”制度的反思与重构	/134

证 明 篇

法律真实——证明标准的实然状态	
——兼论其表述的多元化和操作上的多层次性	/141
一、“法律真实说”概述	/141
二、法律真实——证明标准的实然状态	/142
三、刑事诉讼的证明标准实然表述状态——法律真实 （定罪标准）的多元化	/145
四、证明标准实然状态操作上的多层次性	/147
两大法系刑事证明责任分配的一般原则	/153
一、无罪推定原则下的刑事证明责任分配	/153
二、控方负有证明所有争议事实的法定责任——说服责 任（客观证明责任）的不可转移性	/155
三、提供证据责任的双向性——证据责任（主观证明 责任）的可转移性	/157
四、被告提供证据责任扩大的例外情况	/159
刑事证明责任分配的三项基本原则	/161
一、无罪推定原则	/162
二、反对强迫自证其罪原则	/168
三、有利于被告原则	/173
我国刑事证明责任分配的理论重构	/179
一、刑事证明责任分配的一般要求	/180
二、建构刑事证明责任分配理论体系的理由	/182
三、检察官的争点形成责任	/185
四、被告的疑点形成责任	/190
五、检察官的疑点排除责任	/197
六、“争点形成（启动诉讼）——疑点形成（推进诉 讼）——疑点排除（终止诉讼）”的动态证明过程	/200

刑事推定	/204
一、刑事推定的本质与功能	/204
二、刑事推定的发展趋势	/207
三、刑事推定的基本条件	/210
四、我国刑事推定及发展	/211
合理疑点与疑点排除	
——兼论刑事诉讼证明责任的分配理论	/216
一、刑事诉讼证明责任分配的一般原则	/217
二、疑点形成责任	/219
三、疑点排除责任	/224
四、刑事推定的范围和条件	/227
奸淫幼女罪中“明知”的证明问题	/231
一、关于“幼女”的确定标准及年龄规定	/231
二、奸淫幼女罪是否应以“明知”为要件	/234
三、对奸淫幼女案的个案处理	/239
财产型职务犯罪赃款去向的证明问题	/242
一、问题的提出	/244
二、从实体法而言，赃款去向不属于财产型职务犯罪的 犯罪构成要件	/245
三、从程序法而言，赃款去向不属于检察官举证启动诉 讼的范围	/248
无须证明的犯罪	
——藐视法庭案件的法官直判	/251
一、法庭上案件法官直判的许容性	/252
二、法庭上案件法官直判的法律界限	/258
三、法庭尊严（法官权威）不可动摇原则——藐视法 庭罪的法理基础	/265

证据篇

证据形式比较研究

一、概 论

证据种类是根据证据的表现形式而作的分类，本文研究的重点是证据的表现形式，简称为证据形式，因而本文研究的是证据的种类问题，而非证据的分类问题。证据的形式是停留在立法层面抽象的类，每一种证据形式都反映一个证据表现形式的类，也即普遍性。所以，证据形式是所有同类证据的总和。例如：书证便是能够出现或可能出现的各种各样的书证的概称。各国有关诉讼制度的理论差异甚大，造成证据制度、证据形式在立法上和学理上的明显差别。两大法系证据形式分类及其利弊之处主要由诉讼方法论上的差异所致。英美法系采用事实出发型诉讼，强调法官在具体诉讼中发

现法、创造法的作用，以判例法传统为本旨。^①为此，英美法系的证据形式的分类具有灵活性、司法对策性强的特点，但存在任意性、不统一的缺点。大陆法系采用法规出发型诉讼，按照裁判三段论强调法官在诉讼中实现法、确证法的作用，奉行制定法作为裁判规范的原则。因此，大陆法系的证据形式具有标准明确、便于司法运作和实体法调和的优点，但在灵活性、司法对策性方面则暴露出明显的不足。对此，英美法系者认为：“采用各种类型的不论是法律还是非法律的词汇来组成等同划一的术语，以此来鉴别和分辨不同种类的证据是不可能的事情……对证据的探索，是一种最贴近实际的命题，不能随心所欲地创设一种系统的或一成不变的定式，而是适应现实生活中的不同情况和需要。证据制度贯穿于每个诉讼阶段的所有实际法律过程，它并不是单纯地受制于学理上的归纳分类。”^②笔者认为，证据形式分类的差异主要是因在各国的历史背景、文化特征、法律传统、思维方式、诉讼模式等方面存在重大差异所致。各国的有关证据形式的分类均有其利弊，对有关国家和地区证据种类和分类理论的比较研究，有助于我们探讨我国的证据法中的一些基本理论问题，有助于我国借鉴其他国家和地区的立法、司法和理论上的相关经验和有关做法，对我国证据表现形式及分类的科学化，制定相关的证据规则，细化证据法条文，增强程序的可操作性具有重要的理论价值和实践意义。此即本文的写作动机和目的。

二、证据形式分类的意义及原则

在诉讼活动中，设置合理的证据规则用以证明案件事实，对某

① 陈刚：《证明责任法研究》，中国人民大学出版社2000年版，第224页。

② 毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，法律出版社1997年版，第34页。

一特定案件而言,必须利用客观外界所遗留下来的各种痕迹、物品来反映发生在过去的案件事实。但是,能够进入人们感觉、视野的事物材料是纷繁复杂、浩如烟海的,这些材料有的是真实的,有的是虚假的,有的能够直接反映或证实已经发现的案件事实,有的则要借助其他事物经过某些特殊环节才能反映或证实案件的事实。对证据表现形式进行科学的分类,便于确定相适应的证据规则,便于收集、使用、判断、把握证据,有助于诉讼活动的正常进行。证据表现形式科学的分类应当坚持包容性、标准同一性、易操作性等原则。下面将逐一论述。

(一) 分类的意义

1. 证据形式分类便于确立相应的证据规则

证据应当具有相关性、可采性、合法性等特性。由于证据的相关性主要是一个事实或者经验问题,法律对此很少加以规定,具体的判断由司法人员根据实际情况予以解决,而证据的可采性或证据能力主要是一个价值或正当性判断问题,不同的证据形式有不同的判断规则,应由法律加以明确判断。证据可采性,亦称证明能力、证据资格,或称证据适格性,是指具有可为严格证明^①系争的实体法事实之资料的能力。在刑事诉讼中,作为诉讼实体的犯罪事实与刑罚事实的证明,属于严格证明,其证据须有证据能力;在民事诉讼中,赖以支持当事人权利和主张的要件事实的证明,属于严格证明,其证据也须具有证据能力。因此,证据能力是与严格证明密不可分的,只有证明严格事实的证据才涉及证据能力的问题,即证据的可采性问题,也就是某种证据材料在法律上是否具有证据资格的问题,而不是某种证据材料能否证明案件真实情况的实质问题。英美法系的可采性规则较多,如排除法则、防止法则、供述法则、数

^① 何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》,人民法院出版社2000年版。

量法则、优先法则等。^① 证据形式不同分别适用不同的证据规则,如:在美国的证据规则对不同证据的可采性作了相应规则规定:(1)关于证人:排除证人有证人能力的规则有两个方面:第一,证人缺乏亲身体验;第二,证人主张免证特权。(2)关于意见证据和专家证词:凭其知识、技能、经验、训练或教育能够为专家的证人可以用意见或其他方式作证。(3)关于传闻证据:一般的规则是除法律现有规定外,不能采纳。《联邦证据规则》规定的例外主要内容有第 803 条、第 804 条及第 805 条加以规定。(4)关于文字录音和照相的内容:一般规则是必须提供原件。对于复制品,除非对其是否忠实于原件有疑问或以其代替原件采纳将导致不公正才可以采纳。(5)关于自白:建立了自白排除规则,自白排除规则的核心在于自白的非自愿性。^② (6)关于自白以外的证据排除规则:违法排除规则,1984 年,联邦最高法院对该规则作了限制,增加了“最终或必然发现的例外”和“善意例外”。一般来说,不可采纳的证据包括两种情况:一是缺乏关联性的证据,二是应受排除的证据。而大陆法系对此规定较少。大陆法系主要通过证据的法定形式作为证据可采性的主要内容,首先表现在证据的表现形式必须符合证据法律制度所规定的证据的一般表现形式,其次表现在证据的表现形式必须符合实体法律规范所要求的证据特殊表现形式。通过法律对证据的表现形式作明确规定,是为了从形式上保障证据内容的证明力。

2. 证据形式分类便于判断不同证据的证明力

证据的证明力是指某一证据对于证明某一待证事实应具备什么价值的问题。在诉讼证明中,证明力强的证据在证明作用上大于证明力弱的证据,一般优先采用。不同的证据形式,证明力的强弱不同。举一个我国的例子来说,最高人民法院于 1998 年 6 月通过的

① 宋世杰:《证据学新论》,中国检察出版社 2002 年版,第 272 页。

② [美] 乔恩·R. 华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社 1993 年版,第 264 页。

《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第 27 条规定：“判断数个证据的效力应当注意以下几个情况：1. 物证、历史档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证登记的书证其证明力高于其他书证、视听资料和证人证言；2. 证人提供的对其有亲属关系或者其他密切关系的对当事人有利的证言，其证明力低于其他证人证言；3. 原始证据的证明力大于传来证据；4. 对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等进行综合分析。”此外，该《规定》第 28 条还规定：“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：1. 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相称的证言；2. 与一方当事人有亲属关系的证人出具的对该当事人有利的证言；3. 没有其他证据印证并有疑问的视听资料；4. 无法与原件、原物核对的复印件、复制品。”应当指出，上述规则仅仅是一般情况而言，具有相对性，不能机械地生搬硬套。

在英美法系，对证据形式之一书证，最佳证据规则之一普通法上的证据规则规定其证明力，即认为原始文字材料（包括录音、录像、摄影材料等）作为证据，其效力优于复印品，是最佳的。另一项规定原始书证（文字材料）作为证据有优先权的原则。可见，就一般意思上来说，不同的证据形式、证明力大小不一样。

3. 证据形式分类便于把握证据

不同的证据形式，有不同的收集、固定、使用、判断的程序规则和技巧。证据形式分类有利于控辩两方根据不同证据形式的收集、固定、使用的程序技巧和规则收集、运用证据对其观点、主张加以证明。例如：作为言词证据形式的表现形式之一，犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解是以犯罪嫌疑人、被告人当证据信息载体的。根据我国《刑事诉讼法》的规定，犯罪嫌疑人与被告人是两种不同的诉讼角色，在诉讼过程中分别享有不同的诉讼权利、承担不同的诉讼义务，作为不同证据形式的犯罪嫌疑人供述和被告人供述的收集、固定方式就不完全相同。由于我国对犯罪嫌疑人、被告人未规定享有沉默权，司法实践中，获取犯罪嫌疑人、被告人陈述是一种最常见的取证方式。而且，整个刑事訴訟证明几乎都是围绕

犯罪嫌疑人、被告人供述这种的形式证据的收集、审查、核实而展开。只要司法人员严格遵守《刑事诉讼法》第43条之规定，取得的证据就属于合法证据。而在美国，联邦最高法院在米兰达一案中确立了著名的“米兰达规则”，根据“米兰达规则”，警察在讯问犯罪嫌疑人之前，必须以明确的方式告知犯罪嫌疑人在讯问过程中享有的各项权利。在德国《刑事诉讼法》第136条，意大利《刑事诉讼法》第210条，日本《刑事诉讼法》第311条也有类似规定。类似规定就对获得犯罪嫌疑人供述加以限制，让司法人员把重点放在其他证据的获取上。

（二）分类基本原则

1. 准确界定证据的概念以确保分类标准的同一性

研究证据形式应首先要理清证据的概念，以及证据形式与证据概念及属性的关系。在诉讼领域如今大家已经当然地接受了证据是用来或可能用来证明案件事实真相的一切根据或凭据这一结论。^①证据的概念应当包括法律对证据形式的表述和理论上对证据属性的揭示。我国法律将证据的形式归纳为物证、书证、证人证言、当事人陈述、勘验检查笔录、视听资料、鉴定结论多种。一般都将真实性、关联性和合法性视为证据的基本属性。证据的属性被认为是“证据这个概念的内涵的具体化表现或分解，也是证据赖以构成的诸要素，同时也是判断某物是否为证据的标准，是证据区别于其他证据事物的标志”。^②证据形式是证据属性的外在表现，是该种证据区别于其他证据的外在表征。就证据形式而言，显然都与案件事实有关，是案件事实所留下的物品、痕迹、影像、印象等，按立法者的预期，各种证据形式的组合能重现案件的基本风貌，“能够证

① 刘金发主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2001年版，第113页。

② 汤维建：“关于证据属性的若干思考和讨论”，载《证据学论坛》（第1卷），中国检察出版社2000年版。

明案件真实情况”，因此，可以成为司法机关认定案件事实，作出司法裁判或决定的依据。^①对证据定义的界定不同，必然会产生不同的证据形式的分类，诉讼问题既有关于案件事实的有无、轻重等的方面，也有关于运用什么法律、如何理解这些法律以及对案件从法律上如何处置等方面，因此，诉讼证据既包括证明案件事实的证据，同时还应当包括能够对这些问题起辅助证明作用的其他情况如风俗习惯、自然现象、历史事实、天理人情、逻辑推理的结论等。如将诉讼证据定义为诉讼中参诉各方用于证明其诉讼主张的根据，^②那么证据形式既包括物证、书证、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验检查笔录和视听资料，也应包括法律、法规、规章以及可能是其他情况的不规范证据。对证据定义的界定不同也会影响证据的形式的分类。因此对证据进行准确定义是分类的基础，以确保分类标准的同一性。

2. 准确定义各种证据形式的内涵以确保司法程序的可操作性

对证据表现形式进行科学分类的目的，是为了确保证据在司法程序上的可操作性。如果对各种证据形式的内涵定义含混不清，不可避免会造成司法程序运行的困难。例如：我国证据法中关于书证的规定过于概念化，且内涵较含混。按照我国《刑事诉讼法》第51条之规定，收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以是副本或复印件。这一规定显露出一些问题：对书证的含义以及范围没有作明确的规定，因此，在司法实务中通常依靠学理解释，而学理解释至今为止未被立法所认可，因此解释的范围上和对某些特殊的书证或类似书证的区别上有些不尽一致的理解和限制。由于不同的证据形式有不同的收集、固定、判断的方法和标准，适用不同的证据规则，各种证据形式内涵划分不清势必造成操作的困难和混乱。

^① 梁玉霞：《什么是证据》，载何家弘主编《证据学论坛》（第2卷），中国检察出版社2001年版。

^② 同上。

3. 严格划分各种证据形式的外延以保证证据的包容性

证据形式分类的集合应是司法实践中可能适用的所有证据,分类的不科学,证据形式的外延划分不明,科学技术的发展等原因,必然会造成有些证据不能或难以归入某种证据形式。因而对证据形式的外延进行划分时应增加其包容性,避免证据运用过程中,所举证据不属于证据形式而受到不应有的排除。不同的国家处理证据包容性的问题时采用了不同的方法。在澳大利亚联邦《1995 年证据法》中,将证据形式分为证人证言、书证、其他证据,这里的“其他证据”是具有包容性的,即除证人证言、书证外的一切可用做证据的所有形式。

三、国外有关证据形式及证据形式分类的学说

有关证据的形式,各国的表述不尽相同,有的称其为证据、证据的种类,有的称其为证据方式,还有的称其为证据的来源、证明的基本方式等,证据形式均是以一定的形式将有关的证据方法表现出来,因此,在本质上并无重大区别。

(一) 英美法系的证据形式

英美法系素以判例法著称,因此其各国证据法的归类体现在学理、立法原则或审判实践上,都显得生动、具体和务实,并与特定的规则相适应。由于各国具体国情有所不同,各国的诉讼体系、文化传统等差异,在证据形式分类上表现出各自的特色。

在美国证据法上,证据主要有四种,即实物证据 (real evidence)、书面证据 (documentary evidence)、证人证言 (testimonial evidence) 和司法认知 (judicial notice)。^① 实物证据,又称示范证据 (demonstrative evidence) 或物证 (physical evidence),是由有形

^① 卞建林:《美国联邦证据规则》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 204~205 页。