

西南政法大学证据法学研究中心

潘金贵 主编

● 证据法理

论证据保全的制度创新与立法修改

——以重庆邮电大学电子证据保全中心的创新为视角 熊志海 邓迪文

冤错案件的证据学分析

——证明责任“失守”及其克服 张波 付海平

● 前沿聚焦

关键证人出庭作证制度研究 重庆市人民检察院第一分院课题组

证人准备基本问题研究 王剑虹

● 实证研究

刑事证据法实施情况调研报告

——以西部四省部分公安司法机关为考察对象 西南政法大学“刑事证据法实施情况调研”课题组

审判阶段非法证据排除问题的规范与实证 吴继生 胡红军 王彪

● 异域法苑

论英国刑事诉讼程序中测谎证据的可采性 [英]迈克·斯托克代尔 丹·格鲁本/著 王梦佳/译

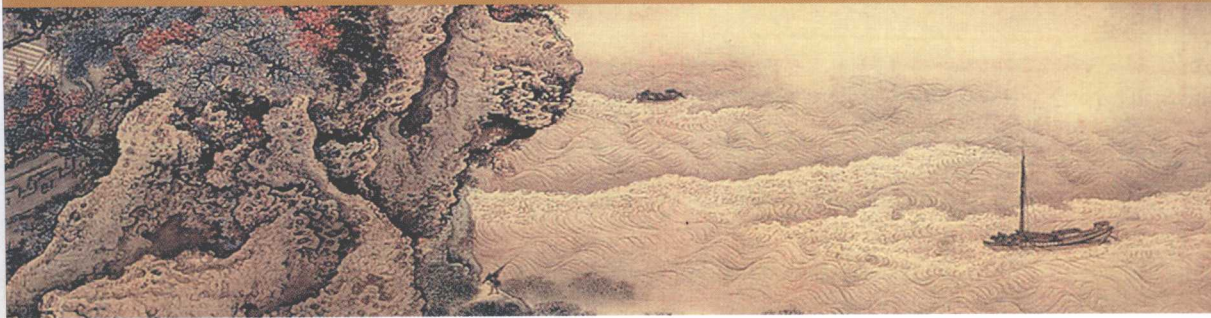
贝叶斯定理在证据法中的运用

——以英国案例为线索 苏祖川

证据法学论丛

ZHENGJU FAXUE LUNCONG

第二卷



中国检察出版社

· 014038401

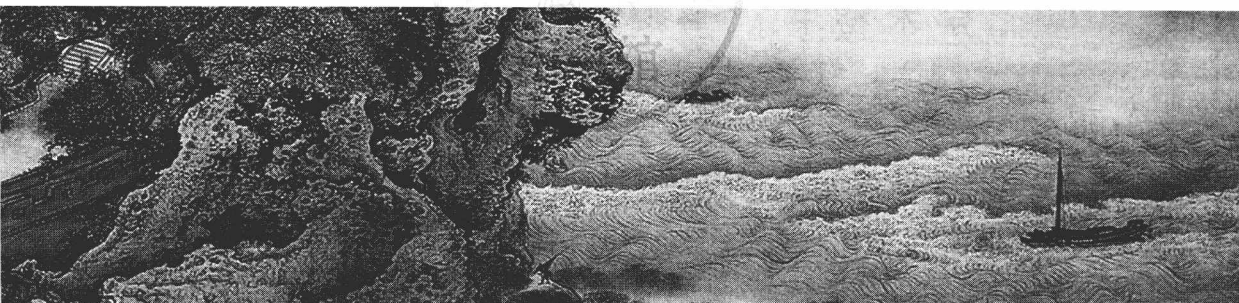
西南政法大
潘金贵

D915.13-53
02
V2

证据法学论丛

ZHENGJU FAXUE LUNCONG

第二卷



北航

C1723896

中国检察出版社

D915.13-53
02
V2

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法学论丛. 第2卷 / 潘金贵主编. —北京: 中国检察出版社, 2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5102 - 1132 - 4

I. ①证… II. ①潘… III. ①证据 - 法学 - 文集 IV. ①D915. 130. 1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 006300 号

证据法学论丛 (第二卷)

潘金贵 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 24. 25 印张

字 数: 442 千字

版 次: 2013 年 12 月第一版 2013 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1132 - 4

定 价: 48. 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

《证据法学论丛》编辑委员会

学术顾问：徐静村

编委会主任：潘金贵

编委会委员：刘梅湘 张步文 王剑虹
 颜 飞 薛 竑 包冰锋

主 编：潘金贵

学术秘书：李冉毅

目 录

卷首视点

夯实防范冤假错案的证据防线

——关于防范冤假错案系列规定的证据视角

潘金贵 / 1

证据法理

论证据保全的制度创新与立法修改

——以重庆邮电大学电子证据保全中心的创新为视角

熊志海 邓迪文 / 10

冤错案件的证据学分析

——证明责任“失守”及其克服

张波 付海平 / 20

论不当得利“无合法根据”的举证责任分配

李杜 / 41

从“排除合理怀疑”看我国刑事诉讼证明标准的立法完善

王海 杨琳 / 63

新刑事诉讼法关于证据制度的完善及对检察工作的要求

郭祖祥 / 80

刑事当庭认证制度研究

唐正祥 / 89

审判阶段非法证据排除的程序规制

吴雯 / 110

前沿聚焦

关键证人出庭作证制度研究

重庆市人民检察院第一分院课题组 / 117

证人准备基本问题研究

王剑虹 / 125

辩方证人出庭作证研究

段明学 孙琳 / 136

实证研究

刑事证据法实施情况调研报告

——以西部四省部分公安司法机关为考察对象

西南政法大学“刑事证据法实施情况调研”课题组 / 184

审判阶段非法证据排除问题的规范与实证 吴继生 胡红军 王彪 / 199

“一对一”言词证据的审查与认定

——吴某某涉嫌强奸案的证据分析 潘金贵 / 249

狱侦耳目所获“证据”相关问题研究

——以浙江张某平、张某叔侄奸杀案为实证样本 李冉毅 孙毓萍 / 261

双师同堂协同教学模式在证据法领域的应用 包冰锋 / 276

异域法苑

论英国刑事诉讼程序中测谎证据的可采性

[英] 迈克·斯托克代尔 丹·格鲁本著 王梦佳译 / 286

贝叶斯定理在证据法中的运用

——以英国案例为线索 苏祖川 / 305

美国对质权的演进及评价

——以克劳福德判例为观察起点 王跃 / 313

美国情态证据实证研究

邓发强 蔡艺生 任海新 / 328

日本刑事证据开示制度及其借鉴意义

史月迎 / 342

● 卷首视点

夯实防范冤假错案的证据防线

——关于防范冤假错案系列规定的证据视角

潘金贵*

刑事诉讼中的冤假错案最易触动民众对司法公正的敏感神经。无论是冤枉无辜还是放纵罪犯，都是刑事司法不能承受之重，而尤以冤枉无辜为甚。修正后的刑事诉讼法实施以后，部分法院贯彻新的诉讼理念，坚持疑罪从无原则，对一些案件尤其是一些“积案”作出了无罪判决，引起了重大的社会反响。为了切实防止冤假错案，中央政法委出台了《关于切实防止冤假错案的规定》（以下简称中政委《规定》），从党的领导层面强调了对防止冤假错案的高度重视。随后，为深入贯彻落实中政委《规定》，最高人民检察院下发了《关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见》（以下简称高检《意见》），最高人民法院下发了《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》（以下简称高法《意见》），从最高司法机关的层面对刑事司法中如何防止冤假错案作出了更为详细、具体的规定。这一系列规定的出台，充分体现了党和国家切实防范刑事冤假错案的决心，一些具体规定直接针对我国刑事司法中长期存在的“痼疾”而提出解决方案。前述系列规定涉及刑事诉讼程序、证据及工作机制等内容，而其中最值得高度关注的是关于证据方面的规定——因为防范冤假错案的关键是夯实证据防线。

一、冤假错案的法律症结：证据出错

对于冤假错案，应当有正确的认识。笔者认为，正所谓“人非圣贤，孰

* 西南政法大学法学院教授，博士生导师，西南政法大学证据法学研究中心主任，重庆大学法学院刑法学博士后研究人员。

能无过”，国家刑事司法机器在运转过程中，无论诉讼程序设计得如何精致，由于各方面因素的影响，难免会生产出不合格的“产品”。古今中外，概莫能外。没有哪一个国家的刑事司法中没有产生过冤假错案，只不过多与少的问题。在当代社会，无论大陆法系还是英美法系抑或其他诉讼模式下，冤假错案都客观存在。除却媒体的报道外，一些学术著作中也可可见一斑。例如，在法国著名律师勒内·弗洛里奥所著《错案》一书中就可以窥见作为大陆法系代表者的法国司法实践中发生的若干冤假错案；^① 曾任美国俄亥俄州检察总长的吉姆·佩特罗所著的《冤案何以发生——导致冤假错案的八大司法迷信》一书也可以看到作为英美法系代表者的美国司法实践中发生的若干冤假错案；^② 近年来，我国也有学者对司法实践中出现的刑事冤假错案进行了较为系统的实证研究。^③ 从某种意义上说，虽然不能将出现冤假错案称之为“司法规律”，^④ 但是将其称为一种客观存在的“司法现象”并不为过。基于此，笔者认为，要彻底杜绝冤假错案是不可能的，只要有刑事司法活动存在，冤假错案这种“负产品”就会伴生。我们所能做的，就是尽量采取有效的措施，切实防止冤假错案，减少冤假错案的发生。

导致冤假错案发生的原因是多方面的，尤其在我国现有的法制环境下，原因更为复杂。一些学者已经对错案的原因已经进行了较为深入的研究，此不再赘述。总结相关研究成果，结合司法实践经验，笔者认为，如果排除案外因素，仅仅从法律层面分析，导致冤假错案最关键的原因是证据出错。这才是症结所在。简言之，导致冤假错案最关键的原因是：侦查人员、检察人员、审判人员在证据收集、审查和判断过程中出了问题。正如笔者曾经指出的：办理案件的过程，实质上就是一个收集、审查、认定证据的过程。办案过程可以归纳为一个简单的公式：证据—事实—法律，即依据证据、认定事实、适用法律。在这个公式中，收集、审查、认定证据才是处理案件的关键。^⑤ 一旦在证据收

① [法] 勒内·弗洛里奥：《错案》，赵淑美、张洪竹译，法律出版社2013年版。

② [美] 吉姆·佩特罗、南希·佩特罗：《冤案何以发生：导致冤假错案的八大司法迷信》，北京大学出版社2012年版。

③ 参见何家弘教授主编的刑事错案实证研究丛书。如刘品新主编：《刑事错案的原因与对策》，中国法制出版社2009年版；张丽云主编：《刑事错案与七种证据》，中国法制出版社2009年版。

④ 无论学界还是实务界均有观点认为出现冤假错案符合司法规律。笔者认为，这种提法有待商榷。所谓规律，是指“事物之间的内在的必然联系，决定着事物发展的必然趋向”（参见《汉语大词典》，汉语大词典出版社2000年版，第1655页）。将冤假错案视为一种“必然联系”、“必然趋向”显然不能成立。

⑤ 参见拙文：《用证据说话：基于实践的感悟与思考》（代创刊词），载笔者主编：《证据法学论丛》（第一卷），中国检察出版社2012年版，第1页。

集、审查、认定环节出错，则会形成连锁反应，即对案件事实形成误判，进而错误适用法律，从而导致冤假错案。简述如下：

其一，侦查人员在证据收集、审查和认定中^①出错。这是导致冤假错案的最主要、最常见的原因。这种错误表现形式多样，如：刑讯逼供形成虚假口供；编造虚假的证人证言；编造虚假的见证笔录；根据案情需要制作虚假的鉴定意见；应当及时固定的证据不及时收集导致证据灭失；对证据的取舍作出了不当判断，等等。此类案例即使是在笔者承办的刑事辩护案件中也并不鲜见。笔者的感触是：辩护人的辩护空间是侦查人员留下的。如果罪犯逃脱了惩罚，首要责任人应当是侦查人员，因为往往是侦查人员的错误侦查行为导致证据出错，从而无法将罪犯绳之以法。侦查是刑事诉讼的根基，一旦侦查人员在收集证据中出错，则整个案件难免出错。

其二，公诉人在证据审查和认定中出错。有的案件，侦查人员收集的证据没有问题，但公诉人在审查起诉中对证据的审查和认定出了问题，从而导致该诉的不诉、不该诉的诉了。例如，近期 G 市检察机关审查起诉的一起发生在 1994 年的拐卖儿童后又将儿童杀害的案件，侦查机关收集的相关证据已经能够证实案件的基本事实，即拐卖事实（已过追诉时效）和杀害事实（犯罪嫌疑人将被拐 4 岁男孩装入一个背包中，拉上拉链，从一座偏僻的铁路桥上扔到桥下的大河中。对于此情节，三个犯罪嫌疑人供述一致，只是谁先提出犯意不一致。本案犯罪嫌疑人都认罪，且无任何刑讯逼供、串供等非法取证行为。案件承办人及若干咨询专家均认为本案符合起诉条件，但检察委员会讨论认为：本案中被害儿童的尸体没有找到，故证据不足，应当作出不起起诉决定。所幸是检委会讨论决定后，仍然觉得有问题，遂报 S 省检察院把关。S 省检察院公诉部门领导及数名业务骨干赴 G 市指导后，一致认为本案应当起诉。此案遂诉到法院。此案是一起检察机关未能正确审查、认定证据，尤其是未能正确把握证明标准从而差点导致放纵罪犯的典型案列。

其三，法官在证据审查和认定中出错。正如勒内·弗洛里奥所谈道：“公正的审判是不容易的事情。许多外界因素会欺骗那些最认真、最审慎的法官。不确切的资料，可疑的证据，假证人，以及得出了错误结论的鉴定，等等，都

^① 传统观点认为侦查人员负责收集证据，公诉人、法官负责审查、认定证据，这是不符合司法实践的。侦查人员在收集证据过程中对证据也有审查、认定的过程，只不过其工作重心是收集证据，其对证据的审查和认定具有阶段性。公诉人、法官的主要职责是审查和认定证据，而公诉人对证据的审查和认定也具有阶段性，法官对证据的审查和认定具有终局性。需要指出的是，虽然刑事诉讼法规定公诉人、法官也有收集证据的职责，但司法实践中，公诉人、法官是较少收集证据的，而更多的是采取通知侦查机关收集证据的做法。

可能导致对无辜者判刑。”^①法官在证据审查和认定中出错，无疑是造成冤假错案最致命的原因。我国司法实践中，由于法官证据素养不高，对证据的审查和认定出现偏差，从而导致的冤假错案不乏其例。尤其需要指出的是，在司法实践中，一些法官较为注意对物证、书证等相对具体的证据的审查和判断，但不注意对证明责任分配、证明标准把握等相对抽象的证明要素的正确理解和适用，从而导致了冤假错案。

综上，笔者认为，证据出错乃是造成冤假错案的法律症结所在。因此，要切实防止冤假错案，关键在于对症下药，通过健全证据规则，夯实证据防线，才能将出现冤假错案的概率降到最低，真正做到准确打击犯罪，不枉不纵。

二、系列规定对于防范冤假错案证据防线构建的突破性“亮点”评析

修改后的刑事诉讼法、最高人民法院《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》（以下简称《规则（试行）》）和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《解释》）中关于证据的规定，已经基本建立了我国的刑事证据制度。而系列规定在现有规定的基础上，又针对一些司法实践中突出的问题作出了突破性规定，这些突破性规定颇有“对症下药”的意味，其积极意义是不言而喻的。^②

（一）明确提出“坚持证据裁判原则”

在大陆法系国家，法律大都明文规定了证据裁判原则。在英美法系国家，法律和诉讼理论没有直接明确规定证据裁判原则，但其证据法中大量存在的规范证据关联性、可采性的规则以及关于证据出示、认定等规定，都与证据裁判原则有相通之处，体现了证据裁判的精神。^③修改后的刑事诉讼法并没有明确规定证据裁判原则，这也是此次修法一个不小的缺憾。《规则（试行）》第61条规定“人民检察院在立案侦查、审查逮捕、审查起诉等办案活动中认定案件事实，应当以证据为根据”；《解释》第61条规定“认定案件事实，必须以证据为根据”，均突破了传统的“以事实为依据”的提法，体现了证据裁判原则的应有之义。而此次中政委《规定》第6条和高法《意见》第5条均明确提出应当“坚持证据裁判原则”，尤其后者明确规定“坚持证据裁判原则。认定案件事实，必须以证据为根据。应当依照法定程序审查、认定证据”，从而对证据裁判原则的内涵作了解释，亦即明确了《解释》第61条的规定即为证

^① [法] 勒内·弗洛里奥：《错案》，赵淑美、张洪竹译，法律出版社2013年版，第1页。

^② 严格地讲，中央政法委的《规定》不具有法律效力，但具有宣示意义和指导价值。而“两高”的《意见》具有一定法律效力。为了行文方便，本文不对《规定》和《意见》的法律效力问题进行刻意区分。

^③ 潘金贵主编：《证据法学》，法律出版社2013年版，第9页。

据裁判原则。这一原则的明确提出，对于提升法官的证据裁判意识无疑具有导向作用。

（二）明确提出“坚持疑罪从无原则”，强调严格执行法定证明标准

修改后的刑事诉讼法对“确实、充分”的定罪证明标准进行了解释，要求“证据确实、充分应当符合以下条件：（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）据以定案的证据均经法定程序查证属实；（三）综合全案证据，对所认定事实已经排除合理怀疑”。在笔者看来，所有解释都可以归结为最后一句即“排除合理怀疑”，也可以简单概括为修改后的刑事诉讼法确立了排除合理怀疑的证明标准。换言之，一旦对所认定事实未能排除合理怀疑，就面临案件是疑罪从无还是疑罪从有的问题。疑罪从无作为无罪推定原则的最重要内涵，在我国刑事诉讼法的条文中是有所体现的，但是此前的司法文件中并未明确提出疑罪从无的原则。而此次系列规定中均明确提出了应当坚持疑罪从无原则，如中政委《规定》第7条规定：“严格执行法定的证明标准。……对于定罪证据不足的案件，应当坚持疑罪从无原则，依法宣告被告人无罪，不能降格作出‘留有余地’的判决”高检《意见》也强调“对于定罪证据不足的案件，应当坚持疑罪从无原则”。高法《意见》再次强调要“严格执行法定证明标准，强化证据审查机制”，并重申“对于定罪证据不足的案件，应当坚持疑罪从无原则，依法宣告被告人无罪，不能降格作出‘留有余地’的判决”。法院作为审判机关，能否坚持疑罪从无原则，直接决定被告人的最终命运。系列规定明确对于疑罪不能降格作出“留有余地”的判决，就是针对司法实践中长期以来“疑罪从有，降格处理”的不当做法作出的明确规定。此外，中政委《规定》和高法《意见》针对我国国情作出了“不能因为舆论炒作、当事方上访闹访和地方‘维稳’等压力，作出违反法律的裁判”的规定，也为法院严格执行法定证明标准，坚持疑罪从无原则排除了一些“法外”障碍。需要指出的是，严格执行法定证明标准，坚持疑罪从无原则，在防止冤枉无辜的同时，确实也极有可能放纵罪犯，这实质上就是司法理念在“枉”与“纵”上的价值选择问题。“两利相较取其重，两害相较取其轻”，系列规定能够明确提出坚持无罪推定原则，标志着我国刑事司法理念从“宁枉勿纵”向“宁纵勿枉”的转变。

（三）明确未依法对讯问进行全程录音录像取得的供述应当排除

对于讯问录音录像的证据价值，实践中有不同看法。有实务部门的负责同志就曾经明确向笔者提出，讯问录音录像不能作为证据使用。笔者认为，讯问录音录像无论从何证明目的出发，均具有证据价值，均可以作为证据使用：从证明案件事实的角度出发，讯问录音录像和讯问笔录具有同等的功用，即固定

口供，亦即讯问录音录像不过是对口供的另一种固定方式，其与讯问笔录具有同等的证据效力；从证明口供的合法性亦即证明是否存在侦查人员非法讯问的角度出发，讯问录音录像本身就可以作为证明讯问是否合法的证据使用。在笔者看来，要真正保证讯问的合法性，确保口供的真实性，防止刑讯逼供，在现有的法制条件下，最有效的制度就是真正贯彻执行讯问犯罪嫌疑人全程同步录音录像制度。然而，实践中侦查机关在讯问录音录像时往往做“技术处理”，如并非每一次都全程录音录像；打的时候不录，录的时候不打；一旦涉及口供合法性审查时，讯问录音录像就会出“技术故障”等，而问题的关键在于法律并未规定没有依法对讯问进行全程录音录像取得的供述应当排除。而此次高法《意见》一个重大的突破是在第8条明确规定“……未依法对讯问进行全程录音录像取得的供述……应当排除”。以笔者之见，此处的“依法”，是指除依照刑事诉讼法外，公安机关必须依照《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安规定》）、人民检察院必须依照《规则（试行）》以及高检《意见》中的相关规定进行全程录音录像，否则，供述应当排除。而《公安规定》第203条规定：“对讯问过程录音或者录像的，应当对每一次讯问全程不间断进行，保持完整性。不得选择性地录制，不得剪接、删改”；《规则（试行）》第201条规定：“人民检察院立案侦查职务犯罪案件，在每次讯问犯罪嫌疑人时，应当对讯问过程实行全程录音、录像，并在讯问笔录中注明”；高检《意见》中也明确要求：“在每次讯问犯罪嫌疑人时，应当对讯问过程实行全程同步录音、录像”，亦即未按照前述规定对每一次讯问进行全程录音录像取得的供述，均应作为非法证据予以排除。此规定对于侦查机关贯彻落实讯问全程录音录像制度无疑具有极其重要的现实意义。

（四）明确冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述，应当排除

《刑事诉讼法》规定采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。《规则（试行）》和《解释》均对“刑讯逼供”作出了字义化的解释，但是解释均不够明确，如何为“使用肉刑”、何为“变相使用肉刑”、何为“剧烈疼痛或者痛苦”就不好把握，实践中争议较大。笔者认为，界定刑讯逼供最简单、最直接的方式就是采取列举式规定。如最高人民检察院2005年发布的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准》中关于刑讯逼供罪的立案标准第1、2项规定：“1. 以殴打、捆绑、违法使用械具等恶劣手段逼取口供的；2. 以较长时间冻、饿、晒、烤等手段逼取口供，严重损害犯罪嫌疑人、被告人身体健康的……”就可谓一目了然。但该规定一方面本身不够完善，另一方面只是立案标准，而不是证据排除的规定，对于证据排除只有参考

意义。而此次高法《意见》第8条明确规定：“采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述，应当排除。”虽然“冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法”属于“变相使用肉刑”的刑讯逼供范畴，在立法技术上或许值得商榷，但是《意见》能够将这几种方法明确列举出来作为非法证据排除的范围，对于增强非法证据排除规则的可操作性，无疑是意义深远。

尤其值得指出的是，《意见》能够将“疲劳审讯”获取的供述予以排除，对于保障犯罪嫌疑人的休息权，防止犯罪嫌疑人在极度疲劳的状态下作出虚假供述，具有极强的现实意义。此规定显然是充分注意到了司法实践中普遍存在的长时间不让犯罪嫌疑人睡觉、搞疲劳战术的审讯方式的危害，具有明显的针对性。问题在于：疲劳审讯如何界定？笔者认为，是否属于疲劳审讯，关键在于正确认定两次传唤或者拘传的“间隔时间”是否合法。具体可以从两个方面把握：一是有关于“间隔时间”明确规定的，是否违反了规定。我国刑事诉讼法实际上是将传唤、拘传的持续最长时间等同于侦查机关可以进行讯问的最长时间，如12小时或者24小时。刑事诉讼法规定的“传唤、拘传犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间”，更主要是指在这12小时或者24小时内的饮食和必要的休息时间。在这12小时或者24小时内，无论给予犯罪嫌疑人多长的饮食和休息时间，笔者认为，都可以不属于疲劳审讯，因为立法采用的措词是“持续最长”。司法实践中，真正常见的疲劳审讯是侦查机关“灵活处理”两次传唤或者拘传的“间隔时间”，即12小时或者24小时用完之后，与下一次传唤或者拘传之间的间隔时间。虽然刑事诉讼法规定“不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人”，但并未规定何为连续传唤、拘传，亦即并未规定两次传唤、拘传的间隔时间^①，这也就给侦查机关进行疲劳审讯留下了空间。但是，《规则（试行）》第195条规定“两次传唤间隔的时间一般不得少于十二小时，不得以连续传唤的方式变相拘禁犯罪嫌疑人”。因此，如果职务犯罪侦查部门违反了“两次传唤间隔的时间一般不得少于十二小时”的规定，即可视为“疲劳审讯”。二是没有明确规定的，是否明显违反了“常理、常情”中必要的“间隔时间”。在法无明文规定的情况下，这个标准目前确实只能由法官根据生活情理来自由裁量。如《公安规定》没有规定“间隔时间”，但是如果存在明显不合理的连续审讯，即可视为“疲

^① 关于刑事诉讼法修改时是否应当明确两次传唤、拘传的间隔时间，绝大多数学者是指出了问题并提出了解决方案的，（参见徐静村主编：《21世纪中国刑事程序改革研究——〈中华人民共和国刑事诉讼法〉第二修正案（学者建议稿）》，法律出版社2003年版，第74页）。但立法者之所以回避这个问题，笔者认为，或许是考虑到了侦查讯问的特殊性，网开了一面。

劳审讯”。如笔者承办的案件中，曾经遇到侦查人员每天只让犯罪嫌疑人休息 2 个小时并每隔 10 分钟叫醒一次，且持续了 14 天的案例，如此显属典型的“疲劳审讯”。在具体操作中，笔者认为，两次传唤、拘传间隔的时间一般可以把握到 8 个小时为宜即“8 小时标准”：一是因为人的生理休息期一般就是 8 个小时；二是有立法例可资借鉴。如英国《1984 年警察与刑事证据法》执行守则 C 就规定“任何 24 小时期间内，必须允许被拘留者享有连续 8 小时的休息时间，不应受讯问、转移或来自警察人员的打扰”。^①虽然我们尚不可能要求侦查机关如英国似的在传唤或者拘传的 24 小时内保证犯罪嫌疑人 8 小时休息时间，但如果侦查机关在两次传唤、拘传的间隔时间上还做不到不得低于 8 个小时，可以视为“疲劳审讯”。此外，值得注意的是“夜间审讯”是否属于疲劳审讯的问题。笔者认为，虽然有的国家确实有原则上禁止夜间讯问的规定，如英国《1984 年警察与刑事证据法》执行守则 C 就规定：“休息时间应当在夜间，不受干扰、不被迟延……”^②但是，此次刑事诉讼法再修正之所以没有采纳部分学者主张的原则上禁止夜间讯问的提议，^③立法者是考虑到了侦查讯问的复杂性，刻意回避了这个问题，故而没有针对夜间讯问作出禁止性规定。因此，在现有法律框架下，夜间讯问只要是在传唤、拘传的合法时间范围内，是可以的，不属于疲劳审讯的范畴。

（五）其他突破性“亮点”浅评

系列规定在夯实防止冤假错案的证据防线方面还有其他一些突破性规定也“可圈可点”。如中政委《规定》针对政法委协调案件这一做法明确指出“事实不清、证据不足的案件，不予协调”。而实践中需要政法委协调的基本就是因为事实不清、证据不足而导致争议较大的案件。这也就意味着政法委基本不再协调案件，从而也避免了因为政法委协调而导致有的案件作出错误处理的问题。中政委《规定》指出“严禁隐匿证据、人为制造证据”，明显是针对侦查实践中存在的侦查人员隐匿对犯罪嫌疑人有利的证据乃至如笔者前文所提及的制造虚假证据的问题作出的。高法《意见》中规定：“不得就事实和证据问题请示上级人民法院”。这是针对审判实践中存在的有的案件下级法院不仅请示法律适用问题，而且就事实和证据问题也请示上级法院“把关”的做法作出

^① 中国政法大学刑事法律研究中心组织编译：《英国刑事诉讼法（选编）》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 445 页。

^② 中国政法大学刑事法律研究中心组织编译：《英国刑事诉讼法（选编）》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 445 页。

^③ 徐静村主编：《21 世纪中国刑事程序改革研究——〈中国人民共和国刑事诉讼法〉第二修正案（学者建议稿）》，法律出版社 2003 年版，第 74 页。

的禁止性规定。高法《意见》中规定：“切实改变‘口供至上’的观念和做法，注重实物证据的审查和运用”。这是针对审判实践中过于重视口供而忽视对实物证据的审查和运用的现象作出的指导性规定。这些规定有的放矢地将实践中存在的问题通过政策或者法律加以解决，是一大进步。

三、余论：法官应当成为坚守防止冤假错案的证据防线的守护神

鉴于我国刑事司法现状的复杂性，系列规定中关于证据方面的前述突破性规定的实践效果尚需拭目以待。笔者认为，系列规定包括其他相关法律中关于证据方面的规定能否在防止冤假错案方面切实产生效果，关键在于法官能否坚持按证据规则作出裁判。我国刑事证据制度已经从“规则缺失”发展到“规则健全”阶段，目前主要需要解决的就是规则的“执行力”问题。正所谓：“法院是法律帝国的首都，法官是帝国的王侯”。^①如果法官勇于坚持证据规则，则规则就有生命力，就会产生法律效用，反之，规则就会形同虚设，沦为司法的“装饰品”。最典型的就是非法证据排除规则的适用问题：从刑事诉讼法修正施行1年的情况来看，非法证据排除规则的适用很不理想，其最主要原因就是法官不敢或者不愿坚持排除非法证据，最终结果就是导致刑讯逼供等非法取证现象依然屡禁不止，立法者的良好初衷付诸东流。道理很简单：如果法官坚持非法证据排除规则，勇于排除非法证据，则会对侦查人员起到警示作用，其非法取证得不到法院支持，以后就不会采用非法方法取证；反之，如果法官明知是非法证据而不予排除，依然作为定案的根据，则会对侦查人员起到鼓励作用，其以后依旧会采用非法方法取证，从而形成恶性循环。因此，笔者一方面为系列规定对于构建防止冤假错案的证据防线的勇敢突破而欣欣然，另一方面也为这些勇敢的突破能否在诉讼过程中尤其是法官在审判中所坚守而惴惴然。诚如法谚所云：“法官是维护社会正义的最后一道防线。”惟愿在我国刑事司法中，法官能够成为坚守防止冤假错案的证据防线的守护神。

^① [美] 德沃金：《法律帝国》，中国大百科全书出版社1996年版，第361页。

论证据保全的制度创新与立法修改

——以重庆邮电大学电子证据保全中心的创新为视角

熊志海* 邓迪文**

一、电子证据保全中心的证据保全概况

经司法行政机关批准，重庆邮电大学于2005年设立了以电子证据为主要鉴定对象的司法鉴定中心。该司法鉴定中心成立至今已经6年，一直从事着电子邮件、手机短信、视频音频数据等电子证据的司法鉴定。目前，该中心已经通过了司法部关于电子数据恢复和提取、录音真实性（完整性）鉴定、电子数据保全以及电子文件检索的CNAS认证。^①由中心副主任杜江教授为主研发的“跨安全区域隔离与信息交换技术及应用”，荣获了2010年国家科技进步二等奖。^②

2010年9月，重庆邮电大学法学院得到中央财政支持地方高校发展专项资金支持，购买了400余万元的最新科技设备，并于2011年3月在原有重庆邮电大学司法鉴定中心的基础上成立了重庆邮电大学电子证据保全中心（以下简称电子证据保全中心）。电子证据保全中心建成以后，提供三种类型的电子证据保全：电子交易证据保全、电子文书证据保全和电子档案证据保全。

电子交易证据保全，分为离线和在线两类。离线的电子证据保全，是指电

* 重庆邮电大学法学院院长，法学博士，教授，电子证据保全中心主任。

** 重庆邮电大学诉讼法学硕士研究生。

① 2009年12月25日、2010年12月28日司法部司法鉴定科学技术研究所能力验证结果通知：重庆邮电大学司法鉴定中心能力验证结果为“满意、通过、不通过”中的满意。

② 2010年国家科技进步获奖证书编号：2010-J-236-2-05-D01。

子证据保全中心对提交保全的电子交易证据及其交易信息进行审查,运用现代科学技术设备查明该电子证据中的信息是否客观真实,有无失真或者交易后的修改。对于客观真实的电子交易证据,电子证据保全中心以电子证据保全证书的形式予以确认并加以固定保存。在线的电子交易证据的保全,电子证据保全中心采用的是当事人通过客户端上传电子交易信息的主动证据保全方式。其具体做法是:当事人在进行网上电子交易的同时,在电子证据保全中心网站下载证据保全客户端,将交易的资料上传到中心服务器。电子证据保全中心通过技术设备获取数据包,查明并固定交易终端的IP以及路由等,确认提交的交易信息的客观真实性,给出电子交易证据保全证书。一旦产生纠纷,当事人可以据此申请电子证据保全中心提供业经保全的电子交易证据。

电子文书证据保全,同样分为离线和在线两类。两者其概念与电子交易证据保全类似,人们可以通过在线的电子文书证据保全,主动将诸如专利、著作、论文、乐谱等电子文书实时上传到电子证据保全中心,从电子证据保全中心获取加有时间戳等的电子文书证据保全证书。这种保全方式能够有效地对电子文书进行固定和保存,从而避免和减少有关知识产权方面的纠纷和司法诉讼。

电子档案证据保全,是指电子证据保全中心对当事人提交的、通过网络传输得到的各类电子档案进行审查,查明该档案是否来源于特定的档案源、档案的内容是否被修改,以确认该档案内容与原存储档案一致。由于电子档案的特殊性,电子证据保全中心需要给档案源提供特定的哈希值,通过与其相配的哈希值,审查该档案是否从该档案源发出、有无修改等。当然,电子证据保全中心也可以按照我国电子签名法的规定,采用发放密钥的电子签名方法实现对电子档案证据的审查确认。

经过上述三类保全方式保全的电子证据,经当事人申请或者人民法院委托,电子证据保全中心可以将自己保全的电子证据移交重庆邮电大学司法鉴定中心,由司法鉴定中心指派该中心具有司法鉴定资格的鉴定人对其进行司法鉴定。需要说明的是,此处的司法鉴定已不再是电子证据保全。

人类已经步入网络时代,电子证据保全中心的前述电子证据保全无疑具有极为重要的意义。此类形式的电子证据保全,首先,能够有效地解决电子档案、电子文书、电子交易信息的客观真实性,方便人们及时、便捷、准确地获取证据证明或者查证争议的待证事实,极大地节省时间和资源。其次,还能够有效地解决信息传输的安全问题,有效地保障人们对电子证据客观真实性的正确认定,避免和减少因证据不足、事实不清而产生的纠纷与诉讼。更为重要的是,电子证据保全中心采用了在电子证据生成时就主动对其予以在线保全的证据主