

法官智库丛书
A Series of Judicial Wisdom



Research on Rules of Criminal Evidence

刑事证据规则研究



主 编：沈志先
副主编：阮忠良
刘 力



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法官智库丛书 
A Series of Judicial Wisdom

Research on Rules of Criminal Evidence

刑事证据规则研究



主 编：沈志先
副主编：阮忠良
刘 力



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据规则研究 / 沈志先主编. —北京:法律出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2319 - 9

I. ①刑… II. ①沈… III. ①刑事诉讼—证据—规则—研究—中国 IV. ①D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 145218 号

刑事证据规则研究
主编 沈志先

编辑统筹 大众出版社
策划编辑 林 喆
责任编辑 林 喆
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 沙 磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 21.25
字数 382 千
版本 2011 年 8 月第 1 版
印次 2011 年 8 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2319 - 9

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

古往今来,公正是人类的永恒追求和司法的永恒主题。依法独立公正行使审判权,维护人民群众的合法权益,维护我国宪法和法律的尊严和权威,为推进依法治国基本方略、建设社会主义法治国家而努力,是新时期人民法院的神圣职责。随着我国经济社会的转型和利益格局的调整,社会矛盾纠纷呈现出主体多元、数量多发、诉求多样的发展态势,越来越多的权利义务关系和矛盾纠纷以案件的形式进入司法领域,社会对司法的需求及对公正的期待日益增强。

司法公正应该是程序公正、实体公正、形象公正的有机统一,政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。我们既要注重司法的实践性,即通过对每一个具体的案件明是非、断责任、解纠纷,来实现司法的基本功能;还要注重司法的思辨性,即立足审判实践,加强理性思考,使每一个司法个案的解决,既符合政治方向又符合法律规定,既体现法律精神又体现社情民意。这就要求新时期的人民法官应当是具备社会主义法治理念、娴熟的司法能力和精湛的法律素养,能够不断适应司法新形势,解决司法新问题,善于思考、善于总结、充满睿智的群体。

早在2004年,上海法院就曾编写了《法官素养与能力培训读本》,作为全市三级法院法官集中系统轮训的教材,该书为提高上海法官的司法能力、规范司法行为发挥了重要作用。今天,新的形势和任务需要人民法院在实现司法公正、构建和谐社会方面,有新的思考和新的作为。上海市高级人民法院在借鉴《法官素养与能力培训读本》编写经验的基础上,组织编纂《法官智库丛书》,其编纂出版的过程,是法官智慧集聚和传承的过程,是法官的法学素养、司法技能与司法经验自我总结提高的过程,也是法官的知识储备自我更新的过程。“丛书”的出版将有利于法官群体互相学习、互相借鉴、共同提高,以造就一支适应时代发展要求的法官队伍。

《法官智库丛书》这一名称,标志着这是一套实践型、开放性的学术著作。所

谓实践型,是指该“丛书”由上海三级法院审判经验较为丰富的资深法官编写,选择驾驭庭审、诉讼调解、法律适用、证据规则、自由裁量、知产审判、文书制作等系列性的实践主题进行总结,凸显了立足法官审判需求,回应维护社会公平正义、构建社会主义和谐社会发展要求的实践特色。所谓开放性,是指该“丛书”坚持司法观点的与时俱进以及主题内容的与日俱增,首批出版的这七本书,只是阶段性成果,随着司法实践的不断深入,“丛书”的内容将不断扩充,它将长期编纂下去。所谓学术性,则是指“丛书”素材虽多取自于上海法院审判之实践,研究视野却不囿于上海之一域;目标虽着眼于服务司法实践之需求,研究内容却不局限于实证之分析,而具有一定的法学理论深度和理论研究成果价值。

《法官智库丛书》的出版也为人民法院加强民意沟通、开展学术交流提供了新的渠道。“丛书”的特色之一就是由法官编写,写法官的工作,把法官的思维方式、审判心路历程、法官对应用法学的研究,通过“丛书”向社会公开,为法律工作者、法律院校师生、人民调解员等提供了解法官思维的路径、研究法学课题的素材、解决法律争议的方法、评判法律问题的尺度。“丛书”的出版还能让社会公众看到法官是如何依法明断,定纷止争,知晓裁判背后的法律原理和法律精神。这既为提高公民的法治意识提供了帮助,也有助于保障公民对司法工作的知情权、参与权、表达权和监督权,从而实现人民法院在民意沟通质量和效果上的进一步提升。

“丛书”的编纂出版凝聚着上海三级法院法官的心血,我衷心期待上海法院有更多的法官,在繁忙的断案之余,润泽笔墨,利用该“丛书”的平台,积极奉献自己的司法智慧,为把人民法院建设成为最讲理、最文明、最公正的司法场所而共同努力。

上海市高级人民法院院长、大法官



二〇〇九年十月十六日

前 言

证据裁判原则是社会主义法治与司法理性对刑事裁判的必然要求。刑事证据是刑事诉讼的核心和灵魂,是查明案件事实、进行正确裁断的前提和基础。整个刑事诉讼活动实质上就是收集、审查、判断、运用证据认定案件事实的过程。刑事证据规则,则是合法、客观、全面收集证据,正确审查判断证据,使依据证据所认定的案件事实符合事实真相的程序保证。以社会主义法治理念为指导,进一步加强我国刑事证据规则的建设,是诉讼文明进步的必然趋势,是依法治国的时代呼唤,是保障司法公正、维护人民群众合法权益的现实需要,也是解决司法实践问题的迫切要求。

当前,刑事诉讼法再修改工作正在紧锣密鼓地进行之中。为配合刑事诉讼法的再修改,研究构建和完善适合我国刑事诉讼发展需要的刑事证据规则,已经成为我国司法理论界和实务界共同关注的焦点。2010年6月13日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》、《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。这两个文件以司法解释的形式对有关刑事证据规则的内容作出了具体的规定,其中有许多规定是以前所没有的,是对我国刑事证据制度的补充和完善。

在司法实践中,我国各地方法院在最高人民法院的指导下,积极开展具有探索性、前瞻性的刑事证据规则试点工作,并取得一定的成效。近年来,上海法院进一步提高证据意识,在刑事审判活动中试行了诸如专家证人作证、证人屏蔽作证等刑事证据制度方面的探索,积累了初步的经验。在实践的基础上,为加强对刑事证据规则的理论研究,加强对现行刑事证据制度实际运行状况的实证分析,我们经过充分的调研论证,编撰完成了本书。

《刑事证据规则研究》一书共十三章,第一章为总论,后十二章为分论。书中

所阐释的十二项刑事证据规则,是以刑事诉讼过程的取证—采证—查证—认证为线索来确立其内在逻辑联系的。本书更多的是从刑事审判的视角出发,研究法官如何在审判实践中正确适用刑事证据规则,把增强刑事证据规则的规范性和可操作性作为研究的基本任务,并立足于广泛的社会调研和实证分析,深入考察我国刑事证据规则在实践运用中的经验和存在的问题,结合大量具有典型性的鲜活案例,探究符合我国刑事司法特点的刑事证据规则的内在规律。本书还借鉴了国内外关于刑事证据的立法例及司法实践,吸收了国内著名专家在刑事证据制度方面的最新研究成果。

刑事审判工作关乎国家长治久安,关乎社会和谐稳定,关乎当事人的生命、自由、财产,应当慎之又慎。严格依法办案,必须讲证据,讲事实,不枉不纵,确保每一起刑事案件都经得起法律和历史的检验。这正是我们编撰出版本书的目的。希望本书中所展示的上法院刑事法官对刑事证据规则的新思考、新观点,能为同行办案提供有益的参考,能架起与社会各界沟通的桥梁,能为刑事证据学术研究的繁荣贡献一份力量。由于我们水平有限,书中难免有疏漏、不妥之处,敬请读者批评指正。

编 者

二〇一一年六月

目 录

第一章 刑事证据规则概述 / 1

第一节 刑事证据与刑事证据规则 / 1

第二节 两大法系证据规则立法之比较 / 9

第三节 我国刑事证据规则的立法现状与司法实践 / 14

第四节 完善我国刑事证据规则的思考 / 27

第二章 举证责任规则 / 35

第一节 举证责任规则概述 / 35

第二节 两大法系举证责任规则之比较 / 39

第三节 我国举证责任规则的立法现状与司法实践 / 45

第四节 完善我国举证责任规则的思考 / 57

第三章 证人出庭作证规则 / 62

第一节 证人出庭作证规则概述 / 62

第二节 两大法系证人出庭作证规则之比较 / 64

第三节 我国证人出庭作证规则的立法现状与司法实践 / 67

第四节 完善我国证人出庭作证规则的思考 / 76

第四章 传闻证据规则 / 84

第一节 传闻证据规则概述 / 84

第二节 两大法系传闻证据规则之比较 / 88

第三节 我国传闻证据规则的立法现状与司法实践 / 96

第四节 完善我国传闻证据规则的思考 / 100

第五章 最佳证据规则 / 105

第一节 最佳证据规则概述 / 105

第二节 两大法系最佳证据规则之比较 / 107

第三节 我国最佳证据规则的立法现状与司法实践 / 111

第四节 完善我国最佳证据规则的思考 / 118

第六章 意见证据规则 / 122

第一节 意见证据规则概述 / 122

第二节 两大法系意见证据规则之比较 / 124

第三节 我国意见证据规则的立法现状与司法实践 / 130

第四节 完善我国意见证据规则的思考 / 138

第七章 关联性规则 / 143

第一节 关联性规则概述 / 143

第二节 两大法系关联性规则之比较 / 146

第三节 我国关联性规则的立法现状与司法实践 / 152

第四节 完善我国关联性规则的思考 / 160

第八章 非法证据排除规则 / 167

第一节 非法证据排除规则概述 / 167

第二节 两大法系非法证据排除规则之比较 / 168

第三节 我国非法证据排除规则的立法现状与司法实践 / 176

第四节 完善我国非法证据排除规则的思考 / 197

第九章 交叉询问规则 / 203

第一节 交叉询问规则概述 / 203

第二节 两大法系交叉询问规则之比较 / 210

第三节 我国交叉询问规则的立法现状与司法实践 / 219

第四节 完善我国交叉询问规则的思考 / 227

第十章 法院调查核实证据规则 / 232

第一节 法院调查核实证据规则概述 / 232

第二节 两大法系法院调查核实证据规则之比较 / 235

第三节 我国法院调查核实证据规则的立法现状与司法实践 / 238

第四节 完善我国法院调查核实证据规则的思考 / 248

第十一章 推定规则 / 254

第一节 推定规则概述 / 254

第二节 两大法系推定规则之比较 / 261

第三节 我国推定规则的司法实践与立法现状 / 265

第四节 完善我国推定规则的思考 / 278

第十二章 补强证据规则 / 283

第一节 补强证据规则概述 / 283

第二节 两大法系补强证据规则之比较 / 286

第三节	我国补强证据规则的立法现状与司法实践 /	290
第四节	完善我国补强证据规则的思考 /	304
第十三章	证明标准规则 /	307
第一节	证明标准规则概述 /	307
第二节	两大法系证明标准规则之比较 /	310
第三节	我国证明标准规则的立法现状与司法实践 /	315
第四节	完善我国证明标准规则的思考 /	324
主要参考书目 /		330
后记 /		331

第一章 刑事证据规则概述

第一节 刑事证据与刑事证据规则

刑事证据规则是关于刑事证据收集、采信、核实、运用的规则。通过考察刑事证据规则的发展历史,我们可以发现,刑事证据规则的产生和发展在很大程度上不是基于刑事证据本身的发展,而更多地关注于对使用证据的主体——控辩审三方的权利的赋予和限制。因此,所谓的刑事证据规则,在一定意义上说应该是关于规范刑事证据使用者使用证据的规则。

一、刑事证据与刑事证据规则

证据是认定案件事实的基础。从实然的角度看,先有案件事实发生,然后相应的证据随之产生;然而从司法程序的角度看,却是先有证据,然后才有案件事实的确定。司法的目的是查清已然发生的事实,然而时空的不可逆转性决定了我们无法让已经发生的事件重复再现,只能依靠事件发生时遗留的痕迹(也就是证据)去探究事实的真相。证据对裁判的意义就在于此。

证据是已发生事件遗留下来的痕迹,这种痕迹通过多种形态反映出来(比如书证、物证、证人证言、被害人陈述等),是一种客观存在的状态,然而这种客观状态却有一定的不确定性。一方面,由于证据反映的案件情况往往不全面而且角度不同,需要将这些证据进行分析、整合、拼凑;另一方面,证据通过一定形态反映出来,其中不可避免地被加入一些干扰因素,比如记忆的误差、主观的判断,当然还有人为的错误引导等,需要进行辨别、比对、去伪存真。由此,证据规则产生。“不可否认,陪审团在证据规则的产生过程中发挥过举足轻重的作用。特别是在完成从‘熟人陪审团’到‘陌生人陪审团’转变后,陪审团担负着事实裁判的职责,要根据案件中的证据作出事实的推论,作为法官裁判的基础。这些不懂法律的平民对于

证据的审查和判断可能会被许多因素误导。因此,法律有必要以理性约束陪审员的裁量权。如何为陪审团审判制定一套审查证据的规则,就成为当时司法实践的一种需求。”^①因此,客观地说,证据规则不是针对证据本身的规则,而是一种规范司法程序的规则。

刑事证据与刑事证据规则的关系是复杂的。一方面,证据科学的发展,必然会对证据规则的发展产生影响。证据规则毕竟是以证据为客体的规则,其产生和发展都与证据存在密不可分的关系。证据的某些属性决定了一些证据规则的设计。例如,最佳证据规则,乃是基于客观实物的确定性和可信性而设计的;直接言词证据规则和交叉询问规则,则是因为言词证据的不确定性而形成的。而证据科学的发展也对证据规则的发展起到明显的促进作用。在以言词证据(尤其是口供)作为认定案件事实主要手段的时期,围绕言词证据的一系列证据规则得到极大发展。而随着科学技术(比如DNA技术、物证鉴定技术、骨龄测定技术等)的发展,科技手段在判断案件事实过程中的作用越来越重要,相关的一些规则也随之产生和发展变化。比如在现代刑事审判中,法官对科学技术鉴定结果的相信程度要明显高于一般言词证据甚至书证,等等。另一方面,由于证据规则主要不是规范证据本身的规则,而是规范司法程序的规则,因此,证据规则的发展在很大程度上受到更多因素的制约。例如,发现案件事实真相需要无限制地探究各种证据,然而在现代诉讼中这却是不可能出现的现象,法官不会无限制地放任各种证据进入诉讼,这不仅是因为效率的问题,也是因为证据规则作为一种法律规则在更大程度上要体现的不是证据本身而是法律的价值和目标,比如公正理念、人权保障等。因此,单纯基于证据本身,我们就很难解释证据规则中的某些现象。例如,通过非法方法(如非法窃听)获取的证据可能是真实的,然而在一般诉讼证据规则中,此类证据均被排除。有学者指出:“作为旨在规范这些诉讼活动的法律规范,民事诉讼法、行政诉讼法和刑事诉讼法则无论如何都不仅仅是保障司法机关发现事实真相的法律,也是多多少少带有限制和规范司法机关发现事实真相之活动的法律。刑事诉讼法所具有的公权力限制法和人权法的性质,决定了各项诉讼程序实际上是以维护正当程序、保障程序正义为最终的价值目标,而不可能对侦查、公诉和审判机关发现案件事实真相具有积极的保障作用,进而确保这些国家机构有效地惩治犯罪。换言之,刑事诉讼法及其所确立的诉讼程序只能是在不同程度上对国家公共权力机构发现事实真相活动的限制和规范。正因为如此,前面所分析的各项证据规则,包括证人作证豁免规则、非法证据排除规则等,与刑事诉讼法所确立的诸多基本原则

^① 吴丹红:“证据法学研究的迷思——在西方样本和中国现实之间”,载《政法论坛》2006年第6期。

和制度一样,都不仅对国家刑罚权的实现构成了法律上的限制,而且对侦查、公诉和审判机关发现事实真相的目标也具有明显的约束作用。”^①上述表述虽然有其偏颇之处,但却揭示了一个重要的思路:作为一种法律规则,研究证据规则,不能仅仅着眼于证据本身的发展和变化,而更应着眼于整个法律制度和法律价值。

二、证据规则的概念

由于学术和法律传统不同,英美法系国家很少对何谓“证据规则”的概念进行争论,而更多关注于证据规则本身。按照《美国法律词典》的解释,证据规则是指适用于庭审时证据提交的标准。证据规则设立的最初目的在于利用对抗过程寻求真实性的功能。证据规则大多数产生于上诉法院的判决,但也为制定法所确立;规则一般集中于是否允许特定证据。在具体案件中,审判法官依据包含在规则中的一般原则而决定证据的可采性。依此理解,所谓的证据规则应是指对证据是否可采问题所规定的标准、指南或规范,如美国《联邦证据规则》、菲律宾《证据规则》等。从英美证据规则的内容来看,其重点是规定证据的关联性和可采性,尤其是可采性。可以说,英美法系国家证据规则是主要针对证据的关联性和可采性制定的标准、指南或规范。

在我国,较早关注并且提及英美法系国家证据规则的是巫宇甦先生主编的《证据学》一书。该书在论述英美法系国家的证据制度时谈道,“英美法系国家继续保留着不少形式主义的规则”,英国的证据法着重规定了一系列“关于采用证据和判断证据的规则”,以利于正确地运用证据裁判案件,英国的证据制度是“由各种基本规则和一系列的例外规定以及附带条件等组成的”。这些基本规则主要包括:证据关联性规则、证明责任规则、传闻证据规则等等。^②之后,樊崇义先生在1991年出版的《刑事诉讼法学研究综述与评价》一书中肯定了我国应确立证据规则,完善我国证据制度的方向在于,“将一些经过司法实践检验、在运用证据方面行之有效的带有规律性的重要经验,上升为证据规则,用来规范刑事诉讼中的证明活动”。我国确立的证据规则应包括证据的关联性规则、非法证据排除规则、证人拒绝出庭作证的法律责任、证明责任、疑罪从无,等等。^③

近年来,有不少学者对证据规则的概念展开探讨,但基于个人的理解不同,其

① 陈瑞华:“从‘证据学’走向‘证据法学’——兼论刑事证据法的体系和功能”,载《法商研究》2006年第3期。

② 巫宇甦主编:《证据学》,群众出版社1983年版,第22~23页。

③ 樊崇义主编:《刑事诉讼法学研究综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第700~701页。

观点有所差异。其一,徐静村先生主编的《刑事诉讼法学》认为,证据规则是规定证据收集、证据运用和证据判断的法律准则;^①其二,毕玉谦先生等主编的《诉讼证据规则研究》认为,证据规则就是指在收集证据、采用证据、核实证据、运用证据时必须遵循的一系列准则;^②其三,沈德咏先生主编的《刑事证据制度与理论》认为,证据规则从广义上讲是指规范证据收集、审查和评价等诉讼证明活动的准则;^③其四,何家弘先生认为,在明确我国证据立法应该坚持以法定证明模式为主、以自由证明模式为辅思路的基础上,我国的证据法应该明确规定各种证据规则,包括收集证据的规则、保管证据的规则、采用证据的规则、排除证据的规则、举证的规则、质证的规则等;^④其五,卞建林先生认为,证据规则应包括证据能力方面的规则、证据证明价值方面的规则、拒绝作证特权方面的规则、举证质证方面的程序规则、排除非法证据的规则五个方面;^⑤其六,赵钢先生认为,证据规则应当包括举证规则、质证规则、认证规则以及举证责任规则四项规则。^⑥以上学者对证据规则的界定,都有一个共同点,即都是从动态的角度,从整个诉讼过程来理解和把握证据规则。正如有的学者所说的那样,证据规则是在诉讼中与证据有关的具有可操作性的程序性准则。

我国学者对证据规则的理解与英美法系国家不同。英美法系国家理解的证据规则是针对证据的关联性、可采性而制定的规则;我国学者理解的证据规则是针对证据的收集、举证、质证及认证而制定的规则。换言之,英美法系国家认为证据规则主要是规范证据的资格问题,我国学者认为证据规则不仅规范证据资格,而且规范证据的运用程序问题。出现对证据规则概念理解上的差异,主要与下列因素有关:

第一,诉讼模式。英美法系国家实行当事人主义诉讼模式,该模式的特点是强调法官的消极、中立,诉讼完全由双方当事人推进,如无相应的证据规则,当事人举证则无章可循,可能导致诉讼旷日持久,浪费诉讼资源,难以提高诉讼效率。同时,法官如无相应的证据规则制约,可能随意采信,导致诉讼结果的不公正。因而,当事人主义诉讼模式出于对当事人举证、法官采信限制的需要,规定一定的证据规则实有必要。学者对证据规则的研究主要集中在当事人主义诉讼模式中证据的关联

① 徐静村主编:《刑事诉讼法学》,法律出版社1997年版,第164页。

② 毕玉谦、郑旭、刘善春主编:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版,第5页。

③ 沈德咏主编:《刑事证据制度与理论》,法律出版社2002年版,第484页。

④ 何家弘:“中国证据法学前瞻”,载《检察日报》1999年9月2日。

⑤ 卞建林、姚莉:“关于建立和完善我国证据规则的思考”,载《法商研究》2000年第5期。

⑥ 赵钢:“略论我国刑事证据规则之应然体系”,载《法学家》2000年第5期。

性和可采性方面。我国诉讼模式的特点是强调法官的积极作用,法官在诉讼中并不是消极的仲裁者,庭审进程由法官控制,当事人举证、质证完全处于法官的控制之下,即使无相应的规则,庭审也会在法官的主持下循序进行。因而,证据规则的作用没有英美法系国家证据规则作用大,证据规则的重要性并未显现出来。学者的研究和关注并不仅仅集中在庭审阶段,也涉及庭审外的其他诉讼阶段。

第二,历史背景。英美法系国家今天出现如此纷繁复杂的证据规则是长期实践并不断提炼、积累的结果。在人类社会早期的神示制度时期,司法裁判主要依靠神的启示,因而不存在证据规则。大约在12世纪末,神明裁判开始逐渐退出历史舞台。1290年,英国颁布法律明文禁止“神明裁判”,并在诉讼制度上走上了同欧洲大陆不同的道路,即形成了以陪审团为核心的“对抗式”诉讼制度。随着审判方式的变化及各种证据在审判中日益频繁的使用,一系列规则便在英国产生和发展起来。例如,英国在16世纪前就出现了关于盖有当事人印章之文书的证明效力的证据规则;在16世纪形成了关于证人能力或资格问题的证据规则;在17世纪形成了反对自我归罪特免权的证据规则。此后,英国以不断呈现的实践判例为基础,不断修正和丰富传统的证据规则,并且借助其殖民地传播到其他英美法系国家。19世纪以前,英美法系国家证据规则主要以判例形式表现出来。18世纪中叶,英美法系研究证据法的早期学者一直在寻找一种方法或捷径,即能够把分散的判例贯穿起来的规则。最早被提出来的的是最佳证据规则。到19世纪,英国证据法学界又提出了用关联性规则取代最佳证据规则。此后,美国法学家塞耶提出证据法的核心内容是一套基本上属于否定性的规范和排除的技术规则。他认为,与案件事实在逻辑上没有证明作用的东西一律不能采用为证据,一切有上述证明作用的东西都可以采用,除非有明确的法律或者政策上的理由排除之。自塞耶之后,可采性就作为一个与有关联性既有联系又相互区别的概念被引入了证据理论与证据法。不难看出,英美法系的学者对证据规则的研究较早,且伴随着证据规则的发展而不断发展,形成了对现代证据规则的认识,有其深刻的历史渊源。

反观我国近年来出现的“证据规则热”,却并没有经历英美法系国家那样的证据规则发展历程。直到20世纪80年代末,随着我国审判方式的一系列改革,才真正推动了对证据规则研究的发展。我国确定的审判方式改革思路基本上是在职权主义诉讼模式的基础上吸收、借鉴当事人主义的合理因素,以改善诉讼结构、加强诉讼民主、实现诉讼双方的平等对抗。这种改革思路要求对当事人的取证、举证、质证活动予以引导和规制。诚如卞建林教授所言,建立和完善证据规则体系,是我国审判方式改革的必然要求。可以看出,我国证据规则是在对诉讼结构特别是庭审方式的改革过程中出现的,这一特点决定了在考察、设计证据规则时,自觉或者

不自觉地会受到诉讼程序的影响进而从诉讼程序的角度来思考问题。

从英美法系国家现行证据法及学者观点来看,证据规则虽主要规范证据资格问题,但需要注意的是,因为所有诉讼的核心问题是证据问题,诉讼过程实质上就是证据的运用过程,包括收集、举证、质证、认证过程。这一特点不因法系不同而不同,因此,虽然英美法系国家把证据规则的重点放在了对证据的可采性即认证上,但从其规则来看,也有规范证据运用程序的规则,如证据开示规则、交叉询问规则。

由此,我们认为,证据规则可以从两个角度来理解。一是静态角度。证据规则是指关于证据的证据能力和证明力的规则,即规范证据资格的证据规则。关于证据能力的规则规定的是何种证据资料可以作为证据提出的问题,包括关联性规则、传闻证据规则、意见证据规则、非法证据排除规则等,关于证据证明力的规则,包括口供补强证据规则、最佳证据规则等。二是动态角度。证据规则是立法确立的规范证据的收集、举证、质证、认证的法律准则,即规范证据运用程序的证据规则。具体包括:控方负举证责任、证人的拒绝作证权、推定,等等。运用证据的规则往往不是针对某一项证据,而是针对证据获得或提出的过程,或者针对运用证据的结果。所以说这些规则不仅是针对证据本身的规则,而且是关于证据的运用的规则。^①本书正是以此为思路对我国刑事证据规则体系的构建展开探讨。

三、证据规则的历史沿革

(一) 完全无证据规则限制——神示证据制度

在人类社会的早期,由于人类认识能力的局限,判断事实主要是使用神明裁判的方法。在欧洲,古代日耳曼人的折磨性考证明制度不仅受预先估算的证明价值的严格限制,而且实际上还要让“神”去提供所有证据,即采用“水审、火审、角斗”等裁判方法,将判明案件事实的司法裁判权交给神并由神来为人类维护司法正义。神明裁判实际上还是由人主持的审判,折磨性考验的结果是为了使法官的结论得到神的证明。只要证明制度所寻求的不仅仅是对纠纷的解决,而且是按照事实真相来解决纠纷,神明裁判的不合理性是很容易暴露出来的。在这个阶段,审判并不需要盘问证人、获取口供或者提取物证,判明事实的唯一方法就是神的启示,所以这时的证明制度不存在现代意义上的规则限制。

(二) 完全依证据规则认定证据——法定证据制度

在欧洲,1215年第四次拉特兰会议废除神明裁判,罗马教会法程序便促进了

^① 毕玉谦、郑旭、刘善春主编:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版,第55页。

证明活动的世俗化。只有证人宣誓的做法仍然保留了神明裁判的色彩。^① 在欧洲大多数国家中占统治地位的已然发展起来的罗马教会程序法,确实在很大程度上反映了中世纪后期和文艺复兴时期流行的认识论思想。对于严重的犯罪行为,法院只有在具备两名目击者的证言或被指控者的供述时才能作出有罪判决。法院不能仅依据旁证就判被告人有罪,无论那些旁证具有多么大的证明力。但是,强有力的旁证或者一个目击者的证言可以构成半个证明,法院可以据此适用刑讯来获取口供。作为法定证据制度之代表的1532年《加洛林纳刑法典》列举了很多会引起嫌疑并构成半个证明的旁证,如具有作案动机、逃离犯罪现场、持有带血的凶器、拥有赃物等。与此同时,为了保护被告人的利益,该法典还规定对被告人的每一项怀疑都必须由两名好的证人来证明,而且它要求法官认真评断那些证人证言,看其中有无矛盾之处。在这种情况下,法庭除了可以判断该法典中未明确列出的新型旁证之外,在评价证据时没有任何自由。换句话说,法律已经明确规定了证据的判断标准,法官只能根据这些明确的规则来断定案件事实。^② 1640年法国路易法典就此虽无规定,但学说上也采用法定证据制度,没有法律规定的一定证据,不能作有罪宣告。如果具有一定的证据,不管审判者内心判断如何,都必须作有罪判决。^③

(三) 以证据规则限制证据可采性——英国的证据制度

英国自13世纪以后建立了陪审制度。陪审审判实行公开审理,并且由诉讼双方互相对抗,而不采用欧洲大陆的纠问式诉讼程序。为了适应陪审审判的要求,避免陪审员的偏见、预断,并为了保护被告人的权利,证据的可采性问题早已开始得到重视。基于18世纪和19世纪判例法发展的结果,英国对证据的可采性和判断证据证明力的具体规定更加详细,其作用在于防止无用或者不适当的证据出现在法庭上,致使陪审员对事实的判断出现偏差。即使是提交到法庭的证据,也应当给予当事人适当的辩论机会,以使陪审员能够作出公平的判断。所以,这些规则是为了决定证据能否提供法庭调查而设立的,并不是单纯的证明的理论,也不是为了评价证据证明力而设立的规则。英美法系证据规则的产生原因主要有以下几个方面:一是陪审审判。英美法系实行陪审团审判的制度,由陪审员来决定案件的事实问题。为了防止陪审员先入为主或存有成见,或受到其他因素的影响,因此需要严格的证据规则来引导和约束陪审团认定事实。二是当事人主义。英美法系因为实行彻底的当事人主义,对于诉讼进行中的证据调查,属于当事人的职责。为了保证

① [英]乔纳森·科恩:“证明的自由”,何家弘译,载《外国法译评》1997年第3期。

② [英]乔纳森·科恩:“证明的自由”,何家弘译,载《外国法译评》1997年第3期。

③ 刁荣华主编:《比较刑事证据法各论》,汉林出版社1984年版,第5页。