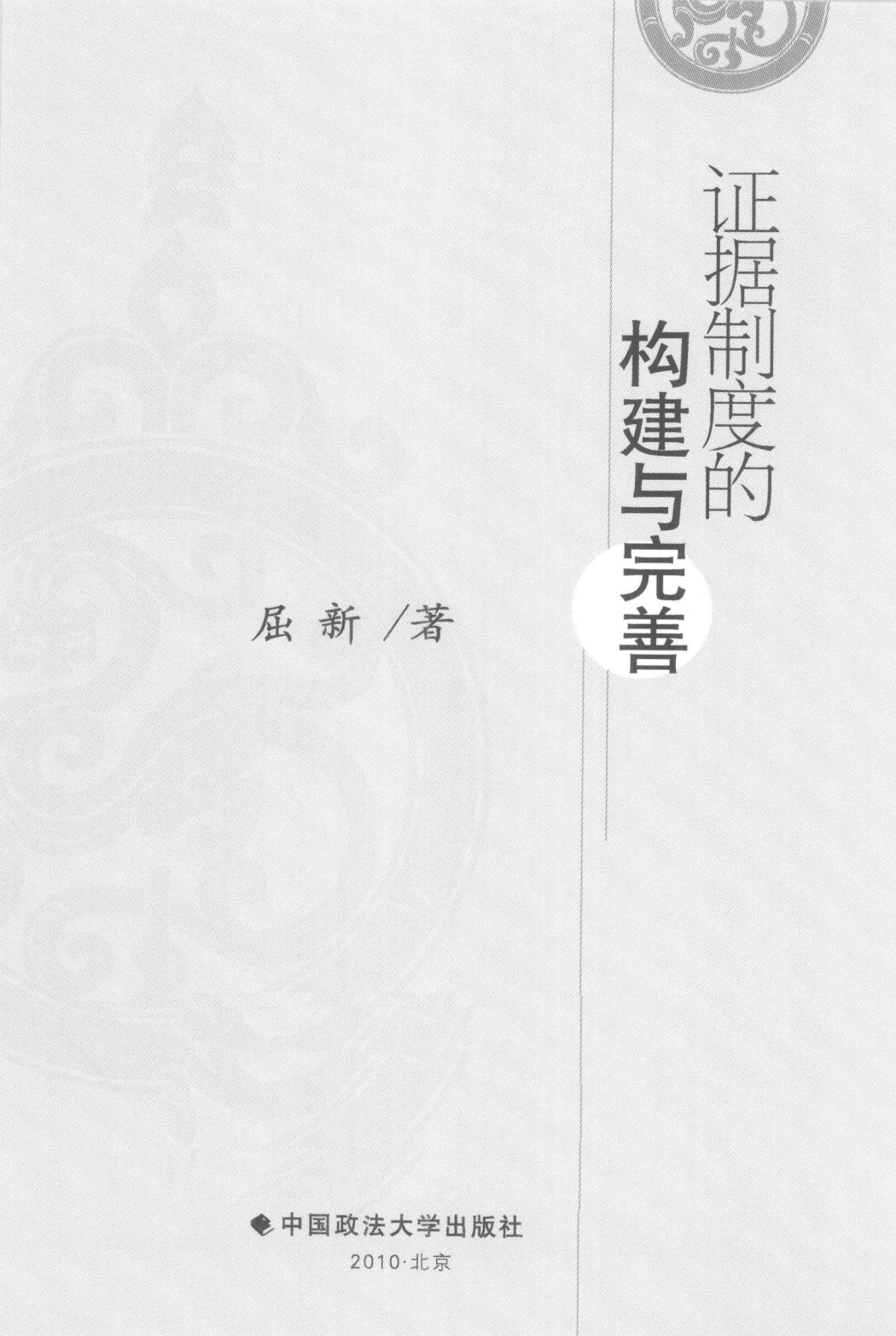




证据制度的 构建与完善

Zhengju zhidu de
goujian yu wanshan

屈新 / 著



证据制度的 构建与完善

屈新 / 著

◆ 中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目(CIP)数据

证据制度的构建与完善 / 屈新著. — 北京: 中国政法大学出版社,
2010. 11

ISBN 978-7-5620-3768-2

I. 证... II. 屈... III. 证据-司法制度-中国-文集 IV. D925.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第218297号

- 书 名 证据制度的构建与完善
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230 32开本 7.75印张 185千字
- 版 本 2010年11月第1版 2010年11月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3768-2/D·3728
- 定 价 19.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

作者简介

屈新，法学博士，现为中国政法大学副教授、硕士生导师、中央财经大学博士后研究人员，〈政法论坛〉和〈律师文摘〉特约英文编辑翻译，主讲刑事訴訟法学、证据法学等课程，著有〈被追诉人的人权保障研究〉（中国政法大学出版社2008年版）。

前 言

在现代法治国家，追求公平正义和提高诉讼效率已经成为现代司法的两大价值目标。公正是人类社会所追求的首要价值目标，也同样是现代法治社会法律制定和实施的首要价值。作为人类活动的两种价值，公正和效率彼此存在一定的冲突，这表现在，当人们一味追求公正时可能牺牲效率，而当人们一味追求效率时可能产生不公正。实际上，公正和效率并非完全势不两立，追求效率有时候也可以用于实现公正的目的。在公正与效率这些价值之间发生冲突时，应当通过价值权衡，分别轻重予以兼顾。罗尔斯主张效率应当服从于正义，认为“某些法律和制度，不管它们如何有效率和有条理，只要它们不正义，就必须加以改造或废除”^{〔1〕}。罗尔斯把正义当做牺牲效率的绝对理由，波斯纳把效率视为法律的唯一理由，两者都具有一定的片面性。

一个国家的法律能否发挥其应有的效用和能否有效保障人民心中所渴求的公平、正义、平等和秩序等法律的最高价值，很大程度上取决于该国的法律制度及其程序安排是否体现了效率的精神，法律的最高价值必须依赖于有效率的方式去实现。现代社会的法律都有或应当有其内在的经济逻辑和宗旨：以有

〔1〕〔美〕约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖帕译，中国社会科学出版社1988年版，第1页。

利于提高效益的方式保障资源的优化配置。法律的效益价值被视为法律价值体系中的一个基本价值目标,成为评价一项法律制度的重要标准。在司法资源稀缺的状况下如何处理好司法成本和司法收益之间的关系,实现效益的最大化。

法学追求的基本价值是自由、公平、正义和秩序。经济学所研究的是效率的最高或资源的最优配置。虽然法学和经济学所追求的价值目标不尽相同,但可以把效率最高或资源配置最优化的理念引入到法律制定和设计中来,并在此观念的指导下制定出与经济发展规律相符合的法律法规,以有利于社会经济的发展和繁荣。法律的经济分析方法是运用经济学的理论和研究方法对法律制度进行评价,对法律行为的成本和收益进行分析,从中寻求法律制度的评价标准和法律行为的发生机制。用经济学的工具来考量法律制度的设计,使其符合理性的经济规律的原理,将各种司法资源配置得更有效率,从而制定科学有效的法律制度并使其具有可行性。成本收益分析法通过对法律制度进行成本、收益和效率的分析,可以就法律实施的效果得出结论并对特定法律安排的社会价值作出评判。但法学毕竟不是经济学,其蕴含的多重价值决定了无法用纯粹的经济成本和经济效益来评价法律制度设置的好坏,不可能用确定的数值表示其最优化设置。

证据在整个刑事诉讼活动中居于核心地位。证据制度是法律规定或确认的关于诉讼中的证据的含义和种类、证明对象、证明责任、证明要求和标准,以及如何收集、审查判断证据,如何运用证据认定案件事实的各种原则、规则等的总称。^{〔1〕}司法公正和诉讼效率是证据制度的价值目标。证据制度在注重司

〔1〕 刘金友主编:《证据法学》(新编),中国政法大学出版社2003年版,第9页。



法公正的同时应兼顾诉讼效率。公正是证据制度的首要价值。证据制度的建立既是在打击犯罪和保障人权之间、在实体真实与正当程序之间的一种合理平衡，又是基于程序经济性、诉讼效益性作出的一种理性选择。在整个诉讼制度的改革和证据的立法过程中应当确立一系列证据规则和完善相关配套制度。证据规则设计的不同将影响诉讼双方当事人的诉讼效率，也将影响对诉讼资源的有效配置。任何证据规则的构建都会面临司法成本和司法收益的问题。要构建证据的最优规则，就必须考虑诉讼的成本和诉讼的收益，以实现诉讼成本最小化和诉讼效益最大化，从而实现司法诉讼效益和社会整体经济的提高。为更好地指导司法实践，加强对证据规则的研究和加快对证据规则的构建具有重要的理论和实践意义。

屈 新

2010年8月

内容摘要

司法公正和诉讼效率是证据制度的价值目标。证据制度在注重司法公正的同时应兼顾诉讼效率。公正是证据制度的首要价值。在整个诉讼制度的改革和证据的立法过程中应当确立一系列证据规则，完善相关配套制度。为更好地指导司法实践，加强对证据规则的研究和加快对证据规则的构建具有重要的理论和实践意义。证据制度的构建和完善是本书的中心线索。本书分为五大部分：

第一部分阐述了证据制度与现代司法理念。

证据在整个刑事诉讼活动中居于核心地位。证据制度的建立既是在打击犯罪和保障人权之间、在实体真实与正当程序之间的一种合理平衡，又是基于程序经济性、诉讼效益性作出的一种理性选择。

现代司法主要包括司法公正、司法之主体性理念和诉讼效率等基本价值理念。司法公正是根本和核心价值理念，它包括实体公正和程序公正两个方面。司法主体性理念要求，在诉讼活动中应当尊重涉讼公民的人格尊严，维护其基本的人身权利和意志自由，当事人及其他诉讼参与人是诉讼的主体而非司法活动处置的客体。为保障被追诉人的主体地位，在刑事诉讼中应当确立人权保障观念、无罪推定原则，反对强迫自证其罪原则，赋予和扩大犯罪嫌疑人、被告人沉默权和律师辩护权等。民事司法制度的设计和运行应当以“为当事人服务”为宗旨，



采取各种措施切实保障公民的诉讼权利。司法活动的实体公正和权利保障等基本价值只有通过高效率的司法制度才能实现，现代司法体系应当在力求高效率中优化各种制度设计。

被告人的质证权在保障审判公正、被告人人权和发现案件事实方面有着不可替代的作用。通过控辩双方的交叉询问和质证，有利于查明案件事实，凸显对被告人作为诉讼主体的尊重，增强判决的可接受性。

确立举证时限制度的意义在于，减少一些当事人或者律师滥用诉讼权利，可以迫使当事人或者律师在庭前提供证据，防止其证据突袭，维护法院裁判的稳定性，增加诉讼程序的可预测性，节约诉讼资源，提高审判效率。

第二部分论证了证据规则的确立与适用。

传闻证据规则是英美法系国家在证据可采性方面确立的一项重要制度。传闻证据具有不可靠性，剥夺了相对方的质证权，损害了程序公正。传闻证据规则是保证证人出庭制度的有效措施，在发挥控辩权能和维护程序公正方面具有明显优势，有利于法官作出正确的判断。在整个诉讼制度的改革和刑事证据的立法过程中应当确立传闻证据规则和完善相关配套制度。

建立污点证人豁免制度是为了有效地打击更为严重的犯罪而放弃追诉轻罪，是“两害相权取其轻”原则的具体体现，是在打击犯罪和保障人权之间、在实体真实与正当程序之间的一种合理平衡。建立污点证人豁免制度是基于程序经济性、诉讼效益性作出的一种理性选择。通过豁免一部分罪行相对较轻的犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任，使得其陈述的案件事实更加客观、全面，以确保对更为严重的犯罪的追诉。在借鉴和建立污点证人豁免制度时，应结合我国的实际情况和刑事司法政策，尽快建立和完善污点证人保护制度、证人申诉机制和作证补偿制度。



第三部分探讨了证据形式的完善。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》确立了举证期限、证据交换、证据的审核认定等一系列制度，对于防止当事人证据突袭、滥用诉权、节约审判资源、提高审判效率有着重大意义。但由于民事法律关系日新月异、千变万化，新的规则在适用中也遇到一些难以解决的问题。

为了便于在诉讼实务中对证据的把握更为条理化，有效地辨识证据，正确运用证据查明案情，各国相关的证据立法均对证据依一定标准进行了分类。对证据进行科学的分类与界定有助于指导司法人员正确收集、审查和认定证据，有助于迅速判断证据的证明能力和适用的证据规则。对证据进行分类应当考虑证据分类标准的同一性原则和证据分类的周延性原则。

现代科学技术的发展促进了测谎技术的进步和测谎手段的完善。测谎技术是审查被追诉人的有效手段，为查找破案证据提供线索，在民事诉讼中为调解和判决提供证据。我国现行的刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法均未对测谎结论用作诉讼证据予以明确规定，司法实践需要对测谎结论的证据性质和效力在理论上和法律上予以明确。证据立法应将测谎结论列为诉讼证据种类之一，确立和规范测谎鉴定的审查判断规则，使之成为实现司法公正和司法效率的有效手段。

随着科技的进步、人类认知能力的不断提高，高科技犯罪日趋严重，电子证据的重要性日趋明显。虽然我国法律上还没有明确将电子证据规定为单独的一类证据，但在司法实践中还是采纳了电子证据作为证明案件事实的根据。加强对电子证据立法的理论研究和实践验证，进一步完善我国的证据体系。

第四部分讨论了鉴定人在诉讼中的法律地位。

鉴定人的责任是鉴定人制度的一个重要组成部分，只有明确规定鉴定人的责任性质及其构成要件，才能为鉴定人在诉讼



过程中客观公正地进行鉴定提供保障,实现鉴定制度设置的目的。在改革和完善我国鉴定人制度时,应该确立鉴定人承担作为诉讼法主体的责任、刑事主体的责任、民事主体的责任和行政主体的责任。

鉴定人资格认定制度是确使鉴定结论具有可信性的一个重要保障。目前,我国刑事诉讼法对鉴定人资格认定问题没有明确规定,只有一些地区性和行业性规定,缺乏统一的鉴定人资格认定制度,缺乏对鉴定人职业道德操守的要求。两大法系国家关于鉴定人资格认定的相关规定均可作为构建我国鉴定人资格认定制度的借鉴。在我国进行的司法改革中,建议设立统一的鉴定人资格认定制度、鉴定人资格取消制度、鉴定行业禁入制度和鉴定人资格暂停制度。

第五部分论述了证据制度的经济学分析。

从经济学的角度来看,证据的搜寻有一定的成本,不仅仅限于时间成本和其他直接成本,还包括搜寻过程中激励效应所引致的间接成本。它涉及证据的收集、筛选、整理、提出以及权衡证据证明力的过程,这一搜寻过程消耗成本并产生收益。证据的搜寻由代表对各方当事人进行,他们对于发现有利于本方当事人的证据以及甄别对方当事人的证据的瑕疵之激励因素异常强劲,从而实现证据收集的最优化。

证明责任制度的具体设定涉及成本和收益问题。成本收益的分析方法能够为刑事证明责任制度的分析提供一种新的注释。证明主体的证明活动会带来不同的成本和收益,产生不同的行为激励。刑事诉讼中的证明责任主要由控方承担是经济的、合乎效率原则的。但考虑到存在需由被追诉人承担证明责任的情况,应当通过完善法律规定为辩方收集证据提供便利,减轻辩方收集证据的成本,降低刑事诉讼的总成本。我国刑事证明责任的理论需要借鉴和参考西方证明责任理论,需要实现理论研



究的创新和突破。

刑事诉讼证人的行为选择符合经济学理论上的理性人的选择模式。在经济学的视野下，将刑事诉讼中出庭证人的理性人属性看成制度设计中必须考量的价值维度具有独立的价值意义。出于资源和效率的考虑，对证人证言的搜寻只能是一种“有限理性”，要求所有证人都出庭作证是不经济的。在实现司法资源效益最大化和证人利益最大化的基础上，吸取外国证人作证制度的先进经验，结合我国的司法实践，完善我国刑事证人作证制度，建立合理的证人经济补偿制度；立足我国现实国情，合理构建我国的证人人身安全保护制度，建立证人作证豁免权制度。

我国目前没有关于品格证据规则的明确规定，只在有关法律、法规及司法解释中对品格证据的运用有所体现。在司法实践中，尤其在定罪量刑和刑罚的执行阶段对品格证据运用的案件也不鲜见。从经济学的视角探讨品格证据规则的意义在于，为立法者构建品格证据规则提供新的视角，为法官的自由裁量提供引导和规制，为当事人节省诉讼成本。品格证据规则设计的不同将影响诉讼双方当事人的诉讼效率，也将影响对诉讼资源的有效配置。



目 录

前 言	1
内容摘要	4

一、证据制度与现代司法理念

从现代司法的基本理念看我国的司法改革	3
对刑讯逼供的控制与申诉途径	9
刑事被告人质证权的程序保障	22
民事举证时限制度介评	36

二、证据规则的确立与适用

论传闻证据规则在我国的确立	45
建立我国污点证人豁免制度的实证分析	60
《关于民事诉讼证据的若干规定》适用中疑难问题 之探讨	87

三、证据形式的完善

论我国现有刑事证据形式的完善	99
测谎技术与测谎结论的证据价值	112
电子证据的法律地位及其取得认定程序	126



四、鉴定人在诉讼中的法律地位

论鉴定人的法律地位及其责任机制	141
论鉴定人资格的认定	157

五、证据制度的经济学分析

证据制度经济学分析的必要性	169
刑事证明主体搜寻证据的经济学分析	174
刑事证明责任的成本收益分析	183
刑事诉讼证人作证制度的经济学分析	201
品格证据规则的成本收益分析	216
参考文献	229
后 记	233

—、



证据制度与现代司法理念



从现代司法的基本理念看我国的司法改革*

在依法治国、建设社会主义法治国家的理论前提下，确立现代司法制度是司法制度改革的基本目标。但是，近年来的种种司法改革举措表明，司法改革在一定程度上存在宏观协调性，具体改革措施难以发挥应有的效果，一些地方甚至陷入了为了改革而改革的怪圈，一些学者甚至呼吁进行司法的再改革。在以现代司法制度为目标的司法改革过程中，必须澄清现代司法的基本价值理念体系，并在此基础上高屋建瓴地对司法改革具体措施的实施进行宏观指导。

一、现代司法的基本价值理念

现代司法主要包括以下三大基本价值理念：

首先，现代司法的根本价值理念是司法公正，司法公正包括实体公正和程序公正两个方面。对于实体公正的意义，数百年前，英国著名哲学家培根就精辟地指出，“一次不公的司法裁判比多次不平的举动为祸尤烈，因为这些不公的举动不过弄脏了水，而不公的裁判则把水源败坏了”。可以认为，公正就是司法的化身，是司法生命力之所在，在现代法治国家司法（justice）一词本身就具有公平正义的含义。

程序公正的基本价值体现在：①公正的司法程序通过限制

* 原载《法制日报》2004年第84期，有改动。