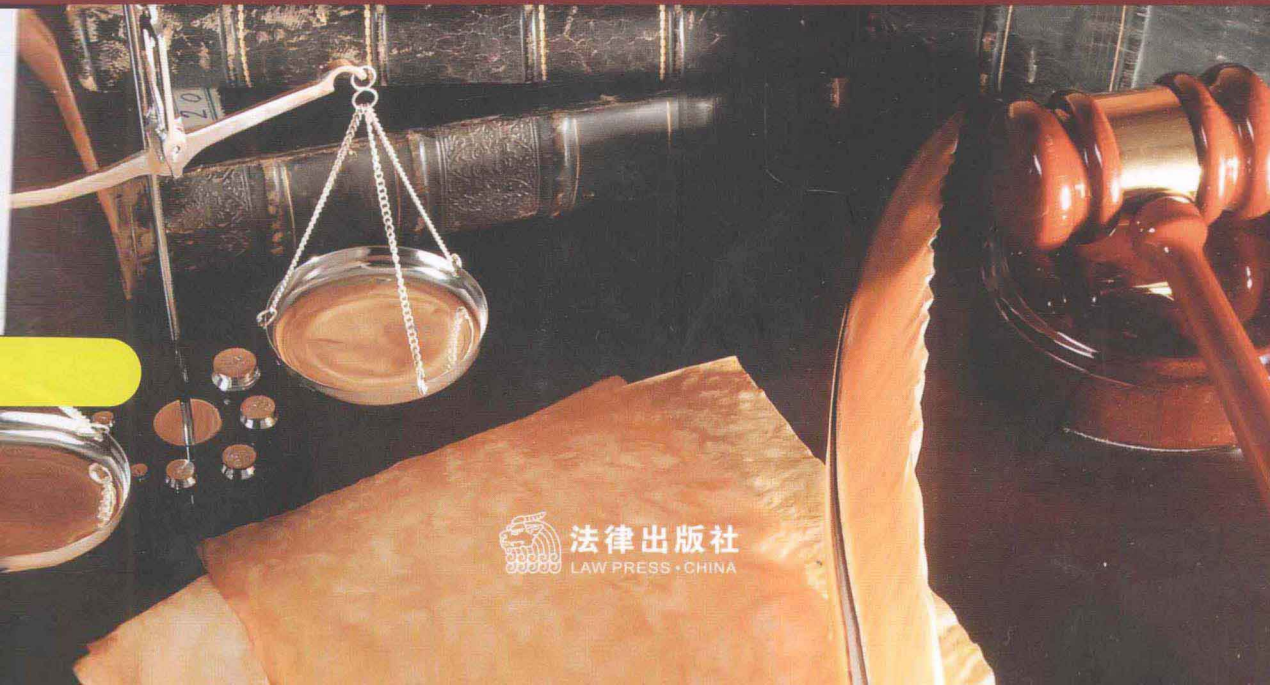


教育部2010年度长江学者和创新团队发展计划资助项目
“证据科学研究与应用”成果

刑事证据法的新发展

王进喜◎主编



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部2010年度长江学者和创新团队发展计划资助项目
“证据科学研究与应用”成果

刑事证据法的 新发展

王进喜◎主编

撰稿人（以撰写章节为序）

张中 王进喜 杜国栋 褚福民
薛潮平 房保国 李训虎



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据法的新发展 / 王进喜主编. —北京: 法律出版社, 2013. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5210 - 6

I. ①刑… II. ①王… III. ①刑事诉讼—证据—研究—中国 IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 178301 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈睿

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/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/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/710毫米×1000毫米 1/16

印张/14.75 字数/224千

版本/2013年8月第1版

印次/2013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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5210 - 6

定价:46.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

2012年3月14日,第十一届全国人民代表大会第五次会议通过《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,自2013年1月1日起施行,《刑事诉讼法》第二次大修告成。此次修改,坚持从我国基本国情出发,循序渐进地推进我国刑事诉讼制度的完善;坚持统筹,处理好惩罚犯罪与保障人权的关系,既保证准确及时地查明犯罪事实、正确应用法律、惩罚犯罪分子,又保障无罪的人不受刑事追究,尊重和保障人权。总之,2012年刑事诉讼法修改,比较系统地解决了1996年刑事诉讼法修改以来实践中存在的一些突出问题,进一步深化了司法体制和工作机制改革;适应犯罪活动的新变化,提高了打击犯罪能力;为维护社会和谐稳定,加强和创新社会管理。2012年刑事诉讼法试图在打击犯罪与保障人权方面形成新的平衡,而证据制度则是实现这一目标的核心环节之一。2012年刑事诉讼法修改在证据制度方面的建树是有目共睹的,此后各机关发布的相关解释性规定又进一步解释、充实了这些规定。

这些关于刑事证据的新规定,形成了理解刑事证据的新基础。修改刑事诉讼法之前的证据法教义,应当注入新的元素,根据新的规定而重新进行逻辑构建,形成新的学术动力,实现证据法的教义变革。例如,2012年刑事诉讼法关于证据概念和证据种类的重新界定,无疑是理解非法证据排除、刑事证明标准等规则的逻辑起点。为此,需要对现有的规定进行文本解释。这种朴素的文本解释,是阐释证据法教义,促进落实相关规定的基础性工作,也是发现现有规定之不足,以求未来改进的创新性工作。我们围绕2012年刑事诉讼法修改中涉及证据制度的若干问题,进行了专题研究,并形成了若干成果,现结集出版,以共享我们的思考与主张。

特别感谢所有的作者。阅读你们的手稿是一种愉悦的学习体验,我相信读者自会感受。特别感谢李训虎副教授和褚福民博士。他们承担了本书

最烦琐的组稿工作。如果没有他们的创想、沟通、协调,本书不可能面世。在多年的合作中,我深切感受到了他们敏锐的思想、细致的工作和诚挚的友情。他们作为证据法学研究的新锐,定会给我们带来更多的学术惊喜,对此我心中充满了期待。特别感谢法律出版社的编辑陈睿女士,如果没有她的辛勤工作,本书不可能这么快付梓。

本书是教育部长江学者和创新团队发展计划资助项目“证据科学研究与应用”(IRT0956)的成果之一,特此鸣谢。

王进喜
2013年5月

目 录

逻辑起点——新概念 新视角

证据概念的新发展及其影响 / 张 中 001

- 一、证据的新定义及其诠释 001
- 二、证据观念发生重大转变 003
- 三、证据种类的规范性表达 005
- 四、新证据观念下的事实认定 008

论辩护人维护证据完整性权利的运行条件与环境 / 王进喜 014

- 一、辩护人维护证据完整性权利的地位 015
- 二、检控方的维护证据完整性义务 016
- 三、对检控方违反维护证据完整性义务的制裁 018
- 四、实现辩护人维护证据完整性权利的程序机制 020
- 五、结论 023

宏观视野——新刑诉 新证据

《刑事诉讼法》的修改与证据制度的完善 / 张 中 024

- 一、不得强迫自证其罪原则 024
- 二、严禁刑讯逼供及其保障措施 027
- 三、非法证据排除规则 031
- 四、证人出庭作证制度 035
- 五、其他 038

证据完整性视角下的 2012 年《刑事诉讼法》 / 杜国栋 042

- 一、2012 年《刑事诉讼法》在证据完整性上的立法倾向 043
- 二、案卷的完整性 046
- 三、证据损毁法律控制 052
- 四、证据保管链的完整性 057
- 五、物证和书证的完整性 064
- 六、证据合法性瑕疵的法律控制 070

微观视角——新程序 新挑战

证人不出庭的逻辑演变与课题展望 / 褚福民 078

- 一、规范证人作证方式的一般原则 079
- 二、立法中的证人作证方式 083
- 三、司法实践中的证人作证方式 086
- 四、证人出庭作证的未来课题展望 092

《刑事诉讼法》修改对司法鉴定活动的影响 / 王进喜 098

- 一、对司法鉴定制度的积极影响 099
- 二、司法鉴定体制中尚未解决的问题 102
- 三、专家辅助人制度有待进一步完善 105

论行政执法证据的刑事“转化” / 王进喜 109

- 一、是否真的存在言词证据的“转化” 110
- 二、“转化”说背后的制度言说 112
- 三、法解释学中的物证客观主义批判 116
- 四、2012 年《刑事诉讼法》第 52 条与第 48 条的关系：辩护方阅卷权 120
- 五、结论 122

申请调取辩护证据权之检讨 / 薛潮平 123

- 一、立法亮点的进步与隐忧 123
- 二、域外相关理论的梳理 127
- 三、申请调取辩护证据权的运行阻力及困境 136

四、我国申请调取辩护证据权的理想运行环境 145

专题聚焦——新责任 新标准

刑事证明责任制度的立法文本解读 / 褚福民 159

一、定罪程序中的证明责任分配规则 160

二、量刑程序中的证明责任分配规则 162

三、程序性裁判程序中的证明责任分配规则 164

四、特别程序中的证明责任分配规则 167

五、刑事证明制度的未来之路：对立法的思考 171

论辩护方的证明责任 / 房保国 176

一、问题的提出——从吴大全案件谈起 176

二、辩护方证明责任的种类 177

三、辩护方证明责任的性质 182

四、辩护方承担证明责任的正当性 187

五、完善我国辩护方证明责任制度的路径 189

六、结语 192

“排除合理怀疑”的中国叙事 / 李训虎 193

一、问题的提出 193

二、“排除合理怀疑”的中国路线图 196

三、“排除合理怀疑”背后的力量 210

四、法律传统博弈中的法律移植样本 221

逻辑起点——新概念 新视角

● 证据概念的新发展及其影响

张 中

刑事诉讼法的修改,十六年磨一剑,其中对证据制度的完善是一个重点。除确立不得强迫自证其罪原则、完善非法证据排除规则、强化证人出庭和保护制度等以外,对于证据概念的重新定义,则“牵一发而动全身”,它标志着证据观念的根本转变,即由过去的实质证据观转向形式证据观,这对于整个证据制度的完善来说,则具有非常重要的意义。

一、证据的新定义及其诠释

证据是什么?这个问题的答案关系到对证据本质的认识问题,也关系到整个证据制度的根基问题。新《刑事诉讼法》第48条对证据的传统定义做了重大修改,把证据定义为“可以用于证明案件事实的材料”。按照这一规定,证据的概念至少包括以下三层含义:(1)证据是以法律规定形式表现出来的某种材料,如刀具、文件、书面证词、音像资料等;(2)证据与案件事实存在某种相关性,可以用来揭示、推断案件事实;(3)证据是内容和形式的统一体,即证据的内容是证据所反映的案件事实,证据的形式是证据赖以存在的载体。因此,在刑事诉讼中,证据是指以某种形式表现出来的可以用于证明案件情况的材料。

对于证据的概念,1996年《刑事诉讼法》第42条第1款规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”据此,证据被视为事实,因而都应当是真实的。但上述两个条文的第3款又规定:“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”按照这一要求,证据的真实性只有经过法定程序审查后才能确定。也就是说,公安机关收集的证据以及控辩双方向法庭提交的证据

不一直都是真实的,也不一定会被司法机关采纳为定案的根据。事实上,证据有真有假,而且经常处于真假混杂的状态。这不仅指收集的证据有真有假,真假混杂,而且作为判决根据的证据也同样有真有假,真假混杂。在司法实践中,有相当一部分冤假错案就是因证据被伪造、被篡改造成的。因此,“事实是证据”这一提法在逻辑和实践中都存在一些问题。^①

证据概念的新定义消除了旧法条中的逻辑矛盾,既符合实际,又有利于防止先入为主的偏见,同时减少“结果定格”的错误。因为证据是不是事实,能不能证明案件事实,能不能作为定案的根据,只有经过法庭查证核实以后才能确定,在未经法庭查证之前,证据尚未核实,又怎知其能否证明案件真实情况呢?实际上还有相当一部分证据经法庭查证“属实”以后,还存在被推翻、被否定的情况。当然,新《刑事诉讼法》对于证据的重新定义并不意味着虚假的材料可以作为定案的根据使用,也不是说公安机关在收集证据材料时不分真假材料统统收集。无论如何,在人民法院对案件最终作出处理时,必须依据能够反映案件真实情况的证据材料。^②

此外,此次刑事诉讼法的修改还把刑事证据的外延扩大了。新《刑事诉讼法》第52条第2款规定:“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《刑事诉讼法解释》)第65条第2款进一步规定:“根据法律、行政法规规定行使国家行政管理职权的组织,在行政执法和查办案件过程中收集的证据材料,视为行政机关收集的证据材料。”上述规定实现了行政证据与刑事证据的衔接,意味着行政执法证据可以转化为刑事证据,也表明行政证据在刑事诉讼中的法律地位得以确立,这既解决了侦查机关重复取证的问题,同时也避免了很多重要的证据材料的流失。不过,按照该款规定,能够转化为刑事证据的材料范围是物证、书证、视听资料、电子数据等实物证据,该范围是否还应包括证人证言、当事人陈述等言词证据尚需进一步研究和明确。笔者认为,从该条款的立法精神来看,行政机关在行政执法

^① 王尚新、李寿伟主编:《〈关于修改刑事诉讼法的决定〉释解与适用》,人民法院出版社2012年版,第40页。

^② 陈光中主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》,人民法院出版社2012年版,第48页。

和查办案件过程中收集的所有证据材料,经法庭查证属实,且收集程序符合有关法律、行政法规规定的,均可作为定案的根据。

二、证据观念发生重大转变

在理论上,关于证据的概念,学界存在“事实说”、“信息说”、“材料说”等多种学说,其中“事实说”影响最大。^①该说认为,证据是一种客观存在的事实,即“能够证明案件真实情况的客观事实”。^②事实属于客观范畴,既然证据是事实,证据也必然属于客观范畴。由于事实是实质性的东西,因此有些学者把“事实说”称为“实质证据观”,甚至把实质证据观视为唯一科学的证据观。^③该说提出,应当从实质上理解和把握证据,并把体现着实质的事实直接看作证据。^④这种观点由于过于关注证据的实质内容而忽视了证据的表现形式,从而难以回答虚假证据的法律属性问题。

一般来说,实质证据观是相对于形式证据观而言的。形式证据观的代表性理论被认为是证据概念的“反映说”。该说认为,证据总是以充当事实论据的判断形式出现的,它不是客观事实的本身,而是客观事实在人的意识中的反映。^⑤该说认为,证据在总体上属于主观范畴,主张应从反映形式上理解和把握证据,即把反映事实的形式直接看成了证据。^⑥形式证据观认识到了证据与事实的关系及其差别,但由于过于强调证据的主观性而受到客观主义理论的批判,认为“形式证据观是把证明当证据”,因而是错误的。^⑦

新《刑事诉讼法》用“材料”取代“事实”,标志着一种新的证据观念的确立,我们将之称为“新形式证据观”。一方面,与“反映说”所代表的形式证据观相比,新形式证据观不仅看重证据对事实的依赖关系,更强调证据自身的

① 据有的学者研究,关于证据概念的学说有十几种,包括“事实说”、“根据说”、“统一说”、“定案证据说”(又称为“狭义说”)、“两义说”(又称为“事实和材料说”、“双重含义说”)、“材料说”(又称为“广义证据说”)、“方法说”(又称为“手段说”)、“结果说”、“原因说”、“证明说”、“反映说”、“信息说”、“综合说(事实和方法说)”、“多义说”等。参见高家伟等:《证据法原理》,中国人民大学出版社2004年版,第3页。

② 姜伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,第206页。

③ 裴苍龄:“证据观念的大转变——论实质证据观”,载《法律科学》2006年第3期。

④ 裴苍龄:《新证据学论纲》,中国法制出版社2002年版,第9页。

⑤ 吴家麟:“论证据的主观性与客观性”,载《法学研究》1981年第6期。

⑥ 裴苍龄:《新证据学论纲》,中国法制出版社2002年版,第9页。

⑦ 裴苍龄:“证据观念的大转变——论实质证据观”,载《法律科学》2006年第3期。

独特性。也就是说,用以证明案件事实的材料,在很多情况下能够反映案件事实,有时却并不一定能够反映案件事实,如品性证据,但很多情况下却被当作证据使用。另一方面,与“事实说”所代表的实质证据观相比,新形式证据观更看重证据的形式,而不是内容。如在证据被伪造的场合,在未经查证属实或者最终确定为不实之前,由于该材料在形式上与案件事实存在某种关联,我们无法否定该材料的证据性质。如某人作证说他目击了被告人实施犯罪的过程,但后经法庭调查证明该证人为陷害被告人作伪证。毫无疑问,该份证言不能作为定案根据,但它在证据法上仍然属于证人证言。

新形式证据观的确立意味着人们对证据的认识的根本性转变。

首先,证据不再是一种客观事实。按照证据的新定义,传统的证据客观性理论将受到严峻挑战,学界必然会就证据的客观性问题进行新的讨论。事实上,学界对证据客观性的质疑从来就没有间断过,认为证据的客观性理论不符合辩证唯物主义的认识规律,也有悖于法官对证据的认定权^①,甚至有人提出了“客观性理论的终结”的论断。^②一般来说,证据的存在并不以人们的主观意志为转移,但对证据的认识以及对证据的应用却离不开人的主观意识。更直接地说,人们向法庭提供的证明材料,并非都是纯客观的真材实料,诸如虚假的供述、证人所作的伪证以及伪造的书面材料等,但均不能否定它们的证据能力:虽然经过法定程序查证属“假”,不能作为定案根据,但这属于证据的审查判断和采纳与否的问题,而不是证据资格问题。

其次,重新认识证据的相关性。证据的相关性又称证据的关联性,传统理论认为,证据的关联性是以客观性为前提的。^③换句话说,证据的相关性是一种客观联系,即证据事实与案件事实之间的联系是客观存在的,其联系是不以办案人员的主观意志为转移的。^④新《刑事诉讼法》在定义证据时强调“可以用于证明案件事实”。从字面上看,“可以用于”意味着证据与案件事实的关系更多的是一种形式上的证明关系。至于证据实质上能否证明案件事实,只有经过审查判断以后才能确定。换个角度来看,如果某项材料在

① 张晋红、易萍:“证据的客观性特征质疑”,载《法律科学》2011年第4期。

② 姜涛:“证据的客观性质疑”,载《证据学论坛》(第六卷),中国检察出版社2003年版,第408页。

③ 陈光中主编:《刑事诉讼法学》(新编),中国政法大学出版社1996年版,第150页;陈一云主编:《证据学》(第四版),中国人民大学出版社2010年版,第62页。

④ 陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2002年版,第130页。

形式上与待证事实毫不相干,就意味着不可以用于证明案件事实,从而可以认为它不具有相关性。因此,按照证据的新定义,相关性是证据的本质属性,只不过新定义更强调相关性的形式意义。

最后,重新认识证据的法律属性。证据的法律性又称证据的合法性,对此学界一直存在争议。^①从字面上看,《刑事诉讼法》对于证据的定义从来就不包括合法性的特征,但从相关条款的内容看,合法性则似乎又是证据的属性。例如,《刑事诉讼法》对证据的法律种类作了明确规定,很难想像不符合法定形式的证据材料会被作为证据使用。再如,《刑事诉讼法》对于证据的收集和审查判断程序作了明确规定,并强调证据必须经过法定程序查证属实后才能作为定案根据。尤其重要的是,新《刑事诉讼法》对于非法证据排除规则的完善,凸显了证据合法性的意义。在这里需要说明的是,本文所讲的证据是诉讼证据,而非一般意义上的证据,从它进入诉讼领域那一刻起,就要受法律规范的调整和规制,从而具有明显的法律色彩。

三、证据种类的规范性表达

证据种类,即法律对证据形式的规定,体现了形式证据观的基本要求。新《刑事诉讼法》第48条对于刑事证据种类在以下几方面进行了完善:

一是对证据种类做了“开放列举式”规定。对于证据种类的规定,过去刑事诉讼法均采用“封闭列举式”表述,如1979年《刑事诉讼法》第31条第2款规定:“证据有下列六种:……”1996年《刑事诉讼法》第42条第2款则规定:“证据有下列七种:……”比较上述规定,再结合电子数据被规定为新的证据种类,充分表明“封闭列举式”规定证据种类已经不能适应社会生活变化和司法实践发展的需要,不可能穷尽所有的证据类型。^②新《刑事诉讼法》第48条第2款对证据种类采取了“开放列举式”的规定,即“证据包括:……”虽然该条第2款列举了八种证据,但该款并没有像过去那样规定“证据包括八种”,这表明新《刑事诉讼法》在证据种类上保持着开放性,随着司法实践的不断发 展,任何一种新的证据材料都可以成为新的证据种类。

^① 相关内容参见陈一云主编:《证据学》(第四版),中国人民大学出版社2010年版,第64~67页。

^② 张保生主编:《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》,中国政法大学出版社2008年版,第144页。

二是把物证、书证分为两个证据种类加以规定。1996年《刑事诉讼法》第42条是把物证、书证作为一种证据规定的,但在我国证据理论和司法实践中,物证和书证通常被认为是两种不同的证据种类。所谓物证,是指“以其外部特征、存在场所、物质属性证明案件真实情况的一切物品和痕迹”;书证则是指“能够根据其表达的思想和记载的内容查明案件事实情况的一切物品”。^①不可否认,实践中有时也存在“物证书证同体”的情况,例如,案发现场收集到一封书信,内容与被害人死亡原因有关,此时该书信属于书证;同时又需要鉴定是否为被害人所写,则此时该书信为物证。^②但是,物证和书证在收集和证明力的特点方面有着很大差别,并且《民事诉讼法》和《行政诉讼法》也一直都是把它们作为两种证据种类分别规定的。为此,有学者在刑事诉讼法修改前已经提出建议把物证、书证分为两种证据种类加以规定。^③新《刑事诉讼法》吸收了这一合理观点,并作出了上述修改。

三是把“鉴定结论”改为“鉴定意见”。在此次刑事诉讼法修改前,鉴定结论属于法定的证据种类,甚至还被冠以“科学证据”的美誉,在司法实践中备受重视,且往往具有较大的证明价值。^④但众所周知,鉴定人不是科学的法官,鉴定结论也不是科学的判决。^⑤鉴定结论作为证据的一种,它只不过是鉴定人运用科学技术或专门知识对诉讼的专门性问题进行鉴别和判断并提供的个人意见^⑥,它不具有预定的证明力,而且存在错误的可能性。正是基于上述认识,2005年全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《关于司法鉴定管理问题的决定》)开始使用“鉴定意见”一词,如其中第10条规定的“鉴定人应当独立进行鉴定,对鉴定意见负责并在鉴定书上签名或者盖章”。2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部颁行的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《死刑案件证据规定》)正式使用“鉴定意见”一词,并对鉴定意见的审查内容与排除规则作了较为全面的规范。新《刑事诉讼法》吸收了上述

① 陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2002年版,第136、138页。

② 陈光中主编:《刑事诉讼法学》(新编),中国政法大学出版社1996年版,第170页。

③ 陈光中主编:《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》,中国法制出版社2006年版,第320~321页。

④ 张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第189页。

⑤ 樊崇义主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社2002年版,第164页。

⑥ 郭华:《鉴定结论论》,中国人民公安大学出版社2007年版,第49页。

两个法规的做法,将“鉴定结论”改为“鉴定意见”。这一修改是对这种证据更准确的定位,更能反映鉴定结果的本质属性,同时也有助于消除司法实践中盲目依赖鉴定结论,视鉴定结论为最终裁判而不注重对其进行质证、认证的陋习。^①

四是赋予了“辨认、侦查实验笔录”证据地位。辨认笔录是指侦查人员让被害人、犯罪嫌疑人或者证人对与犯罪有关的物品、文件、尸体、场所或者犯罪嫌疑人进行辨认所作的笔录;侦查实验笔录则是指侦查人员在必要的时候按照某一事件发生时的环境、条件进行试验性重演的侦查活动形成的笔录。在司法实践中,公安机关移送人民检察院审查起诉的案卷中以及人民检察院移送法院的起诉材料中,往往有辨认笔录或者侦查实验笔录,但由于刑事诉讼法缺乏相应规定,虽然其对案件事实具有重要证明作用,通常作为勘验、检查笔录对待,但有时也会受到质疑,甚至有人否定它们的证据能力。这次刑事诉讼法的修改正式承认了它们的证据地位。事实上,侦查机关依法进行的其他侦查活动形成的笔录,也应当作为证据。^②

五是增加规定了“电子数据”这一证据种类。我国刑事诉讼法长期以来未将电子证据视为一种单独的证据种类。由于立法缺位,电子证据在我国证据体系中的地位一直不明确,学界先后提出“书证说”、“物证说”、“视听资料说”、“鉴定结论说”、“独立证据说”、“混合证据说”和“证据载体说”等理论。^③与书证、物证等证据相比,电子证据具有明显的独特性,很难将之归于传统的证据种类。由于刑事诉讼法中没有明确电子数据的证据能力,司法实践中操作不一,有的地区不予认定,有的地区则作为视听资料加以使用,还有的地区则与美国的做法相似,即“类比适用于传统的书写文件”。2005年公安部颁行的《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》(公信安[2005]161号)正式确立了电子证据的证据地位,其中第2条对电子证据的范围作了明确界定,即“电子证据包括电子数据、存储媒介和电子设备”。《死刑案件证据规定》对电子证据的范围以及审查内容作了较全面的规定,

① 陈光中主编:《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》,中国法制出版社2006年版,第321页。

② 王尚新、李寿伟主编:《〈关于修改刑事诉讼法的决定〉释解与适用》,人民法院出版社2012年版,第42页。

③ 徐静村:“电子证据——证据学的一个新领域”,载《重庆邮电学院学报》2003年第1期。

其中电子证据包括电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等形式。这次刑事诉讼法修改,将“电子数据”作为一种独立的证据种类加以规定,可以说是司法实践的结果,同时也满足了实践的需要。需要说明的是,新刑事诉讼法没有使用“电子证据”的称谓,而是使用了“电子数据”一词。我们认为,后者更加严谨,电子数据更能反映这种证据的本质属性,因为证据种类的划分主要是以证据存在的和表现的形式为根据的。

四、新证据观念下的事实认定

《死刑案件证据规定》第2条规定:“认定案件事实,必须以证据为根据。”这被认为是我国立法上“第一次明文确立了证据裁判原则”^①,《刑事诉讼法解释》第61条重申了这一原则。按照证据裁判原则,证据是事实认定的根据,没有证据,也就没有事实。换句话说,案件事实都是根据证据所认定的事实,有什么样的证据,就有什么样的事实。

事实认定是一种理性证明过程。从历史的角度看,人类对事实的认定经历了一个由非理性向理性转变的过程。在“神明裁判”下,“神”会告知人们案件事实真相是什么,这被称为非理性的证明方式;在证据裁判下,法官则根据证据并通过推理来确定案件事实,这是一种理性的证明方式。用塞耶(James B. Thayer)的话说,“法院通过衡量证词或其他证据的方法,在理性的天平上来决定任何问题”。^②当然,在理性证明方式下,人们对事实的论证和认定也并非完全理性,在法庭上,有时候控辩双方对事实的论证看起来“就像两个人跳探戈一样,甚至更混乱”,^③其间掺杂着争吵,甚至毫无根据的人身攻击或者谩骂,但从总体上来看,任何形式的论证都遵循着严格的逻辑

① 参见“‘两高三部’有关负责人就两《规定》答记者问”,载《法制日报》2010年5月31日。事实上,我国关于证据裁判原则的规定早已有之,如2001年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2001]33号)第63条规定:“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。”2002年颁布的最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(法释[2002]21号)第53条规定:“人民法院裁判行政案件,应当以证据证明的案件事实为依据。”这两条规定虽与《死刑案件证据规定》第2条的表述略有不同,但其基本内容和立法精神并无二致。

② 汤维建:“英美证据法学的理性主义传统”,载[美]约翰·W.斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,序言第2页。

③ John Woods, Andrew Irvine and Douglas Walton, *Argument: Critical Thinking, Logic and the Fallacies*, 2nd ed, Prentice Hall, 2004, p. 1.

法则。

事实认定属于严格证明的范畴。在证据理论上,证据裁判原则的规范意义在于,认定事实“必须根据具有证据能力的证据,而且只有经过调查之后才能认定构成犯罪核心内容的事实”,而这种认定事实的方式又被称为“严格的证明”。^① 尽管学界对于证据裁判下的事实是否均属于严格证明的对象存在争议,甚至在日本还存在“判断有无缓刑情节不需要经过证据调查的证据”的判例,^②但通说认为,证据裁判主义意味着,“对公诉犯罪事实,需要严格的证明”。^③ 即使在提出严格证明这一概念的德国,^④其刑事诉讼法上需要严格证明的事实也是指“对于攸关认定犯罪行为之经过、行为人之责任及刑罚之高度等问题的重要事项”,对于这些事项,“法律规定需以严格之方式提出证据”。^⑤

证据存在真假问题,事实认定也存在真假。有学者说:“事实姓‘真’不姓‘假’。”^⑥或者说:“事实就是事实,无所谓真假。”^⑦在哲学意义上,这是正确的。但具体到证据法领域,尤其是在证据裁判原则下,由于“诉讼双方提供的证据有真伪之分”,^⑧那么,根据证据所认定的事实自然也有真假问题。从近几年披露的一些重大冤假错案来看,其错误基本上都是出在证据使用和事实认定上,诸如刑讯逼供获取的虚假供述、证人编造的虚假证言、侦查人员编造的讯问笔录和勘验笔录、鉴定人出具的错误鉴定意见等,据此而认定的事实,多是属于“从错误的根据出发,得出合乎逻辑的推论”。^⑨当然,可能会有人认为,这种建立在错误证据基础上的“事实”根本就不是事实。但

① [日]田口守一:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第267~269页。

② 参见日本“最判昭和24年(1949)2月22日《刑集》第3卷第2号”,转引自[日]田口守一:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第270页。

③ [日]土本武司:《日本刑事诉讼法要义》,董璠舆、宋英辉译,五南图书出版公司1997年版,第311页。

④ 据资料显示,严格证明的概念最早由德国学者迪恩茨于1926年提出。参见[日]松岗正章:“严格证明与自由证明”,载《法学译丛》1981年第5期。

⑤ [德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》(第二十四版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,第208页。

⑥ 张保生主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2009年版,第14页。

⑦ 宋振武:“传统证据概念的拓展性分析”,载《中国社会科学》2009年第5期。

⑧ 张保生主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2009年版,第2页。

⑨ [法]勒内·弗洛里奥:《冤假错案》,赵淑美、张洪竹译,法律出版社1984年版,第63页。