

|天  
Borderless  
|下

法学新经典

# 刑事证据法的 理论问题

——陈瑞华 著——

第二版

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天  
Borderless  
|下

法学新经典

# 刑事证据法的 理论问题

——陈瑞华 著——

第二版

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据法的理论问题 / 陈瑞华著. -- 2版. -- 北京: 法律出版社, 2018  
ISBN 978-7-5197-2243-2

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼—证据—理论研究—中国 IV. ①D925.213.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第096926号

**刑事证据法的理论问题(第二版)**  
XINGSHI ZHENGJUFA DE LILUN WENTI  
(DI-ER BAN)  
陈瑞华 著

责任编辑 韩向臣

装帧设计 汪奇峰 鲁娟

**开本** 720毫米×960毫米 1/16

**版本** 2018年7月第2版

**出版** 法律出版社

**总发行** 中国法律图书有限公司

**印刷** 天津嘉恒印务有限公司

**印张** 24.5 **字数** 330千

**印次** 2018年7月第1次印刷

**编辑统筹** 学术·对外出版分社

**经销** 新华书店

**责任印制** 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-47453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072395



**书号:** ISBN 978-7-5197-2243-2

**定价:** 80.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



**陈瑞华** 北京大学法学教授，博士生导师。“全国十大中青年法学家”，教育部“长江学者奖励计划”特聘教授，入选国家“百千万人才工程”计划。兼任国际证据法协会理事、最高人民检察院专家咨询委员会委员、中国检察理论研究会副会长、最高人民检察院和最高人民法院案例指导专家委员会委员、公安部执法监督员。主要研究领域为刑事诉讼法、证据法学、司法制度、程序法理论、法学方法。在程序价值、诉讼构造、程序性制裁、刑事诉讼模式、辩护、证据理论等方面，有较为深入的研究，提出了一些新的观点。出版有《刑事审判原理论》《看得见的正义》《刑事诉讼的前沿问题》《程序正义理论》《程序性制裁理论》《刑事诉讼的中国模式》《刑事证据法》《刑事辩护的中国经验》《刑事辩护的理念》《刑事辩护的艺术》《司法体制改革导论》等著作。

## 第二版序言

转眼之间,《刑事证据法的理论问题》面世已经三年了。该书是笔者全面研究中国刑事证据法问题的理论著作。自2010年以来,随着两个刑事证据规定的出台,2012年《刑事诉讼法》的修订,以及后续一系列司法解释和规范性文件的相继颁行,我国刑事证据法逐渐得到发育和定型,具有了大体的制度框架。与此同时,在书本上的刑事证据法问世之后,我国司法机关对刑事证据的收集、审查和判断也有了全新的司法实践,当然也暴露出一个又一个有待解决的制度难题。本着“从经验到理论”的社会科学研究方法,笔者对刑事证据法的发展进行了理论总结,对刑事司法实践中的问题作出了理论思考,提出了若干个理论命题,试图对我国刑事证据制度背后的制约因素作出理论的概括和提炼。经过三年的时间,《刑事证据法的理论问题》所提出的一些理论命题,经受了学术检验,获得了一定程度的学术共识。尤其是三大司法裁判形态对证据法的影响、新法定证据主义、非法证据排除规则的三种模式、言词证据的相互印证规则、实物证据的鉴真规则、证明标准中主客观要素的关系等方面的理论概括,还得到了法学界的普遍接受。

三年以来,我国刑事证据法又有了新的发展。2016年最高人民法院参与颁布了一部关于电子数据收集和审查判断的司法解释,对电子证据的收集和审查判断确立了一些新的证据规则。随着“以审判为中心的诉讼制度改革”的不断推进,最高人民法院2017年参与颁布了关于适用非法证据排除规则的规范性文件,对非法证据排除规则做出了重大的调整。不仅如此,最高人民法院为推动“庭审实质化改革”的试点工作,同时颁布了三个涉及非法证据排除、庭前会议和法庭调查的试行规程,其中也有一些证据规则方面的重要调整。

为反映刑事证据法的发展情况,笔者对非法证据排除规则重新进行了研究,讨论了非法证据排除的适用对象,对非法证据排除程序进行了一些理论概括。例如,笔者将非自愿供述区分为“典型的非自愿供述”与“拟制的非自愿供述”;非法证据排除程序要遵循“程序性审查前置”、“先行调查”以及“当庭裁决”的原则;二审法院所提供的救济分为“强制性救济”与“裁量性救济”这两种方式;等等。对于这些制度变化,笔者在作出创新理论总结的前提下,对有关讨论作出了相应的调整,并作出了必要的修订。

随着证据法的发展,“证据法学”作为一门相对独立的法学学科,逐渐得到了法学界的普遍接受,而原来的“证据学”则已经过时,为侦查学、司法鉴定学乃至所谓的“证据科学”所取代。这一学科变化来得如此迅猛,超出了法学界的预期,将有关的学术争论弃置一边,成为一种值得高度重视的发展趋势。为反映这一学科的发展情况,笔者将《刑事证据法的体系与功能》一文增补进来,使读者对证据法学学科的发展情况有更为深入的了解和认识。

随着我国刑事审判制度改革的逐步推进,以“定罪裁判”“量刑裁判”“程序性裁判”为核心的三大司法裁判体系逐步形成。笔者在对这三大裁判体系对证据法的影响作出分析的前提下,讨论了量刑裁判中的证据规则、程序性裁判中的证据规则。与

上述三大裁判体系相对应,侦查人员也具有了三种证人地位,分别是定罪裁判中的“目击证人”、量刑裁判中的“量刑证人”、程序性裁判中的“程序证人”。对于这些问题,笔者也作出了全新的分析,并将有关研究成果纳入本书之中。

要了解刑事证据法的基本知识和基本制度,读者可以参阅笔者所著的《刑事证据法学》一书。该书的第三版即将面世。而假如要了解刑事证据理论的最新发展,研习刑事证据法学的研究方法,读者则要精读这部《刑事证据法的理论问题》。本书既可以成为研究生、高年级本科生研究刑事证据问题的教科书,也可以成为法官、检察官、侦查人员、律师了解刑事证据理论的重要参考文献。

陈瑞华

2017年12月13日于北京大学

## 第一版序言

2012年,笔者出版了一部名为《刑事证据法学》的教科书。两年后,经过大幅度的修订,这本教科书的框架结构趋于稳定和成熟。伴随着教科书的写作和修订,笔者对刑事证据法学中的一些理论问题也进行了思考,并陆续发表了十余篇涉及证据问题的学术论文。作为一种旨在向初学者传授刑事证据法学知识的作品,证据法教科书至多只能吸收一些较为成熟的理论,而无法将笔者对刑事证据法所做的理论思考全部呈现出来。因此,早在《刑事证据法学》成书之际,笔者就有了出版一部刑事证据法理论著作的想法。

这部《刑事证据法的理论问题》,就是专门讨论刑事证据理论问题的专著。从形式上看,这部著作似乎属于笔者所发表的证据法学论文的汇编,带有“论文集”的性质。但从内容上看,这些写作时间跨度达五年以上的作品,几乎都是对我国刑事证据立法经验的学术总结,贯彻了笔者所提倡的“以世界的眼光研究中国问题”的学术思路。这些作品立足于中国刑事证据立法的发展现状,通过对证据制度问题的理论思考,提出了一些具有解释力的概念和理论命题。这些概念和理论几乎都不是对西方现有理论的简单移植



和引进,而是按照“先归纳,后演绎”的原则,对中国刑事证据的制度和实践所做的理论抽象。当然,有些概念的确曾出现在西方证据法著作之中,但笔者在使用时对其内涵和外延都作出了一些界定,使之被用来解读中国刑事证据法中的制度和规则。

这种在方法论上所做的探索,与过去那种注重“拿来主义”的证据法学研究是有实质区别的。长期以来,由于刑事证据立法发展较为滞后,我国法律甚至连一些最基本的刑事证据规则都没有确立,司法实务界在审查判断证据时面临“无法可依”的问题,也存在诸多方面的不当做法。在这一现状面前,法学界基本上沿着“理论指导立法”和“理论批评现实”的道路来进行证据法学的研究。所谓“理论指导立法”,就是将西方(尤其是英美)普遍确立的各种证据制度和证据理论奉为“真理”和“定律”,运用简单的演绎逻辑,来提出确立这些制度或者贯彻这些理念的设想。多年以来,众多以证据问题为研究对象的学术论著,都是“立法论”指导下的作品,所运用的基本是“对策法学”的方法。而所谓“理论批评现实”,则是在自认为掌握证据法“普遍真理”的前提下,对中国的刑事司法实践所做的一种否定性评论。这种研究发现了证据制度和实践中存在的一些问题,但对这些问题发生的原因,却简单地归结为没有贯彻西方的普遍证据理论,或者没有确立西方的重要制度。例如,对于法庭审判中盛行“案卷笔录中心主义”的问题,研究者通常解释为法律没有确立证人出庭作证制度,没有确立直接和言词原则;对于“刑讯逼供”屡禁不止的问题,研究者解释为法律没有确立非法证据排除规则;对于司法实践中屡屡出现“冤假错案”的问题,研究者解释为法院没有真正贯彻“无罪推定”原则,在证明标准中没有确立“排除合理怀疑”这一主观证明要求;对于我国法院动辄以“认罪态度”作为对被告人进行从重或者从轻量刑依据的问题,研究者则解释为这是没有确立“沉默权制度”的结果……

从逻辑上看,无论是“理论指导立法”,还是“理论批评现实”,都是将中国的证据制度和证据实践作为评判和改造的对

象,而这种评判的依据则是西方的证据理念,这种改造的目标则是确立西方的证据制度。但是,从比较法的角度看,西方国家并没有形成“统一的证据理论”,即使在英美两国,所确立的证据理论也各不相同;西方国家更没有一部统一的证据法,且不说大陆法国家根本就没有专门的证据法,就连英美两国的成文证据法典也相去甚远。既然如此,哪一种“统一的证据法”可供中国借鉴,又哪有一套现成的证据理论可供我们参考呢?

而从证据理论的实践效果来看,随着我国刑事证据法的初步形成,众多通过效仿西方制度所确立的证据规则,并没有取得立法者所预期的实施效果,甚至在某些方面出现了新的问题。例如,2012年《刑事诉讼法》确立了证人、鉴定人、专家辅助人以及侦查人员出庭作证的制度,规定了出庭作证的情形,设置了无正当理由拒绝出庭的法律后果。但这部法律的实施效果表明,证人、鉴定人、专家辅助人出庭作证的情况并没有显著增加,侦查人员出庭作证的情况更是较为罕见。在法庭审理中,法官依然通过宣读案卷笔录的方式组织举证和质证活动。这显然说明,理论界所倡导的建立证人出庭作证制度、摆脱案卷笔录中心主义的立法主张,并未落到实处。又如,2010年以来,非法证据排除规则得到成文法的确立,并逐步得到发展和完善。但是,法院真正依法排除非法证据的情况依然极为罕见。这是一个公认的事实。这说明,法学界所提出的通过确立非法证据排除规则来解决“刑讯逼供”问题的设想,并没有如期实现。再如,2012年《刑事诉讼法》明确规定公诉方承担证明被告人有罪的举证责任,并在证明标准中引入了“排除合理怀疑”的主观要素,这应当是众多理论研究影响下的结果。但是,司法实践的情况表明,法院按照“疑罪从无”原则作出判决的情况并没有显著增加,法官按照过去的“两个基本”之要求来认定犯罪事实的做法依然延续……

很显然,中国刑事证据制度中存在的问题,并没有随着证据立法运动的发展而得到自动解决。过去曾经困扰立法者的证据

问题,如“证人不出庭作证”、“刑讯逼供屡禁不止”、“法庭审理流于形式”、“定罪缺乏明确证明标准”甚至“冤假错案屡屡发生”等问题,如今依然存在。这说明,立法者通过制定成文证据法来解决问题的努力遭遇了挫折。面对这一现实,难道我们不应过去的研究方法做出深刻反思吗?难道我们仍然要置司法实践之现实于不顾,而继续进行引进西方理论、移植西方制度的游戏吗?

在近年来的学术研究中,笔者对证据法学的研究方法进行了一种新的探索。笔者借鉴了社会科学研究的一般方法,将现行的证据制度和证据实践作为一种事实来看待,先不对其作出价值评价,而是从三个角度对其进行观察和思考:一是考察其“是什么”,运用类型化的分析方法,概括其理论模式;二是分析其“为什么”,在抽象出“自变量”和“因变量”的前提下,找出问题形成的原因;三是讨论其“怎么样”,也就是根据特定时空范围内证据制度发展的轨迹,找出其中的制度变迁规律。而在进行这种分析和概括的过程中,笔者并未满足于“就事论事”的思考,而是在找到理论对话对象的前提下,将相应的制度规律予以“概念化”,从而实现“惊心动魄的跳跃”,从经验事实的此岸世界跳到理论的彼岸世界,提出富有解释力的理论命题。对于这种带有社会科学方法色彩的证据法学研究方法,笔者称为“从经验事实中提炼出理论的方法”。

自2010年以来,中国发生了一场“刑事证据立法运动”。这场运动最初主要是由最高人民法院领导进行的。该法院推动了两个刑事证据规定的颁布和实施,确立了大量的刑事证据规则。2012年,立法机关通过修订《刑事诉讼法》,吸收了这场立法运动的一些成果。为保证新的《刑事诉讼法》得到有效的实施,最高人民法院随后颁行了新的司法解释,将2010年以来证据立法取得的主要成果全部确立在法律之中,使之具有直接的法律效力。到目前为止,这场证据立法运动还在进行之中,最高人民法院继续为完善非法证据排除规则做着积极的努力。

中国的刑事证据立法运动并不是对西方证据法的简单模仿和移植,而是针对中国特有的制度问题,确立了一系列富有特色的证据规则。对于这些证据规则的合理性,法学界尚存在一些争议。有些证据规则甚至存在突出问题。面对这些并不十分成熟的证据规则,我们究竟应像过去那样,继续搞“理论批评现实”“理论指导再立法”,还是应在承认其客观存在的前提下,运用社会科学方法对其进行观察和研究呢?在经过认真思考之后,笔者选择了后者。

按照“从经验事实中提炼出理论的方法”,笔者对中国刑事证据立法的经验进行了理论上的总结。例如,通过对中国刑事审判制度改革观察,笔者提出了定罪裁判、量刑裁判与程序性裁判并存的三大司法裁判理论,并对这三大裁判形态对证据法的影响进行了理论概括,揭示了三大证据制度的特征,这对诸多证据规则作出了新的理论解释。又如,通过对我国证据法所确立的一系列“证明力规则”的观察,笔者提出了“新法定证据主义”的证据理念,将其比作一只“看不见的手”,在左右着中国的证据立法进程,并将持续对诸多证据规则的形成和发展产生较大的影响。又如,通过对2010年以来非法证据排除规则发展历程的考察和反思,笔者认为中国同时确立了“强制性排除规则”、“裁量性排除规则”与“瑕疵证据补正规则”三大排除规则,并大体形成了以“程序审查优先”为标志的程序原则,以及以初步审查与正式调查相结合的程序构造,在排除规则适用对象上则出现了从“典型的非自愿供述”向“拟制的非自愿供述”演变的态势。再如,通过对一系列刑事证据规则的分析思考,笔者认为中国刑事证据法已经确立了两个重要的理念,一是针对前后发生矛盾的同一言词证据的“相互印证”理念,二是针对实物证据的“鉴真”理念。经过提炼得出的两个证据理念,可以为诸多证据规则的正当性提供理论解释。此外,诸如“过程证据”与“结果证据”的概括,刑事证明标准中主观要素与客观要素关系的总结等,也大都是本书在刑事证据领域所做的理论总结。

对中国刑事证据立法经验做出理论上的概括和总结,并不意味着笔者完全认同现行证据规则的合理性和正当性。事实上,很多证据规则无论其内在正当性上抑或实施效果都可能存在一些问题。对于这些问题,笔者在进行理论总结的同时也对其正当性给予了否定评价。例如,现行证据法对于“强制性排除规则”、“裁量性排除规则”和“瑕疵证据补正规则”的确立,在适用对象和排除效果上确有一些不当之处。对于违法程度更为严重的非法物证和书证,证据法竟然允许法院像对待瑕疵证据那样,给予公诉方进行程序补正的机会,并附加了“严重影响司法公正”这一裁量空间极大的适用条件,这必然造成非法物证、书证难以得到及时排除的严重后果。又如,刑事证据法对于证据证明力所作的一些法律限制,明显带有中世纪欧洲法定证据制度的痕迹,这与刑事诉讼构造的纠问化是一脉相承的。这些将部分经验法则不适当地加以规范化的立法努力,不仅阻碍了裁判者内心确信的形成,造成了司法裁判的公式化和机械化,也违背了刑事司法的基本规律。再如,在非法证据排除程序与实体审理程序的关系上,最高人民法院2010年一度确立了无例外的“先行调查原则”,要求法官在辩护方提出排除非法证据的申请后,暂时中止实体问题的审理,优先解决程序争议,然后再恢复实体审理程序。但在2012年的司法解释中,最高人民法院却部分背弃了这一原则,允许各级法院在辩护方提出申请时自行进行程序选择:既可以优先审理程序争议问题,也可以对辩护方的申请置之不理,在案件的法庭调查程序进行完毕后,再启动非法证据排除程序。这种对先行调查原则的背弃,无疑使法官在适用非法证据排除规则时享有过大的自由裁量权,甚至会造成对非法证据排除的审理流于形式,相关程序形同虚设。

无论是对刑事证据立法经验作出理论总结,还是对相关证据规则提出学术批评,笔者都没有自认为“掌握了真理”,站在所谓的“道德高地”,对诸多制度和实践进行价值评判。事实上,任何概念和理论,假如不是从经验事实中提炼出来,并经受了严格

的学术验证,都可能演变为一种带有宗教教义色彩的理论信仰。研究者一旦将某种理论命题置于如此境地,就会变成一个彻头彻尾的教条主义者。在中国刑事证据法初步形成之后,我们有责任从中国的证据立法经验中发现规律,提出抽象的理论命题,以推动证据法学理论的发展。而对于一些不尽如人意的制度和实践,我们即便提出理论批评,也不是站在西方证据理论的立场上来进行评头论足,而是对这些制度的内在逻辑是否成立以及能否达到实施效果,作出中肯的评价。

学术活动如同攀登高坡一样,越往前行,面临的阻力越大,做出新的理论创新也就变得越加困难。在出版了一部刑事证据法教科书之后,笔者接着推出了这部刑事证据法学理论著作。笔者并不奢望做出多少“原创性的学术贡献”,只想以超越自我的精神,做出一些新的学术探索 and 理论尝试。在本书的写作和出版过程中,笔者得到了法律出版社资深编辑孙东育女士的鼎力支持。作为笔者的“御用编辑”,孙女士明知本书不可能取得太大的经济效益,却对本书的学术价值给予肯定,甚至断定本书有望取得较大的“社会效益”。但愿这不会成为她的误判。

《刑事证据法的理论问题》在写作过程中得到了国家2011计划司法文明协调创新中心的资助,本书也是该中心的研究成果。

陈瑞华

2014年12月4日

谨识于北大陈明楼

# 目 录

第二版序言

第一版序言

第一章 刑事证据法的体系和功能	1
一、对“证据学”理论的反思	1
二、从“证据学”走向“证据法学”	6
三、刑事证据法的体系	12
四、刑事证据法的功能	15
五、制约刑事证据法的若干因素	27
六、对两个理论问题的反思	36
第二章 三大司法裁判形态对证据法的影响	42
一、引言	42
二、定罪裁判中的证据理念	45
三、量刑裁判中的证据理念	49
四、程序性裁判中的证据理念	54
五、三大裁判形态对司法证明过程的影响	58
六、侦查人员的三种证人地位	65
第三章 新法定证据主义	
——以限制证据证明力为核心的证据理念	73
一、引言	73
二、新法定证据主义的基本特征	76
三、新法定证据主义兴起的原因	85
四、对新法定证据主义的理论反思	93

五、新法定证据主义的未来	98
第四章 非法证据排除规则的中国模式	
——以 2010 年两个刑事证据规定为样本的分析	103
一、问题的提出	103
二、“强制性的排除”与“自由裁量的排除”	106
三、“可补正的排除”	112
四、程序审查优先原则	117
五、证明责任的分配	122
六、徒法不足以自行(代结语)	128
第五章 非法证据排除规则的适用对象	
——以非自愿供述为范例的分析	132
一、引言	132
二、排除非自愿供述的目的	135
三、典型的非自愿供述	140
四、拟制的非自愿供述	148
五、“毒树之果规则”的适用	150
六、对排除规则适用对象的反思	152
七、结论	154
第六章 非法证据排除程序的理论展开	156
一、引言	156
二、程序性裁判的性质	159
三、审判前的排除程序	164
四、程序性裁判的启动方式	167
五、程序性裁判与实体性裁判的关系	169
六、初步审查与正式调查的关系	173
七、正式调查程序的诉讼构造	175
八、二审法院的两种救济方式	177
九、反思性评论	178



第七章 “瑕疵证据”的补正规则	186
一、引言	186
二、“瑕疵证据”的分布和类型	188
三、“瑕疵证据”与“非法证据”	192
四、“可补正的排除”与“自由裁量的排除”	198
五、对“瑕疵证据”进行补正的正当性	201
六、“瑕疵证据”的补正与治愈	209
七、几点反思	215
第八章 证据相互印证规则	219
一、引言	219
二、作为证明力要求的印证规则	221
三、作为证明标准的印证规则	225
四、印证与口供补强规则	229
五、对印证规则的反思	233
六、印证规则的未来	240
第九章 实物证据的鉴真问题	244
一、引言	244
二、鉴真的性质	247
三、比较法视野下的鉴真方法	251
四、鉴真的诉讼功能	258
五、违反鉴真规则的法律后果	261
六、鉴定检材的鉴真问题	263
七、对中国鉴真制度的几点反思	265
第十章 刑事诉讼中的过程证据	270
一、引言	270
二、过程证据的基本类型	271
三、过程证据的主要功能	276
四、过程证据的审查模式	282
五、过程证据的证据能力	288