

国家检察官学院与福特基金会合作项目

Df 15-13a1-43

H3- 检察证据教程

高级检察官资格培训教材

国家检察官学院组织编写

最高人民检察院检察教材编审委员会审定

◇何家弘 杨迎泽 著



A1000042

法
律
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

检察证据教程/何家弘,杨迎泽著. —北京:法律出版社, 2002.3

高级检察官资格培训教材

ISBN 7-5036-3676-9

I. 检… II. ①何…②杨… III. 证据—制度—检察官—教材 IV. D915.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 006289 号

出版/法律出版社

印刷/中国科学院印刷厂

责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

责任校对/杜进

开本/A5

版本/2002 年 3 月第 1 版

印张/17.625 字数/467 千

2002 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414129(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.china law-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3676-9/D·3311

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

编写说明

为推进检察官教育培训的正规化、现代化,根据最高人民法院确立的检察教育的基本任务和修改后的《检察官法》关于检察教育培训的规定,检察官的教育培训应当实现由补课式、应急性培训向系统、规范培训转变。资格培训是实现检察官培训正规化的重要方面。最高人民法院在制定的《2001年——2005年全国检察干部教育培训规划》中规定,检察官晋升,必须先培训,经培训合格后方可晋升。本教材是高级检察官资格培训教材,即凡拟晋升为高级检察官的,需掌握本套教材的基本内容,经培训、考试合格后方可取得晋升资格。同时,本教材也将适用于高级检察官的在职、续职培训。

最高人民法院对编写这套高级检察官资格培训教材予以高度重视,组成了以副检察长张穹、邱学强和政治部主任王振川同志为主任、十几位专家为委员的编委会,领导此项工作。国家检察官学院、最高人民法院政治部教育培训部具体组织了编写工作。福特基金会提供经费资助。这套教材在编写上采取了专著式的写作方式,由作者独撰或合作撰写、专家审稿。教材的作者或审稿人均是在法学理论或检察理论研究方面具有较深造诣,在检察实践方面有丰富经验的法学教授、专家。为配合教学,开阔检察官的视野,针对法学理论、检察理论中的前沿或热点等不易编写在教材中的问题,我们以专家论坛的形式制作了相应的配套光盘,与教材同时出版。

在教材编写、教学光盘制作和出版过程中,得到了北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、四川大学法学院、法律出版社、法制音像出版社、福特基金会等院校、机构和专家学者的大力支持,在此深表谢意!

由于此次教材编写的探索性等原因,教材本身可能会有诸多缺点或不足,请专家和读者指正。我们也会随着教学、科研、检察实践的发展,不断完善这套教材,实质性地推进检察教学培训工作。

高级检察官资格培训教材编委会

2001年12月

高级检察官资格培训教材编委会

主任 张 穹 最高人民检察院副检察长
邱学强 最高人民检察院副检察长
王振川 最高人民检察院政治部主任

执行主任 张 穹

策 划 孙 谦 国家检察官学院院长，教授，法学博士、博士后
委 员(以姓氏笔划为序)

丁慕英 国家检察官学院教授
于 萍 最高人民检察院政治部干部培训部副部长
王少峰 最高人民检察院政治部干部培训部部长
王利明 中国人民大学法学院教授，博士生导师
石少侠 国家检察官学院副院长，教授，博士生导师
龙宗智 四川大学法学院教授，博士生导师
江礼华 国家检察官学院副院长，教授
何家弘 中国人民大学法学院教授，博士生导师
陈兴良 北京大学法学院教授，博士生导师
李忠芳 国家检察官学院教授
宋英辉 中国政法大学教授，博士生导师
杨立新 中国人民大学法学院教授，博士生导师
周其华 国家检察官学院教授
姜 伟 最高人民检察院起诉厅厅长，教授，博士生导师
戴玉忠 最高人民检察院法律政策研究室主任
编委会办公室主任 徐鹤喃

目 录

上篇 基础知识

第一章 证据的概念、功能、原则和历史·····	(1)
第一节 证据的概念·····	(1)
第二节 证据的功能·····	(8)
第三节 证据的原则·····	(13)
第四节 证据的历史·····	(19)
第二章 证据的法定形式·····	(40)
第一节 物证·····	(40)
第二节 书证·····	(45)
第三节 证人证言·····	(50)
第四节 被害人陈述·····	(53)
第五节 犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解·····	(56)
第六节 鉴定结论·····	(59)
第七节 勘验、检查笔录·····	(62)
第八节 视听资料·····	(66)
第三章 证据的分类·····	(71)
第一节 言词证据与实物证据·····	(71)
第二节 原生证据与派生证据·····	(79)
第三节 直接证据与间接证据·····	(83)
第四节 本证和反证·····	(91)
第四章 司法证明的概念、对象、责任和标准·····	(97)
第一节 司法证明的概念·····	(97)

第二节 司法证明的对象	(103)
第三节 司法证明的责任	(112)
第四节 司法证明的标准	(118)
第五章 司法证明的方法	(128)
第一节 司法证明方法的特点和种类	(128)
第二节 司法证明中的推定与认知	(135)
第三节 司法证明中的同一认定	(144)

中篇 证据规则

第六章 证据规则概述	(161)
第一节 证据规则的概念和种类	(161)
第二节 外国证据规则简介	(165)
第三节 中国刑事证据规则的体系	(173)
第七章 取证规则	(179)
第一节 询问规则	(179)
第二节 讯问规则	(182)
第三节 辨认规则	(186)
第四节 搜查规则	(190)
第五节 勘验、检查规则	(192)
第六节 侦查实验规则	(195)
第七节 鉴定规则	(197)
第八节 证据保全规则	(201)
第八章 举证规则	(207)
第一节 举证责任的一般规则	(207)
第二节 举证责任的特殊规则	(212)
第三节 举证的程序性规则	(222)
第四节 证人作证的规则	(229)
第九章 质证规则	(236)

第一节	质证的一般规则·····	(236)
第二节	质证的保障性规则·····	(244)
第三节	质证的程序性规则·····	(247)
第十章	认证规则·····	(254)
第一节	认证的一般规则·····	(254)
第二节	证据的采纳规则·····	(261)
第三节	证据的采信规则·····	(268)

下篇 证据实务

第十一章	检察证据实务概述·····	(273)
第一节	检察证据实务的内容和特点·····	(273)
第二节	检察人员评断证据的一般方法和步骤·····	(281)
第三节	评断证据真实性的方法·····	(285)
第四节	评断证据价值的方法·····	(294)
第五节	间接证据的综合评断·····	(296)
第十二章	自侦案件中的证据实务·····	(304)
第一节	贪污案件中证据的收集和审查判断·····	(304)
第二节	贿赂案件中证据的收集和审查判断·····	(318)
第三节	渎职案件中证据的收集和审查判断·····	(333)
第十三章	审查批捕中的证据实务·····	(343)
第一节	批捕证据审查的内容·····	(343)
第二节	批捕证据审查的特点·····	(349)
第三节	批捕证据的标准·····	(355)
第四节	批捕证据审查的方法和步骤·····	(359)
第十四章	审查起诉中的证据实务·····	(365)
第一节	起诉证据审查的内容·····	(365)
第二节	起诉证据审查的特点·····	(372)
第三节	起诉证据的标准·····	(375)

第四节	起诉证据审查的方法和步骤·····	(381)
第十五章	庭审调查中的证据实务·····	(391)
第一节	起诉证据的准备与出示·····	(391)
第二节	辩护证据的分析与反驳·····	(404)
第三节	庭审中质证技巧与策略·····	(410)
第十六章	民事行政检察证据实务·····	(422)
第一节	当事人在民事行政检察中的举证·····	(422)
第二节	检察机关在民事行政检察中的调查·····	(425)
第三节	民事行政检察证据审查的方法和步骤·····	(428)

附篇 前沿探索

〈一〉关于司法公正的思考·····	(433)
〈二〉关于证据概念的反思·····	(455)
〈三〉沉默权制度与刑事司法的价值取向·····	(472)
〈四〉测谎结论与证据的“有限采用规则”·····	(501)
〈五〉司法证明的目的和标准·····	(531)
后记·····	(552)

上篇 基础知识

第一章 证据的概念、功能、原则和历史

第一节 证据的概念

一、证据的基本词义

顾名思义,证据就是证明的根据。大概由于证据在法律事务中具有特别重要的地位,在司法活动中具有最高的使用频率,所以人们一听到这个词就会自然而然地联想到案件、纠纷、调查、审判等法律事务中的问题。《辞海》中对证据的解释即:“法律用语,据以认定案情的材料。”^①

然而,人们在日常生活和工作中也经常需要证明,因而也经常使用证据。例如,张三要向朋友证明自己昨天确实去了电影院,就需要证据;李四要向用人单位证明自己是大学毕业生,也需要证据;王五想证明“1 加 1 不等于 2”,还需要证据;赵六想证明过度采摘草药是导致草原沙化的主要原因,仍然需要证据。由此可见,证据是普遍存在的,证据是人们在社会生活中广泛使用的一个词语。

虽然人们在日常生活中不需要像在法律领域内那样给证据一词下一个准确的定义,但是语词的使用总要以相通的理解为前提,否则就会造成语言交流中的混乱。语词的形成有一定的客观规律,语词与概念之间也具有相对稳定的对应关系。但是,语词的流行离不开约定俗成。不被人们接受的语词是没有生命力的语词,不被人们接

^① 《辞海·语词分册(上)》(修订本),上海辞书出版社 1979 年版,第 373 页。

受的词义也是没有生命力的词义。

如果说证据是一个法律术语,那么它在法律领域内的使用也不能完全脱离人们在日常生活中的使用习惯,也不能完全脱离人们在日常生活中对这一概念之内涵的一般理解。回归正题,在法律上给证据下定义也不能完全脱离人们在日常的生活和工作中使用这一语词时的习惯和理解,即基本词义。从汉语的字词结构来理解,证据的基本词义就是证明的根据,这应该是我们研究证据概念问题的出发点。

二、证据概念的学说

法律必须以严谨的逻辑为基础,因此需要对使用的专门术语进行准确的定义。在法律领域内,语词的同质性至关重要。但是,由于事物的复杂性、多样性、变化性,人们对有些法律概念的理解和使用其实很难统一,证据就是一个例证。无论是中国的学者还是外国的学者,都对证据的定义甚感棘手。于是,学术界众说纷纭,实务界莫衷一是,许多国家在立法中也索性对证据的定义采取回避的态度。下面择要介绍有关证据概念的几种学说。

(一)事实说

所谓“事实说”,就是把证据界定为一种用作证明的事实。例如,英国 19 世纪著名法学家边沁就主张,“在最广泛的意义上把证据假定为一种真实的事实,把它看做是一种成为相信另一种事实存在或不存在的理由的当然事实。”^① 按照这种观点,证据是用来证明案件事实的,但是证据本身也是一种事实。例如,在一起故意杀人案中,张三作证说李四杀了人;侦查员在现场发现的匕首是李四的,也可以证明李四杀了人。在此,张三的证言和现场的匕首都是证明杀人事实的证据,但它们自己同时也是一种事实,即“张三提供该证言”的事实和“现场有该匕首”的事实。因此,司法证明活动中的事实有两种,一种是案件事实,一种是证据事实。

^① 转引自陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社 1991 年版,第 100 页。

多年以来,“事实说”一直在我国的证据法学界占主导地位,而且已经贯彻到我国的有关立法之中。1979年7月1日,第五届全国人民代表大会第二次会议通过了新中国的第一部《刑事诉讼法》。该法第31条规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”这是我国法律首次对证据一词作出的明确解释。1989年的《行政诉讼法》、1991年的《民事诉讼法》以及1996年修订的《刑事诉讼法》,都或者明示或者默示地继承了这一解释。于是,我国证据学者多把上述条文作为界定证据概念的法律依据。例如,有的学者认为“证据就是证明案件真实情况的事实”,^①还有的学者明确指出,我国《刑事诉讼法》的有关规定“是立法上对诉讼证据所下的定义”,它包括了诉讼证据的两个基本特征,其一,“它是确实存在的事实”;其二,“它是同案件事实有着客观联系的事实”。^②

(二)根据说

所谓“根据说”,就是把证据界定为证明案件事实的根据。持这种观点的学者认为,证据与事实之间是不能划等号的。证据可以证明事实,但是证据本身并不等于事实。如果首先确定了“证据为证明案件真实情况的一切事实”,那么证据便与事实划上了等号,而且证据都必须是属实的。但是,根据诉讼法的有关规定,凡证据必须查证属实,才能作为认定案件事实的根据。一方面说证据都是属实的,另一方面又说证据需要查证属实,二者显然互相矛盾。而“根据说”则与诉讼法中“证据必须查证属实,才能作为认定案件事实的根据”的规定恰好吻合。另外,“在学理上,证据还有原始证据与传来证据、直接证据和间接证据等之分,证据的效力是不同的。因此,若将证据一概而论,与事实划等号显然是不科学的、不严谨的。”^③

① 参见江伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,第206页。

② 参见陈一云主编:《证据学》(第二版),中国人民大学出版社2000年版,第99—101页。

③ 参见毕玉谦著:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第7—9页。

在持“根据说”的学者中间,人们对证据定义的具体表述仍然有细微的差别。例如,有的学者强调,证据是司法机关“用来证明案件真实情况,正确处理案件的根据”^①;有的学者则认为,“诉讼证据,是指在民事诉讼过程中用来确定案件事实的根据。”^②这两种定义的细微差别在一定程度上反映了人们对证据真实性问题的不同理解。

(三)材料说

所谓“材料说”,就是把证据界定为证明案件事实的材料。使用中性词“材料”给证据定位,一方面表明了这些学者不赞成把证据界定为“事实”的观点,另一方面也体现了这些学者试图在证据概念的层面上回避证据真实性问题的良苦用心。例如,英国证据学家摩菲认为:证据是“能够说服法官认定某个案件事实为真实或者可能的任何材料”。^③在中国的学者中,持这种观点的人对证据概念的表述也不尽同。有人认为,行政诉讼证据是“一切用来证明案件真实情况的材料”^④;有人则认为,“从《行政诉讼法》所确定的证据种类来看,行政诉讼证据是指用来证明案件事实的一切材料和手段。”^⑤

(四)统一说

所谓“统一说”,就是要强调证据内容与证据形式的统一。由于出发点略有不同,“统一说”也有不同的表述,其中,有些可以看做对“根据说”的完善,有些可以视为对“事实说”的补充。例如,有的学者认为,“诉讼证据,是审判人员、检察人员、侦查人员等依照法定的程序收集并审查核实,能够证明案件真实情况的根据”,“从证据所反映的内容方面看,证据是客观存在的事实;从证明关系看,证据是证明案件事实的凭据,是用来认定案情的手段;从表现形式看,证据必须

① 杨荣新主编:《民事诉讼法教程》,中国政法大学出版社1991年版,第210页。

② 王怀安主编:《中国民事诉讼法教程》,人民法院出版社1992年版,第136页。

③ Peter Murphy: A Practical Approach to Evidence, (4th Ed.) Blackstone Press Ltd. 1992, p. 1—2.

④ 应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1994年版第136页。

⑤ 马原主编:《中国行政诉讼法讲义》,人民法院出版社1990年版,第86—87页。

符合法律规定的表现形式,诉讼证据是客观事实内容与表现形式的统一。”^①有的学者则指出,“证据是证据的内容(事实材料)与证据的形式(证明手段)的统一”,其代表性的表述为,“证据是以法律规定的形式表现出来的能够证明案件真实情况的一切事实”。^②

除上述主要学说外,在证据的概念问题上还有许多不同的观点。有人主张证据是导致法官确信案件事实的原因(“原因说”);有人主张证据是当事人举证或司法人员调查的结果(“结果说”);有人认为证据是确认待证事实的方法(“方法说”);有人认为证据是证明案件事实的手段(“手段说”);有人强调证据本身不是客观事实,而是客观事实在人意识中的反映(“反映说”);有人强调证据既不能称之为存在,也不能称之为意识,而是一种信息——是关于案情的信息(“信息说”);还有人指出,证据一词应该具有双重含义(“两义说”)甚至多层含义(“多义说”)。^③例如,台湾学者陈朴生认为:“证据,乃为证明要证事实,使臻明了之原因,亦称证明之手段,即依据已知之资料,以推理其事实之存在或不存在是。”^④此外,为了解释立法规定与司法实践在证据真实性问题上的矛盾,有些学者还把证据的概念分为“广义证据”与“狭义证据”(“广义——狭义说”),或者分为“证据事实”和“证据材料”(“事实——材料说”)。学说如此众多,可见证据概念问题既是非常重要的,也是非常复杂的。

三、证据的定义

在上述各家学说中,我们赞成“根据说”的观点。具体来讲,证据就是在诉讼活动中或其他法律事务中用以证明案件事实或争议事实的根据。为了更好地理解这一定义,我们有必要考察以下三对概念的关系。

① 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2001年版,第45—46页。

② 参见卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年版,第70页。

③ 参见高家伟著:《行政诉讼证据的理论与实践》,工商出版社1998年版,第3页。

④ 陈朴生著:《刑事证据法》(重订版),三民书局,1992年,第41页。

(一) 诉讼证据与非诉讼证据

法律意义上的证据主要指诉讼证据,即各种诉讼活动中使用的证据。但是,在仲裁、调解、公证、行政执法等活动中,证据也是存在的,而且也是非常重要的。因此,法律意义上的证据并不仅指诉讼证据。诚然,由于诉讼活动和非诉讼活动对证据的要求和规定不尽相同,我们可以把证据划分为诉讼证据和非诉讼证据,而且,由于不同诉讼活动中的证据规则也有所不同,我们还可以进一步把诉讼证据划分为刑事诉讼证据、民事诉讼证据和行政诉讼证据,但是,这些划分并不能改变证据概念的本质属性。换言之,无论是诉讼证据还是非诉讼证据,无论是刑事诉讼证据还是民事诉讼证据,都首先是证据,因此都必须适用统一的证据定义。

(二) 证据与定案根据

证据存在于整个诉讼的过程之中。虽然证据最终都是服务于审判的,但是证据并不是在审判阶段才出现的“东西”,更不是法官采信后才存在的“东西”,因此在讨论证据的概念问题时,我们实际上需要界定两个“东西”:一个是由侦查人员收集或当事人提供来证明案件事实的“东西”,一个是经法官审查后决定采信的“东西”。在此,关键问题是这两个“东西”能否被统称为证据,特别是前一个“东西”能否被界定为证据。

有的学者认为,前一个“东西”不是证据,只能称为“证据材料”,后一个“东西”才是证据,或者称为“诉讼证据”或“证据事实”。其中,“证据事实”为已经查明的属实证据,可以作为定案的根据,而“证据材料”由于未经过审判人员依法定程序的加工和提炼,不一定就是属实证据。^① 这种观点的初衷是可以理解的,但是规定侦查人员收集和当事人提供的“东西”不能称为证据,只能称为“证据材料”,显然不符合人们在长期的司法实践中使用“证据”这一语词的习惯。如果说侦查人员、检察人员、律师和当事人在诉讼过程中收集和使用的证据

^① 毕玉谦著:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第11页。

都只能称为“证据材料”，那人们在审判结束之前就只能不厌其烦地在“证据”后面加上“材料”两字，使用“举出证据材料”、“对证据材料进行质证”、“对证据材料进行审查判断”等赘语。另外，这种说法也不符合现行诉讼法中的有关规定，因为法律也没有说上述“证据材料”必须经过查证属实才能作为定案的根据。

笔者认为，上面讲的两个“东西”都可以称为证据，只不过前者是一般意义上的证据，后者是作为定案根据的证据。在此，证据和定案根据是两个既有联系又有区别的概念。一般来说，定案根据都是证据，但是证据并不一定都能成为定案根据。司法人员对于自己收集或他人提供的证据都要根据有关的规则进行审查评断，然后从中筛选出他们认为可靠的证据作为定案的根据。那些未被司法人员采信的证据，仍然是证据，只是未能成为定案根据而已。

顺便指出，决定一个“东西”能否称为证据，不应以法官的采信为标准，否则就会使证据失去应有的确定性。例如，在一起合同诈骗案件中，一审法院的法官请笔迹专家对合同上的字迹进行了鉴定，但是后来经过对案件中各种证据的综合评断，法官认为该鉴定结论不符合案件真实情况，未予采信。我们能因此说该鉴定结论就不是证据吗？否！它当然是证据，只是没有被该法官采用为定案根据而已。后来，该案的二审法院又采信了该鉴定结论，将其作为二审推翻原判的根据之一。如果只有法官采信的才叫证据，那么该鉴定结论就一会儿是证据，一会儿又不是证据了，这必将导致司法实践中的混乱。总之，证据就是证明案件事实的根据，无论是否经过了法官的审查，它们都是证据，但是只有通过了法官审查的证据，才能成为定案根据。

（三）应然证据和实然证据

严格地说，我国刑事诉讼法等法律中对证据的规定并不是证据的定义。从逻辑学的角度分析，“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”，这是一个全称肯定判断，即“所有 S 是 P”。在这个判断中，主项 S 是周延的，但是谓项 P 不周延。这就是说，所有 S 都是 P，但

是并非所有 P 都是 S, 因此这个判断中的主项和谓项是不能颠倒的。例如, 我们可以说所有“中国人”都是“人”, 但是我们不能因此得出结论说所有“人”都是“中国人”。回到证据问题上, 所有“证明案件真实情况的事实”都是“证据”, 这并不等于说所有“证据”都是“证明案件真实情况的事实”, 换言之, 证据中可能存在着不属实或者不完全属实的内容。

由此可见, 诉讼法中的上述规定其实带有要求和希望的含义, 即诉讼活动中使用的证据应该是能够证明案件真实情况的事实, 这属于“应然证据”。但是, 希望并不等于现实, 应然并不等于实然, 司法实践中的证据未必都能满足这一法律的要求。立法者要求或希望人们在诉讼中使用的证据都是属实的, 但是现实中的证据并不一定都是属实的, 换言之, “实然证据”并不一定都是属实的。其实, 法律也没有规定不属实的“东西”都不能称为证据, 相反, 法律明确规定司法人员必须对各种证据进行审查, 就是因为“实然证据”中往往存在着不属实的内容。“应然证据”与“实然证据”是两个既有联系又有区别的概念。在制定法律的要求时, 我们可以着眼于“应然证据”, 但明确现实中使用的语词定义时, 我们还应该立足于“实然证据”。

第二节 证据的功能

“功能”本来是生物学等自然科学领域内使用的一个术语, 后来被引入社会科学领域, 并成为研究各种社会政治制度及其结构体系的一个重要范畴, “功能分析法”也成为社会科学研究的一种重要方法。就人类认识论的发展而言, 功能概念使人们对客观事物的认识突破了孤立与静止的束缚, 从而在整体上和系统中拓展认识的深度和广度。

所谓功能, 是指一事物对他事物产生的有效作用。但是, 功能又不仅指作用本身, 还包括与作用有关的系统机制与活动。证据的功能就是证据在司法系统中所能发挥的有效作用。多年来, 我国学者