

● 何家弘 / 主编

证据学论坛

第三卷

ZHENGJUXUE
LUNTAN

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据学论坛. 第3卷/何家弘主编.

北京: 中国检察出版社, 2001.10

ISBN 7-80086-858-3

I. 证… II. 何… III. 证据-理论研究-文集

IV. D915.130.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 062617 号

证据学论坛 (第三卷)

何家弘 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

电子邮箱: zgjccbs@263.net

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂印刷

开 本: A5

印 张: 17.625 印张

字 数: 437 千字

版 次: 2001 年 10 月第一版 2001 年 10 月第一次印刷

印 数: 1—5000 册

书 号: ISBN 7-80086-858-3/D·859

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《证据学论坛》编委会

编委会主任：江伟（中国人民大学法学教授）

编委会委员：（以姓名笔画为序）

龙宗智（四川大学法学教授）

田文昌（中华全国律师协会刑事业务委员会
主任委员）

刘一杰（司法部法规教育司司长）

汪建成（北京大学法学教授）

何家弘（中国人民大学法学教授）

邹明理（西南政法大学法学教授）

陈一云（中国人民大学法学教授）

张卫平（清华大学法学教授）

郎 胜（全国人大法工委刑法室主任）

赵汝琨（中国检察出版社总编辑）

郝赤勇（公安部六局局长）

徐立根（中国人民大学法学教授）

袁 立（中华全国律师协会副秘书长）

崔 敏（中国人民公安大学法学教授）

樊崇义（中国政法大学法学教授）

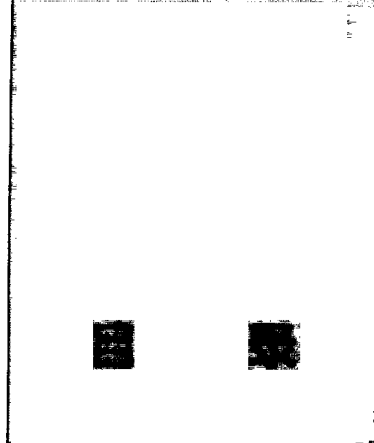
熊选国（最高人民法院研究室副主任）

戴玉忠（最高人民检察院研究室主任）

主 编：何家弘

学术秘书：童勇 刘品新

责任编辑：李法宝



卷首白话

“诚信原则” 诤议 何家弘 / 3

前沿聚焦

诉讼证明：一个亟待重塑的概念 卞建林等 / 19
诉讼证明相关问题的反思 刘田玉 王海鸿 / 67
论民事证明标准及其程序保障机制 邵增兴 / 79
刑事证明标准的两个维度 魏晓娜 / 123
民事举证责任概念评说 廖中洪 / 136
刑事诉讼证明责任论 王培中 / 155

网上对话

诱惑侦查与侦查圈套 何家弘 龙宗智 / 171

专论大观

• ————— •

- 论我国举证责任分配的基本原则 刘金友/195
- 关于非法证据排除规则的思考 郝赤勇 李文胜/205
- 多元与普适: 刑事司法国际准则视野内的非法证据排除
规则 谢佑平 万 毅/212
- 论直接言词原则与民事证据制度的完善 刘 敏/228
- 直接言词原则在我国的实现方式
——兼论证人出庭问题 刘 晶/243
- 质证规则研究 沈丙友/258
- 论鉴定结论及其属性 邹明理/293
- 论鉴定结论的展示 李新天 张桂勇/311
- 论行政诉讼证据制度的特殊性 高家伟 乔红星/319

学术沙龙

• ————— •

司法审判制度中的情和理

- 以证据制度研究为中心 张永泉/333

什么是证据

- 反思性重塑 梁玉霞/359

证人思辨

- 以刑事诉讼为视角 李忠强 黄旭能/367

- 建立现代证人制度的几点构想 邹国华/374

科技平台

- 试论会计资料作为刑事诉讼证据的特点 许为安/385
- 财务会计资料证据的证明力问题 于 朝/397
- 认定证据相关性的逻辑性标准 张继成/417

实证研究

关于刑事审判认证问题的思考

——来自检察官、法官的问卷调查报告

..... 廖明 刘燕/435

刑事诉讼证人拒证原因探析 吴丹红/448

补强证据

——一起由无罪改判死刑抗诉案的启示

..... 高一飞 李建超/456

外法评介

论民事诉讼中的举证妨害行为（韩国）

..... 李时润（著） 金玄卿（译）/469

英国民事诉讼书证开示制度改革新动态 万 勇/482

“康泽恩诉联合王国案”判决书（欧洲人权法院第三

庭） 刘晓丹（编译）/500

书苑漫笔

• ————— •

思辨为本，推陈出新

——卞建林教授新编《证据法学》评介

..... 汪建成 谢安平/523

理论的突破，实践的先导

——评《证据调查实用教程》..... 周惠博/532

卷末絮语

• ————— •

主编寄语..... 何家弘/545

征稿启事..... /547

英文目录..... /549

卷首白话

“诚信原则”诂议

何家弘

楔子

今年，女儿参加高考。从语文考场出来，她说作文题是一则寓言，很有意思。那则寓言的大意是：一个年轻人得到了健康、美貌、诚信、才华、金钱、荣誉、地位七个行囊。在过河时遇到了很大的风浪，船夫让他扔掉一个行囊，否则就会葬身河底，并告诉他人生有得必有失。经过一番权衡，年轻人觉得其他六样东西都不可缺少，便扔掉了诚信。听了女儿的话，我不由得联想到刑事诉讼活动中的“诚信原则”问题。

新世纪伊始，笔者便与 20 位专家学者以近乎马不停蹄的方式，“周游欧盟列国”，考察其刑事证据制度。在一个月的时间内，我们一进西班牙，两入英、法、德、比，六过卢森堡，就连大年除夕都是在匆匆的旅途中渡过。然而，走马观花，看到的未必都是浮光掠影；来去匆匆，耳闻的未必只有道听途说。其实，旅途归来，众人都深感此行不虚。

虽然我以前对欧洲的刑事证据制度也有所研究，但是此次欧盟之行仍有不少新的收获，而且其中不乏令人刮目相见或感到耳目一新之处。例如，我一直以为英国在刑事证据制度的价值取向上过分强调犯罪嫌疑人和被告人的利益，忽视社会的利益和被害人的利益。但是这一次的所见所闻，使我有新的感受。下面的判例就很

有代表性。

1997年1月23日凌晨,英国伦敦发生了一起入室盗窃强奸案。受害人是一个66岁的老妇人。警方技术员对受害人的阴部进行检查并提取到强奸犯留下的精斑。3月20日,技术员从该精斑中获得了罪犯的DNA图谱。然而,警方经过调查没有找到嫌疑人,只好把该图谱存入未破案件的DNA数据库,以便日后发现嫌疑人时比对。

英国警方建立的DNA数据库主要由两部分组成,一部分是被判有罪者的DNA样本,目前存储量已达100多万份;另一部分是犯罪现场提取的DNA样本,即未破案件中的样本,存储量达10多万份。另外,英国法律还允许警察提取犯罪嫌疑人的DNA检材样本。

在提取、保存、使用DNA检材样本的问题上,嫌疑人的个人利益和社会的整体利益就不可避免地发生了冲突,因为及时提取、长期保存、有效使用这些样本有利于打击犯罪和维护社会秩序,但这样做很可能会使嫌疑人的权益受到侵犯和伤害。

诚然,如果犯罪嫌疑人同意警察提取其毛发或血液作为DNA检材样本,这种冲突就以平和的方式化解了,或者以隐伏水下的方式存在着。但是在司法实践中,很多犯罪嫌疑人不同意警察提取其血液或毛发作为检材样本。在这种情况下,冲突就浮出了水面。强制提取符合社会的利益,即查明犯罪事实并使有罪者受到刑事处罚,但是不符合犯罪嫌疑人的利益,甚至有强迫其自证有罪之嫌。面对这种冲突,一个国家的法律必须以一定的价值定位为基础,做出自己的选择。

英国1984年的《警察与刑事证据法》把人体检材样本分为两类:一类是“体内样本”,包括血液、精液、尿液、阴毛等;一类是“非体内样本”,包括除阴毛以外的其他毛发和唾液等。按照该法律第62条的规定,提取体内样本的条件包括:嫌疑人已经被警方拘留;由警司级别以上的警官批准;嫌疑人同意提取。这就是说,提取嫌疑人的体内样本必须征得嫌疑人的同意。不过,第62

条第 10 款补充规定，如果嫌疑人没有充分理由就拒绝同意警察提取其体内样本，法庭和陪审团在判定被告人是否有罪时可以对此“拒绝”做出“适当的推断”。按照该法律第 63 条的规定，提取嫌疑人的非体内样本一般也要征得嫌疑人的同意，但是对于那些已经被告知指控的嫌疑人，警方可以依照法律规定的程序强制提取。该法律还规定，如果嫌疑人后来在所指控的犯罪案件中被法庭判决无罪，那么原来提取的体内样本和非体内样本都必须尽快毁掉，不能继续使用或保存。

1998 年 1 月 4 日，一个年轻人因另外一起入室盗窃案嫌疑被警方逮捕。在接受警察讯问时，他拒绝承认有罪，也不同意让警方提取他的人体检材样本。按照前述法律的规定，警察强制提取了他的唾液样本。5 月 12 日，该样本送交实验室检验并制作了 DNA 图谱。

同年 8 月 23 日，由于证据不足，法庭在那起入室盗窃案的审判中判该青年无罪。但是，警察没有按照法律规定及时销毁其 DNA 样本，而是将其与未破案件数据库中的 DNA 样本进行比对。10 月 6 日，鉴定人员发现该青年的 DNA 图谱与 1997 年那起入室盗窃强奸案中犯罪人留下的 DNA 样本特征吻合。于是，警察在 10 月 15 日再次逮捕该青年。

在审讯中，该青年拒不承认自己有罪，而且再次拒绝了警方提取其体内样本的要求。后来，警方又依照法定程序强制提取了他的头发样本，并于 10 月 18 日再次得出 DNA 鉴定结论：二者同一的概率高达 1 比 1700 万。于是，检察官以入室盗窃强奸罪又把该青年送上法庭。在该案中，由于那位 66 岁的受害人没有看清罪犯的相貌，不具备辨认条件，所以 DNA 鉴定结论就成为审判的关键证据。在法庭上，法官认为该 DNA 证据的取得违反了法律的有关规定，不能采用，并因此判被告人无罪。

按照英国法律的有关规定，非法获得的证据分为“法定不能采用”和“法官自由裁量不采用”两种情况。前者一般指警察通过刑讯逼供等严重违法手段获取的证据；后者指警察通过不太严重的违

法手段获取的证据。本案中的情况究竟应该属于“严重的违法手段”还是“不太严重的违法手段”，法律没有明确的规定，但是该法官表示，无论如何，他都会裁定该证据不得采用。

另外，英国在刑事审判中采用“一罪不二审”的原则，所以检察官不能就法庭的无罪判决提出上诉，但是可以就该证据裁定提出上诉。于是，英国检察长将案件提交上诉法院审理，但是上诉法院维持了原审法院的裁定。检察长不服，又把案件上诉到英国最高审判机关，即上议院。

2000年12月14日，英国上议院裁定：证据的采用与否属于法官的自由裁量权，国会立法不能越俎代庖。在该案中，DNA鉴定结论是至关重要的证据，而且该鉴定结论也是确实可靠的，因此法官应该采用，尽管那是违反法律规定取得的证据。仅仅因为取证不合法就让被告人逃避惩罚，这显然不符合司法公正的要求。当然，对该案的被告人来说，上议院的这一裁定并没有实质性意义，因为被告人已经被判无罪，不会再次接受审判。但是该判例对英国的证据规则和司法实践具有重大的意义。毫无疑问，这里有一对无法回避的矛盾，即查明案件事实与保护被告人权利之间的矛盾，或者说，打击犯罪与保护被告人权利之间的冲突。在如何平衡这对矛盾的问题上，英国上议院在该案的判决中做了回答。其中有一段话，很值得我们认真思考，特摘录如下：

“人们必须记住，保护被告人的权利不是（刑事司法）要追求的惟一价值目标。刑事司法的目标是要让每一个人在日常生活中免除犯罪对人身或财产的侵害或由此带来的恐惧。而且，严重犯罪应该受到有效的侦查和起诉，这是符合每个人利益的。（司法）对各方都必须是公正的。在一个刑事案件中，它要求法官考虑三角型利益关系，包括被告人、被害人或其家庭、以及公众的利益定位。”

在刑事司法活动中，被告人的权利需要保护，被害人和社会公众的利益也需要照顾。由于二者在很多情况下处于对立冲突的位置，所以顾此就要失彼。古人云：“鱼和熊掌不可兼得”。此话确属至理名言。虽不敢说“放之四海而皆准”，却也有相当普遍之适用

性。然而，不可兼得并不等于必选其一。半条鱼再加上半个熊掌，虽然有些中庸，但在这个问题上似乎不失为一种“次佳选择”。

二

在上面这个案例中，价值选择固然是一个重要的问题，但还有另外一个值得人们研究而后思考的问题，那就是刑事诉讼中的“诚信原则”问题。有人认为，该案中关于DNA证据的关键其实就在于警方应否遵守“诚实信用”的原则。警察提取嫌疑人人体检材样本的目的本来是为了查清1998年那起入室盗窃案，结果却用在了1997年的入室盗窃强奸案上。而且，法律的规定相当于一种事前的承诺：如果法院判决无罪，这些检材样本就会立即销毁。但是，警察后来却没有遵守这个承诺。这就好象有些商人做生意，本来说好了如何如何，可一旦钱到手之后却又不如何如何了。这显然是不诚实不守信的表现。

这种比喻也许不太准确，但是警察在犯罪侦查活动中应否遵循“诚信原则”，确实是一个很值得人们思考和研究的问题。此次访问欧盟期间，英国专家向我们介绍的另外一个案件可能更有代表性。

英国有一个罪犯逃亡国外，警方通过正当程序引渡未果，便设“圈套”将其诱回国内，抓起来，然后送交审判。在法庭上，辩护律师指责警方的行为具有欺诈性质，违反了司法行为准则，要求法官裁定警察的行为无效。法官同意了辩护律师的意见，认为警方要把该被告人抓捕归案，必须通过正当的引渡途径。于是，那个罪犯重获自由，并获准离开了英国。

听了之后，我的心中很有些困惑。那可是一个确确实实的罪犯，而且犯罪后一直逍遥法外，警察好不容易将其抓捕归案，法官却又放虎归山。俗话说得好，已经到手的鱼，又给放了，实在让人可惜。我对这种作法的依据和理念感到费解，便与英国学者交流。我得到的回答是：法官“放鱼”是为了“保护环境”，因为警察的行为违反了“公平诚信”的司法行为准则。如果放纵警察的这种作

法,司法环境势必受到污染。在现代法治国家中,法官的重要职能之一就是限制警察的权力,要防止警察以打击犯罪为借口滥用国家权力,要竭尽全力维护司法环境的“清洁卫生与生态平衡”。

警察的权力确实需要限制或制约。其实,任何一种权力都需要限制或制约,因为没有限制或制约的权力很容易导致权力的滥用和官员的腐败。在刑事司法活动中,警察的权力是很大的,而且是至关重要的,往往直接影响到公民的生命、财产权利。因此,警察的活动必须遵守法制的原则,侦查人员必须依法办案。其中的道理是无庸赘述的。

然而,我一直以为,“公平诚信”只是适用于民事法律行为的原则。犯罪侦查活动的特点之一是行为的对抗性和思维的博弈性。虽然诉讼双方的对抗不一定总是像战争那般你死我活,但毕竟得讲究斗智斗勇。因此在刑事诉讼中,“斗争哲学”应该是占主导地位的。即使按照文明司法的标准,讲“公平”也就可以了,讲“诚信”则终有太过奢侈之嫌。

于是,我觉得西方人的思维方式很有些“另类”,甚至让人难以理喻。套用一句孩子的语言:那些老外“真卡通”!

三

在美国的刑事司法实践中,“辩诉交易”占有非常重要的位置。所谓“辩诉交易”,是指检察官和被告人或者辩护律师经过谈判和讨价还价来达成被告人认罪以换取较轻定罪或刑罚的协议。换言之,如果被告人坦白认罪,就从轻发落,甚至不予起诉;如果被告人拒绝认罪,就从严处理,按较重的罪名起诉。而且法官一般不会干涉“辩诉交易”。只要被告人的认罪是自愿的,而且他已经明言放弃陪审团审判的权利,那么法官就不再进行庭审,而直接根据检察官的起诉判刑。如果检察官的决定是不起诉,那么法官就更无用武之地了,即使心存异念,也只能耸耸肩膀。

“辩诉交易”在美国的司法实践中应用非常广泛。虽然没有准

确的统计数字，但一般的估计都认为刑事案件的 85 - 90% 是通过“辩诉交易”结案的。据说，“辩诉交易”对公诉方和被告方均有益处。对公诉方来说，辩诉交易可以减少其工作量和在法庭上败诉的风险，而且能节省政府的诉讼开支和减轻整个刑事司法系统的工作负担。对被告方来说，“辩诉交易”可以使被告人逃避较重的刑罚和长时间审判的心理压力与折磨。

在有些情况下，甚至连无罪的被告人也会违心地接受辩诉交易，因为在那些案件积压较多的大城市中，被告人有可能在监狱中关押数月等待审判，即使最终被判无罪，他也受了数月的磨难，而且会有相应的经济损失。对于那些崇尚实用主义的美国人来说，“含冤”接受“辩诉交易”比关在监狱里等待“清白”更为可取！当然，也有些美国人认为这种通过讨价还价来决定被告人的罪名及刑罚的做法有失公正，指责“辩诉交易”是把“正义和自由”当作了“交易的对象”，是对司法公正精神的“亵渎”。此类观点上的差异不足为奇，因为在美国，没有一个事情是无人反对的，也没有一个事情是无人支持的。

除了上面谈到的公平自愿原则之外，“辩诉交易”还有另外一个重要原则，那就是“诚实信用”原则。检察官和辩护方在进行辩诉交易谈判中不得采用诈欺的手段，而且双方对自己做出的承诺都必须认真遵守。美国在 20 世纪 70 年代的一个案例就很有代表性。

那是美国历史上第一起被司法机关追诉的股市内幕交易案。该案的一名嫌疑人在案发后逃到国外，检察官试图引渡，但是对方国家没有关于内幕交易犯罪的法律规定，所以无法引渡。后来该嫌疑人的律师与检察官接触，寻求“辩诉交易”。检察官也有“交易”的意向，但是坚持要先了解该嫌疑人证言的价值，然后才能决定是否“成交”。经过一番商讨，双方达成协议：该嫌疑人回美国接受检察官询问；如果证言很有价值，双方达成“交易”；如果价值不大，检察官就给其 48 小时的时间，让其再次离开美国。后来，双方在这个问题上确实都保持了“诚实信用”，没有食言。

在这起案件中，美国的检察官和犯罪嫌疑人都表现得很“绅

士”，颇有些对抗斗争之中的“君子风度”。诚然，美国人也有挺“小人”的时候，尤其是在涉及政治斗争和国际事务的时候。但是在刑事诉讼中，他们似乎很讲究“诚实信用”。有人甚至把“公平诚信”称为刑事诉讼的基本原则之一。

对抗制是英美刑事诉讼的基本特征。所谓“对抗制”，用美国法律人士的话说，就是“让当事人打架”，或者说，就是“对立双方的竞争”。“打架”也好，“竞争”也好，目标都是要战胜对手。但是，为了战胜对手，也不能不择手段，也不能不讲风度。这大概就是现代西方国家的司法文明。

四

日前在报纸上看到一则消息，北京将在2001年9月举办“国际商务节”，其主旨之一就是要提高全民的诚信意识，并且向全民发出倡议，将每年的9月19日定为“诚信日”。中国乃文化历史悠久的礼仪之邦，如今要过“诚信节”了，我的心中难免有几分苦涩。

在外国人的眼中，我们中国人似乎是长于“计谋”的。也许，因为繁衍进化的年代比较久远，所以中国人的大脑构造比较精密。也许，由于社会生存环境比较复杂，所以中国人在对抗思维上有些早熟。几千年前，中国就有了“孙子兵法”和“三十六计”，后来又有了《三国演义》。《三国演义》之精髓就在于斗智和谋略。如果说王允的“美人计”和周瑜的“苦肉计”还有些小家子气的话，那么诸葛亮的“草船借箭”和“三气周瑜”，绝对是大手笔，堪称运用计谋的经典之作。中国有一句老话：少不看《水浒》，老不看《三国》。其意在于：少年者本来气盛，看《水浒》更容易大动拳脚惹事生非，给社会添乱；老年人已然多谋，读《三国》更容易老谋深算诡计多端，使生活叵测。然而，《三国演义》的故事已然家喻户晓妇孺皆知，《三国演义》的精神已然潜移默化深入人心。于是，许多人把这些计谋发扬光大，并且移植到官场上、商场上，乃至日