

检察实务丛书之二

刑事证据 规则实务

XINGSHI ZHENGJU GUIZE SHIWU

刘国清 刘 晶◎著

上海社会科学院出版社

XINGSHI ZHENGJU GUIZE SHIWU

XINGSHI ZHEN

中国政法大学出版社

刑事证据 规则实务

中国政法大学刑事司法学院

中国政法大学出版社

CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE PRESS

中国政法大学出版社

中国政法大学出版社

检察实务丛书之二

刑事证据 规则实务

XINGSHI ZHENGJU GUIZE SHIWU

刘国清 刘 晶 / 著

上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据规则实务/刘国清、刘晶著. —上海:上海
社会科学院出版社, 2001

ISBN7 -80618-873-8

I. 刑... II. ①刘... ②刘... III. 刑事犯罪-证据-
规则-研究 IV. D918

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 036544 号

书 名: 刑事证据规则实务

作 者: 刘国清 刘 晶

责任编辑: 周 河

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

(上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020)

经 销: 新华书店

印 刷: 上海社会科学院印刷厂

开 本: 850×1168 毫米 1/32 开

印 张: 12.875

插 页: 2

字 数: 330 千字

版 次: 2001 年 8 月第 1 版 2001 年 8 月第 1 次印刷

印 数: 0001~3000

ISBN 7-80618-873-8/D·222 定价: 25.00 元

版权所有 翻印必究

序

人类社会进入了一个新的纪元。社会主义市场经济的发展和依法治国方略的实施,使检察事业面临着新的发展机遇和挑战。抓住新机遇,迎接新挑战,需要我们用理性来思考,并不断地研究新情况、解决新问题,以提升我们的理论。这种理论就是有中国特色的社会主义检察理论,它将指导我们在检察工作中更好地贯彻江泽民总书记“三个代表”的重要思想,更准确地把握体现国家意志的宪法和法律的精神,更全面地取得“三个效果”的统一,最终使检察工作更好地服务于社会主义市场经济发展的需要。

检察理论创新和实践创新是检察事业发展的需要。检察理论的发展以实践为渊源,是在不断提高对检察工作的认识水平和对检察价值的理解水平中实现的。这种发展是对检察工作实践经验的总结和提炼,是一个不断研究新情况,解决新问题,创造新经验的过程,要求我们对检察实践不断地总结、加工、制作和提升。当然,这一过程是不可能自发推进的,而应有组织、有规划地推进,这才有助于检察理论体系的形成和整体进步。

规划出版《检察实务丛书》是一件十分有意义的工

作,它将为检察理论的发展创造条件,为检察专家人才的培养建立平台。参加这套丛书编撰的,都是上海市检察战线上的开拓者和耕耘者,他们具有系统而深入的专业知识,坚实而宽广的实践基础,有一定的理论造诣,较高的分析能力。因此,这套丛书中的每一卷,既是这些检察官理论研究的结晶,更是他们实践经验的升华。

值此《检察实务丛书》出版之际,就要同读者见面的时候,我衷心地希望检察理论事业蓬勃发展,硕果累累,有更多的检察人才脱颖而出,在检察工作中发挥应有的作用。

吴光裕

2001年2月

前 言

经过两年多的辛苦努力,《刑事证据规则实务》一书终于收笔完成。对我国的刑事证据规则开展深入和带有建设性的研究,是我一个多年来不时浮现的念头,但却苦于日常事务的繁忙,迟迟未能动笔。这次终于通过“蚂蚁啃骨头”的方式,完成了这项任务,其间的艰辛不易惟有已知,但这段经历也实在是一笔宝贵的人生财富。

我长期从事刑事检察,特别是审查起诉工作,也办理了不少案件,通过亲身的司法实践,发现证据问题是许多疑难复杂案件的核心所在,造成难以对这些案件下结论的关键往往并不是法律问题,而是事实纠纷,或者说是如何运用证据证明案件事实的问题。由于司法人员对案件事实的认识都不是直接的,而是间接的,即必须通过和借助各种证据来认识和证明案件事实,证据也就自然在诉讼活动中取得了极其重要的地位。在司法实践中,有些检察官或法官认为,调查和收集证据主要是侦查机关的工作,检察机关和审判机关的主要任务是适用法律;但是准确认定事实是正确适用法律的基础和前提,特别是刑事证据的采信是证明案件事实的决定性程序;因此,诉讼的过程实际就是证据的发现、收集、审查、判断和运用的过程,证据在整个诉讼过程中的重要性不言而喻。司法实践也表明,许多错案发生的终极原因还在于认定事实有误。

受制于法律传统、司法习惯和法律心理多方面因素的影响,我国证据法尚不发达。这与证据在刑事诉讼中的重要地位形成了极大反差。如诉讼法自颁行以来,我国的证据法就一直作为诉讼法的附庸而存在。现行诉讼法中虽然都设有专章规定证据制度,但有关

的规定粗疏、抽象。在这样不可或缺的环节上,我国法律却一直缺少有一定可操作性的具体规定。修改后的刑诉法虽有改观,但依然存在可改进之处。其中最重要的是没有形成系统、完整的证据制度。这对司法实践产生的一个重要影响就是当司法机关集中精力解决了某案件的证据问题后,也许过不了多久,同样的问题又会以不同的形式出现在新的案件中。如此往复,既无谓耗费精力,又影响了诉讼效率和案件质量。因此,我深切感受到加快我国证据法和证据法学建设的重要性和必要性。

相对于我国尚不发达的证据法和证据法学,西方国家尤其是普通法系国家在这方面,却已经积累了相当丰富的立法和司法经验。这些都是我国法制现代化可资借鉴的宝贵财富。在对我国刑事证据规则进行研究的时候,对此不应有所忽视。世界各国法律的发展进程,实际上就是法律演化进程从单一国家走向国际社会的巨大飞跃。在这一历史进程中,不同国家的法律制度必然会逐步体现出全球法律文明的基本共性,并由此而逐渐形成一个相互接近、相互认同、相互联结的全球法律机制。这体现了人类社会法律实践的普遍性和人类法律智慧对理性的共同追求。但是在学习和借鉴国外法律的同时,必须避免将学习等同于模仿,将借鉴等同于无条件的认同。实际上,我国目前在司法实践中遇到的许多问题,都带有极强的时代特点,与当前的社会、经济和文化条件紧密相关。西方诉讼理论及以此为前提的改革思路与此并不完全适应。当然,笔者并不试图处处用中国特色和现实国情为挡箭牌,片面强调我国司法改革的独特性。但是,我所说的借鉴与吸收只能是立足传统与现实的借鉴与吸收,当然继承也只能是扬长避短,有选择的扬弃。否定这两点,我国的法制建设要么陷于停顿,回到闭关自守的封闭状态,要么被国外法律“边缘化”,成为某种法律传统或模式的附庸。这都不是我们愿意看到的。而且,我们必须意识到在社会科学领域,并无所谓最优、最差之别,只有合适与否之分。

因此在研究过程中,我注意坚持从国情实际出发,妥善处理好借鉴与继承的关系;而且开展这项研究的动因起源于司法实践的需要,研究成果能够与实践相结合,对司法实践能够有所裨益。理论研究要与实践相结合是对理论工作者的一项基本要求,但这一要求并不容易达到。对此,书中也作了一定的探索,其中的许多内容是对多年来实践经验和思考的总结,并借助理论思考将之理性化和系统化。我来自司法实践部门,深知一线办案人员急需理论指导的迫切需要和理论与实践相结合所能产生的巨大能量。我希望本书能够对此有所帮助。

本书以刑事证据理论和刑事证据规则为主要研究对象,对刑事证据的概念、刑事证据制度的性质、刑事证据规则的主要内容等问题进行了论述和分析。本书试图揭示和阐述刑事证据法学的基础理论及其互动关系,研究刑事证据规则发展的普遍规律,并在把握各国刑事证据制度发展趋势的基础上,对我国刑事证据制度的改革和完善提出建议和展望。刑事审判方式改革的实行决定了当前对刑事证据规则研究的紧迫性和重要性。也只有在刑事诉讼中确立了证据规则的重要地位,证据法作为刑事法重要支柱的法律地位才有可能得到恢复和发展,我国刑事审判方式的改革成果也才能够得到进一步的巩固和深化。

当然,由于作者水平所限,加之随着司法实践不断发展,新问题、新情况的不断出现,本书难免会有疏漏不妥之处,祈望读者坦率提出宝贵意见。

刘国清

2001年4月于上海



作者简介

刘国清, 1953年生, 1982年从事检察工作, 长期以来负责上海市人民检察院的刑事检察业务, 先后担任上海市人民检察院刑事检察处副处长、审查起诉处处长、行政装备处处长等职, 现为高级检察官、上海检察官培训中心客座教授。多年来, 办理或指导过诸多大要案, 在实践中积累了大量司法经验, 并注意从理论上加以思考、总结。主要研究成果有: 1987年主编《起诉工作讲义》(两册); 《抢劫杀人上诉案两被告翻供怎样出庭支持公诉》一文被《民主与法制》刊用; 《关于利用合同诈骗犯罪的特点及其预防对策的思考》被上海市政府法制办编书录用; 《论主诉检察官创立等级制度的构想》一文入选《二十一世纪人才库》中国专家人才卷; 参加编写《出庭检察官实务教程》两章。这些论著丰富和深化了检察理论研究, 具有一定的指实作用。



作者简介

刘晶，1974年生，1997年毕业于复旦大学法学院，现在上海市人民检察院审查起诉处工作。曾有《非法证据排除规则诉讼价值的冲突与抉择》、《刑事诉讼中的数字化证据》、《从公诉活动的需要看侦查取证》等多篇论文在市级以上刊物发表，其中《毒品案件中的“特情”适用与诱惑侦查问题研究》一文获2000年度上海市检察机关优秀调研成果二等奖。

检察实务丛书编辑委员会

主 任: 吴光裕

副主任: 邹传纪

委 员: (按姓氏笔划排列)

叶 青 刘晓明 杨正鸣 苏秉公 沈国明

罗昌平 胡锡庆 黄一超 龚培华

出庭检察官实务教程编委会

顾 问: 曹建明 李思根

主 编: 吴光裕

副主编: 张明德

编委会成员 (按姓氏笔划排列)

叶 青 季 刚 刘国清 刘晓明 陈荣清

周永年 董明亮

吴光裕 上海市人民检察院检察长

邹传纪 上海市人民检察院副检察长

曹建明 原华东政法学院院长, 现最高人民法院副院长, 法官学院院长

李思根 原上海市人民检察院副检察长

张明德 上海市人民检察院副检察长

目 录

序	(1)
前言	(1)
第一章 概述	(1)
第一节 证据的概念与特征	(1)
一、我国刑事诉讼法中的证据概念	(1)
二、刑事诉讼法中的证据概念的不足	(3)
三、证据概念	(11)
第二节 证据的证明力和证据能力	(15)
一、概念	(15)
二、证明力和证据能力的相互关系	(15)
三、各国法律有关证据能力对证明力的决定、限制作用的规定	(17)
第三节 对实事求是的证据制度的再思考	(21)
一、对世界主要证据制度的分析	(21)
二、批判与发展	(27)
三、我国实事求是的证据制度	(32)
四、我国应当确立什么样的证据制度	(41)
第四节 证据规则	(43)
一、概述	(43)
二、我国对证据规则的法律规定	(46)
三、在我国设立证据规则的必要性	(49)
四、我国刑事证据规则的主要内容	(56)

第二章 证据收集规则	(61)
第一节 收集证据的主体资格	(61)
一、收集证据的主体范围	(62)
二、辩护律师的调查取证权问题	(63)
三、非司法机关所收集证据的法律效力问题	(67)
四、使用警犬所获证据的法律效力问题	(68)
第二节 诱惑侦查	(70)
一、概述	(70)
二、存在问题	(72)
三、诱惑侦查的法律效力	(73)
四、证据可采性规则	(75)
五、“特情”人员的出庭问题	(79)
第三节 视听资料	(81)
一、概述	(81)
二、视听资料的基本特性	(83)
三、视听资料的制作	(85)
四、视听资料的证据效力	(85)
第四节 数字化证据	(94)
一、数字化证据的概念和范围	(94)
二、数字化证据的证据规则	(97)
三、对两类特殊数字化证据的分析	(100)
第五节 测谎结果的法律效力问题	(106)
一、测谎技术的基本理论和运用情况	(106)
二、对测谎技术的质疑	(109)
三、测谎器在我国的应用	(111)
四、证据规则	(113)
第六节 其他	(117)
第三章 非法证据的价值选择	(122)

第一节 非法证据的概念·····	(122)
一、非法证据的概念·····	(122)
二、有关非法证据法律效力问题的基本观点·····	(124)
第二节 非法证据的诉讼价值分析·····	(127)
一、实体真实与程序公正·····	(127)
二、控制犯罪与保障权利·····	(131)
三、立法中理想化的价值选择和现实的可能性·····	(135)
第三节 确立非法证据排除规则时应当予以考虑的若干 问题·····	(141)
一、法律的价值问题·····	(141)
二、程序的价值及与实体法的关系·····	(148)
三、不枉不纵、孰轻孰重·····	(153)
四、权利的正当性问题·····	(158)
五、限制因素·····	(161)
第四节 设立非法证据排除规则的理由及遵循原则·····	(166)
一、应当设立非法证据排除规则的主要理由·····	(166)
二、确立非法证据排除规则应遵循的基本原则·····	(172)
第四章 非法证据排除规则·····	(180)
第一节 非法证据的防范规则·····	(181)
一、沉默权的起源和各国法律中的相关规定·····	(182)
二、沉默权的立论基础·····	(192)
三、对沉默权的批评和限制尝试·····	(198)
四、分析和评价·····	(202)
五、沉默权的制度性保障·····	(206)
第二节 非法言词证据的排除规则·····	(218)
一、非任意性自白排除规则概述·····	(218)
二、各国对非任意性自白排除规则的规定情况·····	(219)
三、非任意性自白排除法则的理论基础·····	(222)

四、我国关于非任意性自白法律规定	(225)
五、我国非法言词证据排除规则的基本构想	(227)
第三节 非法实物证据的排除规则	(241)
一、关于非法实物证据的理论争议	(241)
二、海外一些国家对该问题的法律规定	(245)
三、非法实物证据分析	(249)
四、非法实物证据排除规则	(253)
第四节 “毒树之果”问题	(254)
第五章 审查证据规则	(264)
第一节 证人资格问题	(264)
一、普通法系国家关于证人资格问题的规定	(264)
二、大陆法系对该问题的相关规定	(267)
三、我国法律对证人资格的规定	(268)
四、若干问题的分析	(273)
第二节 证人特权规则	(278)
一、各国法律中对特权规则的有关规定	(279)
二、对特权规则的分析与评价	(283)
三、我国关于律师职业秘密问题的相关规定	(287)
四、我国律师特权的具体实现方式	(290)
五、配偶特权	(294)
第三节 最佳证据规则	(296)
一、有关书证的基本概况	(296)
二、最佳证据规则的起源和分析	(297)
三、书证及书证副件的采用问题	(298)
第四节 关联性证据规则	(303)
一、关联性证据概述	(303)
二、品格证据规则	(304)
三、前科或其他特殊行为	(309)

四、若干分析和建议	(310)
第五节 补强证据规则	(315)
一、同案被告人的攀供是否要适用补强规则	(317)
二、未成年人证言的证据补强规则的适用	(320)
第六章 庭审证据规则	(324)
第一节 直接和言词原则	(324)
一、基本含义	(324)
二、该原则在我国法律中的相关规定	(327)
三、对直接和言词原则的若干思考	(328)
四、直接和言词原则在我国的具体实现方式	(334)
第二节 传闻证据规则	(344)
一、传闻证据概述	(344)
二、传闻证据规则的主要内容	(347)
三、确立传闻证据规则的主要理由	(348)
四、传闻证据规则的例外	(349)
五、对传闻证据规则的质疑	(352)
六、若干建议	(354)
第三节 质证规则	(355)
一、概述	(355)
二、质证的适用范围	(356)
三、法庭调查的顺序、方式和交叉询问规则	(358)
四、法院调查取证所得证据的法律效力问题	(363)
第四节 讯问、询问规则	(368)
一、禁止诱导性询问、讯问规则	(368)
二、对证人的质疑规则	(372)
第五节 意见证据规则	(380)
一、普通法系中的意见证据规则	(380)
二、大陆法系国家对意见证据的规定	(383)