



刑事证据程序控制论

陈一天 © 著

XINGSHIZHENGJUCHENGXUKONGZHILUN



中国政法大学出版社

刑事证据程序控制论

XINGSHIZHENGJUCHENGXUKONGZHILUN



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑事证据程序控制论/陈一天著. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 5
ISBN 978-7-5620-6815-0

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼—证据—程序控制—研究
IV. ①D915. 313. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第116666号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	19
字 数	310 千字
版 次	2016 年 5 月第 1 版
印 次	2016 年 5 月第 1 次印刷
定 价	46.00 元

刑事审判的公正，最能展现法律对于正义的追求；刑事案件的误判，也最能暴露法律制度存在的问题。近年来，随着互联网的蓬勃发展，信息传递渠道的日益发达，不断有社会影响巨大的冤假错案、热点案件被爆出，而在这些案件中，证据问题往往是其中备受关注的焦点。中国刑事证据规则的最大问题，就是过分重视证据本身，忽略了证据得以取得、固定、保存、移送、质认的主体的行为。本书将对证据的研究转向了“证据行为”，以证据行为的合法性作为关注的焦点，进行系统研究和扎实论证，观点独到，资料翔实，其学术价值和实用意义，于此可见一斑。

2010年5月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，开启了我国刑事证据立法的序幕。2012年新《刑事诉讼法》首次在国家立法层面正式确立了非法证据排除规则，这一在中国法学理论界与司法实务界激烈探讨了近三十年的理想的证据规则，标志着中国刑事诉讼制度的巨大进步。到2012年两高分别颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》和《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》，我国的刑事证据规则正日趋完善起来，并逐步形成了较为系统的刑事证据规则体系。

然而，“徒法不足以自行”，再好的法律制度，也必须使实际落实的执法者，能够自觉的遵照执行。刑事诉讼的程序规则，就是结合了测算与论证的程序控制，其预设的目标就是通过对诉讼规则的遵守，以达到最大程度的发现案件事实，并作出理性裁断。与之相应，证据规则不应当仅仅是对证据

概念、种类的界定，或者对证据范围的识别，更应是对影响证据效力的证据行为的程序性控制规则。至少在系统的刑事证据规则体系中，应当包含对证据行为进行控制的程序系统。

把证据自搜集至裁判的全过程，视为一个线性的动态系统，提出通过预设程序对证据行为进行系统的程序控制，以保证证据在裁判中的真实可靠，是本书的一条主线，是理论的创新，也是本书的亮点。作者在书中比较清晰的提出了证据行为的概念，并在比较了中西方证据规则及立法体系之后，从证据规则的程序与实体之争切入，对刑事证据实施程序控制的理论与现实基础进行了较为系统的探讨，论述了对刑事证据进行控制的目的、合理性、合法性及必然性，进而提出以对刑事证据行为进行控制，从而达到对刑事证据可采性进行规范与判断，保障证据可采性的方法论。

依本书对证据行为的界定，刑事证据行为是刑事诉讼行为的一部分，刑事诉讼制度中的规则，有相当庞大的一部分将被归纳为关于证据行为的规则。现有的错综复杂的证据行为规则，分散在刑事诉讼法的不同章节及不同的法律规范之中，难以形成精密的系统，其中更不乏漏洞与相互矛盾之处。把证据行为作为重心，通过对证据行为的梳理与控制，实现对刑事证据的控制，虽然未必能达到自然科学或者工程学那样的精确，但也许是一个切实可行的办法。

陈一天在中山大学就读时，我是他的老师，我对他在学术以及工作上取得的每一点进步都由衷地感到高兴，也借此机会表示鼓励和祝贺。总的来说，本书结构紧凑、逻辑严谨、语言规范、观点新颖、视角独特，是一本颇具创新的学术著述。通过对证据行为的考察，把证据产生后直至裁判前的全部过程看作是不可分割的整体，并以此作为证据裁判的依据，这不单是法官所乐于看到的，也是中国刑事司法进程中的一大进步。特别值得一提的是，本书作者所提出的“证据行为”的概念与“程序控制”的方法，很值得进行深入研究，甚至可以作为一门学科，即《证据行为学》或者《证据行为规则》，甚至是《证据行为法》。对该领域进行深入系统化的研究，很可能会成为由学理推动刑事证据立法及刑事诉讼法向科学化更进一步的例证。

郭天武

中山大学法学院教授

2016年5月

序	1
第一章 国内外证据规范的比较分析	1
第一节 国外证据立法的理论与实践	1
一、英美法系国家证据立法的理论与实践	1
二、大陆法系国家证据立法的理论与实践	4
三、国外证据立法实践发展变化趋势	6
第二节 国内证据立法的理论与实践	8
一、关于我国证据立法的特色	8
二、我国刑事证据立法的实践	10
第三节 国内外刑事证据观异同比较	15
一、关于证据的可采性	15
二、关于证据的证明力	18
三、关于证明标准	19
四、关于证明责任	23
第四节 国内外证据程序性规范分析	26

一、两大法系证据程序性规范的复杂性分析	26
二、两大法系证据程序性规范的有序性分析	28
三、两大法系证据程序性规范的内容分析	29
四、我国证据程序性规范分析	30
第二章 刑事证据程序控制的理论基础	33
第一节 刑事证据法与刑事实体法的关系	34
一、刑事证据法与刑法的产生阶段	35
二、刑事证据法与刑事实体法的联系与区别	36
三、刑事证据法与刑事实体法的相互影响	38
第二节 刑事证据法与刑事程序法的关系	39
一、刑事证据法与刑事程序法的性质	40
二、刑事证据法与刑事程序法的联系与区别	42
三、刑事证据法与刑事程序法的相互影响	44
第三节 刑事证据法之程序正义论	45
一、程序正义理论	45
二、刑事证据法与程序正义的对立统一关系	47
第四节 刑事证据法之实体正义论	49
一、实体正义论	50
二、刑事证据法与实体正义论	52
第三章 刑事证据程序控制的现实基础	55
第一节 刑事证据立法趋同化	55
一、从打击犯罪到保护人权	55
二、从实体优先到程序优先	58
三、从有罪推定到无罪推定	60
第二节 刑事证据规则程序化	61
一、刑事证据规则的实体性	62
二、刑事证据规则的程序性	63

三、刑事证据规则的程序化发展	65
第三节 刑事证据程序的具体化	66
一、刑事证据原则的局限	67
二、刑事证据制度的发展	68
三、刑事证据规则的发展	70
第四节 刑事证据程序的正义化	71
一、刑事证据程序是实现实体正义的基石	72
二、刑事证据程序规则是实现程序正义的基石	73
三、刑事证据程序是实体正义与程序正义的平衡点	74
第四章 刑事证据程序控制本体论	77
第一节 刑事证据程序控制的目的	78
一、保持证据的原始性,发现法律事实	78
二、实现程序正义,保障人权	81
三、尊重立法初衷,探寻诉讼法治本源	83
第二节 刑事证据程序控制的合理性	86
一、刑事证据程序控制的目的合理性	87
二、刑事证据程序控制的手段合理性	89
第三节 刑事证据程序控制的合法性	92
一、刑事证据程序控制与法律规范的一致性	92
二、刑事证据程序控制得到遵从的可能性	94
第四节 刑事证据程序控制的必然性	96
一、证据的本质使刑事证据控制成为必然	96
二、证据的特征使刑事证据控制成为必然	98
三、效率与公平的平衡使程序控制成为必然	99
第五章 刑事证据程序控制进路	101
第一节 刑事证据规则实施问题研究	101
一、权利的公共知晓程度不足	102

二、程序执法不严	104
三、人权保障力度不够	106
第二节 刑事证据程序控制方法研究	108
一、规范证据行为	108
二、非法证据行为的问责	113
第三节 刑事证据程序控制总体思路	115
一、控制非法证据行为	116
二、排除非法证据	118
三、纠正打击犯罪至上的意识形态	119
第六章 立案侦查	121
第一节 留置盘问程序	122
一、留置盘问制度的本质与适用范围	122
二、留置盘问程序的特征	124
三、留置盘问程序中存在的问题	125
第二节 拘传、讯问、提审程序	126
一、拘传程序	127
二、讯问程序	129
第三节 搜查、辨认程序	132
一、搜查程序	132
二、辨认程序	135
第四节 勘验程序	137
一、勘验的对象及其功能	138
二、我国基层勘验程序存在的问题	139
第五节 实验、鉴定程序	140
一、实验程序	140
二、鉴定程序	143
第六节 证据保全程序	145

一、证据保全制度内涵界定	146
二、我国刑事证据保全制度存在的问题	148
第七节 证人保护程序	150
一、证人保护程序的必要性	150
二、我国证人保护程序的不足之处	151
第七章 审查起诉	154
第一节 证据审查和复核程序	154
一、我国证据审查和复核程序的立法现状	156
二、我国证据审查程序的司法实践	158
三、证据审查和复核程序的完善	160
第二节 补充侦查程序	161
一、我国补充侦查程序的立法演变及价值追求	162
二、我国补充侦查程序的现状	164
第三节 证据移送程序	166
一、我国证据移送程序的立法规定	167
二、无罪证据移送程序	168
三、完善我国证据移送程序立法	170
第八章 法庭审判	173
第一节 证人程序	173
一、我国证人出庭作证的现行立法	174
二、我国证人出庭作证的司法现状	175
三、关于证人出庭作证的规定存在的问题	176
四、我国证人出庭作证问题的原因分析	178
第二节 质证程序	179
一、我国刑事质证程序的立法进步与缺陷	179
二、我国刑事质证程序的问题与原因分析	181
第三节 非法证据排除程序	185

一、我国非法证据排除程序规则及发展	185
二、我国非法证据排除程序存在的问题	186
三、阻却非法证据排除程序的因素	187
第九章 取证规则程序化	190
第一节 留置盘问、讯问规则	190
一、留置盘问规则	190
二、讯问规则	192
第二节 搜查规则	196
一、搜查申请、决定的主体	196
二、无证搜查制度的完善	197
三、完善非法搜查的救济途径	198
第三节 辨认规则	200
一、构建辨认法律制度的基本原则	200
二、完善辨认制度的程序规则	201
第四节 勘验、检查规则	203
一、刑事勘验规则	203
二、刑事检查规则的完善	205
第五节 实验、鉴定规则	206
一、侦查实验规则	206
二、侦查鉴定规则	208
第六节 刑事证据保全制度	210
一、刑事证据保全程序的启动	210
二、构建完整的刑事证据保全程序	211
第十章 举证规则程序化	213
第一节 无罪推定规则	213
一、扩充举证的证据来源	214
二、保障犯罪嫌疑人享有沉默权	214

三、确立更加有效的辩护制度	215
四、以非法证据排除规则指引举证程序	216
五、进一步贯彻疑罪从无规则	217
第二节 举证责任规则	218
一、举证责任规则的内涵	218
二、完善我国举证责任规则	219
第三节 证据交换规则	224
一、美国证据开示制度的概况与借鉴	224
二、关于证据交换改革的建议	226
第四节 举证程序规则	229
一、举证程序中时效规则的完善	229
二、举证排列顺序的完善	231
三、举证程序中证据提交顺序的完善	233
第十一章 质证规则程序化	237
第一节 直接言词规则和传闻证据规则	237
一、直接言词原则的由来	238
二、直接言词原则与证人出庭制度	239
三、直接言词原则在质证制度中的完善	241
第二节 实物证据规则	244
一、我国在实物证据质证程序中存在的问题	244
二、我国实物证据质证程序的完善	246
第三节 电子证据规则	248
一、电子证据的特点	249
二、电子证据规则现状	250
三、我国电子证据规则的建立与完善	252
第四节 交叉询问规则	253
一、我国交叉询问规则的发展与存在问题	253

二、我国交叉询问规则的完善	255
第五节 证人保护规则	257
一、我国证人保护规则的现状及存在的问题	257
二、我国证人保护制度的完善	259
第十二章 认证规则程序化	262
第一节 证明标准规则	262
一、定罪量刑的事实都有证据证明	263
二、据以定案的证据均经法定程序查证属实	265
三、综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑	266
第二节 证据补强规则	267
一、自白补强规则	268
二、共犯口供补强规则	269
第三节 品格证据规则	273
一、品格证据之概念与表现形式	274
二、我国品格证据规则之现状	275
三、我国品格证据规则之完善与构建	279
第四节 非法证据排除规则	283
一、非法证据排除的本质	283
二、非法证据排除的完善	286
后 记	291

国内外证据规范的比较分析

两大法系国家在各时期证据立法的发展均有各自的长处和不足。随着诉讼实践的不断推进,两大法系国家都在不同程度上,以各自的诉讼模式为基础,在保留原有法律规范中主体内容的基础上,不断对有客观需求的证据规则、规范进行修正和完善。大陆法系国家会借鉴英美法系有利于强化人权保障价值的证据立法经验,英美法系国家也会借鉴大陆法系有利于强化犯罪控制价值的证据立法,两大法系国家在刑事证据规则的发展中,均表现出对不同于自身法律体系证据立法中合理性因素的认可与吸纳。

第一节 国外证据立法的理论与实践

各国证据立法的理论与实践均有其独特的社会文化和实践基础,反映了不同国家的价值选择,体现着独特的法学文化、法学思想的历史传承。每个国家的立法都有不同,所以反映在证据立法和实践上也各有其特色。但是随着诉讼实践与经济、文化全球化的发展,两大法系各自证据理论和实践的不足会适时地暴露出来,令其不得不断吸收他方之长处来弥补己之不足。顺应客观发展的需求,取长补短,相互促进与融合是事物发展与进步的不竭动力。

一、英美法系国家证据立法的理论与实践

尽管英美法系国家的证据法具有注重实用性的特点^{〔1〕},但是至今仍然

〔1〕 樊崇义:《证据法学》,法律出版社2001年版,第13页。

保留着不少形式主义的规则，这个证据法上的特点主要与英国陪审团制度和当事人主义的诉讼模式有着密切的联系。^{〔1〕} 13 世纪，英国正式建立了现代意义上的陪审团制度，该制度同时给英国证据制度的发展提出了两个方面的要求：一方面，任何证据的证明力均由陪审团自由判断，法律不能预先作出关于证据证明力的规定，陪审员对于证据证明力的认知通过生活经验进行；另一方面，法官对陪审员证据认定的指导，应当通过法官适用法律以判例的形式进行，并由此逐步完成证据规则的构建。经由非法律专业人士即陪审团以常识为基础的对证据证明力所做的判断，必须以职业法官适用法律所作出的判断为依据，而法官造法、释法与非成文法律体系的传统，使其证据规则的灵活与恣意、庞杂与混乱、矛盾与冲突在历史上一度长期存在。

美国著名证据法学家乔恩·R. 华尔兹教授撰写的《刑事证据大全》一书的内容共分为 19 章，从公开发表的法律渊源，到审判程序和证据的种类；从审判记录的功能、内容和制作，到证据相关性；从排除传闻证据规则及例外，到对证据的质疑；从反对强迫性自我归罪的宪法权利保障，到证据扣押、隐私保护及非法证据排除规则；再从证人豁免权到证明责任和推定，最后又具体分述各类证据的可采性。从英美法系国家现行证据法及学者观点来看，证据立法虽主要以规范证据资格问题为落脚点，但需要注意的是，因为所有诉讼的核心问题都是证据问题，诉讼过程实质上就是证据的运用过程，包括收集、举证、质证、认证过程。这一特点不因法系的不同而不同，因此虽然英美法系国家把证据规则重点放在了对证据的可采性即认证上，但从其立法来看，也有规范证据运用程序的规则，如证据开示规则、交叉询问规则。

在英美法系国家，证据规则的发展经历了数个世纪，它是在不断融合习惯、判例的基础上演化而来的。^{〔2〕} 英美法系证据立法受以下因素影响：一是陪审审判制度的建立。英美法系实行陪审团审判的制度，由陪审员来决定案件的事实问题，为了防止陪审员先入为主或者存有成见，或者受到其他因素的影响，所以需要严格的规则来引导和约束陪审团认定事实。二是彻底的当事人主义。对于诉讼进行中的证据调查，属于当事人的责任，为了保证语言

〔1〕 汪建成：《理想与现实——刑事证据理论的新探索》，北京大学出版社 2006 年版，第 59 页。

〔2〕 沈志先主编：《刑事证据规则研究》，法律出版社 2014 年版，第 9 页。

的真实性,英美法系证据规则重视对对方当事人反询问权的保障,并且禁止诱导性提问。三是权利保障的重视。法律规定了诸如关联性、最佳证据、传闻证据、宣誓、禁止强迫作不利于己的陈述以及禁止使用违法收集的证据等规则来保证被告人的权利不受非法侵害。

英国近现代当事人主义诉讼模式,要求原告和被告在庭审中实行对抗制度,双方在法官和陪审员面前各自提出有利于己方的证据,并且进行交叉质询。在这种模式下,法官和陪审员要确保处于中立的地位,不能积极地调查证据,只能消极地听取双方的举证和辩论,最后作出裁决。所以证据立法的一个很重要的目的是为了防止当事人双方进行无休止的争辩,拖延诉讼的时间。

美国的法律文化承袭了英国的法律制度,并结合美国的“土壤和文化”形成了特殊的证据立法。在立法模式的理论实践中,美国与英国的民刑证据法分立不同,实行统一的立法例,基本上不选择诉讼性质,我们从《美国联邦证据规则》《统一证据规则》的名字上面就可以看出这一点。尽管也存在例外的分散立法,但是美国证据法基本上是三大诉讼证据法合一的模式。美国采取这种做法是基于其正义价值观的选择,当法官认为证据的问题共性大于个性的时候,就采取统一的证据立法模式;当法官认为证据问题是个性大于共性的时候,就会选择适用更加符合正义要求的相应的单独规则。

在证据法领域,美国不但不属于典型的判例法国家,反而更加像大陆法系国家。由于立法权优先于司法权的观念逐渐深入人心,所以制定法在证据法领域是处于绝对优势地位的。从美国的课堂学习内容的转变就可以看出来:在20世纪70年代中期,美国法学院的证据法课堂里教授的主要是证据方面的普通法,而制定法《联邦证据规则》仅用于强调和比较学习;如今却发生了很大的变化,学生的学习主要着眼于《联邦证据规则》,普通法的先例成了学习的参考。^[1]但是这并不代表判例法在美国证据法体系中可有可无,其与制定法之间属于互补、相辅相成的关系。正如美国学者乔恩·R. 华尔兹说的那样:“美国开发证据法典的努力主要在于试图在某一地区按照目录划分那些早已经在我国的法院中牢固确立的证据规则。仅仅在少数的情况下,法典才

[1] Michael H. Graham, *Federal Rules of Evidence*, 法律出版社、West Group 1999 年版,第 1 页。

会有突破。”〔1〕

与英国的成文证据法以国会立法为主不同，美国的成文证据法以法院立法为主、以国会立法为辅。其主干证据法基本上都以“规则（Rule）”为名，因为美国学界认为，大部分的证据法律规范为法院“治理家务的做法”，其目的就是做到有效地使用法院的时间，阻止当事人混淆陪审团的思考并且帮助法院弄清楚案件的真相，因此理应由法院自己制定。〔2〕

英美法系国家的证据制度，充分给予了法官和陪审团审查判断证据的自由，克服了法定证据的局限性。在不断的法律实践中，判断证据所形成的一系列证据判例或者规则，都有利于法官更加明确地指导陪审团形成内心确信，从而作出更加公正的裁决，这些规则约束着法官，有效地防止法官独断专行。但是由于英美法系国家的证据制度是通过判例长期的积累发展而成，所以判例难免会多如浩瀚烟海，使得证据规则繁琐复杂，对法律职业人的要求越来越高，离社会公众的认知越来越远。可以说，没有律师的帮助，很多普通人根本不懂得如何运用法律维护自身的权益，与此同时，国家必须要花费很大的人力、物力、财力对判例进行编纂。

二、大陆法系国家证据立法的理论与实践

大陆法系国家证据制度的发展，经历了三个阶段：神示证据制度、法定证据制度、自由心证制度。法定证据制度盛行于欧洲大陆的封建君主专制时期，当时很多的大陆法系国家都规定了这种证据制度，如1532年的《加洛林纳法典》、1853年的《奥地利刑事诉讼法》和1857年的《俄罗斯帝国法规全书》。法定证据制度的出现，反映了大陆法系国家在这个阶段认识能力的提高。随着认识水平的提高，诉讼活动不断发展，人们开始掌握了越来越多的判断证据证明力的方法，逐渐摆脱神示证据制度。随着欧洲各国诉讼结构向纠问式发展，法官的地位很高，不再是消极的中间裁决者，而是集起诉权和审判权于一身，自然就不用借助神的力量来判断。经院哲学的高度发展对法律制度影响很大，这种哲学认为人生前途决定于早先的、抽象的法律体系。

〔1〕〔美〕乔恩·R·华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第6页。

〔2〕沈达明编：《比较民事诉讼法初论》（上册），中信出版社1991年版，第294页。