

西南政法大学刑事诉讼法学研究中心

(第二卷)

刑事诉讼前沿研究

CRIMINAL

PROCEDURE

FRONTIERS

徐静村 / 主编

【证据聚焦】

我的证据观
论被告人的对质询问权

【诉讼法理】

制度引发的社会危机与刑事司法系统的应对

【程序专论】

论辩诉交易与检察官的自由裁量权

【异域法苑】

美国联邦刑事诉讼规则 (上)
英美法保释制度研究

中国检察出版社

刑事诉讼前沿研究

(第二卷)

主编 徐静村

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼前沿研究. 第2卷/徐静村主编. —北京:
中国检察出版社, 2004.7

ISBN 7-80185-266-4

I. 刑… II. 徐… III. 刑事诉讼法-研究-文集
IV. D915.304-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 057003 号

刑事诉讼前沿研究 (第二卷)

主编 徐静村

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)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: 787mm×960mm 16开

印 张: 32.75印张

字 数: 548千字

版 次: 2004年7月第一版 2004年7月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-266-4/D·1247

定 价: 49.00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

《刑事诉讼前沿研究》编辑委员会

主任：徐静村

编委：龙宗智 孙长永 胡世澄 王成荣

郭晓彬 管光承 邱俊芳

主编：徐静村

学术秘书：潘金贵

目 录

证据聚焦

我的证据观	徐静村	3
论我国诉讼证据法学的理论根据	宋世杰 彭海青	11
非法证据排除规则目的论	庞 林	30
论被告人的对质询问权	纪 虎	80

诉讼法理

刑事诉权探微	孙宁华	131
司法独立的国际标准对我国司法独立原则的影响和对策	申君贵	144
制度引发的社会危机与刑事司法系统的应对	宫万路 刘静坤	161
论理性的刑事诉讼价值研究出发点与本体	杨荣华	173
功能·价值·角色 ——审判独立与新闻自由关系探析	陈小彪 曾庆云	184

程序专论

国家工作人员涉黑犯罪侦查对策研究	刘 莹	199
论侦查行为的法律监督	蒋石平	233
论辩诉交易与检察官的自由裁量权	阮丹生	254

目 录

- 我国刑事审判监督程序改革的若干思考 张述元 297
论刑事审前程序制约机制之重构
——从转换构建制约机制的着眼点谈起 孙 锐 327
论我国人民陪审员制度的改革与完善 杨安军 335

异域法苑

- 美国联邦刑事诉讼规则(上) 李昌林 译 365
澳大利亚联邦刑事检控指南 周长军 宋燕敏 译 397
法国《2000年6月15日关于加强无罪推定及被害人权利保护的
法律》(上)
..... [法] 贝尔纳·布洛克 著 施鹏鹏 李立宏 译 417
英美法保释制度研究 胡 波 433
美国刑侦人员出庭作证的法律制度 蔡国芹 471

案例判解

- 从董伟案评我国死刑核准授权的法律规定 朱建华 485
从一起案例看我国刑事诉讼的证明标准 范树魁 498

证据聚焦

我的证据观

徐静村*

近现代法学家对证据的研究虽然日趋精细和深入,但却把证据理论弄得繁复而混乱。这种情况给立法和司法带来的负面影响十分巨大,因而有必要作由繁到简的研究,以收浅出和清晰之效。

一、关于证据定义问题

我国刑事诉讼法第42条第1款规定,“能够证明案件真实情况的一切事实都是证据”。这是将证据定义为“事实”,即所谓实质定义。该条第2款又明确规定证据有七种形式,即物证、书证;证人证言;被害人陈述;犯罪嫌疑人、被告人的陈述和辩解;鉴定结论;勘验、检查笔录;视听资料。据此,证据应解为具有上述七种法定形式之一的能够证明案件真实情况的事实。这里的“能够证明案件真实情况”仅仅是具备证据资格的一个条件,因为该条还规定:“以上证据,必须经过查证属实,才能作为定案的依据。”这里显然存在一个问题:到底是未经“查证属实”但是符合证据的法定形式同时具备“能够证明案件真实情况”这一属性的“事实”叫证据呢,还是经过审查属实可作定案依据的“事实”才叫证据呢?对此问题难有自圆其说的解释。

但这仅是关于证据定义的一种主张。其他具有代表性的主张还有:证据是指与案件有关联的、用于证明案件事实的材料(形式定义);证据是用以证明案件事实的手段或方法(方法定义);证据是使法官对于案件事实的认定形成内心确信的原因(原因定义),等等。上述几种证据定义同我国的“事实”定义一样,都是仅从某一角度来观察和界定证据,无不具有某种局限性。这些界定方法,尚不如我国《辞源》一书给证据下的定义:“证据:证明事实的根据。”这里的“根据”二字具有很大的包容性,这个“根据”可以是“事实”,也可以是“材料”,可以是

* 西南政法大学教授,博士生导师

“手段”和“方法”，以及法官形成内心确信的“原因”。然而这个定义是就证据的一般意义（汉语的口头语境）来界定的，只适合于一般“证明事实”的场合，但却不能体现刑事诉讼证据的程序特征。因此可以说，无论是哪一种定义，都没有从本质上解决刑事证据到底是什么的问题。

那么，怎样给刑事诉讼证据定义呢？

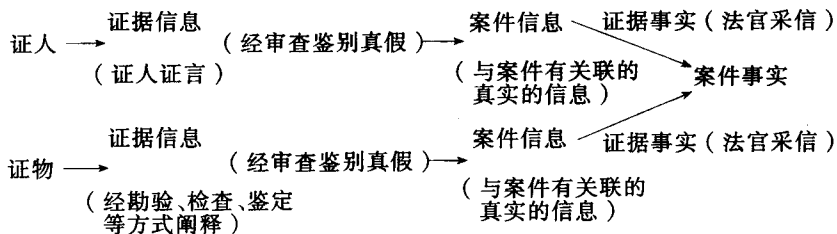
笔者认为，可以从对刑事证据的具体分析来引出结论。

这里试以一种言词证据、一种实物证据为例来进行分析。

例一，证人证言。证人证言是由证人提供的有证据意义的言词信息，笔者将其称为“证据信息”，但证人证言由于受到各种因素的影响，可以有真有假（即有“能够证明案件真实情况”的信息和虚假或者不实的信息），所以对证人的言词信息需要审查，剔除虚假、失实的部分，保留真实的部分，这个真实部分就是与案件事实有关联的部分，笔者将其名之为“案件信息”。可见，“案件信息”是经过审查并被确认为真实且具有可采性的信息。对于证人证言来说，“案件信息”就是经审查确认对于待证的案件事实有证明意义的那部分证言，而不是证言的全部。

例二，书证。书证是一种特殊的物证。书证的文字、符号、图画等内容及所表达的思想总是附着于书写材料或其他物品之上。书证上的“书写内容”及所表达的“人的思想”，蕴涵了“证据信息”，而“书写材料或其他物品”只是“证据信息”的物质载体。书证所含“证据信息”经过审查，其中与案件事实相关的“内容”对于待证事实才有证明意义，这部分即是“案件信息”。

每个案件总是有若干的人证，也有很多的物证。对于每个证据都可以作这样的分析。每个证据含有的“证据信息”经过审查析出其中的“案件信息”，法官如果采信这个案件信息，这个案件信息就被法官确认为“证据事实”，法官将所有证据事实集合起来进行综合判断，就可据以证明某个案件事实。图示如下：



上述分析表明,蕴涵着证据信息的是自然人或者有形或无形的物,即证据信息蕴涵于某种物质载体;而能够证明案件事实的是物质载体所提供或表达出来的证据信息中的既真实而又与案件有关联的那部分信息,即“案件信息”。按照这样的分析,证人或者证物是证据,证人或证物所提供或表达的证据信息仅是一种未经审查的信息,不具有可采性,证据信息只有经过审查剔除了不真实的内容之后的“案件信息”才可作为证明案件事实的根据。并且这种具有可采信的“案件信息”只有经法官加以采信,确认为“证据事实”之后,才是证明案件事实的根据。可见证据和证明案件事实的根据并不完全同一。但证明根据来源于证据,为什么不把“证据事实”(证明根据)叫做证据呢?因为“证据事实”虽然是真实、客观的信息,反映了案件的某种真实情况,但它是经过司法人员依据法定程序(或用科学方法)作了分析判断后确认的真实,这与证据是伴随案件产生、发展过程而出现的一种原始遗留或在人的大脑中形成的记忆的理念相悖,所以不能以“证据事实”作为证据,只能以蕴涵证据信息的人或物作为证据。

根据上述分析,我国刑事诉讼法所规定的七种证据中,证人证言,被害人陈述,犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解都不是证据,而只是证据信息;证人、被害人、犯罪嫌疑人、被告人才是证据,都属于人证一类。而物证、书证都以物的存在为前提;勘验、检查都以物质现场或人体(包括尸体)为对象,而其“笔录”仅是对现场或人体某些含有证据信息的物品、痕迹的保全、提取的记录;鉴定结论也是以被鉴定物为对象所作的科学分析,带有保全固定物证的性质;视听资料无疑也是以视听物品的存在为前提,即使如“电子证据”这种数字化的证据信息,也是以计算机及其相关系统的物质存在为条件的。因此,勘验、检查笔录、鉴定结论、视听资料也都不是证据,而只是证据信息。通常说的物证、书证以及被勘查的现场、人体及被鉴定的物品等皆是物证。在笔者看来,证据种类(即法定证据形式)只需要规定两种,即人证和物证。

据此,笔者给证据下的定义是:蕴涵了证据信息的物质载体是证据,这种载体有两类,即自然人或者物。

二、新的证据概念与证据规则和诉讼程序的关系

1. 以人证为视角

根据前述,证人证言,被害人陈述,犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解不再是证据,而仅是证人、被害人、犯罪嫌疑人、被告人所提供的

言词性证据信息。而提供这些言词性证据信息的人即为人证，即他们才是证据。可见人证应当包含三种诉讼参与人，一是与案件没有利害关系的证人，二是案件中的被害人，三是犯罪嫌疑人或被告人。对于言词证据，国际上的通则是要求审判人员在审理案件过程中，必须直接听取证人、被害人、被告人的陈述，同时要求证人、被害人、被告人应当以言词形式在法庭上提供口头的陈述，以便接受询问和质疑。这就是所谓“直接言词原则”。如果不是因为证人、被害人、被告人本身是证据，为什么要他们亲自到庭呢？如果证人证言、被害人陈述就是证据，则无论哪方举证，只需提交证人证言、被害人陈述给法庭，就已完成举证行为，还有什么必要要求证人出庭作证呢？正因为证人、被害人是证据，所以无论是控方或者辩方举证，如果证人、被害人不出庭，举证方都要承担举证不能的后果。倘若举证方以庭前形成的书面证言提交法庭，法庭也因无法通过质证和辩论的程序对这些书面证言进行审查而不予采信，甚或用传闻规则加以排除。

2. 以物证为视角

前文述及除上述三种言词类证据信息的载体（均为自然人）都归入人证以外，其他的证据信息均以实物为载体，这些蕴涵证据信息的实物即为物证。在这种理念下，现行法规定的物证、书证都是物证自不必说，鉴定结论，勘验、检查笔录，视听资料便不仅不再是独立的证据种类，且它们也不能叫做物证，它们仅是不同的物所蕴涵或表达的不同的证据信息，只有这些信息的物质载体才是笔者所称的物证。

通俗一点说，人证是能够使用言词自我表达证据信息的证据，物证是自己不讲话的证据。物证的证据信息，是经由法定主体依法收集、固定、保全、检验、阐释而形成的信息，这种信息实际上已经掺入了侦查人员、检察人员、鉴定人员以及辩护律师对客观存在的证物的鉴别、认识和判断。也可以说，物证的证据信息是通过人（合法主体）依据法定程序从自然状态的证物中“提炼”出来的。下面对几种物证的证据信息进行分析。

（1）鉴定结论

鉴定结论是控辩双方为了解决证据判断中的某些专门性问题，聘请或委托具有司法鉴定资格的机构中有某方面专门知识和技能的人，进行鉴定后所作的书面结论。法院亦可根据控辩双方任何一方的申请指定有鉴定资格的机构和专家进行这种鉴定并提出书面结论。这个书面结论就是某种物证的证据信息。例如法医鉴定通常是要确定死者死亡的原因、

时间，死者或伤者的伤害情况；司法精神病鉴定，通常是要确定当事人、证人是否有精神病及属何种精神病；刑事科学技术鉴定主要是对指纹、脚印、枪弹等进行同一认定；微量物证鉴定，主要是对微量的毒品、花粉、尘土等进行分析认定；一般技术鉴定通常是对案件中涉及到的工业、农业、交通运输、建筑等方面的专门技术问题鉴定；会计鉴定主要是确定账目、报表等是否真实地反映了有关的经济活动，是否符合会计制度，等等。这些鉴定活动所依据的物质材料（鉴定对象）无论是人体（尸体或活体）、血迹、毛发、指纹、枪械、机器、农药、车辆、建材、账册，均是物证，而鉴定人员运用专门知识和科学手段对这些物证作出的分析判断（鉴定结论），则是将这些物证中蕴涵的证据信息“提炼”出来的结果。所以鉴定结论并不是物证本身，而是从物证中“提炼”出来的“证据信息”。

由于被鉴定物才是物证，因此控辩双方在法庭举证时一般应当将被鉴定物同鉴定结论同时提交法庭，并应申请法庭通知鉴定人出庭接受质询。但由于需要进行司法鉴定的物证有的太大（如机器、房屋）、有的太小（如微量物品）、有的不易保存（如挥发性很强的毒物）或不宜搬上法庭（如尸体），因此，控辩双方在法庭举证时，对于不能或不宜将被鉴定物当庭呈验的应申请法庭同意只提供鉴定结论和通知鉴定人出庭接受质询。

（2）勘验、检查笔录

勘验笔录是指办案人员对与犯罪有关的场所、物品、尸体等进行勘查、检验后所作的记录。记录形式包括文字记载、绘制的图样、拍摄的照片、复制的模型材料和录像等。其中现场勘验的文字记载内容包括：接到报案的时间、案件发生或发现的地点、报案人、被害人等的基本情况以及他们对案件情况的叙述；保护现场人员的姓名、职业、到达现场的时间以及对犯罪现场的保护情况；现场勘验指挥人员、参与勘验的人员以及见证人员；勘验开始和结束的时间，当时的气候、光线等条件；现场所在地的位置及周围环境；现场情况；提取痕迹物证的名称、数量；绘制现场图的种类和数量等。对同一现场先后多次进行勘验的，第一次以后的勘验均应制作补充笔录。有多个现场时，勘验后应分别制作笔录。物品检验记录应记载：物品的来源及检验的时间、地点，物品的特征、性质等，必要时亦可绘图或拍照附于笔录内。尸体检验笔录应记载：检验的时间、地点、参加检验的人员及见证人；死者的衣着情况，尸体的外表特征，伤痕的形状、大小、位置，提取的毛发、指纹、体液

及胃肠内物质的情况；其他生理、病理特征等。

检查笔录是指办案人员为确定被害人、犯罪嫌疑人、被告人的某些特征、伤害情况和生理状态，对他们的人身进行检查后所作的记载。检查笔录除文字记载外，亦可采用拍照、录像等方法记录检查情况。

上述表明，勘验、检查笔录是对原始物证的一种保全记载和初步分析。犯罪现场是一个内容丰富的物证群体，各种物证之间的关系能够深刻反映犯罪过程和情况，但犯罪现场不可能“整体”搬到法庭作为“证据”，通过勘验笔录客观记载现场情况，将现场的原始状貌保全下来，使它表露出其中的证据信息，是侦查程序的最佳选择。由于勘验是由侦查人员及相关技术人员进行的，勘验中注入了他们的分析、判断和取舍，勘验笔录也是勘验人员对现场情况和勘验情况所作的记载，所以它所反映的证据信息不可避免地带有勘验人员的主观色彩。同时通过勘验，侦查人员从现场上收集、提取了若干与犯罪有关的原始物证，这些物证所蕴涵的证据信息有时需要通过鉴定手段才能揭示出来，而勘验笔录对这些物证的来源的记载则是这些物证可以通过鉴定获得鉴定结论这种证据信息的支撑点。检查笔录也同样如此，检查笔录虽然也是对检查情况的客观记录，或者说是对人体当时情况的保全，但它较之勘验来说，更多地掺入了检查人员对被检查对象特征、伤情和生理状态的判断。因此，检查笔录不是证据，证据应是被检查的人体，检查笔录只是对被检查人在被检查时蕴涵的证据信息的保全。

(3) 视听资料

视听资料是指录音、录像、电子计算机以及其他高科技设备所储存的信息资料。视听资料的形成、储存和再现都必须依赖于某种载体，那些载体，无论是录音带、录像带，或者是计算机及相关设备，如果与犯罪案件有关而被收集和保全，都应是本案中的物证，而这些载体中蕴涵的可以再现的视听内容，则是这些物证中的证据信息。

(4) 对物证证据信息的审查判断

有资格收集物证的法定主体，在收集、固定、保全物证时，实际上已经对物证有初步的审查和判断，重点是识别收集到的物品、痕迹的真伪，判明这些物品、痕迹对于证明案件事实有无价值。但物证的证明价值，必须经过人的能动作用即通过勘验、检查、搜查、扣押、鉴定等方法才能使它蕴涵的证据信息被展示出来。由于犯罪现象本身的复杂性，证据收集主体和勘验、检查、鉴定人员认识能力、技术水平的有限性，被“提炼”出来的“证据信息”有时会出现失真的情形，当举证方将某

个证据信息连同它的载体（物证本身）提交法庭，作为己方主张的某个事实的证明根据时，法庭将对之进行必要的审查，查清这一信息的真伪，判明其是全部或是部分具有可采性。其中具有可采性的部分，即该证据信息中与待证的案件事实相关联并有证明意义的部分，此即笔者所称的“案件信息”。此种信息，即是法官可能采信确认为证据事实，并据以认定案件事实，形成内心确信，最后裁断案件的依据。

那么“案件信息”同证据之间是什么关系呢？如果把证据比作“细胞”，则“案件信息”就是那细胞中的细胞核，法官要采信的就是这个细胞核，侦查人员、检察官、辩护律师要寻找的也是这个细胞核，但最终是由法官来确认和采信，才作为定案的依据。在笔者看来，法官采信的“案件信息”（即法官确认的证据事实），从形式上看是所谓“法律真实”，从内容上看则是“实体真实”，实际上是“法律真实”和“实体真实”的和谐统一。

法官怎样来把握物证证据信息的审查呢？笔者认为，重点是对形成这一证据信息的来源以及这一证据信息与其他证据信息的关系的审查。如对鉴定结论这种证据信息的审查，应当着重注意：审查鉴定人有无法定资格，是否具备与鉴定内容相关的专业技术知识；审查举证方为鉴定人提供的鉴定材料的来源是否真实可靠，数量是否充分；鉴定程序是否合法，鉴定过程是否符合技术规范；鉴定人作出该项鉴定结论是否受到外来因素的影响；鉴定结论是否与其他证据信息有矛盾等。只有通过这些审查，才能对鉴定结论的可采性作出正确判断。

法庭对于勘验、检查笔录的审查，同样应把重点放在两个方面，一是审查勘验、检查对象有无伪造，二是审查勘验、检查人员有无相应的专业技术水平，勘验的程序是否合法，勘验方法是否符合技术规范，笔录是否在现场作出以及是否如实和完善。其中第二点主要是针对勘验、检查人员的。因此，庭审中对这种证据信息进行审查时，一般也应要求勘验、检查人员出庭接受质询。必要时，对勘验时的见证人也应通知到庭作证。

法庭对视听资料这种证据信息的审查则主要是针对这种证据信息易被伪造、篡改的特点进行。如录音带、录像带易被冲洗、消磁、剪辑，电子计算机易因病毒侵入或变换输入、输出的数据而改变内容等。所以法庭审查时应着重审查制作者的情况，制作时间、地点、对象，制作过程及相应设备，以及收集、保管情况，有无伪造等。必要时应通知制作者和收集人到庭接受质询。

总之，笔者主张用“信息说”取代传统的证据观。用“信息说”来解释证据，所有的言词证据都可归入“人证”一类，而其他证据都可归入“物证”一类，用这种一元的概括方法来表达证据形态，可以解决证据种类越来越多，对每种证据的定义、法律地位和可采性难以准确界定，甚至相互交错、含混不清等问题，使证据学的研究由繁入简，便于把握，这不仅有利于实务应用，也有利于这门学科的理论研究有新的发展。

论我国诉讼证据法学的理论根据

宋世杰* 彭海青**

一、诉讼证据法学理论根据问题的提出

诉讼证据法学理论根据是证据立法、诉讼证据运用活动以及证据法学研究的理论依据。理论根据问题对于诉讼证据法学应该是一个根本性的问题，它决定诉讼证据法学的面貌。我国传统证据理论将辩证唯物主义认识论作为证据法学的理论根据。一直以来，这个问题并未受到关注。学界对于证据法学理论根据问题的反思还是近十年的事情。这种反思是以如下背景为依托的：

第一，我国法学研究从“注释法学”向“理论法学”阶段发展。

20世纪90年代以前，我国法学基本上困囿于“注释法学”之樊篱中。注释法学的任务是对现行法律进行注解，这种注解要求严格遵照法条的精神实质，其目的是使抽象、模糊的法律条文为司法人员、一般公民理解，便于法律实效性之发挥。可见这种注释法学虽有一定存在价值，但其完全受法条拘束，这种“法学”并不能引导立法与司法实践活动的发展。任何学科的可持续发展必须以基础理论研究为依托，于是，学界逐渐开始关注法学中的一些基本理论问题，使法学回归学理，摆脱受法典局限的地位，重塑其独立的学术品格。我国法学终于迈上“理论法学”的台阶。而理论法学的任务是阐述法律中的指导思想、法律文化、法律价值以及从认识论、价值论等角度，结合哲学、社会学、伦理学、经济学等各学科考察法律问题。它试图把握作为法律背后支撑的稳定因素，引导法律走向完善。

第二，“程序公正”观念的冲击，引起学者们对于辩证唯物主义认识论作为证据法学理论根据的反思。

程序公正植根于古罗马时代的“自然正义”论。自然正义的理论根

* 湘潭大学法学院教授，博士生导师

** 湘潭大学法学院教师，中国政法大学博士研究生