

XING SHI ZHENG JU

刑事证据 基本问题研究



汪海燕 胡常龙 / 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据基本问题研究/汪海燕,胡常龙著. —北京:
法律出版社, 2002. 7

ISBN 7-5036-3855-9

I. 刑… II. ①汪…②胡… III. 刑事诉讼—证据—研究
IV. D915.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 045511 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律教育出版社
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	责任印制/陶松
开本/850×1168 1/32	印张/10.625 字数/278千
版本/2002年10月第1版	印次/2002年10月第1次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法律教育出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-68710329	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
传真/010-88414897	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414899
书号:ISBN 7-5036-3855-9/1·3572	定价:20.00元

序

证据制度在诉讼中处于核心地位,是诉讼运行的灵魂。但是,由于现行证据立法的粗疏,既满足不了审判实践需要,也没有顺应诉讼潮流发展的趋势,尤其是随着我国审判方式改革深入,现行证据规则的滞后性进一步暴露出来。因此,加强对证据法学的研究,不仅是证据法学研究逐步走向成熟的表现,也是改革现行诉讼制度的必然,是实现诉讼公正的内在要求。在此种背景下,《刑事诉讼证据基本问题研究》一书的选题就具有较强的务实性,对于正在进行的证据立法以及解决司法实务中的问题也有一定的参考价值和实际意义。

本书在结构和相关问题的论证上应该说是有它自己的特点的。系统的研究、论述刑事证据法学是一个宏大的工程,在篇幅有限以及其他客观条件的限制下,很难对有些基本、重大和复杂的问题阐述清楚;而对于某些问题已经研究成熟或已达成共识,再进行论述,只是一种无谓的重复。基于此,本书着眼于刑事证据法学中重大且存在争议的问题并提出自己的见解,如本书在上部主要探讨了刑事证据立法理论基础、证明责任、证明标准以及制约刑事证据立法的各种因素等问题,主张刑事证据立法的理论基础应有多元性,并试图厘清形式理性、价值理性在证据立法中的定位,系统论述了效率在刑事证据立法中的定位等。另外,当前很多理论虽然是在对传统理论以及立法的质疑和反思的基础上产生的,但其中诸多主张和论证只是简单的以西方证据法学,特别是英美法为蓝本,而没有审视中国的实际国情,没有意识到作为应用学科的证据法学最终要根植于本国的土壤之中。为了改变这种论证方法,本书试图在此方面作一些有益的尝试,其相关部分从法哲学、法史学、经济因素以及相关交叉学科对有

些问题作了论证——当然,其结论并不是完全排斥西方一些有益的做法。再次,本书紧密联系立法需要。当前,证据立法如火如荼,但是,基于种种原因“千呼万唤难出台”。这其中重大原因之一即为认识不统一,利益难以协调,有些主张又过于理想化,而本书力求在本土化中寓于现代化,试图为立法寻求一个实际的支撑点——但此支撑点又不是庸俗的“和稀泥”。

本书的有些内容作为阶段性成果,已经在《中国法学》、《法学研究》、《政法论坛》等刊物上发表,一些论证与主张应该说有一定的理论深度和前沿性。但总体上说,本书是青年学子在刑事证据法学上勇于参与争鸣的一本习作。从学术观点上说,本书有的观点我是基本赞同的,如对实体正义与程序正义的界定与权衡,对形式理性的比较客观全面的分析评价等;有的观点则是不赞同的,例如,对客观真实与绝对真实的否定、对判决正确性来自“审判人员的主观认识符合客观的案件事实”的否定等。但这些均属于学术争鸣的范畴,我希望通过这种“真理面前人人平等”的争鸣,进一步促进科学真理的发现,促进证据法学的繁荣。

本书的第一作者汪海燕同学是我的学生,由我指导。该同学勤奋好学,善于思考,对某些问题,往往有自己的独立见解和主张;另一位作者胡常龙同志,来自司法实践部门,在我校学习诉讼法学,攻读博士学位。我对他的印象是他善于将理论与实践问题相结合,这对实务工作部门同志来说难能可贵。希望他们在学术的道路上,继续努力,取得更大的成绩。

是为序。

陈光中

2002年4月18日

目 录

上 部

第一章 刑事证据法学的理论基础

一、刑事证据法学理论基础概述	(3)
二、认识论在证据法学中的地位	(11)
三、形式理性、价值理性与刑事证据立法	(30)
(一)引言	(30)
(二)形式理性的内涵	(32)
(三)形式理性与我国刑事证据立法	(41)
(四)价值理性与刑事证据立法	(45)
(五)结语	(52)
四、诉讼效率与刑事证据立法	(52)
(一)刑事诉讼效率价值的基本理念	(53)
(二)刑事诉讼效率与公正的关系	(58)
(三)效率与刑事证据立法	(64)

第二章 刑事证明责任问题研究

一、引言	(73)
二、外国刑事证明责任的涵义和分担	(76)
(一)刑事证明责任的原始内涵	
——罗马法时期的刑事证明责任	(76)
(二)刑事证明责任理论在现代的发展	
——两大法系的刑事证明责任	(78)

(三)前苏联诉讼理论中刑事证明责任的涵义	(94)
三、我国刑事证明责任的涵义	(97)
(一)对我国传统诉讼理论中刑事证明责任涵义的考察 ...	(97)
(二)对我国传统诉讼理论中刑事证明责任涵义的反思 ...	(101)
四、我国刑事证明责任的分担	(104)
(一)刑事证明责任分担的理论基础	(105)
(二)我国刑事证明责任的分担	(111)
(三)法院是否承担证明责任之探讨	(116)

第三章 证明标准问题研究

一、刑事证明标准层次性问题研究	(120)
(一)刑事证明标准及其相关概念的涵义	(120)
(二)刑事证明标准层次性表现之一	
——刑事诉讼不同阶段适用不同证明标准	(123)
(三)刑事证明标准层次性表现之二	
——不同证明责任承担主体适用不同的	
证明标准	(138)
(四)刑事证明标准层次性表现之三	
——不同证明对象适用不同的证明标准	(145)
二、我国定罪证明标准之检讨	(151)
(一)刑事证明标准	
——实然的范畴	(153)
(二)相对真实观符合真理的相对性原理	(155)
(三)实践检验的相对性决定了客观真实是一种	
无法实现的理想	(162)
(四)判决的本质是一种事实上的推定	(164)
(五)结语	(168)
三、诉讼证明标准的二元制	(170)
(一)英美法系、大陆法系不同性质的诉讼实行差别证明	
标准之立法例	(170)

(二)我国现行立法关于刑事诉讼与民事(行政)诉讼证明标准的规定	(174)
---------------------------------------	-------

(三)我国确立二元制诉讼证明标准的必要性	(175)
----------------------------	-------

第四章 刑事证据立法之新视野

——论制约刑事证据立法的宏观因素与微观制度

一、法律文化与证据规则	(182)
-------------------	-------

二、经济因素与刑事证据立法	(192)
---------------------	-------

三、刑事证据立法与刑事诉讼法的修改	(200)
-------------------------	-------

(一)审前程序的完善	(201)
------------------	-------

(二)在诉讼法上明确违反证据法或证据规则的后果	(202)
-------------------------------	-------

下 部

第五章 证人作证问题研究

一、证人拒绝作证制度研究	(207)
--------------------	-------

(一)证人拒绝作证制度的概念及特点	(207)
-------------------------	-------

(二)各国立法对证人拒绝作证制度的不同规定	(208)
-----------------------------	-------

(三)我国历史上关于证人拒绝作证制度的相关规定	(218)
-------------------------------	-------

(四)证人拒绝作证制度的理论根据	(220)
------------------------	-------

(五)我国法律关于证人拒绝作证制度的立法缺陷及选择	(223)
---------------------------------	-------

二、证人出庭作证制度研究	(226)
--------------------	-------

(一)证人出庭作证价值分析	(227)
---------------------	-------

(二)证人出庭作证例外研究	(233)
---------------------	-------

(三)证人出庭作证的保障措施	(239)
----------------------	-------

第六章 非法证据排除规则研究

一、引论	(251)
------------	-------

(一)证据的概念	(251)
----------------	-------

(二)非法证据的界定	(253)
------------------	-------

(三)论证非法证据效力的方法	(254)
二、两大法系关于非法证据效力的立法例	(255)
(一)英国	(256)
(二)美国	(258)
(三)日本	(262)
(四)法国、德国、意大利、俄罗斯	(263)
三、制约非法证据效力的背景与理念	(265)
(一)法律文化传统对非法证据效力深层次的制约	(265)
(二)犯罪状况和政治因素对非法证据的效力的 直接影响	(269)
(三)刑事诉讼目的是制约非法证据效力的制度性因素	(272)
四、设立我国非法证据排除规则的构想	(274)
(一)我国现行立法对非法证据效力的规定	(274)
(二)我国理论界对非法证据效力的主张	(277)
(三)移植“美式”非法证据排除规则的可行性分析	(279)
(四)建立我国非法证据排除规则的必要性	(284)
五、完善我国非法证据效力立法的构想	(288)
(一)关于非法证据效力立法的趋势	(288)
(二)关于非法证据效力的具体构想	(290)
六、非法证据排除规则的配套体系	(295)
(一)“客观真实”理念和制度的改变	(296)
(二)建立证据庭前审查制度	(298)
(三)犯罪嫌疑人、被告人的身体检查以及讯问时 录音制度	(298)
(四)建立对违法官员的惩戒制度	(299)
(五)完善对被侵权人的救济机制	(300)
(六)结语	(301)
附录:论美国毒树之果原则 ——兼论对我国刑事证据立法的启示	(302)

(一)毒树之果原则的适用基础	
——排除规则·····	(303)
(二)毒树之果原则的确立·····	(305)
(三)毒树之果原则的发展	
——几种“例外”的确立·····	(307)
(四)毒树之果原则适用的特殊情形·····	(310)
(五)美国毒树之果原则对我国刑事证据立法的启示·····	(316)
主要参考书目·····	(322)
后记·····	(329)

上部

第一章 刑事证据法学的理论基础

一、刑事证据法学理论基础概述

近年来,学者们对证据法学的研究日益深入和广泛,并提出了诸多有关制定证据法典或单行证据法以及设立有关证据规则的立法建议。这从一方面反映了证据制度在诉讼中处于核心地位,是诉讼运行的灵魂,同时也从侧面反映了现行证据立法的粗疏和以前证据法学理论研究的相对贫困,满足不了审判实践和人权保障的需要,尤其是随着我国审判方式改革的深入,现行证据规则的滞后性进一步暴露出来。因此,加强对证据法学的研究,不仅是证据法学研究逐步走向成熟的表现,也是改革现行诉讼制度的必然,是实现诉讼公正的内在要求。^① 由于证据法学的理论基础无论是对证据法的有关抽象原则,还是对于具体证据规则的设立,都有宏观上的指导作用,所以,在法学界对证据立法基础的探讨不仅颇多,而且其中观点也纷呈各异。

学者们对证据法学理论基础的探讨,大多是在对传统证据法(包括现行证据立法)或证据法学理论基础的反思和质疑之上。我国传统证据理论,视证据制度“所要解决的核心问题”为“如何确保司法人员能够正确认识案件事实,以及如何保证其主观符合客观”,因此,将辩证唯物主义作为我国证据制度的惟一指导思想和理论基础,不少学者更因实事求是辩证唯物主义认识的灵魂而将我国证据制

^① 关于证据立法必要性的阐述,我国学者作了较充分的论述。参见刘善春、毕玉谦、郑旭:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版,第5—8页;樊崇义等:《刑事证据前沿问题研究》,《证据学论坛》(第1卷),中国检察出版社2000年版,第136—147页。

度定名为“实事求是”的证据制度。^①这种理论基础也是对我国现行刑事诉讼法中相关证据立法的折射。我国诉讼制度或证据制度对客观真实的追求在立法上主要表现为以下几个方面：第一，为发现案件真实，赋予侦查机关、起诉机关甚至审判机关较大的证据收集权。我国刑事诉讼法第43条规定，审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定的程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪、犯罪情节轻重的各种证据。……必须保证一切与案件有关或了解案情的公民，有客观充分的提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。第44条规定，公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书，必须忠实于事实真相。这不仅表现为侦查机关为了收集证据和查获犯罪人而享有侦查权的广泛性和侦查手段的多样化，如侦查机关除了有权采取拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕等措施以外，还可以进行讯问犯罪嫌疑人、询问证人、勘验、检查、搜查、扣押物证、书证、鉴定和通缉等，而且还表现为侦查活动很少受到外部的制约。对侦查机关采取这些专门调查措施以及强制性措施，主要是侦查机关内部对它们进行审查从而达到规范侦查权力的目的。检察机关虽然是国家法律监督机关，但除了决定批准逮捕之外，并不对侦查行为进行直接的控制，其法律监督主要是通过间接、事后的方式实现的；另外，由于侦查与起诉阶段的任务在一定程度上的一致性，这种监督权存在的正当性以及监督的力度和效果也就不能不令人怀疑。同时作为起诉机关的检察院还享有补充收集证据权，而作为审判机关的人民法院在审判阶段如果对证据有疑问时，也可以进行调查核实。第二，作为追诉对象的犯罪嫌疑人、被告人有协助侦查机关查明案件真实的义务。犯罪嫌疑人、被告人不仅没有沉默权，“对于案件有关的问题”，而且还必须履行“如实陈述”的义

① 陈一云主编：《证据学》，中国人民大学出版社1991年版，第93页。

务,享有的律师帮助权也极为有限。^①第三,凡是知道案件真实情况的人有协助司法机关查明案件真实的义务。第48条第1款规定,凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。证人除了因生理、精神、年龄等原因不具备作证的资格外,并没有规定特定种类的人,如近亲属、提供法律服务者、特定职业者,可以免除作证的义务或不能作证。第四,定案的证明标准追求客观真实性。我国刑事诉讼法第162条规定,案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人有罪的,应当做出有罪判决。第五,刑诉法对违反法定程序的后果不明确。公安司法机关的诉讼行为违反法定的程序,并不一定会导致相应的消极性程序后果,如该行为的无效或通过该行为获得的证据没有定案的效力。例如,侦查机关如果没有告知犯罪嫌疑人应当享有的律师帮助权,侦查行为本身以及通过该侦查行为获得的证据并不因此受到任何消极的影响;法律规定证人在一般情况下应出庭作证,但现实中关键性证人有时不出庭作证亦屡见不鲜,而审判照样进行,且对判决的效力不发生任何影响。立法和有关的司法解释虽然规定排除以刑讯逼供、威胁、利诱等方式取得的非法言词证据,但是,对于非法获取的物证,如非法搜查获取的物证以及由非法证据衍生的其他证据(理论上称为“毒树之果”)法律没有明确其效力,在实践中只要具有证明力,一般都将其作为定案的根据。由此可见,我国现行证据制度和诉讼制度的核心或主要目的是为了查明案件事实真相,从而适用实体法。因此,传统诉讼理论以及在此指导下的证据立法都是将

① 被告人的律师帮助权,主要体现为律师在诉讼中享有的权利。从形式上看,现行刑事诉讼法规定律师享有的权利较刑法修改以前增加了,如律师参与诉讼的时间提前,庭审方式抗辩性增强使得律师更有空间发挥自己才能;但是,从总体和实质上考察,律师的权利较刑法修改前反而缩小了,如律师向证人、被害人以及其所提供的证人取证,必须要经过同意或批准;由于受起诉方式的影响,律师所看到的卷宗材料范围大大缩小;律师会见犯罪嫌疑人、被告人受到侦诉部门以及看守所内部规定的限制(如被监听、限制会见次数、时间等)。所以,就律师在刑事诉讼中享有的权利而言,有的律师坦言“刑诉法不如不修改”。

辩证唯物主义认识论作为诉讼制度和证据制度的重要指导思想,甚至将其视为诉讼制度和证据制度的最重要甚至是惟一的理论基础。

随着时代的发展、社会的进步和法制文明的相互影响,传统证据制度及其理论的缺陷也就逐渐暴露出来。其弊端主要体现在过分强调查明案件真实的重要性而忽视了他价值的实现,同时将诉讼主体,特别是公安司法机关的认识能力过分理想化。最大程度的发现案件真实,一方面,必须以赋予侦诉机关甚至是审判机关较大的取证权为前提,而这为侦查权力的滥用提供了适宜的土壤和空间,并且有可能使应当处于中立地位的裁判者偏离“不偏不倚”的地位,其导致的恶果之一是权力对权利,尤其是在诉讼中处于天然弱势的被追诉人人权的侵犯;在另一方面,为了遏制被追诉人逃避国家机关的刑事追诉和审判,法律赋予被追诉人对抗国家机关的追诉手段极其有限,试图将被追诉人的配合作为发现真实的有效手段,这在一定程度上将被追诉人置于诉讼客体的地位。权力的扩张以及对被追诉人权利不适度的限制,在一定程度上损害了诉讼作为解决纠纷而应具有的理性抗辩性质,有些做法甚至违背了程序正义的基本要求,而刑事诉讼对作为诉讼主体的被追诉人的价值——保护被追诉人的人权和自由在很大程度上是缺失的。对于这一点,我国学者现在有了清醒的认识。“诉讼不仅是一种认识过程,而且也是一种诉讼价值实现的过程”,在很大程度上是针对我国刑事诉讼忽视人权保障功能而言的。^①“在我们看来,证据法学与证据学的根本区别应当体现在,前者不仅研究如何运用证据查明案件事实或争议事实真相的方法和规律,而且还要研究藉以发现事实真相的手段、途径和方法如何符合法律的规定和程序正义的要求。也就是说,诉讼中的证明活动不仅要符合人类认识客观世界的一般规律,而且还要强调用于发现事实真

① 对于我国现行刑事诉讼法以及证据规则对入权保障,尤其是犯罪嫌疑人、被告人入权保障的缺失、实体公正与程序公正的失衡,许多学者进行了反思,并有大量文章进行了论证,为不赘述,笔者在此只做本书所需的必要概括。

相的手段的合法性、正当性、公平性。”^① 在认识到传统证据法学此点不足的基础上,有学者主张,“辩证唯物主义认识论和程序正义的理论应当是指导我国证据法学的理论基础。”

在强调认识在诉讼中的重要性同时,重塑程序法尊严与权威,无疑是在传统证据法学理论上迈出了关键性的一大步。但是在诉讼中或证据制度当中,除了有实体真实和程序正义所追求或体现的价值之外,还有其他价值应是证据法所追求的目标,即证据法所追求的价值具有多元性。如许多国家在刑事诉讼法或证据规则中规定了证言特免权,美国联邦和各州司法区基本上都规定了“律师——当事人特免权”、“医生——病人特免权”、“心理治疗人员——病人特免权”、“夫——妻特免权”、“神职人员——忏悔者的特免权”、“记者信息来源的特免权”等;德国刑事诉讼法第 52 条第 1 款规定了“因个人原因的拒绝作证权”,被指控人的订婚人、被指控人的配偶(即使婚姻关系已不再存在),与被指控人现在或者曾经是直系亲属或者是直系姻亲,现在或者曾经在旁系三亲等内有血缘关系或者在二等亲内有姻亲关系的人员等都有权拒绝作证;日本刑事诉讼法第 147 条规定了“任何人,都可以拒绝提供有可能使下列的人受到刑事追诉或者受到有罪判决的证言:一、自己的配偶、三代以内的血亲或二代以内的姻亲,或者曾于自己有此等亲属关系的人;自己的监护人、监护监督人或者保佐人;由自己作为监护人、监护监督人或者保佐人的人。”第 149 条规定了“医生、牙科医生、助产士、律师(包括外国法律事务所)、代办人、公证人、宗教职业者或者曾经担任以上职务的人,对由于受业务上的委托而得知的有关他人秘密的事实,可以拒绝提供证言。”这种证言特免权应当说与对发现案件真实是没有益处的,相反,在很大程度上还有可能阻碍发现案件真实,例如,很难想象有什么事情比“律师——当事人”特免权更能阻碍案件真实的发现;这种规定与程序正义似乎也无直接的关联,特别是与案件无利害关系的人作

① 卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 7 页。

证与否更与程序正义所体现的价值无涉。那么,证言特免权所体现的价值就游离于实体真实与程序正义所涵盖的价值之外,其存在的基本理由是:“社会期望通过保守秘密来促进某种关系。社会极度重视某种关系,宁愿为捍卫保守秘密的性质,甚至不惜失去与案件结局关系重大的情报。”^①在论及勃引第王贡德鲍规定盗窃者的妻或子,如果不揭发这个盗窃行为,就降为奴隶时,孟德斯鸠认为这项法律是违反人性的。“妻子怎能告发她的丈夫呢?儿子怎能告发他的父亲呢?为了要对一种罪恶的行为进行报复,法律竟规定出一种更为罪恶的法律。”^②如果妻儿告发丈夫或父亲是违反人性的,同样,要求亲人之间相互作证以证明有罪同样视为违背人性——姑且不从功利的角度考虑维护家庭关系的稳定有利于维护社会的稳定。因此,这些特免权维护的是一种实体价值,但是,这种实体价值并不是通过发现案件真实来实现的,相反,在一定程度上是以牺牲实体真实为代价实现的。设立该规则的直接目的是为了维护其他值得保护的社会关系的存续和良性发展,它要实现的价值有可能是家庭和婚姻关系的稳定、对人伦常的尊重、为发展和培养某种特定社会关系所必需的信任等。

另外,由于受资源稀缺规律的限制,当代国家不可能为了发现案件真实或程序正义将诉讼无期限、不计方法的进行下去。因此,诉讼效率也是在证据立法时必须考虑的重要因素之一;而从实在法的角度考察,各国在刑事诉讼制度和证据规则中也考虑到诉讼效率在价值体系中应有的地位。我国在1996年修改刑事诉讼法时,诸多内容的增订或修改亦考虑了效率在诉讼价值体系中的重要地位。^③

同时,从国家的立场出发,法律实施的根本目的都是为了维护现

① 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283页。

② 孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),商务印书馆1963年版,第176页。

③ 关于证人作证特免权和诉讼效率有关问题,本书有专章节进行论及,在此只针对该制度所体现的价值问题作概括性评论