

长江学者和创新团队发展计划资助

Supported by Program for Changjiang Scholars
and Innovative Research Team in University



2012

中国证据法治发展报告

Report on Evidence and the Rule of Law in China

2012

主编 张保生 常林



中国政法大学出版社

- 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

中国证据法治发展报告. 2012/张保生，常林主编. —北京：中国政法大学出版社，2014. 3
ISBN 978-7-5620-5306-4

I. ①中… II. ①张… ②常… III. ①证据—法律—研究报告—中国—2012 IV. ①
D925. 013. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第043895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 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 30.75
字 数 500 千字
版 次 2014 年 3 月第 1 版
印 次 2014 年 3 月第 1 次印刷
定 价 66.00 元



证据是法治的基石，是实现司法公正的基石，证据制度建设是我国司法改革的首要任务。法治以司法制度为基础，司法制度则以证据制度为基础。司法要摆脱人治的束缚，必须坚持证据裁判原则即实现证据法治。党的十八届三中全会在“推进法治中国建设”的主题下，强调“深化司法体制改革，加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，维护人民权益，让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”。法治中国建设必定要以证据法治发展和司法文明进步为重要指标。

证据制度建设是一项长期而艰巨的任务，是一项复杂的社会系统工程，需要法学理论界与立法、司法、律师等法律实务界的密切合作、共同创造和不懈探索。本发展报告（蓝皮书）试图从立法、司法和法学研究的全景视角，审视中国证据制度发展的脉络，梳理证据科学研究的成果，总结证据立法和司法的实践经验，记录中国证据法治的实践发展轨迹并预测其未来走向；同时，也为我国法学理论界和法律实务界进一步开展证据科学研究、创新我国证据制度，做一些基础性、资料性和评价性的工作。无论是立法机关、司法机关和法律服务部门的法律实务工作者，还是高等学校、科研机构的教师、学生 and 研究人员，都能从本书受益。

本蓝皮书（2012卷）论述了2012年中国证据法治发展的全过程，其基本结构如下：

第一篇“2012年中国证据立法和司法进展”，由四部分内容组成：

（1）证据立法进展综述，从证据立法的五个层面（法律、司法解释、行

政法规和部门规章、地方性证据规定以及国际条约), 回顾总结了本年度证据立法的进展情况。

(2) 证据司法实践发展综述, 从公检法三机关入手, 分别回顾总结了人民法院、人民检察院和公安机关证据制度建设的实践经验。证据法是侦查、检察和审判实践经验的总结。因此, 深入了解证据制度建设在司法实践中的实际进展, 对于完善我国证据立法和开展证据科学研究都具有重要意义。

(3) 司法鉴定制度建设综述, 从以下六个方面描述了司法鉴定制度的发展情况: 新诉讼法(指2012年修正的两部诉讼法)对司法鉴定制度的完善; 人民法院司法技术管理工作制度建设; 人民检察院司法鉴定工作制度建设; 公安机关司法鉴定工作制度建设; 司法行政机关登记管理与备案登记的司法鉴定工作制度建设; 司法鉴定技术相关部门规章和行业规范。

(4) 非法证据排除规则适用案例分析, 运用案例对非法证据排除规则的实施情况、运行机制, 以及侦查人员出庭作证、非法证据与瑕疵证据的界限、被告人翻供的效力等问题, 进行分析。

第二篇“2012年中国证据科学的学术进展”, 由五部分内容组成:

(1) 证据科学研究进展, 介绍评价了国内外学者对证据科学的理论研究进展和实践探索情况。

(2) 证据法学研究进展, 包括对以下十个研究领域学术进展的述评: 证据法理论基础和体系、证据属性与事实认定、证据开示、科学证据与司法鉴定、言词证据、证据排除规则、证明责任与证明标准、法院取证与证据保全、质证与认证、推定与司法认知。

(3) 法庭科学研究进展, 包括以下十二个研究领域: 法医病理学、法医临床学、司法精神病学、法医生物学、文件检验学、毒物和毒品分析学、微量物证检验学、痕迹检验学、交通事故鉴定、声像资料鉴定、电子数据鉴定、医疗损害鉴定。

(4) 证据科学教育进展, 对证据科学基础研究项目和实证研究项目, 以及证据科学学科建设和人才培养、课程和教材建设的进展情况, 进行了述评。

(5) 证据科学研究成果选介, 对本年度具有代表性的证据法学著作、论文和法庭科学著作进行了介绍。

本书附录部分, 收集了2012年发表的证据科学期刊论文目录、证据科学研究生学位论文目录、证据科学学术著作目录, 以及证据科学学术会议一览

表和研究项目一览表。

本卷研究报告（蓝皮书）坚持了资料整理和评价功能并重的编写原则，在梳理资料的基础上，加强了评论和预测功能在发展报告中的分量。

本书的研究和写作过程受到了“司法部法治建设与法学理论研究部级科研重点项目”资助、教育部证据科学“长江学者和创新团队发展计划”资助、“教育部哲学社会科学发展报告项目”资助，由司法文明协同创新中心、中国政法大学证据科学研究院（证据科学教育部重点实验室）和有关合作单位的34位教师、研究人员和研究生集体编写，体现了证据科学研究创新团队在证据科学教育部重点实验室和教育部、财政部“2011计划”司法文明协同创新中心科研平台上开展交叉学科研究的合作优势，也为今后继续开展证据科学领域的跟踪研究、资料数据库建设打下了基础。上述研究进展情况的回顾和评述，为在这些领域开展更加深入的科学研究提供了重要的参考资料。

全书由张保生、常林修改统稿。课题组成员具体分工详见后记。

本书的错误或疏漏之处，恳请各位识者提出宝贵的批评意见。

张保生 常林
2014年2月15日



2012 年中国证据法治发展的步伐

2012 年，我国证据法治建设继续稳步前行，在证据立法、证据司法和证据科学研究等方面取得许多进展。以下从六个方面作一个简要概括和评述：

一、证据立法不断完善

本年度，《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》修订确立了一些重要的证据规则，反映了我国证据法治的重大发展。但从立法条文的内容和结构来看，证据制度固有的理念缺失、逻辑混乱和体系不健全等问题依然存在。

（一）部分确立了不得强迫自证其罪的权利

2012 年《刑事诉讼法》第 50 条规定了“不得强迫任何人证实自己有罪”，这是我国刑事诉讼人权保障的重要进步。但该规定与“不得自证其罪”还有差距。在法治国家，“不得自证其罪的权利”（right against self-incrimination）是刑事被告人或证人的一项诉讼权利，在美国是宪法第五修正案确立的宪法权利。该权利旨在保障一个人不被政府方强迫作证，提供可能导致其受到刑事指控的证言。它与无罪推定原则一起，确保国家承担刑事指控的证明责任。该权利蕴含着沉默权。⁽¹⁾因此，该权利的完整含义是：不得强迫任何人证实自己有罪或无罪。其一是“不得强迫任何人证实自己有罪”，即犯罪嫌疑人、被告人没有义务为控诉方的有罪指控向法庭提供任何可能对自己不利的陈述和其他证据，控诉方不得采取任何非人道或有损其人格尊严的方法强迫其作出供述或提供证据。其二是不得强迫任何人证实自己无罪，即犯罪

(1) See Black's Law Dictionary, 8th, Thomson West, 2004, pp. 1324, 1327.

嫌疑人、被告人没有证明自己无罪的义务。“在诉讼中，原则上应当由控诉方提供证据来证明其所指控的犯罪事实成立，被告人在诉讼中不承担证明自己无罪的责任，既然如此，被告人也就没有义务在针对其进行的查找证据的活动中予以合作，他可以在诉讼过程中保持沉默，也可以明确表示拒绝陈述，即被告人在诉讼中享有反对强迫自证其罪的特权或者说沉默权，不得强迫被告人陈述与案情有关的事实，不能因为被告人保持沉默或拒绝陈述就认定其有罪或得出对其不利的结论。”⁽¹⁾ 综上，第50条“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定，只在第一个含义上确立了“不得强迫自证其罪”的权利，尚未触及第二个含义即不被强迫自证无罪的权利，即被告人在刑事诉讼中拥有沉默权。这是中国证据法治未来发展的一个努力方向。

（二）非法证据排除规则留下“补正”缺憾

2012年《刑事诉讼法》对非法证据排除规则作了系统规定：一是排除范围，包括言词证据和实物证据（第54条）。二是排除程序（第55、56条）。三是证明责任，包括申请排除者的初步证明责任（第56条）和检察院的证据合法性证明责任（第57条），即检察院若不能证明证据收集的合法性，将面临证据被排除的后果。四是证明标准（第58条），“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第54条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除”，这意味着对非法取证的事实认定有两个证明标准：①优势证据标准，即对法官审查判断来说，只要“不能排除”非法取证的可能性，或者非法取证的可能性大于不可能性，有关证据就应当予以排除；②确信无疑标准，即对检察院来说，对证据收集合法性的证明要达到排除合理怀疑的程度，否则，有关证据将会被法官排除。五是排除方法（第54条），对非法取得的言词证据予以绝对排除；对非法取得的物证、书证采用相对排除办法，即达到严重影响司法公正的程度，且不能补正或作出合理解释的，才予以排除。然而，第54条的“补正”规定是一个致命的立法缺陷。因为，“补正”若以2010年“两院三部”《死刑案件证据规定》第9、14、21、30条以及《排除非法证据规定》第14条为操作依据，那么结果将是：所有非法取得的物证、书证都能通过“补正”而获得合法性；法院若在非法证据排除程序中

⁽¹⁾ 卞建林主编：《刑事诉讼法学》，科学出版社2008年版，第72页。

适用这5条“补正”规定,将会抵消非法物证、书证排除规则的全部效力。⁽¹⁾因此,根据最佳证据规则预防欺骗性证明以及防止提出篡改过的证据的要求,必须废除这5条“补正”规定,才能防止侦查人员事后造假和作伪证。最高人民法院《刑诉法解释》本应纠正这个立法错误,但遗憾的是,其第73、77、82条关于物证、书证收集程序,证人证言瑕疵和讯问笔录的瑕疵的“补正”规定,违背了最佳证据规则的基本原理,重复了“两院三部”《死刑案件证据规定》的概念性错误。这些“补正”规定起到了助纣为虐的作用,给侦查人员、询问人员等通过“补正”程序事后造假留下了空间,可能导致欺骗性证明和篡改证人证言的情况发生。相比之下,最高人民检察院《刑事诉讼规则(试行)》第66条关于“补正”是对“非实质性瑕疵”进行补救的规定,突破了“补正”乃“补充和改正(文字的疏漏和错误)”⁽²⁾的日常语义,纠正了“两院三部”2010年《死刑案件证据规定》、《排除非法证据规定》和最高人民法院2012年《刑诉法解释》中关于允许对物证、书证的“实质性缺陷”进行“补正”的错误规定,这具有重要的法治意义。

在审判实践中,非法证据与瑕疵证据的界限模糊已成为阻碍非法证据排除的一个重要因素。在王进德故意伤害案⁽³⁾中,王进德的辩护人提出:“案卷中部分证人证言形式不符合法律规定,存在没有2名侦查人员亲笔签名和询问时间记录不清的问题,属于非法证据,应当予以排除。”法官审理后认为:“辩护人所提部分证人证言应作为非法证据予以排除的意见,经查,‘两院三部’《排除非法证据规定》第1条对应予排除的非法证据作了明确界定,即采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述,属于非法言词证据。本案中辩护人所提证人证言,不属于上述规定中以暴力、威胁等手段取得的情形,不属于排除的范围,取证中存在的问题应通过补正等方式,综合全案其他证据综合予以采信。”这里,法官应当分析辩护人是否提出了非法取证的线索或证

(1) 《死刑案件证据规定》第9条第2款完全否定了第1款的法律效力,第14条完全否定了第13条的法律效力,第21条完全否定了第18条和第20条的法律效力,第30条第2款完全否定了第1款的法律效力。《排除非法证据规定》第14条完全否定了《死刑案件证据规定》第6~10条物证和书证合法性审查、第26条勘验检查笔录合法性审查、第34条“毒树之果”排除规定的法律效力。

(2) 《现代汉语词典》(2002年增补本),商务印书馆2002年版,第101页。

(3) 甘肃省天水市中级人民法院刑事附带民事判决书,(2012)天刑一初字第23号。

据，是否履行初步的证明责任，以及本案中是否存在非法取证的可能性；而不应当直接认定这种情况属于瑕疵证据而不是非法证据。而且，非法证据本身与瑕疵证据存在各种可能的竞合，一旦发生竞合，应当按照非法证据审理程序处理。所以，瑕疵证据“补正”规则的实施存在这样一种风险：容易将本应适用非法证据排除规则加以排除的证据合法化，使法官忽视案件中存在的非法取证可能性。

（三）证据合法性调查程序中的侦查人员出庭与困境

2012年《刑事诉讼法》第57条第2款规定：“现有证据材料不能证明证据收集的合法性的，人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况；人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知，有关人员应当出庭。”该规定确立了我国刑事诉讼证据合法性调查程序中的侦查人员出庭制度，这对保障人权、遏制非法取证行为具有重要意义，是我国司法文明进步的一个标志。然而，上述规定的实施遇到如下三种困境：一是出庭的启动程序，现在只规定了检察院提请的通知程序、法院通知程序、侦查人员要求程序，却偏偏没有赋予辩护方启动权，这违背了控辩双方权利平等原则。在证据合法性调查程序中，检控方负有证明义务，辩护方拥有主张权利。如果没有启动权，辩护方关于存在非法取证行为的主张就无法提供证据而得到证明，同时也剥夺了其对侦查人员质证的权利。二是出庭的身份，目前规定其“出庭说明情况”而非“出庭作证”，暗示了侦查人员出庭拥有作“单向性说明”的特权。然而，根据2012年《刑事诉讼法》第60条关于“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务”的规定，警察或其他侦查人员作为案件非法取证情况的知情人，也负有一般证人的作证义务。因此，在法庭的证据收集合法性调查程序中，需要明确：侦查人员是以证人身份出庭，其“说明情况”的行为是出庭作证，必须遵守证人出庭作证的有关规定。三是出庭作证的方式，证据合法性调查程序中的侦查人员如果是以证人身份出庭，那么，根据《刑事诉讼法》第189条和第59条的规定，应采取直接询问、交叉询问和对质等方式进行。但是，目前的立法尚未对质证、直接询问、交叉询问和对质等方法如何实施作出明确规定，这可能会使侦查人员出庭的实际效果大打折扣。

(四) 强制证人出庭及其例外规定有得有失

2012年《刑事诉讼法》第188条第1款规定：“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。”本条规定对我国证据制度建设而言既有进步也有倒退。就其进步而言，本条规定了相应的强制性措施，即第2款规定的“证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证的，予以训诫，情节严重的，经院长批准，处以10日以下的拘留”。可以预期，强制证人出庭制度及相关的证人保护和补助等配套措施，对于改变我国刑事诉讼证人“出庭难”的现状将发挥重要作用。就其倒退而言，本条关于特定亲属不被强制出庭作证的规定，与“亲属作证特免权”并不沾边！就是说，第188条并未在任何意义上确立我国的亲属作证特免权，它只不过是规定被告人亲属不被强制出庭作证，并未免除其作证义务；而且，该条规定还为亲属庭外取证留下了祸根，是一个历史性的倒退。这样说的理由有三点：第一，中国作为“亲属特免权”的发祥地，早在两汉时期就确立了“亲亲相隐”的司法制度，该制度后被西方国家吸纳，但至今仍未被我国《刑事诉讼法》重新确立，这不能不说是一个司法文明的倒退。第二，证据法具有双重功能：“一是促进事实真相的发现，即求真；二是维护普遍的社会价值，即求善。这两种功能具有竞争关系。”⁽¹⁾查明事实真相并不是证据法的唯一目的，威格莫尔(Wigmore)认为，作证特免权存在的一个基本理由，是要表明一种法律制度重视这些特殊关系胜过制裁犯罪行为。这种证据制度认为，通过破坏这些特殊关系而获得查明事实真相的价值，不及牺牲查明事实真相而维护这些关系的价值。⁽²⁾我国政法工作长期奉行“实事求是”、“命案必破”、“有罪必罚”的方针，其对证据制度建设的影响之一便是以牺牲亲属关系为代价而追求事实真相，这偏离了人类司法文明发展的方向。第三，以夫妻特免权为核心的亲属特免权，旨在维护婚姻家庭关系的稳定性。其直接含义是：“在刑事诉讼中，被告人的配偶享有拒绝提供对被指控配偶不利证言的特免权。”⁽³⁾我国台湾地区“刑事诉讼法”第180条规定的证人得拒绝证言的情形之一是：“现为或曾为被告或自诉人之配偶、

(1) 参见张保生等：《证据法学》，高等教育出版社2013年版，第69页。

(2) 参见[美]罗纳德·J·艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社2006年版，第906页。

(3) 参见《美国统一证据规则》(1999) 504(c)。

五亲等内之血亲、三亲等内之姻亲或家长、家属者。”这个规定继承了中国古代“亲亲相隐”的传统。《德国刑事诉讼法典》第52条第1款也有类似规定。《日本刑事诉讼法》第147条规定了反对陷配偶于罪的特免权。从证据法的价值基础来看，夫妻作证特免权和父母—子女作证特免权，对于当今中国和谐社会建设具有极其重要的意义。家庭是社会的细胞，家庭关系是社会稳定发展的基础。反思“文革”十年夫妻互相检举、父子“骨肉相残”的野蛮历史，并考虑到中国长期实行独生子女政策的实际，我们认为，我国证据立法应当发扬“亲亲相隐”的文化传统，尽快确立夫妻作证特免权和父母—子女作证特免权。

（五）质证规则的法治意义与其在我国立法司法中的幼稚

质证规则在证据法中居于核心地位，2012年《刑事诉讼法》第59条规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后，才能作为定案的根据。”本条规定与1996年《刑事诉讼法》第47条相比，⁽¹⁾删除了原来“双方讯问、质证，听取各方证人的证言”中的“讯问”和“听取各方证人的证言”，突出了“双方质证”对证据被采纳作为定案根据的决定作用，“必须……才能”的语法结构强调了质证是证人证言被采纳为定案根据的必要条件，应被视为我国《刑事诉讼法》的核心条款，或对其他条款具有制约作用的上位条款。就是说，其他条款若与本条发生冲突，应服从本条的规定。2012年最高人民法院《刑诉法解释》进一步明确了未经质证不得认证的原则，第63条规定：“证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据，但法律和本解释另有规定的除外。”

质证规则的法治意义在于：第一，质证方法包括交叉询问和对质，其中，交叉询问“是对抗制的规定性特征之一”⁽²⁾；“它取代了我们在中世纪占统治地位的刑讯制度……不容怀疑的是，它仍然是我们曾经发明的揭示事实真相之最伟大的法律引擎”⁽³⁾。第二，质证权是一种最重要的诉讼权利，这包括

(1) 1996年《刑事诉讼法》第47条规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。”

(2) 参见[美]罗纳德·J·艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社2006年版，第114页。

(3) 参见[美]约翰·亨利·威格莫尔：“论普通法审判中的证据制度”，转引自[美]罗纳德·J·艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社2006年版，第114页脚注4。

两个含义：首先，交叉询问的机会是一种诉讼权利，“两个世纪以来，普通法的法官和律师一直把交叉盘问的机会视为证言准确性和完整性的一种基本保障。他们坚持认为，这种机会是一种权利(right)，而不仅仅是一种特权(privilege)”⁽¹⁾。其次，对质权即被告人与证人对质的权利，是美国宪法第六修正案确立的宪法权利。

在我国证据制度中，质证规则无论在宪法和法律中还是在司法实践中都不够完善，这表现在以下几个方面：第一，2012年《刑事诉讼法》还没有从被告人诉讼权利的高度，对被告人的质证权作出明确规定，没有把交叉询问规定为一种诉讼权利。第二，我国《宪法》还没有将被告人与证人对质的权利规定为一项宪法权利，2012年《刑事诉讼法》中根本没有出现“对质”概念；2012年最高人民法院《刑诉法解释》第199条只规定“讯问同案审理的被告人，应当分别进行。必要时，可以传唤同案被告人等到庭对质”，然而，对质权是被告人与证人对质的权利，它比同案被告人的对质权要宽泛得多。第三，质证必须是当庭质证，即“面对面”进行交叉询问和对质，只有这样才能对证人证言的可信性作出判断，这是质证的心理学基础。然而，2012年《刑事诉讼法》第62条关于证人“不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息”，“采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施”的规定；2012年《民事诉讼法》第73条关于证人可以不出庭而“可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证”的规定，都给“面对面”的交叉询问和对质带来了无法逾越的困难，也给我们带来了“真质证乎，假真质证乎？”的疑问。第四，更幼稚的是，2012年最高人民法院《刑诉法解释》第213条规定了“向证人发问应当遵循的规则”，但该规则中的“②不得以诱导方式发问”却令人啼笑皆非。因为，这个规则只适用于直接询问，而交叉询问的规则恰恰是“以诱导方式发问”——事实上，正是这个特征才成就了其“揭示事实真相之最伟大的法律引擎”的地位和作用。

(六) 确信无疑证明标准的意义与其作为公诉标准的忧虑

由于1996年《刑事诉讼法》关于“证据充分确实”的规定过于抽象，人们对刑事诉讼证明标准的理解有很大差异。2012年《刑事诉讼法》第53条

(1) [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社2006年版，第114页。

第2款对定罪证明标准作了明确界定：“证据确实、充分，应当符合以下条件：①定罪量刑的事实都有证据证明；②据以定案的证据均经法定程序查证属实；③综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”这里，“排除合理怀疑”（beyond reasonable doubt）译为“确信无疑”更符合中文习惯。无论如何，这表明我国已承认了这一世界各国通行的刑事诉讼证明标准。其重要意义在于，确信无疑证明标准有助于无罪推定原则的贯彻。相对于合理怀疑而言，“确实、充分”就是确信无疑；证据不足就是“不确实、不充分”或存在合理怀疑；就应该根据“疑罪从无”原则，推定被告人无罪。因此，第195条第3项进一步规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决”，这体现了无罪推定原则的要求。

2012年《刑事诉讼法》第172条规定：“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉……”这个证明标准与日本检察官的公诉标准大致相同。与美国“合理根据”⁽¹⁾、英国“优势证据”和德国“有足够的事实根据”⁽²⁾的公诉证明标准相比，我国和日本检察官提起公诉的证明标准是全世界最高的。⁽³⁾公诉证明标准的高低与起诉率一般成反比，例如，日本检察机关的高公诉证明标准，伴随约为44.6%的低起诉率；美、英、德的公诉标准从低到高，其起诉率则从高到低分别为88%、76%和12%。⁽⁴⁾然而，我国公诉证明标准和起诉率却是成正比的“双高”，按2008~2012年检察院提起公诉人数和不起诉人数计算，⁽⁵⁾起诉率约为95%左

(1) 参见《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，卞建林译，中国政法大学出版社1996年版，第22页。

(2) 参见《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社1995年版，第72页。

(3) 参见〔日〕松尾浩也：《日本刑事诉讼法》上卷（新版），丁相顺译，金光旭校，中国人民大学出版社2005年版，第162页。

(4) 参见〔日〕松尾浩也：《日本刑事诉讼法》上卷（新版），丁相顺译，金光旭校，中国人民大学出版社2005年版，第180页。另参见李喜春：“英国起诉自由裁量权之借鉴”，载《国家检察官学院学报》2004年第12卷第6期。另参见新华网北京2002年4月3日电：国务院新闻办公室3日发表《2002年美国的人权纪录》，载 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2003-04/03/content_813867.htm，最后访问日期：2014年1月6日。另参见左卫民等：《中国刑事诉讼运行机制实证研究》，法律出版社2007年版，第233页脚注①。参见该脚注①中的对比数据。

(5) 参见最高人民检察院检察长曹建明2013年3月10日在第十二届全国人民代表大会第一次会议上作的《最高人民检察院工作报告》。

右。另有实证研究数据表明：“四个检察院从2000年到2005年的酌定不起诉率均不到0.04%”，⁽¹⁾起诉率高达99.96%。如此高的起诉率，再加上检察院片面追求100%起诉准确率，结果势必是法院无罪判决寥寥无几。要改变这种状况可有两种选择：要么把提起公诉的证明标准降低为优势证据标准，这将使提起公诉变得更加容易，借鉴英美大致相同的公诉标准，起诉率应降低到80%左右；要么，维持目前确信无疑的高公诉证明标准，这意味着提起公诉更难同时也需要更加慎重，但起诉率就更需要大幅度降低至45%左右。无论哪种选择，都要辅之以检察业务考评机制改革，摈弃100%的起诉准确率“神能”标准，并给法院的无罪判决留下充足的空间。

二、证据司法缓步前行

(一) 人民法院证据制度建设初见成效

2012年是《人民法院第三个五年改革纲要》(以下简称“三五改革纲要”)实施的第四年。“三五改革纲要”关于证据制度建设的任务有三项内容：一是全面完善刑事证据制度，制定刑事证据审查规则，统一证据采信标准，建立健全证人、鉴定人出庭制度和保护制度，明确侦查人员出庭作证的范围和程序；二是进一步完善民事诉讼证据规则；三是“推进行政诉讼法的修改进程，促进行政诉讼审判体制和管辖制度的改革和完善”。

1. 刑事证据审查规则有内容无灵魂

最高人民法院《刑诉法解释》⁽²⁾第四章“证据”第69~94条，从审查内容和不能作为定案依据等方面，对物证、书证、证人证言、鉴定意见、勘验和检查笔录、视听资料和电子数据等的审查规则作了详细规定，完善了法官审查判断证据的认证规则，重点强调了对合法性、真实性、原始性、同一性、可信性和关联性等证据属性的审查，具有较强的可操作性。

不过，上述认证规则有一个缺陷，即没有将相关性作为证据的根本属性加以规定。例如，第92条规定：“对视听资料应当着重审查以下内容：……⑥内容与案件事实有无关联。”第69条规定：“对物证、书证应当着重审查以下内容：……④物证、书证与案件事实有无关联；……”第84条规定：

(1) 参见左卫民等：《中国刑事诉讼运行机制实证研究》，法律出版社2007年版，第233页脚注①。参见该脚注①中的对比数据。

(2) 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2012]21号)，2012年11月5日由最高人民法院审判委员会第1559次会议通过，自2013年1月1日起施行。

“对鉴定意见应当着重审查以下内容：……⑧鉴定意见与案件待证事实有无关联；……”第93条规定：“对电子邮件……等电子数据，应当着重审查以下内容：……④电子数据与案件事实有无关联……”在上述规定中，相关性（或关联性）都排在次要的位置。然而，法官如果不首先审查相关性这一根本属性，又怎么能够对证据的其他属性作出正确的审查判断呢？

相关性是证据的根本属性，也是现代证据制度的基本原则。“这个原则禁止接受任何无相关性、逻辑上不具有证明力的东西。”⁽¹⁾正是相关性，把现代证据制度与古代“神明裁判”和近代“口供裁判”⁽²⁾的证据制度区别开来，确立了证据裁判原则。相关性对证据来说是一个门槛性规定，可以说，没有相关性的东西就不能称之为证据。证据的资格是通过最小相关性检验标准来确定的。相关性是采纳证据的必要条件，即“不相关的证据不可采”。因此，证据排除规则的主要功能是排除不相关的证据，以保证事实认定的准确性。法官对证据的审查判断，主要也是审查其是否具有相关性，从而确定其是否能够成为定案的依据。证明力仅仅是指相关性的程度，因而，没有相关性也就没有证明力可言。只有相关证据才有助于法官准确地认定案件事实，作出公正裁判。但上述这些证据法学的基本原理，并没有为我国立法者和司法者所掌握。立法者和司法者都没有把相关性作为“灵魂”或“逻辑主线”来制定和实施具体的证据规则。这也是中国证据法缺乏理论体系的一个重要原因。查遍2012年《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》，不但找不到相关性规则，甚至连“相关（性）”或“关联（性）”这样的字眼都没有一个！从这个意义上说，最高人民法院《刑诉法解释》出现了“关联性”概念，并将其作为证据审查的一个内容，这是一个令人欣喜的进步；但令人遗憾的是，尚未将相关性作为证据的根本属性加以规定，而是将其排在证据真实性、合法性的后面，或者将其作为证明力审查的一个内容。

(1) [美] 约翰·亨利·威格莫尔：“论普通法审判中的证据制度”，转引自 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社2006年版，第147页。

(2) 参见陈光中：“刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部《两个证据规定》之公布为视角”，载《中国法学》2010年第6期。该文提出：证据制度的历史发展，应从传统的神明裁判、法定证据和自由心证的三阶段划分，改为神明裁判、口供裁判和证据裁判的新三阶段划分。

2. 初步建立了证人、鉴定人等出庭作证和保护制度

最高人民法院《刑诉法解释》如下两条规定具有重要法治意义：一是第78条第3款规定：“经人民法院通知，证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证，法庭对其证言的真实性无法确认的，该证人证言不得作为定案的根据。”二是第86条第1款规定：“经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的根据。”上述两个规定是落实“三五改革纲要”，建立健全证人、鉴定人出庭制度和保护制度的重要措施。

3. 人民法院证据制度建设缺乏理论指导和整体规划

总体来看，人民法院的证据制度建设还存在着理念缺失和忽视证据法体系建设的问题，这表现在以下几个方面：一是对“补正”概念的错误肯定。如上所述，最高人民法院《刑诉法解释》第73、77和82条对“两院三部”2010年“两个刑事证据规定”中“补正”概念的沿用，重复了其违反最佳证据规则预防欺骗性证明的错误。⁽¹⁾二是对直接询问和交叉询问规则的混淆。如上所述，最高人民法院《刑诉法解释》第213条规定：“向证人发问应当遵循的规则”，无论是直接询问还是交叉询问，都“不得以诱导方式发问”。这显然是不熟悉证据法交叉询问规则的基本原理而造成的错误。三是民事与行政诉讼证据制度建设缺乏整体规划，还是处于修修补补阶段。例如，最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，对因道路管理维护缺陷导致机动车发生交通事故造成损害所承担责任的证明标准及“公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书”证明力的规定；最高人民法院《关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》对正确运用证据规则，合理分配举证责任，全面、客观、准确认定证据的证明力，严格依证据认定案件事实；上述规定都给人留下了“零打碎敲”的印象，没有完成“三五改革纲要”关于进一步完善民事诉讼证据规则、促进行政诉讼审判体制改革和完善的任务。

(二) 人民检察院证据制度建设两个亮点

本年度，面对《刑事诉讼法》与《民事诉讼法》修改重塑后的证据制度，人民检察院积极应对，在证据制度建设方面稳步推进。其中，最高人民

(1) 详细的理论分析，参见张保生、常林主编：《中国证据法治发展报告(2010)》，中国政法大学出版社2012年版，第42页。

检察院《刑事诉讼规则（试行）》^{〔1〕}对非法证据排除及其程序的系统规定有两个亮点：

第一个亮点：在规定绝对排除非法言词证据，不得作为报请逮捕、批准或者决定逮捕、移送审查起诉以及提起公诉的依据（第65条）的同时，制定了对非法物证、书证的相对排除规则（第66条）。首先，收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，检察院应当及时要求侦查机关补正或者作出书面解释，否则，对该证据应当予以排除。对侦查机关的补正或者解释，检察院应当予以审查。其中，“可能严重影响司法公正”是指，收集物证、书证不符合法定程序的行为明显违法或者情节严重，可能对司法机关办理案件的公正性造成严重损害；“补正”是指，对取证程序上的非实质性瑕疵进行补救；“合理解释”是指，对取证程序的瑕疵作出符合常理及逻辑的解释。

上述关于“补正”是对“非实质性瑕疵”进行补救的规定，具有重要的法治意义。其一，它突破了补正乃“补充和改正（文字的疏漏和错误）”^{〔2〕}的日常语义，检察院在审查逮捕和审查起诉阶段，及时要求侦查机关对非实质性瑕疵证据进行补救，这与法院在审判中允许侦查机关对实质性瑕疵证据进行补正，在时间、内容和程序上均有本质区别：前者属于在审查起诉过程中纠正侦查程序中的错误，后者则属于纵容侦查、询问人员在审判程序中事后造假。其二，它纠正了“两院三部”2010年《死刑案件证据规定》第9、14、21和30条以及《排除非法证据规定》第14条以及最高法院2012年《刑诉法解释》第73、77和82条，关于允许对物证、书证的“实质性缺陷”进行“补正”的错误规定。^①上述允许对物证、书证的“实质性缺陷”进行“补正”的错误规定包括三类情况：一是勘验、检查笔录等或扣押清单上没有侦查人员等签名，或者对物品的名称、特征、数量、质量等注明不详；二是物证的照片等，书证的副本、复制件未注明与原件核对无异，无复制时间，或者无被收集、调取人签名、盖章等；三是物证的照片等，书证的副本、复制件没有制作人关于制作过程和原物、原件存放地点的说明，或者说明中无

〔1〕 2012年10月16日最高人民检察院第十一届检察委员会第八十次会议通过，2012年11月22日发布（高检发释字〔2012〕2号），自2013年1月1日起施行。

〔2〕 《现代汉语词典》（2002年增补本），商务印书馆2002年版，第101页。