

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

2011

中国证据法治发展报告

Report on Evidence and the Rule of Law in China

2011

主编 张保生 常 林



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国证据法治发展报告. 2011 / 张保生、常林主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2013. 5
ISBN 978-7-5620-4755-1

I. ①中… II. ①张… ②常… III. ①证据—法律—研究报告—中国—2011 IV. ①
D925.013.4

中国版本图书馆CIP数据核字 (2013) 第096870号

书 名 中国证据法治发展报告2011 Zhongguo Zhengju Fazhi Fazhan Baogao 2011

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034分箱 邮编100088

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

58908325(发行部) 58908334(邮购部)

编辑统筹 第三编辑部 010-58908289 zonghebianjishi@gmail.com

承 印 固安华明印刷厂

规 格 720mm×960mm 16开本 28.750印张 480千字

版 本 2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4755-1/D·4715

定 价 74.00元

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。

前言

Preface

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。法治是规则的统治，它以司法制度为基础，司法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。党的十七大提出的“深化司法体制改革”，“建设公正高效权威的社会主义司法制度”的任务，指明了我国司法改革和全面加强司法制度建设的未来走向。证据制度作为诉讼过程中获取和运用证据查明事实的法律制度，构成了由侦查制度、检察制度和审判制度组成的整个司法制度的基础。

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来龙去脉，梳理证据科学的研究成果，总结证据立法和司法的实践经验，预测中国证据法治发展的未来走向。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、司法机关以及其他法律实务部门的法律工作者，还是高等学校、科研机构的教师、学生和研究人員，都能从这部蓝皮书中获益。

本发展报告 2011 卷，论述了 2011 年中国证据法治发展的全过程，其基本结构如下：第一篇 2011 年中国证据立法与司法进展，由四部分内容组成：一是证据立法进展综述；二是证据司法实践发展综述；三是司法鉴定制度建设综述；四是司法实践中的证据制度建设。第二篇 2011 年中国证据科学学术

进展，由五部分内容组成：一是证据科学研究进展；二是证据法学研究进展；三是法庭科学研究进展；四是证据科学教育进展；五是证据科学研究成果选介。

本卷发展报告附录部分，收集了2011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。

本卷发展报告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，增加了评论和预测功能在发展报告中的分量。

本书作为教育部证据科学“长江学者和创新团队发展计划”资助成果、“教育部哲学社会科学发展报告项目”资助成果，由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。

课题组成员具体分工详见后记。全书由张保生、常林修改统稿。

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
2013年3月20日



2011 年中国证据法治前进的步伐

2011 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了一些重要成果。以下从六个方面作一个简要概括：

一、证据规则继续完善

本年度，相关立法和司法解释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，但也存在一些令人遗憾的缺陷。

（一）警察由责任裁判者变为证人

2011 年《道路交通安全法》^{〔1〕}第 73 条规定：“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论，及时制作交通事故认定书，作为处理交通事故的证据。”与本法修订前相比，《交通事故认定书》取代了《交通事故责任认定书》，不再是责任认定的权威法律文书，而是“降格”为普通证据。这种修改的积极意义，不仅使责任认定不再成为当事人提起行政诉讼的对象，从而避免了不服警察责任认定引起的纠纷或诉讼；更重要的法治意义在于，《交通事故认定书》作为证据，须经法庭质证才能作为定案依据，这意味着，警察由责任裁判者变为证人，交通事故纠纷的裁判主体由警察变为法官，交警部门的行政处理决定被法院的司法判决所取代。

（二）未经质证认证的证据成为刑事抗诉案件新证据

最高人民法院《关于审理人民检察院按照审判监督程序提出的刑事抗诉

〔1〕 2011 年 4 月 22 日主席令第 47 号公布，自 2011 年 5 月 1 日起施行。

案件若干问题的规定》^{〔1〕}第3条对新证据的范围作了扩张性规定,包括“原判决、裁定生效前已经收集,但庭审中未予质证、认证的证据”。这是我国证据制度的一个重要发展。首先,“庭审中未予质证”的证据,即使被原审法院采纳,也可能成为检察院按审判监督程序提出刑事抗诉的新证据。这将极大地促进法庭质证活动的开展,增强审判的对抗性。其次,庭审中未予认证的证据成为新证据,有助于提高法官的证据意识,规范其在判决书中采信证据的行为。认证通常是指法官在判决书中对采纳和排除证据及其理由的说明,如果法官回避其是否采信某些证据,或者对这些证据未予明确认证,都会成为检察院按审判监督程序提出刑事抗诉的理由,这将有力地促进法官的认证活动的开展,提高法院的证据裁判水平。

(三) 职业病和亲子关系推定规则促进社会和谐

第一,职业病推定规则美中不足。2011年《职业病防治法》^{〔2〕}第47条规定了职业病推定规则:“没有证据否定职业病危害因素与病人临床表现之间的必然联系的,应当诊断为职业病。”在法庭事实认定活动中,推定不是证明基础事实与待证事实之间具有相关性联系,而是在基础事实与假定事实之间创设某种法律关系。^{〔3〕}这种人为创设法律关系的推定,并非以查明事实真相为目的,而是为了贯彻某种社会政策。例如,当某些特殊行业的工人出现某种职业病临床症状时,如果资方不能证明劳动者的伤害是由自己故意造成的,法院就应推定其为工作条件恶劣而造成。该推定的价值依据,是“被立法机关或法院视为社会得以存在的原则和标准”^{〔4〕}的社会政策,证据政策要求在制定证据规则时,首先“将一般公共利益与社会福祉纳入考虑的范围”^{〔5〕},即罗尔斯的第一个正义原则:“要求平等地分配基本的权利和义务”;然而,根据亚里士多德的校正正义思想,由于财富、权力和人的能力并非天生平等,还要从校正或补偿的角度考虑正义的“第二个原则”,“认为社会和经

〔1〕 2011年4月18日由最高人民法院审判委员会第1518次会议通过,2011年10月14日公布(法释〔2011〕23号),自2012年1月1日起施行。

〔2〕 2011年12月31日主席令第52号公布,自公布之日起施行。

〔3〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》(第3版),张保生、王进喜、赵滢译,满运龙校,高等教育出版社2006年版,第852页。

〔4〕 *Black's Law Dictionary*, 8th, Thomson West, 2004, p. 1196.

〔5〕 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1063页。

济的不平等（如财富和权力的不平等）只要能给每一个人，尤其是那些最少受惠的成员带来补偿利益，它们就是正义的。”^{（1）}所有社会政策包括证据政策，都来源于这第二个正义原则。因此，《职业病防治法》第 47 条规定的职业病推定规则，保护了处于弱势地位的劳动者的利益，标志着中国司法文明与和谐社会建设的重大进步。但是，职业病推定规则是否应该是一个可反驳的推定？从本条规定允许资方提供证据“否定职业病危害因素与病人临床表现之间的必然联系”来看，它还停留在可反驳的推定的层次。然而，国外立法的现状是，对某些特殊行业的职业病创设不可反驳的推定。例如，美国《1969 年联邦煤矿卫生和安全法》规定，拥有 10 年工龄的矿工被证明患有肺尘病时，法律就绝对地推定该矿工完全丧失了劳动能力，因而其有权得到赔偿。^{（2）}这项不可反驳的推定的创设，体现了校正正义和给弱势群体以补偿利益的证据政策，代表了一种更高的司法文明水平。因此，我国《职业病防治法》的未来修订，应该考虑就一些特殊行业如煤矿工人的福利创设若干不可反驳的推定，以进一步保护处于弱势地位的劳动者的权益。

第二，亲子关系推定规则仍存在一定问题。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》^{（3）}第 2 条关于婚姻家庭纠纷案件中的亲子关系推定有两款规定，第 1 款规定：“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。”第 2 款规定：“当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”从证据法“求真”和“求善”相统一的宗旨来看，第 2 款的推定采世界各国通行做法，在基础事实和假定事实之间创设了一种法律关系（夫妻婚姻关系存续期间所生子女为双方亲生子女），对维护家庭和睦、保护妇女儿童权益有积极的意义。相比之下，第 1 款关于亲子关系不存在的推定则可能破坏社会和谐。问题有二：一是违背了证

（1） [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学文献出版社 1988 年版，第 12 页。

（2） [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》（第 3 版），张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社 2006 年版，第 854 页。

（3） 2011 年 8 月 9 日公布（法释〔2011〕18 号），自 2011 年 8 月 13 日起施行。

据法基本原理。从推定的性质即在基础事实和假设事实之间创设一项法律关系来看,亲子关系推定不是相互成立的,即只能推定其存在,而不能推定其不存在。因此,在设立亲子关系存在的推定规则(第2条第2款)的同时,又创设了亲子关系不存在的推定规则(第2条第1款),这是对于证据法推定规则之价值基础无知的表现。亲子关系存在之推定,其正当理由在于“安定身份关系,保护出生子女的合法权益,有利于树立家庭观念,稳定业已存在的婚姻关系所产生的既存状态,强调父母对在婚姻关系存续期间所生子女所应承担的社会义务与责任”⁽¹⁾。亲子关系推定的本质,在于创设一种“有效婚姻关系存续期间怀孕和出生的孩子,推定为丈夫所生”⁽²⁾的法律关系。这个将说服责任转移给被告(丈夫)的推定,打断了正常的证明过程。主张亲子关系不存在的当事方,应当“提供充分的证据”反驳被告的主张,履行说服责任,而不能仅仅“提供必要证据”而求助于法官来作出亲子关系不存在的推定。换言之,亲子关系之不存在只能通过证据来证明,而不能推定。因此,关于“法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立”的规定,犯了“画蛇添足”的错误,这种推定会影婚姻家庭关系乃至整个社会的安定。

(四) 行政诉讼证据规则强调被告证明责任

本年度,最高人民法院两个关于行政诉讼的司法解释,强调了行政诉讼被告的证明责任,体现了行政诉讼“以民为本”的原则。《关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》⁽³⁾第5条对被告的举证责任作出规定,坚持了行政诉讼法确立的被告方承担主要证明责任的原则:①被告拒绝向原告提供政府信息的,应当对拒绝的根据以及履行法定告知和说明理由义务的情况举证;②因公共利益决定公开涉及商业秘密、个人隐私政府信息的,被告应当对认定公共利益以及不公开可能对公共利益造成重大影响的理由进行举证和说明;③被告拒绝更正与原告相关的政府信息记录的,应当对拒绝的理由举证和说明;④被告能够证明政府信息涉及国家秘密,请求在诉讼中不予提

(1) 江伟主编:《中国证据法草案(建议稿)及立法理由书》,中国人民大学出版社2004年版,第347页。

(2) 参见《加利福尼亚家事法典》[Cal. Fam. Code § 7611]。

(3) 2010年12月13日最高人民法院审判委员会第1505次会议通过,2011年7月29日公布(法释[2011]17号),自2011年8月13日起施行。

交的, 人民法院应当准许。《审理国家赔偿案件程序的规定》^{〔1〕}规定了赔偿义务机关的两项证明责任: ①第 12 条第 1 款规定了赔偿义务机关的特殊证明责任: “有国家赔偿法第 26 条第 2 款规定情形的, 应当由赔偿义务机关提供证据。”这是指, 被羁押人在羁押期间死亡或者丧失行为能力的, 对于赔偿义务机关的行为与被羁押人的死亡或者丧失行为能力是否存在因果关系, 赔偿义务机关应当提供证据。②第 13 条明确规定了赔偿义务机关对其职权行为的合法性负有举证责任。同时, 规定了赔偿请求人提出证据的权利, 即赔偿请求人可以提供证明职权行为违法的证据, 但不因此免除赔偿义务机关对其职权行为合法性的举证责任。

(五) 两岸取证规则彰显证据法普适性

最高人民法院《关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定》^{〔2〕}, 对两岸调查取证司法互助作了较为全面的规定。第 16 条第 2 款规定了调查取证司法协助的合法性原则、正当性原则和对等原则。第 15 条规定了两岸调查取证司法协助业务的范围, 限于与台湾地区法院相互协助调取与诉讼有关的证据, 包括取得证言及陈述; 提供书证、物证及视听资料; 确定关系人所在地或者确认其身份、前科等情况; 进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询等。上述规定将有效实施两岸调查取证司法互助向前推进了一大步。艾伦教授说: “证据法具有普适性。它涉及人们如何认识外界环境的问题。……证据法所处理的知识和理性, 在很大程度上包含着普适性而非地方性的内容。”^{〔3〕}内伯教授归纳了证据和事实认定在三个维度上的一致性: ^{〔4〕}一是证据和事实认定基本问题的一致性; 二是相关学科下刑事证据问题的一致性; 三是刑事证据中特定问题的一致性。总之, 不同法系、不同国家和地区的证据规则, 都是在尊重事实认定规律的基础上构建起来的, 旨在准确、公正地查明事实真相, 因而具有普适性。

〔1〕 2011 年 3 月 17 日发布 (法释 [2011] 6 号), 自 2011 年 3 月 22 日起施行。

〔2〕 2010 年 12 月 16 日由最高人民法院审判委员会第 1506 次会议通过, 2011 年 6 月 14 日公布 (法释 [2011] 15 号), 自 2011 年 6 月 25 日起施行。

〔3〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦: “刑事诉讼法的法理和政治基础”, 张保生、李哲、艾静译, 载《证据科学》2007 年第 1、2 合期。

〔4〕 J. F. Nijboer, “Current Issues in Evidence and Procedure – Comparative Comments from a Continental Perspective”, 6 (2), *International Commentary on Evidence* 2008, 转引自冯俊伟: “欧盟证据法一体化趋势研究——以刑事证据立法的趋同为视角”, 中国政法大学 2012 年博士学位论文。

(六) “争议较大”能否成为行政诉讼证据质证的前提?

最高人民法院《审理国家赔偿案件程序的规定》第14条规定:有下列情形之一的,赔偿委员会可以组织赔偿请求人和赔偿义务机关进行质证:①对侵权事实、损害后果及因果关系争议较大的;②对是否属于《国家赔偿法》第19条规定的国家不承担赔偿责任的情形争议较大的;③对赔偿方式、赔偿项目或者赔偿数额争议较大的;④赔偿委员会认为应当质证的其他情形。以上几种情形,均以“争议较大”作为质证的前提条件,这有如下重大法治缺陷:首先,这表明质证权尚未成为我国诉讼当事人的一项基本权利。根据证据法基本原理,质证是查明事实真相之最重要的法律手段,它在许多国家都是诉讼当事人不可剥夺的一项宪法权利,这项权利的行使不应当以争议大小为前提,除非当事人自愿放弃这项权利。其次,行政诉讼证据的质证要求,不应低于刑事诉讼证据的质证要求。我国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。”该条用“必须……才能”规定了质证是任何证人证言被采信为定案根据的必要条件。行政诉讼作为“民告官”的诉讼,本应给被告即官方施加更多的证明负担,并规定更高的证明标准。因此,对双方证据特别是被告证据的质证,也应成为被采信为定案根据的必要条件。

(七) 河南省两个证据规定参差不齐

本年度,一些地方性证据规定既有可圈可点的进步,也有一些明显的幼稚和不足之处。例如,河南省高级法院、省检察院、省公安厅的《关于规范死刑案件证据收集审查的意见》(以下简称《意见》),河南省高级法院的《关于刑事案件发回重审若干问题的规定(试行)》(以下简称《规定》),在贯彻证据裁判原则、加强电子证据原始性审查、强化庭审质证、规定重罪轻判不是刑事错案等方面,对完善证据制度功不可没。特别是其将“据以定案的全部证据经法庭质证,均已查证属实”视为“证据确实”的条件,真是独具慧眼!但上述两个规定也暴露出一些对证据法基本原理的生疏:一是概念模糊。《意见》第20~21条为贯彻直接言词原则而强调“证人原则上只能就其亲身感知的事实作证,对事实的猜测、评论和推理不具有证明力”。这个规定混淆了“证明力”和“相关性”概念。其实,证人对事实的猜测、评论和推理,不是“不具有证明力”,而是不具有“相关性”。二是将“确实、充

分”的证明标准绝对化。《意见》第 69 条规定：“证据充分包括：……证据之间、证据与案件事实之间环环相扣，结论唯一，彻底排除了其他可能性。”这个提法绝对化了。证明标准是相对的，确信无疑也仅仅是对事实发生的可能性（而非必然性）进行判断的标准，并不能彻底排除“其他可能性”。至于《意见》第 2 条重申了 2010 年“两院三部”两个刑事证据规定《通知》中“确保所办理的每一起死刑案件都经得起历史的检验”，更是走了极端，反映了对证据认识论和事实认定规律性的无知。确信无疑是一种“道德上的确定性”，而不是数学上的“绝对的确定性”。确信“无疑”要排除的不是一切怀疑，而是合理怀疑。“‘合理怀疑’是这样一种怀疑，即在一项较为严肃和重要的生活事务中，使一个理性和谨慎的人，在认为提交的事实真实并在基于对其的确信而采取行动之前有所踌躇和犹豫。”^{〔1〕}在刑事诉讼中，确信无疑是减少事实认定错误风险的概率标准，达不到绝对的确定性。因此，“确保所办理的每一起死刑案件都经得起历史的检验”是根本办不到的，它是人类法官无法企及的“神能”标准。

二、证据司法徘徊不前

随着中国特色社会主义法律体系的基本形成，法治建设的重心将从立法转向以司法为主要内容的法律实施。但是，本年度证据司法的进步并不明显。

（一）人民法院证据制度建设未抓住重点

2011 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”）实施的第三年，由于在“三五改革纲要”中，司法改革已发生了从审判方式改革和证据制度建设向“能动司法”、“司法为民”等政策性目标的路径转向，因此，最高人民法院《2011 年人民法院司法改革工作要点》^{〔2〕}继续强调了“坚持能动司法，为‘十二五’时期经济长期平稳较快发展提供更加有力的司法保障；坚持‘调解优先、调判结合’，积极推进社会矛盾化解”；而涉及证据制度建设只提到“严格执行刑事证据规则”。总的来看，人民法院对于本应潜心笃志于此的证据制度建设显得并不专心，兴趣不浓，表现在以下几个方面：

〔1〕〔美〕罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》（第 3 版），张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社 2006 年版，第 819 页。

〔2〕最高人民法院发布的《2011 年人民法院司法改革工作要点》，载最高人民法院网站，http://www.court.gov.cn/spyw/sfgg/201112/t20111212_168187.htm。

第一，证据制度建设缺乏整体规划。无论是《2011年人民法院司法改革工作要点》，还是《2011年人民法院工作要点》，均未对诉讼证据制度建设作出系统安排。例如，尽管“两院三部”2010年已出台《办理死刑案件证据规定》和《排除非法证据规定》，但最高人民法院并未顺势出台一个系统完整的刑事诉讼证据规定。

第二，证据制度建设仍以修补为主。例如，最高人民法院《关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要》（以下简称《纪要》）^{〔1〕}本身是对《行政诉讼证据规定》的补充；其中，关于电子数据取证规定，主要是从最佳证据规则角度对取证行为进行规制，与公安部2005年《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》大同小异，经过了6年的时间，法院新规对于保证电子证据真实性的保管链条辨认鉴定却毫无建树。又如，最高人民法院《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》中的一些证据规定，主要是在给刑事诉讼证据规则“打补丁”。总的来看，最高人民法院的各种司法解释，存在着同样的证据规则内容和要求由于不同部门“多头解释”而不断重复、原地踏步的情况；同一证据规则在不同的司法解释中反复规定却又不见进步的情况也比较普遍。

第三，滥用推定严重危害行政诉讼的公正性。《纪要》提出：“考虑到部分类型的证券违法行为的特殊性，由监管机构承担主要违法事实的证明责任，通过推定的方式适当向原告、第三人转移部分特定事实的证明责任。”这个规定错误地扩大了推定规则的适用范围。首先，推定不能替代行政诉讼被告承担的证明责任。在诉讼活动中，证据裁判原则决定了运用证据的证明活动是事实认定的基本方式，推定只是证明的一种辅助方法，且严格限制在民事诉讼领域。在证据法范畴中，推定不是根据相关性而重建基础事实与待证事实的逻辑联系，而是根据证据政策在基础事实与假定事实之间创设某种法律关系。因此，运用推定时，必然造成证明过程的中断，这决定了其在一定程度上会影响民事举证责任和说服责任。推定规则对准确价值的忽视和其政策性目标追求，使其难以承载行政诉讼证明的重任，不能替代行政诉讼被告方承担的证明责任。因此，《纪要》中关于通过推定的方式适当向原告、第三人转

〔1〕《最高人民法院印发〈关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要〉的通知》（法〔2011〕225号）。

移部分特定事实的证明责任的规定，违背了证据法基本原理。在行政诉讼中，被告对其作出的具体行政行为负有不可推卸的证明责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。人民法院应当向被告说明举证的要求及其法律后果，促使其在合理期限内积极、全面、正确、诚实地履行证明责任，决不允许“通过推定的方式适当向原告、第三人转移部分特定事实的证明责任”。其次，推定不能成为确信无疑证明标准的例外。在行政诉讼中，行政诉讼被告方“对被诉具体行政行为合法性，应当证明达到确信无疑的程度”。⁽¹⁾这同刑事诉讼的证明标准是一样的。《纪要》中关于通过推定的方式适当向原告、第三人转移部分特定事实的证明责任的规定，无疑降低了行政诉讼被告方的证明标准，在行政诉讼中制造了一个确信无疑证明标准的例外，这种滥用推定的做法会严重危害行政诉讼的公正性。

第四，证据种类规则的僵化和证据转化规则的危险。本年度，有两个固守法定证据主义传统的规定令人瞩目：其一，最高人民法院与最高人民检察院、公安部的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》⁽²⁾规定，行政执法部门收集的证据“经公安机关、人民检察院审查，人民法院庭审质证确认，可以作为刑事证据使用”。其二，河南省高级人民法院、省人民检察院、省公安厅的《关于规范死刑案件证据收集审查的意见》第46条规定：视听资料为法定证据种类，下列证据材料不能作为视听资料：①讯问犯罪嫌疑人或被告人同步制作的录音、录像资料，应为犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解；②询问证人同步制作的录音、录像资料，应为证人证言；③询问被害人同步制作的录音、录像资料，应为被害人陈述；④现场勘验、检查同步制作的录音、录像资料，应为现场勘验、检查笔录；⑤单一的照片应为书证。然而，为什么行政执法部门收集的证据不能直接在法庭上举证并接受质证，非要转化为“刑事证据”才能使用呢？为什么一种录音、录像资料“应为”这种证据而非那种证据，其划分依据何在？上述两个规定不仅给人留下了形而上学思维刻板笨拙的印象，而且潜藏着影响公正审判的巨大风险。首先，“证据是与案件事实相关的，用于证明所主张事实之存在可能

(1) 张保生主编：《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》，中国政法大学出版社2008年版，第103页。

(2) 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发〈关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见〉的通知》（法发〔2011〕3号）。

性的信息”^{〔1〕}。随着社会生活和科学技术的不断发展,任何一种新的信息载体都可能成为新的证据种类。沉迷于证据种类非此即彼的封闭式划分,不仅没有任何价值,而且会使各种证据种类的界限越分越乱,使人陷入难以判断其归属的困境。其次,万毅教授认为,证据转化规则是在我国欠缺侦查法定原则以及立法上采取封闭式证据分类的情况下所产生的证据法“潜规则”,虽有一定实效,但可能会架空非法证据排除规则,将非法证据“漂白”。因不同证据的质证方式不同,将不同形式的证据进行转化,也会对被告人的辩护权造成侵害。因此,必须对证据转化规则进行理论批判和修正:一是以法律来规范秘密侦查、技术侦查,防止以转化规则侵蚀非法证据排除规则;二是在理论上界分强制侦查与任意侦查,承认任意侦查所获证据的证据能力;三是建立侦查人员出庭作证制度,保障辩方的质证权。^{〔2〕}

(二) 人民检察院证据制度建设收效不大

总的来看,人民检察院对证据制度建设缺乏应有的重视。这表现在以下两个方面:

第一,证据制度建设没有受到应有的重视。例如,尽管“两院三部”2010年已出台《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》,但人民检察院2011年在排除非法证据方面并无什么实际收效。曹建明检察长在第十一届全国人民代表大会第五次会议上作的《最高人民检察院工作报告》,对2011年的检察工作进行了回顾,提到证据制度建设的只有一句话:“坚持惩治犯罪和保障人权并重,加强对刑讯逼供等违法取证活动的监督,坚决排除非法证据。”

第二,“三项制度”建设避重就轻。本年度,最高人民检察院明确要求各地贯彻2005年《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》(以下简称《规定》),要做到“三个毫不例外”,即:①不论东部、中部、西部,不论哪一级检察院,都毫不例外按照“三全”(全部、全程、全面)要求实行讯问录音录像制度;②不论大案、小案,不论哪一种性质的职务犯罪案件,都毫不例外按照“三全”要求实行讯问录音录像制度;③不论是侦查、审查逮捕还是审查起诉的讯问,都毫不例外按照“三全”要求实行

〔1〕 张保生主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2009年版,第12页。

〔2〕 万毅:“证据‘转化’规则批判”,载《政治与法律》2011年第1期。

讯问录音录像制度。^{〔1〕}这些规定看起来很有威慑力，但对证据法治的实际推动作用十分有限。首先，“三个毫不例外”只限于“讯问职务犯罪嫌疑人”这一狭小领域，经过7年的时间仍未扩展到所有刑事犯罪嫌疑人。其次，“全程”的含义模糊。按照《规定》第2条：“人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音、录像，是指人民检察院办理直接受理侦查的职务犯罪案件，每次讯问犯罪嫌疑人时，应当对讯问全过程实施不间断的录音、录像。”《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像技术工作流程（试行）》第4条规定：“录制的起止时间，以被讯问人员进入讯问场所开始，以被讯问人核对讯问笔录、签字捺印手印结束后停止。”按照上述规定，“全程”的含义，在时间上仅限于单次讯问的全过程，空间上限于讯问室内。然而，如何避免审讯室外及立案前的讯问阶段发生的刑讯逼供，这个问题一点儿也没解决。最后，对于消除刑讯逼供这一顽症来说，全程同步录音录像的效果其实远不如律师在场。中国政法大学诉讼法研究中心的调查表明，犯罪嫌疑人和律师对“三项制度”的选择顺序都是“律师在场，录像，录音”；而侦查人员的选择顺序则是“全程录像，录音，律师在场”。^{〔2〕}这说明，律师在场被公认为保障犯罪嫌疑人诉讼权益的首要措施。因此，人民检察院在“三项制度”建设上不能再虚张声势、避重就轻，而应把律师在场作为询问各种刑事犯罪嫌疑人的一项最重要的制度来加强建设。

（三）公安机关证据制度建设偏重技术规范

本年度，公安机关在证据制度建设方面继续以加强技术规范为主要手段。例如，公安部《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》^{〔3〕}，在收集证据方面作了详细规定：①及时检查、核实车辆和人员基本情况及机动车驾驶人违法犯罪信息，详细记录现场查获醉酒驾驶机动车的过程、人员车辆基本特征以及现场采取呼气酒精测试、实施强制措施、提取血样、口头传唤、固定证据等情况；②讯问犯罪嫌疑人时，应当对犯罪嫌疑人是否有罪以及情节轻重等情况作重点讯问，并听取无罪辩解；③要及时收集能够证明犯罪嫌疑人是否醉酒驾驶机动车的证人证言、视听资料等其他证据材料。公

〔1〕 陈菲：“检察改革六问——访最高人民检察院司法体制改革领导小组办公室有关负责人”，载《检察日报》2012年10月11日。

〔2〕 “‘讯问程序改革试验’取得三重效果”，载《检察日报》2006年4月4日。

〔3〕 公安管〔2011〕190号。

安部本年度还批准发布了21项有关司法鉴定的公共安全行业标准,其中包括:《物证通用标签》、《法庭科学线形痕迹的检验规范》、《生物样品中氰离子的气相色谱法和化学检验方法》、《法庭科学枪弹痕迹检验鉴定文书编写规范》、《道路交通事故机动车驾驶人识别调查取证规范》、《法庭科学工具痕迹中凹陷痕迹的检验规范》、《法庭科学DNA亲子鉴定规范》,等等。此外,公安机关司法鉴定机构的国家实验室认证认可也取得了进展,本年度共有30家公安机关司法鉴定机构获得了CNAS的检测和校准实验室认可。

对于侦查机关通过技术途径加强证据制度建设,我们提出以下两点意见:

首先,技术规范弥补了我国证据规则体系中缺乏科学证据可采性标准的不足。与美国《联邦证据规则》明确规定科学证据可采性标准以及联邦最高法院要求法官对专家证言的可采性充当守门人^{〔1〕}的做法不同,我国证据规则中没有关于科学证据可采性标准的规定。对此,有学者指出,中国只规定鉴定意见而不采专家证人制度,既不符合诉讼的科学规律,也不利于对专门性问题诉讼的正确审查与准确判断。^{〔2〕}不过,与美国强调法官对科学证据可采性进行自由裁量的做法相比,中国确实很重视审前司法鉴定技术标准化,以期获得具有可采性的科学证据或鉴定意见。这与美国要求法官履行守门人职责有某些异曲同工之处。

其次,侦查、检察和审判机关加强证据制度建设的途径是否应该允许有所不同?尽管坊间有“公安局做饭,检察院端饭,法院吃饭”的说法,然而,法院作为吃饭的“顾客”,本有制约“厨师”和“侍者”的身份和手段,却弃而不用,不能依据证据裁判原则独立公正地行使审判权,所以应对冤假错案承担主要责任。任何国家的司法活动,都体现了审判程序对侦查、拘捕、预审、检察和起诉等程序的制约,这种制约对于保障诉讼过程中的平等、公正、透明和文明具有重要作用。例如,非法证据排除规则的发展,就体现了法院对警察取证程序的制约。“警察向来以破案为首要目标,为防止警方不择手段取得证据,法律上可以采取多种手段来吓阻。但司法实践表明,从程序上排除非法证据的使用,最能发挥功效。非法证据可以被采纳,是警察甘愿

〔1〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》(第3版),张保生、王进喜、赵湛译,满运龙校,高等教育出版社2006年版,第712页。

〔2〕 邵俊武:“论在我国诉讼证据引入专家证言的必要性”,1998年全国诉讼法学研究会年会论文。

冒险进行违法取证的最大诱因，而非法证据的排除，则把其违法的成本上升到最大。如果警察通过违法搜查、扣押获得的证据最终被法院排除，警察违法取证就没有任何意义，徒然浪费时间与人力。”^{〔1〕}正是这种吓阻效力使得侦查人员不敢在取证时不择手段，并迫使其发展更多的专业侦查技能。因此，法院在审判中能够通过排除非法证据而有效阻止警察的违法取证行为。为了应对由此带来的挑战，侦查机关通过技术途径加强证据制度建设无可厚非。

（四）“非法证据排除第一案”的证据分析

对于作为“非法证据排除第一案”的章国锡案，^{〔2〕}可作如下分析：

第一，关于非法取证相关线索或证据的辩方证明责任。“两院三部”《排除非法证据规定》第6条规定：“被告人及其辩护人提出被告人审判前供述是非法取得的，法庭应当要求其提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者证据。”这表明，启动证据合法性调查程序的初步证明责任由辩方承担。本案中，辩方提供的证据包括被告人书写的《冤案真相》、《审讯过程及我的心路历程》、《看守所日子》等书面材料，详细记载了何时、何地、何人对其刑讯逼供、诱供等具体情况。可见，辩方已经提供了“相关线索或者证据”，足以证明被告人有被刑讯逼供的可能，履行了应承担的证明责任。

第二，关于合法取证的控方证明责任。《排除非法证据规定》第7条规定：“经审查，法庭对被告人审判前供述取得的合法性有疑问的，公诉人应当向法庭提供讯问笔录、原始的讯问过程录音录像或者其他证据，提请法庭通知讯问时其他在场人员或者其他证人出庭作证，仍不能排除刑讯逼供嫌疑的，提请法庭通知讯问人员出庭作证，对该供述取得的合法性予以证明。”根据上述规定，公诉人对于被告人审前供述取得的合法性证明至少须履行如下责任：①向法庭提供讯问笔录；②播放原始的讯问过程录音录像；③提供其他证据；④提请法庭通知讯问时其他在场人员或者其他证人出庭作证；⑤提请法庭通知讯问人员出庭作证。本案中，检察院虽然对取证程序的合法性作了证明，但并不充分：一是不能消除审前供述笔录、《自我供述》等与被告人向法庭提

〔1〕 张保生主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2009年版，第274页。

〔2〕 参见《鄞州区人民法院判决书》，（2011）甬鄞刑初字第320号，载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_90de409601011yge.html，最后访问时间：2013年3月3日。