

主编
陈立

刑事证据法专论

厦门大学法学院刑事法学系列

厦门大学出版社

刑事证据法专论

主编
陈立



厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据法专论/陈立主编. —厦门:厦门大学出版社, 2006. 3

(厦门大学法学院刑事法学系列/陈立主编)

ISBN 7-5615-2529-X

I. 刑… II. 陈… III. 刑事诉讼-证据-研究-中国-高等学校-教材 IV. D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 020076 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2006年3月第1版 2006年3月第1次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:18.125 插页:2

字数:453千字 印数:0 001—3 000册

定价:28.00元

如有印装质量问题请与承印厂调换

丛书总序

处在社会转型期的国家的法律总是处于不断的变化之中,这种变化所造成的后果之一就是法律的不断修改纂订。因为,与处于不断变化之中的现实生活和法律所调整的对象相比,立法者的认识能力、表达能力和立法技术总是有限的,“谁在起草法律时就能够避免与某个无法估计的、已生效的法规相抵触?谁又可能预见全部的构成事实,它们藏身于无尽多变的生活海洋中,何曾有一次被全部冲上沙滩?”^①因此,为了保持与社会生活的适应性,法律就需要不断地修改,以便更好地发挥其规制社会生活的目的。自1996年对《刑事诉讼法》、1997年对《刑法》进行了全面的集中修订后,全国人大根据社会形势的发展变化和司法实践的迫切要求,针对带有普遍性的、突出的而又亟须解决的实际问题,以修正案、决定、立法解释等方式陆续对修订后的《刑法》、《刑事诉讼法》进行了若干次的修改纂订。最高人民法院、最高人民检察院亦不失时机地对刑事审判中遇到的重大、疑难问题频频做出司法解释。

伴随着刑事立法的演进和司法实践的发展,刑事法学理论也在不断地发展和进步。每一次立法的变动都是一次理论繁荣的契机,刑事法条的修改废立为刑事法学研究提供了足够的诠释空间和生长点,新的理论学说的不断涌现,各种观点见解的彼此交锋,

^① [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,中国大百科全书出版社1997年版,第106页。

逐渐分化离析出彼此的适域与界限,从而搭建起完美精致的理论大厦,推动了刑事法学研究的繁荣与进步。

刑事立法的变化、刑事司法解释的发展、刑事法学理论的更新决定了本系列丛书的编撰。本系列丛书基于刑事法学一体化的理念,以整体刑事法为研究对象。丛书分为九种:《刑法总论》、《刑法分论》、《财产、经济犯罪专论》、《刑法疑难案例评析》、《外国刑法专论》、《刑事诉讼法学》、《外国刑事诉讼法专论》、《刑事证据法专论》、《刑事诉讼疑难案例评析》。丛书由中国刑法学会理事、福建省刑法专业委员会主任、厦门大学法学院教授陈立担任总主编。厦门大学出版社施高翔同志为责任编辑。在编撰时我们坚持做到:

一方面力图吸纳最新的理论发展和学术成果,使本书始终关注当前的学术动态和理论前沿,具有强烈的学术性而不至于翻炒冷饭。因为,法学教育并非简单的使法科学生习知法律,而是要进行法理的熏陶和训练。特别是刑事法学作为实用性很强的科学,必须阐述刑事法理,只有掌握了刑事法理,才能掌握刑事法的分析工具,将体系中的知识系统化,否则,法律的运用只能停留在半瓶醋的水平上,总是由偶然因素和专断所左右。^①

另一方面力图反映最新的立法成果和司法经验,将新近颁布的立法解释、司法解释以及权威性的判例在本书中加以体现,使本丛书始终紧扣法律实践,具有鲜明的应用性而不至于空谈理论。因为刑事法学也应该进行应用研究,学术并非存在于真空之中,刑事法学产生和发展的动力源于社会的需要,近代法学的发展过程已经证明法学作为一门知识的形成是与实践性的法律职业活动分不开的。

^① [德]弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第2页。

丛书的编撰是一项艰巨、复杂的工作,我们必定要殚精竭虑、精益求精。但正如世界上不存在绝对完美的事物一样,丛书中的缺讹失漏亦在所难免,我们祈望各位专家、读者批评指正。

陈 立

2004年6月

前 言

刑事诉讼以认定事实,适用法律为主要目的。事实明确,适用法律才能正确,欲求事实明确,则有赖于证明。为证明事实,则需证据。哪些材料可以作为证据,如何收集证据、采用证据,以及如何应用证据证明犯罪事实,都应当遵循一定的规则,其中有些规则已经上升为刑事证据规则,但绝大部分规则都离不开人类思维的一般经验法则和逻辑法则。系统地讨论这些规则无疑会提出一系列纷繁复杂、令人生畏的哲学问题。这也是我们力所不能及的。为了避开一些智力雷区,我们选择了一些相对微观、相对具体的刑事证据问题作为本书的论题。知识有时需要收缩,才能开花结果。否则知识愈多,包袱愈重,忧虑愈深,终归沉寂。为求局部的突破,必须泯灭追求系统的冲动。学海无涯,生也有涯。有限的生命仅能做有限的耕耘。但愿本书对刑事证据法专题的局部性研究,能够取得局部性的收获。

本书由厦门大学法学院刑事法教学科研人员完成。具体分工如下:

陈立、林俊辉合撰第四章、第五章、第六章、第七章、第八章、第九章、第十章、第十二章。

郑金火撰写第二章、第十一章、第十四章。

王天民撰写第一章、第十三章。

刘学敏撰写第三章。

陈立

2006年2月于厦门大学法学院

目 录

丛书总序

前言

第一章 证据法的理论基础 ·····	(1)
一、证据法与物质论 ·····	(2)
二、证据法与反映论 ·····	(5)
三、证据法与辩证法 ·····	(7)
四、证据法与系统论·····	(13)
五、证据法与可知论·····	(16)
六、证据法与价值论·····	(25)
第二章 刑事诉讼证明责任论 ·····	(39)
一、刑事诉讼证明责任、举证责任概念辨析 ·····	(39)
二、举证责任的一般规则·····	(58)
三、控方承担证明被告人有罪的责任·····	(69)
四、被告人及其辩护人的证明责任问题·····	(79)
五、法院(法官)的举证责任问题 ·····	(102)
第三章 证明标准论 ·····	(113)
一、证明标准的概念辨析 ·····	(113)
二、几种证据制度证明标准之分析 ·····	(116)
三、两大法系诉讼证明标准 ·····	(119)
四、诉讼证明标准的性质 ·····	(127)
五、刑事证明标准的有关学说 ·····	(148)

第四章 论口供的概念、特征与价值	(159)
一、口供概述	(159)
二、口供的特征	(167)
三、口供的价值	(170)
第五章 论共同被告人庭外供述的证据能力	(175)
一、英美法系国家对待共同被告人 庭外供述的基本态度	(176)
二、大陆法系国家对待共同被告人 庭外供述的基本态度	(184)
三、我国对待共同被告人庭外供述的基本态度	(190)
四、对待共同被告人庭外供述应有的基本立场	(192)
第六章 论以欺骗手段获取被告人供述的证据能力	(202)
一、域外有关以欺骗手段获取被告人 供述证据能力的规定与学说	(203)
二、我国有关以欺骗手段获取被告人 供述证据能力的规定与学说	(209)
三、对待以欺骗手段获取被告人供述 证据能力应有的基本立场	(211)
第七章 论卧底人员取得的犯罪嫌疑人 供述的证据能力	(222)
一、卧底人员概念辨析	(222)
二、美国有关卧底人员获取犯罪嫌疑人 供述的证据能力的判例分析	(224)
三、对待卧底人员取得的犯罪嫌疑人 供述的证据能力应有的立场	(232)
四、卧底人员行为的正当化根据	(237)
第八章 论私人不法获取证据的证据能力	(242)
一、域外对待私人不法获取证据的态度	(242)

二、我国对待私人不法获取证据的态度	(246)
三、对待私人不法获取的证据应有的基本立场	(248)
第九章 论被告人人口供补强法则	(258)
一、补强证据概述	(258)
二、单独被告人之口供补强法则	(265)
三、共同被告人之口供补强法则	(285)
四、共同被告人之对质询问权	(308)
第十章 被告人翻供的审查判断	(317)
一、翻供概念辨析	(317)
二、我国对待翻供应有的立场	(320)
三、以刑讯逼供为由推翻庭外供述问题分析	(324)
第十一章 证人出庭作证问题研究	(351)
一、刑事诉讼中证人出庭的现状	(351)
二、证人不出庭作证的危害	(355)
三、证人不出庭作证的原因分析	(361)
四、构建完善的证人出庭制度	(377)
五、建立和完善保障证人出庭 作证的相关配套制度	(401)
第十二章 污点证人作证豁免制度研究	(412)
一、污点证人作证豁免制度概述	(412)
二、比较法视野中的污点证人作证豁免制度	(428)
三、污点证人作证豁免制度的理论基础	(435)
四、我国是否存在污点证人作证豁免制度	(441)
五、我国是否有必要引入污点证人作证豁免制度	(447)
六、如何构建我国的污点证人作证豁免制度	(452)
第十三章 科技证据的法律问题研究	(465)
一、电子证据	(466)
二、DNA 证据	(476)

三、测谎技术与测谎结论	(488)
第十四章 论非法证据排除规则	(496)
一、非法证据的界定	(496)
二、非法证据法律效力问题的基本观点	(506)
三、两大法系关于非法证据排除规则的基本内容	(517)
四、为什么要排除非法证据	(528)
五、我国非法证据排除规则的现状与难题	(539)
六、我国非法证据排除规则的程序性构建	(558)

第一章 证据法的理论基础

我国学者一般认为“我国的证据制度是建立在马克思主义的实践观和方法论基础之上的。辩证唯物主义的认识论是指导人们认识客观世界的唯一科学的理论,是我国证据制度的指导思想”。^①而“我国证据制度要解决的核心问题是如何保证司法人员能够正确认识案件事实,亦即如何保证其主观符合客观”。^②根据这一认识自然得出“辩证唯物主义是我国证据制度的理论基础”的结论。

这些年来,对于辩证唯物主义方法论能否作为我国证据制度的理论基础这一问题似乎争论不大,也都持肯定的态度,而争议的焦点聚集在:辩证唯物主义认识论是否真的能够作为证据法学的理论基础或者作为证据法学唯一的理论基础。例如就有学者认为,诉讼活动不是认识活动,或者至少在一定程度上不属于认识活动。相反,无论是哪种类型的诉讼活动都是以解决利益争端和纠纷为目的的法律实施活动,其中尽管包含着认识过程,但并不仅仅等同于认识活动,甚至说诉讼过程中的认识活动在诉讼中并不具有根本的决定性意义。而作为证据法之存在的内在理由则在于,

^① 陈光中主编:《刑事诉讼法学(新编)》,中国政法大学出版社1996年版,第144页。

^② 陈一云主编:《证据法学》(第2版),中国人民大学出版社2000年版,第94~95页。

发现事实真相的途径尽管多种多样,但裁判者只能按照某种符合特定价值观的特点途径来对案件事实进行揭示和认识,而绝对不能为达目的不择手段或不惜任何代价。由此看来证据法学应具有两个方面的理论基础:其一是形式理性观念,其二是程序正义理论。并且因此认为应从“认识论”走向“价值论”。^①

我们说,现代诉讼相比于古代野蛮诉讼的最大区别在于它是通过查明案件真相而不是其他非理性的方式来解决纠纷;司法认识活动相比于社会领域中的其他认识活动的本质差别又在于司法认识必须更加人性、合理和正当。这就告诫我们,无论是单一的认识论还是独立的价值论都不足以支撑证据法的建制;只有两者有机融合、共同构筑证据法的理论基础,才能真正体现证据法学的特质——以正当、合理的方式查明案件真相,解决双方纠纷。

马克思辩证唯物主义认识论主要由三个基本的理论要素构成:一是物质论,即认为物质(或存在)是第一性的,意识(或思维)是第二性的,物质(存在)决定意识(思维);二是反映论,即认为思维是大脑的技能,是对存在的反映;三是可知论,即认为思维与存在之间具有同一性,人的认识可以正确地反映客观世界。探讨辩证唯物主义认识论对证据法的指导作用,就是要考察上述三论对证据法的影响。要说明的是因为可知论将放在第二部分中与价值论对比讲解,所以此部分的“认识论”主要讲物质论与反映论。另外,至于谈到方法论,本文则主要是指辩证法和系统论对证据法的影响。

一、证据法与物质论

建国以后直至 20 世纪 90 年代,特别是 80 年代至 90 年代的

^① 陈瑞华:《从认识论走向价值论——证据法理论基础的反思与重构》,载《法学》2001 年第 1 期。

十余年的时间里,诉讼法学界曾就证据概念进行过较为深入的探讨和研究,概括起来主要有以下三种观点:

第一种是两部刑事诉讼法中规定的概念,即认为:“证明案件真实情况的一切事实都是证据。”第二种观点认为证据是:“侦查、检察、审判人员依据法定程序收集的,用以确定犯罪事实是否存在,被告人是否有罪和罪责轻重以及其他有关案件真实情况的一切事实。”第三种则将证据界定为:“在刑事诉讼过程中由司法机关依法收集或由当事人、证人、辩护人等依法提出,并用以证明是否发生了犯罪以及案件真实情况的一切事实。”

这里我们且不去分析哪种观点更加准确和科学。虽然三种观点表述各异,内涵和外延都有所不同,但是从概念的落脚点或说基本精神来看,它们是一致的,也即都将证据看作是一种“客观事实”。这种观念在其生成后的几十年的时间里,一直面临着来自自然科学界和法学界的两大挑战:

第一是,随着现代自然科学的突飞猛进,出现了一些传统“物质”领域以外的物质存在方式和具体形式。比如以下有两个案例:其一,在1991年四川省某县公安局接到报案,称在该县的盘山路上发生一起车祸,肇事司机将行人撞死后逃逸。侦查人员立即赶往现场,由于刚下过一场短时暴雨,现场的各种痕迹均被冲刷干净。后来,侦查人员发现死者身上仍有体温,初步猜测肇事司机应该不会逃远,于是下令在盘山路的各关口设卡,并排查在最近5个小时内可能通过该段盘山路的各种车辆,并最终破获该起交通肇事案。其二,某甲,女,向人民法院起诉要求解除其与某乙的婚姻关系,原因是某乙有婚外情,影响了婚姻关系的正常存续。而其提出的证据主要是某乙半年来发给她的就自己的婚外情请求某甲原谅的近百条手机短信,某乙虽对此再三反驳,但人民法院最终仍以此定案,解除了二人的婚姻关系。

试问:以上作为定案的主要依据“体温”和“短信”究竟属于我

国诉讼法中法定证据的哪一种呢？事实上，将这两者划归任何一种法定种类都是野蛮和粗鲁的。但是要想言顺，首先必须名正。不论是原被告抑或是控辩双方如果不能说出它们究竟是什么证据，那么别说是对方，就是想说服自己都是很难的。

类似于这些并非出于“名门”的很多定案依据在现代是很多的，比如电子证据等。且不说它们究竟应该归属于何种种类，更重要的问题是它们究竟是不是所谓的“物质”概念？不错，我们可以感觉得到它的存在，但似乎又总是不能亲手抓住它，简单地说，它没有质量。

为什么我们潜意识里总觉得将这些东西界定为客观存在的物质有些尴尬？这是因为我们片面缩小了物质概念的外延。物质是所有存在的总和，如果一定要用一个人类能够领悟和感触的范围来框定它的话，就当今自然科学对物质存在形式的划分来看，它包括三种形态：实物、能量和信息。证据作为物质的具体种类，也可以解构为这三种形态。

第二是，说到证据具有客观性，即“证据就是……事实”。对于这种观点，许多诉讼法学家不同意了。他们认为，既然所有证据都是客观物质，对于实物证据容易理解，而怎么解释言词证据呢？言词证据可能更多地具有主观性，因为基于主体的世界观、受教育程度、知识结构以及理解领悟能力等各方面的差异，即使同一事实也可能得出不同的感受与结论。所以他们认为证据不都是客观事实。

说到这里，我们发现要解决这个问题，首先必须对“客观事实”这个概念下一个定义。多年来，很多学者对究竟什么是客观事实这个问题曾经作了不懈的探索。其中原苏联已故哲学家柯普宁作过界定，他将事实概括为三义：第一，现象；第二，感觉与知觉；第三，理论原理。柯普宁的这段话大体上符合实际情况，因为他基本上与哲学最新研究成果一致。后者认为：客观事实乃是呈现于感

觉之前的事物；这事物是为概念所接受，并由主体作出判断而被知觉到的；因此事实乃是关于感性经验的一种知识形式。换句话说，刑事证据事实是一种经验事实，是取证人员对客观事物已经作出的一种判断，它已不再是原先伴随着刑事案件的发生而出现的事物、痕迹以及反映现象等纯客观物了，该客观物要成为刑事证据，已增添并凝聚了司法人员对该客观物的能量、知识与劳动。这也就得出两点结论：首先，刑事证据事实是且只是经验事实，而非纯粹客观物质。其次，既然刑事证据是经验事实，那么很显然也就理所当然具有客观性了。

二、证据法与反映论

辩证唯物主义认为，物质运动的结果必然呈现一定的形态。如毛泽东同志就曾经指出：“人们认识物质，就是认识物质的运动形式，因为除了运动的物质以外，世界上什么也没有，而物质的运动必取一定的形式。”^①这种物质的运动形式正是人们认识事物的基础。

虽然现实生活中案件的类型各不相同，但任何案件都可以归结为某种特殊的、极为复杂的物质运动形态，即具有特定性、稳定性与反映性。特定性表明，任何案件都具有不同于其他案件的质的规定性，能与其他案件区别开来；稳定性表明，任何案件都具有静止、暂时平衡和稳定的特点，能够在一定时间内保持不变；反映性则表明，任何案件的特征都能在其特征反映体中得到良好的反映，且能够为人民所认识。

反映论表明，各种证据就是案件的反映。如盗窃案件中，作案人进入犯罪现场，必须用脚走路，于是他的脚底必然会接触地面，

^① 毛泽东：《矛盾论》，载《毛泽东选集》第1卷，人民出版社1991年版，第308页。