

西南政法大学刑事民事诉讼法学研究中心

(第三卷)

刑事诉讼前沿研究

CRIMINAL

PROCEDURE

FRONTIERS

徐静村 / 主编

【证据聚焦】

刑事证据新解

——关于证据形式、内容、分类的反思考

【诉讼法理】

再论无罪推定原则

对立与协调：刑事诉讼主张的矛盾运动

【程序专论】

我国死刑执行程序存在的缺陷及其完善

我国建立刑事预审程序的若干问题研究

【异域法苑】

美国联邦刑事诉讼规则（下）

苏格兰2003年刑事审判修正案（上）

中国检察出版社

中国政法大学刑事司法学院教授、博士生导师

中国政法大学
刑事司法学院
教授、博士生导师

刑事诉讼前沿研究

《刑事诉讼法》第12条
“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”

《刑事诉讼法》第125条
“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利，如实供述自己罪行以及如实供述所获从轻处理的权利和认罪认罚后可能承担的法律责任，听取其陈述和辩解，允许其补充供述或者辩解”

《刑事诉讼法》第15条
“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理”

《刑事诉讼法》第15条

《刑事诉讼法》第12条

《刑事诉讼法》第125条

《刑事诉讼法》第15条

《刑事诉讼法》第15条

《刑事诉讼法》第12条
“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”

《刑事诉讼法》第125条
“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利，如实供述自己罪行以及如实供述所获从轻处理的权利和认罪认罚后可能承担的法律责任，听取其陈述和辩解，允许其补充供述或者辩解”

《刑事诉讼法》第15条
“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理”

《刑事诉讼法》第15条

中国政法大学出版社

刑事诉讼前沿研究

(第三卷)

徐静村 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼前沿研究/徐静村主编. —北京: 中国检察出版社, 2005.1

ISBN 7-80185-372-5

I. 刑… II. 徐… III. 刑事诉讼法—法的理论—中国 IV. D925.201

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 142531 号

刑事诉讼前沿研究 (第三卷)

徐静村 主编

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: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm×960mm 16 开

印 张: 22.375 印张

字 数: 372 千字

版 次: 2005 年 1 月第一版 2005 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-372-5/D·1351

定 价: 33.00 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 管光承 车 军
 胡世澄 王成荣 邱俊芳
主 编：徐静村
学术秘书：潘金贵

目 录

证据聚焦

刑事证据新解

- 关于证据形式、内容、分类的反思 徐静村 3
- 当代中国证据法学研究范式论 白淑卿 宋志军 9
- 刑事诉讼证明责任与举证责任的分配新论 聂昭伟 29

诉讼法理

- 再论无罪推定原则 龙宗智 秦宗文 55
- 对立与协调：刑事诉讼主张的矛盾运动 梁玉霞 69
- 量刑建议权：检察权的扩张与规制
- 辩诉交易移植与本土化的视野 冀祥德 99

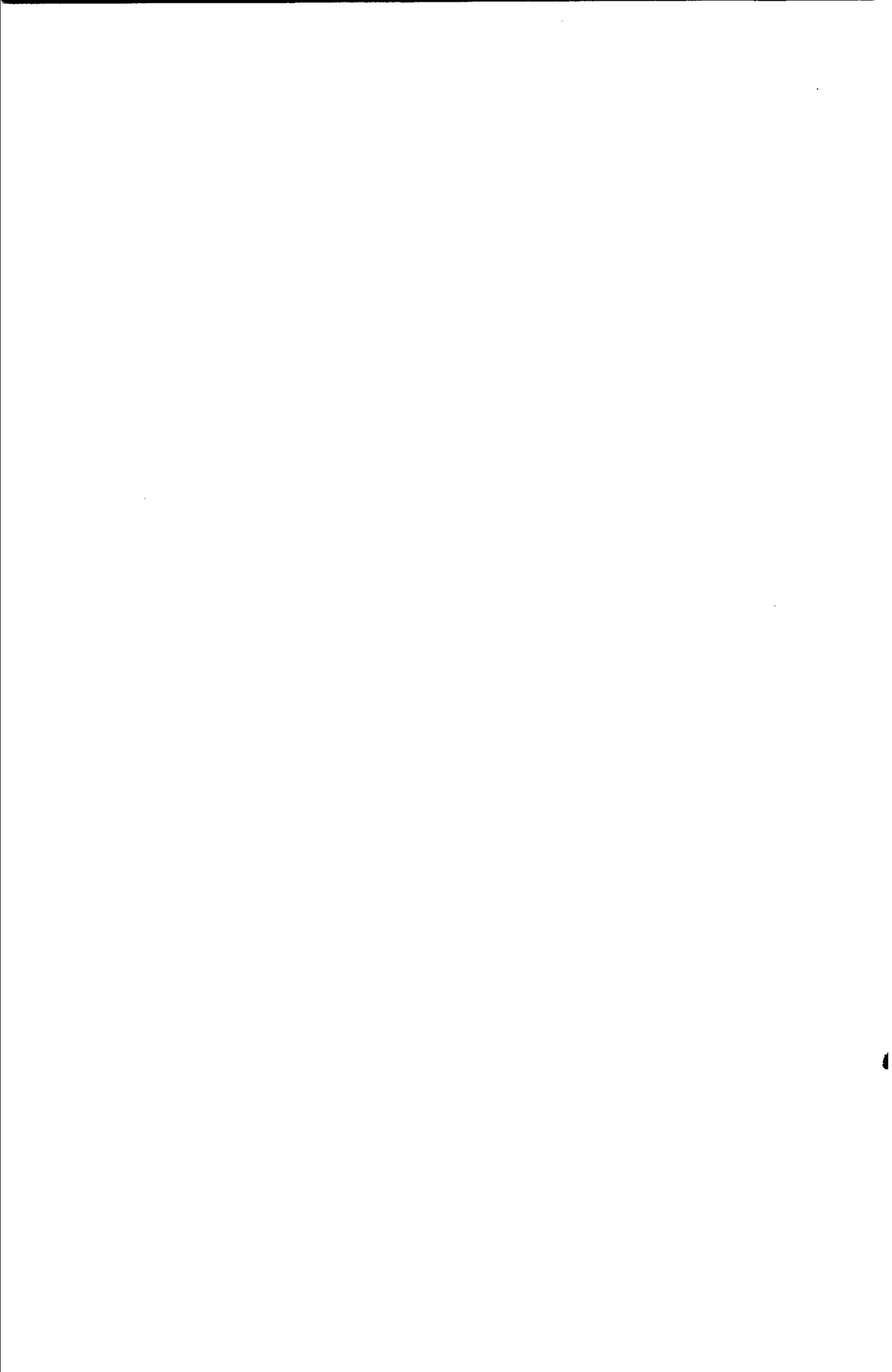
程序专论

- 我国死刑执行程序存在的缺陷及其完善 杨正万 117
- 我国建立刑事预审程序的若干问题研究 潘金贵 135
- 刑事回避制度研究 孙伟 167
- 论刑事第三审程序的建构原理 牛振宇 212

异域法苑

美国联邦刑事诉讼规则（下）	李昌林 译	235
苏格兰 2003 年刑事审判修正案（上）	王建虹 译	269
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》（下）（法）贝尔纳·布洛克 著 施鹏鹏 李立宏 译		308
自白可承认性的比较研究	牟 军	315
俄罗斯刑事诉讼中的速决程序及其借鉴作用	尹丽华	337

证据聚焦



刑事证据新解

——关于证据形式、内容、分类的反思考

徐静村*

证据是证据形式和证据内容的统一体。在这个统一体中，证据形式居于主要地位，是证据内容的物质载体。例如证人证言是由证人提供的，没有证人就没有证人证言；鉴定结论是对被鉴定物进行科学分析后形成的判断，没有被鉴定物就不可能形成这种判断。就证人证言或鉴定结论来看，在未经法定程序审查属实前，也仅是一种证据信息，还不能确定其证据内容的地位。且在人证和物证两大分野中，人证是能够使用言词自我表达证据信息的证据，物证则是自己不会讲话，而必须经由法定主体依法收集、固定、保全、检验、阐释才能形成证据信息的证据。物证的证据信息，实际上已经参入了侦查人员、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。用整体观念看证据，就人证而言，应是：证人及其证言，被害人及其陈述，犯罪嫌疑人、被告人及其供述和辩解，分别构成三种不同的人证；就物证而言，则是：物品、痕迹及对其进行的识别、分析、鉴定与阐释，书面证物及对其进行的识别、分析、鉴定与阐释，犯罪现场及对其进行的勘查与阐释，尸体或人体及对其进行的检验与阐释等，分别构成某种证据。由此观之，目前普遍将证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人或被告人的供述和辩解称为“证据”是不妥当的，它们仅是证人、被害人、犯罪嫌疑人或被告人提供的证据信息而已。同理，鉴定结论、勘验检查笔录以及对书证、视听资料等进行的识别与阐释，也都仅是从某种证物载体中提炼出来的证据信息，而不应名之为“证据”。反之，虽有证人而证人拒绝作证，便不能形成证据；虽然收集到某种物品或痕迹但未经鉴定“提炼”出其中的证据信息，也形不成

* 西南政法大学教授，博士生导师

证据。

但是，如此普通和基本的道理，却在证据学的研究中被忽略了，以致出现了对证据整体的割裂及对证据概念的滥用。证据之被割裂，是因不同学说给证据作了不同的但都具有片面性的界定。以前的学者对证据主要有三种定义方法，即所谓“事实说”、“材料说”和“手段说”。

一、关于事实说

事实说认为，能够证明案件真实情况的一切事实都是证据。例如《牛津法律大词典》对证据一词解释为：“事实，从事实中推断出的结果及陈述。这些事实、结论和陈述有助于法院或其他调查主体确信某些尚不知道但正在调查之中的事实和情况。”^①可见事实说强调的是证据内容的证明能力，这一点本来不错，但它把一切具有证明能力的证据信息都视为“事实”并等同于“证据”，显然是不妥当的。事实说首先把客观存在的事物作为“事实”，把从这种事物中“推断出的结果”称为“事实”并与“陈述”并列，显然混淆了事物、证据信息、事实几者的关系。在笔者看来，证据是蕴含了证据信息的物质载体，这种载体要么是人要么是物。但无论人或者物，都不是刑事诉讼语境下的“事实”。刑事诉讼中讲的事实通常有两类，一是案件事实，二是程序事实。案件事实指刑事案件发生发展的客观过程，程序事实指公安司法机关追究犯罪责任的诉讼过程。刑事诉讼的首要任务是搞清案件事实，即搞清刑事案件发生发展的客观过程及在这个过程中与之相关的人、物、事之间的相互联系。但每个证据本身不是这样的“事实”，而只是证明案件事实真相的一个信息源而已；无论是人证以言词方式表达的证据信息，或者是物证经由法定主体依法收集、固定、保全、检验、阐释而形成的证据信息，都并不一定完全真实和具有证明意义，只有经法庭依法审查判明其与待证的案件发生发展过程相关联并有证明意义的部分（笔者称之为“证据事实”），才是法官可以采信并据以认定案件事实的根据。而法官在法庭上审查判断每个证据信息的真实性和可采性时，不能撇开它的载体来进行，这是要求证人出庭直接陈述并接受质证和询问的原因，也是法庭要求举证方当庭出示证物，要求鉴定人出庭对鉴定结论进行说明并接受询问的理由。但事实说仅以证据信息（证据内容）为“事实”，忽视证据信息与其载体（证据形式）间密不可分的关系，必然造成应用中

^① 《牛津法律大词典》中文版，光明日报出版社1998年版，第316页。

无法对证据信息的真实性作出正确判断的结果,因此这种主张实际上不可能达到它所追求的“客观真实”目标。

二、关于材料说

材料说认为,符合法定证据形式的各种材料都是证据。此说的核心观点是:具备法定形式是证据的基本要素,虽然具备法定形式的各种材料都是证据,但证据可能有真有假,因此“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”。^①可见材料说主张在真假两种证据中,只有真的才可作为定案根据。但材料说对于什么是真、什么是假,并未作进一步界定和阐述,仅以是否符合法定形式为出发点来谈真假,因此,往往主要指作为证据的材料是否原物原件,或者是否疑似物品,是否有仿冒杜撰等,其关注的要点不在证据内容方面。所以此说是以形式合法作为证据成立的标准,而并不认为证据是证据形式与证据内容的统一,并不把证据内容看成证据信息,当然更不认为证据是证据信息的物质载体。因此它必然会误将证言笔录、鉴定意见书、勘验、检查笔录作为证据材料,即把记录着证言内容、鉴定意见的纸张视为证据,或者说把记录证言内容、鉴定结论的纸张视为证据内容的“载体”而作为证据来“移送”或“举证”,却忽视了证人、被鉴定物才是这些证据信息的真正载体。在我国,无论实务界还是理论界,当议论“某人的证言是一份重要证据”、“某被告人的供述是有力的证据”时,其实就是指那张在庭前形成的记录着证言或被告人供述的纸张。这是错将记录证据信息的纸张替代了证据信息的真正载体的典型表现。因此,材料说也并没有把证据形式和证据内容二者正确地统一起来。

三、关于手段(或方法)说

外国学者不像我们那样喜欢首先弄清证据本身究竟是什么,他们往往只从证据的功能与作用来界定证据。例如法国《拉普斯大百科全书》给证据下的定义是:“证据就是为了确定某一个法律事实的真实情况(或某一文件的存在)所使用的手段。”^②日本平凡社编辑出版的《世界大百科事典》亦称:“证据是法律用语,是法官在诉讼上为了获得资料确定判决基础所采取的一种手段。”这种单纯强调证据的证明功能的定

^① 《中华人民共和国民事诉讼法》第12条第2款。

^② 上海社科院法学所编译:《诉讼法》,知识出版社1981年版,第193页。

义，并没有界定证据的特质和内涵，并没有说明证据的构成要件到底是什么？且笔者认为，这种定义方法仍然是对证据完整性的割裂，因为这个定义误导人们认为证据就是裁判者认定指控事实和确定判决所依赖的手段，这会导致人们在收集和使用证据时忽视程序规则而片面追求证明作用的倾向，以致误用不具可采性的证据对案件事实作出错误认定，造成错误裁判。

四、关于还原

笔者注意到，上述关于证据分类的各种观点，在某些基本认识上有其共同性。例如，当在谈论人证的时候，并不认为证人、被害人、犯罪嫌疑人、被告人本身是证据，而只认为证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人或被告人的供述和辩解是证据，人为地把证据形式与证据内容割裂开来了，把证据信息与其载体割裂开来了；当在谈论物证的时候，也把证物同蕴含于该证物中经人的作用而阐释出来的证据信息割裂开来了，这不仅导致对证据的理解的混乱，也导致对证据分类的混乱。我们主张证据是证据形式与证据内容的统一体，并以证据形式作为分类的标准。这是因为，证据形式是一种物质形态，具有稳定性；而证据内容稳定性差，具有可变性，例如同一证人的多次证言可能次次不同，鉴定结论也可能有多个而彼此不同，所以不能以证据内容作为证据分类的标准。但证据资料无论为何变化，都是依附于产生它的载体即某人、某物品、某场所而存在，从这个意义上说，证据形式（即人或物）是证据的本源和主体部分，证据内容是证据主体蕴含和从属的部分，或者说，证据形式中蕴含了证据内容。有人认为将犯罪现场称为“物证”不好理解，其实这是不难解释的。犯罪现场通常是物证最集中的地方，是实物证据集合体，是众多实物证据彼此相互联系的物证群。当侦查人员勘验现场时，不但要对现场情况加以详细记载，并要通过照相、绘图等方法将现场上的物品、痕迹、尸体等的位置加以固定，这种勘验笔录，不仅是提供若干单个实物证据进入诉讼的依据，而且它能反映与犯罪有关的各种痕迹、物品存在或形成的环境、条件及相互关系，从而提供实物证据本身并不携带的证据信息。所以我们把现场看做是一个独立完整的物证群，把现场勘验笔录看做是一个内容丰富的证据信息群。它与单个物品、痕迹的不同仅是个体与群体的差异，并不是本质上的差异。也有人说，被勘验、检查的尸体和人身不应视为物证。其实，尸体是物证不难理解，而人身在有必要进行检查时，往往是为了确定其伤残程度、生理构造或

某种特定痕迹,这时被检查者虽系活体,但其被检查部位的证据信息是由检查人员依据其专门知识进行查验后形成的判断,并非被检查者自己的陈述。所以被检查者及其被检查的部位(对象)只有“物”的意义。

笔者所以要刻意强调人证、物证这种分类方法,一是为了克服现行法兼采事实说与材料说的证据观带来的不能自圆其说的理论困窘,同时也是为了在刑事诉讼中真正贯彻直接原则、言词原则建立证据理论上的依据,否则当事人在诉讼中的质证权根本无法实现。同时,现行法虽然规定了当事人可以申请重新鉴定和重新勘验,但实践中极少获得准许,其根源也在于并不把被鉴定物和现场看成证据,而只把鉴定结论、现场勘验笔录看成是证据,甚至看成“科学的法官”,不容许当事人有半点疑问。在这种观念下,忽视当事人申请重新鉴定、重新勘验的权利就是必然结果。

有学者担心,把证据化分为人证、物证两大类过于笼统,对于立法、司法和理论研究未必有利。笔者认为,这样分类旨在强调证据概念的统一性(或不可分割性),并不是要抹杀证据丰富多彩的复杂性。人证即包含证人之证言、被害人之陈述、犯罪嫌疑人及被告人之自白三种;而物证因以具体的证物作为证据形式,又因各种证物蕴含证据信息的方式和内容不同,人们从不同证物中识别、提炼和阐释其中蕴含的证据信息的情况千差万别,十分复杂,为了立法、运用和研究的方便,笔者认为,可按证物证据信息的提取方式和特征,将物证分为实物证据、书证、科技证据和司法检证几小类。

1. 实物证据。指蕴含了证据信息的实物或物质痕迹。这些实物或痕迹包括作案工具、行为所侵害的客体物、行为过程中遗留下来的物品和痕迹等。实物证据既有无生命的物品和物质痕迹,也包括人体的特征和人体上的与案件有关联的伤痕等,甚至包括其他生物体的形态、特点及相关痕迹等。实物证据自身不能以其特征自我说明案件事实,必须通过人的作用才能提炼出它的证据信息,从而发挥其证明作用。

2. 书证。书证是在物品上以文字、符号、图画反映证据信息的证据。但这种证据信息仍须通过人的鉴别、提炼和确认,从而获得诉讼上的证明意义。例如经济犯罪的账册、单据、合同、记账凭证等;诬告案中的诬告信;危害国家安全犯罪中的犯罪纲领、计划和传单;一般犯罪中反映犯罪故意、犯罪预谋与犯罪实施过程的书信、日记;反映犯罪主体身份的工作证、身份证、户口簿、任免文件等。与物证相比,书证所表达的思想内容较能直接地反映证据信息,而物证的证据信息即关于证

物的品质、属性或形态变化等与案件事实相关的信息则更多地依赖于检验手段加以“提炼”和确认。

3. 科技证据。科技证据指以实物证据为基础通过运用科学技术方法获得证据信息的证据，或者它本身就是一种科技产品即采用现代科技手段形成证据信息的证据，主要包括鉴定之结论和视听资料。

鉴定之结论是鉴定人运用科学方法对案件中涉及专门性问题的实物证据所作的分析、鉴别和判断。鉴定之结论不同于证人之证言，鉴定之结论产生的依据是被鉴定物和鉴定人采用的相关的科技手段，不是鉴定人直接感知案情而作的陈述。但由于鉴定之结论的正确可靠程度，与鉴定人的科技水平高低、鉴定相关的技术设备条件及鉴定的程序方法等关系极大，所以在庭审中审查鉴定之结论这种证据，应当通知鉴定人到庭接受询问。我国司法实践中，刑事鉴定主要有法医鉴定、精神病鉴定、痕迹鉴定、笔迹鉴定、会计鉴定、毒物及其他微量物证鉴定、一般技术鉴定等，范围很广，涉及大量物证信息的发现和确认，是查清案件中某些专门问题、技术性问题的主要手段。

视听资料是一种新兴的采用现代科技手段形成或者获得证据信息的证据。它的形式是各类音像载体或计算机贮存系统，它的内容是指与案件事实关联的音像信息或数字信息。视听资料主要包括：录音资料、录像资料、电子计算机贮存资料，以及其他运用专门技术设备获取的信息资料。

4. 司法检证。司法检证是司法人员对现场、物体、人身进行勘验、检查所形成的证据。司法检证包括：现场勘验之笔录、人身检查之笔录、尸体检验之笔录、证物检验之笔录、侦查实验之记录等。这类证据形成的特点是司法人员凭借自己的经验和感官直接感知被检验对象并就其观察所得作出如实的记录。我国现行法中所称的“勘验、检查笔录”实际上仅是司法检证行为获得的证据信息，只具有证据内容的属性，其证据形式是被勘验、被检查的现场或其他证物。由于勘验检查人员主观上以及某些客观上的原因，司法检证也可能出现观察、检验上的失误以及记载上的错误，对现场、物体等所含证据信息发现的不足更是在所难免，因此，法律设计对这类证据进行严格审查是必要的，例如允许当事人申请重新勘验、重新检查，要求勘验、检查人员到庭作出说明和接受询问都是理所应当的。

当代中国证据法学研究范式论

白淑卿* 宋志军**

一、缘起

在当代中国法学研究领域内，证据法学曾长期被冷落，关于证据的理论研究甚至在很长一段时间内处于停滞状态。近年来，随着法治观念的强化和更新，证据制度作为法治重要实现途径的价值受到了立法和司法的广泛重视，证据裁判主义得到了弘扬。证据理论研究出现了令人欣喜的局面，证据法学的研究获得了重大的发展，作为一门独立学科的证据法学正在成长起来。但是，反观近期证据法学界关于证据问题的研究，似乎很难发现重大的原创性的理论突破，关于证据理论的研究实际上并没有摆脱注释法学研究方法的局限，没有跳出传统理论的框架。实事求是地说，我国的证据法学还不成熟、不发达，主要表现在尚未形成符合证据法学自身特点和发展规律的研究范式。

“范式”（paradigm，原意样式、范例等）是美国科学哲学家、科学历史主义者托马斯·库恩（Thomas.S. Kuhn）最早提出来的一个概念。库恩在1962年《科学革命的结构》一书中借川“范式”这个概念，用来说明每个科学研究领域在形成过程中某种规律性的模式和体系。^①库恩的范式理论是现代科学中整体性观点和整体性方法在哲学上的反映。20世纪50年代以来，由于边缘学科、横断学科和综合性学科的出现和发展，学科之间的冲突与交融日渐增多，越来越呈现出一体化和整体化趋势，“范式”概念的提出即体现了这种趋势。但是库恩并未对其“范式”概念作过明确、清晰的表达，导致范式的多义性。目前范式这一概念已经超出库恩的原意或已经被赋予多种含义。一般而言，范式表示某一学科共同体所共有的信念、传统、价值标准、基本理论观念和研究方法，包

刑事訴訟前沿研究 (第三卷)

* 河北大学政法学院教授，硕士研究生导师

** 河北大学政法学院教授，硕士研究生导师

① [美] 库恩：《科学革命的结构》，李宝恒、纪树立译，上海科学技术出版社1980年版，第9~16页。

括世界观、方法论、价值观、道德观、理论背景和理论框架。通俗地说，范式就是指研究、讨论问题的共同的规范和指导思想。具体而言，库恩的范式的概念包括如下几个方面：第一，范式是在一定时期内科学共同体看问题的方式，是对研究对象的本质和规律的理解系统，包括世界观、方法论和价值标准等；第二，范式是一种科学共同体一致接受的本学科的基本理论框架，即构成该科学共同体学术研究基础的概念系统、基石范畴和核心理论；第三，范式提供的是一种全新的理论背景；第四，范式是一种某一科学共同体公认的研究方法。在一定意义上说，范式的转变实质上是提出一套全新的发现问题和解决问题的方法，旧范式的消失、新范式的形成促进学科的革命化，因为范式的更替意味着学科基本范畴、理论体系、理论背景、研究视角和研究方法的全方位更新。^①

可以说，当代中国证据法学研究已经形成了一定的研究方法、概念体系、价值观念和理论框架，形成了研究范式的雏形，笔者将其概括为“认识论范式”。这种研究范式以辩证唯物主义认识论为理论基础，对于我国证据法学的发展作出了重大的贡献，建立起了当代中国证据法学的基础理论、基本范畴、理论框架，确立了证据法学独立的学科地位。但是随着时代的发展，认识论范式在研究方法、研究视角等方面存在单一化的问题，在一定程度上束缚了证据法学的发展，证据法学要想得到进一步发展和创新，亟须在研究方法与视角上有所突破，寻求符合自身规律和特点的研究范式。可喜的是，关于法学研究范式的意识已经在法学界形成并不断强化，有关法学研究范式的探索正在进行，特别是在法哲学研究领域学术范式的转换已初见端倪。然而，遗憾的是，在证据法学研究领域内虽然已经有学者进行了多角度研究的尝试并取得了一定的成果，^② 但是就整个证据法学界而言，还没有形成研究范式的意识，研究范式的研究几乎是一片空白，这无疑严重阻碍了证据法学的进一步发展，证据法学急需进行研究范式的转换。本文试就当代中国证据法学研究范式从“认识论范式”到“多论域范式”的转换，发表若干浅见，与学术界同仁交流。

^① 张文显、于宁：《当代中国法哲学研究范式的转换》，载于《中国法学》2001年第1期；蔡守秋：《论法学研究范式的革新》，载于《法商研究》2003年第3期。

^② 陈浩然先生在其专著《证据学原理》一书中，对证据学原理进行了颇有新意的多视角研究。本文的写作在一定程度上也受到了该书的启发。