

证据学论坛

何家弘 主编

前沿 · 实务 · 文摘

EVIDENCE FORUM

16

卷首白话

透视司法的阴影 / 何家弘

前沿聚焦

解读《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》/ 吕广伦
从辩护的角度解读“两个证据规定”/ 李贵方

专论大观

试论刑事二审程序中非法证据排除的证明责任 / 赵康
涉罪未成年人品格证据运用制度初探 / 吴海云 胡广平

学术沙龙

关于刑事案件证据审查判断的若干问题 / 李睿懿
看守所投诉处理机制的设置与《非法证据排除规定》的落实 / 李学军 杨 爽

专论大观

试论刑事二审程序中非法证据排除的证明责任 / 赵康
涉罪未成年人品格证据运用制度初探 / 吴海云 胡广平

学术沙龙

关于刑事案件证据审查判断的若干问题 / 李睿懿
看守所投诉处理机制的设置与《非法证据排除规定》的落实 / 李学军 杨 爽

手机取证的证据问题：信息与法学的对话
测谎技术前沿与测谎结论的可采性 / 约翰·帕玛特 张晓红

域外采真

德国是如何纠正错判的？——以沃尔茨案为例：证据与判决 / 周遵友



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

前沿·实务·文摘

证据学论坛

第十六卷

主 编 | 何家弘

副主编 | 李学军 刘品新



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

证据学论坛. 第16卷/何家弘主编.—北京:法律出版社, 2011.6

ISBN 978-7-5118-2145-4

I. ①证… II. ①何… III. ①诉讼—证据—研究
IV. ①D915.130.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第091722号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印务有限责任公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/720×960毫米 1/16
版本/2011年6月第1版

印张/20.75 字数/392千
印次/2011年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2145-4

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《证据学论坛》编委会

编委会主任 江 伟 (中国人民大学法学教授)

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

王若阳 (北京人民警察学院副院长、法学教授)

卞建林 (中国政法大学法学教授)

龙宗智 (四川大学法学教授)

田文昌 (中华全国律师协会刑事业务委员会主任委员)

刘一杰 (司法部法规教育司前任司长)

汪建成 (北京大学法学教授)

何家弘 (中国人民大学法学教授)

邹明理 (西南政法大学法学教授)

陈一云 (中国人民大学法学教授)

张卫平 (清华大学法学教授)

郎 胜 (全国人大法工委副主任)

杨迎泽 (国家检察官学院副院长、法学教授)

郝赤勇 (司法部副部长)

袁 江 (国家司法考试中心副主任)

崔 敏 (中国人民公安大学法学教授)

樊崇义 (中国政法大学法学教授)

熊选国 (最高人民法院副院长)

戴玉忠 (全国人大常委会内务司法委员会委员, 中国人民大学刑事法律科学研究中心主任)

主 编 何家弘

副 主 编 李学军 刘品新

学术秘书 许 明 毛自荇 杨建国

目 录

卷首白话

- 1 透视司法的阴影

| 何家弘

前沿聚焦

- 7 解读《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》

| 吕广伦

- 18 从辩护的角度解读“两个证据规定”

| 李贵方

- 31 加强程序辩护,促进实体公正

| 许兰亭 靳学孔

——由“两个证据规定”说起

- 41 《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》之解读

| 门金玲 张青松

——以律师辩护为视角

- 53 非法实物证据排除问题研究

| 王建松 王波峰

——以《非法证据排除规定》为切入点

- 60 以检察视角看侦查人员出庭作证

| 王 新 刘行川

——以《非法证据排除规定》为切入点

- 69 中国排除非法证据的困境在哪里

| 李奋飞

- 81 “两个证据规定”中的非法口供排除规则之评析

| 廖 明

专论大观

- 89 试论刑事二审程序中非法证据排除的证明责任

| 赵 康

- 99 涉罪未成年人品格证据运用制度初探

| 吴海云 胡广平

- 104 论对待科学证据的科学精神

| 李 慧

- 114 略论科学证据

| 张 晶

学术沙龙

- 119 关于刑事案件证据审查判断的若干问题 | 李睿懿
- 127 看守所投诉处理机制的设置与《非法证据排除规定》的落实 | 李学军 杨 爽
- 134 试论刑事诉讼中电子证据的审查
——兼论“两个证据规定”在电子证据审查中的
实施与完善 | 邹积超 高 峰
- 145 论审查起诉阶段的非法证据排除 | 杨 爽
- 153 电子证据若干问题的探讨 | 张 楠
- 159 论非法证据的补正效力 | 吴 波

实务研究

- 165 从一案的处理再看程序正义的重要价值 | 金 轶 程晓璐
- 171 电子证据的收集与运用
——以“两个证据规定”为解读 | 刘品新
- 184 域外证据在刑事审判中的审核采信
——自诉人桥本郁子诉被告入桥本浩重婚一案 | 张华松
- 192 论贿赂犯罪侦查中的口供及其适用
——以《非法证据排除规定》为切入点 | 陈 元
- 196 木马抗辩真伪研究 | 陈 巍

疑案会诊

- 204 第15卷反馈:专利无效宣告案件中,网络证据的
真实性和公开时间的认定 | 冯术杰 张 鹏

德恒论坛

- 211 手机取证的证据问题:信息与法学的对话
——从某省“地震门”的模拟庭审谈起

222 测谎技术前沿与测谎结论的可采性

——测谎技术在美国的应用

| 约翰·帕玛特尔

| 张晓红

229 智取的艺术:职务犯罪侦查逻辑

| 柴学友

236 跨国诉讼及其证据问题

——全球顶尖律所资深律师的观察与思考

| 理查德·K.威格那

| 邓莹 贾萌

| 余龙祥 译

域外采真

240 德国是如何纠正错判的?

——以沃尔茨案为例:证据与判决

| 周遵友

270 作为治疗性法律方法的警察面谈

——以美国警方认知面谈为中心

| 方斌

综述与文摘

281 2009年下半年至2010年上半年证据学论文精品

摘要

| 李慧

卷末絮语

306 科学证据的采信规则 and 标准

——我们的声音

318 征稿启事

透视司法的阴影

何家弘

2010年过去了。在我盘点这一年的工作时,“错案”是两个一直在我眼前晃动的大字。首先,我主持的“刑事错案实证研究”项目终于结项了,虽然部分成果的出版遇到挫折,但是总算给历时四年的研究工作画上了一个句号。其次,我修订的犯罪悬疑小说《血之罪》出版了。从某种意义上讲,这是一部刑事错案读本,因为我创作这部小说的灵感就来自于1989年发生在黑龙江省伊春市的一个错案,即1995年被发现并纠正的石东玉涉嫌杀人案。第三,“赵作海冤案”引起中国社会广泛的关注,并且促进了“两个证据规定”的出台,即2010年6月13日由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合颁发的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。这两个于2010年7月1日起施行的“证据规定”标志着中国刑事证据制度的进步。尽管因仓促出台而存在一些不尽合理或不够严谨之处,但是作为一名从事证据法学教学和研究的学者,我不能不为这两个“证据规定”的出台而欢欣鼓舞。第四,我也有机会获得国外有关刑事错案的信息。2010年2月,我应邀到美国的辛辛那提大学法学院去讲学,因为他们正筹备在2011年4月召开全球第一次关于刑事错案的国际研讨会。我在讲学期间和美国的专家学者进行交流,介绍了我们关于刑事错案的研究成果,也了解了美国刑事错案的情况。2010年6月至8月,我应德国马普外国和国际刑法研究所的邀请去访问讲学。在访学期间,我也去旁听过当地法院的审判,和法官进行过交流,也了解了德国刑事错案的一些情况。

错案是刑事司法的阴影。正义的旗帜飘扬在司法的上空,却投下这一小片阴影。光线的阴暗使人们无法看清其中的景物,甚至成为人们视觉中的盲点,让人们以为眼前是一片灿烂的光明。一些在社会中产生广泛影响的错案把媒体的聚光灯吸引过来,也把民众的目光吸引过来,于是这盲点就变成了亮点,使人们看清了那些被阴影遮蔽的丑陋的缺陷。从这个意义上讲,错案是有功的,因为它帮助我们看

清了现行制度的漏洞,从而推进制度的改革和规则的完善,特别是证据规则的完善。这也正是本卷《证据学论坛》所要关注的一个焦点。

1997年10月,在河南省商丘市某农村,村民赵作海和赵振响因与同村一个妇女的关系而发生争斗,赵振响用刀把赵作海头部砍伤。其后,赵振响莫名其妙地失踪了。他的家人怀疑他已经被人杀害,就报案了。公安局接到报案之后,把赵作海带走审查。赵作海不承认杀人,警方也没有其他证据,所以审查了20多天之后又放出来了。一年多以后,当地村民在一个废弃的水井中发现了一具尸体,没有头,四肢也不全,尸体已经高度腐烂。当地村民都说这个就是赵振响的尸体。于是家属又去报案,公安机关又把赵作海带走审查。

在这种无名尸体案件中,首要的问题是查明尸源,即确定死者身份。警方曾根据残尸对死者身高进行过推断,推断结果是1.70米左右,而失踪的赵振响身高仅1.65米。侦查人员对此没有给予足够的警觉,而是主要根据村民的意见,就认定这个尸体是赵振响,而嫌疑人自然就是赵作海。

赵作海被拘留之后,开始不承认杀过人,可后来承认了。根据案卷材料记载,赵作海在5月10日到6月18日期间一共9次做出有罪供述。不过,他未能供出杀人凶器和尸体残缺部分的下落。据说赵作海曾经供认把死者的脑袋和残肢埋在他家的坟地,但是警方派人挖开他家的祖坟却未能找到。总之,警方在没有找到杀人凶器,也没有找到尸体残缺部分的情况下,认定赵作海就是杀人凶手。

公安机关侦查终结之后,把案件移送检察院审查起诉,但是遇到了障碍,因为检察院认为证据有问题,主要是尸源没有查清。检察院要求公安机关做DNA鉴定,确定死者的身份。其实,公安机关先后做了4次DNA鉴定,都没有能够确定死者的身份,也就是没有能够确定这个死者就是失踪的赵振响。检察机关和公安机关的认识不一致,案子就拖下来了,赵作海一直被羁押。

2002年,司法机关开始清理超期羁押案件。上级机关点名把赵作海案件作为清理的重点,要求迅速结案:要么就判,要么就放。当地政法委讨论之后,做出了一项决定:20天内提起公诉。于是,检察院放弃了坚持要DNA鉴定结论的要求,10月22日提起公诉。12月5日,商丘中院做出一审判决,判处赵作海死缓。也即“留有余地”。换言之,证据不足,怎么办?不能判无罪,只能判轻一点,该杀的就不要杀了。赵作海没有上诉,河南省高级人民法院依法进行死刑复核。2003年2月13日,省高级人民法院核准了商丘市中级人民法院的判决。

2010年4月30日,被害人赵振响活着回来了!村人震惊,领导也震惊。警方找到他的亲友和村里的干部,经核实,这个人确实是赵振响。他这些年去哪里了?据他自己讲,当年他打了一架之后,因为他砍了赵作海,一是担心把赵作海砍死了,

二是担心遭到报复,于是就跑了。这些年,他在一些城市里流浪,做过小买卖,收过破烂。但是现在他年龄大了,身体也不太好,感觉外面的日子不好过了,于是就回到老家。

错案的证据是确凿的,有关部门纠正错案的行动也就很快。5月8日,河南省高级人民法院宣布撤销原判,再审判决赵作海无罪。5月9日,赵作海被释放出狱。纠正错案之后,当地有关部门很快就与赵作海签了协议书,国家赔偿50万元,另外还给15万元的生活困难补助费,赵作海同意放弃其他赔偿请求。后来,当地政府同意再给他盖一栋小楼,估价约12万元。

在一个国家里,倘若错案发生对于被判个体来说是不幸的,那么对于社会整体来说,也是不幸的。错案其实有两种形式:一种是错判,就像赵作海这样,本来无罪,结果被判有罪。还有一种是错放,本来有罪的人,给放出去了,也是错案。那么,错判显然对个体来说是不幸的,但这不仅是个体一个人的不幸,对社会整体来说也是不幸的。因为这个个体只是社会成员中的一个,而每个社会成员其实都有可能成为这样的一个。另外,倘若错案之纠正,对于被判个体来说是幸运的,那么对于社会整体来说却依然是不幸的。赵作海之所以能够翻案,是一件偶然的很幸运的事情使然。如果没有这个偶然幸运的事件发生,可能赵作海还继续关在监狱里面。如果对被判个体来说,因为幸运才能够纠正错案,那么对社会整体来说,依然是不幸的。因为它说明在我们的社会中,还缺少有效的主动纠错的制度和机制。这是值得我们思考的一个问题。在我国这些年披露出来的刑事错案中,很多都是因为偶然因素才发现并获得纠正的,譬如云南的杜培武和湖北的余祥林。

我国的刑事司法有一个美丽的传说,那就是既不冤枉一个好人,也不放纵一个坏人。但是,在任何一个国家的刑事司法制度下面,这都是做不到的。从某种意义上讲,错案的发生具有不可避免性,只是多和少的问题。中国有刑事错案,那些法制比较健全的国家也有刑事错案,譬如美国。

二

1991年的一天早晨,北卡罗来纳州发生了一起入室强奸案。两个女孩子在家中睡觉,有人破窗而入,把她们捆绑起来,实施了强奸。后来两个女孩报案,跟警察讲那是一个黑人,因为是凌晨,光线比较暗,看得不是很清楚。她们说,好像是约瑟夫。这个人也住在当地,以前在他们家干过零活。警方就把约瑟夫列为重大嫌疑人,而且还组织两个被害人进行了照片辨认。因为两个女孩原本认识约瑟夫,所以很容易在多张照片中认定是他。警方要抓捕约瑟夫的时候,发现他已经离开了北卡州。警方找不到嫌疑人,就把这个案子挂了起来。1994年,警方通过其他线索得知,约瑟夫被关押在得克萨斯州的拘留所里,因为使用过期支票,有欺诈嫌疑。北卡州的警方通过州际警察合作把约瑟夫抓捕归案。

这个案件中的证据包括两个被害人的辨认,还有现场提取的物证,如被害人的内裤、床单、衣服,上面有精斑。DNA 鉴定结论表明外衣上的斑痕不是约瑟夫的,但内裤和床单上的 DNA 鉴定结论可能是约瑟夫的。这是非确定性的鉴定结论。换言之,鉴定结果既不能肯定那些精斑是约瑟夫的,也不能否定那些精斑是约瑟夫的。这就是证明的模糊性。

1995 年 6 月,法院开庭审理,一共是三项指控:强奸、绑架和入室盗窃。这个案件是陪审团审判。辩护方在法庭上提出了反证。约瑟夫说自己那天上早班,没有作案时间。辩护律师还请他当年的雇主出庭作证。但是检察官质证说,你们公司有上班打卡的制度,那就应该提供打卡记录。但是四年过去了,记录没有保存。

在美国的陪审团审判中,陪审团和法官有明确分工。陪审团负责认定事实,法官负责适用法律。这就是说,陪审团负责认定被告人有没有实施犯罪行为,是不是有罪。如果认定有罪,法官再负责量刑。该案的陪审团评议之后认定被告人有罪。随后,法官量刑,判处约瑟夫两个终身监禁,再加 110 年。约瑟夫不服上诉。1996 年,上诉法院维持原判。

2005 年,北卡州的无辜者救援中心受理了约瑟夫的申诉之后,认为可能是冤案,于是就寻找有关的物证。警察机关还保留了当年的内裤等物证没有销毁,于是就做了两次 DNA 鉴定。第一次的精确度不够,得出的结论还是非确定性的,既不能肯定,也不能否定。第二次用更精确的方法来做,否定了约瑟夫,就是说那些精斑不是约瑟夫的。结论得出来之后,“无辜者援助中心”就带领约瑟夫向法院请求再审。重新审理此案拖的时间也比较长,直到 2009 年的 9 月 2 日,约瑟夫才终于拿到了法院的无罪判决。他已经在监狱里关了 14 年。

从 20 世纪中期开始,美国的很多州都建立了“无辜者救援中心”,通过“无辜者行动计划”对可能错判的案件进行复查。这些中心都是民间机构。错案复查的主要手段是 DNA 鉴定,因此复查的案件多数是存有生物物证的强奸案。在过去 15 年,美国已经通过 DNA 鉴定发现并纠正了 242 起错案,其中有 75% 的案件中都存在辨认错误,因此,辨认错误可以说是美国刑事错案的首要原因。

在德国,卡尔·彼得斯教授在 20 世纪 70 年代出版的《刑事诉讼中的错误来源:德国再审程序研究》是最有影响的研究刑事错案的著作。该书分为三卷,第一卷名为《引论和各类案件汇总》;第二卷名为《刑事诉讼中的错误来源:系统研究与结论》;第三卷名为《刑事诉讼中的错误来源:再审程序法》。这三本书的研究对象是 1951 年到 1964 年之间的 1150 起再审案件。这里面绝大部分是被告方申请再审的,也就是说原来是属于错判的,无论是无罪被判有罪,还是轻罪判重了。另外还有 91 起是公诉方申请再审的,那就是公诉方认为判无罪是错的,或者说原来判得太轻了。

彼得斯教授认为,进入再审程序并被撤销的判决不一定是错误的判决。因

为有罪和无罪之间有一个模糊地带,就是案件的事实不是说像人们想的总能查个水落石出。有时候,司法官员的认识处于一种灰色地带,被告人可能是有罪的,也可能是无罪的。这种情况下怎么办,这就涉及如何来认定错判的问题。彼得斯教授把对原审判决错误的认识分为五种,实际就是不同层次上的概率。第一,肯定是错了,就像赵作海这样的杀人案件,被害人没死。这个概率极高。第二,原审判决很可能错误,比方有百分之七八十的可能性,原来是判错了。第三,原审判决不能被充分的证明,就是现有的证据不能充分地证明被告人是有罪的,所以这个判决也可能是错误的。从概率来讲,原审判决有百分之五六十的可能性是错误的。第四,原审判决有可能是正确的,从概率来讲,错判的可能性大概有百分之四十。第五,原审判决有较大可能性是正确的,这就是说,原始判决错误的可能性大概只有百分之三十。那怎么办呢?作者的观点,前三种情况都可以认定原判是错判;在后两种情况下,虽然不能肯定原判为错判,但是再审中也应当做出有利于被告人的决定。彼得斯教授的观点对于我们研究刑事错案问题是很有启示的。

三

古今中外,冤假错案总是刑事司法领域中难以驱散的幽灵。它们若隐若现,时明时暗,啃噬着社会公众的良心,煎熬着司法官员的灵魂。中国古代就有专门研究刑事错案的著作,其中最当影响的当称南宋提刑官宋慈编写的《洗冤集录》。该书被称为人类历史上第一部法医学专著,其实并不准确。它应该是一部关于防范冤假错案和准确认定案件事实的著作。宋慈并不是法医,而是司法官。他在该书中留下的一些话语,今天看来仍然很有教益。例如,宋慈在《洗冤集录》的卷首语开篇就讲道,“狱事莫重于大辟,大辟莫重于初情,初情莫重于检验。”这就是说,刑事案件中最重要的是死刑案件;死刑案件中最重要的是查明案件发案时的情况;而要想查明发案时的情况,最重要的就是检验。宋慈先生在近千年前就提出了这样的观点,确实难能可贵。他在《洗冤集录》中还讲道,“狱情之失,多起于发端之差,定验之误”。这就是说,错案的发生,往往都是一开始调查的时候出现了一点误差,一开始的检验或者鉴定出现了一点失误。今天的刑事错案仍然在验证他的说法,譬如上文提到的赵作海冤案。

刑事错案是在司法系统打击犯罪的过程中发生的。然而,制造错案本身也是一种犯罪,而且是以法律的名义去伤害乃至杀害无辜的公民。因此,这种犯罪具有更为严重的社会危害性。它不仅损害个人利益,使当事人遭受冤屈,而且损害公共利益,破坏司法公正和社会秩序,甚至会使公众丧失对司法的信念乃至国家政府的信念!套用孔夫子的一句名言,“错判猛于虎”!

在任何一个国家的刑事司法系统中,错案都是不可能完全避免的。因为案件事实对于司法人员来说都是无法亲历、无法直接感知地发生在过去的事件,犹如水

中之月、镜中之花、海市蜃楼一般;因为司法人员既不是上帝也不是神仙,无法全知全党,也无法穿越“时空隧道”,而只能通过有限甚至短缺的证据去认识案件事实。另外,人都会犯错误。古人说,人非圣贤,孰能无过。不仅坏人会干坏事,好人也会干坏事。不仅恶劣的侦查人员和司法人员会办错案,优秀的侦查人员和司法人员也会办错案。我们承认这一点绝不是为那些侦查人员和司法人员开脱,而是要人们正视刑事错案出现的必然性并认真研究其产生的原因和发生的规律,以便把错案的发生率下压到最低水平。总之,预防刑事错案和及时发现并纠正刑事错案,都需要我们完善相关的制度。“两个证据规定”的出台是个进步,但是要完善我国的刑事证据制度,任重而道远。

2011年1月
于北京世纪城痴醒斋

解读《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》

吕广伦*

2010年5月30日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《规定》)。该《规定》不仅全面规定了刑事诉讼证据的基本原则和主要规范,还具体规定了对各类证据的收集、审查、判断和运用,对司法机关办理刑事案件特别是死刑案件提出了更高的标准、更严的要求。这是我国刑事司法制度改革的重要成果,也是我国刑事诉讼制度进一步民主化、法治化的重要标志,对于进一步提高执法办案水平,进一步强化执法人员素质,必将发挥重要作用。

一、《规定》的起草背景和经过

1996年,全国人大对刑事诉讼法作了全面修改,但是其中关于证据制度的规定仅有8个条文,且过于原则,缺乏足够的可操作性。1998年、1999年最高人民法院、最高人民检察院先后出台《关于执行刑事诉讼法若干问题的解释》、《人民检察院刑事诉讼规则》,虽然在一定程度上充实了刑事诉讼证据规则的具体内容,但缺乏系统性和权威性,不能满足司法实践的需要。

自2007年1月1日最高人民法院统一行使死刑案件核准权以来,据统计,每年因事实、证据问题不核准的案件,均超过全部不核准案件的30%,这其中还不包括大量在复核阶段补查、完善证据后予以核准的案件。同时,一审报送二审的死刑案件,高级法院改判的比例一直较高,有的省持续达到30%,甚至40%以上。这些问题的发生,严重影响了死刑案件的复核质量和效率,也埋下了发生冤假错案的隐患。

* 吕广伦:最高人民法院刑事审判第三庭副庭长。

死刑案件人命关天,质量问题尤为重要,在认定事实和采信证据上绝对不容许出任何差错。为了能从源头和基础工作上切实把好事实关、证据关,2007年3月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部和司法部共同制定了《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》,对确保把死刑案件办成铁案发挥了重要作用,但是由于该意见规定得过于简单、原则,仍然不能解决司法实践中存在的大量证据问题。

为此,最高人民法院着手研究《规定》。后经最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部共同研究并联合发布了此规定。我们在起草规定时更多是从法院审判的角度出发,研究制定法官在审理刑事案件中审查核实证据和认定判断证据等行为的规范法则,并且主要是确定某一证据材料是否具备证据资格(或可采性),因此,着重考虑了以下几点:(1)“三个立足于”:一是立足于中国国情,二是立足于现行法律,三是立足于审判实际。(2)“两个借鉴”:一是借鉴国内外关于刑事证据的立法例,二是借鉴国内著名专家在刑事证据制度上的最新研究成果和地方法院起草的证据规则。(3)“一个参照”:参照《公民权利和政治权利国际公约》所规定的刑事诉讼基本准则对证据规则的内在要求。

当然,从刑事诉讼理论和现有法律规定来看,死刑案件和普通刑事案件应当确立一体遵循的证据规则。但是,制定统一的刑事诉讼证据规则,公、检、法三家目前在一些重要问题上还未形成一致意见,时机尚不成熟。虽没有“审理其他刑事案件,审查判断证据参照本规定执行”的内容,但我们几家达成一致意见,已在下发通知时明确要求,办理其他刑事案件,参照执行该规定。

二、《规定》的主要内容

《规定》分为三个部分,共计41条。

(一)第一部分为一般规定,共计5条

该部分规定了证据裁判原则、程序法定原则、未经质证不得认证原则及死刑案件的证明标准等,特别强调了对死刑案件应当实行最为严格的证据规格。

所谓证明标准,即法律规定的运用证据证明待证事实所要达到的程度的要求。简而言之,证明标准就是证明的程度。证明标准是证据的核心问题。国外关于刑事案件的证明标准主要有两种:一种是大陆法系的内心确信标准,另一种是英美法系的排除合理怀疑标准。我认为这两种证明标准的差别只在表面上,其实质内容是一致的,因为内心确信意味着要排除合理怀疑,排除合理怀疑也就意味着内心形成了确信。内心确信只不过从正面对裁判者内心信念进行规定,排除合理怀疑则从反面对达到内心确信进行描述,两者仅存在表述上的差异。

《刑事诉讼法》第129条规定,“公安机关侦查终结的案件,应当做到犯罪事实清楚,证据确实、充分”;第141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,依法应追究刑事责任的,应当作出起诉决定”;第162条规定,人民法院对“案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人有罪的,应当作出有罪判决”。侦查、起诉、审判是刑事诉讼的三个阶段,刑事诉讼法均无一例外地作了“事实清楚,证据确实、充分”的要求。一般认为,“案件事实清楚,证据确实、充分”就是我国现行法律规定的刑事诉讼证明标准。

“事实清楚,证据确实充分”应当说是比较准确地揭示了证明标准的实质内容。可以解读为:证据都是查证属实的,而且能够充分地证明案件事实。但是,法律规定的这一标准又过于笼统和原则,实践中难以把握,造成了大量的争议。为此,《死刑证据的规定》第5条对证据确实、充分进行了细化:(1)定罪量刑的事实都有证据证明;(2)每一个定案的证据均已经法定程序查证属实;(3)证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除;(4)共同犯罪案件中,被告人的地位、作用均已查清;(5)根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论。

讨论现行的证明标准,绕不开“两个基本”。“两个基本”仍然是目前司法界对现行刑事诉讼证明标准经常使用的提法。

“两个基本”即基本事实、基本证据的思想,一般认为是彭真同志1981年5月《在五大城市治安座谈会上的讲话》中首先提出来的。其后1983年7月《中共中央关于严厉打击刑事犯罪的决定》和最高人民检察院1984年1月9日《关于在严厉打击刑事犯罪斗争中具体应用法律的若干问题的答复》均指出,“两个基本”的含义是指基本事实清楚,基本证据确凿。2001年4月的全国治安工作会议确立的“严打”基本办案原则是“基本事实清楚,基本证据确凿”。2001年4月13日最高人民法院向全国各级法院发出关于贯彻全国社会治安工作会议的通知中,将“两个基本”表述为“基本事实清楚,基本证据扎实”。

“两个基本”与“案件事实清楚,证据确实、充分”是何关系?有人认为“两个基本”降低了法定证明标准,是对刑事诉讼法规定的证明标准的修正;有人则认为“两个基本”与法定证明标准是一致的,只是对刑事诉讼法的补充。我们认为,就当下来说,“两个基本”的提法在理论上没有好处,在实践中是有害的。

如果是修正,那么就降低了法定的证明标准,当然不可取。因为只有证据确实充分,才能保证认定事实的客观性、唯一性和排他性。“确实”、“充分”是从证据的质量和数量两个方面对证据进行规定的。证据不确实,或者证据不充分都有可能致使认定的事实错误,因此确实和充分是证明标准的必备要件缺一不可。基本证据扎实,忽略了对充分的要求,难以保证得出的结论是真实的,因此得出的事实只能是“事实基本清楚”,而不是“基本事实清楚”。

如果把“基本事实清楚,基本证据确凿”解释为“与定罪量刑的案件事实清楚,能够证明案件事实的证据确凿”,在理论上则更没有意义。没有人会把与案件无

关的事实拿来证明,还要达到确实充分的程度。不影响定罪、量刑的事实则不属于需要查清的“案件事实”范畴这好像在理论上和实践中不需要争论。比如杀人碎尸案中,只要查清了杀人碎尸是被告人所为,就可以对被告人正确定罪、量刑,至于被告人是几刀杀死被害人,将被害人肢解成多少块以及全部尸块的下落这些问题,对定罪量刑没有实质影响,如果不清楚就不需要进一步深究。

其次,“两个基本”的提法在司法实践中存在负面影响。尽管我们可以对“两个基本”的内涵进行阐释,使之与法定证明标准一致,但“两个基本”的提法仍然在司法实践中引起了较大混淆和误解。许多人将“两个基本”理解为案件事实和证据上的“大概齐”、“差不多”,有人甚至干脆将“两个基本”理解为“事实基本清楚,证据基本确凿”,这就大大降低了证明的要求,与“事实清楚,证据确实、充分”的含义相去甚远。也正是这个原因使得我们刑事案件有一些错案,甚至有错杀的现象。

死刑适用是否应设立高于一般案件的证明标准,理论界的看法并不一致。有人认为,我国刑事诉讼法规定“案件事实清楚,证据确实、充分”作为刑事案件的证明标准,对死刑案件同样适用,不需要再设立其他标准。也有些人倾向于死刑适用的证明标准应高于一般刑事案件的证明标准。我们同意后一种观点,理由是:

第一,死刑的不可逆性决定了其适用应有更高的证明标准。死刑的适用建立在事实认定基础上,受人的认识能力限制,错案难以绝对避免。死刑具有不可逆转性,生命之于每个人只有一次,一旦被剥夺,就不可能再恢复。严格讲来,自由刑也是不可逆的,“逝者如斯夫”,被剥夺的自由再也找不回来。但是,自由刑错判了,国家尚可以对承受错判者进行精神和经济上的补偿。而死刑一经执行,即使错误判决最后被纠正,也不能使死去的人复活,国家对于被执刑者个人已不再可能做出补救。正是由于错案的可能性和死刑的不可逆转性,决定了我们在适用死刑时,对事实的认定必须坚持更为严格的证明标准,使认识最大限度地接近客观真实。

第二,尊重和保护人权的现代理念和严格控制死刑的刑事政策也决定了死刑适用应有更高的证明标准。尊重和保护人权是现代法治国家的重要原则,也是我国宪法作出的庄严承诺。生命作为人最基本的权利,是其他一切权利的载体,没有生命一切权利也就没有意义。

其实我们在起草《规定》时,曾经把死刑案件的证明标准确定为事实清楚证据确实充分并排除一切合理怀疑。但是由于达不成共识,所以没能写进规定,只好在细化证明标准时,将排除合理怀疑的内容在具体的条文中予以体现。当然,对死刑案件的证明标准要求更高,并不意味着放低一般案件的证明标准,一般案件仍然要达到事实清楚,证据确实充分的程度。

虽然确定了死刑案件应适用最高证明标准,但不是死刑案件所有事实都适用这样的标准。对于对被告人有利的事实,对被告人从轻处罚的事实没有必要达到