



Fating Zhengju
de Lilun yu Shijian Xintan

法庭证据 的理论与实践新探

王冠卿 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Fating Zhengju de Lilun yu Shijian Xintan

法庭证据 的理论与实践新探

王冠卿 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

法庭证据的理论与实践新探/王冠卿著. —北京:北京大学出版社, 2014. 1
ISBN 978 - 7 - 301 - 23533 - 1

I. ①法… II. ①王… III. ①证据 - 法学 - 研究 IV. ①D915.130.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 287989 号

书 名: 法庭证据的理论与实践新探

著作责任者: 王冠卿 著

责任编辑: 王传海 朱彦 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23533 - 1/D · 3467

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 19.5 印张 310 千字

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

序 言

笔者在从事司法鉴定类的实务工作中,以兼职律师的身份从事了若干年的刑事与民事案件的辩护和代理工作。职业生涯之初的公诉人经历等多样性的阅历使笔者得以从不同的角度感受证据。这种感受并不总是能够用语言所表达的。司法程序中的案件,相当多的证据有待于核实。然而,由于各种各样的因素,证据最终以瑕疵状态被作为有罪证据。绝大多数的律师同法官和公诉人一样,并不真正完全了解证据中的问题。因此,公诉人很少处于窘迫地位,法官对可能存在的证据的其他证明方向无动于衷,案件及其证据依然在司法程序的固有轨迹上运行,到达审判的终结点。如果冤案没有被揭露出来,这些卷宗将永远“沉睡”在档案室内,再也无人问津。造成这种现状的原因如下:

1. 证据检验的科学性没有得到重视。证据检验人尚没有严格按照科学、专业的内在要求检验证据,法官和检察官更是很少有机会接受证据专业检验的培训机会。至于律师和其他法律工作者,由于证据技术知识的传播涉嫌提供犯罪谋划或者反侦查的“教材”,在一定程度上被剥夺了了解证据知识的机会。

2. 长期的案件调查传统,使得案件调查人员相信口供胜过相信证据。在很多冤案中,这种证据意识的表现非常明显。虽然证据表明存在非罪的证明方向,但是并不重视证据上的证明意义。相反,办案人员依然在口供上“深入发掘”,在定向思维的错误道路上越走越远,直到把嫌疑人和承办人自己拖入万劫不复的深渊。

3. 证据立法的无效。证据立法犯有其他法律立法上的错误;法条的表达中主题词含义模糊、抽象、空洞,法条不具有可操作性。相当一部分法条的表达方式更像是政府公文。立法者表现得不够专业,没有遵从立法学上的自然、科学规律;在立法之初没有以准确适用、避免产生歧义为立法的根基,更未考虑法律在今后执行中的严格性。证据法尤其应当尊重证据本身所体现的科学性质。我国完整意义上的证据法还未制定,一些代证据法

的法律文件最近相继制定,并被用以指导案件的调查和审判,如《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》。然而,实践证明,这些文件对于改善案件调查工作并没有起到明显的作用,基本上是指导公诉和审判的证据审查方法上的指引,而对案件调查的基础、如何使得证据的操作更好地证明案件发生经过,不具备法律上的指导意义。案件的侦办工作并未得到明显的改善。由于两个证据规定中的例外性规定的宽容程度过高,革新性的法条引用意义被抵消,使得此两项法规并不存在改变现状的显著意义。

有过研修法医学和物证技术检验经历的笔者,感到目前的情况辜负了珍贵的证据本身以及案件在审判本质上的公平、正义要求。十几年以来,笔者一直希望能够做点什么来改善案件调查的现状,始终在思考的一个问题是:如何增加案件调查中的科学成分,避免主观判断所造成的偏差?这个问题不仅包括证据工作操作的程序,证据工作应当反映的科学原理和技术方法运用上的自然逻辑,以及程序和逻辑在法庭上的再现和验证,还包括获得犯罪嫌疑人人口供的方法上的科学原理运用,以减少主观因素对口供真实性的影响。这个问题不但决定了证据本身是否符合司法审判的内在要求,更加决定了对案件发生经过的准确认定。

在华东政法大学司法鉴定中心从事证据检验的十几年经历,使笔者积累了许多关于证据检验工作的实践经验。感谢华东政法大学给予笔者从事兼职鉴定人和兼职律师的机会,使得笔者能够从证据检验的正反两个方面感受证据工作的成败,对于证据的各个方面能够深入地思考,并得到一些见解。同时,也感谢上海市教育委员会提供三次关于证据的研究项目资助。本书是其中“司法鉴定的标准化研究”(编号:05JS21)的研究成果。最后,感谢华东政法大学司法鉴定中心“上海市教委重点学科建设项目”(编号:J51102)对本书的出版给予资助。在这里,笔者表示深深的谢意,没有你们的帮助,就没有本书的出版。

证据工作的改善是所有法律工作者的心愿,是所有法律人关心的问题。由于笔者工作较为繁忙,本书的撰写较为匆忙,难免有很多观点错误或不周全的地方,希望广大同仁批评指正。

王冠卿

目 录

第一章 证据与法庭可接受的证据	(1)
第一节 确定证据的特定性是证据工作的基本要求	(2)
第二节 现行诉讼法律中证据规范的缺陷	(5)
第三节 民事证据法律的规定与缺陷	(9)
第四节 刑事证据法律的规定与缺陷	(14)
第五节 法庭上可接受证据的本质内容	(31)
第六节 中国证据制度的基础论证	(33)
第二章 从案例中的证据操作及证据认定看证据实务的 问题所在	(44)
第一节 夏××等毒品案件中的被告供述的言辞证据研究 ...	(45)
第二节 夏××等毒品案件的证据质询研究	(49)
第三节 审判中对事实和证据的认定	(64)
第三章 符合法庭审判需要的证据操作规范	(74)
第一节 取得犯罪嫌疑人供述的操作规范	(74)
第二节 我国警察的审讯现状	(111)
第三节 物证的操作规范	(122)
第四章 从法庭审判角度审视司法鉴定和司法鉴定人	(127)
第一节 法庭中的司法鉴定和司法鉴定人	(127)
第二节 司法鉴定人	(131)
第五章 专家证人出庭质询科学性的探索	(135)
第一节 专家证人出庭在证据本质上的意义	(135)
第二节 鉴定专家的证明内容	(140)
第三节 质证困难的原因	(147)
第四节 律师或者当事人质询中经常问到的问题	(152)
第五节 鉴定专家应对质询的措施	(154)

第六章 由司法鉴定程序导致的错误鉴定研究	(158)
第一节 司法鉴定行政管理的原则性规定不明确 易引发的问题	(158)
第二节 司法鉴定中委托与受理问题	(161)
第三节 司法鉴定的实施	(166)
第四节 出具司法鉴定文书	(172)
第七章 物证检验的方法	(175)
第一节 前期鉴定条件的分析与判断	(175)
第二节 鉴定方法的确定	(176)
第三节 分析检验数据及结果	(178)
第四节 对鉴定结论的说明	(184)
第五节 鉴定结论在法庭中的作用	(186)
第六节 证据综合技术检验的技术人员的素养	(189)
第八章 专家证人出庭接受质询的标准化	(194)
第一节 专家证人的身份性质	(194)
第二节 我国当前专家证人出庭作证的状况	(195)
第三节 关于鉴定人鉴定方法的科学性论证	(202)
第九章 实务中指纹的检验规范研究	(208)
第一节 案件中指纹的常见情况	(208)
第二节 指印鉴定的依据	(210)
第三节 指印的比对	(213)
第四节 指纹特征	(216)
第五节 检材指印和样本指印的比对方法	(217)
第十章 实务中足迹检验的研究	(219)
第一节 足迹的特征表现	(219)
第二节 足迹样本的提取	(220)
第三节 足印的比较检验	(221)
第十一章 实务中人像识别技术的研究	(223)
第一节 实践中的人像识别案件现状	(223)
第二节 人像的特征	(225)
第三节 人像的鉴定	(232)

第十二章 工具痕迹检验的实务研究	(235)
第一节 工具痕迹检验的现状	(235)
第二节 常见的工具痕迹的特征	(236)
第三节 工具痕迹的检验	(238)
第十三章 笔迹检验的实务	(241)
第一节 笔迹检验的现状	(241)
第二节 笔迹检验的原理依然是法庭质证的关键问题	(242)
第三节 实践中笔迹特征的确认方法和鉴定价值的确认	(244)
第四节 伪装笔迹的鉴定实务	(246)
第五节 对同一笔迹鉴定案例不同国家专家意见的 比较研究	(247)
第十四章 医疗纠纷的实务研究	(261)
第一节 医疗纠纷案件的社会深层原因	(262)
第二节 深层社会问题在医疗纠纷案件中的体现	(265)
第三节 当前医疗纠纷案件审判中存在的问题	(270)
第四节 医疗纠纷案件的法律规定	(277)
第十五章 声像资料的鉴定实务	(279)
第一节 嗓音鉴定的实务	(279)
第二节 视听资料的检验实务	(283)
第十六章 科学证据的检验	(286)
第一节 心理类的鉴定	(286)
第二节 科学证据司法鉴定的技术操作规范	(299)

第一章 证据与法庭可接受的证据

证据的本质和关于证据的法律规定,是物证技术存在和发展的基础。证据的本质就是,在案件调查和审理中,证据满足证明案件情况的内在要求或者内在功能,主要表现在证据经过科学方法论证与案件的发生和经过存在内在联系。证据的本质层面具有自然科学属性,正是这一属性成就了物证技术存在和发展的基础。关于证据的法律规定,指引了物证技术工作的方向,并最终确认证据工作是否有效。证据必须成为法庭可接受的证据,这需要具有专业技术的科学家依据科学原理,使用经检验可靠的技术手段给予科学上的论证。法庭可接受的证据分为两个层面:一个层面是在自然科学的证明层面上,证据具备了被法庭接受的条件;另一个层面是指法庭接受证据的现实做法。也许被接受的证据从自然科学的证明层面上并没有满足证据自然层面上的要求,也许法庭会接受自然属性上有欠缺的证据用来证明并不可靠的事实,虽然这种现状会带来各种各样的问题,甚至导致错案的发生,但它仍然是证据被接受的一种主要状态。导致这种状态的发生有两个方面的原因:一是证据法律不完善;二是证据技术的发展以及在案件调查与审判的专业人员中证据技术培训不充分。证据法律规定上的欠缺主要表现为立法过程中没有尊重科学的技术规范,立法程序中没有做到将法律规范与证据技术的需要进行完美的结合。证据技术在案件调查和审判的专业人员中的培训几乎没有,很少有侦查人员和审判人员充分了解证据技术的广度和深度。这种状态导致这些专业的案件调查和审判人员在遇到证据存在问题情形时显得无所适从,不能作出恰当处置。鉴于这种情况,笔者试图使读者能够在以上问题上有所收益,故本章中要阐述的是从自然科学的属性上论证证据被法庭接受应当具备的条件问题。

证据在国外学术研究中通常分为人证和物证,国内许多专家也有如此分类的学理研究。人证和物证两者的共同特点表现为:证据本身具备可能被用来证明与案件事实重建关联的内容和含义。证据在案件中是不可缺少的部分,是构成案件的基本元素。这是基于案件成立的条件下的证据状

态。在案件未经确认是否成立的条件下,证据能否在案件中成为被接受的证据,成为案件经过成立的证明要素,需要具备必要的条件才能实现这种状态。所谓的证据特定化,就是证据在其所证明的案件中的特定性处理程序及结果。

第一节 确定证据的特定性是证据工作的基本要求

在审判实践中,证据必须真实,具有对案件经过的证明作用。证明作用是证据的生命力。证据只有拥有这种生命力,才能解决审判制度中存在的证据不足问题。证据的生命力连接了证据的真实性和有真实依据可鉴的证明作用。首先,证据的真实性是证据被法庭接受的首要条件。不具有真实性的证据不仅可能与本案无关,还有可能误导裁判者、干扰案件的调查。其次,证据必须表现出应有的证明作用。证据的证明作用不是假想的,也不是毫无依据、一厢情愿地进行推测的结果。证明作用是显而易见的,其功用的验证性是人人都能够感知的、不容置疑的一种存在。即证据的证明作用不是预设的,而是按照一定的程序,依据某些特征鉴别确认的。一个案件中的所有证据的联合证明作用,必须表明证明的结果指向只有一种可能性,不可能有第二、第三种可能性。这种单一证明方向是任何一个正常人都能够得出的判断结果,不是个别人基于偏见的主观猜想的结论。证明作用是证据的生命,只有证据具备完全的证明功能,才能构建一个完整的案件。

无论是证据的真实性还是证据的证明作用,其结果的实现是对证据本身的特定性进行确证的严谨过程。所谓的特定性,就是该证据具备区别于其他同类证据达到唯一程度的一种性质。证据的特定性经过确证之后,其真实性、合法性和关联性三个基本属性均得到了认定。同时,证据的特定性处理也是实现证据三个基本属性的重要保障。

证据的证明作用系依靠发掘证据深层次含义的证据工作实现的。这些工作表现为诸如验证证据的原始状态、属性、性质、内容及其表达的与案件事实有关的含义。这种发掘证据内在含义的工作其实就是确定案件中某证据区别于其他案件中的同类证据,或者是与案件无关的其他同类物体相区别的个性化识别过程。例如,某个杀人案件中的凶器,假如是一把用于杀人的刀,必须确定这把刀就是本案犯罪嫌疑人杀死本案受害人的刀,

与属同类工具的其他案件中作案的刀或者非案件中的同种类型的刀具相区别。其区别表现为实实在在的内容,而不是凭空想象。虽然在一个案件中,不是每个证据都具备进行特定化处理的条件,但是在能够特定化处理的情况下置之不理,无疑是在摧毁证据的生命力。

一、证据的特定性概念

最初存在的证据最后并不必然是证据,即使证据本身是真实的,而且似乎具有证明作用,仍然不能称之为“可接受的证据”。证据的证明作用必须是能够证明特定的本案的事件过程因素,如此才具有了具体案件的完整证明作用。证据具备完整证明功能的重要标志,就是案件中的言辞(嫌疑人、当事人或者证人的言辞)、物体、物质(如作案工具、赃物、赃款、尸体、痕迹、物品等)成为特定的言辞、物体、物质,而不是种类的言辞、物体、物质。这个特定性指的是个性化,是特别属于本案所有的、与本案有密切联系的言辞、物体、物质。

特定性或者个性化是通过一系列的特征表现的。经全部特征特定化的综合表现,从而从主观上判断一般具备了特定性或者个性化的性质。比如赵作海案件中的言辞证据,赵的供述只是种类言辞,具备其他案件中供述的共性:暴露在案件中的、已知的作案动机、作案时间、一般的杀人经过、碎尸和抛尸等表现为种类性质,而不是个性化性质的言辞特点;用以证明个性化的、案件信息尚未揭示的,如杀人凶器去向、尸体头颅的埋藏地点等言辞特征缺失。赵作海案件中的赵妻等证人证言也是种类言辞,麻布的特征是审讯人员所知道的,赵妻承认包裹尸体的麻布是自己家的,证人没有描述侦查人员所不了解的信息。用于证明个性化的自家的麻布与他家的麻布相区别的特征描述系诱供所形成。该案中的物证——尸体,是一个种类物,却只是一个尸体而已,证明尸体个性化的身高差异被忽视了,证明尸体个性化的DNA没有结论。法官、检察官和负责刑事侦查的办案警察不具备证据特定化的观念,轻易将种类特点的证据认定为个性化的证据,对证据的多样化证明方向假想为只有一个指向,势必在错误的道路上越走越远。

关于言辞证据的一般性(或者也可以称为“共同性”)与特定性的界定,笔者认为应以案件的细节信息有无被多人共知,或者向被审讯人或者证人透露为标准。原因在于:案件的信息一旦成为已知信息,那么知道的

人就不止一个,包括侦查人员、审讯人员、领导者和其他可以接触到案件信息的人,比如案件发生地的居住人员。这些人对共知的信息都可以作出同样的表述。案件嫌疑人如果对共知的信息作出供认,只能算是具备了言辞证据的一般性或者共同性特征。对鲜为人知的案件信息,比如侦查中未找到的凶器的下落、未找到的人头的埋藏地、包裹尸体的麻布的缝纫状况或者破损等不为人知的特征,只有嫌疑人有供述或者证人有描述,关于供述及证词的特定性才得以具备。关于证据特定化处理的关键问题在审讯和问询实务中并没有得到重视,尤其是没有经验的侦查人员,往往犯有一厢情愿的错误,宁愿相信那些一般性的供述是确定无疑的供述,也就是说没有重视供述或者证人中的个性化信息的问询,或没有回答所应遵守的客观规律。因此,这往往会导致案件的处理出现致命的错误。

二、证据特定化处理的工作要求

证据的处理过程对于证据是否具备个性化的性质、最终是否能够成为特定性的证据非常重要。正确的处理方法才能使证据不会丧失本来的面貌,同时可以发掘证据的本质的证明含义,使证据在法庭中成为真正的证据,具备能够证明其与案件充分关联性的证明作用。证据本身不等同于法庭中可接受的证据。法庭上的言辞证据必须是自由陈述的,才能成为可接受的证据。只有自由陈述的供述才能表达本案言辞证据中的特有内容。通过威逼、利诱、哄骗的方法获得的言辞证据一般不会具备个性化的案件信息内容,表现为在那些没有发生在自己身上的、不知道真实情况的案情方面,嫌疑人表达不能或者表达先后不一致。除非犯罪嫌疑人深知那些不为人知(尤其是警察不掌握)的案件特有信息对于言辞的可信性以及自身面临的利益损失意义重大,因此掩饰或者拒绝供述个性化的案件信息。同时,对于这些意义重大的信息予以坦白,意味着以后改变说法成为不可能。法庭上的物证必须是特定物,证据处理工作要围绕如何发掘物证的个性化,也即物证属于本案所特有的任何特征展开。这些特征的指向是能够确定与本案有关联的特点,只有这样,物证才能为法庭接受。比如杀人凶器,必须证明凶器上同时确证具有被害人的血液 DNA 和嫌疑人的指纹或者表皮细胞 DNA,才具备了证据的特定性,将犯罪嫌疑人、凶器、被害人联系在一起。如果这两者缺少一个,证据链条就是断裂的,就需要有其他的证据加以辅助证明,比如作案带有手套或者其他证明杀人行为存在的证据。可

见,证据的特定性是案件侦查的基本要求。但是,这些证据上的本质要求在司法实践中都没有得到重视。在实践中,人们往往犯有这样的错误,将只有种类特征表现的物证一厢情愿地认定为具有特定性特征表现的物证。司法实践中,几乎在每一个刑事案件中都存在这样的证据问题。这样认定证据的结果必然把不确定的案件情况认定为确定的案件情况。

三、证据特定性的基础条件

从理论上来说,法庭上可接受的证据必须具备三个属性:合法性、真实性和关联性,三者缺乏其一就不具备证据的特定性,就不能称之为“可接受的证据”。虽然在理论上和法律中也强调证据必须体现真实性、合法性和关联性,但在我国无论是法律上的规定还是在审判实践中,证据的三个关键内容均没有受到重视。对合法性、真实性和关联性的研究仅限于学理上的,很少有人从科学原理的角度深入探讨这个问题。三者 in 审判实务中没有得到重视的原因是,证据技术方面的运用没有达到应有的广度和深度,在长时期处于这样的状况下只好因陋就简。合法性是真实性和关联性的保障,真实性是关联性的前提条件,关联性是证据效力的生命。只有具备了以上三个要求,发掘和论证证据的特定性才具备了前提条件,证据的特定性才能成为工作的重心。证据的真实性和关联性是要靠科学技术的检验手段加以确认的。证据的合法性取决于对证据的整个操作、处理程序的法律规定,违反了这个规定,所采取、传递、检验的证据就是违法的,不能被采信。由于没有相关的具体操作规范的法律,所以与证据处理有关的工作人员对待证据的任何行为,即使有可能存在证据的遗失、损坏、调换、污染等情况,仍然不被视为违法。

第二节 现行诉讼法律中证据规范的缺陷

所谓立法,制定法律条文并不是目的,关键是制定有实施保证基础的、理性的、有利于经济发展和社会效率提高的证据法。首先是制定理性的、有利于经济发展和社会安全的证据法。研究证据的立法,有必要首先研究证据立法的基础。单纯凭借想象来制定一部完善的证据法,是不符合现实要求的。这种证据法从出生那天起就意味着可能是一种摆设,犹如诉讼法中对律师探视被拘留人员期限的规定一样,事实上很少有律师能够享有该

法规定的权利。在这个层面上,希望最大限度地完善证据法无疑是一个理想。尽管如此,一部符合社会发展的自然规律和公平正义要求的证据法有可能在实践中得以制定。这虽然不是轻易能够实现的事实,但至少会对法律环境的改善有正面的影响。

商品经济自身的规律是实现社会良性发展所不能摒弃的。经济的发展不是孤立进行的,而是由与之相配套的政治、法律制度共同作用的结果。其中每一个方面要达到良好的效果,都必须基于科学的、自然存在的规律。这些客观存在的自然规律存在于社会中。社会是个复杂的有机体,客观规律发生作用需要依附于与其相适应的运行机制。国家的实践是由国家的公民实施的,政策的推行最终转化为公民的行动。国家的管理是由一个国家的公民共同实现的。以人为本的国家管理制度才是最科学的制度,真正体现以人为本精神的政治、经济管理机制才是最科学的政治、经济管理模式。一个国家的良性发展,是以科学的自然发展规律为基础的,并渗透于主流价值观念。蕴含了科学的自然发展规律的主流价值观念代表了人类的理性,以理性的主流价值观念为指导,才是实现以科学的自然发展规律为指导的保障。以人为本的价值观念就是这种渗透了科学的自然发展规律的理性观念。证据法作为国家机器运转的一个部件,同样需要顺应自然的客观规律。

笔者对法律中证据规范的研究和论证系以证据的本质要求、实务中证据的操作为出发点,寻找和发现现有法条中所存在的问题。我国两大诉讼法律关于证据的规定显得粗陋,在立法上没有充分考虑应用上的需求,缺乏立法的技术性和科学性要求。关于刑事案件的两个证据规则和2004年的民事证据规则虽然有进步,包括最新的《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》在证据方面有所创新,但是仍然缺乏足够的可操作性依据。

一、以科学的自然规律为基础的证据法的特性

与其他法律相比,证据法有比较明显的特征。一般的法律,如民法、刑法甚至宪法等,更多地体现的是社会现象的规律,调整的是人与人之间的关系。证据法作为法律的一种也体现了这种特征。但是,组成证据法的证据规则所调整的对象是证据,证据更多地涉及自然科学或与自然科学相交叉的学科内容,如物理学、化学、生物学、医学和心理学等。因此,证据法具有如下特征:

首先,证据法更直接地体现了自然科学规律的特性,表现在证据本身是一种客观存在的、反映在载体中的情况(或事件)。客观存在的事实本身及其载体体现了自然科学的规律,客观存在的事件形成、演变、结果及再现也依存于自然科学的规律,或是借助于科学的原理。

其次,证据法表现为更高层次的理性特征。实质上,理性就是尊重自然规律的一种态度。符合自然规律的模式体现了理性的特征。从另一种角度看,符合自然规律的特征就是理性的特征。体现科学的自然规律与理性的态度是紧密相连的,不存在违背自然规律的理性,也不存在尊重自然规律的非理性。

二、诉讼法中的证据概念规定的缺陷

刑事诉讼法和民事诉讼法对证据的规定仅限于原则性的规定。2013年《刑事诉讼法》第48条第1款规定:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。”1997年《刑事诉讼法》第42条第1款规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”这个定义上的改变说明,立法者已经认识到“真实情况”的要求在证明过程中存在局限性的事实。刑法中的证据概念偏离了科学原理,条款下罗列的证据并不自动证明案件真实情况,所以只是属于预判能够证明案件真实情况的事实为证据的情况,证据是否成为最后的证据并不确定。如果证据的概念将未知的期待证据预判为确定性的证据,会误导侦查工作,形成侦查实务中对待证据的粗陋工作习惯。笔者认为,证据的概念应分两个阶段界定,即起诉前阶段和起诉后阶段。起诉前阶段所有的证据都是待检验的证据,证据能否成为可采信证据尚不确定。起诉后阶段是证据的检验阶段,检验的方式是法庭审判中的质询。另外,证据概念中的“案件事实”或者“一切事实”中的“事实”的说法违反科学的原理。关于“事实”的概念,比较统一的释义有五种:“1.事情的实际情况,实有的事情;2.事物发展的最后结果;3.干实事;4.故事,典故;5.事迹。”最为接近此法条含义的是第一、第二种解释。但是,这两个解释指的均是一种状态,并没有直言或者强调“情况”和“事情”的具体表现,而这里的证据恰恰需要的是证据的具体表现。“事实”的说法容易让人产生概念上的偏差,本能地认为“事实”是确定性的、明确的和不需要证明的。所以,证据概念的界定只能是证明或者可能证明案件发生经过的言辞或物证。

如果说证据的概念只是审判阶段适应审判要求的概念,那么这种观念仍然有问题。案件的真实情况只是个主观判断的概念,“真实”是一种状态,与“可能”是同位概念。真实的状态只能存在于犯罪发生过程的即时时间段,在此之后,警察介入调查才是确定犯罪经过可能状态的开始。警察确定这个犯罪发生经过的可能状态,依靠的是嫌疑人的口供、证人的言辞描述和现场发现的各种可能与案件有关联的证据。但是,这个时间段获得的言辞证据和实物证据只是属于可能的证据,根据这些证据所建立的案件发生经过只是尽可能与案件发生的当时情况相接近的一种证明状态。

三、证据种类界定的缺陷

新《刑事诉讼法》规定的证据的种类为:(1)物证;(2)书证;(3)证人证言;(4)被害人陈述;(5)犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;(5)鉴定意见;(6)勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录;(7)视听资料、电子数据。旧刑法规定的证据的种类为:(1)物证、书证;(2)证人证言;(3)被害人陈述;(4)犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;(5)鉴定结论;(6)勘验、检查笔录;(7)视听资料。新法将原来的证据种类罗列,无形中缩小了物证的作用,证人、被害人、犯罪嫌疑人、被告人、专家、笔录等言辞证据偏多。其实,将证据分为物证、人证两类即可,视听资料和电子数据也可以归入物证范畴。勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录其实也是办案人员的证人证言,这种侦查性质的笔录绝对不应该有介于人证和物证之间的证据性质。证据的界限不明往往导致质询上的无所适从,将“勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录”单独列为一种证据的立法意图是什么?是想说明这种证据的证据效力更高,还是要表明这种证据不需要特别质询?所有的证据都是平等的,都需要被同等对待,只有这样才能实现审判的公正性。

证据种类中的鉴定意见或者鉴定结论是依赖其他证据存在的,鉴定是对证据真实性和关联性的检验,是依附于物证的一项专家认定的活动。从鉴定的本质看,鉴定意见属于专家意见,是言辞证据的一种。将鉴定结论作为同位证据种类进行罗列,有直接作为审判依据的嫌疑。审判实践中也正是这样做的,这些专家意见通常是判决的依据。无论是专家意见、实物物证还是其他言辞证据,任何一项证据都有可能是不确定的,都不可以直接成为案件判决的依据。因为那样做的风险很大,一旦某个案件中的该种证据没有证明“案件的真实情况”,那么判决很可能是完全错误的。因此,

笔者认为,《刑事诉讼法》关于证据的界定对实际操作不具备完全的遵照公平正义原则的指导意义。相反,这有可能起到不良的指导作用,导致法庭审判实务中对证据的质询形同虚设。审判的结果反过来对侦查工作起引导作用,引导侦查工作陷入重口供、轻证据的境地。当侦查人员得知自己有问题的证据操作得到了法庭的承认,就会继续遵循原有的工作方式,进行新的案件证据调查。

《民事诉讼法》没有对证据的概念给出解释,只是规定了七类证据:(1)书证;(2)物证;(3)视听资料;(4)证人证言;(5)当事人的陈述;(6)鉴定结论;(7)勘验笔录。勘验笔录应当属于刑诉法的范围,民事诉讼中很少有这种证据出现。因为民事审判是当事人主义的审判制度,法官居于中立地位,不能参与调查。勘验笔录的证据由谁实施并提供?把不能实现的证据种类规定在法律文件中,有损法律的严肃性。

国外通常将证据分为物证和人证两类,笔者认为这样分类是合理的。因为用罗列的方式表明证据状况是不恰当的,证据的种类无法用罗列的方式穷尽列举。社会在进步,新的证据不断出现。在工作中,当某个具体的证据出现时,首先要核对证据的七大类,然后归入某个类别,显然没有必要做这样无谓的工作。

第三节 民事证据法律的规定与缺陷

鉴于民事证据在审判实践中的诸多问题,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事诉讼证据若干规定》)于2001年12月31日颁布,并于2012年4月1日施行。该规定第47条规定,证据应当在法庭上出示,由当事人质证。未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据。当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据,经审判人员在庭审中说明后,可以作为认定案件事实的依据。“未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据”是一句空洞的规定,因为没有量化质证的标准,质证完全可能只是走一个过场。

一、无效证据的概念

关于证据无效的条件,有专家认为,在民事、行政诉讼中,如果证据的取得严重侵害了他人合法权益或者违反法律禁止性规定,审判人员应当根