

证据学论坛

主 编 李学军
副主编 刘品新
梁 坤

前沿·实务·文摘

EVIDENCE FORUM

17

卷首白话

证据法文化的养成 / 何家弘

前沿聚焦

《刑事诉讼法修正案(草案)》证据制度修正条文释评 / 万毅
非法证据排除规则的界碑 / 杨宇冠 戴莹

专论大观

证据推论中使用贝叶斯网络研究 / 关煜群 邹锦涛 罗越荣 黎家盈
诉讼证据概念与特征传统学说之否定 / 申君贵 谭曙平 陈艳

学术沙龙

司法鉴定协力义务研究 / 刘鑫
论当前我国法院对司法鉴定机构的“二次管理” / 王瑞恒 任媛媛

实务研究

“王朝抢劫案”的证据分析 / 房保国 刘洁

博士殿堂

论社会科学证据 / 梁坤

德恒论坛

诉讼法修改与证据制度的完善 / 张卫平 汪建成 何家弘
经济犯罪案件的调查取证 / 戴蓬

外法评介

法庭科学的过去、现在与未来 / 李昌钰 著 廖明 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

前沿·实务·文摘

证据学论坛

第十七卷

主 编 | 李学军

副主编 | 刘品新 梁 坤



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

证据学论坛. 第17卷/李学军主编. —北京:法律出版社, 2012. 4

ISBN 978-7-5118-3324-2

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第050230号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴昉

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/20.75 字数/394千

版本/2012年5月第1版

印次/2012年5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 978-7-5118-3324-2

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：何家弘(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)

江 伟(中国人民大学法学教授)

刘一杰(司法部法规教育司前任司长)

汪建成(北京大学法学院副院长、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：李学军

副 主 编：刘品新 梁 坤

学 术 秘 书：许 明 毛自荐 谢君泽

目 录

卷首白话

- 1 证据法文化的养成 | 何家弘

前沿聚焦

- 4 《刑事诉讼法修正案(草案)》证据制度修正条文
释评 | 万 毅
- 21 非法证据排除规则的界碑 | 杨宇冠 戴 莹
- 36 析《排除规定》第13条 | 张 斌
- 兼论共同被告人分案作为证人使用
- 45 非法证据排除的程序性建构与检视 | 吴洪淇
- 从两个证据规定到《刑事诉讼法修正草案》
- 54 我国刑事证据开示制度的改革探索与未来发展 | 郭欣阳
- 63 论证据转化与证据补正 | 董 坤
- 以“两个证据规定”和《刑事诉讼法修正案
(草案)》为视阈

专论大观

- 73 证据推论中使用贝叶斯网络研究 | 关煜群 邹锦涛
- 84 诉讼证据概念与特征传统学说之否定 | 罗越荣 黎家盈
- 96 真伪不明与诉讼规律 | 申君贵 谭曙平
- 以法官心证锁定律为视角 | 陈 艳
- 106 事实认定的原子模式与整体模式之比较考察 | 崔蕴涛
- | 封利强

- 118 网络赌博犯罪中电子证据的收集与运用 | 谢君泽 王 璞
——以王某、陈某开设赌场罪一案为例

学术沙龙

- 124 司法鉴定协力义务研究 | 刘 鑫
138 论当前我国法院对司法鉴定机构的“二次管理” | 王瑞恒 任媛媛
——以民事诉讼为视角
144 行政认定的证据类型及审查判断规则初探 | 李薇薇
——以内幕交易案件为视角的分析

实务研究

- 155 “王朝抢劫案”的证据分析 | 房保国 刘 洁
165 证人伪证动机影响因素的实证研究 | 姜丽娜 黄哲超
175 强奸案证据的审查与运用 | 刘 程 翁凯一
——以40起强奸案为样本

博士殿堂

- 183 论社会科学证据 | 梁 坤

德恒论坛

- 197 诉讼法修改与证据制度的完善 | 张卫平 汪建成
何家弘
209 经济犯罪案件的调查取证 | 戴 蓬 王斐民
刘 燕
218 精神病司法鉴定的奥秘 | 史天涛
——从大兴灭门惨案的调查谈起
226 电子物证技术与犯罪侦查 | 邹锦沛
——陈冠希案件调查纪实
234 武力与正义:司法决斗的经验基础 | 徐 昕

外法评介

244 法庭科学的过去、现在与未来

李昌钰 著

廖 明 译

260 判例故事:合众国诉麦哲纳图案
——答辩陈述在审判中的使用

克利斯托佛·斯

洛波琴 著

魏晓娜 译

279 英国证据法中的免证事实述评

齐树洁

综述与文摘

296 2010 年下半年至 2011 年上半年证据学论文精品
摘要

张 晶

321 征稿启事

证据法文化的养成

何家弘

2011年10月,我又来到了美国的纽约市。这是我第三次到纽约。第一次是在1993年9月,我在西北大学法学院的博士学位答辩通过之后,携妻女自驾车旅行,到纽约观光。第二次是在2001年5月,我随中国人民大学代表团访问美国,到纽约的哥伦比亚大学等高校进行交流。这一次,我是应纽约大学法学院亚美法研究所的邀请来访问讲学。前两次来去匆匆,这次有一个月的时间,使我对这个国际化大都市有了更为精细的认知。不过,给我留下深刻印象的不是曼哈顿的高楼大厦,不是中央公园的湖光树影,而是形形色色的人,以及隐含在人群背后的各种文化的撞击与融合。

据说,纽约是全美国乃至全世界少数民族最为集中的城市。除了占人口最多的欧洲白人后裔外,纽约还有大约100万黑人、数十万拉丁美洲移民和数十万亚洲移民。据统计,纽约市的居民来自全球180多个国家和地区,使用着大约170种语言。美国英语中形容多民族混同融合的“大熔炉”一词就起源于纽约。在纽约市,人们很容易看到具有各种文化特色的区域,如中华文化的“唐人街”、黑人文化的“哈莱姆区”、意大利文化的“小意大利”、希腊文化的“阿斯托利亚”、印度文化的“杰克逊高地”等。由于皇后区汇集了众多具有民族特色的小社区,所以从曼哈顿东区到法拉盛的7号线地铁竟然获得了“国际快车”的称号。

我住在曼哈顿区东60街的一栋公寓楼内,离中央公园不远,但滨临通向皇后区的大桥,来往车辆很多,噪音很大,特别是那些警车、救护车、消防车发出的不知疲倦的尖叫声。据说,这也是纽约文化的组成部分,因此许多反映纽约人生活的影视作品中都可以听到这样的声音。纽约大学法学院在曼哈顿下城的华盛顿广场附近。去学校讲课时,我在东63街乘坐F线地铁,大约20分钟后,即可来到离法学院很近的西4街站。第一次讲课结束后,我和两个来自中国的学生一同去乘坐地铁。我们站在地下二层的站台上,等候F线列车。站台上人很多,声音也很嘈杂。

在隔着两条铁道的另一个站台上,一个黑人青年正在吹奏萨克斯。大概因为看到我们,他竟然吹奏了中国国歌“义勇军进行曲”和中国民歌“四季歌”。在纽约的地铁站里听到如此熟悉的乐曲,我情不自禁地给他送去了并不响亮的掌声,因为我看到了不同文化的交流与融合。

在那一个月期间,我除了承担纽约大学法学院开设的“中国刑事司法”课程的部分教学工作外,还给亚美法研究所的研究人员做了题为“中国刑事错案实证研究”的讲座,给法学院学生做了题为“法学与文学”的讲座。此外,我还应邀在美国著名智库“对外关系委员会”的圆桌会议上做了关于中国刑事司法改革的主题发言。

面对数十名专家学者,我说,我们必须以历史文化的发展眼光去审视中国的刑事司法制度。大约20年前,我在美国西北大学法学院所做的法学博士学位(SJD)论文的开篇就说道:有人说,中国就像一个40岁的男人,仍在攻读博士学位;而美国就像一个14岁的少年,但是已经获得了博士学位。(It is said that China is like a man forty years old who is still studying for his Ph. D., while the United States is like a boy of fourteen years who has already got his Ph. D.)我解释道,中国确有悠久的历史文化,但是近代以来,中国的发展已经落后于世界上发达的国家,譬如美国。人们不能用美国现在的标准去衡量中国的刑事司法制度,而应该在中国的传统文化和历史进程中看待中国的刑事司法制度。然后,我介绍了中国刑事司法制度在过去半个多世纪的发展概况,特别介绍了由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于2010年6月联合颁发的《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》,以及全国人大法律工作委员会于2011年9月公开向公民征求修改意见的《中国刑事诉讼法修正案(草案)》中与证据有关的内容。

圆桌会议结束后,一位美国专家与我交谈。他很欣赏在传统文化中评价刑事司法制度的观点。他认为,要想让法律规则在社会生活中发挥实效,一定要有相应的文化作为支撑。他说,颁布法律规则很重要,但是他更关注这些法律规则在现实中的应用情况,譬如中国新近颁布的非法证据排除规则。听了他的话,一个问题从我的心头升起:我们已经具备了适应非法证据排除规则的社会文化和司法文化吗?如果尚不具备,我们又应如何去建立或养成这样的文化呢?

我记得,美国最高法院前首席大法官伦奎斯特曾经在涉及“米兰达告知规则”之存废的“迪克森诉合众国案”的判决意见中讲道:“米兰达告知已深深扎根于警察的日常工作中,以至于这一告知已成为我们民族文化的一部分。一个规则在法律文化中被广泛接受的事实是不能将之推翻的充分理由。”^{〔1〕}

〔1〕“美国‘迪克森诉合众国案’判决书(沉默权问题)”,刘晓丹译,载《证据学论坛》(第2卷),中国检察出版社2001年版,第564页。

现如今,文化又成了我们社会中时髦的语词。在“史无前例的文化大革命”中,有文化的人让没有文化的人去批判和“再教育”有文化的人,甚至让不懂文化的人去摧残乃至砸烂中国的传统文化。于是,那文化的革命就变成了文化的浩劫。重提文化的重要性,经历者的心中难免隐含着无奈的悲情。

究竟什么是文化?我被人称为“文化人”。我也自以为是个“文化人”。但是,我并不能准确地讲出这两个字的含义。根据我的肤浅理解,文化似乎是蕴涵着传统习惯和环境氛围的社会现象,是可以对现实人的行为产生潜移默化影响的社会要素。在人类社会中,文化是可以发展的,也是可以养成的。

证据法的贯彻实施需要相应的文化。证据规则从纸面进入实践也需要相应的文化。没有相应的文化,证据法就会成为无生命的规则。在当下中国,证据法文化需要养成,这不是个问题,但是如何养成,这确是个问题。

《证据学论坛》从创办至今,已经走过了12个年头。在世纪之交的2000年,我们与中国检察出版社合作,创办了《证据学论坛》,并连续出版10卷,成为颇受证据法学者青睐和司法实务人员喜爱的学术专刊。为此,我要特别感谢中国检察出版社的李法宝编辑和我的助手刘品新博士。后来,《证据学论坛》与许多学术专刊一样,面临出版的困难。于是,我们辗转投宿,在中国政法大学出版社出版了颇具特色的第11卷——《三人堂与群言录》,然后又投奔法律出版社,改头换面,延续了《证据学论坛》的“血脉”。我们走过来了,挺不容易的。我要特别感谢李学军和刘品新两位副主编的执著付出。如今,《证据学论坛》虽然放慢了行进的步伐,但能够与时俱进,持续发展,为证据学抑或证据法学的理论研究提供交流的平台。同时,我也希望,《证据学论坛》能够为证据法文化的养成贡献绵薄的力量。

何家弘

2012年2月写于北京世纪城痴醒斋

《刑事诉讼法修正案(草案)》证据制度 修正条文释评

万 毅*

2011年8月24日,《刑事诉讼法修正案(草案)》(以下简称《草案》)由第十一届全国人大常委会第二十二次会议进行了首次审议。8月30日,全国人大常委会法制工作委员会在网上公布了《草案》,向社会公开征集意见。仔细审视《草案》之内容,证据制度的改革构成了此次刑事诉讼法修改的重点内容,总共99个修正条文中,涉及证据制度改革的条文多达25条,约占全部修正条文的1/4。全国人大常委会法制工作委员会同时公布的《草案说明》开篇即阐明,此次证据制度大幅修改的目的和原因在于“证据制度是贯穿全部诉讼活动始终的一项重要制度,对于公正审判、正确定罪量刑具有关键作用。针对各方面提出的现行刑事诉讼法关于证据的规定比较原则,难以满足实践需要的问题,建议作以下补充修改”。但是,散见于《草案》中的相关修正条文具体应当如何理解和解释?其证据法理基础何在?实践中又该如何操作运用?这些都仍然是有待明确的问题。本文运用法解释学的方法,对证据制度的相关修正条文进行了逐条释评,借此略呈管见、就教于方家,并希望以此为实践中运用《草案》提供某种理论支撑和操作指南。

八、增加一条,作为第三十九条:“辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的,可以申请人民检察院、人民法院调取有关证据。”

【释评】增订本条之目的在于防范公安机关、人民检察院因疏忽而未提交或因追求胜诉而刻意隐匿对辩方有利的证据,因而赋予辩护人申请调取上述证据的权利。

* 万毅:四川大学法学院教授。

但须注意的是,根据本条规定,辩护人有权申请调取的证据仅限于“在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的”,即公安机关、人民检察院在侦查、审查起诉期间已经收集到,却并未提交的、对辩方有利的证据,除此之外的其他证据,辩护人只能依据原法第37条现第41条申请人民检察院、人民法院调取。例如,辩护人认为一目击证人的证言有利于辩方,欲向其调查取证,但该证人拒绝向辩护人提供证言的,此时,辩护人只能依据原法第37条现第41条之规定,在侦查、审查起诉期间申请人民检察院收集该证言,或者在审判期间申请人民法院通知该证人出庭作证。

九、增加一条,作为第四十条:“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于不负刑事责任的精神病人的证据,应当及时告知公安机关、人民检察院。”

【释评】本条规定了辩护人在审前(侦查、审查起诉)程序中的特定证据开示义务,其主要目的在于及时澄清案情、避免刑事诉讼在不必要的情况下继续进行,既避免犯罪嫌疑人无谓陷入讼累,又避免国家司法资源的浪费。

应注意的是,辩护人应当开示的证据仅限于“犯罪嫌疑人不在犯罪现场”、“未达到刑事责任年龄”、“属于不负刑事责任的精神病人”三类证据。由于该三类证据是关系到犯罪嫌疑人有罪与否以及刑事诉讼有无必要继续进行的关键证据,且辩护方更容易知悉及获得该三类证据,因此,立法要求辩护人一旦收集到该三类证据,应当立即向公安机关、人民检察院开示(“告知”),以便于公安机关、人民检察院在核实证据后作出是否终止刑事诉讼的决定。

辩护人的证据开示义务既然是一项法定义务,那么,违反该义务理应遭受法律制裁,如此方能保证该条款在实践中得到有效遵循。但问题在于,本法条并未明确规定违反该义务的法律后果。那么,实践中辩护人一旦违背上列义务,未将上述三类证据及时告知公安机关、人民检察院,则是否以及如何加以制裁?例如,对于应当开示而未开示之证据,是否丧失证据资格而不得在后续程序中提出(证据失权)?鉴于辩护人违反特定证据开示义务仅导致诉讼无法及时终结,违法后果并不严重,因此,不宜以证据失权作为其程序违法的后果。实践中遇到类似问题,对于非律师的辩护人,可以责令其改正、命令其立即开示;对于辩护律师,则可将其视为违背律师执业义务和职业伦理的行为,由公安机关、人民检察院建议司法行政机关视其情节责令其改正或予以警告、罚款、停止执业等处罚。

十、将第三十八条改为第四十二条,第一款修改为:“辩护人或者其他任何人,不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供,不得威胁、引诱证人作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。”

【释评】本条修正的本意是改变辩护律师从业时如履薄冰、如临深渊的惧怕心态。为此,一方面将适用主体范围由原第38条规定的“辩护律师和其他辩护人”修改为“辩护人或者其他任何人”,使该条款不再成为专门针对辩护人的“歧视性”条款,所谓“其他任何人”,当然地包括公、检、法机关工作人员在内;另一方面删除了原第38条“证人改变证言”等内容,因为实践中证人改变证言即所谓翻证的情况比较复杂,如果证人之前作伪证,现在翻证还原事实真相,那么这是法律允许并鼓励的行为;而如果证人违背事实翻证,那么这本身就是一种伪证行为,后文已有禁止性规定,此处不用赘述。

十一、增加一条,作为第四十六条:“律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息,有权予以保密。但是,律师在执业活动中知悉委托人或者其他入,准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的,应当及时向司法机关通报。”

【释评】本条修正增设了“律师守秘特权”。所谓“在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息”,应作有利于犯罪嫌疑人、被告人的解释,不仅是指委托人的个人隐私、商业秘密,还应解释为包括案件情况本身。但是,立法在此并未明确所谓“保密”的对象,即究竟是向社会保密,不得向社会公开、不得向他人泄露,还是向公安司法机关保密,即使公安司法机关要求其作证,律师也有权免于作证或拒绝作证?从域外立法例来看,所谓律师守秘特权,在程序法上必定派生出律师拒绝作证权,即律师对在执业活动中知悉的案件情况,不仅应向社会保密,不得公开、不得泄露,还有权向司法机关保密,即使司法机关要求其作证,也有权免于作证或拒绝作证。因此,在法解释上,本条所谓“律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息,有权予以保密”,不仅应解释为向社会保密,还应当解释为向公安司法机关保密,即使公安司法机关要求其作证,律师也有权免于作证或拒绝作证。当然,根据本条规定,“律师在执业活动中知悉委托人或者其他入,准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的”除外,即在上述情形中,律师不享有守秘特权而有义务向公安司法机关通报。其实,这里的所谓“通报”,实质上即“检举”、“举报”,由于“通报”一词并非法律术语,毋宁修改为“举报”或“检举”。

十二、将第四十二条改为第四十七条,修改为:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。

证据包括:

- (一)物证、书证;
- (二)证人证言;
- (三)被害人陈述;

(四)犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;

(五)鉴定意见;

(六)勘验、检查、辨认、侦查实验笔录;

(七)视听资料、电子数据。

证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”

【释评】本条修订重新定义了“证据”的概念,改“事实说”为“材料说”。域外法治国家和地区极少在刑事诉讼法中明确规定“证据”的概念,学理上一般采“资料说”。“材料”与“资料”,一字之差,其语义在汉语中区别并不大,不过用语习惯上“材料”一词更多指称“有形物”,而“资料”一词则可兼指“有形物”与“无形物”。从我国《刑事诉讼法》规定的七种法定证据种类来看,有的是有形物,如物证(凶刀),有的则是无形物(如被害人陈述,陈述本身只是一组语言,当属无形物),基于此,似乎采用“资料说”定义“证据”的概念更为妥当。

此外,本条修正将鉴定结论改为鉴定意见,以更贴合该证据的特性。同时,从实践需要出发增设了“辨认笔录”、“侦查实验笔录”和“电子数据”为法定证据种类。但是,列举式立法永远难以穷尽所有选项,实践中除了上述“勘验、检查、辨认、侦查实验笔录”外,经常用作证据的还包括“搜查、扣押笔录”(包括物证提取笔录,提取物证其实就是一种扣押)、“庭审笔录”等,此次刑事诉讼法修正案未对此作出明确规定,遂使该类笔录的证据能力又成为问题。

十三、增加一条,作为第四十八条:“公诉案件中被告人有罪的举证责任由公诉机关承担,自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担。但是,法律另有规定的除外。”

【释评】增订本条之目的,在于明确刑事案件举证责任之分配,即公诉案件由公诉机关承担举证责任,这可视为“无罪推定”原则的精神和内容在举证环节的落实。

所谓“法律另有规定的除外”,除了涵指国内法的规定(如《刑法》关于巨额财产来源不明罪)之外,还应当包括国际法即我国已经加入的国际公约中的有关规定,这主要体现在有组织犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等领域的国际公约对涉案财物实行违法所得推定制度。例如,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第12条(没收与扣押)第7款明确规定:“缔约国可考虑要求由犯罪人证明应予没收的涉嫌犯罪所得或其他财产的合法来源……”换言之,公约规定对于财物的非法性实行法律推定,即推定有组织犯罪的犯罪人的财物及其与组织和家人相混同的财物系违法所得,应予追缴、没收。为免于财物被追缴,被告人必须举证证明其财物的合法来源,这就将举证证明财物系合法所得的举证责任倒置由被告方承担。再如,《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第5条第7款也规定:“各缔约

国可考虑确保关于指称的收益或应予没收的其他财产的合法来源的举证责任可予颠倒……”上述两个国际公约均将证明财产系合法所得的证明责任转移由被告人承担,以减轻检控方的举证难度。

十四、将第四十三条改为第四十九条,修改为:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民,有客观地充分地提供证据的条件,除特殊情况外,并且可以吸收他们协助调查。”

【释义】本条修正的主要内容在于:

第一,删除了原法条“(严禁)威胁、引诱、欺骗”性取证的规定。从诉讼法理上讲,原法条明文禁止威胁、引诱、欺骗性取证的规定过于绝对,因为,基于打击严重刑事犯罪的需要,各国法律和司法实务中对于“威胁、引诱、欺骗”性取证,都采取了一定的“容忍”态度,除了那些严重侵犯基本人权、极端反人性、突破基本社会道德底线的威胁、引诱、欺骗性取证手段之外,一般情况下侦查机关采取威胁、引诱、欺骗性取证,并不视为违法,因而,没有必要在立法上一概禁止。正是考虑到这一点,在2010年5月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合制定《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》时,主导意见认为:对于以威胁、引诱、欺骗的方法搜集的证据,应综合多种可能损害公正审判的因素决定是否排除,考虑司法实践需要,对此问题不必苛求严格,因此暂不作出规定。此次《草案》仍然坚持了上述观点,对威胁、引诱、欺骗性取证的合法性问题采取了回避的态度。但这并不意味着司法实践中侦查机关采取威胁、引诱、欺骗性取证即一律合法,而是应当根据威胁、引诱、欺骗性取证手段的性质和强度,进行具体分析,对于那些极端反人性、突破基本社会道德底线的以威胁、引诱、欺骗性取证手段所获证据,仍然应当视为非法证据予以排除。例如,实践中,常见侦查人员利用犯罪嫌疑人的生理弱点进行引诱取证,如允诺提供香烟给有烟瘾的犯罪嫌疑人吸食,以此引诱其作出供述等。这种引诱取证并不违法,但是,如果侦查人员利用犯罪嫌疑人的生理弱点,在其毒瘾发作时,允诺提供毒品供其吸食,以引诱其作出供述,则为非法取证,所获证据应予排除,因为,身为国家执法人员,竟然采用突破法律底线的违法(教唆、引诱吸毒违法)方式进行引诱取证,该取证手段不具有正当性,所获证据为非法证据,理应排除。

第二,在立法表述上确立反对强迫自证其罪特权。本条修正在原有“严禁刑讯逼供”规定的基础上,增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定,此即学界所谓的“反对强迫自证其罪”特权。这一修改,固然也是为了强化对刑讯逼供等非法取证行为的禁绝态度;另一方面也是为加入《公民权利和政治权利国际公约》作准

备。中国政府已经于1998年10月5日签署该公约,但是由于我国现行法律包括刑事诉讼法与该公约部分内容存在冲突,因此全国人大至今仍未批准该公约。《公民权利与政治权利国际公约》第14条第3项庚目规定:“任何人不得被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。”据此,反对强迫自证其罪被确认为缔约国公民的基本人权之一,而我国刑事诉讼法不仅未赋予犯罪嫌疑人、被告人这一权利,反而要求犯罪嫌疑人面对侦查人员的讯问必须如实陈述,理论上认为两者存在冲突。正是为实现与公约的对接,此次《草案》在第49条中增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定。

这一立法的用意本属良好,然而,出乎意料的是,《草案》又同时保留了《刑事诉讼法》第93条(现改为第117条)的规定,即犯罪嫌疑人在接受侦查人员讯问时,应当如实回答,换言之,嫌疑人无权保持沉默,由此出现了立法条文上“反对强迫自证其罪”特权与如实陈述义务并列的少见情形。据媒体披露,之所以出现这种情况,主要是因为,在《草案》起草过程中,实务部门提出,反对强迫自证其罪条款,禁止的仅仅是强迫取证,而只要侦查机关不动用强迫手段,在正常讯问下,犯罪嫌疑人就仍需如实回答,无权保持沉默。

问题在于,上述主张“反对强迫自证其罪”特权与“如实陈述”义务可以“兼容”的观点,仅仅是我国实务部门的“独家之言”,违背理论共识,其法理合理性殊值质疑。在诉讼法理上,一般将沉默权视为反对强迫自证其罪特权的逻辑结论,因为,反对强迫自证其罪特权,虽从字义上看仅仅是反对强迫供述,但实质上是赋予了犯罪嫌疑人供述与否的选择权,保障的是犯罪嫌疑人供述的自愿性,即犯罪嫌疑人享有是否“开口”的自由,在面对侦查人员的讯问时,犯罪嫌疑人可以选择“开口”(供述),也可以选择“不开口”(沉默)。可见,沉默权与反对强迫自证其罪特权其实是“一而二、二而一”的关系。

与此相反,“如实陈述”义务要求犯罪嫌疑人在接受侦查人员讯问时必须如实回答,这意味着犯罪嫌疑人有义务“开口”(供述或辩解),无权保持沉默。可见,“如实陈述义务”与“反对强迫自证其罪特权”在立意和内容上都是直接相冲突的,《草案》将两者同时并列规定于同一部法典中,在立法技术上实属自相矛盾之举。这种立法上的自相矛盾将导致司法操作中的无所适从,简单地说,当侦查人员进行讯问时,犯罪嫌疑人是援引第49条主张“我有权保持沉默”,还是遵从第117条的要求必须“开口”、如实陈述?纠结的可能不只是犯罪嫌疑人,还包括侦查机关。

更重要的是,如实陈述义务的存在,实际上已经对反对强迫自证其罪特权构成了某种限制,这种限制是否构成国际法上的人权克减?如果是的话,那么这种限制可能直接违背了相关国际公约的规定,因为《公民权利和政治权利国际公约》第4条第1项明确规定:“在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时,本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务,但克减的程度以紧急情势所

严格需要者为限……”这表明,对该公约中规定的基本人权进行克减,只能在社会陷入紧急状态且经特定程序才能允许,而《草案》显然并不符合人权克减的条件,这势必导致《刑事诉讼法》与公约相关条款的再次冲突、抵触。

十五、将第四十五条改为第五十一条,增加一款,作为第二款:“行政机关在行政执法过程中收集的物证、书证等证据材料,经过司法机关核实,可以作为证据使用。”

【释评】增订本条之目的在于明确行政执法机关在执法过程中所收集的物证、书证等证据材料的证据能力,以解决这一长期困扰司法实践的疑难问题。据此,行政执法机关在行政执法过程中所收集的物证、书证等证据材料自始即具有证据能力,无须再经过所谓证据“转化”即可作为定案根据。

从语义解释的角度讲,所谓“物证、书证等证据材料”,当指“客观证据”,如视听资料、电子数据、勘验笔录等,而不包括“主观证据”,如证人证言笔录、调查询问笔录等。这是因为,立法上表述的是物证、书证“等”证据材料,在语义结构上,“等”字表列举未尽之意,“等”字所涵指的概念应当与“等”字前的“物证、书证”具有同质性,而物证和书证在证据类型上的共同特性就在于其均为“客观证据”,因此,所谓“等”,也应当是指“客观证据”,而不应包括“主观证据”在内。

所谓“经过司法机关核实”,重点应在审查、判断行政执法证据取证手段的合法性,既然立法上明确规定行政执法证据具有证据能力,无须“转化”即可作为证据使用,那么,其同样必须适用非法证据排除规则,对于行政执法机关采取刑讯等非法手段获取的物证、书证等证据材料,一旦经司法机关核实属非法取证的,应当从程序上予以排除。

此外,对于纪检监察机关在纪检监察过程中收集的物证、书证等客观证据,应当类推适用本条规定,肯定其所获证据的证据能力。

十六、将第四十六条改为第五十二条,修改为:“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据确实、充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。

证据确实、充分,应当符合以下条件:

- (一)定罪量刑的事实都有证据证明;
- (二)据以定案的证据均经法定程序查证属实;
- (三)综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。”

【释评】本条修改通过增加关于“证据确实、充分”这一证明标准的立法解释,间接引入了排除合理怀疑的证明标准。据此,我国的刑事案件证明标准似可表述