

司法实务精研系列

刑事证据的运用

张少林○著

中国方正出版社

司法实务精研系列

刑事证据的运用

张少林○著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事证据的运用/张少林著. —北京: 中国方正出版社.
2003. 8

(司法实务精研系列)

ISBN 7-80107-696-6

I. 刑… II. 张… III. 刑事诉讼—证据—研究—中国
IV. D925. 213

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 070707 号

司法实务精研系列

刑事证据的运用

责任编辑: 陈学军

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66166604 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: chxj@btamail.net.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 北京金华印刷有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 13.125

字 数: 420 千字

版 次: 2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-696-6

定价: 25.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

序 一

郭 平*

对案件事实的认识是司法的主要任务之一。正确认识案件事实是正确适用法律，对案件作出公正裁判的前提和基础。因此，宪法和有关诉讼法律都确立了“以事实为根据，以法律为准绳”的司法原则。司法中对案件事实的认识有其区别于其他活动的特殊性。司法中的认识活动，一方面是以证据方法为手段和载体的认识活动。在刑事诉讼中，就是以《刑事诉讼法》第42条规定的七种“证明案件真实情况”的证据方法，为司法主体认识案件事实的手段和载体去认识和反映案件事实；另一方面，又是通过法律所规定的收集、保全和判断证据的证据运用程序，在证据方法及其整体与待证案件事实之间的关系上，形成经过证明了的司法认识主体内心确信的认识活动。基于此，证据被普遍认为是当今“诉讼之王”，这说的是，诉讼的任何一方只要在包括证据方法和证据运用在内的证据活动占有优势便能在诉讼中把握主动权，甚至赢得诉讼。

探索证据方法，研究实现法律对诉讼证据方法的规定性固然重要，但相比较而言，由对证据运用及其规律的运用研究，则更具有实践的意义。因为，毕竟证据方法的表现形态是静态的，而证据运用是动态的。而且，证据方法仅决定证据能力，证据方法要成为证据资料具有证明力，并最终成为具有证明力的证据原因，在证据与待证案件事实之间构建起牢固紧密的关系，依据的则是证据的运用。可以说证据的证据能力、证据力、证明力都存在、产生于证据运用的过程中，换言之，证据

* 上海市人民检察院第二分院检察长。



运用决定了具体案件诉讼中的证据证据力和证明力。因此，对证据运用的研究和对证据运用规律、规定性的探索，不仅关系到证据法学的发展，更关系到具体的司法实践的质量和效率。

《刑事证据的运用》可谓是一本理论与实践相结合的专著，或者说是应用理论专著。全书围绕着“证明对象的确定——证据的收集——证据的审查分析——证据开示——举证——质证——认证——证明标准的判断”这一证据运用流程，从理论到实践都作了非常深刻的探讨，具有较强的理论指导性和实践意义：

一是书中归纳了大量的证据运用方面的技巧和方法，如：如何确定证明对象、收集证据的技巧与方法，如何审查判断证据的“三性”、举证的技巧、质证的技巧、认证的技巧，如何判断案件的证明标准等。不仅有证据运用的基本技巧和方法的归纳，还有具体个罪证据运用的分析，如：在确定证明对象方面，具体分析了徇私舞弊不移交刑事案件罪的证明对象；在证据收集方面，具体分析了故意杀人案件、盗窃案件、强奸案件、绑架案件、贪污案件、贿赂案件、挪用公款案件、渎职案件等证据的收集方法和技巧；在证据审查方面，具体分析了强奸案件、毒品案件证据的审查方法和技巧；在证明标准的判断方面，分析了渎职罪证明标准的判断等等。

二是书中穿插和分析了大量的司法实例，计有 120 多个，并提出了“证据真实性判断法则”、“非法证据排除规则”、“刑事认证的证据规则”、“渎职罪的证明标准”四个证据运用的操作规则等等，所有这些，都具有很强的实用性。

三是书中对一些证据运用的前沿理论作了详细地介绍，并在许多问题上提出了自己的见解。这对于拓展司法工作人员的视野，促进现代司法理念的树立都是具有重要意义的。

《刑事证据的运用》的作者张少林是上海市人民检察院第二分院的青年检察官。他自 2000 年从华东政法学院研读诉讼法专业法学硕士学位毕业以来，敏于思考，勤于学习，笔耕不辍，在国内法学期刊发表文章数十篇，2002 年还与其他专家、同事配合我院完成最高人民检察院重点理论课题《渎职罪犯罪构成的证明标准研究》。今闻他的首部个人



专著《刑事证据的运用》出版，十分欣然，高兴于他的理论研究成果，也高兴于证据法学又出一新成果。特于该书出版之际为序，希望该书能对司法中的证据运用有所助益。

2003年7月5日

序 二

胡锡庆*

张少林同志在读研期间勤学苦练，硕果累累。他的硕士学位论文《刑事庭审认证规则研究》全文发表于《法学研究》（2001年第四期）。他毕业后从事检察工作。难能可贵的是，他在繁忙工作之余，继续保持动笔的作风。近两年来在许多报刊杂志上，常可见到他的文章。最近又完成了他的第一部专著《刑事证据的运用》，我非常高兴。此间，他热情邀我为之作序。我当欣然应允。

综观《刑事证据的运用》全书，我以为它具有四大鲜明的特点：第一是体系新。本书与其他同类书相比，体系新是一大特色。它以刑事诉讼中司法人员对证据的认识和运用的过程来确立体系。即：确定证明对象——证据的收集——证据的审查分析——证据开示——举证——质证——认证——证明标准的判断为主线。阐明证据运用的基本理论和实践，给人一个全新的结构体系。

第二是理论性强。诉讼证据问题本身就是理论性强的问题。作者不仅运用证据的基本理论，阐明问题，特别是对一些前沿的理论问题作了较为深刻的探索，提出作者的独特见解，给人新的启示。

第三是，实践性强。本书不是抽象的纯理论研究，而是作者依托自己较为扎实的诉讼证据理论的功底，面对司法实践中的问题，运用对案例分析的方法说明相关问题，使理论与实践很好地结合起来，全书分析了120多个案例，是同类书所罕见的。

* 华东政法学院教授。



第四是操作性强。实践性强实质上也包含有可操作性之义。这里强调指出,本书提出四个规则,实质上也是立法建议稿,这四个规则是:证据真实性判断法则;刑事非法证据排除规则;刑事庭审认证规则;渎职罪的证明标准。上述四个规则,不但涉及到刑事诉讼中不可回避的四个问题,而且是极其重要的四个问题。作者设计的规则,是充分考察了实际情况,是可以运作实践的。无疑对司法实践具有积极的意义,对侦查人员、检察人员、审判人员,以及其他从事法律事务人员,对从事证据学习、研究、教学的人员,具有参考价值。

我相信,本书的出版,有助于促进我国证据法学理论研究的发展,有助于推动司法人员运用证据理念的提高。

2003年7月1日于华政园

目 录

第一章 刑事证据运用的基本理论	(1)
第一节 刑事证据运用概述	(1)
第二节 刑事证据运用的认识误区	(7)
第三节 认定事实应当根据证据	(11)
第四节 走出证人出庭作证的误区	(14)
第五节 树立鉴定人出庭作证的观念	(21)
第二章 证明对象的确定和证据的收集	(23)
第一节 证明对象的确定和证据收集的一般方法技巧	(23)
第二节 故意杀人案件证据的收集	(37)
第三节 盗窃案件证据的收集	(45)
第四节 强奸案件证据的收集	(49)
第五节 绑架案件证据的收集	(53)
第六节 贪污案件证据的收集	(57)
第七节 贿赂案件证据的收集	(62)
第八节 挪用公款案件证据的收集	(68)
第九节 渎职案件证据的收集	(72)
第十节 证据收集的前沿问题	(86)
第三章 证据的审查分析	(128)
第一节 证据“三性”的审查分析	(128)
第二节 证据真实性的审查判断	(133)
第三节 强奸案件证据的审查	(148)
第四节 毒品案件证据的审查	(154)
第五节 证据审查分析的前沿问题	(161)



第四章 证据开示	(195)
第一节 证据开示的必要性和原则	(195)
第二节 证据开示的国外情况	(203)
第三节 我国证据开示的构想	(207)
第五章 举证	(214)
第一节 举证概述	(214)
第二节 举证的方法和技巧	(217)
第三节 举证缺陷分析	(233)
第四节 举证的前沿问题	(237)
第六章 质证	(267)
第一节 质证概述	(267)
第二节 质证方法和技巧	(273)
第三节 质询证人证言	(280)
第四节 质证前沿问题	(293)
第七章 认证	(308)
第一节 认证模式	(308)
第二节 认证的程序、内容和方法技巧	(317)
第三节 认证的证据规则	(324)
第四节 认证的前沿问题	(345)
第八章 刑事推定与经验法则	(354)
第一节 推定概述	(354)
第二节 推定的现行法律规定	(363)
第三节 推定的运用	(366)
第九章 证明标准的判断	(373)
第一节 我国应坚持的证明标准	(373)
第二节 证明标准判断的内容和方法技巧	(386)
第三节 渎职罪证明标准的判断	(389)
主要参考文献	(403)
后 记	(408)

第一章 刑事证据运用的基本理论

第一节 刑事证据运用概述

证据是诉讼的核心问题，不管是刑事诉讼、民事诉讼还是行政诉讼，在某种意义上整个诉讼过程都实际上是一个收集、固定保全、审查判断和运用证据认定案件事实的过程。

一、刑事证据运用的概念和特征

刑事证据的运用有广义和狭义之分。狭义的刑事证据的运用仅指在刑事诉讼过程中，控辩双方运用已收集的证据来指控犯罪或者支持自己的辩护主张的过程。其主体仅限于控辩双方，行为仅限于法庭上对证据的运用。广义的刑事证据的运用是指在刑事诉讼过程中，为查明、证实、指控和认定案件事实，公安司法机关和辩护律师、当事人及其法定代理人、诉讼代理人依照法律的规定，收集、固定保全、审查判断证据的全过程。本书采用的是广义的刑事证据的运用。

刑事证据运用有下列特征：

第一，主体不限于控辩双方，还包括侦查机关、法院、当事人及其法定代理人、诉讼代理人。当事人包括犯罪嫌疑人、被告人、被害人、附带民事诉讼的原告人、被告人等。刑事证据运用的主体不包括证人、鉴定人、翻译人员及其他诉讼参与人，后者是提供证据的主体如证人提供证言，鉴定人作出鉴定结论，或者是证据运用的辅助主体如翻译人员为刑事证据的运用起辅助作用——提供翻译，但不是证据运用的直接主体。总体来说，刑事证据运用的主要主体为侦查机关、检察机关、法院和辩护人。对于犯罪嫌疑人、被告人，虽然案件的处理结果与他有着直接的利害关系，但由于在刑事诉讼中其往往被羁押，人身自由受到限



制，缺乏收集证据的条件，而在法庭质证时，由于被告人的质证权多委托辩护人行使，所以一般不是证据运用的主要主体。对于被害人，在公诉案件中，由于侦查和收集证据由公安机关或者检察机关进行，起诉由检察机关统一行使，被害人一般也不是证据运用的主要主体，但在附带民事诉讼以及在自诉案件中为证据运用的主要主体。

第二，刑事证据的运用不限于法庭上对证据的运用，它贯穿于整个刑事诉讼全过程，从立案、侦查、起诉、审判，直到审判后的执行阶段。立案、起诉、判决都有相应的证据要求，都存在证据的运用。侦查阶段，强制措施如逮捕的采取、侦查终结也有证据要求，也存在证据的运用。在执行阶段，如被告人提出申诉或国家赔偿等，同样涉及到刑事证据的运用。

第三，刑事证据必须依法运用，即必须依照法律规定的要求、程序、形式、标准来运用。刑事证据运用的对象为证据，这里的证据是广义的即不仅包括具备合法性、客观性、相关性“三性”的能够证明案件真实情况的一切事实，也包括不具备“三性”的非法证据或不真实的证据，这里的证据实际上为证据材料。也就是说，由于运用证据查明案件事实实际上是一个回溯历史的过程，在证据运用的一开始并不清楚哪些证据材料是合法、是与案件事实相关、是客观真实的，只有随着证据运用的展开，情况才渐渐明朗，案件事实才逐渐浮出水面，这时才排除不合法、非相关、非客观真实的证据材料。但是从证据运用的一开始就必须按照法律的要求来运用证据。

第四，刑事证据运用的目的是为了查明案件的真实情况，确定被告人的刑事责任。案件事实由于发生在过去，时间的不可逆性决定着它不可能重演。因此，公安司法机关和诉讼参与人在刑事诉讼中所扮演的是一个“历史学家”的角色，要揭示过去发生的客观真实，这就需要借助于证据，即以证据来证明案件事实，甚至在必要时还必须借助于推理、推论和推定。在刑事诉讼过程中，不同的主体对证据的运用情况可能不同，如控辩双方可能从不同的角度来运用证据甚至就同一案件事实提出相反的证据，但双方的最终目的都是一致的，即要运用证据来查明案件事实，使案件得到公平合理的处理，使正义得以实现。



二、刑事证据运用的内容

由于我们对刑事证据运用的概念采广义说,因此,刑事证据运用的内容包括证据的收集和固定、证据的审查、证据的开示、举证、质证、认证、证明标准达到的分析等。由于在某些特定情况下,案件事实无法运用证据来直接证明,必须借助于推定来认定犯罪。以证据直接证明和推定是认定案件事实上的两种方法,因此本书也一并介绍推定的内容。

刑事证据运用(以下简称为证据运用)实际上是一个前后相互衔接的流程。其中,证据的收集是证据运用(这里是指狭义的证据运用)的前提和基础,没有证据的收集,证据的运用就如无源之水、无本之木,无从谈起。证据的开示,是证据公平运用的保障,防止控辩一方凭借证据优势搞突然袭击。举证、质证是证据运用的具体体现,认证是对证据运用的单个或单组确认和评判,证明标准达到分析是对证据运用的全案的综合评判。

(一) 证明对象的确定和证据的收集

收集证据应有目的地进行,这个目的就是证明对象。因此,收集证据应围绕着证明对象来进行,即在收集证据时应考虑所要收集的证据是要用来证明什么的,漫无目的地收集证据,既可能将与本案毫无关系的证据材料或者无用的证据材料收集得来,浪费人力、物力和时间,也可能因应该收集的证据没有及时收集,因时过境迁而湮灭,影响到案件事实的查明。所以在收集证据前必须确定证明对象,收集证据围绕证明对象进行,这样才能保证收集证据的质和量达到应有的要求。

(二) 证据的审查分析

即使是围绕证明对象而收集的证据,也并非都能一蹴而就。随着证据的收集,案件事实逐渐浮出水面,原来认为与本案有密切关系的证据也可能因发现与本案无关而变得毫无用处,而与此相反,原来认为与本案无关的证据材料却因为认识等方面的原因却没有收集或没有收集到位。此外,收集来的证据材料,即使与本案有关,也并非都是合法的、真实的。证据材料是否合法、真实、客观、与本案相关等,都存在一个审查分析的问题。



(三) 证据开示

在刑事诉讼中,根据我国法律,控辩双方都有收集证据的权力。为保证法庭审理公平、高效地进行,保障证据的公平、正确运用,防止控辩一方借助证据搞突然袭击,影响案件事实的查明,有必要实行证据开示制度。现在我国一些地方已开展了证据开示的试点和探讨。

(四) 举证

在刑事诉讼中,实行“谁主张,谁举证”的举证原则。检察机关或自诉人要指控犯罪,不能空口无凭,而必须提供相应的证据来支持自己的主张,否则就要承担不利的法律后果。因此,在一般情况下由检察机关或自诉人来举证,承担举证责任。检察机关或自诉人的举证还必须达到相应的程度,使自己的指控犯罪的主张能得到法院的支持。在特殊情况下,被告人也承担一定的举证责任,即被告人有责任提供证据来证明自己无罪的主张。在某些情况下,被告方虽不负举证责任,但其也有权提出相应的证据来否认指控犯罪的主张,举证对他来说是一种权利。

(五) 质证

检察机关或自诉人举出的证据是否符合“三性”,是否真实,必须经过被告方包括被告人及其法定代理人、辩护人的质证,才能得到法庭的确认。同样,被告方提出的证据,也必须经过检察机关或者自诉人的质证,才能被法院所确认用来认定案件事实的依据,这称为交叉质证。质证的目的是为了保障证据的客观真实、合法和相关,它就象来自不同方向和角度的“光线”,“照亮”案件事实。质证原则是证据运用的基本原则之一。

(六) 认证

控辩双方提出的证据经过对方质证后,是否合法、有效、与本案相关、客观真实等,都有待法官予以认定。认证的方法有多种,由于证据是证明案件真实情况的事实,所以认证是认定案件事实的组成部分。但是认证并不等于认定了案件事实。证据有主要证据和次要证据,一些次要证据的认定并不等于该案的案件事实得到了认定,只有案件的主要证据,特别是犯罪客观方面的证据得到了认定,案件事实才可能得到了确认。



(七) 刑事推定

在某些情况下,证明案件事实的证据不足,如果是证明整个案件事实的证据不足,法院将作出证据不足,指控犯罪不能成立的无罪判决。但在某些情况下,是证明案件某个具体事实的证据不足,而且该案件事实又是不可或缺的事实,并且无论在哪种情况下都不可能收集证据来证明该案件事实,如“任何人均不容许不知法律”,这就有必要借助证据以外的方法,如推定来认定案件事实了。

(八) 证明标准的判断和案件事实的认定

对单个证据的认定,并不意味着对整个案件事实都得到了确认。对整个案件事实的证明是否达到了应有的证明要求,这就牵涉到证明标准的判断。证明标准的判断不仅牵涉到对单个证据的审查认定,还牵涉到证据与证据之间,证据与案件事实之间关系的分析及全案证据的综合判断。实际上,在绝大多数情况下,单个证据只能确认其合法性、相关性和客观性,而无法确认其真实性。证据的真实性往往要通过证据之间的相互印证来判断的。

三、研究刑事证据运用的意义

目前关于刑事证据运用的文章不多,而关于刑事证据运用的专著更是少见。证据运用方面的文章和著作大致可分为两大类:案例分析和证据理论。就所见的证据运用方面的案例分析和证据理论来看,存在两大缺陷:一是案例分析方面,多数就案例分析而案例分析,没有深入探讨到证据的深层次问题,没有上升到证据运用的理论高度。而与此相反,从目前所见的证据运用理论来看,多是从宏观上如证明的指导标准是客观真实还是法律真实,批捕、起诉、判决应否实行同一的证明标准等来研究,联系实例研究证据理论的较少,因此造成研究成果对实践的直接指导意义不是很大。二是在研究证据理论时,没有把它与程序法、实体法,特别是实体法结合起来,以致研究出来的证据理论过于抽象。

我们认为,证据应该有其理论,它不是实践经验的简单总结或者证据案例的汇编(若此,它也称不上证据理论),同时证据理论不应是抽象的东西,它应该是具体的、实践的,应该时时刻刻关注着实践,成为实践的理论,“活的理论”。因此,研究证据理论应该联系实际,而同样



分析证据案例也应上升到证据理论高度。同时,证据又是联系实体法与程序法的纽带。研究证据的运用不能不涉及到实体法,如证明对象的确定、证据的相关性、全案证据证明标准的判断等都涉及到刑法的犯罪构成。同样研究证据也不能不涉及到程序法,如证据的合法性、证据的收集、举证、质证、认证都是与程序法密切相关的。因此本书对证据运用的研究不是作纯理论的分析(证据实际上是一个实践的东西),但也不是简单的证据案例剖析(证据实际上有它独特的理论),本书对证据运用的研究是既有程序法的内容,也广泛涉及实体法的内容,可以说本书对证据运用的研究是结合了程序法和实体法的应用理论的研究。

建立在上述研究方法的基础上,我们认为证据运用的研究有下列重大意义:

第一,有利于办案人员树立正确的证据理念,如“重证据,不轻信口供”、“证据必须合法取得”、“证据必须查证事实”、“认定事实应当根据证据”等。保障司法人员准确查明案件事实,正确认定犯罪,保障法律的正确适用,保障诉讼参与人特别是犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,促进司法的文明、民主和进步。

第二,不管是公安机关、检察机关、法院还是律师,不管是侦查、起诉、审判还是辩护,都存在着证据的运用问题。证据运用的理论为办案人员收集证据提供明确的方向和有益的启示,有利于办案人员及时正确地收集证据,保障收集证据的质和量,防止证据因时过境迁而湮灭,防止因证据收集的原因而影响的案件真实的发现和社会公平正义的实现。

第三,有利于办案人员正确举证、质证和认证,通过举证、质证,揭示证据的错误和虚假,保障据以认定案件事实的证据的合法性、相关性、客观性和真实性。通过认证,保障证据的公开和审判的公开,防止案件审判的暗箱操作,保障程序公正的实现。

第四,有利于办案人员掌握证据运用的国外情况和证据运用的前沿理论,以证据理论来指导证据运用的实践。通过证据运用的实例,来分析证据运用的成败得失,总结证据运用的失败教训,提高证据运用的技巧和对证据的驾驭力。同时,从证据实例的分析中,总结出一些证据运



用的经验法则，并上升到理论，为我国的证据立法提供一些有益的素材。

第二节 刑事证据运用的认识误区^①

运用证据实际上是一种实践，实践离不开理论的指导，实践也只有正确思想的指导下才能获得成功。总结司法实践，在“证据运用的流程”中存在许多认识上的误区，需予以澄清，否则将会影响证据的正确运用和影响到案件的正确处理。这些认识上的误区，归纳起来有以下几个方面：

一、被告人口供是“证据之王”

这是证据运用上的最常见、最有害也是最为悠久的认识误区，即“口供主义”。自古以来，由于这种错误的认识误区，造成了很多冤假错案。所谓被告人口供即犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解，是犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼过程中就案件事实向公安司法机关所作的口头或书面陈述。由于受封建意识的影响，有人认为被告人口供是“证据之王”，是最有价值 and 证明力最强的证据，因而在办案中千方百计地获取口供，而一旦获得了嫌疑人、被告人口供就万事大吉，忽视相应证据的提取。不可否认，经审查属实的被告人口供能够详细、具体地反映犯罪的动机、目的和犯罪的时间、地点、行为、结果等，具有较强的证明力。但是事物总是相辅相成的，由于嫌疑人、被告人与案件的处理结果有着切身的利害关系，被告人口供往往还有虚假可能性较大的特点。正因为此，我国《刑事诉讼法》规定，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。其目的就是为了防止公安司法人员在办案中过分偏重和依赖被告人口供，“据供定案”。

二、犯罪嫌疑人、被告人翻供是“不老实”的表现

这是一种有罪推定和先入为主思想的表现。所谓翻供是指嫌疑人、

^① 本节的部分内容曾发表于2000年12月9日《法制日报》。