



# 全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

刑事证据卷

Volume of Criminal Evidence

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



# 全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

刑事证据卷

Volume of Criminal Evidence

《全国专家型法官司法意见精粹系列》

编审人员（按姓氏笔画）：

边疆戈 关 毅 刘 畅 刘凌梅

苏 烽 郑未媚 曹士兵 梁 欣

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目(CIP)数据

全国专家型法官司法意见精粹·刑事证据卷 / 国家  
法官学院编. —北京:中国法制出版社,2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5708 - 8

I. ①全… II. ①国… III. ①刑事诉讼 - 证据 - 研究  
- 中国 IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 229804 号

责任编辑:李小草(lixiaocao2008@sina.cn)

封面设计:李 宁

---

## 全国专家型法官司法意见精粹·刑事证据卷

QUANGUO ZHUANJIAXING FAGUAN SIFA YIJIAN JINGCUI. XINGSHI ZHENGJUJUAN

编者/国家法官学院

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730×1030 毫米 16

版次/2015 年 1 月第 1 版

印张/30.5 字数/438 千

2015 年 1 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5708 - 8

定价:98.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址:<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话:010 - 66033393

值班电话:010 - 66026508

传真:010 - 66031119

编辑部电话:010 - 66072711

邮购部电话:010 - 66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010 - 66032926)

## 序 言

展现在读者眼前的这套书是国家法官学院近年来加强司法实证研究，将更多的理论研究成果转化为指导审判实践活动的一项有益的尝试。国家法官学院作为最高人民法院教育培训与应用法学研究基地，一直将培养、培训高级法官和加强司法实证研究作为自己的历史使命和工作目标，她不仅是培养、培训中国法官的摇篮，也是中国司法实务研究的一个重要平台。

改革开放以来，中国经济的发展可谓飞速和迅猛，这样的增长和变革，对法制环境和法院的审判工作提出了新的、更高的要求。为加强法院系统的学术研究氛围，提高法官业务素质，最高人民法院于1989年举办了全国法院系统第一届学术讨论会，全国法院系统组织论文撰写，并进行优秀论文评选。自此，全国法院系统逐渐兴起了注重司法实务问题研究、注重法学理论与审判实践相结合的实证研究之风，涌现出越来越多的学者型法官。经过二十多年的耕耘，全国法官的业务水平在整体上已经有了显著的提高，全国法院学术讨论会的影响和规模也日渐兴盛，成为中国司法领域的一个学术品牌。

作为法院系统内每年最重要的一次学术实力的评比，各级法院都十分重视，不断规范组织程序，完善学术研究机制，每一篇论文从选题、调研，收集资料、研究分析，到最后写作、修改，都经过了逐级审核评比。在此展现给大家的成果都是经过层层筛选后脱颖而出的，其中不乏获得一、二等奖的佳作。这些论文要么在司法理论上有着独到新颖的见解，要么在审判实务中具有指导意义和实践价值。

每年在全国法院系统选送的1600余篇论文中，能够获得一、二等奖并被收入论文集正式出版的，只占其中的十分之一，还有很多优秀论文，由于篇幅限制或主题相近等原因未能入选，但是同样具有相当高的理论水平和实际应用价值。

作为全国法院学术讨论会的承办单位之一，国家法官学院有责任和义务在加强法官教育培训和审判实务研究的同时，为全国的学者型法官搭建一个展示自己的平

台，将他们的科研成果转化为指导法官办案的理论工具和经验参考，转化为法律教学的教材和资料，真正体现科研就是生产力的宗旨。

为促进全国法院学术讨论会论文成果的转化和应用，进一步推动全国法院司法实务和审判实证研究工作的新发展，全国法院学术讨论组织委员会办公室决定将全国法院第24届学术讨论会征集到的部分优秀论文分专题结集出版，丛书定名为《全国专家型法官司法意见精粹》。出版丛书的宗旨和定位是进一步展现全国法院系统法官的学术研究新成果，力求从实务的角度向司法人员提供更多更有效的裁判思路和法律适用方法，向从事法律教学的人员提供更丰富更有益的实证材料。

本丛书已出版五个分册，分别为：《侵权赔偿卷》、《婚姻家庭卷》、《合同与担保卷》、《公司与金融卷》、《土地与房产卷》。今年新增三个分册，分别为：《刑事证据卷》、《未成年人犯罪卷》、《新型盗窃罪与量刑制度卷》。

党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出了建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家的依法治国的总目标，对司法体制改革和司法审判提出了新的标准和要求，公正司法与司法公信力将是我们永久追求的目标。司法作为一门实践的艺术，需要更多从实践中产生、并能指导实践的具有可操作性的理论工具，仅仅就理论而论理不能体现法院系统学术研究的特点和价值。可以说，本丛书辑录的论文的最大特点就是理论联系实际。相信本丛书的出版会满足广大司法研修者对法官如何办案、法学理论是如何运用到审判实践中的好奇，让更多的人了解法院和法官的工作，让司法公开、司法为民得到更具体的体现。同时，本丛书作为全国法院系统学术讨论会成果转化的重要形式，也是一次尝试，真诚希望得到广大读者的指正，我们将不懈努力，不断为大家贡献新的成果。

# 目 录

## Contents

### 第一部分 刑事证据的一般性问题

#### 一、举证责任与证明标准

|                           |    |
|---------------------------|----|
| 我国刑事简易程序证明标准之问题与完善 .....  | 1  |
| 刑事证明标准：一个类型化的分析 .....     | 12 |
| 刑事诉讼中判断言词证据真实性之对策分析 ..... | 23 |
| 证据链内部构造范式及其实证分析 .....     | 35 |
| 刑事诉讼中事实推定适用规范化路径 .....    | 54 |

#### 二、量刑证据与行政证据

|                       |    |
|-----------------------|----|
| 量刑证据的审查与认定 .....      | 63 |
| 量刑事实的证明责任分担 .....     | 77 |
| 行政证据在刑事诉讼中的适用问题 ..... | 88 |

### 第二部分 刑事证据种类及其运用

#### 一、书证

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 证据价值视野下“办案说明”的司法审视 ..... | 100 |
| 刑事案件中“情况说明”证据学检视 .....   | 115 |

#### 二、证人证言

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 证人保护体系之构建 ..... | 127 |
|-----------------|-----|

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 证人作证：话语与行动的考察思辨 .....      | 140 |
| 我国强制证人出庭制度的审视与实现 .....     | 152 |
| 强制证人出庭制度之构建 .....          | 170 |
| 刑事隐蔽作证制度的困境与出路 .....       | 183 |
| 警察出庭作证制度实证分析 .....         | 198 |
| 从“普通证人”走向“控方证人” .....      | 210 |
| 侦查人员出庭作证范围的实然状况与应然构造 ..... | 222 |

### 三、鉴定意见

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 刑事诉讼中的多头鉴定、重复鉴定问题 ..... | 238 |
|-------------------------|-----|

### 四、电子数据

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 网络侮辱、诽谤案件中电子证据的认定和运用 .....   | 253 |
| 揭开电子证据“朦胧”的面纱：从怎么看到怎么办 ..... | 269 |
| 刑事诉讼中电子证据认证分析 .....          | 287 |
| 电子数据中的“路径信息”及其采信 .....       | 299 |
| 电子证据在刑事诉讼法中的司法适用 .....       | 312 |

## 第三部分 非法证据排除规则

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 瑕疵证据审查运用规则 .....              | 326 |
| 刑事诉讼中瑕疵证据的审查与运用 .....         | 337 |
| 审判机关非法证据排除的程序规制研究 .....       | 347 |
| 审判阶段非法证据排除的程序规制 .....         | 359 |
| 非法证据排除规则的程序 .....             | 378 |
| 非法证据排除的程序规制之刑讯逼供的举证责任分配 ..... | 391 |
| 非法言词证据排除规则中的法庭调查程序 .....      | 400 |
| 非法实物证据补正的界限和方法 .....          | 411 |
| 非法证据排除的思维方式 .....             | 423 |
| 非法证据排除制度的立法权衡原则与司法运用 .....    | 432 |
| 刑事非法证据排除的庭审程序保障 .....         | 445 |
| 确立非法证据排除的层级性标准与模式 .....       | 456 |
| 非法证据排除审判程序的破解之路 .....         | 469 |

# 第一部分 刑事证据的一般性问题

## 一、举证责任与证明标准

### 我国刑事简易程序证明标准之问题与完善

#### 【提要】

我国刑事案件的证明标准是犯罪事实清楚、证据确实充分，该标准在刑事简易程序的适用中表现出过分强调客观性而忽略主观性、受口供补强规则的过度限制以及证明对象的复杂性和证明标准的简单化的矛盾等问题。为此，有必要加以完善，重塑法律真实论前提、建立控方的多层次和辩方的盖然性证明标准，同时，对被告人自愿认罪的案件规定特殊的适用规则。

刑事简易程序，是指刑事诉讼法规定的审判方式、方法和步骤相对于刑事普通程序而言予以简化的审判程序。刑事证明标准，是指刑事法律规定的负有证明责任的控辩双方提供并运用证据证明争议事实，论证控辩主张所需要达到的程度方面的要求。在我国刑事诉讼中，刑事简易程序同普通程序一样，都是适用犯罪事实清楚、证据确实充分的法定证明标准。但是，由于刑事简易程序是在坚持公正的基础上，更多地追求效率的价值，这同以公正为主要价值追求的普通程序是有一定的区别的，所以，不加以区别地适用同样严格的证明标准必然导致效率滞后等一些问题的出现。为此，有必要对这些问题进行探析并提出完善的途径，以求更好地发挥刑事简易程序的积极作用。



## 一、我国刑事简易审判程序证明标准存在的问题

我国刑事简易审判程序的适用范围包括：事实清楚、证据充分、依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，人民检察院建议或者同意适用简易程序的；告诉才处理的案件；被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。修改后的刑事诉讼法又将该范围扩大到基层法院管辖的案件。在这个较为宽泛的范围中，针对这些简易案件，严格证明标准的适用要求不仅要有一定质的证据，还同样要有一定量的证据，导致了下列问题的出现。

### （一）刑事简易程序证明标准理论过分强调证明标准的客观性而忽略了其主观性

我国传统的证明标准学说以及我国的刑事诉讼法在证明标准的问题上，十分强调以客观性认识为基点，要求诉讼中的案件事实清楚程度能达到查明的案件事实和客观发生的案件事实的客观一致性，要求证据确实程度能达到证据真实地反映案件的客观本来面貌，要求证据充分程度能达到足够数量的证据必然地再现案件的客观状态。

我们认为，刑事证明标准具有客观性，是相对于法官的认识活动本身而言。法官判断证据是否达到证明标准依据的是控辩双方所提供的证据，这些证据属于法官主观认识活动之外的客观事物；同时，法官判断这些证据真伪所依靠的逻辑、经验等理性常识和以职业道德规范为主要内容的良心，都具有经过实践检验为符合客观规律性的特征。所以，客观真实理论对于证明标准的客观性的追求是正确的，但是这种理论夸大了刑事证明标准的客观性，忽略了其还有主观特性。刑事证明标准的主观性是指刑事证明要求达到的程度受制于人的认识能力的限制，证明标准的具体运用也离不开法官的知识、经验，特别是取决于法官的价值取向；同时，证明主体、当事人、证人和鉴定人等诉讼参与人向法庭提供证据、陈述案情或者对案件的专门问题提供专家结论等诉讼行为，无不是一个将主观认识渗透到客观证据之中的过程。而客观真实理论的证明标准恰恰很少谈到主观认识对于证明标准实现的重要作用，只是一味地强调用证明所追求的目的“案件事实清楚、证据确实充分”来检验案件的事实和证据是否达到了该目的所要求的程度，也就是说用目的自身来证明目的本身是否实现，用目的代替标准，缺少判断目的是否实现所依据的尺度。这种

理论使人们陷入一种逻辑混乱的思维状态，那就是法官要判断控辩双方提供的证据所证明的程度是否达到“事实清楚、证据确实充分”的证明目的，依靠的标准或者说判断尺度仍然是“事实清楚、证据确实充分”，犯了一种以证明目的是否实现的状态为尺度来检验证明目的是否实现的错误，也即以自己是否成立为标准来证明自己是否成立，自我说明和自我解释，循环论证。

客观真实理论对证明标准主观性的忽略在刑事司法实践中导致的后果是，不仅我国刑事简易程序审判程序，乃至整个刑事诉讼程序的证明标准缺乏明确性和可操作性。

## （二）刑事简易程序证明标准的适用受到被告人供述补强规则的过度限制

所谓补强规则，又称补强证据规则，是指为了防止误认定事实或者发生其他危险性，而在运用某些证明力显然薄弱的证据认定案情时，必须有其他证据补强其证明力，才可以作为定案根据的规则。<sup>①</sup>许多学者认为，被告人供述补强是为了担保自白之真实性，强化法官的内心有罪确信。<sup>②</sup>但也有的学者认为，被告人供述补强已经从担保口供真实性，强化法官内心的有罪确信发展到今天的担保口供真实性基础上与口供一起证明案件事实了。<sup>③</sup>《刑事诉讼法》第五十三条第一款条规定，“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。”这是我国关于被告人供述补强规则的法律依据，在刑事简易程序证明标准的适用中应当注意两个问题。

首先，被告人认罪案件的口供补强问题。最高人民法院、最高人民检察院和司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》（以下简称《意见》）第七条和第九条对适用简易程序审理公诉案件的庭审规定了不同于普通程序和自诉案件的简易程序的内容，要求：“独任审判员应当讯问被告人对起诉书的意见，是否自愿

<sup>①</sup> 刘广三主编：《刑事证据法学》，中国人民大学出版社2007年版，第151页。

<sup>②</sup> 参见卞建林：《证据法学》，中国政法大学出版社2000年版，第184页。刘金友：《证据法学》，中国政法大学出版社2001年版，第221页。陈朴生：《刑事诉讼法实务》，台湾海宇文化实业有限公司1998年版，第20页。

<sup>③</sup> 参见陈立主编：《刑事证据法专论》，厦门大学出版社2006年版，第259页。

认罪，并告知有关法律规定及可能导致的法律后果；被告人及其辩护人可以就起诉书指控的犯罪进行辩护。被告人有最后陈述的权利。被告人自愿认罪，并对起诉书所指控的犯罪事实无异议的，法庭可以直接作出有罪判决；人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。”对此有学者认为，既然规定“被告人自愿认罪并对起诉书所指控的犯罪事实无异议的，法庭可以直接作出有罪判决”，这排除了被告人口供补强规则在刑事简易程序中的适用，是为了快速解决大量的轻微刑事案件，使被告人早日摆脱诉累，还当事人以及时的正义，同时使法院能够集中精力审理那些重大复杂的案件的一种价值选择。<sup>①</sup>对此笔者认为，被告人自愿认罪案件适用刑事简易程序审理同样要受到被告人口供补强规则的制约。因为被告人口供补强规则是我国《刑事诉讼法》规定的基本原则，《意见》是对《刑事诉讼法》在实施中的具体解释，后者不能突破前者的基本规定精神，否则，就是违法的解释。况且，修改后的《刑事诉讼法》也没有采纳《意见》的该规定精神。所以，适用刑事简易程序审理的案件也要贯彻被告人口供补强规则，被告人自愿认罪适用刑事简易程序审理的案件也不例外。

其次，在刑事简易程序中对被告人口供补强的证据须达到的证明标准。口供补强的证明标准是指用作补强的证据必须达到何种证明程度才可以确认为完成了补强的目的。司法实践中有三种做法：一是不用考虑被告人的口供，仅靠其他补强的证据足以达到事实清楚、证据确实充分的程度；二是补强证据虽然达不到事实清楚、证据确实充分的程度，但是能够盖然性地证明犯罪事实的存在；三是被告人口供和其他补强证据相互印证，缺一不可，共同达到证明案件事实清楚、证据确实充分的程度。对这三种做法，有学者认为，第一种做法要求的标准太高，实际上等于排除了被告人口供的价值；第三种做法与我国《刑事诉讼法》第五十三条第一款规定的被告人口供补强规则不符，因为我国《刑事诉讼法》规定的口供补强属于形式补强，即法官从被告人的供述中虽然能够确信案件的犯罪事实，但也仍然需要补强证据；只有第二种做法比较符合法律规定。<sup>②</sup>

据此可以看出，在我国刑事简易程序的适用中，被告人的口供都需要补

① 赵宇：“我国被告人有罪供述补强规则探析”，载《犯罪研究》2004年第4期。

② 陈立主编：《刑事证据法专论》，厦门大学出版社2006年版，第280-282页。

强,即使其能够自愿认罪也仍然需要其他证据的补强;同时,补强的证据还要达到盖然性的较高证明标准,否则,认定被告人有罪的证明标准就不能够实现。口供补强规则对于刑事简易程序证明标准的适用的限制对于确保案件的客观性有积极的作用,但是,过度的限制导致的结果是简易程序很难简易。

### (三) 刑事证明对象的复杂性和刑事简易程序证明标准单一化的矛盾

刑事证明对象,又称待证事实,是指刑事证明主体需要运用证据证明的事实。通行的观点认为,刑事证明对象的范围一般是指:(1)有关犯罪构成要件的事实,是指被指控的犯罪行为成立的条件;(2)有关罪行轻重量刑情节的事实,是指影响行为的社会危害性和行为人的反社会属性的程度,进而决定是否处刑及处刑罚轻重宽严的各种事实情况;(3)排除行为违法性、可罚性或行为人刑事责任的事实,即所谓违法阻却事由和责任阻却事由;(4)程序法事实,是指有关刑事诉讼程序是否合法进行的事实。<sup>①</sup>

我国现行刑事诉讼法和最高人民法院的司法解释的规定同这种通行的观点是一致的,但其规定的具体内容分为两部分:(1)实体法事实,是证明对象的基本部分,指与定罪量刑有关的实体法事实,包括学者分类中的有关犯罪构成要件的事实,有关罪行轻重量刑情节的事实和排除行为违法性、可罚性或行为人刑事责任的事实。《刑事诉讼法》第五十条规定,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。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第64条规定:“应当运用证据证明的案件事实包括:(一)被告人、被害人的身份;(二)被指控的犯罪是否存在;(三)被指控的犯罪是否为被告人所实施;(四)被告人有无刑事责任能力,有无罪过,实施犯罪的动机、目的;(五)实施犯罪的时间、地点、手段、后果以及案件起因等;(六)被告人在共同犯罪中的地位、作用;(七)被告人有无从重、从轻、减轻、免除处罚情节;(八)有关附带民事诉讼、涉案财物处理的事实;(九)有关管辖、回避、延期审理等的程序事实;(十)与定罪量刑有

<sup>①</sup> 参见沈德咏、宋随军主编:《刑事证明制度与理论(下)》,人民法院出版社2006年版,第1034-1306页。

关的其他事实。认定被告人有罪和对被告人从重处罚，应当适用证据确实、充分的证明标准。”《刑事诉讼法》第二百二十七条规定，第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：①违反本法有关公开审判的规定的；②违反回避制度的；③剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；④审判组织的组成不合法的；⑤其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

由此可见，我国刑事证明对象十分复杂，需要证明的事实不仅包括定罪的事实，也包括量刑的事实和排除违法性和刑事责任的事实，还包括程序法的事实。对于被追诉的公民而言，待证事实中的定罪所需要的犯罪构成要件的事实，和量刑所需要的法定或酌定情节事实应该有比较明显的轻重区别，而同为量刑所需要的情节中从宽的量刑情节和从严的量刑情节也应该有较大的区别；同时，程序事实通常是对司法机关进行约束而有利于被追诉公民的事实，对之证明的标准高低对于当事人或者司法机关的利害程度是不同的，这也不同于司法机关单纯地证明不利于被告人的犯罪事实的行为。这些区别，要求我们对之适用宽严不同的证明标准，不加区别地、机械地仅仅规定都一律适用统一的事实清楚、证据充分的最高证明标准，显然是一种形而上学的做法，不利于刑事简易审判程序的简易化。

## 二、我国刑事简易审判程序证明标准完善的理论前提：法律真实理论的重塑

客观真实理论忽视了证明标准的主观性，所以，在完善刑事简易审判程序的证明标准的过程中，要重塑法律真实理论并以此作为理论基础。法律真实理论和客观真实理论都主张最大限度地追求真实，但法律真实理论更强调案件的真实不能摆脱法律框架。由此，我们提出建立一种新的法律真实理论，即以客观真实为追求目标和以有利于被告人的无罪推定或盖然性确认为价值选择的法律真实理论。

（一）认定被告人有罪的案件或者不利于被告人的事实，法律真实要求以客观真实为追求目标

法律真实理论和客观真实理论的联结点是：以客观真实为最高追求目标。因此，在确认被告人有罪的案件中，法律真实和客观真实是一致的。第一，从价值权衡上分析，刑事诉讼所追求的目标是惩罚犯罪与保护无辜，这决定了证明标准的程

度高低取决于是否有利于惩罚犯罪并不伤及无辜。我国刑罚的目的，通说认为是通过对犯罪的人实施刑罚达到一般预防和特殊预防的目的，但也有人主张对犯罪人实施刑罚是对其的报应和防止其再犯罪的特殊预防。但不论何者，对人实施刑罚都要有具体的根据，那就是这个人实施了危害社会的、刑法规定为犯罪的行为，同时，其犯罪的行为通过正当的法律程序已经予以查明。所以，在刑事诉讼中运用证据证明的程度要达到准确地认定何人实施了犯罪行为的标准，而不能将无辜的人证明为犯罪行为人。这一点恰恰是法律真实和客观真实所共同追求的。第二，从认识论的角度分析，人们对于案件事实的认识是相对真实和绝对真实的统一。客观真实理论只强调证明案件事实的绝对真实性，而一般的法律真实观点则强调案件事实的相对性，两者都忽略了辩证唯物主义所主张的“绝对真理寓于相对真理之中、相对真理一定包含着绝对真理”的观点，各自片面地强调真理的一方面而忽视了另一方面。我们认为，以客观真实为最高追求目标的法律真实理论所讲的案件事实是包含着绝对性的相对性，是绝对性和相对性的有机统一。第三，法律的规定使案件事实的真实性的相对性和绝对性能够有机地统一。刑法规定犯罪构成要件的事实以及不利于被告人的量刑情节成为刑事诉讼法要求的证明对象，证明标准要求对该部分事实的证明达到确定性的程度，也就是根据全面获取的证据，依靠现实中人的认识能力所能够实现的主观和客观的最大的符合程度。例如，伤害罪要求证明的是实施伤害者、其主观心理状态和伤害他人的行为以及与被告人被伤害结果的因果关系的事实，至于其具体每刀采用何种姿势捅刺的，或者是哪刀在先哪刀在后则不是每一个案件所必须证明清楚的。所以，我们主张的法律真实在有罪的案件中其所要达到的客观真实程度是绝对性和相对性的有机统一。其绝对性是指认定的犯罪构成的事实和不利于被告人的量刑情节同案件客观情况的符合，而其相对性则是该事实远不是案件客观事实的完整的全态，只是其一定层次的客观真实。

## （二）认定被告人无罪的案件或者确认有利于被告人情节，法律真实以有利于被告人的无罪推定或盖然性确认为价值选择

客观真实理论要求司法证明要探求案件的本来面目，被告人有罪的要恢复其犯罪时的真实状况，被告人无罪的也要查清其没有犯罪的原本情景。这种理论坚持辩证唯物主义的认识论中的客观事物的可知性，但是忽视了人对于客观事物的真理性的认识是一个反复无限的过程，刑事诉讼的期限性和刑事案件的时效性以及司法资

源的有限性，都是不允许司法人员去这样反复无限地探究证明案件的客观事实。在这种情况下，被告人有罪但无证据证明其有罪，或者被告人无罪但也无证据能够证明其无罪，是不惜司法成本和不顾客观困难继续探究不能实现或者难以实现的客观真相，不放过一个有罪之人或者不冤枉一个无辜呢？还是知难而退停止不可能的探究，放纵一个罪犯或者是一个可能的罪犯，而绝不冤枉一个无辜呢？或者是降低证明标准达到能够较容易证明犯罪的目的而有可能罪及无辜呢？这是一个价值选择问题，客观真实的理论无法解决这个问题。所以，我们要用法律真实的理论来平衡这一价值选择难题。我们主张建立的法律真实理论要求在证据难以证明被告人有罪或者无罪的情况下，法律选择无罪推定的原则，以放纵罪犯或者可能的罪犯为代价，换取保障无辜之人不受有罪追究和节省无谓的司法资源的浪费为结果。在此种状况下，法律真实理论所确认的被告人无罪的事实可能与客观事实相吻合，也可能与客观事实相分离。但这种结果是一种无奈的价值选择，是人类认识和证明客观事物真相的能力有限情况下的必然产物，随着人们该项能力的提高其范围会愈来愈小。

对于有利于被告人的情节事实，法律规定控诉人有义务提供证据而被告人有权利提供证据，但是，由于控诉人的追诉职责和追诉意愿导致其往往疏于或者不积极提供这方面的证据，而被告人则由于其往往受到羁押或者收集证据的手段有限，也不能够有效地提供该类证据，这两方面的原因使得有利于被告人的情节往往证据不足，若采用较高的证明标准则难以认定。而实际上这些有一定证据的情节有真实的可能性，也有虚假的可能性，如果证明标准过高而不予认定，则可能会使本应当受到法律从宽处罚的人受到不应当受到的严惩，罚不当其罪，有失公正；如果选择较低的盖然性标准认定该情节，虽然有可能使受罚之人不该减轻而减轻了处罚，但是避免了罚不当其罪的不公正。所以，我们主张的法律真实理论在不能充分地证明有利于被告人的情节事实时，选择盖然性的证明标准予以证实，以实现罪责刑相适应的刑法原则。

### 三、完善我国刑事简易程序证明标准的具体建议

我国刑事简易程序只有单一的证明标准，司法实践显示，对证明对象采用统一的最高证明标准实属困难，易造成诉讼不经济、效率低下。为此，我们有必要借鉴英美法系和大陆法系国家的做法，对于不同的证明对象适用不同的证明标准，



建立我国控方的多层次证明标准、辩方的高度盖然性与优势证据证明标准以及被告人认罪案件证明标准的特殊适用规则。

### （一）建立控方的多层次证明标准

控方在刑事诉讼中承担了绝大部分的证明责任，需要证明的对象较多，且其对不同对象证明的积极性有明显区别，所以，应该对其适用多层次的不同证明标准。

首先，确认犯罪构成要件的事实要适用最高的证明标准——排除合理怀疑。犯罪构成要件包括：犯罪客体，即被犯罪侵害的我国刑事法律所保护的社会关系；犯罪主体，即实施危害社会的行为依法应当承担刑事责任的自然人和单位；犯罪的客观方面，即行为人实施的危害社会的犯罪行为以及该行为引起的危害结果；犯罪的主观方面，即行为人实施危害社会的行为时的心理状态，通常是故意或者过失，有时也包括犯罪的动机、目的。对于犯罪构成要件的事实，可将其概括为“九何”要素，即何人、何时、何地、何种动机、何种目的、何种方法、何种手段、何种行为、何种结果。对于犯罪构成要件的事实或者说是“九何”要素的证明要采用最高层次的证明标准，即排除合理怀疑。修改后的《刑事诉讼法》确定了排除合理怀疑为刑事案件证明标准。所谓排除合理怀疑，是指对于认定的事实，已没有符合常理的、有根据的怀疑，实际上达到确信的<sup>①</sup>。之所以证明犯罪构成要件事实证据要适用最为严格的证明标准，是因为犯罪构成要件事实关系到罪与非罪、此罪与彼罪以及犯罪主体的确定问题，影响到刑罚是否适用以及当事人的人身自由、财产甚至生命权利是否被限制或者被剥夺的问题，只有适用最严格的证明标准，才能做到案件事实清楚、证据确实充分，确保刑罚不施加到一个无罪的人身上，不冤枉任何一个好人。

其次，量刑情节中不利于被告人情节事实的证明要设置最高的证明标准——排除合理怀疑，有利于被告人情节事实的证明要适用相对低的标准——优势证据。优势证据标准，是指负有举证责任的当事人须把其主张之事实证明至存在比不存在更为可能的程度。<sup>②</sup> 量刑情节，是指对于被认定有罪的被告人在裁量刑罚时具有影

<sup>①</sup> 郎胜主编：《中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用》，新华出版社2012年版，第123页。

<sup>②</sup> 宋英辉、汤维建主编：《我国证据制度的理论与实践》，中国人民公安大学出版社2006年版，第425页。



响作用的事实，包括法定或者酌定从轻处罚情节、减轻处罚情节、免除处罚情节和从重处罚情节等。对量刑情节事实的证明要区别对待，对被告人不利的量刑情节事实的证明应设置同犯罪构成要件相同的最高的证明标准，而对有利被告人的量刑情节事实则可以采取较低的优势证据的证明标准。如，对于具有从重处罚情节事实的案件，一定要采取严格的证明标准；而对于具有从轻处罚或减轻处罚以及免除处罚情节事实的案件，则应采用宽缓的证明标准，只要能够达到使法官相信该事实可能存在而无不可能存在的相反证据即可。

再次，程序法方面的事实证明要适用排除合理怀疑和优势证据相结合的标准。程序法事实更多地是为了约束公权力滥用，保障公民权利，所以，公权力机关要证明其权力行使正确，没有侵害公民人身等重要权利的，则必须承担最高的证明标准；而对于一些不涉及公民人身等重要权利的一般性程序事实的证明则可以适用较低的优势证据证明标准。

## （二）建立辩方的高度盖然性和优势证据标准

所谓高度盖然性的证明标准，是指法官基于盖然性认定案件事实时，应当能够从证据中获得事实极有可能如此的心证，法官虽然还不能够完全排除其他可能性，但已经能够得出待证事实十之八九是如此的结论。<sup>①</sup> 诉讼证据理论认为，证明标准的前提是行为人有证明责任，行为人之所以有证明责任是因为其提出了诉讼主张，基于证明责任，如果行为人举证不力达不到证明标准，则承担主张不被认可的风险。虽然我国刑事诉讼法没有规定被告人一方负有证明的义务，而是将举证证明视为被告人的权利，但被告人行使举证权利进行证明时，既可以是削弱控方的证明程度，从而增加控方的证明责任，也可以是证明自己主张的成立，继而彻底推翻控方所主张的事实成立，所以，其在证明时也有一个达到何种程度才能被法官确信的问题，故同样涉及证明标准的问题。对此，我们认为，享有证明权利的辩方提出自己的诉讼主张，如果证明不力达不到一定的程度，同样也要承担其主张不产生预期的法律后果的风险，其主张不仅不能达到削弱控方主张的目的，更不能达到被法官所接受的结果。

---

<sup>①</sup> 宋英辉、汤维建主编：《我国证据制度的理论与实践》，中国人民公安大学出版社2006年版，第421页。