

毒品犯罪案件 证据认定的理论与实务



主 编 / 林金文
副主编 / 洪 彪 孔丁英

DUPIN FANZUI ANJIAN
ZHENGJU RENDING DE LILUN YU SHIWU



本书系编著者在长期研究和实践基础上，对毒品犯罪案件的证据认定所做的体系性论述，其最大特色在于深度结合司法实务，兼具现实意义和理论价值。本书立足于当前以审判为中心的刑事诉讼制度改革大背景，以毒品犯罪案件的证据认定为中心，归纳分析了当前毒品案件证据认定的特殊性，有针对性地阐述了特殊侦查手段对审判实务认定证据的影响，对全国司法机关的毒品犯罪案件证据认定具有重要参考价值。

人民法院出版社

毒品犯罪案件 证据认定的理论与实务



主 编 / 林金文

副主编 / 洪 彪 孔丁英

DUPIN FANZUI ANJIAN
ZHENGJU RENDING DE LILUN YU SHIWU



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

毒品犯罪案件证据认定的理论与实务 / 林金文主编.

—北京: 人民法院出版社, 2017. 6

ISBN 978 - 7 - 5109 - 1838 - 4

I. ①毒… II. ①林… III. ①毒品 - 刑事犯罪 - 证据 - 研究 - 中国
②毒品 - 刑事犯罪 - 认定 - 研究 - 中国 IV. ①D924.364

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 150540 号

毒品犯罪案件证据认定的理论与实务

林金文 主编

责任编辑: 李安尼 柳菲菲

出版发行: 人民法院出版社

地 址: 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话: (010) 67550579 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客服 QQ: 2092078039

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail: courtpress@sohu.com

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

经 销: 政法系统发行

开 本: 787 × 1092 毫米 1/16

字 数: 435 千字

印 张: 26.5

版 次: 2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5109 - 1838 - 4

定 价: 82.00 元

版权所有 侵权必究

本书编委会

主 编：林金文

副主编：洪 彪 孔丁英

编写人员（按编写章节排序）：

温超影 赖正直 林俊辉 何明波

韦肖依 孔丁英 黄 晖 帅清华

毒品犯罪是当前我国《刑法》的打击重点。从司法实践的情况来看，在毒品犯罪的认定中，较为棘手的还是证据问题。林金文、孔丁英等同志长期工作在广西壮族自治区高级人民法院，办理了大量毒品犯罪案件。在两年实地调查研究的基础上，林金文、孔丁英等同志完成了《毒品犯罪案件证据认定的理论与实务》一书，求序于我。我看了书稿以后，深感这是一部结合司法实务，并具有理论价值的著作，因而十分高兴为之作序。

《毒品犯罪案件证据认定的理论与实务》一书，最大的特点也是优势就在于结合司法实务，对毒品犯罪案件的证据认定问题，进行具有现实意义和理论价值的深入论述。对于证据认定的研究，是我国证据法中的一个具有较强的实践性的问题。除了一般性的理论阐述以外，我国也出版了对于类罪的证据认定的有关书籍，这对于司法实践中正确认定某类犯罪具有指导意义。本书是以毒品犯罪案件的证据认定为中心的，而毒品犯罪案件的证据认定具有不同于其他类型犯罪案件的证据认定的特点。本书在对证据认定的基本原理阐述的基础上，重点对毒品犯罪案件证据认定的特殊性进行了归纳和分析。在毒品犯罪案件中，最为重要的证据就是物证，亦即毒品。本书作者对毒品作为一种物证在毒品犯罪案件认定中的重要性做出正确的说明：毒品是毒品犯罪案件中最为重要的核心证据。因为刑法规定的毒品犯罪类型都是以毒品种类和数量作为是否符合犯罪构

成要件、确定法定刑幅度以及具体裁量刑罚的标准，因此，不论走私、制造、贩卖、运输毒品案件或是其他毒品犯罪案件，都应当以查获的毒品作为毒品犯罪案件定罪量刑的基本证据。我认为，这是完全正确的。当然，即使在毒品犯罪案件中存在，也还要对证据的关联性进行审查。正如本书作者指出，物证一般多属间接证据，只能证明案件事实中的个别片段或部分细节，不能单独完整地证明案件事实，需依赖与其他证据相结合，直至组成证据链才能较完整地证明案件事实。例如现场查获的毒品和毒资只能初步证明在该场所发生了毒品交易以及交易的数量、价格等，不能证明是何人参与了交易以及交易的其他细节详情，需结合犯罪嫌疑人、被告人的指认、辨认笔录，指纹同一性鉴定，以及犯罪嫌疑人、被告人供述和证人证言等言词证据组成证据链才能加以证明。因此物证的认定要注重审查关联性，没有关联性的物证不能与其他证据组成证据链，也就不具有证明案件事实的证明力。显然，如果没有这种证据的关联性，就不能成为毒品犯罪的有效证据。在某些毒品犯罪案件中，作为物证的毒品由于各种原因而缺失，在这种情况下，是否可以仅凭其他证据，例如证言或者书证而认定毒品犯罪，这是一个值得研究的问题。考虑到毒品犯罪一旦成立，其刑罚处罚的严厉性，我认为对此应当持十分谨慎的态度。

在毒品犯罪案件中，经常采取特情侦查的手段，这就决定了通过特情侦查取得的证据具有其特殊性。本书设立专章对毒品犯罪的特情侦查问题进行研究，这是极为难得的。本书作者在论述了特情侦查证据合法性的基础上，对特情侦查证据使用的两种方式进行研究，也就是转化使用和直接使用。所谓转化使用是指对秘密侦查所获结果通过刑事诉讼程序予以公开化。转化使用的方法是将侦查成果用作线索情报，为进一步侦查措施的制定提供思路，进而获得法定形式的证据。例如将技术侦查成果作为讯问突破点，造成犯罪嫌疑人心理压力，从而获得有价值供述。所谓直接使用是指在庭审中对特情进行质证，在经过审查以后直接用于毒品犯罪案件的认定。对于特情侦查证据的直接使用，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第107条做了明确规定：“采取技术侦查措施收集的证据材料，经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的，可以作为定案的根据。使用前款规定的证据可能危及有关人员的人身安全，或者可能产生其他严重后果的，法庭应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施，必要

时，审判人员可以在庭外核实。”应该说，这些对特情侦查证据在毒品犯罪的认定中的适用规则的研究，对于某些特殊的毒品犯罪案件的证据认定都具有参考价值，因而值得肯定。

本书的作者都是司法实务人员，尤其是广西地处西南地区，毒品犯罪案件高发，作者具有较为丰富的毒品犯罪案件的审判经验，同时又具有较高的理论水平。在这种情况下，《毒品犯罪案件证据认定的理论与实务》对毒品犯罪案件的司法认定所做的体系性的论述，不仅对于广西司法机关，而且对于全国各地司法机关的毒品犯罪案件的证据认定都具有较大的指导意义。

特此推荐。

北京大学法学院兴发岩梅讲席教授、博士生导师

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2016年9月12日

第一章 刑事证据制度概述	(1)
第一节 刑事证据的概念与属性	(1)
第二节 我国的刑事证据制度	(9)
第三节 外国的刑事证据制度	(25)
第四节 国外对特殊取证手段设立的证据制度	(35)
第二章 毒品犯罪案件及其证据的特点	(49)
第一节 我国毒品犯罪案件概述	(50)
第二节 毒品犯罪案件常见证据类型及认定	(70)
第三节 毒品犯罪案件证据的特点	(100)
第三章 毒品犯罪案件的特殊侦查手段	(106)
第一节 毒品犯罪案件特殊侦查手段概述	(106)
第二节 毒品犯罪案件的技术侦查及其所获证据	(114)
第三节 毒品犯罪案件的特情侦查及其所获证据	(133)
第四章 毒品犯罪案件的证明程序	(152)
第一节 毒品犯罪案件的证明程序概述	(153)
第二节 毒品犯罪案件的举证	(155)
第三节 毒品犯罪案件的质证	(162)

第四节	毒品犯罪案件的认证	(173)
第五章	毒品犯罪案件裁判文书的证据分析	(182)
第一节	毒品犯罪案件裁判文书概述	(183)
第二节	毒品犯罪案件裁判文书对证据分析的要求	(188)
第三节	毒品犯罪案件裁判文书证据分析的问题与对策	(193)
第六章	走私毒品案件的证据认定	(202)
第一节	走私毒品罪概述	(203)
第二节	走私毒品犯罪事实的证明要点	(206)
第三节	走私毒品案件的证据认定	(216)
第七章	贩卖毒品案件的证据认定	(224)
第一节	贩卖毒品罪概述	(224)
第二节	贩卖毒品犯罪事实的证明要点	(227)
第三节	贩卖毒品案件的证据认定	(238)
第八章	运输毒品案件的证据认定	(248)
第一节	运输毒品罪概述	(248)
第二节	运输毒品案件事实的证明要点	(252)
第三节	运输毒品案件的证据认定	(267)
第九章	制造毒品案件的证据认定	(276)
第一节	制造毒品罪概述	(277)
第二节	制造毒品犯罪事实的证明要点	(279)
第三节	制造毒品案件的证据认定	(292)
第十章	非法持有毒品案件的证据认定	(308)
第一节	非法持有毒品罪概述	(309)
第二节	非法持有毒品犯罪事实的证明要点	(312)
第三节	非法持有毒品案件的证据认定	(322)

第十一章	其他毒品犯罪案件的证据认定	(330)
第一节	包庇毒品犯罪分子案件的证据认定	(331)
第二节	窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃案件的证据认定	(337)
第三节	非法生产、买卖、运输、走私制毒物品案件的证据认定	(343)
第四节	非法种植毒品原植物案件的证据认定	(348)
第五节	非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗案件 的证据认定	(352)
第六节	引诱、教唆、欺骗他人吸毒案件的证据认定	(357)
第七节	强迫他人吸毒案件的证据认定	(362)
第八节	容留他人吸毒案件的证据认定	(367)
第九节	非法提供麻醉药品、精神药品案件的证据认定	(374)
第十二章	毒品犯罪案件量刑证据认定	(382)
第一节	毒品犯罪案件量刑证据概述	(382)
第二节	毒品犯罪案件量刑证据的问题分析	(396)
第三节	毒品犯罪案件量刑证据的认定	(405)

证据制度是一国司法制度的重要组成部分，它指一个国家各种法律中与证据有关的规定和规则的总和。^① 根据这个概念，刑事证据制度就是一国法律中与刑事证据有关的各种规定与规则的总和。对于刑事证据制度的研究，通常来说，有两个不同的视角：一是证据论的视角，即对证据的概念、类型及证据规则等问题展开讨论，其核心在于明确那些诉讼法（或证据法）意义上的证据、特别是那些能够成为定案根据的证据的内涵；二是证明论的视角，它包括对证明的主体、对象、责任、标准及证明过程等问题的研究，其核心在于讨论如何在诉讼活动中运用证据揭示或认定案件事实。本章将主要以证据论的视角，对刑事证据制度展开讨论。

第一节 刑事证据的概念与属性

就理论研究而言，对证据制度的研究是证据法学的基石，是证据法学理论体系的逻辑起点；就实务工作而言，诉讼活动以证据为核心展开，诉讼活动中的证据不仅具有证明真相的能力与价值，有关证据的程序机制更包含了实现诉讼双方相对平等的功

^① 何家弘：《外国证据法》，法律出版社2002年版，第21页。

能，是一国有关公平正义法律精神的反映。也正因如此，作为进一步展开对证据制度进行讨论的基础，对证据概念的界定与理解意义重大。

一、刑事证据的概念

在世界范围内，至少存在十几种有关证据概念的不同观点，^①受篇幅所限，本章无法对其一一展开解释，而将主要展开对我国证据概念的讨论。我国目前尚未制定独立统一的证据法典，与证据有关的定义及规定分散存在于三大诉讼法中，刑事证据的权威概念由《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）相关条款作出规定。尽管如此，在国内学者的证据法学理论研究中，依旧并未对证据概念的界定达成一致共识，常见的观点包括“事实说”“材料说”“根据说”“信息说”“统一说”等，以下将重点介绍与《刑事诉讼法》相关条款直接有关的“事实说”与“材料说”两种观点。

（一）事实说

“事实说”是我国证据法学的传统观念之一，它将证据视为“证明案件真实情况的各种事实，”^②以修改前的《刑事诉讼法》第42条第1款“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”作为该理论的法律依据。“事实说”在很长时间内中具有通说理论的地位，但是对该理论的挑战也一直存在。

首先是有关“事实”定义的问题：按照《现代汉语词典》的解释，“事实”指“事情的真实情况”。^③问题是，是否所有的真实情况都能够成为证据？例如，若甲某在无目击者与监控器的场所杀害了乙某，并消除了作案痕迹、销毁了作案工具，尽管这些情况真实地发生了，但如果不具备任何具体证明材料，又如何能够证明这种情况真实存在？可见，在缺乏具体证据形式的情形中，所谓“真实情况”只是一种抽象的概念，不会被认定为证据，更不可能进入司法程序。针对这一问题，有的学者提出，基于《刑事诉讼法》第48条已经规定了证据的7种形式，因此证据就是由这些证据的法定形式所展示出的事实。对此，包括陈瑞华在内的许多其他学者则认为这样的观点混同了“材料即证据”“证据即事实”两种不同的说法，他们认为，证据不能既是“一切事

^① 孙彩虹：《证据法学》，中国政法大学出版社2008年版，第69~70页。

^② 陈一云：《证据学》，中国人民大学出版社1991年版，第104页。

^③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，商务印书馆2002年版，第1153页。

实”又是7种“证据形式”。^①

其次是关于修改前的《刑事诉讼法》第42条第1款与第3款的逻辑矛盾：该条第1款强调了证据是证明案件“真实情况”的事实，但在第3款中却提出证据需要“查证属实”才构成定案根据。这即是说，如果证据概念遵循第1款，则不能证明案件真实情况的事物自然不是证据，那么第3款中对证据“查证属实”的要求显然是多余的；反之，如果有必要对证据进行查证，则表明证据同样可能是虚假的，或证据反映的情况与客观事实具有偏差，那么第1款中对证据与案件真实情况间的联系的要求则无法成立。

（二）材料说

反对“事实说”的学者一般认为，证据只是事实的“遗迹”而非事实本身，^②同时，考虑到证据必须通过一定的证据形式得以呈现，即证据不能脱离承载证据的载体而存在，因此部分学者提出了证据概念的“材料说”。该观点视证据为“能够证明案件事实的材料”，^③在2012年我国对《刑事诉讼法》进行修改后，新《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”，由此，“材料说”取代“事实说”成为了我国当前有关证据概念的权威观点。

与“事实说”相比，“材料说”解决了前者中存在的概念混淆与逻辑矛盾这两类问题。该观点明确了客观事实、证据、经证据证明事实的关系与区别。客观事实是过去的时间中确实发生的真实情况，但若缺乏由法定形式承载的证据对其存在予以证明，则不会在司法程序中被采信。证据是具体的、帮助人们认知事实的材料，而并非事实本身。经证据证明的事实是司法过程中通过回溯性的证明活动产生的、以证据为依据的、对客观事实的主观认知，因此后者尽管应尽可能与前者竞合，但在某些证据材料缺乏或遗漏的情形中，后者与前者可能发生偏差甚至于矛盾。

由于“材料说”克服了“事实说”中存在的概念混淆，旧《刑事诉讼法》第42条中的逻辑矛盾也不再存在于新法第48条之中。新《刑事诉讼法》第48条第1款取消了对证据证明“真实情况”的要求，因此不再与该条第3款有关证据需“经查证属实”才能转化为“定案根据”的要求相矛盾，“证据”与

① 陈瑞华：《刑事证据法学（第二版）》，北京大学出版社2014年版，第68～69页。

② 谢安平、郭华：《证据法学（第2版）》，法律出版社2014年版，第55页。

③ 陈光中：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》，中国法制出版社2004年版，第133页。

“定案根据”由此被肯定为两个不同的概念。这即是说，定案根据必由证据转化而成，转化过程即对证据进行查证，只有经查证符合证据“三性”的证据才能够转化为定案根据，反之则将被排除，这与司法活动中运用证据的逻辑思维相符合。此外，“材料说”也没有舍弃对证据内容的要求，第48条第1款提出证据要能够被用于“证明案件事实”，可见新《刑事诉讼法》第48条有关证据的法定概念，是一个统一了证据内容（证明案件事实）与证据形式（8种法定形式）的概念，是一种立法上的进步。^①

二、证据的属性

证据的概念解释的问题是“什么是证据”，如何认知这一概念，并不能在法院审查证据、认定事实等具体方面形成直接影响。与对证据概念的认知不同，对证据的属性的研究则与实务工作联系紧密，它讨论的是被转化为证据的物质材料所具有的内在特征。这即是说，证据的属性不仅在于将证据这一事物与其他事物进行区分，还能够解释某一事物被采用为证据（或被排除）的内在原因。

基于法律传统与司法实践的差异，各国对证据属性的研究具有不同的切入点。普通法系中以证据的“可采性”与“相关性”讨论证据的属性，大陆法系国家通过“证明力”与“证据能力”研究证据的属性，我国有关证据属性的通说则为证据的“三性说”。

（一）普通法系中证据的“相关性”与“可采性”

证据的相关性（relevancy），又译证据的关联性，是普通法系证据法对证据提出的一项前提要求，即证据肯定或否定某项实质性问题的能力。例如，《美国联邦证据规则》第401条对相关性的定义中指出，被呈上的证据若具有相关性，则应同时具备两种特点：一是需要具有证明价值（probative value），即相较于该项证据不存在时的情况，该项证据存在时，它能够使某项事实主张更可能成立或更不可能成立；二是这项事实主张本身对定案具有重要作用。这意味着具备相关性的证据具有两方面的内涵，一是证据必须能够支持或驳斥控辩某一方的某项主张，而不能是中立的；二是要求争议事实本身与案件具有直接联系，如果证据能够证明或驳斥一项事实，但此项事实与案件的联系是间接的、或不确定的，那么此类证据依旧是不具备相关性的证据。相关性是

^① 陈瑞华：《刑事证据法学（第二版）》，北京大学出版社2014年版，第70页。

呈堂证据的一种必要能力，缺乏相关性的证据不能被采纳到诉讼活动中，即为不可采（inadmissible）证据。由此可见，证据与诉讼中的待证事实相关，是证据具备可采性的前提。

证据的可采性（admissibility）是判断一个与案件具有相关性的证据是否具有出现在法庭上的资格的关键，即该项证据是否为法律所容许。这即是说，具备相关性的证据并不一定具备可采性，依旧可能在法庭上被排除。普通法系国家采用对抗制程序（adversary system）的诉讼模式，因此在庭审中，法官不负有主动判断证据可采性的义务，对可采性的异议通过对证据的反对动议而提起，这项动议需要由诉讼另一方对举证方及时提出，之后，法官会对该项证据的可采性作出裁决。一项证据是否为法律所容许，对这一问题的考量即涉及证据取得方式或手段是否符合法定的诉讼程序，即非法证据排除的问题，也涉及一些其他方面：例如，《美国联邦证据规则》第403条指出，如果证据具备相关性，但在导致不公正的偏见、混淆争议、误导陪审团这几个方面存在危险，而这种危险大于该证据可能具有的证明价值时，或是证据造成过分拖延、浪费时间、以及是重复证据时，法官具有决定是否采纳这些证据的自由裁量权。

对证据可采性的限制是普通法系证据排除规则的主要构成方面，因此一般都由具体的证据法规则予以确定，然而由于各国法律文化上的差异，这些规则并不完全相同。例如，各国一般均认为非法取得的口供是不具可采性的，但对于非法搜查、扣押的物品、文件是否具有可采性，普通法系各国的态度并不一致：美国联邦最高法院确立的一般规则是，基于美国联邦宪法第4修正案，执法人员违反宪法规定进行搜查、没收而取得的证据，应于审判中排除，仅在少数特例的情况下才能采纳；而英国的相关规定则为，若此类证据具有相关性，则一般应予以采纳，仅当采用证据可能引起陪审团的偏见、而造成的偏见与证据的证明价值完全不相称时，法官才可以行使自由裁量权将其排除。

（二）大陆法系中证据的“证明力”与“证据能力”

大陆法系国家采用答辩制程序（inquisitorial system）的诉讼模式，法庭需要积极地参与案件事实的调查。庭审中，由于陪审团仅仅有限地适用于少量极其重要的案件，在多数案件中，法官独自承担着质询证人及被告、调查证据并对其作出评估的角色，并且，法庭最终将根据审理全过程中所树立起的、对证据调查结果的确信，同时完成定罪与量刑两项工作。这种诉讼模式上的差异，决定了大陆法系国家与普通法系国家在证据规则的确立上存在着重大差异，同

时还具有一些不同的证据法概念：大陆法系国家对于证据审查时不会重点讨论“相关性”与“可采性”的概念，而主要关注证据的“证明力”与“证据能力”。

证据的证明力，又称证据价值或证据效力，它指的是证据是否能够对证明案件事实发生作用，以及这种作用的大小。证明是通过客观材料构建主观认知的过程，因此判断证明力存在与否、是大是小，这很大程度上是一种依据逻辑与经验做出的判断。大陆法系国家以具备法学知识与职业素养的法官承担认定案件事实的责任，因此，大陆法认为审判者应具有必要的经验、理性与良心，使其足以能够对证据的证明力进行判断。由此，大陆法系一般不以具体的限制性规则规范法官对证明力的判断。

尽管大陆法系与普通法系在讨论证据属性时运用了不同的概念，但“证明力”与“相关性”却并非对立关系，而是正相关的两个概念。通常来说，与案件事实存在直接的、内在联系的证据，证明力也相对较大；反之，则证明力较小。然而，证据的证明力不能等同于证据的相关性：一份证据除却“有证明力”和“无证明力”两种判断外，证据的证明力还有大小之分；^①而证据的“相关性”描述的只是证据具有证明案件事实可能存在或不存在的的能力，因而证据只能“有相关性”或“没有相关性”，^②至于一份具有“相关性”的证据能够在何种程度上证明案件事实，则需要由陪审团或法官进一步判断。

证据能力，也作证据资格或证据的“合法性”，它指的是证据具有进入法庭审判程序的资格和条件。在大陆法中，一份证据能否进入庭审乃至转化为定案根据，它所需要具备的资格和条件在多数情况下由具体的法律条款所确定，^③在少数情况中，则由法官自由心证、认定某些证据不具备证据能力。^④对证据能力的考察构成了大陆法系的“证据排除规则”，但在有关证据能力的具体构成方面，大陆法系各国的规定并不完全一致。例如，取证手段合法是否是证据能力的必要构成？法国的证据规则对此基本予以肯定，《法国刑事诉讼法》第171条规定，若某一实质诉讼行为（例如职权机关的取证行为）违背了

① 证据的证明力大小可能发生改变，例如，如果在法庭调查过程中，法官对某一证物的真实性产生质疑、或由其他证据消除了法官的质疑，那么这项证据的证明力就会相应发生变化。

② 而对是否存在“相关性”的判断，法官一般根据实体法与程序法上的限制性规则评价“相关性”是否存在，因此通常来说，证据的相关性是比较稳定的。

③ 例如法国证据规则中的“法定无效”与德国的“法定的证据使用禁止”。

④ 例如法国证据规则中的“实质无效”与德国的“非法定的证据使用禁止”。

“《法国刑事诉讼法》或任何其他有关刑事诉讼程序规定”，同时该行为“侵害了有关当事人的利益”，该行为即无效。而《德国刑事诉讼法》的规定中，取证手段违法仅仅构成了“证据提出之禁止”，被禁止提出的证据可能被禁止在庭审中使用，但并不绝对，仅有那些被认为属于“证据使用之禁止”情况的证据，才会被严格排除于庭审之外。

与普通法系证据的“可采性”这一概念相比，大陆法系所称的“证据能力”同样也是用以描述证据是否具备进入法庭资格的概念。然而“证据能力”并不能等同于“可采性”。首先，基于诉讼模式上的差异性，对抗制模式下普通法系的法官不具有主动判断证据“可采性”的职责，对可采性的异议由举证方的反方向法庭动议，法官仅对此项动议做出裁决；大陆法系的法庭中，尽管当事人也可以就证据的证据能力向法庭提出异议，但职权制模式下，法官负有调查证据的积极义务，对于在庭前阅卷与庭审中发现的、不具备证据能力的证据，法官具有主动排除该项证据的责任。其次，从内涵上看，证据的“可采性”以证据具备“相关性”为前提，这即是说，可采性实际上包含了对证据的相关性的要求；而在大陆法系中，证据的“证明力”与“相关性”是具有联系的概念，但“证明力”与“证据能力”是两个不存在包容关系的不同概念，由此可见，“可采性”与“证据能力”的内涵是不一样的。

（三）我国的证据“三性说”

我国的刑事诉讼立法及司法实践并未采用普通法系式的“相关性”与“可采性”的证据理念。具体而言，在2012年《刑事诉讼法》的修改中，我国恢复了案卷移送主义起诉方式，与此同时，我国采用的诉讼模式基本类似于大陆法系的职权制模式，法官同时需要完成定罪与量刑两项工作。基于前述两个原因，法官在庭前必然已经通读、研究了由公诉方提交的全部案卷材料，而在此种情况下，如果法官尚未能够自主排除某些不具“可采性”或“相关性”的证据，那么即使辩诉双方在开庭后就此展开抗辩并最终由法官做出了否定裁决，也不能避免作为案件事实认定者的法官在一定程度上受到该证据的影响。普通法系式的证据理念在我国当下不具有推行的现实性。

大陆法系中有关“证明力”与“证据能力”的概念，较为匹配我国的审判组织方式与审判程序，将“证明力”与“证据能力”进行分离的证据法立法体例，也事实上得到了立法者和最高法院的认可与采纳。然而，由于我国长期保有案卷笔录中心主义的庭审模式，这导致了法官只能有限地直接接触证