



检察实务专家指导丛书

总主编 陈辐宽

副总主编 谢佑平 周永年

4

刑事检察证据 运用评析

XINGSHI JIANCHA ZHENGJU YUNYONG PINGXI

真实案例拓展办案思路 法学理论破解实践难题

中国检察出版社



检察实务专家指导丛书

总主编 陈辐宽

副总主编 谢佑平 周永年

4

刑事检察证据 运用评析

XINGSHI JIANCHA ZHENGJU YUNYONG PINGXI

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事检察证据运用评析/马贵翔主编. —北京: 中国检察出版社, 2010. 10

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0367 - 1

I. ①刑… II. ①马… III. ①刑事诉讼 - 证据 - 研究

IV. ①D915. 313. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 193502 号

刑事检察证据运用评析

主 编 马贵翔 副主编 陈卫国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 19. 625 印张 插页 4

字 数: 362 千字

版 次: 2010 年 11 月第一版 2010 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0367 - 1

定 价: 40. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

学术顾问

- 顾肖荣 中国法学会理事，国际刑法学学会中国分会常务理事，上海法学会副会长，上海社会科学院法学研究所所长、研究员、博士生导师。
- 严 励 中国犯罪学研究会副会长，上海市刑法学研究会副会长，上海政法学院副院长、教授、博士生导师。
- 谢佑平 中国刑事诉讼法学研究会副会长，最高人民检察院专家咨询委员，复旦大学法学院教授、博士生导师。
- 游 伟 国际刑法学学会中国分会理事，中国犯罪学研究会常务理事，华东政法大学刑事司法研究中心主任、教授。
- 杨兴培 华东政法大学教授、博士生导师。
- 徐澜波 上海社会科学院研究员，《政治与法律》杂志主编。
- 陈辐宽 西南政法大学客座教授，上海市人民检察院第二分院检察长。
- 周永年 全国检察业务专家，华东政法大学兼职教授，上海政法学院客座教授。
- 龚培华 法学博士，全国检察业务专家，华东政法大学兼职教授，上海政法学院客座教授。
- 陶建平 上海法学会金融法研究会副会长，上海政法学院客座教授，第三届全国十佳公诉人，上海市人民检察院法律政策研究室主任。

《检察实务专家指导丛书》总序

陈 旭*

《检察实务专家指导丛书》是一套将上海市检察院、分院、基层院在司法实践方面的优势与复旦大学法学院在法学理论研究方面的优势相结合，追求实践为理论提供实证研究对象、理论为实践释疑解惑，实现两者良性互动的丛书。本书通过汇集全国特别是上海检察实务中遇到的重点、疑点和难点问题，结合案例，由法学理论专家和检察实务专家以现行的法律和司法解释为依据，逐个分析解答，论述客观，依据充分，旨在为司法实践提供参考，以厘清认识中的误区，排解实务人员的困惑，促进严格、公正、文明执法。

丛书内容翔实，既包括实体法、程序法专辑，也包括各项检察业务专辑。丛书的作者既有在法学理论领域有较高理论水平的著名专家学者，又有在检察实务领域有较高知名度的检察业务专家或专门人才。丛书坚持开创性、理论性和操作性的有机统一，以生动的案例和理性的思辨，力求走出一条检察理论与司法实践相结合，用科学理论指导检察实践，推进检察机关规范执法的探索之路。该书具有以下特点：

一是突出针对性。丛书针对司法实践中的重点、疑点和难点问题，列举“主案例”，提炼重点，蒸馏疑点，分析难点，在专家作出“指导意见”的基础上，又列举“辅助案

* 上海市人民检察院检察长。



例”进一步论证和诠释，并指明“关联法规”等法律依据，切实解决事实认定和法律适用等方面的争议。

二是把握实践性。丛书以现行法律、解释等各种规范为依据，突出实践性和实用性，坚持为办案服务，为检察工作服务的宗旨，用法学理论来破解实践难题。只有在缺乏法律规定或法律有重大瑕疵时，才提出作者的观点，理论深度中等，其对检察工作第一线的办案人员具有指导意义。

三是注重广泛性。丛书包括实体法、程序法和检察业务三个专辑，既体现了传统丛书对实体问题的重视，又结合案例，对司法实践中经常遇到的刑事、证据、民事行政等程序问题进行了深入探讨。同时，还对刑检、自侦、控申、监所、民行等检察业务进行了研究。

四是紧跟时代性。丛书不事先确定每册书籍的内容，而是根据司法实践中迫切需要解决的实体、程序和检察业务中的问题，以“之一、之二、之三”等形式，连续、滚动出版。因此，丛书是一个只有“起点”没有“终点”的开放体系，与时俱进，与检察实务同步，充分展现时代性。

五是立足可读性。丛书援引了发生在司法实践中的大量典型案例，融会了真实性、理论性和趣味性的统一。丛书摒弃空洞的理论和晦涩的文字，以朴实无华的语言，体现出通俗和专业的结合，使其既适用于“内行”，又有益于“外行”，凸显了工具书和教科书的双重价值。

丛书追求作为静态法学和作为灵动法学的统一与和谐，以达至充满活力、开放性和创造性，其对于干部培训工作也具有重要参考作用。最高人民检察院根据中央颁布的《干部教育培训工作条例》和《关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》，制定了《检察官培训条例》和《“十一五”期间全国检察干部教育培训规划》，明确了检察队伍建设的指导思想，确定了以提高广大干警的素质和能力为重点，加强针对性和实效性的职业培训要求。最近，上海检察机关也制定了《关于全面开展岗位练兵岗位成才活动的指导意见》，围绕“一个素质、四个能力”，即检察官综合素质和出庭公诉能力、法律文书写作能力、侦查突破能力和证据分析运用能力，突出检察实务技能和执法办案规范化“两个重点”，推进岗位练兵、岗位成才活动。中国检察出版社组织策划的《检察实务专家指导丛书》，以提高执法办案能力、服务一线干警为宗旨，对落实中央和最高人民检察院的干部培训部署具有重要的实践意义。

二〇〇九年三月

目 录 Catalogue

《检察实务专家指导丛书》总序	1
----------------	---

导言：证据规则结构概述	1
-------------	---

一、刑事检察之证明标准

1. 如何把握逮捕的证明标准	19
〔主 案 例〕 林某故意伤害案	19
2. 逮捕的证明标准不同于提起公诉的证明标准	30
〔主 案 例〕 赵某强奸案	30
3. 如何把握存疑不起诉中的证明标准	42
〔主 案 例〕 杜培武故意杀人案	42
4. 如何理解刑事再审中的“证据不足”	49
〔主 案 例〕 顾某故意杀人案	49
5. 存疑不起诉案件中的被害方可否单独提起民事诉讼	55
〔主 案 例〕 范某故意杀人案	55
6. 口供补强规则如何把握	58
〔主 案 例〕 严某等盗窃案	58

二、刑事检察证据之资格

7. 智障人是否具备证人资格	77
〔主 案 例〕 赵某强奸案	77
8. 律师辩护意见应否向检察院开示	84
〔主 案 例〕 陈某、马某故意伤害案	84
9. 测谎结论可否作为证据使用	95
〔主 案 例〕 刘某故意杀人案	95
10. 勘验人可否以证人身份出庭作证	102
〔主 案 例〕 俞某、张某故意杀人案	102

11. 新兴科学鉴定能否作为定罪证据	112
[主 案 例] 黄钟钟等敲诈勒索案	112
12. 个人秘密录制的视听资料是否具有刑事证据效力	117
[主 案 例] 高某受贿案	117
13. 纪检监察证据如何转化为刑事诉讼证据	123
[主 案 例] 夏某某强奸案	123
14. 刑事诉讼中单位证明的证据效力问题	128
[主 案 例] 韩某某盗窃案	128
15. 刑事诉讼中的瑕疵证据是否具有证据能力	133
[主 案 例] 侯某某运输毒品案	133
16. 刑事再生证据的法律地位	137
[主 案 例] 李某贪污案	137
17. 行政证据的利用问题	142
[主 案 例] 林某受贿案	142
18. 文证审查意见书的证据效力问题	147
[主 案 例] 李某医疗责任事故案	147
19. 审计证据在刑事诉讼中的运用	153
[主 案 例] 李某骗取出口退税案	153
20. 全程同步录像的属性	157
[主 案 例] 王某受贿案	157
21. 司法精神病鉴定的主体资格	162
[主 案 例] 张某故意伤害案	162
22. 鉴定人资格与鉴定结论证据能力、证明力	165
[主 案 例] 张某故意伤害案	165

三、刑事检察证据之排除

23. 转述证言是否具有证明力	175
[主 案 例] 胡某、刘某盗窃案	175
24. 未出庭证人证言的证据能力和证明力	181
[主 案 例] 张某受贿案	181
25. 在不同阶段的证人证言出现矛盾时如何采信	188
[主 案 例] 石某受贿案	188

26. 刑讯逼供由谁来证明	194
[主 案 例] 张某、李某、王某爆炸案	194
27. 被告人在庭审中推翻的以前的口供是否可用	200
[主 案 例] 唐某、朱某抢劫案	200
28. 品格证据的关联性	207
[主 案 例] 陈某、高某强制猥亵妇女案	207
29. 如何区别原件与复制件	215
[主 案 例] 田某贪污案	215
30. 如何区分证人证言的客观陈述和意见之间的界限	229
[主 案 例] 黄某盗窃案	229
31. 证人主观推测的证言应予排除	240
[主 案 例] 陆某交通肇事案	240
32. 多份鉴定结论如何选择	246
[主 案 例] 何某故意伤害案	246
33. 骨龄鉴定可用于认定未成年犯罪嫌疑人的年龄	253
[主 案 例] 刘某抢劫案	253
34. 雷达测速记录作为证据的审查判断	264
[主 案 例] 胡某交通肇事案	264
35. 再审事由中的新证据如何认定	273
[主 案 例] 段某故意伤害案	273

四、刑事检察证明规则

36. 法律无明确规定的推定不能适用	281
[主 案 例] 谢某交通肇事案	281
37. 奸淫幼女案中推定明知的适用	287
[主 案 例] 阿强强奸案	287
38. 如何使用间接证据认定主要犯罪事实	294
[主 案 例] 董某放火案	294
39. 主要证据为言词证据时如何进行综合分析	301
[主 案 例] 陈某强奸案	301

导言：证据规则结构概述

新自然法学派的主要代表之一、美国著名政治哲学家、伦理学家约翰·博德利·罗尔斯（John Bordley Rawls）说过，不完善的程序正义的含义是：“即便法律被仔细地遵循，过程被公正、恰当地引导，还是有可能达到错误的结果。一个无罪的人可能被判有罪，一个有罪的人却可能逍遥法外。在这类行为是否构成贪污罪案件中，我们看到了这样一种误判：不正义并非来自人的过错，而是因为某些情况的偶然结合挫败了法律规范的目的。”^① 诉讼程序的实质首先是为法官的自由心证创造获取充分信息的空间，此即所谓方法性或技术性功能，其实行的基本步骤是对解决纠纷的天然格局即控辩均衡对抗法官居中裁决的方法予以固定，这种信息空间的内在机理在于，允许控辩双方平等地又不受限制地提出自己的材料与见解，并允许任何一方行使反驳另一方的权利，使案件事实及适用法律的真谛显露出来，这是一个法官作出公正判决的主要条件。但诉讼结构对自由心证进行的基本限制只能是基本的，不可能是天衣无缝的。它决定于程序正义的天然缺陷即罗尔斯所说的不完善的程序正义。程序保障在很大程度上讲只是一个综合性的、理论的、基本的影响与控制，不可能完全左右法官意志。而且在一个具体的案件审理中，如果一个法官受到案外人的严重影响存心要作出错误判决，上述制度所发挥的保障作用将是微小的。

^① [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 81 页。



正如一位美国教授所说：“从长远看来，除了法官的人格外，没有其他东西可以保证实现正义。”^①这种特定情形下可能发生的问题除了实行正式审判（包括审判程序公开）、审级制度、回避制度以及有刑法规定的法官的徇私舞弊罪以外，一个较为有效的制度保证就是实行证据规则主义，即增加对法官判决理由在运用证据上的一系列限制，以防止无根据或根据不充分的判决。上述分析是在假定程序公正的基础上导出的证据规则的理论价值，如程序不公，证据规则的作用将相对加大。如自纠问式诉讼产生后，因出现控辩不平等、法官不中立的现象而使诉讼程序对自由心证的规制或约束弱化，不得不在诉讼程序之外寻求约束，法定证据制度就是在这种情形下应运而生的。纠问式的失败与其说是法定证据的失败，不如说是诉讼结构的失败。在现代诉讼结构完善和法官职业化完成后，自由心证已得到根本的规制，证据裁判主义理论上已无用武之地。但在实践理性的层面上，证据裁判主义公正的价值追求仍将占有相当重要的地位。这是因为程序不可能绝对完善，法官也不可能绝对无私心。

我国刑事证据规则的主要立法表现形式见之于刑事诉讼法第五章第42条至第49条的规定，此后在最高人民法院和最高人民检察院关于刑事诉讼法的司法解释里有一些零星规定。2010年7月1日起施行的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断的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》对刑事证据规则的规定相对较为集中。总的来说，这些规定存在以下几个问题：第一，没有对证明模式作出规定。证明模式是指证据裁判主义和自由心证相结合的证明案件事实的基本方式，其关键点在于是否把作为自由心证最终表现形式的内心确信作为定案的基本原则，以此形成目前世界各国所普遍实行的所谓自由证明模式。我国刑事诉讼法及相关解释的上述规定均未承认自由心证，也没有把内心确信作为定案的必备条件。其直接后果是导致司法机关特别是法院在认定刑事案件事实时证据裁判主义的阴影过重，具体表现为应用证据上的形式主义形成了一个基本普遍的现象，很多案件法官在自己都不相信案情的情况下作出判决并由此造成了相当数量的冤假错案。第二，刑事证据规则的数量严重不足。从我国刑事证据规则的已有规定来看，许多证据能力规则并未作出明确规定，比如证据失权规则、排除传闻证据规则、自白任意性规则、司法认知规则等，相对而言作为证据规则主要构成部分之一的证明规则规定的尤

^① [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》（中译本），苏力译，商务印书馆2002年版，第8页。

其稀少，一个最明显的例子是作为刑事证据规则前提和基础的刑事证明标准规则长期以来实际上也没有作出完整明确规定，导致司法机关特别是法院在认定刑事案件时没有一个衡量标准，在相当多的案件中法官竟然在证据存在疑点的情况下作出判决，比如众所周知的余祥林案件、杜培武案件、陈世杰案件、滕兴善案件等，还有刚刚发生的赵作海案件，教训是很惨痛的。第三，现有刑事证据规则的立法形式太简单，导致操作性不足。一个完整的证据能力规则不仅需要法律对证据规则的含义作出明确的限定，更需要对证据规则的各种例外情形作出尽可能详细的例外情形的列举，这样每一个刑事证据能力规则就构成一个完整的体系。比如品格证据排除规则不仅要求立法者对什么是品格证据作出尽可能明确的限定，还需要立法者对哪些情况下不排除品格证据的例外作出详细列举。而我国现有的刑事证据规则即使涉及某一证据规则，一般既没有对证据规则的含义进行解释，更缺少大量的例外规定，使得现有的刑事证据立法充其量最好只能说它们是一种原则规定。第四，现行立法对见乎于刑事诉讼程序和刑事证据规则之间的所谓证据程序规则缺少明确完整的规定。比如举证责任分配规定、直接言词规则、交叉询问规则等。第五，现有刑事证据规则未形成一个合理的结构体系。比如证据能力规则之间如何合理排列它们之间的顺序？证明规则包括哪些规则？如何排列？这些问题在现有证据规则里呈现出的是一种混乱状态。这也是我国现有刑事证据规则立法不完整的一个重要原因。第六，现行刑事诉讼法对刑事证据种类的限定有待于进一步改革。《刑事诉讼法》第42条规定的刑事证据的合法形式有七种，也就同时意味着如果某一种证据无法归于这七种里的任何一种，那么它将被看作是非法的，这对探求刑事案件真相造成了一定的妨碍。比如电子证据合法性的讨论就是基于法律作出这样的法定形式的限定而发生的。从理论上讲，对证据的合法形式进行种类限定本质上属于欧洲中世纪形式证据制度的遗留，建议以后的改革方向是，要么完全废除这种证据合法形式的规定，那就是任何能够证明案件真实情况的信息都可以作为证据，而不管它们是以什么形式出现的；要么在现有规定的法定证据形式之外再加一个变通性的规定，即由法律明确肯定这些合法形式之外的其他证据形式经过查证属实都可以作为合法证据形式。我国现有刑事证据规则在立法上存在的上述缺陷，使得司法实践中刑事案件的证据运用普遍缺少法律依据，这也直接导致了我们在对我国刑事司法案例进行证据分析时在法律分析层面遇到了诸多障碍，我们不得不经常采用的分析模式是，从我国刑事诉讼法和相关司法解释的原则性证据规定出发进行逻辑和经验性解释，而这些逻辑和经验性解释又经常须求助于西方发达国家的刑事证据规则立法例，这些立法例相对于我们只能看作是法律未作禁止的理性选择。从法理上讲，对国家公权



力机关而言，当法律规定不明确时把一定的理论甚至经验作为执法依据也应当是允许的，从实施法律的角度讲，也是无可奈何的。事实上，就是在西方发达国家特别是英美法系国家它们的刑事证据规则相对很完整、很系统，数量也多，但并不意味着已经做到了天衣无缝，当遇到法律没有明确规定的情形时，法官求助于以诉讼目的为前提的逻辑推演和经验采纳也是不可避免的。正像本书作者在对刑事检察证据案例进行分析时共同企望的那样，最好的对策还是尽可能实行我国刑事证据规则的系统化和科学化。刑事证据规则从本质上讲，其适用范围应是在法庭审判中发挥作用，但这并不意味着刑事证据规则对审判前控辩双方的证据运用是无能为力的，审判的最终性往往迫使控辩双方在开庭审判之前即不得不关注证据规则所作的种种限制，这是不言而喻的事实。在审判前控辩双方的证据运用中作为国家公诉机关的检察机关显然处于一个引人注目的位置。实际上检察机关的刑事证据运用所遵循的证据规则从实务的角度讲涵盖了几乎所有刑事证据规则的内容，而本书中所分析的刑事检察证据案例并不限于开庭前，也包括开庭过程中的检察证据，甚至包括二审抗诉、再审抗诉的检察证据。这样我们所关注的刑事检察证据运用在相当程度上具有全面性、代表性，作者们对案例的分析以及结论不仅对于指导我国检察机关运用证据处理刑事案例具有直接的参考价值，而且对于我国刑事证据的立法也具有积极的参考意义。

为了便于读者理解本书作者对刑事检察证据的评析，需要对刑事证据规则的内在结构进行一般性的理论分析。证据立法体系的确立是证据立法的重大问题之一，比如，如何在总体上划定证据规则的立法范围？如何区分证据规则与诉讼程序的界限？如何合理编排单个证据规则的顺序？不同诉讼证据规则的共性与差别是什么？解决这些问题需要探索证据规则结构。证据规则结构是证据规则的排列组合方式和相互关系的总称。证据规则结构形成的基本理论来源于对证据规则功能的解读，即证据法一方面通过一系列规则来尽可能确保证据的

可靠性，为实现实体公正提供协助，^① 这是证据规则的首要功能；另一方面通过一系列规则来防止证明上的拖延，并以此来达成促进诉讼效率的目标。效率规则又以可靠性规则为基础。

证据规则结构展开的逻辑起点是确保口头证言的可信性。证据可靠性规则作为证据规则的基础和先导首先关注的是虚假性证据的排除。^② 问题在于进一步的追问：什么样的证据表现形式是虚假的？检验证据虚假性的标准是什么？这两个问题最后归结为：需要确立一个最可靠的证据表现形式作为参照。这个所谓最可靠的证据表现形式我们通过以下分析得出的结论是口头证言。其一，实物证据的脆弱性。以杜培武案为例。1998年4月20日晚，昆明市公安局民警王晓湘（女）与昆明市石林县公安局民警王俊波（男）双双被人枪杀于王俊波当天所驾驶的警车内。公诉机关指控实施故意杀人的是杜培武，指控的关键证据之一是汽车踏板下胶皮垫上提取的泥土与杜培武所穿警式衬衣衣领左端、右上衣袋黏附的泥土痕迹，在其所穿警式外衣口袋内提取的一张百元面额人民币上黏附的泥土痕迹，以及在本市北郊云南省公安学校射击场上提取的泥土，经鉴定均为同一类泥土，证实杜培武曾将云南省公安学校射击场泥土带入警车内，并黏附在自己的衣服及人民币上的事实，并辅之于警犬识别无误。公安局为了使泥土的鉴别更加可靠，先后找了11位专家做出了相同鉴定，以此证明杜培武开过那辆发生凶杀案的车，并进一步推论杜培武为凶手。这样的推论看起来是有非常大的说服力的。但事后证明是错误的，杜培武根本没有上过

① 证据规则为实现实体公正提供协助的实质是诉讼结构对自由心证进行基本限制的基础上的进一步限制。诉讼结构对自由心证进行基本限制的实质主要是，科学的司法程序结构正确协调了诉讼主体之间的关系。比如控、辩、审三方关系和他们各自的内部关系，使诉讼主体职责分明、相互制约，从而有效地防止了诉讼主体的人情和恣意对诉讼过程产生的干扰。然而在实际的程序运作过程中，单个或少数法官的审判过程总是不可避免的，法官受环境影响的可能性或危险性是程度不同地永远存在的。如果一个法官受到案外人的严重影响存心要作出错误判决，上述制度所发挥的保障作用将是微小的。为此，一个较为有效的制度保证就是实行证据规则制度，即增加对法官判决理由在运用证据上的一系列限制，以防止无根据或根据不充分的判决。

② 证据规则无法从正的方面指明哪些证据是真实可靠的，但可以从反的方面指出哪些证据可能或极有可能是虚假的并予以排除。这是证据可靠性规则主要表现为排除规则的基本原因。



那辆车，人也不是他杀的。^①这是为什么呢？是鉴定错误吗？11位专家就同一问题作出了相同的鉴定结论，而且动用警犬对泥土进行鉴别完全吻合，应该肯定错误的可能是微乎其微的，或者可以肯定地说是正确的。既然鉴定是正确的，那么如何解释杜培武没有上过那辆车呢？最有说服力的解释是什么呢？在办案警察与杜培武无怨无仇不存在陷害的可能的情形下，可以解释为，办案警察在主观确信杜培武杀人无疑的情形下急于求成，担心证据不扎实而使杜培武逃脱惩罚而对证据进行的加工，具体做法是把现场勘查提取的离合器上泥土的一部分涂抹到杜培武的鞋子和衬衫上。办案警察伪造证据的可能性极大，大到可以让人确信的程 度。在这里我们看到，我们一向认为的那些可信性最高、客观性最强的所谓实物证据可以轻而易举被人篡改，表面上看证据本身是确凿无误的，而实际上是被伪造的。其脆弱性在预料之外实际又在情理之中。本案中，物证的一个关键环节即物证的来源被忽略了。比如杜培武鞋子上泥土的来源，是建立在警察不会伪造证据的先入为主的基础之上的。对于现场勘查笔录中描述的泥土的来源未经审查而自然相信了。至于鉴定结论是对物证的检验，物证的来源被伪造，鉴定结论当然被架空了，其脆弱性和物证是一样的。其二，口头证据的可信性。那么，物证的来源等问题用什么方法可以证明呢？由于物证的来源涉及人在收集物证的动态运用过程，即提取、保存、运输等一系列按时间流程而形成的不间断的行为运动过程，对于这样的行为进行固定，一是靠人脑形成印象并把它描述出来，即用一系列判断的形式表现出来；二是靠现代科技手段，比如摄像的方法展现出来。从理论上讲，用多部摄像机，多角度、全方位、不间断地固定取证过程当然可以防止像本案中办案警察伪造证据的现象。但这样的设想实际上会因为耗资巨大而变得不可能。这样，固定取证运动过程就只剩下人脑了，而人脑固定储存下来的事实只能以证人证言的形式展现。由此看来，确保物证可靠性的基础并不是物证本身，而是证人证言。那么其他实物证据的情形如何呢？关于鉴定结论，由于鉴定结论本身是对物证的

① 警方以昆明市公安局戒毒所民警、王晓湘丈夫杜培武因对“二王”有不正当两性关系怀恨在心、涉嫌骗取王俊波佩带手枪将“二王”杀害为由将杜培武逮捕。案件不久在杜培武承认杀人后即侦查终结。昆明市中级人民法院以故意杀人罪判处杜培武死刑，剥夺政治权利终身。一审判决宣布后，杜培武向云南省高级人民法院提起上诉，1999年10月20日，云南省高级人民法院作出终审判决，杜培武由死（立）刑改为死缓刑。2000年6月，昆明警方破获了一个杀人劫车特大犯罪团伙，该团伙“自1997年以来，抢劫盗窃杀人作案23起，共盗抢车辆20辆，杀死19人，杀伤1人”。这些犯罪嫌疑人供称杀害“二王”系他们所为，并交代了杀人的经过。（刘斌主编：《二十世纪末平反冤假错案案例纪实》，载 http://www.hicourt.gov.cn/bbs/show_con.asp?id=2811&a_id=6）

分析，物证本身的可靠性基础是证人证言，那么鉴定结论可靠性的基础当然也是证人证言。在杜培武案件中，不管专家鉴定如何正确也不能反映案件的真相，就是因为鉴定的对象泥土被伪造而使它失去了可信性基础，当然鉴定结论本身发生错误也可能出现其他情形，即在鉴定材料由办案人员交给鉴定人以后，鉴定人也有可能偷梁换柱或发生失误而张冠李戴。鉴定结论的这些错误如何得到证明或揭露呢？唯一的方法就是传唤鉴定人出庭作证并在法庭上进行盘问而使其暴露曾经发生的错误。上面的分析得出的一个基本结论是：证据可信性基础不是物证，也不是书证、鉴定结论或勘验检查笔录，也不是视听资料，而是以这些实物证据的来源或取证过程形成的人的判断为基础的一系列判断。然而这只是一个初步结论。接下来讨论的问题是如何在法庭上审查判断证据的真实性？作为诉讼证据判断的一个明显特征是除了鉴定这一专业性判断是一种分析推理以外，其他判断均是直观反映事实的，所以审查判断证据的目标实际上是审查判断证据的真实性的。证人对自己的所见所闻如果只提交书面文件，则不易审查其真实性。原因是：其一，书面文件制作人是谁？是否真有其人？书面文件上的签名或印签是否他本人的？虽然这些问题在一般情形下不会成为问题，但确实存在伪造书面证言的现象，这是我们不能掉以轻心的。证人如果亲自到庭接受询问则不存在这些问题。其二，更重要的一点是，如果控辩任何一方对书面证言的真实性发生疑问，如果仅仅是对书面证言批评一番，毕竟是缺乏实实在在的说服力的，难以澄清疑问，相对而言，如果证人当庭作证，那么控辩双方就可以采取种种手段（包括察言观色^①）来澄清想要查明的的问题，真实地予以肯定，错误或虚伪地予以否定。比如，在杜培武案件中如果辩护律师怀疑所谓鞋子上的泥土是伪造的，单凭对现场勘验笔录的批评是不够的，如能传唤勘验的警察和向鉴定人提交泥土的警察出庭作证并进行有策略、有技巧的细致发问，很有可能揭露其谎言从而避免一起冤假错案。由此我们看到，证据可信性的基础与其说是作为判断的证人证言不如确切地说是口头证人证言。口头证言作为证据可信性的基础的实质是，所谓证据系统是由一个个相互统一的可信的口头证言形成的。如果把证据系统比作一个“网”，那么口头证言就是编织成这个网的“线”。当然，实物证据虽然不能“独立存活”，但可以增强证人证言的说服力。如果把口头证人证言作为证据系统的基础，那么实物证据就是使这一系统更为稳固的信息。如果把此证据系统比作一张“网”，口头证言是编织成网的“线”，实物证据则类似于网上的一个个“结”。其三，证

^① 察言观色是很有实际意义的。一个撒谎的证人在正式的法庭上接受盘问因其心理压力较大，很难镇定自若。



据规则需要以口头证据为参照而展开。在一个完整的诉讼中，如果事实有争议需要证明，那么证明体系的形成是由一个个口头证言来构建的，实物证据是从属于证人证言的。而运用证人证言来证明案件事实具体操作时会遇到一系列问题需要解决。比如证人由于特殊原因不能到庭亲自陈述是否允许找人代替？证人精神状态有问题可能影响证言真实性如何对待？律师发问方式不当要不要制止？在对证人证言需要佐证时，提交实物证据的复制件是否允许？证明到什么程度就可以结束证明？在案件有争议时谁有提交证据的责任？如此等等。解决这一系列问题需要立法者确立一系列法律规则，这些法律规则就是证据规则。

确保口头证言真实性的规则是证据规则的核心。证据规则既然以口头证据的可信性为逻辑起点，那么它是如何展开的？确保证言可靠性的规则首先关注证据的资格问题，由此产生了其第一层次的关于证据能力的基础性规则，包括证据能力取得、证人主体能力（即资格）、证据开示和证据能力的适用对象要求。证据能力取得的含义是证据应在诉讼的有效时间内提出。证人能力是指证人提供真实证言的能力，主要指证人正确表达的能力，另外也包括证人撒谎可能性的预防。证人能力规则的目的是尽可能确保法庭上作证的证人既能正确表达又不会有意撒谎。确立证人能力规则的基本方法是，先从正面规定证人能力的含义，然后从反面规定不具备证据能力的情形。这是因为从正面规定具备证人能力的情形是不必要的也是不可能的。不具有证人能力的情形相对于证人能力的基本含义是反面的，不具备证人能力的情形可由法律规定一些指导性规则，比如精神病、弱智、年幼等。关于证人能力的另一类规则是确定具有证人能力但仍可否定其作证能力的例外情形，其实质是排除那些有资格没能力的情形，比如醉酒、有意撒谎等。证据开示是为了充分发挥控辩双方的质证作用，一方提出的证据对于另一方来说应该有一定的准备时间，如果没有这样的准备时间，对于提出证据的对方来说就构成了证据上的突然袭击，也即所谓证据突袭。证据突袭因受到突袭的一方处于仓促应战状态而不易提出恰当的反驳而可能妨碍对案件真相的探求，也可能成为受袭击一方不断进行延期审理的理由而降低诉讼效率。基于此就有必要设置防止证据突袭的规则。证据开示规则就是在这一个条件下应运而生的。防止突袭的规则立法表达方式是，先由法律确立禁止突袭的一般规则然后再确定控辩双方开示证据的一整套程序制度。证据能力的适用对象要求即哪些事实必须以有证据能力的证据进行证明的范围限定问题，由此产生了所谓严格证明与自由证明规则。

第二层次的规则则转向对证言内容的关注，其目的是确保证言真实性。我们可把它称为证据能力基本规则：第一，首先关注的是证据与待证事实是否关