

诉讼法学文库 2011(2)



总主编 樊崇义

论刑事证据排除

葛玲 著

ON THE EXCLUSION OF CRIMINAL EVIDENCE

证据排除是诉讼中的一个重要问题。不仅关系到案件事实的认定，也关系到公正、效率、人权、秩序等多
分别从宏观和微观两个层面，对
总结。宏观上，从时间、法系、
条件、不同法系以及不同诉讼在
从实体与程序两个方面，对证据排除的具体运作进行了细致分析。在总结规律
的基础上，对我国有关理论和制度进行了反思，并有针对性地提出了相关完善
建议。



中国人民公安大学出版社

● 诉讼法学文库 2011 (2)

总主编 樊崇义

论刑事证据排除

On the Exclusion of Criminal Evidence

葛 玲 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

论刑事证据排除/葛玲著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 3

(诉讼法学文库 / 樊崇义主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0350 - 0

I. ①论… II. ①葛… 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 (2011) 第 026336 号

诉讼法学文库

论刑事证据排除

葛 玲 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2011 年 3 月第 1 版

印 次: 2011 年 3 月第 1 次

印 张: 16.75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 292 千字

印 数: 1~3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0350 - 0

定 价: 45.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsue.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

“诉讼法学文库”总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一：司法

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第25期。

机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如，刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具，忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用，忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋，已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐，而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面，必须在宏观法律观念上作一个大的转变，同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理，可以帮助我们全面地认识司法机关的功能，并对各种不同的诉讼模式及规则进行正确的取舍，从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式及规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，所以对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动的公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的来看，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面和系统的探讨。因此，随着我国法治进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国

诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实践工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

“诉讼法学文库”自 2001 年面世以来，得到了诉讼法学界专家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励，在这里特向广大读者和作者致以诚挚的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任

The image shows a handwritten signature in black ink. The characters are stylized and cursive, appearing to read '樊崇义' (Fan Chongyi), which is the name of the honorary president mentioned in the text.

2007 年元月于北京

序

证据排除是诉讼中的一个重要问题，直接关系到案件事实的认定，对案件处理具有重大影响。其通过对允许进入诉讼的证据施加某些限制，不仅有助于准确查明案件事实防止误判，还有助于公正、效率、人权、秩序等多种价值的有效协调。对于这样一个重要问题，值得深入研究。目前，世界各国对此问题也给予了高度关注，不仅相关理论研究成果日益丰富，而且相关制度建设也日益完善。然而，在我国由于受传统诉讼观念、司法体制、研究方法等主客观因素的影响，有关证据排除问题的理论研究还不够深入，有关制度建设还比较薄弱。这种状况与证据排除在证据法中的重要地位相比，还很不相适应。由于对证据排除这一证据法的核心问题缺乏应有的关注和足够的研究，使得我国的证据法学研究从整体上表现出法律思维的欠缺，证据制度因依附于实体法目标而缺乏独立性，无法充分发挥出价值协调的多元化功能。因此可以说，加强对证据排除问题的研究，对于我国具有非常重要的现实意义，且具有相当的紧迫性。

作者则敏锐地捕捉到了这一前沿问题，并采用历史、比较、实证等多种研究方法，展开全面而深入的研究。相对于目前我国已有的研究成果，本书具有以下三方面特色：

1. 视野更全面。既有的研究很多是单就某一项证据的排除而进行，如针对非法证据排除规则、传闻证据排除规则等的研究，尚缺乏对证据排除问题普遍规律的系统总结。本书则立足于更高层面，在对各个具体排除问题考察的基础上，从整体上概括抽象出证据排除在产生发展、范围、程序等多方面的基本规律，甚至上升到哲学层面做了一定的分析。另外，为了更加全面地探寻证据排除的基本规律，本书还对刑事证据排除问题与民事证据排除问题进行了尝试性的比较研究。这在现有的研究中也并不多见。

2. 视角更独特。诉讼是一个动态的过程，证据被排除正体现了诉讼的这一特性，同时其本身也是一个逐步展开的过程。针对这一特点，本书强化了对证据排除问题的动态考察，不仅从技术角度细致分析了证据排除在诉讼中

是如何实现的，而且对不同的证据排除模式与不同的诉讼模式之间的内在关联作了深入探究。这区别于以往仅从静态的角度对证据能力、证据可采性所作的研究。这种立体化、情境化的研究，不仅有助于对问题本身的理解，而且更能凸显证据法与诉讼法等相关法律之间的相互关系，从而在制度完善时作更加系统、全面的考虑。

3. 文风更朴实。本书所含资料丰富，涉及不同的法系、不同的历史发展阶段以及不同的诉讼领域，但同时又不满足于对表象的描述，而是力图透过纷繁复杂的事实和现象，揭示出隐藏在背后的深层次的规律。本书分析论述张弛有度，不瘟不火，一些论证和观点具有相当的理论深度。本书没有华丽的辞藻，没有洋洋洒洒的过多笔墨，有的只是对资料的客观中立的分析以及经过审慎思考后的结论。这也体现了作者严谨的治学态度和扎实的理论功底。

优秀的作品从来不是轻易成就的。本书是作者在其博士毕业论文的基础上精心修改而成。在选题之初，作为她的导师我就向其指出，该选题具有较大的研究及写作难度，但她知难而上，并进行了长时间的积累和悉心研究。功夫不负有心人，两年后一部结构严谨、体系完整、资料翔实、论证扎实的毕业论文最终问世。答辩会上，全体答辩委员会委员均给予了高度评价，并一致评定为优秀论文。

当然，本书也存在一定的不足，如有些论述还有细化的空间，有些观点还有进一步探讨的余地。但瑕不掩瑜，本书依然不失为一部佳作，相信会对我国有关理论研究的推进及立法的完善起到一定的助力作用。作为她的导师，我为此书的出版感到高兴和欣慰，也衷心地祝愿她在今后的学术道路上取得更大的成绩。

樊崇义

目 录

引 言	(1)
第一章 概述	(4)
第一节 相关概念辨析	(4)
一、证据能力	(4)
二、证据可采性	(7)
三、证明力	(9)
第二节 证据排除	(12)
第二章 证据排除的法理分析	(15)
第一节 证据排除的哲学基础	(15)
一、认识论	(16)
二、人性论	(18)
三、价值论	(21)
第二节 证据排除的产生与发展条件	(26)
一、司法证明方式的理性化	(27)
二、诉讼模式的演进	(31)
三、理念的变化	(33)
四、现实条件的改善	(35)
第三节 证据排除与自由心证	(38)
一、“自由心证”之自由的必要性与相对性	(38)
二、证据排除对自由心证的制约和保障	(41)
三、证据排除给自由心证带来的挑战	(43)
第三章 两大法系有关证据排除的理论与立法	(46)
第一节 英美法系国家有关证据排除的理论与立法	(46)
一、英美法系有关证据可采性的理论发展	(46)
二、英美法系关于证据可采性的立法与实践	(49)

三、英美法系证据可采性规范的程序基础	(53)
第二节 大陆法系国家有关证据排除的理论与立法	(57)
一、大陆法系有关限制证据能力的理论	(57)
二、大陆法系关于证据能力的立法与实践	(61)
三、大陆法系在证据排除问题上的主要特点	(63)
第三节 两大法系证据排除制度之比较与评析	(64)
一、规范的复杂程度	(64)
二、调整方式	(67)
三、法官自由裁量权的行使	(69)
四、对证据排除的需求	(70)
第四章 证据排除规则	(76)
第一节 证据排除规则概述	(76)
一、证据排除规则的含义及特点	(76)
二、有关证据排除的具体规范形式	(78)
第二节 主要基于证明原因的证据排除规则	(81)
一、品格证据规则	(82)
二、传闻证据规则	(87)
三、意见证据规则	(94)
第三节 主要基于政策原因的证据排除规则	(100)
一、非法证据排除规则	(100)
二、特权规则	(109)
第五章 证据排除的程序	(116)
第一节 证据排除的启动	(116)
一、主体与方法	(116)
二、时机	(120)
第二节 证据排除的方式	(123)
一、法定排除	(123)
二、裁量排除	(125)
三、二者的关系	(130)
第三节 确定证据是否排除的程序	(133)
一、英美法系的确定程序	(133)
二、大陆法系的事后控制模式	(136)
三、排除效果分析	(138)

第六章 刑事证据排除与民事证据排除之比较	(142)
第一节 证据排除适用的严格程度	(142)
一、刑民诉讼对待相同证据的不同态度	(142)
二、原因分析	(148)
第二节 证据排除中的相关主体	(149)
一、诉讼双方在证据排除中的作用	(149)
二、有权排除证据的主体	(156)
第三节 程序性因素对证据排除的影响	(157)
一、证据提出主体	(157)
二、证据提出时间	(163)
第四节 实体法对证据排除的规范作用	(170)
第七章 完善我国证据排除制度应当解决的几个问题	(173)
第一节 理论的反思与建构	(173)
一、关于证据概念的研究	(174)
二、关于证据属性的研究	(177)
三、关于证据能力的研究	(182)
第二节 制度的偏差与调整	(185)
一、我国刑事证据排除制度存在的若干问题分析	(185)
二、完善我国现行制度的基本思路	(194)
第三节 我国目前亟待建立和完善的证据排除规则	(205)
一、非法证据排除规则	(205)
二、传闻证据规则	(211)
三、特权规则	(215)
第四节 相关条件的配合与保障	(218)
一、现实条件与障碍分析	(218)
二、证据排除对定罪不利影响的消解	(226)
结 论	(235)
参考文献	(237)
后 记	(249)

引言

对于任何一个现代法治社会来讲,形成良性秩序的基础在于法律规范具有确定性和案件事实具有确定性。否则,法律的调控便是偶然或任意的。因而,如何确定案件事实不仅是正确司法的关键问题,也是法治的基础问题。然而,“如何使事实真相得以明确之工作虽可谓裁判之重心,但亦绝非为件容易之事”。^①

对于案件事实的确定,只能依赖于所遗留的证据。但是,因为原始的案件事实不可能再现,通过证据重构的案件事实即使与其有所出入也未有终极的标准来检验,因此需要将其成立的标准转化为接受标准、检验标准。在此意义上看,证据的取舍问题便成为诉讼中至关重要的问题:一方面,它决定了通过诉讼程序最终所确定的案件事实的具体内容;另一方面,它使案件事实的确定在形式上具有了一个客观化的检验标准。美国证据法学者彼得·墨菲(Peter Murphy)就曾经说过,“诉讼中所要解决的是与证明有关的问题,说到底主要是对证据的采纳与排除问题”。^②

对于这样一个诉讼中至关重要的问题,各国证据法均予以了规范。美国证据法学家乔恩·R. 华尔兹指出:大多数证据规则都是关于什么应被接受为证据的问题——可采性问题。^③著名的证据法学者塞耶也曾经指出,证据法的独特功能在于排除证据。^④英美法系国家基于陪审团审判、对抗制、集中审理等制度因素,历经几百年的时间发展出一套内容繁杂、体系完备的证据排除规则。在强调查明案件事实真相的大陆法系国家,在继续采用传统的通过诉讼程序对法官采纳证据的权力进行约束、规范的同时,近年来也逐渐出现了一些针对特定资料的证据排除规则。目前,证据排除已由普通法系的独

① 黄朝义:《论证据与事实认定》,载《台湾法学期刊》2000年版,第97页。

② Peter Murphy, Murphy on Evidence, Blackstone Press, 1997. p. 1.

③ [美] 乔恩·R. 华尔兹著:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第10页。

④ J. I. Montrose, Basic Concepts of the law of Evidence, Edited by William Twining Alex Stein: Evidence and Proof, Dartmouth Publish Company Limited, 1992, p. 352.

特现象发展成为现代各国证据法一个共同的核心精神。证据排除问题也成为各国证据法学研究中的一项重要课题。

在我国,长期以来理论界在证据概念、证据属性等基础理论方面做了很多工作,也取得了一些成果。但客观地说,关于证据排除这个证据法中的重要问题被忽略了。这主要与传统的证据法学过分重视认识论取向、过分追求“积极的实体真实发现主义”有关。因此,在理论研究上偏重于从技术层面探寻如何有效地查明案件事实,而不是从法律的角度探寻如何构建一套保护权利、限制权力的证据规则。陈瑞华教授曾对我国的证据法学研究做过深刻反思。他指出,我国的证据法学研究包含着大量逻辑、经验和认识规律的混合知识,而少有关于证据规则的分析和归纳,使有关证据规则的研究在中国并没有与诉讼程序和规则联系起来,而流于一般意义上的证据分析,忽视了诉讼活动的特殊性。^①可以说,在证据排除这个在国外被普遍当做证据法核心问题的研究上的缺失,恰好体现和证明了我国证据法学研究的上述特点和倾向。当然,这与我国传统证据法学形成于20世纪七八十年代,在研究视野、资料信息、思维模式等方面受到较多历史局限有很大关系。

近年来,随着法律真实、程序正义等观念的逐步确立和思维方式的逐步转变,证据排除问题也逐渐受到关注,关于证据能力、证据可采性、非法证据排除规则、传闻证据规则等与证据排除有关的专著和论文也越来越多。但同时不能否认的是,相关研究在系统性和深入性方面还略显不足。譬如,偏重于对国外相关制度的介绍,理论思考不足;研究局限在就规则论规则的层面,在证据排除问题上证据法与诉讼法之间的内在联系还未受到应有关注;证据排除在刑事、民事等不同领域内的差异也未见有清晰明确的表述;等等。可以说,证据排除问题在我国仍是一项有待继续深入并且极具潜力的研究课题。对它的研究,是合理构建我国证据法学的基本理论体系和规则体系必须迈出的重要一步。

从制度层面看,区别于国外证据制度以证据的“可采性”为中心的做法,我国目前的证据制度是以“证明性”为中心,缺乏对证据资格的有效限制。主要表现在两个方面:一是证据立法多偏重于对证明过程的调整,大量内容涉及对取证、举证、质证等诉讼环节的规范,而较少直接针对证据本身的效力作出规范。二是在证据的审查判断上,关注更多的是对证据的证明力的规范,而非对证据能力的规范。以司法解释形式初步确立的证据排除规则,

^① 陈瑞华著:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2005年版,第362页。

不仅数量少,缺乏系统性,同时还存在着用语模糊、配套规定缺失、规定本身缺乏合理性等问题。从司法实践情况看,由于制度设计上的漏洞以及客观真实的诉讼理念、相互印证的司法证明模式、流水作业式的诉讼结构等多种因素的影响,使得证据排除在我国刑事诉讼中还难以有效落实。由于缺乏对证据资格的有效限制,法官在证据采纳问题上享有较大的权力,这就在一定程度上造成了司法不统一、诉讼公正等多元化诉讼价值难以很好实现等问题。作为诉讼制度核心的证据制度的改革与完善,不仅是建立现代司法制度的重要环节之一,也是实现司法公正的重要保证。目前,证据立法问题已经引起了社会各界的普遍关注。在这种背景下,深化对证据排除问题的研究,推动证据制度现代化,更好地发挥制度本身所应具有防止误判和价值协调等重要功能,无疑具有非常重要的现实意义。

基于证据排除问题在证据理论研究、诉讼实践中的重要地位以及在我国目前的实际状况,笔者决定选取该问题进行专题研究。一方面,希望能够推进我国对证据排除这一重要问题的理论研究,并借此推动我国证据理论从“证据学”向“证据法学”的研究转变;另一方面,也希望能够促进我国相关证据制度和诉讼制度的完善,从而对解决实践中所存在的一些突出问题有所助益。考虑到目前刑事司法不仅是国家治理的重要领域,同时也是国家践行法制的重要阵地,各种价值、利益之间的冲突更为剧烈,^①笔者遂决定选取刑事诉讼为视角,重点对刑事领域证据排除问题进行研究。同时,为了更加清晰地体现出刑事证据排除的特点,也将从比较的角度对民事领域的证据排除问题进行分析。

当然,对该问题的研究也具有相当的难度。不仅需要对国内外的相关制度有比较全面、详细和准确的了解与把握,而且需要从相对零散甚至具有迷惑性的制度规定中总结、概括出一般规律。这对研究的主客观条件都提出了相当高的要求。由于精力和能力有限,本书将不追求内容上的“大而全”,同时也不执著于对具体制度细节的纠缠,而是力争在“透过现象看本质”的考察的基础上,加强对规律性东西的总结。因此,能有一点“片面的深刻”便深感足矣。

① 德国刑法学者罗科信(Roxin)在其著作《刑事诉讼法》中开宗明义地讲道:“刑罚是国家对国民自由的侵害方式中最为严峻的一项,也因此其被视为最受争议的一项;该项刑罚之执行亦正意味着,为了大众之安全利益而完全地忽视了犯罪行为人之自由利益。也正因此,使得团体与个人之利益绝无仅见地只有在刑事诉讼上才有如此重大的冲突。”参见[德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第13页。

第一章 概 述

第一节 相关概念辨析

概念是解决法律问题所必需的工具。没有严格限定的专门概念，我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。^① 因此，对证据排除问题的研究，也需要从对相关概念的分析入手。

一、证据能力

证据能力，亦称证据资格，或称证据适格性，是指具有可为严格证明系争的实体法事实之资料的能力。易言之，即某种资料具有可作为证据之能力。^② 也有学者从证据采纳的角度定义证据能力，如“证据能力，亦称证据资格，谓证据方法或证据资料，可用为证明之能力，自证据之容许性言之，亦即可受容许或可被采用为证据之资格。凡属可受容许之证据，亦可称之为适格之证据”。^③ 证据能力是大陆法系的概念，多见于日本及我国台湾地区的证据法学理论和相关立法之中。在英美法系，与之相对应的概念是证据可采性。无论是在大陆法系还是英美法系，证据裁判原则的确立使得法官查明案件事实必须依靠证据，因此诉讼中首先必须解决的问题是，什么样的证据允许在诉讼中使用，也就是证据资格问题。证据能力、证据可采性规范便是为解决该问题而设置的。

证据能力指的是一种法律上的资格，是法律对某种资料能否在诉讼中用

① [美] E. 博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第486页。

② 林山田：《刑事诉讼法》，三民书局印行，第204页。

③ 李学灯著：《证据法比较研究》，五南图书出版公司1992年版，第438页。

作证据的资格上的限制。根据我国台湾地区学者的归纳,证据能力包括消极要件和积极要件。所谓消极要件,是指证据使用之禁止,如以强暴、胁迫等不正当讯问方法所得之证据,不得作为证据;所谓积极要件,是指证据必须经过严格证明之调查程序后,始能取得证据能力,始得作为认定犯罪事实的基础。^①也就是说,证据材料只有不被法律禁止,并且经过法定的调查程序,才具有证据能力。法律对证据施加的这种限制,实际上体现了立法者的某种意志。之所以要对证据作出这种资格上的限制,从根本上是缘于诉讼证明与一般意义上证明活动的区别:(1)诉讼证明的过程是一个说服与被说服的过程,而不是一个单方的查明过程。它涉及多个主体。因此,为了规范这个过程的有序性,需要对所提交的证据进行一定的限制。(2)诉讼证明需要在诉讼程序的框架内进行,必须遵循一定的程序。而不同的诉讼程序基于运作的需要,又会对证据提出特定的要求。证据只有在满足这些要求的条件下,程序才有可能顺利运作。(3)诉讼不单纯是辨明真伪的活动,它还担负着使人权保障等重要价值得以实现的任务。尤其是资产阶级革命胜利后,自由、平等、人权已成为人们追求的目标,相应地在刑事司法领域确立了罪刑法定、无罪推定等原则。对证据资格的限制,即将那些与这些价值目标相悖的证据排除在法庭之外,也就成为保障价值目标实现的重要手段。(4)诉讼除具备解决社会纷争、维护公民权利、巩固国家统治等积极功能外,也会产生一定的副作用,不利于整个社会的协调发展。这就需要在解决纷争的过程中兼顾社会利益,而不能为了查明案件真相不惜代价。当然,对证据资格的限制也包括立法者对查明真相的追求。在长期的司法实践中,人们认识到某些种类的证据尽管与案件存在一定的关联,但也存在不可靠性而有可能危及案件事实的准确认定。因此,需要对证据的使用加以一定的限制。

证据能力与严格证明密切相关。对证据资格进行限制必然会对查明案件事实产生消极影响,而最大限度地查明案件事实又是实现诉讼公正不可或缺的基础。因此,为了降低查明真相所付出的成本,对证据资格的限制也要加以限制。这种限制主要体现在两个方面:一方面,设立证据能力规范必须有足够的合理性;另一方面,这种规范的适用必须限定在一定的范围内。一般说来,证据能力规范只适用于严格证明当中。严格证明与自由证明的区分是大陆法系证据法上的重要理论,二者之间的区别主要体现在证据方法和调查程序两个方面:(1)严格证明要求必须以法律规定的证据方法进行。该证据

^① 林钰雄著:《刑事诉讼法》,中国人民公安大学出版社2005年版,第345~346页。

方法一方面在形式上必须合乎法律规定,另一方面必须具有证据能力。自由证明则可“以一般实务之惯例”选择适当的证明手段,“亦即可不拘任何方式来获取可信性(如以查阅案卷或电话询问之方式)”。^①(2)严格证明必须依照法律规定的调查程序进行,自由证明则没有法律明文规定必须适用的调查程序,由法院根据具体情况决定。关于两种证明方式的适用范围,不同国家和地区间也存在一定的差异。在德国一般认为,严格证明适用于“对于攸关认定犯罪行为之经过、行为人之责任及刑罚之高度等问题的重要事项”^②,其他事项则适用自由证明。日本学者认为,成为严格证明对象的事实,是关于刑罚权是否存在及其范围的事实,包括:公诉犯罪事实、处罚条件及处罚阻却事由、刑罚的加重或减免事由;自由证明的事项则包括:犯罪的相关情况、诉讼法上的事实。^③在我国台湾地区,严格证明适用于本案犯罪事实及其法律效果问题的认定,并仅适用于审判程序。除此以外的其他事项,如具有诉讼法意义的事项、与证据的信用性或真实性有关的辅助性事实等,则属于自由证明的范围。^④总之,严格证明划定了证据能力规范的适用范围。尽管各国在具体适用范围上存在一定的差异,但没有一个国家不加区别地将其适用于诉讼的所有阶段和所有事项的证明。即便是在英美法系,虽不存在严格证明与自由证明的理论,但可采性规则的适用也有一定的范围。《美国联邦证据规则》第1101条(d)项规定,以下刑事诉讼程序不使用可采性规则:第一,大陪审团程序;第二,签发逮捕令、刑事传票和搜查令;第三,与保释有关的程序;第四,刑事案件的预审程序;第五,为确定证据的可采性而对事实的初步询问;第六,判刑、批准或撤销缓刑。

对于证据能力,法律一般很少从积极的角度进行规定,而仅就无证据能力或者限制证据的情况进行明确规定。因为大陆法系国家多是职权主义国家,探明事实真相为其所关注,因此对证据能力并无过多的限制。一般认为,违背下列原则的证据无证据能力:(1)直接审理原则。不能依照直接审理原则进行调查的证据资料,如单纯的传闻、调查报告,警察局案件移送书,自诉状,意见书,都没有证据能力;证人在审判外所作的陈述,除法律另有规定外,也不得作为证据使用。(2)任意法则。被告人自白必须非出于强暴、胁

① [德] 克劳思·罗科信:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第208页。

② [德] 克劳思·罗科信:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第208页。

③ [日] 土本武司著:《日本刑事诉讼法要义》,董璠舆、宋英辉译,五南图书出版公司1997年版,第311~312页。

④ 蔡墩铭著:《刑事诉讼法论》,五南图书出版公司1992年版,第205~206页。