

XINGSHI

ZHENGJU

YINAN

WENTI

TANSUO

刑事证据 疑难问题探索

XINGSHIZHENGJU YINAN WENTI TANSUO



刘品新 著

本书采用实证主义的研究方法，遴选了近年来国内主要法制媒体上登载的刑事审判领域的证据法名案，并结合从实务部门调研得来的证据法大案，提炼出一系列证据法的疑难问题；然后运用学理知识进行探索，解答了长期困扰实务部门的一些证据法传统问题和前沿问题。这是一次游走于理论与实践之间的有益尝试，拓宽了证据法学研究的版图。

中国
检察
出版
社

XINGSHI

ZHENGJU

YINAN

WENTI

TANSUO

刑事证据 疑难问题探索



刘品新 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事证据疑难问题探索/刘品新著. —北京: 中国检察出版社, 2006

ISBN 7 - 80185 - 582 - 5

I. 刑… II. 刘… III. 刑事诉讼 - 证据 - 研究 - 中国
IV. D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 043981 号

刑事证据疑难问题探索

刘品新 著

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)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 10.875 印张

字 数: 270 千字

版 次: 2006 年 5 月第一版 2006 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 582 - 5/D · 1557

定 价: 24.00 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

序 言

证据是刑事诉讼过程中办案人员认定案件事实和证明案件事实的基础。无论是侦查人员还是公诉人员，无论是诉讼律师还是审判法官，他们在办理案件的时候都要在不同程度、从不同角度认定并进而证明案件事实。而认定或证明案件事实，都必须以证据为基础。离开了证据，认定或证明案件事实就成了无本之木，无源之水。因此，我们说，证据是办案人员对案件事实之认识的本源。收集证据、保管证据、审查证据、运用证据，就是上述人员办理刑事案件时最基本的工作。一言以蔽之，“办案”就是“办证据”。听起来，挺简单的。

然而，刑事案件是多种多样的，刑事案件中的证据也是多种多样的。这两个“多种多样”交织在一起，就使得“办证据”成为了一项非常复杂非常艰难的工作。办案人员经常会遇到一些令人感到棘手头痛甚至寝食难安的证据问题，而稍有不慎，在运用证据的时候出现疏漏，就会导致认定事实的误差，甚至铸成冤假错案。古往今来，这方面的教训是不胜枚举的。由此可见，证据问题不仅是复杂的，而且是重要的，“办证据”的人来不得半点粗心大意。

证据如此复杂，如此重要，以证据为研究对象的证据学自然也很复杂，也很重要。而且，可以说是“相当深奥”。一方面，证据学是一门综合性很强的学科，需要以很多学科的原理和方法为基础，如认识论原理、方法论原理、价值论原理、程序论原理、信息论原理、概率论原理，以及逻辑学、数学、统计学乃至物理学、化学、生物学等自然科学的知识。另一方面，证据学又是一门实务性很强的学科，必须解答司法实践中遇到的各种具体问题，如某种证据能不能在诉讼中采纳；某个证据是否真实可靠；某组证据能否充分地证明案件事实。如何在证据学研究中把这两个方面有机而且有效地

连接起来，确非易事。

多年来，我们一直高喊“理论联系实际”的口号，但是在我们的研究工作中，往往理论与实践还是很难自然黏合的“两张皮”。对此，我也颇感苦恼。很多证据问题，在理论上似乎已经阐述清楚了，但是一到司法实践中，却仍然会让人们感到模糊不清甚至一头雾水。如何让我们的理论研究更好地解答司法实践中面临的具体问题，这固然是所有法学理论研究者都必须认真思考并回答的问题，但是对我们这些从事证据学研究的学者来说，这一问题尤其重要。我很欣喜地看到，刘品新博士在《刑事证据疑难问题探索》一书的写作过程中做出了有益的尝试。

这些年来，刘品新博士一直很重视证据实务研究。一方面，他积极参与司法实践中遇到的疑难证据问题的探讨；另一方面，他也收集了大量具有代表性的疑难案例。他在学术研究中既勇于探索又脚踏实地，既勤奋刻苦又严肃认真。他这种治学精神，其实是值得我们这些“先生”学习的。在本书中，刘品新博士通过大量具体的刑事案例，探讨并解答了人们在司法实践中遇到的疑难证据问题，具有很强的针对性和实用性。对于那些“办证据”的人来说，《刑事证据疑难问题探索》确实是一本很有实用价值的好书。

何家弘

2006年春写于北京世纪城痴醒斋

目 录

序言	/ 1
第一章 什么是证据	/ 1
第一节 刑事证据的判断标准	/ 3
第二节 专家法律意见书不能作为证据使用	/ 6
第三节 社会调查员报告可以作为证据使用	/ 14
第四节 测谎结论可以有限制地作为证据使用	/ 24
第五节 “办案情况说明”不能作为证据使用	/ 32
第六节 卫星图片等高科技产物可以作为证据使用	/ 41
第二章 证据的可采性	/ 47
第一节 证据可采性的认定标准	/ 49
第二节 客观存在的合同复印件具有可采性	/ 50
第三节 和解协议无关联性而无可采性	/ 59
第四节 非法取得的言词证据无可采性	/ 65
第五节 非法取得的实物证据有一定的可采性	/ 88
第六节 秘密取得的证据具有可采性	/ 95
第七节 骨龄鉴定结论具有可采性	/ 100

第八节	没有鉴定人签名的鉴定书无可采性	/ 107
第三章	证据的证明力	/ 115
第一节	证据证明力的认定标准	/ 117
第二节	证明力的评断应遵循自由心证的原则	/ 118
第三节	经验法则可用于评断证明力	/ 124
第四节	概率论可用于评断证明力	/ 130
第五节	直接证据的证明力评断机制	/ 137
第六节	间接证据的证明力评断机制	/ 143
第七节	同案犯口供的证明力评断机制	/ 162
第八节	电子证据的证明力评断机制	/ 169
第四章	证明方法	/ 175
第一节	证明方法的界定	/ 177
第二节	如何理解“证据裁判主义”	/ 178
第三节	如何证明被告人主观上的罪过	/ 185
第四节	证明被告人“主观明知”可借助推定	/ 192
第五节	证明被告人的年龄可借助司法认知	/ 210
第六节	借助交通事故认定书定案属于司法认知	/ 222
第五章	证明责任	/ 233
第一节	证明责任的界定	/ 235
第二节	犯罪构成要件事实由控方负责举证	/ 238
第三节	刑事附带民事部分的证明责任由附带民事原告承担	/ 244
第四节	巨额财产来源不明罪实行证明责任倒置	/ 249
第五节	非法持有型犯罪实行证明责任倒置	/ 256

第六节 严格责任犯罪应实行证明责任倒置	/ 263
第七节 关于积极抗辩的事实由辩方承担证明责任	/ 268
第八节 关于是否刑讯逼供的事实由控方承担证明责任	/ 274
第六章 证明标准	/ 285
第一节 证明标准的界定	/ 287
第二节 “案件事实清楚, 证据确实充分”的基本含义	/ 288
第三节 “案件事实清楚”必须排除合理怀疑	/ 306
第四节 “证据确实充分”的关键在于基本证据	/ 314
第五节 刑、民诉讼证明标准的异同	/ 318
第六节 刑事附带民事诉讼证明标准的界定	/ 325
案例索引	/ 332
后记	/ 337

第一章

什么是证据

证据乃正义之基础。

Evidence is the basis of justice.

—— [英] 边沁

目 次

- 第一节 刑事证据的判断标准
- 第二节 专家法律意见书不能作为证据使用
——评刘×组织领导黑社会性质组织等罪一案
- 第三节 社会调查员报告可以作为证据使用
——评薛×等抢劫罪一案
- 第四节 测谎结论可以有限制地作为证据使用
——评杜××故意杀人罪一案
- 第五节 “办案情况说明”不能作为证据使用
——评陆××抢劫罪一案
- 第六节 卫星图片等高科技产物可以作为证据使用
——评陈××滥伐林木罪一案

第一节 刑事证据的判断标准

如何科学界定证据的概念，这被公认是证据法学领域一个猜想级的难题。无论是在学术界还是实务界，古今中外争论得可谓不亦乐乎，但始终没有一个能够一统天下的观点，恐怕今后也很难达成一致。

从学理上看，“事实说”、“根据说”、“材料说”与“统一说”四足鼎立：“事实说”认为证据是一种用作证明的事实；“根据说”主张证据是证明案件事实的根据或材料；“材料说”将证据界定为证明案件事实的材料；“统一说”则强调证据是内容与形式的统一。此外，“原因说”、“结果说”、“方法说”、“反映说”、“信息说”与“广狭说”也有一定的影响。^①

3

从法律规定来看，典型的立法大体上只有美国、印度与我国，而多数国家则基本上未有相关表述。在美国，《联邦证据规则》、《统一证据规则》与《加利福尼亚州证据法典》最具有代表性，前两者对证据的含义只字未提，后者用第140条规定，“证据是指被提供用以证明某一事实存在或者不存在的证言、文书、物品或其他可感知物”。^② 在印度，《1872年证据法》在世界范围内影响深远，其第3条规定：“‘证据’是指并包括：（1）法庭许可或要求证人在法庭面前作出的、与所调查事实问题有关的一

① 参见何家弘、刘品新：《证据法学》，法律出版社2004年版，第106～108页。

② 英文原文为——“Evidence” means testimony, writings, material objects, or other things presented to the senses that are offered to prove the existence or nonexistence of a fact.

切陈述。这样的陈述叫做口头证据。(2) 提交法庭审查的一切文书。这类文书称为书证。”^① 这两部立法表述的共同点在于，它们均强调了证据同“待证事实”的关系，均使用了证据的下位概念（即证言、文书、物品、其他可感知物与口头证据、书证）作承接，均采取了列举式。

在我国，1979年7月1日《刑事诉讼法》正式通过后，第31条规定：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”。这一定义为1996年《刑事诉讼法》修订后第42条所援用。这种表述的优点是符合国人的思维习惯，既强调了证据的本质特点，即证明“案件真实情况”，又使用了证据的上位概念，即“事实”。但缺点也很明显，就是概括得不太准确。严格地说，实践中的证据并不一定证明“案件真实情况”，也不能同“事实”画等号。

4 尽管学理与立法上对于证据的含义可谓众说纷纭，但司法实践中则必须有定规。这个定规便是现行《刑事诉讼法》第42条所隐含的三项标准：

1. 刑事证据必须是用于证明案件事实问题的。这里所说的“案件事实”，是指法律规定司法机关为了正确作出裁判所必须明确的事实。它是适用法律所不可缺少的基础。至于审案中涉及的法律问题，如国家有没有某一部法律、其中有无某个法条、该法条的具体含义是什么、在个案中如何适用等，这些问题也需要人们去“证明”或者由法官依职权作出认定，控辩双方无需举证。“证明”这些问题的材料不属于证据的范畴。

^① 英文原文为——“Evidence” means and includes - (1) all statements which the Court permits or requires to be made before it by witness, in relation to matters of fact under inquiry; such statements are called oral evidence; (2) all documents produced for the inspection of the Court; such documents are called documentary evidence.

2. 刑事证据必然借助某种客观形式表现出来。这里所说的“客观形式”，是指人们可以感知的外在形式，是一种看得见摸得着的东西。在司法实践中，证据仿佛有一张变幻莫测的脸，它可大可小、可动可静、可旧可新、可看可闻、可显可潜、可正可反、可优可劣、可传统可现代、可物质可意识、可直接可间接，但它不能是纯粹的主观判断、毫无根据的猜测、梦幻中的情节、迷信邪说的咒语等。从立法上看，物证、书证、证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、鉴定结论、勘验、检查笔录以及视听资料等属于我国的法定证据形式，但这并不排斥法律未作规定的其他客观形式，只要这些形式具有人们可感知的客观前提条件。

3. 刑事证据用作定案根据时需要“查证属实”，但其本身不一定是真实的。“查证属实”是对证据的一种主观要求，只有“查证属实”的证据才能作为定案根据使用。而从客观方面讲，证据本身不一定是属实的，“属实”绝不是某一材料成为证据的前提。以刑事案件的诉讼过程为例，当事人和证人提供的证据可能不属实，侦查人员收集的证据也可能不属实，检察人员提交审判的证据还可能不属实，一审法院认定的证据仍然可能不属实，甚至二审法院认定的证据还是可能不属实……这样的问题是司法人员运用证据必然要面对的，但它不影响某种材料作为证据使用。

其中，第一、三项标准点明了刑事证据的内涵，第二项标准指明了刑事证据的外延。它们构成有机的整体，任何一项标准均不可或缺。

在我国当前司法实践中，随着各式各样新材料的层出不穷，司法人员遭遇了诸如“它们可否作为证据使用”等难题的困扰。事实上，这些问题均可以参照上述标准，获得一个相对合理的解答。

第二节 专家法律意见书不能作为证据使用

——评刘×组织领导黑社会性质 组织等罪一案

一、案情介绍

【主案例 1-1】2002 年 4 月 17 日，辽宁省铁岭市中级人民法院经开庭审理，以被告人刘×犯故意伤害罪，判处死刑，与其所犯其他各罪实行并罚（组织、领导黑社会性质组织罪等多项罪名），决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处罚金人民币 1500 万元。刘×不服，上诉至辽宁省高级人民法院。

6

该案的辩护律师田某在北京组织了 14 名国内知名的刑法学专家和刑事诉讼法学专家进行论证，并形成了对刘×有利的《沈阳刘×涉黑案专家意见书》。田某将此论证意见书提交给辽宁省高级人民法院。其中该意见书说：“与会专家听取了律师的介绍并查阅了公诉人提交的证据，一致认为：本案的证据方面存在严重问题。”并且认为本案可能存在刑讯逼供问题。

2003 年 8 月 11 日，辽宁省高级人民法院对该案作出终审判决，以“不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供情况”和“鉴于其犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度以及本案的具体情况”为由，对刘×所犯故意伤害罪改判死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身；对刘×所犯其他各罪，维持一审判决。

二审判决发生法律效力后，最高人民法院于 2003 年 10 月 8 日作出再审决定，依照审判监督程序对刘×一案提起再审。并于同年 12 月 22 日上午对刘×案经再审后作出判决：以故意伤害

罪，判处刘×死刑，剥夺政治权利终身；与其所犯其他各罪实行并罚，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处罚金人民币1500万元。

二、争议问题及主要观点

本案提出了一个具有中国特色的证据问题：专家意见书能否作为证据使用？

从司法实践来看，二审与再审判决虽均未明确采用14位法律专家提出的意见书，但二审判决实际上参考了专家意见书的结论，再审则完全排斥了专家意见书的法律效力。

围绕这一问题，我国学术界和实务界形成了两种主要观点：

（一）肯定说

这种观点认为，我国法庭上较为广泛地出现“专家意见书”，不仅有着其深刻的社会原因，而且有其进步意义，理应被法庭认可和采纳。

由于政治历史等原因，我国司法专业人才不多、司法业务水平不高，这难以在今后很快得到根本性改观。因此，在诉讼实践中就不可避免地出现两种情况：一方面，当事人因担心某些专业素养较差的司法人员因理解法律的偏差而出现“糊涂官判糊涂案”的结局，从而使自己的合法权益得不到应有保护，于是便求助于有关法律专家，请求法律专家就其案件的基本事实和法律适用提供意见，以供司法机关处理案件时参考；另一方面，一些较认真的司法机关或司法人员为了避免错案，主动约请有关法律专家就某些疑难案件进行论证，提供法律意见。不仅如此，从司法层面来看，我国客观上还存在权大于法的不良现象。当某些案件的审理过程中出现“以权压法”的悲剧时，当事人为了避免不公正的审判结果，又无力抗制不公正的司法，于是便请有关权威法

律专家就案件的事实和法律适用出具法律意见书,希望借助法律专家的权威意见来抵销个别司法不公的消极影响。^①凡此种种,即使“专家意见书”有了社会需求的主客观基础。

从召集主体来看,实践中的专家意见书大致可以分为以下四种:(1)出席法院召集的专家论证会或接受法院的咨询,并出具意见;(2)出席控方召集的专家论证会或接受控方的咨询,并出具意见;(3)出席一方当事人或其辩护人召集的专家论证会或接受咨询,并出具意见;(4)出席无利害方或学者自行召集的专家讨论会,并出具意见。无论是上述哪一种专家意见,对法官、检察官和辩护律师都是有益无害的。因为法官、检察官在事实问题和法律问题主要是法律问题把握不准的时候,可以借助专家的知识来准确把握案件,从而能做到案件判决更加公正;辩护律师可以咨询专家,以便使其辩护意见在吸收专家意见后更有说服力,更容易使法官接受。

司法需要专家,这表明专家是有价值的,这种价值是知识的价值。专家运用知识为社会提供服务收取一定报酬是正当的。全社会包括法律职业领域都应该重视知识,也应该重视专家。当然,专家应该善待自己,更应该善待知识,慎独、慎言、有操守,忠于知识,利用知识为社会服务,既不应该借知识来试图并实际谋求学术权力,也不应该假借知识之名而实际利用其他身份来试图并实际对社会施加不当影响。

至于专家意见书属于我国法律规定的哪一种证据?不能一概而论。它既可能是书证,也可能是证人证言,还可能是鉴定结论。此外,不排除今后修改法律时将其独立为一种新证据的可能。无论怎么归类,都不影响专家意见书的证据地位。

^① 谢望原:“‘专家法律意见书’的是与非”,载《中国律师》2001年第10期。

(二) 否定说

这种观点认为，专家意见书不是证据，控辩双方不能向法庭提出，法庭也不应当接受。

首先，从证据形式来看，将专家意见书作为证据违反了证据类型法定化的潮流。从现行刑事诉讼法的规定看，只有证人证言、当事人陈述、被告人供述与辩解、鉴定结论、物证、书证、视听资料等证据类型，并没有专家意见书这种证据形式。在现代各国证据法中，都强调证据能力的法定化，而证据能力的法定化首先就是证据形式法定化，也就是证明案件事实可以用哪些证据形式，法律都作了明确而具体的规定。我国自然不能例外，而《刑事诉讼法》中并没有专家意见书的法律地位。

其次，从证明机制来看，专家意见书既不是鉴定结论、专家证言，也不是普通的证人证言。大陆法系的鉴定结论也好，英美法系的专家证人意见陈述也好，鉴定人或专家证人都是以自己的专门知识、特别经验为基础，对案件某一方面的事实，发表自己的意见，即意见证据。他不同于行为证人即我们通常所说的证人。证人作证的前提，必须是对案件事实有亲身感受，否则即不能成为证人。而鉴定人或专家证人，一般说来，很少有对案件事实有亲身感受的，都是以其知识与经验为基础，对案件事实发表意见与看法。陈述内容也不相同，证人是讲述亲身感受的，鉴定人或专家证人是陈述意见的，但有一点是共通的，即他们都陈述案件事实。而我们的专家意见书，出具意见的专家，既不是对案件事实有亲身感受的证人，也不是对案件事实具有专门知识与经验的专家，相反，却对案件的事实问题与法律问题发表意见。所以，这种意见当然既不是鉴定结论、专家证言，也不是普通的证人证言。

此外，这一观点还认为，法学家没有权利出具法律意见书，