

论我国刑事证据法的转变

王敏远

摘要 2012年《刑事诉讼法》关于刑事证据制度的诸多新规定,对于完善我国刑事证据法具有积极意义。为了促进我国刑事证据法更加科学、规范、文明,需要通过司法解释对《刑事诉讼法》关于刑事证据制度的规定予以进一步完善,以继续推动我国刑事证据制度的重心从注重职权便利的需要向重视权利保障的转变、从注重证据形式向注重证据规则的转变、从着眼于细化证明标准向重视实现证明要求的程序规则的转变。

关键词 刑事诉讼法 证据制度 证据规则

作者王敏远,中国社会科学院法学研究所研究员、湖南大学法学院客座教授。

引 言

此次《修改决定》对我国刑事证据制度作了大幅修改,内容包括增加证据种类、细化证明标准、确立非法证据排除制度、完善证人、鉴定人出庭制度、证人保护制度等。关于《修改决定》对我国刑事证据制度发展将产生的积极推动作用以及存在的需要进一步完善的问题,学界已经进行了广泛而深入的讨论。^①笔者认为,在对《修改决定》关于刑事证据制度的诸多修改内容予以肯定的同时,有必要对其中的一些问题展开讨论,以期有助于《刑事诉讼法》相关规定的进一步完善。

笔者曾以《证据学的转变》为题撰写过一篇短文。^②如今,我们期待的不仅是证据法学的转变,而且是我国刑事证据法的变化——刑事证据法向更加科学、规范、文明的方向发展。从《修改决定》的规定及我国司法实践的情况来看,当前,期待比较迫切的变化是证据制度的重心从注重职权便利的需要到重视权利保障的转变、从注重证据形式到注重证据规则的转变以及从注重证明标准的细化到实现证明要求的程序规则的完善的转变等。本文的讨论将主要针对《修改决定》中与刑事证据法上述重心转变密切相关的问题,并希望通过讨论促进今后相关司法解释能继续推进我国刑事证据制度的完善。

需要说明的是,刑事证据制度的内容并不限于《刑事诉讼法》第5章“证据”规定的范围。鉴

^① 在《修改决定》通过之前,比较有代表性的论文如汪建成教授的《刑事证据制度的重大变革及其展开》,载《中国法学》2011年第6期。此外,全国刑事诉讼法学会2011年年会论文中也有许多相关论文,如卞建林、夏天:《论我国刑事证据制度的完善》;贺恒阳:《“命案”证据规则的确立与完善》;宋振武:《诉讼证明的理论限度与我国刑事证明标准的修订》等。

^② 参见王敏远主编:《公法》第4卷“编后小记”,法律出版社2003年版。

于刑事证据规则的内容较多,涉及刑事证据的取得、固定、移转、运用、质证、排除与认定,以及证明标准、举证责任等一系列问题的法律规范,而刑事证据法的这些内容并不完全规定在“证据”这一章中,因此,笔者的讨论将超出《刑事诉讼法》第5章的范围。

一、从注重职权便利的需要向重视权利保障的转变 ——以鉴定制度为例的分析

我国刑事诉讼法以往基于将证据视为公安、司法机关查明案件事实的手段,比较注重从公安、司法机关查明案件事实的职能需要的角度设置刑事证据制度。然而,随着权利保障对司法公正的重要意义在《修改决定》中被肯定,刑事证据法需要从注重职权便利转向重视权利保障。下面以刑事司法鉴定制度为例对这个转变进行分析。

(一) 当事人启动鉴定权利的空缺,应通过司法解释予以弥补

司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别、判断并提供意见的活动。鉴定人是以其专业知识就案件的专门性问题提出意见的人,通常称为专家证人。随着现代科学技术对社会生活的不断染指,有些对诉讼非常重要的事实现在只能通过高科技手段查明。^③我国《刑事诉讼法》对鉴定非常重视,为此专门规定了一节的内容。但这种重视主要是基于职权机关查明案件事实的职能需要。之所以作出如此判断,并不仅仅是因为“鉴定”这一节被规定在“侦查”一章中,而且是因为关于鉴定制度规定的内容,主要着眼于职权机关查明案件事实的需要,而较少考虑当事人权利保障的需要。

例如,修改后的《刑事诉讼法》第144条规定:“为了查明案情,需要解决案件中某些专门性问题,应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。”^④该条规定将启动鉴定的职能仅赋予负责侦查等工作的职权机关。在鉴定程序的启动方面,如果结合《刑事诉讼法》第146条规定的当事人仅享有申请补充鉴定或者重新鉴定的权利,对此会有更深刻的认识。如果当事人不能享有启动鉴定的权利,而只是享有申请补充鉴定、重新鉴定的权利,那么,就将使其权利置于被动、从属的地位,甚至会因此落空。显然,如果在具体案件中职权机关对某个事项未进行鉴定的话,当事人所谓的申请补充鉴定、重新鉴定的基础就不存在。经验表明,这种情况对当事人权利的保障不利,这在邱兴华案中得到了充分的说明。邱兴华杀人案是发生在2006年的一起引起广泛关注的案件。该案审判之所以引起关注,并不仅仅因为其杀害多人,性质恶劣,后果严重,而且因为其究竟是否是精神病人,职权机关一直未予鉴定,邱兴华辩护人提出申请补充鉴定、重新鉴定的基础因此不存在。而这种忽视当事人启动鉴定的权利的做法,虽然与1996年《刑事诉讼法》的相关规定相符,但效果并不好。^⑤

^③ 参见[美]米尔建·R·达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第200页。

^④ 虽然条文序号发生了变化,但该条内容实际并未作修改,与原《刑事诉讼法》第119条的规定相同。

^⑤ 据报道,陕西省高院院长赵郭海就邱兴华是否应做精神病司法鉴定时强调,有充分的证据证明邱兴华不具备进行精神病司法鉴定的条件。其理由是:邱的家族没有精神病史,他本人也没有得过精神病;其次,有充分的证据证明,邱兴华在作案前有预谋……对此,有许多人认为,因为未进行精神病鉴定,邱兴华案的审结太过草率。公安、司法机关不能仅凭自己的专业知识确定是否需要鉴定。参见魏铭言等:《代表称邱兴华案未进行精神病鉴定太草率》,载《新京报》,2007年3月15日。

对比 2008 年发生在哈尔滨的林松岭被害案, 可以发现, 在对该案侦查期间鉴定问题的处理, 由于当地公安机关在启动鉴定时充分尊重当事人的权利, 鉴定启动后的效果明显好得多。^⑥ 需要说明的是, 从报道的情况来看, 林松岭被害案还不能说是由当事人启动了鉴定, 而是公安机关在启动鉴定时充分重视了被害人的权利。当然, 在《刑事诉讼法》未对当事人启动鉴定的相关权利予以明确肯定的前提下, 林松岭被害案中侦查机关在鉴定启动时如此尊重当事人的情况, 只不过是特例, 而不可能是常态。

上述两个案例从正反两方面表明, 为了促进司法公正, 不应将启动鉴定仅仅视为基于职权机关查明案件事实的需要, 也应看到其对权利保障的价值。因此, 有必要赋予当事人在刑事诉讼中启动鉴定的权利。鉴于《修改决定》在鉴定启动问题上并未作相应修改, 仍仅仅规定当事人享有申请补充鉴定、重新鉴定的权利, 不能满足司法实践中权利保障的需要, 因此, 通过司法解释对此予以弥补, 使实践中在鉴定启动时尊重权利保障需要由特例转变为常态, 就是急需解决的问题。

(二) 已经规定但尚不完整的权利保障措施需要通过司法解释予以完善

从刑事证据制度的角度来看, 《修改决定》在控辩双方质证鉴定意见方面增加了一些有助于权利保障的规定。修改后的《刑事诉讼法》第 192 条第 2 款规定: “公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭, 就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。” 首先, 这是对鉴定意见进行有效质证具有积极意义的规定。对鉴定人进行质证, 需要依赖具有与鉴定事项相关专业知识的人, 公诉人、辩护律师和当事人在这方面通常是外行, 很难对专业性的鉴定意见进行有效质证; 其次, 《修改决定》增加的这项规定主要体现了权利保障的需要, 这是因为刑事案件中的鉴定, 绝大多数是由职权机关指派、聘请鉴定人进行的, 虽然这一规定将申请法庭通知有专门知识的人出庭质证的权利平等地赋予了辩护人、当事人与公诉人, 但就《修改决定》规定的这项权利的实际价值来看, 显然更有利于保障当事人的权利。

然而, 《修改决定》增加的这项对当事人有效质证鉴定意见的权利具有重要保障意义的规定, 其效果却受到了制约。一方面, 增加的该款规定存在着使出庭的专家进行全面、有效质证受到限制的问题。因为当事人等请来的“有专门知识的人”在庭审中的职责只是“就鉴定意见提出意见”, 而“提出意见”与刑事审判中的质证, 含义是否相同, 是个疑问。如果这只是对已经作出的鉴定提出意见, 而不包括其可以在法庭上对鉴定人进行质证, 显然不利于完成其承担的对鉴定意见进行全面、深入质证的职能。在这样的限制下, 当事人聘请的专家能在法庭质证中起多大作用会是个疑问。当然, 按照刑诉法第 192 条第 4 款规定, “第二款规定的有专门知识的人出庭, 适用鉴定人的有关规定”, 如果这意味着在法庭审判中提出意见的专家和作出鉴定的专家, 可以围绕着鉴定意见就鉴定中的专业问题展开辩论, 则对于解决这个疑问有积极意义。但这需要通过司法解释等方式予以明确。

另一方面, 因为修改后的《刑事诉讼法》第 192 条第 3 款规定, 法庭对于(当事人等的)上述申请, 应当作出是否同意的决定, 这使当事人等的申请权能否具有实际意义, 处于不确定状态。在

^⑥ 据报道, 林松岭案件除了办案单位通过省公安厅邀请的公安部、最高人民法院、内蒙古自治区人民检察院的 4 名权威法医专家, 还有死者家属指定的 3 名法医专家参加尸体解剖工作, 黑龙江省人民检察院主任法医师符国平见证了尸体解剖现场的全过程。死者家属及其律师也见证了尸检的全过程。尸检结果因此无争议, 效果很好。参见赵海:《黑龙江称警察打人案死者背景深厚传言不属实》, 东方网 <http://new.s.eastday.com/eastday/06new/s/China/c/20081018/ula3926870.html>, 2012 年 3 月 20 日访问。

实践中, 法庭如果不同意其申请, 就会导致该项规定所蕴含的权利保障价值受损甚至落空。

类似的情况, 在《修改决定》的其他一些规定中也同样存在。例如, 为了促使证人出庭作证, 切实保障当事人等对证人证言的质证权, 《修改决定》增加了一些对证人出庭作证的强制性规定和保护性措施, 其中, 修改后的《刑事诉讼法》第187条规定: “公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议, 且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响, 人民法院认为证人有必要出庭作证的, 证人应当出庭作证”。应当肯定该规定对于证人出庭作证的促进作用, 认识到这对保障当事人等的质证权的积极意义, 也需要认识到其对当事人等质证权保障作用的不确定性。该规定中“人民法院认为证人有必要出庭作证”, 从文字表述来看, 是确定证人应当出庭作证的必要条件, 而不是与“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议, 且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响”相并列的选择条件。对比修正案草案曾经规定的情况, 可以看得更清楚。修正案草案曾经规定: “公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议, 且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响”、“人民法院认为证人有必要出庭作证”, 是分别可以成立的、构成证人应当出庭作证的充分条件。

由此可见, 就刑事证据法的相关规定而言, 《修改决定》通过增加各项促进权利保障、制约职权机关的具体规定, 推动了我国刑事证据制度由注重职权便利的需要向重视权利保障的转变, 但这种转变尚未完成, 需要通过司法实践继续推进。对此, 司法解释可以担当重任。例如, 对当事人等提出的通知证人出庭作证、专家出庭对鉴定意见“提出意见”等申请, 司法解释可以将法院的审查批准设定为只是一种程序性审查, 即法庭原则上应同意该项申请, 如果否定, 则应说明经得起检验的理由。如果司法解释将有关权利保障的规定予以落实, 就将在《修改决定》的基础上, 进一步落实《修改决定》增加规定的“尊重和保障人权”这一基本任务。

当然, 我国刑事证据法需要强化权利保障的问题, 并不限于鉴定制度和证人出庭作证制度, 其他一些规定也面临着推动其转变的问题, 正在完善中的非法证据排除制度就是一例。由“两院三部”颁发的关于刑事证据的两个规定所确立的比较完整的非法证据排除制度,^⑦ 强调规制职权机关的取证等行为、重视保障权利, 其积极意义应予肯定。尤其是“非法证据排除规则”第11条规定, “对被告人审判前供述的合法性, 公诉人不提供证据加以证明, 或者已提供的证据不够确实、充分的, 该供述不能作为定案的根据”, 将证据合法性的证明责任明确规定由控诉机关承担, 对于落实非法证据排除的规定, 具有十分重要的意义。然而, 第13条规定的“庭审中, 检察人员、被告人及其辩护人提出未到庭证人的书面证言、未到庭被害人的书面陈述是非法取得的, 举证方应当对其取证的合法性予以证明”, 就需要加以斟酌, 因为该条规定将证明证据的合法性责任同等施加于控辩双方。笔者曾撰文指出: 对控方证据要求其不仅具有真实性, 而且具有合法性, 是正确的, 这是出于规制职权、保障权利的需要; 然而, 对于辩护方提供的有利于被告人的证据来说, 重要的是其提供的证据的真实性, 如果辩护方提供的证据足以证明被告人无罪, 那么, 该证据的真实性才是关键。换句话说, 无罪的证据如果是真实的, 即使不能证明其合法性, 也不应影响其证明效力, 更不

^⑦ 即由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、安全部、司法部于2010年5月联合颁发的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》、《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》, 以下简称“非法证据排除规则”、“死刑案件证据规则”。

应予以“排除”。^⑧因此，就非法证据的排除而言，不应对控辩双方“一视同仁”。^⑨

由此可见，为进一步推动我国刑事证据制度由注重职权便利的需要向重视保障权利的转变，我们不仅应当对今后的司法解释有所期待，而且对之前的相关司法解释也要予以清理，改变那些不利于促进这个转变的规定。

二、从重视证据形式到重视证据规则的转变 ——以证据种类的规定为例的分析

《修改决定》对我国刑事证据制度关于证据种类的规定作了修改完善，修改后的《刑事诉讼法》第48条增加规定了“电子数据”、“辨认、侦查实验笔录”等新的证据形式。新增加规定的证据形式，对于完善《刑事诉讼法》关于证据法定种类的规定，具有积极意义。类似的情况，在1996年修改《刑事诉讼法》的时候也发生过。1996年修改《刑事诉讼法》时，将1979年制定《刑事诉讼法》时规定的法定证据种类由六种增加为七种，增加的就是1979年之后的实践中出现的新的证据形式——“视听资料”。

由于证据在法律上的分类所表达的是证据的法定形式，证据种类的划分因此具有法律约束力。按照理论界和实务界的通说，刑事诉讼法教材所普遍肯定的是：不具备法定形式的证据资料不能纳入诉讼轨道。可见，随着科学技术的发展所出现的新证据形式（如之前的“视听资料”和现在的“电子数据”等），需要及时予以规定。另一方面，随着人们对证据形式的新认识，也需要增加规定新的证据形式（如“辨认、侦查实验笔录”等）。如果不将这些证据及时纳入法定证据种类的范围，将不利于在刑事诉讼中运用这些证据查明案件事实。

然而，在肯定《修改决定》对证据形式所作的补充性完善时，也需要反思以下两个问题：一是我国刑事证据法如此重视对证据形式无一遗漏的、封闭式的列举规定方式，是否是适应现实需要的唯一方式、适当方式的问题；二是刑事证据法规定法定证据形式的目的究竟何在的问题。正确认识这两个问题，是实现我国刑事证据法从重视证据形式向重视证据规则转变的关键。

（一）封闭式的列举证据形式是否合适

就这个问题来看，如果对比其他许多国家关于证据的法定种类（证据形式）的规定，可以看到，不论是英美法系国家的证据法还是大陆法系国家的刑事诉讼法关于证据的规定，基本没有如同我国这样，对证据的法定种类（证据形式）作出如此详细的封闭式列举规定。是否可以说，我国刑事证据法如此重视对证据形式无一遗漏的封闭式列举的方式，并不是适应现实需要的唯一方式。虽说根据社会的发展、科学技术运用于刑事诉讼的现实需要，使新形式的证据不断涌现，因而不断增加规定证据形式的必要性似乎“无可置疑”，然而，其他国家关于证据形式的规定并未如此“紧跟形势”，而其实践中运用新形式的证据并未发生什么问题。这能够说明，我国这样详细列举证据形

^⑧ 当然，笔者无意鼓励辩护方采用非法方法收集证据。对于采用非法方法收集证据的，应按照相关法律予以处理，但这与非法证据的排除是两回事。

^⑨ 参见王敏远：《试论现代刑事证据法的两个基本问题——兼评我国刑事证据法的新发展》，载《国家检察官学院学报》2010年第6期。

式并不是证据法适应社会发展需要的唯一方式。

另一方面,这可能也不是最适当的方式。对证据形式无一遗漏的封闭式列举规定,如果说旨在排除那些未列入法定证据形式的(用作证明根据的)材料作为证据进入诉讼,那么,将使一些可以发挥证明作用却因为未被列入法定证据形式的材料,被排除在证据的“门槛”之外。例如,《修改决定》新增的“辨认、侦查实验笔录”等,现实中早就存在,却未被规定在法定的证据形式之中。类似的遗漏,通过《修改决定》的这次补充,就彻底解决了吗?即使现在看来解决了,但对实践中新出现的证据形式,《修改决定》的规定能否有效应对?

实际上,为确定哪些材料可以作为证据,重要的并不在于是否符合证据法定形式的要求,而在于是否符合证据的“可采性”要求。从原则上来说,“凡是可以在诉讼过程中向法庭提出,供法官和陪审员据以判定被告人是否有罪、所犯何罪和罪行轻重的证据,都是可采证据”。¹⁰ 证据的可采性是个复杂的问题,涉及证据的关联性、合法性等诸多因素,通过规定证据形式并不能予以全面解决,¹¹ 对此,需要依靠系统的证据规则予以确定。正因为如此,证据的“可采性”问题才成为英美证据法的核心问题。因此,可以说,我国刑事证据法绕开了这个基本问题,执着于证据形式的封闭式列举,对于解决哪些材料可以作为证据的问题来说,并不是最合适的方法。而且,这可能会拖延旨在解决证据“可采性”问题的证据规则的确立。

(二)《刑事诉讼法》规定证据法定形式的目的何在

虽然没有详细列举,但诸如言词证据、物证、鉴定等证据种类,大陆法系国家和英美法系国家的刑事诉讼法、证据法也有相应的规定。然而,这些国家涉及证据具体种类的规定,与我国旨在通过封闭式地列举证据形式的情况并不相同,这些国家规定证据形式是与相关的具体证据规则相关联的。例如,英国《警察与刑事证据法》(1984年)第2条规定的“证人辨认”,是从辨认的具体规则角度对这种证据形式予以关注的。《法国刑事诉讼法典》也没有对证据的形式作封闭式的列举,而只是在具体的证据规则中提及不同种类的证据。例如,第323条到346条以及从第427到457条等,都是从具体证据规则的角度对被告人陈述、证人证言、物证、鉴定等种类的证据作出规定;《德国刑事诉讼法典》第6章“证人”、第7章“鉴定人、勘验”等也是这样。

由此可见,我国《刑事诉讼法》规定证据的不同种类的目的究竟是什么,是个需要反思的问题。在我看来,规定证据的法定形式以排除其他材料在诉讼中作为证据,这不应是目的;而为确定不同的证据规则提供基础,才是问题的关键。即规定不同的证据形式,以便根据证据类别的不同,设置相应的收集、固定、保管、移转、检验、使用、排除证据以及对证据进行质证、认定的具体规则,这才是我们关注证据不同形式的关键所在。而对这个关键问题,我国《刑事诉讼法》基本未予重视,只是在非法证据排除制度中,基于言词证据和实物证据的差异,设置了不同的排除规则。

从刑事诉讼法学教材来看,我国刑事诉讼理论历来对证据作两种分类,即证据的法定种类和证据的理论分类。证据的法定种类旨在解决证据的资格问题,而证据的理论分类才被认为是与证据具体规则相关的一种分类。然而,证据的资格问题应通过证据的“可采性”规则予以解决,不宜通过

¹⁰ 郭志媛:《刑事证据可采性研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第20页。

¹¹ 当然,证据形式与证据的可采性也是有关联的。例如,传闻证据的可采性就是个问题。然而,证据的可采性是个超越证据形式的更为复杂、也更基本的问题。

证据的法定形式予以确定。将证据的分类区别为法定种类和理论分类,其实际意义可疑。证据分类应该是个只是与取证规则、质证规则、排除规则等具体的证据规则相关的问题。

因此,言词证据与实物证据的分类、原始证据和传来证据的区分、合法证据和非法证据的区别是有意义的,因为这些分类是确定取证规则、质证规则、证据排除规则等具体证据规则的基础;控诉证据和辩护证据的区别也是有意义的,因为在法庭审判中,所谓“主询问”、“反询问”等对控辩双方的询问予以规范的诸多规则,就是以这样的证据分类为基础的;意见证据和普通证言的分类也是有意义的,因为对普通证言和意见证据,适用的是不同的质证规则;有罪证据和无罪证据(或有利于被告的证据和不利于被告的证据)的分类也是有意义的,因为这对于规定公诉机关等展示证据、保障辩护方的“先悉权”,具有基础性的价值。如果只是为解决某种材料能否作为证据的资格问题,不是为设置具体的证据规则、诉讼规则提供基础,《刑事诉讼法》重视证据的各种具体形式,其效果也将是个问题。

一方面,基于证据只是诉讼双方提出诉讼请求的一种根据、裁判者对事实作出认定的一种根据,因此,证据是否具有法律所明确规定的某种具体形式,并不是我们应当关注的重点。换句话说,法律如果只是概括性地规定诸如言词证据和实物证据以及鉴定意见等若干种证据形式,而不是对证据形式予以面面俱到、无一遗漏的详细列举,问题也不大。需要揭示的是:证据是“可以用于证明案件事实的材料”,只要符合这一本质属性,某种材料即使不在法律明确规定的法定证据形式的范围之内,也不应当影响其作为证据的资格。¹²由此也可说明,我们对证据形式的规定虽然可以追求尽可能详尽、无一遗漏,但更为合理的方式,应是改变目前的封闭式列举方式,改为以正确的证据定义为基础,对证据形式作开放式规定。¹³

另一方面,重要的应当是对不同的证据所应适用的具体规则作详细的规定。就此而言,《修改决定》增加规定“辨认笔录”为新的证据形式,虽然也是有意义的,但需要认识到的是,之所以有必要将其单独作为新的证据形式予以规定,更重要的是因为其需要适用特别的、与其他证据不同的证据规则。¹⁴遗憾的是,《修改决定》只是对“辨认笔录”作为新的证据形式作了规定,却未进一步规定具体的辨认规则。

如果说我国《刑事诉讼法》真正缺乏的是关于不同种类证据所应适用的不同证据规则,那么,就应当从具体证据规则完善的角度认识证据法定形式的必要性。例如,非法证据排除制度对有罪证据(控诉证据)和无罪证据(辩护证据)就应适用不同的规则,而我国刑事证据法对此却未作规定。又如,法庭调查时,控辩双方在询问本方证人和对方证人时,应适用不同的规则(即所谓“主询问”和“反询问”),但我国现行《刑事诉讼法》及《修改决定》对此却未予规定。类似的问题很多。

由此可见,虽然《修改决定》对刑事证据制度的完善作出了积极的努力,具有重要意义,应当

¹² 当然,如果因为证据取得方法违法而被确定为非法证据等原因而不具有证据资格,那是另一个问题,与我们在此讨论的证据法定形式无关。

¹³ 改变目前关于证据形式的封闭式规定,转而对证据形式作开放式的规定,在技术上很简单,只需在列举了八种证据之后,加个“等”字即可。而这样的开放式规定,不仅可以解决现在可能的列举遗漏,而且在今后出现新的证据形式时,司法实践可以据此立即予以运用,无需等待立法修改后才将其作为证据。

¹⁴ 例如,辨认可以分为侦查中的辨认和审判中的辨认,并因此适用不同的规则;而侦查中的辨认根据不同需要(诸如列队辨认、群体辨认、录像与照片辨认、当面辨认等)而应适用不同的规则。可参见张泽涛:《目击者指证规则中的若干问题》,载《环球法律评论》2005年第1期。

予以肯定,然而,对我国刑事证据法来说,就证据形式问题而言,重要的不是对证据形式作无一遗漏的列举,而是对不同种类的证据设置相应的证据规则。应当继续推动这个转变,以进一步完善我国的刑事证据法。

三、从着眼于细化证明标准向重视实现证明要求的程序规则的转变 ——以死刑案件的证明标准为例的分析

《修改决定》将1996年《刑事诉讼法》第46条规定的“证据确实、充分”这一证明标准予以明确和细化,即修改后的《刑事诉讼法》第53条规定:证据确实、充分,应当符合三个条件,第一,定罪量刑的事实都有证据证明;第二,据以定案的证据均经法定程序查证属实;第三,综合全案证据,对所认定事实已经排除合理怀疑。这一新规定显示的立法意图是将刑事证明标准予以细化,使之更具有可操作性。当然,由于出现了“排除合理怀疑”这样的表述,也有理由认为这是一种转变——从“客观真实的证明标准”向“法律真实的证明标准”的转变,至少,人们可以理解为这是对“法律真实的证明标准”的吸收。¹⁵然而,笔者以为,我国刑事证据法真正需要实现的转变,是从关注证明标准的可操作性,转向完善相关的程序规则,以更有利于实现刑事案件所需要的严格的证明要求。

(一) 刑事证明标准只是对主观信念的一种要求

对我国《刑事诉讼法》规定的证明标准“案件事实清楚,证据确实、充分”,学术界和实务界通常将其视为“客观真实的证明标准”。该证明标准因为体现了对刑事证明的严格要求,符合刑事诉讼重视权利保障的宗旨,因而一直被肯定。然而,由于该证明标准在实践中被认为“可操作性”较差,因而备受争议。《修改决定》将“证据确实、充分”细化为三个方面的具体内容,有助于促进人们对刑事证明标准的理解,因而可以视为为解决证明标准的“可操作性”问题而作的一种努力。然而,对此虽然应予肯定,但如果说明证明标准的细化是为了使证明标准更为具体从而有助于解决其“可操作性”问题,以解决人们对“证据确实、充分”这种过于抽象的概念可能产生的分歧,那么,其效果将是十分有限的。

笔者曾撰文指出,对我国来说,以往关于刑事证明标准的规定,即“事实清楚,证据确实、充分”这种被称为“客观真实的证明标准”,虽然在司法实践中并没有产生有效控制刑事证明任意性的作用,但决不能据此而象某些主张“法律真实的证明标准”的学者那样,以为只要将刑事证明标准改为“排除合理怀疑”或“内心确信”,将刑事证明标准的名称由“客观真实”改为“法律真实”,问题就可解决。¹⁶由于“事实清楚,证据确实、充分”与“排除合理怀疑”和“内心确信”,

¹⁵ 这种细化和转化,在前述“两院三部”关于办理死刑案件适用证据的规定中就有体现。例如第5条规定,办理死刑案件,对被告人犯罪事实的认定,必须达到证据确实、充分。证据确实、充分是指:(1)定罪量刑的事实都有证据证明;(2)每一个定案的证据均已经法定程序查证属实;(3)证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除;(4)共同犯罪案件中,被告人的地位、作用均已查清;(5)根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论。第33条中也有类似的内容。

¹⁶ 正是在这个意义上,我认为,“法律真实”与“客观真实”这两种刑事证明标准理论对刑事证明标准问题的解决,不仅同样无意义,而且可能是有害的。这两个证明标准理论使人们把解决证明任意性问题的努力,吸引到关于刑事证明标准含义的确定性上来,但这又是不可解的假问题。因为在神明裁判证据制度和法定证据制度被遗弃之后,法律已不再可能通过规定刑事证明标准的方式解决这个问题。

都只是关于主观信念的一种要求，因此，这种改变无助于真正解决刑事证明的任意性问题。这个问题的解决，有待于相关诉讼程序规则的设计及其有效实施。因此，我们所要关心的、所能努力的，是研究确定相关的具体诉讼程序规则，以便有效控制、解决刑事证明的任意性问题。¹⁷ 我们以死刑案件的证明标准问题为例，对此进一步展开讨论。

之所以选择以死刑案件的证明标准为例进行讨论，是因为在这个问题上，客观真实和法律真实这两种证明标准理论并无分歧。信奉客观真实的证明标准理论的学者认为：犯罪事实清楚，证据确实充分，具体是指达到以下标准：（1）据以定案的每个证据都已查证属实；（2）每个证据必须和待查的犯罪事实之间存在客观联系，具有证明力；（3）属于犯罪构成各要件的事实均有相应的证据加以证明；（4）所有证据在总体上已足以对所要证明的犯罪事实得出确定无疑的结论，即排除其他一切可能性而得出的唯一结论。其中第4点是最根本、最关键的要求……“在联合国有关死刑的法律文件中，对死刑案件适用的证明标准是‘明确和令人信服的证据并且对事实没有其它解释余地’，这一标准与我国的‘犯罪事实清楚，证据确实充分’的证明标准是一致的。所谓‘对事实没有其它解释余地’，实际上就是要求证明事实的排他性和绝对确定性……”¹⁸

这虽然只是持客观真实的证明标准的学者所主张的观点，但主张法律真实的证明标准的人，对此并无异议，因此，可以说这是个双方都认可的死刑案件的证明标准。那么，有了这样的证明标准，是否就意味着证明标准的确定性和可操作性得到了解决？足以保障在死刑案件中人们对证明是否达到证明标准不会发生意见分歧？当然不能。因为这样的标准虽然显得明确而具体，但其中所包含主观信念的基本特点，这个名为证明标准实际只是证明要求的规定，使其在司法实践中的适用发生因人而异的情况难以避免。¹⁹ 因此，还需要完善相关的具体程序规则，以使该项严格的证明要求真正得到实现。

（二）应完善相关程序规则以实现死刑案件更为严格的证明要求

为了实现死刑案件如此高的证明要求，我国《刑事诉讼法》不仅需要细化证明标准的具体内容，更重要的是，应在死刑案件的程序上作出特别的规定。这至少包括两个方面的内容：一是设置充分尊重辩护律师意见的程序，以有效解决关于事实和证据方面的疑问；二是应当在死刑案件中适用特别的合议规则，以避免死刑判决中出现对证据的疑问、对事实的其他解释等情况发生。

就死刑案件尊重律师辩护意见的情况来看，《修改决定》作了一些规定。例如，修改后的《刑事诉讼法》第240条规定：最高人民法院复核死刑案件，应当讯问被告人，听取辩护人意见。²⁰ 另外，按照《刑事诉讼法》的规定，死刑案件实行强制辩护，这对于保证死刑案件的质量具有重要的意义。然而，保障死刑案件质量，所需要的不仅是律师辩护，而且要求其是有效辩护。有效辩护是指，辩护律师针对指控的事实、证据等积极为被告人进行辩护，有效维护其合法权益；法官、检察

¹⁷ 参见王敏远：《对刑事证明标准理论的反思》，载陈泽宪主编：《刑事法前沿》第1卷，中国人民公安大学出版社2004年版，第335页。

¹⁸ 陈光中、陈海光、魏晓娜：《刑事证据制度与认识论——兼与误区论、法律真实论、相对真实论商榷》，载《中国法学》2001年第1期。

¹⁹ 按照我国证明标准理论中的客观真实论和法律真实论，刑事诉讼中的证明标准应当具有判断证明是否达到要求的确定性作用，以避免在判断时发生因人而异的情况。然而，不论是客观真实论的证明标准还是法律真实论的证明标准，实际都只是证明要求，而不是能够避免歧义的标准。对此，笔者曾撰文予以说明。参见王敏远：《再论法律中的“真实”》，载陈泽宪主编：《刑事法前沿》第2卷，中国人民公安大学出版社2005年版，第345页。

²⁰ 当然，听取其意见和尊重其意见，含义并不相同。

官充分尊重律师的辩护意见, 采纳其合理的意见、有效解决其提出的关于事实、证据、法律适用等方面的质疑。由此可见, 有效辩护主要由两个因素决定。一个因素是辩护律师在事实、证据、法律适用等方面的高质量的辩护; 另一个因素是职权机关对辩护权的维护, 法官、检察官对辩护意见的充分尊重。而第二个因素往往容易被忽视, 因此, 需要在程序上予以特别关注。

我认为, 为实现死刑案件的证明要求, 至少应当设置这样的程序: 在死刑案件中, 如果辩护律师就案件事实、证据所提出的疑问不能得到有效解决, 就不能判处死刑, 因为这种情况意味着据以判处死刑的“证据尚有疑问”或“对事实还有其它解释余地”。所谓有效解决, 就是所提出的疑问被合理消除。从程序设置而言, 不应允许检察官在审判过程中回避辩护律师关于事实、证据所提出的疑问, 也不应再允许在判决中出现以这样的说法简单否定辩护意见的情况: 辩护意见与本案事实不符, 不予采信。²¹

除了应当设置特别的诉讼程序以充分尊重辩护律师的意见, 还需要对法庭的评议规则作出特别的规定。例如, 合议庭对死刑案件的评议, 应当分为两个部分。首先就案件的事实和证据问题进行评议, 以确定死刑案件是基于明确和令人信服的证据并且对事实没有其它解释余地。在这个阶段, 应该适用合议庭全体一致的评议规则, 而不应适用少数服从多数的评议规则。如果合议庭还有人案件的事实、证据存有疑问, 即使持异议的只是少数, 也意味着据以判处死刑的“证据尚有疑问”, 或“对事实还有其它解释余地”。因此, 我国《刑事诉讼法》应对死刑案件的评议程序作出特别规定, 以有效地保障死刑案件的质量。

这样的特别规定, 对死刑案件的质量所能发挥的积极作用, 是细化证明标准所无法替代的。明确死刑案件的证明标准、细化证明要求, 对于将死刑案件办成“铁案”以经得起历史的检验, 当然有积极意义。然而, 要真正实现这个目标, 需要在程序完善方面作更多努力, 对死刑案件设置更加严格的程序, 以使死刑案件首先经得起现实的检验(不论是来自辩护律师的检验, 还是合议庭“少数”意见的检验)。从完善《刑事诉讼法》的角度而言, 现实的检验较之历史的检验, 更应受到重视: 一个死刑案件如果未能经受得住现实的检验——辩护律师关于事实、证据的质疑或者合议庭成员对事实、证据尚有疑虑, 那就没有资格去经受历史的检验, 否则, 将这样的死刑案件“交付历史”, 由历史对此判决的正误进行检验, 就是对历史不负责任。²²

应当看到, 细化证明标准的意义是有限的, 而且不清楚在这方面还能继续做些什么? 但就死刑案件设置特别的程序以保障死刑案件的质量来说, 需要做、能够做的事情还有很多。在《修改决定》通过之后, 通过司法解释的方式对此予以完善, 应是可以期待的。

当然, 即使对死刑案件规定了更加完备、严格的程序, 也不能说因此可以绝对避免错误的裁判, 但至少可以说, 这将能有效地避免不可挽回的错误, 能切实避免发生不可饶恕的错误。²³ 通过对死刑案件的证明标准问题的分析, 可以看到, 为促进我国刑事证明要求(标准)的实现, 《刑事

²¹ 以所谓“客观真实”为证明标准, 通常意味着法官可以“与本案事实不符”为由否定辩护意见; 而以所谓“法律真实”为证明标准, 甚至连这样的理由都不需要说, 直接就可以否定辩护意见。正是在这个意义上, 我认为, 客观真实的证明标准理论可以为蛮不讲理的裁判提供理论根据, 而法律真实的证明标准理论则可以成为无需讲理的裁判提供理论根据。因此, 试图通过对证明标准予以细化而解决这类不用讲理的裁判问题, 不会有多少实际意义。

²² 如果说死刑案件的历史检验不过是“被害人复活”或者“真凶再现”等十分罕见的方式, 那么历史检验的手段十分有限, 效果将十分可疑。

²³ 关于死刑案件中的“不可挽回的错误”很好理解, 而所谓“不可饶恕的错误”, 笔者曾撰文说明。参见王敏远:《死刑案件的证明标准与刑事诉讼法的修改》, 载《法学》2008年第7期。

诉讼法》的进一步完善应当从着眼于细化证明标准, 转变为重视实现证明要求的程序规则的完善, 以更加有效地实现其保障刑事案件质量的使命。

结 语

在《刑事诉讼法》修改之后, 促进刑事证据法进一步完善的努力应集中在制定相关司法解释方面。对司法解释推动我国刑事证据法发展的作用, 应予重视。《修改决定》关于证据制度的诸多修改规定, 因为表述方式而使认识存在分歧的问题, 需要通过制定司法解释, 立足于立法的精神, 从规范职权和保障权利的视角予以说明, 为促进已经发生的转变而进行阐释。例如, 为促进证人出庭作证, 保障司法公正, 修改后的《刑事诉讼法》增加规定了强制证人出庭作证的规定。然而, 在强制证人出庭作证的条件设置中, 却将“人民法院认为证人有必要出庭作证”作为附设的条件予以规定(《刑事诉讼法》第187条), 由此, “公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议, 且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响”本应是“证人应当出庭作证”的充分条件, 却成了疑问。结合《刑事诉讼法》第59条规定的“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后, 才能作为定案的根据”的要求, 笔者认为, 司法解释可以将“人民法院认为证人有必要出庭作证”这一条件解释为程序性条件, 即“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议, 且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响的”, 人民法院就应“认为证人有必要出庭作证”。果若如此, 我国刑事证据法的进一步完善并不一定要等到《刑事诉讼法》的下一修改。

【主要参考文献】

1. 《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》, 卞建林译, 中国政法大学出版社1996年版。
2. [法] 卡斯东·斯特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克: 《法国刑事诉讼法精义》, 罗结珍译, 中国政法大学出版社1998年版。
3. 《英国刑事诉讼法(选编)》, 中国政法大学出版社2001年版。
4. [德] 克劳思·罗科信: 《刑事诉讼法》, 吴丽琪译, 法律出版社2003年版。
5. [美] 约翰·斯特龙主编: 《麦考密克论证据》, 汤维建等译, 法律出版社2004年版。
6. 郭志媛: 《刑事证据可采性研究》, 中国人民公安大学出版社2004年版。

(责任编辑: 刘计划)

trial custody system fundamentally, separate arrest from custody, make arrest as the preceding procedure of custody and set an independent review procedure of custody. On the basis of the principles such as judicial authorization, judicial review, judicial remedy and proportion principle, we could improve the pre-trial custody system with the measures as follows: maintain the Procuratorate as the examination body, improve the review procedure, define the period, enhance the remedy procedure and diversify the alternative measures of custody.

Keywords Pretrial Custody; Arrest; Alternative Measures of Custody

Bian Jianlin, Ph. D. in Law, Professor of School of Procedural law, China University of Political Science and Law.

Criminal Trial Procedure: Its Major Reform and Its Expansion

WANG Jiancheng • 89•

A series of major reform are undertaken by the new amendment of criminal procedure law. Among them, the recovery of the dossier deportation system, the establishment of pretrial conference, the strengthening of the system of witness appearing in court to testify, the relative independence of sentencing trial, the extension of summary procedure, the strengthening of trial level function of second instance, and the standardization of judicial review of death penalty procedure are the focus of the revision and should be paid more attention to.

Keywords Criminal Procedure Law; Trial Procedure; Pretrial Conference; Witness Appearing in Court

Wang Jiancheng, Ph. D. in Law, Professor of Peking University Law School.

China's Criminal Evidence Law is Changing: An Analysis on Its Latest Amendments

WANG Minyuan • 99•

Procedure law plays positive role in improving China's criminal evidence law. Still, some problems are left to be further improved through legal practice. For the purpose of having a more civilized and normative criminal evidence law, the provisions of the criminal evidence in the amendment shall be further improved through judicial interpretation, so that the central of the criminal evidence system can be transformed from putting emphasis on the convenience of execution of powers to valuing the protection of rights, from emphasizing the form of the evidence to valuing rules of evidence, from emphasizing the design of detailed proof standards to valuing procedure rules to realizing the goal of proof.

Keywords Criminal Procedure Law; Evidence System; Evidence Rules

Wang Minyuan, Researcher at the CASS Institute of Law, Adjunct Professor of Hunan University Law School.

Review and Prospect on Criminal Defense System in China

GU Yongzhong • 110•

After brought into the legislation plans by National People's Congress for ten years, the new "Criminal Procedural Law" is issued finally. The amended "Criminal Procedural Law" made great progress on