

刑事证据规则立法建议报告

樊崇义^{*}

摘 要 证据规则是证据原则的下位概念,是证据原则的具体体现。无论是立法、司法的实践,还是诉讼理论的完善,都亟需对证据规则予以进一步研究。从规范层面来说,我国已经形成了一定的证据规则体系,为研究和完善证据规则提供了法律范本。但是,我国刑事证据规则目前面临证据法典缺失、证据规则可操作性不强、精密化程度不高和证据规则的实施效果不佳等困境与问题。我国刑事证据规则立法应以诉讼认识论和诉讼价值论为理论基础,在立法指导思想深化对证据规则基础理论的认识,重点规范证据能力、兼顾证明力,推进刑事庭审方式改革,实现证据法价值多元化。我国刑事证据规则框架体系应当由规范证据能力的证据规则、规范证明力的证据规则以及规范证据运用的证据规则组成。同时,构建我国刑事证据规则立法的若干配套制度,具体包括证据裁判原则、无罪推定原则、不得强迫自证其罪原则和直接言词原则,以及程序性制裁制度、庭前证据开示制度、证人出庭作证制度和扩大刑事法律援助制度范围。

关 键 词 刑事证据规则 证据能力 证明力 证据运用

十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出要“推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、起诉的案件事实证据经得起法律的检验。”“以审判为中心”的实质就是“以庭审为中心”。以审判为中心的诉讼制度改革,必须强化庭审的地位和作用,审判如果脱离了庭审,必然会使它在发现事实真相和保障人权的价值上大打折扣,因此庭审是审判的核心。^{〔1〕} 最高人民法院 2013 年 10 月召开的第六次全国刑事审判工作会议明确提出,审判案件应当以庭审为中心,事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,裁

^{*} 北京师范大学刑事法律科学研究院教授。本文系国家社会科学基金重点项目“刑事证据规则研究”(编号:12AFX010)的学术成果总结。

〔1〕 樊崇义:《底线:刑事错案防范标准》,中国政法大学出版社 2015 年版,页 232。

判结果形成于法庭,要求落实直接言词原则、严格执行非法证据排除制度。以庭审为中心的提出,显然是要克服“书面审理”或“卷宗中心主义”的局限,解决审判实践中长期存在的庭审虚化、质证流于形式的问题,通过落实直接言词原则、交叉询问规则、质证规则,使庭审活动真正成为一个查明犯罪事实、发现案件真相的场所。证据规则是指导庭审有效进行的重要工具,是科学准确认定案件事实和定罪量刑的理论指引。由此,如何建立完善规范严谨的证据规则,是当前刑事司法改革所必须重视和认真研究的问题。

一、证据规则的含义

“证据规则”一词是对英美法中“evidence”或者“rules of evidence”的翻译,我国台湾地区则将此译为“证据法则”。20世纪90年代以前,我国大陆地区的证据法学者在介绍外国证据制度时除使用“证据规则”一词外,也使用“证据原则”、“证据制度”等称谓。90年代以后,“证据规则”的表述逐渐成为通用表述。在英美法系国家,证据规则是指“那些在庭审中或者审理中对证据的可采性问题起支配作用的规则”。〔2〕在这些国家,证据规则形成于长期的司法实践,表现为习惯、案例或者司法解释,属于普通法的组成部分。随着英美法系国家法典化运动的进行,也有以成文法形式表现出来的证据规则,如美国《联邦证据规则》、英国《1984年警察与刑事证据法》等成文法中均有针对证据可采性的规定。英美证据法研究的重点也是证据的可采性。

我国的立法没有对证据规则的含义作出明确规定,对证据规则的界定主要存在于学者的理论研究层面。从不同的视角解释证据规则形成了证据规则的多种定义:第一,从诉讼程序的角度,有学者将证据规则理解为与证据有关的程序性规则,认为“证据规则是指在收集证据、采用证据、核实证据、运用证据时必须遵守的一系列准则”,“是在诉讼中与证据有关的具有可操作性的程序性规则”。〔3〕第二,从证据制度或者证据法的角度,有学者将证据规则等同于证据法或证据制度,或者将诉讼中与证据有关的所有内容都视为证据规则,认为“证据规则是指确认证据的范围、调整和约束证明行为的法律规范的总称,是证据法的集中体现”,〔4〕或者认为“证据规则是指关于诉讼过程中取证、举证、质证、认证活动的法律规范和准则”。〔5〕第三,从法庭审判的角度,有学者将证据规则归纳为规范证据能力和证明力的规则,认为证据规则是指“以规范何种证据可以在法庭上出示(证据的可采性)、各种证据证明力大小(证据力)、证明责任的分配以及证明的要求等为主要内容的法律规范的总称”。〔6〕

由此可见,与英美等国侧重证据可采性的证据规则不同,我国的证据规则侧重于规范证据

〔2〕 宋英辉:《刑事诉讼法学研究述评(1978—2008)》,北京师范大学出版社2009年版,页589。

〔3〕 刘善春等:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版,页5。

〔4〕 江伟:《证据法学》,法律出版社1999年版,页173。

〔5〕 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2004年版,页358。

〔6〕 陈卫东、谢佑平:《证据法学》,复旦大学出版社2005年版,页70。

的运用过程。这是因为我国的证据规则是在证据法学依附于诉讼法学的大背景下,人为制定的一种与诉讼规则或者程序规则交叉融合的证据规则,不同于英美法系那种在证据法学独立于实体法、程序法的背景下,经过长期司法实践自发形成的、与诉讼规则密切联系、但自身又具有一定独立性的证据规则。我国司法改革的主线是在职权主义的基础上吸收当事人主义,这就要求我们要吸收借鉴英美法系证据规则的优秀成果,并结合自身的国情构建证据规则。对证据规则的定义要以法庭审判为中心,重点关注证据能力和证明力方面的规范。因此,可以认为证据规则是指以规范证据能力和证明力为主的、调整和约束证明行为的法律规范的总和,是证据法的集中体现。

准确把握证据规则的含义,必须正确认识证据原理、证据原则以及证据规则之间的差异。证据原理,也即证据法的原理,在证据法学体系中占有重要地位,研究的是证据法学与哲学、法哲学和诉讼法学理论的关系,揭示了证据法学的理论基础。证据原则,又称证据法的原则,是指在证据立法中需要确立并且在运用证据的过程中应当遵守的基本准则。证据原则是证据原理的下位概念,是对原理的具体化。证据原则的功能在于将证据法保障认识的真理性和正当性的基本作用进一步细化,是认识的真理性和正当性在原则层面上的体现。

证据规则是证据原则的下位概念,是证据原则的具体体现。证据原则具有抽象性和概括性,作为确立具体证据规则的前提和基础,对具体证据规则的规定和阐释具有重要的指导意义。可以说,证据原则是“证据规则的规则”。〔7〕与证据原则相比,证据规则具有如下的法律性质:第一,具有法律强制效力。证据规则具有约束力,执法机关及其执法人员、律师以及诉讼当事人、参与人应当遵守证据规则的规定,否则其行为构成违法,不能产生预期的法律效果,由此所收集的证据无效,所得出的裁判可能被撤销。第二,具有明确的指导性。证据规则中蕴含着更高层次的、抽象的原理、原则,但是其本身只是具体的行为规范,而非原则。证据规则是关于证据的具体的操作规程,执法人员、律师、当事人以及参与人可以直接从证据规则中得出自己应当做什么,可以做什么和不能做什么的指示。第三,具有明显的程序性。证据问题也是程序问题,因此证据规则本质上属于程序法的范畴,是程序法的一个相对独立的组成部分。证据规则的内容是规范证据的取证、举证、质证、认证等活动,也就间接地规范了这些证明活动的程序,成为当事人之间进行公平对抗的程序性规则。〔8〕

二、证据规则立法的必要性

“没有规矩,不成方圆;没有规则,无以证明。”〔9〕不论是取证、举证、质证,还是认证,都是在既定的证据规则下进行的。因此,研究证据规则对于揭示司法证明的规律至关重要。英美法系国家的证据规则已经非常成熟,大陆法系国家自20世纪中期以来,也陆续确立了不少证

〔7〕 何家弘等:见前注〔5〕,页348。

〔8〕 参见樊崇义:《证据法学》,法律出版社2012年版,页95—96。

〔9〕 何家弘:《证据法学》,法律出版社2008年版,页343。

据规则。我国到目前为止尚没有一部专门的证据法典,证据规则散见于诉讼法以及司法解释之中,这种情况不能适应建立现代化法治国家的需要,无论是立法、司法的实践,还是诉讼理论的完善,都亟需对证据规则予以进一步研究。

(一)优化立法以及解决司法实践问题需要完善证据规则

1.优化诉讼立法需要完善证据规则

我国《刑事诉讼法》对证据规则的规定很不完善。1979年《刑事诉讼法》关于证据的规定集中于第31—37条,关于证据规则的规定只有3条,第32条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”从而明确了程序法定原则。第35条规定:“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”从而明确了口供补强规则。第36条规定:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并经过查实以后,才能作为定案的根据。”从而明确了证人证言的质证规则。由此可以看出,1979年《刑事诉讼法》关于证据规则的规定很不完善,也没有体系可言。1996年《刑事诉讼法》对证据规则部分并没有作实质性修改,基本维持1979年《刑事诉讼法》的规定。2012年《刑事诉讼法》在人权保障理念的指导下对证据的规定予以完善,确立了不得强迫自证其罪原则以及非法证据排除规则,并规定了证人出庭作证的豁免权。其第50条规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪。”确立了不得强迫自证其罪原则。第53条规定:“证据确实、充分,应当符合以下条件:①定罪量刑的事实都有证据证明;②据以定案的证据均经法定程序查证属实;③综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。”从而明确了证据确实充分的条件,细化规定了刑事证明标准。第54条规定:“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”确立了非法证据排除规则。第188条规定:“经人民法院通知,证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。”明确了有限制的证人拒绝出庭作证的特权规则。2012年《刑事诉讼法》的这些规定虽然有一定的进步,但是规定的不全面,且过于原则化,一方面,不利于司法实践部门按章操作,另一方面,证据规则的不全面也给司法人员留下了过大的收集、运用证据的自由,容易造成权力的滥用,不能保证有效地惩罚犯罪和保护当事人的人权不受侵犯。

2.司法实践问题的解决需要完善证据规则

当前司法实践中屡屡出现冤案,从前几年的余祥林、赵作海案,到最近浙江的张氏叔侄案、河北的赵艳锦案,无不表明当前的案件质量不尽人意,办案人员缺乏证据思维、法律思维,运用证据不讲规则、规律。这些情况的存在,加之社会其他力量干扰司法裁判,导致冤案、错案重复出现,严重损害了司法权威以及公平、正义。司法实践中取证问题的突出表现是重口供、轻物

证,并由此形成了口供本位的证明方式,导致取证人员不择手段地获取犯罪嫌疑人、被告人的口供。

转变口供本位的证明方式需要构建科学的证据规则。与口供本位相对的是物证本位的证明方式,在这种证明方式下,口供虽然也被认为是证据的一种,但因获取口供对人权保障和发现实体真实存在双重危险,因而口供在审判中的使用受到了严格的限制,案件事实主要通过口供以外的其他证据尤其是物证来证明。与此种证明方式相适应的是,由于诉讼证明活动的重点就是收集除口供以外的其他各种证据,特别是物证,因此物证技术、鉴定技术比较发达。物证的收集相较于口供的收集需要更多的技术手段,为了规范物证的收集与使用,物证本位的证明方式更加需要制定严密的证据收集、采信规则,规范物证的收集以及认证过程,从而保证收集的物证既能够证明案件事实,又可以被法庭采纳,更加有效地证明案件事实。同时,证据规则的建立,也可以严格物证、言词证据的收集,防止出现非法取证行为。

(二)实现“法律真实”的证明标准需要完善证据规则

1.实现“法律真实”证明标准需要完善证据规则

与“客观真实”相比,“法律真实”更符合诉讼认识的特性,也可以据此制定出更符合现代法治要求、更具有实际操作性的具体证明标准。2012年《刑事诉讼法》修改,改变了以往的“客观真实”的证明标准,采纳了“法律真实”的证明标准,第53条对“证据确实、充分”提出的条件之一就是“综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑”,这就将“排除合理怀疑”确立为刑事证明标准。所谓“排除合理怀疑,就是由于良知的确信,是以排除一切合理怀疑”。^{〔10〕}案件的证明必须达到无合理的怀疑,反过来说,所谓合理怀疑,按照19世纪美国一位首席法官的说法,是指在对一切证据经过全部比较考虑之后,审理事实的人本着道义和良知,对于所诉事实不能完全信以为真。究竟有无合理怀疑,根据一位爱尔兰法官的说法,是本着一颗赤诚的心,对于全部证据经过冷静地观察,形成理智的了解,不受任何一方的影响,没有偏见,没有恐惧。据此,排除一切合理怀疑的证明标准的真正含义和具体适用范围,有两项基本准则,一是要求陪审团和法官要站在一个公正和诚实的立场上,本着基本良好的职业道德来认识案件事实和证据,即必须是“一种实在、诚实的、为良心所驱使的怀疑”。^{〔11〕}二是合理怀疑必须以事实为根据,各种妄想、臆测都属于不合理的怀疑,合理怀疑必须要有证据证明,即有理有据的怀疑。

2.实现“排除合理怀疑”的证明标准需要完善证据规则

我国对证据实行自由评价,但是自由评价在克服法定证据制度弊端的同时,自身也存在一定的问题。对证据是否能够做出合理的评价主要取决于两个方面的因素:一是证据评价者自身的素质,包括道德素质与职业素质;二是科学合理的外部规范。在现阶段实行由司法官对证据进行自由评价具有极大风险。一方面,我国虽然在“法律真实”理念的指导下确立了“排除合理怀疑”的证明标准,但现阶段我国法官整体素质还有待提高,理论界对什么是“合理怀疑”尚存争议,法官就更难准确把握什么是“合理怀疑”,如何通过“排除合理怀疑”形成对案件确实、

〔10〕 李学灯:《证据法比较研究》,五南图书出版社公司1992年版,页665。

〔11〕 同上注,页872。

充分的认识?因此,有必要通过证据规则来引导法官对事实的认定,避免认证上的混乱。另一方面,完全由法官靠所谓“理性与良心”对“合理怀疑”作内心求证,势必陷入主观臆断。不加限制的自由心证证据制度,赋予司法机关以主观妄断的权力,不是一种科学的证据制度,容易造成法官的专横,也不能保证查明案件的真实情况。因此有必要通过外部的证据规则来规范法官内心对证据的认定。通过证据能力规则防止不具有可采性的证据进入法庭审判,从而影响法官心证的形成;通过证明力规则,规范法官心证的形成过程,从而让法官对案件事实真正做到“排除合理怀疑”。即便是日本以及我国台湾地区这些长久以来对证据实行自由心证的国家 and 地区也已经认识到,不受限制的自由证明是不利于案件的查明和诉讼价值的实现的,从而对证据制度进行了改革,通过确立一定的证据规则来约束法官对证据的认定。所以,证据规则对实现“排除合理怀疑”的证明标准必不可少。

(三)实现刑事诉讼目的与程序正义需要完善证据规则

实质真实与正当程序的合理结合,要求刑事诉讼应该确立惩罚犯罪和保障人权的双重目的,并在各项制度中加以贯彻。如果只注重追究犯罪,忽视人权保障,将会导致司法专横,为民主、法治社会所不容;如果只注重人权保障,忽视惩罚犯罪,势必导致犯罪猖獗、社会安全感薄弱、社会秩序失范,同样违背刑事诉讼的根本宗旨。打击犯罪与保障人权的双重目的在许多情况下可以和谐一致,但在一些特殊情况下却会发生直接冲突,因此需要对其合理地加以选择与协调。

1.实现惩罚犯罪与保障人权的刑事诉讼目的需要完善证据规则

裁判者对案件事实的认定必须建立在证据之上,如何保证裁判者客观公正地形成心证?首先,裁判者可能与案件的当事人或其他与案件有关的人之间存在各种各样的联系,在行使裁判权时难免被个人利益所左右;其次,裁判者裁决案件容易受到现实社会关系的影响,当事人以及其他诉讼参与人的社会身份、地位等形成的现实力量对比关系以及其他社会因素可能会使裁判者迫于一定的压力而进行裁决;再次,裁判者并非完人,其本身的经历、个性特征、爱好、偏见等因素都会对其裁决行为产生影响,并使其对证据证明力的判断以及对案件的裁判表现出一定的非理性和偶然性。即使裁判者基于高尚的品德而努力克制上述情况的发生,也不能消除当事人以及社会公众对其所作裁判的公正性产生的怀疑。在这种情况下,一方面,要实现案件的实体正义,就必须准确查明案件事实、惩罚犯罪,这就要求有一定的规则来指引法官去发现案件事实。另一方面,实现诉讼保障人权的目的需要一种“看得见的正义”,即程序正义来约束裁判者的自由裁量权,限制恣意的发生,从而确保裁判结果的正义性。在证据的运用中,程序正义从制度上通过一系列证据规则约束裁判者的自由裁量权。证据规则中的证据能力规则和证明力规则是对裁判者自由裁量权直接予以约束的规则,因而更为有效并被普遍使用。证据能力规则从法律上规定什么样的证据可以被裁判者用来作为认定案件事实的根据;证明力规则则是从法律上规定某种证据对案件事实有多大的证明作用。

2.程序正义的实现离不开证据规则的完善

刑事证据问题也是程序问题。无论刑事诉讼、民事诉讼还是行政诉讼,都是围绕证据的收集、审查判断和运用而展开的。刑事证据是确保刑事程序公正的基础,也是实现刑事裁判权威

性的保障。实现法律正当程序不可忽视对证据规则的研究。健全的刑事证据规则通常是一个国家刑事诉讼制度民主、法治的重要标志。当前,我国正处于转型时期,社会的各个领域都在发生重大转变,由此而引发的刑事犯罪的状况也与以前有所不同,这使得刑事立法和司法都面临诸多新情况和新问题,尤其是定罪量刑中的证据问题,无论理论研究、国家立法,还是实践运用,都落后于时代的发展。理论滞后,立法原则不易操作,导致刑事案件质量下滑,翻供率上升,告状申诉增加,因个别案件处理不当而引发的突发性事件时有发生,给社会的稳定带来了负面影响,这些问题的出现都与刑事证据规则研究的滞后存在关系,所以研究和完善证据规则势在必行。

三、两大法系刑事证据规则比较考察

从宏观层面来看,两大法系的刑事证据规则除了在立法模式上存在显著区别,差异性还体现在大陆法系国家的刑事证据规则主要规定于刑事诉讼法典,英美国家的刑事证据规则主要规定于一些专门的证据立法,如美国《联邦证据规则》、加拿大《证据法》和澳大利亚《证据法》。另外,在英美国家,判例也是其刑事证据规则的重要渊源。当然,大陆法系国家并非不承认判例的证据法效力,下级法院一般都会遵从上级法院的相关判例。^{〔12〕}除此之外,两大法系的刑事证据规则还存在以下几个显著区别。

(一)刑事证据规则的精细程度有异

比较两大法系的刑事证据规则立法,一个最明显的差异在于两者有关刑事证据规则的规定存在精细程度的差异:英美国家有关刑事证据规则的规定比较多而成体系,而大陆法系国家的相关规定则比较少而零散。这主要体现于两点:一是英美国家有数量较多的明确规定的刑事证据规则,而大陆法系国家数量较少;二是英美国家的刑事证据规则有比较具体的规定,而大陆法系国家的刑事证据规则一般只有原则性的规定。

首先是刑事证据规则数量方面的差异。一般而言,英美国家对刑事证据有大量的规定,从证据的收集到证据的法庭提出,再到证据的审查与认定,均有相应的刑事证据规则予以规范。如在美国《联邦证据规则》中,有关证据收集的证据规则有证据相关性规则、非法证据排除规则、作证特免权规则、自白任意性规则等;有关证据的法庭提出的证据规则有传闻证据规则、意见证据规则、最佳证据规则等;有关证据审查与认定的证据规则有交叉询问规则、证据补强规则等。而在大陆法系国家的刑事诉讼法中,一般只有其中的若干证据规则,而缺乏其他相应的证据规则。如在德国《刑事诉讼法典》中,实际可见的刑事证据规则只有非法证据排除规则(如第136a条规定的通过禁止讯问方法获得的被告人供述不得作为证据使用)、自白任意性规则(如第136a条实际也涉及了自白的任意性问题)、作证特免权规则(如第49—55条规定的不同人员的拒绝作证权)、意见证据规则(如第73—83条有关鉴定人进行鉴定的规定)、传闻证据规

〔12〕 参见(美)米尔建·R·达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹等译,中国政法大学出版社2003年版,页12。

则(如第250—254条规定的直接采证原则,虽然不称为传闻证据规则,其规定不得以宣读讯问笔录代替法庭询问,实际就具有与传闻证据规则异曲同工的效果)、^{〔13〕}交叉询问规则(如第239条规定的证人、鉴定人询问顺序与法官的补充询问权,实际也是一种交叉询问规则,只是该条规定在实务上并未得到施行)。^{〔14〕}而对于其他证据规则,如证据相关性规则、最佳证据规则、证据补强规则,却未见明确规定。俄罗斯联邦亦是如此,根据其《刑事诉讼法典》第56条、第75条、第88条、第277条、第278条、第281条,^{〔15〕}俄罗斯联邦可以说存在作证特权规则、非法证据排除规则、自白任意性规则、意见证据规则、证据相关性规则、传闻证据规则与交叉询问规则,但未有关于最佳证据规则与证据补强规则的规定。米尔建·R·达马斯卡教授认为,目前两大法系证据规则在数量上的差异被明显夸大了,理由是大陆法系国家具有约束力的判例没有得到应有的关注。^{〔16〕}我们认为,如果仅仅从规范证据使用的具有约束力的规范数量来看,两大法系有关证据的规范数量也许没有太大差异,但如果从由不同具体规范构成的证据规则的数量来看,差异依然是明显的。因为大陆法系国家属于成文法国家,因此其有关证据的判例应当大部分是对于刑事诉讼法典相关规定的解释,而对于刑事诉讼法典没有规定的证据规则,法院从理论上讲是不宜超越立法权做出新规定的。

其次是刑事证据规则具体程度方面的差异。将英美国家与大陆法系国家在法律中均有规定的刑事证据规则加以比较,一个特别显著的差异在于,英美国家有关证据规则的规定一般比较具体,可操作性强,而大陆法系国家有关证据规则的规定,除作证特权规则、传闻证据规则与交叉询问规则有比较具体的规定外,其他证据规则的规定均比较原则,可操作性不强。如意见证据规则,美国《联邦证据规则》第701—706条对普通证人意见证据与专家证人意见证据的提出条件、意见证据的适用范围、意见证据的审查判断标准以及意见证据的适用程序均做了相应的规定,而德国《刑事诉讼法典》虽然有关鉴定的规定很多,但真正从证据的角度所进行的规范却很少,如鉴定意见的适用范围、对鉴定意见应当从哪些方面进行审查均缺乏相应的规定,尤其是对于证人、被害人陈述中的意见部分能否作为证据使用,应当如何审查等问题,根本没有相应的规定。俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》虽然在第75条对证人、被害人陈述中的意见部分是否具有可采性进行明确规定,但对鉴定意见的审查与判断标准也缺乏应有的规定。再如证据相关性规则,美国《联邦证据规则》第401—415条大篇幅地对证据相关性的判断标准、证据相关性的限制及其例外情形进行规定,而俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》的第88条虽然规定,证据相关性是证据评定的一个重要方面,但对何为证据相关性,应当如何判断一个证据是否具有相关性,对一些证据的相关性,如品格证据的相关性,是否应当进行相应的限制,却缺乏基本的规定。非法证据排除规则亦是如此。^{〔17〕}德国《刑事诉讼法典》第244条虽然规定,证据的收

〔13〕 参见何家弘主编:《外国证据法》,法律出版社2003年版,页55—56。

〔14〕 (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,页398。

〔15〕 参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》,黄道秀译,中国人民公安大学出版社2006年版,页61、75、83、236—238。

〔16〕 参见达马斯卡,见前注〔12〕,页11。

〔17〕 参见黄道秀,见前注〔15〕,页83。

集为不准许时,法庭调查应当拒绝查证申请,即法庭调查对此类证据不加以调查,但按德国刑事诉讼实务与理论,证据举证禁止并非一定导致证据使用禁止,即违法收集的证据并非必须加以排除,^[18]而德国《刑事诉讼法典》对于哪些情形下违法收集的证据应当加以排除,哪些可不排除,却缺乏相应的规定。俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》的第75条也仅仅规定,违反该法典规定的程序所获得的证据应当予以排除,但是否有例外,是否“毒树之果”也应当予以排除,也缺乏相应的规定。

(二)刑事证据规则的规范重点有别

从两大法系有关刑事证据规则的规定来看,他们对刑事证据收集、提出与审查等不同阶段的关注程度是不一样的。总体而言,大陆法系国家的证据规定规范的重点在于审前程序的证据收集行为,而英美国家的证据规定规范的重点在于审判程序的证据审查与判断行为。这主要表现在大陆法系国家的证据规定大都与证据调查有关,而英美国家的证据规则大都与证据的可采性与证据审查有关。^[19]

在德国,从其《刑事诉讼法典》来看,审判阶段有关证据规定的内容并不多,只有一些有关法庭证据调查范围、证据申请时间、交叉询问方式以及何种情形下可宣读审前调查笔录的简单规定。相反规定比较多的是审前程序中侦查机关的证据收集行为。例如,《刑事诉讼法典》第6章对证人证言的收集程序进行了比较详细的规定,包括哪些人员在何种情形下具有拒证权、证人作证应当如何宣誓、可对证人询问的内容、证人拒绝作证应当如何惩罚等;第7章则对如何进行鉴定、如何进行勘验进行了具体规定;第8章则对如何扣押物证、书证、如何实施技术侦查措施的程序进行详细规定;第10章对如何讯问犯罪嫌疑人、对于违反禁止讯问的方法所取得的证据应当如何处理进行明确规定。可以说,德国《刑事诉讼法典》有关审前程序的规定,大部分都是规范侦查机关如何收集证据的规定。俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》与德国的情形差不多,其第22章至第27章,用了比较大的篇幅,对如何讯问被告人、勘验、检验、侦查试验、搜查、提取物证、监听、录音、询问证人、司法鉴定等证据收集程序进行了比较详细的规定,但对于法庭审理时应当如何审查判断证据是否具有相关性、真实性,应当从哪些方面认定证据的证明力却无相应规定,只在第88条与第89条笼统地规定,对证据的审查应从其相关性、是否允许采信、是否真实的角度进行评定,不符合法典规定的证据提出要求的,禁止在证明过程中使用;在第37章法庭调查这一章对法庭调查时的证据提出顺序与询问方式进行一些规定。^[20]

而在美国《联邦证据规则》中,几乎所有的证据规定均与法庭审理时证据的提出、证据可采性的审查与判断以及证明力的判断有关,而对于在审前程序中侦查机关应当如何提取、收集证据则缺乏明确规定。比如关于专家证人证言的规定,不同于德国与俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》有关鉴定人如何进行鉴定的程序规定,美国《联邦证据规则》第702—706条有关专家证人证言的内容,重点在于规定专家证人证言在符合何种条件时才具有可采性(第702条规则),专

[18] 参见罗科信,见前注[14],页214。

[19] 参见何家弘,见前注[13],页45。

[20] 参见黄道秀,见前注[15],页149—187、83。

家证人提出专家意见可依据哪些事实与数据,不能依据哪些事实与数据(第703条规则),专家证人证言的适用范围(第704条规则),将专家证人证言作为证据使用时应当遵循的程序(第705条规则),而对于专家证人进行鉴定的程序,美国《联邦证据规则》仅仅在第706条就法院指定专家证人的程序进行了一些规定,而对专家证人应当如何鉴定,却无规定。有关书证的证据规定亦是如此。不同于德国与俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》对书证的扣押与提取程序进行明确规定,美国《联邦证据规则》有关书证的最佳证据规则并不涉及具体的提取程序,而只是规定书证一般应当提供原件,只有在法律规定的几种特殊情形下可不需要原件。

很明显,刑事证据规则规范的重点不同,实际就是两者规范的重点对象不同。大陆法系国家刑事证据规则将规范重点置于证据的提取与收集程序,实际就是将侦查人员的侦查行为作为规范重点,而英美国家刑事证据规则将规范重点放在证据的审查与判断,实际就是将法官与陪审员的证据采信行为作为规范重点。正如何家弘教授所说的,在一定意义上看,前者是以预审为中心的诉讼传统的产物,而后者是以审判为中心的诉讼传统的产物。^{〔21〕}从证据学的角度来看,后者优于前者。这是因为,规范证据的提取与收集主要涉及证据提出禁止的问题,而规范证据的审查与判断主要涉及证据使用禁止的问题。提取与收集证据的目的在于法庭审理时用以证明案件事实,如果在法庭审理时禁止使用某些通过不合法手段获取的证据,虽然表面上看是规范法官与陪审员的证据采信行为,但却对侦查人员的证据提取与收集行为也具有相应的规范效力,即对法官与陪审员的证据采信行为进行规范,具有“一箭双雕”的效果。而对于侦查人员证据提取与收集行为的规范,却很难有这种规范效果,它只能规范侦查人员,而不能对法官的证据采信行为具有规范效力,通过违法程序获取的证据未必就不能作为证据使用。德国刑事诉讼中之所以长期以来对证据使用禁止的范围存在争议,^{〔22〕}与其刑事诉讼法规范重点在于侦查人员的证据提取与收集行为,而不在于法官的采信行为不无关系。为此,从节省立法成本来看,将证据规范的重点放在法官的采信行为,更为合理。因为将规范重点置于证据提取与收集行为,意味着还需要就违法所得证据的证据能力或可采性进行相应规定,而将规范重点置于法官的采信行为,实际也对证据的提取与收集行为进行了相应的规范。

(三)刑事证据规则的重视程度不同

前述两大法系对刑事证据规则简细有别的规定,已经充分说明了两大法系对刑事证据规则的重视程度存在很大差异,即英美国家比较重视刑事证据规则的构建,而大陆法系国家对此方面的重视程度则有明显欠缺。除此之外,对刑事证据规则立法“宪法化”趋势的程度不同也反映了两大法系对刑事证据规则的重视程度存在明显差异。

早在1791年生效的《联邦宪法修正案》中,美国联邦考虑到刑事证据规则的一些内容与人权保障具有密切联系,将一些刑事证据规则的内容上升为宪法规定。如第四修正案关于搜查与扣押的规定,就涉及非法证据排除规则;第五修正案规定的反对强迫自证其罪特权,就涉及作证特免权规则与自白任意性规则;第六修正案规定的对质权,就涉及交叉询问规则与传闻证

〔21〕 参见何家弘,见前注〔13〕,页45。

〔22〕 参见罗科信,见前注〔14〕,页214—215。

据规则。加拿大 1982 年颁布的《权利与自由大宪章》中也有一些关于刑事证据规则的规定。如第 8 章规定的免于不合理搜查与扣押的权利,就涉及非法证据排除规则;第 13 章规定的免于自证其罪的权利,就涉及了自白任意性规则与作证特免权规则。

与此相反,大陆法系国家的宪法长期以来很少有关于刑事证据规则的规定。直到进入 20 世纪中期以后,受《欧洲人权公约》相关规定以及欧洲人权法院相关判例的约束,大陆法系的一些国家才逐渐关注并加强刑事诉讼中的人权保障,在宪法中规定一些与人权保障密切相关的刑事证据规则。如俄罗斯联邦 1993 年通过的《俄罗斯联邦宪法》增加了一些涉及刑事证据规则的规定:第 21 条第 2 款规定,任何人不应遭受刑讯、暴行、其他残酷的或有损人格的对待或处罚,任何人未经自愿同意不得经受医学、科学或其他实验;第 22 条规定,每个人都有自由和人身不受侵犯的权利,只有根据法院的决定才允许逮捕、关押和监禁,在法院作出决定之前不得将人关押 48 小时以上;第 49 条第 2 款规定,被告人没有证明自己有罪的义务;第 50 条第 2 款规定,在从事司法活动的过程中不许利用通过违反联邦法律而获得的证据;第 51 条第 1 款规定,任何人都没有义务对自己、自己的配偶和近亲属作证。这些规定涉及到非法证据排除规则、自白任意性规则、作证特免权规则等。意大利在 1999 年修正宪法时,也增加一条公正程序条款,内容涉及刑事诉讼证据的提取、审查与运用。但总体而言,直到目前为止,大部分大陆法系国家的宪法中仍然缺乏有关刑事证据规则的明确规定。如作为德国宪法的《德意志联邦共和国基本法》,虽然有些条款涉及刑事诉讼问题,如第 10 条规定的通讯自由权、第 13 条规定的住宅权,实际涉及刑事诉讼的搜查、扣押与住宅监控问题,但在整个宪法中却未见诸如作证特免权规则、自白任意性规则等的明确规定。法国宪法有关刑事诉讼的条款更是几近于无,更不用说刑事证据规则了。

四、我国刑事证据规则体系已有的初步框架

我国刑事证据规则体系的框架已初步形成。从规范层面来说,我国已经形成了一定的证据规则体系,为研究、完善证据规则提供了法律范本。2008 年中共中央转发《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》,其中把证据规则特别是非法证据排除规则的确立,作为证据改革的一项重要任务。2010 年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合制定了《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《办理死刑案件证据规定》)和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《非法证据排除规定》),贯彻落实了司法改革关于构建证据规则的精神。2012 年《刑事诉讼法》吸收了“两个证据规定”的合理内容,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《最高法解释》)进一步细化了证据规则的内容。这些法律以及司法解释比较系统地初步建构了我国刑事证据规则体系。笔者认为可以将这一体系分为两类:一是规范中明确规定、已经形成条文化的证据规则;二是审查判断证据的程序中所体现出的证据规则。

(一) 法律和司法解释中已经明确规定的证据规则

这类规则主要是指非法证据排除规则。“两个证据规定”之一就是关于办理刑事案件如何排除非法证据的规定,它不仅明文确立了非法证据排除规则,而且还对什么是“非法”、非法证据排除的范围和排除的程序一一作了明确具体的规定。2012年《刑事诉讼法》第55—58条,对非法证据排除的对象、诉讼阶段、排除程序、证明责任以及证明标准进行了规定。最高法《解释》在第四章专门设立“非法证据排除”一节,详细规定了非法证据排除规则的具体内容与程序。另外,最高法《解释》第61—63条还分别规定了证据裁判、程序法定和质证三个法定的规则。

(二) 审查判断证据的程序中所体现出的证据规则

一是关联性规则。《办理死刑案件证据规定》第6条第4项规定:“物证、书证与案件事实有无关联。对现场遗留与犯罪有关的具备检验鉴定条件的血迹、指纹、毛发、体液等生物物证、痕迹、物品,是否通过DNA鉴定、指纹鉴定等鉴定方式与被害人的相应生物检材、生物特征、物品等作同一认定。”第5项规定:“与案件事实有关联的物证、书证是否全面收集。”第23条第8项规定的“鉴定意见与案件结论事实有无关联”,第30条第4项规定的“鉴定意见与证明对象没有关联的不能作为案件的根据”,第27条规定的“内容与案件事实无关联性的视听资料不能作为定案的证据”,最高法《解释》第69条第4项和第5项、第84条第8项、第85条第8项、第92条第6项进一步确认了上述这些规定,这些规定都充分明确地体现了证据关联性规则。笔者认为,关于证据关联性规则,从立法到司法实务,必须加以高度的重视,因为证据事实与案件事实之间的关联性问题,是认定案件事实的关键所在,它直接关系到案件的质量问题,从某种意义上讲,关联性决定着证据的可采性,关联性决定着定罪量刑案件事实的质量,而且这一规定的运用,不仅涉及到案件的每一个证据,而且还与全案证据的运用息息相关,因此,从立法到实务,必须对关联性规则倍加重视。

二是意见证据规则。《非法证据排除规定》第12条第3款规定:“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。”最高法《解释》第75条也规定:“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不得作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。”但是我国现行《刑事诉讼法》没有关于意见证据的规定。司法解释的这一规定,有利于规范证人如实提供他们所感知的案件事实的证明活动,以避免将自己主观的推断、评论、猜测、估计、假设、想象作为证言提供,从而使办案人员对案件事实做出错误的判断。

三是原始证据优先规则。《办理死刑案件证据规定》第8条规定:“据以定案的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当由有关部门保管、处理或者依法应当返还时,才可以拍摄或者制作足以反映原物外形或者内容的照片、录像或者复制品。物证的照片、录像或者复制品,经过与原物核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式能证明其真实的,可以作为定案的根据。原物的照片、录像或者复制品,不能反映原物的外形和特征的,不能作为定案的根据。”还规定:“据以定案的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时,才可以使用副本或者复制件。书证的副本、复制件,经

与原件核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式确能证明其真实的,可以作为定案的根据。书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释的,书证的副本、复制件不能反映书证原件及其内容的,不能作为定案的根据。”第9条规定:“不能证明物证、书证来源的,不能作为定案的根据。”最高法《解释》第70条和第71条也规定了类似的内容,从而把原始证据优先规则引入刑事诉讼,其目的在于促使侦查机关更加努力地收集具有真实性的原始证据,从而更准确及时地查明案件事实,实现实体正义。

四是补强证据规则。《刑事诉讼法》第53条规定,“只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚”。《办理死刑案件证据规定》第22条规定:“对被告人供述和辩解的审查,应当结合控辩双方提供的所有证据以及被告人本人的全部供述和辩解进行。”“被告人庭前供述一致,庭审中翻供,但被告人不能合理说明翻供理由或者其辩解与全案证据相矛盾,而庭前供述与其他证据能够相互印证的,可以采信被告人庭前供述。”“被告人庭前供述和辩解反复,但庭审中供认的,且庭审中的供述与其他证据能够印证的,可以采信庭审中的供述;被告人庭前供述和辩解反复,庭审中不供认,且无其他证据与庭前供述印证的,不能采信庭前供述。”最高法《解释》第83条也规定了类似的内容。这些规定确立了补强证据规则,要求不能只靠口供定案,所有的口供必须与其他证据相印证,用其他证据加以补充和强化,才能认定案件事实。

五、我国刑事证据规则目前面临的困境与问题

(一)证据法典缺失

在证据规则的立法上,缺乏专门的证据法典,证据制度和证据规则散见于《刑事诉讼法》、最高人民法院和最高人民检察院司法解释、全国人大法制工作委员会、以及“两高三部”等联合颁布的规范性文件之中,内容过于粗疏,缺乏系统性、完整性。这些证据规则的共同特点是“按需设法”,具有临时性,很难从整体上形成一套系统的证据规则体系。同时,这种临时设法也造成证据规则之间交叉共存的现象,不仅在理论上可能无法准确理解,也与证据法原则不协调,而且在实践中可能导致混乱局面,无法真正发挥其规范诉讼活动的功能。例如,我国1979年、1996年和2012年《刑事诉讼法》都给“证据”下了定义,并且规定了证据种类,但立法并没有明确规定证据裁判原则(直到两高三部出台“两个证据规定”和2012年最高人民法院、最高人民检察院修订后的司法解释),也没有规定传闻证据规则和意见证据规则,导致司法实践中实际使用的证据资料形式纷繁复杂,公、检、法三机关就证据适用问题产生矛盾时有发生,从而影响刑事诉讼的顺利进行。

(二)证据规则可操作性不强、精密化程度不高

在证据规则的内容上,不但缺少一些基本的证据法原则,如无罪推定原则、证据裁判原则、自由心证原则等,而且立法对刑事证据规则的规定偏少,尤其是规范证据能力方面的证据规则。“两高三部”2010年出台的“两个证据规定”和2012年《刑事诉讼法修正案》总结我国刑事司法经验和实务工作的客观需要,初步建构了我国刑事证据规则体系,其主要内容分为两类:

一类是“两个证据规定”和《刑事诉讼法》中明确规定、已经条文化的证据法原则和证据规则,包括非法证据排除规则、证据裁判原则、程序法定原则和证据质证原则。另一类是在审查判断证据的程序规定中所体现出来的证据规则,包括相关性规则、意见证据规则、原始证据优先规则、补强证据规则以及有限的直接言词原则。而这几个仅有的证据规则都缺少完备性和可操作性。以补强证据规则为例,法律仅仅规定了补强证据的种类,至于补强证据的适格条件、证明对象、补强程度、证据数量等都未作规定,使得司法实践中适用该规则仍然相当混乱。

(三)证据规则的实施效果不佳

在证据规则的实践中,由于对违背规则的后果或处罚一般没有规定(非法证据排除规则除外),致使证据规则不具有强制执行的效力,整体上可操作性不强,这成为公安司法人员面临的共同难题。此外公安司法机关追求部门利益最大化也影响到证据规则的适用。由于系统性、完备性缺失等原因,即使是立法已经明确规定的证据规则,也往往在司法实践中遭到规避。例如,尽管2010年《非法证据排除规定》和2012年《刑事诉讼法》已经确立了一种具有中国模式的非法证据排除规则,明确界定了非法证据及其排除程序,但司法实践中还很少出现排除非法证据的案例。2011年浙江宁波出现的所谓“中国非法证据第一案”,最后非法证据排除规则在二审中被规避。很多地方检察机关在审查批捕或审查起诉阶段发现非法证据后,普遍做法都是与公安机关商量撤回,要求重新取证,而不是通过依法启动非法证据排除程序处理。很多辩护律师在庭审中不敢提出排除非法证据的申请。在庭审中,如果被告人提出侦查取证中存在刑讯逼供现象,而且被告人作为一个弱势群体很难自己提供证据材料或线索,各司法机关之间可能存在互相推诿的现象。这往往造成告状信满天飞,影响司法机关的公信力和权威性。

从证据规则的生存环境来看,证据规则数量匮乏。这虽然给构建系统、完整的刑事证据规则体系提供了巨大的空间,但证据规则的生存环境却不容乐观。它与有立法权限的各机关利益有关,机关利益给所立之法烙上印记,使机关所立之法之间未能保持一致性,甚至存在矛盾。加之国家经济能力对部分证据规则带来的问题难以承载,如证人出庭作证问题。尽管2012年《刑事诉讼法》规定了证人作证的经济补偿、出庭作证的安全保护等保障机制,但在我国许多地方还难以真正实现。笔者通过调研得知,有的地方甚至出现涉嫌贪污腐败的被告人还在二审过程中,其家属就敢大放厥词,说被告人马上可以出来,将对那些出庭作证的证人进行打击报复;证人们被迫集体到检察院上访,寻求保护。

因此,我国刑事证据规则无论在立法还是理论上,长期以来都存在不足,《刑事诉讼法》和有关规范性文件对证据规则的规定已经远远不能适应我国刑事审判方式改革和刑事司法实践发展的需要,构建系统、全面、科学的刑事证据规则体系显得十分必要和紧迫。

六、我国刑事证据规则立法的理论基础

(一)诉讼认识论

诉讼认识论虽然承认诉讼活动是一种认识活动,即诉讼主体对诉讼客体(已经发生的案件事实)的一种追溯性的特殊认识活动,但同时强调诉讼中的认识活动并不完全等同于哲学上的

认识活动,而是有着诸多独特性。其理论来源是马克思主义认识论原理,具体包括以下四个方面的内容:^{〔23〕}

一是认识的主观性与客观性原理。所谓认识的主观性,是指认识需要通过人的感官来进行,是主观对客观的反映;所谓认识的客观性,是指认识的对象以及最终形成的理性认识,都不依赖于人的主观方面而存在,而是具有客观性。注意认识的主观性和客观性,在于说明认识的客观性内容是通过主观的人的活动表现出来的,是感性活动,必须从主观的方面去理解。在司法实践以及理论研究中,我们不能抛弃人的主观方面去认识事实。认识的主观性与客观性原理告诉我们,“人类对于任何客观知识的认识,永远不可能是客观事物的简单摹写”。所以,刑事诉讼中对案件事实的认识,不可能达到绝对的客观真实。

二是认识的绝对性与相对性原理。刑事诉讼中的认识必须“在一系列非常不至上的思维者的人们中实现”,它是认识的“个别实现和每次的实现”。所以,诉讼认识只能具有相对真理性。当然,这种相对真理性蕴含着绝对真理,但并非等于绝对真理。因此,在刑事诉讼中,人们对于案件事实的认识,只是一种相对的真实,而非绝对的真实。

三是认识的真理性与正当性原理。真理性问题是一个经验问题或者逻辑问题,它涉及的是认知领域;正当性问题是一个价值问题或者伦理问题,它涉及的是评价领域。在理想状态下,如果能够获得绝对真理,那正当性就不存在了,因为绝对真理就有绝对正当性。但在具体条件下,我们无法获知绝对的真理,那么相对真理的可接受性就是因为它可以正当地被接受,即普特南所说的“合理的可接受性”。在刑事诉讼领域中,一件事实可以被合理地接受,必须满足这样两个条件:第一,它是根据充足的证据合理地推理出来的,具有高度的真实性;第二,它是在合法的程序之中得出来的,具有正当性或者合法性。

四是认识的实践标准。对判决结果中的事实的检验,不能以客观真实作为评判标准,从保障人权以及实现证明标准的可操作性的角度来讲,应当建立法律真实观的事实认定标准。

遵循上述观点,我们认为刑事证明标准应该坚持“法律真实说”。我们认为,在法律世界中,没有什么“本来是”事实的东西,没有什么“绝对的”事实,有的只是有关机关在法律程序中所确定的事实。这是因为,事实只有首先通过法律程序加以确定后,才能被赋予法律上的效果。也就是说,确定事实的机关,是在“法律上”创造了事实。我们主张法律真实,有如下几个方面的理由:第一,马克思主义哲学原理告诉我们,我们对客观世界的认识,对案件事实的证明,只能达到一种相对真实的程度,所以,被证明的案件事实,就不可能是实际上发生的客观事实。第二,诉讼证明是一种法律活动,它不仅只追求证明的真理性,还要追求证明的正当性。尊重法律和法律程序,正是证明活动具有正当性的表现。第三,主张法律真实说,可以使诉讼证明活动变得具体明确,容易使司法人员操作,也容易为普通公民或当事人所接受。相反,主张客观真实说,往往会因为对于客观真实不好把握,而在司法实践中引起各种各样的问题。第四,司法实践已经证明了法律真实的正确性。与三大诉讼法有关的司法解释事实上已经确立

〔23〕 樊崇义、锁正杰、吴宏耀、陈永生:“刑事证据前沿问题研究”,载何家弘主编:《证据法学论丛》(第一卷),中国检察出版社2000年版,页189—208。

了法律真实观。

(二) 诉讼价值论

诉讼价值论是在哲学上的价值论基础上发展起来的一种理论,是关于诉讼活动及其结果如何满足于民众、社会和国家需要程度的理论。刑事证据规则的制定体现了诉讼价值论的精神。美国学者戴维·伯格兰列举了构成美国证据规则基础的八项价值:生命;个人自由;稳定性;正当程序;事实真相;司法经济;联邦制;健康和安。〔24〕 罗纳德·艾伦教授把美国证据规则价值概括为以下五项内容:解决争端的适当方式;知识的性质;小群体决策的动因;道德和伦理关怀;正义理想和效率价值的关系。〔25〕 我们认为,刑事证据规则的价值论基础应该与刑事诉讼价值基本契合,具体包括公正、人权、自由、秩序和效率等价值形态。其中公正在诉讼价值中居于核心位置,是司法的灵魂和生命,也是刑事证据规则的首要价值。刑事证据规则的制定应当体现出实现司法公正、保障人权、促进自由、维护秩序和兼顾效率的价值目标。

七、我国刑事证据规则立法的指导思想

完善我国的刑事证据规则体系必须坚持中国特色,即从中国的诉讼文化背景、中国的诉讼制度背景出发,借鉴两大法系各国刑事证据规则的精髓,不能盲目照搬照抄。

(一) 深化对证据规则基础理论的认识

证据法学作为一门理论性和实践性都很强的学科,有其特定的研究对象和内在规律。规律是客观存在的,证据规则是证据规律的集中体现。根据马克思主义认识论,规律是可以认识的,证据规则要遵循和反映客观规律。我国关于证据规则的研究已有一定的基础,几乎任何一本证据法学教材都会涉及证据规则的论述。2012年《刑事诉讼法》将“尊重与保障人权”写入诉讼法典,充分体现了人权保障原则,为证据规则的构建提供了理论支撑。《刑事诉讼法》以及司法解释已经初步确立了我国的证据规则体系。因此,研究和完善证据规则具有充分的理论支撑与立法依据。

我国2012年《刑事诉讼法》第2条明确规定:“尊重和保障人权,保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利,保障社会主义建设事业的顺利进行。”人权保障原则,不仅仅是刑事诉讼的一项重要任务,更是刑事诉讼的一项重要指导原则,也是证据法学的一项重要理念,刑事诉讼以及证据今后的立法和执法,都要以“人权保障原则”作为一项重要的指导原则。刑事诉讼中的证明,在发现案件事实、解决纠纷的同时,也保障了当事人的人权。一方面,通过诉讼对罪犯进行制裁,对被害人以及社会进行补偿,弥补了犯罪行为对被害人权利的侵犯;另一方面,依照证据规则进行证明,约束执法机关以及司法机关的证明行为,可以有效保障诉讼

〔24〕 (美)戴维·伯格兰:《证据法的价值分析》,张保生等译,载《证据学论坛》(第13卷),法律出版社2007年版,页247。

〔25〕 (美)罗纳德·J. 艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》,张保生等译,高等教育出版社2006年版,页49。

中犯罪嫌疑人以及被告人的人权。构建约束证明行为的科学证据规则离不开人权保障原则作指导,在人权保障原则的指引下,我国2012年《刑事诉讼法》通过证据规则构建了一套严禁刑讯逼供的运作机制,为杜绝刑讯、保障人权设置了程序制裁措施。这一机制包括:第一,确立了“不得强迫自证其罪”的原则;第二,确立了“非法证据排除规则”,《刑事诉讼法》第54条和第58条详细规定了非法证据排除的条件、范围、程序和方法;第三,出台了一整套保障依法讯问和审讯的措施,包括侦查讯问中的全程录音录像措施,严格审讯场所,严格传唤和拘传的时间等等。以上三个方面的规定,即“权利——规则——措施”形成了一套完整的严禁刑讯的科学机制,以解决长期以来禁而不停的问题。

(二)重点规范证据能力,兼顾证明力

日本学者认为,证据法是规定依据证据准确无误地认定事实的过程的法律规范的总称,其内容大体分为三个方面:一是规定证据的调查方法;二是有关证据容许性(即证据能力)的内容;三是有关证明活动的范围和性质等。^[26]其中第一方面属于证据制度的内容,第三方面属于证明制度的内容,只有第二方面属于证据规则的范畴。从域外立法规定看,证据法尤其是证据规则都侧重于规范证据的证据资格即证据能力问题,而证明力原则上属于裁判者自由心证的范畴,只是在特殊情况下予以明确规定。针对我国司法实践中各种案卷笔录、书面证言大量使用的现状,我国应当增设传闻证据规则、意见证据规则,重点规范进入裁判者视野的证据材料的证据能力。同时,结合我国诉讼传统中已经形成的对物证、书证实行原始证据优先的做法,我国应当借鉴域外规定,增设最佳证据规则,进一步明确规范物证、书证的证据能力问题。

然而,证明力问题也是一个很重要的问题。对于某些特殊种类的证据,例如犯罪嫌疑人、被告人自白、被害人陈述等,由于各种原因,其本身证明力可能比较弱,需要其他证据来印证、补强。因此,实现刑事证据规则体系化,在重点规范证据能力的同时,还需要完善自白法则、补强证据规则等,兼顾规范部分证据的证明力。而且在我国,被害人也是诉讼当事人,因此,被害人陈述与口供一样,具有当事性,都应当纳入补强证据规则适用的范畴。

(三)推进刑事庭审方式改革,实现证据法价值多元化

以审判为中心诉讼制度改革的关键还是要落实到以庭审为中心这一命题上来,因为以“审判”为中心的核心是以“庭审”为中心。自从1996年《刑事诉讼法》推进刑事庭审方式改革,确立了一种“控辩式”的庭审结构,2012年《刑事诉讼法修正案》进一步深化了这一趋势,我国司法实务中通过庭审对抗形成证据的理念明显增强。它要求证人出庭作证制度和交叉询问规则等与之相配套。所有证人都出庭作证和接受交叉询问,这对于查明案件事实真相,有效控制犯罪无疑是有利的。然而,它也可能带来其他问题。正如德国联邦上诉法院曾经指出:“不惜任何代价来调查真相并不是刑事诉讼法的原则。”^[27]据悉,这已成为德国法学理论和法学著作的一种共识。为此,德国刑事诉讼法赋予证人广

[26] 参见(日)松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(下卷),张凌译,中国人民大学出版社2005年版,页1。

[27] 德国联邦上诉法院判决 BGHSt14, 358 at 365(1960)。

泛的作证特免权,其中大部分基于这样的理念:特定的信任关系不应因为国家强迫泄露通过这种关系所获得的信息而受到损害。^[28]我国主流观点也认为,刑事诉讼的目的包括控制犯罪和保障人权两个方面。2012年《刑事诉讼法修正案》已经将“尊重和保障人权”增加为刑事诉讼法的基本任务之一。而“人权”作为应然权利和实然权利的统一,是人之所以为人应当享有的基本权利,“是对作为社会交往的主体自然人生存和发展条件的最低限度的关怀。”^[29]因此,应当从广义上理解,从而实现刑事诉讼价值多元化。这就要求我们在完善证人作证制度,强化证人出庭作证义务的同时,构建适合我国刑事司法现状的作证特免权规则,赋予某些特殊人群作证特免权,从而深入推进庭审方式改革,在作证过程中保护更多社会关系免受损害,实现证据法价值的多元化。

八、我国刑事证据规则立法建议的基本框架

刑事证据规则之间只有互相衔接与协调,具有内在的统一性,才能形成一个完整、严密的规则体系。对于我国刑事证据规则框架体系的建构,笔者认为,我国刑事证据规则框架体系应当由规范证据能力的证据规则、规范证明力的证据规则以及规范证据运用的证据规则组成。

(一)规范证据能力的证据规则^[30]

对于规范证据能力的规则,按照“一般规则、排除规则加例外规则”的模式加以规定。

1.相关性规则

证据的相关性,是指证据必须与案件事实有实质性联系,从而对案件事实有证明作用。值得说明的是,这里的相关性与我国传统证据法学中的关联性稍有不同,即这里的相关性,并非与案件事实真相的关联,而是与待证事实的关联。这种关联尽管以一定的经验法则为基础,却并不强调其客观性。^[31]在英美证据法中,关联性规则被称为证据的“黄金规则”,它要求控辩双方提出的证据必须具有关联性,法庭才允许进行调查,没有关联性的证据,法官有权决定不予调查。然而,实际上审判实践中法庭调查范围较为宽泛,对于某些情况下与案件不存在关联性的事实,或者某些虽有一定联系但容易引起争议、混淆案件争点的事实,如果明确不承认其关联性,则更有利于防止出现偏见和混乱。此外,运用关联性规则还涉及到品格证据能否在诉讼中适用的问题。由于我国立法没有规定品格证据没有关联性,目前法院倾向于将被告人以往受过刑事处罚的事实作为不良品格证据加以采纳。这些都需要相关性规则予以规范。建议立法框架如下:

[28] 参见(德)托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,页172—173。

[29] 关于“人权”概念和主体范围的分析,参见兰跃军:《刑事被害人人权保障机制研究》,法律出版社2013年版,页37—38。

[30] 以下内容部分参考陈卫东:《模范刑事诉讼法典》,中国人民大学出版社2011年版,谨致谢忱。

[31] 同上注,页170。

立法表述	参考立法例	立法简要理由
具有相关性的证据,是指有助于查明待证事实发生或没有发生的证据。	1.美国《联邦证据规则》第401条; 2.澳大利亚1995年《证据法》第55条。	证据的相关性是证据具有可采性的前提,应当作为首要的证据规则加以规定。

2. 非法证据排除规则

非法证据排除规则是指刑事司法机关对于依法认定的非法证据应当予以排除,不得作为移送起诉意见、提起公诉和裁判的根据。《非法证据排除规定》和2012年《刑事诉讼法》第53—57条规定了中国式的非法证据排除规则,主要内容包括非法证据的界定及法律后果、非法证据排除的程序和非法证据排除中的证明问题三个方面。根据这些规定,非法取得的言词证据应当绝对排除,非法取得的实物证据应当相对排除。但检察环节如何排除非法证据,仍是一个需要深入研究的课题。建议立法框架如下:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述、鉴定意见,应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。 在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的,应当依法予以排除,不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。	2012年《刑事诉讼法》第54条。	非法言词证据排除规定,补充将“鉴定意见”列入非法言词证据排除的范围。
以下述方式搜查、扣押所得的证据,不具有证据能力:①没有合理根据而进行搜查、扣押;②搜查、扣押违反法定程序且严重侵犯公民宪法基本权利的。前款证据,在刑事审前程序中,不得作为不利于犯罪嫌疑人程序处理的根据。	1.美国《联邦宪法第四修正案》; 2.我国台湾地区《刑事诉讼法》第158条之四。	违法搜查、扣押所得证据的证据能力。
下述违法技术侦查取得的证据,不具有证据能力:①未经法定批准程序进行的技术侦查;②违反法定程序且严重侵犯公民宪法基本权利的。前款证据,在刑事审前程序中,不得作为不利于犯罪嫌疑人程序处理的根据。	我国台湾地区《刑事诉讼法》第158条之四。	违法技术侦查所得证据的证据能力。
除上述规定外,违背法定程序所取得的实物证据,由法庭权衡违法原因及程度、违法行为对人权保障及公共利益的影响后,裁定是否具有证据能力。 借助非法言词证据而获取的实物证据,具有证据能力,但言词证据的获取方式严重侵害公民基本权利或严重妨碍司法公正的除外。	我国台湾地区《刑事诉讼法》第158条之四。	其他违法取得实物证据的证据能力。

法庭审理过程中,辩护方以取证手段违法为由请求排除证据的,应当提出相应的证据。法庭应当在听取控辩双方辩论后作出裁定。根据法庭调查的具体情形而认为必要时,法庭得依职权裁定控诉方对证据的合法性加以证明。对于经过法庭审理,确认或者不能排除以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除。	1.英国1984年《警察与刑事证据法》第76条; 2.2012年《刑事诉讼法》第58条。	对取证合法性进行调查,以及调查后的处理结果。
在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。	2012年《刑事诉讼法》第57条。	关于取证合法性的证明。
其他参见:2012年《刑事诉讼法》第55、56条;2012年最高法《解释》第四章第八节“非法证据排除规则”。		

3.意见证据规则

区分事实和意见是现代证据法的一项基本要求。意见证据规则是指证人的个人意见和推测不得作为证据使用,但根据一般生活经验可以判断的事实除外。意见证据规则将证人证言分为两种:一种是体验性陈述,是指证人就自己感知的事实提供陈述;另一种是意见陈述,指证人陈述的内容仅仅是个人的意见、判断或者感想。依据意见证据规则,证人不能发表依其直接观察所得的推断和意见,但根据一般生活经验可以判断的除外。我国没有明确的意见证据规则,实践中证人作证也仅限于向司法机关陈述其所了解的案件事实,而不包括对案件事实、情节的分析、判断和发表的其他意见。建议立法框架如下:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不得作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。 证人在以下方面依据自己体验的事实作出的推测、判断或评论,具有证据能力:①尝和闻的有关问题;②车辆的速度;③证人自己的意图;④声音、笔迹的认定;⑤另一个人的情感或状态。	1.美国《联邦证据规则》第701条; 2.日本《刑事诉讼法》第156条; 3.我国台湾地区《刑事诉讼法》第160条; 4.2012年最高法《解释》第75条。	细化和区分事实和意见有利于更好的界定证人证言的证据能力。

4.原始证据优先规则

原始证据优先规则是关于文字材料的证据可采性规则,即以文字材料的内容证明案件事

实时,必须提交该文字材料的原件。我国证据法学者继承了这一分类,并在借鉴英美证据法中最佳证据规则的基础上,提出了原始证据优先规则。它实际上包括两层含义:一是从收集证据的角度来讲,原始证据优先规则要求在证据收集时应尽可能地收集原始证据,凡是能够收集原始证据的,不得只收集派生证据或传来证据;二是从证据证明力的角度来讲,原始证据的证明力大于传来证据。因此,原始证据优先规则既是一项规范证据能力的规则,也是一项规范证明力的规则。建议立法框架如下:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
能够收集原始证据的,应当优先收集、运用原始证据。除法律另有规定外,能够收集原始证据而没有收集的,不得运用其派生证据。	2012年最高法《解释》第69条。	原则性规定。
据以定案的物证应当是原物。原物不便搬运,不易保存,依法应当由有关部门保管、处理,或者依法应当返还的,可以拍摄、制作足以反映原物外形和特征的照片、录像、复制品。物证的照片、录像、复制品,不能反映原物的外形和特征的,不得作为定案的根据。物证的照片、录像、复制品,经与原物核对无误、经鉴定为真实或者以其他方式确认为真实的,可以作为定案的根据。	2012年最高法《解释》第70条。	适用物证的规定。
据以定案的书证应当是原件。取得原件确有困难的,可以使用副本、复制件。书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释,或者书证的副本、复制件不能反映原件及其内容的,不得作为定案的根据。书证的副本、复制件,经与原件核对无误、经鉴定为真实或者以其他方式确认为真实的,可以作为定案的根据。	2012年最高法《解释》第71条。	适用书证的规定。
关于原件的特殊规定:在公务管理活动中,以法定程序制作的、与原件具有同等法律效力的副本、复制件,视为原件。 底片以及由该底片冲印的任何照片,均为原件。以数字方式存储的文字、照片、视听资料、一次性打印或输出的能够反映原数据的多份可读物,均为原件。	美国《联邦证据规则》第1001条。	随着技术和法律的发展,许多原件已经突破了传统的范畴,本规定是适用新形势的需要。

例外规定:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
以下情形可提供文字、证书、照片、视听资料的复制件:①原件确实无法获得的;②原件已经丢失或被毁损的;③因保密、档案管理限制无法调取原件的;④控辩双方对使用复制件没有异议的;⑤对复制件的真实性不存在合理争议的。⑥重要的带有编号的身份证件、学历证件、职业资格证件和票据等。	2012年最高法《解释》第70条和第71条。	例外情形的规定。

5. 传闻证据规则

传闻证据规则指不得以证人道听途说的情况或不得以其庭前书面证言作为证据,法律另有规定的除外。该规则要求通过法庭上的询问和质证对于证言进行检验,审判机关原则上应当以经过庭审质证的证人当庭陈述作为定案的根据,控辩双方不应提出证人在审判前进行陈述的笔录作为证据使用。但实践中,有时需要提出证人在审判前进行陈述的笔录作为举证或者质证的辅助手段。这样的情形包括两种:一是证人表示不能回忆起某项事实时,需要以其在庭审前提供的陈述来提醒、帮助回忆的;二是证人提供的证言与其在审判前的陈述不一致,通过其他方法不能确认其当庭陈述是否真实而需要宣读证人在审判前的陈述进行诘问的。在上述两种情况下,证人在审判前进行陈述的笔录可以用来质疑其庭上证言的可信性。建议立法框架如下:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
证人、被害人、鉴定人于法庭审判外的用于在法庭上证明所断定事项之真实性的陈述、询问笔录或其他书面材料,除法律另有规定外,不具有证据能力。	1.美国《联邦证据规则》第801条; 2.我国台湾地区《刑事诉讼法》第159条。	该条规定了传闻证据规则的一般要求。
为了以下程序性目的,可以使用法庭外制作的笔录或书面材料:①为了决定是否有必要传唤某人作证;②为了帮助陈述人回忆淡忘的事实;③如果当庭陈述与之前所作陈述有实质性变化,为弹劾陈述人的诚信度或争辩陈述人当庭陈述的证明力;④法院认为确有必要其他情形。	1.美国《联邦证据规则》第601条、第806条; 2.德国《刑事诉讼法典》第253条。	在诉讼过程中,为了迅速有效地解决一些程序性问题,书面证言往往具有不可替代的作用。因此,即使在实行严格传闻规则的英美国家,也允许为了特定的程序性目的而使用书面证言。

例外规定:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
文书类证据: 传闻例外之一:下列文书类证据,如果不是专为本案诉讼所作,对于证明本案事实,具有证据能力:①公务员职务上制作的记录文书、证明文书,但刑事警察、检察官基于刑事诉讼法上的职责而制作的笔录除外;②因通常业务所需或依业务职责制作的记录文书、证明文书,但具有不可信的显然情形者除外;③在具有特别可信性保障条件下制作的其他文书。法院认为确有必要时,可以依职权通知上述文书的制作人当庭提供证言。	1.美国《联邦证据规则》第 803 条; 2.我国台湾地区《刑事诉讼法》第 159 条之三。	在现代社会,文书类证据已经具有了较高的可信度。 为了防止可能发生的作假现象,本条规定该项文书证据应当不是专为本案诉讼所作,以防止当事人为了胜诉而作假;同时也对刑事警察、检察官作出了限制。
经同意而适用: 传闻例外之二:控辩双方均同意使用的传闻证据,可以作为证据接受法庭调查。法庭认为该证据明显违背事实、缺乏必要的可信性保障或者对被告人显失公正的,有权裁定不予调查。	我国台湾地区《刑事诉讼法》第 159 条之五。	对于控辩双方均同意采用的传闻证据,原则上应当尊重控辩双方的选择,可以作为法庭证据。同时,又突出了法庭的权威,在一定条件下法庭有权拒绝调查。
关于鉴定意见的例外: 传闻例外之三:除下列情形外,法庭可以裁定宣读鉴定意见以代替鉴定人当庭作证:①鉴定意见直接影响案件最终处理的;②控辩双方提出不同鉴定人且鉴定意见分歧较大的;③当事人提出足够证据对鉴定人的鉴定能力或资格产生合理怀疑的;④新出现的鉴定技术类型。依据前款规定,法庭裁定宣读鉴定意见前,应当听取控辩双方的意见。	1.我国台湾地区《刑事诉讼法》第 206 条。 2.2012 年《刑事诉讼法》第 187 条。	2012 年刑事诉讼法规定:公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议,人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。本条是对其的细化。
关于勘验、检查笔录的例外: 传闻例外之四:除下列情形外,法庭可以裁定宣读勘验、检查笔录以代替勘验人员、检查人员当庭作证:①勘验、检查笔录直接影响案件最终处理的;②勘验、检查笔录的内容明显违背事实的;③勘验、检查笔录的内容含混不清或自相矛盾的;④有证据证明勘验人员、检查人员不具备相应能力的;⑤有证据证明勘验、检查笔录的真实性存在合理怀疑的。依据前款规定,法庭裁定宣读勘验、检查笔录前,应当听取控辩双方的意见。本条规定受制于本法关于非法证据排除规则的有关规定。	2012 年《刑事诉讼法》第 187 条和第 190 条。	2012 年刑事诉讼法规定:人民警察就其执行职务时目击的犯罪情况作为证人出庭作证,适用前款规定。本条是对其的细化。

具有可信性保障的询问笔录: 传闻例外之五:法官在控辩双方在场时依法定程序询问证人、被害人的询问笔录,具有证据能力。审查起诉阶段制作的证人、被害人询问笔录,符合以下条件之一的,具有证据能力:①辩护人在场时进行的询问;②可供辩护人查阅,辩护人没有查阅或查阅后无异议的询问笔录;③具有其他可信性保障的询问笔录。	我国台湾地区《刑事诉讼法》第159条之一、第159条之二。	根据诉讼阶段的不同,对询问笔录的证据能力设置了不同的条件。其中,审判阶段要求最低,只要询问时控辩双方在场即可;在审查起诉阶段,则以具有可信性保障为条件。
为定罪确有必要的例外: 传闻例外之六:侦查阶段制作的证人、被害人询问笔录,如果具有相应的可信性保障,为证明犯罪确有必要且具备下列情形之一,可以作为证据接受法庭调查:①陈述人已经死亡、丧失行为能力的;②陈述人去向不明或现在国外的;③陈述人到庭后无正当理由拒不陈述的。	我国台湾地区《刑事诉讼法》第159条之三。	在诉讼过程中,有可能会遇到一些特殊情形,致使要求证人、被害人到庭根本不现实。在极个别情形下,作为一种不得已的例外,侦查笔录可以作为法庭证据。
无必要到庭的例外: 传闻例外之七:具有下列情形之一的,经证明具有较高可信性之保障后,法庭可以裁定通过宣读书面证言代替证人当庭作证:①在庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的;②居所远离开庭地点且交通极为不便的;③身处国外短期无法回国的;④基于案件性质、证据价值、所需成本的综合考虑,法庭认为证人当庭作证意义不大的。⑤有其他客观原因,确实无法出庭的。具有前款规定情形的,可以通过视频等方式作证。前款裁定应当事先听取控辩双方的意见并说明理由。	1.最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第56条。 2.2012年最高法《解释》第206条。	本条是对证人无法出庭作证的补充。

6. 自白任意性规则

自白规则总体而言分为两个方面:一是关于自白能否作为证据使用的规则,这在英美国家是自白是否具有可采性的问题,而在大陆法系国家则是自白是否具有证据能力的问题;二是关于具有可采性或证据能力的自白具有多大证明力的规则,这是一个能否单独以自白认定被告人有罪的问题,或者说自白是否需要补强的问题。前者一般称为自白任意性规则,即自白应当是被追诉人基于自由意志而作出的有罪陈述,否则不具有证据能力或证据可采性而予以排除;后者一般称为自白的补强规则,即自白作为证据使用时,一般应当有补强证据加以补强,否则不能认定被告人有罪。由于证据补强规则对自白的补强已经进行相应的论述,本题只对自白任意性规则进行论述,对自白补强规则不再赘述。建议立法框架如下:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
讯问前,侦查人员、检察人员已经履行告知义务的,推定为犯罪嫌疑人、被告人明知供述的法律后果。	美国米兰达规则。	确保犯罪嫌疑人、被告人的知情权。
讯问时,犯罪嫌疑人在其律师在场时的供述,推定为自愿。	美国米兰达规则。	律师在场是确保供述自愿性、合法性的前提。
犯罪嫌疑人于起诉前亲笔书写的书面供述或者由其签章的供述笔录或录音,经其本人和辩护律师同意的,可以作为证据接受法庭调查。	我国台湾地区《刑事诉讼法》第 159 条之五。	律师的有效帮助是确保供述自愿性、合法性的条件。
辩护方对犯罪嫌疑人供述的任意性提出异议的,应当提出相应的证据。综合法庭调查的情形而对犯罪嫌疑人供述的任意性产生合理怀疑的,法庭应依职权要求控诉方证明供述的任意性。	1. 英国 1984 年《警察与刑事证据法》第 76 条; 2.《日本刑事诉讼法》第 31 条。	法庭有权对供述的合法性、自愿性进行调查。
有证据对犯罪嫌疑人供述的任意性产生合理怀疑的,控诉方应当以排除合理怀疑的程度证明供述的任意性,否则,该供述不具证据能力。	英国 1984 年《警察与刑事证据法》第 76 条。	对供述的合法性、自愿性的证明标准宜与刑法的证明标准保持一致。

例外情形:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
除非同时具备下列条件,犯罪嫌疑人的供述,不具证据能力:①犯罪嫌疑人明知自己供述的法律后果;②犯罪嫌疑人自愿供述的。 被告人的当庭供述,具有证据能力,但辩护方有足够证据证明并非出于自愿的除外。犯罪嫌疑人、被告人的辩解,具有证据能力。	1.英国 1984 年《警察与刑事证据法》第 76 条; 2.《日本刑事诉讼法》第 31 条。	本条规定了供述与辩解的证据能力。
在刑事诉讼中,对犯罪嫌疑人实施或者唆使、同意、默许他人实施下列行为之一的,所取得的供述证据不具有任意性,不得用于弹劾被告人的诚信度或者争辩被告人当庭陈述的证明力:①采用残忍、不人道的或者有辱人格的方式;②通过使用暴力或以暴力相威胁;③采用长时间疲劳、饥饿等精神或肉体上的折磨;④不适当的长期羁押或违法羁押;⑤无正当理由而进行夜间讯问、连续讯问的;⑥足以影响自由意志的其他方式。 本条所称“夜间”是指每日二十二时以后至次日六时之前。	德国《刑事诉讼法典》第 136 条 a。	

(二)规范证明力的证据规则

7.证据补强规则

证据补强规则是指为了防止案件事实的误认,对某些证明力显然薄弱的证据,要求有其他

证据补充证实才可以作为定案根据的规则。建议立法框架如下：

立法表述	参考立法例	立法简要理由
以下证据不能单独作为认定案件事实的依据,需与两份以上与其有不同来源的、具有证明力的其他证据相互印证,才能作为认定案件事实的依据:①犯罪嫌疑人、被告人供述;②被害人陈述;③下列证言:1.未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言;2.与当事人或者其辩护人或代理人有利害关系的证人出具的证言;3.无正当理由未出庭作证的证人证言。	1.日本《刑事诉讼法》第319条; 2.2012年《刑事诉讼法》第53条; 3.最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第69条。	主要是对哪些言词证据需要补强的整体规定。
审查被告人供述和辩解,应当结合控辩双方提供的所有证据以及被告人的全部供述和辩解进行。被告人庭审中翻供,但不能合理说明翻供原因或者其辩解与全案证据矛盾,而其庭前供述与其他证据相互印证的,可以采信其庭前供述。被告人庭前供述和辩解存在反复,但庭审中供认,且与其他证据相互印证的,可以采信其庭审供述;被告人庭前供述和辩解存在反复,庭审中不供认,且无其他证据与庭前供述印证的,不得采信其庭前供述。	2012年最高法《解释》第83条。	被告人庭前与庭审供述出现矛盾时的采信原则。

(三)规范证据运用的证据规则

8.作证特免权规则

作证特免权规则,是指在法定情形下,特定公民享有拒绝作证的权利或制止他人作证的权利。其核心内容主要表现在一个适格的证人可以依法对自己已经掌握的与案件有关的信息不予向法庭透露,从而拒绝法庭对自己进行询问或提供有关的信息。且强迫作证和拒证权是证人适格性的两个方面,强迫证人作证是基于证人应当履行国家义务的理念,拒证权是基于社会伦理、公共利益、证人权益的保障的综合考虑而设置的相应的特免权规则。可见,作证特免权是针对一般的作证义务而言的。即一般情况下,向法庭作证每个公民应承担的义务。但是在作证特免权规则的情况下,受社会伦理、道德、价值取向以及公共利益或国家公共政策等诸多因素的影响,如果让证人陈述相关的信息,可能损害某种更为重要的利害关系。因此,法律为了维护这种社会关系而制定了作证特免权规则。在刑事诉讼领域,作证特免权规则不仅维护社会伦理、公共利益、证人利益,而且更加保障刑事被告人的基本权利或能提高其诉讼地位。作证特免权是免除证人作证的义务而不是为了剥夺证人作证的资格。2012年《刑事诉讼法》第188条第一款增加赋予被告人的配偶、父母、子女免于强制出庭作证的特权,符合这一发展要求。但显然还不够,需要借鉴域外做法进一步完善,包括明确夫妻之间的交流特权、律师与委托人之间的交流特权、医患关系中秘密信息的

保护特权,以及关于政府秘密的特权等。建议立法框架如下:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
经人民法院通知,证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。	2012年《刑事诉讼法》第188条	近亲属关系的作证特权。
辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息,有权予以保密,不作为证人出庭作证。但是,辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员,准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的,应当及时告知司法机关。	2012年《刑事诉讼法》第46条	律师的作证特权,增加“不作为证人出庭作证”。
对于披露后确有损害国家重大利益的可能的公务事项,公务员或者受委托执行公务的人员有权拒绝提供证言,其主管机关或者选举机关同意其作证的除外。 对于披露后确有损害国家重大利益的可能的公务事项,人民代表大会的代表有权拒绝作证,人民代表大会或者人民代表大会常务委员会同意其作证的除外。 审判人员对有关评议的内容和在公开诉讼过程外履行职责时所获知的情况,应当保守职业秘密,不得被强迫对这类事项提供证言,审判委员会同意其作证的除外。	1.德国《刑事诉讼法》第54条; 2.日本《刑事诉讼法》第144和145条。	公务作证特权。

9.交叉询问规则

交叉询问是英美法系庭审时对证人的一种询问方法,即首先由提出证据的一方对本方证人进行“主询问”,然后由对方进行可诱导性的“交叉询问”或“反询问”,其目的在于揭示证人的偏见和不可信性。根据需要还可以进行“再主询问”、“再反询问”等。此外,交叉询问的前提是证人出庭作证。建议立法框架如下:

立法表述	参考立法例	立法简要理由
向证人、鉴定人发问,应当先由提请通知的一方进行;发问完毕后,对方也可以发问。	2012年最高法《解释》第212条。	明确主询问的发起方。删除“经审判长准许”的表述,为控辩双方充分质证与辩论创造条件。
公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证人、鉴定人发问。审判人员可以询问证人、鉴定人。	2012年《刑事诉讼法》第189条。	明确交叉询问的双方主体。删除“审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止”。

向证人发问应当遵循以下规则:发问的内容应当与本案事实有关;不得威胁证人;不得损害证人的人格尊严、询问证人应当分别进行、证人、鉴定人不得旁听对本案的审理、一般情况下不得以诱导方式发问。前款规定适用于对被告人、被害人、附带民事诉讼当事人、鉴定人、有专门知识的人的讯问、发问。	2012 年最高法《解释》第 213 条。	明确交叉询问的规则。
在下列情况下,可以对证人等提出诱导性问题:①在对对方证人进行反询问时;②在涉及与案件核心问题无直接关系的预备性或入门性事务时;③诱导性问题可以用于从一个查询领域到另一查询领域的转换或连接;④当证人在直接盘问中做出意外回答时,律师可以使用诱导性问题。⑤在对理解能力有限的证人进行直接盘问时,包括未成年人、智力低下的成年人、使用汉语表达有障碍的人。⑥对于那些记忆已终竭尽但显然还掌握有额外的相关性信息的证人。〔32〕	美国《联邦证据规则》611 条。	反对诱导性询问的例外。
控辩双方的讯问、发问方式不当或者内容与本案无关的,对方可以提出异议,申请审判长制止,审判长应当判明情况予以支持或者驳回;对方未提出异议的,审判长也可以根据情况予以制止。异议提出需要说明理由,并应在证人退庭之前提出。	2012 年最高法《解释》第 214 条。	交叉询问异议的程序处理。

在上述证据规则中,相关性规则是所有证据共同适用的规则,对证据运用的四个阶段都具有指导作用。非法证据排除规则、自白任意性规则、意见证据规则、传闻证据规则、作证特权权规则基本属于规范证据能力的证据规则,补强证据规则基本属于规范证明力的证据规则,最佳证据规则既规范证据能力,又规范证明力,而交叉询问规则主要是一项质证规则。

九、我国刑事证据规则立法的配套制度

(一)法律中必须明确四大证据原则

证据法原则是指在收集和运用证据过程中应当遵守的一系列准则,它是作为证据规则的基础或本源的综合性和稳定性的原理和原则。借鉴域外立法,并结合我国 2012 年《刑事诉讼法

〔32〕 刘善春等著:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社 2000 年版,页 356。

修正案》对刑事证据制度的完善和 2010 年“两高三部”联合颁布的《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》的相关内容,我们认为,我国刑事证据法的基本原则应当包括证据裁判原则、无罪推定原则、不得强迫自证其罪原则和直接言词原则。

1. 证据裁判原则

证据裁判原则是现代证据法乃至诉讼法的基石。证据裁判原则要求以证据作为裁判的根据,没有证据不得认定事实。该原则的核心在于强化证据意识,强化证据对于认定事实的基础地位。我国《刑事诉讼法》没有明确规定证据裁判原则,但《刑事诉讼法》第 53 条和第 195 条规定体现了证据裁判的精神,第 242 条第一项和第二项还明确地将违反证据裁判原则规定为再审理由。2012 年最高法《解释》第 61 条和最高检《规则》也规定:“认定案件事实,必须以证据为根据”。

2. 无罪推定原则

无罪推定原则的基本要求是,任何人在被依法证明有罪之前,在法律上应推定为无罪。我国宪法和刑事诉讼法没有规定无罪推定原则,但《刑事诉讼法》第 12 条规定的“法院统一定罪原则”吸收了无罪推定原则的合理内核。《刑事诉讼法》第 49 条明确规定了控诉方承担证明责任的原则,《刑事诉讼法》第 195 条第三项和第 171 条第四项体现了疑罪从无精神。

3. 不得强迫自证其罪原则

2012 年《刑事诉讼法》在第 50 条严禁刑讯逼供的取证禁止性规定后面增加“不得强迫任何人证实自己有罪”的内容,从而赋予犯罪嫌疑人、被告人及其他作证者不得强迫自证其罪的权利。但是 2012 年《刑事诉讼法》第 118 条又继续保留犯罪嫌疑人“如实回答”义务,因此存在一定的矛盾。日后的立法应该废除“如实回答”的义务。

4. 直接言词原则

直接言词原则是大陆法系刑事审判乃至刑事诉讼的基本原则之一,主要精神就是指法官必须在法庭上亲自听取当事人、证人及其他诉讼参与人的口头陈述,案件事实和证据必须由控辩双方当庭口头提出并以口头辩论和质证的方式进行调查。我国《刑事诉讼法》和相关规范性文件都没有明确规定直接言词原则,2012 年《刑事诉讼法》一定程度上体现了直接言词原则的要求,但仍有局限性,除了只规定了有限的两种应当出庭作证情形和有限的四种作证保障机制外,还表现在《刑事诉讼法》的有关条文规定明显与该原则不符,甚至直接抵触,需要进一步完善。

(二) 程序性制裁制度

刑事程序性制裁是相对于实体性制裁而言,指刑事诉讼中的警察、检察官和法官因实施程序性违法行为应当承担的程序上的不利法律后果。就证据规则而言,程序性制裁主要体现为对非法证据排除规则、传闻规则、意见证据规则、自白任意性规则、原始证据优先规则等各种证据排除规则的肯定。除法定的例外情形外,违背上述规则价值与精神的证据将会因为程序性制裁制度而宣告无效,丧失证据能力。建立完善的程序性制裁制度,有利于凸显程序正义,充

分发挥合法、有效的证据在打击犯罪、保障人权以及认定案件事实中的重要作用。

(三)完善庭前证据开示制度

在法庭针对证人、鉴定人等进行交叉询问,必须在开庭前做好充分准备,如果控辩双方均不知对方将在庭审中提出哪些证人、鉴定人、被害人,交叉询问无从谈起。为此,建立完善的庭前证据开示制度,使控辩双方相互了解对方在庭审时拟提出的证人、鉴定人、被害人的证言、鉴定意见或陈述,这是交叉询问规则得以有效运行的基本条件。现行《刑事诉讼法》规定检察机关向法院提起公诉时,必须移送全部案卷材料,规定辩护律师可以查阅、摘抄、复制案卷材料,其他辩护人经人民法院许可,也可以查阅、摘抄、复制案卷材料,辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据,应当及时告知公安机关、检察机关,并规定必要时,审判人员可以召开庭前会议,决定出庭证人、鉴定人、有专门知识的人的名单。这些措施具备了英美国家庭前证据开示的一些功能,为交叉询问规则的有效运行提供了一定基础条件,但仍然存在一些缺陷。其中最重要的是,未规定检察机关未随案移送的证据能否进入法庭调查,也未规定辩护方未向检察机关展示的证据能否进入法庭调查。如果禁止这些证据进入法庭调查程序,这些证据的交叉询问也就很难有效开展。为规范庭前证据开示,为交叉询问规则的有效运行提供基础,宜建立规范的庭前证据开示制度,并明确规定未按规定开示证据的法律后果,即该证据不得进入法庭调查,并不得作为定案根据。

(四)完善证人出庭作证制度

确保证人出庭作证是完善交叉询问和直接言词原则的重要体现,也事关庭审方式改革和控辩制诉讼模式的成败。确保证人出庭作证,除了在宏观上加强理论引导、加大经济补偿和证人保护的力度之外,更应该使得有证人作证的案件能够充分发挥质证的效果,使得证人作证在案件的定罪量刑中能对法官的自由心证产生积极和有效的影响,发挥典型的、有代表性的示范效用。只有这样,证人作证制度才有可持续性发展的现实性和前瞻性,证人作证制度才更有发展的源泉、生机和活力。

(五)扩大刑事法律援助制度的范围

由于检察机关与被告人在诉讼能力与法律专业知识方面的严重失衡,辩护律师介入法庭调查,这是交叉询问规则得以有效运行的最重要条件。由于相当部分被告人因为各种原因无钱聘请律师,完善的刑事法律援助制度对交叉询问规则的有效运行也就具有极其重要的意义。从我国目前的规定来看,对交叉询问规则运行具有掣肘作用的主要是法律援助适用面还比较窄,不能满足交叉询问规则运行之需求。根据《刑事诉讼法》第42条与第43条,被告人属于盲、聋、哑人、尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人、可能被判处无期徒刑、死刑的人等三种人的,才应当指派法律援助律师;被告人属于共同犯罪案件、重大社会影响案件、检察院抗诉案件、可能不构成犯罪案件的被告人的,只是可以指派法律援助律师,而对于其他案件,被告人未委托辩护人的,法院照样可以开庭审理。其他案件未有辩护人参与法庭审理,这也就意味着这些案件的交叉询问规则不可能得以有效运行。如何完善刑事法律援助制度,

从交叉询问规则的有效运行角度来看,应当扩大刑事法律援助的范围,将所有被告人未认罪且被告人希望得到法律援助的案件均纳入法律援助范围。

Abstract: The rule of evidence is a sub conception of the principle of evidence, in other words which is also a sort of concrete embodiment of the principle of evidence. It is not only essential but also a pressing need to do a further research on the evidence rules, according to the current legislation and judicial practice and the improvement of the Litigation theory. From the aspect of legislative level of the legal system, there has formed a relatively complete system of evidence rules, which provides a legal form for further research and improvement of evidence rules. However we have to recognize that there is still a lot of work and research to be done on the rules of evidence. At present, the criminal evidence rules are faced with many problems, such as the absence of Evidence Law, the low—level operability, the low—level degree of precision and the bad performance of these rules. The legislation of criminal evidence rules in our country should be based on epistemology of litigation and value theory of litigation, deepening the understanding of basic theory of evidence under the guidance of legislation ideology, particularly emphasizing on the ability of evidence and probative force, promoting the reform of criminal trial mode, realizing the different values of evidence law. The framework of the criminal evidence rule should comprise the rules of evidence ability, the probative force and the application, just in a basically way in China. At the same time, there still needs some relevant supporting system of the evidence rules, including the principle of evidence judgment, the principle of presumption of innocence, the privilege against self—incrimination, the principle of direct trail and trial, and the procedures of the sanctions regime, the evidence—discovering system in front of the court, the system of witnesses to testify in court and extending range of criminal legal aid system.

Key Words: The Rules of Criminal Evidence; Competence of Evidence; Weight of Evidence; The Application of Evidence

(责任编辑:傅郁林)