

二、新《刑事诉讼法》完善证据制度方面的进步（7个方面）

- 1、完善了证据种类（第48条）：一是将物证和书证分开；二是将鉴定结论改为鉴定意见，打破了对科学证据的迷信；三是增加了“电子数据”，与视听资料列为一类。
- 2、明确了控方举证责任（第49条）：“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”。——被告人没有证明自己无罪义务——无罪推定原则的体现
- 3、部分确立了不得强迫自证其罪的权利——“不得强迫任何人证实自己有罪”（第50条），加强了人权保障。——不得强迫自证其罪原则（自白任意原则或口供自愿原则）

- ◆ “不得自证其罪的权利”（right against self-incrimination）主体是刑事被告人或证人（美国宪法第五修正案）——保障一个人不能被政府方强迫作证，提供可能导致自己受到刑事指控的证言。与无罪推定一起确保国家必须承担刑事指控的证明责任。该权利蕴含沉默权（right to remain silent）。
- ◆ 两个含义：一是不被强迫自证有罪，二是不被强迫自证无罪，被告人没有证明自己无罪的义务，没有在针对自己进行的查找证据的活动中予以合作的义务（沉默，拒绝陈述——不能因被告人保持沉默或拒绝陈述就认定其有罪或得出对其不利的结论）。
- ◆ （1）“不得强迫任何人证实自己有罪” ≠ 不被强迫自证无罪
- ◆ （2）第50条“不得强迫任何人证实自己有罪”与第118条第1款“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问应当如实回答”的规定有无冲突？
- ◆ ——“不得强迫自证其罪”的权利的完整意义应该是：不得强迫任何人证实自己有罪或无罪，即拥有沉默权。这是中国证据法治未来发展的努力方向。

4、确立了“确信无疑”的证明标准（第53条）：“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。”

——beyond reasonable doubt（确信无疑=确实、充分，内心确信，排除合理怀疑）

起诉的证明标准——优势证据

- ◆ 5、初步建立了证据开示制度（第38条，第182条第2款）：“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。”这意味着，控方要向辩方开示全部证据
- ◆ ——以前只规定“可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。”
- ◆ ——证据开示的主要作用是防止证据突袭
- ◆ 6、完善了非法证据排除制度（第54-58条）

- ④ 7.完善了证人/鉴定人出庭制度（第187-188条，第192条，第62-63条）：
 - ④ （1）出庭情形：①控辩任何一方对证人证言/鉴定意见有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响；②法院认为证人有必要出庭作证的。③警察就其执行职务时目击的犯罪情况出庭作证，适用前款规定。
 - ④ （2）亲属特免权的萌芽：经法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。——虽然可以不到庭，但仍可在其他场合被调查
 - ④ （3）规定了不出庭的后果：证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证的，予以训诫，情节严重的，经院长批准，处以十日以下的拘留。
 - ④ （4）专家辅助人：控辩任何一方可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定人的鉴定意见提出意见。
 - ④ （5）完善了证人保护制度。一是明确了法院、检察院和公安机关应当采取的多项保护措施；二是明确了作证费用应当给予补助。

三、关于直接言词原则和质证规则

（一）证据法的直接言词原则

直接原则要求直接审理，证据应当在法庭上直接调查核实，审判人员必须亲自参加法庭的证据调查，亲自观察和聆听举证和质证过程；

言词原则要求直接询问，要求证人以口头方式作证，只有在法律另有规定的情况下才能作为例外，才能以宣读以前的询问笔录或者书面证言的形式作证。

新《刑事诉讼法》第60条规定：“凡事知道案件情况的人，都有**作证的义务**。”（与原48条一样）

《民事诉讼法》第70条：“凡是知道案件情况的单位和个人，都有**义务出庭作证**。……证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。”——《民事诉讼证据规定》第55条规定：“证人应当**出庭作证**，接受当事人的质询”。《行政诉讼证据规定》第41条规定：“凡是知道案件事实的人，都有**出庭作证的义务**。”

⊗ (二) 直接询问和交叉询问——举证和质证方法

- ⊗ 对证人的询问及证人的回答——构成了审判的核心。
直接询问的目的是让证人用自己的话，提供构造完整的“案情”（story）的叙述片断——举证

• 直接询问

检控方/原告

辩方

不得提出诱导性问题

检控方/原告证人

辩方证人

交叉询问是对抗制的规定性特征之一



威格莫尔说：交叉询问“是我们曾经发明的揭示事实真相之最伟大的法律引擎。”

质证对准确认定事实的意义 质证=交叉询问+对质

2012年《刑事诉讼法》第59条：“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证属实以后，才能作为定案的根据”

（三）出庭情形

- 1、控辩任何一方对证人证言/鉴定意见有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响；
- 2、法院认为证人有必要出庭作证的。
- 3、警察就其执行职务时目击的犯罪情况出庭作证，适用前款规定。

新《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。

“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。

“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。**经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的根据。**”

- 直接言词原则如何贯彻？
- “第62条：” 对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、**毒品犯罪**等案件，证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，人民法院、人民检察院和公安机关应当采取以下一项或者多项保护措施：（1）不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息；（2）采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施；……”
- 这些证人可以不出庭，将如何质证？

（四）亲属特免权的萌芽

“第188条 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。” ——庭外取证危害性更大！

可以放弃特免权，但如果作出不利于被告人的证言，被告人有权与证人对质（confrontation=face to face）

- (五) 规定了不出庭的后果

第188条第二款：“证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证的，予以训诫，情节严重的，经院长批准，处以十日以下的拘留。被处罚人对拘留决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。复议期间不停止执行。”

- (六) 确立了专家辅助人制度

第192条第二款：“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。”——加强了鉴定意见的质证

第四款：“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。”——不出庭，对鉴定意见所提出的意见，不能作为定案的根据

• （七）证人保护制度

第62条 “对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、**毒品犯罪**等案件，证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，人民法院、人民检察院和公安机关应当采取以下一项或者多项保护措施：

“（一）不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息；

“（二）采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施；

“（三）**禁止特定的人员接触证人、鉴定人、被害人及其近亲属；**

“（四）**对人身和住宅采取专门性保护措施；**

“（五）**其他必要的保护措施。**

“证人、鉴定人、被害人认为因在诉讼中作证，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，可以向人民法院、人民检察院、公安机关**请求予以保护。**

“人民法院、人民检察院、公安机关依法采取保护措施，有关单位和个人应当配合。

第63条 证人交通、住宿、就餐等费用补助——列入司法机关业务经费，由同级政府财政予以保障。

四、关于非法证据排除规则的实施

（一）非法证据的含义

- 1、广义“非法证据”：是指不符合法律规定的证据内容、证据形式、收集或提供证据的人员及程序、方法的证据材料。——主体不合法、内容不合法、形式不合法的证据。
- 2、狭义非法证据，是办案人员违反法律规定的权限、程序或用其他不正当的方法获取的证据——取证非法。
- 3、我国新《刑事诉讼法》第54条（狭义）：
“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，……不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”

（二）非法证据排除制度（第54-58条）：

1、三个阶段全程排除：“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。”（54条第二款）

2、强调检察院审前排除职责。“检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的，应当进行调查核实。对于确有以非法方法收集证据情形的，应当提出纠正意见；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”（55条）

3、强调控方对证据合法性的证明责任：“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。”（57条第一款）

4、强调侦查人员出庭：“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法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。”（57条第二款）

5、确定了非法证据排除的优势证据标准：“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”（58条）

（三）非法证据排除程序中的侦查人员出庭

第57条第二款：“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。” ”

1、侦查人员出庭的启动程序

（1）人民检察院提请的通知程序；（2）人民法院通知程序；（3）侦查人员或者其他人员的自荐程序。——没有赋予辩护方启动权？

2、侦查人员出庭的身份

——在证据合法性调查程序中，侦查人员出庭“说明情况”与第59条“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证属实以后，才能作为定案的根据”的一般规定有何区别？能否真正接受被告人、辩护人的质证？

3、侦查人员出庭作证的方式

☞ 侦查人员作为控诉方的证人出庭，根据2012年《刑事诉讼法》第189条：“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问。”——被告人、辩护人可否进行交叉询问或对质？

☞ 4、侦查人员出庭的证明责任和证明标准

☞ 侦查人员出庭说明情况，必须“说”到何种程度，才能达到“明”的证明标准？

☞ (1) 公诉方对证据收集合法性的证明责任。2012年《刑事诉讼法》第57条第一款“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。”

☞ 非法证据排除程序相当于行政诉讼的“民告官”？

☞ 《行政诉讼法》第32条：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”

☞ 最高院《行政诉讼法解释》第26条：“在行政诉讼中，被告对其作出的具体行政行为承担举证责任。”

☞ 最高院《行政诉讼证据规定》第1条：“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”

（2）证据收集合法性的确信无疑的证明标准

2012年《刑事诉讼法》第58条规定：“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第54条规定的非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”——较高的证明标准，如果这一证明不能使事实认定者排除对非法取证的怀疑，该证据将会被排除。

（3）关于证据合法性调查程序的当事人身份转换问题

在“证据合法性调查程序”中，出庭的侦查人员可能成为非法取证案调查对象或审判的被告，从而发生一个从原来的证人身份向被告人的转换。——行政诉讼？

5、关于侦查人员拒不出庭的法律后果

2010年《排除非法证据规定》第7条“经依法通知，讯问人员或者其他人员应当出庭作证”；2012年《刑事诉讼法》第57条第2款规定：“经人民法院通知，有关人员应当出庭。”

④ （四）证据排除的主要理由

④ （1）不可靠的证据（准确价值）

④ 例如，依据“最佳证据规则”，排除有可能失真或伪造的证据。

④ （2）不公正的损害且超过证明力（公正价值）

④ 证据尽管相关，但如果采纳将会对一方当事人产生不公正的损害，且超过其证明力，也可以排除。

④ ——例如，对被告人权保护、隐私权保护；——对被害人权益的保护，例如，性犯罪案件中关于被害人性癖好的证据，虽然对证明案件事实具有一定的价值，也可以排除。

④ （3）有违程序正义（公正价值）

④ 证据虽具有相关性，但由于其非法取得，采纳该证据将严重侵犯宪法和法律规定的公民权利和当事人合法权益，也会被排除。

④ （4）不适当的浪费诉讼资源或拖延审判时间。如重复举证（效率价值）

⌚ (四) 非法证据排除的正当理由

⌚

⌚ 1、维护司法纯洁

⌚ 警察非法取证是一种违法行为，若法院在审判中使用非法证据，就是默认、助长甚至间接鼓励警察这种违法行为。如果把警察的非法取证视为盗窃行为，那么，非法证据就属于“赃物”，法院采纳非法证据实属“收购赃物”，成为警察违法的“共犯”。

⌚ 2、保障基本人权

⌚ 联合国《禁止酷刑公约》第15条：每一缔约国应确保在任何程序中，不得授权业经确定系以酷刑取得的口供为证据，但这类口供可用做被控施酷刑者刑讯逼供的证据。

⌚ 3、吓阻警察不法

⌚ 如果警察通过违法搜查、扣押获得的证据最终被法院排除，警察违法取证就没有任何意义，徒浪费时间与人力。——迫使其在工作领域中发展起更多的专业侦查技能。

4、彰显程序正义

- 程序正义要求诉讼过程体现平等、公正、透明和文明。国家与犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中攻防力量上不平等，但在诉讼地位上、权利保障上应当平等。
- 非法口供排除规则不仅保障口供的真实性，更主要的是保障口供的自愿性。——法院裁判正当性和可接受性的来源。

（五）非法证据排除的原则和例外

1、强制排除主义和裁量排除主义

- 前者指一有证据违法取得的情形，即应排除，法院无裁量余地；后者是指法院拥有是否排除的裁量权。
- 对于非法言词证据、非法实物证据以及根据非法证据获得的证据（“毒树之果”）采取何种态度，反映了不同国家刑事司法政策在打击犯罪、保障人权以及维护社会价值方面的利益权衡

- ④ 英国，明确规定对一些严重违反法定程序获得的口供必须排除；但对非法搜查、扣押等得到的实物证据，采利益权衡原则，由法官行使自由裁量权排除。
- ④ 2012年《刑事诉讼法》第54条：
 - ④ “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，……不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”
 - ④ ——按照联合国《禁止酷刑公约》排除非法取得的供述这种最低限度的要求：第一，我国已确立了非法证据排除规则；第二，对于非法言词证据的排除不仅包括口供；第三，属于强制性排除，法院和法官没有自由裁量权。

2、非法口供证据的绝对排除

采用刑讯逼供等野蛮手段，严重侵犯了公民的尊严、健康，甚至生命等自然人最为重要的基本权利，因而各国通常都采取非常严厉的态度，要求一律予以排除，不予采纳。

例如，美国联邦最高法院确立了非任意性自白的判断标准，违反自愿原则，就是非任意性自白。后来更为严格的规定是，如果自白为联邦官员在延长被告拘禁期内所得或侵犯其律师帮助权或未遵守沉默权告知规则，不问此项自白是否可信与自愿，联邦法院都将不予采用。——英国、德国、日本

我国新《刑事诉讼法》第54条：

“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。”已超出口供范围包括了所有非法言词证据。——范围比国外更宽泛