

# 刑事审判中的证据引出规则

姚 莉 李 力\*

---

**内容提要:**“证据引出”规则是在刑事审判过程中,要求控辩双方通过一定的方式使一项证据材料能够被允许作为证据在法庭上出示的规则,其实质是在控辩双方向裁判者展示自己的证据材料之前,对其准备在法庭上展示的证据材料进行前置性审查,以排除不具有证据能力的证据材料,使之不能在法庭上向裁判者展示。证据引出规则对于实现实体公正、程序公正和诉讼效率等程序价值都有现实意义。

**关键词:**刑事审判程序 证据 证据规则 证据引出

---

近年来,随着我国刑事诉讼理论研究和刑事审判制度改革不断深入,人们已经认识到证据问题是刑事诉讼中的一个中心问题。<sup>[1]</sup>证据规则成为刑事诉理论研究中提出的新课题,其研究视野主要集中在证据展示、非法证据排除等问题上,但对庭审程序中证据举出规则的研究则较少涉及。<sup>[2]</sup>在司法实践中,一些法院虽已经开始就庭审中的举证和认证活动进行改革,但仅仅关注举证和质证的当庭性,并不涉及庭审中的举证方式,因而庭审中仍然是控诉方或辩护方简单地将有关证据材料全部出示,再由对方对该证据的证据能力和证明力一并进行质证。<sup>[3]</sup>显然,对庭审程序中的举证规则的研究无论是在理论上,还是在实践上都具有现实意义。本文拟对刑事审判中的证据引出规则问题进行初步的讨论,<sup>[4]</sup>以就教于学界同仁。

---

\* 姚莉,中南财经政法大学教授;李力,南京师范大学法律系教授。

[1] 汪建成、刘广三:《刑事证据学》,群众出版社2000年版,前言第1页。

[2] 郑旭博士在《诉讼证据规则研究》一书的刑事诉讼证据规则部分曾把“证据的提出须经声请并经法官同意”作为一个举证规则并对其意义进行了讨论。参见:刘善春、毕玉谦、郑旭:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版,第243页以下。其他关于举证问题的研究基本上是从举证、质证的技术或技巧的角度讨论举证问题,而不涉及证据规则问题。参见章文龙:《庭上证据论述七法》,《人民检察》1999年第3期;薛栓良、卢永红:《论刑事诉讼中的法庭质证》,《兰州大学学报》1999年第2期;龙章云:《刑事诉讼庭审调查与庭外调查研究》,《法学杂志》1998年第1期;鲁夫:《庭审中的证据调查》,《律师与法制》1997年第3期;张明之:《刑事诉讼中的法庭调查》,《锦州师范学院学报》1997年第2期。

[3] 王敏、甘正培:《论庭审中的举证、质证和认证》,《政法学刊》1997年第3期。

[4] “证据引出”是指刑事诉讼中对证据材料进行前置性审查的程序。在美国刑事诉讼制度中,这一程序由庭前程序中的“限制动议”和庭审程序中的“反对动议”构成(参见李义冠:《美国刑事审判制度》,法律出版社1999年版,第99—128页);而在德国的刑事诉讼制度中,这一程序被称为“引入证据”程序(参见宋冰编:《读本:美国与德国司法制度与司法程序》,中国政法大学出版社1998年版,第379—381页)。考虑到这一程序实际上是举证方为使证据材料得以向裁判者出示而启动的引导性行为,因而我们将其称之为“证据引出”。

## 一、证据引出规则的概念、类型

### 1. 证据引出规则的概念

证据引出规则是指在刑事审判过程中,要求控辩双方通过一定的方式使一项证据材料能够被允许作为证据在法庭上出示的规则。从广义上说,证据引出规则与证据展示规则一样,都是有关证据公开的规则,因而都可以看作是证据展示的规则。<sup>[5]</sup>但是,根据我国学者目前对证据展示所下的定义,证据展示规则所规范的仅是控辩双方当事人相互展示证据的行为,其时间发生在庭审活动之前,其目的是使控辩双方在庭审前充分获取有关证据信息;<sup>[6]</sup>而证据引出规则所规范的则是控辩双方向裁判者(在英美法系主要是陪审团,在大陆法系则是法官)展示证据的行为,其时间发生在庭审调查程序中,<sup>[7]</sup>其目的是将不具备证据能力的证据材料排除在举证的范围之外。

确立证据引出规则首先是为了对控辩双方在法庭上出示证据的范围作出一定的限制。这一方面是因为“假如没有合理的限定性证据原则给可以采用的证据划定外围边界,那么刑事案件审判所持续的时间将长得让人无法忍受”<sup>[8]</sup>;另一方面则是因为如果没有合理的限制,一些本身并不能够成为证据的证据材料在法庭上的出示也“可能对法官造成不当影响甚至误导,妨碍法官对案件事实作出正确的判断”<sup>[9]</sup>。因此,证据引出规则的实质,是在控辩双方向裁判者展示自己的证据之前,对其准备在法庭上展示的证据进行前置性的审查,以排除那些不具有证据能力的证据材料,使之不能在法庭上向裁判者展示。

证据引出的方式大体包括以下几种。第一,陈述,即举证方以陈述的方式向法庭说明特定的问题,以求获得出示证据的许可。例如,公诉人在举出一项证据之前,应当向法庭说明其即将举出的证据的证明对象,如果辩护人认为公诉方所要证明的事实与案件事实无关,便可以以无关联性为理由,反对公诉人向法庭出示该证据。在这种情况下,法庭应当作出裁决,如果法庭裁决该证据无关联性,则该证据不得在法庭上出示。在控方使用一组证据证明一个事实的情况下,公诉人还应当就其证明的逻辑方法进行陈述,如果这种证明逻辑明显地缺乏合理性,法庭也可以裁决其证据因缺乏合理的关联性而不得出示。第二,询问,即通过对己方或对方证人(包括鉴定人)的询问,确定该证人或鉴定人的适格性或证人能力,以决定该证人或鉴定人能否向法庭出示他的证词。例如,辩护人通过对控方证人的询问,揭示出

[5] 英国著名法官戴维林认为:“英国人认为获得真相的最好方法是让各方寻找能够证实真相的各种事实,然后展示他们所获得的所有材料”,这里所说的“展示”,当然包括,并且主要是指向法庭展示。参见[英]迈克·麦考韦利:《对抗制的价值和审前刑事诉讼程序》,载《英国法律周专刊》,法律出版社、博慧出版社1999年版。

[6] 参见龙宗智:《刑事诉讼中的证据开示制度研究》,《政法论坛》1998年第1期;孙长永:《当事人主义刑事诉讼与证据开示》,《法律科学》2000年第4期。

[7] 鉴于我国目前刑事诉讼制度的框架,并考虑到刑事诉讼立法的稳定性和庭审方式改革的渐进性,笔者在这里将证据引出界定在法庭调查程序中。从德国、日本、美国等国家的立法来看,对证据引出的有关规定包含在庭前和法庭调查程序中。当然,如果将来我国刑事诉讼采用预审法官和庭审法官分离的制度(据了解,有些法院正在进行这一方面的改革试点,已成立了专门的“程序机构”,就刑事案件而言,专司庭前审查职能),是否可以将证据引出问题主要放在庭前审查程序中解决,以防止产生法官预判,是一个值得进一步探讨的程序构建问题。但即便如此,在法庭调查中也还会存在证据的引出。

[8] [美]乔恩·R·华尔兹:《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—11页。

[9] 卞建林、姚莉:《关于建立和完善我国证据规则的思考》,《法商研究》1999年第5期。

该证人不具有对某一特定事实作出证明的能力,从而反对该证人向法庭作证。如果法庭裁决辩护人的反对成立,则该证人也不得在法庭上作证。第三,举证,即控方或辩方提出以即将出示的关于案件事实的证据为证明对象的证据,以证明该即将出示的证据的证据力,使之得以获准向法庭出示。例如,公诉人为了向法庭出示一个物证,首先将对犯罪现场的勘验笔录作为证据向法庭出示,以证明该物证是从犯罪现场获取的,从而证明该物证与待证事实的关联性。如果控诉方不能有效地证明其即将出示的物证的确是犯罪现场获取的,则法官应当禁止该物证在法庭上出示。

一个证据材料只有经过适当的引出程序,经过控辩双方同意作为证据出示,或者经过法官裁定准许作为证据出示,才能够在法庭上向裁判者出示。这一规则在英美法系国家的刑事诉讼中受到特别的重视,<sup>[10]</sup>其主要原因是,在这些国家的刑事诉讼中,作为裁判者的陪审团是由“非法律职业的普通人”所构成,其对证据力的判断能力受到限制,<sup>[11]</sup>因此,美国联邦证据规则中的规则103(c)款规定:“在陪审团审理的案件中,诉讼程序的进行应尽可能地防止不可采纳的证据通过任何方式暗示陪审团,例如在陪审团听证时作出陈述、提供证明或予以提问。”<sup>[12]</sup>美国最高法院咨询委员会对这一规则所作的注释则更加直截了当地说:“不妨进行一种假设,在陪审团审理的案件中,如果被排除的证据仍然能够让陪审团听到,那么排除证据的裁定将毫无意义。”<sup>[13]</sup>在大陆法系国家,尽管裁判者是精通法律的法官,但是,基于自由心证原则的要求和诉讼效率的考虑,证据规则也不同程度地确认证据引出规则在刑事诉讼中的地位。例如,《日本刑事诉讼法》第325条规定:对该法第321条至324条规定的“可以作为证据的供述或其他书面材料,法院应当提前调查这些供述、供述笔录和构成公审阶段或公审期日供述的内容的他人供述是否是在意志自由的情况下作出的,如果不是,则这些供述及其他的书面材料不得作为证据。”<sup>[14]</sup>

## 2. 证据能力与证据引出的类型

证据能力,又称“证据的适格性”、“证据资格”,是指某一材料能够用于严格的证明<sup>[15]</sup>的能力或者资格,亦即能够被允许作为证据加以调查并得以采纳。大陆法系国家为了发挥职权主义的诉讼功能,仅通过程序禁止和证据禁止的理论和规则对证据能力加以有限的限制,而英美法系国家基于对抗主义的诉讼价值,以证据的关联性和可采性的双重标准对证据能力进行较为严格的限制。<sup>[16]</sup>但无论是英美法系或大陆法系,都将不具备证据能力的证据材料排除在证据范围之外,不仅不允许裁判者依据这些证据材料对案件事实作出判断,而且通过证据引出这一前置性审查环节将这些证据材料排除在举证范围之外。综合两大法系对证据能力的限制性原则,我们可以看到,影响证据能力的限制性因素可以分为几种大的类型,而针对这些限制

[10] 美国学者乔恩·R·华尔兹指出:涉及何种事实和材料将准许陪审团听、看、读甚至可能摸或闻的决定被用来解决证据的可采性问题,而几乎所有的证据规则都与此问题有关。参见前引[8],乔恩·R·华尔兹书,第10页。

[11] 参见前引[8],乔恩·R·华尔兹书,第11页。

[12] 何家弘、张卫平主编:《外国证据法选择》,人民法院出版社2000年版,第567页。

[13] 同上书,第568页。

[14] 同上书,第1381页。

[15] 这里所谓“严格的证明”,来自德国的证据理论。按照德国学者的观点,严格的证明是针对犯罪事实是否存在以及刑罚权的范围有关的待证事实严格依据证据法的规定进行的证明。参见卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年版,第73页。

[16] 同上书,第73页以下。

性因素所作的证据引出也就形成了不同的证据引出类型：

(1) 证据关联性引出。关联性是决定证据能力的基本因素。任何证据材料,如果与待证事实之间没有关联性,都不具有证据能力。因此,对证据材料与待证事实之间的关联性进行前置性审查,是证据引出环节所要解决的重要问题。在司法实践中,有些证据材料本身并不能直接表现出其与待证事实之间的关联性,需要与其他证据材料相互结合,或者需要经过举证方的说明和推理,才能显示出其关联性,这就要求举证方在证据引出过程中通过说明或推理,表明该证据材料与其他证据材料的相互关系及与案件事实的关联性。另外一些证据材料虽然其本身已经能够不同程度地表现出与待证事实之间的关联性,但是仍然需要通过证据引出环节来使这种关联性获得控辩双方和裁判者的形式认可。在后一种情况下,证据引出的过程可能是简化的,但并非是可以舍弃的。

(2) 证人适格性引出。证人的适格性是证人证言成为证据的首要条件。一般而言,证人的适格性是由证人所具有的事实条件、生理条件和法律条件决定的。事实条件是指证人以自己的感觉器官直接地、实际地感知了待证案件事实;生理条件是指证人具备辨别是非、正确表达自己意志的生理能力;法律条件则是指证人具备认识并且承担作证的法律后果的能力<sup>[17]</sup>。此外,基于程序公正的理念,各国诉讼法还规定了关于证人适格性的特殊条件(或称消极条件)。显然,就证人证言这一证据种类而言,通过证人适格性引出来对其证据能力进行前置性审查是必要的。

(3) 证据合法性引出。证据的合法性又称为证据的法律性。我国“许多证据法学者认为证据应当具备法律性,不具有法律性的证据不应被认为具有证据能力。”<sup>[18]</sup>尽管只有美国等一些国家严格排除非法证据,而英国、德国等国家允许法官对是否排除非法证据进行自由裁量,<sup>[19]</sup>但是,无论是严格排除还是自由裁量,其排除或裁量的裁决都应当在证据引出的环节中作出,而不是在证据已经被出示以后再作出,其原因就在于非法证据一旦在法庭上出示,就有可能损害实体公正和程序公正的价值实现。<sup>[20]</sup>尤其是控诉方所提供的证据,基于其收集过程中有国家权力的介入,可能出现权力滥用的情况而影响司法公正,因而对其合法性进行前置性审查有着更为重要的意义。

(4) 证据条件性引出。证据的条件性是指某一证据材料与待证事实的关联性取决于一定事实条件的成就,因此,举证方为了使该证据材料得以举出,必须首先举证证明一定事实条件的成就。美国联邦证据规则中的规则 104(b) 款规定:“凡是某一证据的关联性取决于一定事实条件的成就,当介绍足以认定该事实条件已成就的证据后,法庭应当采纳此证据。”<sup>[21]</sup>在这里,用以证明“一定事实条件”的证据与案件事实并无直接关系,但是,举证方必须首先证明该事实条件已经成就,才能使其用以证明案件事实的证据材料具有证据能力,从而引出该证据。

[17] 我国学术界对证人适格性是否应当包括法律条件有不同的看法(参见前引[15],卞建林主编书,第117页;前引[1],汪建成等书,第106页以下)。但美国学者乔恩·R·华尔兹认为,在美国,即使是精神病患者,只要通过能正确理解其作证的法律后果的测试和能理智陈述其感知的事物的测试,仍然具有证人适格性。可见其对证人适格性中的法律条件的重视。参见前引[8],乔恩·R·华尔兹书,第24页以下。

[18] 前引[15],卞建林主编书,第76页。

[19] 宋英辉:《关于非法搜查、扣押的证据物的排除之比较》,《政法论坛》1997年第1期。

[20] 在英国的刑事诉讼中,“如果陪审团听到了不可采纳的证据,对方当事人可能造成损失。因此需要解散陪审团,进行重审”。参见沈达明:《英美证据法》,中信出版社1996年版,第32页。

[21] 前引[12],何家弘、张卫平主编书,第569页。

可见,对“一定事实条件”已经成就的证明是否充分的审查必须是前置的。

总之,证据能力是证据材料被允许进行调查并采信的必要条件,基于司法公正和司法效率的双重价值,对证据材料的证据能力的审查应当在该证据向裁判者实际出示之前,通过证据引出环节加以解决;换言之,证据引出环节所要解决的中心问题也就是对证据材料的证据能力进行前置性审查,以便将不具备证据能力的证据材料排除在举证的范围之外。

### 3. 各国法律有关证据引出规则的规定

由于法律传统及诉讼模式的差异,各国诉讼法及证据法对证据引出规则的规定也不尽相同,其中以美国联邦证据规则和加州证据法典的规定较为详尽,日本等国也有相关规定。根据各国刑事诉讼法和证据法的规定,证据引出规则主要包括以下几个方面的内容:

第一,控辩双方在庭审中须向法官申请调查(出示)证据,并说明或证明“被提供的证据”<sup>[22]</sup>的证据能力。美国联邦证据规则中的规则104(a)款对“关于证据可采性的一般询问”作了规定,根据这一规定,被提供的证据在向陪审团出示之前,应当就有关该证据可采性的“预先事项”<sup>[23]</sup>进行预先询问,以便由法官裁决该证据是否具有可采性,从而是否应当向陪审团出示。美国加州证据法典对这一程序作了更为详尽的规定,该法典第4章第2节首先将表明证据可采性的事实定义为“初步事实”,以区别于待证的案件事实;将提出进行可采性审查的证据材料定义为“被提供的证据”,以区别于已经被法庭采纳并且出示的证据;并规定:“被提供的证据的提出者对初步事实的存在有举证责任”(第403条)、“法庭可以在陪审团不出席或不听证的情况下听证或裁决证据可采性的问题”(第402条)。显然,这里所规定的也是我们称之为证据引出规则的对证据能力的前置性审查规则。日本法律虽然没有对证据引出规则作详细的规定,但其刑事诉讼法第296条对检察官的开头陈述作了规定:“开始证据调查时,检察官应当阐明根据证据能够证明的事实”,这里的开头陈述也是一种关联性说明;该法第298条规定:“检察官、被告人或辩护人可以请求法庭对证据进行调查。”这就是说,控辩双方有权请求法庭许可将其证据在法庭上出示以便进行法庭调查,而法官是否许可,本身便包含着对证据能力的前置性审查和要求提供证据方证明其即将提供的证据的证据能力的权力。英国《1999年青少年审判和刑事证据法》第54条第(2)项规定:“应由传唤证人的一方说服法庭,基于盖然性的平衡,证人有资格在诉讼中提供证据。”<sup>[24]</sup>德国《刑事诉讼法》虽然没有直接规定当事人向法庭出示证据须经过申请,但是其第344条、第345条均规定法庭在一定条件下可以或是应当“拒绝证据申请”,这种拒绝权的存在当然是以控辩双方的申请义务为前提。<sup>[25]</sup>

我国《刑事诉讼法》对庭审中控辩双方出示证据的许可申请没有明确的规定。最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》对这一问题虽有涉及,但其规定内容却并不清楚、明确。该解释第128条规定:开庭审判时应当告知当事人的诉讼权利包括“(二)可以提出证据,申请通知新的证人到庭、调取新的证据、重新鉴定或者勘验、检查”,根据

[22] 美国《加州证据法典》将当事人在法庭上申请出示的证据称为“被提供的证据”,以区别于已经被法庭采纳而在法庭上出示的证据。参见美国《加州证据法典》第401条及该州法律修订委员会对该条所作的注释,见前引[12],何家弘、张卫平主编书,第920页。

[23] 根据美国最高法院咨询委员会的注释,在预先询问中涉及的“预先事项”是指与案件事实无关,但与证据的可采性有关的事实。参见美国《联邦证据法》第104条,咨询委员会的注释,见前引[12],何家弘、张卫平主编书,第570页。

[24] 前引[12],何家弘、张卫平主编书,第134页。

[25] 同上书,第460页以下。

此条规定,刑事诉讼当事人行使其通知新的证人到庭等项权利时须向法庭提出申请,而提出证据并不需要向法庭申请。但是第 139 条规定:“控辩双方要求证人出庭作证,向法庭出示物证、书证、视听资料等证据,应当向审判长说明拟说明的事实,由审判长决定同意或不同意。根据此条规定,控辩双方提出证据即须向审判长提出申请,但是所要说明的问题仅限于“拟证明的事实”,即证明对象。

第二,证据可否出示及出示的范围须经法官裁定。在这一环节上法官裁定的事项包括两个方面:首先,“当一个初步事实的存在被争议时,法庭应当按照该问题产生所依据的法律规则的要求,指示哪一方当事人对争诉点承担举证责任和证明责任”;其次,“法庭应当裁决初步事实的存在或不存在,从而采用或者排除被提供的证据”。<sup>[26]</sup> 美国加州证据法典第 310 条(a)款规定,证据采纳前的事实问题的裁决应由法庭作出。美国联邦证据规则中的规则 104 进一步表明了法官对可采证据的裁定权。规则 105 和规则 403 甚至赋予法官在一定的限制性条件下对具有可采性的证据材料作出不得向陪审团出示的裁决。<sup>[27]</sup> 英国《1999 年青少年审判和刑事证据法》也对法庭在这一问题上的裁决权作出了规定,该证据法第 54 条第(2)项规定:“刑事诉讼的证人是否有资格在诉讼中给出证据”,“应由法庭遵照本条规定进行裁决”。<sup>[28]</sup> 德国刑事诉讼法第 344 条和第 345 条均规定了法庭拒绝当事人证据申请的裁定权和确定证据调查范围的权力,但是同时也对法庭的此项权力作出了限制。<sup>[29]</sup>

我国《刑事诉讼法》未规定法官具有裁定证据出示范围的权力。最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第 139 条规定:对于当事人提出证据的申请,“审判长同意的,即传唤证人或者准许出示证据;审判长认为与案件无关或者明显重复、不必要的证据,可以不予准许”。司法实践中人们通常认为控辩双方要求出示证据、传唤证人等均应征得法官的准许,法官对与本案无关的举证请求有权作出不予准许的决定。<sup>[30]</sup> 可见,依据我国现有的司法解释,司法实践中法官有权不准许出示的证据仅限于“与案件无关或者明显重复、不必要的证据”,而不合格证人所作的证言、不具合法性的证据材料等均不在法官不予准许出示的范围之内,法官裁定控辩双方证据出示范围的权力显然是不够的。

第三,法官可以调整证据调查的顺序。在控辩双方开场陈述的基础上,法官作为审判活动的主持者,有权决定控辩双方举证的顺序,只是“对证明顺序的反复裁量,不应阻止一方就争议事实展示相关证据”。<sup>[31]</sup> 美国加州证据法典第 320 条规定:“除非法律另有规定,法庭有权酌处证明的顺序。”法律修订委员会对此解释说:“根据第 320 条,同样根据现行法,法官有很大的裁量权决定证明的顺序。”日本刑事诉讼法第 297 条规定:“法庭可以听取检察官、被告人或辩

[26] 美国《加州证据法典》第 405 条(a)款,见前引[12],何家弘、张卫平主编书,第 928 页。

[27] 前引[12],何家弘、张卫平主编书,第 569 页以下,第 598 页。

[28] 同上书,第 134 页。

[29] 同上书,第 460 页以下。

[30] 前引[3],王敏、甘正培文。

[31] 见美国加州法律修订委员会对《加州证据法典》第 320 条的注释,前引[12],何家弘、张卫平主编书,第 914 页。

护人的意见,决定调查证据的范围、顺序和方法。”<sup>[32]</sup>

第四,对证据引出阶段未解决的证据能力问题的补救手段。证据引出程序并不能完全解决证据的排除问题,在实际的诉讼程序中,相当一部分证据材料的证据能力问题是在其出示的过程之中才逐渐显露出来的。各国刑事诉讼法和证据法对这种在证据引出阶段无法解决的问题规定了相应的补救措施。美国加州证据法典第702条规定,证人亲身知情是证人证言具有可采性的必要条件,如果一方反对,(举证方)在证人作证之前必须表现出他的亲身知情。法律修订委员会对该条所作的注释称:(对方当事人)必须对没有亲自知情的证人的证言提出异议;但是,如果在给出证言之前没有合理的机会提出异议,在其出示之后提出删除动议也是适当的。<sup>[33]</sup>在这里,“删除动议”被作为证据引出规则的补救手段。

第五,法官裁决的程序性后果。从总体上看,各国证据法认为法官就是否准许证据出示问题所作的裁决具有终局性。例如,美国联邦证据规则中的规则103表明,裁定采纳证据并将其提交陪审团是法官的绝对权力,即使是错误的裁定,除非影响到当事人的实体权利,并符合法定的条件,都“不可断言有误”。但是,一些国家的证据规则也为双方当事人设置了一定的救济手段。上述规则103规定,对法官采纳证据裁定,当事人可以提出异议,法庭应当将异议的提出和用以阐明异议的具体理由记入法庭记录;对法官排除证据的裁定,应当将举证方提出证据的建议记入法庭记录。这些法庭记录将成为当事人向上诉审法院主张其证据引出权利的依据。<sup>[34]</sup>德国刑事诉讼法首先以第245条明确限制法官可以作出不许可出示证据的范围,又以第273条规定了审判情况文件化原则,要求将审判的主要过程记入笔录;第274条规定了笔录的证据力,从而使笔录成为当事人提出证据的请求和对法官排除证据的裁定提出异议的证据,使其在上诉审中继续主张其权利。<sup>[35]</sup>

## 二、刑事审判中证据引出规则的适用

### 1. 证据引出规则的适用范围

证据引出的过程是控辩双方以及裁判者对即将出示的证据材料的证据能力作出判断的过程。在有些情况下,这一过程由于控辩双方对一个特定证据材料的证据能力的判断存在差异而表现为控辩双方在法庭上的激烈对抗,而在另一些情况下又可能因对其证据能力认识的一致而平淡得让人们感到可以忽略不计。然而,无论是激烈对抗还是平淡无奇,一个证据材料都只能在获得控辩双方对其证据能力加以认可,或者经裁判者裁定其具有证据能力的情况下才能向法庭出示,因而证据引出的过程总是存在的。从这个意义上说,证据引出规则在刑事诉讼中应当是适用于一切证据的普遍规则。但是不同类型的证据在这一规则的适用上有着不同的要求,一般来说,证据引出的实际过程与证据类型有着内在的联系。

[32] 前引[12],何家弘、张卫平主编书,第1375页。龙宗智教授引用日本《刑事诉讼法》该条规定及意大利《刑事诉讼法》第497条之规定,认为该两国法律“要求法庭尊重控辩双方当事人对法庭调查方式和举证顺序的意见”,并认为“既然由控辩双方在法庭举证,为何他们不能决定自己的举证方式和举证顺序呢”。参见龙宗智:《试析庭审方式改革后的几个操作性问题》,《人民检察》1996年第6期。我们认为,上述两国刑诉法的规定都是以法官或法庭具有决定权为前提的,法律只是指示法官在其认为适当的时候可以听取当事人的意见。

[33] 前引[12],何家弘、张卫平主编书,第989页。

[34] 同上书,第566页以下。

[35] 同上书,第461页,第465页。

用以证明案件事实的证据材料需要经过关联性引导才能举出,而用以证明证据事实的证据材料则通常不需要关联性引导。“关于证据事实能否成为刑事诉讼的证明对象,诉讼法学界争论也很激烈。”有学者认为直接证据的证据事实与案件主要事实相重合,因此它虽是证明对象,但不必单独列出。间接证据的证据事实则需要用证据证明,所以它是证明的对象。也有学者认为“证据事实只能是证明手段,而不能既是证明手段,又是证明对象”。<sup>[36]</sup>我们认为,从对证据材料关联性证明的角度看,证据事实也可以成为证明对象。这里的证据事实主要是指以案件事实为证明对象的证据事实。证据事实与案件事实具有不同的属性。案件事实是实际发生的犯罪过程,而证据事实则是这一过程在客观世界或人的主观世界留下的印记,客观印记是物证,主观印记是人证。正因为证据事实不是案件事实本身,而人们又要通过证据事实去认识或推导出案件事实,所以我们必须首先证明该证据事实确实是案件事实所留下的印记,即证明其关联性。从这个意义上说,任何以案件事实为证明对象的证据事实都需要关联性证明。相反,用以证明证据事实的证据材料不再需要关联性证明,因为这种证据材料本身并不与案件事实直接关联,而只是与证据事实的真实性或可靠性相关。可见,关联性引出对于以案件事实为证明对象的证据来说是必要的,而对以证据事实为证明对象的证据材料则不需要此种引出。

直接证据因其自身的性质,通常不需要严格的关联性引出,而间接证据则需要进行较为严格的关联性引出。直接证据“所包含的信息内容能够直接指出案件的主要事实”<sup>[37]</sup>,其关联性直观地表现出来,控辩双方都不会无视这种直观的关联性而去要求对方说明或证明,因此,直接证据的引出过程可能仅仅表现为举证方向法官说明其证明对象并要求出示该证据,而法官在无人表示反对的情况下允许其出示证据。但是,这里的“向法官说明其证明对象”从其实质上说,仍然是一种证据引出,只是简单到只剩下一个形式而已。相反,间接证据所包含的信息内容却并不直接指向案件事实,还需要与其他若干环节上的证据相组合,才能将该证据与案件事实的关联性清楚地表现出来。在这种情况下,将相关证据组合起来说明其与案件事实的关联性,便成为在法庭上出示该证据的必要前提,而这一过程必须通过关联性引出来完成。

言词证据材料(包括证人证言和鉴定人意见)需要严格的证人适格性引出,而其他证据通常不需要此项引出。但是,从某种意义上说,这种对应关系也可能只是相对的。在一些使用证人作证的案件中,证人本身的外部特征已经使对方当事人和裁判者内心确信其具有证人适格性,例如证人系中年人,外表文雅,表达清楚,出庭就一杀人案提供目击证词。在这种情况下,对方律师如果没有掌握该证人不具有证人适格性的证据,则证人适格性引出过程就可能变得非常简单。此外,证人适格性问题也并非只能在适格性引出过程中解决,在一些情况下,对方当事人在证人作证以后才发现问题的,并对该证人的适格性提出异议,但这并不是说在证人作证之前不需要证人适格性引出,而只是对适格性引出的一种补救。

控诉证据往往被要求进行严格的合法性引出,而辩护证据对此项引出的要求较弱。相比较而言,控方在收集证据的过程中更有条件使用非法手段,因而对其提供的证据材料更需要进行合法性引出。但是,这种要求也是相对的。一方面,并非控方所有证据材料都需要合法性引出,事实上,控方的一些证据在其进行关联性引出的时候就已经包含着合法性引出,例如现场物证;而另一些证据材料如果辩方不对其合法性提出异议,控方也不需要进行合法性引出,例

[36] 参见前引[1],汪建成、刘广三书,第297页以下。

[37] 同上书,第241页以下。



如被告人供述。另一方面,在有些情况下控方也会要求辩方对其将要提出的证据材料进行合法性引出。因此,就实际的诉讼过程而言,合法性引出往往首先表现为一种请求权,即请求对方就其将要出示的证据材料进行合法性引出,而这种请求权又往往是由辩护方来行使的。

以某项事实的成就为其具备证据能力的条件的证据材料需要进行条件性引出,而其他证据材料通常不需要进行此项引出。条件性引出是针对特定的证据类型而设定的,因此,不属于这一类型的证据当然不需要进行此种引出,这是不言而喻的。

## 2. 证据引出规则的表现形式

从证据引出的形式看,不同类型的证据引出往往表现出不同的具体形式。

关联性是证据的重要特性,不具有关联性的任何证据材料都不能成为证据,因此,对证据材料与待证事实的关联性进行说明或证明,是证据引出最常见的表现形式。在刑事诉讼中,证据关联性引出所采取的引出方式主要包括陈述和举证两种,具体又可分为对所有证据材料与案件事实的整体关联的陈述;对一组证据材料与案件某一特定事实的整体关联陈述;对一个证据材料与案件某一特定事实的特定关联的陈述或举证等三种类型。

在英美法系中,对全部证据材料与案件事实的整体关联的说明是通过开场陈述完成的。在审判开始时,双方律师获准向他们刚刚选定的陪审团发表开场陈述,律师在开场陈述中告诉陪审团“其证据将表明什么”,用这种方式,公诉人和辩护律师便勾画出他们各自希望其证据将揭示的图画。<sup>[38]</sup>显然,有关整体关联的陈述并不直接解决某一具体证据材料与某一具体案件事实的关联性问题,而是通过先确立这个刑事案件中的证明对象,即依据刑法规定所确定的构成某一具体犯罪的构成要件的主要犯罪事实;再说明诸多待证事实之间的相互关联,以及即将举出的证据材料与案件诸多待证事实之间的相互关联,通过这一方式使裁判者对整个案件的证据材料与待证事实之间的关联性产生总体认识,从而为具体证据材料的引出打下基础。

在我国,刑事诉讼的庭审程序是以公诉人宣读起诉书和被告人陈述开始的,这一程序可以看作是双方当事人的开场陈述。<sup>[39]</sup>但是,由于我国刑事诉讼理论和诉讼实践都将这一开始程序视为仅仅具有提起公诉的象征性意义,而忽视其作为整体性证据引出的意义,因而实践中这一程序的目的性不强,流于形式,走过场。<sup>[40]</sup>这一缺陷使得刑事案件的审理过程中经常出现待证事实的范围不清,举证无针对性,证据的相关性无从判断的现象。从某种意义上说,正是由于整体性证据引出环节的缺失,使得整个案件的证明活动显得杂乱无章,不仅使控辩双方的举证、质证难以有序地进行,而且也给法官的认证带来了很大的困难。可见,强调控辩双方开场陈述在证据引出中的意义,促使整个庭审活动从一开始便紧紧围绕举证和质证问题展开,对于实现刑事诉讼的程序价值有着重要的作用。

证据关联性引出第二种类型是就一组证据材料与案件特定事实的关联性作出说明性陈述。在这种类型的证据引出中,举证方不仅要说明该组证据材料与待证事实之间的关联性,而

[38] 参见前引[8],乔恩·R·华尔兹书,第24页以下。

[39] 龙宗智教授认为我国刑诉法未对开庭陈述作明确规定,而宣读起诉书不同于开庭陈述。参见龙宗智:《论我国刑事庭审方式》,《中国法学》1998年第4期。我们同意这个观点,但同时认为宣读起诉书本身就是对犯罪的指控,因而具有开庭陈述的性质,可以将其改造为开庭陈述。

[40] 已经有些实务工作者注意到在法庭调查中,控辩方应当“对全案或某一方面事实的证据进行有机的排列组合,编织出证据的全部网络或局部网络”,“把法庭中出示的各个单个证据串连起来,形成证据的整体”,并进行综合的论述。但是,这里所说的“综合论述”是在证据出示以后进行的,而不是作为证据引出来进行的。参见章文龙:《庭上证据论述七法》,《人民检察》1999年第3期。

且要着力就该组证据相互之间的关联作出说明。从某种意义上说,一组证据相互之间的关联是该组证据与待证事实之间存在关联性的基础。

证据关联性引出的第三种类型是就某一特定证据与某一特定待证事实之间的关联性进行说明或举证。例如,控方提出沾有被害人血迹的凶器作为物证,并称是从被告人家中提取的。此一物证与指控的犯罪事实是否有关联性取决于两个条件:其一,凶器上的血迹的确是被害人的;其二,是从被告人家中提取的。因此,公诉人必须通过关联性引出说明或证明这两个条件已经成就,否则,该物证不能被法庭接受。

证人适格性引出对于任何言词证据来说都是必要的。这种引出通常采取询问和反询问的方式进行。在询问的过程中,证人对其自己的适格性作出说明或证明,在特殊情况下还需要控方或辩方通过举证来对证人适格性进行证明或质疑。如前所述,证人适格性引出所要解决的一般问题主要是作为证人所应当具备的事实条件、生理条件和法律条件,而在特殊情况下,证人适格性引出还应当解决证人是否具备必要的认知条件,即他是否具有其作证事项所要求的特定的专业知识。

证据合法性引出的表现形式具有两方面的特征:一是此项引出通常是在举证对方对证据合法性提出异议的情况下进行的;二是由于这一引出所要解决的问题相当复杂,因而其具体的引出方式呈现出多样性特征。关于第一个特征,我们前面已有论述,这里不再展开。其第二个特征产生的原因是因为证据合法性引出涉及非法证据排除规则的适用,这一规则的复杂性决定了证据合法性引出形式的多样性。例如,在实行“任何人不受强迫自证其罪”证据原则的情况下,对于被告人口供的合法性引出往往需要通过举证的方式来进行。“任何人不受强迫自证其罪原则是现代法治国家刑事司法制度的一项重要内容”,不仅“在许多国家的立法中均有明确规定”,“而且其精神也为联合国有关文献及其他国际性文献所确认”。<sup>[41]</sup>但是,这一原则并不意味着禁止被告人作有罪供述,也不意味着被告人的有罪供述绝对不具有证据能力,相反,在这一原则得到有效保障的情况下,被告人口供不仅具有证据能力,而且因其是被告人在对自己不利的情况下作出的直接证据而具有极强的证明力。在这里,口供具有证据能力的前提条件是被告人明确地知道其得到不受强迫自证有罪原则的保证而自愿放弃此项权利,证明被告人审前供述符合此项条件的证据可以是:(1)已经告知其本人此项权利的证据,例如其本人签署的告知文件,或放弃此项权利的文件;并且、或者(2)被告人作出供述时其律师在场的证据。<sup>[42]</sup>当举证方能够举出“足以认定该事实条件已成就的证据后,法庭应当采纳此证据”。<sup>[43]</sup>可见,对被告人口供的合法性审查是通过举证的引出方式而前置性地解决的。又如,对于现场物证的合法性引出往往是以证人证言的形式完成的,在这一引出过程中作证的应当是搜集现场物证的侦查人员。在西方国家,警察向法庭作证是诉讼制度中天经地义的事情,在物证的搜集、口供获得的过程与方法等许多方面提供必不可少的证词。美国辛普森杀人案,负责侦办的富尔曼警官就曾应法庭传召出庭,就物证搜集等情况作证,不敢有所怠慢。<sup>[44]</sup>此外,一个国家刑事诉讼制度中的非法证据排除规则本身的特点也会对证据合法性引出的复杂性产生影响。与其他国家比较,美国是注重法律程序之正当性而较为彻底地采用非法证据排除规则的国家。

[41] 宋英辉、吴宏耀:《任何人不受强迫自证其罪原则及其程序保障》,《中国法学》1999年第2期。

[42] 同上。

[43] 前引[12],何家弘、张卫平主编书,第569页。

[44] 参见龙宗智:《中国作证制度之三大怪现状评析》,中国法学会诉讼法学研究会2000年年会论文。

但在1984年,联邦最高法院也确认了“善意例外”和“最终或必然发现的例外”<sup>[45]</sup>,使排除规则的适用范围变得复杂起来。在日本,由于受美国判例的影响,理论界较普遍地主张否定非法证据的证据能力,实践中下级审法院较早地采用了排除规则,但最高法院则直到1978年才宣布在一定条件下非法证据应予排除。<sup>[46]</sup>因此,在这些国家,控辩双方对一个证据材料是否属于非法证据或是否属于非法证据的例外进行举证就成为证据合法性引出的重要形式。在大陆法系的德国,传统上有“证据禁用”的观念,但在理论上只是基于同其他各种利益(而非人权保障)的比较而被作为追求实体真实的例外来阐述的,在实体真实的诉讼价值构架下,被禁用的只是可能损害发现客观真实的证据。例如,尼采在1950年发表的《双重机能的诉讼行为》的论文中认为,无权警官的搜查或违反时间限制的夜间搜查所取得的证据可以采用,只有违反“法律本身关于证据方法所设定的限制”时,才符合禁用证据的范围。不过,自60年代始,证据禁用通过联邦法院排除秘密录音和日记作为有罪证据的两个判例,强调了“人的尊严”和“人格的自由发展”的观念,并宣示“无论如何,所谓必须寻求真实,决不是刑事诉讼的原则”。就是说,为了维护“人的尊严”和“人格的自由发展”,有时禁止采用某些证据并因此而牺牲实体真实的发现,也是必要的了。其后,利益权衡原则便成为德国刑事程序中处理非法证据的一个基本准则。<sup>[47]</sup>因此,在证据合法性引出过程中进行说理性陈述,以影响法官对采纳该证据与否的利益权衡,便成为证据引出的重要方式。

在我国,刑事诉讼法虽规定禁止使用非法手段获取证据,但却并未规定以非法手段获得的证据材料不能作为证据使用,所以,证据合法性引出仅仅是在敦促法官对以非法手段获得的证据的真实性进行判断的意义上是有价值的。因此,在我国刑事诉讼的证据合法性引出过程中,对证据材料的真实性的说明或证明应当是主要的引出形式。但是,随着我国诉讼模式和审判方式的改革,在非法证据排除问题上已经开始出现一些重要的变化,这主要体现在最高人民法院和最高人民检察院就刑事诉讼法的实施问题所作的司法解释中。<sup>[48]</sup>因此,在证据引出过程中,应当不仅限于对证据材料真实性的说明或证明,还必须对证据材料进行合法性引出。

证据条件性引出是指某一证据材料与待证事实的关联性取决于一定事实条件的成就,从而举证方通过举证证明一定事实条件已经成就的方式使该证据材料获得证据能力并且得以举出。例如,美国联邦证据规则中规则602规定:“除非提出证据,足以支持作出证人对某一事项有亲身知情的裁决,否则证人不得就该事项作证。”美国最高法院咨询委员会对此规则的注释认为,“此项规则事实上只是规则104(b)有关附条件关联性的规定的具体适用”。<sup>[49]</sup>可见,证据条件性引出主要是通过举证的方式进行。值得注意的是,各国证据规则都规定对用以证明“一定事实条件”的证据材料的可采性要求低于对证明案件事实的证据材料的可采性要求。

[45] 所谓“最终或必然发现的例外”,是指起诉方只要有有力的证据证明非法取得的这项证据,最终或必然会以合法手段取得,这项证据即可采用;所谓“善意例外”,是指警官进行搜查、没收时,是以“客观合理的”搜查证作为证据的,因此,其搜查、没收行为是出于善意的,尽管最终发现搜查不合法,取得的证据仍可采用。参见前引[19],宋英辉文。

[46] 参见前引[19],宋英辉文。

[47] 同上。

[48] 《最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释》第61条、最高人民检察院制定的《人民检察院刑事诉讼规则》第265条均规定:以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的被告人(犯罪嫌疑人)的供述、被害人陈述、证人证言,不能作为指控犯罪或定案的根据。

[49] 前引[12],何家弘、张卫平主编书,第669页以下。

### 三、确立和完善证据引出规则的意义

刑事诉讼以追究犯罪、保障人权为根本目的,其程序价值体现在实体公正、程序公正和程序效率三个方面。证据引出规则作为刑事诉讼程序规则的一个部分,对于刑事诉讼程序价值的实现具有重要的理论和现实意义。

#### 1. 建立并完善证据引出规则对于通过诉讼程序实现实体公正具有实际意义。

刑事诉讼是以正确认定事实和准确适用法律来实现其打击犯罪和保障人权的根本目的的,而正确认定事实又是准确适用法律的基础。尽管我国法学界对“正确认定事实”这一命题的含义有不同的认识,存在着“客观真实”和“主观真实”之争,但是,正确认定事实的基础是证据,途径是运用证据进行证明活动,对此观点学者们并无争议。控辩双方主张案件事实的手段是举证和质证,法官对案件事实形成内心确信的依据也是证据。可见,刑事诉讼中对案件事实的认识只能是一种间接认识,而这种间接认识的媒介就是证据。从这个意义上说,人们对案件事实的认识过程首先表现为对证据的认识过程,而对证据认识的正确性决定着对案件事实认识的正确性。因此,在刑事诉讼活动的认识过程中,法律应当构建一整套完整有效的机制来保障人们对证据认识活动的正确性,这一机制至少应当包括以下几个方面的内容:第一,秩序性机制,即约束整个证据调查活动紧紧围绕实体法规定的作为犯罪构成要件的待证事实进行,以保证认识活动的有效性;第二,对抗性机制,即切实保障控辩双方在认识活动中的对抗性,一方面使在刑事诉讼中负有举证责任的控诉方始终保持适度的张力,另一方面也确保从肯定和否定两个不同的方面达到对案件事实的正确认识;第三,错误排除机制,即及时对证据活动中的错误加以排除,以保障通过证据认识案件事实的认识活动的正确性;第四,效益性机制,即力求以最短的认识途径去达到对案件事实的最终认识。刑事诉讼中认识机制的合理性和有效性是正确认定事实,达到实体公正的程序性条件,而证据引出规则是这一认识机制的重要组成部分,对认识机制的完善具有重要的意义。

首先,证据引出规则通过要求举证方进行关联性引出来限制控辩双方举证的范围,促使双方当事人明确证明对象的基础上进行有效的举证证明,也使法官可以根据案件待证事实的证明需要有效地控制庭审调查的范围和节奏。实务界曾有同志认为,依据我国新的刑事诉讼法,“法官不负举证责任,对法庭调查的程序和方法就不可能予以安排”,“其法庭调查和举证的顺序只能由公诉人来决定”。<sup>[50]</sup>这种观点不仅与我国刑事诉讼法对法官在审判活动中的主导地位的规定精神不符,而且在实践中也是有害的。事实上,证据引出规则正是对法官在审判活动中的主导地位的保障。通过整体性证据引出——开场陈述的过程,控辩双方都对自己将要证明的案件事实进行整体性陈述,从而完整地表达了自己的证明对象,同时也使法官对整个证据调查活动的范围形成了内心确信,为法官控制整个法庭调查活动的秩序和节奏提供了条件。在此基础上,法官可以对庭审调查的顺序和范围给出明确的裁决或指示;在对某一组或某一个证据材料的关联性引出中,通过控辩双方对抗性的引出活动和法官对证据材料关联性

[50] 持此观点的同志提出了通过要求“公诉人在移送起诉书时应附上进行法庭调查和举证的顺序和提纲”的办法使法官预先知道公诉人的调查和举证的顺序,以期弥补法官在决定控制庭审方面的不足。但是,这一补救措施仍然是以公诉人决定调查和举证的顺序为前提的。参见蔡曼青:《庭审改革后如何进行法庭调查》,《人民检察》1996年第11期。

的裁决权的行使,有效地将不具有关联性的证据材料排除在举证范围之外,从而保证审判过程中的全部证据调查活动紧紧围绕法官所确定的调查顺序和调查范围而展开,避免了控辩双方举证活动的无序性和无关联性证据材料对证明活动的干扰。显然,确立证据引出规则有助于改进法庭调查活动的秩序性和效益性,提高整个庭审活动中控辩双方举证和质证活动,以及法官认证活动的整体质量,为人们通过证据调查发现案件真实的本来面目,达到实体公正提供程序条件。

其次,设置证据引出规则的目的是对证据材料的证据能力进行前置性审查,通过控辩双方的对抗和法官的裁定,将不具备证据能力的证据材料排除在举证的范围之外。显然,这一规则对于在刑事审判中构建认识活动的错误排除机制具有重要的意义。在刑事诉讼活动中,控辩双方有着互相对抗的诉讼主张和证明目的,其证据材料的收集和出示活动都受其诉讼主张和证明目的的支配和控制。由于双方各自的诉讼主张和证明目的都可能存在主观性和片面性,因而其证据材料的收集和出示活动不仅有存在错误的可能性,而且会对案件事实的认定产生消极的影响。此外,人的认识活动的局限性也使控辩双方证据材料的形成过程存在着错误的可能性,由此而导致的错误如果不能有效地排除,也会对正确认定案件事实产生不利的影响。因此,设立证据引出规则对由于上述原因而产生的错误及时地加以排除,是通过审判正确认定案件事实的重要程序保障。

再次,证据引出规则是建立在控辩双方就一项证据材料是否具有证据能力进行充分抗辩的基础之上的,它充分体现了刑事审判过程中认识活动的对抗性,有助于通过对抗而实现对案件事实的正确认识。在证据引出过程中,举证方负有引出证据的责任,而对对方当事人则承担对其证据引出进行抗辩的责任。控辩双方诉讼地位的对抗性使得双方在证据引出过程中的对抗具有充分的排除不当证据材料的作用,从而将刑事审判过程中控辩双方的对抗性扩展到举证环节,扩展到认识活动的全过程。显然,确立证据引出规则对于强化刑事审判过程中认识活动的对抗性具有积极的意义,从而对于通过审判正确认识案件事实具有积极的意义。

总之,证据引出规则从维护认识活动的秩序、排除认识活动中的错误和强化认识活动的对抗性三个方面促进了保障正确认识案件事实的诉讼机制的形成,能够有效地提高刑事审判过程中认识活动的质量,为实现实体正义提供重要的程序保障。

## 2. 建立并完善证据引出规则对于实现司法公正的程序价值具有重要的意义。

刑事诉讼不仅追求实体公正意义上的司法公正,而且以程序公正意义上的司法公正为其价值目标,甚至从最终实现司法公正的角度看,程序公正相对于实体公正而言具有第一位的意义,因为“只有在严格公正程序的规范下,法律才能得以准确地适用于具体的案件,法律的正义价值才能在裁判中得以实现”。<sup>[51]</sup>正因为如此,司法公正的程序价值才引起了我国法学理论界和法律实务界的高度重视。

在我国刑事诉讼制度改革的过程中,司法公正程序价值的实现也成为人们构架新的诉讼模式的重要目标之一。在法院审判活动中,以法官的行为为中心,可以把诉讼活动分为认定事实和适用法律两个部分,其中正确认定事实是正确适用法律的基础,因而正确认定事实的程序,即法庭调查证据的程序公正对于实现司法公正的程序价值便有了极为重要的意义。但是,

[51] 王利明:《司法改革研究》,法律出版社2000年版,第11页。

以法庭调查证据作为认定事实的方法和手段使得程序公正这一领域中成为十分复杂的问题。有作者撰文认为:从客观的角度看,“凡案件事实皆属过去,属于现在的惟有证据,而认定,只不过是法官根据证据所作的一种认识判断,而不是案件的原始事实本身”;从主观的角度看,法官通过证据对案件事实的认识还受其自身认识能力、情感因素和认识期限(审限)的限制,主、客观因素都决定了“在审判中追求绝对的客观真实”只能是一种空想。<sup>[52]</sup>“当审查判断证据认定事实无法达到绝对客观的时候,司法能动性便会乘虚而入。正是基于这种信念,至少在西方国家的司法制度中承认,法官在审查判断证据时可以行使自由裁量权。其制度表现即自由心证制度”<sup>[53]</sup>在我国,虽然自由心证制度无论是在理论上还是在实践上都未获承认,但同样无论是在理论上还是在实践中也都没有人否认自由心证在我国刑事诉讼活动中的实际存在,甚至有学者认为,刑事司法公正所确立的首先是个别公正,是在一般公正的指引下对个别人、个别案件处理的公正。<sup>[54]</sup>因此,在刑事审判认定事实的过程中,并无一般的、一成不变的认识模式和定案标准,法官的自由裁量权是客观存在的。在这一过程中,程序公正的基本要求,就是以法律的形式设定法官自由裁量的界限,从而使法官判断、取舍证据的行为具有正义、公正、正确和合理的性质。

证据引出规则从两个方面为刑事审判过程中认定事实的活动提供程序公正的保障。首先,证据引出规则作为排除不当证据制度的一部分,与非法证据排除规则、传闻证据规则、证人适格性规则等一系列证据规则一起,构成了排除不当证据的制度性机制,使得法官对证据的自由裁量不能及于被法律所确认为不具有证据能力的证据材料的范围;其次,证据引出规则作为对证据材料的证据能力的前置性审查规则,对不当证据的排除具有预先性,其特点是在不当证据向法庭出示之前,便预先将其排除。因此,这一规则的确立可以有效地防止不当证据所包含的错误信息对法官的认识造成潜在的不良影响,提高其自由裁量的水平。可见,证据引出规则对于刑事诉讼程序公正理念的实现具有实际的意义,它以制度的形式对法官在证据裁量过程中的恣意和任性进行必要的限制,并且保障了法官心证形成过程的公平性和公正性。

### 3. 建立并完善证据引出规则对于实现司法效率的程序价值具有重要的意义。

随着我国社会主义市场经济体制的建立,追求效率已经成为全社会普遍关注的价值目标,并且对司法理念和制度改革的价值取向产生了重要的影响。司法效率作为价值目标,其实现与诉讼程序的构建有着密切的关系,从某种意义上说,司法效率在程序公正中得到集中体现,人们很难同意一个没有效率的诉讼程序会是一个公正的程序。<sup>[55]</sup>但更进一步看,司法效率在刑事诉讼中还有其独立于程序公正的价值意义,这一方面表现为在实现预设的程序公正价值目标的情况下,仍然存在着继续提高诉讼效率的可能性,另一方面又表现为为了实现司法效率的价值目标,人们可能有限度地放弃对程序公正的无限追求。从这个意义上看,程序效率与程序公正互相联系又互相制约,共同构成了刑事诉讼的价值目标。

司法效率作为刑事诉讼程序的价值目标,首先要求将探求事实真相,实现实体公正的活动限制在一定的时间范围之内,并进而要求以最小的人力、物力耗费换取最佳的诉讼结果。显

[52] 喻敏:《自由心证与自由裁量》,《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第598页。

[53] 杨开湘:《法官自由裁量权论纲》,《法律科学》1997年第2期。

[54] 陈兴良:《刑事司法公正论》,《中国人民大学学报》1997年第1期。

[55] 王利明教授在其研究司法改革的著作中设专章对“程序公正与诉讼效率”进行讨论。参见前引[51],王利明书,第二章。

然,证据引出规则包含着对诉讼效率的追求,它通过为不具有证据能力的证据材料进入庭审设置“障碍”<sup>[56]</sup>的形式,在两个层面上发挥着提高诉讼效率的实际功效,以期减少刑事诉讼中不必要的人力和物力的投入,防止不必要的时间和精力的耗费,使有限的诉讼资源得到充分的利用,达到最大效率。在表面层次上,证据引出规则通过设定前置性的证据审查程序而将不能出示的证据材料排除在法庭调查证据的范围之外,使这些证据不能进入实质性举证、质证和认证程序,从而有效地节约诉讼资源;而在潜在的层面上,在诉讼程序中确立证据引出规则,可以使控辩双方在诉讼开始之前便预见到特定的证据材料能否通过引出而获得向法庭出示的许可,从而影响其收集、调查证据的方向和对象,从一开始便放弃对那些不可能通过证据引出程序的证据线索的调查。从这个层面上看,证据引出规则不仅可以规范刑事审判过程中的诉讼行为以求达到最大效率,而且可以对侦查和起诉程序中的诉讼行为起到引导和规范的作用,促使整个刑事诉讼活动实现高效率。因此,确立并完善证据引出规则是刑事诉讼程序的效率价值的客观要求。

4. 建立和完善证据引出规则,有助于促进控辩双方和法官对实体法犯罪构成要件的要求,从而提高整个刑事诉讼活动的质量。

证据引出规则中的关联性引出要求控辩双方在向法庭出示自己的证据材料之前,首先说明或证明被提出的证据材料与证明对象具有关联性,如果不能说明或证明,则法官可以不接纳,即禁止其出示该证据材料。这里所说的“证明对象”,在我国学者看来应当是案件的“主要事实”,而在英国的刑事诉讼中被称为“争执中的事实”<sup>[57]</sup>,美国《加州证据法典》称之为“基本事实”,<sup>[58]</sup>其基本含义都是指刑事实体法就某个具体犯罪所规定的犯罪构成要件事实。关联性引出的实质要求是证据材料必须与所指控的犯罪的犯罪构成要件事实相关联,才能够被法官所接纳。因此,控辩双方在证据关联性引出的过程中,首先需要准确地把握自己的证明对象,也就是说,需要对刑事实体法所规定的犯罪构成要件有准确的把握。在此基础上,控辩双方才有可能在自己举证时准确地揭示所提出的证据材料的关联性,而在对方举证时明确地指出其不具有关联性,法官也才有可能正确地裁定被提出的证据材料是否与案件事实相关联,从而作出接纳与否的裁定。可见,在刑事诉讼中,只有控、辩、审三方都能够准确把握被控犯罪的犯罪构成要件和要件事实,才能够有效地进行证据关联性引出。从这个意义上说,证据引出规则的确立能够从程序的角度促进控、辩、审三方对于刑事实体法规定的犯罪构成要件的研究和探求,并且通过这种研究和探求而达到正确适用法律,提高刑事诉讼活动的整体水平的目的。在这里,证据引出规则对于刑事诉讼程序价值的促进作用是双重的,并且是不可替代的。

当然,我们也应当看到,在我国目前的刑事诉讼观念和刑事诉讼制度下,证据引出规则在实际运用中也可能会导致一些负面的效果。例如,由于刑事诉讼法对辩护方证据调查权保障不力和完备的证据展示制度尚未建立,公诉方可能会利用证据引出规则限制辩护方证据的举出,从而加重辩护方举证的难度。尤其是我国公检法三机关之间存在着“互相配合”关系,这也可能导致法官对于证据引出规则的运用出现偏差,进而从根本上背离设立证据引出规则的初衷。事实上,由于在公诉案件中举证责任由检察机关承担,而且国家法律赋予公安机关和检察

[56] 参见李义冠:《美国刑事审判制度》,法律出版社1999年版,第100页。

[57] 参见前引[20],沈达明书,第23页。

[58] 前引[12],何家弘、张卫平主编书,第920页。

机关在收集、调查证据过程中以极大的强制性权力,因此证据引出规则的设立主要是为了排除公诉方提出的不当证据,从而平衡控辩双方的诉讼权利,实现程序公正。基于此种考虑,我们认为应当通过两个方面的制度构建来防止偏差的发生。首先,可以借鉴德国刑诉法的规定,在有关证据立法中就法官对当事人提出证据申请作出不许可裁定的事由和范围作出明确的限定,以尽量减少法官在这个问题上的自由裁量权;其次,借鉴美国等国的做法,完善庭审记录,将提出证据的申请和对法官许可出示证据的裁定所提出的异议规定为庭审记录必须记载的内容,以便在最终判决表明一项被裁定不许可出示的证据或对其被许可出示存在异议的证据对于案件的实体裁判产生重要影响时,有关当事人可以凭借法庭记录而对法官就证据是否应当被许可出示所作出的裁决提出上诉,以获得二审程序的救济。如果一项关于证据引出的错误裁定(包括应当出示的证据材料被裁定不许可出示和不应当出示的证据材料被裁定许可出示)确实有可能对案件的实体判决产生根本性的影响,该裁定应当被作为将案件发回重审的法定事由。此外,如果将来分设预审法官和庭审法官,还可以考虑为当事人设立就预审法官作出的证据引出裁定向庭审法官提出重新审查要求的救济手段。

证据引出规则对于完善我国的刑事诉讼制度,实现公正和效率的程序价值,无疑具有重要的意义。在我国蕴酿证据立法的过程中,有必要对其进行理论上的探讨和制度上的构建及完善。

---

**Abstract :**In a criminal justice system ,the rule of advice on evidence demands that parties to proceedings make an evidence to be adjudged discovery in court through a legal procedure. The rule boils down to examine evidentiary material that will be discovered in admissibility of evidence ,and to exclude evidences that have non - weight of proof before them being discovered in court. The rule of advice on evidence is conducive to the realization of substantive just ,procedural just and efficiency.

---