

# 刑事庭审认证规则研究

胡锡庆 张少林\*

---

**内容提要:**庭审认证是我国刑事诉讼法修改后的新生事物。该问题涉及为什么要进行庭审认证,庭审中如何认定证据以及认证的标准和理由是什么等方面。有关解决上述问题的研究需以庭审方式、认证方式、认证规则三者关系为理论支点,运用理论思维、实证分析和历史、比较的方法。由此可以得到的结论是:所有证据都应在法庭上面对控辩双方公开认定(即庭审认证),认证方式、认证内容决定认证规则。

**关键词:**当庭认证 迟延认证 认证规则

---

“以事实为根据、以法律为准绳”是我国刑事诉讼的基本原则,然而长期以来人们对该原则存在片面理解,认为其中的“事实”乃客观事实,其实不然。案件事实由于发生在过去,时间的不可逆性决定着它不可能重演,客观的案件事实本身即待证事实,需要运用证据来加以证明。因此,“以事实为根据”中的“事实”只能是法律事实或曰藉证据证明了的事实,“以事实为根据”实际上就是以“查证属实的证据为根据”。<sup>[1]</sup>认定事实应当依照证据,证据是刑事诉讼的核心问题,在某种意义上整个刑事诉讼过程实际上是一个收集、固定保全、审查判断和运用证据认定案件事实的过程,证据的重要性由此可见一斑。然而,从目前情况来看,“国内法律院系对证据法学普遍重视不够”,“在我国的法律体系中,证据法是极不发达的。那些散见于各种诉讼程序法的证据法规则,过于抽象过于原则”,“缺少一种制度性的便于操作的具体证据法规则。”<sup>[2]</sup>如果说这种立法现状对于刑事诉讼法修改前的裁判认证还勉强适应的话,那么刑事诉讼法修改后,控辩式庭审方式的确立要求法官在法庭上尽可能当庭认证,以增加诉讼透明度,原有的立法模式已难以为继了。正因为此,1998年3月第九届全国人民代表大会第一次会议期间,就有代表提出要起草一部证据法。

证据法涵盖的内容甚为广泛,这从已经制定了证据法典的英美法系国家的立法中可以看出。在证据相关的内容中其核心问题是证据的认定,认定证据是证据运用的最重要的一环,其正确与否直接决定着案件处理结果,因此证据法的核心是证据认定规则(简称庭审认证规则)。

---

\* 胡锡庆,华东政法学院教授;张少林,上海市人民检察院第二分院干部。

[1] 王俊民:《中国审判方式改革理论实践回顾与前瞻》,载王立民主编:《中国审判方式改革研究》,上海社会科学院出版社1999年版。

[2] 吴运浩:《从证据调查到司法公正——与中国人民大学法学院何家弘教授对话》,《中国律师》1998年第12期。

庭审认证尤其是当庭认证,是我国刑事诉讼法修改后的新生事物,对于该问题目前学术界已有一些学者进行了积极而有益的探索,并取得了一定的成果。然对于庭审认证规则,迄今为止这方面文章尚付阙如。本文借鉴两大法系国家和地区立法,结合我国审判实际,想就此作一初步的探讨。

### 一、庭审认证是控辩式庭审方式的必然要求

大凡对某一事物进行认识和评价,必先弄清其精确含义。所谓认证,是指在诉讼过程中,独任审判员或合议庭组成人员对控辩双方当庭提出的证据以及人民法院依法自行调查的证据,经控辩双方相互质证后,进行分析研究,鉴别真伪,按照一定的标准确认该证据能否作为定案依据的一种诉讼活动。按照时间的不同,认证可分为庭审认证和裁判认证两类。庭审认证是指法庭审理过程中的认证,既包括当庭认证,又包括迟延认证。当庭认证是指审判人员(含陪审员)在开庭审理过程中对控辩双方提出的以及人民法院依法自行调查的证据,经过相互质证后,在法庭上当庭公开确认其证据效力决定是否采信的活动。值得注意的是,当庭认证并不等于当即认证,当庭认证强调的是在法庭上对于经过质证的证据当庭予以确认,而不是另定时间延期认证。其认证的方法即可以是一证一质一认,也可以是将相互关联的几个证据归纳为一组质证后认定,甚至待全案证据全部质证完毕后才予认定。认证的时间既可以在法庭调查阶段,也可以在法庭辩论后闭庭前。“实践中根据具体案件各庭审的具体情况,控辩双方对某一证据质证后能够当即认定的,合议庭应当当即认定,不能当即认定的,可以在一组证据质证以后再予认证;如果一组证据质证后仍然不能认定的,则在法庭调查结束后,经过合议庭合议庭再到庭上予以认定,这都属于当庭认证。”<sup>[3]</sup>

迟延认证是指对于经过质证的证据,由于存在某种特殊的原因,认证主体并不当庭确认证据的效力,而是另定时间在法庭上面对控辩双方予以认证。迟延认证包括再次开庭认证和宣判时认证。前者是指对于经过质证的证据,暂不确认其效力而留待下次开庭予以确认。后者是指对于证据效力,在宣判时予以确认。

裁判认证是指对于经控辩双方质证过的证据,独任法官或合议庭不在庭审中作出采信与否的表态,而是在判决书中予以确认。裁判认证与庭审认证的根本区别是认证的场所是在庭上还是在庭下,是否面对控辩双方认证。此外,司法实践中还存在庭前认证的认证方式。所谓庭前认证是指开庭审理前,证据尚未经控辩双方进行质证,认证主体对证据效力就予以确认。

上述不同的认证方式,各具其特点,从而体现了不同的诉讼价值。庭前认证由于证据尚未经过控辩双方质证就予以确认,既不符合法律规定及精神,也有悖于先质证后认证的诉讼规律。我国刑事诉讼法规定,“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”,(第42条)“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查证属实以后,才能作为定案的根据”,(第47条)“经审判长许可,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且互相辩论”(第160条)等等。这些都说明,证据必须在法庭上公开出示并经公开质证才能予以采纳,所以庭前认证是一种非法认证方式,应予摒弃。

[3] 庞良程:《关于公诉案件一审当庭认证的几点思考》,《中央政法管理干部学院学报》1998年第6期。

裁判认证是在质证后认证,但因不面对控辩双方而直接在判决书中认证,这样容易导致随意认证现象,如是否认证,认证到什么程度,是否阐明认证的理由都凭法官意愿;而且裁判认证由于缺乏应有的规范和保障措施,实践中认证不讲理、故意不认证或遗漏认证的现象并非罕见。如某地一起上诉案就是由于遗漏认证所引起的。甲犯抢劫罪,在一审庭审中有检举他人犯罪的立功表现,但法院在庭审及裁判文书中均没有对此认证而引起甲上诉。实际上,法院对于甲检举他人犯罪的情节已综合考虑过,认为不成立,只是没有认定罢了。

庭审认证由于是在质证后并且面对控辩双方认证,实际上赋予了控辩双方对认证的当庭异议权,这对法庭本身来说,认证错误一旦发现,也能得到及时纠正,因此也等于增加了一道防错的关卡。庭审认证特别是当庭认证,因是在证据质证后当庭予以确认,符合审判公开、集中审理<sup>[4]</sup>等审判原则,能够有效地防止人情案、关系案的产生。

在各种认证方式中,庭审认证特别是当庭认证诉讼透明度较高,有利于贯彻诉讼公开的原则,防止暗箱操作,有利于防止可能发生的错误,便于接受当事人和旁听群众的监督,最终有利于保障诉讼公正。

庭审方式的不同,决定了认证模式的不同。刑事诉讼法修改前,我国的刑事诉讼职权主义色彩比较浓厚,庭审方式为审问式。在这种庭审模式下,法官积极主动地行使着职权,其角色发生了异化,承担相当的控诉职能如讯问被告人、出示各种证据、进行庭外调查等。因此整个审判活动实际上以法官对案情的调查为主线展开,当事人的法庭活动受到诸多的限制。同时律师由于介入诉讼时间晚,缺乏充分适当的时间收集证据,因此在法庭上法官出示的证据都是控方证据。加之由于庭前审查为实质性审查,对犯罪事实清楚、证据确实充分的案件才开庭审判,这样导致法官在庭审前先入为主,形成“开庭即有罪”的思想。在这种思想支配和法官角色异化的合力作用下,法庭审判过程实质上就成了法官论证控方主张成立而不是对控辩双方主张进行裁断的过程,即法官对于自己出示的证据和控方提出的主张,如果被告人提不出任何相反的证据或有理由的异议时,就视为认定和采纳而不需要在法庭上认定及说明认定、采纳的理由。<sup>[5]</sup>这种认证模式为裁判认证,即在判决书中确认证据。由于判决书中对判决理由并没有要求作为单独一个部分加以阐述,司法实践中的判决书重视案件事实的叙述和证据的罗列,轻视分析说理论证,因此对于案件事实是否清楚、证据是否确实充分,哪些证据可采,哪些证据不可采仅仅是法官的秘密心证过程。这种裁判认证有两大特点:一是认定时间是在庭审之后而不是在庭审过程中。二是认定方式是秘密而不是公开进行,认定证据的心证过程外界无从知晓,认证缺乏说理。“虽然人们也明白证据的重要,但如何审查认定证据,却似乎只是法官的心理判断过程。尽管在判决书中也有某些反映,可总的说来审理过程被包裹在神秘的不透明状态中”(〔日〕谷口安平语),正是这种认证的真实写照。

1996年八届全国人大四次会议对我国1979年刑事诉讼法进行了较大幅度的修改。修改后的刑事诉讼法吸收了英美法系国家当事人主义的合理因素,确立了控辩式的庭审方式,其特点是:1. 控审分离,控诉职能由公诉人行使,审判职能由法院承担,法院不再承担本应由检察

[4] 集中审理是指刑事案件的审判原则上应当持续而不间断地进行,审理后即行判决。它包括两层含义,一是以庭审为中心,所有的事实、证据和法律适用都应在庭审中一并提出、辩明,审判结论也应在庭审中形成。二是审判不间断,即一个案件应尽可能一次连续审理完毕。集中审理原则可以避免审判拖延,提高诉讼效率;可以防止来自庭外的不正当干涉,保障诉讼公正。

[5] 参见张少林、陈岱松:《论新庭审方式下判决书的改革》,《福建法学》1999年第2期。

机关承担的举证责任,不再出示证据和主动进行庭外调查。这样法院职能恢复到其应有的轨道上。控辩职能分离,使法官保持中立的地位,有利于对控辩双方提出的证据及主张作出客观公正的评断。2. 控辩直接对抗,法官作为与控辩双方均无利害关系的第三者居中裁断,形成“三角形”诉讼结构。这种诉讼结构反映在认证模式上,控辩双方一方面提出自己的证据,另一方面对他方提出的证据进行质证。控辩双方对于自己或对方提出的证据经过他方质证后,能否被法庭所采纳来作为定案的依据都期望法庭能够尽可能当庭作出裁断并说明理由,即使因各种主客观原因当庭不能认证的,也希望法官能够尽快地面对控辩双方作出裁断并说明认证的理由。这种以当庭认证为主,迟延认证为辅的庭审认证模式既是控辩双方的要求,又是控辩式庭审方式的必然要求。

## 二、构建庭审认证规则的价值

“我国庭审方式实现了表面形式的转变,但证据的采纳模式却未发生相应的变动。”<sup>〔6〕</sup>目前司法实践中许多地方依然主要沿用刑事诉讼法修改前审问式庭审方式下的裁判认证模式,具体表现在以下方面:其一,不能或不敢进行庭审认证。对控辩双方提出的以及法院自行调查的证据交控辩双方质证后,对于该证据能否采纳不置可否,不予表态。其二,庭审认证少,随意性大。除对事实清楚,情节简单,控辩双方对证据均无异议的案件基本上能够庭审认证外,对大多数案件特别是稍微复杂、控辩双方对证据有争议的案件便采取回避态度,不能做到庭审认证。其三,庭审认证说理不够。一些法院虽然基本上能做到庭审认证,对经过控辩双方质证的证据及时作出采纳可否的裁定,但怕言多语失,不敢多言,只笼统表个态,不能够阐明认证的具体理由,或者说理不透引起控辩双方的异议。其四,裁判认证依然存在。一些法院仍然坚持裁判认证方式,并且就是采取裁判认证的,其裁判文书中对判决理由也不公开或者一笔带过,让当事人糊里糊涂接受判决结果。此外还有一些法院对自行调查收集的证据,不经过法庭上出示和控辩双方质证,直接采纳作为定案的证据。

造成上述现象,原因是多方面的,但最根本最重要的原因是我国认证法律制度的不完善。“认证制度的立法不明以及由此而形成的习惯做法,才是构成当庭认证不能或欠缺的根本原因。”<sup>〔7〕</sup>民事诉讼是这样,刑事诉讼亦如此。“制约我国法官当庭采证的原因,在于我国刑事诉讼法还没有建立相应的制度规定。”<sup>〔8〕</sup>考察我国现行刑事诉讼法,逾越二百多条的刑诉法典中,“证据”一章条文仅8条。即使加上《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》(以下简称《解释》)中证据部分的11条规定,合计也不过19条,远远少于其他国家的有关条文,如意大利刑事诉讼法典的“证据”编为84条,美国仅联邦证据法即有76条,我国台湾地区刑事诉讼法证据一章亦有73条。我国有关庭审认证规定,不仅条文数量少,法律规定粗疏,而且还存在以下不足:其一,缺乏庭审认证程序的规定。即哪些情形应当当庭认证?哪些情形可以迟延认证?适用迟延认证的,应采取哪些有效的措施予以制约和监督,以保障诉讼公开、公正,防止迟延认证的滥用。庭审认证中当事人提出异议怎么办?认证发生错

〔6〕 锁正杰:《刑事审判中证据采纳的两个模式》,载《刑事诉讼法专论》,中国方正出版社1996年版。

〔7〕 王红岩:《试论我国民事诉讼法的认证制度》,《政法论坛》1997年第4期。

〔8〕 前引〔6〕。

误如何处理?等等,这些认证具体操作方面的规定,几乎一片空白。本来在《最高人民法院关于执行刑事诉讼法若干问题的解释(讨论稿)》中曾有一款关于当庭认证的规定,即“合议庭对于当庭出示、经过质证后可以确认的证据,应当作出采纳与否的结论”,但即使是这样一款灵活性较大的规定,在试行稿中也被取消了。<sup>[9]</sup>其二,关于证据能力(即证据可采性)的法律规定过于抽象、过于原则。首先,一些证据能力规则如关联性规则、最佳证据规则等在我国法律解释中虽有所体现,但不明确具体。其次,一些证据规则如品格证据规则、反对传闻规则、反对诱导性规则、意见规则等基本没有涉及。再次,对于证据能力,我国法律一般就积极的有证据能力的情形加以规定,殊少消极的规定,而且各种规定多分散在侦查、起诉、审判程序的有关章节,显得分散、零乱、缺乏可操作性。其三,基本没有证据真实性判断的法律规定。法律虽规定了“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”,但依照什么规则来确认证据的真伪,却无任何规定。

“程序设计应从一般原则到具体规则的转变”,“只有原则,不足以保证司法活动在严谨有序的运行轨道内到达公正裁判的彼岸,需要细化成一套严密、具体、合理的程序规则来贯彻这些原则。”审判程序规则中,至关重要是开庭程序规则和证据规则,而这恰恰是我国程序法中的薄弱环节。<sup>[10]</sup>因此,要建立和完善我国庭审认证制度并使之落到实处,其首要任务是必须尽快制定庭审认证的具体规则,以使司法人员有法可依,有章可循。

构建刑事庭审认证规则具有重大的现实意义。第一,有利于促进审判公开,保障诉讼公正。审判公开是我国刑事诉讼的基本原则,其内容比较丰富,不仅包括程序上的公开如开庭前公告、审理公开进行、公开宣判等,更为重要的是实体上的公开即认定证据的公开和判决理由的公开。只有程序公开,实体未公开,审判公开尚不算彻底,徒有其表而已。目前认真贯彻审判公开制度已是大势所趋,审判程序公开基本能做到,审判公开的重心应转向实体上的公开。应该说与程序公开相比,实体公开难度更大,它不仅要求法官具有实体公开的勇气和胆识,而且要求法官具有较高的文化水平和业务素质,更为重要的是需要构建一套证据认定的标准和规则及其实施保障制度,使经过质证后的证据能够当庭认证的尽量当庭认证,能够当庭宣判的案件尽量当庭宣判,这样就可以极大地增加审判的透明度,对于减少乃至杜绝人情、权势、金钱等人为因素的影响,防止暗箱操作都具有重要作用。

第二,有利于合理制约法官的自由裁量权。“诉讼程序,一般来说,不过是法制对于法官弱点和私欲所采取的预防措施而已。”<sup>[11]</sup>在我国,由于缺乏具体的认证规则,法官在认定证据和裁判案件方面享有极大的自由裁量权。虽然我国并不承认自由心证主义,但法官判断证据所奉行的实际上是一种“超自由心证主义”。<sup>[12]</sup>“现代各国,关于自由心证的制约大致有两种方式:一是制定一定的证据规则,限制法官采纳证据的任意性。二是规定判决理由制度,要求法官明确说明采纳证据和运用证据认定案情的依据。我国既缺乏相应的证据规则,也未规定判决理由制度,法官采纳证据和运用证据没有受到限制。”<sup>[13]</sup>任何权利都需予以制约和监督,失去制约和监督的权利容易被滥用。上述立法现状导致法官的自由裁量权没有得到合理的制

[9] 参见前引[6]。

[10] 陈旭:《论审判方式改革的内容》,载王立民主编《中国审判方式改革研究》,上海社会科学院出版社1999年版。

[11] 罗伯斯庇尔:《革命法制与审判》,商务印书馆1986年版,第30页。

[12] 参见叶自强:《民事证据研究》,法律出版社1999年版,第6页。

[13] 前引[6]。

约,不利于保障诉讼公正。相反,如果构建庭审认证规则,规定法官尽可能当庭认证并说明认证的理由,一方面可以避免对同一案件的认证出现因人(法官)而异、因地制宜的现象,另一方面赋予控辩双方对法庭认证当庭提出异议的机会,就可以有效地防止可能发生的错误,提高审判质量,实现司法公正。

第三,有利于提高诉讼效率。现代社会,随着犯罪案件的不断增长,司法资源的短缺已成为一个日益突出的问题。如何利用有限的司法资源,在保障司法公正的前提下尽可能提高诉讼效率,是一个值得探讨的课题。在目前司法实践中,我国历来就有“重庭下轻庭上”的习惯,刑事诉讼法修改前,庭审中心前置,刑事诉讼法修改后,庭审中心后移,审判中心都未恢复到其应有的位置。这样的法庭审理虽然高效,但庭下阅卷、请示汇报消耗大量的时间,总体说来诉讼并不经济。若构建庭审认证规则,规定法官尽量当庭认证,将主要时间和精力放在法庭上,通过法庭审理将案件的基本问题都予以解决,这样不仅有利于保障诉讼公正,还可以节约庭下大量的时间,从总体上提高诉讼效率。此外,通过构建一些证据规则如最佳证据规则,要求司法人员在办案中尽可能选择那些最可靠最有证明力与案件密切相关的最佳证据,排除那些可能导致诉讼迟延,发生错误偏差危险的传闻证据及与案件事实无关的品格证据等,亦可有效提高诉讼效益。

第四,有利于保障公民的合法权益。打击犯罪和保障人权是我国刑事诉讼法的两大任务。保障人权其一重要内容是保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,犯罪嫌疑人、被告人即使是真正的罪犯,也应受到公正对待,其合法权益不容侵犯,这是诉讼文明、民主的要求。实践表明,由于犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中所处的特殊地位,其合法权益最易受到侵犯。尽管我国刑事诉讼法规定,“严禁刑讯逼供,以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据”,但司法实践中刑讯逼供的现象屡禁不止。究其原因,除了一些侦查人员业务素质不高,在复杂的刑事案件面前束手无策而选择刑讯逼供这种破案“捷径”,我国法律对刑讯逼供现象惩处不力外,一个重要的原因就是缺乏具体详细的非法证据排除规则。通过构建合法性规则、违法证据排除规则等庭审认证规则,将违反法律要件和方式获得的非法证据予以排除,就可以有效地防止刑讯逼供、指供、诱供等封建恶习,有效地保障当事人特别是犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

第五,有利于进行法律宣传教育。在某种意义上,人们对事物感兴趣的程度取决于事物与他们的相关程度。“现代文明诸国,法制日益健全,法律法规解释规定浩如烟海,一般群众根本无暇也无必要无兴趣关心它们。他们感兴趣的是发生在自己周围的或与自己有切身利益关系的事情,如涉及邻里乡亲的案件。由于目前我国法庭审判中被害人、证人、鉴定人一般不出庭,法庭调查仅宣读上述人等的书面陈述、证言和鉴定结论,再加之法官一般都不当庭认证,对控辩双方提出的证据经双方质证后就不了了之,是否可采纳为定案的根据直到庭审结束外界也无从知道。因此,庭审当中死气沉沉,枯燥无味,一般群众不大愿意旁听案件,更不用说去分析讨论,因而难以起到法制宣传教育的作用。如果构建庭审认证规则,审判人员尽可能在法庭上当庭认定证据并阐明认证的理由,这样不仅对当事人来说,知其然也知其所以然,心悦诚服地接受判决,对社会公众而言,从庭审当中也可得知何可为何不可为,从而起到预防犯罪、减少纠纷的功效。”<sup>[14]</sup>

[14] 参见张少林、陈岱松:《论新庭审方式下判决书的改革》,《福建法学》1999年第2期。

### 三、我国庭审认证规则的应有内容

认证内容和认证方式决定着认证规则的构建,有什么样的认证内容和认证方式,就有什么样的认证规则与之相适应。要探讨我国认证规则的应有内容,首先必须准确把握我国的认证内容和认证方式。

#### (一) 认证内容

认证内容即认定证据什么问题。在探讨认证内容之前有必要先弄清证据能力、证明力的含义及其相互关系。

1. 证据能力与证明力。所谓证据能力又称证据的可采性,是指某种证据资料在法律上允许作为证据的资格。证据是否可采,视其是否具备证据能力而定,具有证据能力的证据可采,反之则不可采。那么如何判断证据的证据能力呢?不同的国家有不同的做法。大陆法系国家由于没有制定专门的证据法典,除法律有特别规定外,一般的证据都是可采的,具体如何由法官自由裁量。英美法系国家则不同,由于一般制定了单独的证据规则,由法律明文规定证据能力。当然,英美法系国家出于各自诉讼需要或对其他政策性价值利益的权衡,其对证据能力的规定亦不完全相同,此国规定可采的证据,彼国不一定完全可采。

与证据能力密切相关且易与之混淆的另一概念是证明力。所谓证明力又称为证据价值,是指证据材料对于案件事实是否具有证明作用和作用的程度,换言之即证明作用的大小和有无。证明力是一个比证据能力更为复杂的证据学范畴。证据能力一般由法律加以规定,可以按照一定标准对证据进行取舍,而证明力则是证据本身固有的,是客观存在的。证据能力一经规定就保持相对稳定,直到修改法律或颁布新的判例,而证明力不是固定不变的。任何一种证据价值的有无和大小因案件具体情况不同而不同。证据能力一般只存在有无之分,而证据证明力不仅有有无之分,还有大小之别。就证据能力和证明力二者关系来看,一方面,前者是后者的前提和基础,某种证据材料只有证据能力得到确认后才会发生证明力问题,否则证明力便失去意义。另一方面,具有证据能力的证据,其证明力有强有弱。有时一起案件少数几个证据便可定案,而相反有的案件证据众多却难下结论,这除了案件本身复杂程度不一外,一个重要的因素就是证据证明力强弱的不同。就同一案件事实而言,证明力强的证据少数几个足矣,证明力弱的却需要更多的数量。但是,具有证据能力的证据必须具有一定的证明力,如果连必要的最小限度的证明力也没有,那它就是欠缺证明案件事实的价值。

#### 2. 我国认证内容之争

在我国,关于庭审认证的内容,目前学术界主要存在三种观点:一种认为是对证据材料资格即证明能力的认定,另一种是认为对证据“三性”的认定,还有一种认为是对证据证明力大小作出认定。<sup>[15]</sup> 笔者以为上述几种观点都有所偏颇。认定证据实际上审查证据能力和判断证据真伪的过程,即首先判断某证据材料是否具有可采纳为法律上证据的资格,在此基础上再确认其真伪及价值的有无。申言之,在审查判断证据时,若证据不具有证据能力,或虽具有证据

[15] 分别参见景汉朝、卢子娟:《改进民事审判方式实务与研究》,人民法院出版社1995年版,第75页;景汉朝、卢子娟:《经济审判方式改革若干问题研究》,《法学研究》1997年第5期;陈孝安:《刑事诉讼当庭认证中存在的问题及对策》,《人民司法》1997年第9期;陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第1卷,法律出版社1998年版,第366页等。

能力但不真实,或前两者都具备,但不具有一定的证据价值都不能被采纳。只有当证据合法有效、真实可采并且有一定的价值时才能被采信。因此,庭审认证的内容应包括上述三个方面即证据的证据能力(可采性)、证据的真实性及证据价值(证明力)的有无。但认证时无需具体分析证据证明力的大小强弱及证据的充分性,因为后者属于认定事实的范畴。上述第一、第三种观点皆有些片面,不足取。第二种观点认为认证的内容为证据“三性”,即合法性、相关性和客观性,是我国证据理论中的传统观点,也是实践部门中主流观点,具有一定道理。但这仍不全面,因为证据的三性并不能涵盖证据能力、证据的真实性及证据价值有无的所有内容。如经合法正当途径取得的与案件事实密切相关的被告人供述,也是客观存在证据,但它是否一定真实可靠呢?显然,庭审认证除对证据三性作出认定外,还应对证据的真实性作出判断,与案件相关的证据材料并不一定都是真实的。此外,以证据的“三性”作为庭审认证的内容,亦过于抽象,不便操作。现在我国学术界对证据“三性”的讨论已开始转向对证据证明力与证据能力的讨论,所以我们认为将认证内容定位于证据能力、证据价值的有无和证据的真实性,既有利于促进我国证据规则的制定,又符合刑诉发展潮流。当然庭审认证时,不同的庭审阶段,认定的内容应有所区别。笔者认为,在法庭调查阶段,认证的内容主要是证据的证据能力和证据价值的有无,即依照证据法律,决定证据的取舍以及将具有证据能力但毫无证据价值的证据材料予以排除,在法庭辩论后闭庭前或合议庭休庭评议后等阶段以及迟延认证的内容主要是证据的真实性问题。值得注意的是,对证据能力的认证与证据真实性判断不同。对前者应当严格依法进行,不得违反,法官在此问题上的自由裁量权较小,而且主要采用排除法即排除不具有证据能力的证据,余者都具有证据能力。而对证据真实性判断不同,现代国家一般都不加明文规定,即使有所规定的,证据真实性判断规则也多无绝对效力,所以法官判断证据真实性时,应该综合分析判断,法官自由裁量权较大。认证时,排除法、肯定法皆可用,不过一般以肯定法居多,如“某证据……本庭予以采纳”。认定证据真伪要求法官具有较高的分析推理能力和文化素质,这也正是法官成为其法官的原因所在。

## (二) 认证模式(方式)

“刑事诉讼程序是一种具有生命的有机体,它如同其他任何一个在社会中产生功能的系统一样,时刻在经受着变化,也常常以偏离法律规定的方式自己在发生变化。”<sup>[16]</sup>我国刑事认证制度尤其如此,由于实践与法律存在一定的偏差,这样就形成两种不同的认证模式:应然模式和实然模式。认证应然模式即法律本身要求的,亦即立法设计的模式,该模式前已述及,这里不再赘述。

### 1. 现行认证的实然模式

我国现行刑事诉讼程序有普通程序和简易程序之分。由于简易程序实行独任审判,无需合议庭评议,庭审认证即使是当庭认证也不会发生操作上的困难;又由于适用简易程序的案情情节简单轻微,加之庭前审查为实体审查,法官在庭前对案件的证据心中已经初步有数,当庭认证也不存在可行性问题。鉴于上述两点,这里主要探讨普通程序庭审认证的可行性。现行刑事诉讼法吸收了英美当事人主义的合理内容,确立了控辩式的庭审方式,同时庭前审查由实体性改为程序性审查。法律规定,人民法院对于提起公诉的案件进行审查后,对于起诉书中明确的指控犯罪事实,并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的,应当决定

[16] 约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼法典 中译本引言》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版。



开庭审判。由于法律规定庭前移送的材料仅为部分材料,而非全部案卷,这样就为根除“先定后审”的庭前认证铺平了道路。但出于各种各样的原因,刑事审判并未如立法者当初所设想的那样,庭审中心恢复到其应有的位置,而是从一个极端走向另一个极端,庭审中心前置变为庭审中心后移。许多地方法庭审理仍出现走过场形式,法官不是将主要精力放在法庭审理上,而是等待庭审结束人民检察院将全部案件材料移送过来之后,再认真阅卷,审查核实证据,裁判案件事实,认证模式为裁判认证。

## 2. 认证模式之争

通过前面分析可知,认证的应然模式为以当庭认证为主,迟延认证为辅二者兼容的庭审认证模式,庭审认证是控辩式庭审方式的必然要求。但实践中的认证却为裁判认证,那么人们不禁要问,庭审认证特别是当庭认证是否切实可行?目前学术界对此有两种不同的观点。“否定说”有如下理由:第一,当庭认证难以操作。为了当庭认证在庭上合议,既违反了合议应秘密进行的原则,而且在庭上交头接耳也显得不严肃,合议庭无法进行讨论,书记员也难以准确记录。第二,当庭认证不利于当事人充分发表意见。如果在法庭调查中进行当庭认证,那么在法庭辩论时当事人就没有积极性,认为说了也白说,而且当庭认证极易导致当事人在法庭辩论时对法官的认证提出质疑,甚至引起当事人与法官进行辩论。第三,当庭认证准确性差。一者法庭没有全面听取当事人的辩论意见,就对证据进行认证是否合理值得研究。二者一个证据经过控辩双方质证,即使双方没有提出异议,也不等于确实无疑,证据单个本身是无法确认其真伪的。三者证据未经合议庭充分评议,对其采纳与否当庭表态,难以保证审判公正。此外,否定说学者还提出以下质疑,有的案件要经过审判委员会讨论,如果审委会不同意合议庭的庭审认证,怎么办?如果庭审认证出现错误,如何处理?<sup>[17]</sup>

上述否定说的理由不无道理,它正确地指出了当庭认证的弊端。当庭认证所具有的上述弊端,正是我们并不否认迟延认证存在的必要以及当庭认证与迟延认证兼容模式的主要原因之一。庭审认证是控辩式庭审方式的必然要求,能够当庭认证的应尽可能当庭认证,这是刑事庭审认证的基本原则,不可动摇。之所以如此,理由如下:第一,当庭认证有助于强化庭审作用,改变以往审与判脱节的不正常现象,避免庭审流于形式,有利于体现合议庭的职能,增强审判活动的透明度,有利于对群众进行法制教育,提高审判人员的业务水平等等。第二,上述当庭认证之弊是不难解决的。其一,为解决合议庭成员当庭认证的合议问题,一些法院在庭审方式改革试点中,尝试了“刑事案件合议庭当庭认证评议表”。<sup>[18]</sup>该表内容基本上分为四块:第一块是证据类,可细分为何方举证、证据种类、证据内容。第二块是控方意见,可细分为公诉人指控、被害人及其代理人的陈述。第三块是辩方意见,可细分为被告人的陈述及辩解、辩护人的意见。第四块是合议庭各成员的意见及签名。这样在庭审过程中,根据质证情况由合议庭成员对证据的证据能力及证明力在提前印制好的合议表上书面表决,写明理由,当庭交给审判长,由审判长根据少数服从多数的原则,当庭宣布认证结果。这种当庭书面评议方法,既可以发挥整个合议庭的作用,克服以往合议庭合而不一、流于形式的弊端,防止审判长个人说了算,

[17] 参见胡锡庆:《试论刑事诉讼中的当庭认证》,载《依法治国 司法公正》,上海社会科学出版社2000年版;曹洁、杨路:《试论刑事诉讼认证》,《上海审判实践》1998年第4期;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;姜明川、陈志远:《对民事审判方式改革中当庭认证问题的思考》,《法学》1998年第5期等文。

[18] 参见赵兰娣:《刑事诉讼当庭认证之浅见》,《政治与法律》1998年第2期。

又可以将书面评议附入卷中,同时也符合刑诉法合议秘密进行的原则,保持了法庭的严肃性,值得借鉴。此外,司法实践中是否还可作其他尝试,如合议庭认证时,将对证据能力的认定授权给审判长或主审法官单独行使,但对证据真实性的认定仍保留由合议庭集体行使,这样既可以发挥集体的智慧,又可以防止频繁休庭而影响诉讼效率。其二,当庭认证并不妨碍当事人自己充分发表意见。为了使当事人充分阐述自己的意见和主张,当庭认证的时间可灵活掌握,既可以在法庭调查当中,证据经当事人相互质证后当即认定,也可以在法庭辩论终结后闭庭前综合认定,还可以暂时休庭,由合议庭评议后进行认定。总之,当庭认证贯彻于整个法庭审理过程,具体认证时间视具体案件和具体证据的不同情形而定。至于控辩双方对法官当庭认证提出异议,这是正常现象。不要说对尚未发生法律效力当庭认证可以提出异议,就是对生效的判决,法律还赋予当事人可以上诉、申诉,所以认证异议的提出是完全正常的,无可非议的。而且正是由于当庭认证面对控辩双方认定证据,这样控辩双方在判决尚未作出之前当庭提出异议,对法官来说,增加了一道防错的关卡。这对于防止错误,保障诉讼公正不无益处。至于诉讼效率,只要法官不断提高认证水平,加强认证的说理分析,可以将异议减少到最低限度。当然,控辩双方一旦提出异议,法庭应该认真对待,予以立即审查。经审查后,如果认为异议成立的,应当改变已经作出的认证;异议不成立的裁定驳回,并说明驳回的理由。其三,当然当庭认证难免会出现一些错误,这也就是为什么所有案件所有证据不能一律当庭认证的原因之一。当然,不宜当庭认证的案件,并不意味着该类案件、所有证据都不应当庭认证,都需要等到庭审结束后迟延认定,其中能够当庭认证的仍应当庭认证。

以上分析可知,以当庭认证为主,迟延认证为辅的庭审认证方式是切实可行的。

### (三) 我国认证规则的应有内容

一定的认证规则与一定的认证方式和认证内容相适应。首先,从认证方式来看,我国的认证方式是多层次化的、当庭认证和迟延认证二者兼容并有主次之分的庭审认证,迟延认证又包括再次开庭认证和宣判时认证。这种多层次化的庭审认证方式要求我国制定认证的程序规则,具体规定各种认证的具体情形,以防止迟延认证特别是宣判时认证的滥用,保障诉讼公开、公正。其次从认证方法和认证内容看,我国的认证方法是积极、混合式的。在法庭审判活动中,法官并不是消极的仲裁者,而是积极地行使着职权,推进诉讼活动。表现在认证上,法官对于经过质证的证据能否采纳主动作出明确的表态,而不象英美法系国家那样需一方当事人提出异议才予审查判断。认证的方法是混合式的,既可以作出排除某种证据材料的否定式认证,也可以明确表示某种证据被采纳,而不像英美法系国家那样主要采用排除法,将不具有证据能力的证据材料予以排除,对于证据的真实性和证据价值大小及有无均交给陪审团评议,法官不加考虑。我国的认证内容包括三方面:证据能力(合法有效)、真实性(真实可采)和一定的证据价值。一个证据要得到采纳,必须同时具备这三个方面内容,否则若某证据材料不具备证据能力,或虽具有证据能力但不真实,或具有证据能力并且真实但不具备一定的证据价值都不能被采信。因此,积极混合式的认证方法和认证内容的三重性要求我国构建证据能力规则,证据真实判断规则及无价值证据排除规则。

## 四、庭审认证的规则构想

“现代世界各国法律体系都不是封闭地、不与其他体系交往地发展的。可以这样说,没有

一个国家的法律体系的制度、规则、概念、法律实践、法律意识等因素都完全是自己创造的,不吸收其他法律体系的相互因素。”<sup>[19]</sup>因此,在构建我国庭审认证规则之前有必要先考察两大法系国家的认证规则。

大陆法系以德国、法国为代表,实行职权主义,其庭审方式为审问式。表现在认证方式上,法官在开庭审理前已进行过实体审查,对案情了解较多,在法庭上只进行证据调查,对于控辩双方出示并质证的证据并不公开作出裁断,证据认定是在庭审评议阶段秘密完成,因此大陆法系国家认证模式为裁判认证。由于大陆法系国家的认证模式单一化而非多层次化,所以没有认证程序规则;又由于大陆法系国家的认证内容为证据能力和证明力,法官(含陪审员)裁判认证时,认定证据的证据能力和判断证据的证明力一并进行,对二者未加严格区分且采自由心证制度,就证据的证据能力来说,原则上一切证据都是可采的,因此大陆法系国家一般没有证据真实性判断规则,证据能力规则也不系统,如法国、德国,其诉讼法中涉及认证证据能力规则的问题散见于有关章节,显得比较零乱,粗疏。“历史上以成文法著称的大陆法系国家,证据法典的立法上则是空白的,这体现了大陆法系国家重实体轻程序的审判风格。”<sup>[20]</sup>大陆法系国家虽然没有制定独立的证据法典,但法律中也体现了一定的证据能力规则,如合法性规则、关联性规则、直接规则、传闻规则、任意性规则等。

英美法系实行当事人主义,庭审方式为对抗式。表现在证据认定上,英美法系法官在庭前只作程序性审查,在庭审中依据证据法则对证据材料进行判断,当庭确认证据的可采性。法官认定证据不可采的,即当庭予以排除;认定证据可采的,就由陪审团据此对被告作出是否有罪的裁判,因此英美法系国家要求当庭认证,如菲律宾的证据规则第132节38条规定:“裁定——法庭应当在当事人表示异议之后,立即作出裁定,除非法庭需要合理的时间以了解有关该问题的情况。”意大利刑事诉讼法典第190条规定:“证据根据当事人的请求而获采纳。法官采用裁定的方式立即排除法律所禁止的证据和明显多余或意义不大的证据。”由于英美法系国家的认证方式是单一的当庭认证(主要是当即认证)而非多层次的,所以没有认证程序规则;又由于英美法官在认证时,严格区分证据的证据能力和证明力,法庭上法官认证的范围仅限于证据能力,而对于证据的真实性法官一般不加判断(当庭认证特别是当即认证的方法也决定了对此无能为力),因此英美法系国家也没有证据真实性判断规则,而只有证据能力规则。

英美法系国家实行当事人主义,这在认证方式上也反映十分明显。在英美法系国家的认证中,当事人起着至关重要的作用。认证由当事人启动,法官实施,法官的认证为消极地排除式的。在庭审当中,当事人不及时对证据的可采性提出异议的,法官不主动考虑,这样任何证据都可接受。只有一方当事人提出异议后,法官才对这项证据的可采性进行判断,排除不具有可采性的证据并说明理由。由于诉讼由当事人推进,认证由当事人的异议启动,为了规范证据的效力,保证当事人对对方证据异议权的正确行使,防止控辩双方无休无止地提供证据和提供不合格的证据,导致诉讼冗长、无序和误导陪审团,英美法系国家制定了比较系统的证据能力规则,如美国联邦证据规则、英国刑事证据法、加拿大证据法等。英美法系国家的证据能力规则主要包括关联性规则、排除规则、传闻规则、最佳证据规则、优先规则、数量规则等。

[19] 朱景文:《比较法导论》,中国检察出版社1992年版,第168页。

[20] 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第398页。

英美法系的认证证据能力规则具有以下特点:首先,证据能力规则包含于证据法典,与诉讼法典或诉讼规则分开,自成一体。其次,证据能力规则不断变化修改。由于证据能力是法律从外部强加给证据的,体现着一个国家诉讼价值的取向和诉讼目的,因此随着一个国家诉讼价值观的变化,证据能力规则也在不断发展,如美国在白白排除规则问题上经历了“三进三退”。<sup>[21]</sup>再次,由于案件证据的纷繁复杂性,英美法系国家的证据规则中出现了大量的例外,如《美国联邦证据规则》所确立的传闻证据规则,其中的例外多达三十多项,非常繁琐。最后,立法技术上,英美证据能力规则比较具体详细,较多地采用列举式,消极地就某些证据材料不能作为证据作出明确规定。一般而言,法律对证据能力的限制有两种方式,一是积极的限制方法,二是消极的限制方法。“在各国的证据法中,作为证据规则的一个显著特征,是这种规则一般并不积极明确地规定哪些事实和材料可采纳为证据,而是消极地就特定范围内的事实和材料不能作为证据或依法受到限制作出明确规定。”<sup>[22]</sup>

借鉴国外立法经验,笔者以为,我国庭审认证规则的框架如下:第一,在立法体系上,我国应制定独立的认证规则。“我国过去的刑事审判采法官职权推进方式,因此少有证据规则。随着修改刑事诉讼法,采用控辩式诉讼形式,必然要求相应的证据规则。”<sup>[23]</sup>之所以如此,其理由:一是独立的认证规则显得比较系统,条理清楚。二是这种模式为英美法系国家所采用,我国修改后的刑事诉讼法吸收了英美当事人主义的合理内容,确立了类似英美对抗式的控辩式庭审方式。“英美的当事人主义诉讼,确立了详细而复杂的证据规则。过去人们认为这与英美国家实行陪审制有关,其实根本原因不在此。如日本不实行陪审制,但它一旦由职权主义转向当事人主义,就同时借鉴了对抗制的证据规则,可见根本原因在于诉讼结构。在当事人主义条件下,两造对抗并推动诉讼进行,对于诉讼双方的立证如不设立严格具体的标准和规则,则当事人难免随意使用证据,因而导致拖延诉讼、模糊讼争要点,甚至造成真假难辨的后果。”<sup>[24]</sup>此话的确不无道理。三是在我国目前法官素质总体来说不是很高且参差不齐情况下,更应制定独立的认证规则,以便于操作和运用。第二,在立法内容上,庭审认证规则包括认证程序规则、认证的证据能力规则、认证的真实性判断规则、无证据价值排除规则几个方面。就证据能力规则来说,借鉴国外立法,立足我国国情,我们以为我国应确立和完善下列规则:合法性规则、违法证据排除规则、关联性规则、最佳证据规则、补强规则、反对诱导性规则、意见规则。理由在于:其一,数量规则、直接规则不应归于证据能力规则。数量规则是指某种证据材料的证明力较弱,必须有其他证据材料加以佐证,从而使其证明力得到补强的情形,所以数量规则又称补强规则。我国刑事诉讼法第46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;没有被告人供述,证据确实充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。这是关于补强规则的规定。补强规则实际上是认定事实的规则而非认定证据的规则。直接规则强调的是证据材料必须在法庭上经过公开出示、直接审理才能作为定案的根据。笔者以为将它归为庭审认证规则的保障更为适宜。其二,任意性规则、优先规则可被其他规则所包含,如前者可为违法证据规则所包容,后者与最佳证据规则相类似等。其三,传闻规则是指除特殊情况外,传闻材料不能作为证据使用。所谓传闻,主要是指传闻陈述,即陈述人在法庭上所作的

[21] 李心鉴:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1992年版,第270页。

[22] 参见申君贵:《关于诉讼证据能力之探讨》,《政治论坛》1993年第5期。

[23] 徐静村主编:《刑事诉讼法学》(上),法律出版社1997年版,第165页。

[24] 同上。

陈述不是自己亲身感受的和经历的事实而是以前曾听到他人陈述的事实。与大陆法系国家一样,我国法律原则上不排除传闻证据,只要能证实其来源的真实即可,所以我国可不确立传闻证据规则。为构建认证的证据能力规则,就目前立法状况,我国应做好以下方面:对于法律、解释中已有所体现的应加以明确化、具体化,增强其操作性;对于法律尚未反映的,应该根据立法的基本精神并借鉴两大法系国家的立法经验,作适当的处理合理吸收进去;对于司法解释中的证据规则,应提升地位吸收到基本法中。就认证的真实性判断规则而言,虽然大多数国家一般不加详细、明文规定,但这并不意味着我国就不能制定相关的规则。实际上,一些国家和地区的立法中有这方面的规定,如我国台湾地区刑事诉讼法第155条明确规定:“显与事理有违的证据,不得作为判断的依据。”即违背经验法则的证据不真实不可采。所以,如果法律能够正确地反映证据的客观实际,既可以使正直的法官准确地适用,又可以防止偏私的法官专权擅断,还可以使当事人及其代理人能够预测其证据的效果,那么我们不妨在总结审判实践经验的基础上尽快地利用科学的方法,结合自己的国情,制定一些科学的证据真实性判断规则。第三,在立法技术上,除保存原有证据立法具有概念性、原则性和概括性传统特点外,还应注重在证据方法上的应用技术,要多加采用消极的方式规定和列举式的技巧,做到兼收并蓄,趋利避害。此外,在构建认证证据规则时,要注意处理好明确性和灵活性的关系,一方面认证证据规则应尽可能详细具体,具有操作性,另一方面又不能过于繁琐和绝对化。既有一般适用的普遍规则,又要规定适当的例外,以应对丰富多彩、千变万化的诉讼实践。证据规则还应经过实践检验和证明,并随着审判实践经验的积累适时修改和完善,使之科学化。

### (一) 认证程序规则

前已述及,我国的庭审认证以当庭认证为主,迟延认证为辅,换言之,除了可以迟延认证的以外,其余的证据都应当庭认证。这是认证的一般原则。但是现代立法多采取概括式和列举式相结合的模式,因而有必要列举一些典型的当庭认证情形。

#### 1. 当庭认证情形

当庭认证是控辩式庭审方式的必然要求,经过庭审质证的证据能够当庭认证的,应当当庭认证。笔者以为下列情形,应当庭认证:

(1) 适用于简易程序的案件。依照刑法规定,适用简易程序的案件有两大类,一类是可能判处较低刑罚的公诉案件。另一类是人民法院直接受理的自诉案件。这两类案件的共同特点是情节简单,因果关系清楚,对社会的危害程度较为轻微。<sup>[25]</sup>加之,在庭审前审判人员对这些案件进行过实体审查,对案件证据之间、证据与案件事实之间的关系已经基本了解,当庭认证一般不太会发生错误。

(2) 依照证据能力规则不予采信的证据。证据能力规则是规定证据可采与否的规则,不具备证据能力的证据应予当庭认定,予以排除。为规范对证据能力的认定,应当制定证据能力规则。本论文后面将探讨这方面内容。

(3) 虽然具有证据能力,但是证据价值极低的证据。证据要得到采纳,除了具备证据能力外还应具有一定的证明力,因为证据被采纳的目的是用来证明案件事实,如果可采的证据证明力较弱甚至几乎没有任何证据价值,则应予以当庭排除。对于传闻证据,如果该证人拒绝或不能够指出他获知有关事实的来源,则不得对该证人证言加以使用。

[25] 参见胡锡庆、叶青主编:《新编中国刑事诉讼法学》,华东理工大学出版社1996年版,第107页。

(4) 人民法院自行调查的证据,控辩双方没有提出异议的。现行刑事诉讼法第 158 条规定,法庭审理过程中,合议庭对证据有疑问的,可宣布休庭,对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据时可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。从以上法律规定可以看出,人民法院在法庭审理过程中,可以调查收集物证、书证、鉴定结论和勘验检查笔录。由于法院审判人员在刑事诉讼中处于居中仲裁的地位,所收集的证据一般来说比较真实、客观,发生虚假的可能性比较小,如果控辩双方没有提出异议,应予当庭采纳。

(5) 免证事实。所谓免证事实,是指不需要提供证据加以证明,司法机关可以直接确认的事实。我国民事诉讼法第 67 条以及《最高人民法院关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》(以下简称《意见》)第 75 条规定了免证事实,但刑事诉讼法没有免证事实的规定。笔者以为借鉴民事立法及外国立法经验,我国刑事诉讼中应确定下列免证事实:众所周知的事实和自然规律及定理。众所周知的事实是指具有正常理智的人都知道的无可争议的事实。如干柴易燃、吸煤气会中毒等。根据法律规定或已知事实,能推定出的另一事实。如依照我国刑法规定可推知,已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人对盗窃罪不负刑事责任。已为人民法院发生法律效力法律文书所确认的事实。如甲案中涉及到乙案的事实,而乙案已经过本院或其他法院作出判决,其事实已经依法得到确认,乙案的事实在甲案中可予直接采纳。已为有效的公证书所证明的法律行为、法律事实和文书。政府机关的公文书。如被告人的履历,根据户籍册或人事档案记载明确的,若没有怀疑和争议,应当当庭认定。上述免证事实,除有相反证据足以推翻的外,则视作成立,所以应予当庭认证。

### 2. 迟延认证情形

审判方式改革的目的是使诉讼双方在开庭结束后对案件所涉事实及有关证据有一个统一的认识和判断,减少对法官庭下工作的神秘感和不信任感,所以控辩式庭审方式所要求的庭审认证是尽可能当庭认证。但是现实情况纷繁复杂,对于所有案件、所有证据都予以当庭认证是不切实际的,因此在某种特殊情况下或对于某类特殊案件应当允许迟延认证。对于迟延认证的,法官应当当庭告知控辩双方迟延认证的理由及认证的时间。

迟延认证由于在开庭审判后进行,从证据质证完毕到证据的实际认证有一段较长的时间,合议庭在庭下可以充分评议,所以它适于一些复杂疑难案件的认定。具体而言包括:(1)重大复杂,需要提交审判委员会讨论的案件中的关键证据的认证。由于案件需要提交审委会讨论,审委会讨论决定案件时,不仅就定罪量刑作出决定,还包括审查判断案件的证据。因此合议庭对此类案件可以迟延认证。(2)控辩双方对证据争议较大,法庭审理中无法查清的。在这种情况下,法庭应当对证据分别审查,综合其它证据进行认定。如果当庭无法认定,需要传唤新的证人到庭、调取新的物证或者需要重新鉴定、勘验的应当延期审理再次开庭认定。(3)需要判处死刑的案件中关键证据的认定。死刑是一种剥夺人的生命的最严厉的刑罚,人死不能复生。庭审认证时,对于需要判处死刑的案件应持更为谨慎的态度,避免出现认证错误,对其中关键证据应以迟延认证为宜。(4)需要延期审理的案件,如检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查,提出建议的情形,法庭可以决定延期审理,对其中已经质证过的证据暂不认证,待下次开庭认证。(5)对控辩一方提出异议的视听资料的认定。鉴别审查视听资料是一项专业性非常强的科学工作,必须依靠现代科学手段,仅凭人的感观分析难以达到。由于庭审当中控辩双方及法官(含陪审员)受视听资料所涉及专业理论知识的局限以及目前尚无可能在法庭上安装鉴别视听资料的现代化检测系统,因此对于其真伪有争议的视听资料宜以迟延认证为宜。

## (二) 认证的证据能力规则

“如果让所有证据材料或证据来源都不加鉴别地进入诉讼程序,很可能造成诉讼资源浪费,耗时而低效,而且这些良莠不齐、混淆视听的证据可能造成不当影响,甚至误导、妨碍法官对案件事实作出正确判断。”因此,应当制定证据能力规则,具体规定证据可采与不可采的情形与理由,使法官在庭审中对控辩双方的证据材料进行筛选,将不合格不具有证据能力的证据材料排除在庭审之外,以保证诉讼效率和防止导致误差偏见的危险。

1. 合法性规则。合法性是证据的三大特性之一,它是指证据材料的主体、来源、形式、取得必须符合法定的条件和方式。合法性规则是关于证据合法要件及不合法证据效力等内容的规定。合法性规则在我国法律中有所体现,我国刑诉法对于各种证据的合法要件包括收集的主体、程序、方法和手段及证据形式等都作了明确的规定。(1) 主体上,法律规定了收集证据和提供证据的主体。收集证据的主体限于公安司法人员和辩护律师。一方面公安机关和检察机关中的侦查人员在刑诉活动中可以进行侦查活动,收集各种证据。法院在法庭审理过程中,认为需要进行庭外调查的,可以进行勘验、检查、扣押、鉴定等活动。另一方面,在刑诉过程中辩护律师既可以依法自行收集有关的案件材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集调取证据。提供证据的主体包括被告人(含犯罪嫌疑人,下同)、证人、鉴定人等。对证人、鉴定人的条件法律都有严格的要求,证人必须是知道案件情况且能够辨别是非和正确表达的人;鉴定人必须经司法机关指派或聘请,对于人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定的或者对精神病的医学鉴定,还必须由省级人民政府指定的医院进行,鉴定人遇有法定回避情形还应当回避;证人、鉴定人作证和出具鉴定结论都必须以个人名义,而不能以单位名义进行。(2) 程序上,法律规定,严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗及其他非法的方法收集的证据。收集证据必须依法进行,具体包括收集证据必须二人以上参加,如侦查人员不能自问自记;询问证人应首先告知他如实提供证据、证言和有意作伪证或隐匿罪证要负的法律后果;辩护律师向证人或其他有关单位和个人收集与本案有关的材料时,须经他们同意,向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集证据材料时,除经他们同意外还应经人民检察院或者人民法院许可;物证必须在法庭上出示并经当事人辨认等。(3) 形式上,法律规定侦查讯问(询问)所得的被告人供述、证人证言、被害人陈述都应由讯问人和被讯问人签名或盖章,勘验检查笔录应由参加勘验检查的人和见证人签名或盖章;鉴定结论应由鉴定人签名;视听资料应当附有制作者、制作时间、地点、对象、制作过程及设备有关情况的书面说明等。只有符合上述条件和方式的证据为合法证据,反之为不合法证据(或称瑕疵证据)。不合法证据从其非法的形式上看,有主体不合法、程序不合法、形式不合法以及取得的手段和方式不合法。

我国刑事诉讼法对于不合法证据及其效力没有作出明确规定,我们认为:下列证据因为主体不合法,一律没有证据能力:应当回避的审判人员、检察人员、侦查人员调查收集的证据;非法定侦查人员侦查收集的证据;应当回避的鉴定人所制作的鉴定结论;非公安司法机关指派或聘请的法定鉴定部门作出的普通鉴定结论,如医生开具的病情诊断书;非自然人提供的书面证言、鉴定结论;年幼或患有精神病,不能辨别是非,不能正确表达的人所作的证言。

下列证据材料为程序不合法,一律没有证据能力:询问证人、被告人、被害人时仅侦查人员一人自问自记讯问所得的犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解、证人证言、被害人陈述;询问证人未事先告知其作伪证的责任而导致随意作证的证人证言;辩护律师未经检察院或者法院许可向被害人、其近亲属以及被害人提供的证人收集的证据材料;未经法庭调查程序出示并经当事

人辨认或鉴定的物证。

下列证据材料为形式不合法:没有犯罪嫌疑人、被告人及讯问人签名的书面供述和辩解;没有证人、被害人及询问人签名的书面证言、书面陈述;没有鉴定人签章和鉴定部门盖章的书面鉴定结论;没有勘验检查笔录制作人、见证人签名或盖章的勘验检查笔录。形式不合法的证据材料,能予补救的,经补救后可转化为合法证据。

2. 违(非)法证据排除规则。非法证据有广、狭义之分,广义的非法证据即前述不合法证据,狭义的非法证据即非法获得的证据也即前述取得的手段和方式不合法的证据,为避免概念上的混淆,本文称之为违法证据。违法证据排除规则是指违反法律规定的手段、方法收集的证据,在一定情况下应予排除。鉴于该问题学界讨论较多,笔者也曾撰文论述,在此不再赘述。<sup>[27]</sup>

3. 相关(关联)性规则。关联性是证据三大特性之一。我国刑事诉讼法第93条规定:“犯罪嫌疑人对本案无关的问题,有拒绝回答的权利”,第156条规定:“审判长认为公诉人、当事人、辩护人、诉讼代理人发问的内容与案件无关的时候,应当制止”,这说明证据必须与本案事实相关,否则对本案无实际意义,应予摒弃。换言之,原则上一切无关联性的证据都应排除,这就是关联性规则。证据的关联性包括两个方面:“一是证据与案件事实有直接或间接的联系;二是证明事实对案件事实有正面或反面的证明作用。”<sup>[28]</sup>直接联系是指证据证明了某犯罪行为全过程或犯罪过程的某个环节,可以起到确认有罪、无罪、罪轻罪重的作用。间接联系是指该证据不是犯罪的反映,但在刑事证明中起着不可忽视的作用,如作案时的天气、节假日,对确定作案时间有重大作用。反面的证明作用是指该证据不但与案件没有直接联系,而且对案件事实起否定作用,如凶器上的指纹与犯罪嫌疑人的不同。证据的关联性不同,其证明力也有所不同。不同的证据与案件事实的关联程度不一,有疏有密,其证明力也有强弱之分。

与关联性规则相关的两个问题值得探讨:一是同种犯罪的先前行为,即我们俗称的前科。按照常理,经常实施犯罪的惯犯再犯的可能性较大,作案手段特别的犯罪分子在具有同样作案手段的案件中作案的可能性较大。但这并非绝对。先前行为与本案没有必然的关联,不能作为本案定案的事实根据。菲律宾证据法第130节第34条规定,某人在某时曾作过或者不作某一特定的行为的证据,不得采用以证明他在别的时间是否作为同一或类似行为。尽管如此,先前行为在某些特定情况下如符合法定累犯条件的,可以作为量刑的依据予以考虑。二是品格,即被告人、被害人、证人的品格特性。依经验法则,品德不端正的被害人,其陈述的真实性受到人们更多的质疑;经常撒谎的证人,其证言虚假可能性较大;而一向正直诚实尤其是过失犯罪后自动投案自首的被告人,其供述比较真实可靠。但不能一概而论,我们不能仅凭某人品格好坏对其供述和证言片面地采信和取舍,更不能以被告人品格来作为认定其是否犯罪的证据,因为与先前行为一样,品格与案件事实无必然的关联,不可采用。意大利刑事诉讼法典第194条:“证人不得就被告人的道德状况作证,除非涉及足以对犯罪和社会危险性有关的人格作出评价的特定事实。”“一个人有某种恶习和性格,容易产生某种行为的倾向性,这作为逻辑和经验法则大体上可以承认,但是,把性格和特定犯罪行为联系起来作为证据,显然是不完满的。如果

[27] 该理论认为,凡经由非法方式取得的证据是“毒树”,由其中获取的资料进而获得的其他证据则为毒树上的“果实”。

[28] 周国均:《刑事证据关联性新探》,《政法论坛》1987年第5期。



使用性格证据认定犯罪事实,容易形成偏见。”<sup>[29]</sup>品格证据虽不能作为定案的根据,但在反驳、质疑被告人供述、被害人陈述、证人证言的可靠性时应允许提出和采纳。具体而言:被告人提出自己品格良好,控诉方可以提出其不良品格的证据加以反驳;被告人可以就被指控犯罪中涉及有关道德品质问题,证明他的品质良好;证明证人诚实与否的证据;有关证人曾被定罪的证据,如果该罪行涉及到伪证,可以提出用来质疑证人;有关被害人曾被定罪的证据,如果该罪行涉及到诬告陷害,可以提出用来质疑被害人;被告人提供有关被害人品格特性的证据,控诉方可予以反驳;被告人在被定罪后,法院在判刑之前,可以查询和采纳其有关品格证据,以便作出恰当判决。我国现行法律体现了关联性规则,但未作具体规定,而对于同种犯罪的先前行为和品格的证据能力,基本上没有涉及,应予完善。

4. 最佳证据规则。“在诉讼进行中,证据的调查和认定事实发生在审判庭之上,由于时间的有限性,提高诉讼效率,考虑到庭审时间的消耗就成为必要。”司法实践中,对于同一物品文件有时会出现原物、原件、复制品、复印件等不同的表现形式。对于这些证据,为了节约诉讼时间,提高诉讼效率,防止因中间环节而产生偏差,在刑诉过程中应尽可能采用最直接的证据来证明案件事实。除特殊情况外,对于实物证据应当使用最佳的证据方式即原物原件。这是最佳证据规则。《解释》对该原则作了规定:“收集调取的书证应是原件,只有在取得原件确有困难时,才可以是副本或者是复印件”、“收集调取的物证应当是原物”。在司法实践中能取得最佳证据是最好不过,但有时存在原物、原件无法取得或难以出示的情况,此时应当允许采用次佳证据,因此法律对于最佳证据应赋予若干例外,并严格规定其条件。

具体而言,在下列情况下应允许采用第二手材料:(1)原始材料无法取得,如并非出于恶意,原物、原件已经遗失或销毁而无法出示的;实行一切有效司法手段,仍不能得到原件的。(2)原始材料难以出示的,如原物不便搬运、不易保存或依法应当返还被害人的,这种情况可以拍摄足以反映原物外形或者内容的录像或照片。(3)原始材料不是很重要或可以代替的,前者如有关书证的内容与主要争议无紧密联系的,后者如官方或公共文件、记录,这些文件材料难以找到最初的原件或底稿,发生虚假的可能性也比较小,可采用第二手材料代替。

为了保证第二手材料的真实性,应当规定严格的采用条件,一是制作书证的副本、复制件、拍摄物证的照片、录像以及有关证据录音时,制作人不得少于二人,以保证这些复制品、复印件等的真实性。二是提供证据的副本、复制件及照片、音像制品应当附有关于制作过程的文字说明及原件、原物存放何处的说明。对于无法提供原件、原物的,原件、原物的来源应予以说明,以便获得相应的证据予以证明。对于证据材料为复印件,提供者拒不提供原件或原件线索,又没有其他材料可以印证的,不得作为认定事实的根据。三是由制作人签名或盖章。

5. 反对诱导性询问规则。反对诱导性询问规则是指一般情况下,诱导性提问应予禁止。所谓诱导性询问是指向证人、被害人启示询问人想要得到一定答案的提问。诱导性提问之所以被禁止,因为它实际上对被询问者起到暗示的作用。每个人都可能受到别人的暗示,但暗示对证人、被害人的口头陈述发生的影响尤为突出,由于鉴定人具有专门知识,不易受诱导和暗示,所以该规则适用于证人、被害人而不适用于鉴定人。被害人、证人受暗示力的强弱直接影响到他们所作陈述、证言的真实性。在法庭审理过程中,“询问人借助于发问的语气的轻重缓急,声音的抑扬顿挫或者某种动作的示意,足以导致对答问人起到启发性、提示性作用,从而导

[29] 王以真主编:《外国刑事诉讼法学参考资料》,北京大学出版社1995年版,第366页。

致出现符合询问人欲求的答复。”<sup>[30]</sup> 为了防止证人、被害人为控辩双方所左右,保证他们证言、陈述的准确、公正和合理,对于诱导性提问应予禁止。澳门刑事诉讼法典第125条规定:“不应向证人提出暗示性的问题。”我国目前并无反对诱导性询问规则的规定。有鉴于此,我们认为,下列情况应当允许诱导性询问:其一,该询问不仅无害,反而有益如证人、被害人知悉或掌握有相当重要的信息,但一时想不起来,这时用以唤起记忆为目的的诱导性询问应当允许。其二,该询问是不得已而为之,如证人、被害人系无学识、低能者、聋哑人等难以获得直接和明确的回答的。其三,该询问不存在发生暗示的危险,如对怀有敌意证人的询问。其四,询问控辩双方没有争议的事项,如证人的姓名、地址、职业等以及对与案件中的关键性事实无直接关系的问题的询问,如开场的问题,话题的自然过渡与转换。其五,证人、被害人接受直接询问时作出与过去不一致回答时,公诉人或律师可以根据证人、被害人过去的陈述提出诱导性问题,对证人进行质疑。

6. 意见规则。该规则适用于证人证言和鉴定结论。意见是从察觉到的事实推理得出的结论,意见规则是指证人在向司法机关作证时只能陈述其所知道的案件本身,而不能对案件进行评价,鉴定人对案件中的专门性问题,只能就案件事实作出结论性意见,而不能回答法律问题。之所以如此,是因为对案件事实的判断和适用法律是法官的工作,证言中如果含有主观意见,就容易引发偏见,妨碍公正地认定事实;以鉴定结论结果解决法律问题,就会侵犯法官的职权。意大利刑事诉讼法典第194条第3款规定:“对证人的询问应围绕确定的事实。不得就公众的传闻作证,也不得在作证中发表个人称颂,除非这是在就事实进行作证时所不可避免的。”我国目前无意见规则的规定,应予增设同时赋予若干例外,因为陈述意见有时是不可避免的,如意见和事实二者关系密切极难分开;对观察对象的身体外形、精神状况等的描述,直接基于经验事实的某些常识性的判断如人的感情、年龄与容貌、物品的色彩、天气等。此外,证人根据其亲身察觉的事实进行逻辑推导,有助于理解其证言或判断争议事实的意见或推断,也可以在法庭上陈述并加采用。

### (三) 认证的真实性判断规则

庭审认证时,依照证据能力规则在排除不合法、不相关及其它不可采的证据之后,就要对证据的真实性作出判断。因为证据要得到采纳,除了证据能力没有问题外还应该是真实的,否则不能被采信。如内容相反的两份证人证言,可采性都没有问题,但在认定时其中一份肯定不能被采纳或应当排除。

证据真实性判断规则是关于如何判断证据真假的规则,该规则有二:

1. 矛盾法则。其内容是,单一证据材料内容自相矛盾,必有问题;两个证据材料相矛盾,必有一假;一证据材料与众证据矛盾的,多属假证;一证据材料与案件事实相矛盾的定是假证。一般来说真实的证据,证据之间、证据本身各部分内容之间,能够相互印证不存在任何矛盾,在外观上表现为同向性即其证据的证明力所指为同一方向,要么都肯定,要么都否定。相反,如果证据之间、证据各部分内容之间不表现为同向如多次口供的内容互相矛盾,那么就可以肯定其中有一部分是虚假的。何者为假,需要运用经验法则进一步判断。

2. 经验法则。运用矛盾规则审查判断证据时,如果证据本身内容不一致甚至相矛盾或一证据与它证据相矛盾,就要判断证据的哪一方面或哪个证据更为真实可靠,是否足以否认另一

[30] 毕玉谦:《民事证据法判例实务研究》,法律出版社1999年版,第146页。

方面内容或另一证据,这时候应当运用经验法则。经验法则是指从生活经验中归纳出来的作为判断事物的一般知识,有绝对经验法则和相对经验法则。前者有绝对的效力,违背该法则的证据材料不可采。如在一个黑夜里,没有照明的情况下,只看到模糊的影色,这是正常的。若某证人称在此种情况下看清了他人的面相和服装样式、颜色,那就违反了绝对经验法则,不真实了。著名的林肯辩护案就是利用绝对经验法则取胜的。

相对经验法则没有绝对的效力,它是指在通常情况下,某种现象的发生具有较大的可能性,但并非绝对会发生,具体情况如何需要有关人员综合判断。如证人证言,一般来说历时已久的案件,证人往往只记得大概的日期。如果时隔数年或数月,证人可能只记得月份和季节,对发案的确切日期无法记忆。但如果发案当天是节假日或对证人有特殊意义的日子,证人仍有可能作准确的陈述。再如,谈话的内容简单,比较容易记住,谈话的内容过长较多,证人很难陈述全部内容,而且可能加入自己的见解或只强调某一部分内容。但是如果谈话的内容富于刺激性如辱骂、恐吓、威胁等,证人也容易记住。下面举一实例,说明相对经验法则在司法实践中的运用。一名男子某晚窜到自己所认识的一名妇女家中,乘该女之夫不在家之际将其奸淫,后因该妇女控告而案发。<sup>[31]</sup>在被告不承认是强奸的情况下,认定违背意志的主要证据是:(1)该女子被奸淫后当即向本单位的保卫部门做了告发,前后证词稳定,无明显不合理之处;(2)该女出示了当时被撕掉扣子的衣服,作为反抗的证据,而被告承认脱衣服时用力较猛;(3)该女独居,房间较偏僻,身材较矮小,而被告身材较高大,以威胁和暴力足以制服对方,该女称由于被告以死相威胁,不敢拼命反抗;(4)被害人已怀孕三个月;(5)女方过去没有生活作风问题,与丈夫关系好,与被告关系一般,没有感情基础;(6)被告虽称女方开始有所推辞,后来仍表示同意,但其供词不稳定,自相矛盾,缺乏说服力。此案后以强奸定罪处罚。此案中运用了一系列相对经验法则:妇女在没有其他客观因素影响的情况下于事后告发,一般是因被告人的行为违背其意志;稳定的供证一般比较真实可靠;衣服撕坏是被害人反抗的证据;女方怀孕数月通常性要求不足;女方过去无作风问题,当时家庭关系好,而与对方无感情和性爱基础,发生性关系应违背女方意愿等等。这一系列的相对经验法则综合起来,合乎常理地得出结论。然而,就每一相对经验法则而言都不具有绝对性,因为常理并不排除例外。尽管相对经验法则无绝对效力,但为我们判断证据的真实性提供了一定的思路和方法,如对违背相对经验法则的证据材料应提出较多的质疑。实践中大多的是相对经验规则,下面通过具体证据的判断加以归纳。

#### (1) 对单个言词证据真实性的判断

言词证据是指以人的口头陈述或书面陈述表现案件真实情况的证据形式,它包括犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解(下简称为被告人口供)、证人证言、被害人供述和鉴定结论。

判断言词证据的真实性,可从以下几方面着手:其一,审查言词提供者陈(供)述的动机及提供者与案件或案件当事人的关系。嫌疑人、被告人(下统称为被告人)由于与案件的处理结果有切身的利害关系,其口供有较大的虚假可能性,审查被告人供述首先应审查其供述的动机。被告人供述的动机多种多样,有基于真诚悔悟的,有求得精神上解脱的,还有期望得到某种利益如争取从宽处理的,也有误解法律和政策的等等。一般而言基于真正悔悟的或作案前明知自己的行为违法犯罪,为解不平之气报一己之仇,作案后立即到司法机关自首,或经多次讯问教育,提高了认识,转变了思想,彻底交待自己的罪行等,这样的口供真实性一般较大。相

[31] 转引自龙宗智:《我国刑事诉讼的证明标准》,《法学研究》1996年第6期。

反,被告人如果为了避重就轻,减轻罪责,或者掩盖同伙、庇护亲友和上级,因而承认自己所犯的轻罪或者把不是自己所犯的罪行也承担起来,这样的口供一般是不真实的。被害人出于对犯罪的痛恨,其供述中往往具有夸大犯罪情节的一面,审查被害人陈述应当审查被害人与被告人的关系。一般而言被害人在案发前与被告人素昧平生或关系正常的,其提供虚伪陈述的可能性较小,如果被害人与被告人在案发前相互间存在恩怨情仇,则其陈述的虚假性较大。就证人来说,被告人亲友为被告人利益的证人证言真实性较弱。其二,审查陈(供)述取得的程序。未依法定程序交犯罪嫌疑人、证人、被害人核对或向他宣读的,言词提供者提出补充或者改正而没有补充、改正的笔录以及讯问前未告知证人作伪证和隐匿罪证的责任,导致随意作证的证人证言虚假的可能性较大。其三,审查陈(供)述、笔录的内容。一般来说,语言不确定、模棱两可的言词证据的真实性较弱;详细、具体地阐明据以作出鉴定结论科学原理或理由的鉴定结论的真实性一般较大;前后一致的陈述,笔录一般较少矛盾或虚假成分的,可信性较大,但不能排除一些精心制作的陈述、笔录也可能前后一致,所以被告人供述、证人证言、被害人陈述,前后完全一致,有时反而值得怀疑。其四,审查言词提供者的品格。品行好的证人的证言、被害人的陈述以及偶尔失足的被告人的供述具有较大的可靠性,品行不端的往往出于不良动机诬陷他人、嫁祸于人或作伪证,这样的陈述中包含着较多的虚假成分,但不能以言词提供者品行的好坏作为衡量言词证据真假的绝对标准。其五,审查言词主体的状况。未成年人所作的与其智力、年龄不相等的证言、陈(供)述可能存在较大的虚假性。其六,审查言词证据的形成。基于距案长时间长的记忆所作的证言,记忆模糊的证言、陈述以及言词提供者对其事实了解不充分的言词证据真实性较弱。鉴定机构设备先进完善、鉴定人专业水平较高、鉴定方法科学、鉴定人分析解决问题能力强的,所作的鉴定结论较为可靠。此外,案件明了、犯罪事实水落石出后的(陈)供述较为真实,等等。关于如何判断证人证言的真伪,我国台湾学者蔡墩铭有自己独到的见解,他认为故意的虚伪陈述有显而易见的特征:“一是坚定,证人坚持其陈述的内容,不想修改其陈述,虽然经多次询问,但证人的态度仍然颇为坚定,前后陈述千篇一律,即其用语也无不同。二是自动,证人不待法官询问,即自动尽快发言,唯恐法官不予以询问,此表示证人对其虚伪的陈述已有充分的心理准备。三是离题,证人不但对法官询问的事项,即使对法官尚未询问的事项也予以回答。”上述见解司法人员在认证时不妨作一参考。

### (2) 对单个实物证据真实性的判断

实物证据是指以物质存在和内容说明案情的证据形式,它包括物证、书证、勘验检查笔录、视听资料。虽是“自身说话的证据”,其性状和内容一般不受人们主观因素的影响而随意更改,客观稳定性较强,真实性较大,但也有易于伪造、剪辑、篡改等缺点,而且一经伪造仅凭直觉难以发现。审查判断时应注意:从制作主体上,公文书证比非公文书证一般具有较大的真实性;国家机关、社会团体、企事业单位通过依法安装的专门技术设备取得的视听资料,真实性一般较大。从调查、提供主体上,人民法院自行调查的实物证据,一般较为真实可靠;当事人作为与案件结果有直接利害关系的诉讼参与人所提供的视听资料的客观性一般较差;从提供的时间上,现场尽快提供的比较真实可靠;此外,无法与原物、原件核对的复制品、复制件、照片、副本、节录本,真实性较为薄弱,等等。

### (3) 对数个(种)证据真实性的比较判断

判断数个(种)证据的效力应注意以下方面:第一,从证据种类看,物证、历史档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证登记的书证,其证明力一般高于其它书证、视听资料和证人证言。

第二,从证据分类上看,首先,原始证据的证明力大于传来证据。由于技术设备、人的领会、陈述能力等因素的影响,可能使经过转述、传抄、复制的内容发生差错,而且其次数越多,出现差错的可能性越大。因此采用传来证据时,应尽可能采取接近原始证据的传来证据,并要求证据提供者提出传来证据的出处和线索。其次,实物证据较言词证据更为客观。言词证据受人的主观因素影响较大,实践中出现言词证据前后不一致,如翻供、翻证现象并不罕见。实物证据相对来讲比较真实客观,可靠性较大。第三,从证据内容上看,不矛盾证据优于矛盾证据;无瑕疵证据优于有瑕疵证据;无疑义证据优于有疑义证据;内容稳定的言词证据一般较内容不稳定的言词证据可靠。第四,从陈述场所看,证人到庭并经过质证的证言其证明效力优于证人未到庭的书面证言。

下列证据材料的真实性一般较为薄弱:没有其他证据印证并有疑点的证据材料;自相矛盾的言词证据;未依法定程序涂改的书面证据。

下列证据材料的真实性一般较大:人民法院依法定程序自行调查收集的证据材料;能相互印证的证据;由有关国家机关、社会团体依职权制作有效的公文书证;向被告人出示并经被告人辨认确实的实物证据。

此外,控辩双方均明确表示无异议的证据材料较为真实。但是,我们不能以控辩双方有无异议作为认定证据的唯一标准。换言之没有异议就认定,有异议就不予认定,这种简单化的处理是不正确的,所以即使双方都明确表示无异议的证据,人民法院也要经过审查才能予以认定。相反对于某些证据材料,即使控辩一方提出异议,在某种情况下也可以认定。

## 五、庭审认证规则的保障措施

任何法律制度的运行,都必须有一定的措施予以保障,否则最好的法律,在实践中也会走样。为保障庭审认证规则的实施,笔者以为应当做到:第一,大力提高法官素质。要保障庭审认证规则的实施,要求法官公开认证并说明理由,这就要求法官不仅具备较高的政治素质,具有丰富的法律文化知识,而且还要有较强的分析判断说理论证能力。目前法官的素质与以前相比虽大有提高,但离实践要求尚存在很大差距。要提高法官素质,既可以让现有的法官进行培训和进修,让政法院校的毕业生充实到法院系统,也可以考虑借鉴国外做法,逐步从有一定资格和执业年限的高校教师、律师中选拔法官。此外,还应严格法官选拔、任用制度,实行法官资格考试、考核制度,从而造就一支品质优良、业务熟练的法官队伍。第二,赋予合议庭应有的权限。要做到庭审认证特别是当庭认证,就应充分发挥合议庭在案件审理中的作用,赋予其应有的职能,摒弃院长、庭长个人审批决定案件的习惯做法,并严格限制审判委员会讨论决定案件的范围。使合议庭在经过法庭审理后,除特殊案件外都有权作出判决。强化审判机关系统内部审级监督制约机制,待条件成熟时,再逐渐废止审判委员会。第三,建立认证错误救济制度。庭审认证错误在所难免。那种认为刑事认证能够百分之百的正确,不会发生任何错误的想法只是一种理想主义而已。我们承认错误在所难免,并非为错误的出现寻找借口。我们的意思是,一方面要尽量将错误的发生减少到最低限度,另一方面错误一旦发生,就要认真对待,采取适当的方法予以救济。“实事求是,有错必纠”是我国一贯的刑事政策,在庭审认证上也应贯彻这一政策。一旦发生认证错误,应根据具体情况,采取不同的措施予以纠正。如果错误在庭审结束前发现,应当重新质证、认证;如果错误是在庭审结束后发现的,应当重新开庭进行质

证、认证;如果错误在判决结束后发现,依法定程序予以纠正。第四,建立证据庭前展示制度。证据展示制度要求控辩双方在庭前相互交换证据,使他们在开庭审理前充分了解对方的主张和根据,可以防止突然袭击,从根本上保证控辩双方的平等,从而有利于当庭彻底查清案件事实,这样可以避免审判人员心中无底,不敢或不能当庭认证。第五,确认和认真落实直接言词规则,要求除特殊情况外,证人、被害人、鉴定人必须亲自到庭作证、陈述和宣读鉴定结论,并回答控辩双方的询问和质证,否则其陈述、证言、鉴定结论不能作为法院裁判的根据。直接言词原则有利于当庭彻底查清案件,有利于保证证言、陈述、鉴定结论的真实性。如果证人、鉴定人、被害人有意作伪证和虚假的陈述,在控辩双方灵活有效的询问下,他们的回答往往会出现种种矛盾,暴露其虚假性。此外通过询问还可以查明证人、被害人、鉴定人虽无意作伪证、虚假陈述,但由于主、客观条件的限制,其证言、陈述的内容也是错误的。在我国司法实践中,证人出庭率偏低,被害人、鉴定人更是不出庭。造成这种现象的原因主要是我国立法不完善。修改后的刑事诉讼法虽然增加了关于证人人身安全保障制度的规定,但对证人财产安全保障制度、强制证人出庭作证制度及作证补偿制度(简称为三大制度)却未作规定,对于被害人、鉴定人出庭的规定更是付之阙如。笔者以为应当完善证据立法,建立证人、被害人、鉴定人出庭三大制度,规定除下列情形外,证人、鉴定人、被害人都应当出庭:其一,因客观原因不能出庭的,如证人、被害人、鉴定人死亡或身患严重疾病无法出庭;因自然灾害、意外事件等不可抗力的原因无法出庭的;证人、被害人、鉴定人下落不明的。其二,能出庭但不便出庭的,如证人、鉴定人、被害人年迈体弱或为残疾人行动不便的;路途遥远、交通极为不便的。其三,不宜出庭的,如未成年证人、被害人;涉及个人隐私案件中的被害人;证人、被害人嗣后精神失常的等以及人民法院认为不宜出庭或准许不出庭的其他情形。第六,确认违法认证惩戒制度。对于那些认为“庭审认证工作可有可无,摆摆样子而已”不依法认证、故意不认证或遗漏认证情节严重的,应该由主管机关给予一定的行政处分。

此外,要保障庭审认证规则的贯彻实施,使经过庭审质证的证据都能做到在法庭上公开认定,需要有个渐进的过程,作为改革的第一步,在司法实践中可采取过渡措施,如由裁判认证过渡到“以公开说理的裁判认证为主,以庭审认证为辅”的认证方式,再过渡到“以迟延认证为主,以当庭认证为辅”的认证方式,然后再渐进为“以当庭认证为主,以迟延认证为辅”的理想的庭审认证模式,这样,久而久之,乃成定势。

---

**Abstract :** Court Hearing Authentication is the newly emerging thing after our country 's criminal procedure law being amended. The questions above - mentioned are the questions of theoretical and practical value that need to be settled urgently after our country 's criminal procedure law being amended. The author makes a preliminary research on establishing our country 's court hearing authentication rule. In this article ,the author brings forward the view that all evidence should be corroborated at courtroom , namely , authentication in the face of identification of the party , brings forward the new theory that authentication mode and authentication content decide authentication rule.

---