

证据分类制度及其改革

龙宗智*

内容提要:我国证据分类制度有四个特点:一是具有某种形式主义倾向;二是构筑了封闭式的分类体系;三是倾向于细致具体的分类方式;四是类别设置有一定独特性。证据包含证据资料与证据方法,原生性与派生性的材料均可作为证据使用。改革证据分类制度,需要将“勘验、检查笔录”改为“侦查、审判笔录”,将“鉴定结论”改为“鉴定结论与鉴定人陈述”,同时将证人证言扩大解释为包括普通证人证言与专家证人证言两种类型。可以保留视听资料的分类,但仅指音像材料,而将计算机资料划出,分别归于有关的证据类型。

关键词:证据形式 证据分类 制度改革

分类是一种把握事物共性同时辨识事物特性的逻辑手段。分类不仅能使人的认识条理化,而且能实现处置上的目的性与有效性。正是为了这样的认识目的和行为目的,证据法对不同形态的证据在形式上进行分类。由于我国目前没有专门的证据法,对证据在法律上进行分类,是通过刑事、民事与行政三大诉讼法实现的。刑事诉讼法第42条将证据分为七种类型,即:“(一)物证、书证;(二)证人证言;(三)被害人陈述;(四)犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;(五)鉴定结论;(六)勘验、检查笔录;(七)视听资料。”民事诉讼与行政诉讼由于不同的诉讼性质,分类略有不同。^[1]

诉讼法的上述分类,是对实践中用于诉讼的各种事实材料,包括作为定案依据的材料所作的一种概括与界定。研究证据分类问题,就是要研究对证据进行分类的理由与依据,研究类型界定是否准确,是否便于使用;对证据体系进行类别划分是否合于逻辑,是否具有包容性或囊括性,是否符合运用证据认定案件事实的需要。不能否认,我国证据学对证据分类的学理以及制度实践的研究尚未展开。因此,未能形成科学的证据分类理论。不过,也应当指出,有些学者已经看到我们在证据分类研究上的薄弱而进行了某些理论探索,其中,裴苍龄教授的一篇专论有一定的影响。^[2]本文也准备对裴教授的某些基本观点进行评述。但这种评述,仍然服务于本文总的目的,即探索一种较为合理的证据分类理论体系。

* 西南政法大学教授。本文受全国优秀博士学位论文项目基金资助。

[1] 现行民事诉讼法第63条规定:“证据有下列几种:(一)书证;(二)物证;(三)视听资料;(四)证人证言;(五)当事人的陈述;(六)鉴定结论;(七)勘验笔录。”行政诉讼法第31条规定:“证据有以下几种:(一)书证;(二)物证;(三)视听资料;(四)证人证言;(五)当事人的陈述;(六)鉴定结论;(七)勘验笔录、现场笔录。”

[2] 裴苍龄:《论证据的种类》,《法学研究》2003年第5期。

一、我国证据分类制度的特点

由于诉讼实践中用来证明案件事实的各种材料具有不同形式(形态)、不同的使用特点并可能适用不同的证据规则,各国证据法都要对这些具有证明性的材料进行界定与表述并由此形成一定的类别划分。由于历史的原因,新中国法律受前苏联法律影响较大,在证据分类及其法律规范方式上,我国与前苏联国家(如俄罗斯)较为接近,但也不尽相同。^[3]那么,与其他国家的证据分类方式相比较,我国的证据分类方式具有哪些特点呢?这个问题既有比较法上的意义,又可以成为我们深入研究这一课题的框架性前提。

比较不同的证据分类方式,我国法律中的证据分类大致可以概括为以下四个主要特点:

其一,具有某种形式主义倾向。此处所谓形式主义,特指对证据形式的重视,以及必须将某类材料纳入法定证据形式的明确要求——如果未能纳入,该材料就缺乏证据资格。我国三大诉讼法都以专门条款明确规定证据的种类并因此而将其表述方式法定化,这种做法与其他多数国家形成区别。这些国家,无论属大陆法系,还是英美法系,在证据形式上的法律规范显得较为“随意”。这种“随意”,一是表现为缺乏明确而严格的证据分类法律条款。关于证据的分类一般体现在法律关于证据收集与使用判断的一些具体规定中,如证人证言这种证据形式,是通过法律关于证言的证据能力的有关规定来确认的。也就是说,由于没有明确的分类条款,证据形式的确认以及类别界定需要一种“辨识”。二是对证据形式的表述不十分严格。例如我们所说的书证,在英国法体系中,既是文件(documents),即较为正式的文件类证据,也是指更为泛化的文书(writings)。这与我国的证据分类体系中,“以其思想内容证明案件事实的书面材料”,须以“书证”这种特定的词语表述有一定区别。

证据分类上的形式主义倾向,具有一定的实用意义,即便于把握实践中千差万别的各种证据材料。这种分类,给各类证明材料都贴上了某种明确的标签,使之类别清楚,“取用”比较方便。但在另一方面,形式主义要求每一类证据界定清楚而且具体化却带来某些问题。因为法定类别有限,而实际材料样式多多,严格形式主义可能导致缺乏必要的灵活性,使证据形式不能有效容纳其应当容纳的证据内容。例如,我国证据分类制度将“勘验、检查笔录”确定为一种证据类型,但笔录证据并非仅此一种,其他如搜查笔录、侦查实验笔录、辨认笔录乃至审判笔录等,“勘验、检查笔录”不能包容,使得诉讼实践中难以确定这些笔录的证据性质。

其二,构筑了封闭式的分类体系。所谓封闭式分类体系,是指全部证据材料在法律上被划分为几个种类,并被赋予证据资格,凡是未纳入这些类别的材料就不能作为证据。与之对应的是开放式体系。所谓开放式,是指除了法律明确表述的证据形式外,其他材料,只要具有证明力和证据能力,均可进入诉讼并作为认定事实的依据。我国的证据分类,属于封闭式分类体系。如刑事诉讼法明确规定“证据有以下七种”。因此,不属于这七种的材料不能作为证据。这种封闭性,是前述“证据形式主义”的内在要求(否则会缺乏形式性),同时,也使证据能力概念增加了证据形式的内涵。因此,在我国证据合法性与可采性要求中,在取证程序合法、取证主体合法的要求基础上,还有关于“证据形式合法”的要求。

其他国家的证据法少有明确规定“证据有以下x种”,而且没有余地的。立法与司法者对此可能采取开放的态度。即以法律条文明确表述出某些证据形式,但也不排除其他形式的证明材料作为诉讼证据。如澳大利亚联邦“1995年证据法”第二章分三节,分别规定“证人”、“书证”与“其他证据”。

[3] 《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》(经2002年7月修订文本)第74条第2项规定:“允许作为证据的有:(1)犯罪嫌疑人、刑事被告人的陈述;(2)被害人陈述、证人的证言;(3)鉴定人的结论和陈述;(4)物证;(5)侦查行为的笔录和审判行为的笔录;(6)其他文件。”

其他证据包括除前述两类证据以外,可用于案件证明的一切材料。而意大利刑事诉讼法则明确规定,法律未规定的证据可以采纳。^[4]

封闭的分类方式,便于进行证据能力审查(不具备法定形式就不具有证据能力)。而开放的证据分类方式,则更具有灵活性,能够适应司法实践中使用不同形式的各种证据材料的要求。封闭式分类体系可能在某些情况下使司法实践感到尴尬。如随着现代科学技术的迅速发展,司法实践中经常需要将非鉴定专家作为“专家证人”,凭借其专业知识作证。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第61条实际上规定了专家证人制度,但由于民事诉讼法只规定了鉴定结论而未规定专家证言作为证据,在目前实行的封闭式证据分类制度中,专家证言缺乏诉讼法的规范支持,因此难以合法有效地使用。^[5]

其三,倾向于更为细致具体的分类方式。除了司法认知,英美证据法将证据大体分为人证、物证、书证三种形式。人证即证人证言(testimony)。被害人、普通证人以及专家证人所作的陈述均被视为证人的证言。物证即实物证据,指法官能够通过其感官感知得出结论的一切物体。书证指文书证据。包括各类笔录,也包括新的文书形式如录音带、影片等。

大陆法系国家与英美略有不同。如德国刑事诉讼法仍确认人证和作为勘验客体的物证以及作为文书证据的书证为诉讼证据。同时对人证作进一步的划分,即区分为三类:被告人的陈述(德国法律要求被告承担与证人不同的诉讼权利义务,因此禁止被告人作为证人)、证人证言(含普通证人的证言与专家证人的证言),以及鉴定人的鉴定意见。专家证人区别于鉴定人,是两种不同的证据来源。

相比之下,我国对证据的法律分类更为细致具体。如在刑事诉讼中,被害人陈述作为一种独立的证据形式,从证人证言中分离出来。而一般所谓“书证”,则被我们区分为书证和勘验、检查笔录(勘验笔录、现场笔录)以及视听资料三类证据。

细致化分类,有利于把握不同证据形式的特点,从而更妥当地使用与判断证据。但分类的细致化必须有更为精细合理的划分标准,否则可能出现因多标准划分产生的逻辑混乱以及种类交叉、划分不清等问题。

其四,类别设置有一定独特性。正是由于细致的证据分类以及特殊的界定方式,我国的证据类别与多数国家的证据类别形成几点重要的区别。一是在我国证据法中,证人证言范围狭窄,仅指了解案件有关情况,就事实问题作证的人所提供的陈述,而被害人陈述、专家证人的证言乃至被告人陈述都不包括其中。二是在我国证据法中,书证范围狭窄,与英美法中的书证,即“文书性证据”不能等同。因为后者还包括侦查与审判中的各种笔录证据乃至影像证据等。三是以书面的“鉴定结论”而非“专家证人证言”或“鉴定人意见”(包括鉴定的书面结论与当庭陈述),作为专家证据的存在形式。四是将录音、录像材料以及电子计算机证据单列出来,作为一种独立的证据种类——“视听资料”。这也是一种比较特殊的证据分类处理方式。我国证据分类独特性的意义包括利弊在后文将进一步探讨。

二、证据的来源及派生性证据的意义

有必要指出,虽然各国对证据有不同的分类方式,但现代各国司法实践对哪些诉讼资料可以被称为证据并作为定案根据在诉讼中使用的认识大致相同。然而,有学者对证据概念的“所指”提出质疑。《法学研究》2003年第5期发表裴苍龄先生的文章《论证据的种类》。作者认为,证据只有人证、书证、

[4] 《意大利刑事诉讼法典》第189条标题为“法律未规定的证据”,具体规定为:“1、如果需要获取法律未规定的证据,当该证据有助于确保对事实的核查并且不影响关系人的精神自由时,法官可以调取该证据。法官在就调取证据的方式问题听取当事人意见后决定采纳该证据。”引自《意大利刑事诉讼法典》第67页,黄风译,中国政法大学出版社1994年版。

[5] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第61条规定:“当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。”

物证三种,而勘验、检查笔录以及鉴定结论不仅不能与物证、书证并列,而且不具有独立性,甚至不能称为证据。因为,勘验、检查笔录与鉴定结论是相关人员制作出来的,而证据只能发现不能制作,因此这些材料不是证据。作者认为,勘验、检查和鉴定是对物证的调查,如一件血衣作为物证,对其进行勘验就产生勘验笔录,进行鉴定就有了鉴定结论。而勘验笔录、鉴定结论只是对物证的反映,因此,我国法律将其规定为证据是错误的。这种观点,实际上对证据法的基本概念提出了质疑。由于这一问题也涉及到证据分类的逻辑标准,因此本文对这一挑战性观点的合理性作些探讨。

笔者认为,裴苍龄先生将证据限定于人证、书证、物证三种基本类型本身并无不当,但其不承认勘验、检查笔录、鉴定结论等部分证据资料的证据资格,将其剥离于这三类证据却不妥当。具体分析如下:

1. 勘验、检查笔录、鉴定结论这些证明材料符合“证据”这一概念的内在规定性,因此有资格被称之为证据。界定上述笔录与结论是否属于证据,首先需要明确证据的概念,即什么是证据。定义证据,如前所述,有所谓“事实说”,^[6]也有“资料说”,^[7]还有其他的学说,但有一种解释是源自证据一词本身,属于语义界定,因此一般不会发生争议,即“证据是证明某一事实的根据”。在诉讼中,证据是证明案件事实的根据。按照这一基本的概念阐释,凡是作为证明案件事实的材料,只要符合逻辑与经验的法则及科学的标准,而且是依法取得并具有合法形式,那就应当有资格作为证据。而勘验、检查笔录、鉴定结论显然符合上述要求,能够作为认定案件事实的依据,有些案件,没有它们甚至无法确定案件事实。现代证据法的发展趋向,就是使这些证据材料,尤其是具有较大科技含量的鉴定证据在证据体系中发挥更大的甚至决定性的作用。^[8]因此,将其界定为证据,赋予其证据资格应当说符合法律用语的概念准确性与实用性的要求。

2. 根据证据类型划分的逻辑标准,这些材料能够合乎逻辑地界定为证据。根据大陆法系证据法的学理,我们一般所谓“证据”,可以被具体区分为证据资料与证据方法两类。如台湾学者林钰雄先生指出,一般所谓“证据”,包含两层意义,其一是作为证据资料,其二是作为证据方法。所谓证据资料,是指所有可能与待证犯罪事实直接或间接相关的资讯内容。所谓证据方法,则是指探求资料内容的调查手段。例如,目击犯罪所获印象是证据资料,而传唤目击者为证人作证,则是探求证言内容的证据方法。又如,凶案现场的情状及其遗留的犯罪相关资讯属证据资料,现场勘验则是探求相关资讯的证据。再如,作案枪支的性质、状况、形态及所有遗留其上的犯罪相关资讯属于证据资料,而将枪支送请鉴定人鉴定并做成鉴定意见即为证据方法。然而这些证据资料与证据方法都属于证据。^[9]

证据资料属案件中遗留下的主观印象痕迹与客观物质痕迹,证据方法则属发掘证据资料并将其用于诉讼的方法和手段。前者具有直接的证明作用,后者通过开掘前一类资料的信息以及进一步的信息发现,也具有证明作用,因此均系证据。

不过,词语作为交流的工具,并不排除对其作出重新界定。因此我们似乎也可以如裴先生的区分,将原生性的证据资料作为证据,而将派生性的、体现证据方法的证据形式,如勘验、检查笔录及鉴定结论等,排除于证据之外。然而,这样做有两个问题。其一,对证据的概念重新界定,将一部分作为定案根据的材料,划出证据范围。这可能带来词语使用上的不便,不太符合语言的适用便宜性及约定俗成的原则。其二,裴先生自身的论述存在逻辑上的矛盾。因为各种人证,其证据资料是案件事实给相关人员留下的主观印象痕迹,然而,这种“痕迹”不像客观物质痕迹,它是不可见的,无法应用于诉讼的,因此必须通过作证的证据方法显现出来,从而表现为证人证言。因此,如前所述,证人证言是诉讼

[6] 即:证据是能够证明案件真实情况的一切事实。参见我国刑事诉讼法第42条第1款。

[7] 即:证据是承载案件信息的证明资料。如物证、书证、证人证言等。参见我国刑事诉讼法第42条第2款。

[8] 参见[美]达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版。

[9] 转引自林钰雄:《严格证明与刑事证据》,台湾学林文化事业有限公司2002年版,第10页。

中产生的,以原生性的证据资料为基础,具有派生性的证据(证据方法)。裴苍龄先生一方面排除勘验、检查笔录与鉴定结论这类派生性证据材料于证据之外,另一方面却将同样具有派生性的证人证言称作证据,陷入逻辑上的自相矛盾。

3. 上述“笔录”与“结论”有独立的证明价值,因此具备作为独立诉讼证据的内在根据。笔者认为,上述笔录与结论在证明意义上具有双重性——作为发掘物证、书证信息并具有固定证据作用的派生性证据,他们对物证、书证具有依附性;但另一方面,勘验、检查笔录与鉴定结论在诉讼证明中又具有独立的证明价值,从而呈现出作为证据形式的独立性品格。认识勘验、检查笔录与鉴定结论的独立性,不仅要看到这些笔录与结论发掘了物证、书证的价值,使人们获得无法直接从物证、书证中获得的信息,而且还要看到,勘验、检查笔录与鉴定结论所针对的对象不限于物证、书证,它们从更广泛的对象中提取信息,因此可能独立于物证与书证。

例如,鉴定结论中的司法精神病鉴定与会计鉴定。前者虽然也可能借助病史记载等书证及其他材料,可能审视被鉴定人及其言行,但鉴定对象是人的精神现象,并非物证、书证。又如,产生现场勘查笔录的勘查行为,其对象不仅是物证,甚至主要不是物证,而是现场这个“场”。即使勘查物证,也须注意物证所处的“场”,由此发现物的环境,物与物之间的距离、相互关系以及其他相关信息,从而把握作为案件发生空间的“场”。物证是实在的,“场”是抽象的、虚拟的,因此,对“场”的勘查与对物证的信息提取是两项相互独立的证明任务。勘查笔录对“场”信息的发现与提取,使其获得独立于物证、书证的证明能力。

4. 由普遍的证据分类方式,可进一步佐证勘验、检查笔录与鉴定结论作为证据的合理性与普遍性。裴苍龄先生论证“笔录”与“结论”不能作为证据时,引用了英美法普遍采用的人证、物证、书证三分法分类方式,认为除此之外,其他证据,如勘验、检查笔录与鉴定结论不属于证据,而只是发现证据以及提取证据信息的方法。然而,裴教授的论证出现一个常识性问题,即他排除于外的证据实际上包含于上述三大证据类别中。鉴定结论,在英美法中属于专家证人证言,含于人证。而勘验、检查证据,当勘验、检查人直接出庭作证时是证人证言,而记录勘验、检查过程与结果的书面材料则属于书证(但可能适用传闻规则)。当然,裴教授可以重新界定人证、物证、书证的概念,但应当作出论证,而不应当引英美法的证据分类方法来直接论证自己的排除法的合理性,因为这种引用不仅不能证明裴教授的观点,相反可以证明裴教授的观点不能成立。

三、关于笔录证据与专家证据的制度确认

我国证据分类制度中,有几种证据的形式界定与分类在实践应用中出现一些问题,而在理论上也产生争议,需要进一步探讨并考虑在目前证据分类制度下比较妥善的处理方式,同时探讨我国证据分类法律制度的改革。

1. 关于各种笔录证据在分类上的处理

在诉讼证明实践中,因调查与司法人员依职权搜集证据,产生相当数量的笔录证据。除了因对案件现场进行勘查、对人身与场所进行检查所产生的勘验、检查笔录以外,还包括侦查过程中产生的侦查实验笔录、(人身、物品)辨认笔录、(物证)提取笔录、搜查笔录等,以及在审判过程中产生的审判笔录。这些笔录具有重要的证明作用。它们反映某种证据搜集的过程与结果,从而既可以证明作为案件实体的事实情况,又可以证明诉讼程序是否正当与合法。而在国内外诉讼实践中,这些笔录证据被普遍使用。然而,在我国证据分类制度中,除勘验、检查笔录外的其他侦查、审判笔录在法律上的类别归属并不明确。一方面,这些笔录不符合勘验、检查笔录的语义,因此在严格意义上不能被归于勘验、检查笔录;另一方面,由于属于诉讼过程中由调查、司法人员制作的笔录证据,也有别于书证。归类不明,使这些证据在使用中显得“名不正、言不顺”。

我国诉讼法将勘验、检查笔录列为独立证据,从逻辑一致性上要求,显然应当将辨认、侦查实验、搜查笔录等具有同类证明作用与证明效力的证据作同样的处理。除这些侦查过程中产生的笔录外,记录审判过程的审判笔录也有重要的证明作用,它是本级审判法官判决的基本依据,也是上级法院审查的主要证据形式与内容。华尔兹教授称:“对上诉来说,完整且易懂的审判记录至关重要。上诉法院既不能推测在审判中发生的事情,也不能盲目相信律师就下级法院审判中发生事件的没有证实的陈述。上级法院只能根据由审判法院的书记员正式传递的有关该审判的正式书面记录采取行动。”^[10]

具体分析,审判笔录是一种综合性证据,它反映了被告人的供述与辩解、被害人陈述、证人证言的内容,记录了物证、书证的出示以及勘验、检查笔录与鉴定结论的宣读等情况。在司法实践中,有的将其归于书证,但其内容的相当大一部分是人证,作为书证显然不妥。还有的将其不作为独立证据,认为应当分属于人证、物证、书证、勘验、检查笔录、鉴定结论等。然而,这种“分而治之”的做法也不妥当。其一,审判笔录已经囊括了各类证据并具备形式上的单一性与统一性,将这“一份”材料分散化可能产生证据内容与形式的矛盾,而且不便应用。其二,审判笔录反映了程序过程,如审判行为的展开、公诉人的公诉以及诉讼当事人和其他诉讼参与人参加审判的行为,如果“分而治之”,对程序过程的正当与合法性将无法反映。

由此可见,我国的证据分类制度仅仅将勘验、检查笔录作为独立证据,忽略其他各种侦查、审判笔录的证据地位显然不妥,在修改诉讼法时应当对相应条款进行修改。如果保持我国原有的而且基本被实践所接受的证据形式体系,即苏俄分类体系,则最好借鉴俄罗斯诉讼法的规定,将“勘验、检查笔录”修改为“侦查、审判笔录”,从而使这类证据具有包容性,实现证据形式的周延,解决实践中的矛盾。

在法律修改以前,则可以采用一种“相对合理”的办法予以处理。可以将“勘验、检查笔录”作扩大解释,将辨认、搜查、侦查实验等侦查笔录包含其中。由于在语义上十分接近,性质上比较一致,实践中也将其视为同类,因此这种扩大解释比较容易被接受。不过,这种解释最好由最高人民法院作出,从而体现“法源”的正当性。

而对审判笔录,则可以暂时采用一种分别处理的方式,对其中的证言、书证等证明案件实体的证据内容,可以归入相应的证据种类,而同时将其全部记录作为程序性记载内容,归为碎证,这就产生了一种“复式证据”——一种材料,在实体证明意义上依靠其一部分内容作为一种证据,而在程序证明意义上又依靠其相关内容作为另一种证据。这是目前体制下不得已的处理方式。

2. 关于专家证据的形式与类别界定

目前在我国证据制度中的专家证据,主要指鉴定结论。鉴定是具有专门知识并具有法定资格的专家运用科学技术手段与知识对案件中涉及的专门性问题进行分析鉴别,由此而得出结论性意见,即为“鉴定结论”。鉴定结论制度有两个最基本的特点,一是必须由聘请的专家采用科学技术手段就某一专门性问题对特定的对象进行分析检验并作出判断结论;二是体现鉴定结果的是记载鉴定内容与结论的书面意见。

与鉴定结论制度相区别,英美证据法采用专家证人制度。这种专家证人是法院或当事人聘请的专家,同样应对案件中的专门性问题发表判断意见。然而,它与鉴定结论制度最大的不同表现在,一是专家证人的范围比较广泛,既包括从事鉴定活动并得出结论的鉴定专家,也包括不从事鉴定,仅就自己知识范围内某一专门性问题发表意见的非鉴定专家。二是专家证人的证言适用传闻规则,无论是鉴定专家还是非鉴定专家都应亲自到庭出具证词,并接受质询。^[11]

[10] [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33页。

[11] 这一要求近年来已经有所松动。如根据英国《1988年刑事审判法》第30条规定:在刑事诉讼中,专家报告应当作为证据被采用,无论作出此报告的人是否在诉讼中出庭以言词方式作证。

正是由于上述两个特点,应当说,英美法的专家证人制度较之我国实行的鉴定结论制度更加符合现代诉讼的要求。其一,现代诉讼大量增加科技含量,专家意见在诉讼中发挥着举足轻重的作用。实行专家证人制度,可以将大量非鉴定专家的专业判断意见纳入诉讼,作为定案根据,这十分必要。而单一的鉴定结论制度不能容纳专家意见作为证据,与实践需要严重不符。这种分类制度脱离实践产生的问题已经为司法实际部门深切感受,因此,最高人民法院2001年制定的《关于民事诉讼证据的若干规定》第61条,将专家辅助人作为诉讼参与者,已经体现出将专家证言纳入诉讼证据的意图,然而,由于民事诉讼法中缺乏依据,在实践中使用时发生困难,有的法官依据“若干规定”直接将其表述为专家辅助人的证言,有的则为谨慎起见,虽然考虑了专家陈述,但在判决文书中却予回避,造成法官心证形成过程不明确甚至判决理由不充分的问题。

其二,专家证人制度中,专家证人出庭作证,接受法庭质询是“题中应有之意”。这样使这种证据提供方式符合直接、言词原则与质证原则的要求,提高了程序正当性,更有利于辩明专家证人证言的合理性与可靠性。而鉴定结论作为证据在法庭上宣读,鉴定人出庭所作的说明以及回答法庭质询只具有一种辅助性作用,因为只有书面的“结论”才是这种证据的法定表现形式。因此可以说,鉴定结论是“书证(书面材料)中心主义”的反映,不利于维系法庭证据调查制度的正当性。

为了充分发挥科学技术知识在诉讼证明中的作用并提高证明程序的正当性,我们应当对鉴定证据的形式制度进行必要的改革。具体的改革方式,有英美与大陆法系的德国等两种不同做法。英美实行单一的专家证人制度,鉴定专家与非鉴定专家均属专家证人;德国则区分鉴定人与专家证人。罗科信教授比较证人、专家证人以及鉴定人三种不同的证据来源时举例说,一个医生就一名伤员的伤情向法庭作证,“该医生如果只就自己所拥有的经验感受加以陈述,那么他就是一位证人;而当他陈述头盖骨已断裂时,则他就是一位专家证人——因为这项感受是基于其特别的专业知识所形成的;而当他认定,该处伤口即其致命伤时,他即为鉴定人。”^[12]

笔者认为,我国应当借鉴德国的二元化专家使用制度,而不宜借鉴英美的做法,主要理由有四点:其一,我国通过最高法院司法解释实际上已部分确认鉴定人与专家辅助人的二元化专家使用制度,因此借鉴德国做法在实践中容易被接受,而且可能产生的矛盾较少。其二,应当注意到,鉴定人的工作任务、工作对象以及工作程序与所谓专家证人确有一定区别,其法定权利义务也有一定区别(如鉴定程序中,必须向鉴定人提供鉴定对象以及鉴定所需要的相关材料,而对专家证人,则可能只需要向他们提出问题)。其三,在证据形式上,为了保证鉴定证据的科学性、规范性、慎重性与稳定性,必须用书面报告作为鉴定证据的主要形式,而鉴定人出庭说明并接受质证时的陈述是鉴定报告的辅助材料。而专家证人不作鉴定而主要就某项专业问题提供咨询性意见,因此其证言则应当主要以出庭陈述以及答辩质证的方式提供,以符合直接、言词原则,达到现代诉讼对证言的基本要求。其四,单一的专家证人制度不符合我国实行的鉴定权配置的二元制度。专家证人制度中的唯一作证主体是作为自然人的专家证人,但我国目前的鉴定制度,在鉴定权配置上,实行的是作为鉴定专家的自然人与鉴定单位均作为鉴定主体的二元制度。我国的鉴定人仍从属于某一有鉴定权的单位,而政府同时对单位和个人核定其鉴定资格,赋予其鉴定权,^[13]而鉴定人出具的鉴定结论通常须由鉴定人所在单位审查并加盖公章,意在保证鉴定结论的严肃性。与这种鉴定权配置的二元制度相适应,我们只能实行鉴定人(自然人与法人)与专家证人(自然人)相区别的三元化专家使用制度。

综上所述,我国法律应当借鉴德国二元化分类制度而不宜借鉴英美的一元化方式。同时,考虑到鉴定人出庭报告以及接受质证的必要性,建议在法律修改时,就证据分类制度作出以下两个方面的修

[12] [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第262页以下。

[13] 如刑事诉讼法第120条第2项规定:“对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定,由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后,应当写出鉴定结论,并且由鉴定人签名,医院加盖公章。”

改:

其一,修改作为证据种类的“鉴定结论”为“鉴定结论与鉴定人陈述”。

其二,通过立法解释或司法解释的方式,将“证人证言”扩大解释为包括普通证人证言与专家证人证言两种类型,后者不适用“意见规则”。

四、人证分类及“视听资料”的证据形式问题

1. 人证分类问题

我国证据分类制度,不仅将犯罪嫌疑人、被告人的供述与辩解(即口供)作为独立证据,区别于证人证言,而且将被害人陈述也作为独立证据,与证人证言相区别。应当说,口供与证言虽然同为人证,但提供主体即证据来源不同,而且更重要的是,两种人证适用不同的证据规则——口供适用自白任意性规则,被告人不得被强迫自证其罪;证人证言则适用强制作证规则,证人不得拒绝作证。被告人通常不因供述不实导致不利法律后果,而故意作伪证则应当承担伪证罪的法律后果。由于这些原因,将口供与证言相区别是分类制度中比较普遍的做法。

但在刑事诉讼中,将被害人陈述作为一种与证人证言相区别的独立证据种类,则是比较特殊的分类方式。无论在大陆法系,还是在英美法国家,被害人陈述均属于证人证言。我国将被害人陈述作为独立证据种类是沿用苏俄刑诉法典的处理方式,但迄今对这种特殊处理方式的合理性缺乏充分研究。

笔者认为,鉴于被害人陈述属于了解案件情况的人在诉讼过程中就案件事实所作的陈述,符合证人证言的一般性要求,而且对其取证程序与调查证人大体相同,^[14]如其他国家的处理方式,将被害人陈述作为证人证言亦无可。国内教科书一般称,被害人区别于证人,其陈述的特点是容易受情绪影响,这一认识固然有其根据,但作为被害人陈述应当区别于证人证言而作为独立证据的理由则显然不妥。因为这只是判断证据时应当注意的一个操作性问题,并不关涉证据规则,因此基本不影响被害人陈述归入证人证言种类。

然而,在考虑我国现行证据分类制度的完善时,笔者仍持一种“保守”的观点,赞成维持目前的形式界定与分类,将被害人陈述仍然作为一种独立证据。主要理由是:其一,在我国,经1996年刑事诉讼法的修改,被害人已经被法律规定为诉讼当事人,与证人有不同的法律地位,诉讼权利与义务也有明显区别。^[15]因此,如果说96年刑诉法修改前,被害人作为一般诉讼参与人其陈述作为独立证据的根据不足,而经刑诉法修改,被害人成为诉讼当事人,其陈述作为独立证据的理由明显增强。其二,被害人陈述的提供程序与证人作证程序不同,即二者适用不同的作证规则。众所周知,为保持证人作证质量,防止受他人影响,对证人作证实行“屏蔽原则”,即证人作证前不得旁听庭审。但由于被害人是当事人,有权参与庭审全过程,对其不适用作证的“屏蔽原则”。这样,对被害人陈述证明力的评价应当考虑到非屏蔽作证的影响。其三,由于被害人因犯罪行为受害,难以避免其个人情绪对陈述的影响,因此对其作证的真实性的要求及伪证责任的追究不宜过于严格,否则有悖人性。这与对被告人供述的真实性不宜要求过高,甚至在法理上应当承认其“说谎权”相似。其四,我国证据分类制度对证据的分类比较细致具体,如前所述,对人证、书证都倾向于作更细的划分,以便于把握各类证据的特点。这与英美的人证、物证、书证三分法,即比较笼统的分类方式有别。按这种细致化的分类逻辑,将被害人陈述独立于证人证言也是顺理成章的。其五,我国长期的司法实践已经接受被害人陈述作为独立证据的分类方式,实践中没有发生较大问题,为了尊重法律的“保守性”要求,不宜轻易改变这种分类。

[14] 如根据我国刑事诉讼法第100条,询问被害人,适用询问证人的有关规定。

[15] 如被害人作为当事人享有质证、辩论、调查与申请法院调取证据等与被告人及公诉人同等的权利,而证人则没有这些权利。

2. 视听资料的证据属性

视听资料,即录音、录像,以及电子计算机的贮存资料和数据。就视听资料在证据分类制度中的定位,我国法学界一直存在“独立证据说”与“非独立证据说”的争议。

“独立证据说”认为,任何一种传统证据都无法将录音、录像以及计算机证据囊括进去,这些证据借助于现代科学技术,具有动态连续性、逼真性与多媒体显示等特性,在司法证明中作用越来越大,因此有必要将其规定为一种独立的证据类型。

“非独立证据说”否认视听资料的独立证据地位,认为迄今尚无其他国家将这类证据独立于书证等传统证据种类,因为,这类证据与书证等证据的证明机理相同或相似,甚至其外部形态与其他证据也难以区分,因此,不应当作为独立种类的证据。

笔者认为,我国证据分类制度确立“视听资料”证据类别,并将音像材料以及电子计算机资料一并归于其中,这种做法无论在分类逻辑上还是在实际应用中都存在无法克服的矛盾,它妨碍了证据分类制度所应实现的三项基本功能,即识别、适用和交往。

首先,分类是为了有效地识别,然而,将“视听资料”作为独立证据,同时将计算机资料归入其中,这就无法将其与其他证据类别有效区分,导致分类制度本身的逻辑矛盾,妨碍了对证据的识别。视听资料与传统的证据种类有一定交叉与重合,造成分类不清。尤其是电子计算机记录,无论是纸质记录文件还是屏幕显示,都是以其内容证明案件情况的证据材料,完全符合书证的特征。人为割裂视听资料与其他证据的联系是十分不妥当的。例如,当一份传真件被视为书证时,同一份材料以电子邮件的方式传输后显示在计算机屏幕或经打印机打印为书面文件就成为视听资料,这样将同样内容、同类产生机理(电子传输与纸质文件显示)和同样证明方式(以文件记载的内容证明)的两份材料划分为不同证据类型,显然违背了逻辑合理性与应用便利性的要求。

其次,分类是为了便于适用证据规则,但将包括音像材料与计算机资料的“视听资料”确立为独立证据种类,由于视听资料中实际包含人证、物证、书证等各类证据,因此,无法建立专门适用于视听资料的证据规则,因此有悖于证据分类的基本原则和意义。迄今,无论在规范意义上还是在理论分析中,都未确立专门适用于视听资料的证据规则,这是以视听资料包含计算机证据并作为独立证据处置不当的有力证明。

再次,分类必须具有普遍性即交往性,这是指获得普遍认可,便利交流与交往,但“视听资料”的分类处理方式,有悖于通行的分类方式,因缺乏普遍性而不利于内外交往尤其是国际民商事交往。针对电子计算机证据,有学者援引1982年欧洲理事会的《电子处理资金划拨》秘书长报告等国际法律文件与文书,并采用1982年英国学者A·克尔曼(A. Kelman)、R·塞泽(R. Sizer)的《计算机在法庭上的地位》中的观点,指出计算机记录相当于书面文件,进而认为将计算机证据划入书证更符合其特点和国际规范。其主要理由是电子证据与书证的证明机制相同,都是以内容来作证,而且电子证据通常也是以其代表的内容来说明案件中的某一问题,必须输出、打印到纸上(当然也可显示在屏幕上),形成计算机打印材料之类的书面材料后才能被人们看见、利用,因而具有书证的特点。更值得注意的是,我国法律已经明确了计算机数据电文的书证性质。如我国《合同法》第11条规定:“书面形式是指合同书、信件及数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式”,据此也可以确认电子证据系书证的一种。^[16]可见,国际与国内民商事交易的法律文件已经确认数据电文的书证属性,我们如果违背国际通行准则及国内法律,在证据法与证据学理论中主观而牵强地否认这类证据的书证属性而将其归于视听资料,显属不顾现实状况与实际需要的不明智做法。

在以上分析的基础上,我们需要寻求这类证据材料的新的定位。对此,我认为可以考虑两种方式。其一,取消“视听资料”的证据类别,将录音、录像资料归于书证,电子计算机资料视其性质分别归

[16] 参见张西安:《论计算机证据的几个问题》,《人民法院报》2000年11月7日。

于人证、书证或物证等。其二,保留“视听资料”的证据类别,但将其限定于音像材料,即录音、录像、摄影以及计算机证据中以音像等多媒体方式显示的证据。

笔者倾向于第二种方式。因为音像材料的存在形式及证明方式与其他证据种类有一定区别,在一种对证据类型作比较细致甚至多标准划分的分类体系中,这一点可以支持其作为独立证据的主张。音像证据与书证同样是以其内容证明案件的情况,因此在人证、物证、书证的传统三分法体系中,可以将音像证据作为书证。然而,其具体的存在形式与证明机理与传统书证有一定的区别。这种区别主要是指音像证据具有动态连续性、逼真性(再现当时情况),同时必须以特定的仪器来演示。而且由于科学技术的引入,音像证据可以无差别地无限复制,因此难以适用规制书证的“最佳证据规则”。鉴于我国证据分类比较细致,而且不限于一种分类标准,在我国的证据分类制度中,可以根据音像资料的存在形式、证明机理与功能以及适用证据规则等在一定程度上的特殊性,承认音像资料是一种独立证据。

基于以上认识,可以保留目前分类体系中视听资料的分类,但应当通过法律解释作出限制,即视听资料仅指录音、录像、摄影等具有动态连续性特征的音像资料,包括电子计算机储存与显示的音像资料。而电子计算机储存与打印的数据除人证内容外,属于书证,用电子计算机进行勘验、检查或鉴定,其结果分别归入勘验、检查笔录与鉴定结论。^[17]这种将视听资料限于音像资料的证据分类方式,既符合“视听资料”这一法律概念的语义,^[18]又可以在相当程度上避免分类交叉划分不当的问题,而且维系了证据分类法律制度的稳定性。

Abstract : There are four characteristics for China 's evidence classification system : it has certain formalistic tendency ; it established close - ended classification system ; it tends to have specific classification methods ; its regimentation establishment is quite unique . Evidence falls into two categories of evidential material and evidential methods . Both primal and derivative material can be used as evidence . The reformation of evidence classification system includes the switch from “ examination , checking notes ” to “ investigation , trail notes , ” and the switch from “ authentication conclusion ” to “ authentication conclusion and authenticator presentation . ” At the same time witness 's witness should be extended to include both common witness and expert witness . The classification of audio and visual material can be kept . Yet it should exclude computer material and subject computer material to relevant evidential types .

Key words : evidential form ;evidence classification ;system reformation

[17] 分别处理的观点已经有其他学者论述,参见蒋平:《计算机犯罪问题研究》,商务印书馆2000年版,第253页以下。

[18] 有人认为目前视听资料包含电子计算机证据,名实不符,建议修改。参见刘惠修:《刑法“视听资料”应修改为“音像、电子资料”》,《人民检察》2004年第12期。