

实质证据与辅助证据

周洪波^{*}

内容提要：实质证据与辅助证据的类型区分及其规范意义，在理论上一直未得到应有的重视，然而，其在法律和法学上都具有普遍的基础性，尤其对中国问题具有特别的针对性。区分这两类证据的基本标准是，在证明逻辑上看证据与证明对象之间是否具有“生成”意义上的证据相关性，有则为实质证据，无则为辅助证据。从刑事诉讼的角度来说，区分这两类证据的规范意义在于，能够较为具体地说明与刑事诉讼有关的许多职权行为应有的合理证据规范，以及中国在刑事证据运用方面的一些问题和应有的法律变革。今后，应当在理论上加强此方面的研究，在立法尤其是法律解释上明确这两类证据的区分并对其运用进行合理规范。

关键词：实质证据 辅助证据 界分原理 规范意义

一、问题的提出

诉讼证据的类型区分及其规范意义，在法律运用和法学理论上，都具有基础性。在我国，常被提及和讨论的一般是物证、书证、证人证言等法定证据种类，“主要证据”和与其相区分的其他证据，以及直接证据与间接证据、原始证据与传来证据、言词证据与实物证据等两两相对的证据理论分类。相比较而言，另一种证据类型区分，却殊少被提及，即便有提及，也只是教科书式的“点到为止”的概略介绍，基本上没有像样的讨论，这就是：一类，在证明逻辑上被认为是证明对象的存在或发生而形成的证据；另一类，虽然证据事实与证明对象之间没有前述关系，但仍然在认识论上具有一定的证明作用。根据表达的常见习惯和理解的方便，可将前者称为实质证据，将后者称为辅助证据。之所以出现这样一种几近“失语”的状况，原因在于：一方面，在西方法治国家，虽然这种特定证据类型的区分具有重要的规范意义，但其主要体现在法律理念和实践意识当中，较为缺乏直接明确表述的法律规范，也鲜见理论上的专门论述；另一方面，在我国，因特定的制度语境，大多有意无意地将诉讼证据的指涉局限在“实质证据”（习惯的理解）的范围内。^{〔1〕}在这

^{*} 清华大学法学院博士后研究人员。

〔1〕 参见周洪波：《诉讼证据种类的区分逻辑》，《中国法学》2010年第6期。

样的内外语境中,讨论这种特定的证据类型区分及其规范意义似乎就成了“无源之水”。然而,从我国诉讼制度以及证据制度的法治变革走向来看,正确理解这种特定的证据类型区分,并实现对这两类证据的合理规范运用,应是变法用功的一个重要问题。

这里所关注的特定证据类型区分,已有相关的一些片语只言和实践意识(无论是在我国还是在西方法治国家)所表征出来的认知问题,主要是:在认识论方面,理论和实践中提及的一些证据类型区分,在区分的基本思路或明或隐地与笔者所说的这两类证据的界分思路一致,但是,共同的要害问题是,基本上都没有对证据类型进行正确的区分和清晰的说明,其理解停留在一种粗陋的常识水平,另外,还存在着有些概念称谓不够妥当等问题;在规范方面,以这里所说的证据类型区分思路来讨论证据运用的规范问题,在理论上少见,在实践中却是或明或隐的一种重要关注,不过,在很大程度上与前一方面的问题有关,许多认识都是模糊不清和似是而非的。有鉴于此,本文将明确以实质证据与辅助证据这两个概念范畴来指称这里所关注的特定证据类型区分,并从刑事诉讼的角度来讨论两个基本问题:一是,在认识论上,如何界分实质证据与辅助证据?二是,在规范上,界分这两种证据的意义何在?期望这里的初步探索,能够对法学研究、法学教育和法律(实践)的进步有所助益。

二、实质证据与辅助证据的界分原理

在常识上,人们往往习惯于将诉讼证据理解为“案件”(证明对象)的存在或发生而在外部世界留下的各种主客观“痕迹”。不过,有一些事实现象虽然不是证明对象的存在或发生而留下的痕迹,但其事实内容在认识论上仍然有一定的证明作用,在法律运用中也常常发挥着重要的作用;当然,其往往是在前者的证明力不足甚至是缺乏前者的情况下才派上用场。在实际的诉讼纷争中,人们常常也在争执和考量是否有“实质证据”或“实质性证据”及其“质”、“量”的问题,而所考虑的这种证据也就与前面对诉讼证据所指的常识理解有关。因此,尽管前述对证据所指和“实质证据”或“实质性证据”的常识理解都还较为粗陋,有诸多不够严谨之处,但是,其对证据类型的区分无疑有着重要的启示意义。笔者认为非常有必要进行这样的证据类型区分和较为严谨的概念界定,即:实质证据,是在证明时被认为属于待证事实的存在或发生而形成的证据;辅助证据,是在证明时被认为属于相对独立于待证事实之外的其他事实的存在或发生而形成的证据。实质证据与辅助证据的称谓,比较符合通常的语词理解习惯,前者能够表达证据与待证事实之间具有特定的“紧密”关系,后者能够表达证据在使用上的辅助性地位。对于这两种证据称谓,人们容易误以为是所熟知的直接证据与间接证据的不同说法而已,但实际上却有本质的不同(后文详论)。质言之,界分这两类证据的基本标准或方法就是,在证明逻辑上看证据与待证事实之间是否具有“生成”意义上的证据相关性:有,即为实质证据;无,则为辅助证据。

举例来说,甲涉嫌因有外遇而家庭关系不睦,杀害了其妻乙,并力图毁尸灭迹。其中,仅就被告人甲杀害了其妻乙的行为这一待证事实,有这样一些可能被用来进行证明的证据:(1)几十块碎骨、几千根头发、一颗假牙等人体组织物和一副假牙套;(2)一把留有人体组织物的电锯;(3)一把留有指纹和血迹的刀;(4)警察A说,前述人体组织物、电锯和刀是在被告人家附近的一湖边和湖中找到;(5)关于前述人体组织物和电锯上人体组织物的鉴定报告,说明所有人体组织物均来自于同一个人;(6)关于刀的鉴定报告,说明刀上有甲的指纹和乙的血迹;(7)证人B说,某一天曾在被害人家附近听见有女人的呼救声,女人在呼救中大喊“杀人了”; (8)证人C说,甲曾向其讲述了杀害乙的事实;(9)乙曾在某牙医诊所就医的记录和档案,记录了乙曾到诊所安装了一颗假牙以及一副假牙套;(10)一家汽车租赁公司经理D陈述,甲在乙失踪前的一个多星期租了一台碎木

机，在感恩节过后几天才将碎木机送回，送回来时机器像是用蒸汽清洗过一样非常干净，而一般机器送回来时都需要清洗；(11) 某商店销售员 E 陈述，甲曾到其所在商店买过一把电锯；(12) 乙的同事证人 G 说，乙曾告诉她，其想离婚，因为甲有外遇，而且有暴力倾向，有时还会打自己和孩子；(13) 警察 H 说，其在火车站抓到了甲，当时甲正准备乘车离开当地，而且甲极力抗拒抓捕；(14) 在侦查实验中用碎木机碎过的一些猪骨头和人的头发，实验碎木机出来的猪骨头的形状、头发的拉扯痕迹与从湖边收集的人骨和头发的一样；(15) 证人 F 说，B 为人一向善良、诚实，在单位有良好的口碑；(16) 证人 C 作证时表现沉着冷静。^{〔2〕} 其中，前面 8 个证据属于实质证据，即它们在证明逻辑上都可以被视为甲杀害乙这一待证事实的存在或发生而形成的各种痕迹；后面 8 个证据属于辅助证据，它们都可以被视为由相对独立于杀人行为的其他事实的存在或发生而生成，即：第 9 个证据是由乙的就医行为所生成；第 10 个证据是由甲的租车和还车行为所生成；第 11 个证据是由甲的购买电锯行为所生成；第 12 个证据是由甲的日常行为所生成；第 13 个证据是由抓捕行为和抗拒抓捕行为所生成；第 14 个证据是由侦查实验所生成；第 15 个证据是由证人 B 的日常行为生成；第 16 个证据是由证人 C 陈述时的情绪状态所生成。

通过前述例子，可对实质证据与辅助证据的界分原理进行一定的解析。首先，实质证据，在证明中谓之为待证事实所生成，在这方面，需注意的要点是：(一) 证据事实的现象内容，在证明逻辑上被认为是由待证事实的作用直接或间接“构造”而成的各种“主观”或“客观”痕迹，或者说“带有”待证事实及其作用后果的信息。前述例子中的 8 个实质证据，都可以如此来看待，即：正是因为甲杀害了乙，直接形成了被害人的尸体、留有甲的指纹和乙的血迹的刀（第 3 个证据）这些“客观”痕迹，以及证人 B 关于被害人家传出呼救声的听闻和记忆、甲对杀人行为的认识和记忆这些“主观”痕迹；在甲杀害乙这一事实及其形成的前述各种痕迹的基础上，再加上后来的碎尸行为、警察的调查行为和陈述行为、证人 B 的陈述行为、甲对证人 C 的陈述行为和证人 C 的转述行为、鉴定人的鉴定行为和书面报告的行为等，前述各种痕迹“转化”成了人体组织物（第 1 个证据）、带有人体组织物的电锯（第 2 个证据）这些“客观”痕迹，以及警察 A 关于实物证据来源的陈述（第 4 个证据）、两个鉴定报告（第 5 个和第 6 个证据）、证人 B 和 C 的陈述（第 7 个和第 8 个证据）这些“主观”痕迹。(二) 虽然待证事实为实质证据的生成因素，不过，一般而言，这种因素并非唯一，还有其他的因素，在此意义上，可以把待证事实的作用因素视为一种“内在因素”，把其他因素视为环境作用的“外在因素”。比如，在前述例子中，第 1 个证据即被害人的人体组织的存在，在证明逻辑上除了是杀人行为这一待证事实的作用后果之外，还是在杀人行为之前的被害人身体存在和之后的碎尸行为等外在因素的作用后果；第 4 个证据即警察 A 的陈述，在证明逻辑上既是杀人行为这一待证事实的作用后果，也是杀人行为之前的被害人身体存在和之后警察 A 的调查行为和陈述行为等外在因素的作用后果；第 5 个证据即关于人体组织物的鉴定报告，在证明逻辑上既是杀人行为这一待证事实的作用后果，也是杀人行为之前的被害人身体存在和之后的鉴定行为等外在因素的作用后果。(三) 证据事实总是有具体内容，只有当某一证据事实具有特定的具体内容时，才具有与待证事实之间存在生成关系的可能性，才归属于实质证据的范畴；在前述基础上，不同证据的事实内容的特定性、具体性程度不同，会影响证据与待证事实之间的生成关系在证明逻辑上的可能性程度，不论这种可能性程度如何，是否符合客观的实际情况，都不影响证据类别的归属判断，但是，其会影响证据的法律功效。在前述例子中，前 8 个证据就是因为有特定的具体事实内容，使其在证明逻辑上都具有与待证事实构成生成关系的可能性，而后 8 个证

〔2〕 这里所假设的案例，参考了在美国发生的一个真实案例，但为了论证的需要，所假设的证据情形与实际的情况有一定的出入。参见张成敏：《案史：西方经典与逻辑》，中国检察出版社 2002 年版，第 242 页以下。

据则不然。同样是实质证据，每个实质证据事实内容的特定性、具体性都是有一定差异的，比如，第1个证据（人体组织物）和第2个证据（一把留有指纹和血迹的刀）的特定性、具体性程度要弱于第3个证据（警察A的陈述）和第4个、第5个证据（两个鉴定报告），第7个证据（证人B的陈述）的特定性、具体性程度要弱于第8个证据（证人C）的陈述。这些差异，一方面，不会影响它们在证据类别归属上的判断，因为它们都具有与待证事实之间存在生成关系的可能性，所以都属于实质证据；另一方面，却会影响它们在法律上的功效，因为证据事实内容的特定性、具体性程度与其证明力有一定的对应关系（比如，第8个证据的证明力一般要大于第7个证据），而在法律上针对特定的职权行为（如判决、逮捕等）都有证明程度的要求，所以，容易出现的情形是，在此种证据情形下不能作出某一职权行为，但在彼种证据情形下却可以作出该职权行为。

其次，将某一证据归入辅助证据而非实质证据，关键在于，该证据事实在证明时被认为不是由待证事实的存在或发生而形成，而是由相对独立于待证事实之外的其他事实的存在或发生而形成。在这方面，有些证据的类别归属是比较明显和易于判断的。比如，在前面的例子中，第9个证据（乙的就医记录和档案）、第12个证据（证人G关于甲和乙的日常生活情况的陈述）、第13个证据（警察G关于甲在被捕时情况的陈述）、第14个证据（侦查实验得到的猪骨头和人的头发）和第15个证据（证人F关于B的日常品行的陈述），这几个证据从证明逻辑来看都明显不会是甲杀害乙的行为这一待证事实所生成的证据，将其归入辅助证据的范畴，应该不会有少异议。然而，有些证据的类别判断却并非一目了然，因而容易生乱，就此，需要特别强调的是：（一）有些证据事实，虽然在某种意义上说是由实质证据所“衍生”而成，但是，其在根本上不是由作为实质证据的内在生成因素（待证事实）的作用所生成，而是由作为实质证据的外在生成因素的作用而生成，因而，其不再“带有”待证事实作用的信息，不能归属于由待证事实间接生成的实质证据，而应归为辅助证据。比如，在前述例子中，第16个证据（证人C的作证表现）就属于这种证据情形，即：该证据对第8个实质证据（证人C关于待证事实的陈述）的证明力有一定的说明作用，其正是因为后者的需要而具有了“衍生”性的证据地位，但是，其只是由生成第8个实质证据所依赖的外在因素证人C的个人说话特征而生成，因而，不能视为甲杀害乙这一待证事实所间接生成或“带有”其信息的实质证据。又比如，假设在前述例子中有一个关于证人C的精神是否正常的鉴定报告，该鉴定报告对第8个实质证据的证明力也有一定的说明作用，也可以视为由该实质证据所“衍生”而成，然而该鉴定报告与第4个证据和第5个证据这两个鉴定报告却有本质的不同：前者是由实质证据的外生因素所生成，属于辅助证据；后者的生成离不开实质证据的内生因素，“带有”待证事实的信息，属于由待证事实所间接生成的实质证据。（二）有些证据事实，从证明逻辑上来说，作为其生成因素的事实和待证事实之间在现象层面上具有一定的整体性，但是，由于二者仍然因事实之语言的“切割”而截然分立，所以，其不是由待证事实所生成，属于相对于待证事实的辅助证据。这主要可以分为两种情形：一种是，在证明逻辑上，作为辅助证据生成因素的事实，与某一待证事实属于并存于一个复合事实中的不同方面，二者在现象上的整体性尤其明显，但仍然是相对独立的不同事实。比如，在前面的例子中，设定的待证事实属于行为的客观方面，然而，在确定被告人甲的法律责任时，往往还需要证明行为的主观方面（如甲实施杀人行为的故意、预谋等），虽然行为的客观方面事实和主观方面事实共同构成一个复合的行为事实，但是，二者毕竟是能够明确区分开来的不同事实，所以，当待证事实是行为的主观方面事实，如果作为行为客观方面的实质证据对其有证明作用，但与其不存在生成关系（比如第1个证据），那么这些证据就只是辅助证据。另一种是，在现象层面上，作为辅助证据生成因素的事实，与待证事实之间是前后相继的，在此意义上二者也具有一定的整体性，但也还是

相对独立的不同事实。某一待证的犯罪行为与准备行为或某些善后行为（不包括直接处置实质证据的行为）之间的关系，就是这种情形的典型。比如，在前述例子中，在证明逻辑上，甲的杀人行为和其为毁尸灭迹而租车和还车、购买电锯和抛弃电锯的善后行为之间就是前后相继的，它们在现象上具有一定的整体性，但毕竟也是不同的独立事实，所以，由善后行为所生成的第 10 个证据（租赁公司经理关于甲租车和还车行为的陈述）和第 11 个证据（商店销售员关于甲购买电锯的陈述）并不“带有”杀人行为的信息，因而也还是属于辅助证据。（三）某些证据由于特定性、具体性不足，在证明逻辑上，既可能与待证事实构成生成关系，也可能与待证事实的某些前后相继事实之间构成生成关系，在这种情况下，如果主张或判定是后一种情形，该证据应当归属于辅助证据。比如，前述案例中，第 2 个证据（一把刀）和第 6 个证据（关于刀的鉴定报告），既可以用来证明甲用刀杀人，也可以用来证明甲在杀人后用刀碎尸，如果是主张后一种情况，这两个证据相对于甲杀害了乙这一待证事实而言就是辅助证据。

再次，实质证据的类型归属原理较为简单，而辅助证据的类型归属原理则较为复杂多样。实质证据的基本归属原理就是，在证明中被认为是由待证事实的存在或发生而形成，“带有”待证事实作用的信息，与待证事实具有“生成”意义上的证据相关性。这在常识上是易于理解的，不必赘述。辅助证据的基本归属原理，大致可以概括为三种类型，即：（一）某一证据之所以具有辅助证据意义上的证明作用，是因为被视为其生成因素的事实，与待证事实之间具有引起与被引起的因果关系。在这方面，作为辅助证据之生成因素事实与待证事实之间的“远近”距离（区分）有着重要的意义，一般来说，二者的距离越近，辅助证据的证明力越强，反之则越弱。从刑事诉讼来看，由近及远而区分更为具体的辅助证据类型，在法律上具有重要的意义，即：“最近”的是，作为辅助证据之生成因素的事实与待证事实同时并存于同一复合事实中。比如，一复合事实分为主观方面事实和客观方面事实，客观方面事实所生成的证据作为相对于主观方面事实这一待证事实的辅助证据，反之亦然。“较近”的是，作为辅助证据之生成因素的事实，或是犯罪行为这一待证事实的准备行为（如购买犯罪工具等），或是为了保证犯罪行为能够彻底成功或不被发现的某些善后行为（如离开犯罪场所、与毁灭证据有关的某些行为等）。在前述例子中，第 10 个证据（关于甲租车行为的陈述）和第 11 个证据（关于甲购买电锯的陈述）就是这种证据类型。“较远”的是，作为辅助证据之生成因素的事实，或是待证事实的起因，或是待证事实引起的某些反应。在前述例子中，第 12 个证据（证人 G 关于甲和乙的日常生活情况的陈述）和第 13 个证据（警察 G 关于甲在被捕时情况的陈述）就是这种证据类型。从方便理解的角度，我们可以将前两类称为“案中”的辅助证据，把最后一类称为“案外”的辅助证据。（二）某一证据之所以为辅助证据，是因为在证明逻辑上，其是由某一实质证据之生成所依赖的外在因素所生成，或是作为其生成因素的事实与某一实质证据之生成所依赖的外在因素之间存在着因果关系的可能性，因而其能够对实质证据的证明力起到辅助证明的作用。前者如前述例子中的第 16 个证据（证人 C 的作证表现），对第 8 个实质证据（证人 C 关于待证事实有关情况的陈述）的证明力具有辅助证明的作用；后者如前述例子中的第 15 个证据（关于证人 B 的日常表现的陈述），对第 7 个实质证据（证人 B 关于待证事实有关情况的陈述）的证明力具有辅助证明的作用。（三）某一证据之所以为辅助证据，是因为认为其生成原理与某一实质证据的生成原理具有可比性，因而对后者具有辅助证明的作用。第 14 个证据（侦查实验获得的猪骨头和人的头发），被认为其生成原理与第 1 个实质证据（人体组织物）的生成原理具有可比性，因而可以用来辅助证明第 1 个实质证据的证明力。又比如，用过去被告人存在类似的作案手法方面的证据来证明被告人实施了犯罪行为，也是这样的证据运用原理。

最后，证据总是相对于一定的证明对象而言，所以，某一证据应当归属于实质证据还是辅助

证据,必须明确其相对证明对象是什么,不能泛泛而言。在这方面,值得说明的是:(一)可能出现这样的情况,某一证据相对于不同的证明对象都有证明作用,证据类型的归属并不会因为证明对象改变而变化。以实质证据的归属为例,一般存在着这样两种情形:一种是,某一证据因为与一证明对象之间的生成关系是否符合客观实际并不能完全确定,因而,在证明逻辑上,其与另一证明对象也可能构成生成关系,在这种情形下,该证据相对于两个证明对象都是实质证据。比如,在前面就提到,前述案例中的第2个证据(一把刀)和第6个证据(关于刀的鉴定报告),既可以用来证明甲用刀杀人,也可以用来证明甲在杀人后用刀碎尸,在这种情况下可以说,这两个证据既可以是甲杀人行为的实质证据,也可以是甲碎尸行为的实质证据;同样是这两个证据,在控方视其为证明甲用刀杀人的实质证据之时,辩方可能主张甲只是在案发前使用过那把刀而没有用刀杀害乙,因而也可以说这两个证据也是证明甲只是在案发前用过那把刀的实质证据。另一种是,某一证据是证明某一证明对象的实质证据,同时该证明对象在证明逻辑上又被认为是另一证明对象所生成的证据,因而该证据也是后一证明对象的实质证据。比如,在前述案例中,第8个证据(证人C关于甲曾讲述过杀害乙的陈述),是甲曾向证人乙讲述过其杀害乙这一证明对象的实质证据,而这一证明对象也可以说是甲杀害了乙这一证明对象所形成的痕迹,因而,该证据也是后一证明对象的实质证据。(二)也可能出现另外的情况,某一证据相对于不同的证明对象都有证明作用,证明对象的不同会改变证据类型的归属。在证明逻辑上,某一证据与此证明对象构成生成关系,但与彼证明对象不构成生成关系,因而该证据相对于此证明对象为实质证据,相对于彼证明对象则为辅助证据。比如,前述案例中的第10个证据(租赁公司经理关于甲租车行为的陈述)和第11个证据(商店销售员关于甲购买电锯的陈述),在证明逻辑上与碎尸准备行为等构成生成关系,而与甲杀害乙不构成生成关系,因而,这两个证据对于碎尸准备行为而言属于实质证据,而对于甲杀害乙而言则仅为辅助证据。

为了进一步理解这两类证据的界分原理,我们还需进行两个方面的对比性说明。一方面是,已有的一些相关说法和理解及其存在的问题。与本文所关注的证据类型区分有关的一些说法和理解,主要可以分为三种情况:(一)在进行证据类型区分和概念界定的时候,明确以证据与证明对象之间是否具有生成关系作为证据类型区分的标准。比如,在我国的证据法学理论中,较早就提及了“主证”与“旁证”两种证据类型,其中前者被界定为案件的发生而形成的各种证据,后者被界定为案件之前发生或与案件同时发生的其他事实所形成的各种有一定佐证作用的证据。^{〔3〕}(二)在进行证据类型区分和概念界定的时候,虽未明确但仍然是以证据与证明对象之间是否具有生成关系作为证据类型区分的潜隐思路。比如,有日本学者这样来说明“实质证据”与“补助证据”的界分,即:实质证据是指证明主要事实及其间接事实(推定主要事实存在的事实)的证据;补助证据是指证明补助事实(有关实质证据的可信性的事实)的证据。例如,证明被告人杀人这一主要事实,被告人与被害人发生口角的事实、杀人行为形成的血衣等是间接事实,关于杀人事实的目击证言、关于口角的目击证言和呈交给法庭的血衣等就是实质证据;证明目击证言这种实质证据的可信性,所依赖的推定前提是目击者的视力这种补助事实,证明补助事实的补助证据就是关于目击者视力的诊断书。^{〔4〕}我国台湾有学者提及了“辅助证据”的称谓,其所指与前述日本学者所说的“补助证据”一样,不同的是,其把该种证据和直接证据、间接证据并列在一起视为相互区别的三种证据类型。^{〔5〕}近年来,我国大陆也有学者提及了“一般证据”与“辅助证据”^{〔6〕}

〔3〕 参见崔敏主编:《刑事证据理论研究综述》,中国人民公安大学出版社1988年版,第200页以下。

〔4〕 参见〔日〕田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第218页。

〔5〕 参见林钰雄:《刑事诉讼法》上册,中国人民大学出版社2005年版,第358页。

〔6〕 参见陈浩然:《证据学原理》,华东理工大学出版社2002年版,第229页以下。

或是“通常证据”与“辅助证据”这样的证据类型区分，〔7〕这些区分在本质上都是“洋为中用”的一种知识引介，在本质上与前述日本学者所说的证据类型区分是完全一样的，尽管在具体的称谓表述和概念解释上存在一些差异。在这些证据类型区分中，从具体的例证说明来看，和补助证据或辅助证据相对的证据类型，是论者心目中所理解的证明对象所生成的证据；补助证据或辅助证据则为与其相对的证据类型所“衍生”的证据（类型）。（三）没有专门进行证据类型（区分）的概念定义，而是直接使用一些证据类型概念来讨论证据运用的规范问题，从其概念的具体所指来看，也是从证据与证明对象之间是否具有生成关系来进行证据类型的区分。比如，美国司法实务中讨论某一案件是否有“实质性证据”〔8〕或“实质证据”〔9〕的问题，我国学者在比较我国与西方法治国家在证据运用方面的差异时，指出中国比较强调“印证性直接支持证据”〔10〕等等，从这些特定的证据称谓的具体所指来看，在论者心目中都是其所理解的证明对象所生成的证据。

对于以上三种情况的说法和理解，共同存在的问题，也是最为要害的，就是对证明对象缺乏严谨的说法和理解，在本质上都是将证明对象理解为所指不明确、过于宽泛的“案件”，尽管有时并没有直接使用“案件”这一语词（比如，前述日本学者就是如此，其所谓的“主要事实”和“间接事实”，单纯从语义来说，它们与待证事实的关系是不清楚的，但从其例证来看，除了有些间接事实属于通常所理解的案件形成的痕迹之外，实际指称的就是通常所理解的案件）。质言之，其所谓的实质证据或有同样所指的其他证据称谓，就是前述常识上关于证据所指的一种流俗观念。根据语言哲学的见识〔11〕，案件是现象存在，其“边界”常常是不确定的，对同一案件的所指范围，不同的人或在不同的语境中往往有不同的理解，在刑事诉讼中，对案件范围的理解一般除了犯罪行为之外，还包括之前的准备行为和之后的善后行为；待证事实是现象与语言的“复合物”，其所指更为明确具体，一个讼争中的证明对象常常可以区分为多个待证事实，这些待证事实虽然指称的是相对独立的不同现象存在，但它们都属于同一个案件。〔12〕因此，将“案件”视为证明对象，使证明对象的指称过于弹性、宽泛，导致的后果就是容易出现证据类型的归属错误，不当地将有时本来应该属于辅助证据的视为实质证据。除此以外，有些个别性的问题也值得特别指出。在第一种情况中，主要的问题是：其一，证据类型的称谓不够确当，因为，在证据法学理论上，常常是在直接证据或主要证据等的意义上来理解“主证”，相应地，“旁证”则是除前者之外的其他证据，后面将指出直接证据或主要证据都明显不同于本文所界定的实质证据和辅助证据；其二，根据论者对所谓“旁证”所指的解说，其所指范围过窄，不恰当地忽略了从属于实质证据、由其“衍生”而来的辅助证据；其三，不恰当地把实质证据与证明对象之间的“生成”意义上的证据相关性理解为一种客观真实性，因为，前面已指出，实质证据与证明对象之间的“生成”意义上的相关性首先应当是证明逻辑上的一种判断，这种判断不一定符合客观实际情况。在第二种情况中，存在的主要问题是：其一，其所区分的几种证据所指的范围过窄，基本上不能包括本文前面所说的与待证事实“距离较远”的其他事实所生成的证据和类比说明性的证据；其二，“一般证据”或“通常证据”这样的称谓，虽然能够表达人们在许多情况下对证据的所指有特定的限定这种意涵，但容易使人误以为辅助证据在大多数时候都没有证据地位，因此可以说，

〔7〕 参见陈界融：《证据法学概论》，中国人民大学出版社2007年版，第80页。

〔8〕 参见〔美〕韦恩·R·拉费弗、杰罗德·H·伊斯雷尔、南西·J·金：《刑事诉讼法》上册，卞建林等译，中国政法大学出版社2003年版，第166页。

〔9〕 参见陈麒巍：《情态证据刍论》，《中国刑事法杂志》2009年第1期。

〔10〕 参见龙宗智：《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》，《法学研究》2004年第2期。

〔11〕 参见陈嘉映：《事物，事实，论证》，载陈嘉映：《冷风集》，东方出版社2001年版，第173页以下。

〔12〕 关于案件与待证事实之间的区别，参见周洪波：《修正的事实说：诉讼视野中的证据概念新解》，《法律科学》2010年第2期。

它们都没有实质证据这种称谓妥当；其三，将辅助证据与直接证据、间接证据并列为三种证据类型区分也是错误的，后面将指出，辅助证据和直接证据、间接证据这三者无法放在同一证据类型区分标准中来理解。在第三种情况中，论者在运用“印证性直接支持证据”这一新的概念称谓来进行论述时，存在的主要问题是：其一，不应该忽略对新的概念称谓进行界定；其二，称谓不够简洁，而且用语也不恰当，因为，印证是相互印证的两者之间具有完全或部分的同一性，而在其所谓的“印证性直接支持证据”中，只有直接证据与证明对象之间才具有一定的印证性。

另一方面是，众所周知的法律上的证据类型称谓和常见证据理论分类与本文所区分的两类证据的关系。（一）我国刑事诉讼法上规定了物证、书证、证人证言等法定的证据种类。这些证据种类的区分，在根本上是为了对不同类型证据的客观性进行一般性的区分。法律没有对各种证据进行具体的解释，从一般的语义来说，任何一种法定证据种类都既可以是实质证据，也可以是辅助证据，不过，按人们的通常理解习惯，大多把这些法定证据种类的所指局限在习惯理解的实质证据（本文所说的实质证据和案中辅助证据）范围内。（二）我国1996年进行的刑事诉讼法修订改变了普通程序的案卷移送方式，相应地，在我国刑事诉讼法第150条中出现了“主要证据”这种新的法律称谓。尽管有关的法律解释文本对“主要证据”进行了解释，但基本上都是一些没有多少理论含量的泛泛之说，也就是一种常识化的语义解释，即指对定罪和量刑起主要作用和有重要影响的证据。有学者指出，按法律解释，主要证据的所指可以很宽泛，很难对司法实践的证据运用起到规限作用，^{〔13〕} 尽管如此，在理论上还是可以按证据对于法律判决的作用大小来区分主要证据和相对的其他证据（按一般的语言习惯，可称为次要证据，而不能像有些学者那样用西语“补强证据”来称谓^{〔14〕}）。显然，这种区分和实质证据与辅助证据的区分标准是不一样的。因此，主要证据与实质证据不具有对应关系。抛开我国法律上对证据所指的特有理解不论，一般说来，实质证据大多可以属于主要证据，辅助证据大多可以归入相对的次要证据，不过，在很多时候，辅助证据往往也对事实证明起着关键作用。（三）在理论上，常常提到直接证据与间接证据、原始证据与传来证据、言词证据与实物证据等两两相对的分类。按证据法学理论的一般理解，直接证据是指证据内容能够直接反映待证事实的证据类型，间接证据则不具有对待证事实的直接反映性，而是需要经过推论才能与待证事实建立证明逻辑关系。将二者与本文所界定的实质证据和辅助证据相对照，可以说，直接证据均为实质证据，而间接证据中有的属于实质证据，有的属于辅助证据，即属于待证事实所生成的间接证据才属于实质证据，独立于待证事实之外的其他事实所生成的间接证据则属于辅助证据。换言之，在实质证据中，只有能够直接反应待证事实的证据才属于直接证据，其他的都属于间接证据，而所有的辅助证据都属于间接证据。应当指出的是，在我国，间接证据一般都局限于习惯理解的实质证据范围内，也就是说，这种所指与西方法治国家有着重大的差异，然而，这种差异一般都被人们所忽视了。在证据法学理论上，原始证据一般是指进入法庭的证据事实在生成后就固定未变的证据，相对的传来证据则是指经过“转手”的证据。由于一般都没有说明原始证据以及传来证据在证明逻辑上是否为特定待证事实所生成，所以，原始证据和传来证据皆既可能为实质证据，也可能为辅助证据，判断的依据仍然是看其是否与待证事实构成“生成”意义上的证据相关性。在证据法学理论上，言词证据通常是指在诉讼过程中以人的陈述来进行证明的证据，实物证据是指在诉讼之前就客观物质形态存在的证据。因为这样区分的两种证据没有限定言词证据和实物证据是否需要与待证事实之间构成“生成”意义上的证据相关性，因此，二者均仍然既可以是实质证据，也可以是辅助证据。

〔13〕 参见陈永革：《论主要证据》，《法学研究》1999年第2期。

〔14〕 参见卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2007年版，第203页以下。

三、界分实质证据与辅助证据的规范意义

在我国，一方面，诉讼证据的所指常常都局限于习惯理解的实质证据；另一方面，又尤其强调本文所严格界定的实质证据的证明作用。造成这种状况的原因，前一方面在于，认为证据是案件发生后在外部世界留下的痕迹，是诉讼法和证据法教义学上的一贯说法；^[15]后一方面是因为，长期以来，要求法律判决的事实认定应当达到“客观真实”是法律（理解）上的一贯主张，而本文所界定的辅助证据大多都达不到这种证明要求。近年来，已有一些论文指出应当拓宽证据的法律范围，改变司法上对某些特定证据的过度依赖。^[16]这样的基本立场无疑是值得肯定的，其根本理由在于，基于诉讼证明的一般规律和诉讼的现实需要，我们不得不接受以“相对真实”作为法律判决的一般事实认定标准。^[17]然而，在拓宽证据范围的情况下，如何实现证据的合理、规范运用？相关的讨论非常少，已有的说法也存在着不少问题，可以毫不夸张地说，这一问题还是我们面临的一个极具现实紧迫性的新课题。现在讨论中国的许多法律问题，常常免不了“西学东渐”，然而，在这一问题上似乎没有多少可以直接依凭的理论资源。当然，不可否认，西方法治国家在当前对实质证据和辅助证据的运用有较为合理的规范，不过，这主要是“潜隐”在法律理念和实践意识当中，而不是显白于法律条文和理论话语中。因此，就刑事诉讼而论，我们可以通过分析西方法治国家的一些法律条文背后的基本法律理念，尤其是察看其刑事司法实践，从中挖掘出其关于实质证据与辅助证据的一些重要的规范运用原理，并在此基础上来分析中国刑事证明的相应问题和应有的改革方向，以这些例证来说明区分实质证据与辅助证据的重要规范意义。

界分实质证据与辅助证据，主要是对证明标准的实践具有重要的规范意义。通过实质证据与辅助证据的运用规范，在一定程度上可以为一些抽象的证明标准的实践设置规范许可和界限，既避免裁判的困难，也防止司法的擅断。许多抽象的证明标准都是一种可能性的事实判断，在实践时一般都要依靠裁判者的自由心证，但是，从诉讼的一般常识来说，没有关于实质证据与辅助证据之运用的合理规范，完全认识论上的自由心证可能导致两个极端：一端是在证明时过于依赖实质证据，导致证明标准的实践过于严苛。因为，从普遍的情形来说，人们一般更看重实质证据的证明作用。另一端是过分高估辅助证据的证明作用，导致证明标准的实践过于宽松。因为，在纯粹“自由心证”的意义上，在个案和特定事实的证明中，往往很难区分具体的实质证据与辅助证据的证明力高下。比如，在前面所假设的案例中，有人可能仅仅依据关于甲与乙日常生活情况的陈述，或是关于甲抗拒抓捕的陈述，就能对甲杀害了乙的事实形成非常强的事实确信，而不仅仅是一种怀疑性的心证程度。从西方法治国家的刑事法律规定来看，虽然鲜见直接使用实质证据与辅助证据的概念称谓，但有些法律条文在基本法律理念上所反映的正是关于实质证据与辅助证据之运用的规范意识。比如，关于是否可以运用被告人的前科、以前的习惯性行为等来证明被告人的犯罪行为和是否可以运用证人的品格证据来判断证人的陈述真伪等之规定，以及许多法律推定的规定等，虽然一般都没有使用实质证据与辅助证据的称谓，而是使用了其他更具体或更具直观

[15] 参见樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社2004年版，第132页；陈光中主编：《刑事诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第148页；陈卫东主编：《刑事诉讼法》，中国人民大学出版社2008年版，第145页。

[16] 参见前引[10]，龙宗智文；谢小剑：《我国刑事诉讼相互印证的证明模式》，《现代法学》2004年第6期；李建明：《刑事证据相互印证的合理性及其限度》，《法学研究》2005年第6期；周洪波：《证明标准视野中的证据相关性——以刑事诉讼为中心的分析》，《法律科学》2006年第2期。

[17] 参见周洪波：《刑事证明标准问题之争中的四大误区》，《清华法学》2008年第5期。

性的证据(类型)称谓,但在本质上都是在区分实质证据与辅助证据的思路上来进行制定的,即:反映被告人前科、以前的习惯性行为等的证据是相对于被告人犯罪行为的(案外)辅助证据;证人的品格证据是相对于证人陈述所要证明事实的(案外)辅助证据;许多(并非全部)法律推定,都是规定在没有实质证据的情况下,可以或应当根据辅助证据来认定待证事实。特别值得注意的是,关于实质证据与辅助证据之运用的规范意识,许多都没有法律条文的载体,而是仅仅体现为一种实践意识。从西方法治国家的法律规定来看,针对刑事诉讼中的不同职权行为,有多种不同的证明标准,在不同的证明标准实践中,常常都有在区分实质证据与辅助证据之基础上的不同证据运用规范意识。由于论旨和篇幅所限,本文仅以美国和德国的定罪、逮捕、针对犯罪嫌疑人的拦截和拍身搜查或临检这几种有明显差异的证明标准为例,来分析其关于实质证据与辅助证据的一些重要规范运用原理。

首先,就定罪证明标准而言,在美国一般表述为“排除合理怀疑”,在德国一般表述为“内心确信”,不管如何表述,在本质上都是要求定罪的事实认定要达到“相对真实”的“事实确信”。^[18]这种证明标准所相对的证明对象是犯罪成立的所有事实构成要件。尽管美国和德国在事实认定所依赖的证据类型方面有一些重要的差异,^[19]但是,从区分实质证据与辅助证据的角度来看,都有一些共同的证据运用规范。比如:(一)对于指控被告人实施了犯罪行为这一待证事实,控方提供了对应的实质证据,但辩方也提供了相冲突(证明相反事实)的实质证据,在这种情况下,如果借助辅助证据能够形成“相对真实”的事实确信,就可以作出犯罪认定。这种情况对辅助证据与待证事实之间的“远近”关系没有特别的要求。比如,德国学者所虚拟的一个银行抢劫案就是这种情形:在该案中,有非常可靠的实质证据证明银行被劫的事实,但是,对于抢劫是由被告人A所实施这一待证事实而言,控方的实质证据主要是:案发现场的一位顾客X告诉警察,他认出犯罪人是从前的一个同事即A,尽管A当时戴着面具;A在机场准备出国时,警察从其身上搜出大量现金。被告人不但一直否认犯罪是由自己所为,而且在庭审中还提供了相反的实质证据,即其女友关于A在案发时不在现场的证词。控方的实质证据是不够坚实的,因为,X可能说谎,而且,从A身上搜出的现金,因与银行被劫的现金是否具有同一性也无从查考,所以只是可能而非必然为被告人抢劫所得。在这种情况下,仍然可以认定被告人的抢劫罪成立。^[20]对此,X的宣誓行为、X和被告方的证人与被告人之间的关系差异、被告人以前曾经犯过盗窃罪、被告人关于其生活和工作经历的陈述等这些辅助证据,对定罪事实确信的形,都可能起到重要的作用。(二)控方提供的实质证据,能够证明发生了犯罪行为,但不能证明犯罪行为是由被告人所实施,即不能对被告人构成证明指向,在这种情况下,如果能够借助于案中辅助证据以及其他辅助证据形成“相对真实”的事实确信,也可以作出犯罪认定。这种情况对辅助证据有特别的要求,就是一般必须具备案中辅助证据,因为,没有这种要求的话,错误的风险一般是较高的。比如,前面所假设的杀人案所参考的美国案例,就是这种情形:在实际的案例中,实质证据中并没有假设中的第3个证据(一把刀)、第6个证据(关于刀的鉴定报告)、第7个证据(关于在被害人家附近听到呼救声的陈述)、第8个证据(关于甲讲述自己杀害了乙的转述),所有实质证据都不能构成对杀人行为是由被告人(理查)所实施的证明指向,但被告人为碎尸而租车和买

[18] 参见周洪波:《“以事实为根据”——刑事诉讼的基本定罪原则》,《四川大学学报》2008年第5期。

[19] 参见周洪波:《比较法视野中的刑事证明方法与程序》,《法学家》2010年第5期。

[20] 参见[德]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,第17页以下。需要特别说明的是,这一案件虽为虚拟,但并不意味着是纯理论的,不能说明实践问题。无论原著论者还是本文作者,之所以用这种虚拟案件,就是因为其更能够说明实践中的典型情况。

电锯的陈述等案中辅助证据则能对被告人实施了犯罪构成证明指向，所以，尽管被告人辩称租车只是为了清扫杂草和树木残枝、电锯早就丢失了，但是，陪审团仍然做出了有罪判决，对此，前述的案中辅助证据以及其他案外辅助证据无疑起到了极为重要的作用。^[21] 又比如，美国学者和德国学者所虚拟的一个人室夜盗案也是这种情形：在该案中，有非常可靠的实质证据证明被害人赖克家中的古钱币被盗，但是，对于夜盗行为是由被告人布朗所实施这一待证事实而言，控方不能提供任何实质证据（夜盗行为所生成的证据）。因此，为了实现定罪，控方不得不依赖于辅助证据，如：被告人的女朋友容陈述，在案发之前，她曾开车载布朗到赖克家附近，并知道布朗将盗窃一些值钱的东西，但不知道他具体想偷什么；被害人的邻居海因茨陈述，他在案发当晚大约 10 点看见被告人离开赖克的房子；赖克工作所在的汽车修理厂老板曼陈述，案发几天前，在被告人为赖克修车时，赖克曾向他谈起过钱币收藏、家里放有古钱币等事情。尽管辩护律师对这些证人陈述的可靠性提出了质疑，但是，陪审团仍然认定被告人的犯罪事实成立。^[22] 前述几个辅助证据，可以分为两类：一类属于案中辅助证据，这就是，容的证词为被告人在盗窃之前的行为所生成的证据，海因茨的证词为被告人在盗窃之后的行为所生成的证据；另一类属于案外辅助证据，即该证词为盗窃案之外的其他（相关联的）事件所生成的证据，如曼的证词。前一类辅助证据的存在，是该案可以做出有罪认定的许可性证据条件。（三）对于犯罪构成要件的主观方面事实而言，因为常常都难以获得相应的实质证据，所以，一般都允许仅根据辅助证据作出事实认定。这种情况，一般既不需要制定法律推定这种明确的规范许可条件，而且对辅助证据与待证事实之间的“远近”关系也没有特别的要求。比如，对于共谋犯罪的共谋意图证明，一般很难获得实质证据，允许从行为、结果、情节等证据（相对于共谋意图的辅助证据）中得出广泛的推论。^[23] 值得特别指出的是，在这方面，利用客观方面待证事实的实质证据来作为证明主观方面待证事实的辅助证据的情况十分常见。比如，在证明杀人是否为故意的时候，允许根据被告人向被害人开枪及枪中有子弹这样相对于主观事实的辅助证据来认定存在主观故意。^[24]

其次，逮捕（以及羁押）的证明标准，在美国一般被表述为“合理根据”或“相当理由”，在德国一般被表述为“强烈怀疑”或“高度的可能性”。这种证明标准一般所相对的证明对象是犯罪已经发生和被逮捕的人实施了犯罪。对于逮捕的证明标准，一般认为，其心证程度比定罪要求的程度要低，但比所谓的“单纯怀疑”或“合理怀疑”要高。对于“合理根据”或“相当理由”，在美国有的认为其要求的正确率是在 50% 以上，^[25] 而有的则认为其要求的正确率是比 50% 的精确率还少一点；^[26] 美国联邦最高法院在一些判例中采用的标准可以解读为“可能性超过不可能性”的标准，^[27] 而根据对美国 166 位联邦法官的访问，则得到的标准量化确信度的平均值为 45.78%。^[28] 当然，美国和德国的逮捕条件存在着许多差异，但是，二者的证明标准是

[21] 参见前引 [2]，张成敏书，第 242 页以下。

[22] 参见 [美] 弗洛伊德·菲尼、[德] 约阿希姆·赫尔曼、岳礼玲：《一个案例 两种制度——美德刑事司法比较》，郭志媛译，中国法制出版社 2006 年版，第 87 页以下。

[23] 参见 [美] 约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社 2009 年版，第 397 页。

[24] 同上书，第 70 页，第 74 页。

[25] 参见 [美] 罗纳尔多·V·戴尔卡门：《美国刑事诉讼——法律和实践》，张鸿巍等译，武汉大学出版社 2006 年版，第 83 页。

[26] See Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure* 140, Matthew Bender, 1997. 转引自王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，北京大学出版社 2005 年版，第 69 页。

[27] 参见前引 [8]，拉费弗等书，第 163 页以下。

[28] See McAuliff, *Burdens of Proof: Degrees of belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, 35 Vand. L. Rev. 1293, 1325 (1983). 转引自前引 [26]，王兆鹏书，第 242 页。

否存在着差异还不好定论，存在着一定的争议。^{〔29〕} 不管美国和德国的法官在掌握逮捕标准的心理确信度上有何不同，也不论美国和德国的逮捕证明标准是否存在着实质的差异，从区分实质证据与辅助证据的思路来看，有些证据运用规范是比较重要的，比如：（一）要求或是具备被逮捕人实施犯罪的实质证据，或是在没有实质证据的情况下，必须具备较为具体的案中辅助证据。为了规范逮捕标准的运用，在美国的司法实践中，从两个方面提出了体现合理根据标准之客观性的一般性要求：一方面就是要求符合一般人的判断，即存在一个正常理智的人认为合理的事实；另一方面就是要有具体的“实质性证据”的支持。^{〔30〕} 这里所谓的“实质性证据”，既包括相对于犯罪行为的实质证据，也包括相对于犯罪行为的准备行为和具有紧密关系的善后行为的实质证据（在本质上属于本文所说的相对于犯罪行为的案中辅助证据）；“实质性证据”的具体性，是指证据指向犯罪比非犯罪更为可能，指向的犯罪人为小范围的人甚至是特定的个人而不是大量人群。前面所假设的杀人案所参考的美国案例就能说明这一要求：在该案中，依据有关理查和其妻子的日常情况的陈述，有的警察就“深信”理查有杀人的嫌疑，而有的警察甚至倾向于认为理查有罪，就这两种认识来说应该已经达到了逮捕所要求的心证程度，但并没有据此逮捕理查，而是在获得了有关理查为碎尸而租车和购买电锯方面的陈述证据后，才实施了逮捕，之所以如此，就是因为后面的证据才是案中辅助证据。另外，前面提到的虚拟夜盗案也能说明这方面的证据要求：在该案中，案发当晚，受害人赖克的一邻居报警，称她担心赖克遇到了麻烦，因为她当晚约9点看见一辆车停在离赖克家很近的地方，一男子走向赖克家，后来又离开。警察根据车牌号找到了容，进行了询问，虽然容说自己送布朗到一个地方后就离开了，不知道布朗去干什么，但是，警察还是逮捕了容。^{〔31〕} 在该案中，赖克邻居的报案陈述，属于夜盗行为之前的准备行为和事后行为所生成的证据，在本质上是证明犯罪的辅助证据，该证据无疑具有具体的指向性，因此，警察据此能够形成逮捕之合理根据的心证。相反，如果仅有汽车修理厂老板曼关于被告人曾听到过赖克谈起自己的家里有古钱币的陈述，因为这一证据不是案中辅助证据，所以，即便有人可能据此认为被告人有实施夜盗的“合理根据”或“强烈怀疑”，也不能实施逮捕。（二）对一些一般容易出现问题的特殊实质证据类型，往往要求必须有辅助证据的支持。比如，在美国，对于警察对自己观察到的犯罪情况的陈述、线人提供的信息等，就必须要求进一步提供诚实性方面的证据如警察、线人的宣誓书或有关线人过去提供信息导致成功定罪记录等，才能构成实施逮捕的合理根据。^{〔32〕} 警察、线人关于犯罪情况的陈述都属于针对犯罪行为的实质证据，而关于诚实性证明的证据就属于辅助证据。之所以要求辅助证据的支持，就是因为警察可能滥用职权、线人具有较强的秘密性，这样容易导致“虚报”的危险。（三）对实质证据的“形式”和辅助证据的“远近”关系与具体性的要求，一般没有定罪的要求严格。比如，像作为传闻的实质证据、被告人的犯罪记录这种指向性不具体的辅助证据等，在定罪审判中可能被禁止使用，但在逮捕的合法性审查中却可能被使用。^{〔33〕} 这样的差异，一方面，无疑是与逮捕标准的心证程度比定罪标准的心证程度低相对应的；另一方面，也是因为证据证明力被错误评价导致的标准适用错误之有害后果相比，逮捕标准的有害后果一般相对较轻。

再次，在美国，针对犯罪嫌疑人的拦截和拍身搜查（简单搜身），联邦最高法院通过判例确定了专门的证明标准，一般表述为“合理怀疑”，以区别于宪法所规定的逮捕和搜查之证明标准；

〔29〕 参见前引〔22〕，菲尼等书，第361页以下。

〔30〕 参见前引〔8〕，拉费弗等书，第166页。

〔31〕 参见前引〔22〕，菲尼等书，第5页以下。

〔32〕 参见前引〔8〕，拉费弗等书，第166页；前引〔26〕，王兆鹏书，第81页以下。

〔33〕 参见前引〔8〕，拉费弗等书，第166页。

德国的临检与美国的拦截和拍身搜查有一定的类似，其证明标准常表述为“犯罪嫌疑”或“一般怀疑”，从心证的程度来说可能与美国的“合理怀疑”差不多。美国的拦截和拍身搜查，也称盘查，目的在于防止犯罪活动、查获与犯罪有关的物品、确保警察与他人的安全，其强制性相对轻于逮捕和搜查。其证明标准一般所相对的对象是被拦截和拍身搜查的人将要、正在或已经实施犯罪，以及其身上携带有武器或其他与犯罪有关的物品。对“合理怀疑”确信度的量化，大多认为是30%以上的确定性。^[34]与定罪和逮捕之证明标准的实践相比，无疑拦截和拍身搜查之证明标准的实践更易滋生歧见，其量化的百分比率的规范意义更为有限。有学者指出，在这种证明标准的实践中，也不单纯是看所作判断的精确性，关键也要看形成判断所依据的证据类型。^[35]同样地，对于德国临检的“犯罪嫌疑”标准的实践，也不是单纯看执法者的心证，也要求必须有“具体事实”推定或“事实佐证”。^[36]因此，从区分实质证据与辅助证据角度来说明“合理怀疑”或“犯罪嫌疑”标准实践的证据运用规范，也具有较大的意义。这里仅以美国的拦截和拍身搜查为例，其较为重要的证据运用规范特征是：（一）对准备、正在实施犯罪的人进行拦截和拍身搜查，必须具备准备或正在实施犯罪的实质证据，只不过对这些实质证据的证明指向性要求没有逮捕和搜查的要求高；另一方面，虽然拦截和拍身搜查对证据的要求没有逮捕和搜查的要求高，但也不仅要求形成合理怀疑或“清晰的疑点”，而且要显露出具体犯罪的迹象。例如，在美国的“特里案”中，警察看见两个人在一家商店的橱窗前来走去，并且反复向内窥视，还有一个人与他们交头接耳后离去，过了一会又转回来，不停地往一家商店张望，警察认为这些行为是对商店进行“踩点儿”，是在为准备实施的夜盗或抢劫做准备，也可能是在为正在实施的犯罪“望风”，于是上前对他们实施了拦截和拍身搜查，联邦最高法院判定，依据警察陈述其所观察到的事实，虽然达不到逮捕所要求的证据条件，但实施拦截和拍身搜查则是合法的。^[37]在本案中，警察对其所观察到的事实的陈述，属于将要或正在实施的犯罪的实质证据，显然，其能证明事实存在的可能性，但证明指向性也不是太强，也就是说，那几个人不是在从事与犯罪有关的行为的可能性还是较大的。拦截和拍身搜查的实质证据要求指向较为具体的犯罪，而不仅仅是概括的犯罪可能，例如，在美国的“希伯伦案”中，警察对长时间与几个已知的瘾君子交谈的希伯伦实施拦截和拍身搜查，就被联邦最高法院判定违背了证明标准的要求，因为希伯伦的举动没有任何一点显露出获取或持有海洛因的行为。^[38]（二）对于已经实施犯罪的人进行拦截和拍身搜查，不要求非得具备被拦截人实施犯罪的实质证据或案中辅助证据，但要求案外辅助证据必须具备具体性，即有被拦截人存在与犯罪行为具有因果关系方面的其他具体反应行为（如在犯罪后逃跑、以特定的行为逃避被发现或逃避警察等）方面的实质证据，而不能仅依据被拦截人过去的（不良）行为或日常品行特征方面的证据。例如，对一辆与最近发生的夜盗案中逃跑的人开的车具有较多相同特征的车、^[39]在毒品泛滥区见到警车就转身逃逸的人、^[40]来自毒品来源地并以假名买机票和表情紧张的人^[41]等实施拦截和拍身搜查，在实践中可以具有合法性。相反，对盗窃案发生地附近的穷人、杀人案发生地附近游手好闲或有前科的人等实施拦截和拍身搜查，一般都不具有合法性。（三）对

[34] 参见前引〔26〕，王兆鹏书，第243页；前引〔25〕，戴尔卡门书，第95页。

[35] 参见〔美〕乔治·弗莱彻：《反思刑法》，邓子滨译，华夏出版社2008年版，第166页。

[36] 参见〔德〕罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第348页。

[37] 参见前引〔8〕，拉费弗等书，第238页；前引〔35〕，弗莱彻书，第166页。

[38] 参见前引〔35〕，弗莱彻书，第166页。

[39] 参见前引〔8〕，拉费弗等书，第245页。

[40] 参见前引〔26〕，王兆鹏书，第244页。

[41] 同上书，第246页。

于准备、正在或已经实施犯罪的实质证据，如果某些特定类型的证据一般容易出现漏洞，往往也要求其他实质证据或辅助证据的补强或支持，当然，这种要求一般没有逮捕或搜查标准的要求严格。比如，民众的密报，常常都容易失真，但是，如果有警察对嫌疑人举动的进一步观察（的陈述）、报告人提供真实姓名或过去有成功提供犯罪信息等证据的补强或支持，则具备实施拦截和搜查的证据基础。^{〔42〕}（四）与逮捕和搜查一样，对实质证据的“形式”和辅助证据的“远近”关系与具体性的要求，一般没有定罪的要求严格，许多在定罪审判中不可用的证据在拦截和搜查的判断中都是可以使用的。^{〔43〕}

通过前面的分析，我们可以从区分实质证据和辅助证据的角度来说明我国刑事诉讼中的一些证据运用特征、问题和应有的改革方向。

其一，就定罪标准而言，法律上有关的表述是“以事实为根据”，“事实清楚，证据确实、充分”，按一般的理解就是要求对犯罪构成要件所有事实的认定要达到“客观真实”，尽管从语义上来说这种理解与法律表述之间并非具有惟一的对应关系。在证明标准实践中，典型的证据运用特征是：（一）如前所述，定罪的证据一般是常识习惯上所理解的（实质）证据，而且尤其强调本文所说的实质证据。（二）对于控方提供的实质证据和案中辅助证据，辩方提出了质疑，甚至是提出了相冲突的证据，表明控方对犯罪的证明并没有达到客观真实，在这种情况下，如果办案人员尤其是侦查人员在案外辅助证据的帮助下形成了有罪确信，基于惩处犯罪的现实需要，大多都会作出有罪判决，但是，为了使事实认定看起来像客观真实，案外辅助证据的运用在审判过程和判决书中一般都得不到言说和显明，而辩方的实质证据在判决书中则会被刻意地“回避”掉。（三）在定罪时，为了使对主观事实的认定达到或看起来像客观真实，较为依赖被告人对主观事实的陈述以及其他入对其陈述的转述。（四）虽然综合实质证据和辅助证据能够形成有罪确信，但是，因为通常所理解的实质证据的情形明显不能实现客观真实的证明，比如，只有一个证人证言（所谓的“孤证”），对于这样的情形，在西方国家往往可以定罪，但在我国却无法作出犯罪认定。这样的证据运用无疑是有问题的，即：一方面，因为案外辅助证据不能被“摆到台面”上来，以及在判决书中刻意“回避”掉辩方的证据，所以，认定犯罪的事实确信是否合理得不到有效的审查，这样一来，不仅容易出现为了实现定罪的实质证据条件而侵害犯罪嫌疑人、被告人的程序权利的现象（比如，先依据辅助证据形成有罪确信，而后逼取嫌疑人的口供，对被告人翻供也不予理会等），而且也易滋生错案；另一方面，可定罪而不能定罪，显然减损了刑事司法惩罚犯罪的应有能力。^{〔44〕}关于我国的定罪标准及其证据运用，呼唤改革已经有一阵子了，然而，当前我们需要警惕两种现象：一是，有些学者主张拓展我们对证据所指范围的惯有理解，却仍然坚持传统的定罪标准观。实际上，在证明标准未改的情况下，要承认许多“证据”（尤其是案外辅助证据）在法律上的证据地位，在认识论的逻辑上是不能成立的。二是，有些学者虽然主张像西方法治国家那样以相对真实的事实确信作为定罪证明标准，却没有认识到我们习惯上所理解的证据范围应当作出重大的调整并重视对证据运用的规范，在这种情况下，很可能导致或是“新瓶”（证明标准）装“老酒”（具体的证据运用方法），或是将事实认定几乎全托给裁判者“自由心证”致使事实认定过于随意化。对此，必须明确的是，在我国刑事诉讼中，不仅应当将相对真实的事实确信作为普遍的定罪证明标准，而且应当在定罪证明中注意谨慎利用辅助证据。

〔42〕 参见前引〔26〕，王兆鹏书，第248页以下。

〔43〕 参见前引〔35〕，弗莱彻书，第169页；〔美〕约书亚·德雷斯勒、艾伦·C·迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解（第一卷·刑事侦查）》，吴宏耀译，北京大学出版社2009年版，第291页以下。

〔44〕 这方面的更详细分析，参见前引〔19〕，周洪波文。

其二，“逮捕”一词的所指，在我国与西方法治国家之间有一些重要的差异，但就证明标准问题而言，与西方法治国家的逮捕（以及羁押）具有大致可比性的是我国的逮捕和拘留；我国的逮捕大致可比于西方的有证逮捕，拘留大致可比于西方的无证逮捕。我国刑事诉讼法第60条规定：“对有证据证明有犯罪事实，可能判处有期徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。”第61条规定：“公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：（一）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；（二）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；（三）在身边或者在住处发现有犯罪证据的；（四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；（五）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；（六）不讲真实姓名、住址、身份不明的；（七）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。”我国法律规定的主要特征是：对于逮捕，并没有直接说明证明所要求的心证程度。因为，严格说来，“有证据证明有犯罪事实”只是对证明的一种形式化要求，其中的“证明”是一种什么程度的要求是不清楚的。对于拘留，既有概括的证明要求，也有具体的证据条件要求，从法条的逻辑结构来看，两者是一种递进关系，也就是说，在首先满足前者的基础上，再满足后者中的任何一种情形，则可以实施拘留。从拘留的概括证明要求来看，如果说证明标准是对事实之心证程度的最低要求，那么，对犯罪嫌疑人（预备、正在或已经实施）犯罪的证明标准应当是“重大嫌疑”；从拘留的具体证据条件要求来看，前三项一般都是属于犯罪“重大嫌疑”的典型证据条件，而后四项则是基于特定的诉讼需要（如保护证据、设置较长时间的拘留期限等），而在犯罪“重大嫌疑”的基础上增加了其他事实证明对象。在司法实践中，仅就犯罪嫌疑人、被告人的犯罪事实证明而言，其特征及问题主要是：第一，一般都把法律表述中所说的“证据”理解为习惯上所理解的实质证据甚或本文所界定的实质证据。这种理解，常常会导致实践中掌握的逮捕和拘留标准比西方法治国家实践中逮捕标准更为严格。第二，办案机关和办案人员对逮捕证明要求的法律表述的理解比较混乱，有的对标准进行形式化的理解，即只要存在习惯上所理解的实质证据甚或本文所界定的实质证据对犯罪嫌疑人、被告人实施了犯罪构成证明指向，亦即具备“嫌疑”，而不管嫌疑是否达到“重大”的程度，都认为满足了证明要求；更多地，则是不但对标准进行实质化理解，而且是一种高标准的理解，即要求不仅要有习惯上所理解的实质证据甚或本文所界定的实质证据，而且这些证据能够证明犯罪嫌疑人、被告人的犯罪是客观事实。^[45]对逮捕标准的形式化理解，常常会使逮捕的适用过于随意；而实质化的过高理解常常会使逮捕的适用较为困难，进而使得办案人员为了侦查的需要而尽可能延长拘留的期限，为此，也就往往会把本来不符合“有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑”这种情形的按此种情形来对待。^[46]第三，单纯就有犯罪“重大嫌疑”而实施拘留而言，实践中一般都是按拘留的前三项具体证据条件规定来操作，这样的操作也存在着过严和过宽两种相反的情形。过严的问题就是，拘留的前三项具体证据条件均属于要求具备本文所界定的实质证据，然而，实际上还有很多证据情形，甚至是在没有本文所界定的实质证据的情况下，也可以满足犯罪“重大嫌疑”的心证程度，从道理上讲，也应该可以实施拘留，却因为法律规定的限制而无法实施拘留；过宽的问题是，虽然拘留的前三项具体证据条件均属于本文所界定的实质证据，但是，却没有像美国那样针对提供这些实质证据的人（如警察、线人等）一般可能存在的问题提出进一步的证据条件要求，使得实践中的拘留往往比西方法治国家的无证逮捕更容易实施。毫无疑问，应当对我国刑事诉讼中有关逮捕与拘留证明的法律表述和实践做法进行改革，对此需要特别强调的是，在法律上应当

[45] 参见贺恒扬：《审查逮捕的证明标准》，《中国刑事法杂志》2006年第2期。

[46] 参见石均正、胡宝珍等：《拘留转为逮捕证明要求质疑》，《公安研究》2001年第4期。

明确证明标准的心证程度，而且，仅就犯罪事实的证明而言，可能不应当使逮捕的标准高于拘留的标准；应当明确和充分重视辅助证据的证明作用，同时，应当进一步细化证据的运用规范。

其三，与美国的拦截和拍身搜查或德国的临检具有一定可比性的，是我国人民警察法规定的留置盘查。留置盘查并不是我国刑事诉讼法中的规定，但其与刑事诉讼是有关的。我国人民警察法第9条第1款规定：“为维护社会治安秩序，公安机关的人民警察，对有违法犯罪嫌疑的人员，经出示相应证件，可以当场盘问、检查，有下列情形之一的，可以将其带到公安机关，经该公安机关批准，对其继续进行盘问：（1）被指控有犯罪行为的；（2）有现场作案嫌疑的；（3）有作案嫌疑、身份不明的；（4）携带的物品有可能是赃物的。”从上述规定来看，留置盘查的手段分为当场留置盘查和带到公安机关留置盘查；适用的对象既包括涉嫌一般违法的人员，也包括涉嫌犯罪的人员。就适用留置盘查的事实证明要求而言，当场留置盘查的证明是一种概括的“嫌疑”；而带到公安机关的留置盘查则是列举具体情形的表述，这些表述从事实证明的程度来说也不见得超过了“嫌疑”的程度，只是说对证据有具体的要求而已。在笔者看来，在证明标准的心证程度要求方面，我国的“嫌疑”与美国的“合理怀疑”可能并没有什么实质差别，但是，在证据运用的具体规范方面，与美国相比，我国无疑有明显的不足，这就是：在当场留置盘查方面，根本就没有任何具体的证据运用规范；在带到公安机关留置盘查方面虽然有具体证据的要求，比如，“被指控有犯罪行为的”、“有现场作案嫌疑的”、“携带的物品有可能是赃物的”这几种说法，基本上都属于针对违法犯罪明确提出了要有本文所界定的实质证据要求，但也缺乏像美国那样针对有些比较容易出现问题的证据提出进一步的证据规范要求，“有作案嫌疑、身份不明的”之规定使得这种措施的实施和当场留置盘查一样，很难设置可操作的证据规范障碍。在实践中，留置盘查的适用出现了随意化的现象，其根本的原因在于，对于没有具体证据条件规定的“嫌疑”表述，实务人员往往认为是没有（实质）证据的要求，因而将“嫌疑”的判断建立在一些太不具体或太过“遥远”的辅助证据之上。比如，在实践中就出现了在车站等人、没有带身份证等都被留置盘查的情形。^{〔47〕}有些学者认为，这些留置盘查的不合理之处在于没有任何证据，这种判断无疑是按常识习惯来理解（实质）证据，但在笔者看来，执法人员并不是不讲证据，在车站等人和没带身份证都可以视为相对于违法犯罪行为的辅助证据，只不过，问题在于这样的辅助证据太不具体或太过“遥远”，因为在车站等人和没带身份证是大多数人都容易出现的情形。对于我国留置盘查适用问题的治理，学者多强调对权力的程序控制和对当事人权利的程序救济，^{〔48〕}这无疑是值得肯定的，然而，这里需要指出的是，无论是权力的程序控制还是权利的程序救济，都离不开证明标准这一程序运作的根基。就此而言，我们无需在事实判断的心证程度上否定“嫌疑”表述的合理性，关键在于我们应当从证据类型的角度来对其实践进行规范。从西方法治国家尤其是美国的经验来看，我们可能应当明确，留置盘查并不一定需要相对于违法犯罪行为本身的实质证据或案中的辅助证据，但必须要求辅助证据要有指向违法犯罪嫌疑的具体性。

四、结 语

也许可以说，与其他证据类型区分相比，实质证据与辅助证据的区分有着更为重要的规范意义，尤其是在中国的诉讼制度变革语境中。在此意义上，本文的讨论还是极为有限的，从根本上说，这里可能并没有提供多少有用的结论性意见，而主要是提出了理论研究的问题和思考的线

〔47〕 参见高一飞、林国强：《论盘查的法治化》，《河南科技大学学报（社会科学版）》2007年第2期。

〔48〕 参见万毅：《论盘查》，《法学研究》2006年第2期。

索。一方面，本文的许多说法可能还值得商榷，尤其是在实质证据与辅助证据的运用规范方面的探讨只是浅尝辄止。另一方面，有必要（正确）区分实质证据与辅助证据，而且这种区分有着重要的规范意义，这是确定无疑的，因此，不仅本文所探讨的一些问题有待进一步厘清，而且还有许多问题都值得在这一思路中进行探讨和分析，比如，在刑事诉讼中，除了定罪、逮捕（以及拘留）、拦截和拍身搜查或临检的证明标准之外，在量刑、抗辩、起诉、搜查、案件启动等的证明标准实践中应当如何运用实质证据和辅助证据？在刑事诉讼中，各西方法治国家在实质证据与辅助证据的运用规范方面存在着什么样的共同点和差异？进一步而言，在民事诉讼中，实质证据与辅助证据的运用状况和应然原理又如何？等等。

区分实质证据与辅助证据有着不容否认的重要规范意义，因此，在今后除了理论上的不断加深之外，我们还有必要做好另外两个方面的工作，即：一方面，在诉讼法和证据法的教学上，应当加强对这两类证据的讲解。虽然已有个别教科书或著作有着与本文所说的实质证据与辅助证据相类似的介绍，但是，不仅这些教科书和著作的普及面和影响力有限，而且其介绍也是极为简略的，具体说法也存在着较大的问题。这种局面无疑是需要改变的，应当在主流和权威的诉讼法学和证据法学教科书中加强有关实质证据与辅助证据方面的知识讲解，以使这方面的知识成为一种证据法常识。当然，在许多具体问题的共识还有待逐步形成的情况下，我们可以少提“教义”，多摆问题。另一方面，在“立法”（法典）尤其是“法律解释”（既包括司法机关的文本性法律解释，也包括司法中法律适用者对证明标准实践的正当性法律释明）上，应当正确理解实质证据与辅助证据的区分，并努力实现对这两种证据运用的合理规范。从西方法治国家的经验来看，在法律条文上使用实质证据与辅助证据的表述可能往往不见得比使用其他概念表述来得方便和直观明了，所以，在今后的法律改革中，在“立法”上常常都可以使用实质证据与辅助证据之外的其他证据类型概念表述（尽管法律条文在根本上与这两类证据的区分有关），但是，在“法律解释”上则应尽可能表明这两类证据的合理运用规范。

Abstract: According to the different relationship between evidence and the object of proof, evidence can be divided into two categories, that is, the substantial evidence and the auxiliary evidence. While the substantial evidence is thought to be “produced” by the existence or occurrence of the facts to be proved, the auxiliary evidence is regarded relatively independent of the facts to be proved. Auxiliary evidence can be further broken into various sub-categories, among which the distinction between in-case evidence and out-case evidence is the most important type decided by the “distance” between the facts to be proved and the facts bringing forth the auxiliary evidence. There are many problems in distinguishing the substantial evidence from the auxiliary evidence correctly, such as the imprecise definition of the object of proof, and the in-case auxiliary evidence being misapprehended as the substantial evidence.

To some extent, the prescriptive implication of this classification lies in the establishment of some practical permission and prohibition for the abstract proof standards, which can not only overcome the difficulties in judgment but also prevent the judicial arbitrariness. In western criminal procedures, due to the different proof standards for various processes such as conviction, arrest, stop and search, the applicable rules are different accordingly and generally reasonable. However, these rules and methods can not be directly found in the statutes but more as a legal and practical conception. Comparatively, in the corresponding and similar proving processes in Chinese criminal

procedure, the auxiliary evidence, especially the out—case one is often not properly regulated due to its illegal status, while the substantial evidence and the in—case auxiliary evidence, especially the former are unduly relied on.

The classification and its prescriptive implication of substantial and auxiliary evidence are universal and fundamental for law and practices. Thus, while research and education in this aspect should be strengthened, steps should also be taken in legislation and judicial interpretation.

Key Words: substantial evidence, auxiliary evidence, rationale of distinguishing, prescriptive implication

“现代化进程中的中国法治——纪念辛亥革命” 主题笔谈约稿启事

辛亥革命推翻了中国实行二千余年的封建皇权制度，开启了中国民主法治的现代化进程。自辛亥革命迄今的百年历程中，中国法治虽历经坎坷却坚韧不拔，在法治理念、法律制度、法治技术等诸多方面，不断刷新面貌。今日，法治治国方略已然确立，中国特色法律体系也宣布形成，落实法治方略，使之成为社会运行之实际状态，当是今后法治建设的主要任务。

辛亥革命百周年之际，本刊拟组织主题为“现代化进程中的中国法治”笔谈，期汇集众家思想之精华，为促进我国法治学术进步、推动法治理想向现实的转变尽绵薄之力。为使来稿合于笔谈风格之要求，现将相关注意事项告知如下，以供参考：

（一）笔谈整体意在“回观历史、解析现状、展望未来”。稿件需以辛亥革命以来相关历史资料为基础，围绕百年来我国法治建设实际进程，从历史中提出理解和解决法治现实问题的线索和办法。

（二）稿件可侧重于理念、制度、技术、知识或者宪法、民法、刑法等任何具体方面，但需有明确的问题意识，切入角度清晰。每一稿件只能阐述一个具体问题。

（三）稿件以观点表达明晰、流畅为要，无需作大量铺陈和繁复冗长的论述。必须引用相关文献的，尽可能在文中直接指明所引文献。

（四）来稿篇幅以 3000 至 5000 字为宜，时间以 8 月 20 日为限。

此外，本刊亦欢迎此主题下的文章投稿。篇幅为 15000 字以上。

《法学研究》编辑部

2011年5月12日