

我国刑事诉讼法应增设证据保全制度

张泽涛*

内容提要：在刑事诉讼中，被追诉方申请证据保全与申请取证存在本质差异。增设刑事证据保全制度可以制衡追诉方取证过程中的随意性，避免证明犯罪嫌疑人、被告人无罪和罪轻的关键证据在以后难以取得，又能使无罪的被追诉者尽快摆脱涉讼之苦。同时，增设刑事证据保全制度有助于保持法律体系的完整性和系统性。其他一些国家和地区的立法中规定了刑事证据保全制度。我国刑事诉讼法中应该增设刑事证据保全制度，明确规定决定是否实施证据保全的机关、保全申请权的主体、申请证据保全的条件和方式、证据保全材料的审查及处理、实施证据保全的措施以及申请权的救济。

关键词：证据保全 申请取证 救济权

证据保全制度是指证据在后续程序中存在灭失、伪造、变造、藏匿或其他难以取得的情形时，由当事人及其辩护人、诉讼代理人向专门机关提出申请后所采取的预防性保全措施。1996年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称现行刑事诉讼法）没有确立刑事证据保全制度，《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中也没有任何涉及刑事证据保全制度的条款。2012年再次修订的刑事诉讼法第100条规定了刑事附带民事诉讼中的财产保全制度，但是对证据保全依然没有任何涉及。^{〔1〕}从我国目前的刑事司法实践来看，近年来媒体陆续披露的佘祥林、杜培武等冤假错案与立法中缺失证据保全制度密不可分。但是，刑诉法学界对证据保全的制度机理及建构基本上没有任何关注，迄今为止，尚无系统研究刑事证据保全制度的文章或者专著，刑诉法理论研究上的相对空白使得学界对证据保全制度概念的理解都存在偏差。

刑事证据保全制度既是当今许多国家和地区刑事诉讼立法中一项不可或缺的基本制度，也是弥补被追诉方取证手段不足的重要防御武器，同时，它对于查明案件事实，保证刑事诉讼活动高

* 中央民族大学法学院教授。

本文为教育部人文社科资助项目“刑事案件分案审理程序研究——以‘关联性’为主线”（项目批准号：10YJA82136）的前期成果；本课题同时受中央民族大学“211”校级项目资助。

〔1〕 新刑事诉讼法第100条规定：“人民法院在必要的时候，可以采取保全措施，查封、扣押或者冻结被告人的财产。”但是此处的保全规定属于财产保全而非证据保全，并且新刑事诉讼法的其他地方也没有涉及证据保全的任何规定。

效运行也具有不可替代的作用。有鉴于此,笔者拟首先论证我国增设刑事证据保全制度的必要性,然后在比较分析域外刑事证据保全制度的立法与实践的基础上,提出建立我国刑事证据保全制度的构想,以期为刑事证据制度的完善提供理论支持。

一、增设刑事证据保全制度的必要性

从我国目前的立法现状以及司法实践来看,增设刑事证据保全制度势在必行。其理由主要体现在以下四个方面:

第一,证据保全与申请取证存在本质差异,申请取证的制度价值无法替代证据保全,证据保全可以弥补申请取证的内在缺陷。

由于国内目前尚无任何系统探讨刑事证据保全制度的文章或专著,学界对证据保全制度的基本概念及功能存在不太准确的理解。一些学者将现行刑事诉讼法第37条中所规定的辩护律师可以申请检察院和法院收集调取证据(即申请取证制度)等同于证据保全制度,认为“《刑事诉讼法》第37条、《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43条、第44条、《人民检察院刑事诉讼规则》第323条、《人民检察院保障律师执业的规定》第17条就是证据保全制度”。〔2〕“1954年开始制定、1975年修改定型的《美国联邦刑事诉讼规则》将被告人的这一权利(指申请以强制程序取证权)在制定法中加以具体化。在该规则中,被追诉方申请法官收集有利于本方的证据被称作证据保全。”〔3〕笔者认为,虽然从表面上看,申请取证与证据保全存在相似性,但是,二者之间存在根本差异,申请取证制度的价值无法替代证据保全制度的价值。分述如下:

首先,适用证据保全制度与申请取证制度的前提条件与价值不同。适用证据保全制度的前提条件是紧迫性,其制度价值是预防性;适用申请取证制度的前提条件是辩护律师无法取证,其制度价值是权利救济。具体而言,证据保全制度是证据在后续程序中存在灭失、毁损、变造以及其他难以取得的情形时所采取的一种预防性措施,是事先将以后可能无法取得或者证明品质减损的证据予以固定。前者如证人身患严重疾病随时可能死亡,后者如犯罪现场的指纹、血迹和脚印等。申请取证是犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师在取证时遇到阻力,申请检察机关或者法院通过强制手段取证,而不存在证据在以后的程序中难以取得的情形。由此可知,申请取证制度的首要价值不是为了保全证据,而是在辩护律师自行取证遭到拒绝时由国家给予一定的职权救济,以解决律师因无强制力而导致的取证不能。这从1996年修改刑事诉讼法时全国人大常委会的解释中可以得到印证:“可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,是指辩护律师在收集与本案有关的材料中,证人或者其他单位或者个人拒绝会见、拒绝提供物证、书证、视听资料、拒绝作证,辩护律师可以申请人民检察院、人民法院依法收集调取证据。”〔4〕

从法律条文来看,证据保全制度与申请取证制度的适用前提以及价值差异也是非常明显的。虽然刑事诉讼程序和民事诉讼程序存在本质上的区别,但是在一些基本的制度设计上还是存在共同之处的。民事诉讼法既规定了申请取证制度,也确立了证据保全制度。从法律条文的含义来看,适用民事证据保全制度与民事申请取证制度的前提条件以及价值呈现出明显差异:民事诉讼法第64条第2款规定:“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,……人民法院

〔2〕 参见刘秋平、陈国利:《刑事证据保全制度略论》,《社科纵横》2004年第4期;邱岳:《论刑事证据保全制度》,《四川理工学院学报》2006年第2期。

〔3〕 陈永生:《论辩护方以强制程序取证的权利》,《法商研究》2003年第1期。

〔4〕 胡康生、李福成:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社1996年版,第43页。

应当依法收集。”《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第17条进一步明确规定了“涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料”等当事人及其诉讼代理人无法自行收集的几种具体情形。从上述法律条文可以看出，民事诉讼中当事人及其诉讼代理人申请取证的前提条件是因为“客观原因”导致不能“自行收集”，而不得不借助法院的公权力予以救济。对于民事证据保全制度，民事诉讼法第74条明确规定：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。”该条规定表明，民事证据保全制度的适用前提是紧迫性，即证据可能灭失或者以后难以取得，其制度价值在于预防性，即事先将证据予以固定。显然，在刑事诉讼过程中，同样存在必须预先对证据进行固定的紧迫情形，但是刑事诉讼法没有规定刑事证据保全制度。这从一个侧面表明刑事诉讼制度设计上的偏差，对于取证存在紧迫性而证据可能灭失或者毁损等情形，缺乏应对措施。

其次，申请取证制度与证据保全制度的功能定位不同。任何一项诉讼制度的设置，都是为了实现特定的制度功能。从一些国家和地区的立法规定可看出，申请取证和证据保全的功能定位存在本质差异。

申请取证是国家专门机关在审查被告方的取证申请后，认为需要收集的，由国家专门机关决定收集，与国家专门机关的常规取证行为并无本质差异。在具体的操作程序上，一些国家和地区的申请取证制度与国家专门机关依职权收集证据制度相比，除增加了申请和批准等必要的前置性环节外，在取证以及采信证据的程序规定等问题上没有任何差别。同时，在整个取证过程中申请取证都是国家专门机关的一种单方面诉讼行为，绝大多数情况下并不需要其他诉讼主体的参与。

与申请取证制度不同，许多国家和地区对证据保全的制度设计都是严密周详的。法院或检察院在实施证据保全时，被告方原则上必须到场，实施证据保全措施的机关还必须听取辩护方的意见。在一些由法官决定证据保全措施的国家，在实施证据保全过程中，要求必须采取类似于庭审时的辩论与交叉询问程序。例如，意大利刑事诉讼法典专门用一章13个条文对证据保全（“附带证明”）作了规定，该法典第196条、第401条明确规定证据保全程序就是一次完整的庭审程序，公诉人、辩护人在决定和实施证据保全措施时，必须严格遵循法庭审判的辩论和质证程序。^{〔5〕}瑞典刑事诉讼法典第15条对保全证据的程序性规定是，“主审外取证之规定应比照适用该类证据。取证及嫌疑人出庭之费用应由公共基金支付。对嫌疑人出庭之补偿应根据政府颁布的规定（1996年第1624号法）。”^{〔6〕}对于主审取证程序，按照《瑞典诉讼法典》第43章的规定，就是庭审过程中判断和采信证据的程序。换言之，在瑞典，对于被采取保全措施的证据，控辩双方必须到场，在法官的主持下经过严格的辩论和质证程序以后才能固定和采信。

由上可知，证据保全与申请取证在操作程序上存在本质差异：前者在许多国家和地区适用的是一次规范完整的庭审程序，强调多方诉讼主体的全程参与，而后者往往是国家专门机关的一次常规的取证过程，只不过这种普通的取证过程由被追诉方申请而启动，国家专门机关大部分时间在演“独角戏”。两个程序之间存在的本质差异并不是立法上的无意识行为，其背后隐藏着深层次的原因，国家对这两种制度的程序功能有着完全不同的定位是其中应有之义。

再次，证据保全与申请取证所收集和固定的证据的效力不同。综观当今大陆法系和英美法系的审判结构，为了保证定案证据的真实性与可靠性，都要求法官或者陪审员采信的证据必须经过当庭质证和辩论，只是在具体的规则要求上存在一定差异。在英美的证据立法中，法庭采信证据受传闻证据排除规则的限制。之所以要排除传闻证据是“因为从当事人的角度而言，传闻证据是

〔5〕 参见《意大利刑事诉讼法典》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第140页以下。

〔6〕 《瑞典诉讼法典》，刘为军译，中国法制出版社2008年版，第81页以下。

未经宣誓的，对方当事人无法在法庭上对传闻证据进行有效的交叉询问，致使发现真实的‘伟大引擎’没有了用武之地，这被英美法系国家视为传闻证据存在的关键问题”。〔7〕国内学者对此的归纳是，“目击证人在陈述时没有宣誓，不受伪证罪的威胁，虚假可能性大；其次，对传闻证据大多经过二次以上的转述，误传的危险性大，不足以采信。”〔8〕大陆法系国家的法典中虽然没有确立传闻证据排除规则，但规定了直接言辞原则，要求法官和陪审员采信证据必须经过庭审的质证和辩论，否则，不得采信。例如，“在德国，基本上适用所谓的‘直接性原则’，根据该原则，法院对证人的询问不允许以宣读书面证言来代替（德国刑事诉讼法第250条）。”〔9〕无疑，从法官采信证据的形式要件来看，直接言辞原则与传闻证据排除规则能够取得异曲同工的效果。只不过传闻证据排除规则侧重于保障当事人的交叉询问权利，而直接言辞原则旨在赋予法官与陪审员审查判断证据的程序保障权。

实施申请取证和证据保全时国家专门机关所采取的程序不同，因此，二者所取得证据的效力也是不同的。对于通过证据保全措施所固定的证据，虽然也是在审前收集的，但是在实施证据保全措施时，两大法系国家均采取了类似于庭审的严格程序，因此，对于通过证据保全固定下来的证据，在英美法系国家，不受传闻证据排除规则的限制，证人也免除了在审判程序中出庭宣誓和接受交叉询问的义务；在大陆法系国家，则不受直接言辞原则的限制。例如，《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》第801条（d）项明确规定：“一项陈述如果符合下列情况，则不是传闻：（1）证人的先前陈述。陈述者在审判或听证中作证并接受关于该陈述的交叉询问……。”〔10〕在意大利，其刑事附带证明制度（即申请证据保全制度）“是对彻底的直接言辞原则的一个补充”。〔11〕德国刑事诉讼法第251条规定（该条规定与德国刑事诉讼法第165条、第166条规定的证据保全措施相对应）：“有下述情形之一时，允许以宣读以前的法官讯（询）问笔录代替讯（询）问证人、鉴定人或者共同被指控人：1. 证人、鉴定人或者共同被指控人已经死亡、发生精神病或者居所不能查明；2. 因患病、虚弱或者其他不能排除的障碍，证人、鉴定人或者共同被指控人在较长时间或者不定时间内不能参加法庭审判。”〔12〕但是，对于辩护方的申请取证而言，由于本质上仍然是被追诉方的一种单方取证行为，在取证时并没有经过严格的交叉询问与言辞辩论，因此，在英美法系国家，辩护方申请取证所收集的证据属于传闻证据，证人必须出庭作证，在接受控辩双方的交叉询问之后，法官和陪审员才能决定是否采信其证言；在大陆法系国家，辩护方申请取证所收集的证据受到直接言辞原则的约束，必须经过当庭辩论和质证，才能作为定案的证据予以采信。

最后，证据保全可以弥补申请取证的内在缺陷。赋予被追诉方申请取证权，是当今世界其他国家和地区通行的立法例，我国现行刑事诉讼法第37条也明确规定了辩护律师的申请取证权。但实践中，辩护律师的申请取证权基本上被虚置。有学者通过问卷调查显示，在律师办理刑事案件所遇到的63种难题中，“调查取证基本无法进行/取证难”位列榜首，38.3%的律师将其列为自己办理刑事案件所遇到的最为棘手的问题。〔13〕在审查起诉阶段，266名辩护律师（平均每人的申请取证数量为2.4次）向检察院申请调查取证，同意申请的仅为0.62次，占申请次数的

〔7〕 United States v. Evans, 216 F.3d 80, 84 (D. C. Cir. 2000).

〔8〕 陈光中：《刑事诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第216页。

〔9〕 [德] 托马斯·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262页。

〔10〕 《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，卞建林译，中国政法大学出版社1996年版，第119页。

〔11〕 王以真主编：《外国刑事诉讼法学》，北京大学出版社2004年版，第283页。

〔12〕 《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社1995年版，第103页。

〔13〕 参见陈瑞华主编：《刑事辩护制度的实证考察》，北京大学出版社2005年版，第254页。

25%左右,没有任何理由且置之不理的为1.08次,占申请次数的45%,检察院认为没有必要而没有采取取证措施的为0.7次,占申请次数的30%左右。^[14]通过上述实证数据可以看出,司法实践中申请取证制度基本上难以发挥作用。造成上述弊端的主要原因在于申请取证权是一种请求权和建议权,无法律上的约束力,侦查机关和检察机关对此可以不作任何回应,被追诉方对此也没有其他的救济渠道。而从刑事证据保全制度的性质以及各国的立法规定来看,犯罪嫌疑人及其辩护律师的证据保全申请如果被追诉机关驳回,被追诉方可以通过提起复议的方式获得救济。同时,如果国家专门机关没有采取证据保全措施导致证据灭失或者毁损,在审判阶段,被告人还可以要求法院作出有利于己的判决。例如我国台湾地区刑事诉讼法第219条就明确规定:对于犯罪嫌疑人、被告人的证据保全申请,如果检察官裁定驳回或者五日内没有采取证据保全措施的,被追诉方可以向法院提起诉讼。因此,可以说,证据保全制度与申请取证制度存在根本差异,证据保全制度弥补了申请取证制度的缺陷。因为与申请取证制度相比,国家专门机关对于证据保全申请不能采取置之不理的态度,必须作出审慎回应。同时,如果决定机关侵犯了被追诉人的证据保全申请,申请者还可以通过向法院提起诉讼等多种方式获得切实有效的权利救济。

第二,弥补辩护方取证手段的不足,避免关键的涉案证据灭失或者毁损,制衡追诉方取证过程中的随意性。

首先,刑事证据保全制度可以强化侦查阶段的控辩对抗,弥补辩护方取证手段的不足,避免关键涉案证据的灭失或者毁损。刑事案件一旦发生,随着时间的流逝,一些关键的涉案证据往往会灭失或者毁损,而刑事案件的最终判决结果取决于侦查阶段收集和固定的各类证据,因此,如果侦查过程中取得的证据存在虚假或者片面性,法院是不可能作出公正判决的。对此,德国刑事法学者指出:“在侦查程序中犯下的错误或存在的不足,通常没有办法在审判程序中加以修正或者弥补。……司法主要关注的是审判程序应该如何进行以及判决应该如何得出。但这些往往要靠侦查程序来确定。”^[15]根据研究结果他得出以下结论:“那些已在侦查程序当做证据调查并为评价的内容,实质上已经构成了刑事诉讼程序里重要的‘前确定’(Vorbestimmt)。”^[16]陈瑞华教授也得出类似的结论:“真正决定中国犯罪嫌疑人和被告人命运的程序不是审判,而是侦查。”^[17]

赋予辩护方证据保全申请权一定程度上可以避免关键涉案证据的灭失或者毁损,强化侦查阶段的控辩对抗。刑事诉讼实质上是围绕国家追诉和辩护方对抗追诉而展开的,犯罪嫌疑人、被告人对哪些证据可以证明自己无罪或者罪轻最为清楚,也能清醒地认识到哪些关键的涉案证据可能随着时间的流逝而灭失或者毁损。但是,犯罪嫌疑人、被告人缺乏依靠国家强制力进行取证的各种手段,如果赋予被追诉方证据保全申请权,就可以将控辩之间的对抗延伸到侦查这一取证的关键阶段,对于那些容易灭失或者毁损的辩护证据,被追诉方可以借助国家专门机关的强制力预先予以固定,这样侦查机关在取证时就会更加客观和全面,从而防止侦查机关取证的片面性。另外,在我国,犯罪嫌疑人、被告人一方的取证手段受到了诸多的限制,而在一些西方法治国家,立法上赋予了辩护方广泛的取证手段。例如,在严格奉行令状主义的英美法系国家,辩护方的私人行为或者是雇佣私人侦探等非政府机构收集证据比追诉机关更少受到法律约束。“美国绝大多数案例,均认为联邦宪法增订第四条禁止警察人员无理的搜索扣押,仅在限制政府机关人员侵犯

[14] 参见前引[13],陈瑞华主编书,第279页。

[15] Peters Fedler, Quellen im Strafprozess, 2. Bd., 1972, S. 195.

[16] 同上书,第195页,脚注347。

[17] 陈瑞华:《刑事诉讼前沿问题研究》,中国人民大学出版社2005年版,第333页。

私人秘密，并非对私人与私人之间的限制，故不适用于私人搜索扣押行为。”〔18〕从这个意义上讲，刑事诉讼法更应该赋予被追诉方申请取证权，以对抗国家追诉，防止侦查机关的片面取证行为。

其次，刑事证据保全制度可以通过切实有效的救济途径制衡侦查机关的不规范取证行为。许多国家和地区的立法中均要求侦查人员必须客观、全面、及时地收集证据，但实践中侦查机关基于追诉者的身份，往往会有意无意地侧重于收集证明犯罪嫌疑人有罪和罪重的证据。例如，德国刑事诉讼法第160条第2款规定：“检察院不仅要侦查证明有罪的，而且还要侦查证明无罪的情况，并且负责提取有丧失之虞的证据。”〔19〕但从德国的侦查实践来看，“随着案件的侦查活动越来越集中到特定的犯罪嫌疑人身上，警察会倾向于寻找强化和证实犯罪嫌疑的证据而不再留意可以证明无罪的证据。”〔20〕这样一来，“犯罪嫌疑人不能强迫检察官考虑可以证明其无罪的证据，他还可能通过申请询问某些证人或者调取某些证据，无意中向控方提供了一些以后可能会不利于犯罪嫌疑人的宝贵信息。因此，有经验的辩护律师会建议犯罪嫌疑人，除非绝对肯定某项证据会证明其无罪，否则不向检察官提出调取证据的申请。”〔21〕在英美的对抗制诉讼中，检察官和警察代表政府一方追诉犯罪，虽然也要求侦查人员全面、客观地收集能够证明犯罪嫌疑人无罪和罪轻的证据，但是警察和检察官为了保证控诉的成功率，也倾向于收集对嫌疑人不利的证据而忽略对其有利的证据。

与当今其他国家的立法相似，我国现行刑事诉讼法第43条也明确规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”同时，2010年11月23日“两院三部”联合下发的《关于加强协调配合积极推进量刑规范化改革的通知》第3条也明确要求：“侦查机关、检察机关不但要注重收集各种证明犯罪嫌疑人、被告人有罪、罪重的证据，而且要注重收集各种证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻的证据。”但是，在我国目前的侦查实践中，侦查人员还是倾向于收集证明犯罪嫌疑人有罪和罪重的控诉证据。有学者分析了近年来500起刑事冤假错案后指出，每一起错案中不同程度地存在侦查人员有意忽视收集能够证明犯罪嫌疑人无罪的证据的情况。〔22〕

刑事证据保全制度可以制衡侦查机关的上述不规范取证行为。上文已经指出，犯罪嫌疑人及其辩护律师的证据保全申请如果被追诉机关驳回，被追诉方可以通过提起复议的方式获得救济。同时，如果因为国家专门机关没有采取证据保全措施导致证据灭失或者毁损，在审判阶段，被告人还可以要求法院作出有利于己方的判决。虽然现行刑事诉讼法第37条规定了辩护律师的申请取证权，但是，无论从其性质还是各国的立法规定来看，申请取证权是否能够得到保障最终还是由追诉机关单方自由裁量；如果追诉机关认为无须取证，辩护方并没有其他的救济手段。从这个意义上而言，被追诉方很难通过申请取证权获得有利于己方的证据。只有设置刑事证据保全制度才能实质性地提升犯罪嫌疑人、被告人的地位，从而使犯罪嫌疑人、被告人能够通过行使证据保全申请权来制衡侦查机关的不规范取证行为，这也是当今许多国家和地区的立法中同时确立证据保全与申请取证的主要原因。

〔18〕 周叔厚：《证据法论》，台湾三民书局股份有限公司2000年版，第1157页。

〔19〕 前引〔12〕，《德国刑事诉讼法典》，第78页。

〔20〕 前引〔9〕，魏根特书，第152页。

〔21〕 同上书，第153页。

〔22〕 参见何家弘、何然：《刑事错案中的证据问题——实证研究经济分析》，<http://www.criminallaw.com.cn/article/default.asp?id=1803>，2012年1月15日访问。

第三,有助于使无罪的犯罪嫌疑人、被告人尽快摆脱涉讼之苦,保障刑事诉讼活动的顺利进行。

首先,证据保全制度可以使无罪的犯罪嫌疑人、被告人尽快摆脱涉讼之苦。在刑事追诉期间,犯罪嫌疑人、被告人的法律地位始终处于不确定状态,其人身自由往往会因羁押而被剥夺,财产可能会被扣押,人格名誉也将遭受贬损。这种未确定的法律状态,也会影响其正常的家庭生活,因为犯罪嫌疑人、被告人在受羁押期间,已经因失去工作而断绝了经济来源,其家庭甚至面临解体。诚如贝卡里亚所言:刑事追诉“捉摸不定给犯人带来了无益而残酷的折磨,犯人越富有想象力,越感到自己软弱,就越感受到这种折磨”。^[23]对犯罪嫌疑人而言,最好的结局是在侦查阶段即获得不被追诉的效果,从而尽快摆脱涉讼之苦,而不是经过冗长的侦查、起诉和审判程序,最终才被法院判决无罪。

赋予犯罪嫌疑人在侦查阶段的证据保全申请权,可以强化被追诉人的防御权,使无罪的犯罪嫌疑人在侦查阶段即解脱被追诉的风险。侦查人员在收集证据时不可避免地存在片面性,而犯罪嫌疑人对于哪些证据能够证明自己无罪最为清楚,也了解这些证据是否存在灭失或者毁损的可能,特别是一些对于证明犯罪嫌疑人无罪的关键证据,一旦保全之后即可终止刑事追诉程序,既可使犯罪嫌疑人解脱被追诉所造成的人身和精神上的折磨,也可以为公安机关进一步指明侦查方向,避免浪费诉讼资源。如最近几年媒体报道的系列冤假错案中,绝大多数案件侦查时犯罪嫌疑人要求收集核实的证据均足以证明嫌疑人无罪,但是鉴于证据保全制度的缺失,最终酿成了冤假错案。另外,即使是一些不能直接证明犯罪嫌疑人无罪的证据,如果被追诉者提出了保全申请,也可以削弱随着程序的推进而积累的司法人员对被告人的不利判断,避免有罪预断的形成。

其次,证据保全制度可以保障刑事诉讼活动高效及时运行。侦查和审查起诉阶段保全的证据是在控辩双方的参与下由国家专门机关依照法定程序预先固定下来的,这类证据在庭审过程中可以不经过控辩双方的质证和辩论直接予以采信。特别是对一些身患严重疾病或者出国的证人来说,避免了因无法出庭作证而导致的证据不可采,这一定程度上可以避免冗长的法庭辩论过程,提高整个诉讼程序的效率。而一些可以证明犯罪嫌疑人、被告人无罪的关键证据,一旦被追诉方提出申请保全,刑事追诉程序就可能立即终止,这样更有利于大幅度地提高诉讼效率,节约诉讼资源。

第四,有利于实现诉讼立法的系统化、科学化和规范化。

首先,增设刑事证据保全制度可以使我国的诉讼法体系更加系统化。在我国现行三大诉讼法体系中,民事诉讼法第74条、行政诉讼法第36条明确规定了证据保全制度,其条文表述均为:“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据,人民法院也可以主动采取保全措施。”这表明立法者充分意识到证据保全对于查明案件事实和维护当事人程序性与实体性权利是不可或缺的。但是刑事诉讼法却没有规定证据保全制度,这实质上从一个侧面表明三大诉讼法体系中存在逻辑上的矛盾。虽然与刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼相比,海事诉讼有其自身特点以及运行规律,但是基本的程序原理与制度设计有共通之处。具体就证据保全制度而言,《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》专门用第五章11个条文来规定海事诉讼证据保全制度。这从一个侧面表明,基于保障查明案件事实和维护当事人权利的需要,所有的诉讼程序立法均有必要确立证据保全制度。

其次,增设刑事证据保全制度在一定程度上可以缓解三大诉讼法中“实体问题更重要,程序保障却不足”的窘境,保障诉讼立法的科学化。从三大诉讼法解决的实体问题与程序特征来看,

[23] [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第56页。

刑事诉讼法更应该增设犯罪嫌疑人、被告人的证据保全申请权。民事诉讼调整的是平等主体之间的财产关系和人身关系，行政诉讼解决的是具体行政行为的合法性问题，而刑事诉讼解决的是被追诉人的刑事责任问题，其结果可能是剥夺被告人的人身自由甚至生命。从上述意义上讲，与民事诉讼和行政诉讼相比，刑事诉讼程序或者结果不公正，会给被追诉者带来更大的灾难性后果。对此，“美国最优秀、最著名的法官之一伦尼特·汉德说过，他对诉讼的恐惧更甚于对死亡或纳税的恐惧。所有案件中最令人恐惧的是刑事案件，但它们对公众却最具吸引力。”〔24〕因此，就三大诉讼法所解决的实体问题来看，赋予犯罪嫌疑人、被告人证据保全申请权更有必要。同时，刑事诉讼程序是专门的侦查机关、公诉机关对犯罪嫌疑人、被告人进行的追诉活动，被追诉人始终处于一种弱势地位，其取证手段可能因为被羁押等原因而受到制肘；民事诉讼的原告和被告拥有同等的诉讼权利，并承担同等的诉讼义务；行政诉讼是一种“民告官”的活动，由作为被告的行政机关承担举证责任；因此，从三大诉讼活动的程序特征来看，与民事诉讼和行政诉讼相比，基于维系诉讼两造之间的相对平衡，刑事诉讼更应该赋予被追诉人证据保全申请权，这样才能使立法体系科学化。

再次，增设刑事证据保全制度可以完善刑事诉讼法逻辑体系，有利于实现立法的规范化。规范化的立法体系意味着各项具体的制度设计能环环相扣，但是，目前刑事诉讼法对于自诉制度与刑事附带民事诉讼方面的规定却存在不尽周密之处，增设刑事证据保全制度一定程度上可以弥补这一缺陷。

现行刑事诉讼法第170条明确规定了三类自诉案件。对于自诉案件的审理，自诉人和被告人遵行民事诉讼中“谁主张、谁举证”原则，而刑事诉讼中对被告人定罪的证明程度远远高于民事诉讼的盖然性标准。虽然根据《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49条的规定，自诉人委托的律师充当诉讼代理人可以收集、调取与本案有关材料，但是，众所周知，刑事司法实践中律师调查取证难是一大痼疾，人民法院收集和调取证据的现象更是极为少见。这样一来，自诉人及其诉讼代理人很难通过有效途径收集证明被告人构成犯罪的证据，也就无从控诉犯罪。特别是第三类“公诉转自诉”的案件，实践中基本上没有出现被害人通过上述途径提起自诉的案例。2001年，笔者在深圳市中级人民法院进行调研的数据显示，整个深圳法院系统没有受理一起由被害人提起的公诉转自诉案件。因为在这类自诉案件中，公安机关和人民检察院都难以收集能够证明被告人构成犯罪的证据，而自诉人一方既不拥有国家追诉机关的职能和资源，又缺乏包括申请证据保全在内的取证手段。实际上，这种立法模式在英国以及我国台湾地区的刑事诉讼立法中均有类似的规定，但实际效果是“被害人过去很少有能力和权利和资源去侦查或起诉，现在也没有”。〔25〕因此，从赋予自诉人有效的取证手段以完善我国的自诉制度而言，增设刑事证据保全制度确有必要。

另外，增设证据保全制度可以弥补刑事附带民事诉讼制度的立法缺陷。在刑事附带民事诉讼中，民事诉讼法第74条规定了证据保全制度，赋予了原告和被告申请证据保全的权利，刑事诉讼法及其司法解释也规定了法院在审理刑事附带民事诉讼案件时应该参照民事诉讼法的规定。但是，由于刑事诉讼法没有规定证据保全制度，在司法实践中，公安机关、人民检察院和人民法院对于附带民事诉讼当事人提出的证据保全申请，通常采取推诿的态度。这样一来，民事诉讼法赋予附带民事诉讼原告人以及被告人的证据保全申请权就难以得到有效保障。因此，从完善刑事附带民事诉讼的角度而言，也有必要赋予原告人和被告人申请证据保全权。

〔24〕 [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第1页。

〔25〕 [英] 高伟、杰里弗·威尔逊：《英国刑事司法程序》，姚永吉译，法律出版社2003年版，第137页。

二、域外刑事证据保全制度之比较分析

鉴于刑事证据保全制度存在上述诸多价值,一些国家和地区的立法均明确规定了该制度。但如前文所述,我国现行和新修订的刑事诉讼法及其司法解释中没有任何涉及刑事证据保全制度的条款,有鉴于此,下文拟对域外法制进行考察,以利于构建我国的刑事证据保全制度。

《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》第15条对刑事证据保全制度作出了明确规定:“由于特殊情况,从司法利益考虑,一方当事人预备提供的证人证词需要先行采证并保存至审判中使用时,法院可以根据该当事人的申请和对有关当事人的通知,命令对此类证人的证词采证”、“反对保全证词、证据或其中某一部分,应当在证据被保全时提出异议并阐明理由”、“本条规则不妨碍双方当事人协商一致并经法庭同意后保全证据,无论是采用口头或书面询问方式,以及使用该被保全的证据”。〔26〕对于如何实施证据保全措施,《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》第15条(d)项要求按照民事诉讼中实施证据保全的方法和步骤进行:“……采证应当以民事诉讼中规定的方式进行并保存……(2)询问和交叉询问的范围和方式应和审判时的要求相同。”〔27〕至于民事诉讼中证据保全制度的操作程序,美国联邦最高法院的判例明确指出:“在审判之前,当事人双方可以不附带任何理由,要求传唤包括对方当事人在内的任何相关人在特定时间到特定场所接受询问。证人必须宣誓后,才可以接受传唤一方的询问,对方当事人可以针对询问内容提出异议。整个采证过程应该通过速记记载下来,在某些特殊情况下,还应该对采证过程进行录像。”〔28〕

通过证据保全获取和固定的证据,其效力不受传闻证据规则的约束。在实施证据保全时,被告人有权在场,如果被告人被羁押,羁押官员应当交出被告人,以保障被告人的在场权。实施证据保全时,直接询问与反询问的范围与方式与庭审程序一致。另外,被告人可以根据联邦证据规则的规定全部或者部分使用被保全的证据。

为了切实有效地保障被追诉人的申请证据保全权,美国的一些州通过判例明确规定,如果追诉方在执行法庭的证据保全令状时存在偏差,法庭可以对其进行惩罚。如新墨西哥、缅因、内布拉斯加等州即有此类规定。〔29〕另外,法庭还可以从被告人利益的角度出发,对追诉机关作出一个附加的惩罚决定,直接宣布起诉书无效或者宣告被告人无罪。〔30〕对于被保全证据的保管,鉴于联邦法院并没有制定统一的规则,每个司法区采取的做法并不完全一致。〔31〕通常情况下,各个州根据自己的实际情况,制定了证据管理政策,设置了证据监管人,专门负责管理被保全的证据。〔32〕

德国和瑞典也在各自的刑事诉讼法典中设立了证据保全制度。德国刑事诉讼法第166条明确规定:“(一)被法官讯问时,被指控人申请收集对他有利的一定证据,如果证据有丢失之虞,或者收集证据能使被指控人得以释放的,法官应当收集他认为重要的证据。(二)如果应在其他辖

〔26〕 前引〔10〕,《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,第52页以下。

〔27〕 同上书,第53页。

〔28〕 Yale Kamisar, Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel and Nancy King, *Modern Criminal Procedure*, West Group, 9th ed., 1999, pp. 1209-1210.

〔29〕 ME. REV. STAT. ANN. tit. 15 § 2138 (2) (2004).

〔30〕 e. g., N. M. STAT. ANN. § 31-1A-2 (F) (2005).

〔31〕 See Kreimer & Rudovsky, *Double Helix, Double Bind, Factual Innocence and Post Conviction DNA Testing*, 151 U. Pa. L. Rev. 547, 554 (2002).

〔32〕 See Edward Connors *et al.*, *Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence after Trial*, 19 U. S. Dep't of Justice (1996).

区内收集证据，法官可以嘱托该辖区法官收集。”〔33〕与德国刑事诉讼法相类似，《瑞典诉讼法典》也赋予了被追诉人证据保全的权利，该法典第41章对证据保全制度作了专门性规定：“诉讼中涉及对于某人法定权利极为重要之事实的证据有灭失或难以收集之风险，且未对该未决权利进行任何审理的，地区法院可以询问证人、专家意见、勘验或书证等形式为将来收集和保全证据。任何人（包括被追诉人）想要为将来收集和保全证据的，应向法院提出申请。申请书中应当说明想通过该证据加以证明的事实、该证据的性质、申请者提出收集该证据的根据，可能的情形下，应说明利益受到威胁的其他人。为将来收集和保全证据产生的费用应由申请人支付。法定权利与该次取证有关的其他人被通知到庭且参与了取证的，申请人应向其支付法庭认为数额合理的必要的差旅费、生活费和时间耗费补助。”〔34〕

日本和意大利为了适应对抗制改革的需要，均在各自的刑事诉讼法中增设了证据保全制度，以增强被追诉人的取证手段和防御能力。如日本刑事诉讼法第179条规定：“被告人、嫌疑人或者辩护人，在不预先保全证据将会使该证据的使用发生困难时，以在第一次公审期日前为限，可以请求法官作出扣押、搜查、勘验、询问证人或者鉴定的处分。受到前项请求的法官，对于该项处分，有与法院或者审判长同等的权限。”〔35〕将证据保全制度规定下来，是日本“现行诉讼法中才设立的制度”。〔36〕从这个意义上讲，日本增设证据保全制度旨在增强控辩之间的对抗性。虽然对于驳回证据保全申请的裁定，日本刑事诉讼法中并没有规定申请人的救济途径，但是判例对此作了较为宽松的解释：“如果将询问证人作为一项证据保全提出而被驳回时，由于该驳回裁判属于刑事诉讼法第429条第1款第2项规定的‘关于扣押裁判’，故对此允许提出例外的准抗告申请。”〔37〕在具体的刑事司法实践中，对于“扣押裁判”范围的理解，包含了一切与犯罪嫌疑人、被告人权利有关的诉讼行为，因此，在日本，对于驳回证据保全申请的裁定，通常情况下，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人可以通过准抗告程序获得救济。与日本的刑事诉讼立法相似，1988年意大利刑事诉讼法也增设了“附带证明”程序（证据保全制度），专门用一章13个条文对“附带证明”的适用条件、申请、法官对申请的决定、实施保全的程序以及所固定的证据的效力等作出了严密周详的规定。具体而言，附带证明的适用条件包括：证人确有理由认为将会因疾病或者其他重大原因而不能在法庭审理时接受询问；有理由认为将出现以暴力威胁或者许诺给予钱款等好处的方式使证人不愿意提供证言或者作伪证；与向公诉人作出前后不一致陈述的证人进行对质；需要进行鉴定或司法实验的人、物或者地点，有证据证明其状态将不可避免地发生改变；特别紧急的情况下，辨认程序不能推迟到法庭审理时进行；如果在法庭审理时进行鉴定，会导致庭审过程延缓60日以上。申请附带证明的形式和实质要求包括：申请人必须提供要求采取附带证明的理由与证据、进行附带证明程序的对象、为了实施附带证明程序必须申请延长侦查期限的理由，等等。对于实施附带证明的庭前程序，意大利刑事诉讼法第398条明确规定：法官应该审查附带证明申请，确定庭审日期、地点，并送达被调查人、被害人和辩护人。至于法官实施附带证明的庭审程序，从该法第401条的内容来看，本质上就是一次完整的庭审程序，控辩双方必须展开辩论和质证。〔38〕

2003年我国台湾地区刑事诉讼法增设了刑事证据保全制度，这对于如何构建我国的刑事证

〔33〕 前引〔12〕，《德国刑事诉讼法典》，第83页。

〔34〕 前引〔6〕，《瑞典诉讼法典》，第146页以下。

〔35〕 《日本刑事诉讼法》，宋英辉译，中国政法大学出版社2000年版，第40页。

〔36〕 [日]田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第96页。

〔37〕 [日]石井一正：《日本实用刑事证据法》，陈浩然译，台湾五南图书出版公司2000年版，第42页以下。

〔38〕 参见前引〔5〕，《意大利刑事诉讼法典》，第140页。

据保全制度, 具有较大的借鉴意义, 因此, 下文将详细介绍其立法背景及内容。与日本和意大利相似, 2003年之前我国台湾地区的刑事诉讼法虽然赋予了被追诉方证据调查申请权, 明确规定被告人可以申请侦查机关作出“为有利于己之必要处分”(刑事诉讼法第2条第2项), 侦查机关在讯问被告人时, 检察官或司法警察也负有应先告知被告人(犯罪嫌疑人)“得请求调查有利之证据”的义务(刑事诉讼法第95条、第100—2条), 但是, 上述条款只是表明被告人可以提出证据调查申请, 并没有赋予被告人实质性的救济条款。因此, 在刑事司法实践中, 基本上没有出现被告人借助调查申请权收集到于己有利证据的案例, 被告人的证据调查申请权明显“遭受漠视”。^[39] 基于上述原因, 2003年我国台湾地区修改刑事诉讼法时, 专门在第12章“证据”中增设了第五节, 确立了证据保全制度, 其内容有: 第219条之一(证据保全之声请)、第219条之二(声请证据保全之裁定)、第219条之三(声请证据保全之期日)、第219条之五(声请保全证据书状)、第219条之六(犯罪嫌疑人于实施保全证据时之在场权)、第219条之七(保全证据之保管机关)、第219条之八(证据保全之准用规定)。具体内容是: 在侦查阶段, 对于证据有湮灭、伪造、变造、隐匿或者碍难取得情形的, 犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人可以申请检察官采取搜索、扣押、鉴定、勘验、讯问证人或其他必要保全的处分措施; 除认为不合法或无理由应予驳回外, 检察官应该在5日内实施保全措施; 检察官驳回申请或者没有在5日内采取证据保全措施的, 申请人可以向法院申请证据保全; 除申请属于法律上不准许或者无理由的情形外, 法院都应该作出批准证据保全申请的裁定; 即使证据保全申请不符合法律程序上的规定, 法院也应该通知申请人补正以后再作出批准保全申请的裁定。^[40] 我国台湾地区刑事诉讼法增设刑事证据保全制度, 弥补了犯罪嫌疑人及其辩护律师申请取证权的缺陷, 使得“检察官不能如过去般地默不作声, 而必须有所回应(此处, 或许是新‘修法’关于证据保全最有意义的地方)。”^[41] 从立法意图上看, 增设刑事证据保全制度, 实质上是进行当事人主义诉讼改革的一个体现。因为证据保全制度意味着提升了被告人在诉讼中的自主权、防御权和决定权, 被告人在行使证据保全申请权时, 可以积极主动地介入一直以来以检察官为中心的侦查程序, 使侦查朝着有利于己的方向发展, 彻底改变了过去完全依赖于检察官客观性义务的传统职权主义侦查模式。在侦查程序的重要性日益受到重视的时代背景下, 我国台湾地区刑事诉讼法增设证据保全制度的积极意义无疑是值得肯定的。

总之, 鉴于刑事证据保全制度存在诸多价值, 当今世界许多国家和地区的刑事诉讼法都明确规定了该制度。从各个国家和地区的立法条文来看, 虽然对刑事证据保全制度的立法规定不存在重大分歧, 但是在一些关键问题上还是表现出了明显不同。首先, 虽然将证据保全申请权作为当事人的一项重要权利并单独立法, 但是, 在证据保全申请主体的限定上存在较大差异。例如, 日本刑事诉讼法第179条将申请主体界定为“被告人、嫌疑人或者辩护人”, 我国台湾地区刑事诉讼法第219条第4款将申请主体规定为被告人、辩护人、自诉人和检察官, 美国联邦刑事诉讼规则和证据规则第15条以及意大利刑事诉讼法第398条则将证据保全申请主体扩大到诉讼双方当事人。其次, 每个国家和地区的立法均对如何实施证据保全措施设置了专门的程序, 都必须经过类似于庭审的辩论和质证程序, 只是在具体操作上存在一定程度的差异。例如, 美国联邦刑事诉讼规则和证据规则第15条要求对刑事证据保全制度采用类似于民事诉讼的方式和方法进行, 而我国台湾地区刑事诉讼法第219条对申请证据保全的期日、批准主体、犯罪嫌疑人在场权, 甚至

[39] 参见杨云骅:《侦查程序中证据保全制度之检讨》,《东吴大学法律学报》第16卷第2期。

[40] 我国台湾地区最新的刑事诉讼法, 可参见北大法意网, http://www.lawyee.net/Act/Act_Other_TW_Display_Asp?ChannelID+1040000&KeyWord=&RID=560, 2012年3月15日访问。

[41] 许泽天编著:《刑事诉讼法论》,台湾神州图书出版公司2003年版,第12页。

书状的具体表述事项都进行了细致的规定。再次,绝大多数国家和地区将证据保全的决定机关规定为法院。当然,这种立法例是在裁判法官和令状法官有着成熟区分制度的前提下才予以确立的。最后,许多国家和地区专门设置了对证据保全申请进行救济的程序。证据保全申请是当事人的一项重要诉讼权利,故此各国基本上都规定了申请人可以提出程序救济,并且会引发相关的程序性制裁。例如,上文已经提及美国某些州就明确规定有惩罚措施,我国台湾地区刑事诉讼法第219条之一规定,保全申请被检察官驳回的,可以向法官申请救济。

需要特别指出的是,刑事证据保全制度的具体设计与一国或一地区的诉讼目的、诉讼结构以及相关的配套机制息息相关,因此,在借鉴域外立法以建构我国的刑事证据保全制度时,应该有选择地吸收。

三、我国刑事证据保全制度的立法构想

鉴于申请取证制度与刑事证据保全制度存在根本差异,刑事诉讼法及其司法解释中刑事证据保全制度的缺失既给司法实践造成了诸多弊端,也与其他国家和地区的刑事诉讼立法背道而驰,笔者认为,应该结合我国的立法与司法现状,适当借鉴其他国家和地区的立法经验,明确规定刑事证据保全制度。具体而言,包括以下六个方面的内容:

(一) 明确规定人民检察院为证据保全申请的批准机关

许多国家和地区的刑事诉讼法明确规定只有法院才有权决定是否采取刑事证据保全措施(我国台湾地区刑事诉讼法除外)。如意大利刑事诉讼法第392条第1款规定:“在初期侦查阶段,公诉人和被调查人可以要求法官采用附带证明的方式进行以下活动……”;〔42〕《瑞典诉讼法典》第41章第2条也规定:“任何人想要为将来收集和保全证据的,应向法院提出申请”。〔43〕日本刑事诉讼法第179条、〔44〕美国联邦刑事诉讼规则和证据规则第15条、〔45〕德国刑事诉讼法第166条〔46〕均采取了与意大利和瑞典相同的立法例,规定只有法院才可以决定是否采取证据保全措施。正是基于上述原因,国内有些学者也主张将是否实施证据保全的决定权交给法院。〔47〕但是,笔者认为,我国现行的刑事司法体制与西方法治国家存在根本区别。在我国,公安机关、人民检察院和人民法院三机关之间是分工负责、互相配合、互相制约的关系,法院居中裁判的司法令状主义并没有确立,检察机关既是国家追诉机关,也是专门的法律监督机关,享有实施一切强制手段的批准或者决定权。同时,从刑事诉讼制度层面以及侦查策略来看,也宜将是否采取证据保全措施的决定权交由人民检察院。分述如下:

首先,将证据保全措施的决定权交给法院,与我国现行的刑事司法体制不一致。刑事证据保全措施本质上是由国家专门机关依当事人的申请固定证据,从这个意义上讲,刑事证据保全也是获取证据的一种方式。因此,与常规的取证手段一样,证据保全措施也是一种带有强制性的诉讼手段,实施证据保全措施往往会对公民的人身、财产造成侵犯。在许多国家和地区,为了避免侦查和公诉机关侵犯犯罪嫌疑人、被告人的人权,大多对追诉程序采取诉讼化构造,由法院通过签发令状的方式进行居中监督和制约。“从西方国家的立法来看,只要是涉及对公民的权利和自由

〔42〕 前引〔5〕,《意大利刑事诉讼法》,第140页。

〔43〕 前引〔6〕,《瑞典诉讼法典》,第81页。

〔44〕 参见前引〔35〕,《日本刑事诉讼法》,第40页。

〔45〕 参见前引〔10〕,《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,第52页以下。

〔46〕 参见前引〔12〕,《德国刑事诉讼法典》,第83页。

〔47〕 参见韩旭:《构建我国刑事证据保全制度的思考》,《昆明理工大学学报》(社科版)2009年第9期。

进行剥夺或限制，司法机关原则上都有权介入。”〔48〕具体而言，在奉行司法令状主义的国家，对于拘留、逮捕、搜查和扣押这些严重侵犯公民人身权利和财产权利的行为必须由法院统一签发令状。因此，在西方法治国家，将是否批准证据保全申请的决定权交由法院，是与其刑事司法体制相吻合的。但是，目前在我国，除逮捕这一严重剥夺被追诉人人身自由的强制措施需要由检察机关批准外，其他的侦查措施，无论是对人的拘传、取保候审、监视居住和拘留，还是对物的搜查、扣押、冻结和查封等，都由侦查机关内部自行审批。因此，在现行刑事司法体制下，如果将证据保全的决定权交给法院，势必会颠覆现有的侦查措施审批体系，给其他侦查措施的合理性与合法性带来巨大冲击。虽然我国宪法和刑事诉讼法明确规定三机关之间的关系是“分工负责、互相配合、互相制约”，但是法院对承担主要侦查职能的公安机关并没有具体的监督与制约手段。而我国的检察机关在刑事诉讼中具有双重身份，既是行使公诉职能的唯一主体，也是专门的法律监督机关，承担客观性义务。虽然法律监督者的身份与客观性义务如果操作不当会影响公诉职能的发挥，但是宪法以及刑事诉讼法赋予了检察机关诸多监督公安机关立案与侦查活动的权力及措施，因此，从我国现行的刑事司法体制来看，由检察机关而不是法院统一行使证据保全决定权更为适宜。

其次，从刑事诉讼法的制度层面而言，如果将证据保全的决定权交给法院，存在制度上的障碍。在侦查阶段，犯罪嫌疑人及其辩护律师等申请证据保全，如果将决定权授予法院，意味着法院必须了解基本案情，以判断有无进行证据保全的必要。而要了解基本案情，法院必须查阅侦查卷宗。从现行及新修订的刑事诉讼法及其有关的司法解释来看，没有任何条款要求公安机关应该将卷宗移送给法院。而现行刑事诉讼法第66条明确规定了公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的时候，应当写出提请批准逮捕书，连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查批准。《公安机关办理刑事案件程序规定》第117条也要求公安机关将案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查。因此，从制度层面上说，由检察机关决定是否采取证据保全措施并不存在任何制度上的障碍，只需要在立法上加以规定即可。如果将决定是否采取证据保全的权力交给法院，则意味着必须完全突破现行立法的规定，明确规定法院审查是否应该采取证据保全措施时，公安机关必须将案卷材料一并移送到法院。显然，这种做法在制度层面上存在障碍。

将决定是否采取证据保全措施的权力交给人民检察院，与人民检察院的法律监督者与控诉者的双重身份相吻合。人民检察院既是我国专门的法律监督机关，监督整个刑事诉讼活动的进行，也是国家专门的追诉机关。基于检察机关的双重身份，检察院可以主动地介入案件的侦查过程，特别是一些较为复杂和重大的刑事案件。对此，现行刑事诉讼法以及司法解释也有明确规定：对于重大案件，人民检察院可以派人参加讨论，公安机关也应该主动通知人民检察院，参加讨论的检察人员在充分了解案情的基础上，应当对侦查活动提出意见和建议。因此，将决定是否采取证据保全的权力交给检察机关，就不会出现由法院决定是否采取证据保全措施所面临的刑事司法体制和制度上的障碍。

（二）申请证据保全的主体

与现行刑事诉讼法规定取证主体仅限于辩护律师相比，笔者认为，除辩护律师当然享有证据保全申请权外，犯罪嫌疑人、被告人、其他辩护人、被害人及其诉讼代理人也属于证据保全申请权的主体。附带民事诉讼的原告人和被告人向人民检察院申请证据保全时，人民检察院应该适用民事诉讼法第74条的规定进行审查。分述如下：

〔48〕 陈永生：《侦查程序原理》，中国人民公安大学出版社2003年版，第347页。

首先,赋予犯罪嫌疑人、被告人证据保全申请权既是许多国家和地区的立法通例,也是基于我国刑事司法实践的需要。目前在我国的刑事诉讼立法和司法实践中,犯罪嫌疑人、被告人处于明显弱势的诉讼地位,在收集和固定证明自己无罪和罪轻的证据方面更是如此。如果仅仅赋予辩护律师申请证据保全权,难以切实有效地保护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。在我国目前的刑事司法实践中,犯罪嫌疑人、被告人大多处于被羁押状态,缺乏合法有效的手段收集对自己有利的证据。同时,犯罪嫌疑人、被告人大多缺乏基本的法律知识与诉讼技巧。而自现行刑事诉讼法实施以来16年的实证研究结果显示,在侦查羁押期间,犯罪嫌疑人提出聘请律师的比率仅仅为12%。^[49]在上述有律师参与的案件中,侦查机关在规定时间内安排律师会见的比例仅为23.5%。其中近三分之一的情况下侦查机关拒绝安排会见时不给出任何理由。^[50]虽然新修订的刑事诉讼法既扩大了法律援助的适用范围,也取消了一些辩护律师在侦查阶段会见犯罪嫌疑人的限制性条款,但是,毫无疑问,在侦查阶段,犯罪嫌疑人聘请和会见辩护律师的现状难以在短期内彻底改观,因此,赋予犯罪嫌疑人和被告人申请证据保全权是必要的。

其次,赋予被害人及其诉讼代理人申请证据保全权既是刑事诉讼当事人必需的权利,也可以改变司法实践中被害人的诉讼权利难以得到有效保障的现状。我国两次修订刑事诉讼法均确立了被害人的当事人地位,这种增强被害人对刑事诉讼程序和结果的影响的做法,既是我国刑事司法实践的需要,也与其他国家和地区的立法趋势相一致。^[51]因为自1970年以后,“各国越来越注意加强被害人在刑事诉讼中的权利保障,被害人的诉讼地位得到加强,被害人当事人化成为各国刑事诉讼改革的重要内容。”^[52]在我国目前的刑事司法实践中,虽然立法上赋予了被害人当事人地位,被害人在刑事诉讼中可以委托诉讼代理人代为调查取证,并出庭参与诉讼;同时,1998年4月25日司法部颁布的《律师办理刑事案件规范》第140条明确规定:“代理意见与公诉意见不一致的,代理律师应从维护被害人的合法权益出发,独立发表代理意见,并可与公诉人展开辩论。”但是,刑事诉讼法对被害人的诉讼代理人调查取证等权利却没有明确规定,也没有赋予其切实有效地维护自己权利的手段。因此,在目前我国刑事司法实践中,不但庭审过程中代理律师在与公诉人意见不一致时难以展开辩论,而且在侦查过程中被害人及其诉讼代理人收集和固定证据的现象都较为少见。2003年湖南省湘潭市小学女教师黄静裸死案之所以引发诸多争议,主要原因之一就是被害人及其诉讼代理人缺乏证据保全申请权。围绕黄静是否生前遭受强奸,警方先后组织了四次结论不一致的尸检。2004年3月底,当司法部法医鉴定中心的专家准备做第五次司法鉴定时,却发现黄静尸体的器官标本被湘潭市第二人民医院的一位医生送到医院锅炉房火化了。警方在案发现场发现的可能沾有犯罪嫌疑人精液的一套被害人内衣裤也丢失了。更为荒唐的是,本案最为关键的证据——证明被害人黄静是否有心脏病史的体检表也从档案中消失了。如果立法赋予了被害人及其诉讼代理人申请证据保全权,该案显然不会成为死案而无法侦破。针对被害人及其诉讼代理人缺失申请证据保全权等诸多权利的现象,有学者指出:“盲目地为了保障被害人的人权而将其列为纸上的当事人,又不赋予其当事人应当享有的诉权,只能在理论和实践中引起混乱。”^[53]如果考察其他国家的经验,可以看出,赋予被害人证据保全申请权也是有立法先

[49] 参见余澳:《关于我国刑事拘留运行现状的实证研究》,四川大学2005年硕士学位论文,第21页。

[50] 参见前引[13],陈瑞华主编书,第40页。

[51] 当然,对被害人诉讼权利的保护应该适度。参见张泽涛:《过犹未及:保护被害人诉讼权利之反思》,《法律科学》2010年第1期。

[52] 王若阳:《刑事被害人制度比较研究》,《外国法译评》1999年第2期。

[53] 胡铭:《我国刑事司法改革的步伐刻不容缓》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第9卷,法律出版社2004年版,第139页。

例的。例如，意大利刑事诉讼法第394条明确规定了被害人附带证明的申请权：“1. 被害人可以要求公诉人倡议进行附带证明。2. 如果公诉人不接受此要求，他宣告附理由的命令并将该命令向被害人送达。”^[54]有鉴于此，笔者认为，结合刑事立法与司法实践的现状，适当借鉴其他国家和地区的有益经验，立法上应该赋予被害人及其诉讼代理人证据保全申请权。

再次，如果附带民事诉讼的原告人和被告人提出证据保全申请，应当适用民事诉讼法的规定。虽然民事诉讼法第74条赋予了民事诉讼原、被告证据保全申请权，同时，法院在审理刑事附带民事诉讼时也应该参照适用民事诉讼法的规定，但是，刑事诉讼法及其司法解释没有确立证据保全制度，因此，在司法实践中，刑事附带民事诉讼的原告人和被告人在申请证据保全时，很难获得公安司法机关的批准，这实质上侵犯了民事诉讼原告人和被告人的权利。有鉴于此，笔者认为，刑事诉讼法应该明确规定：“对于附带民事诉讼的原告人和被告人申请证据保全的，人民检察院应该适用民事诉讼法第74条的规定进行审查，作出是否批准的决定。”

（三）申请证据保全的条件和方式

申请保全的证据必须具备两个基本条件：相关性和紧迫性。相关性是指申请保全的证据能够证明案件的主要事实，即该证据对证明是否构成犯罪以及如何量刑是不可或缺的。紧迫性是指申请保全的证据可能灭失或者以后难以取得。具体而言，对于物证或书证，主要是指该证据可能存在灭失、散落、隐匿、被篡改等情形；对于证人，则主要是指该证人因年事已高、病重等因素可能死亡或即将移居国外；证人可能变更证词也是请求保全的一种理由，但诸如因时间间隔太长，证人的记忆可能淡薄等一般性原因则不构成申请保全证据的理由；对于勘验，主要是指存在难以保存原样的情形；对于鉴定，则主要指物证或书证存在灭失、毁损的可能性。不过，如果物证或书证存在仅依靠扣押、勘验尚不足以充分保全其证据能力等特殊情况的，也可以作为预先鉴定的理由。申请证据保全的理由只需简单说明并予以佐证，并不需要进行严格的证明，只要检察官能够形成大致的心证即可。

申请人请求证据保全应当向检察院提交申请书，申请书应当记载以下事项：案情摘要、应保全的证据及其所在地点、证人的姓名和住址、证据保全的方法、拟保全的证据所要证明的事实、保全证据的理由等。

（四）申请证据保全材料的审查及处理

人民检察院在收到证据保全申请后，对于符合申请条件且情况紧急的，应该立即采取证据保全措施；对于案情相对复杂，检察院难以立即判断是否应该采取证据保全措施的，必须在五日内作出决定；对于不符合证据保全申请条件的，应当在五日内作出不予批准的决定，并说明理由（有碍侦查的情形除外）；对于检察院作出的不予批准采取证据保全措施的决定，申请人可以申请复议，复议期间不影响决定的效力。

检察院在审查申请人的证据保全申请，并作出是否采取保全措施的决定时，应该注意三个方面的问题：第一，检察院应该查阅公安机关的侦查案卷，了解基本案情。人民检察院在接到证据保全申请后，应该通知公安机关移送案卷材料，并与具体承办案件的侦查人员进行沟通，在了解基本案情以及侦查进展与策略后才能作出决定，而不能仅仅凭借自己的直觉或办案经验进行判断。第二，检察院在决定是否采取证据保全措施时适用类似于民事诉讼的盖然性证明标准。对于申请保全的证据是否具备相关性与紧迫性，检察院承办人员的心证程度只需达到盖然性标准即可，即如果不采取保全措施，申请保全的证据灭失或者以后难以取得的可能性较大，无须达到提

[54] 前引[5]，《意大利刑事诉讼法典》，第141页。

提起公诉甚至是法院定罪的标准。第三,除有碍侦查的情形外,检察院驳回证据保全申请的决定应该附带理由。前文已经指出,申请证据保全制度与申请取证制度的主要区别之一就在于前者必须对申请者有所回应;同时,如果检察机关或者法院没有正当理由拒绝了当事人的证据保全申请,申请者可以从程序和实体两个途径进行救济。救济性权利得到保障的前提条件是必须知悉权利被侵犯的理由。因此,通常情况下,如果检察院拒绝了当事人的证据保全申请,应该附带理由。

(五) 实施证据保全的措施

前文已经指出,被保全的证据不受传闻证据规则的约束。在法庭审判过程中,证人无须出庭,该证言即可采信,因此,人民检察院在收集和固定被保全的证据时,应该采取更为严密和规范的程序。具体而言,对书证,要尽可能提取原件,提取原件确有困难的,可提取复制品,但必须附卷照片、副本、节录本等以备查;对物证,可通过勘验笔录、拍照、录像、绘图、复制模型或者保持原物的方法保全;对视听资料,可通过录像、录音磁带反映出现的形象或音响,或者利用电子计算机储存的资料加以保存;对证人证言,在采用证人笔录的方式加以保全时,必须力求准确、可靠,保持其原稿和原意,笔录经本人核对盖章后,正式附卷加以保存,不得损坏或未经批注而销毁。针对年迈、重病、有死亡可能的证人,或者即将出国的证人,必须立即取证,以免贻误时机。对于需要通过一些专门性技术侦查措施进行保全的,检察机关可以委托公安机关或者鉴定机构代为行使;对于已被采取保全措施的证据,由检察机关保存,并随着程序的逐渐推进与案卷一并移送。

检察院在实施证据保全措施时,除存在有碍侦查的情形外,应该通知申请人在场。由于通过保全措施收集和固定的证据的效力优于常规手段获取的证据,专门机关在实施证据保全措施时,必须通知申请人到场。对此,美国联邦刑事诉讼规则和证据规则、德国刑事诉讼法中均有明确规定。我国台湾地区充分意识到申请权人的在场权对实施证据保全的重要性,故在其刑事诉讼法第219-6条规定:“告诉人、犯罪嫌疑人、被告、辩护人或代理人于侦查中,除有妨害证据保全之虞者外,对于其申请保全之证据,得于实施保全证据时在场。保全证据之日、时及处所,应通知前项在场之人。但有紧迫情形致不能及时通知,或犯罪嫌疑人、被告受拘禁中者,不在此限。”^[55]借鉴其他国家和地区的立法经验,并结合我国目前的刑事司法实践,笔者认为,增设刑事证据保全制度时应该明确规定,检察院在实施证据保全措施时,除有碍侦查的情形外,应该通知申请人在场。

(六) 证据保全申请人的救济权

对于专门机关侵犯证据保全申请人的权利,当今其他国家和地区的立法大多规定了申请人的救济权及途径。例如,美国联邦最高法院的判决指出,如果专门机关毁灭证据或者不予保全证据存在“恶意”(bad faith),那么就属于违反宪法上正当程序权利的行为。^[56]美国有11个州的立法明确规定,如果证据被“恶意”毁灭或者没有被保全,法庭可以采取刑罚方法并对申请人实施适当的补偿。^[57]另外,前文已经指出,在美国的有些州,对于法院的证据保全命令,如果追诉机关执行不力,法院可以对其进行惩戒,并代表被追诉者的利益,宣布起诉书无效或者直接宣告被告人无罪。

笔者认为,基于我国刑事司法实践的现状,并借鉴其他国家和地区的立法经验,应该赋予证据保全申请人救济权。通常申请保全的证据既存在可能灭失或者在以后难以取得的情形,同时对于证明案件事实又具有无可替代的作用。如果证据保全申请权人的权利遭到侵犯,检察院应当采

[55] 前引 [41], 许泽天编著书, 第 12 页。

[56] Monzo v. Trombetta, 467 U. S. 479, 486 (1984).

[57] FLA. STATE. § 925. 11 (4) (a) (2004).

取保全措施却没有采取的,立法上就应该赋予申请人获得救济的权利及途径。具体而言,如果检察院应当保全证据而没有保全,被告人及其辩护人在法庭审理时提出异议并提交证据证明的,法院可以作出对控诉不利的推论。所谓不利的推论,是指法院可以减损控诉方提出的证据的证明力,并作出与公诉人控诉事项相反的结论。如果被害人的证据保全申请权受到侵犯,庭审过程中法院可以作出支持被害人控诉犯罪的主张,在被害人提出刑事附带民事诉讼时,法院应该作出有利于被害人物质补偿权的判决。

Abstract: When it is difficult to obtain the evidence, such as the evidence would be disappear, fabricated, altered and concealed in criminal cases, the parties, the defenders and the victims all can apply to the special organs to take some preventive measures to get the evidence. We can call this the system of preservation of evidence in criminal cases. However, there is no legal provision about this system not only in both current and revised criminal procedural law but also in its judicial interpretation. And nobody pays attention on the principles and contents about this system in the academic circle, which has caused many deviations from this system.

There exist some reasons to add this system to our criminal procedure law. Firstly, there are essential differences between the preservation of evidence and the applying for collecting evidence. The latter is unlikely to replace the former, and the former can compensate for the inner defects of the latter. Secondly, the preservation of evidence can make up for the deficiency of the obtaining means of evidence of the defender. It can avoid the lost and broken of the evidence, and then reduce the random of collecting evidences by the prosecutors. Thirdly, it can free the defendants who are innocent of all the pain in litigation as soon as possible. And at last, criminal preservation of evidence would make the legal system more systematic, normative and scientific.

Nowadays, many countries and areas have provided the system of criminal preservation of evidence. Chinese criminal procedure law should add such system not only on the legislative and judicial situations in China but also on the experiences of the other countries and areas. The people's procuratorate should be the approval authority of the application for evidence preservation. The applicant should include the suspect, defendant, defender, victim and his legal representatives. The application should satisfy the basic conditions of relevancy and urgency. The people's procuratorate should examine and dispose without delay after it receives the application. If a decision has been made to reject the application, the applicant may apply for reconsideration. If the procuratorates do not take actions when they should, the court should make inferences against the accusation if the applicants interpose an objection and produce evidences to prove it.

Key Words: preservation of evidence, applying for collecting evidence, right of remedy
