

主张即证据：不在犯罪现场的意见解构

Allegation is Evidence: Deconstruction Alibi from View of Opinion

陆而启

LU Er-qi

【摘要】 我国 2012 年《刑事诉讼法》采用明定规则和隐含规则两种模式规定了“不在犯罪现场”的证据。从法体系来看，“不在犯罪现场的证据”本质上可以抽象为一种无罪证据，又可以具体表现为犯罪嫌疑人、被告人的辩解、物证、书证、视听资料等证据，更多的时候是依靠备受怀疑的人证方式来支持，因而需要多主体的沟通交流。“不在犯罪现场”主张即证据，可以从证据命题论和主体间共识论获得理论支持。不在犯罪现场作为一个证据单元所体现出的无罪指向性和意见聚合性特征既发展了证据形式和证据种类的理论，又丰富了司法实践。

【关键词】 不在犯罪现场 主张即证据 无罪指向性 意见聚合性 证据单元

【中图分类号】 DF713 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2015) 06-0074-14

Abstract: 2012 criminal procedure law of our country stipulates alibi evidence by two modes of clear rules and implicit rules. From the point of legal system, “alibi evidence” in essence can be abstracted as a evidence of innocence, and can be embodied in the criminal suspect or the defendant’s allegations, material evidence, documentary evidence and audio-visual material evidence; and it depends on questionable witness to support, so it need multi-subject to communicate. The allegation of alibi is just evidence itself, which can be supported by theory of evidence proposition and the theory of intersubject consensus. Alibi as an evidence unit is characterized by directivity to innocence and opinion polymerizability, which both develops the theory of evidence forms and evidence generic, and enriches the judicial practice.

Key words: Alibi Allegation as evidence Evidence to proof of innocence Directivity to innocence Opinion polymerizability Evidence unit

【收稿日期】 2015-07-16

【作者简介】 陆而启，男，1971 年 6 月生，厦门大学法学院副教授，法学博士，研究方向为诉讼法学、司法制度。

【基金项目】 福建省社会科学规划一般项目“刑事诉讼的律师化研究”（项目编号：2014B235）；中央高校基本科研业务费专项资金资助课题“意见裁判主义研究”（项目编号：20720151192）。

一般而言,“不在犯罪现场”是以常识来证明作案者另有其人。然而,“不在犯罪现场”的证据交织着人们的矛盾情结。在现实生活中,一个卷入刑事案件的无辜者常常根本没有意识到要保存此类证据,即使侥幸提出了“不在犯罪现场”的证明也几乎被侦控机关所完全无视。而在虚构文学中,一个故意犯罪者却可能费尽心机制造出一些典型的不在犯罪现场的证明,而总令读者恍然大悟的是,有着不在犯罪现场证明的人却恰恰是犯罪者。当然,回归现实而言,随着冤错案件的曝光,也有无辜者为了及早脱离刑事程序,自己制造一些“不在犯罪现场”的证明反而因为纯属编造加重了他的嫌疑;又或者亡羊补牢式地提出不在犯罪现场的证据,却又因为人证“仅凭记忆”或者有利害关系而不可靠。“不在犯罪现场”这六个字已经名正言顺地被规定在2012年我国新修改的《刑事诉讼法》中,这个概念入法其实仅仅是借鉴英美刑事诉讼的证据开示制度的产物(基于本文的问题重心,不予展开)。笔者曾对我国刑事诉讼法之中所规定的“不在犯罪现场”的立法动因以及其背后可能潜存的诉讼程序上的制度机理进行了分析^[1],然而,还需要追问的是,“不在犯罪现场”在我国的刑事诉讼法立法形式的理论基础是什么,其含义又到底如何理解,典型的问题也就是,它到底是一个无罪辩护的主张还是一种证据呢?在此,笔者提出一个命题,也就是不在犯罪现场“主张即证据”。巧合的是,该观点正好是笔者近年来所提出的证据意见观^①命题的又一典型例证。下文笔者将首先分析我国《刑事诉讼法》“不在犯罪现场”的明定规则和隐含规则两种立法模式,然后从更广泛的刑事诉讼法中的“无罪条款”反身来透视不在犯罪现场而做一个体系性的解释,接着从法条到法理,以“不在犯罪现场”为特例深入分析“主张即证据”的逻辑基础,最后通过阐释不在犯罪现场这个“证据单元”所具有的无罪指向性和意见聚合性特征分析其可能给证据形

式和证据种类理论带来的发展。

一、“不在犯罪现场”证据的立法模式

我国2012年修改的《刑事诉讼法》在“辩护与代理”章中新增了第39条、第40条。其中第40条是明定规则,第39条是隐含规则。

(一) 明定规则:信任论下的及时告知

2012年《刑事诉讼法》第40条规定:“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据,应当及时告知公安机关、人民检察院。”该条规定设定了辩护人将有关“不在犯罪现场”等的证据向公安机关、人民检察院及时告知的义务。当然,“及时告知”既可能是应当尽快将有关情况告知办案的侦控机关,也可以直接将有关证据交给侦控机关。这其实是以一种官方垄断地证据收集的权力机制以及对侦控机关秉公办案、客观全面收集证据的信任心理为潜在前提。这里的证据有一种明确的主体依附性,就是“辩护人收集的”,包括犯罪嫌疑人及其近亲属或者其他向辩护人提供的有关证据材料,以及辩护人依照《刑事诉讼法》第41条规定向有关单位和个人收集的证据材料。又由于没有设置相应的法律后果,因此该条规定甚至不能被称之为辩护人义务,反而是其履行辩护职责的一项权利。为什么一定要突出辩护人呢?如果没有辩护人,犯罪嫌疑人能否自己告知呢?有无告知途径?是否一定只有辩护人才能告知呢?我们不必担心这些问题,其实,在《我国刑事诉讼法》之中存在着多阶段、多层次地讯问犯罪嫌疑人的侦查、审查行为,并且犯罪嫌疑人必须如实回答,如果一个犯罪嫌疑人是无辜的,除了故意作伪证帮别人顶罪的情形,一般而言,有“不在犯罪现场”的证据他自己都会极力、及时向侦控机关提出,首先是提出自己不在犯罪现场的主张,有可能的话,还同时说明可以证明自己不在犯罪现场的证

① 笔者曾经提出了一个意见裁判主义的命题,该观点认为意见既是证据材料又是证明标准,甚至所有的证据都是意见或者通过意见才能真正起到对案件事实的证明作用。主要参见陆而启:《揭幕意见裁判主义——诉调对接的事实基础与事实认定》,载《证据科学》2013年第1期,第17~33页;陆而启:《论意见裁判主义:以诉调对接的事实基础为例》,载《法令月刊》2014年第2期,第97~134页。

人或者证物等。在英美,则与我国不同,行使沉默权的被控方一般而言需要由律师代理辩护,并且律师可以在他与侦查者之间起到传声筒或者缓冲带作用。进一步来看,该条明列了三种并列的情形,即有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据。

第一,这三方面证据的不同之处。(1)“不在犯罪现场”依靠常识,而“未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据”依靠专业,前者可能进一步需要目击证人或者物证、书证等支持,而后两者则需要鉴定意见的支持。(2)前一种以常识推翻案件事实,也就是说犯罪嫌疑人没有犯罪或者犯罪事实为其他人所为,整个案件人、事两个方面不统一,因此不一定需要专业的律师帮助也可以适当地提出;而后两种解决的是法律适用问题,不否定犯罪事实的存在,甚至还是以犯罪事实的存在为前提,而只是否定了犯罪嫌疑人的刑事责任,这种法律适用的问题更为专业,可能也更强调律师参与。(3)前者的根据是常识,不过,这种常识逐渐通过诉讼法的方式固定下来;后两者的根据是刑事实体法,我国《刑法》明确规定了“未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人”的相关情形。

第二,这三方面证据的相同之处。(1)这些抗辩本身需要证据来证明。(2)这种证据以“新事实”(也可能侦查机关也知道或者了解)的面貌出现。(3)这种证据一般而言是证明犯罪嫌疑人无罪的证据。(4)在具体程序上都强调书面意见附卷或者记录在案的证据保全作用。如果说在《刑事诉讼法》之中,辩护人的权利性质还不明朗,这个问题在相应的法规或者司法解释之中有更明确地体现。根据2012年修改后的《刑事诉讼法》更新了的《公安机关办理刑事案件程序规定》第55条和《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第51条的规定大体上重复着该条刑事诉讼法的规定,但是,对上述三类证据,警察机关特别强调了辩护律师的“书面意见应当附卷”以及核实并“将有关情况记录在案,有关证据应当附卷”;人民检察院则要

求相关办案部门应当及时进行审查。在某种意义上,警察的活动是全面侦查职责的要求,而检察院的活动已经带有一种司法审查的意味。换句话说,这体现了辩护人有其意见获得听取的权利。

(二) 隐含规则:怀疑论下的申请调取

《刑事诉讼法》第39条规定:“辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的,有权申请人民检察院、人民法院调取。”这里引出了一个来自于习惯用语的证据分类概念,也就是无罪证据、罪轻证据的说法。虽然该条并未出现所谓“不在犯罪现场的证据”一词,但是其中隐含了包括这种证据的可能性。该条规定了辩护人对无罪、罪轻证据申请调取权,也体现了后面的程序对前面的程序进行制约的权力因素,也即人民检察院对公安机关的监督、人民法院对人民检察院的制约,也可能包含人民检察院内部的侦查、审查逮捕和审查起诉之间的相互监督和制约。换句话说,也就是侦查机关可能在收集证据尤其在提供证据时并不客观全面。

这在某种意义上也是我国刑事诉讼结构转型所带来的必然后果,因为强化庭审的控辩对抗使控辩双方在法庭上在进行着一场模拟的攻防战争,这也就在一定程度上强化了侦查机关的追诉倾向。这个立法过程是这样的:为了防止法官预断、庭审走过场,1996年修改的《刑事诉讼法》对人民检察院提起公诉时移送的材料做出了限制,即设立了所谓的“复印件主义”,因为检察机关可以有选择地复印“主要证据”,也就可能使得检察机关可以依法隐瞒有利于被告一方的证据。尽管律师参加刑事诉讼的时间提前到侦查起诉阶段,但是其阅卷权范围也有限。因此,1998年六部委《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第13条规定,在法庭审理过程中,辩护律师在提供被告人无罪或者罪轻的证据时,认为在侦查、审查起诉过程中侦查机关、人民检察院收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料需要在法庭上出示的,可以申请人民法院向人民检察院调取该证据材料,并可以到人民法院查阅、摘

抄、复制该证据材料。此外,辩护律师的阅卷权范围的扩大和其申请调取证据的权利相辅相成,如果在审查起诉阶段的阅卷权范围狭窄的话,他也可能无从获知无罪、罪轻证据的线索。因此,2008年《律师法》对此做了修改,最终为2012年《刑事诉讼法》所吸收,这样,基于辩护人在审查起诉阶段的阅卷范围的扩大(本案的案卷材料),以及辩护人会见、阅卷和对案件进行调查都有可能发现侦查机关收集的无罪或者罪轻的证据因为未被采信或者其他原因没有随案移送的情况,与此同时,2012年新修《刑事诉讼法》还增加了向公安机关调取有关无罪、罪轻证据的规定。

上述两个条文的立法理由是想要在我国《刑事诉讼法》中设立一种类似于英美法系的“证据开示制度”,即在庭审前控辩双方相互从对方获取案件信息、向对方展示证据,这是实现控辩力量的平衡、保障被告人的辩护权利的程序正义要求,也是为了查明案件真相、保证案件质量的实体正义要求,还是避免突然袭击导致庭审拖延的诉讼效率要求。^[2]在总体上,一些主要国家的证据开示经历了一个从单向开示向双向开示的发展过程。而英美法系的证据开示制度与大陆法系国家的阅卷制度有异曲同工之效。我国刑事诉讼之中的律师阅卷制度随着两次《刑事诉讼法》的修改以及其间的《律师法》的修改而得以逐渐完善——在审查起诉阶段更侧重于规定控方的开示义务。同时,2012年《刑事诉讼法》修改所增加的第40条,规定律师向侦查机关告知无罪证据则确立了双向开示制度,“主要是考虑,如果律师掌握了犯罪嫌疑人无罪的确实证据,却为了所谓辩护效果故意压住来搞‘证据突袭’,既损害了其委托人的合法权益,不将其及时解脱出来,违反律师的职业要求,也不利于司法机关及时纠正错案,改变侦查方向,损害公正司法”^[2]。尽管在英美法系可能因为未进行证据开示会使不在犯罪现场的证据丧失证据资格,并且笔者也承认动态的程序运行对证据的影响,但是本文只是关注证据本身的程序逻辑而并不详述程序设置的细节问题。

综上所述,不管是因为辩护方告知而带来的

调查核实义务,还是因为辩护方的申请而带来的调取证据义务,在我国的《刑事诉讼法》中,提出不在犯罪现场的主张可能并不能因给辩护方施加了一个证据开示的义务而一言以蔽之。

二、“不在犯罪现场”与无罪证据的法体系解释

“不在犯罪现场”这个专门概念在我国的《刑事诉讼法》中只出现了一次,这一次的突兀出现是否让人有前不着村后不着店之感呢?因此,本文将通过把它与前后相关的法律条文进行对比的方式来理解“不在犯罪现场”的概念。的确,在2012年《刑事诉讼法》修改之前的立法之中是没有这个词语的,但是这并不代表就没有这样的概念存在,尽管“不在犯罪现场”出现在我国的《刑事诉讼法》之中最直接的动因就是舶来英美的证据开示制度的规则。与这个词最接近的概念莫过于“无罪”了,与之处于两极对立的词语是“有罪”,或是“在场”。然而,基于“无罪”这个词语的特殊性以及常常和有罪相伴出现,因此下文将通过把“不在犯罪现场”的概念与刑事诉讼法的“无罪”条款联系起来的方式来透视它可能具有的内涵。

(一)《刑事诉讼法》中的“无罪”条款

通过检索我国《刑事诉讼法》,可以找到有关“无罪”的词语共有13处,分别在第2、15、35、39、50、113、118、135、139、195、149条,共11条。上文已经分析了第39条的内容,在此不再赘述。而其余10条包括“无罪”语词的条文就其内容而言,大略可以分为与证据无关(4条)和与证据有关(6条)两类,而与证据有关的条款又分别规定牵涉到提供和收集、调取证据的责任(或职责)主体(3条),具体证据的来源主体或者信息源载体(3条)两个方面。

(1)规定了保障无罪者的任务和无罪处理后果。与证据无关的四项条款主要是规定了作为刑事诉讼的任务之一的保障无辜和作为一种处理方式的不受刑事追究……”的刑事诉讼法的任务,第15条规定了六种不追究刑事责任的情形,其

中之一表现为“宣告无罪”的结果；第195条规定了判决的类型，其中之一是无罪判决；而第249条规定了一审无罪、免除刑事处罚的判决宣判后立即释放在押被告人。

(2) 明确了提供和收集证据的责任或者职责主体。第35条和第50、第113条分别规定了辩护人的提供证据责任和公安司法人员收集证据的职责。第35条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。”第50条第1款规定：“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。”以及第113条第1款规定：“公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查，收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。”辩护人提供证据信息的责任可以存在偏向性，即“维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益”；而公安司法机关的职责则要求全面性，也即“有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”。

(3) 规定了在具体证据的提取和保全过程中其来源主体的配合义务和对信息源载体的处置权力。第118条、第135条和第139条从证据来源的角度规定了侦查人员搜集证据的犯罪嫌疑人忍受讯问和如实回答的义务、有关单位和个人配合取证的义务以及侦查人员查封、扣押财物、文件的权力。第118条第1款规定：“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解，然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。”第135条规定：“任何单位和个人，有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料等证据。”第139条第1款规定：“在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件，应当查封、扣押；与案件无关的财物、文件，不得查封、扣押。”这三个条款分别涉及犯

罪嫌疑人的供述和辩解、物证、书证（财物、文件）、视听资料等法定的证据形式，然而，不管是哪种证据形式，也不管是来自于被告人的言说还是有关单位和个人，这些证据形式都可以分别归入到有罪（罪重证据、罪轻证据）和无罪证据这两个方面。

（二）不在犯罪现场与无罪证据的关联解释

立法规定的“不在犯罪现场”主要指的是在侦查和起诉阶段控辩双方需要沟通有无的证据范围（之一），而在审判阶段则可以直接通过举证或者申请证人出庭的方式来呈现。那么，“不在犯罪现场”与有罪、无罪的证据之间有无关系呢？从经验来看，不在犯罪现场的证据一经提出就是通过显示该人没有作案时间或者案发时在其他地方而不可能参与犯罪从而表达一种无罪的诉求，也因此，所谓的不在犯罪现场的证据也就是无罪证据。当然，实践之中更多的是共同犯罪的案件，共同参与人没有亲自到场但是参与或者实施了合谋动议、财物资助、提供工具、指挥分配、意思联络、事后分赃等行为，也可能构成了共同犯罪。对于这种共同犯罪的情形还是不能被称之为典型的不在犯罪现场的辩护。而更为典型的不在犯罪现场的辩护，也就是即使有犯罪事实的存在，但是作案者另有其人，与被指控者毫无关联，换句话说，也就是冤枉了无辜者。

第一，不在犯罪现场与不追究刑事责任情形的事实基础不同。“不在犯罪现场”，对于被指控者而言，就完全没有犯罪的事实基础，并建立在一种常识判断而不是对特定法律的适用为基础上。而《刑事诉讼法》第15条规定了六种“不追究刑事责任的情形”：（1）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；（2）犯罪已过追诉时效期限的；（3）经特赦令免除刑罚的；（4）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；（5）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（6）其他法律规定免于追究刑事责任的。这些情形都以犯罪事实的存在为前提，而根据相关的法律而免于追究刑事责任，由此导致了刑事诉讼的终止。即使这两者都可能导致无罪的处理结果，但是前者可以说是事实无罪，而

后者则是法律无罪。

第二,不在犯罪现场的证据属于无罪证据,而不属于有罪证据。有罪证据与无罪证据是来源于我国刑事诉讼法律和诉讼实践中的习惯用语而形成的一种经典的证据分类形式,与之相关的是控诉证据与辩护证据、有利于被追诉人的证据与不利于被追诉人的证据,还有学者用积极证据和消极证据来表示^[3]。其分类标准被认为是根据证据对案件事实所起证明作用的是肯定犯罪还是否定犯罪的不同。^[4]有罪证据是指能够证明犯罪事实存在和犯罪行为为犯罪嫌疑人、被告人所实施的证据,既包括证明犯罪嫌疑人有从重或加重犯罪情节的证据,又包括证明被告人有从轻、减轻或者免除处罚情节的证据。而无罪证据是指能够否定犯罪事实存在或者能够证明犯罪嫌疑人、被告人未实施犯罪行为的证据。正如前文所析,如果不在犯罪现场仅仅表明自己在共同犯罪之中所起的作用是从犯,那么这种证据就不是无罪证据,而是一种要求罪轻的量刑证据。笔者所关注的不在犯罪现场的证据是不管犯罪事实有无存在,而只是一种纯粹的证明犯罪嫌疑人、被告人未实施犯罪行为的证据。因此,不在犯罪现场的证据很显然是属于无罪证据之一种。有罪证据是犯罪事实存在和嫌疑人所为两个要素并存,而无罪证据则是意图否定嫌疑人所为和犯罪事实的任一方面。

然而值得注意的是,证明犯罪嫌疑人罪轻或者有从轻处罚情节的证据则是兼具双重身份,一方面首先证明犯罪嫌疑人有罪,而应当属于不利于犯罪嫌疑人的证据或控诉证据,另一方面它又证明犯罪嫌疑人罪轻或者可以从轻处罚,应当属于有利于犯罪嫌疑人的证据或者辩护证据,因此有人说这种分类违反了形式逻辑。^[5]然而生活并不是逻辑。讨论不在犯罪现场的证据就是要把它与提供和收集证据的责任(或职责)主体相联系。我国《刑事诉讼法》在表述公安司法机关的收集证据职责时,“无罪证据”的出现总是和有罪证据以及罪重、罪轻的证据同时出现,也就是说,我国公安司法机关要同等关注和收集有罪和无罪证据、罪重和罪轻证据,这是公权力机关的客观全面义务的要求。而对辩护方则并未作此全

面的要求,法律赋予了他只关注犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利和合法权益的特权。总之,笔者所论述和关注的不在犯罪现场的证据从其对案件事实的证明作用而言,是一种无罪证据。而这种证据即可能由控方收集又可能为辩方收集,然而,每一方都不能拥有独占的权利,对于此一信息控辩双方要互通有无。

第三,不在犯罪现场作为一种无罪证据有可能获得支持的多种具体证据形式。就无罪证据的证据形式而言,它可能是犯罪嫌疑人、被告人的辩解、物证、书证、视听资料等证据。不在犯罪现场甚至是一种否定犯罪事实存在的直接证据。进一步来看,犯罪嫌疑人、被告人的辩解,以及书证、视听资料都有可能作为直接证据;但是,物证很难作为直接证据。物证对案件事实的证明作用,一方面需要鉴定意见的揭示,另一方面也存在与其他证据相结合而发挥证明作用的必要。其实有很多时候,不在犯罪现场的证明更需要亲戚朋友等证人作证,尽管这种证言本身很容易被公安司法机关所轻易否定。一般而言,不在犯罪现场的结论得出是建立在对上述证据形式的综合评判基础上的。

综上所述,通过一种体系解释,不在犯罪现场的证据本质上是一种无罪证据,而其表现形式通常为犯罪嫌疑人、被告人的辩解、物证、书证、视听资料等证据,更多的时候是依靠备受怀疑的人证方式来支持,由此对于不在犯罪现场主张更强化了一种控辩双方以及其他参与主体相互沟通、确证证据的必要。

三、主张即证据：不在犯罪现场的意见解构

2003年简明本《中华法学大辞典》词条编撰者周士敏撰写词条:“不在犯罪现场的证据又称‘不在犯罪现场的主张’。被告人提出起诉书指控的犯罪的当时,本人不在犯罪现场而在另外一个地方,以说明自己不可能实施该项犯罪行为。”^[6]在这里直接将“主张与证据”等同,是因为不在犯罪现场的主张具有一经提出就具有使指控不能成立的辩护证据或者无罪证据的内涵。因

此,不在犯罪现场的主张其基本内涵就是作为一种无罪证据,最终指向的是无罪。进一步推敲,辩护方的不在犯罪现场的主张能被称为是证据吗?主张能和证据划等号吗?不在犯罪现场的意见首先就是一种主张,而把“不在犯罪现场”的主张表述为证据乍一看是不精确的,但是,这个表述有其合理的成分。笔者曾经提出过一个观点,也即意见本身可能是证据材料^[7],突出其例就是2012年《刑事诉讼法》第48条第2款明确将“鉴定结论”改为“鉴定意见”。主张即证据的合理性表现在,一方面,本原的证据事实在进入诉讼活动之中必然被表述为证据命题,其意义可以受相对于待证事实的逻辑相关性的变化而变,因此运用证据是一项有目的的行动;另一方面,诉讼作为一个多方参与寻求事实真相的活动,每个诉讼参与主体除了以经验和法律作为其确证主张的基础之外,基于犯罪嫌疑人、被告人的积极举证权利和需要、侦控机关的取证举证职责以及审判机关的审查判断证据职责,甚至包括证人、鉴定人的作证义务等,他们之间还存在着一个主体间的对话过程,在一种交流、沟通、协商、辩驳的基础上而形成一种共识性的主张,各方的原初主张也因为这种沟通吸纳合理的意见而发生改变。

(一) 证据事实:从客观世界到主观世界

证据属性的“事实说”的缺陷或者不在于其客观性而在于其随着诉讼的进程分别被称为“证据材料”(第48条第1款)和经“查证属实”作为“定案证据”(第48条第3款,第53条第2款第2项)的前后不一致及其不同内涵和不同范围。言外之意就是,证据材料可能有一些经查证而不属实的東西。既然如此,也就意味着作为“事实”的证据竟然可以随着诉讼的进程而变得虚假了。那么事实、证据和命题到底如何理解、有何关系呢?目前有信息中介论和意义中介论两种观点。

第一种观点将证据与证据事实区分,以信息为中介:证据是中性的,证据事实必然真实。因此,学者熊志海等提出证据信息理论来解决证据“事实”随着程序推进而带来的或真或假的前后矛盾。他们认为,一方面认为证据属于物质领

域,另一方面证据事实又是人们通过证据信息这一中介对证据(包括证物或者人证中人所陈述的内容)进行感觉和判断做出的。事实命题,是人作为认识主体对认识对象的符合事物实际情况的正确判断,因此,“证据—证据信息—证据事实”也就是为恩格斯高度评价的黑格尔的认识中介论“客体—中介—主体”三者的相互作用、相互转化的认识运动^[8]在证据领域的具体形式。并且他们还认为:“引入证据中证据信息的概念,实际上强化了无论是国家机关依法收集的用于刑事诉讼的证据,或是诉讼参与人自己向法庭举示的证据,都只是与证据事实没有必然联系的证物或人证,并不必然就是真实的。这就要求我们必须修改和完善刑事程序立法、证据法,以解决对证据的较为完善的证据审查、判断的程序要求,尤其是对证据中证据信息的发现、提取和认知等的程序规定。”^[8]这种观点有以下问题;其一可能是理解或者表述有误,主体和客体可能会相互作用,但是可能不会相互转化,而是使得客体内容进入到了人的主观世界,经过人的主观认知加工从而得到的认知结果就具有了主观性。其二,“证据则只是一个中性的概念,它既可以是真实的,符合事实;也可以是虚假的,不符合事实。”^[8]这句话的意思是说,证据是物质的,它是一个实然的存在,不存在应然的真假判断,也就没有所谓的真假之分,因为这里的证据还没有进入到人的认知领域;其三,“证据事实必须是真实的”,然而,这过于强调了人的认识能力的无限性、审查判断和严格程序的重要性,以及真相符合论,但是忽视了所谓的证据事实的可辩驳性以及多主体的合意性。归结为一句话,这种观点认为,证据可真可假,证据事实只能是正确的,其实犯了机械认识论的错误,并且掉进了唯心主义的巢窠。其实他所说的“证据”只是证据载体,并且证据载体只能经过认识才能用为证明或者证否案件事实的证据。总之,这种观点一方面以主观世界的真假概念来判断客观世界的证据载体“物质”的概念混淆了客观和主观的相互区分;另一方面将主观世界的对事物实际情况的认识表达为“证据事实”,既夸大了认识能力,又混淆了正确认识和

表达之间的差距,甚至把客观世界的“存在”对认知的限定作用误以为是认识的成果。笔者认为,这种观点意图以信息为中介,从其称之为证据的客观实在中提取有用信息从而称之为证据事实,其方向是甄别真假。的确,客观实在并没有变的或真或假,而是它因为人的认识而产生的“证据事实”在不同情境下具有了不同的意义。

由此,为了弥补这种物质与意识的鸿沟、主观与客观的标准的相互替代带来的逻辑悖论,第二种观点将命题与事实相区分,以意义为中介,命题作为事实的逻辑表达有真假,而事实就是事实,无所谓真假。证据或者作为事实或者作为命题是不同逻辑层面的事物。学者张继成原封不动地搬用了彭漪涟《事实论》中的观点认为,“任何事实乃是人们对呈现在感官面前的事物现象的实际情况所做出的一种断定和陈述”^[9],事实具有可靠性、客观真理性,不因理论的变迁而被推翻、修改或者发展,处于一定特殊时空关系之中,具有特殊性,具有不可重复性,也即事实必然真。由于人们从物和事情中截取出事实的目的就是用来作为证据使用的,又由于事实必须以命题的形式展现,因此,证据的科学定义应当是“从证据载体得出的,用来证明案件真实情况的命题”^[9]。但是,其“事实”概念到底是客观实在还是存在于主观世界之中含混不清。该作者又认为,事实不仅能既“存”又“在”,而且能“存”而“不在”,事件存在于客观世界,事实存在于主观世界。^[10]因此,存于主观世界的事实必真还是有违常识的。学者宋振武从罗素的理论出发指出,原本的事实是不存在真假问题的。原本的事实是不能说的。作为观念事物的事实实质上

是被主张的事实(alleged fact),因此可以命题形式加以肯定或否定。“在诉讼上,证据事实必须被陈述出来,以命题为中介才能起证明作用。在诉讼上表达某一证据事实的命题是感知该事实的人所作的感觉陈述,从认识论上讲属于感性材料。”^[11]命题说可以很方便地成功解释假证据问题,而将证据事实解释为被主张的事实虽然可能是人们不自觉的运用,在交流的时候还需要人们头脑中完成两种事实之间的转换,也就是说,引入言语行为理论对证据指涉的分析表明,证据指涉的事实和命题有层次之分。具体到法律程序中,有可诉诸感知直接确定的证据事实与证据命题,也有不可诉诸感知直接确定的证据事实与证据命题。凡在程序上不可诉诸感知的证据事实的存在,表示该证据事实的证据命题的真值,均由程序上的言语行为人加以保证。^[11]将可在程序上直接确定的证据事实(言语行为)及从中引出的证据事实(言语行为人所断定的事实)均解作证据,此意义上的证据就有层次之分。也因此,所谓证据必真的要求仅仅限定为其中可在程序上直接确定的事实。

笔者以为,学者宋振武其实是看到了一种制作、提取、出示、展示、言说等程序行为本身的确定性。其内涵的言外行为大体可以归入到奥斯汀的表述性话语以及裁决类、表述类等言外行为,或者塞尔的断言类和阐释类等言外行为。^①其问题在于把以言行事[F(p)]的两部分内容——命题部分(p)和话语行为部分(F)——割裂开来。如果果真能够割裂开来,那么,其中话语可能有真假的判断,而其中的言语行为则已经超脱了真假的范畴,突出对规则和条件的遵守。然而,正如塞尔所强调的,

① 奥斯汀对言语行为持以言表意、以言行事、以言取效三分法,而塞尔把言语行为分为发话行为(utterance act)、命题行为、以言行事行为、以言取效行为四类,两者又对行事行为划分出不同层次和具体类别(参见张丽杰:《Austin与Searle的言语行为理论》,载《重庆科技学院学报》(社会科学版)2007年第6期,第113~115页)。奥斯汀前期理论区分了两种不同的说话方式:“行为式说话方式”与“记述式说话方式”,对应两类话语为:施为句(performative)和叙述句(constative)。其后期理论中提出了言语行为三分说,即以言指事,以言行事,以言取效,其中又把言外行为分为五类,即判定语(verdictives)、裁定语(exercitives)、承诺语(commisives)、阐述语(expositives)和行为语(behavitives)。塞尔把言外行为分为“新五类”,即断言(assertives)、指令(directives)、承诺语(commisives)、表情语(expressives)和宣布(declarations)(参见艾军、王晓冬:《言语行为理论述评》,载《吉林省教育学院学报》2011年第10期;何莲珍:《论塞尔的言语行为理论》,载《浙江大学学报》1996年第4期)。

要把意义理论和言语行为理论结合起来考察。^[12]其实,客观实在的事实正是因为言语表达行为而被灌注了意义。也正如宋振武自己所说,在诉讼证明中,人们将某一事实作为根据,证明另一事实的存在,前一事实即为证据。从事实到诉讼上的证据,事实本身并没有发生变化,变化的是事实相对于人们的意义。^[12]笔者以为,证据事实作为本原的事实被表达为证据命题成为言说的事实,证据命题又是因为相对于待证事实的相关关系而被灌注以意义。

综上所述,证据事实的确是认识主体通过揭示证据所蕴涵的信息以及证据之间相互关系所做出的关于案件事实的判断,这个(些)判断是对客观世界的事实意义赋予,本身就是一种主观意见,这个意见并不一定就正确,而主要是一种自己认为合理的,并且试图让其他主体所接受的判断。这就使证据因为人的认识活动而带有了意见性特征,或者说证据通过意见作为其衔接与案件事实的中介。如果以一种言语行为理论来看的话,其命题的真实需要靠话语行为对言语条件的满足和对规则的真诚信守。由此,客观真相的发现问题上在一定程度上转化为主体的主观真诚问题。

(二) 证据主张:从主体性到主体间性

而证据的真实性问题是一个取决于经验事实的综合命题,学者张继成构建了一个完整的真的标准体系:真的保证性标准就是“命题与事实符合”,它是对真的规定,是真的识别标准;真的核证性标准又由真的证实标准和真的证明标准两个部分组成,真的证实标准就是“命题与经验证据符合”,真的证明标准就是“命题与科学证据符合”,它们是对命题真性的揭示和展现,是真的证成标准;真的有效性标准就是“命题与实体法律规范和程序法律规范符合”,它是真命题的“有用性”、“能用性”的评价标准;真的现实的合理可接受标准就是“排除一切合理怀疑”^[9]。他认为,从一种理想意义上来说,真就是追求“命题与事实符合”(识别标准),也就是符号与实在相匹配;然而,“符合”是真的定义性标准,而融洽、有效和一致只是真的核证性标准,是求真的工具。由此,在现实之中,真就是要求

“命题与经验证据符合”(“然”的证实标准)以及“命题与科学证据符合”(“所以然”的证明标准),以及“命题与实体法律规范和程序法律规范符合”(“有用性”、“能用性”的评价标准),此外,还要考虑真的合理的可接受标准。这种观点意图通过一个体系性的建构解决真的难题,但是,大体上可见,命题与事实符合是主体认知与客体相符合的理想标准,而命题与经验证据、科学证据以及法律规范的符合是一种主体与经验的主观认识或者先验的规则信仰的互动,而真的可接受性则是一种主体与主体之间的“主体间性”互动。总体而言,这里所说的真的标准,并不一定就特指诉讼证明标准,如果结合其证据的命题论来看,这个真的标准完全就是证据的真实性标准。

因此,有学者认为,在诉讼过程中,存在着三种事实样态,即客观事实、主观事实和法律上的事实。主观事实和法律上的事实都从客观事实衍生而来。“‘客观真实’是诉讼的旗帜,是自然法的要求与境界,而‘法律真实’是诉讼的标杆,是实定法的标准和状态。在诉讼中二者不可或缺。”^[13]尽管学者张继成坚持认为,“即使查明了案件事实真相,法官也未必能对法律有一个准确的理解,能做出正确的法律价值选择,但是如果法官没有查明案件的事实真相,难道就能做出正确的价值选择吗?离开案件事实的真实情况,尤其当法官认定的案件事实与客观的案件事实不相符合时,即使诉讼程序是正当的,其判决结论大多数情况下都是不公正的,即使在个别情况下获得了一个公正的判决结论,也只能是一种偶然的巧合,其中并没有必然性”^[14]。不过,他也认为,“法律事实是案件(生活)事实的一部分,是具有法律意义的那部分案件(生活)事实”。“用法律构成要件对未经加工处理的生活事实进行评价加工处理,其实就是对生活事实进行法律的价值判断(评价)。”^[15]换句话说,一方面,当证据事实被表达为证据命题时,所谓的事实也就从客观世界的领域进入到主观世界,而证据命题(主张)的提出并不是漫无目的的,是以法律构成要件作为其评价尺度;另一方面,“证据命题

的真是通过存在于它们之间的逻辑关系传递给要证命题的”^[16]。也就是说,用证据来认定事实,最基础的出发点是事实与法律的主客互动,但是结合在刑事诉讼程序领域,不管是大陆法系以案卷笔录为载体的分段审理,还是英美法系以口头为载体的开庭日集中审理,并且在庭审活动上前者采直言词原则而后者采交叉询问规则,这些都使得证明转化为一种以言语行为为基础的论证事业,而证据也因此是一场以言行事的行为。塞尔还曾说:“在分析以言行事的行为时,我们必须既考虑意图又考虑规约,尤其要考虑二者的联系。”^[17]笔者以为,所谓的意图就是认识主体的内心确信,而所谓的规约就是一种先验的信念、过往的规则或者当下的交流过程之中来自听众的回应和反馈。由此可见,走向主观世界的证据必然表现为一种命题的逻辑形式或者意见性的主张,而这种主张的真实性是如何确定的呢?结合前述学者张继成提出的多元的真的标准体系来看,作为一种意见性的证据主张的真实性主要来自于两个层面。

(1) 证据主张的主体性:多元符合论。证据的真并不因为自己的宣称就必然为真,除了这种宣称要有现实基础之外,更在于作为证据的命题要与经验证据符合,要与科学证据符合。尽管这是张继成所提出的两个真的核证性标准,但是其阐释并不清晰。笔者以为,所谓的证据命题就是一种特殊的对事实的具体认知,而所谓的经验证据就是人类的共同知识和普遍性经验,科学证据是普遍性的科学认识和科学原理。因此,证据命题与经验证据和科学证据之间的关系就是一个特殊对于普遍的涵摄问题,也因此带有把个人的经验与知识共同体的经验或者科学原理相比对的因素。此外,命题与实体法律规范和程序法律规范符合,其实,也就是通过一种法律价值评价的方式向生活事实灌注法律意义而将之转变为法律事实。上述的“多元符合”就是要揭示从概念到概念、从判断到判断、从推理到推理的逻辑关系,甚至也可以说是“从主观到主观”,但是证据命题在个人经验与人类经验甚至先验信仰之间的比对、涵摄恰

恰是一种证据提出者、收集者、审查者的主观能动性的表现。也因此,在动态的诉讼程序中证据在不同阶段演变为不同的形式:裁判作出前证据概念的“材料说”——可能证明案件事实的材料;以及据以定案的证据概念的“狭义根据说”——用以证明案件事实的根据。^[18]从另一个侧面来看,过于强调“证据事实”的客观属性,可能会造成在侦查方向上的独断专行和诉审决策的偏听偏信。也就是说,证据主张的意见性允许有不同的主张存在,可以对证据进行质疑和辩论。具体到辩方的“不在犯罪现场”主张而言,它既是对指控证据的反驳,也容许侦查机关对它进行质疑和辩驳。上述多元符合论,对证据主张的真的检验带有一种从一般到个别的演绎推理的形式,当然,这种推理的大前提是建立在以往的概率或者先验的价值信仰基础上的,因此这种推理的本质是一种似真推理。

(2) 证据主张的主体间性:可辩驳性与可接受性。基于经验证据、科学原理和先验规范,证据主张天然地带有了一种主观意见性,其必然允许对立主张的反驳和竞争。“证据地位之争,就是句子的主观概率之争。哪个命题反映的内容符合事实或更接近于事实,哪个命题就能为其结论提供更大的证据支持,那么,它也就能被法官采信为定案根据。”^[19]在英美法系经常见到控方证人和辩方证人、控方证据和辩方证据的说法,也就是说,证据对其提出和提取的主体有一定的依附性,而证据主张的主体间性首先就建立在控辩双向的取证自主性和诉讼主体的自由意志上。当然双方基于各自的取证目的和形成的取证成果容易分别形成控诉证据和辩护证据。这种控方证据和辩方证据各自建立在一种前述的命题与经验证据、科学证据符合的似真推理之上,双方的力量对决或者“竞争”并不是你死我活的,而是可能不断修正甚至达成共识,总体上表现为一种对案件事实的从个别到一般的归纳确证。在这个对话的起点,不管是材料还是根据,都因为指向案件事实而带有证据的属性。诉讼中的举证、质证、认证等对证据认识的完整过程就是一个典型的主体间对话过程。由此可见,“查证”过程并不一

定就是法官或者公安司法机关的垄断行为,查证也鼓励辩护方的权利行使和积极参与;或者公安司法机关有查证义务,但是并不代表其就可以任意取舍、独断专行。“主体间的可交流性和可相互检验性因而被称为‘实现科学客观性的认识论条件’”^[20]。可以说,就不在犯罪现场证据而言,我国刑事诉讼法规定的“辩护人收集的”用词,一方面,或许隐含了控辩双方都有收集的权力(权利)和责任,是对官方垄断取证而可能导致的片面和偏见的一个制度补充或者矫正。另一方面,在辩护方,犯罪嫌疑人本身处于弱势地位,而更强调辩护人对犯罪嫌疑人自己提供证据方面的帮助和支持。

四、“不在犯罪现场”的证据单元理论

前述对我国“不在犯罪现场”的立法描述可能需要我们再次回到“不在犯罪现场”的专门概念的理论本身。下文从“不在犯罪现场”这个专有名词出发提出一个“证据单元”的理论,这个理论既有其法定基础又有其认识论基础,并且以主张作为证据还发展了证据法定形式和理论分类。

(一) 无罪指向:证据单元的法定基础

前文提及了不在犯罪现场是一种否定犯罪嫌疑人、被告人实施犯罪行为的直接证据。直接证据就是凭借其自身独立、直接地证明或者否定案件主要事实,无须借助其他证据,无须运用判断推理、假想排除等逻辑方法。^[21]其中,直接性就是指向刑事实体法的犯罪构成要件。一般而言,案件事实是犯罪主体和犯罪行为的人、事两个方面要素的统一。不在犯罪现场的主张因为其直接否定了被指控人实施了犯罪的行为的存在。它作为一个“证据单元”可能体现的理论转型主要有:

(1) 法定种类:从“信息载体”转向“信

息功能”。“一件东西是一大堆的事实”^[22],同样,一个刑事案件更是一大堆案件事实。^[8]而刑事案件的总体事实(最终待证事实)是由一些构成犯罪要件的事实或者一些其他的具体的案件事实(次级待证事实)作为证据事实去拼接、组合或者推断出来的。据此有学者指出:“刑事案件的实体事实是复合型的案件事实,它是由要件事实构成的。而要件事实又可以由更为具体的其他案件事实构成。”^[8]2012年《刑事诉讼法》第48条第1款将证据属性从“事实说”转向“材料说”,其第2款列举了八种法定的证据形式,不管是增加“辨认、侦查实验等笔录”还是“电子数据”等证据类型,这都指的是一些具体的有形的物质形态。刑事诉讼法中的证据形式是一个客观实存于人的大脑之外的物,而对这个客观呈现的认识和判断才形成了证据事实,并由这些证据事实最终组合成案件事实。如何实现对证据的物质“材料”的认识而形成证据事实呢?这就要求认知主体从证据的信息载体——人证和物证——之中去知觉、感觉其中的证据的物质属性^①和法律属性^②而形成有关客观事物的一个自认为是正确的判断。也因此案件事实的认定就有了这样的一连串的证据信息提取过程:证据—(提取证据信息)—证据事实—(推断和组合)—案件事实(待证事实)。因此,“证据信息是连接证据和证据事实这一对客观存在和主观认识的中介,是证据能够对待证事实有证明作用的原因所在”^[8]。然而,只有从待证事实即证明对象的角度来看证据才使证明活动具有针对性。所有案件事实的证据物质载体基本上千篇一律可能会因为其存在形式的不同而要求有不同的取证手段,但是,证据只有和案件事实有关联性才可能使提出主张和取证活动是有目的的行动。这里的案件事实主要是来自于实体法规定。根据犯罪构成四

① 物证与物质一样,必然存在着信息,“同时具有信源、载体、信宿的三重属性”,人证,是人通过人体的各种器官感知外部世界而存储了有关案件的信息。

② 证据信息的法律属性,是指证据中证据信息的识别、收集、认定,都应当符合法律规定的原则和程序。参考文献[8],第57页。这里对物质属性还是法律属性的感知恰恰是证据命题与经验证据、科学证据符合,及其与法律符合的两层面的核证标准相一致。

要件说或者三要件说,所有的证据必须指向犯罪的主体、客体、主观和客观四个方面,或者是用于证明犯罪构成该当性要素(包括行为主体、危害行为、犯罪对象、危害结果、因果关系几个要素)、违法阻止事由(包括正当防卫、紧急避险、法令行为、被害人承诺等)、有责性(行为人的刑事责任能力、犯罪故意或者过失等方面以及两种阻却事由,一是违法性认识,二是缺乏期待可能性)等三层次要素。这种最终指向有罪和无罪的要件事实在于实践而不仅仅是理论。因此,笔者将这种根据证明目的来划分的证据群组称为证据单元,其中,“不在犯罪现场”就是这样一个指向被控方无罪的证据单元。

(2) 理论分类:从“证实”转向“证否”。前文已经提及了学界中存在的有罪证据与无罪证据、控诉证据与辩护证据、本证与反证等的证据理论分类。这些概念需要进一步解释。其实,证据材料本来就是“可以用于证明案件事实”的,很显然,否定了证明案件事实或者否定了被指控人实施犯罪行为材料,可能根本就不应该被视为证据,侦控机关将之排除出案卷或者程序之外而“未提交”或许并不是刻意隐瞒。更主要的是,对于无罪证据或者辩护证据,原来也是有法律限制而不是漫无目的的。所谓的无罪证据、辩护证据首先是一个法律问题,然后才是事实问题。也就是说,无罪证据首先要指向的是,一个实体法所确定的阻却事由或者程序法所确立的积极抗辩问题。正如上文对“不在犯罪现场”的证据与“未达到刑事责任年龄”和“属于依法不负刑事责任的精神病人”的证据所做的比较,“未达到刑事责任年龄”和“属于依法不负刑事责任的精神病人”这两种情形皆属于“法律无罪”的情形,分别由《中华人民共和国刑法》第17条和第18条做了规定。而“不在犯罪现场”是“无罪证据”的刑事实体法律要求的例外,一般而言,它可以不需要法律的预先设定仅仅以常识就可以做出判断。不过,这个问题逐渐走向了程序法律,尤其是英美法系国家在证据开示的制度环节将其规定下来。一般而言,从证据事实到无罪结果之间可能有法律推定、逻辑推断和常识判

断的一个推断过程,具体从“不在犯罪现场”到“无罪”结论而言,其间只存在着一个常识判断的过程,不过,这种常识判断也有逐渐沉淀为法律的趋势。

(二) 意见聚合:证据单元的事实基础

不在犯罪现场本身是一个中介性的主张,它的最终指向性是犯罪嫌疑人、被告人的无罪,它作为一个证据事实本身也需要人证、物证等证据材料的证明。按照英美法词典解释,认为 alibi(不在犯罪现场)常常被简写为“不在场”,“不在犯罪现场”是“针对刑事起诉进行辩护时提出的一项主张。当犯罪发生时,被告人并不在指控的犯罪发生地,而在另一处所,因此使得被告人不可能成为罪犯。此辩护主张需由被告方举证证明”^[23]。这个概念果然具有英美法特色。其实,在我国现实情况是,这种辩护主张通常由辩护方提出,但是举证证明并不独属于辩护方的义务。前文笔者已经从相关法律法规之中也解释出专门机关的听取不在犯罪现场意见的义务,以及客观全面的取证、查证职责。那么,要举哪些证据呢?

前文述及“不在犯罪现场的证据”是一个证据单元,它不单单以被告人自己的辩解或者辩护人的辩护意见为已足,必须同时考察“同案犯”供述、被告人陈述、证人证言乃至物证、视听资料等而得出它到底成立与否的判断。也即具有证明“无罪”功能的“不在犯罪现场”本身还需要证明。因此,不在犯罪现场的证据起到了在无罪指向和客观佐证之间的桥梁作用,这种桥梁作用也是一种证据的意见性所具有的流动性和中介性的本质所决定的。“不在犯罪现场的证据”前进一步直接推翻案件事实成为无罪的证明,后退一步则成为支撑不在犯罪现场的各种人证、书证、物证等证据依凭。这种不在犯罪现场的证明也有两个特点。

(1) 不在犯罪现场的证明对象。作为一种需要证明的“证据事实”,不在犯罪现场,既可能是一种主观上无犯意,又可能是一种客观上的没有作案时间和案发时在其他地方。犯罪有时并不需要自己亲自实施,可以假他人之手或者利用工具而身在案发现场的时空之外,也就

是说,即使被告人物理上不在犯罪现场也有可能实施犯罪行为。例如美国刑法普通法上的共犯类型分为一级主犯、二级主犯、事前从犯和事后从犯。构成二级主犯以在犯罪现场为必要条件。在犯罪现场既包括实际在场,也包括拟制在场。所谓拟制在场,是指被告虽然物理上不在犯罪现场帮助、劝告、指挥或鼓励一级主犯实行犯罪行为,但是在距离犯罪现场较近的范围内帮助一级主犯实行犯罪行为。所谓事前从犯,是指在事前为一级主犯提供建议或者工具,但是不在犯罪现场帮助一级主犯实行犯罪行为的被告。^[24]在共同犯罪中的被告方的不在犯罪现场辩护意图脱罪,但是反而强化了其是从犯的甚至是主犯的量刑和定罪情节审查。法庭不予采纳被告人的“不在犯罪现场的证据”,并不以被告人亲自在场为条件,也就是说被告人通过一种策划、指使、资助、意思联络和事后分赃而参与或者控制着犯罪进程。

典型的不在犯罪现场辩护也就是被指控人既无犯罪意图也没有时空条件去实施犯罪行为。如果一种犯罪可能基于其职务上的影响力,以当时的“不在犯罪现场”来证明自己没有犯罪意图无论对控诉方还是辩护方都是一项艰巨的任务,因为这种“身份影响关系”并没有一个明显的实在的物质表现形式,搞得不好就是猜测了。并且,辩护人将“不在犯罪现场的证据”整合为一个“无罪”的明确的“辩护意见”意图从根本上否认被告人实施过犯罪行为。

为,这就像堂吉诃德大战风车一样,是以新的意见挑战成见。然而,正是因为新证据的出现,或者原有的证据事实被赋予了新的意义。这种挑战或者说竞争过程本身就是一个寻求真相的过程。

(2) 不在犯罪现场的证明手段。由此可见,不在犯罪现场的证明存在着各种主客观因素的交织。如果控辩双方分歧仅仅是对“在与不在”犯罪现场的一个认识冲突问题,在缺乏证据支持的时候,由于“不在犯罪现场”本身作为一种否证的难以证明的特征,辩护方即使自己心知肚明,其不在犯罪现场主张也很难得到承认。然而,这个堂吉诃德式的幻想还是有其证据支撑的,不在犯罪现场的主张既可以通过言词证据也可以通过书证或者实物证据来佐证,这恰恰是“不在犯罪现场”本身的证据单元所具有的特征。

因此,在我国刑事诉讼立法之中已经出场的“不在犯罪现场”本身并不能一笔带过,当下在中国研究“不在犯罪现场的证明”的文章并不多见。^①这可能因为其理论性较弱。然而,本文以“不在犯罪现场”这一个专门概念为视角而进行的考察,既能有效地加深对证据命题说、证据意见观、证据即主张的观点的理解,更是发展了证据的法定形式分类和理论分类,并且在此过程中尝试性地提出了一个证据单元的理论命题。

参考文献

- [1] 陆而启.论不在犯罪现场的证明[J].证据科学,2014(5):517-543.
- [2] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编.《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》条文说明、立法理由及相关规定[M].北京:北京大学出版社,2012:33.
- [3] 廖中洪主编.证据法精要与依据指引[M].北京:北京大学出版社,2011:64.
- [4] 郑旭.刑事诉讼法学(第3版)[M].北京:中国人民大学出版社,2012:181.
- [5] 叶青锐.职务犯罪证据新论[M].北京:中国检察出版社,2011:88.
- [6] 《中华法学大辞典》编委会编.中华法学大辞典:简明本[M].北京:中国检察出版社,2003:12.
- [7] 陆而启.揭幕意见裁判主义——诉调对接的事实基础与事实认定[J].证据科学,2013(1):32.

① 笔者查阅到有一篇专门研究此相关问题的硕士论文,周伟:《不在犯罪现场抗辩研究》,2013年西南政法大学硕士论文。

[8] 熊志海, 张步文. 证据→证据信息→证据事实——对刑事证据的重新解读 [A]. 徐静村主编. 刑事诉讼前沿研究 (第一卷) [M]. 北京: 中国检察出版社, 2003: 61、70、59、49、50、61.

[9] 张继成. 事实、命题与证据 [J]. 中国社会科学, 2001 (5): 137、145.

[10] 张继成. 诉讼证明标准的科学重构 [J]. 中国社会科学, 2005 (5): 113.

[11] 宋振武. 传统证据概念的拓展性分析 [J]. 中国社会科学, 2009 (5): 144、150、143.

[12] 何莲珍. 论基尔的言论行为理论 [J]. 理工大学学报, 1996 (4).

[13] 龙宗智, 何家弘. 刑事证明标准纵横谈 [A] //何家弘主编. 证据学论坛 (第四卷) [M]. 北京: 中国检察出版社, 2002: 143-176.

[14] 张继成, 杨宗辉. 对“法律真实”证明标准的质疑 [J]. 法学研究, 2002 (4): 124.

[15] 张继成. 从案件事实之“是”到当事人之“应当”——从法律推理机制及其正当理由的逻辑研究 [J]. 法学研究, 2003 (1): 81.

[16] 张继成. 命题获得证据地位的内在逻辑 [J]. 中国法学, 2011 (4): 63.

[17] Searle, J. R. (1965). What Is a Speech Act? [M]. Reprinted In Davis, Steven (ed.), Pragmatics: A reader. Oxford and New York: Oxford University Press, 1991: 259. 转引自前引何莲珍文, 114 页.

[18] 张颂雅. 证据概念研究述评与思考——由诉讼程序的动态性切入 [J]. 广州广播电视大学学报, 2013 (3): 97-100.

[19] 张继成. 事实、命题与证据 [J]. 中国社会科学, 2001 (5): 143.

[20] 朱葆伟, 李继宗. 交往·主体间性·客观性 [J]. 哲学研究, 1992 (2): 20.

[21] 曹贵乾主编, 蔡东春、司钦山副主编. 刑事诉讼法教程新编 [M]. 南京: 南京大学出版社, 2005: 167.

[22] 金岳霖. 知识论 [M]. 商务印书馆, 1996: 742.

[23] 薛波主编. 元照英美法词典 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 59.

[24] 储槐植, 江溯. 美国刑法 (第4版) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 113-114.

(责任编辑: 李 伟)

(上接第 65 页)

参考文献

[1] [德] 康拉德·黑塞著, 李辉译. 联邦德国宪法纲要 [M]. 北京: 商务印书馆, 2007: 30, 10.

[2] [英] 洛克著, 叶启芳等译. 政府论 (下篇) [M]. 北京: 商务印书馆, 1964: 88.

[3] 周刚志. 不能简单地说房产税改革试点不合法//熊伟主编. 税法解释与判例评注 (第2卷) [M]. 北京: 法律出版社, 2011.

[4] 高培勇. 论国家治理现代化框架下的财政基础理论建设 [J]. 中国社会科学, 2014 (12).

[5] 姜峰. 权利宪法化的隐忧——以社会权为中心的思考 [J]. 清华法学, 2010 (5).

[6] 刘剑文, 王桦宇. 公共财产权的概念及其法治逻辑 [J]. 中国社会科学, 2014 (8).

[7] 周刚志. 论公共财政与宪政国家——作为财政宪法学的一种理论前言 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 205.

[8] 华生. 财政言说的哗众取宠和财税改革的真实挑战 [EB/OL]. http://blog.sina.com.cn/s/blog_48e91e520101alpa.html, 2015-07-23.

[9] 熊伟. 财政法基本原则论纲 [J]. 中国法学, 2004 (3).

[10] 郑振清, 巫永平. 贫富差距扩大的政治效应——全球金融危机以来东亚选举政治变迁研究 [J]. 中国社会科学, 2014 (11).

[11] 施正文. 分配正义与个人所得税法改革 [J]. 中国法学, 2011 (5).

[12] 张淑芳主编. 宪政经济学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 69.

(责任编辑: 邢会强)