

北京师范大学刑事法律科学研究院十周年

京师刑事诉讼法论丛

第三卷

Jingshi Criminal Procedural Law Review

主 编 / 宋英辉 甄 贞



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

北京师范大学刑事法律科学研究院十周年

京师刑事诉讼法论丛

第三卷

Jingshi Criminal Procedural Law Review

主 编 / 宋英辉 甄 贞



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

京师刑事诉讼法论丛. 第3卷 / 宋英辉, 甄贞主编.
—北京: 法律出版社, 2015. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8946 - 1

I. ①京… II. ①宋…②甄… III. ①刑事诉讼法—
研究 IV. ①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 004367 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京易丰印捷科技股份有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/22.5 字数/370 千

版本/2015 年 12 月第 1 版

印次/2015 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8946 - 1

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

顾问：陈光中 沈德咏 朱孝清

主任：樊崇义 宋英辉

编委：（按姓氏笔画排序）

方向 卞建林 王尚新 王洪祥

王敏远 左卫民 孙长永 叶青

孙茂利 龙宗智 刘万奇 李建明

李忠诚 陈卫东 陈国庆 汪建成

宋英辉 何家弘 张智辉 陈瑞华

胡云腾 柯良栋 姚莉 谢佑平

甄贞 谭世贵 熊秋红 滕炜

主编：宋英辉 甄贞

副主编：刘广三

学术编辑：史立梅 王超 杨雄

廖明 雷小政（执行）

前 言

2012年3月14日,十一届全国人大五次会议审议通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》。2012年11月22日,最高人民检察院公布了《人民检察院刑事诉讼规则》(试行);2012年12月13日,公安部发布了修订后的《公安机关办理刑事案件程序规定》;2012年12月24日,最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》;2012年12月26日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会发布了《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》。总体而言,这些解释坚持了以下几项原则:一是严格依法解释,反映立法精神;二是规范司法行为,保障诉讼权利;三是解决分歧争议,统一法律适用;四是汇集各方智慧,凝聚社会共识。但是,客观而论,一些规定仍需进一步结合司法实践进行完善,或者开展实证研究评估其效果。

《京师刑事诉讼法论丛》(第3卷)主要探讨《刑事诉讼法》实施的疑难问题与立法完善,并根据来稿情况区分了成年司法视角和少年司法视角。自2012年刑事诉讼法修改以来,新刑事诉讼法及司法解释等在实施过程中仍然存在许多障碍,本卷组稿试图对其进行较为系统的反思,为进一步的立法完善献计献策。与往卷相比,本期约请了许多一线办案人员的作品。他们对于法律实施状况的感触最为直接,提出了许多值得学术界和实务界认真对待和解决的法律问题。在国内,学术界与实务界在近些年合作开展了一系列以定性、定量为特长的法律实证研究项目。如侦查讯问、取保候审风险评估、合适成年人、关爱基地、附条件不起诉、刑事和解、独立量刑程序、前科消灭、心理

测试量表等。本卷作品反映,在少年司法领域,以未成年人刑事诉讼专门程序等为特色,相关制度创新较多,有必要进一步整合相关力量和资源,推进其中的进步与发展。在国际上,随着反腐败、反恐怖等问题的深入研究,如何促进国际刑事司法协助的顺利进行成为刑事诉讼法面临的重要前沿问题。作为前提,需要进一步合理厘定联合国刑事司法准则与我国刑事诉讼法之间的关系。编撰文丛的过程中,错误和疏漏在所难免,不足之处希望读者指正、批评。

编辑委员会

目录

Contents

主题研讨一：刑事诉讼法修改与成年司法发展

刑事诉讼中瑕疵证据及其转化研究	王彪 孙志伟/ 3
逮捕要件与羁押必要性审查的审视与应对	戴有举/ 32
冲击与应对：刑事诉讼法实施中辩护权的扩张对公诉权的影响	吴春妹 张庆芬 翁恒远/ 48
非法证据排除规则的实施困境与出路	许倩如/ 58
沉默权在中国刑事诉讼中的命运	冯准/ 67
法律之痛：刑事诉讼中亲属出庭作证条款之完善	余璇/ 82
机遇和挑战：刑事诉讼法修改与司法警察职能的完善	邢博 孙权/ 93

主题研讨二：刑事诉讼法修改与少年司法发展

反思与重构：刑事诉讼法实施与未成年人犯罪的治理	吴美满/103
涉罪留守少年诉权保障实证研究及立法建议	雷小政/111
涉罪农村留守少年诉权保障的反思 ——基于取保候审视角	樊创/125
未成年人附条件不起诉制度的实施与完善	孙平 黄贵/145

专论大观

中国行政执法与刑事司法衔接的证据转化分析	孙康/159
刑事错案问题及防范路径研究	薛雁升/175

实务研讨:检察机关参与社会管理创新

检察机关参与社会管理创新的途径与机制研究

..... 北京市石景山区人民检察院课题组/213

基层检察机关公诉执法办案风险问题研究 刘 程/233

派驻网络检察联络室的规范化建设及运行模式的思考 冯冠华/245

青年法苑:联合国刑事司法准则评述

法律区域化:看上去很美? 周 洋/255

法律语言:能否真正超越? 李沂蔚/259

底线正义:究竟是什么? 彭心韵/262

价值评价:是否多元? 王 颀/265

法律转化:打了多少折扣? 周季云/268

随笔系列

司法绩效考核的理论溯源 江 文/273

中国语境下死刑案件被害人的特质 彭越林/282

社区矫正中检察监督 高 阁/291

微时代案情的舆论传播及其反思 印 波 刘 越/295

师大讲坛

“漫谈台湾地区刑事法”

——刑科院博士生系列学术沙龙实录 孙道萃/305

域外法制

欧洲自由、安全和正义的基本权利:欧洲法院判例法中的“一罪

不二审”原则 [荷] 约翰·A. E. 维瓦勒 (John A. E. Vervaele);

于文瑶 陈 碧 译/317

“互联网时代”域外媒体与司法关系模式的新发展

..... 印 波 王 轶/341

主题研讨一

刑事诉讼法修改与成年司法发展

刑事诉讼中瑕疵证据及其转化研究*

王彪 孙志伟**

一、引言

2010年,两高三部联合发布了《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》(以下分别简称《非法证据排除规定》、《死刑案件证据规定》,两者合称“两个证据规定”),“两个证据规定”首次对瑕疵证据及其运用作了规定。关于瑕疵证据的规定主要出现在《死刑案件证据规定》中,该规定“对于物证、书证、证人证言、被告人供述、勘验检查笔录、辨认笔录等证据,分别列举了‘非法证据’和‘瑕疵证据’的形态,并分别确立了强制性的排除规则和可补正的排除规则。”〔1〕然而,《非法证据排除规定》第14条和2012年《刑事诉讼法》第54条对物证、书证确立的“可补正的排除规则”则在一定程度上模糊了非法证据和瑕疵证据的界限。那么,到底何为瑕疵证据?瑕疵证据有哪些类型?瑕疵证据有哪些合理的转化途径呢?本文将尝试对以上问题作一初步的解释。

二、瑕疵证据的概念分析

2010年出台的《死刑案件证据规定》中多次提到“瑕疵”一词,那

* 本文系西南政法大学2011年度研究生科研创新计划重点项目(项目编号:2011XZYJS008)“刑事诉讼中的‘审辩交易’现象研究”的阶段性成果。

** 作者单位:西南政法大学法学院;重庆市渝中区人民法院。

〔1〕 陈瑞华:“论瑕疵证据补正规则”,载《法学家》2012年第2期。

么,何谓“瑕疵证据”?其具有哪些特征?其与非法证据有何区别呢?

(一) 瑕疵证据的内涵与外延

早在20世纪末,学界就有人使用“瑕疵证据”一词,该学者认为瑕疵证据就是有缺陷的证据,即“侦查、检察、审判人员违反法律规定的权限、程序或用其他非正当的方法收集的,用以确定犯罪事实是否存在、被告人是否有罪和罪责轻重以及其他有关案件真实情况的一切事实。”〔2〕稍后有学者认为,瑕疵证据包含在非法证据的外延之中,指那些“非法”程度不是特别大的证据。〔3〕还有学者认为,瑕疵证据处于合法证据与非法证据之间的“灰色地带”,是“指相关司法工作人员违反法律规定的权限、程序或用其他一切违法的方法收集、提供的含有违法特征和残缺因素的证据。”〔4〕通过上文的梳理可以看出,学界在既往的研究中要么将“瑕疵证据”混同于“非法证据”,要么将“瑕疵证据”与“非法证据”之间的关系定位为“种属关系”。

事实上,关于非法证据与瑕疵证据的关系,有学者一直以来持不同意见。如其认为确立非法证据排除规定的目的是为了确保公民基本权利不受侵犯,因此,只有当一项证据的取得方式严重侵犯了公民的基本权利(即所谓“重大违法”)时,该证据才是非法证据,才应当从程序上予以排除;其他所谓不符合“合法性”要求的证据,可能只是“瑕疵证据”,对于“瑕疵证据”,在政策上不是强调“排除”,而是要求“补正”。〔5〕其后,该学者认为在中国法语境中有三种意义上的“非法证据”,即“非法定主体取得之证据”、“非法定形式之证据”、“非法定方法取得之证据”,并主张对“非法证据”持相对狭义的解释,即仅限于以“非法定方法取得之证据”。〔6〕该学者进而认为,“瑕疵证据”是指在法定证据要件上存在轻微

〔2〕 申夫、石英:“刑事诉讼中‘瑕疵证据’的法律效力探讨”,载《法学评论》1998年第5期。

〔3〕 吴延溢:“刑事诉讼中瑕疵证据的界定与排除规则”,载《广西社会科学》2003年第8期。

〔4〕 任华哲、郭寅颖:“论刑事诉讼中的瑕疵证据”,载《法学评论》2009年第4期。

〔5〕 万毅:“非法证据排除规则若干操作问题研究”,载《中国刑事法杂志》2007年第3期。

〔6〕 万毅:“解读‘非法证据’——兼评‘两个《证据规定》’”,载《清华法学》2011年第2期。

违法情节(俗称“瑕疵”或“缺陷”)的证据,而非法证据系取证程序严重违法,且以侵犯公民宪法性基本权利的方式获取的证据。〔7〕

在将非法证据和瑕疵证据作进一步区分的同时,还有学者认为瑕疵证据就是指在收集程序中具有轻微违法性的证据。如龙宗智教授将瑕疵证据区别于非法证据和基本要素欠缺的证据,认为“任何一种法定证据,其构成要素都包括取证主体、取证程序等多方面的要求,其中一些要求属于基本证据要素,而有一些属于非基本的证据要素,前者往往涉及对证据质量的保证以及对公民基本权利的保护,而后者通常只是涉及一些技术性、细节性要求,如有瑕疵,进行适当的完善即可使其具备证据能力”。〔8〕又如陈瑞华教授也认为瑕疵证据是指那些在收集过程中存在轻微违反法律程序情形的证据。〔9〕

那么,瑕疵证据的内涵究竟是什么呢?事实上,理解瑕疵证据概念内涵的关键,在于明白为什么要在“两个证据规定”中规定瑕疵证据。通过上文的分析可以看出,瑕疵证据自其产生之日起,就与非法证据存在一种剪不断理还乱的关系。每个试图界定瑕疵证据的学者,都要小心翼翼地处理瑕疵证据与非法证据的“边界”。这在一定程度上昭示了瑕疵证据产生的原因,即为了应对非法证据及其排除规则所面临的一系列理论与实践难题。

众所周知,非法证据排除规则发端于美国,由联邦最高法院通过威克斯案而确立,经马普案而适用于整个合众国,并对世界其他国家和地区产生了持久、广泛和深远的影响。我国自然也不例外。目前理论界在处理证据问题之时,倾向于将证据分为“非法证据”与合法证据。一个证据只能在二者之间选其一。但是,问题在于合法证据是一个中国证据法上的概念,我国很早就有学者对这一概念进行研究。如李学宽教授认为:“合法证据应当包括四个方面:证据内容合法;证据形式合法;‘取证人员’合法;取证程序合法。”〔10〕而非法证据一词,则是根据英文“evidence illegally ob-

〔7〕 万毅:“论瑕疵证据——以‘两个《证据规定》’为分析对象”,载《法商研究》2011年第5期。

〔8〕 龙宗智:“两个证据规定的规范与执行若干问题研究”,载《中国法学》2010年第6期。

〔9〕 陈瑞华:“论瑕疵证据补正规则”,载《法学家》2012年第2期。

〔10〕 李学宽:《李学宽法学文集》,中国人民公安大学出版社2006年版,第143页。

tained”翻译过来的，其英文原意即为“非法获取的证据”，即通过非法手段获取的证据。这两个概念显然不在同一个逻辑层次上。将这两个概念粗暴地组合在一起，使得证据法理论研究从概念的起点上就乱了。

而实践中面临的问题则更为突出。如果说证据只存在合法证据与非法证据，那么对于那些涉嫌轻微违法的证据是否应当接受排除规则的检验呢？如果经过查证确实违法，是不是一律将证据排除？对于存在问题的证据如果只有排除这一种方法，无异于刑罚中只有死刑。“我们知道在诉讼中，证据无论如何都是一种稀缺资源，不到万不得已，不能轻言排除。如果按照传统‘合法证据与非法证据’的‘两分法’，凡在取证程序或形式上不符合法律要求的证据一概视之为非法证据而予以排除，必将导致司法实践中本来就‘供应’有限的证据被大量排除，进而会极大地影响刑事诉讼追诉和打击犯罪的实效性。由此可见，传统的证据‘两分法’脱离了我国现阶段的基本国情，不具有现实合理性。”^{〔11〕}

从上文可以看出，瑕疵证据这一概念的提出就是为了解决非法证据理论存在的问题。并且瑕疵证据与非法证据是相伴相生的一组概念。由此可以认为，瑕疵证据，就是指证据的收集程序具有轻微违法性的证据。与之相对，非法证据，是指证据的收集程序具有严重违法性的证据。因为具有违法性，所以二者都属于不合法证据，而违法性程度的不同，将二者区分出来。

由此，根据“两个证据规定”和我国其他法律的有关规定，以是否具有证据能力为标准，可以把侦查机关收集的证据分为以下几类：收集程序合法的证据、瑕疵证据、非法证据。

对于非法证据，《非法证据排除规定》根据其表现形式的不同规定了不同的处理方式。根据《非法证据排除规定》第2条和第14条的规定，对于非法言词证据，应当予以排除，但是对于非法物证、书证，尽管其“取得明显违反法律规定”，也应当给予其补正或合理解释的机会。

这意味着，根据我国现有的规定，非法物证、书证经过补正或者合理解释，也可以取得证据能力。就这一部分证据而言，瑕疵证据与非法证据只有违法程度上的区别，没有证据能力限制上的不同。这可能是由于条件

〔11〕 万毅：“论瑕疵证据——以‘两个《证据规定》’为分析对象”，载《法商研究》2011年第5期。

的限制,立法者在定案证据资格问题上做了妥协,对此类证据规定了类似于瑕疵证据的处理方式。但是由于其违法程度严重,在实务操作上,对非法取得的物证、书证在补正或者合理解释的要求上,应当更加严格。

需要注意的是,瑕疵证据与非法证据之间,概念的外延是动态的、犬牙交错的,宛如为海水所冲刷的海岛,潮涨潮落间,岛屿与海洋的边界不断变化。换言之,这种分类方法也存在任何分类方法都存在的概念外延边缘的模糊性。因此,瑕疵证据与非法证据这种分类方法也会存在对于某个证据究竟该归属于哪一类的疑问。

(二) 瑕疵证据的核心特征

瑕疵证据的最大特点在于它是在收集程序上存在瑕疵的证据,它既不是合法的证据,也不能被视为非法证据。

首先,瑕疵证据是在收集程序上存在瑕疵的证据,因而是完全不合法的证据,这一点使它不同于合法收集的证据。侦查人员所收集的证据,可能会存在各种各样的瑕疵,如讯问笔录填写的讯问时间、讯问人、记录人、法定代理人等有误或者存在矛盾。类似的情况下,侦查人员往往未遵守某些取证规定,由此与那些完全遵守了法律规定收集的证据有别。正因如此,法律对瑕疵证据的证据能力进行了一定的限制。规定瑕疵证据只有经过补正和合理解释等转化措施之后,才能具有证据能力。

其次,瑕疵证据仅仅是收集程序上不完全合法的证据,而不是严重违法法定程序或者违反其他法律规定而获得的证据,这一点使它区别于非法证据。瑕疵证据与非法证据的区别体现在以下两个方面:其一,客观上看,瑕疵证据的取得,多是侵犯了偏重技术性的程序规定,而非法证据的取得则一般构成了实质性的侵权;其二,主观上看,瑕疵证据更可能是因为办案人员“过失为之”而造成,非法证据更可能是由于办案人员“故意犯之”而获取。瑕疵证据与非法证据的区别,是一个比较重要的问题,笔者在下文中会有详细论述。

最后,瑕疵证据在转化之前证据能力待定,这一点使它区别于必须排除的非法证据。既然瑕疵证据是一种可以转化为具有证据能力的证据,那么这种证据也就可能转化为不具有证据能力的证据。瑕疵证据没有成功转化,可能是基于以下原因:一是没有采取任何转化措施;二是采取的转化措施失败。因此,在进行转化之前,这种证据是否具有证据能力是不确定的。这有些类似于民法中的效力未定的民事行为,其既可以因某种条件的

成就,如追认权的行使,而成为自始有效的民事行为,也可能因为某些条件的不具备,如权利主体并未行使追认权,而成为无效民事行为。也就是说,瑕疵证据是否具有证据能力是“悬而未决”的,要依靠具体案件中的条件与情况。

瑕疵证据在转化之前证据能力待定,这就与那些强制性排除的非法言词证据区别开来。但是对于非法取得的物证、书证,《非法证据排除规定》和2012年《刑事诉讼法》中也给予其“补正或者做出合理解释”的机会。也就是说,对于非法取得的物证、书证,其在被排除之前证据能力也是待定的。为什么“两个证据规定”对于非法言词证据和非法物证、书证的证据能力进行了不同的规定呢?两高三部有关负责人就“两个证据规定”答记者问中对此问题给出了一个答案。“对非法取得的物证、书证要不要排除,国内外都存在较大争议,司法实践中一般很少予以排除。为规范取证活动,确保办案公正,现阶段宜对物证、书证的非法取证问题作出原则性规定,即‘物证、书证的取得明显违反法律规定,可能影响公正审判的,应当予以补正或者作出合理解释,否则,该物证、书证不能作为定案的根据’。”〔12〕

这种说法明确了“对物证、书证的非法取证问题作出原则性规定”是“现阶段”的权宜之计,这样做的目的在于“规范取证活动,确保办案公正”。也是同样的该负责人,在谈到之前司法解释所确立的非法言词证据排除规则的教训时说道:“因其规定的内容较为原则,且未规定相应的操作程序,致使排除规则很难在司法实践中发挥法律规范应有的功能。”那么这种“对物证、书证的非法取证问题作出原则性规定”是否也会因为“其规定的内容较为原则,且未规定相应的操作程序”而“致使”物证、书证的排除规则“很难在司法实践中发挥法律规范应有的功能”,即“规范取证活动,确保办案公正”呢?

或许,从另一个角度理解能更好地解决这个问题。我们知道,言词证据与实物证据相比的一个显著的特点在于其容易变化。在刑讯逼供的情形下,表现为口供虚假的可能性比较大。原因或许正如钱钟书先生引用的古罗马人巧妙的说法:“严刑之下,能忍痛者不吐实,不能忍痛者吐不实。”

〔12〕 王斗斗、赵阳、周斌:“‘两高三部’有关负责人就两《规定》答记者问”,载《法制日报》2010年5月31日。

而恰在这一点上,我国面临的问题十分严重,“我国司法实践中的冤假错案,绝大多数都与刑讯逼供有很大的关系。数年前的杜培武、余祥林等案,新近披露的赵作海案,都是刑讯逼供导致冤假错案的典型案例。”^{〔13〕}与之相比,实物证据“说谎”的可能性小,而且不易变化。在事实发现的过程中,其“造假”的能力比之于言词证据要弱得多。正因如此,《非法证据排除规定》对非法言词证据与非法物证、书证的证据能力进行了“差别对待”。

综上,瑕疵证据在转化之前证据能力待定,这一点是瑕疵证据区别于必须排除的非法言词证据的特征,而非区别于所有的非法证据的特点。

(三) 瑕疵证据与非法证据的区别

关注瑕疵证据,其目的在于在瑕疵证据与非法证据之间划出一条较为清晰的界限。但是对于如何区分瑕疵证据与非法证据,目前尚未有定论,笔者的论述也不打算提供一个终极的定论。笔者仅提出两个明显的、在大多数的情形下成立的区别。

首先,客观上看,瑕疵证据的取得,多是侵犯了偏重技术性的程序规定,而非法证据的取得则一般构成了实质性侵权。

在我国有关瑕疵证据的规定中,侦查人员大多违反的是一些偏重技术性的规定。如《死刑案件证据规定》第9条、第14条、第21条、第26条、第30条中涉及了各种由于收集证据中“主体”违法的情形。通常法律或者相关的规定会对某一书面文件中需要有某些主体予以明确。那么,在某些书面文件中缺少制作人、被收集人、见证人、记录人等各种主体的签名,就会使得该证据的取得违法。但是,这种违法具有浓重的技术性违法的味道。“由于这些违反法律程序的行为并没有明显地侵犯任何一方的实体性权利和程序性权利,因此可以被视为一种‘技术性的违法行为’。由此获得的证据也属于‘技术性的非法证据’。”^{〔14〕}

与此相对,非法证据的取得却往往伴随着公民权利被实质性地侵犯。此处的公民权利不仅包括法律所赋予的权利,有些时候甚至包括宪法所赋予的基本权利。而实质性地侵犯,是指对权利的侵犯实质性地影响了公民权利的享有或行使。最极端的例子是以刑讯逼供手段获得的被告人供述,

〔13〕 樊崇义:“司法改革的重大成果”,载《人民法院报》2010年6月2日。

〔14〕 陈瑞华:“刑诉中非法证据排除问题研究”,载《法学》2003年第6期。