



证据法学论丛



刑事证据潜规则研究

XINGSHI ZHENGJU QIANGUIZE YANJIU

房保国

主编

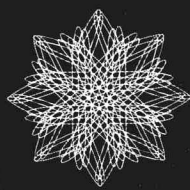


全国百佳图书出版单位
知识产权出版社

刑事证据



证据法学论丛



XINGSHI ZHENGJU QIANGUIZE YANJIU

刑事证据潜规则研究

房保国 主编



全国百佳图书出版单位
知识产权出版社

刑事证据

内容提要

刑事证据潜规则与显规则相对应,是影响我国当前刑事司法公正的重要因素,具有隐蔽性、约束性、稳定性和普遍性等特征。在我国刑事司法实践中,物证、书证、证人证言、被害人陈述、被告人供述与辩解、鉴定意见、勘验检查笔录和视听资料等证据种类的运用存在诸多问题,非法证据排除规则、传闻证据排除规则、意见证据排除规则、品性和倾向性证据排除规则、不被强迫自证其罪规则、口供补强规则等刑事规则也产生了异化。刑事证据潜规则的产生存在制度内的原因和制度外的因素,应当在多方面予以克服和改进。

责任编辑:毛淑娟

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据潜规则研究/房保国主编. —北京:知识产权出版社, 2011. 5

ISBN 978-7-5130-0533-3

I. ①刑… II. ①房… III. ①刑事诉讼—证据—规则—研究 IV. ①D915. 313. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 077718 号

刑事证据潜规则研究

XINGSHI ZHENGJU QIANGUIZE YANJIU

房保国 主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8104/8102

责编电话: 010-82000860 转 8339

印 刷: 北京中献拓方科技发展有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

版 次: 2011 年 6 月第 1 版

字 数: 234 千字

ISBN: 978-7-5130-0533-3/D·1204 (3435)

邮 编: 100088

邮 箱: hjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: maoshujuan@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 15

印 次: 2011 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 42.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

国家社会科学基金项目
教育部长江学者和创新团队发展计划
中国政法大学青年教师学术创新团队与校级项目成果

撰写人员：房保国 屈 灏 孙 瑜 陆凌燕
 李永青 谭建华 谢亚平 强 卉
 王 帅 王玉英 胡 萌 赵 焱

证据是实现司法公正的基石，证据裁判主义是现代诉讼的基本原则。在刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼中，事实问题与法律问题是诉讼的核心问题，而事实的认定则要靠证据来实现。可以说，在诉讼中除法律问题外，证据的收集、审查和运用对案件结果的判定起着根本性的作用。

证据研究不仅要关注物证、书证、人证等证据种类的运用，更要分析证明责任、证明对象、证明标准和证明过程等证据规则的适用。当前证据法学在我国逐步成为显学，关于证据立法的呼声日趋高昂，人们日益认识到证据法学研究的重要性。然而在总体上看，证据法学在我国还是一门新兴的学科，在理论上还很不成熟、不完善，甚至有些基本问题还没有达成共识，更未能形成科学的理论体系。

证据法学相对于诉讼法学而言具有独立性，它属于证据科学的重要分支。而证据科学（Evidence Science），是综合运用自然科学和社会科学方法，研究证据采集、鉴定技术以及案件事实认定和法律适用之一般规律的科学理论和方法体系，证据科学是近年来国内发展最快的交叉学科之一。^① 证

① 中国政法大学证据科学教育部重点实验室是专门从事证据科学研究的科研机构，具有科研、教学与鉴定三位一体的特色和重视实践探索的特点，其主要特色是文理交叉、理工渗透、综合集成、研用一体。

据科学是法庭科学（Forensic Science）和证据法学（Evidence Law）的统一。其中，法庭科学是综合运用物理学、化学、医学、生物学等自然科学的原理和技术方法，研究证据采集、鉴定之一般规律的科学理论和技术方法体系；而证据法学是专门研究如何运用证据认定案件事实的法律规范的法学学科体系。

如何构建一个科学的证据法学理论体系，如何能够为证据法学学科的进一步发展夯实理论基础，并为司法实务活动提供理论指导，是本论丛的设立初衷。虽然此前中国政法大学出版社先后推出了“证据科学文库”（中国政法大学张保生教授主持）和“证据法文库”（中国人民大学何家弘教授主持），但是本“证据法学论丛”则另辟蹊径，更加关注实证分析，强调证据实务问题的研究，努力形成证据法学研究中的“实践学派”^①，以期促进我国证据法学学科事业的繁荣昌盛。

房保国

2011年5月4日于中国政法大学

① 关于证据法学研究中的“实践学派”，中国政法大学张保生教授主持的教育部人文社会科学重大攻关项目“证据科学的理论体系与运用”，在全国七所法院实施证据规则试点，并起草《人民法院统一证据规定》司法解释建议稿，进行了初步的探索。

潜规则又可称为灰色规则、内部章程、非正式制度等，吴思先生在《潜规则——中国历史中的真实游戏》一书中分析的就是中国政治与官场里的“潜规则”，对于我们有一定的启发性。任何社会都有“潜规则”，但是潜规则存在程度的高低不同。“潜规则在中国历史上源远流长，追究下去一定会有许多很有意思的发现”，“中国社会在正式规定的各种制度之外，在种种明文规定的背后，实际存在着一个不成文的又获得广泛认可的规矩，一种可以称为内部章程的东西。恰恰是这种东西，而不是冠冕堂皇的正式规定，支配着现实生活的运行”。^①

潜规则是游弋在社会正式规则之外、或隐或现地支配人们行为的规则，具有存在普遍性、范围私下性、尺度模糊性的特点。当今中国社会发展进程中存在着的大量潜规则，既有正在生长的适应改革开放、发展社会主义市场经济客观要求的新观念、新规则，也有违背社会主义法律规范和道德要求的旧观念、旧习惯，分析和研究潜规则具有极为重要的理论和现实意义。近几年，由于全国声势浩大的反商业贿赂行为，使“潜规则”不再具有“潜性”，一跃成为一个家喻户晓的“显词”。“潜规则”已经深入各个行业，比如，在政治领域，权力“寻租”行为；在经济领域，商业贿赂行为；在学

^① 吴思. 潜规则——中国历史中的真实游戏 [M]. 昆明：云南人民出版社，2002：3.

术领域，学术腐败行为；在医疗卫生领域，医生吃“回扣”、收“红包”行为；在体育领域，“吹黑哨”、“打假球”行为等。潜规则在各个领域以不同的面貌出现，有其特殊性。

虽然我国刑事诉讼法学界已经基本实现了“话语转向”——那种以现代文明为基础，以西方正当程序理论为导向的刑事司法话语已经成为理论界的主流话语，但在司法实践中，这种理论话语的现实条件远远不足，我们的刑事诉讼构造，以及刑事诉讼操作方式，还在相当程度上保持着固有的传统。^① 正如丹宁勋爵曾经告诫：“起步伊始，君当牢记，有两大目标要实现：一是领悟法律乃是正义的，一是务使其被公正施行。”^② 如果刑事司法人员从“起步伊始”就养成良好的职业素养和职业伦理，就有助于刑事证据潜规则的克服。

在最近发生的河南赵作海冤案，就充分体现了刑事证据潜规则的危害，正如河南省一名政法干警所说：“其实，在赵作海没有其他从轻情节的情况下，死刑缓期执行结果本身就说明，对于凶杀案是否确系赵作海本人所为这个问题，法官内心也无法确信，只是迫于‘潜规则’的压力，才作出了被行内戏称为‘留有余地’的判决。公安机关在侦查环节的抓人、讯问、调查，在一定程度上会让当地群众认为赵作海就是凶手。如果法院以证据不足对其作出无罪判决，当地群众不会接受。”这名干警说：“谁都知道问题在哪儿，但谁也不说透，公检法三机关毕竟是密切配合单位。有时候，法院也很难。刑事审判的程序性很强，如果程序走到法院，法院以‘证据不足’的要求作出无罪判决，就说明检察机关和公安机关办错案了，不仅影响到他们两家的绩效考核，还会影响到三个部门之间的合作关系。‘潜规则’就是对自己的一种保护。”

房保国君是证据法学领域内实力派的青年才俊。他是2005级与我合作的中国人民大学博士后研究人员，已经在专业领域内取得了相当丰硕的

① 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究 [M]. 北京：法律出版社，1996：607～608.

② 许章润. 法律的实质理性——兼论法律从业者的职业伦理 [J]. 中国社会科学，2003（1）.

研究成果。他对刑事证据潜规则的研究颇有开创性，为人们提供了一个考察刑事证据制度的新视角，而且与我近期关注的刑事错案问题有密切联系。我相信，保国君坚持以求真务实的态度治学，一定可以取得更大的成就。

是为序！

何家弘

2011 年春写于世纪城痴醒斋

第一章 刑事证据潜规则概述	1
一、潜规则的概念与特征	4
二、刑事证据潜规则的概念界定与要素分析	8
三、刑事证据潜规则研究的必要性	13
第二章 各种刑事证据在运用中的潜规则	19
一、物证、书证在运用中的潜规则	21
二、证人证言在运用中的潜规则	34
三、被害人陈述在运用中的潜规则	46
四、口供在运用中的潜规则	63
五、鉴定意见在运用中的潜规则	75
六、勘验、检查笔录在运用中的潜规则	91
七、视听资料在运用中的潜规则	103
第三章 刑事证据规则在适用中的潜规则	115
一、刑事证据规则概述	117
二、非法证据排除规则	126

三、传闻证据排除规则	134
四、意见证据排除规则	146
五、品性和倾向性证据排除规则	154
六、不能用以证明过错或责任的证据规则	162
第四章 刑事证据潜规则存在的原因	173
一、发现真相的“证据学”和限制发现真相的“证据法学”之博弈	178
二、刑事证据潜规则存在的制度外原因	179
三、刑事证据潜规则存在的制度原因	183
四、程序性制裁方式的缺失	188
第五章 刑事证据潜规则存在价值的再评价	191
一、辩证看待刑事证据潜规则存在的二元价值	194
二、刑事证据潜规则的积极影响	197
三、警惕刑事证据潜规则的负面价值	202
第六章 摆脱刑事证据潜规则的法治进路	207
一、重塑法治观念——破解刑事证据潜规则存在的文化土壤	210
二、诉讼构造的再设计——破解刑事证据潜规则存在的制度土壤	215
三、程序性制裁制度的确立——刑事证据潜规则的制度救济	220
后 记	223

第一章

刑事证据

潜规则概述



【案例索引】

2009年某日，某市公安局110指挥中心接到报案称，该市解放路45号服装店发生杀人案。公安局刑警王某、赵某、朱某及法医马某迅速赶到案发现场进行了勘察，在收银台后面的地板上发现一具尸体。经查实，被害人系店老板韦某。现场勘验发现，收银台和地板上均有血迹。收银台前方木凳棱角上有血迹，木凳腿上有一清晰血印。地板上洒落着数片书有字迹的纸片，拼合起来显示是一张借条。经鉴定，木凳上系被害人血迹，纸片上的文字系被害人与另一人A所留，纸片上有被害人与A的指纹。尸检表明，韦某头部有钝器打击伤痕。由于店内装有监控器，经提取监控录像确定化某有重大犯罪嫌疑。且纸片上文字是化某所留。

据化某称，案情经过是化某持借条来韦某的服装店向韦某讨债，韦某撕掉借条后否认债务，化某一怒之下抄木凳砸死韦某。^①



【案例评语】

本案中一共有6种证据，分别是物证、书证、勘验检查笔录、鉴定结论、视听资料和犯罪嫌疑人供述。物证有韦某尸体、收银台和地板上的血迹、木凳棱角上的血迹、木凳腿上的清晰血印、纸片上文字和指纹。书证有纸片拼合成的借条。勘验检查笔录有对现场的勘验和对尸体的检验。鉴定结论有对木凳上血迹的鉴定。视听资料有监控录像。犯罪嫌疑人供述有化某的供述。

应当说，证据是实现司法公正的基石，在事实的认定中，我们需要依靠证据来说话。科学地运用证据能够发现真相、打击犯罪、保护人民群众

^① 张保生. 证据法学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2009: 189.

的人身安全和财产安全，而不合理乃至不合法地运用证据会妨碍事实的查明、削弱我国刑事司法的公信力。证据规则具有查明事实真相、保障司法公正、降低诉讼成本、提高诉讼效率等多种功能。然而在刑事司法实践中，以多种形式存在的刑事证据潜规则已是一种无法忽视的普遍性司法现象，它影响了刑事证据规则的正常实施。为保障刑事证据规则的效力以及实现证据规则所内含的公正、高效等价值，我们需要研究刑事证据潜规则的现状、起因和理论基础，以期从源头上压缩、消灭证据潜规则的存在空间。

一、潜规则的概念与特征

何谓规则，按照《现代汉语词典》的解释，规则是：（1）规定出来供大家共同遵守的制度或章程；（2）规律、法则；（3）（在形状、结构或分布上）合乎一定的方式。本书所采纳的规则定义乃第一项含义，所谓潜规则又称为黑规则、灰色规则、内部章程、非正式制度等，是指那些不为明文规定或为外界所知但为人们私下认可具有约束力，却实际上背离了正义观念或正式制度规定的规则。^① 潜规则在英语中可以翻译为：hidden rule, implicit rule, unwritten rule 或者 unpublished rules，潜规则之“潜”正在于其具有隐蔽的形式，而脱离隐蔽来到阳光之下，潜规则的利用者便会受到损失。按照“潜规则之父”吴思先生的界定，潜规则是“利害计算的结果和趋利避害的抉择，这种结果和抉择的反复出现和长期稳定性，分明构成了一套潜在的规矩，形成了许多本集团内部和各集团之间在打交道的时候长期形成的潜规则。这是一些未必成文却很有约束力的规矩。”^② 潜规则作为不成文的见不得光的一些暗箱操作的规定和原则，它最早产生于人们的贪婪和私欲并且随

① 在“百度百科”中，将潜规则界定为：看不见的、明文没有规定的、约定俗成的、但是却又是广泛认同、实际起作用的、人们必须“遵循”的一种规则。

② 吴思，潜规则[M]。上海：复旦大学出版社，2009：140。

着时代的前进不断发展壮大,滋生繁衍,如今已经无孔不入地渗入社会的各行各业中。

(一) 潜规则的内涵

潜规则是相对于显规则、正规规则、“元规则”或者“明规则”而言的。没有显规则也就无所谓潜规则。而显规则又称作社会正式规则,是指为社会主流意识形态所认可的、成文的、强制性的规范或制度规定,它包括明文规则和非明文规则,明文规则包括法律、法规、规章等有权机关所创立的成文规则,它公之于世且通过国家强制力惩罚违规者加以保障;非明文规则指道德、风俗等软性规则,它通过个人内心信仰和社会舆论批评、而非国家机关的强制力保障其效力。虽然潜规则和非明文规则都是不成文的,但是在价值取向上非明文规则是符合社会主流意识和普遍正义观的,而潜规则是个人利益的外在体现,它不同于社会主流所认可、统治阶级所主张的显规则。

潜规则是显规则不能适应社会现状的产物。随着社会的发展,显规则由于其天然的稳定性,难以适应瞬息万变的社会现状,一来显规则过于大而化之,无法应对细琐的实际情况;二来面对新情况显规则可能没有应对机制,面对新问题的出现会萎缩乃至空置;而潜规则却是极具延展性的,在显规则过于抽象无法应用于社会实践时,潜规则可以是正式规则的一条释明注解途径;在显规则无法迎合社会发展现状时,潜规则可能会成为正式规则的一种替代补充方式。因而在社会生活中,潜规则无处不在。^①

潜规则是个人利益对抗公共利益的体现。潜规则与显规则的对抗正是个人利益对抗公共利益的规则体现。显规则匡护的是社会正常秩序,就是为一般人认可、符合统治阶级利益的秩序,它更多地是公共利益的代表,而潜规则是公共秩序缺口下的个人利益捕食,它代表的是少数人的利益,它服务的

① 潜规则与显规则的现实关系表现为:在价值关系上对立排斥、互不相容,呈现相悖特征;在生态关系上明暗相应、共生共存,呈现相生特征;在地位关系上并行运转、纵横交错,呈现相交特征;在动态关系上对峙胶着、此消彼长,呈现相持特征,潜规则的盛行造成显规则在其内在的约束力度、强度、幅度和刚度四个层面上出现弱化趋势。参见李颖,对潜规则盛行与显规则约束力弱化的思考[J],中南大学学报(社会科学版),2007(4)。

也是少数人，而社会主流意识也认为它是不正当的，是躲在黑暗中的交易。换个角度说，少数的个人如果想要实现长期的稳定的丰厚的利益酬报，它们必须要有自己的一套规则来对抗公共利益的排挤和均衡他们自身的利益关系，而这一套规则正是我们此处所言的潜规则。

（二）潜规则的特征^①

1. 隐蔽性

潜规则作为“显规则”的背面，它天生地具有隐蔽性和不可告人的特性。潜规则往往是违背显规则和社会主流意识的，“这种在实际上得到遵从的规矩，背离了正义观念或正式制度的规定，侵犯了主流意识形态或正式制度所维护的利益，因此不得不以隐蔽的形式存在，当事人对隐蔽形式本身也有明确的认可。”^②一旦曝光，所导致的必然是法律的制裁和社会舆论的口诛笔伐，这就决定了潜规则不能出现在阳光之下。通过这种隐蔽，当事人将正式规则的代表屏蔽于局部互动之外，或者，将代表拉入私下交易之中，凭借这种私下的规则替换，获取正式规则所不能提供的利益。“在潜规则的生成过程中，当事人实际并不是两方，而是三方：交易双方再加上更高层次的正式制度代表。”^③在潜规则的交易中，表面上只有两个主体，但提升到更高层面来看，这两个交易主体共同对抗的是公开的正式制度代表，而他们对于正式制度代表的最大优势就是他们是隐蔽而难以被发现的，因此，某一方对潜规则的揭发将会对另一方及其他潜规则的交易主体带来损害，在历史和社会生活中，亦不乏潜规则的交易失败者利用揭发潜规则来逼迫其他潜规则交易者让出从潜规则中获得的利益。

2. 约束力

潜规则之所以作为规则，自然具有约束力，乃至有时比显规则效力更强。潜规则是人们私下认可的行为约束，“所谓约束，就是行为越界必将招致报

① 有学者将潜规则的特性总结为：非法性、不正当性、自然生发性、灵活适用性、内隐性、扩散性、排他性和强约束性八个特征。王耀海，盛丰．潜规则及其法治矫正探析[J]．学术界，2010（5）．

② 吴思．潜规则[M]．上海：复旦大学出版社，2009：194．

③ 同上。