



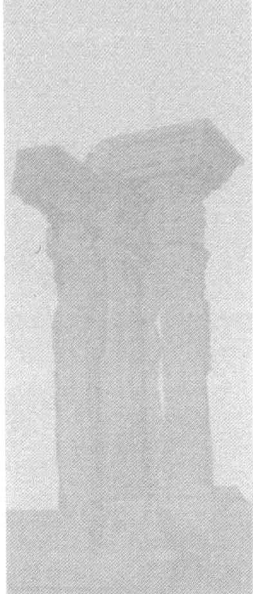
毁灭证据论

薛潮平 / 著

| On Spoliation of Evidence |

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



教育部2010年度长江学者和创新团队发展计划资助
项目（证据科学研究与应用）（IRT0956）成果

毁灭证据论

薛潮平 / 著

| On Spoliation of Evidence |

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

毁灭证据论 / 薛潮平著. —北京: 中国法制出版社,
2015. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 6432 - 1

I. ①毁… II. ①薛… III. ①证据 - 研究 IV. ①D915.
130. 4



中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 118264 号

责任编辑 袁笋冰

封面设计 杨泽江

毁灭证据论

HUIMIE ZHENGJULUN

著者/薛潮平

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2015 年 7 月第 1 版

印张/11.5 字数/258 千

2015 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6432 - 1

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66066627

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序

薛潮平同学这篇博士论文，针对毁灭证据这一司法实践中屡见不鲜的顽疾，进行了系统研究，填补了这一领域的研究空白，具有重大创新。长期以来，我国刑事司法领域对“毁灭证据”这一课题的研究主要聚焦于实体层面，如我国《刑事诉讼法》第42条关于“隐匿、毁灭、伪造证据”的表述与我国《刑法》第306条的罪状叙明形成的无缝对接，将毁灭证据行为的涵义限定在“证据物理形态的消失或减损”这一实体法框架中，而对于负有某种特定证据开示义务的诉讼主体拒绝开示证据、从而造成对方当事人无法公平运用该项证据的消极行为，法律规范则鲜有评价。公诉案件中，掌控证据收集优势地位的检控方故意或过失隐匿、毁损脱罪证据的情形层出不穷，这不仅影响了人民法院准确判断事实的精准度，也阻却了辩方合理运用脱罪证据有效辩护的通道，被追诉方的程序权利因此受到抑制。这篇论文结合英美法与大陆法系国家已有的成文法与判例，系统地阐述了证据毁损的内涵与外延，证据毁损构成要件以及发现、制裁程序，并紧紧围绕“毁灭一方无利益”这一逻辑主线，结合英美法系的证据毁损理论与大陆法系的证

明妨碍理论，建设性地提出了符合中国诉讼理论与实践的证据规则。无独有偶，在民事诉讼领域，虽有相关的民事诉讼证据规定“当事人持有证据无正当理由拒不提供”的后果，但由于当事人保存证据的法定义务不明确，如何发现当事人拒不提供，已经成为困扰司法实务的一大困境。因而，只有将这一法律规范建立在“相关当事人负有特定的证据保存与披露义务”这一前提之上，其运行环境才可合理显现。在重点泼墨刑事诉讼制度完善的同时，事关隐匿、毁灭民事证据的相关制裁规则构建，也是作者关注的对象。作者将民事与刑事诉讼中事关证据毁损的规则共性揉合在一起，以“毁灭者承担不利后果”为价值导向，提出了毁灭证据抑制机制本土化构建的诸多设想，异曲同工，浑然天成。博士作为高级研究人才，其学位论文无疑是其第一次全面性立言。薛潮平同学在攻读博士学位论文之前，有着基层司法实践经验，本书字里行间融入了他对长期司法实践经验的总结与反思，更寄托了他作为一个法律人孜孜以求、经年不息的法治梦想。本书作为其学业的阶段性总结，不仅凝聚着他三年博士生学习时光的美好回忆，也意味着他将在更高的起点上踏上为中国的法治明天而奋斗的旅程。我希望他今后戒骄戒躁，在工作、学习、生活等方面，都取得更好的成绩。

王进喜

2015年7月12日

目 录

引 言	1
一、关注证据毁灭问题的现实动因	2
二、异域的证据毁灭规制	10
三、证据毁灭推论本土化建构的必要性	12
四、本书的结构与内容概述	16
第一章 毁灭证据概述	18
第一节 毁灭证据行为的分类考察	18
一、中国语境中的毁灭证据	18
二、西方语境下的毁灭证据	23
三、毁灭证据的概念归位	27
第二节 毁灭证据的制度规范	52
一、各国的立法概况	53
二、法律格言的解读 (<i>omnia praesumuntur contra spoliatorem</i>)	57
三、法律格言的规范形态	62
四、法律控制的边界问题	68
第三节 毁灭证据规范的功能分析	77
一、证据评价功能：从“生活事实”的消亡转向 “裁判事实”的建构	78
二、证明责任转移：我主张你举证	81
三、证明责任减轻：自由心证下的盖然性“再造” ...	84

第二章 毁灭证据规范的基本理论	87
第一节 证据保存义务理论溯源	88
一、法律规定保存	88
二、“证据偏在”生成的保存义务	96
三、合同约定下的义务设定	99
第二节 不利证据披露理论追问	100
一、当事人主义的有限修正	101
二、平等武装下的权利倾斜	107
三、证据完整性的内在要求	113
第三节 毁灭证据推论的法理辨析	115
一、证据协力义务违反说	115
二、遵照经验法则说	121
三、损害赔偿义务说	125
四、违反诚实信用原则说	128
第三章 毁灭证据的发现程序	132
第一节 刑事诉讼中的毁灭证据发现程序介评	133
一、刑事侦查发现程序	134
二、刑事公诉发现程序	146
三、审判程序发现	157
第二节 民事诉讼中的毁灭证据发现	160
一、对方证据的诉前披露 (pre-action discovery)	161
二、诉讼中的文件披露	172
三、第三者文件披露	176
第三节 证据披露的司法控制	181
一、相关性	183
二、经济原则	186

三、适度原则	188
第四节 证据毁灭发现程序的启动	191
一、申请披露的可得性研究	192
二、披露证明问题研究	197
三、披露证明模式之分析	201
第四章 毁灭证据的制裁与救济	204
第一节 制裁与救济的考量因素	208
一、过错方的可归责性	209
二、证据毁灭行为导致的偏见程度	213
三、其他因素	215
第二节 陪审团不利推论 (adverse jury inference)	217
一、是“不利推论”还是“不利推定”	218
二、设定不利推论的原理 (rationale for imposing an adverse inference)	222
三、不利推论与可归责程度	222
四、不利推论的选择性适用 (alternative approaches applying the adverse inference)	226
五、刑事审判中的不利推论	228
第三节 证据失权 (exclusion of evidence or expert testimony)	232
一、制裁方式的独特性	232
二、关于法庭判定证据失权的考量因素	233
三、证据失权与陪审团不推论的比较分析	235
四、证据失权与刑事审判	237
第四节 公法处罚	240
一、法院径直裁决	241

二、经济制裁	241
三、刑事追诉	243
第五节 证明责任的转移	246
第六节 侵权之诉	251
一、侵权之诉支持者说	252
二、侵权之诉之反对者说	256
三、侵权之诉的损失计算	257
四、侵权之诉与“一事不再理”	259
第五章 毁灭证据抑制机制的本土化构建	262
第一节 我国证据毁灭制度之检讨	262
一、毁灭证据抑制机制失灵	262
二、证据毁灭程序制裁缺位	286
三、证据毁灭的价值排序缺失	292
第二节 推论重建之阻力及困境	301
一、检察机关的角色扮演与冲突	301
二、诉讼结构制约	303
三、程序正义残缺	305
四、推论、推定与客观真实的对垒	317
第三节 证据毁灭推论规则中国化构思	320
一、法律解释明确概念	320
二、推定与推论规则的明确化	327
三、法官的释明权引导与价值权衡	335
结 语	339
参考文献	343

引 言

我国证据制度的构建所面临的困境之一，是如何摆脱大陆法系诉讼模式框架下“职业法官认定案件事实，采用自由心证，证据规则较少”的桎梏。尽管刑事、民事两大诉讼法的修订业已完成，其中的证据制度部分已在一定范围与程度上得到了补充与完善，但是审判实践中事实认定的死角时常困扰着法律共同体，这与我国诉讼法典中证据规则条文覆盖稀薄且过于原则性相关。同时，数量有限的证据规则处于一种彼此缺乏逻辑联系的离散状态，不利于司法人员从整体上掌握证据法的宗旨和基本要求。^①诸多的死角地带中，证据毁灭问题十分突出。民事案件中的当事人及案外第三人在诉讼过程有意无意地毁弃、损毁、变造、隐匿自己一方持有的物证或书证等有形证据，虽然对法庭查明案件真相形成了“阻碍与困惑（frustration）”，但受“任何人都不必开示对自己不利证据”与“不被强迫协助他人实现权利的证明”的理念影响，证据保存义务不明确，不负举证责任的“毁灭者”处分自己的私有文书及财物极少面临诉讼利益上的制裁。刑事诉讼过程中检控机关、被告人及其辩护人，在毁灭证据的制裁适用方面，又呈现过于宽容与过于严苛的两极现象。公安与检察机关隐

① 张保生：“证据规则的价值基础和理论体系”，载《法学研究》2008年第2期。

匿或毁灭刑事证据查处难度大、适用法律少，法律的局部领域还对公权机关隐瞒、变造证据行为持“鼓励”态度，毁灭证据被合法化；而现行司法制度下，辩护人及诉讼代理人“毁灭证据”与正当的辩护职责行使极易纠葛在一起，辩护律师无法避免在为当事人提供法律帮助及调查取证中落入《刑法》第306条的陷阱。毁灭证据行为限制了诉讼当事人证据调查的能力，破坏了法庭认定事实的准确性，已严重影响法治社会语境下诉讼当事人的程序权利的行使与实体权利的落实。

一、关注证据毁灭问题的现实动因

（一）“李庄案”的沉思

最早让笔者对证据毁灭问题产生研究冲动的现实事件是原北京律师李庄“帮助毁灭证据、妨碍作证案”。

2009年12月12日，北京市司法局、司法部收到重庆方面有关李庄在重庆辩护活动中存在违法、违规行为并有看守所会见录像为证的情况反映，李庄因此萌生退意，打算退出重庆打黑案件的辩护工作。^① 当日晚6时许，李庄即被重庆警方控制，随后被指控唆使被告人龚某翻供，审判机关认定其构成毁灭、伪造证据罪。然而，审判过程中李庄及其辩护人认为，看守所会见室的监控录像能够客观反映会见全过程，李庄是否唆使了当事人翻供，尤其在有无运用了眨眼这一细节“毁灭证据”的问题上，视听资料的呈现将会使真相一目了然，故一度就此份视听资料向法院庭前申请证据调查。然而，一审法院回复：“看守所声称没有监控录像设备”。其后的庭审中，面对李庄及其辩护人的证据主张，

^① 参见 http://www.360doc.com/content/10/0323/23/481379_20003607.shtml，最后访问日期2011年3月8日。

公诉人说，这份录像“没有了”，以至于李庄大声质问公诉人“是我作伪证还是你们作伪证？”^① 二审中，李庄辩护律师高子程针对看守所否认录像设备存在的辩解，还专门调查到该看守所的施工企业和相关设备安装企业，^② 证实了看守所的主张与事实不符。结合其他七项依据，李庄及其辩护人再次向二审法院申请调取监控录像这一关键证据，但最终未能如愿。李庄会见中虽有办案警察违法“陪同”，但仍“一眨眼成千古恨”，连同重庆打黑的是是非非，最终被定格在一个特定标本事件中。

通过这一案例，可以发现检控机关与被告李庄在同一案件中互相指控对方“毁灭证据”，只不过李庄以积极的行为“教唆被告翻供”，“损毁了言词证据的证明价值”；而检控机关拒不开示辩方多次申请调取的脱罪证据，则体现为消极的隐匿行为，妨碍了辩护人“运用全面事实公平审判的机会”。微观层面上，侦查机关向司法机关发送的“情况反映”已经证实了这份关乎罪与非罪的录像资料被检控方持有，但公诉机关坚称“没有”，法庭对“是否存在隐瞒”却没有加以回应与评判。而李庄却因言获罪，会见当事人也能构成“毁灭证据罪”。同样都是抑制证据效力的行为，却获得了不同的法律评价，促成了笔者研究证据毁灭问题的志趣。允许公诉机关选择性示证，“合法”隐匿证据，在一定意义上昭示了我国当前检察官的定位还是处于“打击犯罪的追诉狂”，而不是“有利不利一律注意的法律守护人”。^③ 但法律

① 参见：《李庄案的公诉很失败》，<http://news.mylegist.com/1604/2010-01-05/18632.html>，最后访问日期2011年3月11日。

② 参见<http://info.secu.hc360.com/2010/02/081421237821.shtml>，最后访问日期2011年4月23日。

③ 参见林钰雄：《严格证明与刑事证据》，法律出版社2008年9月第1版，第178页。

难道就不能对这一基于“身份”的行为作出规制吗？检察机关隐匿证据属于“毁灭证据”吗？国外的理论与实践又会对此现象作出怎样的回应？

（二）侦查机关集体毁灭证据之祸

如果说检察机关保管证据不当的毁灭是一种检察机关消极的不作为，那么前不久合肥市中级人民法院审结的“薄谷开来、张晓军故意杀人案”中，所暴露的警察恶意调换、隐匿、毁灭证据为手段的徇私枉法案，其积极主动性令人震惊。公诉机关提交的证据材料反映：2011年11月15日上午，英国公民尼尔·伍德被发现死亡后，与薄谷开来一家关系密切的时任重庆市公安局副局长郭维国，受时任重庆市公安局局长王立军指派，负责该案的办理。郭便安排关系密切的市局刑警总队总队长李阳、市局技术侦查总队长王鹏飞等人到现场处置。在走访和现场勘查过程中，郭维国等人发现薄谷开来有作案的重大嫌疑，遂通过制作虚假走访笔录、隐匿物证等手段掩盖其到过现场的真相，并商定将被害人的死因确定为“酒后猝死”，不作刑事立案，且通过做工作，使尼尔·伍德家属认可了死因鉴定，并在未做尸体解剖的情况下，就地火化。^①我国侦查程序的封闭式构造，不仅把犯罪嫌疑人及其辩护人、被害人的诉讼代理人拒之门外，也把肩负侦查监督使命的人民检察院的职能架空在“书面监督”的狭窄地带，侦查行为的特立独行，为警察机关毁灭证据提供了灵便的时空条件。本案如果不是因知情人王立军叛逃美国领事馆后举报而案发，“法律的尊严不容践踏”这一震撼全国的“标语”便难以出现在公众

^① 据新华社2012年8月10日通稿，在宣传报道公审薄谷开来故意杀人一案时，为彰显“法律面前人人平等”，该社以“法律的尊严不容践踏”为题，呼吁对高官亲属犯罪加以处罚，在此背景下强化了社会民众期待的“标语”的效果。

的视野中。侦查机关毁灭证据，是实体法的不完备还是程序法的漏洞使然？本案的案发具有偶然性，警察毁灭证据的查处并非易事。如果警察积极实施的证据犯罪揭露都如此之难，那么检察机关“消极”隐瞒证据的认定岂不难上加难？我国刑事诉讼法第39条赋予的辩护方申请调取侦查机关未移送证据之权利又如何保障？

（三）检控方证据保管不当聚焦

对刑事被告人而言，表面上看，侦查机关对证据的管理失范属于其内部处分，证据灭失的结果是对自身追诉能力的摧毁，被告方或可以从中获得指控证据不足的疑点利益，从这个角度来看，对毁灭证据的批判仿佛只需从加强职业纪律、提升侦查人员执法的规范性入手。然而，检控方“贯彻刑事訴訟澄清真相及毋枉毋纵的目的”决定了其负有注意一切有利不利于被告情事之客观性义务，^① 其证据收集的全面性自然包含了有利于被告方的辩护性证据。如果此类证据不能向法庭全面出示，则检控方负有的“协力”客观性义务将无法兑现，被告人无法通过检察院、法院调取有利证据，审判的实质正义便无从保障。从侦查机关全面收集证据并提交证据的义务性入手，一旦侦查机关的毁灭行为妨碍了人民法院查明事实真相，则应当受到审判机关的干预。近年来新闻媒体报道的侦查机关因证据保管不当造成证据灭失的案例并不鲜见。如河南省驻马店市汝南县公安局在侦办“米金富等故意杀人案”过程中，形成了证人证言、现场勘验笔录、尸体检验报告、物证等系列证据链，但在提请批准逮捕前，证案原始卷宗丢失，造成“现场情况、尸体伤口形状等一系列问题都没法认证”，

① 林钰雄：《严格证明与刑事证据》，法律出版社2008年9月第1版，第177页。

后来检察机关针对公安机关的补充证据情况，以故意伤害罪对犯罪嫌疑人予以批捕。^①即便是“降格”起诉，被告一方也可能并不“领情”，被告全面翻供的理由可以是“没有证据证明自己实施了杀人行为”，已消失的卷宗材料里有罪与无罪证据并存，改变定性后的案件审理仍然缺少基础事实的支撑。

刑事诉讼是由国家公权力发动的与弱小的、孤立的个人之间发生的诉讼，双方力量极其悬殊，唯有通过制定及实施法律，人为地加强处于弱势地位的被告方力量，赋予其能够产生与检控方相抗衡的诉讼力量，才可以实现诉讼过程及结果的公平正义。^②为此，我国新刑事诉讼法在证据制度、强制措施程序、辩护制度的修改，以及侦查程序、审判程序、执行程序的完善方面，均强调了增强人权保障的立法变动宗旨，体现了追求惩治犯罪与保障人权并驾齐驱的平衡取向。然而，庭前程序的司法审查原则仍然没有纳入修法的视线，侦查机关的侦查活动缺少诉讼化改造的沉疴依然如故。检控方在庭前及庭审中保管不当导致证据变质、销毁、证据链不完整等随意处置证据现象，是这种独特纠问式侦查模式下公权力证据垄断的结果。犯罪嫌疑与被告人能否要求警察完整保存、移送证据，如果这种要求是一种权利，那么其被侵犯后的救济途径又是什么？

（四）民事诉讼“不利证据”披露义务管窥

民事诉讼毁灭证据的现实利益主要表现在持有证据一方隐匿、损毁、变造不利证据，妨碍了对方当事人的证明活动，致使

^① 参见《警方丢失证据命案遭“降格”起诉》，网址 <http://news.163.com/10/1101/10/6KD88UEB00011229.html>，最后访问日期2012年10月16日。

^② 参见顾永忠等：《刑事辩护：国际标准与中国实践》，北京大学出版社2012年版，第10页。

法庭无法根据证据恢复事实，从而获得诉讼利益。这一现象的常态化出现，不仅源于现实世界中书证、物证分布于各民事主体的不均衡，也与法律规制不力有关。法律上伪造、变造、损毁、隐匿等证据毁灭行为的司法认定还存在困难，现有的民事制裁与救济措施，不能形成对违法者的威慑。^①

合肥市蜀山区人民法院近年审结的一起咨询服务合同纠纷案判决书显示：^② 2005 年初，原告某时代物业有限公司与被告何某某（自由职业者，从事广告、商业咨询策划工作）签订为期三年的服务合同，合同约定，被告为原告提供常年企业策划工作，报酬为每年 20 万元。被告于合同生效后制作了大量市场营销推广的文案，交由原告参照、论证、实施。被告还参加了多次由原告召开的房地产开发业务会议，向其提供了不定期的咨询，每次参会均在会议记录上留有签名。但当年年底，被告何某某向原告催讨服务合同年报酬时，引起了原告方总经理的不满，双方发生口角，但原告还是先行支付了 10 万元。2006 年 3 月，原告某时代物业有限公司将何某某告上法庭，要求法院判令解除服务合同，何某某将已领取的 10 万元退回。理由是，被告与自己合同签订后，消极懈怠，没有履行咨询服务义务，在合同目的难以实现的条件下，合同理当解除。另外，被告领取的 10 万元属于不当得利，也应返还。

庭审中，原告提供了服务合同。被告则向法庭出示了为“某公司”设计制作的企业策划文案，总共五百多页，由于没有原告的签收程序，在质证中，原告并不认可；被告还向法庭陈述，多次参加某公司的业务会议，还在会议纪要留有签名，但原告称

① 参见杜国栋：《论证据的完整性》，中国政法大学 2012 博士论文，第 98 页。

② 判决书文号：（2006）合蜀民二初字第 25 号。

“绝对没有”。法庭遂让被告举证，被告对此无能为力。法院据此当庭认定被告在与原告服务合同履行期间，不能提供为对方提供咨询服务的证据，故原告诉讼请求理由成立。后根据法庭调解结案：双方解除合同，但被告所支取的10万元不退还。

此案表明，持有证据一方证据披露义务是关键。如果持有证据一方可以私权处分为由，拒绝出示定案的文件，这不仅仅阻碍了事实认定的准确性，还可能导致当事人诉权的滥用。民事诉讼强调的是当事人的诉权保障，诉权是民事诉讼主体寻求司法救济的通行证。但是诉权的非正当性行使，首先侵害的就可能是其他当事人的利益，如不相关的主体无端卷入诉讼，耗费大量的人力物力，并遭受精神苦痛；同时，拖延诉讼会加剧有限的司法资源同社会民众寻求司法裁决需要之间的矛盾，降低司法的公信力。民事诉讼中的诉讼程序滥用，是当今中国司法效能低下的一个重要成因。

此案的审理结果，也显现出了我国民事审判实践应用法律解决证据披露问题的软弱性。虽然《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》与《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》肯定了“有证据证明持有一方当事人无正当理由拒不提供，可以推定当事人主张内容的成立”这一证据规则，但实践中法官的运用概率过低。究其原因：（1）证据发现程序缺乏。审判机关遵照传统的“谁主张谁举证”这一举证模式，简便易行；而审判过程中再增加一个发现毁灭证据的调查程序，无疑增加了业务量，加剧审判负担。（2）证明“持有证据一方拒不提供”是案中案，主张人一般也不易证成。这一证据方法到底是凭借主张人自己向法庭举证，还是凭法官自由裁量，没有法律依据。本案中，何某所主张的会议记录，是否可以支持其“履行了