

R

Research on Foreign-related
Rules of Criminal Evidence

涉外刑事证据规则研究

温克志◎著



中国政法大学出版社

涉外刑事证据规则研究

*Research on Foreign-related Rules of
Criminal Evidence*

温克志◎著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

涉外刑事证据规则研究/温克志著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 4
ISBN 978-7-5620-6649-1

I. ①涉… II. ①温… III. ①涉外案件—刑事诉讼—证据—研究—中国
IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第053105号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	北京华联印刷有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	7.75
字 数	185 千字
版 次	2016 年 11 月第 1 版
印 次	2016 年 11 月第 1 次印刷
定 价	32.00 元

内容摘要

本书是针对我国刑事司法实践中出现的国际和区际司法协助领域内涉外刑事证据调查收集及适用问题进行思考的结果。围绕构建我国涉外刑事证据规则的基本目标,本书在结构体例上分为八个组成部分,分别是引言、第一章“涉外刑事证据规则的概念、范围及特征”、第二章“我国涉外刑事证据规则的法律框架”、第三章“我国涉外刑事证据收集及运用的模式”、第四章“域外涉外刑事证据规则的介评”、第五章“涉外刑事证据规则中的基本原则”、第六章“我国涉外刑事证据规则的构建”和“结论”。

引言主要提出了所要讨论的主题,概述了研究的现状,论述了研究的意义以及展开研究的方法。在本部分内容当中,开宗明义地提出了本书的主题是涉外刑事证据调查收集以及适用问题,并将问题界定于国际刑事司法协助和区际刑事司法协助领域展开论述。就研究现状而言,随着现代刑事证据理论的引入和研究以及刑事证据立法的逐步完善,涉外刑事证据部分无论是在理论积淀上还是在法律规范上都不能适应司法实践的需求,因此有必要运用先进的证据法学理念对此展开研究并回应司法当中所面临的问题。鉴于涉外刑事证据规则只是证据法学基础理论在涉外刑事证据问题上的具体体现和应用,本书在研究方法上偏重于法律规范的分析以及实践适用层面的对策性研究。相应地,通过对域外相关制度的

引介为构建我国的涉外刑事证据规则提供参考和借鉴。

正文的第一章至第七章主要就引言所概述的内容展开深入细致的分析和研究。在编排顺序上按照概念辨析、法律框架、实践模式、域外介评、基本原则、规则构建、立法方案的逻辑展开，其理由是：通过概念辨析确定研究的具体对象；通过梳理多层次的 legal framework 发现规范的缺失和遗漏；通过归纳实践的几种模式确定规则所要解决的问题；通过对域外针对此问题的法律与实践的介评获得可资参考的经验；通过基本原则的确立为理论、立法与实践提供指导准则；通过规则构建推导出应当订立的具体规范；通过立法方案弥补涉外刑事诉讼程序方面的空白。这一渐次推进的体例，为本书的行文安排提供了简洁清晰的论证思路。具体来说，各章的主要内容如下：

第一章围绕涉外刑事证据规则的概念、范围以及特征展开了探讨。通过辨析涉外刑事案件、涉外刑事诉讼程序、涉外刑事证据等相关概念，提出了涉外刑事证据规则关于涉外刑事证据的调查收集以及运用证据用以认定涉外刑事案件事实的法律规则，并总结归纳出其基本要素。在此基础上，将涉外刑事证据规则的范围界定为包括适用于境内证据的普通证据规则和适用于涉外刑事证据的特有的特殊证据规则两大类。其中，特殊证据规则包括关于证据能力的被请求国法律优先规则、最具便利规则、双重合法规则、证据转化规则以及关于证明力的可查证优先规则。

第二章主要将现有关于涉外刑事证据的法律规范类文件整合成法律框架，为司法实践提供有关这一主题的所有制度性规范以及展示现有法律框架可能存在的问题和缺漏。从总体上来说，对涉外刑事证据规则的法律框架的构划分为三个

层次：一是国际法渊源，二是区际法渊源，三是境内法渊源。其中，国际法渊源主要着眼于我国所参加的三个重要的国际公约以及所签订的双边条约；区际法渊源主要关注港澳台的法律规定以及双边互助协议，具体细节上则更为复杂；境内法渊源部分则主要关注当前国内法律以及司法解释的一般规定和关于境外证据的特殊规定。通过较为详尽的梳理和归纳，得出了涉外刑事证据的规则体系并初步提出了有关问题。

第三章总结归纳了我国涉外刑事证据收集和运用的五种模式：委托取证、转换使用、直接取证、认证取证以及自主取证。其中，部分模式是根据相关法律规定进行的，具有法律依据，而部分模式则是司法实践中探索创造的，没有法律依据。由此，我国涉外刑事证据收集和运用的模式具有弱化的法律规范性、强烈的客观真实导向性以及高度的务实性和灵活性。从总体上来说，我国涉外刑事证据收集和运用模式存在指导性原则不明确、证据转换做法缺乏法律依据、认证取证方式缺乏规范和新的作证方式缺位等主要问题。对此，应当采取确立指导性原则、对成形做法予以法定化以及制定并细化具体操作规则的思路解决问题。

第四章简要介绍了部分国家以及国际组织等域外法律实体有关涉外刑事证据方面问题的法律规范和实践经验，并间或进行了简要解读和评价。总体上来说，对于涉外刑事证据都有相应的法律规定或者实践判例予以规范和指引，体现了程序法治的理念；在规范层面，多注重保障被追诉人的诉讼权利，体现了人权保障的价值追求；在适用规则上，对于程序规则和证据规则的冲突适用，均给出了一定的解决方式。

第五章探讨了涉外刑事证据规则所应遵循的基本原则。在对刑事诉讼基本原则以及刑事证据法基本原则概括和综述

的基础上,结合涉外刑事证据的主要特征,将涉外刑事证据规则的基本原则分为有关国家主权的原则和有关正当程序的原则两个方面。其中,前者主要包括国家主权原则、诚信原则以及维护国家安全与统一原则;后者主要包括程序法定原则和证据裁判原则。

第六章围绕涉外刑事证据规则的具体规则设计展开了论述。针对涉外刑事证据的调查、收集以及移转、运用的各个环节,将涉外刑事证据规则分为取证规则、举证规则、质证规则以及认证规则四个部分。在关于境内证据的一般规则基础上,结合涉外刑事证据的特征总结、归纳出适合其需要的特殊规则。

最后,在前文总结归纳的基础上,提出了涉外刑事证据规则的总体方案,作为立法建议的参考。

目 录

内容摘要	1
引 言	1
一、研究对象	1
二、研究现状	2
三、研究意义	6
四、研究方法	8
第一章 涉外刑事证据规则的概念、范围及特征	9
一、涉外刑事证据规则的相关概念	11
(一) 涉外刑事案件	11
(二) 涉外刑事诉讼程序	17
(三) 涉外刑事证据	27
(四) 涉外刑事证据规则	34
二、涉外刑事证据规则的范围	37
(一) 普通证据规则	40
(二) 特殊证据规则	44
三、涉外刑事证据规则的特征	49
(一) 涉案证据的特殊性	50
(二) 侦查取证的特殊性	50
(三) 证据运用的特殊性	51

第二章 我国涉外刑事证据规则的法律框架·····	52
一、国际法中的证据规范·····	52
(一) 我国参加的国际公约·····	53
(二) 我国缔结的双边条约·····	61
(三) 国际惯例·····	71
二、我国区际刑事司法协助中的证据规范·····	72
(一) 内地与香港刑事司法协助中的 涉外刑事证据规范·····	73
(二) 内地与澳门刑事司法协助中的 涉外刑事证据规范·····	78
(三) 大陆与台湾刑事司法互助中的 涉外刑事证据规范·····	82
三、我国国内法中的涉外刑事证据规范·····	85
(一) 《刑事诉讼法》及相关法中的 涉外刑事证据规范·····	85
(二) 司法解释·····	87
(三) 司法意见·····	91
第三章 我国涉外刑事证据收集及运用的模式·····	95
一、涉外刑事证据收集及运用的几种模式·····	96
(一) 委托取证·····	96
(二) 转换使用·····	99
(三) 直接取证·····	107
(四) 认证取证·····	110
(五) 自主取证·····	111
二、我国涉外刑事证据收集及运用中的 特点及问题·····	112
(一) 特点·····	112

(二) 存在的问题	115
三、解决思路	120
(一) 确立指导性原则	120
(二) 对成形做法予以法定化	120
(三) 制定并细化具体操作规则	121
第四章 域外涉外刑事证据规则的介评	122
一、部分国家涉外刑事证据规则简介	123
(一) 法国法律制度中的涉外刑事证据规则	124
(二) 意大利法律制度中的涉外刑事证据规则	126
(三) 俄罗斯法律制度中的涉外刑事证据规则	128
(四) 英国法律制度中的涉外刑事证据规则	129
(五) 南非法律制度中的涉外刑事证据规则	132
(六) 新加坡法律制度中的涉外刑事证据规则	134
(七) 美国法律制度中的涉外刑事证据规则	136
二、区域性国际公约中的涉外刑事证据规则	144
(一) 《欧洲刑事司法协助公约》中的 涉外刑事证据规则	145
(二) 《美洲国家刑事司法协助公约》中的 涉外刑事证据规则	146
三、《国际刑事法院罗马规约》及《国际刑事法院 程序和证据规则》的有关涉外刑事证据 规则的规定	149
(一) 被调查人的权利保障规则	150
(二) 证人作证规则	152
(三) 取证规则	153
(四) 证据评判规则	155

第五章 涉外刑事证据规则中的基本原则	160
一、与涉外刑事证据规则相关的基本原则概述	161
(一) 刑事诉讼的基本原则	162
(二) 刑事司法协(互)助的基本原则	163
(三) 刑事证据法的基本原则	165
二、涉外刑事证据规则中应当遵循的基本原则	167
(一) 有关国家主权的原则	168
(二) 有关正当程序的原则	172
第六章 我国涉外刑事证据规则的构建	180
一、取证规则	181
(一) 国家机关取证	182
(二) 被追诉方取证	191
二、举证规则	195
(一) 直接运用规则	196
(二) 转换运用规则	197
(三) 境外作证规则	199
三、质证规则	201
(一) 一般规则	202
(二) 特殊规则	203
四、认证规则	206
(一) 证据能力规则	206
(二) 证明力规则	213
五、自诉案件中的涉外证据	215
结 论	217
参考文献	223
致 谢	232

引 言

一、研究对象

本书是针对我国刑事司法实践中出现的国际和区际司法协助领域内涉外刑事证据调查收集及适用问题进行思考的结果。

就国际刑事司法协助而言，随着改革开放的深入进行，我国逐步融入国际社会，国际交往日益频繁且方式多样化，涉外刑事案件日渐增多成为司法实践面临的现实问题。一方面，外国人在中国境内犯罪的案件不断见诸媒体，中国人在外国涉嫌犯罪的报道也屡见不鲜；另一方面，跨国犯罪，特别是有组织的跨国犯罪的扩张，业已成为我国与各国司法机关必须协力共同解决的新课题。按照国家司法主权要求，我国司法机关应当依照本国法律程序，适用本国刑法处理和解决这些涉外案件。当犯罪的各个阶段均发生在我国境内时，依照我国刑事诉讼程序法律规定进行，对此并无歧义。但是，当犯罪的某一阶段或者全部发生在国外或境外，或者部分事实发生在国外或境外，或者涉案证据在境外时，则会因证据在国（境）外而产生应适用何种证据规则的客观问题。从刑事司法主权出发，我国司法机关必然且只能适用本国程序法规定进行刑事诉讼。然而，当刑事证据在他国或境外时，除非得到许可，否则我国司法机关不能逾越司法主权的地域限制擅自进入他国或境外调取该证据，只能转而求助于证据所

属国（地）的司法机关依据其本地法律程序调取该证据并进行移交，或者经其主管机构允准后直接赴境外取证。由于取得证据适用证据所在国（地）程序法，运用证据进行诉讼程序并裁判案件则适用我国刑事程序法，当二者关于程序规则，特别是证据规则方面的规定不完全一致时，难以避免在该涉外证据的证据能力及证明力评判规则方面产生争议。如何解决此种程序规则暨证据规则的争议，以便于公正审理涉外刑事案件，成为我国刑事诉讼程序面临的理论和实践问题。

此外，由于我国大陆、台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区之间存在四个相对独立的司法管辖区域，区际的刑事司法协（互）助问题，与我国同他国之间所发生的国际刑事司法协助的情形及存在的问题在性质和形式方面基本一致。从司法实践以及我国司法管辖范围的实际出发，将区际司法协（互）助当中出现的大陆以外的境外刑事证据纳入本书研究范围，在理论和实践方面均可相互包含和兼容，具有同等重要的意义。

二、研究现状

程序的法治化是证据规则不断细化和完善的过程。作为刑事诉讼程序的特别程序，我国涉外刑事程序的发展历程也是循着这一规律。就涉外刑事证据理论研究发展脉络而言，前期的研究主要是围绕程序性原则和规则展开。1979年《刑事诉讼法》第12条规定：“对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。”在此规定的基础上，一些学者对涉外刑事诉讼程序展开了研究，总结出了涉外刑事诉讼程序的基本理论范畴，内容涵盖涉外刑

事诉讼程序的概念、基本原则、管辖范围、辩护与代理、司法协助等方面。^{〔1〕}其中,有学者针对涉外刑事案件的证据问题进行了专门研究,围绕涉外刑事案件的证明对象和证明责任、证据收集以及适用的基本原则和要求等问题提出了较为具体的主张。^{〔2〕}这些理论研究成果,在改革开放之初刑事法律规范和司法体制尚不完善的历史条件下,为各级司法机关依法妥善地审理涉外刑事案件提供了有力支持。

随着我国进一步对外开放以及国际交往的日渐频繁,涉外案件逐步增多且日渐复杂,跨国(境)犯罪逐步增多,涉外刑事证据的涉及范围逐步由国内扩展到国(区)际已经是不可回避的现实。基于此种情势,早在1993年,最高人民检察院针对职务犯罪案件办理过程中涉及港澳地区的境外取证问题,制定并颁布了《关于同港澳地区司法机关进行案件协助调查取证工作程序的规定》,对内地检察机关与港澳两地区的廉政公署相互协助调查职务犯罪案件的工作程序作出了较为具体的规定。此后,随着各类涉外案件的大量出现,外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于1995年6月20日联合颁布了《关于处理涉外案件若干问题的规定》,其中对涉外刑事案件的基本原则和强制措施、权利保障等方面均有相应规定。1996年修改后的《刑事诉讼

〔1〕 较早就这方面展开专门论述且具有一定代表性的主要有樊崇义:“涉外刑事诉讼程序初探”,载《政法论坛》1986年第5期;吉达珠:“关于涉外刑事诉讼的几个问题”,载《中国社会科学院研究生院学报》1993年第2期;李学宽:“试论我国涉外刑事诉讼程序”,载《政法论坛》1993年第2期;赵永琛:“涉外刑事诉讼中的强制措施”,载《公安大学学报》1994年第4期;张剑平:“论我国涉外刑事诉讼程序”,载《云南法学》1995年第1期;陈建国:“关于涉外刑事案件审理程序”,载《人民司法》1994年第10期。

〔2〕 陈曾侠:“涉外刑事案件证据问题研究”,载《政法学刊》1995年第3期。

法》第17条增加规定：“根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。”在《刑事诉讼法》基础上，最高人民检察院、公安部、最高人民法院先后制定颁布具体实施规定和司法解释。上述法律法规及司法解释，以及我国签署和加入的相关公约和条约中，刑事司法协助日渐成为涉外刑事诉讼程序中的主要组成部分，并逐步纳入理论研究的视野。^{〔1〕}有学者较为详尽地引介和研究了各大洲、各区域、各国别刑事司法协助制度和规则，并就国际刑事司法协助的基本理论范畴进行了总结和归纳。^{〔2〕}针对打击日益猖獗的国际犯罪过程中的刑事司法协助问题，有学者则进行了专门性和系统性的研究。^{〔3〕}在对国际和区际刑事司法协助问题进行梳理的基础上，有学者系统性地阐述了刑事司法协助的基本理论范畴。^{〔4〕}

基于我国司法主权下存在我国大陆、台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区四个彼此相对独立司法管辖区域的特殊环境，我国区际刑事司法协助面临与国际刑事司法协助基本相同的问题，这使其成为与后者同等重要的理论研究对象，各类有关著述成果也相继出现。其中，涉及区际刑事证据调查协助方面比较有代表性的著述有：2002年4月我国大陆、台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区实务及理论界联合举办的“区际刑事司法协助法律研讨会”所提交论文形成的论文集，对区际协助调查取证方面的问题进行

〔1〕 代表性的相关论文有舒扬：“涉外刑事诉讼中的司法协助”，载《中央政法管理干部学院学报》1996年第1期；王铮：“国际刑事司法协助及中国的实践”，载《政法论坛》1995年第3期。

〔2〕 赵永琛：《国际刑事司法协助研究》，中国检察出版社1997年版。

〔3〕 马进保：《国际犯罪与国际刑事司法协助》，法律出版社1999年版。

〔4〕 成良文：《刑事司法协助》，法律出版社2003年版。

了有益的总结和探索^{〔1〕}；在总结现有区际刑事司法协助研究成果的基础上，有学者对该领域进行了体系化的归纳和阐述。^{〔2〕}

晚近由于一系列国际人权公约和司法协助公约的签署，以及国内法的颁布，学者们发表了一系列与公约有关的论文。^{〔3〕}在理论研究成果的基础上，有学者在立法建议方面提出了相应的主张。^{〔4〕}随着司法实践中涉外刑事证据问题的焦点由境外协助调查取证逐渐转向涉外刑事证据国内适用，有关涉外刑事证据适用规则方面的研究对此作出了回应。^{〔5〕}此外，值得关注的是，刑事案件中境外证据的认定和使用问题成为司法部门一直力图解决的重大难题。2005年，海关总署缉私局、最高人民检察院侦查监督厅、最高人民检察院公诉厅、最高人民法院刑二庭联合发布《关于走私犯罪案件中境外证据的认定与使用有关问题的联席会议的纪要》，对走私案件境外证据的转换规则予以规范化。除走私案件中的证据转换问题外，来自实务界的论者还对其他类型案件的境外证据转

〔1〕 赵秉志、何超明主编：《中国区际刑事司法协助探索》，中国人民公安大学出版社2003年版。

〔2〕 梁玉霞：《中国区际刑事司法协助研究》，中国人民公安大学出版社2009年版。

〔3〕 较有代表性的如黄风：“国际刑事司法协助制度的若干新发展”，载《当代法学》2007年第6期；甄贞、慕平：《〈联合国反腐败公约〉与国内法协调机制研究》，法律出版社2007年版；周洪波：“《联合国反腐败公约》及域外视野下的特殊侦查手段”，载《国家检察官学院学报》2010年第4期；等等。

〔4〕 与涉外刑事证据规则有关的司法协助方面的立法建议，具有代表性的有陈卫东主编：《模范刑事诉讼法典》，中国人民大学出版社2005年版；陈光中主编：《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家拟制稿与论证》，中国法制出版社2006年版；黄风：“中华人民共和国国际刑事司法协助法（立法建议稿）”，载《法学评论》2008年第1期。

〔5〕 如张晓鸣、鲍艳：“跨国视频音频取证问题初探”，载黄风、赵林娜主编：《国际刑事司法合作：研究与文献》，中国政法大学出版社2009年版。

换问题进行了有益探索。^{〔1〕}来自司法实践的资料显示,从证据法理论上对境外刑事证据转换问题进行深入研究,已经成为较为紧迫的课题。

三、研究意义

一直以来,涉外刑事证据规则作为涉外刑事诉讼程序的一部分,并没有被作为一个具有独立价值的课题展开研究。而有关涉外刑事诉讼程序的研究,由于刑事诉讼法将该部分内容指向适用国际公约或条约,或者按照对等原则进行,与刑事诉讼法其他热点问题相比,该方面问题近年来才获得诉讼法学界的部分关注。涉外刑事诉讼程序的理论研究成果中,刑事司法协助是其中的主要内容,包括向外司法协助和向内司法协助。其中,向外司法协助的涉外证据问题,最终由外国或者国际审判组织解决,本书无意探讨。在向内司法协助问题方面,迄今为止研究涉外刑事诉讼程序仅仅是研究成果中的一小部分,而且重心主要放在引渡、移管等诉讼前程序,对进入诉讼后的部分鲜有深入探讨。由于司法协助往往需要通过双边条约和国际公约进行,因此在诉讼程序上主要依赖于条约或公约的具体规定,在国内法上较少详细规定,理论上也缺乏深入的研究。在具体实践中,条约和公约的规定要么过于粗疏,要么指向外国国内法,导致在具体案件证据问题处理上难以参照适用,最终仍不得不通过转换等非法定方式使用涉外证据定案。此外,在区际刑事司法协助中,各法域之间有关证据方面的规则各有不同,对于境外调查收集的

〔1〕 寸守庆:“德宏涉缅甸刑事案件境外证据收集转换和适用存在的问题”,载德宏法院网, <http://www.dhfy.gov.cn/hp-nry.aspx?id=709>, 最后访问日期:2011年5月21日。