



山东工商学院法学文库 ⑧

总主编 张献勇 夏凤英

刑事瑕疵证据的 实证研究与理论阐释

XINGSHI XIACI ZHENGJU DE
SHIZHENG YANJIU YU LILUN CHANSHI

胡忠惠 邓陕峡◎著



中国人民公安大学出版社

山东工商学院法学文库(8)

总主编 张献勇 夏凤英

刑事瑕疵证据的 实证研究与理论阐释

胡忠惠 邓陕峡 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事瑕疵证据的实证研究与理论阐释/胡忠惠, 邓峡峡著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2014. 6

(山东工商学院法学文库/张献勇, 夏凤英总主编)

ISBN 978-7-5653-1778-1

I. ①刑… II. ①胡… ②邓… III. ①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 (2014) 第 114674 号



山东工商学院法学文库 (8)

刑事瑕疵证据的实证研究与理论阐释

胡忠惠 邓峡峡 著

发行人: 中国人民公安大学出版社

地址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2014 年 6 月第 1 版

印 次: 2014 年 6 月第 1 次

印 张: 6.75

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 182 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-1778-1

定 价: 35.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

本书是2011年度教育部人文社
科规划基金项目（11YJA820028）
的最终成果。

总 序

山东工商学院（原中国煤炭经济学院）法学专业教育始于1993年。当年，学校首批招收了经济法专业专科学生。1999年，法学专业本科学生首批招生。在法学专业创办20年即将到来之际，我们拟以法学学科和专业教师的博士学位论文和国家社会科学基金项目、省部级科研项目为基础，推出“山东工商学院法学文库”。旨在展示山东工商学院法学研究成果，传播法学学术思想，为推动我国法学理论创新和指导法治建设实践尽绵薄之力。

“山东工商学院法学文库”能够面世，得益于山东工商学院对学科建设的高度重视。早在1999年，宪法学与行政法学就被确定为学校重点建设学科。经过努力，宪法学与行政法学又先后获批为山东省“十五”和“十一五”重点建设学科。2009年，宪法学与行政法学被学校列为校级强化建设学科，经济法学被列为校级重点建设学科。学校对法学学科的重视和支持，极大地调动了教师学科建设的积极性，也为本文库的顺利出版提供了有力的物质保障。

目前，法学学科点共有专业教师34人，其中教授7人，副教授13人，具有高级职称的教师占全体教师的比例为59%。拥有博士学位的教师7人，在读博士5人，博士和在读博士占全体教师的比例达到35%。已经形成了一支方向稳定、结构合理、治学严谨、勤勉上进的学术队伍，特别是青年教师崭露头角，具有良好的研究潜力，实乃一件幸事。

法学学科点始终坚持以教学为中心,教学设施不断完善,教学改革扎实推进,教学质量稳步提高。建设了高标准的模拟法庭实验室,图书馆相关藏书丰富,建成了资料室和微机室。按照应用型人才培养要求,依据学科优势和学校特点,实施精细化、分方向人才培养模式改革,即在新生入学之始就为其确定4年就读期间的专业指导教师,在高年级分宪法行政法和民商经济法两个专业方向实施教学。法学专业曾被评为学校优秀专业,1个教学团队被列为校级教学团队,1门课程建成了省级精品课程,3门课程建成了校级精品课程。主编教材7部,分别由法律出版社、北京大学出版社、中国民主法制出版社等出版,其中1部获得山东省普通高等学校优秀教材一等奖。1项教学成果获得山东省高等教育优秀教学成果三等奖。4篇论文被评为山东省优秀学士学位论文。截至2011年,已累计为社会培养法学本专科毕业生3000多人,得到了用人单位的普遍好评。他们正在各自的工作岗位上为法治建设增砖添瓦,为推动社会进步和实现公平正义发光发热。

法学学科点十分注重科学研究和学术交流,近年来,共主持国家社会科学基金项目4项,教育部人文社会科学研究项目、司法部法治建设与法学理论研究项目等省部级研究项目40多项,获得山东省社会科学优秀成果奖等各类奖项30余项,出版专著20余部,在《中国法学》、《法商研究》等重要学术刊物发表论文110余篇,取得了较为丰硕的研究成果。学科点先后邀请50多位知名学者来校讲学或指导,派出多名教师参加国内外重要学术会议,先后承办了2001年中国法学会行政法学会研究会年会、全省建设“平安山东”法治理论研讨会、2010年山东省法学会宪法学研究会年会、2011年山东省法学会财税金融法学研究会年会等学术会议,学术影响逐步扩大。

我们深知，我校法学学科和专业建设起步较晚，虽然取得了一定的成绩，但与国内一流法律院校相比还有不小的差距。我们期望在我国实行“依法治国、建设社会主义法治国家”的进程中，借由本文库的出版，推动我校法学学科建设和专业建设水平的进一步提高。

最后，感谢中国人民公安大学出版社对本文库的出版给予的宝贵支持。

张献勇

2011年11月10日

目 录

导论	1
一、刑事瑕疵证据问题的提出	1
二、刑事瑕疵证据的研究现状	3
(一) 国(境)外研究现状	3
(二) 我国研究概况	6
三、本书的研究思路与研究方法	9
四、本书的主要内容	11
第一章 刑事瑕疵证据的文本分析	15
一、文本中的瑕疵证据类型	16
(一) 可补救的瑕疵证据	16
(二) 不可补救的瑕疵证据	22
(三) 立法中未明确作出规定的瑕疵证据	23
二、刑事瑕疵证据的特征	25
(一) 瑕疵证据是程序违法的结果	26
(二) 瑕疵证据是证据能力待定的证据	28
三、刑事瑕疵证据的外延	31
(一) 非法言词证据与瑕疵言词证据	32
(二) 非法实物证据与瑕疵实物证据	35
四、刑事瑕疵证据的补救	38
(一) 对非法与瑕疵证据的分别处理	38
(二) 刑事瑕疵证据的补救方式	40

第二章 侦查阶段刑事瑕疵证据的实证观察	43
一、侦查阶段瑕疵证据的类型分析	44
(一) 总体情况	44
(二) 书证类瑕疵证据的主要类型	46
(三) 物证类瑕疵证据的主要类型	47
(四) 言词类瑕疵证据的主要类型	48
(五) 辨认笔录瑕疵的主要类型	52
(六) 勘验、检查笔录瑕疵的主要类型	54
(七) 电子数据类瑕疵证据的主要类型	55
二、刑事瑕疵证据存在的原因解释	55
(一) 法律规定矛盾造成对瑕疵证据认识不统一	56
(二) 办案压力导致侦查人员选择性规避证据收集规定	61
(三) 辩方对瑕疵证据的制约作用十分有限	63
(四) 检察机关、法院纵容瑕疵证据的存在	65
三、瑕疵证据规则对侦查行为的影响	67
(一) 侦查机关制定行为规则预防瑕疵证据出现	68
(二) 侦查机关发现瑕疵证据自行补救	70
第三章 刑事瑕疵证据补救的实证观察	74
一、刑事瑕疵证据补救情况观察	74
(一) 刑事瑕疵证据补救的数量	74
(二) 刑事瑕疵证据补救的情形	75
二、刑事瑕疵证据补救的分析	77
(一) 瑕疵证据补救类型的分析	77
(二) 瑕疵证据补救方法的分析	81
(三) 瑕疵证据补救结果的分析	84
三、刑事瑕疵证据补救规则失灵的解释	85
(一) 从诉讼结构角度的解释	85
(二) 从结果考核角度的解释	87

(三) 从利益驱动角度的解释	89
(四) 从规则构造角度的解释	90
四、刑事瑕疵证据补救的保障机制	92
(一) 建立庭审中心主义的诉讼模式	92
(二) 健全法官评价机制	93
(三) 法院充分认识瑕疵证据问题的重要性	94
(四) 完善瑕疵证据规则的操作程序	95
第四章 基于实证基础的刑事瑕疵证据界定	97
一、刑事瑕疵证据概念的发展流变	97
(一) 刑事瑕疵证据概念的提出	97
(二) 刑事瑕疵证据内涵的发展	99
(三) 刑事瑕疵证据内涵的理解	101
二、区分瑕疵证据与非法证据的界限	106
(一) 求真是区分瑕疵证据与非法证据的价值取向	106
(二) 违法程度是区分瑕疵证据与非法证据的判断 标准	109
(三) 转化或排除是区分瑕疵证据与非法证据的适用 后果	111
三、我国瑕疵证据制度产生的原因分析	113
四、刑事瑕疵证据适用的风险分析	117
(一) 瑕疵标准界定不清可能导致适用中瑕疵泛化	117
(二) 三机关互相配合格局下瑕疵证据的适用不利于 司法纠错	119
(三) 合理解释与补正缺乏限制不利于规范侦查取证行为	121
(四) 程序规则不足不利于对瑕疵证据展开有效审查	123
第五章 刑事瑕疵证据补救的理论基础	125
一、域外裁量排除规则的理论与实践	125
(一) 非法证据裁量排除的理论基础——法益衡量	125

(二) 非法实物证据法益衡量排除的标准	131
二、我国刑事瑕疵证据补救的法理分析	135
(一) 基于正当程序的要求	135
(二) 基于对法官自由裁量权的限制	137
(三) 基于对侦查违法行为的制裁	140
三、我国检察机关审查补救瑕疵证据的理论基础	142
(一) 检察机关审查证据权力的属性	143
(二) 我国法院与检察院关系的特殊性	145
(三) 检察官客观义务与辩方弱势的互补	147
第六章 刑事瑕疵证据规则体系的完善	149
一、刑事瑕疵证据的范围	149
(一) 刑事瑕疵证据的判断标准	149
(二) 违反言词证据取证规则之瑕疵证据	152
(三) 违反实物证据收集规则之瑕疵证据	164
二、刑事瑕疵证据的补救方式	168
(一) 责令补正	168
(二) 作出合理解释	171
(三) 对补救措施的合理限定	173
三、刑事瑕疵证据补救的责任主体	175
四、刑事瑕疵证据补救与审查程序	177
(一) 瑕疵证据补救程序的启动	177
(二) 瑕疵证据补救的审查程序	178
(三) 对补救后瑕疵证据的处置	180
代结语：瑕疵证据规则何去何从？	188
参考文献	190
后记	202

导 论

一、刑事瑕疵证据问题的提出

刑事诉讼法是确定并实现国家对于具体刑事案件中被告人刑罚权的程序规范,具体刑罚权存在与否,包含事实认定与法律评价两部分。在刑事诉讼领域,查获犯罪行为人并对其施以刑事制裁是刑事诉讼程序设计的驱动性目标,认定案件事实在刑事诉讼活动中具有较高的价值。自近代以来,证据裁判原则成为刑事诉讼普遍奉行的原则,许多国家和地区的刑事诉讼法或证据法均有相应的规定。^①现代法治国家的刑事诉讼中,尤其是采取自由心证主义的国家,必然严格依照证据裁判原则。只有自由心证主义和证据裁判主义相互支撑,才能防止冤假错案,保障公民的基本权利。时至今日,证据已成为事实认定最重要的证明手段,依据证据对纠纷事实进行裁判已成为常态。证据这一法律范畴被各类诉讼视为维系裁判公正性与合理性的唯一纽带,成为沟通程序规范与实体规范的桥梁。刑事诉讼中,对证据的追求成为侦查机关的主要任务之一。

但是并非所有的证据材料都具备证明的能力,具有法律上的证据资格。基于政策或其他价值因素的考量,各国和地区立法对某些通过不合法手段取得证据的资格加以限制,将其予以排除适用,即所谓

^① 如我国台湾地区“刑事诉讼法”第154条第2款规定:“犯罪事实应依证据认定之,无证据不得认定其犯罪事实。”《日本刑事诉讼法》第317条规定:“认定事实,必须依据证据。”

“非法证据排除规则”。“无证据能力、未经合法调查之证据，不得作为判断之依据。”^① 这里的证据能力即证据资格，“证据必须先有证据能力，即须先为适格之证据，或可受容许之证据，而后始生证据力问题。无证据能力，则根本不予容许为证据”。^② 换言之，某一证据材料要成为证据，仅具有证明力是不够的，还必须为法律所允许才具有证据能力。只有满足法律关于证据能力所有要件的证据材料，才具有证据的资格，才可以作为证明案件事实的依据。如果说证明力属于经验和逻辑范畴的话，证据能力则属于法律问题，是法律为所有证据进入法庭审判程序或作为认定事实依据所设定的条件和资格。

无论是普通法系国家还是大陆法系国家，证据一般都被划分为合法证据和非法证据，二者之间是非此即彼的关系。在考量非法证据的资格上，通常的做法是：对于非法言词证据较为严格，除非有例外规定，一律予以排除，不能作为证明案件事实的依据；对于非法获得的言词以外的证据，则采用相对排除，赋予法官自由裁量权，依据一定的标准裁量其能否适用认定案件事实。^③ 但在我国司法实践中，非法证据和合法证据之间存在“灰色地带”，有人将这“灰色地带”称为瑕疵证据。^④

2010年6月13日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合出台《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（以下简称《死刑案件证据规定》）和

① 我国台湾地区“刑事诉讼法”第155条第2款之规定。

② 李学灯：《证据法比较研究》，台湾五南图书出版公司1993年版，第465页。

③ 有关非法证据排除规则的详尽研究，参见杨宇冠：《非法证据排除规则研究》，中国人民公安大学出版社2002年版；张智辉：《刑事非法证据排除规则研究》，北京大学出版社2006年版；郑旭：《非法证据排除规则》，中国法制出版社2009年版。

④ 参见施燕华：《论刑事诉讼中瑕疵证据的转化》，上海交通大学2007年硕士学位论文，第1页。

《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《非法证据排除规定》），合称“两个证据规定”，首次在规范层面上提出“瑕疵证据”概念，对司法实践中的证据“灰色地带”予以确认与规制。2012年《刑事诉讼法》在总结近年来司法改革经验的基础上，充分吸收“两个证据规定”的主要内容，对证据制度进行了较大幅度的完善。根据《刑事诉讼法》的相关规定，最高人民法院在2012年12月公布司法解释，吸收和完善“两个证据规定”有关瑕疵证据的相关内容，用多个条款规定了瑕疵证据的审查、补正与合理解释，这些规定可以统称为“瑕疵证据规则”。瑕疵证据规则的确立，打破了原有将证据仅划分为非法与合法的“二分法”局面，也不再遵循排除或采纳这种全有或全无的规则，而是在合法证据与非法证据之间规定了瑕疵证据，并对特定的瑕疵证据采取补正或合理解释的处理方式，丰富了传统证据理论，拓展了排除规则的理论和实践。

理论界自提出瑕疵证据问题以来，一直存在争论。立法规范确立瑕疵证据规则后，亦给司法实践带来些许困惑。笔者尝试从分析瑕疵证据规则的文本入手，探寻立法者意欲赋予其的历史使命，并结合实证观察，对瑕疵证据制度进行深入细致的分析与研究。

二、刑事瑕疵证据的研究现状

（一）国（境）外研究现状

无论是英美传统证据理论还是大陆法主流证据理论都找不到与“瑕疵证据”等对应的概念，但也不能断言，瑕疵证据就是我国证据学理论上的独创。实际上，瑕疵证据制度与国外非法证据排除中的裁量排除制度有相似之处。

早在20世纪初，美国Cardozo法官就提出，“证据不得任意排除，否则岂不是因警察的一时疏忽，而让罪犯逍遥法外”。^① 英国

^① People v. Defore, 160 N.E. (1926) p.578.

学者认为,“不能根据取得证据的方式不合法而将具有关联性或可采性的证据排除在外,否则将导致无法指控犯罪”。日本学者也认为,对于某些物证,即使收集程序违法,证物本身的性质及形状也不会发生变化。“当证据瑕疵轻微,违法性不严重时,并不影响扣押物的证据能力。”^① 因而基于惩罚犯罪与保障人权的平衡,许多国家对于非法手段获取的证据并非一律排除。

对于在何种情形下允许适用违法证据,美国学者 Kaplan 曾提倡“严重犯罪的例外”,主张“对最严重的犯罪,如叛国、间谍、杀人、武装强盗、组织犯罪之绑架等类型,原则上完全不适用证据排除法则”。^② 换言之,当犯罪的严重性超过警察违反程序的严重性时,可以适用违法证据。但这种学说因严重犯罪划分标准存在分歧,以及有可能鼓励警察在此类犯罪中不遵守程序的担忧而受到批评。目前,大多数国家采用“裁量排除主义”,除法律强制排除外,其他违法证据的证据能力由法官自由裁量,允许法官通过比较衡量证据排除结果所产生的利弊,具体确定是否应当排除。在非法证据排除规则诞生地的美国,判例和理论均认为,创设非法证据排除规则的初衷,主要是为了抑制警察以侵犯公民宪法性基本权利的方式来取证的严重违法取证行为,而不是针对一般的程序性违法取证行为。如果警察的取证过程虽然违法,但并未侵犯公民的宪法性基本权利,而仅仅属于违反警察机关的内部规则或一般性的操作程序(技术违法、轻微违法),便未必需要排除该证据。^③ 英国《警察与刑事证据法》第 78 条规定,“如果法院认为,对该证据的采纳将对程序的公正性产生如此的影响以至于法院不应当采纳证据

① [日] 土本武司:《日本刑事诉讼法要义》,董璠兴译,台湾五南图书出版公司 1998 年版,第 398 页。

② 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社 2005 年版,第 35 页。

③ 黄朝义:《论证据排除法则》,载朱朝亮等主编:《刑事诉讼之运作》,台湾五南图书出版公司 1997 年版,第 129 页。

时,法院可以拒绝采纳该证据”。^① 在发现事实真相和程序公正的价值选择中,德国法院明显偏向于前者,认为某些证据本身并没有受到非法行为的污染,倾向于采用某些非法取得的证据。司法实践中,即使证据符合排除条件,法官也会用“利益平衡”的原理采纳违法所得证据,他们认为如果不采纳,会对发现事实真相造成损失。^②

在大多实行裁量排除的国家和地区,法律一般不规定法官裁量权的范围,也不对裁量排除的具体情形作出限制,而是授权法官根据具体案件综合判断。至于法官如何判断违法程度,取决于一国刑事诉讼价值优位的选择。日本学者认为,“瑕疵是否轻微,应当综合瑕疵的内容、被疑案件的罪质及轻重、被扣押物品人的诉讼地位、侵害被扣押人权利的程度等,就具体案件分别作出判断”。^③ 加拿大最高法院在 1987 年对 Collins 一案的判决中,归纳出法官确定是否应排除非法证据时需考虑的因素:“审判的公正性;侵犯权利的严重性;排除证据后的结果。”^④ 我国台湾地区 2003 年修改“刑事诉讼法”时,认为法官于个案权衡时,允宜斟酌违背程序之情节、主观意图、权益之种类及轻重等七个因素。^⑤ 由于历史传统、制度背景、文化理念等不同,不同国家和地区法官进行权衡取舍时考虑的价值因素各有侧重。

① [英] 麦高伟:《英国刑事诉讼法》,姚永吉译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 320 页。

② 参见[德] 克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社 2003 年版,第 214~233 页。

③ [日] 土本武司:《日本刑事诉讼法要义》,董璠兴译,台湾五南图书出版公司 1998 年版,第 398 页。

④ 参见陈瑞华:《比较刑事诉讼法》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 176 页。

⑤ 参见林辉煌:《发现真实与人权保障之实践与省思》,载《法令月刊》2010 年第 5 期。

西方国家对于可裁量排除的证据大多采取“排除或适用”的规则,没有第三种选择。法院一般不会给予公诉方补救违法证据的机会,更不会在审判阶段允许侦查人员重新收集证据或者补充制作案卷笔录。但少数大陆法系国家也存在尽力纠正先前发生的程序错误,从而挽回有争议的的证据的情形。例如,侦查法官忘记告知被告人的配偶其具有免证特权,审判法庭可以告知其这一内容,之后再从被告人的配偶处获得可以采纳的陈述;法院甚至认为在证人被告知其权利后果后如果征得其同意,在上述情形下可以提交先前的陈述。^①

(二) 我国研究概况

我国有关瑕疵证据问题的研究,总体上尚处于起步阶段。早期的许多文章没有区分瑕疵证据与非法证据、违法证据等概念,而是将瑕疵证据等同于非法证据。有学者提出:“瑕疵证据有广狭义之分。从广义上讲,它既包括在内容上存在缺陷的证据,也包括在表现形式上存在缺陷的证据,还包括在收集程序和方式上存在缺陷的证据。从狭义上讲,它可以是指上述三种有缺陷的证据中的一种。”“一般而言,以暴力、胁迫、利诱、欺诈、违法羁押等不正当方法收集的被告人供述、被害人陈述、证人证言等言词证据,以及以违反法定程序的方式(如违反法定程序进行搜查、扣押、勘验等)收集的实物证据,都属于本文所说的瑕疵证据的范围。”^②“瑕疵证据广义上包括非法取得的证据和表现形式不合法的证据。”^③“瑕疵证据是指有缺陷的证据。包括:一是内容有缺陷或是

^① 参见〔德〕托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第200~201页。

^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 参见黄海威、朱东进:《瑕疵证据的证据能力》,载《杭州商学院学报》2003年第4期。