



云南大学法学院·明法文库

行政证据在刑事诉讼中 使用问题研究

程龙
著

会泽百家 至公天下

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

云南大学法学院·明法文库

行政证据在刑事诉讼中 使用问题研究

程龙 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政证据在刑事诉讼中使用问题研究 / 程龙著. --
北京 : 法律出版社, 2018
(云南大学法学院文丛. 明法文库)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2033 - 9

I. ①行… II. ①程… III. ①行政诉讼—证据—研究—中国 IV. ①D925.313.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 041994 号

行政证据在刑事诉讼中使用问题研究
XINGZHENG ZHENGJU ZAI XINGSHI SUSONG
ZHONG SHIYONG WENTI YANJIU

程 龙 著

策划编辑 高 山
责任编辑 汤子君
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 5.75
字数 138 千
版本 2018 年 3 月第 1 版
印次 2018 年 3 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2033 - 9

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)

谨以此书献给我的父母、妻子

序

作为一名教师,看到学生学有所成并继续沿着学术研究道路跋涉,实属快慰。在近年我指导的博士生中,程龙博士在本科阶段就表现出较好的学术潜力。保送本校研究生学习后,程龙博士跟随我研习司法制度与刑事诉讼法,逐渐显示出对诉讼法学基本原理和制度的探究兴趣。如今,他的第一本个人学术专著即将出版,作为他硕士、博士生导师,我深感欣慰并由衷祝贺。

应该说,本书所讨论的行政证据在刑事诉讼中的使用问题由来已久。由于我国刑事司法和行政违法的二元制追责体系,长久以来,行政执法与刑事司法的“两法衔接”问题成了中国刑诉学界研究的问题域之一。刑事诉讼中能不能使用行政机关在行政执法办案中获得的证据?这些证据是否需要转化?在刑事诉讼中如何审查判断行政证据的证据能力和证明力?这些问题困扰着实务界和理论界。尽管在司法实践中已经逐步摸索出行政证据在刑事诉讼中使用的基本方法与程序,但在2012年新《刑事诉讼法》颁布实施前未能上升为法律规范,同时也缺乏学理分析。

程龙博士的博士论文紧扣2012年新《刑事诉讼法》第52条第2款的规定,较为细致地梳理了行政证据在刑事诉讼中使用的背景与法理问题,提出了在刑事诉讼中审查判断行政证据合法性的要件与具体规

则,应该说,本书的分析是详尽的,提出的对策建议与规制原则具有一定的实用性、创新性。尤其难能可贵的是,这篇博士论文不仅将着眼点放在具体证据审查规则的构建上,还将视野投向以司法权限制行政权的理论视域。论文中坚持这一理论基点,强调行政证据在刑事诉讼中的使用不具有“天然的”证据能力和证明力;司法权能够并应当对行政权力实施所取得的证据材料进行审查。从证据裁判的维度阐明如何在“两法衔接”中体现司法权对行政权的制约、平衡,提出了较为新颖的观点,体现了作者扎实的理论基本功和敏锐的学术判断力。

必须承认,程龙博士在选择这个选题时我是犹豫的。原因有二:其一,作为一名本、硕、博一路学习却未有实务经验的学生,程龙博士是否具有足够的能力将理论与实践相结合,客观、务实地分析问题并提出解决方案,对于这一点我是有所担心的。其二,作为刑事诉讼法学研究中的难点,证据学的研究除了需要实务经验以外,还需要对纷繁复杂的证据学知识、规则娴熟于胸。从这个角度来看,这篇博士论文所触及的问题难度较大。在成文过程中,我指导程龙博士几经周折、反复修改博士论文,终于在2015年7月答辩通过。此后,程龙博士经过两年的思考与修改,同时,注重吸收近年来该领域研究的最新成果,对博士论文进行了较大幅度的修改,与当初答辩的博士论文相比有了明显进步。作为指导老师,当然乐见这样的积极态度,也希望程龙博士能够沿着他所规划的学术研究之路砥砺前行。

当然,任何学术产品都存在瑕疵与不足。这本专著同样存在一些在我看来能够进一步改善、发展的地方。例如在研究方法上,本书主要还是采用了规范分析的方法进行研究,没有充分吸收实证法律研究、社科法学的研究经验。又如在行政证据在刑事诉讼中使用的要件上,这些要件的提出、构成和原理方面的论述还有进一步完善的空间,从某种程度上看,“书斋气”还比较浓,对于实践的把握还有待进一步提高。当

然,这些瑕疵与不足可能是我的苛责,但同样也是读者的期待。作为导师和读者,我希望程龙博士能够再接再厉,不断学习,产出更多富有意义和价值的学术作品。这本专著的出版只是其求学道路的证明和标志,未来还大有可为!

左卫民

2017年11月6日于成都铁像寺星巴克

目 录

第一章 绪 论 001

一、问题的提出与相关概念 001

二、文献综述与研究方法 019

三、本书结构和基本立场 030

第二章 行政证据在刑事诉讼中使用的基本理论 034

一、行、刑证据衔接的法理基础 034

二、行、刑证据衔接的实践困难 043

三、行、刑证据衔接的基本原则 058

第三章 行政证据在刑事诉讼中使用的要件 066

一、实质要件 066

二、程序要件 082

三、例外情形：量刑证据与有利被告人的证据 090

第四章 行政证据使用的具体规则 094

一、可以使用的行政证据种类 097

二、实物类证据的使用 104

三、言词类证据的使用 111

四、鉴定、检查、检验笔录和其他笔录类证据的使用 128

第五章 行政证据使用的责任 140

一、责任承担主体 140

二、责任承担方式 145

结 语 153

一、观点总结 153

二、研究前瞻 156

参考文献 159

后 记 171

第一章 绪 论

一、问题的提出与相关概念

(一)问题的提出

1. 研究主题

2012年新《刑事诉讼法》第52条第2款规定:“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用。”这一规定明确了行政程序与刑事程序衔接中的证据衔接问题。某种程度上可以认为,这一款的规定在法律层面回应了我国刑事司法实践长久以来存在的行、刑证据衔接问题,对于解决这一问题提供了法律层面的制度资源。在刑事诉讼法颁布实施后,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第65条;最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第64条;公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第60条等条文又对该法律条文进一步细化,提供了可供操作的具体规定。如何规范适用上述条文?如何认识行政证据在刑事诉讼中使用的缘由、标准与规则成为本书研究的主要内容。

整体上看,这一研究主题隶属于行政程序与刑事程序衔接这一问题领域之中。而行政程序与刑事程序衔接中的证据制度衔接又包含证

据和证明两个部分。开宗明义,本书主要研究行、刑程序衔接中的证据问题,不包括证明问题。这是因为新《刑事诉讼法》第52条第2款中的“可以作为证据使用”的表述,应当理解为对行政证据在刑事诉讼中使用的证据能力的“准入”,而非对证明力的直接规定;换句话说,这个条文主要解决的是行政证据在刑事诉讼中使用的证据资格问题。^① 本书按照法理——规则——行为(责任)的层次,提出并解决四个具体行、刑衔接中的证据问题:(1)行政证据在刑事诉讼中使用面临的困难有哪些?(2)什么样的行政证据需要并可以在刑事诉讼中使用?(3)行政证据在刑事诉讼中使用应当遵循什么样的标准?(4)行政证据的不当取证、不当使用应当承担什么样的责任?

2. 研究背景

在新《刑事诉讼法》颁布实施之前,实务界对于行、刑程序衔接中的证据衔接问题已经多有接触,并形成了一些制度规范和操作惯例。一般来说,在新《刑事诉讼法》颁布实施之前,学界与实务界普遍认为,1996年旧《刑事诉讼法》第45条第1款的规定为行、刑证据的移转提供了法律基础。^② 该款规定了法院、检察院和公安机关向有关单位和个人收集、调取证据的权利,以及有关单位和个人如实提供证据的义务。行政机关如果在其工作中收集到涉嫌犯罪的线索和证据,当然属于该条规定的“有关机关”,因此,法院、检察院和公安机关也就有权向其调取证据。

然而,单纯以1996年旧《刑事诉讼法》第45条第1款作为行、刑证据衔接的法律基础显然还有很多问题。因此,我国先后出台了一系列

^① 参见顾永忠:《行政执法证据“在刑事诉讼中可以作为证据使用”解析》,载《法律适用》2014年第3期。

^② 1996年旧《刑事诉讼法》第45条第1款规定:“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”

规范行、刑衔接的法律法规和政策文件。^①此外,相关的司法机关、行政机关也多次召开关于行、刑衔接的会议以期解决实践中的问题。其中,2006年10月,全国整规办、最高人民检察院、公安部、监察部、工商总局、质检总局、食品药品监督管理局联合召开了全国行政执法与刑事司法衔接座谈会。这是全国首次召开专门针对行、刑衔接工作的全国性会议。^②学界与实务界对于行、刑衔接的研究和讨论也引起了决策层的重视。中央政法委随后将行、刑衔接研究作为2008~2012年司法体制改革项目之一,明确要求“建立和完善刑事司法和行政执法、执纪有效衔接机制”。最高人民检察院也将之作为2009~2012年检察改革工作规划的重要组成部分予以明确。^③2013年11月,中共十八届三中全会通过了《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,其中,将“完善行政执法与刑事司法衔接机制”作为全面深化改革的重大问题之一。次年10月23日,中共十八届四中全会又通过了《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,明确指出当下在行政执法与刑事司法衔接中存在“有案不移、有案难移、以罚代刑”的若干问题;同时,明确提出要“健全行政执法和刑事司法的衔接机制”,最终“实现行政处罚和刑事处罚无

① 主要包括2001年4月国务院《关于整顿和规范市场经济秩序的决定》;2001年7月国务院《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》;2001年9月最高人民检察院《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》;2004年3月最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室、公安部《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》;2006年1月最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室、公安部、监察部《关于在行政执法中及时移送涉嫌犯罪案件的意见》;2011年《中共中央办公厅、国务院办公厅转发国务院法制办等部门〈关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见〉的通知》(中办发[2011]8号)。这六份法规和政策文件构成了2012年新《刑事诉讼法》出台前行、刑程序衔接的主要制度基础,统称为“六大文件”。

② 参见元明:《行政执法与刑事司法相衔接的理论与实践》,载《人民检察》2011年第12期。

③ 参见张倩:《行政执法与刑事司法衔接之证据转换——兼论新〈刑事诉讼法〉第52条第2款》,载杨永华主编:《行政执法和刑事司法衔接的理论与实践》,中国检察出版社2013年版,第50页。

缝衔接”。2015年12月,中共中央、国务院共同下发《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》,其中又一次强调“健全行政执法和刑事司法衔接机制,完善案件移送标准和程序,建立健全行政执法机关、公安机关、检察机关、审判机关信息共享,案情通报、案件移送制度”。由此可见,“健全和完善行刑衔接机制已成为非常迫切的国家战略任务”。^① 总体看来,包括行、刑证据衔接在内的整个行、刑程序衔接已经日益成为行政法和刑事诉讼法学的研究重点。理论必须回应现实和决策层对这一问题解决的热切期盼。2012年新《刑事诉讼法》第52条第2款颁布实施,则是意在立法层面对行、刑证据衔接作出初步但明确的规定。

研究行、刑证据衔接与使用问题,必须首先考察这一问题的现实背景。整体来看,这一现实背景主要有以下三个方面。

其一,犯罪情况的新发展。

随着经济的发展和人口流动性的增加,目前我国的刑事犯罪情况有了新的发展。首先,犯罪的专业化水平逐渐增高。现代社会中,行业与知识的分工日趋细密化,一些犯罪行为也呈现出分工明确、专业能力强的特点,这给犯罪的侦查、控诉和审判工作带来了巨大的挑战。^② 通常情况下,刑事诉讼中的侦查、控诉和审判机关不可能对每一种犯罪所涉及的具体的专业知识做到充分了解和掌握。但为了刑事诉讼能够正确、合理、合法地进行,实有必要对这一矛盾加以解决。然而,在侦查阶段如何解决犯罪专业化带来的困难少有研究。一些证据因犯罪专业化程度高,也呈现出隐蔽性强的特点。例如,工商、海关缉私、税务、证券、医疗以及烟草、石化等专卖商品行业的犯罪侦查日趋精密化,单独依靠

① 练育强:《行刑衔接视野下的一事不再罚原则反思》,载《政治与法律》2017年第3期。

② 参见宋久华:《行政执法与刑事司法衔接中的证据转化问题研究——以新〈刑事诉讼法〉第52条第2款为切入点》,载杨永华主编:《行政执法和刑事司法衔接的理论与实践》,中国检察出版社2013年版,第59页。

传统的侦查机关——如公安机关——已经不可能完全胜任这种专业化侦查的需要。而我国分门别类的行政主管机关,相对《刑事诉讼法》规定的侦查机关而言对分管行业或范畴内的违法犯罪活动更为了解,专业能力更强。因此,大量专业化的犯罪在侦查之初,往往由行政主管机关发现违法行为并进行初步但至关重要的调查。这些调查所获得的证据如何移转到刑事诉讼程序中,成了重要的问题。

由于犯罪专业化增强导致了侦查节点的前移。刑事侦查与行政调查也出现了各自侧重的不同方向的发展。行政调查作为第一线的、前沿式的调查力量和措施,负责对高度专业化的违法行为进行初步但是高效的调查;刑事侦查作为法律最终也是规范程度最高的侦查手段负责对案件的定罪量刑事实进行最严密的调查取证。然而,二者由于侧重不同、层次不同,往往是行政调查率先进行,待案件性质明了,符合刑事立案规定后转入刑事诉讼程序,刑事侦查方才开始。因此,二者之间存在介入时间上的先后性。

其次,侦查工作自身也呈现出专业化发展态势,进而形成了行政执法程序的先行性。随着犯罪专业化水平的提高和转型时期我国犯罪高发的形势,侦查工作本身也有了新的发展。为了更好地控制犯罪,维护社会稳定,单独依靠刑事侦查机关对所有可能涉嫌犯罪的违法行为进行侦查既不可能,也无效率。作为社会最后的稳定装置和制裁措施,刑事诉讼也不可能对每一项可能涉嫌犯罪的违法行为进行全面细致的审查,这就要求必须进行审前分流。而侦查作为刑事诉讼的起点,其审前分流的意義尤其重大。^① 观之域外,在英国,随着农业革命和工业革命对社会的影响逐渐增大,犯罪也凸显出专业性和数量稳步增高的趋势,因此,专业化的侦查机关如“苏格兰场”开始取代“通才

^① 参见姜涛:《刑事程序分流研究》,人民法院出版社2007年版,第153~154页。

型”的侦查力量。^① 美国的刑事侦查也呈现出同样的特点。值得注意的是,美国对于犯罪活动的侦查与打击并非单独依靠警察或联邦调查局等力量进行,而是同样也需要依靠其他联邦机关的协助来对专业化犯罪进行打击。例如,对于麻醉药品和危险毒品犯罪的管理,就是主要依靠在 1973 年成立的联邦药品(毒品)执法管理局(Drug Enforcement Administration)进行侦查与提供执法技能培训。^②

具体到我国目前的刑事侦查活动,对于专业化犯罪的初步侦查往往是在主管行政机关对其进行的执法过程中完成的。对于行政执法或办案中发现涉嫌犯罪的,主管行政机关再将其调查得到的线索与证据转交给刑事侦查机关。易言之,行政执法、办案机关实际上通过移涉嫌犯罪相关信息的工作,在实质上进行了刑事诉讼的审前分流工作。尽管目前在行、刑衔接机制上,存在“有案不移、有案难移”的具体问题,但是,我们也必须看到,由于行政执法程序在层次上和时间上均先于刑事程序,在某种程度上,行政执法程序作出的移送与不移送案件进入刑事程序的决定,起到了案件分流、繁简分流的客观效果。可以认为,行政执法程序相对于刑事诉讼而言,具有先行性。^③ 这种刑、行程序衔接的新特点,也决定了研究行、刑证据衔接的重要意义。

最后,人口流动性增强加大了犯罪侦查难度。随着我国经济发展,越来越多的农村人口逐渐向城市流动。在这一流动过程中,也催生了大量转型期的犯罪发生。这些犯罪具有突发性强、流动性高、查办难度

① 参见[美]查尔斯·R. 斯旺森等:《刑事犯罪侦查》(第8版),但彦铮等译,中国检察出版社 2007 年版,第 3~7 页。

② 同上书,第 17 页。

③ 参见谢登科:《论行政执法证据在刑事诉讼中的使用——基于典型案例的实证分析》,载《华东政法大学学报》2016 年第 4 期。

大的特点。刑事诉讼不易也不宜直接进入案件的初查,以免浪费司法资源,出现事倍功半的结果。大量犯罪最初进入法律程序并非是以刑事立案为起点,而大多是以行政违法作为其查处的出发点,在办案过程中才发现其犯罪线索并移交刑事侦查。

其二,实物证据重新收集的困难。

在行政执法与办案过程中,行政机关会收集到大量证明行政违法存在的证据与材料。一旦这些证据和材料能够初步证明涉嫌犯罪,将会移交给刑事侦查机关。然而,这些证据与材料必然包含了一定的实物证据。例如,在查办“酒驾”案件中,对违法行为人血液酒精含量的检测;又如,海关缉私时扣押的走私物品等。这些实物证据具有不可回复性和不可再行提取的唯一性。如果在最初的行政执法与办案中已经取证完成,则没必要也不可能在随后的刑事侦查中重新收集。因此,如何将行政执法与办案过程中收集到的证据材料,尤其是实物证据能够无缝衔接到刑事诉讼程序中,成了一个关键性问题。

其三,打击犯罪与保障人权的需要。

如上文所述,目前我国处于犯罪高发、犯罪危害性与专业化逐步增高的关键时期。社会 and 人民群众对于打击犯罪,维护社会稳定的需求也随之提高。一方面,为了更加有效地打击犯罪,势必要增强各国家公权力机关间的协作,发挥各机关“1+1>2”的联动效果。行政执法与刑事司法的协作配合也是题中应有之意。因此,以打击犯罪为出发点,实有必要对如何协调行、刑证据制度的衔接进行研究,以化解矛盾、提高效率、有效打击犯罪。

另一方面也应看到,行政执法、办案与刑事诉讼,特别是刑事侦查有着本质的区别。这一区别将会在第二章中进行详细论述。此处需要指出的是,行政执法与办案具有强制性、单方性(国家意志性)、主动性

和及时性的要求。^①而刑事诉讼则需要协调犯罪制裁和人权保障间的平衡。相对而言,行政执法与办案对于人权保障的需求和重视不如刑事诉讼。而且,归根结底,行、刑程序衔接最后的落脚点是刑事诉讼程序。因此,在行、刑证据衔接的研究中,其核心问题在于如何在保留行政执法、办案及时、高效、专业的基础上,做到打击犯罪与保障人权的协调。

以上三个大的方面在整体上说明了新《刑事诉讼法》第52条第2款的立法背景与现实需要。尽管整体意义上的行、刑程序衔接目前尚未有系统化的规定。但行、刑证据的衔接已经先行一步在刑事诉讼法中予以规定,这不能不说是一个进步。然而,行政程序与刑事程序从其本质而论有巨大差别,在行、刑程序衔接尚且阙如的前提下,行、刑证据衔接作为其下位理论在学理和实践上均有问题与困难需要解决。

(二) 相关概念

1. 本书中的“证据”

2012年新《刑事诉讼法》第52条第2款规定行政执法与查办案件中所获得的证据“在刑事诉讼中可以作为证据使用”。这表明立法的本意是指行政执法与办案过程中的证据应当在刑事诉讼这一大环境中使用,自然对于“证据”的理解应当按照刑事诉讼法而不是行政法律法规的规定。目前,我国的三大诉讼法中仅有刑事诉讼法对证据的概念作出了明确的界定。现行《刑事诉讼法》第48条第1款规定,“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”,同时还在该条第3款规定:“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”从立法体系上看,刑事诉讼法对证据进行了证据能力和证明力两个层次的区分。行政执法与办案证

^① 参见印仕柏主编:《行政执法与刑事司法衔接实务大全》,湘潭大学出版社2013年版,第4~5页。