

刑事诉讼规则 酝酿与重构

——以司法实践为切入点

杨佩正 等著

中国检察出版社

刑事诉讼规则 酝酿与重构

——以司法实践为切入点

杨佩正 杨明芳 等著
李 光 张建国

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼规则 酝酿与重构: 以司法实践为切入点/

杨佩正著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0031 - 1

I. 刑… II. 杨… III. 刑事诉讼法 - 研究 - 中国

IV. D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 181134 号

刑事诉讼规则 酝酿与重构

——以司法实践为切入点

杨佩正 杨明芳 李 光 张建国 等著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 7.125 印张

字 数: 170 千字

版 次: 2009 年 1 月第一版 2009 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0031 - 1/D · 2011

定 价: 20.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

当本书出版的时候，我们这些当时参与最高人民法院重点调研课题的课题组成员，还在孜孜不倦地从事着自己的事业。他们用自己执著的法律追求，不懈地诠释着职业理念，履行着神圣的职责。

2006年4月，杨佩正在最高人民法院第二次通过公开招标方式中中标了《关于刑事证据规则的调研》课题（本书即该课题的最终成果）。此后，几百名法官、检察官、律师、学者参与到这个既光荣又艰巨的调研任务的过程中。无论该调研课题的效果如何，作为过程，所有参与调研的人，都不同程度地为完成本调研课题的任务贡献了自己的司法智慧和司法理念。

“时间是人生最大的序。时间是思者最艰难的序。在蜿蜒的长河上空，飘荡着历史的只言片语。我们不能全视，我们正在聆听。时间隐藏在光线背后，却悄然浮现在宁静的思绪之中。”^①

本书作为一份“证据”，证明所有参与者的敬业情怀；

本书作为一件“礼物”，慰藉所有支持者的真情奉献；

本书作为一个“砖头”，期待所有关注者的研究激情……

周维远

二〇〇八年十月十八日

^① 汪天文：《时间理解论》，人民出版社2008年版，自序。

目 录

序	(1)
第一部分 关于刑事证据规则的调研报告	(1)
一、关于确立证人出庭作证规则	(1)
二、关于证人安全保障及经济补偿	(7)
三、关于证人拒证权	(11)
四、关于鉴定结论	(15)
五、关于单位证明材料	(18)
六、关于对刑讯逼供、暴力取证的举证责任	(20)
七、关于犯罪嫌疑人、被告人供述与辩解的自愿性	(24)
八、关于非法证据	(27)
九、关于非法言词证据的排除规则	(29)
十、关于非法实物证据的排除规则	(33)
十一、关于律师调查取证权	(36)
十二、关于电子证据	(39)
十三、关于有罪判决证明标准	(42)
第二部分 刑事证据规则 (建议稿)	(46)
第三部分 刑事证据规则 (建议稿) 释义	(60)
第四部分 附件	(110)
附件一 内部指导性意见	(110)
《关于规范死刑案件证据的意见》	(110)
《铁路常见刑事案件证据规范 (试行) 》	(130)

附件二 问卷调查汇总	(149)
附件三 各类座谈会记录	(161)
附件四 网讯摘编	(210)
后 记	(214)

第一部分

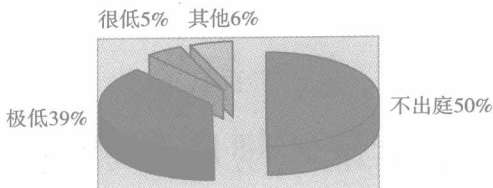
关于刑事证据规则的调研报告

我国的刑事证据规则存在着“体系上缺乏系统性、制度上缺乏协调性、内容上缺乏可操作性”的问题，造成实践中没有具体的可操作性规则和证据规格标准，导致各地、各级公安司法机关对证据情况大致相同的案件，处理结果差异较大。司法实践中，诸如杜培武案、余祥林案等一系列冤、假、错案屡见报端，刑事证据规则的缺失成为这些案件不断发生的根源。因此，构建具有可操作性的符合我国国情的刑事证据规则刻不容缓。结合刑事证据规则的相关理论和司法实践，课题组对如下重点问题进行了调查研究：

一、关于确立证人出庭作证规则

证人出庭作证规则是“直接、言词原则”的基本要求，也是排除传闻证据规则在举证过程中的重要体现。而证人出庭难、出庭率低是世界各国司法实践中普遍存在的问题。针对我国司法实践中证人出庭的现状，我们在辽宁、吉林、内蒙古三省、自治区的部分地区，分别向律师、警察、检察官、法官发出了关于其所办理案件的证人出庭情况的调查问卷。在有效的答卷中，证人出庭率为0的占50%；证人出庭率低于3%的占39%；证人出庭率在5%~10%之间的只占近5%，而证人出庭率占30%以上的更是

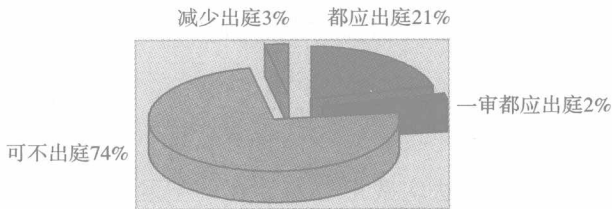
寥寥可数。据统计，就我国刑事司法实践当中证人出庭率的整体而言，平均也只有 5% 左右。^① 上述数据如下图所示：



证人不出庭的问题症结在于我国没有建立完备的证人出庭作证规则。证人出庭作证规则应当包括如下的相关内容：

（一）确立证人必须出庭的情形

关于证人是否必须出庭的问题，在有效的答卷中，有 21% 的人认为所有刑事案件的证人都应当出庭；有 74% 的人认为不需所有案件的所有证人都出庭作证，但在特定情况下，诸如控辩双方对证人证言有争议、证言与其他证据之间有矛盾的、证人证言在涉及罪与非罪或此罪与彼罪的界限方面具有关键作用等情形下，证人必须出庭；另有 3% 的人认为应当减少证人出庭，可用视听资料固定证人证言；有 2% 的人认为一审案件的证人应当出庭。^② 上述数据如下图所示：



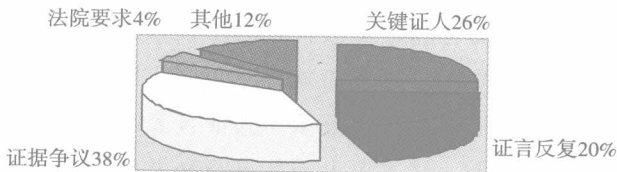
从以上调研数据分析，支持证人出庭的比率占据绝对优势，

^① 该数字引自何家弘、南英主编：《刑事证据制度改革研究》，法律出版社 2002 年版，第 27 页。

^② 数据来源于本报告的附件二。

反映了司法实践中对证人证言的重视程度以及在庭审中由证人直接作证的迫切要求，这也是贯彻“直接、言词原则”的体现。我们认为，证人出庭作证有利于查明案件事实，有利于保护当事人的合法权益，应当在证据规则中明确规定。但是，要求所有的证人出庭既不现实，也不必要。

在关于证人应当出庭作证的基本情形的有效答卷中，认为证言之间以及证言与其他证据之间存在争议情形的占38%；认为属于关键证人情形的占26%；认为证言前后存在反复情形的占20%；认为法院要求证人出庭的占4%；认为证人与当事人有利害关系或有证据证明受到威胁、胁迫等情形的占12%。^① 上述数据如下图所示：



上述情形基本体现了证人应当出庭作证的标准。在证人出庭的规则上应确定三项判断标准，即：一是证人能够出庭。如果证人能够在指定的时间、地点出庭，应当要求其必须出庭。二是证言重要。如果系对案件有决定作用的关键性证据，如证人证言对于罪与非罪、此罪与彼罪、量刑轻重等方面起关键证明作用的，除特殊情况外证人应当出庭。三是证言所证实的事实是否有争议。如果控辩一方对相对方举出的证人证言所证实的事实存有异议，包括自身的多份证言间存有矛盾以及证言与其他证据间存有矛盾，则该证人应当出庭。因而应当明确规定下列情形证人必须出庭：

^① 数据来源于本报告的附件二。

- (1) 证人证言自身存在实质矛盾的；
- (2) 证人证言与其他证据之间存在实质矛盾的；
- (3) 证人与当事人或案件处理结果有利害关系的；
- (4) 重大犯罪的关键证人；
- (5) 控辩一方对证人证言提出合理质疑的；
- (6) 有证据证明证人受到干扰的；
- (7) 合议庭认为应当出庭作证的其他情形。

被害人陈述作为法定的证据形式，在广义上属于证人证言。证人证言在审判实践中往往被以书面形式举证，并最终成为定案的依据。这种做法从根本上违反了排除传闻证据规则。不仅如此，由于具备出庭条件的被害人不出庭，一方面剥夺了辩方对被害人的质证权；另一方面也剥夺了被害人的质证权，使其不能对于证明被告人无罪或罪轻的证据发表质证意见。实践证明，由于被害人与被告人因案件形成的特殊关系，其证言多有加重被告人刑事责任之嫌，更有甚者，被害人出于其自身利益的考虑，不排除编造、杜撰案情的可能。还有一部分案件中的被害人由于受到侦查人员的逼迫、诱骗而使其陈述存在虚假性和不确定性。由于被害人与被告人有着直接的利害关系，审判实践中常常会由于这种特殊关系而使被害人的陈述难辨真伪，稍有不慎就会把被害人不真实的陈述认定为可靠的证据用来定案。而且一般情况下，被害人陈述笔录相对于被告人供述和辩解来说更容易被采信。在司法实践中，关于被害人出庭的情况具有两极分化的现象：一方面，在杀人、伤害、抢劫等案件中，被害人积极要求出庭，希望通过自身的参与对被告人予以严惩；另一方面，在强奸、涉黑等案件中，被害人出于保护自身名誉、害怕受打击报复等考虑，不愿意出庭作证。在被害人不出庭的情况下，书面的被害人陈述经常受到被告人及辩护人的质疑。要求被害人出庭接受询问，往往成为辩方

的强烈要求。我们认为，在证据规则中应当明确规定下列情形，被害人应当出庭：

(1) 被告人、辩护人对被害人陈述提出合理质疑的；

(2) 被害人在庭前陈述中存在矛盾的；

(3) 被害人改变庭前陈述的；

(4) 法庭认为被害人应当出庭陈述的。

(二) 明确证人出庭的例外情形

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(下称《解释》)对证人出庭的例外情形作出了相应规定，即未成年人；庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；其证言对案件的审判不起直接决定作用的；有其他原因等情形，并经人民法院准许的，证人可以不出庭作证。这一规定存在如下问题：

其一，《解释》规定证人不出庭既要符合上述四种情形之一，同时又必须经过人民法院准许。然而，证人不出庭实际上是减轻了举证一方向法院提出证人的责任并损害了另一方向证人质证的权利，仅仅由法院准许哪些证人不出庭是不妥的，应当征求诉讼双方的意见。

其二，《解释》所规定的“其证言对案件的审判不起直接决定作用的”情形，事实上是将判断某一特定证言对案件的审判是否起直接决定作用、该证人是否应当出庭的权力交给了法官，也是不合理的。应当通过庭前证据开示由控辩双方共同作出判断，如控辩双方对某一证人证言的意见不一致，作出该证言的证人就应当出庭作证。

其三，就《解释》的整体而言，仅针对证人出庭的例外情形作出了规定，而未同时针对被害人、鉴定人和侦查人员出庭作证的例外条件作出规定，不仅缺乏完整性，也容易使人产生上述三

类人员不存在出庭作证例外的错觉。

所以，在《刑事诉讼法》第47条及《解释》相关规定的基础上，对于证人可以不出庭作证而允许在庭审时宣读其庭前证言的情形应当作出如下的明确规定：

（1）（经庭前证据展示）控辩双方对证人所提供的庭前证言笔录均无异议的；

（2）依照其他证据完全可以认定案件事实的；

（3）提供庭前书面证言的证人在庭审时下落不明或正在境外的；

（4）在先前的审判程序中已经宣誓或具结并经交叉询问的陈述笔录，且该笔录的内容前后是一致的；

（5）排除非法取证情况下的原始陈述；

（6）为保护个人隐私权，对涉及强奸、奸淫幼女等犯罪案件，被害人不愿出庭的；

（7）证人未成年，参加庭审可能侵害其身心健康而不适宜出庭作证的；

（8）出于保守国家机密、重大商业秘密及证人的个人隐私的需要而不出庭的；

（9）简易程序或者被告人认罪案件中辩方无异议的证言；

（10）提供庭前书面证言的证人在庭审时患重病、行动极为不便的；

（11）法律规定的其他情形。

（三）证人应当出庭而不出庭的法律后果

1. 对案件本身产生的后果

结合我国刑事诉讼的特点，应当在证据规则中确立传闻证据的排除规则。对于不具有例外的情形，证人拒不出庭的，该证人的书面证言或者证言笔录都不具有证据效力。在证人出庭的情况下，如果在法庭上的证言与庭外证言笔录存在明显的矛盾或不一

致,虽然庭外证言本身不得单独作为法庭定案的依据,但可以用来质疑庭上证言的真实性;如果出庭证人未经法庭准许而拒绝出庭,法庭可据此作出对举证方不利的推定和裁判。

2. 对证人本人产生的后果

在证据规则中明确规定强制证人出庭制度。首先是规范通知证人出庭的方式,可依次设计通知传唤、传票传唤和拘传三种形式;其次是明确规定提供证人一方及人民法院在约束接受通知的证人出庭方面的相应责任,即提供证人一方负有提供证人基本信息的义务,法院应当履行通知义务并享有对应当履行出庭作证义务却非因合法原因而拒不履行者的依法制裁权力;最后是规范制裁措施,规定对于经过依法传唤仍不出庭的证人可进行罚款、拘留等处罚。

二、关于证人安全保障及经济补偿

司法实践中,证人害怕因出庭作证而遭打击报复、证人出庭作证却要自己承负相关的经济费用而致使出庭作证的积极性不高是不争的事实。为此,在证据规则中设定证人的安全保障及经济补偿措施意义重大。

(一) 证人的安全保障

《刑事诉讼法》、《公安机关办理刑事案件程序规定》、《人民检察院刑事诉讼规则》都作出了对出庭证人予以保护的规定,同时《刑法》也通过规定“妨害作证罪”和“打击报复证人罪”从相反的层面对证人作证予以保护。但是,这些规定过于空泛。在我们的调查问卷中,65%的人认为对证人保护的时间界限不明确是重要原因;70%的人认为承担保护责任的机关不明确是重要原因;91%的人认为保护的方法不明确是主要原因。这些数据反映了对证人安全保护不力的现实原因,因此,应当在刑事证据规则

中明确规定对证人的安全保障措施。

1. 证人安全保障的时间界限

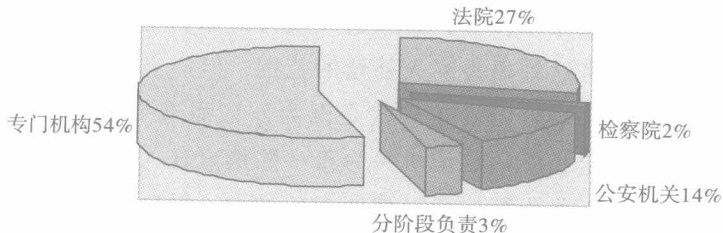
现有法律、法规没有对证人安全保障的时间界限作出明确的规定。从问卷情况看,对证人安全保障的起始时间上,有23%的人认为应当始于被告知是证人之际;有35%的人认为应当始于作出第一份证言之际;有12%的人认为应当始于同意出庭之际。在对证人安全保障的终了时间上,有33%的人认为应当无期限;有46%的人认为应当限于案件结案后的一段时间,其中又有半年、一年、二年等不同的意见。我们认为,对于证人安全保障的时间界限,应当作出如下的明确规定:

在起始时间上,应当界定于被告知为证人之际。一方面,从相关的规定上来看,《刑事诉讼法》和《公安机关办理刑事案件程序规定》中均规定公安机关有义务保护证人的安全。从诉讼流程上看,公安机关办理案件主要限于案件的侦查阶段。同时,《刑法》对于以暴力、威胁、贿买的方法阻止证人作证的情形设定了“妨害作证罪”,并没有限定证人作证的情形只是向法庭作证,因而应当理解为包括向侦查机关作证的情形。另一方面,在审判实践中,当证人的身份明确之际,在侦查机关向其调取证据的同时,也不排除被追诉一方通过各种方式向证人实施暴力、威胁、贿买手段。在这种情况下,通过采取对证人的安全保障措施,能够最大限度地保证证人证言的客观性。同时,此时所提供的安全保障也是促使证人出庭作证的基础。在终了时间上,应当界定于裁判生效后的二年为宜。一方面,对证人进行无期限的安全保障是不现实的;另一方面,时间过短,则很难消除证人的后顾之忧。

2. 证人安全保障的责任机关

虽然《刑事诉讼法》明确规定人民法院、人民检察院和公安机关有义务保护证人的安全,但公诉案件要经历侦查、提起公诉

和审判三个阶段，而且对证人的安全保障要延续到案件结案后的一段时间，因而证人安全保障的责任机关就存在两个问题：一是当案件处于诉讼中的某一个阶段，应当由办理案件的责任机关承担责任，还是三机关共同承担责任；二是在案件结案后的安全保障期内，应当由哪个机关承担责任。问卷调查中，认为应当由专门机构承担保障责任的占 54%；认为应当由法院承担保障责任的占 27%；认为应当由公安机关承担保障责任的占 14%；认为应当由检察机关承担保障责任的占 2%；认为应当由公、检、法三机关分诉讼阶段分别承担保障责任的占 3%。^① 上述数据如下图所示：



我们认为，对证人的安全保障责任应当在不同的诉讼阶段由该阶段的案件承办机关承担责任，主动履行保障职责，通过安排专人、制定专门的保障措施予以保障。

3. 证人安全保障的具体措施

安全、有效的具体措施是对证人予以保障的最基本要素。对这一问题的调研问卷中，有 53% 的人认为应当通过实时监控、专人负责等手段予以主动保护；有 26% 的人认为主动保护超越了我国司法机关的能力，且有些案件的证人并不需要保护，只有当证人提出要求时才有必要根据实际情况实施保护措施；有 10% 的人认为应当通过严厉打击侵犯或危害证人安全行为的方式进行保护。

我们认为实施对证人的安全保障应当结合案件及证人的具体

^① 数据来源于本报告的附件二。

情况来予以实施。这些具体措施是：

(1) 保护证人的私人秘密，可以考虑隐名作证；

(2) 在法庭上可以通过声讯设备采取变声、模糊外表形象等做法让证人作证；

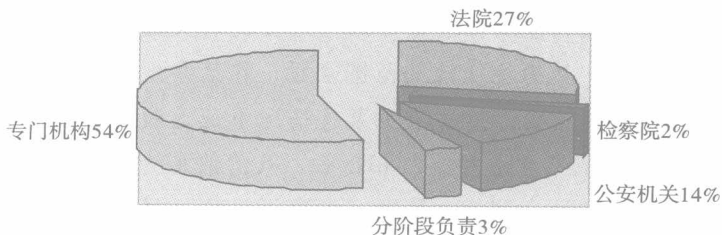
(3) 采取实时监控、专人负责等手段予以保护。

(二) 证人的经济补偿

证人的经济损失主要体现在因参加庭审而发生的交通、食宿、误工等费用和证人受到打击报复而遭受的经济损失。前者争议不大，后者争议较大。有人认为，不应当将此列入补偿范围，因为不仅损失的数额难以计算，而且造成损失的原因也难以认定。我们认为，应当将这种损失列入补偿的范围，但应当严格把握补偿的条件。首先，事件的发生确实是因为作证而遭受了打击报复；其次，应当确定相应的赔偿机关为第一赔偿责任人，不应当将实施打击报复的人作为第一承担赔偿责任的人，但应当保留赔偿机关对实施报复人的追偿权。因为实施报复人往往还要承担刑事责任，其赔偿能力又有不确定性。只有这样，才能体现补偿的实效性和彻底性。

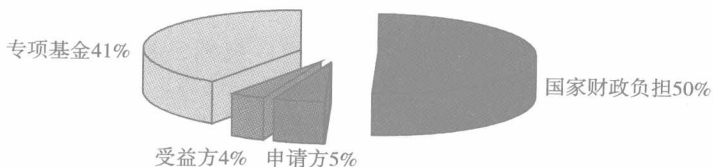
明确对证人的经济补偿必须明确责任机关、经费来源和补偿标准。关于责任机关，在调研问卷中，应当由专门机构承担的占 54%；认为应当由法院承担的占 27%；认为应当由公安机关承担的占 14%；认为应当由检察机关承担的占 2%；认为应当由公、检、法三机关共同承担的占 3%。^① 上述数据如下图所示：

^① 数据来源于本报告的附件二。



我们认为,应当由法院作为补偿责任机关。因为从司法实践中所发生的需要对证人予以补偿的情形来看,大多发生在审判阶段或案件结案之后,由其作为责任机关还是合适的。另外,如果由公、检、法三机关共同承担补偿责任,不仅财政经费很难准确拨付,也容易发生三机关互相推诿的情形。

关于经费来源,目前的相关规定并不明确。在调研中,有50%的人认为应当由国家财政负担;有41%的人认为应当通过设立专项基金加以解决;有5%的人认为应当由申请证人出庭的一方承担;有4%的人认为应当由该证言对其有利的控辩一方承担。^①上述数据如下图所示:



我们认为,该项补偿应当由国家财政专项支出,不仅有可靠的保障,也不因此影响责任机关的积极性。

关于补偿标准,应当以实际损失、直接损失为原则。

三、关于证人拒证权

建立拒证权规则的目的,是为了保护某些特定的关系和利益,

^① 数据来源于本报告的附件二。