



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

司法和合主义系列 (2)

◎蒋剑鸣 主编

Transformation and Response:

A Study on the Use of Evidence and Application of Policies from a Macro-perspective

转型与回应:

宏观视野下的证据与政策运用研究

●蒋剑鸣 黄维智 著



中国人民公安大学出版社

司法和合主义系列 (2)

转型与回应：宏观视野下的 证据与政策运用研究

Transformation and Response: A Study on
the Use of Evidence and Application of
Policies from a Macro - perspective

蒋剑鸣 黄维智 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

转型与回应：宏观视野下的证据与政策运用研究/蒋剑鸣，黄维智著. —北京：中国人民公安大学出版社，2008. 7

(司法和合主义系列；2)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 165 - 7

I. 转… II. ①蒋…②黄… III. ①证据—司法制度—研究—中国②刑事政策—研究—中国 IV. D925 D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 097484 号

转型与回应：宏观视野下的证据与政策运用研究

Transformation and Response: A Study on the Use of
Evidence and Application of Policies from a Macro - perspective

蒋剑鸣 黄维智 著

出版发行：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：北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次：2008 年 7 月第 1 版

印 次：2008 年 7 月第 1 次

印 张：10.5

开 本：880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数：286 千字

印 数：1~3000 册

书 号：ISBN 978 - 7 - 81139 - 165 - 7/D · 147

定 价：26.00 元

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

电子邮箱：cpep@ public. bta. net. cn zbs@ cppsu. edu. cn

营销中心电话 (批销)：(010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购)：(010) 83903253

读者服务部电话 (书店)：(010) 83903257

教材分社电话：(010) 83903259

公安图书分社电话：(010) 83905672

法律图书分社电话：(010) 83905637

公安文艺分社电话：(010) 83903973

杂志分社电话：(010) 83903239

电子音像分社电话：(010) 83905727

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

田野法学家的理论贡献

(代序)

尽管程序法是我的学术籍贯，20 多年前我曾比较系统地接受过程序理论的教育，并且对诉讼机理进行过一些研究，但岁月的流逝不仅销蚀了我有关程序理论知识的记忆，也减弱了我对程序技术问题的研究兴趣。因此，对于本书所涉及的民刑程序中的具体证据或政策问题，我已缺少应有的评价能力，而引致我对本书发出一点议论的是与本书相关的其他因素。换句话说，对于本书，我的关注点在书外，而不在书内。

本书的作者是常年工作于司法审判第一线的法官和检察官。这很容易使我想起社会学研究中的田野考察。如果说田野考察是社会学研究者必要却又是间或性行为，那么，工作在司法审判第一线的研究者则经年累月地处于田野考察之中。因此，有理由把这些身处司法审判第一线且富有成就的研究者称之为“田野法学家”，借此突出他们的实践性、经验性以及业余性特征，并与“书斋法学家”相区别和对应。

在我国，法学理论与司法实践互相脱节的“两张皮”现象较为突出。法学界与司法界虽然未及“鸡犬之声相闻，老死不相往来”的境地，但彼此间的樊篱的确是越发厚重。一方面，一些法学理论研究疏离活生生的司法实践而日益成为学者们相互取悦、孤芳自赏的“风花雪月”；而另一方面，司法实践渴求法学理论的滋润与支撑却又缺少推动法学理论介入的必要通道，甚

至在一定程度上排拒这种介入。这种状态孕育了法学界与司法界的共同焦虑与苦闷，同时也激发出一些有志者依其所能，突破僵局的欲望。田野法学家正是在这样的背景与氛围下自然生成。田野法学家通常都有良好的教育背景、较强的研究能力以及浓厚的研究兴趣。与此同时，充斥于他们生活之中的鲜活的司法实践则为其提供了丰富的研究素材和强烈的研究冲动。当他们把自己在理论思维揆度下的实践感受系统地表达为某种学术见解时，法学理论与司法实践之间便形成了一条连接与沟通的渠道，尽管这条渠道目前还只能看做是一个不定期的摆渡。

与书斋法学家不同的是，田野法学家思考的对象是司法实践中急迫需要在理论上作出诠释、解析或论证的问题。对这些问题的思考，既是他们研究创作的必要过程，同时也是他们对具体业务工作探索与尝试的实际经历。因此，他们的研究主题或许只关涉到某一司法技术或某一具体的司法政策（策略），但通常都能够切中时弊，回应现实，并且，在相关叙说中很容易让人感受到对应性的实践形态，给人以较强的实感。学术界中那些“伪问题”的缠扰，“为赋新词强说愁”的矫揉造作，以及无谓的概念争议和虚悬的逻辑推演，很少在田野法学家的研究中出现。

我理解，研究与写作并不是田野法学家们工作职责所派生出的义务，从而也不是他们谋生的必要手段。并且，与社会上个别高官为显风雅而命人捉刀，谋求“红白两道通吃”的功利行为完全不同，田野法学家们的这种研究与写作，更主要出自他们在司法实践逼压下所形成的一种责任，出自他们追求理论真实的一种执著，出自他们作为一个思想者所长期形成的思维惯性，出自他们在字里行间指点江山、抒发社会理想的情趣。当然，这些动因的存在丝毫不会减弱他们在研究与写作过程中所经历的痛苦，也不会免却贯穿于其间的心灵之累与体力之劳。不仅如此，这种只能在业余时间内进行，甚而可能被视为不务正业的研究与写

作，是以大量的花前月下，卿卿我我的乐趣，以茶楼酒肆中的酬酢以及歌厅牌局中的欢愉相置换的。所以，对这种研究与写作，需要付以更多的敬重。

在更为广阔的视野中审视，法学作为一门实践性极强的学科，其生命力从来都根植于实践。法学史上重要的理论成就皆源于法学家们对社会实践的敏锐把握。典型的例证是，今天为我们所崇仰的霍尔姆斯、庞德、布兰代尔、卡多佐等法学大师，都是手执法槌、坐堂问案的职业法官。他们的理论光辉遮蔽了他们在司法实践方面的重要建树，以致我们常常忘却了对他们真实身份的辨识。中国的法治实践，尽管有丰富的理论与实践可供借鉴与仿效，但由于政治、经济、文化等诸种社会条件的差异，中国推进法治的过程亟须原生性的创造。实现这种创造，既有赖于书斋法学家的智慧，也绝不能缺少田野法学家的参与。并且，基于我前面分析的原因，在法学理论研究存在一定程度虚空化的当下，田野法学家的理论贡献更值得我们期待。

坦诚地说，我并不认为本书典型而全面地体现了田野法学家的应有风格，原因在于作者并未完全摆脱（甚或在一定程度上曲意顾及）法学研究中流弊的某些影响。在遵循理论研究范式与自由表达真实感受之间，作者的把握尚不够游刃有余；同时，叙说的姿态也似应更平实、素朴一些。然而，本书中所串接的作者的思维碎片依然显现出我们所期待的光泽，蕴涵于书中的作者的精神追求更是需要我们仰视的尤物。

为此，我对作者以手加额。

顾培东

二〇〇八年五月于成都

前 言

社会转型推动司法正面回应。现实期待法学理论为其提供阐释的立场、解构的方法、运行的技术。“田野法学研究”应运成为学界与实务的共识。本书对司法实践中证据运行、政策调整中亟待解决的问题进行了有效的研究，是我们长期在司法实践中的一些感悟和反思，其特点在于其相关叙说中具有对应性的实践形态，表现出较强的实感。

“民事证据调查的基本理论问题”一章，论述了民事证据调查程序的概念、特征和分类等。对民事证据调查程序概念的正确把握，必须首先界定证据调查的含义、民事证据调查的含义，并在此基础上定义民事证据调查程序的概念及构成。通过研究程序控制权属的分配，按照控制主体的不同，可以分为当事人主控与法官主控两种基本模式，但就总体而言民事证据调查程序具有目的指向性、时空特定性、运行技术性、过程法定性和要求正当性五个重要的程序特征。从不同的视角可以把民事证据调查程序分为五种基本类型，即按照民事证据调查程序依据的主导控制主体不同，可以分为当事人主控型和法官主控型；按照证据调查的信息来源不同，可以分为言词证据调查和实物证据调查；按照证据调查的时空特征和所起作用的不同，可以分为庭审调查和庭前调查；按照证据调查方法是否具有强制性，可分为强制性调查和任意性调查；按照证据调查方法是否公开进行，可以分为公开调查

和秘密调查。

“方式与机理：论民事证据调查程序的多元三角结构”一章，论述了民事证据调查程序大体上属于当事人主义，但根据程序控制权属分配仍可做进一步的区分，按照主体的不同可以区分为当事人主控与法官主控两类基本的民事证据调查程序模式，即立体三角结构模式与平面三角结构模式。普通法系国家基本可以划归当事人主控模式，大陆法系国家基本可以划归法官主控模式。我国的民事证据调查程序基本可以划归大陆法系国家的法官主控模式，但其具有非典型性，属比较特殊的平面虚线三角结构模式。因此，研究当事人主控与法官主控的方式与机理目的在于完善我国民事证据调查程序。尽管当事人主控与法官主控的民事证据调查程序具有共同的一些基本原则，但在对当事人诉讼影响、主体要素、审前准备和庭审程序方面却各不相同。两种运作方式之所以独立存在，有其内在的程序机理作支撑。如何来看待这些机理性的要素，理解这些要素的组合及其相互关系，从而发挥两种不同证据调查模式的应有功能，是民事证据调查程序方式与机理问题中最核心的部分。探索两类不同的民事证据调查程序运作方式与机理，对于认识我国民事证据调查程序中存在的诸多问题，提出较为妥适的解决方案具有重要的理论和实践意义。

“民事证据调查程序中证人当庭询问程序研究”一章，论述了在民事证据调查程序中对证人证言的调查有两种最为基本的方式，一种是交叉询问，即由双方当事人对证人进行主询问和反询问的方式，这是“当事人主控型”证据调查程序中对人证调查的主要方式。这种方式的区别是一种非对抗与对抗的区别。还有一种是职权式询问，即由法官直接询问，这是“法官主控型”证据调查程序中对人证调查的主要方式。从世界各国的民事诉讼法实践来看，英美法系国家多实施交叉式询问，大陆法系国家则多实施职权式询问。日本民事诉讼庭审调查中，则呈现出当事

人交叉询问和法官职权询问结合的状态，不是单纯的交叉询问，也不是单纯的职权询问，可称作“结合式询问”。此外，针对一些特殊情况，如遇到特殊的询问主体、在询问中遇到特殊的情况，询问方式也具有一些特殊的情况，这可称作特殊式询问。这些询问方式各有不同的询问程序。

“民事诉讼鉴定结论的调查程序研究”一章，论述了鉴定结论的调查程序与专家证人的调查程序的比较。分析了我国民事诉讼鉴定结论调查程序与大陆法系国家相比存在审前程序缺失、庭审程序不当、保障机制不全三大主要问题。从鉴定结论调查的必要性、内容、程序设置进行研究，重点提出了我国民事诉讼鉴定结论调查程序的改革意见。

“再论‘口供中心’”一章，论述了在刑事诉讼中口供的特殊证明作用是任何其他证据形式无法取代的，决定其永远将是证据的中心之一。为了克服口供的缺陷，随着人类科学技术的发展，构建“证据多元中心”势在必行。构建“证据多元中心”需要司法人员观念上的转变和技术上的支持，因此从“口供一元中心”到“证据多元中心”是一个渐进的过程。故通过法律手段保障犯罪嫌疑人、被告人的如实供述、注重口供的补强，同时建立鼓励供诉机制就显得尤为重要。

“积极运用刑事和解有效化解社会矛盾”一章认为，刑事和解工作是公诉部门贯彻落实宽严相济刑事司法政策的积极举措，对构建社会和谐必将起到积极作用。宽严相济刑事司法政策是我们党和国家的重要刑事司法政策，是检察机关正确执行国家法律的重要指针。公诉机关在惩治犯罪的同时，也担负着化解社会矛盾，维护社会和谐稳定的重任。宽严相济刑事司法政策要求公诉部门要更加积极主动地正视矛盾、化解矛盾，最大限度地增加和谐因素，最大限度地减少不和谐因素，不断促进社会和谐。而公诉案件刑事和解作为恢复性司法工作的重要组成部分，是指在案

件处理过程中让犯罪人与被害人就认罪、赔偿、道歉等自愿达成和解，使被害人因犯罪所造成的物质精神损失得到补偿，使被害人因犯罪影响的生活及时恢复常态，同时也使犯罪人通过积极负责任的行为重新融入社会，并赢得被害人和社会的谅解。由此，公诉部门立足公诉职能，在审查起诉环节对符合条件的案件及时开展刑事和解工作，一方面可以及时使被害人因犯罪而遭受的损失得到补偿，有利于保护被害人的权益，另一方面可以促使犯罪人减轻对社会的抵抗情绪，使其重新融入社会，有利于犯罪人的教育改造。对公诉案件进行刑事和解所达到的双重效果，使得被犯罪破坏的社会关系能够及时得到恢复，对有效化解社会矛盾、构建和谐社会的积极作用，是公诉部门贯彻落实宽严相济刑事司法政策的积极举措。

“轻缓刑事政策的适用原则与路径”一章认为，轻缓刑事政策的提出，要求政法机关既要打击犯罪、维护国家安全，又要加大人民内部矛盾的排查调处工作，创造良好的法治环境。围绕以科学发展观构建和谐社会的主题，为认真履行职责，依法打击各种刑事犯罪维护社会稳定，检察院工作应当结合“强化法律监督，维护公平正义”的主题，充分认识检察工作在构建和谐社会、营造良好法治环境中的重要角色和重要任务，为依法履行职能，恰当运用轻缓刑事政策，努力为构建和谐社会营造良好的法治环境，力争法律效果、社会效果、政治效果的有机统一。轻缓刑事政策要求：领悟刑事政策宗旨，从方法上保障轻缓刑事政策适用的正确性；建立繁简分流机制，从程序上保障轻缓刑事政策适用的可行性；推行量刑建议改革，从手段上保障轻缓刑事政策适用的可靠性；树立公诉一体意识，从机制上保障轻缓刑事政策适用的抗扰性；构筑案件质量防线，从制度上保障轻缓刑事政策适用的可信性。

“过失犯罪中的轻缓刑事政策适用实证研究”一章认为，近

年来，过失犯罪数量持续上升，针对过失犯罪数量持续上升这一情况，检察机关应当紧紧围绕以科学发展观构建和谐社会的主题，切实转变观念，把严厉打击刑事犯罪、惩处职务犯罪以及在过失犯罪中恰当运用轻缓刑事政策，作为公诉工作的重要任务之一，努力化解社会矛盾为构建和谐社会营造了良好的法治环境，在定分止争中达到法律效果、社会效果、政治效果的有机统一。在过失犯罪运用轻缓刑事政策方面具体有以下几方面的效果和措施：刑事和解在过失犯罪中运用的三种效果，从结果上保障轻缓刑事政策适用的正确性；刑事和解在过失犯罪中运用的三种路径，从方法上保障轻缓刑事政策适用的有效性；刑事和解在过失犯罪中运用的两个要件，从措施上保障轻缓刑事政策适用的可行性。

“建立多元化刑事被害人救济机制”一章认为，长久以来，刑事被害人的权利相对被忽视，一定程度上成为影响社会和谐的因素之一。在司法实践中由于被告人的实际支付能力有限等原因，往往导致被害人利益得不到实际救助，对于受害人及其家庭而言，经济上得不到补偿，生产和生活上往往陷入困境，这无异于是对他们的第二次伤害，从而影响社会正义的修复。在刑事诉讼中，兼顾打击犯罪和保护人权的同时，如何切实有效地保护刑事被害人权益已经成为当今世界共同关注的重要话题。正如日本被害人权利救济制度创设者大谷实教授所言：“这一制度首先是以被害人的悲惨状况为出发点，并以消除由于社会福利政策不均衡和犯人方面的人权保障与刑事司法中对被害人保护措施的不均衡带来的被害人对法律秩序乃至刑事司法的不信任感为目的，而把犯罪成本向社会分散作为根据”，“存在犯罪造成的需要补偿程度的悲惨状况，即如对其不闻不问时，则明显有损法律的正义感，失去市民对法律秩序的信任；对这种悲惨状况的补偿为社会所普遍承认”。在我国“关注民生、构建和谐”的社会大背景

下，关注受害人权益就显得尤为重要，检察机关应当建立多元化救济机制，在检察环节对刑事被害人进行救济，使正义尽可能地得以匡扶。主要有四方面内容：有效促进民事和解；积极支持附带民事诉讼；建立联合救济机制；建立政府救助基金。

“‘前科消灭’与缓刑制度”一章认为，在缓刑制度的基础上建立完善前科消灭制度是我国贯彻宽严相济刑事政策的题中应有之义，其与保障前科者的人权、预防其再次犯罪、促其社会复归的理念相适应。我国应当建立前科消灭部分限制制度并确立前科自动消灭与前科裁判消灭两种方式，同时确立前科消灭的监督制约机制。

“累犯相关问题研究”一章认为，累犯制度的理论基础在于其应受谴责性和人身危险性均大于初犯，不论基于报应还是功利的目的均应对其从严处罚。累犯的范围及其成立条件应以一个国家的刑事政策为指导，主要受一个时期的犯罪态势和治安状况以及刑罚观的影响。对应受谴责性和人身危险性均较大的再犯行为又不属于累犯的，可以根据宽严相济刑事政策的要求对其在法定量刑幅度之内从重处罚。累犯与前科消灭制度的关系密切，累犯制度是建立在前科消灭制度基础之上的，通常情况下，前科的刑事法律后果在于，在一定的范围内前科是构成累犯的必要条件。我国在确立前科制度的同时应当建立完整的前科消灭制度。

同时，在附录部分收录了我们在实践中起草和参与讨论起草的有关民事诉讼程序及证据规定和刑事诉讼的有关规定。

上篇“司法发展与证据运用”由蒋剑鸣撰写，下篇“司法发展与政策运用”由黄维智撰写。

目 录

前言	(1)
----------	-------

上篇 司法发展与证据运用

第一章 民事证据调查程序的基本理论问题	(3)
一、民事证据调查程序的概念	(3)
二、民事证据调查程序的特征	(17)
三、民事证据调查程序的分类	(24)
第二章 方式与机理：论民事证据调查程序的多元	
三角结构	(32)
一、民事证据调查程序的方式与机理问题的提出	(33)
二、当事人主控的证据调查模式——立体三角结构 ...	(41)
三、法官主控的证据调查模式——平面三角结构	(69)
四、对当事人主控型与法官主控型两种证据调查 模式的评析	(82)
五、我国民事证据调查程序的模式定位——虚线 三角结构	(90)
第三章 民事证据调查程序中证人当庭询问程序研究 ...	(104)
一、交叉式询问程序	(104)
二、职权式询问程序	(111)
三、结合式询问程序	(114)

四、特殊式询问程序	(116)
第四章 民事诉讼鉴定结论的调查程序研究	(121)
一、鉴定结论调查的必要性	(121)
二、鉴定结论调查的内容	(127)
三、鉴定结论调查程序的设置	(130)
四、我国鉴定结论调查程序的改革	(138)
五、结语	(142)
第五章 再论“口供中心”	(143)
一、从“一元中心”到“多元中心”	(144)
二、保障口供的合法性与补强口供的真实性	(148)
三、鼓励供述的自愿性与“强迫”供述的有效性	(155)

下篇 司法发展与政策运用

第六章 积极运用刑事和解有效化解社会矛盾	(163)
一、建立公诉案件刑事和解机制的目的和意义	(164)
二、公诉案件刑事和解机制的内容和程序	(166)
三、试行公诉案件刑事和解机制的效果和路径	(168)
第七章 轻缓刑事政策的适用原则与路径	(172)
一、领悟刑事政策宗旨，从方法上保障轻缓刑事政策 适用的正确性	(172)
二、建立繁简分流机制，从程序上保障轻缓刑事政策 适用的可行性	(175)
三、推行量刑建议改革，从手段上保障轻缓刑事政策 适用的可靠性	(177)
四、树立公诉一体意识，从机制上保障轻缓刑事政策 适用的抗扰性	(179)
五、构筑案件质量防线，从制度上保障轻缓刑事政策	

适用的可信性	(181)
第八章 过失犯罪中的轻缓刑事政策适用实证研究	(183)
一、刑事和解在过失犯罪中运用的三种效果,从结果上保障轻缓刑事政策适用的正确性	(183)
二、刑事和解在过失犯罪中运用的三种路径,从方法上保障轻缓刑事政策适用的有效性	(187)
三、刑事和解在过失犯罪中运用的两个要件,从措施上保障轻缓刑事政策适用的可行性	(189)
第九章 建立多元化刑事被害人救济机制	(192)
一、有效促进民事和解	(193)
二、积极支持附带民事诉讼	(194)
三、建立联合救济机制	(195)
第十章 “前科消灭”与缓刑制度	(198)
一、前科消灭制度比较考察	(198)
二、“前科消灭”与缓刑制度	(200)
三、我国应构建宽严相济的前科消灭制度	(203)
第十一章 累犯相关问题研究	(207)
一、累犯制度的理论基础	(208)
二、累犯制度的具体适用	(211)
三、累犯制度与前科消灭制度	(215)
参考文献	(219)
附录	
成都市中级人民法院民事审判庭前程序工作规程(试行)	(226)
成都市中级人民法院合议庭工作规则(试行)	(246)
成都市中级人民法院知识产权民事案件专业鉴定工作意见(试行)	(258)

成都市中院人民法院民事审判第三庭一审案件庭审	
程序规则	(262)
成都市中级人民法院民事审判第二庭适用最高人民	
法院《关于民事诉讼证据的若干规定》参考意见 ...	(279)
成都市人民检察院公诉案件繁简分流工作办法（暂行） ...	(291)
成都市人民检察院量刑建议指南（指导意见）	(295)
成都市人民检察院公诉案件刑事和解试行办法	(297)
成都市人民检察院关于建立刑事受害人救助机制的	
意见（试行）	(305)
后记	(312)

Contents

Foreword	(1)
-----------------------	--------------

Part I Judicial Development and Use of Evidence

Chapter I Basic Theoretical Issues Concerning Civil

Evidence Investigation	(3)
-------------------------------------	--------------

i Definition of Civil Evidence Investigation Procedure	(3)
--	-------

ii Characteristics of Civil Evidence Investigation Procedure	(17)
---	--------

iii Classification of Civil Evidence Investigation Procedure	(24)
---	--------

Chapter II Modes and Tenets: on the Multi - triangle

Structure of Civil Evidence Investigation

Procedure	(32)
------------------------	---------------

i Tenets on the Civil Evidence Investigation Procedure ...	(33)
--	--------

ii Evidence Investigation Controlled by Litigious Parties—the Three - Dimensional Triangle Structure ...	(41)
---	--------

iii Evidence Investigation Controlled by Trial Judge—the Plane Triangle Structure	(69)
--	--------

iv Comments on the Two Different Modes of Evidence Investigation	(82)
---	--------

v Orientation of the Civil Evidence Investigation Procedure in Our Country—A Dotted - Line Triangle Structure ...	(90)
--	--------