

2013年秋季卷 总第27卷

◆ 主编 / 周永坤 ◆ 副主编 / 上官丕亮 方新军

東吳法學

倪徵暎題



以新刑法实施为契机遏制中国式错案——胡铭

论『未列举权利』观念的起源——王建学

地方政府重大行政决策监督机制论纲——杨红

福柯论权力的战争命题与公法的起源——汪祥胜

房屋承租人优先购买权的解释论——黄文煌 张鹏

现代宪法之社会化——章渊若

學大吳東

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2013年秋季卷 总第27卷

東吳法學

倪徵曉題



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

东吴法学. 2013 年秋季卷: 总第 27 卷 / 周永坤主编.

—北京: 中国法制出版社, 2014. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5139 - 0

I. ①东… II. ①周… III. ①法学—文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 021770 号

策划编辑 冯雨春

责任编辑 谢 雯

封面设计 蒋云羽

《东吴法学》2013 年秋季卷: 总第 27 卷

DONGWUFAXUE 2013NIAN QIUJIJUAN ; ZONGDI 27 JUAN

主编/周永坤

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/ 22. 75 字数/ 384 千

版次/2014 年 3 月第 1 版

2014 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5139 - 0

定价: 62.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66010493

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

东吴法学

Soochow Law Review

2013 年秋季卷

总第 27 卷



主编 周永坤

副主编 上官丕亮

方新军

学科编辑

法理学: 庞 凌

法律史学: 方 潇

宪法学: 上官丕亮

行政法学: 章志远

民法学: 方新军

刑法学: 王昭武

诉讼法学: 刘 磊

经济法学: 朱 谦

国际法学: 赵艳敏

英文编辑: 黄文煌

编务编辑:

彭芳林 孙兴峰

李嘉怡 沈君慧

编辑部地址

215006

苏州市十梓街 1 号

苏州大学王健法学院

Kenneth Wang Law

School, Soochow University

《东吴法学》编辑部

联系电话

0512-65227483

编辑部电子信箱

dwx1922@163.net

苏州大学王健法学院主办

Charles B. Wang

Foundation 资助

热点笔谈

- 以新刑诉法实施为契机遏制中国式错案…… 胡 铭(1)
刑事证据制度的最新进展与评析…… 吴洪淇(8)
新刑事诉讼法强制医疗制度的适用困境与改革方向
…… 江 涌(15)
旧瓶装新酒与困境中求变革
——对 2012 刑事诉讼法修法的尝试性解读
…… 刘 磊(22)

宪政研究

- 论“未列举权利”观念的起源
——以 1789 年《人权和公民权宣言》为中心的考察
…… 王建学(28)
近代名人冯桂芬的政治思想与实践
…… 江国华 王一杰(40)

行政法学

- 地方政府重大行政决策监督机制论纲…… 杨 红(58)
公用事业特许经营制度研究述评
——基于行政法学研究的视角…… 李明超(75)
我国台湾地区预防灾害体系与机制研究…… 陈铭聪(91)
能动抑或谦抑: 我国行政解释的司法审查限度
——以最高人民法院公报案例为蓝本(1985-2012)
…… 方 帅(102)

法理学

- 福柯论权力的战争命题与公法的起源…… 汪祥胜(112)
“职业自由”之概念解析…… 薛华勇(121)
法官话语的通俗化
——如何实现司法语言沟通效用的最大化
…… 王凤涛(135)

民法学

- 房屋承租人优先购买权的解释论
——对法释[2009]11 号第 21 条至第 24 条的解读
…… 黄文煌 张鹏(159)
我国农民专业合作社法亟待解决的几个突出问题
…… 刘观来(175)

经济法学

- 比较法研究方法在劳动法教学中之适用…… 孙国平(185)

刑事法学

- 共犯的基本问题
…… [日]松原芳博 王昭武(199)

污染环境罪的现代刑事政策选择

——基于风险社会的思考 周 娅 曾 姝(256)

扒窃入罪之限制条件 熊晓贤(268)

诉讼法学

人权观察:中国无罪推定立法状况 张成敏(280)

刑事错案的司法场域分析 张 健 张 毅(302)

法史学

论南京国民政府时期基层法院的职权构成

——以镇江地方法院为例 唐华彭(321)

中国古代女子继承问题之多维度解析 盛 波(336)

东吴文存

现代宪法之社会化 章渊若(343)

论社会立法 卢 峻(350)

《东吴法学》稿约 (356)

SOOCHOW LAW REVIEW

Volume 27

Autumn 2013

No. 2

CONTENTS

Take the Opportunity of the New Criminal Procedural Law to Prevent Chinese-style Wrong Cases	Hu Ming(1)
The Latest Improvement of Criminal Evidence System and Comments	Wu Hongqi (8)
The Difficulties and Direction of Reorganizing the Compulsory Medical Treatment System in the New Criminal Procedural Law	Jiang Yong (15)
Put New Wine into Old Bottle and Explore Ways of Innovation in a Difficult Position: Analyze the amendment of criminal procedural law in 2012	Liu Lei (22)
The Origin of the Concept of Unenumerated Right: Make an Investigation of Declaration of the Rights of Man and Citizen Promulgated in 1789	Wang JianXue(28)
The Political Theory and Practice of Feng Guifen	Jiang Guohua Wang Yijie (40)
Supervision Mechanism of the Significant Administrative Decision-making in local government	Yang Hong(58)
Commentary on the Theory of Public Utility Franchise : A Perspective of the Administrative Jurisprudence	Li Mingchao(75)
On the System and Function of the Disaster Prevention in Taiwan	Chen Mingcong (91)
The Scope of Judicial Inspection of Administrative Interpretation: According to Cases Published in the Gazette of the Supreme People's Court from 1985 to 2012	Fang Shuai(102)
Michel Foucault 's Theory of Combat of Power and the Origin of Public Law	Wang Xiangsheng(112)

Interpret the Concept of the Freedom of Work	Xue Huayong(121)
The Popularization of judiciary Phraseology: How to Maximize the Communication Utility of Judicial Phraseology	Wang Fengtao (135)
Interpret the Regulation about Preemptive Right of Leaseholder: Analyze articles 21 ~ 24 in No.11 [2009] of the Supreme People's Court	Huang Wenhuan Zhang Peng (159)
Several Prominent Problems on the law of Professional Farmers Cooperative	Liu Guanlai (175)
The Comparative Method Applied in Labor Law Teaching	Sun Guoping(185)
The Fundamental Problem of the Accomplice	Matsubara Yoshihiro Translator: Wang Zhaowu (199)
The Orientation of Modern Criminal Policy of the Environmental Pollution Crime: A Perspective of Risk Society	Zhou Ya Zeng Shu(256)
Restrictive Condition on the Criminal Punishment of Pick-pocketing	Xiong Xiaoxian(268)
Surveying the Human Right: the Rule of Presumption of Innocence in Chinese Leg- islation	Zhang Chengmin(280)
The Analysis of Judiciary Field of Misjudged Criminal Cases	Zhang Jian Zhang Yi(302)
On the Authorities of Primary Court in Nanking Republic Government: Taking Zhenjiang Primary Court as an Example	Tang Huapeng(321)
Multi-dimensional Analysis of the Women's Inheritance in Ancient China	Sheng Bo(336)
The Socialization of Modern Constitution	Zhang Yuanruo(343)
On the Social Legislation	Lu Jun(350)
Instructions for Authors	(356)

新刑事诉讼法的运作与实施问题

编者按：从保护人权的现实功用角度观察，刑事诉讼法亦被学术界称之为“宪法之测震仪”，即刑事诉讼的人权保护实效亦是衡量宪法中公民基本权利条款落实情况的重要标志。2013年伊始，新刑事诉讼法正式生效实施，至今已近一年。知不易，行更难。刑事诉讼法的人权保护条款在司法实务中的真实情况与面临的困境不可不察，新刑事诉讼立法中的新思维与国际视野能否产生实效需视具体的司法情境与运用背景而定。法律人唯有拥有纵深的历史意识与革新旧制的睿智及远见卓识，方能真正穿透法律历史的脉络，在中国法治历史的长河中留下注角。为此，本刊力图尽积薪之力，邀请刑事法学界青年先进，针对新法诚作法治清音，或针砭实务利弊、或臧否个案得失、或指摘新法之深意、或学海踌躇时期许愿景，既饕于读者亦求教于学界诸君。

以新刑法实施为契机遏制中国式错案

胡铭^{*}

从佘祥林案到赵作海案，再到张氏叔侄冤案，一系列的冤错案让我们一次又一次地震撼、愤怒乃至痛心疾首。从这些形态各异又让人感觉似曾相识的错案中，我们可以看到中国式错案的大体轮廓。“没有任何刑事司法系统被认为可以是完美的，对于司法管辖区非常重要的一项是：保障它们的法律、政策和实践的目的在于减少错判无辜的风险，增加证实有罪之人的可能性”^{〔1〕} 2013年1月1日开始实施的新刑事诉讼法，向世人展示了我国完善正当法律程序、遏制刑事错案的决心和行动，让我们迎来了治理中国式错案的新契机。

^{*} 法学博士，现任浙江大学法学院教授、博士生导师。

〔1〕 Paul Giannelli, Myrna Raedered, *Achieving Justice: Freeing the Innocent, Convicting the Guilty*, ABA (2006), p. 1.

一、错案频频发生的原因

当我们无数次被错案震惊之后，当网络世界中出现诸多义愤填膺式的批评之后，当自上而下地反复学习、总结之后，我们看到错案已经成为一种常态与我们的刑事司法相伴相随。错案有千姿百态，但拨开表象的迷雾，中国式错案的背后却总是有着这样那样的共性，并呈现出若干中国式司法迷信。

中国式司法迷信之一：严禁刑讯逼供以及威胁、引诱、欺骗，就可以遏制错案。已经发现的重大冤错案件中，几乎都可以看到刑讯逼供等非法取证的行为。赵作海案中的刑讯逼供 33 天，杜培武案中的当庭出示血衣，这样的例子俯拾皆是。然而，我国刑事诉讼法早已经规定了“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据”，却难见明确的效果。就好比 we 规定“严禁杀人”、“严禁卖淫嫖娼”、“严禁赌博”一样，恐怕口号式效果要大大超过实际的效用。刑讯逼供和威胁、引诱、欺骗本身并非完全是一个层面的问题，这在我国非法证据排除规则对这两者的差异性对待中可见一斑。种种错案，更是一再表明刑讯逼供一直没有真正被严禁，而威胁、引诱、欺骗更是被作为侦查的必要手段而被广泛采用。

中国式司法迷信之二：“命案必破”加上指标考核是破案的法宝。这种理念的背后是试图通过给侦查人员加压，实现高破案率，以维护社会秩序和实现稳定。然而，“必破”这样 100% 的要求本身便违反客观规律，侦查人员在高压下，特别是在侦破命案等严重的犯罪以及不断提高的考核指标的压力下，为了完成任务、获得嘉奖、晋升职务，便很容易铤而走险采用非常规手段，许多错案中的刑讯逼供等非法取证行为便是在这种压力之下被采用了。实际上，侦查人员并不愿意采用刑讯逼供等非法取证方法，毕竟是要承担风险的，而且在我国的司法实践中，刑讯逼供等非法取证行为在近年来实际上已经明显减少，但重大个案中侦查人员在破案压力之下而采用极端方法的行为仍然是错案发生的主要原因之一。

中国式司法迷信之三：办成“铁案”就可以避免错案。所谓“铁案”并非一个法律概念，也不是一个证据学上的概念，更多的是带有刑事政策或政治色彩的词汇，但它却是我国刑事司法实践中追求的最高目标。从其本质来看，“铁案”就是“永不翻案”，这既可能是证据确凿、事实清楚的公正裁判，也可能是不留下任何翻案机会的错误判决。后者，比如故意将 DNA 材料灭失、编造虚假证据、隐匿无罪证据等，以使得案件真相无法昭雪。以浙江的张氏叔侄冤案为例，我们需要庆幸的是侦查机关并没有试图把案件做成“铁案”，虽然侦查人员完全有机会将 DNA 等证据销毁、将案件的疑点完全掩埋。而相比之下，河北的聂树斌案则至今没有一个定论。

中国式司法迷信之四：通过自我监督与法律监督就可以发现并纠正错案。加强监督一直是我国应对刑事错案的一贯思路，其中重点又有二：其一是加强内部的自我监督。通过内部自查、上级对下级的检查等途径，使得公安机关、检察机关和法院都在努力发现自身的问题。在程序设计上，比较典型的是公安机关、检察机关和法院都有非法证据排除的责任，并都设计了相关的程序。然而，自我监督真的能够发挥作用吗？有多少错案是通过自我监督而被查出来的呢？特别是面对重大错案，自我监督就好比自己打自己的嘴巴，涉及刑讯逼供等非法取证行为，自己排除非法证据同样很难实现。其二是加强检察监督。检察机关作为国家法定的行使法律监督权力的机关，被赋予众望。此次刑事诉讼法的再修改，普遍反映了加强检察监督的精神。然而，赵作海案、余祥林案和张氏叔侄案都不是通过检察监督查出来的。检察机关由于其自身带有的追诉倾向，在公安机关面前又相对弱势，且谁来监督监督者的难题一直无法破解，使得我们显然不能过分夸大检察监督的作用。

中国式司法迷信之五：严厉的责任追究才能对办案人员形成足够的威慑力。错案责任追究制一直被我们视为对付刑事错案的法宝，严惩办错案的警察、检察官乃至法官也被视为一种天然的民意。前有余祥林案的办案警察在自缢前墓碑上血书“我冤枉”，后有张氏叔侄案中的所谓女神探成为民众的众矢之的。通过所谓的严厉追责真的能起到作用吗？恐怕并非如此。中国古代的责任追究比今天更为严厉，但却未能很好地解决错案问题。杨乃武小白菜案件中，办案官员成为纠错的巨大阻力，便是一例。我们需要不断反思我国的错案责任追究制，理性地对待追责，否则，责任追究不仅不能阻却错案，反而会成为纠错的最大阻力，并且伤害到司法独立。

中国式司法迷信之六：刑事错案国家赔偿的标准越低越好，范围越广越好。我国的国家赔偿法被戏称为“国家不赔偿法”，虽然近年来连续修改，但仍然广为诟病。不是国家没钱赔，而是公安司法机关不愿意赔，以至于为了不赔，对刑事纠错设置重重障碍。对于刑事错案的赔偿，则现在有赔偿金额有不断攀升之势。赵作海获得了65万的国家赔偿，张氏叔侄案则赔了221万余元。实践中，关于国家赔偿的差异较大，讨价还价成了潜规则，体现出的是法律细节的缺失，是司法权威的不足。需要注意的是，国家赔偿的标准是否应等同于刑事错案的认定标准，是值得研究的。两者的划一，在一定程度上可能会加大错案认定的难度，而纠错的目的显然要高于赔偿的目的。也正是如此，截止2011年，美国的无辜者行动，已经纠正的271起错判中仅有50%的当事人获得了赔偿。^{〔1〕}因为在美国法中，错判证明标准要低于国家赔偿的标准。

〔1〕 参见何家弘：“认定错判与决定赔偿的标准不同”，载《法制日报》2013年5月9日。

中国式司法迷信之七：提高办案人员的素质是关键。在提出应对错案的对策时，我们首先想到的往往是提高办案人员的素质。甚至，常常有学者用大量的数据来证明，我国公安司法工作人员的学历、水平还不高，因此错案难以避免。提高素质当然很重要，但所谓提高素质真的就能解决问题了吗？如果素质决定错案是否发生，那么我们就很难解释为什么在经济条件较好、公安司法工作人员的素质也被认为较高的东部沿海地区或者是大都市，仍然会和中西部落后地区一样发生错案。显然，近年来我国公安司法工作人员的学历、素质在不断提高，但这是不够的，离开了制度和规则层面的约束，哪怕是高素质的办案人员同样会犯错误。

中国式司法迷信之八：学习、反思、总结经验就能防止错案的再次发生。每次发生重大的错案，公安司法机关自上而下就会进行一系列的学习、总结，但痛定思痛之后，类似的案件却再次发生。例如赵作海案就是余祥林案的翻版。我们在余祥林案、赵作海案等重大错案发生后，所进行的学习与总结不可谓不深刻，但错案问题却并没有因此就得到解决。这表明很多错误的观念，并非通过学习就是可以改变的，缺乏法律和制度层面的改革，学习与反思很容易沦为一种形式。

二、遏制错案：刑事政策与法律修改之间

2012 年刑事诉讼法的修改，为我们遏制中国式错案提供了极佳的契机。针对刑讯逼供、非法取证、有罪推定等直接导致错案发生的关键性问题，实际上，我们已经有了较为清晰的认识，也正因此在这一轮刑事诉讼法的修改过程中，我们提出了非法证据排除、反对强迫自证其罪、律师权利保障等一系列的措施，这些措施让我们看到了遏制中国式错案的新希望。然而，法律的修改显然还只是第一步，仅仅表明我们对于方向有了一定的认识，而后续的法律实施才是重点和难点。

法律修改的背后，我们可以看到，尽全力来避免所谓冤假错案，在我国的刑事司法语境中所具有的道德上的崇高性，以此作为修法的理由，往往比许多西方所谓经典的理论或成功的经验，更能够被决策者和立法部门所接受。这背后反映出的是我国传统上的实事求是、追求真相的政策导向，也是体现民意甚至是维持社会稳定的政治需要。“有错必纠”在中国的语境中，天然具有正当性，虽然在法律层面来看，这尚为一个有争议的概念，至少从法的安定性角度出发，有错未必都要纠正。换言之，我国之所以对刑事错案问题高度重视，在此次刑事诉讼法修改过程中也成为重点治理的一个焦点问题，很多时候并非是正当法律程序抑或是被追诉人人权保障之价值驱动，而是政治层面的刑事政策发挥了至关重要的推动作用。所以，我们可以说，在当前我国治理刑事错案的过程中，政策层面的作用在一定程度上要大于法律层面的作用，或者

说是试图遏制错案的刑事政策推动了刑事诉讼法的相关制度被修改。

然而,刑事政策在助推刑事诉讼法修改的同时,自身又有着诸多与现行法律相矛盾的地方,甚至是阻碍了法律的完善。如犯罪嫌疑人、被告人“如实回答”的义务,被学者们普遍认为是与反对强迫自证其罪规则相矛盾并呼吁予以废止,却被我国现行刑事政策所力撑。因为“如实回答”义务与实事求是、追求真相的目的是相一致的,且与“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策一脉相承。

更重要的是,我国部分传统的刑事政策已经成为刑事诉讼法实施并有效治理刑事错案的障碍,甚至成为刑讯逼供的诱因。^{〔1〕}比较典型的便是“命案必破”和层层加码、年年提高的考核指标。诚然,提高破案率非常重要,特别是在以职权主义为主要特征的大陆法系传统的国家,“说‘破案率是刑事司法的致命关键’并非夸张”。^{〔2〕}没有了对“命案必破”和畸高的考核指标的盲目崇拜,公安司法机关便能够以平常心对待抓获犯罪人、查明事实真相这一刑事司法的基本目标,同时,反对强迫自证其罪的特权、非法证据排除、证人作证豁免等可能是不利于发现真相的程序性设计,才能在司法实践中真正落地生根,并且开出程序正义的花朵。我们需要谨记,“在一个尊重个人尊严的社会,追求真实不可能成为绝对化的价值,有时候可能需要服从其他价值,尽管服从其他价值可能有时会扭曲真实。”^{〔3〕}

三、通过正当法律程序防治中国式错案

说到底,正当法律程序是防治中国式错案的根本路径。而新刑事诉讼法的实施,使得我们在通往正当法律程序的道路上又迈出了坚实的一步。在面对一个又一个错案的时候,我们无需苦思冥想治理的良策,我们亦无需组织众多的学习、反思会议,我们更不需要执着于义愤填膺地试图将公安司法机关中的所谓少数“害群之马”绳之以法、以儆效尤。我们只需要认真对待新刑事诉讼法所确立的正当法律程序,通过程序本身来规范刑事司法的过程,那么,中国式错案也许便能自然消减。其中的重点又在于如下四个方面:

首先,刑讯逼供等非法取证行为必须有程序上的后果,而严格执行非法证据排除规则,是其中的关键。2010年两个刑事证据规则已经确立了非法证据排除制度,新刑事诉讼法再次郑重宣示:采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和

〔1〕 参见胡铭:“刑事政策视野下的刑讯问题”,载《环球法律评论》2007年第2期。

〔2〕 [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第168页。

〔3〕 [美]虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译》,北京大学出版社2013年版,第352页。

采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。同时确立了有限的非法实物证据排除规则。然而在实践中,我们鲜见非法证据排除的现实案例,即使偶有排除,也往往只是影响到量刑,几乎未见被告人因为非法证据排除而被宣告无罪的案例。虽然,我们规定了公安、检察和法院三家在刑事诉讼的全程中有排除非法证据的义务,但现实中对于刑讯逼供获得口供的排除都举步维艰,更很难奢望非法实物证据的排除了。

其次,反对强迫自证其罪应成为被追诉人的一项特权,使得被追诉人具有防御错案的能力。新刑事诉讼法所规定的反对强迫自证其罪规则,虽然和联合国《公民权利与政治权利国际公约》所确立的规则有所差异,但却是我国第一次郑重地将该原则作出宣示。立法的初衷是通过确立反对强迫自证其罪原则,来遏制刑讯逼供,并进而遏制错案的发生。只有对看守所的中立性、讯问的全程录音录像、捕后羁押必要性审查机制等相关制度进行同步完善,才能使得该特权真正得到实现。

再次,科技证据与专家辅助人的引入,为查明真相提供了强力支持。新刑事诉讼法对鉴定意见和电子证据做出了新的规定。我们看到的是破除对“鉴定结论”的迷信,回归其“意见”的本质,通过鉴定人出庭并接受交叉询问来改变鉴定意见书面审查,而专家辅助人的出庭更是使得对鉴定意见的审查和对鉴定人的交叉询问实质化。试想张氏叔侄案的 DNA 鉴定人如果能够出庭,也许案件的结果就会不同了。同时,电子证据的引入,因应了信息化时代的传播模式,使得我们对言词证据的依赖程度下降。总体来看,通过高科技手段,改变传统的由供到证据的取证模式,提升查明真相的能力,是改变口供中心主义、笔录中心主义的重要路径。

最后,保障律师的辩护权是被追诉人获得有效法律帮助的核心,也是实现平衡刑事诉讼中的控辩结构的关键所在。被追诉人在面对强大的国家机器的时候,如果没有律师的有效帮助,则只能是作为被动的客体。新刑事诉讼法将律师辩护的开始时间提前到了侦查阶段,扩大了法律援助的范围,进一步落实了律师法规定的律师的会见权、阅卷权、调查取证权等权利。公安司法机关如何对待律师,将直接影响到被追诉人的权利保障,究竟是将律师看做是帮助公安司法机关查明真相的法律职业人,还是将律师看做是钻法律漏洞、帮助坏人的法匠,将直接影响到律师在刑事诉讼中能否有效行使其职能。

四、结语

错案本身并不可怕,可怕的是我们对待错案的错误观念与态度,更可怕的是我们对待法律和司法的错误观念与态度。一切针对错案的制度改革与法律完善措施,也许

并不需要我们去刻意设计，只要我们能够认真对待错案，认真对待法律，也许改革的
路径将自然天成。正如美国俄亥俄州前检察总长吉姆·佩特罗曾总结的：“终生从政
的经历告诉我，作为一个国家，在错误观念没有得到改变之前来修正我们的制度是非常
艰难的。然而，改变了相关的错误观念后，我们能够大幅减少冤案，并在这一过程
中创造一个更加安全的国家。”〔1〕

（编辑 刘磊）

〔1〕〔美〕吉姆·佩特罗、南希·佩特罗：《冤案何以发生：导致冤假错案的八大司法迷信》，苑宁宁等译，北
京大学出版社2012年版，扉页。

刑事证据制度的最新进展与评析*

吴洪淇**

在本次新刑事诉讼法修改当中,刑事证据制度无疑是修改幅度最大的一部分。仅以《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》(以下简称“高法解释”)为例,原来高法解释“证据”一章只有简单的 11 个条款,最新的对应部分则有 52 个条款。规范内容的急剧扩展背后有两个背景需要交代:第一,自 1996 年刑事诉讼法修订以来,随着诉讼模式的转型,法官对证据进行认定的任务日益凸显出来,如何对各类证据进行有效而准备地认定亟须规范层面的指导与规范。而刑法及其司法解释中过于简单的规定一直无法满足司法实践中对证据认定的需要,以至于在不同层面的司法机关产生了五花八门的地方性证据规定。^[1]第二,自 1996 年刑事诉讼法修订以来,错误定罪问题一直困扰着我国刑事司法系统,从杜培武案(1998 年)到余祥林案(2005 年)再到赵作海案(2010 年),这些标志性的错误定罪案件间歇性的爆发从某种意义上一直推动着刑事证据立法的前进。因为无论错误定罪的根源在刑事诉讼的哪一个环节,其最直观的表现都是对案件事实认定的错误,而案件事实认定则是以证据为基础的。赵作海案件的出现催生了酝酿多年的两个证据规定(《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》)的最终出台,而这两个规定也构成了本次新刑法中证据制度部分的最重要来源。因此,只有在把握司法实践需要和预防刑事错案这两条主线的基础上,才能对我国刑事证据制度的最新进展有一个全面的把握。限于篇幅,本文仅仅对本次新刑事诉讼法在证据制度方面的一些重要进展进行简单的勾勒和评论。

* 本文的写作获得了国家社科基金青年项目“证据排除规则的运行机制研究”(项目编号:11CFX056)的资助。

** 厦门大学法学院讲师,法学博士。

[1] 房保国:“现实已经发生——论我国地方性证据规则”,载《政法论坛》2007 年第 3 期。

一、确立了证据裁判主义原则，强化了审判环节对证据的审查认定

现代裁判制度与传统事实认定制度的一个重要区别在于现代裁判制度是依照证据基础上的事实推理而非通过蛮力或者机械推理的方式来展开的。^{〔1〕} 证据裁判主义原则是现代理性主义事实认定方式的一个集中体现。本次高法解释第 61 条即证据章部分的第 1 条便开宗明义地规定，“认定案件事实，必须以证据为根据”，这实质上是以一种强有力乃至有些武断的方式确立了证据裁判主义规则。^{〔2〕} 该原则的确立至少蕴含着两层涵义：其一，强调应该将证据作为事实认定的基础，排斥那些缺乏证据基础上的主观臆断或者长官意志等不科学的事实认定方式。其二，强调作为认定案件事实之根据的证据必须是经过法庭审查之后加以采纳的证据。正如高法解释第 63 条所确定的，证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据，但法律和本解释另有规定的除外。而证据在法庭审查环节能否被采纳，则需要根据证据可采性的各种标准来加以规范。因此，证据裁判主义从某种意义上构成了整个刑事证据制度部分的基础性原则，该原则的确立为一系列证据制度的发展提供了正当性来源。

除了证据裁判主义原则之外，新刑事诉讼法和高法解释还从不同的维度强化了对证据的审查认定。从程序维度来说，如前所述，强调证据必须经过法庭调查环节查证属实才能作为定案根据；从证据的审查标准来说，建构了更为细化的可采性标准，这一点将在下文详述。除此之外，仅仅从证据概念和证据种类的细微修改来看，也可以看出对证据审查环节的强化。从证据概念的修改来看，刑事诉讼法第 42 条第一款将“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”修改为“可以用于证明案件事实的材料，都是证据”。证据概念的修改最重要的意蕴在于强调了证据资格问题，突出了“可以”用于证明案件事实的资格审查问题。如果说“证明案件真实情况的一切事实都是证据”，那么，证据资格的审查规则就没有存在的空间。首先，因为只要能证明案件真实情况，那么证据本身便具有了法律上的准入资格，这种对证据的审查仅仅强调了证据的相关性问题，而相关性问题则属于逻辑和经验问题，与法律无关。^{〔3〕} 其次，1996 年刑法将证据界定为“证明案件真实情况的一切事实”，而事实本身是无需审查的，那么证据资格的审查也就没有缺乏空间。本次修改刑事诉讼法将“一切事实”

〔1〕 Willaim Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge University Press (2005), p. 35.

〔2〕 之所以说有些武断，是因为证据法中才存在着司法认知、推定等免证方法，这些方法是证据裁判主义原则的例外。

〔3〕 Willaim Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge University Press (2005), p. 203.

改成“材料”，也是希望褪去笼罩在证据概念身上的神圣光环，将其还原成可以被审查的证据“材料”。〔1〕对证据资格审查的强调也体现在对证据种类的修改上，比如将证据种类之一的“鉴定结论”修改为“鉴定意见”。

因此，无论在制度的宏观建构还是用语上的细微变化上，本次修法都彰显了对证据资格审查的强调。之所以如此强调，一个重要背景便是错案的频频发生，从而对法官在审判环节的证据审查提出了更高的要求。作为刑事司法的最后一个环节，法官担任着事实认定的最后把关者，错案的发生使法院和法官处于非常尴尬的境地。正如最高人民法院常务副院长沈德咏大法官所说：“防范冤假错案的发生是我们守护司法公平正义底线的末端，我们必须采取强有力的措施将冤假错案堵在司法审判的大门之外，给党、给人民、给宪法和法律一个交代。”〔2〕而强化证据的审查则是这里的“强有力的措施”的应有之义。

二、细化了证据审查的标准，初步建立了证据可采性标准体系

强化对证据的审查，第一步需要完善证据审查的标准，其中最重要的是证据的可采性标准。1996年刑事诉讼法及其司法解释中对证据可采性标准只有在非法证据、证人证言方面规定了简单的原则性条款。这些条款一来过于简单，缺乏实践操作性。以证人证言的审查为例，1996年刑事诉讼法第47条规定，证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查证属实之后，才能作为定案的根据。但在司法实践中，由于证人出庭率非常之低，完全贯彻这一条款，将使案件审判无法进行。因此，在对应的高法解释当中，又规定“未出庭证人的证言宣读后经当庭查证属实的，可以作为定案的根据”。这样一个例外条款就完全架空了刑事诉讼法中的相关规定，使得书面证言畅通无阻地进入法庭证据认定环节。同样的情形存在于非法证据排除规则当中。〔3〕二来对于许多应该本应排除的证据都缺乏应有的规范，完全任其自由进入证据审查认定环节作为定案之根据。比如对于事实认定中涉及专门问题所产生的鉴定结论，1996年刑事诉讼法完全未作规定，高法解释也仅仅规定，“对鉴定结论有疑问的，人民法院可以指派或聘请有专门知识的人或鉴定机构，对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定”。但对于鉴定结论具体如何审查，鉴定结论在何种情形下算是“有疑问”，这些在法律规

〔1〕 尽管对于用材料来涵盖证据依然有许多批评，比如过于侧重物证、书证，而不适用于人证。

〔2〕 沈德咏：“我们应当如何防范冤假错案”，载《人民法院报》2013年5月6日。

〔3〕 关于证据法规范之问题的详细分析，参见吴洪洪：《转型的逻辑：证据法的运行环境与内部结构》，中国政法大学出版社2013年版，第四章。