



刑事诉讼疑难问题研究

STUDY ON THE DIFFICULT PROBLEMS IN
CRIMINAL PROCEDURE

倪 润◎著



 中国政法大学出版社

刑事诉讼疑难问题研究

STUDY ON THE DIFFICULT PROBLEMS IN
CRIMINAL PROCEDURE

倪 润◎著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

刑事诉讼疑难问题研究/倪润著. —北京: 中国政法大学出版社, 2016. 8
ISBN 978-7-5620-6986-7

I. ①刑… II. ①倪… III. ①刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第210192号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京华联印刷有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	6.5
字 数	125 千字
版 次	2016 年 8 月第 1 版
印 次	2016 年 8 月第 1 次印刷
定 价	28.00 元



本书的出版得到2016年北京市社会科学基金青年项目、2015年中国政法大学校级人文社会科学研究青年项目、2015年中国政法大学新入校青年教师科研资助计划，以及2015年教育部人文社会科学重点研究基地自设项目与中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划的资助，特此表示衷心感谢！



序 / PREFACE

法学是一门根植于实践理性的科学，问题意识是其生命的源泉。怀揣问题意识进行开拓探索，发现新问题、解决新问题，是研究者的兴趣和使命所在。对于刑事诉讼基础理论和司法实务中出现的疑难问题，我一直抱有浓厚的研究兴趣，也在不断地进行探索。

本书在写作过程中重点选取了一些目前我国刑事诉讼理论和实务中亟须厘清的疑难问题，主要涉及：

第一，庭前会议、非法实物证据的排除，以及精神病人强制医疗程序适用要件中“社会危险性”要件的判断和与其相关的对反社

会人格障碍者的应对问题。关于庭前会议，党的十八届四中全会明确提出要推进“以审判为中心”的诉讼制度改革，庭前会议的设置是“以审判为中心”的诉讼制度改革的重要一环，对庭前会议相关问题的深入研究将促进庭审实质化的实现。另外两个问题，即非法证据排除与精神病人强制医疗程序是我国2012年刑事诉讼法的新增条文，如何解释和运用这些新增条文也是我国目前司法实务部门的疑难问题。

第二，当下备受刑事诉讼理论界和实务界关注的刑事案件速裁程序。目前刑事案件速裁程序的试点工作刚刚结束，试点中存在的诸多问题应当如何应对是我们现阶段要思考的重要问题，本书将在实践调研的基础上对试点中存在的诸多问题进行分析。

第三，海峡两岸刑事案件司法协助中的疑难问题。2009年海峡两岸签订了《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》，两岸刑事司法协助开启了新篇章，但是该协议仅是原则性协议，欠缺相应的实施细则。又加之两岸司法制度存在诸多差异，实施七年来，司法实践中存在诸多问题亟待解决，比如，“调查取证”、“罪赃移交”和“罪犯移管”等问题。

第四，“公诉事实同一性”相关问题，明确了“公

诉事实同一性”是刑事诉讼中的机能性概念，还特别就“公诉事实单一性”与罪数论的关系问题进行分析探讨。

第五，笔者还在附录添加了日本关于欺骗侦查所获同意的合法性问题的探讨。不同于“诱惑侦查”，欺骗侦查并非是国家在制造犯罪，而是侦查人员为了方便侦破犯罪，在证据收集等侦查过程中使用欺骗手段。这些欺骗手段的共同特点是违法程度较轻，但做法欠缺公正性。在强制侦查和任意侦查中都可能存在侦查人员欺骗侦查的情形，那么能否直接以欺骗侦查违法为由将所获证据排除呢？本书将在借鉴日本法经验的基础上给予回答。

最后，请允许我向那些对本书的写作以及对我的人生道路、学术道路提供关怀和帮助的人致以最诚挚的感激：衷心感谢我的导师卞建林教授！卞老师学术精湛，治学严谨，他的言传身教使我终身受益！衷心感谢我的日本导师白取祐司教授和城下裕二教授，在我留学期间给予我谆谆教导，并激励我一直前进！他们渊博的学识与严谨的态度使我受益终身！衷心感谢岳礼玲教授和德国马克斯·普朗克外国刑法与国际刑法研究所所长汉斯·阿尔布莱希特（Hans Jörg Albrecht）教授的谆谆教诲！感谢北京市昌平区人民检察院和人民法院在调研过

程中的大力支持！感谢中国政法大学诸位领导和同事，自我回国后一直在工作和生活上给予我的诸多指导与帮助！感谢赵小芳、翟迪希、焦珂等同学在调研和资料整理中的辛勤劳动！感谢对本书稿辛勤编辑校对的彭江老师！没有彭老师的辛勤努力和一直以来对我的支持关心，本书不会这样快地呈现在大家面前！感谢一起生活和讨论问题的同窗和好友！感谢一直以来支持与关爱我的家人！

另外，本书的出版得到 2016 年北京市社会科学基金青年项目、2015 年中国政法大学校级人文社会科学研究青年项目、2015 年中国政法大学新入校青年教师科研资助计划，以及 2015 年教育部人文社会科学重点研究基地自设项目与中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划的资助，特此表示衷心感谢！

倪 润

2016 年 6 月

于昌平中国政法大学

CONTENTS 目录

序	1
第一章 精神病人强制医疗程序	1
一、突出问题	2
二、“社会危险性”要件	11
三、反社会人格障碍的应对	32
四、结语	48
第二章 非法实物证据的排除	50
一、存在的问题	50
二、日本的相关经验	57
三、结语	81
第三章 两岸刑事案件司法协助	84
一、调查取证的问题	86
二、罪赃移交的问题	97
三、罪犯移管的问题	107
四、结语	116

第四章	庭前会议	117
一、	相关规定	118
二、	存在的问题	122
三、	问题分析	136
四、	结语	143
第五章	刑事案件速裁程序	144
一、	相关规定	145
二、	试点情况调研	150
三、	调研问题分析	158
四、	结语	166
第六章	公诉事实同一性相关问题	167
一、	机能性概念	168
二、	判断标准中的问题	169
三、	笔者观点	172
附 录	欺骗侦查所获同意的合法性问题：日本考察 ...	175
一、	引言——问题意识	175
二、	使用计谋以及欺骗的侦查方法的判例 ...	178
三、	判例分析	186
四、	被处分人的意思与强制处分或任意处分 ...	191
五、	结语	197

— 第一章 —

精神病人强制医疗程序



近年来，我国精神卫生问题日益严重。根据我国疾病预防控制中心精神卫生中心公布的数据显示，我国各类精神障碍患者人数在1亿人以上，严重精神障碍患者人数超过1600万人，^{〔1〕}即每13个人中，就有1人是精神障碍患者；每100人中，就有1人是重症精神病人。最近每年精神病人实施的刑事犯罪案件超过1万件，其中30%是杀人、伤害等严重暴力案件。^{〔2〕}近年来连续发生的几起精神病人杀童案件引起了社会震惊。根据我国《刑法》第18条和《人民警察法》第14条的规定，对于实施刑事犯罪的精神病人主要由其家属或者监护人负责监管和医疗。但是精神病人的家属或者监护人

〔1〕 参见“中国精神病人，谁来解锁？”，载 [http://news.xinhuanet.com/](http://news.xinhuanet.com/yuqing/2013-08/21/c_125212747_2.htm)yuqing/2013-08/21/c_125212747_2.htm，最后访问日期：2016年5月20日。

〔2〕 汪海燕、王迎龙：“我国刑事强制医疗程序研究”，载《江淮论坛》2012年第5期。

往往无力或不愿意履行监管或医疗义务，这导致大量的精神病人得不到及时治疗，对社会安全造成了严重威胁。此外，上述规定也只是原则性的规定，适用条件不明确，实际应用性并不强，如何对精神病人进行强制医疗，2012年之前实践中仍无法可依，司法实践中我国各地做法不一。对此，2012年我国《刑事诉讼法》在修订过程中，专设“依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序”一章（第284~289条），对强制医疗的适用条件、适用程序、解除程序作出了详细规定，在强制医疗审理程序中设置了法律援助和法律救济程序，同时也规定人民检察院对强制医疗的决定和执行实行监督。

一、突出问题

总体来看，相比以前，2012年《刑事诉讼法》对强制医疗程序作出了具体规定，对司法实践具有重要的指导意义。但是，新《刑事诉讼法》施行四年多以来，从目前全国各地的司法实践来看，仍然存在不少问题，诸多问题还有待进一步探讨，详述如下：

（一）适用条件中“社会危险性”要件适用困难

《刑事诉讼法》第284条规定，“实施暴力行为，危害公共安全或者严重危害公民人身安全，经法定程序鉴定依法不负刑事责任的精神病人，有继续危害社会可能的，可以予以

强制医疗。”该条规定了强制医疗程序的适用条件，即前提条件、医学条件、社会危险性条件。^{〔1〕}其中第三个要件——社会危险性条件的判断标准应当如何确定，是我国目前理论与司法实务界亟待解决的一个疑难问题。社会危险性条件^{〔2〕}即“有继续危害社会可能”，换句话说也就是再犯预测，就是要对将来会发生的事情进行预测，通过预测将来，来决定是否对精神病人的人身自由进行限制，但是，将来究竟会发生什么事情没有人能够说得准。

正是因为如此，现在，我国司法实务中，在是否适用强制医疗这个问题上存在两种截然不同的处理倾向：一种是根据本次犯罪的严重性直接推定他们还有继续危害社会的可能，当然适用强制医疗。另一种做法相对谨慎，不轻易适用强制医疗。这一部分法官反映，因为《刑事诉讼法》第284条规定得太原则了，而且也没有配套的司法解释可参考，他们在

〔1〕 陈光中主编：《刑事诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2015年版，第472~473页。

〔2〕 在2012年《刑事诉讼法》出台之前，我国刑法学界就有关于“社会危险性”的探讨。如张明楷教授认为“社会危险性”是指，行为人有实施违法行为的可能性与盖然性，或者行为人有实施违法行为的“性向”。参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社2003年版，第449页。但是与上述广义上的“社会危险性”概念稍有不同的是，强制医疗程序中的“社会危险性”强调的是对精神病人将来是否“有继续危害社会可能”的判断，而非对该人有无“社会危险性”的整体评估。因为如果单就犯罪行为人为实施的本次犯罪行为而言，毫无疑问，其是有“社会危险性”的，否则也不会进入刑事诉讼程序。

实务中确实不知道该怎么办，所以就不敢轻易适用。他们法院的领导也说要慎用，怕出现错案。这两种做法可以说是两个极端，之所以会出现这两个极端，与法律规定欠缺可操作性密切相关。第一种做法可以说很大程度上是受到了法院维稳职能的压力，怕把应当要强制医疗的人放过了，把他们放出去出了事自己担责任，以致审查走过场。第二种做法恐怕也有怕担责任的担心在里面，怕出现冤假错案，把不应当强制医疗的人也弄去强制医疗了。如果被发现了，就要承担责任，导致强制医疗程序被虚置。

社会危险性条件判断困难导致在判断是否适用强制医疗和解除强制医疗时操作困难。此外，对于是否存在社会危险性的证明也是一个十分棘手的问题。

（二）临时的保护性约束措施

《刑事诉讼法》第 285 条第 3 款规定，对实施暴力行为的精神病人，在法院决定强制医疗以前，公安机关可以采取临时的保护性约束措施。首先，在司法实践中，被采取了临时的保护性约束措施的人，基本上就没有解除的，直到法院判决后被送到安康医院进行强制治疗。这种保护性约束措施极大地限制了公民人身自由，但其并不是由法院来决定是否适用，而是由公安机关来决定，这一点受到诸多质疑。其次，目前，对于该种临时的保护性约束措施，我国法律并没有规定适用条件、次数、地点，适用过程中公安机关的自由裁量

权较大。最后，关于临时的保护性约束措施的方式方法，根据公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安部规定》）第334条第1款规定，采取临时的保护性约束措施时，应当对精神病人严加看管，并注意约束的方式、方法和力度，以避免和防止危害他人和精神病人的自身安全为限度。此处规定体现了“比例原则”，但是这一规定却没有引起充分重视。从条文中看，采取的临时的保护性约束措施主要是指物理（有形力）控制，没有包含治疗。尽管《公安部规定》第333条规定，必要时可以将其送精神病医院接受治疗，但司法实践中，一般被采取临时的保护性约束措施的精神病人，都会被送到精神病医院进行控制和治疗，而不是条文中规定的“必要时”。临时的保护性约束措施和强制医疗的功能定位不明确，笔者认为，临时的保护性约束措施应以看护为主，治疗为辅。对法院还未作出强制医疗决定的人实施强制医疗，不排除存在侵犯精神病人人身权利的可能。

（三）审理程序

1. 精神科专家参与审判的问题

2012年《刑事诉讼法》最大的亮点在于将是否实施强制医疗程序交由法院来决定，公安机关不再享有强制医疗的决定权。根据《刑事诉讼法》第286条第1款的规定，法院受理强制医疗的申请后，应当组成合议庭进行审理。但是，这里并没有进一步规定合议庭的人员构成，也没有将精神科专家纳入合

议庭。在司法实践中,精神科专家是以鉴定人或专家辅助人的身份参与到强制医疗程序中的。^{〔1〕}专家辅助人提出的意见不是重新鉴定,只是具有专门知识的人从专业角度对鉴定意见提出的质疑意见,作为法官判定证据的参考。如果专家辅助人提出的意见被采纳,可能带来相关鉴定意见不能被采信的后果,该鉴定意见不能作为定案的根据。但是,是否需要重新鉴定还要根据案件情况和需要由法官决定。

2. 法定代理人在场权的问题

《刑事诉讼法》第286条第2款规定了法院在审理强制医疗案件时法定代理人的在场权。但是,司法实践中不少精神病人暴力行为的对象就是其亲属,这些被害人家属对精神病人心怀怨恨,开庭时往往并不出庭。

〔1〕《刑事诉讼法》第192条第2款规定:“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。”此处的“有专门知识的人”被称为“专家辅助人”。专家辅助人不需要具有鉴定人的资格。根据我国《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》(2015)的规定,国家对从事法医类鉴定、物证类鉴定、声像资料鉴定等的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度。申请从事司法鉴定业务的个人、法人或其他组织,由省级人民政府司法行政部门审核,符合条件的予以登记,编入鉴定人和鉴定机构名册并公告。上述法医、物证鉴定等的鉴定人只能从名册中选出。但是,专家辅助人不需要从鉴定人名册中选出,只要对相关鉴定事项具有相当的专业知识即可。参见郎胜主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》,新华出版社2012年版,第344页。

3. 审理期限的问题

《刑事诉讼法》第287条第1款规定，人民法院应当在1个月内作出强制医疗的决定。之所以限制审理时间，是因为在强制医疗审理期间，被申请人可能已被采取了临时的保护性措施，法院需要在合理期限内作出决定，避免因诉讼拖延侵犯被申请人人身自由或延误其接受精神医疗的时机。司法实践中，有些地方的法官认为1个月的审理时间太短，特别是法官需要亲自会见被申请人及其监护人、主治医生，必要时还要向被申请人邻居、同学、家属等周围人了解情况进行综合判断，这样的话案件处理就有可能延期。^{〔1〕}

（四）执行机构

1. 强制医疗所

我国强制医疗的执行机构主要是安康医院。2012年《刑事诉讼法》修改后要求将安康医院改名为“强制医疗所”，但是由于多年来的习惯，不少地方仍然使用安康医院的称谓（以下统称“强制医疗所”）。各地强制医疗所隶属于各地公安机关，兼具强制性执法机构和精神病医院双重性质。目前，全国共有28个大规模的强制医疗所。^{〔2〕}许多地方正在准备

〔1〕 参见郭志媛：“强制医疗实施问题研讨会会议材料”，强制医疗实施问题研讨会，2015年7月。

〔2〕 目前，我国全国28个大规模强制医疗所分别位于：北京市、上海市、天津市、唐山市、黑龙江省、吉林省、沈阳市、大连市、山东省、合肥市、