

厦门大学法学学术文库

意见裁判主义释法

Law Hermeneutics from Opinion-judging Doctrine

陆而启 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

厦门大学法学学术文库

厦门大学法学院资助

本书为中央高校基本科研业务费专项资金资助课题《意见裁判主义研究》(编号: 20720151192)成果



意见裁判主义释法

Law Hermeneutics from Opinion-judging Doctrine

陆而启 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

意见裁判主义释法 / 陆而启著. -- 北京 : 法律出版社, 2019

(厦门大学法学学术文库 / 宋方青主编)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3260 - 8

I. ①意… II. ①陆… III. ①刑事诉讼法—研究
IV. ①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 044111 号

厦门大学
法学学术文库

意见裁判主义释法
YIJIAN CAIPAN ZHUYI SHIFA

陆而启 著

责任编辑 韩满春
装帧设计 马 帅

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 三河市龙大印装有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 17.5

字数 253 千

版本 2019 年 3 月第 1 版

印次 2019 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/010-83938336

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/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

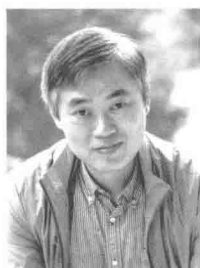
上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-3260-8

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



陆而启 安徽长丰人,厦门大学法学院副教授,硕士生导师,先后毕业于中南财经政法大学(师从姚莉教授)、中国人民大学(师从陈卫东教授)获得诉讼法学硕士学位和博士学位,美国东北大学犯罪学与刑事司法学院访问学者。在《法学家》《政法论坛》《法律科学》《证据科学》《东北亚法研究》等国内外刊物发表论文数十篇,先后主持国家社会科学基金项目、教育部人文社科项目、福建省社会科学规划项目、最高人民检察院检察理论研究课题、中国法学会法学研究项目等多项,出版专著《法官事实认定的心理学分析》《法官角色论》《意见裁判主义导论》等多部。

厦 门 大 学 法 学 学 术 文 库 编 委 会

编委会主任
宋方青

编委会成员
(以姓氏笔画为序)

朱炎生	朱福惠	刘志云	何丽新	陈晓明
李兰英	李国安	张 榕	林秀芹	周东平
徐国栋	徐崇利	蒋 月	廖益新	

总 序

学术的提升需要传承积淀、厚置根基,深厚的历史底蕴是一个学科发展的重要因素。从 1926 年起,厦门大学有了法学学科,厦门大学的校园里开始有了法律人的足迹。作为厦门大学的学子,厦门大学法律人始终秉承“自强不息,止于至善”的校训精神,坚持“学术建院、民主建院”的治院方针,发扬“严谨治学、求实创新”的传统学风,经过几代人的努力,春华秋实,厦门大学法学院在人才培养、科学研究、社会服务和文化传承与创新等各个方面均取得了令人瞩目的成就。

今天的厦门大学法学院,已汇集了一批优秀的中青年骨干教师,并形成了一支结构合理、实力雄厚、后劲充足的学术梯队,拥有法学博士后科研流动站、法学一级学科博士学位授予权和硕士学位授予权、法律专业硕士(JM)学位点,形成了从本科到博士后的完整的法律专业人才培养格局,为国家的法制建设、法学昌盛和社会进步,做出了积极的贡献。2012 年,教育部学位与研究生教育发展中心进行了第三轮法学学科评估,在全国 650 余所法律院校中,厦门大学法学学科办学实力排名第十。

学院坚持“加强优势学科、培育特色学科、支持基础学科”的发展思路,努力优化学科结构布局和资源配置,

提升学科的核心竞争力。近五年来,学院建设了应用型、复合型卓越法律人才教育培养基地,涉外卓越法律人才教育培养基地,国家知识产权培训(福建)基地三个国家级基地,以及教育部“法学教育实践基地”、福建省高校人文社会科学研究基地“国际经济法研究中心”等省部级基地。学院积极引导开展跨学科研究,组建了优势学术团队,建立了“中国崛起与国际法发展”研究团队、“社会治理与软法”研究团队、“国际税法与比较税制”研究团队、“公证法律与自动化”研究团队、“经济犯罪”研究团队、“法律认知神经科学”研究团队,以及福建省高等学校人文社科创新平台:“厦门大学财税金融法治研究中心”“立法研究中心”,促进了学科研究交叉,推动了学院学科平台创新。厦门大学国际法学科属于国家重点学科。2012年,厦门大学法学学科同时入选“福建省特色重点学科”和“福建省省级重点学科”。

厦门大学法学院现正朝着建设国内知名、国际上有较大影响的高水平研究型法学院的宏伟目标努力奋进。成绩属于昨天,未来仍需开拓。厦门大学法学院的使命与价值,在于培养人才、传承文明、创新知识、探求真理、服务社会、引领未来。只有不断推动法学学科发展,实现新的跨越,我们才能真正担当起法学教育的使命。

2016年10月,厦门大学法学院迎来90周岁的生日。值此之际,我们本着“回眸历史轨迹,继承优良传统,展示办学成就,凝聚发展动力,再谱辉煌篇章”的宗旨,隆重举行系列庆祝活动,并以此为契机,出版系列专著作为90周年院庆的献礼,再续南强华章。

“闻道有先后,术业有专攻”,本系列专著都是厦门大学法学院专任教师的科研成果,他们各有专攻,有着良好的法学教育背景,我们希望这套专著能够从一个侧面展示厦门大学法律人的风采。

宋方青

2016年4月20日

序

2018年11月10日,我应承办方湖南科技大学的邀请参加了北京大学宪法与行政法研究中心、北京大学教育法研究中心主办,湖南科技大学法学与公共管理学院、湖南科技大学法律服务中心承办,澳门大学宪法与基本法研究中心和湖南通程律师事务所协办的“监察法实施热点问题高峰论坛”,在论坛上又见到了我指导的博士研究生陆而启。他告诉我他的一本新书即将出版,书名叫作《意见裁判主义释法》,请我作序。在这个收获和收藏的季节,听说学生而启又一个智力成果的出版我非常高兴,并欣然为之作序。

在跟随我攻读博士研究生期间,我非常了解而启的研究特点,他所撰写的文章很大气,常常着眼于刑事诉讼之中的一些根本性的理论命题,而并不寻求解决具体问题的对策,但是也不排除他可能从微观视角来切入。这本书是他多年来研究成果的结晶,其中反映了他的一些研究方法和研究思路。

说实话,“意见裁判主义”的这个说法本身就比较新鲜,这是我国的刑事诉讼法和证据法的法律条文和理论中所没有的新说法。虽然他在两年前已经出版了一本《意见裁判主义导论》的书,介绍了他提出这个概念的初始动因,并且对其内涵和意义做了初步论证,可见对

于他自己而言,这已经并不是一个新的说法。从该书之中也可以看出,他对这个概念的提出有一个长久的深思熟虑的过程,很显然不是一种鲁莽的冒险。当然,这个概念本身并不是空穴来风,书中专门对相关的法律条文之中的“意见”概念进行了归纳、分析和整理。同时,这个概念确是建立在现有法学理论之上。司法活动不是裁判方的独角戏,所谓的诉讼的三方构造虽然更突出司法裁判者的居于其间、踞于其上的地位和作用,甚至也要求司法裁决者在参与诉讼之初利益无涉和在诉讼进程之中中立无偏,平等对待控辩双方,但是,就诉讼构造而言,控辩审三种职能缺一不可,甚至公开审判也使诉讼处于整个公众的审视之下。所谓的诉讼参与原则、民众参与原则等落实在证据法之中就是要使各方的意见能够得到听取并能够有效影响诉讼决策。因此,所谓的意见裁判主义的观念还有一定的诉讼民主的因素。在本书之中,作者就运用意见裁判主义的观点剖析了当下探讨的一个热点理论问题——刑事诉讼的印证理论,有化繁为简之功,并且将印证证明与诉讼模式关联起来考察,既是对刑事诉讼法传统理论的展开,又是对有点误入歧途的所谓理论创新的拨乱反正。大体可见,作者的论述其实走的仍然是传统的路子,并不是为创新而创新。

从本书的写作背景来看,作者看到了自2014年党的十八届四中全会以来,我国刑事诉讼法律正在发生的巨大变化,其中全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革和积极开展刑事案件速裁程序、认罪认罚从宽处理制度试点工作齐头并进。这些改革措施的很多成果都逐步转化为刑事诉讼的配套制度甚至上升为法律,该书意图揭示当下改革的制度逻辑和探寻其理论基础。作者曾经在检察实务部门从事公诉工作,因此对我国刑事诉讼的实务运作有真切的感受,其后从司法实务部门调入高校从事法学教育和研究,能够把曾经在实践之中遇到的问题逐步进行一种理论上的提炼和升华。总体而言,该书是作者受到整体的时代变迁和个体的职业转型双重冲击的产物。

一方面,我们可以看到作者紧跟时代潮流,以广受关注的非法证据排除规则尤其是其中的口供排除规则为切入点,辐射到我国《刑事诉讼法》的三次修改,公检法三机关适用《刑事诉讼法》的相关配套规定、规则和解释,“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》《关

于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》),《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》,人民法院办理刑事案件“三项规程”[《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》、《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》和《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》]以及《人民检察院公诉人出庭举证质证工作指引》,意图对相关法条的内涵、变迁、发展、运行进行理论阐释。

另一方面,我们还可以看到作者贴近司法实际,作者认同“纸面上的法”所取得的进步与发展,但是由于“实践中的法”对复杂多变的规则适用本身打了折扣,由此他主张我们要发现实践的优点,而不是做纸上谈兵的制度设计。例如,作者看到了口供排除规则的理论基础,既有理念侧重点的时代变迁,也有价值目标的多元整合,但是作者更倾向于将其任意性的理论内核与外在的证据可靠性关联起来,而主要不是与意志自愿性的人权保障因素关联起来,因此,他坚持了非法口供以虚伪排除说为理论根据。当然,这里可能存在的问题就是“非法口供”和“虚伪口供”本身还是要建立在一定的证据基础上来进行判断,也就是非法口供和虚伪口供本身都不能自己证明自己,当然,在缺乏所谓的二级证据以及更多的次级证据的时候,要求法官根据常识、常理和常情进行判断在所难免。

我们还可以发现这本书的写作特点是从问题出发。比较突出的一个表现就是作者自称发现了我国《刑事诉讼法》的一个漏洞,就是对何时以及如何庭审之中宣读审判前供述没有作出任何规范。这当然不是一个杜撰的问题,至于为什么出现这样的问题,以及到底如何解决这样的问题,相信读者自会从书中找到答案。

本书还有另外一个突出特点就是采用法律解释学的方法。虽然曾经有学者呼吁我们要从注释法学走向理论法学的原野,然而,学术研究还是要有问题意识,并且立足实践,作者的解释法律同样也是从问题出发的思考。例如,作者看到将“不得作为定案根据”的非法证据从程序之中排除出去的个案报道,认为这个说法很难理解,他作一个形象的比喻,认为,将非法证据排除于程序之外只不过是让同类证据脱下了“非法”外套或者换了一个“合法”马甲而已。作者对不能作为定案根据的非法证据问题,到底如何理解,在实践之中可能如何操作,提出了对“非法”和“证据”分别治理的设想。这

种设想与非法证据排除“防止虚伪”的理论基础和制度功能具有内在一致性,并没有放任和鼓励“非法”取证行为,对“非法”行为的追责比不了了之的“排除”更为严格。

而启论文写作思路大开大合,既有对制度的细节把握,又有对一些刑事诉讼思想渊源的整体贯通,并且其写作往往有自己的独特风格,整个研究思路甚至还有一个开宗立派的理论野心。但是,我想说的是,正是因为作者的观点新颖,所以这些观点不太为人所熟知。或许进入作者所构思的理论世界并不是很困难,甚至还是有趣的,所以我乐意向大家推荐。

陈卫东

2019年1月16日

目 录

导言 万变与不变 /1

第一章 证明的两个模式 /9

第一节 引言:何为真相 /9

第二节 印证与质证的内涵分析 /16

第三节 印证与质证的诉讼模式解析 /19

第四节 印证与质证的分类适用 /24

第五节 结语:以谁主导 /28

第二章 智识互转:印证规范解析 /31

第一节 引言:三个关键词的展开 /32

第二节 印证规范的内容和特点 /39

第三节 印证规范的限度及其补救 /50

第四节 结语:两种证据规则的反思 /54

第三章 叶公好龙:刑事证人出庭 /62

第一节 引言:质证规范与证人出庭 /65

第二节 诉讼参与人对证人出庭的心理障碍 /75

第三节 证人出庭制度的深层法律意识分析 /90

第四节 对刑事证人出庭对策建议的进一步反思 /97

第四章 口供排除规则的原理透视 /102

第一节 交易之源:口供排除规则的正义追求 /104

第二节 变易之形:口供排除规则的形式流变 /109

第三节 简易之理:非法口供及其排除规则的类型分析 /120

第四节 不易之道:口供排除规则理论的任意性内核 /127

第五章 口供排除程序的构造反思 /135

第一节 引言:从标准重回主义 /136

第二节 程序分层:程序裁判 vs 定案说理 /141

第三节 法庭结构:一元化法庭 vs 二元分化法庭 /150

第四节 控辩对抗:失衡 vs 平等 /159

第五节 司法掌控:消极听审 vs 积极调查 /174

第六节 结语:从立法转向司法 /179

第六章 宣读审判前讯问笔录的证据原理 /187

第一节 引言:立法漏洞的司法解释填补 /188

第二节 宣读审判前供述的基本原理 /193

第三节 宣读审判前供述的证据功能解析 /198

第四节 宣读审判前供述的程序保障 /205

第五节 结语 /208

第七章 宣读审判前供述的诉讼构造解析 /212

第一节 引言:审前供述笔录能否宣读 /212

第二节 纵向构造分析 /215

第三节 横向构造分析 /219

第四节 审判前讯问笔录的审查 /226

第五节 被告人作为庭审的证据来源 /229

第六节 结语:侦审如何联系 /232

第八章 非法证据排除规则的个案解释 /235

第一节 引言:法治、法解释与个案解释 /236

第二节	解释逻辑:非法证据中的权利与权力 /240
第三节	功能回归:非法证据规范的证据能力与证明力 /244
第四节	效果不彰:非法证据排除的心证阻隔 /248
第五节	求之可得:非法证据材料的随案移送 /253
第六节	结语:“非法”与“证据”的分别治理 /260
后记	认证与认人 /263

导言 万变与不变

其实我一直没有什么严格的研究规划,但是,近年来的研究竟然不自觉地集中到刑事诉讼证据制度上来。在2016年厦门大学法学院90周年庆的时候,应学院征集,我野人献芹般地申报了一部《意见裁判主义导论》的书稿得以出版,今次算是对意见裁判主义问题的回首和再一次延伸。或许因为一些被人们口耳相传的影响性案件,最终问题出在了事实认定上;又或许是立法的不断修改,要求自己不断跟进学习,这些被改革激流推着前行的自己的一些点滴思考也汇成了涓涓细流。因为本书更多的不再是抽象地去提出概念、提炼其特征与内涵等,而更侧重于以初步成型的意见裁判主义概念的一些思想方法来评论有关刑事诉讼证据的法律法规,出于围绕评论法律的主题考虑,舍弃了对有关案例进行评论的部分,所以最终定名为《意见裁判主义释法》,又因为解释法律常常发生在个案之中,这样将来要完成一本《意见裁判主义论案》的书可能是顺理成章的。或许可以说法律法规的出台和完善为意见裁判主义的运用提供了越来越多的机会,而案例就是意见裁判主义运用的实践战场。

随着年龄的增长,回望步入高校多年来思考的部分

结晶,不复当年的热情与冲动,也不再为偶有神来之笔而激动不已。自己一度觉得有很多的新观点,但是因为酝酿太久而难以出炉,又或者对自己的表达不甚满意,当然也常常不被别人满意,就此搁置下来。

但是,我其实还是很佩服法律法规的建设者们,他们孜孜不倦地反复出台一些规定,以至于那些司法实务工作者们包括学者们甚至都没有时间来来得及仔细学习了解,新的规定又出来了。因此,这里呈现的一些文章虽然有历史的痕迹,不过,我还是更新了相关的法条内容,尽管这一番折腾可能并不能符合“最新版”的要求,眼见随着 2018 年 3 月《中华人民共和国监察法》(以下简称《监察法》)的出台,《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)的修改又迫在眉睫(万变)。在完成初稿后,2018 年 10 月 26 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议即审议通过全国人民代表大会常务委员会《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,随之而动的必然是公检法各家又要出台相应的配套规定。话说回来,我感觉自己在其中论述的一些道理还是那个理(不变),这也是笔者以“易经原理”来透视我国的刑事证据规则尤其是其中的口供排除规则的初衷,虽然我怀疑这样的分析会沦为拉大旗扯虎皮一样的笑谈。说实话,对易经的思想我也不是太懂,然而我只是想找到一些应对法条变化甚至观念变化的一些办法。

一如既往地,我有时会反复阅读自己写的文字,这一点并不像我曾经看到的,有些学术大家的表白,就是从来不看自己所写的东西了。因为,我还是希望能从自己所写的东西中挑出一些精华,尽管多数的时候可能不会令自己满意,但是有很多想法竟然在后来的文字中再次得以展开,也就是说,我的“初心”甚至一直“未改”,反而在一种坚持之中找到了乐趣。所以,本书之中所写的观点,好像是前后呼应,自成体系的。当然,在反复阅读之中,会发现一些错别字,又或者觉得语言别扭,其实还有更精准的表达,让人觉得很无奈。

本书共八章,第一章虽然套用了一个理论的外壳,其实主要是回应 2014 年中共十八届四中全会提出的全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革、首次提出的“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”,以及 2014 年 6 月 27 日和 2016 年 9 月 3 日全国人大常委会相继授权最高人民法院、最高

人民检察院在部分地区开展的刑事案件速裁程序试点工作和刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作等。因为这些在刑事诉讼领域内所作的改革探索和试点工作都对证据和证明制度起到一定的冲击作用。目前有学者批评所谓的“印证证明模式”的概念和用词,然而笔者以为用了证明模式、证明标准或者证明方法等这样的词语并不一定就导致了混淆和混乱。实践一直在发展着,反倒是一些五花八门的精致辨析,有时既没有使别人清楚,又可能弄迷糊了自己。无论是批驳者还是支持者,最终可能总是要指责“印证”忽视了正当程序或者辩护的作用,然而,笔者以为这就像是用圆形来攻击三角形一样,各有其理。因此,笔者坚持了印证和质证在不同程序目的、程序阶段或者案件类型下可以选择适用或者相互结合。说印证仅仅是一种证据分析方法或者审查判断证据的手段,既不是证据材料本身,也不是证明标准,更不是证明主体,这或许是对的。但是,印证包括质证将证据材料阐释为案件事实的构成要素,连接着真相和主体,促进着举证证明者和事实裁决者的沟通、互动、交流,当然具有一种源自客观的主观意见属性,这种意见可以套用到笔者所提出的意见裁判主义概念之中。

如果说第二章对印证规范的解析是印证模式的展开,那么第三章探讨的刑事证人出庭则是质证模式的当然前提。在第二章侧重于分析2010年5月30日由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布的《关于办理死刑案件审判判断证据若干问题的规定》(“两个证据规定”之一,以下简称《办理死刑案件证据规定》),以及2012年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》之中的“印证”条款的功能和特点,从中可以发现需要印证的对象,主要针对容易因为出庭而出现反复的人证(证人、被害人、被告人)的证据形式以及间接证据。印证的目的是解决庭审中翻证、翻供以及作证资格缺陷和利害关系人的证言效力。针对印证的条件错综复杂、效力僵化,以及因为其语言模糊而可能导致滥用裁量权的这种印证规定的限度问题,笔者提出,第一,需要把以量取胜和以质取胜相结合;第二,需要把靠证据说话与意见之争相结合。这样看来,其他学者对印证规则进行苦心孤诣地研究所得出的观点与笔者早先分析而给出的结论是大体一致的。

第三章首先分析了2012年《刑事诉讼法》和最高人民法院《关于适用