



全国高等学校法学专业课程案例教学用书

刑事诉讼判例研究

杨建广 著



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

全国高等学校法学专业课程案例教学用书

刑事诉讼判例研究

杨建广 著



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼判例研究/杨建广著. —北京:高等教育出版社,2005.7

ISBN 7-04-017573-8

I. 刑... II. 杨... III. 刑事诉讼—审判—案例—研究—中国 IV. D925.205

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第065698号

策划编辑 吴 勇 责任编辑 李江泓 封面设计 于 涛
版式设计 张 岚 责任校对 杨雪莲 责任印制 陈伟光

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街4号
邮政编码 100011
总 机 010-58581000

购书热线 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>

经 销 北京蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 北京民族印刷厂

开 本 787×960 1/16
印 张 23
字 数 430 000

版 次 2005年7月第1版
印 次 2005年7月第1次印刷
定 价 31.50元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 17573-00

内 容 简 介

本书不是一本简单的案例分析汇编,而是以具有某方面刑事程序意义的真实案件为研究对象的学术专著。本书采用了“背景材料—判例内容—案件争议焦点及其相关依据—法理分析”的模式,对一些热点案件和典型判例从刑事诉讼程序的视角做了详细分析。

值得强调的是,在每章的判例内容部分,均全文转引了真实案件的裁判文书,且特地没有作任何缩减、删改。这一方面是出于研究的需要,因为裁判文书是判例研究的基础;另一方面,也是想借此为鲜有机会阅读到典型判例的刑事判决书、刑事裁定书的法学研究者、法学院学生和普通社会读者提供一个平台,使他们能够全面地、真实地了解中国法官在审理案件时的基本思路,了解刑事法律在司法实践中的运行轨迹,并向意图对某些具体案件的审理过程与裁判结果进行评价的人们提供一些相对准确的依据。

本书进一步将作者一贯主张的系统方法融入到刑事判例研究之中,以期在法治系统的大框架下,构筑一个以刑事案件事实为中心,以刑事法律概念、刑事法律规则和刑事法律原则为支柱的刑事判例系统。这个动态的刑事法律系统的良好运作,无疑会使静态的刑事法律条文和抽象的刑事诉讼理论变得生动而具体,也更加切合司法实际,并得以有力地指导和规范刑事诉讼全过程。

本书可以作为《刑事诉讼法》(龙宗智、杨建广主编,高等教育出版社2003年版)的配套教材使用,辅助原教材实现“促进现行法律、法学理论与法治实践三者在教学的过程中有机结合”的目标。同时,书末所附的“关键词索引”强化了本书的专业辞书功能。因此本书既是一本难得的刑事法律研究方面的专业资料,同时也是一本颇具指导司法实践价值的办案手册。

作者简介

杨建广，法学博士，中山大学法学院教授，中国诉讼法学研究会刑事诉讼法专业委员会委员，教育部“新世纪网络课程建设工程——刑事诉讼法学”项目负责人，日本创价大学访问教授。主要从事刑事诉讼法、刑事政策、法治系统工程等方面的教学、研发与推广。

代表性著作有《法治系统工程》、《刑事诉讼法》、《刑事诉讼法通论》等。曾在《法学研究》、《现代法学》、《学术研究》等刊物上发表论文 30 多篇，并完成了主持法案起草和法律软件开发的项目。

第一编 导 论

1 刑事诉讼判例系统	3
• 刑事审判是一个具有特定结构的系统。它输入的是案件事实,输出的是裁判结果。 • 刑事诉讼判例是刑事诉讼活动的运作过程和典型结果,它的强大功能有力地推动了刑事法律系统的健全。 • 刑事法律规则、刑事法律原则、刑事法律概念和刑事案件事实四个要素相互影响、相互作用,使刑事诉讼判例系统得以维系和运作。	
2 刑事诉讼判例在中国	13
• 中国古代刑事法制呈现刑事判例与刑事法典相结合、相互补充的特点。 • 中国近现代刑事法在引入大陆法系成文法的同时也保留了古代判例制度。 • 最高人民法院公布的“典型案例”和基层审判机关创设的“先例判决制度”推动了当代中国刑事诉讼判例的形成与发展。	

第二编 基础理论

3 从“疑罪从有”到“疑罪从轻”再到“疑罪从无”的艰难跋涉 ——孙万刚涉嫌故意杀人案研究	33
• 刑事诉讼理念实现从“疑罪从轻”到“疑罪从无”的飞跃的典范。 • 严格依法定程序收集、审查、判断和采信证据是提高刑事审判质量的途径。 • 调整诉讼结构,制裁程序违法,是落实非法言词证据排除规则,根治刑讯逼供顽疾的良方。	
4 非法言词证据的确认程序 ——刘涌组织、领导黑社会性质组织案研究	45
• 一审死刑、二审死缓到最高人民法院再审死刑,一波三折的判决过程	

使刘涌案备受关注。

- 非法取得的言词证据不得作为定案根据,在庭审中应当及时依法予以排除。
- 控辩双方都应对是否存在非法言词证据负一定的举证责任,但双方承担责任的前提、范围和程度是不同的。
- 强化“事前监督”意识,完善非法言词证据在不同诉讼阶段的确认程序。

5 照片是哪一种证据

——孙志刚被害案研究 75

- 因为“死一个人废除了一部法规”的孙志刚被害案在诉讼中面临法律困惑。
- 照片无法统一归类。将证据划分为7种的法律规定存在缺陷。
- 证据应一分为三:物证、人证和合成证据。

6 特情线索可以作为证据使用

——李庭芳组织、领导黑社会性质组织案研究 97

- 侦查机关在刑事诉讼中出具的证明未经庭审质证不得作为定案根据。
- 高级人民法院的终审刑事判决书不应代替死刑复核程序中的死刑核准裁定书。
- 辨认对象的遴选范围、数量应统一、合理,辨认程序应具体、明确。

7 言词证据过分吻合应予排除

——张君壮受贿案研究 137

- 法庭对不符常理、过于吻合、不能排除合理怀疑的两份言词证据不予采信。
- 司法机关立案之前有关组织对被告人进行教育期间所取得的被告人的陈述不符合法定证据要件,不能作为证据使用。
- 作为定案根据的每一证据都必须具有证据的全部特征——客观性、相关性、合法性。

8 控诉方应对举证不能承担败诉责任

——褚时健贪污案研究 155

- “功过相抵”在司法领域行不通。中国烟草大王褚时健最终难逃法律制裁。

- 控诉方在刑事诉讼中对其指控主张的**证明责任**是绝对的、无条件的。
- 被告一方只在某些案件里、某些情况下,对某些特殊事项承担必要的证明责任。

9 诉讼参与人的诉讼权利应该给予保障

——萧五发走私毒品案研究 171

- 外国人大量非法入境已成为中国现阶段的一个严重的社会问题。
- 个人走私冰毒 41 390 克未被判处死刑,主要原因竟在于侦查机关收集的被告人供述违反法定程序被排除。
- 涉嫌犯罪的外国人,不论其是否通晓诉讼所用的语言,除非他亲自作出了不需要翻译的书面声明,否则应全程为其提供翻译。

第三编 程 序 论

10 我国区际刑事管辖冲突及其解决途径

——张子强等非法买卖、运输爆炸物等案研究 181

- 香港近年来发生的多起惊天绑架案、运钞车被劫案、持枪洗劫珠宝金行案水落石出。
- 内地法院对香港居民在内地涉嫌犯罪以及在内地与香港均涉嫌犯罪的案件拥有刑事管辖权。
- 解决好区际刑事管辖冲突有利于在“一国两制”框架下保持香港司法独立与高度自治。

11 同一审级不应作出案号相同而内容不同的两份判决书

——刘炯松故意伤害案研究 211

- 判决书文字有误,法院依法应当另外制作和送达刑事裁定书予以纠正。
- 多个矛盾证据并存,应先根据“个罪证明标准”去伪存真,然后再进行综合评价。
- 判决书的判决理由一定要有充足的证据支撑,说理要符合逻辑。

12 民事审判中移送涉嫌犯罪案件的标准

——莫兆军涉嫌玩忽职守案研究 223

- 民事案件当事人不服判决自杀身亡,主审法官莫兆军涉嫌玩忽职守成

- 为刑事被告人。
- 法官只要严格依照法定程序和证据判案,即使事后查明判决结果与客观事实不符,也不是办错案。
- 在证据不足、缺乏排他性的情况下,要体现“有利被告人”的刑事诉讼理念。
- “个罪证明标准”的确立,将使我们对任一裁判结果正确与否的评价变得确定。

13 没有通知法定代理人出庭的一审判决应撤销 ——李冬越涉嫌故意杀人附带民事诉讼上诉案研究 245

- 被告人是否具有刑事责任能力,四个鉴定单位作出四份鉴定结论。
- 任何鉴定结论都要经过庭审质证后才能决定是否被采纳为定案的依据。
- 对附带民事诉讼当事人主体资格的理解不同,造成了对附带民事诉讼原告人和附带民事诉讼被告人范围确定的不同。
- 被害人全部近亲属均拥有完整独立的诉权,应当允许一人提起诉讼。

14 先后两个死刑判决不必一并执行 ——陈作隆死缓被核准执行死刑案研究 261

- 陈作隆装病、自伤使自己进精神病医院,后又逃跑长期逃避法律惩罚,脱逃期间参加并领导了黑社会性质组织,最终法院判其“死两次”。
- 鉴定结论的可采性应通过庭审的质证程序确定。
- 死刑判决应该依法及时执行。没有必要将时间跨度非常大的先后两个死刑判决同时核准执行。

15 刑事追赃程序的构建 ——对一起特别“追赃”案的研究 311

- 1 600 多万元银行存款被划走,某建设项目中30%的股东权益被评估、拍卖,法院如此“追赃”,广州三联公司叫苦不迭。
- 人民法院以刑事裁定书的形式处置案外人的实体(民事)权益,属程序违法。
- 追赃过程中既要保护被害人的利益,更要保障在不知情的情况下被牵扯进来的善意第三人的合法权益。
- 追赃应坚持以保障交易安全为原则。

16 抗诉是启动再审的途径之一

——冯洲受贿案研究 341

- 再审启动权保护的力度不够,使越来越多的原审被告入另辟蹊径——“不找法院找人大”。
- 在不弱化检察机关再审程序启动主体地位的基础上,必须强化原审被告入的再审申请权。
- 科学合理地区分再审立案标准与改判标准,是最大限度推动再审案件顺利进行的有效途径。
- “一事不再理原则”与我国现今的司法现状不相融,还只能是一个远景设计。

关键词索引 352

后记 356

第一编 导 论

1

刑事诉讼判例系统

- 刑事审判是一个具有特定结构的系统。它输入的是案件事实，输出的是裁判结果。
- 刑事诉讼判例是刑事诉讼活动的运作过程和典型结果，它的强大功能有力地推动了刑事法律系统的健全。
- 刑事法律规则、刑事法律原则、刑事法律概念和刑事案件事实四个要素相互影响、相互作用，使刑事诉讼判例系统得以维系和运作。

1.1 刑事审判例的属性

刑事审判例^①的属性也就是刑事审判例区别于刑事诉讼系统中其他要素的性质及性质的表现方式。从这一视角考察,刑事审判例主要包括三方面的基本属性,即刑事审判例是刑事法律制定与更新的基础,是刑事法律在社会生活中得以落实的标志,还是若干刑事法律规范的具体样例。其中,刑事法律规范的具体样例应该是我国现阶段刑事审判例的最基本的属性,其他两种要素都是这一属性的延伸。但是,为了便于澄清一些极易混淆的概念,笔者在此先从其他两个要素的分析入手,然后再着重讨论刑事法律规范的具体样例这一属性,从而为后文研究刑事审判例的功能做好铺垫。

1.1.1 刑事审判例是刑事法律制定与更新的基础

刑事诉讼法是由调整刑事诉讼活动的法律规范所构成的有机整体。一般来说,国家确认的,规范侦查机关、司法机关和诉讼参与人诉讼行为的法律、法规、司法解释和刑事审判例都属于刑事诉讼法。其中,刑事审判例作为刑事诉讼法的法律渊源,一般只存在于实行判例法的国家,如美国、英国等。中国不属于判例法国家,在法学理论上,已生效的判例不能作为今后同样案件的判决依据。

然而,实践中形成的、具有典型意义的刑事审判例,却不仅长期是中国最高审判机关在解释刑事诉讼法律时的依据,也长期是最高立法机关在制定或修改刑事诉讼法律时的基础。

为了后面叙述的方便,在此有必要明确一些概念。

第一,判例法(precedent)不等于判例(decided case)。判例法是指国家以判例作为法律的表现形式,而不是判例本身。英美法系国家和我国的香港地区就通行判例法。判例则是指国家的审判机关从已经生效的裁判中选择部分典型事例,通过一定的形式予以确认和公布,用以引导审判机关处理类似案件的范例。判例在中国或其他实行成文法的大陆法系国家也是存在的。但这些国家的判例本身没有创制法律的功能,不管怎样运用判例去解释法律,都无法取代制定法。

第二,判例不等于裁判(judgment)。裁判是指拥有法律权威的第三者(通常是法院或法官),为了解决社会关系中的冲突或纠纷,维护法律秩序,根据法

^① 为方便读者对本书后“关键词索引”的使用,作者特意在“关键词”的词条下面加上了着重号,下同。不再逐一注明——编者注。

律规定,对双方争议的问题所作的判定,其表现形式为判决书和裁定书。因此,所有进入诉讼程序的案件都应该会有裁判,但不是所有案件的裁判都能够成为判例。本书中收录的判决书、裁定书只是作为判例的研究素材,其本身能否成为判例则不能一概而论。按照笔者上述的界定,最高人民法院提审刘涌一案(见[2003]刑提字第5号再审刑事判决书)就属于判例,云南省高级人民法院再审孙万刚一案(见[2004]云高刑再字第2号刑事判决书)也属于判例,而东莞市人民法院裁定向案外人追赃一案(见[1999]东刑初字第1099号之三十九)则不属于判例。

第三,判例不同于案例(case)。从定义上看,判例是指国家的审判机关从已经生效的裁判中选择部分典型事例,通过一定的形式予以确认和公布,用以引导审判机关处理类似案件的范例。而作为案例,则在经济、管理、法律等许多领域都会有。一般来说,案例是对案件事实从始至终的一种完整而客观的描述。显然,即使局限于司法领域,案例的范围也要宽于判例。通常经过审判并作出判决的案件都可以成为案例,甚至为了教学需要还可以编造一些案例。而判例则是司法领域特有的,是经过精心挑选的真实案例。因此,能够成为判例的案例,必然在一定范围内具有代表性,且对处理同种类案件有指导意义。从司法实践来看,非判例的案例一般不具备法律上的约束力,仅仅是对司法实务有一定的参考作用。虽然判例在中国等成文法国家不具有法律上的约束力,也不是法律的渊源之一,但是它却具有事实上的约束力。在中国,判例对司法实践的影响日益增强,实际上起着指导各级审判机关办案的作用。

第四,刑事诉讼判例只是刑事判例中的有机组成部分。从法律系统的整体功能上考虑,法律的作用对象应该是具体的社会现象,犯罪所要被追究的也是具体的人和行为,刑事审判应该是一个具有特定结构的系统。它输入的是案件事实,输出的是裁判结果。当我们以典型刑事裁判(判例)为研究对象时,刑法规范与刑事诉讼法规范在刑事诉讼中是一种不可分割的配套关系,任何一个刑事判例不可能不涉及刑法,也不可能不涉及刑事诉讼法,因此,刑事判例这一概念系统在判例研究领域已是不必再分割的最小要素,将本身是一个完整整体的刑事判例再人为地划分为刑法判例和刑事诉讼判例是不科学的。因为从系统整体功能上考察,刑事诉讼判例没有区别于刑法判例和刑事判例的特殊个性,所以,严格来说,科学的研究应以刑事判例作为研究对象。本书之所以选择刑事诉讼判例为题,实际上只是为了强调刑事诉讼程序在刑事司法中的独立价值,迁就法学领域已有独立的刑事诉讼法学学科的现实,并无将刑事判例划分为刑法判例和刑事诉讼判例之意。因此,本书在此后的行文上是一般不再区分刑事判例与刑事诉讼判例两个概念的。笔者也主张国家审判机关在将来发布判例时应统称为刑事判例。

1.1.2 刑事审判例是刑事法律在社会生活中得以落实的标志

如前所述,由于中国不属于判例法国家,在法学理论上,已生效的刑事裁判不能作为今后同样案件的裁判依据。但在实践中,上级人民法院的刑事裁判内容对下级人民法院审理同类案件时具有明显的指导意义。何况,要使刑事法律文本的价值能够真正在社会生活中得以实现,且不断地适应变化发展中的社会环境,刑事判例是最好的载体。

事实上,许多国家都是通过刑事判例来对刑事法律文本进行解释的,如日本理论界通说认为,判例不具有法律上的约束力。实际操作中,虽然因判决的先例没有制度化,审判人员没有遵守的必要,下级法院可以作出与上级法院不同的判决,但是判例具有事实上的约束力。日本《刑事诉讼法》第405条规定,“作出与最高裁判所的判例相反的判断时”或“没有最高裁判所的判例时,大审院或上告裁判所之高等裁判所的判例,其法律施行后的控诉裁判所之高等裁判所相反的判断时”,可以作为上告的理由。上告之后,案件的裁判也往往会因为不符合上级法院法官的看法而被改判,这就实际上约束了下级法院的法官。

在我国,最高人民法院从1985年起开始在公开发行的《中华人民共和国最高人民法院公报》(以下简称《公报》)刊登典型案例。这些典型案例不仅有助于明确法律规范、补充法律漏洞,而且更是对各级人民法院的待决案件有导向作用。很显然,这些案例扮演的正是判例的角色。正如《公报》编辑部1995年6月30日在《中华人民共和国最高人民法院公报全集》出版说明中对《公报》公布的案例所作的介绍中评价的那样:“《公报》发布的案例,也是经最高人民法院审判委员会反复推敲、字斟句酌,从众多案件中精选出来的。每个案件都有详细的事实、判决理由和结果,蕴涵了深刻的法律意义。如既不同于用作法制宣传的一般案例,也不同于学者们为说明某种观点而编纂出来的教学案例。它具有典型性、真实性、公正性和权威性特点,是最高人民法院指导地方各级人民法院审判工作的重要工具,也是海内外人士研究中华人民共和国法律的珍贵材料。”

1.1.3 刑事审判例是若干刑事法律规范的具体样例

犯罪的复杂性决定了大部分案件都不可能直接套用现成的抽象法律条文或简单的犯罪构成理论就能被解决。而刑事审判例却将实体法中的犯罪构成的抽象要求转化为了具体个案中的构成要素,并形成了一一对应的关系,这有助于我们对刑事实体法的具体罪名加以认识和阐明。值得强调的是,刑事判例对具体情节的界定不仅使法律条文的定罪量刑更具规范性,同时也将法官的自由裁量权规定在了一定范围内,有效地避免了对法律条文解释的随意性过大

的问题。比如本书下文将提到,《公报》1985年第2期所载的“左成洪、李永泰、谢麟、吴自均以制造、贩卖有毒酒的危险方法致人伤亡案”实际上成为对当时的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第106条(现行《刑法》第115条)中何谓“重大损失”的一种权威解释。《公报》以案例的形式将量刑幅度确立下来,可以说为当时的《刑法》第106条的实施提供了明确的样例。

每一案件的诉讼过程都经过立案、侦查、起诉以及最终审判和执行等过程,这个过程是复杂的,也是漫长的。对于其中存在的一些不符合法律规定或者是不符合社会发展现状的问题,如果只停留在某一个阶段、某一微观的角度去研究,显然极易产生断章取义和只见树木不见森林的弊病。而判例从宏观的角度记录了整个刑事诉讼过程,通过对判例的研究,我们很容易就能找出哪个环节存在问题。比如在本书第4章“非法律言词证据的确认程序——刘涌组织、领导黑社会性质组织案研究”中,笔者通过对刘涌案一波三折的审判过程的研究,指出刑事诉讼的“事前监督”环节十分薄弱,应该予以强化。即一方面要确立言词证据收集时第三者在场的操作程序,另一方面,控方在规范自己的审讯程序的同时,要尽量采取比文字记录更具有现场感的录音、录像等手段完整记录整个审讯过程,以避免控辩双方围绕“刑讯逼供”是否存在展开无休止的争论。事实上,由于对刘涌案作出终审判决的法院是最高人民法院,这就为评价具体证据的可采性提供了一个可具体操作的样板。

1.2 刑事诉讼判例的结构

任何系统都有结构,刑事诉讼判例系统也不例外。刑事诉讼判例系统的结构研究的是刑事诉讼判例是由哪些要素组成,以及各个要素的存在形式及其相互作用的方式。在刑事诉讼判例系统中,刑事诉讼判例的各个要素依照刑事法律的基本原则和刑事诉讼的特殊规律,相互作用,彼此影响,共同推动了刑事判例系统的运动。因此,想要了解刑事判例的功能进而掌握刑事判例系统的运动规律,必须以刑事诉讼判例的要素为研究的起点。

1.2.1 刑事诉讼判例的要素

刑事诉讼判例的要素是指构成刑事诉讼判例的基本元素。这些基本元素应该是刑事诉讼判例中不可缺少的成分。从系统理论出发,刑事诉讼判例包括刑事法律规则、刑事法律原则、刑事法律概念和刑事案件事实四个要素。其中前三个要素是法律的一般要素,而第四个要素则是刑事法律在刑事判例中的特殊要素。

(1) 刑事法律规则。刑事法律规则是规定刑事诉讼主体权利、义务、责任的