

*Jingshi Criminal Procedural Law Review*

# 京师刑事诉讼法论丛

第二卷

主 编 / 宋英辉 甄 贞



北京师范大学出版集团  
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP  
北京师范大学出版社

Journal of Management Education

# Journal of Management Education

Volume 35 Number 10 October 2011

Journal of Management Education

 SAGE  
Los Angeles • London • New Delhi

*Jingshi Criminal Procedural Law Review*

# 京师刑事诉讼法论丛

第二卷

主 编 / 宋英辉 甄 贞



北京师范大学出版集团  
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP  
北京师范大学出版社

---

**图书在版编目(CIP)数据**

京师刑事诉讼法论丛. 第二卷 / 宋英辉, 甄贞主编. —北京: 北京师范大学出版社, 2012.3  
ISBN 978-7-303-14170-8

I. ①京… II. ①宋… ②甄… III. ①刑事诉讼法—研究  
IV. ①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 021708 号

---

营销中心电话 010-58802181 58805532  
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>  
电子信箱 beishida168@126.com

---

JING SHI XING SHI SU SONG FA LUN CONG  
出版发行: 北京师范大学出版社 [www.bnup.com.cn](http://www.bnup.com.cn)  
北京新街口外大街 19 号  
邮政编码: 100875

印 刷: 北京京师印务有限公司  
经 销: 全国新华书店  
开 本: 155 mm × 235 mm  
印 张: 18.25  
字 数: 291 千字  
版 次: 2012 年 3 月第 1 版  
印 次: 2012 年 3 月第 1 次印刷  
定 价: 32.00 元

---

策划编辑: 马洪立 责任编辑: 李洪波  
美术编辑: 毛 佳 装帧设计: 毛 佳  
责任校对: 李 茵 责任印制: 李 啸

**版权所有 侵权必究**

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697  
北京读者服务部电话: 010-58808104  
外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。  
印制管理部电话: 010-58800825

# 编辑委员会

顾问：陈光中 沈德咏 朱孝清

主任：樊崇义 宋英辉

编委：（按姓氏笔画排序）

|     |     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 方 向 | 卞建林 | 王尚新 | 王洪祥 | 王敏远 | 左卫民 |
| 孙长永 | 叶 青 | 孙茂利 | 龙宗智 | 刘万奇 | 李建明 |
| 李忠诚 | 陈卫东 | 陈国庆 | 汪建成 | 宋英辉 | 何家弘 |
| 张智辉 | 陈瑞华 | 胡云腾 | 柯良栋 | 姚 莉 | 谢佑平 |
| 甄 贞 | 谭世贵 | 熊秋红 | 滕 炜 |     |     |

主 编：宋英辉 甄 贞

副 主 编：刘广三

学术编辑：史立梅 王 超 杨 雄 廖 明 雷小政

# 前言

刑事诉讼法列入了全国人大常委会 2011 年立法工作计划。这是继 1996 年第八届全国人大四次会议通过新的刑事诉讼法以来的又一次重要的立法修改。近年来,我国修改了一系列法律、法规,出台了许多司法解释,与司法改革措施一道,推进了刑事诉讼的进步。例如,我国在 2006 年修改了《法院组织法》,将死刑案件复核权收归最高人民法院行使;在 2007 年修改了《律师法》,对律师会见、阅卷、调查取证等权利条款进行了完善;在 2010 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合制定了《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》,对证据规则进行了重大完善。这次刑事诉讼法的修改,如何与上述法律、法规、司法解释以及司法改革措施衔接,有待深化研究和贯彻落实。

其中,《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》这两个证据规定的出台,是我国近年来刑事司法改革进程中的重大事件,促进了我国刑事诉讼和刑事证据理论研究的深入发展。我们认为,在刑事诉讼法再修改之际,究竟是直接消化、吸收还是进一步修正、拓展上述规定,需要仔细分析和论证。本期设置的“主题研讨”为“两个证据规定”评介,特色在于:通过六篇论文建构的知识体系,对我国理论界和实务界的相关观点进行归纳和综述,分析其中的基本共识和争议焦点,在此基础上,探讨它们如何与刑事诉讼法修改衔接。

这次刑事诉讼法的修改,不仅吸收一些在刑事诉讼原理方面取得共识的基本原则,而且在诉讼构造、程序设置、配套措施等方面也将进行改革。这与我国刑事诉讼立法者和司法者日益重视实证研究理论成果有一定关系。实证研究刑事诉讼法的中国问题,理性建构刑事诉讼法的中国模式,是完善中国社会主义法律体系的重要内容。

在“专论大观”中,我们特邀收录了“特困被害人救助实证研究项目”的成果,该文调查分析了各地开展特困被害人救助的初衷、困难和效果等问题,提出了我国完善被害人保护方面的诸多立法建议。在“实务探

讨”方面，我们依据刑事诉讼阶段，收录了诸多前沿性研究论文，以回应近年来争议较多、影响深远的一系列问题。如分析了大众传媒在侦查活动中的应用及发展、未成年人检察制度的改革方向，反思了刑事诉讼中重复追诉和滥用追诉问题、公诉案件人民法院行使逮捕权问题、一审中“隐性”超审限问题。在“青年法苑”中，我们收录了一些视角新奇或方法独特的青年学者文章，分别探讨了《刑法修正案（八）》中规定的社区矫正与刑事诉讼法修改的衔接问题、河南和陕西“人民陪审员试点”的性质定位问题。在“法学随笔”中，既有结合梁启超先生的国学大作对中国少年司法道路的人文反思，又有对美国纽约维拉司法研究方法的现代解读，同时不回避现实的“火热”问题——醉驾入刑究竟如何定罪量刑。在“域外法制”中，我们收录了三篇代表性文章，分别研究了以德国法制为对象研究少年司法程序中利益权衡，以日本法制为基础的公诉时效、行刑时效，以美国法制为基础的刑事上诉审查中的“明显错误”原则。

《京师刑事诉讼法论丛》立足于北京师范大学法学两院的学科发展，在成熟和发展过程中有赖于社会各界的鼎力支持。在编撰过程中，由于水平的限制，可能还存在诸多不足，恳望各位读者批评指正。

主 编



# 《京师刑事诉讼法论丛》第三卷约稿

《京师刑事诉讼法论丛》(以下简称《论丛》)系北京师范大学刑事法律科学研究院刑事诉讼法研究所、刑事诉讼改革研究中心主办,宋英辉教授、甄贞教授主编,由北京师范大学出版社出版的全国性刑事诉讼法学学术图书,每年出版两卷。

作为刑事诉讼法学的专业学术园地,《论丛》将收录国内外刑事诉讼法学前沿力作,所设置的栏目将包括主题研讨、专论大观、改革探索、观点争鸣、青年法苑、实务探讨、域外法制等。

《论丛》的宗旨是,密切关注古今中外刑事程序法的理论与实践,既根据刑事诉讼法的务实性特点,对司法实践中的实务问题进行深层次探索,又重视刑事诉讼的基本原理和规律,鼓励运用交叉学科的研究方法、多视角分析刑事诉讼的基本问题。

文章视角不受限制,观点自由。文章一般以三万字以内为宜。来稿采用与否以学术价值为基本标准。注释体例请按照本书的体例要求。第三卷截稿日期为2012年6月。

## 联系方式

地址:北京市新街口外大街19号,北京师范大学刑事法律科学研究院  
《京师刑事诉讼法论丛》编辑部(100875)

E-mail: xsssflc@sina.com

北京师范大学刑事法律科学研究院刑事诉讼法研究所  
北京师范大学刑事法律科学研究院刑事诉讼改革研究中心

《京师刑事诉讼法论丛》编委会

2012年3月

# 目录

## 主题研讨：“两个证据规定” 评介

- 
- 3 在理想与现实之间  
——“两个证据规定” 理论观点综述及  
争议焦点..... 曾新华
- 14 非法证据排除规则三论  
——针对目的观、适用范围和  
排除机制的探讨 ..... 杨 雄 王怀安
- 31 死刑案件中证据规则的理解与适用  
——以“两个证据规定” 为主要对象 ..... 廖 明
- 53 非法证据的有限排除主义的五个疑惑 ..... 王 舸
- 61 非法证据排除规则在中国的前途与命运  
——以两高三部《非法证据排除规定》  
为切入点..... 李 勇
- 70 非法证据排除规则中侦查机关的挑战与应对  
——从侦查职能角度的分析..... 马静华

## 专论大观

- 
- 79 特困刑事被害人救助实证研究 ..... 宋英辉等

## 实务探讨

- 
- 109 寻求良性互动：大众传媒在侦查活动中的应用  
..... 傅 锐 王 赟
- 119 检察机关办理未成年人案件工作机制研究  
..... 刘 涛 莫 非 卫 杰 王 磊

- 157 问题与出路：刑事诉讼中禁止重复追究研究  
..... 陈 杰 朱 明
- 180 滥用追诉权的经济学思考 ..... 金 华
- 186 公诉案件中人民法院行使逮捕权的利弊分析  
..... 婺源县检察院课题组
- 192 刑事一审案件“隐性”超审限问题及规制  
..... 臧德胜 崔光同

### 青年法苑

- 205 论社区矫正主体立法化与刑事诉讼法的修改 ..... 黄玲林
- 215 两种模式的比较：“人民陪审员”  
试点的性质定位 ..... 刘小沫

### 法学随笔

- 229 繁荣中的荒芜：梁启超之问与中国少年司法 ..... 雷小政
- 238 实证方法的移植在中国是否可能 ..... 肖仕卫
- 242 醉驾：定罪量刑几多愁 ..... 刘敬娟

### 域外法制

- 251 刑事被害人利益与未成年犯罪人利益的权衡：  
以德国少年司法程序为范例 ..... 林 静
- 264 论公诉时效、行刑时效的废除与延长  
..... 藤本哲也著 周振杰译
- 272 论美国刑事上诉审查中的“明显错误”原则  
..... 史立梅

《京师刑事诉讼法论丛》第三卷约稿



# 主题研讨： “两个证据规定”评介



# 在理想与现实之间

## ——“两个证据规定”理论观点综述及争议焦点

2010年6月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合制定了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《办理死刑案件证据规定》)和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《非法证据排除规定》)。这两个证据规定的出台促进了我国刑事证据理论研究的深入发展。理论界推出了一系列研究成果。如何客观评价“两个证据规定”的功过是非?它们究竟是司法改革的“模范”,还是“蜻蜓点水”的“过客”,或者是“暗度陈仓”的“先锋”?决策者在解决非法证据问题、死刑案件问题方面有着怎样的功能预设?现有的诉讼构造、证据意识、司法资源等又将作出怎样的反应?为充分认识“两个证据规定”的重要意义以及潜在问题,本文对我国目前理论界的相关观点进行归纳和综述,“原味”呈现给大家的同时,分析其中的基本共识和争议焦点。

### 一、“两个证据规定”的贡献及观点综述

上述两个证据规定的出台是我国近年来刑事司法改革进程中的重大事件。我国诉讼法学界多数学者给予了正面评价和肯定。

中国政法大学终身教授陈光中先生认为,上述两个证据规定是我国“改革完善刑事证据制度的重大成就”、“我国刑事司法制度改革中的一件大事,是我国刑事诉讼制度进一步民主化、法治化的重要标志。”<sup>①</sup>他认

\* 曾新华,北京师范大学刑事法律科学研究院。

① 陈光中:《改革完善刑事证据制度的重大成就》,载《检察日报》,2010-06-01。

为,《办理死刑案件证据规定》有以下引人瞩目的突破:(1)明确规定了证据裁判原则,即“认定案件事实,必须以证据为根据”;(2)明确规定了死刑案件证明标准是证据确实、充分,由证据得出的结论必须具有唯一性;(3)对刑事诉讼法规定的每一种证据种类的审查与认定予以了分别规定;(4)明确规定了证人出庭作证制度;(5)明确规定了对被告人庭审中翻供以及庭前供述反复时的认定规则。关于《非法证据排除规定》,他认为最值得称赞和充分肯定的亮点主要有以下几点:(1)不仅要求排除非法言词证据,也规定了对非法实物证据的排除;(2)明确规定了人民检察院在审查批准逮捕、审查起诉阶段负有排除非法证据的义务;(3)建立了在审判阶段排除非法证据的程序;(4)规定了举证责任,即公诉人承担证明责任,并特别规定了公诉人应当提供原始的讯问过程录音、录像和讯问人员出庭作证的制度;规定了控方承担举证责任的证明标准,即证据确实充分;(5)明确规定了法庭在对控辩双方提供的证据存在疑问时依职权主动调查核实的职责。

中国政法大学樊崇义教授认为,两个证据规定是“司法改革的重大成果”、“是我国刑事证据制度改革的创新和发展,必将在我国民主与法治的历史上一定会记下重重的一笔”。<sup>①</sup>他认为,应从历史发展的高度认识两个证据规定,两个证据规定的出台,不仅标志着我国刑事司法关于证据的运用进入了一个新的里程,还标志着我国刑事证据规则体系初步形成,即两个证据规定确立的证据规则有运用证据的基本原则——证据裁判原则和程序法定原则;有审查判断证据的排除规则——非法证据排除规则、意见证据排除规则;有审查判断证据的运行规则——质证规则、关联性规则、原始证据优先规则,补强证据规则,有限的直接和言词证据规则。<sup>②</sup>

中国政法大学卞建林教授认为,两个证据规定“是刑事司法改革的重大成果,对保证刑事案件办案质量,保障诉讼参与人合法权益,准确惩罚犯罪,促进司法公正,具有重要意义。”<sup>③</sup>他认为,两个《规定》的主要亮点包括:(1)强化证据意识,坚持证据裁判;(2)强调审判功能,重视法庭查证;(3)注重程序公正,排除非法证据;(4)健全证据规则,增强可操作性。

中国人民大学法学院陈卫东教授认为,可将两个证据规定的重大意义概括为“两大进步”和“三项突破”。所谓“两大进步”是指在刑事证据

① 樊崇义:《证据两规定是司法改革的重大成果》,载《检察日报》,2010-06-02。

② 樊崇义:《“两个证据规定”理解与适用中的几个问题》,载《证据科学》,2010(5)。

③ 卞建林:《铸证据基石,保案件质量,促司法公正》,载《人民法院报》,2010-06-03。

制度的完善和人权保障的发展这两个方面的进步上。他认为,决策者司法理念的更新才是两个证据规定出台的最大收获,即便日后两个证据规定在司法实践中遭遇挫折,也不会阻挡我国刑事证据法向前发展的大趋势,因为先进的刑事证据理念已逐步在决策者及办案人员心中“生根发芽”。所谓“三项突破”,一是刑事证据基本原则的确立,即建立了证据裁判原则、程序法定原则、证据质证原则;二是实体性规则的完善,即证明标准的细化、非法证据的厘定、证据规则的补充和量刑证据的注重;三是程序性裁判的确立。<sup>①</sup>对于《办理死刑案件证据规定》,陈教授认为这是“保障死刑案件质量的一个重大举措”。<sup>②</sup>他认为,该证据规定具有以下特别重要的意义:首先,它统一了全国死刑案件的证据适用标准,有利于维护司法公正和司法权威。其次,它可以有效地提高死刑案件的审判质量,进而防范冤假错案的发生。最后,它涉及侦查、起诉、审判等多个执法环节,有利于侦查人员、检察人员、审判人员强化程序证据意识。

北京师范大学刑事法律科学研究院宋英辉教授认为,《非法证据排除规定》的出台,具有十分积极的意义:首先,有利于保障公民基本权利。其次,排除非法证据既有利于保障无罪的人不受刑事追究,又有利于准确打击犯罪。再次,有利于彰显程序公正。最后,排除非法证据有利于减少社会对立面,有利于社会的长久稳定。<sup>③</sup>他认为,该规定在以下方面细化、补充和完善了我国法律、司法解释关于排除非法证据的规定:第一,明确规定了排除非法证据的具体程序;第二,明确了证据合法性的证明责任;第三,明确了物证、书证的排除问题。

四川大学法学院龙宗智教授认为,两个证据规定的积极意义与进步作用可归纳为以下几个方面:第一,突出重点、全面规范,明确了刑事证据法的基本内容;第二,体现先进性与科学性,可发挥引导拉动司法实践的积极作用;第三,具有突破性与创新性,因应了完善我国刑事诉讼制度和证据制度的需求;第四,突出了实践性,充分考虑现实制约,注意价值平衡。<sup>④</sup>龙教授认为,《办理死刑案件证据规定》中关于“死刑案件证明标准的规定具有重要的现实意义”。<sup>⑤</sup>这一规定符合国际法有关规则,为主流的法学理论所支持,是防止冤假错案的迫切需要,反映了加强证明标准的可把握性和可操作性,从而提高办案质量的现实要求。<sup>⑥</sup>

① 陈卫东:《中国刑事证据法的新发展——评两个证据规定》,载《法学家》,2010(5)。

② 陈卫东:《保障死刑案件质量的一个重大举措》,载《检察日报》,2010-06-07。

③ 宋英辉:《排除非法证据 保障司法公正》,载《检察日报》,2010-06-08。

④ 龙宗智:《两个证据规定的规范与执行若干问题研究》,载《中国法学》,2010(6)。

⑤⑥ 龙宗智:《死刑案件证明标准的规定具有重要的现实意义》,载《检察日报》,2010-06-09。

北京大学法学院陈瑞华教授认为，两个证据规定是我国“刑事司法改革的重大突破”。<sup>①</sup>他认为，这些证据规则具有以下几个方面的意义：第一，非法证据排除规则的完善，为解决刑讯逼供问题提供了法律出路；第二，大量排除性证据规则的确立，使得证据的法庭准入资格受到严格的限制，也使得违法获取的证据可以被及时宣告无效；第三，死刑案件证据审查标准的确立，可望最大限度地减少冤假错案。他还认为，“两个规定的出台甚至会产生积极的国际影响，大大改善中国刑事司法制度的国际形象。”<sup>②</sup>

中国政法大学杨宇冠教授认为，《非法证据排除规定》具有以下重要意义：奠定了中国将来统一证据法的基础和一次重要的尝试；标志着中国非法证据排除规则的正式确立；发展了非法证据排除规则的理论和实践；构建了具有中国特色的非法证据排除规则；是中国理论界和实务界多年来对非法证据排除规则的探索和研究的结晶、总结和提炼；对中国的公检法司各机关都非常重要。<sup>③</sup>

中国政法大学顾永忠教授认为，两个证据规定“是我们刑事办案指导思想的重大突破”，集中体现在：制约高于配合；质量重于数量；宁可放错不可判错。<sup>④</sup>

中国政法大学张保生教授认为，两个证据规定的出台“标志着中国证据制度建设取得了阶段性成果”。他认为，第一，确立了证据裁判原则；第二，在实质上确立了死刑案件确信无疑的证明标准；第三，证人出庭作证制度有一些突破；第四，非法证据排除规定的出台，标志着中国法制建设迈出了巨大的步伐。<sup>⑤</sup>

北京大成律师事务所钱列阳律师认为，两个证据规定细化了死刑案件的证明标准，确立了证据裁判原则，再一次明确了“证据确实、充分”对于保证刑事案件质量的重要意义；确立了排除一切合理怀疑的证据裁判思想；有罪、无罪、罪轻的事实的证明标准的不对等原则有了体现；确立了一系列非法证据的审查和排除规则，有助于防止刑讯逼供、杜绝冤假错案；其他案件“参照”执行，为其他案件的证据审查和判断提出了更高的要求，实为新刑事诉讼制度改革的先声。<sup>⑥</sup>

①② 陈瑞华：《刑事司法改革的重大突破》，载《检察日报》，2010-06-04。

③④⑤ 张文静：《最新刑事证据规定座谈会综述》，载《中国司法》，2010（11）。

⑥ 钱列阳：《艰难中前行——“两高三部”新证据规定的意义与问题》，载《理论视野》，2010（8）。

## 二、“两个证据规定”的问题及改革方案

在充分肯定“两个证据规定”的进步意义和重要价值的同时，专家学者也对这两个司法解释的条文内容进行了认真的审视，深刻地剖析和认真地指出了这些规定存在的问题以及改革的方案。

### （一）关于非法证据的界定和排除范围

一般认为，非法证据包括非法言词证据和非法实物证据两大类。《非法证据排除规定》对这两类非法证据均予以规定。

#### 1. 关于非法言词证据

《非法证据排除规定》第1条规定，“采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述，属于非法言词证据。”对此规定，许多学者认为还应当具体化和扩大化。

陈光中教授认为，“采用刑讯逼供等非法手段”，用词欠明确性，在适用上难以准确把握。目前在侦查中对犯罪嫌疑人的讯问采用赤裸裸的暴力手段已不多见，更多是采用变相的刑讯手段，如使用电棒触打、疲劳讯问，让被讯问人受酷热、冷冻和饥渴煎熬以及服某些药品等，这些手段是否属于“等”的范围亟须明确解释。<sup>①</sup>他建议，应当参照《联合国禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》对非法的取证方法采取较宽的解释，即上述规定中的第1条修改为：“非法言词证据是指采用刑讯或其他残酷、非常不人道的方法取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁及其他不人道的方法取得的证人证言、被害人陈述。”<sup>②</sup>

陈卫东教授认为，该规定仅提及排除“采用刑讯逼供等非法手段”获取的证据，对于非法手段的列举范围比现行《刑事诉讼法》第43条的规定还要窄，对于第43条规定的刑讯逼供之外的三种非法手段，即“威胁、引诱、欺骗”所获证据是否排除语焉不详，这必然引发实践执法的混乱。当然界定“威胁、引诱、欺骗”的适当界限难度不小，然而证据规定采取的回避态度无助于实务难题的化解，反而有可能进一步加重实践中在这三类非法取证手段处置中的混乱状况。而且，即使对于“刑讯逼供”这种最为明显与严重的非法取证手段，由于该规定中没有细化解释具体的表现形态，也可能导致实践理解的偏差。<sup>③</sup>

龙宗智教授认为，仅列举“刑讯逼供”手段，其他即以“等”一字以

<sup>①②</sup> 陈光中：《刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部〈两个证据规定〉之公布为视角》，载《中国法学》，2010（6）。

<sup>③</sup> 陈卫东：《中国刑事证据法的新发展——评两个证据规定》，载《法学家》，2010（5）。