

2014年第3辑

总第12辑

ZHENCHA JIANDU
ZHINAN

侦查监督指南

最高人民检察院侦查监督厅 编

■ 理论前沿

逮捕程序若干证据法难题及其破解
——法解释学角度的思考

■ 业务论坛

检察机关对“命案”第一时间介入侦查探析
——以现场勘查为视角

■ 工作研究

上海自贸区“两法衔接”工作机制探索
——以政府职能转变为背景

■ 经验交流

注重引导 转变思路 体现效果
——金山区院办理伪基站案件的经验做法

■ 疑案剖析

毒品案件核心证据伪证行为的影响及审查
——古某某运输毒品案

■ 法规解读

关于《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用

中国检察出版社

2014年第3辑

总第12辑

ZHENCHAJIANDU

ZHINAN

侦查监督指南

■ 最高人民检察院侦查监督厅 编 ■

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

侦查监督指南. 2014 年. 第 3 辑: 总第 12 辑/最高人民法院
侦查监督厅编. —北京: 中国检察出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1356 - 4

I. ①侦… II. ①最… III. ①侦查 - 司法监督 - 中国 - 指南
IV. ①D926.34 - 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 000277 号

侦查监督指南

(2014 年第 3 辑总第 12 辑)

最高人民法院侦查监督厅 编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 68650028

发行电话: (010) 68650029

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 8.375 印张

字 数: 170 千字

版 次: 2015 年 1 月第一版 2015 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1356 - 4

定 价: 20.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

《侦查监督指南》编委会

顾问：	卞建林	龙宗智	陈兴良	宋英辉	张明楷
	何家弘	赵秉志	黄京平	樊崇义	
主编：	黄河				
副主编：	元明	黄卫平	曲新久		
编委：	刘慧玲	刘雅清	周惠永	韩晓峰	刘福谦
	张建忠	张庆彬	张萍	王滨	刘致宏
	周宏伟	贾志宏	张鑫	贾文声	韩彧
	张晶岩	刘艳华	白成祥	曲立新	刘晓双
	陈茜茜	吴炘	吕献	张俊萍	鲁建武
	高扬捷	吴海丽	黎莉	丁信贤	吴江
	匡茂华	徐碧琼	张龙	许建琼	吴明来
	方壮波	袁世荣	陈未	詹文渝	余丽
	杨力农	李卫国	王勇	李豪	孙晓跃
	高强	袁保伟	畅天豫	赵红香	王建军
	熊江月				

执行主编：李薇薇

目 录

【理论前沿】

逮捕程序若干证据法难题及其破解

——法解释学角度的思考 万 毅 (1)

一、“证据裁判”原则在逮捕程序中的适用

二、逮捕程序的证明对象

三、逮捕程序的证明标准

四、职权调查原则在逮捕程序中的运用

江苏省盐城市非法证据排除规则实施情况调研报告

——实践经验和典型案例法理分析 杨宇冠等 (31)

一、调研背景、目的与方法

二、盐城市检察机关实施非法证据排除规则的经验

三、盐城市非法证据排除典型案例和经验分析

四、盐城司法机关处理非法证据排除案件的经验分析

结 语

【业务论坛】

检察机关对“命案”第一时间介入侦查探析

——以现场勘查为视角 崔 杰等 (65)

一、“提前介入”的重新定义

二、第一时间介入侦查活动的必要性和法律依据

三、第一时间介入侦查的切入点——现场勘查

四、检察机关第一时间介入面临的问题及解决方法

五、对第一时间介入侦查机制的再思考

关于新型盗窃犯罪类型法律适用问题研究

..... 王 昊 徐兴华 (84)

一、入户盗窃的认定问题

二、携带凶器盗窃的认定问题

三、扒窃的认定问题

人大代表参与侦查监督案件公开审查初论

..... 詹文渝 彭劲荣 (102)

一、侦查监督案件公开审查概述

二、人大代表参与侦查监督案件公开审查的正当性

三、人大代表参与侦查监督案件公开审查的程序和规则

四、余论及展望

羁押必要性审查的法治规律及优化升级

——以法治思维和法治方式为视角 曹卿龙 (111)

一、法治思维：羁押必要性审查的法治本质

二、法治方向：羁押必要性审查的应然轨迹	
三、法治方式：羁押必要性审查的优化升级	
量与质：基层检察机关开展立案监督工作的实践与思考	汪 杰 (125)
一、修订后的刑事诉讼法实施后 T 市 H 区院立案监督工作基本情况	
二、基层检察机关开展立案监督工作存在的问题	
三、解决基层检察机关刑事立案监督问题的对策	
职务犯罪侦查监督环节规范司法行为的情况分析	吴海丽 唐颖玉 (138)
一、职务犯罪侦查监督环节规范司法行为实践中存在的主要问题	
二、近年来江西省职务犯罪侦查监督环节规范司法行为的措施	
三、职务犯罪侦查监督环节进一步规范司法行为的建议	

【工作研究】

上海自贸区“两法衔接”工作机制探索

——以政府职能转变为背景	陈茜茜等 (147)
--------------------	------------

引 言

- 一、“两法衔接”工作顺应政府职能转变需求
- 二、上海市“两法衔接”工作实践分析
- 三、自贸区内“两法衔接”工作环境比较研究

四、自贸区构建“两法衔接”工作机制之设想

结语

山东省聊城市公安机关刑拘未报捕案件之实证分析

..... 邢文革 王彦红 徐宜亮 (177)

一、刑拘未报捕案件基本情况及特点

二、刑拘未报捕案件存在的主要问题及原因分析

三、对刑拘未报捕案件的监督纠正措施

四、完善刑拘未报捕案件检察监督的建议

【经验交流】

注重引导 转变思路 体现效果

——金山区院办理伪基站案件的经验做法

..... 刘 政 (201)

一、办案基本情况

二、办案中遇到的主要问题

三、解决问题的思路和做法

四、评析

【疑案剖析】

毒品案件核心证据伪证行为的影响及审查

——古某某运输毒品案 高 鹏 (208)

一、基本案情

二、主要问题

三、评析意见

上一级公安机关复核维持不立案决定后，被害人再
行要求立案监督的案件处理 吕 献 (219)

一、基本案情

二、分歧意见

三、法理分析

提供虚假的贷款资料取得贷款但未造成银行损失的
行为是否构成骗取贷款罪 钱 诚 (226)

一、基本案情

二、争议焦点

三、分析意见

【法规解读】

关于《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危
害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》
的理解与适用 韩耀元 卢宇蓉 杨建军 (233)

一、制定《解释》的背景及过程

二、《解释》的主要内容及说明

逮捕程序若干证据法难题及其破解

——法解释学角度的思考^{*}

万 毅^{**}

目 次

- 一、“证据裁判”原则在逮捕程序中的适用 / 2
- 二、逮捕程序的证明对象 / 13
- 三、逮捕程序的证明标准 / 20
- 四、职权调查原则在逮捕程序中的运用 / 25

2012年刑事诉讼法修正时，充分吸收了司法实务的长期经验，以立法的形式细化了逮捕条件，对逮捕的必要性条件作出了明确而具体的规定，试图使之更加具有可操作性。但是，从新刑诉法实施一年多来的情况看，新刑诉法细化逮捕

^{*} 本文系笔者主持的2014年度国家社科基金重点项目《刑事诉讼法解释学的原理及运用研究》的阶段性成果。

^{**} 法学博士，四川大学法学院教授、博士生导师。

条件、增强实务操作性的目的并未能完全实现。究其缘由，刑事诉讼制度的改革，仅有程序法上的“大刀阔斧”，而无证据法层面的配套协调，效果必定“大打折扣”。正基于此，笔者在本文中尝试运用法解释学的方法对逮捕程序中长期以来存在争议的若干证据法难题进行了梳理和破解，以期解决审查逮捕在证据法层面的实务操作问题，推动审查逮捕实务的发展。

一、“证据裁判”原则在逮捕程序中的适用

修正后的《刑事诉讼法》第79条规定：“对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的，应当予以逮捕：（一）可能实施新的犯罪的；（二）有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的；（三）可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供的；（四）可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的；（五）企图自杀或者逃跑的。”由于在该法条的条文表述中，“有证据证明”一语与“有犯罪事实”一语直接相连，因此，理论和实务上一直认为“有证据证明”是对“有犯罪事实”这一要件的证据要求，即是否“有犯罪事实发生”以及“犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的”，必须要有证据予以证明。据此，法条上所谓“有证据证明”，仅仅是针对“有犯罪事实”这一要件而言的，至于逮捕的其他要件尤其是社会危险性要件，是否同样要求有证据予以证明以及如何进行证明，法条表述语焉不详，从而使得该问题成为法解释上和实务操作中一个颇具争议的问题。

更麻烦的是，就在刑诉法修正案出台后不久，最高人民检

察院随即发布了对刑法的司法解释《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》（以下简称《规则》），该《规则》第139条针对《刑事诉讼法》第79条作出了进一步的解释性规定：“人民检察院对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人，采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的，应当予以逮捕：（一）可能实施新的犯罪的，即犯罪嫌疑人多次作案、连续作案、流窜作案，其主观恶性、犯罪习性表明其可能实施新的犯罪，以及有一定证据证明犯罪嫌疑人已经开始策划、预备实施犯罪的；（二）有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的，即有一定证据证明或者有迹象表明犯罪嫌疑人在案发前或者案发后正在积极策划、组织或者预备实施危害国家安全、公共安全或者社会秩序的重大违法犯罪行为的；（三）可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供的，即有一定证据证明或者有迹象表明犯罪嫌疑人在归案前或者归案后已经着手实施或者企图实施毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供行为的；（四）有一定证据证明或者有迹象表明犯罪嫌疑人可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的；（五）企图自杀或者逃跑的，即犯罪嫌疑人归案前或者归案后曾经自杀，或者有一定证据证明或者有迹象表明犯罪嫌疑人试图自杀或者逃跑的。”在该条司法解释的第3~5项内容中，《规则》明确采用了“有一定证据证明或者有迹象表明”这一表述方式，从而将“有迹象表明”与“有一定证据证明”相并列，视同为认定社会危险性存在的依据之一。据此，认定社会危险性是否存在，实际上有两种方式或途径：一是有证据证明；二是有迹象表明。换言之，认定社会危险性是否存在，

不一定要求有一定证据予以证明,“有迹象表明”本身也可以作为认定社会危险性存在的依据。这就带来一个问题:如此规定,在证据法理上会否与证据裁判原则相抵触、相冲突?

所谓证据裁判原则,是指犯罪事实应依证据认定之,无证据不得认定其犯罪事实。这是证据规定的帝王条款之一,支配所有的犯罪事实之认定。^①对于证据裁判原则,我国刑事诉讼立法上虽未明文作出规定,但2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部颁布的司法解释性文件《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》)中第2条曾明确规定:“认定案件事实,必须以证据为依据。”学界公认,该条规定是从司法解释层面对证据裁判原则的明文肯认。此后,高检《规则》第61条第1款亦规定:“人民检察院在立案侦查、审查逮捕、审查起诉等办案活动中认定案件事实,应当以证据为根据。”按照高检官方出版的《〈人民检察院刑事诉讼规则(试行)〉理解与适用》一书对该条规定的解释和说明,该条规定所表述的内容正是证据裁判原则,是从检察机关工作环节的角度对证据裁判原则的一种重述。^②据此,检察机关在审查逮捕环节的工作仍然需要遵循证据裁判原则,审查逮捕环节认定案件事实应当且只能以证据为根据,无证据不得认定案件事实。

^① 林钰雄:《刑事诉讼法(上)》,中国人民大学出版社2005年版,第344页。

^② 孙谦主编:《〈人民检察院刑事诉讼规则(试行)〉理解与适用》,中国检察出版社2012年版,第48~50页。

然而,理论上争议的是,从法理上讲,刑事诉讼活动根据目的和性质的不同,可以分为两类:一是事实认定活动;二是法律适用活动。所谓法律适用,即裁判者对法律进行解释和适用的活动,它本质上是个法律问题,与事实和证据无关,因此,并不适用证据裁判原则;而事实认定活动,则是裁判者对案件事实是否发生进行认识并作出判断的活动,那么,裁判者如何认定事实呢?依据证据裁判原则的要求,只能通过证据来认识并判断案件事实是否发生,因此,证据裁判原则的适用对象仅限于案件的事实认定活动,而不及于法律适用活动。

问题是,逮捕环节对社会危险性的判断,究竟属于事实认定活动,还是法律适用活动?根据《刑事诉讼法》第79条的规定,对社会危险性的判断可以具体分解为以下五项内容:(1)可能实施新的犯罪的;(2)有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的;(3)可能毁灭、伪造证据,干扰证人作证或者串供的;(4)可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的;(5)企图自杀或者逃跑的。从内容上分析,上述五项评判内容,并不是典型意义上的“事实”,因为,证据学上的“事实”,是一种已经发生或现实存在的情况,即“历史事实”^①,它具有确定不变性,正因为历史事实是已经发生的事实,具有确定性,因此才具有可证明性,才能收集证据予以证明;而《刑事诉讼法》第79条所要求的对

^① 龙宗智:《“大证据学”的建构及其学理》,载《法学研究》2006年第5期。

社会危险性存否的判断，属于对未来可能发生的事实的一种预测、推测，因其尚未发生，固具有不确定性，遂无法通过现有证据予以证明，故而从表面上看，对社会危险性存否的判断，似乎不同于典型意义上的事实认定活动。

但实际上，如果仔细分析《刑事诉讼法》第79条以及《规则》第139条的用语和表述方式，可以发现，法条用语中充斥着“可能”、“企图”、“现实危险”等表盖然性的用语，这意味着法条要求我们证明的并非社会危险性行为究竟是否发生，而是社会危险性行为发生的“可能性”。例如，《刑事诉讼法》第79条第4项规定的是“可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的”，据此，证明的实际对象并非“犯罪嫌疑人是否对被害人、举报人、控告人实施打击报复”，而是“犯罪嫌疑人对被害人、举报人、控告人实施打击报复的可能性”。

从证明原理上讲，“犯罪嫌疑人是否对被害人、举报人、控告人实施打击报复”这一对象因为尚未发生，故而无法证明，但“犯罪嫌疑人对被害人、举报人、控告人实施打击报复的可能性”这一对象，却是可以证明的，因为，这种“可能性”是一种现实可能性，是一种基于现实条件（事实），而对另一事实（事件）未来发生的概率的一种推论。理论上证明这种现实可能性的存在，有直接证明和间接证明（推论）两种方式，前者如犯罪嫌疑人到案后一直叫嚣要报复举报他的人，并放狠话说：“谁敢作证指证我，我就搞死谁全家！”该案犯罪嫌疑人的言语和态度，本身就是一种证据，证明嫌疑人有对被害人、举报人、控告人实施打击报复的可能性，

这是直接证明；后者如嫌疑人虽落网，但其同案犯在逃，“同案犯在逃”这一事实本身并不能直接证明嫌疑人会与之串供，但从经验上讲，同案犯已经在逃，若不逮捕嫌疑人，则两者串供的可能性较大。

因此，基于同案犯在逃这一事实，可以合理地推论出存在串供的可能。这是一个典型的间接证明即推论的构造：运用经验法则，通过间接事实（同案犯在逃）之存在来推断主要事实（串供）。其中，同案犯在逃是间接事实亦是基础事实，可能串供则是推论事实亦即待证事实。这种间接证明的实质，是以已经发生或现实存在的事实为基础，再依据经验法则来推断、推论某一事实未来发生的可能性。由于作为推论前提的基础事实——现实情况本身是可以证明的，因而，实务中我们只需举证证明该基础事实的存在，即可合理地推论出这种“可能性”的存在。例如，基于同案犯在逃这一事实，我们依据经验可以合理地推断出如果不逮捕犯罪嫌疑人，就有串供之虞这一结论。在这一证明过程中，串供是未来可能发生之事，本身具有不确定性，无法直接证明也无法直接认定，只能依据同案犯在逃这一基础事实来对其未来发生的可能性进行推断、推论，但作为推论基础的“同案犯在逃”这一事实本身，却是历史事实，具有可证明性，因而，从司法实务的角度出发，我们只需举证证明“同案犯在逃”这一事实，即可依据经验法则合理地推论并认定存在社会危险性（可能性）。基于此，社会危险性要件的判断和认定，仍然应当归属于事实认定活动的范畴，而应接受证据裁判原则的约束，无证据，不得认定社会危险性的存否。

至于《规则》第139条规定的“有迹象表明”一语的理解和解释问题，笔者认为，首先，既然前文已经证立社会危险性的存否应当贯彻证据裁判原则，无证据，不得认定社会危险性之存在，那么，所谓“有迹象表明”一语，显然就不能解释为不需要证据予以证明，而只能将其解释为一种特殊的证据类型或证明方式；其次，所谓“迹象”，在汉语中，亦作“迹相”，意指表露出来的不很显著的情况，可借以推断过去或将来。^①例如，著名作家曹禺先生在其名剧《王昭君》第四幕中曾写道：“我们的骑兵在鸡鹿寨外草地上，发现五百里外有汉军马粪多处，察看迹象，像是来了大批汉军。”在该句中，作者根据“五百里外的多处汉军马粪”这一“迹象”，借以推论出“来了大批汉军”这一结论。显然，从证据学的角度讲，所谓“五百里外有多处汉军马粪”这一迹象，本身就是一种物证，该物证虽然不能直接证明“来了大批汉军”，属于间接证据，但在经验上，依据这一间接证据可以推论出“来了大批汉军”。由此可见，所谓“迹象”，其实指的仍然是一种证据，只不过该证据与案件事实之间的关联度比较低（不很显著）。换言之，所谓“有迹象表明”，实务中可以从以下两个方面予以把握：第一，它仍然属于一种证据；第二，它属于一种间接证据，不能直接证明案件事实，而必须借助经验法则对案件事实进行合理的推断、推论。例如，公安机关多次要求犯罪嫌疑人上交其持有的护照，以防止其外逃，但嫌疑人口头虽答应，却迟迟不予上交。嫌疑人迟迟不上交

^① 百度百科“迹象”词条。