



XINGSHI FUSHEN CHENGXU
ZHONG DE ZHENGJU GUIZE

YI WENTI HE ANLI WEI ZHONGXIN

刑事复审程序



中的证据规则

以问题和案例为中心

郑未媚 / 著

中国检察出

刑事复审程序

● 中的证据规则

以问题和案例为中心

郑未媚 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事复审程序中的证据规则——以问题和案例为中心 / 郑未媚著. —北京: 中国检察出版社, 2017. 7

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1943 - 6

I. ①刑… II. ①郑… III. ①刑事诉讼 - 证据 - 规则 - 研究 - 中国 IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 197549 号

刑事复审程序中的证据规则——以问题和案例为中心

郑未媚 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010)86423704

发行电话: (010)86423726 86423727 86423728

(010)86423730 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 7.625

字 数: 202 千字

版 次: 2017 年 7 月第一版 2017 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1943 - 6

定 价: 30.00 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

引言

从语词的角度而言，证据规则一词来自于英美法系，是对英美法中“evidence”或者“rule of evidence”的翻译。在我国台湾地区将其译为“证据法则”。在英美法系，证据规则是指“那些在庭审中或者审理中对证据的可采性问题起支配作用的规则”。^① 英美证据规则作为普通法的一部分存在，也体现在美国《联邦证据规则》以及英国《1984 年警察与刑事证据法》中，其重点在于证据的可采性。而大陆法系严格意义上并没有典型的可采性规则，但是对证据的规定也有自己的特色，比如自由心证及制约规则、德国的证据禁止。

在我国证据理论中，对于证据规则的研究和讨论由来已久。对于证据规则的界定并没有统一的概念。一般认为证据规则是指在诉讼中收集、审查、判断证据应当遵循的规则。^② 20 世纪 90 年代初，伴随着对证据立法的关注，学术界对证据规则的研究也呈现出一片欣欣向荣的局面，当时主要集中在对英美法系相关证

① 宋英辉：《刑事诉讼法学研究述评（1978—2008）》，北京师范大学出版社 2009 年版，第 589 页。

② 参见陈光中主编：《证据法学》，法律出版社 2011 年版，第 226 页。笔者认为，应当区分证据原则、证据制度和证据规则，证据原则是证据运用的一般原则，而证据制度和证据规则有交叉，是原则的细化，前者侧重制度，而后者侧重于规则，更加有操作性。

据规则的介绍上。^① 随着研究的深入,尤其是1997年《刑事诉讼法》贯彻实施以后,学术界的关注重点转为如何在中国构建自己的证据规则体系。既有专门的证据立法的研究,^② 也有作为《刑事诉讼法》再修改重要组成部分的研究。^③ 随着《刑事诉讼法》再修改的推进,对于证据规则的研究日益深入。笔者认为真正从理论层面到实践层面的飞跃发生在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联合颁布了《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》(以下简称《办理死刑案件证据规定》《非法证据排除规定》,合称“两个证据规定”)两个有关刑事证据的重要司法解释性文件。自此,我国从立法层面上有了初步的具有自己特色的证据规则体系。其中,《非法证据排除规定》最受人瞩目。正如陈瑞华教授指出的“这两部具有司法解释效力的法律文件的颁布实施,标志着中国非法证据排除规则的框架结构初步形成”“无论在实体构成性规则还是在程序实施性规则上,中国新实施的两部司法解释都确立了一种新的

① 参见毕玉谦、郑旭、刘善春主编:《诉讼证据规则研究》(中国法制出版社2000年版)等综合性证据规则著作;《刑事证据法大全》([美]乔恩·R. 华尔兹著,何家弘译,中央民族大学出版社1995年版)、《外国证据法选译》(何家弘、张卫平主编,人民法院出版社2000年版)、《外国证据法》(何家弘主编,法律出版社2003年版)、《美国证据规则》(刘晓丹主编,中国检察出版社2003年版)等介绍外国的教材和著作;江伟主编:《证据法学》(法律出版社1999年版),何家弘、刘品新:《证据法学》(法律出版社2004年版)等证据法学教材。

② 当时影响比较大的项目和著作有:陈光中主编:《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿(条文释义与论证)》,中国法制出版社2004年版;张保生主编:《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》,中国政法大学出版社2008年版;江伟主编:《中国证据法草案(建议稿)及立法理由书》,中国人民大学出版社2004年版;毕玉谦等:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社2003年版。还有一些民法学者如中国人民大学王利明教授主持起草民事证据立法活动,建议将民事证据立法纳入实体法范畴。

③ 参见陈卫东:《模范刑事诉讼法典》,中国人民大学出版社2005年版;徐静村:《中国刑事诉讼法(第二修正案)学者拟制稿及立法理由》,法律出版社2005年版。

非法证据排除规则。甚至可以说,两部证据规定的颁行,意味着出现了非法证据排除规则的‘中国模式’”。^① 2012年《刑事诉讼法》的修改以法典的形式巩固了“两个证据规定”的主要成果,紧接着出台的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称最高人民法院《司法解释》)细化了个别内容,以专章形式规定了证据。^② 上述立法关于证据规定的细化体现了证据理论研究的贡献,更为重要的是为证据规则的具体适用提供了法律依据,而司法实践的探索又为促进理论深入和立法完善提供了操作范本和实践的素材。

可以说,我国学者近10年来对刑事证据法尤其是刑事证据规则给予了很大的关注,其研究也已经从单纯的介绍转向如何在中国确立和适用。但总体而言,研究的细致、深入程度还不够,还不能很有效地指导司法实践,理论和实践存在一定的脱节。笔者从事法官教育培训工作十余年,每年接触大量从事审判实践一线的刑事法官,法官们反映由于社会处于转型期,存在相当的问题法律没有规定或者规定过于粗疏,而理论上的指导也不够。从研究内容而言,目前对证据规则的研究往往自觉不自觉地局限在初审程序里,本课题涉及的刑事复审程序中的证据规则尚没有专门研究成果;从研究视角而言,对中国问题、中国特色挖掘不够;从研究方法看,实证研究、其他部门法学及法学之外的其他学科知识的借鉴还有待深入。

因此,笔者试图从刑事复审程序的角度出发,立足中国实践,从刑事法官提供的问题和案例出发,尝试用证据法基本理论分析探讨实践中的证据运用问题(重点在于证据规则),并加以理论上的总结。笔者认为,由于中国复审程序中事实审的存在和

^① 陈瑞华:《刑事证据法的理论问题》,法律出版社2015年版,第60~61页

^② 这部共24章、548条、7万余字的司法解释,是最高人民法院历史上条文最多、篇幅最长的司法解释,它自2013年1月1日起与修改后的《刑事诉讼法》同步施行。其中证据规定在第4章(第61~112条,共52条),包括非法证据排除等9节内容。

重要性，证据规则非常重要；除了一些共性的东西外，由于初审程序和复审程序有着不同的功能定位，决定了直接规范诉讼证明活动的证据规则在复审程序中的具体内容和运用有着自身的特点。笔者在书中首先对证据规则运用的程序法背景、复审程序与证据规则以及几个主要的证据规则进行了探讨，着重于理论上和比较法上的分析。然后从收集到的问题和案例出发，分别探讨二审程序、死刑复核程序和再审程序中的证据运用，着重于实务分析。由于能力、时间和篇幅的限制，本书主要是从刑事审判的视角出发，围绕认证活动研究证据规则。

笔者希望通过自己微薄的努力，丰富证据理论，深化对刑事证据规则的研究，有助于中国司法实践中证据问题的解决，有助于提升刑事法官办案能力。

目 录

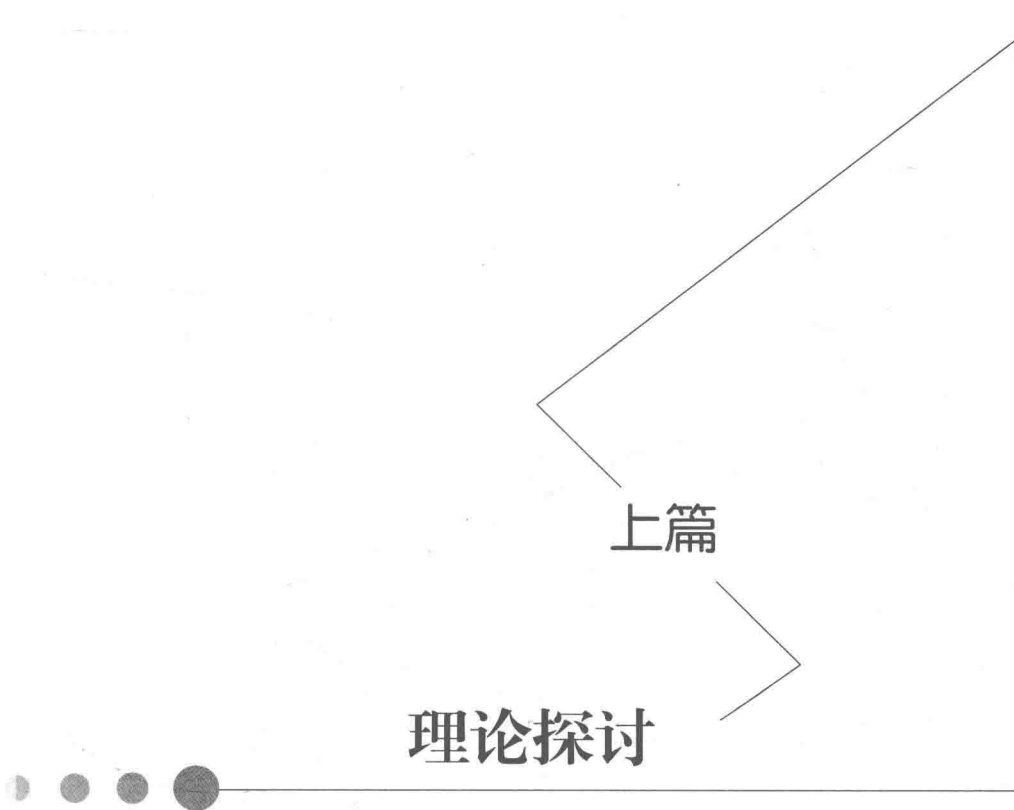
引 言	1
-----------	---

上篇 理论探讨

第一章 刑事证据规则的程序法背景	3
第一节 《刑事诉讼法》和司法制度的宏观背景	3
第二节 以审判为中心的刑事诉讼制度和证据制度的构建	12
第二章 刑事复审程序的基本功能及其对证据制度的影响 ..	18
第一节 刑事复审程序的基本功能	18
第二节 刑事复审程序对证据规则的影响	32
第三章 刑事证据规则理论探析	50
第一节 刑事证据规则基本界定	50
第二节 关联性规则	57
第三节 最佳证据规则	77
第四节 非法证据排除规则	98
第五节 传闻证据规则	118
第六节 补强证据规则	130

下篇 司法适用

第四章 刑事二审程序中的证据运用	137
第一节 疑案的处理	138
第二节 二审中非法证据排除规则的适用	155
第三节 二审庭审程序的实质化	169
第四节 二审中电子数据的审查判断	173
第五章 死刑复核程序中的证据运用	178
第一节 死刑复核程序的完善	178
第二节 死刑复核程序中死刑案件的证明标准运用规则	182
第三节 死刑案件量刑证据的运用规则	195
第四节 死刑案件间接证据定案规则	200
第六章 刑事再审程序中的证据问题	207
第一节 刑事再审程序基本模式选择	207
第二节 刑事再审程序中的新证据问题	213
第三节 刑事再审程序与冤错案件的纠正——从证据规则构建的角度	215
附录一：刑事证据制度司法适用中的问题	222
附录二：2010 年以来《刑事审判参考》刊登的非法证据排除的案例	229
主要参考文献	231

A decorative graphic element consisting of a long diagonal line starting from the top right corner, extending towards the center, and then branching into two shorter lines that point towards the text '上篇'. Below this, there is a horizontal line with four circles of increasing size from left to right, positioned to the left of the text '理论探讨'.

上篇

理论探讨

第一章 刑事证据规则的程序法背景

第一节 《刑事诉讼法》和司法制度的宏观背景

一、2012 年《刑事诉讼法》的修改

现行《刑事诉讼法》是 1979 年制定，经过了 1996 年和 2012 年两次修改。由于我国立法采取的是诉讼法和证据法合一的模式，刑事诉讼法所确立的原则和制度包括规范证据运用的原则和制度。同时，刑事诉讼基本原则和具体程序的规定与证据的运用是密切相关的，一系列证据规则是在正当程序的背景下展开的。

2012 年《刑事诉讼法》的修改具有里程碑的意义。全国人大常委会法工委从 2009 年初^①开始着手《刑事诉讼法》修改方案的研究起草工作。在多次听取全国人大代表和各方面意见的基础上，经反复与中央政法机关和有关单位共同研究，形成了《刑事诉讼法》修正案草案稿。2011 年 8 月，十一届全国人大常委会第二十二次会议对《刑事诉讼法》修正案草案进行了初次审议。会后，将草案印发中央有关部门和有关方面征求意见，中

① 其实 2012 年《刑事诉讼法》修改历程远比这要艰难，2000 年左右理论界就开始关注证据立法，2003 年《刑事诉讼法》再修改列入十届人大立法规划。2006 ~ 2007 年召开几次专家座谈会，存在意见分歧，因此立法一直没有推进。2007 年开始随着司法改革进程的深化，如死刑复核权回收，《律师法》修改，“两个证据规定”出台，量刑规范化改革等，再修改也得到了推进。2009 年再次列入十一届全国人大的立法规划。

国人大网站全文公布草案向社会征求意见。根据常委会组成人员的审议意见和各方面意见，对修正案草案进行了修改完善。2011年12月，常委会第二十四次会议对《刑事诉讼法》修正案草案进行了再次审议。委员们认为，修正案草案经过常委会两次审议，吸收了常委会组成人员的审议意见和各方面意见，已趋成熟。会议决定将修正案草案提请十一届全国人大五次会议审议。2012年3月14日，十一届全国人大五次会议通过《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》。

根据立法部门的说明，在修改过程中注意把握了以下几个问题：一是坚持从我国基本国情出发，循序渐进地推进我国刑事诉讼制度的完善。二是坚持统筹处理好惩治犯罪与保障人权的关系。《刑事诉讼法》的修改完善，既要有利于保证准确及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，又要保障无罪的人不受刑事追究，尊重和保障人权，保护公民的诉讼权利和其他合法权利。三是坚持着力解决在惩治犯罪和维护司法公正方面存在的突出问题。通过深入调查研究，加强与各有关方面的沟通协调，努力形成共识，解决司法实践中的突出问题。同时，注意发挥法律的引导作用，为刑事诉讼活动提供明确的法律规范。^①

概括而言，这次立法修改围绕人权保障的主线，对证据制度、辩护制度、审判程序等都进行了修改：将“尊重和保障人权”写入《刑事诉讼法》；重点完善了非法证据排除制度，强化证人出庭和保护制度；重点完善了逮捕、监视居住的条件、程序和采取强制措施后通知家属的规定；重点完善了讯问犯罪嫌疑人的程序和必要的侦查措施，同时，强化对侦查措施的规范和监督，防止滥用；进一步完善了审判程序中的重要环节，调整简易程序适用范围，完善第一审程序以及二审、再审和死刑复核程

^① 参见全国人民代表大会常务委员会副委员长王兆国关于《中华人民共和国刑事诉讼法修正案（草案）》的说明——2012年3月8日在第十一届全国人民代表大会第五次会议上。

序；增加特别程序规定，即未成年人刑事案件诉讼程序，公诉案件的和解程序，犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序，依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序等。这次修改增删改共计 149 条，增加 66 条，修改 82 条，删除 1 条，涉及面非常广。

审判是决定被告人是否构成犯罪和判处刑罚的关键阶段，因此刑事审判程序的完善特别受到关注。

第一，调整简易程序适用范围，完善第一审程序。在保证司法公正的前提下，适当调整简易程序的适用范围，实行案件的繁简分流，有利于提高诉讼效率。将适用简易程序审判的案件范围，修改为基层人民法院管辖的可能判处有期徒刑以下刑罚、被告人承认自己所犯罪行的案件。同时，根据审判工作实际，对第一审普通程序中的案卷移送制度、开庭前的准备程序、与量刑有关的程序、中止审理的程序等作了补充完善。其中庭前会议是一项崭新的制度设计。

第二，明确第二审应当开庭审理的案件范围，对发回重审作出限制规定。为保证案件的公正审理，进一步明确了第二审应当开庭审理的案件范围，增加规定：上诉人对第一审认定的事实、证据提出异议，可能影响定罪量刑的，被告人被判处死刑的上诉案件等，第二审人民法院应当开庭审理。为避免案件反复发回重审，久拖不决，增加规定：对于因事实不清楚或者证据不足，第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件，原审人民法院再次作出判决后，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的，第二审人民法院应当依法作出判决或者裁定。

为落实上诉不加刑原则，避免发生在上诉案件中第二审人民法院发回重审，下级人民法院在重审中加刑的情况，增加规定：第二审人民法院发回重新审判的案件，除有新的犯罪事实，人民检察院补充起诉的以外，原审人民法院也不得加重被告人的刑罚。

第三，对死刑复核程序的改革。为体现适用死刑的慎重，进

一步保证死刑复核案件质量，加强对死刑复核程序的法律监督，增加规定：最高人民法院复核死刑案件，应当讯问被告人，辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。在复核死刑案件过程中，最高人民检察院可以向最高人民法院提出意见。最高人民法院应当将死刑复核结果通报最高人民检察院。

第四，对审判监督程序进行补充完善。通过审判监督程序对确有错误的生效判决、裁定予以纠正，有利于确保案件质量，维护司法公正。规定对申诉案件决定重审的条件，指令原审人民法院以外的下级人民法院审理，人民检察院派员出席法庭，再审案件强制措施的决定程序，原判决、裁定的中止执行等内容作了补充完善。

2012年《刑事诉讼法》修改过程反映了刑事诉讼涉及的公权力主体的多样性，权力重新配置的难度；而且这次修改过程司法机关介入高，许多制度都是司法改革成果的立法化，这样也便于《刑事诉讼法》的贯彻实施。

二、刑事证据制度的新发展

1996年《刑事诉讼法》第一次修改后，随着我国审判方式改革的深化，理论界和实务部门逐渐意识到我国刑事证据立法内容单薄，条文较少，难以满足我国刑事司法实践的要求。我国刑事证据立法在“两个证据规定”出台之前，条文非常简单和粗疏。1996年《刑事诉讼法》及司法解释对证据规则的规定比较原则，《刑事诉讼法》除侦查中有关于证据收集的规定外，“证据”一章只规定了八条，内容涉及证据及其种类，证据收集的一般原则，运用证据的原则，向单位和个人收集证据，重证据、重调查研究、不轻信口供的原则，证人证言的审查判断，证人的资格与义务，证人及其近亲属的保护等。

因此，立法机关在本次修改《刑事诉讼法》时，将完善证据制度列为重点内容之一。在本次《刑事诉讼法》修改之前，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全和司法部

于2010年联合颁布了《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》两个有关刑事证据的重要司法解释。^①

本次《刑事诉讼法》修改，在重点吸收这两个司法解释的基础上，对我国刑事证据制度作了较大的修改，将我国原《刑事诉讼法》证据章仅8个条文修改为16个条文，^②其中完全新增加条文8个，对现有条文在内容上进行修改的有5个，仅有3个条文未作修改，修改内容涵盖了证据概念和种类、反对强迫自证其罪、非法证据排除、证人保护和经济补偿等内容。紧接着最高人民法院《司法解释》依据《刑事诉讼法》，吸收1998年司法解释和“两个证据规定”的内容，对证据制度进行了系统的规定。^③

第一，明确反对强迫自证其罪原则。不得强迫自证其罪原则是一项重要的诉讼原则，有助于维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。实践中在禁止采取强迫手段获取犯罪嫌疑人、被告人供述的同时，应当积极鼓励犯罪嫌疑人自愿回答问题甚至自愿认罪，并在量刑时充分予以体现。

第二，修改证据概念和种类。新《刑事诉讼法》修改了证据的概念，规定“可以用于证明案件事实的材料，都是证据”，

① “两个证据规定”亮点多多，如《办理死刑案件证据规定》的第一部分所确定的证据裁判原则、证据法定原则、证据质证原则，以及死刑案件证明标准的规定，都是我国刑事诉讼法学、证据法学，尤其是《刑事诉讼法》没有明确规定的新内容，有的内容虽然在一些程序中已有所体现，但学理和立法中并未明示；而该规定第6~31条对《刑事诉讼法》规定的每一种证据种类的审查与认定予以规定，为司法实践中证据运用提供了比较具有操作性的指引。此外，“两个证据规定”明确了一系列证据规则，包括意见证据、证人出庭，特别是非法证据排除规则，大大丰富了我国的证据规则体系，规范和指导了我国司法实践。

② 加上第152条（技侦证据材料的审查与使用）、第187和第188条（第一审程序证人、鉴定人出庭）则共19条。

③ 第四章“证据”共52条，分9节，包括证据的一般规定、证据的分类审查与认定、非法证据排除、证据的综合审查与运用等内容。当然，检察院诉讼规则和公安部办案规定都侧重规定了所在的诉讼阶段证据问题。由此，我国证据立法逐步走向完善。

实践中必须强调证据材料与诉讼证据的区别，必须强调证据与定案依据的区分，进而树立科学的证据观念。

根据刑事诉讼中出现的新情况和实践需要，新《刑事诉讼法》在证据种类中增加规定了辨认笔录、侦查实验笔录和电子数据，将勘验、检查、辨认、侦查实验笔录合并为一类证据，将视听资料和电子数据合并为一类证据，将物证、书证列为两类独立的证据，此外还将鉴定结论修改为鉴定意见。

第三，确立非法证据排除规则。新《刑事诉讼法》吸收了《非法证据排除规定》的相关内容，明确规定了非法证据排除的具体标准：采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。违反法律规定收集物证、书证，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。还规定了非法证据排除的举证责任、证明方式、具体的程序等问题。

第四，强化证人出庭。新《刑事诉讼法》规定，公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为有必要的，证人应当出庭作证。并规定证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，对于情节严重的，可处以10日以下的拘留；同时，考虑到强制配偶、父母、子女在法庭上对被告人进行指证，不利于家庭关系的维系，规定被告人的配偶、父母、子女除外。还进一步加强对证人以及鉴定人、被害人的保护。

第五，明确举证责任，细化证明标准。新《刑事诉讼法》第49条明确了检察机关对被告人有罪的举证责任。实践中不能让被告人承担证明自己无罪的举证责任。除了定罪事实外，检察机关对相应的自首、立功等量刑事实也应当承担举证责任。为了增加证明标准的可操作性，新《刑事诉讼法》第53条对证据确实、充分作出了具体解释。具体包括以下条件：（1）定罪量刑的事实都有证据证明；（2）据以定案的证据均经法定程序查证