



谢 波◎著

改革进程中的 刑事诉讼程序与证据 问题研究： 基于警察的视角



中国人民公安大学出版社

本书获重庆警察学院学术著作出版资助

改革进程中的刑事诉讼 程序与证据问题研究： 基于警察的视角

谢 波 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

改革进程中的刑事诉讼程序与证据问题研究：基于警察的视角 / 谢波著. —北京：中国人民公安大学出版社，2019. 7

ISBN 978 - 7 - 5653 - 3734 - 5

I. ①改… II. ①谢… III. ①刑事诉讼—诉讼程序—研究—中国②刑事诉讼—证据—研究—中国 IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 180927 号

改革进程中的刑事诉讼程序与证据 问题研究：基于警察的视角

谢 波 著

出版发行：中国人民公安大学出版社

地 址：北京市西城区木樨地南里

邮政编码：100038

印 刷：三河市荣展印务有限公司

版 次：2019 年 9 月第 1 版

印 次：2019 年 9 月第 1 次

印 张：14.25

开 本：787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数：215 千字

书 号：ISBN 978 - 7 - 5653 - 3734 - 5

定 价：56.00 元

网 址：www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱：zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话：010 - 83903254

读者服务部电话（门市）：010 - 83903257

警官读者俱乐部电话（网购、邮购）：010 - 83903253

综合分社电话：010 - 83901870

本社图书出现印装质量问题，由本社负责退换
版权所有 侵权必究

序

谢波博士一再要求我为其新书作序，我感到非常惊讶。

这显然不符合规矩。请人作序，一般请的是名家、大家，或者至少是学术领域内有点影响的人。给人作序，也免不了这个套路，写序之人不能是藉藉无名之辈，至少在学术上有一定成就，才有资格给人作序。我两者都不沾边，所以惶恐至极。我很难为情，于是跟谢波兄有了几句对话：

问：你开玩笑吧？你应该找……

答：你觉得找个挂名的，然后自己写，有意思吗？

问：你图啥？

答：啥也不图。就图兄弟情！

既然如此，写几句也无妨。

都说学术江湖，江湖学术。学术上有同道，江湖上有朋友。很多时候，我们分不清是在学界，还是在江湖。我跟谢波兄是学术江湖里的朋友。

谢波兄与我同年考进云南大学攻读博士。我读社会学，他读法学。在一个班上公共课，且住在同一层楼，是隔壁邻居。虽然专业不同，但志趣相投，求学期间几乎形影不离。在云大读书时，我们最大的嗜好就是在晚饭之余，绕着翠湖走一圈，边走边讨论杂七杂八的问题。有人调侃道：你俩是我们博士楼里关系最亲密的。

虽说是同一届博士，我们的经历颇为不同。我边工作边读书，读博士之前，已经换了几个单位、跑了几个地方，走了一些弯路，多了一点阅历。谢波兄却是一鼓作气，本硕博一口气拿下来，而且每个阶段的专业都不一样。表面看来，学术之路不太连贯，但却使他拥有跨学科的优势。因此，他分析问题时常常显得视角独特、思路新颖。他的论文总保持一种细腻流畅的特点。

学科之间是有壁垒的，一般人很少会花大量时间精力去阅读另一个领域的文献。几年前，谢波兄把他出版的博士论文寄给我，我耐心地翻了一遍，感慨一个没有史学背景的人，把法制史做得如此细致扎实，实在难得。这得益于他独到的研究风格：对每一个论题都认真思考，收集大量资料，再作出缜密分析。这种研究风格帮助他于博士毕业后，在繁重的教学和行政事务之余，笔耕不辍，写出了一系列文章。此书便是这些成果的一部分。

1917年11月7日，马克斯·韦伯在德国的慕尼黑大学向青年学子们作了《科学作为志业》的著名演讲。在演讲中，他提出了一个沉重的问题：您是否确信，年复一年地眼看着一个又一个平庸之辈踩过自己的肩膀，自己还能够忍受，既不怨怼，也不沮丧？国学大师王国维亦在《人间词话》中叹息：古今之成大事业、大学问者，必经过三种之境界：第一境界，“昨夜西风凋碧树，独上高楼，望尽天涯路”；第二境界，“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴”；第三境界，“众里寻他千百度，蓦然回首，那人却在，灯火阑珊处”。欲在学术上有所成就，需要耐得住寂寞、守得住清贫，付出常人难以企及的辛劳。古今中外，概莫能外。非常钦佩谢波兄已具备优秀学者的一些品质。假以时日，会有更多的佳作问世。

陈立周

2019年8月15日于长沙

导 言

当下中国正处于一个改革的时代，一个变化的时代，一个伟大的时代，改革创新已成为这个时代的主旋律。笔者正是在此背景下，以一个警察的眼光和视角，运用法律人的思维方式，观察中国刑事诉讼，并对刑事诉讼制度改革及其有关问题进行了思考。

提及刑事诉讼，便想到德国著名法学家拉德布鲁赫的名言——“如果将法律理解为社会生活的形式，那么作为‘形式的法律’的程序法，则是这种形式的形式，它如同桅杆顶尖，对船身最轻微的运动也会作出强烈的摆动”。^①从中可以清楚地看到《刑事诉讼法》的作用，及其同法治文明演进之间的紧密关联。近年来，我国刑事诉讼深嵌在全面依法治国、全面深化司法体制改革等一系列时代话语体系中，并处于持续改革实践的过程中。从1979年《刑事诉讼法》颁布，到1996年《刑事诉讼法》修正，到2012年《刑事诉讼法》再次修正，再到2018年《刑事诉讼法》第三次修正，显示出我国刑事诉讼制度的变迁历程，其中既有技术意义的改进，也有较大规模的制度变革。正如左卫民教授所指出的，纵观改革开放40余年的四部《刑事诉讼法》，“1979年刑诉法的开创性意义值得充分肯定，1996年刑诉法鲜明的改革性值得重视，2012年刑诉法意味着中国刑诉制

① [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，商务印书馆2013年版，第170页。

度建设进入新平衡时代，2018年刑诉法对‘试验性立法’的肯定在一定程度上标志着立法技术的某种转型，‘技术时代’似乎到来”。^①总体而言，我国刑事诉讼制度的这些变革可以被看作是对刑事诉讼制度尚不尽完美的一种持续性回应。

当然，不尽完美的刑事诉讼制度表现出了多种面向，其中，常被学界诟病的一条就是制度设计导致的“以侦查为中心”（亦称“侦查中心主义”）的刑事诉讼模式。对于何谓“侦查中心主义”，陈瑞华教授作过细致的阐释，其基本面向为：“相对于审判程序而言，侦查程序在整个刑事诉讼中居于中心地位，侦查机关所收集的证据以及所认定的案件事实，既是公诉机关提起公诉的依据，也是法院作出裁判的根据。在一定程度上，法庭审判无非就是对侦查结论的审查和确认过程而已，已然失去了对案件事实的重新探究能力。”^②至于“侦查中心主义”产生的负面影响，陈瑞华教授分析认为：“这一诉讼构造（指‘侦查中心主义’的诉讼构造）会直接带来法庭审理的形式化，使所谓的‘庭审实质化’成为一种遥不可及的理想；它会导致法院在作出无罪判决时失去权威性和独立性，甚至会普遍接纳一种‘留有余地的裁判方式’，从而造成一系列的刑事误判；它会造成刑事法官无法保持中立性，难以保证被告人进行有效的辩护，从而带来程序上的非正义。不仅如此，由于没有中立的司法机关主导整个审判前活动，案件的程序分流和程序过滤就无从谈起，大量的程序性争议问题得不到及时解决，从而大大影响刑事诉讼的效率。”^③而集中体现这种负面影响的，可以说就是刑事冤错案件的发生，以及防范与纠错机制的乏力。

① 左卫民：《改革开放与中国刑事诉讼制度的立法变革》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2019年第4期，第75页。

② 陈瑞华：《司法体制改革导论》，法律出版社2018年版，第325页。

③ 陈瑞华：《司法体制改革导论》，法律出版社2018年版，第351页。

对我国发生的刑事冤错案件，不少学者已经作了精深的研究，典型者如陈永生教授持续十余年研究冤案问题，他以我国 30 起重大冤错案件为样本，分析检视，进行中外比较，对“冤案之成因”“冤案之救济”和“冤案之防范”作出详细的阐释。^①又如，早些年，何家弘等学者对滕兴善案、石东玉案、杜培武案、李久明案、孙万刚案、佘祥林案、赵作海案、张氏叔侄冤案、萧山命案、李怀亮案等十大冤案进行深入研究，在此基础上提出中国刑事司法的十大误区。^②不得不说，这些冤错案件的发生和刑事诉讼制度及其运行中的某些致命缺陷有着极大的关系。再如，何家弘教授在分析滕兴善冤案时指出司法的五个误区，即违背规律的限期破案、由供到证的侦查模式、屡禁不止的刑讯逼供、科学证据的不当解读、主观片面的调查取证。^③此外，学界基本达成的共识还有，在现行制度框架内冤案的纠正非常困难，许多冤错案件得以被发现和纠正的原因具有相当的偶然性，主要是“亡者归来”和“真凶再现”。

为推动解决这些问题，2014 年 10 月，党的十八届四中全会审议通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》），提出了推进以审判为中心的诉讼制度改革。这里，有必要赘写一下《决定》中的这段表达：“推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。全面贯彻证据裁判规则，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据，完善证人、鉴定人出庭制度，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。”“以审判为中心”具有丰富的内涵，而这项改革之所以十分重要，正如有些学者分析指出的：

① 陈永生：《刑事冤案研究》，北京大学出版社 2018 年版，第 3—335 页。

② 何家弘主编：《迟到的正义：影响中国司法的十大冤案》，中国法制出版社 2014 年版，第 1—311 页。

③ 何家弘：《亡者归来：刑事司法十大误区》，北京大学出版社 2014 年版，第 25—118 页。

“‘以审判为中心’的诉讼制度改革是一项意义深刻的改革，其所改变的不仅仅是何为刑事诉讼的中心，更重要的是，应该采用何种刑事诉讼的方式。因此，这项改革对于我国刑事诉讼的体制、程序、诉讼主体间的关系等诸多方面都将发生深刻影响，以此积极推动我国刑事程序法治的发展。”^①同时，审判作为整个刑事诉讼的“中心”，“必须坚决守住防范冤假错案的底线，用依法独立公正的审判把好最后一道关，切实维护司法公正”，而“坚决守住防范冤假错案的底线，不仅是我们刑事审判部门和法官应尽的职责，也是由司法审判的最终判断性质所决定的”。^②当前，这项改革已经跨越单个部门，成为公安司法系统达成的一种基本共识，更加具体地体现到十八届四中全会后，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合出台的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》（2016年10月11日施行）、《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（2017年6月27日施行）、《关于依法保障律师执业权利的规定》（2015年9月16日施行）、《关于开展法律援助值班律师工作的意见》（2017年8月27日施行）等相关制度规范中。而在目标追求上，改革决策层也反复提到，要努力让人民群众在每一项执法活动、每一起案件办理中都能感受到社会的公平正义。

以上这些清晰表明，“以审判为中心”正在逐步由一种理念，转变上升为制度表达，进而落地成为司法实践。尽管理念的指引功能可能受阻，制度设计的初衷可能落空，如有学者所谓的“排除非法证据的乌托邦”；^③也完全可能出现制度表达与司法实践相背离的窘境，甚至出现“实践是一回事，理论、表达或制度是一回事，但是在实

① 王敏远、杨东亮等：《重构诉讼体制：以审判为中心的诉讼制度改革》，中国政法大学出版社2016年版，第1页。

② 沈德咏：《我们应当如何防范冤假错案》，载《人民法院报》2013年5月6日第2版。

③ 王超：《排除非法证据的乌托邦》，法律出版社2014年版，第391页。

践历史中并存、互动、结合和背离，则又是另一回事”^①的更为复杂多维的情形。从现代司法文明发展进步的基本趋势看，审判这个“中心”无疑是不能被随意撼动的，它必须非常稳固。这里可以借用前面拉德布鲁赫的比喻，尽管不算非常准确——居于“中心”的审判“如同桅杆顶尖”，其对刑事诉讼（包括所追求的公平正义价值）这个“船身”，“最轻微的运动也会作出强烈的摆动”。

本书共十一章内容，大致可以分为“中心”和“边缘”两大块。所谓“中心”，正是受到当前“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革启发想到的，而与“中心”相对的自然就是“边缘”。申言之，“中心”与“边缘”主要体现两层意思：第一，在笔者眼中，“以审判为中心”缺少一个主语，即什么要以审判为中心？笔者认为很重要的就是侦查，较之审判这个“中心”，侦查自然成为“边缘”。第二，相对于长期以来居于“中心”的研究问题，同刑事诉讼有关的一些“冷门”问题又成了“边缘”。本书讨论时常穿梭于刑事诉讼的“中心”与“边缘”之间，而一些“边缘”问题如刑事拘传、扭送、公安现场执法等，看似远离“中心”，却也不可忽略。笔者坚信美国大法官道格拉斯“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”的理念，也十分赞同季卫东先生强调的现代程序具有“对于恣意的限制”“理性选择的保证”“‘作茧自缚’的效应”“反思性整合”等一系列重要意义。^②因此，全书十一章实为十一个主题，主要以刑事诉讼程序与证据及其相关问题为中心展开讨论。

在本书研究的取向上，笔者坚持基本的“问题意识”，努力追求陈瑞华教授所言“开创性的法学研究”。而这种研究有两个基本特征：一是敏锐地发现中国本土的法制经验，并对这种经验作出深入的

^① 黄宗智：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，法律出版社2009年版，第19页。

^② 季卫东：《法律程序的意义》（增订版），中国法制出版社2012年版，第23-34页。

总结和概括；二是在总结中国法制经验的基础上，提出一般性的概念和理论，从而对这种经验的普遍适用性作出令人信服的论证。^① 尽管并未实现开创性研究要求的“惊心动魄的跳跃”，但本书无疑将作为一个良好的开端，伴随笔者持续推进刑事诉讼法学、证据法学研究。

谢波

2019年6月

^① 陈瑞华：《刑事诉讼的中国模式（第2版）》[《惊心动魄的跳跃（第1版序言）》，北京大学出版社2010年版，第7页。

目 录

第一章 审判中心主义视域下公安机关侦查取证的问题 及其改革	1
一、审判中心主义及其与侦查取证的关联	2
二、审判中心主义视域下公安机关侦查取证的问题	5
三、审判中心主义视域下公安机关侦查取证的改革	9
四、结语	15
第二章 警检关系视野中的警察出庭作证问题反思	17
一、警检关系模式与警察出庭作证的关系	18
二、结构性制约下我国警检机关对警察出庭作证的态度	24
三、“第三条道路”之提出：建构有限度的警察出庭作 证认识论	31
四、结语	41
第三章 我国刑事诉讼中“情况说明”的属性、样态 与规制	43
一、“情况说明”的证据属性辨析	44
二、“情况说明”的立法与司法实践样态	50
三、“情况说明”法治化规制之理念与进路	66

四、结语	82
第四章 我国审前非法证据排除规则的几个问题	84
一、我国审前非法证据排除之立法考察	85
二、我国审前非法证据排除规则的价值	87
三、我国审前非法证据排除的困境	90
四、我国审前非法证据排除规则之完善	93
五、结语	97
第五章 我国刑事拘传制度探讨	98
一、刑事拘传之对象问题	99
二、刑事拘传之时限和间隔问题	101
三、刑事拘传之条件问题	104
四、刑事拘传之监督问题	107
五、结语	110
第六章 我国刑事诉讼扭送制度检讨	112
一、扭送法律性质之检讨	113
二、扭送主体和对象之检讨	115
三、扭送执行过程之检讨	117
四、扭送法律风险之检讨	121
五、结语	125
第七章 恐怖主义犯罪刑事管辖的几个相关问题	126
一、恐怖主义与恐怖主义犯罪的内涵	127
二、国际法对恐怖主义犯罪的管辖体制	128
三、国内法对恐怖主义犯罪的管辖模式	130
四、我国恐怖主义犯罪管辖相关立法之完善	132
五、结语	134
第八章 我国恐怖主义犯罪诉讼程序法治化问题探讨	135
一、我国恐怖主义犯罪诉讼程序法治化之必要性	136

二、我国恐怖主义刑事诉讼程序之立法模式选择	138
三、我国恐怖主义刑事诉讼程序之法理分析	140
四、我国恐怖主义刑事诉讼程序之重构设想	143
五、结语	146
第九章 “套路贷”犯罪的特点及其法律规制	148
一、“套路贷”与高利贷的界别	149
二、“套路贷”犯罪之“套路”分析	152
三、“套路贷”犯罪的法律规制	156
四、结语	160
第十章 新形势下法治公安建设的几点思考	161
一、新形势下法治公安建设的重要意义	162
二、新形势下法治公安建设面临的主要问题	164
三、新形势下法治公安建设之具体路径	167
四、结语	172
第十一章 自媒体时代镜头下公安现场执法的问题 及其应对	173
一、自媒体时代镜头对公安现场执法的影响	174
二、自媒体时代镜头下公安现场执法的主要问题	179
三、自媒体时代镜头下公安现场执法的应对之策	183
四、结语	190
参考文献	191
后 记	210

第一章 审判中心主义视域下公安机关 侦查取证的问题及其改革

本章提要

审判中心主义作为一个内涵丰富的学术范畴，在党的十八届四中全会后正式成为新一轮司法体制改革、全面深化公安改革的核心任务之一，其与侦查取证具有密切关联。在审判中心主义视域下审视当前公安机关之侦查取证工作，在思维理念、侦查取证行为、执法制度机制等方面仍存在一些问題。公安机关可从重构刑侦理念、改进侦查取证工作、加大科技信息投入、健全完善执法责任体系等方面综合着力改革应对，以促成改革任务落地见效。

侦查取证是刑事诉讼的一个重要环节，日本法学家田口守一精辟指出其目的乃“保全犯罪的证据、保全犯罪嫌疑人的人身”。^①在我国既有的侦查中心主义模式下，侦查取证活动容易发生异化，直接导致了一些问题产生，这些问题甚至成为冤假错案之肇因。在审判中心主义视域下，公安机关的侦查取证工作面临极大挑战，具有日益规范

^① [日] 田口守一：《刑事诉讼法》（第5版），张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社2010年版，第29页。

化、精细化之倾向。然而受惯性思维和理解偏差的影响，公安机关侦查取证在当下刑事司法实践中仍存在不少问题。本章以审判为中心的诉讼制度改革时代背景，在理论梳理和实证调研的基础上，^①立足当前公安机关侦查取证工作，阐释审判中心主义之内涵，分析面临的问题并提出改革应对之策。

一、审判中心主义及其与侦查取证的关联

对于审判中心主义之内涵问题，学界早有研究。此前，孙长永教授的阐释颇具代表性：审判中心主义是指审判是决定国家对特定个人有无刑罚权，以及刑罚权范围的最重要阶段，这也是司法最终解决原则在刑事诉讼中之具体表现。^②自党的十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）从决策层面正式提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”后，较为学术化的审判中心主义又常以“以审判为中心”来指称，^③这一范畴亦日渐成为理论和实务界探讨的一大热点问题，各种观点纷呈。譬如，陈光中教授指出，审判中心之内涵可通过三个维度来解读，即由法院行使最终认定被告人有罪与否的权力、庭审实质化并起决定作用、侦查和起诉（虽有相对独立性）为审判的准备阶段；^④樊崇义教授提出，以审判为中心强调审判在整个刑事诉讼程序中的中心地位，

① 2016年7至9月，笔者对一些公安机关的刑侦、法制等部门和派出所通过实地走访、个别访谈、翻阅案卷和文件等形式进行了初步调研，收集掌握了论文相关信息资料。为遵循学术惯例，本章对调研所涉公安机关和民警进行了模糊处理。

② 孙长永：《审判中心主义及其对刑事程序的影响》，载《现代法学》1999年第4期，第93页。

③ 早些年，有学者在研究侦查权问题时提出颇具前瞻性的“建立以审判为中心的大审前程序”的建议，这与当前的改革是相契合的，也说明了这一范畴在理论与实务间的勾连。参见徐美君：《侦查权的运行与控制》，法律出版社2009年版，第29-33页。

④ 陈光中、步洋洋：《审判中心与相关诉讼制度改革初探》，载《政法论坛》2015年第3期，第121页。

强调把事实认定和证据采信限定在审判阶段;^① 朱孝清教授认为,以审判为中心表明庭审在查明事实、认定证据中的决定性作用,但并不意味着庭上证据与审前证据不一致时以庭上证据为准;^② 沈德咏大法官从诉讼制度改革角度,指出以审判为中心的实质是在诉讼全过程实行以司法审判标准为中心。^③ 这些观点无疑强调了审判之权威性:对整个刑事诉讼程序的统摄作用和对案件处理结果之决定作用,若将这些认识表达的信息稍加延展,同长期以来学界对“侦查中心主义(以侦查为中心)”弊端的基本认知作一比较,则可更加清晰地看到“两种主义”间的界别,大致如表1所示:

表1 审判中心主义与侦查中心主义之界别

两种主义 差异点	审判中心主义	侦查中心主义
侦查权运行	司法审查	侦查失控
证据使用	证据裁判原则	口供中心主义
控辩关系	控辩平等	控辩失衡/辩护形式化
庭审状态	直接言词原则/庭审实质化	案卷笔录中心主义/庭审虚化
司法结局	司法公正	司法不公/冤错案件发生

通过上表之比较并结合各界言说和改革政策指向,审判中心主义与侦查取证显然具有十分密切的联系。学者们在论证审判中心主义时无不提及证据,而《决定》在言及以审判为中心时对“证据”一词的高频使用(共使用4次),更是深刻揭示了两者间的关联。2016年

① 樊崇义、张中:《论以审判为中心的诉讼制度改革》,载《中州学刊》2015年第1期,第54页。

② 朱孝清:《略论“以审判为中心”》,载《人民检察》2015年第1期,第8页。

③ 沈德咏:《论以审判为中心的诉讼制度改革》,载《中国法学》2015年第3期,第7页。