



中国政法大学诉讼法学研究院

中国诉讼法判解

第7卷

卞建林 ◎ 主编

主编絮语

司法公正呼唤规则的健全完善 卞建林

聚焦·诉讼证据规则

证据规则视野下的彭宇案 许 潇

自由心证法则的界限与限制 王德新

法学教室

刑事诉因制度研究 李 扬

论民事诉权滥用的防止 沈 磊

司法官论法

浅谈刑事案件中的“情况说明” 张少林

宽严相济政策的立法化 张朝霞 刘 涛

随笔

“群众的感觉”与死刑司法中的人道关怀 高一飞

许霆案中的程序问题 李奋飞



中国人民公安大学出版社



中国诉讼法判解



www.elsevier.com/locate/jmb

1000

[illegible]

1000

中国诉讼法判解

(第7卷)

卞建林 主编

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国诉讼法判解. 第7卷/卞建林主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009.6

ISBN 978-7-81139-556-3

I. 中… II. 卞… III. 诉讼法—案例—分析—中国
IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 071555 号

中国诉讼法判解 (第7卷)

ZHONGGUO SUSONGFA PANJIE (DI QI JUAN)

卞建林 主编

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

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2009 年 6 月第 1 版

印 次: 2009 年 6 月第 1 次

印 张: 16.125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 434 千字

印 数: 1~2000 册

书 号: ISBN 978-7-81139-556-3/D·464

定 价: 42.00 元

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

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

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

征稿启事

《中国诉讼法判解》（以下简称《判解》）是中国政法大学诉讼法学研究院主办的连续性出版物。本刊现由中国法学会刑事訴訟法学会会长、中国政法大学诉讼法学研究院院长、博士生导师卞建林教授担任主编，每半年出版一期，每期约40万字，由中国人民公安大学出版社公开出版。本刊以蕴含诉讼法、证据法问题的真实判例为研究对象，兼及刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼三大诉讼法领域。《判解》的宗旨是：通过当前司法实践中遇到的真实案例，推动诉讼法学理论对实践问题的关注和认识；同时，也希望通过诉讼判例的学理研讨，促进我国诉讼法学理论的传播与交流。

作为诉讼法学领域兼具理论与实务特色的刊物，本刊自出版以来深受法官、检察官、律师、学者、博士、硕士等的好评。本刊始终坚持关注法治热点。第6卷关注“律师法修订”、“被害人正义”等法治热点问题，选取了主要由博士撰写的数篇文章对相关问题进行全方位、多角度的剖析，受到读者的关注。第7卷以诉讼证据规则为关注焦点，约请了20余位诉讼法博士（生）和数位司法实务一线的司法部门负责人、业务骨干进行了深入探讨，旨在推动诉讼法、证据法等相关领域的判例研究。

欢迎理论与实务界同仁继续向本刊投稿。本卷将继续发表国内外诉讼法理论前沿和实务一线的力作，所设置的栏目包括聚焦、专案会诊、以案论法、司法官论法、法学教室、博士论坛、域外法制、法苑精粹、实证研究、学术随笔等。本刊发表有创见、高水平的理论与实务研讨论文，采稿以理论意义、应用价值以及专栏风格等为衡量标准。

投稿请注意如下事项：

一、投稿要求：文章视角不限，但字数应在 10000 字以内。注释采用页下连续脚注。依次注明：著（译）者、著作或文章名、出版社或报刊名、出版时间、版次或刊数及页数。引用外文文献的，请按该语种通行注释体例设注。来稿一律采用电子邮件方式。来稿不得一稿多投，请注明“专投判解”。2 个月内如未接到稿件采用通知，可另行处理。

二、版权问题：作者应保证文稿的原创性。来稿视为同意将该文著作权中的汇编权、发行权、印刷权以及电子版的复制权、翻译权、信息网络传播权转让给本刊。翻译稿件原文版权事宜，由译者自行处理并自行负责，译者投稿时需附原文。

三、作者信息：请务必注明作者姓名、地址、工作单位、学衔、职称、联系方式（含固定电话、手机号码、Email 等）以及居民身份证号码。

四、联系方式：

1. 本刊网页：<http://greatcases.fyfz.cn>

2. 电子邮件：greatcases@gmail.com

3. 联系人：李明

4. 通信地址：（100088）中国政法大学诉讼法学研究院《中国诉讼法判解》编辑部

目 录

主编絮语

司法公正呼唤证据规则的健全完善 卞建林 (3)

聚焦·诉讼证据规则

证据规则视野下的彭宇案 许 潇 (11)

自由心证法则的界限与限制

——以彭宇案为视角 王德新 (21)

自由心证法则与鉴定结论的审查判断 朱 婷 (39)

试论推定规则

——一个令人困惑的证据法机制 尼玛卓嘎 (47)

论推定规则下的表见证明 张进德 (61)

最佳证据规则探索 李 明 (76)

以案说法

论经济犯罪案件中的诱惑侦查 尚 华 陈思敏 (103)

以个案析我国民事证据收集制度的不足与完善

——以书证收集为中心 王梦飞 (113)

从降低补偿案谈录音证据的采纳

——以比较法为参照 刘英明 (125)

法学教室：刑诉

刑事诉因制度研究 李 扬 (147)

论我国刑事侦查权的优化配置

——以规范和加强监督制约为导向 吴春平 (160)

刑事附带民事诉讼程序研究 曾新华 (172)

检察机关对死刑复核程序进行法律监督的正当性与

程序构建 吴 萃 阎 芳 (183)

论无罪推定原则的双重内涵及构成 锁 楠 (194)

无罪推定权利主体初论 张小海 (205)

刑事赔偿程序主体研究 赵天睿 (214)

刑事评议程序研究 张元鹏 (225)

论辩护律师调查取证权立法之完善

——以我国律师法修订为背景 封利强 (237)

刑事简易程序的价值冲突 毛学龙 (251)

论未成年人酌定不起诉制度的司法完善 王 懿 (259)

法学教室：民诉

论民事诉权滥用的防止 沈 磊 (269)

论民事公益诉讼的理论及制度构建 陶广峰 董德春 (285)

民事再审事由探析

——以管辖事由为视角 燕华然 薛彦林 (300)

司法官论法

浅谈刑事案件中的“情况说明”

——兼与黄维智博士商榷 张少林 (313)

宽严相济政策的立法化 张朝霞 刘 涛 (326)

析“案件事实清楚,证据确实充分”

..... 汪筱瑞 方 向 王 俊 (337)

同案被告人口供的证据能力与证明力论 谢财能 (345)

疑罪不起诉案件的证据问题及其完善

..... 马贞茂 牛建华 程曙光 舒新文 (357)

疑罪不起诉案件之证据问题探讨 倪 明 (366)

试述我国借鉴辩诉交易制度的理论基础及现实依据

..... 孟 玲 唐 伟 (375)

我国独立性量刑程序的构建 刘 荣 (386)

我国未成年人的社区矫正制度探析 沈朝晖 李小芹 (397)

台湾法制

台湾地区刑事诉讼的目的变迁 杨智纶 (407)

台湾地区通讯监察制度研究 李 晶 (419)

域外经典判例

- 王森案与“毒树之果”规则 牟绿叶 (433)
- 卡罗尔案与汽车搜查例外 李 婷 (443)

随 笔

- “群众的感觉”与死刑司法中的人道关怀 高一飞 (455)
- 许霆案中的程序问题 李奋飞 (470)
- 死刑复核与秋审思维 李凤鸣 (475)

学术动态

- “刑事和解与程序分流”学术研讨会综述
..... 中国政法大学诉讼法学研究院 (491)
刑事和解与程序分流课题组

主 编 絮 语

司法公正呼唤证据规则的健全完善

卞建林*

随着我国政治、经济、社会形势的发展和司法改革的深化，刑事诉讼法的修改再次被提上国家立法机关的议事日程。就目前来看，如何针对司法实践中存在的突出问题改革完善我国的诉讼制度，如何通过诉讼法律的修改促进公正、高效、权威的社会主义司法制度的建立，如何实现案件处理中的实体公正与程序公正，已经成为我国诉讼法学界必须承担的基本任务。其中，建立、健全符合我国司法实际和诉讼需要的以证据规则为核心的证据制度，更是有待研究的重要课题，而且已经逐渐成为公众瞩目的焦点。证据制度之所以重要，是因为，科学、体系化的证据制度，既可以在一定程度上弥补法官评价证据、认定证据的不足，而且，还可以遏制法官自由心证的不当适用或滥用，并最终有利于实现诉讼结果的公正和诉讼过程的公正。但是，在我国现行诉讼法律中，有关证据的规定和规则过于简单，过于粗疏，致使司法实践中法官的证据评价和事实认定等活动几乎处于无法可依、无章可循的状态。受此影响，证据评价与事实认定有可能过于随意或者因人而异，致使具体案件的实体公正与程序公正、法律效果与社会效果、当事人与社会大众的满意程度“双双失守”。去年发生的彭宇案已经鲜明地印证了这一点。因此，为了推动我国社会主义法治建设和和谐社会的构建，构建并完善我国证据制度（尤其是证据规则体系）已经成为摆在我国诉讼法学界面前的迫在眉睫的现实课题之一。

* 中国政法大学诉讼法学研究院院长，教授，博士生导师。

“证据规则”一词是对英美法“rules of evidence”或“evidence rules”的翻译。一般而言，在英美法系国家，证据规则是指有关证据关联性、可采性、举证责任等证据应用问题的程序性规则。在英美法系国家，证据法学的研究着重关注证据的可采性（又称证据能力、证据资格）。在现代诉讼中，基于证据裁判主义原则，案件事实的认定必须依据证据进行。在运用证据推知过去发生的事实的证明过程中，证据规则构成了这种回溯性认识的核心与基石。因此，尽管世界各国的诉讼模式不尽相同，但是，在证据规则方面却呈现出较大的一致性：证据规则的作用在于规范诉讼各方的取证、举证与质证行为，以及限制法官对证据认证的自由取舍，其价值目标在于确保司法公正的实现和诉讼效率的提高。

在我国，目前尚未颁布独立的证据法，为数不多的证据法规范散见于三大诉讼法及相关司法解释中，并没有形成完整的证据规则体系。现行证据法规范仅涉及以下问题：第一，收集或提供证据主体方面的可采性规则；第二，取证程序方面的证据规则；第三，证据表现形式方面的可采性规则；第四，庭审程序方面的证据可采性规则；第五，法官的认证规则。1996年刑事诉讼法修改后，对证据规则的重视有所加强。最高人民法院在证据的收集、审查等方面作了进一步的解释。但总体来说，与西方国家以及国际刑事司法准则仍然存在一定差距。这种差距具体表现在：现有证据规则体系化的缺失，规范证据能力的规则数量有限，而规范证据证明力的规则却呈后来居上之势。在司法实践中，证据的收集缺乏制度约束，案件事实的认定缺乏规则指引，重口供轻证据之风依然盛行。加之许多法官缺乏基本的证据裁判意识，致使我国虽然没有自由心证之名，实际上却是自由心证适用最为泛滥的地方。在证据评价活动中，法官的自由裁量往往有意无意地游走于滥用或误用的边缘。由此带来的恶果是：法官不恰当地运用证据评判权力，事实认定不受程序约束，裁判结果令人难以信服，致使判决的公正性受到社会大众的质疑，进而引发当事人不服判决并由此引发了申诉、上访等众

多社会性问题。

“法学的生命在于实践”。基于此，本卷判解将研究的重点转向证据规则及其在司法实务中的运用问题，以期能够从理论上对证据规则适用中存在的问题进行深层次的剖析与反思。本卷选取的焦点案例是曾经引起社会普遍关注和讨论的彭宇案。“窥一斑而见全豹”，在彭宇案中，我们很容易发现，就我国证据制度而言，除了关于证据资格以及证明力的规定很不完善以外，法官运用证据的规则与方法也存在很大问题，如经验法则、推定规则以及自由心证的有限适用等方面，均未能实现证据规则之应有本义，因此所导致的法律效果更是令人失望。并且，该案使社会公众对司法公正产生了质疑，抨击之声不断，造成了极为不好的社会效果。具体而言，通过彭宇案，我们可以反思如下：

首先，经验法则应当是在日常生活中反复发生的一种常态现象，并且能够为社会一般民众所普遍体察与感受。然而，本案法官却运用“不成熟”的经验法则认定了以下事实：“撞倒原告的人不可能轻易逃逸”，“如果被告是见义勇为做好事，更符合实际的做法应是抓住撞倒原告的人，而不仅仅是好心相扶”，“真是见义勇为，在争议期间不可能不首先作为抗辩理由”。由此不禁想到，法官如此随意适用“经验法则”，是否能够获得当事人、社会与大众群体的信服呢？

其次，依据最佳证据规则的要求，书证应当提供原件予以证实，原始材料的证据效力优于其复印件和通过回忆内容所作的口头陈述，无法与原件核对的复印件不能单独作为认定案件事实的依据。本案中，笔录原件已丢失而无法获得，尽管复印件内容显示彭宇自述其没有撞到徐某，但没有原件可供核实，那么，如何确定内容的真实与否。但法院判决竟然可以得出电子文档与本案其他证据能够相互印证并形成证据锁链，故应予采信结论，着实令人匪夷所思。

再次，推定指从其他已经确定的事实必然或可以推断出的事实

推论或结论。反观本案中的推定，实属误用推定规则之典型范例。例如，“既然证人没有亲眼看到原告倒地的瞬间，那么就可以推定原被告之间具有相撞的可能性”；“支付医疗款并非借款，而应为赔偿款”；当事人的“事后补救措施”与侵权活动之间没有关联性。如此任意的推定，如何用来反推被告彭宇实施了侵权行为？可见，这些做法不但违背了推定适用的前提条件——确定的基础事实的存在，而且混淆了推定与推论的界限，造成了推定与推论适用的混乱局面。

另外，依据直接言词审理原则和禁止传闻证据规则的要求，证人证言应当在法庭上以直接言词的形式提供，否则不能作为定案证据使用。本案中，派出所依据案发时双方当事人的回忆陈述所制作的谈话笔录，在法庭上直接被作为证据采纳，这是对直接言词原则的重大违反，但由于我国目前并未明确规定传闻证据规则，致使在证人不出庭作证的情况下大量采用证人庭前书面证言，证人证言的真实性得不到证实，被告人与证人当面对质的权利得不到保障。

综上，彭宇案中关于证据的运用方面存在着林林总总的问题，而这对于我们的启示则是，如果法官的自由心证缺乏有效的限制而徘徊于滥用之边缘，那对于我国的法治进程来说将造成灾难性的后果。考察域外对于法官自由心证的限制，我们会看到很多程序性的原则与规则在发挥着作用，如证据裁判主义、辩论主义、直接言词原则、证据规则以及证明标准与判决理由等。然而，在我国，这方面的规则大多处于缺失状态，因此，结合我国实际，如何构建证据制度既是一个亟待解决的理论问题，也是一个有着深刻实践意义的现实问题。

同时，为了体现鼓励对实证问题进行理论探索的办刊宗旨，本卷判解在栏目设置上除“聚焦”栏目外，还包括了“以案说法”、“法学教室：刑诉”、“法学教室：民诉”、“司法官论法”、“台湾法制”、“域外经典判例”、“随笔”、“学术动态”等内容，目的是通过这些文章多维度的剖析推动对诉讼规律的研究，厘清理论上的

分歧，掌握司法实践中的制度状况，通过理论与实践的双向互动，有目的地开展学术研究乃至为立法服务。

“以案说法”栏目刘英明博士生撰写的《从降低补偿案谈录音证据的采纳——以比较法为参照》，从一起简单的民事案例出发，来剖析目前在我国司法实践中存在的证据收集方面的问题，并考察了录音证据在国内外的不同规定与具体适用。“法学教室：刑诉”栏目刊载了李扬博士生撰写的《刑事诉因制度研究》，作者以日本的诉因制度为范本，阐释了诉因制度的内涵与功能，论证了我国引入诉因制度的必要性以及某些制度障碍的克服问题。“司法官论法”栏目刊载了张少林博士所撰写的《浅谈刑事案件中的“情况说明”——兼与黄维智博士商榷》一文，文章主要针对黄维智博士在《法学》2007年第7期发表的题为《刑事案件中“情况说明”的适当定位》的文章中的某些观点展开论争，包括“情况说明”的证据属性、对“情况说明”应该规范还是限制等，作者基本观点采限制加规范说，即对于属于证据范畴的“情况说明”应该规范后使用，对于不属于证据范畴的“情况说明”应该加以限制。“台湾法制”栏目刊载了两篇文章，我国台湾地区检察官杨智纶先生所撰写的《台湾地区刑事诉讼的目的变迁》和李晶所撰写的《台湾地区通讯监察制度研究》，有助于我们详细了解台湾地区相关制度的发展与变迁。“域外经典判例”栏目刊载了牟绿叶撰写的《王森案与“毒树之果”规则》和李婷撰写的《卡罗尔案与汽车搜查例外》，对于国内学者研究美国的刑事证据制度提供了很好的资料解读。“随笔”栏目刊载了高一飞教授撰写的《“群众的感觉”与死刑司法中的人道关怀》，文章针对最高人民法院领导提出的判不判死刑“要以社会 and 人民群众的感觉为依据”的说法，联系司法实践中的几个典型案例进行了分析，对在死刑案件的裁判中如何注意发挥陪审团的作用提出了建议。“学术动态”栏目刊载了中国政法大学诉讼法学研究院与北京市朝阳区人民检察院共同主办的“刑事和解与程序分流”研讨会会议综述，反映了刑事和解制