

◎ 西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心

刑事司法论丛·第1卷

孙长永 / 主编

CRIMINAL JUSTICE REVIEW (VO.1)

专题研究

法院贯彻落实新刑事诉讼法的几个问题
刑事诉讼法的修改与证据制度的完善

前沿聚焦

论行政执法证据的刑事“转化”
论非法证据排除的程序规制
论反对强迫自证其罪原则的确立及其制度配套
——以贿赂犯罪为研究对象
我国台湾地区另案监听之证据排除问题探讨

司法实践

非法吸收公众存款罪的理论实务探讨
从一件无罪命案反思我国司法人员心证过程的规制

调研报告

从司法实践看逮捕标准的把握
——以重庆市人民检察院五分院为视角

中国检察出版社

◎ 西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心

刑事司法论丛·第1卷

孙长永 / 主编

CRIMINAL JUSTICE REVIEW (VO.1)

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法论丛. 第1卷 / 孙长永主编. —北京: 中国检察出版社, 2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5102 - 1028 - 0

I. ①刑… II. ①孙… III. ①刑事诉讼法 - 中国 - 文集
IV. ①D925. 204 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 257128 号

刑事司法论丛 (第1卷)

孙长永 主编

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 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 37 印张

字 数: 561 千字

版 次: 2013 年 12 月第一版 2013 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1028 - 0

定 价: 68.00 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

《刑事司法论丛》编辑委员会

主 任 孙长永

编 委 于天敏 石经海 龙宗智 李昌林 孙长永
任惠华 刘梅湘 卢 君 梅传强

主 编 孙长永

学术秘书 向 燕 闫召华

卷首语

《刑事司法论丛》是由西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心主办的专业学术刊物。其选稿领域包括刑事诉讼法、刑事证据法、刑事司法管理制度、刑法、监狱法等，优先刊用刑事司法方面的实证研究和比较研究最新成果。

创办这样一本刊物，主要是基于三个方面的考虑：

第一，以务实的研究成果推进法治建设的需要。依法治国、建设社会主义法治国家，是宪法早已宣布的基本国策。在中国特色社会主义法律体系基本建成之后，中国法学研究的基本方向应当逐渐从立法对策研究转向司法应用研究。现行刑法已经有了八个修正案，2012年修订之后的刑事诉讼法也已经开始施行。可以预料，在相当长的时间内，这两部“基本法律”不会再有大的修改。切实保证耗费了全国人民心血、凝聚了社会共识的刑事法律得到全面实施，成为建设法治中国征程中的艰巨任务之一。为此，学界有必要面向刑事司法过程的实际问题，进一步加强法律的解释和适用方面的实证研究，以务实的研究成果为司法实践服务，为推进“法治中国”建设贡献力量。

第二，以科学的研究方法推动刑事法学研究的需要。中国目前的法学学科区分太细，在法学专业的教学和研究过程中，各二级学科之间联系不够紧密，有的学者甚至长期只关注三级学科领域内的问题。在刑事法研究领域，虽然有学者早已呼吁实行“刑事法一体化”，但身体力行的人数很少，在学术组织建设、课程设

置、研究生培养等方面，刑法学与刑事诉讼法学学科之间是完全分开的，两个学科联合开展学术活动的情形通常仅仅发生在少数两个学科的科研力量都比较强大的高校或科研机构。这对于刑事法学的健康发展是极其不利的。同时，在包括刑事法的整个法学研究领域，传统上比较注重规范研究或者注释法学，比较研究也达到了一定的深度，但实证研究近几年才开始得到运用。从法学研究的发展方向看，有必要综合运用规范研究、实证研究和比较研究的方法，特别是在“法解释论”中充分考虑中国司法的现实情况和法治发达国家的司法规则，以推动中国的刑事法学真正符合中国的司法实际需要，同时又能不断汲取法治发达国家的最新成果。《刑事司法论丛》将在这一方面积极努力，争取有所贡献。

第三，以协同创新的思维加强人文社科研究基地建设的需要。西南政法大学拥有多个重庆市或校级科学研究平台，其中诉讼法与司法改革研究中心是2006年12月经重庆市人民政府批准的市级人文社会科学重点研究基地，下设刑事诉讼法学研究中心、比较民事诉讼法研究所、司法研究中心和证据法学研究中心四个分支机构；司法鉴定中心是司法部正式授牌的十大国家级司法鉴定机构之一，面向社会公开提供物证技术等方面的鉴定服务。同时，我校还设有毒品犯罪与对策研究中心（重庆市第一批人文社会科学重点研究基地）、有组织犯罪研究中心和量刑研究中心，还与重庆市人民检察院第一分院、河南省平顶山市中级人民法院分别联合成立了检察制度研究中心和少年司法研究中心。这些研究机构，不论是市级的，还是校级的，或者是与司法机关联合成立的，都汇聚了一批在相关领域有较高研究水平或丰富司法实践经验的专家。我们将整合各方面的力量，把各个研究基地、中心建设成为协同创新的平台，把《刑事司法论丛》作为展示协同创新研究成果、实现基地服务社会功能的一个窗口。

《刑事司法论丛》(第一卷)共收录文章27篇,其中除龙宗智教授和我本人的讲座整理稿以外,多数文章是西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心2012年12月15—16日举办的“刑事证据法国际研讨会”的参会论文,在收入本卷之前,作者又根据会议讨论的情况进行了认真修改。借此机会,谨向参会的国内外来宾表示衷心的感谢!

欢迎中外刑事法学名家、新秀以及司法实务工作者就刑事司法领域的热点问题、前沿问题赐稿,也欢迎调研力量强大、调研基础良好的司法实务部门成为本刊的协办单位。我们将不断努力,争取把《刑事司法论丛》办成一个高质量的学术刊物,成为全国刑事法学界和司法实务界交流学术思想、展示最新成果的乐园。

西南政法大学副校长

诉讼法与司法改革研究中心主任

孙长永

2013年9月

目 录

专题研究

法院贯彻落实新刑事诉讼法的几个问题	孙长永 (3)
刑事诉讼法的修改与证据制度的完善	龙宗智 (38)

前沿聚焦

论行政执法证据的刑事“转化”	王进喜 (69)
从“中看”到“中用”：论我国非法证据排除规则的理性化 构建	党建军 (84)
论非法证据排除的程序规制	金 钟 (105)
刑事证据排除的范围、阶段和机制	李昌林 (118)
论我国非法证据排除规则实施的五大障碍	闫召华 (127)
非法证据排除裁判及其说理问题初探	李 露 (146)
论反对强迫自证其罪原则的确立及其制度配套 ——以贿赂犯罪为研究对象	王雄飞 (159)
证人保护适用中的考量因素 ——兼论刑事诉讼法新增保护措施适用条件	潘金贵 李冉毅 (171)
论刑事诉讼中的新闻记者拒证特权	王剑虹 林诗蕴 (186)
我国台湾地区另案监听之证据排除问题探讨	卢映洁 (197)

司法实践

非法吸收公众存款罪的理论实务探讨	卢 君 (223)
------------------------	-------------

论“排除合理怀疑”证明标准在中国刑事司法的适用	么 宁 (234)
从一件无罪命案反思我国司法人员心证过程的规制	黄维智 (249)
司法证明机理的基本问题及实际运用	胡建萍 (276)
监听资料转化为定罪证据的程序问题	曾学愚 林世雄 (291)
论约购类诱惑侦查及其合理控制	叶衍艳 李崇涛 (300)
搜查证特定性研究	薛 斌 张自柱 (313)
检察机关贯彻执行国家赔偿法相关工作研究	重庆市人民检察院课题组 (349)

调研报告

从司法实践看逮捕标准的把握

——以重庆市人民检察院五分院为视角	陆 军 宋能君 (395)
辩护律师调查取证权实证研究	郭 敏 (411)

域外法制

美国刑事证据制度的若干问题研究

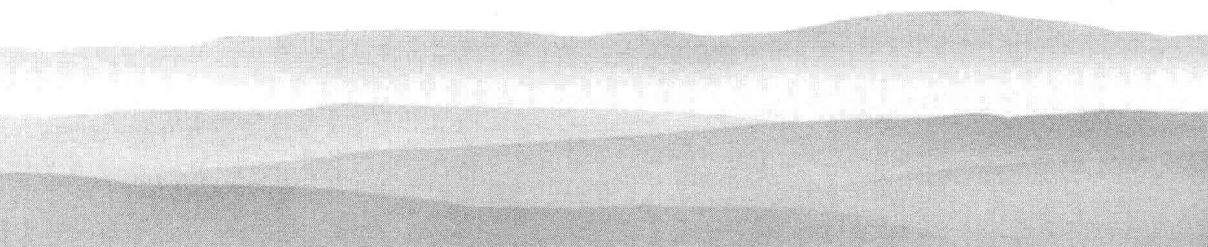
..... [美] 史蒂芬·沙曼 著 陈 盛 王红霞 译	(451)
刑事案件中以非法及违规手段获取的证据 ——探求连贯性及一致性 [英] 艾德里安·基恩 著 王晨辰 译	(481)
美国《联邦证据规则》的制定与修改	高一飞 贺红强 (504)
美国死刑量刑程序的二分式审查制度	吴宏耀 罗静波 (523)
域外证人保护制度及其特点	付 欣 (550)
稿 约	(576)

Contents

Several Issues on Implementing the New Code of Criminal Procedure of China: from the Perspective of Courts / <i>Sun Changyong</i>	(3)
The Improvement of Evidence Law under the New Code of Criminal Procedure of China / <i>Long Zongzhi</i>	(38)
The Admissibility of Evidence Collected by Administrative Law Enforcement Agen- cies in Criminal Procedure / <i>Wang Jinxi</i>	(69)
How to Design a Set of Rational Exclusionary Rules in China / <i>Dang Jianjun</i>	(84)
On the Procedural Constraints of the Exclusion of Illegally Obtained Evidence / <i>Jin Zhong</i>	(105)
On the Exclusion of Illegally Obtained Evidence: Scope, Timing and Mechanism / <i>Li Changlin</i>	(118)
Five Obstacles in Implementing the Exclusionary Evidence Rules in China / <i>Yan Zhaohua</i>	(127)
On the Reasoning of the Decision of Excluding Evidence / <i>Li Lu</i>	(146)
On Establishing the Principle of Privilege against Self – Incrimination and Its Matc- hing Mechanisms / <i>Wang Xiongfei</i>	(159)
An Analysis of Factors Considered in Applying Witness Protection Measures / <i>Pan Jingui & Li Ranyi</i>	(171)
The News Reporter’s Privilege While Testifying as a Witness in Criminal Proceed- ings / <i>Wang Jianhong & Lin Shiyun</i>	(186)
The Exclusion of Evidence Obtained through Electronic Interception in Another Case / <i>Lu Yingjie</i>	(197)

Theoretical and Practical Issues of Illegally Soliciting Deposits from the Public / <i>Lu Jun</i>	(223)
On the Application of the Beyond Reasonable Doubt Standard in China/ <i>Yao Ning</i>	(234)
Regulating the Process of Fact – finding in Criminal Caese; Reflections based on a Case from Death Penalty to Acquittal/ <i>Huang Weizhi</i>	(249)
Judicial Proof Mechanism and Its Application / <i>Hu Jianping</i>	(276)
Procedural Issues of Transforming the Intercepted Materials into Evidence / <i>Zeng Xueyu & Lin Shixiong</i>	(291)
Reasonable Control on Police Encouragement / <i>Ye Yanyan & Li Chongtao</i>	(300)
On the Particularity of the Search Warrant / <i>Xue Hong & Zhang Zizhu</i>	(313)
Several Issues on Implementing State Compensation Law; from the Perspective of the People's Procuratorate / <i>Research Panel of People's Procuratorate of Chongqing Municipality</i>	(349)
The Criteria for Authorizing Pre – trial Custody; Practical Problems / <i>Lu Jun & Song Nengjun</i>	(395)
Empirical Research on Defence Attorney's Right to Investigate for Evidence / <i>Guo Min</i>	(411)
American Criminal Evidence; Selected Aspects / <i>Stephen C. Thaman</i> ...	(451)
Illegally & Unfairly Obtained Evidence in Criminal Cases; the Quest for Coherence and Consistency / <i>Adrian Keane</i>	(481)
The Promulgation and Revisions of the Federal Rules of Evidence / <i>Gao Yifei & He Hongqiang</i>	(504)
Two – Stage Sentencing Procedure in Death Penalty Case of U. S. / <i>Wu Hongyao & Luo Jingbo</i>	(523)
Witness Protection Systems; Facts and Features / <i>Fu Xin</i>	(550)

专题研究



编者按：2013年1月24日和2月4日，西南政法大学副校长孙长永教授分别在重庆市第二中级人民法院和第四中级人民法院以“法院贯彻实施新刑事诉讼法的几个问题”为题，举行了学术讲座，结合当时刚刚公布的有关司法解释，对法院如何贯彻执行新刑事诉讼法规定的非法证据排除规则、庭前会议程序、证人鉴定人出庭作证制度、简易程序、刑事和解制度进行了系统的阐述，并就法官如何适应新刑事诉讼法的要求转变司法观念提出了若干建议。本刊全文刊登这两次讲座的录音整理稿，以飨读者。

法院贯彻落实新刑事诉讼法的几个问题

孙长永*

新刑事诉讼法的修改经历了漫长的过程，其中涉及很多问题，也有很多争议仍没有得到解决，这就需要在实践中根据立法精神进行理解。本次修改是1979年刑事诉讼法实施以来的第二次“大修”，从规模上、理念上都有重大变化，如增加了“尊重和保障人权”的规定，并在整个刑事诉讼法中体现了这一原则的要求。从内容上来说，这次修改刑事诉讼法，实质性的修改涉及七大方面，包括侦查程序、证据制度、辩护制度、审判程序、执行程序、特别程序等。因为时间关系，我主要讲以下六个问题。

一、非法证据排除

非法证据排除是这一次立法修改的重头戏。刑事诉讼法贯穿了“尊重和保障人权”的精神，其中表现之一就是初步构建了一套防治刑讯逼供的程序机制，包括：侦查阶段允许犯罪嫌疑人聘请辩护人，辩护人在审查批捕过程中可以提出意见；犯罪嫌疑人与辩护人之间会见交流基本自由，侦查终

* 西南政法大学副校长、教授，博士生导师，法学博士。

结前侦查机关要听取辩护人意见；拘留逮捕犯罪嫌疑人后必须立即送看守所，一旦犯罪嫌疑人被送入看守所，侦查人员的讯问必须在看守所进行；对于重大案件，侦查讯问过程还要录音录像；明确规定了不得强迫任何人证实自己有罪的原则；从侦查阶段开始辩护律师即可以调查取证，等等。在审判程序中，新法还强化了对证人出庭作证的要求，这对辩护人维护被告人的合法权益是一项重要的程序保证；特别是正式确认非法证据排除规则，包括在审判监督程序中对已经生效的判决，如果发现据以定案的证据是“依法应当排除”的，当事人申诉后，法院仍然需要进行再审。如果说“两个证据规定”的出台已经基本确定了非法证据排除制度，那么这一次刑事诉讼法的修改就形成了一套配套制度。司法实践中遇到非法证据时，将不再是法院“单打独斗”的局面了，也不是什么非法证据问题都要等到上了法庭才去解决，在进入审判阶段之前已经设计了很多防治的措施。

如何理解非法证据排除制度？在我看来，新刑事诉讼法的基本精神可以概括为四个方面。

第一，在排除范围上，体现了“三个突出”的思想。

第二，在排除主体上，要求公、检、法三机关在侦查、审查起诉和审判阶段分别承担排除非法证据的责任。这与“两个证据规定”有很大不同，特别是增加了公安机关作为排除非法证据的责任主体。

第三，在排除程序上，由审判人员依职权或应利害关系人申请启动证据合法性调查程序，并由检察机关对证据收集的合法性加以证明。这是2010年《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》）已经确定的原则，这一次将其进一步细化了。

第四，在排除非法证据的证明标准上，要求检察机关证明证据收集的合法性达到确实、充分的程度。与法院认定被告人有罪、检察机关履行对公诉犯罪事实的举证责任所应该达到的标准是完全一致的。

新法关于非法证据排除制度的基本精神就是这四个方面，但在具体内容的理解上还有很多问题，下面分别讲一下。

（一）非法证据的排除范围

新《刑事诉讼法》第54条规定：“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。收集物证、书证不符合法定程序，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。”这个表述与刑事诉讼法修正案草案、《非法证据排除规定》有很大的不同，它涵盖了非法言词证据和非法实物证据。在排除范围上如何体现三个“突出”的思想呢？

第一个突出，是在非法言词证据和非法实物证据之间，突出对非法言词证据的排除。关于实物证据，立法只规定了非法物证、书证，而且基本上是按照瑕疵证据来对待的，着重点是要排除非法言词证据。

第二个突出，是在各种非法的言词证据之间，突出对非法口供的排除。非法言词证据分别涉及非法方法收集的口供、证人证言、被害人陈述，但排除的重点是非法口供。

第三个突出，是在各种非法方法收集的口供之间，突出对以刑讯逼供方法收集的口供的排除。《刑事诉讼法》第50条明确规定：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据。”如果严格按照这个规定执行，那么所有非法方法收集的证据都不能使用。新刑事诉讼法没有采取这种绝对化的立场，而是规定“刑讯逼供等非法方法”收集的犯罪嫌疑人、被告人供述应予排除，把刑讯逼供进一步突出出来。

本次立法修改重点之一是证据制度，而这三个“突出”进一步表明，完善证据制度的核心就是要遏制刑讯逼供。在侦查阶段拘留、逮捕制度的完善、辩护制度的完善，以及侦查程序和审查起诉程序的完善，也有助于解决实践中长期存在的刑讯逼供问题。前些年发现的错案，几乎都与刑讯逼供有关。学界之所以强烈呼吁把“尊重和保障人权”原则写入刑事诉讼法，就是要主张、要申明、要呼吁，离开了对刑讯逼供的治理，“尊重和保障人权”就是一句空话。因为在刑事司法领域中，所谓“尊重和保障人权”从宏观的视角看，关键就是如何对待犯罪嫌疑人、被告人。非法证据排除范围上的“三个突出”表明，立法者要在证据制度的完善方面贯彻落实“尊重和保障人权”的基本原则。问题是：什么是“刑讯逼供等非法方法”？

《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》（以下简称《检察规则》）第65

条规定：“刑讯逼供是指使用肉刑或者变相使用肉刑，使犯罪嫌疑人肉体或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦以逼取供述的行为。其他非法方法是指违法程度和对犯罪嫌疑人的强迫程度与刑讯逼供或者暴力、威胁相当而迫使其违背意愿供述的方法。”《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《法院解释》）第95条与《检察规则》的表述不一样，但内容完全相同。总的一句话，“等非法方法”要达到与刑讯逼供相当的程度才需要排除相关的口供，并不是任何非法方法收集的口供都要排除，即“等非法方法”要达到与刑讯逼供相同的强迫程度，给犯罪嫌疑人、被告人的肉体或精神上造成痛苦，使其不得不违背意愿作出供述。有的同志质疑：为什么不列举出来一些非法方法？这是因为列举不了，没有哪一个国家的立法能够开列一张完整的清单。从比较法上看，目前对非法讯问方法列举最多的是《德国刑事诉讼法典》第136条A，该条规定：“（一）对被指控人决定和确认自己意志的自由，不允许用虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等方法予以侵犯。只允许在刑事诉讼法准许的范围内进行强制。禁止以刑事诉讼法不准许的措施相威胁，禁止以法律没有规定的利益相许诺。（二）有损被指控人记忆力、理解力的措施，禁止使用。”根据《德国刑事诉讼法典》第69条和第72条的规定，上述禁止性规定不仅适用于对犯罪嫌疑人、被告人的讯问，也适用于对证人、鉴定人的询问。

关于非法物证、书证的排除，根据《刑事诉讼法》第54条的规定，必须同时符合三个条件：一是收集物证、书证不符合法定程序；二是可能严重影响司法公正；三是不能补正或者作出合理解释。三个条件同时具备才需要排除相关的证据。一份证据虽然在收集程序上违法，但对案件的公正审判没有明显的影响，或者有些方面侦查机关做了补正或者提出了合理的解释，并且法院认为可以接受，该证据就可以采用。什么是“不符合法定程序”？什么是“可能严重影响司法公正”？什么是“补正”和“合理解释”？这里面涉及非常复杂的细节问题。

从学界的理解来说，“不符合法定程序”包括不符合法律对取证主体、取证手段、取证方法的规定，如不具备办案资格的人员提取的物证，未出示