
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2015 年第五期)

上海王岩律师事务所

2015 年 6 月

目录

最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定	1
社会保险争议若干问题辨析	7
非法证据排除规则实施背景下的庭审翻供问题研究	19
最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释	29

最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定

法释【2015】10号

(2014年12月29日最高人民法院审判委员会第1638次会议通过)

为了规范人民法院办理执行异议和复议案件，维护当事人、利害关系人和案外人的合法权益，根据民事诉讼法等法律规定，结合人民法院执行工作实际，制定本规定。

第一条 异议人提出执行异议或者复议申请人申请复议，应当向人民法院提交申请书。申请书应当载明具体的异议或者复议请求、事实、理由等内容，并附下列材料：

- (一) 异议人或者复议申请人的身份证明；
- (二) 相关证据材料；
- (三) 送达地址和联系方式。

第二条 执行异议符合民事诉讼法第二百二十五条或者第二百二十七条规定条件的，人民法院应在三日内立案，并在立案后三日内通知异议人和相关当事人。不符合受理条件的，裁定不予受理；立案后发现不符合受理条件的，裁定驳回申请。

执行异议申请材料不齐备的，人民法院应当一次性告知异议人在三日内补足，逾期未补足的，不予受理。

异议人对不予受理或者驳回申请裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。上一级人民法院审查后认为符合受理条件的，应当裁定撤销原裁定，指令执行法院立案或者对执行异议进行审查。

第三条 执行法院收到执行异议后三日内既不立案又不作出不予受理裁定，或者受理后无正当理由超过法定期限不作出异议裁定的，异议人可以向上一级人民法院提出异议。上一级人民法院审查后认为理由成立的，应当指令执行法院在三日内立案或者在十五日内作出异议裁定。

第四条 执行案件被指定执行、提级执行、委托执行后，当事人、利害关系人对原执行法院的执行行为提出异议的，由提出异议时负责该案件执行的人民法院审查处理；受指定或者受委托的人民法院是原执行法院的下级人民法院的，仍由原执行法院审查处理。

执行案件被指定执行、提级执行、委托执行后，案外人对原执行法院的执行标的提出异议的，参照前款规定处理。

第五条 有下列情形之一的，当事人以外的公民、法人和其他组织，可以作为利害关系人提出执行行为异议：

- （一）认为人民法院的执行行为违法，妨碍其轮候查封、扣押、冻结的债权受偿的；
- （二）认为人民法院的拍卖措施违法，妨碍其参与公平竞价的；
- （三）认为人民法院的拍卖、变卖或者以物抵债措施违法，侵害其对执行标的的优先购买权的；
- （四）认为人民法院要求协助执行的事项超出其协助范围或者违反法律规定的；
- （五）认为其他合法权益受到人民法院违法执行行为侵害的。

第六条 当事人、利害关系人依照民事诉讼法第二百二十五条规定提出异议的，应当在执行程序终结之前提出，但对终结执行措施提出异议的除外。

案外人依照民事诉讼法第二百二十七条规定提出异议的，应当在异议指向的执行标的执行终结之前提出；执行标的由当事人受让的，应当在执行程序终结之前提出。

第七条 当事人、利害关系人认为执行过程中或者执行保全、先予执行裁定过程中的下列行为违法提出异议的，人民法院应当依照民事诉讼法第二百二十五条规定进行审查：

- （一）查封、扣押、冻结、拍卖、变卖、以物抵债、暂缓执行、中止执行、终结执行等执行措施；
- （二）执行的期间、顺序等应当遵守的法定程序；
- （三）人民法院作出的侵害当事人、利害关系人合法权益的其他行为。

被执行人以债权消灭、丧失强制执行效力等执行依据生效之后的实体事由提出排除执行异议的，人民法院应当参照民事诉讼法第二百二十五条规定进行审查。

除本规定第十九条规定的情形外，被执行人以执行依据生效之前的实体事由提出排除执行异议的，人民法院应当告知其依法申请再审或者通过其他程序解决。

第八条 案外人基于实体权利既对执行标的提出排除执行异议又作为利害关系人提出执行行为异议的，人民法院应当依照民事诉讼法第二百二十七条规定进行审查。

案外人既基于实体权利对执行标的提出排除执行异议又作为利害关系人提出与实体权利无关的执行行为异议的，人民法院应当分别依照民事诉讼法第二百二十七条和第二百二十五条规定进行审查。

第九条 被限制出境的人认为对其限制出境错误的，可以自收到限制出境决定之日起十日内向上一级人民法院申请复议。上一级人民法院应当自收到复议申请之日起十五日内作出决定。复议期间，不停止原决定的执行。

第十条 当事人不服驳回不予执行公证债权文书申请的裁定的，可以自收到裁定之日起十日内向上一级人民法院申请复议。上一级人民法院应当自收到复议申请之日起三十日内审查，理由成立的，裁定撤销原裁定，不予执行该公证债权文书；理由不成立的，裁定驳回复议申请。复议期间，不停止执行。

第十一条 人民法院审查执行异议或者复议案件，应当依法组成合议庭。

指令重新审查的执行异议案件，应当另行组成合议庭。

办理执行实施案件的人员不得参与相关执行异议和复议案件的审查。

第十二条 人民法院对执行异议和复议案件实行书面审查。案情复杂、争议较大的，应当进行听证。

第十三条 执行异议、复议案件审查期间，异议人、复议申请人申请撤回异议、复议申请的，是否准许由人民法院裁定。

第十四条 异议人或者复议申请人经合法传唤，无正当理由拒不参加听证，或者未经法庭许可中途退出听证，致使人民法院无法查清相关事实的，由其自行承担不利后果。

第十五条 当事人、利害关系人对同一执行行为有多个异议事由，但未在异议审查过程中一并提出，撤回异议或者被裁定驳回异议后，再次就该执行行为提出异议的，人民法院不予受理。

案外人撤回异议或者被裁定驳回异议后，再次就同一执行标的提出异议的，人民法院不予受理。

第十六条 人民法院依照民事诉讼法第二百二十五条规定作出裁定时，应当告知相关权利人申请复议的权利和期限。

人民法院依照民事诉讼法第二百二十七条规定作出裁定时，应当告知相关权利人提起执行异议之诉的权利和期限。

人民法院作出其他裁定和决定时，法律、司法解释规定了相关权利人申请复议的权利和期限的，应当进行告知。

第十七条 人民法院对执行行为异议，应当按照下列情形，分别处理：

- （一）异议不成立的，裁定驳回异议；
- （二）异议成立的，裁定撤销相关执行行为；
- （三）异议部分成立的，裁定变更相关执行行为；

(四) 异议成立或者部分成立, 但执行行为无撤销、变更内容的, 裁定异议成立或者相应部分异议成立。

第十八条 执行过程中, 第三人因书面承诺自愿代被执行人偿还债务而被追加为被执行人后, 无正当理由反悔并提出异议的, 人民法院不予支持。

第十九条 当事人互负到期债务, 被执行人请求抵销, 请求抵销的债务符合下列情形的, 除依照法律规定或者按照债务性质不得抵销的以外, 人民法院应予支持:

- (一) 已经生效法律文书确定或者经申请执行人认可;
- (二) 与被执行人所负债务的标的物种类、品质相同。

第二十条 金钱债权执行中, 符合下列情形之一, 被执行人以执行标的系本人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋为由提出异议的, 人民法院不予支持:

- (一) 对被执行人有扶养义务的人名下有其他能够维持生活必需的居住房屋的;
- (二) 执行依据生效后, 被执行人为逃避债务转让其名下其他房屋的;
- (三) 申请执行人按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所扶养家属提供居住房屋, 或者同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金的。

执行依据确定被执行人交付居住的房屋, 自执行通知送达之日起, 已经给予三个月的宽限期, 被执行人以该房屋系本人及所扶养家属维持生活的必需品为由提出异议的, 人民法院不予支持。

第二十一条 当事人、利害关系人提出异议请求撤销拍卖, 符合下列情形之一的, 人民法院应予支持:

- (一) 竞买人之间、竞买人与拍卖机构之间恶意串通, 损害当事人或者其他竞买人利益的;
- (二) 买受人不具备法律规定的竞买资格的;
- (三) 违法限制竞买人参加竞买或者对不同的竞买人规定不同竞买条件的;
- (四) 未按照法律、司法解释的规定对拍卖标的物进行公告的;
- (五) 其他严重违反拍卖程序且损害当事人或者竞买人利益的情形。

当事人、利害关系人请求撤销变卖的, 参照前款规定处理。

第二十二条 公证债权文书对主债务和担保债务同时赋予强制执行效力的, 人民法院应予执行; 仅对主债务赋予强制执行效力未涉及担保债务的, 对担保债务的执行申请不予受理; 仅对担保债务赋予强制执行效力未涉及主债务的, 对主债务的执行申请不予受理。

人民法院受理担保债务的执行申请后，被执行人仅以担保合同不属于赋予强制执行效力的公证债权文书范围为由申请不予执行的，不予支持。

第二十三条 上一级人民法院对不服异议裁定的复议申请审查后，应当按照下列情形，分别处理：

（一）异议裁定认定事实清楚，适用法律正确，结果应予维持的，裁定驳回复议申请，维持异议裁定；

（二）异议裁定认定事实错误，或者适用法律错误，结果应予纠正的，裁定撤销或者变更异议裁定；

（三）异议裁定认定基本事实不清、证据不足的，裁定撤销异议裁定，发回作出裁定的人民法院重新审查，或者查清事实后作出相应裁定；

（四）异议裁定遗漏异议请求或者存在其他严重违反法定程序的情形，裁定撤销异议裁定，发回作出裁定的人民法院重新审查；

（五）异议裁定对应当适用民事诉讼法第二百二十七条规定审查处理的异议，错误适用民事诉讼法第二百二十五条规定审查处理的，裁定撤销异议裁定，发回作出裁定的人民法院重新作出裁定。

除依照本条第一款第三、四、五项发回重新审查或者重新作出裁定的情形外，裁定撤销或者变更异议裁定且执行行为可撤销、变更的，应当同时撤销或者变更该裁定维持的执行行为。

人民法院对发回重新审查的案件作出裁定后，当事人、利害关系人申请复议的，上一级人民法院复议后不得再次发回重新审查。

第二十四条 对案外人提出的排除执行异议，人民法院应当审查下列内容：

- （一）案外人是否系权利人；
- （二）该权利的合法性与真实性；
- （三）该权利能否排除执行。

第二十五条 对案外人的异议，人民法院应当按照下列标准判断其是否系权利人：

（一）已登记的不动产，按照不动产登记簿判断；未登记的建筑物、构筑物及其附属设施，按照土地使用权登记簿、建设工程规划许可、施工许可等相关证据判断；

（二）已登记的机动车、船舶、航空器等特定动产，按照相关管理部门的登记判断；未登记的特定动产和其他动产，按照实际占有情况判断；

（三）银行存款和存管在金融机构的有价证券，按照金融机构和登记结算机构登记的账户名称判断；有价证券由具备合法经营资质的托管机构名义持有的，按照该机构登记的实际投资人账户名称判断；

(四) 股权按照工商行政管理机关的登记和企业信用信息公示系统公示的信息判断;

(五) 其他财产和权利, 有登记的, 按照登记机构的登记判断; 无登记的, 按照合同等证明财产权属或者权利人的证据判断。

案外人依据另案生效法律文书提出排除执行异议, 该法律文书认定的执行标的权利人与依照前款规定得出的判断不一致的, 依照本规定第二十六条规定处理。

第二十六条 金钱债权执行中, 案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结前作出的另案生效法律文书提出排除执行异议, 人民法院应当按照下列情形, 分别处理:

(一) 该法律文书系就案外人与被执行人之间的权属纠纷以及租赁、借用、保管等不以转移财产权属为目的的合同纠纷, 判决、裁决执行标的归属于案外人或者向其返还执行标的且其权利能够排除执行的, 应予支持;

(二) 该法律文书系就案外人与被执行人之间除前项所列合同之外的债权纠纷, 判决、裁决执行标的归属于案外人或者向其交付、返还执行标的的, 不予支持。

(三) 该法律文书系案外人受让执行标的的拍卖、变卖成交裁定或者以物抵债裁定且其权利能够排除执行的, 应予支持。

金钱债权执行中, 案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结后作出的另案生效法律文书提出排除执行异议的, 人民法院不予支持。

非金钱债权执行中, 案外人依据另案生效法律文书提出排除执行异议, 该法律文书对执行标的权属作出不同认定的, 人民法院应当告知案外人依法申请再审或者通过其他程序解决。

申请执行人或者案外人不服人民法院依照本条第一、二款规定作出的裁定, 可以依照民事诉讼法第二百二十七条规定提起执行异议之诉。

第二十七条 申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权, 人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持, 但法律、司法解释另有规定的除外。

第二十八条 金钱债权执行中, 买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议, 符合下列情形且其权利能够排除执行的, 人民法院应予支持:

(一) 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同;

(二) 在人民法院查封之前已合法占有该不动产;

(三) 已支付全部价款, 或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行;

(四) 非因买受人自身原因未办理过户登记。

第二十九条 金钱债权执行中,买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议,符合下列情形且其权利能够排除执行的,人民法院应予支持:

- (一) 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同;
- (二) 所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋;
- (三) 已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。

第三十条 金钱债权执行中,对被查封的办理了受让物权预告登记的不动产,受让人提出停止处分异议的,人民法院应予支持;符合物权登记条件,受让人提出排除执行异议的,应予支持。

第三十一条 承租人请求在租赁期内阻止向受让人移交占有被执行的不动产,在人民法院查封之前已签订合法有效的书面租赁合同并占有使用该不动产的,人民法院应予支持。

承租人与被执行人恶意串通,以明显不合理的低价承租被执行的不动产或者伪造交付租金证据的,对其提出的阻止移交占有的请求,人民法院不予支持。

第三十二条 本规定施行后尚未审查终结的执行异议和复议案件,适用本规定。本规定施行前已经审查终结的执行异议和复议案件,人民法院依法提起执行监督程序的,不适用本规定。

社会保险争议若干问题辨析

——以用人单位与劳动者之间的纠纷为视角

俞肃平 凌怡然

【中文摘要】劳动人事争议仲裁委员会与法院受理的劳动争议案件中,社会保险争议案件已占很大比重。但在司法实践中,还存在对社会保险争议中相关问题认定标准不统一,造成仲裁员、审判员对相关问题的认定有相当的“自由裁量权”,以致出现“同案不同判”甚至自相矛盾现象或劳动人事仲裁委员会与人民法院的裁判结果不一致的结果,严重影响司法权威和司法公信力。本文对社会保险争议中常见的受理、时效、损失的计算标准等争议问题提出了见解,并认为社会保险争议的多发,与我国现行的费率过高有关,因此要降低社会保险费率,并对争议问题统一司法标准,加速地方立法。

【中文关键字】社会保险争议;受理与时效;地方立法;统一标准;费率

《人民法院报》2015年3月19日报道：据重庆市大渡口区人民法院统计，该院结案的908件劳动争议纠纷案件中，尤以社会保险争议案件最多，占到了案件总数的61.7%。

[1]

随着国务院《关于机关事业单位工作人员养老保险制度改的决定》的发布，8700万名机关事业单位工作人员将与企业员工一样，纳入统一的养老保险制度体系，以及渐进式延迟退休方案的即将出台，预计今后有关用人单位与劳动者之间发生的社会保险争议案件会进一步增加。但一些有争议的问题至今尚未统一司法标准。为此，笔者就目前社会保险争议中比较突出的问题作一点辨析，目的是抛砖引玉。

一、社会保险争议的范围

对社会保险争议的范围，有两种观点，一种观点认为，社会保险争议范围为基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险五项争议，俗称“五险”；另一种观点认为，除包括上述五险之外，还包括住房公积金，俗称“五险一金”。

要了解什么是社会保险争议的范围，首先要了解什么是社会保险。

我国原无社会保险一词，最早出现的叫“劳动保险”，源于1951年2月26日政务院公布的《中华人民共和国劳动保险条例》，标志着新中国的社会保险体系的建立，保险项目包括疾病、工伤、生育、医疗、退休、死亡等。社会保险一词初出于1994年7月5日通过的《中华人民共和国劳动法》，如该法第七十条规定：国家发展社会保险事业，建立社会保险制度，设立社会保险基金，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况获得帮助和补偿，并在退休、患病或非因工负伤、因工伤残或患职业病、失业、生育等情形下，依法享受社会保险待遇。因原劳动部早已分别在1995年1月1日、1996年10月1日实施《企业职工生育保险试行办法》和《企业职工工伤保险试行办法》，所以国务院在1994年1月22日颁布的《社会保险费征缴暂行条例》时，社会保险项目也只列基本养老保险费、基本医疗保险费，失业保险费三个，而授权各省、自治区、直辖市人民政府根据本地实际情况，可以决定本条例适用于本行政区域内工伤保险费和生育保险费的征收、缴纳。直到2010年10月28日《中华人民共和国社会保险法》（下称社会保险法）颁布，才明确社会保险的项目是指基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等五项保险。而且明确这五项社会保险费由国家有关部门统一征缴，具有国家强制性。

综上所述，社会保险争议范围仅包括上述五险，而不包括住房公积金。而且，国务院《住房公积金管理条例》第三十七条规定：“违反本条例的规定，单位不办理住房公积金缴存登记或者不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续的，由住房公积金管理中心责令限期办理；逾期不办理的，处1万元以上5万元以下的罚款。”，第三十八条规定：“违反本条例的规定，单位逾期不缴或者少缴住房公积金的，由住房公积金管理中心责令限期缴存；逾期仍不缴存的，可以申请人民法院强制执行”。由此可见，劳动者与用人单位之间因住房公积金问题发生争议，应当由住房公积金管理中心负责处理，此类纠纷不但不是社会保险争议，而且也不属于劳动争议。

但是笔者认为，如果用人单位与劳动者在劳动合同中约定由用人单位与劳动者共同缴纳住房公积金条款的，则由此引起的争议也属于福利待遇劳动争议。[2]因为《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（下称劳动争议调解仲裁法）第二条规定：因用人单位与劳动者订立、履行、变更、解除和终止劳动合同，及享受福利等发生争议的属于劳动争议。

二、社会保险争议的受理

就劳动人事争议仲裁委员会与人民法院受理的案件来看，用人单位与劳动者之间发生的社会保险争议主要分两大类：即一类是用人单位与劳动者因用人单位未缴、少缴、欠缴社会保险费，而引发的劳动者要求用人单位补缴社会保险费争议；另一类是用人单位与劳动者因用人单位未缴、少缴、欠缴社会保险费，而引发的劳动者要求用人单位赔偿社会保险待遇损失争议。

目前，劳动人事争议仲裁委员会与人民法院在司法实践中对是否受理用人单位与劳动者的社会保险争议有三种观点：

一种观点认为：凡是用人单位与劳动者之间因社会保险争议的一律不予受理，理由是国务院《社会保险费征缴暂行条例》明确规定了征缴社会保险费用是社保管理部门的职责。且根据该条例规定，用人单位必须为劳动者依法办理社会保险，故用人单位如果不按规定为劳动者缴纳社会保险费，社会管理部门可依法强制征缴。由此可见，社保管理部门与缴费义务主体之间是管理与被管理的行政法律关系，所以，人民法院不宜受理。[3]

第二种观点认为，用人单位与劳动者之间的社会保险争议宜有选择的受理。理由是虽然《社会保险费征缴暂行条例》规定社保管理部门征缴社会保险费，但不能直接得出所有涉及社会保险争议的案件都应由社保管理部门解决。尤其是《劳动争议调解仲裁法》颁布实施后，社会保险争议作为劳动争议之一已在立法上明确，如果仍坚持所有案件不受理，似乎有违法之嫌。而且也不能得出所有社会保险争议案件都可受理的结论，所以只能有选择的受理。[4]根据2010年9月14日最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（三）（下称劳动争议解释三）第一条规定：“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理”。由此可得出如下结论：如社会保险机构能补办社会保险手续，则此类社会保险争议可不予受理。因为，就目前我国法律来说，如果用人单位未为劳动者办理社会保险手续，只要劳动者向社会保险机构提出补办，极大多数社会保险机构会接受劳动者的申请，经过一定的行政程序，而让用人单位为劳动者补办社会保险手续的补缴费的。

第三种观点则认为，凡涉及用人单位与劳动者之间社会保险争议的应全部受理。笔者同意第三种观点，理由是：

首先，法律已有新的规定。2011年7月1日施行的《社会保险法》第八十三条明确规定：“用人单位或者个人认为社会保险费征收机构的行为侵害自己合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。用人单位或者个人对社会保险经办机构不依法办理社会

保险登记、核定社会保险费、支付社会保险待遇、办理社会保险转移接续手续或者侵害其他社会保险权益的行为，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。个人与所在用人单位发生社会保险争议的，可以依法申请调解、仲裁，提起诉讼。用人单位侵害个人社会保险权益的，个人也可以要求社会保险行政部门或者社会保险费征收机构依法处理。”；2011年7月1日起施行的《中华人民共和国人力资源和社会保障部令 第13号〈实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定〉》第二十七条也规定：“职工与所在用人单位发生社会保险争议的，可以依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》、《劳动人事争议仲裁办案规则》的规定，申请调解、仲裁，提起诉讼。职工认为用人单位有未按时足额为其缴纳社会保险费等侵害其社会保险权益行为的，也可以要求社会保险行政部门或者社会保险费征收机构依法处理。社会保险行政部门或者社会保险费征收机构应当按照社会保险法和《劳动保障监察条例》等相关规定处理。在处理过程中，用人单位对双方的劳动关系提出异议的，社会保险行政部门应当依法查明相关事实后继续处理。”。

从上述条款中可以看出，劳动者与用人单位发生社会保险争议，有四种解决方法，即调解、仲裁、诉讼，也可选择要求社会保险行政部门或者社会保险费征收机构依法处理。所以，无论是劳动人事仲裁委员会或法院或社会保险部门均应受理。

其次，社会保险具有社会性、强制性、互济性、福利性、补偿性、差别性六大属性。其中的社会性具有保障社会安定的职能。社会保险争议具有群体性，如果司法机关对用人单位与劳动者之间发生的社会保险争议不受理，可能会引发社会不安定因素，不利于社会稳定。

第三，有利于节约社会资源和有利于劳动者节约维权成本。如果劳动人事仲裁委员会与人民法院不受理用人单位与劳动者之间发生的社会保险争议，那么劳动者只能向社会保险管理部门申诉。但由于种种原因，社会保险部门也有可能不依法处理。那么劳动者只能根据《社会保险法》等法律法规依法提起行政复议及行政诉讼。此时，人民政府及人民法院同样也要受理，但化费的时间更长、成本更高。

第四，司法机关承担着化解矛盾、解决纠纷的职能。尤其是《劳动争议调解仲裁法》及《社会保险法》等已明确将社会保险争议列为劳动争议后，司法机关更是责无旁贷，如果法院不受理，则有违法之嫌。因此，最高人民法院认为，我国目前的一裁二审的劳动争议处理体制，此类纠纷如果经过劳动争议仲裁委员会仲裁后，一方当事人起诉到人民法院，人民法院应当受理，并依法作出实体判决。其依据在于，1、区分行政争议和劳动争议的一个明显标志是纠纷的一方是否不行政机关。不交少交或迟交社会保险费纠纷的双方当事人是劳动者与用人单位，只能是劳动争议。2、社会保险的办理往往是劳动合同的一项重要内容，劳动者与用人单位之间因此发生的纠纷显然属于劳动合同纠纷，《最高人民法院关于审理案件适用法律若干问题的解释》第一条规定，劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷属于劳动争议。3、根据《劳动争议调解仲裁法》第二条第四款规定，因社会保险发生的争议属于劳动争议。因此即使劳动者与用人单位签订的劳动合同未对社会

保险的争议进行约定，双方因用人单位不交少交或迟交社会保险费发生的纠纷，也属于劳动争议，人民法院应当作为民事案件受理[5]。而且，为了防止劳动争议仲裁委员会因种种原因对有些用人单位与劳动者之间发生的争议不受理，最高人民法院《劳动争议解释三》第十二条进一步规定，除当事人申请仲裁的案件存在移送管辖的、正在送达或送达延误的、等待另案诉讼结果或评残结论的、正在等待劳动人事争议仲裁委员会开庭的、启动鉴定程序或者委托其他部门调查取证的、其他正当事由六类理由之外，劳动人事争议仲裁委员会逾期未作出受理决定或仲裁裁决，当事人直接提起诉讼的，人民法院应予受理。只不过当事人提起诉讼时，应当提交劳动人事争议仲裁委员会出具的受理通知书或者其他已接受仲裁申请的凭证或证明。

三、社会保险争议的时效

《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”该法第二十七条第四款规定：“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”

根据上述规定，劳动争议的仲裁申请时效分为两类，一类是为期一年的一般时效；一类是追索劳动报酬的特殊时效，该时效在劳动关系存续期限为无限期，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。但用人单位能够证明劳动者已经收到拒付工资的书面通知的除外[6]，即申请时效仍从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算一年。

对用人单位与劳动者之间发生的社会保险争议适用什么时效问题，在司法实践中亦存在两种不同的观点。

一种观点认为，用人单位未为劳动者缴纳社会保险的，应当适用该法第二十七条第一款的规定，即适用一般时效，仲裁时效应当从当事人知道或应当知道其权利被侵害之日起计算一年。理由是法律只规定了追索劳动报酬可适用特殊时效。

另一种观点则认为，只要是劳动关系存续期间，如用人单位未为劳动者缴纳社会保险费的，应当适用劳动争议仲裁法第二十七条第四款的规定，即特别时效；仲裁时效应当从劳动合同关系终止（解除）之日起一年。理由是社会保险争议属于一种特殊的劳动争议，虽然法律并没有规定适用何种仲裁时效，但可参照追索劳动报酬的特殊时效。

笔者认为，社会保险的征缴，类似于国家税的征收，可参照税法规定社会保险争议的特殊时效，即：

社会保险争议的申请仲裁时效为一年。劳动者要求用人单位赔偿社会保险待遇损失的，从劳动者知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算；劳动者要求用人单位补缴社会保险费的，如用人单位未缴、少缴、欠缴社会保险费行为处于连续或继续状态，从用人单位违法行为终了之日起计算[7]。

提出上述观点的理由是：

首先，社会保险具有“互济性、社会性”的属性。

“互济性”是指国家通过统筹调剂的方法筹集和使用资金，以解决广大劳动者由于生、老、病、死、伤残、失业等造成的生活困难。

“社会性”是指社会保险的征收范围比较广泛，包括社会上不同层次、不同行业、不同职业的劳动者，是一种社会政策，具有保障社会安定的职能。

因此，国家征收社会保险费，从某种意义上来说类似于国家税的征收。用人单位与劳动者未缴、少缴、欠缴社会保险费，并不仅仅是劳动者与用人单位之间的权利与义务之争，而且直接影响到国家社会保险费的收入，侵犯了其他用人单位与劳动者的权利，侵犯了国家的公权利。或者说是损害了社会公共利益和第三者利益。因此，社会保险争议是一种特殊的劳动争议，不能仅仅规定从劳动者知道或应当知道权利其被侵害之日起计算一年。否则，用人单位的违法成本太轻，会继续不缴、少缴、欠缴社会保险费，造成国家社会保险费的大量流失，给社会埋下不安定因素和隐患。

第二，《社会保险法》对劳动报酬时效的特别保护，是基于劳动者生存权的考虑。而国家的社会保险是保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利，使公民“生、老、病、死”有依靠，其目的是为了广大公民共享发展成果，促进社会和谐稳定。其意义比保护个体劳动者更加深远。所以，根据立法精神，如果用人单位违法行为处于连续或者继续状态，仲裁时效不应当从劳动者知道或应当知道其权利被侵害之日起计算。否则，除个体劳动者的权利不能得到有效的保护之外，其他用人单位和劳动者的权利也受到影响。

第三。《社会保险法》等法律虽未明确规定用人单位与劳动者未缴、少缴或欠缴社会保险费的追缴期限，但可以参照我国其他法律规定来确定仲裁时效。如《中华人民共和国税收征收管理法》第五十二条规定：因税务机关的责任，致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的，税务机关在三年内可以要求纳税人扣缴义务人补缴税款，但是不得加收滞纳金。因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误，未缴或者少缴税款的，税务机关在三年内可以追征税款、滞纳金；有特殊情况的，追征期可以延长到五年。对偷税、抗税、骗税的，税务机关追征其未缴或者少缴的税款、滞纳金或者所骗取的税款，不受前款规定期限的限制。《中华人民共和国行政处罚法》第二十九条规定：违法行为在二年内未被发现的不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限从违法行为发生之日起计算，违法行为有连续或者继续状态的从行为终了之日起计算。《中华人民共和国刑法》第八十九条也规定，追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。

需要说明的是，劳动者与用人单位之间发生的因用人单位未缴、少缴、欠缴社会保险费而要求用人单位补缴社会保险的争议，如果没有向劳动人事争议仲裁委员会和人民法院申请仲裁或起诉，而是向社会保险管理部门要求处理，此时是否适用时效呢？因《社会保

险法》等法律法规政策并没有明确时效问题。所以，不同的统筹地社会保险管理部门对上述四个案件会有不同的处理，因而又会引发新的处理不统一问题，但在本文讨论之内。

此外，即使用人单位未缴、少缴、欠缴社会保险费，且一起处于连续或者继续状态，劳动者提出仲裁或起诉要求用人单位补缴社会保险费的时间，也不一定能从劳动者进入该单位时开始。因为国家征缴社会保险费的范围，由从仅仅向城镇企业与职工征缴、扩大到我国境内所有企业与职工征缴这么一个过程，如国务院《社会保险费征缴暂行条例》第三条和《社会保险法》第四条，第九十五条至九十七条。而且各省、自治区、直辖市又有一个试点、扩面到各统筹地行政区域内所有企业与职工的过程。用以笔者不同意认为补缴社会保险费应当从《社会保险费征缴暂行条例》颁布实施之日开始，或认为应当从各省、自治区、直辖市制订实施社会保险法规或规章之日起开始补缴的观点。笔者认为补缴各项社会保险费的起始时间应当从统筹地区将各项社会保险费的征缴范围扩大到当地行政区域内所有企业（或相关用人单位）与职工之日起开始。因为即使是各省、自治区、直辖市制订了相关社会保险费法规或政策，但这些省、自治区、直辖市又规定了地级市或县（市）有权制订相关政策。

四、社会保险待遇损失的赔偿

本文所讲述的社会保险待遇损失的赔偿，是指劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办或者通过补办仍导致其无法享受社会保险待遇的损失。

关于用人单位如何赔偿劳动者社会保险待遇损失问题，司法实践中也有二种观点：一种观点认为应当全额赔偿，主要是指在基本医疗保险、工伤保险、生育保险中，劳动者所有的医疗费和残疾辅助器具费用等支出都有应当由用人单位赔偿。理由是这样的惩罚性赔偿可以使用用人单位自觉缴纳社会保险费；一种观点认为应当差额赔偿，应当根据国家规定的社会保险基金可以支付的金额进行赔偿。理由是，用人单位未缴、少缴、欠缴社会保险费，相关法律已明确规定行政处罚措施，因此不能再加重用人单位的赔偿责任。

笔者同意第二种观点，并认为在此基础上，要结合各省、自治区、直辖市或统筹地关于基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、生育保险、失业保险五项制度的相关规定，来确定五项社会保险待遇损失的赔偿原则。具体为：

（一）用人单位未为劳动者缴纳基本养老保险费导致劳动者不能享受基本养老保险待遇的损失

基本养老保险是为解决劳动者在达到国家规定的法定退休年龄，或因年老丧失劳动能力退出劳动岗位后的基本生活而建立的一种社会保险制度。

从该制度中可以看出，如用人单位未为劳动者缴纳社会保险费，会造成劳动者达到国家规定的法定退休年龄，或因年老丧失劳动能力退出劳动岗位后不能享受基本养老金的损失。所以，笔者以为，如劳动者提出养老保险待遇赔偿时，劳动人事争议仲裁委员会可向

劳动者说明情况，让劳动者变更请求为用人单位为劳动者补缴社会保险费。如劳动者坚决不同意，再视具体情况裁决。理由是：

1、因养老保险待遇损失的计算所依据的内容纷繁复杂，而且受政策调整影响较大，如国家已连续十一年为企业休退职工增加基本养老金等，因此司法实践中确定劳动者养老保险待遇损失时相当困难。

2、即使能确定劳动者当年的养老保险待遇损失，但因为以后损失的不确定性，是采取一次性赔偿还是采取每月赔偿也没有现成的法律依据。如果用人单位与劳动者任何一方不愿意调解，仲裁员与审判员作裁决时会左右为难。

3、《社会保险法》已明确规定，即使劳动者达到国家法定退休年龄，如果基本养老保险缴费年限没达到规定标准，可以继续缴纳。所以当劳动者要求用人单位赔偿养老保险待遇损失时，有可能因未达到缴费年限而得不到支持。而且即使支持也只能赔偿用人单位因缴纳社会保险费中应当划入劳动者个人账户部份，解决不了劳动者今后养老之忧。

（二）用人单位未为劳动者缴纳基本医疗保险费导致劳动者不能享受基本医疗保险待遇的损失

基本医疗保险是为补偿劳动者因患病就诊发生医疗费用后，由医疗保险经办机构给予一定的经济补偿，以避免或减轻劳动者因患病、治疗等经济风险而建立的一项社会保险制度。

从该项制度可以看出，如用人单位未为劳动者缴纳基本医疗保险，会使劳动者患病时不能享受医疗费用的保险待遇。所以，笔者以为，用人单位未为劳动者缴纳基本医疗保险的，医疗费和残疾辅助器具费应当实行差额赔偿原则，即用人单位只赔偿劳动者应当由医疗保险基金支付的损失。理由是：

1、《社会保险法》第二十七条也规定，参加职工基本医疗保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费达到国家规定年限的，退休后不再缴纳基本医疗保险费，按照国家规定享受基本医疗保险待遇；未达到国家规定年限的，可以缴费至国家规定年限；第二十八条规定，符合基本医疗保险药品目录、诊疗项目、医疗服务设施标准以及急诊、抢救的医疗费用，按照国家规定从基本医疗保险基金中支付。

2、就五项社会保险来说，在《社会保险法》出台之前或之后，基本医疗保险是唯一没有全国性具体实施办法的。虽然从2012年以来，将制定基本医疗保险条例列入国务院年度立法计划中的“研究项目”，[8]但至今尚未出台。所以各省、自治区、直辖市的政策及具体实施办法均有所不同。但基本上都有职工到达退休年龄后，如缴费达不到标准年限的，用人单位或劳动者应当补缴。如上海、广东、浙江规定的年限分别是15年、10年、20年，北京则分男25年、女20年，而在医疗费支付问题上，普遍都规定按国家、省颁布的基本医疗保险药品目录、诊疗项目、医疗服务设施范围和支付标准支出，并在此基础上达到一个绝对数后，再按不同的比例支付或补助。

因此，基本医疗保险争议中的医疗费和残疾辅助器具费支出按差额补偿原则；而劳动者要求用人单位补缴基本医疗保险费争议，可参照本文所讲的时效和补缴起始时间处理。

（三）用人单位未为劳动者缴纳工伤保险费导致劳动者不能享受工伤保险待遇的损失

工伤保险是为补偿劳动者在工作中或在规定的特殊情况下，遭受意外伤害或患职业病导致暂时或永久丧失劳动能力以及死亡时，劳动者或其遗属从国家和社会获得工伤医疗费、伤残补偿金等物质帮助的一种社会保险制度。

从该项制度可以看出，用人单位未为劳动者缴纳工伤保险费的，会使劳动者受伤后不能享受包括并不限于医疗费在内的工伤保险待遇损失。

因此，笔者以为，用人单位未为劳动者缴纳工伤保险费的，医疗费和残疾辅助器具费等费用应当按差额赔偿原则，其余项目按《工伤保险条例》规定支付。理由是：

《工伤保险条例》第四十八条规定，经办机构按照协议和国家有关目录、标准对工伤职工医疗费用、康复费用、辅助器具费用的使用情况进行核查，并按时足额结算费用；第六十二条已明确规定：依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。

但是，用人单位即使缴纳了工伤保险费，但未在劳动者事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请（遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请时限可以适当延长。）的，根据《工伤保险条例》的规定，劳动者在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用应由该用人单位负担。[9]

（四）用人单位未为劳动者缴纳生育保险费导致劳动者不能享受生育保险待遇的损失

生育保险是对职工因生育或生育而暂时丧失劳动能力时给予生育医疗费、生育津贴等待遇方面帮助的一种社会保险制度。

从该项制度可以看出，用人单位未为职工缴纳生育保险费的，会造成劳动者因生育而不能享受生育医疗费及生育津贴的生育保险待遇的损失。所以，笔者认为，用人单位未为职工缴纳生育保险费的，生育医疗费用实行差额赔偿原则，生育津贴按国家规定赔偿。理由是：

1、《社会保险法》规定：女职工享受计划生育手术休假及法律、法规规定的其他情形期间享受生育津贴，生育津贴按照职工所在用人单位上年度职工月平均工资计发。用人单位已经缴纳生育保险费的，其职工享受生育保险待遇；职工未就业配偶按照国家规定享受生育医疗费用待遇，所需资金从生育保险基金中支付，未参加生育保险的，用人单位按此标准赔偿。

2、国务院《女职工劳动保护特别规定》第八条规定，女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。

女职工生育或者流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经参加生育保险的，由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，由用人单位支付。

但是，用人单位未缴生育保险费并不一定导致用人单位要赔偿职工生育保险待遇。如浙江省规定，职工享受生育保险待遇，必须同时具备下列条件：

1、用人单位及其职工按照规定参加生育保险并履行缴费义务连续满6个月（以生育或者实施计划生育手术的日期为准）；

2、符合法定条件生育或者实施计划生育避孕节育手术和复通手术。

（五）用人单位未为劳动者缴纳失业保险费导致劳动者不能享受失业保险待遇的损失

失业保险是对劳动者由于非本人原因暂时失去工作，致使工资收入中断而失去维持生计来源，并在重新寻找新的就业机会时，从国家或社会获得物质帮助以保障其基本生活的一种社会保险制度。

从国务院《失业保险条例》可以看出，用人单位未为劳动者缴纳失业保险费的，会使劳动者在失业时不能享受失业保险金等待遇的损失。笔者认为，如果用人单位未为劳动者缴纳失业保险金，赔偿原则只能根据各省、自治区、直辖市人民政府的规定处理。理由是：

国务院《失业保险条例》并未规定如何赔偿，但授权各省、自治区、直辖市人民规定失业保险金标准、医疗补助金标准等制定。因此各省、自治区、直辖市规定失业人员享受失业保险待遇均有所不同。如浙江省规定，因用人单位不按照规定参加失业保险、不按照规定缴纳失业保险费等原因，造成失业人员不能按照规定享受失业保险待遇、农民合同制职工不能按照规定享受一次性生活补助的，用人单位应当按照其失业保险待遇损失或者一次性生活补助损失总额的二倍给予赔偿；北京市规定“用人单位不按规定缴纳失业保险费或不按规定及时为失业人员转移档案关系，致使失业人员不能享受失业保险待遇或影响其再就业的，用人单位应当赔偿由此给失业人员造成的损失”；广东省规定“单位拒不参加失业保险或者擅自停止缴纳失业保险费，导致失业人员不能按规定享受失业保险待遇、农民合同制工人不能按规定享受一次性生活补助的，由单位按失业人员、农民合同制工人应当享受的失业保险金或者一次性生活补助总额的二倍给予一次性赔偿”。而且，浙江、北京、广东等地对失业保险金、医疗补助金等的计发标准都有所不同。

此外，用人单位未缴失业保险费，也不一定必然导致用人单位要赔偿劳动者失业保险待遇损失。因为无论是国务院《失业保险条例》还是各省、自治区、直辖市均规定，失业人员需同时具备三个条件才能享受失业保险待遇：1、用人单位与劳动者需按照规定履行缴费义务满一年；2、非因本人意愿中断就业；3、已办理失业登记，并有求职要求的。

五、结语

（一）降低社保费率

用人单位与劳动者之间社会保险争议案件的多发，虽然因素很多，但笔者以为，最关键的是国家要求用人单位及劳动者缴纳社会保险费率太高。因此需要国家对五项社会保险制度进行顶层设计，目前主要是考虑降低社会保险费率。使社会保险成为用人单位与劳动者自觉缴纳的制度，如浙江省目前建立的新型农村合作医疗制度和城镇居民基本医疗保险制度。从原来的动员城乡居民参加保险，到现在居民主动到居委会和村委会打听每年何时缴纳的自觉缴纳。关键是大多数人都觉得这个保险费用能够忍受，不影响普通公民的生活水平，而且大多数人也受到益处。

根据目前我国社会保险政策的相关规定，五项社会保险的缴费比例，用人单位为29.5%至30%，劳动者个人达到11%，总体已超过40%。社会保险的缴费之和达到工资水平的40%，缴费水平是全世界最高的国家之一，约为“金砖四国”其他三国平均水平的2倍，是G7国家的2.8倍，是东南亚邻国的4.6倍。社会保险缴费已成为用人单位的沉重负担，也影响了劳动者的直接收入。因此，降低社会保险费率已成为今年全国“两会”代表们热议的焦点。而浙江省2014年年底已连续2个月临时性下调中小企业养老保险缴费费率，并自2015年1月1日起，将失业保险费率统一由3%调整为2%。用人单位按照本单位工资总额的1.5%、职工个人按照本人工资的0.5%共同缴纳失业保险费。国务院常务会议也于今年2月25日作出决定，将失业保险费率由于%下调到2%。另据人力资源和社会保障部透露，工伤保险和生育保险费率年内也将下调。对五项社会保险中绝对占“大头”的养老保险，有的省份已开始对费率进行统筹，如浙江已统一调整为14%。广东此前单位平均缴费率为13.9%，今年统一调整为13%—15%。[10]而且，国家力争在今年出台职工养老保险全国统筹方案。

（二）统一裁判标准

社会保险争议有继续增长和高发的可能，司法机关应当统一裁判标准。

据国家统计局最近发布的《2011年我国农民工调查监测报告》显示，我国农民工总量达到25278万人，其中50岁以上的农民工14.3%，突破3600万。[11]这些农民工、特别是建筑行业农民工大多数没有参加社会保险，因此，很可能会引发群体性社会保险争议。所以笔者认为，在最高人民法院尚无新的劳动争议司法解释出台前，各省、自治区、直辖市劳动人事仲裁委员会应当与高级人民法院，或各地地级市劳动人事争议仲裁委与中级人民法院，共同根据现行法律及司法解释，总结实践经验，出台社会保险争议案件审理工作规范等规范性文件，细化规范，统一裁判标准，合理约束仲裁员及审判员的自由裁量权，避免导致出现“同案不同判”甚至自相矛盾现象或劳动人事仲裁委员会与人民法院的裁判结果不一致的结果，严重影响司法权威和司法公信力。

（三）加速地方立法

出现上述有争议的问题，也与各省、自治区、直辖市人民政府没有根据《社会保险法》及国家人力资源和社会保障部发布的相关规章及文件、及时制定当地法规或规章有一定关系。比方说，用人单位未缴、少缴、欠缴基本养老保险费的补缴起始时间及补缴基

数；基本医疗保险费、工伤保险费、生育保险费、失业保险费是否可补缴，如果能补缴，补缴的基数及起始时间；等等。因此，各省、自治区、直辖市人民政府应当就此加速立法，使劳动人事仲裁委员会与人民法院的裁判有依据、能执行。避免劳动人事仲裁委员会与法院作出裁判后，由于社会保险机构内部的规定不予配合，造成行政权与司法权的冲突，导致劳动者救济权缺失，社会保险权利无法得到有效保护。

【注释】

[1] 参见伍星、刘星、张琴、刘勋、石珍：《积极规范劳动关系 依法维护劳动权益》，《人民法院报》2015年3月19日第8版。

[2] 因本文主要是讲述社会保险争议，所以不对该问题展开。

[3] 奚晓明主编：《（最高人民法院）劳动争议司法解释（三）的理解与适用》，人民法院出版社2010年9月第1版，第30页。

[4] 同上。

[5] 奚晓明主编《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》（2011年修订版），人民法院出版社2011年3月第1版，第301页。

[6] 最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第二条：拖欠工资争议，劳动者申请仲裁时劳动关系仍然存在，用人单位以劳动者申请仲裁超过六十日为由主张不再支付的，人民法院不予支付。但用人单位能够证明劳动者已经收到拒付工资的书面通知的除外。其中“六十日”的规定已被《调解仲裁法》的出台而作废。

[7] 笔者之所以没有采纳“劳动合同终止或解除之日起计算一年”的观点，是因为考虑到社会保险争议虽是一种特殊的劳动争议，对仲裁时效规则不能过于机械苛刻。但也要坚持《劳动争议调解仲裁法》关于仲裁时效的基本规定，以发挥仲裁时效的制度功能，维护现存秩序的稳定，督促劳动者及时主张权利，平衡用人单位与劳动者双方权利与义务。当然，当用人单位未缴、少缴、欠缴社会保险费至劳动者合同终止或解除时，则有违法行为终了与合同终止或解除之日竞合之情况。

[8] 陈磊，《医保“全国漫游还需立法助力”》，《法制日报》2015年3月20日第4版。

[9] 期间是指从事故伤害发生之日或职业病确诊之日起到劳动保障行政部门受理工伤认定申请之日止。

[10] 叶前、甘泉、岳德亮、徐博《四问社保费率下调还能走多远？》，《浙江法制报》2015年3月11日第2版。

[11] 陈炜炜：《高龄农民工生存现状》，《联谊报》2015年3月24日第1版。

非法证据排除规则实施背景下的庭审翻供 问题研究

——对 2011—2013 年 655 起案件的实证考察

张 健

【中文摘要】以《非法证据排除规定》实施后近三年庭审阶段 655 起翻供案件为样本做出考察，重在讨论公诉机关与法官在面对被告人翻供时所呈现的复杂策略与态度。通过考察发现，尽管非法证据排除规则为被告人有效辩护提供了契机，但实践表明法官在证据采信、证明责任分配、证明标准等方面仍有失公正。司法层面上翻供现象的逐步消除，不能只依赖立法的完善，更需要现代刑事司法程序一系列配套措施与外部条件的建立与完善。

【中文关键字】翻供；非法证据；《非法证据排除规定》；庭审

翻供这种在我国司法实践中较为普遍的现象在经历了余祥林、赵作海等刑讯逼供、冤假错案曝光以后，逐步引起司法部门的重视。2010 年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部与安全部联合出台《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》）。2012 年新《刑事诉讼法》与司法解释进一步吸收并确立了非法证据排除规则。这都为被告人程序性辩护带来了新契机。然而，在新规定实施三年之后，翻供现象呈现出怎样的变化？《非法证据排除规定》是否满足了制度预期？针对刑讯逼供等非法取证而提出的翻供是否得到了排除？这都需要司法实践的检验。

对于实证研究来说，研究对象的选取极为重要。笔者以“北大法律信息网”自 2011 年到 2013 年公布的庭审阶段翻供的刑事案例为标准，从中选取了通过法院判决书能够比较全面展现案件全貌且为当地审判机关推荐至最高人民法院作为精选案例作为本文分析的样本。2010 年《非法证据排除规定》实施以后，被告人“翻供”现象激增。在全国范围内自 2011 年到 2013 年 3 年间，庭审阶段被告人翻供的案件共 655 起。其中，2011 年 170 起，2012 年 206 起，2013 年 279 起。统计显示，《非法证据排除规定》实施之前，在 2009 年翻供案件只有 76 起，2010 年 89 起。然而，规定实施以后，2011 年案件就飙升到了 173 起。这是 2010 年的 1.91 倍^[1]。的确，被告人庭审阶段翻供现象出现激增不排除司法实践中有被告人“侥幸”以遭遇刑讯逼供等违法取证为由提出非法证据排除申请进而翻供的情况。但我们认为，翻供激增现象更与被告人辩护权保障有更大的关系。《非法证据排除规定》、新《刑事诉讼法》的颁布实施一定程度上改变了刑事诉讼过程的封闭性。翻供现象的大量出现也说明被告人对司法独立、法官裁判的公正公平有了更多的期待与渴望。

一、控方应对翻供的策略与裁判者的态度

在司法实践中，被告人翻供的原因主要包括刑讯逼供、诱供、记忆错误、笔录记载错误等。从对 655 件样本案例分析来看，基于刑讯逼供等程序非法的理由，被告人提出的翻供案件最多，案件数量 151 起，比例为 23.0%。并且统计发现，肉体型的刑讯逼供已不多

见，但是制造恐惧、疲劳战术等精神性刑讯逼供仍然存在。其他类型的翻供案件：基于诱供而翻供的案件有 52 起，比例为 7.9%；基于记忆错误翻供的案件 81 起，占 12.4%；笔录记载错误而翻供的案件 73 起，比例为 11.1%。其余 298 起翻供案件并没有记载原因。由于庭审翻供类型不同，公诉机关与审判机关针对被告人的翻供也采取了不同的策略与态度。

（一）基于诱供、记忆错误、笔录记载错误等原因的翻供

在基于诱供、记忆错误、笔录记载错误等原因而翻供的 206 起案件中，检察官与法官在庭审时并没有给予足够的重视。在此类翻供案件中，要么控方简单宣读被告人在侦查阶段的有罪供述，法官予以默认。比如霍海华等运输毒品案，法官就认为：“被告人赵海滨在侦查阶段前后所作供述内容一致，其亦承认在侦查阶段的供述系自愿、合法的，而对于当庭翻供的原因并不能做出合理、令人信服的说明，故本院认为被告人赵海滨在侦查阶段所做的供述更具有可信度，应予采信，当庭翻供不予采信。”[2]要么法官指出被告没有提出合理的线索，没有提供合理的解释与理由，而对被告人的翻供置之不理。比如，邢云明等故意伤害案的裁判文书写道：“二被告人在庭审中翻供，但不能合理说明翻供理由……二被告人的辩解不予采纳”[3]。在笔者的调研中，检察官与法官也毫不讳言地认为庭审阶段此类案件的翻供大多是“被告人存在蒙混过关的侥幸心理和逃避惩罚的心理”。

可以看出，在基于诱供、记忆错误、笔录记载错误等原因而翻供的案件中，由于大多不存在刑讯逼供问题，控方与裁判者并没有给予充分的重视。大多数案件都是控方简单宣读讯问笔录，并强调讯问笔录的真实性与当事人的自愿性，更没有对此类案件的翻供提供补充证据。法官也往往对控方的做法采取默认态度，近乎无视当事人的翻供。

（二）基于刑讯逼供的翻供

《非法证据排除规定》对司法机关的证据采纳提出了更高的标准和要求。所以，实践中，对于被告因为刑讯逼供而提出的翻供，检察官与法官的态度与之前对待因为诱供、记忆错误、笔录记载错误等原因的翻供案件有巨大差别。在基于刑讯逼供而提出的翻供案件中，控方无一例外都加强了对相关证据的审查核实，补充了新证据，以确保办案质量。但是，尽管如此，在因为刑讯而提出的翻供中，仅有 48 起案件启动了非法证据排除程序，比例占翻供案件总量的 7.3%。其余案件或经法庭调查认为获取被告人审判前供述的合法性无疑，或因被告人及其辩护人未能提供相关线索，均未启动非法证据排除程序。众所周知，举证责任与证明标准是非法证据排除程序中的两个关键性要素。下面将从这两方面展开论述。

1. 举证责任。《非法证据排除规定》要求被告及其辩护人对刑讯逼供承担初步的证明责任。所以，被告方只需提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索即可。这一责任分配规则曾被认为是非法证据排除规则立法的重大突破与里程碑事件。然而，通过分析我们发现，在 151 起基于刑讯逼供而提出翻供的案件中，有 43 起案件在被告人提出翻供进而申请排除非法证据时，证明责任并没有实质性地倒置给公诉方，比如在

李改文等故意伤害一案中，法官指出：“李改文、王师侠及辩护人亦未提供相应的证据或证据线索证明李改文、王师侠曾遭受刑讯，故李改文、王师侠及辩护人提出其有罪供述系刑讯逼供形成，申请非法证据排除，均无证据支持，不能成立。”[4]另有32起案件法官并没有明确分配举证责任，并且也没有要求控方针对逼供问题进一步补充证据，法官就采信了讯问笔录。这种法官通过回避、模糊举证责任分配但最终采信审前笔录的案件占总量的近五成（48.4%）。如此看来，《非法证据排除规定》确立的证明责任仍旧没有落到实处，法官在非法证据排除举证责任分配问题上依然偏袒控方。

并且，司法实践中，法官在庭审中对被告人提出的线索要求过于苛刻，被告人翻供以后仅向法庭提供存在刑讯逼供是不够的，还必须将非法取证人员姓名、时间、地点、方式、内容等一一陈述清楚。然而，由于受到持续高压讯问、身体虚弱、记忆力下降，除了刑讯给被告人带来刻骨铭心的记忆以外，他们很难将刑讯的具体细节交代清楚。比如兴化市得胜湖啤酒有限公司等假冒注册商标、销售假冒注册商标的商品案，法官就在判决书中一笔带过：“被告人杨加春的辩护人所提的其当事人在侦查阶段所做的对己不利的供述系公安机关的非法证据并请求予以排除的辩护意见，因无证据证实，不予采纳。”[5]再比如陈柱兵等受贿案一案：“法庭认为，被告人杨静及其辩护人并没有就所提要排除的证据系非法取得向法庭提供充分的证据，故决定不启动非法证据排除程序。”[6]法官对于非法证据排除线索的高要求，使得被告人及其辩护人望尘莫及。这样一来，法官就有意无意中把证明责任转嫁给了被告方。

2. 证明标准。辨别非法证据的关键，在于明确“非法”的程度。“非法”的程度决定了“非法证据”应当或者可以“排除”的程度。《非法证据排除规定》明确了我国非法证据排除的证明标准：公诉人承担证明责任时适用“排除合理怀疑”，而并非“优势证据”的证明标准——立法上已经明确了最为严格的证据标准。

然而，在151起因为刑讯逼供而翻供的案件中，控方采用提供讯问笔录这一“自证清白”方式来证明证据合法性和被告供述真实性的案件有113件，所占比重最多，为74.8%。提供加盖公章的说明材料的有94件，所占比重62.3%[7]。提供体检健康证明的有56件，比重为37.1%；提供录音录像的案件仅有16件，占到10.6%。并且，在所有的翻供案件中没有一例案件出现讯问人员出庭质证。现有的调研也表明，这一方式在司法实务中，即使是在一些重大案件中，也是极少适用[8]。从这里我们看到，刑讯笔录仍旧是法官审查的重点。在辩方提出排除非法证据的申请以后，公诉机关仍旧大多采用侦查笔录、提供“说明材料”等方式予以证明，提供全程录音录像或者体检证明的情形不多见，通知侦查人员出庭作证基本为零[9]。法官在受理辩护方提出的排除非法证据的申请后，控辩双方往往各执一端。被告人声称曾受到逼供或者诱供，讯问笔录中的陈述并非出自本人意愿，而公诉方则往往会提出讯问笔录、情况说明来否认辩护方的主张以此来证实侦查行为的合法性。控辩双方依旧在笔录上做文章，非法证据排除程序的庭审调查无法深入进行，基本以走过场的方式完成了。

的确,《非法证据排除规定》第7条规定了控方不需要一一提供证据用来证明讯问合法,而只需要根据个案情况提供部分证据达到排除合理怀疑的证明标准即可。所以,在非法证据排除程序中法官可能会让控方讯问人员直接出庭作证,也可能提供看守所健康检查证明等方式,方式不一而足。然而,通过对样本案件的分析我们看到,控方在这些证据方法的使用上明显存在着主动性和选择性。法院往往也一再容忍公诉机关在证据方法使用上的选择。这无疑降低了非法证据排除的证明标准。显然,非法证据排除的证明标准在实践中已经大大缩水。所以,法庭排除非法证据的翻供案件极为少见[10]。

二、翻供对庭审的影响

(一)法官对被告人的翻供辩解采信率极低,非法证据排除难,刑事辩护力量的强弱构成了翻供能否被法官采信的重要因素。655起样本案件中只有15起被告人的翻供得到了法官的采信,比例仅仅为2.3%。尽管在被告提出遭遇了刑讯逼供等非法取证程序时,被告的翻供主张才会受到法官的重视。然而,即使如此,如上文所述,仅有48起案件启动了非法证据排除程序,比例为7.3%。其中,这48件开启的非法排除程序都是以辩护方申请开启,法官在刑事审判中主动发现取证程序合法性问题而启动非法证据排除程序的案件为0。

所以说,法院在审查和排除非法证据过程中仍旧面临界定难、证明难、排除难的现状,非法证据排除规则沦为了“原则采纳,例外排除”的“不排除规则”[11]。浙江省宁波市鄞州区法院章国锡涉嫌受贿案是我国第一例在判决书中运用《非法证据排除规定》的案件[12]。尽管本案启动了非法证据排除程序,但最终只排除了部分证据。控方对取证合法性的证明只提供了三项证据,但拒绝提供全程审讯录像,拒绝侦查人员出庭作证,对被告人体表检查登记表记载的伤情又无法做出合理解释,完全没有达到“确实、充分”的证明标准[13]。此外,再以影响比较大的樊奇杭案件为例。该案中,被告律师已经提供录音录像、健康检查登记表等明显证明刑讯逼供的存在,并且被告人在提供侦查人员涉嫌非法取证的证据后,法院仍然没有启动非法证据排除程序,更为重要的,最高人民法院最后竟对该案核准了死刑,随后立即执行死刑。该案正值《非法证据排除规定》颁布不久,最高法自己成了规则破坏的“始作俑者”[14]。

另外,通过对15起翻供成功的案件分析发现,这15起案例辩护的效果要远好于其他案件刑事辩护效果。首先,这些案件均有辩护律师或其他委托代理人出庭为被告人做刑事辩护,刑事辩护率达到了百分之百,并且,根据判决书的记载,被告人和辩护人都做了充分的辩护意见。这里以李刚等贩卖毒品案为例说明。该案中被告人一直辩称其有罪供述是在刑讯逼供下违心做出。其辩护人又申请庭前调取公安局大厅和大楼门口、医院走廊、大厅的监控录像及医院证明。一审法院要求警方对被告的身体检查情况进行说明,警方没有回应;通知办案人员出庭说明情况,但办案人员拒绝出庭。最后该院认为:“公诉人在一审开庭审理时虽然出示李刚的有罪供述笔录、在押人员体检登记表以及侦查机关依法办案的情况说明,但是对李刚两次健康检查没有做出合理解释,侦查机关对可能判处无期徒刑

以上刑罚的李刚在讯问时也没有按照法律规定进行同步录音录像，在现有证据材料尚不能排除李刚的有罪供述系非法取得的情况下，法庭通知侦查阶段办案人员出庭说明情况，但办案人员经通知拒绝出庭。综合现有证据分析，不能排除李刚在审判前的有罪供述系侦查机关采取非法方法取得的合理怀疑……”[15]这是笔者在 655 份样本案件中遇到的最典型的一份成功排除非法证据的案件。该案详细的判决书说明当事人及其辩护律师为非法证据排除所做的努力。这表明刑事辩护力量的强与弱直接关系到法官对被告人辩解的采信程度。被告人一方的辩护力度越大，庭审的举证、质证程序就越规范，相应地，被告人辩护权被保障得就越充分。

（二）翻供对司法裁判的影响。从样本案件的分析来看，翻供对案件实体影响主要集中在量刑方面，对定罪并未产生影响。一方面，被告人翻供以后就不再认定为自首，特别是对能够自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首，这是基于《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》的规定。另一方面，对于被告人的当庭翻供行为，往往使法院对其有认罪态度不好的“前见”（尽管庭审中的一些警示性话语，比如“你要老实交代”、“你要如实回答，不要翻供”等已经不存在）。这将会影响到法院对其的量刑。比如王志刚故意杀人案，法官就认为“被告人归案后拒不如实供述，后虽作供述，其后又翻供，拒不认罪、悔罪，主观恶性较深”[16]，再比如杨巨海非法持有、贩卖毒品案一案，裁判文书就写道：“被告人杨巨海归案后如实供述自己的犯罪事实，但在一、二审中翻供，拒不认罪，且有贩卖毒品前科及吸毒劣迹，属于毒品再犯，依法应从重处罚……”[17]也就是说，法院自身对待翻供问题存在矛盾：一方面，法院坚持事实认定，并不盲目斥责、排斥被告人的翻供，认为这是被告人行使刑事辩护权；另一方面法官却在量刑上做出改变。被告人翻供被看作是衡量被告人犯罪态度的重要材料，这也成了贯彻“坦白从宽，抗拒从严”刑事政策的一种表现。

（三）尽管翻供对被告人定罪影响不大，然而对法院庭审程序却产生了巨大的影响。这种影响主要体现在三个方面：一是法院庭审期限普遍较长。655 件翻供案件中审查时间超过一个月的有 326 件（占 49.6%）。其中 23 件审查时间超过 4 个月，36 件审查时间在 3 个月左右；所有翻供案件的平均审查时间为 53.6 天。二是法官的工作量明显增加。其中，提审 2 次以上的达 102 件（约占 15.6%）；延长审查起诉期限 1 次以上的有 353 件（约占 53.9%），退回补充侦查 1 次以上的有 171 件（占 26.1%），其中同时存在延长和退补两种情况的有 53 件。三是因翻供而适用普通程序的比例较大。15 件翻供案件中，除了其中 126 件因后来认罪适用简易程序或者普通程序审理“被告人认罪案件”之外，其余 529 件均适用普通程序审理，占翻供案件总数的 80.1%。这也从另一个侧面反映了司法机关之所以对翻供比较反感的原因——在“案多人少”的大背景下，翻供无疑加重了他们的工作量。

由此我们得出结论，庭审阶段被告人的辩护权实现依旧有限。“笔录中心主义”、“案多人少”大背景下被告人翻供辩解被采信的概率依旧很小。司法机关也并未对新形势

下被告人“翻供”激增现象做好充分的准备。当事人在庭审阶段翻供提出辩解,是其行使辩护权的表现。非法证据排除规定颁布以后,大量案件出现翻供现象说明被告人对司法独立、司法公正公平的期待与渴望。但是,通过我们以上对翻供案件的分析来看,无论是法院、检察院在否定事实翻供中采取的“无视”策略,抑或是在基于程序非法当事人提出翻供中,司法机关降低证明标准,甚至简单宣读讯问笔录以证明取证合法性的应对方式都说明了司法机关办案人员显然架空了立法。在总体上来看,司法机关并不愿意采信被告人的翻供,被告人的辩护权保护不容乐观。司法实务的调查也印证了这一点。

在调研中,大多数公安机关、检察官、法官、律师对《非法证据排除规定》在实践中的可操作性并不持乐观态度,相当一部分人认为其可行性比较小,仅有极少数人认为可行性较大。这在一定程度上说明了司法实务人员对于非法证据排除规定的态度并不是很积极,多持观望或者否定态度[18]。

三、翻供被消解的内在逻辑与对策展望

(一) 翻供被消解的原因

“法律的生命在于实施。”“纸面上的法律”转化为“行动中的法律”必须要考察中国非法证据排除规则的外部运行环境问题,找到问题的症结所在[19]。在当下,当事人翻供及其普遍失败的宿命不只是当前我国证据制度先天不足所致,更与当下我国刑事司法在制度承受以及立法创新方面的诸多矛盾有千丝万缕的关系。一方面,刑事司法模式构造向当事人主义模式的不完全转型及其所彰显的程序至上、权利保障观念使当事人对于凭借其角色互动以争取更广泛的权利保持了合理的预期;另一方面,法律治理化的传统——国家控制犯罪的强大政策目标压力以及公众对实质正义的传统价值主张也使以程序正义、权利保障为导向的制度移植与制度创新在刑事诉讼运行中的应有效应产生递减[20]。具体展开就是刑事诉讼构造与法律治理化的传统未曾改变。

诉讼构造与证明模式未变。尽管近年来司法改革已经初步实现了庭审从“审问式”到“对抗式”的转变,然而职权主义模式在庭审实践中依旧存在,非法证据排除规则赖以生存的对抗制土壤并未形成。现有的考核机制更是加剧了这一司法模式的存在与运作。理想中的司法场域是控辩双方相互对抗,法官居中裁判,不偏不倚,然而,公、检、法的考核评价制度使控辩审三方三角式基本构架的诉讼关系完全蜕变成了“流水线”的作业模式。科层式的司法体制与有罪必罚的诉讼理念导致实质上的证明机制被扭曲。法庭审判成为一种对侦查结论的二次确认程序,沦为国家追诉主义之下不得不为的法律仪式,而失去了其应有的确保司法裁判结果公正、权威的价值。对于翻供问题,法官也是讳莫如深,顾虑重重,如果法院采信了被告的翻供,案件关键证据被推翻而使得被告人无罪释放,与案件有关的公诉人和侦查人员的晋升与考核均会受到影响,受现有的考评机制的影响,很多法官碍于情面,就会尽量不排除非法证据,我国法官丧失了实施非法证据排除规则的能力和勇气。由此可见,翻供被消解的背后是公检法之间的关系。“在司法体制改革没有得到充分突破的情况下,就贸然推进证据规则的制定、诉讼规则的完善,最终导致的后果是,证据

规则和程序规则被架空了。”总的来说，非法证据排除规则的难以实践，“根本在于法院在整个司法体制改革中缺乏足够的权威”[21]。

法律治理化传统与实质正义的传统价值主张。更为深层的考察，需要我们将刑事司法场域放置于社会转型的宏大背景中展开。在国家强调“稳定”、“和谐”的大背景下，维护社会的秩序稳定成为司法机关当下的中心工作。与国家政权联系紧密的刑事司法更是如此。司法机关对辩护方权利（包括，但不限于翻供）的漠视，表面原因是非法证据排除规则不完善、法官妥协等各种因素与力量的耦合，背后的实际原因在于司法场域依然受政治场域支配，在于我国法院未能实现由传统社会治理工具向现代社会司法控制方式的转变。在中国，政治的合法性决定了司法的合法性。在这里，刑事司法只是政法治理的一个工具，是正义理想与社会秩序、社会影响等相互平衡的一个考虑因素而已。

据此分析法官对待“翻供”案件呈现的复杂态度与法官需要考量的各种因素可以看到，一方面，由于近年来刑事司法改革对法官职业化、控辩审职能的重新配置，使得形式上的庭审控辩双方对抗、法官中立成为可能，在此情形下，法官司法裁判时基于司法中立、法官使命感等基本的司法原则坚持司法裁判的基本形式要求。正因为如此，我们才看到，在翻供案件中裁判者一改之前批评与斥责的态度与作风，在总体上能够比较中立客观地正视被告人翻供；然而，另一方面，中国的刑事法官还面临来自案外因素的影响，公检法、政法委、被害人及其家属等方面的压力，而如果这些案外因素在法官做出裁量时占据了主导地位，翻供往往会被消解[22]。例如，在余祥林案件中，被告人就曾数次翻供，法院也几次退回补充侦查，但最终法院做出了有罪判决。其中关键的转折点是政法委牵头举办的“三长会议”（公安局长、检察长和法院院长）。原因在于当时被害人家属召集了200多人多次上访，造成了很大的社会压力。出于维稳考虑，政法委出面调解，法院从轻判决，以15年有期徒刑结案[23]。在这里，法官也采取了一种所谓的“综合全案通盘考虑”的策略。法官在面对翻供案件时采取的策略衡量的标准就是被告人提出的非法证据对案件定罪的价值。它是法官裁判排除证据与否的关键考量因素。非法证据最终能否被排除，翻供能否被采信主要取决于辩护方提出的证据对证明其有罪起作用的大小。具体来说，如果辩方翻供提出排除的证据对被告人的定罪无关紧要，法官可能会“网开一面”，容忍或者采信被告人的翻供（这仍旧是少数）；如果被告申请排除的证据是支持被告人有罪的关键证据，关键证据排除就意味着无法对被告人进行定罪，那么该证据一般不会被排除；因为这会产生控方败诉风险，而“无罪判决”对当下的刑事司法体制来说显然难以承受。

（二）对策

虽然本文的实证研究给读者展现了目前司法体制下非法证据排除规则近乎悲观的命运，但是这种真实的状态应该是法律运行的常态，因为不管我们怀有多么美好的愿望，“行动中的法”总会与“书面中的法”产生背离。翻供被消解是多方面共同起作用的结

果。所以，解决翻供被忽视的问题，保证非法证据排除规则的落实也必须依靠诸多方面的配套措施，才能做到标本兼治。

首先，推进以审判为中心的诉讼制度改革，从“笔录中心主义”到“庭审中心主义”、“审判中心主义”的转变。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》首次明确提出推进“以审判为中心”的诉讼制度改革。我们认为，审判程序是现代刑事诉讼的核心。

当前，推进审判中心主义的改革需要优化司法职权配置，而协调与完善公检法机关的权力结构和诉讼制度的运行机制将是我国司法改革的重点与难点所在[24]。而在“让审判者裁判，由审判者负责”的指导思想下，司法改革要求裁判者亲历审理和证据审查过程，依据当庭提供并经过控辩质证的证据作出裁判。

由案卷笔录中心主义走向庭审中心主义，绝非技术层面的小修小补，而是对刑事诉讼构造的重新审视，是打破侦查本位主义回归庭审实质化和重塑司法权威的需要，要以新刑事诉讼法实施和司法改革为契机进行转变，以实现看得见的正义。我们认为，解决翻供问题，必须坚持直接言辞原则。

这是向庭审中心主义转型的核心，使法官有能力、有权威正视翻供问题，敢于排除非法证据。同时，改革目前科层式的法院考核体系、针对“案多人少”，司法资源短缺的现实，可以考虑增加不起诉率、无罪判决率等有关非法证据排除规则适用的相关考核指标。在司法机关驻地财政和编制允许的情况下尽量增加司法资源的投入。总之，目前的改革趋势是摒弃侦查中心主义，树立裁判者的权威。建立以审判为中心的诉讼新格局势在必行。

其次，完善庭审程序。庭审阶段的翻供问题被消解的根源在于我国法院长期存在的“案卷笔录中心主义”传统。实践中，法官往往通过阅读控方移送的案卷笔录来开展庭前准备活动，对于证人证言、被害人陈述、被告人供述等言词证据，一般采用宣读案卷笔录的方式进行法庭调查，法院在判决书中甚至援引侦查人员所制作的案卷笔录，并将其作为裁判的基础。在这样的诉讼模式下，庭审程序实质上被架空，当事人的翻供问题被忽视。开庭与否对案件判决影响甚微，所谓直接言辞原则也就被束之高阁了。

而目前解决庭审阶段翻供问题，必须完善庭审程序，以法庭作为基本的场域，实现看得见的正义。我们认为，完善庭审程序可以分别从司法公正、司法人权保障、正当程序和司法公开视野下来考察证据裁判原则实现的路径：在司法公正视野下，要完善证据能力制度、明晰待证事实的范围、界定严格证明与自由证明的适用；在司法人权保障视野下要保证无辜者不受惩罚的价值远远高于有罪者必须受到惩罚的价值；在正当程序视野下应当要求作为定案依据的证据必须按法定程序进行审查判断；在司法公开视野下要建立公开裁判文书和说明判决理由制度，尤其是加强对运用证据的说理论证。围绕被追诉人质证权的保障，要促进庭审各方的实质性参与，充分保障被告人有效地行使质证权，构建有争议的必要关键证人出庭制度，完善鉴定人和专家辅助人出庭制度；完善庭前证据交换制度，完善辩护制度和法律援助制度，推进庭审模式的渐进改革。

最后,充分发挥律师的作用,加快律师在场权试点工作。律师的有效参与、律师权利的充分实现直接关乎被告人权利的保障与实现。我国新《刑事诉讼法》并没有吸纳律师在场权制度。对于律师在场权在我国的确立,理论和实务界尚存在一定分歧。但放眼国际刑事司法发展趋势,确立律师在场权是我国刑事立法发展的必然趋势。特别在当下,职权主义司法模式依旧盛行,基层技术侦察措施相对落后,确立律师在场权,通过律师在场实现对侦查行为的监督,可以在根本上保证侦查行为合法性、减少和遏制刑讯逼供发生,也为被告人辩护权的实现提供支持。为保证非法证据排除规定的有效实施,未来可通过阶段化、层次化实现律师在场权,完善刑事法律援助制度以及落实并保障律师辩护权利等来逐步完善我国的律师制度。

四、结语

翻供现象是刑事诉讼程序与证据制度综合作用的结果。《非法证据排除规定》实施以后,翻供问题依旧严峻说明非法证据排除制度的落实需要配套措施的完善。而司法层面上翻供现象的逐步消除,不能只依赖立法的完善,更需要现代刑事司法程序一系列配套措施与外部条件的建立与改良。而完善与保障被告人与辩护律师的权利、改革和完善控辩双方的诉讼结构则成为改革的切入点。尽管非法证据排除难这一问题的解决过程必定曲折而漫长。但毋庸置疑,完善司法场域,为刑事司法场域的独立运行提供保障是推动我国非法证据排除规则完善与实施的根本出路。

【注释】

[基金项目]国家社会科学基金重大项目《龙泉司法档案整理与研究》(批准号:13&ZD151)。

[1]如果我们将时间往前推移10年,庭审翻供激增这一现象就会更加明显。近十年来翻供案件的数量为:2004年,17件;2005年,24件;2006年,38件;2007年,32件;2008年,40件;2009年76件;2010年89件。总体上呈现上升态势。并且,司法实践中的调研结果也引证了这一结论。比如江苏省海安县检察院调研统计,在2011年该院办理的案件中,翻供率为5%,2012年为7%,2013年(至8月份)上升到15%。参见徐德高等:《解析翻供现象增多的成因》,载《检察日报》2013年10月16日。另外,湖州市中级人民法院的《关于职务犯罪案件被告人翻供及非法证据排除情况的调研报告》中指出,2008年和2009年,全市法院分别审结一审职务犯罪案件68件、57件,涉案被告人分别为71人和65人,翻供率为30%、35%,而2010年和2011年的职务犯罪案件翻供率分别达48%和44%。数据表明,翻供率明显上升同《两个证据规定》出台时机存在某种关联或契合关系。参见湖州市中级人民法院网,湖州市中级人民法院课题组:《关于职务犯罪案件被告人翻供及非法证据排除情况的调研报告》,载http://hzzy.zjcourt.cn:88/art/2012/8/27/art_1855_39074.html,最后访问时间:2014年12月26日。

[2]霍海华等运输毒品案,北京市朝阳区人民法院(2013)朝刑初字第1528号,【法宝引证码】CLI. C. 2495471。

[3]邢云明等故意伤害案,海南省三亚市中级人民法院(2011)三亚刑初字第27号,【法宝引证码】CLI. C. 836848。

[4]李改文等故意伤害案,陕西省高级人民法院(2013)陕刑一终字第00025号,【法宝引证码】CLI. C. 2111054。

[5]兴化市得胜湖啤酒有限公司等假冒注册商标、销售假冒注册商标的商品案,江苏省扬州市中级人民法院(2013)扬知刑终字第0002号,【法宝引证码】CLI. C. 2339215。

[6]陈柱兵等受贿案,北京市第一中级人民法院(2013)一中刑初字第370号,【法宝引证码】CLI. C. 2803705。

[7]对于加盖公章的说明材料,早在立法之前就有学者尖锐指出,“此种完全不符合法定证据形式的‘非驴非马式’的材料根本不能具有证据资格。”它实际上是以“书面证言”这种举证的便捷婉转回避了讯问人员亲自出庭作证的尴尬。我们也认为,加盖公章的说明材料的大量使用与讯问人员零出庭现象具有一定的关系——它在一定程度上回避了讯问人员亲自出庭作证的麻烦,更助长了侦查机关滥用“说明材料”取代法定证据形式的风气。参见陈卫东:《非法证据排除规则的喜与忧》,载《法制日报》2010年8月1日。

[8]陈卫东:《“两个证据规定”实施情况调研报告——侧重于三项规定的研究》,载《证据科学》2012年第1期。

[9]早在2012年,就有学者提出“侦查人员就案件事实提供证言逐渐发展成一种制度”,但是,这种作证方式尽管具有合理性和正当性,却在实践中步履维艰。参见陈瑞华:《论侦查人员的证人地位》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第2期。

[10]有学者对西部某省5个中级人民法院及其辖区基层人民法院的调研显示,在法院共计审理刑事案件17213件中,其中提出申请排除非法证据的案件为124件,占全部案件的0.72%;法院决定启动证据合法性调查程序的案件为54件,占全部案件的0.31%最终决定排除非法证据的案件为14件,占全部案件的0.08%。详细参见孙长永:《审判阶段非法证据排除问题实证考察》,载《现代法学》2014年第1期。

[11]闫召华:《“名禁实允”与“虽令不行”:非法证据排除难研究》,载《法制与社会发展》2014年第2期。

[12]章国锡受贿案,浙江省宁波市中级人民法院(2011)浙甬刑二终字第288号,【法宝引证码】CLI. C. 862603。

[13]张保生、常林:《2011年中国证据法治前进的步伐》,载《证据科学》2013年第2期。

[14]郑飞:《论中国非法证据排除规则的未来——以内部结构和运行环境为切入点》,载《西北大学学报》(哲学社会科学版)2013年第4期。

[15]李刚等贩卖毒品案，安徽省高级人民法院（2013）皖刑终字第 00297 号，【法宝引证码】 CLI. C. 2438409。

[16]王志刚故意杀人案，甘肃省高级人民法院（2011）甘刑三终字第 94 号，【法宝引证码】 CLI. C. 1755648。

[17]杨巨海非法持有、贩卖毒品案，宁夏回族自治区固原地区（市）中级人民法院（2013）固刑终字第 40 号，【法宝引证码】 CLI. C. 2381034。

[18]李海良：《非法证据排除规则适用情况之实证研究——以东南地区某法院为例》，载《中国刑事法杂志》2013 年第 11 期。

[19]谢晖：《法律人类学的视野与困境》，载《暨南学报》（哲学社会科学版）2013 年第 2 期。

[20]欧卫安：《论翻供的程序法意义》，载《社会科学辑刊》2007 年第 4 期。

[21]陈瑞华：《期待律师激活非法证据排除规则》，载《法制日报》2012 年 7 月 25 日。

[22]刘磊：《案外因素对催生刑事冤案的作用力分析——以美国 1188 件冤案的结构分布与案外成因为参鉴》，载《现代法学》2014 年第 2 期。

[23]胡铭、张健等：《错案是如何发生的——转型期中国式错案的程序逻辑》，杭州：浙江大学出版社 2014 年版，第 5 页。

[24]董坤：《审查批捕中非法证据排除的实证考察与理论反思》，载《法商研究》2014 年第 5 期。

最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷 案件适用法律若干问题的解释

《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》已于 2015 年 2 月 9 日由最高人民法院审判委员会第 1644 次会议通过，现予公布，自 2015 年 6 月 3 日起施行。

最高人民法院
2015 年 6 月 1 日

法释〔2015〕12 号

最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释
(2015 年 2 月 9 日最高人民法院审判委员会第 1644 次会议通过)

为正确审理环境侵权责任纠纷案件，根据《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国环境保护法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条 因污染环境造成损害，不论污染者有无过错，污染者应当承担侵权责任。污染者以排污符合国家或者地方污染物排放标准为由主张不承担责任的，人民法院不予支持。

污染者不承担责任或者减轻责任的情形，适用海洋环境保护法、水污染防治法、大气污染防治法等环境保护单行法的规定；相关环境保护单行法没有规定的，适用侵权责任法的规定。

第二条 两个以上污染者共同实施污染行为造成损害，被侵权人根据侵权责任法第八条规定请求污染者承担连带责任的，人民法院应予支持。

第三条 两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害，被侵权人根据侵权责任法第十一条规定请求污染者承担连带责任的，人民法院应予支持。

两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害，被侵权人根据侵权责任法第十二条规定请求污染者承担责任的，人民法院应予支持。

两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，部分污染者的污染行为足以造成全部损害，部分污染者的污染行为只造成部分损害，被侵权人根据侵权责任法第十一条规定请求足以造成全部损害的污染者与其他污染者就共同造成的损害部分承担连带责任，并对全部损害承担责任的，人民法院应予支持。

第四条 两个以上污染者污染环境，对污染者承担责任的大小，人民法院应当根据污染物的种类、排放量、危害性以及有无排污许可证、是否超过污染物排放标准、是否超过重点污染物排放总量控制指标等因素确定。

第五条 被侵权人根据侵权责任法第六十八条规定分别或者同时起诉污染者、第三人的，人民法院应予受理。

被侵权人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院应当根据第三人的过错程度确定其相应赔偿责任。

污染者以第三人的过错污染环境造成损害为由主张不承担责任或者减轻责任的，人民法院不予支持。

第六条 被侵权人根据侵权责任法第六十五条规定请求赔偿的，应当提供证明以下事实的证据材料：

- （一）污染者排放了污染物；
- （二）被侵权人的损害；
- （三）污染者排放的污染物或者其次生污染物与损害之间具有关联性。

第七条 污染者举证证明下列情形之一的，人民法院应当认定其污染行为与损害之间不存在因果关系：

- （一）排放的污染物没有造成该损害可能的；
- （二）排放的可造成该损害的污染物未到达该损害发生地的；
- （三）该损害于排放污染物之前已发生的；
- （四）其他可以认定污染行为与损害之间不存在因果关系的情形。

第八条 对查明环境污染案件事实的专门性问题，可以委托具备相关资格的司法鉴定机构出具鉴定意见或者由国务院环境保护主管部门推荐的机构出具检验报告、检测报告、评估报告或者监测数据。

第九条 当事人申请通知一至两名具有专门知识的人出庭，就鉴定意见或者污染物认定、损害结果、因果关系等专业问题提出意见的，人民法院可以准许。当事人未申请，人民法院认为有必要的，可以进行释明。

具有专门知识的人在法庭上提出的意见，经当事人质证，可以作为认定案件事实的根据。

第十条 负有环境保护监督管理职责的部门或者其委托的机构出具的环境污染事件调查报告、检验报告、检测报告、评估报告或者监测数据等，经当事人质证，可以作为认定案件事实的根据。

第十一条 对于突发性或者持续时间较短的环境污染行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人或者利害关系人根据民事诉讼法第八十一条规定申请证据保全的，人民法院应当准许。

第十二条 被申请人具有环境保护法第六十三条规定情形之一，当事人或者利害关系人根据民事诉讼法第一百条或者第一百零一条规定申请保全的，人民法院可以裁定责令被申请人立即停止侵害行为或者采取污染防治措施。

第十三条 人民法院应当根据被侵权人的诉讼请求以及具体案情，合理判定污染者承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

第十四条 被侵权人请求恢复原状的，人民法院可以依法裁判污染者承担环境修复责任，并同时确定被告不履行环境修复义务时应当承担的环境修复费用。

污染者在生效裁判确定的期限内未履行环境修复义务的，人民法院可以委托其他人进行环境修复，所需费用由污染者承担。

第十五条 被侵权人起诉请求污染者赔偿因污染造成的财产损失、人身损害以及为防止污染扩大、消除污染而采取必要措施所支出的合理费用的，人民法院应予支持。

第十六条 下列情形之一，应当认定为环境保护法第六十五条规定的弄虚作假：

- （一）环境影响评价机构明知委托人提供的材料虚假而出具严重失实的评价文件的；
- （二）环境监测机构或者从事环境监测设备维护、运营的机构故意隐瞒委托人超过污染物排放标准或者超过重点污染物排放总量控制指标的事实；
- （三）从事防治污染设施维护、运营的机构故意不运行或者不正常运行环境监测设备或者防治污染设施的；
- （四）有关机构在环境服务活动中其他弄虚作假的情形。

第十七条 被侵权人提起诉讼，请求污染者停止侵害、排除妨碍、消除危险的，不受环境保护法第六十六条规定的时效期间的限制。

第十八条 本解释适用于审理因污染环境、破坏生态造成损害的民事案件，但法律和司法解释对环境民事公益诉讼案件另有规定的除外。

相邻污染侵害纠纷、劳动者在职业活动中因受污染损害发生的纠纷，不适用本解释。

第十九条 本解释施行后，人民法院尚未审结的一审、二审案件适用本解释规定。本解释施行前已经作出生效裁判的案件，本解释施行后依法再审的，不适用本解释。

本解释施行后，最高人民法院以前颁布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。