

刑事诉讼中的 严格证明

XINGSHI SUSONG ZHONG DE YANGE ZHENGMING

胡 帅◎著

人民法院出版社

刑事诉讼中的 严格证明



XINGSHI SUSONG ZHONG DE YANGE ZHENGMING

胡 帅◎著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼中的严格证明/胡帅著. —北京: 人民法院出版社, 2012. 10
ISBN 978-7-5109-0546-9

I. ①刑… II. ①胡… III. ①刑事诉讼—证据—研究—中国 IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 222969 号

刑事诉讼中的严格证明

胡 帅 著

-
- 责任编辑 陈燕华
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550583 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E — mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店
-
- 开 本 890×1240 毫米 A5 开本
字 数 148 千字
印 张 6.625
版 次 2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0546-9
定 价 26.00 元
-

版权所有 侵权必究

谨以此书献给家人、朋友及
所有隐忍坚守与默然奉献的人

序

《刑事诉讼中的严格证明》一书，是胡帅在其博士论文的基础上增补修改而成的。在本书即将出版之际，作者要我为之作序，遂欣然命笔，对作者的概况和本书的写作过程作简要的介绍。

胡帅原籍浙江，自幼聪慧，高中毕业后，考入中国人民警官大学，在中文系读本科，奠定了较好的文字基础。不久，警官大学与公安大学合并，胡帅在2001年以第一名的成绩考取了本校诉讼法学刑事诉讼法方向硕士研究生。2004年取得硕士学位，当年参加博士研究生入学考试，又取得了总分第一的优异成绩。但由于已被最高人民法院录用，遂决定先参加工作。三年后，有了一定的实际工作经验，2007年再度考博，又以优异成绩被录取。他在我校攻读硕士学位三年，后来攻读博士学位又是三年，都是由我做他的导师，这样，便有了师生在一起六年的缘分，使我对他有了更多的了解。该生聪颖好学，为人与求学都很正

派，研究学问扎实沉稳。尤其是他的悟性较高，对于深奥的专业理论，一点就透，对学科前沿问题始终保持高度的兴趣和热情。由于他的文字功夫较好，写文章思路开阔，文理顺畅，又有开拓创新精神，具备很好的研究潜能。

在研究生教学中，我向来强调博士生应重视基础理论的研究，鼓励学生积极向高、艰、深领域开拓。读博三年，最重要的一环是写出一篇有分量、有主见的学位论文，它将是检验三年学习的标志性成果。为写好论文，我要求博士生在入学后，须静下心来，经过周密的思考，尽早选定学位论文的题目，以便及早动手，确保论文写作的质量与效率。当胡帅将《论刑事诉讼中的严格证明》作为博士论文的选题后，征求我的意见，我认为该选题具有前沿性、开拓性和实用性，在理论上可以充分发挥，对现实司法也有指导意义，是一个很好的题目，便支持他就此深入研究。但也指出，证据法学是诉讼法学中最艰深的部分，理论体系庞大缜密，与司法实践相生互长。“严格证明”最早是由西方学者提出的，其理论较为艰深。因此，在动手写作前，首先应吃透这一域外理论，全面深刻把握其来龙去脉，避免盲人摸象。文章的重点要放在对现实问题的研究上，理论研究应紧密联系实际，否则将会事倍功半或使研究流于肤浅。至于如何才能写好论文，关键是要力争有所建树、有所突破，言人所未

言，有独到的见解，切忌随波逐流、人云亦云。从最后形成的成果看，我认为这篇博士学位论文较好地贯彻了上述要求，是一篇较高水平的学位论文。在正式答辩时，答辩委员会一致同意评为公安大学优秀博士论文；该论文又于2011年12月荣获“第一届陈光中诉讼法学优秀博士学位论文奖”，这可以看做是对其学术价值的权威认可。

本书的结构较为严谨，首尾相顾，做到了“逻辑自足”。第一章全面阐述了严格证明的理论内涵和外延；第二章详细介绍了严格证明的理论由来、历史发展、规则要求、程序保障等；第三章分析了严格证明与自由证明、证据能力、自由心证主义等的关系；第四章结合实际案例对我国现行刑事证明制度进行全面解剖，指出存在的弊端和缺陷；第五章探讨进行合理的本土化改造，建立符合国情的严格证明法则。全书条理清晰、说理充分、论证深入，既有抽象的理论分析，又有鲜活的案例说明，符合标准的学术研究范式。由于作者的文字功夫较好，行文流畅，简明扼要，很少拖泥带水，读来清新自然。当然，本书也不是没有值得商榷之处，个别观点还需通过实证资料进一步阐发和论证，以增强说服力。

本书付梓出版是一件好事，理应表示祝贺。作为老师，对学生在工作和学习上取得的每一个进步都倍感欣慰。他们是中国法学事业薪火相传、延绵不息的

希望。学术研究永远是上坡路，充满寂寞与艰辛，期盼我们的年轻学子，继承和发扬前辈学人“板凳甘坐十年冷，文章不著一句空”的治学精神，自觉抵制当今学界普遍存在的功利主义与浮躁学风，不畏艰难、勇攀高峰，努力筑造几代法律人共同追求的法治中国的伟大理想。

是为序。

崔 敏

2012年9月26日

目 录

引 言	(001)
第一章 严格证明概述	(005)
一、严格证明概念	(005)
二、严格证明的双重限制	(006)
(一) 法定证据方法的限制	(006)
(二) 合法调查程序的限制	(009)
三、严格证明的两大原则	(011)
(一) 直接审理原则	(011)
(二) 审判公开原则	(022)
第二章 严格证明的理论由来及发展	(031)
一、严格证明理论在德国之生长	(031)
二、严格证明理论在日本的继受与发展	(033)
三、严格证明的理论争议及发展趋势	(035)
第三章 严格证明中的若干概念解析	(040)
一、严格证明与自由证明	(040)
(一) 严格证明与自由证明的区别	(040)
(二) 严格证明与自由证明的对象	(045)
二、严格证明与证据能力	(053)
三、严格证明与自由心证	(057)

(一) 法定证据评价主义·····	(057)
(二) 自由心证主义·····	(059)
(三) 自由心证主义的限制·····	(061)
第四章 我国刑事证明的模式及缺陷·····	(073)
一、我国新旧学说关于证明问题的理论分歧·····	(074)
二、我国刑事证明模式及其特点·····	(077)
三、我国刑事证明模式的内在缺陷·····	(088)
(一) 证明方法失之规范·····	(088)
(二) 证据规则严重缺位·····	(094)
(三) 重要诉讼证明原则贯彻不力·····	(099)
第五章 构建严格证明法则之途径·····	(106)
一、构建以严格证明为主的证明体系·····	(107)
(一) 严格证明的适用范围·····	(112)
(二) 自由证明的适用范围·····	(116)
(三) 适当证明的适用范围·····	(119)
(四) 释明的适用范围·····	(121)
二、健全严格证明之下的证据规则体系·····	(122)
(一) 关联性规则·····	(124)
(二) 非法证据排除规则·····	(130)
(三) 传闻规则·····	(141)
(四) 自白规则·····	(151)
三、规范严格证明程序·····	(159)
(一) 严格证明的一般程序·····	(160)
(二) 严格证明的特别程序·····	(167)
结 语·····	(200)
后 记·····	(203)

引言

刑事诉讼是国家确定并实现具体刑事案件被告人刑罚权的程序性活动。^① 程序运作的目的，是要产生一个实体性的处理结论——刑事判决，作为程序之结晶，其形成必经三个阶段：事实确认、法律适用以及刑罚量定。其中，事实确认是最关键的环节，也是刑事诉讼最根本最重要的任务。从一定意义上说，法官的裁判过程就是对案件事实的“认知形成”过程，整个刑事诉讼程序本质上也是一种特定主体对犯罪事实的法律化认知过程。^②

正是由于诉讼活动的“认知”性质，法官在刑事审判过程中，就须对诸多事实进行裁断，其中有的属实体事项（如犯罪构成要件的该当性、违法性及有责性问题），有的属程序事项（如诉讼要件是否具备，管辖之有无，应否回避等），

① 此为狭义刑事诉讼概念。从目的论角度看，刑事诉讼活动至少应包括两大价值功能：一是结果价值，即通过程序产生判决，进行实体化处理，使刑法得以实施；二是过程价值，即通过公正、无偏私的程序运作，形成各方参与的协同作业，保证国家在法治轨道上理性地、有节制地追惩犯罪。

② 诉讼本质上属于人类认识活动毋庸置疑，离开了对事实真相的追求，诉讼没有存在的意义。从历史沿革上看，正是人们对真相的自然渴求推动着诉讼制度不断向前发展，产生了一系列科学、文明、高效的“诉讼装置”。当然，这种人类最本能的欲望无往不受特定规则（主要是法律规范）的束缚，必须同时考虑其他社会价值的实现。基于这种认识，在现代刑事诉讼活动中，我们既要反对不计代价、不择手段、不问后果的真实发现，同时也要反对厌弃真相追求的“法律技术化处理”，前者的野蛮落后自不待言，后者的流弊同样值得警惕。

有的关乎本案判决，有的则涉及他案裁定，凡此种种。对这些待证事实，法官应分别践行何种调查程序？在证据方法使用上有无限制？形成何种程度的心证方为适当？对这些问题的回答，无不折射出一国所秉持的诉讼理念以及证明制度的先进与否，意义重大。但令人遗憾的是，我国目前无论在立法还是理论研究上对这些问题都未能提供一个科学完整的解决方案，许多制度设计暂付阙如，致使我国的刑事证明活动实质上处于一种非理性的“自由”状态，无法有效防止冤假错案的发生。

对证明领域发生的问题，必须从证明制度这个“根”上查找原因。我国当前的刑事证明制度极具“中国特色”，有学者将其概括为印证式证明模式，可谓一语道破天机。“印证”一词原为佛教用语，“印”是指彼此符合，“证”是指证明，联系起来即“通过其他事物进一步证明”，显然，印证证明是一种典型的他向证明，在该种证明模式之下，法官对案件事实能否做成合乎标准的肯定或否定（证明结论），关键在于定案证据是否形成印证体系。具言之，如果某项证据能有其他信息内容同一的证据予以直接印证，彼此之间没有不能解释的矛盾和疑点，那么其将成为当然的裁判基础；反之，如果该项证据没有其他印证一致的证据进行佐证或出现证明方向上的偏差，那么，不论证据本身蕴含多大的证明价值，都有可能被排除在裁判基础之外。一言以蔽之，印证证明中，某项证据能否成为定案依据，不以证据本身的适格性或证明价值为标准，而取决于是否有其他足够数量且内容一致的印证性证据支持。基于此，我们可以说，印证证明没有脱离单纯认识论范畴，主要关注的仍是证明价值问题，难以形成对证据能力的有效认

知,当然也就内在地排斥现代证据规则、证明法则的适用。正是在该种证明模式的消极作用下,我国刑事审判程序不可避免地呈现出以下病理特征:(1)诉讼构造非讼化,行政治罪色彩浓重,实为侦查之延续;(2)法官纠问倾向严重,辩护功能空洞,被告人沦为实际上的诉讼客体;(3)法官评价恣意化,心证过程及理由无客观外在的检验标准,判决缺乏公信力;(4)自白成为审判重心,书面证据泛滥,直接审理主义等重要诉讼原则无从贯彻;(5)案件审理负担沉重,诉讼效率低下。

为革除印证证明带来的诸多弊端,笔者认为,当前的刑事证据法学理论研究,不仅要“抬头望天”更要“低头看路”,重点是要进一步加强对基础理论尤其是支柱性理论的研究,从而为我国刑事诉讼制度的科学发展奠定坚实基础。^①鉴于此,本书在分析比较当今世界两大法系证明理论及实践的基础上,

① 当前,我国刑事诉讼理论研究陷入“问题”与“主义”的困境。一方面是理论研究空前繁荣,各种主义、各派学说林立,研究成果汗牛充栋;另一方面却是实际司法裹足不前,新老问题并存,理论与实践之间仿佛横亘一条无法跨越的“鸿沟”。笔者认为,问题的根本症结还在于研究方法。近些年来我们宏观问题谈了不少,却往往不能“对症下药”,甚至“妄下猛药”,对司法实践的指导鲜有裨益,这一现象值得反思。脱离司法实践的制度规定是贫血的,先进的诉讼制度必须建立在基础理论研究的沃土之上。进一步加强国情研究,构建科学化的基础理论体系,有选择地引入国外先进制度,建立起具有中国特色的刑事诉讼制度,应是当代学人的不二任务。

将德国刑事证据法中的“栋梁性”理论——严格证明^①作为研究切入口，通过全面剖析严格证明的理论来源、历史发展、内涵要求、外在限制等，对与之密切相关的重要证据法概念、原则和理论进行系统化论述，同时紧密结合当前司法实践，深刻反思我国现行刑事证明制度和理论，着力论证改革的必要性，提出引入严格证明的本土化路径，期望以此为我国刑事证明制度的现代化发展提供一条可选择的道路。

在研究方法上，本书综合运用演绎推理、分析归纳、历史总结、案例分析、比较研究等方法，力图厘清严格证明理论的来龙去脉，深入把握我国现有证明模式的运行机理、特征及缺陷，进而提出科学化、系统化的改革措施。在研究路径上，遵循从问题到思路、从日常生活到法律操作，从具体到抽象的轨迹进行。

^① 德国法作为罗马法的直接继承者，是欧洲最优秀的大陆法，已为世人公认，其具有逻辑严谨、概念精确、规定细密的优点。清末修律时期，经过大规模的考察和比较，清政府要员已意识到中、德两国的政治制度、社情民风最为相近，在制度引入上应“远法德国”。在这种指导思想下，大量的德国法内容被融入到新订的中国法典中，成为了中国近代法典（含法典草案）的一个重要组成部分，这种影响一直延续至清末以后。以20世纪二三十年所制订的中华民国民法典为例，该法典即大量使用德国民法典的内容，所占比例在90%以上。回顾这段历史，对于正确认识我国在转型时期如何吸收外国法很有借鉴意义。当前，我国的刑法学研究普遍存在“重英美、轻欧陆”的现象，由于传统文化、民众心理以及社会结构的巨大差异，致使许多以英美法理念为指导的诉讼制度引入我国后，发生“南橘北枳”的水土不服。基于此，笔者认为，我国刑事诉讼制度的现代化改造，应以更具同源性的德国法为蓝本，同时积极吸收英美法的合理精神内核，走“改良的职权主义”道路，这既是历史经验的总结，也是现实司法的最佳选择。

第一章 严格证明概述

一、严格证明概念

德国法中的严格证明 (Strengbeweis) 是重要的证据法则 (Beweisrecht) 之一, 其要求在认定犯罪行为过程、行为人责任及刑罚量定等重要事项时, 必须以严格的方式提出证据。^① 具言之, 所谓严格证明, 是指在审判程序中对犯罪事实存否 (Sohuldfrape) 及刑罚权范围 (Straffrape) 问题的认定, 必须使用具有证据能力的证据, 透过法律所准许的证据方法 (Beweismittel), 践行合法证据调查程序的法则。严格证明之下, 对证据调查结果, 法官必须形成完全确信的心证程度。

① 按德国法理论, 严格证明属狭义证明之一种。与狭义证明相对应的概念是释明, 两者的主要区别在于法律所要求的心证程度不同。狭义证明必须使法官确信如此, 即相当于英美法中的“排除合理怀疑” (beyond a reasonable doubt); 而释明只需使法官相信大致如此, 产生大概不错的心证足已。释明事项由法律明文规定, 主张方仅叙明原因事实即可, 无须举证, 法院也不承担证据调查义务, 如法官之回避 (《德国刑事诉讼法》第 26 条第 2 项)、恢复原状之申请 (《德国刑事诉讼法》第 45 条第 2 项)、拒绝证言 (《德国刑事诉讼法》第 56 条); 狭义证明的对象则不仅有实体法上的事实, 兼及诉讼法上的事实。当事人在证明过程中, 不仅要指出证明方法, 而且应当提出证据。在狭义证明之下, 又有严格证明与自由证明之分, 两者在适用对象、证据方法、证据调查程序上存在很大差异。

二、严格证明的双重限制

为履行审判职能，法官对于待证事实（或称主张 Behauptung），必须做成合乎标准的确认或否定，^① 并将该待证事实的内容予以准确地特定化。以犯罪和刑罚问题为主要待证事实的严格证明，必须适用法定的证据方法，并经合法的证据调查程序。^② 质言之，严格证明是证据方法（Beweismittel）和调查程序都受“严格形式性”（Die Strenge Förmlichkeit）限制和支配的证明法则。

（一）法定证据方法的限制

证据，乃为证明要证事实，使臻明了之原因，亦称证明之手段，即依据已知之资料，以推理其事实之存在或不存在是。^③ 人们日常生活中所用的“证据”一词，较为笼统和多义，广泛应用于生产、生活、消费等各个领域，但从法律意义上讲，证据一词至少应包括两层含义：^④ 一是证据方法，即获

① 证明本身意味着不确定性的消除，包含两个向度：一是正向的证明，即根据证据资料确认待证事实的成立；二是反向的证伪，即对其他可能性进行否定，排除合理性怀疑。两者都是有效的证明途径，实践中证伪的作用往往要大于证实，这源于证伪在逻辑推断上的天然优势。

② 林钰雄：《严格证明与刑事证据》，台湾地区新学林出版股份有限公司2007年版。

③ 陈朴生：《刑事证据法》，台湾地区三民书局出版社1979年版，第69页。

④ 法律意义上的证据，除以上两个基本含义外，还包括证据调查（指获取证据信息，形成心证）、证据价值（证据的证明力）以及证据原因（指通过证据的运用使案件事实得以明了）。

取案件相关信息的手段；^① 二是证据资料，指通过证据方法获得的已知信息，其是推定未知事实的基础。诉讼程序中，何种证据资料可供证明，法律一般不做种类上的限制，但对证据方法却有严格规制。证据方法与证据资料密切相关，是形式与内容的关系。证据资料作为推论未知事实的已知事实，是指所有可能与待证犯罪事实直接或间接相关的信息，来源可以是任何与案件相关的人（如被告人、被害人、目击者）或物（如尸体、凶器、毒品）。证据资料必须透过特定的证据方法才能呈现，亦即，证据资料必须与证据方法结合才有法律意义。例如，自然人甲亲身见闻犯罪经过，法官经由调查证人（Zeuge）程序询问甲。在这个过程中，传唤甲作为证人是证据方法，甲的陈词是证据资料；再如，甲遭殴打，四肢布有伤痕，法官对甲的伤情进行勘验（Augenschein）。此时，勘验是证据方法，勘验的结果是证据资料；又如，法院选任鉴定人对扣案匕首进行鉴定，鉴定意见（Gutachten）为“匕首上血迹与被害人血液特征吻合”，此时，鉴定是证据方法，鉴定结论是证据资料。^②

① 按照大陆法系证据理论，证据方法可分为人的证据方法（persönliche Beweismittel）与物的证据方法（Sachliche Beweismittel）两种。人的证据方法是指特定人根据自身的知识与经验，陈述与案件事实有关的思想内容的方法，有被告人、证人和鉴定人三种；物的证据方法是指通过检视特定物体存在的形态、性状或者文书记载的内容获得有关案件信息的方法，分为勘验与文书两种。英美证据法则与此不同，其根据证据资料与立证主题的关系，将证据分为供述证据（Testimonial evidence），情况证据（Circumstantial evidence）以及物证（Real evidence）三类，因此，在证据方法使用上更富有弹性。例如，将鉴定人视为证人一种，称为专家证人（expert witness），被告人放弃沉默权，经宣誓程序也可成为证人等等。

② 法院所采为裁判基础的，并不是具体的人或物（目击者、被害人、匕首、血迹），而是经由特定证据方法的调查结果。认识到这一点，对于我们科学完整地理解“证据”概念，构筑精密化的证据法学体系，乃至有效指导司法实践都至关重要。