

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

刑事推定论

张云鹏/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2009年度辽宁大学博士科研启动金资助
2010年度辽宁大学人文社科类青年基金项目资助

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

刑事推定论

张云鹏/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事推定论 / 张云鹏著. —北京:法律出版社,
2011.9

(辽宁大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2440 - 0

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑事诉讼—研究 IV.
①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 169628 号

辽宁大学
法学学术文库

刑事推定论

张云鹏 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.625 字数 196 千

版本 2011 年 10 月第 1 版

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2440 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《辽宁大学法学学术文库》编委会

编委会主任：杨 松 佟连发

编委会成员：(按姓氏笔划排序)

于 虹	任 际	张锐智
郑 莹	郝建设	赵丙贵
郭 洁	路 军	

辽宁大学法学学术文库总序

新中国成立以来,社会主义法制与法学经历了 60 年的发展,特别是改革开放新时期的变革创新,中国特色社会主义法学理论体系趋向成熟、社会主义法治理念得以确立、中国特色社会主义法律体系基本形成。这些深刻变化和辉煌成绩,充分印证了中国法学对法治文明和社会进步的贡献。如今,法治已经成为我国社会最主要的话题之一,法治的理念开始深入人心,法学已经在向中国的“自主性”及法学的中国范式与中国体系发展。

进入 21 世纪,当我们置身于全球化的背景中,深入思考法治及法学问题时,我们发现越来越多的影响因子是上个世纪所没有直面的、至少是没有成为影响法治基本内涵与构建的主要因素,比如环境问题、科技发展、公共卫生、金融危机、外汇储备、裁军与反恐,等等,而今已成为决定法治进程的重要因素。适应鲜活的社会现实、回应大千世界的变化,法律在行动,法律在前进,于是出现了全球治理结构与法治文明演进、国际规范与价值的重塑、非政府组织对法律规制的介入、基于国际义务的国内法修复,等等。在中国社会进程中长期形成的法治理念、法律制度、法制实践路径均遇到来自新世纪社会问题的挑战。它使法学研究始终面临变革和机遇。它使我们这些法学研究者不能总是停留在对传统法律体系的传承上,不能总是纠结在对眼前法律运行的零星观察与思

考中,不能总是沉湎在对西方法律学说和制度的引进与评价上,我们需要突破、需要创新,需要自主,需要在 21 世纪的今天、在中国社会科学贡献于中国乃至世界发展的成果中,体现法学的话语体系,树立法学的不可替代的地位。所以,探索从来就不是终结的,它始终是在新的起点上。那么,我们的使命是什么? 什么是我们的贡献?

21 世纪的今天,从事法学研究是幸运的,这不仅仅在于中国的社会主义市场经济和民主政治的制度与实践愈益完善,为我们提供了深厚的实践源泉和进步的社会思潮;同时也在于我们今天所处的世界与历史上的世界、甚至十年前的世界是那么不同,多元化、趋同化、分层化的发展,特别是金融危机的蔓延与深化,使中国及其他新兴经济体成为世界秩序重构的重要力量,提升了我们在国际经济秩序、政治秩序和法律秩序中的发言权和决策权,从而也为我们的法学研究提供了广阔的平台和开放的视野。法治实践的深化呼唤法学研究的繁荣,它赋予我们当代法学家与时俱进的时代使命和不断创新的学术责任。这已经成为法学学术共同体的共识。从日益雄厚的学术积累和不断更新的学术成果就可以看出法学人的不懈努力和追求。辽宁大学法学院教学研究人员的系列成果就是其中的一份。

我与辽宁大学相识已久,交往甚深。他们的经济学、管理学、文学、哲学一直是国内公认的优势学科,他们的法学学科则是经过跨越式发展而后来居上、脱颖而出,已经在法学界拥有显赫之地。特别是 2005 年成功获得经济法学博士学位授权点,突破了发展的“瓶颈”,跃上了新的台阶。辽宁大学法学院是改革开放后国内最早创立的全日制法学本科教育基地之一,在老一辈法学专家的奠基与创建后,经过多年的建设和发展,已经成为我国法学研究和法律人才培养的重镇之一。辽宁大学法学院汇集了一批优秀的中青年骨干教师。他们不慕虚名、敬业尚学、勤奋笃实,辛勤耕耘出一片学术沃土,为国家和地方的民主法制建设和现代化事业提供了理论成果和智力支撑。去年他们的实验室被批准为教育部国家级法学实验教学示范中心,再一次反映出辽宁大学法学学科在学

科建设和人才培养等方面的不懈探索。

此次设立的“辽宁大学法学学术文库”，是辽宁大学法学院在学术研究上又一可喜尝试。辽宁大学作为国家重点建设的“211”学校，在其三期建设规划中，把法学学科作为独立立项建设单位，以“和谐社会的法律规制与创新”为主题，整合学术团队进行学术研究，先后在法治理念、经济法制、国际化问题、司法保障等领域取得了一系列成果。本文库是为了集中展示辽宁大学法学研究成果和整体水平，重点资助在“211”工程三期建设中立项的专著类成果而设立的。在即将出版的成果中，多数是在作者主持完成的国家社科基金课题、司法部部级重点课题、教育部人文社科基金课题的结项成果以及部分教师的博士学位论文的基础上，经过修改、完善而成的。首批出版的几部专著，内容涉及法理学、经济法学、诉讼法学、刑法学、行政法学等。本文库以后还会有第二批、第三批专著陆续出版，这些研究成果不但反映了作者们对国家法治问题的深切关注，而且也显示了他们对国家法治发展的理论贡献。这些凝聚着心血的成果让我们看到了辽宁大学青年学者在法学研究上的探索和努力。

我们相信，也期待着辽宁大学法学院的教师会不断贡献新的研究成果，更加成为中国法治建设行列中的重要力量！正是有这样一批又一批年轻后生，中国的法治建设与法学事业才真正富有希望！

是为序。

教育部人文社会科学重点研究基地·吉林大学理论法学研究中心主任

吉林大学资深教授

中国法学会副会长

教育部社会科学委员会法学学部召集人

教育部法学学科教学指导委员会主任委员

张文显

序

张云鹏博士的学位论文《刑事推定论》经过较大篇幅的补充与修改后,终于要在法律出版社付梓,作为她的论文指导教授,我由衷地感到高兴和欣慰。

推定在实现特定刑事政策与解决特殊证明困难方面,能够发挥巨大的作用,因此,深入、系统地探究刑事推定问题是有着重要的理论价值和实践意义的。然而,推定又是刑事法学研究领域中的一个复杂的难题,以此为题写作,无疑具有一定的挑战性和冒险的意味。尽管,近年来刑事推定问题的研究成果颇丰,但专门性的论著仍属少见。通览全文,我认为该书与既有的研究成果相比较,有如下特点。

首先,在研究的方法上。该书立足于刑事一体化的研究立场,以刑事推定为研究视角关照整个刑事法学,将刑事推定定位为兼容刑事实体法与刑事程序法的复合型问题,并在此基础上构建了刑事推定的规范化理论体系,如此,有益贯彻了刑事一体化的思想,也充分体现了对宽严相济刑事政策立法与司法化的重要实践。同时,该书还综合运用了哲理分析和实证主义相结合、归纳与演绎并重以及语义分析、价值分析、法律解释学等方法,同时注重对刑事推定的适用进行个案分析。

其次,在研究的内容上。该书以反思推定范畴及其存在于刑事法领域的合理性为前提,在实体法层面,着重探讨了推定与刑罚权的关系和

刑事推定创制的类型化问题。该书认为,刑罚权的限制是规范推定创制的本质,推定的创制必须要满足刑罚的必要性与相当性要求。为防范刑事推定创制权的滥用,法律对刑事推定的创制应当以无罪推定为统摄,并遵循证明之困难性与反驳之容易性原则、实质合理性原则和公共危险性与政策倾向性原则等具体的原则。我国现有的有限数量的推定规范不能有效地解决控诉方证明的困难与促进宽严相济之“严”的刑事政策实现,主张在职务犯罪与持有型犯罪主观构成要素的认定方面可以创制推定规范。此部分的理论阐释与制度设计,对刑事推定的司法适用具有重要的规范意义,对刑法学的研究本身也有一定程度的深化。在程序法层面,该书从外在的制度机制进路,确立了以置后适用规则、保守适用规则和公开适用规则为主要内容的事实推定规则,以及构建了以启动、反驳、裁定和救济为主要阶段的推定适用程序。就推定适用程序的构建而言,是之前的研究成果和司法实务操作付之阙如的,具有一定的原创见解。尤其是,在证据法学层面,对推定与刑事证明标准与证明责任分配的关系这一至今学界仍存在较大争议的问题,该书有较为独到的论述。关于推定与证明责任的关系,该书区分法律推定与事实推定,认为法律推定是证明责任分配的实体法规则,是实现证明责任倒置的方式;而事实推定仅造成行为意义上的证明责任由控诉方转移给被告方,是引起证明责任转移的原因,并不使证明责任的分配发生根本性的改变。关于推定适用中的证明标准,该书区别基础事实的证明标准与有效反驳的证明标准,认为控诉方对推定基础事实证明责任的承担应当达到“事实清楚、证据确实充分”的定罪标准,而被告人反驳推定只需达到使基础事实真伪不明的程度即视为有效。该书对推定适用中的证明责任和证明标准的研究结论,对于刑事证据法学理论的研究而言,是一定意义上的丰富。

最后,在资料的占有和引证方面。该书的参考文献多达 228 条,较充分地占有了反映学科前沿和实践动态的法理学、刑法学、刑事诉讼法学和证据法学的资料,引证资料翔实。

毋庸讳言,书中不乏未尽如人意之处。比如,个别观点的论证尚缺

乏缜密性,一些具体的推定规范的创制与设计仍有待完善。但是,瑕不掩瑜,该书的写作总体而言是成功的。我乐于应邀为其作序,推荐此书。希望张云鹏博士在未来的学术研究之路上奋力前行,能够有更大的收获。

是为序。

吉林大学法学院教授、博士生导师 李 洁
2011年7月7日于长春

目 录

绪论 /1

第一章 推定的概念分析 /8

第一节 推定的释义 /8

一、推定概念介绍 /9

二、推定的结构解析 /12

三、推定与相关概念辨析 /17

第二节 推定的分类 /26

一、英美法系推定的分类 /26

二、大陆法系推定的分类 /31

三、本书主张的推定分类 /33

第二章 推定的合理性论证 /38

第一节 推定的基础：经验法则与常态联系 /38

一、推定的基础：经验基本原则 /39

二、经验法则的正当性：归纳的合理性说明 /41

第二节 推定的可能：刑事证明之盖然性 /43

一、盖然性于刑事证明之必然 /43

二、盖然性于刑事证明之意义 /47

三、推定与刑事证明之盖然性 /50

第三节 推定的理由:刑事政策的需求 /52

一、刑事政策释义 /52

二、刑法的刑事政策化 /53

三、推定:刑法刑事政策化的实现路径之一 /55

第三章 推定的创制 /61

第一节 规范推定创制的本质:刑罚权的限制 /62

一、刑罚权的界定 /62

二、限制刑罚权的必要性 /63

三、推定的创制与刑罚权的限制 /65

第二节 域外刑事推定规范考察 /66

一、推定规范的创制模式考察 /66

二、推定规范的适用对象考察 /67

第三节 刑事推定的创制原则 /72

一、刑事推定与犯罪构成 /72

二、刑事推定创制的具体原则 /75

第四节 我国刑事法中的推定规范 /80

一、巨额财产来源不明罪之推定规范 /81

二、非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪之推定规范 /87

三、特定明知之推定规范 /88

四、“非法占有目的”之推定规范 /99

第五节 刑事推定创制的具体构想 /107

一、对持有型犯罪主观故意之推定创制 /107

二、职务犯罪认定中的推定创制 /115

第四章 推定的规制 /134

第一节 规制的必要:事实推定的或然性与主观性 /135

一、事实推定的或然性 /135

二、事实推定的主观性 /137

第二节 国外对于推定运用之限制考察 /139

一、英国推定运用中的限制 /139

二、美国的推定合宪性审查 /140

第三节 规制路径之一：事实推定规则的确立 /145

一、置后适用规则 /146

二、保守适用规则 /147

三、公开适用规则 /154

第四节 规制路径之二：推定适用程序的构建 /155

一、启动 /156

二、反驳 /156

三、裁定 /157

四、救济 /158

第五节 规制路径之三：法官职业群体同质化思维方式的形成 /159

一、法官职业化与职业群体同质化思维方式 /159

二、法官职业群体同质化思维方式的形成 /161

第五章 推定适用中的证明责任和证明标准 /169

第一节 推定适用与证明责任的分配 /170

一、刑事诉讼证明责任与证明责任的分配 /170

二、推定对刑事证明责任分配的影响 /180

三、刑事推定与无罪推定原则 /191

第二节 推定适用与证明标准的确定 /195

一、证明标准的界定 /195

二、证明标准的确定 /197

三、推定适用中的证明标准 /203

结论 /207

参考文献 /212

后记 /227

绪 论

一、刑事推定的理论定位

刑事推定,即刑事法中的推定,其中刑事法,仅指作为刑事实体法的刑法和作为刑事程序法的刑事诉讼法,而不包括犯罪学、监狱学等学科。^①关于推定的理论定位,更多的学者视其为一项证据规则,往往在证据法学的论域内予以研究。例如,江伟教授、卞建林教授都将推定界定为“一种证据法

^① 在我国,储槐植先生在20世纪80年代率先提出刑事一体化的思想,并揭示了它的两层含义,即作为观念的刑事一体化和作为方法的刑事一体化。其中,方法论意义上的刑事一体化要求拓展刑法学研究的领域,以包括刑事诉讼法学、犯罪学、监狱学等学科在内的超刑法的“刑事法”观念来对待和研究有关问题。之后,陈兴良先生从实体与程序的系统关系角度着眼,将刑事一体化的范围仅限定为刑事实体与程序的一体化。储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第502~503页;陈兴良:《刑事法评论》(第5卷),中国政法大学出版社2000年版,前言。本书是在陈氏刑事一体化的意义上使用刑事法的概念的。

则”。^①亦有学者从刑事一体化的视角,认为推定乃刑事实体法与刑事程序法的联结点。如邓子滨先生即将推定界定为兼容刑法和刑事诉讼法的跨学科问题。^②笔者赞同后者,认为推定既是一个程序问题,也是一个实体问题。在程序法领域,推定是事实认定的方法,是证据证明的重要补充。无论在任何国家,每当法庭需要确定某一案件事实时,无非采取两种方法:要么通过获取实际证据,要么采取较容易的然而也是不精确的方法,即依靠先验的推定。^③证据证明与推定认定的主要差别体现在证明的精确性上,就此点而言,推定认定远逊色于证据证明。推定的实体法意义主要体现在三个方面:其一,推定的本源为纯正的民事实体法概念。据史料记载,推定作为一项成文的规则最早始于罗马法,在罗马法上即有关于死亡的推定、婚生子女的推定、要式买卖的推定、善意的推定、占有为所有的推定、占有意思的推定^④等规定。其二,实体法亦关注证明的实现。德国诉讼法学家罗森贝克对推定的认识就超越了诉讼法的范畴,认为推定同样具有实体法的性质,因为证明的实现同样为立法者所关注。^⑤法律的制定,不仅要体现公正,而且应当具有可操作性,否则,尽管实体的权利已经产生,也将变得欠缺保障。其三,法律推定是以程序性语言表述的实体法规范。以是否由法律规定为标准将推定区分为法律推定和事实推定是推定最有意义的分类之一。^⑥法律推定也叫立法推定,是指由法律明文规定的推定。例如,美国《模范刑法典》第251·4(2)节的规定:“凡在自己的营业过程中销售或持有淫秽物品的,

① 江伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,第124页;卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年版,第370~371页。

② 邓子滨:《刑事法中的推定》,中国人民公安大学出版社2003年版,第1页。

③ [英]J. W. 塞西尔·特纳著:《肯尼刑法原理》,王国庆等译,华夏出版社1989年版,第485~486页。

④ 叶自强:“论推定法则”,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第2卷),法律出版社1998年版,第467页。

⑤ [德]莱奥·罗森贝克著:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第214~217页。

⑥ 关于推定的分类,在本文第一章第二节推定的分类中有详细的论述。

推定其为明知或轻率。”《加拿大刑法典》第 82 条规定：“任何人，如不能证明有合法理由而占有、保管或控制爆炸物品，则构成可诉罪，处 5 年以下监禁。”我国刑法也有关于法律推定的示例。《刑法》第 395 条第 1 款对巨额财产来源不明罪的规定即是国内学者一致认可的法律推定。法律推定，究其实质，当属实体法上的行为规范，具有适用的强制性，只不过是程序性的语言表述而已。

二、刑事推定与有罪推定

推定之于民法领域的研讨与运用备受关注。事实上，不论英美法系抑或大陆法系，在民事案件中可以适用的推定不胜枚举。例如，推定某人具有纯贞的美德；推定人们知道其居住的州和国家的法律；一封以恰当方式寄出的信件可以推定已经被其收信人收到了；一辆汽车上印有文字——联合货运公司，可以推定为其所有人的名称；所有人都可以推定为有偿付能力；政府和社团成员在执行公务时，可以推定其行为是合法行使的等。推定在民事诉讼中扮演着比在刑事案件中更为重要的角色，^①究其根源，除推定同调整财产关系的民事实体法规范的内容关系极为密切而外，将刑事推定等同于有罪推定而唯恐避之不及，可谓更加根本的原因。

刑事推定与有罪推定(Presumption of guilty)存在本质上的区别。有罪推定与无罪推定相对，是封建专制纠问式诉讼的象征，指凡被指控进入诉讼程序之人皆被视为罪犯，并在刑讯的基础之上任意入罪。在纠问式诉讼中，被告人只是被追诉的对象而非为自身诉讼命运抗争的主体，不享有任何的诉讼权利。也就是说，有罪推定是特定社会制度下的特定诉讼原则和诉讼理念，是在诉讼证明前对证明对象的某种诉讼状态和身份的设定，并以此设定为出发点展开全部诉讼活动。刑事推定则不同。刑事推定是与有罪推定分属于不同层面的概念，其不具有特定社会制度

① [美]乔恩·R. 华尔兹著：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 315 页。

下特定诉讼原则和诉讼理念的根本属性,而仅仅是现代刑事证明中被严格限制使用的特别的技术手段,发挥着推定有罪的技术功能。刑事推定契合无罪推定的思想,是建立在推定的科学性与必要性基础之上。推定的基础在于基础事实与推定事实之间的常态联系,这种常态联系是人们在长期生产、生活中取得的因果关系经验——就概率的角度而言,当基础事实存在时,推定事实亦存在具有较高程度的盖然性。而且,推定的适用具有置后适用的特征,只有在无法获取证据或者难以获取证据证明推定事实,即有推定适用之必要时才予以适用。另外,刑事推定并不是对被告人犯罪行为的整体推定,而仅是对其中的某些个别要素的推定。同时,在刑事推定过程中赋予被告人充分的反驳权,推定只有在被告人不能行使反驳权或者反驳权行使不力之时方能成立。^①

三、刑事推定的意义分析

推定之于刑事法领域的适用具有重要的理论价值和实践意义,在学理上,有必要加强刑事推定问题的研究,以期指导和规范司法实务中推定的运用。具体来说,在刑事法领域,推定的意义可以概括为如下三个方面:

第一,影响证明责任的配置,降低控诉方证明的难度,实现刑法法益保护的机能。德日刑法理论的通说皆视法益保护为刑法的机能之一。法益即法律所保护的利益,所有的刑法规范都是为了保护某种法益而制定的,刑法自然具有保护法益不受犯罪侵害的机能。法益保护机能的实现有赖于对犯罪的有效追诉和惩罚,推定的效力恰与刑法对法益保护的诉求相契合。推定的直接效力在于影响证明责任的配置。法律推定使证明责任的倒置配置得以实现,其预设推定事实的存在,控诉方只需对基础事实承担证明责任,而按照控诉方承担证明责任的一般性规则的要求将本应由控诉方承担的证明推定事实存在的责任转移给被告方,由其

^① 严格来讲,刑事推定既包括不利于被告人的推定,也包括有利于被告人的推定,如刑讯逼供存在之推定等。本书的论域仅限于不利于被告人的推定。