



刑事证明责任制度研究

Burden of Proof in Criminal Cases

孙长永 黄维智 赖早兴 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



教育部新世纪优秀人才支持计划项目 (NCET-04-0858)

刑事证明责任制度研究

Burden of Proof in Criminal Cases

孙长永 黄维智 赖早兴 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事证明责任制度研究/孙长永, 黄维智, 赖早兴著.

北京: 中国法制出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0965 - 0

I. 刑… II. ①孙…②黄…③赖… III. 刑事诉讼 - 举证
责任 - 研究 IV. D915. 313. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 005470 号

刑事证明责任制度研究

XINGSHI ZHENGMING ZEREN ZHIDU YANJIU

著者/孙长永, 黄维智, 赖早兴

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 5 月第 1 版

印张/20.75 字数/502 千

2009 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0965 - 0

定价: 52.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66065672

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

前言

本书是本人主持的教育部“新世纪优秀人才支持计划”项目(NCET-04-0858)的最终成果。当初之所以选择做这个课题,主要是出于两种考虑:一是因为证明责任是對抗式刑事诉讼中的一个非常重要的问题,我国刑事审判方式转向對抗式之后,这一问题显得越来越突出;二是因为学术界关于这一问题的研究尚不够深入,在一些基本的方面尚未达成共识。希望通过本课题,能够对刑事证明责任制度进行系统的、深入的研究,澄清一些认识误区,为我国刑事审判方式的进一步改革乃至刑事司法制度的改革提供理论支持。

本书共分上、下两篇,共十章。上篇是关于刑事证明责任的理论分析部分,其中前三章分别就两大法系以及我国刑事证明责任制度的一些基本理论和实践问题进行了系统的研究,第四章和第五章以专题的形式分别对证明标准和程序法事实的证明责任问题进行了比较研究;下篇是关于刑事证明责任的应用研究部分,其中第六至九章分别就四种有代表性的犯罪案件中的证明责任问题结合实体法的规定和司法实践进行了专题研究,最后一章是关于刑事证明责任的17个典型判例和案例(主要是英美判例)的述评。在研究过程中,我们特别注意了以下三点:一是对两大法系刑事证明责任制度的研究,尽可能依据有代表性的、最新的资料,并且与司法实务情况结合起来,努力避免空泛的、简单化的评论;二是对中国当代刑事诉讼中证明责任制度的研究,不仅仅关注学术界已有的理论成果,而且同时对司法实务的发展情况进行了考察和评述,努力避免单纯的学术之争;三是鉴于证明责任是横跨实体法和程序法之间的桥梁,我们选择了故意杀人罪、强奸罪、受贿罪三种具体犯罪和持有型犯罪这一类罪名进行了专题研究,

适当地突出了研究的应用性。最后一章关于刑事证明责任判例和案例的评述，是对英美和我国司法实践中适用证明责任的实证研究，基本上反映了刑事证明责任在各该地区的现状。

全书各章的写作分工如下：第一章至第三章和第十章，由孙长永撰写；第四章、第五章、第九章以及第六章至第八章分别由黄维智、赖早兴写出初稿，经我审阅并提出修改意见后，再由执笔人修改，最后由我统一修改定稿。由于证明责任问题本身相当复杂，其中的一些具体问题涉及较多的意见分歧，加之我们的水平有限，掌握的资料和情况不够全面，本书的不足乃至错误之处，在所难免，敬请学界同仁和读者批评指正！

在本课题的调研过程中，我们得到了全国各地司法机关和律师界的大力支持；法国马赛三大刑事法中心主任西玛蒙蒂教授以及施鹏鹏博士为课题组提供了有关法国证据制度的宝贵资料；教育部新世纪优秀人才支持计划为本课题的研究提供了资助；西南政法大学为本课题的研究提供了配套经费和诸多便利。在本书出版之际，我们对上述单位及个人表示衷心的感谢！

孙长永

2008年12月

目 录

145	非刑罚性处置措施	第四章
145	刑罚执行	第五章
243	刑罚的裁量	第六章
308	刑罚的执行	第七章
375	刑罚的消灭	第八章
120	上 篇 理论分析	
120	第一章 英美法中的刑事证明责任	3
160	一、刑事证明责任的含义	5
182	二、刑事证明责任的分配	12
200	三、辩护事由及其证明责任	22
230	四、法律推定和事实推论及其对刑事证明责任的影响	66
242	五、刑事证明责任的履行	75
260	六、刑事证明责任制度的功能	86
272	第二章 大陆法系刑事诉讼中的证明责任	90
282	一、大陆法系证据理论中的证明	92
302	二、德国关于刑事证明责任的理论与实践	98
308	三、法国关于刑事证明责任的理论与实践	109
308	四、日本关于刑事证明责任的理论与实践	115
404	五、我国台湾地区关于刑事证明责任的理论与实践	130
412	六、比较分析和评论	136
412	第三章 当代中国刑事诉讼中的证明责任	151
422	一、我国关于刑事证明责任的理论研究述评	152
444	二、关于刑事证明责任的立法和实务操作	171
448	三、我国建立刑事证明责任制度的现实难题	197

四、关于确立我国刑事证明责任制度的初步构想	221
-----------------------------	-----

第四章 刑事证明标准

一、刑事证明标准的含义与意义	241
二、定罪的证明标准	243
三、量刑的证明标准	268
四、公诉的证明标准	278
五、逮捕和羁押的证明标准	295
六、违反证明标准的司法救济	309

第五章 程序事实的证明责任

一、证据合法性的争议及其证明	330
二、回避事由的争议及其证明	345
三、管辖权的争议及其证明	359
四、审判程序违法的争议及其证明	375





下 篇 应用研究

第六章 故意杀人罪的证明责任

一、故意杀人罪的构成要件	398
二、检察机关对故意杀人罪的证明	404
三、故意杀人罪的常见辩护事由及其证明	412

第七章 强奸罪的证明责任

一、强奸罪的构成要件	435
二、检察机关对强奸罪的证明	444
三、强奸罪的常见辩护事由及其证明	449

 第八章 受贿罪的证明责任	468
一、受贿罪的构成要件	468
二、受贿罪的司法认定	478
三、检察机关对受贿罪的证明	483
四、受贿罪的常见辩护事由及其证明	491
 第九章 持有型犯罪的证明责任	502
一、持有型犯罪的基本含义及特征	502
二、持有型犯罪与严格责任犯罪的区别	508
三、持有型犯罪的证明与抗辩	522
四、从证明责任看持有型犯罪的立法完善	529
五、关于巨额财产来源不明罪的两个问题	532
 第十章 关于刑事证明责任的典型判例和案例	542
一、美国关于刑事证明责任的典型判例	542
二、英国关于刑事证明责任的典型判例	592
三、中国关于刑事证明责任的典型案例	629
 主要参考文献	639

上 篇 理 论 分 析

第一章 英美法中的刑事证明责任

研究刑事证明责任制度，必须从英美法入手。这是因为作为刑事诉讼中真实发现和纠纷解决的一种技术手段，刑事证明责任制度是以当事人主义的诉讼构造为前提的，而英美刑事诉讼的构造是典型的当事人主义。当事人主义刑事诉讼以“正当程序”为基本理念，以“纠纷解决”为导向，呈现出两大基本特征：一是在诉讼的实体面采取“当事人处分主义”，检察官对于以何种诉因起诉被告人享有裁量权，而对于以诉因明示的犯罪事实，凡是被告人当庭自愿、明智地表示认罪的，不再进入正式审判程序，而由法官直接根据被告人认罪的事实和相关部门提供的“判刑前报告”做出有罪判决，并且依法判处相应的刑罚，因此，当事人之间关于事实的约定或者承认对于事实的裁判者具有相应的约束力；二是在程序上实行“当事人推进主义”，凡是进入实体审理的案件，证据的收集、提出、询问和辩论等，完全由控诉和辩护两方当事人负责，作为事实裁判者的法官或陪审团没有主动“查明”案件事实真相的职责，裁判的事实根据完全取决于双方当事人举证和辩论的结果。为了确定控方和辩方有

争议的事实，必须明确哪些事实需要由控方证明，哪些事实需要由辩方证明，什么样的证据是诉讼双方可以合法使用的，什么样的证据是法律不允许向法庭提供的。可以说，哪一方当事人负责对何种事实提出何种证据，是当事人主义刑事诉讼中解决事实争议的核心问题，它不仅关系到当事人诉权和实体权益的维护，也关系到法院裁判的公正性与合理性。正因为如此，英美刑事证据法的主要内容就是关于证据可采性的复杂规则以及关于证明责任的严格规定两个方面，前者回答当事人可以在诉讼中提出何种证据的问题，后者回答哪一方当事人对何种事实负责提供证据并说服事实裁判者的问题。不了解英美法中的刑事证明责任，就不可能准确把握刑事证明责任制度的真谛，也不能真正理解当事人主义刑事诉讼的基本精神。

应当承认，随着改革开放的不断深入，包括法学研究和法律合作在内的对外学术交流也不断扩大，因而关于英美刑事证明责任制度，学界已经有了一些基础性的介绍和研究。但是，非常遗憾的是，在这方面的研究中确实还存在不少误解，对有些问题的研究尚缺乏必要的深度。考虑到我国刑事审判方式改革的当事人主义化趋势，出于借鉴和比较的目的，在研究英美刑事证明责任制度时，必须弄清以下几个问题：（1）刑事证明责任的确切含义是什么？如何理解“提供证据责任”与“说服责任”之间的区别？（2）英美法中的刑事证明责任是根据何种原则和理由加以分配的？控诉方对哪些事实承担证明责任？被告人是否需要承担证明责任？为什么？如果需要，其证明的对象是什么？证明责任是否会在控诉方与辩护方之间“转移”？（3）刑事证明责任与“推定”是何种关系？所谓“事实推定”与“法律推定”的区别是否存在？（4）控诉方与辩护方分别是如何履行其证明责任的？（5）如何评价英美刑事证明责任制度的功能？本章将依次对这些问题系统地加以探讨。

一、刑事证明责任的含义

“证明责任”一词，可能是英美证据法理论中用法最乱的一个词，关于它的含义，英美法理论和判例的理解常有分歧，但自19世纪以来，通说认为包括两种责任^①：一是说服责任（burden of persuasion），二是提供证据责任（burden of producing evidence）。这两种责任的含义有很大的不同。

（一）说服责任

说服责任在英国法律文献中更经常地被称为“法定责任”（legal burden），但在英美法理论或判例中有时也被称为“不能说服的风险”（risk of non-persuasion）、“证明性责任”（probative burden）或者“确定的证明责任”（fixed burden of proof）^②，它的基本含义是指当事人说服事实的裁判者（trier of fact）^③相信争议事实存在或者不存在的责任。具体而言，在民事诉讼中，一方当事人在请求法院依其主张做出裁判时，必须提供证据说服事实的裁判者相信其主张的待证事实存在，如其提供的证据不足以说服

^① 英美证据理论关于证明责任的双重含义最先产生于司法判例，后经学者 Thayer 分析总结，逐渐成为通说。参见李学灯：《证据法比较研究》，我国台湾地区五南图书出版公司1992年版，第359页。

^② 关于证明责任的不同名称及其首倡者，参见 Cross & Tapper on Evidence, 9th ed., Butterworths, 1999, pp. 108-109.

^③ 在英美法中，所谓“事实的裁判者”因诉讼性质不同而有所区别，但基本含义是指在初审程序中对争议案件进行审理和裁判的陪审团或者法官。就民事诉讼而言，通常是指法官，因为陪审团审判在英国已经被废除，在美国也只在极其例外的情况下，才由陪审团审判民事案件；就刑事诉讼而言，英国与美国的做法也不同：在英国，简易罪以及多数“两可罪”由治安法院审判，事实裁判者当指负责审判的治安法官；“可诉罪”则由法官主持下的陪审团审判，事实裁判者指陪审团；而在美国，轻罪案件由治安法官审判，重罪（可处6个月有期徒刑以上的犯罪）案件，则根据被告人的自愿选择分别由陪审团或者法官审判，因而事实裁判者可能指陪审团，也可能指法官。

裁判者，即不能证明其主张成立，则应当承担不能依其主张做出裁判的不利后果。在刑事诉讼中，检察官对于被告人否认的公诉犯罪事实，必须向事实裁判者提供证据，并说服事实裁判者相信该公诉犯罪事实存在；如果被告人提供相当的证据证明自己不在犯罪现场，从而否定了控诉案件的一个要件（被告人是犯罪行为）时，检察官则必须提供证据并说服事实裁判者相信被告人在犯罪现场，即被告人主张的事实“不存在”；如果检察官不能说服陪审团或者法官相信公诉犯罪事实存在，或者不能说服陪审团或法官相信被告人在现场，那么，陪审团或法官将会判决宣告被告人无罪。

同样，在某些情况下，被告人未必否认被指控的行为及其后果，但是同时主张自己的行为是“正当防卫”或者是实施该行为时“精神失常”，则应当提供相应的证据说服陪审团或者法官相信正当防卫成立或者精神失常属实，否则，其抗辩主张将不会得到陪审团或法官的采纳。

可见，“说服责任”其实是“不能说服”时应负的法律后果，由于这种责任通常是由实体法事先确定的，所以又被称为“法定责任”。在英美法理论和判例中，“证明责任”一词虽然通常同时包含提供证据责任和说服责任两层含义，但就其本源意义看，实指“说服责任”。

（二）提供证据责任^①

提供证据责任在英国法律文献中更经常地被称为“证据责任”

^① “提供证据责任”，从字面上理解，也可以叫做“举证责任”。但“举证责任”一词本是日语对德语 Beweislast 和英语 burden of proof 的翻译，并在我国台湾地区立法和理论中沿用至今，其实质乃指“证明责任”；而我国大陆地区证据理论对“举证责任”与“证明责任”的关系却存在“同一说”、“包容说”、“并列说”、“大小说”和“前后说”等不同观点，长期纠缠不清。为避免增添混乱，本章采用“提供证据责任”的表述。

(evidential burden), 以与“法定责任”相对应, 但有时也被称为“用证据推进的责任”(burden of going forward with evidence), 证据法大师威格摩则称其为“通过法官的义务”(duty of passing the judge), 它是指以特定事实的存在或者不存在为依据而提出诉讼主张的当事人, 除有无庸举证的例外情形外, 必须就该事实的存在或者不存在提供证据, 以便确定本方的案件或者使自己的主张成为案件的争点, 否则其主张将不能得到法官的采纳。具体到刑事诉讼中, 提供证据责任则是指“在法庭审理过程中提出足够的证据, 以便使法庭或者法官相信确实存在一个可以适当地要求法庭或者陪审团加以考虑的案件或者争点”。^①

在英美刑事诉讼中, 提供证据责任通常由负有说服责任的一方当事人承担, 但在特殊情况下, 也可能由对方当事人承担。例如, 检察官指控被告人犯谋杀罪, 他对谋杀罪的每一构成要件同时承担说服责任和提供证据责任。检察官的提供责任表现在: 他必须通过积极的举证活动向法庭证明, 被告人的行为符合犯罪构成的每一构成要件, 既有杀人的行为和危害后果, 又有杀人的蓄意(malice)或者故意(intention); 如果检察官的举证不可能使一个理智健全的陪审团给被告人定罪, 则法官可以根据被告人的申请或者依职权裁定“无辩可答”(no case to answer)(英国)或者直接宣告被告人无罪(美国); 如果检察官的举证在法官看来可以使一个理智健全的陪审团在适当的指导下给被告人定罪, 则法官必须将案件提交陪审团继续审判。根据无罪推定原则, 被告人对谋杀罪的成立或者不成立均不承担证明责任, 但是被告人如果主张杀人行为系受被害人挑衅而实施的, 则被告人必须就挑衅事实的存在承担提供证据责任。如果被告人未能就挑衅事实提出足够的证据, 可以合理地导致陪审团对控方指控事实的存在产生合理疑问, 则法官将不会把所谓挑衅的抗辩主张提交陪审团考虑。

^① Andrews & Hirst On Criminal Evidence, 3th ed., Sweet & Maxwell, 1997, p. 67.

（三）说服责任和提供证据责任在陪审团审判中的具体表现

英美法中的证明责任虽然主要是以当事人主义的诉讼构造为前提的，但与陪审团审判中法官与陪审团的职责分离原则密切相关，在一定意义上可以说，说服责任和提供证据责任的区分是当事人主义举证方式与二分式法庭结构共同作用的结果。

在陪审团审判程序中，法官负责解决控辩双方关于法律问题的争议，维护庭审程序的公正进行，并在庭审答辩结束时向陪审团解释法律，说明需要陪审团裁判的问题及注意事项；陪审团在听取控辩双方提供的证据和答辩意见之后，根据法官解释的法律以及（英国）关于案件证据的总结做出被告人是否有罪的裁决。人们常常说：“法官负责法律问题，陪审团负责事实问题”，正是此意。这种二分式法庭结构与当事人主义的举证方式又是密切结合在一起的。所谓当事人主义举证方式，是指在法庭审理过程中，证据的提供和辩论完全由控、辩双方当事人负责，陪审团只是消极的听审，案件在观念上被人为地区别为“控方案件”和“辩方案件”，分别由控诉方和辩护方提供证据加以证明，因而庭审中控方举证与辩方举证是严格分阶段进行的。如图所示，在“开场陈述”之后，首先由控诉一方就指控犯罪的每一构成要件向法庭完整地提供可采的证据，证明公诉犯罪事实成立。在控方举证过程中，辩方享有质证权。如果控方对某一构成要件没有提供必要的证据，或者控方对全部构成要件的举证，不可能使理智健全的陪审团在法官适当的指示下做出有罪裁决，则法官有权应被告人的申请或者依职权做出“无辩可答”的裁定，并指示陪审团做出无罪裁决（英国），或者直接做出无罪判决（美国）。如果辩护一方没有申请法官做出“无辩可答”的裁定或无罪判决，法官也认为控方举证已经证明控方案件“表面上成立”（there is a prima facie case）的，则案件进入辩方举证阶段。辩护一方可以有多种选择：一是不举证，完全依靠无罪推定原则加以保护，这对于否认犯罪

的被告人来说是一种不明智的选择；二是否认指控犯罪的某一要件，如主张没有杀人的“故意”等，在这种情况下，辩护一方承担提供证据的责任；三是虽然不否认指控犯罪事实的存在，但主张存在正当事由（justifications）或者免责事由（excuses），则应当在法律规定的范围内通过积极的举证活动承担说服责任。^① 在辩护一方承担提供证据责任的情况下，如果辩方不提供证据，也没有在控方举证阶段通过反询问控方证人获得有利于辩方的证据，则法官将会指示陪审团不得考虑其抗辩主张；在辩方承担说服责任的情况下，法官应当指示陪审团，辩方不能以“优势证据”使陪审团相信其主张的事实存在，则陪审团应当判定该事实不存在。经过控、辩双方举证、辩论之后，法官应当就本案涉及的法律问题（如构成要件、辩护事由的证据责任和证明标准等）给陪审团做出详尽、准确的解释，并且告诉陪审团：如果认为控方已经排除合理疑问地证明了指控的犯罪事实，即确信被告人有罪，便应做出有罪裁决；如果对被告人是否犯有指控的罪行尚存合理疑问，不能确信被告人有罪时，便应做出无罪裁决。从证明责任的角度说，陪审团裁决被告人有罪的前提条件是控方已经成功地履行了证明责任，陪审团裁决被告人无罪的原因则在于控方没有能够尽到证明责任。

^① 英美法对被告人在哪些情况下承担“说服责任”，范围不尽相同，而且立法或判例经常有一些变化，并非所有的“正当事由”或者“免责事由”都需要由被告人承担说服责任。详见本章第三节关于无罪辩护及其证明责任的论述。