



JiNan
University

暨南大学
法学文库

梁玉霞 著

刑事诉讼主张 及其证明理论



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



JiNan
University

暨南大学
法学文库

刑事诉讼主张 及其证明理论

梁玉霞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼主张及其证明理论/梁玉霞著. —北京:法律出版社,2007.5

(暨南大学法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7293 - 4

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第045665号

法律出版社·中国

责任编辑/陈慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/11.25 字数/306千

版本/2007年5月第1版

印次/2007年5月第1次印刷

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/010-63939738

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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7293 - 4

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



梁玉霞，法学博士，暨南大学法学院教授，诉讼法教研室主任，硕士生导师，西南政法大学、广东外语外贸大学客座教授，广州大学人权中心兼职研究员，广东省江门市人民检察院副检察长（挂职），中国刑事诉讼法学会理事。

1983年毕业于西南政法学院法律系，获法学学士学位；1997年毕业于中南政法学院，获法学硕士学位；2002年毕业于西南政法大学，获诉讼法学博士学位；2002-2004年在中国社科院法学所从事法理学博士后研究工作。先后就职于中南政法学院、华东政法学院、广东省人民检察院、暨南大学法学院、广东省江门市人民检察院。1991年任讲师，1994年破格晋升副教授，1997年破格晋升为教授。曾任湖北省跨世纪学科带头人、湖北省监察厅特邀监察员、武汉市洪山区政协委员、广东省检察官学院副院长。

主要研究领域为司法制度、诉讼法、证据法、军事法、检察制度。代表作有：《论刑事诉讼方式的正当性》（专著），中国法制出版社2002年版，获第五届全国中青年诉讼法学优秀科研成果著作类二等奖、广东省哲学社会科学优秀成果著作类三等奖；《中国军事司法制度》（专著），社会科学文献出版社1996年版；《中国军事法导论》（主编），四川人民出版社1997年版；《司法相关职务责任研究》（第二主编），法律出版社2001年版。在《中国法学》、《中外法学》、《法律科学》、《法学评论》、《法商研究》、《现代法学》、《中国刑事法杂志》、《河北法学》、《当代法学》、《暨南大学学报》、《诉讼法论丛》等重要刊物上发表论文数十篇。

序 言

在国内证据法学理论观点纷呈、“客观真实”与“法律真实”之争鏖战正酣之时,本书推出“诉讼主张”,或许不会显得太过张扬。

从读大学开始,诉讼证据理论留给我的悬念和疑问以及其反逻辑的怪异,让我一直难以释怀。于是,在中国社科院法学所做博士后期间,我选择了刑事诉讼主张这个题目做我的研究报告,结果发现,自己真的有点眼高手低。尽管我顺利地通过论文答辩出了站,法学所的各位教授如张志铭、王敏远、信春鹰、夏勇、李步云、刘作翔等都给予了细心的指点,但因为自己功力难及,所形成的文稿远没有达到内心的期望。经过修改补充,我将这本书献给大家,期望能成为他人研究中前行的一段云梯,甚或是批判的靶子。为了节省读者的时间,特将本书的主要观点和思路归纳如下:

1. 基本论点。本项研究的基本论点是:刑事证明的对象是诉讼主张,而不是案件事实。在现代诉讼模式下,诉讼各方都是为了说明其诉讼主张才进行证明的,刑事诉讼中从来就没有脱离诉讼主张的案件事实,案件事实总是被放置于诉讼主张之中而成为证明对象的。由于诉讼主张贯穿于刑事诉讼的始终,成为决定刑事诉讼产生、发展和终结的基本要素,因而,诉讼主张不仅是刑事证明的核心,而且是全部刑事诉讼的核心,刑事证明与刑事诉讼具有范围上的一致性。

2. 论证思路。全文围绕如下思路论证并形成相应的逻辑联系。

诉讼主张丰富而生动,涵盖了刑事诉讼中控、辩、审三方的各种请求、意见、声明和见解等,是刑事诉讼主体进行证明的核心。现行证据法理论为刑事诉讼设置了一个看似客观中性、实为非讼性质的待证命题——案件事实,导致刑事诉讼在认识论上陷入迷茫,逻辑上产生混

乱,法律遭到贬抑,程序上出现缺位。本项目研究的意义在于,从根本上改变刑事证明的陈旧说教和僵化模式,建立一种符合诉讼规律和时代精神的刑事证明理论,为刑事诉讼的各方及其诉讼过程提供更为积极的指导,促进刑事诉讼的高效与文明。

客观地讲,没有任何一个诉讼主体会舍弃其主张而去做无谓的事实证明。诉讼主张作为刑事证明核心的依据在于,其是解纷机制的内在要求,体现了诉讼民主的价值选择,可避开事实发现中的非确定性,填补了诉讼证明欠缺法律的疏漏,是科学构建刑事程序的需要。就整个刑事程序而言,诉讼主张既是起点又是终点。它启动诉讼程序,厘定控辩论争的焦点,规制法院裁判的对象和范围,决定诉讼当事人的立场和行为方式。在刑事证明活动中,凸显诉讼主张,将会促使证明责任明晰,证明标准具体,证据范围得到扩展,证明方法变得灵活。

谁主张谁举证规则是与诉讼主张作为刑事证明对象的原理相吻合的。只是,现代法律为刑事证明责任的分配首先搭建了一个“无罪推定”的平台,在此基础上,诉讼的主张者对其主张都负有证明责任。控诉方承担举证责任自不待言,辩护方对其辩护主张同样负有证明责任,如果辩护方期望其主张能够被法院采纳的话。认为辩护方不承担证明责任的观点,是一种误导。法院对其裁判结论所表现的主张也负有证明责任,这就要说明裁判理由。证明责任有时并不明晰,所以,需要法律对此加以分配。

将诉讼主张作为刑事证明的对象,将引起刑事证明理论的全面更新。由于刑事诉讼主张是多元的、多层次的,因而对诉讼主张证明的标准也必须具有多元性、多层次性。中国现行的一元化标准,在衡量刑事证明程度时,显得顾此失彼、力不从心。实际上,控、辩、审三方进行证明的标准各不相同,控诉方要达到可信性,辩护方要达到置疑性,审判方要达到说服力。此外,诉讼主张的内容不同,诉讼的阶段不同,证明标准也不相同。对诉讼主张的证明有事实判断、诉讼推理、法律解释等多种方法。

控辩双方诉讼主张的对立或假设对立是诉讼产生的前提,诉讼的功能就在于调适纷争。在国家社会化、民主化的影响下,刑事司法正在

经历一场深刻的变革,即所谓的“柔性司法”,而方向正是当事人主体性及其主张的张扬。刑事调解、辩诉交易、公正审判无不体现了这样的时代精神。

3. 创新与特色。本书的独到或创新之处在于:(1)抛开当下学术界关于“客观真实”与“法律真实”的争论,对刑事证明对象本身给予置换,将诉讼主张列为诉讼证明对象,并以此为基础,构建一套新的刑事证明体系。这一理论对于整个刑事诉讼程序从内容到形式都可能产生一定的影响,至少会打破传统思维的僵局,促使证明理论研究上的百花齐放。(2)在刑事诉讼法学领域,第一次对刑事诉讼请求做出全面、系统的阐述。诉讼主张的提法古已有之,但专门的研究在刑事领域尚未见到。就诉讼主张的含义而言,通常理解为起诉方的诉讼请求,本书对此概念做了全新的、开放性的阐释和结构梳理,将控、辩、审三方关于诉讼的观点、要求、看法等都纳入其中。这使该项研究具有更高的起点和更宽阔的视野,对整个诉讼也具有更为实际的指导意义。(3)全面揭示了诉讼主张对于刑事诉讼全过程的重要意义,有望引起人们对诉讼主张给予特别关注,正确理解和处理实体与程序的关系,促使刑事诉讼程序真正培育起独立的品格,走向科学与完善。

目 录

上篇:刑事诉讼主张论

第一章 刑事诉讼主张解说	3
一、刑事诉讼主张的概念	3
(一)关于主张	3
(二)刑事诉讼主张的界定	4
(三)刑事诉讼主张的范围	5
(四)诉讼主张在三大诉讼中的异同	8
二、刑事诉讼主张的特点	9
(一)提出者具有诉讼主体地位,承担特定的诉讼职能	9
(二)结构上是总体性与阶段性相统一、静态与动态相统一	10
(三)内容上具有主观意向性	11
(四)形式上体现为话语的表达	13
(五)内容和形式都必须具有合法性	13
三、刑事诉讼主张的分类	14
(一)控诉主张、辩护主张和裁判主张	14
(二)积极主张和消极主张	20
(三)肯定主张和否定主张	22
(四)实体主张和程序主张	23
(五)事实主张和法律主张	24
(六)单一主张和复合主张	26
四、刑事诉讼主张的意义	27

2 目 录

(一) 诉讼主张是刑事诉讼程序的启动装置和推进器	27
(二) 诉讼主张是控、辩、审各方的连结点	28
(三) 诉讼主张是司法公正的检测仪	28
(四) 刑事诉讼主张研究可以增强司法理性,繁荣法学 理论	29
第二章 刑事诉讼主张的结构	32
一、诉讼主张 = 命题 ≠ 事实	32
(一) 事实的特点与结构	32
(二) 命题的特点与结构	34
(三) 事实与命题的关系	36
(四) 诉讼主张 = 命题 ≠ 事实	39
二、三重构建:实体、程序与形式	45
(一) 实体	45
(二) 程序	47
(三) 形式	50
三、内容结构:事实与法律	52
(一) 事实	52
(二) 法律	54
四、程序结构:单体与整合	55
五、结果指向:罪与罚	57
六、诉因及其与刑事诉讼主张之结构	59
(一) 国外诉因制度概述	59
(二) 诉因与诉讼主张的关系	62
(三) 诉因结构的单一性与刑事案件的确 定	67
第三章 刑事诉讼主张与诉讼模式	72
一、刑事诉讼主张生成的制度环境	72
(一) 人具有自由、平等和尊严	72
(二) 法官中立、控辩对抗的诉讼结构	76
(三) 民主的诉讼原则与程序体系	79
二、刑事诉讼主张的历史变迁	81

(一)在自然平衡式诉讼中产生	81
(二)在行政对峙式诉讼中衰落	85
(三)在权能平衡式诉讼中回归	88
三、西方两大法系背景下的刑事诉讼主张	93
(一)当事人主义诉讼与刑事诉讼主张	93
(二)职权主义诉讼与刑事诉讼主张	98
第四章 对立、差异与协调:刑事诉讼主张的矛盾运动	103
一、刑事诉讼主张对立与差异的依据	103
二、刑事诉讼主张的程序互动	107
(一)被动审判	108
(二)作茧自缚	110
(三)诱发反驳	117
三、从权威到对话:刑事诉讼的终结方式	118
(一)迈向柔性司法	118
(二)主张与对话的现代图景	128

下篇:刑事诉讼证明论

第五章 刑事证明对象转换:从案件事实到诉讼主张	145
一、源自本体论的追问:诉讼要证明什么	145
(一)为什么诉讼	146
(二)为什么证明	147
(三)诉讼要证明什么	147
二、关于刑事证明对象的域外制度考察	151
(一)大陆法系的刑事证明对象:事实	151
(二)英美法系的刑事证明对象:诉讼主张	153
三、我国诉讼证明中的“事实论”及其误区	154
(一)“事实论”的表现	155
(二)“事实论”的误区	160
四、刑事证明的对象——诉讼主张	168

(一) 诉讼证明对象的界定	168
(二) 诉讼主张作为刑事证明对象的法理依据	169
(三) 诉讼主张对刑事证明的影响	186
五、刑事证明对象在我国错位的原因	191
(一) 强职权主义诉讼模式压抑了诉讼主张	191
(二) 认识论和政治意识形态的偏颇	191
(三) 法律解释技术落后	193
(四) 诉讼程序不独立	193
第六章 刑事证明主体与证明责任	194
一、证明责任与举证责任辨析	194
二、现代刑事证明责任的平台——无罪推定	197
(一) 无罪推定原则的价值选择	198
(二) 无罪推定原则的内容构成	202
(三) 无罪推定对刑事证明责任的强制性配置	205
三、谁主张谁举证叙说	207
(一) 谁主张谁举证的诠释	207
(二) 在历史与现代间的比较	213
四、主张者的举证责任分配	217
(一) 为何需要分配	217
(二) 依据什么分配	218
(三) 举证责任分配的表现形式	225
五、证明责任的免除	230
(一) 正式承认	231
(二) 司法认知	234
(三) 已决的事项	236
(四) 推论事项	237
第七章 刑事证明的目的与证明标准	239
一、刑事证明的目的	239
二、刑事证明标准	242
(一) 一元化证明标准的局限	243

(二) 西方国家的刑事证明标准	244
(三) 依证明责任确定证明标准	250
(四) 依诉讼主张确定证明标准	258
(五) 依诉讼阶段确定证明标准	268
第八章 刑事诉讼主张的证明方法	275
一、刑事诉讼证明的特点	275
(一) 程式化证明	275
(二) 他向证明	276
(三) 证实与证伪并存	277
二、事实判断	278
(一) 直觉判断	278
(二) 经验判断	279
(三) 证据判断	279
三、诉讼推理	281
(一) 诉讼推理的含义和特征	281
(二) 诉讼推理的分类	283
四、法律解释	287
五、诉讼争点的发现与整理	291
附录:关于案件事实的审查与采信	
——结合实例的分析	299
一、法院自行调查的法理依据与规制	299
(一) 法院自行调查的概念及其表现形式	299
(二) 审判权与调查权	301
(三) 法院自行调查与对抗式庭审方式	304
(四) 法院自行调查的合理规范	306
二、审判官心证形成过程分析	308
(一) 公诉人举证	308
(二) 辩护方的举证	317
(三) 控辩双方的法庭辩论	319
(四) 法庭判决	322

三、裁判的事实根据:听证事实抑或卷宗材料·····	324
(一)卷宗事实主义及其弊端·····	324
(二)听证事实主义及其面临的困境·····	329
(三)两难中的现实选择·····	335
主要参考文献 ·····	339

Contents

PART I STUDY ON ALLEGATION IN CRIMINAL PROCEDURE

Chapter 1 Explanation Of Allegation In Criminal Procedure	3
1. Conception of allegations in criminal procedure	3
1.1 About allegation	3
1.2 Defination of allegation in criminal procedure	4
1.3 Scope of allegation in criminal procedure	5
1.4 Similarities and differences of allegation in Administrative, Civil and Criminal Procedures	8
2. The characteristic of allegations in criminal procedure	9
2.1 Presenter enjoys the status of litigious subject and perform particular litigious function	9
2.2 Structure Integration Between Collectivity and Phase, between static and dynamic	10
2.3 Content should be of Subjective intent	11
2.4 Form should be of Verbal expression	13
2.5 Content and form should be legal	13
3. The Classification of allegations in criminal procedure	14
3.1 Procurate allegation defense allegation and adjudicative allegation	14
3.2 Positive allegation and passive allegation	20
3.3 Affirmative and negative allegation	22
3.4 Substantial allegation and procedural allegation	23
3.5 de facto allegation and legal allegation	24
3.6 Single allegation and multiple allegation	26
4. The meaning of allegations in criminal procedure	27
4.1 Allegation is the start-up device and thruster of the criminal procedures	27
4.2 Allegation is the interlink of prosecutor, defendant and judge	28
4.3 Allegation is the detector of judicial justice	28
4.4 Study on Allegation can improve judiciary reason and flourish legal theories	29

Chapter 2 The Structure Of Allegations In Criminal Procedure	
.....	32
1. Allegations = proposition \neq fact	32
1.1 Characteristic and structure of fact	32
1.2 Characteristic and structure of proposition	34
1.3 Relationship between fact and proposition	36
1.4 Allegations = proposition \neq fact	39
2. Triplex construction; substance, proceedings and form	45
2.1 Substance	45
2.2 Proceedings	47
2.3 Form	50
3. Content construction; fact and law	52
3.1 Fact	52
3.2 Law	54
4. Procedure construction; monomer and conformity	55
5. Result directing; crime and punishment	57
6. Cause of action and construction of allegation in criminal procedure	59
6.1 Introduction of cause of action of foreign countries	59
6.2 Relationship between cause of action and allegation	62
6.3 Oneness of the allegation structure and the ascertainment of criminal case	67
Chapter 3 Allegations In Criminal Procedure And The Mode Of Criminal Procedure	
.....	72
1. System environment of the formation of allegation in criminal procedure	72
1.1 Liberty, Equality and Dignity of human being	72
1.2 Judge's neutrality, antagonism between prosecutor and defendant	76
1.3 Democratic principle of litigation and procedure system	79
2. The origin and later development of allegations	81
2.1 Originated form natural balanced litigation	81
2.2 Declined in administrative adversary litigation	85
2.3 Regressed in balanced litigation function	88
3. Allegation of Criminal Procedure in two legal systems	93
3.1 Adversary proceedings and allegations in criminal procedure	93
3.2 Inquisitorial procedure and allegation in criminal procedure	98

**Chapter 4 Antimony, Discrepancy and Harmonization:
The Contradictory Movement of** 103

1. Basis of Antimony and Discrepancy of Allegation in Criminal Procedure 103
2. Procedure Interaction of Allegation in Criminal Procedure 107
 - 2.1 Passive trial 108
 - 2.2 Get enmeshed in a web of one’s own spinning 110
 - 2.3 Induce refutation 117
3. Tendency of criminal procedure 118
 - 3.1 Tendency of Gentle judicatory 118
 - 3.2 Contemporary view of allegation and interlocution 128

PART II STUDY ON PROOF IN CRIMINAL PROCEDURE

**Chapter 5 Transform Of Criminal Proof Object:
Form Case Fact To Litigation Allegation** 145

1. Question originated from ontology; What is to be proved 145
 - 1.1 Why to prosecute? 146
 - 1.2 Why to prove? 147
 - 1.3 What is to be proved? 147
2. Review of Criminal Proof Object of Foreign countries 151
 - 2.1 Civil law system; fact 151
 - 2.2 Common law system; litigation allegation 153
3. “Fact proof doctrine” in China and its error 154
 - 3.1 Representation of the ‘fact proof doctrine’ 155
 - 3.2 Error of the ‘fact proof doctrine’ 160
4. Criminal proof Object; litigation allegation 168
 - 4.1 Definition of litigation allegation 168
 - 4.2 Legal basis of litigation allegation as Criminal proof Object 169
 - 4.3 Influence of litigation allegation imposed on Criminal proof 186
5. Reason for the misplacement of Criminal proof Object in China 191
 - 5.1 Forcefully Inquisitorial litigation mode constrains the litigation allegation 191
 - 5.2 Bias of epistemology and political consciousness 191
 - 5.3 Backward in technique of interpretation of law 193
 - 5.4 procedure is not independent 193

Chapter 6 Criminal Proof Subject And Burden of Proof	194
1. Analysis of burden of proof and onus probandi	194
2. Presumption of innocence—platform of burden of criminal proof	197
2.1 Value choice of Presumption of innocence	198
2.2 Content component of Presumption of innocence	202
2.3 Obligatory arrangement of burden of criminal proof	205
3. Narration about “who claims, who proves”	207
3.1 Annotation	207
3.2 Comparison between history and current	213
4. Onus probandi distribution of assertor	217
4.1 Why to distribute?	217
4.2 Basis of distribution	218
4.3 Forms of onus probandi distribution	225
5. Exclusion of burden of proof	230
5.1 Formal recognition	231
5.2 Judicial cognizance	234
5.3 Judicial decision	236
5.4 Presumption items	237
Chapter 7 Purpose And Standard Of Criminal Proof	239
1. Purpose of criminal proof	239
2. Standard of criminal proof	242
2.1 Limitation of the sole proof standard	243
2.2 Standard of criminal proof in main western countries	244
2.3 Definite the standard of proof according to burden of proof	250
2.4 Definite the standard of proof according to litigation allegation	258
2.5 Definite the standard of proof according to different proceeding phase	268
Chapter 8 Proof Methods Of Allegation In Criminal Procedure	275
1. Features of criminal procedure proof	275
1.1 Stylized prove	275
1.2 Other prove	276
1.3 Coexistence of proving truth and proving falsification	277
2. Judgement on fact	278