



| 刑 | 事 | 法 | 律 | 论 | 丛 | Series of Criminal Law

# 刑事证明责任研究

——穿梭于实体与程序之间

## Studies on the Criminal Burden of Proof

From Both Substantial and Procedural Angles of View

黄维智 / 著

2



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

D915. 3/18

2007

# 刑事证明责任研究

——穿梭于实体与程序之间

**Studies on the Criminal Burden of Proof**

From Both Substantial and Procedural Angles of View

黄维智 / 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

刑事证明责任研究:穿梭于实体与程序之间/黄维智著. —北京:北京大学出版社,2007.6

(刑事法律论丛)

ISBN 978-7-301-12296-9

I. 刑… II. 黄… 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(2007)第 080658 号

书 名: 刑事证明责任研究——穿梭于实体与程序之间

著作责任者: 黄维智 著

责任编辑: 李燕芬

标准书号: ISBN 978-7-301-12296-9/D·1789

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 24.75 印张 422 千字

2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 总 序

刑事法律是运用国家刑罚权同犯罪作斗争的法律规范的总称。在任何国家,刑事法律都是保卫国家安全、维护社会秩序、保护公民人身和财产的主要手段。自从有了法律,刑事法律就始终是法律门类中最重要的组成部分,甚至在中国古代,所谓法,几乎就是刑事法律的代名词。即使是在现代法治国家,刑事法律依然是法律体系中极为重要的部分,扮演着维护安全、秩序和自由的重要使命,围绕刑事法律的实施而工作的机构和人员依然是所有法律工作机构和人员中最庞大的组成部分。因此,对刑事法律的研究,理应在整个法学研究中占有重要的地位。

但是,从另一方面看,由于刑事法律是通过刑罚权的运用来维护安全、秩序和自由的,刑事法律的适用必然会给犯罪人(包括涉嫌犯罪的人)的权利和自由造成一定程度的损害,甚至包括人身自由权利的限制和生命权利的剥夺,刑事法律的适用有时还可能影响到犯罪嫌疑人或犯罪人以外的人的权利和利益,如对其家庭以及与其有利害关系的人的影响。而对这些权利的限制、剥夺和影响,同样直接关系到社会的安宁和秩序。

因此,刑事法律永远处在两种直接对立的利益的矛盾和冲突之中,永远面临着如何在两种对立的利益之间保持平衡以便使对社会的损害减少到最小的难题。破解这个难题是刑事法律研究永恒的主题。

刑事法律,涉及到刑事立法、刑事执法和刑事司法,也涉及到中国刑事法律、外国刑事法律和国际刑法及其相互之间的联系与衔接。刑事法律要运用逻辑的、规范的、注释的、实证的、比较的、历史的研究方法,从理念、制度、技术等不同的层面对刑事法律所涉及的方方面面进行研究,必然会形成许许多多的研究成果。《刑事法律论丛》将是反映这类研究成果的一种形式。我们希望,《刑事法律论丛》的每一部论著,都应当是深思熟虑、言之有物、能够给人以启迪的经典之作,而不应当是急功近利、哗众取宠的草率之作;都应当是对实际问题进行深入研究,能够提出解决问题的建设性方案,从而有助于刑事立法的完善或刑事司法的正确实施或刑事法律理念的发展的有用之作,而不应当是文字游戏式的概念分析、空泛议论、不着边际、毫无实践意义和理论价值的浮夸之作;都应当是海纳百川、兼收并蓄、能够把理

想与现实结合起来、把国际准则和他国经验与中国实际结合起来进行理论创新的新颖之作,而不应当是东拼西凑、肤浅陈旧、低层次重复,或者照搬照抄某一种制度或理论,乱发议论的浅薄之作。这是我们的追求,也是对每位作者的企求。愿以此与所有刑事法律研究的学者共勉!

朱孝清

2005年9月

## 序 言

《刑事证明责任研究——穿梭于实体与程序之间》一书是黄维智博士在其博士后研究课题的基础上修改而成的。

证明责任是指一方当事人为了避免败诉,通过自己的行为对有争议的事实加以证明的责任。消除事实问题方面的疑问,尤其是在事实真伪不明时明确判决方式,是证明责任规范的使命。因此,有人称证明责任是“诉讼的脊梁”。在刑事诉讼中,证明责任是一种诉讼法上的证明负担,同时又是对实体法的犯罪构成进行证明的义务担当,因此证明责任规范不可避免地涉及实体与程序两个方面,可以说是沟通实体与程序之间的桥梁。

在刑事诉讼中,由于控诉方承担证明责任的要求以及无罪推定原则的存在,往往使这一问题被简单化处理,因此在民事诉讼证明责任的学说纷纭如繁花压枝之时,刑事诉讼证明责任研究的树间却芳华寥寥。不能否认民事与刑事两种诉讼的制度生存环境不同,证明责任问题的意义也有所不同。然而,刑事证明责任问题又绝非一个无意义的“伪问题”。如在我国,检察官的举证责任无论就范围还是就程度看都缺乏准确界定,而证明责任的转换与倒置不仅法律规定不明确,而且法理研究也十分欠缺,因此对塑造实践的合理性以及实现刑事诉讼的目的造成妨碍,这种妨碍已经到了我们不能不解决的时候了。

在这种情况下,该书作者从程序与实体的互动中研究刑事诉讼证明责任及相关问题,我以为很有意义。作者认为在对抗制诉讼模式下,刑事证明责任应建立“争点形成责任—疑点排除责任”的动态证明责任框架。即诉讼启动时争点形成责任由检察官承担,诉讼推进过程中,争点形成责任便可能来回转移,而疑点排除责任却始终由检察官承担。在确立刑事证明责任分配基本原则的基础上,该书还运用“争点形成—疑点排除”的分析框架,对一些较为特殊的犯罪类型的主观、客观方面的具体证明责任进行分析研究,对一些程序性问题、证据能力问题的证明责任分配进行了探讨。

该书作者同时认为,我国应建立完善刑事推定制度。所谓推定,是证明不足时的一种法律拟制,同时降低了证明责任。因此,它是一种重要的证明机制而且与证明责任制度有紧密联系。完善推定制度是完善证明责任制度

的“题中应有之义”。确立并适用推定规范,能够降低诉讼成本,提高诉讼效率,有效实现刑事政策。而在我国刑事诉讼中,推定的适用范围、适用条件、适用方式与方法等,在法律制度上需要完善,在理论上也需要进一步探讨。该书作者的某些探讨是有益的,但还需要进一步深入。

该书应用了实证调查和比较、综合、分析及可行性论证等多种方法,对刑事证明责任的一些重要问题做了有个人见解的深入研究,搜集并运用了许多方面资料从而为我们提供了许多有用的知识。因此,这部著作有一定的学术价值和实用意义,据我所知,也是我国目前关于刑事证明责任理论的第一部专著。不过,作者的一些观点在论证上仍感不够有力,某些问题的把握也不一定十分准确。

能够长期坚持刻苦学习与认真研究,作为他博士后研究工作的合作教师,我殷切希望他继续努力,通过扎实严谨的研究获得更突出的学术成果。

龙宗智

2007年1月25日

## 前 言

证明责任是指一方当事人为了避免败诉,通过自己的行为对有争议的事实加以证明的责任。消除事实问题方面的疑问,是证明责任规范的使命。因而,可以说“证明责任是诉讼的脊梁。”在刑事诉讼中,证明责任分配理论主要是检察官的证明责任体系的建立。检察官证明责任体系中证明对象的范围属实体法中犯罪构成理论规范的范围,证明责任分配原则和具体分配源自于诉讼法适用的方式,证明过程本身就是诉讼的推进过程。虽然关于证明责任问题属实体法问题还是程序法问题有不少争议,但证明责任规范的形成,无疑是沟通实体与程序之间的桥梁。换言之,证明责任理论是建立刑事一体化的基石。

在我国刑事诉讼程序中,证明责任理论不受重视。从立法上看,我国《刑事诉讼法》有关证明责任的问题,在第43条作如下规定:审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。同时第35条规定:辩护人的责任是根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。上述条文规定的检察官举证责任的范围,除证明犯罪构成要件外,还应证明阻却违法及阻却有责等各种事由是否存在,无疑是无条件地无限扩大了检察机关的证明责任和证明范围。另一方面对刑事案件中犯罪事实的证明,我国法律和诉讼法理论普遍采用一个统一的标准:犯罪事实清楚、证据确实充分。普遍认为,对犯罪事实无论是全部还是一部分降低证明标准可能导致错案,属于执法不严。然而司法的现实说明,对证明对象都采用一个统一的高标准进行证明在实践中十分困难(缺乏现实可能性),因为某些问题是难以查证的,而且从诉讼效率观看,普遍采用高证明标准使诉讼十分不经济(无必要性)。

从理论上,由于对刑事证明责任问题的轻视,忽略刑事诉讼证明责任问题的特殊性,将民事诉讼中证明责任基本理论生搬硬套。造成对检察官举证范围缺乏明确界定,同时在我国证据法理论上未建立证明责任的分配体系和刑事推定制度,给司法实践带来诸多困难并在一定程度上造成了认识混乱。从司法实践上看,忽视无罪推定原则,反对自证其罪原则,有利于



被告原则等刑事诉讼的基本原则的现象并非少见,刑事证明责任分配的随意与无序状况,使刑事诉讼打击犯罪与保障人权的目的均难以实现。证明责任的规范,具有修补法律漏洞之功能。证明责任的有规律的分配和始终如一的分配,是法安全性的先决条件,这也是建构刑事证明责任体系的意义所在。

刑事证明责任体系中涉及一系列问题需要解决,如检察官需要证明什么?怎样去证明?用什么去证明?证明到何种程度?不能证明的后果?检察官仅查明定罪证据能否起诉?检察官能不能不查量刑证据?等等。不同的诉讼模式,对检察官有不同的角色定位,可能对上述部分问题有不同的回答。但在现代刑事诉讼体制下,刑事证明责任分配必须受制于无罪推定等基本原则。

在我国,检察官虽为公诉案件的原告,但与自诉人不同,其实施侦查、提起公诉之目的,并非在于求得犯罪之补偿,或对犯罪人施以报复,而在维持社会秩序与刑事司法正义的实现,故检察官在具体刑事审判过程中,虽基于原告地位,实际上则带有“公益代表人”色彩,其处理案件应站在公正且客观立场。但是,如果要求检察官用同一证明标准承担所有诉讼争点的证明,那么事实上每一个法律诉讼从一开始就会变得毫无希望,因此诉讼也难以进行。所以,“适当的、明智的证明责任分配属于法律制度最为必要的或最值得追求的内容”。

在对两大法系关于检察官证明责任分配理论考察后,笔者认为我国刑事诉讼在对抗制诉讼模式下,检察官证明责任应建立“争点形成责任—疑点排除责任”的动态证明责任框架。即诉讼启动时争点形成责任由检察官承担,诉讼推进过程中,争点形成责任便可能来回转移,而疑点排除责任却始终由检察官承担。因为证据法上的无罪推定,首先解决的是争点形成责任问题。正如英国证据法学者罗纳德·沃克所言,“无罪推定仅仅是确定首先由谁负担证据责任的问题”。鉴于任何人在经证据证实并经司法判定有罪之前都应视为无罪,那么控告他人有罪的控告者就应承担证明责任,即在刑事公诉案件中,由检察官承担就被告有罪的争点形成责任。当无罪推定作为证据法原则受到普遍肯定的情况下,根据一定的“基础事实”推定有罪与无罪推定原则并无冲突。因为就“无罪推定”理论解释,所谓“推定”不同于“视为”,推定被告无罪,是一种无罪假定,非视被告无罪,被告无罪可被驳斥。检察官可提出一定的“基础事实”证据,驳斥被告无罪之假定。若检察官尽其举证责任后,被告无罪推定的假设可被推翻,根据“基础事实”推定被

告有罪。此时,被告人的基于必要性、利益性等考虑,可以就阻却违法或阻却责任事由、程序性问题、证据能力问题提出抗辩事由——形成争点,以阻断法官“临时心证”的形成,程度上被告只要证明争点存在具有极大可能性——证据上的优势即可,但检察官有排除阻却违法或阻却责任事由、程序性问题、证据能力问题等疑点不存在的责任。只有检察官排除各种合理疑点后,法官才可能形成“有罪”心证。被告就阻却违法或阻却责任事由程序性问题、证据能力问题负提出证据形成疑点的责任,并不违反无罪推定原则,并且与一般举证责任分配原则相符。因为“疑点形成责任——属权利性,由当事人依其必要与利益即提出证据。”检察官启动诉讼程序的争点范围由实体法规范的有关规定决定,诉讼推进过程中的争点包括实体问题、程序性问题、证据能力问题。不同争点内容适用不同证明标准。在具体诉讼中,被告疑点形成范围影响检察官的疑点排除范围。不同疑点排除内容同样适用不同证明标准。

同时,我国应建立刑事推定制度,其包括实体上的推定和程序上的推定。所谓推定,是一种法律拟制,即在缺乏证据直接证实某一情况时,根据某些合理的因素和情况,判定某一事实存在的一种机制。推定属于证据法上的重要制度,它对于实现诉讼公正,提高诉讼效率和解决证明中的困难,都具有不可替代的作用。如果某些重大的利益需要保护,而某种侵犯该利益的犯罪又难于证明,可以有两种办法解决这一难题:一是在立法设置构成要件时就降低控方的证明责任,二是在司法审判中借助推定来弥合证据之间的缝隙,进而缩短实体与程序的距离。在司法活动中,推定的主要作用是通过证明范围和标准的改变以减少不必要的证明和避免难以完成的证明。推定具有降低诉讼成本,提高诉讼效率,维护社会法律关系稳定等功能。

在确立刑事证明责任分配基本原则的基础上,运用“争点形成—疑点排除”的分析框架,对一些较为特殊的犯罪类型的主观、客观方面的具体证明责任进行分析研究,对一些程序性问题、证据能力问题的证明责任分配进行探讨。力争从刑事诉讼制度的高度对实体与程序进行整合研究,在对刑罚理论、犯罪构成模型理论、诉讼法学及证明理论研究的基础上,提出解决问题的办法——建立可操作的检察官证明责任分配原则及证明责任具体分配原则的理论体系,从而解决我国检察官在刑事证明责任方面存在的主要问题,达到“对刑事证明责任分配的理论有一定推动作用,对刑事诉讼的实践有一定指导作用”。

# CONTENTS 目 录

## 第一编 两大法系刑事证明责任理论比较考察

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| 第一章 两大法系刑事证明责任的复合概念                | 3  |
| 第一节 英美法系的刑事证明责任概念界定<br>——以美、英两国为中心 | 3  |
| 第二节 大陆法系的刑事证明责任概念界定<br>——以德国为范例的分析 | 15 |
| 第三节 两大法系刑事证明责任概念的关系                | 18 |
| 第四节 两大法系刑事证明责任概念差异<br>成因分析         | 20 |
| 第二章 刑事证明责任分配的基本理论                  | 25 |
| 第一节 证明责任规范的实质<br>——克服真伪不明          | 25 |
| 第二节 证明责任分配的几种理论                    | 28 |
| 第三节 无罪推定原则下的刑事证明责任分配               | 33 |
| 第三章 证据责任转移与具体分配                    | 44 |
| 第一节 证据责任转移问题                       | 44 |
| 第二节 被告提供证据责任的类型                    | 49 |

## CONTENTS 目 录

---

|                      |    |
|----------------------|----|
| 第四章 程序事实的证明责任        |    |
| ——以非法证据的证明为例         | 62 |
| 第一节 非法证据的证明责任分配的立法考察 | 62 |
| 第二节 非法证据证明责任分配的理论基础  | 68 |

---

|               |    |
|---------------|----|
| 第五章 公诉标准与定罪标准 | 71 |
| 第一节 公诉标准      | 73 |
| 第二节 定罪标准      | 81 |

---

|               |     |
|---------------|-----|
| 第六章 刑事推定      | 117 |
| 第一节 推定的本质与功能  | 117 |
| 第二节 刑事推定的发展趋势 | 122 |

---

## 第二编 我国刑事证明责任理论回顾与重构

---

|                      |     |
|----------------------|-----|
| 第七章 我国刑事证明责任理论的回顾与反思 | 133 |
| 第一节 刑事诉讼中证明责任的概念问题   | 133 |
| 第二节 刑事诉讼证明责任中的证明主体问题 | 145 |
| 第三节 刑事诉讼证明责任中的证明对象问题 | 154 |
| 第四节 刑事诉讼证明责任中的证明标准问题 | 160 |

CONTENTS 目 录

|                           |            |
|---------------------------|------------|
| <b>第八章 刑事证明责任分配的基本原则</b>  | <b>177</b> |
| 第一节 无罪推定原则                | 177        |
| 第二节 反对强迫自证其罪原则            | 187        |
| 第三节 有利于被告原则               | 192        |
| <b>第九章 刑事证明责任中的分配原则</b>   | <b>197</b> |
| 第一节 刑事证明责任分配的基础理论         | 198        |
| 第二节 检察官的争点形成责任            | 212        |
| 第三节 被告的疑点形成责任             | 222        |
| 第四节 检察官的疑点排除责任            | 238        |
| <b>第十章 程序法上检察官的疑点排除责任</b> |            |
| ——以建构我国非法证据排除规则为例         | 253        |
| 第一节 非法证据排除规则的基本价值         | 254        |
| 第二节 非法证据排除规则建构中的价值冲突      | 260        |
| 第三节 非法证据排除规则建构中的价值抉择模式    | 264        |
| 第四节 我国非法证据排除规则建构中的价值抉择    | 268        |
| 第五节 非法证据排除中的证明责任分配        | 271        |

## CONTENTS 目 录

## 第十一章 刑事诉讼中的特殊证明方法

——刑事推定 277

第一节 再论推定的本质与功能 277

第二节 我国刑事推定及发展 279

## 第三编 刑事证明责任中的特殊分配问题

## 第十二章 贿赂推定在职务犯罪中的运用 289

第一节 贿赂推定的特性 289

第二节 贿赂推定在我国的运用研究 292

第十三章 财产型职务犯罪中证明对象的  
范围问题 298

第一节 问题的提出 298

第二节 赃款去向在实体法上的定位及在  
程序法上的影响 302第三节 赃款去向该由谁证明?  
——对我国现行法律关于证明  
责任规定的检讨 306

## 第十四章 巨额财产来源不明罪的证明责任问题 311

第一节 巨额财产来源不明罪的沿革及法理  
基础 311第二节 巨额财产来源不明罪的犯罪  
构成要件 314

CONTENTS 目 录

|       |                       |     |
|-------|-----------------------|-----|
| 第三节   | 关于该罪的证明责任问题           | 322 |
| <hr/> |                       |     |
| 第十五章  | 奸淫幼女罪中“明知”的证明问题       | 328 |
| 第一节   | 关于“幼女”的确定标准及年龄规定      | 328 |
| 第二节   | 奸淫幼女罪是否应以“明知”为条件      | 330 |
| 第三节   | 对奸淫幼女案的个案处理           | 334 |
| <hr/> |                       |     |
| 第十六章  | 必须作证的例外               |     |
| ——    | 贿赂犯罪中的“强制作证”与“罪行豁免”   | 337 |
| 第一节   | 打击贿赂犯罪的两难问题           | 337 |
| 第二节   | 国外在惩治贿赂犯罪中的举措         |     |
| ——    | 强制作证与刑事免责             | 339 |
| 第三节   | “强制作证”与“刑事免责”制度的反思与重构 | 343 |
| <hr/> |                       |     |
| 第十七章  | 无须证明的犯罪               |     |
| ——    | 藐视法庭案件的法官直判           | 348 |
| 第一节   | 庭上案件法官直判的许容性          | 348 |
| 第二节   | 庭上案件法官直判的法律界限         | 353 |
| 第三节   | 法庭尊严(法官权威)不可动摇原则      |     |
| ——    | 藐视法庭罪的法理基础            | 359 |
| <hr/> |                       |     |
| 参考文献  |                       | 365 |
| <hr/> |                       |     |
| 后记    |                       | 378 |

# 第一编

---

## 两大法系刑事证明责任理论 比较考察

刑事证明责任分配理论不仅反映出不同诉讼模式下的价值取向、立法者的立法目的追求,而且直接指导和影响着刑事司法实践。正如美国著名学者伯纳德·施瓦茨所言:“在实际诉讼中,证明责任问题的实际重要性甚至比大多数律师认识到的还要大。确定证明责任问题常常就是决定谁胜谁负的问题。”<sup>①</sup>因而,系统研究刑事证明责任理论进行显得尤为重要。笔者将比较考察西方国家发达的刑事证明责任理论作为研究的起点。

---

<sup>①</sup> [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,群众出版社,第321页。



