



厦门大学法学学术文库

意见裁判主义导论

An Introduction to Opinion-judging Doctrine

3
陆而启 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

厦门大学法学学术文库

2016 年度最高人民检察院检察理论研究一般课题

《“以审判为中心”背景下的刑事诉讼证据审查》[GJ2016C09] 和

中央高校基本科研业务费专项资金资助课题《意见裁判主义研究》(编号: 20720151192)阶段性成果。



意见裁判主义导论

An Introduction to Opinion-judging Doctrine

陆而启 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

意见裁判主义导论 / 陆而启著. —北京:法律出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9866 - 1

I. ①意… II. ①陆… III. ①刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 194558 号

厦门大学
法学学术文库

意见裁判主义导论

陆而启 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 15.25 字数 225 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9866 - 1

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

厦门大学法学学术文库编委会

编委会主任

宋方青

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

朱炎生	朱福惠	刘志云	何丽新	陈晓明
李兰英	李国安	张榕	林秀芹	周东平
徐国栋	徐崇利	蒋月	廖益新	

总 序

学术的提升需要传承积淀、厚置根基,深厚的历史底蕴是一个学科发展的重要因素。从1926年起,厦门大学有了法科,厦门大学的校园里开始有了法律人的足迹。作为厦门大学的学子,厦门大学法律人始终秉承“自强不息,止于至善”的校训精神,坚持“学术建院、民主建院”的治院方针,发扬“严谨治学、求实创新”的传统学风,经过几代人的努力,春华秋实,厦门大学法学院在人才培养、科学研究、社会服务和文化传承与创新等各个方面均取得了令人瞩目的成就。

今天的厦门大学法学院,已汇集了一批优秀的中青年骨干教师,并形成了一支结构合理、实力雄厚、后劲充足的学术梯队,拥有法学博士后科研流动站、法学一级学科博士学位授予权和硕士学位授予权、法律专业硕士(JM)学位点,形成了从本科到博士后的完整的法律专业人才培养格局,为国家的法制建设、法学昌盛和社会进步,做出了积极的贡献。2012年,教育部学位与研究生教育发展中心进行了第三轮法学学科评估,在全国650余所法律院校中,厦门大学法学学科办学实力排名第十。

学院坚持“加强优势学科、培育特色学科、支持基础学科”的发展思路,努力优化学科结构布局和资源配置,

提升学科的核心竞争力。近五年来,学院建设了应用型、复合型卓越法律人才教育培养基地,涉外卓越法律人才教育培养基地,国家知识产权培训(福建)基地三个国家级基地,以及教育部“法学教育实践基地”、福建省高校人文社会科学研究基地“国际经济法研究中心”等省部级基地。学院积极引导开展跨学科研究,组建了优势学术团队,建立了“中国崛起与国际法发展”研究团队、“社会治理与软法”研究团队、“国际税法与比较税制”研究团队、“公证法律与自动化”研究团队、“经济犯罪”研究团队、“法律认知神经科学”研究团队,以及福建省高等学校人文社科创新平台:“厦门大学财税金融法治研究中心”、“立法研究中心”,促进了学科研究交叉,推动了学院学科平台创新。厦门大学国际法学科属于国家重点学科。2012年,厦门大学法学学科同时入选“福建省特色重点学科”和“福建省省级重点学科”。

厦门大学法学院现正朝着建设国内知名、国际上有较大影响的高水平研究型法学院的宏伟目标努力奋进。成绩属于昨天,未来仍需开拓。厦门大学法学院的使命与价值,在于培养人才、传承文明、创新知识、探求真理、服务社会、引领未来。只有不断推动法学学科发展,实现新的跨越,我们才能真正担当起法学教育的使命。

2016年10月,厦门大学法学院将迎来90岁的生日。值此之际,我们将本着“回眸历史轨迹,继承优良传统,展示办学成就,凝聚发展动力,再谱辉煌篇章”的宗旨,隆重举行系列庆祝活动,并以此为契机,出版系列专著作为90周年院庆的献礼,再续南强华章。

“闻道有先后,术业有专攻”,本系列专著都是厦门大学法学院专任教师的科研成果,他们各有专攻,有着良好的法学教育背景,我们希望这套专著能够从一个侧面展示厦门大学法律人的风采。

宋方青

2016年4月20日

一切都是意见。

——[古希腊]犬儒派的摩尼穆斯(Monimus the Cynic)^①

纠纷因为意见不和而产生,也因为意见合致而终结。^②

——作者

① 转引自[古罗马]奥勒留原著,刘金增导读:《沉思录》导读,天津人民出版社2009年版,第104页。

② 陆而启:《揭幕意见裁判主义:诉讼对接的事实基础与事实发现》,载《证据科学》2013年第1期。

目 录

第一章	绪 论 /1
第一节	边缘→中心 /3
第二节	事实 < 证据 < 意见 /19
第三节	主义 + 问题 /37
第二章	意见裁判主义引论:诉调对接的事实基础 /51
第一节	问题的提出:从价值到技术 /53
第二节	意见作为证明材料的通行证功能 /67
第三节	意见作为证明标准的传感器功能 /80
第四节	无需证据的证明:意见推论的证据法革命 /87
第三章	证据的意见解构:以不在犯罪现场为例 /90
第一节	从讲证据到讲意见 /91
第二节	“不在犯罪现场”证据的立法模式 /101
第三节	“不在犯罪现场”与无罪证据的法体系 解释 /104
第四节	主张即证据:不在犯罪现场的意见解构 /109
第五节	“不在犯罪现场”的证据单元理论 /117

第四章 证明的意见解构 /123

第一节 内部意见沟通：谁说最后一句话？/127

第二节 内外意见沟通：法意与民意的交织 /139

第五章 案件理论：意见裁判主义的叙事进路 /141

第一节 案件理论的方法论 /144

第二节 案件理论的内涵特点 /149

第三节 案件理论的意见内核 /163

第六章 概率理论：意见裁判主义的极化思维 /165

第一节 无证据概念的提出 /167

第二节 “无证据”的生成过程 /176

第三节 概括：证据评价的意见解析 /187

第七章 合意例解：当事人和解的公诉案件诉讼程序的中国特色 /196

第一节 对私了与民意的立法确认 /198

第二节 合意在民刑与公私之间的传递 /206

第三节 相关制度的体系解释 /211

后记 越糟糕越好 /217

图表目录

- 表一 刑事诉讼法和主要法律法规条款的“意见”与“建议”数目 /8
- 表二 证据法相关概念的意见意涵 /89
- 表三 受试 35 名法官和 25 名检察官的条件分布及判决行为 /135
- 表四 我国《刑事诉讼法》“有证据”的相关法律文本 /170
- 表五 我国《刑事诉讼法》“有/没有犯罪事实”、“有罪/无罪”“正确/(确有)错误”的法律条文 /172
- 表六 证明标准内涵的证明方法对比 /178
- 图一 证据能力与证明力之体系 /27
- 图二 证据与意见的关系示意 /99

第一章 绪 论

一切事皆由我们的看法而决定!①

——[古罗马]奥勒留

要记取!一切皆是你的主观见解,而那是可以由你控制的。把你的见解消除,这是你可随意为之的。②

——[古罗马]奥勒留

二十多年前在读书求学期间我随手写下了一首打油小诗(可能不符合诗的定义、格式与韵律等,加上了“打油”二字读者总是会宽容我一些),有同学看到了,很有共鸣。不期然而然,这首小诗竟然不知不觉地孕育了多年以后我在司法领域的研究灵感。小诗如是:

相 差

和别人的目光相遇

我是那么坦然

和你的目光相遇

我是那么羞涩

① [古罗马]奥勒留(Marcus Aurelius):《沉思录》,梁实秋译,江苏文艺出版社2008年版,第204页。

② [古罗马]奥勒留:《沉思录》,梁实秋译,江苏文艺出版社2008年版,第207页。

这是相差

——相差的太特别

小诗通过对比的手法突出了由于“情感”因素的灌注而给人的行为所带来的不同意义,进一步而言,这种情感的宣泄不论是明示的还是默示的,都是一种意见表达。由于法律常常被认为是理性的(即法不容情),然而,倘若单单强调司法活动中的感情因素,或许我们可以发现恰恰是一种“情感”上的感性诉求揭示了司法和意见的表里如一,再从感性反观理性,司法运作程序中的理性,也同样是一种意见表达,只不过更深思熟虑或者有现实基础一些。也就是说,尽管司法是国家司法机关及其工作人员依照法定职权和法定程序,具体运用法律处理案件的专门活动,由于案件必然体现了个人与个人或者国家与个人之间冲突关系,不同的诉讼参与主体都必然是通过将情感和理性等因素转化为意见的主张与交换、反思与重构、辩驳与承认等过程而最终解决纠纷。可以说,这首小诗蕴含了笔者所提出的司法审判的“意见观”萌芽,这个观点的核心是将其中有关证据和证明的制度和活动概括为“意见裁判主义”的概念。尽管回顾提出这个概念的过程,显得只有苦劳而没有功劳,也好像给人以勤奋有余而灵性不足之感,当然也没有资格去说教“世事洞明皆学问”,因为笔者对这个雄关如铁的主题的研究也还是“而今迈步从头越”;其实我更想说的是,一个有概括力的概念或者命题并不是“拍脑袋”一蹴而就提出来的,而可能是从纷繁复杂的生活事实之中孕育,并结合实际运行情况不断校正和提炼,反复考察其对实践的解释能力以及借鉴其他的理论资源最终提出来,这个提出过程是复杂的。就我个人而言,这个概念最初萌芽于笔者观察到我国《刑事诉讼法》的法律文本对“意见”一词多处反复地“无意识”地规定和运用,然而这恰恰需要进行“有意识”地研究。起初我一度认为,控辩双方在刑事庭审中的唇枪舌战有“证据”和“意见”两种武器,也就是证据与意见二重奏,或者双重武器说。此后,在与学生的讨论之中,笔者认为“刑事诉讼的意见观”可能突出了这样三个转向的过程,一是从法律到事实,二是从事实到证据,三是从证据到意见。这样意见逐渐有一种统领诉讼活动的“主义”意蕴,由此在事实认定领域的一个基本原则可以称为“意见裁判主义”。这种观点主要是承认意见具有一种在证据与事实之间的中介功能,退一步成为客观上的证据材料,进

一步成为主观上的事实判断,从而避免了“证据裁判主义”和“自由心证主义”游走在客观主义和主观主义的两极。“证据裁判主义”单单着眼于证据的客观性,有意无意地忽视了其中证据评价的主观因素,而“自由心证主义”单单着眼于事实裁决者一方,忽视了事实裁决者与辩诉双方的互动交涉,因此,意见裁判主义概念才能真正把握诉讼中事实认定的特质。对这个概念的阐发,笔者一开始是从诉调对接、刑民交叉以及侦审衔接等边缘处生发出来的,其实我认为这种“意见观”恰恰可以普适于刑事审判、民事审判、诉讼、非诉等所有纠纷解决活动之中。2012年我国《刑事诉讼法》的修改明确了律师的提出意见权以及相应的机关对辩护律师意见的回应和听取,可以说,立法的修改取向与笔者破天荒地提出的“意见裁判主义”或者司法“意见观”的命题不谋而合。因此,这个理论不仅仅可以解释法律实践,甚至也可能提示了刑事司法的发展方向。下面我将用三个符号(→、<、+)对“意见裁判主义”概念的提出过程做一个简要介绍,说明其背景要素、结构要素和价值要素等内部关系。当然用“符号”代替文字,从历史角度而言,有一种进化还不完整的意味;从逻辑而言,反而有了一种高度的概括能力,因此,这里的符号表达既是对特殊化过程的经验回溯,又蕴含了对一种普遍化思路的逻辑呈现。

第一节 边缘→中心

从笔者的个人思维轨迹而言,刑事诉讼“意见观”或者“意见裁判主义”的观点是从侦审衔接、诉调对接以及刑民交叉等边缘处生发出来的。正是在这些边缘地带凸显了“意见裁判主义”这一诉讼程序的中心问题。这里首先要明确的一个问题就是对别人“肉眼”不可见的思维过程的描述只能是“挑三拣四”的,因此,挂一漏万在所难免。不过,从边缘处思考问题可能恰恰由于一直对中心问题耿耿于怀。

一、从侦审衔接出发:重证据轻意见的司法实践

刑事审判的一大特点就是程序向前延伸,因为刑事诉讼主要是处理犯罪

及其可能受到的刑罚问题而不同于平等主体之间的民事纠纷,这个常常不能“一步到台口”而直接开庭,需要有一个由国家专门权力机关主导的扎实和全面的侦查活动来取证和举证。其中的公诉环节在侦查和审判活动之间起到了承上启下的作用。当然公诉环节向前涉及侦诉关系,而向后则涉及诉审关系。尽管整个刑事诉讼活动都是围绕着证据而运行的,但是我国刑事诉讼的公诉环节常常并不收集证据,在“事实不清、证据不足”的时候,自行侦查的很少,大都要将之退回补充侦查,因此审查起诉活动更紧要的是提出一种是否起诉以及应否受罚的意见,这个意见的主张和坚持还将一直延伸到庭审调查和辩论——在法庭发表公诉词。笔者对“意见裁判主义”的概念呼之欲出来自司法实践之中的一个困惑:为什么“重证据而轻意见”呢?

2000年本人硕士毕业后在一个基层检察院从事公诉工作。当时我国的《刑事诉讼法》第139条规定,“人民检察院审查案件,应当讯问犯罪嫌疑人,听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。”一般认为,审查公诉工作至少包括书面审查和讯问犯罪嫌疑人两个核心工作。但是,或者正是被所谓的“重证据”的观点迷惑着,体现在该条规定之中的工作规程大都只践行了一半,即只注重讯问犯罪嫌疑人,而很少听取被害人、辩护人或者诉讼代理人的意见。其实,笔者对“讯问犯罪嫌疑人”到底有什么作用也只是有一种懵懂的意识,一开始主要是将“讯问犯罪嫌疑人”直接看作刑事诉讼法所规定的专门侦查手段,也就是说是一种取证手段。然而,细细一想,其实,在审查起诉环节的“讯问犯罪嫌疑人”更大程度上只是一种检验核实证据的必要手段和程序环节,据此所做的笔录一般不需要移送法院,而只是留存在检察机关的内卷。由此可知,每个案件的公诉审查工作都要与“意见”打交道,然而意见并未受重视,甚至只是一个日常用语而不能称之为法律术语。

除了此处的“意见”表述之外,当时我国的《刑事诉讼法》之中也仍然有多处可以见到“意见”一词或者隐含了“意见”之意的词语,我又逐渐认识到或许“意见”本身才是诉讼之中的重要元素,但是,司法实务人员在证据问题上常常对意见充满了警惕,总认为“意见”有点无根游谈,信口雌黄的意味。尤其是对证人而言,还有所谓的意见证据规则,其要求“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用”,这更是加重了司法实务人员对“意见”的怀疑,尽管所谓的意见排除规则还存在“根据一般生活经验判断符合

事实”的例外,^①“意见”被不假思索地污名化。其实,立法者对“意见”一词的无意识运用有其内在的逻辑,恰恰需要一种有意识地研究。乍一看,“讯问”和“询问”所得皆属于“证据”,然而法条将“意见”与之并列,可知,控辩双方在刑事庭审中的唇枪舌战就有了“证据”和“意见”两种武器。因此,我想到了一个“证据和意见双重奏”的表述。进一步思考可知,公安司法人员的“讯问”行为兼有司法审查和收集证据的双重功能,并且,在审查起诉和审判阶段更多的是指其作为“判断”证据的一种方式,一般而言,讯问所具有的“收集”证据的功能更多的是在侦查阶段完成,因此,可以下这样一个结论,审查起诉阶段的“讯问”目的本身也是“听取”意见,听取意见是人民检察院审查起诉甚至人民法院审判的核心任务。然而,具体到诉讼实践来看,一个案件的审查起诉主要是通过“听讯问”+“阅案卷”办理完毕,即使辩护律师或者诉讼代理人提出一些对案件的意见,对实际的案件处理并没有多大的影响。当然,也有可能公诉人积极主动听取辩护意见以便及早准备好应对之策,或者辩护人反而保留辩护意见意图在法庭上搞突然袭击。进一步来看,听取意见并没有什么严格的“程序”规程,到底由谁来主持听取,什么人可以参加,有什么监督制约措施,在何地点和期间都没有具体明确的规定。回想当年的工作实际,一般而言,在有辩护律师的案件之中,辩护人的意见是辩护人到检察官的办公场所与公诉检察官面对面的交流,大多时候,辩护人会提交书面辩护意见,如果这些辩护意见可能对案件事实提出了一些有价值的质疑信息并且对案件处理有重大影响的话,检察官可能会提交办案部门、院检察委员会进行一些内部的讨论来最终决定案件的处理。不过,笔者清晰地记得,当年笔者所在的检察机关一般会进行年度的案件归档工作,在一年的某

① 就近年的法律法规而言,2001年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第57条规定:出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实;证人作证时,不得使用猜测、推断或者评论性的语言。2002年最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第46条规定:证人应当陈述其亲历的具体事实;证人根据其经历所作的判断、推测或者评论,不能作为定案依据。2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第12条第3款规定,证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。2012年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第75条第2款规定,证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不得作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。对此的专门论述参见吴光升:《论普通人意见证据的审查与运用规则》,载《法治研究》2014年第10期。

个时间段整理所有已经做了起诉或者不起诉处理并且法院已经判决确定的案件内卷,有资深公诉人告诉我,可以把辩护人的委托证明和其所提交的代理意见(如果有的话)扔掉,因为当时的归档细目对此未做明确要求。当然2012年《刑事诉讼法》修改之后,“听取意见”尤其是对辩护人意见的听取更是受到重视,然而,“重讯问轻听取”的这种偏颇做法却依然盛行。

2012年我国《刑事诉讼法》的修改在多处明确了律师的提出意见权以及相应的机关对辩护律师或者辩护人的意见的回应和听取,分别在侦查阶段(第36条)、审查批准逮捕(第86条)、侦查终结(第159条)、审查起诉(第170条)、庭前会议(第182条)、审判阶段(第190条关于法庭证据调查、第193条关于法庭辩论、第223条第二审程序)、死刑复核(第240条),以及审查批准或者决定逮捕未成年人(第269条)等环节,其中审查起诉和审判阶段对辩护人意见的“听取”是原有的法律规定,其余的法条大都明确增加了“提出意见”或者“听取意见”的要求。举例而言,一般作为对抗式庭审程序之配套措施的“庭前会议”是我国《刑事诉讼法》第182条新增设的一个可选择环节,如果在我国对抗式程序的色彩不浓的话,那么其意义何在?司法机关有时觉得增设的这个环节,结果相当于搞了两次庭审,意图分批解决疑难复杂问题以节约时间提高庭审效率反而造成了浪费时间;更为关键的是法院在庭前会议不能做出决定,当事人之间达成合意的事项也不能算数,庭前会议的结果并没有约束力。^①不过,如果从一个意见表达的角度来看,所谓庭前会议就是一个根据案件需要而专设的“听取意见”的程序,尽管当下有司法机关把此一个程序环节当作一个改革任务或者工作业绩来落实。在2015年8月底中央召开的“全国律师工作会议”,孟建柱称,“近年来,我国律师执业权

① 就程序处理的事项而言,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第184条规定,召开庭前会议,审判人员可以就下列问题向控辩双方了解情况,听取意见:(1)是否对案件管辖有异议;(2)是否申请有关人员回避;(3)是否申请调取在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集但未随案移送的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料;(4)是否提供新的证据;(5)是否对出庭证人、鉴定人、有专门知识的人的名单有异议;(6)是否申请排除非法证据;(7)是否申请不公开审理;(8)与审判相关的其他问题。审判人员可以询问控辩双方对证据材料有无异议,对有异议的证据,应当在庭审时重点调查;无异议的,庭审时举证、质证可以简化。被害人或者其法定代理人、近亲属提起附带民事诉讼的,可以调解。庭前会议情况应当制作笔录。

利保障制度不断健全,但同时也应认识到,律师会见难、阅卷难、调查取证难尚未根本解决,又出现庭审中发问难、质证难、辩论难等问题”。其实,也就是所谓的旧三难问题与新三难问题,旧三难更多着眼于身份的确立和获取材料的途径——一个信息输入的问题,而新三难更多着眼于意见的表达——一个信息输出的问题。

正如2012年《刑事诉讼法》第35条的规定,“辩护人的责任是根据事实和法律,提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。”相较于1996年《刑事诉讼法》,该条被认为,一方面扩大了律师辩护的范围,即不仅规定了针对合法权益的实体辩护,还规定了针对诉讼权利的程序辩护;另一方面遵循刑事诉讼规律将辩护人“提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见”确认为权利而不是承担一种举证证明的责任。将所谓“维护”诉权或者人权定位为律师的职责总是会显得虚无缥缈,因此,律师辩护职责的具体体现只能是“提出意见”。尽管有学者认为辩护人“提出”的不仅仅是“意见”还包括“证据材料”,另外仅仅有“提出”的权利,而未规定辩护人收集材料的权利。这里笔者要澄清一个问题,“证据材料”其实并不能“不证自明”“自己说话”,必须由律师揭示其对案件事实的意义,并且“辩护人收集材料”是其“提出意见”的“源头活水”,如果律师没有调查取证、会见、阅卷等权利,则律师所谓的提出意见权沦为“无米之炊”。不过,这些都不能否认律师参与诉讼的主要方式就是在保障其依法行使诉讼权利的基础上运用其专业知识和专业技能而提出辩护意见。

当然,提出“意见”并不仅仅是律师的特有职能,一方面律师的意见本质上是针对于控诉方的意见来有的放矢,另一方面也要律师意见有表达机会和渠道之后还需要进一步得到反馈。因此,我国刑事诉讼法的法律法规有许多与“意见”具有同等意义的语词,如建议、答辩、辩论、发言等。除了鉴定意见是一种法定证据之外,意见与证据、理由、事实、监督、救济等概念相互交织或者衔接,并且由不同的诉讼主体作出而分别具有相应的不同功能。从主体来源上看,意见有互动参与、内部决策、外部监督、权利救济以及上级把关、内外沟通、成员协调等形式和功能,有体现法律的公意、体现社会共同体意志的民意以及体现双方当事人自由的合意等实质内容,有事后征求意见式、事先提出处理