



甘肃政法学院法学文库

崇法致公 笃学善行

XINGSHI TINGSHEN ZHI SHISHI RENDING DE BENZHI JUXIAN
YIJI ZUIAN PINGJIA YANJIU

刑事庭审之事实认定的 本质、局限以及 罪案评价研究

祁亚平 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



甘肃政法学院法学文库

崇法致公 笃学善行

XINGSHI TINGSHEN ZHI SHISHI RENDING DE BENZHI JUXIAN
YIJI ZUIAN PINGJIA YANJIU

刑事庭审之事实认定的 本质、局限以及 罪案评价研究

祁亚平 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事庭审之事实认定的本质、局限以及罪案评价研究 /
祁亚平著. —北京:法律出版社, 2016. 4

(甘肃政法学院法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9458 - 8

I. ①刑… II. ①祁… III. ①刑事诉讼—审判—研究
—中国 IV. ①D925. 218. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 089205 号

甘肃政法学院法学文库

刑事庭审之事实认定的本质、局限以及
罪案评价研究

祁亚平 著

编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 周 洁

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 22.5

字数 317 千

版本 2016 年 9 月第 1 版

印次 2016 年 9 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)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

编辑电话/010-63939635

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:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9458 - 8

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

祁亚平,甘肃省庆阳市人,1973年出生,现任甘肃政法学院法学院副教授。主讲刑事诉讼法学,主要研究方向为刑事审判程序以及审判理论比较研究等。自2003年开始发表文章,主要论文包括《测谎技术鉴定的使用界限》《诉讼漫谈》《沉默权:秩序与自由的平衡——评〈沉默权研究〉》《刑事庭审中的事实认定初探》《对辩诉交易的诉讼结构分析》《检察官自由裁量权》《试论侦查程序价值取向及沉默权制度移植》等,专著包括《刑事庭审之事实认定研究》等三部。

总 序

在很多人的印象中,地处西北内陆的甘肃,尽管有着厚重的传统文化积淀,但在历史长河的大浪淘沙之下,这一方水土早已过多地与贫瘠、落后相联系。然而,让我们引以为豪的是,这里活跃着一支默默奉献的耕耘者队伍,他们热爱法学教育事业,愿意在艰苦的条件下为我国法学教育尽绵薄之力——他们,是甘肃政法学院事业发展的中坚力量和未来希望。

改革开放以来,法治现代化的进程催生了法学教育的繁荣。甘肃政法学院,正是伴随着中国法治建设和法学教育的步伐而成长起来的一所高等政法院校,她起始于1956年建立的甘肃省政法干部学校,几经变迁于1984年经教育部批准成为普通高等本科院校。近60年的发展历程、30年高等教育的历史积淀与传承,一代又一代的政法人秉承艰苦奋斗、自强不息的精神,薪火相传,实现了发展史上一次又一次的飞跃。筚路蓝缕,玉汝于成,今天的甘肃政法学院,已经形成本科教育、研究生教育、干部培训教育等多层次的办学结构和培养体系,为地方经济社会发展和法治建设培养了大批合格的法学法律人才,做出了积极的贡献。虽然,由于历史和现实原因,学校目前尚不能与国内著名的法学院校比肩,但是,她毕竟在发展壮大,在向“立足甘肃、面向全国、西部一

流”的目标迈进,并昭示出光明的前景。

在甘肃政法学院即将迎来建校 60 周年之际,学校与法律出版社协商,策划出版了“甘肃政法学院法学文库”。它既是甘肃政法学院当前法学研究成果的集中展示,也是对 60 周年校庆的厚重献礼。其中的著述,或为创新法学理论的学术探析,或为追踪法制实践的实务研判,从法学理论和法律实践的不同视角,为中国的法治建设求是探理、建言献策。文库是学校法学教学科研人员呕心沥血、笔耕不辍的结晶,展现了甘肃政法学院法学学人思索拓新的积淀。

应该感谢我们所处的这个时代,正是由于对社会进步的渴望、对法治的崇尚和追求,才有了中国法学教育事业的迅速发展,才有了砥砺催生法学新思想和新理论的沃土和摇篮。我们由衷地期望,“甘肃政法学院法学文库”的出版,能够为学界了解甘肃政法学院学科建设和科研工作提供一个窗口,能够成为观点碰撞、思想交流乃至学术批评的平台,能够成为促进提高学校科学研究水平的契机。

我愿意借此机会,向多年来关心和支持甘肃政法学院事业发展的各界朋友表示诚挚的感谢;向为我国法学教育事业奉献着青春、智慧和力量的政法学人表达由衷的敬意!让我们共同期待中国的法学教育和法学研究取得更多、更丰厚的收获;也真诚地祝愿甘肃政法学院以 60 年校庆为契机,以 60 年发展为起点,“百尺竿头,更进一步”,为中国的法学教育和法治建设谱写光辉灿烂的新篇章。

谨以“文库”作为庆祝甘肃政法学院建校 60 周年的献礼!

甘肃政法学院院长

李进

二〇一五年十二月一日

序

事实认定是法庭审理案件的主要内容之一,同时也是诉讼法学研究的重要组成部分。事实是法庭适用法律进行裁判的基础,如果事实认定出现误差那么整个庭审就会因为事实依据的错误而产生绝对错判。

发现事实真相是防止刑事法庭滥用权力的最有效途径。只有发现已逝的“事实”,才能使有罪衍者得到处罚,使正当权益得到有力救济。孟德斯鸠曾认为刑罚的运作效果并不在于刑罚本身是否足够严酷,而在于刑罚适用时犯罪是否得到准确揭示,揭示犯罪比刑罚恐吓更能防止犯罪发生。从司法实践来看,各国法庭也总是积极地追求发现致讼的事实,只有使法官认识到真正发生了什么,法庭才能准确、慎重地使用刑罚权力,使罪过得到惩罚,正义得到彰显。没有事实认定就不存在刑事裁判,事实认定实为刑事审判程序中的最主要部分之一;同时,事实认定也是国家具体刑罚权实现的唯一途径,所有与定罪量刑有关的事实都必须在法庭作出裁判之前予以查明、确认。国家与公民在刑事诉讼领域的首要伦理要求就是国家只能惩罚有罪过的公民,或者说,犯罪行为、刑事举证责任、法庭审理与刑罚结果四者之间必须有现实的联系,国家只能对那些在诉讼中已经得到证实的罪行进行刑罚处罚。国家必须保证公民在刑事诉讼中享有主体性

地位,受到有尊严的对待,防止因众人的敌意、歧视、偏见而将刑罚施用于无辜的公民。

对于理论研究来讲,事实认定也是目前讨论的许多问题所无法回避的,诸如证据制度的建设、诉讼进行方式、审判模式、诉讼结构的改革、证人规则、沉默权规则、辩诉交易的引进等问题都必须理顺法庭认定程序、法庭权力运作等问题为前提。然而,令人遗憾的是目前事实认定问题还没有引起人们应有的重视。一方面,庭审改革已经在理论界和实践操作中进行了广泛的讨论,其中一部分意见在2012年《刑事诉讼法》修正案中已经得到体现。在2012年《刑事诉讼法》修正后,对刑事诉讼法的争论并没有结束,很多学者提出了更激进的修改意见,大有用英美法系审理方式完全改造中国庭审之势。另一方面,基于1996年开始的当事人主义与中国传统庭审方式改革方向,也越来越多的表现出自己内在的矛盾,许多人认为这种混杂式改革方向不但没有减少庭审的形式化矛盾,反而导致庭审前后的程序混乱。

与我国20世纪80年代初期研究思路相同的是,到目前为止,理论界和实务界都将事实认定这一问题放置于证据学中进行研究,而这种思路明显缺乏合理性。与越来越激进的庭审改革目标相比,我们对于法庭、法官、事实认定等问题并没有多么细致的研究。比如,对于事实认定问题,目前仍有许多学者依旧认为这个概念必须致力于对证据概念、证据形式的研究,甚至对一部分学者来讲,事实认定仅仅是证据形式的“科学”性问题。偏爱从证据理论“准确度”方面和单纯依赖脱离诉讼背景的“证据思路”分析事实认定几乎要成为国内研究中的思维定势。与制度改革的热烈相反,这二十多年来尽管有关法庭改革的讨论进行得热闹非凡,但诉证据法学的学科建树甚少:至今相关的法学研究成果也不过是教科书上千篇一律的证据概念、证据形式、国外证据规则列举以及外国的刑事诉讼程序介绍,我们并没有认真地分析中国的现实问题和中国的现实理论。许多人生吞活剥滥用哲学方面的片断论述;或

者割裂历史极力强调自己的独创性是多么与众不同;或者完全偏离诉讼实践,将学科局限在某一界限内不敢越雷池半步;或者过分强调诉讼中职权中心,完全无视诉讼中言词主义的重要作用。

如果从更合理的角度来看,任何证据在进入法庭之前都必然经历侦查权、检察权(或者自诉案件的自诉人起诉权)的参与、收集甚至于舍弃、变造;在进入法庭后,事实从来也不是直接表现在法官的头脑中,它们必须要经历当事人的评价、法官的认识,在中国可能还要包括法院内部的各种会议讨论。可以说脱离诉讼环节的证据事实本身又有多少可信度。

笔者对传统的证据法学研究方式存有怀疑。因为从基本的证据学知识来讲,任何证据形式都无法根本保证其内容的真实性。既然这一点能为众人承认,那么相信事实认定问题并不能单纯依赖于证据制度的研究;同时,如果诉讼法学研究完全脱离证据适用或事实认定这样的基本内容,那么诸如诉讼程序、诉讼进行方式的研究将过度地依赖伦理分析而不能针对现实法庭裁判,因为诉讼本身必须存在于真实发现过程之中。

我国的理论研究常使用“证据制度”或“证据的审查判断”来分析事实认定问题,但是在分析中却丝毫不关注刑事庭审程序,关注的重点更加单纯强调证据形式本身而非证据的运用。过于庞大的“证据”概念也是令人无从着手。笔者认为,尽管庭审程序与证据审查判断问题在权力构成、权力性质、权力运行、救济程序方面都有诸多明显区别,而且后者所包括的主体应当是包括公、检、法并不单指法庭,其诉讼阶段也应当是远远超出了法庭审理阶段。对于事实认定的分析却必须自当严格地限定于刑事庭审之内。但是,从我国学者使用概念定义的习惯和学者们实际使用范围来上上讲:“证据的审查判断”与“认证”以及诉讼法学中的庭审结构、庭审改革等各种概念尽管与本书分析角度有一定区别,但是其指向的都是大体相同的问题。其中“真实观”与“认证”的讨论更是强调和分析庭审事实认定问题。因此,可以在目前的讨论基础上进行新的分析。

事实认定(fact-finding 或 res indicata^[1])是指法庭通过审理证据、推断和确认追诉中的事实问题的特定活动。刑事庭审中的事实认定是刑事法庭在刑事诉讼中针对指控进行证据调查,判断指控犯罪是否发生、指控罪名是否成立的特定活动。但是与我们以前的讨论不同的是笔者认为事实认定问题应当更是一种权力配置和权力约束问题,因而当事人的权利和法官的权力问题应当是分析事实认定时的首要思路。

选择这一视角是希望能通过单一主体的分析来研究事实认定这样有些庞大的题目,以避免将过多的精力浪费在不必要的其他主体分析、文章结构安排以及文字方面的重复。这种视角比较重视法官的重要角色。由于“权力分析”这一工具目前仍显得不成熟,人们潜意识中对权力的误解也使笔者的分析过程负载了一些不必要的防范性解释。然而,令人值得欣慰的是,在这一视角之下,许多现实问题更能顺利地互相契合,也发现了证据与诉讼制度分离视角下一直被忽视的一些问题。

本书主要分为十个部分:研究概述、历史沿革、刑事控方事实发现、刑事辩方事实发现、法庭事实发现、控辩对抗与事实认定、事实认定的权力结构、证据规则的限制、事实认定与再审、事实观念与司法改革。希望能从不同的侧面对司法过程进行法理性的思考。诉讼中潜在的权力结构(诉讼系属)、事实问题与法律问题的关系以及法庭的角色都会对诉讼事实产生较大影响。事实认定的权力构成与权力运行,也是我们无法从法律条款中分析得到的。

献给广大读者的是非常认真的思考,以此并且仅仅以此种认真而鼓足勇气,并以自己的浅薄学识和混乱思维,来扰乱大家的耳目。如果有人能从中得到一些资料或者思想的碰撞,笔者将获得极大的满足。如果有人能够提出改进意见,我将不甚荣幸。

[1] 严格来讲 fact-finding 并不是规范用法,许多英文使用的是 truth-finding,这可能是基于经验主义哲学的影响。但是,在中国如果使用 truth-finding 就会突出强调“事实”的哲学思考,这是本书所尽量避免的。

参考文献

[1][英]霍布斯:《利维坦》,商务印书馆 1983 年版。

[2][美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆 2000 年版。

[3][美]杰罗德·H. 以兹瑞等:《美国法精要·刑事程序法》,法律出版社 1999 年版。

[4][日]松尾池也:《日本刑事诉讼法》,张凌译,中国人民大学出版社 2005 年版。

目 录

第一章 事实认定研究的概述 1

第一节 事实的内涵 1

第二节 事实认定概述 11

第三节 事实认定程序概述 24

第四节 国内讨论的主要观点 33

第二章 关于事实发现的历史补遗 47

第一节 事实认定的演进过程 47

第二节 中国刑事庭审中的事实认定演进 50

第三节 私人侦探的历史 52

第四节 马锡五审判方式 57

第五节 被遗忘的伊斯兰法系 60

第三章 刑事控诉程序中的事实发现 73

第一节 侦查组织结构与侦查发现的问题与思路 73

第二节 刑事诉权的研究 81

第三节 检察官自由裁量权 91

第四章 辩护权与事实发现 106

第一节 审查起诉方式 107

第二节 证据交换与确定争执点 111

第三节 辩诉交易 114

第四节 动议终止审判程序 124

第五章 法庭与事实发现 139

第一节 法庭中的法官职责 139

第二节 中国刑事庭设置问题 143

第三节 法庭的社会角色 147

第四节 司法权 153

第五节 求真与司法事实认定 167

第六章 事实认定的权力构成 177

第一节 事实认定是一种权力运作问题 177

第二节 事实认定的权力构成 180

第三节 程序法视野中的事实认定要点罗列 191

第四节 事实认定的权力动态运作 193

第七章 控辩对抗与法庭中的事实认定规则 203

第一节 目前的控辩对抗问题 203

第二节 控辩双方在庭审中的权利运作 208

第三节 事实认定规则 216

第四节 章国锡案件的庭审问题分析 223

第八章 事实认定的权力限制 234

第一节 最佳证据规则对庭审事实认定的限制 235

第二节 相关性原则对庭审事实认定的限制 242

第三节 传闻排除规则给事实认定的限制 253

第四节 自白规则对法官事实认定的限制 273

第五节 非法证据规则与事实认定 283

第六节 这部分讨论的结论 290

第九章 法庭认定事实与再审启动 293

第一节 法庭认定的事实分析 293

第二节 完善我国刑事再审制度的建议 302

第三节 事实认定与法官个别化 312

第四节 法官权力的补救程序 318

第十章 事实观念与司法改革 321

第一节 刑事司法改革的“阵痛” 321

第二节 刑事司法的主动性 325

第三节 我国事实认定程序存在的问题及改进 327

第四节 中国刑事庭设置问题 330

第五节 我国传统学说中的“证据审查判断”视角的失误 334

第六节 冤狱启动程序与原审认定事实 338

参考文献 346

第一章

事实认定研究的概述

第一节 事实的内涵

一、“事实”的理解

“事实”一词是比较难以定义的,也很难找到一个大家都能接受的术语用来讲述什么就是“事实”,什么就不是。如同生活中我们已经近乎滥用的许多词语一样,无论是各个学科的学者多么痴迷于定义,但是某些术语——比如“事实”——你始终无法找到准确的定义方法。^[1] 无论是在生活中还是在学科讨论中,我们都会称呼什么什么就是“事实”,而且更重要的是如果你要了解周围的事物,你也不得不依赖于这些“事实”。“(经过多年苦读)我唯一能够得出的结论与自己当初见到这些理论时完全一致,那就是对于什么是事实,我仍然是一无所知。”^[2]

根据“古典现实主义理论”在哲学和其他学科里的使用情

[1] Lawrence E. Johnson, *Focusing on Truth*, Routledge, London, 1992, 1.

[2] Ray Finkelstein, *The Adversarial System and the Search for Truth*, *Monash University Law Review*, 1/2011, 135.

况,“事实”是指“人们的表述或语句与世界或部分世界之间的关系”。〔1〕“某一个陈述是事实那就是仅仅因为它陈述了一个真相;某一个陈述不是事实那也仅仅因为它陈述的不是真相。”事实与我们的主观世界无关,无论我们是否能够掌握或碰触,事实总有其自身运作规律;事实就像一把被藏起来的金钥匙,等待着被人们发现并真相大白〔2〕。丹宁勋爵曾经说过,在英国刑事法庭上,法官坐在法庭听审和居中裁决的目的就是为了发现真实和适用法律,而不是为了社会公众的利益而进行各项调查,也不是那种解答各种疑问的所谓“裁判员”。〔3〕

刑事诉讼程序的构建受到哲学理论的极大影响。事实上,英美法系刑事庭审事实发现就基于这种哲学思考:事实存在于理性人们在经过彻底和公平的言词论辩之后达成的共识。〔4〕尽管现代英美法系与大陆法系在刑事诉讼程序上基于相互的学习与吸收,双方在诉讼程序方面已经趋于无限接近,差异正在明显缩小。但是,在事实认定方面,各自都还存在理论和实务当中的巨大差异。

大陆法系的事实认定主要渊源于12世纪的“罗马—基督教”程序,实际是混杂了世俗程序与教会法程序之后形成的。尽管当时的罗马法程序已经具有纠问式程序色彩,但是新的程序在针对侵犯公众利益的犯罪方面显然更为激进。〔5〕在诉讼中,法官集合了以国家威权背景的控方身份和对事实主动进行查证的法官身份,成为大陆法系刑事诉讼程序中事实认定的关键。在12世纪晚期和13世纪,教会也将纠问式诉讼接受为三大刑事诉讼程序之一。随着时间的推移,法官审问式的纠问式诉讼最终完全取代了罗马时期的弹劾式诉讼模

〔1〕 Jeff Malpas, *Speaking the Truth, Economy and Society*, 2/1996, 158.

〔2〕 See Thomas Weigend, “Should We Search for the Truth, and Who Should Do it?”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2/2011, 395.

〔3〕 原文为: Lord Denning says that, in English criminal proceedings, the judge sits to hear and determine the issues raised by the parties, not to conduct the investigation on behalf of society at large. Even in England, however, the judge is not a mere umpire to answer the question: “How’s that?”, but his ultimate object is to find the truth and to do justice according to law.

〔4〕 Jacqueline S. Hodgson, “Conceptions of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure”, *Judgment and Calling to Account* (eds. A. Duff et al.), Hart Publishing, Oxford, 2006, 223, 225.

〔5〕 27 See Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit*, coll. “Droit fondamental”, Presse Universitaires de France, Paris, 1998, 174, 175.

式。在早期纠问式诉讼中,并不进行刑讯逼供,但是后来为了镇压异教徒,刑讯逼供就成为了纠问式诉讼的鲜明“标志”。^[1] 因为纠问式诉讼奠基于公共利益,所以即便是真正的无辜者也很难逃脱刑罚处罚——什么是“公共利益”必须由法官根据自己的需要来解释;自己认定的那些所谓“事实”究竟是不是事实,也必须由法官自己来解释。至于被告人,事关国家大局,他(她)有必要知道吗?所以我们可以称之为“道德指导的审判程序”。当然,为了防止法官的权力滥用,纠问式诉讼当然必须要求事实必须是客观的,完全排除主观因素干扰的。在这种需要下,少量的证据规则被建立起来以消除法官个人的主观因素干扰。最终,这些经过法官主动核实和自由心证的证据事实就被称为“客观事实”——当然事实并不会是绝对客观的,因为自始至终都必须依赖于法官的主观认识和基于公共利益背景的判断而进行的解释。

英美法系刑事庭审事实认定的基础理论与大陆法系完全不同,现代英美法系的事实认定依赖于控辩双方就其所声称的各自样态的“事实”争论。控辩双方所称的“事实”真相实际都来自于对庭审前真实事实的不同认识。^[2] 大陆法系发现事实必须依赖于国家权力,也就是控诉方和庭审法官的主动调查;英美法系则将事实发现交给争斗的双方,从而法官基本保持了相对“消极”的角色。这种消极角色并不是意味着法官没有事实认定的权力或责任,只是说法官不用亲自披挂上阵,对抗控辩双方的某一方。事实上,法官在庭审中的权力并不是真正消极的,他的职责依然是发现真实和正确适用法律。^[3] 尽管他不能像大陆法系法官那样直接进行各种讯问、询问,但是,这并不是说在英美法官就完全不理会法庭的事实发现过程以及结论。丹宁曾经说过,法官在庭审中的职责是就那些被控辩双方遗漏的或模糊的事实向证人主动发问;法官在庭审中要关注

[1] Vladimir Bayer, Kaznenno postupovno pravno Prva knjiga Poviestni razvoj, Knjižara Zlatko Streitenberger, Zagreb, 1943, 49 - 58.

[2] See Keith A. Findley, "Adversarial Inquisitions: Rethinking the Search for the Truth", New York Law School Law Review, 3/2011 - 2012, 914.

[3] R. V. Whitborn (1983) 152 CLR 657, 682 (Dawson J.), in Joseph M. Fernandez, "An Exploration of the Meaning of Truth in Philosophy and Law", The University of Notre Dame Australia Law Review, 4/2009, 70.