



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

刑事诉讼中法院职权调查 问题研究

Research on the Court's Functional Investigation
in Criminal Procedure

林铁军◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

刑事诉讼中法院职权调查 问题研究

Research on the Court's Functional Investigation
in Criminal Procedure

林铁军◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼中法院职权调查问题研究 / 林铁军著. —
北京: 法律出版社, 2016. 11
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0202 - 1

I. ①刑… II. ①林… III. ①刑事诉讼—司法制度—
研究 IV. ①D915.310.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 253242 号

刑事诉讼中法院职权调查问题研究

林铁军 著

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 王沁陶

印刷 固安华明印业有限公司

印张 17.75 字数 229 千

印次 2016 年 11 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 978-7-5197-0202-1

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中国法学会后期资助项目文丛

出版说明

为进一步落实中央《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，充分发挥中国法学会作为党和政府联系法学法律界桥梁和纽带的作用，着力实现中国法学会作为国家法治建设领域核心智库的发展目标，为专家学者开展法学研究和成果转化提供支持，不断丰富和发展中国特色社会主义法治理论体系，中国法学会特决定设立后期资助项目，对具有重要理论和实践价值的优秀法学研究成果予以后期资助，纳入“中国法学会后期资助项目文丛”出版。2015年下半年后期资助项目经由21人组成的评审委员会的评审，14项申报成果获得立项，现予以统一出版。今后每年我们将评选确定一定数量的后期资助项目并予以出版。

中国法学会

2016年9月

序 言

法院职权调查是指法院为澄清案件事实，不受控辩双方当事人的申请或陈述的限制，主动对事实和证据实施的调查。法院职权调查源于法院负有的澄清案件事实的义务，是一种依职权的行为，由法官、合议庭以法院的名义具体实施。法院职权调查的方式包括庭审中主动讯问被告人，询问证人、鉴定人，传唤或调取控辩双方皆未提出的证人、鉴定人及物证、书证，还包括法院庭外进行的询问证人、鉴定人、现场勘查或鉴定、查封、扣押、冻结等。法院职权调查涵盖了一审程序、二审程序及死刑复核程序，并且公诉案件、自诉案件中法院皆可进行。

在我国，法院负责对案件事实的认定及对被告人的定罪量刑，并且法律规定及司法实践都要求法院的裁判必须建立在事实清楚的基础上。1996年我国首次修改刑事诉讼法时增强了庭审控辩双方的对抗因素，希望通过控辩双方的举证、质证、辩论使案件事实真相从正反两方面展现，从而使法官心证通过庭审得出，进而实现庭审实质化的目标。同时，法律也保留了庭审中法官主动讯问被告人，询问证人、鉴定人及在一定情况下法院可以进行必要的庭外职权调查等内容。2012年我国再次对《刑事诉讼法》进行了较大的修正，然而对涉及法院职权调查的内容改动较少。较少的条文内容修正并不代表立法机关对该问题漠视；相反，即使这种较少的条文变动却可以影响我国刑事诉讼的进程，甚至改变1996年法律确立的诉讼模

式样貌。

例如,2012年修改后新《刑事诉讼法》将已被1996年修法废止的审前卷宗移送制度再次予以确立,这是我国刑事诉讼中唯一涅槃重生的制度。^①卷宗移送制能够兴废继绝,正是因为修法时立法者对我国法官调查权进行了重新勘定,是强化法官职权调查的一种表现,在某种程度上,该修改甚至改变了我国强化当事人主义因素的刑事诉讼司法改革的方向。

按照学者们的普遍理解,通过法律的修改,我国应形成控辩双方主导对事实和证据调查的庭审模式,法院的职权调查仅处于辅助地位。然而,丰富的司法实践却展现了另外的景象:作为决定者和责任者的法院大量、广泛地进行着职权调查,^②并且这种调查对裁判的影响往往超过了控辩双方对法院施加的影响;而本应承担展现事实真相的控辩对抗式庭审,却因实践中证人、鉴定人出庭不足,辩护方取证能力受限及控辩双方驾驭庭审能力不足,交叉询问技巧不够,法律规定的程序粗漏等因素,逐渐出现萎缩态势。尤其是对案件事实、证据存在的矛盾、疑点等问题的解决,控辩双方的作用远不如法院职权调查所发挥的决定性作用。

然而,对司法实践中如此重要的法院职权调查,我国法律规定的内容过少且过于原则,由此导致了許多现实问题。

① 1979年《刑事诉讼法》规定了检察院提起公诉时应将全部卷宗移送至法院,1996年修法时考虑到卷宗移送使法院开庭前即可主动调查证据,从而导致庭审形式化、先定后审等问题,因此将该制度予以废止。之后,由于实践中法官庭审前接触不到卷宗,无法有效进行法庭调查,从而出现法官开庭后大量单方庭外进行调查并以此作为心证形成的依据。故此,2012年修改法律时将庭前卷宗移送制予以恢复。关于卷宗移送制度的废立与法官调查权之间的关系,参阅陈瑞华:《案卷移送制度的演变与反思》,载《政法论坛》2012年第5期。

② 作为决定者和责任者的法院,必然会成为一个积极的行为者。对此,美国学者波斯纳曾有过经典的论述:法官并不是决定在自己的生活中要干什么,而是决定诉讼人在他们的生活中要干什么,他处的位置决定了他必须要行动,同时还必须为如此行动提出一些理由。同纯粹的思想者相比,他没有大量的时间去等到所有证据都确定之后再作出结论。相关论述参阅[美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1997年版,第91~92页。

一是法院通过职权调查参与追诉的情况经常发生。我国法律对法院职权调查提起的条件并未限定，实践中大量的法院主动实施的调查皆是对被告人不利的职权调查，并且在某些情况下，法院认为卷宗证实被告人有罪的证据并不确实、充分，往往通过主动收集新的证据来对案件事实和被告人的罪责进行认定，或法院通过委托侦查方代为职权调查的方式进行继续追诉。法院为追诉目的进行的职权调查严重违反了控、审分离等程序公正的基本原则，并使法院抱着追诉的心理偏听偏信，容易造成冤错案件。

二是法院的职权调查造成了法院与被告人之间的对立，并在一定程度上导致被告人地位的客体化。讯问被告人作为法院职权调查的一种手段在实践中被广泛运用，尤其是在缺乏其他调查手段的情况下，庭审中法院的职权调查异化为仅依靠频繁地讯问被告人来进行。被告人对法院的大量讯问难免产生抵触心理，尤其是这种讯问又是出于让其认罪的目的。出现这种对抗的局面，不利于法院在诉讼中保持中立的地位，也不利于被告人对法院裁判的信服和尊重。同时，法院通过大量地主动讯问被告人来获得被告人的有罪供述，印证侦查阶段被告人供述内容的真实性，通过被告人供述之间的印证来获取被告人有罪的心证。这样容易造成围绕被告人供述进行证明的倾向，不利于被告人主体地位的维护。

上述问题归纳起来涉及实体公正和程序公正两方面的重大理论问题。

一方面，法院职权调查关系到案件的裁判结果，涉及刑事诉讼实体公正的实现。“实体公正（结果公正）主要要求：准确认定犯罪事实，正确适用实体法律，对案件作出公正处理。”^① 实践中，法院职权调查对案件事实的认定及被告人的定罪量刑影响重大：（1）我国法院刑事案件数量多，法官人数少，相对的司法资源有限，因此，法院不会对每个案件都进行职

① 陈光中主编：《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》，中国法制出版社 2006 年版，第 3 页。

权调查。法院进行职权调查就意味着案件的事实和证据存在问题。由此可见,法院职权调查的案件本身就关系重大。(2)在法院职权调查的案件中,也并非对案件所有事实和证据都进行调查,而是对认定案件事实和被告人刑事责任起关键作用的证据进行调查。法院对认定案件事实及被告人刑事责任的关键证据有较一致的认识,并且合议庭及审判委员会讨论的重点也是证实主要事实的证据是否充分、关键证据有无疑问和矛盾等,而这些方面能决定案件的证据大厦稳固或是颠覆。(3)法院职权调查对法官心证的形成通常起决定作用。法官职权调查的事实和证据就是其对案件关注的焦点,而且法官对亲自实施的职权调查获取的证据会更加确信。法官在通过职权调查澄清了事实和证据的情况下,其心证也就“一锤定音”地形成了。当法院正确进行职权调查,履行了澄清案件事实义务时,法院所作的裁判也就同时能符合实体公正的要求,若法院未尽调查责任或调查仅出于追诉目的进行,此时容易发生错误裁判的情况。

另一方面,法院职权调查的过程涉及对控辩双方诉讼权利的尊重,并影响刑事诉讼程序公正的实现。“程序正义是一种‘过程价值’,它主要体现在程序的运作过程中,是评价程序本身正义性的价值标准。一项法律程序本身是否具有程序正义所要求的品质,要看它是否使那些受程序影响的人受到了应得的待遇,而不是看它能否产生好的结果。”^①程序公正对刑事诉讼具有重要意义,公正的程序能使当事人感受到了公正的对待,自己的尊严和主体地位得到了尊重,有利于当事人对裁判结果的接受和今后的改造,使法的和平性得以实现。程序公正的前提是有程序,之所以强调程序是因为程序是对恣意的限制。程序通过法律的确立并在不断反复的实践中

^① 陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,第54页。

实现了程序的功能自治,进而限制了非依程序的恣意的行为。^①我国法律对法院职权调查依何种程序进行并未规定,这直接导致了职权调查的泛滥和恣意。

不受程序控制的法院职权调查会侵犯当事人的合法权益,违背了程序公正的要求。程序正义首要表现为程序的参与性,既要求权益可能会受到程序影响的主体应有充分的机会参与到诉讼过程,而且这种参与会对裁判的结果发生实质的影响。^②正如学者所指出的“程序的本质特点既不是形式性也不是实质性,而是过程性和交涉性”。^③通过对程序过程的参与及控辩双方理性辩论,从而使被告人感受到自己作为诉讼主体的尊严和意见受到裁判者的尊重,这样,通过程序公正吸收了社会的不满,程序起到了社会矛盾的减压阀的作用。^④我国法律对法院庭外职权调查依何种程序进行并未规定。在不受程序控制的法院庭外职权调查中,法院的调查通常不会通知控辩双方,所取得的证据一般也无须再次开庭并在庭审出示、质证,这就剥夺了控辩双方的参与权,尤其是严重侵犯了被告人的质证权、辩护权等基本的诉讼权利。同时,实践中法院职权调查还存在严重的追诉倾

① 关于程序通过反复的自我目的化而形成的功能自治,并通过功能自治成为限制恣意的基本制度原理等内容,参阅季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第15~16页。通过程序实现正义具有普适的意义,有时我们会认为程序规定会限制法官进行职权调查,办理相关手续、听取当事人意见等增加了法官的工作量。但只有依靠固定的程序规定,我们才可以保障作为“平常人的法官”正确履行职责,并在履行职责时不会侵犯当事人的诉讼权利。即使在美国,法官虽实行精英选拔,但仍要依靠程序的规制来保障司法的良性运作,相关论述参阅[美]理查德·A.波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第126~130页。

② 程序正义的构成要素及程序参与性的要求等内容,参阅陈瑞华:《程序正义理论》,中国法制出版社2010年版,第98~100页。

③ 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第20页。

④ 美国学者波斯纳也指出,根据其作为法官的审判经验,即使败诉的当事人只要其受到了尊重和认真对待,在诉讼程序中表达了不满和意见,其对裁判结果仍会感觉公正。相关论述参阅[美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1997年版,第258~259页。

向,违背了审判中立、控审分离等程序正义的基本要求。

有鉴于此,笔者对法院职权调查问题进行了较系统的研究并形成了本书的书稿。本书除引言和结论两部分外,正文分为五章:

第一章是对法院职权调查的概述。首先,对法院职权调查的概念进行了界定,解释了法院职权调查与法院庭审中的诉讼指挥及侦查等容易产生混淆的概念之间的区别,并对法院职权调查的特点、分类、方式及适用的程序范围进行了分析。其次,分别对我国古代法院职权调查情况,1979年《刑事诉讼法》关于法院职权调查的规定和存在的问题以及1996年、2012年《刑事诉讼法》对法院职权调查内容的修改及理由进行了阐述,希冀通过对历史的反思和现状的描述,梳理出法院职权调查在我国发展演变的清晰脉络。

第二章是对法院职权调查的域外比较研究。笔者分别对以德法为代表的大陆法系和以英美为代表的英美法系的法院职权调查情况进行了考察,以此勾勒出大陆法系和英美法系对法院职权调查的规定和实践,并通过这种考察和比较得出两大法系在法院职权调查方面的差异,同时对造成两大法系法院职权调查不同的原因以及利弊也进行了分析。此外,笔者还对日本、我国台湾地区等混合模式法院职权调查进行了介绍,并对混合式法院职权调查的价值进行了评析。

第三章是对法院职权调查的正当性探讨。首先,对正当性的概念进行了阐释。其次,从法院职权调查符合人们对揭示案件事实真相的追求、有利于控辩平衡的实现、符合我国的法律文化传统角度,论证法院职权调查在我国的正当性基础。当然,法院职权调查并非是不受任何限制的,而应受相应正当程序的规制:法院职权调查的目的和提起条件应受无罪推定原则及控审分离原则的制约;调查的过程受程序参与原则及直接原则的制约;庭外职权调查获取证据的采信要保障被告人的对质权并受言词辩论原则的制约。

第四章是对我国法院职权调查的实证研判。法院职权调查可以分为法院庭审职权调查和庭外职权调查两类。本章通过对庭审笔录记载的法官主动实施调查行为的展现和诉讼案卷记载法院庭外职权调查笔录的归纳，分别对我国法院庭审职权调查现状和庭外职权调查现状进行了实证考察。通过对司法现状的展示，从中揭示我国法院庭审职权调查和庭外职权调查的特点以及存在的问题。同时，对造成这些问题的原因从法律规定、思想观念以及司法体制等角度进行了分析。

第五章是对完善我国法院职权调查制度的建议。本章从原则、制度、具体程序等多角度对完善我国法院职权调查制度提出了一些建议和意见。首先，应在法律中明确规定法院职权调查等原则，并应明确法院职权调查应主要为被告人利益进行，只有出于维护社会公平正义之必须，方可对不利于被告人的证据进行职权调查等；其次，应对证人（尤其是警察证人）、鉴定人出庭作证制度，庭前卷宗移送制度等相关影响法院职权调查的制度加以完善；最后，提出对法院职权调查具体程序的完善建议。

目 录

Contents

第一章 法院职权调查概述·····	1
第一节 法院职权调查的基本概念·····	1
一、法院职权调查的概念和特点·····	1
二、法院职权调查的内容和分类·····	7
三、法院职权调查与相关概念的辨析·····	11
第二节 我国古代法院职权调查情况概览·····	15
一、我国古代司法机关的设置·····	15
二、我国古代审案官员职权调查的方式·····	16
三、我国古代审案官员职权调查特点评析·····	23
第三节 新中国成立后的相关法律规定及修改·····	32
一、1979年《刑事诉讼法》对法院职权调查的规定及出现的问题·····	33
二、1996年《刑事诉讼法》对法院职权调查相关内容的修改及理由·····	41
三、2012年《刑事诉讼法》对法院职权调查相关内容的修改·····	48
第二章 法院职权调查的域外比较研究·····	50
第一节 大陆法系国家法院职权调查情况考察·····	50
一、德国法院职权调查情况考察·····	50

二、法国法院职权调查情况考察	54
三、德、法两国法院职权调查的比较分析	56
第二节 英美法系法院职权调查情况的考察	61
一、英美法系对抗式庭审模式概览	61
二、英美国家对法院职权调查的法律规定及实践	67
第三节 两大法系法院职权调查的差异、原因及利弊分析	71
一、两大法系法院职权调查的差异	71
二、造成两大法系法院职权调查不同的原因分析	73
三、两大法系法院职权调查不同做法的利弊分析	79
第四节 混合式法院职权调查的域外考察	81
一、日本法院职权调查考察	81
二、我国台湾地区法院职权调查情况考察	88
三、混合式法院职权调查的价值评析	94
第三章 法院职权调查的正当性探讨	97
第一节 法院职权调查的正当性基础	100
一、法院职权调查符合人们对揭示案件事实真相的追求	100
二、法院职权调查有利于控辩平衡的实现	106
三、法院职权调查符合我国的法律文化传统	113
第二节 法院职权调查正当性的界限	119
一、调查的目的受无罪推定原则及控审分离原则的制约	119
二、调查的过程受程序参与原则及直接原则的制约	124
三、庭外调查获取证据的采信受言词辩论原则的制约	128

第四章 我国法院职权调查的现状分析	132
第一节 我国法院庭审职权调查的现状	132
一、法院一审庭审职权调查现状	133
二、法院二审庭审职权调查现状	145
第二节 我国法院庭审职权调查的问题及原因分析	147
一、法院庭审职权调查造成了法院与被告人之间的对立	147
二、法院庭审职权调查对量刑证据关注过少	154
三、法院庭审职权调查的无效	158
第三节 我国法院庭外职权调查现状	163
一、关于研究方式、研究材料的说明	163
二、实证数据的分析	165
第四节 我国法院庭外职权调查的问题及原因分析	173
一、法院庭外职权调查过多	173
二、法院庭外职权调查不受程序限制	177
三、出于追诉目的的庭外职权调查	181
第五章 我国法院职权调查制度的完善	185
第一节 法院职权调查原则及被告人不被强迫自证其罪原则的 确立	189
一、法院职权调查原则的确立	189
二、不被强迫自证其罪原则的确立	195
第二节 证人、鉴定人作证制度的完善	198
一、普通证人、鉴定人出庭作证制度的完善	198
二、警察出庭作证制度的完善	202

第三节 卷宗移送制的完善与非法口供证明力的阻断	231
一、我国卷宗移送制的沿革	231
二、两大法系阻断非法口供证明力的比较	238
三、我国阻断非法口供证明力的制度完善	243
第四节 法院职权调查程序的完善	246
一、法律对法院职权调查程序规定的剖析	246
二、法院职权调查具体程序的完善建议	252
结语	258
参考文献	261

第一章 法院职权调查概述

第一节 法院职权调查的基本概念

一、法院职权调查的概念和特点

(一) 法院职权调查的概念界定

法院依职权主动对事实和证据进行调查虽然在我国从古至今一直为司法实践所采取并为法律规定所认可，但作为现代刑事诉讼的法律概念，法院职权调查首先由传统的大陆法系国家学者提出。在传统的大陆法系国家和地区，学者们对法院职权调查的定义分为宏观层面和具体层面两种。

从宏观上来讲，职权调查是作为与当事人主义相对的概念被理解和运用的，强调法院依职权对事实和证据的调查程序进行控制。如在德国，法院职权调查作为一个原则，是指“法院自行对犯罪事实加以调查（主动‘指挥’调查之），不受诉讼参与人之声请或陈述之拘束”。^①在日本，《日本刑事诉讼法》第298条第2款也规定作为当事人进行主义为主的日本刑事诉讼，法院认为在必要时可以依职权调查证据，从而也确立了法院职权

① [德] 克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，三民书局1999年版，第130页。

调查原则。^①上述学者对法院职权调查概念的界定，都强调了法院职权调查是相对于当事人主义的一种证据调查模式，质言之，是由法院依职权主导事实和证据的调查还是由控辩双方主导证据调查，这构成了职权主义与当事人主义之间的本质区别。

在我国台湾地区，学者是从具体诉讼行为的层面上对法院职权调查进行理解和阐释的。台湾地区“刑事诉讼法”规定，法院为发现真实，得依职权调查证据；但于公平正义之维护或对被告之利益有重大关系事项，法院应依职权调查。学者认为“新法为了强调法院主动调查证据仅退居于‘辅助性质’，认为法院‘通常系在当事人声请调查之证据全部或主要部分均已调查完毕后始补充进行’（‘立法’理由）”。^②“虽然当事人之证据声请权与法院依职权调查证据之行使顺序，理论上不应有先后之分，惟法院基于诉讼指挥权，决定由当事人先为证据调查之声请，其证据之调查仍不足时，始由法官依职权补足之，亦不至违反其职权调查义务。”^③由此可见，在此法院职权调查首先表现为一种主动实施的诉讼行为。易言之，法院职权调查是指在控辩双方皆未提出主张的情况下，法院基于澄清案件事实的义务所主动实施的调查行为，与这种行为相对的是控辩双方的取证、举证、质证及辩论等具体诉讼的行为。

虽然域外的学者对法院职权调查概念的理解和阐释角度不同，但无论从宏观上还是从具体诉讼行为角度进行解释，法院职权调查都体现出以下几个特点：第一，法院职权调查是法院主动作出的行为，法院自行作出是否调查的决定并展开调查；第二，法院职权调查的范围不受控辩双方的主

① 日本学者关于职权调查与当事人主义之间关系的论述，参见[日]土本武司：《日本刑事诉讼法要义》，董璠典、宋英辉译，五南图书出版公司1997年版，第234、237～238页；[日]田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪、张凌、穆津译，卞建林审校，法律出版社2000年版，第20～21页。

② 林钰雄：《刑事诉讼法》（上册总论编），中国人民大学出版社2005年版，第54页。

③ 何赖杰：《法院依职权调查证据相关法条之对案》，载《台湾本土法学》2000年第16期。