

刑事庭审

之事实认定研究

祁亚平 著
QIYAPING ZHU



XINGSHITINGSHEN
ZHI SHISHIRENDING YANJIU

法庭与司法权
FATING YU SIFAQUAN

法庭认定的事实分析
FATINGRENDING DE SHISHIFENXI

事实认定的现实
SHISHIRENDING DE XIANSHI



甘肃人民出版社



刑事庭审

之事实认定研究

祁亚平（1973—），男，甘肃省庆阳市人。1996年甘肃政法学院法学学士毕业，2004年西南政法大学法学硕士毕业。现任甘肃政法学院法学院讲师，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。

刑事庭审

XINGSHITINGSHEN
ZHI SHISHIRENDING YANJIU

之事实认定研究

祁亚平 著



甘肃人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

刑事庭审之事实认定研究 / 祁亚平著. — 兰州 :
甘肃人民出版社, 2010. 12
ISBN 978-7-226-04067-6

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(2010)第245286号

责任编辑: 张 菁

封面设计: 董世强

刑事庭审之事实认定研究

祁亚平 著

甘肃人民出版社出版发行

(730030 兰州市南滨河东路 520 号)

兰州瑞昌印务有限责任公司印刷

开本 880 毫米×1230 毫米 1/32 印张 7.875 插页 2 字数 198 千

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1~1 000 册

ISBN 978-7-226-04067-6 定价: 28.00 元

序

谢佑平^①

《刑事庭审之事实认定研究》一书，由祁亚平在其 2004 年硕士论文的基础上重修而成，其 6 年的辛苦是难以细数的。

法庭事实认定基础理论研究，难度是比较大的。但是事实认定是法庭审理案件的主要内容之一，是诉讼法学研究的重要组成部分。对于理论研究来讲，事实认定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、沉默权规则、辩诉交易的引进都必须以理顺法庭事实认定这一基础理论问题为前提。因此这一问题是比较重要的问题，同时也是难度比较大的一个命题。

祁亚平在这本书中主要是通过庭审事实认定中的法官行为、作用以及规范问题展开的，这一思路对于反思中国刑事司法改革的现有路径具有一定意义。长期以来主流学说将有关运用证据的法律规范从诉讼法学中独立出来，与证据的概念、证据的特征、证据审查等统称为证据制度。按一般理解，“证据制度是指法律规定的有关在诉讼如何收集证据、如何审查判断证据、如何运用证据认定案情

^①谢佑平：复旦大学司法与诉讼制度研究中心主任，教授，中国刑事诉讼法学会副会长。

的规则体系”。其主要的研究目的是“如何保证司法人员能够正确认识案件事实，即如何保证其主观符合客观”。

证据制度讨论对推动中国法学建设和外国制度建设做出了相当大的贡献，观点之间的争论也比较尖锐，但是实际都存在某种共同性的思路：（1）诸学说实际都承认在事实认定中存在法官主观意识过程（对“认识论”的重视可以表明这一点）。（2）在证明标准方面除去概念和所指不统一引起的争论外，都采用了“证明度”的分析角度。（3）关于法官在事实认定中的角色、权力界限问题。但总体的思路学说都承认部分案件或者案件中的部分事实无法查明的可能性，都在致力于仍将权力构成以及权力运作问题看做是与证据运作不同的问题。如果将这些共同点归结为一点，那么“真实观”思路的主要特点是将诉讼中的事实认定局限于证据学中讨论，使事实认定的理论研究基本脱离了具体的诉讼环境。这使得对事实认定本身所进行的分析（包括对自由心证的分析）会受先天性的局限而丧失理论生命。传统思路的缺陷暴露了我们在诉讼法研究中的实体性思维方式。实体法典突出表现为罗列、并列性体系，人们也形成了相应针对具体对象加以切割，分别由不同法律关系加以分析的思维惯性，但是程序法则突出表现为圆环性结构和包容性结构，复杂的法律程序中的各个规定必须互相契合，使之服务于程序整体的理念目标，突出表现在制度的所有目的都被法官行为集约起来。

祁亚平在本书中提到的庭审形式化问题视角是比较独到的。庭审形式化问题使得法定的诉讼格局设计归于无效，而且使庭审成为一种标签，对于国家审判权、公民辩护权都将带来极大的危害。庭审形式化不是哪个国家特有的问题，也不会局限于某一个时期，未

来也不会绝对消失。但是寻找其中的原因并加以应对，会对我国刑事司法的正常发展带来真正的意义。

由于作者的学术条件等问题，对于有些问题的研究深度、广度与清晰度不够。比如在自由心证与刑事司法现实关系问题上，缺乏充分把握与必要展开。在研究方法上目前看来还是缺乏突破，题目选择有些过大、过重。不过鉴于事实认定研究的难度，本书尚可接受。作为祁亚平同学的硕士生导师对于他在本书写作中的辛苦表示欣慰，也希望他继续努力，省思不足，有更大的学术进步。

2010年8月31日

自序



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绝对产生错判。

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地揭示，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，正义得到伸张。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以理顺法庭认定程序、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的应有重视。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 1996 年的《刑事诉讼法》修改中已经得到体现，现在针对《刑事诉讼法》的再次修改人们更是提出了激进的修改意见，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，而这种思路与我国 20 世纪 80 年代初期研究思路并无根本变化。矛盾在于，与改革目标相比，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。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“准确度”方面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 20 多年来尽管有关法庭改革的讨论进行得热闹非凡，但诉讼法学与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，并没有认真地分析中国的现实问题和现实理论。

笔者对传统的诉讼法学和证据的研究方式存有怀疑。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使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。这就表明刑事庭审的事实认定问题必须找到新的思路。

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，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严格地限定于刑事庭审之内。尽管从我国学者使用概念定义的习惯和学者们实际使用范围上来讲，“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与本文分析角度有一定区别，但是实质指向的都是大体相同的问题。其中“真实观”与“认证”的讨论更是必须依赖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，进行新的分析极为必要。

事实认定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。与我们以前的讨论不同的是，笔者认为事实认定应当更是一种权力配置和权力约束问题，因而当事人和法官的权力/权

利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。

2010年5月30日，中央五部委《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的出台，对于完善我国刑事诉讼制度，提高执法办案水平，推进社会主义法治建设，具有十分重要的意义。两个规定不仅全面规定了刑事诉讼证据的基本原则，还进一步具体规定了对各类证据的收集、固定、审查、判断和运用；不仅规定了非法证据的内涵和外延，还对审查和排除非法证据的程序、证明责任等问题进行了具体的规范。两个规定对于进一步提高执法办案水平，进一步强化执法人员素质，必将发挥重要作用。但是我们应当认识到，现有的规定只是中国刑事证据法的起步，而传统文化和司法习惯的阻力与束缚，甚至还包括目前的一些不太完整的认识，都会对证据制度的健康发展产生极大的影响。其中最为突出和紧迫的问题就是庭审形式化问题。庭审形式化不是哪个国家特有的问题，也不会局限于某一个时期，未来也不会绝对消失。但是寻找其中的原因并加以应对，会对我国刑事司法的正常发展带来真正的意义。

二

长期以来主流学说将有关运用证据的法律规范从诉讼法学中独立出来,与证据的概念、证据特征、证据审查等统称为证据制度。按一般理解,“证据制度是指法律规定的有关在诉讼如何收集证据、如何审查判断证据、如何运用证据认定案情的规则体系”。其主要研究目的是“如何保证司法人员能够正确认识案件事实,即如何保证其主观符合客观”。

在证据制度理论方面,目前国内集中讨论三种“真实观”和“认证”问题。从目前的资料以及学者们发表的文章来看,三种“真实观”与“论证”讨论虽然在表面上涉及诉讼结构、程序理性、证据理论等许多方面,但实际上讨论的却是诉讼法学上的事实认定问题,即如何发现事实真相,法庭怎样去发现真实。

三种“真实观”的争论大体分为以下几个问题:(1)程序追求的目标是客观真实、法律真实还是实质真实;(2)事实认定必须达到的心证程度(实际是指真实程度),即证明标准问题;(3)心证是否要受到法定程序的约束。

证据制度讨论对推动中国法学建设做出了相当大的贡献,观点之间的争论也比较尖锐,但是实际都存在某种共同性的思路:(1)诸学说实际都承认在事实认定中存在法官主观意识过程(对“认识论”的重视可以表明这一点);(2)在证明标准方面除去概念和所指不统一引起的争论外,都采用了“证明度”的分析角度;(3)关于法官在事实认定中的角色、权力界限问题,但总体的思路学说都承认部分案件或者案件中的部分事实无法查明的可能性,都在致

力于将权力构成以及权力运作问题看做是与证据运作不同的问题。如果将这些共同点归结为一点，那么“真实观”思路的主要特点是将诉讼中的事实认定局限于证据学中讨论，使事实认定的理论研究基本脱离了具体的诉讼环境。这使得对事实认定本身所进行的分析（包括对自由心证的分析）会受先天性的局限而丧失理论生命。传统思路的缺陷暴露了我们在诉讼法研究中的实体性思维方式。实体法法典突出表现为罗列、并列性体系，人们也形成了相应针对具体对象加以切割，分别由不同法律关系加以分析的思维惯性，但是程序法则突出表现为圆环性结构和包容性结构，复杂的法律程序中的各个规定必须互相契和，使之服务于程序整体的理念目标，突出表现在制度的所有目的都被法官行为集约起来。

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。对于理论研究来讲，事实认定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、沉默权规则、辩诉交易的引进都必须以理顺法庭事实认定这一基础理论问题为前提。

“事实”的法学性质在庭审中表现明显，在证据制度、诉讼推进方式之下，潜藏着“真实观”无法分析的内容：其一，“事实”具有不同的表现形态。可以为人反复认识的自然事实并不能现实地出现于法庭之中，诉讼的裁判者（法官、陪审员）可以现实面对的只有“指控”以及现有的证据。在理论研究中可以假设一个“自然事实”用以判断审判中事实认定的准确性，但对现实中具体案件的裁判者来讲，他所面对的问题则是审慎分析现有的证据并且在有限的条件下决定指控是否成立。其二，事实认定程序是法律规范下的以解决争端为目的的特定诉讼活动，作为裁判者的法官以及作为当

事人的控诉方、辩护方总是具有法定的权利（权力）范围。职能主体间权利、权力分界或可用诉讼结构来加以划分，但在对事实认定进行分析的时候，我们实际不得不注意到在权利（权力）中潜藏着规范权力运行，防范权力滥用，表现个人与国家之间应有的宪政关系、伦理关系的深层内容。法庭审理案件、认定事实的过程实则是遵从法律实施法治的过程。其对特定行为的法学性质判断，也是对社会价值的选择与实现。其三，由于当事人进行主义与职权进行主义之中法官与当事人在权力、权利格局方面有较明显的区别。国内因而将其称之为不同的诉讼模式。但是潜在其中的宪政、伦理性的共同、共通特点，以及两种诉讼推进方式的互相影响的历史使得它们基本相同的事实观念似乎带有更深刻的底蕴。可见，诉讼推进方式与事实有一定的联系但又不能直接互相决定。事实问题与法律问题是诉讼法学领域十分重要但至今仍无法确切划分界限的问题之一。笔者认为事实问题与法律问题的这种纠缠状态实际蕴涵了司法权个体化的实质与司法主义的要求。

三

本书的重点是程序法意义下的事实认定分析以及对司法主义的引入。基本思路是以“事实”本身为突破口，分析事实问题与法律问题的互相纠缠特点，从而建立法官自由心证的合理性、法官戒律、法官地位的论述，最终推出司法主义的合理性论述。

法庭基础理论研究，目前很少有人去做。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。对于理论研究来讲，事实认定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、沉默权规则、辩诉交易的引进等，都必须以理顺法庭事实认定这一基础理论问题为前提。

本书试图对事实认定进行权力分析，包括事实认定的权力构成与权力运行，也包括法官权力与控辩双方权利在事实认定中的具体运作规则。但是与一般的研究思路不同，主要的区别在于强调权力结构（诉讼系属）、事实问题与法律问题的关系以及法庭的角色三个方面。

本书主要分为7个部分：法庭的分析、刑事诉权分析、辩护权与审判权、事实认定概述、认定事实分析、事实认定的权力结构、事实认定规则与法官个别化补救以及对证据规则部分的分析。法庭的分析、刑事诉权分析、辩护权与审判权三章是导引，事实认定概述、认定事实分析、事实认定的权力结构三章是主要论述部分，事实认定规则与法官个别化是结论部分。

事实认定的学习和研究起始于我硕士研究生学习期间的一次课堂争论。岁月荏苒，已经6年过去了，我感觉到自己的无知和混乱一如当初。非常怀念当时的学习环境，也非常敬佩王学辉老师的宽容，毕竟在行政诉讼法课堂打断老师讲课，大发议论并写了些不十分通顺的文章发给全班，要求老师花两节课去争论刑法学理论问题的那个学生，确实是有些刚愎自用、自以为是。但是他却没有阻止，反而真的准许了。那两节课自己到底都讲了些什么，我已经记不清楚了。现在能找到的课堂笔记上只有半篇文章和“权力”两个字。

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，我将不胜荣幸。

目 录

CONTENTS

第一章 事实认定的思路与目前国内相关研究 ——> 001

- 一、事实的理解与界定 002
- 二、事实认定的历史演进 013
- 三、目前国内的主要观点 019

第二章 刑事控诉权与庭前程序 ——> 043

- 一、刑事诉权的研究起点 043
- 二、检察官自由裁量权 055

第三章 辩护权与审判权 ——> 072

- 一、审查起诉方式 073
- 二、证据交换与确定争执点 077
- 三、辩诉交易 081
- 四、终止审判程序 093

第四章 法庭与司法权 ——> 100

- 一、法庭 100
- 二、司法权 117
- 三、法庭之治理 123
- 四、法治 135

第五章 事实认定的权力构成 ——> 138

一、事实认定是一种权力运作问题 …… 138

二、事实认定的权力构成 …… 140

三、程序法视野中的事实认定 …… 153

四、事实认定的权力动态运作 …… 154

第六章 控辩对抗与法庭中的事实认定规则 ——> 166

一、目前的问题 …… 166

二、控辩双方在庭审中的权利运作 …… 175

三、事实认定规则 …… 183

第七章 法庭认定的事实分析 ——> 192

一、法庭认定的事实分析 …… 192

二、事实认定与法官个别化 …… 205

三、法官权力的补救程序 …… 220

四、“两规”的出台虽是标志一个新时代的开始，

但也带来了刑事司法改革的“阵痛” …… 223

五、刑事司法的主动性 …… 225

六、中国刑事庭设置问题 …… 227

七、我国传统学说中“证据审查判断”视角的失误 …… 232

参考文献 ——> 237