



法大诉讼法学博士文库

总主编 卞建林

6

ON THE RIGHT OF PROOF IN CRIMINAL PROCEDURE

刑事诉讼证明权研究

——以辩方为视角

FOCUSING ON THE DEFENSE SIDE

◆余茂玉 著



中国人民公安大学出版社

法大诉讼法学博士文库 (6)

刑事诉讼证明权研究

——以辩方为视角

On the Right of Proof in Criminal Procedure

——Focusing on the Defense Side

余茂玉 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼证明权研究: 以辩方为视角/余茂玉著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 1

(法大诉讼法学博士文库/卞建林主编)

ISBN 978-7-81139-886-1

I. ①刑… II. ①余… III. ①刑事诉讼—证据—研究—中国
IV. ①D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 238388 号

刑事诉讼证明权研究

——以辩方为视角

On the Right of Proof in Criminal Procedure

——Focusing on the Defense Side

余茂玉 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2010 年 1 月第 1 版

印 次: 2010 年 1 月第 1 次

印 张: 10.875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 292 千字

印 数: 1~3000 册

书 号: ISBN 978-7-81139-886-1/D·724

定 价: 28.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

法大诉讼法学博士文库

编 委 会

顾 问：陈光中 杨荣馨 樊崇义

主 任：卞建林

副主任：杨宇冠 顾永忠

委 员：（按姓氏笔画为序）

卞建林 王万华 乔 欣 刘 玫

刘金友 刘根菊 杨宇冠 吴宏耀

肖建华 张树义 宋朝武 顾永忠

高家伟 谭秋桂

总主编：卞建林

编 辑：高伟佳 吴宏耀

总 序

21 世纪的中国诉讼法学将向何处去？这是每一位诉讼法学者都应当关心的重要问题。历史是昭示未来的一面镜子。我们不妨先从历史的角度来考察一下我国诉讼法学发展的轨迹和趋势。

我国近代诉讼法学肇始于一百多年前的清末修律。1906 年，清政府创办了京师法律学堂，由沈家本亲自制定的法律学堂章程将刑事诉讼法与民事诉讼法均列为主要课程，这标志着诉讼法学作为一门新兴的学科开始独立存在。之后，夏勤、陈瑾昆、蔡枢衡、熊元襄、石志泉、邵勋、邵锋等学者在翻译和介绍日本、德国等国诉讼法律与诉讼理论方面都作出了杰出贡献，并在此基础上对诉讼法学基本原理进行了可贵的探索。至 20 世纪 40 年代，旧中国的诉讼法学理论体系得以初步形成。

新中国成立以后，随着旧中国的“六法全书”被废除，原有的诉讼法学理论体系和研究成果也被抛弃。受当时的政治环境影响，中国的法学理论工作者开始将目光转向苏联。在 20 世纪 50 年代，伴随着苏联法学教授来华授课，一批苏联的诉讼法学著作被翻译推介到我国。我国学者开始在学习苏联诉讼法律制度与法学理论的同时，结合中国无产阶级专政的实际经验与需要，尝试创建我国的诉讼法学理论体系。然而，不久后的“反右”运动和“文化大革命”动乱，法律虚无主义甚嚣尘上，诉讼法学研究长期陷入停滞。这种状况一直持续到 20 世纪 70 年代末期。

自 1978 年改革开放以来的 30 年，是我国诉讼法学的恢复和迅

速发展时期。随着 1979 年中国第一部刑事诉讼法的颁布实施,我国诉讼法学开始全面“复苏”。在“解放思想、实事求是”方针的指引下,诉讼法学的学术研究变得活跃起来,关于刑事诉讼、民事诉讼、证据理论、司法制度方面的多本专著先后问世。特别是 20 世纪 80 年代初、中期,国家统一组织编写刑事诉讼法学、民事诉讼法学、证据法学教材。这些统编教材,发行量大,适用面广,读者众多,影响力大,基本确立了诉讼法学与证据学的理论框架与教学体系。诚然,此时的诉讼法学仍不够成熟,大多停留在注释法学的阶段,教学和研究的目的是主要是解释法律、宣讲法律,先进的诉讼理念尚未确立。至 20 世纪 90 年代,此种状况得到很大改善。“刑事诉讼法学的研究登上了一个新的台阶……在理论方面,对刑事诉讼基础理论的研究开始起步并初有成就。”^①其标志性成果是一系列有关诉讼目的、诉讼构造、起诉制度、审判原理等基本理论问题的学术专著陆续出版。随着我国政治、经济、社会、文化等各个方面日新月异的发展与进步,随着“依法治国,建立社会主义法治国家”基本治国方略的确立与实施,我国社会主义民主与法治建设取得巨大成就。在此大背景下诉讼立法进程加快,诉讼制度日臻完善,诉讼法学理论研究也在不断深入。“程序正义”、“人权保障”等先进的诉讼价值观念得到大力弘扬和广泛传播,公平、正义、人权、自由、秩序、效率等价值观不仅是诉讼理论界热衷探讨的命题,并逐步得到立法和司法实务部门的理解和认同,甚至成为普通百姓耳熟能详的大众话语。进入 21 世纪以来,诉讼法学研究方面最显著的进展莫过于研究方法的转型。不仅实证研究方法受到重视,多元化、跨学科的研究方法也得到了提倡,哲学、社会学、逻辑学、经济学等多学科的研究方法被广泛地应用于诉讼法学和证据法学研究。甚至文理汇聚、社会科学与自然科学交融的现象

^① 陈光中、卞建林:《刑事诉讼法学研究现状与发展趋势》,载《法学家》1996 年第 2 期。

也已出现，国家自然科学实验基地——中国政法大学证据科学研究院的成立就是明证。

由以上分析可见，我国诉讼法学的发展史大致可以划分为3个阶段，即萌芽与初创阶段、重建与停滞阶段和恢复与提升阶段。回顾历史，笔者在为我国诉讼法学发展历程的艰难曲折而感叹的同时，也为当前诉讼法学研究所取得的巨大成就而感到欢欣鼓舞。然而，值得注意的是，从历史上看，我国诉讼法学的成长始终伴随着对外来法律文化的学习：从萌芽与初创阶段对日、德等国诉讼理论的借鉴，到重建与停滞阶段对苏联诉讼理论的模仿，再到恢复与提升阶段对美、英等国诉讼理论的引入。达马斯卡曾经告诫我们：“与私法领域相比，程序法的意义和效果更加依赖于外部环境——尤其是直接依赖于所在国家司法制度运行的制度背景。”^① 诉讼法对其制度背景的依赖使得这门学科较之其他学科具有更强的地域性特征。所以，我们需要思考的一个问题是：我们仿效外国经验而建构起来的理论，我们从西方国家那里所引入的理念以及我们参考国外做法而采用的研究方法，是否真的适用于我国？即使这些理论、理念和方法完全适用于我国，那么中国学者对人类法治文明的独特贡献又何在？

笔者认为，21世纪的中国诉讼法学应当以创建中国特色、中国风格诉讼法学理论体系为努力方向。回首过去的一个多世纪，中国诉讼法学在对国外诉讼理论持续不断的“效仿”过程中渐渐迷失了自我，始终未能确立起自身的独立风格。因此，我国学者应当从中国实际出发，在了解和借鉴他国诉讼理论的同时，着力构建具有中国特色、中国风格的诉讼法学理论。这是一项艰巨而长期的历史任务。其艰巨性在于，曾经在世界法制发展史上占有一席之地的中华法系早已风光不再，100多年来我国所进行的各项法制改革大

① [美] 米尔吉安·R·达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀等译，中国人民公安大学出版社2006年版，第231～232页。

多是跟在西方国家后面亦步亦趋，我国法学理论缺乏自主发展的传统。其长期性在于，我国民众存在着根深蒂固的“重实体、轻程序”观念，而观念的转变绝非一朝一夕可以实现的。昂格尔就曾经针对我国古代法律评论道，与其他非欧洲的法相比较，中国法是离“法治”（rule of law）理念最为遥远的一极。^①因此，在这一现实背景下生成中国特色、中国风格的诉讼法学理论体系可能需要几代学人的共同努力。

历史的经验告诉我们，对于任何事业来讲，人才都是关键。从我国京师法律学堂的创办与诉讼法学的诞生可以看出，诉讼法学学科的发展与诉讼法学人才的培养是分不开的。因此，针对我国诉讼法学研究任务的艰巨性和长期性，我们应当进一步加大对青年诉讼法学高级人才，尤其是对诉讼法学博士生的培养力度。法学博士生群体是一支重要的科研力量。博士生们大多风华正茂，正处于人生创造力最为旺盛的时期，有可能提出富有原创性的学术观点；博士生们思维活跃，较少受到成见的束缚，有利于发掘新思维、新视角，不断推陈出新；博士生们拥有最有利的学习环境和条件，有足够的时间和精力就某些专门问题深入钻研。也正是基于这些原因，有人认为，博士学位论文常常能够代表学者一生的最高学术成就。

中国政法大学是全国最早获得诉讼法学博士学位授予资格的高等学府，由于师资队伍、培养模式、图书资料、学术交流等诸多方面的优势，法大培养的诉讼法学博士人数众多，质量上乘，为我国诉讼法学的学科发展作出过重要贡献。早在20世纪80年代末期，中国政法大学前校长、诉讼法学学科带头人陈光中先生就呼吁学界进一步加强对刑事诉讼法学基本理论的研究和创新，并引进自然科学和其他社会科学中的相关学科的成果，开拓刑事诉讼法学研究的

① [日] 滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，载《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等编译，法律出版社1998年版，第3页。

新领域。^①在法大导师们的指引下，一批优秀的法大诉讼法学博士生开始对诉讼法学基础理论进行了大胆探索，取得了很多填补空白的开拓性研究成果。我国诉讼法学界在20世纪90年代出版的具有代表性的基础理论著作大多是在他们的博士学位论文基础上完成的。曾经取得的辉煌成就使中国政法大学的诉讼法学学科在全国享有盛誉。1999年，中国政法大学诉讼法学研究中心（2006年更名为中国政法大学诉讼法学研究院）成立，这是诉讼法学专业唯一入选全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地的研究实体。从此，中国政法大学在诉讼法学学科建设和人才培养方面翻开了新的一页。

“法大诉讼法学博士文库”，是中国政法大学诉讼法学研究院主持编选并组织出版中国政法大学诉讼法学专业（含刑事诉讼法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学、证据法学）博士学位论文系列丛书。这套丛书旨在搭建学术平台，推出诉讼法学新人新作，营造百家争鸣的学术氛围。此外，由于博士学位论文不仅能够反映博士生个人的勤奋和智慧，还常常凝聚了博士生导师们的辛劳和心血。因此，这套丛书的出版也是对法大诉讼法学教学成果的集中展示。我们希望能够通过丛书的出版，进一步培养和造就高素质的诉讼法学博士生，推动诉讼法学年轻学者之间的互动和交流，促进我国诉讼法学的繁荣和发展。

中国政法大学诉讼法学研究院院长 卞建林

2008年4月3日于北京

^① 陈光中：《中国刑事诉讼法学四十年（下）》，载《政法论坛》1989年第5期。

前言

诉讼证据制度的发展是随着人类认识而逐步深入的。从神明裁判到证据裁判,是从非理性到理性、从愚昧到科学的进步。案件事实本是历史事件,其既无法时空回溯,更难以全然重现,仅能藉由“证据”还原其本来面貌。无论是过去还是现在,“对簿公堂”都必须遵循证据定讞原则,“依据证据认定事实”乃理所当然之事,“空口无凭”更是成为日常证据观念。诉讼中“打官司就是打证据”,“无证可举”无异于“无米之炊”。^①犯罪嫌疑人、被告人作为刑事诉讼主体,除了因犯罪而受到人身约束等外,其应有权全程参与刑事诉讼,包括诉讼证明活动,无论在何种诉讼框架下,作为与刑事诉讼直接相连的当事人,其绝不应是诉讼证明活动的“旁观者”或“局外人”。

边沁(Jereme Bentham)说:“证据为正义之基础(evidence is the basis of justice)”。证据问题是诉讼制度的核心,证据和证明密不可分,与实践密切相连,无论诉讼结果如何,证明过程的公正性均受司法机关和当事人的重视。规范诉讼证据和证明制度不仅对实体公正有着重要的意义,而且还将促进程序公正的实现。通常而言,诉讼中的证明是专门机关和诉讼参与人在诉讼过程中,本着查明案件真实情况的目的,依法运用证据确定和查清案件事实情况的活动。凡为使事实认定者确信某一案件事实的,用“证明”这个概念。现代刑事诉讼实行证据裁判主义,事实要依据证据加以认

^① 余茂玉:“为当事人证明权而‘呐喊’”,载《法制日报》2009年5月27日第11版。

定。刑事案件应由控方担负举证责任,由其举证证明案件事实直至裁判者形成有罪心证。裁判者为探明事实真相可在必要时依职权或依申请取证。被追诉者作为程序主体,有权参与诉讼并积极进行诉讼防御甚至攻击。

迈入 21 世纪后,国内外刑事诉讼法无论在形式外观还是实质内涵都经历着变化和发展。然而我国刑事诉讼制度虽然日渐完善,但是由于多年来积弊已久,学界和实务界多主张加以改革。问题的关键是如何改,往哪个方向改,改后如何实施。我国刑事诉讼制度实际上正“徘徊在制度变革的十字路口”上。如何在保障人权和程序正义的前提下,发现问题的实质,进而对有罪者科以刑罚,是刑事司法的目的所在。因此,各国、各地区刑事诉讼法对于刑事诉讼程序的运行,均要求严格遵循法定程序,并允许被追诉者为自身利益进行防御,注重法律安定性与程序公正的维持。刑事诉讼的惩罚犯罪与保障人权这两个目的时常发生冲突,因而刑事诉讼各项制度改革实际上就是在“实体正义”与“程序正义”、“惩罚犯罪”与“人权保障”两对理念下徘徊,并不断找寻平衡点。

由于学界目前还无人对刑事诉讼中的证明权问题进行专门、系统地研究,因此本书拟以“证明权”为主题进行重点研究。作为被追诉者的辩方^①在刑事诉讼中处于被追诉地位,其为诉讼主体。随着现代刑事诉讼的发展,辩方不再仅进行消极防御,其往往会主动、积极地进行“防御”,甚至发动“攻击”,所以辩方的权利就不再局限于消极辩护、防御,其为了实现有效辩护,往往会积极提

① 研究刑事诉讼中控、辩、审三方的地位,需要明确三方的各自名称,本书这里特别说明如下。就控方而言,在我国是指人民检察院,由检察官担任公诉人出庭支持公诉,本书中提及追诉者、控方、检察院、检察官时一般具有相同的含义。就辩方而言,被追诉者起诉到法院前被称为犯罪嫌疑人,起诉后称为被告人,处于被追诉者地位,其辩护人与其共同构成了辩方,本书中为称呼之便利,被追诉者、辩方、犯罪嫌疑人、被告人和刑事被告人未特别说明时具有相同的含义。就审方而言,法院代表国家行使审判权,具体由法官来实施,本书中提及审判者时,审判者、审方、法院、法官未特别说明时具有相同的含义。

出证据。而为了提出证据，辩方即需收集证据，有时还需申请调查取证、保全证据、阅卷等，这些都属于辩方对案件事实进行积极证明的表现，显然应纳入权利范畴。刑事被害人在我国当前法律框架下是当事人之一，其有权参与刑事诉讼，应允许其进行证明活动。至于其选择参加或不参加，则是他的权利，我们不能以实践中被害人参与率低、更不能以被害人参加可能会影响甚至阻碍诉讼进程为由拒绝其参加证明活动。当然，在刑事诉讼中，作为被追诉者的辩方始终都是刑事诉讼的焦点，无论是惩罚犯罪还是保障人权都侧重于犯罪嫌疑人、被告人。因此，本书重点以辩方为视角研究证明权问题。

看到这本书的主题，或许有人会疑问：被告人、被害人有证明权吗？为何有如此的疑问，难道当事人真没有证明权？我们知道，辩方在诉讼过程中确实希望收集到于己有利的证据以实现有效辩护，但其囿于现有制度的保护不力，举证能力弱，而难以进行有力地证明，并非其不需、不想进行证明。如果辩方的这些证明活动不是证明权，不是权利，试问：辩方为何既可以证明，也可以不证明呢？难道这是纯粹责任或义务的表现吗？显然答案是否定的。由此可见，有的人对于辩方的证明活动存有误解，更多的则是未予以关注和重视。鉴于此，当前研究、完善刑事诉讼的证明权问题是很有必要的。依照我国刑事诉讼法的规定，被害人能够参与诉讼，其有参与诉讼证明活动的权利，理应享有证明权。无论是被告人还是被害人，就证明权理论的核心内容而言是相通的。为使研究更为集中和深入，本书以辩方证明权为核心进行专门、系统的论证分析。

其实，在很多人看来，“证明权”是一个新词，甚至认为是新造的词。事实上，此乃误解，从证明权所包含的内容来看，证明权并非“新事物”，而是一个“传统”权利的集合体，只是我们未给予足够重视罢了。虽然法律赋予当事人享有这些传统权利，但还只是停留在形式上的享有，因此尚需再进一步确立和贯彻。在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人、辩护人以及被害人都有证明的权利，

在一些情况下有举证之必要，但学者们对控方的证明责任、法官的职权调查等问题研究较多，多忽视了身为诉讼主体的当事人的证明权问题。据笔者收集的资料来看，国内外涉及刑事诉讼证明权相关问题的论著有一些，但专门、系统研究刑事诉讼证明权的论著则十分鲜见。

笔者认为，对证明权问题的研究，应采开放的态度，站在整个诉讼的高度，从表面上来看，证明权保护不力的问题出现在审判阶段，其实侦查、起诉阶段存在的问题也不容小觑。总之，我们要正视现实中存在的制度障碍、观念瓶颈，通过不断加强证明权研究以推动辩方权利的保障。

在笔者看来，当今法学科中仍有许多研究还停留在文字、思想的复制阶段，恰如小孩搭积木，只是组合的不同而已。在卷帙浩繁的法学成果之中，哪怕研究成果创新之处并不多，但只要能引起关注，对正在进行的司法改革有一丝一毫的作用，都是值得欣慰的，也是有其价值的。我们不能寄希望于每个文字、每个篇章都有大段的创新，因为毕竟法学发展已经走出了往昔的“拓荒”时期。在法学逐步趋于精细化研究的今天，我们或许需要更多关注实践，坚持理论与实践相结合，逐步推动制度完善，并以制度引导、规范实践，只有这样法治才会进步、社会才会前进。

目 录

前 言	(1)
第一章 证明权的基本理论问题	(1)
第一节 证明的必要性	(1)
一、刑事诉讼证明	(1)
二、辩方在证明活动中的地位	(8)
三、辩方在诉讼中有证明的必要	(17)
四、辩方证明的性质	(24)
第二节 证明权的界定	(29)
一、证明权的基本内涵	(29)
二、辩方证明权的构成	(31)
三、辩方证明权的组成部分	(34)
四、辩方证明权的性质和地位	(36)
第三节 证明权与辩护权的关系	(40)
一、辩方证明权与辩护权的关系	(41)
二、证明权的有效行使和律师的有效协助	(43)
三、国际司法准则关于辩护的要求	(48)
四、辩方证明权与律师有效协助下的平等保护	(50)
第四节 证明权的功能	(52)
一、辩方证明权与刑事诉讼目的	(52)
二、辩方证明权的功能	(56)
第二章 证明权与刑事诉讼模式	(64)
第一节 刑事诉讼模式及其发展	(64)

一、我国刑事诉讼模式	(65)
二、协同主义基本理论	(66)
三、协同主义在刑事诉讼中的引入	(70)
第二节 法院与案件事实的解明	(75)
一、现行立法和司法实践	(76)
二、法院负有“澄清案情义务”	(77)
三、“澄清案情义务”与案件事实解明	(79)
第三节 控方与案件事实的解明	(80)
一、现行立法和司法实践	(81)
二、控方负有“协力的证明义务”	(81)
三、“协力的证明义务”与案件事实解明	(84)
第四节 辩方与案件事实的解明	(85)
一、现行立法和司法实践	(85)
二、辩方“协同发现真实”的权利和义务	(85)
三、“协同发现真实”与案件事实解明	(88)
第三章 证明权与无罪推定、不强迫自证其罪原则	(90)
第一节 辩方证明权与无罪推定原则	(90)
一、无罪推定原则	(90)
二、辩方证明权与无罪推定原则的关系	(92)
第二节 辩方证明权与不强迫自证其罪原则	(97)
一、不强迫自证其罪原则	(97)
二、辩方证明权与不强迫自证其罪原则的关系	(99)
第四章 证明权与证明责任	(101)
第一节 证明责任制度基本理论	(101)
一、证明责任的界定	(101)
二、证明责任的分配	(107)
第二节 域外证明责任制度考察	(110)
一、英美法系国家证明责任制度考察	(110)
二、大陆法系国家证明责任制度考察	(113)

三、我国台湾地区证明责任制度考察	(116)
第三节 辩方证明权与证明责任	(118)
一、阻却违法、阻却责任事由以及其他抗辩主张 的证明责任	(119)
二、刑事证明责任的不可转移性	(127)
三、辩方证明权与提出证据责任的关系	(133)
第五章 证明权与证据收集	(139)
第一节 证据收集的基本理论	(140)
一、证据收集的界定	(140)
二、证据收集与诉讼模式	(144)
三、证据收集的功能	(146)
第二节 自行调查取证权	(151)
一、自行调查取证权理论	(152)
二、自行调查取证权的现状	(155)
三、自行调查取证权之域外考察	(160)
四、自行调查取证权的完善：对辩方证明权 的保障	(165)
第三节 申请调查取证权	(170)
一、申请调查取证权理论	(171)
二、申请调查取证权的现状	(179)
三、申请调查取证权之域外考察	(184)
四、证据预判禁止原则	(189)
五、申请调查取证权的完善：对辩方证明权 的保障	(194)
第六章 证明权与证据保全	(204)
第一节 证据保全制度	(204)
一、我国证据保全制度的现状	(204)
二、域外证据保全制度考察	(206)
第二节 证据保全申请权	(210)

一、证据保全申请权的理论基础	(210)
二、证据保全申请权是证明权的重要组成部分	(212)
第七章 证明权与证据开示	(223)
第一节 证据开示制度	(223)
一、证据开示制度理论	(223)
二、证据开示制度之域外考察	(230)
三、我国证据开示制度的现状	(235)
第二节 证据开示制度的构建	(238)
一、控辩双方的证据开示	(239)
二、辩方在法院受理后有权阅卷	(245)
第八章 证明权与质证	(246)
第一节 质证制度	(246)
一、质证制度基本理论	(246)
二、质证制度的域内外考察及比较	(250)
第二节 质证权	(269)
一、质证权基本理论	(269)
二、质证权是证明权的重要组成部分	(273)
第九章 证明权与心证公开	(277)
第一节 心证公开制度基本理论	(277)
一、心证公开的基本内涵	(278)
二、心证公开的范围和内容	(282)
第二节 心证公开请求权是证明权的重要组成部分	(291)
一、心证公开的改革思路	(292)
二、心证公开请求权是证明权的重要组成部分	(294)
结语 证明权的强化是一个渐进的过程	(297)
参考文献	(299)