



BOSHI WENKU

〔刑法学〕

刑事推定论

XINGSHI TUIDINGLUN

赵俊甫 著

知识产权出版社



BOSHI WENKU
[经济学]

刑事推定论

XINGSHI TUIDINGLUN

赵俊甫 著

知识产权出版社

内容提要:

推定不仅是实体法和程序法问题,还是宪法性问题。本书秉持刑事一体化理念,对推定从实体与程序、立法与司法等多个层面进行系统性研究,回答了“推定是什么”这一理论界长期说不清、道不明的问题。在此基础上,从认识论和价值论两个层面回答了“推定为什么是正当的”,重点分析了推定对控辩双方证明责任的影响、对诉讼权力配置的影响,进而探讨了推定的创设和在司法实践中的适用问题。

责任编辑:石红华

图书在版编目(CIP)数据

刑事推定论 / 赵俊甫著. —北京:知识产权出版社,2009.7

ISBN 978-7-80247-741-4

I. 刑… II. 赵… III. 刑事诉讼-研究 IV. D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 105463 号

刑事推定论

赵俊甫 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

责编电话:010-82000860 转 8130

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

开 本:880 mm × 1230 mm 1/32

版 次:2009年8月第1版

字 数:247千字

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000893

责编邮箱:shihonghua@sina.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:10.5

印 次:2009年8月第1次印刷

定 价:28.00元

ISBN 978-7-80247-741-4/D·830

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

摘 要

作为横贯实体法与程序法的主题,刑事推定正日益引起法学理论界和实务界的广泛兴趣。推定表面上是刑事法中极其细微的“小问题”,但是,其不仅与实体法中的犯罪构成体系、犯罪构成要件的设置密切相关,还与程序法中的诉讼模式、证明责任等纠缠在一起,并且与无罪推定等公民所享有的宪法性权利息息相关,实有窥一斑而见全豹之价值。一方面,基于现实主义的考虑,立法和司法机关对推定情有独钟。另一方面,推定仍然存在很多不明确的问题,围绕推定的争议和担忧长期存在而且未见削减。理论上的混乱和司法实践中推定运用的恣意,无一不表明推定是一个极具挑战性的研究课题。

在绪论部分,本书以历史考察为出发点,简要回顾了推定在立法及司法中的重要地位,介绍了当前推定理论研究的现状及存在的诸多困惑,进一步明确了本书研究的主要问题。

第一章为推定的基础理论,主要回答了“推定是什么”这一本体性问题。推定被喻为“魔术词语”,学者关注最多但澄清的却最少。本书在词汇学、立法实践、法学理论等不同的语境,对推定概念进行了详尽的解读。针对应否把事实推定作为推定的一种类型,本书从推定赖以依存的制度背景出发,对事实推定在两大法系备受冷落进行了全面、深刻的分析,指出在我国,事实推定并非是多余的概念。本书还明确区分了推定与推理、拟制、间接证据证明等易混淆概念。在此基础上,本书进一步分析了推定的属性和功能。

第二章探讨了推定的存在根基,主要回答了“推定为什么是正当的”。本书从认识论和价值论两个层面展开论述。在认识论方面,本书认为,推定的结论可以达到事实真实的要求;推定是一种理性证明和模糊证明,与证据裁判原则及诉讼证明的特质并不矛盾;推定与自由心证具有相契合的一面,同时还是对自由心证的一种微妙限制,遗留了法定证据制度的痕迹。在价值论方面,本书另辟蹊径,从风险社会对现代刑事法的深刻影响这一崭新的视角出发,指出推定的背后涉及复杂的利益关系,推定就是以强化刑事法的社会保护机能为功利导向,同时又兼顾被告人人权保障的一项利益均衡机制,反映了刑事法的刑事政策化倾向。

第三章探讨了推定的效力,主要回答了“推定怎么样”,即“推定的适用能产生什么法律后果”。证明责任可以分为提供证据责任与说服责任两个层次,推定的效力主要表现为对控辩双方证明责任的影响,法律推定与事实推定对证明责任的影响是不同的。法律推定属于实体法中的证明责任规范,其在立法上的确立与证明责任特殊分配原则的确定,是同一个问题的不同表述,二者之间在本源上并不具有因与果的关系,但在外表上通常表现为推定引起证明责任的重新分配,构成控方承担证明责任的例外。法律推定减轻了控方的证明责任,在特殊情况下还可能导致其证明标准的降低,被告人既可能以法律推定的方式被分配特定事实的说服责任,也可能只承担提供证据的责任。要求被告承担说服责任的,必须由立法加以明确规定,且被告人只需证明到优势证据程度;要求被告承担提供证据责任的,被告人只需使裁判者产生合理怀疑即可。事实推定对证明责任的分配毫无影响,其使被告人负担提供证据反驳推定的责任,可以相应减轻控方提供证据的责任,但控方对案件整体事实的证明标准并不能因此而降低。推定的效力还体现在对诉讼权力配置的影响方面,推定在一定程度上改变了立法权与司法权之间的

权力配置格局,并且影响到法官之间以及上下级法院之间的权力格局。

第四章探讨了推定的审查与限制。刑事推定的创设和司法适用对控辩双方的证明活动及刑事诉讼权力配置都产生了一定的影响,这些影响利弊皆有,推定不仅是实体法和程序法问题,还是宪法性问题。为了降低推定对刑事法基本原则的冲击,必须对推定进行合宪性审查。推定的效力还受到一国诉讼模式的限制,这种限制在对抗制模式和职权主义模式下有不同的表现形式。无罪推定是现代刑事法的一项基本原则,是被告人应该享有的重要宪法性权利。推定与无罪推定原则属于不同的范畴,两者在总体上是契合的,在特定条件下,又潜在一定冲突。这种冲突的实质是最大限度惩罚犯罪、防卫社会与最大限度减少错误定罪、保障被告人权利之间的价值冲突。推定的创设必须有充足的正当根据;推定的适用应该是有节制、有限度的,需要受到无罪推定原则的制约。

第五章探讨了推定的创设。对两大法系犯罪构成体系进行了初步的比较考察,认为犯罪构成要件的推定机能具有重要的实体和程序价值,而我国犯罪构成要件的推定机能是缺失的,这是我国犯罪构成体系的功能性缺陷,引进大陆法系递进式的犯罪构成体系是恢复构成要件推定机能的合理选择。本章对比考察分析了域外和我国推定创设的现状和特点,认为我国推定规则的创设存在诸多不足,主要表现为:推定创设权分散化、规范表述含混与矛盾、实体内容欠妥当、程序性规范缺失。在此基础上,对最高司法机关作为推定创设主体的利弊进行了反思,并指出了完善推定创设的若干路径。本章最后指出,协调实体法与程序法的关系并非只有推定这一项制度选择,必须考虑如何摆脱对推定的过度依赖,寻求推定的替代性立法技术。

第六章探讨了推定在刑事司法中的适用。简要介绍了推定司

法适用的现状并且分析了其成因,指出我国应该构建推定的启动程序、推定结论可靠性的保障程序、推定的反驳程序、推定的救济程序,并且完善相关配套制度和程序,其中包括:对印证证明模式的反思、司法程序民主化之改革、案例指导制度之建立和判决理由论证之加强。通过上述配套制度及程序的建构,尽量减少推定司法适用中的恣意性。最后,以司法实践中经常出现证明困境的毒品犯罪和贿赂犯罪为例,探讨了如何具体适用推定进行诉讼证明。

序 一

《刑事推定论》一书是赵俊甫博士在其博士论文的基础上修改而成的。欣闻其几年心血浇灌的成果即将付梓,甚感高兴与欣慰。故欣然接受邀请为之作序。

案件事实认定是司法裁判的核心问题,其圆满解决不仅与程序法息息相关,还与实体法的设置密不可分,推定恰恰处于实体法与程序法相联结的关节点,因此是一个极具理论与实践价值的研究课题。尽管近年来我国法学理论界与司法实务界围绕推定概念、效力及其与无罪推定的关系等重大问题展开了一系列的探讨,但在诸如推定的概念、推定的效力等许多基本问题上都远未达成共识。理论上的混乱和司法实践中推定运用的恣意,表明推定是一个极具挑战性的研究课题。因而,作者勇于探索的精神和选题视角的独到可略见一斑。

如何界定推定的概念是推定研究面临的首要困惑。如果将“所有根据已知事实推论未知事实”的活动都称为推定,那么,司法证明离开推定必将“一筹莫展”;如果将“根据法律规定的从一定事实直接认定另一事实的规则”称为推定,那么,推定只可能存在于立法这一狭小的领域。在我国当前的理论研究中,上述两种观点或倾向都是存在的。其带来的后果是:或者推定的界定失之于泛化,使推定成为大而无当的概念,误导司法实践;或者使推定的界定过于狭隘从而成为描述极少数特殊立法现象的标签,使推定对现实司法实践中复杂多样的案件事实认定问题的指导意义大为降低。赵俊甫博士在综合考察中外立法、司法实践与理论成果的基础上,将推定界定为“依据法律直接规定或经验规则所确立的基础事实与待证事实

之间的常态联系,当基础事实确证时,可认定待证事实存在,但允许受不利推定的当事人举证反驳的一项辅助证据证明的标准化规则”。应该说,这一界定准确把握到了推定的本质特征——认定案件事实的标准化规则。以此为前提,作者对事实推定概念有无存在价值进行了探讨,并且明确揭示了推定与相关概念的易混淆之处。这些见解不仅起到正本清源的作用,也将推定置于合理的论域之内,从而形成作者关于推定研究的特有路径。

“推定”并非原产于中国,在英美法系与大陆法系的立法与理论研究中,都能发现相关的内容。不过,由于两大法系的诉讼制度不同,推定在两大法系内的处境有明显差别。在英美法系,作为一种认定案件事实的标准化规则,推定在一定意义上发挥着特殊证据规则的作用,成为调节控辩双方、陪审团与法官之间权力(权利)、职责(义务)的一种工具。在大陆法系,基于法庭组成结构的不同及职权主义诉讼模式下控辩双方对抗色彩淡化,试图清晰揭示推定的运作状况相对困难。这也说明,在我国对推定的价值、功能进行研究必须与我国特殊的诉讼制度联系在一起。赵俊甫博士立足于中国的现实,在探讨刑事推定、借鉴吸收国外已有成果的同时,始终注意使研究结论与我国现行法律制度与司法环境相协调。尤其是在探讨刑事推定的效力及审查限制等核心问题时,作者能够坚持独立批判精神,对推定与证明责任、诉讼模式、无罪推定原则之间的关系给予理性的、客观的分析与论证。作为一名年轻的学者,这种鲜明的“本体意识”值得肯定与提倡。

推定首先是一个程序问题,只有在程序层面厘清其来龙去脉,才可能在实体立法时进行科学创设。作者侧重于程序方面的研究,但也照顾到了实体问题,专门探讨了犯罪构成体系的设置以及推定规则的创设,我认为,这是十分必要的。综观全书,作者首先用四章的篇幅侧重于普适性的理论研讨,继而用后两章的篇幅分别从创设

及司法适用两个层面探讨刑事推定的特殊应用问题,无论从结构安排,还是分析论证的逻辑思路来看,都透视出作者细致的考虑和缜密的思维。

应该看到,类似走私、毒品、职务犯罪等特殊类型犯罪诉讼证明困难的出现是诸多因素造成的,承认与适用刑事推定,在一定程度上有助于破解这一难题。但是,推定的适用与现代刑事法的基本原则以及我国的实体立法结构和诉讼制度之间有无冲突、又如何消除冲突,实有深入思考的必要。本书没有回避这一问题,对推定的谨慎乐观态度一以贯之,在结论部分特别指出“推定是悬崖边的舞蹈”,可谓用意深远,颇具警示意义。

赵俊甫博士是在获得刑法学硕士学位之后直接考取博士研究生资格的。在攻读刑法学博士学位期间,曾有机会在广东省一市级检察机关从事三年的检察工作;博士毕业后又有幸进入最高人民法院工作。几年的专门学习,奠定了深厚的刑法学理论基础;几年的实际工作使他对刑事推定有更深入的理解和更多的感悟。或许正是这两个方面的历练,使得作者熟练地把握刑事推定这样一个复杂的理论与实践课题,并在总体上较好地处理了立法与司法、实体与程序、域内与域外、应然与实然之间的关系。可以说,本书继承中有批判、借鉴中有创新,是一部值得一读的学术专著,对司法实践也具有重要的参考价值。固然,对本书的部分观点可能会存在不同的看法,这是件好事。但愿本书的出版能促进不同学术观点之间的碰撞交流,推动刑事推定的研究进入一个新的层次。也希望赵俊甫博士能有新的理论与实践相结合的力作面世。

是为序!

张旭

吉林大学法学院

2009年5月6日

序 二

赵俊甫是我在吉林大学法学院任职时指导的硕士生。在此期间,他踏实勤奋,多有创见,且认准之理少有言弃的,给我留下了深刻的印象。这也许是此后我们之间能够保持联系的学术之缘吧。他的博士论文《刑事推定论》未定稿之前,我曾有幸粗略先睹。说实在话,我对刑事推定缺乏深入研究,但从中确实感到研究刑事推定颇具理论意义和实践意义,并且为其谋篇布局的周详、细密而心生赞赏。当然,同时我也向他提出了一些修改意见。现欣闻其博士论文即将付梓,不仅感到高兴,也乐于应邀作序。

刑事推定是一个跨学科的研究课题,在中外学术界和司法实务界一直存在诸多争议。我国对刑事推定的研究起步较晚,相关资料比较匮乏。但据我了解,近些年来已有数所知名法学院校的博士生撰写了刑事推定的毕业论文,有的则已出版了专著。在这种背景下,赵俊甫选取刑事推定作为博士论文研究课题,无疑需要具备一定的学术勇气和信心并付出巨大的努力。今天看来,应当说他展示了自己的学术功底和研究能力,交出了一份出色的答卷。

本书在诸多方面都有可圈可点之处,可以说是目前我国对刑事推定进行全面、系统、深入研究的为数不多的一部学术专著。通览该书,我认为其至少在如下几个方面丰富、推动了我国刑事推定理论的研究:

其一,书中明确界定了推定概念的内涵、外延、属性与功能,并深入探讨了刑事推定存在的正当性基础。推定的概念是研究推定问题的出发点,对此国内外各种观点堪称五彩纷呈、众说纷纭。本

书条分缕析,既注意吸收国内外已有研究成果,又注意坚持独立思考,抓住了推定的规范性这一本质,并由此入手,将推定与相关易混概念进行了严格的区分。例如,本书既肯定事实推定概念存在的合理性,又看到了当前理论研究中无限制扩大事实推定的不当趋势,将事实推定限定在了一个恰当的范围内。这些颇具新意的学术观点有助于澄清当前推定理论研究中的诸多认识误区,对司法实务工作者准确把握推定也有积极的指导意义。另外,本书还从认识论和价值论两个层面对刑事推定的存在根基进行了探讨,为刑事推定的正当性奠定了坚实的基础。

其二,书中对刑事推定的效力作了全面分析,对如何审查和限制刑事推定提出了若干重要学术命题。本书没有仅仅停留在理论思辨层面,而是紧密结合司法的实际运作状况,深入探讨了法律推定和事实推定对证明责任的影响,有不少新提法均属发人所未发。例如,就法律推定而言,本书提出被告人既可能以法律推定的方式被分配予特定事实的说服责任,也可能只承担提供证据的责任。另外,鉴于刑事推定对诉讼证明活动和诉讼权力配置的重大影响,作者在书中提出,刑事推定不仅是实体法和程序法问题,还是宪法性问题,特辟专章研究刑事推定的合宪性审查和限制,并且言之成理、持之有据,这在当前的理论研究中极具前瞻价值,尤为可贵。

其三,书中以开阔的视野、翔实的资料和缜密的论证,从理论与实践、实体与程序、立法与司法多个层面为我们展示了刑事推定的实然状况和今后的应然态势。本书注释多达四百多处,参考、引用了不少学术文献,使比较研究建立在了翔实的资料基础上。推定既是重要的理论问题,也是重大的司法实践问题。作者视野开阔,超越单一学科的范畴限制,刑法学、证据法学、刑事政策学等部门法学知识信手拈来,穿梭往返于实体与程序、立法与司法之间,并且能够紧密结合我国现实立法和司法实践,一切从实际出发,在理论上进

行缜密论证。对于部分悬而未决的疑难问题,本书既不人云亦云,也不刻意标新立异;对于推定的积极价值予以肯定,对于推定潜在的风险又时刻保持清醒的认识。这体现出作者夙有的坦诚、客观、理性的学术研讨风格。

法学是一门实践性极强的学科,在多年的教学与科研工作中,我一直倡导法学学术研究要密切关注现实,真正做到从现实中来、还要能够回到现实中去。理论与实践紧密结合、相得益彰,在《刑事推定论》一书中得到了较好体现。当然,由于推定问题本身的复杂性,本书所提出的部分观点尚需展开争鸣探讨,关于刑事推定如何与我国立法相协调、又如何在司法实践中得到合理的适用,也需要进一步深入研究。总体来看,《刑事推定论》是一部有广度、有深度、有创见的刑事法学专著,既有较高学术价值,又具有重要实践价值。

近几年来,赵俊甫同志不仅刻苦钻研刑事法理论,表现出良好的学术素养,经过一段时间的司法实务部门的实践洗礼,还积累了一定的实践经验。《刑事推定论》一书的出版,即是他多年辛勤付出的结晶。作为他曾经的导师,我衷心祝愿赵俊甫在学术研究和司法实务领域再接再厉,取得更大的成绩!

是为序。

吴振兴

武汉珞珈山

2009年5月24日

目 录

绪 论 推定:诱惑与困惑	1
一、推定的诱惑	1
二、推定理论研究方面的困惑	5
三、本书研究的主要问题	6
第一章 推定概述	8
第一节 推定的概念解析	8
一、词汇学语境中的推定	8
二、立法实践语境中的推定	11
三、法学理论语境中的推定	15
四、界定推定概念的应有立场	18
第二节 事实推定:一个并非多余的概念	24
一、大陆法系的态度	26
二、英美法系的态度	28
三、我国的态度	32
四、对事实推定的应有立场	34
第三节 推定与相关概念的区别	40
一、推定与推理(推论)	40
二、推定与拟制	44
三、推定与间接证据证明	48
第四节 推定的属性与功能	52



一、推定的属性	52
二、推定的功能	56
第二章 推定的存在根基追问	61
第一节 推定的认识论根据	61
一、推定与事实真实	61
二、推定中的理性与模糊性	69
三、推定与自由心证原则	77
第二节 推定的价值论根据	86
一、风险社会与刑事法的社会保护机能	87
二、刑事法人权保障机能与社会保护机能 之间的冲突	93
三、推定:以社会保护为价值导向的利益 平衡技术	96
第三章 推定的效力分析	103
第一节 分析的前提:证明责任解读	103
一、英美法系:提供证据责任与说服责任	104
二、大陆法系:主观证明责任与客观证明责任	109
三、我国证明责任分层体系的构建	111
第二节 推定对证明责任的影响	115
一、观点争鸣	116
二、法律推定对证明责任分配的影响	123
三、事实推定对提供证据责任承担的影响	141
第三节 推定对诉讼权力配置的影响	147
一、推定对立法权与司法权之间权力配置的影响	148
二、推定对司法体系内部权力配置的影响	153



第四章 推定的审查与限制	157
第一节 推定的合宪性审查	157
一、对推定进行合宪性审查的必要性	157
二、推定的合宪性审查方式	161
三、推定的合宪性审查标准——以美国法为视角 ...	163
第二节 诉讼模式对推定效力的限制	171
第三节 无罪推定对推定效力的限制	174
一、无罪推定的性质解读	175
二、推定与无罪推定:整体的契合	178
三、推定与无罪推定:潜在的冲突	180
 第五章 推定的创设	184
第一节 犯罪构成要件的推定机能	184
一、欧美犯罪构成体系与构成要件的推定机能	184
二、我国犯罪构成体系的功能性缺陷:推定 机能的缺失	197
三、我国犯罪构成要件推定机能的复归	202
第二节 推定创设的现状与特点	205
一、域外推定创设的现状与特点	206
二、我国推定创设的现状	211
三、我国推定创设的特点	222
第三节 我国推定创设的反思与完善	225
一、我国推定创设的不足	225
二、最高司法机关作为推定创设主体的反思	236
三、完善我国推定创设的路径选择	243
四、推定的替代性立法技术之提倡	251



第六章 推定的司法适用	259
第一节 我国推定司法适用的现状	259
一、基于实地调查的样本分析	259
二、推定司法适用现状的成因分析	261
第二节 推定的司法适用程序与相关配套制度	265
一、推定的司法适用程序	265
二、推定司法适用的相关配套制度	271
第三节 推定在司法实践中的具体适用列举	282
一、推定在毒品犯罪案件中的适用	282
二、推定在贿赂犯罪案件中的适用	294
结 论 推定:悬崖边的舞蹈	301
参考文献	303
后 记	316