

诉讼法论文库2011(7)



总主编 樊崇义

刑事法官的证据调查权研究

陈如超 著

THE STUDY ON THE
CRIMINAL JUDGES' POWER
OF INVESTIGATION



中国人民公安大学出版社

●诉讼法学文库 2011 (7)

总主编 樊崇义

刑事法官的证据调查权研究

**The Study on the Criminal judges'
Power of Investigation**

陈如超 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法官的证据调查权研究/陈如超著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 6

(诉讼法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0444 - 6

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼—证据—研究 IV. ①D915. 313. 04
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 101402 号

诉讼法学文库

刑事法官的证据调查权研究

陈如超 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: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2011 年 6 月第 1 版

印 次: 2011 年 6 月第 1 次

印 张: 15. 5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 270 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0444 - 6

定 价: 43.00 元

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

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

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

“诉讼法学文库”总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一：司法

① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第25期。

机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如，刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具，忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用，忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋，已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐，而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面，必须在宏观法律观念上作一个大的转变，同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理，可以帮助我们全面地认识司法机关的功能，并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍，从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，所以对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动的公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的来看，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面和系统的探讨。因此，随着我国法治进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国

诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实践工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

“诉讼法学文库”自2001年面世以来，得到了诉讼法学界专家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著60多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励，在这里特向广大读者和作者致以诚挚的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从2006年起，每年以入选先后另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '樊', '崇', and '羲'.

2007年元月于北京

序

自近代以来，法官在刑事审判中呈现出两种截然不同的角色：一种是积极的真实发现者，如职权审问制下的法官；另一种是消极的仲裁者，如对抗制下的法官。两种角色中哪一种更加符合法官的准确定位，国内外学界素有争议。然而，以历史的眼光看，随着全球范围内以对抗制为蓝本的国际刑事司法准则和程序正义观念的普及，在一向以积极发现实体真实为基本理念的欧陆各国以及原来受欧陆法制影响较多的国家（如日本），法官的司法角色有逐步转向消极仲裁者的趋势。只不过由于司法体制、司法传统和社会结构的不同，转型的进度快慢不同而已。

改革开放以后，在现代西方尤其是英美法的影响之下，中国刑事诉讼法学界的主流意见也出现了偏爱对抗制的倾向。与此相应，中国立法和审判实践也逐步确立了以控辩双方举证、辩论为主，适当限制法官查证范围和途径的所谓“控辩式”审判方式，旨在把法官尽可能地变成消极的裁判者，以增强刑事审判的公信力。不过，这种审判方式自1996年立法正式确认以来虽已运行多年，但法官的角色可以说远未“定型化”，因为在审判实践中，法官究竟能否积极调查证据，能够调查哪些证据，如何调查证据？仍然存在一些争议，各地做法多有不同。法官的角色如何，与辩护方在审前阶段的调查取证权、会见权、阅卷权以及控诉方的客观义务、证明责任等又有着极为密切的关系，而这些也都是“控辩式”审判方式进一步发展所必须妥善解决的问题。从一定意义上可以说，法官的证据调查权乃是关涉中国刑事司法改革走向的一个基础性问题。

本书作者正是基于这样一种背景，就刑事法官的证据调查权进行了深入的分析研究。概括起来，本书主要论述了以下几个问题：

第一，明确对刑事法官的证据调查权进行了界定，尤其是对控辩双方的证明责任进行了区分。认为法官理应在庭审中调查证据，但这种证据调查权在本质上不同于对案件事实的证明责任，因为它仅仅是出于查明事实真相或澄清心证疑惑的需要。

第二,比较了英、美、德、法、日、意六国刑事法官的三种证据调查权模式,对不同模式下法官的庭内与庭外证据调查权限进行了细致的梳理,并对各自的特点及其形成的原因进行了归纳、总结和分析。

第三,对中国刑事法官的证据调查实践进行了一定程度上的实证研究,阐述了中国刑事法官证据调查权的特点,譬如总体上法官庭审时比较消极、调查证据时以讯问被告人为主,且在调查证据的过程中对被告方存在一定的偏见等。

第四,就如何合理配置中国刑事法官的证据调查权进行了初步的论证。书中针对实证研究过程中所发现的问题,结合国外的立法与实践经验,就完善我国刑事法官的证据调查权提出了一些较为可行的建议。

从内容上看,书中不乏精彩亮点,尤其是关于中国刑事法官对刑事被告人的客观照料义务,以及对六国三种模式下刑事法官证据调查权的不同特点及其形成原因的总结与剖析,资料丰富,视角新颖,说理性强,体现了作者严谨的治学态度和扎实的理论功底。

当然,书中也有一些不足之处,如对中国刑事法官证据调查权的实证研究资料有一定局限性,一些对策性的建议还需要进一步斟酌。希望作者通过进一步的研究加以完善。

近年来,在金融风暴的冲击下,全球经济、政治形势风云变幻。在此背景下,国内人文社会科学界再度掀起的中西学术之争类似于“体用之争”的翻版。有学界“高人”借中国国情而贬“普世价值”,司法领域甚至出现了一种“反智主义”倾向,法官角色为何,再陷迷雾之中。希望作者坚守学者立场,听从学术召唤,继续倡导公正司法,弘扬法治精神,以积极的行动推动法治进步,为中国的法学学术事业以及包括法官在内的法律人共同体的事业作出新的贡献。

西南政法大学副校长、博士生导师 孙长永
2011年1月于重庆

题 记

的确，法官应力求自己的视线不被遮蔽。蒙住双眼不偏不倚固然不坏，但是如果不用纱布缠住公正的慧眼，情况就会更好。对于偏见和先入之见，公正的慧眼必须闭而不视，但是公正的慧眼必须能够一眼看到真实情况的所在，挡住它视线的灰尘越少越好。^①

——丹宁勋爵

法官就是法律由精神王国进入现实王国控制社会生活关系的大门。
法律借助于法官而降临尘世。^②

——拉德布鲁赫

在当代以及任何其它的时代，法的发展的重心不在于立法，也不在于法学或司法判决，而在于社会本身。^③

——欧根·埃利希

① [英] 丹宁勋爵著：《法律的正当程序》，李克强译，法律出版社1999年版，第66页。

② [德] 拉德布鲁赫著：《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社1997年版，第100页。

③ [奥] 欧根·埃利希著：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，第1页。

目 录

导论	(1)
一、问题的提出	(1)
二、中国法官证据调查权的进一步追问	(6)
三、中国刑事法官证据调查权的研究现状	(10)
(一) 法官庭审中的证据调查权	(12)
(二) 法官庭外的证据调查权	(12)
(三) 需进一步研究的问题	(13)
四、研究材料与方法	(14)
(一) 研究材料	(14)
(二) 研究方法	(19)
(三) 研究法官证据调查权应注意的问题	(22)
第一章 刑事法官的证据调查权概述	(23)
一、刑事法官证据调查权的界定	(23)
(一) 刑事法官证据调查权的概念	(23)
(二) 刑事法官证据调查权的表现形式	(29)
二、刑事法官调查证据的理由	(35)
(一) 法官调查证据是为了查明案件事实	(35)
(二) 法官调查证据是客观照料义务的体现	(39)
三、法官证据调查权与控辩双方证明责任的边界	(48)
(一) 法官调查证据并非承担证明责任	(49)
(二) 法官调查证据的权力与控辩双方证明责任 之间界限的划分	(57)
第二章 刑事法官调查证据的三种模式及其评析	(69)
一、刑事法官证据调查权的三种模式考察	(70)
(一) 英美两国刑事法官的证据调查权	(70)

(二) 德法刑事法官的证据调查权	(80)
(三) 日意刑事法官的证据调查权	(86)
二、刑事法官证据调查权三种模式的特点及评析	(95)
(一) 刑事法官证据调查权不同模式的特点	(96)
(二) 三种法官证据调查模式的评析	(103)
第三章 中国刑事法官证据调查权的立法规定及	
实践运作分析	(109)
一、法官证据调查权的立法现状分析	(109)
(一) 法官庭内证据调查权的立法规定	(110)
(二) 法官庭外证据调查权的立法规定	(114)
(三) 法官证据调查权的立法评析	(116)
二、法官证据调查权的实践运作分析	(116)
(一) 法官的庭内证据调查权	(117)
(二) 法官的庭外证据调查权	(152)
(三) 法官证据调查权实践运作的评析	(156)
(四) 对法官证据调查权当前现状的合理解释	(170)
第四章 中国刑事法官证据调查权的完善	(178)
一、变革法官证据调查权的制度背景	(178)
(一) 继续完善控辩式庭审制度	(179)
(二) 加强控辩双方的证明责任	(181)
(三) 固守法官调查证据的补充型角色	(182)
二、法官庭审时调查证据的原则	(183)
(一) 法官调查证据的实体性原则	(184)
(二) 法官调查证据的程序性原则	(186)
三、中国刑事法官证据调查权的进一步完善	(187)
(一) 法官庭内证据调查权的完善	(188)
(二) 法官庭外证据调查权的进一步改革	(207)
结论	(214)
参考文献	(216)
后记	(228)

导 论

一、问题的提出

刑事法官庭审时认定证据、裁断事实应该中立，是人类法律理性经过浩如烟海的历史不断试错的产物。所谓中立，是指“裁判者应在发生争端的各方参与者之间保持一种超然和无偏袒的态度和地位，而不得对任何一方存有偏见和歧视”。^① 因为“最基本的社会利益之一就是法律应当统一并且无偏私。在法院活动中，一定不能有偏见或偏好，一定不能有专断性或间歇不定。”^② 然而，长期以来，人们对法官可能中立的具体方式却存在无法动摇的“偏见”。英美法系国家刑事庭审中控辩双方分庭抗礼、法官消极中立的画面，以及部分大陆法系学者对本国法官职权主义的深刻反思，使学者们倾向于认为：中立与法官的消极被动更具亲和力，故“消极中立”成为固定词组，甚至演变成一种抽象话语或图腾崇拜。

但是，如同美国著名法官波斯纳所说：“法官的实际角色和恰当角色究竟如何一直占据英美法学理论舞台的中心。”^③ 事实上，英美法系的实践已然证明：尽管普通法系国家刑事诉讼的传统一直固守消极、被动、超然的裁判者角色，认为他们一旦介入当事人的纠纷，就容易被纷争的灰尘蒙住双眼，而无力彰显其中立性，但诉讼中并未放弃探究、实践甚至认可裁判者在刑事庭审中进行证据调查。学者们研究了陪审团询问证人的实践，^④

① 陈瑞华著：《刑事审判原理论》，北京大学出版社2003年版，第58页。

② [美] 本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第79页。

③ [美] 理查德·A. 波斯纳著：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第126页。

④ See Kirsten Debarba, “Maintaining the Adversarial System: the Practice of Allowing Jurors to Question Witnesses During Trial”, 55 *Vand. L. Rev.* 1521 (2002), pp. 1521 - 1546.

探讨了法官在与陪审团共同审判时的证据调查权,^①尤其是当法庭审判缺席陪审团时,他们对职业法官独自调查证据的权限与问题进行了精微、透彻的实证研究。^②

当然,一些大陆法系国家同样在对刑事法官庭审时的职权主义角色进行不断的改良,变革努力与改革措施不绝如缕。譬如,传统上一直固守裁判者职权调查证据的法国刑事审判,法官的权力也逐渐受到制约,“对于从未与被告人进行对质而其证言对确认事实真相至关重要的证人,重罪法庭必须听取证词。重罪法庭只有具体说明出于何种原因传唤这些证人遇到不可克服的困难时,才能免于传唤这些证人”。^③同样,德国法官在庭审中负责证据收集和出示,但是他们逐渐认识到,复杂案件的审判,如经济和环境犯罪案件,就变得困难,除非当事人愿意在“查明真相”方面进行积极合作,^④因此德国有扩大当事人举证、质证权之势。然而,大陆法系刑事审判中证据调查的职权主义模式,在借鉴或转向当事人主义时,却面临诸多困难。最典型的表现是意大利,其刑事诉讼法自1988年至今,部分法律条文不断反复修正——名曰“reform and counter reform”,^⑤就暗示了职权主义国家在重构与平衡法官与控辩双方调查证据时的固有困境,凸显了官方主导与当事人支配事实认定方式之间的张力,以致难以寻求有效的平衡机制。^⑥

中国作为现代/西方法治的后发性国家,虽然法律建设取得了举世瞩目

① See Martin Marcus, “Above the Fray or Into the Breach: the Judge’s Role in New York’s Adversarial System of Criminal Justice”, 57 *Brook. L. Rev.* 1193 (1992), pp. 1193 – 1211.

② See Sean Doran & John D. Jackson & Michael L. Seigel, “Rethinking Adversaries in Nonjury Criminal Trials”, 23 *Am. L. Crim. L.* 1 (1995), pp. 1 – 44; and See John Jackson & Sean Doran, *Judge Without Jury: Diplock Trials in the Adversary System*, Clarendon Press, 1995.

③ [法] 贝尔纳·布洛克著:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第497页。

④ See Richard S. Frase and Thomas Weigend, “German Criminal Justice As a Guide To American Law Reform: Similar Problems, Better Solution?” 18 *Boston College International and Comparative Law Review Summer* 317 (1995), p. 327.

⑤ See Michele Panzavolta, “Reforms and Counter-Reforms in The Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System”, 30 *N. C. J. Int’l L. & Com. Reg.* 577 (2005), pp. 577 – 608.

⑥ 参见[美] 米尔吉安·R. 达马斯卡著:《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11页。

的成就,但法律“治理化”^①的本质却没有根本改变,仍是一种灵巧的工具主义法治。^②因此,在中国司法实践中,诉讼功能与形态的定位远未尘埃落定。就刑事审判而言,控辩审三方的角色关系展现的诉讼模式还有待厘清,法官作为中立的裁判者与为查明事实真相而应承担何种证据责任至今亦聚讼纷纭。故而,中立的法官为获得充足的断案信息究竟“应该何为”,是维持消极被动、仅仅听取控辩双方的争辩,还是积极调查证据并支配审判的进程,抑或二者的适当妥协,就成为中国刑事司法改革进程中一个扑朔迷离的难题。中国法官角色定位的进退维谷,或许再一次印证了德国著名思想家韦伯 100 余年前的感叹:“人类命运的历程足以让稍窥其一斑者震撼击节不已……”^③

尤其是近年来,中国刑事诉讼法的再修改处于紧锣密鼓当中,法官在庭审中的角色仍然成为学者关注的主题。因为法官调查证据不仅牵涉到审判的客观中立性,而且体现了与控辩双方之间权力/权利的动态制衡,换言之,法官调查证据与控辩双方证明责任的担当息息相关。从某种意义上讲,法官调查证据权限的大小及其运作方式或许可以视为英美法系与大陆法系刑事庭审模式的分水岭。但是,笔者写作的直接激励更在于中国刑事诉讼实践向我们显示了法官调查证据与控辩式庭审结构之间的内在张力。

案例 1: 2004 年 11 月 12 日,甘锦华因涉嫌杀害陈村镇大都村“慈济精舍”的两名尼姑而被拘留,2005 年 3 月 25 日甘被佛山市检察院以抢劫罪提起公诉。同年 6 月 10 日佛山市中级人民法院开庭审理此案,律师苏用和要求对现场血迹重新鉴定,但被驳回,一审以强奸罪判处甘锦华死刑。甘随后上诉,同年 12 月 28 日,广东省高级人民法院作出二审裁定,维持原判。2006 年 7 月,甘被广东省高级人民法院核准执行死刑。临刑前他大声喊冤,广东省高级人民法院监督执行死刑的法官于最后时刻在案卷中发现了新证据,经向最高人民法院请示后,紧急叫停执行死刑。2008 年 1 月 7 日,此案进行了第一次重新审理。同年 4 月 18 日,佛山市中级人民法院再次判决甘死刑。甘

① 法律的治理化是指法律和司法成为党治理社会的工具,必须服从于党治理社会的目的,并且被纳入社会综合治理体系中。参见强世功编:《调解、法制与现代性——中国调解制度研究》,中国法制出版社 2001 年版,第 83 页。

② 冯象著:《政法笔记》,江苏人民出版社 2004 年版,第 158 页。

③ [德] 马克斯·韦伯著:《新教伦理与资本主义精神》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2007 年版,第 15 页。

当庭表示上诉，之后广东省高级人民法院再次受理，并于同年11月6日开庭再审。其辩护律师滕彪认为，原审的一审和二审，没有任何证人、鉴定人出庭接受质证，法院就作出判决，因此请求本案中的29名证人出庭作证。同年11月11日，滕彪、苏用和向广东省高级人民法院递交了要求相关证人、鉴定人出庭接受询问的申请，他们包括：顺德区陈村镇派出所民警，顺德区公安分局、佛山市公安局的办案人员，作出血迹、脚印鉴定结论的鉴定人，与甘同日到看守所的人等。2009年3月25日，甘锦华案重审的二审再度在佛山开庭，但遗憾的是，证人仍没有出庭，也没有激烈的法庭辩论。甘锦华的死刑二审仍没有结束。^①

案例2：被告人崔英杰于2006年8月11日17时许，在北京市海淀区中关村科贸大厦西北角路边，因无照经营被海淀区城管大队查处时，持刀威胁、阻碍城管人员的正常执法活动，并持刀猛刺海淀城管队副分队长李志强（男，殁年36岁）颈部，伤及李右侧头臂静脉及右肺上叶，致李急性失血性休克死亡。同年12月12日，北京市第一中级人民法院对崔英杰案进行开庭审理，庭审中的证据调查阶段有如下两则对话：

（1）辩护律师的证据调查申请：

[审判长]：各辩护人是否有证据向法庭提供？

[辩护人]：有。请求法院收集证据，证明执法城管大队是否是一个行政机关。因为在公诉人指控的杀人行为里面，有指控被告人妨害公务。

[审判长]：这个和公诉机关指控的故意杀人罪有什么关系？

[辩护人]：我们在起诉书中看到，公诉人指控的崔英杰以暴力手段妨害城管执法人员依法执行公务，我要证明城管是否是一个行政机关。

[审判长]：是否准许你们提出的申请，合议庭待评议、研究后再作出决定。

（2）辩护律师对控方证据的质疑：

[公诉人]：宣读鉴定结论：《尸体检验鉴定书》、《生物物证鉴定书》。

[审判长]：被告人对此项证据有什么意见？

[崔英杰]：我记得我的上衣上面没有血迹，因为我换衣服只是嫌它脏，并不是因为有血迹。

[审判长]：辩护人呢？

^① 参见赵蕾：《寻找证人，等待生死》，载《南方周末》2008年11月13日A3版；王鸿谅：《甘锦华案：刀下留人与3份死刑判决》，载 <http://news.sina.com.cn>。

[辩护人]: 鉴定所说的死者受伤的部位是哪里?

[公诉人]: 右侧颈部。

[辩护人]: 创口有多大?

[公诉人]: 创口面积不大。

[辩护人]: 刀是在被害人的体内?

[公诉人]: 到了医院才把刀刃取出来, 是在被害人右侧颈部。

[辩护人]: 是在外面就能看到刀? 还是全部刺进去了?

[公诉人]: 这个问题我无法回答。

[辩护人]: 当时是宋队长把被害人抱住送往医院, 我想问一下当时宋队长抱住被害人的时候, 是否对被害人实施了救助?

[公诉人]: 当时是城管队员开车以最快的速度把李志强送往医院, 而并不是宋队长抱着被害人去的医院。

[辩护人]: 我们有一个合理的怀疑, 尸检报告上反映被害人左侧静脉受伤, 法医常识告诉我们静脉不会出现大量出血而导致死亡, 当时刀折断在被害人的脖子里面, 这里面是否有救助不当的问题?

[审判长]: 关于这个问题, 辩护人可以在庭后咨询专家, 公诉人不是法医学专家。^①

案例3: 2009年12月30日, 重庆市江北区人民法院审理北京律师李庄涉嫌伪证罪、妨害作证罪一案。在本案审理过程中, 被告人李庄向法官提出申请, 要求8位控方证人到庭, 其中特别包括证明李庄唆使龚刚模谎称受到刑讯逼供的龚本人; 要求对龚作司法鉴定; 要求调取看守所的录像、录音, 让法院判别到底有没有诱导龚作假证。但这些请求均被法庭当庭驳回。法官宣称, 8名证人均不愿出庭。控方庭上宣读证人庭前的书面证言。^②然而在本案中, 龚作为最关键的证人, 对证明李庄是否唆使、引诱龚改变证言具有不可替代的作用, 且控辩双方争议较大; 同时, 有几位证人描述李庄如何教唆龚的方式也相互矛盾, 这些证人均应出庭, 但法庭以“证人均表示不愿出庭作证, 且法院不能强制证人出庭作证”为由敷衍塞责。不过案件却表明, 龚以及其他几位证人均已被关押, 法庭或控方若要传唤证人出庭, 应该不难。同时, 关于龚有无刑讯的鉴定, 法庭未经质证, 法官判词说: “司法鉴定检

^① 参见中国法院网网络直播节目, 2006年12月12日9:30, “北京市一中院开庭审理北京海淀城管队副分队长李志强被杀案”, 载 <http://www.chinacourt.org/zhibo/more.php>。

^② 参见赵蕾:《李庄案: 法庭内外的较量》, 载《南方周末》2010年1月7日A3版。

验报告也不能说明“龚刚模左腕部色素沉着、减退区系钝性物体所致擦伤后遗留”是被刑讯逼供所致。”不能说明法官对此应该具有合理怀疑，此时既可以要求鉴定人出庭接受质证，法官也可以依职权或根据被告人申请启动重新鉴定。但事实并非如此。^①

当然，类似上面的案例，在实践中数不胜数。例如，陕西邱兴华杀人案、上海杨佳袭警案与湖北熊振林杀人案中的司法精神病鉴定申请（初次鉴定或重新鉴定），法官都当庭予以驳回。上面所有这些案件都涉及法官证据调查权的实施范围与权力规范问题。

透过这些案件，我们需要反思：第一，当被告人不认罪且申请（有时反复申请）法官传唤证人、鉴定人出庭（如案例1、3），且争议焦点集中于该书面证言或鉴定结论的可靠性时，鉴于法律规定法官有责任传唤证人、鉴定人出庭，其不传唤是否是一种失职？我国法律规定刑事庭审中法官传唤证人出庭是否合理？倘若证人拒不出庭，法官可否依职权对证人进行庭外调查？如果调查，应该按照什么程序进行？第二，辩护律师申请法官收集、调取证据（案例2、3），法官是否有义务调查？法官判断有无调查必要的标准是什么？法官可否依职权主动调查新的实物证据、传唤新的证人到庭？第三，辩护律师对控方鉴定证据提出质疑时，法官有无澄清的义务？法官是否应该启动重新鉴定或补充鉴定（案例1、2、3）？第四，法官为了查明案件事实，有无询问证人、鉴定人、被害人与讯问被告人的权力？应当何时进行询问或讯问？如何对其权力进行程序规范？

总而言之，上面的案例向我们提出如下一些核心问题：法官是否应该调查证据？若法官可以且应该调查证据，那么法官应怎样调查核实证据？应如何合理界定法官证据调查权的范围？应怎样协调法官的证据调查权与控辩双方证明责任的关系，即控辩双方的证明责任与法官的证据调查权如何进行分界，才能保持“控辩式”的庭审结构？如何合理规范法官的证据调查权，使其与控辩双方主导的举证、质证相容？

二、中国法官证据调查权的进一步追问

然而，我国1996年修改刑事诉讼法时，对审判制度进行了“根本意义上”的变革加大了控辩双方在庭审中的主导力度，限制了法官的能动作用，其中立性明显加强，建立起所谓的“控辩式”庭审制度的外观，就文本而

^① 关于李庄的判决书，参见 <http://luodesheng2000.blog.163.com/blog/static/6173615720100144510872/>。