



韩旭著

刑事诉讼的观念变革 与制度创新

法学新思维 **文丛**

Xingshisuong de Guannianbiange yu
Zhiduchuangxin

法律的生命不在于逻辑而在于经验。
——[美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯

中国检察出版社

Faxue Xinsiwwei Wencong

法学新思维 文丛

刑事诉讼的观念变革 与制度创新

■ □ — 韩旭 著

faxue
Xinsiwei
AW
法学新思维

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼的观念变革与制度创新/韩旭著. —北京:
中国检察出版社, 2009. 9

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0150 - 9

I. 刑… II. 韩… III. 刑事诉讼法 - 研究 - 中国
IV. K925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 159042 号

刑事诉讼的观念变革与制度创新

韩 旭 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 10. 125 印张 插页 4

字 数: 293 千字

版 次: 2009 年 10 月第一版 2009 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0150 - 9

定 价: 30. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

从法院到法学院的跳跃与思考（代序）

五年前的2004年2月，春节的年味还没有过去，在好友和同事们的送别和祝福声中，我登上南下的列车，从家乡的中级法院来到广州一所创建比较晚也没有多少名气的高校法律系从事法学教学工作。

对于这一选择，很多人不能理解，包括我的父母（由于当时担心父母反对会使我的南下行动计划受挫而来了个“先斩后奏”）。在一起参加中国犯罪学年会时，中山大学法学院的王仲兴教授就多次问过我相同的问题——当初为什么会放弃法官而选择教师这一职业？可以说，这一问题既是我被人问得最多的问题，也是多年来不停地拷问自己的一个问题。

从法院出来究竟追求什么？应当说，在“官本位”意识仍比较浓厚的今天，很多人发出这样的疑问是不足为奇的。记得我当时的回答只是简单的八个字——精神自由、人格独立。这八个字确实道出了我的心声。因为“不自由，毋宁死”。自由既是法的基本价值之一，也是人生幸福的重要指标。当然我所追求的绝不仅仅是人身自由这种物理意义上的自由，而更多的是属于思想、精神层面的自由。独立既是司法的品质，也是人的主体性和自我价值存在的体现，从一定意义上讲，人格独立乃法官独立或司法独立原则之根本。行文至此，可能有人会提出反对：如此说来中国的法官岂不是精神上不自由，人格上不独立？对此，我的回应有两点：首先，我是从比较意义上来看待这一问题的，相对于中国的法院，中国法学院这片土壤可能更适宜于自由和独立种子的发育和成长，因此也更适合于我等这种桀骜不驯甚至有些叛逆精神的人隐遁和生存。其次，从当下法院的生态环境看，在

法院行政化的体制、官僚化的运作以及等级化色彩浓厚的生态环境下，作为法官在判案时是否可以只服从法律和自己的良心，对事实和证据可否“自由”心证地作出判断？在法律效果与其他各种效果的统一中，是不是还要考虑事实本身和法律之外的其他因素？为了职位的晋升和仕途的发展，我们有时是不是会在权力面前低头？为迎合领导的意思，是否在本该坚守的时候而选择妥协甚至放弃？为了很“和谐”、很“滋润”地生存下去，我们是不是已经慢慢习惯甚至乐意接受各种“潜规则”的支配？……在这样一种司法生态环境下，法官既缺乏角色认同，也难以培养、激发起职业尊荣感，其结果不是“优胜劣汰”而是“劣币驱逐良币”，以致出现优秀法官纷纷弃之而去的局面。

这些年我被经常问及的另一个问题是离开法院是否感到后悔？我的回答是“爱我所爱，无怨无悔”。虽然我很热爱法官这一在外人看来有几分神圣和崇高的职业，并且从专业能力角度看自认为自己还算得上是一名称职的法官。但是，人生总是有失有得，离开法院失去的是“权力”（审判权），得到的是“话语”。其实“话语”也是一种权利，现在不是很流行“话语权”这一名词吗？在不违反法律和公序良俗的前提下，说自己想说的，说自己爱说的，说别人已经说过的，说别人未曾说过的！在讲台上有声有色地说，在报刊上无声有色地说，在各种学术会议的正式场合说，在茶余饭后各种非正式场合说！人天性里都有表达自己的愿望，不说违心话、不做违心事，自由地抒发情感、尽情地表达自我，在对话中寻求共鸣，在交锋中碰撞火花，传道授业解惑，以此为业岂不快哉？！如果再有若干 Fans 被你的激扬文字所折服那更是幸福无比的事，这不但体现出你的才学，更展现出你的人格魅力。

有时自己也会设想，若仍待在法院，现在会是什么样子？也许职级职位晋升了，也许毫无长进，但可以肯定的是，绝对难以挤出时间去参加新东方的英语培训为考博做准备，“博士梦”今生可能与我无缘，也难以经常性地享受到法学院、学术大师、盛满知识宝藏的图书馆所带来的精神愉悦。如果你具备学术研究的潜质，那么这岂不是人

生的一大遗憾？我的导师龙宗智先生一直是我学习的榜样——从成都军区副检察长、大校的位置下来转业到四川大学做了一名普通的教授；几年以后又从西南政法大学校长的任上下来重新回到四川大学法学院做起了法学教授。正如龙先生在《相对合理主义》一书的“自序”中给自己的定位：“我虽然长期从事实际工作，但始终觉得自己本质上是一个学人，也许学院将是我的归宿。”先生对学术的热爱和执著可见一斑！虽然失去了行政“权力”，但先生的学术成就和人格魅力又有谁能够否认？还有我的几位师兄，正当仕途顺利、人生得意之时，却从司法机关的部门领导岗位上急流勇退，去高校或者科研机构做了普通教师或研究人员。与我的导师和师兄相比，我的离开又算得了什么，又有什么可“憾”可“悔”的？躲避尘嚣、远离浮躁，不媚俗、不媚权，守住自己的精神家园，独享一片自由和静谧，便是学人的追求和归宿。只可惜，现如今能达此境界的人越来越少。

人关键是要认识你自己，找准自己的定位，结合自身的兴趣和生长点，及时调整人生航向，选择适合自己的航道走下去，切莫在世俗和功利中随波逐流、迷失自我。只要你善于把握、敢于坚持，在渡过暗礁、险滩之后一样可以海阔天空、风光无限、“风景独好”。

这部专著是我从法院到法学院发生角色转变后，尤其是在攻读博士学位期间研究成果和学术思想的结晶。它们是以专题研究的形式展现给读者的，在体系上可能显得零散，对各专题文章的编排归类也可能不尽合理，但它们都是我秉承认真务实的精神进行深入细致思考后的结晶，具有一定的探索性和原创性，其中部分论文已经陆续在法学核心期刊发表，有的发表后被人大报刊复印资料全文转载。

如果没有完成从法院到法学院的跳跃，就不可能有这部专著的问世，每每想到此，便有几分慰藉。在长达12年的法官职业生涯之后，我35岁改行进入高校，37岁考入四川大学法学院攻读诉讼法专业博士学位，从而真正开始了我的学术研究之旅，因此起步较晚（至少比别人晚10年），这让我一直忐忑不安。无奈时光不可能倒流，人也不能返老还童，我所能做的就是错过了昨天，不能再错过今天，只能通过今天的努力去弥补昨天的缺憾，以期明天能和大家站在同一起

跑线上，在后天能跑在别人的前面。

平心而论，多年的司法实践对我从事学术研究并非是一种时间和资源的浪费，对学术研究而言，它是一种知识的历练和积累。一方面，它给我提供了近距离观察和切身体验中国司法运作真实状况的机会，使我能够从实践中发现问题，培养和增强了我的“问题意识”。例如《改革和完善审判委员会制度微探》、《律师辩护意见为何难以被采纳——以法院裁判为视角》等，这些问题之所以能进入我的视阈并引起我研究的兴趣，与我在法院的经历是分不开的。另一方面，它训练并改变了我的思维方法，学会以一种“相对合理”的视角分析问题，更加关注技术操作和制度层面的具体问题，从而使我的研究比较理性务实，带有明显的实践痕迹，避免了空洞抽象的泛泛而谈。但愿我的司法实务经历能带给我更多的灵感和启示。

由于本人学术素养不够、知识功底不足，加之外语水平有限，对国外资料的掌握仍很欠缺，未能站在国际领域的最前沿进行学术对话和探索，这是我在研究中深感困惑和遗憾的地方，也是今后需要继续努力的方向。

最后，感谢导师龙宗智先生！没有他的培养、指导和提携，就不可能有我的今天，也不可能有本书的出版。

韩 旭

2009年7月于广州

目 录

从法院到法学院的跳跃与思考（代序）	/1
-------------------	----

第一篇 刑事证明与证据制度的构建与完善

刑事证明责任分配原理	/3
从印证证明模式转向自由心证的证明模式	/53
试论我国刑事鉴定启动权的重新配置	
——以被追诉人调查取证权的实现为切入	/69
论我国刑事见证制度的立法完善	/88
刑事诉讼中“非法证据”的内涵界定及其处理原则	/110
建立我国证据开示制度应解决的几个问题	/129
论我国刑事诉讼中申请取证制度的完善	
——以辩护方申请取证权的实现为视角	/156
构建我国刑事证据保全制度的思考	/177
刑事诉讼中“线人”作证问题研究	/190

第二篇 刑事辩护与调查取证制度探析

律师辩护意见为何难以被采纳	
——以法院裁判为视角	/209
新律师法实施后律师刑事调查取证权问题研究	/228
论侦查阶段辩护方取证权的确立及其权利配置	/244

辩护律师对当事人以外被羁押人的调查取证问题	/267
被追诉人及其家属证据知悉权研究	/274

第三篇 刑事诉讼实务热点问题探微

改革和完善审判委员会制度微探	/295
论精神病人强制医疗诉讼程序的构建	/299

第一篇

刑事证明与证据制度 的构建与完善

刑事证明责任分配原理

一、刑事证明责任的含义

由于证明责任的分配与转移系以客观证明责任（结果责任）与主观证明责任（行为责任）的区分为逻辑前提，在进入正题之前，有必要对证明责任的内涵加以简要分析：

首先，证明责任总是与一定的诉讼主张相联系。诉讼主张既是审判程序的原动力，又是诉讼活动的终结与归宿。无论在何种性质的案件中，诉讼活动都是围绕着当事人双方的诉讼主张而展开、进行的。当事人的主张不仅是其举证加以论证的对象，而且限定了法院的审理范围。在刑事诉讼中，检察机关指控被告人构成犯罪，请求法院给予刑事处罚，即是向法院提出的诉讼主张，该起诉主张具有对法院审判构成拘束的法律效力。在采取诉因制度的国家，法院不得抛开起诉范围而审理指控以外的人和事，甚至不得将甲罪名变更为乙罪名。此外，从权利义务一致的角度分析，如果说提出诉讼主张是当事人的一项诉讼权利，那么当事人要实现该权利，以期法院作出有利于自己的判决，就必须承担相应的义务，而证明责任从本质上讲就是一种证明义务。如果当事人不履行或没有很好地履行这一义务，其诉讼权利就难以实现，这正体现了权利义务相统一的原理。^①因此，当事人诉讼主张的存在是证明责任产生的潜在前提。

其次，证明责任是提供证据责任与说服责任的统一。所谓提供证

^① 纪敏主编：《证据全书》，中国民主法制出版社1999年版，第61页。

据的责任，是指双方当事人在诉讼过程中，应当根据诉讼进行的状态，就其主张的事实或者反驳的事实提供证据加以证明，也有学者称这一责任为“利用证据推进的责任”或“形式上的举证责任”。所谓说服责任，是指负有证明责任的诉讼当事人应当承担运用证据对案件事实进行说明、论证，使法官形成对案件事实的确信的责任。由此可见，仅仅提出证据并不等于履行了证明责任，还必须尽可能地说服裁判者相信其所主张的事实存在或不存在。

最后，证明责任总是和一定的不利诉讼后果相联系。证明责任最终表现为，如果承担证明责任的一方当事人不能提出足以说服法官确认自己诉讼主张的证据，则需要承担败诉或者其他不利后果的责任。这种不利后果的负担是一种潜在的风险，只有在经过一系列的诉讼证明活动之后、诉讼结束之时才有可能发生。在刑事诉讼中，如果控诉方不能提供确实充分的证据或诉讼结束时案件仍处于事实真伪不明的状态，指控的罪名便不能成立，被告人将被宣告无罪，这实质上是指控的失败，从诉讼意义上讲，这一结果就是刑事控告方的“不利后果”。这种把证明责任同诉讼结果相联系，以证明责任的方式调动当事人诉讼积极性的方法，实在是诉讼发展史上的里程碑，它既找到了双方当事人可以接受的法官判断案件的标准，又便于诉讼的顺利进行。^①

从以上分析可以看出，我国证明责任理论中所谓提供证据的责任相当于国外理论中的主观的、形式的、行为意义上的证明责任，而说服责任以及不利后果责任则相当于所谓的客观的、实质的、结果意义上的证明责任。关于行为责任与结果责任之间的关系，有学者曾经论述道：“承担结果意义上的举证责任的可能性的存在，是当事人必须履行行为意义上的举证责任的原因。”其理由是：“正是事实的真伪在诉讼中尚未确定，而这将会给主张事实的当事人带来灾难性的后果，才使得提供证据证明成为必要。如果该事实已被先前的裁判所确定，或者该事实已为对方当事人在法庭上承认，承担不利益诉讼结果

^① 纪敏主编：《证据全书》，中国民主法制出版社1999年版，第61页。

的可能性已不复存在，当事人提供证据的必要性也就随之消失。另一方面，当事人可以通过诉讼中积极的举证活动避免承担不利益的诉讼后果，当事人积极履行行为意义上的举证责任，其目的也正是为了避免承担结果意义上的举证责任。”^①由此可见，结果责任的存在是敦促证明主体履行其行为责任的动因，而行为责任的实际承担也正是以避免承担结果责任为目的。但是需要指出的是，不利后果责任只是一种潜在的风险，只有在案件事实经过一系列证明活动，特别是当承担证明责任的主体实际履行了说服责任之后，案件事实仍处于真伪不明状态时，才会实际发生。这表明，行为责任和结果责任在证明责任的外化过程中是相继地呈现出来的，先是结果责任在实体法中的预先设定，后是行为责任的实际履行。行为责任实际履行后，结果责任有可能出现，也可能不出现。倘若结果责任出现，证明责任便发挥了它解决疑案的功能，证明责任的内涵意义达到了最大化。

事实上，当我们说证明责任如何在当事人双方之间进行“分配”时，我们所指的是客观证明责任，即结果责任。而当我们提及证明责任的“转移”时，转移的只是提供证据的责任，而并非结果责任的转移。在某类具体的案件中，客观证明责任是一种法定的风险分配形式，它是固定于当事人一方的。而主观证明责任或曰行为责任则可根据法官的证据评价在当事人双方之间进行反复转换，区分行为责任与结果责任的意义正在于此。

二、证明责任分配^②的代表性学说

证明责任的本质功能在于，当诉讼结束、事实仍处于真伪不明的状态时，为法官提供将不利益的诉讼后果判决给某一当事人承担的法律依据。因此，证明责任理论研究的核心课题即证明责任的分配由何

^① 李浩：《民事举证责任研究》，中国政法大学出版社1993年版，第16页。

^② 三大诉讼的证明均涉及证明责任的分配与转移问题，但囿于篇幅，本文将重点研究刑事诉讼中证明责任的分配与转移。

方当事人承担证明责任。在这个意义上，实体法的请求权以及实体法的价值之实现都依存于证明责任的分配。但是在既定的法律秩序下，立法者除特别情形外，通常并不在制定法中为每条法律的适用都明确证明责任分配，因为这样做不仅会使整个制定法体系变得更为庞杂，而且也不符合制定法的传统表现形式。因此，确定一条证明责任分配的基本原则就具有了极高的理论和实践价值。

证明责任分配法则的起源在大陆法系可追溯到罗马法上的两条法则：“主张者承担证明，否定者不承担证明”（*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*）和“事物的性质上不要求否定者承担证明”（*cum per rerum naturam negantis nulla probatio sit*）。将这两条法则予以合并，就成了著名的证明责任分配法谚，即“肯定者承担证明，否定者不承担证明”（*affirmanti incumbit probatio non neganti*）。^①而英美法系的旧判例和若干立法则规定，对争点持肯定主张的当事人承担证明责任；或某一事实对自己的主张是必须（*essential*）的，提出该主张的当事人应当承担证明责任。^②由此可见，两大法系传统的证明责任分配原则^③实质上强调的是同一个规则，即在诉讼中主张积极性（肯定）事实的当事人承担证明责任。而将消极性（否定）事实引入诉讼的当事人无须对此承担证明责任。两大法系的学者能够不约而同地发现并确认这一规则，说明它本身具有一定的合理因素，并为近现代证明责任分配理论奠定了重要基础。但是，积极性事实（肯定性事实）与消极性事实（否定性事实）属于相对概念，一些肯定

① 参见[日]村上博己：《证明责任研究》（新版），第70页；黄风译：《民法大全选择——审判诉讼司法管辖权·审判·诉讼》，中国政法大学出版社1992年版，第57~58页。

② 判例可参见 *Walker v. Carpenter*, 144 N. C. 674, 676, 57 S. E. 461 (1907) 等。立法例有佐治亚州、俄亥俄州、加利福尼亚州等。

③ 需要说明的是，传统证明责任分配理论除包括本文介绍的消极事实说（该说为当时理论界的通说）之外，还有其他若干学说，如主体分类说、内界事实说以及法规分类说等。详细内容可参见刘金友主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2001年版，第275~278页。

性事实可以用否定性用语来表达，反之，一些否定性事实也可以用肯定性用语来表达。因此，仅从肯定、否定用语来界定对该主张事实有无证明责任，难以确保证明责任分配的确定性。即使抛开形式上的拘束而以实质上为肯定主张还是否定主张来决定证明责任的分配，^①也会因法官判断上的任意性而最终导致证明责任分配的不确定。况且，尽管从事物的性质上看，积极性事实通常容易得到证明^②，但当事人并不是对所有的消极性事实都存在难以举证的情形。在某些情形下，当事人对消极性事实进行举证易于对积极性事实的举证。例如，“不在犯罪现场”虽属于消极性事实，但主张该事实的当事人在提供证人证明其当时“不在现场”方面，远比相对方来证明其“在现场”方面，可能更容易或至少难易相当。而且，消极性事实有时还是法律关系发生、变更或消灭的要件，如果主张消极性事实者无须提供证明，那么这方面的证明将得不到充分论证，甚至落空。由于上述不足，传统证明责任分配原则受到了许多学者的批判。作为传统证明责任分配理论的反动，大陆法系的格尔查、莱昂哈特和罗森贝克等，以及英美法系的赛叶和威格曼等学者逐渐建立了现代证明责任分配理论。

大陆法系的现代证明责任分配理论以德国为代表，其中罗森贝克的著名学说——“规范说”具有划时代的意义，它使深奥复杂的证明责任分配理论趋于平易，便于人们理解和操作，因而在长达半个多世纪的时间里成为德国学术界占绝对支配地位的学说，并为德国判例所接受。该说因罗森贝克主张以法规要件分类为出发点，并主要以法律条文的表意和构造为标准，分析法律规定的原则和例外，以及基本

① 我国台湾学者骆永家曾提出：“不应受形式上的拘束，应以实质上为肯定的主张还是否定的主张来决定举证责任的分配。”参见骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆1981年版，第72页。

② 罗马法规定，当原告承认无法证明自己的主张时，不得要求被告作与其立场相反的证明。因为按照事物的本性来说，否认某一事实的人所给予的证明是无效的。引自黄风译：《民法大全选择——司法管辖权·审判·诉讼》，中国政法大学出版社1992年版，第57~58页。

规定与反对规定之间的关系，并以此来分配证明责任而得名。罗森贝格认为，证明责任分配原则只有一条原理——对不适用某一条法律规定就不能获得诉讼请求效果的当事人而言，其应当对该项法律规定的构成要件在事实上存在与否承担证明的责任。据此，罗森贝格将实体法规范划分为权利发生规范、权利妨碍规范、权利消灭规范、权利限制规范四类，并在此基础上，确定了如下证明责任分配原则：“请求权人承担权利形成要件的客观证明责任，请求权人的对方当事人承担权利妨碍要件、权利消灭要件和权利阻碍要件的客观证明责任。”尽管规范说的证明责任分配原则具有一定的合理性、说服性和实践性，而且符合法的安定性和可预测性要求，但是它仍然存在某些难以克服的缺陷。自20世纪60年代开始，德国学者便针对“规范说”展开了激烈的批评，批评的焦点在于，根据罗森贝格的“规范说”，并不能引导出证明责任分配的具体标准，而且证明责任分配标准不应单一化，而应依多样化标准进行分配。此外，从证明责任分配的性质上看，证明责任对象必须限定为一个要件事实并由一方当事人承担，而不能限定于一个相对性事实并由双方当事人承担。罗森贝格关于权利根据规定与权利障碍规定的划分只具有概念设置上的意义，在实践中并无截然的界限，因此这些概念并不能作为证明责任分配的标准。

继罗森贝格提出规范说之后，当代德国又出现了修正规范说与实质分配标准说两大学派。其中修正规范说的代表性学说——危险领域说，将特定诉讼中的证明责任分配给实际控制危险领域的一方当事人。该说在根据证据距离远近区别立证难易以及预防损害发生方面，充分体现了实质性分配的考量，但其只适用于责任法领域而缺乏普遍的适用性。实质分配标准说的代表性学说——盖然性说，则在批判规范说的基础上，强调以实质分配（盖然性考量）作为证明责任分配标准，力图构筑新的证明责任分配体系。该学说在综合当事人间利益考量以及强调被害者救济或社会保护方面具有一定的合理性，但其认可“法官创造证明责任规范”的做法必然导致证明责任分配因案而异的结果，从而丧失证明责任分配标准的统一性。此外，盖然性说将证明尺度纳入证明责任分配标准领域，使其进一步复杂化，也是致致