

二十一世纪法学热点系列

Xing Shi

刑事举证责任研究

Ju Zheng Ze Ren Yan Jiu

● 宁松 / 著

中国检察出版社



十一世纪法学热点系列

Xing Shi

刑事举证责任研究

Ju Zheng Ze Ren Yan Jiu

宁松 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事举证责任研究/宁松著. —北京: 中国检察出版社, 2013. 11
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0922 - 2

I. ①刑… II. ①宁… III. ①刑事诉讼 - 举证责任 - 研究 - 中国
IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 127182 号



刑事举证责任研究

宁 松 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.25 印张

字 数: 254 千字

版 次: 2013 年 11 月第一版 2013 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0922 - 2

定 价: 26.00 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

序 言

诉讼的核心与灵魂在于证据，而证据之关键又在于举证责任之分配。在司法证明的各个构成环节中，举证责任在一定程度上可以称为整个刑事诉讼证明体系的中心环节。“举证之所在，败诉之所在。”^① 举证责任在刑事案件立案之前就已经在指挥和调控着控辩双方的行为了，“不然，律师为什么总是叮嘱他的当事人要随时保存好法律文书，而且在必要时早早作好诉前证据保全呢？何以兵马未动，偏要粮草先行？在利益攸关的诉讼之战中，决定成与败的法则又在哪里？”^② 我国刑事诉讼法具有浓厚的大陆法系特质，但是我国目前在学术研究上却趋向于英美法系，这必然产生两大法系诉讼证据理论特别是举证责任理论是否能够以及该如何与我国本土法学衔接的问题。

刑事诉讼是刑事实体法和刑事程序法综合运用过程，刑事实体法的法律规范如何才能够落到实处，其关键所在是刑事举证责任的合理分配，只有通过刑事举证责任的合理分配才能够使得案件中的事实得到司法证明，否则刑事实体法将会成为“空中楼阁”——或者控诉方束手无策导致放纵犯罪，或者错误追诉而违背立法旨意。

① 王兆鹏：《刑事举证责任理论》，载《台大法学论丛》第28卷第4期，第167页。

② [德] 汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2000年版，译序第1页。

刑事实体法的要件事实如果处于真伪不明的状态，法官没有权力以案件事实不清、证据不足为理由拒绝作出裁判，此时法院就要运用举证责任的规则来制作裁判，即由举证责任的负担者承担败诉的法律后果。所以，刑事举证责任的本质意义就在于如果刑事案件的犯罪构成要件事实处于真伪不明的状态，为法官提供了一种将诉讼上的不利判决给控辩当中某一方承担的法律依据；举证责任确保了整个刑事裁判权的完整与自足，正是由于举证责任所确立的分配标准，才使得法官在案件事实真伪不明的状态下，不需要像神示证据制度和法定证据制度中依靠外力来作出裁判，而是依靠举证责任规则来作出裁判。

刑事举证责任是整个刑事诉讼的脊梁，刑事举证责任的分配直接关涉案件的最终处理结果，对于控辩双方而言至关重要。正因为如此，从古至今有诸多的学者对刑事举证责任展开了丰富的论证，形成了各种各样的观点，使得刑事举证责任的理论不断得到充实，并指导着日益复杂的刑事司法实践。在我国刑法和刑事诉讼法的立法实践中，立法者并没有对每一个罪名的犯罪构成要件事实配置明确的举证责任，这不仅有立法上的困难，更重要的是如此立法会导致刑事法的繁杂和适用上的无序。随着我国司法改革的深入，我国刑事诉讼法也逐渐引入了一些国际性的司法准则。我国目前已加入了《公民权利和政治权利国际公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或者有辱人格的待遇或处罚公约》等公约，这标志着我国的刑事司法环境已有所改善。但是由于贪污贿赂犯罪等案件一直被认为较普通刑事案件更复杂更容易产生疑难问题，司法实践中这类案件的处理难度更大，所引发出来的矛盾更加突出。

公正与效率历来是司法改革的重要价值取向，如何在公正与效率之间寻求到二者的有效结合，对此很多学者的思路是赋予被告人

更充分有效的沉默权。与此种观点迥异，笔者主要以被追诉人的提供证据责任为重点来寻觅实现刑事司法公正的另类路径。本书通过论述刑事司法证明过程中的责任划分，论证了举证责任与证明职责的关系，对刑事举证责任的内涵、功能、属性、分配、特殊情形的处置等问题进行了初步的探讨。出版此书，只是前一阶段学习的初步总结，书中避免不了诸多值得商榷之处，恳请诸君批评指正。

宁 松

2013年4月1日于杭州

目 录

序 言	(1)
第一章 刑事证明中的责任划分	(1)
一、刑事证明概述	(1)
(一) 刑事证明的内涵	(1)
(二) 刑事证明主体	(4)
(三) 刑事证明标准	(7)
(四) 刑事证明对象	(9)
(五) 刑事证明原则	(11)
二、刑事证明中的责任划分：说明责任、举证责任与 证明职责（证明责任）	(19)
(一) 说明责任	(19)
(二) 举证责任	(22)
(三) 证明职责（证明责任）	(26)
三、三种责任的联系与区别	(33)
(一) 说明责任与举证责任、证明职责的联系和区别 ...	(33)
(二) 举证责任与证明职责的联系与区别	(35)
第二章 刑事举证责任的内涵	(41)
一、英美法系关于举证责任内涵的理解	(42)
(一) 提供证据责任与说服责任	(42)
(二) 提供证据责任与说服责任的区分	(47)
(三) 英美法系举证责任内涵的评析	(48)

二、大陆法系关于举证责任内涵的理解	(50)
(一) 主观举证责任与客观举证责任	(51)
(二) 主观举证责任与客观举证责任的区分	(55)
(三) 大陆法系举证责任内涵的评析	(55)
三、两大法系关于举证责任内涵的综合分析	(57)
(一) 两大法系举证责任内涵的比较	(57)
(二) 两大法系存有不同举证责任观的原因分析	(63)
(三) 两大法系关于举证责任内涵的理解给我们的 启示	(66)
四、我国对于刑事举证责任内涵的理解	(67)
(一) 对于举证责任内涵的几种观点	(67)
(二) 刑事举证责任的内涵——四重含义论	(74)
五、刑事举证责任的法律属性与功能	(84)
(一) 刑事举证责任的法律属性	(84)
(二) 刑事举证责任的功能	(87)
第三章 刑事举证责任的主体	(93)
一、刑事举证责任主体的条件	(93)
(一) 必备条件	(93)
(二) 非必备条件	(96)
二、刑事举证责任主体的划分	(96)
(一) 完整的举证责任主体	(96)
(二) 非举证责任主体	(99)
(三) 限制性举证责任主体	(110)
第四章 刑事举证责任的分配	(112)
一、刑事举证责任分配的原则	(112)
(一) 谁主张谁举证原则	(113)
(二) 发现真实原则	(115)
(三) 程序正当原则	(116)

(四) 诉讼效率原则	(118)
(五) 无罪推定原则	(119)
二、控诉方举证责任的分配	(122)
(一) 大陆法系控诉方举证责任的分配	(123)
(二) 英美法系控诉方举证责任的分配	(127)
(三) 我国刑事诉讼中控诉方举证责任的分配	(132)
三、被追诉人举证责任的分配	(150)
(一) 大陆法系被追诉人举证责任的分配	(151)
(二) 英美法系被追诉人举证责任的分配	(158)
(三) 我国被追诉人举证责任的分配	(168)
(四) 控辩双方举证责任的比较	(190)
四、三大诉讼法举证责任分配的比较	(192)
(一) 三大诉讼法举证责任分配的相同点	(192)
(二) 三大诉讼法举证责任分配的不同点	(193)
第五章 刑事举证责任特殊情形的处置	(197)
一、刑事举证责任的倒置	(197)
(一) 肯定存在刑事举证责任倒置的主要论点	(197)
(二) 对刑事举证责任倒置的质疑	(199)
二、刑事举证责任的免除	(209)
(一) 推定	(209)
(二) 司法认知	(223)
(三) 自认	(232)
三、刑事举证责任的转移	(239)
(一) 刑事举证责任转移的概念和特征	(240)
(二) 刑事举证责任转移的范围	(242)
第六章 我国刑事举证责任现存的问题及改进的思路	(246)
一、我国刑事举证责任现存的问题	(247)
(一) 理论上的问题	(248)

(二) 立法中的问题	(253)
(三) 司法实践中的问题	(257)
二、我国刑事举证责任的改进思路	(260)
(一) 构建统一的诉讼举证责任概念	(262)
(二) 正确划分公诉机关与审判机关在诉讼证明 中的责任	(263)
(三) 明确被告人的提供证据责任及其程序保障 机制	(264)
(四) 改革检察制度以确保控辩平等举证	(267)
(五) 从犯罪构成等实体法内容出发来研究刑事举证 责任的分配	(268)
结 论	(270)
参考文献	(273)
后 记	(283)

第一章 刑事证明中的责任划分

一、刑事证明概述

（一）刑事证明的内涵

要了解刑事证明的含义首先就要了解证明的含义，刑事证明属于证明的一种，但是又不完全等同于证明，因为从种类上讲证明还包括民事诉讼当中的证明和行政诉讼当中的证明，而这些证明与刑事证明是有区别的。关于证明的内涵，有诸多的解释，大体上可以作出如下归纳：根据《汉语大辞典》上的解释，证明就是“据实以明真伪”。^① 根据《现代汉语词典》中的解释，证明是指“用可靠的材料来表明或者断定人或事物的真实性”。^② 《北京大学法学百科全书》将证明定义为：“当事人提供证据论证案件事实是否真实，以及司法机关收集、审查判断证据以查明案件真实情况的诉讼活动。当事人进行诉讼，在于论证有关的案件事实是否真实，使司法人员确信其主张的正确。司法机关进行证明，是为了准确查明案件事实，为正确适用法律处理案件提供客观根据。”^③ 《牛津法律大辞典》对证明的解释是“证实未知或有争议的事实存在或不存在，即认可或证明”。^④ 《布莱克法学大辞典》对证明的解释，证明是指“法官或

① 《汉语大词典》（第11卷），汉语大词典出版社1993年版，第430页。

② 《现代汉语词典》，商务印书馆1996年版，第1608页。

③ 《北京大学法学百科全书·诉讼法学》，北京大学出版社2001年版，第232页。

④ 《牛津法律大辞典》（中文版），光明日报出版社1998年版，第728页。

陪审团从证据中得出的对某一事实予以肯定或否定的信念”。^① 日本学者田口守一教授则认为：“证明是用证据再现某种事实。”^② 在英美法系国家，证据法只适用于各级法院的审判，故证明特指控辩双方对陪审团和法官举证以说服他们支持本方所主张之事实的活动。

诉讼活动从其实质来看，均为根据证据对已发生过的案件事实进行“重塑”的活动。我国对究竟何为刑事证明存有不同的见解。有一种观点认为，证明应当是指国家公诉机关和诉讼当事人在法庭审理中依照法律规定的程序和要求向审判机关提出证据，运用证据阐明系争事实，论证诉讼主张的活动。从诉讼证明的主体来看，应当是国家公诉机关和诉讼当事人；从诉讼证明的客体即对象来看，应当是诉讼中的争议事实；从证明过程来看，诉讼证明是与法庭审判紧密联系的概念，解决的是在审判程序中由谁提出诉讼主张并加以证明的问题；从证明的动因来看，诉讼证明受证明责任所影响或支配；从证明的属性来看，诉讼证明不仅是一种抽象思维活动（认识活动），还是一种具体的诉讼行为，直接受各类诉讼活动的规范和调整。所以，诉讼证明应当是特定的证明主体（国家公诉机关和诉讼当事人）为避免证明不力时所应承担的不利后果责任，在法庭审理中依照法律规定的程序和要求向审判机关提出证据，运用证据阐明系争事实，论证诉讼主张的活动。为进一步论证其对诉讼证明概念的把握，该观点进一步指出要扭转长期以来证据理论研究中存在的一些错误观念，例如，将诉讼证明视为公安司法机关运用证据认定案件事实的职权活动，认为刑事证明贯穿于侦查、起诉、审判的各个阶段。^③ 笔者认为此种观点确能为我们拓宽思维的视野，但是其中的部分内容却是值得推敲的，诉讼证明的主体不仅应当包括公

① 《布莱克法学大辞典》，1968年英文版，第1380页。

② [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪、张凌译，法律出版社2000年版，第222—223页。

③ 卞建林等：《诉讼证明：一个亟待重塑的概念》，载何家弘主编：《证据学论坛（第3卷）》，中国检察出版社2001年版，第24—35页。

诉机关和当事人，实际上法官也是非常重要的诉讼证明主体，只不过法官的证明行为是自向证明而不是他向证明，法官对证据所进行的审查判断、所作出的证明评价就是一种司法证明，而且是法律效力最高的司法证明。我国刑事诉讼尽管以审判为中心，但侦查、审查起诉等审前程序同样具有重要的诉讼地位，没有审前程序就自然不存在后续的审判程序。侦查机关、检察机关在作出终止追诉等诉讼决定时和法院一样必须运用证据进行证明，我国有相当一部分案件就从程序上和实体上在审前程序就作出了有法律约束力的处理，这些处理决定的作出就是侦查机关进行证明的结果。因此，我国刑事诉讼中的证明与英美法系的证明在理解上是存有差异的，所以在理解证明的内涵时不能照搬英美法系的概念，脱离我国立法的规定，超越我国的司法国情未必就是“扬弃”。

在“证明”一词中，“证”的含义是证据，“明”的含义是明确、说明或表明。因此，从词义上来看证明就是用证据来明确、说明或表明。司法证明即司法活动中的证明，或者说是为司法活动服务的证明。^①“司法活动中的证明，就是司法人员或司法活动的参与者用证据说明和表明案件事实存在与否的活动。这包括两层含义，其一是提出事实主张的当事人、律师、检察官等用证据向法官说明或表明案件事实存在与否的活动；其二是司法人员运用证据查明和认定案件事实的认识活动。狭义的司法证明仅指前一种含义上的证明。”^②证明，“在近、现代的诉讼制度中，指证明主体在证明责任的作用和支配下，运用证据这个证明方法求证或探知证明客体的抽象思维活动和具体诉讼行为，简单地说，证明就是认知案件事实的理念运动和具体过程的统一”。^③刑事证明是国家专门机关在刑事诉

① 何家弘：《论司法证明的目的和标准》，载《法学研究》2001年第6期，第40—41页。

② 何家弘：《论司法证明的目的和标准》，载《法学研究》2001年第6期，第41页。

③ 何家弘主编：《新编证据法学》，法律出版社2000年版，第263页。

讼中运用证据认定案件事实的活动。具体来说,就是侦查、检察、审判人员依法收集证据审查判断证据,运用证据确定是否发生了犯罪、谁是犯罪人、犯罪人罪刑轻重以及其他有关事实的活动。从广义上来理解,刑事诉讼的证明还包括当事人和其他诉讼参与人依法提供证据,运用证据证明自己诉讼主张的活动。^① 刑事证明不同于其他诉讼的证明,刑事证明明显被赋予了公权的特征,“在本质上属于公力证明而不再是当事人自助证明”,^② 没有行使一定诉讼职能的公安司法机关的主导,整个刑事证明就会陷入无序态势,因此从主体的角度来看,刑事证明就是“司法人员运用证据查明和认定案件事实的认识活动”,其中的司法人员就包括侦查、检察和审判人员;同时,司法人员完成证明任务时还需要当事人和其他诉讼参与人的有效介入。所以刑事证明就是指刑事证明主体按照法定职权、法定程序,通过对证据的调查收集、审查判断,从而对案件事实与其他事实作出判断的诉讼行为。刑事证明包括三个阶段的证明,即侦查阶段的证明、提起公诉阶段的证明和审判阶段的证明。侦查阶段的证明主体是侦查机关,证明参加人有犯罪嫌疑人、证人、鉴定人、翻译人等,此一阶段的证明任务就是查明案件事实,查获犯罪嫌疑人。提起公诉阶段的证明是对侦查阶段证明的复查,可以被称为“二次证明”,是在侦查阶段证明的基础上进行的核查和补充,以便作出是否应该将犯罪嫌疑人交付审判的司法决定。审判阶段的证明是在控辩双方共同的参与下所进行的证明,是终局诉讼阶段的证明,是最有权威也最有法律效力的证明,审判阶段的证明将最终解决被告人的罪与刑。

(二) 刑事证明主体

有一种观点将证明主体定义为:“在诉讼中提出自己的诉讼主张,并提供证据证明其诉讼主张,而且在诉讼程序结束之际,如果

^① 陈光中主编:《刑事诉讼法学(新编)》,中国政法大学出版社1996年版,第156页。

^② 宋世杰、彭海青:《论刑事诉讼证明中的责任区分》,载《国家检察官学院学报》2002年第1期,第65页。

案件事实处于真伪不明的状态，由其承担败诉或不利诉讼后果的一方当事人。”^① 笔者认为这种概念界定存有三种不足：其一，忽视了我国刑事诉讼阶段性的特点，对证明主体的关注点仅集中在审判阶段，忽视了我国侦查阶段和提起公诉阶段当中所存在的证明主体；其二，“一方当事人”的界定不妥当，因为在我国并没有实行检察机关的当事人化，公诉人毕竟并不是当事人；其三，此种观点把法官排除在证明主体之外，是不妥的。关于法院是否可以成为证明主体，有学者持与前述观点相同的看法，认为“法院成为证明主体的结果是背离自己不偏不倚的立场，侵犯被告人接受‘公平、无偏私的第三方审判’的权利，将审判变成向被告人宣告镇压理由的活动，是对被告人权利的公然践踏。而只有尊重法院的被动性特征，才能切实保障诉讼的对抗和平等，真正保障被告人的合法权益，避免使被告人因为实力较弱陷入不利的境地”。^② 笔者认为这种分析过于片面，在审判阶段法院处于诉讼中立地位，与控辩双方均应保持同等的司法距离，但是这并不意味着法院就是一个完全消极被动的司法主体；基于实体真实观的诉求法院承担着一种基于职务上的证明职责，维持法官温和的司法能动主义，适度保持法官的积极主动性，

① 卞建林、郭志媛：《刑事证明主体新论——基于证明责任的分析》，载《中国刑事法杂志》2003年第1期，第63页。

② 黄永：《刑事证明责任分配研究》，中国人民公安大学出版社2006年版，第32页。

赋予法官证据调查权,^①这同样可以真正保护被告人的合法权益。所以我国的法官应当属于证明主体,但法官不是诉讼当中的举证主体,举证主体和证明主体是两个不同的法律概念。在刑事诉讼中,尽管法院基于职权享有调查取证权,但是其调查取证并不是为了举证证明自己的诉讼主张,况且法院在诉讼中是没有自己的诉讼主张的,法官始终是控辩双方举证证明行为的被说服者。法院收集、调查证据的职权,只在必要情况下,即现有证据发生争议而难以作出裁判时才予以行使,而且法院的这种收集、调查证据的活动不同于侦查机关收集、调查证据的行为,其目的在于排除内心对特定证据的疑问,是为了查明、认定案件事实从而对他人的主张作出裁判,其本身只是收受证明的主体。所以认为法官不是证明主体的观点是值得商榷的。

① 我国1996年修订的刑事诉讼法对法官的证据调查权进行了诸多的限制,这主要表现在:第一,修改后的庭前审查从原来的实体审查改为程序性审查,只要控诉方提交的起诉书有明确指控的犯罪事实并附有证据目录、证人名单、主要证据的复印件或照片,法院就应该开庭审理,法官没有审前证据调查权,不能因为事实不清、证据不足而将案件退回补充侦查。第二,法官的庭内调查权只能处于补充地位,即法官只有在控辩双方对被告人、证人、鉴定人询问之后才能对他们进行询问。第三,法官的庭外调查权的范围被进一步限制了。根据1996年《刑事诉讼法》第158条规定,在法庭审理的过程中,合议庭对证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实,调查核实的手段只能是“勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结”,除此之外,法官不能采取其他的证据调查手段。虽然最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第154条规定:“人民法院调查核实证据时,可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。必要时,可以通知检察人员、辩护人到场”,但是该规定对于法院而言,只是可以通知而不是应当或者必须通知,这种选择性规定会对控辩双方的程序参与权给予非常大的限制,因为合议庭不通知控辩双方到场并不属于程序违法,这就导致实践中合议庭行使庭外调查权时很少通知控辩双方到场。而且法官在庭外调查核实所得的证据往往都直接作为法官认定案件事实的根据,而未经过控辩双方的质证和辩论。这与程序参与、程序中立等程序正义的原则是有差距的。

在刑事司法证明活动中存在两种类型的证明活动，即自向证明和他向证明。自向证明一般属于证明主体的职权行为，其目的在于满足自己行使某种职权的需要；而他向证明一般属于主体的义务行为，其目的在于满足他人某种认知需要，二者的主体范围并不完全相同，而且在诉讼中可以转化。例如，在决定立案侦查时，侦查机关是自向证明的主体，其目的在于表明自己有权介入案件，有权行使侦查权；但是在侦查终结将案件移送检察院审查起诉时，则成为他向证明主体，其目的在于向检察院说明犯罪嫌疑人的行为确实构成犯罪或需要追究其刑事责任。同样，检察院在审查起诉时为自向证明主体，在审判阶段则成为他向证明主体。^① 基于此，笔者认为我国刑事证明的主体应当限定为拥有证明权力的公安司法机关（含特定情况下的监狱、军队内部的保卫部门、国家安全机关），公安司法机关等刑事证明主体在证明过程中处于自主、支配和决定地位，独立地对证据进行审查并作出自己的判断。当事人、证人、鉴定人、翻译人等诉讼参与人是刑事证明活动的参与者，尽管他们的参与是刑事证明不可缺少的内容，但是由于他们的证明并不具备“公力证明”的本质特征，所以当事人、证人、鉴定人、翻译人等诉讼参与人不是证明主体。

（三）刑事证明标准

标准，是一种质的事物的上限，也是另一种质的事物的下限。在司法实践中，证明标准为证据确实充分与否作出了一个界定，分界线之上则为证据确实充分，可以据此作出支持控诉方主张的裁判，分界线之下为证据不足，则要作出不利于控诉方的判断。证明标准，是指诉讼中对案件事实、程序事实等有关的待证事项的证明所须达到的要求，也就是说，承担举证责任的诉讼主体提出证据进行证明应达到何种程度方能确认待证事实的真伪，从而卸除其举证责任。“证明尺度（有时也称证明标准、证明额度或者证明强度）则是一

^① 何家弘：《论司法证明的目的与标准》，载《法学研究》2001年第6期，第41页。