

学校编码：10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号：200308223

UDC\_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

我国法官庭外调查权研究

The Research of Judge's Right of  
Out-of-Court Investigation in China

徐 歆

指导教师姓名： 宋方青 教授

专业名称： 法 律 硕 士

论文提交日期： 2006 年 4 月

论文答辩时间： 2006 年 月

学位授予日期： 2006 年 月

答辩委员会主席：\_\_\_\_\_

评 阅 人：\_\_\_\_\_

2006 年 4 月

# 厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日



## 内 容 摘 要

法官庭外调查权是大陆法系中一项很有特色的法律制度。研究该制度有助于发展和完善我国刑事诉讼程序。

文章主要运用了比较分析、逻辑推理的方法探讨了法官亲自开展庭外调查的理论及实践问题，目的在于反思我国现行的相关法律制度。

文章先从法官庭外调查权的定义入手，通过不同国家之间的横向比较，从多方面、多角度阐释了法官庭外调查权的具体内容。然后，又采取纵向比较的手法，论述了我国法官庭外调查制度的历史沿革，总结其历史规律。之后，从实体正义和程序正义这两个切入点，深度挖掘法官庭外调查权的价值所在，并在此基础上提出了我国法官庭外调查权的重构设想。

文章共分为四章。

第一章对法官庭外调查权做综合概述。首先通过对比大陆法系和英美法系以及我国新旧刑事诉讼法有关法官庭外调查的规定，确定法官庭外调查权的定义、内容。然后，从条件、范围、特性、方式等多方面具体阐述了法官庭外调查权。

第二章剖析了法官庭外调查权的历史发展轨迹，从封建纠问式的诉讼模式到清末民国时的职权主义诉讼模式以及抗日民主政权时期的马锡五审判方式，进而总结出其历史发展规律。

第三章从实体正义和程序正义两个基本点出发，分析考察法官庭外调查权在刑事诉讼价值上的利弊。

第四章通过上述分析、判断，得出其价值取向。并在此基础上，提出该项制度在我国的重构设想。

**关键词：**庭外调查；实体正义；程序正义

## ABSTRACT

The Judge's right to investigate outside the Court is a very unique legal system in continental law system. To study the system can contribute to the development and perfection of our criminal procedure.

The article mainly provides approaches of comparative analysis and logical reasoning to research the theoretical and practical issues of investigation out-of-court by judges, in order to reflect current relevant legal system in China.

The article starts with the definition of Judge's right of Out-of-Court Investigation, and then demonstrates specific contents of it in versatile aspects and angles through horizontal comparison method, and then discusses the history survey of the system and concludes its historical rules by vertical comparison method. After that, the article deeply finds out its value orientation through two breakpoints of substantive justice and procedural justice and establishes re-construction assumption of the system.

The article is divided into four chapters as follows:

Chapter 1 gives a general description of Judge's right of Out-of-Court Investigation. First it confirms its contents by comparisons of regulations among continental law system, common law system and the system in China. And then, it demonstrates the system in aspects of condition, scope, peculiarity and mode, etc.

Chapter 2 analyses the development track of the system from feudal inquisitional proceedings to functional proceedings and concludes the rules of historical development of the system.

Chapter 3 researches criminal procedure value in the aspects of substantive justice and procedural justice.

Chapter 4 achieves value orientation based on the analysis and judgment above and set forth re-construction assumption of the system.

**Key words:** Out-of-Court Investigation; substantive justice; procedural justice

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

前 言 .....	1
<b>第一章 法官庭外调查权概述 .....</b>	<b>2</b>
<b>第一节 法官庭外调查权的涵义 .....</b>	<b>2</b>
一、大陆法系关于法官庭外调查权的规定 .....	2
二、英美法系与法官庭外调查活动 .....	3
三、我国刑事诉讼法律法规关于法官庭外调查权的规定 .....	4
<b>第二节 我国法官庭外调查权的目的 .....</b>	<b>6</b>
一、证据是诉讼过程的核心 .....	6
二、查实证据事实是法官开展庭外调查的目的 .....	6
<b>第三节 我国法官庭外调查权主要内容具体分析 .....</b>	<b>7</b>
一、法官庭外调查的启动时间 .....	7
二、法官庭外调查的启动条件 .....	8
三、法官庭外调查的启动权 .....	8
四、法官庭外调查的范围 .....	9
五、法官庭外调查的行使方式 .....	9
六、法官庭外调查的实施手段 .....	10
七、法官庭外调查需经质证程序 .....	10
<b>第四节 法官庭外调查权的特性 .....</b>	<b>10</b>
一、法官庭外调查权的非追诉性 .....	11
二、法官庭外调查权的国家强权性 .....	11
<b>第二章 我国法官庭外调查权的历史考察 .....</b>	<b>13</b>
<b>第一节 我国法官庭外调查制度的历史沿革 .....</b>	<b>13</b>
一、我国封建纠问式的诉讼模式 .....	13
二、职权主义诉讼模式 .....	14
三、马锡五审判方式 .....	15
<b>第二节 我国法官庭外调查之历史分析 .....</b>	<b>15</b>

一、法官庭外调查权的继承与发展 .....	16
二、法官庭外调查权的移植与修正 .....	16
三、法官庭外调查权在历史螺旋结构中循环发展 .....	17
<b>第三章 法官庭外调查权的价值分析及反思 .....</b>	<b>18</b>
<b>第一节 法官庭外调查权有助于实现实体法上的实体真实 .....</b>	<b>18</b>
一、法官庭外调查权的合理实施促进案件事实的查明 .....	18
二、法官庭外调查权的合理实施有利于维护被告人实体法上的权益 .....	19
<b>第二节 我国法官庭外调查权影响程序法上审判中立的实现 .....</b>	<b>20</b>
一、审判中立的三角诉讼模式是查明事实相对最有效的方式 .....	20
二、法官庭外调查权对程序正义之审判中立的影响 .....	23
<b>第四章 法官庭外调查权的价值取向及实现 .....</b>	<b>29</b>
<b>第一节 刑事诉讼法中的价值冲突与权衡 .....</b>	<b>29</b>
一、实体公正与程序公正的区别与联系 .....	29
二、实体公正的不确定性 .....	30
三、程序公正的确定性 .....	30
四、程序公正相对优先 .....	32
<b>第二节 我国法官庭外调查权的重构 .....</b>	<b>32</b>
一、法官庭外调查权在程序上应当予以严格规制 .....	32
二、改造我国法官庭外调查权的设想 .....	33
<b>结论 .....</b>	<b>36</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>37</b>



## CONTENTS

<b>Perface</b> .....	1
<b>Chapter 1 The outline of Judge’s right of Out-of-Court Investigation</b> .....	2
<b>Subchapter 1 The meanings of Judge’s right of Out-of-Court Investigation</b> ..	2
Section 1 The regulations of Judge’s right of Out-of-Court Investigation in continental law .....	2
Section 2 Common law and Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	3
Section 3 The regulations of Judge’s right of Out-of-Court Investigation in China .....	4
<b>Subchapter 2 The purpose of Judge’s right of Out-of-Court Investigation</b> ..	6
Section 1 Evidence is the heart of litigation .....	6
Section 2 Ascertaining evidence is the purpose of Out-of-Court Investigation .....	6
<b>Subchapter 3 Concrete analysis of Judge’s right of Out-of-Court Investigation in China</b> .....	7
Section 1 The start-up time of Judge’s right of Out-of-Court Investigation ..	7
Section 2 The trigger condition of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	8
Section 3 Big pencil of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	8
Section 4 The scope of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	9
Section 5 The perform of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	9
Section 6 The means of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	10
Section 7 The investigation of Out-of-Court should pass the procedure of confrontation and verification .....	10
<b>Subchapter 4 Characteristics of Judge’s right of Out-of-Court Investigation</b> ..	10
Section 1 Non-tendency of public prosecution of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	11
Section 2 National power of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	11

<b>Chapter2</b>	<b>Historical research of Judge’s right of Out-of-Court Investigation in China</b> .....	13
<b>Subchapter 1</b>	<b>Evolution of Judge’s right of Out-of-Court Investigation</b> .....	13
Section 1	Inquisitional proceedings mode in ancient China.....	13
Section 2	Functional proceedings mode .....	14
Section 3	Ma xiwu proceedings mode .....	15
<b>Subchapter 2</b>	<b>Historical analysis of Judge’s right of Out-of-Court Investigation</b> .....	15
Section 1	Inheritance and development of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	16
Section 2	Transplanting and modifying of Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	16
Section 3	Circular development of Judge’s right of Out-of-Court Investigation in historical spiral construction.....	17
<b>Chapter3</b>	<b>The value analysis and reflection of Judge’s right of Out-of-Court Investigation</b> .....	18
<b>Subchapter 1</b>	<b>Judge’s right of Out-of-Court Investigation benefits to realize substantive truth</b> .....	18
Section 1	Judge’s right of Out-of-Court Investigation propels to ascertain the true facts in the case.....	18
Section 2	Judge’s right of Out-of-Court Investigation benefits to safeguard defendants’ rights and interests on substantial law .....	19
<b>Subchapter 2</b>	<b>Judge’s right of Out-of-Court Investigation in China affects to realize neutrality of judgment on procedural law</b> .....	20
Section 1	Triangle litigation mode of neutrality of judgment is relative the best way for ascertaining true facts.....	20
Section 2	The influence on neutrality of judgment of procedural justice for Judge’s right of Out-of-Court Investigation .....	23
<b>Chapter 4</b>	<b>The value orientation and realization of Judge’s right of Out-of-Court Investigation</b> .....	29
<b>Subchapter 1</b>	<b>Value conflicts and weighing in criminal procedural law</b> .....	29
Section 1	The distinction and relation between substantive justice and	

## CONTENTS

---

procedural justice.....	29
Section 2 Uncertainty of substantive justice .....	30
Section 3 Certainty of procedural justice.....	30
Section 4 Relative priority for procedural justice .....	32
<b>Subchapter 2 The re-construction of Judge’s right of Out-of-Court</b>	
<b>Investigation in China</b> .....	32
Section 1 Judge’s right of Out-of-Court Investigation should be restricted Seriously on procedure .....	32
Section 2 The assumption of transforming Judge’s right of Out-of-Court Investigation in China.....	33
<b>Conclusion</b> .....	36
<b>Bibliography</b> .....	37

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 前 言

刑事诉讼法在刑事司法领域占据重要位置,它为刑法的顺利实施起到保驾护航的作用,研究刑事诉讼法具有很强的现实意义。

法官庭外调查制度是刑事诉讼法中一个特殊部分。由于庭审方式时空的局限性和法官素质的现实性等因素,刑事诉讼法为了使审判机关判决所认定的案件事实与实际发生的事实达成基本一致,赋予法官庭外调查核实控辩双方当庭提供给法庭的证据材料的权力。<sup>①</sup>

该制度赋予法官在法庭外亲自调查、核实证据的权力,目的是为了帮助法庭查明案件的客观事实真相。由此,使得法官在刑事诉讼审判活动中,既承担中立裁判的职责,又在一定程度上行使原本应由控辩双方担负的调查取证的责任。这与刑事诉讼程序关于控、辩、审三角诉讼模式理论所要求的不符;而在司法实践中,该制度却被包括我国在内的世界众多国家的立法者所接受和采用。理论与现实的矛盾,使得人们对该项制度内容心存疑惑。

我国《刑事诉讼法》对该项制度也作了相应的规定,并且一直在努力调整和完善这项制度。但就目前而言,法官随意开展庭外调查、破坏程序、侵害被告人的现象时有发生,在一定程度上背离了立法者设立该制度的初衷。庭上调查权由于暴露在“阳光”下还易达成公正,而庭外调查权则控辩双方无法也无力监督。因此,对它的运作该如何加以规范,被告方的诉讼权利在法官的庭外调查权中又该如何得到保障就成为一个重要的问题。<sup>②</sup>

对此,有必要对法官庭外调查权作进一步的研究,掌握它的内容,熟悉它的理论基础,判定它的价值意义所在,提出对该制度内容的取舍和重构设想,为我国刑事司法改革提供学术上的参考建议。

<sup>①</sup> 付长波,邓虹.谈法官庭外调查权[J].人民检察,1998,(2):15

<sup>②</sup> 马德鸿.略论法官庭外证据调查权[J].四川师范大学学报(社会科学版),2002,(2):34

## 第一章 法官庭外调查权概述

### 第一节 法官庭外调查权的涵义

法官庭外调查权在刑事诉讼程序中存在与否,是当代职权主义审判模式区别于当事人主义审判模式的重要特征之一。

#### 一、大陆法系关于法官庭外调查权的规定

以职权主义为特色的大陆法系国家,如法国、德国,在其本国的刑事诉讼法中都有法官庭外调查权的相关内容。法国《刑事诉讼法》第 283 条规定:“审判长如果认为预审尚不完整,或者在预审结束之后发现新的情况,可以命令进行他认为需要的任何侦查行为。此项侦查行动由审判长或一名同庭陪审员或者他所指派一名预审法官进行。”第 310 条规定:“在法庭审理中,审判长享有自由裁量权,可以凭自己的荣誉和良心,采取自己认为有助于查明真相的任何措施。”由此可知,法国《刑事诉讼法》不仅在审判阶段赋予法官庭外调查权,甚至在审前阶段,法官也可以开展庭外调查活动。德国刑事诉讼法对法官庭外调查权也有明确、详细的规定。德国《刑事诉讼法》第 165 条规定:“(法官之紧急行为)在延误就有危险的时候,如果不能与检察官取得联系,法官也可以无检察院申请,实施必要的调查行为。”第 166 条规定:“被法官讯问时,被指控人申请收集对他有利的一定证据,如果证据有丧失之虞,或者收集证据能使被指控人得以释放的,法官应当收集他认为重要的证据。如果应在其他辖区内收集证据,法官可以嘱托该辖区法官收集。”第 173 条第 3 款规定:“为了做准备裁判,法院可以命令调查并且嘱托一名受托或者受命法官进行调查。”第 244 条第 2 款规定:“为了调查事实真相,法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对于裁判具有意义的事实、证据上。”根据法德两国以上的有关规定,我们不难得出两点结论:第一,大陆法系法官对于案件负有查证实体真实的责任,由其询问或讯问当事人、证人,根据获得的证据材料判断真伪,对有疑问的证据亲自调查核实;第二,法官对于控辩双方均未提出的事实证据,但审查认为确有必要调查核实的,可以自行调查

取证，而不受控辩双方举证范围的限制。

尽管大陆法系国家赋予法官庭外调查权，但在程序上做了严格限制并且加强对被告人基本权利的保护。首先，除以秘密方式进行且社会公众无法直接参与之外，庭外调查一般采取开庭审判的形式：控辩双方均在场，并有权对证人、鉴定人进行询问和质证。<sup>①</sup> 其次，对庭外调查中制作的书面笔录，诉讼各方均有权阅览，并在庭审中就此证据进行辩论。<sup>②</sup> 如德国刑事诉讼法第 245 条第 1 款规定：证据调查应当延伸到所有的由法院传唤并且到庭的证人、鉴定人，以及其他由法院、检察院依照第 214 条第 4 款调取的证据之上。<sup>③</sup> 即法官庭外收集的证据必须经法庭质证程序，才能作为定罪依据。第三，强调了对被告人辩护权的保护。如法国刑事诉讼法强调审判法庭依 463 条进行补充侦查时，应遵循第 114 条、第 119 条、第 120 条与第 121 条及 463 条第 2 款的规定。<sup>④</sup> 第 114 条规定，在询问和对质时，除非当事人的律师在场或者已经合法传唤，不得听取当事人的陈述、讯问当事人或者让其对质，除非当事人公开放弃此项权利；第 119 条规定：共和国检察官可以列席对被审查人的讯问和对质，以及列席听取民事当事人的陈述。<sup>⑤</sup>

## 二、英美法系与法官庭外调查活动

在以当事人主义为特色的英美法系国家中，在侦查阶段，侦查机关和犯罪嫌疑人都属于平等的当事人，辩护的一方享有较多的权利，侦查活动的公开性较强。在审判阶段，强调控、辩双方的平等地位和相互对抗，控、辩双方通过自行举证和交叉询问推动诉讼程序的进行，法官处于消极仲裁者的地位，在双方充分举证、质证和辩论的基础上进行裁断。<sup>⑥</sup> 可见，英美法系法官不像大陆法系法官那样享有主动调查权，也就是说他始终都处于一个消极被动、居中听审的地位。只是在某些情况下，开庭过程中需要实地察看时，法官在其他诉讼参与人的参与下可能去实地察看，以便切实了解情况形成正确心证。例如，根据英国立法和判例，陪审团可以对任何与争议事实有关的地方进行视察（参见劳伦斯（Lawrence，1968 年）52Cr App R163 一案）是否允许陪审团对现场进行视察，法官有酌定权。法

① 陈瑞华. 刑事审判原理 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1997. 247.

② 同上。

③ [德]. 德国刑事诉讼法典 [Z]. 李昌珂译 北京: 中国政法大学出版社, 1995. 101.

④ 陈迎新. 积极还是消极: 法官庭外调查权比较研究 [J]. 社会科学研究. 2004, (4): 77

⑤ [法]. 法国刑事诉讼法典 [Z]. 余叔通、谢朝华译 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 159, 57.

⑥ 陈光中. 刑事诉讼法学 [M]. 北京: 中国人民公安出版社, 人民法院出版社, 2004. 78.

官可以主动地要求其现场视察……，在陪审团视察现场时，被告人一般也必须在场，除非被告人不愿意在场并经法官同意。然而，这种实地视察并非庭外调查，而应看作是对案件进行审理的一个组成部分（参见亨特（Hunter, 1985年）WLR613一案）。在视察时法庭可以休庭，在视察的现场组成法庭。<sup>①</sup>

因此，在英美法系国家，法庭审判主要是在当事人之间通过辩论进行的，因而法官的作用是消极、被动的，收集证据、质证等活动，被视为当事人的事情。法官极少主动参与调查。

### 三、我国刑事诉讼法律法规关于庭外调查权的规定

在我国，无论是 96 年之前原《刑事诉讼法》还是现行的刑事诉讼法律法规都有关于法官庭外调查权的规定。

#### （一）原《刑事诉讼法》关于庭外调查权的规定

在原《刑事诉讼法》中，法官在庭审前及庭审中这两个阶段享有庭外调查权。原《刑事诉讼法》第 108 条规定：“人民法院对提起诉讼的案件进行审查后，对于犯罪事实清楚、证据充分的，应当决定开庭审判；对于主要事实不清、证据不足的，可以退回人民检察院补充侦查；对于不需要判刑的，可以要求人民检察院撤回起诉。”这表明在 1996 年颁布新法以前，法官在开庭前审查案件的过程中，可以对案件涉及的事实进行实体调查。又如原《刑事诉讼法》第 32 条规定：“审判人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪和无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”这表明，在案件审理的过程中，法官负有调查、收集证据证明被告人有罪或无罪、犯罪情节轻重的责任和义务。此外，第 109 条详细规定了庭外调查的方式方法：“人民法院在必要的时候，可以进行勘验、检查、搜查、扣押和鉴定。”但对于“必要”的标准，法律却未作任何具体解释。因此，在实践中法官行使该权力时，拥有较大的自由裁量权。可见，原《刑事诉讼法》赋予法官的是在时间和空间上极其广泛的庭外调查权，这也与刑事诉讼法修改前完全的职权主义审判模式下法官的职能和地位相适应的。

#### （二）现行刑事诉讼法律法规关于庭外调查权的规定

首先，在审前阶段，取消了法官对案件事实、证据进行实体审查的权力，而仅仅保留了对案件的程序性审查权力。如《刑事诉讼法》第 150 条规定：“人民

<sup>①</sup> 龙宗智. 刑事庭审制度研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 381-382.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库