

法官庭外调查权的比较研究 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B3_95_E5_AE_98_E5_BA_AD_E5_c122_484546.htm

刑事审判中法官的职能是行使裁判权，对控辩双方所举证据进行事实认定并做出法律裁断，其职能决定了法官必须处于超然中立的地位。但在司法实践中，当控辩举证冲突或存在遗漏，双方又无其他证据借以判断时，法官能否走出法庭亲自对证据进行调查核实？这涉及到法官庭外调查权问题。所谓法官庭外调查权，是指法官在开庭审判前或开庭过程中就与案件有关的事实在法庭以外的其他地点所作的调查活动。对此英美法系国家、大陆法系国家及我国有不同态度或不同立法，本文拟从中外立法比较中，对我国立法完善提出一些粗浅的建议。

一、各国法官庭外调查权的立法考察

(一) 英美法系国家 法官庭外调查权是相对于庭内调查权而言的。在当事人主义的英美法系国家中，法官的庭内调查权是受到限制并较少行使的，法官的庭外调查权则更是被禁止。英美法系国家，实行“沉默的法官，争斗的当事人”，法官在庭审中始终居于消极中立的仲裁者地位。庭审中，证据由检察官和被告方提供，各方询问本方证人的顺序由各方自行确定，证明通过双方对证人提问和证人的答复进行。法官没有提供证据的责任，但有权提问。陪审团和法官主要是通过耳闻目睹双方的证据和辩论形成正确心证，然后做出裁断和判决。只有在个别情况下，开庭过程中需要实地察看时，法官与陪审团在其他诉讼参与人的参与下可以去实地察看，以便切实了解情况。如辛普森案件中，法官与陪审团成员到案发现场的察看。察看前进行了

清场，法官、陪审团成员不得彼此交流，亦不得询问他人。

（二）大陆法系国家立法考察 大陆法系国家，由于实行职权主义为主的诉讼模式，保留了法官的司法调查职能。法官为查明案件事实真相，不仅在法庭上积极主导和行使庭内调查权，而且在庭外对被告人有利或不利的证据进行调查，并可以采取各种调查手段。法官的庭外调查权从阶段上可分为两类：一类是开庭前审查公诉活动中主要由预审法官进行的调查证据活动；另一类是庭审过程中法官休庭走出法庭所作的调查活动。法官庭外调查权的方式有询问证人、鉴定人，主持勘验、检查，进行扣押、查询、冻结等。其调查权的设置主要有三个特点：首先，法官实行庭外调查权，若是在开庭前审查公诉阶段进行，一般具有侦查行为的性质。其次，对法官在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调查和辩论。再次，强调对被告人辩护权的保护，如《法国刑事诉讼法》第114条规定，在询问和对质时，“除非双方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力”、“应当在讯问或者听取当事人陈述的5日以前需回执的挂号信，有回执的传真或者在档案内注明的口头传唤通知律师”。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。”这些规定，较好地保护了被告人的辩护权。

（三）意大利和日本的立法考察 意大利和日本在刑事诉讼法中实行了兼采职权主义与当事人主义模式的“混合模式”。关于法官的庭外调查权，两国都作了肯定性规定，这相异与纯粹当事人主义的英美法系国家，但其与大陆法系法官的庭外调查权亦有

所不同。大陆法系国家的法官进行庭外调查，多是依职权主动进行，并且以查明事实真相为目的，体现了以打击犯罪注重实体真实为目标的追求。而意大利和日本法官的庭外调查，以庭审前法官的取证活动为主，其庭审前取证活动广泛细致。两国法官的庭前取证都不是依职权主动进行，而是在当事人和检察官的请求下进行的，其调查活动的启动和展开有其消极被动性。而且法官调查取证并不以查明事实真相为目的，主要是在双方当事人请求之下以证据保全为目的。并且意大利和日本法官进行庭外调查，都有相关规定对当事人双方、特别是被告人及辩护人的权利予以尊重和保护。如日本刑事诉讼中，法官进行勘验、鉴定时，检察官和辩护人可以在场，法官庭外询问证人时，必须保证当事人的询问证人权，法院有事先告知义务。

二、我国法官庭外调查权的比较

我国刑事诉讼法对法官的庭内调查权和庭外调查权都作了肯定性规定，体现了我国刑事诉讼法的职权主义特征。我国刑事诉讼法第155条、156条分别规定了“审判人员可以讯问被告人”、“审判人员可以询问证人、鉴定人”，这是对法官庭内调查权的明确规定。刑诉法第158条规定：“法庭审理过程中，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。人民法院调查核实证据可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。”这是我国法官庭外调查权在立法上的表现。刑诉法第43条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪轻重的各种证据。”《刑诉法》若干问题的解释对此作了相应的规定。修订后的《刑诉法》吸收了当事人主义审判方式的重要内容，从《刑诉法》第158条规定来看，在

保留法官主持庭审权的同时大大地弱化了法官的庭外调查权。纵观中外刑诉法，我国在法官庭外调查权上既有不同于英美法系的地方，也有不同于大陆法系和意大利、日本的地方，具体表现在以下几个方面：1、法官庭外调查权的实施阶段。我国法官的庭外调查活动只存在于审判阶段，在开庭审判前不存在法官的庭外调查权。而在大陆法系国家、意大利、日本，法官庭外调查权在审前和庭审阶段都存在。2、法官庭外调查活动的启动。我国法官进行庭外调查的原因是“合议庭对证据有疑问”，法官庭外调查活动完全是法官主动的职权行为。在大陆法系国家开庭审理过程中的调查活动，可以由法庭依职权实地调查、也可以根据检察院、当事人、被告人的要求进行。但在意大利、日本的刑事诉讼中，法官的调查主要是基于检察官、被告人、或辩护人的请求而启动。可见，我国及大陆法系国家，法官对职权的行使具有主动性和积极性，而意大利、日本则具有被动性和消极性。3、法官庭外调查活动的性质。我国法官庭外调查活动的进行多是单方面秘密进行。法院进行调查认为有必要时，可以通知检查人员、辩护人到场，控辩双方的到场不是他们的权利，而是取决于法院的自由裁量。因此，我国法院的庭外调查活动具有朝职权主义特征。大陆法系国家在庭审过程中所进行的实地调查，控辩双方可对证人、鉴定人进行询问和质证，并就实地调查制作笔录，而意大利和日本法官的庭外调查活动主要在开庭前进行，证据调查的目的是在双方当事人申请下进行证据保全，体现出法官的中立和超然地位。4、对庭外调查所获证据的处理。我国法律规定，法院进行庭外调查发现重要的证据，应当告知检察人员和辩护人，必要时可以直接

提取，复制后移送检察人员和辩护人。该规定存在两个问题：第一，法院已经行使庭外调查权，为何发现证据之后不自行提取？第二，法院提取复制新证据之后，是作为辩护证据还是控诉证据使用？该证据是否会导致法官产生审前预断？可见该规定缺乏可操作性。大陆法系国家对此规定，但案件重新回至审判法庭，审判法庭依据由此增加的案卷恢复庭审辩论。日本刑事诉讼中，法官所取证据，控辩双方当事人都有权在法院阅览和抄录，并且可以进行辩论。

5、对被告人权利的保护。

我国法官单方面秘密取证，取证后不在庭审中出示，而是直接作为定案依据，剥夺了被告人的辩护权。而在国外，刑事诉讼法中自始至终强调了对辩论原则的贯彻和对被告人权利的保护。

三、我国法官庭外调查权的利弊分析

基于以上比较，法官庭外调查权在我国现行的司法体制下究竟该如何评价？有人说法官庭外调查权的存在是法官行使审判职能的一种特殊形式；也有人说是两大法系不断融合的一个怪胎；还有人说是现行庭审方式改革的一大败笔。在依法治国，追求司法公正的当今，其价值取向如何？

（一）法官庭外调查权的行使是对实体公正的追求

在我国的刑事诉讼中，法官庭外调查是法官履行其案件事实查证责任的一种较为特殊的方法，是其审判职权的积极运用。法官行使这一权力实施庭外调查，其积极意义在于，当某一事实对裁判具有实体上的意义而尚在不确实之中，或者控辩双方对某一事实的举证明显相互排斥而当庭一时无法判断证据的真伪时，法官进行必要的庭外调查核实，避免因一方的诉讼权利不能有效行使而致判决对其不利，防止判决结果过多地依赖于控辩双方的语言和辩论技巧，将判决裁定建立在客观事实的基础上

，以实现司法公正的实质即实体公正，从此意义上讲法官行使庭外调查权是对实体公正的一种追求。（二）法官庭外调查权的行使存在的弊端 首先，法官中立者裁决的形象被破坏，违背程序公正。中立性的原则是程序性的基础，不得不承认在社会现实中完全的中立性并非总能达成，其判断标准也不是十分清楚。但是法官中有一些基本规则是被共同遵守的，在证据制度方面表现为：法官庭外调查权应该受到严格的限制，甚至可以说是一种例外。因为法官在庭审过程中休庭调查核实证据，就会处于对自己所收集的证据的真伪做出审查和判断的境地。这种自查自裁的情况会使法官处于非常矛盾的状态：他无法既做到积极主动地全面收集证据，又能冷静、客观地评价这些证据的证明效力和可采性。同时，在进行这些司法调查活动中，法官往往会对被告人有罪或者无罪形成预先的判断，以致于影响其在庭审中作出公正的裁判，影响法官中立者的形象。其次，法官行使庭外调查权，抑制了控、辩双方举证的积极性。现行庭审方式要求公诉人、辩护人各自独立承担起举证责任，辩护人也有收集证据的权利，双方各自拥有并负责在法庭上提出证据。公诉人向法庭出示的是力图证实被告人实施犯罪行为的证据，辩护人则提出证明被告人无罪或者罪轻的证据。控、辩双方通过出示各自的物证、书证，展开针锋相对的对抗，能够调动双方运用证据、参与法庭调查的主动性、积极性。但法官行使庭外调查权，事实上造成了法官或是代替公诉人收集证据，法官同时扮演追诉与裁判的双重角色，从而背离了控审分离的现代刑事诉讼原则；法官或是代替辩护人收集证据，法官同时扮演裁判与辩护的双重角色，从而背离了控、辩、审各司其职的

刑事诉讼原则。因而法官不宜庭外调查核实证据，只有这样做才能使公诉人与辩护人积极承担起举证责任，有利于充分实现控诉与辩护两种对立的诉讼职能，也使法官从代替公诉人进行举证的角色中解脱出来，有利于法官彻底摆脱追诉心理，站在客观、中立的立场上，全面、冷静地判断、审核证据。再次，法官庭外调查所获证据在举证、质证、认证的方式上难以操作。根据现行刑诉法的有关规定，法官在法庭审理过程中宣读或者出示证据，是法所不允的。如果法院庭外调查核实的证据由法官直接在法庭上举证，再经过双方质证，无异于公诉方和辩护方向法官提问题，那么法官就不是仲裁者，倒成了举证一方，如此质证的证据形式不合法。对于法官庭外调查所获证据举证、质证、认证如何操作，法无明文规定，客观上也是难以操作的。从立法者的本意分析，法院庭外调查核实证据，目的不是取得新证据，而是为了判断控辩双方所举证据的真假，在证据之间出现矛盾的时候，作一个判断的基础。但是，只要是作为定案的证据，都必须无例外的要进行质证、认证，决定其可采性，这种进退维谷的情形，是现行刑诉法和证据制度所无法解决的。

四、对我国法官庭外调查权改革的建议

根据以上分析，笔者对我国法官庭外调查权的改革提出以下建议：1、保证法官超然中立的地位，取消其庭外调查权。法官依职权主动行使庭外调查权，分割了公诉机关举证权，剥夺了被告人的辩护权，在操作中亦存在许多问题。法官的主动查证也有损其中立的地位和形象。法官查明事实真相的重心应放在庭审过程中。如果出现证据不足的情况，法官应当依据无罪推定原则作疑罪从无的判决，而不是主动进行带有追诉性质的庭外调查活动。 2

、赋予法官庭前的证据保全义务。基于检察官的申请，更多情况下是被告人、犯罪嫌疑人及其辩护人的申请，法官有义务收集和保全可能灭失的或当事人无法收集到的证据。法官的这种证据收集活动以保全证据保障程序的顺利进行为目的，不对证据作任何实体上的审查和评断。法官庭前的证据保全义务体现出法官作为中立公正裁判者所应尽的职责，同时也是控辩双方力量的一种平衡。 作者单位：荥阳市人民检察院 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com