

存疑有利于被告原则的刑法适用规则

周光权*

内容提要：存疑有利于被告原则要求构建刑事实体法上分层次、体系性的判断与适用规则。首先，要准确把握定罪的事实性前提存疑的法律效果。影响定罪的事实存疑，没有轻罪可以选择适用的，被告无罪；存疑事实被评价为不重要时，可以得出被告有罪的结论。其次，进一步认真研判存疑且涉及罪名选择适用的情形。事实存疑的效果并非被告一概无罪，重罪事实存疑，但与其他犯罪存在层级关系的，可以选择适用轻罪或基本犯。轻罪、重罪都存疑时的“择一判定”损害法的安定性，应当被否定。再次，在解决定罪问题之后，要关注影响量刑的事实存疑的情形，应当肯定存疑有利于被告。最后，还要审查是否存在存疑有利于被告原则被排斥适用的情形。在法律拟制、法条含义不明等场合，均不能适用存疑有利于被告原则。从刑法角度构建的存疑有利于被告原则的适用规则，突显了体系性思考的重要性，同时兼顾了问题性思考，在方法论上具有优越性。

关键词：存疑有利于被告 罪刑法定 事实存疑 法条含义不明

一、问题意识

存疑有利于被告原则同时具备程序和实体的双重性质，其首先与刑事程序法有关，是刑事证明的问题，其次才是实体法上如何具体贯彻落实的问题。

从刑事诉讼的角度贯彻存疑有利于被告原则，一方面要坚持证据裁判主义，只有经过合法正当程序查明案件事实，法官内心确信被告有罪的，被告才应承担刑事责任。^{〔1〕}另一方面，法官必须具备理解、尊重生活常识的能力，能够站在一般公民的立场思考问题，认真斟酌、判断证据，查明事实。只要足以影响定罪、量刑的事实从程序法的角度看存在疑问，法官难以形成内心确信的，就应当得出有利于被告的结论。例如，被指控犯盗窃罪的曾某某辩称其不在现场，法院认定“目前不能完全排除案发时间段曾某某正在东莞针织厂务工、客观上没有作案时间的可能性”，最终宣告被告无罪。^{〔2〕}存疑有利于被告原则立足于无罪推定的考虑，即必

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 参见龙宗智：《存疑有利于被告原则及司法适用》，《中国法学》2024年第1期，第65页以下。

〔2〕 参见广东省阳江市中级人民法院（2013）阳中法少刑终字第1号刑事判决书。

须假定被告无罪，只有在公诉机关能够证明被告有罪时，法官才能对被告定罪处罚。如果针对案件事实，控方竭尽所能都查不清楚涉案的重要事实的，就必须承认法官的疑虑是有根据的怀疑，就应当本着存疑有利于被告的理念实事求是地处理案件。

从这个意义上看，存疑有利于被告原则也与刑事实体法，尤其是罪刑法定原则、责任主义，存在极其密切的关系。按照罪刑法定原则的精神，只有在犯罪明确得到证明，与构成要件有关的重要事实不存在疑问之后，才能认定被告有罪。对此，学者指出，存疑有利于被告“是法律适用中的一个判定性规则，即定罪只能建立在被法官确信且已经于刑事程序中证实的行为事实之上。该原则被理解为罪刑法定的附加内容”。〔3〕在被告究竟是出于故意还是过失实施犯罪存疑时，不能贸然得出有罪结论，否则就与责任主义相抵触。换言之，罪刑法定原则要求立法和司法上必须明确犯罪的构成要件；在确定行为人罪责后，才能进行处罚，因事实不明无法确定罪责的，行为人有权获得对其有利的裁判。

从刑事实体法的角度看，存疑有利于被告与刑法方法论上的客观性思考相一致，即影响定罪和量刑的事实和证据，都必须是通过合法正当程序确定下来的。客观性思考的刑法方法论认为，法官只能以客观行为及其后果（危险）作为处罚根据，而不能将行为人的主观意思作为定罪标准。应当说，我国刑事司法总体上坚持了客观性思考，但有时在客观的行为、损害存疑时，司法人员会把对特定主体的人格、品性的怀疑作为启动刑事程序的决定性因素，这极易使行为人的主观“恶”成为定罪处罚的根据。比如，运输毒品的行为刚着手实施行为人就被抓获，仅凭其“如果运到目的地，收货方会给5万元”的供述，在接受毒品者是谁、是否存在该收货人均存疑的情形下，个别司法人员就倾向对被告适用死刑。我国当下的刑法观应当坚持客观性思考的方法论，因为其提供了确定行为违法性的一般标准，而且该标准是外在的、不易变化，遵循这种思考逻辑作出的司法判断相对明确，其结论符合现代法治国家的价值取向。在这种刑法观之下，存疑有利于被告是理所当然的。

对于客观上证明危害行为的事实存疑，或者行为是否造成法益侵害后果存疑，以及因事实存疑而难以判断因果关系等场合，都不宜轻易得出被告有罪的结论。可以认为，客观性思考的刑法方法论与现代法治的基本要求、人权保障目标相一致，基于这一理念肯定存疑有利于被告的价值具有重大现实意义。“负责审判的法官只要保证‘存疑有利于被告’，而不是‘存疑有利于检察官’，那么许多冤案应该会消失于无形。”〔4〕

上述分析表明，结合存疑有利于被告原则与罪刑法定原则、客观性思考的刑法方法论之间的关系，对存疑有利于被告原则的适用规则进行研究，具有重大的理论和实践价值。本文试图从刑法角度审视存疑有利于被告原则，构建适用这一原则的实体判断规则。首先，要准确把握存疑有利于被告原则的适用情形及其法律效果，如果定罪的事实性前提存疑，则被告无罪；如果存有一定疑问的事实从规范判断的角度被评价为不重要，则仍然能够得出被告有罪的结论。其次，在具有层级关系的犯罪之间能够进行选择适用时，可在轻罪与重罪之间选择适用刑法条文，对被告按轻罪或基本犯处罚。再次，考察存疑对量刑的实际影响。最后，探讨排斥适用存疑有利于被告原则的例外情形。

〔3〕 [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第494页。

〔4〕 [日] 秋山贤三：《法官因何错判》，曾玉婷译，法律出版社2019年版，第133页。

二、定罪的事实性前提存疑的法律效果

（一）分析被告是否因存疑而无罪

“如果法官们在庭审时尽一切努力寻找真相以后仍然不能确信，即如果他们合理的理由怀疑被告是无罪的，他们必须宣布其无罪。”〔5〕在刑事诉讼中，部分事实无法查明或模棱两可的情形为数不少，或者现有证据不足以支撑司法认定，司法人员只能在事关定罪、量刑的关键事实不明时作有利于被告的处理。这些事实包括影响被告罪责和刑罚的所有具有一定重要性的事实，包括认定实行行为、危害后果、构成要件故意、违法阻却事由、责任能力、违法性认识、被告的精神状况、共犯和正犯、既遂或未遂、犯罪竞合等的事实和情节。由于法官需要形成内心确信才能得出有罪结论，且犯罪事实只有“有”和“无”的选择，没有中间选项，那么，难以形成有罪确信的，就只能得出无罪结论。在这里，对于存疑即无罪的情形，从实体法的角度略作分析。

1. 刑事责任年龄无法查明的，即便有骨龄鉴定，也应当作存疑有利于被告的处理

根据1997年公安部法制司《关于如何确定无户籍登记的犯罪嫌疑人年龄的答复》（公法〔1997〕125号），鉴于行为人的年龄在户籍资料中没有任何记载，户口登记机关无法提供准确依据，公安机关应进行司法鉴定，以确定无户籍登记的犯罪嫌疑人的实际年龄；根据目前的技术水平，还无法对犯罪嫌疑人的年龄作出精确鉴定，对25岁以内青少年的年龄鉴定结论误差范围通常在 ± 2 岁以内，只能反映犯罪嫌疑人的年龄段（如14岁以上18岁以下）；从保护青少年合法权益和“教育、感化、挽救”的刑事政策出发，在实际认定时，应将鉴定反映的该犯罪嫌疑人年龄段的下限，即可能的最低年龄，视为犯罪嫌疑人的年龄。这一答复总体上是合理的，其可能存在的问题是：对于犯罪嫌疑人是否刚满14周岁或16周岁难以确定的，是否借助骨龄鉴定就可以确定。此时，仍然要承认骨龄鉴定无法成为判断依据，不能肯定地确定犯罪嫌疑人达到刑事责任年龄时，只能作存疑有利于犯罪嫌疑人的认定。

在这个问题上，更为合理的规定是2017年最高人民检察院《未成年人刑事检察工作指引（试行）》（高检发未检字〔2017〕1号）第152条的相关内容：检察院审查未成年人刑事案件，应当注重对未成年人年龄证据的审查，重点审查是否已满14、16、18周岁；犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，年龄不明的，可以委托进行骨龄鉴定或者其他科学鉴定；经审查，鉴定意见能够准确确定犯罪嫌疑人实施犯罪行为时的年龄的，可以作为判断犯罪嫌疑人年龄的证据参考；若鉴定意见不能准确确定犯罪嫌疑人实施犯罪行为时的年龄，而且显示犯罪嫌疑人年龄在法定应负刑事责任年龄上下，但无法查清真实年龄的，应当作出有利于犯罪嫌疑人的认定。在审判实务中，已有判决因为确实无法查明被告实际年龄而按照存疑有利于被告原则，推定其犯罪时未满18周岁，从而对被告予以从宽处罚。〔6〕

与刑事责任年龄的认定不同，但事关犯罪主体是谁存疑而无罪的情形，在实务中也有相应判决。例如，张某被指控驾驶摩托车致韩某死亡，但张某辩解，事发当天韩某才是真正的驾驶人。一、二审法院均认定，结合张某“具有眼部残疾，无驾驶证事实及一直否认驾驶摩托车

〔5〕 转引自〔德〕托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼法原理》，江溯等译，中国法制出版社2021年版，第116页。

〔6〕 参见广东省汕尾市中级人民法院（2018）粤15刑终71号刑事判决书。

肇事”等事实，不能形成从饭店到肇事地点韩某与张某存在换乘事实的完整证据链条，无法得出张某驾驶机动车发生交通事故的结论，故公诉机关指控的事实不清、证据不足，判决被告无罪。〔7〕

2. 因构成要件行为的认定存疑而无罪的情形

例如，被告吕某某被指控犯失火罪，法院经审理后认为，起火点并不具有唯一性、难以确定，财物被烧毁的结果究竟由谁引发无法判定，从而根据存疑有利于被告原则宣告吕某某无罪。〔8〕

又如，被告刘某获得A原种场的涉案土地地上物。2007年，政府有偿收回A原种场原址刘某院内全部房屋包括土地使用权，回收价款总额为260万元，刘某与A原种场签订回收协议后获得该款。2018年5月，被告刘某持2007年4月29日与A原种场签订的土地置换协议等材料多次上访，称政府国土部门未经其同意，将其位于A原种场的三亩土地予以拍卖，侵犯其个人利益，要求政府相关部门赔偿损失。2018年9月20日，某县政府信访局和土地储备中心依据刘某提供的上述土地置换协议赔偿其180万元。后办案部门委托鉴定确定，刘某持有的土地置换协议虚假，其虚构土地置换事实，实施了诈骗行为，进而指控刘某构成诈骗罪。公诉机关认为，成立诈骗罪要求行为人以非法占有为目的，故意对他人实施欺骗行为，导致对方陷入认识错误并基于认识错误处分财产，从而使行为人取得财产而使被害人由此遭受财产损失。诈骗行为，是指就涉及交易的重要事项进行欺骗，具体表现为虚构事实或者歪曲、隐瞒真相。在本案中，控方认为，刘某持虚假的土地置换协议和虚构的土地转让协议书，虚构土地置换事实，实施了诈骗行为。〔9〕

然而，上述认定可能没有考虑到存疑有利于被告原则，扩大了刑罚处罚范围。首先，涉案土地置换协议上加盖的公章是否虚假存疑。某司法鉴定中心针对本案出具的鉴定意见认定，土地置换协议上使用的A原种场公章系伪造，进而认定刘某以伪造土地置换协议的方式虚构了土地置换的事实。但是，这一认定无法获得其他证据的支持。有证人证言提出，涉案土地置换协议上加盖的可能是真实的公章。当时参与商讨此事的李某证实，在其与刘某就置换土地达成一致意见后，刘某便起草了土地置换协议，并将该协议的内容告知了李某，李某也认可了协议内容。由于当时李某在外出差，便让刘某自己到相关政府部门盖章。刘某按照李某的安排到相关部门为协议加盖了公章，并将协议提交相关部门备案存档。李某直接参与了置换协议谈判和签订的过程，其证言较好地还原了协议签订和备案时的情况，具有较高的可信度。因此，根据本案在卷证据，不能排除土地置换协议上加盖的确系真实公章的合理怀疑。此外，本案其他书证表明，A原种场可能有多个公章。本案证据材料中有大量加盖了A原种场公章的材料，这些材料上的公章印文并不完全一致。部分材料上A原种场的公章印文有数字编码，另外一些材料上A原种场的公章印文却没有数字编码。即便是有数字编码的公章印文，数字编码也不尽相同。这些不同的公章印文表明，A原种场的公章可能并不唯一，不能因为某份文件的公章印文与其他材料的公章印文不同就认定该文件上加盖的是伪造的公章。因此，虽然根据鉴定意见，涉案土地置换协议上的公章印文与鉴定意见样本上的公章印文不是同一公章盖印，但司法

〔7〕 参见辽宁省沈阳市中级人民法院（2013）沈刑二终字第230号刑事附带民事裁定书。

〔8〕 参见湖南省衡东县人民法院（2017）湘0424刑初105号刑事判决书。

〔9〕 参见辽宁省辽阳市弓长岭区人民检察院辽弓检刑诉（2023）15号起诉书。

机关不能据此轻易认定该协议上加盖的就是伪造的公章。其次，即便涉案土地置换协议上加盖的是虚假的公章，也不能据此认定刘某虚构了土地置换的事实。原因在于，即便当事人在签订合同时使用了虚假的公章，也不意味着合同关系本身不存在。根据原合同法第37条的规定，采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。因此，在考察合同关系是否存在时，不能仅仅依据合同上签字、盖章的真实性进行形式认定，而必须结合当事人的意愿和合同主要义务的履行情况实质地判断合同关系的真实性。只要订立合同符合当事人的意愿，且当事人已经履行主要合同义务，就不能因其使用了虚假的公章而否定当事人之间存在合同关系。刘某在位于A原种场原址的土地上养牛，如果土地被政府回收，就无法继续养牛，其提出在原有补偿之外再置换给自己一块土地用于养牛，该要求事实上具有一定合理性。如果现有证据证实可能存在土地置换协议，被告对涉案土地享有使用权，就难以认定其虚构事实进行诈骗。刘某对于某县政府赔偿的180万元享有正当请求权，政府有关部门原本就有义务向刘某就涉案土地进行赔偿，其向刘某支付180万元只是履行了其应当履行的民事债务，并未因此遭受财产损失。因此，如果坚持存疑有利于被告原则，就难以肯定刘某存在诈骗行为。

3. 与阻却违法有关的合法行为的事实存疑的情形

以正当防卫为例，较为常见的情形有：一方面，是否互殴无法查明，但被告主张不是互殴，属于正当防卫的，以及提出遭遇行凶但其主张无法直接被否定的，都应当适用存疑有利于被告原则。另一方面，从刑法第20条第2款关于“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害”才能成立防卫过当的规定看，防卫造成重大损害，但防卫行为未明显超过限度，或者是否超过限度存疑的情形，都可以肯定正当防卫的成立。^[10]例如，防卫人针对刑法第20条第3款规定之外的暴力侵害进行反击，当具有数个同等效力的防卫手段可以选择，防卫结果确定是重伤时，由于无法确定防卫人究竟选择哪一手段才能使其免受因防卫力度不足而遭受更大损害，就要对防卫人的防卫手段选择适用存疑有利于被告原则，即便造成了重大损害也仍然要否定防卫行为的不法性。^[11]

4. 因结果归属难以确定或者危险不存在而无罪等情形

例如，对于摩托车侧翻后，驾驶员甲滑到对向车道，被迎面驶来的由被告余某华驾驶的重型半挂牵引车所牵引的挂车左后轮碾压、碰撞而死亡的案件，法院否定了交通事故责任认定书的证明力，认为余某华驾驶车辆正常通行，其能否发现他人与自己挂车发生碰撞存疑，其行为的结果避免可能性也难以确定，结果难以归属于被告的行为，从而根据存疑有利于被告原则认定余某华无罪。^[12]

在这里，值得讨论的是：行为造成的抽象危险存疑时，能否得出无罪结论。抽象危险犯的立法明显是将没有造成结果或并无具体危险的行为规定为犯罪，其危险与行为本身的关联极其密切。对于这种危险是否需要法官进行判断，历来见仁见智。林东茂主张：抽象危险犯是立法上假定特定的行为方式出现，危险状态即伴随而生；具体个案纵然不生危险，亦不许反证推翻。例如，醉酒后驾驶机动车的，纵然驾驶人酒量过人，亦无改于犯罪的成立。^[13]但是，在

[10] 参见陈兴良：《刑法研究》第8卷，中国人民大学出版社2021年版，第45页。

[11] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第185页。

[12] 参见广东省汕尾市中级人民法院（2016）粤15刑终32号刑事判决书。

[13] 参见林东茂：《刑法综览》，中国人民大学出版社2009年版，第51页。

某些案件中，立法者预设的抽象危险一看就不存在的，以及被告方对抽象危险的存在提出质疑乃至反证的，在认定抽象危险是否存在时，法官作出基本判断仍然是必要的，由此才能确定立法上预设的危险在个案中已经实际发生。对此，山口厚认为，不管是具体危险犯还是抽象危险犯，都要求发生实质的危险，差别不过是前者的危险是高度的，后者则包括比较缓和的危险而已，即便是抽象危险犯的场所，因为具体的特殊事情而没有发生这一危险，也应该否定犯罪的成立。^[14]这是对抽象危险犯的“结果的危险”进行实质理解的立场。松原芳博认为，现在的有力观点从法益保护主义出发，要求审查抽象危险犯中的行为是否存在某种危险。^[15]桥爪隆明确主张：既然处罚抽象危险犯的根据在于引起法益侵害的危险，那么，在缺乏对于某一犯罪所保护的法益的危险的场合，该抽象危险犯就不能成立。所以，在对抽象危险犯的实行行为进行解释时，就应该考虑在当时的具体情况下，该行为针对法益的实质性危险是否存在。如果不能确定存在这样的危险，行为人的行为就不属于该抽象危险犯的实行行为。^[16]肯定抽象危险是实质的危险，并且要求根据这种危险来认定实行行为，这等于认可了抽象危险是对（广义的）结果的危险，该危险是否存在需要进行司法判断。如果某一行为是否造成了这种危险存疑，就应当否定犯罪的成立。

（二）事实存疑但基于刑法解释论并不影响定罪的情形

存疑有利于被告原则中的“存疑”，不能从一般语义层面进行理解，其具有特定的规范含义。一方面，在规范层面，所谓“存疑”是指未达到法定的证明标准，而不是任何一丝一毫的疑问都属于存疑。另一方面，存疑有利于被告原则所指的“事实”存疑，是指要件事实存疑，即与犯罪构成要件有直接涵摄关系的事实，而不包含间接事实、辅助事实等。只有要件事实存疑时，才能产生有利被告的效果。换言之，如果结合刑法解释论认为某一事实虽然存疑，但不属于与犯罪构成要件有直接涵摄关系的事实存疑的，就不能动辄主张存疑有利于被告原则，更不能认为一有存疑就只能得出无罪结论。

首先，根据流行病学的因果关系理论进行裁判的，并非事实有疑点就无罪。关于因果关系的条件说、相当因果关系说都是以传统犯罪为研究对象的，一般情况下有无因果关系需要控方证明。但是，在食品卫生、环境污染等公害犯罪中，往往很难精确定因果关系，从而导致举证困难。例如，在某布满甲醛、灰尘的工厂上班的工人普遍出现咽喉重度感染、失明、贫血等症状，要确定工人受到伤害与环境严重污染之间的关系，靠医学或者自然科学的证明，难度很大。为此，根据流行病学上的统计方法，在经过大量观察后，如果能够确定在污染行为与结果之间有引起与被引起的一定可能性，就可以认定条件关系的存在。根据流行病学的因果关系理论，符合以下五个条件，即可确定行为具有导致结果发生的高度盖然性，从而肯定因果关系的存在：（1）该因素是在发病的一定期间之前起作用的因素；（2）该因素的作用程度与患病率之间存在正相消长的关系；（3）该因素的分布、消长与流行病学观察记载的流行特征并不矛盾；（4）该因素作为原因起作用，与生物学并不矛盾；（5）根据统计方法认定因果关系，并未超越合理怀疑的限度。流行病学因果关系受到的最大批评是，行为与结果之间的因果联系，在自然科学上不能查明，仅根据统计方法推定因果关系，违反存疑有利于被告原则。但是，流

[14] 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，有斐阁 2016 年版，第 47 页。

[15] 参见 [日] 松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 44 页。

[16] 参见 [日] 桥爪隆：《论遗弃罪相关问题》，王昭武译，《法治现代化研究》2021 年第 4 期，第 174 页。

行病学的因果关系理论，与条件说的精神实质相一致，如果严格把握认定条件，在食品卫生、环境污染等公害犯罪不断增加的今天，流行病学的因果关系理论似乎又有其存在的必要性。^{〔17〕}只是在具体判断时，“还需要进而对照其他的证据，使具体事案中的行为与结果之间的联系处在不容怀疑的状况”，^{〔18〕}从而尽量缓解这一理论与存疑有利于被告原则之间的紧张关系。

其次，结合区分不能犯与未遂犯的具体危险说，经过司法判断能够确认行为的危险性的，即便有关的危害后果缺乏科学鉴定，或者从科学的角度看涉及构成要件结果的事实部分存疑，也能够认定行为的具体危险，从而肯定犯罪的成立。例如，被告王某被指控在人口密集区以释放天然气的方法危害公共安全，本案消防人员入户后第一时间未对室内天然气浓度进行数据检测，辩护人据此认为无法“科学地”证明行为的实质危险性。但法院认为，泄露的天然气在室内扩散后，其浓度值会增大，遇明火会被引爆从而发生爆炸，对建筑物以及附近人员造成人身及财产损失，因此，结合案发环境以及证人证言等证据，可以认定被告的行为已达到足以危害公共安全的程度，对行为的具体危险性的认定并不存疑。^{〔19〕}

再次，行为在概括故意的范围内，即便存在打击错误，涉及构成要件故意的事实部分存疑的，也不影响故意犯罪的认定。例如，故意杀人的现行犯甲在某晚被多名警察追捕，其认识到已无路可逃，便掏枪想将追赶在最前面的警察乙打死，但子弹击中的是乙身后的警察丙并致其死亡。如果甲是想打死追赶他的警察中的任何一个人，就可以认定其对丙有杀人故意；如果查不清被告究竟对谁有杀害故意，是否适用存疑有利于被告原则就需要仔细甄别：“关键性的更应该是，是否的确有过客体个体化意义上的选择，已在客观上所实现了的是否至少在本质上与行为人着手时所设想的应当发生或者由他所放任的相一致。”^{〔20〕}如果足以认定行为人所设想的对象与其所放任的结果之间存在概括故意的，行为人朝乙开枪但打死丙的错误就无关紧要，并不影响故意杀人既遂的成立。

最后，可能影响客观构成要件判断的具体因果过程存疑的，也不影响犯罪既遂的认定。例如，甲想勒死乙，用绳索勒乙（第一行为）；甲认为乙已经死亡，为伪造乙上吊自杀的假象，遂将乙吊在树上（第二行为）。事后无法查明乙死于哪一刻时，如何对甲定罪量刑？对于这类案件，主张存疑有利于被告的观点会认为，由于不能排除乙因第二行为而死亡，第一行为只能成立故意杀人未遂；由于实施第二行为时甲并无杀人故意，其只能构成过失致人死亡；二罪之间成立想象竞合。^{〔21〕}但是，多数说认为，在具体的因果过程错误的场合，即便因果过程存疑也不应作有利于被告的认定。对此的解释思路大致有两种：一是将前后两个行为视为一个整体，肯定被告的杀人故意一直在持续发挥作用，从而认定成立故意杀人既遂。二是主张判断的重点是以杀人故意而实施的第一行为，该行为引起了第二行为，并最终导致行为人所期待的犯罪结果发生。行为与结果之间的因果过程虽然与行为人的期待有所出入，但这种差异在刑法评价上并不重要，最终结果的发生未超出可预见的界限，也与行为人的预期一致，行为人应当成立故意杀人既遂。^{〔22〕}

〔17〕 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2021年版，第120页。

〔18〕 [日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第168页。

〔19〕 参见北京市昌平区人民法院（2016）京0114刑初785号刑事判决书。

〔20〕 前引〔11〕，韦塞尔斯书，第147页。

〔21〕 参见前引〔17〕，周光权书，第183页。

〔22〕 参见张明楷：《刑法学》上，法律出版社2021年版，第361页以下。

与此类似的是“二次碾压”的交通肇事案件。此类案件的难点涉及对前车是否构成逃逸的认定，以及前、后车与被害人死亡之间因果关系的判断（究竟谁的行为导致死亡）等复杂问题。例如，某日凌晨5时33分许，被告杨某驾驶货车撞击行人秦某后逃逸。14分钟后，被告刘某驾驶三轮电动车再次碾压倒地的秦某后逃逸，被害人秦某经抢救无效死亡。交通事故责任认定书认定，杨某和刘某共同承担此次事故的全部责任，被害人无责任。法院认为杨某肇事致被害人受伤后倒地，在光线昏暗且车流量大的环境下，完全能够预见到被害人有可能被后车碾压，后车“二次碾压”不阻断前车肇事行为与被害人死亡之间的因果关系，最终判定杨某构成交通肇事罪，且属于交通肇事后逃逸，判处有期徒刑3年，缓刑4年6个月；考虑到后车的作用较前车小，判定刘某构成交通肇事罪，且系交通肇事后逃逸，判处有期徒刑3年，缓刑3年6个月。^[23]

由于杨某离开现场时被害人是否有重伤结果难以确定，单看杨某的行为，即便考虑其逃逸情节，杨某也未达到成立交通肇事罪的构成要件要求。因此，只有在司法认定上将后车造成的死亡后果同时归属于前车司机，才能认定杨某构成交通肇事罪。这样的结果归属具有合理性，因为在前车肇事后，后车在极短时间内来不及反应，由此导致的“二次碾压”，无论后车司机是否具有过失，前车司机都应承担被害人死亡的事故责任。当然，对于前车司机在这种情况下是否构成“因逃逸致人死亡”，理论上存在争议。有学者认为，当“二次碾压”最终致使被害人死亡时，因果关系不发生中断，应当认定前车肇事逃逸人为“因逃逸致人死亡”，在“因逃逸致人死亡”的法定刑幅度内定罪处罚。^[24]也有学者认为，“二次碰撞”的情形只能归入前车司机“肇事后逃逸”的范畴，而不应归入“因逃逸致人死亡”的范畴，因为认定“因逃逸致人死亡”对因果进程有着严格的限制，要求造成被害人死亡的直接原因是得不到及时救助，此因果进程中不应当有其他的介入因素。^[25]笔者认为，在后车司机致人死亡的事实并不存疑的情形下，由于后车司机“二次碾压”造成的死亡后果已经评价在前车司机成立交通肇事罪的构成要件结果之中，基于禁止重复评价的法理，对该死亡后果不宜再次进行评价，对前车司机认定为“肇事后逃逸”即可，而不宜以“因逃逸致人死亡”论处。^[26]

更为复杂的是，“二次碾压”案件多发于夜间时段、视线较差的路段以及恶劣天气等环境下，前车逃逸也使案件事实调查难度加大，实务中会出现根据现有证据无法查明被害人具体死于哪一次碾压的情况。此时，对于前车司机而言，无论是其直接导致被害人死亡，还是因其逃逸后引发“二次碾压”致被害人死亡，前车司机都应对死亡结果负责。被害人死于哪一次碾压存疑，对于前车司机的行为性质认定没有影响。当然，在无法确定被害人死于哪一刻的情况下，由于不能排除前行为人直接撞死被害人的可能性，基于存疑有利于被告原则，对该行为人应以交通肇事罪的基本犯追究刑事责任，而不宜认定为“肇事后逃逸”或“因逃逸致人死亡”。对于后行为人，出于存疑有利于被告的考虑，由于存在被害人在其“二次碾压”前已经死亡的可能性，后行为人碾压的不过是尸体，“二次碾压”与被害人死亡之间不具有因果关系，宜对后行为人作无罪认定。由此看来，在“二次碾压”案件中，如何具体适用存疑有利

[23] 参见新疆维吾尔自治区库尔勒市中级人民法院（2019）新2801刑初668号刑事判决书。

[24] 参见袁帅：《交通肇事二次碾压致死刑事责任的法理及实证分析》，《广西警察学院学报》2020年第2期，第25页。

[25] 参见段蓓：《交通肇事罪中“逃逸”问题的限缩性解读——基于对651份裁判文书的分析》，《政治与法律》2022年第3期，第172页。

[26] 支持这一主张的判决，参见北京市第二中级人民法院（2016）京02刑终555号刑事附带民事裁定书。

于被告原则，是一个需要细致讨论的问题。

对于上述事实存疑但基于刑法解释论并不影响定罪情形的分析，可能会有观点认为，流行病学的因果关系、具体危险的认定、是否成立概括故意的判断等，都不属于存疑有利于被告意义上的“存疑”。比如，如果承认流行病学的因果关系，实质上就意味着降低了因果关系的证明标准，从而使此种情况不再属于可能导致有利被告后果的“存疑”。但是，本文认为，在前述情形下，犯罪构成要件的部分事实存疑是不可否认的，存在的只是在此基础上通过刑法解释论评价这种存疑的效果的问题，因而仍然与存疑有利于被告原则的刑法适用存在紧密关联。

三、存疑但涉及罪名选择适用的情形

存疑有利于被告中的“存疑”，特指与定罪和量刑有关的事实没有查清查实，难以形成司法确信。对于这一原则的具体适用，不能大而化之，更不能提倡“一存疑就无罪”这种具有迷惑性的口号，而应当仔细斟酌适用，尤其要考虑到在有些案件中，虽然重罪事实存疑，但认定被告成立轻罪仍然是可能的。此外，对于虽然事实存疑，但法官明显感觉被告不构成甲罪就构成乙罪的“择一判定”情形如何适用存疑有利于被告原则，也需要仔细研究。

（一）针对查明的事实选择适用罪名

在有的案件中，案件事实确实部分存疑，但通过细致分析证据，结合已查明的事实就足以认定犯罪事实存在的，理应不会有适用存疑有利于被告原则的余地。

例如，被告发现被害人坐在某公园的椅子上与他人聊天时将随身携带的拎包放在身边，就暗想如果被害人不小心忘记了这个包，就去拿走。结果，被害人离开时，真的把拎包忘了。行为人在被害人走出27米左右时，感觉时机已到，就将拎包拿到旁边的公共厕所，从中取走现金。被害人在离开现场200米远处（2分钟路程），发现自己忘了拿包，返身回来找，后来在朋友的协助下将行为人抓获。对于本案，日本法院判决被告构成盗窃罪。一审法院的判决理由是：虽然被害人将本案拎包遗忘于公园的椅子上，但被害人脱离对拎包现实的控制的距离和时间都极为短暂，在这期间，公园里几乎无人通行，被害人不仅对遗忘场所有明确认识，对有可能拿走拎包的人也能猜得到（实际上也是如此），因此，在被告拿走财物之时，被害人并未丧失对财物的实际支配，仍然继续保持对财物的占有。二审法院认为：被告在被害人离开自己的财物仅仅27米之际就拿走被害人的财物，即便考虑到被害人暂时忘记拎包而离开现场的事实，也不能认为被害人失去了对本案拎包的占有，故被告在本案中的领得行为构成盗窃罪。^[27]换言之，一审的侧重点是被害人还记得该财物在近处而并未遗忘，该财物不属于遗忘物；二审则侧重于客观分析，即被害人的财物被行为人拿走时，被害人距离该财物还很近，其继续维持着对该财物的占有。一审判决的逻辑如果要成立，就需要确认被害人的记忆力，而这可能是存疑的事实；按照二审的思路，则没有事实存疑的问题。因此，在具体案件中，案件事实是不是真的存疑，主要看司法人员从哪一点切入。

对于本案，山口厚认为，法院直接根据被告取得财物的行为时点的相关状况来判断被害人是否丧失占有，进而根据被告在被害人离开27米时就拿走被害人财物的事实，肯定行为人侵害了他人的占有，因而是妥当的判决。这和传统的解决思路不同。传统的思路是，对于从被害

[27] 参见日本最高裁判所（2004年）平成16·8·25刑集58卷6号，第515页。

人离开财物的时间点开始，直到发现自己遗忘了财物并回到遗忘场所的全部状况加以综合的检讨，据此判断该财物此时是否仍然处于被害人的占有之下。因为无法绝对确定被告实施领得行为的时点，传统思路会面临存疑有利于被告原则的质疑。为此，判断被害人对财物的占有时会最大限度地考虑被害人与财物之间的时间、距离的间隔，且往往容易得出否定性的结论。与上述做法相反，在本判例中，由于被告实施领得行为的时点已经非常确定，可以直接以行为时为基准来判断被害人的占有是否丧失。可以说，这是原本意义上的占有的判断方法，因为只有领得行为之时点被害人是否丧失占有才是问题的关键。^[28]结合已查明的事实足以认定盗窃罪成立的，根本没有适用存疑有利于被告原则的余地。

另外，根据已经查明的事实环节能够定罪的，在适用存疑有利于被告原则之后，并不会导致被告彻底无罪。这涉及所谓“后置确定”和“前置确定”的问题。例如，甲仅参与看管被拘禁的被害人，不知道其他共犯人还有勒索财物的故意，仅以为其他共犯人与被害人有债权债务纠纷，且未参与绑架被害人的，其他共犯人构成绑架罪，甲仅构成非法拘禁罪。由于只能证实后一事实（看管行为），如果要定罪，就必须仔细审查后一事实，对前一环节的重罪则只能坚持存疑有利于被告（后置确定）。如果在两个以上相互关联的事实中，对前者的认定是没有疑义的，而后者只是可能存在的，就只能按照前者定罪。例如，甲伪造国家机关证件后，指控其后续的招摇撞骗罪或诈骗罪的证据均存疑时，只能认定甲构成伪造国家机关证件罪（前置确定）。

（二）犯罪位阶关系与事实存疑时的罪名选择适用

当不同犯罪的要素之间或同一犯罪的不同形态之间存在多与少、轻与重的关系时，可以认为其具备逻辑上的位阶关系，基本犯和加重犯、减轻犯以及犯罪既遂和犯罪未遂就具有这样的关系。在案件事实部分存疑，因坚持存疑有利于被告而不能认定重罪时，需要进一步判断能否成立处于较低位阶的犯罪（形态）。

这就说明，在具体犯罪的认定过程中，即便坚持存疑有利于被告原则，最终得出的也未必都是无罪或绝对有利于被告的结论。例如，被告因携带凶器抢夺而被指控犯抢劫罪，但其主张在抢夺当时并未携带该凶器，而是抢夺得逞后返回家里的途中捡拾了该凶器。庭审如果无法查明被告抢夺时是否携带了该凶器，由于携带凶器抢夺所构成的抢劫罪与抢夺罪具有逻辑上的位阶关系，故只能得出对被告有利的结论，对其以抢夺罪论处。又如，A、B共谋后对C开枪，其中一颗子弹打死了C，但无法查明这颗子弹是谁发射的。对此，应当按照共同犯罪的“部分行为全部责任”原理认定二人均为既遂。虽然定罪时不能适用存疑有利于被告原则，但量刑时应当有别于故意杀人致人死亡的因果关系能够明确的情形，对被告判处相对较轻的刑罚。也就是说，死伤结果的因果关系客观上不能查明，在量刑层面会相对地有利于被告。^[29]再如，行为人甲拿出手枪准备射击被害人乙，行为人先是不小心击发了一枪，紧接着又故意开了一枪，但只有一枪击中被害人致其死亡。法官无法确定死亡是第一枪所致还是第二枪所致，此时，并不能根据存疑有利于被告原则轻易得出无罪的结论。甲有成立过失致人死亡罪和故意杀人罪未遂的可能（如果是第一枪致死），也有成立故意杀人罪既遂的可能（如果是第二枪致

[28] 参见[日]山口厚：《从新判例看刑法》，付立庆、刘隽、陈少青译，中国人民大学出版社2019年版，第160页。

[29] “两人以上实施行为，产生一个结果，但具体因果关系不清楚，出现要件事实或量刑事实存疑的情况，可适用有利被告原则，但适用的情形及方式受一定条件制约。”前引[1]，龙宗智文，第80页。

死)。如果认定是第二枪致死,对于法益的保护当然是最全面的。但由于这一事实(第二枪致死)存疑,只能在不排除第一枪就导致被害人死亡的前提下,全面评价故意杀人未遂和过失致人死亡的想象竞合关系,从而作出对被告有利的结论。当然,无论是认为第一行为致被害人死亡,还是第二行为致被害人死亡,最终定罪时都要求行为人对死亡结果负责。〔30〕

在事实存疑且犯罪之间存在位阶关系时,应当以较轻的犯罪形态论处。如果结合刑法规范判断,事实存疑的效果是仅对某些共同犯罪人有利,其他共同犯罪人仍然可能要承担较重的法律责任,其未必成立犯罪未遂,即存疑并不会给其带来处罚上的任何“优惠”。例如,暴躁易怒的甲虐待妻子乙、女儿丙。某日,决意报复的丙用平底锅连续击打甲的头部,甲倒地。丙离开后,乙捡起平底锅再次击打甲的心脏部位,不久甲死亡。根据现有证据,无法确定乙是否加速了甲的死亡,且乙、丙之间没有共犯关系。对于类似案件,法院很可能依据存疑有利于被告认定乙、丙均为故意杀人罪未遂。这一结论的合理性值得质疑,合理的结论是:对乙应认定为犯罪未遂,对丙则应认定为既遂。因为没有丙的击打,就不会有乙的进一步攻击,无论乙是否加速了甲的死亡,丙都是故意杀人罪的既遂。

(三) 事实存疑与“择一判定”的疑问

如果简单地认为存疑一律有利于被告,极有可能放纵犯罪,因为对有的被告无论怎么看都有罪,其不构成甲罪就一定构成乙罪(且甲乙二罪间未必有位阶关系)。也就是说,行为人的行为一定符合两个及以上犯罪构成要件中的某一个的,存疑是否绝对有利于被告,是值得研究的问题。德国刑法学将此时的刑法适用称为“择一判定”或者“选择认定”。对此,耶赛克等人指出:法官虽然能够确信,被告如果没有实施被指控的犯罪行为,应对其依存疑有利于被告原则宣告无罪。但法官相信,被告一定实施了另一犯罪行为,对于后者的认定只能是选择性的。问题在于,行为人是否能因以可选择的事实为基础的一个行为而受到处罚。此时,出于刑事政策理由的“择一判定”是被允许的,这是存疑有利于被告原则的例外。〔31〕

例如,甲的手表在人群拥挤的场所被他人窃取,几个星期后,乙戴着甲的手表外出时被抓获。法院无法查明乙是盗窃了甲的手表,还是非法收购了甲的手表。法院毫无疑问地认定乙如果不是盗窃犯,就是赃物犯,除此之外不能作其他解释,但疑惑不决的是对乙究竟应该定盗窃罪还是赃物犯罪。对此,学者认为,在事实不明的情况下,法院不能仅基于法安定性的考量判决被告无罪,而应当兼顾个案正义,在证据尚不确定时,也可以对确实有罪的被告在两个及以上的可能性中作出选择性的有罪判决。对于前述案例中乙的行为,应当在盗窃罪和赃物犯罪中,选择处刑相对较轻的赃物犯罪定罪量刑。

这说明,数个案件事实情况都是可能发生的,而这些案件事实情况之间具有一定的可比性,同时,还必须排除所有案件事实情况无一成立的情形。为此,区分两种情况讨论:(1)同种的“择一判定”。行为人实施了两个针对同一构成要件的行为,其中一个行为能够被证据证明。例如,证人的两次证言相反,其中一个一定是故意作伪证,但无法确定哪一个是伪证的,法院认定构成伪证罪。(2)异种的(纯正的)“择一判定”。被告甲在运输盗窃来的赃物时被抓获,但无法查明这些赃物是甲自己偷来的,还是甲从他人那里获得的。同种的“择一判定”,行为人事事实上犯下了某种罪行;异种的“择一判定”,行为人犯下了哪种罪行无法确定,

〔30〕 参见蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,中国台湾元照出版有限公司2008年版,第46页。

〔31〕 参见〔德〕耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》上,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第199页。

只是选择其中一个定罪。如果严格贯彻存疑有利于被告原则，这两种情形下的被告均应无罪。但这样处理可能不利于保护法益，因此，德国刑法学的多数说主张，在严格的限定条件或界限范围内，允许以可作多种解释的行为事实作为定罪判决的基础。对于这里的限定条件，则见仁见智。实务的立场是，如果数个行为之间具备“法律伦理或者心理上的可比性”，就可以进行“择一判定”。“法律伦理的可对比性”，是指可能“择一判定”的两个行为具有较为相同的罪责非难，或者按照一般社会大众的法感觉，二者在法律上或伦理上具有可以相对比的非价值判断。“心理上的可对比性”，是指行为人对于可能“择一判定”的两个行为，具有相近的心理认识。例如，伪证和诬告之间、诈骗和窝赃之间就具备这种可比性，而杀人和伤害之间就不具有这种可比性。理论上的有力说认为，数个犯罪之间只有具有“不法核心的同一性”才能进行“择一判定”。这要求不同的犯罪侵害同一种法益，且不同犯罪的行为反价值性相同，才能认定为具有同一性。例如，诈骗罪和盗窃罪都侵害财产法益，且行为反价值性相同，在事实存疑时，可以进行“择一判定”。〔32〕不难看出，德国刑法理论和实践都试图通过构建规则来严格限定“择一判定”的适用空间，从而在法安定性和实质正义之间取得平衡。其具体操作是：分别检验每一种可能的案件事实情况，判断被告是否满足各个构成要件。如果是，则不存在适用存疑有利于被告原则的空间，再根据“法律伦理或者心理上的可比性”或“不法核心的同一性”进行选择认定，即从数个可能成立的犯罪中选择处罚最轻的予以适用。〔33〕林山田认为：“择一判定”的情状，具有相同的不法与罪责内涵，也具有法律伦理的与心理的可对比性，一般社会大众会将盗贼与收赃者同视，因此，“择一判定”是允许的。〔34〕

“择一判定”是在事实存疑时为了避免个案处理明显不妥当而提出的刑法适用原理，也就是说，虽然存疑，但在例外情形下仍然基于事实的择一认定而判决被告有罪。但是，这样的处理方法可能会导致法安定性与实质正义的冲突：如果坚持法安定性，会反对“择一判定”；如果认为实质正义优先，会认同“择一判定”。笔者对上述德国理论和司法立场提出质疑，认为其判断标准模糊，有碍法的安定性，相关理论和做法并不妥当。首先，没有顾及法治国立场和程序正义。“择一判定”是就连轻罪的构成要件事实都没有查明的情形，对被告强行定罪。即便是同种的“择一判定”，行为人实施了两个针对同一构成要件的行为，如证人的两次证言相互矛盾，其中一个证言肯定是伪证，司法上对其证言与案件事实之间的抵触何在需要进行证明和检验，证明其犯罪故意的证据是否存在也需要控方承担证明责任。因此，究竟哪一种情况符合哪一个构成要件，如果控方不能确实证明，还是应当适用存疑有利于被告原则。其次，“择一判定”的标准过于模糊，为了满足处罚必要性的考虑，有时甚至没有具体的判断标准，定罪沦为对法官法感觉的印证。比如，盗窃罪和赃物犯罪的法定刑差异很大，很难说二者的不法性具有可比性；伪证和诬告之间、诈骗和窝赃之间，既不具有“法律伦理或者心理上的可比性”，也不具备“不法核心的同一性”。再次，根据犯罪认定的充分评价原则，应当反对“择一判定”。充分评价原则，一方面要求清晰列举被告可能触犯的罪名，另一方面要进一步考虑是否存在数罪以及并罚的必要。“择一判定”的思考没有穷尽一切可能，在前述行为人不构成盗窃罪就一定构成赃物犯罪的情形中，“如果不是盗窃犯，就是赃物犯，除此之外不能作

〔32〕 参见前引〔3〕，金德霍伊泽尔书，第496页以下。

〔33〕 参见前引〔31〕，耶赛克等书，第204页。

〔34〕 参见林山田：《刑法通论》下册，北京大学出版社2012年版，第256页。

其他解释”的判断，可以说带有臆想的成分，因为行为人是否拾得遗失物、是否善意取得等，都需要在司法上谨慎排除，而非“不是盗窃就一定是收赃”的简单化非此即彼思维。最后，刑事诉讼中控方承担证明责任，“择一判定”的逻辑等于证明责任倒置，让被告承担自证清白的义务，这与刑事诉讼的基本原理相悖。

四、存疑有利于被告进而影响量刑的情形

学者指出，量刑是两种判断的综合：根据被告已经做下的坏事以及犯罪当时的主观要素等，向后看、回顾性地确定一个刑期（责任刑）；然后根据个人的危险性向前看，再展望性地确定预防刑。但是，责任刑、预防刑对量刑的影响力不是等量齐观的。在具体量刑过程中，必须确定被告的客观违法对量刑的决定性影响，在此基础上考虑被告犯罪时的主观责任，根据客观违法和主观责任裁量出责任刑。只有在责任刑确定之后，才能考虑预防刑。归结起来讲，所谓量刑就是按照（行为）责任确定刑期的大框架，在这个范围内，再基于预防的考虑对刑期进行上下微调。^[35]根据这一量刑逻辑，在可以定罪的前提下，无论是影响责任刑的事实存疑，还是影响预防刑的事实存疑，都应得出对被告有利的量刑结论。通常而言，在影响责任刑的事实存疑时，有利于被告的幅度应当大于影响预防刑的事实存疑时。

（一）影响责任刑的事实存疑

在我国刑法中，大量犯罪的认定直接受制于犯罪数额，该数额的查明和认定直接决定了被告的责任刑上限。犯罪数额存疑，就是影响责任刑的事实存疑。例如，甲乙丙三人是某公司水泥罐车司机，该公司购买新水泥罐车交给三被告驾驶。三被告经共谋，从加油站加满油后，将车开到事前联系好的收赃人丁处抽取、倒卖车内柴油，如此长达20个月。公诉机关指控三被告窃取公司柴油数额合计27万余元。控方的计算方法是：车辆加油总量 - （车辆里程 × 汽车理论油耗量） = 盗窃柴油总数。^[36]问题是，这种认定方法是否妥当？如果汽车理论油耗量以最大数额为标准，就基本是合适的。其他司机的油耗量大小作为参考值，如果对被告是有利的，也需要考虑。此时计算盗窃数额的“就低不就高”，就是存疑时有利于被告。与此类似的是，被告实际销售的毒品数量无法查清，但其供述了一个相对较小的数量，且其以贩卖为目的购进的毒品数量能够确定的，可以认为被告实际交易的数量应高于其供述的数量，但此时按照“就低不就高”的原则进行认定，也是在事实存疑时作出了有利于被告的认定，该结论大体上是妥当的。^[37]

当然，在有的案件中，影响责任刑的事实似乎存疑，但法官通过内心确信能够认定具体犯罪数额，消除其疑虑的，并不违背存疑有利于被告原则。例如，法官综合全案证据认为，被告蒋某对于盗窃现金数额、财物及赃款去向多次供述不一致，被害人郭某的陈述及其丈夫的证言较为稳定，采信被害人陈述的被盗现金94万元及两枚戒指、两条项链较为妥当。^[38]法院据此选择相信被害人所说的数额并据此定罪量刑，而未简单适用存疑有利于被告原则，这一结论

[35] 参见 [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁2018年版，第625页。

[36] 参见四川省成都市中级人民法院（2013）成刑终字第233号刑事判决书。

[37] 参见山东省东营市中级人民法院（2015）东刑一终字第19号刑事裁定书。

[38] 参见河南省固始县人民法院（2013）固刑初字第335号刑事判决书。

是合理的。

足以导致法定刑升格的事实是否存在，也需要查明。例如，被告潘某驾驶大货车运输酱糟，因车厢板张开导致酱糟泄露，车辆继续行驶 70 米后侧翻在车道上。潘某未设置警示标识，因酱糟泄露致路面湿滑，引发后续两车相撞，致 11 人死亡，潘某见状离开，是否构成逃逸？法院认为，“不能得出潘某明知交通事故与己有关的唯一结论，根据疑罪从无的刑法原则，不宜认定潘某故意逃逸”，^[39]不对其适用交通肇事后逃逸的加重刑。

在责任刑的确定中，死刑的适用必须慎之又慎，尤其要贯彻存疑有利于被告原则。例如，被告张某太拿刀刺伤被害人（同居女友），然后打开煤气欲与被害人一起自杀，后被害人死亡，被告得救。法院认为被害人受伤之后自己想死，还是有求生愿望无法查清，这一事实对被告的量刑有影响，遂判处被告死缓限制减刑。^[40]本案的死刑适用考虑了存疑有利于被告原则，即被害人自己不想活的事实是认定被告非难可能性时需要考虑的因素，对这种影响死刑的酌定情节存疑的情况，在裁量死刑时予以考虑是合适的。又如，工人张某军操作挖掘机，用挖掘机的铲斗将之前与其争吵的二人拍打致死，法院认为二被害人吸毒，之前还曾打骂和体罚工人，即便此次二被害人是否打骂、侮辱被告的事实存疑，也不能排除被告被打骂后报复泄愤的可能性，从而在被害人是否具有过错这一事实方面存疑，进而对张某军判处死缓限制减刑。^[41]

（二）影响预防刑的事实存疑

在影响预防刑的从宽处罚情节存疑时，能否得出有利于被告的结论，在实务上有争议。例如，被告提供证据证明案发前和同案犯通话，确定了同案犯的具体藏匿地址，然后提交给侦查机关。公诉人提出证据对此予以反驳，但其对同案犯被抓获的具体细节描述前后不一、相互矛盾。对此，一审判决未认定被告构成立功。但是，定罪事实存疑和量刑事实存疑在诉讼上进行排除时，各自的证明要求是不同的。定罪事实存疑时，经过严格证明仍然存疑的，作有利于被告的处理；影响预防刑的从宽情节（量刑事实）存疑时，应当适用自由证明而非严格证明。本案二审经综合衡量后，认为被告的说法能够得到同案犯的印证，“相对于控诉方提供的多份抓获经过和情况说明而言，可信度更大”，故二审法院根据优势证据裁判标准，认定被告构成立功。^[42]应当认为，二审的做法更为合理。

对于影响预防刑的量刑事实存疑时作有利于被告的处理，有人可能提出异议：刑法第 68 条关于立功的规定中明确要求犯罪分子揭发他人的犯罪行为必须查证属实才能构成立功，反之，揭发他人的犯罪行为但未查证属实的，不能构成立功。关键是如何理解这里的“查证属实”。例如，被告甲、乙被指控向国家工作人员丙行贿。在案件审理过程中，甲揭发乙还犯有其他犯罪事实，这一犯罪事实是乙帮助王某在职业资格考试中提高分数并收取王某 140 余万元，并请国家工作人员丙帮助提高分数。对于甲揭发的事实，公诉机关认为没有证据证明乙在收取王某钱财后向丙行贿，但认定乙、丙虚构了办理考试“保过”的事实，对丙以诈骗罪追加起诉。法院合并审理后认为：甲揭发的犯罪事实不清、证据不足，理由是乙、丙之间曾有大额的不正常借款，难以认定乙虚构事实，乙不构成诈骗罪；虽然难以排除二人之间存在请托的

[39] 参见河南省信阳市中级人民法院（2016）豫 15 刑终字第 284 号刑事裁定书。

[40] 参见辽宁省本溪市中级人民法院（2013）本刑一初字第 33 号刑事附带民事判决书。

[41] 参见黑龙江省黑河市中级人民法院（2016）黑 11 刑初 36 号刑事判决书。

[42] 参见江苏省无锡市中级人民法院（2013）锡刑终字第 134 号刑事判决书。

默契，但现有证据也无法排除丙可能为王某等学员提高分数的可能性，只不过认定乙构成行贿罪的证据未达到确实充分的程度。在本案中，法院未认定乙的诈骗罪和行贿罪，但认为甲的揭发行为构成立功。能否认为该判决适用法律有误，即不认定乙的诈骗罪和行贿罪，就等于甲的检举揭发没有查证属实，也就不能认定甲构成立功？关于“查证属实”应当如何理解，是否完全以法院对被检举人作出有罪判决为标准，是一个疑问。对此，要具体情况具体分析，实质考察揭发检举行为的实质效果，而不是简单地以是否宣判无罪或存疑不起诉为标准。认定立功，也应当坚持存疑有利于被告。根据检举揭发的事实，他人构成犯罪的可能性高度存在，只是出于各种考虑没有对被检举人定罪的，也属于立功。因此，刑法第68条规定的“查证属实”也包括经查证后，虽然被检举揭发的事实存在一定疑问，但法官认为属实的情形。

五、存疑有利于被告原则的排斥适用

在可能涉及存疑有利于被告的情况下，司法上必须明确，在法律拟制、法条含义不明等情形下，存疑有利于被告原则是被排斥适用的。换言之，法律拟制、法条含义不明等情形是将存疑有利于被告原则限缩在了一个比较合理的适用范围内，以防出现过于泛滥的无罪判决。

（一）法律拟制与存疑有利于被告

我国刑法中有大量法律拟制规定，其中一些规定是将轻罪在符合一定条件时拟制为重罪。此时，只要符合法律拟制的要求，就成立重罪，被告不能以重罪的行为、故意等存疑进行辩解。例如，刑法第247条规定，刑讯逼供致人死亡的，依照故意杀人罪的规定定罪从重处罚。这是法律拟制的规定。对此，控方只需要证明被告在刑讯逼供过程中致被害人死亡，就可以直接认定被告构成故意杀人罪，至于其杀人故意是否存疑，并不影响行为人的重罪罪责，此时不存在存疑有利于被告原则的适用空间。

与此相似的是日本刑法第207条“同时伤害的特例”规定，其具体内容是：“二人以上实施暴力伤害他人，在不能辨别各人暴行所造成的伤害的轻重或者不能辨认何人造成了伤害时，即使不是共同实行的，也依照共犯的规定处断。”这属于存疑有利于被告的例外。众所周知，在共同伤害的场合，根据“部分行为全部责任”原理，所有共犯都要对最终的危害结果承担责任。但是，多个行为人偶然同时实施暴力行为致他人伤害，伤害结果由谁实际造成难以判明的，如何处理？例如，甲、乙、丙未经共谋偶然在同一地点，前后相隔5分钟左右对丁实施伤害行为，丁重伤，但究竟是甲、乙还是丙造成了重伤结果难以查明，甲、乙、丙是否均应对重伤结果负责？“同时伤害的特例”规定要求行为人共同对伤害结果负责，这是将不是共同犯罪的伤害行为实施者在法律上拟制为导致伤害结果发生的共同正犯。^{〔43〕}这主要是考虑到在同时伤害的情况下，如果伤害结果由谁造成难以查明，若严格贯彻个人责任原则，就会过于加重控方的证明责任，按照存疑有利于被告原则，最终谁都不会对伤害结果负责，这不利于保障被害人的利益，所以法律拟制各个暴力行为与伤害结果之间存在因果关系，从而将证明责任从控方转移给被告方。^{〔44〕}在这种情况下，因为被告最容易接触到证据，最清楚究竟是谁的伤害行为

〔43〕 参见〔日〕井田良：《讲义刑法学·各论》，有斐阁2020年版，第67页。

〔44〕 参见〔日〕团藤重光：《刑法纲要各论》，创文社1990年版，第418页。

导致了结果发生，如果其意欲为自己辩解，就必须举证证明结果是由其他被告造成的。

“同时伤害的特例”这种法律拟制规定的效果是：在检察官证明存在同时犯的伤害行为，并且最终发生了伤害结果之后，行为人无法辨明自己与结果无关，该结果究竟由谁造成也存疑时，法官仍然可以要求所有同时犯对结果负责，从而产生了存疑不利于被告的后果。对此，山口厚指出：有关暴行与伤害结果之间必须具备的因果关系，本条规定了举证责任倒置，只要行为人不能成功举证自己的行为与伤害结果之间不存在因果关系，对于伤害结果，行为人就应当承担相应罪责。在由少数人实施的暴行引起伤害结果的场合，不能辨明究竟由谁的暴行导致了该伤害结果，尽管的确存在这种情况，但本规定是基于这样一种假定——自己并未实施最终导致伤害结果的暴行，本人对此有提出反证的可能性。但是，这一规定似乎是从正面肯定了其中的某人应承担“莫须有的罪责”，其合理性值得质疑。因此，从立法论上看应该废止本规定；从解释论上看，应尽量朝着限制其适用范围的方向进行解释。^[45]

确实，刑法分则中涉及具体犯罪的法律拟制规定排斥了存疑有利于被告原则的适用，其在减轻控方证明责任方面的效果极其明显。但是，这类规定的局限性也非常明显。“普遍性要求被告人反驳对他们的指控，可能有争议性地违反了无罪推定原则，因为这类规则可能推定任何被指控犯罪的人都是有罪的，除非他可以使法院确信自己是清白的。”^[46]

（二）法条含义不明与存疑有利于被告

前述关于存疑有利于被告原则的分析，都是以事实存疑为前提的。对于法条含义不明时，是否必须作有利于被告的处理，历来有争议。

例如，在“马某‘老鼠仓’案”中，对援引法定刑的适用是全面援引，还是部分援引，在理论和实务上都缺乏共识。本案辩护人认为，在对刑法第180条第4款是否包含了同条第1款中的“情节特别严重”情形存在争议的情况下，应当作有利于被告的解释。不过，最高人民法院对辩护人关于本案应适用存疑有利于被告原则的辩护理由予以驳回，认为有关援引法定刑的争议涉及刑法解释问题，最高人民法院对此的态度是全面援引，其结果就是对符合法定刑升格条件的被告要适用更重的刑罚，从而未承认“法条含义不明时应作有利于被告的处理”的主张。^[47]

与“马某‘老鼠仓’案”中辩护人的主张类似，理论上也有少数学者认为，在事实认定并无疑问，但刑法适用出现难以解决的疑难问题时，应当作出有利于被告的处理。其主要理由是：由于法律不完善以及解释方法的有限性，在法律适用上总会存在难以解决的疑问，此时如果不作有利于被告的考虑，就是将法律规范指示不明、法律不完善的后果全部转嫁给被告，这不利于保障人权。^[48]这一主张值得商榷。

存疑有利于被告原则的核心意思是：司法上如果尽其所能也仍然无法排除对关键事实的怀疑时，就应当作出对被告有利的结论，禁止在刑事程序中利用未被完全证明的事实对被告造成

[45] 参见[日]山口厚：《刑法各论》，王昭武译，中国人民大学出版社2011年版，第55页。

[46] 前引[5]，魏根特书，第118页。

[47] 参见最高人民法院（2015）刑抗字第1号刑事判决书。

[48] 参见叶良芳：《罪刑法定的司法实现——以刑法解释的正当性为中心》，载赵秉志主编：《刑法论丛》第32卷，法律出版社2012年版，第123页；时延安：《试论存疑有利于被告原则》，《云南大学学报（法学版）》2003年第1期，第39页。

不利后果。〔49〕这里的存疑，特指事实基础不能确定，不法结果不能归属于被告，法官无法根据审判所获得的确信得出有罪判决结论，从而只能得出有利于被告的结论。对此，学者指出，案情如果不清楚，“应当通过（接近现实的）案情解释来阐述这些不明确性。只有当无法消除对案情的怀疑时（有时案情自身包含着特定情况无法被查明的表述），才能动用‘存疑有利于被告’原则，以最有利于行为人的案情选项作为出发点”。〔50〕这一思考方法与刑法判断方法的涵摄推理有着密切关联。事实不确定，就缺乏进行涵摄的前提。因此，存疑有利于被告原则只能适用于事实认定有疑问的场合。如果在法律规范的解释方面存在疑问，刑法适用不能一味追求有利于被告的结论，法院不应选择对被告最有利的解释，而应选择“正确的解释”。〔51〕换言之，如何进行刑法解释，不能受制于法律效果对被告是否有利，而是取决于对解释方法的妥当运用，以及如何正确地解释所涉及的规范，即取决于对解释具有重要性的观点。“正确的解释结果当然可能对被告人不利，但这和罪疑唯轻原则之间没有任何的矛盾，没有在单纯法律适用不明的情形一定要优先适用较轻的构成要件的道理。”〔52〕

如此说来，区分事实存疑和法条含义不明的处理效果是很重要的。目前实务中“定放两难”的案件，就是把法条含义不明和事实存疑纠缠在了一起。证据有限、事实存疑时，司法上必须作有利于被告的处理。法条含义不明时，关键是如何合理地进行解释和演绎推理，必要时需要进行价值判断，在面临多种解释方案时，要在可能的语义范围内进行合理解释和利益权衡。“如果在解决具体案件时，该文字表述留下了数种解释可能性的空间，而没有哪一种可能性是明显正确的，那么就应当借助其他解释方法来查明其规范内容。这里并不适用存疑有利于被告原则，不选择对于行为人最有利的解释是‘正确的’。”〔53〕即便解释结论对被告不利，但对法律规范的解释正确时，也应当适用该解释结论。因此，在解释有争议的法律概念时，是否应作出对被告有利或不利的解释，取决于解释方法的运用是否正确，而非是否对被告有利。〔54〕也就是说，“对法律问题或法律见解的疑惑不决，则不可适用罪疑唯轻原则。简言之，罪疑唯轻原则仅适用于事实真相的调查、探究或审酌。若因法律见解的不同，致对于法律的适用问题有所疑惑者，则无适用罪疑唯轻原则的余地”。〔55〕

由此可以认为，所谓的法条含义不明，只不过是法律的理解有争议。此时的关键是穷尽解释方法，而不是简单地主张“法条含义不明时应作有利于被告的处理”。在多种解释方案中，如果能够得出有利于被告的结论，且该解释妥当合理的，才能得出有利于被告的结论，但这与“法条含义不明时应作有利于被告的处理”无关。例如，有的国家或地区规定，被告“在侦查中自首，自动退缴全部所得财物者，减轻其刑”。被告甲虽然在侦查阶段自首，但未自动退缴全部所得财物，而是到法院审理时才退缴其全部犯罪所得的，能否对其减轻处罚？对于这种法律规定不明的情形，就需要解释。如果认为减轻处罚的前提是“在侦查中自首”且

〔49〕 参见林钰雄：《刑事诉讼法》上册，中国人民大学出版社2005年版，第130页。

〔50〕 [德] 乌韦·穆尔曼：《德国刑法基础课》，周子实译，北京大学出版社2023年版，第135页。

〔51〕 参见前引〔31〕，耶赛克等书，第213页。

〔52〕 蔡圣伟：《论罪疑唯轻原则之本质及其适用》，载陈泽宪主编：《刑事法前沿》第2卷，中国人民公安大学出版社2005年版，第247页。

〔53〕 前引〔50〕，穆尔曼书，第139页。

〔54〕 参见前引〔30〕，蔡圣伟书，第28页。

〔55〕 前引〔34〕，林山田书，第254页。

在侦查阶段自动退缴全部所得财物，即同时要求自首和自动退缴犯罪所得，那么对于虽在侦查阶段自首但未同时自动退缴犯罪所得的甲，就不能减轻处罚。如果认为前述“在侦查中自首，自动退缴全部所得财物者，减轻其刑”的规定，其主旨是鼓励犯罪人勇于自新，但限于侦查中已自首者始有减轻其刑之适用，乃在于防止罪犯湮灭罪证以兼顾证据保全，但犯罪所得财物之自动退缴、是否延迟缴纳，都与证据保全关联不大，且被告的犯罪所得财物究竟有多少，未经法庭举证质证很难准确判定。因此，如果认为该规定并未对行为人自动退缴全部所得财物的时间进行限定，并不以在侦查阶段退缴为限，对被告当然可以减轻处罚。所以，对法律适用有争议时，关键是穷尽解释方法，准确探寻法条的规范目的，而非一味提倡有利于被告。

Abstract: The principle of *in dubio pro reo* requires the construction of a hierarchical and systematic judgment and application rules in substantive law. Firstly, it is necessary to accurately grasp the legal effect of the doubt in the factual premise of conviction. If the facts that affect the conviction of a felony are in doubt and there is no alternative misdemeanor, the defendant should be pronounced not guilty. When the facts in doubt are evaluated as unimportant, the conclusion of guilty can still be drawn. Secondly, courts should further study and judge the situations when the facts are in doubt and involve the choice of charges. The doubt in facts does not mean that the defendant must be pronounced not guilty. In cases where the facts of a felony are in doubt but have a hierarchical relationship with another crime, the defendant may be convicted of a misdemeanor or basic crime instead. When the facts of both a misdemeanor and felony are in doubt, “alternative judgment” will undermine the stability of law and therefore should be negated. Thirdly, after solving the problem of conviction, courts should pay attention to the doubt in facts that affects sentencing and make sure that it is beneficial to the defendant. Finally, it is necessary to examine whether there are situations in which the application of the principle of *in dubio pro reo* is excluded, such as legal fiction or lack of clarity in the meaning of legal provisions. Constructing the rules on the application of the principle of *in dubio pro reo* from the perspective of criminal law, by highlighting the importance of systematic thinking while balancing problem-oriented thinking, is superior in methodology.

Key Words: *in dubio pro reo*, *nulla poena sine lege*, doubt in facts, lack of clarity in the meaning of legal provisions
