

积极抗辩事由的证明责任： 误解与澄清

李昌盛*

内容提要：近年来，国内有学者主张应当将所谓“积极抗辩事由”的证明责任分配给被告人，认为这种分配机制不仅契合“谁主张，谁举证”的证明责任分配原理和“由容易举证者举证”的证明政策，而且符合当前法治成熟国家的普遍做法。但是，这些观点不仅在比较法上存在严重误解，而且没有认识到刑事证明责任的特殊性，更缺乏对我国法律和实践的充分关照，因此，这些观点不足以成为要求我国刑事诉讼中的被告人承担积极抗辩事由证明责任的依据。相反，由于存在因客观败诉风险而导致的证明必要，当下亟需强化对被告人辩护权的保障以及司法机关的“照顾义务”，而不是要求被告人承担积极抗辩事由的证明责任。

关键词：积极抗辩事由 证明责任 说服责任 提供证据责任 证明必要

一、引言

法谚曰：“举证之所在，败诉之所在。”有鉴于此，现代各国无不反对将犯罪事实证明责任分配给被告人的有罪推定之举，无不高举无罪推定的大旗，并以此作为免除被告人证明责任的根据。近年来，随着刑事证明责任理论研究的不断深入，学界不再满足于这种简单化的证明责任分配，纷纷探讨该规则的“例外”：被告人在哪些情形下应当承担证明责任。有学者认为，被告人至少应当承担诸如正当防卫、紧急避险等“积极抗辩事由”的提供证据责任或者说服责任。^{〔1〕}学者草拟的《中国证据法草案》第180条曾建议规定：“被

* 西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心副教授。

本文系国家社科基金项目“刑事错案风险分配研究”（12BFX059）的阶段性成果。

〔1〕 参见陈光中、陈学权：《中国语境下的刑事证明责任理论》，《法制与社会发展》2010年第2期，第55页；陈瑞华：《刑事诉讼中的证明责任问题》，《警察法学》2013年第1期，第23页；卞建林、韩旭：《刑事被告人证明责任研究》，《云南大学学报（法学版）》2002年第4期，第17页；汪建成：《刑事证据制度的重大变革及其展开》，《中国法学》2011年第6期，第57页；李静：《犯罪构成体系与刑事诉讼证明责任》，《政法论坛》2009年第4期，第114页；纵博：《刑事被告人的证明责任》，《国家检察官学院学报》2014年第2期，第126页；房保国：《论辩护方的证明责任》，《政法论坛》2012年第6期，第42页；聂昭伟：《刑事诉讼证明问题的实体法依据——兼论刑事实体法与程序法的一体化》，《法律科学》2005年第6期，第87页；胡巧绒：《被告人刑事责任年龄的证明责任分配研究》，《犯罪研究》2011年第6期，第99页。

告人不负证明自己无罪的责任,但如果被告人提出精神不正常、正当防卫、紧急避险、基于合法授权或存在合法理由的辩护,以及提出不在现场的证明应当提出证据加以证明。”〔2〕

从理论渊源看,“积极抗辩事由(affirmative defenses)”是英美刑事法的核心概念之一,与其直接对应的概念是“犯罪本体要件(elements of crime)”。通常情况下,只有认定被告人的行为符合犯罪本体要件,同时不存在积极抗辩事由,才能认定被告人构成犯罪。因此,英美法系的犯罪构成理论又被称为双阶层理论。犯罪本体要件可被称为犯罪的“积极要件”或者“犯罪表面上成立的要件”,其包括客观行为和主观心态两个方面。积极抗辩事由则是在犯罪本体要件成立的基础上提出的阻却行为违法性或者有责性的排除犯罪性事由,可称之为犯罪的“消极要件”或者“犯罪实质上成立的要件”。〔3〕它包括两个方面:一是排除行为违法性的“正当化事由(justifications)”,例如正当防卫、紧急避险、依法行使职权等;二是排除行为人有责性的“可宽恕事由(excuses)”,例如精神失常、醉酒、梦游症、反射动作等。前者关心的是行为的实质合法性,后者关心的是行为人道义上的可责难性。属于正当化事由的行为(如正当防卫)非但实质上不违法,反而可能是有利于社会、值得褒扬的行为;〔4〕具备可宽恕事由的行为还是违法的,但由于行为人的特殊性(如缺乏是非辨别和行为控制能力),缺乏施加刑事责任的道德基础,从而宽恕其罪行。〔5〕

从比较法的视角考察,德日三阶层犯罪构成理论与英美的双阶层理论在构造上有相近之处。三阶层体系包括构成要件符合性、违法性和有责性三个要件,大体可以对应于双阶层理论的犯罪本体要件、无正当化事由和无可宽恕事由。〔6〕由此观之,可以将排除犯罪性事由(不具备违法性和有责性)等同于积极抗辩事由。而国内学者主张积极抗辩事由的证明责任应由被告人承担的主要理由,可以总结如下:

其一,无论是英美法系国家,还是德日等大陆法系国家,检察官承担犯罪本体要件或者构成要件符合性的证明责任,被告人则在一定程度上承担积极抗辩事由或者排除犯罪性事由的证明责任。“两大法系的双重证明责任理论体系都要求辩护方在一定情况下承担举证责任”,对此可予以借鉴,〔7〕让我国的被告人在一定程度上承担积极抗辩事由的证明责任,这与“世界各国的普适性作法”相符合。〔8〕

其二,积极抗辩事由作为出罪要件,与作为入罪要件的犯罪本体要件性质不同,它本身不属于犯罪事实,而属于独立于犯罪事实的例外情形。提出积极抗辩事由不再是单纯的否定犯罪的消极辩解,而是犯罪事实之外的新主张;“按照证明责任分配的一般原理,只要一方提出积极的诉讼主张……就都应承担证明责任”〔9〕,即“谁(提出积极)主张,谁举证”。因此,由被告人承担积极主张的证明责任符合一般法理。

其三,与犯罪本体要件相比,阻却违法性和有责性的积极抗辩事由不属于犯罪的通常

〔2〕 毕玉谦、郑绪、刘善春:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社2003年版,第642页。

〔3〕 参见赖早兴:《英美法系国家犯罪构成要件之辨正及其启示》,《法商研究》2007年第4期,第115页。

〔4〕 See Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, 82 Colum. L. Rev. 199, 213 (1982).

〔5〕 See George P. Fletcher, *The Individualization of Excusing Conditions*, 47 S. Cal. L. Rev. 1269, 1304-1305 (1974).

〔6〕 See George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 1998, p. 101.

〔7〕 参见前引〔1〕,陈光中等文,第55页。

〔8〕 参见前引〔1〕,聂昭伟文,第87页。

〔9〕 前引〔1〕,陈瑞华文,第24页。类似观点,参见前引〔1〕,纵博文,第125页;前引〔1〕,胡巧绒文,第99页。

形态，在司法实践中要求检察官在个案中排除不存在正当防卫、紧急避险、职务正当行为、精神失常等反常情形，会令控方不堪重负。因此，“当控方完成了犯罪本体要件的证明责任，就推定行为具备社会危害性、刑事违法性和有责性，被告若提出积极抗辩就需要承担一定的证明责任”。^[10]

上述三个理由分别属于比较法上的依据、证明责任一般法理上的依据和证明政策上的依据。简而言之，既然法治成熟国家都承认被告人应承担积极抗辩事由的证明责任，而且这种制度既契合法理（“谁主张，谁举证”）也符合证明政策（“由容易举证者举证”），我国理应顺应国际潮流、遵循基本原理，将积极抗辩事由的说服责任或者提供证据责任分配给被告人。

笔者认为，上述三个理由不仅在比较法上存在严重误解，而且没有认识到刑事证明责任的特殊性，更缺乏对我国法律和实践的充分关照，因此，均不足以成为要求我国被告人承担积极抗辩事由证明责任的依据。相反，由于存在客观败诉风险所导致的证明必要，当下亟需加强对我国被告人辩护权的保障以及强化由此衍生的司法机关的“照顾义务”，而不是要求被告人承担积极抗辩事由的证明责任。

二、积极抗辩事由的说服责任

（一）历史上的刑民不分

在西方，证明责任分配的基本原则肇始于罗马私法，其一般原则是“提出肯定主张的人有证明责任，提出否定主张的人无证明责任”。另外一个直接表达被告人承担证明责任的法谚是“被告由于提出抗辩而成为原告”。据此，原告无法将肯定主张或者被告无法将抗辩主张证明到法律规定的程度，导致最终的事实真伪不明时，他们将承受由此带来的不利结果，即各自的主张不被裁判者接受。

罗马私法关于证明责任分配的一般原理曾经得到西方国家的一致认可，大陆法系和英美法系的差异主要体现在技术层面。对于两大法系的裁判者而言，他们关心的核心问题是如何区分肯定性质的事实和抗辩性质的事实。由于法典和判例的差异，两大法系在寻找权威依据时分别采用了不同的方法。一般来说，大陆法系诉诸法典条文的语义和立法意图分析，英美法系诉诸权威判例中有关各种民事答辩性质的分析。^[11]

在大陆法系民事证明理论中，处于通说地位的法律要件分类说认为，原告通常负担法律规定的权利产生要件事实的证明责任，被告通常负担法律规定的权利妨碍、消灭等例外情形的证明责任。^[12] 司法人员必须首先确定实体法规则中要件事实的性质，然后据此分配不同法律要件事实的证明责任。英美法系传统上通过分析被告针对原告的民事答辩的性质，来贯彻古罗马的证明责任分配原则。针对原告的起诉，被告提出抗辩必须选择以下两种答辩中的一种：“否认性抗辩（a plea of denial）”或者“承认但免责的抗辩（a plea of confession and avoidance）”。被告选择前一种抗辩，只是否认原告起诉的事实的存在，而不必为此

[10] 前引〔1〕，李静文，第113页。类似观点，参见前引〔1〕，聂昭伟文，第87页。

[11] See George P. Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden of Persuasion in Criminal Cases*, 77 *Yale L. J.* 880, 896-898 (1968).

[12] 参见〔德〕莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第117页。

承担证明责任；被告选择后一种抗辩，则由于提出了原告主张之外的新争点，为此他必须承担新争点的证明责任。^[13]因此，大陆法系的民事证明责任理论被概括为“法规出发型”，而英美法系的民事证明责任理论被概括为“事实出发型”。^[14]

私法中的证明责任理论对刑事法产生了深刻影响。在19世纪，德国刑事法学者费尔巴哈完全赞成将刑事案件的争点分为两种类型：控诉事项和辩护事项。前者包括根据刑法典可能导致认定有罪的事实，它们是承担刑事责任的“原则”，由国家承担说服责任；后者是排除刑事责任的事实，它们是承担刑事责任的“例外”，由被告承担说服责任。1805年《普鲁士刑事条例》第367条规定：“如果有不利证据证明其行为构成犯罪，该行为人必须受到法定的惩罚，除非他证明在当时的情况下其不承担刑事责任。”该条例第363条还仿效民事证明责任原理，设定了刑事证明责任的一般原则：“证明责任由从某一事项的证明中获利的人即主张者承担。”据此，当时德国的判例普遍认为，由于免责事实属于认定犯罪的例外，被告人必须对诸如正当防卫、精神病等事由承担说服责任。在18世纪中期的英国，布莱克斯通同样认为，刑事案件可以划分为控方案件和辩方案件；辩方案件是指由被告人承担说服责任的情形，它包括“正当化事由、可宽恕事由和减轻刑罚事由”。^[15]

在这种刑民不分的历史背景下，同民事违法行为相比，犯罪只不过被当成法益侵害更为严重的违法行为。正如签订合同之后必须履行，否则构成违法；尊重他人生命就不得杀害他人，否则构成犯罪。不过，如果所签订的合同系胁迫所致，则可以免除被胁迫方履行合同的义务。同样，如果杀害他人是反击他人致命攻击以保护自己生命的正当防卫行为，则可以免除杀人者的罪责。从规范结构可以看出，二者的模式是相同的。不管是民事责任还是刑事责任，法律规则的基本结构都是“原则加例外”。“原则”是将特定时期特定社会所禁止的行为作为追究责任的基础，它在通常情形下可以为追责的正当性提供充分理由；“例外”则是即使实施了所禁止的行为，也无需承担责任的情形，它成为阻却承担责任的合理根据。在这种思维方式下，法律在界定何谓犯罪时，只是抽取了其中的典型情形，同时将非典型的例外情形作为辩护事项予以列举或者认可。此时，认定犯罪成立的法律规则是一种非封闭的开放性规则，其允许例外存在；它并不是任何情形下均可认定被告人构成犯罪的充分必要条件，而是在特定条件下允许以积极抗辩进行反驳的可废止性规则。^[16]据此，将民事证明责任理论“原则加例外”的模式移植到刑事案件，也就顺理成章；被告人在西方国家确实曾一度承担积极抗辩事由的说服责任。

（二）大陆法系：走向封闭的三阶层犯罪构成理论

在19世纪末期，德国实务界开始认识到刑事责任与民事责任的区别，针对何谓犯罪的认识开始发生变化：犯罪不只是实在法上规定的罪行，还必须是道义上应受责难的行为。行为人出于自卫而杀人，同没有实施任何杀人行为的无辜者一样，都是道德上无罪的。同样，惩罚伤害了他人但缺乏是非辨认和行为控制能力的精神病人，与惩罚没有实施犯罪的

[13] 参见前引〔11〕，Fletcher文，第897页。

[14] 参见陈刚：《证明责任概念辨析》，《现代法学》1997年第2期，第33页。

[15] 参见前引〔11〕，Fletcher文，第899页以下。

[16] See H. L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, 49 Proceedings of the Aristotelian Society 171, 175 (1949).

人一样，在道义上也是缺乏正当性的。

对犯罪性质的认识变化，直接导致了对积极抗辩事由性质的认识变化：它们不再是犯罪的例外情形，而是评价是否构成犯罪的必不可少的一环。德国最高法院在1894年的一份判决中写道：“刑事制裁只能针对有罪的人，这是一条基本原则。如果被告人的行为看起来可能是出于自卫，法官却认定该被告人构成故意伤害罪，这是违背上述原则的。”^[17]从这份判决可以看出，是否存在自卫不再是犯罪的例外情形，而是犯罪的构成要素之一；只要无法排除自卫的可能性，就应当按照“存疑时有利于被告人”原则宣告被告人无罪，被告人不再承担证明不能的不利后果。

随着判例的不断累积以及德国建构理性主义传统的影响，德国法学理论界建构了一套新的犯罪构成理论。1906年贝林的《犯罪论》提出了三阶层犯罪构成理论。根据这一理论，犯罪不仅是符合法律规定的形式要件的行为（构成要件符合性），而且必须是刑法禁止的危害行为（违法性），行为人对该危害行为负有责任（有责性）。传统上作为积极抗辩事由的事实，被纳入违法性和有责性这两个要件：正当防卫由于阻却违法性而不构成犯罪，精神疾病由于阻却有责性而排除了犯罪的成立。此时，故意杀人罪的定义不再是“故意杀害他人”，而是“杀害了他人+没有阻却违法性事由+没有阻却有责性事由”。^[18]

在三阶层犯罪构成理论中，所有可能影响被告人是否承担刑事责任的要素，均被纳入犯罪的定义之中，不管它是入罪要素还是出罪要素。作为出罪要素的积极抗辩事由不再被视为例外情形。同私法模式下“原则加例外”的犯罪构成相比，三阶层的犯罪构成是一种囊括了所有罪责要素的封闭式综合性规则。据此，被告人提出诸如正当防卫等辩护事由，不再被视为一种积极主张，而是对控方所指控犯罪事实的否定主张，包括违法性、有责性在内的所有犯罪构成要件事实均应由国家予以证明；“积极抗辩”这个词语也从德国的刑法规范中消失了，被告人也不再承担积极抗辩事由证明不能时的不利后果。依照“存疑时有利于被告人”原则，被告人在正当防卫等事项上同样享受疑罪从无的待遇。因此，可以较为肯定地得出如下结论：被告人如今在德国并不承担所谓“积极抗辩事由”的说服责任。^[19]

继受了德国刑法理论的日本，也拒绝将排除犯罪性事由的说服责任分配给被告人。有关排除犯罪性事由的证明责任，小野清一郎的学说对我国学界的影响较大；主张德日等大陆法系国家也要求被告人承担排除犯罪性事由证明责任的学者，大多援引小野清一郎的观点作为依据。^[20]但需要注意的是，小野清一郎的观点并非日本的通说，更不能将他的观点等同于日本的规范和实践，乃至由此推论德国的学说状况。小野清一郎一方面继受了德国的三阶层犯罪构成理论，另一方面由于二战后日本的刑事诉讼在美国的影响下转向了当事人主义，在刑事程序法方面他彻底倒向了美国的证明责任分配方案，并且采纳了其中最不利于被告人权利保障的方案。在他看来，认定被告人构成犯罪必须同时满足构成要件符合

[17] 前引〔11〕，Fletcher文，第913页。

[18] 参见〔德〕弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第169页。

[19] See Hans-Heinrich Jescheck, *Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law*, 56 Virginia L. Rev. 239, 247 (1980).

[20] 参见杜宇：《犯罪构成与刑事诉讼之证明——犯罪构成程序机能的初步拓展》，《环球法律评论》2012年第1期，第98页以下；孙远：《法律要件分类说与刑事证明责任分配——兼与龙宗智教授商榷》，《法学家》2010年第6期，第103页；张薇薇：《排除犯罪性事由的证明责任研究》，《政治与法律》2014年第8期，第153页。

性、违法性和有责性三个要件，但由于日本已经在刑事程序法上转向以美国的对抗制为主的诉讼模式，程序推进由双方当事人负责，所以，应当将犯罪事实的证明责任在当事人之间进行分配。他认为，检察官只需负担构成要件符合性的证明责任，而被告人必须负担阻却违法性事由和阻却有责性事由的证明责任；而且控辩双方的证明责任均包含提供证据责任和说服责任，只不过被告人承担说服责任的程度低于控方。^[21]且不说美国自19世纪末期多数法院就抛弃了由被告人承担积极抗辩事由说服责任的做法，^[22]而且，一旦接受了三阶层犯罪构成理论，再让被告人承担排除犯罪性事由的证明责任，岂不是让被告人自证无罪？对此，日本的通说认为：“因为违法阻却事由和责任阻却事由的不存在也属于犯罪的成立条件，如果要求被告一方对此承担证明责任，那就有可能导致因为防御策略不当而受到处罚……法官对被告人是否实施犯罪不能形成确信的心证时，却仍然判决被告人有罪，这是违反日本宪法第31条的正当程序和‘罪疑唯轻’原则的。”^[23]因此，日本的通说并未采纳小野清一郎的观点，判例也是采纳通说的立场：包括公诉犯罪事实、关于处罚条件的事实以及不存在排除犯罪性事由，都由检察官承担证明责任。^[24]

（三）英美法系：积极抗辩事由说服责任的衰落

与德国认识到刑事责任的特殊性一样，大概在同一历史时期，美国的部分法院也认识到不能将民事证明责任分配原理套用到刑事案件中。美国联邦最高法院1895年作出的戴维斯案判决可谓其中的标杆性判例。在该案的一审中，被告人戴维斯主张自己在实施谋杀时精神失常，并为此提供了证据，但由于没有达到优势证据的证明程度，所以法官在指示陪审团时要求他们无须考虑被告人提出的积极抗辩。美国联邦最高法院撤销了该案的一审判决，明确指出将民事证明制度套用于刑事案件是完全错误的：“无罪答辩不同于民事诉讼中的特殊答辩。在民事特殊答辩中，被告人认可原告起诉的案件事实，但试图提出具有充分依据的抗辩事由，对此他必须以优势证据予以证明。无罪答辩并非这种‘承认但免责’的抗辩，它是一个否认所指控犯罪每个构成要件事实的存在的答辩。在作出这种答辩之后，被告人可以在无罪推定的保障下不予举证，直到有证据证明他构成犯罪；如果陪审团根据所提出的全部证据，对其是否具有实施犯罪的刑事责任能力产生了合理怀疑，那么他的罪行就根本没有得到证明。”^[25]判决意见进一步指出：“除非在实施犯罪的时候，被告人具备足够健康的精神状态，能够理解其行为的违法性或者能够正确区分行为的对错，否则我们不能认定他在事前具备了恶意的心态。”^[26]据此，法院认为，精神失常抗辩是对谋杀罪所必须具备的主观要件事实（恶意）的否认，只要没能排除合理怀疑地证明被告人不属于精神失常，就不得认定被告人有罪，说服责任不是由被告人而是由国家承担。^[27]

[21] 参见[日]小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第141页以下。

[22] 参见下文有关美国法中积极抗辩事由说服责任的论述。

[23] 参见孙长永等：《刑事证明责任制度研究》，中国法制出版社2009年版，第120页。

[24] [日]阿部纯二编：《学说判例刑事诉讼法》，青林书院新社1981年版，第226页。转引自上引孙长永等书，第118页。

[25] *Davis v. United States*, 160 U. S. 469, 485-486 (1895).

[26] *Davis v. United States*, 160 U. S. 469, 485 (1895).

[27] See John Quigley, *The Need to Abolish Defenses to Crime: A Modest Proposal to Solve the Problem of Burden of Persuasion*, 14 *Vt. L. Rev.* 335, 349 (1990).

美国法院采取的分析进路与依照三阶层理论而得出的结果一样，即将精神失常纳入犯罪构成要件，作为国家必须要排除合理怀疑地证明其不存在的事项。但是，不同于三阶层理论自动将免责事由纳入犯罪定义，美国法院对它的分析还是建立在传统的犯罪定义（客观行为和主观心态）的基础之上，审查辩护事由是否与某一起案件的犯罪本体要件存在重叠关系；如果存在重叠关系，那么该辩护事由将被视为犯罪成立的组成部分。这种分析进路最终将精神失常纳入犯罪构成，并不是因为是否患有精神疾病是犯罪成立的必然组成部分，而是它本身就是对谋杀罪事前恶意主观要件的否定。换言之，这还是一种“原则加例外”的定罪模式。只是随着时代的变化以及对刑事犯罪特殊性的认识，将以前属于“例外”的积极抗辩事由解释为是对犯罪本体要件的否认而非一种独立主张。

美国联邦法院系统的解读属于对犯罪要件事实的实质解释：它看重的是某种辩护事由在认定犯罪方面的本质含义，而不再拘泥于它们是否在法律中被规定为积极抗辩事由。在犯罪定义本身没有得到诸如大陆法系那样的体系化构建的情况下，实质解释方法凸显了美国法院的司法能动主义以及司法权对立法权的制约，从而使美国有关犯罪的定义以及由此导致的说服责任分配方案也接近于大陆法系。

1935年，在英国证明责任制度发展史上具有分水岭意义的伍尔明顿案判决，也采取了类似的进路，由此基本宣告了普通法上应由被告人承担积极抗辩事由说服责任的规则的死亡。该案中被告人主张受害人的死亡属于意外事件，一审法院法官在指示陪审团时，将该事由解释为普通法上的抗辩事由，应由被告人对之承担优势证据的说服责任；最终，被告人被定罪。但是，英国上议院认为，由于主张意外事件是对谋杀罪蓄意主观要件的否认，被告人应当受到控方承担排除合理怀疑证明责任规则的保护。上议院在判决中认为：“纵观英国刑事法之网，始终可以看到一条金线，那就是：除精神失常的抗辩和其他由成文法规定的例外情形外，证明被告人有罪是控方的责任。”^[28]至此，除精神失常抗辩外，积极抗辩事由的说服责任一律转由控方承担，由此基本废除了布莱克斯通时代源自民事诉讼的普通法上的积极抗辩事由证明责任分配方案。^[29]伍尔明顿案确立的证明责任分配规则也得到了大部分普通法系国家的认可，包括加拿大、澳大利亚和新西兰。^[30]

在印度、斯里兰卡、马来西亚和新加坡等亚洲英美法系国家和地区，至今还要求被告人承担积极抗辩事由的说服责任，而且要求将其证明到优势证据的程度。^[31]但是，这一规则实际上由于这些国家和地区承认抗辩证据的双重效果而名存实亡。辩护证据的双重效果是指，虽然证明积极抗辩事由（如意外事件）的证据无法达到法定的优势证据程度，不能据此认定积极抗辩事由成立，但如果该抗辩可以否定犯罪的部分要件事实（如主观要件中的意图），只要辩方提供证据证明该抗辩事由可能存在，而控方没有排除合理怀疑地证明该事由不存在，那么必须宣告被告人无罪。此时宣告无罪不是因为抗辩事由成立，而是因为控方没有完成犯罪本体要件的说服责任。^[32]简而言之，积极抗辩证据既可以作为被告人履

[28] Woolmington v. DPP, (1935) A. C. 462.

[29] 参见前引〔23〕，孙长永等书，第598页。

[30] See Hock Lai Ho, *Comparative Observations on the Burden of Proof for Criminal Defences*, *International Commentary on Evidence*, 2011, Vol. 9, Iss. 2, p. 7.

[31] 同上文，第3页。

[32] 同上。

行说服责任的根据,也可以作为否定犯罪本体要件的根据。这一双重效果实际上与美国的戴维斯案和英国的伍尔明顿案有异曲同工之效,通过把积极抗辩事由解释为否定犯罪本体要件,从而实际上取消了被告人承担的积极抗辩事由说服责任。

需要指出的是,美国的戴维斯案并非基于宪法诉讼提出的案件,而是一起联邦法院系统的普通上诉案件,因此该案对各州的立法和司法活动没有拘束力。该案秉持的实质解释方法也并非唯一的解读方法,法院也可能采取司法克制主义的立场,即尊重立法机关对犯罪本体要件和积极抗辩事由的区分,并据此分配说服责任,此时法院就可能采取形式解释方法。^[33]在秉持这种解释立场的各州,积极抗辩事由的说服责任延续了古老的普通法上有关证明责任的分配原理。例如,俄亥俄州的法典规定:“被指控犯罪的每个人,在被排除合理怀疑地证明其有罪之前,推定为无罪,对犯罪的所有要件的证明责任由控方承担。积极抗辩的提供证据责任以及对积极抗辩以优势证据加以证明的责任,由被告人承担。”在俄亥俄州的司法实践中,正当防卫一直被视为积极抗辩事由。在马丁案中,被告人被指控犯谋杀罪,她主张自己的行为系正当防卫,并且认为俄亥俄州的立法违反了美国联邦最高法院在温希普案^[34]中确立的“构成指控的犯罪所必要的每个事实”均由控方承担说服责任的宪法要求。但无论是俄亥俄州最高法院,还是美国联邦最高法院,均认定该案一审没有侵犯被告人的宪法权利。他们认为,按照该州的立法规定,正当防卫并不是对成立谋杀罪所必要的主观心理状态(根据事先的算计和计划剥夺他人生命的特定意图)的否认,因此,正当防卫的主张并没有与谋杀罪构成要件中的任何一个要件产生重叠关系,要求被告人对构成要件以外的事实承担说服责任并不违宪,各州有权根据自己的情况选择适宜的说服责任分配政策。^[35]据学者统计,美国至少有11个州要求被告将部分积极抗辩事由证明到优势证据的程度;特拉华州、乔治亚州和俄勒冈州甚至要求,被告人须将精神失常抗辩证明到排除合理怀疑的程度。^[36]

令人感到困惑的是,在一个自认为无比重视被告人人权保障的国家,为什么会允许各州自行采取两套完全不同的证明责任分配方案?甚至要求被告将抗辩事由证明到排除合理怀疑的程度,这不是明显的有罪推定吗?要解答上述问题,必须深入美国的宪法框架和刑事政策进行理解,而不能简单地套用“谁主张,谁举证”的证明责任分配原理。

美国是一个在宪法框架下实行联邦与地方权力分立的国家。各州均有自己的刑法和刑事诉讼法,只是不得违反美国宪法。到底由谁承担积极抗辩事由的说服责任,本质上是刑法问题(即如何界定犯罪的含义)。相对于美国宪法修正案大量的刑事程序性规定,有关犯罪与刑罚的宪法条款非常有限,联邦最高法院发挥司法审查功能的余地极小。在宪法依据不足的现实条件下,如果进行实质审查,就意味着法院有权在没有明确宪法根据的情况下改变各州关于犯罪的定义,这必然会面临司法权侵犯各州立法权的合宪性质疑。为了消除疑虑,美国联邦最高法院原则上保持了克制立场,尊重各州对积极抗辩事由说服责任的分

[33] See Luis E. Chiesa, *When an Offense is Not an Offense: Rethinking the Supreme Court's Reasonable Doubt Jurisprudence*, 44 Creighton L. Rev. 647, 694 (2011).

[34] *In re Winship*, 397 U. S. 358, 364 (1970).

[35] *Martin v. Ohio*, 480 U. S. 228 (1987).

[36] See Larry Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 111.

配规则，原则上不予干预。前述马丁案就是一例。事实上，即使是要求被告人需将精神失常证明到排除合理怀疑程度的立法，也通过了美国联邦最高法院的审查，被认定为并不违宪。^[37]截至2006年受理的最后一起有关积极抗辩事由说服责任的宪法争议，美国联邦最高法院坚守自我克制的立场尚未改变。

此外，由于美国检察官实际面临的定罪障碍可能超过了世界上任何其他国家的检察官，^[38]为了适度降低上述定罪障碍，不至于让过多的有罪被告人被错误地宣告无罪，在刑事实体法上将积极抗辩事由的说服责任分配给被告人，无疑是一种“补偿”机制。正如美国联邦最高法院在帕特森案中所言：“要求控方承担排除合理怀疑地证明有罪的责任，其社会代价就是有罪的人逃脱的风险增大。虽然我们的社会显然已经自愿地选择为保护无罪的人而承担相当大的责任，但同样清楚的是，它必须承受的风险不是没有限度的。正当程序并不要求为了消除对无罪者定罪的可能性，而不计代价地采取每一个可知的步骤。……如果要求控方证明积极抗辩事由不存在，那么，在纽约州可能就不会有几个谋杀罪的有罪判决了。”^[39]美国学界部分人士以及联邦最高法院还认为，如果一律要求控方承担所有可以排除犯罪成立的积极抗辩事由的说服责任，在当前控方证明有罪的程序性负担已经如此之重的情形下，有可能导致各州立法机关干脆取消当前的积极抗辩事由，也不再认可和吸收新的可以免除罪责的抗辩事由。如果发生这种结果，最终还是被告人“自食苦果”，毕竟半块面包总比没有面包好。^[40]

即便如此，美国联邦最高法院的保守立场也遭到了该国学界的猛烈批判，甚至将其形容为“精神分裂”。^[41]事实上，美国虽然并不禁止立法机关将积极抗辩事由的说服责任转移给被告人，但实践中采取这种做法的各州已经越来越少。例如，在前述马丁案判决作出的1987年，“除俄亥俄州和南卡罗来纳州这两个州以外，其他各州都已经废除了普通法的规则，并要求控方证明被告人适当提出的正当防卫的不存在”。^[42]而早在1977年，美国联邦最高法院就注意到，存在一个“要求控方排除合理怀疑地证明不存在积极抗辩事由的趋势”。^[43]

（四）中国法语境下积极抗辩事由的说服责任

套用私法中的“谁主张，谁举证”原则来解决刑事诉讼中说服责任分配问题的做法，早已被抛弃。无论是德日的三阶层理论，还是英美法系部分法院所采取的实质解释方法以及抗辩证据的双重效果理论，均去除了被告人传统上所应承担的积极抗辩事由说服责任。美国部分州之所以坚持传统上犯罪与抗辩二分的观念，让被告人承担积极抗辩事由的说服

[37] Leland v. Oregon, 343 U. S. 790 (1952).

[38] 关于美国检察官在追诉犯罪方面遇到的阻力和障碍的比较法研究，参见 Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. Pa. L. Rev. 506 (1973).

[39] Patterson v. New York, 432 U. S. 197, 208 (1977).

[40] 参见 [美] 道格拉斯·N. 胡萨克：《刑法哲学》，谢望原等译，中国人民公安大学出版社1994年版，第334页。

[41] 就当前说服责任的分配规则而言，美国联邦最高法院的立场可谓“三分天下”，即针对犯罪本体要件、积极抗辩事由和加重刑情节分别采取不同立场。按照无罪推定的要求，必然由控方承担犯罪本体要件的说服责任。但对于影响罪与非罪的积极抗辩事由，联邦最高法院采取形式解释方法，认为应当尊重各州的选择，可以要求被告承担说服责任；对于影响刑罚轻重的加重刑情节，联邦最高法院采取实质解释方法，认为宪法要求控方承担说服责任。由于罪与非罪显然比刑罚轻重更为重要，与无罪推定的联系也更为密切，所以美国有学者将联邦最高法院的立场形容为“精神分裂”。参见前引 [33]，Chiesa文，第685页以下。

[42] Martin v. Ohio, 480 U. S. 228, 236 (1987).

[43] Patterson v. New York, 432 U. S. 197 (1977), at 208, note 10.

责任,是由于美国的宪法框架和刑事政策的综合影响所致,但这种做法并非主流,且长期遭受学界的批评。因此,无论在哪一个法系,要求被告承担积极抗辩事由说服责任的做法,基本上已呈衰落之势。

从前文的分析我们可以看出,被告人是否承担积极抗辩事由的说服责任,本质上取决于一个国家的犯罪构成理论。也就是说,如果一个国家在定义何谓犯罪时将积极抗辩事由纳入犯罪的构成要件,那么,按照当前举世公认的无罪推定原则,被告人必然无需承担积极抗辩事由无法证明时的不利后果。因此,积极抗辩事由的说服责任实际上是实体法问题,而非程序法问题。

从犯罪构成来看,我国刑法并无所谓“积极抗辩事由”的明确规定,但从刑法总则和刑法理论来看,存在与其功能等价的排除犯罪性事由,包括法律上明确认可的未达到刑事责任年龄、精神病以及正当防卫、紧急避险等法定事由,以及刑法理论上认可的诸如职务行为等超法规事由。近年来,传统的犯罪构成四要件理论受到了挑战,许多学者主张以大陆法系的三阶层理论取而代之。反对四要件理论的学者多认为,传统的犯罪构成是一种平面耦合式的封闭性犯罪定义,只考虑入罪要素,而忽视了诸如正当防卫等出罪要素。支持四要件理论的学者则指出,犯罪构成的四个方面囊括了构成要件符合性、违法性和有责性三个方面的全部内容;四要件均具有入罪和出罪功能,行为符合具体犯罪的犯罪构成,就意味着该行为不可能具备正当防卫、紧急避险等排除犯罪性事由。^[44]

从争论的焦点看,反对者和支持者均承认排除犯罪性事由属于是否构成犯罪的必备要素。换言之,双方均认可只要不能排除正当防卫、紧急避险等排除犯罪性事由的存在,就不得认定被告人有罪。这就与英美法系国家传统上并没有将积极抗辩事由解读为犯罪成立必备要素,形成了鲜明对比。因此,与英美法系维持至今的“原则加例外”的犯罪定义模式不同,我国的四要件理论和大陆法系的三阶层理论均是将“例外”纳入规则的封闭性犯罪定义。加之我国的刑事诉讼法早已确认了疑罪从无规则,^[45]所以,让我国的被告人承担所谓“积极抗辩事由”的说服责任于法(包括实体法和程序法)无据。

2015年,对于“贵州男子刀杀性侵妻子者被判无期”的案件,社会上普遍认为对被告人的量刑过重,也有学者认为被告人的行为属于正当防卫,不应当承担刑事责任。^[46]但是,在笔者看来,该案的核心问题在于正当防卫这一抗辩事由的说服责任的分配。从该案的判决书,^[47]以及2015年6月18日发布的“温州市中级人民法院关于被告人田仁信故意杀人案的情况说明”来看,对于发生在2006年的这起案件,确实没有充分的证据认定被告人的行为属于正当防卫。但是,根据判决书罗列的证据以及上述情况说明,法院也无法事实上排除被告人有可能成立正当防卫。换言之,现有的证据无法排除被告人的行为系正当防卫的可能性。因此,法院据此认定被告人构成故意杀人罪,本质上是一种疑罪从有的做法。

从该案以及许多其他案件我们可以发现,由于受司法体制、诉讼结构、文化传统等因

[44] 参见黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,《法学研究》2006年第1期,第34页。

[45] 1996年刑事诉讼法第162条第3项明确规定:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”自此,疑罪从无的裁判规则正式在我国立法中得到了确立。

[46] 参见萧辉:《一桩“故意杀人案”背后的法律争议》,《新京报》2015年6月26日第A14版。

[47] 参见浙江省温州市中级人民法院(2014)浙温刑初字第111号刑事判决书。

素的影响，即使在普通案件中，立法所规定的证据不足时不得认定有罪的疑罪从无规则，尚且在司法实践中难以得到贯彻，^[48] 如果再明确要求被告人承担所谓“积极抗辩事由”的说服责任，必将进一步恶化被告人的处境，使本来必须予以矫正的疑罪从有或者从轻的做法合法化。如果说美国的被告人承担积极抗辩事由的说服责任，是由于被告人权利保障过于充足而不得不付出的“必要代价”，那么，在我国由国家承担排除犯罪性事由的说服责任，则是对被告人程序权利保障不足的“必要补偿”。

三、积极抗辩事由的提供证据责任

（一）提供证据责任的含义

在德国的民事诉讼中，由于实行当事人主义而非职权探知主义，当事人对各自积极主张的事实均有提供证据的责任。这种提供证据的责任在德国被称为“主观证明责任”。主观证明责任在外观上展现出来的行为确实是一种提供证据的行为，但是，我们不能将其简单地等同于英美法系的提供证据责任。在德国法中，提供证据以证明要件事实的主观证明责任并不是一种具有独立意义的责任；原被告双方之所以必须提供证据，本质上是由于他们提出了积极主张之后，为了避免最终的败诉结果而“被迫”履行责任。^[49] 换言之，由于当事人提出了一个积极主张之后，由此产生了“客观证明责任”，加之在民事诉讼中法院只是消极的裁判者，并没有收集证据的义务，为了尽到客观证明责任，当事人必须先提供证据。因此，大陆法系民事诉讼中提供证据的主观证明责任，“只不过是客观举证责任通过当事人进行原则之投影而已”。^[50]

英美法系的提供证据责任则可能完全摆脱最终的说服责任而独立存在。在英美法系的陪审团审判程序中，所谓“提供证据的责任”是指提供证据以通过法官的“中间审查”，将案件交付陪审团裁判的责任。^[51] 因此，提供证据的责任也被称为“通过法官的责任”、“推进诉讼继续进行的责任”、“使案件表面上成立的责任”、“争点形成责任”。它也是一种法定责任，并具有独立意义。一般来说，如果承担提供证据责任的一方没有提供足够的证据，以使其提出的主张成为真正有裁判意义的争点，就意味着即使采纳了这一方提出的全部证据，也不可能使其主张“在表面上成立”，从而就没有必要对其主张继续进行审理。如果该责任由控方承担，即使被告人没有提供任何证据，法官依辩方申请或者依职权均可直接作出宣告无罪的判决；如果该责任由辩方承担，法官必须指示陪审员，不得将辩方提出的主张纳入判断是否有罪的评议之中，陪审团应当视其并不存在。因此在英美法系，提供证据责任实际上意味着不利风险的承担，而不是单纯的举证行为；在一定程度上，它就是弱化版的说服责任。日本学者松尾浩也在比较了两大法系的证明责任理论之后，一针见血地指

[48] 参见沈德咏：《我们应当如何防范冤假错案》，《人民法院报》2013年5月6日第2版。

[49] 林钰雄：《刑法与刑诉之交错适用》，中国人民大学出版社2009年版，第250页。

[50] 林钰雄：《严格证明与刑事证据》，台湾新学林出版股份有限公司2007年版，第193页。

[51] 从司法实践看，在英国刑事法院（Crown Court）审理的案件中，大约有10%的案件被法官裁定“无辩可答”，没有通过“中间审查”，被告人因此直接被宣告无罪。参见李昌盛：《论对抗式刑事审判》，中国人民公安大学出版社2009年版，第131页。

出：“证据提出责任与所谓主观的举证责任不一致，其本质是形成争点的责任。”〔52〕

（二）大陆法系：法院的澄清义务和“照顾义务”

如果说说服责任的分配取决于实体法有关犯罪的定义，那么，提供证据责任则涉及不同国家程序法对控辩审诉讼角色的不同定位。

至少从13世纪开始，德国刑事诉讼的理念就迥异于民事诉讼。自从纠问式诉讼取代了古老的弹劾式诉讼，德国的刑事诉讼就把调查事实真相确立为法院的职责。追求正义和实体真实的法院职权调查原则，滥觞于16世纪的卡罗林纳法典。这一带有纠问制遗迹的诉讼原则，即使在“十九世纪大陆法国家自由放任之风劲吹的情况下”，也“能够毫发无损地幸存下来”。〔53〕现行德国刑事诉讼法第155条第2款规定，法院在控诉原则（不得超越起诉书指控的犯罪事实）的约束下，有权且有义务独立行使调查职权。该法第244条第2款还规定：为查清真相，法院依职权应当将证据调查涵盖所有对裁判具有意义的事实和证据材料。从权限的角度而言，法院职权调查原则在程序面上体现为职权推进主义。它是指法庭审判阶段的证据调查活动由法官主导，不受检察官或者被告人控制；法官可以主动调查当事人未曾主张的事实，也可以主动收集、调查当事人未曾提出的证据，以确保准确无误地行使国家刑罚权。从义务的角度而言，法院职权调查原则在程序面上体现为澄清义务。它是指除非不具有相关性、必要性和可能性，法院务必将证据调查的范围延伸到所有与罪责认定——构成要件符合性、违法性和有责性的认定——有相关性的材料；对于违反澄清义务导致应当调查的证据未予调查的，上级法院可据此撤销一审法院的判决。〔54〕

在法院职权调查原则的支配下，对于控辩双方没有争议的事实，法院在澄清义务的范围也必须主动调查证据、查明真相。因此，即使被告人未主张排除犯罪性事由或者主张后无法提出证据形成所谓“争点”，也不意味着法院可以将其视为毋庸调查的事项。当然，这不是说法院必须将每个案件查得水落石出才能下判，而是说如果法官穷尽一切必要的调查手段，仍然无法在内心确信被告人构成犯罪，“此时任何一项对罪责要件的怀疑均必须阻碍该刑事判决”。〔55〕需要指出的是，由于法院职权调查原则的影响，疑罪从无罪在德国并不是检察官没有尽到说服责任的不利结果，而是法院必须谨守的一项裁判规则。〔56〕这也不意味着控辩双方在诉讼中只能消极地接受法官调查的结果。控辩双方可以申请法庭对已经收集的证据予以调查，还可以申请法庭收集、调查新的证据；针对控辩双方（实践中主要是辩方）的证据调查申请，除非属于法律明文规定的例外情形，法院原则上必须同意该申请。〔57〕这就使得法官客观性义务的履行状况同时受到自律和他律的双重监控，尤其是来自辩护方的证据调查申请常常可以让法院“疲于奔命”，甚至导致法官不得不通过“交易”的方式换取

〔52〕 [日] 松尾浩也：《日本刑事诉讼法》下卷，丁相顺译，中国人民大学出版社2005年版，第24页。

〔53〕 参见 [美] 米尔建·R. 达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第167页。

〔54〕 参见何赖杰：《刑事法院依职权调查证据之范围与限制》，《台湾本土法学杂志》1999年第2期，第34页。

〔55〕 参见 [德] 克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第125页。

〔56〕 See Thomas Weigend, *Assuming That The Defendant is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice*, 8 *Crim. L. & Phil.* 285, 291 (2014).

〔57〕 See Volker F. Krey, *Characteristic Features of German Criminal Proceedings: An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States?*, 21 *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.* 591, 603-604 (1999).

被告人放弃证据调查申请权，甚至在一定程度上直接诱发了德国审辩交易现象的产生。^[58]

总之，就所谓“积极抗辩事由”的提供证据责任而言，在法院职权调查原则的背景下，其完全落在了法官的身上；应当收集、调查的证据而未予收集、调查的，将由法院承担判决被撤销的不利后果。这将促使法院积极履行澄清义务，即使在辩护方因欠缺法律知识、技巧而未作主张，或者虽提出主张但由于取证能力不足而无法收集证据予以证明等情况下，被告人也不会必然承受被错误定罪的风险。同时，由于积极抗辩事由毕竟属于犯罪的非常态，在被告人未作主张或者举证的情况下，法官可能“不太愿意相信非常情形的存在，而更倾向于‘内心确信’案件属于通常情形”。^[59] 为了防止法官因疏忽而没有注意到存在积极抗辩事由的可能性，法律进一步赋予辩护方强大的证据调查申请权来予以防范，从而使澄清义务的履行不再单纯依赖法官的职业自律和上级审查，同时也受到了辩护方的有效制约。从这个意义上说，德国的被告人享有主张和申请调查排除犯罪性事由的辩护权利，但其并没有主张这些事由的责任，更没有所谓“形成争点”的提供证据责任。

众所周知，日本在二战之后由于受美国的影响，其诉讼制度开始偏离欧陆传统，逐渐向英美法系靠拢，形成所谓“混合式诉讼模式”。由于日本的程序法结构已由职权主义转向当事人主义，有责任证明被告人构成犯罪的不是法院而是检察院，从而契合于对抗制的审判结构。法院职权调查已经不再是日本刑事诉讼法的基本原则。于是，有日本学者认为，让检察官承担所有构成要件事实的说服责任固然是合理的，但由于排除犯罪性事由属于“例外”情形，检察官无需一开始就证明行为具有违法性、有责性，除非被告人能够提供适当的证据，使理性的人对其行为的违法性或者有责性产生了合理怀疑，从而形成了“争点”，此时检察官才承担证明不存在排除犯罪性事由的说服责任。^[60] 但是，日本的法院并未如英美法系法院那样，被动地接受控辩双方提交的证据并据此作出裁判。由于其职权主义、探知实体真实的制度底色未变，日本法院在必要时有权进行补充性的证据调查（包括收集证据）。随着实务的发展，日本的判例认为，此处的权力实质上也是责任。不过，对于控辩双方，该责任的履行方式并不相同。日本的通说认为，由于立法已经明确了检察官承担举证责任，且检察官具备收集证据的条件与能力，为防止法官主动收集不利于被告人的有罪证据从而成为“第二公诉人”，混淆侦查职能，弱化、降低检察官的实质责任，对于控方举证不足的地方，法院仅有义务予以提示，晓谕其补充提交相关证据，而不得亲自收集并调查指控犯罪的证据。^[61] “比起辅助检察官方面调查对被告不利之证据，应认对被告有利之证据方面，法院负有较强烈之义务。盖不得对于无罪之人予以处罚，乃刑事诉讼上之铁则，所以若某项证据经法官依职权调查之结果，可能获致无罪之结论时，即应认法院有依职权调查证据之义务。……不能因为辩护人不知提出有利证据之拙劣诉讼技巧，即将此

[58] 参见 [德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 164 页。

[59] 参见前引 [38]，Damaska 文，第 549 页。

[60] 参见前引 [52]，松尾浩也书，第 18 页；[日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社 2000 年版，第 227 页。

[61] 参见吴冠霆：《论公诉案件中事实审法院职权调查证据》，台湾《军法专刊》第 50 卷第 4 期（2004 年），第 49 页。

不提出有利证据之不利益归由被告承担。”〔62〕因此，在法院负有依职权收集、调查对被告人有利证据的“照顾义务”的制度下，很显然并没有被告人独立承担积极抗辩事由提供证据责任的制度空间。换言之，即使被告人由于没有能力提交证据，或者出于诉讼策略故意不主张、证明积极抗辩事由，当法院知晓该事由可能存在时，也必须主动引出争点，并在必要的情况下收集、调查有利于被告人的证据，否则法院将构成审判程序违法。

我国台湾在“改良式当事人主义”改革之后，所面临的问题与日本类似，即如何调和职权主义诉讼下法院的补充调查证据义务与控辩双方证明责任之间的关系。台湾“刑事诉讼法”第161条第1款规定：“检察官就被告犯罪事实，应负举证责任”。但同法第163条第2款也规定：“法院为发见真实，得依职权调查证据。但于公平正义之维护或对被告之利益有重大关系事项，法院应依职权调查之。”实务中的争议问题在于法院澄清义务的范围如何界定，尤其是“公平正义之维护”应如何解释。按照以往的解释，既然“公平正义之维护”属于立法者所列举的与“对被告之利益有重大关系事项”并列的事项，那么，其无疑是指不利于被告人且影响定罪量刑的事实。但是，一旦如此解释，法院实际上承担的义务将与德国职权主义诉讼下法院的角色无异，因为刑事审判的待证事实无疑主要是由不利于和有利于被告人的事项组成，既然法院对此二类事项都“应依职权调查之”，检察院的证明责任就无从谈起。2012年，我国台湾“最高法院”第6259号判决通过限缩解释，卸除了法院澄清不利于被告人事项的义务。该判决指出：“为避免抵触无罪推定之宪法原则及违反检察官实质举证责任之规定，‘公平正义之维护’依目的性限缩之解释方法，自当以利益被告之事项为限。”由于该判决将检察院的证明责任真正地当事人主义化，一度引起检察官们的抗议甚至静坐。〔63〕但毫无疑问的是，就有利于被告人的积极抗辩事由而言，我国台湾的法院必须负担依职权调查证据的“照顾义务”。该解释甚至强化了该义务，即使被告人未曾主张或者主张后无法提出证据，也不能豁免法院的该项义务；应于审判期日调查的证据却未予调查的，将构成上诉第三审的理由。〔64〕因此，我国台湾的解决方案与日本基本类似。

如果说在积极抗辩事由的证据提供方面，德国、日本和我国台湾的被告人真的承担了什么“责任”，那也是为了引起法官对积极抗辩事由的关注，在客观情势下被告人有“举证必要”。〔65〕但是，这并不是法律分配给被告人的一种责任，而只不过是辩护策略的把握问题。

（三）英美法系：积极抗辩事由的提供证据责任

在英美法系国家，被告人即使不承担积极抗辩事由的说服责任，至少也要承担提供证据的责任。也就是说，被告人必须要主张具体的积极抗辩事由，并将其证明到可能存在的程度。此时，积极抗辩事由才成为法院必须要审理的争点，控方才承担以达到排除合理怀疑程度的证据证明其不存在的责任。我们必须认识到，英美法系国家之所以要求被告人至少承担积极抗辩事由的提供证据责任，与英美法系刑事诉讼的诉讼目标、职能和审判组织形式等密切相关。

〔62〕 前引〔61〕，吴冠霆文，第49页。

〔63〕 参见罗秉成：《对检察官“六四静坐”正当性的几点质疑》，台湾《检协会讯》第78卷（2012年），第8页以下。

〔64〕 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59页。

〔65〕 参见本文最后一部分的有关内容。

首先，英美法系法院的角色类似于自由放任主义政治理念之下的“守夜人”，它的功能主要是对提交给法院的纠纷进行处理。正如美国证据法学者艾伦所言：“证明责任规则来源于并践行着某种争端解决理论，……在英美法传统中，……虽然政府提起公诉，但政府方被视为类似于民事当事人。法院是中立的，而不是一个在具体案件中为促进特定政策而构建的政府机构的组成部分”。^[66] 因此，与德国等大陆法系国家严格区分刑事诉讼程序和民事诉讼程序不同，英美法系刑事和民事诉讼程序的价值目标并无明显区分，二者都致力于纠纷的公平解决。因此，“在欧陆被视为刑事审判之统一性前提的那些事项在英美程序中可以被分解成不同的争议点，就像在民事诉讼中一样，每一方当事人都被要求提出、论证、证明自己的特定论点”。^[67] 于是，在这种模式下，根据不同的争点收集证据并向法庭进行举示的责任，自然就落在了双方当事人的身上。

其次，英美法系国家为了实现公平解决纠纷的目标，建构了一整套矫正策略，以维护审判程序的实质公平。其策略不外乎两种：一是对控方的取证权和举证权进行严格控制，这主要通过大量的证据排除规则来予以实现；二是赋予被告人强大的辩护权，以使其真正有能力与控方进行对抗。鉴于证明不存在积极抗辩事由等否定性事实或者主观性事实确实存在一定的难度，也不可能要求“在每一个案件中，检察官都必须排除所有可能的可宽恕理由”，故“仅仅在有证据支持可宽恕理由的案件中才需要这么做”；^[68] 被告人承担积极抗辩事由的提供证据责任，可以被看成是公平游戏的微调机制或者“当事人之间的优势平衡”。^[69] 一方面，通过这种微观层面的调整措施，适度降低控方的证明负担，可以使控辩双方的对抗更加趋于公平。另一方面，由于英美法系国家被告人提供证据责任的履行通常只需达到合理怀疑的程度，再加上辩方享有保障较为充分的自行取证权、申请取证权以及针对控方证人的对质诘问权，完成这种低度的证明责任并非难事，所以难以指责其严重违反公平审判原则。

最后，陪审团介入审判的二元式审判构造，进一步增加了被告人承担积极抗辩事由提供证据责任的现实必要性。由于积极抗辩事由具有开放性和多样性等特点，不可能要求法官在对陪审团进行指示时，将可能导致被告人被宣告无罪的各种积极抗辩事由及其含义均向陪审团作全面阐释；这既难以做到，也可能会让陪审团愈加困惑，不知如何下判。在此种情况下，要求被告承担积极抗辩事由的提供证据责任，可以使抗辩事由特定化：如果被告人完成了提供证据责任，形成了具体的争点，据此法官可以向陪审团就某个具体的抗辩理由的法律要件作出明确的阐释，要求陪审团根据全案的证据以及证明责任分配的具体规则，判断该争点是否成立。正如美国学者弗莱彻所言：“陪审团指示本来就已经是长篇大论；如果法官有义务必须就所有可能出现的抗辩，不管它们是否已经被适当地提出，都必须向陪审团给出指示，这只会让那些外行的决策者们一头雾水。该领域内的普通法系法官传统上采取的似乎正确的规则是，法官必须就‘所有的犯罪本体要件加上适当提出的抗辩’

[66] Ronald J. Allen, *Burdens of Proof*, 13 (3-4) *Law, Probability and Risk* 196 (2014).

[67] [美] 米尔伊安·R. 达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2004年版，第336页。

[68] [美] 哈伯特·L. 帕克：《刑事制裁的界限》，梁根林等译，法律出版社2008年版，第141页。

[69] 参见前引[67]，达玛什卡书，第337页。

进行指示。一个适当提出的抗辩就是被告人已经就其主张提供了‘某些证据’的抗辩。”〔70〕

（四）我国刑事诉讼中的被告人不宜承担积极抗辩事由的提供证据责任

在我国主张被告人应当承担积极抗辩事由证明责任的学者中，主张被告人应承担说服责任的并不多，大多数学者主张被告人应承担形成争点的提供证据责任；这显然是受到了英美法系制度与实践的影响。但是，笔者认为，即使是这种相对轻微的责任，也不宜由被告人承担。

从表面上看，在被告人只是承担提供证据责任而非说服责任的情况下，由于证明所有犯罪构成事实的责任最终由控方承担，被告人只需将积极抗辩事由证明到合理怀疑的程度即可，所以此举并没有对被告人造成任何不利影响；毕竟在没有涉及积极抗辩事由的审判中，也是在对犯罪的成立产生合理怀疑的条件下，被告人才可能获得无罪判决。前已述及，提供证据责任并非只是一种行为，而是一种实实在在具有不利后果的责任。因此，即使被告人只是承担提供证据责任，也难免让人产生被告人必须要“自证清白”的印象。例如，假设某个案件的被告人主张自己的行为是正当防卫，而且控方无法排除合理怀疑地证明其行为不构成正当防卫，但是被告人除了主张正当防卫之外，并没有能力提出必要的证据以使该主张成为合理的争点。此时，由于被告人没有完成提供证据责任，法院就有权不将辩方的正当防卫主张纳入评议，控方也没有责任对不存在正当防卫承担说服责任。此时，法院只需考虑控方是否已经将犯罪本体要件证明到了排除合理怀疑的程度，被告人可能因此而被定罪。表面上看，被告人被定罪是因为控方完成了自己的证明责任，但实际上是因为被告人没有完成证明自己无罪的责任。〔71〕因此，即使是针对积极抗辩事由的提供证据以形成合理怀疑的争点形成责任，我们也必须对之保持谨慎态度。在一定程度上，与将积极抗辩事由的说服责任分配给被告人一样，给被告人施加提供证据责任减轻了控方的证明负担，让被告人承担了证明自己无罪的义务。〔72〕

当然，让控方在法庭上一一排除所有的排除犯罪性事由，也较为困难，甚至是不可能完成的任务。于是，国内有学者主张，应当仿效大陆法系的构成要件推定理论，只要证明了构成要件符合性，就可以推定不存在排除犯罪性事由；只有在被告人提供了证据使特定的抗辩事由形成争点之后，控方才排除该疑点的证明责任。〔73〕笔者认为，三阶层理论中的三个要件之间是独立的，第一个要件成立并不意味着第二个要件成立，前两个要件成立也不意味着第三个要件成立；只要其中任何一个要件不成立，均可阻却犯罪的成立。因此，怎么能一个要件成立，就可以推定其他两个要件成立？推定不存在积极抗辩事由的理论，实乃英美法系的理论。之所以产生这种理论，其根本原因在于前述美国法中陪审团审判时如何使积极抗辩事由特定化。由于在陪审团审判中，向陪审团介绍所有的积极抗辩事由缺乏可行性且可能导致混乱，所以，检察官只对已经形成争点的积极抗辩事由承担说服责任。但是，在我国职业法官审判模式中，法官都被推定为知晓法律，并不存在美国法中的那种难题。所以，在通常情

〔70〕 前引〔6〕，Fletcher书，第101页。

〔71〕 See Larry Laudan, *Legal Epistemology: The Anomaly of Affirmative Defenses* (28 July, 2008). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1183363>, p. 13.

〔72〕 See Jonathan Levy, *A Principled Approach to the Standard of Proof for Affirmative Defenses in Criminal Trials*, 40 Am. J. Crim. L. 281 (2013).

〔73〕 参见前引〔20〕，杜宇文，第98页以下。

况下，只要检察官证明了构成要件符合性，法官依照个案的情形完全有能力依照经验法则和逻辑法则，判断是否存在排除犯罪性事由及其具体类型。再加上我国的法官并不是美国那种纯粹消极中立的仲裁者，对于检察官疏忽了的证明事项，他们也有责任通知检察官予以补充证明，根本不需要利用所谓推定将提供证据的责任转移给被告人来解决上述难题。

从形式上看，我国的刑事诉讼法结构已由职权主义转向当事人主义，尤其是2012年刑事诉讼法明确规定了“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”，所以，代表国家证明被告人构成犯罪的责任不是由法院而是由检察院来承担，犯罪事实的认定模式也由传统的法院职权探知模式转向检察院承担证明责任模式。这种因诉讼程序的转型而导致的权责变化，只不过是法检两家之间的权力分配，并不能由此得出被告人应承担排除犯罪性事由的提供证据责任的结论。我国的法院并非如美国那样，被动地接受控辩双方提交的证据并据此作出裁判，法院在“必要时”有权进行补充性的证据调查（包括主动收集和提供证据）。这一点与日本和我国台湾颇为类似。笔者认为，由于立法已经明确了检察官承担举证责任，且检察官具备收集证据的条件与能力，为防止法官主动收集不利于被告人的有罪证据从而成为“第二公诉人”，对于控方举证不足的地方，法院仅有义务予以提示，晓谕其补充提交相关证据，而不得亲自收集并调查指控犯罪的证据。但是，对于有利于被告人的事实（包括积极抗辩事由），法院有义务积极主动地帮助辩方澄清；这是我国刑事诉讼追求实体真实的诉讼目标的必然要求。事实上，从上文考察的结果即可发现，具有职权主义传统的国家和地区（如日本和我国台湾），即使吸收了当事人主义的某些要素，也没有放弃法院所负担的“照顾义务”。

提供证据责任必须要以具备较为充分的收集证据能力为前提。无能力收集证据，必然就无法提供证据。众所周知，我国刑事司法实践中被告人大多在审前被羁押于看守所，且绝大多数被告人无法获得辩护律师的有效帮助。即使被告人获得了辩护律师的帮助，由于立法对辩方取证权的限制和司法实践制造的取证风险，也让辩护律师难以收集到充分的证据。在这种情况下，让被告人承担积极抗辩事由的提供证据责任，在一定程度上无异于否定了被告人通过主张排除犯罪性事由来获得无罪判决的可能性。而正如美国学者艾伦所言：“提供证据的责任只在一种情形下具有重大意义，即诉讼中的某个争点不存在非常有力的证据。如果没有人能够获得有力的证据，无论由谁承担提供证据的责任都将会败诉。”〔74〕

四、余论：从证明责任到证明必要

笔者认为，让我国的被告人承担所谓“积极抗辩事由”的证明责任的理由并不充分，并且于法无据，也不符合我国刑事诉讼的诉讼目标、构造和司法实践。不应当在制度层面明确要求被告人承担积极抗辩事由的证明责任，并不意味着被告人在具体的案件中就没有证明的实际负担。在当前任何一个国家的刑事诉讼中，被告人在客观情势下都可能会产生现实的证明必要。这在案件存在积极抗辩事由的情形下，表现得尤为明显。

所谓“证明必要”，是指一方当事人在特定的诉讼时点，基于对当前案件事实证明状况

〔74〕 前引〔66〕，Allen文，第203页。

的评估, 为避免针对特定争点的败诉风险而产生的举证负担。即使在被告人没有提出任何积极抗辩而只是消极否认罪行的情况下, 这种负担也是客观存在的。例如, 在一起故意杀人案件的审判中, 被告人否认自己杀死了他人, 但是, 当控方已经通过诸如犯罪现场的监控录像较为清楚地证明了被告人实施了杀人行为, 此时被告人为了避免在“是否实施了杀人行为”这个争点上的败诉风险, 只是单纯否认自己杀了人已经没有多大意义; 虽然被告人没有证明自己无罪的责任, 但基于对当前控诉证据的评估, 在辩护策略方面他客观上有提供反驳性证据的现实必要性。因此, 证明必要在英美法系的理论中被概括为“策略性(战术上的)证明负担(the tactical burden of proof)”。^[75]

这种策略性证明负担是由事实认定的动态性、证据推理的可废止性以及证据证明力的综合评估所引发的。它不是法律强加给任何一方当事人的法定责任, 我们不能将其混同于英美法系诉讼理论中的提供证据责任。在英美法系国家, 提供证据责任是具有独立效果的法定责任, 而且在完成了提供证据以形成有效争点的责任之后, 该责任就已经履行完毕, 不存在转移给另一方的问题。但是, 基于客观情势而引发的策略性证明负担则贯穿诉讼的始终, 并且可以在当事人之间来回转移。^[76] 例如, 在前述案例中, 如果被告人提供了证据证明监控录像中实施杀人行为的人员系长相与其非常相似的另一人员, 并且提供了该人的照片和个人信息, 那么, 由于辩方提出了一个基于证据的合理疑点, 其在证明方面获得了策略性利益, 控方就有可能在该争点上面临败诉风险; 此时, 为了反驳辩方, 策略性证明负担就转移给了控方。像这种证明负担的相互流转, 可能会在一起审判中出现多次, 直到所有可以获得的证据举证完毕。^[77]

与通常情形相比, 一起案件存在诸如精神失常、正当防卫等积极抗辩事由属于例外情形。积极抗辩事由的例外性和非常态性, 极易容易导致裁判者忽略这些情节的存在, 或者依赖一般的经验法则和逻辑法则推定不存在排除犯罪性事由。“为避免这种不利, 被告人就产生了对存在违法性阻却事由证明的必要, 被告应为此而提出证据。”^[78] 在前文我们曾经提及, 即使在法官负有澄清义务的德国, 不负有提供证据责任的被告人通常也会感到有提供证据的现实必要。如果说任何有争议的诉讼中, 被告人均有策略性证明负担, 那么, 在依赖积极抗辩事由的情形下, 被告人的举证必要就尤为迫切。

由此可见, 即使被告人不承担任何法定的积极抗辩事由证明责任, 也不意味着他可以借此轻松地安享由此带来的所有好处。在特定的诉讼节点, 他还是要通过积极的作为, 在一定程度上完成策略性证明负担, 才可能切实享受无罪推定带给他的好处。因此, 被告人虽没有法定的证明责任, 却有客观的证明需要。无视被告人的这种证明需求, 不为其提供满足的手段, 即使被告人被免除了法定证明责任, 获得了无罪推定的保障, 也不可能让其真正成为诉讼的主体; 在某种程度上他还是只能被动承受裁判结果的旁观者, 因为他只能

[75] See Ronald J. Allen and Alex Stein, *Evidence, Probability and the Burden of Proof*, 55 Ariz. L. Rev. 557, 568 - 569 (2013).

[76] See Henry Prakken and Giovanni Sartor, *A Logical Analysis of Burdens of Proof*, in Hendrik Kaptein, Henry Prakken and Bart Verheij (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2009, p. 227.

[77] 在大陆法系的证明责任理论中, 所谓“可变动的主观的举证责任”与此较为类似。参见前引〔52〕, 松尾浩也书, 第23页。

[78] [日] 土本武司:《日本刑事诉讼法要义》, 董璠舆、宋英辉译, 台湾五南图书出版公司1997年版, 第306页。

眼睁睁地看着败诉风险不断逼近，却没有足够的手段进行防御。在这种情况下，完全寄希望于国家机关公正司法的义务，并不能为被告人提供足够的保障。只有承认被告人的这种证明需求，并在制度上为其提供相应的权利保障，才可能真正化解被告人所面临的现实风险，也才能让被告人真正成为可以积极影响裁判结果的诉讼主体。

就这一点而言，两大法系由于诉讼角色的功能定位和诉讼目标不同，其在制度上赋予被告人权利的性质存在一定的差异，但本质上都为被告人在具体个案中卸除自己的策略性证明负担创造了基本条件。鉴于各国被告人及其辩护人的自行取证均缺乏强制力作为后盾，辩护证据的获取就高度依赖国家权力的保障，即借助国家权力迫使拥有信息的主体提供证据。^[79]在德国辩护方享有的证据调查申请权、在美国辩护方享有的强制有利于自己的证人出庭作证的权以及质诘问权，都属于这种类型的权利，并可以在相当程度上满足被告人的证明需要。一方面，通过申请调查不利证据，可以揭示疑点的存在；另一方面，通过申请调查有利证据，可以主动构建疑点。由于德国的证据调查申请权与我国刑事诉讼的诉讼目标和法院审判职能更为接近，我们在前文论述的基础上再略加阐述。证据调查申请权根源于德国法院肩负的澄清真相义务，因此，除非证据调查申请属于法律明文规定可以拒绝的情形，否则，法院若拒绝接受申请从而导致应调查的证据未予调查的，将构成绝对的程序违法，可成为上诉法院撤销判决的理由。此外，面对辩护方的证据调查申请，法院不得以该证据证明的事实已经清楚明了为由拒绝该申请，因为这将违背证据调查的禁止预断原则；当然，如果属于明显有利于被告人的证据并且认可被告人的主张则除外。这两个原则基本上可以使取证能力弱小的辩护方能够借助国家的调查权获得必要的证据，并用来自明自己的诉讼主张，从而满足辩护方的证明需要。

但是，反观我国的刑事诉讼法，为被告人履行积极抗辩事由的策略性证明负担提供保障的制度设置并不健全。在法庭审理阶段，被告人向法庭提出的证据调查申请几乎全部变成了法院可以任意裁量的事项。2012年刑事诉讼法第41条规定，辩护人可以申请人民法院“收集、调取证据”；同法第192条规定，被告人和辩护人“有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验”。但实际上，只有在法院认为有“必要”时，^[80]才会调查取证。到底何时是有“必要”时，也没有明确的解释。2012年刑事诉讼法第187条新增的强制证人出庭作证制度，也是同出一辙。也就是说，我国的立法在基本原则确立了法院的澄清义务，^[81]但在具体的程序规则上，却将该义务转化成了极其任意的“澄清权力”。在辩护方申请调查证据或者申请证人出庭之后，到底在哪些情形下应当准许、哪些情形下可以拒绝，立法和司法解释均没有作出明确的规定。由于法院对控方案卷材料的依赖、控审配合原则的影响和作出无罪判决的现实困难，这种完全仰赖司法人员自由裁量的规则，无法为被告人履行策略性证明负担提供有效、充分的权利保障。

在这种制度背景下，恰恰不应要求被告人承担所谓“积极抗辩事由”的举证责任，而是要强化司法机关的澄清义务和“照顾义务”，并以被告人的辩护权对其进行制约。原则上

[79] 参见顾永忠等：《刑事辩护：国际标准与中国实践》，北京大学出版社2012年版，第292页。

[80] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第52条、第222条。

[81] 2012年刑事诉讼法第50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、犯罪情节轻重的各种证据。”

可以从以下三个方面进行构建：第一，对于与案件事实具有相关性的证据，在未经调查之前，不得评价其证明价值，更不得以其证明的事实已经明确为由，驳回被告人的证据调查申请；该证据有利于被告人且其证明的事实已经被法院采信的除外。此乃预断禁止原则的基本要求。第二，为了兼顾实体真实和诉讼效率，如果申请调查的证据属于被排除的证据、众所周知的事实、欠缺重要性的事实、推定的事实、已经证明的事实、无法取得的证据、不具有关联性的证据或者申请调查证据意在拖延诉讼，法院可以驳回申请。此乃对法院裁量范围的限制。第三，违反澄清有利于被告人的疑点的义务，导致应当调查的证据未予调查的，将构成重大的程序违法（即剥夺或者限制了被告人的权利，可能影响公正审判），会导致二审撤销判决、发回重审。此乃对法官违反澄清义务的程序性制裁和对侵犯辩护方证据调查申请权的救济。通过构建一套建基于“照顾义务”之上的证据调查申请权，可以让存在积极抗辩事由的被告人切实获得无罪推定的保障，增强被告人的诉讼主体地位；也可以满足被告人在其他情境下的证明需要，从而在整体上提高我国刑事诉讼的真实发现能力，强化被告人的人权保障。

Abstract: In recent years, many scholars in China believe that the burden of proof of the so-called “affirmative defenses” should be allocated to the defendant because such allocation mechanism conforms not only to the principle of distribution of burden of proof that “he who affirms must prove” and the proof policy according to which the burden of producing evidence shall be borne by the party who could easily adduce evidence, but also to the common practice of western law-based countries. However, their arguments are based on some serious misunderstandings in comparative law and on their failure to recognize the particularity of the burden of proof in criminal cases. Because of the tradition of inquisitorial procedure, the defendant in Continental Law countries does not carry the burden of adducing evidence for “affirmative defenses”. In Common Law countries, the defendant is generally required to bear the burden of adducing evidence for “affirmative defenses” mainly because of the structure of the adversarial jury procedure. The Chinese criminal law differs from the criminal law of Common Law countries both in crime constitution and in procedural mode and, in practice, the right of defense is not sufficiently safeguarded in China. Therefore, there exist no sufficient grounds to require the defendant in China to bear the burden of persuasion or to produce evidence for “affirmative defenses”. On the contrary, because of the “proof necessity” resulting from the “objective risk of losing a case”, currently China urgently needs to strengthen the defense right and the “duty of care” of judicial organs, rather than to demand the defendant to bear the burden of proving the so-called “affirmative defenses”.

Key Words: affirmative defenses, burden of proof, burden of persuasion, burden of adducing evidence, proof necessity
