

正当防卫案件证明责任的分配逻辑

杨 依*

摘 要 我国正当防卫案件的证明责任分配规则长期缺位,不仅在理论上难以形成基本共识,在实践中也容易引发“同案不同判”,严重限制了正当防卫的司法适用。回归证明责任分配理论的内在机理,可发现证明风险分担与实体规范要件存在深层互动。要件属性决定控方客观证明责任的履行范围,而主观证明责任之设置须兼顾一国刑事诉讼构造下的制度需求。破解我国正当防卫案件证明责任之难题,应明确被告人具有客观形势下的举证必要而非证明责任,并在此基础上激活司法机关职权调查对事实认定与权利保障的主导作用。

关键词 正当防卫 证明责任 客观证明责任 主观证明责任

引言:“以正对不正”抑或“幽灵抗辩”?

正当防卫案件与社会大众朴素的正义观念相连接,极易引发舆论热潮。近年来媒体相继报道的“于欢案”“昆山反杀案”“赵宇案”等案件再次将正当防卫的司法适用曝露在司法决策与民意期待的高度关注之下。在以自由为基本价值的法治社会,面对正在进行的不法侵害,法律鼓励并保护公民行使防卫权利,实现“以正对不正”。〔1〕尤其在公权力难以及时介入的情形下,防卫人行使防卫行为成为法秩序的守护者。〔2〕尽管我国1997年《刑法》对正当防卫条款

* 复旦大学法学院讲师。本文系司法部国家法治与法学理论研究课题“犯罪构成的程序性功能及其应用研究”(项目编号:18SFB3018)和上海市教育委员会科研创新计划人文社会科学重大项目“中国超大城市新型社会冲突的数据地图与共治化解”(项目编号:2021-01-07-00-07-E00124)的阶段性成果。

〔1〕 参见梁根林:“防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑”,《法学》2019年第2期,第3-6页。

〔2〕 参见劳东燕:《功能主义的刑法解释》,中国人民大学出版社2020年版,第279页。

进行大幅度完善,增设特殊防卫权,放宽防卫限度,以期扭转司法实践中长期形成“以结果论”的办案思路。然而过去二十多年的司法实践表明,正当防卫不易启动或是动辄防卫过当的实践状况并未从根本上得以改变,在一定程度上沦为“僵尸条款”。〔3〕这背后既有实体规范适用的误区,也有程序指引短缺所造成的束缚。为激活正当防卫制度,捍卫“法不能向不法让步”的法治精神,2020年9月最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合出台《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下简称《指导意见》),在总结吸收理论研究成果和司法实践经验的基础上,对诸多正当防卫实体性问题作出系统性解释和规定。随后最高人民法院和最高人民检察院又相继发布一系列有针对性的指导案例,进一步回应实践关切,引导办案机关准确适用规范。

然而,与日臻完善的实体规范相比,正当防卫案件的证明规则还较为匮乏,难以满足司法实践的现实需求,也限制了正当防卫的司法适用。〔4〕公正的司法裁判不仅得益于司法办案人员从小前提向大前提精湛涵摄的技艺,更依赖于司法证明活动对小前提也即案件事实的清晰呈现。与其他刑事案件相比,正当防卫多发生于杀人和伤害案件中,且防卫行为大多具有突发性、紧迫性和快速性的特征,客观证据数量较少且难以收集,时常令办案人员陷入“幽灵抗辩”〔5〕的查证困境。而能否在诉讼活动中最大限度呈现防卫过程事实无疑成为正确适用正当防卫条款的先决条件。“于欢案”“昆山反杀案”“赵宇案”等之所以受到社会大众的广泛关注,正是基于现场监控录像以及多名目击证人共同对案发过程进行了最大限度地还原,不仅为办案机关查明事实提供了关键证据,也使得舆论焦点主要围绕对行为的法律评价。但在其他大量缺乏监控录像或目击证人较少的密闭案发场所,应由谁向法庭提供证据对“防卫起因”“防卫意图”和“防卫限度”等关键性事实加以证明,以及当事实存疑时不利败诉风险该如何分配,已成为我国正当防卫司法认定所面临的实践难题。

证明责任是开展司法证明活动的基本前提,亦是克服案件证据短缺与事实真伪不明的一种形式理性处置方法。〔6〕当前我国正当防卫案件缺乏明晰且易操作的证明责任分配规则。公安司法机关联合出台的《指导意见》对于程序指引规定得较为笼统,原则性地重申了办案机关应当及时、全面侦查取证,促进案件依法公正处理等工作要求,并未具体明确正当防卫案件

〔3〕 参见陈兴良:“正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析”,《法学家》2017年第5期,第98—102页。

〔4〕 曾有研究者对2021年中国裁判文书网公布的两百例“正当防卫”案件进行统计后发现,195件案件的被告人及辩护人曾主张正当防卫事由,但最终被人民法院认定正当防卫成立的仅有1件,约占0.5%。可见我国正当防卫司法认定难的现实困境仍然存在。参见郑凯心:“被害人暴虐品性证据补强正当防卫的证明研究”,《云南民族大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期,第151页。

〔5〕 “幽灵抗辩”在实务中主要指犯罪嫌疑人、被告人针对检察官的指控提出无罪或者罪轻的辩解,但又不能提供确切的相关证据加以印证的情形。参见林静娟:“司法实务中‘幽灵抗辩’形态及对策”,《中国检察官》2017年第10期,第44—45页。

〔6〕 参见胡学军:“证明责任制度本质重述”,《法学研究》2020年第5期,第139页。

证明责任分配与证据采信标准等核心问题。^{〔7〕}虽然部分指导案例中,检察机关主动在审前程序查明正当防卫事实,体现了捍卫法治精神的责任与担当。但从实践的普遍现状来看,可否就此认定检察机关应承担正当防卫事由的证明责任,目前还未形成一致的结论。证明责任分配规则在司法裁判中的模糊与乏力,不仅体现在法官裁判的心证说理趋于笼统,大多仅简单表述为是否采纳被告人提出的防卫主张,此外还极易滋生司法实践操作不一、“同案不同判”的情况,严重影响司法裁判的公正与权威。近年来随着域外理论的逐步引介,开始有部分学者基于不同规范和理论话语背景对被告人证明责任、积极抗辩事由以及正当防卫之证明等问题展开研究,并取得一定成果。^{〔8〕}但总体而言,正当防卫证明责任理论的内在机理和制度环境等基本范畴还未得到清晰阐释,尤其还缺乏根植于我国犯罪论体系和诉讼构造的专门性、系统性的理论剖析。在过往关于正当防卫之证明的系列研究中,证明责任问题虽率先被学者们所关注,但基础性的理论共识却难以形成。这本身也表明证明责任是个内涵丰富且极富争议的理论范畴,“是在任何诉讼,任何诉讼种类,并且在任何国家的法律体系中都可能面临的一个基本问题”,^{〔9〕}亟待研究者对这一关键问题再反思、再认识。

由此可见,当前“以正对不正”的法治精神容易在实操层面陷入“幽灵抗辩”的冷遇难题,这着实揭示出证明责任分配规则之缺位已严重影响正当防卫的司法认定。激活正当防卫制度不仅需要从实体法角度细化认定依据,增进司法办案人员的涵摄技能,还应从程序法角度回归证明责任分配的理论机理,深度挖掘影响证明责任分配规则的内在实体动因与外部程序环境。在此基础上破解我国正当防卫证明责任之难题,构建兼顾我国诉讼制度改革需求的证明责任分配规则和程序保障机制,让正当防卫的司法判决经得起事实、经验、逻辑和法律的检验,发挥保护公民基本权益与维护法治社会价值秩序的功能。

一、要件属性:客观证明责任分配的内在机理

长久以来,学界对于正当防卫案件被告人是否应当承担证明责任,以及应承担何种形式的证明责任问题难以达成基本理论共识。根据主流观点,无罪推定原则奠定了证明被告人有罪的责任天然归为控方,被告人既不承担证明自己无罪的责任也不承担证明自己无罪的义务,因

〔7〕 当前《指导意见》主要细化了正当防卫的实体认定依据,仅在“工作要求”部分强调了办案机关应及时、全面做好侦查取证工作,全面审查事实证据,认真听取各方意见,以准确认定案件事实,正确适用法律等。而这些旨在重申公安司法机关客观公正、依法办案的原则性要求在《刑事诉讼法》第52、171和173条等亦有涉及。但从长期的实践效果来看,这些原则性的要求还难以为正当防卫案件的证明责任分配,尤其是不利诉讼风险的负担问题提供制度化的清晰指引。

〔8〕 参见李昌盛:“积极抗辩事由的证明责任:误解与澄清”,《法学研究》2016年第2期,第171—190页;房保国:“论辩护方的证明责任”,《政法论坛》2012年第6期,第34—43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122—133页;兰荣杰:“正当防卫证明问题的法律经济学分析”,《法制与社会发展》2018年第1期,第166—187页;谢澍:“正当防卫的证明难题及其破解——激活正当防卫制度适用的程序向度”,《政治与法律》2020年第2期,第13—26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151—160页。

〔9〕 (德)汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,中文版序。

此除法定特例之外,刑事诉讼并不存在真正意义上的证明责任划分。^{〔10〕}但随着域外相关理论引介与本土研究不断深入,不少学者开始反对将无罪推定原则意识形态化,认为被告人提出正当防卫和紧急避险等犯罪构成之外的积极抗辩主张或社会生活经验的例外情形,应当部分承担证明责任。^{〔11〕}而对于被告人究竟承担何种形式的证明责任学界也一直存在“说服责任”“证据提出责任”“推进责任”或“争点形成责任”等不同论断。^{〔12〕}上述理论争议从侧面反映出正当防卫案件的证明责任分配问题在实践中莫衷一是。为厘清这一理论迷思,有必要从司法证明风险分担与实体规范要件的深层联动关系入手,进一步细化证明责任理论的双重构成机理,挖掘影响正当防卫证明责任分配的实体与程序基础。

(一)证明风险分担与实体规范要件的互动关系

证明责任理论的细化和发展离不开与实体规范要件的积极互动。实体规范的要件事实不仅划定刑事司法证明活动的对象与范围,实体规范的结构分析还可直接影响司法证明的风险分配思路。不同于民事诉讼以法律规范分类作为划分两造之间证明责任的主要依据,刑事司法领域更关注实体规范结构之下要件地位和属性对控方证明责任履行范围的深层影响。易言之,除法律另有规定之外,刑事案件中某一要件事实能否纳入控方证明责任的履行范围很大程度上取决于实体法规范对于犯罪的定义,并受制于犯罪论体系中各法律要件之间的逻辑结构关联。因此,深度呈现司法证明风险分担与实体规范要件之间的联动关系,有助于厘清包括正当防卫在内的阻却违法性和有责性事由的客观证明责任之分配逻辑。

证明责任本质上属于法律对待证事实在诉讼双方之间预设的风险分担方案。当法庭辩论终结时,即便待证事实仍处于真伪不明之状态,法官也须对合法的起诉适用法律进行裁判。此时,因事实不清而承担不利败诉后果的一方即为证明责任的承担者。在败诉风险的心理映射下,承担证明责任的一方当事人为避免其主张不成立,会积极向法庭提供证据,履行证明义务从而证立己方主张,促使法官形成心证。诚如德国学者汉斯·普维庭(Hanns Prütting)所言,证明责任一词既与证明无关,也与责任无关,其本质上是一种对事实状况不可解释性的风险分配形式。^{〔13〕}随着证明责任理论不断发达,两大法系司法证明的“风险分配方案”逐渐细化。大陆法系国家普遍接受证明责任的双重含义,并赋予主观证明责任和客观证明责任不同的法

〔10〕 参见龙宗智:《证据法的理念、制度与方法》,法律出版社2008年版,第257—260页;樊崇义:《证据法学》(第六版),法律出版社2017年版,第274—275页;孙长永:“论刑事证据法规范体系及其合理构建——评刑事诉讼法修正案关于证据制度的修改”,《政法论坛》2012年第5期,第28—29页。

〔11〕 参见卞建林、谭世贵主编:《证据法学》(第四版),中国政法大学出版社2019年版,第478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56—57页;陈瑞华:《刑事证据法》(第三版),北京大学出版社2018年版,第432—433页;张保生主编:《证据法学》(第三版),中国政法大学出版社2018年版,第354页。

〔12〕 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;房保国,见前注〔8〕,第35—36页;董坤:“构成要件与诉讼证明关系论纲”,《法律科学》2020年第1期,第172—173页;兰荣杰,见前注〔8〕,第166页;姚磊:“犯罪论体系推定机能与刑事主观事实证明”,《政治与法律》2016年第7期,第24页。

〔13〕 普维庭,见前注〔9〕,第25—26页。

律价值与诉讼效果。^{〔14〕} 英美法系国家亦有提供证据责任与说服责任的近似区分。^{〔15〕} 虽然主观证明责任和客观证明责任的理论分野,有助于民事诉讼辩论原则主导下证明责任在双方当事人之间的动态均衡分配,但从证明责任的本质功能来看,客观证明责任始终位居核心地位,是“法官视角下的证明责任”,^{〔16〕}亦属于实质性的证明风险。其由法律事先设定,除法定特例之外通常不会在当事人之间发生移转。而主观证明责任由客观证明责任而生,是客观证明责任在诉讼过程中的“投影”。^{〔17〕} 诉讼中的举证行为既可由责任规范引起,也可由权利规范驱动。^{〔18〕} 基于此,作为法官在案件事实真伪不明情况下依法履行裁判职能的程序装备,证明责任分配理论的实质核心在于合理设置客观证明责任及其所产生的败诉风险。

证明责任理论将司法证明的不利风险与实体规范的结构分析相联系,具有连接实体法与程序法的特殊地位,亦被被誉为“诉讼的脊梁”。证明责任分配和实体规范要件的深层互动一方面体现在要件事实奠定司法证明责任履行的对象范围。刑事案件发生以后,不论是刑事审前程序中的“查明”抑或是庭审程序中的“证明”,均围绕被追诉人是否存在一定的犯罪事实而展开,这里的犯罪事实也即犯罪构成要件事实。构成要件不同于要件事实,前者体现为实体法规范中一系列抽象性要素,而要素之下所涵盖的具体事实才成为诉讼主体须运用证据加以证明的对象。一起刑事案中并非所有事实都具有法律意义,构成要件以抽象的方式将案件信息筛选归类从而形成了诉讼过程中具有证明必要的要件事实。^{〔19〕} 而刑事诉讼的过程就是在要件事实的指引下,将原始案件事实上升为诉讼法上的事实,并进而成为实体法事实的过程。^{〔20〕} 可见,要件集合不仅决定“实体形成”的基本轮廓,还限定了待证对象的大体范围。^{〔21〕} 倘若某一事实不能引起具体实体法规范的适用,则与该事实相关的指控或辩解就不应成为案件的证明对象。

另一方面,实体规范要件对证明责任分配所产生的又一重要价值在于要件属性主导客观证明责任的具体分配思路。如前所述,证明责任分配理论的核心在于合理配置客观证明责任及其所引发的败诉风险。从要件属性出发的法律要件分类理论成为民事诉讼证明责任分配的主流学说,其中以莱奥·罗森贝格(Leo Rosenberg)的“规范说”独具特色。罗氏以实体法规范中所存在的相互补足支援与对立排除关系为逻辑支点,将实体性规范按照“权利产生”“权利妨

〔14〕 主观证明责任表现为诉讼过程中当事人为避免败诉而向事实裁判者提供证据证明争议事实的必要性。而客观证明责任从法庭辩论结束时的诉讼结果或者要件事实之确定性出发,强调一方当事人是否完成令裁判者相信要件事实存在并达到法定程度的义务。

〔15〕 虽然英美法国家“提供证据责任”和“说服责任”不能完全等同于大陆法国家的“主观证明责任”与“客观证明责任”,但二者在行为表现与法律效果上具有一定相似性。

〔16〕 李浩:“民事证明责任本质的再认识——以《民事诉讼法》第 112 条为分析对象”,《法律科学》2018 年第 4 期,第 96 页。

〔17〕 参见陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 36—37 页。

〔18〕 参见汪建成,见前注〔11〕,第 56 页。

〔19〕 参见孙远:“证明对象、要件事实与犯罪构成”,《政治与法律》2011 年第 8 期,第 107 页。

〔20〕 参见(日)小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民大学出版社 2004 年版,第 208—210 页。

〔21〕 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 90 页。

碍”或“权利消灭”等标准进行划分,并以此作为客观证明责任的分配标准;提出特定主张的当事人须对拟使用法律规范的要件承担证明责任,如果该规范之下法律要件所要求的事实未能澄清,法官就不能确认其主张成立并适用对其有利的法律规范。^[22]应当承认,这种以法律要件属性为基准的分类方式超越了在此之前以“积极事实”和“消极事实”为依据的“待证事实”分类方法,避免了同一事实因语言描述的多样性而为证明责任分配带来不确定性因素。更重要的是,这种从实体法律规范相互之间的逻辑关系寻找证明责任分配依据的分类方法,为客观证明责任的科学分配提供了相对稳定的依据。

(二)要件属性决定正当防卫客观证明责任之履行

诚然,民事诉讼的法律要件分类标准无法嫁接于刑事诉讼证明责任之分配,但这种关注实体法规则结构分析与具体要件规范属性的思维方式,亦可在刑事司法领域产生较强的实践操作性。简言之,刑事法律要件在犯罪论体系中的属性地位直接影响这一要件事实能否被纳入控方证明责任之履行范围。根据现代刑事诉讼无罪推定原则对被告人程序保护的基本立场,各国刑事司法无不秉持将绝大多数犯罪构成要件事实的证明责任分配给控方的制度设计。而犯罪论体系作为评价某一行为是否构成犯罪以及构成何种犯罪的实质标准,同时也是刑事诉讼开展的“指导形象”。^[23]申言之,控方须在犯罪论体系的指引下,对犯罪成立所要求的全部要件事实收集证据加以证明。而控方证明责任的履行范围必然受到实体法规则对犯罪定义的影响。因为在不同犯罪论体系下,各要件的差异化排列组合方式也会影响办案人员对某一要件属性的认识和把握,进而影响对这一要件客观证明责任之分配思路。

我国《刑事诉讼法》虽明确规定除法定特例,证明被告人有罪的责任由控方承担。但正当防卫、紧急避险等阻却违法性事由长期“游离”于“四要件”犯罪构成之外,不仅其法律地位晦暗不明,更使得司法实践中正当防卫的证明责任分配问题时常处于不稳定的状态。学界一直有观点认为,如果被告人提出构成要件之外的阻却违法、阻却有责等积极抗辩事由,相当于在犯罪构成要件之外另行提出了一个“争议事实”,就不再属于刑事诉讼法规定的应由控方承担的“被告人有罪的举证责任”中的证明对象。^[24]因此,当这一积极事实经被告人提出,就形成了新的争议点,理应按照“谁主张、谁举证”的惯性思路由辩方承担证明责任。实际上,这种观点的形成很大程度上源于对正当防卫要件属性的误读,也割裂了犯罪认定的阶层式过程。犯罪论体系本应是评判犯罪行为是否成立的唯一标准,但我国犯罪构成“四要件”理论却是一种封闭式的构成要件体系,刑法中犯罪概念的但书、正当防卫、紧急避险等阻却事由通常只能作为构成要件之外的抗辩事由经被告人提出。^[25]犯罪的实体应当是违法与责任,而“四要件”理论未能以违法与责任两个评价性概念为支柱而是以客观与主观两个描述性概念为支撑,尤其

[22] 参见(德)莱奥·罗森贝克:《证明责任论:以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2001年版,代译序第5—7页。

[23] 参见小野清一郎,见前注[20],第206页。

[24] 参见纵博,见前注[8],第125页;欧卫安:“论刑事被告人的证明责任及其履行——以积极辩护为中心”,《法学评论》2018年第5期,第69页。

[25] 参见陈兴良:“四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆——从正当行为切入的学术史考察”,《现代法学》2009年第6期,第57页。

不利于对违法性的审查判断。^{〔26〕} 实践中,当发生正当防卫这种形式上符合法律要件“外观”,实质上却并未侵犯刑法所保护的社会利益的行为时,辩方通常难以在“四要件”体系内部找到专属的出罪话语空间,这就容易令法官产生辩方在犯罪构成要件之外又提出了一个独立于控方的新主张的印象。

这种长期形成的实体法误读也逐渐模糊了正当防卫案件证明责任的分配思路。在过去相当长时期里,由被告人对正当防卫事实承担证明责任已成为我国司法裁判中的“常态化误区”。不少被告人不仅被要求自证正当防卫事实,还须达到事实清楚、证据确实充分的程度,否则法庭将判定正当防卫不存在。这种将客观证明责任分配给被告人的做法加剧了正当防卫的司法认定困难。此外,我国“四要件”带有浓重的入罪倾向,办案人员在取证过程中会更专注于有罪证据的收集和发现,甚至排斥无罪证据,从而构筑“形式上”融贯、方向一致的有罪证据体系。^{〔27〕} 这些因素都客观上使得正当防卫逐渐沦为“僵尸条款”。

阶层式犯罪论体系实现了从要素集合向位阶体系的进阶与升级,^{〔28〕}为明晰正当防卫在犯罪论体系中的地位与属性提供了更合理的思路。阶层犯罪论体系虽起源于以德、日为代表的大陆法系国家,但经由我国刑法学界长期的理论争鸣与本土化改造,现已成为我国刑法研究中具有重要影响的理论解释工具。尤其是近年来关于正当防卫的问题,阶层犯罪论体系被刑法学者广泛运用于具体司法案件的法理评析。^{〔29〕} 阶层犯罪论体系中该当性、违法性和有责性层层递进,仅依靠该当性的事实判断不足以完成对行为是否构成犯罪的完整评价,还应从实质与价值层面反向剔除。诚如学者所言,这种阶层式犯罪论体系是控制裁判官思考过程,进而将刑法适用限定于适当范围之内有效办法。^{〔30〕} 不仅如此,这种阶层式且立体化的法律评价方式更有利于厘清正当防卫要件的法律属性,为进一步明确正当防卫要件的客观证明责任提供清晰依据。

阶层式犯罪论体系之下,犯罪成立需要同时满足构成要件该当且排除阻却违法和阻却责任之事由。因此,从犯罪成立的本质出发,正当防卫并非符合犯罪构成之后的例外情形,而应是犯罪论体系内部进行犯罪评价过程所不可缺少的一环,是构成犯罪所必须事先排除的事由。^{〔31〕} 详言之,虽然正当防卫抗辩在实践中大多由辩方提出,且辩方提出这一事由时检察机关通常已将构成要件该当性或案件基础性事实证明到一定程度。此时,看似辩方在指控事实之外又提出了一个新争议点,但实际上基于无罪推定原则,控方本应对犯罪成立所要求的所有要件事实承担证明责任。其证明责任之履行范围明显不限于构成要件该当性,还包括对阻却

〔26〕 参见张明楷:“违法阻却事由与犯罪构成体系”,《法学家》2010年第1期,第31页。

〔27〕 参见董坤,见前注〔12〕,第171页。

〔28〕 参见车浩:“体系化与功能主义:当代阶层犯罪理论的两个实践优势”,《清华法学》2017年第5期,第41页。

〔29〕 相关成果可参见陈兴良:“赵宇正当防卫案的法理评析”,载《检察日报》2019年3月2日,第03版;陈璇:“正当防卫、维稳优先与结果导向——以‘于欢故意伤害案’为契机展开的法理思考”,《法律科学》2018年第3期,第75—90页;周光权:“正当防卫的司法异化与纠偏思路”,《法学评论》2017年第5期,第1—17页;梁根林,见前注〔1〕,第3—25页。

〔30〕 (日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥等译,中国人民大学出版社2007年版,第45页。

〔31〕 参见李昌盛,见前注〔8〕,第175页。

违法性和有责性事由的有效排除。那么控方在论证犯罪成立的过程中,只要无法提供充分的证据排除被告人行为具有正当防卫之可能,就不能认定被告人有罪,控方也就无法顺利完成客观证明责任从而卸下证明负担。

由此可见,部分学者将辩方主张正当防卫视为在指控事实之外形成新争议点,从而倾向于把客观证明责任分配给辩方的观点,显然在逻辑上割裂了犯罪认定的阶层式过程,也模糊了控方证明责任的本质边界。鉴于正当防卫要件在阶层式犯罪论体系中的地位和属性,被告人主张正当防卫并非在犯罪论体系之外提出了一个独立于控方指控的新主张,而是对指控事实从实质违法的层面加以否定。因此,排除正当防卫事由也当然属于《刑事诉讼法》所规定的“证明被告人有罪的举证责任”范畴。控方不仅应对此承担实质性的客观证明责任,还应将这一事实证明到“排除合理怀疑”之程度。与此同时,辩方没有证明自己无罪的义务,也不应承担因未能将正当防卫证明到事实清楚、证据确实充分而使得裁判者直接认定防卫事实不存在的不利诉讼后果。

二、诉讼构造:主观证明责任运行的制度环境

刑事证明责任的分配与运行须与外部制度土壤相适应。如果说实体规范要件的客观证明责任分配逻辑取决于该要件在犯罪论体系中的属性与地位,那么主观证明责任之运行则须兼顾一国刑事诉讼构造下的制度需求。刑事诉讼构造囊括了开展刑事诉讼活动的基本方式以及控诉、辩护、裁判三方所形成的法律关系基本格局。现代刑事诉讼理论因法官权力行使方式的不同,将刑事诉讼划分为大陆法系国家的职权主义模式和英美法系国家的当事人主义模式。两种模式区分指导下的诉讼构造也各具特征。两大法系国家证明责任分配规则与其审判程序构造呈现出内在的一致性,并在具体的司法实践中彼此促进、相互融合。这对厘清我国正当防卫案件被告人是否应承担主观证明责任的问题亦具有重要的理论启发价值。

(一) 职权主义对主观证明责任空间的“有益限缩”

大陆法系国家民事诉讼遵循当事人主义,辩论原则下法官消极中立,因而主观证明责任的分配较为复杂,双方当事人均可承担以提出证据作为行为要素的主观证明责任。但大陆法国家刑事诉讼中的主观证明责任却往往难以独立于客观证明责任存在。即使是正当防卫案件,被告人也不具备独自承担正当防卫事实主观证明责任的制度基础。职权主义庭审构造之下,法庭职能一元化,不存在主持庭审的法官与案件事实审理者相分离的情况。因此,不同于英美法系国家为顺应陪审团制度而使得证明责任分配呈现出程序阶段性的特点,大陆法系国家刑事证明责任具有整体性特征。^[32] 主观证明责任与客观证明责任不仅具备“行为—结果”的形式与实质关联,还构成法律要求与责任后果的“表里关系”。^[33] 具体对于控方而言,检察官天然承担犯罪构成要件事实的客观证明责任,为免除指控事实不清所带来的指控失利,检察官须

[32] 参见卞建林、郭志媛:“诉讼模式视角下的证明责任”,《甘肃政法学院学报》2008年第6期,第3—4页。

[33] 参见龙宗智:“刑事证明责任制度若干问题新探”,《现代法学》2008年第4期,第108页。

在诉讼过程中提出充分的证据对犯罪事实加以证明,承担起构建法律事实的主要使命。^[34] 检察官的主观证明责任某种程度上可被视为其履行客观证明责任的程序要求。所以控方的主观证明责任从属于客观证明责任,不具有独立的意义。^[35]

不仅如此,大陆法系国家刑事被告人独自承担正当防卫事实的主观证明责任空间亦被大幅限缩。职权主义将实质真实作为刑事诉讼所追求的首要目标,强调国家专门机关在查明案件事实方面的主导作用。^[36] 法官对事实的认定并非完全受限于控辩双方所提供的证据材料。职权主义要求法官以自身的动议控制庭审活动,形成了法官职权探知的诉讼制度。法庭调查进程以法官的积极探查为主导,而不是完全取决于控辩双方对案件事实的举证情况。尤其当控辩双方未能提供充分证据对案件事实加以证明时,法官也不能全然消极被动地直接援引证明责任分配规则作出判决。由于法官可依职权扩大证据调查范围,利用职权调查查明案件真相,使得主观证明责任与客观证明责任之间、举证行为与不利后果之间的逻辑关联时而被阻断。案件的最终结论是由当事人举证之优劣和法官自由心证共同作用的结果。^[37] 由此可见,职权主义诉讼构造中控辩双方的调查协助地位决定了其提供证据的责任只作为法官查明真相的补充手段而存在。^[38] 法官可主动查明正当防卫案件控辩双方未祛除的疑点从而最终形成心证,实际用以裁判的信息可远远超过控辩双方提供的证据,并不依赖于被告人主观证明责任履行的实际效果。

在德国,法院有义务获得尽可能好的证据,法官还应促使诉讼参与者提出有利于查明案件的申请,并在查证申请被提出时给予支持。^[39] 《德国刑事诉讼法》第 244 条第 2 款明确规定,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。这种依职权调查的程序性要求正是法官的澄清义务。在从犯罪构成该当性向违法性实质递进的“过滤型”审查中,是否存在正当防卫事由是进行违法性排查的核心内容,将直接影响定罪量刑的结果。倘若法官发现被告人的行为有可能构成正当防卫,即便此时被告人并未提出主张,法官也应当依职权主动调查甚至庭外收集证据。而对于被告人及其辩护人主动提出正当防卫事由,要求法院调查有利于被告人的事实和证据之申请,法官通常也会予以支持。德国刑事诉讼更是将法官是否严格履行这一程序性要求纳入评判审判活动是否构成重大程序性违法的重要标准。

我国台湾地区也允许被告人声请法院调查证据,并且基于被告人诉讼主体的地位,从赋予被告人请求、督促法院践行澄清义务的权利角度加以保障。强调赋予被告人声请调查证据权并非当事人主义的表现,反而是强化、督促澄清义务的立法措施,因为如果解除法院的澄清义务,当事人纵使声请调查,法院也无依其声请进行调查的义务根据。^[40] 法官职权调查并非不

[34] 参见杨波:“法律事实建构论的主体之维——以刑事诉讼为对象的分析”,《政法论坛》2011 年第 1 期,第 129 页。

[35] 参见黄翰义:《程序正义之理念(三)》,元照出版社 2010 年版,第 258 页。

[36] 参见施鹏鹏:“刑事诉讼模式的比较与选择”,载《检察日报》2021 年 12 月 15 日,第 03 版。

[37] 参见卞建林等,见前注[32],第 4 页。

[38] 参见霍海红:《证明责任的法理与技术》,北京大学出版社 2018 年版,第 87—88 页。

[39] 参见宗玉琨:《德国刑事诉讼法典》,知识产权出版社 2013 年版,第 193—194 页。

[40] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司 2020 年版,第 63 页。

受任何限制。鉴于现代刑事诉讼控审分离的基本格局,为了避免法官主动获取不利于被告人的证据而沦为“第二公诉人”,各国对法官依职权启动庭外调查不利于被告人的证据多有限制。基于前述,大陆法系国家职权主义法官探知的诉讼传统对司法证明责任的履行方式产生了深远影响,被告人不存在真正意义上的主观证明责任。^[41]法官对案件事实的查明和最终形成的心证结论并非完全取决于被告人的举证效果,即使被告人未主张或举证不能也有可能获得有利的审判结果。

(二)当事人主义之下提出证据责任的程序推助功能

英美法系国家当事人主义的诉讼构造展现控辩双方对诉讼程序的控制与推进,法官是消极的裁判方,向法庭提供证据以便查明案件事实的责任主要由控辩双方完成。所有争议的待证事实,皆由法院依据证据法则分配给诉讼当事人承担证明责任,若应负证明负担的当事人未能尽其责,将对该待证事实蒙受不利认定后果。^[42]英美法系国家证明责任制度不仅明确了待证事实真伪不明时的不利诉讼风险分配问题,还顺应其特殊的诉讼程序要求,能够引导控辩双方在各环节依次提交适格且充分的证据,推动查明案件事实的活动有序进行。受无罪推定法则和正当法律程序条款的规制,犯罪成立之要件事实的说服责任由检察官承担,但提供证据责任控辩双方皆可承担,并且提供证据责任之履行还具有推进诉讼程序的特殊价值。

英美国家刑事证明责任理论,尤其是提供证据责任之设置很大程度上服务于法官与陪审团的审判职能划分。更有学者将控辩双方提供证据责任之履行形象比喻为启动陪审团的程序“控制阀”。^[43]提供证据责任以向法庭提供充分的证据为行为要素,其目的在于使某项主张事实成为诉讼争议点,因为形成争议点的事实才值得被纳入后续法官或陪审团审查判断的对象。所以提供证据责任也被称为“用证据推进的责任”或“通过法官的义务”。^[44]诉讼之初,控方须围绕犯罪本体要件提供有说服力的证据形成合理争点使法官认为有理由将起诉事实交由陪审团认定。如果控方没有从形式上就犯罪本体要件成立提供证据或者提供的证据未达到法定标准程度,指控犯罪主张就不能“在表面上”成立,也难以构成有裁判意义的审理对象。此时,出于诉讼效率的考量,法律明确辩方可以向法庭提出驳回起诉的动议,法官也可直接决定不提交给陪审团裁决。根据美国《联邦刑事诉讼规则》第29条之规定,检察官证据全部提出完毕后,如依检察官所提出的全部证据,认为检察官未尽举证责任,辩护人得申请,法院亦可依职权,径为无罪之判决(motion for a directed verdict or motion for judgment of acquittal),此时被告无须提出任何证据反驳,案件也无须交由陪审团作实质审议。^[45]由此可见,提供证据责任是顺应英美国家诉讼传统和程序要求的产物。法官与陪审团的二元式审判构造增加了设置提供证据责任的现实必要性。^[46]不同于大陆法系国家主观证明责任对客观证明责任的依附,提供证据责任之履行不仅拥有特定的诉讼阶段,还可引发独立程序后果。这种决定控辩双

[41] 参见周洪波:“客观——主观证明责任体系解构”,《法学家》2021年第1期,第113页。

[42] 参见林辉煌:《刑事审判之证明负担及证明程度:比较法之分析》,元照出版社2011年版,第21页。

[43] 参见陈刚,见前注[17],第23页。

[44] 参见龙宗智,见前注[33],第108页。

[45] 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第519—520页。

[46] 参见李昌盛,见前注[8],第184—185页。

方争点能否形成以及主张事实可否被纳入后续审理对象的特殊程序装置,将法庭审判活动划分为不同阶段,客观上发挥了程序过滤的功能,也有助于克服陪审团制度的缺陷,彰显证明责任和诉讼程序的相互促进与深度融合。

英美法系国家犯罪论体系和证明责任的具体运行皆展现当事人主义平等对抗的程序特征。犯罪本体要件与包括正当防卫在内的积极辩护事由直观地将诉讼证明活动划分为两个阶段。对于本体要件中犯罪行为与犯罪心态的证明,先由控方承担提出证据责任与说服责任。在辩方主张正当防卫等积极抗辩事由之前,控方原则上只需证明犯罪行为为要素和心理要素成立即可,而无需对积极辩护事由不存在进行一般的、独立的证明。^[47]而鉴于控辩双方皆为诉讼程序的推进者,提出证据责任会在两造之间发生移转。当控方完成了犯罪本体要件的证明责任后,裁判者产生了暂时的心证,被告人若主张正当防卫等有利于防御的积极辩护事由,应围绕防卫事实承担一定的证明责任。此时,被告人是否仅承担提出证据责任,抑或还应负担更实质的说服责任也并非毫无争议。美国联邦最高法院曾在 *Martin v. Ohio* 案中认为,^[48]成立正当防卫抗辩之要件与犯罪成立之要件并无实质重叠关系,所以将提供证据责任与说服责任一同委诸辩方也不构成对正当程序法律原则之违背。^[49]但目前美国仍有不少州明确规定辩方仅对此抗辩承担提出证据责任,只是各州要求程度不尽相同,有的州只要求被告人提出较些微证据还多的证据(*more than a scintilla of evidence*),有的州则要求被告必须提供让一般理性裁判者能合理相信的证据。^[50]在这些地区,若辩方怠于提供证据而仅仅凭空主张存在正当防卫事实,那么这一合法辩护事由就难以成为诉讼争议点,不但检察官可不予回应,法官也会提示陪审团不得将阻却违法或有责的主张纳入裁判的考虑范围。相反,若辩方积极提供充分证据材料使正当防卫事由合理地形成争议点,则正式启动了控方说服责任的履行义务,继续推进法庭审理活动。此时检察官须证明正当防卫辩护事由不存在并将这一事实达到排除合理怀疑的程度。^[51]由此可见,对于包括正当防卫在内积极抗辩事由,无论被告人是否被分配说服责任,都必须先行完成提供证据责任的程序阶段性要求。

三、举证必要:破解我国正当防卫证明责任难题的新思路

基于实体规范要件与客观证明责任之间的深度关联,正当防卫要件在阶层式犯罪论体系中的地位与属性已为控方应对此承担客观证明责任提供了更为清晰的实体法依据。然而,被告人是否应承担提供证据证明防卫事实的主观证明责任,仍是当前理论与实践中最富争议的焦点。厘清这一问题也是明晰我国正当防卫证明责任之分配逻辑的关键。现有

[47] 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116页。

[48] *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987), pp. 228—244.

[49] 参见林辉煌,见前注[42],第50—51页。

[50] 参见王兆鹏,见前注[45],第524页。

[51] See *State v. Pauling*, 925 A.2d 1200 (Conn. App. 2007), pp. 1212—1213; *State v. Singleton*, 905 A.2d 725 (Conn. App. 2006), pp. 730—735.

研究虽遵循不同的论证思路,但大多在结果上倾向认为检察官完成基础犯罪事实的证明之后,正当防卫事由的主观证明责任随即移转给被告人。被告人应提供证据应达到“形成争议点”或者“形成合理怀疑”的标准。受此观点影响,要求被告人提供证据承担一定的证明责任也早已成为我国多数正当防卫案件审理的“常态逻辑”。然而如前所述,主观证明责任之履行须与一国诉讼构造之下的制度环境相匹配。综合考量当下我国的司法制度现状可知,要求被告承担防卫事实的主观证明责任不仅缺乏实体的理论依据,也未充分关照我国刑事诉讼的程序基础。当前破解我国正当防卫案件证明责任之难题,须在理论上明确被告人仅具有客观形势下的“举证必要”,^[52]而非与不利诉讼后果相联系的“举证责任”。与此同时,为配合被告人举证必要之落实,从提升我国刑事诉讼真实发现能力与强化被告人的人权司法保障角度出发,未来还应激活正当防卫案件司法机关的职权调查义务,为强化司法证明和维护诉讼公正提供坚实的程序保障。

(一)当前被告人举证必要的实体与程序考量

首先,应在理论上明确阶层式犯罪论体系中各位阶之间的“事实推定”关系与司法证明中可发挥替代证明作用的“法律推定”具有本质区别,不具备转移证明责任的法律效果,因而要求被告承担防卫事实的主观证明责任缺乏实体性理论依据。不少研究者认为,在阶层式犯罪论体系司法适用的过程中,控方只需对该当性基本犯罪事实承担证明责任即可推定行为违法且有责,而对于妨碍成立犯罪事实的证明,也即违法性与有责性的证明,应当由辩方来承担形式上提出证据的责任,且达到“形成争点”的程度。^[53]可见,这种认为被告人应履行主观证明责任的一个重要实体依据在于阶层式犯罪论体系各位阶之间存在“推定”机能,且此种“推定”具有将主观证明责任转移给辩方的重要作用。然而应当明确的是,阶层犯罪构成各要件之间的“推定”本质上属于逻辑层面的推论,这种事实推论有助于法官在法律评价过程中重视对行为的实质评价,反向查验进而形成理性认知。但此类推论既不发挥替代证明的功效,对司法裁判者也不具约束力。“法律推定”则不同,“法律推定”是为解决特定刑事案件的司法证明困难,在非法持有国家机密文件、资料、物品或者巨额财产来源不明罪等案件中,以法律明文规定推

[52] 在民事诉讼领域,有观点将“举证责任”等同于“举证的必要”,但也有观点认为“举证责任”就是“证明责任”,而行为意义上的“主观举证责任”可解释为当事人的“举证必要性”。可见,目前“举证必要”在民事诉讼法研究中还不是一个独立且成形的概念,其主要用于描述、解释其他相关范畴,且未在理论与实践中共识。前述观点可参见邹瑜、顾明:《法学大辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第1243页;王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》(第二版),高等教育出版社2021年版,第136—138页。此外,曾有刑事诉讼法学者在研究积极抗辩事由时提出了“证明必要”的概念,具有重要意义。李昌盛,见前注[8],第187—190页。但笔者认为,“举证”是“证明”的初始化阶段,“证明”在“举证”的基础上更强调一定的过程和程度要求。“证明必要”容易与“证明责任”发生混淆,可能在实践操作层面增加被告人的证明负担。因此,基于对正当防卫案件被告人最低限度保障的考量,本文通过对“举证必要”进行系统阐释,以期赋予“举证必要”独立成形的概念内涵与现实意义。

[53] 参见李静:“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107—108页;黄维智:“合理疑点与疑点排除——兼论刑事诉讼证明责任的分配理论”,《法学》2006年第7期,第154—155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83—84页。

定的方式替代司法证明的事实认定方法。^[54] 法律所创设的推定对某些要件事实建立了类型化且稳固的逻辑关系,因此法官必须根据基础事实直接认定推定事实,而不必再经过逻辑推理过程或者考虑其他的推论结果。“法律推定”在证明意义上对犯罪构成要件进行了修正,并转移部分构成要件事实的证明责任,此种“推定”只能由刑法、刑事诉讼法或同位阶的其他法律创设。^[55] 由此可知,犯罪论体系中各阶层的推定只是一种“事实推定”,与法律上的“推定”存在本质区别。^[56] “刑事诉讼举证关系之存在,已经依待证事实之内容及性质,固定分配给诉讼主张,并不会随着诉讼程序之进行,而有举证责任浮动或不确定之情形。”^[57] 犯罪论体系中各阶层间的事实推论关系不仅无法发挥替代司法证明的效果,也不具备转移正当防卫要件事实客观证明责任或主观证明责任的功能。

其次,被告人是否应当承担以提出证据为行为要素的主观证明责任或提供证据责任,仍需要综合考量我国当前的诉讼制度现状。对此,不少研究者基于英美证据法理论之影响,对引入被告人的提供证据责任颇为青睐。但提供证据责任之设置终究应与刑事指控、辩、裁三方的法律关系和现实地位相匹配。在我国一元制的庭审构造和审判方式中,不存在陪审团和职业法官对审判职能的特殊划分,也无须通过提供证据责任来实现不同审判主体在不同审判环节的审查需求。更为主要的是,提供证据责任不只是一种举证行为,其履行效果还可直接导致主张不能成立或程序无法推进等不利程序后果。因此,提供证据责任之分配必须以诉讼主体客观上所具备的证据收集能力为前提。^[58] 英美对抗式审判的正常运行建立在控辩双方程序参与能力大体对等的前提下。^[59] 反观我国控辩格局之现状,当前刑事案件辩护率不高,不少犯罪嫌疑人、被告人在审前阶段还面临被羁押的状态,绝大多数自行辩护的被告人不仅缺乏基本的辩护技能,对控方的证据情况也难以深入了解。即便被追诉人有幸获得了辩护律师的帮助,辩护律师基于《刑法》第 306 条等原因往往在取证问题上非常谨慎,这些因素总体导致控辩双方客观上举证能力悬殊的司法现状。^[60] 尤其对于正当防卫案件,防卫事实发生本身具有突发性、紧迫性和迅速性的特点。纵使以国家司法资源为后盾的公诉机关也时常面临查证困难而落入正当防卫“幽灵抗辩”的境地,更不必说与国家机关证据收集能力悬殊的被追诉人。值得关注的是,赋予被告人强大辩护权的美国也逐渐开始对被告人承担积极抗辩事由的提供证据责任的做法持谨慎态度,因为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,客观上让被告人承担了证明自己无罪的义务。^[61]

鉴于当下我国刑事被告人有效辩护保障机制尚不健全,一味从域外理论借鉴的角度将主

[54] 参见陈瑞华:“论刑事法中的推定”,《法学》2015年第5期,第105页。

[55] 参见纵博,见前注[8],第129—130页。

[56] 参见周长军:“犯罪论体系的程序向度:研究误区与理论反思”,《清华法学》2008年第3期,第129页。

[57] 黄翰义,见前注[35],第15页。

[58] 李昌盛,见前注[8],第187页。

[59] 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(第五版),中国人民大学出版社2016年版,第272页。

[60] 参见吴洪淇:“印证的功能扩张与理论解析”,《当代法学》2018年第3期,第85页。

[61] See Jonathan Levy, “A Principled Approach to the Standard of Proof for Affirmative Defenses in Criminal Trials,” *American Journal of Criminal Law*, Vol. 40, No. 3, Summer 2013, pp. 281—300.

观证明责任或提供证据责任强加给被告人,既无实体法上的理论支撑,也在实践操作层面太过严苛,还可能导致正当防卫案件之启动异常艰难。不仅如此,主观证明责任的标准在实践中较为模糊、不易把握,且极易被人为抬高。即便被告人已经提出了相关证据完成了“争点形成责任”,也依然可能面临被要求继续将防卫事实证明到“清楚、充分”的程度,否则将面临正当防卫主张不能成立的严重后果。

以2020年4月再云的云南丽江“冷兰案”为例,2006年6月23日晚被告人冷兰在一出租屋内与其夫的婚外情对象曾某利发生争执,双方扭打过程中,冷兰用水果刀刺伤曾某利腹部,导致曾某利因抢救无效死亡。原审法院曾认定被告人冷兰因遭受曾某利持刀威胁而以自带的水果刀相对抗的行为系防卫过当,构成故意伤害致人死亡。但随后检察机关却以原审判决防卫过当基本事实不清、证据不足为由提出抗诉。再审开庭审理时,控辩双方的争议焦点依旧围绕无限防卫权的前提是否存在而展开,也即冷兰刺伤曾某利之前,曾某利是否先从厨房拿出菜刀砍向冷兰,从而对冷兰构成了“正在进行的不法侵害”。对此,辩方提出冷兰庭前供述一直较为稳定,当晚曾某利先从厨房拿出菜刀砍向冷兰,冷兰才以自带的水果刀相抗并在扭打过程中捅刺曾某利。且上述事实能够与现场唯一目击证人刘某平所提供的第三至第六次询问笔录内容以及现场勘验血迹情况相互印证。然而,再审法院最终认为目击证人刘某平与原审被告入系夫妻存在利害关系,且其第一、二次询问笔录与后几次证言存在矛盾,被害人曾某利究竟是先持菜刀与冷兰发生撕打受伤,还是被冷兰捅伤后进入厨房寻刀存在疑问,无法排除合理怀疑。因此,法院认定冷兰的行为既不构成正当防卫也不构成防卫过当,改判为故意伤害罪并判处7年有期徒刑。^[62]可以看出,在这起发生于密闭空间且证据数量有限的案件中,辩方实际上提出了一系列证明材料,已经履行了主观证明责任,甚至成功使法官对是否存在“正在进行的不法侵害”产生了“怀疑”的心证。但由于正当防卫案件主观证明责任标准在实践中较为模糊,辩方实际上被法官以默许的方式分配了将防卫事实证明到确实、充分地步的自证无罪之责任。而检察机关却没有因为防卫起因这一关键事实未能排除合理怀疑而承担任何违法性指控失利的裁判结果。这种随意突破主观证明责任标准,造成正当防卫客观证明责任易位的处理方式在司法实践中并不少见,不仅加剧正当防卫逐步沦为“僵尸条款”,也由此产生了不少饱受争议的判决。

再次,破解我国正当防卫案件证明责任分配之难题,须在理论上明确被告人仅具有客观形势下提出主张和线索的举证必要。这种举证必要源于被告人避免败诉被定罪的心理激励,是客观形势下为维护自身利益所产生的正向举证驱动,而不是法律规范层面直接与不利诉讼后果相联系的法定证明责任。一方面,如前所述大陆法系国家主观证明责任从属于客观证明责任,是客观证明责任在诉讼程序中的“倒影”。而被告人提出正当防卫之抗辩在本质上是对指控事实从实质违法性的层面加以反驳,没有超越控方指控范围。加之阶层式犯罪论体系中各阶层仅存在逻辑推论而非“法律推定”,因此不存在将正当防卫要件主观证明责任转移给被告人的前提。另一方面,无论是大陆法系国家的主观证明责任抑或英美法系国家的提出证据责任,其本质上都意味着法定不利诉讼风险的分担。尤其是英美法系国家的提出证据责任在一

[62] 参见吴宏耀:《冷兰故意伤害案》,载微信号“中国政法大学刑事辩护研究中心”,2020年5月7日上传;毛立新:《冷兰故意伤害案05》,载微信号“中国政法大学刑事辩护研究中心”,2020年5月9日上传。

定程度上就是弱化版的说服责任。^{〔63〕}诚如我国台湾学者所言,不能轻易使被告人负担举证责任,否则将会造成被告人之所以被判有罪,乃因其举证技术拙劣,而非事实上有罪的不合理局面。^{〔64〕}所以,明确被告人仅负有最低限度的举证必要,才是破解我国正当防卫司法证明难题的合理方案。此种举证必要虽不源自法律的强制规定或控方证明责任的转移,亦可对被告人产生较强的举证驱动。司法实践中绝大多数正当防卫或者防卫过当之抗辩均由辩方提出,且辩方提出这一主张时检察机关通常已将构成要件该当性或案件基础性事实证明到一定程度,此时被告人基于避免被定罪的防御本能也会尽可能在诉讼过程中提供对自己有利的证据,以此反驳控方的指控,动摇法官对指控事实的确信程度。

值得一提的是,这种客观形势下的举证激励在本质上不同于以提供证据为行为要素的主观证明责任或提供证据责任。因为即便被告人未能就防卫过程提供足够的证据,也不必然导致正当防卫事由不成为争点或者正当防卫不能成立的裁判结果。被告人的举证必要可有效引起庭审对正当防卫事由的关注,是促使法官心证形成的信息来源之一。而最终能否排除被告人正当防卫之可能,仍取决于控方证明责任的履行成效。正如在一些刑事案件中,被告人倘若主张自己不在犯罪现场或无作案时间,也会产生积极向法庭提供线索或证据材料的举证驱动。这种被告人客观形势下的举证行为并非履行法定的主观证明责任,而是为能尽早摆脱刑事追诉的现实需要。但无论被告人是否举证以及举证的效果如何,均不改变控方应提供充分证据并将犯罪行为是被告人实施这一待证事实证明至排除合理怀疑的法定程度。而对于正当防卫案件,以被告人的举证必要代替主观证明责任可有效避免司法实践中长期存在的客观证明责任易位以及主观证明责任标准把握随意性等问题。

最后,从推动法庭信息开放性与交互性的有益角度考察,被告人若想援引包括正当防卫在内的阻却违法事由,应当履行最低限度的举证必要标准。判断被告人是否已履行举证必要,可从以下三点进行把握:第一,在行为要素上,被告人举证必要的履行方式多样,但至少应达到提出主张且提供必要线索的标准。被告人作为防卫过程的亲历者,理应能够提供他人难以知晓的防卫细节。特别是当控方提交的证据已经能够证明基本犯罪事实,此时被告人若想强化正当防卫事由成立,就具有提出主张并提供线索的心理激励。在此基础上,被告人若能提供更充分的证据材料证明损害结果是在何种情境下产生的,则更有助于法庭对被告人前后供述与客观环境细节的印证程度做出判断。第二,在事实明确程度上,被告人履行举证必要应使得正当防卫之成立具有合理性基础。例如被告人可对防卫时的情境展开详细说明,描述不法侵害发生的原因、方式和强度,防卫过程中双方所处的时空状态以及所使用的手段和工具等。^{〔65〕}尤其是在法庭审理环节,被告人的主张和所提供的线索唯有具备合理性基础,才可能引发检察官和法官对正当防卫事由的关注。倘若经过进一步的法庭调查,仍不能排除正当防卫之可能的,法官应依据疑罪从无原则,就此作出检察院指控证据不足、指控的罪名不能成立的判决。而如果被告人对防卫过程的描述或提供的线索本身就存在明显的事实矛盾,且无法对此进行合理解释,那么法庭也不必专门启动对防卫事实的调查程序。第三,在诉讼阶段上,法庭审理环节

〔63〕 参见李昌盛,见前注〔8〕,第181页。

〔64〕 参见黄东熊、吴锦芳:《刑事诉讼法论》,三民出版社2001年10月版,第374页。

〔65〕 参见张薇薇,见前注〔8〕,第159页。

是被告人履行举证必要的典型场域,审前阶段亦可参照相关要素及时查明案件事实。狭义的司法证明仅指庭审中的证明。而证明责任作为司法证明的基本要素,其发生场域也主要集中在审判阶段。审前程序因不具备典型的诉讼构造,也没有确立法定的证明责任,^[66]其证据审查活动更多地只是“证明准备”。^[67]通常情况下,检察机关将构成要件该当性或案件基础性事实证明到一定程度后,即产生被告人客观形势下的举证必要。被告人在法庭上提出主张和线索并对防卫事实进行合理说明,不仅能为检察机关接下来继续履行违法性客观证明责任指明具体的方向,还能使法庭审理的争点更加集中,更有利于法官对案件事实形成完整、理性的认知。审前程序亦可参照举证必要的要素标准,在不强迫自证其罪原则的前提下,以嫌疑人的主张和线索为基础及时查明案件事实。

(二)激活职权调查对事实认定与权利保障的主导作用

基于辩方在证据收集和诉讼权利行使方面与代表国家行使追诉职能的检察机关差距过大的现状,仅强调正当防卫案件被告人最低限度的举证必要,而不激活国家专门机关在查明案件事实和权利保障方面的主导作用,增强国家专门机关的客观勤勉义务,恐难以从根本上扭转正当防卫司法证明难的现实困境。毕竟以被告人所掌握的线索或证据信息为基础,再借助侦查机关的证据收集能力才是“优势互补”且成本最低的发现案件真相之方法。^[68]因此,从提升我国刑事诉讼真实发现能力和强化被告人的人权司法保障角度出发,未来还应激活司法机关在正当防卫案件中的职权调查职责,为配合落实被告人的举证必要以及强化正当防卫案件司法证明与维护诉讼公正提供坚实的程序保障。

新中国成立之初,我国刑事诉讼立法沿袭前苏联制度特色,呈现超职权主义的色彩,法官以积极主动的姿态介入案件事实尤其是争议事实的证据调查工作,庭上与庭外的调查取证权基本不受约束。^[69]自上世纪九十年代中叶的刑事审判方式改革开始,我国刑事诉讼吸收借鉴了英美当事人主义的一些合理因素,确定了控辩双方向法庭举证质证的审理方式,强化了庭审环节控辩对抗的强度。诚然,完善被追诉人有效辩护权的保障机制,增强控辩对抗在案件查明中的积极作用是我国当下和未来一段时间司法改革的重点方向。但我国刑事诉讼职权主义的底色并未改变。彻底照搬当事人主义诉讼从而使法庭审判主要通过控辩双方的举证与辩论范围来发现案件真实也不符合我国刑事诉讼的价值追求。与此同时,我国《刑事诉讼法》明确了国家专门机关具有严格依照法定程序收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪、犯罪情节轻重的各种证据的法定义务。法庭审理过程中,合议庭倘若对证据有疑问可以宣布休庭,采取勘验、检查、查封、扣押、鉴定和查询、冻结等方法对证据调查核实。鉴于我国人民法院本身具有在法律上忠于事实真相、客观全面审查证据的义务,同时还享有庭外调查核实证据的权

[66] 参见陈瑞华,见前注[11],第393页。

[67] 参见谢澍:“认罪认罚从宽制度中的证明标准——推动程序简化之关键所在”,《东方法学》2017年第5期,第135页。

[68] 参见兰荣杰,见前注[8],第171页。

[69] 参见龙宗智、孙未非:“法官澄清义务研究”,载张仁善主编:《南京大学法律评论》(2014年春季卷),法律出版社2014年版,第341页。

力,人民法院最终认定的事实并不完全依赖于控辩双方提供的证据和证明活动。^[70]因此,为落实正当防卫案件中被告人的举证必要,理应激活司法机关在正当防卫案件中的职权调查职责。具体包括强化检察官的客观公正义务与法官对有利于被告人事实的积极澄清义务,增强对正当防卫案件被告人的取证关照。

一方面,要增进检察官的客观公正义务的落实。当前,我国检察机关已经逐步强调检察官指控与证明犯罪的主导责任,并在《检察官法》中明确了检察官的客观公正义务。^[71]检察官客观公正义务源自大陆法系国家,检察官作为公共利益的代表,具有超越当事人立场客观公正履行职责的义务。具体在刑事诉讼中,检察官应客观公正地收集证据,既要收集对犯罪嫌疑人不利的证据,也要收集对犯罪嫌疑人有利的证据;检察官出庭支持公诉是为寻求正义而不只是为追求定罪,必要时还应对被追诉人予以诉讼关照。^[72]检察官客观义务与证明责任兼容并重,如果仅强调客观义务而忽略证明责任,犯罪追诉将缺乏动力与技术性支持;倘若仅强调证明责任而不顾客观义务,将无法凸显检察官超越当事人地位的客观性与公正性。^[73]正当防卫案件中,检察官本身具有查明正当防卫事实、收集被告人正当防卫过程证据的责任。审查起诉阶段,检察官不仅要全面审查案卷中的事实和证据,还应将自己置身于案发环境去考虑当事人的真实反应,而非事后在办公室内的超然、“冷静”分析,为正当防卫人设置一系列不合理的限制。^[74]

例如,安徽枞阳“周某正当防卫不起诉案”,就展现出检察官积极履行客观公正义务对查明正当防卫事实的关键性作用。2018年9月,周某在田间喷洒农药时遭遇醉酒男子许某欲对周某实施强奸,周某在反抗过程中以农药水箱软管缠绕许某颈部,几番对峙后致许某窒息死亡。随后周某报警自首,侦查机关以周某涉嫌过失致人死亡罪将案件移送审查起诉。与“冷兰案”相比,“周某案”的证据数量更少,且案件发生在荒郊野外,除周、许二人之外再无其他目击证人能够证明案发过程。此时许某已死亡,如何判断周某的供述与辩解,尤其是周某所描述的许某企图对其实施强奸是否属实成为影响案件走向的关键。为主动查明事实,承办检察官曾多次前往案发现场实地走访,通过补充侦查以及对案发现场环境状况的综合考察,逐渐增强了内心对周某行为构成正当防卫的认同,最终作出了不起诉决定。^[75]实际上,本案中周某除了供述与辩解之外,并无能力再提供其他证据证实许某曾对其实施侵害行为并已构成现实危险。检察机关在面临证据数量稀少的情况下,并未直接排除正当防卫的可能,而是主动履行客观公正义务,详细审查嫌疑人供述中关于案件人数、两方力量差距和客观形势等多处细节。在多次走访野外田间案发现场,补充侦查挖掘更多与本案相关的事实信息的基础上,加之逻辑经验法则的适用,最终采信了周某的供述内容。倘若没有检察官主动调查核实证据发挥诉前主导作用,仅凭周某的单方供述难以在检察官心中对防卫过程事实形成合理认定。

[70] 参见孙长永,见前注[10],第29页。

[71] 参见张军:“关于检察工作的若干问题”,《人民检察》2019年第13期,第8—9页。

[72] 参见龙宗智:“刑事诉讼中检察官客观义务的内容及展开”,《人民检察》2016年第12期,第48—50页。

[73] 参见龙宗智,见前注[33],第111—112页。

[74] 参见张军,见前注[71],第8页。

[75] 参见操余芳:“正当防卫,让公平正义鲜活在巷陌间”,载《检察日报》2021年3月2日,第05版。

另一方面,应强化法官对有利于被告人事实的积极澄清义务。激活司法机关的职权调查职责还应包括强化法官对有利于被告人事实的积极澄清义务,尤其是增强对正当防卫案件被告人的取证关照责任,在增进控辩双方实质平等的同时扩展法官的心证信息来源。推进“以审判为中心”的诉讼制度改革要求发挥庭审在证据调查、事实认定和法律适用中的关键作用,令司法判决经得起事实、经验、逻辑和法律的检验。但我国刑事审判环节设置的“补充侦查”条款还主要由控方主导,辩方无权提出请求,其目的在于为控方的补证服务,具有明显的偏倚性。^[76]而对于被告人与辩护人收集、调取新证据的申请,人民法院只有认为确有必要时才可予以调查收集,一定程度限制了辩方在法庭上的举证效果。被告人是否构成正当防卫是直接影响定罪量刑的重大实体性事实。在正当防卫案件中,法官对有利于被告人的疑点澄清义务首先体现在对被告人的取证关照责任,通过协助辩方收集有利于被告人的证据,避免因被告人举证能力不足而引发事实认定错误。详言之,当法庭审理环节发现被告人可能存在正当防卫等阻却违法事由时,法庭就应启动职权调查。更不必说被告人及其辩护人已经提供了必要的线索信息,或申请法庭调取能够证明正当防卫存在的有利证据,法官更应准许被告人的申请或者根据案件的具体情况要求检察机关、侦查机关或者相关单位个人配合法院的调查核实。倘若被告人提供了详细的防卫过程信息,但无法进一步举出其他能够与之相互印证的证据使得正当防卫形成合理争点,法官也不能就此直接认定正当防卫不存在,而应当在职权调查后,经过自由心证审查现有证据可否构成有利于被告的合理怀疑。对于被告人在法庭上已提出正当防卫主张和线索,并申请法庭调取相关证据的,法官如果违反职权调查的澄清义务,导致应当调取的证据未能调查,可构成严重限制被告人权利进而影响公正审判的重大程序性违法事项。

必须明确的是,法官的职权调查职责主要是为了核实证据从而澄清心证的过程,并非由法官就特定主张承担证明责任。为防止法官主动收集不利于被告人的证据,加剧控辩双方失衡的状态,应明确法官的职权调查方向主要围绕有利于被告人之事实展开。例如,我国台湾地区规定“法官不取证原则”,但法官不取证的“证据”不包括依被告人申请协助被告人取得对其有利的证据,本质上也是维护被告人之地位与检察官尽可能对等。^[77]法官依被告人申请或依职权主动调查所获得的证据均应在法庭上接受控辩双方充分的质证,查证属实后才能作为定案依据。司法机关充分发挥职权调查职责可有效弥补被告人举证能力的不足,丰富法庭关于防卫行为发生的客观环境、过程细节以及被告人和证人的举止情态等方面的事实信息来源,缓解正当防卫案件证据数量较少的现实难题。通过对被告人的取证关照,增进直接言词原则和庭审实质化的落实,让正当防卫案件的法庭审理更加重视事实整体性、情境性和矛盾性的分析,拓展法官合理怀疑心证的形成方式,防止无罪之人遭受错误的刑事制裁。

四、结 语

激活正当防卫制度需要刑事实体法与程序法协同并进。证明责任分配理论作为连接实体

[76] 参见施鹏鹏:“论法官的职权调查原则——以职权主义刑事诉讼为背景的展开”,《法学评论》2020年第2期,第86—87页。

[77] 参见黄翰义,见前注[35],第13页。

与程序的桥梁,其理论构成应当兼顾实体规范的内在逻辑与程序构造的环境要求。诚如学者所言,当前我国证据法理论研究存在源自不同传统的规范、术语彼此杂糅与相互混搭的现象,导致一些基本范畴未能有效厘清,共识性的理论体系远未形成。^[78] 这一点在过往正当防卫证明责任理论的研究中亦有所体现。部分域外理论引介或未与实体规范展开深度融通,或忽略对我国司法制度的现实观照,使得正当防卫案件的证明责任分配问题长期处于不稳定的状态,难以为司法实践提供有效指引。回归证明责任分配的内在机理可以发现,实体规范的结构分析为客观证明责任的科学分配提供相对稳定的依据。阶层式犯罪论体系之下,正当防卫要件的位阶属性决定了其并非符合犯罪构成之后的例外情形,而是犯罪成立所必须事先排除的事由。被告人提出正当防卫之抗辩,在本质上是从事实质违法性的层面对指控事实加以反驳,并未超越控方“证明被告人有罪的举证责任”范畴,因而不存在证明责任之转移基础。主观证明责任之运行须顺应一国刑事诉讼构造下的诉讼传统与制度需求。鉴于我国当前职权主义的底色还未改变,且辩方客观举证能力较弱的司法现状,明确被告人仅具有客观形势下提出主张和线索的举证必要,应是破解理论与实践迷思的合理选择。为构建被告人举证必要的程序保障机制,提升刑事诉讼真实发现能力,未来还应激活司法机关在正当防卫案件中的职权调查职责,包括强化检察官客观公正义务与法官对有利于被告人事实的积极澄清义务,尤其是增强对正当防卫案件被告人的取证关照。让正当防卫的司法判决经得起事实、经验、逻辑和法律的检验,发挥保护公民基本权益与维护法治社会的价值秩序。

Abstract: The absence of rules on the allocation of the burden of proof in cases of justifiable defense in China has not only made it difficult to form a basic consensus in theory, but has also easily led to “different verdicts for the same case” in practice, which has seriously restricted the judicial application of justifiable defense. Reviewing the internal mechanism of the theory of the allocation of the burden of proof reveals a deep interaction between the sharing of the risk of proof and the substantive normative elements. The attribute of element determines the scope of objective burden of proof, and the establishment of subjective burden of proof must take account of the system demand of a country's criminal litigation structure. To solve the problem of the burden of proof in cases of justifiable defense in our country, it should be made clear that the defendants have the necessity to provide evidence rather than the burden of proof under the objective situation, and on that basis the leading role of function investigation of judicial organs in fact-finding and rights-protection shall be activated.

Key Words: Justifiable Defense; Burden of Proof; Objective Burden of Proof; Subjective Burden of Proof

(责任编辑:吴洪淇)

[78] 参见吴洪淇:“证据法体系化的法理阐释”,《法学研究》2019年第5期,第159页。