

## 正当防卫证明责任分配规则的体系性分析

刘孝敏

**内容提要:**正当防卫证明责任的分配不仅是一个刑事程序法问题,而且是一个重要的实体法问题。普通法传统上要求被告承担正当防卫的证明责任,20世纪以来英国和美国对传统规则的认可是以犯罪定义的“有罪”推定机能为基础的。区分正当化事由和免责事由可以为20世纪后期英美法系国家大部分司法管辖区将正当防卫的说服责任分配给控诉方提供体系上的解释。大陆法系在正当防卫证明责任分配规则上的分歧根源于对构成要件的性质和三阶层之间关系的不同理解,核心在于构成要件是否具有对“有罪”的推定机能。中国四要件犯罪构成与正当防卫的关系之争是当前正当防卫证明责任分配规则摇摆不定的实体法原因。仅仅区分积极要素与消极要素的分层次体系不足以支持确定的证明责任分配规则,只有建立“评价对象—对象评价”的犯罪构造,对犯罪构成四个方面要件的内容和体系性功能进行改造,才能稳定地支持将正当防卫的全部证明责任分配给控诉方。

**关键词:**正当防卫 证明责任 构成要件 犯罪定义 有罪推定

刘孝敏,江西财经大学法学院副教授。

### 一 问题的提出

在世界各国的刑事司法中,正当防卫的证明责任有多种分配规则,有许多国家或地区将正当防卫全部或部分的证明责任分配给被告人。在无罪推定原则被广泛接受的背景下,由被告人承担正当防卫的证明责任需要正当性理由。诉讼的模式、效率或经济性都不能单独地为被告人承担正当防卫的证明责任提供合理解释,现代法治国家不会允许仅仅基于诉讼的经济性或效率就轻易违反无罪推定原则。两大法系国家在19世纪对正当防卫证明责任的普遍态度并没有不同,说明“在分配说服责任的各种模式和对审判对抗制或者质问制的支持之间,并不存在自然而然的联系”。<sup>[1]</sup>对正当防卫证明责任分配规则

[1] [美]乔治·P·弗莱彻著:《刑法的基本概念》,王世洲等译,中国政法大学出版社2004年版,第122页。

的解释还是应当回归对无罪推定原则的理解上,无罪推定原则要求控诉方承担“有罪”的证明责任,因而,正当防卫证明责任分配的核心问题是:“有罪”是否包含“不存在正当防卫的情形”?而对“有罪”构成的分析又与刑法学理论密切相关,故此,可以认为,正当防卫证明责任的分配不仅仅是程序法问题,而且也是一个重要的刑事实体法问题。

中国学者近年来也开始从刑事实体法角度对证明责任的分配问题进行了研究,并强调证明责任的分配在很大程度上取决于一个国家的犯罪构造。<sup>[2]</sup>但是,也有学者认为,犯罪构造本身并不能产生一套唯一正确的证明责任分配规则。<sup>[3]</sup>在正当防卫证明责任的分配上,有些问题的研究仍然存在较大的分歧或不足。例如,英美法系国家在允许要求被告承担正当防卫说服责任的情况下,大部分司法辖区则转而要求控诉方承担正当防卫的说服责任,同时又把胁迫、精神病等抗辩事由的证明责任分配给被告人。再从德日犯罪论体系各自视角看,日本承认构成要件的诉讼法机能,而德国构成要件的符合性判断并没有产生转移证明责任的效果。那么,中国应当采用什么样的犯罪构造才能稳定地支持正当防卫证明责任分配规则的建立与实施,就成为一个重要议题。

事实上,多层次刑事责任结构、三阶层犯罪论体系或者四要件犯罪构成理论这样的“标签”对正当防卫证明责任的分配并不具有决定性意义。普通法系国家可能分享相同的分配规则,大陆法系国家内部可能支持不同的分配规则。其主要原因在于,即使在同一“标签”下的犯罪构造中,不同的学者、法官对构成要件(犯罪定义、犯罪构成)的性质、功能及其与正当防卫的关系,以及正当防卫等正当化事由和精神障碍、胁迫等免责事由的区别都有着不同的理解。<sup>[4]</sup>因此,对正当防卫证明责任的分配规则展开体系性分析,对中国的刑事法学研究具有重要的意义。

## 二 多层次刑事责任结构下正当防卫证明责任的分配规则

普通法的传统规则认为,一旦控诉方排除合理怀疑地证明了犯罪定义中的所有要素,被告人需要以“优势证据”或者“盖然性平衡”的标准证明存在正当防卫,才可以“例外”地不承担刑事责任。<sup>[5]</sup>20世纪以来,美国一方面认为传统规则并不违反宪法性原则,另

[2] 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120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104页;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;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180页;杨依:《正当防卫案件证明责任的分配逻辑》,《中外法学》2022年第4期,第1066页。

[3] 参见张薇薇:《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158页。

[4] 储槐植先生曾将英美法系国家的犯罪认定模式称为“多层次犯罪论体系”(参见储槐植著:《美国刑法》,北京大学出版社1987年版,第46页),但是,英美法系国家主流刑法理论并没有认可一个包容所有与刑事责任有关要素的理论体系,下文将有详述。暂且将英美法系国家的犯罪认定模式称为“多层次刑事责任结构”,即刑事责任的追究需要经过犯罪和抗辩两个层次的检验。弗莱彻教授认为,美国刑法中由行为和心态组成的犯罪定义(definition of a crime)相当于德国刑法中的构成要件(Tatbestand)。参见[美]乔治·P.弗莱彻著:《刑法的基本概念》,王世洲等译,中国政法大学出版社2004年版,第131-132页。

[5] See John Kaplan, Robert Weisberg & Guyora Binder, *Criminal Law (Cases and Materials)*, 7th edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 17.

一方面,大部分州立法机关或法院从 20 世纪后期开始要求控诉方承担正当防卫的说服责任。英国一直默认由被告人承担正当防卫的说服责任,直到 20 世纪末才逐渐要求,在被告人履行了证据提供责任后控诉方必须排除合理怀疑地证明不存在正当防卫,才能完成有罪认定。<sup>[6]</sup>

### (一)传统规则的认可与犯罪定义的“有罪”推定机能

20 世纪以来,英国和美国对正当防卫证明责任传统分配规则的认可,有着不同的表现形式。

英国早在 1935 年伍尔明顿 (Woolmington) 案的裁判意见中就明确指出,证明被告人的罪行是控诉方的责任,控诉方必须排除合理怀疑地证明“精神病和法定例外”之外的所有事实。<sup>[7]</sup> 该案没有明确哪些情形属于“法定例外”,立法机关可以通过制定法以明示或暗示的方式确定“法定例外”的情形,并将证明责任分配给被告人,<sup>[8]</sup>但是,立法机关一直未通过制定法明确正当防卫是否属于“法定例外”,因此,实务界试图根据刑法结构来分析是否存在暗示的情况。1974 年爱德华兹 (Edwards) 案的裁判意见指出,应当根据制定法的体例、结构和形式来确定“法定例外”的范围,如果一种抗辩被规定在“除外”“除非”或相似词语之下,或者该“抗辩”与“犯罪”被安排在不同的章节,就应当被归类于“法定例外”。<sup>[9]</sup> 根据这种观点,正当防卫应当属于“法定例外”。1987 年亨特 (Hunt) 案的法官对此持不同意见,认为抗辩事由的归类更应当关注制定法的目的以及与证明责任相关的实践性问题,但是,亨特案也没有明确表示正当防卫不属于“法定例外”,而是让法官在具体案件中根据公平、政策等因素考虑证明责任的分配问题。<sup>[10]</sup> 总体看来,英国在正当防卫的证明责任分配问题上,给予法官充分的自由裁量权,并不反对将说服责任分配给被告人,因为“对争议事实的法定证明责任一般由积极主张事实的当事人承担,他对争议事实的陈述或辩解非常重要”。<sup>[11]</sup> 当然,正当防卫如果与犯罪定义中的要素出现了交叉或重叠,从而否定了犯罪定义中“非法”这样的要素,就不属于“法定例外”,应当由检察官承担排除合理怀疑的证明责任。<sup>[12]</sup>

美国对传统分配规则的认可,表现出比英国更鲜明的态度。联邦最高法院在 1970 年的温希普 (Winship) 案中将无罪推定确立为宪法性原则,并指出“正当程序保护被被告人

[6] 英国一般将证明责任分为法定责任 (legal burden) 和证据责任 (evidential burden),相当于美国的说服责任和证据提供责任。为方便表述,本文统一使用说服责任和证据提供责任。

[7] See *Woolmington v. D. P. P.*, AC, 462 (1935).

[8] See Hock Lai Ho, Comparative Observations on the Burden of Proof for Criminal Defences, 9 *International Commentary on Evidence* 1, 8 (2011). 例如,《1957 年谋杀罪法案》(Homicide Act 1957) 第 2 条明确将责任能力减弱的证明责任分配给被告人;《1988 年刑事司法法》(Criminal Justice Act 1988) 第 139 条要求被告人证明在公共场所持有小刀有合理的理由或合法的权利。

[9] See *R v. Edwards*, AE, 1085 (1974).

[10] See Alex Stein, After Hunt: The Burden of Proof, Risk of Non-Persuasion and Judicial Pragmatism, 54 *The Modern Law Review* 570, 572 (1991).

[11] [英]詹妮·麦克埃著:《现代证据法与对抗式程序》,蔡巍译,法律出版社 2006 年版,第 94 页。

[12] See Federico Picinali, Innocence and Burden of Proof in English Criminal Law, 13 *Law, Probability and Risk* 243, 265 (2014).

免受定罪,除非检察官排除合理怀疑地证明构成被指控犯罪的每一个必备要素”。<sup>[13]</sup>此后,联邦最高法院通过一系列判例确认,“犯罪必备要素”应当根据制定法中对某个罪的犯罪定义来确定。在1975年的穆兰尼(Mullaney)案中,美国联邦最高法院裁定原审法院转移证明责任的做法违反宪法性原则,认为“不存在挑衅”是谋杀罪的必备要素,应当由检察官排除合理怀疑地证明。<sup>[14]</sup>但是,穆兰尼案的判决没有说明为什么将“不存在挑衅”视为谋杀罪的必备要素,给“犯罪必备要素”的解释留下了讨论的空间。在两年以后的帕特森(Patterson)案中,联邦最高法院的大法官们以5比4的微弱优势形成的多数意见指出,穆兰尼案的判决不能被过于宽泛地解读,“存在挑衅”是因为能够否定缅因州谋杀罪定义中的“恶意”要素,所以应当由控诉方承担排除合理怀疑的证明责任。“要求被告人在实施杀人行为时存在极度情绪混乱情形”的做法没有违反宪法原则,因为“极度情绪混乱”没有否定任何犯罪要素,只是一种积极抗辩,由检察官排除合理怀疑地证明积极抗辩事由的不存在从来就不是一个宪法要求。<sup>[15]</sup>美国联邦最高法院在上述两个判例中并没有专门处理正当防卫的证明责任问题,但是,裁判的倾向性很明显,即犯罪必备要素只能根据犯罪定义来理解,无罪推定原则只约束犯罪定义各要素的证明责任分配,因此,只有当正当防卫否定了犯罪定义中“违法”这样的要素时,控诉方才需要排除合理怀疑地证明其不存在。到1987年,俄亥俄州和南卡罗来纳州仍然要求被告以“优势证据”的标准来证明正当防卫的存在,联邦最高法院在1987年的马丁(Martin)案中确认这个规定不违反宪法原则。<sup>[16]</sup>

总体上,虽然英国采用默认的方式、美国采用明确的方式来认可正当防卫证明责任的分配规则,但是,两国都试图根据制定法的形式结构描述犯罪定义、正当防卫和有罪的关系。犯罪定义说明“有罪”,正当防卫属于责任的例外情形。这种思路除了考虑对抗制诉讼中控辩双方的利益平衡等程序性因素,或许与英美法系国家不注重形成与发展关于犯罪认定的体系性概念有关。一方面,主流刑法理论还没有形成一个可以容纳所有与刑事可罚性有关要素的体系性概念,各种要素根据制定法的结构被分割成“犯罪”和“抗辩”两个部分。行为与心态等说明有罪的积极要素被归入到“犯罪”中,正当防卫等说明无罪的消极要素被归入“抗辩”中,“犯罪”与“抗辩”从积极和消极两个方向说明刑事责任问题。而主流的刑法理论只认可由犯罪定义中的行为与心态等积极要素组成的所谓“两分制犯罪论体系”,<sup>[17]</sup>从而合乎逻辑地将对“有罪”的理解限定在犯罪定义中。另一方面,“抗辩”这个范畴只是作为正当防卫等消极要素的“住所”存在,本身并不具有任何价值评判特征,因此,按照形式逻辑的原理,只有赋予犯罪定义对“有罪”的推定机能,才能在没有抗辩事由时对行为进行否定性评价。虽然英美法系国家刑

[13] See *In re Winship*, 397 U. S. 364 (S. Ct. 1970).

[14] See *Mullaney v. Wilbur*, 421 U. S. 684, 688, 703 (S. Ct. 1975).

[15] See *Patterson v. New York*, 432 U. S. 206, 210 (S. Ct. 1977).

[16] See *Martin v. Ohio*, 480 U. S. 233 (S. Ct. 1987).

[17] See George P. Fletcher, *Criminal Theory in the Twentieth Century*, 2 *Theoretical Inquiries in Law* 265, 269 (2001).

法中也存在“违法性”这个概念,但是,美国联邦最高法院认为,违法性对于定罪是必要的,但它只能根据制定法设置的犯罪要素来理解,<sup>[18]</sup>违法性并没有获得独立于犯罪定义的总则性地位。

因此,犯罪定义与正当防卫是“有罪”的“原则和例外”关系。犯罪定义各要素的满足就可以说明行为人原则上“有罪”,“初步证明”(prima facie)具有刑事可罚性,这种“有罪”的推定虽然还不足以让被告人最终承担刑事责任,但足以使法官认为控诉方在程序上已经完成了“有罪”的指控,剩下的事情就看被告人能否证明存在正当防卫来反驳“有罪”的推定。

## (二) 分配规则的转向与正当化事由和免责事由的区分

20 世纪后期开始,英美法系国家在正当防卫证明责任的分配规则上出现了不同程度的转向。英国直到《1998 年人权法案》(*Human Right Act 1998*)的实施,以及随后 2002 年兰伯特(Lambert)案的判决,才明确了被告人只需要对正当防卫等积极抗辩事由承担证据提供责任。<sup>[19]</sup>该法案将《欧洲人权公约》(*European Convention on Human Rights*)纳入了国内法,要求立法机关的制定法应当符合《欧洲人权公约》关于无罪推定等原则的要求。2002 年兰伯特案成为检验《1998 年人权法案》相关规定实效性的重要案例。该案的裁判意见认为,对法律的理解不应当只关注技术性细节和语言的精确性,还应当注重把握其本质。犯罪构成要素与积极抗辩事由对“有罪”的构成来说,没有本质上的差异,要求被告承担积极抗辩事由的说服责任是对无罪推定原则的背离。<sup>[20]</sup>而美国正当防卫证明责任分配规则的转向并不彻底。联邦最高法院在帕特森案中允许各州自行决定积极抗辩事由的证明责任分配规则之后,有一部分州的制定法明确规定将积极抗辩事由的说服责任分配给控诉方,但是,大部分州的立法机关在这个问题上则保持沉默,由法院根据抗辩事由类型和案件具体情况决定证明责任的分配。<sup>[21]</sup>从美国刑事审判实践来看,大部分法院都放弃了传统分配规则,<sup>[22]</sup>在被告人履行了正当防卫的证据提供责任后,要求控诉方承担排除合理怀疑的说服责任。

应当指出,成为欧盟成员国后的政治考虑,对英国正当防卫证明责任分配规则的转向具有重要的影响。而美国大部分州立法机关或法院在联邦最高法院确认传统分配规则不违宪的情况下,仍然要求控诉方承担正当防卫的说服责任,可能是因为美国刑事法理论与实践开始注意将积极抗辩事由区分为正当化事由和免责事由的缘故。此二者的区别主要包含两个方面:一是正当化事由既是一种裁判规则,又是一种行为规则,而免责事由仅仅

[18] See *Martin v. Ohio*, 480 U. S. 233 (S. Ct. 1987).

[19] See Hock Lai Ho, Comparative Observations on the Burden of Proof for Criminal Defenses, 9 *International Commentary on Evidence* 1, 7 (2011).

[20] See Gavin Dingwall, Statutory Exceptions, Burdens of Proof and the Human Rights Act 1998, 65 *The Modern Law Review* 450, 457 (2002).

[21] See Wayne R. LaFare, *Criminal Law*, 5th edition, West Publishing Company, 2010, p. 67.

[22] See John Quigley, Ohio's Unique Rule on Burden of Persuasion for Self-defense: Unraveling the Legislative and Judicial Tangle, 20 *University of Toledo Law Review* 105, 108 (1988).

是一种法院或陪审团使用的裁判规则,而不是行为人决定自己行为的行为规则。<sup>[23]</sup> 二是正当化的行为是正确的,应当得到鼓励或者至少被容忍;而可以免责的行为则通常是错误的、不受欢迎的。<sup>[24]</sup>

既然正当化事由是刑法行为规则的一部分,那么,在控诉方证明被告人是在没有正当化事由下实施犯罪行为之前,没有任何证据证明被告人“做错了什么”,被告人基于正当防卫提起的辩护与其他形式的“我没有做错事情”的辩护没有任何不同。<sup>[25]</sup> 将谋杀和正当防卫分别规定在不同的条文,和将谋杀定义为“有预谋并且不是在正当防卫下实施的杀人”,两种方式之间没有实质性的差异。在刑事审判中,犯罪定义需要和正当化事由一起来初步证明行为的“有罪性”,即行为必须符合犯罪定义并且不具有正当化事由才能表现出刑事可罚性,因此,基于“国家有义务证明行为人做了错事”的立场,正当防卫和犯罪定义要素一起都应当由控诉方承担说服责任。甚至有学者认为,正当防卫应当与否定犯罪要素的抗辩事由一样,由控诉方承担所有的证明责任,被告人只要提出相关的诉讼主张就足够了。<sup>[26]</sup> 而免责抗辩意味着控诉方的证据已经足以证明被告人的行为是错误的,原则上具有刑事可罚性,被告人需要以优势证据的标准来证明存在免责事由,才可以避免刑事责任的承担。<sup>[27]</sup>

值得注意的是,受这种理论倾向的影响,被告人承担正当防卫证据提供责任的证明标准在逐步降低。近年来,美国有些州就指出,证据的数量和种类不是绝对的,被告人只进行了正当防卫的辩解而没有提供实际的证据,或者只有警察的相关陈述都可能认为被告人已经履行了证据提供义务,看起来像是被告人只需要承担“一种纯粹的辩解责任”。<sup>[28]</sup> 美国第九巡回法院认为,被告人提出的正当防卫主张具有“任何可能性”,哪怕相关证据“微弱、不充分、有矛盾或不可靠”,法院也应指示陪审团将正当防卫作为犯罪要件进行考虑,而且控方必须排除合理怀疑地证明正当防卫。<sup>[29]</sup>

### 三 三阶层犯罪论体系下正当防卫证明责任的分配规则

20世纪以来的德国,基于将证明责任理解为一种败诉风险的承担,由控诉方承担正当防卫的证明责任已经成为一条不可动摇的规则。<sup>[30]</sup> 法官对于存在正当防卫或心神丧

[23] See Meir Dan-Cohen, Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law, 97 *Harvard Law Review* 625, 625 (1984).

[24] See Paul H. Robinson, Criminal Law Defense: A Systematic Analysis, 82 *Columbia Law Review* 199, 229 (1982).

[25] See John Kaplan, Robert Weisberg & Guyora Binder, *Criminal Law (Cases and Materials)*, 7th edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, pp. 514-515.

[26] See Paul H. Robinson, Criminal Law Defense: A Systematic Analysis, 82 *Columbia Law Review* 199, 229 (1982).

[27] 美国只有大约10个州将精神病的说服责任分配给控诉方。See Wayne R. LaFare, *Criminal Law*, 5th edition, West Publishing Company, 2010, p. 451. 在“胁迫”这样的免责事由上,美国联邦最高法院认为,要求被告基于“优势证据”的标准来证明存在胁迫,并不违反宪法的要求。See *Dixon v. United States*, 548 U.S. 1 (S. Ct. 2006).

[28] See Paul H. Robinson, Criminal Law Defense: A Systematic Analysis, 82 *Columbia Law Review* 199, 205 (1982).

[29] See *United States v. Sanchez-Lima*, 161 F.3d545, 549 (9th Cir. 1998).

[30] 在德国职权主义的审判方式下,法院确定案件事实的职责意味着当事人双方没有证明责任。参见[德]托马斯·魏根特著:《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3页。

失等免刑事由有所怀疑时,就必须做出有利于被告的判决。<sup>[31]</sup>当然,如果没有足够的证据支持正当防卫的主张,法官就不需要在认定被告人有罪还是无罪的意见书中分析这个问题。<sup>[32]</sup>因此,被告人为了使自己的抗辩引起法官注意,避免败诉风险,仍然会积极地向法庭提供有利于自己的证据,或者向法院提出证据调查申请。但在日本的刑事诉讼中,被告人需要承担正当防卫的“争点形成责任”(主观的证明责任),<sup>[33]</sup>有的学者甚至主张被告人承担正当防卫等违法阻却事由实质的证明责任(客观的证明责任)。<sup>[34]</sup>

### (一)正当防卫客观证明责任分配的体系逻辑

在德国的三阶层犯罪论体系中,构成要件不具有“有罪”的推定机能,所有的犯罪要素对于“有罪”的构成而言具有相同的意义,这是由该体系的以下三个特点决定的:其一,三阶层的区分仅仅意味着从不同的视角观察作为一个“整体”的犯罪,构成要件符合性是成立犯罪的基础和前提,违法性和罪责阶层从行为和行为人两个角度对行为进行法不允许性和应受谴责性的积极评价。其二,构成要件符合性无论是价值中立的还是作为违法性的认识根据或存在根据,都“仅仅只是与其他元素并列的‘一个’元素而已”。<sup>[35]</sup>其三,构成要件符合性和正当化事由仅仅决定行为是否违法,而行为人应承担的个人责任还处于待定状态。<sup>[36]</sup>

符合构成要件的行为是违法性和罪责的评价对象,在对违法性和罪责进行积极评价并得出肯定的回答之前,任何犯罪要素的满足都不足以说明行为的“有罪性”,控诉方应当对所有犯罪要素承担客观的证明责任,被告人提起任何一个“貌似可信”的抗辩,检察官都必须反驳至法官满意。<sup>[37]</sup>“所有的实体性问题,包括入罪和出罪的,是交织在有罪这块布中的丝线,它们之间的区别看起来就不那么重要了。在损害是否造成和损害是否能够被正当防卫的请求加以正当化之间的区别,已经不再表现为分配说服责任的恰当基础。”<sup>[38]</sup>对于被告人提出的正当防卫抗辩,法官在判决中不得称“被告自己主张正当防卫,但却无法对此加以证明,因此其需被判决有罪”,而应称“本院就正当防卫案已为审理(被告亦自己主张正当防卫)。本案因无法确信证明被告之罪责(即无法反驳被告之主张正当防卫),被告因此被宣判无罪”。<sup>[39]</sup>

日本关于犯罪论体系中三阶层之间的逻辑关系主要有两个基本立场:构成要件作为违法行为类型和构成要件作为违法有责行为类型。如果认为构成要件仅仅是违法行为类型,那么,“有罪”还需要对一个违法行为进行责任判断,构成要件的该当乃至违法性的肯定性

[31] 参见[德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第125-126页。

[32] 参见[美]乔治·P.弗莱彻著:《刑法的基本概念》,王世洲等译,中国政法大学出版社2004年版,第18页。

[33] 参见[日]松尾浩也著:《日本刑事诉讼法》(下卷),张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第18页。

[34] 参见[日]小野清一郎著:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第250页。

[35] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第51页。

[36] 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论I—犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第82页。

[37] 司法实践中,只有在被告人提起暂时性精神错乱、醉酒这样的减轻情节抗辩时,才需要通过某些方式来证实自己的主张。See Hans-Heinrich Jeschek, Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law, 56 *Virginia Law Review* 239, 247 (1970).

[38] [美]乔治·P.弗莱彻著:《刑法的基本概念》,王世洲等译,中国政法大学出版社2004年版,第128页。

[39] [德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第125-126页。

回答都不足以说明行为的“有罪性”,正当防卫的客观证明责任不能合法地分配给被告人。

在构成要件作为违法有责行为类型的理论体系中,构成要件是肯定违法性及道义责任的法律定型,违法阻却事由和责任阻却事由则是否定违法性及道义责任的法律定型,它们之间,有着积极与消极的差异。<sup>[40]</sup> 构成要件成了犯罪本身,即犯罪的积极成立要件之整体,<sup>[41]</sup>“行为该当构成要件”这一表述,原则上意味着“存在值得处罚的违法性,能够进行责任非难”。<sup>[42]</sup> 在客观证明责任的分配上,控诉方完成了构成要件事实的证明,在程序上就完成了“有罪”的证明,对于正当防卫等妨碍成立犯罪理由的事实,被告人一方有实质的证明责任。只要不能证明其存在,虽有疑问也要做出有罪判决。<sup>[43]</sup>

这种立场对实务界的影响不容忽视,在日本刑事司法实践中,“该当构成要件的行为”原则上被作为构成犯罪的行为来处理。<sup>[44]</sup> 但是,这种立场在程序法上被认为“触及了刑事程序上的铁则,而得不到一般的支持,最后还是以少数之说而终了”。<sup>[45]</sup> 即使支持构成要件是违法有责行为类型的立场,也往往强调区分违法阻却事由和责任阻却事由,并主张在责任中进行积极评价,否定构成要件的“有罪”推定机能。<sup>[46]</sup> 在未进行责任的积极评价之前,行为还没有表现出“有罪”的特性,根据无罪推定原则,不能将正当防卫的客观证明责任转嫁给被告人。

## (二)正当防卫主观证明责任的体系逻辑

日本刑事法理论与实务界一般认为,在控诉方完成构成要件事实的证明后,被告人主张正当防卫,至少有“争点形成责任”。<sup>[47]</sup> 被告人承担正当防卫的主观证明责任,在程序法上一般归因于当事人主义的诉讼模式,在实体法上则通过构成要件的违法性推定机能来解释,因为构成要件的推定机能不仅具有刑法体系上的方法论意义,而且“得以承认与刑法第335条相对应的诉讼法机能”。<sup>[48]</sup>

一般认为,日本刑事诉讼中的“应罪事实”应当与构成要件的范围、概念保持一致,<sup>[49]</sup> 应罪事实就是该当构成要件的事实,检察官在一般场合下,只要证明该事实存在就够了,对于“不成立犯罪的事由”,在被告人提出该事由存在的主张时,负有提出证据责任。<sup>[50]</sup> 这个思路的逻辑基础是,国家应当证明被告人实施了一个错误的行为。一旦控诉方完成了行为该当构成要件的证明后,该行为就被推定为违法行为,这意味着国家在程序上已经完成了“被告人做了错事”的证明,在控诉方提供的证据不能证明可能存在正当防

[40] 参见[日]小野清一郎著:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第45页。

[41] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第30页。

[42] 参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第31页。

[43] 参见[日]小野清一郎著:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第250页。

[44] 参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第21页。

[45] [日]铃木茂嗣:《日本刑事诉讼法的特色及解释上的诸问题》,载[日]西原春夫主编《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,中国法律出版社、日本成文堂1997年版,第53页。

[46] 参见[日]大冢仁著:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第382页。

[47] 参见[日]田口守一著:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第275页。

[48] [日]西田典之著:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第54页。

[49] 参见[日]山口厚:《犯罪论体系的体系意义与机能》,付立庆译,《中外法学》2010年第1期,第30页。

[50] 参见[日]西田典之著:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第54页。

卫的情况下,被告人主张正当防卫就应当履行必要的举证义务使正当防卫成为一个争点。

与日本不同,德国刑事诉讼中被告人提出正当防卫的诉讼主张,不需要承担任何的证明责任,其实体法上的基础是构成要件的违法性推定机能没有得到普遍的承认。第一,贝林在 20 世纪初建立的古典三阶层犯罪论体系赋予构成要件价值中立的特征。“构成要件被理解为对行为事件纯外在的描述,不含有任何评价成分。”<sup>[51]</sup>“对于一个行为符合构成要件的断言,不会使任何人有任何的负担,对构成要件的检验要严格保持在中性的基础上。”<sup>[52]</sup>构成要件的符合性没有表现出行为的违法性,对行为的法律评价需要在随后的违法性阶层展开。第二,尽管“构成要件符合性是违法性的存在根据”这种观点在第二次世界大战后的德国有许多支持者,但“德国刑法通行的说法是,某一举止的构成要件符合性乃是其违法性的‘征表’”。<sup>[53]</sup>这种观点事实上维持了构成要件的价值中立特征,构成要件仅仅是违法性的指示性标志,构成要件还没有能力完整地确定实体上的“不法”之特征,对于符合构成要件的举止必须要在一个特别的评判层面上以整个法制秩序作为标准来进行评判,以这个方式对它做附加的审查。<sup>[54]</sup>换言之,一个符合构成要件的行为必须经过违法性阶段的积极评价并得到肯定的回答才可以确认它的违法性。

司法实践中构成要件符合性与违法性之间的高概率关系只是一种基于经验的事实描述,对证明责任的影响仅仅体现在控诉方在完成构成要件符合性的证明后,不需要主动证明不存在正当化事由,并不意味着在被告人提起正当防卫的诉讼主张时可以转移主观证明责任。存在正当防卫情形并不是“排除”一个符合构成要件行为的违法性,因为此时行为还没有完整地表现出违法性,当然不存在“排除”一说。在违法性的积极评价过程中,“不存在正当防卫”是说明一个符合构成要件的行为具有“法不允许性”的一个条件。因此,在被告人主张正当防卫时,控诉方必须通过证明“不存在正当防卫”,从而使这个行为的“法不允许性”得到肯定的回答,而被告人不承担任何证明责任。

#### 四 四要件犯罪构成理论下正当防卫证明责任的分配规则

在中国的刑事审判中,控诉方应当承担证明责任的“有罪”事实一般是根据犯罪构成来确定的,像刑事责任年龄等犯罪主体要素的证明责任一般都分配给控诉方,<sup>[55]</sup>而正当防卫的证明责任一直没有形成统一的分配规则,这种状况值得反思。

##### (一) 传统四要件犯罪构成理论与正当防卫证明责任的分配

对于正当防卫与犯罪构成之间的关系,理论界主要有两种理解,即正当防卫处于犯罪构成之中和正当防卫游离于犯罪构成之外,实体法上的分歧使得在程序法上正当防卫事

[51] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 251 页。

[52] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 183 页。

[53] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 62 页。

[54] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,第 155 页。

[55] 例如,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 146 条第 2 款规定:“证明被告人已满十二周岁、十四周岁、十八周岁或者不满七十五周岁的证据不足的,应当作出有利于被告人的认定。”

实是否属于控诉方应当证明的犯罪构成事实,很难形成统一的意见。

一种观点认为,在传统的四要件犯罪构成体系中,犯罪构成是刑事责任的唯一根据,行为符合犯罪构成就意味着该行为不仅在形式上符合某具体犯罪的轮廓或者框架,而且在实质上也具有成立该犯罪所必要的相当程度的社会危害性。<sup>[56]</sup> 正当防卫之所以不成立犯罪,是因为正当防卫根本不符合犯罪构成,“不存在正当防卫”是行为符合犯罪构成的条件之一。这种犯罪构成模式决定了在我国承认形式上构成犯罪而主张实质上的无罪,只是对控方追诉的单纯否认,并不具有英美刑法中“积极抗辩”之效能。因而,包括正当防卫在内的所有“排除犯罪性之事由”都不能独立成为我国刑事诉讼中的构成要件事实即证明对象,被告人自然不必承担排除犯罪事由的证明责任。<sup>[57]</sup>

另一种观点认为,在传统的四要件犯罪构成体系中,正当防卫是在犯罪构成以外讨论的,在犯罪构成体系中并无其地位。<sup>[58]</sup> 传统的四要件体系是在肯定行为符合犯罪构成的全部要件之后,再考虑排除犯罪的事由。在司法实践中,对于正当防卫的行为人几乎都是先拘留、逮捕,这种做法或许与四要件体系有关。<sup>[59]</sup> 按照这种观点,正当防卫实质上游离于犯罪构成之外,犯罪构成是说明社会危害性的,是入罪要素;正当防卫是排除社会危害性的,是出罪要素。两者分别从正反两个方面来说明犯罪,但两者之间并没有实质联系。犯罪构成与正当防卫是刑事诉讼中的两个独立问题,“有罪”的事实只指犯罪构成事实,一旦控诉方排除合理怀疑地证明了属于犯罪构成的事实,就可以推定行为具有社会危害性和刑事违法性,证明“有罪”的任务就完成了,而正当防卫是说明行为“无罪”的,应当由被告人承担证明责任。

在中国的司法实践中,虽然有些法院开始采用阶层犯罪论体系来说明刑事责任问题,但是,四要件犯罪构成理论仍然具有重要影响。对于正当防卫与犯罪构成之间的关系,由于没有确定的思路可以遵循,法官们可以较自由地选择其中一种立场,而阶层犯罪论体系在正当防卫证明责任的分配上也存在分歧,因而正当防卫证明责任分配规则处于摇摆不定的状态在所难免。在中国裁判文书网发布的近些年关于正当防卫情节存在证据或证明方面争议的刑事裁判文书中,只有少数法院要求控诉方就“不存在正当防卫”承担排除合理怀疑的证明责任;<sup>[60]</sup> 大多数法院认为,如果在案证据无法印证或佐证被告人正当防卫的主张,或者正当防卫事实无法查清时,正当防卫就不成立。<sup>[61]</sup> 至于是因为被告人没有

[56] 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33页。

[57] 参见张军主编:《刑事证据规则的理解与适用》,法律出版社2010年版,第83页。

[58] 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。

[59] 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34页。

[60] 例如,山东省临清市人民法院(2019)鲁1581刑初315号刑事判决书;新疆维吾尔自治区石河子市人民法院(2019)兵9001刑初440号刑事判决书;重庆市第五中级人民法院(2020)渝05刑终948号刑事附带民事裁定书。

[61] 例如,贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院(2016)黔26刑初9号刑事附带民事判决书;江西省余干县人民法院(2017)赣1127刑初152号刑事判决书;江苏省淮安市中级人民法院(2017)苏08刑终176号刑事判决书;山西省浑源县人民法院(2018)晋0225刑初92号刑事附带民事判决书;北京市顺义区人民法院(2019)京0113刑初1366号刑事判决书;山西省阳泉市中级人民法院(2020)晋03刑终24号刑事附带民事裁定书;湖北省黄冈市中级人民法院(2020)鄂11刑终129号刑事裁定书。

履行证据提供责任,还是控诉方排除了正当防卫的合理疑点,裁判文书并没有明确说明。此外,关于正当防卫的证明标准,有的法院要求被告就不法侵害、防卫意图等承担优势证据的证明责任,<sup>[62]</sup>有的法院甚至要求被告证明到排除合理怀疑的程度。<sup>[63]</sup>可以看出,司法实践普遍给被告人设置了过重的正当防卫证明责任,这种分配现状使得试图重新唤醒正当防卫条款的实体性解释难以获得理想的实施效果,因为证明责任有规律的和始终如一的分配,是法安全性的先决条件,<sup>[64]</sup>因此,当前面临两项任务:一是建立统一的正当防卫证明责任分配规则;二是构建合理的犯罪理论体系,为正当防卫证明责任的分配规则提供稳定的实体法支持。

## (二)正当防卫证明责任分配规则的选择与犯罪构成理论的改造

中国尚未明确规定正当防卫证明责任的分配规则,理论上存在诸多争议,考虑到中国的司法体制和实践状况,在被告人提出正当防卫的诉讼主张后,由控诉方承担正当防卫的全部证明责任,是一个理性的选择。

第一,控辩双方的利益平衡需求为控诉方承担正当防卫的全部证明责任提供了政策性基础。刑事诉讼中的证明责任分配需要考虑控辩双方的力量对比,以期实现双方的相互制约、平等对抗。在中国现实的司法体制中,被告人及其辩护人的调查取证存在诸多限制,调查手段也极其有限;而控诉方拥有强大的调查取证能力,且公诉机关又是法律监督机关,控辩双方即使是形式上的平等地位也难以确立,在这种情况下,平等分配证明责任的法理显然不适用。<sup>[65]</sup>因此,只有很少学者按照“谁主张谁举证”这一以当事人双方地位平等为基础的原则,支持由被告人承担正当防卫的说服责任(客观证明责任)。<sup>[66]</sup>但是,有许多学者认为被告人应当承担一定的(或能够引起合理疑点的)证据提供责任(初始证明责任、推进责任、争点形成责任等)。<sup>[67]</sup>事实上,证据提供责任本质上仍然是一种风险分配形式而不仅仅是行为责任,两大法系都承认即使被告人没有提供证据,只要控诉方提供的证据或者法官依职权调查得到的证据建立了正当防卫的合理疑点,就视为被告人履行了证据提供义务。<sup>[68]</sup>在此,证据提供责任的重点不是提交证据的行为,而是不利后果的承担,对于未实行陪审团与法官分立制度的中国而言,更是如此。既然证

[62] 例如,广东省深圳市宝安区人民法院(2015)深宝法刑初字第1726号刑事判决书;广东省惠州市惠城区人民法院(2017)粤1302刑初967号刑事附带民事判决书。

[63] 例如,浙江省温州市鹿城区人民法院(2017)浙0302刑初576号刑事判决书;上海市第一中级人民法院(2017)沪01刑初46号刑事判决书。

[64] 参见[德]莱奥·罗森贝格著:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第68页。

[65] 参见龙宗智著:《证据法的理念、制度与方法》,法律出版社2008年版,第260页。

[66] 参见聂昭伟:《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;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。

[67] 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114页;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;张薇薇:《排除犯罪性事由的证明责任研究》,《法学》2014年第8期,第159页;罗翔:《犯罪构成与刑事证明》,《证据科学》2016年第4期,第490页;欧卫安:《论刑事被告人的证明责任及其履行——以积极抗辩为中心》,《法学评论》2018年第5期,第61页。

[68] See Wayne R. LaFare, *Criminal Law*, 5th edition, West Publishing Company, 2010, p. 62. 参见[日]田口守一著:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第275页。

据提供责任意味着败诉风险的承担,那么,分配规则的确定就应当以当事人具备提供证据的能力为前提。而正当防卫案件通常具有突发性、紧迫性等特点,拥有强大侦查能力和技术的控诉方都难以获得有效证据,被告人往往处于被羁押的状态,辩护律师由于取证权的限制和取证风险的顾虑,实际上更没有能力履行证据提供责任。例如,在于欢案、涞源反杀案等影响较大的案件中,仅凭被告方的力量,很难使其提供的证据或线索达到争点形成或者产生合理疑点的程度。<sup>[69]</sup>因此,要求被告承担正当防卫的证据提供责任,没有注意到中国刑事诉讼控辩双方在调查取证能力上存在巨大差距的现实,在一定程度上,与将正当防卫的说服责任分配给被告人一样,实际效果是减轻了控诉方的证明负担,客观上让被告人承担了证明自己无罪的义务,难免让人产生被告人要“自证清白”的印象。<sup>[70]</sup>

第二,检察官的客观义务为控诉方承担正当防卫的全部证明责任提供了制度支持。《刑事诉讼法》第52条规定了检察官的客观义务,即检察官既要依法收集对犯罪嫌疑人、被告人不利的证据,也要依法收集能够证实犯罪嫌疑人无罪或罪轻的证据。正当防卫案件中,检察官本身就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。但是,如果仅强调客观义务而忽略证明责任,犯罪侦查将缺乏动力和技术支持,<sup>[71]</sup>将正当防卫的证明责任分配给控诉方,能使掌握更强侦查技术和取证能力的控诉方产生更强的侦查动力,弥补被告方收集证据能力不足的缺陷,有利于案件事实的发现,因此,由检察官承担正当防卫的全部证明责任更能够体现立法的制度逻辑。

第三,被告人不承担正当防卫的证明责任并不会影响诉讼的推进与效率。虽然被告人无需承担正当防卫的证明责任,但仍然有证明必要或策略性的证明负担。<sup>[72]</sup>被告人及其辩护人在评估了控诉方提供的证据后,如果认为简单地提出正当防卫的辩解不足以产生合理疑点,为了使法院能够根据在案证据支持自己的诉讼主张,会尽可能积极地提供有利于自己的证据或者向法院或检察院申请证据调查,不会存在隐瞒证据或证据线索的情形,因而不会影响诉讼的推进和效率。

正当防卫证明责任分配规则的践行,需要有一个合理的犯罪理论体系提供稳定的实体法基础。另起炉灶重建体系并非不可以,但代价过大,也不利于理论的延续性,结合两大法系国家正当防卫证明责任的体系性分析结论,改造传统四要件犯罪构成理论,同样可以稳定地支持将正当防卫的全部证明责任分配给控诉方的规则。

首先,保留犯罪构成作为所有与刑事责任有关要素的共同上位概念,维持犯罪构成是刑事责任的唯一根据这个基本命题。英美法系国家由于缺少“犯罪”和“辩护”的共同上位概念,没有一个包含所有积极要素和消极要素的体系性范畴,很容易形成“积极要素说明有罪、消极要素说明无罪”的立场,从而将“有罪”的构成仅仅限制在犯罪定义上,而正

[69] 参见李会彬:《正当防卫的证明责任分配误区及其纠正》,《青少年犯罪问题》2022年第2期,第91-92页。

[70] 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186页。

[71] 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111页。

[72] 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188页。

当防卫往往被视为“有罪”的例外情形,在控诉方证明了积极要素的成立后,要求被告承担正当防卫等消极要素的证明责任。因此,犯罪构成作为容纳所有犯罪要素的体系性范畴,对于证明责任的分配具有基础性意义。但是,在犯罪构成内部,如果坚持四要件都是积极与消极、形式与实质的结合,就难以解释正当防卫属于犯罪构成的要素。传统犯罪构成是四方面要件的总和,除此之外没有其他的体系性范畴,而正当防卫本身既有客观要素,又有主观要素,将其分别纳入不同的要件中,在具体操作上难以完成。例如,认为正当防卫行为不具有犯罪故意的解释方案就很难逻辑自洽。犯罪故意要求行为人明知自己的行为会发生“危害社会的结果”,正当防卫行为由于没有危害社会,从结果上来看当然没有犯罪故意,但是,从犯罪认定的基本逻辑来看,一个行为是否造成“危害社会的结果”是综合各方面要件得出的整体判断,例如,在查明行为人是否具有防卫意图之前,是不能确定行为是否危害社会的。因此,这种思维方式不仅存在“将结论放到前提之中”的逻辑问题,而且意味着正当防卫的判断位于犯罪故意的判断之前,容易使入罪判断与出罪判断的逻辑顺序出现混乱。而且,以存在防卫目的因而没有危害社会来否定犯罪故意,无法解释防卫过当为什么可以构成故意犯罪。因此,理论界有观点主张将正当防卫置于犯罪四方面要件组成的犯罪构成之外。<sup>[73]</sup>我国司法工作者有较强的追诉倾向,更希望由被告人承担正当防卫的全部或部分证明责任,犯罪构成与正当防卫之间不清晰的逻辑关系恰好可以为他们提供实体法上的解释依据和制度空间,这种犯罪构成理论因而无法稳定地支持控诉方承担正当防卫的全部证明责任。因此,在犯罪构成体系内,应当对四方面要件的内容和体系性功能进行改造。

其次,在内容的改造上,将犯罪积极要素归入犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面三个要件,<sup>[74]</sup>将犯罪客体改造为容纳犯罪消极要素的范畴,置于其他三个方面要件之后。犯罪客体在传统的犯罪构成理论中,虽然属于第一要件,但其内容过于虚化,需要通过其他三个方面的要件才能反映出来,其功能也可以由其他三个方面的要件来完成,犯罪客体不能单独承担入罪功能,犯罪客体说明犯罪的构成只能在其他三个要件具备的情况下才有可能出现。用犯罪客体来说明此罪与彼罪之间的界限,其根源在于犯罪对象、犯罪行为等方面的差异。主张将犯罪客体移除出四要件体系,也不会给犯罪定性带来困难。<sup>[75]</sup>因此,将犯罪客体改造为正当防卫、紧急避险等犯罪消极要素的上位概念,并置于其他三个方面要件之后,不会给其他三方面要件的认定造成影响。但是,如果仅仅将犯罪要素分为积极要素和消极要素两个方面,并分别归入不同的范畴,不注重确定这些范畴的体系性功能,那么,与英美法系国家传统的“犯罪—抗辩”模式和构成要件作为违法有责行为类型的体系在本质上就没有了差别,就会不可避免地偏重强调积极要素的“有罪”推

[73] 参见王政勋著:《正当行为论》,法律出版社 2000 年版,第 40-41 页;王世洲著:《现代刑法学(总论)》(第二版),北京大学出版社 2018 年版,第 101 页。

[74] 虽然两大法系国家都将责任能力作犯罪的消极要素处理,但是,在中国犯罪论体系中,犯罪主体要素不仅包含责任能力,还包含行为人的特殊身份,而且,司法机关在具体案件处理中往往首先审查行为人是否具备责任能力,因此,将犯罪主体归入积极要素,从正面肯定行为人具有主体资格,并无不妥。

[75] 参见张明楷著:《刑法学》(第四版),法律出版社 2011 年版,第 102 页。

定机能,正当防卫证明责任的分配仍然可能存在分歧。<sup>[76]</sup>因此,还需对犯罪构成基本范畴进行体系性功能的改造。

最后,在体系性功能的改造上,一方面,取消其他三个方面要件的实质评价特征,使其在行为的社会危害性整体评价中保持价值中立。在传统犯罪构成理论中,每个方面要件内部都要同时进行入罪要素和出罪要素的考虑,不仅要进行形式的判断,还要进行实质的判断。如果维持其他三个方面要件兼具形式判断与实质判断的特征,很容易产生行为符合其他三个方面要件,就推定具有社会危害性,进而得出原则上“有罪”的逻辑结论。从两大法系国家的正当防卫证明责任分配状况可知,如果认为犯罪定义要素的满足或构成要件的符合即可推定“有罪”,很容易就会要求由被告人承担正当防卫的说服责任;承认犯罪定义和构成要件的违法推定机能,也可以为被告人承担证据提供责任提供实体法解释。因此,尽管在三个方面要件中可能存在一些规范性要素涉及评价内容,但是,保持三个方面要件在社会危害性整体评价中的价值中立性,对于正当防卫证明责任分配规则的确立极为重要。按照这种体系性功能的改造方案,行为、故意等要素需要作出不同于传统犯罪构成理论的解释。例如,行为要素不能再使用强调“危害社会”特征的“危害行为”概念,故意中的“危害社会的结果”也应当解释为一种形式上的法益侵害结果,避免以价值判断结果作为价值中立要素成立的前提。另一方面,保留犯罪客体实质的价值评判特征,在犯罪客体中对符合犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面的行为进行积极的社会危害性整体评价。这意味着其他三个方面要件的满足还不足以说明行为的社会危害性,犯罪客体中所包含的社会危害性整体评价才能说明构成了犯罪。正当防卫行为同样符合其他三个方面的要件,只是在犯罪客体的整体价值判断过程中,由于不具有社会危害性而不具备犯罪客体要件,因而不构成犯罪。符合其他三个方面要件的行为是评价的对象,犯罪客体是对象的评价,由此形成“评价对象—对象评价”的分层构造。当然,为了防止危及罪刑法定原则,犯罪客体中进行的价值判断只能针对已经符合其他三个方面要件的行为在出罪的意义上使用,存在犯罪客体的结论只能在不具备排除犯罪情形时作出。<sup>[77]</sup>发展犯罪客体在犯罪理论体系中的积极评价功能,才有可能使其他三个方面要件保持价值中立,为控诉方承担正当防卫的证明责任提供稳定的支持。

改造后的犯罪构成理论在形式上保留了四要件的基本框架,实际上在“犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面”与“犯罪客体”之间进行了分层,强调评价对象的形式特征、对象评价的实质特征,控诉方即使排除合理怀疑地证明了行为符合其他三个方面要件,也仅仅说明在形式上行为符合构成要件要求,并没有涉及社会危害性的整体评价问题,不能说明被告人实施了法所不允许的行为。根据“国家应当证明被告人做了错事”的基本立场,在被告人主张正当防卫时,控诉方需要证明不存在正当防卫以完成社会危害性和“有罪”的完整说明,正当防卫证明责任的分配规则应始终处于无罪推定原则的约束之下。

[76] 参见聂昭伟:《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;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112页。

[77] 参见王世洲著:《现代刑法学(总论)》(第二版),北京大学出版社2018年版,第104页。

---

[ **Abstract** ] Allocation of the burden of proof of self-defense is not only a criminal procedural law issue but also an important substantive law issue. The recognition by the USA and the UK in the 20th century of the common law rule of putting the burden of proof of self-defense on the defendant was based on the “guilty” presumption function of the definition of a crime. Because a systematic concept containing all the elements related to criminal liability had not been formed in the prevailing criminal theory of the common law system, “defense” was not a value judgment category. A behavior satisfying all elements of the definition of a crime might be presumed “guilty”, and in order to refute the presumption, the defendant needed to prove self-defense. The fact that most jurisdictions in common law countries in the late 20th century put the burden of persuasion of self-defense on the accusing party can be explained by distinguishing justification from excuse. Because justification is a part of the criminal law’s norms of conduct and there is nothing that can establish that the defendant has done anything wrong until the prosecution proves that the defendant has committed an offense without justification, *prima facie* case of guilt can only be illustrated by both the definition of a crime and the justification, for the which the burden of persuasion must be put on the prosecution. The differences among continental law countries in the rules of allocating the burden of proof of self-defense may be rooted in different understandings of the character of *Tatbestand* and the relationship between its three strata, the key of which is whether *Tatbestand* has the function of “guilty” presumption. The burden of proof of self-defense can be allocated reasonably to the prosecution if the value neutrality of *Tatbestand* can be maintained. *Tatbestand*’s function of presumption of wrongfulness may explain the defendant’s burden of produce evidence for self-defense. If *Tatbestand* is further understood as a type of wrongful and liable behavior, a behavior satisfying *Tatbestand* will be presumed “guilty” logically and the defendant must prove the self-defense to avoid criminal liability. In China, the obscure rules of allocating the burden of proof of self-defense can be traced to the controversy over the relationship between the four-elements criminal constitution and self-defense. A rational choice is to put the burden of proof on the accusing party once the defendant puts forward the procedural proposition of self-defense. Merely establishing a hierarchical criminal system that distinguishes affirmative elements from negative elements is not enough to support the definite rules on the allocation of the burden of proof. To provide stable support to the rules of putting the burden of proof of self-defense on the prosecution, it is necessary to establish the “object-evaluation” criminal constitution, retain the constitution of crime as the upperseat concept of all elements related the criminal liability, and reform the content and the systematic function of the four elements of the criminal constitution.

---

(责任编辑:王雪梅)