

辩护事实论要

——案件事实的一种新分类

欧 卫 安^{*}

摘要:有效辩护原则要求案件事实的发现或者证明应该合理包容被告方的有效参与。根据德国学者哈贝马斯的交往共识理论,辩护事实概念的建构既有可能,也有必要。包括无罪证明在内的辩护事实的证明,被告方并不一定负有证明责任,即便被告方在特定情形下对此负有证明责任,也可以借助检察官所负的保证客观义务尤其是借助法官所负的依职权澄清义务而得以完成。辩护事实的范围既包括“积极抗辩”事由、有罪推定情形下的抗辩事实以及证明责任转移下的被告人抗辩事实3大实体法事实,也包括有利于被告人的量刑事实以及程序性辩护之前提事实。作为案件事实的一种新分类,辩护事实的证明应当是一种自由证明而非严格证明,其证明程度仅须达到“合理怀疑”成立即可。

关键词:辩护事实 积极抗辩 交往共识 自由证明 合理怀疑

一、引言

刑事辩护是现代刑事诉讼的正当要求及制度保障,也是现代刑事诉讼价值的核心及刑事诉讼结构的基石。作为刑事责任之被追诉者,被告人的人身常常处于刑事强制或者刑事强制的威胁之中,因此自然会有要求获得辩护帮助之权利。从这种意义上讲,获得辩护权构成积极性人权保障的基石。^① 刑事辩护制度作为现代刑事诉讼的核心机制,超越了法律传统及社会制度的范围而成为制度公正的试金石。正是在刑事辩护理论的基础上,有效辩护理论得以在现代刑事程序理论中脱胎而出。有效辩护是从切实保障被告人辩护权出发,从平等、及时及有效等方面,要求律师提供合格的辩护帮助,并在此基础上规范相关之保障措施。^② 美国联邦法院从美国宪法第六修正案所规定的律师帮助权出发,认为被告人获得律师帮助的权利隐含被告人有权获得律师有效帮助的权利,并由此通过判例提出了“律师有效帮助”之概念。所谓“律师有效帮助”,指辩护律师的辩护代理是专业上谨慎且有意义的辩护代理,就可能涉及的所有被告人权利都要向被告人提出适当的专业建议。质言之,律师应当根据普遍的律师执业水准谨慎而合理地完成其辩护任务。^③ 欧洲人权法院通过判例的方式宣示了被告人的有效辩护权,即任何受到刑事责任追诉的被告人都有权得到律师的有效辩护。由于这是一个较为开放的法律概念,因此在欧盟的范围内,被告人获得有效的律师辩护构成被告人获得公正审判权之前提。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第12条第3款则从更为具体的方面解释了被告人的有效辩护权,并且从一定的时间要求与便利条件方面要求辩护律师充分而尽职地履行其辩护义务。欧洲国家的相关研究成果表明,有效辩护是被告人获得公正审判的前提和必要内容,同时,有效辩护也是各种条件和复合因素综合导致的辩护效果,需要良好的立法环境、程序

^{*} 广州大学法学院副教授

^① 参见尹晓红:《获得辩护权是被追诉人的基本权利——对〈宪法〉第125条“获得辩护”规定的法解释》,《法学》2012年第3期。

^② 参见熊秋红:《刑事辩护论》,法律出版社1998年版,第68~71页。

^③ 参见熊秋红:《有效辩护、无效辩护的国际标准和本土化思考》,《中国刑事法杂志》2014年第6期。

环境以及组织结构等司法条件。^①

刑事辩护制度及其内含的有效辩护原则要求案件事实的发现或者证明应该反映出被告人的参与,令案件真相由一个纯粹的事实发现过程转变为包括被告方有效参与的过程,从而令刑事程序之事实判断与价值判断在一定的程度上融合起来。申言之,正是刑事辩护之进行催发了刑事诉讼的多方参与及程序开放,令刑事程序各方建立在主体性上的事实共建或者参加模式成为可能。日本学者棚濑孝雄所说的参加模式,要求作为事实判断者的法官对于当事人的辩论作出回答,即法官在援引当事人的主体性作用时,并非仅仅为了协助法官作出正确判断而要求当事人作为实质证人、提供证据材料这一目的,作为居间裁判第三方的法官还应当承认这样一种观点,即事实判断不仅应当受到当事人双方的辩论内容之拘束,而且还应当允许当事人把法官这个第三者的存在和决定权能纳入自己的问题这样一种主体性相互作用的过程。^②由此可见,所谓的包括被告人在内的“主体性相互作用”其实与哈贝马斯所说的话语伦理学相关。作为哈贝马斯话语伦理学的一个基本原则——话语原则——要求:话语过程不是排他的,而是包容的,任何一个受规范影响的人都应当被接纳到协商的话语过程中;话语过程中的每一个人的利益都应当受到平等的重视,所有话语参与者都被赋予平等表达其意见的机会;所有参与者都不对规范采取工具性和策略性的态度,而是相互合作,挣脱于内在压抑与外在强制,从所有参与者的平等利益出发协调相互行为,即采取趋向于共识的交往态度。^③借鉴哈贝马斯的话语伦理学尤其是其中的真理性共识理论,不仅需要重新审视刑事辩护之公正观,而且需要重新审视刑事辩护之事实观。因为没有辩护方的事实建构或者事实建构过程之参与,事实发现的正当性与似真性就不复存在。证据法的一个更恰当的定义是所谓的法庭认识论,就是有关如何向法官或者陪审团等事实裁判者提供案件信息的一个程序规则体系。^④需要说明的是,除了作为事实裁判者的法官或者陪审团之外,检察官与律师也是法庭的认识主体。因此,法庭的认识活动不仅是法官或者陪审团的认识活动,而且是合力产生案件事实真相的一种相互作用,即控诉方、辩护方与审判方共同参与的证据信息处理过程。^⑤正是在这种意义上,有论者指出,根据控、辩、裁各方参与的方式,可以将各国刑事案件的事实认定模式区分为“协同型事实认定模式”与“竞争型事实认定模式”。所谓“协同型事实认定模式”,其证明活动围绕控方控诉的“犯罪故事”展开,在事实认定过程中,以控方所追求的犯罪责任追究为单一的过程导向,以一个侦查版的“犯罪故事”为事实发现的主线,即使检察机关的“控诉故事”或者审判机关的“裁判故事”实际上也都是对侦查版“犯罪故事”的补充、完善与确认,因此也就不存在多元性质的故事版本之间的比较、选择和竞争,侦查、起诉、审判各机关之间的关系更多地表现为相互配合、协助与接力合作,即使是辩护方也在一定程度上表现出协助发现案件事实的倾向。而“竞争型事实认定模式”,其证明活动围绕多种证据解释和多个“故事版本”而展开,呈现出多种故事版本之间的竞争与比较,侦查、起诉、审判机关之间并不存在过多的配合与协助,而是表现出分权制约的程序状态。^⑥因此,无论是从程序公正还是从案件事实共识的达成抑或分别建构出发,都有必要重新解构刑事诉讼中的事实,并据此建构“被告方自己阐述的故事”的辩护事实概念。

二、建构辩护事实的可能性

在大陆法系国家看来,刑事诉讼的使命及其过程都在于对案件客观事实或者实质真相的发现,即使在英美法系国家,其刑事审判也必须以交叉询问的方式致力于案件事实的发现。关于刑事诉讼中的“真实”,学术界一直存在多种学说,难以定论。基于我国刑事诉讼传统理论的司法事实观,依据唯物主义的认识

① 参见丁鹏、彭勃等编译:《欧洲四国有效刑事辩护研究》,法律出版社2012年版,第5页。

② 参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第258~259页。

③ 参见任岳鹏:《哈贝马斯:协商对话的法律》,黑龙江大学出版社2009年版,第80~84页。

④ 参见[美]戴维·伯格:《证据法的价值分析》,张保生、郑林涛译,载何家弘主编:《证据学论坛》(第13卷),法律出版社2007年版,第247页。

⑤ 参见张保生:《事实、证据与事实认定》,《中国社会科学》2017年第8期。

⑥ 参见尚华:《事实认定模式与我国刑事防错机制的完善》,《环球法律评论》2017年第3期。

论,案件事实最终是可以认识的,案件事实认定的目的就在于通过司法程序以探寻案件事实之真相,而证据就是探寻案件事实之工具。作为一种外在的工具,证据不仅可以用于证明案件事实真相,而且还可以用于完整地还原发现案件事实的真相。这一理论所赖以建构的认识论基础来源于传统的摹本理论。传统的摹本理论持有者认为,认识是客观之于主观意识的反映,是具体客观实在的客观对象见之于主观的映像。^① 由于长久以来我国刑事诉讼对于案件事实客观真相的追求以及认识论上的乐观主义,因此其对于案件事实的追求尤其需要符合辩证唯物主义的真理观,也就是绝对真理与相对真理的统一,强调真理的客观性,以及真理性认识与客观世界的符合性,但对于认识的主体性尤其是主观性,则关注甚少。因为真实不只是法律、程序、科学、政治和社会生活的首要原则,真实是人类道德价值的本质,对许多人而言,或许是唯一的道德价值。^② 对此,有日本学者认为,刑事诉讼法所追求的案件真实并非实质之真实,而是所谓的诉讼真实,即通过“适当且正确手续”之程序装置,进行所谓的认定事实,从而显现出来的事实之积累。^③ 诉讼真实这一概念的提出,意味着对认识主体的关注以及对认识论上的乐观主义的修正。事实调查程序一旦引入主观主义和解读差距后,历史学家对记忆可靠性已不存在任何幻想。我们知道,真相不可能被“发现”,只能被重建,也许在防止不断失败上很有帮助,因为完全对应亦不过是假象,也未必就是理想的观点。我们从重建的概念开始,需要采取较为限缩的方针,让我们能更妥善处理重建真相的固有限制,以及尊重对立利益。^④ 我国有学者指出,认识论上的事实,具有真实性、经验性和可陈述性 3 大特性,是成为主体认识对象并被其感官和思维所把握的那一部分存在。^⑤

案件事实的经验性与陈述性实际上就是案件事实认识主体的主观性,意味着事实发现的过程就是有关事实的主观重建过程。类似的标准一体适用于某一理论、某一故事之可信性或似真性,就是这一理论或者故事必须与无争议的或确定的特定事实相协调,内部一致;并且,这一理论或者故事必须是融贯的,必须与特定社会中所所谓的“一般经验”“事情的一般发展过程”“常识性概括”或“知识库”等概念相符合。^⑥ 从事实发现到事实重建,意味着刑事诉讼中的真实必须关注包括被告方在内的认识主体及其认识的交互性。这种认识理论实质上就是哈贝马斯的交往共识理论的基本内容。根据交往共识理论,认识乃是主体间性之互动与交流,是主客体间性融合的产物。质言之,认识具有主体间性。^⑦ 哈贝马斯的真理性共识理论主张,假设我作为认识主体可以横贯人类的全部历史,那么陈述之为真的条件,就是所有的我有可能当作对话伙伴的其他人的潜在的同意。^⑧ 有学者在哈贝马斯的真理性共识理论的基础上,提出所谓法律事实建构论。这种法律事实建构论建基于主体理性认识活动,认为在本质上司法活动是一种以主体理性认识活动为基石的不同程序主体间的交往活动,法律事实其实是由多方诉讼主体在法定的程序空间内依据既定的规则建构起来的一种案件事实图景。建基于主体理性认识,主体间的交往活动构成为全部的司法活动;案件事实并非程序主体所认知到的案件客观事实的摹本,而仅仅是司法程序中相关程序主体或者利益主体主观建构的产物;程序主体在程序内达成“共识”决定并赋予法律事实以正当性。^⑨ 哈贝马斯认为,陈述的真实性与正确性取决于或者检验于不同的观察者对于同一认识对象所进行的讨论与辩论,主体间的对话充满陈述、怀疑及辩论,在其过程中回应并消除了相关的疑问与诘难,从而不断修正有关事实的陈述。结论只有在获得主体间一致认可的情况下,才可以被认为是真实的或者被认为是正确的。这种被各

① 参见胡军:《知识论》,北京大学出版社 2006 年版,第 308 页。

② 参见[英]Antony Duff 等主编:《审判的试炼 I:真相与正当法律程序》,万象译,台北财团法人民间司法改革基金会 2015 年版,第 165 页。

③ 参见[日]村冈启一:《辩护人的作用及律师的伦理》,尹琳译,《外国法译评》1998 年第 2 期。

④ 参见[英]Antony Duff 等主编:《审判的试炼 I:真相与正当法律程序》,万象译,台北财团法人民间司法改革基金会 2015 年版,第 165~166 页。

⑤ 参见张保生:《事实、证据与事实认定》,《中国社会科学》2017 年第 8 期。

⑥ 参见[英]威廉·特文宁:《反思证据:开拓性论著》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社 2015 年版,第 322 页。

⑦ 参见尚华:《论建构主义与案件事实的认定》,《前沿》2011 年第 15 期。

⑧ 参见童世骏:《批判与实践:论哈贝马斯的批判理论》,生活·读书·新知三联书店 2017 年版,第 109 页。

⑨ 参见杨波:《法律事实建构论纲——以刑事诉讼为中心的分析》,《吉林大学社会科学学报》2010 年第 2 期。

程序主体一致接受的最终结论,就是被程序各方所共同建构出来的法律事实。^①就刑事诉讼中法律事实的建构过程而言,由于无罪推定原则在刑事诉讼中的适用,被告人并没有建构所谓案件事实的法律义务,但在客观上却无法规避刑事案件事实这一主体间性的事实建构。从无罪推定原则引申出的不必自我归罪原则看,被告人并无法律上的义务去主张或者建构一个有关无罪辩护或者罪轻辩护的“法律事实版本”,面对控方所建构的“法律事实版本”,被告人仅需在诉讼过程中有针对性地提出质疑,揭示控方所建构的犯罪事实之错误或者瑕疵,即可达到摧毁控诉之有利判决效果。正是从这种意义上讲,被告人可以被视为控方建构之法律事实图景的解构者,其解构的目的就在于摧毁法官对于控方建构之事实图景的信任,从而获得有利于被告人的裁判。^②值得注意的是,法律事实建构论既强调认识主体(其实也是诉讼参与者)之间的认识交互,也强调真理对于彼此之间交往语言上的属性,因此也强调视阈融合下的解释学循环。持解释学循环论者认为,案件事实的形成过程是各个程序主体在各自前见之思维条件下,在视阈融合中,经解释学循环而解释建构法律案件事实的过程。这里所说的“前见”,乃是指各个程序主体作为事实认定者,在法律案件事实认定过程中解释证据和事实所凭借的前提性思维条件;“视阈融合”是指事实认定者之案件事实认定过程,是在视阈融合中所展开的有关证据和事实之解释或理解;“解释学循环”是指事实认定者在认定案件事实过程中,在证据与事实之间进行视阈融合,从证据到事实,又从事实到证据,如此循环往复地进行。^③

刑事诉讼中的法律事实观点,既涉及事实判断,也涉及价值判断,而这正是哈贝马斯将事实描述为有效性主张的意义所在。哈贝马斯主张,在商谈过程或者论辩过程中人们进行审查有效性主张的时候,要参照客观世界、社会世界及主观世界3个因素。其中,客观世界是作为有可能提出以此为对象的真陈述的那些实体的总和,社会世界是作为所有以合法方式加以规范的人际关系总和,主观世界是作为唯有说话者能进入的体验的总和。与客观世界、社会世界及主观世界3者对应的分别是真实、正当与真诚3个有效性主张。而“真实”这个有效性主张既涉及商谈参与者之间的关系,也涉及陈述与事实之间的关系。如果我们把真理性共识理论与真理的符合论理解为对有关真理的不同问题的回答,那么真理性共识理论是可以和真理的符合论和平共处的,也就是可以共存的。^④

三、建构辩护事实的必要性

从无罪推定出发,刑事诉讼中的被告人对于案件事实并无义务予以澄清或者予以主张,但从心理学或者大众伦理的角度看,被告人亦有澄清或者主张合理期待或者利益的动机。一般来说,包括无罪证明在内的辩方进行的证明,成为“辩护方的证明”。由于辩护方原则上没有证明责任,因此严格地说,这是“辩护方的反证”(不在现场的“证明”也是如此)。辩护方的主询问当然也是辩护方的“证明”,这种证明是与证明责任无涉的“反证”。^⑤申言之,司法机关本来对于有关被告人利益的事项负有一律注意的客观义务,被告人也可以借此请求司法机关采取有利于被告人之相关措施;司法机关在讯问被告人时,不仅应当告知被告人有权申请有利于被告人的证据调查,而且还应当告知被告人对其有利之陈述的证明方法。就刑事审判程序而言,为发现案件事实真相,一方面法院应根据其负有的客观义务与澄清义务行使证据调查之职权,另一方面被告人也有权积极促请法院展开证据调查,即被告人享有申请调查证据的权利。^⑥值得注意的是,诉讼上的事实一直都可以从积极事实与消极事实两个方面进行区分。从本质上讲,积极事实与消极事实是一对互为两极或互为正反关系的概念。消极事实是一种否定的事实或不存在的事实。消极事实中的

① 参见章国锋:《关于一个公正世界的“乌托邦”构想——解读哈贝马斯〈交往行为理论〉》,山东人民出版社2001年版,第128页。

② 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。

③ 参见刘方荣:《多学科视域的案件事实认定逻辑结构模型研究》,博士学位论文,西南大学,2013年,第56~57页。

④ 转引自童世骏:《批判与实践:论哈贝马斯的批判理论》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第111~112页。

⑤ 参见[日]佐藤博史:《刑事辩护的技术与伦理》,于秀峰、张凌译,法律出版社2012年版,第285页。

⑥ 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),台湾元照出版有限公司2013年版,第169~170页。

“消极”是指将事实置入评价活动而得出的消极性评价,而并非指事实本身。^①从逻辑上讲,辩护事实当然可以包括消极事实,但由于无罪推定原则之作用,因此辩护事实概念之建构,仍须在外延上规避消极事实。

对抗制模式的核心特征在于控辩双方之间的“公平竞技”,控辩双方借助其律师帮助而具有相当大的自主权及程序控制权,控辩双方不仅收集提交证据,而且还有权决定争议事实之范围。从司法证明程序的角度看,诉讼证据之收集提交以及法庭交叉询问之过程交由专业化的律师主导,构成对抗制诉讼模式的显著特征。^②对于被告人及其律师而言,虽然法律并未明确规定其提出辩护事实主张或者进行辩护性证明之义务,但是法庭程序的争辩事实令其无法回避事实的论述。被告人及其律师究竟是依据所谓的客观事实或者辩护事实展开辩护,还是在反击控诉事实的框架内展开辩护,还涉及事实认识的主体性问题。从日本的法曹伦理看,所谓真实义务的真实,意指当事人认为真实的主观真实,而非客观的真实。同样地,律师应该尊重的真实,不应解释为客观的真实,而是律师遵循法律专家的理性和职业良知确信为真实之事。^③这实际上是以隐晦的形式主张案件事实认识的主体性或者主体间性,从而与前述哈贝马斯的交往共识理论联系起来。这里的核心是把真理界定为一种“有效性主张”,如此一来,真理不再是陈述的一种属性,而是判断该陈述的言语活动的属性;真理无论如何都不直接关联陈述的对象,即使依然将真理断定为陈述的属性。换言之,真理仅仅与判断该陈述的言语活动相关,是断定该陈述的主体向其他主体提出主张而请求他们认可、承认其对这个陈述的断定为有效。^④无疑,哈贝马斯的有效性主张理论及其真理作为共识的属性的判断,使得辩护事实的建构不仅可能,而且必要。

即使从辩护策略或者辩护路径看,辩护事实的建构也是必要的。美国有学者主张将刑事辩护划分为两大类,即诉讼程序上的辩护与刑事实体辩护。其中,刑事实体辩护又可以划分为否认、辩明和辩解3大类。“否认”是指被告人声明其并不符合犯罪之某一要素,如被告人声明自己并非谋杀者等。“辩明”情形下的被告人承认其行为可能符合犯罪构成之每一要素所要求的条件,但是被告人可以声称在其所处的特定情形下,其行为在法律上并没有过错,如被告人主张其杀人是出于正当防卫。在“辩解”的情形下,被告人仅提供理由说明其不应受到刑罚处罚,如“精神病人”实施违法行为等,而并不尝试证明其行为在法律上没有过错。^⑤“否认”的情形并不需要运用证据予以证明,但可以从不在场等事实主张中获得相应的程序利益,如果被告人进一步履行了证明责任,那么可以引起辩护性证明的效果而免于罪责认定。“辩明”则是一种典型的积极辩护,可以通过举证行为(是否具有证明责任属性在不同的国家仍有争议)获得其期待的事实认定结果。“辩解”既可能涉及犯罪构成事实的证明,也可能涉及量刑事实的证明。

正如美国学者胡萨克所描述的那样,“辩明”作为一种典型的积极辩护,可以通过大陆法系国家的法官所负的依职权澄清义务、检察官所负的保证客观义务或者英美法系国家的检察官所负的保证公正义务来推进证明,但作为犯罪构成事实或者犯罪构成要件事实以外的案件事实,无论是基于诉讼便利还是基于形式公正,被告方对于自己提出的事实不承担一定的证据责任或者不认为是辩护事实,都是令人难以接受的。正是从证据责任的意义上讲,被告人无法摆脱特定事实的证据责任(并非说服责任)。应当注意的是“被告人的提供证据责任”这一概念的含义,因为(除上述的例外)被告人在刑事案件中没有义务。不过,检控方可以证明某个事实,如果被告人对该事实的存在与否未做解释,那么从该事实中可以推论出有罪。例如,涉及拥有被盗物品嫌疑的案件,唯一的对被告人不利的证据是其拥有最近偷来的东西。除自卫辩护外,还有不在场的辩护、杀人案件中的挑衅辩护、无意识行为、外力强迫等辩护。当然,如果被告人未能满足提供证据的责任,那么其唯一后果就是检控方无须就此承担驳斥之责。^⑥换言之,如果民事或者刑事案

① 参见陈贤贵:《论消极事实的举证证明责任——以民诉法解释第91条为中心》,《当代法学》2017年第5期。

② 参见樊传明:《自由证明原理与技术性证据规则——英美证据法的前提性假设和两种功能解释》,《环球法律评论》2014年第2期。

③ 参见[日]森际康友主编:《法曹伦理》,刘志鹏等译,台湾新学林出版股份有限公司2011年版,第26页。

④ 参见童世骏:《批判与实践:论哈贝马斯的批判理论》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第110页。

⑤ 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183页。

⑥ 参见[英]理查德·梅:《刑事证据》,王丽、李贵方等译,法律出版社2007年版,第72~73页。

件中的被告人希望法庭考虑某一特定争议点,那么该争议点同样必须由支持该争议点的证据提出,否则法庭不予考虑以此提出的抗辩。^① 此处所谓的争议点也就是辩护事实。

事实上,从法庭对事实的认定看,也存在控诉方的(主张)事实与被告方的(主张)事实,并以此推进法庭事实认定机制的形成以及案件事实的最后确认。日本刑事诉讼法赋予了辩护方针对起诉案件进行陈述的权利。被告人就公诉案件事实作出所谓罪状认否之陈述,也就是有权第一时间向法院提出辩解,同时也可以借机为法院未来之审理提前确定审理重点。^② 也就是说,从罪状认否的意义上讲,该主张其实是被告方对案件事实的主张,这种主张包括对案件事实的积极主张及消极主张。英美法系国家由于设有被告人之罪状认否答辩程序,因此其正式审判之案件皆为被告人不认罪之案件,在这种情况下,法庭仍然在审前程序中许可控辩双方的律师向法庭分别陈述“自己的案件”。^③ 法院的审判就是在听取控辩双方对案件事实描述的基础上,选择出合理的案件事实,以此作为最终判决的事实依据。

四、辩护事实的范围

从辩护策略或者辩护路径考察,刑事辩护的手段及方向或者是对控诉事实的否认,或者是对控诉事实的抗辩。刑事诉讼中的否认,或谓之单纯否认、消极否认,是指对于控诉方所主张的犯罪事实,被告人主张其并不真实或不存在,并因此而为之陈述。被告人的否认是对控诉方主张之事实直接予以否定,其内容一般是指斥控诉方主张的事实为不真实。而抗辩则是对控诉方主张之犯罪事实的间接否定,其手段在于被告人积极、独立地主张与控诉方主张的事实并不直接相关的案件事实。^④ 被告人提供证据而进行的辩解,属于一种典型的积极抗辩,其目的在于将刑事案件塑造为一种无法逾越定罪证明标准的“疑罪”,其功能在于令法官对控方提供的案件事实产生“合理怀疑”。^⑤

在证据责任的概念下,辩护事实是一种肯定性的事实判断。当然,从更广泛的意义上讲,被告方选择否认控诉以作消极抗辩,是一种基于无罪推定的否定性事实判断,也应该属于辩护事实的范围,只是这种辩护事实的界定并无实际的程序功能。被告方在否认控诉事实之余,另行提出相对立的事实,以抵消或者否定控诉事实,则无论是否属于积极辩护,都可作为辩护事实。从内涵及外延考察,大陆法系国家的“违法阻却事由和责任阻却事由”基本上等同于英美法系国家的“积极抗辩”事由。^⑥ 日本有学者曾在上述“违法阻却事由和责任阻却事由”及“积极抗辩”事由的基础上,另行提出“证明情状”概念,尤其是其中的“间接事实”的概念,对于全面理解辩护事实有一定的积极意义。辩护人之情状辩护活动,系指调查、搜集关于有利于被告人之情状事实,提出且于审判庭主张,并对不利情状事实加以弹劾。^⑦ 其中有意义的论述在于否认案件事实的辩护事实问题,也即“否认案件之情状证明”。情状辩护活动,基本上与全面主张无罪不能相容。全面主张无罪却又主张以情状作为备位之情形,事实上等于无罪主张之退败,原则上应避免为之。当然,在数个起诉事实中,主张部分无罪或构成轻罪(俗称请求“部分认罪”的案件),即使全部主张都被接受,仍部分成立犯罪,在此种情形下,主张及证明情状并无不当。被告之主观意图,如对于欺罔或图利、加害等意思、贿赂之认识、注意义务之违反、共犯之加工意思、出于正常防卫之相当性的认识等主观要素,在发生争执的案件中,为了证明被告人之认识内容,就有必要提出间接事实。这种间接事实,应该考虑被告人与被害人、共犯的以往关系、案件发生之详细经过等情事。此等事实之举证,在防备可能被认定有罪时之情

① 参见[英]詹妮·麦克埃文:《现代证据法与对抗式程序》,蔡巍译,法律出版社2006年版,第100~101页。

② 参见[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319页。

③ 参见孙长永:《当事人主义刑事诉讼中的法庭调查程序评析》,《政治与法律》2003年第3期。

④ 参见蔡永彤:《幽灵抗辩之对策:刑事诉讼被告人证明责任再研究——兼论证明责任分配规则的本土化展开》,《法治论坛》2010年第1期。

⑤ 参见张斌:《三论被告人承担客观证明责任——应用于刑事辩解和刑事推定的知识论阐释》,《证据科学》2009年第2期。

⑥ 参见康怀宇:《刑事被告人证明责任研究中的两个误区——以证明责任的类型与程度为关注点》,《河北大学学报》(哲学社会科学版)2009年第4期。

⑦ 参见[日]山室惠编著:《刑事诘问技术》,日本刑事法学会研究会译,台湾元照出版有限公司2010年版,第179页。

状事实(主要是犯罪情状事实)举证上,颇具意义。^①从上面的论述看,所谓情状事实或者证明情状,在本质上仍为积极辩护之辩护事实。

积极辩护之辩护事实在本质上是一种实体法事实,除此之外,作为辩护事实的实体法事实还有作为无罪推定之例外的“有罪推定”的事实,以及控方履行证明责任(包括证据责任与说服责任)完毕后因为证据责任转移(但不发生说服责任的转移)而应当由被告方提供证据的辩护事实。详言之,作为辩护事实的实体法事实可以归纳为以下3大类:(1)积极辩护之抗辩事实。所谓积极辩护,包括承认起诉书记载的公诉事实或者以“犯罪事实”为前提的“幽灵辩护”^②或者“海盗辩护”^③,正当防卫、紧急避险等阻却违法性事由辩护,以及精神病辩护等辩护类型。(2)有罪推定情形下的抗辩事实。作为无罪推定之例外的“有罪推定”,如英国法律“有时要求被告证明一些事情。比如,被告有义务证明,他在公共场合携带利器,是合法或合理的。同样,如果某案涉及开车时血液中酒精浓度超标,证明当时血液中酒精浓度不可能超标的责任,在被告身上”。^④以我国刑法中的巨额财产来源不明罪为例,在其“有罪推定”之规定下,控方之起诉并不要求具有犯罪意图的证据,尽管被告方提出其无犯罪意图的证据可能排除被告人的刑事责任。^⑤从证明责任的角度看,这是对被告人在实施特定行为时,要求其本人承担并无犯罪故意或者并无犯罪意图的证明责任,在被告人不能就此完成举证时,则根据推定规范确定其应当承担的刑事责任。与之类似的还有德国刑法规定的恶意中伤罪、日本刑法规定的诽谤罪、同时伤害犯罪、与爆炸物有关的犯罪。这些犯罪均要求被告人在控方履行举证责任的前提下,对特定事实承担“说明”及“证明”的义务,即本质上的“有罪推定”。^⑥此时被告人对特定事实进行“说明”或“证明”之证明对象,就是辩护事实。(3)证据责任转移下的被告人抗辩事实,以推翻法官可能作出的不利裁判。就被告方并不承担证据责任之一般刑事案件,在控方已经履行证明责任(包括证据责任与说服责任)的情形下,发生证据责任转移(但不发生说服责任的转移)而应当由被告方提供证据予以证明。此类“应当由被告方提供证据予以证明”的待证事实,无论是属于肯定性的事实判断还是属于否定性的事实判断,都是辩护事实。

此外,影响量刑轻重的各种情节,即作为影响量刑的从重或者从轻、减轻、免除刑罚理由的法定情节或者酌定情节,在本质上属于实体法事实。2013年1月1日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第225条规定,在法庭审理过程中,对与量刑有关的事实、证据,应当进行调查。人民法院除应当审查被告人是否具有法定量刑情节外,还应当根据案件情况审查以下影响量刑的情节:(1)案件起因;(2)被害人有无过错及过错程度,是否对矛盾激化负有责任及责任大小;(3)被告人的近亲属是否协助抓获被告人;(4)被告人平时的表现,有无悔罪态度;(5)退赃、退赔及赔偿情况;(6)被告人是否取得被害人或者其近亲属谅解;(7)影响量刑的其他情节。无疑,在上述条款中对被告人有利的量刑事实,也就是从轻、减轻、免除刑罚的法定情节或者酌定情节,如被害人过错、被告人认罪悔罪、被告人赔偿及取得被害人刑事谅解的情形等,也应当属于辩护事实。当然,这种量刑辩护事实与积极辩护中的“责任阻却事由”有交叉之处。例如,被告方主张未完全丧失辨认或者控制能力的精神病事实,既可以说是一种有利于被告人的量刑情节,也可以说是一种“责任阻却事由”,毕竟“责任阻却事由”在完全豁免被告人刑事责任的事由之外,也存在降低被告人刑事责任的特殊事由。但是,在“责任阻却事由”之外,还存在很多有利于被告人的量刑情节,需要被告人或者检察机关承担“提供证据的责任”或者举证责任、需要审判机关行使职权澄清

① 参见[日]山室惠编著:《刑事诘问技术》,日本刑事法学会译,台湾元照出版有限公司2010年版,第179~180页。

② “幽灵辩护”,美国法学界及实务界也称之为第三人犯罪抗辩、不在场抗辩,关于其证明负担的分配也众说纷纭。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》,台湾元照出版有限公司2011年版,第132页。

③ “海盗抗辩”源于20世纪70年代我国台湾地区“士林地检署”起诉的一起海上走私案件。被告人主张其行为并非走私行为,而是在海上遭遇了海盗的强迫交易。审判机关认定控方无法证明被告人的抗辩理由不存在,因而判决被告人无罪。参见吴巡龙:《刑事举证责任与幽灵抗辩》,《月旦法学杂志》2006年第6期。

④ [英]理查德·梅:《刑事证据》,王丽、李贵方等译,法律出版社2007年版,第65页。

⑤ 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2004年版,第214页。

⑥ 参见张斌:《论被告人承担客观证明责任》,《中国刑事法杂志》2007年第5期。

责任。概括而言,作为辩护事实的量刑情节,包括以下几个方面:(1)有关犯罪主体的法定有利情节,如被告人是未成年人、尚未完全丧失辨认或者控制能力的精神病人、又聋又哑的人或者盲人的。(2)有关犯罪主观方面或者客观方面的法定有利情节,如预备犯、未遂犯、中止犯、从犯或者胁从犯;还有犯罪后的自首情节、立功或者重大立功情节、坦白情节、防卫过当情节、避险过当情节、被教唆的人没有犯罪的情节、行贿人被追诉前主动交代行贿的情节。(3)酌定的有利情节,如轻微的犯罪动机、犯罪手段、被害人有过错、损害后果轻微或者赔偿损失到位、犯罪时的环境条件、被告人的一贯表现、认罪悔罪的主观态度,等等。

从更宏观的案件事实的角度看,诸如管辖、强制措施、回避、诉讼时效、违反法定程序的事实或者事由等程序法事实,都应当作为刑事诉讼的证明对象。^① 这就是辩护事实中的程序法事实。《意大利刑事诉讼法典》第187条规定:“证明的对象:(1)与控告、可罚性、刑罚或保安处分的适用有关的事实均为证明的对象;(2)与使用诉讼规范有关的事实也是证明对象;(3)如果设立了民事当事人,与因犯罪而产生的民事责任有关的事实也是证明对象。”这里需要讨论的是,被告方就非法证据排除、管辖异议等提出的前提事实,其目的在于通过有利于被告方而不利控方的程序事实之确定,摧毁或者削弱控方的实体事实主张或者程序事实主张,从而达到被告方的辩护目的。因此,可以肯定上述前提事实是辩护事实,此种辩护即为程序性辩护。广义的程序性辩护涵盖所有程序层面的被告方请求及其诉诸司法裁判的辩护活动,包括申请司法人员回避、提出管辖异议、请求解除或者变更强制措施、申请证人出庭、请求就技术性问题重新鉴定、请求终止审理或者延期审理、^②申请二审进行开庭审理、申请召开庭前会议等。狭义的程序性辩护是一种“反守为攻的辩护”,是被告方申请司法机关宣告控诉机关或审判机关实施的程序性违法行为无效的辩护活动。凭借这一带有进攻性质的辩护活动,被告方得以挑战侦查、公诉及审判行为的合法性,最终排除这些诉讼行为和诉讼结果的法律效力。狭义的程序性辩护可以分为两类:一类是申请排除非法证据的程序性辩护,另一类是申请二审法院撤销原判、发回重审的程序性辩护。^③ 程序性辩护在于通过有利于被告人的程序事实的建构,驳斥控诉主张。程序性辩护的前提事实,如非法证据排除异议程序中被告方主张的刑讯逼供事实、原一审法院阻止被告人上诉的事实,在功能上区别于控诉事实,在本质上又不属于犯罪构成的否认或者刑事责任的减免请求,但其目的在于挑战控诉与原审,是摧毁控诉与原审裁判的案件事实之组成部分,当然属于辩护事实。其实,由于受司法实践的限制,还有一种更广义的程序性辩护被人们所忽视,那就是2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第16条规定的终止刑事诉讼程序的情形。2012年《刑事诉讼法》第16条规定,有下列情形之一的,不追究刑事责任,已经追究的,应当撤销案件,或者不起诉,或者终止审理,或者宣告无罪:(1)情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的;(2)犯罪已过追诉时效期限的;(3)经特赦令免除刑罚的;(4)依照刑法告诉才处理的犯罪,没有告诉或者撤回告诉的;(5)犯罪嫌疑人、被告人死亡的;(6)其他法律规定免予追究刑事责任的。其中,除了上述第(1)项情形之外,被告方引用该法第16条的规定,尤其是明确引述该条有关“犯罪已过追诉时效期限的、经特赦令免除刑罚的、依照刑法告诉才处理的犯罪而没有告诉或者撤回告诉的、犯罪嫌疑人或者被告人死亡的”4类程序法事实,则会引起刑事诉讼程序完全终结的事实,从根本上解除被告人的刑事责任,甚至由于刑事诉讼程序的终结以及无罪推定的共同作用,彻底解除对犯罪嫌疑人、被告人的犯罪指控,从而令犯罪嫌疑人、被告人恢复到彻底无罪之法律状态。此类程序法事实,可谓完全之辩护事实。

五、辩护事实的证明

一般而言,包括无罪证明在内的被告方主张事实之证明,成为“被告方的证明”,也就是辩护事实的证明。但是,由于无罪推定是现代刑事诉讼的根本原则,因此辩护事实的证明不一定是被告方承担证明责任的证明。在职权主义的诉讼模式中,即使被告人未能进行强有力的辩护,法院也必须依其职责主动调查有

① 参见卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第138页。

② 例如,在新的法律尚未实施之际,如果新法的适用更有利于被告人,那么被告人可以借助延期审理来获得新法规定的利益。

③ 参见陈瑞华:《程序性辩护的理论反思》,《法学家》2017年第1期。

利于被告人之证据。^①因为在典型的职权主义模式中,法院有最终真实发现者之职责。至于当事人之举证活动,只不过出于协助法院发现最终真实之目的而为。因此最终真实发现不当,致刑事司法正义无从实现之责任,自然在法院。^②《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226条规定,在审判期间,合议庭发现被告人可能有自首、坦白、立功等法定量刑情节,而人民检察院移送的案卷中没有相关证据材料的,应当通知人民检察院移送。在审判期间,被告人提出新的立功线索的,人民法院可以建议人民检察院补充侦查。这实际上也体现了法官依职权调查的职责及检察官保证检察客观的职责对于刑事诉讼证明责任制度的积极影响。即使在采用混合模式的日本刑事诉讼中,在进行积极主张、举证存在违法阻却事由和责任阻却事由时,被告方有权像检察官那样进行开头陈述,但这不是义务,即使被告方开头陈述的内容也必须是打算用证据进行证明的事实。^③

在当事人主义诉讼模式下,双方当事人对其主张的案件事实,各自承担证据的收集调查责任,各自传唤对自己有利的证人。审判者扮演被动听审的角色,在开庭审判之前对于案件事实毫不知情,在当事人双方相互提供证据的过程中,案件事实的真相才逐渐被披露、展开、发现及证实。审判的目的仅在于解决当事人双方之间的“诉讼争点”。^④

当然,由于坚持无罪推定原则,因此被告人通常对于案件事实并没有证明责任,即使其愿意通过举证行为证明自己主张的事实,也不能解释为被告方对于案件事实的证明责任。例外的情形是,对于被告方主张的某些特定事实,如被告方主张的有关非法证据排除的前提性事实、程序性事实、证明责任倒置的事实、积极辩护的事实以及量刑事实,由于证明责任转移、倒置和推定的原因或者要求,因此由作为事实主张者的被告方承担证明责任并不违背无罪推定原则或者禁止强迫自证其罪规则。^⑤以我国香港特别行政区的刑事诉讼为例,被告方仅因下列法定情形而承担证明责任:(1)被告方为减免刑事责任而主张患精神病、不适于受审、病理性醉酒等;(2)被告方主张其行为有合法授权、有正当理由或持有执照等;(3)被告方拟推翻成文法对某些事实的推定,或者拟引用条文中的但书、例外或豁免;(4)被告人主张其行为曾取得同意、出于意外、由于受胁迫、基于义愤或目的在于自卫等。^⑥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,其对争议事实的陈述或辩解非常重要。在英国,当刑事审判中的被告人必须履行证据责任时,法院和立法机关都倾向于要求被告承担法定的证明责任,包括:(1)精神病,(2)法律规定的例外,(3)法律暗示的例外。除非满足一些附加条件或者因法律作出了例外暗示,否则禁止实施某些行为。^⑦

关于被告方就辩护事实承担的证明责任如何界定,我国法律并无明确的规定。在美国的刑事诉讼中,如果辩方就其积极抗辩而承担说服责任,那么其说服责任与控方就有罪事实主张而承担的说服责任完全一致。也就是说,在不考虑控方事后反证的情况下,该抗辩是否已经达到法定的证明标准,辩方必须提出证据证明该抗辩从表面看成立,否则“有效争点”就不会被认为成立,法官也不会指示陪审团将该积极抗辩之存在与否作为一个问题纳入评议之中。反之,如果被告人的抗辩通过了中间审查,那么该积极抗辩是否成立的问题将由陪审团结合积极抗辩的证明标准予以判断。^⑧由此看来,否认或者抗辩的选择,涉及证明责任的问题。英美法系国家的证据法学理论将证明责任区分为“提供证据责任”与“说服责任”。其中,“提供证据责任”是指其责任承担者对某一特殊争议事实提出证据以令法官满意的责任;“说服责任”是指其责任承担者借助证据说服法庭等事实裁判者最终相信其主张案件事实之真实性的责任。对有关争点提供证据的责任,首先由主张该事实存在的当事人承担,一旦该方当事人不能对有关争点提出证据,则应承担不

① 参见王兆鹏:《辩护权与诘问权》,台湾元照出版有限公司2008年版,第100页。

② 参见张明伟:《改良式的证据法则与刑事诉讼》,台湾五南图书出版有限公司2010年版,第28~29页。

③ 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(上册),丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第300页。

④ 参见张明伟:《改良式的证据法则与刑事诉讼》,台湾五南图书出版有限公司2010年版,第34~35页。

⑤ 参见房保国:《论辩护方的证明责任》,《政法论坛》2012年第6期。

⑥ 参见甄贞:《香港刑事诉讼法》,河南人民出版社1997年版,第150~151页。

⑦ 参见[英]理查德·梅:《刑事证据》,王丽、李贵方等译,法律出版社2007年版,第64~66页。

⑧ 参见李昌盛:《“剩余疑点”下的审判模式》,《法律科学》(西北政法大学学报)2017年第2期。

利的诉讼裁决的责任。当然,当主张争议事实存在的当事人履行了初步责任时,该提出证据的责任就转移至对方当事人。^① 由于英美法系国家存在对检察官保证公正义务的法律期待,因此即便被告方就辩护事实承担了证明责任,其证明责任的履行也可以因检察机关的协助或者证据开示义务而得以缓解。在“布雷迪案件”^②中,美国联邦最高法院的道格拉斯法官认为:“在辩方提出要求的情况下,如果证据对定罪或者量刑具有实质的作用,那么,控方隐匿这一对被告人有利的证据,就是违反正当程序的,不论控方是出于善意还是恶意”。“布雷迪案”还对开释性证据的范围做了狭义的解释,即开释性证据是指可能证明无罪或者降低刑罚的证据。后续的“基格里奥案”^③扩大了“布雷迪案”确定的开释性证据范围,使得开释性证据还包括那些可能弹劾控方证人可信性的证据,如收买证人或者允诺轻刑的证据。

辩护事实的证明并非对控罪事实的证明,而是有利于被告人的事实证明,因此从有利被告这一原则出发,辩护事实的证明必须是自由证明而非严格证明。这既涉及辩护事实的证明程序问题,也涉及辩护事实的证明标准问题。在证据法学理论上,根据对证明程度与证明方法要求的不同,将证明区分为严格证明与自由证明,并分别将严格证明适用于案件主要事实的证明,将自由证明适用于案件非主要事实的证明及程序事实的证明。^④ 可见,严格证明实际上是对证明程序予以严格约束的一种法律要求。我国台湾地区学者认为,证据裁判主义之严格证明法则,旨在说明关于犯罪事实之认定必须出于严格证明。刑事诉讼法据以规定严格证明法则,必须具证据能力之证据,经合法调查,使法院形成该等证据足以证明被告犯罪之确信心证,始能判决被告人有罪。所谓合法调查,系指事实审法院依刑事诉讼相关法律所规定之审理原则(如直接审理、言词辩论、公开审判等原则)及法律规定的各种证据之调查方式,践行调查之程序。^⑤ 德国有学者在此种意义上指出,对严格证明有以下两种限制:(1)为有关法定证据之限制,即被告人、证人、鉴定人、勘验及文书证件。(2)严格证明之证据只得依法定规则使用之。^⑥ 可见严格证明的立法旨趣在于通过严格的证明程序,尤其是通过严格的证据能力规则,如非法证据排除规则、传闻规则、品格证据规则、最佳证据规则、意见证据规则等,以严格限制控诉机关及审判机关之公权力而非限制被告方调取证据的权利,并以此为手段保障被告人的基本人权,即以证据规则实现存疑利益归于被告这一基本程序规则。因此,从证明方面讲,严格证明只能适用于控诉事实,自由证明才是辩护事实证明的应然选择。我国台湾地区学者林钰雄在比较严格证明的基础上,指出自由证明既无法定证据方法之限制,亦无法定证据调查程序之限制,在心证程度上更无须达到排除合理怀疑之程度,仅须达到大致相信之过半心证。^⑦ 具体而言,由自由证明的性质所决定,辩护事实的证明在形式上不受非法证据排除规则、传闻规则与最佳证据规则的限制;在证据的内容上,辩护事实的证明不受品格证据规则及意见证据规则的限制。考虑到被告方主张的有利量刑情节往往与认罪悔罪、没有人身危险性等主观因素相联系,因此,被告方主张的品格证据与意见证据对于维护辩护事实的有效证明意义重大。

如上所述,自由证明的一个重要特征就是证明标准“仅须达到大致相信之过半心证”,也就是优势证明标准。英国刑事诉讼法对于辩护事实的证明标准有着较为明确的规定。由于实行无罪推定,因此就被指控的犯罪事实是否存在,被告人通常并不承担证明负担,仅在例外情形下,如在法定之“免责”或“限制条款”规定的情形下,对于某些争执事项,被告人依法仍应承担证明负担。对于“被告人依法仍负证明负担”的争执事项之证明标准,英国法采与民事诉讼相同的盖然性证明标准,也即“几率比较”之证明标准。^⑧ 虽然美国有少数州(特拉华州、佐治亚州和北卡罗来纳州)的法律规定,被告人必须把特定辩护证明到令陪审

① 参见[美]约翰·W·斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第649页。

② 参见[美]卡洛尔·S·斯泰克:《刑事程序故事》,吴宏耀等译,中国人民大学出版社2012年版,第118~123页。

③ 参见[美]卡洛尔·S·斯泰克:《刑事程序故事》,吴宏耀等译,中国人民大学出版社2012年版,第123页。

④ 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18页。

⑤ 参见石木钦:《改良式当事人进行主义之证据法则》,台湾元照出版有限公司2008年版,第213页。

⑥ 参见[德]克劳斯·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第208页。

⑦ 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),台湾元照出版有限公司2015年版,第478页。

⑧ 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》,台湾元照出版有限公司2011年版,第74页。

团满意的程度,^①但是在美国大多数州的法院系统以及美国联邦法院系统中,对积极抗辩负有证明责任的被告人对于积极抗辩之事实证明,仅须达到“证据优势”之证明标准。以正当防卫抗辩为例,美国联邦最高法院至今仍坚持,作为可定为阻却违法事由典型的积极抗辩,虽然正当防卫的案件事实由被告人负有提出及说服之证明责任,但是却规定其证明程度以达“证据优势”之标准为已足,且裁定这种规定完全符合宪法。^②除积极抗辩外,在“另外一个重要的但不令人反感的被告人承担证明责任的情境发生在审前或证据听证中,如果被告人准备提出某个证据e,而检察官表示反对,那么被告人就有责任以优势证据证明那个e符合证据规则”。^③从其他英美法系国家的刑事诉讼看,对罪轻事实之证明标准一般低于对控罪事实之证明标准,一般适用优势证据之证明标准,有利于被告人的量刑事实之证明标准亦然。《加拿大刑事法典》第724条第3款规定:除e项规定以外,在法庭根据该项事实对被告人量刑前,该争议事项的存在必须被证明到优势证据标准。而澳大利亚的判例亦表明,针对被告人的有利量刑事实仅须证明至优势证据程度即可。^④即使是在大陆法系国家,辩护事实的证明也并非一体适用“内心确信”之证明标准。在德国的证据法学理论中,存在释明与证明两种认定事实的方式,其中,证明又可以进一步区分为自由证明与严格证明。关于管辖权异议、回避争议以及证据使用禁止之争议事实,皆可采释明或自由证明之证明方式,而关于该争议事实之证明标准,一般无须达到法官内心确信之证明程度,仅须令法官认为“很有可能”或“大致相信”即可。^⑤不过,精神病抗辩相对于其他积极辩护,其证明标准可能更高。在规定被告人就精神失常辩护负有证明责任的美国各州中,有3/4以上州的立法规定其抗辩事实的证明标准为“优势证据”标准,但美国《1984年精神失常辩护改革法》规定,其证明标准须符合“清楚和有说服力”之标准。^⑥

我国刑事诉讼并未明确规定辩护事实的证明标准。但是,我国台湾地区有学者认为,在检察官举证证明被告人有罪的心证已达不容合理怀疑程度时,虽然被告人负有推翻检察官对其不利证据之形式举证责任,但此时被告人之形式举证责任仅需达到“无罪的合理怀疑”或该有利事实具有存在的可能性即可,无须举证证明至确实无罪的程度。因为一旦被告人已证明该有利于被告人之事实具有存在的可能性,那么应再由检察官将有罪事实证明至不容合理怀疑之程度,或提出新的补强证据,以证明该有利于被告人之事实确实不存在,或由法院依职权查明该有利于被告人之事实是否存在,否则,法院应以检察官之举证证明未达到不容合理怀疑之确信,而直接作出有利于被告人之事实认定;不得仅仅以被告人所提出之反证尚未达到确实证明该有利事实存在之标准,遂为不利于被告人之判决。^⑦这种从控诉事实方面“排除合理怀疑”的证明标准反推出辩护事实之“合理怀疑”,既反映了无罪推定及有利被告原则作用下的逻辑选择,也反映了在控诉事实与辩护事实的竞争性证明中,向程序地位与取证能力皆为弱势的被告人一方进行利益倾斜的价值选择。申言之,在“排除合理怀疑”之有罪认定标准下,延伸推理出的辩护事实之证明标准在于“合理怀疑”而非“优势证明”。这一方面反映了对概率论这种“数学审判”的反思,另一方面也反映了证据裁判主义以及“存疑利益归于被告”的理性要求。日本学者中川孝博指出:“合理的怀疑不单单是指可能的怀疑,而是现实的充分的怀疑,是合理的人类深刻接受的怀疑。要求的不是绝对的或者是数学的确实性,而是道德确实性。”^⑧

六、结语

有效辩护原则要求案件事实的发现或者证明应该反映出被告人的参与,令案件事实发现过程蜕变为

① 参见[美]拉里·劳丹:《错案的哲学:刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社2015年版,第122页。

② 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》,台湾元照出版有限公司2011年版,第81页。

③ [美]拉里·劳丹:《错案的哲学:刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社2015年版,第120页。

④ 参见张吉喜:《论量刑事事实的证明标准》,《证据科学》2013年第5期。

⑤ 参见陈瑞华:《刑事诉讼中的证明标准》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2013年第3期。

⑥ 参见孙长永:《论刑事诉讼中的证明责任》,《中外法学》2004年第3期。

⑦ 参见朱朝亮:《法庭远距视讯与对质诘问》,《检察新论》2015年第18期。

⑧ 转引自龙宗智:《中国法语境中的“排除合理怀疑”》,《中外法学》2012年第6期。

合理包容被告方有效参与的过程,从而将事实判断与价值判断有效地结合起来。哈贝马斯提出的话语原则要求所有参与者都采取趋向于共识的交往态度,根据所有人的平等利益协调相互行为,并最终达成主体间的真理性共识,即交往共识。哈贝马斯将事实描述为有效性主张,既涉及事实判断,也涉及价值判断,因此,从程序公正与案件事实的共识出发,有必要重新解构刑事诉讼中的事实,并将辩护事实解释为案件事实的一种新分类。

一般而言,包括无罪证明在内的辩护事实的证明,将成为“辩护方的证明”,但是被告方对此并不一定负有证明责任,即便被告方在特定情形下对此负有证明责任,其证明责任的履行也可以借助检察官所负的保证检察客观义务尤其是借助法官所负的依职权澄清义务而得以完成。对于被告人及其律师而言,虽然法律上并未明确规定其证明辩护事实主张或者进行辩护性证明之义务,但是法庭程序的争辩事实令其无法回避事实的论述。被告人及其律师辩护所依据之事实,涉及事实认识的主体性问题。哈贝马斯的有效性主张理论,使得辩护事实的建构不仅可能,而且必要。事实上,从法庭的事实认定看,也存在控诉方主张的事实与被告方主张的事实,并以此推进法庭事实认定机制的形成以及案件事实的最后确认。法院的审判就是在听取“各方的案件”基础上选择出合理的案件事实作为审判的事实依据。

辩护事实的范围既包括大陆法系国家所说的“违法阻却事由和责任阻却事由”或者英美法系国家所说的“积极抗辩”事由、有罪推定情形下的抗辩事实以及证据责任转移下的被告人抗辩事实这些实体法事实,也包括有利于被告人的量刑事实,以及程序性辩护之前提事实。作为案件事实的一种新分类,辩护事实的建构意味着对相关证据能力规则、证明责任及证明标准的改变,对辩护事实的证明应当是一种自由证明而非严格证明。由于建构非法证据排除法则的主要目的在于保障被追诉人的人权、维护司法公正,以及限制公权力,因此非法证据排除法则显然不能严格适用被告人主张的案件事实——辩护事实——的证明;而传闻法则植根于当事人进行主义之构造,其主要功能在于保障当事人之反询问权;^①品格证据与意见证据对于有利于被告人主观方面的量刑事实之证明至关重要,更不应受到相关证据规则的严格限制。就证明责任而言,辩护事实并非由被告人独自承担证明责任,而是基于检察官所负的保证检察客观义务以及法官所负的依职权澄清义务,分别由包括检察官与法官在内的各方承担或者共同承担;甚至被告人对于自己提出的辩护事实主张,并不承担说服责任,而仅仅在一定范围内承担提出证据的责任。从“排除合理怀疑”之有罪认定标准下反推出辩护事实之证明标准在于“合理怀疑”而非“优势证明”,既是一种逻辑理性,也是一种价值理性。无疑,作为案件事实的一种新分类,辩护事实的基础理论无论是对刑事辩护制度还是对刑事证明理论,都具有一定的开拓意义。

责任编辑 田国宝

^① 参见石木钦:《改良式当事人进行主义之证据法则》,台湾元照出版有限公司2008年版,第50页。