

违法性认识错误的证明困境及其出路

吴 桐*

摘 要:随着法律规范的精细化和法定犯时代的到来,以知法推定为基础的“不知法不免责”理念逐渐松动,违法性认识错误成为司法实践中常见的辩护事由。虽然违法性认识证明的困难性已难以成为支撑“违法性认识不要说”的理论根据,但是与仅属于主观事实的违法性认识不同,违法性认识错误兼具主观事实和否定事实的双重特性,辩方如何有效证明其存在仍是司法实践中的难题之一。在诉讼证明中,应当明确控方证明违法性认识的推论步骤,严格限制推定的适用范围;对属于辩方证明的违法性认识错误应从证明方式、证明责任、证明标准3个方面区分定罪证明与量刑证明,充分发挥间接证明的灵活性,以保障违法性认识错误作为辩护事由的实效性。

关键词:违法性认识 违法性认识错误 主观事实 否定事实 证明责任

一、问题的提出

近年来,在我国刑事司法实践中不断出现与违法性认识错误相关的争议案件,“不知法不免责”传统观念下的有罪判决倾向与普通民众的正义直觉频频发生冲突,“不知法律”逐渐成为影响社会舆论的关键词之一。与此同时,随着我国刑法学理论研究的日臻成熟,学界围绕违法性认识错误的学术探讨也日益深入,并至少形成以下两种分析路径:第一种是在刑事政策语境下反思“知法推定”背后蕴含的国家威权主义思想,主张通过设定违法性认识错误的可避免性判断标准来调和“不知法不为罪”的理想图景与刑法繁重规制任务之间存在的冲突;^①第二种是在犯罪构成理论中探讨违法性认识错误的体系归属问题,并以此为基础对行政犯前置法认识错误、法规规范性要素认识错误等问题进行深入研究。^②前者将违法性认识错误视为一个社会问题,学者试图

* 北京大学法学院博士研究生
基金项目:国家社会科学基金一般项目(21BFX187)

① 参见劳东燕:《责任主义与违法性认识问题》,《中国法学》2008年第3期;车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015年第4期;等等。

② 参见邵维国:《行政犯前置法认识错误问题研究》,《法商研究》2020年第1期;柏浪涛:《违法性认识的属性之争:前提、逻辑与法律依据》,《法律科学》(西北政法大学学报)2020年第6期;等等。

从刑事政策的维度在公益与私权之间合理分配不知法的风险;后者关于违法性认识错误在犯罪论中的地位之争,既关系到犯罪论体系的构造,又影响着具体案件的司法认知。^①

虽然目前刑法学界关于违法性认识错误的研究成果可谓丰硕,但是从违法性认识错误理论的发展历程与实践运用看,其与诉讼证明的关系仍亟待澄清。第一,在刑事政策层面,违法性认识错误证明的困难性曾长期被视为“知法推定”的理论支柱,妥善解决违法性认识错误的证明问题对于推动“不知法不免责”刑事政策的转变具有积极的意义。第二,虽然在刑法学理论中违法性认识与违法性认识错误属于一体两面,“甚至在大陆法系刑法著作中,违法性认识往往不从正面讨论,而是在违法性认识错误中讨论”,^②但是在诉讼证明中,违法性认识证明的困难性存在两种表现形式,即控方难以举出直接证据证明被告人存在违法性认识,辩方也难以证明被告人存在违法性认识错误。当前刑法学研究的视角仅停留在控方如何证明违法性认识这一层面,对于辩方如何证明违法性认识错误的重视程度明显不够。^③违法性认识错误证明的困难性会造成即使司法机关摆脱了“知法推定”的国家威权主义思想,辩方也难以提升违法性认识错误辩护的效果。

鉴此,笔者拟从诉讼证明的立场出发,以违法性认识错误兼具主观事实和否定事实的双重属性为基础,探讨违法性认识错误的内容争议和简单化、无序化司法证明方式所带来的证明困境及其出路,以期能提升其作为辩护事由的应然效果,实现个体正义的刑事政策目标。

二、违法性认识错误证明的内容争议

从刑事一体化的视角看,刑法学理论的可行性必须经受诉讼证明的实践检验。即使刑法规范已经清晰地勾勒出某一犯罪行为要件事实,诉讼证明的困难性也可能会导致原本出入罪的目标难以实现。因此,如何理解违法性认识、违法性认识错误的含义以及诉讼证明的特殊性是本文研究的起点。在刑事司法证明中,违法性认识和违法性认识错误的证明主体和待证对象并不相同。“被告人存在属于否定事实的违法性认识错误”是专属于辩方证明的待证对象,“被告人存在属于肯定事实的违法性认识”则是专属于控方证明的待证对象。对于辩方而言,如何证明违法性认识错误要解决的问题在于违法性认识错误作为主观事实和否定事实应如何具体化。尤其是在刑事诉讼中,控辩双方围绕犯罪构成或量刑事实的诉讼证明具有对抗性,无论控方是否以刑事推定为手段转移违法性认识的证明责任,辩方若想通过违法性认识错误出罪或减轻刑罚均需提供相应的证据以使裁判者将其纳入案件争点或使已形成的初步确信发生动摇,即承担争点形成责任或动摇责任。^④然而,与控方需要证明的违法性认识相比,违法性认识错误兼具主观事实和否定事实的双重属性,其证明的难度更大。

(一)违法性认识错误作为主观事实的复杂性

^① 参见刘之雄:《违法性认识的刑法学理论异化与常识回归——基于解读犯罪故意实质内涵的分析》,《法商研究》2019年第4期。

^② 陈兴良:《违法性认识研究》,《中国法学》2005年第4期。

^③ 目前关于违法性认识错误证明问题的相关研究主要集中于控方如何运用推定来简化证明步骤或转移证明责任。参见赵天琦:《“刑事一体化”视野下违法性认识的司法接纳》,《四川师范大学学报》(社会科学版)2020年第6期;李国权:《违法性认识的实证分析与阶层判断》,《新疆社会科学》2021年第1期;等等。

^④ 参见周洪波:《证明责任分类的体系重构》,《法制与社会发展》2020年第3期。

违法性认识错误的首要特性在于其主观性。犯罪主观要件之所以具有证明的困难性主要是因为犯罪主观要件的内在性。从刑事证明的角度看,犯罪的客观要素既可以通过主观性证据加以证明,如犯罪嫌疑人的供述、证人证言,也可以通过客观性证据加以证明,如以物证证明犯罪手段、以视听资料证明犯罪行为等。更为重要的是,犯罪的客观要素可以通过客观性证据来进行证实或证伪,即具有外在性和可检验性。然而,故意、过失、目的以及违法性认识错误等主观要素主要表现为行为人的主观思维活动,与外在的行为活动并非一一对应的关系。虽然可以通过主观性证据直接予以证明,但是由于直接证据具有稀缺性和不稳定性以及缺乏与之对应的客观性证据来进行检验,因此就导致具有内在性的主观事实通常会面临如何进行证明的难题。不仅如此,司法实务界和刑法学界如何界定违法性认识错误中“违法性”的含义直接影响其作为待证对象需要证明的内容。违法性认识错误作为主观事实的复杂性直接导致诉讼证明的困难性。

1. 司法实务界对违法性认识错误内容的界定

“众所周知,法秩序统一性原理要求在处理某一件事情时,所有的规范秩序不能互相矛盾。”^①法秩序统一性的关键在于,当法域发生冲突时应通过何种方式实现法域协调的最终目的。在违法性认识错误问题上,法域冲突主要表现为当被告人存在行政不法认识时,是否可以排除其存在违法性认识错误的可能性。笔者拟从社会舆论高度关注的“赵春华非法持有枪支案”^②“王力军非法经营案”^③以及“深圳鹦鹉案”^④3个案例分析司法实务界和刑法学界对违法性认识错误内容的界定。

在“深圳鹦鹉案”中,辩方认为由于我国有饲养鹦鹉的传统以及被告人王鹏饲养的鹦鹉品种具有较强的普遍性,因此,王鹏并未认识到出售鹦鹉的行为破坏了野生动物资源,触犯了刑法。广东省深圳市人民检察院出庭支持公诉的检察官则认为,王鹏对于驯养鹦鹉的种类有很强的选择性,其贩卖的鹦鹉多属于国家禁止买卖的保护动物,并且王鹏还是QQ群主,曾在QQ群中交流如何规避监管的心得。广东省深圳市中级人民法院最终认定被告人王鹏不具有违法性认识错误。^⑤可以看出,该案法官对于违法性认识错误的判断重点主要是针对被告人对行政规范是否存在认识错误。在“赵春华非法持有枪支案”中,赵春华存在违法性认识错误是二审辩护的重点之一。辩护律师指出:“赵春华认为自己摆摊用的是玩具枪,而非法持有枪支罪要求的枪支是真枪。赵春华属于对行为对象认识错误且其认识错误是必然的,因此可以阻却犯罪故意,进而阻却刑事责任的成立。”^⑥法官则完全否定了上述辩护意见。人民法院的二审判决认定:“涉案枪支外形与制式枪支高度相似,以压缩气体为动力、能正常发射、具有一定的杀伤力和危险性,且不能通过正常途径购买获得,上诉人赵春华对此明知,其在此情况下擅自持有,即具备犯罪故意。至于

① 周光权:《法秩序统一性原理的实践展开》,《法治社会》2021年第4期。

② 参见天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决书,天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

③ 参见内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。

④ 参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03刑终1098号刑事判决书。

⑤ 参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03刑终1098号刑事判决书。

⑥ 《天津大妈赵春华非法持枪案二审辩护词》, [http://www.ahxb.cn/c/3/2017-01-26/3770.html? from=groupmessage&isappin角度=0](http://www.ahxb.cn/c/3/2017-01-26/3770.html?from=groupmessage&isappin角度=0), 2022-03-24。

枪形物致伤力的具体程度,不影响主观故意的成立。”^①从二审辩护意见的逻辑思路看,赵春华既没有可能认识到其持有的是“枪支”,也无法意识到其行为“违反枪支管理规定”。这两者结合起来实际上是将赵春华存在刑事违法性认识错误作为无罪辩护的根据。但审理该案的法官显然是将赵春华违反枪支管理规定作为证明其明知的依据。同样,在“王力军非法经营案”中,有学者认为:“基于特定的区域和时代背景,王力军没有机会认识到行为是否合法,也没有必要努力去认识行为是否合法。他们对自己行为的违法性认识错误不可避免,不具有违法性意识,不具有可谴责性”。^②但无论是再审辩护意见还是最终改判无罪的再审判决书均未涉及“王力军是否存在违法性认识错误”的问题。^③

从上述3个争议案件的裁判过程看,在刑事政策的影响下,法官对违法性认识错误的内容采取的是“前置法规范认识”或者“社会危害性认识”的宽泛界定方式。辩方关于刑事违法性认识错误的抗辩,未能动摇法官对违法性认识错误的判断立场。

2. 法秩序统一性要求下的理论争议及其对辩方证明的影响

在法秩序统一性的要求下,刑法学界提出了以“前置法规范说”“规范保护目的说”以及“刑法禁止性说”为代表的学说。若以上述学说作为学界针对违法性认识错误内容的认识立场,那么三者之间存在的理论争议对刑事司法证明也具有重要的影响。

持“前置法规范说”者认为,从践行宪法的法律要求、部门法关系的演进历程以及部门法共治的时代要求看,违法性认识应当是前置法之概略不法认识,行为人对其行为的刑事违法性是否认识以及如何认识只能作为酌定量刑情节予以考虑。^④基于此学说,在“赵春华非法持有枪支案”中,无论赵春华是否认识到没有办理持枪证行为的违法性,只要其意识到自己持有的并非“随处可见的玩具枪支”就具有违法性认识。同理,在“深圳鹦鹉案”和“王力军非法经营案”中,被告人均不存在违法性认识错误。站在“前置法规范说”的立场上看,辩方关于违法性认识错误的待证对象表现为:被告人赵春华是否认识到其持有的枪支与“玩具枪支”存在不同,被告人王鹏是否认识到饲养鹦鹉需要办理手续,被告人王力军是否认识到贩卖玉米需要办理许可证。对于辩方而言,要证明被告人存在上述认识错误实际上是极为困难的。

持“规范保护目的说”者认为:“在整体法秩序中,规范保护目的整体一致,对法律主体的保护与惩戒方向相同时,刑法从属民法、行政法。当民法、行政法等前置法存在的客观社会基础发生变化,不利于实现共同的上位法规范保护目的的场合,排除刑法从属性原则的适用。”^⑤基于此学说,对行政管理规定中的枪支与非法持有枪支罪中的枪支应作相同的解释。若赵春华认识到前者,则具备违法性认识。而“王力军非法经营案”则符合上述例外情形,即当《粮食收购条例》不再符合当今的社会需要时,刑法对于前置法不再具有从属性。王力军虽然意识到其行为的行政不法性,但是不具有刑事违法性认识。根据“规范保护目的说”,违法性认识错误的待证对象并非被告人对于前置法规范是否存在认识错误,而是该前置法规范的社会基础是否存在,即规范效力问

^① 天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

^② 阮齐林:《刑事司法应坚持罪责实质评价》,《中国法学》2017年第4期。

^③ 参见王殿学:《王力军改判无罪案的辩护要点》,《法律与生活》2019年第18期;内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。

^④ 参见田宏杰:《走向现代刑法:违法性认识的规范展开》,《政法论坛》2021年第1期。

^⑤ 于改之:《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》,《中国法学》2021年第2期。

题。这也是该案在再审时,辩方重点进行辩护的对象。就辩方的证明而言,虽然“规范保护目的说”为刑法从属性设定了例外情形,但是仍以“刑法从属民法、行政法”为原则。因此,辩方针对违法性认识错误的待证对象仍以“前置法规范”为主,以“刑法禁止性”为例外。

持“刑法禁止性说”者认为:“考察行为人的违法性认识问题时,应从法规范的适用机制出发,先考察二阶评价,亦即行为人有无认识到行为在法规范上的违法性。此时,违法性认识的对象应是具有惩罚性、责任性的刑法规范。”^①基于此学说,尽管赵春华对于行政法规定存在认识错误,但是由于行政法关于枪支的规定属于事实要素,并不具有法律评价的意义,因此,赵春华的认识错误属于构成要件认识错误而非违法性认识错误。而王力军虽然认识到其收购玉米的行为违反行政法,但是并未意识到其行为触犯非法经营罪,因此,王力军存在违法性认识错误。根据“刑法禁止性说”,辩方的待证对象为被告人关于刑法禁止性的认识错误,不再需要对前置法规范的认识状态、社会基础进行举证证明,违法性认识错误的待证对象非常明确,辩方也较为容易将作为否定事实的违法性认识错误具体化。

总之,从诉讼证明的角度看,对违法性认识错误中“违法性”理解的差异直接影响将违法性认识错误作为主观事实的证明难度。尤其是在刑事诉讼中,辩方对违法性认识错误的证明依赖于控方以及审判者如何界定违法性认识的对象。违法性认识对象的复杂性直接导致辩方对违法性认识错误的证明更为棘手,这就涉及违法性认识错误的否定事实属性。

(二)违法性认识错误作为否定事实的宽泛性

违法性认识错误属于以“不知法律”为表现形式的否定事实。否定事实的宽泛性是违法性认识错误证明困难的重要原因之一。为了解决否定事实的证明难题,中世纪罗马法复兴时期的法学家曾将罗马法的两个定律“谁主张谁举证,而非谁否认谁举证”和“根据事物的本质特征,任何证据是不能被否定的”概括为一个法律格言:主张者有举证义务,否定者无举证义务。^②这种以事实属性为依据来分配证明责任的分类方式被称为消极事实理论。消极事实理论的基础在于,“根据因果关系法则,消极事实本身不能引发法律效果,对消极事实进行举证也毫无意义”。^③虽然“事实分类说”由于存在对“谁主张、谁举证”规则的曲解以及该学说自身存在局限性而逐渐被“规范说”取代,但是其针对否定事实的极端做法恰恰说明否定事实在诉讼证明中的困难性。

首先,违法性认识错误最为典型的表述方式为“不知法”,属于认识论中否定事实的表现形式。在哲学认识领域,否定事实是否存在一直被称为“否定事实之谜”。有学者认为:“虚无和缺失是否定事实存在的本体论根据,证明肯定性事实存在的感觉就是官觉到个体事物在时空区域里的在场,证明否定性事实存在的感觉就是官觉个体事实在时空区内里的虚无或缺失。虚无与缺失是独立且可以被认知的。”^④也有学者认为:“我们只能感知到事物的正面的或肯定的状态,再加上我们的认知预期,经过一些推论步骤,才能得到所谓的否定事实。否定事实是被建构出来的,是一种推论性存在,因而没有独立的本体论地位。”^⑤可以看出,无论否定事实是否可以被感

① 柏浪涛:《违法性认识的属性之争:前提、逻辑与法律依据》,《法律科学》(西北政法大学学报)2020年第6期。

② 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2018年版,第394~395页。

③ 胡东海:《“谁主张谁举证”规则的历史变迁与现代运用》,《法学研究》2017年第3期。

④ 张继成:《缺失、虚无与否定性事实》,《社会科学论坛》2019年第3期。

⑤ 陈波:《如何说明肯定命题的假和否定命题的真?》,《河北学刊》2021年第5期。

知以及是否具有本体论地位,其核心特征都表现为“虚无”和“缺失”,反映在诉讼证明中则表现为待证对象具有宽泛性和不确定性。

其次,具体到诉讼证明的语境下,民事诉讼法学界和行政诉讼法学界均认识到否定事实证明的困难性。例如,在不当得利的证明中,获利方的获利“没有法律根据”是不当得利成立的要件之一。对于属于否定事实的“没有法律根据”的要件,民事诉讼法学界先后提出由债权人承担的“规范说”、由债务人抗辩证明的“否定规范说”以及区分给付型不当得利与非给付型不当得利的“区分说”³种学说。^①之所以会形成这种学说对立的局面,是因为不同的学者对“否定事实能否证明”的问题在认识上存在分歧。在行政诉讼中,否定事实证明的困难性表现在“政府信息不存在”的行政争议之中。政府信息不存在是信息公开答复的一种法定类型和正当理由。作为一种否定事实,在司法实践中,被告对政府信息不存在的证明被缩限为“合理检索未得”来予以推定证明。然而,由于我国各级行政机关普遍欠缺客观、完善的政府信息管理系统,因此这种推定的客观基础一直饱受学界质疑。^②由此可见,在诉讼证明这一特定语境下,否定事实的宽泛性和不确定性增加了诉讼证明的困难性。

最后,虽然在刑事诉讼中也存在与违法性认识错误具有相同形式的辩护事由,但是违法性认识错误仍有其特殊性。在刑事诉讼中,辩护事实大体分为积极辩护之抗辩事实、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类。^③其中,大多数辩护事实均表现为肯定性事实,只有以“不在场抗辩”为代表的“幽灵抗辩”表现为否定性事实,但与违法性认识错误仍存在本质的差异。以被告人是否在犯罪现场这一事实为例,控方举证证明被告人在犯罪现场与辩方提出的被告人不在犯罪现场的抗辩即是一组明显对立的肯定事实与否定事实,虽然不在犯罪现场作为否定事实是辩方独立提出的主张,并不能从控方的证明之中推导出来,但是被告人身何处是一个客观事实。因此,辩方对于被告人不在犯罪现场的抗辩实际上并非证明否定事实,而是证明其身处犯罪现场之外的肯定性事实。然而,违法性认识错误是主观性事实,这就使得其不能被直接转化为肯定事实进行证明,这种事实特性加大了违法性认识错误证明的难度。

综上所述,虽然违法性认识错误作为否定事实是独立存在的,但是相较于肯定事实的明确性而言,否定事实的内容范围是宽泛且不确定的,尤其是相较于哲学意义和民事诉讼、行政诉讼的证明而言,刑事证明活动受到的限制更多。因此,在刑事诉讼中,如何证明否定事实更为棘手。

三、违法性认识错误证明的制度困境

随着知法推定观念的动摇,通过适用严格责任来处理违法性认识证明问题的做法失去了刑事政策上的正当性,但是即使在刑法层面肯定违法性认识错误对犯罪的成立具有重要影响,也无法回避违法性认识错误本身存在证明困难的问题。不仅如此,在当前我国的刑事诉讼中,违法性认识错误的诉讼证明还面临一系列制度困境,这在一定程度上增加了违法性认识错误证明的困

^① 参见郑金玉:《论否定事实的诉讼证明——以不当得利“没有法律根据”的要件事实为例》,《法学》2018年第5期。

^② 参见张亮:《论政府信息推定不存在的限制与修正》,《环球法律评论》2020年第4期。

^③ 参见欧卫安:《辩护事实论要——案件事实的一种新分类》,《法商研究》2019年第5期。

难性。具体而言,我国的刑事诉讼在证明主观事实时采取的情理推断模式放宽了控方通过推论证明违法性认识的标准,辩方无法承担控方通过推定转移的证明责任。

(一)推论运用的无序性间接增加了辩方的证明负担

从诉讼证明的角度看,违法性认识与违法性认识错误的出罪方式并不相同,推论运用的无序性加重了辩方通过违法性认识错误出罪的证明负担。

在坚持“违法性认识必要说”的前提下,由于违法性认识是犯罪构成的必要条件,因此辩方的出罪途径可以分为因控方无法证明违法性认识存在而出罪和辩方主张存在违法性认识错误而出罪两种方式。在司法实践中,上述两种出罪方式呈现出如下两种适用逻辑:第一种是控方自始无法证明违法性认识的存在,此时属于因控方初步证明失败而出罪;第二种是控方初步证明违法性认识存在,辩方抗辩存在违法性认识错误,最终认定辩方抗辩成立,此时属于因辩方抗辩证明成功而出罪。在违法性认识错误的证明问题上,一方面由于违法性认识错误作为否定事实具有不确定性,因此,控方在初步证明中如何确定违法性认识的对象,对违法性认识错误的证明难度有重要的影响;另一方面,控方证明违法性认识存在的难易程度决定了辩方对违法性认识错误的证明负担。推论作为一种间接证明方式成为学者主张解决证明困难的方式之一。有学者认为:“违法性认识属于构成要件要素,其存在与否的证明责任应由控方负担,但由于其属于一种主观心理事实,难以通过直接证据加以证明,故可以由法官根据客观事实,运用经验和逻辑法则来进行推断。”^①然而,这种推论在我国情理推断的证明模式中却呈现出无序化的趋势。

首先,在刑事诉讼中案件事实的证明可以分为客观证明与情理推断两种知识类型。前者是实现客观真实标准的证明方法,后者是实现高度盖然性标准的证明方法。^②以违法性认识、明知为代表的主观事实由于缺乏客观的对应证据直接证明,因此通常采取的是情理推断的方法。“法官通过证据认定案件事实的过程的本质都是溯因推理。根据因果关系可能性法则的溯因,即情理推断,而根据因果关系必然性法则的溯因,即客观推断。”^③因此,在情理推断中,法官认识案件事实的裁量性较大,证明过程也具有较强的推断性。

其次,从刑事证明的角度看,虽然推论与推定均由基础事实、推论过程以及结论事实 3 个要素组成,但是推论是法官进行案件事实认定的重要辅助方式,不具有法律推定的证明责任转移功能。因此,推论表现为法官通过逻辑法则、经验法则认定案件事实的思维过程,难以对其提出严格的形式化要求。“法律推定的力量源于法律规定,事实推定的力量源于常识和逻辑。”^④然而,在法定犯的违法性认识错误中,如果仅将抽象的常识和逻辑作为推论过程的依据,那么就容易导致法官基于入罪倾向而简单地认定推论成立。

最后,从司法实践看,在涉及违法性认识的案件中,由于法官对违法性认识对象的理解过于宽泛,导致基础事实过于容易被证明。例如,在“深圳鹦鹉案”中,控方从王鹏发布的贩卖鹦鹉价格高于普通鹦鹉的市场价格以及王鹏作为群主长期与人交流鹦鹉驯养、买卖有关知识为由,推论其对违法行为是明知的,并得到法官的认可。但根据上述基础事实仅能推论出王鹏对国家禁止

^① 陈璇:《责任原则、预防政策与违法性认识》,《清华法学》2018 年第 5 期。

^② 参见周洪波:《客观证明与情理推断——诉讼证明标准视野中的证明方法比较》,《江海学刊》2006 年第 2 期。

^③ 罗维鹏:《印证、最佳解释推理与争议事实证明方法》,《法学家》2021 年第 2 期。

^④ 易延友:《证据法学:原则、规则、案例》,法律出版社 2017 年版,第 512 页。

买卖的保护动物存在认识,且仅表现为对一种行政法规的认识,而非对刑法禁止性的认识。

综上所述,虽然对控方而言,违法性认识作为一种主观事实存在证明困难的问题,但是如果对违法性认识的认识对象作宽泛的理解,同时不严格限制推论的适用条件和判断要素,那么将大幅降低控方证明违法性认识的难度,间接地增加辩方的证明负担,从而导致本应发挥作用的构成要件出罪难以收到应有的效果。

(二)法律推定的适用忽视辩方的诉讼地位

推论制度适用的无序性导致控方对违法性认识的证明负担大幅减轻,尤其是违法性认识对象的泛化极易导致辩方无法证明违法性认识错误的存在。与推论相比,通过法律推定来转移证明责任的做法在我国更受学者青睐。这种转移证明责任的做法不仅对违法性认识错误的证明提出了更高的要求,而且直接使辩方承担了败诉的风险。例如,在违法性认识的证明问题上,有学者认为:“凡是对犯罪构成事实有认识的,原则上可以推定其具有违法性的认识,即便是针对法定犯这种偏离日常生活观念的犯罪类型,也可以通过行为人对行为后果社会性质的认识来推定违法性认识的存在”。^①主张适用刑事推定的学者认为,转移证明责任的正当性在于:第一,在阶层犯罪论中,构成要件的该当性具有推定违法性和有责性的诉讼机能,被告人对构成要件该当性的事实认识可以推定其具有责任阶层中的违法性认识,这是阶层犯罪论赋予推定的理论正当性;第二,即使坚持违法性认识应属于故意要素观点的学者也肯定推定的运用,认为国民的法律意识应以高标准来要求,不知法律本身就存在先在的过错。因此,没有确切证据证明行为人主观明知仍然可以作出刑事推定。^②显然,上述两种观点既误读了阶层犯罪论中构成要件的推定机能,又忽视了刑事诉讼中辩方所处的诉讼地位与举证能力。

根据无罪推定原则,在刑事诉讼中由控方承担证明责任已成为基本要求,因此,刑事证明责任的分配实际上讨论的是被告人是否在某种例外情况下承担证明责任以及承担何种证明责任的问题。在违法性认识错误的证明问题上,有学者认为:“行为一旦构成该当性,就可推定违法性和有责性,也就是说,控方通常只对犯罪构成该当性承担证明责任而无需证明违法性和有责性”。^③换言之,该学者认为,辩方对属于有责性的违法性认识错误应承担证明责任。但是,该种观点实际上是对阶层犯罪论中构成要件功能的误读。正如日本学者佐伯仁志所言:“构成要件的推定机能是当构成要件该当性被肯定的场合,只要不存在阻却违法性的特殊事由,违法性即被认定;只要不存在阻却责任的特殊事由,责任即被认定。这是在定义一种不言而喻的事情。”^④因此,构成要件的推定与转移证明责任的推定是截然不同的。构成要件的推定是建立在事实自明基础上对犯罪进行评价的问题,具有构成要件该当性且无阻却违法事由和阻却责任事由,就是违法有责行为是不言自明的,但证据法中的推定是在两个事实之间基于经验法则或法律规定建立的一种常态联系,推定的核心在于联系是否合理、对不利一方是否公平,是为了查明事实而建立的一种证明方式。

如果认为违法性认识错误属于阻却故意的要素之一,那么法律推定的适用就理应受到更为

^① 陈忠林主编:《违法性认识》,北京大学出版社2006年版,第397页。

^② 参见陈焯:《法定犯违法性认识必要说:我国现行刑事立法框架下如何坚守》,《政治与法律》2017年第7期。

^③ 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。

^④ [日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道、乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第32页。

严格的限制。刑事证明责任分为举证责任与结果责任。前者表现为一种行为责任,后者则是真伪不明时败诉风险的分配规则。根据无罪推定原则,控方对入罪要件和出罪要件都承担结果责任。因此,只要违法性认识属于犯罪成立的要件,就应由控方承担结果责任,并不存在结果责任的转移问题。在对违法性认识进行法律推定时,实际上转移的是证明责任中的举证责任。举证责任的分配与证明必要性具有密切的关系。虽然控方承担结果责任是不同的法系基于无罪推定原则形成的共性要求,但是这并不意味着在刑事诉讼中所有的举证责任都由控方承担。当被告人不能提出证据证明某一争点事实存在时,可能面临法官不将该争点主张纳入审理范围的不利后果或风险。根据证据裁判主义的要求,控方对于应该证明的事实都需要运用证据进行证明,但基于对司法效率和控方证明能力的考量,控方对于部分事实并没有证明的必要。证明必要性的判断并非由立法作出强制规定,而是根据日常经验以及被告人是否提出异议来判断。在司法实践中,众所周知的事实、法官基于职务知悉的事实、经验法则、法律上推定的事实都属于没有证明必要的事实。从辩方的取证能力看,即使仅令被告人承担举证责任仍是使其承担不利后果的做法,因此,要求被告承担举证责任只有在赋予其证据申请权等保障被告人举证能力的配套措施时才具有正当性。

四、破解违法性认识错误证明难题的路径

从诉讼证明的进程看,违法性认识错误的证明有赖于控方对违法性认识的初步证明,辩方则是针对控方的初步证明进行反驳。对此,可以通过两步证明来解决违法性认识错误的证明难题,即在控方初步证明中,明确推论和推定中的基础事实,区分自然犯与法定犯、违法性认识与违法性认识可能性,将违法性认识的对象限定为“刑法禁止性”,并实现情理推断模式到最佳解释模式的转型;在辩方证明中,应区分无罪辩护事由的证明与量刑辩护事由的证明,以最大限度地增强违法性认识错误的辩护效果。

(一)控方对违法性认识的初步证明路径

对于辩方而言,由于控方是否能够证明违法性认识以及采取何种方式证明违法性认识的存在直接决定了辩方主张违法性认识错误的难易程度,因此,首先需要解决的是控方针对违法性认识的证明问题。目前占主导地位的“推定说”将控制犯罪的政策导向加入到违法性认识存在与否的价值评价之中,在最终的证明结果上与“违法性认识不要说”并不存在实质性的区别。笔者认为,对违法性认识的证明应把握自然犯与法定犯的区别以及违法性认识与违法性认识可能性的差别,从而限制推定的适用范围,明确推论的证明步骤。

首先,推定仅可适用于自然犯违法性认识的证明之中。在刑事诉讼中,证明与推定是原则与例外的关系。推定的转移证明责任功能与无罪推定原则存在天然的冲突,辩方无论承担的是提出证据责任还是争点形成责任均被施加了“真伪不明”时不利评价的风险。因此,推定应建立在推定事实证明存在困难、前提事实与推定事实具有合理关联性以及可提出反证 3 项基础条件之上。其中,推定事实是否具有困难属于事实本质属性问题,是否可提出反证则属于刑事证明的程序保障问题,前提事实与推定事实是否具有合理关联性是推定的正当性依据。就违法性认识的证明而言,自然犯违法性认识的证明与法定犯违法性认识的证明明显不同。自然犯的违法性是由法律规范表述的,而非制定的。由于自然犯的违法性认识在本质上是对该行为是否违反伦理

性和道德性的认识,因此,行为人认识到构成要件的事实与行为人认识到行为违法性之间存在合理关联性,可以适用推定来进行证明。但是,法定犯并不存在与伦理性和道德性的必然联系,故不能以推定来转移证明责任。

其次,违法性认识可能性是违法性认识的证明前提。若将推定的适用限定在自然犯,则针对法定犯的证明仍应遵循司法证明的基本要求。此时,应区分控方进行推论的适用前提。控方证明被告人是否存在违法性认识的前提在于被告人具有违法性认识的可能性。只有在被告人具备违法性认识可能性的前提下,才有证明其是否具有违法性认识的必要性。两者的区别在于违法性认识是行为人的主观心态,而违法性认识可能性则是行为人形成违法性认识的客观条件。一般而言,具备责任能力的行为人应具有对法律规范的理解能力,因此,不具备责任能力可以作为推翻自然犯中违法性认识推定的依据。对于法定犯而言,由于违法性认识可能性的成立既需要行为人具备对法律规范的理解能力,又需要具有认识法律规范的客观条件,因此,控方应采取直接证明的方式来证明被告人具有违法性认识的可能性。在具体判断过程中应考虑行为人对相关领域的熟悉程度、行为人生活和工作的地域环境、行为人对于遭受处罚是否有亲身经历或者耳闻目睹、行为人是否有意采取隐蔽、秘密的行为方式等。^①

再次,违法性认识的证明应区分行政犯前置法的认识与刑法规范的认识。日本学界认为违法性认识针对的应是广义的法秩序,即被告人认识到民法、行政法等法律规范的违法性,即视为具有违法性认识。但这种观点存在推论逻辑的断裂,因为民法、行政法的违法性与刑事违法性之间是必要条件关系,而非充分条件关系。^②因此,违法性认识的证明对象应是被告人对刑法规范的认识。被告人对刑法规范是否存在认识错误则应充分利用推论来进行间接证明。其具体表现为两个阶段:第一个阶段为通过间接证据来直接证明间接事实,此阶段不应适用经验法则、逻辑法则来进行推论,而应完成完整的证据证明;第二个阶段为通过经验法则、逻辑法则来建立间接事实和主要事实的联系,从而完成对违法性认识的证明。

以“王力军非法经营案”为例,虽然持“规范保护目的说”和“刑法禁止性说”者均认为,此案中的刑事不法认识与行政不法认识应当分离,但是两者的判断依据却存在本质的区别。持“刑法禁止性说”者认为,王力军的行为虽然具有行政违法性,也就具有社会危害性的违法性认识,但是其对自身行为是否具有刑法上的禁止性存在认识错误,因此,属于违法性认识错误。但持“规范保护目的说”者认为,王力军之所以不具有违法性认识是因为前置法赖以存在的规范基础已经丧失。因此,以“规范保护目的说”界定违法性认识错误对象存在的问题是,控辩双方关于违法性认识错误的争议并未形成对照。在司法证明的场景中,当事人主张的不同事件观点之间的对照是影响事实认定者对不同解释进行评价的因素之一。^③而关于前置法的规范基础是否丧失的争议与诉讼证明的关联度较小,通常表现为一种客观的事实状态。“规范保护目的说”会导致刑事违法性认识在原则上仍从属于前置法,控辩双方仍然无法对认识对象形成争议。

^① 参见陈璇:《责任原则、预防政策与违法性认识》,《清华法学》2018年第5期。

^② 参见柏浪涛:《违法性认识的属性之争:前提、逻辑与法律依据》,《法律科学》(西北政法大学学报)2020年第6期。

^③ 参见[美]罗纳德·艾伦:《艾伦教授论证据法》(上),张保生、王进喜、汪诸豪等译,中国人民大学出版社2014年版,第96页。

因此,从刑法禁止性看,若想证明王力军具有违法性认识则应完成以下任务:第一,应完成对以下间接事实之一的证明,即在该地区并不存在大规模民间收粮、卖粮行为,王力军知悉玉米属于专营专卖或限制买卖物,民间收粮、卖粮采取的是隐秘的交易方式。第二,应对上述间接事实与主要事实进行推论,并给予被告人针对经验法则、逻辑法则进行反驳的机会。经验法则表现为“不同事实之间的高度盖然性联系”。根据所处领域的不同,经验法则通常被分为日常生活经验法则与专业领域经验法则。^① 辩方应针对不同的事项,从日常生活事实与专业领域事实两个方面对经验法则进行必要的反驳。第三,在完成间接事实和逻辑推论后,被告人是否存在违法性认识方可交由法官进行自由心证,但法官对违法性认识错误进行事实认定也受到证明模式的约束。

最后,在违法性认识的事实认定上,应从情理推断模式向最佳解释模式转型。情理推断表现为从基础事实到待证事实的推理过程,属于基础的证明模式之一。但在我国刑事司法实践语境下,有研究者指出:“我国当前尚未完全建立基于直接言词,心证公开和证据自由条件下的自由心证制度,情理推断的运用易流于主观随意化和偏见”。^② 对此,应在坚持情理推断的基础上,引入客观性条件,即形成最佳解释模式。最佳解释模式具有两个基本的推理步骤,即根据证据确定潜在假说和选择最佳假说。虽然对于何为最佳假说的标准并不确定,但是在总体上应以更多地涵盖证据、与社会普遍知识更融贯以及整体论述更一致为判断基础。^③ 在违法性认识的证明上,最佳解释实际上是将控方对违法性认识的证明视为初步解释,辩方对违法性认识错误的证明则构成另一种解释,法官最终是否认定违法性认识的存在取决于双方解释何者更全面、合理。“从事实调查的要素来看,法律和其他语境中证明的成分包括:证据、假设、待证命题、可能的解释,以及连接证据和假设的论证。”^④ 对于缺乏直接证据证明的违法性认识,法官允许在庭审中存在关于违法性认识错误的多个故事版本。只有这样,才能为辩方证明违法性认识错误提供必要的条件。

(二)辩方对违法性认识错误的抗辩证明方式

作为否定事实的“不知法”是专属于辩方的证明对象。无论是选择以“故意说”还是“责任说”作为违法性认识的体系定位,违法性认识错误在最终裁判结果上均表现为无罪辩护事由和罪轻辩护事由两种形态,并且从诉讼证明的角度看,无罪辩护和罪轻辩护代表违法性认识错误的两种正向识别标准。无罪辩护指向被告人没有可能知悉违法性,即不具有违法性认识可能性。罪轻辩护指向被告人有无现实的违法性认识错误,即是否应当知悉违法性。

1.违法性认识错误作为无罪辩护事由的诉讼证明

实体的无罪辩护事由分为两种:第一种是针对控方应证明的事实提出质疑,进而通过反驳控方证明体系实现无罪辩护,最典型的事由当属不在犯罪现场的无罪抗辩。这种无罪辩护事由被称为辩方的消极反证,是针对起诉书中记载的“公诉事实”进行反驳,当裁判者对公诉事实产生合理怀疑时,被告人就是无罪的。^⑤ 第二种是在控方证明体系之外提出的积极抗辩事由。在英、美等国的两阶层犯罪论体系中,犯罪要件被分为在表面上成立的要件与在实质上成立的要件,其中

^① 参见据明亮:《论经验法则在司法证明中的展开及适用》,《法制与社会发展》2021年第5期。

^② 李滨:《情理推断及其在我国刑事诉讼中的运用检讨》,《中国刑事法杂志》2015年第1期。

^③ 参见向燕:《论司法证明中的最佳解释推理》,《法制与社会发展》2019年第5期。

^④ [美]特伦斯·安德森、[美]戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁:《证据分析》,张保生、朱婷、张月波等译,中国人民大学出版社2012年版,第72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。

犯罪在实质上成立的要件包括不存在正当化事由和可宽恕事由。正当化事由和可宽恕事由属于阻却犯罪成立的要件,基于犯罪在实质上成立要件提出的抗辩事由属于积极抗辩事由。^①相较于第一种辩护事由,被告人对积极抗辩事由有现实的证明负担,只是在不同的法系中,此种负担可能表现为承担说服责任、争点形成责任等不同形式。在我国,由于辩方与控方在对抗能力上存在较大的差距,因此将违法性认识错误归为积极抗辩事由并附以证明责任的做法并不妥当。辩方对于违法性认识错误应承担的是举证责任,而非附带结果风险的证明责任。

在具体证明的过程中,辩方对违法性认识错误的证明是证明其不具有违法性认识可能性。在控方进行诉讼证明的过程中,被告人是否具有违法性认识可能性虽然属于犯罪构成的组成部分,但是基于诉讼效率的考量,控方并非在每一个案件中均需对上述事实进行逐一证明。对于自然犯,控方可以通过构成要件事实来推定被告人存在违法性认识可能性,此时由于推定附带转移证明责任的功能,辩方需对违法性认识可能性存在与否承担附带不利结果风险的证明责任。对于法定犯,控方对违法性认识可能性的存在与否需进行初步证明,辩方则需要提出不具备违法性认识的抗辩以促使控方进一步对违法性认识可能性进行证明,最终交由法官审查认定。辩方对于不具备违法性认识的抗辩需要从以下几个方面提供证据进行证明:第一,行为人的生活区域、生活经历与法律规定指向的基本生活领域、常规经历存在本质的差异,行为人对于违法性认识不具有认识能力;第二,行为人因所处行业、职业产生的违法性认识错误,属于该行业或职业的惯例,符合一般内行人的标准。针对以上事实的证明是为了证明行为人在客观上没有查明法律的机会,在主观上曾经努力查明法律,从而在法官审查认定阶段获取有利的诉讼结果。

在无罪辩护中,辩方承担的是动摇控方证明体系的责任。虽然这并不一定会转化为争点事实真伪不明时产生的不利后果,但是仍存在法官不将违法性认识可能性有无纳入审理计划的风险。考虑到辩方的实际对抗能力较弱,在司法实践中对上述事实的证明标准可以适当降低。在通常情况下,控方需对被告人存在违法性认识可能性进行初步证明,在自然犯中该事项的证明往往被转化为对认识能力的证明,而在法定犯中该事项的证明则被具象化为几种特定的事项。对此,辩方需提出证据证明其不存在违法性认识可能性,该证明需达到优势证据证明的程度,此时即可推定辩护主张成立。“控方要想推翻这一认定,其证明标准必须达到事实清楚,证据确实、充分的程度,否则,即使其证明标准已超过辩方的证明标准,也不能认定控方的反证成立,而必须推定被告方的辩护理由成立。”^②

2.违法性认识错误作为量刑辩护事由的诉讼证明

在刑法学研究中,无论是“责任说”还是“故意说”均赋予违法性认识错误作为无罪辩护事由的出罪效果,但“故意说”显然是将无罪辩护视为违法性认识错误的重要体现,存在过失犯的罪轻辩护仅为例外情形。“责任说”在为无罪辩护设置诸多限制条件的同时,主张将违法性认识错误作为量刑辩护事由具有积极意义。当然,“故意说”与“责任说”还涉及诸如假想防卫的处理机制、事实错误与法律错误的区分等诸多理论问题。但回归本文的研究视角,“故意说”与“责任说”何者更加有利于激发将违法性认识错误作为辩护事由的实践应用,何者更适应我国当前刑事诉讼的制度环境以及刑事辩护的现实状况,也可以为上述争论提供基于诉讼证明视角的思考。笔者

^① 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。

^② 陈永生:《论刑事诉讼中控方举证责任之例外》,《政法论坛》2001年第5期。

认为司法实务界对违法性认识错误的重视程度需要经历一个循序渐进的过程。目前法官针对辩方提出的“违法性认识错误”抗辩,一般以“法律认识错误不影响定罪”“犯罪故意的成立不以对行为的违法性认识为前提”为由予以驳回。^①这反映出司法实务部门坚持的“违法性认识不要说”与学界主张的“违法性认识必要说”之间仍存在难以逾越的理念鸿沟。强调将违法性认识错误作为量刑辩护事由在目前阶段仍具有理论意义。与此同时,量刑证明的多样性也更有利于激活违法性认识错误理论的实践价值。

首先,与定罪证明应遵循的严格证明不同,量刑证明仅需自由证明即可。“自由证明是指证明的根据、程序或标准不受严格限制的证明,法官可以采用更为宽泛的证据材料或灵活机动的方法来完成证明。”^②在我国,虽然定罪与量刑并未形成程序上的严格区分,但是随着定罪辩护与量刑辩护在法庭辩护中的分离,量刑证明的独立性正逐渐显现。在量刑阶段,裁判者面临的不是有罪或无罪非此即彼的二元选择,而是必须在一个连续的刑期幅度内就具体的量刑期限作出裁判,属于定量问题。^③量刑事实具体分为有利于被告人的量刑事实与不利于被告人的量刑事实,对不利于被告人的量刑事实应予以严格证明。有利于被告人的违法性认识错误应属于自由证明的辐射范围。在量刑证明中,辩方对于违法性认识的证明应广泛运用推论、间接证据等方式。由于“间接证据与案件主要事实的关联是多种多样的,既有因果关系也有伴生关系,既有必然联系也有或然联系”,^④因此可以有效达到简化辩方证明的目的。

其次,在量刑证明中法官对违法性认识错误存在与否的认定一般采取间接证明的方式。在诉讼证明中,依据单个证据能否证明案件的主要事实可以将证据分为直接证据与间接证据,运用直接证据对案件主要事实进行证明是诉讼的理想状态,但由于对兼具主观事实和否定事实的违法性认识错误而言,并无直接证据可以进行直接证明,因此,辩方需要先行证明存在诸多间接事实,再以经验法则和逻辑法则建立起间接事实与直接事实的联系,进而推论直接事实的存在。控方若想反驳也需要先行证明诸多间接事实不存在,进而推论直接事实不存在。此时,作为否定事实的违法性认识错误被转化为若干与之相关的肯定事实,从而缓解了证明的困难性。控方则需要证明上述诸多间接事实并不存在,并且应达到动摇法官对辩方证明所形成的确信程度。在具体诉讼证明过程中,违法性认识错误的间接证明可以分为证据链证明与证据环证明。例如,在某些特定行业中,被告人在从事该职业前就有义务学习相关的法律制度,因而具备违法性认识可能性,但辩方可通过证明其在从事该职业前和过程中均未受到相关职业培训等间接事实来证明其不具有现实的违法性认识,从而达到减轻刑罚的目的。这属于单一间接事实推论直接事实的证明链模式。辩方也可以通过证明未经过职业培训、该做法已成为行业惯例、信赖专业人士的意见等诸多间接证据来形成不存在违法性认识的证据环,进而提高间接证明的可信性,从而获得更有利的量刑结果。

最后,在量刑证明中被告人对于违法性认识错误应承担证明责任但仅需达到优势证据标准

^① 参见李国权:《违法性认识的体系定位与司法认定——基于588份刑事判决书的分析》,《行政与法》2020年第6期。

^② 闵春雷:《严格证明与自由证明新探》,《中外法学》2010年第5期。

^③ 参见姚莉:《死刑案件量刑阶段的轻刑推定原则》,《中国法学》2021年第3期。

^④ 何家弘、吕宏庆:《间接证据的证明方法》,《证据科学》2021年第3期。

即可。与定罪证明不同,量刑证明包含的证明对象具有复杂性和广泛性,并且控辩双方对量刑事实举证能力的差异也小于对定罪事实举证能力的差异,因此,控方不再承担所有罪轻事实的证明负担,而应依据“谁主张、谁举证”规则对于具体量刑事实的证明责任进行事前分配。对此,辩方应承担违法性认识的证明责任及其附带的不利风险。但与无罪辩护中辩方对违法性认识可能性的证明标准不同,对于属于量刑情节的违法性认识仅需达到优势证据标准即可,以减轻辩方的证明负担。

五、结 语

刑法作为一种规范文本,兼具行为规范和裁判规范的双重属性。违法性认识错误则产生于两种规范形成的认知偏差之中,社会民众对行为规范的模糊认识和法官对裁判规范的精细判断动摇了知法推定理论的正当性。肯定违法性认识错误的出罪效果有利于纠正法定犯时代集体法益概念过度入罪的倾向,从而为被告人提供一种区别于客观出罪的主观出罪机制。如何从诉讼证明的维度分析违法性认识错误,既是激活其作为辩护事由的关键,也为相关刑法学说提供了可行性的检验标准。因此,在探讨违法性认识错误问题时,既要维护刑法秩序的统一性,也要考虑不同学说之间存在的差异是否能够经受诉讼证明的检验。只有这样,才能有效推进刑事一体化的研究进程。

Abstract: With the refinement of legal norms and the arrival of statutory offense era, the idea of “not knowing the law would not cause exempting from liability” based on the presumption of knowing the law has gradually loosened, and it has become a common defense cause in the judicial practice. Although the difficulty of proof of illegal cognition has been difficult to become the theoretical basis to support “illegal cognition should not be”, different from illegal cognition which belongs to subjective facts, the illegal cognition error has the dual characteristics of subjective fact and negative fact. How to prove its existence effectively is still one of the difficult problems puzzling judicial practice. Therefore, in the process of lawsuit proving, the measures to prove illegal cognition by prosecution should be clearly inferred, and the application scope of the presumption should be strictly limited. As for the illegal cognition error which belongs to the defense’s proof, we should distinguish the proof of conviction and the proof of sentencing in three aspects: the proving method, the proving standard, the proving burden, and then making full use of flexibility of indirect proof to certify the effectiveness of the illegal cognition error as defense argument.

Key Words: the illegal cognition, the illegal cognition error, subjective fact, deny the truth, the proving burden
