

# 犯罪构成与刑事诉讼之证明<sup>\*</sup>

## ——犯罪构成程序机能的初步拓展

杜宇

**内容提要:**犯罪构成的核心,乃定位于犯罪的实体评价机制。然而,如果仅仅将犯罪构成的意义局限于实体层面,就会陷入某种片面。事实上,犯罪构成是刑事诉讼过程中整体性的指导观念,在其体系构建的背后,存在着复杂的程序主义考量。文章以德日、英美法系为讨论背景,以犯罪构成与刑事诉讼证明的勾连为切入点,尝试对犯罪构成体系的程序价值予以初步拓展,同时为中国犯罪构成体系之改进,提供某种批判性的思路。在作者看来,犯罪构成可谓是指导刑事诉讼证明的概念框架。这不仅是因为,犯罪构成的要件集合决定了“实体形成”的基本轮廓,从而限定了待证对象的大体范围;也不仅仅是因为,犯罪构成的位阶顺序,规定着举证责任的履行顺序,双方举证责任的转换与推进,正是在位阶体系的轨迹上前行;更为重要的是因为,犯罪构成的体系结构,决定了形式证明责任的分配界限,制约着证明标准的尺度高低。从某种意义上讲,刑事诉讼证明中的基本问题,都必须回到犯罪构成的层面,才能获得妥当而可靠的解决。

**关键词:**犯罪构成 诉讼证明 推定 类型化 程序机能

杜宇,复旦大学法学院副教授。

### 一 问题之提出:犯罪构成的功能拓展

在当下中国刑法学界,对犯罪构成体系的探讨渐趋激烈。一片喧嚣之间,某种声音尤为引人瞩目,那就是不满足于传统平面体系的功能性缺失,力图彻底颠覆平面体系,并全面引入大陆法系递进式的犯罪论体系。<sup>[1]</sup>与之相对,也有相当多的学者反对此种过分激进的主

<sup>\*</sup> 本文系本人主持的国家社科基金一般项目“基于类型思维的刑法解释”之阶段性成果(批准号:11BFX112);同时也构成复旦大学“985”三期整体推进社会科学研究项目“维护社会公平正义的司法制度建设研究”(项目编号:2011SHKXZD015)的阶段性成果。

[1] 参见陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社2003年版;付立庆:《犯罪构成理论:比较研究与路径选择》,法律出版社2010年版;阮齐林:《犯罪构成比较研究——兼论建构“合一”的犯罪论体系》,北京大学2003年博士论文。

张,坚持在现有框架内进行局部微调,以避免瓦解性的体系振荡。<sup>[2]</sup>

对上述争论的具体分析与评说,已无关本文宏旨。然而,一个饶有意味的现象却在于:在此种看似水火不融的对立背后,却有着惊人相似的理论预设与展开。传统学理始终认为,犯罪构成的基本功能,乃在于为判定犯罪是否成立,及进而为判定犯罪所属类型提供指导标准。质言之,犯罪构成的核心,乃定位为行为的实体评价机制。由此,能否无矛盾的、有效率的把握犯罪的实体结构,并得出合理的实体认定结论,就不仅成为犯罪构成体系建构的基本指向,而且成为评价现有体系成败的重要基准。可以很清晰地看到,此种对犯罪构成的“实体主义”理解,构成了当下激辩中最不可挣脱的理论背景。各派观点尽管立场迥异,但从其理论脉络上观察,却始终是在“实体的裁判框架”这一维度上把握犯罪构成,并以能否准确、圆满地完成实体评价任务为基点,或支持或反对现有的犯罪构成体系。

不可否认,这样的思路具有基本的合理性。然而,问题却在于,如果仅仅将犯罪构成的意义局限于实体层面,就会留下认识论上的巨大“黑洞”。在我看来,犯罪构成绝非仅受制于犯罪的内在结构,也并非只是服务于行为的实体评价目标,其更有程序意义上的复杂考量。更为明畅地讲,犯罪构成不仅是犯罪成立/不成立的最终判断基准,而且是刑事诉讼过程中整体性的“指导形象”。<sup>[3]</sup>无论是诉因的维持还是地域管辖的确定,不论是时效的发生抑或客观既判力范围的圈定,都必须始终以犯罪构成为指导,才能清醒地加以解决。之所以如此,最为重要的是因为,刑事诉讼乃是一个“目的性”的展开过程。抛开自身的程序逻辑,刑事诉讼的核心目标是“实体形成”。<sup>[4]</sup>在此种不断逼近、展现案件真实的“实体形成”过程中,我们不仅是在社会生活的角度探究事实,而且,更为重要的,是在“适用刑法规范”的角度探究事实。因此,我们就必须受到刑法规范,尤其是镶嵌在刑法规范中的犯罪构成的指导。诸多基本的程序问题,都必须回归到犯罪构成——这一最高“实体观念”,才能获得一体化的、目的性的解决。在这样的思考方向上,所谓诉因的维持,不过是构成事实的维持,即必须在同一(质)构成要件的范围“固定”攻击目标,使相对稳定的构成事实成为两造间相互抗辩的对象;所谓地域管辖的确定,实质就是“犯罪地”的确定。而犯罪地不过是符合特定构成要件的事实的发生地,特别是行为与结果的发生地;而所谓既判力范围的圈定,其实质仍是“案件同一性”的圈定,它同样必须回归到“犯罪构成的同一性”,才能获得稳定而清晰的操作标准。如此一来,犯罪构成不仅在最后的实体裁判上发挥作用,而且在整个刑事诉讼的进程中,它将始终“萦绕”在法官的心头,成为破解各种诉讼问题时挥之不去的指导观念。

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

[3] 根据我有限的阅读范围,最初在刑法学上使用“指导形象”这一用语的,很可能是德国的贝林(Beling)。贝林在其晚年,将构成要件放在与违法性、有责性相对立的关系中去讨论,将构成要件称之为“指导形象”。小野清一郎则借用了贝林创造的这一用语。只是,在贝林那里,“指导形象”是在纯实体法意义上使用,与诉讼法并无任何关系。而小野则将这一形象的适用范围,扩张到了诉讼法领域,并首先提出,构成要件乃是刑事诉讼的“指导形象”。基于学术传统及知识话语的延续性,我在这里沿用了这一提法。本文中,我是在“具有指导意义的整体观念”这一意义上来使用它的。在小野清一郎看来,构成要件乃是刑事诉讼的指导形象。不过,在我看来,构成要件这一范畴尚不足以涵盖整个犯罪构成,其只是犯罪构成系统中的一个要素而已,尽管是极为基础的一个要素。抛开逻辑上的不足,更为重要的是,对于诸多诉讼问题的指导,其直接依赖的乃是犯罪构成的体系结构、逻辑关系及价值脉络,这更加远远超出了构成要件观念。因此,我认为,正确的命题应当是“犯罪构成是刑事诉讼的指导形象”。关于小野观点的展开,可参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第199页以下。

[4] 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,第202-204页。

将犯罪构成从“实体主义”的侧面,拉伸到“程序主义”的、“实体形成主义”的侧面,可谓是将犯罪构成的功能拓展。由此,不仅其意义空间得到了前所未有的延展,而且这一理论框架也一跃成为贯穿整个刑事法的统摄性范畴。这倒并非什么刑法的“帝国主义”扩张,而是实体与程序相互缠绕、相互镶嵌的绝好显现。最早意识到此点,并且自觉展开此种“刑事一体化”尝试的,乃是日本的古典主义学者小野清一郎。作为构成要件理论的集大成者,后人对他的关注,常常局限于他对构成要件与有责性关系的探究。<sup>〔5〕</sup>然而,小野的追求绝非仅止于此。在其经典之作《犯罪构成要件理论》的最后四章中,小野以其宏阔而精微的观察,展示了构成要件在刑事诉讼程序中的丰富机能,特别是构成要件与公诉事实(诉因)、证据法及上诉审结构之间的紧密关联。<sup>〔6〕</sup>在我看来,对构成要件的程序意义的发掘,构成了小野相当独特的理论追求与智识贡献。然而,或是基于僵化成型的问题意识,或是基于封闭狭隘的学科壁垒,实体法学者常常不经意间错过了对这一部分的关注。<sup>〔7〕</sup>于是,小野世界中的诸多精彩,与我们擦肩而过,无从领略。

在本文中,我试图接续小野的追求。篇幅所限,我不准备对犯罪构成的程序意义进行完整分析,而是力求集中笔触,以犯罪构成与刑事证明的关系为切入点,对犯罪构成的程序功能予以初步拓展。文章的基本立场乃在于,目光不断顾盼于实体法与程序法之间,促成实体法与程序法之间富有意义的功能型交流:一方面,从诉讼证明的角度,启发犯罪构成的程序价值,丰满犯罪构成的制度机能。以此为基点,尝试为中国犯罪构成体系的改进,提供某种新的、批判性的思路;另一方面,从犯罪构成的角度,谋求证明问题的实体回归,为诉讼证明的规范化、安定化和可预测化,寻找实体依托。

我的研究将表明,犯罪构成作为整个刑事诉讼的指导观念的判断,可以自然而稳妥地延伸到证明问题——这一“诉讼的脊梁”。<sup>〔8〕</sup>质言之,犯罪构成是指导刑事证明的概念框架。这不仅是因为,犯罪构成的组成要素,决定了“实体形成”的基本轮廓,从而限定了待证对象的大体范围;也不仅仅是因为,犯罪构成的位阶顺序,规定着举证责任的履行顺序,双方举证责任的转换与推进,正是在位阶体系的轨迹上前行;更为重要的是因为,犯罪构成的体系结构,决定了形式的证明责任的分配界限,制约着证明标准的尺度高低。某种意义上讲,刑事证明中的基本问题,都必须回溯到犯罪构成的层面,才能获得妥当而可靠的解决。由此,犯罪构成,尤其是犯罪构成的体系构造,成为了诉讼证明问题的实体法依托。

在下面的文字中,我将进一步展开我的分析。

## 二 犯罪构成与待证对象之形成

### (一) 犯罪构成与案件之实体形成

毋庸讳言,刑事追诉的直接目标,乃在于确认被告人是否犯有一定的犯罪事实。而所谓

〔5〕 同上注,第 21 页以下。

〔6〕 同上注,第 199 页以下。

〔7〕 近来,国内也还是有一些学者对此种实体与程序的交错问题予以了关注。主要有聂昭伟:《刑事诉讼证明问题的实体法依据》,载《法律科学》2005 年第 6 期;周长军:《犯罪论体系的程序向度:研究误区与理论反思》,载《清华法学》2008 年第 3 期;赖早兴:《证据法视野中的犯罪构成研究》,湘潭大学出版社 2010 年版,等等。

〔8〕 [德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社 2000 年版,译序第 1 页。

犯罪事实,不过是指符合犯罪构成的事实。因此,刑事程序从一开始就是以某种犯罪构成的观念为指导去辨明案件,并就其实体逐步形成心证。从证据法的角度而言,这一“实体形成”的过程,其核心便是“该当犯罪构成的事实”的发现与证明过程。在这一过程中,犯罪构成的组成要素,限定了“实体形成”的大体轮廓,从而限定了待证对象的基本范围。当然,也不能忽略的是,在犯罪构成的系统之外,还有某些刑罚裁量事实、程序性事实甚至证据事实等,也需要运用证据加以证明。不过,这已不是“实体形成”的核心。<sup>[9]</sup>

一个案件所关涉的事实相当繁杂。然而,并非任何事实都需要查明,也并非任何事实都可以认知。这不但受制于刑事追诉的目标取向,而且受制于人类理性的固有边界。无疑,刑事追诉的目标取向是“发现案件的真实”。然而,在这一逼近真实的过程中,首先进入人们眼帘的,往往是“月黑风高”、“积怨很久”、“手段恶劣”、“李四重伤”等断裂的、碎片化的事实。这时,就需要从案件事实中分辨出有价值意义的关键要素,并在这些要素之间整理出内在的脉络联系,才能形成案件的“整体风貌”与“法律定型”。然而,哪些要素具有裁判上的意义,要素与要素之间具有什么样的结构关联,决不能凭空判断,而是必须在一定的视角、规范和分析框架下方能确定。无疑,犯罪构成正是这样的视角与框架,它可以帮助我们“结构化”地理解和把握当下面临的案件事实。

让我们来观察一下“案件实体的形成过程”。当法官接触到具体案件时,总是首先扪心自问:可能适用于这一案件的刑法法条是什么?这不但可被看成是一个下意识的“找法”过程,一个“大前提”的探求过程,而且可被视为一个相关的、具体的犯罪构成的确立过程。法官凭借自己的内心确信与经验,凭借对事实的规范意义的洞察,完全可能从法典的汪洋大海中迅速捕捉到相关的法条,初步锁定与本案相关的具体犯罪构成。然后,法官必须将这一犯罪构成与待决案件的事实相互比较和衡量,看这一案件事实能否归属于相关犯罪构成。在这一过程中,法官必须首先确定相关犯罪构成的组成要件,同时在这些要件观念指导下,将案件事实予以分割并格式化,再将具体构成要件与相应案件事实进行仔细地对比观察,看能否逐项地、完全地对接。这是一个将案件事实涵摄于大前提之下的过程,亦即小前提的形成过程。如果涵摄成功,法官进一步要做的便是确定案件事实本身的真实性。亦即在证据的支撑下,对上述所有“格式化”的案件事实(构成事实),逐一形成“心证”。一旦在犯罪构成的框架内,所有构成事实都被证据加以证实,便可以径自得出结论。反之,如果涵摄不能成功,或是任意一项构成事实无法被证据加以证实,便必须重新开始“找法”的过程,如此循环反复。

可以清楚地看到,上述“案件实体的形成过程”,<sup>[10]</sup>是沿着“(裸的)案件事实——犯罪构成——构成要件——(结构化的)案件事实——证据”的思考脉络前行。在这一过程中,起点是原始的、没有经过任何思绪加工的、裸的案件事实;终点则是“结构化的”、“符合特定犯罪构成的”、“以证据加以证实的”案件事实(刑事追诉的直接目标,就是要探查此种特定的犯罪事实是否存在);而最为关键的中间过程,则是法官在纷繁芜杂的案件事实中,根据

[9] 本文所指的待证对象之范围,仅指“实体形成”中核心事实的范围,即与案件之定性、与罪质相关的事实,既不包含与刑罚裁量相关的事实,也不包含程序性事实或证据事实。此种意义上的待证对象范围,乃由犯罪构成所限定。可参见李浩:《民事举证责任研究》,中国政法大学出版社1996年版,第58页;陈光中主编:《中华法学大辞典》,中国检察出版社1995年版,第763页;何家弘主编:《证据调查》,法律出版社1997年版,第47页。

[10] 参见拙作:《再论刑法上之“类型化”思维——一种基于方法论的扩张性思考》,载《法制与社会发展》2005年第6期。

犯罪构成的指导,挑选出重要的、具有刑法意义的关键事实,并在这些事实之间探求结构性的联系,以形成“犯罪类型”。同时,法官还必须对每一项重要事实,即构成要件要素所指向的事实,加以证立。在此过程中,特定的犯罪构成形成了一种巨大的观念参照,决定着实体形成的基本指向。在其指引下,法官完成了对原始案件事实的筛选和过滤。此种筛选和过滤,不但使得案件实体的基本轮廓得以形成,而且,更为重要的,使得需要以证据加以证明的对象范围得以大体确定。

## (二)具体问题的澄清

基于上述的分析,明确犯罪构成的要件系统,特别是其组成要素,就变得尤为关键。一般而言,各国犯罪构成的要件系统是稳定、清晰和可辨识的,无须过多争辩。但是,以下问题仍值得特别留意:

其一,开放性构成要件要素。某种意义上讲,开放性构成要件要素就是超法规的构成要件要素。此种要素在刑法规范上没有明确规定,需要法官在司法操作中予以补充判断。例如,过失犯中的注意义务、不真正不作为犯中的作为义务、目的犯中的目的等要素。<sup>[11]</sup> 司法实务中,上述要素由于缺乏规范表现,因而极易被法官及当事人所忽略。有时,即使在裁判依据上加以考量,也极易在证明问题上轻易略过,误以为不需要证明。然而,事实上,作为构成要件中不可或缺的关键要素,作为违法性推定的必要补充,<sup>[12]</sup> 开放性构成要件要素必须在犯罪构成的体系内予以考虑。与这一要素相关的案件事实,也必须以证据加以证明。

其二,超法规犯罪阻却事由。规范内的犯罪阻却事由的证明问题,容易被法官及当事人所关注。例如,正当防卫、紧急避险等事实,通常都认为需要证明。然而,超法规的犯罪阻却事由,如自助行为、被害人承诺、欠缺期待可能性等事实,由于刑法没有明确规定,容易被忽略在证明范围之外。事实上,这类事由同样是影响犯罪成立与否的关键要素,需要加以证明。

其三,客观处罚条件。通常来说,行为具备了构成要件该当性、违法性及有责性之后,就已经具备了实体的应受惩罚性。但也有一些例外情况:即虽然具备了上述三大要件,但是否应受刑罚处罚,还依赖于其他附加要素的判断,刑法上称之为“客观处罚条件”。<sup>[13]</sup> 例如,德国刑法上破产犯罪中的“宣告破产”,针对外国犯罪中的“存在外交关系和互惠保护协定”等等。<sup>[14]</sup> 由于客观处罚条件在刑法规范上的实存,使得大陆法系三段式体系受到严重挑战。其焦点乃在于,在构成要件该当性、违法性、有责性三个层次之外,是否有必要承认客观处罚条件作为独立的第四层次。而这一问题的化解,又可回归到构成要件与客观处罚条件的关系问题,亦即,是将客观处罚条件作为构成要件的一部分加以把握,还是将其放在构成要件之外加以单独处理。<sup>[15]</sup> 尽管这一争辩远未形成定论,但无论将客观处罚条件在体系上作如何归整,其不可能脱逸于犯罪构成的整体框架之外,乃是铁板钉钉的事实。因此,从诉讼证明的必要性上考虑,无论其体系位置如何,与之相关的案件事实都必须落入待证对象的范

[11] 参见刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 159 - 241 页。

[12] 参见陈志龙:《开放性构成要件理论》,《台大法学论丛》第 21 卷第 1 期。

[13] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 662 - 663 页。

[14] 同上注,第 671 页。

[15] 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社 1999 年版,第 87 页;【德】耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》,第 668 - 669 页。

围,以证据加以证明。只是,到底将其归入构成要件层次,还是归入独立的第四层次,可能会影响相关事实在证明责任上的分配。此点容后详述。

### (三) 犯罪构成与证明之基本单位

在刑事诉讼之中,控、辩、审三方行为的共同指向,乃是特定被告人被指控的特定犯罪事实,俗称“案件”。然而,在一个自然意义上被视为整体的“案件”中,却可能会在规范的目的上,被区分为若干不同的“诉讼标的”。从诉讼证明的角度观察,每一个“诉讼标的”实际上就构成一项证明活动的基本对象,一个需要证明的最小单位。存在几个“诉讼标的”,就有几个需要证明的基本单位。在“诉讼标的”与证明单位之间,具有数量上的对应性与一致性。由此,无论在理论上还是实务上,便产生了一个极为重要的问题:以什么标准来划分“诉讼标的”?如何确定“诉讼标的”的数量?

这个在传统学理上被称之为“诉讼标的单一性”的问题,不仅与“被告的单一性”相关,更与“犯罪事实的单一性”相关。一般而言,被告是否单一,可以很容易地得出判断。因此,问题的关键在于犯罪事实是否单一。显然,这一问题在实质上便是实体法上的“罪数”问题,必须回归到犯罪构成的层面才能获得妥当的解决。根据通说的阐述,犯罪构成的符合次数,乃是判断行为之“罪数”的基本标准。行为符合一个犯罪构成,便是一罪,行为符合几个不同的犯罪构成或者几次符合同一个犯罪构成便是数罪。当然,在这一基本标准之外,实定法上的结合性规定或是裁判上的特别需要,也可能成为影响罪数的例外因素。由此,即使在犯罪构成的标准上构成数罪,但如果在实体刑法上将其包括性地规定于同一构成要件之中(惯犯、结合犯),或者在实际科刑中通常作为一罪来处理(连续犯、牵连犯),也例外地作为一罪来对待。因此,所谓的“犯罪事实的单一性”,通常是由犯罪构成——这一犯罪的“类型轮廓”所限定,它包括了实体法上的简单一罪、实质一罪、法定一罪及裁判一罪等情形。

## 三 犯罪构成与举证责任之分配

这里所讲的举证责任,乃是“形式意义上的举证责任”(“提供证据的责任”)<sup>[16]</sup>基于“无罪推定”的预设,现代证明责任理论普遍承认,证明被告人有罪的责任,即“实质意义上的证明责任”(“说服责任”),只能由公诉人承担。<sup>[17]</sup>但是,“实质意义上的证明责任”的固定性,并不会影响“形式意义上的证明责任”在当事人之间进行移转和分配。

### (一) 三阶层体系下的观察

诚如上述,犯罪构成决定了实体形成的大体轮廓,从而限定了待证对象的基本范围。然而,犯罪构成对于刑事诉讼证明的意义绝非仅止于此。犯罪构成还将进一步对举证责任的分配提供清晰的指导。如果说,待证范围主要是由犯罪构成的组成要素来框定,那么,在确定了这一基本范围之后,待证对象的举证如何在当事人之间进行具体分配,则必须由犯罪构成的体系结构来予以指示。这是因为,犯罪构成作为一个系统,在其内部必然存在着位阶层次的划分。这种位阶结构,不仅在犯罪的实体认定上形成了一种渐近的、逐步收缩的思考路

[16] 参见陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第14页以下;齐树洁主编:《英国证据法》,厦门大学出版社2002年版,第170页以下。

[17] Adrian Keane, *The Modern Law of Evidence*, Butterworths, 2000, p. 76.

径,而且也为具体要素的举证责任分配提供了操作上的区隔。后者尤其被我们所忽视。

小野清一郎较早地注意到了此点,并富有创意地将证明责任与犯罪论体系联系起来考察。他将与犯罪成立相关的事实,区分为“犯罪构成要件事实”与“妨碍成立犯罪的事实”,<sup>[18]</sup>并以此为标准确定举证责任的分配。其中,对于该当构成要件的事实,必须由检察官承担证明责任。当检察官的证明不充分时,法院也可以运用职权进行证据调查。但是如果还残留着合理的疑点,就必须宣告无罪。这就意味着,公诉方对于该当构成要件的事实,承担整体的举证责任。<sup>[19]</sup>另一方面,对于妨碍犯罪成立的事实,亦即违法阻却事由和责任阻却事由的事实,小野认为,至少必须由被告人一方提出主张并加以进一步地证明,也就是必须由被告人承担形式的举证责任。当然这并不是说,法官和检察官就可以对这种事实漠不关心。为了“正当地适用法律”,他们仍然必须从维护公共利益的角度出发,依职权努力地予以证明。在这种情况下,如果被告人和其他各方都已尽力证明,但该事实仍存在疑点时,法官应当肯定它还是否定它呢?换言之,实质的证明责任应该由谁来承担呢?在小野看来,也应该由被告人一方来承担。这是贯彻当事人主义的必须。<sup>[20]</sup>

铃木茂嗣也赞同将与犯罪成立有关的事实分作“构成犯罪的事实”与“构成犯罪成立阻碍理由的事实”。<sup>[21]</sup>在铃木看来,“对于构成要件事实,检察官一开始就必须将其加以特定并向裁判所提出,然后在法庭上围绕其进行证明活动”。与此相对,“对于作为犯罪阻却事由的事实,只要它们没有形成诉讼中的争点就没有必要加以考虑。也即是说,只有被告人提出了显示这些事由可能存在的某种资料,或者诉讼中客观地出现了某种使人能够推测或许存在着构成这些事由的事实状况,裁判所才有必要将阻却事由的存在与否作为争点而纳入审判的对象。”进而,“阻却事由一旦争点化,应理解为最终由检察官承担证明其不存在的举证责任”。<sup>[22]</sup>可见,铃木的观点是,对于构成要件事实,应该由公诉方承担证明责任;而对于违法阻却事由、责任阻却事由等事实,则被告人有责任提出表面证据,使之成为争点。换言之,被告人具有形式意义上的举证责任。至于实质意义上的举证责任,则仍由公诉方承担。

不难看到,小野与铃木的见解存在一定的差异,特别是在“犯罪成立之阻碍事由”的实质举证责任方面分歧颇大。但是,在关于构成要件事实的举证责任,及“犯罪成立之阻碍事由”的形式举证责任上,却是英雄所见略同。更为紧要的是,两人在形式举证责任的分配标准上,都坚持了同一种思路:通过梳理犯罪构成的体系脉络,以构成要件该当性、违法性及有责性的层次结构为基础来展开分配。其中,构成要件该当性标志着行为开始进入刑事法网规制的视野。公诉方必须提供证据证明这一要件的成立,才能说明行为具备了犯罪的基本外观,才能为刑事追诉的启动奠定正当性。如果公诉方不能提供证据证明构成要件的该当性,行为便必须被认为不具有任何刑法意义,法官可径自驳回追诉;在具备了第一要件之后,违法性及有责性两个要件就被推定成立,如果不具备特别的违法阻却事由或是责任阻却事

[18] [日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,第242页。

[19] 同上注,第248页。

[20] 同上注,第249-250页。

[21] [日]铃木茂嗣:《刑事证据法的若干问题》,载于[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1992年版,第164-165页。

[22] 同上注,第165页。

由,此种推定便可进一步坚定化。此时,被告人必须提供证据证明可能存在犯罪阻却事由,使之成为案件争点并纳入法官审查的范围。否则,法官就可能忽略这一事由的存在。可见,抛开实质的证明责任不论,形式的举证责任之分配,完全是按照犯罪构成的体系结构来推动和展开。公诉方只有在履行了构成要件该当性的提供证据责任之后,方能暂时卸下其举证负担。随后,违法性及有责性要件之不具备,则必须由被告人承担提供证据之责任。犯罪构成的层层递进,不但为考察犯罪的实体认定提供了逻辑性的思考脉络,而且也为形式举证责任之安排,提供了稳定清晰的操作标准。

## (二) 双层次体系下的观察

按照一般理解,英美国家的犯罪构成由两个层次组成:一是犯罪本体要件,包括犯罪行为与犯罪心态;二是责任充足要件,即合法辩护事由的排除。合法辩护事由又可进一步区分为正当化事由和免责事由。<sup>[23]</sup>

在英美的诉讼实践上,作为原则,控方负有证明所有要件事实的说服责任。早在1935年的 *Woolmington v. DPP* 一案中,大法官桑基(Sankey)就极富教益地指出:“纵观英国刑法之网,常常可以看到一条金线,那就是证明被告人的罪行是控方的责任……无论是什么指控,也不论在何处审判,控方必须证明被告人有罪的原则是普通法的一个组成部分,任何削弱该原则的企图均不予接受。”<sup>[24]</sup>然而,尽管说服责任始终固定,但这并不意味着所有的证据提供责任均由控方承担。事实上,证据提供责任一直是依下述原则而展开分配:控方必须提供证据证明犯罪本体要件,而辩方则必须提供证据证明合法辩护事由。申言之,控方应当首先提供证据证明犯罪本体要件的成立。在控方完成这一举证负担之前,辩方不存在任何提供证据的责任。如果控方不能举证或者提供的证据不足,辩方可向法官提出驳回起诉的动议,法官亦可直接决定不提交给陪审团裁判。反之,如果控方的举证使法官产生了暂时的心证,被告就有可能遭受不利于己的判决,此时便产生了辩方的提供证据责任。他必须提出证据表明可能存在合法辩护事由。否则,该事由便无法成为案件的争点,从而不被纳入裁判考虑的范围。然而,一旦被告提出表面证据证明可能存在这样的事由,案件又将再次陷入真伪不明的境地,此时,便必须由控方履行说服责任,“排除合理怀疑”地证明不存在这样的辩护事由。

此种看似简单的双层式犯罪构成体系,却有着极为实用的功效。其不但在实体认定上形成了高效明快的判断节奏,而且在举证责任上也达致了简洁清晰的分配效果。一方面,与大陆法系相比,双层次体系将违法性及有责性的判断浓缩为一个层次,从而与本体要件形成了消极要件与积极要件的双元组合。这样的结构,不但能同样实现逐步收缩的排除性效果,而且在思维上更加经济,在操作上更加明快;另一方面,这样的双元格局,使控辩双方的提供证据责任的界限更为明晰。犯罪本体要件与合法辩护事由的区分,强烈地传达出对抗式诉讼模式的构造。犯罪本体要件是刑事追诉的起点,体现了公诉方的控诉职能。而合法辩护事由则是阻止刑事追诉的屏障,体现了被告方的辩护立场。两个层次的设置,不仅极大地吸纳了双方的参与,而且充分激发了双方的对抗,不但在实体上一开一合,而且在诉讼上一攻一守。程序构造与实体构造交互镶嵌在一起,达成了极佳的融合。

[23] 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第3-4页。

[24] [英]丹宁勋爵:《法律的界碑》,刘庸安、张弘译,法律出版社1999年版,第386-389页。

尤为关键的是,此种实体构造与程序构造的融合,使得犯罪成立体系同时成为举证责任的分配体系。控方的攻击集中在犯罪本体要件,其举证责任也限于本体要件。一旦证明该要件成立,行为即被推定具有政策性危害及应当承担责任。此时,辩方如果毫无作为,便将陷入不利境地。于是,辩方的防守凸现为提出合法辩护,从而瓦解和推翻上述推定。由此,其举证责任也相应地限于辩护事由。我们无法做出相反的假设,即控方不可能承担辩护事由的举证责任,辩方也断无可能承担本体要件的举证责任。因为,不可能要求控方在每个辩护事由提出之前,便先发制人地予以否定。<sup>[25]</sup> 如果被告无意于提出这些抗辩事由,控方对此一一预先举证,绝对是空耗时间。同样,也绝不可能要求被告人对犯罪本体要件予以举证,那样一来,“无罪推定”的绝对命令将被彻底背弃,刑事追诉的启动也将陷入肆意,毫无正当性可言。惟其如此,举证责任的分配,就只能按照犯罪构成的双重结构,按照抗辩活动的基本规律来展开。

综合以观,无论是三阶层的犯罪构成体系,还是双层次的犯罪构成体系,都不能被简单地看成实体的裁判框架。在实体机能之外,体系结构的型塑很可能存在某些更深的谋划。其中最可注意的,就是它在“实体形成”的范围内,限定了举证责任的分配与安排。如果将犯罪构成的要件看成是一个集合,那么,其体系层次就如一道道刻度,在这一集合内部形成了重要的区隔。此种区隔不但奠定了犯罪认定的实体步骤,而且更为分配举证责任提供了基本界限。因为,正是在与各位阶层次相对应的意义上,待证对象被区分为诸个群落。各群落之间尽管具有逻辑关联,但更存在实体价值与诉讼意义上的重大不同。循着犯罪构成这一框架结构,待证对象得以结束四处游荡的命运,不但在体系上找到安身立命的处所,而且更为重要的,乃是“各安天命”、“各得其所”。它们既被统一收编,又被严格归队。犯罪构成的体系结构具有极为强大的“类型化”功能,能够将待证对象予以清楚分类。如此一来,它就不仅仅成为一种实体认定的思维脉络,其更与举证责任的分配脉络镶嵌在一起,难辨你我。

### (三)沟通性的力量:推定

分析及此,问题还未完结。我们虽然已经认识到,犯罪构成体系与举证责任分配之间存在紧密勾连,但尚不清楚,是一种什么样的力量贯穿其间。真正带有学理意味的工作,乃是对此种勾连的内在基础,做出哪怕是初步的、尝试性的解释与说明。换言之,我们必须追问,犯罪构成体系之所以能够指导举证责任之分配,到底是出于什么力量?犯罪构成内在结构的形成,究竟根源于何种理论逻辑?此种理论逻辑与举证分配的基本原理之间,又有什么样的隐秘关联?

过去,人们总是强调三阶层体系与双层次体系的差异。然而,此种差异却有被扩大化的嫌疑。实际上,两大体系存在诸多可沟通之处,可谓异曲同工。从要件功能来看,英美法系的犯罪本体要件大致相当于大陆法系的构成要件该当性,它们决定了犯罪形象的基本轮廓;正当化事由与违法阻却事由、免责事由与责任阻却事由亦基本对应,它们从反面排除犯罪的成立。行为一旦具备犯罪的本体要件,就可以推定其具有政策危害,同时行为人亦被推定应当承担责任。但是,如果行为具有正当化事由,或者行为人具备免责事由,此种推定即可被推翻。正当化事由是从行为本身的正面价值出发瓦解上述推定,而免责事由则是在承认行为无价值的基础上,免除行为人的责任承担。可以说,英美体系与大陆体系的最大不同乃在

[25] Alan Taylor, *Principles of Evidence*, Cavendish Publishing Ltd, 2000, p. 15.

于,前者从法律效果出发,将正当化事由与免责事由统合为一个位阶,不存在违法性与有责性的明确层次区分,而后者却强调两者的不同价值,将其作为两个位阶处理。然而,尽管如此,在英美法系中正当化事由与免责事由也并非被完全一体化地把握,它们无论在观念上还是实际操作中都具有明显不同的意义,只是未明确分割为两个层次而已。

简单对比后,可以很清楚地看到,两大法系的犯罪构成体系具有基本的类似性。抛开层次安排上的差异,从思维脉络上观察,两者都是首先确立基本的禁止范围,然而根据法政策与法目的的考量,从此范围中逐步排除可以容纳的对象。而隐藏在这一思维脉络之后的逻辑基础,则是一种“推定”的操作。申言之,第一要件的具备,即构成要件的该当或是犯罪本体要件的充足,在规范意义上意味着行为落入了刑法的视域范围,在逻辑意义上则意味着推定的“基础事实”的确立。在具备这一“基础事实”之后,就可以推导出“推定事实”——行为具有违法性与有责性。只有在异常情况出现时,亦即行为特别地具备正当化理由或是行为人特别地具备免责事由时,上述推定才会被推翻和打破。显然,“推定”这一逻辑操作,在犯罪构成的体系化建构中起着至关重要的作用:其一,它使得各要件被串联起来,成为一个具有紧密逻辑关系的整体;其二,它使得各要件在体系中的位置被精确固定。构成要件、本体要件是逻辑始项,而违法性、有责性与合法辩护事由则是逻辑终项,容不得任意变动与调换;其三,至关重要的,它使得各要件之间具有可推导性,从基础要件的具备可以合乎规律地推导出后续要件的具备;其四,它使得各要件的判断方式具有经济性。首起要件必须积极判断,但是,只要首起要件成立,体系内后续要件的具备便是附随的、伴生的,并不需要积极判断,而只需消极排查。

推定的价值还不止于此。进一步地,它更具有举证责任分配之功能。对于推定的此种举证分配机能,美国《模范证据法典》有恰到好处的阐发:“在审判事实者认定事实不存在较之存在具有更大的可能性之前,必须假定原推定事实存在。换言之,对于主张推定事实不存在的当事人,推定课予证明责任。”<sup>[26]</sup>具体到刑事诉讼领域,铃木茂嗣作了更为简洁明了的说明:“法律的规定包含‘若有事实 A 的证明,则存在事实 B’这种推定的场合。在这种场合,作为犯罪要件的事实 B 的证明责任就转换给被告,被告负有证明事实 B 不存在的证明责任。此乃传统的见解。如果被告没有积极的举证,裁判官就必须认定事实 B 的存在。”<sup>[27]</sup>特纳更是将推定所赋予被告的此种举证责任,称之为“必要的肯定性反证”。在他看来,“在某些情况下,为了当事人的利益,需要对罪行加以‘否定性证明’。……一旦控诉人提出的证据在一个有理智的人看来已足以对罪行做出肯定性的判定,那么,提出肯定性反证来对罪行做出否定性证明的责任就落到了被告人身上。因此,如果他不能提出这种证据,就会被认为不具有这种证据,相应地,就可以认为控告人的指控是能够成立的。”<sup>[28]</sup>从上述意义上讲,推定确实具有转移举证责任的功能。“推定的后果,往往是把推定对之有利的一方的证明责任转移到另一方。因此,可以把推定作为证明责任的一部分加以考虑。”<sup>[29]</sup>

推定之所以具有举证责任分配的功能,源于其与举证分配基本原理之间的内在勾连。推定实际上是经验法则在诉讼证明中的运用。也即,根据经验常识,当基础事实存在时,在

[26] 《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,卞建林译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 104 页。

[27] [日]西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,第 181 页。

[28] [英]W. 塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,王国庆、李启家等译,华夏出版社 1989 年版,第 508 页。

[29] Jack H. Friedenthal and Michael Singer, *The Law of Evidence*, the Foundation Press, Inc., 1985, p. 33.

绝大多数情况下,推定事实也同时存在。基础事实与推定事实之间,尽管不具有必然性联系,但却存在高概率的共生共存之关系。从盖然性角度考察,主张基础事实不能推出推定事实,乃是以异常瓦解通常,以例外否定原则,因而必须提供证据加以证立,此其一。其二,从证据距离、举证难易的角度观察,能够证明基础事实与推定事实之间不存在推定关系的例外证据,通常处于相对方的掌握之下,由主张常态的一方举证往往非常困难,甚至几近于不能。因此,无论是站在推进诉讼进程的立场,还是站在保障诉讼武器对等的立场,都应该让相对方承担举证责任。

不过,对推定的上述机能,也有学者予以质疑。其基本立场在于,应当区分“事实上的推定”与“法律上的推定”。前者是指基础事实与推定事实之间存在合理的或然率,根据经验法则,通过逻辑上的演绎得出结论;而后者则是基于法律的明确规定而被承认。区分的重要意义在于,两种推定的效果有很大区别:法律上的推定是一种强制性推定,只要确证了基础事实,就应当认定推定事实的存在,证明责任随之向被告一方移转;事实性推定则是任意性推定,基础事实得到确证后,法官也不一定就认定推定事实的存在。由此,事实性推定并不具有举证责任之转移功能。<sup>[30]</sup> 基于上述区分,该学者认为,从构成要件到违法性、有责性的推定,不过是一种基于经验法则的逻辑推论而已,在性质上属于事实性的推定,其根本不具有转移证明责任之效果。他进而指出,误以为构成要件对违法性及责任的推定具有证明责任之转移机能,乃是“学界目前关于德日犯罪论体系之程序特征的最大神话”。<sup>[31]</sup> 但是,在我看来,这种观点存在可议之处。事实性推定与法律推定的区分基准在于,是否被法律规范所明确规定,进而是否具有强制性。然而,值得指出的是,法律推定固然具有强制性特征,事实性推定却未必便是任意性的推定。任何推定,如果还能被称为“推定”,便必然具备某种程度的强制性特征。在具备“基础事实”之后,就应当推导出“推定事实”,可谓“推定”的固有要求。当然,并不是说,这一推论不能被反驳,而只是说,做出这一推论乃是经验法则的规律性要求。如果一种推定被法律所明确规定,这种推定便获得了某种规范性的效力,课予法官必须如此推导的法律义务;然而,即便这种推定没有法律的明确规定,它仍然具有经验法则或论理意义上的强制性,只是不具备规范性的强制力而已。就此而言,从构成要件到违法性乃至有责性的推定,尽管不具有规范性的效力,却绝非某种任意性的推定。在构成要件齐备的前提下,法官可以而且应当推定违法性、责任的存在,直至辩方提出犯罪阻却事由存在的相反证据。唯此,此种推定仍然具有转移证明责任的基本功能。

总之,推定可被看成是双重性力量的耦合:一方面,它必须被视为一种建设性的力量,正是凭借它,犯罪构成的各个要件被逻辑性地贯联在一起,犯罪构成才得以体系性地建构;另一方面,它更可被视为一种沟通性的力量。推定不仅构成了犯罪构成体系的逻辑脉络,而且更具有举证责任分配之功效,其成为了一种贯穿性的中介与桥梁。正是借助这一力量,实体裁判体系与举证分配体系之间的僵硬隔栅被彻底冲破,犯罪构成体系超越了实体裁判框架的固有形象,而兼具了举证责任分配的指导功能。

#### (四)具体问题的澄清

##### 1. “消极性构成要件要素”的举证责任

积极性构成要件要素与消极性构成要件要素相对应。前者乃构成要件系统中的肯定性

[30] 周长军:《犯罪论体系的程序向度:研究误区与理论反思》。

[31] 同上注。

要素、正面性要素,要充足构成要件,必须积极地去“具备”这些要素;消极性构成要件要素则是构成要件系统中的否定性要素、负面性要素,要该当构成要件,必须消极地去“排除”这些要素。<sup>[32]</sup>在体系上,消极性构成要件要素仍属于构成要件的一个部分。因此,此种要素的举证责任必须由控方来承担。以往,在这一问题的理解上,很多文献存在偏颇,认为其属于法律的例外、豁免之规定,应当由被告承担举证责任。<sup>[33]</sup>事实上,消极性构成要件要素确属例外规定,但是,它与违法阻却事由、责任阻却事由等例外规定却存在重大不同:其一,它是构成要件充足性判断中的必备要素。在构成要件充足性的判断中,除了积极性构成要件要素的“具备性”判断之外,消极性构成要件要素的“除去性”判断,也是一个不可或缺的部分。消极性构成要件要素属于构成要件的层次,而违法阻却事由、责任阻却事由则分别属于违法性、有责性的层次;其二,它是禁止规范生效的一般要件。消极性构成要件要素乃是“禁止规范的一般性限制”,是立法时经历了反复的价值衡量之后,设立的整体排除性规定。相反,违法阻却事由、责任阻却事由则并不构成对“禁止规范的一般限制”,它们需要在每一个特定情况下,仔细观察个案情况才能具体地、当下地确定。正是基于此点,不存在消极性构成要件要素,可谓是法规范发生效力的一般前提;其三,它是展开推定操作的基础性要件。只有消极性构成要件要素被消极排除,构成要件方可谓充足,基础事实方可谓存在,推定的操作方能得以展开。反之,如果没有进行消极性构成要件要素的“除去性”判断,构成要件该当性的判断就是残缺不全的,对违法性、有责性的推定也将失之千里。消极性构成要件要素的不具备是推定的“基础事实”之一,而违法阻却事由、责任阻却事由的不具备则是被推出的“推定事实”。

正是考虑到以上特质,消极性构成要件要素与违法阻却事由、责任阻却事由必须严格加以区分。前者属于构成要件的层次,由控方承担举证责任;后者属于违法性、有责性的层次,由辩方承担举证责任。

## 2. “违法指示要素”的举证责任

立法者在设计构成要件时,经常会使用诸如“非法”、“无故”、“违法”等表述。尤其是对于一些新兴的行政犯,这样的要素更是频繁出现。它们被称之为“违法指示要素”。问题是,“违法指示要素”到底是属于构成要件的层次,还是违法性的层次?对这些要素而言,谁有义务提出证据加以证明?这一点在理论上很少予以说明。

在我看来,对这一问题应区分情况加以处理。一种情形是,“违法指示要素”仅仅构成了对违法性判断的多余提示。此时,立法者之所以加上这些词语,“不过系法律规定文词上的语感而已,并非特殊强调违法性的意义”。<sup>[34]</sup>换言之,添加这些要素,不过是出于修辞的考虑。此时,尽管其属于违法性之阶层,但无需进行额外的判断。因为,根据构成要件的充足,就可以推定出行为具有违法性,根据违法阻却事由的成立,就可以推翻此种推定。在构成要件充足的证明中,便已经说明了行为的违法;在违法阻却事由的证明中,就一并论证了

[32] 参见拙作:《犯罪论结构的另一种叙事——消极性构成要件理论研究》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第13卷),中国政法大学出版社2003年版,第36页以下。

[33] 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198-199页;《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,卞建林译,第21页。

[34] 洪福增:《刑法理论之基础》,台湾刑事法杂志社1977年版,第236页;并参见[日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第300页。

行为的合法。因此,辩方不再需要特别地举证,来说明“违法指示要素”的缺乏。

另一种情形是,“非法”、“违法”等要素构成了抽象禁止条件的一个部分,只有在行为人不具备法律根据地行动时,某种“犯罪类型”才得以实现。此时,这些要素属于构成要件的范畴。例如,中国《刑法》第 284 条的规定:“非法使用窃听、窃照专用器材的……”此时,只有不具备法律根据的窃听、窃照行为,才是法律禁止的对象;而如果行为人的行为是有法律根据的,如警察在合法程序下的监听行为,便从一开始就不符合法律的禁止类型。在这些“违法指示要素”实质上应归属于构成要件的场合中,其举证责任由控方来承担。

### 3. “客观处罚条件”的举证责任

如上文所述,由于体系地位不明,究竟由谁对“客观处罚条件”承担举证责任,存在一定的争论空间。因为,将其归入构成要件层次,还是归入独立的第四层次,势必影响举证责任上的分配。

以我有限的阅读范围来看,将客观处罚条件归入构成要件来处理,属于主流倾向。绍尔(Sauer)、兰德(Land)、萨克斯(Sax)等学者都坚持这样的解释论,耶赛克(Jescheck)、魏根特(Weigend)、齐默(Zimmerl)等学者则有不同看法。<sup>[35]</sup>然而,有趣的是,尽管耶赛克等学者认为客观处罚条件不属于构成要件的范畴,但在这一条件的实际操作上,却赞成与构成要件做相同之处理。“应受处罚性的客观条件,享有确立关于构成要件要素这一法治国家的保障。刑罚法规的保障功能,刑事程序里严格的证明要求,以及,凡法院作出对被告人不利的判决,必须有 2/3 多数的法官投赞成票,同样适用于应受处罚性的客观条件。”<sup>[36]</sup>的确,即便认为客观处罚条件不属于构成要件的范畴,也不能否认它属于“应受处罚性”的基本条件。而从法治国的立场出发,“应受处罚性”的基础条件,涉及到启动刑事追诉的必要性与正当性,涉及到公民基本人权的保障,必须考虑由公诉方提供证据证明,且应当严格证明。

## 四 犯罪构成与举证顺序之确定

我们已经明了,犯罪构成体系对于举证分配而言,具有脉络性的指导意义。然而,这容易给人以某种印象:在静态的证明对象的范围内,何方承担举证责任可能是明确的。但在动态的诉讼过程中,举证责任具体如何履行、特别是按照什么样的顺序履行,却并不明确。这样的担心并非毫无道理。然而,在我看来,犯罪构成体系对举证责任的分配,不仅仅是静态地、平面地完成,而且更是动态地、过程性地展开:一方面,犯罪构成被刑法规范所凝固,先于具体案件的诉讼而存在。因而,可以认为,就该犯罪的各要件而言,一旦被刑法规范所规定,其举证责任之分配就已经在实体法中一次性、平面地完成;另一方面,犯罪构成虽然在刑法中被静态地规定,但其本身就是诉讼进程的总结,是整个定罪过程的抽象,而绝非仅仅是静止的纸面规定。作为刑事诉讼中整体性的指导概念,犯罪构成还将在程序中被不断展开与实现,因而其必须被作为某种开放的、运动的体系来加以看待。从这个意义上讲,犯罪构成对于举证责任的指导,就不仅是在实体法规范中静态地、平面地完成,而且更是在整个诉讼中动态地、过程性地推进与展开。这一点,可从构成体系对于举证履行顺序的限定中,非常

[35] 参见[德]耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》,第 668-669 页。

[36] 同上注,第 673 页。

清晰地看到。

犯罪构成体系的位阶划分,一方面可被看成是判断犯罪是否成立的思考路径,另一方面也可被看成是实际操作中定罪过程的抽象与总结。而从诉讼证明的角度看,它更可被视为是举证责任推进和转换的基本顺序与轨迹。申言之,刑事诉讼中举证责任的履行,是按照一定的顺序来安排的,控辩双方举证责任的履行不可能一哄而上、同时进行,而是必须在时间上有先后之分。也即,首先必须由控方承担举证责任,证明犯罪构成体系中的第一要件——构成要件的充足性。这一要件的充足,不但是行为在实体上具有刑法意义的表征,而且是程序上展开刑事追诉的前提。在控方对这一要件履行举证责任之前,辩方不承担任何举证责任。辩方可以对构成要件的充足予以反驳,但此种反驳仅属辩护权行使的范围,与提供证据责任无关。只有在控方履行了这一举证责任,并且法官对这一要件的成立得出暂时心证之后,控方的举证责任才得以卸下。此时,开始由辩方对违法阻却事由、责任阻却事由的存在,提供证据加以证明。如果辩方不对此加以举证,这些事由就可能会被法官所忽略,从而不能成为案件的争点。如此一来,法官就可能根据构成要件的充足,直接做出被告人有罪的判决。因而,被告人出于自己的利益,应当对这些事由加以举证,使其成为案件的争点,使之具有审理之必要,以此阻碍推定的径直完成。

不难发现,犯罪构成的位阶顺序,就是刑事举证责任的履行顺序。诉讼过程中,双方当事人提供证据责任的推进和转换,正是在这样的脉络上前行。控方举证责任的履行,在时间维度上永远先于辩方,因为构成要件的判断永远先于犯罪阻却事由的判断。不仅如此,更为重要的是,控方完成对构成要件的举证,乃是辩方承担举证责任的逻辑前提。在控方完成这一举证之前,辩方不存在任何举证责任;只有在控方完成了这一举证之后,才会对辩方产生某种压力,逼迫其对犯罪阻却事由进行举证。控方举证责任的卸下,乃是辩方履行举证责任的基本动因。由此看来,控辩双方举证责任的履行,不仅在时间上存在先后之分,在逻辑上亦存在因果之势。犯罪构成的位阶设计,决定了犯罪认定的思考步骤,规定了实体形成的大致进程,也便限定了诉讼证明的基本顺序。

## 五 犯罪构成与证明标准

按照英美法系之通常标准,控方对于犯罪本体要件的证明,虽然不需要达到所谓“绝对确定性”,但也必须“排除合理怀疑”。然而,对于被告人的证明尺度的要求,却没有对控方要求的那样高。通常认为,被告人对于合法辩护事由的证明,只需达到“盖然性占优势”之程度即可。<sup>[37]</sup> 根据摩根的解释,所谓证据之优势,“与证人之多寡或证据之数量无关,证据之优势乃在其使人信服之力量。(法官)有时建议陪审团,其心如秤,对双方当事人之证据分置于其左右之秤盘,并衡量何者具有较大之份量。”<sup>[38]</sup> 只要被告提出此优势证据,并使法官相信合法辩护事由之存在,较之优势证据的情况下,具有更大的可能性,做出肯定刑事辩护的裁决。<sup>[39]</sup>

[37] 例外情形可参见蔡秋明:《举证责任:——兼论刑事被告之地位及其举证义务》,载《台湾本土法学》2004年第2期。

[38] 转引自李浩:《民事举证责任研究》,第127页。

[39] Lord Templeman and Rosamund Reay, *Evidence*, Old Baily Press, 1999, pp. 90-91.

小野清一郎同样看到了此点。“应构成犯罪的事实即符合构成要件的事实,必须与构成法律上妨碍成立犯罪的理由的事实或者法律上加重或减轻、免除刑罚的理由的事实明确地区分开”,“关于犯罪事实,它的心证有必要达到最高度的确信,不得残留合理的疑点。在这个意义上,对犯罪事实的证明不能不是严格的证明”,而对于后两者,“它的证明没有必要非达到与犯罪事实相同的最高度的确信程度即‘没有合理的疑点’不可。它只要能被‘优势证据’所证明,就是说,与否定它的证据相比,肯定它的证据一方要占优势,就可以了。上述两个意义说明,它具有自由证明就足够了。”<sup>[40]</sup>

关于控辩双方证明标准的区别处理,已获得普遍共识。学界也将之作为证明标准层次性原理的一个部分加以承认。<sup>[41]</sup>然而,在我看来,与其说证明标准的区分,是基于证明主体不同所致,倒不如说是待证对象的分野所导致。诚然,控辩双方举证能力的悬殊是一个必须直面的现实,它也在一定程度上影响了证明标准的分化。但是,更为重要的因素却在于,证明对象在法价值上的重大不同。

在法价值的思考方向上,构成要件具有重要的“界限”意义。也即,行为是否充足构成要件,标志着行为是否进入刑法之规制领域。一个不能充足构成要件的行为,在刑法上根本不具有重要性,根本不触及刑法之领域;而一个具备构成要件的行为,则已经触动了刑法的神经,进入了刑法的视线。这正如杀死一只蚂蚁的行为,根本与刑法无关,而正当防卫的杀人行为则已经具有了刑法上的重要意义,尽管其由于例外的允许规范而阻却违法。正是基于构成要件的此种“界限”机能,使得刑法的规制有了明确的外在边界,刑事追诉的启动也有了正当性的底线。只要行为不符合构成要件,就绝不能受到国家刑罚的干预。于是,构成要件更具有了某种“自由保障”之重大价值。<sup>[42]</sup>它不但构成了刑法的边界,构成了刑事追诉的边界,而且构成了公民自由的边界。在这个意义上讲,要跨过这一边界,就必须具备充足的理由,就必须对构成要件的充足进行最为严格的证明。这不但是对公民自由权利的尊重,而且也是对国家权力的自我尊重。

如果说,构成要件的具备,是将行为“圈入”刑法之干涉领域,那么犯罪阻却事由的意义,则是将其中的某些行为“排除”出去。应当看到的是,在“圈入”与“排除”的标准上,不可能保持一致的逻辑要求:“圈入”要求的是高度的确定性,是特别的谨慎与严格,而“排除”则只需一定的可能性,是相对的宽容与放任;“圈入”要求排除一切合理怀疑,而“排除”则仅需确立一个合理怀疑。尽管如此,在不同证明要求的背后,实际上坚持的却是同一条价值底线,那就是对公民自由权利的敬畏,对国家刑罚权力的约束。

进一步地,在犯罪阻却事由的内部,违法阻却事由与责任阻却事由之间的区别,值得特别关注。尤为关键的是,此种区别可能会影响两者在证明标准上的高低,此点往往被学界所忽视。违法阻却事由与责任阻却事由,虽然同样具有阻却犯罪成立、排除刑事处罚的法律效果,但从法价值上考量,却绝不能等同:在阻却违法的场合,其行为并不具备实质的违法性。行为无害于社会甚至有利于社会,因而被法律秩序所认可;在阻却责任的场合,行为却具备实质的违法性。它侵害了刑法保护的重大法益,挑战着人类共同体的基本道义准则。只不

[40] [日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,第255页。

[41] 参见卞建林:《刑事证明理论》第261页。

[42] 参见[日]大塚仁:《刑法概说》,第116页。

过,因为行为人具有不可非难的主观因素,因而不能追究其刑事责任。整体而言,阻却违法的行为是被法秩序所认可的行为,是合法且正当的行为;而阻却责任的行为则仅仅是被法秩序所宽恕的行为,是违法且不当的行为。只需调动我们的常识储备,简单对比一下正当防卫的杀人行为与精神病人的杀人行为,就可以相当清晰地感知这种差别。正是基于此种法价值上的重大不同,我们应当对违法阻却事由和责任阻却事由的证明标准做出区别对待:违法阻却事由的证明中,辩方应承担程度较低的证明责任,而对责任阻却事由的证明,则应承担较高的证明责任。对后者的证明,必须比前者更为严格。事实上,正是基于上述法价值的差异,在美国某些州的刑事诉讼中,<sup>[43]</sup>对于辩方的证明责任形成了两种不同尺度:一种是辩方承担证明自己无罪的较大责任,即他必须提出证明自己无罪的优势证据,这适用于免责事由的举证;另一种则是被告承担证明自己无罪的较小责任,即辩护一方只需提出足以使陪审团怀疑控告理由的若干情况即可,这适用于正当化事由的举证。<sup>[44]</sup>

无论我们遭遇的案件事实多么繁复,在犯罪构成的解剖下,它们都将被统一“格式化”。从诉讼证明的角度看,循着犯罪构成的体系脉络,所有待证对象都将被“类型化”地归整为三种事实,并分别与构成要件、违法阻却事由、责任阻却事由相对应。这一“格式化”的过程,不能简单地被看成待证事项的分类过程,而是必须被视为某种实体法意义的赋予过程。在待证事实被归入特定体系位置的那一刹那,它也就获得了与相关要件“绑定”在一起的法价值。而正是此种体系内含的价值基础,决定了必须对待证对象做出证明标准上的不同要求。

## 六 结 语

刑事诉讼乃是一个“目的性”的展开过程,其核心目标乃在于“实体形成”。因而,刑事诉讼的过程必然要受到“犯罪构成”——这一最高实体形象的指导。此点尤为突出地表现在刑事诉讼证明之中:其一,刑事诉讼证明是在“适用刑法规范”的维度上探究事实,而并非追寻绝对意义上的“客观真实”。在这个意义上讲,犯罪构成的要件集合,决定了“实体形成”的基本轮廓,从而限定了待证对象的大体范围;其二,犯罪构成的体系结构,具有将待证对象“类型化”的功能。它使得待证对象在与各要件相对应的意义上,被分割为诸个集合。实体要件间的界限,同时构成了待证对象间的界限。这一界限是稳定、清晰和可辨识的;其三,待证对象的“类型化”,使得举证责任之分配具有了某种“可能”。而真正使此种“可能”转化为“现实”,使待证对象归属于特定主体的力量,则是内在于各构成要件之间的“推定”关系。它不但将各要件予以逻辑化的贯穿,由此犯罪构成得以体系化地型构,而且更具有举证责任分配之功效,与举证分配之基本原理气脉相通;其四,构成体系的位阶顺序,构成了举证责任的履行顺序。双方举证责任的转换与推进,正是在位阶体系的轨迹上前行。由此,控辩双方举证责任的履行,不但在时间上有先后之分,而且在逻辑上有因果之别;最后,在犯罪构成的体系脉络上,待证对象的“类型化”过程,就是法价值的“类型化”过程。基于实体法价值上的微妙差异,必须对待证对象的证明标准予以区别对待。

[43] 当然,在美国有些州的刑事诉讼上,并不强调辩护时证明责任尺度的区分,如伊利诺伊州。

[44] 参见储槐植:《美国刑法》,第89-90页。

总之,我始终以为,犯罪构成不能被简单地看成实体的裁判框架。在这一实体机能之外,体系结构的构建,很可能存在某种更深的谋划。犯罪构成绝非只是决定于犯罪现象的存在论结构,也并非只是服务于行为的实体评价目标,其更有程序意义上的复杂考量。今天,关于中国犯罪构成体系的争鸣日益激烈。然而,如果仅仅立足于“实体主义”的进路,以能否圆满完成实体评价任务为基点来展开谈论,将不可避免地陷入片面。中国四要件体系之问题,固然在于特定情况下实体判断之失调,不能得出合理之认定结论,其同样在于程序功能之匮乏,无法指导刑事诉讼之证明。后者尤其为学界所忽视。更应当看到,体系之所以存在程序功能之障碍,之所以无法完成诉讼证明之指导,乃根源于体系要件之平面拼凑,缺乏渐近之逻辑关联。各要件在判断顺序上,难分先后,一哄而上。既没有明确固定的逻辑始项,又缺少逐步推导的逻辑力量。体系层次性的缺乏,使得基础事实与推定事实无法清楚分离,推定机能被彻底丢弃。所有这些,可能正是中国犯罪构成体系的问题之源,也正是未来努力的根本路向。

---

---

[ **Abstract** ] The most important point in relation to constitution of a crime lies in the mechanism of substantive determination of a crime. However, if the significance of the constitution of a crime is only limited at substantive level, one may come to a kind of one-sidedness. As a matter of fact, constitution of a crime is regarded as an integrated guiding concept in the process of criminal proceedings. A complicated consideration of proceduralism exists behind the construction of its system. Taking systems established in Germany, Japan, Britain and America as the backdrop of the discussion, and emphasizing the link between constitution of a crime and proof of criminal proceedings as an entry point, this article offers a preliminary extension of procedural value of the system of constitution of a crime, and provides a critical approach to the improvement of the system of constitution of crime in China as well. The article notes that constitution of a crime serves as a conceptual framework to guide the proof of the criminal proceedings, not only because all essential elements of constitution of a crime determine the basic idea of “substantive form”, thus restricting a general scope of targets to be proofed; but also because the hierarchy of constitution of a crime provides the order of burden of proof, as shift and moving forward of burden of proof is precisely arranged on the basis of the system of hierarchy. Moreover, it is even more important that the systemic structure of constitution of a crime determines the limits of distribution of burden of formal proof and regulates the standards of proof. The basic issues in terms of proof of criminal proceedings should, in a sense, be traced back to the level of constitution of a crime. Only thus can we hit on a proper and reliable solution.

---

---

(责任编辑:王雪梅)