



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

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

dikaios 发表于: 2012-10-07 21:37 点击: 123

中国青年政治学院法律系 副教授

关键词: 法律要件分类说/证明责任/职权调查/犯罪构成

内容提要: 法律要件分类说是民事诉讼中证明责任分配的主流学说, 关于该说对刑事证明责任分配适用的可能性, 学界一致持基本否定的态度。这种否定态度是因为对证明责任基本概念存在诸多误解造成的。刑事和民事证明责任分配的基本方案, 均应建立在对各法律要件进行分类基础之上, 只不过各自对法律要件进行分类的具体方法存在重大差别。民事诉讼中以罗森贝格规范说的分类方法为典型代表, 而刑事诉讼中法律要件分类的结果则体现为犯罪构成体系。应当从法律要件分类的视角, 重新审视我国犯罪构成体系重构问题, 从而使刑事证明责任的分配有章可循。

一、问题之提出

法律要件分类说是欧陆各国民事诉讼中分配客观证明责任的主流学说。近年来, 通过学界对于罗森贝格、汉斯·普维庭、三月章等德日法学名家学说的引介, 以及2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的颁布施行, [1]该说逐渐为我国学者所熟识, 并且已经被有意识地运用于民事案件的裁决。但是, 在刑事法学界, 法律要件分类说迄今为止尚仅限于获得初步了解, 至于其对刑事证明责任分配之作用, 刑事法学者几乎一致持明确的否定态度, 其中以龙宗智教授的意见最具代表性。龙教授认为: “在刑事公诉案件中, 控诉与辩护方实际上并不平等, 因此法律规定被告人不负证明责任, 特殊情况除外。而在我国目前的刑事诉讼中, 普通被告人难以获得免费的法律帮助, 而且即使有律师辩护, 其辩护手段也受到较大限制, 加之公诉机关兼法律监督机关, 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……这种以法律要件分类为基础的分配原则, 忽略了控辩双方的不平等, 尤其是我国刑事诉讼中控辩不平等的现实, 用以作为我国刑事诉讼中证明责任的分配原则, 是不妥当的。” [2]

上述看法代表了目前我国刑事法学界对法律要件分类说的基本见解。但笔者以为, 此见解是建立在对证明责任以及证明责任分配基本概念的诸多误解之上的, 对法律要件进行分类并以此明确证明责任之分担, 不仅在民事诉讼中有其必要, 甚至在刑事诉讼中, 亦是证明责任分配的唯一可行方案。而我国学界以往由于未能体会个中真味, 不仅使得刑事证明几乎无章可循, 而且也极大制约了刑事实体法理论与实践的发展。因为证明责任在法学理论体系中始终居于连接实体法与程序法两大领域的特殊地位, 此一关键环节若无明确规则可循, 整个刑事法律体系的经络必定难以贯通。本文试图对法律要件分类说在刑事证明责任分配问题上的运用及意义作一探讨, 探讨将主要以对上述错误见解的批判为线索展开。

二、辩方承担证明责任不等于辩方举证

刑事法学界对法律要件分类说的上述见解, 其错误之一在于将辩方承担证明责任与辩方举证等量齐观, 其实这是完全不同的两个概念。诚然, 民事诉讼由于采用辩论主义的基本架构, 对某事实承担客观证明责任的一方当事人往往就该事实实际履行提供证据的义务, 但是至少在我国以及欧陆各职权主义国家的刑事诉讼中, 客观证明责任之承担与提供证据这二者往往发生分离。换言之, 在刑事诉讼中, 即使辩方需要就某事实承担客观证明责任, 也不意味着他必须就该事实实际提供证据。究其原因, 需要从两个方面加以解释。



（一）客观证明责任与主观证明责任之区别

证明责任这一概念在不同的语境下有不同的含义。简言之，一种意义上的证明责任是指，当作为证明对象的某一事实存在与否处于真伪不明的状态时，通过假定该事实存在或不存在来作出裁判，进而使一方当事人遭受的危险或不利益。[3]这种意义上的证明责任一般被称为客观证明责任或结果意义上的证明责任。另一种意义上的证明责任是指，当事人在具体的诉讼中，为了避免败诉的危险，而向法院提出证据，以证明自己的主张或反驳对方主张的一种责任。这种意义上的证明责任一般被称为主观证明责任或行为意义上的证明责任。也有学者直接用证明责任来指称客观证明责任，而将主观证明责任称为举证责任。

由上述概念可知，客观证明责任实质上是在双方当事人之间就某一待证事实预先所作的风险分配，即当该事实在法庭辩论终结之时依然处于真伪不明状态的情况下，应当由哪一方承担不利的诉讼后果，承担不利后果的一方便是该事实之证明责任承担者。对此，德国学者汉斯·普维庭指出，客观证明责任其实与证明无关，也与责任无关，它仅仅是一种法定的风险分配形式。[4]由此观之，客观证明责任这个概念无论是在民事诉讼还是在刑事诉讼中均同样适用。因为即使是在刑事诉讼中，“也可能会出现一个重要事实未被认定为真实的情况。因为这里的诉讼同样不能不作判决就终结，实体判决总是必须对被告人作出有罪判决或宣告无罪，所以，法官在此同样需要一个提示，提示他应当如何裁判。”[5]

举例言之，甲向法院提起刑事自诉，指控乙在其居住的小区门口张贴大字报，称甲与某女丙长期维持不正当两性关系，该大字报系对本人的污蔑，要求法院追究乙诽谤罪的刑事责任。在庭审过程中，乙承认该大字报为自己所写，惟其主张大字报上所写内容确有其事，根据《刑法》246条第1款规定，“捏造”事实者方构成诽谤罪，而自己所发布之信息并非捏造。在这种情况下，法庭便须就甲与丙是否存在不正当关系进行调查。但是如果法庭履行了一切可能的调查手段，该事实依然处于真伪不明状态时，法院应当如何判决呢？可以肯定的是，法院判决在逻辑上只有两种可能性，要么认定该事实为真，要么认定为假。若认定为真，则意味着自诉人甲对该事实承担证明责任，反之，则意味着由被告人乙承担证明责任。此处所讲的证明责任均为客观证明责任，究竟应当分配给哪一方当事人承担，应有明确的法律依据。

假设法律将系争诽谤事实之真伪的证明责任分配给被告人承担，此时，被告人便产生了举证的“现实需要”。如果被告人向法庭提供证人A之证言，证明甲与丙之间确实存在该种关系，此时，被告人即是在履行其主观证明责任。但是，对该事实之真伪实际承担主观证明责任者则未必仅为被告人一方——假若A的证言被法官采信，此时自诉人甲为避免指控失败，则往往会提供相反证据对A的证言进行反驳，而自诉人为反驳而提出证据（假设为证人B）之行为，也是在履行其主观证明责任。在证据法学理论上，前述A之证言被称为本证，B之证言则为反证。[6]可见，在某一待证事实之上，双方当事人中仅有一方对其承担客观证明责任，而主观证明责任则双方均可能承担，一为本证，一为反证，只是反证提出之责任以本证成立为必要。

总之，在法学理论上，提到证明责任“分配”时，特指客观证明责任之分配，因此，依法律要件分类说确立的证明责任分配方法自然也仅适用于客观证明责任，而主观证明责任则并不存在分配的问题，它随着法官在诉讼过程中对相应事实之真伪形成的“临时心证”，在双方当事人之间随时发生转换。换言之，客观证明责任之分配是一个法律预先加以确定的问题，法官原则上不得自由裁量；而主观证明责任之转换，则是在法官自由心证前提之下，在诉讼中时时产生的一种举证之现实需要，它“并非法的概念，只是一种现实状态”。[7]由于如汉斯·普维庭所言，客观证明责任实际上与“证明”和“责任”均无关，那么以被告人实际举证能力之不足为理由，反对将法律要件分类说这种分配客观证明责任的方法适用于刑事诉讼之观点，其说服力明显不足。

（二）举证与职权调查之运作

客观证明责任与主观证明责任存在重大区别的同时也彼此联系，学界一般认为，客观证明责任是主观证明责任产生的原因，双方当事人履行主观证明责任的目的，要么是为了避免自己最终承担客观证明责任，要么是试图让对方承担客观证明责任。因此，有学者指出，客观证明责任是主观证明责任在具体诉讼中的“投影”。[8]用汉斯·普维庭总结出的规律来说，至少在诉讼程序开始之时，客观证明责任和主观证明责任二者一定是相符的，[9]亦即，在诉讼开始之际，就某事实承担客观证明责任的一方当事人，也必须就该事实实际履行提供证据的主观证明责任。从这一点来看，就某一事实赋予一方当事人客观证明责任似乎也必然加重了其实际的提供证据的压力。

然而，上述规律对于民事诉讼是成立的，另外，在采行当事人主义的英美法系刑事诉讼中或许亦可勉强成立，但是在我国以及欧陆各国的职权主义刑事诉讼中则并非如此。

职权主义刑事诉讼奉行调查原则，证据之取得途径除了控辩双方向法庭提交之外，尚须依赖法庭的职权调查。在欧陆各国刑事诉讼法中均对法院职权调查义务设有明确规定，若应予调查之证据未予调查，则属严重的程序违法。因此，

即使法律将某些要件事实之客观证明责任分配给辩方承担，也仅仅意味着当上述一切可以采用的证据调查方法均用尽之后，若该事实依然真伪不明，则由辩方承担不利后果，而并非意味着辩方必须亲自践行举证行为。

揆度欧陆各国以及我国台湾地区刑事诉讼法不难发现，职权调查原则乃是其刑事审判程序历经多年演变过程中，始终勉励维系的一条底限，被视为实现刑事诉讼发现实体真实之根本目的之不可或缺之程序保障。[10]该原则是指，法院自行对犯罪事实加以调查，不受诉讼参与人之声请或陈述之拘束。[11]德国刑事诉讼法第155条第2项规定：“法院在此范围内（此乃指起诉书中所载之事项）有权利及义务独立行使调查权”，于244条第2项又规定：“法院为了调查真相，应依职权对所有对判决有重要性之事实或证据加以调查”。可见，职权调查对于法院而言，既是权力又是义务。在审判过程中，法院发动职权调查的方式主要有两种，一种是依当事人等之申请而发动，另一种则是由法院主动发动。[12]

在证据调查申请的裁决问题上，普遍遵循的一个基本原则是，对于当事人的申请，法庭原则上必须准许，只有在法律有明确规定的情况下，才可以依法驳回。即准许不需要理由，驳回则必须提供明确且合法的理由。而且需要指出的是，有关驳回申请之理由的规定，构成了欧陆各国法庭调查规则的重要组成部分。[13]

当事人申请并非法院发动职权调查的必要前提，即使当事人并未提出申请，当法院认为存在“对判决有重要性之事实或证据”时，亦应启动调查。

依照法律确定的上述标准，一旦出现应予调查之证据法院未予调查的情形，则属于判决当然违背法令，构成绝对上诉第三审之事由。[14]当然，究竟哪些事实与证据属于对判决“有重要性”者，即发动职权调查的实体性标准，历来是大陆法系刑事诉讼法学说和判例竞相阐释的焦点问题。[15]本文对此不欲展开论述，笔者所要指出的关键问题在于，正是因为刑事诉讼中法官承担职权调查的义务，使得被告人可以免于自行搜集提供证据的负累，即其主观证明责任之完成，可以依托法院的职权调查而实现。

我国现行刑事诉讼法尽管也规定法庭拥有职权调查之权力，但是始终未能将这一权力之行使在义务层面上加以明确，使得法官往往可以怠于行使该权力，而不承担任何后果。正是这一局面令诸多学者笃信赋予被告人在某些事实问题上以证明责任断不可行，盖其不具备实际举证之能力。但是，从上文论述可以看出，依据职权主义诉讼之基本原理，被告人在刑事诉讼中的证明责任原本可以通过申请法庭启动职权调查权来完成，而不必亲自举证；甚至当法庭认为必要时，即使被告人未提出申请，亦应当启动职权对某些有利于被告人的事实加以调查。换言之，上述矛盾之正解，并非从理论上一概否定被告人承担客观证明责任之可能性，而是应当通过相应规则，敦促法庭行使其职权调查权，以帮助被告人完成其主观证明责任。

（三）小结

总之，只有将客观证明责任之承担与实际履行举证行为二者区分开来，方可理解客观证明责任分配之真实含义。客观证明责任仅仅是在诉讼终结之时，证明对象仍然陷于真伪不明状态的情况下，法律所作出的一种风险分配方案。它与实际举证行为本无关系。而且我国刑事诉讼采用职权调查原则，即使被告人须就某些事实承担客观证明责任，其也无须亲自践行这一责任。因此，在考虑客观证明责任分配时，被告人之实际举证能力无须作为一项主要的考虑因素。

值得注意的一个现象是，目前我国法学理论上将有无罪推定原则意识形态化的倾向，似乎主张被告人就某一事实承担证明责任就是践踏其人权，就是强人所难地要求其提供证明自己无罪的证据。这实在是一个混淆证明责任之双重含义基础上产生的一个重大误解。而且这种误解看似对被告人有利，但实际上并未给被告人带来任何实质利益。因为这种被告人几乎不承担任何证明责任的理论设想，完全不具有可操作性。此类误解在日本法学发展史上亦曾出现过。在日本职权主义的旧刑事诉讼法时期，学界主流观点亦主张，刑事诉讼中全部证明责任都在检察官一方，不承认被告人的证明责任，也就是说，不承认在刑事诉讼中还存在证明责任的分配这回事。但是随着理论研究和法律实践的发展，这种看法早已经被抛弃了。这一认识的转变在很大程度上得益于日本犯罪构成理论研究方面的成果。日本学者小野清一郎在他那本被广为引用的名著《犯罪构成要件理论》一书中，针对上述论调明确指出：“如此不加分担，只以一方有举证责任，实在不过是没有什么实际效益的概念。”[16]

那么，如果在刑事诉讼中亦须对客观证明责任进行分配，其分配方案又当如何呢？在此，西方两大法系各自的犯罪构成理论恰恰起到了对法律要件进行分类，从而分配客观证明责任的功能，本文接下来的部分将对此展开论述。

三、刑事诉讼中法律要件分类方法有别于民事诉讼

（一）民事诉讼证明责任分配诸学说

先后出现过两类有关证明责任分配的学说，一为待证事实分类说，一为法律要件分类说。待证事实分类说以事实本身的性质和特征为标准作为分配证明责任的依据。该说认为，不论待证事实为哪一种法律上效果的要件事实，仅依其性质或内容，分配证明负担，而对于性质上不可能证明的事实不必举证。[17]最具代表性的一种对待证事实进行分类的方法是积极事实与消极事实之区分。该说认为，事实可以分为积极事实和消极事实，积极事实是指主张存在的事实，而消

积极事实是指主张不存在的事实。主张积极事实的一方当事人，应当就其主张的积极事实承担证明责任；而主张消极事实的一方当事人不承担证明责任，因为消极事实在本质上是无法证明的。

待证事实分类说存在非常明显的不足，主要表现在它的极端不稳定上。正如卡尔·拉伦茨指出：“在判决的事实部分出现之‘案件事实’，是作为陈述的案件事实。基于此目的，事件必须被陈述出来，并予以整理。”[18]然则由于语言的极端灵活性，对于同一事实的陈述方式常常有多种，而究竟应当将其归类为积极事实还是消极事实，有时就要看它是如何被陈述的，这显然无法达到证明责任分配的确定性需求。比如，原告主张甲是成年人，被告主张甲是未成年人，那么甲成年与否究竟应当是积极事实还是消极事实呢？设若法官判定原告主张为积极事实，要求其举证的话，那么是否原告只需将其主张变更为“甲不是未成年人”便可免于举证呢？待证事实分类说无法对此类问题给出令人满意的解答。

实际上，在待证事实分类说产生的年代，客观证明责任与主观证明责任的区分尚未被德国学界发现，当时主流学说依然是把证明责任视为一种单纯的提出证据的责任，即主观证明责任。待证事实分类说这种仅仅“着眼于应当举证的事实形态”[19]的粗糙学说，正是建立在这样一种同样粗糙的证明责任概念基础之上的。鉴于待证事实分类说之不足，证明责任分配的主流学说地位逐渐被法律要件分类说所取代。

法律要件分类说根据实体法规定的法律要件事实的不同类别为标准分担证明责任，着眼于事实在实体法上引起的不同效果。法律要件分类说当中又以德国学者罗森贝克的规范说最具划时代的意义。该说将民事实体法规范按对立关系分为两大类：一是权利发生规范，它是指能够发生一定权利的规范，它包含了对当事人有利的法律效果产生所需要的法律要件，[20]又称基本规范、请求权规范或主要规范。二是对立规范。对立规范又包括权利妨害规范、权利消灭规范和权利受制规范。规范说认为，主张权利存在的当事人应当对权利发生的法律要件存在的事实承担证明责任；否认权利存在的当事人应当对妨害权利的法律要件、权利消灭的法律要件以及权利限制的法律要件之存在的事实承担证明责任。总之，从总体上来讲，罗森贝克的规范说将所有的法律要件分为四个具体类型，即权利发生要件、权利妨害要件、权利消灭要件和权利限制要件。

法律要件分类说与待证事实分类说的最大不同在于，其着眼点不在于对事实本身进行分类，而是要对诉讼中一系列具体事实所对应的法律要件进行分类。此种方法较待证事实分类说至少具有两个方面的优势：第一，审判中可能遇到的具体事实无穷无尽，但法律要件作为一种高度抽象之后的产物则是有限的；第二，对某一具体事实，其陈述方法灵活多样，但是法律条文一旦通过之后，其对法律要件的陈述方式则是固定的。因此，相对于待证事实分类说而言，法律要件分类说在证明责任分配问题上所达到的确定性和可操作性大大增加。

（二）法律要件分类与法律要件分类方法

初看上去，罗森贝克倡导的法律要件分类说确实不可能适用于刑事证明责任分配问题。因为从其所达成的实际效果来看，在双方当事人之间基本维持了客观证明责任的平均分配，以至于有学者干脆用一种更为通俗的方式去解释法律要件分类说，认为该说的基本原理就是“如果某一要件能够给某一方当事人带来有利的法律效果，则这一方当事人就必须对该要件负举证责任。”[21]而这种在双方当事人之间平等分配证明责任的做法正是刑事诉讼所要尽力避免的，因为无罪推定原则要求对刑事被告人给予特殊保护。这样看来，我国学者普遍否认法律要件分类说在刑事诉讼中适用的可能性，似乎便顺理成章了。但是细究之下可以发现，上述推理在逻辑上是不成立的。

法律要件分类和法律要件分类的具体方法是两个不同的概念。罗森贝克规范说采用的四分法仅仅是对法律要件进行分类的诸多可能方法之一，而其本身不等于法律要件分类说。比如在法律要件分类说之中，曾经与罗森贝克规范说相互竞争的学说尚有基础事实说、最少限度事实说等，[22]只是相比之下，罗森贝克的分类方法能够在双方当事人之间实现举证负担的最大平衡，因此获得了通说地位。但是从逻辑上讲，对一系列法律要件进行种类划分的方法，则绝对不止罗森贝克这一种。笔者主张通过法律要件分类说的方法分配刑事证明责任，但绝不是主张直接用罗森贝克的分类方法来分配刑事证明责任，而是要另觅他法。

在法学上，由于一定的法律效果发生，而将法律上所必要的事实条件的总体，称之为“法律上的构成要件”，民法学者则往往把它称为“法律要件”。[23]罗森贝克的分类结果是将这些法律要件对应之事实的证明责任大致平均地分配给双方当事人。而基于无罪推定原则要求，刑事诉讼中所要探寻的则是一种可以将绝大部分法律要件事实之证明责任分配给控方承担的法律要件分类方法，但从本质上看，它依然是一种法律要件分类说。

其实，通过法律要件分类法分配客观证明责任在当代西方各国刑事法中早已经是一种获得普遍采用的方法，只不过在刑事法领域，它从未被冠以法律要件分类说之名而已。

在西方刑事法学中，对与犯罪有关的法律要件进行分类之后的最终结果，体现为各自的犯罪构成理论。众所周知，德日一脉的犯罪构成体系由三部分组成，即构成要件符合性、违法性、有责性。一般说来，这三个部分涵盖了与犯罪成立有关的全部法律要件，与这三部分有关的要件事实均为刑事诉讼中的实体性证明对象，其证明责任的分配原则亦是

上述三部分的划分为模板。具体说来，构成要件符合性部分的要件事实，由控方承担证明责任，换句话说，此类事实若最终处于真伪不明的状态，控方将承担不利后果，即对被告人宣告无罪。而对于违法性和有责性部分，则由被告方承担证明责任，即被告人必须证明违法阻却或责任阻却事由的存在。但是随着保障被告人权利思想的深入发展，各大陆法系国家在被告人证明责任问题上产生一定的变化，即倾向于减轻被告人的证明负担，将被告人最初承担的客观证明责任，转变为“争点形成责任。”详言之，被告人在审判过程中，只需将违法阻却或责任阻却事由的存在证明到足以形成一个“争点”的程度，而一旦被告人完成此种责任，控方则要以排除合理怀疑的程度证明该事由不存在，否则即应对被告人作出无罪判决。但无论在具体问题上如何变化，其所依赖的法律要件分类基础则未发生改变。

总之，罗森贝克的四分法与刑法中的犯罪构成体系，在证明责任分配问题上采用的都是一种法律要件分类说的思维方式，只不过前者是专为解决民事证明责任分配而提出的学说，而犯罪构成理论除解决刑事证明责任问题之外，还具有实体法上的重要功能。我国传统的四要件犯罪构成理论近年来受到强有力的挑战，但亦有相当部分的学者为传统理论进行辩护，认为我国犯罪构成体系无需重构，其最主要的一项理由便是我国犯罪构成体系涵盖的构成要件要素与西方各国不存在太大差别。[24]但在笔者这样一名诉讼法学者看来，我国的犯罪构成与西方各国相比，一个最重要也是迫使其不得不作出改变的关键区别点是，我国现行犯罪构成体系无法承担分配客观证明责任之功能。

其实，不同的犯罪构成体系就是对各构成要件要素进行分类的结果。对事物进行分类的方法有很多种可能，关键看采取怎样的分类标准，而标准如何选择，要由分类人所欲达到的目的而定，或者说要由此种分类方法将要发挥的功能而定。所谓重构犯罪构成体系，其实就是在保持原有要素基本不变的基础上，重新对各个要素进行分类。传统的四要件说本身也可被视为一种对构成要件进行的分类方法，但是此种分类方法很难发挥犯罪构成在指导诉讼证明方面的功能，有必要选取一种更有助于发挥此项功能的分类标准。在我国，犯罪构成体系的重构，已经不仅仅是一个实体法问题了，它同时也是一个程序法和证据法的问题。本文之所以重新审视法律要件分类说对于刑事证明责任分配之价值，主要目的之一便是试图揭示重构我国犯罪构成体系所具有的这一重大程序意义。

四、“综合考量说”之不足

即使西方犯罪构成体系具有分配客观证明责任之功能，但单纯以此为理由主张重构我国犯罪构成体系，并以这种法律要件分类之方法分配刑事证明责任，似乎说服力尚嫌不足。因为假如我们能够探索一种从本质上无须对法律要件进行分类，即可行之有效地分配刑事证明责任之方法的话，即使不对传统犯罪构成体系加以重构，至少在刑事证明责任问题上，也不致产生龃龉。但是当我们对实体法和程序法之关系有了更深层次了解之后，便会发现，在法律要件分类说之外另寻客观证明责任的分配方案，几乎是不可能的。

以龙宗智教授为代表的主流看法主张以所谓“综合考量说”作为刑事证明责任分配的主要方案。该说认为，无论是待证事实分类说还是法律要件分类说都属于事实分类的证明责任学说，而综合考量的证明责任分配学说则是与上述两种事实分类说不同的另外一种全新模式。[25]龙教授在其著作中援引麦考密克的论述来说明综合考量说之内涵，即“简而言之，不存在调整证明责任分配的关键原则。证明责任的分配（最初的或最终的）取决于对一个或多个因素的衡量，这些因素包括：（1）由请求变更现状的当事人承担证明责任的自然倾向；（2）特别的政策因素，如不利于抗辩的因素；（3）方便；（4）公平；（5）裁判上对盖然性的估计”。[26]龙宗智教授认为，上述综合考量的证明责任分配说“更适合于刑事诉讼尤其是中国的刑事诉讼”。[27]但笔者认为，这种理解是完全错误的，理由如次。

第一，至少在成文法系国家，理论通说一致认为，客观证明责任分配是一个应当由法律预先明确规定的问题，它不会因具体诉讼的不同而有所不同，也不因双方当事人的协议而改变。[28]它是由法律事先明确规定出来的，即法律所规定的各项作为证明对象的事实都应当伴随有一个证明责任的承担者，当该事实在诉讼中处于真伪不明状态时，便由对其承担证明责任的一方当事人承担由此产生的不利后果。而且在诉讼过程中，客观证明责任不会随着诉讼的进程在双方当事人之间发生相互转换，它始终由一方当事人承担。这种法律的预先规定即法律对客观证明责任的分配。原则上，关于证明责任之分配，排除法官自由裁量权适用的可能性。

之所以强调客观证明责任分配的法定性，是因为该问题实在太过事关重大，同样的一款法条，即使一字不改，而仅就其中某一要件的客观证明责任做一调整的话，整个法条的适用结果便很可能大相径庭。因此，若在客观证明责任分配问题上赋予法官自由裁量权，几乎无异于赋予其篡改立法的权力。这在立法权与司法权严格区分的法律传统之下，显然是无法容忍的。正如罗森贝克所指出：“证明责任的有规律的和始终如一的分配，是法安全性的先决条件。”[29]

上述证明责任分配的综合考量说，尽管在英美法系特有的判例法传统之下有其合理性，但是在以立法为中心的成文法系国家则是不可想象的。该说所要综合考量的各种因素，如方便、公平、盖然性等，对于成文法系国家来讲，均属典型的立法考量基准，而原则上不允许在司法过程中予以考量。即使在例外情况下的确需要“综合考量”，那么在一个稳

定、规范的法律体系下，也主要是指最高法院在具有典型代表性的案件中进行“综合考量”，以进行所谓法律之“续造”；[30]而普通的审判法院在日常审判工作中，则必须有确定的证明责任分配规范为依据。

第二，即使在英美法系，所谓综合考量说也仅仅是其民事诉讼证明责任的分配方法，而在刑事诉讼中，法官在客观证明责任分配问题上的自由裁量权亦相当有限，更多地仍然是诉诸犯罪构成理论加以确定。上述龙宗智教授著作中所引麦考密克对综合考量说的论述，联系其上下文来看，显然是针对民事诉讼展开的。由于英美法系的私法一直没有形成自罗马法发展而来的学说汇纂体系，自然难以产生这种建立在精确的概念法学体系之上的法律要件分类说，因此在民事诉讼中采取司法为主的综合考量说分配证明责任也是可以理解的。但是刑事诉讼事关被告人基本权利之维系，显然不能满足于综合考量说这种含糊、不确定的方案，而是采取与大陆法系同样的方法，通过其稳定的犯罪构成体系这种法律要件分类之结果来分配客观证明责任，只不过其具体的分类方法与大陆法系存在明显差别。

众所周知，英美刑法采取的是由犯罪本体要件和责任充足要件两部分构成的双层犯罪构成模式，其中犯罪本体要件相当于大陆法系的构成要件符合性，责任充足要件类似于违法性和有责性。责任充足要件是以排除合法辩护的形式来充实刑事责任的条件，这些条件是经过长期司法实践，并在此基础上加以理性总结，最终上升为实体法的总则性规范，是判例法传统的产物。[31]

在这样一种双层犯罪构成理论之下，美国正当程序条款要求控方排除合理怀疑地证明犯罪的每一个构成要件，即犯罪本体要件；而被告人原则上需要对一系列合法抗辩（即责任充足要件不存在）承担客观证明责任（在英美法中被称为说服责任）。[32]这显然是一种循着法律要件分类说的思路来分配证明责任的方法。

第三，需要承认的一点是，在许多实际案件中，适用综合考量说与适用法律要件分类说的处理结果似乎是相同的，但这并不能成为综合考量说得以成立的理由。因为综合考量说从本质上看，难以形成一个逻辑严密的理论体系，实际相当于没有学说，这导致其在法律适用过程中解释力非常薄弱，确定性无法保障。而且在笔者看来，无论学者如何绞尽脑汁，也永远不可能将所谓综合考量说打造成一种具备充分解释力的学说，因为该学说从一开始便是一种先天不足的学说，盖其建立在混淆客观证明责任与主观证明责任的基础之上。这一点从龙宗智教授的著作中对该说的进一步阐述中可以很明显地发现。

比如龙教授举例指出，“如果某国家工作人员，采用虚报冒领的方式占有了较大数额的国家财产，但追究其责任时他辩称虚报冒领出来的钱都用于办公事时请客送礼，然而，对其所称的财产用途并无任何根据。这种情况下，应当明确由被告承担证明虚报冒领出来的财产并非个人据为己有的责任，这就是使合法利益受到威胁的当事人应当承担相应的解除这一威胁的责任。”龙教授认为之所以如此处理，是进行“综合考量”的结果，此种情况下，当事人的行为使合法利益受到侵害或者面临现实危险，又有证明条件，则应当承担证明责任，否则会造成明显的不公平。[33]

但是笔者以为，这个例子所反映的根本就不是客观证明责任“如何分配”的问题，而是主观证明责任“何时转换”的问题。如前所述，客观证明责任是指要件事实真伪不明时的一种风险负担，所谓要件事实，是与法律构成要件直接相关的事实，客观证明责任的分配即是针对此类事实而设定的。根据《刑法》382条之规定，国家工作人员以本条所列各种手段“非法占有”公共财物者，是贪污罪。其中，“非法占有”自然属于贪污罪的构成要件之一，本案中控辩双方争执的焦点恰恰就在于“非法占有”这一要件事实是否成立。以法律要件分类说的立场观之，在法无明文规定的情况下，与犯罪构成要件相关的事实均应由控方承担客观证明责任，换言之，当此类事实真伪不明时，应由控方承担不利后果，绝无辩方承担之理。

但是，笔者也并非认为在上例所指的情形下，控方若非进一步举证反驳被告人的辩护理由，便须承担败诉的不利后果。因为，当控方提供证据证明被告人采用虚报、冒领等方式占有公共财产之后，其对该要件的证明责任就已经完成了，根据一般生活经验，法官完全可以推定采用虚报冒领等方式占有公共财产者，已将该财产据为己有，换言之，在出现相反证据之前，“非法占有”这一要件事实已经脱离了真伪不明的状态。因此，此时被告人之所以应当就其辩护理由提供证据，并非是因为其就该要件事实承担客观证明责任，而是因为当控方就该事实完成其证明责任之后，辩方应承担转换到他头上的主观证明责任，即提供反证的责任。这与客观证明责任的分配完全是两回事。

从以上分析可以看出，适用法律要件分类说与适用所谓“综合考量说”的最终结果在这个案件中尽管是一致的，但是二者的法律推理过程则大相径庭，“综合考量说”几乎完全谈不上有任何推理的成分，而仅仅是诉诸普遍的“公正感”。

第四，为什么“综合考量说”注定无法形成一种有解释力的理论体系？笔者以为最本质的原因在于它完全脱离了审判的语境，审判是一个综合适用实体法和程序法的制度空间，任何学说之提出，都应当考虑到这一特质。小野清一郎指出：“搞清楚具体案件的真相，也就是在讲实体的真实主义。但这不仅是在探究社会生活的事实，也是在适用刑罚法令的角度上探究事实。因此，就要受到刑罚法规尤其是其构成要件的指导，这是必须的。将构成要件的观念形象放在心

上, 在这个指导下去探究事实, 在这个意义上, 我才建议把犯罪构成要件当成整个诉讼的指导思想。”[34]换言之, 现代刑法在一系列构成要件支撑之下, 已经形成了一套抽象的理论体系, 特别是德日一脉的刑法体系已经近似于汇纂法学体系下的私法的法律要件理论。[35]因此, 包括证明责任分配在内的任何重要的裁判理论, 都不得不遵循一种“法规出发型”的思维模式加以建构, 否则就很可能是一种“无法无天”的理论。

英美法系由于判例法传统的影响, 使得其法律适用过程带有比较强的“事实出发型”色彩, 所谓“综合考量说”在英美法系得以产生自有其理由。但是如前所述, 该说在英美法系也是更多地适用于民事诉讼证明责任分配。对于刑事诉讼而言, 由于罪刑法定的要求, 法律构成要件的思维模式也起着非常重要的作用, 从而导致其刑事证明责任分配很自然地诉诸犯罪构成体系, 这一法律要件分类的结果来寻求解决。

总之, “综合考量说”无论从哪一个角度来讲, 都不足以成为分配刑事证明责任的基础性学说。要寻找刑事证明责任分配方案, 就不得不去实体法设定的一系列法律要件中寻求答案。

五、结 论

如前所述, 客观证明责任之分配是一个应当由法律预先明确规定的问题, 原则上不得交由法官在个案中予以自由裁量。规范客观证明责任分配之规则在理论上被称为证明责任法。那么, 法律要件分类说作为一种分配客观证明责任的理论学说, 与证明责任法之间的关系为何, 则有必要做一阐释。

欧陆证明责任理论发展过程中曾经就证明责任规范在法律体系中的地位问题产生过激烈争论, 目前形成的通说认为, 客观证明责任在性质上应当是一个实体法问题。因为客观证明责任的核心“不是对当事人诉讼活动的压力, 而是指示法官, 在重要的事实主张没有得到证明的情况下, 如何决定其判决的内容, 该问题在任何一个将抽象的法规规范适用于具体的案件事实的程序中均要求得到回答, 不仅是在言辞辩论原则范围内要求回答。”因此, 证明责任规范属于规定诉讼中“法官判决的内容的那些法律规范”, [36]自然应当属于实体法的范畴。

目前欧陆各国普遍通过实体法条文的形式构造来发挥证明责任分配之功能, 这一点也是罗森贝格学说所极力主张的。就民事法而言, 一般认为, 法条本文部分和原则性规定属于权利根据规定, 但书部分和例外规定则属于权利障碍规定。[37]但另一方面, 目前各国实体法条文结构之所以做如此安排, 在很大程度上又是根据证明责任分配之学说——尤其是法律要件分类说——而进行不断调整的结果。正如日本学者三月章指出, 从西方法律发展历程来看, “法案的结构自罗马法以来都是建立在有关的举证责任分配原则的学术成果上的。”[38]而在我国, 现行法律制定之时, 理论上对于诸如客观证明责任、法律要件分类说等概念尚不知其为何物, 自然也就无法想象在实体法的条文结构中展现证明责任分配的意图。正因如此, 目前不少学者呼吁“立足于法律要件分类说整饬我们的实体法也是一件刻不容缓的任务。”[39]

上述学说与立法之间的关系在刑事法领域依然成立。在刑典中, 同样不可能期待立法者于分则规定的每一项罪名之后, 附带规定该罪中各项法律要件之证明责任分配方案, 其方法依然不外是通过法律条文结构的有意安排, 供裁判者从中识别证明责任分配规则。

如前所述, 犯罪构成体系在刑事审判中发挥着法律要件分类说的作用。站在法律要件分类说的角度, 刑事诉讼证明责任分配方案主要可以概括为两个方面。[40]

第一, 证明责任分配之一般原则, 即构成要件符合性方面的事实, 由控方承担客观证明责任, 若与犯罪构成要件有关的任何一项事实最终落入真伪不明状态时, 均应作对被告人有利的认定, 即由控方承担不利后果。对于事关违法性与有责性的事实, 原则上由被告人承担证明责任, 即若违法阻却或责任阻却事由是否存在出现真伪不明时, 由被告人承担不利后果。之所以作出上述安排, 是因为根据犯罪构成理论的一般原理, 构成要件符合性对于违法性和有责性之成立具有“推定”的作用。

第二, 由于诸如证据偏在、当事人举证能力之悬殊、不同事实证明之难易有别等多种因素, 若在所有案件中无一例外地贯彻上述一般原则, 则很容易在一些特殊案件中导致不合理的结果出现, 这也是“综合考量说”之所以获得支持的依据。但是在法律要件分类说的理论框架之下, 对于此类问题则须作为一般原则的例外, 以证明责任倒置的方式加以解决。证明责任倒置与“综合考量说”存在本质不同。从性质上讲, “倒置”也是一种客观证明责任的分配方式, 只不过它是以不同于上述一般原则的方式分配客观证明责任。因此, 如果无法明确证明责任分配的一般原则, 也就无所谓证明责任的倒置。既然是对客观证明责任的分配方式, 那么, 证明责任倒置自然也必须以法律明确规定为依据, 而绝非如“综合考量说”所主张的个案裁量方式。

上述两点证明责任分配的基本模式, 若要在刑法中落实为真正可供识别的证明责任法, 其具体方法与民事证明责任并无二致, 即通过法律条文的结构予以展现。但是, 由于我国目前四要件的犯罪构成体系并不具备分配客观证明责任之功能, 法律要件分类说在刑事法领域也一直遭到排斥, 因此, 现行刑法的条文表述方式也未能体现立法者在证明责任分配上的意图, 导致我国司法实践中刑事证明责任之分配毫无章法可言。在文章最后, 笔者试图通过本文第二部分尚未给

出答案的诽谤案例子以阐述之。

《刑法》246条第1款规定：“……捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”该款使用“捏造”一词，显然意味着只有散布无中生有、凭空制造的虚假事实方才构成本罪，如果行为人散布的是有损他人名誉的真实事实，则不构成诽谤罪。〔41〕换言之，所散布之信息为虚假属于诽谤罪的构成要件之一。具体到诉讼层面上，与该要件对应的要件事实则为，杨某所写大字报上的内容真实与否。对于这样一个属于构成要件范围内的事实，依上文所提原则，自然应当由控方承担客观证明责任，若甲与丙之间是否存在所争议之事实最终真伪不明时，应当由甲承担指控不能成立的不利后果。

但是此种处理结果恐怕与绝大多数人的公正感会产生冲突，因为在此种情况下，要求被告证明该事实存在，要比由自诉人证明该事实不存在更为合理，即该事实真实与否的客观证明责任分配给被告人承担更为合理。但是从246条第1款中无法找到如此处理的法律依据，于是在司法实践中，这样一个原本应当由法律规定的证明责任倒置情形，便只有借助于模糊的“综合考量说”加以解决，以求实质公正之实现。如果我们比照一下其他立法例，则很容易发现与我国刑法之不同。台湾地区“刑法”第310条第1款规定：“意图散布于众，而指摘或传述足以毁损他人名誉之事者，为诽谤罪”；该条第3款又进一步指出：“对于所诽谤之事，能证明其为真实者，不罚。”显然，根据该法，散布信息的虚假性在一般情况下，亦应属于构成要件事实，原本应当由控方承担客观证明责任，但是由于该条第3款显然属于一项证明责任倒置的安排，因此当该事实真伪不明时，判决被告人承担不利后果，在合法性上便不会产生疑问。

总之，将法律要件分类说的精神贯彻于我国刑事证明责任分配，需要解决的主要问题有两个方面。第一，重构我国犯罪构成体系，以此建立证明责任分配的一般原则；第二，当基于一系列实质因素考虑，需要在某些案件中对个别要件作出证明责任倒置之安排时，则通过刑法分则条文的特殊结构设置予以明确。惟此，方可彻底扭转我国当前在刑事证明责任分配问题上的混乱局面。而且上述两点对于我国刑事实体法的理论研究以及立法实践亦必将起到巨大的推动作用。

注释：

〔1〕该规定第5条、第6条已经带有鲜明的法律要件分类说之特征。

〔2〕龙宗智：《证据法的理念、制度与方法》，法律出版社2008年版，第260页。

〔3〕参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第420页。

〔4〕参见〔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，第26-27页。

〔5〕〔德〕莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第29-30页。

〔6〕本证是指负有证明责任的一方当事人所提出的证据材料，反证是指当事人为推翻对方的主张，以证据证明相反事实存在的证据材料，二者划分的标准即客观证明责任的分配。参见常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社2002年版，第187页。

〔7〕〔日〕三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版公司1997年版，第444页。

〔8〕陈刚：《证明责任法研究》，中国人民大学出版社2000年版，第47页。

〔9〕同注〔4〕，第14-15页。

〔10〕参见林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），中国人民大学出版社2005年版，第52页。

〔11〕〔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114页。

〔12〕同注〔10〕，第53-54页。

〔13〕其具体内容可参见吴祚丞、许辰舟：《刑事证据法理论体系与实务之研究》，（台湾）“司法院”2003年版，第45-64页。

〔14〕同注〔10〕，第59页。

〔15〕相关中文文献可见于林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），中国人民大学出版社2005年版，第54-59页；〔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414-427页；林山田：《刑事诉讼法改革对案》，元照出版公司2000年版，第111-182页。

〔16〕〔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244页。

〔17〕陈界融：《证据法：证明负担原理与法则研究》，中国人民大学出版社2004年版，第65页。

〔18〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第160页。

〔19〕同注〔7〕。

〔20〕同注〔7〕，第446页。

〔21〕〔日〕谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社2002年版，第294-295页。

[22]同注[17]，第69-71页。

[23]同注[16]，第5页。

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

[25]同注[2]，第259页。

[26][美]约翰·W·斯特龙：《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社2003年版，第652页。

[27]同注[2]，第260页。

[28]参见霍海红：《证明责任配置裁量权之反思》，载《法学研究》2010年第1期。

[29]同注[5]，第68页。

[30]同注[28]。

[31]参见储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社2005年版，第36页。

[32]参见[美]约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社2009年版，第67-69页。

[33]同注[2]，第261页。

[34]同注[16]，第206-207页。

[35]参见[日]中村宗雄、中村英郎：《诉讼法学方法论》，陈刚、段文波译，中国法制出版社2009年版，第47页。

[36]同注[5]，第83-84页。

[37]参见许可：《民事裁判方法：要件事实引论》，法律出版社2009年版，第66页。

[38]同注[7]，第445页。

[39]同注[37]，第84页。

[40]在此需要指出的是，作为一篇着重于方法论的论文，本文主题仅仅在于揭示犯罪构成体系作为一种法律要件分类的结果，对于解决刑事证明责任分配问题所具有的功能，至于它在发挥此项功能的过程中所遇到的一系列具体的证明规则问题，显然无法展开深入探讨，而需要另外撰文研究。

[41]张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第716页。

【主要参考文献】

1. 龙宗智：《证据法的理念、制度与方法》，法律出版社2008年版。

2. [日]高桥宏志：《民事诉讼法制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版。3. [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。

4. [德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版。

5. [日]三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版公司1997年版。

6. 陈刚：《证明责任法研究》，中国人民大学出版社2000年版。

7. [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。

8. 陈界融：《证据法：证明负担原理与法则研究》，中国人民大学出版社2004年版。

9. [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版。

10. 霍海红：《证明责任配置裁量权之反思》，载《法学研究》2010年第1期。

出处：《法学家》2010年第6期

转载于：民商法律网