

存疑有利于被告原则及司法适用

龙宗智^{*}

内容提要 存疑有利于被告原则有深厚的中外法史渊源及比较法上的根据,体现无罪推定,彰显司法人权保障,是证明责任及证明标准规范的应有之义,在我国现行法中有充分依据。适用该原则应秉持无罪推定理念,同时维系打击犯罪与保障人权的平衡。该原则的适用以穷尽取证手段为前提,事实存疑是指证明未达到证据确实、充分程度,控诉性事实因存在合理怀疑而应作出有利被告的认定,疑案除“疑罪从无”等基本处理方式外,在限制条件下可适用协商性司法方式。辩护性事实即使因证明不足而存疑点,但只要达到优势证明标准,亦应适用有利被告原则予以认定。就存在利益冲突的“对合性犯罪”、“多个致害行为一个危害后果但具体因果关系不清的案件”,以及某些程序法事实等,亦可有条件地适用有利被告原则。该原则的适用存在例外情形,包括“纯正例外”与“非纯正例外”。为指导司法操作,对司法实践中有争议问题应作出更为明确的司法解释及判例指导,同时该原则应被确认为我国刑事诉讼法及刑事证据法的基本原则。

关键词 存疑有利于被告 事实存疑 有利被告 无罪推定 司法适用

目 次

- 一、存疑有利于被告原则概述
- 二、中国法中的存疑有利于被告原则及适用分歧
- 三、适用存疑有利于被告原则的思想观念、前提与方法
- 四、辩护性事实如何适用存疑有利于被告原则
- 五、存疑有利于被告原则的具体适用及例外情形
- 六、结语

^{*} 四川大学法学院教授。

存疑有利于被告,在证据法意义上,是指对证据事实有怀疑时,应当作出有利于被告的评价。存疑有利于被告原则(以下或简称“有利被告原则”),在司法实践中又称“疑罪从无”“罪疑从轻”或“就低不就高”等,在学术著作及翻译中亦称“罪疑唯轻原则”。该原则为我国刑事诉讼法及司法解释相关规范所确认,在司法实践中普遍应用。在刑事证据判断中,该原则作为证据不足及有疑问时作出司法认定的基本指导思想,体现了无罪推定及司法人权保障的精神,可谓刑事证据制度最重要的原则。然而,长期以来,理论界对其重视不够、研究不足,尤其是对该原则的实际运用缺乏深入研究,^①司法实践中理解不一、操作各异,妨碍了该原则的正确适用。本文拟从证据法角度对该原则的法理及司法适用作一探讨,重点研究实践中争议较大的问题,以发展相关学理,并为司法实践的认识统一与操作改善提供参考。

一、存疑有利于被告原则概述

(一) 历史渊源与比较法概况

1. 罗马法渊源

存疑有利于被告思想公认源自于罗马法。^②罗马法在疑案处理方面,权衡利益关系,发展出一系列法律原则:如“in dubio pro reo”,即存疑有利于被告;“In dubio, pars mitior est sequenda”,指疑案从轻处理;“in dubio pro dote, libertate, innocentia, possessore, debilitore, respondendum est.”,含义为存疑则有利于遗孀、自由人、无辜者、占有人、债务人和被告人等。又如“In dubiis, benigniora laxaeferenda sunt”,即在疑案中,应采用较合宜的见解和较公允的解释;“In dubiis, magis dignum est accipendum”,在疑案中,应采纳或接受更有价值的观点;“in dubio, haec legis construction quam verba ostendunt”,在疑案中,应采用词语明示的意义;等等。^③

作为有利被告原则拉丁文载体的“in dubio pro reo”,其原义是证据存疑时应当作出有利被告的选择。但是,无论是在罗马刑事法还是在作为其承继者的大陆法系刑事法中,作为一种理念的有利被告论,实际已超越了“in dubio pro reo”的原始含义而在刑事实体法和程序法中得到了贯彻。甚至可以认为,在大陆法系刑事法中,有利被告实际上是作为主宰刑事法的重要理念而存在的。同时,有利被告的理念对英美程序法与实体法相

① 学界有大量文著研究“无罪推定”原则,却较少研究“有利被告”原则及其司法适用问题,就“中国知网”检索情况来看,仅邢馨宇对该原则作了较深入、系统的研究,但其研究并未聚焦于证据法,而是将有利被告作为刑事实体法与程序法的重要理念来展开叙述和分析。参见邢馨宇:《有利被告的中国历史话语》,载《现代法学》2009年第3期;邢馨宇:《有利被告的定位》,载《法学》2012年第2期。

② 参见何诗扬:《有利被告原则的历史重考与当代应用释疑》,载《政法论坛》2011年第4期,第87页。但就该法律思想在罗马法刑法及继受的刑事诉讼法上的适用,尚存争议,其后历史沿革下的适用亦有争议。参见〔德〕克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第126页。

③ 参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003版,第687页。

关法律制度的发展也有重要影响。^④

存疑有利于被告的法理,已在近现代刑事证据制度中普遍适用。各国的共同点是承认无罪推定原则,即“任何受到刑事指控的人应该享有无罪推定的权利直至依据法律证明其有罪”(联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款)。在此原则之下,必然确认存疑有利于被告法理,因为后者为前者的“题中应有之义”。但各国设置和应用该法理的制度路径有所不同。通过比较研究及类型化处理,可大致区分为美、英等国与德、日等国两种类型。

2. 美、英等国类型

美国、英国、法国、意大利等国的法律制度,以及联合国与其他国际组织确立的国际刑事司法准则,皆承认无罪推定原则,并以此涵摄存疑有利于被告的法律精神,同时,以证明责任与证明标准规范及法理支持该原则适用。美国证据法大家塞耶指出,无罪推定强调的是被告人必须被证据证明,才能认定有罪。随后的威格摩尔和麦考密克也主张无罪推定仅为一项证明规则。这被认为是20世纪英美法系对无罪推定的主流观点。^⑤

在法国,1789年《人权宣言》宣示了无罪推定,1958年10月的宪法序言中重申了《人权宣言》的各项原则。1950年签署的《欧洲人权公约》第6条第2项规定了无罪推定原则:“任何受指控犯罪的人,在未依法确定其有罪之前,推定其无罪。”法国于1974年5月批准了这一公约并予以公布。如法国学者所称:“这一推定应当使受其利益的人免负举证责任。它所产生的结果首先是,犯罪嫌疑人或者受到追诉的人无需举证证明其无罪;举证证明其有罪的责任落在提出追诉的一方当事人。……如果由民事当事人或检察机关收集的证据不足以使审判法官产生‘内心确信’(自由心证, conviction intime),以及如果存在疑问,那么,轻罪被告人或重罪被告人应当得到免于起诉或宣告无罪之处理。所以,我们说‘疑问有利于被告人’(Le doute profite à l'accuse, in dubio pro reo)。”^⑥

3. 德、日等国类型

德国、日本等国家,在承认无罪推定的同时,确认“存疑有利于被告”法理,前者位阶更高,被认为是刑事诉讼基本原则,后者则被认为是指导司法操作的刑事证据法原则。德国托马斯·魏根特教授称:“无罪推定原则在德国法律体系中所享有的崇高地位与其在其他法律体系中所享有的地位并无二致。作为德国最高司法权威的联邦宪法法院在其1987年的判决中宣称:‘无罪推定是法治国原则(建立在法治基础上的一种状态)的一个特征因而享有宪法规范的等级。’”^⑦克劳思·罗科信教授指出:“罪疑唯轻原则是很重要的刑事诉讼法上的证据原则,亦即在有疑问时,应做有利于被告之决定(in dubio

④ 参见邢馨宇:《有利被告的大陆法系话语》,载《中国刑事法杂志》2012年第1期,第3-13页;邢馨宇:《有利被告的英美法系话语》,载《中国刑事法杂志》2013年第7期,第113-127页。

⑤ 参见孙倩:《无罪推定的外国法渊源与演进》,载《环球法律评论》2014年第4期,第49页。

⑥ [法]卡斯东·斯特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版,第34-35页。

⑦ [德]托马斯·魏根特:《德国刑事程序法原理》,江溯等译,中国法制出版社2021年版,第107页。

pro reo)。此原则并无法条明文规定,然其乃间接地经由责任原则(Schuldgrundsatz)及刑事诉讼法第261条(内心确信)推衍出来的;因为法院要在确信被告的罪责之后,才能形成一判决,此时任何一项对罪责要件的怀疑均必定阻碍该刑事判决。《欧洲人权公约》第6条第2项也涵盖了罪疑唯轻原则。”^⑧

日本承认《世界人权宣言》第11条及《公民权利与政治权利国际公约》第14条第3款所规定的无罪推定原则。日本《宪法》第31条被认为系无罪推定原则的实定法根据,《刑事诉讼法》第336条系疑罪从无原则的体现。^⑨学者认为无罪推定中所包含的“存疑有利于被告”思想,是刑事证据法的基本原则。^⑩日本最高法院判例称,存疑时有利于被告人是刑事审判的铁则。^⑪

(二)与无罪推定原则关系的进一步探讨

存疑有利于被告原则与无罪推定原则联系紧密,二者指向一致,但含义与功用有别。无罪推定原则作为国际刑事司法基本准则,且在不少国家属于具有宪法规范意义的法律原则,其位阶高于有利被告原则但又对其难以替代。在以上所作比较法概况分析的基础上,需要进一步探讨两项原则的关系。

其一,二者互为渊源。源于罗马法的存疑有利于被告的法律思想,是较为晚近产生的无罪推定原则的思想渊源之一。但在另一方面,由于无罪推定是现代各国普遍确认的刑事诉讼基本原则,具有广泛指导意义,并被主要的国际人权保障文件和刑事司法文件所确认,成为公认的国际刑事司法准则,而存疑有利于被告原则作为司法实践中疑案处理的操作理念和方法,又可能成为其下位原则,并从无罪推定原则获得理念支撑及存在根据。因此可以说二者互为渊源——存疑有利于被告是无罪推定的历史渊源,而在近现代法中,无罪推定又成为存疑有利于被告的法理渊源和依据。

其二,无罪推定包含存疑有利于被告观念,且有更高的位阶和更丰富的内涵。“从一开始,无罪推定就被定位为一个基于但又超越证据法内涵的人权原则,被赋予了类似美国‘正当法律程序’条款的功能。”^⑫无罪推定的核心理念,是任何人未被证实且被法院判决有罪之前,都应被推定为无罪。在此理念之下,必然要求控诉方承担证实犯罪达到证明标准的责任,同时赋予被告人不自证其罪的权利,还要求给予犯罪嫌疑人、被告人人道待遇,包括限制强制措施适用。存疑有利于被告亦要求在控方未能按证据标准证实犯罪时,推定被告人无罪。因此,在证明责任及法律后果这一核心要旨上,两项原则可相互替代。但无罪推定作为基本诉讼原则,所包含的诉讼待遇等要求则不属于存疑有利于被告原则的内容。

其三,存疑有利于被告作为操作性证据原则,部分内容超越无罪推定的内涵外延。

⑧ 前注②,克劳思·罗科信书,第125页。

⑨ 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》(第7版),张凌译,法律出版社2019年,第447页。

⑩ 白井滋夫『証拠』(立花書房,1992年)24頁参照。

⑪ 参见前注⑨,田口守一书,第446页。

⑫ 孙长永、闫召华:《无罪推定的法律效果比较研究——一种历时分析》,载《现代法学》2010年第4期,第132页。

一是无罪推定仅回答有罪无罪的问题,而存疑有利于被告同时回答罪轻罪重的问题。可见,“罪疑从轻”超越无罪推定。二是对于辩护性事实情节如何认定,也属于有利被告原则的适用范围,这也是无罪推定未包含的。亦即“功疑惟重”的处置原则超越无罪推定。此外,将有利被告原则作为实体法及程序法原则适用时,从中开出的“一事不再理”(“禁止双重危险”)等制度法理,亦是无罪推定所难以涵盖的。

(三) 法理基础

存疑有利于被告原则,是刑事司法中人权保护思想的集中体现。其主要法理基础是“宁纵勿枉”的法律思想,即宁愿放过一个坏人,也不冤枉一个好人——“与其杀不辜,宁失不经”。亦如有学者称:“在刑事审判中,事实认定者必须对被告人采取一种‘保护性态度’:在对某人作出不利认定时,要比作出有利认定时秉持更多的谨慎。这种不对称以下述价值判断为基础:给无辜者定罪的错误比宣告有罪者无辜的错误更大。”^⑬因此,“事实认定者必须将拇指放在正义天平的被告方”^⑭。

对于有利被告的法理根据,日本学者木谷明从正义论角度作了较为全面的解释。其一,惩罚无辜和放纵罪犯均为非正义,但惩罚无辜的同时放纵了罪犯,是“双重的非正义”;其二,惩罚无辜的非正义,必须由受处罚的被告人一人承担,而放纵罪犯的非正义则分散到整个社会,因此每个人的损失应该会减轻很多,这类似于一种保险机制;其三,已经发生的犯罪的结果已无法挽回,处罚无辜则意味着国家参与了新的非正义的行为,所以无论如何都应避免。综上,不得不承认,不罚无辜优先于有罪必罚,这里包含刑事司法的绝对价值。^⑮

存疑有利于被告原则,也是维系刑事诉讼构造平衡、实现当事人对等的需要。如日本学者认为,有怀疑时要从有利于被告人方面考虑,体现保障人权的精神,这在日本当事人主义诉讼结构下具有特殊意义。因为司法警察和检察官处于强有力的当事人地位,双方当事人对等原则是刑事诉讼的最高理念,因此在认定事实有怀疑时,应当作出有利于被告人的解释。^⑯而在职权主义诉讼条件下,由于国家相对于被告方处于更加强有力的地位,因此,在事实查证出现疑点时,更应实行有利被告的评价,以适度平衡控辩关系。

上述法理,均可作为存疑有利于被告原则的正当性依据。尤其是诉讼结构相对平衡的理论,对于解释我国刑事诉讼中存疑有利于被告原则的正当性与必要性的作用显著。我国现行刑事诉讼构造将“公、检、法”作为分别执掌刑事诉讼程序阶段的国家机关,且实行彼此相互制约及相互配合的制度,不实行强制侦查的司法控制,“以审判为中心”的诉讼构造尚待建立,控辩不平衡因此更为突出,在此种态势下,坚持和强调存疑有利于

^⑬ [新加坡]何福来:《证据法哲学——在探求真相的过程中实现正义》,樊传明、曹佳、张保生等译,中国人民大学出版社2021年版,第314页。

^⑭ Barbara · D. Underwood, *The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases*, Yale Law Journal, Vol.86:1299, p.1306.

^⑮ 木谷明『刑事事実認定の基本問題[第3版]』(成文堂,2015年)4-7頁参照。

^⑯ 参见王以真主编:《外国刑事诉讼法学参考资料》,北京大学出版社1995年版,第379页。

被告原则,对于适当平衡控辩关系、保障案件质量具有特别重要的意义。

除上述具体法理根据外,我国刑事诉讼中的存疑有利于被告原则根本上源于《宪法》第33条中“国家尊重和保障人权”的规定,是人权保障原则在刑事司法中的具体体现。同时,也是“以事实为根据,以法律为准绳”的客观原则与法治原则的必然要求。

二、中国法中的存疑有利于被告原则及适用分歧

从比较法上论,存疑有利于被告原则既涉及事实认定,也涉及法律适用,后者争议较大。^{①⑦}而该原则适用于证据事实的认定,在国内外均无争议,只是在适用范围与适用方法上有不同看法。本文仅论证据法意义上的有利被告原则,不涉及法律适用存疑问题。

(一) 我国法律中“存疑有利于被告原则”的来源

如果说“无罪推定”系西方法律原则,“存疑有利于被告”则并非舶来品,我国传统法律文化与长期司法实践蕴含、体现了该原则。

其一,该原则与中国法律传统中的人道主义思想联系紧密。“存疑有利于被告”可谓人类法律文明的共同观念。中华文明在很早时候就发育出保护罪案当事人的司法思想。《尚书》中有名言:“与其杀不辜,宁失不经。”宋人蔡沈对其含义和缘由作了一番解释:“辜,罪。经,常也。谓法可以杀,可以无杀。杀之,则恐陷于非辜;不杀之,恐失于轻纵。二者皆非圣人至公至平之意。而杀不辜,尤圣人之所不忍也。故与其杀之而还彼之生,宁姑全之而自受失刑之责。”^{①⑧}此外,《尚书·大禹谟》中还有进一步的表达:“罪疑惟轻,功疑惟重。与其杀不辜,宁失不经。”但通说认为《尚书·大禹谟》是晋朝人伪作,不过作者总结了前人的思想,作出了清晰完整的表达,对后世影响很大。

不过,认识中国古代有利被告的司法理念时应注意,由于古代缺乏明确区分事实与规范、证据法与实体法的法律技术,罪疑之“疑”具有一定的模糊性,虽然主要为“事疑”,但有时也指“法疑”,而不限于证据事实上产生的疑问。^{①⑨}而且,中国古代的“罪疑惟轻”不意味着“疑罪从无”,后者虽有思想倡导,亦有制度规范,但在实践中适用较少,而更多地体现于“罪疑收赎”及降等处罚的制度。^{②⑩}《尚书·吕刑》记载:“五刑之疑有赦,五罚之疑有赦,其审克之。”其意被释为:“刑疑赦从罚,罚疑赦从免,其当清察,能得其理。”^{②⑪}但即使如此,古代“罪疑惟轻”司法理念对后世的积极影响,应是不争之事实。

其二,该原则是中国现代司法实践中人道主义思想的体现。无论是南京政府时期的司法,还是中国共产党领导的根据地、解放区,均实行证据裁判原则,要求控诉方承担证

^{①⑦} 参见张明楷:《“存疑时有利于被告”原则的适用界限》,载《吉林大学社会科学学报》2002年第1期,第54-63页;邱兴隆:《有利被告论探究——以实体刑法为视角》,载《中国法学》2004年第6期,第146-154页。

^{①⑧} 【宋】蔡沈:《书集传·虞书》,南宋淳祐十年金华吕遇龙上饶郡学刻本,第24页。

^{①⑨} 参见孙倩:《论中国古代的罪疑惟轻》,载《法制与社会发展》2017年第2期,第26-31页。

^{②⑩} 参见蒋铁初:《中国古代的罪疑惟轻》,载《法学研究》2010年第2期,第199-200页。

^{②⑪} 沈家本:《历代刑法考》,邓经元、骈宇騫点校,中华书局1985年版,第523页。

明责任,要求刑事诉讼证明达到法定标准,否则不能对被告人定罪并处以刑罚。新中国成立后的刑事司法政策与实践,亦坚持证据裁判,并以“就低不就高”“疑罪从无”或“罪疑从轻”的思想指导刑事诉讼的事实认定。

其三,无罪推定原则的引入发挥了积极影响。改革开放后,在学习借鉴西方法律思想及法律制度的过程中,无罪推定原则对我国刑事法学界及实务界有较大影响。1996年修改刑事诉讼法时明确规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”该规定被认为是吸收了无罪推定原则的基本精神,刑事诉讼法学界与实务界普遍认为“无罪推定”应在我国刑事诉讼中完整确立。^②最高人民法院在相关司法文件中也已提出实行“无罪推定原则”。^③我国司法机关平反余祥林、聂树斌、呼格吉勒图、赵作海等一系列冤假错案的实践,也充分体现了疑罪从无、无罪推定的精神。

(二) 法律规范根据

存疑有利于被告原则在我国刑事诉讼法中主要通过举证责任和证明标准法律规范,以及不起诉和无罪判决法律规范予以体现,在相关司法文件中亦有明确规定,可以说该原则的法律规范根据十分充分。

一是关于举证责任和证明标准的法律规范。《刑事诉讼法》第51条规定举证责任,“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”;第55条规定了证明标准,“证据确实、充分,应当符合以下条件:(一)定罪量刑的事实都有证据证明;(二)据以定案的证据均经法定程序查证属实;(三)综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑”。此外,《刑事诉讼法》第162、176条等对侦查终结和提起公诉的证据标准也作了明确规定。举证责任包括责任主体举证达到证明标准的行为责任,以及承担相应法律后果的结果责任,因此,存疑时作出有利于被告人的认定,显然是举证责任和证明标准规范的题中应有之义。

二是关于不起诉与无罪判决的法律规范。《刑事诉讼法》第175条第4款规定:“对于二次补充侦查的案件,人民检察院仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,应当作出不起诉的决定。”第200条第3项规定:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”此外,第236条第3项,第253条第1、2项分别对二审及审判监督程序中的裁判也作出了类似规定。这些规定是举证责任与证明标准规范的延伸,是指控未能达到证明标准所致法律后果的规定,也是疑罪从无、存疑有利于被告的明确体现。

三是相关司法文件对存疑有利于被告原则的规定。2017年《最高人民法院关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》第30条规定:“定罪证据不足的案件,不能认定被告人有罪,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。定罪

^② 参见陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2019年版,第123-125页。

^③ 最高人民法院于2005年10月发布的《人民法院“二五”改革纲要》提出:“改革刑事证据制度,进一步贯彻落实保障人权和无罪推定原则。”

证据确实、充分,量刑证据存疑的,应当作出有利于被告人的认定。”^{②④}这一规定重申了刑事诉讼法疑罪从无的精神,并进一步明确了对具备定罪条件的案件,在量刑情节上存疑时的认定原则,即“罪疑从轻”。而且,从法解释学上分析,量刑情节既包括不利于被告的情节,也包括有利于被告的情节,对这两方面的存疑,根据该文件均应作出对被告有利的认定。

(三) 适用中存在的分歧意见

虽然无罪推定尚未被确立为我国刑事诉讼法基本原则,但含有“疑罪从无”“罪疑从轻”的存疑有利于被告原则,既有法律和司法解释根据,又被长期的司法实践普遍接受,我国刑事诉讼法显然体现了存疑有利于被告的精神。

适用存疑有利于被告原则,迄今无争议的是对指控犯罪事实的“疑罪从无”及构成犯罪的情况下的“罪疑从轻”,包括有罪无罪存疑时应认定无罪;重罪事实存疑,则对重罪事实不予认定而认定有证据支持的较轻犯罪事实;多起犯罪中部分犯罪事实存疑,则对该部分事实不予认定;从重情节存疑,则对该情节不予认定;涉案数额存疑,则采取就低不就高的方式认定;等等。

然而,对该原则的内涵及其适用,仍在一系列问题上未取得一致,呈现出观点的明显分歧。一个突出分歧是,如何理解以及在实践中如何把握案件事实“存疑”。另一突出分歧是,该原则能否适用以及如何适用于对被告有利的事实情节,如杀人案被告供称,案件起因是被害人主动挑衅,但认定这一情节的证据不充分,此时能否适用存疑有利于被告原则确认这一情节。此外,在其他一些情形也有较大分歧。例如,利益冲突的对合犯罪能否适用及如何适用该原则;多因一果案件具体因果关系不明能否适用该原则;该原则能否适用于程序性证据事实;适用存疑有利于被告原则是否应当有例外情形;等等。这些问题都需作探析。

三、适用存疑有利于被告原则的思想观念、前提与方法

正确适用存疑有利于被告原则,首先需要树立正确的司法观念、准确把握该原则的内涵、掌握其适用的基本方法。

(一) 存疑有利于被告原则适用的思想观念

在司法观念上,要坚决摒弃有罪推定的传统观念,牢固树立无罪推定的现代司法观念。其次,要注意打击犯罪与保障人权的平衡。存疑有利于被告,并非凡有疑点均应作出对被告有利的解释和处理,而应注意区分是法律适用之疑还是证据事实之疑,是合理怀疑还是一般疑点,乃至吹毛求疵等。要注意该原则的适用是有条件、有限度的,且不排除

^{②④} 《中央政法委关于切实防止冤假错案的规定》第7条、《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第6条、《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》第2条以及《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第52条均作了同样内容的规定。

除在有规范根据的特定情况下不适用该原则。总体而言,在无罪推定司法观念的指导下,坚持打击犯罪与保障人权的平衡,是适用该原则的基本指导思想,也是本文分析论证所贯穿的一条主线。

（二）存疑有利于被告原则的适用前提

该原则的适用前提是取证不能,即案件取证已经穷尽手段,仍然“存疑”,因此依“两害相权取其轻”的权衡原则作出处理。在程序意义上,该原则适用于将被或已被刑事指控的被告人。如果处于侦查取证阶段,则应当穷尽侦查取证手段,查清犯罪事实,才能适用该原则进行处理。而且,即使到了审查起诉及审判阶段,如有可能补充侦查或依职权调查证据进一步查清事实,亦不适用该原则。但需注意,作为适用前提的“穷尽取证手段”需要受到程序正当性的约束并受法律规制。

（三）案件事实“存疑”的具体把握

理解与适用该原则的关键是正确认定案件事实“存疑”。一般理解,存疑,即对定罪量刑的基本事实存在怀疑,以致事实真伪不明,而解释“存疑”又有不同的路径和方法。

第一种是概率论方法。一种典型的概率解释是,将事实存疑的状态解释为该事实的有无存在 50% 对 50% 的可能性(概率)。唐律解释“罪疑”时称:“疑,谓虚实之证等,是非之理均”,即概率“均等”,表达了这种存疑状态。

第二种是心证方法,即对相关事实的存在,判定者存在“合理的怀疑”。木谷明教授指出:“根据存疑有利于被告的原则,只要有合理的怀疑,被告就会被判无罪。”他同时指出合理怀疑的某种不确定性:“到底有多少嫌疑才算有合理的怀疑呢?并不明确。因此,把重心放在维持社会秩序的法官,为了不让真凶逃脱,会尽量缩小‘合理怀疑’的范围;而重视无辜不罚的法官,则会适当扩展‘合理怀疑’的范围。这种立场上的差异,不仅体现在合理怀疑与否的最终判断上,也体现在对个别具体事实(间接事实)的认定上,即所谓‘强势的认定’与‘弱势的认定’。”^⑤

第三种方法与第二种方法接近,但主要不是以内心的怀疑为依据,而是以相对客观化的证明标准衡量,事实“存疑”是指未达到法定证明标准。根据立法,我国刑事案件的证明标准是“案件事实清楚,证据确实、充分”,要求对所认定事实已排除合理怀疑。《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》(以下简称《刑事诉讼法解释》)第 72 条第 2 款规定:“认定被告人有罪和对被告人从重处罚,适用证据确实、充分的证明标准。”指控事实如果未达到上述证明标准,应属事实“存疑”。

对于上述解释方法,笔者认为,第一,概率论的方法虽然似乎科学准确,但总体上不太契合诉讼证明的自由心证特质,即存在艾伦教授所论之“数字化障碍”等应用障碍,^⑥除某些电子数据客观性审查等特殊情况下,证据标准上某种量化的数值在通常情况下仅

^⑤ 木谷明『刑事裁判の心——事実認定適正化の方策』(法律文化社,2005年)はしがき VI 頁。

^⑥ 参见[美]罗纳德·J. 艾伦、迈克尔·S. 帕尔多:《相对似真性及其批评》,熊晓彪、郑凯心译,张保生校,载《证据科学》2020年第4期,第439-442页。

能表达一种大致的信念。而以概率均等作为存疑标准则不可用,因为对于指控事实,只要未达到“事实清楚,证据确实、充分”的证明标准(刑事证据法学理上还有“高度盖然性”或“极大的可能性”的表述),即应认为事实“存疑”,不必要要求达致50%的事实否定之可能性。

第二,心证的方法,即对案件事实存在“合理怀疑”,直接准确地表达了事实“存疑”,这也是域外学者常用的解释方法,但此种表达不够全面——虽可适用于一般的情况,即对于有罪事实及从重处罚的指控性,存在合理怀疑就不能认定该事实;但是对于辩护性事实,如立功、自首、正当防卫等事实的认定,如存在合理怀疑仍予认定,则容易引起歧义,也难以被司法实践所接受。

第三,更为全面、准确的表达应当是,作为存疑有利于被告原则适用前提的事实“存疑”,是指案件事实证明未达到案件事实清楚,证据确实、充分的证明标准。这是一个总体性的要求,但分别对指控性事实和辩护性事实,则有不同的界定:对前者是指证明未达到证明标准,存在合理怀疑,由此作出有利被告的处置;而对后者,则是指证明未达到指控事实的证明标准,因证据不充分以致事实不够清楚而存在“疑点”,但已经达到“优势证据”标准,仍应适用有利被告原则。

(四) 如何适用利益归于被告的原则

在事实存疑的情况下,将利益归于被告有三种基本方式:一是“疑罪从无”,即犯罪构成要件事实存疑,实行无罪推定、疑罪从无;二是“罪疑从轻”,即在构成犯罪的犯罪事实无疑的情况下,重罪事实及从重量刑情节事实存疑,则认定较轻的犯罪或选择较轻的量刑情节(包括次数、数额等)处罚;三是“功疑惟重”,即有利被告的事实在证明上虽尚存疑点,但已经达到优势证据的标准,则应当作出对被告有利的认定和处理。

除以上三种基本处置方式外,还应确认一种新的处置方式,即以协商性司法(或称“合作式司法”)方式处理部分疑罪。从法理上看,“疑罪从无”当然是正确的。在罪与非罪事实存疑的案件中,如果按照有罪处理,即使是量刑上打折,仍然可能冤枉无辜之人,并且可能加剧公权力的滥用。然而,在我国现实条件下,如果对疑罪一律按照无罪处理,可能难以被社会普遍接受,实践中也难以做到。对此我们可以借鉴法治发达国家的经验。众所周知,在英美法中,辩诉交易盛行,大量证据不足的案件通过辩诉交易解决。大陆法传统上遵循“实体真实”和“责任主义”的刑事司法理念,强调“真实符合论”,但随着有组织犯罪、经济犯罪、公害犯罪的增加,德国从20世纪70年代末80年代初产生了“认罪协商”的做法,经多年争议后,2009年修改立法时被正式确认为法律制度。在认罪协商案件中,“真实符合论”事实上被弱化,而“真实合意论”取得了优势地位,尽管德国宪法法院仍然强调法官的真实发现义务,实践中法官已经无法普遍做到。意大利、法国等传统大陆法系国家均在不同程度上确立了类似于辩诉交易的制度,反映了“实体真实”理念的松动。由此影响建立在“真实符合论”基础上的“疑罪从无”。因为在犯罪已经明显组织化、商业化、智能化的时代,“真实符合论”已经越来越难以得到坚守,相反,在一定范围内以“真实合意论”为基础实行“协商性司法”,既实现了“妥协的正

义”,保障了司法的根本公正(fundamental fairness),也有利于保护公共利益和被害人的合法权益。^{②7}

因此,在我国犯罪结构已经进入轻罪化的新的历史时期,贯彻适用存疑有利于被告原则及“疑罪从无”规则,应当有新思维和新规则。在坚持存疑有利于被告的三种基本处置方式的同时,要培育协商性司法新思维,积极运用认罪认罚从宽制度,允许对认罪认罚的轻罪案件,即可能判处三年以下有期徒刑,以简易程序或速裁程序审理的案件,只要司法人员对定罪事实能够建立心证,即“排除合理怀疑”,即使证据的充分性、印证性方面存在某些不足,在辩诉协商及被告人真诚认罪认罚的前提下,仍可以定罪判罚。^{②8}不过,为保障案件质量,对目前我国认罪认罚程序运行中存在的控辩不平衡、“以审判中心”未有效贯彻等问题应当协同解决。随着人权保障水平和程序正当性的不断提升,之后亦可探索对重罪中的疑罪以协商性司法方式处理的路径。

四、辩护性事实如何适用存疑有利于被告原则

辩护性事实适用存疑有利于被告原则,是实践中争议较大的问题。这一问题包含三项有争议的内容:首先是能否适用;其次是如果可适用,适用标准如何设定;最后是适用范围如何界定。

(一) 辩护性事实能否适用存疑有利于被告原则

在司法实践中,有观点认为,存疑有利于被告并不是普遍适用的原则,该原则只适用于对被告人不利的事实,不适用于对被告人有利的事实。“如果对有利于被告人的事实,适用‘存疑有利于被告’原则,那么,在逻辑上则是把有利于被告人的存疑事实推定为存在,这违背了证明的基本规则。”^{②9}

笔者认为,对有利被告的事实,即辩护性事实,存疑时一律适用有利被告原则将其推定为存在是不适当的。因为如前所述,事实“存疑”是未达法定证明标准,但其中包含不同的盖然性等级。如果辩护性事实疑义重大,该事实成立的客观可能性较小,就不应当适用有利被告原则。否则,从证明原理看,将证据支撑性低、存在可能性小的案件事实推定为存在,确实有违证明的基本规则,同时破坏了打击犯罪与保障人权的平衡。亦如此理,对于辩护性事实的存在与不存在的可能性均等的情形,也不应适用有利被告原则。然而,如果事实虽然尚存某种疑问,如证据印证不充分,因此未达到“事实清楚”的证明程度,但其存在较之不存在具有“较大可能性”,那么,就应具备适用存疑有利于被告原则的条件。

辩护性事实可适用该原则的理据如下:首先,从法理上分析,这是存疑有利于被告

^{②7} 参见孙长永:《“存疑有利被告人”原则的实践现状》,载《上海法治报》2023年10月28日,第B6版。

^{②8} 参见龙宗智:《认罪认罚案件如何实现“以审判为中心”》,载《中国应用法学》2022年第8期,第18-19页。

^{②9} 刘延和:《“存疑有利于被告”原则辨析》,载《人民法院报》2022年4月8日,第6版。

原则自身的逻辑推演。既然指控性事实存疑,应当作出对被告有利的认定,那么,辩护性事实存疑,当然也应当遵从同一逻辑,即有利被告。其次,这是有利被告原则正当性根据的要求。如前所述,有利被告原则是在以国家力量追诉犯罪的条件下,对控辩关系相对平衡的一种考量。即在控辩双方实际力量并不均等的情况下,对控辩事实存在不同的处置策略:指控性事实,需达到很高的证明程度;辩护性事实,则无需达到同样的证明程度,从辩方的实际证明条件看,也很难达到这种程度,而势必采取较低的证明标准,如“优势证据”标准。最后,辩护性事实存疑应适用有利被告原则,在我国有规范依据。前引多个司法文件已明确规定,“量刑证据存疑的,应当作出有利于被告人的认定”。其中当然包含有利被告的量刑事事实存疑的情况。

(二) 辩护性事实如何适用存疑有利于被告原则

辩护性事实存疑时适用存疑有利于被告原则,其条件是具有“较大可能性”,即证据学上的“优势证据”。由于法律和司法解释对辩护性事实的证明标准并未作出明确规定,学界的研究也少有论及。因此,对适用这一标准需作出进一步论证。

英美法中,对被告方作出抗辩的对其有利的事实,鉴于控辩双方实际诉讼能力的不平衡,以及对个案中防止冤枉无辜较之惩治犯罪更为重视的价值考量,所适用的证明标准明显低于排除合理怀疑的控诉性证明标准,通常表述为“概率比较”或“优势证据”,有时表述为“比不可能更可能”(more likely than not)。^{③①}

在我国刑事诉讼实践中,虽然缺乏法律规范,但主流观点认为,辩护性事实应适用较低的证明标准,即“优势证据”证明标准。如有论者指出,“对有利于被告人的罪轻事实的证明标准可以适用优势证据的标准,不必再作进一步的细分”。其理由是,如果对此类事实适用较高证明标准,在控辩力量不平衡的态势下,“实际上变相剥夺了被告方举证的权利”。^{③②}

辩护性事实适用优势证据标准,亦为司法实践所认可。典型案例如“李某、刘某贩卖毒品案”。该案二审中,李某称自己有协助公安机关抓捕同案犯刘某的立功行为,为此向法庭提供了抓捕前其与刘某的通话记录,据此证实其通过电话确定了同案犯的具体藏匿地址,并将该地址及时告知了公安机关。此外,同案犯刘某在二审的供述证实,其在与李某的通话过程中曾将自己所处详细位置告知,而后被公安机关抓获。但公诉方否认李某立功,向法庭提交了由公安机关出具的《案件的侦破、揭发经过》和《情况说明》,称同案犯刘某的落网是公安机关运用技术侦查手段,通过同案犯QQ锁定其藏匿地址所致,否认李某有提供同案犯具体藏匿地址的行为。但公安机关既未提供QQ号码,又未提供相关审批手续。故该《情况说明》证明的内容,法院不予采信。法庭综合衡量后,认为李某的上诉理由能够得到同案犯供述的印证,相对于公安机关出具的《案件的侦破、揭发经过》和《情况说明》,可信度更大。故二审法院根据优势证据裁判标准,认定李某有

^{③①} 参见易延友:《证据法学》,法律出版社2017年版,第622页;[英]克里斯托弗·艾伦:《英国证据法实务指南》(第4版),王进喜译,中国法制出版社2012年版,第148-149页。

^{③②} 参见周颖佳:《浅论量刑事实的证明标准》,载《人民法院报》2014年4月2日,第6版。

协助抓获同案犯的行为。该案例的编写者认为,司法实践中,诸如立功等有利于被告人的量刑情节,通常由被告方提出。相应地,被告方通常会承担主要的证明责任。具体而言,被告方的这种证明责任需要达到优势证据的程度,在存在两种相反的事实认定的可能下,只要其中一种事实存在的可能性具有证据上的相对优势,也就是相对另一种事实存在的可能性而言,该种事实成立的可能性更大一些,那么,法庭就该确信该种事实的成立,并将其作为裁判的依据。^{③②}

对司法实践而言,难点还在于如何把握“优势证据”标准,包括如何把握该标准与证据确实、充分标准的区别。斟酌而论,可从以下三个方面理解“优势证据”标准:一是从比较概率(并非前文提到的精确概率)角度而言——“比不可能更可能”,即该事实的存在较之不存在有“更大的可能性”。二是从证据的质与量分析。证据充分性尚嫌不足,尤其是印证性可能有所欠缺,但仍然存在确实性较高的基本证据。三是以心证而论,借用一个诉讼合理主义的概念:拟认定的事实,已达到“合理的可接受性”。即根据证据情势,对该事实的司法认定,符合一般经验法则,因此能被一般社会意识所接受。例如伤害致死案件,就案件起因,被告称死者寻衅滋事首先动手,如有间接证据表明其辩解具有较大可能性,即使因证据不够充分而存在证明疑点,亦应作出有利被告的认定。

(三) 辩护性事实适用存疑有利于被告原则的对象与范围

前引相关法律文件规定,定罪证据不足,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决;量刑证据存疑,应当作出有利于被告人的认定。这里并未提到有利被告的定罪事实即犯罪构成要件事实存疑如何认定,那么,这一规定是否意味着辩护性事实存疑时作出有利被告的认定仅指量刑事实,不包括定罪事实?

笔者认为,相关法律文件虽然规定不够详尽,但辩护无罪的证据存疑,仍应按照优势证据标准,适用存疑有利于被告原则。主要理由是:其一,从比较研究看,辩护性证据,无论是涉及定罪还是量刑,均适用低于控诉证据的标准,如优势证据标准。如达到此标准,即使存在某种疑点,也应作出有利被告的认定。^{③③}其二,从《刑事诉讼法解释》的规范逻辑看,定罪证据存疑,应当作出有利被告的认定。该解释第72条第2款规定:“认定被告人有罪和对被告人从重处罚,应当适用证据确实、充分的证明标准。”这一规定说明,不利于被告人的定罪、量刑,证据应“确实、充分”,进而可以推导出隐含的规范意见——从宽处罚、有利于被告人事实,无论是定罪还是量刑,均不要求适用证据确实、充分的标准。^{③④}其三,最高人民法院相关司法文件已确认定罪量刑均适用存疑有利于被告原则,即使是针对辩护性事实。例如,2023年6月最高人民法院发布的《全国法院毒品案件审判工作会议纪要(昆明纪要)》第7条,就“隐匿身份人员实施侦查案件的处理问题”

^{③②} 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第100集),法律出版社2014年版,第97-102页。

^{③③} 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》,元照出版有限公司2011年版,第74-77、80-82页。

^{③④} 参见胡云腾、胡伟新等:《〈关于适用中华人民共和国刑事诉讼法的解释〉理解与适用》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第88集),法律出版社2013年版,第97页。

规定,“存在或者不排除存在其他不规范使用隐匿身份人员实施侦查的情形,影响定罪量刑的,应当作出有利于被告人的处理”。其四,构成要件上的辩护性事实,如果达到优势证据,势必冲击指控证据,使相应的要件事实证据不能成立,产生证据不足、指控不能成立的法律效果。

五、存疑有利于被告原则的具体适用及例外情形

存疑有利于被告原则,主要是在实体法事实存疑时适用。司法实践中存在一些具体情形如何适用该原则的争议,笔者拟对两种较为典型的情形作出分析,并对程序法事实能否适用以及该原则适用的例外情形作初步探讨。

(一) 利益冲突的对合犯罪案件如何适用存疑有利于被告原则

对于有利被告原则,在职务犯罪司法实践中经常遇到的一个难题是,存在利益冲突的对合犯罪中如何适用该原则。典型情况是行贿、受贿这类对合性犯罪,索贿情节存疑时的事实认定与法律适用问题。

《刑法》第385条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。”根据相关司法解释和裁判实践,索贿对于受贿人是从重情节,对行贿人则是从轻情节。《刑法》第389条第3款规定:“因被勒索给予国家工作人员以财物,没有获得不正当利益的,不是行贿。”因此,勒索贿赂,即以威胁方式实施索贿,对行贿人而言是出罪事由之一。鉴于索贿涉及量刑轻重甚至出罪问题,是否认定该情节涉及双方利益冲突,因此,行贿人常称被索贿,但受贿人不承认,在缺乏佐证的情况下,就形成“一对一”的存疑情节。

事实存疑,即未达到指控犯罪的证明标准,该事实就不能认定,因此,对受贿犯罪,应当适用有利被告原则,不认定索贿而仅认定“非法收受他人财物”。这一点并无争议。同时,因为坚持法制统一性原则及既判力原则,在确认受贿犯罪事实后,对行贿犯罪事实的认定,不能与之相矛盾,因此实践中也普遍采取行、受贿案件事实情节统一协调的处理方式,即对受贿人认定为“收受”贿赂,而对行贿人的行贿也相应认定为无索贿前提的给予贿赂。然而,因系对合犯罪,事实情节的认定具有相对性——对受贿人有利的,则对行贿人不利;反之亦然。也就是说,存疑状态下否定索贿情节,固然对受贿人有利,却对行贿人不利,即在存疑的情况下,利益仅给受贿方而不予行贿人。此时打破了司法的公平性,这是利益冲突情况下形成的一个悖论。

就利益冲突的对合犯罪如何适用有利被告原则,笔者认为,应当以不同的证据标准为依据,根据证据构成分别适用该原则,作出合情合理的处理。具体而言,控诉有罪及从重处罚的证据需达到证据确实、充分,排除合理怀疑的标准,如未达到该标准,该事实情节不能认定。同时,有利被告的证据,需达到优势证据标准,如果达到这一标准,则有利被告的事实应当认定。这就意味着在受贿案件不认定索贿的情况下,行贿案件仍然可以认定行贿人被索贿。这是刑事案件证明标准的差别性所产生的事实认定的区别,是有利

被告的人权保护原则平等适用的结果,既有法理根据,在司法实践中也应具有可行性。

实际上,对于受贿案件,已经有观点肯定了存疑有利于被告(被调查人)原则的平等适用,指出:“如果经过深入细致的调查,最终仍没有查明是‘索取’还是‘收受’,则应当在查明收送财物事实的基础上,按照有利于被调查人的原则,对国家工作人员,认定为涉嫌收受型受贿;对于请托人,认定为涉嫌被索取型行贿”^⑤。不过,该文的不足在于,存疑的情况下,对于请托人认定涉嫌被索取型行贿犯罪是有条件的,即需达到优势证据标准。

在对合犯罪中平等适用有利被告原则的做法也已经见诸判例。如,在一起行贿案中,关于其中100万元是否是索贿,行贿人与受贿人各执一词。行贿与受贿案件依惯例分案处理,受贿案判决认定为普通收受贿赂,且已生效。在后续的行贿案审判中,辩护人针对直接证据一对一的情形,从行为逻辑、行为背景、行为方式、行为必要性、行为前后的间接事实等五个方面,论证索贿更符合本案实际情况,更符合常识常理常情。辩护意见被法官采纳,刑事判决书认定:“被告人行贿款中的100万元不排除系他人索要情形,量刑时综合全案予以考虑”。^⑥

(二) 多因一果具体因果关系存疑能否适用存疑有利于被告原则

多因一果具体因果关系存疑,此处是指两个以上的犯罪嫌疑人的行为均指向一个犯罪结果,但犯罪结果发生的具体原因及因果关系不明确。如,聚众斗殴,致一人重伤,加害方多人,但由谁打击致人重伤不清楚。在类似情况下,是否适用及如何适用有利被告原则,是实践中需要解决的一个问题。对此,有观点认为:“在共同犯罪中,对其中的部分犯罪事实查不清具体是哪个被告人所为,不适用‘存疑有利于被告’原则。如两个被告人都推脱是对方动手杀人,自己只是从旁帮助了一下,具体是谁实施杀人查不清。这种情况应该对二被告人在整个犯罪过程中的地位、作用进行判断,从犯意提出,犯罪工具准备,选择作案对象、时间、地点,获利分赃等情况,判断哪个被告人的作用更大,然后按照主犯应对其所参与的或者组织的全部犯罪定罪处罚”^⑦。

上述观点固然是一种解决办法,^⑧但问题在于,多因一果具体因果关系不明的案件包括多种情况,根据案件情节总体比较并作主从犯罪责区分,只是其中一种情况及一种处理方式,似乎不能由此认为类似案件均不适用有利被告原则。因缺乏明确法解释规范应对各种不同情况,需结合刑法相关原理处理此类案件。以杀人案为例,将多因一果具体

^⑤ 艾萍:《关于索贿问题的思考》,载中央纪委、国家监委网站, https://www.ccdi.gov.cn/hdjl/ywtt/202104/t20210422_18492.html, 2023年7月23日访问。

^⑥ 参见四川省成都市龙泉驿区人民法院(2022)川0112刑初32号刑事判决书。

^⑦ 前注^②,刘延和文。另,白鉴波也对一起聚众斗殴致人死亡案,因是谁致死的具体因果关系不清楚,而对主要被告人适用有利被告原则从轻判处提出过质疑。参见白鉴波:《存疑有利于被告原则之解析》,载《人民法院报》2014年2月26日,第6版。

^⑧ 此种处理思路与清律规定较为接近。《大清律例·斗殴及故杀人》规定:“乱殴不知先后轻重者,有原谋则坐原谋为首,无原谋则坐初斗者为首。”参见蒋铁初:《清代的疑罪处理——原则、例外与价值追求》,载《南京大学法律评论》2011年秋季卷,第153页。

因果关系不明的一些典型情形及其应对概述如下:

情形一: 甲乙相互有意思联络共同故意杀害丙, 同时开枪, 丙死亡。事后查明只有一枪致命, 但无法查明是谁打的, 这种情形下, 由于甲乙是共同正犯, 根据部分实行担全部责任的原则, 即使无法查明是谁的一枪致命, 甲乙对死亡结果都要负责。均定故意杀人罪既遂, 在定罪上不应适用有利被告原则。

情形二: 甲乙相互没有意思联络, 均故意杀害丙, 同时开枪后丙死亡。事后查明只有一枪致命, 但无法查明致命一枪是谁打的。这种情形下甲乙不构成共同犯罪, 需单独处理, 由于无法查明因果关系, 应适用有利被告原则, 即在构成杀人罪的前提下, 罪疑从轻, 甲乙都构成故意杀人罪未遂。

情形三: 甲乙相互没有意思联络, 均有过失, 同时向丙开枪, 丙死亡。事后查明只有一枪致命但无法查明致命一枪是谁打的。这种情形下甲乙不构成共同犯罪, 需单独处理, 由于无法查明因果关系, 应适用有利被告原则, 疑罪从无, 甲乙都不构成过失致人死亡罪, 均无罪。

以上三种典型情形(其他还有被告犯意不同, 以及有意思联络但属共同过失等情形), 适用有利被告原则, 应结合刑法的共犯原理处理, 可以说具有法理依据和司法妥当性。然而, 后两种存疑情形均适用存疑有利于被告原则, 但第一种情形不适用, 是否意味着该原则在此类案件中的适用不具有普遍性, 这是一个问题。

笔者认为, 即使共同正犯对犯罪结果承担共同的犯罪既遂责任, 在定罪问题上不适用有利被告原则, 但具体因果关系不清楚这一情节对量刑亦有影响, 尤其可能影响死刑适用。而且, 即使是前述案例——两个被告人都推脱是对方动手杀人, 具体是谁实施杀人不清楚, 法官综合案件情况分清主从关系予以处理的情况, 也不排除有利被告原则的适用。因为无论具体因果关系是否清楚, 法院均应根据具体情节, 对二被告人在整个犯罪过程中的地位、作用进行判断, 在可能的情况下, 区分主从进行处理。但即使认定为主犯, 由于对其是否直接实施了杀人行为并致被害人死亡的事实存疑, 在量刑上仍应适用存疑有利于被告原则, 其量刑较之事实清楚者应相对较轻, 留有一定余地。

综上, 两人以上实施行为, 产生一个结果, 但具体因果关系不清楚, 出现要件事实或量刑事实存疑的情况, 可适用有利被告原则, 但适用的情形及方式受一定条件制约。犯意及其联络、共同正犯等犯罪交互关系, 均影响该原则的适用。

(三) 程序法事实能否适用存疑有利于被告原则

程序法事实, 是关于管辖、回避、强制措施适用以及取证程序等程序问题的事实。程序法事实的认定能否适用有利被告原则, 是一个学理上有分歧的问题。罗科信教授称, 在德国, 依多数说之见解, 罪疑唯轻原则并不适用于有关程序错误的证明。因此如果被告上诉第三审时, 主张其陈述是因受虐待(《德国刑事诉讼法》第136a条)而被逼出来的, 判例上的见解是, 如果该违法的虐待无法被证明时, 则需视为不利被告(*contra reum*)。不过此是否具有永久的正确性, 在法治国家的标准衡量下, 不无疑问; 就被告陈述时亦应尊重其自由意志决定权的观点而言, 罪疑唯轻原则亦应适用于违反第136a条

的案件。较正确的主张应是,在违反程序规定的案件中,有重大质疑时,应为有利于被告之决定。同时,他引勒曼教授的观点,称违反程序“有极大的可能性”时,应为有利于被告之决定。^{③⑨}

程序法事实与实体法事实不同,后者涉及要件事实与量刑事实认定,由此决定有罪无罪及罪行轻重,因此适用存疑有利于被告的司法原则,亦受无罪推定这一基本原则的管控。但程序法事实是关于刑罚权实现的法律程序的必要性、妥当性及正当性的事实,不能简单地以对被告的有利或不利进行评判。例如管辖问题,某一案件是在甲地管辖还是乙地管辖,是基层法院管辖还是中级法院管辖,是普通管辖还是专门管辖,固然在特定情形下可能产生对被告有利或不利的后果,但它本质上是一个依据程序法规定及本案实际情况适当决定管辖权的问题,不是适用疑点利益归于被告的原则即能妥当解决的。应当说,这也是不赞成程序法事实适用存疑有利于被告原则的主要原因。

然而,分析这一问题时应注意三点:其一,作客观评判,程序适用可能存在对被告有利、不利的不同情形并产生相应的价值评判。其二,就主观立场论,程序适用问题上仍存在辩方观点与控方观点的对立,支持辩方即可视为有利被告,反之则视为不利。三是部分程序法事实的认定,直接关系实体法事实的认定。在这类事实认定中,如完全排斥有利被告原则的适用,似有悖于该原则的适用逻辑。例如关于取证程序合法性,如认定为非法证据予以排除,则该证据指向的指控事实就可能因证据不足而无法认定。既然指控事实可适用存疑有利于被告原则,为何决定指控证据正当存在的程序合法性事实就不能适用该原则呢?可见此处存在逻辑自治性问题。

笔者认为,程序法事实仍属事实认定而非法律适用问题,其事实证明亦需达到一定的证明标准,如未达到此标准而存在事实疑问,在可明确判定利益损益的情况下,可以适用事实存疑利益归于被告的原则。因此,对于直接影响实体法事实认定并导致有罪无罪及量刑轻重处置后果的取证程序合法性事实,可以适用存疑有利于被告原则。我国《刑事诉讼法》第60条规定:“对于经过法庭审理,确认或者不能排除存在本法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除。”其中“不能排除”非法取证,即不能排除对非法取证的合理怀疑。对此类证据予以排除,应属存疑有利于被告原则的适用。

对于法律和司法解释没有明确规定适用存疑有利于被告原则处理的其他程序法事实,为避免该原则被不适当地适用,同时维系打击犯罪与保障人权的平衡,应当基于能确认的事实,采用法解释学规则作出相对合理合法的解释并由此适用相关程序法规范,慎用存疑有利于被告原则。

(四) 存疑有利于被告原则适用的例外情形

有原则就应当有例外,这似乎是法律原则构造和适用的一个特征。那么,存疑有利于被告原则是否也应当有例外情况,如果有,何种情况可以判定为存疑有利于被告原则

^{③⑨} 参见前注②,克劳思·罗科信书,第127-128页。

的例外,以下作一初步探讨。

从比较法的角度看,无论是无罪推定原则,还是存疑有利于被告原则,其适用均存在例外情况。例如,根据欧洲人权法院的判例,如果控方证明案件事实已经达到表面上成立的程度(*prima facie case*),而某种情况又明显需要被告人作出解释,被告人却拒绝回答提问或者拒绝作证,陪审团可以根据案件的具体情况作出不利于被告人的推论。这一推论与控方已经提供的证明结合在一起,足以让陪审团形成排除合理怀疑的心证时,陪审团可以认定被告人有罪。这意味着案件表面上成立加上陪审团的不利推论,即等于排除合理怀疑——如果没有推论的存在,案件仍然存在疑问,而这一疑问却由于陪审团作出了不利于被告人的推论得以化解。^{④①}

笔者认为,在我国司法实践中,存疑有利于被告原则应有例外情形。这些例外,是因为刑事政策的需要以及证明上的困难。根据我国法律及司法解释的相关规定,该原则的例外可以分为以下两种情况:

第一种,直接规定存疑时应作出对被告不利的认定,可谓存疑有利于被告原则的“纯正例外”。如最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2013年10月发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第19条第1、2、3款分别规定:“知道或者应当知道对方是不满十四周岁的幼女,而实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女。”“对于不满十二周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女。”“对于已满十二周岁不满十四周岁的被害人,从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女,而实施奸淫等性侵害行为的,应当认定行为人‘明知’对方是幼女。”

以上规定,第1款系“明知”证明的一般要求,即“明知”是指“知道”与“应当知道”。第2款是一种法律拟制,即行为人对不满十二周岁的被害人实施性侵害,即直接认定“明知”,不需对其主观状态进行证明,因此,该款规定也不属于存疑有利于被告原则的例外,因为法律拟制不属于事实证明及其存疑问题。第3款规定则明显属于主观要件事实的证明问题。根据该款规定,只要从被害人身体发育状况等因素观察,判断可能是幼女,即认定为行为人“明知”对方是幼女。“可能是幼女”具有不确定性,未达到要件事实的确实性证明标准,明知事实仍然“存疑”。然而,出于对幼女的特殊保护及对证明困难的考虑,法解释规范在此对存疑有利于被告原则适用作了例外规定。^{④②}

第二种,法律规定被告人承担证明(说明)责任而被告人未能有效履行责任,应作

④① 参见孙长永:《沉默权制度研究》,法律出版社2001年版,第94-99页。

④② 2023年5月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》,相关人员说明:“《意见》第17条规定了奸淫幼女犯罪主观明知的认定标准,沿用《2013年性侵意见》第19条的规定。需要注意的是,应严格把握行为人‘不明知’被害人为幼女的认定适用。……对于行为人对已满12周岁不满14周岁幼女实施奸淫等性侵害行为的,如无极其特殊的例外情况,一般均应认定行为人明知被害人为幼女,除非确有证据或者合理依据证明行为人根本不可能知道被害人是幼女。对于行为人根本不考虑被害人是否是幼女,而甘冒风险对被害人进行奸淫等性侵害的,一般都应当认定行为人明知被害人为幼女”。参见那艳芳、李峰、李薇:《“两高两部”〈关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见〉的理解与适用》,载《人民检察》2023年第15期,第62页。

出对被告不利的司法认定和处理。因此种例外是有条件的,可谓“非纯正例外”。如巨额财产来源不明罪中,办案单位已发现官员拥有与其合法财产应有数额不相符的巨额财产,并要求其说明来源,如果其不能说明来源合法,即使没有查清财产的确切来源,仍依法推定来源非法并构成犯罪。这种情况,也就意味着财产来源不明致事实存疑之时,作出对被告不利的推定及司法处理。可见,转移证明责任、降低证明标准从而推定被告有罪的法定情形,不适用存疑有利于被告原则。不过,适用此种例外认定,应当允许被告方对该推定进行反驳。可反驳性是推定的基本特征之一。如果初步推定提出后,被告方能够合理说明情况,有效反驳推定,则该不利推定不能成立。

上述观点可能会有一种反对意见:不利推定所针对的事实情形,能认为是存疑吗?如果对推定事实存在合理怀疑,该不利推定还能够成立吗?例如,发现某官员拥有巨额财产,同时也没有其他合法来源,才能推定其来源不法。也就是说,虽然一方面缺乏证据证实财产来源,但也排除了来源合法的合理怀疑,该推定才能成立,此种情况似乎不能认为“事实存疑”。笔者认为,虽然在一般情况下,指控事实存疑,是指对该事实存在合理怀疑。但在适用推定的情况下,事实存疑,并不意味着对该事实的成立有合理怀疑,而只是说明对该事实的证明没有达到事实清楚,证据确实、充分的程度,因而就本应证明的要件事实,如财产实际来源,存在不清楚的情况,应当说这也是一种事实存疑的状况。对此,前文对存疑的解释中已作一定阐述。

六、结 语

存疑有利于被告是一个普遍适用的刑事证据法原则。不过,该原则的适用是有条件的,应根据所认定事实的性质等设定不同的条件。存疑有利于被告原则的适用与证明标准的设定与把握关系紧密。对不利于被告的事实,应严格证明到证据确实、充分的程度,否则应视为“事实存疑”;对有利于被告的事实,则采优势证据的标准,并相应设定存疑的标准。就“对合性犯罪”“多个致害行为一个危害后果但具体因果关系不清的案件”,以及某些程序法事实,亦可有条件地适用存疑有利于被告原则。同时应注意该原则的例外情形并依法准确把握适用条件和方法。

为了准确理解、正确适用有利被告原则,司法解释应作出更为明确的规定。例如,对《最高人民法院关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》第30条规定的关于定罪证据不足及量刑证据存疑时的处理原则,虽然已有多个法律文件重申,但就量刑情节尤其是辩护性情节存疑时如何适用有利被告原则,并无进一步的阐释,以致司法实践中存有分歧。对类似问题,应在《刑事诉讼法解释》中作出明确规定和进一步的解释。对一些有分歧的问题,还可以通过发布指导性案例的方式提供司法指引。

虽然我国刑事诉讼实践中经常适用存疑有利于被告原则,但我国刑事诉讼法尚未正式确认可涵盖该原则的“无罪推定”原则,也未将存疑有利于被告原则确立为证据法的基本原则,使刑事诉讼法学和证据法学明显滞后于实践,因此也难以对实践中适用该原

则的突出问题进行深入研究。遵循司法实践需求,也鉴于我国“无罪推定”原则及其部分内涵长期未获法律确认的实际情况,当前在我国刑事诉讼法学及刑事证据法学的基本原则体系中确立存疑有利于被告原则,具有发挥“无罪推定”原则类似功能的特殊价值。即使今后通过立法完善,将“无罪推定”确立为刑事诉讼法基本原则,存疑有利于被告原则仍然应保留作为刑事证据法基本原则。

Abstract: The principle of *in dubio pro reo* has a profound historical source of Chinese and foreign law and a comparative legal basis, embodies the presumption of innocence, manifests the judicial human rights protection, is closely related to the burden of proof and standard of proof, and has sufficient basis in the current law in China. It is a generally applicable principle of criminal evidence law, but its application has certain conditions and requirements. The doubt of the fact means that the proof has not reached the degree of hard and sufficient evidence, and the charge should be judged in favor of the accused because of the existence of a reasonable doubt. In addition to the basic handling methods such as no punishment for doubtful cases, the negotiable judicial method can be applied under the restrictive conditions. Defensive facts, even if in doubt due to insufficient proof, should be judged by applying the principle of *in dubio pro reo* as long as they meet the preponderance of evidence standard. The principle of *in dubio pro reo* may also be conditionally applied to ‘correspondence offense’, ‘cases in which multiple acts lead to a single harmful consequence but the specific causal link is unclear’, and procedural facts. At the same time, we should pay attention to the exceptions to the principle and accurately grasp its applicable conditions and methods in accordance with the law. In order to guide judicial operations, clearer judicial interpretations and case guidance should be made on certain controversial issues, and at the same time, the principle should be recognized as a basic principle of China’s criminal procedure law and criminal evidence law.

(责任编辑:王 楷)