

## 刑事诉讼“幽灵抗辩”对策研究

——以被告人证明责任分配为视角

戴承欢<sup>1</sup>, 伍中文<sup>2</sup>, 蔡永彤<sup>3</sup>

(1.湖南文理学院, 湖南 常德 415000; 2.常德市委政法委, 湖南 常德 415000; 3.上海市闵行区 人民检察院, 上海 201100)

**摘要:** 刑事诉讼中的证明责任一般由控诉方承担, 而被告人不负证明责任。这符合无罪推定以及保护被告人权利的证  
据规则。然而, 这一证明责任分配原则给控诉方带来了很大的负担。幽灵抗辩的出现使得这种证明责任成为控诉方不能  
承受之重, 证明责任分配的公平游戏规则此时已经变得不再公平。刑事证明规则应当借鉴英美证据法上出现的“积极抗  
辩”理论, 修正原先过于僵化的证明责任规则, 并最终解决这个困境。

**关键词:** 幽灵抗辩; 刑事诉讼; 被告人; 控诉方; 证明责任

中图分类号: D925.2

文献标志码: A

文章编号: 1009-2013(2009)06-0096-05

### Countermeasures of the ghost defense: The burden of proof of the defendant in the criminal procedure

DAI Cheng-huan<sup>1</sup>, WU Zhong-wen<sup>2</sup>, CAI Yong-tong<sup>3</sup>

(1.Hunan Institute of Arts and Science, Changde 415000, China; 2.Changde municipal Party committee, Changde  
415000, China; 3.Minhang District People's Prosecutor of Shanghai, Shanghai 201100, China)

**Abstract:** The burden of proof should be on principle assumed by the accuser in criminal litigation. However, with the  
development of litigation, under a particular condition, there is the situation that the burden of proof of the accused in  
criminal litigation. In legislation and practice of foreign countries, there are prescripts in which the burden of proof should  
be undertaken by the assumed. But the relative prescript in China is not specific, and it doesn't come into being the united  
recognition in theory. Therefore, research on this field is very vital to the legislation and practice of our country.

**Key words:** the ghost defense; the criminal procedure; the defendant; accuser; the burden of proof

在保障人权、通往程序正义的路途中, 有两大进  
程具有决定性意义, 亦即以保障人权为核心的诉讼规  
则的制定与独立的司法机关成为这一规则的守护者。  
就刑事诉讼而言, 刑事诉讼中的证明责任, 当然是由  
控诉方承担, 这是一个基本的原则。被告人不负证明  
责任, 符合无罪推定以及保护被告人权利的公平游戏  
规则。这是保障被告人人权, 避免罚及无辜的近代法  
律思潮主流所要求的。然而, 我们依然要顾及到保障  
人权与惩罚犯罪之间的平衡以及极度稀缺法律资源与  
居高不下的犯罪率之间的艰难对峙。我国 1997 年公布  
的《刑事诉讼法》强调控诉方对于被告人的犯罪事实  
应负证明责任, 但控诉方的刑事证明责任程度为何?  
当被告人积极主张其他事实而作难以查证的“幽灵抗

辩”, 阻却责任或减免罪责时, 被告人有无证明责任?  
被告人若未能指出证明之方法, 则该主张法律效果如  
何? 控诉方对于没有该事由存在是否有证明责任? 对  
此问题, 实务界仍在摸索, 而学界需要提供清楚完整  
的说理, 供实务界参考, 二者结合才能产生较一致的应  
对标准。

#### 一、证明责任分配规则基点的动摇: 僵化的 证明规则对制定规则目的的背反

近代法律思潮主流为保障被告人人权, 避免罚及  
无辜, 主张被告人于被证明有罪之前, 推定无罪; 况  
且当刑事案件发生时, 警察总是第一个到达犯罪现场  
并收集证据, 只有当警方已经拥有一定的证据时, 才  
会对犯罪嫌疑人实行强制措施, 并通知辩护律师介入  
侦查, 为其委托人提供一些法律许可的帮助。因此,  
相对而言, 辩护方获得证据的能力、手段和方法都无

收稿日期: 2009-07-25

作者简介: 戴承欢(1962—), 男, 湖南常德人, 副研究员,  
副教授, 主要研究方向法社会学, 基础教育理论。

法与强大的控诉方相抗衡。尤其在人身自由受到限制后,犯罪嫌疑人本身就成为控诉方获得证据的重要来源,而辩护律师所能获得的证据,无非是通过与犯罪嫌疑人有限交流以及审判前的证据展示(甚至可能没有),更何况并不是每个被告人都有能力聘请辩护律师。显然,被告人搜集证据能力远逊于控诉方,证明能力通常不能相提并论,故各国刑事诉讼皆特别强调控诉方的证明责任,而被告人不负证明责任。这符合无罪推定以及保护被告人权利的公平规则。

在这种控辩力量严重不对称的前提下,把证明责任加诸控诉方,似乎是理所当然的事情。古老的“谁主张、谁举证”,也表明了提出刑事指控的公诉机关应当承担证明被告人有罪的证明责任。然而,这种证明责任分配原则给控诉方带来了很大的负担。面对已经发生并随着时间的流逝而不断模糊的犯罪事实,控诉方必须以充分的证据编织被告人确实犯下所控罪行的清晰图像,说服法官相信事实就是检察官所描述的那样。从各国立法来看,与民事诉讼不同的是,刑事诉讼的证明标准通常是“排除合理怀疑”,这是一种很高的要求,表明了刑事诉讼对于定罪的慎重。在我国,这一证明标准被表述为“证据确实、充分”。按照法律经济学的观点,民事诉讼对于社会中资产而言并无实质性损失,因而民事诉讼并不执着于事实真相的发现,而更注重纠纷的解决。但刑事诉讼不同,被告人如果被错判,控诉方并不因此而获得同等之利益,社会总利益是减损的。因此,刑事诉讼总的证明标准必须更高,才能保证事实认定的准确性。这就给控诉方的证明提出了挑战:他们必须以严密的证据锁链证明所有的犯罪构成要件。辩护方则只要在这副证据图画上涂抹一下,让原本清晰的画面变得模糊,控诉方的努力可能就会前功尽弃——证伪一件事情远远要比证实一件事情来得简单。控诉方费尽力气吹大一只气球,而辩护方只要用针轻轻一扎,一如辛普森案一样。“幽灵抗辩”的出现使得这种对比达到了极致。例如,我国台湾地区曾发生一件非常有名的走私案,检察官起诉后,被告辩称:“我不是走私啦,是我在海上捕鱼的时候,有匪船靠过来,拿着枪强迫我们,他把我们的鱼货全部都抢走,但丢了一千盒的走私香烟给我们,强迫交换……我也是受害者。”结果法院认为无法证明被告所提抗辩不实在,判决无罪。自从该案判决后,检察官发现很多私枭都作同样的抗辩,检察官把这种刑事被告人在刑事诉讼中针对检察官的有罪控告,为减

轻或者免除其刑事责任而提出的难以查证的辩解称为“幽灵抗辩”。

#### (一) 对保障被告人人权目的的背离

显然,僵化的证明规则会使得这种证明责任成为控诉方不能承受之重:当警方在被告人的住处合法地搜查毒品的时候,如果被告人缄默不语,警察很难成功地证明被告人具有持有毒品的故意;当被告人拥有来源不明的巨额财产时,检察官也很难在隐秘甚至不留痕迹的财务来往中准确地查明每一笔款项的原始出处;当被告人在审判中提出自己的行为是出于正当防卫、精神失常、受到强制,或者被害人的挑衅时,让控诉方去逐一排除被告人提出的抗辩理由,是非常艰难的。如控诉方有幸证明了不存在上述事由,被告人又可能提出其它各式各样的理由,以逸待劳,让控诉方疲于奔命。这样,用来保护被告人合法权利的证明责任分配原则,成为被告人逃避刑事追究的避风港。被告人一旦提出此类“幽灵抗辩”,控诉方要去证明每个案件中是否存在被告人主张的上述情形,就如同去寻找“幽灵”(被称为“幽灵抗辩”之原因也正在与此)一般,实在是勉为其难。为了拿到证明抗辩不成立的证据,口供也重新成为重要的证据来源。至此,这样一种僵化证明规则的后果是很明显的:在某种程度上助长了侦查活动、公诉活动对讯问犯罪嫌疑人活动的依赖性,而只要继续承认侦查机关、公诉机关可以把犯罪嫌疑人当作理所当然的证据来源,只要继续允许(或被迫)将讯问犯罪嫌疑人当作收集有罪证据的基本手段,就不可能真正消除强制获取口供的种种诱因。

“固然,被控诉者的自白有时具有一定的证据价值,但……对被控诉者自白的过分依赖往往会造成事实真相的扭曲。”<sup>[1]</sup>刑讯逼供现象依然时有发生的真正根源,很大程度上即在于此。在此,从某种角度上讲,我国当下刑事诉讼证明责任分配制度的基本后果在某种程度上背离了设立该证明规则以保障被告人人权的原則精神。

#### (二) 对推动诉讼活动顺利进行目的的背离

关于公正与效率的争论由来已久。然而,一个不争的事实是,效率是刑事诉讼重要的价值之一。效率本属经济学研究的范畴,但随着刑事案件的迅速增长,办案经费、司法人员的补充都面临巨大压力,人们不得不越来越多地关注诉讼效率。意大利法学家贝卡利亚说,“惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时,就越是公正和有益”,“因为犯罪与刑罚之间的时间间隔得越短,

在人们心中,犯罪与刑罚这两个概念的联系就越突出、越持续,因而,人们就很自然地把犯罪看作起因,把刑罚看作不可缺少的必然结果”。<sup>[2]</sup>刑罚的及时性必然要求刑事诉讼的及时性,而刑事诉讼证明责任分配制度的确立正是基于实现这种及时性的需要。因而可以这么说,刑事诉讼证明责任分配制度是实现刑法目的的需要,是诉讼公正的内在要求,是推动刑事诉讼活动顺利进行的意旨所在。按照这一目的所采用的证明责任分配规则应当主要是根据刑事诉讼活动中证明的需要和举证的便利——即由哪一方先行举证更有利于诉讼证明的推进——而进行设计的。但是,当下所广泛采用并为学界普遍推崇的由控诉方负担证明责任的制度对其初衷无疑是一种莫大的讽刺。被告人无休止地不断主张新的阻却违法事由让控诉方去逐一排除被告人提出的抗辩理由,双方在“提出事实—排除可能”的逻辑进程中作着毫无意义的简单重复,使得诉讼程序的推进变得极为艰难,始终停留于原地踏步。显而易见,“被告人笑看风云、控诉方疲于奔命”式的循环往复不仅对刑事诉讼活动的顺利进行是一种极大的阻碍,而且使得本已十分稀缺的司法资源在这种无谓的诉讼活动中遭受到可观的浪费。

## 二、证明责任分配规则修正的前提:被告人辩解的性质

基于人权保障与诉讼推进之需要,证明责任分配规则的修正已然是一种趋势或必然。然而,在决定修正方案地选择前,我们理应对修正所应对的问题性质作一准确地厘定,否则,差之毫厘,谬之千里。以本文所引述的台湾地区案例中出现的“幽灵抗辩”为分析对象,上述案件的正确处理,涉及到应当如何对被告人辩解的性质正确地予以认定——否认还是抗辩——及其与证明责任分配之间的关系以及这种证明责任的承担属于证明责任转移抑或证明责任倒置这两个问题。

刑事诉讼中的否认,也称为单纯否认、消极否认,是指被告人认为控诉方所主张的犯罪事实为不真实或不存在之事实时所作的陈述,其指称的内容通常是指被告人陈述控诉方主张的事实为不真实,对其直接予以否定。例如,公诉机关以被告人构成故意杀人罪对其提起公诉,但被告人称其没有杀人,不存在该事实。而所谓的抗辩,又称为间接否认或者积极抗辩,是指被告人从积极方面主张与控诉方主张的事实毫不相关的事实,对对方的主张事实予以间接否定。同样以故

意杀人罪为例予以说明,公诉机关认为被告人构成该罪,而被告人则认为被害人并非其所杀,杀人者为张三。本文所讨论的“幽灵抗辩”类陈述实际上也是间接否认,属于积极抗辩的范畴。

否认与抗辩在证明责任的适用上是不同的。在罗马法时期,法学家们提出了证明责任分配的两条原则:1)原告/控诉方有证明的义务;2)肯定者有证明的义务,否定者没有证明义务。罗马法的这两条原则为后世关于证明责任分配问题的研究奠定了基础。在后来的罗马法注释法学家时期和德国普通法时期,有的学者以第一个原则为主线来论证证明责任的分配,认为原告/控诉方应当对其诉求进行证明,被告/被告人则应当对其抗辩进行证明,如果原告/控诉方或被告/被告人提出了再抗辩或再再抗辩,则应当分别对其再抗辩或再再抗辩证明。有的学者则以第二个原则为主线来论证证明责任的分配,认为对消极的(否定的)事实的证明是很难的,不应要求否定者进行证明。这些原则逐渐演化为大陆法系国家近代证明责任分配的学说,其中最具代表性的学说是法律要件分类说和待证事实分类说。法律要件分类说与上述第一个原则具有重要关联,其理论基础在于贯彻平等原则和诉讼公平的理念。“但此原则,与实际及理论上已无法无限制的为利用,例外之情形一再增加,经学者多方批判研究结果,遂不得不放弃此原则,另行自创各种不同之学说”。<sup>[3]</sup>而待证事实分类说与上述第二个原则具有紧密联系,其基本思路是根据待证事实证明的难易对其进行分类,并据此决定证明责任的分配。该学说最主要的分类是将待证事实分为肯定事实(或称积极事实)与否定事实(或称消极事实),主张肯定事实的人应承担举证责任,主张否定事实的人则不承担举证责任。而之所以这样分配举证责任,是因为该说认为,肯定的事实容易证明、能够证明,否定的事实则不容易证明、难以证明,如果让主张否定事实的人承担举证责任则必然有失公正。在当代,尽管待证事实分类说因为存在很多缺陷而遭受批判,但是经过多年来学界的呼吁以及实务界的改革修正,该原则始终沿用至今。从上面的分析可以看出,按照证明责任分配的一般理论,否认者对被否认的事实不承担证明责任,而抗辩者则须对抗辩事实承担证明责任。因此,对于提出“幽灵抗辩”主张之被告人而言,则需对其主张的抗辩事实承担证明责任。

### 三、证明责任分配规则修正的结论：分配方案的选择

#### (一) 证明标准之高低：区分证明责任转移与倒置的必要性

明确了在何情形下被告人需对其“幽灵抗辩”主张承担证明责任，接下来的问题就是这种责任的承担究竟是证明责任转移呢，还是证明责任倒置。有人或许会对笔者提出的这个问题产生疑问：既然证明责任转移与倒置的结果都是证明责任由被告人承担，那么为什么还要区分责任承担的方式呢？其实，之所以要做这种区分，根本原因是考虑到不同的证明责任承担方式对其所要求达到的证明标准也是不一样的。

尽管我国《刑事诉讼法》对证明标准的表述为“事实清楚、确实充分”，但是这种强调客观真实的证明标准在理论界受到众多学者的批判，实践部门也认为是难以达到的标准。理论界一般认同排除合理怀疑是刑事诉讼的证明标准，实践部门依照法律规定使用“确实充分”这一术语时，也赋予了与排除合理怀疑相近的内涵，只是用语上有所不同而已。确实充分或者排除合理怀疑，是对控诉方指控来说要达到定罪所适用的证明标准，在刑事证明责任倒置、证明责任转移中，证明责任由控诉方转由被告人承担，是否也适用这个标准呢？笔者认为，对被告人适用的证明标准，应区分不同的情况分别对待，并不总是适用一个标准。但从总体上讲，控诉方应达到的证明标准要高于被告人应达到的证明标准，确实充分或排除合理怀疑的证明标准主要对控诉方适用。这是因为，从证明能力上看，控诉方代表国家行使追诉权，收集证据的能力、可以采取的措施、动用的力量远远优越于被告人，这种能力上的差异要求在刑事诉讼中控诉方承担较重的证明责任，被告人承担较轻的证明责任，来平衡双方在实际承担证明责任的能力上的不平等，实现实质上的公平。所以控诉方承担证明责任一般要求达到确实充分或排除合理怀疑的证明标准，只有极为特殊的情况下才不适用这个标准。而被告人收集证据的能力有限，又由于我国实行审前羁押为原则、不羁押为例外的制度，进一步限制了被告人承担证明责任的能力，所以要适用较控诉方为低的证明标准，这样才能达到控辩平衡的效果。从另一个角度看，控诉方是证明指控的成立，是“证实”，被告人作无罪辩护，属于“证伪”，根据古老的“谁主张，谁举证”原则，控诉方应承担较高的证明标准证明己方指控的成立，而被告人只

需达到优势证据的证明标准即可。正如美国证据法学家华尔兹认为：“如果一个肯定辩护意见(affirmative defense)(如正当防卫)的证据已被提出……那么公诉方就必须承担超出合理怀疑地推翻该证据的责任。在此适用的有两种证明标准，因为肯定性辩护意见只要有优势证据即可，但要推翻它则必须有超出合理怀疑的证据。这两种证明标准可以用一个简单方法来说明：在1和10分的评分表上，超出合理怀疑的证明需要9分，而优势证明只需要6分。”可见，被告人负担证明责任的标准应低于控诉方证明标准<sup>[4]</sup>。但在证明责任倒置的情况下被告人作无罪辩护，以及被告人承认指控的犯罪作罪轻辩护时，要适用较高的证明标准，相当于控诉方证明指控成立所应当达到的证明标准。刑事证明责任倒置是基于刑事实体法的规定，控诉方证明被告人实施了特定行为或处于非法状态，即认为犯罪成立。被告人否认倒置证明责任的事实，作无罪辩护，承担证明自己无罪的责任，不能证明无罪即被认定有罪。这种证明责任要求达到的证明标准较高，相当于控诉方确实充分或者排除合理怀疑的证明标准。因为在证明责任倒置的情况下，被告人承担证明无罪的责任，不仅是举证责任，还对无罪的主张负有说服法官的责任，即所举证据不能证明自己无罪，就要承担有罪的不利后果，所以证明标准较高。

#### (二) 转移还是倒置：“幽灵抗辩”证明责任承担的方式

可能会有人认为，对于被告人提出积极抗辩的情况，要求其承担证明责任的方式应当属于证明责任的倒置。然而，对于“幽灵抗辩”之情形，果如该观点所示，属于证明责任倒置的范畴吗？笔者以为不然。所谓证明责任倒置，是指在某些特殊情况下法律规定证明责任由被告人承担。“证明责任倒置属于联邦德国法上的概念，它是为修正法律要件分类说而提出的，是指法律出于维护法律政策或法秩序的需要，没有遵循证明责任分配的基本规则而特别设置一些让相对方承担证明责任的例外情况”。<sup>[5]</sup>显然，证明责任倒置属于对证明责任的非常规性配置。立法者决定适用证明责任倒置的理由包括司法证明的需要、举证的便利、以及反映一定价值取向的社会政策性考量。例如，我国《刑法》第395条关于巨额财产来源不明罪的规定就是属于证明责任的倒置，如果被告人不能证明其财产来源的合法性，则法律推定其来源非法。可以看出，对被告人不利的推定会产生将控诉方负担的证明责任

倒置给被告人的效果,被告人必须证明自己无罪,否则就被认为是有罪的,这就是证明责任的倒置。证明责任的倒置实质上实行的是“有罪推定”,即首先推定被告人有罪,在这个前提下,被告人必须提供证据证明自己无罪,否则就要承担相应的后果。被告人最终是否被判有罪取决于被告人对证明责任的履行效果,而不是在“无罪推定”原则下的取决于控诉方对证明责任的履行效果。

那么什么是证明责任转移呢?在进行刑事诉讼的过程中,首先由控诉方提出事实主张并举证进行证明,这是一般原则,被告人不承担证明自己无罪的责任。但在有些情况下,证明责任在证明过程中可能由控诉方转移到被告方负担,即证明责任的转移。当控诉方履行了证明责任,提出证据对己方观点进行证明,使控诉主张变得清晰明了或趋于清晰明了时,虽然被告人不承担证明自己无罪的责任,但如果这时被告人对其提出的证据不积极的提出反驳意见,那么被告人将处于即将被判有罪的危险境地。在这种可能被判有罪的强大压力下,被告人会积极主动的提出相关事实,证明自己的主张,反驳控诉方的意见,使案件重新回到真伪不明的状态。此时,证明责任已经在证明过程中发生了转移:当控诉方提出证据进行证明时,证明责任由控诉方负担;当被告人提出证据反驳控方,证明己方观点时,证明责任转移由被告人负担。可见,诉讼中证明责任的转移是一种动态的转移,而被告人的积极抗辩——自然也包括“幽灵抗辩”——是证明责任发生转移的原因。证明责任的转移并不违背无罪推定原则,而是控诉方履行证明责任进行证明达到一定程度时所产生的法律效果,其情况纷繁复杂,不可能由法律做出明确规定,而是由法官在诉讼过程中进行裁量行使<sup>[6-8]</sup>。

由上可知,证明责任转移与证明责任倒置的主要分野在于前者仍然符合“谁主张、谁举证”的一般证明责任分配规则,并没有脱离这一既定框架,而后者是对该原则的质的背反,一言以蔽之,“我主张、你举证”。更进一步说,导致证明责任转移的原因力是被告人提出了积极的事实主张,而产生证明责任倒置的原因力则是法律中的推定规则。因而,笔者的结论是,在被告人提出“幽灵抗辩”的情况下,被告人承担证明责任的方式是证明责任的转移而非倒置。

#### 四、结语

虽然基于现代刑事诉讼无罪推定原则的特殊保护机制,刑事被告人不负证明责任,但从世界各国证明责任分配上的立法和实践上来看,被告人不承担证明责任只是一种概括性的原则,在一些例外情况下,被告人仍要对特定事项负担证明责任。因此,认为犯罪嫌疑人、被告人一概不承担证明责任,既不符合诉讼合理主义的要求,同时也无法解释刑事司法实践中的实际情况。理论上的探讨正是为立法和司法实践的完善所做的准备。在对我国刑事被告人负担证明责任进行制度构建时,必须注意将刑事实体法和刑事程序法的规定相互衔接,使之成为规范刑事被告人负担证明责任的统一体系。

笔者并不奢望设计一套完美无缺的改革方案,因为这超出了推动者作为人的理性能力,但是笔者希望制定出来的规则能够经得起一个个具体实践的安全检测,它可以测度出证明责任分配制度的修正在结构和功能上的瑕疵。对此,人们应当及时从经验上加以总结,并进而运用立法理性提出改进的措施,这样才有利于制定出一套值得期待的垂范久远的证明规则。无论如何,证明责任分配制度的修正在中国的命运,取决于我国司法制度的现代转型与否以及在多大程度上会取得成功。

其实,制定法的粗疏,总是在被“刁民”钻了空子之后,才会有实质性的改进。

#### 参考文献:

- [1] 吴巡龙. 刑事举证责任与幽灵抗辩[J]. 月旦法学杂志, 2006(133): 24.
- [2] 王兆鹏. 审判阶段缄默权之理论研究(上)[J]. 月旦法学杂志, 1996(16): 97.
- [3] 吴丹红. 刑事举证责任与“海盗抗辩”[J]. 人民检察, 2008(19): 54-55.
- [4] 何家弘. 论推定规则适用中的证明责任和证明标准[J]. 中外法学, 2008(6): 866-880.
- [5] [意]贝卡利亚: 论犯罪与刑罚[M]. 黄风译, 北京: 中国大百科全书出版社, 1993: 56.
- [6] 陈荣宗. 举证责任分配与民事诉讼法[M]. 台湾: 国立台湾大学法学丛书编辑委员会, 1984: 6-7.
- [7] [美]乔恩·R·华尔兹. 刑事证据大全[M]. 何家弘译, 北京: 中国人民公安大学出版社, 1993: 313.
- [8] 卞建林. 刑事证明理论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004: 227.

责任编辑: 陈向科