

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学 号: 13620141150206

UDC\_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

浅议积极辩护事由的司法证明

The Study on Judicial Proof of Affirmative Defense

杨伟澜

指导教师姓名: 王天民 助理教授

专 业 名 称: 诉 讼 法 学

论文提交日期: 2017 年 3 月

论文答辩时间: 2017 年 月

学位授予日期: 2017 年 月

答辩委员会主席:

评 阅 人:

2017 年 月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内容摘要

“积极辩护事由”这个术语源于美国，美国刑法中的积极辩护事由是指辩方在庭审中所提出的法定的或者被告人独知的正当理由、免责事由或其他事由。它的提出能够形成新的事实争点，一旦成立便可以使被告人无罪或者在某种程度上减轻罪行。在美国，辩方需要对积极辩护事由承担一定的证明责任。我国立法中虽然没有出现过“积极辩护事由”这个术语，但司法实践中却存在与之非常相似的辩护事由，如正当防卫、不在犯罪现场、排除非法证据等。这类辩护事由被提出后，关于这类辩护事由的司法证明活动是如何展开的，我国理论界争议很大，现有立法也没有给出一套完整的模式，故司法实践中这类辩护事由的司法证明活动各式各样，没有统一标准。这既不利于案件事实真相的查明，更不利于对被告人合法权益的保障。因此，尽快在我国构建一套统一的积极辩护事由司法证明模式，是十分必要的。

本文一共分为五个部分。以夏俊峰案作为引言，通过研究该案辩护方在庭审中提出“正当防卫”后控辩审三方围绕该辩护事由所展开的司法证明活动，引出本文的主角——积极辩护事由。第一章是对积极辩护事由的界定，由于积极辩护事由源于美国，故首先介绍美国刑法中的积极辩护事由。美国在界定积极辩护事由时是从实体法的角度出发，存在一定的局限性，故笔者把美国刑法中的积极辩护事由称为“狭义上的积极辩护事由”，并从另一个角度重新界定了“广义上的积极辩护事由”，以期能涵盖司法实践中所有可能出现的积极辩护主张。第二章是从比较法的角度考察域外积极辩护事由的司法证明。美国 and 德国分别是当事人主义和职权主义刑事诉讼模式的典型代表国家，故该部分以这两个国家为例，对其积极辩护事由司法证明的相关理论和司法实践进行了研究，总结两大法系积极辩护事由司法证明的发展趋势并得出由此带来的启示。第三章是对我国积极辩护事由司法证明的相关立法、理论争议及司法实务进行研究。主要是通过对搜集的相关案例进行整理和分析，得出积极辩护事由在我国司法实践中的常见形态，并总结出目前我国实务中几种典型的积极辩护事由司法证明模式。最后一章在充分界定积极辩护事由、了解域外积极辩护事由司

法证明模式并对我国积极辩护事由司法证明的现状和问题有了清晰认识之后，尝试着提出构建积极辩护事由司法证明新模式的思路。

**关键词：**积极辩护事由；证明责任；司法证明

厦门大学博硕士论文摘要库

## Abstract

Originated in the US, “Affirmative Defense” in American Law refers to the defense of the defender in the trial by the legal or the defendant's original reasons, exemption or other reasons for the content and the ability to form a new factual point of defense. Once this defense turns successful, it can make the defendant innocent or to some extent reduce the crime. In the US the defender needs to share some liability of proof for an “Affirmative Defense”. Although there is no such term as “Affirmative Defense” in China's legislation, there are very similar defenses in our judicial practice, such as the defense of legitimate defense and the defense of the alibi. After these defenses were raised, how does the judicial proof of such defenses work is a great controversy theoretically in China. The existing legislation does not give a complete set of judicial proof model for such defenses, so in judicial practice the judicial proofs of such defenses are varied which have no uniform standards. It is not only unfavorable for unveiling the truth of the case to identify, but also not conducive to the protection of legitimate rights and interests of the defendant. Therefore, it's necessary to build unified rules of judicial proof of “Affirmative Defense” as soon as possible.

This article is divided into five parts. The case of Xia Junfeng is proposed as an introduction. Through careful analysis of the judicial proof activities about "legitimate defense", this article introduces the main concern of this article—the “Affirmative Defense”. The first chapter is about the define of the “Affirmative Defense”. Since the “Affirmative Defense” was originated in the US, I first introduced the “Affirmative Defense” in American Law, and then define what is Affirmative Defense in a broad sense. Because there are certain limitations when defined the affirmative defense in American Law, I call it " affirmative defense in a narrow sense”. Moreover, I define the " affirmative defense in a broadest sense” from another angle, in order to cover all affirmative defenses which maybe raised in the judicial practice. The second chapter is from the perspective of comparative law to study the judicial proof of affirmative defense outside the domain. The US is a typical country which has adversary system, and Germany is a representative country which has the authority principle lawsuit pattern, so this part is about the study of relevant legislation and judicial practice of the affirmative defenses in the US and Germany. Then, we come to the conclusion about the trends of judicial proof of affirmative

defense in these two law systems and get some inspirations at the same time. The third chapter is about the study of legislation, theoretical controversy and judicial practice of the judicial proof of affirmative defense in China. The common mode of affirmative defense in China's judicial practice is concluded mainly by collating and analyzing related cases. In the last chapter, I try to put forward the basic ideas of the new rules, which are about judicial proof of affirmative defense after having a clear understanding of the definition of affirmative defense. This rules are based on the judicial proof mode of the law overseas and the current situations and problems of the judicial proof of affirmative defense in China .

**Key Words:** Affirmative defenses; Burden of Proof; Judicial Proof.

## 目录

引言.....	1
<b>第一章 积极辩护事由概述 .....</b>	<b>3</b>
<b>第一节 狭义上的积极辩护事由 .....</b>	<b>3</b>
一、美国刑法中的积极辩护事由 .....	3
二、大陆法系刑法中的排除犯罪性事由 .....	5
<b>第二节 广义上的积极辩护事由 .....</b>	<b>6</b>
一、广义上积极辩护事由的界定 .....	6
二、广义上积极辩护与消极辩护的区别 .....	7
<b>第二章 域外积极辩护事由的司法证明 .....</b>	<b>8</b>
<b>第一节 英美法系积极辩护事由的司法证明——以美国为例 .....</b>	<b>8</b>
一、美国证明责任多层次理论 .....	8
二、合法性辩护事由的证明责任 .....	10
三、不在犯罪现场的证明责任 .....	12
<b>第二节 大陆法系积极辩护事由的司法证明——以德国为例 .....</b>	<b>13</b>
一、德国刑事证明责任理论 .....	13
二、德国检察机关对积极辩护事由的证明责任 .....	14
三、德国辩护方对积极辩护事由的证明 .....	16
<b>第三节 域外积极辩护事由司法证明的启示 .....</b>	<b>19</b>
一、刑事证明责任设置方面的启示 .....	19
二、积极辩护事由司法证明模式方面的启示 .....	19
<b>第三章 我国积极辩护事由司法证明的理论和实务研究 .....</b>	<b>22</b>
<b>第一节 我国关于积极辩护事由司法证明的现行规定及理论分歧 .....</b>	<b>22</b>
一、2012年《刑事诉讼法》中的相关规定 .....	22
二、我国关于积极辩护事由司法证明的理论分歧 .....	24
<b>第二节 我国积极辩护事由司法证明的实务研究 .....</b>	<b>27</b>
一、积极辩护事由在我国司法实践中的常见形态 .....	27
二、我国司法实践中积极辩护事由的司法证明模式 .....	29
<b>第四章 积极辩护事由司法证明模式的基本构建思路 .....</b>	<b>33</b>



<b>第一节 我国当前模式所面临的现实困境 .....</b>	<b>33</b>
一、应用证明责任分配制度所面临的困境 .....	33
二、法官职权调查模式中的问题 .....	34
三、检察机关配合法官推定模式受到的质疑 .....	34
<b>第二节 构建积极辩护事由司法证明模式的基本思路 .....</b>	<b>35</b>
一、域外积优秀经验的本土化 .....	35
二、构建新模式的基本思路 .....	37
<b>结 语 .....</b>	<b>39</b>
<b>参 考 文 献 .....</b>	<b>40</b>
<b>致 谢 .....</b>	<b>43</b>

厦门大学博硕士论文摘要库

# Content

<b>Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter1 An overview of affirmative defense .....</b>	<b>3</b>
<b>Subchapter1 Affirmative defense in a narrow sense .....</b>	<b>3</b>
Section1 Affirmative defense in American criminal law.....	3
Section2 Elimination of crime in civil criminal law .....	5
<b>Subchapter2 Affirmative defense in a broadest sense .....</b>	<b>6</b>
Section1 The definition of affirmative defense in a broadest sense.....	6
Section2 The deference between affirmative in a broadest shense and negative defense.....	7
<b>Chapter2 The judicial proof of affirmative defense outside the domain.....</b>	<b>8</b>
<b>Subchapter1 The judicial proof of affirmative defense in common law system——taking America as an example .....</b>	<b>8</b>
Section1 The double hierarchy theory of burden of proof in America ..	8
Section2 The burden of proof about legal defense.....	10
Section3 The burden of proof about alibi.....	12
<b>Subchapter2 The judicial proof of affirmative defense in civil law system—— taking Germany as an example .....</b>	<b>13</b>
Section1 The theory about burden of proof in Germany .....	13
Section2 The prosecution’s burden of proof of affirmative defense in Germany.....	14
Section3 The defendants’ proof of affirmative defense in Germany ...	16
<b>Subchapter3 The inspiration of the judicial proof of affirmative defense outside the domain .....</b>	<b>22</b>
Section1 The inspiration about the setting of criminal burden of proof .....	19
Section2 The inspiration about the mode of the judicial proof of affirmative defense.....	20
<b>Chapter3 The study of China’s judicial proof of affirmative defense in the aspect of theory and practice .....</b>	<b>22</b>

<b>Subchapter1 The existing rules and theoretical divergence about the judicial proof of affirmative defense in China .....</b>	<b>22</b>
Section1 The correlative rules in the criminal procedure law in 2012.	22
Section2 The theoretical divergence about the judicial proof of affirmative defense in China .....	24
<b>Subchapter2 The practice of the judicial proof of affirmative defense in China .....</b>	<b>27</b>
Section1 The common form of affirmative defense in China's judicial practice .....	27
Section2 The mode of the judicial proof of affirmative defense in China's judicial practice .....	29
<b>Chapter4 The basic idea of how to build a new mode of the judicial proof of affirmative defense .....</b>	<b>33</b>
<b>Subchapter1 The plight of the current mode in China .....</b>	<b>33</b>
Section1 The plight of the applicaion of burden of proof .....	33
Section2 The problem of the judge's power of investigation of evidences .....	34
Section3 The mode which the judges and prosecutors to cooperate with each other to make the presumption is qusetioned .....	34
<b>Subchapter The basic idea about how to build a new mode of judicial proof of affirmative defense.....</b>	<b>35</b>
Section1 The localization of excellent experience outside the domain.	35
Section2 The basic idea about how to build a new mode in China.....	37
<b>Conclusion .....</b>	<b>39</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>40</b>
<b>The thank you word.....</b>	<b>43</b>

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 引言

2009年5月16日，夏俊峰因违章经营小摊与前来执法的沈阳市城市管理行政执法局沈河分局的执法人员申凯、张旭东、张伟等人发生冲突，执法人员扣下了夏俊峰的液化气罐，之后夏俊峰随同上述人员至城管勤务室处理此事。在勤务室内，夏俊峰再次与申凯、张旭东发生冲突，并用随身携带的水果刀刺扎申凯和张旭东，造成二人失血性休克死亡。不久，沈阳市中院作出一审判决，认定夏俊峰构成故意杀人罪，判处死刑。夏俊峰不服一审判决提起上诉，辽宁省高院二审裁定驳回上诉，维持原判。最高院在最后的死刑复核中认为第一审判决、第二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，并核准了死刑。夏俊峰的生命结束了，但这起小商贩刺杀城管案件在社会上引起的舆论风波并没有就此停息。法学界对该案最关注的地方在于被告人夏俊峰的行为是否构成正当防卫？一审庭审中，被告人及其辩护人对检察机关提出的关于被告人在勤务室用刀刺扎被害人致两被害人死亡、一被害人重伤的事实并无异议，但主张被告人在勤务室系遭到被害人殴打后才持刀将被害人扎伤。也就是说，在这个案件中，辩护方在检察机关指控事实之外提出了一个新的事实主张——因被害人在勤务室对被告人实施了不法侵害（殴打），故被告人刀刺被害人的行为系正当防卫。针对该项主张，辩护方提供了被告人供述、被告人左前臂内侧皮下出血的照片。为了反驳该主张，检察机关提供了在犯罪现场附近的执法局人员和司机的证言。这些证言归纳起来有两个要点：第一，这些证人都是从被告人动刀之后才目睹现场的；第二，这些证人没有看见被害人殴打被告人。而针对被告人皮下出血的照片，检察机关仅发表意见认为照片中的伤痕更符合双方在拽、夺液化气罐时肢体接触所形成，但没有提供证据进一步论证。法院最终认定，“虽然夏俊峰始终供述遭被害人殴打，但除其供述外并无其他证据予以证实，不能认定被告人遭到了明显的、危及人身安全的不法侵害行为，故不能认定夏俊峰的行为具有防卫性质，更不能认定构成正当防卫。”<sup>①</sup>也就是说，辩护方提出的正当防卫辩护事由没有成立。“没有看见打”和“看见没有打”完全

---

<sup>①</sup> 详见中华人民共和国辽宁省高级人民法院(2010)辽刑一终字第1号刑事裁定书。

是两回事，<sup>①</sup>换句话说，关于被害人是否在勤务室殴打被告人这一事实并没有目击证人，现有证据不能直接证明被告人属于正当防卫，但也不能完全排除正当防卫的可能性，辩护方所提出的新的事实主张处于真伪不明的状态。表面上看，被告人被定罪似乎是因为检察机关完成了自己的证明责任，但实际上是因为辩护方没有完成被告人系正当防卫这项辩护事由的证明责任。

基于指控事实之外的新事实而提出的辩护事由在许多案件中都可能会出现，这类辩护事由的提出往往是在检察机关已经对指控的犯罪事实论证到表面成立的诉讼节点，它的提出能够形成新的事实争点进而对刑事诉讼进程产生一系列的影响，如果这种辩护事由得到法庭的认可则会因此减轻或免除被告人的刑事责任，在美国刑事诉讼中，它被称为积极辩护事由。虽然我国立法中没有“积极辩护事由”这一术语，但司法实践中却存在许多相类似的辩护事由，包括刑法中所规定的未达到刑事责任年龄、精神病以及正当防卫、紧急避险等法定事由；基于侦查机关或审判机关违反刑事诉讼法规定的法定程序而提出的辩护事由；其他基于检察机关指控事实之外的新事实而提出的辩护事由（例如不在犯罪现场）等。2012年我国修改后的《刑事诉讼法》虽然明确规定检察机关在公诉案件中承担被告人有罪的举证责任，却没有规定被告人承担证明责任的例外情形，关于上述辩护事由到底应当由谁承担证明责任立法还是没有给出明确的答复。且司法实践中与这类辩护事由相关的事实往往都是难以查证的，故这类辩护事由的司法证明就成为了法官心中“哥德巴赫猜想式”的难题。绝大多数情况下出于刑事诉讼政策的考虑，只能将这种辩护事由的证明责任“悄无声息”地转移到被告人身上，也就因此产生了许多颇受争议的判决。虽然我国证据法专家一直在为建立一个完善的刑事司法证明理论体系而努力，但目前国内的学者对上述这类辩护事由司法证明的研究较多的是对英美国家关于积极辩护事由判例的介绍和评析，而对于大陆法系国家相关方面的研究却比较鲜见。笔者认为，以积极辩护事由的司法证明研究为切入点，将英美法系国家和大陆法系国家的相关立法和司法实践进行比较研究，探寻规律、辨析差异并将域外优秀经验本土化，对于丰富我国刑事司法证明理论和指导我国实务中的刑事司法证明都将大有益处，这也是笔者的写作动机所在。

<sup>①</sup> 陈兴良.当代中国社会的罪与罚[J].法制现代化研究,2013,(1):23-24.

## 第一章 积极辩护事由概述

积极辩护事由（affirmative defense）这个术语源于美国。在美国刑事审判中辩方可以通过提出积极辩护事由来对抗控方的指控，一旦成功就能够减轻或免除被告人的罪责。正如引言中所说，我国立法中没有出现过“积极辩护事由”这一术语，但在法庭上辩护方却经常会提出一些与其非常类似的辩护事由。有的学者主张应当引进美国的积极辩护制度来解决这类辩护事由的司法证明难题。<sup>①</sup>然而，一个模糊的术语与不完整的规则一样，不仅不能带给我们实质的帮助，还可能会在我们试图建立相关制度的时候削弱合法性目标。因此，只有在充分界定何为积极辩护事由的基础上，才有可能进一步探讨积极辩护事由的司法证明问题。

### 第一节 狭义上的积极辩护事由

#### 一、美国刑法中的积极辩护事由

积极辩护事由（affirmative defense）被规定在 1962 年美国《模范刑法典》中的第 1 节第 12 条，该条文第 3 款将以下两类辩护事由界定为积极辩护事由：第一，被本法或其他制定法规定为积极辩护事由的辩护事由；第二，属于被告人特别认知的免责事由或正当事由且可以合理要求被告人提出证据的辩护事由。<sup>②</sup>

储槐植教授认为，美国的犯罪构成模式为双层模式，包括犯罪本体要件和责任充足要件。<sup>③</sup>也就是说，被告人的行为要构成犯罪必须同时满足犯罪本体要件和责任充足要件这两个层面的要求。在刑事司法中，控方只需证明被告人的行为符合犯罪本体要件便算初步完成证明被告人有罪的责任，如果这时辩方不抗辩，犯罪即告成立。但如果此时辩方能说明自己不具有刑事责任能力，如未成年；或者说明行为正当合法，如正当防卫；或者说明实施该行为具有可宽恕

<sup>①</sup> 参见许乐.“幽灵抗辩”与我国刑事证明责任分配制度之完善--以台湾地区相关案例为视角[J].西北大学学报(哲学社会科学版),2013,(4):104-105;赖早兴.刑事证明责任分配与犯罪构成要件[J].刑法论丛,2013,35(3):205-206;纵博.刑事被告人的证明责任[J].国家检察官学院学报,2014,(2):126;卞建林,韩旭.刑事被告人证明责任研究[J].云南大学学报(法学版),2013,(1):23.

<sup>②</sup> [美]美国模范刑法典及其评注[M].刘仁文,王祎等译,北京:法律出版社,2005.18.

<sup>③</sup> 储槐植.美国刑法(第三版)[M].北京:北京大学出版社,2003.36.

事由，如精神病；等等，便可以因此免除刑事责任。<sup>①</sup>可以看出，辩方此时所提出的抗辩都是基于犯罪构成模式的第二个层面——责任充足要件，这种针对责任充足要件而提出的辩护事由在美国被称为“合法性辩护事由”（legal defense）。美国的合法性辩护事由大体包括两类：正当化事由（justifications）和可得宽恕事由（excuses）。正当化事由关注的是行为是否实质违法，属于正当化事由的行为并不具有政策危害性，还可能对社会有益的行为；而可得宽恕事由关注的则是违法行为人是否具有可责罚性，具备可宽恕事由的行为尽管是违法的，但由于行为人行为时的特殊情况使其缺乏可责罚性而应被宽恕罪行。常见的正当化事由有自我防卫（self-defense）、他我防卫（defense of other）、被害人同意（consent）、紧急避险（necessity）等；常见的可得宽恕事由则包括非自愿醉态（involuntary）、激怒（provocation）、精神病（insanity）等。上述《美国模范刑法典》所界定的第二类积极辩护事由正是合法性辩护事由，也就是说合法性辩护事由是美国积极辩护事由在实体法上的主要内容。

除了合法性辩护事由，另一被美国实体法所认可的积极辩护事由就是不在犯罪现场（defense of alibi）。不在犯罪现场否定了被告人实施犯罪行为的可能性，它跟合法性辩护事由并不相同。合法性辩护事由是建立在被告人实施了犯罪行为这一基础之上，而不在犯罪现场则建立在被告人根本没有实施犯罪行为的基础上。<sup>②</sup>但合法性辩护事由是对责任充足要件的否定，不在犯罪现场是对犯罪本体要件的否定，两者又都和实体法密不可分，换句话说，合法性辩护事由和不在犯罪现场在本质上有相同的地方，即都属于实体性辩护事由。

1962年美国《模范刑法典》第1节第12条除了界定积极辩护事由之外，更重要的是要强调积极辩护事由的证明责任，该条文第2款规定“（a）在没有提出支持积极辩护事由的证据之前，不要求证明该积极辩护事由不存在；（b）本法典或者其他制定法明确要求被告人应以优势证据证明其积极辩护事由时，不

<sup>①</sup> 储槐植.美国刑法(第三版)[M].北京:北京大学出版社,2003.36.

<sup>②</sup> 屈文生.美国刑法中刑事辩护事由概述[A].何勤华.全国外国法制史研究会学术丛书--20世纪外国刑事法律的理论与实践[C].北京:法律出版社,2006.594.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库