

主观超过因素新论

董玉庭*

内容提要:主客观相统一的定罪原则并不否定主观超过因素的存在。无论大陆法系刑法抑或英美法系刑法基本都认可主观超过因素的定罪意义。所谓主观超过因素是指在构成犯罪的各要素中,超出故意内涵之外的主观要素,其中主要包括目的犯中的犯罪目的及倾向犯中的内心倾向。对于表现犯中的内心表现完全应该作为犯罪故意的内容,不宜按主观超过因素来对待。在司法实践中,由于主观超过因素存在与否的判断极为艰难,因此必须坚持弱化口供,强化推定及强化证伪的认定原则。

关键词:主观超过因素 目的犯 倾向犯 表现犯

一、引 论

定罪过程中彻底禁绝主观归罪和客观归罪,此乃现代刑法进步标志之一。主客观相统一的定罪原则已成为不可动摇的刑法基本理念。^[1]统一的主客观要件之本质并非要件的简单齐备,而是齐备的要件之间相互联系、相互制约。“从各种要件的联系性质来看,犯罪构成并不是所有这些单个要件的简单相加的复合体,而是这些要件相互联系、相互作用、相互制约的有机体”。^[2]根据我国刑法学的通说,主观方面主要是罪过(包括故意和过失),除此之外主观方面有时还包括一些超罪过的要素(如犯罪目的等)。客观方面主要包括行为、结果及行为与结果之间的因果关系。在通常意义上理解主观方面与客观方面的相统一,其涵义并不仅仅指主观方面各个要素和客观方面各个要素必须具备,而且还指主观要素与客观要素必须相互对应。也就是说主观要素是以客观要素为其认识及意志作用的对象。例如犯罪故意这样的主观要素必须以犯罪的客观要素为其内容,否则故意不能成立。在故意犯罪的情况下,行为人必须明知犯罪客观方面的构成事实,并且希望或者放任危害结果的发生。^[3]过失犯罪与故意犯罪相比情况虽然特殊(尤其是疏忽大意过失),但类似的统一性仍然存在。例如在疏忽大意过失中,虽然行为人主观要素中对客观要素确无具体反映,但是行为人承担责任的过失范围却同样是由客观要素划定的,也就是说行为人主观的预见义务是以行为、结果等客观要素作为判断标准。因此疏忽大意过失犯罪中,在实然层面上行为主观要素中并无客观要素的内容,但在应然层面上

* 黑龙江大学法学院副教授。

[1] 在我国刑法理论中基本都坚持主客观相统一的定罪原则。参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第57页以下。

[2] 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第72页。

[3] 参见张明楷:《刑法学》上册,法律出版社1997年版,第196页。

主客观要素应处于相统一的制约联系中。^[4]

对犯罪主观方面与客观方面统一性问题的探讨,隐含了一个理论前提,那就是主客观方面能相统一的界限只能由罪过划定。在罪过的界限内,每一个主观要素必有一个客观要素与之对应,有一个客观要素必有一个主观要素与之对应。但是主观方面的内容较为复杂,有些情况下会超出罪过的界限,在罪过之外的主观要素,未必有客观要素与之对应。比如目的犯中的犯罪目的,此目的就是一种单纯的主观要素,并无客观要素与之对应,因此,如果我们对主客观方面相统一的分析离开了罪过的界限,那么主客观就会出现难以统一的情形,罪过之外的主观要素因为没有与之相对应的客观要素而成为超过因素,理论界也称之为谓主观超过因素。“法国、日本刑法规定的伪造货币罪都是目的犯,要求行为人主观上以‘行使为目的’,但客观上又不要求行为人已经行使了伪造的货币,因此,‘以行使为目的’就是超过构成要件客观要素范围的主观要素。德国学者 A. Hegler 将它称之为超过的内心倾向,亦称主观的超过要素。”^[5]此种超出客观的主观超过因素就是本文研讨的核心。

犯罪构成中主客观方面的不一致不仅表现在存有主观超过因素的情形,同时还包括客观因素超过主观因素的情形,后者理论界称之为“客观的超过要素”。客观的超过要素是一种缺乏主观内容与之对应的客观要素。^[6]正是由于这种要素没有在行为人主观内容中表现出来,所以相对于主观要素而言它是超过的部分,当某一犯罪的成立要求这种客观超过要素时,这种要素只要在客观上单纯存在就已足够,行为人对此完全可以没有任何的认识。在德日等大陆刑法理论中,一般将客观超过因素称为客观处罚条件。^[7]“应受处罚性的客观条件(objective Bedingungen der Strafbarkeit),是指这样的一些情况,它们与行为直接相关,但既不属于不法构成要件也不属于责任构成要件”,“对于应受处罚性问题,仅仅取决于客观上存在或者不存在这样的事实,没有必要将故意或过失牵扯进来”。^[8]例如德国刑法第 104 条规定,针对外国的犯罪,只有当受害国与德国有外交关系并定有互惠保护协定时才受处罚,而这种外交关系的有无无需行为人对此有认识或意志。有学者认为我国刑法第 129 条规定的丢失枪支不报罪,其客观要件中“丢失枪支”和“造成严重后果”就属于超出主观内容的客观超过因素。^[9]

在此简单讨论客观超过因素的基本内涵,目的是更好地从平行理论角度衬托出主观超过因素的理论意义。主观超过因素和客观超过因素的存在,意味着要从更深刻的层面来理解主客观相统一。在犯罪成立所需要的主客观要素中,罪过领域的主观要素与相应的客观要素形成一一对应的关系,否则犯罪无法成立。当存在客观超过因素时,这些因素无论表现为行为还是结果,都无需在行为人主观中有所反映。当存在主观超过因素时,无论表现为目的或是内心倾向,都无需有客观表现与之联系。这也就是说,主客观的相统一实际上是有条件、有范围的,超出了这个范围,主客观往往是不统一的,无论是客观超过因素还是主观超过因素,都将独立地对犯罪的成立起到至关重要的作用,因此,非常有必要对这些独立于统一性之外的定罪要素进行深入研究。本文拟对主观超过因素问题进行集中探讨。

[4] 在大陆法系刑法理论中,故意、过失是构成要件要素还是责任要素,一直存有争论。有的观点认为故意、过失是构成要件要素,有的观点认为故意、过失是有责性要素,还有的认为故意、过失既是构成要件要素,也是有责性要素。无论故意、过失的理论位置如何,其内容都要与客观要素相一致。

[5] 张明楷:《“客观的超过要素”概念之提倡》,《法学研究》1999 年第 3 期。

[6] 参见刘士心、董玉庭:《德日刑法的犯罪客观处罚条件与我国刑法的犯罪构成》,2002 年刑法学年会论文。

[7] 在我国刑法理论中客观超过因素或客观处罚条件问题正处于争论阶段,尚无定论。大陆法系刑法理论中罪与刑是可以分离的,所以客观处罚条件较容易被认可。而我国刑法中罪与刑相对应,一般不能分离,客观处罚条件概念较难被接受,用客观超过因素表述此客观条件较为妥当。客观超过因素尽管超越主观要素,但仍是犯罪构成条件之一,而非仅为处罚条件。

[8] [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 667 页。

[9] 对此问题的讨论,参见张明楷:《“客观的超过要素”概念之提倡》,《法学研究》1999 年第 3 期。

二、主观超过因素的理论诠释

主观超过因素是指在犯罪构成的诸要素中,没有客观要素与之对应的那些主观要素。

(一) 我国刑法理论关于主观超过因素的研究误区

我国的刑法理论对主观超过因素并非没有研究,在各种权威的教科书及专著中,均在犯罪构成的主观方面对此问题给予关注,但很少从主客观要素相互对应的角度作深入探讨。“犯罪的动机和目的是支配行为人实施犯罪行为的一种心理活动,是犯罪主观方面的主要内容之一。它们直接决定并影响犯罪行为危害性质和危害程度,对定罪量刑具有直接的重要意义。”^[10]“犯罪行为的社会心理内容,通过行为人所犯罪行的目的和动机而被充分地揭示出来。正是这些要件揭示出故意或过失的产生机制,从而可以在任何一个具体的犯罪构成中提出它们独立的有法律意义的问题。”^[11]尽管我国刑法犯罪构成理论十分重视目的、动机这样的主观因素,认可其对犯罪认定的价值,但是研究的路径只是单纯地对目的、动机进行心理学意义上的探讨,从而降低了其理论意义。不从主观超过客观的角度分析犯罪的主观方面,往往容易导致忽略主观方面内部各个要素之间的关系,特别是犯罪故意与犯罪目的的界限可能变得模糊不清。例如,在我国刑法理论中大多认为财产犯罪属于目的犯,但是财产犯罪主观方面中目的和故意的界限却被很多著作所忽略。有的观点认为财产犯罪“主观方面只能是故意,过失不构成这类犯罪。由于这类犯罪故意的内容是以非法占有、非法营利或非法毁损为目的而侵犯公私财物所有权,因而故意的表现形式只能是直接故意,而不可能是间接故意。”^[12]在这种观点中似乎非法占有、非法营利或非法毁损的目的是这些犯罪故意的内容。还有观点认为盗窃罪的主观方面是直接故意,且具有非法占有数额较大的公私财物或者通过多次盗窃非法占有公私财物的目的。这种表述把直接故意与非法占有目的用“且”字进行连接,已经表示出故意和目的的并列关系,但这种观点在论述故意的内容时,却把非法占有的犯罪目的当成了故意的要素。^[13]在这些关于财产犯罪主观方面的描述中,实际上并没有明示犯罪故意与犯罪目的的关系,导致犯罪目的到底是犯罪故意之内的内容还是犯罪故意之外的要素并不清楚。从主客观相结合的角度研究主观超过因素,便于正确把握这些因素的意义、价值及在犯罪构成中的地位。另外主观超过因素涉及内容过少是我国刑法理论的又一误区,目前刑法理论关于主观超过因素的研究主要集中在目的和动机上,除此之外的主观超过因素涉及甚少。^[14]虽然在我国刑法典中规定的主观超过因素确实只有犯罪目的,但是在理论上把主观超过因素局限于犯罪目的,必然阻碍对此问题的深入研究。

(二) 主观超过因素在大陆法系刑法理论中的定位

在犯罪构成要件理论的发展史上,出现了学说林立的繁荣景象。但无论构成要件学说如何多姿多彩,在对待犯罪成立条件的问题上,却没有太大区别。目前大陆法系刑法犯罪构成论通常采用三分制观点。所谓三分制是指构成要件该当性、违法性、有责性作为犯罪成立必备的三个要件。^[15]构成要件该当性、违法性和有责性的具体内容是什么,不同犯罪构成理论有不同观点,但犯罪成立所需的基本框架却已根深蒂固。大陆法系刑法中构成要件该当性只是犯罪成立的一个条件而已,而非全部

[10] 前引[2],马克昌书,第382页以下。

[11] [前苏联]斯塔拉鲁欣:《犯罪行为的社会心理特征》,国际文化出版社1987年版,第71页。

[12] 苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1994年版,第567页。

[13] 参见赵秉志:《犯罪财产罪》,中国人民公安大学出版社1999年版,第164页以下。

[14] 在大陆法系刑法理论中主观超过因素内容除了目的犯中的目的之外,还包括倾向犯罪的内心倾向,表现犯罪中的内心状态等。对这些主观超过因素,在我国只有个别学者的著作有所涉及。

[15] 当然大陆法系刑法理论中对于犯罪构成论也有采用四分制的观点,即认为犯罪成立的要件包括构成要件该当性、违法性、有责性、应受惩罚性。但采用四分制论点的学者占少数。参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》上册,北京大学出版社1984年版,第272页。

条件。这与我国刑法理论的构成要件概念有重大区别。我国刑法犯罪构成要件理论直接源于前苏联,犯罪构成要件实际上是犯罪成立所需全部要件,包括犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面。

我国刑法犯罪构成四个要件之间是一种平行关系,四个要件处于同一理论层面。理论中对四个要件虽有先后排序的区别,但排序的差别并无重大理论意义。如先判断主观方面抑或是先判断客观方面,先判断主体抑或是先判断客体,对罪之评价结果并无太大影响。大陆法系刑法犯罪成立的三个要件之间,是一种分层次关系。对行为是否成立犯罪之评价,必须先判断该行为是否具备构成要件该当,如得肯定结论,才能进入第二层次违法性的判断阶段,构成要件该当性及违法性判断均被肯定,才能进行第三层次有责性的判断。正因为如此,某一构成要素究竟归属哪一个层次范围之内,向来是大陆法系刑法十分关注之问题。例如关于期待可能性在大陆法系刑法犯罪论中的地位,争议一直较大,有人认为期待可能性是与责任能力、故意或过失并列的责任要素,还有人认为期待可能性是故意和过失的构成要素等等。^[16]

主观超过因素在大陆法系刑法理论中基本被认为是主观违法要素,并且是一种较特殊的主观违法要素。“所谓特别的主观的违法要素,也叫做超过的主观的违法要素。包括目的犯的目的,倾向犯罪的主观倾向,表现犯的内心状态和记忆。”^[17]也可以说在大陆法系刑法中,存在一般的主观违法要素和特殊的主观违法要素,一般的主观违法要素包括故意和过失,特殊的主观违法要素,也就是主观超过因素或超过的主观因素。例如,日本学者大冢仁也是在主观违法要素的意义上理解主观超过因素的理论地位。“主观性违法要素的观念,从本世纪初开始通过德意志学者们的努力逐渐被认识到了。梅兹格加以总结后指出,主观性违法要素包含目的犯中的目的、倾向犯中的内心性倾向、表现犯中的内心状态。”^[18]大陆法系刑法理论认可主观超过因素作为主观违法要素有一个发展过程。大陆法系刑法早期的构成要件理论一般认为构成要件只限于客观的、记述性的因素,与主观的要素没有关系。“违法是客观的,责任是主观的”是当时的基本观念。德国学者贝林格的构成要件论就持此种主张。^[19]这种构成要件理论既然把主观超过因素排除在构成要件之外,因此它自然不能承认主观超过因素作为主观性违法要素,在这种理论中,主观超过因素以及故意、过失都被看成责任的范畴。后期越来越多的学者认为构成要件应是类型化的违法,当不存在违法阻却事由时,符合构成要件的行为自然是违法的,构成要件只不过是违法类型而已。^[20]构成要件既然是违法类型,决定这种类型的一切要素当然应成为构成要件,并且这些要素也自然是违法性要素,过去只承认客观要素作为构成要件内容显然不合适。例如,如果单从客观上考虑,完全忽略主观要素,故意杀人和过失致人死亡可能无法区别。因此只包含客观要素的构成要件不能做到类型化。这种观点不但认为主观超过因素是主观违法要素,而且把故意、过失也作为主观违法要素来对待。第二次世界大战以后,此种观点的支持者很多,如日本学者木村龟二、团藤重光、西原春夫等。^[21]

从上文分析可以看出,主观超过因素是一种主观违法要素,同时也是犯罪构成要件中的主观构成要素。在这一点上,主观超过因素与故意、过失相类似,但故意、过失同时还是责任中的基本要素。^[22]主观超过因素是否也作为责任要素而存在,此问题确实不如故意、过失那样明确,很多著作在论及责

[16] 参见[日]福田平、大冢仁主编:《日本刑法总则讲义》,李乔等译,辽宁人民出版社1986年版,第130页以下。

[17] [日]野村稔:《刑法总论》,何力译,法律出版社2001年版,第109页。

[18] 大冢仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第130页。

[19] 参见马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第112页以下。

[20] 参见[日]阿部纯二等编:《刑法基本讲座》第二卷,法学书院1994年版,第7页以下。

[21] 也有学者如日本的前田雅英、中山研一、平野龙一等对主观违法要素持限制甚至是否定的态度,认为过多考虑包括主观超过因素在内的主观违法要素会破坏法益侵害的刑法立场。

[22] 当然也有人认为故意、过失仅存在于构成要件、违法性中就足够了,在责任论中无需讨论故意、过失问题。

任要素时,都忽略了主观超过因素。“责任的要素是为了对行为人进行责任非难所必须考虑的要素,我认为有‘责任能力’、‘责任故意或责任过失’、‘合法行为的期待可能性’三要素。”^[23] 本文认为,根据大陆法系刑法层层递进的犯罪构成模型,主观超过因素不宜作为责任要素。在构成要件及违法性判断中,主观超过因素的意义和作用已得到充分体现,无需也不能在责任判断中再次考虑这个因素。例如,目的犯中的犯罪目的,行为人如果没有此特殊目的的存在,则构成要件不具有符合性,同时该行为也当然不具有违法性,此时行为与刑法无涉。当此目的存在,则该行为就具备受本罪条文评价的资格,行为人也就具备承担本罪刑事责任的条件,如果在评估刑事责任时再一次因为行为人具有某种目的而影响本罪正常的刑事责任程度,显然是不合适的。这和禁止重复评价的司法原则相类似,在我国刑法中,定罪情节一般是不能同时作为量刑情节的,例如在情节犯中,情节严重是犯罪的条件,那么量刑时当然不能因为情节严重而对犯罪分子从重处罚。此中道理可能与上述主观超过因素在责任要素判断中的意义相类似。

马克昌先生认为,大陆法系刑法中罪过以外的主观要素可能成为责任要素。“以有责任能力为前提,故意、过失及违法性的意识可能性成为主观的责任要素。再者,因为给予行为的决意以影响的一切情况都包含在内,所以行为的目的、动机、性格、人格也可能成为责任要素。”^[24] 马先生在这里只是说目的、动机等可能成为责任要素,并没有说这些主观要素一定是责任要素。如何理解这个“可能”的含义,将成为非常关键的问题。本文认为,这里所谓的“可能”无非是指有些时候这些主观因素^[25]应当作为责任要素,而有些时候此等主观因素不能作为责任要素。行为的目的、动机、性格、人格等主观因素如果被立法选择作为犯罪构成条件时(主要是目的),便成为主观超过因素,这些因素不能作为责任要素。而没有被立法作为构成要件选择的那些主观要素,当然可以成为责任判断的要素。因为如果构成要件选择了某一主观超过要素,那么这种行为所构成的犯罪之一般刑事责任中已包含了对该主观超过要素的评价。而构成要件没有考虑的主观要素,由于其体现了犯罪分子的人身危险性,自然应在责任评价中体现。对此德国刑法理论一般赞同把特殊的主观要素分开考察,一部分属于不法要素,另一部分则作为责任要素。“因为,可推导出特定意识的要因,部分属于不法领域的内容,不应当将思想要素作为统一的责任要素考察而应当部分作为责任要素,部分作为不法要素加以考察。”^[26] 这种观点充分地说明了要区别对待作为不法要素的主观要素和作为责任要素的主观要素。并且把这种仅作为责任要素的主观要素称为真正的责任要素,以示与主观不法要素相区别。“不是建立在不法领域的相应的连接点基础上的思想要素,而是直接,而且仅仅能够从属于责任领域的事实情况里推导出的思想要素,可称为真正的责任要素。相反,仅表现为特殊的不法要素的主观的反面的思想要素,只能够属于主观不法要素(非真正的思想要素)。”^[27]

(三)英美刑法理论中的主观超过因素

英美刑法理论与大陆刑法法系理论相比,理论精密性较差,但其更加强调经验性、实用性。“诚然两种法系的理论色彩确有不同,如果说大陆法的理论重思辨,那么英美法的理论重实务,前者是学者型理论,后者是法官型理论。”^[28] 英美刑法的犯罪构成条件一般包括两个层次,其一是犯罪要件,有时也被称为犯罪本体要件,其中包括犯罪行为 and 犯意(犯罪心态)。其二是责任充足条件,主要指一般的辩护理由。实际上尽管英美刑法理论关于犯罪构成的模式与大陆法系刑法有非常大的不同,但是两者在认定犯罪时所考察或依据的要素并没有太大的区别,只不过同一要素在不同的理论模式中的

[23] 前引[18],大冢仁书,第183页。

[24] 前引[19],马克昌书,第442页。

[25] 本文讨论主题是主观超过因素,不能成为犯罪构成条件的主观要素(如性格、人格等)不在本文的讨论范围之内。

[26] 前引[8],汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特书,第565页。

[27] 同上书,第565页以下。

[28] 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第1页。

理论位置有所不同。

在美国刑法中,主观超过因素是在犯罪心态中加以说明的。犯罪心态是美国刑法犯罪构成的本体要件,相当于大陆刑法理论中的罪过。“犯罪心态就是行为人在实施社会危害行为时的应受社会谴责的心理状态。”^[29] 犯罪心态的类型一般包括四种:蓄意、明知、轻率、疏忽,其中蓄意和明知基本相当于我国刑法中直接故意和间接故意。蓄意和明知是基本心理状态,一般犯罪的成立主观有此心理要件即可,但是特殊情况下仍然需要超过基本心态的要素,也就是本文所谈的主观超过因素。“根据美国刑法,还有特别故意(Specific intent)和推定故意(Constructive intent)。前者是指:某种犯罪构成规定的超出一般犯罪行为所要求的心理状态的特定的心理要件,如盗窃罪的‘偷盗意图’(非法占有意图),夜盗罪的‘犯重罪意图’等等。”^[30] 这也就是说,美国刑法不象大陆法系刑法把主观超过因素与故意厘定得十分清楚,大陆法系刑法理论把主观超过因素完全排除在故意的内容之外。而美国刑法虽然承认主观超过因素的存在,但是理论上已经把这种主观超过因素和故意结合在一起,称之为特别故意,因此这里的特别故意实际上是主观超过因素与一般心理状态的共同体。美国刑法之所以形成此种理论格局,与其经验型刑法理念是分不开的,在经验的层面上,主观超过因素与一般心理状态同为主观要素,结合起来加以考察可能更具可操作性。

英国刑法与美国刑法对主观超过因素的态度基本类似。在英国刑法中,除严格责任犯罪以外,每一种犯罪都要求有自己的犯意。基本的犯意包括:蓄意、明知及轻率等。对于绝大多数犯罪而言,其主观方面要求基本犯意已足,但对于一些特殊的犯罪,有时还需行为人有进一步的主观意图。“但是,它还不能适用于一切案件。法律规定的犯罪往往使犯意包括原打算的犯罪行为外的产生进一步犯罪结果的犯罪行为的意图。”^[31] 这里产生进一步犯罪结果的犯罪行为的意图,相对于原打算的犯罪行为所对应的基本犯意而言,显然是一种主观超过因素。只不过英国刑法理论把这种进一步意图和基本犯意结合,被认为形成了特殊的犯意。例如,盗窃过程中永久剥夺财产所有人财产的意图就是这种进一步主观意图,即主观超过因素。在英国刑法理论中一般对动机与意图作较为严格的区分,并且认为动机不是犯罪的要素。这似乎否定了动机成为主观超过因素的可能性,但是在某些特定案件中仍有承认动机作为主观超过因素的趋势。“法庭并非总是与术语保持一致,D开除了曾经提供不利于他的证据的雇员E。按照他与E的合同条文内容,如果开除的动机是E作证,而非其他,如无能力或超员,D则被判藐视法庭罪。”^[32] 因此英国刑法否定动机作为犯罪构成要素的主观超过因素,实际上是由语言词汇的理解不同造成的,如果把作为主观超过因素的动机称为意图或目的,在逻辑上自然就肯定了主观超过因素只包含意图和目的,而排除了动机。

(四) 不同流派下主观超过因素的理论价值

尽管主观超过因素在不同的刑法理论体系中有不同的理论位置,主观超过因素的表现形式也各不相同,但其作为影响犯罪成立的构成要素却基本一致。前文的分析基本是在事实层面所作的阐释,那么在价值层面如何评价主观超过因素对定罪应有的意义,的确是值得关注的另一问题。

大陆法系刑法理论之发展是与刑法学派之争分不开的。学派之争在犯罪论方面以主观主义与客观主义的争论最富影响力。主观主义一般认为,刑事责任基础是犯罪行为人的危险性格或者反复实施犯罪行为的危险性,行为不只是意识的客观化,而且是人格、性格的外化。犯罪行为人内心隐藏的实施某种犯罪行为的可能性,就是刑罚的根据。^[33] 客观主义一般认为,刑事责任基础是表现在外部的犯罪人的行为及其危害结果,应当重视的是行为而不是行为人,科处刑罚的基础只能是行为人现实

[29] 前引[28],储槐植书,第75页。

[30] 同上书,第81页。

[31] [英]J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第85页。

[32] 同上书,第95页。

[33] 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第57页。

的行为,行为人内心隐藏的某种危害社会行为的可能性,不能成为刑罚的根据。^[34] 必须注意,主观主义不同于主观归罪,客观主义也不同于客观归罪。无论主观主义抑或客观主义在犯罪认定的问题上都主张主客观相统一,两者的区别是主观主义重视犯罪的主观要素,而客观主义则重视犯罪的客观要素。

与刑法主客观主义所坚持的基本立场相对应,刑法主观主义非常重视主观超过因素对定罪的意义,而刑法客观主义基本倾向于淡化主观超过因素对定罪的价值。在刑法主观主义者看来,刑法对犯罪行为的评价,其本质是对行为人人身危险性的评价,任何一个影响人身危险性大小的因素都不能忽视,主观超过因素中的目的、倾向、表现等因素,确实在某种意义上影响了行为人的危险性,自然应在犯罪构成条件中给予充分的重视。主观主义的刑法经常出现这样的问题:许多犯罪在客观方面相同或基本相同,罪过内容也相同,甚至犯罪性质也相同,但只要行为人的目的(或动机)不同,就评价为不同的犯罪。^[35] 这就说明主观超过因素在刑法主观主义的犯罪构成体系中地位十分重要。正因为如此,主观主义的刑法不但对法律明确规定的主观超过因素态度坚决,而且经常在解释学领域扩大主观超过因素的范围,把刑法未规定的主观超过因素解释成犯罪构成的要素。

刑法客观主义一般主张刑法对犯罪行为的评价,其本质是对行为客观的社会危害性的评价,因此客观主义在犯罪构成要素的选择上重视客观要素,淡化主观要素。^[36] 这里强调客观主义只是淡化主观要素,而不是否定主观要素,客观主义保守地、有条件地承认主观超过因素作为犯罪构成的要素。客观主义大都强调刑法对法益保护的功能,认为犯罪行为违法性的本质是对法益的侵害,因此在客观主义者看来,主观超过因素能否作为犯罪构成要素,关键是看此主观超过因素的有无能否影响行为对法益侵害的有无或程度。“根据法益侵害说的观念,某种目的、内心倾向等是否是主观的超过要素,应取决于它是否说明了行为对法益的侵犯及其程度。如果某种目的、内心倾向对决定法益的侵犯及其程度具有重要作用,即使在刑法没有明文规定的情况下,也可能将其解释为主观要件的内容;如果某种目的、内心倾向对决定法益的侵犯及其程度不具有重要作用,甚至没有任何作用,则不应当随意将其解释为主观要件的内容。”^[37]

本文认为,对于主观超过因素的理论价值,客观主义的态度是可取的。这不仅是因为客观主义刑法理论处于优势地位,^[38] 而且从主观超过因素自身特点分析,结论也应如此。主观超过因素与罪过相比,由于其没有相对应的客观要素,所以不确定性更大,过多考虑主观超过因素无疑会增大刑法操作的任意性,特别是在刑法中没有明文规定主观超过因素的情况下,随意在解释学中增加主观超过因素作为构成要件的内容,极有可能使罪名的规范界限发生误差。例如,在强奸罪的主观构成要素中增加“奸淫的目的”,就很可能不恰当地扩大或缩小强奸罪的打击范围。另外过多增加主观超过因素,其目的无非是为了强调犯罪行为的反伦理、反道德的属性,结果可能更容易导致刑法与道德的界限不清。这些都与现代刑法的法治精神背道而驰。因此,在理念层面,无论立法或刑法解释学,只有在没有此主观超过因素就无法判断法益侵害(即违法性)的有无或轻重时,此罪名犯罪构成中主观超过因素的确立才是合理的。

[34] 参见前引[33],张明楷书,第56页以下。

[35] 同上书,第61页。

[36] 这里所淡化的主观要素主要是指主观超过因素,而不包含故意、过失,因为无论是客观主义或是主观主义都不会忽略故意、过失的意义及作用。

[37] 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第391页。

[38] 主观主义与客观主义经历了长期的争论之后,由于客观主义的主张更有利于实现刑法的各种机能与理念,因此支持客观主义的学者越来越多。

三、主观超过因素的外延

前文对主观超过因素的阐述,是以该因素的整体为参照,对比其他犯罪构成要素所作的分析。而对主观超过因素应包含哪几个方面内容,或者说主观超过因素的外延如何,却没有过多涉及。根据德国学者梅兹格的观点,主观性违法要素中包含目的犯中的目的、倾向犯中的内心性倾向、表现犯中的内心状态。这种观点具有普遍性,我国台湾刑法对主观超过因素外延界定基本与梅兹格的观点相同。所谓心理状态之内在构成要素,其实就是指目的犯之目的、倾向犯之倾向、表现犯之表现,以及故意与过失。^[39]故意与过失属于罪过,因此目的、倾向、表现自然就是主观超过因素。我国刑法理论对目的犯的研究比较深入,但对倾向犯、表现犯较少涉及,只是近几年来个别学者在介绍大陆法系刑法理论时,偶有论述。总体而言,大陆法系把目的犯的目的、倾向犯的倾向、表现犯的内心状态作为主观超过因素基本无太大争议。

(一) 目的犯中的犯罪目的

犯罪目的,是指犯罪人希望通过实施行为实现某种危害结果的心理态度。在刑法理论中,犯罪目的的一般有两种含义,第一种意义的犯罪目的是指在直接故意中,行为人对自己的行为直接发生危害结果的希望。例如行为人明知自己的行为会发生他人死亡的危害结果,并且希望这种死亡发生。这种希望的心理态度,就是犯罪目的。第二种意义的犯罪目的是指在故意犯罪中,行为人通过实现行为的直接危害结果后,对某种非法利益的进一步追求心理。^[40]例如刑法第303条规定的赌博罪,行为人的犯罪目的有两个,首先就是第一种意义的犯罪目的,即行为人对赌博的希望心理;其次就是第二种意义的犯罪目的,即行为人必须以营利为目的。从以上的分析可以看出,第一种意义的犯罪目的在任何一个直接故意犯罪中都存在,其实质就是直接故意中的意志因素。“犯罪目的是希望意志的核心,反映着直接故意的心理内容,是直接故意的当然组成部分。”^[41]当某种犯罪构成要求行为人具有第二种意义的犯罪目的时,此犯罪是目的犯。“目的犯又称意图犯,是指以行为人主观上具有某种特定目的(或意图)作为构成要件的犯罪。”^[42]因此,第一种意义的犯罪目的是犯罪故意的内容之一(即意志因素),显然不是主观超过因素,只有第二种意义的目的才是超越犯罪故意之外的主观超过因素。我国刑法理论虽然多有关于目的犯的讨论,但仍有若干问题的探讨尚欠深入。

1. 目的犯中的目的与犯罪动机的关系

有一种观点认为,不能把目的犯中的目的称为犯罪目的。^[43]这种观点在第一种意义上定义犯罪目的,认为犯罪目的同危害结果有非常紧密的联系,是对危害结果的希望或追求,并把此危害结果理解为犯罪行为直接导致的结果。在这个意义上定义犯罪目的,那么这种目的的内容显然有犯罪客观要素(犯罪结果)相对应,其实质就是直接故意犯罪中的意志因素。因此假如把直接故意的意志因素等同于犯罪目的作为理论前提,那么目的犯中的目的就不宜称为犯罪目的。目的犯中的目的是主观超过因素,此目的所希望或追求的目标,不是犯罪构成客观要素的危害结果,而是超越犯罪构成之外的进一步的危害社会的结果。本文认为能否把目的犯中的目的称为犯罪目的,其观点差别本身并不重要,因为这仅涉及对犯罪目的的不同理解。在广义上理解犯罪目的,把犯罪目的分为直接故意中的意志因素(第一种意义的犯罪目的)和作为主观超过因素的目的(第二种意义的犯罪目的),不但理论上完全成立,而且有助于区分两种不同犯罪目的的理论意义。因为重要的不是目的犯中的目的能否

[39] 参见蔡墩铭:《现代刑法思潮与刑事立法》,汉林出版社1976年版,第240页。

[40] 参见前引[12],苏惠渔书,第169页。

[41] 高铭喧主编:《刑法学原理》第二卷,中国人民大学出版社1993年版,第121页。

[42][43] 参见刘明祥:《论目的犯》,《河北法学》1994年第1期。

称之为犯罪目的,重要的是要严格区别目的犯中的目的和直接故意中意志因素的界限。“目的犯具有双重目的,一是与直接故意相重合的一般犯罪目的,又叫外部行为单纯的意欲,二是法律及司法实践特别要求的特定犯罪目的,亦即‘外部行为有意义的意欲’,二种目的并行存在,缺一不可,前者同故意一起化合于具体犯罪行为之中,后者则独立于故意与行为之外,作为一种精神现象赋予行为的一定意义。”^[44]

犯罪目的与犯罪动机的关系,一向被我国刑法理论所重视,两者的区别与联系似乎已成定论。所谓犯罪目的是指犯罪人希望通过实施犯罪行为达到某种危害社会结果的心理态度。犯罪动机是指刺激犯罪人实施犯罪行为以达到犯罪目的的内心冲动或者内心起因。犯罪目的以犯罪动机为前提和基础,犯罪目的来源于犯罪动机,犯罪动机促使犯罪目的的形成。^[45]对于这些经典性结论要特别注意,以往的理论著作大多对犯罪目的未作详细的划分,经常把第一种意义的犯罪目的(故意之内)和第二种意义的犯罪目的(主观超过因素)混为一谈。“规定特定犯罪目的的直接故意的行为人的心理态度,除明知自己的行为会发生危害社会的结果,并希望这种结果发生外,还意图通过自己的犯罪行为,进一步实现某种非法的愿望,即法律所要求的犯罪目的的具体内容。犯罪目的是比一般故意更为复杂、深远的心理态度,它存在于直接故意中,又使这种直接故意成为具有特定内容的直接故意。”^[46]在这种论述中,显然把特定的犯罪目的当成了直接故意之内的内容。另外,一些著作举例解释何谓犯罪目的时,也往往把两种意义的犯罪目的相提并论。“例如,某人在实施盗窃行为时,就有非法占有公私财物的目的;实施故意杀人行为时,就有非法剥夺他人生命的目的。”^[47]盗窃罪中非法占有目的是主观超过因素,故意杀人罪中非法剥夺他人生命是直接故意的意志因素,把这两种不同意义的犯罪目的并列举例,说明对犯罪目的并未加以区分,此时的犯罪目的是一种综合意义上的概念。

如果在综合意义上理解犯罪目的,认为犯罪目的是既指直接故意中的意志因素又指主观超过因素的集合性概念,那么前文关于犯罪目的与犯罪动机关系的经典结论就是不恰当的。作为直接故意意志因素的犯罪目的和作为主观超过因素的犯罪目的,两者与犯罪动机的关系应是完全不同的。第一种意义的犯罪目的是直接故意的意志因素,此种犯罪目的是行为人实施犯罪行为所追求的危害结果在行为人主观上的反映,并且主观上所追求的危害结果恰恰是作为犯罪构成要素的客观结果,是犯罪行为所直接产生的结果。此种结果比较具体,有具体的犯罪对象或犯罪客体作为其存在的标志。而犯罪动机则比较抽象,是比第一种意义的具体犯罪目的更为深层次的主观意识,其意义仅在说明犯罪行为为什么犯罪的内心起因。“在这种情况下,行动目的是行动所要达到的结果,而行动动机则反映着人为什么去达到这一结果的主观原因。”^[48]“犯罪动机决定犯罪目的,并在一定程度上决定着犯罪行为的性质和发展方向,犯罪目的受制于犯罪动机,并反映和体现犯罪动机。”^[49]由此可以看出,传统刑法理论虽然多数在综合意义上理解犯罪目的,但在论述犯罪目的与犯罪动机的关系时,得出的结论其实是第一种意义的犯罪目的与犯罪动机的关系。

第二种意义的犯罪目的是一种主观超过因素,在犯罪构成中没有与之对应的客观要素,这一点与第一种意义的犯罪目的存有重大区别。也就是说作为主观超过因素的目的犯中的犯罪目的,其实质是一种单纯的心理动因,这种心理动因是以构成要件的危害结果以外的其他结果作为主观追求的目标,相对于本罪的犯罪行为而言,这种目的其实就是犯罪动机,是第一种意义的犯罪目的及犯罪行为得以产生的重要原因。例如刑法第303条规定的赌博罪要求行为人以营利为目的,此目的既不包括

[44] 陈立:《略论我国刑法中的目的犯》,《法学杂志》1989年第4期。

[45] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社1999年版,第221页以下。

[46] 前引[2],马克昌书,第399页。

[47] 前引[45],高铭喧、马克昌书,第221页。

[48] 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年版,第265页。

[49] 赵秉志主编:《全国刑法硕士论文荟萃》,中国人民公安大学出版社1989年版,第267页。

行为人追求特定的犯罪结果,也并不指向本罪特定的犯罪客体。营利的目的只是行为人实施赌博行为的心理动因,即犯罪动机。因此,相对于第一种意义的犯罪目的而言,目的犯中的犯罪目的与犯罪动机是同一层面的心理因素,虽然把目的犯中的目的称为犯罪目的,这只是约定俗成的称呼而已,了解目的犯中所谓犯罪目的(主观超过因素)的真实含义才是最重要的。“事实上,目的犯的目的应该是犯罪动机。因为犯罪动机是推动犯罪人实施犯罪行为的内心起因……法律规定要以牟利或传播为目的,实际上是要求行为人以牟利或传播为动机,不以此为动机者,则不构成走私淫秽物品罪。”^[50]当然有的学者认为既然目的犯中的犯罪目的就是犯罪动机,那么就应把这种犯罪目的改为犯罪动机,目的犯改为动机犯。

2. 目的犯的分类

从不同的角度根据不同的标准可以把目的犯分成不同的种类,种类不同的目的犯各有其不同的特征,理论意义也略有差异。

(1) 根据犯罪实行行为与目的实现的关系,可以把目的犯分成断绝了的结果犯和短缩的二行为犯。断绝了的结果犯是指该目的犯的犯罪目的根据犯罪行为人的行为本身,或作为附带现象,由自己来实现,特别是在其实现上不需要新的其他行为。短缩的二行为犯是指根据这个构成要件的行为本身,不能达到目的,于是行为者又需通过第三者的其他行为才能实现其目的。^[51]把目的犯分为断绝了的结果犯和短缩的二行为犯是大陆法系刑法理论的分类。在目的犯中,如果行为人完成了本罪的实行行为,出现了法定的危害结果,犯罪行为人的犯罪目的(主观超过因素)也就自然得以实现,或者说作为主观超过因素的犯罪目的的实现,无需行为人实施超出构成要件以外的其他行为,这种目的犯即是断绝了的结果犯。例如,在盗窃罪的构成要件中,要求行为人具有非法占有目的,但只要行为人完成了秘密窃取行为,控制了财物,非法占有目的实际上已经得以实现,换句话说,非法占有目的的实现客观上也仅表现为行为人控制了财物。与此相反,如果行为人完成了本罪的实行行为,也出现了法定的危害社会的结果,但犯罪行为人的犯罪目的并不能因本罪的完成而得以实现,此目的的实现仍需行为人或第三人实施超出本罪构成要件的其他行为。例如,我国刑法第152条规定的走私淫秽物品罪要求行为人以牟利或传播为目的,但行为人仅仅完成走私淫秽物品的行为还不能表明已实现了牟利或传播的目的,该目的的实现要求本罪事后的倒卖或传播行为,这种目的犯的目的实现要依靠本罪犯罪行为 and 超本罪的其他行为,因此称短缩的二行为犯。

把目的犯区分为断绝了的结果犯和短缩的二行为犯,其理论意义是明显的。此种划分更容易显示作为主观超过因素的犯罪目的与犯罪故意的关系。在短缩的二行为犯中,由于犯罪目的的实现与犯罪构成要件之外的行为关系密切,而与犯罪构成客观要素(行为和结果)之间少有联系,所以短缩的二行为犯的犯罪目的与犯罪故意之间容易区分,两者内容的差别比较大。例如在走私淫秽物品罪中,犯罪故意的内容是指对走私淫秽物品的认识和追求,与牟利或传播目的之间差别是明显的,一般不会把牟利或传播目的混在故意的内容之中。而在断绝了的结果犯中,其犯罪目的实现的客观表现与本罪的犯罪结果相同,而犯罪结果一般又是犯罪故意意志因素追求的目标,这就往往导致把超故意的犯罪目的与故意的意志因素混同。现以盗窃罪为例详细论之。

盗窃罪故意的意志因素是指,希望通过秘密窃取的手段,把他人占有的财物变为行为人或第三人占有,盗窃罪的犯罪目的通说认为是以非法占有为目的。虽然非法占有的真实含义是指永久性地非法占有,^[52]但是主观上永久性剥夺他人财物的非法占有目的,其客观的实现方式也表现为变他人占有为行为人或第三人占有,这与盗窃罪实行行为的结果相同。正因为如此,有学者认为应将非法占有

[50] 前引[42],刘明祥文。

[51] 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1991年版,第159页。

[52] 参见拙著:《盗窃罪研究》,中国检察出版社2000年版,第72页以下。

目的作为盗窃罪故意的内容。“从本义上理解,非法占有的目的是非法占有或控制财物的目的(意思),它是盗窃等取得罪的故意所包含的内容,并非是故意之外的独立的主观要件。”^[53] 盗窃罪的非法占有目的究竟是主观超过因素还是故意的内容,说到底与非法占有目的的真实含义有关,如果仅从字面意义把非法占有目的理解成非法控制财物,这种意思当然应包含在故意之中。如果从字面背后的立法本意把非法占有目的理解为永久性地剥夺他人财物,非法占有目的当然是故意之外的主观超过因素。由于永久性剥夺他人财物的非法占有目的的客观实现方式与盗窃罪故意的意志因素的客观实现方式相同,才导致容易出现两者的混同。事实上,客观实现的形式相同,并不代表主观目的的一定相同,同样是客观上非法控制了他人财物,此客观表现既可以实现行为人永久性剥夺他人财物的目的,又可以实现非永久性剥夺他人财物的目的。因此,客观实现形式的同一性并不妨碍非法占有目的作为故意之外的主观超过因素的可能性。目前各国刑法理论基本都认可非法占有目的(或不法所有目的)作为盗窃罪的主观超过因素,给非法占有目的(或不法所有目的)附加特定的含义。“需要指出的是,盗窃的故意,是指行为人对排除他人对财物的占有,使财物转移为自己或第三者占有的认识和容认。不法所有的意图并不是盗窃罪故意本身的内容,而是一种主观的超过要素。”^[54] 盗窃的故意不包括不法所有的意图即不法所有的意图是盗窃故意以外的内容;仅有盗窃的故意,还不符合盗窃罪的主观构成要件,即盗窃罪的主观要件,包括盗窃的故意与不法所有的意图。”^[54] 综上所述可以看出,断绝了的结果犯与短缩的二行为犯相比,其理论结构差别较大,如此分类更容易使两种不同的目的犯形成比较,在相互比较中显示主观超过因素的理论全貌。

(2) 根据目的犯的犯罪目的有无法典依据,可以把目的犯分为法定目的犯和超法规目的犯。法定目的犯是指刑法典中明文规定某种犯罪成立要求有作为主观超过因素的犯罪目的。例如,1968年英国盗窃法规定把永久取得他人财物的意图,作为盗窃罪的成立要件;德国刑法典第242条规定把意图自己不法所有作为盗窃罪构成要素;我国刑法典第303条规定把营利为目的作为赌博罪的构成条件,第363条规定把牟利为目的作为制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的构成条件。超法规目的犯是指刑法典虽然没有将特定犯罪目的作为某罪成立的必要条件,但是在刑法解释学或司法实践中将某种犯罪目的作为某罪的构成条件。例如,我国刑法第264条规定的盗窃罪及第266条规定的诈骗罪,法典中并没有规定特定的犯罪目的,但是在刑法解释学及司法实践中,通说认为此类犯罪的成立必须具有非法占有的目的。这种非法占有目的显然是超越法定的主观超过因素。在其他国家和地区,类似的超法规目的犯并不少见。例如,日本刑法典并没有对盗窃罪的主观超过因素作出规定,但是在日本的判例和刑法理论中通常把不法所有意图作为盗窃罪的成立条件。

对于法定目的犯来说,由于立法已经作出了选择,因此实证上法定的犯罪目的作为某种罪成立条件无争议。但是在应然层面特定的犯罪目的应不应该作为某罪的成立条件的争论从未平息过。前文我们已经在宏观上探讨过主观超过因素的设定标准,客观主义的刑法理论一般认为只有当主观超过因素是作为判断法益侵害的有无或轻重的重要参考时,此主观超过因素的选择才是合理的。我国1979年刑法倾向于主观主义,其主要特点是法定的目的犯过多。例如,规定了反革命杀人罪,也就是说同样是故意杀人,如果有反革命的目的就构成故意杀人罪之外的独立罪名。这在刑法客观主义看来是难以接受的。1997年新刑法则倾向于客观主义,^[55] 其特点之一是取消了非必要的目的犯。应该说这是立法上的一种进步。例如,新刑法废除了反革命杀人罪。但新刑法客观主义的倾向并不彻底,仍留有主观主义的痕迹。例如,刑法第363条规定了传播淫秽物品牟利罪,第364条规定了传播淫秽物品罪,两罪客观上同样是传播淫秽物品,唯一的差别是犯罪目的的有无。法定目的犯中的犯罪

[53] 刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第81页。

[54] 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第599页。

[55] 关于新旧刑法的主观主义倾向问题,参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版。

目的可以实现两种基本的功能:其一,决定罪与非罪的界限,这是一种最常见的功能。其二,决定此罪与彼罪的界限,这种情况在刑法典中并不多见。例如传播淫秽物品牟利罪就是如此。

超法规目的犯由于没有立法依据,因此理论争议较大。在法律没有明文规定特定犯罪目的的情况下,为什么解释学可以增加某种犯罪目的作为罪之成立条件?解释学上的超法规目的犯的存在基础无非有两种可能:其一,此超法规的犯罪目的虽未明文加以规定,但应属于法律应有之义,无需加以规定,解释学只是发现立法真意而已。其二,法律未规定特定的犯罪目的,是法律的一种缺陷或漏洞,为了克服此种法律缺点,解释学才超法规地补充某种犯罪目的作为罪之成立条件。在罪刑法定原则之下,第二种设定超法规目的犯的理由恐怕很难具有说明力,即使法条确有漏洞,也应该通过修改刑法实现完善。因此刑法理论中关于超法规目的犯存在的基础,基本都主张源于对法条真意的解释。

在刑事立法中,罪状的规定并非对四个要件全部详细描述,经常的情况是对客观方面要件规定较详,主观要件规定较略甚至不明文规定。之所以如此,主要是考虑到有些要件已被人熟知,无需规定,以避免法典的过分冗长。基于这种立法技术的现实,解释学上超法规犯罪目的的存在也就在情理之中了。如果理论和司法实践对某种超法规犯罪目的能够达成一致态度,此种立法及解释模式也未尝不可,因为任何一种法律活动都是在一种话语共识的基础上进行。如果对某种犯罪目的的存在与否或其内涵如何达不成共识,上述操作模式的选择就不是上策。例如,日本盗窃罪没有规定犯罪目的,理论上向来有“不法所有意图”必要说与不必要说的争议。我国刑法中超法规的目的犯主要集中在侵犯财产罪和金融诈骗罪两大领域。对于财产犯罪如盗窃罪,尽管立法没有规定主观超过因素,但在理论及实践中均认可“非法占有”作为其犯罪目的,^[56]即使有个别争议,也不影响通说地位。因此可维持此类犯罪规制模式的现状。金融诈骗罪的情形有所不同,在金融诈骗罪中,有的罪名规定了犯罪目的,如集资诈骗罪和贷款诈骗罪中明文规定了非法占有目的,而有的罪名没有规定犯罪目的,如票据诈骗罪、信用证诈骗罪等就没有规定犯罪目的。目前刑法分则理论大多认为票据诈骗罪、信用证诈骗罪等也应以非法占有目的作为构成要件,但这种解释并不是没有争议。在同一节的罪名中有的规定犯罪目的,而有的没有规定犯罪目的,这种立法态度其实已经表明了对这些罪名的主观要件作了不同的选择,因此本文认为金融诈骗罪没有明文规定犯罪目的的罪名不宜在解释学中增设,否则有违立法本意。如果认为这些罪名确有增设犯罪目的的必要,应通过修改法律来实现。

(二) 倾向犯中的内心倾向

1. 倾向犯的概念

在我国刑法理论中对倾向犯问题关注较少。所谓倾向犯,简单地讲就是要求行为人具有超故意的心理倾向作为构成要件的犯罪。“倾向犯是作为犯人的一定主观性倾向的表现而实施的犯罪”。^[57]在我国刑法中倾向犯的研究一般以强制猥亵妇女罪作为探讨的参照罪名,外国刑法中也基本以类似罪名作为倾向犯的研究基点。在强制猥亵妇女罪的犯罪成立条件中,除了行为和故意之外,还要求行为人实施行为时是基于追求性的满足这种主观倾向,这种追求性的满足的主观倾向是犯罪构成中的主观超过因素,而不是故意之内的心理内容。强制猥亵妇女罪的客观要素是指以暴力、胁迫或者其他方法针对妇女实施的奸淫行为以外的,损害妇女性权利的有伤风化的淫秽行为,例如,搂抱、捏摸乳房、接吻、抠摸下身等。本罪的犯罪故意是对客观要素的认识和追求,至于实施这些淫秽行为的主观倾向是为了刺激性的欲望或其他,显然已经超出了故意的界限。主观倾向的意义在于说明行为之违法性及其强弱,对于倾向犯而言,如果缺乏主观倾向,就无法判断行为是否具有违法性。例如,同样是触摸妇女肉体,只有当行为人是以获得性刺激为主观倾向时,该触摸才是违法的,如果行为人是医

[56] 盗窃罪等财产犯罪的超法规犯罪目的过去曾有“非法占为己有”、“不法所有”、“不法取得”等提法。除提法不同外,目前也有个别学者认为此类犯罪不存在主观超过因素。

[57] 前引[18],大冢仁书,第130页。

疗或看病为主观倾向时,对妇女肉体的触摸自然谈不上违法。“倾向犯之倾向乃是法对于外部的行为所要求之有意义的意欲,并根据行为者有无此主观的倾向之表现,而决定行为的违法性之有无及强弱。”^[58]

在目前的刑事立法例上,很少有刑典明文规定此主观倾向,这一点与目的犯差别较大。目的犯中虽有超法规目的犯存在,但仍有大量明文规定的目的犯,而倾向犯基本上都是刑法解释学的态度。当然解释学的意见绝非空穴来风,某种主观倾向之所以能成为构成条件,其依据自然应是暗含在犯罪行为特征中的主观立法选择。倾向犯的主观倾向与目的犯中的犯罪目的作为深层主观态度,两者的界限或区别并非显而易见。前文我们已经得出结论,目的犯中的犯罪目的其实是一种犯罪动机,现在有人也把主观倾向理解为犯罪动机,因此犯罪目的与主观倾向的区别肯定是微妙的。本文认为犯罪目的是犯罪行为产生的主观动因,犯罪目的与犯罪行为的发生联系比较密切,而主观倾向与犯罪行为的发生之间联系并不紧密,主观倾向一般是与犯罪行为同时产生,伴随行为的过程。或者说犯罪目的不但在整个犯罪行为实施过程中存在,而且往往也作为犯罪行为的起因存在。主观倾向虽然伴随犯罪行为的过程,但一般并不作为犯罪行为的起因,倾向犯的行为起因是不是此主观倾向并不重要。例如,“非法占有目的”、“营利目的”一般都是犯罪行为的起因,而刺激性欲望的这种主观倾向并不必然是行为的起因,只是淫秽行为实行过程的主观附随状态。因此即使在广义上把主观倾向看成是深层次的犯罪动机,也应与犯罪目的相区别。

2. 倾向犯的理论命运

倾向犯的理论地位目前并不稳定。对于所谓的倾向犯,否定论者可能坚决否定主观倾向的定罪意义,甚至有人从根本上否定倾向犯这个概念的理论价值。日本刑法理论中倾向犯的争议就比较大,判例的态度也不是从一而终。例如,对于没有刺激性欲这种主观倾向,而客观上实施了强迫妇女裸体拍照片的淫秽行为,大冢仁等人认为不能构成强制猥亵罪,而前田雅英等学者认为可以构成强制猥亵罪。^[59]从整体上看,刑法主观主义一般肯定倾向犯概念,认为没有刺激性欲倾向的强制猥亵妇女行为不能构成强制猥亵妇女罪。刑法客观主义一般否定倾向犯概念,认为只要客观上实施了强制猥亵妇女的行为,即使没有刺激性欲的倾向,由于已经侵犯了妇女的性权利,仍然可以构成强制猥亵罪。我国刑法学者张明楷教授对倾向犯基本持否定态度。他站在客观主义法益保护的立场,认为只要客观上实施了强制猥亵行为,造成了女性性权利的侵害,即使主观上没有刺激性欲的倾向(比如只有报复等动机),仍然可以构成强制猥亵妇女罪。^[60]

本文认为,站在刑法客观主义的立场上,同样不能否定倾向犯的理论价值。客观主义虽然强调客观因素在定罪中的决定性作用,但其并不否定必要的主观要素的定罪意义。在倾向犯中行为人的主观倾向对行为的性质有决定性的影响,主观倾向的有无决定了行为违法性的有无。例如,客观上同样是捏摸妇女乳房,如果不考查主观倾向,就无法判断该行为是否违法,因为合法行为中同样可能捏摸妇女乳房,如医生的诊断行为。只有捏摸妇女乳房是在刺激性欲时,才是强制猥亵妇女罪规定的违法行为。倾向犯的否定论往往认为行为人客观上实施了严重的猥亵行为,但主观上只有报复等目的而无刺激或满足性欲的倾向时,由于客观上对妇女的性权利侵害已经发生,如果仅因为缺乏主观倾向就否定强制猥亵妇女罪的成立,是不恰当的。例如,否定论认为出于报复的目的,强行剥光妇女衣服的行为,即使没有刺激性欲的主观倾向,仍构成强制猥亵罪。本文认为对于这种案例否定论认为构成强制猥亵罪的结论是正确的,但据此得出否定倾向犯概念的结论是错误的。出于报复的目的,强行剥光妇女衣服的行为之所以构成强制猥亵罪,恰恰是因为具有刺激性欲的主观倾向。出于报复的目的,并

[58] 转引自谢望原主编:《台、港、澳刑法与大陆刑法比较研究》,中国人民公安大学出版社1998年版,第92页。

[59] 具体案例参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第396页以下。

[60] 参见前引[37],张明楷书,第398页以下。

不能否定刺激性欲主观倾向的存在,因为两者之间并不矛盾。这正如目的犯中出于报复的目的盗窃并不能否定非法占有目的的存在一样。

猥亵是一个内含丰富文化意义的概念。不同文化背景下人们对猥亵的理解自然也就不同。在男女授受不亲的时代,与妇女握手恐怕也是猥亵行为,封建帝王的太医给皇后看病也需坚持回避原则,否则即使是看病也可能包含猥亵的色彩。因此何谓猥亵关键不在于行为人客观上对妇女实施了什么行为,而是社会赋予这种行为什么样的社会文化意义。对于没有刺激下流性欲的主观倾向的行为,宽容的现代社会不会也不应该作出否定性的评价。即使站在法益保护的立场,当社会对没有刺激下流性欲的主观倾向行为评价为正常行为时,此行为对妇女的性权利并没有实质性的侵害。^[61]例如,在美术学院的画室里,众目睽睽下的裸体女模特并没有感到自己被猥亵,因为画家们观察裸体女人并非为了刺激下流性欲,这让裸体的女人感到自己是美的化身。而一个流氓非要坐在画室里观看裸体女模特,这便是对女模特的猥亵,让女模特感到屈辱。由此可见,只有当观看裸体女人是为了刺激下流性欲时,妇女的性权利才受到侵害。

因此,要想理解猥亵的含义,离开刺激下流性欲的主观倾向是不可能的。在理论中关于猥亵的定义一般都关注其中主观的倾向问题。“又所谓猥亵乃指奸淫行为以外之一切满足自己之性欲,或是以挑逗他人引起性欲之有伤风化之色欲行为而言”。^[62]满足自己之性欲或挑逗他人之性欲为猥亵含义所必需。由于犯罪故意是对客观要素的认识的追求,把此等主观倾向包含在故意之中自然不妥,唯一的办法是把主观倾向作为主观超过因素而独立于故意之外。

(三)表现犯的表现

在大陆法系的刑法理论中,往往把表现犯中的表现作为主观超过因素来对待。“表现犯是实施的行为只有表现行为人的内心状态才成为犯罪的,如伪证罪即是。”^[63]简单地说,表现犯中重要的并不仅仅是实施的行为,而是当行为表现出行为人特定的心理状态或心理过程时,行为违法性才能确定。最为典型的表现犯是伪证罪。“例如,伪证罪中虚伪的表述,意味着与其记忆相反的心理的过程。因此,必须将陈述者的陈述内容与其记忆内容相比较才能确定。”^[64]在伪证罪中,存在着需要证人证实的客观事实,同时在证人心中存在着主观的记忆事实,伪证罪的成立要求行为人(证人)对法庭陈述的事实与其记忆事实不符,唯有如此,才可判断行为人的行为是否具有违法性,才能认定行为人是否作了虚假证明。由此可见,伪证罪中所谓的虚假证明,只不过是行为人违背其记忆的事实所作的证明。

从伪证罪的例子可以看出,表现犯的表现是一种内心的活动过程,表现犯的本质是通过犯罪行为表现出行为人的内心状态,“其特征在于:行为者以一定的方法表现其内心所引起之精神现象于外部,或不为法所要求之表现。”^[65]必须指出,虽然表现犯的概念深刻地剖析了某些犯罪(如伪证罪)的特定的心理状态,但本文否定把这种心理状态作为主观超过因素,因为此种心理状态或心理过程完全可以也应该作为故意的内容。例如,在伪证罪的犯罪故意中,就已经包含了行为人对自己歪曲记忆中的事实进行作证的认知和追求。在伪证罪的犯罪故意中,对客观要素的认识内容应包含三个方面:首先,对需要证明的客观事实的认识。其次,对所作证明的认识。再次,对客观事实与所作证明之关系的认识。相对于行为人而言,对需要证明的客观事实的认识实际上就是行为人记忆中的事实,因此,对客观事实与所作证明之关系的认识就表现为歪曲记忆中的事实。理论中通常认为,伪证罪的客观

[61] 妇女的性权利意识其实是随社会文化的变迁而变迁。当社会认为某种行为像吃饭睡觉一样正常时,这种行为自然不会侵犯女性权利,例如在某些有某种宗教传统的国家,妇女的脸都不能随便看,而在性比较开放的国家,妇女就怕自己被别人看的少。

[62] 林山田:《刑法特论》,台湾三民书局股份有限公司1978年版,第680页。

[63] 前引[18],大冢仁书,第130页。

[64] 前引[17],野村稔书,第111页。

[65] 洪福增:《刑法理论之基础》,台湾《刑事法杂志》社1997年版,第371页。

行为一般表现为虚假陈述,针对虚假陈述行为的犯罪故意中,必然包含歪曲记忆事实的心理过程,否则无所谓虚假。所以把表现犯中心理状态作为超出故意的主观超过因素,不但容易导致理论上的混乱,^[66]而且把简单的问题复杂化了。

表现犯的否定论认为行为人的心理状态或心理过程对于认定行为之违法性并不重要。例如,对于典型的表现犯即伪证罪来说,否定表现犯的观点其实是一种客观说,客观说认为伪证罪中虚假行为的判断标准是所证内容的客观真实性,如果行为人(证人)所陈述的内容与客观真实不一致,就判断虚假作证行为成立(当然对于行为人忠实记忆事实而诚实作证,但所证内容与客观真实不一致时,客观说也不认为构成伪证罪,理由是此时缺乏故意)。客观说与表现犯肯定理论(主观说)的最大差别在于,如果行为人故意违背记忆事实而作证,但所证内容与客观真实恰好相符合,如何处理?“对此,刑法客观主义学者一般基于客观说予以否定,因为此种行为没有侵害伪证罪的保护法益,没有处罚必要性。”^[67]相反主观说(刑法主观主义经常持此说)对此种行为的可罚性持肯定态度。

本文认为,在判断伪证罪等犯罪行为的违法性时,表现犯理论体现的主观说是恰当的。行为人在作证时,法定的诉讼真实义务表现为要求行为人忠实于自己记忆中的事实。因为行为人把记忆中的事实已经当成了客观真实,其忠实于记忆中的事实,就是忠实于客观真实。司法过程中最重要的内容就是查清所谓的客观真实,要求证人作证的目的当然也是为了查清客观真实。如果从司法证明逻辑角度看,证人在作证时,客观真实并不存在,^[68]客观说让证人忠实于一个并不存在的客观事实显然存在逻辑错误。在任何一个国家的法庭上,也只能要求证人把看到的、听到的东西说出来,即使看到的、听到的是假象,证人也有义务说出来,但绝不能要求证人讲出来的必须是客观真相。如果要求证人作证时必须忠实于纯客观真实,那么证人只能按自己的经验及逻辑对客观真实作出推测,这反而会增加司法判断的成本。因此在判断伪证行为的违法性时,表现犯理论是可取的。行为人故意违背记忆事实作假证,而又恰好符合司法最后认定的客观事实,此种行为的违法性应当肯定,至于该行为没有导致司法错误,可作为情节在定罪及量刑中加以考虑。由此可见,客观主义的理论优势也是相对的。

四、主观超过因素之认定困境及其克服

在刑事司法活动中,罪之成立的证明责任在公诉机关,某种犯罪成立所需的各种必备条件,公诉机关必须通过举证证明其存在。定罪过程包括事实认定和法律适用两个方面,所谓的犯罪构成要件证明过程其实就是犯罪事实的认定过程。^[69]刑法学对定罪的研究往往关注法律适用问题,但如果从司法的角度思考刑法学,恐怕事实认定问题更应受到重视。因为法律适用的前提是把各种构成要件当成已知条件,而任何一个构成要件事实的认定都不是轻而易举的。犯罪构成事实可分为客观事实和主观事实,主观事实相对客观事实而言,其认定的难度明显增加。客观事实(行为、结果等)看得见、摸得着,其认定过程确定性较强,特别是随着现代侦查技术的不断提高,对客观事实的认定能力也不断提高。而主观事实深藏在行为人的主观世界,看不见、摸不着,其认定难度可想而知。“在多大程

[66] 把本应属于犯罪故意之内的要素作为故意之外的超过因素对待,可能引起故意内容的理论纷争,使故意与主观超过因素的界限变得模糊不清。

[67] 周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,清华大学出版社2002年版,第48页。

[68] 如果从案件发生的自然过程看,证人作证时客观真实当然是存在的。但从证明过程角度看,自然过程上的客观真实并无意义,可视为不存在。在法律意义上,法院最后认定的客观真实其实是一种用证据编排的事实,与自然意义上的客观真实并非一回事,只不过我们更喜欢把两者等同而已。

[69] 事实的认定范围比较广泛,除构成要件事实以外,还包括非构成要件的事实,但只有犯罪构成要件的事实对定罪意义重大,所以定罪中事实的认定主要是构成要件的证明。

度上能够证明被告过去的心理状态?这是一个很容易使学者产生烦恼的问题。”^[70]在主观事实中,主观超过因素由于没有与之对应的客观要素,对其认定比对罪过的认定存在更大的困境。例如,财产犯罪中非法占有目的的认定,实践中经常出现混乱的局面,不但司法者对此主观超过因素存在与否的认定具有随意性的成分,而且律师也经常在这个问题上做文章,原因就是对此类主观事实缺乏稳定的判断标准。如某市公安局侦破一个盗窃案,行为人盗窃了一台价值50余万元的高级轿车,开了几天以后车掉在路基下,行为人自首。侦查人员在第一次讯问时间问到:“你偷车是为了永久性地非法占有吗?”行为人答道:“不是,我只是为了开着玩。”此案最后因行为人主观上没有非法占有目的而无罪。相反的情况也经常出现:甲冒充国家机关工作人员借了乙8万元人民币,公诉机关在没有任何证据证明甲不想还这笔钱的情况下,只因为甲虚构事实借的钱数额巨大就认定甲具有非法占有这笔钱的目的,最后判定甲构成诈骗罪而不是招摇撞骗罪。由此可见,司法者对主观超过因素的认定享有太大的自由裁量权,甚至已经威胁到刑法的安全性。为了克服主观超过因素司法认定的困境,以下几个判断原则值得特别注意:^[71]

(一) 弱化口供原则

我国刑事诉讼一直有重视口供的传统,实践中甚至经常把口供看成证据之王。行为人是了解所有犯罪事实的人,如果口供真实,口供的意义当然十分重要。尤其是对于主观超过因素而言,犯罪目的和犯罪倾向的有无恐怕行为人自己最有发言权。“要证明被告的心理状态,必须考虑被告在当时,事后以及口头供述过程中所作的陈述。如果被告人的法庭外供述是可采的话,根据本人所作的不利于本人的供词可能是真实的假定,对这种法庭外供述就应给予极大的重视。”^[72]但口供有两个致命的弱点:其一,口供的真实性问题。趋利避害是人的本性,被告人当然也不例外。当被告人面对国家追诉,不可能期望被告人的口供都是真实的。另外,口供难以固定,被告人出于不同的心理经常会改变口供,这也会使口供的真实性难以判断。其二,口供的合法性问题。基于对口供的迷信,司法人员办案时经常急于取得口供而使用非法手段(如刑讯逼供),这似乎已经成为刑事司法中的顽疾。刑事司法活动不仅肩负打击犯罪的任务,更应承担保护人权的使命,过分神化口供证明意义的司法理念很有可能导致对被告人人权保护不利。英美刑法中,被告人享有沉默权的制度设计正是为了避免强制性口供给被告人的人权带来的巨大风险。尽管口供的弱点是明显的,但由于主观超过因素没有直接对应的客观要素,司法实践中对此纯主观事实的认定经常出现过分依赖于被告人口供的倾向,似乎只有被告人自己供出,主观超过因素的认定才是可靠的。如此强化口供对主观超过因素的证明意义,就很有可能导致刑讯逼供,甚至利用被告人的无知而取得口供。例如在案件的侦查阶段,侦查机关不愿意让律师提前介入,甚至不允许律师向被告人解释涉嫌罪名的构成要件,其目的实际很简单,就是怕被告人熟悉法律后就很难取到想取到的口供,特别是关于主观事实的口供。

为了避免口供的缺点,更有必要在主观超过因素的认定中强调弱化口供原则的理论意义。所谓弱化口供就是指对口供的证明能力作恰当的定位,实践中把口供从证据之王的地位上拉下来。弱化口供原则含义有二:其一,坚持口供自愿。被告人在自愿的情形下供出犯罪事实,特别是主观超过因素,其可信性较强,不应拒绝,否则会增加司法成本。在有沉默权的国家,法庭一般也不拒绝自愿的口供,^[73]其沉默权的制度设计是要防止警察强迫被告人招供。当然中国现阶段对于被告人没有沉默权的有关规定,所以口供自愿也就缺乏制度依据,仅为理论观点而已。其二,口供必须印证。口供即使出于自愿,也不应具有独立的证明力,应与其他证据相互印证后方能认可其证明效力。主观超过因

[70] [英]鲁伯特·克罗斯、菲利普·A·琼斯:《英国刑法导论》,赵秉志等译,中国人民大学出版社1991年版,第57页。

[71] 本文虽然是为了克服主观超过因素的认定困境而提出了几个判断原则,但这几个原则对所有主观要素的判断都有参考意义,其中包括罪过的判断。

[72] 前引[70],鲁伯特·克罗斯、菲利普·A·琼斯书,第57页。

[73] 例如,在美国被告人受到米兰达警告后自愿招供,其供词可以作为法庭证据。

素除口供以外,虽然没有其他直接证据,但综合整个案件的主客观事实,仍会有间接证据能与口供相互印证。因此弱化口供原则就是要坚持口供自愿和口供印证,只有如此才能克服口供作为证据的天然缺憾,才能在认定主观超过因素时发挥恰如其分的作用。

(二) 强化推定原则

推定是法律活动中常用的一种判断方法,是法律允许的一种假定。在刑事司法的定罪过程中,事实的推定是关于犯罪事实认定的一种非常重要的手段,特别是对主观超过因素存在与否的判断更是如此。应该说除口供以外,主观超过因素再没有任何直接的证据,如何去除口供的虚假成分或如何在零口供的情况下判断主观超过因素,唯一的办法就是靠事实的推定,也就是根据案件的其他主客观事实(主要是客观事实)推定主观超过因素的情况。“事实的推定有时也称作暂时的推定。由于它往往是能够证明被告心理状态的唯一手段,因而在刑事司法中起着非常重要的作用。”^[74]作为主观超过因素推定的前提事实,包括构成要件事实,也包括除构成要件以外的其他事实,任何一个细节都可能成为推定的基础。主观超过因素作为一种最深层次的思想要素,之所以可推定得知,就是因为人是一种理性动物,人所实施的各种行为(包括犯罪行为)应该说是有理的,是可以分析的,决定行为的各种要素之间存在着某种必然的联系,这便是推定的基础。

推定的过程绝不是任意的,推定必须以社会的经验及逻辑认可的范围为界限,只有推定过程符合社会经验法则及符合基本的逻辑规律,此推定才能被社会接受,才能被法律允许。在美国有这样一个推定故事:^[75]陈先生1998年12月25日搬家,从12月23日起,他数次打电话通知美国太平洋电话公司和美国电话电报公司,要求两家公司从12月25日关闭自己的电话,两家公司均表示许可。但在1999年8月太平洋公司以电脑中没有关闭电话的记录,要求陈先生支付此期间的电话费。陈先生根本无法举证证明自己关闭了电话,但他请太平洋公司总裁用常识和智慧判断,自己有没有可能搬家而不关闭电话帐户,因为这等于把钱送给了自己并不认识的下一个电话使用者。太平洋公司在得知陈先生在12月25日确实搬家后,认为陈先生提供搬家的各种证据就足以证明其说法合乎逻辑、是可信的。这个例子充分说明,合乎逻辑和经验的推定完全具有可接受性。类似的推定在主观超过因素的判断上至关重要。例如财产犯罪的非法占有目的只能根据行为的起因、时间、地点、财物的数额及性质,事后的财物处理等因素加以推定。前文所举盗窃高级轿车的例子,即使没有口供,也完全应该推定行为人主观上具有非法占有目的。再例如,一个商店售货员把一个在商店里的12岁小姑娘摁在膝下,拍打其穿有短裤的臀部,只有这些事实很难推定行为人具有猥亵的主观倾向,如要完成推定,必须要补充其他证据。但如果行为人脱下女孩的短裤拍打其裸露的臀部,则完全可以推定行为人猥亵倾向的存在。^[76]所以为了克服主观超过因素的认定局限,必须强化事实推定的理论意义。当然事实推定的理论意义并不局限主观超过因素的判断,其已经成为判断各种犯罪事实最基本的手段,对于主观超过因素而言尤其重要。

(三) 强化证伪原则

推定的本质是一种假定,既然是假定,就有可能犯错误。根据法律规定,有的推定是不能证伪的,“即使当事人提出确凿的证据证明其与客观事实相悖,也不会加以更改而会继续被法律所承认,并具有排斥客观事实的法律效力。”^[77]而有些推定是允许证伪的,如果存在着与推定结果相反的证据就必须抛弃原有的推定。事实的推定就是一种典型的允许证伪的推定,当根据案件的各种事实情况对主观超过因素作出存在的推定以后,如果出现与此推定结论相反的证据(这些证据主要由被告人和律

[74] 前引[70],鲁伯特·克罗斯等书,第56页。

[75] 参见《读者》2001年第7期,第28页以下。

[76] 参见前[31],J·C·史密斯、B·霍根书,第526页。

[77] 郑成良:《法律之内的正义》,法律出版社2002年版,第121页。

师提供),就必须否定原有的推定。强化证伪原则其实就是给被告人以充分参与推定的机会。推定是一种司法权力的运作过程,但司法者的推定权力极有可能使推定成为贯彻个人意志的手段,导致推定离开了社会经验及逻辑的背景基础。特别是主观超过因素的推定,更容易成为司法者任性专横的最佳选择。主观超过因素主要是从客观向主观的推定,是从有形向无形的推定,因此推定的借口就更容易找寻。强化证伪的目的就是为了克服推定过程中内含的危机。面对司法者的推定结论,被告人有两种证伪方式:其一,被告人可以举出相反的证据来证伪,这种证伪方式一般不会发生太多争议。其二,被告人仅仅提出足以令人信服的辩解进行证伪。对于不利于被告人的推定结论,被告人拿出相反的证据证伪是其权利而非义务,即使拿不出相反证据,只要辩解理由足以说服正常人,符合经验和逻辑规律,同样应该达到证伪的效果。如果推定过程无法排除合理性的怀疑,就说明推定的前提和基础已经丧失,必须对被告人作无辜推定。在司法实践中,司法者往往要求被告人拿出证据来证伪,对第二种证伪方式基本上置之不理。而目前在我国被告人的举证能力又十分有限,因此在主观超过因素的认定中强化证伪原则,实际上是强调第二种证伪方式的现实意义。

从以上的分析可以看出,由于主观超过因素的认定极其困难,几乎没有直接的证据,但只要坚持弱化口供、强化推定、强化证伪的认定原则,深藏在行为人内心深处的主观超过因素并不是不能把握的。当然,有一点必须再次指出,本文虽然是针对主观超过因素提出三个认定原则,但并不是说三个原则只对主观超过因素的认定有意义,实际上三个原则对所有主观要素的认定均有价值,只不过主观超过因素尤其需要。

Abstract :The conviction rule of the unification of subjectivity and objectivity do not deny the existence of over subjective factors. Both Civil Law System and Common Law System recognize the significance of over subjective factor for conviction. The over subjective factor is the subjective elements which go beyond the intentional meaning. It mainly includes the main object in motive crime and the inner trend in orientation crime. The inner status in expressive crime cannot be consider as the over subjective factor, instead, it should be a part of intent. It is difficult to tell whether the over subjective factors exist in practice; therefore, some judicial rules should be emphasized.

Key words : over subjective factor, motive crime, orientation crime, expressive crime
