

主观要件证明难题的一体化破解

——兼论要素分析模式之提倡

徐歌旋

(南京师范大学法学院,江苏南京210023)

摘要:我国关于主观要件的证明已实现三大转变:一是证明依据由“主观性证据至上”到“客观性证据优先”;二是证明对象由“主观要件优先”到“客观要件优先”;三是证明方法由“思路单一”到“对策多元”。主观要件证明难题的解决需要实体法与程序法协力并进。实体法层面宜改采要素分析模式,允许在一罪名内部存在不同性质的主观要素,不以行为人对后果的主观态度作为罪过唯一的判断标准,承认主观要素在刑法规范层面存在位阶关系。要素分析模式符合罪责原则,与我国推行的陪审员制度改革精神契合,且符合疑罪从无的要求,可以显著降低证明难度。

关键词:主观要素;罪过分析;罪疑唯轻;疑罪从无;刑事一体化

中图分类号:DF73 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2022)01-0074-10

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2022.01.008

一、引言

犯罪主观要件的证明是一个实体法与程序法交错的问题,但由于我国法学学科之间长期壁垒分明,关于该问题的研究呈现“灯下黑”的局面。实体法关于主观要件的研究主要涵摄两个方面:一是从立法层面考虑罪名主观要件的设置是否符合罪责理论;二是在犯罪事实已经查清的基础之上判断其是否满足构成要件的要求。如果将刑法推理过程分为“大前提—小前提—结论”三个层面,那么实体法关注的多是大前提的确立以及结论的推导过程,但对小前提的确立关注不足。小前提的明确被当然地划分至刑诉法学者的研究范畴。刑诉法学者则常在面临主观要件证明难题时举起“疑罪从无”的大旗,这虽符合法律规定以及人权保障之精神,但实属无奈之举。若满足于现状必将有损民众对国家打击犯罪有效性的信任,也将辜负风险社会背景下民众对社会治理的期许。

1989年,储槐植教授率先提出要实现刑事法领域的知识交融^[1]。此后,有学者指出刑法和刑诉法

收稿日期:2021-08-07

基金项目:国家社会科学基金重大项目“健全社会公平正义法治保障制度研究”(20ZDA032)

作者简介:徐歌旋,女,南京师范大学法学院讲师,中国法治现代化研究院研究员,法学博士,主要从事刑事法研究。

应尽量吸收对方领域的专家参加研讨,以保障法律体系的协调性与可实践性^[2]。学者们对刑事一体化的研究方法均持赞同态度,但就如何具体推进刑事一体化研究未有更为深入的阐述。鉴于此,储槐植教授于2018年再次强调要对刑事一体化进行实质性的研究^[3]。私以为,刑事一体化并不是要否定学科专业化,也不是要求刑法学者转而去研究刑诉法问题抑或刑诉法学者去研究刑法问题。刑事一体化提倡学者在耕耘自己“专业田”时有更为广阔的视野,所提观点要与其他部门法适洽和协调,以便更好地发挥刑事法之功效。以降低死刑适用率为例,除可以从实体法的角度去限制适用死刑的罪名范围和限缩解释“罪刑极其严重”外,还可以通过死刑复核权的权属调整和死刑缓刑执行程序的设置,实际性地降低死刑适用率。又如,针对受贿罪取证较难的情况,除了可以通过技术侦查等刑侦手段提高侦破率,还可以从实体法角度将行贿行为非罪化或轻罪化,从而打破行贿人与受贿人“命运与共”的局面,为受贿罪的查处创设有利环境。同样,仅从程序法的角度探讨主观要件的证明问题必要但不充足。故而,本文在梳理降低犯罪主观要件证明难度的方法时,更为侧重从实体法的角度介绍和论证要素分析模式对破解这一难题的重要意义。

二、主观要件证明的三大转型

虽然不同国家对于犯罪主观要件有诸如责任形式、心理要件、犯意和罪过等不同的称谓,但均认为行为人的心理是定罪量刑的必要条件^[4]¹⁰⁰。在本文的语境下,主观要件既包括故意、过失,也包括特定的犯罪目的或动机。主观要件内在于心以致难以证明。随着刑事诉讼活动日益规范化与科学化,犯罪主观要件的证明经历了三大转型:第一,证明依据由“主观性证据至上”到“客观性证据优先”;第二,证明对象由“主观要件优先”到“客观要件优先”;第三,证明方法由“思路单一”到“对策多元”。

(一) 证明依据由“主观性证据至上”到“客观性证据优先”

网传一段子:“甲入室盗窃,不料女主人忽归。甲躲藏未果,暴力拒捕未遂被抓。应定入室抢劫,刑期逾十年。律师为其析盗窃、抢劫与强奸之别。甲顿悟,改称入室意为强奸,法官遂以强奸未遂判其三年。刑期满,遇一刑法博士。博士言,若述本欲强奸后因女奇丑遂欲逃,则因强奸中止且无损害结果,可免于刑事处罚。甲惊奇。岂料又遇刑法博士后,方知若述欲非礼男主人则恐无罪。”段子并不是事实,却也反映出定罪量刑如若过分依赖口供可能会产生的问题。

对口供的依赖与口供的直观性特点密不可分。口供能够为侦查人员迅速勾勒出需要构建的证据体系,相比于靠收集客观性证据进而一点点还原犯罪情况而言,口供能够最为直观地证明犯罪构成要件,由供到证的侦查难度较小,效率较高。故而,侦查人员在面临办案考核压力时,往往趋向于首先从获取犯罪嫌疑人供述这一主观性强的证据种类着手。这种主观性证据优先的思路容易给办案人员带来与事实不符的先见。在“张玉环故意杀人案”“吉林刘忠林案”等冤假错案中,侦查人员普遍先通过刑讯逼供获得有罪供述,再“按图索骥”去查找与有罪供述相印证的证据。有的侦查人员甚至故意忽略与口供无法印证的客观性证据,对客观性证据进行筛选及至曲解,以便构建前后吻合的证据链^[5]。为解决这一问题,浙江省人民检察院率先推动“以客观性证据为核心的审查模式”改革,后由最高人民检察院在全国予以推广。此后,立法和司法解释也对此作出明确规定。^①如若读者在“中国裁判文书网”上进行检索,可以发现如今法院在裁判时愈发侧重对客观性证据的分析与说明。例如,在林××放火罪一案中,虽然林××辩称其主观

^①我国2018年《刑事诉讼法》第55条第1款规定:“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚。”2021年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第141条亦规定:“根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证,且被告人的供述与其他证明犯罪事实发生的证据相互印证,并排除串供、逼供、诱供等可能性的,可以认定被告人有罪。”

上并无放火的故意。但法院判决指出,林××在被害人厨房内生火并将旺柴踢到木门边上,在未采取湮灭火源确保消除火灾隐患的情况下离开现场,放任火势蔓延,被告人林××的主观罪过是间接故意。^①证明依据的转变对实务人员带来了新的挑战,许多实务人员反映,不以口供为证据核心后,主观要件的证明只能依靠客观性证据,因此变得更加困难。

(二) 证明对象由“主观要件优先”到“客观要件优先”

证明优先级的变化不仅体现在证据种类由“主观性证据优先”到“客观性证据优先”的变化上,还体现在证明对象的变化上。此前实务人员大多是“直奔主题”地去证明主观要件的存在,现在则往往采取“迂回战术”,优先去证明客观要件的存在,继而通过推理完成对主观要件的证明。

实践中常用的推理手段包括推断和推定两种。推断和推定存在差异,推定强调的是经法律认可的推理“结果”,推断则是司法人员依据常情和常理等司法经验的推理“过程”。此外,因推断未得到法律的检验认可,司法人员运用推断方法时不能省略基础事实和结论事实之间的说理过程。而推定以法律规定为依据,适用推定方法可以直接由基础事实跳跃到结论,正因如此,有证据法学者将其概括为“证明过程的中断”^[6]。而本文认为,对推定更为准确的描述应当是“证明过程的跳跃”。推定具有正当性不仅因其有法律条文依据,还因其符合经验常识。如果我们掌握了一个已经过多次验证继而被写入数学课本的公式,就没有必要在每次演算前再重新推导该公式。基于同样的道理,经过法律认可的“推定”可以为主观要件的证明俭省推理的时间。^②推断在司法实践中亦较为常见,譬如实务人员往往依据打击部位、击打工具、打击力度和次数等客观标准区分故意杀人罪与故意伤害罪^[7]。

仅仅依靠推断和推定,并不能完全解决主观要件的证明难题。推断未得到法律认可,得出的结论并不能直接作为定罪量刑的根据,实践中往往还要以其他证据作为佐证^[8]。正如有学者所指出的,在案件侦查初期,事实发现者会根据已收集的证据,结合常识和经验知识进行推断,构建出多个可能故事为案件情况提供概览。在案件侦查结束后,事实发现者则会在可能故事的框架下检验证据体系内部的一致性、似真性和完备性^[9]。易言之,对于待证事实,司法工作人员必须持审慎态度,因为依据推断方法串联、搭建起来的故事虽然可以帮助人们快速理解案件的来龙去脉,但推断得出的故事版本不可能永远为真,甚至经常为假^[10]。相比而言,推定立基于更加稳固的事态联系,得出的结论通常正确性更高,在信息不完全的情况下可以暂时地提供一种填补罅隙的方式。但推定也仍有其局限。第一,即使运用推定这一证明手段,控方仍然负有一定的证明责任。推定并不是不需要控方证明任何事实,只是证明对象从主观要件转变为客观要件。第二,推定有侵犯人权之虞。在适用推定的情况下,检方可以略去推理过程,使得控诉难度大大降低。在我国辩护率低、控诉方资源强势的司法现状下,如果泛滥使用容易加剧控辩不平衡的局面。此外,推定所附带的举证责任转移也存在正当性疑问。如果被告人不能有效反驳推定事实,法官便会判定推定成立,被告人随之面临被定罪的风险。从这个角度分析,推定会导致证明责任倒置,被告方提出反驳证据更像是义务而非权利,有违反无罪推定原则之嫌^[11]。更为重要的是,控诉方只要证明基础事实的存在,就可以直接跳跃到推定事实,客观上会导致证明标准降低^[12]。第三,推定只是对事实的临时估算,所建立的认知只是一种次等程度的认知保证^[13]。有学者明确指出“推定必须要设定除斥要件”,因为概率联系并不等同于必然联系,如果除斥条件成就,推定的存在基础就不存在,推定也就随之被打破^[14]。譬如,在认定毒品犯罪、非法收购国家重点保护植物罪

①(2021)闽07刑终9号刑事判决书。

②推定在我国司法实践中得到了广泛运用。譬如法院在判断行为人对盗伐、滥伐林木这一事实是否明知时,往往依据最高人民法院解释中规定的三类基础事实,即“收购地点不合法”“收购价格不正常”以及“收购种类不合规”进行判断。又如,最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》在“非法占有为目的”类犯罪中规定可以依据客观事实推定“非法占有为目的”。

时,如果有证据证明行为人确属被蒙骗的,应认为推定的除斥要件成立,推翻此前行为人“明知”的推定结论。

正如有学者所指出的,唯有实务中接受先客观后主观的阶层论,才能建立防止错案的长效机制^[15]。证明对象由“主观要件优先”变为“客观要件优先”,对于冤假错案防范、刑事司法人权保障均有所助益。

(三) 证明方法由“思路单一”到“对策多元”

为了更好地解决主观要件证明难题,学界和实务界不断拓宽解决问题的思路。现有三大对策得到了较多关注:第一,通过认罪认罚从宽制度激励被追诉人主动作出供述;第二,设立阶梯型罪名,基本条款不对主观要件作过多要求并匹配较轻的法定刑,修正条款将主观要件作为加重处罚的条件并匹配较重的法定刑;第三,直接删除刑法条文中关于主观要件的全部或部分要求,减轻控方证明负担。这三大对策各有利弊,现对其进行简要评述。

第一,当下我国《刑法》以及相关文件未将认罪认罚确立为独立的量刑因素,^①该制度所能发挥的激励口供之效可能并不尽如人意^[16]。更为严重的是,如若不能以正当程序保证被追诉人在选择认罪认罚时的自愿性,反而可能导致被追诉人因“量刑剪刀差”而被迫认罪。一则,我国法律没有保障律师在场权,也未对被追诉人法律帮助权受到侵害后的救济途径作出明确规定,导致犯罪嫌疑人和讯问过程中并不享有可以对追诉方构成有效制约的程序性权利,被追诉人供述的自愿性无法得到充分的程序性保障^[17]。二则,我国仅仅有不到50%的看守所或法院设立值班律师,保证控辩协商有效实施的律师参与方力量严重不足^[18]。三则,实践中常出现“以抗诉制约上诉”的做法,在客观上架空了那些真正为权利救济而提出上诉者的救济权^[19]。基于以上种种原因,就无怪乎有学者对337份改判无罪的再审判决书进行研读后发现,竟有206起错案的被告人在原审中作出了有罪供述,且有相当数量的被告人曾明确表示“认罪认罚”^[20]。

第二,阶梯型罪名的本质是分段治理,即行为符合基本条款则科以较轻的法定刑,行为符合修正条款则科以较重的法定刑。由于阶梯型罪名体系以证明难度较低的罪名作为兜底,在一定程度上能够缓解证明困难,避免了因证明难度过大使得有社会危害性的行为完全逃脱犯罪处罚,但其本质是将一个新的行为纳入犯罪圈,必须谨慎为之。危险驾驶罪一直以来面临的正当性疑问就是例证。

第三,直接删除刑法条文中关于主观要件的要求,引入严格责任甚至绝对责任的建议并不可取^[21]。严格责任犯罪是指不需要控方对罪名中部分犯意要素进行证明。但“入罪不要求证明该主观要素”与“入罪不需要该主观要素”处于两个逻辑层面,诸如“刑事责任年龄不具备”等辩护理由仍然可被辩护方用作严格责任犯罪的脱罪理由。在严格责任犯罪中,这些犯意要素被法律预设成立,但如果辩方能够打破这种法律预设,便可证明被追诉人无罪。严格责任在国外因有侵犯人权之虞已被逐步限缩,国外尚存不多的适用严格责任的犯罪行为在我国多属于行政违法行为。故而,严格责任的设置必须非常慎重,如若不考虑行为严重程度差异而在刑法中大范围引入严格责任犯罪,将有违依法治国的比例原则。绝对责任又被称为无罪过责任(liability without fault),亦即即使行为人没有主观罪过也可以对其追究刑事责任。绝对责任的设置固然能够保证证明的便利性,但其在行为人对事实不具有避免可能性的前提下仍对行为人作刑法上的非难评价,违背责任主义。常有学者将严格责任与绝对责任混淆。譬如,有学者指出,我国《刑法修正案(十一)》将《刑法》原第191条“洗钱罪”中的“明知”删除,降低了洗钱罪的入罪标准,使得洗钱罪的证明更加容易。与此同时,考虑到处罚的必要性以及刑法的谦抑性,“明知”可以作为他洗钱的出罪事由^[22]。该文章一方面认为洗钱罪删除“明知”要件,意味着在

^①根据最高人民法院、最高人民检察院《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》(法发〔2021〕21号)的规定,“认罪认罚与自首、坦白、当庭自愿认罪、退赃退赔、赔偿谅解、刑事和解、羁押期间表现好等量刑情节不作重复评价”。

故意之外无论是自洗钱还是他洗钱都不需要“明知”要件;另一方面又认为该要件可以在实质解释层面作为出罪事由,意图为降低“明知”的证明难度提供理论支撑。但是该文混淆了“不需要控方证明该要件”与“不需要该要件”,本质上混淆了严格责任与绝对责任。试想,如果入罪不以该要件为前提,又如何以该要件作为出罪事由?本文认为,我国《刑法》关于洗钱罪的规定删除“明知”要件,暂时免去了让控方证明“明知”的要求。但如果辩方有证据证明自己“不明知”,控方则必须重新重拾起对“明知”的证明义务并证明到排除合理怀疑的程度,方有可能获得胜诉。

除以上对策外,要素分析模式在破解主观要件证明难题方面的重要价值也值得关注。需要预先阐明的是,要素分析模式作为罪过分析的一种理论模型,并不能理想化地一揽子解决主观要件证明难题,它对于诸如目的、特定动机的证明功效甚微。对其加以强调主要出于以下考虑:一则,学界对要素分析模式关注不足,但它对解决结果犯(尤其是法定犯)的故意认定,违法性认识错误与事实认识错误的区分,乃至故意与过失的判断均具有重要价值^[23];二则,罪过分析模式的选择涉及程序法上的“疑罪从无”原则和实体法上的“罪过”理论,是刑事一体化研究方法的生动注解;三则,如果说阶梯型罪名和严格责任的设置依赖于立法完善的话,那么罪过分析模式的调整则可以从司法适用的角度降低司法证明的难度。

三、整罪分析模式不利于证明难题的化解

(一) 传统罪过分析模式的概念及弊端

我国传统的罪过分析理论被学者概括为整罪分析模式^[24]。“整罪”是与“要素”相对而言的,“整罪分析”有四大核心特征:一是罪过对象的整体性,罪过的对象是罪行所包含的客观构成要素整体;二是罪过形式的单一性,在故意犯罪中,行为人对所有的客观构成要素的罪过形式统一都是故意;三是不同罪过之间的对立性,故意与过失之间是对立关系而不是位阶关系,行为人满足较高等级的罪过并不意味着也能满足刑法对于某种客观构成要件要素规定的较低等级的罪过;四是以结果为本位,将危害结果作为罪过的核心,危害社会的结果根本性地决定了行为的危害属性,在故意犯罪中行为人必须同时对行为和结果持有故意才能构成犯罪^[25]。但是,证明行为人对结果持有故意较为困难,尤其在法定犯领域。譬如,传染病菌种、毒种扩散罪等罪名均以具体危害结果的出现作为犯罪成立的客观条件。如果用整罪分析模式进行分析,则只有在行为人对行为和结果均存在故意时方构成故意犯罪。而证明法定犯对结果持有故意心态较为困难,这在司法实践中会造成无法回避的处罚漏洞^[23]。以结果本位为导向的整罪分析模式与如今风险社会背景下突出反映在法定犯领域的行为本位思潮有所背离。以非法发放贷款罪为例,如果按照整罪分析模式,只有行为人对行为与结果都是故意才能对行为人入罪。行为人就行为而言显然是故意的,但就结果而言说行为人是故意似有不妥。证明行为人对结果是故意心态非常困难,如果不认定行为人构成犯罪明显不合法感情,但在不能证明行为人对结果持有故意的情况下认定行为人构成犯罪又违反罪刑法定原则,且与整罪分析模式一贯的主张自相矛盾。虽然目前这种龃龉还只局限在法定犯领域,但已有处罚漏洞扩大的趋势^[26]。

(二) 整罪分析模式的理论修补

为解决以上问题,有学者提出了客观的超过要素理论,认为行为人对客观的超过要素只要有预见可能性即可。以非法发放贷款罪为例,行为人对该罪中的“造成重大损失”这一客观超过要素不需要具有认识与放任或希望态度,只要有预见可能性即可^[27]。但该理论就两个核心问题不能给出令人满意的回答:第一,既然论者认为客观的超过要素不在行为人的认识范围之内,又怎能要求行为人具有发生该结果可能性的认识,这是否前后矛盾?第二,“预见可能性”在本质上属于认识因素的范畴,而行为

人的意志因素无非放任或轻信两种形式。认识因素(具有预见可能性)与意志因素(放任或轻信)结合将推导出该类罪名的罪过形式既可以是间接故意也可以是过于自信的过失,而这又与客观超过要素一贯所持观点相悖。

有论者则主张复合罪过说^[28],认为有些犯罪的主观心态可以是间接故意或过失,但这会导致这两种主观心态在刑罚上没有轻重区分^[29]。该学说关于罪过的模糊立场放低了责任主义的要求,将“难以区分”“难以证明”的罪过形式难题偷换为“不作区分”^[30],亦违背了罪责刑相适应原则。

还有学者提出了主要罪过理论,主张虽然从现象上看一些犯罪中行为人的故意和过失交织在一起,但是从规范层面只能根据主要罪过确定行为人的责任^[29]。主要罪过理论将罪过的确定过程划分为两个步骤:第一,搜寻该罪名包含的所有罪过;第二,从规范层面确定这些罪过形式中何者为主要罪过。主要罪过理论就两个核心问题没有给出令人信服的回音:第一,该理论并没有明确事实意义上的罪过以及规范意义上的罪过的判别标准;第二,没有统一主要罪过的确定标准。譬如,在如滥用职权罪等部分罪名中该理论以行为人对行为的主观心态作为主要罪过,在交通肇事罪等部分罪名中却又将行为人对结果的罪过作为主要罪过^[25]。

以上理论无法周全地回应问题,但它们均指出同一犯罪中行为人可能会有不同程度的主观认识,撬动了传统罪过理论“整罪分析”的钢板^[30]。

四、要素分析模式的证明价值及其正当性分析

国内已有少数学者认识到要素分析模式的学术与实践价值。根据美国《模范刑法典》,要素分析模式对于同一犯罪中的不同客观构成要件要素要求独立的主观罪过,立法者可以针对一个罪名规定不止一种主观罪过,当法律条文没有逐一规定各个客观要素的罪过等级时,行为人对该要素至少要具有轻率的罪过。该理论认为,行为人对同一犯罪内部的不同构成要素可能会有不同的主观心态。譬如,行为人虽然对行为是故意,但对结果的发生可以是过失。如前所述,在以结果为构成要件的法定犯中,行为人对结果的故意很难得到证明,如依要素分析模式,便可降低控方的证明压力^[31]。因我国《刑法》第14条规定故意犯罪中行为人“明知自己的行为会发生危害社会的结果”,可能会有读者认为《刑法》第14条关于故意犯罪的规定构成了“要素分析模式”的适用障碍。但是从法教义学的角度,《刑法》第14条是关于“故意犯罪”而非“犯罪故意”的规定,无法从《刑法》第14条得出“明知”等同于“故意”的结论。亦即从《刑法》第14条并不能推导出我国《刑法》要求故意犯罪的行为人对行为和结果均需具有故意。此外,明知的对象是发生危害社会的结果,但是关于结果发生可能性的认识程度有必然发生、很有可能发生和可能发生过的程度差异。换言之,《刑法》第14条中的“明知”在规范意义上包括对犯罪结果确定性的认识,也包括对犯罪结果可能性的认识^[32]。

第一,运用要素分析模式可以降低证明难度。美国传统的罪过分析模式与我国整罪分析模式类似,美国也曾一度面临与我国当下类似的困境。针对于此,美国于二战后在修法中确立“要素分析模式”,体现出很强的问题针对性、明显的政策导向性和显著的功利属性^[23]。可以说,要素分析模式提出的根本原因并不是传统罪过说在逻辑上不能自洽,而是因为如果严格依循传统的罪过理论,很多法定犯的处罚范围会被过分限缩,这让身处风险社会的人们从感情上无法接受。司法实践不是数学推演题,不是只要逻辑周延就能达到良好的社会效果。主观要件证明问题能否得以有效解决,不仅取决于对策的逻辑性,还取决于其实用性。故而,整罪分析模式虽然能够在逻辑上保持自洽,但是仍因其不能满足人们保障安全的社会需求而与现实发生冲突。而要素分析模式承认行为人对行为是故意的同时对结果是过失,放宽了入罪标准,降低了证明难度,降低了对法定犯的证明难度,有助于回应人民群众对社会安全问题的密切关注。以丢失枪支不报罪为例,如果按照传统的整罪分析模式,要么主张

本罪为故意犯罪,要么主张本罪为过失犯罪。如果是前者,将导致入罪范围过于狭窄;如果是后者,会让民众无法理解为何丢失枪支不报罪是过失犯罪。非法发放贷款、擅自进口固体废物等诸多结果犯也会面临同样的疑问。而如果按照要素分析模式,在丢失枪支不报罪中则只要求行为人对不及时报告行为具有故意,对造成严重后果有过失即可,可以轻松化解这一难题。同理,要素分析模式还可以解决结果加重犯在整罪分析模式下面临的难题。对于让人困扰的违法性认识错误与事实认识错误,要素分析模式也有自己的独到之处。具体而言,事实认识错误是指行为人对构成要件情状的认识错误,因此如若发生事实认识错误就会阻碍行为人对构成要件的故意认知,从而阻却故意;相反,如果是法律认识错误则只涉及行为人对行为违法性的认知,按照要素分析模式,行为人对违法性的认识只要有疏忽过失即可,故而法律认识错误并不阻碍犯罪的成立^[31]。

第二,要素分析法并未突破罪责原则。首先,要素分析法“依然强调客观要件对主观认识的限制”,要求行为人对结果具有认识可能性,故而不违背罪责原则^[31]。其次,要素分析模式更为契合事实的真实情况,相比整罪分析模式更为契合罪责原则。在大多数案件中,整罪分析模式与要素分析模式得出的结论是一致的。但是对于结果犯、违法性认识错误等问题,行为人对行为、结果、其他客观要素可能完全持有不同的主观心态。要素分析法主张行为人对不同的认识对象可能有不同的主观心态更为符合现实情况,有助于法官在主观罪过明晰的基础上进行精准的定罪量刑。最后,要素分析法对不同的客观构成要素区分不同的主观心态,要求判决分析与说理更为透彻,有助于避免对于相同行为有的判决认定构成犯罪、有的判决则认定不构成犯罪的齟齬现象,有助于实现类案类判。相反,固守整罪分析模式可能会造成两种情况:一种情况是,由于证明的困难导致打击犯罪的目标无法实现;另一种情况是,为了避免放纵犯罪,在定罪时暗中松动入罪标准,与支持者所主张的整罪分析模式自相矛盾。根据要素分析模式,裁判者对行为人对每个客观要素的主观罪过都要进行分析,在实践操作中便于严格遵守和规范操作。易言之,要素分析模式有助于避免整罪分析模式下实务人员因为证明困难而对部分主观要素模糊处理和不加说理所造成的司法不透明。可能会有读者批评本文将要素分析模式作为入罪的手段,有违“人权保障”。本文对此质疑作以下回应:(1)“打击犯罪”和“人权保障”是我国刑事法并重的价值追求,两者之间并不能进行孰轻孰重的比较。打击犯罪以人权保障为底线,公权力不能举着“打击犯罪”的旗号,进行刑讯逼供、任意出入人罪。另外,也不能对司法人权保障做泛化解读。重罪重判、轻罪轻判、罚当其罪符合法治精神与公平正义的要求,犯罪圈应当扩张还是收缩以及应当入罪还是出罪应以行为是否超越合理的边界为讨论前提。不能动辄以“人权保障”和“刑法谦抑”作为空泛的出罪理由。目前我国刑法仍面临“小而重”的问题^[33],西方非犯罪化的趋势值得我们警醒和借鉴,但并不能解决我国当下的问题。与域外不同,我国刑法当下应该刑罚轻缓与法网疏密同步进行。(2)要素分析模式可能会在一些案例中比整罪分析模式更容易得出有罪的结论,但是这些犯罪行为本就符合刑法条文的规定且具有可罚性,故而作入罪解释也并无不妥。(3)如前所述,要素分析模式能使定罪的分析过程更为明晰化与规范化。而整罪分析模式在结果犯、违法性认识错误等诸多案例中容易造成类案不类判,影响民众对司法公正的信心。

第三,要素分析模式契合我国陪审员制度的改革。2018年《陪审员法》以及2019年相关司法解释着力推动陪审员制度改革,并力图通过事实认定问题清单等具体技术措施保障陪审员参审的实质性。^①虽然我国刑法并没有采取美国的罪过分类标准,但是仍可在借鉴美国要素分析模式的基础上,对不同

^①2015年《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》第23条第1款规定:“合议庭评议案件前,审判长应当归纳并介绍需要通过评议讨论决定的案件事实问题,必要时可以以书面形式列出案件事实问题清单。”2018年《人民陪审员法》并未将该条纳入。但2019年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第9条规定:“七人合议庭开庭前,应当制作事实认定问题清单,根据案件具体情况,区分事实认定问题与法律适用问题,对争议事实问题逐项列举,供人民陪审员在庭审时参考。”

的客观构成要素进行区分。而事实认定问题清单在制作过程中可以将具有理解难度的构成要件分解成构成要件要素,方便陪审员逐一进行认定。要素分析法契合问题清单的精神内核,对于罪过形式复杂的犯罪,陪审员可以根据该罪包含的每一个客观不法要素分析它的主观心态,判断其属于我国所规定的四种罪过形式中的哪一类型。如此便能大大地降低陪审员的理解难度,避免出现陪审员陪而不审的局面。针对被告人对不同客观要素的主观心态,陪审员可以进行勾选和填写,这样的勾选清单也相当于一份简洁版的判决说理^[34]。此外,职业法官也能够通过阅读清单列表了解陪审员的推理过程,并与陪审员进行更为深入的解释或讨论。

第四,要素分析模式所提倡的“择一认定”符合疑罪从无。要素分析模式将不同的主观要素按照轻重进行了分类,认为不同等级的主观要素在规范层面是存在包容关系的,这符合证明规律也并不违背疑罪从无原则。

张明楷教授认为,在一些难以厘清行为人究竟是构成轻罪还是重罪的两难情况下,应遵循存疑时有利于被告原则,用较轻的罪名处罚行为人^[35]。本文认同此观点。有学者指出,如果将犯罪构成要件之间的关系理解为对立和排斥的关系,则当法院无法确切证明互斥要素的前提事实(事实不明)时,可能造成不必要的处罚漏洞^[36]。具体到本文而言,如果认为高度(重度)主观要素不能评价为低度(轻度)的主观要素,从证明和刑法处罚的角度会出现明显的处罚漏洞。基于相同的原理,故意和过失之间也应秉持“罪疑唯轻”的认定标准。以“间接故意”和“过于自信的过失”为例,两者是“刑法最困难和最具争议的问题之一”^[37],有观点认为,故意和过失是两种完全对立的内心状态,不能将故意行为“降级”认定为过失犯罪。譬如,德国传统观点曾一度认为,故意和过失是相互排斥的关系^[38]。我国有学者也持相同判断^{[41]21}。但是近年来德国通说转而认为故意与过失两者具有规范的层级关系^[39]。我国学者也开始认识到“一旦确定行为人构成故意犯罪,逻辑上必然也构成过失犯罪,剩下来的就是竞合问题”^[40]。

首先,从刑事政策的角度考虑,认为高度的主观要素和低度的主观要素是对立关系,会造成处罚上的漏洞。虽然随着社会的文明化进程,刑法学者都在推崇轻刑化。但这里的“轻”是指刑罚设置的轻缓,就刑事法网本身而言,则需要“严密无疏”。在风险社会的今天,刑事政策作为公共政策的一部分,也必须担负起属于自己的责任。承认高度的主观要素和低度的主观要素之间的位阶关系有利于从刑事政策角度提示民众重视对法益的“注意义务”,起到风险防控的作用。其次,如此解释并不存在法理上的障碍:(1)一个人的心理要素从轻到重依次为:没有预见可能性而没有预见,具有预见可能性而没有预见,具有预见可能性且已经预见而放任,有预见可能性且已经预见而希望。高度主观要素包含了低度主观要素的内容,譬如,故意比过失多了认识要素和意志要素,犯罪故意包含了犯罪过失的要素^[41]。(2)从构成要件符合性的角度来看,所谓某种事实“符合”构成要件,是指某种事实并不缺乏构成要件所要求的全部内容^[42]。易言之,现实生活中的案件事实不可能与犯罪构成所要求的要素完全吻合,完全可能有多余的部分。而罪刑法定所要求的构成要件符合性判断是要求构成要件满足最低限度的要求即可。行为所具备的构成要件要素必须满足罪名所要求的全部内容,但可以有所富余(行为所具备的构成要件要素 \geq 罪名所要求的构成要件要素)。因而,我们在进行构成要件符合性判断时,如无法证明是高度(重度)要素事实而将其评价为低度(轻度)要素事实,并无不妥^[30]。再次,不同主观要素之间的“罪疑唯轻”与“疑罪从无”是两个层面的概念。疑罪从无是针对具体罪名而言的,而不是只要对一个罪名存疑,就不能认定行为人构成任何罪名。针对行为人A罪事实存疑不能认定构成A罪,但如果行为人在B罪方面证据确凿、符合犯罪构成,则可以认定其构成B罪。如前所述,高度(重度)的主观要素与低度(轻度)的主观要素两者之间包含关系,不能确证行为人具有高度的主观要素,但并不代表行为人不具有低度的主观要素。如果能够确定行为人具有低度的主观要素则构成低度犯罪,只是是否构成高度犯罪存疑时,将行为认定为低度的犯罪并无不妥。最后需要指出的是,将高度的

主观要素评价为低度的主观要素并非要素分析模式的专属。很多整罪分析模式的支持者也都对择一认定持肯定态度。但要素分析模式承认主观要素在刑法规范层面存在位阶关系,与择一认定的精神内核更为契合。

五、结 语

受传统学科分类影响,法学内部不同学科之间的联系相对松散甚至割裂,难以互相促进。刑事法学界提倡刑事一体化的研究方法久矣,然而效果甚微。目前刑法课堂上大多数案例研讨仍是以确定的事实为出发点,但司法实践中的真实情况却远非如此。诗人约翰·多恩曾言:“没有人是一座孤岛。”看似仅属于诉讼法领域的证明问题,只有从诉讼法学的人工孤岛中走出来,才能获得更广阔的视野与思路。我国目前所提倡的新文科改革打破学科割裂的传统,突破各学科自我封闭的局限性,力图通过学科深度交叉融合,扩展文科研究对象,拓宽文科学科视野,改进文科研究方法,革新文科知识体系,促进各学科交融发展、互相促进^[43]。这与刑事一体化的研究方法不谋而合。具体到本文视域,要想解决主观要件的证明难题,刑法和刑事诉讼法要相互配合。刑诉法可以向刑法提供源自现实的必要的经验知识^[44],而主观要件证明问题不属于侦查技术所能突破的部分,便需要刑法理论作出调整与配合。除为我们所熟知的阶梯式罪名、严格责任外,要素式分析模式也值得我们开展持续性的研究。故以此小文,抛砖引玉,乞方家指正!

参考文献:

- [1] 储槐植. 建立刑事一体化思想[J]. 中外法学, 1989(1): 3-8.
- [2] 程荣斌, 陶杨. 刑法与刑事诉讼法关系的反思与前瞻[J]. 人民检察, 2007(20): 5-8.
- [3] 储槐植. 刑事一体化的具体展开[EB/OL]. (2017-07-03) [2021-07-31] https://www.sohu.com/a/154175259_658337.
- [4] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2019.
- [5] 樊崇义, 赵培显. 论客观性证据审查模式[J]. 中国刑事法杂志, 2014(1): 3-8.
- [6] 张保生. 推定是证明过程的中断[J]. 法学研究, 2009(5): 175-194.
- [7] 张正智. 故意杀人案件审判疑难问题与实践[M]. 北京: 人民法院出版社, 2016: 151.
- [8] 吴丹红. 犯罪主观要件的证明——程序法和实体法的一个联接[J]. 中国刑事法杂志, 2010(2): 76-83.
- [9] 杜文静. 司法实践中刑事证据推理的方法[J]. 求是学刊, 2020(6): 101-109.
- [10] 徐歌旋. 控辩故事, 审判者尤应审慎对待[N]. 检察日报, 2021-09-18(4).
- [11] 程德文, 程远. 无罪推定与刑事证明责任的分配[J]. 金陵法律评论, 2007(1): 26-36.
- [12] 何家弘. 证据学论坛: 第六卷[M]. 北京: 中国检察出版社, 2003: 347.
- [13] 尼古拉·雷舍尔. 推定与临时性认知实践[M]. 王进喜, 译. 北京: 中国法制出版社, 2013: 1-2.
- [14] 孙万怀. 重申罪刑法定主义[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 101-103.
- [15] 周光权. 现代刑法的理念与方法[J]. 法治研究, 2020(6): 3-13.
- [16] 徐歌旋. 认罪认罚独立从宽的正当化依据及其限度[J]. 中州学刊, 2020(9): 48-54.
- [17] 佘化强. 审判中心主义与认罪程序的“双重陷阱”[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2020(5): 29-37.
- [18] 李本森. 认罪认罚从宽制度中的证据规则: 检讨与重构[J]. 浙江工商大学学报, 2020(1): 61-69.
- [19] 步洋洋. 认罪认罚从宽制度下上诉权与抗诉权的关系论[J]. 法学杂志, 2021(4): 119-130.
- [20] 董凯. 认罪认罚从宽制度中的错案风险——以 206 起认罪错案为考察对象[J]. 北方法学, 2021(5): 91-103.
- [21] 陈瑞华. 刑事证据法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 340-341.
- [22] 刘艳红. 洗钱罪删除“明知”要件后的理解与适用[J]. 当代法学, 2021(4): 3-14.
- [23] 李立丰. 犯罪故意“要素分析”模式的澄清与适用——兼论陪审员对行为规范属性的平行评价[J]. 法律科学(西

- 北政法大学学报),2020(1):179-190.
- [24] 劳东燕. 风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁[M]. 北京:北京大学出版社,2015:240.
- [25] 陈银珠. 法定犯时代传统罪过理论的突破[J]. 中外法学,2017(4):943-968.
- [26] 姜伟. 犯罪故意与犯罪过失[M]. 北京:群众出版社,1992:7.
- [27] 张明楷. “客观的超过要素”概念之提倡[J]. 法学研究,1999(3):24-33.
- [28] 杨书文. 复合罪过形式论纲[M]. 北京:中国法制出版社,2004:109-114.
- [29] 周光权. 论主要罪过[J]. 现代法学,2007(2):38-48.
- [30] 王华伟. 要素分析模式之提倡——罪过形式难题新应[J]. 当代法学,2017(5):68-81.
- [31] 余倩堂. 犯罪主观心理的要素分析方法[J]. 江西社会科学,2017(2):199-206.
- [32] 邹兵建. “明知”未必是“故犯”——论刑法“明知”的罪过形式[J]. 中外法学,2015(5):1349-1375.
- [33] 卢建平,刘传稿. 法治语境下犯罪化的未来趋势[J]. 政治与法律,2017(4):36-53.
- [34] 施鹏鹏. 人民陪审员制度的改革历程及后续发展[J]. 中国应用法学,2018(4):16-31.
- [35] 张明楷. 刑法学[M]. 北京:法律出版社,2016:861-862.
- [36] 蔡圣伟. 刑法问题研究:一[M]. 中国台北:元照出版公司,2008:417.
- [37] 许玉秀. 主观与客观之间——主观理论与客观归责[M]. 北京:法律出版社,2008:43.
- [38] 汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生,译. 北京:中国法制出版社,2001:676.
- [39] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论[M]. 王世洲,译. 北京:法律出版社,2005:730.
- [40] 黄荣坚. 基础刑法学:上[M]. 北京:中国人民大学出版社,2009:296.
- [41] 高山佳奈子. 故意と违法性の意识[M]. 日本东京:有斐阁,1999:137.
- [42] 张明楷. 寻衅滋事罪探究:上篇[J]. 政治与法律,2008(1):86-93.
- [43] 郁建兴. 以系统思维推进新文科建设[J]. 探索与争鸣,2021(4):72-78.
- [44] 姜涛. 风险刑法的理论逻辑——兼及转型中国的路径选择[J]. 当代法学,2014(1):80-89.

Integrated Solution to the Proving Problem of Subjective Elements: with Concurrent Discussions of the Promotion of the Factor Analysis Mode

XU Gexuan

(Law School, Nanjing Normal University, Nanjing 210023, China)

Abstract: There have been three major changes in the proof of subjective elements in our country. First, the proof basis has changed from “subjective confession first” to “objective evidence first”; second, the object of proof has changed from “subjective elements first” to “objective elements first”; third, proof methods have changed from “single idea” to “multiple countermeasures”. To solve this problem of subjective elements, it requires the cooperation of the substantive law and procedural law. At the substantive law level, it is advisable to adopt the element analysis model to allow the existence of subjective elements of different natures within a crime. The perpetrator’s subjective attitude towards the consequences should not be used as the only criterion for the judgment of subjective offenses, and the subjective elements should be recognized as having a hierarchical relationship at the criminal law level. The element analysis model can reduce the difficulty of proof. It conforms to the principle of guilt and responsibility, conforms to the spirit of the reform of the jury system implemented in our country, conforms to the requirement of innocence of questionable crimes, and can significantly reduce the difficulty of proof.

Key words: subjective elements; analysis of the form of sin; mitigation of questionable crimes; innocence of questionable crimes; criminal integration



(责任编辑 张伟 郑英龙)