

“主观的超过要素”： 一个不适合的域外刑法学命题(上)

马荣春*

目次

- 一、“客观的超过要素”的先行解读
- 二、“主观的超过要素”的质疑
 - (一)“主观的超过要素”的本身含义
 - (二)“主观的超过要素”理论原生处的究问
 - (三)“主观的超过要素”对犯罪构成或犯罪成立体系的理论偏离
 - (四)“主观的超过要素”的实践困窘 (以上本期刊载)
- 三、对“主观的超过要素”所指向问题的回应
- 余论

摘要 “主观的超过要素”将目的犯的“目的”、倾向犯的“内心倾向”和表现犯的“内心过程”看成是“超过”故意犯罪的“故意”的主观要件要素,且没有客观事实与之对应,但却可以起着限缩处罚范围的作用。而实际上,目的犯的“目的”是目的犯的“故意”的一种“法定”和具体,不存在“超过”即在“故意”之外的问题,而倾向犯的“内心倾向”和表现犯的“内心过程”的把握对于犯罪的认定既不必要,也不可能。“主观的超过要素”偏离了犯罪构成或犯罪成立体系并使得主客观相统一的定罪原则被扭曲或割裂,故其有着不当扩大处罚范围的危险。因此,无论从理论层面,还是从实践层面,“主观的超过要素”都是一个不适合的域外刑法学命题。

关键词 客观/主观的超过要素 故意 特殊的主观构成要件要素 主观违法要素

在张明楷教授首创“客观的超过要素”之后,“主观的超过要素”问题也越来越受到中国刑法理论的青睐。在理论上,“主观的超过要素”被认为对我国刑法理论有着显而易见的影响,其影响不仅停留在某一具体理论层面上,更关涉对刑法基本原理的认识,甚至是“修正”主客观相统一原则,

* 扬州大学法学院教授、法学博士。

从而为深化我国的刑法理论研究提供一个十分理想的平台。^{〔1〕}而在实践上,“主观的超过要素”能够限缩犯罪成立的范围,将不必要的行为排除在犯罪之外。^{〔2〕}理论和实践两个方面的意义都堪称“重大”,那么“主观的超过要素”似乎不应被质疑。但是,主客观相统一原则是那么容易被“主观的超过要素”所“修正”的吗?增加一个“超过的要素”是否能限缩犯罪的成立范围?“主观的超过要素”是否因对“客观的超过要素”的“跟风”或“模仿”不慎而“弄巧成拙”?

一、“客观的超过要素”的先行解读

从字面上,“客观的超过要素”与“主观的超过要素”本是两个“相反”的问题。但在国内,可以说是“客观的超过要素”的研究带动了“主观的超过要素”的研究,并且“主观的超过要素”的研究在很大程度上可看成是对“客观的超过要素”的研究的一种“跟风”或“模仿”,尽管大陆法系刑法理论已有现成的“主观的超过要素”这一概念;故讨论“主观的超过要素”便不能将“客观的超过要素”弃置一边,正如有学者在讨论“主观的超过要素”时强调:“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。”^{〔3〕}

“客观的超过要素”是张明楷教授首创的一个刑法学概念。张明楷教授是在讨论刑法中的“故意”问题时提出“客观的超过要素”这一概念的。张明楷教授指出,“故意”的成立并不要求行为人认识到所有的客观事实,而那些超过了行为当时“故意”的认识范围的客观事实或要素就被称之为“客观的超过要素”。“客观的超过要素”首先存在于结果加重犯之中,即加重结果就是“客观的超过要素”。当然,“客观的超过要素”还另有存在。^{〔4〕}在张明楷教授看来,能够被确定为“客观的超过要素”的,需要具备以下条件:第一,该客观要素虽为犯罪成立必不可少,但要求该要素只是为了控制处罚范围;第二,该要素并非构成要件的唯一要素,而将某种结果确定为“客观的超过要素”时,则该结果只是可能发生的结果,且必须存在其他结果;第三,若将某种结果确定为“客观的超过要素”,则该犯罪的法定刑必须较低,且明显轻于对结果具有“故意”的犯罪;第四,成立该犯罪事实上只要求行为人对“客观的超过要素”具有预见可能性,但又不能将该犯罪确定为过失犯罪。总之,不得随意扩大“客观的超过要素”的范围,这是责任主义原则的要求。^{〔5〕}

由张明楷教授对“客观的超过要素”的前述交代,笔者认为:首先,当出现了“客观的超过要素”,则说明导致了“客观的超过要素”的行为具有严重的社会危害性或严重的法益侵害性,亦即“客观的超过要素”使得导致了“客观的超过要素”的行为本身具有可罚的社会危害性或可罚的法益侵害性,或曰具有可罚的罪质。因此,“客观的超过要素”相对于“客观的超过要素”发生之前的行为之时的心理状态属于“超过”即不在行为当时行为人“明知”的主观认识中,但在行为成罪所需要的社会危害性或法益侵害性的程度上则并未“超过”;再就是,“客观的超过要素”毕竟是“犯罪构成要件要素”,而“犯罪构成要件要素”意味着“超过”只是犯罪构成内部的“局部超过”而非“超过”整个犯罪构成或犯罪成立体系之外。这样看来,所谓“客观的超过要素”并未破坏犯罪构成或犯罪成立体系的完整性及其内在统一性,正如张明楷教授指出,行为人对“客观的超过要素”仍然有着

〔1〕 张伟:《论刑法中的“主观的超过要素”》,载《河南公安高等专科学校学报》2008年第2期,第76页。

〔2〕 胡敏:《论受贿罪的主观超过要素》,载《河北法学》2009年第1期,第196页。

〔3〕 董玉庭:《主观超过因素新论》,载《法学研究》2005年第3期,第63页。

〔4〕 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第241页。

〔5〕 同上注,张明楷书,第242页。

预见可能性,而当预见可能性至少说明着行为人已存在过失时,我们便可说“客观的超过要素”最终没有“超过”作为犯罪构成四大要件之一的犯罪主观要件,而在大陆法系刑法理论中则最终没有“超过”作为“三元递进式”犯罪成立体系中的“有责性”要件。“客观的超过要素”对应着大陆法系刑法理论中的“客观处罚条件”,而对此“客观处罚条件”,大陆法系有观点认为,所有的“客观处罚条件”,都构成要件要素,因为所有的“客观处罚条件”,实际上都是使违法性的程度增高的要素,因而是构成要件的要素。但这种观点实际上否认了“客观处罚条件”〔6〕。在笔者看来,只有身处犯罪构成或犯罪成立体系的完整性及其内在统一性之中,“客观的超过要素”才能稳固而有力地发挥其限缩处罚范围即犯罪成立范围或犯罪成立机会的作用。也正因如此,我们才没有必要把“客观的超过要素”看成是犯罪构成或犯罪成立体系之外的所谓“客观的处罚条件”,正如张明楷教授指出,如果将“客观处罚条件”作为犯罪成立的条件之一,则“客观的超过要素”属于“客观处罚条件”〔7〕,但还是要维护犯罪构成是认定犯罪的唯一法律根据的原理而不采用“客观处罚条件”的概念。〔8〕其实,犯罪构成的所有要件以及所有的要件要素都是犯罪成立的条件,那么,“客观的超过要素”没有必要在犯罪构成或犯罪成立体系之外以所谓“客观的处罚条件”作为自己的归属,而当以犯罪构成或犯罪成立体系为归属时,其才能够在犯罪构成或犯罪成立体系的完整性及其内在统一性之中“适得其所”。

如果作一总结,则张明楷教授所提出的“客观的超过要素”,是指将事后即行为实施完了之后所发生或形成的某种结果拿过来对照着行为人在行为当时的“故意”内容而形成的一个概念,而所谓“超过”,其实际意涵是指后来的某种结果不在行为人当时已经“明知”的认识之中。因此,张明楷教授所提出的“客观的超过要素”可以另作表述,即“超过主观的客观要素”。在笔者看来,由于“客观的超过要素”的“超过”仍然发生在犯罪构成或犯罪成立体系的内部,故犯罪构成或犯罪成立体系的完整性仍然得到了维持。由于行为人对“客观的超过要素”最低要求具有预见可能性,即行为人对“客观的超过要素”至少要求具有过失罪过,故“客观的超过要素”仍然维持着犯罪构成或犯罪成立体系内部的一种相互统一性,从而仍然体现着主客观相统一原则。可见,张明楷教授的“客观的超过要素”理论正是在维持犯罪构成或犯罪成立体系的完整性及其内在统一性和遵循主客观相统一原则的根本前提下显示其对犯罪成立范围的限缩作用,从而实现刑法的人权保障功能的。

对张明楷教授的“客观的超过要素”的前述解读,将构成对“主观的超过要素”的辨析对照,因为无论是“客观的超过要素”,还是“主观的超过要素”,都是将一个因素与另一个因素作“对照”或“参照”而形成的概念。那么,在某种意义上,我们也可将张明楷教授的“客观的超过要素”作为“主观的超过要素”的一种理论对照或理论参照。

二、“主观的超过要素”的质疑

(一)“主观的超过要素”的本身含义

首先,何谓“主观的超过要素”?张明楷教授在探讨“客观的超过要素”问题时就已经指出:“德国、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

〔6〕 见前注〔4〕,张明楷书,第448页。

〔7〕 见前注〔4〕,张明楷书,第242页。

〔8〕 见前注〔4〕,张明楷书,第242页。

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。”^[9]那就是说,“主观的超过要素”完全是个“舶来品”。对于这个“舶来品”,中国刑法理论界或有人指出,犯罪主观方面与客观方面统一性问题的探讨隐含着一个理论前提,即在罪过的界限内,每一个主观要素必有一个客观要素与之对应,每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,比如目的犯中的犯罪“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,如果我们的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,而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“主观的超过因素”^[10];或有人指出,按照主客观相统一原则,故意或过失的内容与犯罪构成要件之客观要素的内容须是一致的,但我国刑法规定了“以牟利为目的”“以使他人受到刑事追究为目的”等多种目的犯,但这些目的犯的“目的”在客观要素中没有与之相对应的内容。那么诸如“目的”等主观要素就是“主观的超过要素”。而“主观的超过要素”,就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超出“故意”内涵之外的主观要素。^[11]显然,“主观的超过要素”,是指目的犯的“目的”、倾向犯的“心理倾向”和表现犯的“心理过程”等特殊的犯罪主观活动对“故意”的超过,即不在“故意”之内。而在目的犯の場合,“主观的超过要素”可作这样的理解:行为人先有无特定“目的”的犯罪“故意”,后来又产生或形成了特定的犯罪“目的”。由于特定的犯罪“目的”也是一种犯罪主观,故“主观的超过要素”便强调一种犯罪主观对另一种犯罪主观的“超过”,即一种犯罪主观不在另一种犯罪主观之内,或曰一种犯罪主观不是另一种犯罪主观所包含的内容。对于“主观的超过要素”,甚至有人提出,如果说“为他人谋取利益”是受贿罪独立于受贿“故意”之外的超过的主观要素,再承认独立于受贿“故意”之外的“非法占有目的”这一“超过的主观要素”,则表明受贿罪实质是存在着“一元故意,双重超过的主观要素”的主观要素结构。^[12]这一提法是对“主观的超过要素”的“强化”与“推进”,即不仅存在“主观的超过要素”,而且“超过的主观要素”还有着并非单一的主观内容。这便使得被“超过”的“故意”越发显得贫乏乃至内容空洞,以至于没有存在意义,从而使得“超过的主观要素”似乎还能够呈现出“超超过”的色彩。

由上可见,“主观的超过要素”有两点较为明显的强调:一是“主观的超过要素”是一种主观内容或活动对另一种主观内容或活动的“超过”,二是在“主观的超过要素”中,“超过的主观要素”没有客观事实与之对应。没有客观事实的对应,是肯定“主观的超过要素”的人一致所持的说法,正如学者指出,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“客观的超过要素”还是“主观的超过要素”,都将“独立”地对犯罪的成立起到至关重要的作用。^[13]其言“不统一”和“独立”也似在表明:在“主观的超过要素”的场合,“超过的主观要素”可以没有,甚或应该没有客观事实与之对应,这才叫真正的“超过”。

显然,“主观的超过要素”与“客观的超过要素”有着如下不同:在“客观的超过要素”中,是后来的客观事实即某种结果对先前的犯罪“故意”的“超过”,但后来的客观事实即某种结果至少有着预见可能性即过失的“主观对应”;而在“主观的超过要素”中,是后来的特定心理活动对先前的犯罪“故意”的“超过”,但作为“超过”的特定心理活动却没有客观事实与之对应,即没有“客观对应”。

[9] 张明楷:《“客观的超过要素”概念之提倡》,载《法学研究》1999年第3期,第27页。

[10] 见前注[3],董玉庭文,第63页。

[11] 见前注[1],张伟文,第73页。

[12] 见前注[2],胡敏文,第195页。

[13] 见前注[3],董玉庭文,第63页。

(二)“主观的超过要素”理论原生处的究问

“主观的超过要素”直接形成于大陆法系的刑法理论,并且其“胚胎”是所谓特殊的主观构成要件要素即特殊的主观违法要素。那么,考察“主观的超过要素”得从其理论原生处入手。

学者指出,大陆法系刑法理论中存在着“主观违法要素”这一概念。对于“主观违法要素”,大陆法系刑法理论所形成的论断几乎俯拾皆是,如日本学者大冢仁所言:“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、倾向犯中的内心倾向、表现犯中的内心状态。”^[14]如日本学者野村稔所言:“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。”^[15]于是,学者做了总结,“主观的超过因素”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。在大陆法系刑法理论中存在一般的主观违法要素和特殊的主观违法要素,前者包括故意和过失,后者即“主观的超过要素”或“超过的主观因素”。大陆法系刑法理论认可“主观的超过要素”作为主观违法要素有一个发展过程。大陆法系刑法理论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。“违法是客观的,责任是主观的”,是当时的基本观念。这种构成要件理论既然把“主观的超过因素”排除在构成要件之外,因此它自然不能承认“主观的超过要素”作为主观性违法要素。后期,越来越多的学者认为构成要件应是类型化的违法,而构成要件既然是违法类型,则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。这种观点认为“主观的超过要素”是主观违法要素。第二次世界大战以后,此种观点得到很多支持。可见,“主观的超过要素”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件。^[16]

对于“主观的超过要素”,有响应者指出,大陆法系的学者们后来发现有些因素虽然属于行为人的主观因素,但对行为的违法性以及违法性的程度存在着重大的影响。基于这一发现,黑格勒和 M. E. 迈尔都提出,目的犯中的“目的”等只要存在于行为人的内心就够了,它不是责任要素,而是违法性要素。^[17]而从大陆法系刑法理论的构成要件与违法性的关系来看,构成要件是违法行为的类型。而在违法性中通常需要考虑两个问题:一是违法性的有无,二是违法性程度的大小。主观违法要素是法定的违反法律规范的要素,故其当然具有评价违法性有无的作用。同时,主观违法要素可以表现行为人内心违法的态度和恶性,故其当然也具有反映行为人违法程度的作用。那么,主观违法要素理论为人们认识违法性提供了新的路径,即可以通过人的违法观和目的行为论来具体评价行为的违法性。^[18]响应者显然是把大陆法系刑法理论中的“主观的违法要素”存在的合理性作为其赞成“主观的超过要素”的一个依凭。

在笔者看来,当我们能够肯定目的犯中“目的”等可以表现行为人内心违法的态度和恶性,具有反映行为人违法程度的作用,甚至为人们认识违法性提供了新的路径,则我们将要进一步肯定的是:被黑格勒和 M. E. 迈尔肯定为“违法性要素”的目的犯中的“目的”等,终究是“反映或表现违法性的要素”,而不是“违法性”本身,正如梅茨格尔强调,除了目的犯中的“目的”之外,倾向犯中行为人的主观倾向、表现犯中行为人的心理经过或者状态也是“主观的违法要素”。那么,我们可以

[14] [日]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。

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

[16] 见前注[3],董玉庭文,第65页。

[17] [日]大冢仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第307页。

[18] 见前注[1],张伟文,第73~74页。

说,目的犯中的“目的”等并不存在于大陆法系刑法理论的“三元递进式”犯罪成立体系的第二个环节即“违法性”之中。于是,我们可以看出“主观的超过要素”的生成逻辑:由于目的犯的“目的”等特殊的主观活动内容也是违法性要素,故其应放在“违法性”中予以论说;放在“违法性”中予以论说,便要将其与“构成要件”这一行为类型中的“故意”区别对待,而区别对待使得“构成要件”中的“故意”被定性为一般的主观构成要件要素,“目的”等主观活动内容则被定性为特殊的主观构成要件要素。当“目的”等与“故意”被做出“一般”与“特殊”的人为分殊,且被置于不同的论题即“构成要件”和“违法性”之下,“目的”等主观活动内容自然就被冠以“主观的超过要素”。“主观的超过要素”的原生逻辑所存在的问题是:首先,被称为“主观的超过要素”的“目的”等虽然能够影响“违法性”,但“违法性”还有一个层面即“客观违法性”,亦即客观的法益侵害性,那么,即使行为人心存“目的”等主观活动,而客观上无法益侵害,则“三元递进式”犯罪成立体系中的第二环即“有责性”要件最终还是不存在或不成立的;再者,“目的”之类的所谓“主观的超过要素”虽然能够影响“违法性”,但其不是在“违法性”之中即作为“违法性”本身来施加影响,而是身处“构成要件”这一行为类型中,以“故意”作为“据点”或“大本营”来施加影响的。“主观违法要素”中的“要素”应被理解为“违法性”的素材或迹象,而不是“违法性”本身。因此,“主观违法要素”,并且是“特殊的主观违法要素”,通过“主观构成要件”,并且是“特殊的主观构成要件”,使得“目的”之类的所谓“主观的超过要素”在其被提出之初就是个“怪胎”。

试图通过特殊的主观构成要件要素来确立“主观的超过要素”的理论地位,最终招致了逻辑被动。在笔者看来,当把“目的”等“主观的超过要素”视为特殊的主观构成要件要素,那它就作为一个种概念而与另一个种概念即一般的主观构成要件要素同属于主观构成要件。那就是说,一般的主观构成要件要素与所谓特殊的主观构成要件要素都是主观构成要件的内容。由此看来,“目的”等“主观的超过要素”即所谓特殊的主观构成要件要素并未“超过”主观构成要件,即仍在主观构成要件之内。回到被视为特殊的主观构成要件要素的“目的”等“主观的超过要素”与被视为一般的主观构成要件要素的“故意”这两者的关系上来,“目的”等“主观的超过要素”与“故意”之间分明是一种证明与被证明或体现与被体现的关系,而“故意”与“目的”等“主观的超过要素”之间又分明是一种派生与被派生或包含与被包含的关系。那么,从两者的前述关系中,我们可获得一种确信:当某种行为是在某种“目的”等“主观的超过要素”的驱使之下,则该行为肯定是“故意”行为,甚至是直接“故意”行为。而当把行为限缩为犯罪,便存在着犯罪“目的”等“主观的超过要素”与直接故意犯罪的对应。如果这样看问题,则被视为特殊的主观构成要件要素的“目的”等“主观的超过要素”不要说“超过”主观构成要件,就连“故意”都没有“超过”。而若放在大陆法系刑法理论的“三元递进式”犯罪成立体系中,我们说“主观的超过要素”即所谓特殊的主观构成要件要素没有超过“构成要件”中的“故意”。显然,以特殊的主观构成要件要素也难以使得“主观的超过要素”在超过“故意”的同时又不要求客观事实的对应之下,还能获得一种合理性。

“主观的超过要素”的逻辑被动还另有体现。学者指出,美国刑法不像大陆法系刑法把“主观的超过因素”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”,而这里的“特别故意”实际上是“主观的超过要素”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,即在经验的层面上,“主观的超过要素”与一般心理状态同为心理要素,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,只不过英国刑法理论把这种进一步意图和基本犯意结合而形成了“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“主观的超过要素”^[19]。在笔者看来,学者针对英美刑法理论中所谓“主观的超过要素”与“故意”关系的说法已经不再像论说大陆法系刑法理论中的相应问题那么有“底气”,而其采用“心理状态的共同体”“进一步意图和基本犯意结合”而成的“特殊的犯意”,可能更多说明的不是“主观的超过要素”对“故意”的“超过”,而是“主观的超过要素”仍在“故意”之内。在“主观的超过要素”与“故意”的关系上,英美的“经验型刑法理念”或许才能接近事物的真相。至于盗窃罪的“永久剥夺财产所有人财产的意图”,不是“故意”的“意志因素”,又是什么呢?

(三)“主观的超过要素”对犯罪构成或犯罪成立体系的理论偏离

响应“主观的超过要素”的人指出,与“主观的超过要素”相对应的首先是大陆法系刑法理论中的一般的主观构成要件要素,其次才是客观的构成要件要素,故“主观的超过要素”不是在三要件层面上的概念,而是在犯罪成立之主、客观要素层面上的概念,即“主观的超过要素”这一概念在大陆法系刑法理论之构成要件该当性、违法性和有责性三阶段中都有相应的反映。“主观的超过要素”是我国刑法学中构建在刑法框架上的、以大陆法系刑法理论中的“主观违法要素”理论为基础的概念,具有主观要素类型化等作用。^[20]在笔者看来,一旦“主观的超过要素”在大陆法系刑法理论之构成要件该当性、违法性和有责性三阶段中都有相应的反映,则意味着“主观的超过要素”似乎就像“灵魂”一样“超越”或“超过”了大陆法系刑法理论“三元递进式”犯罪成立体系的前后所有要件,即“三元递进式”犯罪成立体系的前后所有要件都成了“主观的超过要素”的“超过”对象,或曰都构成了“主观的超过要素”这一概念形成的一种“参照系”。而这时,“主观的超过要素”到底是什么物?是形式和实质已经结为一体的刑事违法性?还是直接等同于犯罪?既然“主观的超过要素”以“主观违法要素”理论为基础,那么一旦其将犯罪成立的前后所有要件都“超过”了,则还能有所谓“类型化”的作用吗?显然,论者所说的“主观的超过要素”意指从下到上即空间的纵向上的“超过”,并且“超过”者与被“超过”者之间似乎有一种从具体到抽象的意味。而张明楷教授所提出的“客观的超过要素”,指的是从左到右即时间的横向上,后来发生了行为人先前只具有预测可能性的某种结果,而对此结果,我们对行为人不作“故意”的要求。那么,“主观的超过要素”与“客观的超过要素”这两者之间能够“异曲同工”吗?

前文已经指出,特殊的主观构成要件是响应“主观的超过要素”的一个依凭,即在国外学者看来,“故意”在形式上被定义为与客观事实相关,但特殊的主观构成要件特征却被定义为其指向的对象不在客观构成要件里。它可能存在于完成特定事实的意志里,但这些事实在客观构成要件之外。^[21]那么,笔者从国外学者的本意来对一般的主观构成要件要素与特殊的主观构成要件要素即“主观的超过要素”做出如下区别:一般的主观构成要件要素靠客观构成要件中的“客观事实”即客观构成要件所要求的“客观事实”本身(相当于传统“四要件犯罪构成”中的犯罪客观方面)即可证明,而“目的”等特殊的主观构成要件要素即“主观的超过要素”要靠客观构成要件中的“客观事实”形成之后才形成的事实,可称之为“随附事实”,方可得到证明。如果这样解读,则会形成这样的局面:犯罪构成要件(要素)不是在犯罪构成或犯罪成立体系内部得到证明,或曰不是在犯罪构成或犯罪成立体系内部相互得到证明,而是要用犯罪构成或犯罪成立体系之外的某种事实予以证明。这样一来,犯罪构成或犯罪成立体系的完整性及其内在统一性就被撕裂或肢解,从而犯罪成立即

[19] 见前注[3],董玉庭文,第67页。

[20] 见前注[1],张伟文,第74页。

[21] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第136页。

定罪中的主客观相统一也就被撕裂或肢解。学者指出：“统一的主客观要件之本质并非要件的简单齐备，是齐备的要件之间相互联系、相互制约。”^[22]没有了客观事实的对应，如何“相互联系、相互制约”？“主观的超过要素”对主客观相统一原则的背离是显而易见的。这样一来，不仅作为犯罪构成要件之一的犯罪主观要件包括犯罪“目的”等“主观的超过要素”实际上无从得到证明，而且对犯罪主观要件包括犯罪“目的”等“主观的超过要素”的认定就变成了一种“莫须有”，而且也从根本上侵蚀着犯罪构成要件的定型性，从而也在实质上背离了罪刑法定原则的明确性要求。正如响应者指出，“主观的超过要素”的具体范围是不确定的，而这种不确定主要源于“主观的超过要素”之“超过性”如何。而另一方面，“主观的超过要素”是没有客观要素与之对应的主观要素，即其是一种超过行为要件的主观要素，但有多少种超过行为要件的主观要素是刑法学者难以确定的，并且从德、日刑法理论发展趋势来看，“主观的超过要素”的范围是在逐渐扩大的。^[23]学者在探讨受贿罪“为他人谋取利益”的内涵时指出：“无论是‘主观说’还是‘客观说’，都是在现有构成要件基础上所做出的不同解释方式，都是在承认该构成要件基础上的司法认定。”而如果“超越了该构成要件之外的理解方式，不是对要件的解释，而是实实在在已经消解了该构成要件”。因此，“在‘为他人谋取利益’仍然存在受贿罪构成要件的前提下，我们对其进行的学术探究是对罪刑法定原则的自觉遵守，是厘清受贿罪成立要件的关键所在”。^[24]此言对我们把握“主观的超过要素”问题应有启发：“超过”只能指向发生或形成的“先后”问题，绝不可能是失去“对立统一”中的某种对应，而如果失去了某种对应，则所谓“超过”者本身也将不复存在。那么，就犯罪成立或犯罪构成而言，失去对应甚或完全“空洞”的“超过要素”将难以在“构成要件”之中而自称“构成要件要素”，而以这样的“超过要件”作为构成要件要素，并且还是特殊的构成要件要素，意味着挖犯罪构成或犯罪成立体系的“墙角”，其对犯罪构成或犯罪成立体系的理论偏离是不言而喻的。

“主观的超过要素”再向前迈步，就难免会暴露其意想不到的自相矛盾。学者指出，“主观的超过要素”概念本身将其范围作为认定概念的重要标准。与“主观的超过要素”相对的是客观要素，但并非所有的没有客观要素与之对应的主观要素都可以称为“主观的超过要素”。从“主观的超过要素”的作用角度来看，其具有类型化的作用，故不是类型化的主观要素就不能成为“主观的超过要素”。从行为无价值论的立场出发，“主观的超过要素”的范围必然较广，而只有从结果无价值的客观违法性出发，“主观的超过要素”才是一种例外的、没有客观要素与其对应的、类型化的要素。因此，“主观的超过要素”应是一个结果无价值视野下的概念，其具体范围应从结果无价值角度出发加以判断。^[25]当把“主观的超过要素”归结为结果无价值视野下的一个概念，则“客观的超过要素”在结果无价值视野下又作何诠释或解读？本来“行为无价值”就是与“结果无价值”相对的，本来“主观的超过要素”就是行为无价值论即主观主义立场的特有命题，那么用结果无价值的视野来限定“主观的超过要素”的范围是否陷入了一种自相矛盾？作为结果的东西即客观事实最终是由主观活动所造成或导致的，那么当没有客观事实作为对应，则“主观的超过要素”怎么能够投身到结果无价值的视野之下？实际上，将“主观的超过要素”拉进结果无价值的视野，或许是流露了一种无言的隐忧：没有客观事实予以对应的“主观的超过要素”，其类型化的“性能”何以能够形成？“主观的超过要素”的“类型化”性能的难题，是其对犯罪构成或犯罪成立体系的理论偏离的又一具

[22] 见前注[3]，董玉庭文，第62页。

[23] 见前注[1]，张伟文，第74页。

[24] 陈伟：《受贿罪中“为他人谋取利益”的内涵界定》，载《理论学刊》2012年第9期，第95~96页。

[25] 见前注[1]，张伟文，第75~76页。

体体现或说明。

(四)“主观的超过要素”的实践困窘

“主观的超过要素”在实践中的人权危险,是需要特别予以正视的。实践中的人权危险是“主观的超过要素”对犯罪构成或犯罪成立体系的理论偏离的当然后果。“主观的超过要素”不要求客观事实的对应,但我们说客观是反映主观的,或主观是靠客观来反映的,那么,没有客观事实对应的“主观的超过要素”如何进行司法认定?而“莫须有”的认定是否又有“主观归罪”,从而侵夺人权之险?或许被质问者会提出“主观的超过要素”的认定所依据的是构成要件之外即犯罪构成之外的某种事实,而这样一来,犯罪构成或犯罪成立体系还能是定罪的一种规格或标准吗?构成要件还能起到“定型化”的作用吗?须知,犯罪构成或犯罪成立体系及其中的“构成要件”,是人权的一块盾牌。

学者指出,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,而“主观超过因素”确实在某种意义上影响了行为人的身危险性,自然应在犯罪构成条件中给予充分的重视。^[26]而“主观的超过要素”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,而过多考虑“主观的超过要素”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“主观的超过要素”的情况下,随意在解释学中增加“主观的超过要素”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。^[27]在笔者看来,如果试图通过“主观的超过要素”来抬高人身危险性在定罪中的地位,那是极其“危险”的,因为“主观的超过要素”不要求客观事实的对应,便意味着人身危险性的认定就成了一种“捕风捉影”。实际上,“主观的超过要素”不仅在实践中存在着人权危险,而且“主观的超过要素”本身的认定就是一个非常棘手的司法难题。学者指出,“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“主观的超过要素”存在与否的认定具有随意性,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。^[28]为了克服“主观的超过要素”司法认定的困境,值得特别注意的原则包括弱化口供原则、强化推定原则和强化证伪原则。^[29]由于“主观的超过要素”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“主观的超过要素”并不是不能把握的。^[30]在笔者看来,任何事情都有可能,包括洞察“深藏”在行为人内心深处的“主观的超过要素”,但有时效要求的刑法司法能像科学研究那样慢慢悠悠,甚至时作时休吗?既难以认定,而勉强认定又有侵夺人权之险,这便使得“主观的超过要素”陷入了司法实践的困窘。(未完待续)

(责任编辑:林喜芬)

[26] 见前注[3],董玉庭文,第68页。

[27] 见前注[3],董玉庭文,第68页。

[28] 见前注[3],董玉庭文,第77页。

[29] 见前注[3],董玉庭文,第77~79页。

[30] 见前注[3],董玉庭文,第79页。