

“主观的超过要素”： 一个不适合的域外刑法学命题(下)

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（以上上期已刊载）
- 三、对“主观的超过要素”所指向问题的回应
 - （一）对目的犯的“目的”问题的回应
 - （二）对倾向犯的“内心倾向”问题的回应
 - （三）对表现犯的“内心过程”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

三、对“主观的超过要素”所指向问题的回应

在肯定“主观的超过要素”的人看来，目的犯的“目的”、倾向犯的“内心倾向”和表现犯的“内心

* 扬州大学法学院教授、法学博士。

过程”，都是“主观的超过要素”。将目的犯的“目的”作为“主观的超过要素”已经使得问题变得很复杂，而将倾向犯的“内心倾向”和表现犯的“内心过程”也扩充到“主观的超过要素”中来，则问题就更加复杂了，因为“内心倾向”和“内心过程”本来就极具抽象性而无从把握。

(一) 对目的犯的“目的”问题的回应

在肯定“超过的主观要素”的人看来，目的犯的“目的”是一种典型的“主观的超过要素”。在这些人的看来，所谓目的犯，就是指作为故意犯罪的主观成立要件，除“故意”之外，还要求必须具有一定“目的”的犯罪。在目的犯中，除了要求对基本客观构成要件须具备“故意”之外，还需要具备特定的内在意向。当前，学界对这一“主观的超过要素”的争议是围绕实现本罪“目的”是否还需要依赖于实行行为之外的其他行为展开的。一般认为，目的犯存在两种形式：一种是断绝了的结果犯，一种是缩短的二行为犯。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，由行为人自己来实现而不需要新的其他行为；^[31]而缩短的二行为犯，是指行为人必须在实现构成要件之后还要以自己的行为促成超过客观构成要件的结果的发生。^[32]在断绝了的结果犯情况下，构成要件行为由追求超越客观构成要件的外在结果来予以补充，该外在结果在行为发生之后就可以自动形成，故结果的形成在客观上就能表明“目的”的实现。而缩短的二行为犯则不同，行为人在完成实行行为、发生法定结果之后，行为人的目的不能因为本罪的完成而实现，还需要依赖于行为人或者第三人实施超出该罪构成要件行为的其他行为。因此，学者又将这两类目的犯称为直接目的犯与间接目的犯，或分离的结果犯罪与短缩的两个行为之犯罪。^[33]显然，肯定“超过的主观要素”的人“有意”在犯罪的“故意”之外设定目的犯的“目的”。其实，拿“断绝了的结果犯”和“缩短的二行为犯”来说事，已经走向了另一个话题即目的犯的“目的”如何“实现”甚至如何“证明”的问题。这与目的犯的“目的”是否在犯罪的“故意”之外，或应否在犯罪的“故意”之外，已经毫不相干。其实，在断绝的结果犯的场合，当构成要件的行为由结果来补充，当结果在行为发生之后就可以自动形成以表明“目的”之实现，则已经说明在此场合下，被称为“主观的超过要素”的“目的”并非没有客观事实的对应。因此，当学界对“主观的超过要素”的争议是围绕着实现目的犯的“目的”是否还需要依赖于实行行为之外的其他行为，只能说明学界还在抓住一个根本性的问题不放：“主观的超过要素”到底应不应该有客观事实与之对应？

走私淫秽物品罪和受贿罪已经是肯定“主观的超过要素”的人信手拈来的罪例，故在此有必要予以特别的回应。就现行《刑法》第152条规定的走私淫秽物品罪而言，如何把握“以牟利或者传播为目的”与走私的“故意”之间的关系呢？在笔者看来，作为一种“故意”行为，走私有着多种多样的“目的”，包括“自我欣赏”的目的，也包括牟利或者传播的目的。于是，“以牟利或者传播为目的”是走私的“故意”的一种形态，即在走私的“故意”之内，亦即没有“超过”走私的“故意”。由于“以牟利或者传播为目的”的“故意”的走私淫秽物品行为具有值得刑罚处罚的可罚性，故刑法立法便对其予以罪刑规制。这里用得着“超过的主观要素”而将简单问题复杂化吗？再回到受贿罪的所谓“一元故意，双重超过的主观要素的主观要素结构”问题上来。现行《刑法》第385条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”其实，将“为他人谋取利益”和“非法占有目的”说成是受贿“故意”的“双重超过的主观要素”即“双重主观的超过要素”，明显是对受贿罪立法的误读，而此误读同时严重背离了罪刑法定原则。

[31] 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。

[32] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论），徐久生译，中国法制出版社2001年版，第384页。

[33] 见前注[1]，张伟文，第74页。

首先，“非法收受他人财物”是与“索取”相并列的受贿罪行为类型，而即使采用“非法占有目的”这一说法，那么“非法占有目的”也是“非法收受他人财物”和“索取他人财物”所能直接说明的，即“非法占有目的”并未“游离”于“非法收受他人财物”或“索取他人财物”这一行为事实本身。至于“为他人谋取利益”，是指已经谋取或正在谋取或允诺谋取这三种情形之一，而这三种情形之一都不是主观要素，而是有行为的外在表现的客观要素。^[34]幸亏第385条中没有采用“为他人谋取不正当利益”，因为如果采用了这一表述，或许将有两次“超过”或连环“超过”一说，即“为他人谋取利益”是对受贿罪的“故意”的“超过”，而“为他人谋取不正当利益”又是对“为他人谋取利益”的“超过”。

我们所一致认定的目的犯，是刑法条文或罪状表述中出现“目的”的故意犯罪，故目的犯的“目的”具有“法定性”当无争议。^[35]有学者指出：“直接故意本身有一定的目的，这一目的是在构成要件之内的，法律不加规定并不影响这种目的的存在。但目的犯的目的却并非如此，它是由法律专门规定的。”^[36]目的犯的“目的”由法律专门规定，并不意味着“目的”不在犯罪构成要件之内，反而更是在犯罪构成要件之内。那么，目的犯的“目的”可以看成是对目的犯的“故意”内容的一种“法定”，同时也是限定，而这不仅不是对目的犯的“故意”的一种“脱逸”或“游离”，反而是一种“锁定”。目的犯的“目的”何来对目的犯的“故意”的所谓“超过”？在个案中，目的犯的“目的”借助案情包括被告人的供述可直接予以认定，哪有必要用“断绝了的结果犯”和“缩短的二行为犯”把问题搞得“扑朔迷离”或“云遮雾罩”？实际上，当肯定“主观的超过要素”的人指出，作为目的犯的一种，断绝了的结果犯，其犯罪“目的”存在于犯罪行为人的行为本身，特别是在其“实现”上不需要新的“其他行为”，而结果的形成就已经外在地表明“目的”的实现，则其已经走向了“主观的超过要素”实际上存在着客观对应，而其客观对应首先是行为本身，然后是后生结果。因此，在目的犯的个案实践中，“目的”根据个案事实即可认定。而在个案事实可资认定目的犯的“目的”的背后所隐藏的，是这么一个“真相”：目的犯的“目的”并未“超过”目的犯的“故意”，且目的犯的“目的”有着实实在在的客观对应。

学者指出：“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。”^[37]而“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”。^[38]故意犯罪的“目的”包括两种情形：一是目的犯的“目的”，这是一种“法定目的”；二是目的犯以外的故意犯罪的“目的”，即“超法定的目的”或“超规范的目的”。在笔者看来，在对财产犯罪的主观方面的描述中之所以没有明示犯罪“故意”与犯罪“目的”的关系，正是因为财产犯罪的犯罪“目的”是一种“超法定的目的”或“超规范的目的”，而财产犯罪的“超法定的目的”或“超规范的目的”是一种符合“常识”的犯罪“目的”，是一种靠“当然解释”来把握的犯罪“目的”，故无需予以明示。因此，这类犯罪的犯罪故意与犯罪“目的”的关系业已清楚，而将之“弄清楚”也不至于得出“目的”在“故意”之外即“目的”超过“故意”的结论。

[34] 对于“为他人谋取利益”，有人不仅不承认其为“主观的超过要素”，反而认为是“客观的超过要素”（见黎邦勇：《论“为他人谋取利益”的“客观的超过要素”地位》，载《太原理工大学学报》2010年第4期，第22~24页。）。

[35] 将刑法条文或罪状表述中出现“目的”字样的故意犯罪称为目的犯是以往刑法理论的一种“约定俗成”，强调其“法定性”并不排斥没有被称为目的犯的故意犯罪中的“目的”存在，但两者的区别是：目的犯中的“目的”直接决定着目的犯本身是否成立，而没有被称为目的犯的故意犯罪中的“目的”则是直接决定着犯罪的既遂与否，即两者的存在意义是不同的。

[36] 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第380页。

[37] 见前注[3]，董玉庭文，第64页。

[38] 见前注[3]，董玉庭文，第64页。

学者又指出,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。这就说明“主观的超过要素”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“主观的超过要素”态度坚决,而且经常在解释学领域扩大“主观的超过要素”的范围,把刑法未规定的“主观的超过因素”解释成犯罪构成的要素。^[39]在笔者看来,之所以“刑法未规定”,就是因为本来就“含有”而“无需”规定,而所谓“解释”,对犯罪构成或犯罪成立体系而言,不是“从外往里”解释,而是“从里往外”解释。

犯罪“动机”比犯罪“目的”更能说明主观违法性,更能反映行为人的的人身危险性,若肯定“主观的超过要素”,则是否还要将“动机犯”纳为一员?

(二)对倾向犯的“内心倾向”问题的回应

在肯定“超过的主观要素”的人看来,倾向犯的“内心倾向”也是一种“主观的超过要素”,此如学者指出,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“主观的超过要素”而独立于“故意”之外。^[40]

倾向犯,是指行为表现出行为人的“内心倾向”的犯罪,只有具有这种“内心倾向”时才能认为行为符合犯罪构成要件。^[41]倾向犯与目的犯有很大的不同,故学界对倾向犯能否成立“主观的超过要素”存在很大的争议:主观主义者认为,主观倾向对行为人行为的性质起决定性作用,可以用来判断违法性的存在;客观主义者认为,只要客观上行为人的行为导致了结果的发生就可以认定犯罪,主观倾向对于定罪没有实质的影响。^[42]如对于强制猥亵罪,客观主义者就认为该罪不是处罚行为人违反抑制性欲义务的犯罪,而是以被害人的性自由为保护法益的犯罪。那么,只要行为人具有侵害他人性自由的一定行为,并且行为人本人也具有该种认识,则无论行为人的“内心倾向”如何都应当成罪。此外,“内心倾向”不同于“明确的意图”,将其导入到讲求明确的法律中明显不妥。^[43]就现行刑法规定的强制猥亵妇女罪而言,学者指出,要求本罪主观上具有寻求刺激或满足性欲的“内心倾向”,或许意在区分猥亵行为与非罪行为的界限和猥亵罪与侮辱罪的界限,但从事实上就完全可以区分猥亵罪与侮辱罪的界限,从而区分猥亵行为与非罪行为的界限。将寻求刺激或满足性欲的“内心倾向”作为强制猥亵妇女罪的主观成立条件,无疑将不当缩小或不当扩大处罚范围,还会导致与侮辱罪的不平衡,而且还有违反罪刑相适应原则之嫌。^[44]前述认识已经足以说明将“内心倾向”作为“主观的超过要素”的弊端所在。而在笔者看来,在犯罪成立的主观要件中,对所谓“倾向犯”的“内心倾向”的强调是不必要,也是不可能的。如果说强制猥亵妇女罪有着所谓寻求刺激或满足性欲的“内心倾向”,则强奸罪不是更有这种“内心倾向”?侮辱罪和诽谤罪是否有着别样的“内心倾向”?而即便确实存在着相应的“内心倾向”,则个案事实即类型化了的个案行为本身难道说明不了吗?在强制猥亵妇女罪的个案诉讼中,“内心倾向”形成了一种证明活动了吗?“内心倾向”参与了犯罪构成或犯罪成立体系的实际运行了吗?

学者指出,“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

[39] 见前注[3],董玉庭文,第68页。

[40] 见前注[3],董玉庭文,第75页。

[41] 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第84页。

[42] 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第398页。

[43] 见前注[1],张伟文,第75页。

[44] 见前注[4],张明楷书,第786页。

得性刺激为“主观倾向”时,该触摸才是违法的,如果行为人是以前医疗或看病为“主观倾向”时,对妇女肉体的触摸自然谈不上违法。^[45]又如,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有捏摸妇女乳房,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。^[46]其实,当行为人是实施医疗行为,我们可直接通过“正当化事由”即“正当业务行为”来排除行为的违法性,何需一个抽象的“主观倾向”即“内心倾向”?当排除了“正当化事由”,一个具有刑事责任能力之人故意触摸妇女肉体或捏摸妇女乳房,还用怀疑性刺激的“主观倾向”即“内心倾向”吗?将“内心倾向”作为相应犯罪成立的主观要件要素就犯罪成立即定罪而言,有无必要,又何以可能?学者已经承认,在目前的刑事立法例上很少有刑法典明文规定此“主观倾向”即“内心倾向”,而倾向犯基本上都是刑法解释学的态度。^[47]那么,这是否印证着“主观倾向”即“内心倾向”作为“主观的超过要素”在实践和理论两个层面的“困境”?

(三) 对表现犯的“内心过程”问题的回应

何谓表现犯?“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。”^[48]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。^[49]于是,在肯定“超过的主观要素”的人看来,表现犯的“内心过程”也是一种“主观的超过要素”。

表现犯是指行为表现出行为人内心的、精神的经过或状态的犯罪。如果不将外部事情与行为的精神经过或状态进行比较,就不能正确判断其违法性与构成要件符合性。^[50]此中的争论是围绕心理经过是否应与外在事实相印证而展开的。以伪证罪为例,伪证罪的成立需要行为人有“虚假的陈述”,而如何认定存在“虚假的陈述”有两种观点:其一,客观说,即行为人的陈述与客观事实不符就是“虚假的陈述”;其二,主观说,即只有将证人的外部陈述和内心记忆相比较之后才能确定其是否为“虚假的陈述”。那么,对于证人做了违反自己记忆的陈述,但是所陈述的内容恰好和客观真实的内容一致这么一个事件,主观说肯定有罪,因为当证人违反记忆做陈述就已经有了使法院错误裁判的恶意与危险,而客观说当然否认有罪。肯定“主观的超过要素”的人认为,主观说具有一定的合理性。任何一个国家的法庭都只能要求证人将其所看、所听到的情况真实地陈述出来,至于所看、所听到的情况是否为真实的客观事实,证人是无法决定的。“虚假的陈述”只是指证人做出了与其记忆不相符的陈述;如果该陈述与客观事实相符合,则依据行为无价值理论对其进行处罚明显不妥。因此,成立伪证罪,仅仅具有“虚假的陈述”还不够,该陈述还必须违反客观事实。^[51]显然,所谓伪证罪的“心理过程”问题所形成的是是否伪证的判别问题,同样与“主观的超过要素”问题毫不相干。笔者在这里要进一步指出的是,当行为人做出与自己的记忆相反的陈述,即违背自己的记忆而做陈述,则行为人已有伪证的“故意”了。而当做出的陈述还要求必须违反客观事实时,便意味着成立伪证罪对伪证的“故意”又多了一层限制。可是,“违反客观事实”是有意虚伪陈述之后才能确定的一种事实状态,则论者难道不是无意之中跌进“客观的超过要素”之中了

[45] 见前注[3],董玉庭文,第73~74页。

[46] 见前注[3],董玉庭文,第74页。

[47] 见前注[3],董玉庭文,第74页。

[48] 见前注[14],大冢仁书,第130页。

[49] 见前注[3],董玉庭文,第75页。

[50] 见前注[41],张明楷书,第84页。

[51] 见前注[1],张伟文,第75页。

吗?实际上,伪证罪的“心理过程”与伪证罪的“故意”是同一个问题指向,根本就不发生“超过”与“被超过”的问题,正如学者指出,伪证罪的成立要求有陷害他人或者隐匿罪证的意图,但只要行为人明知自己做了虚假陈述,就可以认定其具有前述意图。^[52]这就正如倾向犯的“内心倾向”靠个案事实即行为本身可得到直接说明,表现犯的“内心过程”靠个案事实即行为本身也可得到直接说明,否则就不叫“表现犯”了。同样,在认定诸如伪证罪之类的表现犯时,“内心过程”这种虚无缥缈的主观要件要素即“主观的超过要素”对犯罪构成或犯罪成立体系的实际运行参与是不必要,也是不可能的。

显然,无论是目的犯的“目的”,倾向犯的“内心倾向”,还是表现犯的“心理过程”,都可以看成是主观主义立场所发出的声音。而当把它们说成是“主观的超过要素”时,是把它们各自对应的故意犯罪的“故意”作为所谓“超过”的对象。但实质上,“目的”“内心倾向”和“内心过程”不仅不是对“故意”的超过,反而是“故意”的具体。那么,“主观的超过要素”不必“超过”犯罪的“故意”,也不能“超过”犯罪的“故意”。而即使对目的犯的“目的”等所谓“主观的超过要素”有深入研究的必要,那也要将“故意”作为问题的“上位”,从而使得“故意”理论得到不断深化,正如英美刑法理论中的“特别故意”概念的形成。这里需要做出一点强调的是,目的犯的“目的”、倾向犯的“内心倾向”和表现犯的“内心过程”虽为大陆法系刑法理论的主观主义立场所着力强调,只能说明主观主义立场对犯罪成立的主观要件的格外重视及对主观要件认识的不断深化,以体现主观主义立场的理论侧重,但主观主义立场不至于或不应该将“目的”“内心倾向”和“内心过程”这些特殊的主观要件要素即“主观的超过要素”在犯罪成立体系中的“根须”予以斩断或铲除,而此处的“根须”即“故意”。在此,笔者要特别指出的一点是,“主观的超过要素”或许典型地说明着刑法学中主观主义立场在“侧重”之中的一种“偏狭”,而此“偏狭”集中体现在“主客观相统一”问题上。尽管学者指出:“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。”^[53]但是,主观主义立场往往违背着“主客观相统一”,因为无论是期待可能性的判断标准问题,还是过失犯罪中的结果预见可能性的判断标准问题,等等,往往是“主观说”先提出,也就先被否定,取而代之的是其他学说,而即便是在具体问题上以“主观说”为“标准”而以客观说为“参考”,也有别于纯粹的主观主义立场。^[54]

余 论

无论是“客观的超过要素”,还是“主观的超过要素”,既然“超过”,就存在一个什么“超过”什么问题,即存在一个“超过”与“被超过”的相互对照或互为“参照系”的问题。在张明楷教授所提出的“客观的超过要素”的场合,诸如丢失枪支不报罪的事例,对于“发生严重后果”,我们是以丢失行为本身为一个“时点”而针对行为人当时没有“明知”的认识这种心理状态才使用“超过”一词。也就是说,“客观的超过要素”强调的是在后的客观要素对在前的主观心理的“超过”,其真正所指即客观要素在时间上是发生或形成在行为本身之后,并且是行为当时的行为人所未“明知”的(但行为人存在着预见可能性)。那也就是说,“客观的超过要素”可以扩充为“超过主观的客观要素”。如果这样理解问题,则“主观的超过要素”是否强调的是主观心理对客观要素的“超过”?而如果与“客观的超过要素”做对应的理解,则主观心理对客观要素的“超过”是否意指客观要素发生“在

[52] 见前注[4],张明楷书,第952页。

[53] 见前注[3],董玉庭文,第68页。

[54] 见前注[4],张明楷书,第265~266页。

前”，而相应的心理活动包括“目的”“内心倾向”和“内心过程”这些“主观的超过要素”发生“在后”？即是否可将“主观的超过要素”扩充为“超过客观的主观要素”？而如果这样来理解问题，则发生“在后”的相应的心理活动本身却要成为一种定罪要素，那么当这种主观要素没有客观要素予以对应，则到底是限缩处罚范围，还是扩大处罚范围？是否走向“主观归罪”和背反罪过与行为同在的责任主义原则？例如甲强奸乙，乙的母亲受刺激心脏病复发身亡。难道是把甲对乙的母亲身亡的心理态度作为所谓“主观的超过要素”，从而将乙的行为定性为强奸罪的结果加重犯？当然，如果甲的强奸行为导致乙羞愧自杀，则可以将甲的行为以第236条第3款第5项定性为强奸罪的结果加重犯，但这里适用的则是“客观的超过要素”而非所谓“主观的超过要素”。可见，如果要与“客观的超过要素”做一种对应性理解的话，则“主观的超过要素”便是一个“危险的概念”，因为“客观的超过要素”与“主观的超过要素”是一对具有对立关系的概念，故当我们肯定“客观的超过要素”具有限缩处罚范围的作用的时候，则“主观的超过要素”便无疑具有扩大处罚范围的作用。那么，笔者在此要做进一步强调的是，用来影响处罚范围的“超过性要素”只能是“客观的超过性要素”而不能是“主观的超过性要素”，因为“客观的要素”具有明确性和具体性，故其符合罪刑法定原则的精神要求，而“主观的要素”则常常具有模糊性和抽象性，更何况是具有“超过性”的“主观的要素”。而如果不做与“客观的超过要素”对应性的理解，则“主观的超过要素”将是一个没有丝毫“创意的概念”，因为仅就目的犯而言，此时的“主观的超过要素”实际指向的是目的犯的“法定目的”之外的其他目的和动机包括高尚的动机，而此时，相应的目的犯本身“当然”不能成立。^[55]

几乎可以肯定，“主观的超过要素”多少有点儿是对“客观的超过要素”的一种“跟风”或模仿，但此命题却没有与“客观的超过要素”相对称或相“辉映”的趣旨。本文将“主观的超过要素”定论为“一个不适合的域外刑法学命题”，其“不适合”之处有二：一是与犯罪构成或犯罪成立体系的理论不适合，二是与刑法司法实践需要不适合。其实，这里的“不适合”已经注意“委婉”了，而如果说得过激一点，则“主观的超过要素”似乎是“超过”得没有着落了，因为随着被不断“响应”，“主观的超过要素”已经从对“故意”的“超过”发展到对“行为要件”的“超过”，直至对犯罪构成或犯罪成立体系的“整体”的“超过”。于是，笔者以如下三点作为本文的收尾：其一，刑法理论创新中不要因为问题的“新”就“轻易”怀疑乃至“修正”传统命题，特别是像主客观相统一原则这样的“公理性”命题，更不要“轻易”背离或“反叛”。在刑法理论的“新”问题面前，往往不是传统命题本身有问题，而是我们的理解和运用有问题。传统命题的“老歌新唱”也是一种学术创新，并较“轻易”背离更能显示出一种“学术稳健”；其二，“洋为中用”是我们对待国外刑法理论，特别是大陆法系刑法理论的理

[55] 有人在讨论对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪时对“主观的超过要素”做出了“响应”，如其指出，具体到本罪而言，犯罪“目的”的限定处罚范围的作用更为明显，因为在本罪犯罪“目的”中，还包含一个需要进行客观判断的要素，即“不正当商业利益”。由于只有认识到什么是“不正当商业利益”，才能明确什么是“谋取不正当商业利益的目的”，故对于“不正当商业利益”范围的限定，也是对本罪主观“目的”的限定，同时也是对本罪处罚范围的限定。例如，就为取得某项政府工程的承包权而向外国官员给予财物的行为而言，由于意图谋取的不正当利益产生于与国际商务有关的商业活动中，该行为就具备本罪的主观要素。而就某公司出于爱国之心，意图通过贿赂外国某外交官员的手段来改变该国对华政策的行为而言，由于其行贿行为与商业无关，所意图谋取的利益也不是商业利益，因此该行为就不具备本罪的主观目的要素（见王志祥主编：《〈刑法修正案〉（八）解读与评析》，中国人民公安大学出版社2011年版，第326页）。在笔者看来，我们正常理解的“要素”是犯罪构成要件的“要素”，是出现在条文罪状中的“要素”。就对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪而言，“谋取不正当商业利益的目的”是该罪得以成立即“法定”的“主观目的要素”，故其不存在所谓“超过”一说。当我们强调行为人所具有的是“谋取不正当商业利益的目的”之外的“其他目的”而令其行为不成立该罪时，这正是对“谋取不正当商业利益的目的”这一“本有要素”的肯定。可见，对于“主观的超过要素”，就目的犯而言，如果被理解为“法定目的”之外的“其他目的”，则“主观的超过要素”的“本意”就被曲解了。

性择向,但如果“生吞活剥”或“囫囵吞枣”可能将适得其反;其三,理论创新最终是将复杂问题简单化而非相反。

最后,所谓“主观的超过要素”到底指的是什么呢?在提出“客观的超过要素”之后,张明楷教授也赞成所谓“主观的超过要素”。如其所言:“在某些犯罪中,主观要素仅存在于行为人的内心即可,不要求有与之相对应的客观事实。例如,目的犯中的目的,不要求存在与之相对应的客观事实,只要存在于行为人的内心即可(存在个别例外情形)。如只要行为人以牟利或者传播为目的走私淫秽物品即可构成走私淫秽物品罪,而不要求有牟利或传播的客观事实。再如,只要司法工作人员出于徇私动机追诉明知是无罪的人,即可构成徇私枉法罪,而不是要求有徇私的客观事实。这种目的与动机,是某些犯罪的责任要件要素,却是主观的超过要素。”^[56]而张明楷教授在探讨“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。”^[57]由于倾向犯和表现犯在张明楷教授那里也是没有得到认可的,故在所谓“主观的超过要素”理论中,“不要求有与某种主观内容(包括目的和动机)相对应的客观事实”,真正强调或指向的是某种主观内容(包括目的和动机)不要求进入“被最终实现”的状态,而已经实施的行为却作为“心灵的窗口”而与之形成客观对应,亦即所谓“主观的超过要素”实际指的是没有“被最终实现”的主观要素,而非完全没有客观行为事实与之对应的主观要素。

对于“主观的超过要素”,最后需要强调如下三点:一是关于“主观的超过要素”之“不适合论域”问题。所谓“主观的超过要素”的“不适合”是相对于“主客观相统一原则”而言的。那也就是说,如果国外刑法学理论也有坚持“主客观相统一原则”的,则其同样显得“不适合”;易言之,本文所讨论的“主观的超过要素”之“不适合”最终并不存在“国界”或“国别”问题,也无涉犯罪论体系之别;二是关于有人会提出“主客观相统一原则”的所谓“例外”而质疑本文的论证问题。在刑事领域,“主观归罪”和“客观归罪”早已因其危害而被历史所否定,并催生且强化了“主客观相统一原则”。如果有人提出在刑事领域“可能”会存在着主观心理与客观事实的“不对应”,甚至“完全”存在着“参差不齐”的“不对称”状态而试图将“主客观相统一原则”予以“例外化”,则其是对“主客观相统一原则”的曲解或误读。在刑事领域,单纯的主观心理和单纯的客观事实都不会与“主客观相统一原则”沾边,而“主客观相统一原则”下的主观心理与客观事实可以“不对称”即可以或通常是“先主观后客观”,因为行为事实在主客观心理发动和支配下方可形成,但该原则之下的主观心理与客观事实必然或“必须”是“相对应”的。那也就是说,质疑者在审视“主客观相统一原则”时必须区分主观心理与客观事实之间是“对称”还是“对应”关系,而“主客观相统一原则”所要求的是“对应关系”而非“对称关系”,因为“不对称”才是事件的真相。否则,将导致对“主客观相统一原则”的盲目否定;三是关于有人会提出倾向犯的“内心倾向”和目的犯的“目的”无法被“故意”所涵盖的问题。正如我们所知,或曰作为最基本的刑法理论“常识”,犯罪目的不仅是犯罪故意而且是犯罪直接故意的“最直接说明”。可想而知,如果人为地缩小“故意”的内含空间,则有“目的”等主观因素不超出“故意”之理?总之,对“主客观相统一原则”,我们应予以理性的“尊重”而非动辄予以“解构”,因为对社会科学的传统命题包括原则的“老歌新唱”往往较“标新立异”更显务实和稳当。

(责任编辑:林喜芬)

[56] 见前注[4],张明楷书,第273~274页。

[57] 见前注[9],张明楷文,第27页。