

西南政法大学

诉讼法博士精品文库

孙长永 主编

犯罪主观要件证明问题研究

王彪 著

博學篤行
厚德重法



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

犯罪主观要件证明问题研究

王彪 著



图书在版编目(CIP)数据

犯罪主观要件证明问题研究 / 王彪著. —北京:
法律出版社, 2016. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9402 - 1

I. ①犯… II. ①王… III. ①犯罪学—研究 IV.
①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 079742 号

犯罪主观要件证明问题研究

王 彪 著

责任编辑 高 山 汤子君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 24.75 字数 352 千

印次 2016 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9402-1

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

诉讼法学研究之路

依稀记得中国古代的大诗人屈原说过：“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。”此句用于探寻中国法学研究之路的运动轨迹似乎是合适的。

中国是一个有五千多年历史的文明古国，她为人类文明做出了伟大的贡献。但由于中国是一个较为封闭的农耕社会，人与人的交往度极其有限，在有限的交往中凭借的是亲情、族情、人情而不是法则；虽然也曾有过如《唐律》之类的法，但它只是封建社会的点缀。源于此，中国几千年几乎没有法学研究。法学研究的起始与高等法学教育的兴起同步。1904年，中国历史上第一所以法律为教学内容的直隶法政学堂开办；1912年，朝阳大学开学；1927年东吴大学挂牌。自此以后，以法为对象的研究方咿呀学步。就是在咿呀学步的同时，耳边还不时响起枪炮的轰隆声。

1949年新中国成立，本应国泰民安、经济蓬勃、文化昌达、法制更新，但由于众所周知的原因，国人所期望的法学研究并未从咿呀学步的状态中迈步向前。称得上“法学之研究”的事当从20世纪90年代始。在改革开放的大背景下，国家逐步制定了一系列立法，法学教育得以恢复发展，法学研究也才出现令人高兴的情状。法学刊物由几种而至几十种，法律院系由十几所变为几百所，民法研究、刑法研究、诉讼法研究、国际法研究、行政法研究、经济法研究方兴未艾，法学文章、教材、读物、专著、译著摆满了书店的书架。以民事诉讼法学研究为例，经过同仁的劳作与宣传，司法的被动性、公开性、透明性、亲历性、多方参与性及终结性等特点，程序价值与诉讼特殊性相关的直接原则、言辞辩论原则、程序安定原则以及程序自由、诉讼民主、程序保障等时髦而崇高的观念正日益受到社会的认可与接受。一言以蔽之，我们的法学研究正在向前走步。当然，“与其他学科相比，中国当代的法学研究更缺少学术

的传统,缺少研究中国实际问题的传统。法学不仅无法与中国传统文史哲学学科的深厚相比;而且与社会学相比,也缺少像费孝通先生那一代很有成就的学者,没有《江村经济》、《乡土中国》那样的富有洞察力和有学术支撑的著作;与经济学相比,也缺乏经济学的实证研究传统和较为坚实的学术训练。中国当代的法学研究,尽管在一些法律实践问题上有了不小的进步,但在很大程度上仍然停留在对一些命题,甚至是政治命题本身的分析研究;仍然趋向把法学视为一种普适的知识;仍然对中国当代城市和农村、对中国人因为他们的生产和生活条件而形成的行为方式缺乏关注;仍然更多地试图并习惯于用18、19世纪西方学者的一些因然命题来规定生活。法学研究的方法也相当落后,从因然命题到因然命题,缺少对社会的其他学科的了解,缺乏对支撑法学研究的发展的理论和包容,缺乏对司法问题的综合性研究,而往往从部门法出发把活生生的案件简单归纳为民法案件或刑法案件。甚至连基本的学术纪律和规范都还没有形成”。^①

诉讼法学作为法学的一个部门,同样存在这样的问题。而且,诉讼法学的研究问题可能由于这一学术群体缺乏传统与学术积淀而更加突出:在新中国成立之后是生吞活剥地沿用苏联的学术理论,后来又是对苏联理论的“集体反叛”。^② 学术的研究是非常讲究积淀的,这样剧烈的“取”与“舍”导致诉讼法的发育先天不足,而后来的发展又是后天失调。

近些年来,诉讼法学者也开始对自身的研究进行了反思。

那么,什么样的诉讼法学研究才真正是我们需要的呢?

未来的诉讼法学的研究,应该是运用交叉学科的方法进行的研究。社会的发展,使得现代各个学科对各自的研究对象、研究规范、术语形态和学理体系之间严密界定和严格分工,使学术趋于专门化和职业化。这样的分工使得人类的知识在各个领域取得了许多具有突破性,且深刻、透彻、条理整然的成果。韦伯早在20世纪初就感叹:“学术已经达到一个空前专门化的阶段,而

^① 朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社。参见“什么是你的贡献”(自序)IV—V页。

^② “集体反叛”的提法参照强世功:《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》一文,载《中国社会科学》2005年第1期。强氏云:“当代中国法理学中关于‘法律是什么’的追问始于对教条化马克思主义法理学的‘胜利大逃亡’,其结果构成了对马克思主义法理学的集体反叛。”

且这种局面还会一直继续下去。”^①这样的专业化的分工使得“科学家非但不能兼容不同的科学,而且也无法占据某一科学的全部领域。他的研究只限于固定的某一领域,甚至是单独的一个问题”。^② 这样的学术分工和壁垒森严的学科界限造就了越来越专业化学术的同时,则有可能对人类知识的完整性进行人为的阉割! 因为分工越是专业,从事相应研究的学者就不得不集中更多的精力来训练他从事学术职业直接所需要的能力。这些能力愈是得到强化,其他的能力愈是受到损害,得到强化的这些能力就会愈加局限在一种固定的形式当中,而学者本人,就会逐渐成为这种形式的奴隶。这样,学科之间的人为阉割可能还会因为学科的封闭状态、学术的近亲繁殖、“法律人”这个想象的共同体^③的共同利益而得到强化,结果往往是造成各个学科门户的株守,新的思维方式与学术方法受到压抑。现在的诉讼法学的研究亦是过于流连于内部人自己编织的诉讼法学人工孤岛之上。我们迫切地需要补充新鲜的血液,不断地从这个孤岛上走出来,以便看到更多的风景。^④ 我们需要引入经济学的定量分析、社会学的实证调查、人类学的深度个案诠释,甚至是文献计量学的引证分析等方法,而不满足于现在的规则制定和概念法学。诉讼法

① [德] 马克斯·韦伯:《学术与政治》,冯克利译,三联书店 1998 年版,第 23 页。

② [法] 埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店 2000 年版,第 3 页。

③ 强世功博士在《中外法学》2001 年第 3 期上面发表的名篇——《法律共同体宣言》,该文如战斗檄文般的行文风格非常类似于耶林的《为权利而斗争》。《法律共同体宣言》中声称:“一个无形的法律共同体。共同的知识、共同的语言、共同的思维、共同的认同、共同的理想、共同的目标、共同的风格、共同的气质,使得我们这些受过法律教育的法律人构成了一个独立的共同体:一个职业共同体、一个知识共同体、一个信念共同体、一个精神共同体、一个相互认同的意义共同体”。另外,“想象的共同体”的提法参见[美] 本尼迪克特·安德森:《想象的共同体——民族主义的起源与散布》,吴睿人译,上海世纪出版集团 2005 年版。

④ 当然,从诉讼法学的人工孤岛上走出来的目的最终还是为了更好地走回去。王铭铭教授在评价著名人类学家马林诺夫斯基的学术时,用了“在这里”(being here)、“到那里”(being there)、“回到这里”(returning home)三个阶段来形容人类学者的典型人生经历。即是“西方人类学者大多首先在西方的学院式家园中习得一种人文价值观念,接着到了‘那里’(别的地方或非西方世界)的‘异文化’中去体验不同的人文价值可能性,最后回到‘这里’(西方)的学院式家园中对既有的人文价值提出反思性的见解”。参见[美] 马歇尔·萨林斯:《甜蜜的悲哀》,王铭铭译,三联书店 2000 年版,参见王铭铭题为《萨林斯及其西方认识论反思》的序言部分,第 5~6 页。按照笔者的理解,其实这样的论述对于任何一个真正的学者的成长都是成立的。学者的成长先是“在这里”(being here):接受该学科最为基本的学术的规训;然后是“到那里”(being there):跳出这个这个学科的局限,用在接受这个学科的规训时所获得的“获得知识的能力”去获取更为广阔和深邃的知识;最后是“回到这里”(returning home),对自己的所属学科进行反思,对该学科的进行深化研究或是开拓该学科新的领域。所以笔者才一再地说“走出来的目的是为了能够更好地走回去”。

学是一个独立的学科,但绝不是一个自给自足的学科,我们的研究就需要运用交叉学科的研究方法去打破现有的学科之间的隔阂,去拓展新的研究领域。布迪厄就说过:“哪里突破了学科的藩篱,哪里就会取得科学的进展。”^①所以随着以后诉讼法学研究的深入和越来越专门化,我们同时将会看到诉讼法学与其他学科之间的相互融合与借鉴,这将是两条并行不悖的主线。

未来的诉讼法学的研究,是钱穆先生所说的那种“对本国的历史怀有一种温情和敬意”^②的研究。我们现在的学术研究,存在对自己的历史的一种妄自菲薄的倾向,“尊西人若帝天,视西籍如神圣”。^③近代以来,中国与西方的两个主体,它们之间的文化比较的问题,往往被转换和扭曲为“传统与现代”的单线进化问题,中国为传统,西方为现代,对现代化的渴求使得中国之历史就当然而然地处于逻辑的劣势,处于被遗忘的角落。在诉讼法学的研究中我们应该关注中国历史,关注我们祖先的生产和生活条件形成的行为方式。只有对历史把握住了,才能具有陈寅恪先生所说的那种对古人的“了解之同情”,而不是一味地咒骂历史;我们才能更好地理解现在,也才能够如徐朝阳先生一样,写出《中国诉讼法溯源》这种原创性的经典作品来。

未来的诉讼法学研究,应该是关注中国的国情和实践的研究。吉尔兹说:“法律……乃是一种地方性知识。”^④我们诉讼法学的研究,面对的是中国的国情,是中国的现实,所以在某种程度上说也是“地方性”的,不是普遍性的。英美怎么样、法德又如何的西方经验只是针对解决它们的问题的知识,同样是“地方性的知识”,并不是普适的知识,并不能想当然地适用于中国。现在言必称西方的研究,过分地倚重于域外经验,自觉不自觉地把西学要解决的西方的问题当成了我们当下要解决的问题,这其中就缺乏对我们的现实和国情的把握和了解。我们的研究应该更多地关注中国的司法实践和中国问题。^⑤不能

① [法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学引论》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第197页。

② 杨义:《现代中国学术方法总综论》,载《中国社会科学》2005年第3期。

③ 余英时:《现代危机与思想人物》,三联书店2005年版,第39页。

④ [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识》,王海龙、张家瑄译,中央编译出版社2004年第2版,第273页。

⑤ 缺乏对实践问题的研究并不完全是学者的责任,还与中国现在的制度有关:法院的案例不公开,案例卷宗分为外卷和内卷,学者的研究无法获得足够的司法信息。

让诉讼法学的研究因为缺乏实证成为抽象的,是大词似的、空洞的,成为知识精英在书斋里的专有物品,使其堕落为脱离大众的、贵族式的、奢侈的、干瘪无味、概念游戏般的研究。

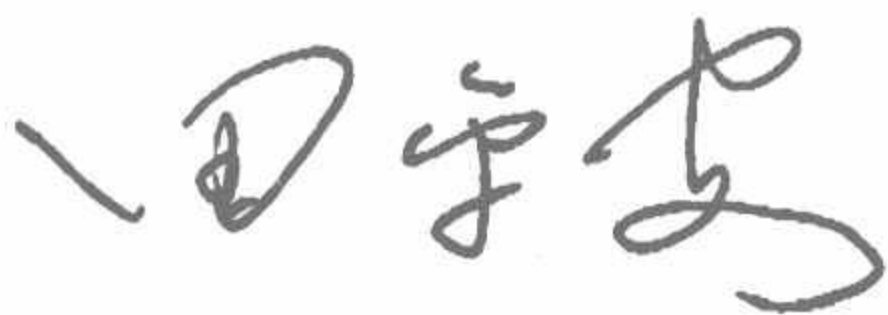
西南政法大学诉讼法学博士点正是基于对未来法学研究的企盼,对自己的博士生提出了严格的要求。要求博士生从入学之日起,“老老实实做人,踏踏实实为学”,以严格标准精心管理。学生在校三年期间,有繁重的读书任务、充实的课堂教学、健康多样的师生沟通渠道,还有走出学门的调查要求、培养方案中有导师组的集体训话、严格的开题环节、预答辩程序、淘汰筛选机制,最后还有非常正规的答辩程序。从90年代以来,诉讼法博士生的质量名列全国前茅。

为总结交流计,也为宣传传播计,更为争鸣批判计,经与同仁徐静村教授商议决定一起主持出版《西南政法大学诉讼法博士精品文库》,甄选学术质量较高的诉讼法学博士论文结集出版。在文库付梓之际,有两点声明:一是博士论文文责自负;二是刊印之论文是著者在答辩之后根据答辩委员会老师的意见又进行了深度加工和文字扩充的结果。

《西南政法大学诉讼法博士精品文库》不求立言以存于后世,只愿能为我西政大之学术振兴尽一己绵薄之力。诉讼法学研究之路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。愿我诉讼法学科层楼更上,愿西政大生生不息!

寥寥数语,权以为序。

西南政法大学教授、博士生导师



二〇〇六年七月十一日

于重庆歌乐山下安怡斋

序

犯罪主观要件的证明是一个公认的证明难题,在我国更难。这是因为,在英美法中,法律设定了大量的与犯罪主观要件(*mens rea*)相关的“积极抗辩”(affirmative defenses),被告人对积极抗辩的成立承担证明责任或者至少承担提供证据的责任,从而减轻了检察官的证明责任。例如,当年刺杀美国总统里根的被告人辛克利辩称,他在实施刺杀行为时精神错乱。被告人必须向法庭举证证明自己实施被指控行为时精神错乱,才能避免谋杀罪的定罪。检察官只须证明其故意实施了刺杀行为即可。类似的积极抗辩很多,常见的诸如正当防卫、紧急避险、依法执行公务、被胁迫、警察圈套,等等。被告人对这些抗辩事由都要承担提供证据的责任,有时甚至要承担说服责任。就这一点来说,英美检察官的公诉证明责任并没有想象的那么重。在大陆法中,通说认为“构成要件符合性”对行为的违法性和有责性有一定的推定功能,检察官在证明了公诉犯罪事实符合法定构成要件之后,被告人如果主张违法阻却或责任阻却事由,应当提供合理解释或证据,使法官对公诉犯罪行为的违法性或有责性产生合理怀疑,然后由法官依职权对违法性或有责性的事实、证据进行调查,最终公诉犯罪事实的成立并不完全是检察官证明的,而是法官依据检察官提供的证据、控辩双方的质证和辩论以及法官依职权调查的结果进行认定的,因此,检察官的证明负担明显不及英美法中检察官的证明负担重,而犯罪构成的“三要件理论”也为大陆法系司法机关克服主观要件的证明困难提供了理论支撑。我国的情况则不同。我国正统的犯罪构成要件理论是“四要件论”,这一理论不同于英美的双层结构理论和德日三要件理论之处在于,只有入罪要件,没有出罪要件。按照无罪推定原则的要求和法律的规定,检察机关对公诉犯罪事实的存在承担证明责任,并且要达到证据

确实充分的程度,被告人并不承担证明自己无罪或有罪的任何责任。就这一点而言,我国检察官的公诉证明责任比英美检察官的公诉证明责任更重。不仅如此,由于我国侦查技术水平和侦查能力有限,检察机关履行公诉证明责任还受到侦查取证质量的掣肘。还有一点值得注意的是,我国2012年《刑事诉讼法》虽然明确规定了检察机关的公诉证明责任,但同时又继续要求法院“忠于事实真相”,据此,法庭必须对判决认定的事实负责。但是,由于检察官举证难以达到证明责任的要求,而被告人大多数缺乏辩护人的帮助也难以提出有效的质证意见,以至于在相当一部分案件中,关于被告人是否具有定罪所必要的“明知”、“非法占有目的”,是“希望”还是“放任”危害后果的发生,被告人主观上对危害后果的发生是否“应当预见”,是否有“疏忽大意”的过失,检法两家在认定上存在分歧,甚至上下级法院之间在认定上前后不一致。因此,对犯罪主观要件的证明问题进行深入研究在我国具有特别重要的意义。本书即是系统研究这一问题的一部力作。

本书是在同名博士学位论文的基础上修改而成的。作者在分析梳理主观要件证明困难及其原因的基础上,就克服困难的常规方法和特殊方法进行了系统考察,并结合相关司法解释和规范性文件,对明知、非法占有目的、犯罪故意(意志因素)和犯罪过失的证明问题进行了深入研究,最后对克服犯罪主观要件证明困难的现实路径提出了建设性意见,并进行了严谨的论证。整体来看,全书围绕主观要件证明困难及其克服的主题,层层递进地展开分析,思路清晰,说理透彻,资料翔实,行文通畅,而且几乎每一章都有一定的独到见解,可以说是一部针对司法实践中的重大难题进行创造性研究之后形成的高水平学术成果,反映了作者扎实的法学专业功底、严谨的治学态度和较强的科研能力。作为本书原型的博士学位论文被五名校外匿名评审专家一致评为“优秀”,并受到了五名校内外专家组成的答辩委员会的高度评价,说明其学术水平已经得到同行专家的认可。

作者王彪在我指导下先后获得西南政法大学法学硕士和法学博士学位。他不仅外语基础好,而且对法学研究有较好的学术敏感性和孜孜以求的精神。正因为如此,他在法院系统从事刑事审判工作将近七年之后又回到了高校,担任一名普通的专业教师。在攻读学位期间和繁忙工作之余,他潜心阅读了大量的中外文资料,同时又以参与式观察的态度密切关注着司法实践中

的最新动向以及司法权力的运行机制,还利用工作机会到全国各地进行了大量的调查研究。这些积累在他近些年发表的科研成果以及本书中得到了充分体现。作为导师,没有什么比看到弟子成长成才感到更欣慰的事了。在本书出版之际,我非常高兴地将它推荐给学界同仁和广大读者。希望王彪继续努力,争取为我国法学研究事业的创新发展和法治建设做出更大的贡献。

西南政法大学副校长

中国刑事诉讼法学研究会副会长 孙长永

2016年2月18日

内容摘要

根据传统的犯罪构成“四要件说”,任何一个犯罪的成立都必须具备四个方面的构成要件,即犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客体和犯罪客观方面。其中,犯罪主观方面是犯罪成立不可或缺的要件,是指行为人主观上存在犯罪故意或者犯罪过失。此外,有些犯罪的犯罪构成还要求行为人有特定的犯罪目的或者动机。犯罪主观要件对定罪量刑活动均具有重要影响。在现代社会,犯罪主观要件的重要地位无人质疑,理论研究与司法实践中最令人困惑的问题是如何能够准确认定不同犯罪的主观心理要素。犯罪主观要件自身的特征决定了其难以证明,刑事诉讼证明的高要求则加剧了这种困难。犯罪主观要件对于认定犯罪而言必不可少,但犯罪主观要件本质上是行为人的心理态度,其存在证明上的困难,且这种证明困难有其特殊性。因此,对犯罪主观要件的证明困难及其克服问题进行系统研究具有重要的理论价值和实践意义。

本书的思路是简要论述犯罪主观要件的证明困难,在此基础上探讨克服证明困难的一般方法和特殊方法。通过对特殊方法的研究发现,特殊方法的运用在很大程度上属于实体立法问题,受无罪推定原则的制约,特殊方法的运用具有重要的实践意义但运用空间有限。因此,加强对一般方法的研究,在弄清刑事证明一般原理的基础上,通过刑事证明模式的转型来克服犯罪主观要件的证明困难具有重要的现实意义。本书除绪论和结语外,从五个部分展开论述,主要内容介绍如下:

绪论部分论述了对犯罪主观要件证明困难进行系统研究的必要性,对犯罪主观要件证明问题的研究现状进行述评,并简要介绍了本书的研究思路与方法。结语部分主要是对本书的研究进行回顾并对将来的研究进行展望。

第一章主要论述犯罪主观要件证明困难的产生及其常规解决办法。具体分为两个部分:一部分从证据资格的角度审视证明困难的产生及其克服;另一部分从证明原理的角度审理证明困难的产生及其克服。现代证据裁判原则不仅要求认定案件事实必须依靠证据,还对证据资格和证明方法均作了严格的要求。原本有限的证据材料,要受到重重考验方能成为定案的根据,事实证明的需要与证明资源有限性的矛盾变得愈发尖锐。由于犯罪主观要件的特殊性,在对取供手段进行严格限制后,行为人供述这一证据的获取变得更加困难,事实证明需要与证明资源有限的矛盾变得愈发明显,犯罪主观要件的证明困难进一步加剧。从证据的角度解决证明困难,最根本的办法只有一个,即通过合法程序获取尽可能多的有效的证据材料,具体而言,是增强侦查机关的证据获取能力并适度改变传统的取供机制。

刑事证明存在双重结构,刑事证明微观层面上的逻辑结构决定了通过证据认定的案件事实具有可错性的特征。从刑事证明的宏观结构来看,无罪推定原则下的证明责任分配和较高的证明标准则意味着通过证据认定案件事实困难重重。犯罪主观要件作为行为人行为时的心理状态,对其进行证明的错误可能性和困难性更是不言而喻,在被告人拒供或假供的情形下,通过有限的证据材料“排除合理怀疑”地推断出行为人行为时的心理状态可能会面临严峻的困难。从证明的微观角度来看,只能在理清诉讼证明的内在逻辑规律的基础上尽可能地运用证据克服犯罪主观要件的证明困难。

第二章主要从刑事实体法的角度概述犯罪主观要件以及从刑事证明的角度论述犯罪主观要件证明困难的特殊性。犯罪故意的意志因素表现为希望和放任,希望是直接故意的意志因素,犯罪目的是希望意志的核心内容;放任是间接故意的意志因素,放任的意志具有明显的依附性。希望和放任之间的区别主要体现在意志因素方面的不同。间接故意的下线是犯罪故意与犯罪过失的界限,具体表现为间接故意与有认识过失的区别,两者的区别主要在认识因素,间接故意是有所认识,有认识过失则表现为最终并无认识。现代世界各国刑法,均以处罚故意犯罪为原则,以处罚过失犯罪为补充。犯罪过失的心理要素是没有预见,犯罪过失的伦理要素是能够预见,犯罪过失的规范要素是应当预见。

明知是犯罪主观方面中的认识要素,是故意犯罪是否存在的判断起点。

行为人对犯罪构成要件事实的认识包括对行为性质以及行为方式等说明行为特征的事实、物质性结果和危险状态等说明行为结果的事实以及行为与结果之间因果关系的认知。社会危害性认识不是犯罪故意的认识内容,作为犯罪故意认识内容的违法性认识是指认识到行为在法律上是不被允许的,至于是何种法律,则不限于刑法。犯罪故意中的明知,不管是刑法总则中的明知,还是分则中的明知,都是指行为人已经知道某种事实的存在或者可能存在。

非法占有目的不以意图改变财物的所有权为必要条件,仅是指将他人的财物作为自己的所有物进行支配,并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。根据行为与责任同时存在的刑法原则,辨认控制能力、罪过以及目的必须存在于行为时。

犯罪主观要件证明困难的特殊性包括两方面内容:一方面,行为人行行为时的内心状态作为证明对象有一定的特殊性,内在于行为人的心理状态外人无法直接观察,最有效的认知手段是行为人的供述,但由于拒供和假供的存在,这种最直接的认知方法存在困难。在传统刑事证明模式下,犯罪主观要件的证明困难进一步凸显。另一方面,在无罪推定原则下,克服犯罪主观要件证明困难的特殊方法运用空间有限。

第三章属于实证研究,其中第一节是知识社会学意义上的实证分析,主要是对学界提出的克服犯罪主观要件证明困难的方法进行类型化分析。通过研究,发现理论学说存在如下问题:不区分事实推定与法律推定、降低了刑事证明标准以及混淆了事实推定与间接证据证明的关系。出现上述问题的原因有三:一是对刑事证明的研究不够;二是印证证明模式的影响;三是相关术语在源头上出现了错误的运用。

第二节是规范型实证研究,即对司法解释和规范性文件中针对明知和非法占有目的认定的规定进行类型化分析。经过分析,发现上述有关规定中只有一个条文的规定属于严格责任,两个条文的规定是刑事拟制,三个条文与刑事推定有关,其他的规定要么是间接证据证明的方法,要么是“事实推定+其他间接证据”的方法,要么属于“定罪规格”,本质上都属于证明力规则,是一种提示性规定。制定上述规定的动因如下:犯罪主观要件存在证明困难、为司法实践提供指引、受若干术语翻译错误的影响、证明力规则的需求以及证明责任观念不强。

第三节是经验型实证考察,通过对相关案例的考察,发现司法实践中认定犯罪主观要件的方法有以下几种:一是间接证据证明;二是事实推定与其他间接证据的结合;三是事实推定的结合;四是被告人承担证明责任;五是审辩交易。另外,司法实践中,犯罪主观要件的认定存在两个倾向:一是毒品犯罪明知认定存在过于谨慎的倾向;二是非法占有目的之认定存在客观归罪的倾向。

第四章主要论述克服犯罪主观要件证明困难的特殊方法。刑事证明的宏观结构较为固定,证明对象一般是构成要件事实,证明责任一般由控方承担,定罪事实的证明标准一般为内心确信或排除合理怀疑。为了克服犯罪证明的困难,世界各国的法律都允许对刑事证明的宏观结构予以适当调整。具体的调整方式有以下四种:第一,变更证明对象,包括阶梯型罪名体系、严格责任和法律拟制的运用。第二,分配证明责任,包括刑事推定的运用和被告人直接承担证明责任。第三,降低证据标准,包括口供补强规则的例外和证明标准的适当降低。第四,调整证明思维,包括以刑制罪思维和类型化思维的运用。变更证明对象是以立法手段对证明对象进行的调整,通过减少、变换甚至废除某些犯罪要件,使一些犯罪的证明变得容易,分配证明责任需要立法的明确规定,降低证据标准则不具有正当性,而调整证明思维本质上属于刑法解释问题。因此,从总体上来说,特殊方法的运用空间有限。在中国刑事司法语境下,设立刑事推定或者为被告人分配证明责任时需要格外慎重。

第五章主要从刑事证明模式转型的角度讨论犯罪主观要件证明困难的克服。传统刑事证明模式可以称为印证证明模式,就犯罪主观要件的证明而言,印证证明模式对口供的需求较为强烈。取供困境的初步形成以及司法公开的强化,意味着印证证明模式需要向情理推断模式转型。情理推断模式与印证证明模式相比,重视环境证据的运用,强调案件事实认定主体内心确信的个体差异,承认案件事实认定具有可错性的特征。情理推断模式的运用,一方面有助于承认排除合理怀疑或者内心确信等主观性证明标准的运用;另一方面由于环境证据的运用事实上增加了在案的证据,以上两方面的结合有助于证明困难的克服。情理推断模式的有效运行需要诸多配套条件,在现阶段,由于配套条件的不完善,刑事证明模式的转型将会面临诸多障碍。目前,可以考虑将法官素养的提升和裁判文书说理的加强作为改革的突破口。

目 录

绪论：问题与方法	001
一、犯罪主观要件证明问题的研究必要性	002
二、犯罪主观要件证明问题研究现状述评	007
三、本书的研究思路与方法	015
第一章 刑事证明困难的产生及其常规解决办法	020
第一节 从证据资格的角度审视证明困难的产生	021
一、大陆法的证据能力与证明力	021
二、英美法的证据可采性与相关性	026
三、我国证据材料作为定案根据的条件	029
四、非法口供排除规则的相关规定	037
第二节 从证明原理的角度审视证明困难的产生	042
一、认真对待刑事证明	042
二、刑事证明的基本问题	044
三、刑事证明的双重结构	048
第三节 从证据的角度寻求解决证明困难的途径	063
一、提升侦查机关的证据获取条件与能力	064
二、激励型取供机制的进一步完善与发展	066
第四节 从证明的角度探寻解决证明困难的方法	070
一、直接证据与间接证据的运用	071
二、事实推定在刑事证明中的运用	078
小 结	086

第二章 犯罪主观要件及其证明困难的特殊性	088
第一节 犯罪故意中的意志因素与犯罪过失概说	089
一、刑事法中的希望与放任	089
二、刑事法中的犯罪过失	098
第二节 刑事法中的主观明知概说	103
一、刑法中明知的内容	104
二、刑法中明知的程度	114
第三节 刑事法中的非法占有目的概说	122
一、刑法中的目的犯	122
二、刑法中的非法占有目的	126
第四节 犯罪主观要件证明困难的特殊性	133
一、犯罪主观要件的复杂性与难证性	134
二、无罪推定与犯罪主观要件的认定	137
小 结	141
第三章 克服犯罪主观要件证明困难的理论与实践	143
第一节 克服犯罪主观要件证明困难的理论学说	144
一、解决犯罪主观要件证明困难的具体方案	145
二、反思解决犯罪主观要件证明困难的方案	157
第二节 克服犯罪主观要件证明困难的相关规定	165
一、关于主观明知认定的相关规定逐条评析	166
二、关于非法占有目的之相关规定逐条评析	191
三、制定司法解释与规范性文件的动因	202
第三节 克服犯罪主观要件证明困难的实践探索	206
一、司法实践中认定犯罪主观要件的方法	206
二、实践中对罪与非罪、此罪与彼罪的区分	219
三、实践中犯罪主观要件认定呈现的特征	229
小 结	236