

西南民族大学法学院学术文库

刑事主观事实证明 问题研究

康怀宇 / 著



XINGSHI
ZHUGUAN SHISHI ZHENGMING
WENTI YANJIU



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

西南民族大学法学院学术文库

刑事主观事实证明 问题研究

康怀宇 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事主观事实证明问题研究 / 康怀宇著. —北京:
法律出版社, 2010. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0940 - 7

I. ①刑… II. ①康… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 126281 号

刑事主观事实证明问题研究

康怀宇 著

责任编辑 周丽君
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.625 字数 293 千

版本 2010 年 8 月第 1 版

印次 2010 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 张宇东

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0940 - 7

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论/1

一、问题的缘起/1

二、研究方法/3

三、研究内容/10

引言 主观事实的证明困境/23

一、必要的概念交代/23

二、主观事实之证明困境的成因与弊端/27

三、主观事实的基本认知方法及其与客观
事实的证明难易程度比较/33

四、一个简短的验证：实证考察/38

上篇 主观事实之证明困境与 刑事实体法的关系

第一章 作为证明对象的主观事实/43

第一节 作为证明对象的主观定罪事实/44

一、积极定罪事实(符合积极要件的事实)/44

目 录

导论/1

一、问题的缘起/1

二、研究方法/3

三、研究内容/10

引言 主观事实的证明困境/23

一、必要的概念交代/23

二、主观事实之证明困境的成因与弊端/27

三、主观事实的基本认知方法及其与客观事实的证明难易程度比较/33

四、一个简短的验证：实证考察/38

上篇 主观事实之证明困境与 刑事实体法的关系

第一章 作为证明对象的主观事实/43

第一节 作为证明对象的主观定罪事实/44

一、积极定罪事实(符合积极要件的事实)/44

二、消极定罪事实(阻却犯罪成立的事实)/47

第二节 作为证明对象的主观量刑事实/49

一、属于犯罪事实的量刑事实(犯情)/50

二、犯罪事实外的量刑事实(狭义量刑情节)/51

三、法定加重(减免)刑罚事由与法定情节/56

第二章 偏重主观要素的刑法对证明难易程度的影响/58

第一节 刑法的基础观念与主观事实之证明/59

一、客观主义与主观主义/59

二、结果无价值论与行为无价值论/66

三、刑法的基础观念对证明难易程度之影响/75

第二节 关于故意、过失的理论与主观事实之证明/84

一、故意的本质:故意与过失的区分/84

二、无认识过失之“预见可能性”的判断基准:“主观说”与“客观说”/88

三、关于故意、过失的理论对证明难易程度之影响/89

第三节 一个小结——刑法类型化视野中的证明难问题/94

一、偏重客观要素的刑法与偏重主观要素的刑法之形成:“理想型”分类/94

二、偏重主观要素的刑法对证明难易程度的影响/96

三、偏重客观要素的刑法之证明困境及对待两种“证明难”的态度/97

第四节 偏重主观要素的中国刑法及中国刑法理论/100

一、国外刑法略考/100

二、新刑法的客观主义维度及其局限性/102

三、中国刑法及刑法理论偏重主观要素的具体体现/103

第三章 偏重主观要素的刑法与口供中心主义/119

第一节 口供中心主义的既有理论解读/120

一、口供中心主义的程序法解读/120

二、口供中心主义的权力技术解读/123

第二节 本书的视角——口供中心主义的实体法成因/124

一、口供中心主义：一种特定实体法背景中的自然选择/124

二、口供的机能与对主观事实的证明/126

三、偏重主观要素的刑法对待口供的态度/129

四、日本的“责任客观化”运动及对我国的启示/132

下篇 主观事实之证明困境的解决方案

第四章 化解主观事实之证明困境的实体法对策——“刑法的客观化”/139

第一节 目的犯之改造/140

一、对刑法中目的犯之“目的”的功能分析/141

二、目的犯的保留与取消/142

三、从定罪要件到量刑情节：目的犯改造的折中方案/153

第二节 从“判断对象”到“判断标准”的重心转移：关于故意和过失的学说/155

一、从“容认说”到“以盖然性说为基础的综合说”/156

二、“主观预见能力”的“客观化”/164

三、英美刑法中的犯意及其客观化判断标准：以美国《模范刑法典》为范例/169

第三节 其他方面的改造/176

一、犯罪预备之改造/176

二、“主观正当化要素”之改造/181

三、解释论上，不承认“倾向犯”和“表现犯”/183

四、合理区分“未遂犯”与“不能犯”/185

第四节 刑法“客观化”的限度/186

一、“责任主义”概述/186

二、“责任主义”对刑法“客观化”的限制/192

三、贯彻责任主义的一个研究范例：承认“违法性认识”（可能

性)作为责任要素的地位/195

第五章 化解主观事实之证明困境的程序法对策(之一)——证明责任的合理分配/204

第一节 被告人承担证明责任的基础理论/205

一、“证明责任”的概念/205

二、证明责任的承担模式:单向承担与双向分担/210

三、被告人承担证明责任的根据/215

四、被告人(首先)承担证明责任的两种机制/222

五、被告人承担证明责任的类型与程度/230

第二节 主观事实——被告人承担证明责任的重要内容:比较法研究/237

一、积极抗辩理由中的主观事实:以美国《模范刑法典》为例/237

二、推定事实中的主观事实/239

第三节 对我国刑事立法及理论的思考/244

一、立法现状/245

二、改革与完善(之一):被告人承担证明责任的法定化/253

三、改革与完善(之二):被告人对主观事实承担证明责任范围的扩大/263

四、改革与完善(之三):被告人承担证明责任的法律规则/282

第六章 化解主观事实之证明困境的程序法对策(之二)——证明方法的“二元化”/305

第一节 严格证明与自由证明/306

一、严格证明与自由证明之差异/306

二、“完全的自由证明”、“相对的自由证明”与“有限度的自由证明”/307

第二节 严格证明与自由证明的对象:实体法事实之证明方法的一元化与二元化/308

一、概述/309

二、对不同事实进行严格证明或自由证明的理由/310	
三、各种实体法事实的证明方法/313	
四、自由证明在证明主观事实中的实益/325	
五、自由证明的限度/327	
第三节 对我国刑事法律的反思/330	
一、现状：实体法事实之证明方法的一元化/330	
二、分析与反思/332	
余论 事实的多元化与证明的多元化/337	
参考文献/342	
后记/361	

导 论

一、问题的缘起

选择本题,是有感于当下刑事法研究中司空见惯的逃避态度。作为一名刑法学教师,经常会有学生向笔者提出“如何证明张三以营利为目的的呢?”“我们怎么知道李四准备菜刀是为了砍人呢?”这些看似天真的问题。刑法学的标准回答是:“这是个证明的问题,你去问诉讼法的老师吧。”“我们只能静态地看待这个实体法问题,即假设一切都得到了证明。”然而,学生的满腹疑惑并没有因为这些听起来十分有理的推脱而化解。对这种疑惑也深有同感的笔者,觉得有必要认真对待刑事实体法与程序法之间的衔接与互动。不用多想也可以知道,一些为司法人员所同样深深困惑的问题,难道不正是源于陷入了对实体与程序截然两分的学科规训误区吗?法律并不是摆在那里的死物件;当法律条文在具体个案中动态运行之时,刑法和刑事诉讼法的区分就显得是何等的僵化。

这种僵化的一个直接后果便是实体法的制定与解释,与诉讼证明相互脱离;仿佛实体法上“需要”惩罚哪些行为,与“如何”才能实际地惩

罚这些行为完全无关;而矛盾的焦点,便集中到对于实体法上之主观事实进行证明的问题上。一方面,刑事立法及解释论“肆无忌惮”地制定、承认着众多以主观内容为构成要件性要素的犯罪,或者“过于自信”地试图超越客观标准去发现人类隐秘的精神世界;另一方面,在具体的诉讼过程中,指控方(有时是被告人)又在这些难以证明的主观事实面前束手无策。

比如,立法上一般性地惩罚犯罪预备,然而,在实际诉讼中却必须要严肃地考虑如何才能证明某人是“为了犯罪”而准备工具、制造条件;特别是当其行为从客观上观察乃为完全中性之时(例如买刀、准备绳索,在某人家外驻足停留),我们如何才能拨开形式的“迷雾”而深入人之内心呢?进言之,这种深入内心的企图,对于诉讼上的证明活动,对于证据制度,会产生何种持久的影响呢?

再如,刑法理论对不能犯与未遂犯不加区分,认为凡是在“犯罪故意”支配下的行为都是“犯罪行为”,无论该行为从客观的见地看是否有造成法益侵害的现实危险;但是,面对张三往李四的饮水里放糖的案件,想要证明张三具有“杀意”,何其之难啊!

又如,关于故意的本质,我国刑法理论一致认可的是“容认说”,但是容认说存在超越理性的“认识要素”而直接探究情绪化的“意志要素”的问题,而“意志要素”的证明是刑法学上公认的难题。通说经常强行解释道:在丈夫往妻子的食物里放入毒药欲毒死妻子,儿子也食用该食物而死亡の場合,丈夫对儿子的死亡是一种“放任”心理;在为了打马蜂窝而不顾有学生放学经过,马蜂蜇伤了学生的場合,对学生的受伤害,也是“放任”的心理,如此等等。然而,行为人的“意志”真是如通说描述的那样吗?所谓“放任”、“听之任之”、“既不希望也不反对”,究竟是准确定义了间接故意的意志要素本身,抑或仅仅是为了迎合“容认说”而玩弄的“语词游戏”?如果脱离了认识到的客观危险性之大小(盖然性),通说的自信又从何而来?

正是基于上述粗浅的“问题意识”,笔者深感有必要抛弃单纯对刑事法律进行静态分析的研究方法,并想以主观事实与证明的关系

为线索来沟通实体法与程序法,将实体法律放置于活生生的诉讼过程之中,去现实地考察实体法上的事实如何得以认定,实体法上的法律关系如何得以形成。由于必须在传统上历来被分别研究的不同领域间来回“穿梭”,故本书体系上的薄弱甚至欠缺或许难以避免;但是,面对实实在在的“问题”而无动于衷,大概也算不上学术研究的应有态度。在“体系”与“问题”之间,本书将着重关注主观事实之证明的特殊“问题”——这些“问题”无疑相当重要并且在很大程度上被多数论者所忽略——而不是试图去创立一个整合了刑法与刑事诉讼法的崭新体系。换言之,较之于“体系的思考”,本书更倾向于平野龙一教授所称的“问题的思考”。〔1〕

二、研究方法

本书讨论的是刑事实体法中的主观事实与诉讼证明的关系。在更广泛的意义上,本书也是对我国学界“刑事一体化研究”的积极回应。

(一)“刑事一体化研究”的不同路径

部分是基于对传统研究方法的反省,学界有采取“刑事一体化研究”的呼吁。关于刑事一体化的概念,在我国,首由储槐植教授提倡,后有陈兴良、张文、梁根林等众多学者呼应。储槐植教授提倡之刑事一体化,“基本点是刑法和刑法运行处于内外协调状态才能实现最佳社会效益”。〔2〕“所谓内部协调主要指刑法结构合理,外部协调实质为刑法运作机制顺畅。”〔3〕“刑事一体化”作为一种观念,同时也作为一种方法,在我国学界,大致可以梳理出以下两条彼此关

〔1〕 李海东主编:《日本刑事法学者》,法律出版社、日本成文堂1995年版,第271页。平野博士在自己所著的教科书前言中讲道:“……历来的教科书可以说都是采取的体系性的叙述,对所有问题都表明根据自己的立场得出简明的结论。本书试图分析各个问题所特有的意义,明确真正的问题之所在,可以说所采取的方法不是‘体系的思考’,而是‘问题的思考’。”

〔2〕 储槐植:“建立刑事一体化思想”,载《中外法学》1989年第1期。

〔3〕 储槐植:“再说刑事一体化”,载《法学》2004年第3期。

联但又相对独立的研究路径:

1. 以刑事政策为重心的研究路径

在多数学者那里,刑事一体化研究涉及的是刑事政策与刑事法律规范及其具体运作(立法、司法和行刑)的互动关系,重点在于对国家采取的防止犯罪的诸种政策措施(狭义的刑事政策)的评价、反思与引导、展望;或者进而在经济、社会、政治、文化和意识形态的大背景中去探求刑法规制和刑罚权实现的合理限度与理性结构(广义的刑事政策)。具体而言,学者们主要探讨了以下问题:

(1) 刑事政策与刑事法律规范及其运用的宏观互动

就刑事政策与刑法规范的关系而言,陈兴良教授指出:“刑事政策是刑法的灵魂与核心,刑法是刑事政策的条文化与定型化。因此,刑事政策对于刑法的制定与适用都有着直接的指导意义。”^{〔1〕}储槐植教授对我国刑法“厉而不严”的刑法结构提出了批评,认为应当建构“严而不厉”的刑法结构。严而不厉的刑法结构以“二战”以后西方社会“轻轻重重”的刑事政策为基础,厉而不严的刑法结构则以我国传统上偏重打压的刑事政策为根据。^{〔2〕}关于刑罚的进化与正当化,周光权教授认为,刑罚的正当性与刑罚的进化与否关系不大,而只与刑事政策的运用及规范有效性的维持、规范的稳定有联系;“刑罚种类和执行方法的变迁,都只不过是刑事政策不断调整和灵活运用直接结果而已”。^{〔3〕}黎宏则着重分析了我国刑法在犯罪成立要件和刑罚的施加方面对于刑事政策研究成果的吸收,提出了“刑法的刑事政策化”思想。^{〔4〕}与此相对应,陈兴良教授、黄京平教

〔1〕 陈兴良:《刑法的人性基础》,中国方正出版社1996年版,第388页。

〔2〕 储槐植:“再说刑事一体化”,载《法学》2004年第3期。

〔3〕 周光权:“刑罚进化论:从刑事政策角度的批判”,载陈兴良、梁根林主编:《刑事一体化与刑事政策》,法律出版社2005年版,第338~348页,引文见第345页。

〔4〕 黎宏:“论‘刑法的刑事政策化’思想及其实现”,载陈兴良、梁根林主编:《刑事一体化与刑事政策》,法律出版社2005年版,第247~258页。

授等学者则力主“刑事政策的法治化”,^[1]实现“刑事政策向法律置换的过程”。^[2]另有不少学者针对我国的“严打”政策及其对刑事立法与司法的影响,进行了深刻的剖析。^[3]就刑事政策对刑事诉讼程序的宏观影响而言,孙国祥教授将恢复性司法纳入了刑事政策及刑事一体化的研究视野,主张“任何一个受到刑事诉讼结果影响的人都可以参与到诉讼程序中来,并应该形成一个多元对话的机制”。^[4]

(2) 刑事政策对刑事法律规范及其运用的具体影响

有学者将实然或者应然的刑事政策作为分析工具,对我国现行刑法及刑事诉讼法上的制度、规范进行了或微观或宏观的研究与反思,并提出了相应的改革建言。例如,冯亚东教授主张,基于对未成年人加以特殊保护这一刑事政策上的缘由,在针对未成年人的犯罪领域(如奸淫幼女型强奸罪),应当承认“罪过原则的例外”。^[5]这种对具体刑法规范进行批判性反思的微观考察,在刑事一体化的研究当中尚属罕见。更多的学者则把关注点放在了诸如死刑与刑事政策,社区矫正与刑事政策这样一些关系明显而且更为宏大的制度

[1] 陈兴良:“刑事法治视野中的刑事政策”,载陈兴良、梁根林主编:《刑事一体化与刑事政策》,第198~223页。

[2] 黄京平、李翔:“刑事政策概念的结构分析——兼评刑事政策法治化”,载陈兴良、梁根林主编:《刑事一体化与刑事政策》,法律出版社2005年版,第161页。

[3] 陈兴良:“刑事法治视野中的刑事政策”,载陈兴良、梁根林主编:《刑事一体化与刑事政策》,第201~203页。张美英:“对‘严打’刑事政策的探讨”,王平:“‘严打’的刑事政策分析”,游伟:“刑事政策与我国‘严打’的走向分析”,均载陈兴良、梁根林主编:《刑事一体化与刑事政策》,法律出版社2005年版,第387~425页。高超:“‘严打’的过去、现在与未来”,孟庆华:“‘严打’斗争的辩证思考”,均载梁根林、张立宇主编:《刑事一体化的本体展开》,法律出版社2003年版,第322~342页。

[4] 孙国祥:“刑事一体化视野下的恢复性司法”,载《南京大学学报》(哲社版)2005年第4期。

[5] 冯亚东:“再谈对未成年被害人年龄的明知问题——一种刑事一体化及刑事政策的分析思路”,载陈兴良、梁根林主编:《刑事一体化与刑事政策》,法律出版社2005年版,第96~107页。

领域之中。就刑事政策与刑事诉讼法的具体联系而言,汪建成教授阐述了辩诉交易、沉默权与“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策的关系,提出应当允许被告人在坦白与拒绝之间作出“第三种选择”即沉默;法律对于他们的沉默也应当有区别于从宽和从严的第三种态度,即容忍。^{〔1〕}还有学者从刑事政策的视角剖析了难以根治的超期羁押顽疾。^{〔2〕}

2. 以学科重建与学科定位为重心的研究路径

刑事一体化思想强调,除了在“刑法之内”,还要在“刑法之上”和“刑法之外”研究刑法。由此,不能满足于刑事法学科之间各自为政、自说自话的现状,而应当将所有与“刑事”有关的学科联系起来,进行整合性的研究。高维俭博士提出了建立“刑事学科群”的构想,并依刑事学科群的内部纵向结构,将其划分为刑事事实学、刑事对策学和刑事哲学,刑事法学则被归类于刑事对策学之中。^{〔3〕}与这种学科重建的路径相呼应但却有重大不同的,是张文教授关于建立“刑事科学学”的主张;张文教授对“全体刑法学”或“刑事一体化”在某种程度上推行的由刑法吞并其他刑事学科的企图抱有警惕,并认为“‘刑事一体化’应是建立‘刑事科学学’这一新的科学”。^{〔4〕}对于作为具体刑事学科之一的犯罪学,陈兴良教授认为,“应当引入刑事一体化的视角,使犯罪学回归刑事法学,使犯罪学在刑事法理论中找到安身立命的根基”。^{〔5〕}另有学者还在刑事一体化的背景中专门研究了作为刑事学科群(刑事科学群)之另一“簇”的犯罪心理学

〔1〕 汪建成:“辩诉交易、沉默权与‘坦白从宽、抗拒从严’的刑事政策”,载陈兴良、梁根林主编:《刑事一体化与刑事政策》,法律出版社2005年版,第501~508页。

〔2〕 陈敏:“刑事政策视野中的超期羁押问题”,载梁根林、张立宇主编:《刑事一体化的本体展开》,法律出版社2003年版,第373~382页。

〔3〕 高维俭:“论刑事学科群及其结构”,载梁根林、张立宇主编:《刑事一体化的本体展开》,法律出版社2003年版,第502~520页。

〔4〕 张文、马家福:“我国刑事科学的学科结构研究”,载《北京大学学报》(哲社版)2003年第5期。

〔5〕 陈兴良:“刑事一体化视野中的犯罪学研究”,载《中国法学》1999年第6期。

的学科性质与应有的学科定位。^{〔1〕}

（二）当下“刑事一体化研究”的局限性

必须充分肯定,“刑事一体化”倡导的整体性研究方法,打破了传统的学术壁垒,创造了“生动活泼”的刑事学及刑事法学的研究局面。在社会效用,刑事一体化思想中重视刑事政策与刑事法律互动关系的主张,对于刑事政策和刑事法律两者的良性发展都起着不可或缺的重要作用;如果在社会政策的意义上理解刑事政策,还可以展望到集社会群体之力防止和处置犯罪,并实现社会效益最大化的美好蓝图。

不过,对于“刑事一体化研究”的上述两种路径,也许都还有反省的余地。建立刑事学科群(或刑事科学群)的构想如果是重在研究方法的更新与整合当无可厚非,但“刑事学科群”或“刑事科学学”这一概念本身是否具有实在的意义却不无可疑。作为对建立刑事学科/科学群“热情过度”的自然反应,刑事一体化研究在一定程度上已经初显牵强附会的“疲态”。在举凡与“刑事”有关的学问都是适格的研究对象这样一种“大而全”思路的激励之下,刑事一体化研究呈现出空前的表面繁荣。犯罪学、刑事政策学、监狱学、行刑学、立法学、犯罪心理学、刑法学、刑事诉讼法学及其形形色色的认识论、应用论甚至本体论的变种都在刑事一体化的旗下“闲庭信步”;但无须仔细分辨就可以发现,诸多论者只不过是戴上了刑事一体化的“大帽子”,而在这顶帽子下面却各怀心思地“开着小差”。这或许正好印证了多根和帕尔的观点:对大部分学者而言,尝试统合在一个纲领下是肤浅的做法。专门化提供了必需的焦点,社会科学的创新不是通过跨科际规训制度,而是透过“分裂和交杂的双重过

〔1〕 罗大华:“刑事一体化视野中的犯罪心理学”,载《政法学刊》2004年第5期;范刚:“刑事一体化与犯罪心理学的研究”,载《兰州大学学报》(社科版)2006年第3期。

程”,学科间“交汇”是自然产生的。^[1]

刑事一体化研究更多的是沿着上述第一条以刑事政策为重心的路径前行。然依笔者拙见,政策路径的“刑事一体化研究”基本上只是对于刑事政策和刑事法律之关系的理念性宣示,重在观念、轻在制度,重在宏观、轻在微观。当下的“刑事一体化研究”惯常用一种“居高临下”的姿态审视法律,在刑事诉讼制度和刑法制度的改革之中,往往局限于向“刑事法律之外”的刑事政策乃至社会政策求索方案,而很少在刑事法律“之间”追根溯源并“对症下药”。

从李斯特提出“整体刑法学”肇始,刑事政策就与刑法学上的所谓“新派”形影不离。新派站在社会防卫论的立场上,格外关注刑事政策和社会政策在防止犯罪、保卫社会中的机能而轻视刑罚的作用。比如,新社会防卫论的提出者安塞尔便直接主张:“社会防卫论希望利用它对现行制度的科学批判及它与人文科学的合作这两点,并遵照以下两个互为补充的指导思想建立起一个崭新的刑事政策体系:一方面,坚决反对传统的报复性惩罚制度;由此社会防卫运动自一开始就是一场反刑法或起码是非刑法(即刑法以外)的运动……”^[2]刑法学上“新派”与“旧派”之争的最终结果是:“旧派的理论被继承,新派(近代学派)的主张在刑事政策方面产生了很大的影响。”^[3]我国的“刑事一体化研究”,很大程度上是继承并(声称)发扬了源自刑法学新派的固有观点与方法,所以会很自然地把研究重点放在刑事政策与社会政策层面,而或多或少地忽视对刑事法律规范本身的制度性探索。

[1] [美]沙姆韦、梅瑟—达维多:“学科规训制度导论”,载[美]华勒斯坦等:《学科·知识·权力》,刘建芝等编译,三联书店、牛津大学出版社1999年版,第29~30页。

[2] [法]马克·安塞尔:《新刑法理论》,卢建平译,香港天地图书有限公司1990年版,第30~31页。

[3] [日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥等译,中国人民大学出版社2007年版,第19~20页。