

论犯罪主观方面的证明——基于刑事法一体化的分析

Prove of the Subjective Elements of Crime: Analysis Based on the Integration of Criminal

陶 杨 武 慧

TAO Yang WU Hui

【摘 要】 犯罪主观方面是犯罪构成要件之一，对它的证明是程序法与实体法中都无法绕开的问题。目前犯罪主观方面的证明途径主要有运用直接证据与间接证据证明、变更待证事实证明以及运用推定证明。但现有的证明方法、法律规范不足以解决实践中出现的证明困难、刑讯逼供、放纵犯罪等诸多问题。如若不对这些问题加以解决，犯罪主观方面的证明困境将愈发严峻，刑事法律之间的背道而驰也将无法实现对社会秩序的维护和对公众法益的保障。为解决犯罪主观方面的证明困境，可以从调整目前刑法理论中的犯罪构成体系入手，在学术研究中、立法层面上促进实体与程序的融通，并对推定的适用、规制等问题做出相应的完善，构建刑法理论与刑事诉讼证明实践之间的良性互动关系。

【关键词】 犯罪主观方面 刑事法一体化 证明 推定

【中图分类号】 DF73 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2015)06-0088-09

Abstract: Subjective elements of crime is part of constitution of a crime, it's proof can not be bypassed in procedural law and substantive law. There's mainly three methods to proof the subjective elements of crime - use the direct evidence and indirect evidence, change the facts to be proved and presumption. However, the existing methods of proof and legal norms can not solve the problems arise in practice, such as difficult to prove, torture, indulgence crime. If we don't solve these problems, the issues of prove the subjective elements of crime will be more severe, the contrary between the criminal law will can't achieve the aim of protect social order and legal interests of the public. To solve the dilemma of proof, we can start from the adjustment of the crime constitution in criminal theory, promote the substance and procedure to be fit in academic research and legislative, and measures should be taken to solve the application of the presumption, tighten the restraint of power and other issues, construct a positive interaction between criminal law theory and criminal lawsuit practice.

Key words: Subjective elements of the crime Criminal integration Prove Presumption

【收稿日期】 2015-08-20

【作者简介】 陶杨，男，1980年7月生，北京交通大学法学院副教授，法学博士，硕士研究生导师，研究方向为刑事诉讼法；武慧，女，1992年4月生，北京交通大学法学院2015级硕士研究生，研究方向为刑事诉讼法。

【基金项目】 教育部人文社科青年项目“刑事诉讼视野下的犯罪构成要件——基于刑事诉讼法与刑法互动的研究”（项目编号：11YJC820108）；北京市高等学校“青年英才计划”项目（项目编号：YETP0577）。

犯罪主观方面在我国是犯罪构成体系的重要组成部分，它是刑事法律倡导主客观相一致、反对客观归罪及过错归责原则的重要体现。在司法认定当中，犯罪构成要件的齐备是认定犯罪成立的必备条件，其中最为棘手的往往就是犯罪主观方面的证明。理论上而言，犯罪主观方面的证明问题在表面上看似简单，直接套用刑法理论即可解决，实则不然，犯罪主观方面的证明处于实体法与程序法的交叉地带，它不仅涉及刑法中的犯罪构成理论及有关犯罪主观方面的实体法规范，还涉及刑事诉讼法中的证据、证明程序、证明责任的分配等内容。目前，我国的司法实践中对于犯罪主观方面证明的既往研究过于集中在刑事实体法的角度，忽略了刑事程序法的视角，研究结论过于片面，在一定程度上脱离了司法实践，使得犯罪主观方面的证明在诉讼实践中陷入困境中，有复杂问题简单化和简单问题复杂化两种趋势，最终导致对犯罪认定的不准确，出现错案。犯罪主观方面证明困境的根本诱因在于刑事法律之间未能“深度融通”，因此对于犯罪主观方面的证明这一实体法与程序法交叉的问题有必要依循刑事一体化^①的研究思路展开研究。本文将基于刑事一体化的视角辩证地把握各刑事学科之间的内在关联，分析犯罪主观方面证明困境的成因，探索实体法与程序法动态配合解决犯罪主观方面证明困境的路径。

一、犯罪主观方面的证明概述

根据我国刑法学界通说，犯罪主观方面是指行为人对自己所实施的行为及其危害社会的结果所持的心理态度。犯罪主观方面是犯罪构成体系的必备要素之一，这一点无论是在大陆法系、英美法系的犯罪论体系中还是我国的犯罪构成体系中都是毋庸置疑的。我国刑法第14条、第15条通过区分行为人的主观罪过将犯罪类型划分为故

意犯罪与过失犯罪，同时《刑法》第16条规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”通过《刑法》的规定不难看出，行为人在主观上对自己所实施的行为具有故意或过失的心理态度，是其行为构成犯罪、承担刑事责任的必备条件。

犯罪主观方面作为犯罪构成体系的一部分，如果要通过司法程序认定犯罪，那么犯罪主观方面的证明是其中必不可少的环节，对行为人主观罪过的判断直接关系到罪与非罪、此罪与彼罪的认定，同时也会影响到量刑的轻重。例如，刑法要求构成贩卖毒品罪主观上必须是出于直接故意——明知是毒品而贩卖，过失及不知是毒品而贩卖的不构成本罪；以非法占有为目的进行非法集资，数额较大的构成集资诈骗罪，而不具有非法占有目的的非法集资行为仅可能构成非法吸收公众存款罪；法律对过失致人死亡罪的量刑要轻于故意杀人罪。通过以上例证不难看出，犯罪主观方面的证明对于准确定罪量刑具有重要意义；如果在犯罪主观方面的认定出现失误，就能影响犯罪构成要件的证明体系，最终可能造成冤假错案。这就要求司法人员在刑事诉讼实践中采取合法手段全面收集相关证据，对行为人的犯罪主观方面做出确定性，在避免冤枉无辜的同时实现罪刑均衡。在我国的刑事诉讼过程中，犯罪主观方面的证明方法主要有运用直接证据与间接证据证明、变更待证事实及推定。

（一）运用直接证据与间接证据证明

在刑事诉讼中，对于案件事实最基本的证明方法就是运用直接证据、间接证据形成完整的证据链条对案件事实予以证明。直接证据是指所包含的信息能够单独直接反映案件主要事实的证据，利用直接证据对行为人的犯罪主观方面加以证明是最为便捷、高效的证明方式。例如，犯罪嫌疑人、被告人对其实施一定行为时所持目的与

^① 参见储槐植：《建立刑事一体化思想》，载《中外法学》，1989年第1期。储槐植教授在我国最早提出刑事一体化思想，他指出：“刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行内外协调，即刑法内部结构合理（横向协调）与刑法运行前后制约（纵向协调）。这个意义上的刑事一体化，实际上是就刑事政策而言的，其基本思想与关系刑法论极为接近，都是主张从刑法的内部与外部关系入手，实现刑法运行的内外协调。”

动机做出供述,其犯罪主观方面即可得到基本的证明。但事实上,犯罪嫌疑人、被告人在供述时往往趋利避害、避重就轻,甚至做出虚假供述,口供的证明力在一定程度上可能会被弱化。加之,一些案件中如果使用刑讯逼供或者引诱、欺骗等非法方法来获取口供,更可能使得口供完全是屈打成招,虽然表面上犯罪主观方面得到了直接证明,但却极易造成错案。值得注意的是,为了防范简单地运用直接证据定案所带来的风险,我国《刑事诉讼法》第46条规定在认定口供时仅凭孤证不得定案,要求认定被告人的行为构成犯罪须有其他证据对口供予以补强,形成严密完整的证据链条才能定案。从这一规定来看,若简单用以口供为代表的直接证据来证明犯罪主观方面,一定程度上可能使复杂的犯罪心态问题得到简单化处理,但这种简单化的处理并不一定就能真实地反映案件事实,因而,在犯罪主观方面的证明过程中需要谨慎地对待单独的直接证据。

此外,在案件中缺乏口供等直接证据的情况下,司法机关对犯罪主观方面的证明工作就围绕着搜集间接证据展开。间接证据是指不能用以单独证明案件的主要事实,要结合其他证据才能揭示主要案件事实的证据。间接证据在犯罪主观方面的证明中显得尤为重要,主客观相一致是刑法中的基础性原则,即犯罪行为一定程度上能反映出犯罪主观心理状态,当欠缺犯罪主观方面的证据时,可以通过犯罪嫌疑人的客观表现来推断其主观状态。我国《刑事诉讼法》规定在没有被告人供述与辩解的情况下,要达到“确信无疑”的证明标准才能够定罪处罚。实践中,收集间接证据重现历史很难达到证据齐备的程度,并且在缺乏言词证据的情况下难以形成完整的证据链条,各个证据之间难以达到相互印证的证明标准,因此仅凭间接证据对犯罪主观方面加以证明较为困难。

(二) 变更待证事实进行证明

变更待证事实作为证明犯罪主观方面的方法之一,具体而言就是刑事诉讼中,以法律解释等形式,创设新的法律概念、术语或者对某些法律

概念、术语进行重新解释,从而改变犯罪构成要件的内涵,降低证明难度。^[1] 在我国司法实践中运用最多的两种变更待证事实进行证明的方式就是概括性认识和法律拟制。

我国刑法本身并未将“概括性认识”纳入其中,而是在一些司法解释中创设了“概括性认识”的概念。“概括性认识”是指虽然行为人对犯罪对象没有清楚明确的认知,但行为人认识到了犯罪对象的非法性即符合犯罪主观要件。例如,上海高院发布的《关于审理毒品犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》中规定:“如果没有足够的证据证实行为人在主观上明知是毒品,但能够证实其对所承运物品的非法性具有概括性认识……可以认定运输毒品罪,在量刑时酌情给予从轻处罚。”^[2] 根据该意见,司法机关证明行为人“概括性认识”到了运输对象的非法性即可,而无须证明其对运输对象的属性有明确认识。“概括性认识”的规定无疑是一种可以降低犯罪主观方面证明难度的有效方式。此外,法律拟制本质上属于变更待证事实这一证明方法,其基本内涵是将原本不同的两个行为等同视之,并赋予二者相同的法律后果。例如,最高法发布的司法解释中规定:“《刑法》第345条规定的‘非法收购明知是盗伐、滥伐的林木’中的‘明知’,是指知道或者应当知道。具有下列情形之一的,可以视为应当知道,但是有证据证明明确属被蒙骗的除外。”^[3] 该解释共列举了三种情形,在行为人无法做出合理解释的情况下,即认为其“应当知道”自己所实施的行为的非法性。这里所列举的三种情形将“应当知道”拟制为明知,实质上扩大了待证事实的含义,将其纳入到犯罪主观方面的范畴中来降低证明难度。

(三) 运用推定证明

推定也是证明犯罪主观方面的一种方法,我国学者对于推定的概念尚有争议,笔者认为卞建林教授所给出的定义较为全面:“所谓推定,是指依照法律规定或由法院按照经验法则,从已知的基础事实推断未知的推定事实存在,并允许当事人提出反证予以推翻的一种证据法则。”^[4] 学理

上一般将推定分为事实推定与法律推定。^① 法律推定,是指根据法律的明文规定,能够根据某一事实的存在推出另一事实的存在,就无须对后一事实加以证明。目前我国司法解释中创设了诸多法律推定,例如最高法院、最高检发布的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》,其中第5条就规定了七种可推定行为人“明知”是走私的情形。事实推定,与法律推定相对应,指法律尚无明文规定,由司法工作人员依据经验法则与逻辑规则,由基础事实推出待证事实的存在。我国在司法实践中承认了事实推定,一些案件的审理也运用了事实推定的方式。由于事实推定赋予司法工作人员更为广泛的自由裁量权,因此对它的规范与限制显得尤为重要。但是另一方面,在某种程度上囿于事实推定可能会导致法官自由裁量权的滥用,进而出现错案;在实践中一些法官在审理时又显得过于保守,该使用事实推定时却不敢使用。目前学界多数学者对刑事推定这一证明方法的存在与适用持肯定态度,如张明楷教授就曾指出在窝赃、销赃案件中,行为人主观上是否明知犯罪对象为赃物可以通过客观事实推定得知。^[5] 推定在犯罪主观方面的证明工作中发挥了重要作用,通过推定来证明行为人的意图、故意、明知等主观心理状态,能够有效节省取证成本,简化举证程序,兼顾诉讼经济与诉讼效率。

二、证明犯罪主观方面的实践困境

(一) 犯罪主观方面证明难

从我国目前的刑事诉讼实践来看,犯罪主观方面证明难的问题已经日益彰显出来。在部分案件中,司法机关可以通过获取被告人口供、案发

现场录像等直接证据对犯罪主观方面加以证明,在缺乏直接证据的情况下,司法机关往往难以证明被告人的目的与动机。其原因在于犯罪主观方面在本质上属于人的心理活动,他人难以捉摸与感知,其主要证据来源局限于犯罪嫌疑人、被告人的口供,获得其他有关案发现场情况的直接证据的几率相对较小,而实践中还存在虚假供述或者以刑讯逼供为名翻供等现象对证明造成干扰。同时利用间接证据对犯罪主观方面进行证明不易形成完整的证据链条、难以达到证明标准。证据来源的局限性导致获得犯罪主观方面的证明相较于其他犯罪构成要件而言更为困难。犯罪主观方面的本质特征为其证明设置了“天然”的障碍,但目前我国刑事法律条文的设计与刑法理论却欠缺对犯罪主观方面证明的特殊性的考虑。我国刑法及刑事诉讼法的司法解释中均明确提到,对于某些犯罪公诉机关需对被告人有无罪过、行为的动机、目的加以证明^②,但刑事诉讼法并未针对犯罪主观方面的证明做出相应的规定,也未明示证明的方法。从刑法理论的角度来看,目前我国刑法理论中“要件齐合填充”^③式的犯罪构成体系缺乏层次性,各构成要件之间不具备推定关系,法庭审理中各犯罪构成要件需要一一得证,犯罪主观方面也不例外,一般而言不能通过客观事实对行为人的犯罪主观方面予以推定。同时,在证明责任的分配上适用“谁主张谁举证”这一基本原则,在法律无例外规定的情况下均由公诉机关承担犯罪主观方面的证明责任,且需达到“案件事实清楚,证据确实充分”的证明标准,这使得公诉机关的证明工作陷入重重困难之中。理论与实践的脱节已经使得犯罪主观方面证明难成为司法实践中一个不容忽视的问题。

① 目前学界对于推定的分类存在分歧。有学者提倡“三分法”,即法律推定、准法律推定与事实推定;认为以法律或司法解释形式规定的推定为法律推定,以其他规范性文件形式的规定的推定为准法律推定。有学者赞同“两分法”,即法律推定与事实推定。笔者也赞同两分法,法律推定与事实推定的主要区别在于是否具有法律明文规定,虽然规范性文件中设置的推定没有明确的法律授权,但其在司法实践中的效力基本等同于法律、司法解释中的推定,因此笔者认为可将规范性文件中的推定视为法律推定,并予以相同规制,便于一致解决适用等问题。

② 参见最高人民法院1998年9月《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第52条:“需要运用证据证明的案件事实包括:(一)被告人的身份;……(四)被告人有无罪过,行为的动机、目的;……”

③ 在我国的犯罪构成理论中,犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客体、犯罪客观方面四个要件紧密依存,缺一不可,一旦四要件“拼凑”成功,就可以认定犯罪。四要件构成理论作为一种平面性的排列组合,不具备逻辑层次,具有静态的特征。

（二）司法机关权力的滥用

刑法出于保护公众合法权益的考虑，防止“客观归罪”现象的发生，明确规定公诉机关必须对行为人的犯罪主观方面进行达到法定证明标准的证明。但司法实践中出现的问题却与法律设计的初衷相悖，司法机关为了达到证明的目的不择手段，对犯罪主观方面证明的规定反而成为实践中出现大量刑讯逼供现象的诱因之一。司法机关在利用间接证据难以形成完整的证据链条对犯罪主观方面加以证明的情况下，基于破案与胜诉的压力，办案工作的重点自然就集中到获取口供上来，导致实践中刑讯逼供的现象屡禁不止。同时，由于目前我国刑事法律中对于非法证据排除规则的规定尚不完善，无法厘清“重复性自白”是否可采、在羁押场所外获取口供是否算作非法证据、疲劳审讯如何界定等相关问题，对于被讯问人的保护仍存在很多空白地带，导致一些侦查人员钻法律的空子非法获取口供。法律制度的设计缺乏对诉讼实践的考虑，相关保护制度不完善等原因使得实践中刑讯逼供现象频频发生。

除了刑讯逼供的问题，我国的司法实践中还面临着司法人员滥用权力对犯罪主观方面随意定性的严峻问题。在用以证明犯罪主观方面的直接证据匮乏，且间接证据无法形成完整的证据链条时，实践中法官通常采用推定的方式对被告人的主观罪过来进行裁量。但推定的适用存在极高的风险。以近年来定性争议较为突出的合同诈骗罪与普通经济纠纷如何区分这一问题为例，通过查阅近年来合同诈骗罪的相关判决书，笔者发现合同诈骗罪被改判无罪案件并非罕见，曾经引起社会广泛关注的“汽车租赁元老洗冤录”就是其中一例。2011年，北京市中汽乾坤汽车租赁有限公司董事长韩某因合同诈骗罪一审被判处有期徒刑10年零6个月。根据《刑法》第224条的规定，判断被告人的行为是否构成合同诈骗罪，关键点在于判断行为人主观上是否具有非法占有目的。本案的判决依据是最高法《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》，一审法院根据解释中列举出的推定情形判定韩某主观上具有非法占有目的。二审法院审理后认为原判认定事实不清、证据不足，两次裁定发回重审，在

重审阶段检方申请撤诉，韩某被无罪释放。^[6] 本案中公诉机关的起诉决定过于草率，一审法院对于推定的把握不够准确、各环节上的疏漏共同导致了这起冤案的发生。推定所引发的冤枉无辜的风险通过本案可以洞见，法律推定的适用尚且如此，事实推定意味着法官享有更多的自由裁量权，法官一旦降低自己对于经验法则与逻辑规则的遵循标准，就很有可能引发对主观罪过定性错误的后果。实践中更为严峻的问题是，部分司法人员忽视犯罪主观方面的证明对于定罪量刑的作用，随意的推定行为人的主观罪过，并且推定的过程在判决书中往往都是草草带过，司法人员这种不负责任的推理过程进一步增大了对犯罪主观方面错误定性的风险，随时可能侵害被告人的合法权益。

三、犯罪主观方面证明困境成因之探究

（一）我国犯罪构成要件设置问题

犯罪构成理论作为刑法理论体系的基石，是连接刑事实体法与刑事诉讼法的纽带，是认定犯罪的指导性理论，对于指导司法实践具有重要意义。但是，客观上造成我国诉讼实践中犯罪主观方面证明困难的原因之一是我国刑法中的犯罪构成体系不具备推定机能，无法为诉讼证明实践提供指导。我国的犯罪构成体系是在20世纪50年代借鉴苏联犯罪构成理论的基础上形成的，学界称其为“平面耦合式结构”。这种平面式缺乏层次的犯罪构成要件理论在一定程度上违反了法律推理的一般原则。与大陆法系及英美法系的犯罪论体系对比来看，两大法系的犯罪论体系是具有层次性的：分为积极要件（符合性或犯罪本体要件）和消极要件（违法性、有责性或责任充足要件）。判断一个行为是否构成犯罪，首先要求其符合犯罪构成要件中的积极要件相符，是否符合犯罪构成中的消极要件（其中包含犯罪主观方面）可以通过推定得出。世界上许多国家都采取通过犯罪积极要件推定的方式来对犯罪主观方面加以证明，并在适用推定时赋予被告人反驳的机会。而我国的犯罪构成体系中的四个构成要件均为“积极要件”，各要件均体现为入罪功能，不具备出罪

功能。这种四个“积极要件”并存的犯罪构成体系不具备推定逻辑关系,使得犯罪构成体系无法有效指导诉讼证明实践,犯罪主观方面无法直接通过推定得证是加剧其证明困难的原因之一。同时,推定机能的缺乏意味着公诉机关要承担更多的证明责任,公诉机关除了证明犯罪客观要件外,还必须对免责事由、违法阻却性事由存在的可能性一一予以排除,达到客观真实的证明标准,进一步加大了公诉机关的证明难度。

(二) 程序法与实体法的背离

“重实体、轻程序”这一错误的价值倾向在我国的法律史上长期存在,这种错误的观念甚至影响至今。随着国外程序正义理论的引入与发展,我国学者逐渐重视起程序的独立价值,但同时却出现了部分学者比较实体价值与程序价值二者孰轻孰重的问题,这种偏激性的认识加深了刑法与刑事诉讼法之间的矛盾。同时,目前能够将刑法与刑事诉讼法联系起来研究的学者较少,一是由于精力有限,二是由于学科划分的不断细化,使得学术研究“碎片化”的问题日益严重。认识上及研究上形成的壁垒直接作用于刑事立法,导致刑法与刑事诉讼法在立法上欠缺协调配合,使得二者之间的关系愈发紧张,这种紧张关系对犯罪主观方面证明的影响较为显著的表现是刑事立法与诉讼实践的脱节。

我国刑法对于精密的犯罪构成理论的追求造成了司法实践过程中犯罪主观方面的证明困难,成为“刑讯逼供”等违法行为发生的诱因。例如,我国刑法中规定行为人主观上具有“非法占有目的”才能够构成合同诈骗罪,立法的原意是防止将不具有非法占有目的的普通民间借贷等经济纠纷与合同诈骗相混淆,但实践中却还是出现了诸多被错误判处为合同诈骗罪的冤假错案。究其原因在于这一犯罪中的“非法占有目的”不易界定、难以证明,根据客观证据往往难以洞察行为人的真实目的,因此实践中证明工作更多地倚赖于犯罪嫌疑人、被告人的自行供述,这就导致办案人员迫于破案的压力,为完成证明任务不择手段地获取口供。我国刑法出于防止不当入罪、

保护公民法益的考虑设置了精密的犯罪构成体系,但在诉讼实践中却引发出程序性违法的问题。与此同时,刑事诉讼法也在不断地发展与完善,不断加大对犯罪嫌疑人、被告人权益的保护力度,严厉打击刑讯逼供等程序性违法行为。例如,2012年新修订的《刑事诉讼法》中确立了不得强迫自证其罪原则,还对律师会见权、调查取证权做了突破性规定,以期加强对犯罪嫌疑人权利的保护,防治程序性违法。新刑事诉讼法在程序正义方面做出了较大的努力,但单纯考虑程序设计上的“完美”而忽略了对实体正义目标的追求的做法是不可取的。实践中出现了部分司法工作人员片面强调程序正义价值的问题,忽视了证据对于认定案件事实的重要作用,导致错误地适用法律或对案件错误定性,造成冤假错案,使得刑法的实施效果大打折扣。对刑法与刑事诉讼法的割裂性认识、碎片化研究使得二者背道而驰的问题日益严峻,同时也加剧了犯罪主观方面的证明困境。

(三) 刑事推定的立法缺陷

推定作为一种跳跃性的思维过程具有极高的风险,因为在从基础事实推出待证事实的过程中,主要倚靠的是法官对经验法则的使用及对法律规定的遵守,而基础事实与待证事实之间的联系只是较大的可能性而非必然性,可见推定的设置与适用不应是随意的,缺乏法律规制的推定极易引发滥用的风险。同时,推定往往会对控辩双方证明责任的分配产生影响。因此,无论是针对法律推定还是事实推定,都有必要在法律中对被告人反驳推定所需承担的证明责任、所要达到的证明标准等问题予以明确。总的来看,目前我国刑事推定的立法缺陷主要体现在以下几个方面。

第一,法律推定的创设主体复杂且分散、设立形式上效力不足。在我国,法律推定的创设机关涵盖立法、司法及行政领域。通过归纳总结法律推定的相关法律和司法解释,笔者发现目前我国法律推定的创设主体并不局限于立法机关,还包括“两高”以及公安部等行政机关。鉴于我国法律推定的创设主体存在多元化、分散化的问题,有必要对法律推定的创设主体

进行明确与限制,防止犯罪嫌疑人、被告人陷入不合理的危险之中。其次,目前我国现有的法律推定大多是以司法解释的形式规定的。世界上许多国家都在刑法中设置了推定,法律推定对证明责任的重新分配会对被告人的诉讼权利产生实质性影响,以司法解释的形式来设置推定的合理性有待考证。

第二,我国既定刑事法律中缺乏推定的适用规范,无论是法律推定还是事实推定在实践中都需要被规制。国外多通过违宪性审查等方式对推定的适用加以限制,反观我国,由于犯罪构成体系不具备推定功能,为解决证明难题,有关部门出台司法解释针对实体法上具体犯罪的具体情节规定了推定,但程序法上却缺乏与之相对应的适用规范。《人民检察院刑事诉讼规则》中明确指出,对于推定事实无须运用证据加以证明。^①但该规定并未指出如何启动推定、适用推定的庭审程序如何进行。刑事推定的适用目前仍缺乏规制,这一现状容易导致司法人员在缺乏规范指导的情况下,自由裁量权运用不统一或恣意运用,因此有必要对刑事推定的适用以法律的形式予以规范。

第三,被推定人的权利缺乏系统性的法律保障。刑事推定不仅是证明方法,也涉及证明责任的分配。目前我国司法实践中不利于被告人的推定占绝大多数,一般而言对于推定事实要求被告提出证据反驳,若被告人不能提出证据予以反驳,将承受败诉的不利后果。现有法律中缺乏对推定不利方的权利以及救济渠道的规定,诉讼进程中的许多问题需要解决。例如,被告人在对推定予以反驳时,他所承担的是提出证据的责任还是也一并承担说服法官的责任^②?反驳需要达到何种标准才能够推翻推定?怎样设置滥用推定的救济手段?由于更多有关刑事推定诉讼程序中的问题在现行法律中是没有体现的,而立法上的空

白容易产生危害被告人合法权利的不利后果,因此在法律中建立起反驳推定、权利救济的系统性保护机制是十分必要的。

四、犯罪主观方面证明困境出路之探索

刑事一体化作为一种价值观念与方法论,它在观念上强调打破学科界限、对刑事学科的整体性研究,在方法上指导着建立学术研究 with 诉讼实践紧密联结的互动机制。我们不难看出犯罪主观方面的证明是一个涉及多个刑事学科的问题,也是一个实体法与程序法交叉领域的问题,我们无法将打破犯罪主观方面证明的困境单独寄希望于某一学科的研究与发展,这一问题需要各刑事学科打破学科藩篱,在研究中、立法上、实践中相互配合才能得以根本解决。为解决犯罪主观方面的证明困境,笔者建议从调整犯罪构成体系入手,加强实体法与程序法在学术上、立法上的联系与融通,并对推定的适用等问题加以规范,发挥刑事一体化思想的指导性作用,促进刑法理论与刑事诉讼实践的协调发展。

(一) 调整犯罪构成要件的设置

在大陆法系及英美法系国家,犯罪构成体系可以通过推定作用于诉讼证明实践、影响证明责任的分配。面对我国诉讼实践中的证明困境,有必要借鉴大陆法系及英美法系的犯罪构成体系,对我国的犯罪构成体系进行调整,通过恢复犯罪构成体系的推定机能,发挥其对诉讼证明实践的指导作用。笔者建议将违法性要件添加到我国的犯罪构成体系中来,明确犯罪构成体系的层次性。首先,学界通说认为目前我国犯罪构成体系中的犯罪客体是一个虚设性的要件,不具备实质性意义,同时我国犯罪构成中欠缺违法性要件,因此笔者建议将违法性要件的内涵融入到犯罪客体当中,这样不仅有利于恢复犯罪构成体系的定

^① 参见最高人民检察院2012年11月《人民检察院刑事诉讼规则》第334条第5款:“在法庭审理中,法律规定的推定事实不必提出证据进行证明。”

^② 英美法系的证据法理论将证明责任分为“提供证据责任”与“说服责任”两个不同的层次。提供证据的责任是初级责任,它是指对某一特殊争议事实提出证据令法官满意的责任。说服责任,是指诉讼当事人为使法庭的事实审理者(法官或陪审团)相信其所主张的事实是真实的而承担的证明责任。提供证据责任可以在双方当事人之间转移,说服责任直到所有证据提出后才会产生,且不会发生转移。在刑事诉讼中,说服责任始终由公诉方承担。

罪功能,也可以完善被虚置的客体要件。其次,目前我国“要件齐合填充”的犯罪构成体系不具备层次性,有必要对其层次性进行划分,恢复犯罪构成体系的推定功能,使证明责任在控辩双方之间合理分配。通过分析大陆法系及英美法系的犯罪构成体系,可以发现二者的共同点是均由积极要件与消极要件构成,通过证明积极要件可以推定出消极要件的存在。借鉴两大法系犯罪构成的推定层次,笔者建议在犯罪客体吸收违法性要件的内涵后,将犯罪客体与犯罪主体、犯罪主观方面(即有责性要件)一同确立为消极要件,将犯罪客观方面确立为积极要件,构建积极要件与消极要件并存的犯罪构成体系,以发挥刑事推定对犯罪主观方面证明的指导作用。目前刑法学者们对于犯罪构成体系的改革也都提出了许多不同的设想,笔者的思路未必最为全面可行,但笔者认为,在对犯罪构成体系的进行重构的过程中,理论与实践相结合这一出发点是必须坚持的,犯罪构成体系不仅应在理论上完整严密,它还应当在能够在侦查、起诉、审判等诉讼活动中展现其生命力。

(二) 联结实体法与程序法

刑法与刑事诉讼法二者之间本是以犯罪为纽带紧密联系、互相影响的关系,谷口安平教授就曾指出过实体与程序之间的循环运动关系:“一方面是实体法的一般规范命题通过诉讼过程中的程序展开得到贯彻实现;另一方面,则是诉讼审判程序不断地形成实体法的具体内容并累积性地反馈到一般规范层次上去。”^[7]但是,由于近年来许多学者对实体法与程序法独立价值的过分强调,使得刑法与刑事诉讼法之间呈现相互背离的问题,本文所述犯罪主观方面证明困难的问题,部分成因在于刑法理论不能有效指导诉讼实践,诉讼程序阻碍实体正义的实现。

为修复刑法与刑事诉讼法之间的“裂痕”,首先应当树立刑事一体化的思想,正确认识二者关系。无论是在学术研究中、刑事立法中还是在司法实践中,都应基于刑事一体化的视角辩证地看待刑法与刑事诉讼法的关系,对“重实体、轻程序”等偏激思想予以坚决摒弃。在正确认识二

者区别的同时,又要看到刑法与刑事诉讼法之间的紧密联系。刑事学科的不断细化也使得学术研究中的“碎片化”问题日益严重,因此刑事法学者们在研究过程中应尽量撇开学科界限,避免对二者进行孤立研究,在研究本学科课题时关注相关刑事法前沿问题,在交流互动中促进整个刑事法学的发展。再者,化解刑法和刑事诉讼法立法上的冲突是促进二者深度融通的重要途径。只有在立法过程中注重刑法与刑事诉讼法的衔接与配合,平衡刑法所倡导的主客观相一致原则与刑事诉讼法坚持的证据裁判规则,实践中二者相互矛盾、抵触的问题才能逐步消减,才能共同有效配合打击犯罪,刑事一体化思想才不会仅仅停留在理论层面。也有学者给出建议,为促使二者协调并进,“要在立法过程中,协调并整合刑法与刑事诉讼法的关系。刑法与刑事诉讼法的立法必须共同讨论与策划,立法应尽量吸收对方学科的专家参加”^[8]。

(三) 完善推定的立法规范

目前我国部分地区的司法机关已经认识到推定的适用缺乏规制的问题。例如,安徽省公检法于2014年12月31日联合发布了《关于办理合同诈骗等犯罪案件工作座谈会纪要》,要求办案机关坚持主客观相统一的原则,全面收集事实、行为、手段等相关证据,特别强调“据以推定的基础事实必须是有证据予以证明的客观事实,且作为推定的基础事实和待证事实之间应当有紧密的常态联系,慎重判断行为人的主观目的”^[9]。该《纪要》虽不具备法律效力,但在一定程度上能够体现出目前我国刑事推定的适用缺乏规范的问题。针对实践中滥用推定的风险,有必要对其进行实体法与程序法上的共同规制。

第一,确定法律推定的设立主体、调整其设立形式。目前我国法律推定的创设主体包括立法机关、两高以及公安部等行政机关,为使被告人的合法权益免受推定制随意性的侵害,需对刑事推定的制定主体加以限制。鉴于刑法的稳定性的考虑,不宜将推定的设置、规制等有关权力完全限制于立法机关。笔者认为,首先,将设置刑事推定一般性适用、限

制、反驳等条款的权力归于国家立法机关具有一定的合理性,能够加强对推定的规制,避免滥用,同时保障被推定人的权利。同时,可以允许最高司法机关设立刑事推定的具体情形,其设立必须在有关刑事推定基本法律条款的指导下进行,这也是符合司法机关在纷繁复杂的诉讼实践中及时应变的要求的。其次,目前我国与法律推定相关的法律条款大多是以司法解释的形式存在的,其效力有所欠缺。笔者建议立法机关将刑事推定的一般性条款,例如证明责任的转移、分配等内容纳入到法律之中,明确推定的法律效力与地位。有关推定的具体适用情形可以继续保留在司法解释之中,并根据打击犯罪的需要适时调整推定情形,严密刑事法网。

第二,将法律推定与事实推定的适用条件、证明责任的分配等内容纳入到刑事诉讼法中,加强对推定不利方权利的保护。首先,建议将推定的适用条件纳入到刑事诉讼法中。在刑事司法过程中,推定涉及诉讼利益以及风险分配,在一定程度上增加了被告人的诉讼风险,况且由于目前我国对被告人辩护权的保护并不完善,因此推定适用不应是随意的,诉讼法上有必要设计相应的

规制措施与实体法相配合。学者们一般认为,法律在证明极其困难、基础事实与待证事实有高度盖然性联系、被推定方能够反驳的情况下才可以启动推定。^[10]法律上对推定适用的规范可以借鉴上述观点,设计相关程序性规范,使自由裁量权在合理的限度内行使。笔者仅就这一问题提出法律设想,在立法中如何设置与表述还需立法机关斟酌和考虑。其次,推定所引发的证明责任的分配问题在刑事诉讼法中也有待明确。目前学界对于推定中证明责任转移的问题观点不一,实践中的做法也各有不同。笔者认为在推定中转移的仅是提出相关证据的责任,证明被告人构成犯罪的责任仍应由公诉机关行使,这在一定程度上能够解决公诉机关的证明难题,也符合有利于被告人原则的基本要求。最后,应从多方面入手保障被告人的反驳权。推定作为证明方法的一种,其跳跃性的证明过程具有较高的风险,自然要赋予被告人反驳的权利。对于被告人反驳权的保护,建议立法上从告知被告人推定的适用、给被告人或其辩护人足够的时间搜集证据、保障被告人的辩护权、加强判决书的说理程度的角度予以完善。

参考文献

- [1] 褚福民. 证明困难解决体系视野下的刑事推定 [J]. 政法论坛, 2011, 29 (6).
- [2] 上海市高级人民法院 2000 年 5 月《关于审理毒品犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》第 4 条第 1 项。
- [3] 最高人民法院 2000 年 11 月《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 10 条。
- [4] 卞建林主编. 证据法学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 272.
- [5] 张明楷. 如何理解和认定窝赃、销赃罪中的“明知” [J]. 法学评论, 1997 (2).
- [6] 杨昌平. 汽车租赁元老洗冤录 [N]. 北京晚报, 2014-05-05.
- [7] [日] 谷口安平著, 王亚新、刘荣军译. 程序的正义与诉讼 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 5.
- [8] 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 (2).
- [9] 安徽省高级人民法院、安徽省人民检察院、安徽省公安厅 2014 年 12 月《关于办理合同诈骗等犯罪案件工作座谈会纪要》第 1 条。
- [10] 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, 2010 (2).

(责任编辑: 李 伟)