

■ 刑 法

论持有型犯罪之主观罪过^{*}

程 宗 璋

(北京 反不正当竞争法律保护中心,北京 100080)

[作者简介]程宗璋(1970-),男,河南郑州人,北京反不正当竞争法律保护中心副主任,法学博士,主要从事刑法学研究。

[摘 要]程序上起诉机关对持有型犯罪主观罪过举证责任的免除并不意味着实体上主观罪过不再是该类犯罪的构成要件。坚持罪过责任原则,必须承认主观罪过是持有型犯罪的主观构成要件,其最大的意义在于被告人可以此进行无罪辩护。该类犯罪的主观罪过既可以由直接故意构成,也可以由间接故意构成。

[关键词]推定;罪过责任;客观责任;明知

[中图分类号]D 962. 11 [文献标识码]A [文章编号]1008-2999(2001)01-0049-04

所谓持有型犯罪,是指刑法明文规定的、以行为人事事实上非法支配和控制法律禁止持有物作为客观构成要件的一类犯罪。虽然我国理论界对该类犯罪探讨很多,但对直接关系到被告人无罪辩护的主观罪过问题却未能给予重视。该类犯罪构成是否需要主观罪过?如果需要,它应是何种主观罪过?司法实践中应具备哪些具体条件方可构成该罪的罪过?这些问题如不加以澄清,则被告人针对持有型犯罪所做的无罪辩护便会流为空谈,因而理应引起我们的重视。

一、主观罪过地位辨析

我国理论界对持有型犯罪主观罪过的探讨,主要有以下两种观点:一是认为持有型犯罪的构成无需具有罪过;二是认为持有型犯罪构成需要主观罪过,具体而言,它又存在以下两种观点:A种观点认为持有型犯罪只能由故意构成,且只能由直接故意构成;B种观点认为持有型犯罪只能由故意构成(其中包括直接故意构成和间接故意构成)。A观点与B观点的共同之处就在于均以“明知是……而持有”的方式界定持有型犯罪的主观罪过,这其中暗含持有型犯罪故意的成立应以对非法持有物的“明知”为前提。

第一种观点以“严格责任”作为自己的立论基础进行推演论证。该种观点认为,“严格责任的本质在于免除了起诉方证明被告人罪过的举证责任。严格责任制度的重要价值在于诉讼方面”^[1](第390页)。在“严格责任”概念基础之上指出许多持有型犯罪属于严格责任,即在诉讼过程中,检察机关对被告人的主观罪过不负举证责任,推演至此,这种结论是令人费解的。该观点的结论认为:既然在诉讼中检察机关对被告人的主观罪过不负举证责任,可直接推定,那么主观罪过便当然的不应是实体规范上的构成要件。在此我们不禁要提出异议:诉讼中起诉方对主观罪过举证责任的免除,如何能与实体规范的罪过不再是主观构成要件相等同?笔者认为,这种观点显然是想当然的,它将实体法上的罪过责任、客观责任与程序

* 收稿日期:2000-11-20

法上的推定相混淆。

程序上的推定一般分为绝对推定和相对推定。所谓绝对推定,是指只要推定所依据的事实已证明完全真实可靠,则推定的结论就应被认为同样真实,不得争议,更不可推翻。这种绝对推定也被称为法律拟制,相对推定是一种可以用证据推翻的推定,即可以证反的推定。

对于非法持有型犯罪,很多国家和地区在坚持罪过责任的前提下采用了相对推定原则。但是具体采用的方式却不尽相同,有的国家、地区直接将这种推定规定在实体法中,如加拿大、我国香港地区,都直接规定了被告自负举证责任;有的国家、地区在法律上虽未明确规定,但却被司法实践所认可,如美国 and 我国台湾地区等。我国大陆的法律虽未作明确规定,但持有型犯罪自身特有的客观构成要件已决定了司法上只能如此,否则在实践中便无法具体运作,该类犯罪就会形同虚设。

实体法的犯罪构成如采用的是客观责任,这种推定自然无需推定主观罪过,但这并非是该种程序的推定,而是在实体法上客观责任的自身规定。针对客观责任,笔者认为,这不是程序上免除主观罪过的举证责任,而是实体构成上不需要主观罪过。

实体法的犯罪构成如采用的是罪过责任,这种推定仍需依据罪过责任要求的犯罪构成进行推定,即根据某种客观事实推定实体法上规定的罪过的存在,进而推定犯罪的成立。实体法上规定为故意的,则推定为故意;实体法上规定为过失的,则推定为过失;如果故意和过失皆可构成犯罪的主观方面,那么根据具体情况进行择一推定。起诉机关此时虽不需对主观罪过进行举证,但并不意味着作为主观罪过的故意和过失就此便丧失构成要件的意义,它们仍然是实体上犯罪构成不可或缺的要件。罪过此时最大的意义在于被告人证反的功效:被告不但可以在罪过之外进行证反(如用第三者行为进行辩护),而且可以直接针对罪过进行无罪辩护(如被推定为故意,被告便可以凭过失进行辩护),而这恰恰是罪过责任的真正所在。如误认为这种相对推定意味着故意和过失不再是这类犯罪实体上的构成要件,那就会剥夺被告人的辩护权,使这类犯罪由罪过责任变相转化为客观责任。

第一种观点将程序上主观罪过举证责任的免除直接等同于主观罪过不再是构成要件,这种推演有失偏颇。罪过是否是构成要件,并不取决于这种推定程序,而是取决于实体刑法规范自身规定,取决于我国刑法犯罪规定的是一种罪过责任还是一种客观责任。如果规定的是客观责任,那么主观罪过当然不是构成要件;如果规定的是罪过责任,那么主观罪过理所当然是构成要件。笔者认为,我国刑法采用的是罪过责任,而非客观责任。

客观责任是指“仅仅根据行为与结果间的因果关系(如果这种因素是客观责任的构成要件的话),或者某种客观存在的事实来确定行为人的刑事责任”^[2](第 225 页)。客观责任的成立不要求罪过,不要求故意或过失。在客观责任情况下,实体法上的犯罪构成无需主观罪过,故意和过失不是构成要件的内容。

客观责任实质是一种社会的无限防卫权。它使人完全处于被动的法律客体地位,个人应有的抗辩权被社会以公共防范名义强制剥夺,因而它在某种意义上意味着法律的“暴政”。罪过责任则恰恰相反,“强调罪过原则实际上反映了一种需要对刑罚(一般和特殊)预防作用进行限制的要求。它代表一种与刑罚的预防功能相反,但在现代民主制度中却居于不可侵犯地位的基本价值:对人的尊重。除了人们自身的要求外不得为了某种目的而将人工具化,即不得将人用来作为实现超越他自身要求或强加于他的某种‘目标’的工具,是尊重人的最基本要求”^[2](第 181 页)。

因此说,第一种观点没有能真正理解程序上的犯罪相对推定,误将程序上起诉机关罪过举证责任的免除与实体上罪过不再是构成要件相等同,故而才错误地推演出既然持有型犯罪程序上必须实行其所谓的“严格责任”,那么罪过便不应再是其实体构成要件的结论。该观点的错误在于:忽视了除起诉机关外,还有其它刑事法律关系主体——被告人。对于被告人来说,起诉机关不必举证的罪过无论在实体上还是在程序上都是不可或缺的要件。

二、主观罪过构成辨析

我国刑法规定了两种罪过责任即故意和过失,并且坚持“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”。对于持有型犯罪而言,法律未作明示的过失犯罪规定,因而过失不能构成该类犯罪主观罪过。笔者认为,非法持有型犯罪应是一种故意犯罪,它既可以由直接故意构成,也可以由间接故意构成。在法律没有特别规定的情况下,持有型犯罪故意的成立并不必然以对持有物的明知为前提。

第二种观点中的 A 观点认为持有型犯罪只能由直接故意构成,这显然过于狭隘。间接故意也能构成非法持有型犯罪,以非法持有枪支罪为例:某甲素与某乙相好,甲一日将一包东西放到乙处,请求其代为保存,乙明知里面是枪支,虽不情愿,但考虑到两者的交情,最后仍采取一种听任的态度允许甲将这包东西放在他家的天棚上,直至案发。笔者认为,此时乙便应成立非法持有枪支罪。

在谈及具体的持有型犯罪时,国内论者采用的皆是“明知是……而持有”的定义形式。其隐含之义便是该种持有型犯罪故意之成立,必须以当事人对该种禁止持有物的“明知”为前提。笔者对此持否定态度。

我国学术界通说认为,犯罪故意是指明知自己的行为,会发生某种危害社会的结果,但仍希望或放任该结果的发生,致使该结果产生的心态。这里的“明知”包括明知结果必然发生和可能发生两种情形。相应的持有型犯罪的犯罪故意应表述为:明知自己的行为会造成自己对禁止持有物的持有事态,但仍希望或放任该事态的发生,致使该持有事态发生的一种心态。其明知也应包括必然性明知和可能性明知两种,对必然性明知,显然需要对禁止持有物的性质有认识,但对可能性明知来说,却不需要对禁止物的性质有认识。笔者认为,以对禁止持有物“明知”为前提成立的故意只能算是持有型犯罪得以成立的典型故意心态。除此之外,还应有以下几种特殊心态亦能成就持有型犯罪的故意:

(一)行为人不知其所面对之物的性质,或是不知其所面对容器里装有何物,但却以一种无论何物都要占有的心态,积极实施或放任某种行为,致使自己 and 法律禁止持有物之间形成事实上的非法持有关系。此时被告人的心态便应成立故意。因为该种“无论何物都要占有的心态”已经包含着“即使是禁止持有物”,也要占有的积极追求。进而言之,对于这种事实上非法的持有关系,当事人虽然并非明知,但其概括意志已表明了他对这种非法持有关系的认容,因而应成立间接故意。

(二)行为人持有一容器,根据普通人判断标准行为人应当产生怀疑或是具体条件下行为人已经产生怀疑,且行为人完全有条件将该容器打开进行查验,但行为人却没有这样做,而是采取了放任的态度,则此时行为人亦应成立间接故意。因为在该种情况下,当事人可谓故意的视而不见,且对于容器中是否为禁止持有物并非是积极避免,而是听之任之的认容,因而应成立故意。

(三)行为人因对法律置若罔闻,根本无视法律的存在而构成故意。行为人对法律采取拒绝承认,完全按自己的意志行事,根本未将法律放在眼里,其行事根本不考虑法律,只要满足他的利益,他什么事都可以做。例如,甲是那种只要给钱什么都做的人。乙付给甲钱后,让甲代为保存一件东西(内中装有法律禁止持有药品),乙根本不问是何物便代为保存。对法律的不顾使乙根本不屑于考虑自身行为的性质以及与之相关的可能后果。笔者认为,乙此时应成立犯罪故意。

对法律的拒绝承认态度,不但足以成立持有型犯罪之故意,而且在法律没有特殊规定的情况下,亦可成立任何犯罪所需之故意。这是由刑法的本质属性以及犯罪故意的内在要求所决定的。刑法是以刑罚作后盾的强制性规范,它明确地告诉人们哪些可以做,哪些不可以做,哪些应当做,哪些不应当做,甚至明确地告诉人们该如何做。刑法规范固然承担着保护法益的功能,但其所真正指向的却是行为的规范选择和标准人格模式的塑造。刑法规范具有绝对的不可规避性,在其调整范围内,它需要人们无条件地承认其规范的有效性,按照其规定的行为规范进行行为,并以其隐含的标准人格模式塑造人们的人格。而犯罪故意本质上恰恰是对这种法律所要求的人格模式的违背,是一种对刑法规范的积极违背或称之

为不合作的人格态度。拒绝承认法律,实质上便是对刑法规范力图设立和维护的行为规范以及标准人格模式的公然不认同、直接违悖和挑衅,是对法规范自身积极的违悖。简言之,便是有意志指向的违法。这种违法表现为有条件与法保持一致,但却有意不保持一致。这种对法整体的违法故意一旦和客观上的犯罪行为相结合,便可上升为针对单个条文的具体犯罪故意。

犯罪故意作为一种犯罪心态具有双重属性,一方面它作为行为人的心理活动应符合普通的心理故意;另一方面它又必须满足法律的否定性评价标准。当我们强调行为人的自我评价时,通常强调的是犯意的辩护功能;当我们强调社会评价时,通常强调的是犯意的认定犯罪功能。个人评价与社会评价并非有机统一,而是一种矛盾的共生。两者相结合的最佳结合点只能是违法性,而不能是社会危害性。违法性作为犯罪故意的成立要件要优于社会危害性。这是因为:无论是社会评价还是个人评价,其最终依据都只能是违法与否。站在司法的立场,从社会评价角度讲,社会危害性无非是对行为的社会意义的否定评价,而这种评价不是凭空进行的,必须以一定的行为准则为依据,这便是法律规范。凡是与法律保持一致就是违法,社会便认为具有社会危害性。

对法规范拒绝的态度,不但表明违法性认识,而且表明了一种有意志指向的违法,因而完全符合犯罪故意所需之认识因素和意志因素,从而构成犯罪故意。对法规范拒绝的态度内在包容着的认识因素,是指行为人(任何正常人都应知道)知道自己对法律的拒绝是法律所不容许的,是与法律不一致的,简言之便是有认识的违法。所谓意志因素,是指行为人对该种形式的违法的追求或放任。

对法律拒绝,显然是法律所不容许的。行为人明知如此但决意如此,这本身便足以说明他对法律的敌视态度,客观上行为人完全有条件遵照法律行事,但他却故意的不认识法律或是干脆拒绝承认,直接违法之心态可谓是昭然若示。笔者认为,这种态度只能归结为故意。

[参 考 文 献]

- [1] 苗有水. 持有型犯罪与严格责任 [A]. 刑事法学理论——跨世纪的回顾与前瞻 [C]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [2] [意] 杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理 [M]. 北京: 法律出版社, 1998.

(责任编辑 车 英)

Subjective Fault of Possess Pattern Crime

CHENG Zong-zhang

(Beijing Anti-injustice Competition Law Protection Center, Beijing 100080, China)

Biography CHENG Zong-zhang (1970-), male, Doctor, Deputy director, Beijing Anti-injustice Competition Law Protection Center, majoring in criminal law.

Abstract In procedure, the prosecution office exempts the subjective fault evidential burden of possess pattern crime which doesn't mean that in fact the subjective fault isn't the constitution important condition of this pattern crime. The fault burden principle must be insisted on, and that the subjective fault is the subjective constitution important condition must be confessed.

Key words presumption; fault burden; objective burden; knowingly