

我国犯罪构成体系不必重构

黎 宏*

内容提要:引进德日犯罪构成理论,对我国犯罪构成体系进行重构已经成为一种倾向。但是,我国犯罪构成体系并非被抨击的那样一无是处,而为重构论者所推崇的德日犯罪判断体系同样存在着前后冲突、现状和初衷背离、唯体系论等弊端。我国犯罪构成体系所存在的犯罪构成要件之间的关系不明、根据犯罪构成所得出的犯罪概念单一等问题,可以通过贯彻客观优先的阶层递进观念以及树立不同意义的犯罪概念的方法加以解决。因此,我国犯罪构成体系没有必要重构。

关键词:犯罪构成 犯罪判断体系 重构 改良

一、序 言

如何评价和完善我国以“四要件”为内容的犯罪构成体系,一直是我国刑法学研究中的一个热点问题。过去,人们对其探讨主要集中在对犯罪构成要件具体内容以及要件多寡的“改造”上,学界曾经出现的“二要件说”、“三要件说”以及“五要件说”就是其体现。^{〔1〕}但是,现在则出现了“重构”犯罪构成体系的呼声。这种观点以现有的犯罪构成体系“缺乏层次性,违反法律推理的一般原则”、“价值判断过于前置,不利于保障人权和实现法治”、“缺乏逻辑导向功能,在实践中使刑法功能的发挥受到影响”等为由,主张“对大陆法系的犯罪构成理论,大可不必讳言‘拿来’,径行引进一套成熟的理论”。^{〔2〕}而且,有学者已经开始在刑法学教科书中,尝试按照德日刑法学中的犯罪判断三阶段论的分析方法,

* 清华大学法学院教授。

〔1〕“二要件说”认为犯罪构成的共同要件是犯罪客观要件与主观要件;“三要件说”认为是犯罪客观要件、主体要件与主观要件,或者认为是主体、危害行为与客体;“五要件说”认为共同要件是:危害社会的行为、危害行为的客体、危害社会的结果及其与危害行为之间的因果关系、危害行为的主体要件、行为人的主观罪过。以上内容,参见高铭喧主编:《新中国刑法学研究综述(1949—1985)》,河南人民出版社1986年版,第116页以下。

〔2〕参见宗建文:《论犯罪构成的结构与功能》,周光权:《犯罪构成理论与价值评判的关系》,以上论文均刊载于《环球法律评论》2003年秋季号;梁根林、付立庆:《刑事领域违法性的冲突及其救济——以社会危害性理论的检讨与反思为切入》,载于陈兴良主编:《刑事法评论》第10卷,中国政法大学出版社2002年版,第56页以下。另外,李立众博士和阮其林教授也分别在其博士学位论文中,主张引进德日的犯罪判断体系对我国现行的犯罪构成体系进行重构。参见李立众:《犯罪成立理论研究》(博士学位论文),清华大学2004年4月印,第2页;阮其林:《犯罪构成比较研究——兼论建构“合一”的犯罪论体系》(博士学位论文),北京大学2003年4月印,第10页以下。

对我国刑法中的犯罪成立条件进行解说。^{〔3〕}

对于上述有关重构犯罪构成体系的动向,笔者深表忧虑。在这个一切都以大胆创新为出发点的年代,对犯罪构成体系做一番脱胎换骨般的变革,似乎并不是什么坏事。问题是,变革的理由何在?即重构论者所说的上述问题是否真的存在;如果真的存在,其是不是现行犯罪构成体系所固有的、无法克服的问题。同时,变革的方向何在,即德日刑法学中的犯罪判断体系是不是大家所说的那么理想,将其径行照搬到我国,就能达到消除批判者们所指出的我国犯罪构成体系所存在的种种弊端的效果。

笔者认为,我国现有的犯罪构成体系并不像批判者们所说的那样糟糕,而被拿来主义者所顶礼膜拜的德日犯罪判断体系也不是想象的那么美好。我国的犯罪构成体系存在一些问题,但这并不是其与生俱来、不可克服的顽疾,完全可以通过改良加以消除。

二、对我国犯罪构成体系的批判及其评析

我国学者对于现行犯罪构成体系的批判甚多,内容相互重叠,择其要者,可归纳为以下几点:

第一,罪与非罪认定标准混乱,内容相互矛盾。我国刑法理论与实践均坚持犯罪构成是刑事责任产生的唯一根据,认为行为一旦满足犯罪构成要件,就毫无例外地成立犯罪,不允许存在具备犯罪构成要件而不成立犯罪的情形;反之,某一行为不构成犯罪也是由于不具备犯罪构成要件。然而,在我国的刑事司法实践中,对某一行为罪与非罪的评价过程中,除了运用犯罪构成之外,还存在两个辅助性标准,即正当防卫、紧急避险等违法阻却事由和犯罪概念。后者作为除罪标准从否定方面将行为排除出犯罪圈,从而在事实上分割了犯罪构成的罪与非罪的评价功能,导致了罪与非罪认定标准的混乱。^{〔4〕}

笔者认为,上述现象确实存在,但这不是现行犯罪构成体系本身的问题,而是缘于某些学者的错误理解。

和德日将构成要件作为犯罪成立的一个要件不同,在我国,犯罪构成尽管与德日构成要件在名称上类似,但是,二者具有完全不同的内容。我国刑法中的犯罪构成是刑法所规定的、决定行为的社会危害性程度而为该行为成立犯罪所必要的所有主客观要件的有机统一,它包含了德日刑法中有关犯罪构成要件符合性、违法性和有责性的全部内容。具有这种特征的犯罪构成是判断某行为成立犯罪的最初也是最终,因而是唯一的标准。这主要体现在以下两个方面:首先,我国的犯罪构成是形式要件与实质要件的统一。在德日刑法学中,构成要件是独立于违法性和有责性的形式要件,不包含有实质评价的内容,因此,对于正当防卫、紧急避险等排除犯罪性行为,他们可以说,这类行为尽管在实质上不具有违法性,但在形式上仍然具有犯罪构成要件符合性。但在我国,犯罪构成是形式要件与实质要件的统一,行为符合犯罪构成,就意味着该行为不仅在形式上符合某具体犯罪的轮廓或者框架,而且在实质上也具有成立该罪所必要的相当程度的社会危害性。因此,就正当防卫、紧急避险而言,其之所以不构成犯罪,首先是因为其缺乏成立犯罪的实质要件即相当程度的社会危害性,在此基础上,也就缺乏形式要件——刑事违法性。换言之,在正当防卫、紧急避险的场合,没有犯罪构成符合性的存在。因此,完全不可能出现行为在符合构成要件之后,又根据正当防卫、紧急避险的规定而排除其犯罪性的情形;其次,我国的犯罪构成是成立犯罪的积极要件与消极要件的统一。刑法上每一个具体

〔3〕 如陈兴良教授主编的《刑法学》(复旦大学出版社2003年版)。该书在犯罪论体系上,采用了德日常用的构成要件该当性、违法性、有责性的三阶段的递进式体系。

〔4〕 参见聂昭伟:《论罪与非罪认定标准的统一——兼论犯罪构成体系的完善》,载于赵秉志主编:《刑法评论》(第7卷),法律出版社2005年版,第155页。

犯罪的成立条件,在刑法分则中都有规定,同时,对于各个犯罪的共同要件,在刑法总则中,也一应俱全。所以,行为是否符合具体犯罪构成,就成为区分罪与非罪的标准。具体地说,刑法上每一具体犯罪构成同时包括两方面的含义:一方面,它积极地表明了某种行为成立犯罪的性质,即符合构成要件的行为,就成立犯罪;另一方面,它消极地表明了其他行为不成立犯罪的性质,即不符合犯罪构成的行为,就是不成立犯罪的行为。这样说来,在我国刑法中,行为是否成立犯罪,只能以犯罪构成为唯一标准进行判断。行为是否具备犯罪构成要件,是否符合犯罪构成,就充分表明了行为是否包含成立犯罪的全部要件,从而决定其能否成立犯罪。除此之外,没有其他决定或者制约犯罪成立的要件或者要素。^{〔5〕}如此说来,认为我国在犯罪判断体系上,除了犯罪构成之外,还将正当防卫、紧急避险以及犯罪概念作为辅助性手段的见解是不合乎我国犯罪构成理论的。

但是,在现实的理论研究中,确实有很多学者将刑法第13条中的但书规定作为犯罪判断的辅助手段。如有的教科书上说:“在考察某种行为是否构成犯罪时,固然必须根据刑法条文的规定,同时需要认定该行为的社会危害性程度,如果行为情节显著轻微,危害不大的,就应当适用刑法第13条但书的规定,不认为是犯罪”,“对于这种情节显著轻微危害不大、不认为是犯罪的行为,在判决宣告无罪时,可在宣告无罪判决的法律文书中,同时引用刑法第13条和刑事诉讼法第15条第1项的规定作为法律根据”。^{〔6〕}应当说,这种观点是值得商榷的。因为,如前所述,行为人的行为是否符合犯罪构成是追究行为人刑事责任的唯一根据。既然说行为“情节显著轻微、危害不大”,就表明该行为的危害实质上并没有达到分则中所规定的某种犯罪的成立标准,不符合该种犯罪的犯罪构成。这种情况下,直接以该行为不符合具体犯罪的犯罪构成而否定其成立犯罪就够了,没有必要以总则第13条有关犯罪概念的规定来对其加以否定。总则第13条有关犯罪概念的但书规定,只是为分则条文中具体犯罪构成符合性的判断提供了一个参考依据而已,它本身并不是具体犯罪构成。相反地,如果直接以刑法第13条的但书规定来决定某种行为是否构成犯罪,极容易给人这样一种印象,即行为人的行为是否构成犯罪,不是取决于行为是否符合犯罪构成,而是取决于刑法第13条有关犯罪概念的规定。这样,就不仅变相地违背了罪刑法定原则,还会产生逻辑上的混乱:既然说行为符合犯罪构成是决定行为是否成立犯罪的唯一标准,为何又将刑法第13条有关犯罪概念的规定也作为决定行为是否成立犯罪的标准呢?让人费解。

同样,对于犯罪构成和正当防卫、紧急避险等排除犯罪事由之间的关系,也应当这样理解。从理论上讲,在说行为符合具体犯罪的犯罪构成的时候,实际上也意味着该行为不可能是正当防卫、紧急避险等排除犯罪事由,换言之,在得出这种结论之前,已经进行了该行为不是正当防卫、紧急避险等正当行为的判断,否则就不可能做出这样的结论来。因为,犯罪构成符合性的判断是唯一的、终局性的判断。但是,现实情况是,各种刑法教科书都是在讲述了犯罪构成理论之后,再将正当防卫、紧急避险等作为排除犯罪性事由加以说明和论述的。这种编排体系,容易让人形成这样的印象:即正当防卫等在形式上似乎符合某种犯罪构成,但因其本质上不仅不具有社会危害性,而且对国家和人民有益,所以,在形式上说明其符合犯罪构成之后,又从实质上对其加以否定。但是,这种理解是错误的。实际上,我国刑法学的通说明确指出:“我国刑法中的排除犯罪性事由并不符合或者具备犯罪构成的全部要件,只是在客观方面与某些犯罪相类似”。^{〔7〕}因此,将排除犯罪性事由作为评价罪与非罪的辅助性标准之一,认为行为虽然符合犯罪构成,但在特定情况下,可以不成立犯罪的说法是不妥当的,它没有正确地把握我国刑法中犯罪构成的特征。

第二,判断过程缺乏层次性。有批判意见认为,在中国目前流行的犯罪论体系中,缺乏评价的层

〔5〕 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1991年版,第54页以下。

〔6〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》上编,中国法制出版社1999年版,第74页,第81页。

〔7〕 马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社2003年版,第120页。

次性,主观要件和客观要件同等重要,在这种平面式结构中,看不出哪一个要件需要优先评价,无法防止人们优先判断主观要件符合性是否存在。这种理论框架的直接后果就是人们在考虑主观要件之后才考虑客观要件,容易将没有法益侵害但行为人主观上有恶性的身体动静(但不是实行行为)认定为犯罪,从而人为地扩大未遂犯的成立范围,刑法有可能在某些问题上无可避免地陷入主观主义的陷阱之中。^{〔8〕}

笔者认为,上述批判或许具有一定的现实针对性,看到了一部分现象,但和前一种批判一样,其所指出的问题并非我国犯罪构成体系本身所固有,而是批判者自身在理解上有误。

在我国的平面式犯罪构成中,虽说四个方面的要件都在一个层面上,都同样重要,缺一不可,但是,在其内部,还是有先后轻重缓急之分的。换言之,现有的犯罪构成要件的排列并不是完全随机、没有任何逻辑导向和主观意图的。实际上,先考虑客观要件、后考虑主观要件,或者将犯罪主体作为犯罪构成的第一要件、而将犯罪客体作为犯罪构成的最后要件的排列顺序,看似信手捻来,没有任何主旨,其实,每一种排列顺序都体现了论者的良苦用心。如主张按照犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面、犯罪客体的顺序排列的人认为,以上排列顺序符合实际犯罪的发生过程,即:符合犯罪主体条件的人,在其犯罪心理态度的支配下,实施一定的犯罪行为,危害一定的客体即社会主义的某种社会关系。并且认为:“犯罪构成其他三个方面要件都是以犯罪主体要件为基础的,……犯罪主体要件是犯罪构成诸要件中的第一要件,它是犯罪构成其他要件乃至犯罪构成整体要件存在的前提条件,也是主、客观相统一的定罪原则的基础”。^{〔9〕}即认为犯罪构成的作用在于确定犯罪主体即犯罪人;而主张按照犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面的顺序排列的人认为:“现实生活中,任何犯罪都是主体对法律所保护的客体的侵害,而主体只有通过一定的中介才能作用于客体。这样就形成了一切犯罪构成的基本结构,即犯罪主体——中介——犯罪客体。在这里,犯罪主体和犯罪客体是犯罪构成这个有机整体的两极,连接这两极的中介是犯罪主体进行的犯罪活动”。“在犯罪构成的最高层次结构中,犯罪主体是其最具有主动性和能动性的要素,它是整个犯罪活动过程的发动者、驾御者和控制者”,“……主体的个性特点特别是其人身危险性决定着、制约着整个犯罪活动过程的结构和特性”。^{〔10〕}可见,主张这种排列顺序的人,和上述观点一样,也主张犯罪构成要件的排列顺序应当以行为人为中心而进行。相反地,认为“坚持从客观到主观认定犯罪,是人类世代积累的进步成果和科学经验;自从‘犯罪是行为’这一命题产生之后,刑法理论便极力主张由客观到主观认定犯罪,国外通行的构成要件符合性——违法性——有责性的体系,也是为了由客观到主观认定犯罪”,“刑法学要为司法机关认定犯罪提供理论指导,传统顺序是按照司法机关认定犯罪的顺序、途径排列”,“按照犯罪行为产生的顺序来安排犯罪构成体系的合理性值得怀疑”的观点则主张,犯罪构成要件的排列顺序应当是:犯罪客体、犯罪客观要件、犯罪主体、犯罪主观要件,并认为以主体为出发点的排列顺序存在诸多问题。^{〔11〕}以上犯罪构成要件排列顺序,孰是孰非,暂且不论,这里只想说明,即便是在我国的所谓平面式犯罪构成体系中,也同样可以体现论者在判断层次性方面的主张,同样表现不同学者的价值趋向和逻辑导向,这是不容置疑的。这样说来,认为我国的犯罪构成体系是平铺直叙、没有层次性的观点,值得商榷。

批判论者认为,犯罪构成判断过程缺乏层次性是导致在犯罪的判断上陷入主观主义的原因。笔者认为,这也是一种缺乏根据的见解。实际上,即便坚持犯罪判断的层次性,也同样会导致定罪上的主观主义。如就日本的情况来看,其三阶段的犯罪判断体系在战前和战后并没有什么根本上的变化,

〔8〕 参见周光权:《犯罪构成理论:关系混淆及其克服》,《政法论坛》2003年第6期。

〔9〕 陈明华主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1999年版,第108页。

〔10〕 何秉松主编:《刑法教程》,中国法制出版社1998年版,第107页,第113页以下。

〔11〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第137页以下。

但是,在战前的日本,主观主义犯罪观盛行,而战后恰好相反,客观主义犯罪观大行其道。如果说在刑法适用上坚持客观主义还是主观主义,和犯罪判断体系直接相关的话,那么,战争结束前后,其在刑法观上所发生的巨大变化,应当在犯罪论体系上有所体现。但是,很遗憾,看不出有什么大的变化。同样,在违法性即社会危害性的有无以及大小的判断上,德国现在的通说坚持和历史上的主观主义刑法观具有亲和性的行为无价值论;而日本判例则基本上坚持了彻底贯彻客观主义刑法观的结果无价值论,学术界的主流观点也正在向此方向靠拢。但是,无论是结果无价值论还是行为无价值论,在犯罪判断过程中,都毫无例外地坚持了传统的三阶段的犯罪判断体系。因此,犯罪判断过程是不是具有层次性和在刑法观上是否坚持主观主义之间,似乎并无必然联系。

导致刑法适用上的主观主义倾向的,不是犯罪判断过程没有层次性,关键在于犯罪构成体系中以何种刑法观作为指导思想,或者说以什么作为刑法的目的。如果以彻底或者不彻底的主观主义刑法观为指导思想,将维护国家的统治秩序作为刑法的唯一目的,则必然将没有引起实际的法益侵害或者危险的“道义上的邪恶行为”或者“犯罪的主观意图”作为违法性的判断对象,从而将未遂犯的着手提前,或者将共犯的处罚范围扩大;相反地,如果以彻底的客观主义刑法观为指导思想,将现实地保护法益作为刑法的唯一目的,则必然会说只有侵害或者威胁法益的行为和结果才是违法性的判断对象,从而将不可能引起法益侵害或者威胁的不能犯行为以及主观恶意排除在违法性的判断对象之外,合理地限定刑法的处罚范围。所谓“犯罪论的体系是实现刑法目的的体系,随着刑法目的中重点的变迁,体系论也会发生变化,不可能有绝对唯一的犯罪论体系”^[12]说的正是此意。因此,可以说,犯罪构成体系只是一副皮囊,关键在于赋予其什么样的灵魂。

第三,是封闭的犯罪构成,而不是开放的犯罪构成,不能体现控诉与辩护的统一。这主要是对比德日的犯罪判断过程之后所得出的结论。持这种观点的人认为,我国现有的封闭的犯罪构成体系“留给被告人合法辩护的空间非常狭小,被告人难以平等地与国家进行对话与交涉、充分表达自己的意见。这就势必致使诉讼活动在很大程度上成为权威单方主导的定罪流程,自由对话、中立判断等对抗制模式功能得以正常发挥所必须先决条件不能得到保证。”^[13]

这种批判,应当说,也是一种想当然的观点,经不起推敲。在上述批判者的意识当中,似乎存在这样一种观念:即在犯罪构成的事由上,能够作为辩护事由的内容越多的话,该犯罪构成体系就越能够保障被告人的权利。因为在德日,被告人可以就违法性事由和责任事由进行辩护,而在我国,只能就犯罪构成这样一个内容进行辩护,所以,留给被告人的辩护空间非常狭小,其合法权利难以得到保障。这完全是一种形而上学的分析方法。在我国,犯罪构成是实质和形式相结合的犯罪构成,犯罪构成的四个方面囊括了德日刑法中的构成要件、违法和责任三个方面的全部内容。^[14]行为人在刑事诉讼中,可以就犯罪构成四个方面的任何一个方面进行辩护。如果从可辩护内容的量上进行比较,岂不是可以说我国的犯罪构成体系之下,被告人合法辩护的空间更为广阔一些?

实际上,德日的阶层的犯罪判断过程只是为人们认定犯罪提供了一个大致的思考方向,其和现实的刑事诉讼中认定犯罪的进程并不一致。只要凭借法律常识,稍微动一下脑筋,就能明白这一点。既然违法性和有责性是成立犯罪所必不可少的要件,那么,在强调“罪疑时优先考虑被告人的利益”、“无

[12] [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第71页。

[13] 田宏杰:《中国刑法现代化研究》,中国方正出版社2000年版,第361页。另外,还有人认为,我国的犯罪构成论是一次性的判断;而德日当中,行为符合犯罪构成只是认定成立犯罪的一个层次,而不是唯一要件。在犯罪构成要件的符合之后,均须进行其他层次的判断。这种封闭性结构的本质是在犯罪构成的框架之内不包含“反向机制”,即被告人合法辩护,被告人的权利主张受到忽视,权利和权力之间的结构不平衡。参见前引[2],宗建文文。

[14] 德日阶层的犯罪论体系和我国平面的犯罪构成体系,虽然在形式上迥异,但实质内容上基本一致。如德日刑法中的违法性,就是我国犯罪构成体系中犯罪客体的内容;有责性的内容则为我国犯罪构成体系中主观方面和犯罪客体方面的内容所囊括;构成要件符合性的内容则多半集中在犯罪客观方面的研究当中。

罪推定”的德日,绝对不会只是要求检察官在起诉的时候,只要概括地、一般性地调查行为人的行为是否符合构成要件就够了,而对行为人的行为是否正当防卫、行为时是否具有违法性的意识等有关违法性、有责性的问题,则忽略不计,完全交由被告方自己来举证。这岂不是明显地违背上述“罪疑时优先考虑被告人的利益”、“无罪推定”等近代刑事诉讼的基本原则而实施有罪推定吗?事实上,在日本,尽管在刑事诉讼制度上,很大程度地吸收了当事人主义的内容,但是,检察官对和起诉罪名有关的事实,仍然要承担全部举证责任。按照日本刑事诉讼法第336条的规定,符合构成要件的事实就不用说了,即便是说明违法性和有责性的事实,也在检察官的举证范围之内。上述事实,在根据检察官所提出的证据,以及法官根据职权所调取的证据,都难以证明的时候,就只能说该事实不存在,宣告被告人无罪。^[15]

上述批判意见,来自于对德日刑法中有关构成要件所具有的诉讼机能的理解。在德日,构成要件具有诉讼法上的机能,这意味着,在刑事诉讼中,检察官通常只要证明存在相当于符合构成要件的“犯罪事实”就够了,而其是否属于所谓排除违法性、有责性事由,检察官不需特地对此加以证明。被告方如果提出存在相当于上述违法性、有责性的排除犯罪性的事实,检察官只要提出该事实不存在就够了,而不用做出更高层次的积极证明。换言之,在判断行为是否成立犯罪时,虽说必须考虑构成要件符合性、违法性和有责性这样三个阶段或者说三个方面的事实,但是,检察官重点考虑的是构成要件符合性的内容,而不用对违法性和有责性的内容也逐一进行举证。但这并不意味着检察官对这些情况完全可以忽略不计。在检察官没有发现能证明行为人的行为属于正当防卫等排除违法性或者行为人在行为时没有违法性意识等排除责任事由的证据,但被告人方面提出了上述情况存在的相反证据的时候,那么,检察官就必须证明被告人所说的情况不存在。换言之,对于被告人或者犯罪嫌疑人所提出的排除犯罪性事由的证据,检察官必须能够提出反驳证据,否则,就只能承认被告方的主张。这样说来,德日和我国在刑事诉讼的过程中,检察方和被告方在攻防的程序上基本一致,被告人所辩护的实际内容,和我国也几乎没有什么差别。既然如此,凭什么说我国的犯罪构成论“留给被告人合法辩护的空间非常狭小,被告人难以平等地与国家进行对话与交涉、充分表达自己的意见”呢?

事实上,被告人是不是能够参与刑事诉讼,是不是享有合法辩护权,在多大程度上享有合法辩护权,这些都是由作为程序法的刑事诉讼法所规定的内容,而和作为实体法的刑法没有多大关系。犯罪构成是作为实体法的刑法所规定的成立犯罪的规格、标准和类型,它本身是一个被辩论的对象,并不能决定被告人所享有的辩护空间范围的大小。如果从可辩护内容的数量多寡来看,可以说,我国的犯罪构成成为被告人提供了更为广阔的辩护空间。

第四,将客体作为犯罪构成要件,导致先入为主。批判意见认为,通说的刑法理论将客体作为犯罪成立的首要条件,所谓客体就是刑法所保护而为犯罪所侵害的社会关系,这就是实质性的价值判断。此判断一旦完成,行为就被定性,被告人无法为自己进行辩护。这是一种过分强调国家权力的做法,它会导致一系列危险,不利于保障人权和实现法治。^[16]

上述批判意见固然有一定的道理,但是,笔者认为,导致这种现状的原因并不是犯罪构成体系本身,而是学者们在给犯罪客体下定义时犯了循环定义毛病。本来,所谓犯罪,就是严重危害社会即严重侵犯刑法所保护的客体、值得刑罚处罚的行为,其成立,以对客体造成实际侵害或者现实威胁为条件;但是,通说在定义什么是犯罪客体时,却又说客体就是为“犯罪行为所侵犯的社会关系”。这样,在犯罪和犯罪客体的叙述当中,二者互相限定,循环定义,这显然是不符合定义的基本原理的。其实,客体,就是刑法所保护的社会关系或者说是合法利益,如杀人犯罪中的人的生命、财产犯罪中的他人对财产的所有权以及以租赁、借贷等为根据的合法占有权,就是其体现。这些社会关系或者利益,在

[15] 参见[日]山中俊夫:《概说刑事诉讼法》,弥勒卢比书房1988年版,第290页。

[16] 前引[2],周光权文,第298页。

刑法分则所规定的各个相应条款中存在,是制定这些条款的前提,即便没有受到犯罪行为的侵害,它也是客观存在并受到刑法保护的,因此,完全没有必要以“为犯罪所侵害”来对其加以修饰。

由于存在上述定义上的问题,因此,在过去的犯罪构成体系的研究当中,有很多人主张,犯罪客体不是犯罪构成要件,应当将其从犯罪构成中排除出去。^[17]但是,笔者认为,在我国的犯罪构成体系当中,是无法将其排除在外的。因为,我国的犯罪构成是形式构成和实质构成的结合。行为是否符合实质构成,取决于其是否侵犯了客体要件。如果将客体要件排除的话,犯罪构成就会成为一个徒具形式内容的空壳,完全偏离我国刑法中犯罪构成体系的特征。具体而言:首先,不考虑客体,将无法把握犯罪构成中的客观方面要件和主观方面要件的实体内容。从形式的犯罪构成和实质的犯罪构成统一的角度来看,成立某具体犯罪的危害行为即实行行为,不仅要求该行为在形式上符合该罪的外形,而且还要求在实质上具有成立该罪的危害行为所预定的危险。如盗窃罪的客体是所有权以及其他的合法占有。在行为人将自己的被盗财物从盗窃犯那里秘密取回的时候,如果不考虑盗窃罪的犯罪客体,就无法认定该行为的性质。因为,盗窃不仅仅是徒有秘密获取或者以平和的方式获取他人财物的外形的行为,还必须是具有能够对他人财产所有权造成现实威胁的内容的行为。明知他人口袋里一无所有而秘密窃取的行为,徒有窃取行为的外形,而不具盗窃罪实行行为的实质;同时,即便说在形式上“秘密获取行为”是盗窃罪的实行行为或者说是危害行为,但也不能说从盗窃犯那里秘密取回自己财物的行为成立盗窃罪,因为,行为人的行为并没有侵害他人的财产所有权,而只是恢复了自己的所有权而已。在犯罪主观要件的认定上,也同样如此。行为人尽管具有盗窃的故意,但意图盗窃的对象仅仅限于数额较小的财物,不是刑法所保护的数额较大的财产的时候,还不能说行为人具有犯盗窃罪的主观故意,而只有在行为人的主观意图是指向刑法所保护的数额较大的财物时,才能说行为人主观上具有值得作为盗窃罪加以谴责的故意。

其次,将客体从犯罪构成中排除出去,也无法对具体犯罪进行认定,从而使犯罪构成的犯罪个别化机能丧失。如盗窃正在使用中的照明电线或者通讯电缆的行为,和盗窃已经废弃不用的电线或者电缆的行为,在形式上完全一致,但是,在具体的犯罪认定上,结论会大不相同,一个构成盗窃罪,另一个则构成破坏电力设施罪。之所以会出现这种结局,就是客体起了关键作用。前者侵害的客体是财产所有权,而后者侵害的则是公共安全。

主张将客体从犯罪构成体系中驱逐出去的理由之一,就是德日刑法学中,只是将行为对象作为构成要件要素,而没有将犯罪客体作为构成要件要素。^[18]这是没有注意到德日的犯罪论体系全貌所得出的结论。在德日的犯罪判断体系中,可以将犯罪客体排除在外,因为,在他们看来,构成要件符合性的判断是形式判断,不需要考虑实质性的内容,因此,在构成要件符合性的判断阶段,只要考虑诸如是不是有人在有认识或者应当认识而没有认识的情况下,实施了剥夺他人生命或者秘密获得了他人财物之类的客观事实就够了,而不用考虑该剥夺他人生命行为是不是正当防卫,该秘密获取行为是不是自救行为。对上述内容的考虑,则被放在犯罪判断过程的第二个阶段即违法性的阶段予以考虑。在这个阶段,要透过行为的外表,考察行为的本质。其中最为重要的内容,就是看行为是否侵害或者威胁到了刑法所保护的合法利益即犯罪客体。因此,在德日,并不是不考虑犯罪客体,只是不放在构成要件符合性的阶段加以考虑而已。这样说来,以德日的情况为例说明我国的犯罪构成中不应当考虑

[17] 一般认为,最早提出这个观点的是张文教授(参见张文:《关于犯罪构成理论的几个问题的探索》,载《法学论文集》续集,光明日报出版社1985年版,第252页以下)。刘生荣博士在《犯罪构成原理》(法律出版社1997年版)、杨兴培教授在《犯罪构成的反思与重构》(《政法论坛》1999年第2期)中均认同这一观点,并从不同角度进行了论证。另外,张明楷教授一方面认为,犯罪客体不是犯罪构成要件,但是,另一方面,他又认为犯罪构成其他要件都是以客体为核心确定的,并认为将犯罪客体放在犯罪构成要件的首位,有利于对犯罪构成进行实质性的理解,从而有利于犯罪构成理论的深化。参见前引[11],张明楷书,第134、138页。

[18] 参见前引[11],张明楷书,第134页。

犯罪客体的观点,是没有注意到国外的犯罪体系和我国的犯罪构成之间的差别而得出的错误结论。^[19]

三、德日犯罪体系论的问题及其转变

上述主张重构我国犯罪构成体系的学者不仅提出了破除旧体系的主张,而且还指出了建构新的犯罪构成体系的方向。在这一点上,他们不约而同地选择了德日的构成要件符合性、违法性和有责性这种三阶段的层次性判断模式。他们认为,这种模式具有以下优点:(1)在逻辑上具有递进性,有助于明确要件之间的逻辑关系;(2)具有层次性,能够厘定各种要件之间的界限;(3)具有高度的理性,能维护法律适用的安全性,有助于实现结果的正义性。

笔者认为,上述观点具有偏听偏信之嫌,一厢情愿地过分夸大了德日犯罪构成体系的合理的一面,而没有甚至也不愿意看到其不足的一面。在这一点上,德日学者的态度能够为我们提供一个比较全面的借鉴。德国学者罗克信认为,德国刑法中犯罪认定的体系性思考,存在以下不足:一是忽略具体案件中的正义性;二是减少解决问题的可能性,阻断了对更好的犯罪认定方法的探索;三是不能在刑事政策上确认为合法的体系性引导;四是当人们努力把所有的生活形象清楚地安排在很少的主导性观点之下时,抽象概念的选择会忽视和歪曲法律材料的不同结构。^[20]同样,日本学者也认为,日本的犯罪体系论由于受德国刑法学的绝对影响,采用的是“构成要件”、“违法性”、“责任”这种观念的、抽象的犯罪论体系,因为必须考虑什么是构成要件,构成要件和违法性、责任之间处于什么样的关系,因此,具有强烈的唯体系论的倾向。结果,一般国民就不用说了,其他法律领域的人也因为刑法体系过于专业而难以接近。不仅如此,这种体系,使得无论在战前还是在战后,都难以自下而上地对刑罚权的任意发动现象进行批判,并为这种批判提供合理根据。^[21]

在笔者看来,德日的阶层的犯罪论体系所面临的问题,可能并不比我国的犯罪构成体系少。具体而言,有以下几点:

第一,体系上前后冲突。按照德日刑法学中广泛通行的观点,构成要件符合性是犯罪判断过程的起点,是推定行为是否违法、是否有责的事实依据。换言之,在行为符合刑法中的某个犯罪的构成要件,具有构成要件符合性的时候,原则上就可以肯定该行为具有违法性和有责性。在此意义上讲,构成要件具有所谓推定机能。但是,和我国一样,德日刑法中还有行为人不负刑事责任的特殊情况,这就是存在正当防卫、紧急避险、正当行为等所谓排除违法性的事由以及没有违法性意识、没有期待可能性等排除责任事由的场合。因此,行为人面临紧急不法侵害,为防卫自己或者他人的权利不得已而实施的行为,或者在为了避免紧急危险,不得已而侵害和该危险无关的第三人的利益的时候,不负刑事责任。理由是,这些行为尽管符合构成要件,但由于不具有违法性,所以,不构成犯罪。这里问题就出现了:近代以来,刑罚权为国家独占,任何人都不得以任何理由替国家代行刑罚权,擅自处分他人的生命、身体、财产等刑法所保护的利益。正当防卫、紧急避险等,就是行为人违反上述原理,擅自行使刑罚权的行为。因此,这种行为也是符合刑法所规定的具体犯罪的构成要件的行为。既然如此,按照构成要件的推定机能,上述行为也应当说是违法行为才合乎逻辑。但是,德日刑法中,上述行为却被看作排除违法性的行为了,换言之,构成要件的推定机能正当防卫、紧急避险等场合失灵了。对此,德日的学者也深感为难,只好用“原则与例外”这种超出刑法学范畴的理由来对其进行说明。即“即便

[19] 当然,还有一种观点认为,不是不考虑犯罪客体内容,而是将其放在犯罪概念阶段加以考虑。这也确实符合我国的犯罪论体系。但是,如此说来,我国的犯罪构成岂不是成了一个形式的犯罪构成?

[20] 参见[德]克劳斯·罗克信:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,法律出版社2005年版,第128页以下。

[21] 参见[日]刑法理论研究会:《现代刑法学原论(总论)》,三省堂1989年版,第317页。

符合构成要件这种原则类型,但是,例外地存在一些必须否定处罚的特殊情况。如杀人行为在类型上是不好的行为,但在遭到袭击,不得已而奋起反击的场合,就不应当受到处罚。”〔22〕可见,就犯罪判断过程的逻辑关系而言,德日也同样存在难以解决的问题。

不仅如此,这种体系上的冲突还表现在有关违法性、有责性判断上,有先入为主的倾向。按照现在在德日所流行的犯罪判断过程三阶段论,构成要件符合性是认定违法性和有责性的事实依据,行为只要符合构成要件,原则上就可以积极地推定其具有违法性和有责性,而在违法性和有责性的阶段上,只要消极地探讨什么样的行为不是违法行为和有责行为就够了(事实上也是如此,如在违法性的论述上,重点探讨正当防卫、紧急避险等排除违法性事由;在有责性的阶段上,重点探讨期待可能性以及违法性意识等排除责任事由)。这样,违法性阶段和有责性阶段的任务,只是说明什么样的行为不违法和没有责任,而不用积极地探讨什么样的行为违法,什么样的行为有责。本来,构成要件符合性的判断是形式的、一般性的判断,不应当带有价值判断的色彩在内,但是,由于构成要件是违法性和有责性的类型,换言之,符合构成要件就可以说具有违法性和有责性,在尚未说明什么是违法和有责之前,就说符合构成要件的行为是违法、有责行为,这样,在违法和有责这种本属价值判断的问题上,岂不是也存在先入为主的嫌疑吗?而且,因为在违法性和有责性的问题上,主要考虑出罪条件即什么样的行为不违法和没有责任,而不是积极探讨什么样的行为违法、有责即入罪条件,那么,违法性的程度和责任程度之类的问题,就更无从谈起了。虽然现在的教科书中,一般都会在排除违法事由和排除责任事由之前讨论什么是违法和什么是责任及其程度问题,但是,在此讨论这些问题有“马后炮”的嫌疑。因为,在说明什么是违法性和有责性之前,就已经说明构成要件符合性是推定违法性和有责性的事实根据了。看来,犯罪判断过程上的先入为主,在德日刑法中,也同样是难以解决的大问题。

第二,现状和初衷背离。建立阶层递进的犯罪论的初衷,就是本着先易后难的认识规律,将一般性的形式判断放在构成要件符合性的阶段进行,而将具体的实质判断委诸违法性和有责性的判断,以防止法官在定罪上的任意性和肆意性,体现罪刑法定原则的宗旨。但是现在情况已经发生了戏剧性的变化,什么时候进行形式判断,什么时候进行实质判断,顺序已经完全颠倒。构成要件符合性的判断承担了犯罪判断的大部分任务,而在违法性判断和责任判断阶段,则仅仅进行一些消极的排除性工作,以至于有日本学者认为,完成了构成要件符合性的判断,犯罪行为的甄别工作就已经完成了大半。〔23〕这一点,只要简单回顾一下德日的构成要件的发展历史,就能明白个中道理。

在德国,最初展开构成要件论的是贝林格。他认为,只有符合类型的行为才是犯罪,构成要件中,不包括故意、过失等主观要素,另外,构成要件也是和违法性、责任这种规范的、价值性的东西相独立的犯罪成立要件,是客观的、记述的、无价值的东西。根据这种对构成要件概念的理解,贝林格试图排除法官的任意性,将罪刑法定原则进行形式理解。但是,立法者是将当罚行为类型化之后设计为构成要件的,因此,和违法性、责任完全区别开来的构成要件不可能存在。由于这种原因,之后的构成要件论,便围绕构成要件和违法、责任的关系而展开。首先,M·E·迈耶承认贝林格对构成要件和违法性的严格区分,认为某种行为符合构成要件的话,就表明该行为中存在违法性的迹象,构成要件是违法性的“认识根据”,两者之间是烟与火的关系,即某种行为符合构成要件的话,就能推定该行为具有违法性。在其之后的另一学者麦兹格则更为激进。他认为,构成要件就是违法类型,符合构成要件的话,原则上就具有违法性,两者之间不是“认识根据”的关系,而完全是“存在根据”的关系,符合构成要件的行为,只要没有特别的排除违法性事由,就具有违法性。而且,他还认为,规范要素以及主观要素,都是构成要件要素。麦兹格所主张的、将价值判断引进到构成要件之中的见解,在和贝林格的见

〔22〕〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会1999年版,第59页。

〔23〕同上书。

解相对比的意义上,被称为新构成要件论,现在德国已经成为通说。〔24〕

上述有关构成要件的理论传入日本之后,得到了进一步的发展,认为构成要件是“违法、有责行为的类型”,行为符合构成要件,原则上就能说该行为违法且有责。这种见解,是日本学者小野清一郎教授提倡的。他认为,德国学者贝林格将构成要件作为犯罪轮廓、是记述性的东西的观点是正确的,同时,他觉得德国历来的犯罪论有将构成要件符合性、违法性、有责性“并列考虑之嫌”,“不免在思考上支离破碎”,所以,他批判贝林格的学说,提倡构成要件是违法、责任类型。他认为:“犯罪的实体是违法类型,是行为人具有道义责任的行为,是违法有责行为的类型。其之所以具有可罚性,是因为特殊的、刑法分则的规定。刑法分则中所规定的特殊的、类型的违法、有责行为,是构成要件。”之所以说构成要件不仅是违法类型,也是责任类型,是因为他认为犯罪的本质是违反道义,即“行为从一开始就被认为和伦理道义有关,因此,构成要件包含有违法性以及道义责任。这从犯罪的本质来看,是理所当然的。”〔25〕小野博士的构成要件论,后来被团藤重光博士所继承。团藤博士将上述见解进行整理,将故意、过失包含在作为违法、责任类型的构成要件之中,同时,将期待可能性或者行为人的属性也作为有责类型,看作为独立的构成要件要素。〔26〕现在,这种观点已经在日本成为通说。〔27〕

本来,当初引进构成要件,并且将其内容限定为客观、中性的内容,目的就是避免将容易受人的主观意识支配的主观要素和规范要素排除在外,客观地限定犯罪的成立范围,避免法官在犯罪认定上的肆意性和任意性,最大限度地实现罪刑法定原则的宗旨,保障公民的权利和自由。但是,在确认构成要件符合性和违法性、有责性之间具有某种关联之后,这种通过纯粹的客观要素限定犯罪成立范围的理想就逐渐变成了梦想和泡影。因为,违法性和有责性的判断是一种实质的、价值上的判断,如果说符合构成要件的行为原则上具有违法性和有责性的话,就意味着构成要件符合性的判断不仅仅是一种事实判断,而且也是一种含有实质内容的价值判断。这一点,只要看看不作为犯以及过失犯在构成要件符合性的判断上所花费的种种周折,就能明白。〔28〕因此,可以说,国内一些学者所推崇备至的通过层层进逼的方式,缩小犯罪包围圈的理想,在德日国家,已经是昨日黄花、不复存在了。虽然在很多德日学者特别是日本学者的教科书中,仍然保留有构成要件符合性、违法性、有责性这样的犯罪构成论体系,但是,只要从其构成要件符合性的论述中,开篇就说“构成要件,从违法性的角度来看,必须是客观上伴有值得刑罚处罚的恶害的行为类型;从主观角度来看,必须是现在的日本国民认为可以谴责的主观事实,如故意、过失或者特定目的等”〔29〕之类的充满价值判断的论述中,就能看出,在他们的教科书中,只是保留了一个当初的三阶段的大体框架,但是,在内容上却完全偏离了当初的设想。当然,做出这种选择,自然有其理由,笔者对此不想加以评论。只是想说明,贝林格当初的想法作为一种理想或许是合适的,但是,现实中能否实现,则是另外一回事。由此看来,认为在我国的平面式犯罪判断体系当中,四个要件要同时考虑,在一次判断中同时进行事实判断和价值判断,承载了过多的内容,和德日的阶层式犯罪判断体系相比,极不合理的说法的根据何在,笔者大惑不解。

〔24〕 前引〔12〕,大谷实书,第81页。

〔25〕 [日]小野清一郎:《犯罪构成要件的理论》,有斐阁1953年版,第19页以下。

〔26〕 参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年版,第134页以下。

〔27〕 前引〔12〕,大谷实书,第82页以下;前引〔22〕,前田雅英书,第59页。

〔28〕 就不真正不作为犯而言,由于其处罚是按照作为犯来进行的,因此,不作为在什么情况下,可以说符合作为犯的构成要件,由于在刑法理论上没有规定,只能依靠解释,因此,在理论上破费周折。现在一般认为,行为人在有作为义务,能够履行该义务而不履行,以至引起危害结果的场合,可以说,符合作为犯的构成要件。但是,如何确定行为人具有作为义务,则要法官根据社会一般观念加以补充,进行详细的价值判断。同样,过失犯在刑法上也没有明文规定,理论上,一般认为,所谓过失犯,就是行为人不注意即没有履行注意义务的心理态度。那么,什么时候行为人具有注意义务呢?这一点并没有在刑法上规定出来,在此意义上,过失犯也是“开放的构成要件”,在构成要件要素的具体内容上,只能由法官根据社会一般观念,加以补充。

〔29〕 前引〔22〕,前田雅英书,第59页。

第三,有唯体系论的倾向,偏离了现实的司法实践。本来,贝林格等建立阶层的犯罪论体系,目的是为了法官在判断现实生活中所发生的具体事实是否犯罪的时候,提供一个合理的思考方法和思维方向,尽量将与犯罪有关的各种要素进行合理分配,以限制法官在犯罪认定过程中的肆意性和任意性,从而实现罪刑法定原则的宗旨。但是,这套体系在其适用过程中,却导致了两个意想不到的结果:一是为了体系而体系的唯体系论的倾向,二是为了维护体系而置刑法在现实的司法实践中的应用情况于不顾的情况。

关于唯体系论的倾向的问题,只要看看德日刑法学的教科书,就会强烈地感受到。各种学说、各种理论,铺天盖地地迎面而来,叫人眼花缭乱。连日本学者都感叹,在法学领域,“某某学说”对“某某学说”到处充斥的场景,除了刑法学以外,可能再也找不出第二个来了。^[30] 仅就犯罪论体系而言,虽说通说主张的是“构成要件符合性——违法性——有责性”这种三阶段的递进式的体系,但是,另外还有在进入构成要件判断之前,将行为作为一个独立环节加以考虑的所谓“行为——构成要件符合性——违法性——有责性”的判断体系,还有认为构成要件符合性与违法性判断不可分离的所谓“行为——违法(不法)——有责(责任)”的判断体系,莫衷一是。同样,在犯罪要素和犯罪论体系的关系上,情况就更为复杂。如构成要件要素的内容,有的学者认为仅包括客观要素,而不包括规范要素和主观要素;有的学者认为不仅包括客观要素,而且还包括规范要素和主观要素在内;同样,关于主观要素,到底是责任要素还是构成要件要素抑或是违法要素,在不同体系论的学者那里,也有不同的结论。这些现象,不仅令一般老百姓感到难以理解,即便是刑法学的研究人员也感到头疼。因此,在德日,刑法学者的研究精力,很大程度上不得不投入到体系的建构上,而不是具体问题的研究上。对此,日本学者平野龙一教授有深刻的体会。他说:“(在德日)刑法学者的努力,在于建立一个犯罪论的体系性理论构成。和某种要素是不是为成立犯罪所必要,或者和该要素如所谓责任能力的内容为何的研究相比,有关该要素是违法要素,是责任要素,或者责任能力是责任的前提还是责任要素的内容的探讨更为重要,即研究内容更加集中在这种体系构成方面。学者们的任务似乎就是创新‘自己’的体系。‘我认为’、‘我这样主张’——这种似乎自己就是法一样的语言,没有反应地四处充斥。目的行为论本来是不受这种概念性构成约束的,其意图在于按照现实存在的本来面貌把握犯罪,但是,结果却成了徒增概念性议论的资料。”^[31] 可见,阶层的体系性构成对于具体问题研究的杀害力有多大,它几乎可以吞噬一切新生的念头和想法。

在体系论的影响之下,德日的学者们沉溺于建构自己的新体系,为体系而体系,而对于需要放在体系当中的那些要件的本来意义却不闻不问,并且固执地认为,不符合体系的结论是错误的,不知不觉地游离于实体刑法的研究之外,逐渐偏离了刑法学研究的本来目的,这一点,通过以下几个例子,就能窥豹一斑。

日本刑法学中,共谋共同正犯理论,在很早以前就为司法实践所承认,并在之后的判决中广泛应用。判例认为,共谋犯罪的人即便没有亲自动手实施具体行为,但只要其他共犯人着手实行了的话,也构成共同正犯。^[32] 这种理解和学说的理解差距相当大。按照受体系意识支配的学说的理解,只有实施了实行行为的人才是共同正犯,仅仅共谋而没有参与实行的人无论如何不是共同正犯。不论是战前还是战后的相当长的时间内,日本多数学者都认为,学说的理解是正确的,而判例“将立法论和解释论混为了一谈”。

但是,固执地坚持刑法体系论,认为法院几十年来都是在“枉法裁判”,这种做法显然是不利于具体问题的解决的;同时,刑法学说自以为是的确切理由也仅仅只是判例理论不合乎犯罪论体系上的一

[30] 参见[日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第87页。

[31] 同上书,第247页。

[32] 关于共谋共同正犯理论的起源和演变,参见前引[12],大谷实书,第319页。

贯立场,而并没有其他更加充分的理由。但是,反过来想想,在现实的社会生活中,在有一定规模的集团犯罪中,发起、组织、策划者往往不亲自参与犯罪的实行,而亲自参与犯罪实行的人也多半没有机会介入犯罪的发起、组织、策划。在这种情况下,如果仅仅将亲自实施犯罪的小喽罗作为实行犯处罚,而对上层的大人物则作为教唆犯之类的共犯处罚,显然是难以对集团犯罪产生实际的威慑效果的。另外,即便说将参与共谋者一律作为共同正犯处理不合适,那么,以什么样的方法对其加以修正更为合适呢?学者们却提不出更好的解决问题的办法,只是一味地对判例见解加以谴责,连通过立法来解决这个问题的意见也加以拒绝。因此,有学者认为,这种情况,恰好是日本刑法学过分强调体系论的弊端的体现。^[33]

在共犯问题上,共犯从属性的有无及其程度历来是一个倍受争议的问题。从属性的有无,关系到正犯没有实施实行行为,共犯即教唆犯和帮助犯是否成立的问题;而从属性的程度,是关系到正犯的实行必须达到什么程度,共犯即教唆犯和帮助犯才能成立的问题。关于共犯行为的从属性,理论上有几种观点:最小从属性说认为,只要正犯行为符合构成要件就够了;限制从属性说认为,正犯行为必须符合构成要件且违法;极端从属性说认为,正犯行为不仅要符合构成要件,而且还必须违法且有责。其中,判例主张极端从属性说,而刑法学的通说主张限制从属性说。上述几种观点当中,极端从属性说对成立共犯的要求最高,距离共犯独立性说最远;限制从属性说次之;最小从属性说再次之,接近共犯独立性说,认为只要正犯实施了符合构成要件的行为,共犯就成立。但是,从实际的处理结果来看,情况则是恰好相反。按照极端从属性说,在教唆没有责任能力的人犯罪的时候,虽然不成立共犯,但是,成立(间接)正犯,开始教唆,就是实行的着手;即便对方是没有责任能力的人,也要作为实行犯加以处罚。按照限制从属性说,上述场合也是教唆;但只有在无责任能力人开始实施行为之后,才开始处罚。最小从属性说则认为,上述场合只能成立共犯。这样,从解决问题的角度来看,不是极端从属性说,而是最小从属性说离共犯独立说最远;而限制从属性说、极端从属性说则离共同独立性说最近。但是,在日本的讨论中,很少人注意到这一点。平野龙一教授认为,这是因为没有考虑到犯罪论的机能,而只关注体系论的结果。^[34]

还有一个例子就是有关不作为犯的问题。现代社会是一个共生共存的社会,在这个社会中,主动地杀人固然构成犯罪,不是亲自动手,而是有意识地利用某种事态造成他人生命被剥夺的情况,从规范意识和人们的处罚感情上看,也同样应当作为杀人罪处理。但是,将不作为杀人的范围认定得过于广,也是人们所不愿意看到的。因为,现代社会,毕竟是权利社会,而不是义务社会,过多地要求人们承担救助他人的义务,反而有以刑法强行推广伦理道德的嫌疑。因此,在现有的刑法规范之下,如何合理地推论出不作为犯特别是不真正不作为犯的成立范围,便成为德日刑法学者所面临的难题。最初,人们考虑从形式的作为义务的角度来对其加以限定,但是,形式的作为义务的范围有限,而且也容易和伦理道德义务混淆,于是,就有了抽象的保证人说。这种学说认为,不管是否具有作为义务,凡是具有保证人地位的人都能成为不真正不作为犯的主体;同时,关于作为义务的地位,当初是放在违法性的阶段来考虑,即凡是能救助而不救助导致他人死亡的人,在构成要件上,都符合故意杀人罪的构成要件;只是由于有的人具有作为义务,有的人没有作为义务,所以,从违法性的角度来看,具有作为义务的人的行为违法,而没有作为义务的人的行为则不违法。但是,在德日,违法性判断是一种消极

[33] 参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,东京大学出版会1969年版,第249页。当然,在平野龙一教授的“既然判例理论确认了共谋共同正犯理论,那么,与其仅仅主张否定说,倒不如以此为前提,通过对判例理论进行分析,为这种犯罪的成立设定一个范围,反而更加重要一些,这样也能体现学说对判例的作用”(大意)的见解发表之后,学术界尽管在说理上并不一致,但是,都逐渐转向肯定共谋共同正犯说。现在,肯定说已经成为通说。目前,在共谋共同正犯的问题上,大家谈论的话题是:以什么理由为根据肯定成立共谋共同正犯(理论根据),以什么为标准对共谋共同正犯的成立范围进行限定(限定法理)。

[34] 同上书,第249页。

的排除性判断,排除违法事由几乎都是法定的。如果说某行为之所以不成立不真正不作为犯,不是因为行为人的行为不符合构成要件,而是因为行为人在违法性的阶段上没有作为义务,这不仅在事实上否定了构成要件符合性的推定违法机能,而且,还有可能超越刑法规定,扩大排除违法事由范围的嫌疑(因为现有的排除违法性事由,只有正当防卫、紧急避险和正当行为这样三种,而没有“不具有作为义务”一说)。由于这种担心,现在一般将作为义务的有无和大小即保证人地位的判断,放在构成要件符合性的阶段进行。但是,作为义务的有无和大小涉及实质内容的判断,其与构成要件符合性的判断只能是抽象的、形式上的判断的要求之间该如何协调,成为新的问题。这样,在现有的犯罪论体系之下,虽然德日的学者们能够解决不作为犯中所存在的构成要件符合性推定机能失灵的问题,但是,却难以解决构成要件符合性的判断应当是抽象的、形式的判断问题。^[35]

那么,是不是因为在体系上难以对不真正不作为犯作出妥当的安排和说明,就不考虑不作为犯的类型呢?过去还真的有过这种情况。在德日,不作为犯的问题很早就被人们所意识到,但是,其研究盛行则是在“二战”之后,这个历史事实似乎也说明了这一点。即由于过分讲究犯罪论的体系,追求形式上的完美,所以,有关不作为犯内容的研究便成为了这种倾向的牺牲品。

由于上述问题的出现,“二战”之后,在德日的刑法学中,一个重要的动向就是从“体系性思考”向“问题性思考”转变。这种观点认为,犯罪论的体系是“作为整理法官的思考,控制其判断的手段而存在的”,其中,应当具有一定目的;刑法理论探讨的目的,不应该是为了建立没有矛盾的犯罪论体系,而应该是为了解决具体问题。^[36]正是在上述观念的影响之下,日本的学说开始接受共谋共同正犯的观念,并从理论上对其加以总结分析和归类,为其提供首尾一致的说明;同样,有关不作为犯的研究,也放弃了纯粹从体系论、先验论的立场出发进行研究的做法,而是从分析具体案例入手,试图从中寻找出带有共性的规则,以为之后的审判实践提供指导。

同时,学者们在犯罪论体系的建构上,也尝试突破传统的唯体系论的马首是瞻的倾向,考虑建立以解决问题为中心的犯罪论体系。如前田雅英教授已经放弃了传统的构成要件符合性、违法性、有责性的阶段论的犯罪论体系,而是以构成要件为中心,首先论述客观的构成要件,之后讨论正当防卫、紧急避险、正当业务行为之类的客观的正当化事由,之后再讨论责任。^[37]这种犯罪论体系,实际上和我国的平面的犯罪论体系有相近之处。更有甚者,有的日本学者就直接采用了和我国平面式犯罪构成体系一样的犯罪判断体系。^[38]这些都可以说是对德日传统的犯罪判断体系进行反思的结果。

四、我国的犯罪构成论的努力方向

当然,评析重构论者的批判,指出德日体系的软肋,并不是说我国现有的犯罪构成体系尽善尽美,完全没有必要加以改进完善。笔者也承认,我国现有的犯罪构成体系存在一些问题,特别是在犯罪构成论的研究当中,这种现象更为明显。但是,这些问题并未对现有的犯罪构成体系形成致命威胁,完全可以通过改良或者重新理解来加以解决。笔者认为,在各国目前关于如何判断犯罪均无绝好的方法的现状下,针对我国现有犯罪构成体系的不足,可以进行一些温和的改良,而没有必要对现有的犯罪构成体系大动干戈,推倒重来。

平面的犯罪构成体系和阶层的犯罪构成体系相比,明显具有以下两方面的弱点:

[35] 参见拙著:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第一章序论部分。

[36] 参见拙著:《日本刑法精义》,中国检察出版社2004年版,第61页。

[37] 参见前引[22],前田雅英书,目录部分。

[38] 参见[日]夏目文雄、上野达彦:《犯罪概说》,敬文堂1992年版,目录部分。其犯罪论的论述体系为:第一章 犯罪的概念,第二章 犯罪构成的理论,第三章 犯罪的客体,第四章 犯罪的主体,第五章 犯罪的客观方面,第六章 犯罪的主观方面,第七章 非罪事由,第八章 犯罪发展阶段,第九章 共同犯罪。

一是成立犯罪的四个方面要件在一个层面上并列,作为帮助法官整理判断思路工具的特征不明显。这一点,前面已经说过,尽管不是我国犯罪构成体系本身的问题,但是,由于将四个方面的要件并列在一起,确实会让人产生四个方面要件就如一辆汽车的四个轮子,可以随意互换、组合使用的感觉。在我国的犯罪构成体系研究中,现实存在的所谓行为本位的犯罪构成论(排列顺序为:客体——客观方面——主体——主观方面)、行为人本位的犯罪构成论(排列顺序为:主体——主观方面——客体——客观方面)以及看不出任何主旨的犯罪构成论(排列顺序为:主体——客体——主观方面——客观方面),就是其体现。

就犯罪构成的起源来看,其是以客观主义(个人主义)刑法观为基础的罪刑法定原则的产物。刑法学上,就犯罪的本质内容而言,历来有客观主义与主观主义之分。客观主义将犯罪的外部行为和作为结果的实际损害以及危险的大小作为评价对象,而主观主义则将通过犯罪的外部行为和作为结果的实际损害中所体现出来的行为人的性格、人格、动机等反社会性格或者犯罪的社会危险性作为刑法评价对象。由于主观主义刑法观只是注重行为人的主观方面,而轻视侵害事实这种客观方面,具有主张心情刑法或者情操刑法之嫌;同时,过于重视行为人的主观方面,扩大法官在定罪和量刑上的自由裁量范围,难以保障个人的自由和权利,因此,在近代罪刑法定原则之下,强调道德和刑法甄别,行为人的行为以及所引起的结果是对行为人定罪和量刑的实在根据的客观主义刑法观,就成为现代各国刑法的最佳选择。犯罪构成体系,作为判断行为是否犯罪的手段,当然应当体现这种犯罪观。在德日,将行为人的外部行为和结果以及从外部能够认识的客观认识因素(构成要件的故意、过失)作为判断犯罪的切入点(构成要件符合性),而将体现行为人的行为本质(违法性)以及主观思想(违法性意识以及期待可能性等责任故意、过失)作为之后进一步深化对行为本质认识的因素看待,其原因就在于此。

我国由于所有的犯罪构成要件都在一个平面上叙述,似乎没有主次和前后顺序,结果导致在成立犯罪的判断上,到底该先从哪一个方面出发,来判断犯罪是否成立,学者之间众说纷纭,没有一致结论。这样,在实践中,常常会有这样的现象发生。即在犯罪的判断上,优先考虑行为人的主观内容,然后再考虑行为人的客观方面,甚至出现客观上不足以认定犯罪,但是由于行为人的主观动机极为恶劣,因此,将其认定为犯罪的所谓“客观不足主观补”的现象。这种现象,在交通肇事后逃逸致人死亡行为的定性上,表现得最为典型。在交通肇事之后,行为人逃逸,致使被害人因为没有得到及时救治而死亡的案件中,过去,很多人从我国刑法第14条有关故意犯罪的规定出发,认为此时,“行为人明知自己的逃逸行为会发生致被害人死亡的结果,并且放任这种结果发生,因而构成故意杀人罪”。^[39]但是,如此理解的话,那么,在行为人故意或者过失伤害他人之后,岂不是一律负有将被害人送往医院救治的义务,否则,只要出现被害人死亡的结果,就一律要按照故意杀人罪对其加以处理吗?这显然不符合现行刑法的规定,也是不现实的。而且,从理论上讲,单纯的逃逸行为与刑法中所规定的故意杀人行为无论在外形还是在实际内容上都相差甚大,如果说要将“逃逸行为”看作为“杀人”行为的话,还必须进行一项工作,那就是二者之间的等价性评价。这种评价是一种对客观内容的价值判断,涉及诸多因素,如行为人的救助义务、行为人在事发后有无将被害人转移到危险境地、被害人有无生命危险、能否被其他人救助等。只有在综合考虑上述因素,得出行为人事后的“逃逸行为”足以被看作为“杀人行为”的时候,才可以接着判断行为人主观上是不是具有希望或者放任他人死亡的主观意图,从而考虑行为人的行为是不是符合故意杀人罪的构成要件。不考虑上述行为客观上是否和杀人行为等价,直接根据行为人主观上是不是具有放任他人死亡的心理而认定行为人构成故意杀人罪,这不仅是主观定罪的表现,也是在犯罪构成的判断上,不首先考虑客观方面的结果。

二是根据犯罪构成所得出犯罪概念唯一,在相关犯罪的认定上,难以得出妥当结论。由于我国的

[39] 赖宇、陆德山主编:《中国刑法之争》,吉林大学出版社1990年版,第60页。

犯罪构成是形式判断和实质判断的结合,既是第一次判断,也是最后判断,即终局性的判断,因此,一次犯罪构成判断结束之后,就意味着有罪和无罪被最终认定,而不可能有行为客观上构成犯罪,但行为人由于某种原因(如没有达到刑事责任年龄)并不承担责任之类的情况存在。在德日的阶层的犯罪判断体系中,就不存在这种问题。根据客观违法论的观点,行为是否侵害法益即是否具有违法性,和行为人的故意、过失、责任能力的有无大小无关,只要客观上出现了侵害或者威胁法益的事态,即便是自然灾害、动物所造成的被害,仍然具有违法性。这种场合下,只是由于行为人没有责任,所以才不被追究刑事责任而已。换言之,在阶层的犯罪判断体系中,具有不同意义的犯罪概念。

这种不同意义的犯罪概念,对于认定刑法中的某些犯罪具有非常重要的意义。如按照我国刑法第310条的规定,成立包庇罪,以行为人明知所包庇的对象是“犯罪的人”为前提。如果行为人不明知所包庇的对象是“犯罪的人”,则不能构成本罪。一般认为,所谓“犯罪的人”,是指触犯刑法,实施了犯罪行为的人。而什么情况下可以说实施了“犯罪行为”呢?按照我国刑法学的通常见解,行为人的行为必须符合犯罪构成的四个方面的要件。即行为人不仅客观上实施了危害社会的行为,造成了危害社会的结果,主观上具有故意或者过失,而且,在主体上也符合刑法所规定的条件。上述几个方面的条件,必须同时具备,否则就不能说行为人的行为成立犯罪。就包庇罪而言,行为人所包庇的对象虽然在客观上造成了某种严重危害社会的结果,主观上也具有罪过,但如果其不具备成立犯罪的主体要件即达到一定的刑事责任年龄、具有认识和控制能力的话,则该包庇行为仍然不成立犯罪。因为,这种场合下,可以说,作为该罪成立前提的“犯罪的人”不存在。这是按照我国刑法学中的犯罪构成理论所推导出来的必然结论。按照这种结论,在行为人做假证包庇未满14周岁的强奸杀人犯的时候,无论如何是不可能构成犯罪的。同样的情况,也存在于赃物犯罪之中。按照刑法第312条的规定,成立本罪以行为人明知是“犯罪所得”为前提。如果不是犯罪所得的话,就不构成本罪。这样问题就出现了。如在行为人明知是不满16周岁的人的盗窃所得而予以收购,或者明知是盗窃所得的赃物但价值不够1000元而予以窝藏的场合,就不能成立赃物犯罪。如此,刑法上就出现了处罚上的空档和漏洞,为某些犯罪分子提供了逃避法律制裁的机会。

但是,在德日,根据阶层的犯罪判断体系,就不会存在以上问题。因为,在这种犯罪论体系中,犯罪具有不同意义。就包庇罪而言,并不要求被包庇者一定是最终受到刑罚处罚的犯罪人,而只要是“符合构成要件、违法”的人就够了;同样,就赃物犯罪中的“犯罪所得”而言,也只要是“符合构成要件的违法行为所得之物”就足够。换言之,我国刑法中所存在的上述问题,在德日的阶层递进的犯罪判断体系之下,并不存在。

针对上述不足,笔者认为,在我国今后的犯罪构成体系研究中,应当着力在以下两个方面下工夫:一是在现有的犯罪构成体系上,贯彻客观优先的阶层递进理念。

我国刑法在总则和分则中均明确规定犯罪是具有社会危害性的行为;在犯罪行为中,根据行为本身的客观危害大小,明确区分为犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止、犯罪既遂;在共同犯罪中,根据共犯人在共同犯罪中的分工和作用大小,分为主犯、从犯、胁从犯,并分别对其规定了不同的处罚。这些都不是按照“只要具有体现行为人的犯罪意图的行为,就不分行为所造成的客观危害大小,一律按照该行为所体现出来的主观恶性以及人身危险性加以处罚”的主观主义犯罪观所做的规定,体现的是按照客观危害大小区分不同犯罪类型的客观主义犯罪观。同时,刑法学的通说也认为,坚持从客观到主观认定犯罪是人类社会的进步成果和科学经验,并意图在犯罪构成要件的排列顺序上,加以具体落实和说明。遗憾的是,由于受各种因素的影响,这种观念在对具体问题的说明中,并没有得到充分的体现。以下,试举几例加以说明。

如危害行为的社会危害性的判断问题。我国刑法学的通常见解一方面指出,“行为的严重社会危害性是犯罪的本质特征,所谓行为的社会危害性,是指行为对我国社会主义初级阶段的社会关系造成实际危害或者现实威胁”,即把社会危害性看作为行为的客观属性;但另一方面却又认为,“社会危害

性的有无以及程度,不只是由行为在客观上所造成的损害来评价的,还包括行为人主观方面的要件在内”,^[40]即在行为的客观属性的判断中,加入了行为人的主观内容。在行为的社会危害性的判断中,考虑行为人的主观要素意味着什么呢?简单地说,就是导致客观属性的主观化,意味着引起相同的法益侵害结果的行为,因为行为人的主观意思的不同,会受到完全不同的评价。如现实的司法实践中,常见的认为“没有中饱私囊的贪污行为或者用于扶贫的受贿行为没有社会危害性,不能作为犯罪看待”的观点就是其体现。本来,不是为了中饱私囊或者用于挥霍这种并非完全利己的主观动机,只能说明行为人的主观恶性稍小、责任较轻而已,但并不能抹煞贪污、受贿行为本身客观上所具有的社会危害性,但是,上述观点却完全无视了这一点。可见,一旦将主观要素作为社会危害性的评价基础,便会产生颠倒黑白、模糊罪与非罪界限的效果。这可以说是“社会危害性”概念所存在的致命缺陷,也是在犯罪构成的顺序上没有优先考虑客观要素的结果。

同样的情形,也存在于偶然防卫以及间接故意犯罪是否存在犯罪停止形态的问题上。所谓偶然防卫即行为人出于犯罪目的而实施行为,该行为客观上巧合了正当防卫的客观要件的场合。通说认为,这种场合,“从客观上看,符合正当防卫的条件,但该行为是出于犯罪的故意而实施的,根本不具备正当防卫的主观要件,因而不是正当防卫,而是故意犯罪”。^[41]但是,既然该行为挽救了他人的生命,客观上没有造成危害社会的结果,那么,根据优先考虑行为所引起的客观结果的原则,就不应当仅以行为人主观上具有杀人意图而认定其有罪。可见,在偶然防卫的场合,刑法通说所主张的客观主义刑法观也发生了逆转,在有罪无罪的认定上,优先考虑了行为人的主观意图,从而得出了偶然防卫也具有侵害或者威胁法益的社会危害性的结论。

就间接故意犯罪是否存在预备、未遂和中止这些停止形态而言,通说认为,间接故意犯罪主观要件的特点表现为,对自己行为所可能造成的一定危害结果的发生与否持“放任”态度,放任心理由其所包含的客观结果的多样性和不固定性所决定,根本谈不上对特定犯罪的追求,也谈不上对这种追求的实现与否。^[42]换言之,间接故意犯罪中,行为人特有的放任心理决定了其不可能有犯罪预备、未遂和中止等停止形态。^[43]这样说来,在向牵着名贵的狗散步的人所在方向射击,子弹从狗和人之间穿过的案例中,就会得出这样的结论,即如果射击行为目的是杀人而放任狗死亡的结果发生的话,那么,该行为就是故意杀人罪(未遂);相反地,如果射击行为的目的是杀狗而放任人死亡的结果发生的话,那么,该行为就是故意毁坏财物罪(未遂,不处罚)。上述情形中,行为人的主观目的固然不同,但行为所引起的客观危险结果(子弹在人和狗之间近距离地穿过,客观上对人的生命或者身体造成了现实的威胁)却没有任何差别。既然如此,根据行为人的行为及其结果是评价犯罪的唯一根据的客观主义原理,不管行为人的主观目的是追求人的死亡还是追求狗的死亡,只要该行为客观上对人的生命具有危险,就应当说该行为具有社会危害性,具备成立犯罪的前提。但是,现行通说的观点却置行为所具有的客观危险于不顾,一味地根据行为人的主观意图考虑行为是否构成犯罪,这岂不是背离了通说所主张的客观主义刑法观,在具体见解上前后矛盾?

因此,在目前刑法学界总体上主张客观主义刑法观的前提之下,还有必要将这种观念进行具体化,在犯罪构成判断的每一个细节上,都予以贯彻落实。

二是树立不同意义的犯罪概念。

在德日,由于犯罪判断过程呈现出明显的阶层递进形式,因此,关于犯罪概念,也呈现出多元化的

[40] 前引[6],高铭喧等主编书,第73页;苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1999年版,第74页;赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2001年版,第76页。

[41] 前引[6],高铭喧等主编书,第240页。

[42] 同上书,第259页。

[43] 前引[6],高铭喧等主编书,第259页;前引[40],苏惠渔主编书,第204页;陈兴良:《陈兴良刑法学教科书》,中国政法大学出版社2003年版,第127页。

理解。如说“犯罪是符合构成要件的行为”，这是纯粹从刑法规定的立场出发，在形式上对犯罪进行定义；如说“犯罪是符合构成要件且违法即侵害或者威胁刑法所保护的利益的行为”，这基本上是从犯罪的实质的角度来对犯罪进行定义；如说犯罪是“符合构成要件、违法且有责的行为”，这是从所谓形式和实质相结合的角度来对犯罪进行定义。这种根据不同角度来对犯罪进行定义的好处在于，能够顺利地说明刑法不同条文中的“犯罪”的意义。如日本刑法第61条规定：“教唆他人实行犯罪的，按照正犯的刑罚处罚”。这里，对他人即被教唆的人所实施的“犯罪”该如何理解，对于教唆犯的成立而言，意义重大。

如果说“犯罪是符合构成要件的行为”的话，那么，教唆犯的成立范围可就广了，即便在教唆他人实施相当于正当防卫、紧急避险等正当行为的场合，教唆人的教唆行为也要成立犯罪；相反地，如果说“犯罪是符合构成要件、违法且有责的行为”的话，那么，在教唆未满14周岁的人犯罪的场合，不管正犯实施了多么严重的危害行为，教唆人都只能说是无罪。但是，这样的话，就会在教唆犯的处罚上留下漏洞和空档。^{〔44〕}如果说“犯罪是符合构成要件、违法的行为”的话，则上述问题就可以迎刃而解了。即教唆他人实施符合构成要件但不违法如正当防卫、紧急避险之类的正当行为的场合，无论如何不能成立教唆犯。这样，就比较合理地限定了教唆犯的处罚范围。也正因如此，德国刑法第26条前段规定：“故意教唆他人实施故意违法行为的，是教唆犯”，而没有要求被教唆人的行为在符合构成要件且违法之外，还必须达到有责性的程度。

但是，在我国，由于平面的犯罪构成体系的缘故，在经过犯罪构成判断之后，所得出的犯罪概念一律都是最终的、唯一的犯罪概念，即包含了德日刑法中的构成要件符合性、违法性和有责性（甚至还包含有客观处罚条件内容）的全部内容。这种犯罪概念虽然绝对满足罪刑法定原则的要求，但是，在有些具有关联关系的犯罪即某种犯罪的成立以另一种犯罪行为存在为前提的犯罪以及共犯的认定当中，就暴露出一些问题来了。这些都已经在前面的加以说明。

由于以上问题的存在，笔者认为，在我国现有的犯罪构成判断体系当中，就某些特定犯罪（主要是指窝藏、包庇罪，赃物犯罪，徇私枉法罪之类的，本罪的成立以存在其他犯罪为前提的犯罪）而言，也应当提倡一种不以行为人具备刑事责任能力，而仅以行为人的行为大致符合了犯罪构成客观方面（包括犯罪客体）为内容的犯罪概念。这种犯罪，只要求在本质上对刑法所保护的法益造成了实际损害或者现实威胁即可构成，至于行为人是否具有刑事责任能力、犯罪数额是否达到了犯罪的要求，则可以不予考虑。理由如下：

首先，符合处罚该种犯罪的实际情况。如就赃物犯罪而言，其设立目的，尽管也有保障犯罪被害人能顺利地追索其财物的一面，但主要是保障司法机关的正常活动。赃物既是盗窃、抢夺、诈骗等犯罪追求的目标，也是证实这些犯罪的重要证据。有效、及时地查获赃物是证实、揭露、打击犯罪分子的重要手段，而“赃物犯罪”是帮助犯罪分子把这一证据隐藏起来或者处理出去，为犯罪分子逃避法律制裁创造有利条件的行为，因此，无论“前罪”是否构成犯罪，窝藏或者处理赃物的行为都会严重妨害司法机关追查、审判犯罪分子的正常活动，同时也侵害被害人追索其财物的权利，具有严重的社会危害性。如果说，“赃物犯罪”之类的犯罪，其成立，以“前罪”完全符合其他犯罪的构成要件为前提，那么，赃物犯罪的条款可能成为虚设条款。因为，我国刑事诉讼法第12条规定，未经人民法院依法审判，对任何人都不得确定有罪。按照这一规定，如果“前罪”的犯罪分子在逃、死亡、不起诉或者因为其他法律规定而免于追究刑事责任，没有经人民法院判决有罪的话，则“赃物犯罪”的嫌疑人也无法处理。

其次，并不违反刑法规定。在理论上，对于犯罪，可以从不同角度理解。如从刑法的任务在于维持社会秩序的角度来看，犯罪，就是对社会危害极大，若放任其发生就难以实现维持社会秩序目的的行为，因此，这里所说的犯罪，不仅包括刑法意义上的犯罪，也包括精神病人的违法行为以及青少年的

〔44〕 正是为了弥补这一缺陷，德日的刑法学才提出了所谓间接正犯的概念。

不良行为等其他反社会行为在内。^[45]相反地,从保障个人自由的立场来看,犯罪必须是具有严重的社会危害性、违反刑法、应当受到刑罚处罚的行为。刑法学中,研究的中心是后一种犯罪,而对前一种情况则少有提及,但这并不意味着前一种意义上的犯罪就完全不在刑法调整的范围之内。如现行刑法第17条规定,对实施危害行为,造成了危害结果,因不满十六周岁而不予刑事处罚的人,法律规定必须责令他的家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容管教。第18条规定,精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任,但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗;在必要的时候,由政府强制医疗。这些规定,实际上就是前一种犯罪概念的体现。

通说认为,犯罪的本质是具有严重程度的社会危害性,而社会危害性是主客观要素的结合,因此,犯罪构成也应当包含主、客观两个方面的内容。以上说法固然不错,但是,还必须作进一步的说明。在成立犯罪的主客观两个方面的内容中,应当说,客观方面的内容和主观方面的内容的意义是完全不同的。客观方面的内容(包括客体)是说明行为对刑法所保护的社会关系或者说是法益所造成的侵害或者危险,它是衡量行为是否成立犯罪的前提,没有对法益造成侵害或者威胁的行为,绝对不能进入犯罪构成判断的视野;而主观方面(包括主体)是有关行为人对自已行为及所造成的结果的心理态度,它是对行为人能否在法律或者道义上进行主观谴责的基础。虽然行为人的行为成立犯罪必须具备主客观两方面的内容,但并不意味着不是出自故意或者过失即不具备主观要素的行为,就没有社会危害性。从本质上讲,刑事上的未成年人或者发病期间的精神病人所实施的危害行为,也是严重侵害或者威胁法益的行为,只是由于他们不具备承担刑事责任的能力,所以,不作为犯罪进行刑罚处罚而已。否则,刑法就不会规定,对他们要责令其家长或者监护人严加管教和医疗,也不会要求政府在必要的时候对他们进行收容管教和强制医疗。

从此意义上讲,一切严重危害刑法所保护社会秩序或者合法利益的行为,不管行为人是不是达到刑事责任年龄、是否具有刑事责任能力,都应当说是一种实质意义上的犯罪,只是由于作为主体不具备承担刑事责任的能力而不受刑罚处罚而已。

再次,已经为立法机关所认可。2002年7月24日全国人大常委会法制工作委员会《关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》明文规定:“刑法第十七条第二款规定的八种犯罪,是指具体犯罪行为而不是具体罪名”的理解,就是其明证。

刑法第17条第2款规定:“已满十四周岁不满十六周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪(应当改为“投放危险物质罪”,本文仍然依照现行刑法的规定,笔者注)的,应当负刑事责任。”从字面上理解,本款规定在投毒行为的后面,紧接着有一个“罪”字,这就意味着,前面所列举的八种行为是八种“犯罪”,而不是八种“行为”。但是,现实生活中,已满14周岁不满16周岁的人,故意杀害被绑架人或者故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或者死亡的情况已经出现。对于这种行为,严格按照罪刑法定原则的规定,就无法加以处罚。因为,按照刑法分则的各个相关条款,故意杀害被绑架人或者故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或者死亡的,只能以绑架罪以及拐卖妇女、儿童罪定罪,而刑法第17条第2款规定的已满14周岁不满16周岁应当承担刑事责任的八种犯罪中,并不包含绑架罪和拐卖妇女、儿童罪在内。由于犯罪主体要件不符合,因此,上述行为不能按照绑架罪或者拐卖妇女、儿童罪处理,即只能按照无罪处理。实际上,也有很多学者是这么理解的。但是,已满14周岁的少年在绑架过程中杀害被绑架人的行为和拐卖妇女、儿童过程中造成被拐卖妇女、儿童重伤或者死亡的行为,其性质和后果并不比其应当承担刑事责任的杀人或者故意伤害致人重伤或者死亡的行为轻。对这种行为,若说不仅不能按绑架罪和拐卖妇女、儿童罪处罚,连以故意杀人罪、故意伤害罪加以处罚都没有可能的话,显然会违反法律固有的公正之义。而且,就上

[45] 参见[日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第3页以下。

述规定的内容来看,如果其中所列举的八种行为理解为八种犯罪的话,也有不尽合理之处。如刑法第114条、第115条所规定的决水罪和以危险方法危害公共安全罪是与放火、爆炸、投放危险物质罪并列的公共危险犯,但是,为什么却没有被列入上述犯罪之内呢?如果行为人采用决水或者以其他危险方法的方式杀人的话,法律岂不是只能束手无策?或许正是因为这些原因,全国人大常委会法制工作委员会才有了以上答复。这样,已满14周岁不满16周岁的少年在绑架过程中杀害被绑架人,或者在拐卖妇女、儿童过程中,故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或者死亡之类的、按照现行刑法规定难以处理的情况,均可以故意杀人罪或者故意伤害罪加以处理了。

当然,从本文的角度来看,以上立法解释的意义,不仅在于解决以上具体问题,更重要的是,它认可了这样一种观念:即刑法中的“犯罪”一语,并不一定是指完全具备某个犯罪构成四个方面要件的概念,也可能是指具备某种犯罪客观要件即犯罪行为的概念。

最后,能够弥补刑法处罚上的空档。现行刑法中,有很多犯罪的认定,以存在另一犯罪为前提或者说是条件。在这种场合,认定该行为是犯罪,并不是为了追究该行为的刑事责任,而是为了追究另一行为的刑事责任。对于这类规定,如果一概以行为人必须认识到对象行为完全符合特定犯罪成立要件为标准的话,无疑会留下许多处罚上的空档,为少数人逃避刑事制裁提供借口。如刑法第269条规定,犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,按照抢劫罪定罪处罚。对于这个规定,如果完全按照字面来理解的话,行为人只有在盗窃、诈骗、抢夺了相应数额的财物,构成相关犯罪之后,才能成立本条所规定的抢劫罪。但是,这种理解显然不符合刑法设立本条的宗旨,也与刑法第263条所规定的抢劫罪的成立要件不合,因此,现在,无论是学说上还是司法实践中,都将“盗窃、诈骗、抢夺罪”理解为三种犯罪行为而不是具体罪名。同样的情况在赃物犯罪中也存在。按照刑法的相关规定,行为人只有在明知是“犯罪所得的物”而予以窝藏、转移、收购或者代为销售的场合,才能成立相关的赃物犯罪。但是,如果将赃物限定为“犯罪所得之物”,那么,未满16周岁的人所盗窃到的数额较大的财物,已满16周岁的人通过诈骗手段所获得的尚未达到数额较大的财物等都不是赃物,行为人窝藏、转移、收购、销售上述物品的话,无论如何不能构成本罪,这样,无形中就留下了刑法上的空档,不利于制止财产犯罪。在窝藏、包庇罪中,也存在同样的问题。因此,如果将其中的犯罪理解为符合了犯罪构成客观方面(包括犯罪客体)为内容的实质的犯罪概念的话,上述问题就能迎刃而解了。

当然,笔者深知,在我国刑法中存在“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果”,不负刑事责任(刑法第18条)、“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”(刑法第16条)之类的规定下,提出上述犯罪概念,在说理上非常勉强。刑法当中,最终解决以上问题,可能只有通过刑事立法的途径。但是,在目前的情况下,提出问题,并在可能的限度之内,设计解决问题的方案,以期引起同行们的关注,就此而言,是有其现实意义的。

五、结 语

细观目前所提出的变革犯罪构成体系的要求,可以说,基本上都是出于一种抽象的观念上的认识(如封闭、平面)和对国外(主要是德日刑法)的犯罪构成体系的仰慕,真正从解决司法实践中所遇到的难题的角度提出这个问题的,基本上没有。这也足以证明,尽管我国的犯罪构成理论存在一些问题,但并没有达到非改不可的程度,而且在没有更好的替代体系的前提下,贸然做如此大幅度的修改,效果可能比维持现有的犯罪构成体系更糟。

笔者赞成日本学者平野龙一教授的观点。他认为,犯罪论的体系是作为整理犯罪的思考、把握其判断的手段而存在的,因此,即便在体系上有若干不协调、各个要素之间的界限不是很明确,只要考虑

的大方向是明确的,也可以说,这种体系是完美的。另外,也不存在唯一的“正确”体系,在不同场合,根据不同体系来观察,也能看出事情所具有的各个方面。而且,同把在体系性思考中所得出的结论强加于具体事件相比,在接近具体事件,充分考虑其细节之后,得出妥当结论,反而更加合适一些。^[46]既然如此,我们何必一定要舍本逐末,完全放弃我国经过二十多年来的司法实践的证明,相对比较完善,已经为司法实践所普遍接受的犯罪构成体系,而去追求所谓唯一“正确”体系即德日的体系呢?实在是大可不必。

当然,这并不意味着,我国现行的犯罪构成体系尽善尽美、无可挑剔。犯罪构成要件之间的层次关系不明朗,容易导致定罪上的主观主义;犯罪概念唯一,出现刑事处罚上的空档,就是其问题的体现。但是,这些问题并非与生俱来、不可克服的顽疾。在现有的犯罪构成体系上,贯彻客观优先的阶层递进考虑,树立不同意义的犯罪概念,以上问题就可以迎刃而解,我们没有必要大动干戈,将现有的犯罪构成体系推倒重建。

Abstract: It has become a tendency to introduce the German and Japanese theory of the constitution of crime to restructure that of China. However, Chinese current system of constitution of crime is not that bad as attacked, while that of Germany and Japan applauded by reformists also possesses disadvantages of the confliction inside the system, the deviation of actuality and original attention, and the exclusive systematic idea, etc. The problems of our system of constitution of crime, e. g. the relationship between the constituents is not clear, the concept of crime deduced from the constitution of crime is too simple, could be solved by carrying through the step - up layer idea which prefers objectivism and setting up the concept of crime with various meanings. Thus, current system of constitution of crime does not have to be restructured.

Key words: the constitution of crime, the judging system of crime, reconstruction, improvement

[46] 前引[30],平野龙一书,第88页。