

犯罪认知体系 视野下之犯罪构成

冯亚东*

内容提要：我国刑法学界正在进行“犯罪构成体系完善抑或重构”的讨论，通过分析古今中外成文法体系下司法者将刑法规范与生活事案相对接的操作方式，可以发现，“犯罪认知体系”这一概念可用以统摄不同历史时期刑法之基本运作模式。对犯罪认知体系之思想史的梳理表明，“犯罪构成”概念乃系近代民主法治背景下理论介入司法之产物，由此可厘清当代中国之犯罪构成体系的来龙去脉及现实状况，并为进一步“完善抑或重构犯罪构成体系”的讨论搭建基础性平台。

关键词：犯罪构成 犯罪认知体系 概念辨析

犯罪构成乃系行为成立犯罪之基本条件的总和体系。我国刑法学界目前通行的犯罪构成四要件体系，系建国初期基本照搬前苏联的体系而并非在本土法律文化中自然生成。然而，当源自前苏联的刑法理论在新中国落地生根、发芽长大，逐渐进入广阔的社会生活及法律实践层面时——特别是上世纪80年代以来在建设社会主义法治的背景下又不断加以完善，“犯罪构成”的观念及理论体系在立法、司法、学术及规制生活秩序方面，的确发挥着重要作用。近年来，随着问题讨论的深入，不断有学者对通说体系提出质疑和挑战，大体观之，可将关于犯罪构成体系的论争归为“重构论”和“完善论”两种基本理路。“重构论”主要倡导应以德日三阶层犯罪论体系为借鉴模式，而“完善论”则强调我国沿袭前苏联的四要件体系基本合理，只须作局部调整，并无推倒重建新体系之必要。

在中国社会全方位发生转折的历史大背景促动下，中国刑法学人显然也在尝试着展望进而描绘自己一方领域的“理想图景”——德日、英美抑或照旧（老树添花）的模式？面对中国刑法学界对通说体系的集体性反思，如若效仿一种流行的句式——中国刑法学将向何处去？我们今日对犯罪构成体系的讨论，必将广泛、深刻地影响中国刑法学未来之进程。而无论是转借域外还是完善通说，其论说起点均为中国今日之刑法格局以及制约该格局之历史长过程，于此对之的分析与梳理便尽显必要。

一、犯罪认知体系的形成与沿革

“犯罪构成”的提法并非从来就有——作为当代刑法学之核心概念，它只是人类在社群生活过

* 西南财经大学法学院教授。

本文系国家社会科学基金资助项目“中国犯罪构成体系之完善研究”（项目批准号：06BFX049）阶段性成果。

程中特定阶段对“犯罪”进行认知的产物。欲对犯罪构成问题作全面深入考察，首先有必要就刑法史上对“犯罪”的认知方式及其过程，作简要回溯——从真实的历史活动中归纳出“犯罪认知体系”概念，并将我们今日所理解之“犯罪构成”，置于这一宏大的过程背景下加以具体定位。

（一）刑法由“刑”到“罪”的重心转变

人类刑法史上成文刑法一经国家权力生成，其意义便在于将统治者所认可的“犯罪与刑罚”昭示天下，以规制人们日常生活之秩序。以今天既定的部门法各自分立的观念审视，在古代社会“诸法合体、民刑不分”的法律中，其主要内容为犯罪与刑罚之规范体系。并且，就罪与刑两方面之不同规制意义论，越久远的法律越注重的是“刑”而不是“罪”——故人类早期的法律也就基本可视为关于如何施刑的“刑罚法”。所谓“诸法合体”，事实上是以刑罚为主而间杂其它。“在古人的观念里面，法与刑本为一事，乃是一事二名的。”〔1〕由于中国几千年法律传统的沿袭，时至今日在“诸法分立”的格局下，罪刑规范仍被习惯性地称为“刑法”而非“罪法”。

就犯罪与刑罚的相互关系而论，早期时代法律对“刑”之意义的宣示和强调，远远重要于对“罪”之意义的界定与认知。远古人类小规模群体中人与人之关系方面相对简单直观，共同的价值观念与共同的善恶判断十分明晰——基于基本的生活利益要求而结成集体并拥戴权威以维持秩序；在群体秩序的营造和巩固中，重要的事情不是识别善与恶或正当与犯罪，而是对一经实施便自然会遭致共诛之恶行如何惩罚的问题。这种惩罚对受罚人来说，不仅应伤及皮肉、毁其尸骨（车裂、腰斩、炮烙等），还想方设法尽可能在族人中留下惊心动魄之警示效果——残酷恶劣的生存条件下生命本身都是微不足道的，故消灭生命也必须以逾越生命之本体自然存在方式而进行——除此之外的制裁手段几乎都不会有实际意义。这便是古代刑罚之所以酷烈的根本原因。

中国远古在法律成型时期的所谓法，“当时主要不是被叫作法，而是刑，如禹刑、汤刑、吕刑、九刑、五刑、刑书等等。这样一个特别的名称，曲折地向我们展示出中国早期文明发展的特异性。”〔2〕“夏有乱政，而作禹刑。”〔3〕《尚书大传》称“夏刑三千条”，《周礼·司刑》注“夏刑大辟二百，膻辟三百，宫辟五百，劓墨各千”。值得特别注意的是：此三千之数分系于大辟、膻、宫、劓、墨五个刑种之下，属于非常典型的以刑种为重心、作统领的法体系——犯罪的种类、成立条件及名称基本不属于制定法律规范需要考虑的显问题。

在迄今为止保存最完整的古代法典《汉谟拉比法典》中，几乎没有涉及重大犯罪（如国事犯罪、宗教犯罪和故意杀人犯罪）的相关规定。“立法者之所以对其他重大罪行并未加以任何规定，是因为他们认为死刑对这些罪行来说是当然的事情，所以在法典上也就不用再明文规定了。……而死刑的适用范围十分广泛，法典上关于死刑的条文在三十条以上，并且还可以将犯罪人溺死、烧死、钉死、绞死（特种的死刑）。”〔4〕在其后的《中期亚述法典》中，对各种“犯罪”的规定渐趋细化，但刑罚的种类仍十分复杂，从示众开始，有服劳役、杖责、割鼻、割耳、割舌、阉割、挖眼、穿刺、砍头等多种选择形式。〔5〕而在古代希伯来国家，“希伯来法本身对‘犯罪’也无明确定义，《摩西律法》对犯罪的种类更是没有任何界定。”〔6〕

随着农耕生活方式的普遍盛行、人口增加、群体扩大及“国家”权力之规模化延伸，〔7〕社会

〔1〕 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社1997年版，第52页。

〔2〕 同上书，第41页。

〔3〕 《左传·昭公六年》

〔4〕 何勤华、夏菲主编：《西方刑法史》，北京大学出版社2006年版，第40页以下。

〔5〕 同上书，第44页以下。

〔6〕 同上书，第65页。

〔7〕 依笔者之见，国家起源于农耕方式下对土地分配格局及河流用水秩序之管理需要，在“不动”的土地上基于地缘和血缘关系而逐步形成一种高度专制集权的政治制度，以维护“均田地”之人际秩序。参见拙著：《平等、自由与中西文明》，法律出版社2002年版，第3小节。

生活日显复杂而致“犯罪”的界域模糊且呈多样化；对犯罪类型的精细划分及确切甄别，不得不成为国家制定刑法以规范生活秩序的头等大事和前提性工作，刑罚在法律体系中的地位和作用也就至少在形式上退居次席了（其严厉性趋缓而种类趋减少）。中国古代法律以刑为纲的法体系延至战国时代，“在李悝的《法经》里面有了根本的转变。《法经》的头两篇‘盗’和‘贼’并非刑种的名称，而是概括性的罪名，刑罚的名称则放在‘具法’里面。这里，按照刑名分类，以刑种为纲领的体系，转变成了依罪名分类，以罪名为纲领的体系。这在中国古代法的发展史上是一次重要的转变，它表明了古人在立法技术方面的一个突破性进步。这种进步表现在语言文字方面，便是以‘法’代‘刑’的转变。”〔8〕

“在人类文明早期的大部分时期，惩罚的实施大多是出于受害者及其亲属本能而未加反思的情感产物，换句话说，在足以引起全社会关注的案件中，就是人们对暴行和危险在情感上的本能反应。一旦惩罚的过程被注入了平静的反思和理性的元素，人们开始用所处客观情况的需要和法令存在的理由来证实惩罚的正当性时，就不能不说是刑罚历史上的一个伟大飞跃。”〔9〕此一飞跃，在笔者看来便也包含着刑法由“刑”到“罪”之重心逆过程。自魏国李悝的《法经》到后来秦国的商鞅“改法为律”——“律以正罪名”，这种以罪为纲的法体系便成为中华法系的立法定式，一直沿袭至清代末期。

（二）犯罪认知体系的自然生成

由于成文刑法本身只是具有向社会昭示“什么是犯罪以及对犯罪如何处罚”的静态表征功能，而“徒法不足以自行”——任何法律的实际运作都是由一定个人通过一定方式具体完成的——刑法亦不例外。于是，对司法即刑法的实际运作来说，如何以法律文字所表述的静态之“犯罪”为蓝本，对人们日常生活之动态的琐碎行为进行挑选、厘定并给以处罚，便自始至终、时隐时现而成为国家管理社会维持秩序的一个问题。

仅就刑法规范之存在及“犯罪”的发生学意义而论，世俗生活只是时时制造出不同自然样态的“危害行为”——即随时随地发生的盗窃、抢劫、杀人、伤害一类外观各异的行为；而法律上之“犯罪”，在成文法律强行介入并规制生活的刚性要求下，则首先应当见诸于法律对之的明文规定，其次还得经由特定认识主体按既定明文规范循某种固定套路对其进行适法性的认知和确定——即“犯罪”是由司法者根据刑法并通过一定之方法、路径或思维习惯所确认的法定事态。

本来，有无成文的刑法并不致影响人们根据既往生活准则，对日常行为之“犯罪”意义的大体判断：看到张三杀人或李四抢东西，人们往往便议论纷纷张三李四已经“犯了罪”（并不会特别关注行为人是否已达法定年龄或是否具备其他法定细节要素）。这种仅凭生活经验对“犯罪”的现象性感知，虽然有时也会迷失方向（如惊马伤人，车夫是否有罪），但更多时候却与法律的推定并无二致。于是，源自世俗生活最直观、最本初、最质朴的犯罪认知方式，也就为官员们在法律上进一步地精确划界铺就了情理基础。事实上，民间社群中存在的各种地方性界识“犯罪”的观念、标准或方法——虽其并无强制性和拘束力，但仍潜移默化会以背景性的“文化”方式影响立法、司法及学术。

对管理社会的官员们来说，自“国家”强权形成以来对犯罪的认知便被要求必须是“依法”而为。于是，官员们事实上是如何依法而为，显然便成为须考究之“问题”。就古今中外之刑法运用而言，均存在如何将刑法文本同案件事实相对接而识别“犯罪”的方法问题——此识别犯罪一定之

〔8〕 前引〔1〕，梁治平书，第42页。

〔9〕 前引〔4〕，何勤华等主编书，第97页。

方法或路径，便可称之为犯罪认知体系；换言之，所谓犯罪认知体系，便是指特定法域下运用刑法甄别具体事案从而厘定“犯罪”的思维模式及相应操作程式。^{〔10〕}

犯罪认知体系就其本体意义而论，大致有两种基本存在形式：一为在古代社会司法领域中隐形的司法官们长期约定俗成流水化之操作程式，二为近代以来刑法学理论上显形构造的学者们自觉自为的理论体系。虽然将前者也称为“体系”稍显过分（称犯罪认知方式似乎更为贴切），但由于其同后者在实质意义上相同——均涉及的是刑法规范与案件事实如何“对接”的方法路径问题，只是表现形式有明显差异，为便于比较分析以明了“对接”问题的发展演变轨迹，故本文仍将其划归犯罪认知体系。

（三）古代社会隐形的犯罪认知体系

古代农耕社会由于生活单一重复——日出而作、日落而息，人们被束缚在“不动”的土地上周而复始劳作；与之相适应法律粗疏简陋，故官员们究竟是如何运用刑法去识别“犯罪”的具体方法问题，似乎并不会引起太多关注——更多时期大多数案件都能得到一种与生活情理大体相一致的处理。虽然那个时代司法官们在观念上实务中也必然运行着一种约定俗成的“犯罪认知体系”，但终究不能成为“显问题”进而需要劳神费力上升为“学问”加以研究。

深层次考究，可知：古代社会“犯罪认知体系”问题之所以不能成为“显学”，其根本制约因素在于专制集权的体制下，“民可使由之，不可使知之”；朕即国家、朕即法律，对皇帝颁布的法律只能是“不理解也得执行”，而决不允许随意加以评价和研究。先秦时期商鞅就下令处罚褒扬法律的人（其事理逻辑为既然法律可以被称赞那当然也可能被贬损，在实质上均系对王权的亵渎），而法国皇帝拿破仑则痛心疾首于其所制定的民法典被世人解释。中国唐代注解《唐律》的《唐律疏议》，其实也并非学者们自行解读法律而创设的注释理论，而是官员们奉敕而撰且为皇帝所批准，其本身就属于唐律的一个重要组成部分。而罗马帝国时期之所谓“法学”，其实仍属于皇帝所把持的“官学”，且基本上限于“私法”领域（如以东罗马皇帝查士丁尼名义所撰写的《法学总论》）。只有民主政制下法律才真正能够成为人们公开讨论评判的对象，并成就严格意义的关于法律的学问即法学——将国家颁布的“神圣法律”作为学问对象加以评判研究。

今日人们常常谴责古代社会官府处理案件是随意所为罪刑擅断，但在实体法上其实那一般只会适用于疑难事案的处断；对每天重复发生的杀人、放火、伤害、偷盗、劫财、强奸一类案件，官员们在大多数情况下都会做出与过去的判决大体相似的认知和处理（过去偷一头牛是怎么判，那今天偷一头牛还得怎么判）——而皇帝颁布之成文法更多意义只是官员们能够倚仗驱使的一种权力符号象征。如果大多数案件的处理都是乱七八糟、随心所欲、不可预测而颠倒善恶是非和因果报应观的，那群体秩序早就崩溃重造了。事实上古代社会所谓的“罪刑擅断、滥施酷刑”，应当主要表现在诉讼为逼取“口供”的过程中；当时技术条件简陋基本不可能靠“物证”定案（进行痕迹、体液等物态的比对），只能依赖口供，而口供往往就只有靠“酷刑”才可能逼取（与案件有某种利害关系的嫌疑人在多数情况下其实也就是真实的罪犯，且不打不招——犯罪人不大可能在无压力下作不利于自己的供述）。古代社会刑事案件之处理，其最大特色并不在于实体法意义上的“罪刑擅断、滥施刑罚”，而是诉讼过程中之刑讯逼供——“滥施刑罚”其实也就是为逼取口供；^{〔11〕}而实体处罚意义上之“罪刑擅断”，只会是刑讯逼供的偶然伴随现象。但这更多属于在犯罪证明问题上时代的无奈而非官员们生性的残忍和野蛮。

〔10〕 我国台湾学者许玉秀教授曾提出过“犯罪认知体系”一概念，以涵盖不同的犯罪成立条件体系。参见许玉秀：《犯罪阶层体系及其方法论》，台湾成阳印刷股份有限公司2000年版，序言、第7页。

〔11〕 回顾西方的刑罚史亦可印证此点。古代欧洲的法律往往要求司法者必须在取得罪犯的供词后才能对其定罪，于是一些热心的志愿者便被派到用于拷问疑犯的内庭。在那个令人毛骨悚然的地方，这些人充分运用暴力以及刑技方面的想象力，以迫使嫌疑犯招供。参见〔英〕凯伦·法林顿：《刑罚的历史》，陈丽红、李臻译，希望出版社2003年版，前言。

由于广义的犯罪认知体系既可包括实体法上规范与事实的“对接”问题，还可包含程序法上对定罪所需事实及证据的采信问题，^[12]而古代法中既无必要也无从区分“对接”与“采信（证明）”的不同问题（古代司法条件下确认犯罪时二者呈一体化难解难分的过程——地方行政长官一人便担当起今日侦、控、审三方角色），故在犯罪认知问题上本属程序意义上之“罪刑擅断、滥施刑罚”，却被今人阴差阳错套入实体法中误读。18世纪的意大利人贝卡里亚囿于时代所限，在《论犯罪与刑罚》一书中不分实体程序，对欧洲封建专制司法过程中的“罪刑擅断”发起猛烈抨击；^[13]而后人们却不辨问题层面随推倒旧法统的需要大肆想象发挥（欧陆国家所发生的程序法从司法体制中的单独分离，也系启蒙以降一种渐进的过程）。

更早时期人类族群对疑案之处断甚至还依托于“神明裁判”，^[14]有罪无罪的结局完全取决于当事人随机一搏的运气——即使被冤枉也只能自叹触怒“天意”而认罪服法——除此之外还能找到什么更好的行为认知方式和纠纷解决机制呢？欧洲社会主流的刑事司法史表现为以一种准乎“神启”之裁判依据，演变到依人定法凭被告人口供进行裁断，再经所谓“世俗化”、“祛魅”转而完全依赖证据定案的法律发达“自然而然”的进程（即人类诉讼史上所谓的神明裁判、口供裁判和证据裁判之历时性的三大时代）。与诉讼方式之不同相随，实体意义上的犯罪认知方式（将诉讼中所确定的事实再同实体规范予以对接）亦经“神裁”渐进为“理性的”审判过程。事实上古代社会广义存在的犯罪认知方式——无论是对事实的采信还是对行为定罪量刑的处断，始终是同大多数人的知识情理及社会控制技术相适应的，否则根本无从解释人们大多时期为何能俯首听命而拥戴法律和朝廷。世俗生活中只有少数稀奇古怪、刺激想象力的事件，才会引起人们高度兴趣且代代言说，久而久之“故事”一旦成堆成套（“窦娥”与“小白菜”一类），也就容易铸成一种整体性的误解与偏见。^[15]

二、近代犯罪认知体系的学理化构造

近代以降，西方社会高扬起人本主义和罪刑法定的旗帜，对动辄即剥夺行为人自由甚至生命的刑法来说，官员们是如何以法律名义调动国家强权，判定行为构成“犯罪”并对行为人处以刑罚，应当如何以客观、准确、理性、人道和可重复验证的方式去识别犯罪，就渐次凸显成为必须回应的“问题”；除了硬性要求官员们必须依法裁判之外，人们企盼能够找到一种验证和评判官员们是否“依法”以及如何“依法”的标准。

（一）西方国家

1764年意大利学者贝卡里亚发表了《论犯罪与刑罚》一书，在人类刑法史上属于里程碑式的重大事件——标志着将国家颁布的“刑法”作为一门学问的研究对象的部门法学，即“刑法学”的正式诞生；接续贝氏在书中所提出的罪刑法定、罪刑均衡、人道主义等刑法基本理念，从18世纪

[12] “广义”与“狭义”系相对而言。相对于最狭义的关注实体法运用之“对接”问题的犯罪认知体系而言，能够包含程序法运用的更完整的司法运用问题的犯罪认知体系即为广义。但在更广阔的视野中，仅关注实体与程序的司法运用的犯罪认知体系又成为狭义；在司法对犯罪从程序到实体两方面的认知之前，还存在立法对犯罪如何认知的问题，即更广义的犯罪认知体系又可包含立法和司法两个方面（甚至还可推导其他）。本文只在最狭义的实体法适用意义上使用“犯罪认知体系”概念。

[13] 参见[意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国方正出版社2004年版，第31页以下。

[14] 如古巴比伦的《汉谟拉比法典》第2条的规定，大意为：当没有证据能够证明被告是否有罪时，即应将其扔进河里，若淹死即证明有罪，反之则无罪而原告获罪。以今日制度及观念审视，看似古人愚笨野蛮——有罪无罪的结局完全取决于当事人随机一搏的运气；但实则聪明绝顶——冲突和纠纷是真实存在的，即使没有证据也得想办法解决。由于被告被扔进河里一般都会淹死，故该制度事实上便形成一种迫使被告认罪的机制——不认罪则必死，认罪反而处罚可能更轻，于是也就较好地化解了冲突与纠纷。古代社会为了维持群体基本的秩序和正义，即使制度设计可能冤枉个别无辜，但也属无奈的选择和只能付出的代价（好在农耕方式固守土地的小范围族群中，是非曲直一般是清晰的）。

[15] 参见苏力：《窦娥的悲剧——传统司法中的证据问题》，《中国社会科学》2005年第2期。

末到 20 世纪初,经几代刑法学者的努力,以构成要件为核心作主干的犯罪成立条件体系以及涵盖更多内容(犯罪诸特殊形态)的犯罪论体系基本定型。后来的西方刑法学者们(主要指欧陆及日本)基本上沿袭这一大格局而各自再具体搭建不同的阶层及形态体系。^[16]在英美国家,“在案例累积的过程中,透过案例的存同求异,必然形成一套犯罪认知体系,否则援引旧例判断的程序无法进行”。^[17]

在西方刑法理论中,虽然并无“犯罪认知体系”的明确概念,但从学者们对如何运用刑法识别犯罪之方法性体系的自觉建构来看,明显在刑法文本和司法运用之外,存在一种诱导司法进入并要求遵循的理论化的犯罪认知体系——主要表现为刑法学中的犯罪论体系。它是对人类千百年来隐形存在、秘而不宣的犯罪认知体系,从理论上予以公开、显型、学理化地揭示和再造。

事实上,刑法学及犯罪论体系在西方的诞生与发展,始终是同人权观念与民主法治的形成发展密切相关的。对作为近现代刑法学之基石性原则的罪刑法定原则,只有将其置于“主权在民”的大背景下,才可能真正理解其初始意义及恰当有效的运作方式。否则,仅仅在“无法无罪、无法无刑”的技术性层面,我们根本无从搞清古代专制集权国家的“罪刑法定(犯罪和刑罚由国王钦定)”同今日所倡导的“罪刑法定(通过代议制的国会以民意而定)”究竟有何区别——甚至可以找到无数的事例以证明古代社会在实体法意义上,曾经实行过更为严格苛刻的“罪刑法定”。既然法律上的犯罪和刑罚在根基上都不过是由民意所决定,那我们在理论上对刑法该如何解释以及犯罪论体系该如何构造方面,就有了宏大而正确的基本方向。

(二) 近代中国

自 160 年前鸦片战争起,中华民族在帝国主义的枪炮相逼之下走上了工业化、现代化之路,古老民族的生活方式、观念习俗、社会制度全方位被迫置换。在刑法领域,紧随社会大变革而开始制刑律、开新学(刑法学)。从 1903 年修订法律馆奉旨成立(沈家本、伍廷芳出任修订法律大臣),到 1911 年《大清新刑律》颁行,晚清末年的变法修律工作至少在立法形式上,较为彻底地摧毁了此前于中华法系绵亘不绝的“诸法合体、刑民不分”之格局,并奠基了此后以大陆法系为基本参考模式的近代法律体系架构——中国刑法按照德日通例置总则和分则两大编,总则统领全编,分则个罪纷呈。此一转型,致独立形式的刑法典雏型得以廓清——此后民国时期的“刑法学”理论亦由此而获得本土的文本研究对象。虽然“变法”过程中清廷诏曰“参酌各国”,但事实上却由于文化、地理、强势裹挟等原因而基本上是“以日为师”。^[18]

民国初期,《大清新刑律》得以继续援用——以后中华民国的刑法基本沿袭了晚清刑法典的模式。此一时期,对刑法知识的考究成为一种专门“学问”的理论气象初显。由于研习、仿制大陆法系刑法之使然,该阶段出现的刑法学著作及教科书中,已经开始了对成立犯罪之基本要素的提抉探

[16] 参见前引[10],许玉秀书,第二章第一节“各种犯罪阶层体系”。

[17] 同上书,第7页。

[18] 清政府的改制特别青睐日本及德国法制,不能不说与政治体制存有莫大关系。此做法与日本之“欧化”过程相类似——从日本择德国而师之的历史迁衍轨迹可见一斑。19世纪中期的日本同样遭受西方列强的入侵,为摆脱落后局面而急切希望从效仿中华转向学习西方,以实现“脱亚入欧”的梦想;制定包括刑法典、民法典在内的一系列统一法典的动因之一,是为了早日摆脱治外法权和建立统一的资本主义市场。日本在匆忙学习西方法制的过程中,在刑法体系方面为何择德国体系而从之(而非法国式或英美式)?除历史偶然性、德国体系固有之精巧理论之吸引力等原因外,政治原因尤显重要。明治维新的目的固然为谋求国家之近代化,但却是在打破幕府统治、“尊王复古”之旗号下进行——政治上期望大政奉还于天皇,故美国或法国式的民主政体当然不符合当时日本之诉求,甚至连英国式的君主立宪政体也不能满足日本政治对集权主义的向往。倒是1870年“普法战争”后刚统一起来的德意志帝国,较为契合日本的现实(所以历史上将当时日本与德国的政体称作“立宪君主”制,以强调其与“君主立宪”的区别,更注重君主在政治体制中的核心地位)。由此似可导出:日本刑法理论体系之所以转借德国而建立,主要是由当时之日本与德国式的立宪君主政体之天然亲和力所致。参见渠涛:《日本民法编纂及学说继受的历史回顾》,《环球法律评论》2001年秋季号;余能斌主编:《民法典专题研究》,武汉大学出版社2004年版,第401、402页。

度（诸如犯罪主体、犯罪客体、违法性、责任等）。〔19〕可以认为：“是时的中国刑法学界对于进一步澄清和挖掘各个要素之间的逻辑关系，从而概念和提炼出一套认知体系，也就是我们今天所说的‘犯罪论体系’的研究条件已经基本具备。”〔20〕然而，在“救亡压倒启蒙”时代条件的挤迫下，“这种学习抱有过多的功利色彩而缺乏启蒙的意义，当我们在用较为便捷的方式获得一套新的法言法语的同时，也可能因此失去了真正地理解于翻译中流失的思想的机会，乃至接受了日本学者的误读或产生新的误读，并使传统的中国律学丧失了创造性转化的契机。”〔21〕

三、当代中国的犯罪认知体系

新中国成立前夕，中国共产党发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，以及《中国人民政治协商会议共同纲领》等系列文件，明令废除了“国民党政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度”，国民党政府的六法全书以及清末民初以来所积累的所有“旧法”，遭遇到彻底废弃。

与此同时，有破有立——建国初期国家先后制定颁布了一些应急性的单行刑事法规，如1951年颁布的《中华人民共和国惩治反革命条例》和《妨害国家货币治罪暂行条例》，1952年颁布的《中华人民共和国惩治贪污条例》。从1949年到1979年的30年间，制定一部统一的刑法典的工作被反复提上日程（不同时期共形成36个刑法草案），但随动荡不定政治运动的冲击却又不断被搁置。

在此期间，新中国老一代的刑法学者们在极其艰难的条件下，以刑法草案为蓝本，借鉴前苏联的刑法学理论体系，建立起基本覆盖全部犯罪与刑罚问题的对司法具有实际指导意义的理论化犯罪认知体系——犯罪构成体系为其核心内容；以编写《中华人民共和国刑法教学大纲》（法律出版社1956年版）为代表，以及翻译出版前苏联的刑法学者特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》（中国人民大学出版社1958年版）一书，形成了以犯罪构成及其四要件为主干的中国刑法学教科书体例。至1979年新中国第一部刑法典颁行，犯罪构成问题由“理论禁区”破冰而出再获新生。

中国的刑法学者们经过几十年之不懈努力，终将苏式犯罪构成体系深植人心，成为一种判断识别犯罪根深蒂固之思维定式。新的历史条件下由前苏联所传袭的意识形态背景逐渐淡隐，旧体系经不断调适在中国国情下成为共识性的司法操作工具。今日中国之刑事司法实务活动——法庭上文书里，充满着“犯罪构成”、“构成要件”、“客体”、“主体”一类纯属理论界长期约定使用的语言（刑法文本中并无这些字眼），侦、控、辩、审各方均以此为基本分析工具和有效沟通手段，进而发现规范与事实中彼此通约或相互抵牾的要素。

可以认为：近代以来的刑法史很大程度从帝王及司法者的专断，逐步转变为一种能够充分广泛地吸收现代人文知识且多方参与的过程。这种刑法“亲民化”以及对犯罪认知的“科学化”、“实证化”及“技术化”的进程，虽在根本上受制于民主法治的形成与发展——每个公民都有参与国家事务和评判法律的权利，但在很大程度上却直接得力于刑法学的建立与繁荣——通过专业者的智力创造将粗糙的法律与民间的常情常理常识，一并转化为可供司法操作的规范性知识。刑法学正在从根本上改变着刑法的传统运作方式——无论是对“刑法规范”的字义解读还是对“案件事实”的裁剪分析——以至最终“依法”为据而获得对犯罪的认知结论，刑法学理论都起着极为重要的中介媒质

〔19〕 参见徐石松：《刑法》，商务印书馆1935年版，第45页以下；赵琛：《刑法总则》，商务印书馆1944年版，第45页以下。

〔20〕 车浩：《未竟的循环——“犯罪论体系”在近代中国的历史展开》，《政法论坛》2006年第3期。

〔21〕 陈新宇：《近代中国刑法语词的塑造——以外国刑法典的翻译为研究对象》，《环球法律评论》2004年冬季号。

作用。

刑法学也在重新塑造着“刑法典”自身的形象——将零散粗疏的法律规定，转译为一种统一细密的教科书式的叙述，声情并茂地述说法律文本字里行间所包孕的事与理、情和法。这种转译，大大扩展了刑法规制生活、涵盖事实的能力和范围，它使我们既可以对法律的宏观结构获得高屋建瓴的更完整形象，也能够细致观察在条文字面不易看到或不能看到的丝缕细节。

须说明的是，犯罪构成理论在司法活动中之真实运作，的确很大程度起着“罪与非罪、此罪与彼罪”的区分标准作用。但必须牢记：这种所谓“真实”，主要取决于民主政制下事实上多方参与司法（民意和学理）的理性使然。由于法治初创时期在刑事领域“罪刑法定原则”的刚性要求，任何对民意之顺应和对学理之遵从，最终又都必须回到“刑法”上去——即表现在司法形式上只能是由法官根据刑法之规定引经据典作出处断结论。

四、相关概念的辨析与约定

在犯罪认知体系的宏观视野下，十分有必要对与“犯罪构成”相关的一系列基本概念作一番厘定，以求能够进一步认识、展开和讨论问题的基本平台。

（一）犯罪认知体系与注释刑法学

承上所述，人类社群生活中长期存在不同形式的犯罪认知体系，而唯有在近代民主法治的氛围下，其才有可能从司法铁幕后脱身而出闪亮登场成为“显学”。自18世纪后期贝卡里亚时代起，各种关于刑法及犯罪的学问纷呈出现。以今日学科标准衡量，贝卡里亚的刑法思想其实并非关于“刑法”应如何解释的学问（贝氏本身限于时代认识并不赞成对刑法进行解释^{〔22〕}），而只是对刑法应有之基本精神、基本理念及司法应遵守之基本规则的揭示，大体属于今日所谓理论刑法学和刑事诉讼法学的范畴。而本文所概括之“犯罪认知体系”，则是从刑法规范与案件事实如何对接的认知技术方面着眼，属于注释刑法学的范畴。

当代广义的刑法学内容繁多、体系庞大，涉及众多分支学科。^{〔23〕}就今日中国通行的刑法教科书及刑法学著述而言，所涉内容其实并非纯粹的注释刑法文本的注释刑法学，而是还涉及到如何完善刑法、对未然之犯罪与刑罚应作何规定的理论刑法学，以及纯属由理论对人际冲突关系中所抽象之基本概念（如客体、法益、对象、结果、刑事责任等）的内涵外延辨析的概念刑法学（紧扣条文的注释刑法学自身很难完成这种任务）。虽然对注释刑法学、概念刑法学和理论刑法学三者的界限无法完全厘清，但在宏观上仍然可以分辨各自所指涉之不同意域。^{〔24〕}

由于本文所称的犯罪认知体系，属于司法如何运用刑法去认知犯罪的技术性问题，故在严格意义上其只同试图将“刑法”解释得清楚实用的注释刑法学相关。并且，由于自古以来就事实存在着约定俗成代代相袭的犯罪认知体系，而辗转至今日已经全方位被刑法注释理论所显形构造，所以犯

〔22〕 贝卡里亚就此谈到：“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利，因为他们不是立法者”、“严格遵守刑法文字所遇到的麻烦，不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改，力求准确，并且阻止人们进行致命的自由解释，而这正是擅断和徇私的源泉。当一部法典业已厘定，就应逐字遵守，法官惟一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。”前引〔13〕，贝卡里亚书，第12、13页。

〔23〕 对“刑法学”首先按所涉范围来划分，可以分为狭义刑法学和广义刑法学，前者是指以刑法规定的犯罪与刑罚为研究对象的科学，后者除狭义刑法学外，还包括犯罪学、监狱学、犯罪心理学、外国刑法学、刑法史学等一切同犯罪和刑罚相关的学科；其次，按研究方法来划分，可以分为理论刑法学、注释刑法学、沿革刑法学和比较刑法学；再次，按照作为研究对象的刑法所涉地域来划分，可以分为国内刑法学、外国刑法学和国际刑法学；另外，按照不同领域还可分为行政刑法学、经济刑法学、军事刑法学等。参见周振想：《刑法学教程》，中国人民公安大学出版社1997年版，第2页。

〔24〕 参见拙文：《刑法学研究的层面划分》，《法学研究》2001年第3期。

罪认知体系同注释刑法学又具异曲同工之妙——二者在当代刑法语境下已衍变为从不同视角观察之同一事体。

虽然如此，在注释刑法学之外提出“犯罪认知体系”概念，仍然具有重要意义。它使我们能够明了——在人类刑法史纵向发展的全过程中，始终以隐性或显性方式存在着如何将规范与事实准确对接的“犯罪认知”问题；使我们能够对人类刑法史上不同阶段认知犯罪的不同操作方式、对注释刑法学本身的来龙去脉及功能价值，进行一些全新的思考和把握——为什么在国家权威性的刑法文本之外，会由一帮专事清谈的文人们建立什么“注释刑法学”？而纯属学术范畴的注释刑法学又为什么一定会独出心裁、标新立异建立什么“犯罪构成体系”？世界上究竟有没有一种唯一科学的、非它不可才能有效保障人权的构成体系？进而便更有可能在中国当下犯罪构成体系的完善抑或重构方面，获得一种高屋建瓴、完整清晰的认识。

须说明的是：将犯罪认知体系视为一种“技术性问题”，这纯属由不同层面或角度观察事物所得之映像；任何技术性问题，均又可以从“技术”与“实质”两个方面分别加以看待和研究（只是“可以”而非必须如此，视具体问题之需要而定）。在宏观上看，犯罪认知体系揭示的是法律规范与案件事实的对接技术——其本身似乎并不涉及如何设立规范和怎样认定事实的实质性问题（实际上并非完全如此）；基于研究需要，可以合理假定是在规范与事实已经确定的前提下（规范表现为刑法典，事实表现为经正当程序固定的“法律真实”），再在实体法层面讨论应当如何操作才能将二者恰如其分加以连接——让规范循某种路径得以进入事实，对事实按规范的刚性条件要求能够无遗漏比对筛选。须知：纷繁芜杂之案件事实本身是不可能原则笼统的法律条文中自动归位的——这在司法必须公开、公平、公正的新时代，必须有专门的学问来解决它。

（二）犯罪认知体系与刑罚论

刑法是规定犯罪与刑罚的法律，而司法的任务便是将法定的罪与刑同具体案件相连接，于是，作为紧随条文的注释刑法学也围绕这两方面展开论述（在学科体系设置上亦对应于刑法典体系）。由于这种对合关系的制约，当代意义的犯罪认知体系便自然应该包含对罪与刑两方面的分别认知——既应分析“犯罪”的确切含义也须论证“刑罚”的均衡配置。

但是，由于长期的思维、理论及司法定势影响，成文法体系下刑法领域人们关注的重点始终是“罪”而非“刑”——由罪而及刑，准确定罪之理性要求远远大于恰当量刑的正当呼声。这一方面源于理论上对犯罪的定性及类属分析，易于逻辑性推导并层层展开以搭建起恢宏体系——学者们在这方面大显身手各领千秋；而对刑罚之量化配刑分析却囿于分析方法的困难步履维艰——很难以逻辑演绎方式阐明其合理性与正当性。另一方面在根本上似乎是受制于成文法重在厘定概念的体系布局之潜在导向（通过不同概念的连接而构建成文法体系）。于此，对犯罪的认知终成为对行为性质的认知（不同概念的辨析）而非程度及相应刑罚的认知——这便是今日中国注释刑法学研究之惯常套路和基本格局（由大量著述所论及的内容，可资印证）。

在通说性的刑法学教科书中，随刑法典总则/分则的二分体系（附则略去不论），也分为总论/分论两大块；总论又分为并列的绪论、犯罪论和刑罚论三部分，以大体对应刑法总则的篇章结构。从教科书总论体系的结构和篇幅看，显然受刑法典的制约而在犯罪与刑罚的论证上大致保持了均衡，但事实上对刑罚论的阐述已流于列举条文泛泛述说的形式——未能像犯罪论一样在刑法条文基础上真正建立起一种有司法引导价值的刑罚认知体系；而在分论（罪刑各论）中，对“刑”的论述几乎沦落到完全可以省略而自行查阅条文法定刑的地步——罪刑各论成为个罪专论而配刑问题只能剔为“另论”或不论（无须论证）。

从司法对犯罪认知的实际功效观察，就最终达成刑罚对犯罪人的特殊预防和对社会成员的一般预防之双重目的而言，对刑罚的准确认知及恰当配置，其意义远远大于对行为性质的认知及划定。对犯罪人来说，其最关心的是量刑而非罪名——按刑法规定判处有期徒刑的刑罚事实上几乎可以适

用于所有犯罪，但究竟该判几年却难有裁夺定尺与衡定标准。^{〔25〕}

本文在论证犯罪认知体系时提出上述刑罚问题，是想强调“犯罪认知体系”本身固有之完整意义。囿于文章主要论及我国刑法学界目前所关注的犯罪构成体系方面的问题，不再深入；^{〔26〕}而本文对犯罪认知体系的分析思路，则只能完全偏重于犯罪论一方。

（三）犯罪论与犯罪构成

在汉译的德日刑法著述中，犯罪论与犯罪构成（或称犯罪成立体系）的关系混杂不清；时而相似甚至相同，时而又有所不同。有的译著中将犯罪论置为一章，与刑罚论一章并列（诸如罪数、犯罪形态、共犯等问题在犯罪论章节中一并予以讨论），但在犯罪论的章节内部，又以犯罪论指涉“行为—违法性—责任”这一犯罪成立体系；^{〔27〕}有的译著中一方面认为“在至今的犯罪论中，虽然只论及了犯罪的成立要件，但是，犯罪论本来就是与刑罚论相对应的”，另一方面在具体论述犯罪论体系时，又认为犯罪论体系是指代的“构成要件—违法性—责任”递进式结构（并不涉及罪数、犯罪形态、共犯等问题）。^{〔28〕}

而在中国刑法学之通说体系中，“犯罪论”概念之意域十分明确；区别于专门研究处罚问题的刑罚论，犯罪论研究的是行为成立犯罪的基本条件以及同犯罪成立相关联的诸特殊形态问题。犯罪构成在犯罪论中只是涉及前一部分即成罪基本条件问题，并不包含诸特殊形态问题；犯罪论与犯罪构成二者并不等同，为整体与部分的关系——虽然犯罪构成在犯罪论中居于首要、核心之地位。

由于犯罪构成研究的是行为成立犯罪之最基本条件问题，故犯罪构成视角下的“犯罪”呈一种“标本形态”（一人犯一罪且为完成形态）；在“标本形态”之外还存有若干同“犯罪”相关的特殊形态问题——如排除犯罪性的行为（看似符合但其实并不齐备构成要件的形态）、犯罪的结束形态（着重于未完成形态）、共同犯罪（数人犯一罪形态）、罪数论（一人犯数罪形态）等。在对“犯罪”的分析思路，只有解决了成罪基本条件即标本形态问题，才有可能进一步考察分析诸特殊形态问题。这种体例构造，既符合由“一般到特殊”之定罪思维规律，又简单明了便于理解，实无打乱重设之必要。

（四）犯罪构成与犯罪成立体系

对中国刑法学界就犯罪构成的多种表述进行概括，其基本意义均不外乎为“犯罪成立的基本条件体系”，为方便表述可简称为“犯罪成立条件体系”；在不引起歧义的前提下，其中“条件”二字亦可省略，可直接称为“犯罪成立体系”。由此推之，在中国刑法语境下“犯罪构成”与“犯罪成立体系”，实为不同语词表达的概念——二者在内涵外延方面完全一致，可视不同场合之表达需要而交替互换。正如我国刑法学者陈兴良教授所指出：“如果我们不是直接采用大陆法系的犯罪论体系，犯罪构成的概念还是能够成立的。这里的犯罪构成是指犯罪成立条件。相对于犯罪构成而言，犯罪论体系的范围相对要宽泛一些，它不仅是指犯罪成立条件，而且包括了犯罪的特殊形态，也就是未遂、共犯等内容。”^{〔29〕}

（五）犯罪构成与犯罪构成要件

在中国刑法学界长期约定俗成较为通行的交流用语中，“犯罪构成”和“犯罪构成要件”两者

〔25〕 正因如此，司法实务中有法院尝试采取研发“规范量刑软件”的电脑辅助方式，以达致量刑的精准。参见张闻宇、刘春雷：《电脑量刑争议中前行》，《法制日报》2004年9月13日。刑法学界研究量刑规范化的较早文献，可参见苏惠渔：《量刑与电脑——量刑公正合理应用论》，百花出版社1989年版。

〔26〕 对犯罪与刑罚关系的进一步论证，参见拙文：《罪刑关系的反思与重构》，《中国社会科学》2006年第5期。

〔27〕 参见〔日〕野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，中国法制出版社2001年版，第79、84、117、469页。

〔28〕 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2002年版，第109、110页。

〔29〕 陈兴良：《犯罪论体系：比较、阐述与讨论》，载陈兴良主编：《犯罪论体系研究》，清华大学出版社2005年版，第7页。

并非同一概念——乃为形式逻辑中整体与部分的关系。犯罪构成是指成立犯罪所有基本条件的“总和”体系（整体），而犯罪构成要件（可简称为“构成要件”或“要件”）则是专指“条件”本身（部分）；“总和”分离开来为若干孤立的“要件”，反过来，诸孤立要件均齐备则成立总和（有学者将其概括为“齐合填充”式^[30]）。

在德日刑法语境下，“犯罪构成”和“犯罪构成要件”两者却有相似甚至相同的意义。^[31]在汉译的德日刑法学著述中，“犯罪构成”和“构成要件”两个概念的关系混杂不清——混乱的根源一方面在于德语 Tatbestand 一词本身的多义性，^[32]另一方面在于 Tatbestand 一词同中国犯罪成立体系下两个概念固有的“整体与部分”的含义无法完全对接——德日体系同中国体系在构造上存在重大差异。

在中国犯罪论体系下，犯罪构成（体系）可以视为直接等同于犯罪成立体系；而在汉译的德日刑法学著述中，由于“犯罪构成”与“犯罪构成要件”往往可互换通用，犯罪构成可以并且应当理解为只是犯罪成立体系下的条件之一（尚有之二之三）。故此，在论述国外（主要指德日）刑法问题时，不宜直接使用“犯罪构成”的提法而应称为“犯罪构成要件”或“构成要件”。

为避免思维及语词混乱，在对中国和德日两大犯罪成立体系进行比较分析时，应当首先在总体上回避“犯罪构成”的提法，而在“犯罪认知体系”→“犯罪论体系”→“犯罪成立体系”的逐层次收缩的概念群下，以“犯罪成立体系”为两大体系通用的上位概念，再分别讨论作为我国犯罪成立体系的“犯罪构成”及其四大“构成要件”问题，以及德日犯罪成立体系的“构成要件该当性、违法性、有责性”的阶层式条件问题。如此设定在不同体系的比较分析中则逻辑思路和语词关系可显清晰。

综上，本文提出“犯罪认知体系”概念，以统摄和解读不同历史时期刑法之基本运作模式；通过对犯罪认知体系之宏观思想史的梳理，可以清晰展示近代民主制下刑法学之崛起及其对司法制度之深刻影响，使得解读刑法的视野因此而恢宏宽阔；在犯罪认知体系的视野下对关涉中国犯罪构成体系之若干基本概念进行辨析，方可为进一步“完善抑或重构”的讨论搭建起基础性之平台。

[30] 参见肖中华：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学出版社2000年版，第44页。

[31] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第313页。

[32] 在德语中，Tatbestand 源自 Corpus delicti 一词。在此之前，还有 Constare de delicti（也译“犯罪之确证”），此乃中世纪意大利纠问程序中所使用的一个诉讼法上的概念。Corpus delicti；最初由意大利刑法学者法利那休斯作为“指示已被证明的犯罪事实的东西”而使用，传入德国后最初由克拉因译为 Tatbestand，但直到费尔巴哈等人之后，才具有实体法上构成要件之意义。一般认为，贝林（Beling）于1906年出版之《犯罪论》，奠定了构成要件理论在刑法学中的基础地位（分别参见[日]小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社2004年版，第2页以下；[英]凯伦·法林顿：《刑罚的历史》，陈丽红、李臻译，希望出版社2003年版，前言；马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社2004年版，第222页）。在贝林之前的早期德国刑法学中，Tatbestand 却泛指构成刑罚之法律效果的一切法律要件（Rechtsvoraussetzungen），亦称可罚性要件，刑法学界将之称为广义的构成要件（Tatbestand im weiteren Sinne）。而贝林认为违法性和罪责应属于各种犯罪行为共同具备的构成犯罪之法律要件，故应将 Tatbestand 从广义构成要件中剔除，建立独立之层面体系。换言之，在贝林看来，Tatbestand 应采狭义之见解，仅指规定于刑法分则中之构成不同犯罪之法律要件即狭义构成要件（Tatbestand im engeren Sinne）。参见林山田：《刑法通论》，台北三民书局1986年版，第110页。在贝林看来，法定构成要件（Tatbestand）还应区分于一般事实要件：虽然二者都采用了“Tatbestand”这一用语，但后者应当被理解为“‘事实之存在’，是‘Tatbestand’的简写”。倘若视“事实要件”为法律要件的抽象概念，即“法定构成要件”，则会产生误解——因为这样进而“会使人将‘总的犯罪构成要件’当做犯罪概念要素之整体，其名义上包含了违法性和有责性，从而与‘刑法分则’也即具体犯罪类型混为一谈”。参见[德]恩施特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民大学出版社2006年版，第10页。