

# 文化模式与犯罪构成模式

赵秉志 彭文华\*

---

**内容提要：**中国文化模式属于机体宇宙论，与“天人合一”的自本体观和直觉体悟的认识论相关联；西方文化模式属于机械宇宙论，与“征服自然”的他本体观和逻辑分析的认识论相关联。中国的犯罪构成是机体的犯罪构成，体现的诉讼规则是综合规则；西方的犯罪构成是机器的犯罪构成，体现的诉讼规则是可废除规则。在提高司法效率与实现司法公正方面，机体的犯罪构成与机器的犯罪构成均能实现各自均衡。机体的犯罪构成更利于贯彻无罪推定原则和实现刑法的人权保障机能，但在控制犯罪和实现刑法的社会秩序维护机能方面相对弱化；机器的犯罪构成更利于控制犯罪和实现刑法的社会秩序维护机能，但在贯彻无罪推定原则和刑法的人权保障机能方面相对弱化。

**关键词：**文化模式 犯罪构成模式 机体的犯罪构成 机器的犯罪构成

---

## 一、引言

近几年来，部分刑法学者认为应当对我国传统的四要件犯罪构成理论体系加以“全面清理”，并主张按照德、日刑法学三阶层犯罪论体系“推倒重来”。其主要理论依据，无非是立足于理论体系本身的优缺点，着重强调德、日等国犯罪论体系的优点和我国传统犯罪构成理论体系的缺点，漠视乃至忽略德、日等国犯罪论体系的缺点和我国传统犯罪构成理论体系的优点。事实上，“我国犯罪构成理论和大陆法系犯罪构成理论，在体系及其表现的价值观念上存在的不同，是有历史、社会政治、文化等复杂原因的。……不论什么法系、什么国家，其犯罪构成理论的宗旨无疑都是共同的，这就是为追究犯罪、认定行为是否犯罪提供一套尽可能条理分明、逻辑严密、内部协调的理论体系，并求得与相关刑法理论的相互和谐。”〔1〕在认定犯罪上，无论是德、日犯罪论体系还是我国传统犯罪构成理论体系，均有其内在合理性，同时也存在体系内的某些缺陷与不足，这是由不同国家、不同民族的政治、经济、历史、文化等诸多因素决定的。甚至原本为某一

---

\* 赵秉志，北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院教授；彭文华，苏州大学王健法学院教授。

本文系赵秉志教授主持的国家社科基金重点项目“犯罪构成论体系比较研究”（项目批准号：10AFX007）的阶段性研究成果。

〔1〕 赵秉志、肖中华：《我国与大陆法系犯罪构成理论的宏观比较》，《浙江社会科学》1999年第2期。

法系的犯罪构成理论体系,由于受社会变迁、形势发展等影响,也被要求适应新的社会政治、经济以及文化之需要与时俱进,而不是固步自封。例如,原属大陆法体系的澳门刑法典中的犯罪构成规范,以及相关的犯罪构成理论体系,就面临澳门回归祖国后如何发展、完善的问题。“尽管该部法律是由葡萄牙法律专家起草的,具备较为浓厚的葡萄牙法律色彩,但也兼顾了澳门地区华人生活、生产的文化传统,考虑了澳门地区回归中国、建立澳门特别行政区后维护社会秩序、保障民众权利、促进澳门地区社会持续发展和繁荣的现实需要,因而在十多年来发挥了积极的作用。不过,自其颁布生效尤其是澳门地区回归祖国以来,澳门地区的政治地位以及社会各领域都发生了巨大的变化,加之其所吸纳之葡萄牙法律色彩浓厚,中文译本语言晦涩,某些术语不甚准确,因而澳门刑法典如同澳门特区其他法律一样,面临着一个如何有效地适应并积极促进澳门社会发展的问题。”〔2〕

其实,各国通行的犯罪论体系总是与国家 and 民族的文化息息相关的,是民族文化发展的必然结果。它们各自既有优点亦存在不足,风险与收益并存,没有哪种犯罪论体系是完美无缺的。脱离本土的法律以及理论体系,注定会受到与其并不融洽的现实制约,从而束缚司法活动的有效进行。例如,对于明治政府移植过来的法律是否适合于当时的日本社会,日本学者川岛武宜曾有过精辟分析:“这些法典西化的原因,并非因为在当时一般日本国民生活里,普遍存在着西化法律的现实性或思想性的基础。……法典起草者认为,从长远来看,随着日本的生活变化,这些法典会符合实情。可是,农村、山村、渔村中广泛地遗留着旧生活方式,对此政府不得不采取措施,使其得以留存。在当时情况下,这些法典最初开始实际上限制着国民生活。制定法典时,在多大程度上考虑到了这一点,是一个很大的疑问。”〔3〕就犯罪构成理论体系而言,我国与德、日等大陆法系国家在历史背景、文化渊源等诸多方面存在巨大差异,这些差异必然会表现在社会生活的方方面面,当然包括犯罪构成理论体系本身。忽视这一点,就不可能全面理解我国犯罪构成理论体系的实质,就会犯“一叶障目,不见泰山”的错误。“中国犯罪构成理论与大陆法系国家犯罪成立理论在体系及其表现的价值观念直至哲学基础上存在较大差距,这是历史、社会、政治、文化等多种原因综合作用的结果。在学术研究的过程中,对每一种体系的存在根基、合理性及其功能都应该充分考虑并深入研究。只有这样,并在对不同的犯罪成立理论进行全方位的比较和鉴别的基础上,才能真正客观而全面地认识各种理论的优劣利弊,才能为中国犯罪构成理论的发展提供科学的理论支持。”〔4〕

基于上述关于研究犯罪构成理论的基础性认识,本文立足于不同的文化模式,阐述与之对应的犯罪构成模式的内在机理,并就德、日三阶层犯罪构成理论体系与中国四要件犯罪构成理论体系这两种不同模式的犯罪构成理论体系的利弊,加以具体的分析、论证,以期促进我国犯罪构成理论的繁荣和深化。

## 二、中西方文化模式概览

### (一) 中国文化: 机体模式

中国文化模式与“天人合一”的自本体观和直觉体悟的认识论密不可分。中原文化发祥于黄河流域,这里气候温和、雨水充沛,适合农林耕种,自古就孕育了发达的农耕文化。中国传统的农耕文化及其自然经济形态侧重种植和养殖活动,受自然环境、气候变化等影响很大,因而在古人眼里,天地和谐、风调雨顺是至关重要的。古人认为,天地掌管人世间一切,万物都是生命有

〔2〕 赵秉志:《论澳门刑法典中的犯罪构成规范的完善》,《中国刑事法杂志》2010年第9期。

〔3〕 [日]川岛武宜:《现代化与法》,申政武等译,中国政法大学出版社2004年版,第131页以下。

〔4〕 赵秉志、王志祥:《中国犯罪构成理论的发展历程与未来走向》,载赵秉志主编:《刑法论丛》2009年第3卷,法律出版社2009年版,第60页以下。

机体,自然界是一个和谐的大家庭。“道生一,一生二,二生三,三生万物。”〔5〕道家把天地宇宙当作一个有机的整体,成为中国普遍流行的思想潮流。“根据中国人的看法,宇宙具有一个对立的、多层面的结构,而包含一个不断的变化。但宇宙还是像经纬般地含有一个内在的、整体结合的理律。这对自然界来说如此,对人的世界来说也是如此。”〔6〕在中国文化中,人类社会与宇宙均有章可循,当一个人的心灵达到至诚境界,与天地合一,天人相感,流动变换,就能悟出大道,先知先觉。“在中国古人的心目中,宇宙不外是一个生生不息的有机系统;生命永恒不止的‘大化流行’,构成了宇宙、天地、万物最重要的本质。由于中国哲学将人与世界的关系,看成是同处于宇宙生命演化的有机连续的整体系统之中,因而中国哲学理解的道,只能是依赖于自身直观感悟而得到对万物总体那‘生生不已、大化流行’的功能性体会。”〔7〕这便是中国文化中的有机宇宙论。“有机宇宙论认为,道是万物之母,自然是道的本性,万物顺其自然最为美好;而且,道因为是自动的,因此对于道的展开,外力是无助又无益的;人如果依其自然本性过一种有道德的生活,那便是人之为人的道的展开和实现,这自然是人世间最美好不过的事了。”〔8〕

宇宙机体论对法律文化和法律制度的影响十分突出,春秋决狱和秋冬行刑制度就是典型例子,两者之思想根基均源自阴阳五行学说(天人感应学说)。春秋决狱旨在用儒家思想认定犯罪和量刑,《易》、《诗》、《书》、《礼》、《乐》、《春秋》六经中的思想乃判案依据,从而开启了礼法融合的先例。礼渗透到司法实践中指导法律运作,成为法生命和灵魂,并进一步转变为法的条文,规定在法典、法律中。春秋决狱塑造了中国封建法制的基本品格——“伦理法”,强调审判时重其“事”(犯罪事实)、察其“志”(犯罪动机),形成了融主客观于一体的机体化的审判思想和方针。秋冬行刑制度也与此相似。董仲舒就认为,天人一体,天人感应,春夏“主阳”、“主德”,秋冬则“主阴”、“主刑”,刑杀只有在秋冬进行,才合乎天意;否则,就会触怒天而受到“天罚”。“然则王者欲有所为,宜求其端于天。天道之大者在阴阳。阳为德,阴为刑;刑主杀而德主生。是故阳常居大夏,而以生育养长为事;阴常居大冬,而积于空虚不用之处。以此见天之任德不任刑也。”〔9〕在这一理论的指导下,秋冬行刑制度自西汉确立以后,就一直为后世封建王朝沿袭。

## (二) 西方文化:机器模式

西方文化模式与“征服自然”的他本体观和逻辑分析的认识论是分不开的。欧洲大陆文明主要发祥于地中海一带。这里气候恶劣、变幻无常,不适于发展农耕文化,自古就孕育了发达的商品经济。频繁的商贸往来和丰富的商品,加深了人们对工具的认识,培育了人们的工具观和机器观。“有发达的市场经济予以保障,需要有足够的市场发展空间,需要有一代又一代愿意投身于机械制作、发明并将其产业化的技术人员,并且有足够的制度和法律保障维持其生存和发展。所有这些因素只是在近代欧洲得天独厚地存在着,因而才使机器模式在这里产生了异乎寻常的社会影响。”〔10〕在西方文化中,包括人在内的天地万物,都可视为不同类型的机器,用对待机器的方式处理其间的各种关系,其中包括对机器部件可拆卸又可重新组装的体验。〔11〕这便是机器论,即机械宇宙论。机械宇宙论强调客观实在,主张通过观察、逻辑分析、论证等形式剖析、认识自然界,体现的是一种原始、朴素的机械自然观。后来的宗教神学也秉承机械自然主义哲学观,把

〔5〕《老子·四十二章》

〔6〕〔奥〕田默迪:《东西方之间的法律哲学——吴经熊早期法律哲学思想之比较研究》,中国政法大学出版社2004年版,第203页以下。

〔7〕陈兴良主编:《犯罪论体系研究》,清华大学出版社2005年版,第195页。

〔8〕张中秋:《中西法律文化比较研究》,中国政法大学出版社2006年版,第415页。

〔9〕彭林、黄朴民主编:《中国思想史参考资料集——先秦至魏晋南北朝卷》,清华大学出版社2005年版,第178页。

〔10〕王前:《中西文化比较概论》,中国人民大学出版社2005年版,第183页。

〔11〕参见上引王前书,第181页以下。

万事万物看成由上帝主宰的机械体。“机械自然主义是把自然看成是一个机械的工具加以运用，意义的来源是个超越的主体，即上帝。这与西方的神学是相辅相成的。”<sup>〔12〕</sup>近代科学兴起之后，机械论自然观占据绝对的统治地位。机械宇宙论根据力学原理来解释自然界，认为一切事物应完全服从机械因果律。“机械宇宙论认为，宇宙是自然形成或上帝创造的，是被动而不是自动的，它按照机械原理或上帝的精心设计在运行；人类要认识宇宙和接近上帝，就要努力去理解事物的原理和上帝的设计”。<sup>〔13〕</sup>笛卡尔甚至把人也视为精妙的小机器。“人类身体和动物身体一样，是一架机器。其中的运动源泉是心脏里面的热，运动的器官是肌肉，感觉的器官是神经。……在这架机器中，身体的职能都自然地因器官的安排而起作用，正如一只表或其他自动化机器的运动必然因摆锤和机轮而产生一样。”<sup>〔14〕</sup>对于机械论的特征，贝塔朗菲认为，机械论生命观主要表现为“分析与累加”、“机器理论”、“反应理论”等观点，把生命过程的有序基础视为预先建立好的机器式的固定结构，把有机体看作本质上是被动的系统。<sup>〔15〕</sup>

以牛顿构建的机械物理学为基础，当时科学界普遍认可机械宇宙观及机器模式论，西方常识性世界观与现代机械论科学同出一辙。<sup>〔16〕</sup>这种常识性的世界观，深刻地影响着西方的社会科学及法律文化。“在19世纪后半期，由于自然科学的发达，此前作为认识主体的人类也成为科学分析的对象。医学、精神医学、心理学、社会学等学问发展起来，连此前被认为由人的主体意志所支配的人的行为，也陆续被证明与普遍受到因果支配的物是相同的。”<sup>〔17〕</sup>如实证主义就认为，虽然社会科学与自然科学从特征上存在区别，其研究方法自有特点，但在理论建构和架设方面，社会科学与自然科学不应存在本质不同。社会科学不过是自然科学的高级阶段，其研究目的在于探寻客观规律，即社会人文现象的规律，不但在于发现社会现象以及事件之间的因果关系，而且由发现的规律预测未来。<sup>〔18〕</sup>这样，在自然科学实证主义思潮的影响下，机械唯物论及其机器模式得以在法学领域生根发芽、开花结果。

### 三、文化模式与犯罪构成

西方文化中的机械唯物论及其机器模式，对犯罪论体系的构建产生的影响极为深刻。“自然科学的方法论一直到19世纪末期20世纪初期，才对刑法学产生明显的影响，亦即认为犯罪行为也可以作机械式地切割、分析和检验，犯罪行为因而很理所当然地被切割成主观和客观两个部分。贝林—李斯特的古典犯罪阶层体系，正是根据自然科学的观察方法而建立起来的”。<sup>〔19〕</sup>无论是古典体系还是新古典体系，虽然说在具体构建上以及各要件的关系上有不同理解，但其对犯罪加以层层剖析、拆卸、组合的机器模式，却并无实质改变。“以构成要件合致性、违法性和罪责解释犯罪行为的构造，亦即认为依这三个阶层可以检验犯罪是否成立，等于是将犯罪行为当成一个由三个部分的零件组成的物体，它可以被机械式地拆卸、组合，而组合所依据的规则，和一加一等于二，和果实成熟会落地的地心引力这种自然规则一样，是一种因果定则，亦即犯罪和刑罚

〔12〕 [美] 成中英：《中国文化的现代化与世界化》，中国和平出版社1988年版，第115页。

〔13〕 前引〔8〕，张中秋书，第415页。

〔14〕 [美] 梯利、伍德：《西方哲学史》，葛力译，商务印书馆1995年版，第187页。

〔15〕 参见 [奥] 路德维希·冯·贝塔朗菲：《生命问题——现代生物学思想评价》，吴晓江译，商务印书馆1999年版，译者前言。

〔16〕 参见 [美] 成中英：《论中西哲学精神》，东方出版中心1991年版，第270页。

〔17〕 [日] 西原春夫：《刑法·儒学与亚洲和平——西原春夫教授在华演讲集》，山东大学出版社2008年版，第113页。

〔18〕 参见黄维新：《法律与社会理论批判》，台湾时报文化出版企业有限公司1991年版，第211页。

〔19〕 许玉秀：《主观与客观之间——故意理论与客观归责》，法律出版社2008年版，第190页。

之间的因果原理在于一切自然现象的因果决定性 (kausale Determiniertheit), 行为是依机械性的定则而发生的。”<sup>[20]</sup>可以说, 立足于自然科学实证主义及机械论, 必然孕育出机械、立体的犯罪论体系。

那么, 我国传统的四要件平面式犯罪构成模式又是立足于什么样的文化思维模式呢? 对此, 有学者在揭示我国传统犯罪构成理论体系的缺陷时, 认为苏俄犯罪构成模式是以机械唯物论为哲学基础的。“可以看出, 苏联学者将价值哲学斥责为唯心主义, 并以机械唯物论作为其犯罪构成理论建立的哲学基础。”<sup>[21]</sup>更有学者指出, 苏联、俄罗斯以及中国的犯罪构成理论就是以机械论的思维模式这种传统模式构建的。“经典科学思维方式的总特征是机械论。它的整体观念是机械累加的整体观念, 即认为事物的整体是由其各个部分加合组成的, 分别研究各个隔离的组成部分, 就能把握事物的整体。苏联及其后的俄罗斯以及中国传统的犯罪构成理论, 都是以这种观念构建的。所谓‘犯罪构成乃是一系列要件的总和’, 就是这种观念在犯罪构成定义中的典型表现。”<sup>[22]</sup>笔者认为, 上述观点恐怕经不起推敲。以历史唯物主义的观点考察, 当时的苏联不太可能出现构建在机械唯物论上的理论体系。20世纪20年代, 苏联确实发生过以A·谢德林为首的“辩证法派”和以A·季米里亚捷夫为代表的“机械论者”的著名论战。<sup>[23]</sup>“论战的结果是‘辩证法派’大获全胜, 而‘机械论者’从此一蹶不振, 被边缘化了。苏联解体后, 一些著名的马克思主义哲学家, 如B·斯焦宾院士(俄罗斯科学院哲学研究所所长)、T·奥伊则尔曼院士等人在总结马克思主义发展中的历史教训时指出, 苏联的马克思主义哲学存在着意识形态化(指被奉为国家思维)和教条化的严重倾向, 有的甚至夸张地将苏联版的辩证唯物主义称之为‘黑格尔哲学的翻版’(指研究对象的无所不包), 但却没有人讲苏联哲学是机械唯物论。”<sup>[24]</sup>因此, 在当时特殊的政治态势下, 苏联学界不可能出现以机械唯物论为指导思想而构建的理论体系。

既然我国传统犯罪构成体系不是以机械唯物论为哲学基础, 那究竟是什么原因, 使其经苏联引入后广泛适用于我国司法实践, 并显示出旺盛生命力呢? 笔者认为, 关键在于其与我国直觉体悟的文化认识论及机体化文化模式极为契合。陈瑾昆先生曾言, “自刑法立法言之, 故不能偏于一端, 应同时注意于一民族固有之伦理思想与社会现象, 以期制立于一国民族最能适应而最能调和之法律。”<sup>[25]</sup>四要件平面式犯罪构成理论的机体性与整合性, 比较充分地体现了我国民族伦理与社会思潮, 非常适合我国的文化土壤, 因而能够一入乡就随俗, 其合理性值得肯定。

有学者提出, “将违法(不法)与责任作为构建犯罪论体系的支柱, 是刑法学最为重要的进步, 具有充分根据与内在合理性。”<sup>[26]</sup>该观点论述了以违法与有责作为犯罪论体系支柱之优点及必要性, 指出以主观和客观为支柱的犯罪论体系同以违法与有责作为支柱的犯罪论体系并不一定完全对立, 从而否定前者的合理性。<sup>[27]</sup>笔者认为, 且不论这种从一种理论体系的优点出发驳斥另一种理论体系的观点, 在方法论上是否成立,<sup>[28]</sup>只要静下心来梳理一下近代中国犯罪论体系

[20] 许玉秀:《当代刑法思潮》, 中国民主法制出版社2005年版, 第119页以下。

[21] 陈兴良:《刑法知识的去苏俄化》, 《政法论坛》2006年第5期。

[22] 何秉松、[俄]科米萨罗夫等主编:《中国与俄罗斯犯罪构成理论比较研究》, 法律出版社2008年版, 第257页以下。

[23] 参见贾泽林等:《苏联当代哲学》, 人民出版社1987年版, 第82页。转引自薛瑞麟:《对话〈刑法知识去苏俄化〉的作者》, 《政法论坛》2008年第6期。

[24] 同上文。

[25] 陈瑾昆:《刑法总则讲义》, 吴允锋勘校, 中国方正出版社2004年版, 第4页。

[26] 张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》, 北京大学出版社2010年版, 第50页。

[27] 参见上引张明楷书, 第72页以下。

[28] 其实, 每种理论体系均有其自身的优点, 这种优点也只是相对而言的, 并不代表其他理论体系丝毫不具有优点, 更不能说明不具有其理论优点的理论体系就不具有合理性。或许, 一种理论体系的缺陷, 在另一种理论体系中能够被很好地克服, 我们同样不能认为另一种理论体系就是合理的。

发展、演变的脉络，就会发现将违法与责任作为构建犯罪论体系的支柱的观点，并非论者首次提出。中华民国时期，就有刑法学者系统引入过以违法与责任作为构建犯罪论体系的支柱的德、日犯罪构成模式，<sup>〔29〕</sup> 但该模式历经多年在理论界与实务界并没有产生优势历然的效果，也没有在中国大陆留下多少印记。至于以主观和客观为支柱的犯罪论体系，在中华民国时期同样存在，<sup>〔30〕</sup> 并在新中国成立后经过辩证扬弃、发展充实，获得普遍的认同。“中国的刑法学者们经过几十年的不懈努力，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现阶段成为司法共识性的操作工具。”<sup>〔31〕</sup> 考虑到两种理论引进时输出国与引进国的社会制度、指导思想等方面的同质性，就不难理解，现行四要件犯罪构成体系之所以能扎根于中国大陆，关键在于能与我国文化观念和思维模式实现默契对接。

## 四、中国犯罪构成：机体模式

### （一）中国犯罪构成的机体性

关于我国犯罪构成模式，刑法学界有不同理解。代表性观点有三种：一是总和说。认为犯罪构成是我国刑法所规定的，决定某一行为的社会危害性及其程度，而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和。<sup>〔32〕</sup> 该说是以往通说。二是耦合说。如有学者认为，我国及苏联的耦合式的犯罪构成体系具有静态性，它不能反映定罪过程，而只是定罪结果的一种理论图解。<sup>〔33〕</sup> 三是有机整体说。按照该观点，犯罪构成“是我国刑法所规定的，决定某一行为成立犯罪所必需的一切客观要件和主观要件的有机统一的整体”。<sup>〔34〕</sup>

在上述观点中，总和说将犯罪构成理解为各要件全部加起来，似乎各个要件之间不存在相互联系，不能说明犯罪构成各要件之间的联系性质和状况，难以进一步正确理解和把握犯罪构成的性质和其内部结构。在我国犯罪构成理论体系中，一个行为只要同时符合或齐备四要件，就成立犯罪，缺少任何要件犯罪便无存在的余地，要件的齐合充分体现出要件的同时性和横向联系性。<sup>〔35〕</sup> 总和说显然没有揭示这一特征。耦合说之“耦合”乃“指两个（或几个）体系或两种运动形式之间通过各种相互作用而彼此联系”，<sup>〔36〕</sup> 所揭示的是事物之间单纯的相互作用和彼此联系。“耦合”既不能揭示犯罪构成各要件之间出现残缺时的性状，也不能说明犯罪构成各要件通过相互作用形成的统一的、不可分割的有机整体这一根本特征。因此，耦合说也不确切。

笔者赞同第三种观点，即有机整体说。我国犯罪构成是一种“有机体”，各要件之间具有内在的、有机的、不可分割的联系，通过相互作用形成协调一致、不可分割、相互制约、“荣辱”与共的有机体，并非各要件的“总和”与“耦合”。在机体的犯罪构成中，任何犯罪要件脱离犯罪这个“母体”将不再具有实质意义，各要件虽然有自己的内容和界限，却均为有机体不可分割的组成部分，不能单独完成对事物的评价，只有整合在一起才能完成认定犯罪的强大功能。“这里体现的是一种整体性思维方法，即在犯罪构成这个整体当中，各个要件才获得了存在的意义，

〔29〕 参见前引〔25〕，陈瑾昆书，第66页。

〔30〕 参见王瑾：《中华刑法论》，中国方正出版社2005年版，第80页。

〔31〕 冯亚东、胡东飞、邓君韬：《中国犯罪构成体系完善研究》，法律出版社2010年版，第15页。

〔32〕 参见高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版，第114页以下。

〔33〕 参见前引〔7〕，陈兴良主编书，第12页以下。

〔34〕 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第70页，第99页以下。

〔35〕 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。

〔36〕 陈兴良：《刑法知识论》，中国人民大学出版社2007年版，第280页。

单个地来看这些犯罪构成要件是不能单独存在的。”〔37〕

## （二）机体的犯罪构成与诉讼的综合规则

综合规则通常由一元化的犯罪构成要件模式设置，将犯罪的证明责任完全交由控方负责，排除犯罪构成要件之间的任何推定关系，通过完整的规则体系确立犯罪标准。〔38〕机体的犯罪构成要求司法机关必须承担对所有犯罪构成要件及其要素的举证责任，在获取全部证据证实确实存在所有犯罪构成要件及其要素之后，就可以通过所有犯罪构成要件及其要素的有机整合而形成一个犯罪的应然形象，犯罪便告成立。在此过程中，司法机关通常不能根据一个要件推定另一个要件，即便有时根据常理由一要件推定另一要件，也只是表现在个别犯罪中，不具有代表性和规律性。通过完整、充分的证据对所有犯罪构成要件及其要素加以分别确证，始终是司法机关确认犯罪最终成立需要完成的工作。这种由控方承担完全举证责任的方式，是典型的诉讼综合规则。根据综合规则，犯罪构成各要件在形式上主要体现为入罪要件，相互独立，不存在层次推进关系，只有在有机整合的情形下才具有评价犯罪的功能，体现的是由无到有、由分及总的整合过程，贯彻的是纯粹的无罪推定模式。

对于我国机体的犯罪构成，理论上存在一种误解，即认为根据四要件是否齐备判断犯罪成立，容易导致有罪推定。如有学者认为，“四要件说，强调四个要件是否‘齐备’。对齐备与否的考察，主要是一个做‘加法’的过程，而非层层推进、抽丝剥茧的过程。这样一来，容易导致的结果是：对犯罪是否成立的考察，演变为对要件是否存在的形式化观察。根据这种方法进行判断，在多数场合，得出被告人有罪结论的几率大于无罪结论的可能性。”〔39〕还有学者认为，“一个达到了刑事责任年龄的人实施了有社会危害性或法益侵害性且具有犯罪类型客观相符性的行为，其被认定有罪的可能性往往要大于无罪的可能性，因为在犯罪构成的四大要件中，他或她已经具备了犯罪主体、犯罪客体和犯罪客观方面三大要件，至于第四个要件即犯罪主观方面，即使是模糊的，那在前三个要件面前也要服从‘我们都有了，你也得有’或‘我们都有了，你也可能有’乃至‘我们都有了，你莫须有’的‘模糊规则’。”〔40〕

笔者认为，上述观点值得推敲。“有罪推定乃是：任何刑事被检举人，在他的有罪尚未被依照对于他的基本权利（包括诉讼权利在内）有合理保障的法律原则或规定及法定程序证明前，即认为有罪。”〔41〕可见，有罪推定是以抛弃法律原则、规定以及法定程序为基础，未经司法机关依法判决有罪或者在司法机关依法判决确定有罪与否之前，擅自作出有罪判断并加以惩罚。而犯罪构成主要解决的是行为在实体上是否构成犯罪的问题，它根据行为是否具备刑法规定的完整的构成要件与要素，确定行为在刑法上的性质。只要具备刑法规定的犯罪构成要件与要素，并根据法定的刑事诉讼程序，由司法机关依法判决有罪，就完全不属于有罪推定。至于根据什么样的逻辑顺序或者判断方法认定犯罪是否成立，属于犯罪认定的思维方法和判断模式问题，与有罪推定不存在任何关系。同样的道理，判断主体在齐备部分犯罪构成要件或要素的情况下，未经继续判断或者认为“我们都有了，你也可能有”，而推定剩余犯罪构成要件或要素具备，则完全是判断主体在方法、观念上的错误做法与认识，与犯罪构成本身没有关系，更不能得出犯罪构成本身容易

〔37〕 前引〔36〕，陈兴良书，第280页。

〔38〕 See H. L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, 49 Proceedings of the Aristotelian Society 171 (1949).

〔39〕 周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第63页。

〔40〕 马荣春：《我国犯罪成立理论体系的不足与重构》，载梁根林主编：《犯罪论体系》，北京大学出版社2007年版，第271页。

〔41〕 杨兆龙：《刑事法律科学中的无罪推定与有罪推定问题》，载《刑事诉讼法论文选萃》，中国法制出版社2004年版，第214页。

导致有罪推定的结论。由此看来,上述观点完全是不负责任的主观臆断。四要件犯罪构成理论体系与有罪推定之间,没有必然联系,更不存在什么因果关系。相反,其所遵循的依照犯罪构成要件与要素的齐备与否认定是否成立犯罪,从入罪的角度来看属于充分的犯罪判断方式,在一定程度上有利于贯彻无罪推定原则。

### (三) 机体的犯罪构成之利弊

1. 入罪和出罪具有封闭性且同步,在提高司法效率和追求司法公正方面实现均衡。

机体的犯罪构成要求司法机关围绕着犯罪成立这一目标,由零汇总,对全部犯罪构成要件及其要素加以有机统一的整合。同时,将任何不符合犯罪构成要件及其要素的情形排除在外,保证入罪的准确与不偏不倚。这样,司法机关在认定犯罪时只能局限在犯罪全部要件及要素的范畴内进行评价、判断,具有封闭性。入罪的封闭性,无疑对司法机关认定犯罪提出了更高的要求。在认定犯罪时,司法机关不能任意划定一个行为范畴进行筛选,而是必须一步到位。与入罪的封闭性相对应,出罪也具有封闭性。这种整体的、封闭的证明责任,在以行为的社会危害程度作为入罪条件的前提下,对控诉犯罪提出了非常严格的要求,即要求控方按部就班、事无巨细地对全部犯罪构成要件、要素分别加以证实,这无疑会增加司法资源的投入,不利于节省司法成本和提高司法效率。

不过,机体的犯罪构成之出罪与入罪同步,从另一个角度讲又有助于节省司法成本和提高司法效率。我国机体的犯罪构成各要件虽然在形式上主要体现出积极的入罪性质,但并非单纯的入罪要件。各要件均是认定刑事责任的唯一根据,是入罪不可缺少的组成部分,同时也都兼具排除犯罪的可能性,是出罪的唯一根据。各个要件实质上兼具入罪与出罪的双重功能,缺少任何一个要件,就不符合犯罪构成。司法机关在认定犯罪时对每个要件及其要素的评价与判断,都面临两种结果:有和无。如果有,就需要进一步对其他犯罪构成要件及其要素进行评价、判断;如果无,犯罪判断活动就变得毫无必要,所有的对犯罪的评价、判断活动便宣告结束。可见,入罪要件本身就是对出罪的否定,出罪要件本身也是对入罪的否定。这样一来,我国犯罪构成所体现的出罪与入罪同步的模式,使得人们可以在入罪评价的同时,也能够及时通过出罪要件或者要素结束犯罪评价活动,这对节省司法成本以及司法效率无疑更为有利。

不难看出,机体的犯罪构成在入罪时,需要就各构成要件和要素分别研判,形成一个有机统一的犯罪机体时,犯罪才告成立;在出罪时,则可以从任何一个构成要件或者要素入手,排除行为的犯罪性。这样一来,犯罪构成各要件或者要素是否遵循严格的认定和判断次序,就显得不是很紧要,甚至不能成为犯罪构成体系中的一个重要问题,毕竟缺少次序并不能对犯罪认定造成实质影响,司法公正与效率的平衡仍然得到很好的维系。有学者指出,我国四要件的犯罪构成理论与德、日三阶层的犯罪论体系的重要区别在于是否具有位阶性,并认为不具有位阶性的四要件犯罪构成理论体系颠倒主观与客观判断、混淆事实与价值判断。<sup>〔42〕</sup>这种观点显然是牵强的。其实,“基于犯罪的认定与犯罪行为本体的关系,从方法论上讲,按照哪个标准都是可以的、都有其合理性。”<sup>〔43〕</sup>当然,能够从细微处入手,在犯罪构成要件之间确定一定的逻辑顺序,以方便在司法实践中认定犯罪,是有所裨益的,值得肯定。但是,以此作为依据否认不具有严格位阶的犯罪构成理论体系的合理性,则是片面的。

另外,在实现司法公正上,机体的犯罪构成在实质与形式上互助互济,力求均衡。在形式上,由于机体的犯罪构成以行为的社会危害性及其程度为核心,通过有机统一的犯罪构成要件,对行为是否达到严重危害社会的犯罪程度予以综合评价,能够充分体现有罪当罚、无罪免罚,有利于实现司法公正。但是,在实质操作上,受罪刑法定制约,各犯罪构成要件通常要在立法中得

〔42〕 参见前引〔41〕,杨兆龙文,第214页。

〔43〕 赵秉志:《论犯罪构成要件的逻辑顺序》,《政法论坛》2003年第6期。



到明确,而刑法的稳定性与滞后性决定其对行为的社会危害性及其程度的评价,很难及时适应社会现实需要,从而多少制约了司法公正的实现。因此,在实现司法公正上,机体的犯罪构成在实质与形式上各有利弊,相互补充,力求均衡。

2. 控方承担完整的举证责任,更利于贯彻无罪推定原则和实现刑法的人权保障机能,但在控制犯罪和实现刑法的社会秩序维护的机能方面相对弱化。

如前所述,机体的犯罪构成体现的是诉讼的综合规则,所有要件的举证责任全部在于控方,体现的是对无罪推定原则予以充分、彻底的贯彻的态度。通常,被告处于无罪推定的庇护之下,无需对与案件有关的事实和证据进行任何指证,直到全部事实与证据证实他是有罪的。“因为被告在被证明有罪之前是被假定无罪的(一个在私人纠纷中可能毫无意义的假定)……挑战着责任的每一个前提,辩护方不需要特别地提出没有‘认罪与避免’的主张。”<sup>[44]</sup>在诉讼的综合规则的呵护下,辩方的有利之处在于,只须选择沉默就足以掌握主动。有学者认为,我国犯罪构成模式采取综合一体化犯罪认定模式,重视控诉机制而轻视辩护机制,没有给予被告人利用违法阻却事由或者责任阻却事由进行充分辩护的机会,无法实现“法庭话语权的平衡”,不能体现控辩双方的对抗过程和刑法的人权保障机能。<sup>[45]</sup>笔者认为,这种观点实在牵强。控方在进行积极的有罪评价和确证时,辩方的沉默权无疑是利己的,他没有必要进行多余的辩护。再者,辩方完全可以根据事实和法律,针对不符合犯罪构成的各种情形提出事实和证据,对有罪指证进行无罪抗辩。这种权利,在我国宪法以及刑事诉讼法中业已明确。如宪法第125条规定,“被告人有权获得辩护”;刑事诉讼法第11条规定,“被告人有权获得辩护,人民法院有义务保证被告人获得辩护。”正是由于辩方在被确定有罪之前不需要承担任何举证责任,而有罪指控则要求控方在证明被告行为构成犯罪时不但负有完全责任,而且必须保证准确,这更便于充分发挥刑法的人权保障机能。

当然,在机体的犯罪构成中,由于承担完全的举证责任,控方必然要投入更多的人、财、物力。同时,所有举证责任的完成,需要花费更多的时间才能做到。这对控制犯罪来说多少有些制约。另外,在辩方不承担任何举证责任的情形下,国家所承担的认定和惩罚犯罪的任务是最重的,刑法的秩序维护机能之发挥所受的制约也最大,这对贯彻刑法的秩序维护机能稍显不足。不过,由国家公诉机关作为控方完成全部举证责任,旨在通过公力而非私力完成犯罪评价,避免了私力与公力的较量,这对实现司法公正是有利的。

## 五、德、日犯罪构成:机器模式

### (一) 德、日犯罪构成的机器性

日本刑法学者大塚仁在对德、日三要件阶层式犯罪论体系(犯罪构成)进行评价时,曾经提出一个重要标准,即逻辑性。<sup>[46]</sup>这里的逻辑性是指犯罪构成要件本身设置的科学性和犯罪构成要件之间的位阶性,犯罪构成要件之间的位阶关系是犯罪构成的逻辑性的应有之义。<sup>[47]</sup>受自身的逻辑结构、阶层体系的特征决定,德、日三要件阶层式犯罪构成的各犯罪构成要件具有各自独特功能,任何要件即使脱离犯罪这个“母体”仍具有实质意义。例如,作为违反法规以及侵害法益的一种价值评价,违法性就具有自身独立的价值蕴涵。无论从客观上还是主观上、形式上还是内容上,违法性均具有自己的内容,不仅可以用来评价行为的罪与非罪,还可以评价其他事

[44] [美] 乔治·P·弗莱彻:《刑法的基本概念》,王世洲等译,中国政法大学出版社2004年版,第127页。

[45] 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。

[46] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总则)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第111页。

[47] 参见陈兴良:《论犯罪构成要件的位阶关系》,《法学》2005年第4期。

物。有责性也是如此。因此，以德、日为代表的三要件阶层式犯罪构成，各个要件具有自己独立的地位和功能，就像一台机器完整的组成部分一样，能够完全拆卸下来。从“机器”上被拆卸下来的各个“部件”，并不因为脱离“母体”而丧失应有功能，仍然可以单独完成对事物的评价，这与机体的犯罪构成存在明显的不同。因此，把这种犯罪构成叫做机器的犯罪构成，是比较合适的。

## （二）机器的犯罪构成与诉讼的可废除规则

可废除规则通常由二元化的犯罪构成要件模式设置，其实质在于将说服责任转移给辩方，通过不完整的规则说明犯罪标准的愿望并塑造自己的特性。<sup>[48]</sup>可废除规则要求犯罪构成要件在形式上区分为入罪要件与出罪要件。控方要想说明犯罪成立，只须对入罪要件查明证实便可；辩方需要承担出罪的举证责任。在普通法系中，对这种废除的条件使用的术语是“认罪与避免”。被告在承认原告所请求的事实是真实的情况下，通过提出一系列的例外情形，来避免自己的行为被牵连于罪行中，以便开脱自己的罪责。<sup>[49]</sup>于是，控辩双方形成了“认罪”与“避免”的二元关系。在可废除规则下，入罪要件具有犯罪推定功能，且出罪要件的证明责任转移给辩方。在这种情形下，辩方在诉讼中必须针对被推定存在的犯罪构成要件提出对立事由，阻却犯罪成立。可废除规则减轻控方举证责任，迫使辩方积极与控方对抗。由于控方通常以国家力量为后盾，相对于辩方私力而言处于绝对优势地位，为了避免公权力滥用，确保公正，强调程序正当是必要的。

大陆法系诸国早先多采用综合规则，后来有些国家如德、日等，对可废除规则进行了借鉴。如1805年，普鲁士刑事法令就包含了一些把说服责任加于被指控方的规定，虽然这些责任产生于一个在本质上属于质问制的审判制度。<sup>[50]</sup>日本学者小野清一郎是可废除规则的提倡者，积极主张举证责任合理分配。“在德国，以及在我国，有的学者提倡有举证责任。但是按照‘不能证明时要从有利被告方面去解释’的原则，全部举证责任都在检察官方面，不承认被告人的举证责任。也就是说，不承认举证责任的分配。……如此不加分配，只以一方有举证责任，实在不过是没有实际效益的概念。”<sup>[51]</sup>与提倡举证责任分配原则相对应，小野清一郎提出了违法有责类型说。中国学者认为，“犯罪的实体是违法的行为、行为者对此负有道义上的责任的行为，是违法且有责的行为类型。”<sup>[52]</sup>根据该构成要件理论，行为符合构成要件符合性，就原则上推定是违法的、有责的，如果不存在阻却违法或者阻却责任的事由，犯罪即成立。体现在举证责任分配上，“对于犯罪事实，检察官有举证责任。这里讲的犯罪事实……是在诉讼原因中被告人被追究责任的‘应当成立犯罪的事实’。……对于构成法律上的妨碍成立犯罪理由的事实，被告一方（被告人及辩护人）有举证责任。这些事实是犯罪构成要件以外的事实，它们的存在，就被称为有法律上规定的妨碍成立犯罪的理由。”<sup>[53]</sup>通过违法有责类型说，小野清一郎创立了时下日本通行的犯罪构成模式，完成了将部分举证责任分配给辩方的任务。

相对来说，根据可废除规则多少还是存在有罪推定之嫌的。我国有学者在指出四要件犯罪构成体系存在的“先判后审”之不足的同时，认为大陆法系递进式犯罪构成模式中的构成要件符合性、违法性、有责性环环相扣，层层递进，形成一个过滤机制，具有保障辩方的“话语权”的结构性优势，否定了检察机关拥有绝对的进攻地位，能够很好地体现控、辩双方的攻防转换关系。言外之意，四要件犯罪构成体系容易导致“先判后审”现象，存在有罪推定之嫌疑，而德、日三

[48] 参见前引[38]，Hart文，第171页。

[49] 参见前引[44]，弗莱彻书，第123页。

[50] 同上。

[51] [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244页。

[52] 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第77页。

[53] 前引[51]，小野清一郎书，第247页以下。

阶层犯罪构成模式体现了“先审后判”的定罪逻辑，有利于贯彻无罪推定。<sup>〔54〕</sup>笔者认为，这种观点值得商榷。无罪推定乃是：任何刑事被检举人，在他的有罪未被依照对于他的基本权利（包括诉讼权利在内）有合理保障的法律原则或规定及法定程序证明前，认为无罪。<sup>〔55〕</sup>与有罪推定相反，无罪推定以遵循法律原则、规定以及法定程序为基础，强调定罪必须经过司法机关依法判决，它与是否通过犯罪构成要件判断的严密逻辑以及控辩双方的激烈对抗之间，不存在因果关系。从德、日犯罪构成体系的特征来看，构成要件符合性作为一个观念的犯罪形象，预设了一个广泛的“犯罪圈”，反而存在有罪推定之嫌。理由在于，根据构成要件符合性，符合构成要件的行为被认定为观念的犯罪，除非辩方证明存在违法阻却事由或者责任阻却事由，否则就据此认定为犯罪。考虑到违法性与有责性乃消极的出罪要件，与作为积极的入罪要件的构成要件符合性存在性质上的不同，从证实犯罪成立的积极方面考量，构成要件符合性无疑预设的是一个推定的犯罪观念形象，这在辩方放弃出罪权利的情况下，很容易诱发有罪推定，不利于贯彻无罪推定。例如，甲未满14周岁（外表像成人）杀人，又觉得人生了无意义，在控方根据构成要件符合性指责其犯有故意杀人罪时，甲万念俱灰不予否定。此时，由于甲放弃辩解，不对出罪进行抗辩举证，即不证实存在责任阻却事由，则甲将被认定为犯有故意杀人罪。这种情形下根据构成要件符合性认定甲犯有故意杀人罪，就存在有罪推定之嫌。<sup>〔56〕</sup>总之，从入罪的角度来看，德、日犯罪构成体系是一种并不充分的犯罪判断方式，它不但不利于贯彻无罪推定，反而存在有罪推定之嫌。

### （三）机器的犯罪构成之利弊

#### 1. 入罪与出罪具有开放性且不同步，在节省司法成本和提高司法效率方面实现均衡。

机器的犯罪构成是由总到分，通过排减犯罪观念形象——符合构成要件的行为类型中的非犯罪成分，最后形成一个瘦身、确切的犯罪模型。在此过程中，不但构成要件符合性具有开放性，违法性和有责性同样具有开放性。首先，机器的犯罪构成中作为入罪的观念的犯罪形象具有开放性。这种观念“犯罪”，在大陆法系国家被称为构成要件符合性或典型事实、事实要件等，在英美法系国家通常被称为犯罪本体要件。以德、日的构成要件符合性为例，“在三阶段评价的架构下，构成要件被视为对法律赋予刑罚效果行为之抽象要件描述，其所凸显的，仅是行为的外在意义，也就是作为标明个别的犯罪的类型（*Deliktstypus*）而已，在此种意义下，构成要件是不法行为的类型化要件。”<sup>〔57〕</sup>作为一个行为类型，构成要件包括所有将罪与非罪区分开来的以及影响处罚高低的要件及要素。从“法无明文规定不为罪”原则出发，构成要件的范围是由法律关于可罚性前提条件的规定所确定的，包括了所有将罪与非罪区别开来以及影响处刑高低的法定要求。<sup>〔58〕</sup>其次，机器的犯罪构成中的出罪要件也具有开放性。以德、日犯罪论体系中的违法性为例，其通常被理解为违反某种法的规范或对法益的侵害。违法性并不限于刑法规定，只要符合“违反某种

〔54〕 参见刘远：《犯罪构成模式的反思与重构》，载梁根林主编：《犯罪论体系》，北京大学出版社2007年版，第220页以下。

〔55〕 参见前引〔41〕，杨兆龙文，第214页。

〔56〕 这种情形在我国四要件犯罪构成理论体系中，是不可能发生的。因为，司法机关必须查明甲在犯罪时是否达到刑事责任年龄，这种义务不以甲是否说明事实情况为转移，更不以甲肯定不存在责任阻却事由为依据。对司法机关而言，无论甲是否以责任年龄为由作无罪抗辩，司法机关都必须追根寻源，查清其真实的年龄，作为定罪的依据，而不能根据甲放弃责任年龄抗辩而作出有罪推定。由此看来，相对于德、日犯罪构成体系，我国四要件犯罪构成体系更有利于贯彻无罪推定。需要指出的是，关于有罪推定，英美法系认为符合犯罪本体要件就属于道德有罪或者观念上犯罪，故根据犯罪本体要件推定犯罪存在，不属于有罪推定。大陆法系也承认根据构成要件符合性推定的犯罪，属于道德有罪或者观念上犯罪。在我国，一般只承认犯罪成立意义上的犯罪，即符合全部犯罪构成要件才是犯罪，不存在道德有罪或者观念上犯罪。所以，在我们看来是有罪推定，在英美法系或大陆法系则被称为无罪推定。

〔57〕 柯耀程：《变动中的刑法思想》，中国政法大学出版社2003年版，第20页。

〔58〕 参见〔德〕冈特·施特拉滕韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社2006年版，第77页以下。

法规范或者侵害某种法益”的要求便可，极具开放性。“夫违法者云，若单从形式上观察之，不外为实定法之违反，所涉范围甚广，刑法故不待论，即其他公法及私法，亦不论其为成文法、不成文法，无不与违法之认定有关，故违法与否，必贯通国法之全部体系而后可得言之，刑法与其他实定法恒维持相同观念，未有刑法之所认为违法，而他法以为不然者。”<sup>〔59〕</sup>机器的犯罪构成之入罪与出罪的开放特征，使得司法人员只要根据刑法规定的构成要件，将现实中等待评价的行为与之相对照，无需考虑其他因素（诸如行为的社会危害程度等），就完成了犯罪认定的第一步，大大节省了司法成本，提高了司法效率。

与机体的犯罪构成不同的是，机器的犯罪构成在入罪时，必须遵循严格的研判次序，各构成要件和要素需要在各就各位的情况下，按照一定的逻辑顺序接受阶层性分析。只有在全部阶层的犯罪成立要件和要素都充分满足，并且不存在相应要件要素的阻却事由时，犯罪才宣告成立；在出罪时，也必须遵循严格的出罪要件和要素的判断顺序，先判断构成要件有无充足，再判断是否存在违法阻却事由，最后判断是否存在责任阻却事由。因此，犯罪成立的各要件或者要素是否遵循严格的认定和判断次序，是犯罪论体系中的一个核心问题，直接影响犯罪构成理论体系的科学性与合理性。否则，将违背机器的犯罪构成理论体系的本质，不但严重影响司法公正与效率，还会造成理论体系本身的崩溃。

不过，机器的犯罪构成的出罪与入罪不同步，又有不利于提高司法效率和实现司法公正之处。在入罪上，机器的犯罪构成具有兜底性，一次性地将符合构成要件的全部行为纳入犯罪评估范畴。在出罪上，机器的犯罪构成比较特殊。以违法有责类型说为例，虽然构成要件符合性的入罪功能与出罪功能具有同步性，但由于违法性是经过构成要件符合性推断出来的，在内容上无任何实质的入罪要素，只能通过违法阻却事判断出罪，故违法性的主要功能是出罪，这种出罪判断必须在构成要件符合性判断之后进行。至于有责性判断，则必须在构成要件符合性和违法性判断之后进行。入罪与出罪之间的严格次序，显然不像机体的犯罪构成那样，可以直接通过出罪要件排除犯罪成立，完成出罪评价，这又不利于提高司法效率。

此外，在实现司法公正上，机器的犯罪构成也能够在于实质与形式上互助互济，实现均衡。在形式上，机器的犯罪构成对司法公正的妨碍也是明显的。在德、日犯罪论体系中，构成要件符合性以行为类型为核心，确立了一个宽泛的入罪模型，推定符合构成要件的行为初步具有违法性、有责性。至于是否确实具有违法性、有责性，要在此后进行论证。如果不存在违法阻却事由或责任阻却事由，犯罪便告成立；否则，阻却犯罪成立。于是，问题就出现了：即构成要件符合性并不代表实质的犯罪性，行为该当构成要件成立“观念上的犯罪”，如果存在违法阻却事由或者责任阻却事由，则不构成犯罪。在这种情形下，先前的构成要件符合性判断明显是将许多实质上并非犯罪的行为纳入犯罪（观念的）之中进行评价，有违司法公正。不过，在实质操作上，机器的犯罪构成有助于实现司法公正。例如，在进行违法性判断时，无论是司法机关还是行为人，都不必拘泥于刑法的相关规定，可以根据违法性的实质判断某一违法阻却事由是否成立。其最终的出发点和归宿，是不违反法秩序，不至于使法益受到侵害。由于违反法秩序或使法益受到侵害的标准，在不同时期、不同地域、不同的人群中具有不同的标准，这些全由司法人员或者行为人根据具体情况酌情判断，因此，违法性判断的开放性，能够很好地适应社会现实需要，在某种程度上体现了司法正义的要求。

2. 减轻控方举证责任，更有利于控制犯罪和实现刑法的社会秩序维护机能，但在贯彻无罪推定原则和实现刑法的人权保障机能方面相对弱化。

在机器的犯罪构成模式中，由于控方只承担部分举证，责任大为减少，使得国家公诉机关为

〔59〕 韩忠谟：《刑法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第100页。

举证所要支付的人、财、物力大大下降,这对控制犯罪是有利的。不过,由于控方举证责任的减轻,在实现司法公正和人权保障方面却付出了代价。“如果‘有罪的人’指的是那些对实施违法行为可以公平地在道德上予以谴责的人,那么,用刑罚惩罚有罪的人并仅仅是有罪的人这个原则,就能够在刑事责任上产生一种一体化(unifying)的观点。”“如果被告不具有‘实施犯罪的法定能力’,那么,在这个术语的道德意义上就不存在‘有罪’。相似地,如果可以提起任何免责的或者正当化的请求,那么也不会存在有罪。”“这种新的观点要求,‘有罪’和‘应受谴责性’的概念应当道德地而不是描述性地得到理解。”“为了使刑法的这个新观点得以立足,‘有罪’的概念必须成为对实施违法行为的‘应受谴责性’或者‘有责性’在更广泛道德意义上的同义词。”〔60〕这种扩展有罪范畴的做法,与无罪推定在某种程度上是有冲突的,它确立了一种新的“有罪”的道德理论,将许多实质上不具有犯罪性的行为纳入犯罪的评价范围,从而弱化了无罪推定原则的贯彻和刑法的人权保障机能的实现。不过,辩方分担举证责任对控制犯罪与实现刑法的社会秩序维护机能确实有帮助。由于辩方分担了举证责任,使得控方的举证责任得以减轻,在节省控方人、财、物力的同时,充分发挥了辩方的作用,提高了司法效率,有助于控制犯罪。另外,辩方分担举证责任对实现刑法的社会秩序维护机能也是有帮助的。首先,辩方分担举证责任是建立在控方概括、抽象的犯罪之举证基础上的,这等于在认定犯罪过程中设置了一个预警机制,告诫任何人不得擅自实施符合构成要件的行为,否则就会受到有罪指控,这对社会一般人的威慑、预警效果是不言而喻的,有利于控制犯罪和实现刑法的社会秩序维护机能。其次,辩方分担举证责任,意味着要否定行为构成犯罪,条件之一是必须证实存在违法阻却事由。这就需要行为人必须清晰地认识到自己的行为在社会生活中的性质和意义,这对维护社会秩序是有利的。“行为该当法定构成犯罪事实,经法律规范的评价,认为与实定法秩序相违反者是为行为之违法性,通常固皆就违法之形式意义以衡量之,惟社会情势变化万殊,实定法之内容,间或未周,致与违法性实质相出入者。亦复有之,故适用之际,又不得不准酌法律之本旨而为决定,某行为依实定法之形式纵属正当,若反于公序良俗,仍不得谓非违法,如权利之滥用,即其一例,是以违法性之概念,在此意义下,实属‘超法律的’metajuristisch。”〔61〕

当然,要求辩方分担犯罪成立的举证责任,实质上等于要求辩方依靠一己之力查证有利于有罪的证据,较之依靠强大的国家机器作为后盾的控方,是脆弱的私力救济与强大的公力控诉的对抗。从这一角度来看,要求辩方分担举证责任明显存在不公平之嫌。

## 结 语

各国通行的犯罪构成理论体系在模式论构建上,与本国或本民族的文化模式是相辅相成的,是民族文化在刑法及其理论研究中的体现。从模式论角度分析,不同的犯罪构成有各自的优缺点,体现了不同的文化观念和价值诉求。德国学者约翰内斯·韦塞尔斯论述德国各种犯罪论体系对犯罪构造和与之结合的刑罚的后果的影响时,就针对各自缺陷提出过批评。〔62〕对此,笔者深有同感。“从历史沿革上考察四种类型的三阶层犯罪论体系,可以看到它们虽然各有优点,均为刑法学的发展作出贡献。但它们都不是完美无缺的,都存在这样或那样的问题,甚至是难以克服的缺陷。”〔63〕我国四要件平面式犯罪构成理论虽然在某些方面存在不足,但也具有自己独特的优

〔60〕前引〔44〕,弗莱彻书,第127页以下。

〔61〕前引〔59〕,韩忠谟书,第100页。

〔62〕参见〔德〕约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第493页以下。

〔63〕马克昌:《简评三阶层犯罪论体系》,载赵秉志主编:《刑法论丛》2009年第3卷,第26页。

点，经受住了历史考验，获得了理论界与实务界的普遍认同。“以四要件犯罪构成理论为核心的新中国刑法学建立后，迄今已 50 余年，在这几十年的时间里，刑法学界对四要件犯罪构成理论提出根本性质疑的并不多见……而且更为重要的是，在刑事司法实践中，给予四要件犯罪构成理论的评价基本上都是肯定的。”〔64〕综合来看，两种犯罪构成模式优劣并存，不能片面断言孰优孰劣。我国四要件平面式犯罪构成理论在思维模式上与我国传统文化是契合的，体现了我国独特的文化观念和价值诉求，并成就了其在司法实践中的高运用率。从这一点来看，其科学性与合理性不容质疑。

---

---

**Abstract:** Chinese cultural pattern belongs to the organic cosmology which is associated with the ontological concept of “syncretism of heaven and human” and the epistemology of intuitive understanding. Western cultural pattern belongs to the mechanical cosmology which is associated with the ontological concept of “conquering the nature” and the epistemology of logical analysis. Accordingly, the constitution of a crime in Chinese criminal theory has its organic feature and is an organic and integrate entirety composed of different elements. Used to convict a crime, these constitutive elements are independent from each other, and there is no hierarchical level between them. However, the constitution of a crime in Western criminal theory is characterized by a machine. As a part of a machine has its own effect, every constitutive element of a crime has its own function and may evaluate things independently.

As far as convicting a crime is concerned, the constitution of a crime in Chinese criminal theory leads to the mode of “from innocence to conviction” and “from part to overall”. It can realize the balance between efficiency and fair, and benefit implementing the principle of presumption of innocence and safeguarding human rights through the burden of proof by the accusers. But it also has shortages in crime control and order maintenance. To the contrary, the constitution of a crime in Western criminal theory shows the feature of presumption of guilt to some extent. But its course of convicting or negating a crime is open and not simultaneous which contributes to realize the balance between saving judicial cost and improving efficiency. Besides, easing the burden of proof of the accusers benefits controlling crime and realizing the function of the criminal law to keep public order. In short, the theoretical model of the constitution of a crime is the counterpart of the cultural pattern of different countries, and has respective advantages and shortcomings and reflects different cultural concepts and value claims.

**Key Words:** cultural pattern, model of constitution of a crime, organic constitution of a crime, mechanical constitution of a crime

---

---

---

〔64〕 高铭喧：《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》，《中国法学》2009年第2期。