

犯罪构成体系平面化之批判

刘艳红^{*}

内容提要：以主客观相统一的定罪原则为基础，我国刑法形成了主客观有机统一的犯罪构成理论；基于辩证唯物主义全面联系视角对有机统一的解答，导致了犯罪构成体系的平面化。平面化犯罪论体系存在着似是而非与规范说理缺失、定罪过程中的主观化与入罪化、无法应对实践需求以及主客观要素混淆等诸多理论与实践问题。我国刑法应该摒弃泛而论之的主客观相统一原则及平面化犯罪构成体系。以客观主义为立场、以明确区分客观与主观要素为内容、以阶层化为结构的犯罪论体系，应该是今后我国犯罪论体系的探讨方向。考虑到违法与有责在当今刑法理论中与构成要件符合性判断的融合趋势，以违法和有责为支点构建二阶层的犯罪论体系应该是反制平面化犯罪构成体系的最好出路。

关键词：主客观相统一 犯罪构成 平面化 客观主义 阶层化

我国传统犯罪构成理论自上世纪 90 年代开始“面临严峻的挑战”已是不争的事实，其中，改良派与激进派最为引人注目。前者主张维持传统犯罪构成基本框架，只作部分要件增删、名称置换或顺序重新排列；后者力推扬弃传统犯罪构成体系，实现犯罪构成的阶层化。激进派是当下颇为有力的学说，主张犯罪论体系建构应由传统平面化演变为阶层化。

提倡阶层化体系，首先应对我国犯罪构成的平面化进行深刻反思和剖析。支撑平面化犯罪论体系的是我国刑法主客观相统一的定罪基本原则，这决定了检视传统犯罪构成体系平面化特征应从主客观相统一的角度进行。虽然早已有刑法学者提出我国“传统犯罪构成理论是平面化”的命题，^{〔1〕}也展开过对主客观相统一原则的批判和清理，^{〔2〕}但联系主客观相统一原则展开对犯罪构成理论平面化特质的系统探讨却付之阙如。为此，本文拟联系主客观相统一原则对我国犯罪构成体系的平面化从形成、表现以及危害等方面展开分析，以期对犯罪论体系阶层化的探讨提供更加充分的理论前提。

* 东南大学法学院教授。

本文为国家社科基金项目“实质的犯罪论”（07BFX056）阶段性成果。

〔1〕 参见陈兴良：《刑法知识的去苏俄化》，《政法论坛》2006年第5期。

〔2〕 参见陈兴良：《主客观相统一原则：价值论与方法论的双重清理》，《法学研究》2007年第5期。

一、“主客观有机统一”犯罪构成体系的形成

主客观相统一原则是特定时期苏联刑法学者运用马克思主义批判大陆法系刑法学的弊端并力图构建社会主义的犯罪构成理论过程中提出来的。^{〔3〕}“近代刑法学之父”费尔巴哈认为构成要件(Tatbestand)是“‘包含在一定种类的违法行为的法的概念之中的所有特别行为或者事实的总体’，外部行为或结果等客观要素当然属于构成要件，一定的目的或者特定犯罪之下的故意那样的主观性要素也属于构成要件”。^{〔4〕}尤其值得注意的是，“费尔巴哈只把犯罪行为的客观要件归入 Tatbestand 中，而把主观属性(罪过)排除在犯罪构成之外，将它们看做是犯罪人负刑事责任和具备可罚性的第二个(除 Tatbestand 之外)独立的条件。”^{〔5〕}经过后来刑事古典学者进一步发展，Tatbestand 的事实性与违法和有责的价值性愈加分离、层次愈加清楚。

遗憾的是，其后许多德国学者开始更为广泛地解释 Tatbestand 的内容，将犯罪行为的所有必要的客观和主观要件都包括进来，如贝尔纳。^{〔6〕}而 Tatbestand 被引入苏联刑法学界之后，刑法学者将之译为“犯罪构成”；同时，受政治意识形态的影响，对 Tatbestand 提出了错误批判，使本为犯罪成立条件之一的、事实性的 Tatbestand 概念经由辩证唯物主义的洗礼而发展成为所谓的主客观相统一的理论体系。特拉伊宁根据马克思主义唯物辩证法的基本原理，从主观辩证法与客观辩证法的形式与内容、反映与被反映的辩证关系出发，错误地批判德国学者所说的 Tatbestand 概念，指出德国刑事古典学派学者所主张的 Tatbestand 是“人为地割裂犯罪构成的统一概念”的“犯罪构成的客观结构”，“犯罪构成乃是苏维埃法律认为决定具体的、危害社会主义国家的作为(或不作为)为犯罪的一切客观条件和主观条件(因素)的总合。”^{〔7〕}皮昂特科夫斯基也指出，“犯罪构成永远是犯罪行为必要的客观特征和主观特征的统一。”^{〔8〕}这样，在批判发端于刑事古典学派、以新康德主义为哲学根据、以形式主义构成要件理论为基石的犯罪论体系的同时，错误地吸纳贝尔纳等德国学者观点的基础上，以特拉伊宁为首的一批苏联学者使“犯罪构成”定格为以社会危害性为价值基础、以揉合了客观(客体与客观方面)与主观(主体与主观方面)为结构内容的犯罪成立理论，犯罪成立诸要件总和的“犯罪构成”最终成为压倒多数的观点。主客观相统一就此被奉为与资产阶级刑法理论相区别的圭臬。

我国刑法理论创始之初，完全移植了苏俄刑法成果，主客观相统一原则及犯罪构成理论在我国得以确立和展开。“社会主义刑法关于犯罪构成是主、客观相统一的原则，正是在辩证唯物主义理论的指导下，在资产阶级片面强调客观或者片面强调主观的基础上产生的。苏联刑法学者批判了资产阶级刑法理论的客观主义和主观主义，坚持了社会主义刑法主、客观相统一的原则。特别在犯罪构成理论中，不仅重视犯罪行为，而且也重视主观罪过。认为刑事责任中的主观要素和客观要素不是处于对立和分裂的状态，而是辩证地组成犯罪构成统一体。”^{〔9〕}在犯罪构成具体定义上，则明确指出，“犯罪构成就是依照我国刑法的规定，决定某一具体行为的社会危害性及其

〔3〕 参见何秉松：《苏联犯罪构成理论的历史与现状》，《法学研究》1986年第4期。

〔4〕 [日]西原春夫：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第28页。

〔5〕 何秉松、科米萨罗夫、科罗别耶夫主编：《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4页。

〔6〕 参见上引何秉松等书，第4页以下。

〔7〕 [苏]特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，薛秉忠等译，中国人民大学出版社1958年版，第48页以下。

〔8〕 [苏]皮昂特科夫斯基：《社会主义法制的巩固与犯罪构成学说的基本问题》，载《苏维埃刑法论文选译》第1辑，中国人民大学出版社1955年，第85页。

〔9〕 高铭喧主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1988年版，第76页以下。

程度而为该行为构成犯罪所必须的一切客观要件和主观要件的有机统一。”^{〔10〕}此后,我国刑法学界在长达20余年的时间里基本秉承了“犯罪构成是一系列主客观要件的有机统一”这一主导思想。犯罪构成体系自此成为具有“政治正确”优势的主客观相统一原则的重要载体;“主客观相统一”成为“我国刑法学中犯罪构成的精髓,是我们认定犯罪所必须坚持的基本原则”。^{〔11〕}在某种程度上,主客观相统一原则也成为犯罪构成的同义语,犯罪构成理论因此又可称为主客观相统一的犯罪构成理论。基于行文的方便,下文将坚持主客观相统一原则及主客观相统一的犯罪构成理论者简称为“统一论者”。

二、“主客观有机统一”犯罪构成体系之平面化

主客观相统一的犯罪构成体系最为突出的缺陷是平面化。然而,我国犯罪构成体系的平面化是如何形成的?它有哪些特征?如何看待学者关于“我国犯罪构成体系不是平面化”的观点?

首先,犯罪构成体系的平面化是如何形成的?笔者以为,我国平面化犯罪构成诸要件之间“有机统一”的哲学根基及方法论,是马克思主义唯物辩证法中的“整体—部分”理论。

以主客观相统一的定罪原则为基础的我国犯罪构成理论认为犯罪构成是一个一系列主客观要件的有机统一体;而“所谓有机统一,就是说这些要件是有内在联系的、缺一不可的”,^{〔12〕}“缺乏任何一个方面的要件,犯罪构成的整体就不能存在。”^{〔13〕}其实,主客观相统一关系的实质是部分之和等于整体。“唯物辩证法把世界看作相互联系的整体,因而要求用全面、联系的观点来看整体与部分的关系。整体是由部分组成的,不了解部分就不能清晰地把握整体。因此,把个别事物从普遍联系中抽取出来,进行单独的、分别的研究,是完全必要的。但是,辩证法在强调研究个别事物时,要求看到它同整体以及整体中其他部分之间的联系。割断联系,就看不清任何一个最简单的事物;抛开整体,就弄不清组成它的各个部分。”^{〔14〕}据此,犯罪构成由四个部分组成,如果每一部分不能满足,犯罪构成整体就无法实现;部分得不到说明和印证,整体也就不存在。所谓全面、联系的观点,强调的是一致性与共存性;落实到犯罪构成体系,强调的是四要件同时存在性,认定犯罪时的同时考量性,体现的是“整体等于部分的总和”这一哲学命题。“但按照唯物辩证法的系统观特别是现代系统论的观点,这个哲学命题是不正确的。因为整体功能并不等于各部分的简单相加,各要素之间相互联系、作用的方式不同,系统的整体就具有不同的功能。”^{〔15〕}因此,“整体—部分”的答案根本就没有回答何为有机统一中的有机性。对于犯罪的认定而言,只有具备内在特定机理的构成系统才能称之为具有有机性;仅仅只是共存性与一致性显然不能说是主客观四要件的有机统一。

其次,为何说我国犯罪构成体系是平面化的?有观点认为,我国“平面的犯罪构成的特点是,犯罪构成由具有等价性的要件组成,各个要件处于平面关系,行为要么符合全部构成要件,

〔10〕 前引〔9〕,高铭喧主编书,第75页。

〔11〕 刘明祥:《试论盗窃罪犯罪构成中的主客观相统一问题》,《法学评论》1985年第2期。

〔12〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第54页。

〔13〕 高铭喧:《对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应》,载赵秉志主编:《刑法论丛》2009年第3卷,法律出版社2009年版,第9页。

〔14〕 李秀林、王于、李淮春主编:《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》,中国人民大学出版社1982年版,第143页。

〔15〕 焦旭鹏:《关于“回到塔甘采夫”的刑法学反思》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第25卷,北京大学出版社2009年版,第123页。

因而成立犯罪；要么一个要件也不符合，根本不成立犯罪。”^{〔16〕}这种看法存有疑问。我国犯罪构成四要件具有等价性，但符合所有要件而成立犯罪并不是我国犯罪构成平面化的特征；德日构成要件符合性、违法性与有责性三阶层体系中，缺少其中任何一个条件犯罪也不能成立。可见，平面与阶层体系的区分并不在于每一条件是否不可或缺，而在于各条件之间的内在关系。归纳起来，应为如下三点：一是各成立条件之间是相互依存还是各自独立；二是各成立条件是处于同一水平线还是立体的存在；三是各个成立条件之间是相互递进、由前推后，还是无前无后或前后均可。

对照分析，我国犯罪构成体系显然是平面的。其一，我国犯罪构成中的四要件各自独立。四要件中每一个要件都不是为了递进到下一个要件而存在的，它们之间不具有相互依存的关系，各自可以独立存在。平面体系因其各个成立要件都在同一水平线上，故而先后顺序既不严格也不明显；随意抽调一个要件或者随意调放某个要件的位置，都不影响这个体系的存在。在平面四要件体系之下，社会危害性理论起了支撑作用。因为无论在苏联还是在我国刑法学界，“目前的主流观点仍然是将社会危害性视为一个主客观的统一体，它包含了主观与客观两个方面的决定要素与其他选择性评价要素，正因为有质的区别，才能够有效区分此罪与彼罪，由于量的不同，才会有刑法所规制的犯罪与情节轻微的非犯罪行为的划分。”^{〔17〕}以主客观相统一为载体的社会危害性理论，是我国犯罪概念的内容，犯罪概念又是犯罪构成的基础，犯罪构成则为抽象的犯罪概念发挥具体操作认定犯罪的作用，所以，主客观相统一的犯罪构成理论与主客观相统一的社会危害性犯罪概念，可谓契合无二。其三，犯罪构成四要件间不存在相互递进、由前推后的关系，而是无所谓前后或者前后均可。在我国刑法理论与实践，既可从犯罪客体至客观行为入手认定犯罪，又可舍去犯罪客体直接从犯罪客观行为入手再至犯罪主观方面认定犯罪，还可从犯罪主体入手再至主观和客观等方面认定犯罪，更可舍去犯罪客体与主体之后，只需结合主观罪过与客观行为认定犯罪。如果四要件之间存在着层层递进关系，则刑法理论上也不可能存在将四要件颠来倒去都可以称其为犯罪构成理论的各种体系。

最后，对我国犯罪构成体系不是平面而是立体的观点之回应。有学者认为我国犯罪构成体系不是平面的，一方面，“犯罪构成与犯罪概念”之间具有“说明与被说明的关系；体现与被体现的关系；抽象与具体的关系”；另一方面，“从四要件犯罪构成内部结构上看，我国的犯罪构成是主客观相统一的有机整体，主观见之于客观，客观检验主观”。在四要件之下，“认定一个行为是否具有犯罪构成，需要对这些要件和要素逐一进行分析和认定，由整体到方面再到个别，又由个别到方面再回到整体……这样有先有后、有分有合、有步骤地由抽象到具体，又由具体到抽象的认定过程，难道就不是区分了层次，不是立体？”^{〔18〕}笔者认为，以上观点难以成立。其一，犯罪构成体系是否平面的，并不取决于它与犯罪概念之间的关系，而是犯罪构成内部的关系。其二，在犯罪认定中，四要件犯罪构成体系固然有着物理性的先后顺序，但物理性的“有先有后”不等于阶层性。这种看法实际上是“把阶层与顺序相混淆”，“阶层关系或者位阶关系，虽然也是一种顺序，但由于各阶层之间的内在关系所决定，这种顺序是固定而不可变动的。”^{〔19〕}德日体系是阶层化的，是因为如果行为因为不符合构成要件“而在犯罪构造系统的第一个评判层面上就被剔除……用不着还对它做下一层面（违法性、有责性）上的判断。能够进入第二个评判层面（行为的

〔16〕 张明楷：《犯罪构成理论的课题》，《环球法律评论》2003年秋季号。

〔17〕 薛双喜：《苏俄刑法学关于社会危害性理论的论争》，《中国刑事法杂志》2010年第3期。

〔18〕 前引〔13〕，高铭暄文，第7页。

〔19〕 陈兴良：《犯罪构成论：从四要件到三阶层——一个学术史的考察》，《中外法学》2010年第1期。

违法性)的,只能是构成要件符合性的举止(即行为——笔者注)”。〔20〕其三,平面化体系在诸要件各自证明了之后,又在具体与抽象之间来回对照检查,恰恰是没有阶层的体现,因为在阶层体系之内,根本不允许来回检视,只能层层展开最终定夺。

三、“主客观有机统一”犯罪构成体系在理论与实践中的危害

以主客观相统一原则为基础的平面四要件犯罪构成体系,在刑法理论与司法实践中存在着似是而非与规范说理的缺失、定罪中的主观化与入罪化、难以应对实践需求以及造成主客观要素的混淆等一系列问题。

(一)似是而非与规范说理缺失:“主客观相统一”平面犯罪构成体系的套套逻辑

主客观相统一原则及主客观相统一的犯罪构成理论体系重在强调统一但又从未能准确回答如何统一,于是,平面体系在理论逻辑上存在着特别突出的似是而非:看似说理,其实什么都没有说,只不过是套套逻辑里兜圈子。“所谓套套逻辑,是指一些言论,在任何情况下都不可能是错的。说得更严谨一点,套套逻辑不可能被想像为错!举一个例,假若我说:‘四足动物有四只脚。’这怎可能会错呢?”“但内容究竟说了些什么?其实什么也没有说!……就是说,套套逻辑的内容是空洞的,半点解释能力也没有。”〔21〕统一论者对于主客观相统一原则中以及四要件犯罪构成体系中主客观如何统一的说明正是典型的套套逻辑。

传统观点明确表示,“中国刑法学犯罪构成理论体系在整体格局上表现为两大块四要件耦合式的结构。两大块就是根据主客观相统一原则将犯罪构成整体上划分为客观要件和主观要件两个板块。”〔22〕由此,主客观相统一原则的核心应该是由主观要件与客观要件组成一个统一体,于是,以此为基础构建的犯罪构成必然是主观要件与客观要件的有机统一。如前述,统一论者认为,“所谓‘有机统一’,说明这些要件不是简单地相加,而是密不可分的有机统一的整体。”〔23〕在此,我们看到的是循环定义,用“有机统一”界定“有机统一”。可见,主客观相统一的犯罪构成体系始终在“有机统一就是有机统一”的套套逻辑里兜圈子。

主客观相统一命题自身论证上的似是而非必然导致具体问题运用说理中的似是而非。以犯罪既未遂的区分学说为例。通说认为,犯罪既未遂的区分标准是主客观相统一的犯罪构成要件说。“故意犯罪的完成形态即既遂形态负刑事责任的根据,在于其完全具备主客观相统一的犯罪构成要件”,“所谓犯罪既遂,是指行为人所故意实施的行为已经具备了某种犯罪构成的全部要件”,亦即具备了“主客观相统一的四个方面的犯罪构成要件”。〔24〕犯罪既遂与未遂则是在犯罪成立前提之下所讨论的问题,既然我国刑法理论认为任何犯罪包括未遂或者预备都是符合犯罪构成要件的行为,这就意味着,犯罪未遂也与犯罪既遂一样都是具备了犯罪构成四要件的行为,既如此,用主客观相统一的犯罪构成要件说又如何能区分既遂与未遂?对此,统一论者说,虽然“行为符合主客观相统一的犯罪构成,是使行为人负刑事责任的科学根据。这既适用于故意犯罪的完成形态,也适用于故意犯罪的未完成形态”,这样的观点极易使人误以为既遂与未遂是“完全划一、

〔20〕 [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71页。

〔21〕 张五常:《经济解释卷一:科学说需求》,中信出版社2010年版,第39页。另需指出,如果说套套逻辑只是逻辑不清、语焉不详,而认为主客观要件的有机统一则是反对主观归罪、客观归罪的“高级理论”,则是刑法理论上的常识性错误。对此种错误,学界早有诸多学者予以批判指出(如前引〔2〕,陈兴良文),此不赘述。

〔22〕 高铭暄:《关于中国刑法学犯罪构成理论的思考》,《法学》2010年第2期。

〔23〕 前引〔9〕,高铭暄主编书,第77页。另参见马克昌主编:《刑法》,高等教育出版社2007年版,第39页。

〔24〕 前引〔12〕,高铭暄等主编书,第157页以下。

毫无差异的”，但是，统一论者指出，完成形态的构成是基本的，未完成形态的构成是修正的，“应当注意，修正的犯罪构成也是要件完整齐备的犯罪构成，因为犯罪构成只能是一个主客观诸要件有机统一和紧密结合的整体”。〔25〕如此反复强调只是加深了人们的印象：好像未遂与既遂根本没有什么不同！为此，统一论者只好勉力解释，基本的与修正的犯罪构成要件还是有区别的，区别在于“具体要件的内容上有所不同”。〔26〕问题是，究竟是什么“内容上有所不同”？统一论者丝毫未有涉及。

再以单位犯罪为例。对于法律没有明文规定的单位犯罪，有观点主张，根据是自然犯还是法定犯来区别处理。对于单位盗窃、诈骗等自然犯罪，可以追究自然人的刑事责任；对于贷款诈骗等法定犯，如果单位责任人员确实不知道其行为是违法的，就不能追究其刑事责任。〔27〕对此有学者指出，“这种从主客观相一致原则要求出发来论证行为人是否需要承担刑事责任的方法固然不错……但如果其明确知道是在从事违法犯罪活动，而且起着较大作用，是否就应该承担刑事责任？”〔28〕法无明文规定的犯罪单位可否成为其主体向来是个争议很大的问题。如果是单位人员不知本单位有关行为比如贷款是违法的，然后形成单位意志并实施了此行为，这种情况可否按照贷款诈骗罪追究该负责人的刑事责任，其实已经游离了法无明文规定的单位犯罪如何处理的问题，而是演变为对于行政犯罪来说违法性认识是否主观故意的必备条件；此时定或不定贷款诈骗罪，都不是主客观相一致原则下所要讨论的问题，而应是在明确了违法性认识是否故意必备要件之后所要解决的问题；将这一问题置换为“从主客观相一致原则要求出发来论证行为人是否需要承担刑事责任”，似乎指明解决法无明文规定的单位犯罪应该遵守主客观相一致原则及使用主客观相统一的犯罪构成理论分析，然而，所有的犯罪包括自然人不都是遵循着统一论者所说的主客观相统一的四要件犯罪构成体系吗？

对于刑法第30条单位犯罪中的“其他直接责任人员”，有学者指出，基于刑事政策的考虑及主客观相一致原则的要求，其他直接责任人员应当是指积极地直接实施单位犯罪行为并对单位犯罪起主要作用的单位成员。〔29〕对于单位犯罪中其他直接责任人员的认定，主要在于确定单位犯罪主体的处罚范围。在单位行政管理负责人人数较多的情况下，是以有关人员在单位犯罪中所发挥的作用（重要作用说）或是其是否直接实施了单位犯罪的行为（行为参与说）作为认定其他直接责任人员的标准，还是采取“积极地直接实施单位犯罪行为并对单位犯罪起主要作用”的行为参与+重要作用的折中论，体现了对“其他”的限定解释立场，实在看不出这与主客观相统一原则有什么联系。如果说根据折中论在认定其他直接责任人员时，因为考虑到了单位有关责任人员的主观意志，从而说其是“根据主客观相一致原则的要求”所采取的学说，那么，在重要作用说或者行为参与说中，不也一样考虑了其他责任人员在单位意志中的主观罪过吗？照此逻辑，重要作用说和行为参与说都可以说是“根据主客观相一致原则的要求”所采取的学说。

个罪分析说理中的似是而非也随处可见。A与B在生意上有纠纷，故对B涉嫌非法买卖爆炸物的行为特别关注。在B被取保候审逃跑后A积极配合司法机关追捕。一次行动中A终捕获B并强行将其控制在自己的轿车内，后因A等人在车内将B头部按住约20多分钟而致B死亡。有观点认为，A“向司法机关提供犯罪嫌疑人行踪线索的行为既是其作为一个国家公民的权利，也

〔25〕 前引〔12〕，高铭暄等主编书，第157页。

〔26〕 同上。

〔27〕 参见张军：《刑法纵横谈》，北京大学出版社2008年版，第314页。

〔28〕 卢勤忠：《刑法应设立单位贷款诈骗罪》，《政治与法律》2009年第1期。

〔29〕 参见李翔：《单位自首正当性根据及其认定》，《法学家》2010年第4期；石磊：《论单位犯罪的直接责任人员》，《现代法学》2006年第1期。

是其应尽的义务,不具有非法性;”A“既没有实施非法拘禁行为,也没有非法拘禁的犯罪故意,根据主客观相统一原则的要求,其行为不构成非法拘禁罪”。^[30]上述观点传递的信息是,它强调主观和客观二者之间“统一”或者“一致”,是对平面犯罪构成不分彼此、不分层次的一体化重视。这种观念和定罪方法与法律思维模式格格不入。分析具体案件时,应有的法律思维模式是,先对法律规范进行解释,比如,对非法拘禁罪的“法定构成要件做出解释,特别需要注意立法者所做出的价值取向。然后在这个基础上进行决定,具体的案件是否符合该法律规范,也就是说,该规范是否适用于该案件。”^[31]而在主客观相统一的平面犯罪构成之下,很多刑法理论和实务工作者往往直接根据主客观统一论的要求,先说某种行为的主观方面如何,再说其客观方面如何,然后二者统一起来,得出犯罪成立与否的结论;至于某种行为的主客观方面为什么是论者主张的“如何”之观点,例如为什么认为A“既没有实施非法拘禁行为”“也没有非法拘禁的犯罪故意”,在此,就看不到论者在案件事实与法律规范之间的来回往返以及由此展开的充分说理。

如果刑法学是精确的法学,似是而非的主客观相统一的提法可以休矣;如果任何时候、任何要素都需要根据主观与客观两方面要素的综合考量,换言之,既然犯罪构成的判断无时无刻不是主客观相统一的,又何必强调主客观相统一?

(二) 主观化与入罪化:“主客观相统一”平面体系对人权保障之不力

主客观相统一的犯罪构成体系在遵循主观与客观要件的统一之时,往往从文意中的主观在前客观在后,发展出从主观到客观的定罪思路,并“导致借以‘主客观相统一’之名得出倾向于‘主观主义’的结论”,^[32]于是,以主观为主导的主客观相统一的定罪模式在实践中大行其道,其结果又导致犯罪认定中的入罪化。

由于平面四要件间的等价性与无序性,很多学者主张从犯罪主体至主观方面再至客观等方面来认定犯罪,“任何犯罪活动都是人的有意识的活动,都是人的内部主观意识与其客观的外部犯罪活动过程的统一。它又可以分为犯罪活动的主观方面(简称犯罪主观方面)和客观方面(简称犯罪客观方面)。”^[33]因此,在实践中的具体运用中,犯罪的认定就应遵循从主观到客观的路线,否则,在“没有查清主观前,根本就不可能认定行为的客观性质,不可能解决构成要件该当性的问题。”“如果离开主体的能力,就根本不可能认定主观方面的内容。”^[34]除却平面化的特点使然,也许主客观相统一原则在字面上传递的主观在前的意义,使很多人认为应遵循主观到客观的思维模式,由此导致了平面体系定罪过程中的主观化和入罪化。

在犯罪成立与否的问题上,“如果从主观到客观认定犯罪,即先考虑行为人,再分析行为人的心理状态,进而追查行为人实施了何种行为,侵犯了何种法益,难以避免‘先抓人,后填补事实’的现象。”^[35]司法实践中这种做法目前仍有一定的市场。甲男暗恋邻居乙女。甲趁乙独自在家潜入其院落内爬上树窥探乙。甲在树上艰难度过4个多小时后,意外遇到闪电雷雨。乙察觉到甲的行为并报警。“我爬上树,确实想强奸她。”面对民警,甲坦白了他爬上树的主观意图,表示愿意接受刑法处罚。该地法院经审理判决甲的行为已构成强奸罪,判处其有期徒刑1年,缓刑1

[30] 高铭喧、王俊平:《扭送在逃嫌疑人的行为不应构成非法拘禁罪》,载赵秉志主编:《刑事法判解研究》,人民法院出版社2010年版,第77页。

[31] [德]N·霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2004年版,第126页。

[32] 郑军男:《论定罪中的“主客观相统一原则”》,《法制与社会发展》2005年第4期。

[33] 何秉松:《犯罪构成系统论》,中国法制出版社1995年版,第91页。

[34] 陈忠林:《中、德、日现行犯罪论体系的重构》,载梁根林主编:《犯罪论体系》,北京大学出版社2007年版,第189页。

[35] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第137页。

年。^[36] 本案中，甲爬上乙院内树上偷窥乙，竟被定为强奸罪，这是典型的从主观到客观认定犯罪导致的错误结论。先抓到甲再询问得知其主观上有“想强奸”的意图，客观上则通过将趴在树上偷窥的行为解释为强奸罪预备，再借助主客观相统一的犯罪构成体系，甲符合强奸罪的主体、主观及客观和客体四要件，结论当然是甲构成强奸罪。

这种主客观相统一的思路存在重大缺陷。犯罪的认定应该遵循犯罪行为本身的规律，即发生了案件事实，存在某种犯罪的行为，再查找对其行为和结果负责的行为人并确定其罪过的存在与否，以最终决定是否能够责令某人对某种行为承担刑事责任。据此，乙作为甲喜爱的异性对象，并没发生被甲强奸的结果；甲也未实施强奸行为；甲的行为虽被解读为强奸犯罪预备，但这种预备除了整整4个小时趴在树上，并无任何别的预备之举诸如准备工具或恐吓被害人或下树潜入被害人家中等，而且趴在树上的时间持续较长，在此4小时之中，甲应有很多机会作案，但他没有付诸实施。这表明，甲趴在树上偷窥的行为本身很难证明其“想强奸”，此时，既缺乏强奸的客观事实，趴在树上的行为又远离强奸的实行行为，且无任何迹象显示这种趴在树上的“预备”有向强奸实行行为发展的可能性，何以又被定了强奸罪？如果不是凭借主观上甲的供述，本案显然是无法定罪的。这意味着，我国主客观相统一的犯罪构成理论在很大程度上以主观为先导，在客观事实似有还无的情况下，往往都是通过主观要素的蛛丝马迹来认定犯罪的成立与否。更何况，如果预备行为的危险程度并不高，预备行为的进展程度长时间处于静止状态以及预备行为转化为实行行为的意图也不明显，那么，所谓的预备行为其实根本不能成立犯罪的预备，充其量也只能成立不可罚的预备。处罚诸如本案中危险性程度低的预备行为，实际上就是重视和强调行为人的主观要素而忽视客观要素，其背后正是主观主义理念在起作用。

再如，区分故意伤害罪与殴打行为的界限时，传统刑法理论和实务认为，“要把故意殴打他人和故意伤害他人两种不同性质的故意区分开来。所谓殴打的故意其目的是使被害人遭受身体上的痛苦而不是损害被害人的健康。而伤害的故意则不仅要使被害人遭受痛苦，而且要损害其身体健康。”^[37] 事实上，伤害与一般殴打行为很难根据主观故意内容区分，从造成被害人身体损伤的结果即从客观上区分它们才是不二选择。否则，在故意内容无法查明之时就会导致此类案件难以定性。

在犯罪既遂与未遂的认定上，严格根据刑法第23条的规定，从客观上分析犯罪行为是否得逞才是犯罪既遂与未遂的区分标准，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的是未遂。因此，既未遂之区分应以行为人对法益之侵犯或者危害的客观结果是否发生为标准，亦即应该从客观上去区分既遂与未遂。但前述表明，我国刑法坚持主客观相统一的犯罪构成要件说作为既未遂区分标准，导致实践中既未遂认定的主观化与随意入罪化。

例如，丁为某市政公司负责人，在一起土地购买合作中，丙与某市汪村协议以15万元总转让费取得其土地，后丙与丁谈好由市政公司共支付取土道路补偿费34万元。汪村同意差价款由丙使用，丙许诺给丁约8万元。后丁以其弟某甲的名义以约13万元竞买某法院拍卖的某厂，丙为其出资8万元。由于某厂职工反对，拍卖后来被法院宣布无效，8万元退还给丙并赔偿其损失6000元。这笔钱丙未交给丁。随后丁从拨付给汪村的土方款中将自己的5万元及法院赔偿款6000元扣除，后丁因他事案发。丁构成受贿罪既遂还是未遂？对此，有观点（以下简称“高文”）指出，丁某“不构成犯罪，也不属于受贿未遂。受贿罪中‘为他人谋取利益’应以受贿人

[36] 《成都男子爬树偷窥女邻居被判强奸罪获刑一年》，检察日报正义网，http://news.jcrb.com/jxsw/200904/t20090421_209626.html，2009年6月8日访问。

[37] 最高人民检察院《刑事犯罪案例丛书》编委会编：《刑事犯罪案例丛书（伤害罪）》，中国检察出版社1992年版，第7页。

收到贿赂并承诺为他人谋取利益作为受贿犯罪的既遂标准。”因为“该标准符合刑法分则对受贿犯罪构成要件的要求和主客观相统一原则”，总之“不能机械、片面地以客观结果认定受贿未遂”。〔38〕然而，其一，主客观相统一犯罪构成要件说既是犯罪既未遂的区分标准，又是犯罪成立与否的衡量标准，这使得“高文”对本案中丁的行为是否成立受贿罪未遂的讨论，演变成了对丁的行为是否构成受贿罪的讨论，而且其逻辑顺序是丁某首先“不构成受贿罪”，“其次……也不属于犯罪未遂”。这一逻辑存在问题。既然不构成犯罪，当然不存在是否构成犯罪未遂的问题；既然文章标题是“认定受贿未遂”，其前提就应该是该案中丁某的行为成立受贿罪。之所以如此，与前述主客观相统一犯罪构成理论在逻辑上的似是而非具有直接关系。其二，丁明知丙承诺给自己8万元钱的性质。丙与汪村的土地购买价格只有15万元，争取到了市政公司支持后，可取得土道路补偿费34万元，而汪村负责人承诺其中的差价由丙使用，正因如此，丙为了“报答”丁，才会允诺给丁8万元。丁为丙谋取了利益，虽然丁给汪村的土地补偿是合法的，但根据司法解释规定，谋取利益是否正当不影响受贿罪的成立；丁也实施了收受贿赂的行为。当丁以其弟名义参与竞买某厂时，正是丙帮其支付了8万元。丁的行为成立受贿罪无疑。其三，在丁成立受贿罪的基础上，再来讨论丁的行为是既遂还是未遂。丁实际并未得到丙承诺的8万元，但那是因为拍卖被宣布无效该笔钱被退回给丙所致；如果拍卖有效，该笔欠款则理所当然成为丁的，换言之，丁未实际得到8万元，系“犯罪分子意志以外的原因未得逞”，丁的行为系受贿罪未遂。

如果对犯罪既未遂的区分认定不能“机械、片面地以客观结果”为标准，那么，是否意味着应该以主观目的为标准？实践中的确是如此操作的，只不过，这种以犯罪主观目的为标准的做法却是在主客观相统一的背景下进行的。比如，有观点认为，“根据我国传统的刑法理论犯罪构成要件说……如果行为人所故意实施的某一犯罪行为已经具备了刑法分则所规定的客观要件，就构成犯罪既遂”，因此，“如果是以贩卖为目的而实施了非法收买毒品的行为，即使毒品尚未卖出，仍具备了贩卖毒品罪的全部客观要件，就已经属于犯罪既遂。”〔39〕果如此，行为人成功地将毒品卖出的是既遂，没有卖出的也是既遂，因为无论成功卖出毒品与否，行为人主观上贩卖目的都是一样的。此种观点不但从内容上违背了刑法对犯罪未遂“未得逞”的规定，而且将轻重完全不同、结果实现与否各异的两种行为当做同一性质亦即既遂来处理，因此也违反了罪责刑相适应的基本原则。

在不能犯未遂是否成立犯罪的问题上，主客观相统一的犯罪构成要件理论更是充分体现了主观主义色彩。我国刑法理论历来主张处罚不能犯的未遂，如误把白糖当砒霜的工具不能犯、误把稻草人当真人的对象不能犯等。统一论者认为，不能犯未遂中，行为人客观上只是由于所选工具或对象有误等而使犯罪无法达到既遂状态，但此种行为毕竟是与行为人的犯罪意识和意志密切联系在一起并受其支配的，“这种主客观要件的统一及其所决定的行为的社会危害性，就是不能犯未遂构成犯罪及追究行为人刑事责任的科学根据。”〔40〕“从主客观统一上看，在一般情况下，能犯未遂往往比不能犯未遂具有较大的社会危害性，因此，对能犯未遂一般应较不能犯未遂从重处罚”。〔41〕遗憾的是，主客观相统一的犯罪构成理论在认定不能犯未遂是否成立犯罪时，却没有考虑到此类行为客观上绝对不可能发生法益的侵害或者危险，而固执地认为客观上实施了某种行为，主观上具备实施某种犯罪的故意，按照主客观相统一原则及其犯罪构成理论，理所当然地成立犯罪。问题是，在此层面上所统一的客观方面是否还能称为犯罪的客观方面？譬如，射杀稻草

〔38〕 高海燕：《不能机械、片面地以客观结果认定受贿未遂》，《中国检察官》2010年第2期。

〔39〕 袁江华：《贩卖毒品罪既遂与未遂的区别及认定》，《人民司法》2008年第12期。

〔40〕 参见高铭暄主编：《刑法学原理》第2卷，中国人民大学出版社1993年版，第330页。

〔41〕 前引〔12〕，高铭暄等主编书，第169页。

人的行为还能叫杀人行为吗？如果认为可以，那显然是基于这样的逻辑：出于杀人故意的射杀行为当然是杀人行为，既然是杀人行为又有主观故意，主客观相统一，当然就可以故意杀人罪的未遂处罚之了。可见，传统刑法理论虽然一再声称是根据主客观相统一的犯罪构成要件理论来确定不能犯未遂的可罚性的，但实际上，它是以主观罪过为出发点来确定客观方面以及实现主客观相统一的。对此，有学者早已指出，这种做法不仅没有坚持主客观相统一的原则，导致主观归罪，而且还有扩大刑法处罚范围之嫌疑。^{〔42〕}时至今日，这种以主观主义为基调处罚不能犯的观点仍然颇有市场，比如认为“没有必要区分不能犯未遂与不可罚的不能犯，凡不能犯均具有可罚性，应以犯罪未遂论处。”^{〔43〕}这种观点，实属违反罪刑法定的实质派生原则即刑法法规适当性的典型例子。

再如，有学者在明确主张“中国犯罪构成理论不必移植德、日”而应坚持但同时应该完善我国“主客观相一致原则指导下的平面的犯罪构成理论体系”的基本立场之下，^{〔44〕}主张犯罪既遂与未遂的区分“应当以犯罪行为是否造成预想的最终实害结果或者足以造成该结果发生的危险状态为标志”。^{〔45〕}所谓“预想的”结果也就是行为人通过犯罪行为希望达到的结果实现的目的，换言之，该种观点其实意在强调通过犯罪目的的实现与否判断既未遂之认定；其通过主观目的限制客观结果的做法则充分体现了其主观主义的倾向以及由此造成的对行为人主观要素的过分依赖。如A系某市教育局局长，B主动送A现金2万元，请求A将其从县城某中学调任该市某中学教师。A拿钱后一直没有机会调动B，后案发。A是既遂还是未遂？根据上述观点，A预想达到的结果是“取财+谋利”，但A取财之后没能为行贿人谋利，因此，A的行为是未遂。之所以会得出这样的结论，显然是由于犯罪人预想的结果亦即犯罪目的具有多重性。“行为人在实施犯罪行为时会存在多层次的目的，究竟以哪一层次的目的作为犯罪既遂的标准，犯罪目的实现说并没有予以回答。”^{〔46〕}如果按照法益侵犯或者危害的客观结果是否发生之标准，那么，对受贿罪既遂与未遂的认定，“无论是索取财物的受贿罪还是收受财物的受贿罪，都以是否取得他人财物作为受贿罪的未遂与既遂的区分标准。”^{〔47〕}换言之，不是根据主观上行为人的目的是否实现为标准——尽管取得他人财物也是其目的之一，但毕竟，受贿罪的目的并不全然或者说并不只是取得他人财物。据此，就很容易得出A的行为成立受贿罪既遂的正确结论。实务中提出的极有市场的、认定受贿罪既未遂的承诺说正是从另一侧面对受贿罪多重目的的肯定，该说主张“只要行为人为他人谋取利益的承诺就足够，即使其最终未为请托人谋取利益，也足以构成受贿罪的既遂。”^{〔48〕}这样的观点显然只关注到了为他人谋取利益是受贿罪中行为人所预想实现的结果，却忽略了收受财物才是本罪的根本目的，因此同样不妥。

刑法的本质是限制国家刑罚权的发动以保护善良人与犯罪人的权利免受国家权力的不当侵害，而平面体系的主观化与入罪化恰恰与刑法作为人权保障法的本质相违背。“犯罪论研究的是一行为可罚性的一般之法律要件”，^{〔49〕}对这一法律要件的适用，其结果事关当事人自由、生命等基本的人权问题。平面体系的主观化，意味着我国犯罪构成理论所承认的一般法律要件从根本上缺乏认定犯罪的客观标准；平面体系的入罪化，表明该体系的重点在于对“可罚性”的重视，而

〔42〕 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第243页以下。

〔43〕 孙国祥：《刑法基本问题》，法律出版社2007年版，第339页。

〔44〕 彭文华：《犯罪构成本原论及其本体化研究》，中国人民公安大学出版社2010年版，第362页，第369页。

〔45〕 彭文华：《论刑事法治视野中的犯罪既遂标准》，《法学评论》2009年第2期。

〔46〕 徐光华：《犯罪既遂问题研究》，中国人民公安大学出版社2009年版，第25页以下。

〔47〕 陈兴良：《受贿罪的未遂与既遂之区分》，《中国审判》2010年第2期。

〔48〕 熊选国、苗有水：《如何把握受贿罪构成要件之“为他人谋取利益”？》，《人民法院报》2005年7月6日。

〔49〕 [德]耶赛克、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241页。

忽略了对不可罚行为建立应有的出罪机制。

(三) 难以解决实际问题:“主客观相统一”平面体系无法应对实践需求

平面化的犯罪构成理论在实践中解决具体问题则是奉行所谓的主客观相统一的犯罪构成要件说,然而它在面临实践中的诸多问题时往往应对乏力。

我国刑法的共同犯罪领域可以说是使用主客观相统一原则及构成要件理论误区最深的一个领域。对于刑法第25条“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”的规定,统一论者认为,“我国刑法关于共同犯罪的规定采取的是主客观相一致的犯罪和定罪理论”。^[50]基于这种主客观相统一原则角度的解读,刑法理论上衍生了主客观相统一的共犯认定原理。“共同犯罪作为一个特殊的犯罪类型,必须具有……主客观统一性。共同犯罪不仅仅是客观事实的集合,它是行为人在一定的主观心理态度支配下实现行为实施的结合,所以在评价共同犯罪时,不能忽视构成行为结合的心理事实。”^[51]这样的观点对于共同犯罪的认定根本毫无助益。在此仅以狭义共犯的认定与片面共犯的认定为例进行分析。

例一,无法准确认定实行犯与教唆犯、帮助犯的界限。根据主客观相统一原则认定共同犯罪的基调,有学者主张,区分实行犯与教唆犯、帮助犯只能以主观与客观相统一的犯罪构成要件为标准,主观上具有实行构成要件行为的故意,客观上具有该当构成要件的行为,就应当认为是实行犯,否则就是教唆或帮助犯。^[52]然而,在实践中,主客观相统一犯罪构成要件说难以发挥实效。某日晚,王、刘、俞等人吃完晚饭后闲逛,刘抱怨没钱,俞想起孙在外打工刚回来肯定有钱,提议去他家抢点钱。在俞带领下,他们携带凶器来到孙家附近。俞害怕自己和孙是同学被认出,在详述孙家房屋结构、室内人员情况和骗取孙开门的借口之后,俞在离孙家百来米处放风兼看守摩托车。^[53]俞是实行犯或教唆犯或帮助犯?根据主客观相统一犯罪构成要件说,俞主观上具有抢劫罪的故意,客观上只实施了放风行为,他不能被认定为实行犯,而只能是教唆犯或帮助犯。这样的结论存有疑问。

本案中,王、刘等人虽说没钱花,但如不是俞某提议抢劫,则此案可能不会发生;俞提议后还明确了具体被害人;为了让刘、王等人准确地到达犯罪地点,俞亲自带领大家来到孙家附近并详述了孙家住宅特征;怕孙认出自己,俞某才未与刘、王等人亲自入户抢劫,即便如此,俞并未撒手不管,而是在孙家附近放风,以便同伙抢劫顺利。无法否认,俞在整个犯罪中所起的作用巨大,离开了俞的谋划和指挥,本案抢劫行为可能无法实施;换言之,俞的行为与直接实施抢劫罪客观构成要件中抢劫行为性质无异,对之应该以抢劫罪的共同实行犯处理,而不是以抢劫罪的教唆犯或者帮助犯处理。实行犯与教唆犯、帮助犯的区别“不应当仅仅以是否实施了刑法分则中各个犯罪的实行行为为标准来加以判断,而应当参照各个行为人在共同犯罪当中是否具有主要地位,对结果的发生是起着重要作用还是辅助作用,是不是支配了结果的发生过程等,进行实质性的判断”。^[54]只有立足于俞在整个案件中客观上实质所起的作用,而不是简单抽象地按照主客观相统一的犯罪构成要件说,才可以准确地将俞认定为实行犯。

例二,无法解决片面共犯问题。甲持刀追杀乙,丙见状,在乙必经处放置一块石头,乙恰好逃经此处并被石头绊倒,甲得以顺利杀乙。丙是否为甲故意杀人罪的共犯?此即片面共犯能否成立共同犯罪的问题。否定论者指出,片面共犯仅有“片面联系”而缺乏“双方一致的主观联系”,

[50] 刘宪权、杨兴培:《刑法学专论》,北京大学出版社2007年版,第247页。

[51] 齐文远主编:《刑法学》,北京大学出版社2007年版,第166页以下。

[52] 参见陈兴良:《共同犯罪论》,中国人民大学出版社2006年版,第47页。

[53] 参见江瑞晋、陆习江、解梅娥:《室外放风者是否构成入室抢劫的共犯》,《江苏法制报》2010年1月5日。

[54] 黎宏:《日本刑法精义》,法律出版社2008年版,第255页。

“主张‘片面共犯’成立的人违反主客观统一的基本原则，以共同行为为标准，而忽视、抛弃了主观联系性这一标准，这是‘客观归罪’的反映”。^{〔55〕}肯定论者认为，“片面共犯是可能存在的”，“暗中故意帮助他人实施故意犯罪，被帮助者虽不知情，但帮助者既与他人有共同犯罪的故意，又有共同犯罪的行为，根据主客观相一致的原则，按片面共犯论处，是比较适宜的，怎么能说这是‘客观归罪’呢？”^{〔56〕}同样是主客观相统一原则和主客观相统一的犯罪构成要件说，在肯定论者那里，它是认同处罚片面共犯的理由；在否定论者那里，却是反对承认片面共犯的理由。如此滑稽的局面，充分暴露了根据所谓的主客观相统一犯罪构成理论根本无法解决片面共犯这样的实际问题。事实上，在上述案件中，如果不处罚丙，显然违背了国民的规范意识，因为舍去丙的暗中帮助行为，甲难以顺利杀死乙，丙的行为在性质评价上已然具备侵犯乙生命法益的可罚程度；但是，如果独立处罚丙，则丙缺乏故意杀人罪的定型行为，亦即杀害乙的杀人行为，其罪名根本无从确定；如果以间接正犯处罚丙，又违背了间接正犯的基本原则，更何况，对于片面的教唆犯、帮助犯等其他不是实行犯的情况还不能套用间接正犯来处理。所以，目前理论与实务的通说均承认片面共犯。这是刑法理论面对纷繁多样而又难以解决的犯罪现实的妥协姿态；其背后反映了犯罪共同说与行为共同说在犯罪现实冲击下的博弈。犯罪共同说与行为共同说是对共同犯罪究竟是什么的共同这一最根本问题的回答，它决定着共同犯罪的处罚范围和形式，这些问题根本就不是我国刑法主客观相统一原则和主客观相统一的犯罪构成要件理论这些似是而非的命题所能涵盖的。即便是在刑事立法上直接将片面共犯规定为共犯的国家，“也是因为理论上存在障碍以及为了处理案件的方便，才通过立法类推的方式规定为共同犯罪的。”^{〔57〕}因此，如果无视片面共犯问题的特殊性，而继续沿用主客观统一论来分析片面共犯的可处罚性，不但无助于实践问题的解决，而且还会使我国刑法共犯理论继续停步不前。

除却共同犯罪领域，其他很多领域也存在着使用主客观相统一的犯罪构成要件理论无法解决的问题。例如，在犯罪未遂着手的认定上，“犯罪实行行为的着手是主客观有机统一的概念的观点，仍然是我国刑法学界的主流学说。”^{〔58〕}然而，刑法第23条规定的“已经着手实行犯罪”体现的是对犯罪客观行为起点之界定；换言之，客观行为如何认定，依赖于对“着手”的界定。在客观行为认定本身存有疑问的情况下，在因为着手与否无法定夺从而无法明确客观行为是否开始之时，泛泛而谈地根据主客观相统一的犯罪构成要件理论又如何能解决实际问题？显然，用主客观相统一的犯罪构成要件理论解决“着手”，无异于缘木求鱼。也因如此，用“已经开始实施刑法分则规定的具体犯罪构成客观方面的行为”解释“着手”^{〔59〕}只能是同义反复式的循环解释。例如，甲因琐事与乙争执，遂相约于某日某地一决胜负。当日，甲邀丙、丁、戊等持械赶至公园，但未见乙。后甲又多次到公园寻找乙，仍未见到乙。因形迹可疑，甲等人被巡警查获。甲的行为可否认定为着手实施聚众斗殴罪？根据主客观相统一犯罪构成要件的着手说，难以认定甲的行为是否着手。统一论者要求先确定甲主观上有聚众斗殴的意志，客观上则必须是“行为人已开始直接实行具体犯罪构成客观方面的行为”。前一点不存问题，后一点则存疑问。主客观相统一犯罪构成要件说显然只是告诉我们在客观行为已然确定的情况下再与主观方面统一，“着手”方

〔55〕 曹子丹、汪保康：《共同犯罪的若干问题研究》，载甘雨沛主编：《刑法学专论》，北京大学出版社1989年版，第197页，第199页。

〔56〕 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第516页。

〔57〕 赵秉志：《“片面共犯”不能构成共同犯罪》，《检察日报》2004年7月8日。

〔58〕 赵秉志：《论犯罪实行行为着手的含义》，《东方法学》2008年第1期；相似的观点还可参见邹佳茗：《实行着手之限制与主客观统一说之提倡》，《法学评论》2011年第1期。

〔59〕 高铭喧主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第173页以下。

可确定；可现在问题关键恰恰在于需要明确甲是否实施了聚众斗殴罪的客观行为，在甲的客观行为无法确定的情况下奢谈与主观方面的所谓统一乃至认定“着手”的成立与否，无论在逻辑上还是实践操作上都行不通。

因此，基于着手的客观行为性，考察某一行为是否“着手”，理应深入到这一客观事实的内部去分析它。目前，主观说因其明显扩大了刑法处罚范围且增加了刑法操作上的主观随意性而早已受到排斥；客观说的内部又存在形式与实质的客观说，前者认为，只要形式上开始实施具体犯罪构成客观上的行为，着手就可以认定，比如本案中甲的行为就可以认定为着手；后者主张，仅仅从形式上实施了犯罪构成的行为不一定都能够认定为着手，还要求行为人所实施的行为具有紧迫地威胁或者侵害法益的危险性，据此，甲的行为不能认定为着手。很显然，实质客观说更具合理性。甲纠集多人前往公园，表面上看来开始实施了聚众斗殴罪的客观行为，但是甲的行为仅仅聚了众，而没有进入到斗殴；法律不禁止一般性质的聚众，但是禁止聚众性质的斗殴，因为后者才会侵犯社会公共管理秩序。根据实质客观说，就可准确地寻找到着手认定的“时点”，而这正是主客观统一说无法提供但又非常需要的。事实上，甲的行为应该认定为犯罪的预备，考虑到聚众斗殴罪属于轻罪的性质，此时，就不应处罚甲的预备行为。

充斥着空洞说教意味的主客观相统一犯罪构成要件理论因其仅仅满足于“主观+客观”的统一思路，而不愿意尝试深入到主观要素或客观要素内部寻找解决问题的真实途径；它一再反映了自身在解决具体问题上的乏力，并使我国刑法研究长期固步自封于这种主客观相统一的解释论。如果一项理论只是为了满足自说自话而不是致力于实践问题的解决，则其存在的价值本身就是令人怀疑的。

（四）主客观要素混淆：“主客观相统一”平面体系对主客观要素界分的冲击

主观、客观要素的性质、功能以及在定罪中的意义均不相同。然而，主客观相统一的犯罪构成理论以及主客观相统一原则的应用导致我国刑法理论主客观要素界分的混乱。

首先，对主客观要素界分层次的冲击。统一论者指出，“对犯罪嫌疑人、被告人追究刑事责任，必须同时具备主客观两方面的条件。即符合犯罪主体条件的人，在其故意或者过失危害社会的心理支配下，客观上实施了一定的危害社会的行为，对刑法所保护的社会关系构成了严重威胁或已经造成现实的侵害。如果缺少其中主观或客观任何一个方面的条件，犯罪就不能成立，不能令该人承担刑事责任。”^{〔60〕}这意味着，主客观相统一是针对具体罪名能否成立时所使用的原则和方法。然而，统一论者在贯彻其学说时却往往超越具体罪名或者犯罪形态而使用主客观相统一的原则及犯罪构成要件理论。例如，在故意犯罪的停止形态认定中，存在着“低位犯罪”与“高位犯罪”犯罪形态认定的问题。比如，甲欲杀乙，后见乙其状可怜，遂放弃了杀意，但为了逞报复之快，以刀削断乙的手指，后离去。此案中，甲放弃了故意杀人罪的故意，并停止了对乙的杀人行为，其前一行为成立故意杀人罪的中止；但甲实施了其他较之杀人罪为轻的犯罪，即在故意伤害意图的支配下以断指为内容伤害了乙，其后来的行为成立故意伤害罪的既遂。在此两种行为中，究竟对甲如何定性？有观点认为，应该对甲认定为故意杀人罪的中止，甲故意伤害乙的行为认定为故意杀人罪中止中的“造成损害”的因素，即“将‘低位犯罪’既遂的内容作为‘高位犯罪’‘造成损害’中止的内容表现出来，对行为人考虑适用‘应当减轻’的法定情节”，并认为，这样做的优点是“尽可能全面地保持了主客观一致的内容，即不仅在主观上充分考虑到了行为人放弃‘高位度犯罪’犯意这一要素，而且在客观上考虑了行为最终造成的社会危害后果，并且也

〔60〕 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》上册，中国法制出版社1999年版，第39页。

考虑到了‘低位犯罪’造成的损害。可见，这种处理方式真正坚持了主客观相结合”。〔61〕以上观点将甲杀人主观故意中止与故意伤害客观损害二者之间的主客观加以统一，认定甲为故意杀人罪中止并将后者作为前者的损害情节予以考虑，在此，我们看到的是故意杀人罪的主观方面与故意伤害罪的客观损害相统一。由此造成的疑问是：主客观相统一究竟是具体罪名中主观要素与客观要素的统一，还是抽象的、超越于具体犯罪构成及罪名之上的主客观要素的统一？

其次，对主客观要素界分性质的冲击。主观要素表达的是对行为人犯罪故意、过失或目的动机等内在心理活动和状态，客观要素体现的是行为人所实施的外在行为及其所致后果，二者之间性质各异区分明显。然而，统一论者的观点时常将主观要素演绎成主客观相统一，客观要素也演绎成主客观相统一，于是乎，主观要素和客观要素之间的界限变得极为模糊。比如，在犯罪因果关系的认定中，传统学说认为，刑法中的因果关系不但有必然的因果关系，还有偶然的因果关系，两者皆能令行为人对其行为引起的结果承担责任。同时，传统观点也明确主张，“我国刑法中的犯罪构成是主客观诸要件的统一，具有犯罪构成才能够追究刑事责任。解决了刑法上的因果关系，只是确立行为人对特定危害结果负刑事责任的客观基础，但不等于解决了其刑事责任。”〔62〕换言之，因果关系本身是犯罪客观方面的要素，但是，在必然与偶然因果关系的演绎下，或者说，在统一论者的一贯思路下，作为犯罪客观方面要素的因果关系却被演绎成为了一个主客观相统一的因素。“例如，甲男夜间在街道上拦截乙女，欲行强奸，乙挣脱逃脱，甲在后面追时，乙被丙开的汽车轧死。必然论认为，只有丙的行为同乙的死亡之间存在刑法上的因果关系，而偶然论则认为，甲的行为同乙的死亡之间存在偶然因果关系，甲亦应对之承担责任。”〔63〕再如，“某甲基于杀人的故意投毒于某乙的水杯中，某乙中毒之后，在被毒死之前，突然被某丙开枪打死。”〔64〕在这里，“欲行”、“故意”“都成了区分客观因果关系所要考虑的情节。上述案例在分析客观方面构成要件时夹杂了主观方面的因素”，“在很大程度上把本来是客观方面问题的因果关系变成了一个主客观相统一的概念”，这些都“反映了主客观混淆的误区”，〔65〕也反映了我国刑法理论“把主客观要件的理解成主客观要件混合一体”的误区。〔66〕

在具体犯罪的分析中，主客观相统一的立论同样常常导致主观要素与客观要素的混淆。

一方面，在分析某一犯罪的主观要素是否存在时，他们会说应该从主客观要素的统一性来分析。以贷款诈骗罪为例，如何判断行为人是否具有非法占有的目的，向来是理论和实务中分析本罪是否成立及与民事贷款纠纷相区分的重要着力点。2001年1月21日最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》明确指出，司法实践中认定是否具有非法占有为目的，应当坚持主客观相一致的原则；对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有明知没有归还能力而大量骗取资金的、非法获取资金后逃跑的等7种情形之一的，可以认定为具有非法占有的目的。据此，是否具备逃跑、挥霍或使用骗取的资金违法犯罪或者其他抽逃资金、隐匿账目等，本属于犯罪的客观方面，在此却全部被运用在判断是否“有意”不还贷款；通过主观上是否“有意不还”与客观上是否“没打算还”所谓主客观的相统一，贷款诈骗罪的非法占有目的就得以验证，该罪与民事借贷纠纷的界限也“豁然清楚”。果如此，似乎贷款诈骗只要论述是否具有非法占有目的就可以决定该罪是否成立了，因为在分析此目的是否具备时早

〔61〕 刘宪权：《故意犯罪停止形态相关理论辨正》，《中国法学》2010年第1期。

〔62〕 前引〔12〕，高铭暄等主编书，第89页。

〔63〕 李希慧主编：《刑法总论》，武汉大学出版社2008年版，第176页。

〔64〕 侯国云主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2005年版，第113页。

〔65〕 夏勇：《我国犯罪构成理论研究视角疏议》，《法商研究》2003年第2期。

〔66〕 夏勇：《定罪与犯罪构成》，中国人民公安大学出版社2009年版，第203页。

已提前考虑了所有的客观要素。可是，既然目的是主观要素，其中又为何有如此之多的客观要素？究竟何为主观与客观要素？譬如，“非法获取资金后逃跑”已经被用来作为客观性质的要素认定主观非法占有目的具备与否，那是否意味着此时该要素已经变成了主观要素？如果是，在非法占有目的具备后，此一目的又与何种客观行为进行统一？如果不是，它又如何成为论证主观要素之时所要考虑的要素？

另一方面，在分析犯罪的客观要素是否存在时，统一论者也会说，应该从主客观相统一的角度来进行。以贪污罪中的“非法占有”要素为例。国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。为了分析贪污罪中的非法占有，理论与实践同样采取了主客观相统一的思考路径，“‘非法占有’是从主客观两个方面而言的，行为人在主观上具有通过非法手段控制财物的犯罪故意，在客观上利用职务便利控制了该财物，使该财物处于合法所有人或合法持有人失控的状态。”因此，“贪污房产犯罪中，只要行为人利用职务便利，达到长期控制公有房产的目的，客观上使该公有房产处于所在国有单位长期失控的状态，就可以认定为非法占有了该公有房产”。〔67〕

在此，主客观相统一原则成为了万能钥匙：论证主观要素时是它，判断客观要素时也是它。它既没有针对性，也十分灵活，在什么情况下适用主客观相统一是不清楚的。本应是犯罪构成四个要件的统一，但却时时在具体的主观或客观要素的判断中使用；似乎随时随地，也不管何种要素，都需要也都可以适用主客观相统一原则。而所有的主观要素和客观要素，也随时可以通过对方的存在来加以验证，于是乎，主观与客观要素之间的界限越来越模糊以至于难以分清。

以主客观相统一原则为基础的犯罪构成体系平面化存在的上述种种问题，决定了该原则及其犯罪构成体系宣告终结的命运。平面四要件犯罪构成体系在逻辑立足点上的阙如以及解释能力的匮乏，决定了应该由更具说服力的犯罪论体系取而代之；其在主观化和入罪化方面存在的侵犯人权之大忌，在面对共犯、认识错误等具体问题时的解决不力，以及对刑法主客观要素界分的冲击等种种问题，则使得取代平面犯罪构成体系的犯罪论体系呼之欲出，亦即以客观主义为立场、以明确界分客观与主观要素为内容、以阶层化的体系为方向的犯罪论体系，应该是今后我国犯罪论体系的探讨方向。

四、客观主义视野下犯罪构成的阶层化

在犯罪认定之中，从来不存在脱离主观要件的客观归罪或者脱离客观要件的主观归罪，刑法理论中所有犯罪的认定都是既有主观要素又有客观要素的，问题的关键是在面临主观或者客观主义的价值选择时，必须有一个基本立场，亦即，是坚持主观主义还是坚持客观主义？

在主观与客观的价值择一之中，我国刑法应当选择客观主义而非主观主义。一方面，犯罪发生的事实顺序决定了犯罪构成体系应该从客观到主观。韦塞尔斯指出，刑法上立案需要的连接点，“是与社会危害性后果有关的人之举止”，亦即人的行为，“追究举止责任的根据是犯了不法行为；每个刑法上的调查在方法上皆是以此开始。”〔68〕正是因为先有行为以及由此导致的结果，司法人员才会据此寻找证据与线索，寻求物证与人证的帮助，进而指认犯罪嫌疑人，确定其有无责任，最终确定犯罪成立与否。犯罪客观行为再至主观诸要素的确认和寻找，换言之，发生学意

〔67〕 曹坚：《国有经济发展新模式下特殊贪污犯罪对象的认定问题》，《政治与法律》2010年第1期。

〔68〕 前引〔20〕，韦塞尔斯书，第40页。

义上的客观到主观的顺序，决定了犯罪的认定模式应该从客观到主观，而不是相反，亦不是泛而论之的主客观相统一。另一方面，刑法处罚的结构特点也决定了应该从客观到主观。刑法处罚的特点决定了定罪过程具有客观主义的天性，以客观主义为主导的刑法观才是符合犯罪认定规律的。“法律处罚的基本结构——这种法律处罚只能在犯罪之后并且因为犯罪而实行——并且同时为处罚标准创立一项原则，即按照犯罪与罪责的严重程度来处罚”。〔69〕只有在犯罪行为发生之后才能讨论刑法处罚的问题，这意味着“行为”才是先导，是核心，是适用刑法的前提；与此同时，在确定罪之成立时，并非意味着只需单独依据客观的行为即可定性，还须考虑罪责，并在此基础上考虑刑罚之轻重。为此，首先认定客观的行为，再考虑实施该行为的主观罪责，方才符合刑法处罚犯罪的结构原理。

以客观主义为基调构建我国的犯罪论体系，就不能再固守主客观相统一的平面四要件犯罪构成体系，而应建立阶层的犯罪论体系。犯罪论体系的阶层化是克制平面犯罪构成体系种种缺陷、实现刑法客观主义的根本路径，也是实现司法逻辑的最好途径。在阶层化的犯罪论体系之中，目前存在着三阶层与二阶层的区分，前者为构成要件符合性、违法性与有责性，后者为违法构成要件与有责构成要件。考虑到违法与有责在当今刑法理论之中与构成要件符合性判断的融合趋势，以违法和有责构建二阶层的犯罪论体系应该是反制平面犯罪构成体系的最好出路。“无‘行为’便无‘行为人’，无‘不法’便无‘责任’。只有在对行为作了评价之后，要追究到行为人身上的责任判决才有余地。”〔70〕可见，违法与责任是所有犯罪行为的基点，正因如此，我国有学者提出应当以违法与责任为支柱构建犯罪论体系，〔71〕主张犯罪构成由客观（违法）构成要件与主观（责任）构成要件两阶层组成。但是二阶层体系绝非不考虑构成要件符合性的判断，而是主张，不法评价本身即需借助构成要件符合性的判断，这使作为抽象类型的构成要件符合性的判断实际所具有的是推导不法机能，而不法的判断以构成要件符合性为前提。对此，德国学者指出，评判一个发生事件是否为不法，需要通过两个评判层面上的审查，一是审查行为的构成要件符合性，二是确认无正当化事由介入。〔72〕通过这两个阶段，对违法性的审查才能得出结论。既如此，构成要件符合性与违法性的判断统合在不法阶层中，当然是可行的；基于同样的道理，构成要件符合性与有责性的判断就可以合二为一为主观罪责构成要件。

违法与有责的二阶层体系对犯罪的认定虽然也是同时考虑主观要素与客观行为，但是，首先，它绝不泛泛而论所谓的主客观相统一，而是通过不断排除入罪事由，清晰地说明违法阻却要素抑或责任阻却事由是否具备，而最终得出犯罪成立与否的结论；对于不具备违法性的行为就无需进行到有责性的层面再行探讨，从而逻辑清晰，说理充分，最大限度地克服了平面犯罪构成体系的似是而非；其次，二阶层犯罪论体系将会使得犯罪的认定遵循从行为违法性的评判到主观有责性的判断，体现的是从客观到主观的犯罪认定逻辑，将会克服主客观相统一的平面犯罪构成体系的主观化和入罪化；二阶层体系将会更有效地解决共犯问题，根据二阶层实质犯罪论体系，参与他人并不违法的行为，例如，参与他人奉令执行枪决犯人的行为，就不会因其符合构成要件而被认定为共犯，这就明确地给正当防卫等违法性阻却事由确定了位置，不至于在平面的犯罪论体系之下将此种行为当作符合构成要件的行为，也不至于为了排除其犯罪性而又在犯罪构成要件之

〔69〕 [德] 奥斯弗里德·赫费：《存在跨文化刑法吗？——一种哲学尝试》，朱更生译，《浙江大学学报（人文社科版）》2000年第2期。

〔70〕 前引〔20〕，韦塞尔斯书，第40页。

〔71〕 参见张明楷：《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》，《现代法学》2009年第6期。

〔72〕 前引〔20〕，韦塞尔斯书，第68页。

外再附加一次社会危害性的评价。同时,通过二阶层体系可以准确认定实行犯与教唆犯、帮助犯的界限,也避免了将刑事责任能力作为犯罪构成的主体要素时所造成的共犯处罚上的漏洞等诸多问题,从而可以充分应对实践需要。二阶层体系明确划分了客观和主观要素的界限,违法是客观的、有责是主观的,德日刑法学中的公认命题表明了违法性与有责性评价阶段各自的客观和主观色彩,由此避免了我国平面体系下主客观要素的模糊不清等问题。

Abstract: The theory of the constitution of a crime in China is formed basing on an organic unification of subjectivity and objectivity. From the viewpoint of comprehensive connection in Marx's dialectical materialism, the organic unification of subjectivity and objectivity results in various relationships among essential subjective and objective elements. Therefore, the constitutive elements of a crime are all in a plane and there exists no hierarchical level among them.

This theoretical system is harmful in criminal law theory and judicial practice. Such a system emphasizes the unification of subjectivity and objectivity, but it is tremendously challenging to implement it. It is considerably paradoxical in logic, falling into the category of typical tautology. Besides, it is commonly considered that the subjective elements are superior to the objective ones, which leads to the fact that the subjectivist conclusion is usually drawn in the name of integrating subjectivity and objectivity in conviction. Further, subjective judicial thinking of conviction results in incrimination. It can not solve efficiently a variety of practical problems, such as distinguishing perpetrators from instigators or accomplice, determination of indirect principle offenders and commencement, disposal of accidental defense, and application of specific crimes. In addition, it leads to confusion and other problems in layer and nature of the subjective and objective elements in the criminal law in China.

Thus this system faces the destiny of end because of the various problems mentioned above. In subjective and objective values, Chinese criminal law should choose objectivism rather than subjectivism. Because the sequence of criminal facts determines that the system of criminal constitution should be from objectivism to subjectivism. Meanwhile, the feature of the penalty of criminal law also determines the same superiority. Considering the trend of combining violation and culpability with conformity with the constitution in the modern criminal theory, establishing a two-tier theoretical system with violation and culpability should be most efficient way to attack the plane system of criminal constitution.

Key Words: unification of subjectivity and objectivity, constitution of a crime, plane, objectivism, ranking nature
