犯罪构成比较研究

姜　伟

在刑法发展的历史进程中，犯罪构成理论昭示着法律文明的一大飞跃，被誉为“现代刑法理论的基石”。但是，由于法律体系的差别；指导思想的不同，历史传统的各异，各国刑法理论对犯罪构成的理解不尽一致。正视这些差异，借鉴各种学说，对于建立我国科学的犯罪构成体系，或许有所裨益。

一

在欧洲中世纪，犯罪构成作为犯罪事实的审查和证明本是诉讼上的概念。十九世纪初，德国学者费尔巴哈才将犯罪构成自程序法引入实体法，使其由事实性要件转化为法律性要件。他曾明确指出：“犯罪构成乃是违法的（从法律上看来）行为中所包含的各个行为的或事实的诸要件的总和”。① 费氏对行为的认识与我们对行为的理解是有所不同的。他虽然也认为人的主观心理是发动身体外部动作的原因，但不作为行为本身的要素，所以，他的犯罪构成并不包括故意，过失等主观要素。据此，人们惯于把费尔巴哈的犯罪构成学说视为客观结构论。其实，这种概括是不确切的、起码是不全面的。费氏本人就曾说明：“一定的违法结果，通常是属于犯罪构成的；行为违法性的某种主观（属于犯罪人的心理方面的）根据，即（1）某种故意，或（2）某种意思表示，他往往属于犯罪构成。行为的外部特征，永远属于犯罪构成。”② 可见，费氏并不绝对排斥主观因素，只是主张属于犯罪构成的那些因素取决于法律的明文规定。由此，费氏的犯罪构成学说与其说是客观结构论，毋宁说是法定结构论。强调犯罪构成的客观性和法定性，并不是一种偶然的历史现象，而有其深刻的时代根源。首先，犯罪构成不可避免地裸露着其脱胎而来的诉讼意义上的客观事实的痕迹；其次，十九世纪推崇因果行为论，不承认主观心理是行为的要素；最主要的是犯罪构成反映了法治国家取代警察国家的必然要求。当然，费氏尽管主张主观因素一般不是犯罪构成要件，并不意味着否定或贬低主观因素对定罪的意义。他坚持认为，成立犯罪除具备犯罪构成外，还需有责任条件，即责任能力、故意、过失等。③

在十九世纪，犯罪构成理论的发展是缓慢的，仅仅局限于刑法分则的条文，没在刑法理论中占居应有的地位。本世纪初，德国学者贝林格把犯罪构成理论提高到一个崭新的阶段，

① 转引自（苏）特拉伊宁著《犯罪构成的一般学说》第15页，中国人民大学出版社1958年版。

② 转引自（苏）特拉伊宁著《犯罪构成的一般学说》第15页注①中国人民大学出版社1958年版。

③ 参见（苏）特拉伊宁著《犯罪构成的一般学说》第15页，中国人民大学出版社1958年版。

确立了构成要件在整个犯罪论体系中的基础性、前提性的地位，从而把刑法总则和分则关于犯罪要件的规定连为一体。他指出："凡是违法地和有罪过地实现某种犯罪构成的人，在具备可罚性的条件下，就应当受到相应的惩罚。"①如果说犯罪构成学说存在客观结构论，那么，这种理论是由贝氏确定的。他认为，"犯罪构成是一个没有独立意义的纯粹的概念，……犯罪构成本身存在于时间、空间和生活范围之外。犯罪构成只是法律方面的东西，而不是现实。"②德国学者麦耶尔进一步阐发并完善了贝氏的理论，最终形成至今仍然盛行的构成要件该当性、违法性、有责性的犯罪论三维体系。

本世纪三十年代，目的行为论崛起，改变了犯罪构成的格局，使犯罪构成学说转向综合结构论。目的行为论强调行为的目的性，认为意志是行为的核心，属于行为的构成要素。德国学者麦克尔便主张，构成要件本身就是不法的特殊化，而不法含有主观要素，所以，不法类型的构成要件也含有主观要素。③这就使以前单纯客观性的犯罪构成——变成为既包括客观要素，也包括主观要素的犯罪构成，被称为新构成要件论。

应该指出，资产阶级刑法的犯罪构成学说先后经历了法定结构论、客观结构论、综合结构论三个阶段，主要是围绕主观因素在构成要件中的地位问题逐渐演进的。然而，其构成要件该当性本身无非是"中性"的被评价对象，决定了犯罪构成学说的形式主义色彩。

社会主义刑法的犯罪构成理论源于苏联。苏联刑法学者建立了以犯罪概念为核心的犯罪构成体系。经过四十余年的论战，苏联刑法学界才得出统一的结论，即犯罪构成乃是苏维埃刑法规定的、说明社会危害行为（犯罪）特征的诸要件的总和。④明确揭示了犯罪构成的社会政治内容，无论在内容上，还是在性质上，都使犯罪构成理论发生了一次根本性的变革，使形式主义的概念转化为实质意义的概念。但是，形式主义的阴影也残留在苏联刑法理论的某些角落。有人认为犯罪构成可以脱离犯罪的本质而独立存在，正当防卫等排除社会危害性行为在形式上也具备犯罪构成。苏联的刑事立法也反映出这种理论的不彻底性。现行《苏俄刑法典》第13、14条规定，正当防卫、紧急避难也符合"本法典分则规定的行为要件"，显然相悖于实质意义的犯罪构成理论。

我国的犯罪构成理论比较彻底地摒弃了形式主义的观点，以社会危害性为核心，力求犯罪构成的内容与形式、事实特征与法律特征、主观要件与客观要件的统一。学者们一致主张，犯罪构成是行为人负刑事责任的基础。行为人的行为具备某罪的构成要件，便意味着该人已经犯罪，行为人的行为不具备犯罪构成，就说明该人没有犯罪。实践证明，我国的犯罪构成理论是切实可行的定罪根据。当然，由于我国的法制建设起步较晚，未能对外国的犯罪构成理论、特别是西方的犯罪构成理论进行认真的、系统的、深入的考察，在引进苏联的犯罪构成理论时，难免存在一些弊端。对此，我们将在本文的有关部分专门讨论。

纵向勾勒犯罪构成理论的演进过程，是横向比较犯罪构成理论的必要前提。显然，犯罪构成学说的法定结构论、客观结构论、综合结构论的递进是在同一性质的刑法体系内，经过自身完善实现的，而形式主义的犯罪构成向实质意义的犯罪构成的转化则是在不同性质的刑法体系间，通过变革完成的。这样变革归根结底是犯罪观和方法论的变革。

---

① 转引自（苏）特拉伊宁著《犯罪构成的一般学说》第16页，中国人民大学出版社1958年版。

② 同上。

③ 参见甘雨沛等著《外国刑法学》第271页，北京大学出版社1984年版。

④ 曹子丹等译《苏联刑法科学史》第40页，法律出版社1984年版。

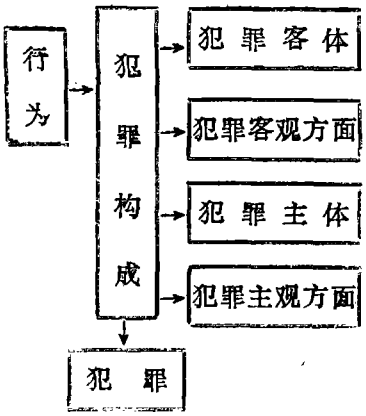
二

如何进行犯罪构成的横向比较，似乎不成其为问题。但是，我国学者在犯罪构成比较研究中，普遍存在一种误解，即把我国的犯罪构成理论完全等同于大陆法系的以构成要件该当性为基础的犯罪论体系（即犯罪要件体系）。我们认为，这种比较固然有其意义，但并不是对犯罪构成概念本身的不同涵义的比较。其实，在大陆法系的刑法理论中，犯罪构成与犯罪论体系、犯罪要件，是内涵和外延皆有所区别的不同概念，不能混为一谈。依其刑法理论的通说，作为犯罪论体系前提的构成要件该当性的基点是犯罪构成事实或要件。某种行为具备犯罪构成事实或要件，仅仅是犯罪成立要件之一——构成要件的该当性，并不意味着一定构成犯罪。而犯罪论体系则指犯罪成立要件整体，包括构成要件该当性、违法性、有责性。正是由于我国某些学者混淆了或者没有明确犯罪构成与犯罪论体系这两个概念，所以，在犯罪构成比较研究中，往往陷入自相矛盾的窘境。他们一方面说明贝林格等人的犯罪构成是四要件说，另一方面又指责贝林格等人的犯罪构成学说是客观结构论。显然，如果把贝林格的四要件（实际是六要件）体系作为他的犯罪构成理论，那便必然否定了其犯罪构成的客观性。因为贝林格并不否认，反而极为强调行为人的责任能力、责任条件（故意、过失等）是犯罪的成立要件（四要件）之一。据此，我们有什么理由将贝林格的四要件说斥之为客观结构论呢？实际上，这是比较标的不统一造成的混乱。这种比较方法是不科学的，也是不负责任的。我们应当承认并尊重"犯罪构成"一词在不同体系的刑法理论中具有不同的涵义，这是很正常的，不必强求一律。台湾学者韩忠谟指出："所谓犯罪成立要件者，乃刑法学就犯罪之结构，依分析所得之诸种构成要素是也，与德、日两国学者一般所用'构成要件'Tatbestand一语未可混同"。① 诚然，西方学者，特别是德国、日本学者对"犯罪构成"使用得比较混乱，在不同的意义上代表不同的内容，确有某些学者曾用构成要件代表犯罪成立要件的整体。但是，自本世纪初贝林格倡导的犯罪构成理论流行以后，犯罪构成或构成要件便有了特定的涵义，仅指犯罪成立的要件之一，这是毫无疑义的。据此，本文横向比较我国的犯罪构成理论与大陆法系的犯罪构成理论，企望说明几个问题。

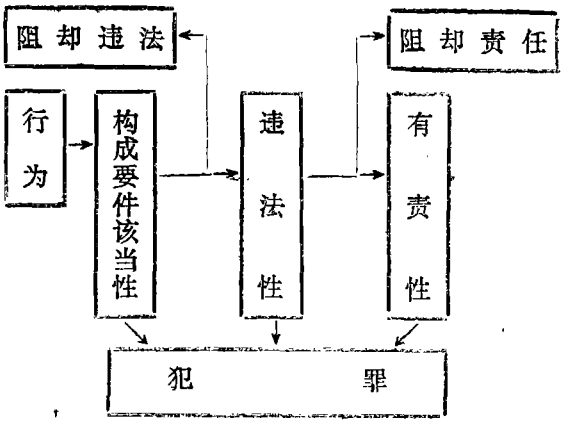
我国的犯罪构成是负刑事责任的根据，犯罪构成本身就是犯罪成立的要件，二者同一化，只要行为人的行为具备某罪的犯罪构成，就意味着成立犯罪。在此意义上，为了叙述方便，我们暂且将这种学说称为一体化构成（见图一）。大陆法系的犯罪构成仅记述行为的事实特征，是犯罪论体系的出发点，是犯罪成立要件之一，即便行为人的行为符合某罪的构成要件，也未必成立犯罪。在此意义上，我们姑且将这种学说称为异体论构成（见图二）。一体化构成与异体论构成是根据不同刑法体系中犯罪构成与犯罪要件的相互关系提出来的，借此可以比较形象地显示出两种犯罪构成理论的异同。

其一，从内容上看，异体论构成随着时代的变迁，适应刑法思潮的需要，逐步扩大了构成要件的范围，由客观结构论过渡到综合结构论，把主观因素与客观因素融为一体，与一体化构成具有相似之处。异体论构成的要件是由刑法所规定的犯罪行为必须具备的直接性条件，由许多要素组成，一般认为行为（包括主观、客观两方面）、行为主体、行为客体（对象）是构成要件的必备要素。如果法律规定的是目的犯、身份犯，那么，"目的"、"身份"也为构成要件。只是责任年龄、责任能力不属于构成要件的主体要素，而为与构成要件

① 韩忠谟著《刑法原理》第81页，1981年增订14版。



（图一）



（图二）

该当性并列的有责性的要素。可见，异体论构成的内容仍然仅仅局限于行为本身的特征，未涉及行为人的有关特征，不如一体化构成所概括的范围广泛。一体化构成不仅坚持了主、客观的统一，而且强调了行为与行为主体的统一，行为形式与行为内容的统一。当然，这种差异是由于异体论构成与一体化构成在不同刑法体系中所处的地位决定的，不足为奇。这并不意味着采用异体论构成的刑事立法和刑事司法在定罪时不考虑行为人的责任年龄、责任能力等因素。

其二，从功能上看，异体论构成呈鲜明的“中性”，不具有“是非”色彩。构成要件只是行为特征的记载，是被评价的对象，本身没有任何意义。例如故意杀人行为，无论是谋财害命，还是正当防卫，在构成要件上毫无二致，无法区别。仅仅根据构成要件，不能判断正当行为与犯罪行为，这是形式主义研究方法的反映，人为地将事实特征与评价因素割裂开来，是不足取的。一体化构成则具有实质性意义，不仅具有认定事实的作用，而且具有实质评价的功能；其认定事实和犯罪评价的过程是一致的、同步的，反映了认定犯罪的综合过程。依我国的刑法理论，只要某种行为具备了某罪的犯罪构成，便成立犯罪；只要某种行为是正当防卫，便不会具备犯罪构成，二者在事实上和性质上都有明显的差别，不能、也无法混为一谈。

其三，从性质上看，异体论构成与一体化构成虽然都是依据刑法的有关规定归纳的，只是异体论构成与法律规定的关系似乎更为直接，其表现形式是刑法分则的明文规定，而且仅仅局限于刑法分则的具体条文。例如，依日本刑法第235条“盗窃他人财物者”的规定，其盗窃罪的构成要件便为，客体（实为对象）是他人财物；行为是盗窃；主观是故意；主体是人。此罪的构成要件并不涉及刑法总则关于犯罪要件的规定。当然，这并不意味着异体论构成的定罪要件可以无视刑法总则的有关规定，只是构成要件本身不解决这些问题，而由其他要件加以说明。一体化构成与法律规定的联系更为广泛，兼顾刑法总则和分则的有关规定，全面概括某罪的构成要件。依我国刑法总则的有关条文及第151条的规定，一般盗窃罪的构成要件是：主体是年满十六岁的有责任能力的自然人；客体为他人财物的所有权；主观方面是故意；客观方面是秘密窃取数额较大的财物的行为等等。异体论构成与一体化构成的这种差别，也是由犯罪构成在不同性质的刑法体系中的地位决定的，无可厚非。

其四，从地位上看，异体论构成只是犯罪论体系的基础，而一体化构成则是犯罪论体系乃至刑法理论的核心。虽然在逻辑上，异体论构成和一体化构成都以行为为前提，即以行为

作为构成要件的适用对象，都以犯罪为归宿，即为认定犯罪提供根据。但是，异体论构成与认定犯罪的联系是间接的，需要以违法性、有责性条件为“中介”，其本身不能单独成为区别罪与非罪的标准。因此，与刑法理论的其他问题，如正当防卫、共同犯罪等没有密切的联系。一体化构成与认定犯罪具有直接关系，完全包容了犯罪的全部要件，是划分罪与非罪、此罪与彼罪的唯一标准。而且，犯罪论的一切问题，如排除社会危害性行为、犯罪预备、未遂、共同犯罪、一罪数罪等，都是对一体化构成的补充和进一步说明。如果脱离了一体化构成，这些问题无从谈起。

我们认为，从各国刑法体系的结构出发，正视异体论构成与一体化构成的基本区别是必要的。但是，仅仅比较犯罪构成本身，我们无法说明一体化构成与异体论构成的优劣所在。在此意义上，一体化构成固然比异体论构成优越、全面，可异体论构成本身的缺陷完全可以由其他犯罪要件加以调整和补充，在定罪问题上丝毫不比一体化构成逊色。所以，如果我们把视野扩大一些，将我国的犯罪构成理论与大陆法系的犯罪论体系做一番全面、深入的比较，就会发现我国现行的构成要件理论虽有其优势，也存在若干弊端。

三

纵观世界各国的刑法理论，犯罪构成固然是一国法治的重要标志，但不是唯一的标志。英美法系的定罪理论不使用犯罪构成的概念，也不是主张罪刑擅断，其仍然以犯意、作恶行为、责任年龄、责任能力等作为犯罪成立的要件。所以，我们要善于透过现象看本质，不能一叶障目，把犯罪构成的概念神圣化、万能化。在实质意义上，我国的犯罪构成体系与大陆法系国家的犯罪论体系或犯罪要件体系是同一级概念，是说明同一问题的不同提法。在此意义上加强比较研究，或许会给我们以新的启示，起码会自责我们以前对西方刑法学中的定罪理论的批判是幼稚的，是不负责任的。其实，“客观主义”的代表贝林格也未否定行为人的主观方面是定罪的必要条件，而“主观主义”的代表李斯特也承认，“犯罪的标志”可以从“作为行为的犯罪”、“作为违法行为的犯罪”、“作为有责行为的犯罪”、“作为可罚的不法行为的犯罪”四分法来把握。①所以，主、客观一致的定罪理论是各国刑事立法和刑法理论共通的。当然，在此前提下，不同社会制度的国家之间的刑法理论、特别是定罪理论也有其各自的特点。

首先，外国犯罪论体系的超法规性，值得我们注意。我国的犯罪构成体系坚持了“法定主义”，每一要件乃至全部内容都有其法律依据，即便类推定罪的构成要件，也要比照最相类似的刑法条文。可谓无法律规定便无犯罪构成。外国的犯罪论体系虽然也以法律为依据，但其中的某些内容却具有超法规性质。现在，大陆法系的刑法理论普遍接受了“期待可能性”理论，并承认其为犯罪要件之一的有责性的责任能力、责任条件（故意、过失）之外的第三要素，对犯罪的成立与否具有决定性意义。所谓期待可能性，是指期待行为人实施合法行为的可能性。如果某人故意违法地实施了符合某罪构成要件的行为，而当时又不具有实施合法行为的可能性，该人的行为便不构成犯罪。例如，某妇女堕胎，按照日本等国刑法，符合构成要件和违法性，但由于她极端贫困，无法抚养婴儿，没有期待她不堕胎的可能性，因

① 参见（日）大塚仁著《刑法中的新、旧两派的理论》第72页，日本评论社昭和32年版。

而阻却责任，不为犯罪。期待可能性理论是为弥补罪刑法定主义僵化的弊端而提出来的，由于认定期待可能性可以无视法律的规定，取决于法官的自主裁量，留下违法的隐患。我们认为，期待可能性理论反映了“有利于被告论”的思潮，从维护人权的角度有一定的进步意义。但是，无限制地运用期待可能性理论，似乎也有放纵罪犯之嫌。当然，如何评价期待可能性理论，还有待进一步的考察。然而，可以肯定的是，犯罪要件还是应该坚持“以事实为根据，以法律为准绳”的原则。脱离法律定罪的历史教训是极为沉痛的，我们必须记取。

其次，外国犯罪论体系的系统性，值得我们借鉴。如图二所示，外国犯罪论体系是由构成要件该当性、违法性、有责任组成的有机联系整体。其每个要件不仅是犯罪成立要件的一部分，而且相互之间也具有依存、补充、递进的关系。从认定犯罪的逻辑顺序看，构成要件该当性是犯罪论体系的出发点，构成要件的内容是刑法规定的具体事实特征，其作用是将犯罪事实类型化，本身没有价值性判断，当某种行为具备构成要件时便成为违法判断的对象。违法性是法律对符合构成要件行为的否定性评价，构成要件是违法性的认识根据和存在前提。有责性是对行为人主观恶性的具体判断，其评价对象是符合构成要件的违法行为。如果某一行为依次具备三个要件，不具有阻却违法、阻却责任的事由，该行为便构成犯罪；如果某一行为不符合构成要件，便无必要分析违法性与有责性；如果某一行为符合构成要件，但不具有违法性，也无须认定有责性。可见，在认定犯罪过程中，构成要件该当性是规范性要素，是基础；违法性是评价性要素，是核心；有责性是主观性要素，是补充，这三个环节的顺序是严格的，前一环节是后一环节的前提，后一环节是前一环节的继续，三者各司其职，紧密地联为一体。正是这一系统的内部调节，在认定犯罪过程中，达到事实与法律、行为人与行为、主观与客观、形式与实质的统一。外国刑法理论区别三要件各自职能的根据在于把法律规范分为对行为的评价和对行为人的评价两方面，故有“违法是客观的、责任是主观的”原则。这种犯罪论体系的长处还在于把认定犯罪与认定阻却违法行为（如正当防卫）有机结合在一起，置于同一个过程。从犯罪的角度认定正当防卫虽然也符合构成要件，但在违法性评价时，因法律对正当防卫已有明文规定，属于阻却违法事由，所以，不具有违法性，不构成犯罪。大陆法系的刑法教科书皆在违法性一节介绍正当防卫等行为，在逻辑上是严谨的，在体系上是完整的，说明适用刑法的一致性。反观我国的犯罪构成体系（见图一），虽是一个整体，但其内部的各要件之间缺乏层次、联系不明确，似乎是一种并列关系。可分析其间的关系，仍有顺序，只是角度不同，顺序不一。如果从行为人发动犯罪的历史过程出发，应以犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面、犯罪客体的顺序形成，即某人产生犯意，通过外在行为侵害了社会关系。然而，过失犯罪的实施过程却不尽然。如果从认定犯罪的逻辑过程出发，应依犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面的顺序进行，即先发现被侵害的社会关系，继而认定危害行为，再追溯行为人，最后认定主观心理态度。可见，各构成要件之间的历史过程和逻辑过程是不统一的。这种理论上的模糊性反映到司法实践中，往往造成不必要的混乱。为此，我们主张加强我国犯罪构成体系的系统性研究，注意各要件之间的依存性，明确划分其层次性，有效论证其整体性，这是建立科学的犯罪构成体系的一个重要课题。

最后，外国犯罪论体系与犯罪概念的同化关系，值得我们深思。大陆法系的刑法理论认为，犯罪就是符合构成犯罪要件该当性、违法性、有责性的行为。尽管这一定义的犯罪观是形式主义的，但其犯罪的基本特征与犯罪的成立要件却是同一的。所以，外国犯罪论体系认

定犯罪只有一个规格，可以叫犯罪成立的三要件，也可以叫犯罪的三特征，既是确定罪与非罪的界限，也是划分此罪与彼罪的标准。这种统一的尺度对于维护法制的严肃性有着重要意义。我国的犯罪构成与犯罪概念既相互联系又彼此区别，虽具有相互包容的关系，但犯罪的构成要件与犯罪的基本特征则是相互独立的。我国的犯罪概念有社会危害性、刑事违法性、应受刑罚性三个特征，而犯罪构成则有犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四个要件，二者显然性质有别。问题在于，我国刑法理论承认犯罪概念也具有划分罪与非罪的功能，这便在认定犯罪时确立了两套标准，容易导致混乱。如果犯罪构成的标准服从于犯罪概念的标准，势必抹煞具体犯罪的个性；如果犯罪概念的标准服从于犯罪构成的标准，又会丧失犯罪概念的指导意义。例如，刑法第155条贪污罪的规定本来与盗窃罪不同，没有“数额较大”的限制，但在司法实践中总是根据犯罪概念的“情节轻微”不为罪的原则，拟出数额的限制。如此而言，立法者对盗窃等罪规定“数额较大”毫无意义。另一种令人称奇的现象是，每一具体犯罪的概念，都是对该罪构成的本质要件的说明，似乎与总的犯罪概念无关，并不是犯罪概念的具体体现。这种种概念与属概念不统一的情形，也是不科学的。如何认识犯罪构成与犯罪概念的关系，是一个常讲常新却总未彻底解决的老问题。

四

当前，我国刑法学界正在进行一场方兴未艾的犯罪构成体系的热题讨论。人们热衷于对犯罪构成内部要件的重构，欲冲破苏联犯罪构成四要件论的束缚，主张建立具有中国特色的犯罪构成体系。但是，通过上述对犯罪构成的不同层次的比较研究，可以看出，中外犯罪要件理论无论存在何种差异，构成犯罪的基本要件经过千百年的检验，在不同的刑法体系中是相通的，是必不可少的，也是无法取代的。所以，仅仅对我国犯罪构成的要件重新进行排列组合或若干调整，如将责任年龄、责任能力视为犯罪构成的的前提，或者把主、客观综合为行为要件等等，无非是一种换汤不换药的改革。我们认为，坚持中国特色固然无可非议，但建立科学的犯罪构成体系应是我们的主要价值追求，仅仅注重形式上的特色是不足取的。要弥补我国犯罪构成体系的现有缺陷，应该借鉴外国刑法理论的精华，为我所用。我们提倡进行一次观念的更新，变换传统的研究角度，要从重视行为的形式转为重视行为的内容，从重视构成要件的外在区别转为重视构成要件的内在联系，由重视犯罪构成的整体性转为重视犯罪构成的系统性，由孤立地研究犯罪构成转为注意犯罪构成与犯罪概念及刑法理论中的一切问题的联系。这便是笔者在比较、研究犯罪构成中获得的点滴启示，愿与同行们共同研讨。当然，我们不能奢望在短期内就会形成一个圆满的、科学的结论。西方的犯罪论体系经过百余年的争讼，苏联的犯罪构成理论也有几十年的辩论，那么，我们何尝不准备讨论十几年乃至几十年。这是一个重大的、也是严肃的课题，值得大作文章。

（作者单位：中国人民大学法律系）

责任编辑：肖　岚