应然犯罪之构成与法定犯罪之构成

——兼论犯罪构成理论风格的多元发展

阮齐林*

内容提要:三要件论最重要的出发点是落实罪行法定原则,意在构建法定犯罪之构成;最重要的体系特征在于把罪状当作整体来把握,由此决定了它依托法律形式进行注释的、顺应司法认定思路的、局限于法定犯罪之犯罪构成的理论风格;四要件论是意在构建应然犯罪之构成,由此决定它从存在的犯罪现象出发,依托犯罪行为结构来揭示、把握犯罪法律因素的应然犯罪之犯罪构成的理论风格。从不同角度阐述犯罪构成,不仅可以并行不悖,而且还能相得益彰。我们既需要应然犯罪之犯罪构成论,也需要法定犯罪之犯罪构成论。现在的问题主要不在于如何把"四要件"论发展到完美无缺的程度,也不在于如何选择一个理论体系、抛弃另一个理论体系,而应在明确理论倾向、风格、功能的基础上,寻求犯罪构成理论风格的多元发展。

关键词:犯罪构成论　犯罪论体系　罪状

在我国影响较大的有两个犯罪构成论体系:其一是由前苏联传入并在我国占据主流地位的(主体、主观、客体、客观)"四要件"论;其二是贝林构建的、在德国、日本占主流地位的(构成要件[tatbestand]该当性、违法性、有责性)"三要件"论。自80年代末,我国学者开始关注这两个理论之间在体系上的差别。通过比较研究,取得了许多重要的成果,在一些基本问题上达成了共识。但是,我认为三要件论最重要的出发点是落实罪行法定原则,意在构建法定犯罪之构成,最重要的体系特征在于把罪状当作整体来把握,由此决定了它依托法律形式进行注释的、顺应司法认定思路的、局限于法定犯罪之犯罪构成的理论风格;四要件论是意在构建应然犯罪之构成,由此决定它从存在的犯罪现象出发,依托犯罪行为结构来揭示、把握犯罪法律因素的应然犯罪之犯罪构成的理论风格。

* 中国政法大学刑事司法学院教授。

一、罪状[1]是否被当作一个整体来把握

把罪状作为一个整体把握,即把行为该当罪状当作一个整体设定为犯罪成立的三个一般要件之一,是三要件论最突出的体系特征。

我国理论对两种犯罪构成论体系差别达成的共识之一是:从术语上看,"犯罪构成"概念在两个体系中具有广义与狭义的分别,在四要件论中,犯罪构成指犯罪成立的一般要件的总和,在三要件论中,犯罪构成指犯罪成立的一般要件之一,即"构成要件(tatbestand)该当性"。在三要件论中,与我国广义"犯罪构成"概念相当的是"犯罪成立的一般要件"或"犯罪理论。[2]"因此,就犯罪成立论而言,两大体系是可比的:四要件论是指犯罪成立的四个要件的总和;三要件论是指犯罪成立的三个要件的总和。解决的问题也是相同的,即确立行为事实成立犯罪、作为刑事责任或刑罚处罚的前提。[3]但是,两大体系中有一个关键概念是不可比的,即三要件论中"构成要件(tatbestand)该当性"中的"构成要件(tatbestand)",特指刑法分则性法条处罚(法定刑)前提部分的内容(罪状)。三要件论通过这样一个"构成要件(tatbestand)"的概念对分则罪状进行整体把握,使它与四要件论的差别远远超出术语的范围,成为体系差别的根源。

在三要件论中,"构成要件(tatbestand)"就是指特定罪状或罪状所包含的犯罪因素的总和。因此"构成要件论"其实就是"罪状论"或罪状所含之犯罪因素论。李斯特指出:"如果谈到刑法中的构成要件,通常是指特殊之构成要件,它表明分则章节中规定的具体不法类型特征之总和。……特殊之构成要件对刑法教义学具有重大之价值,该得到承认且源之于科学价值,是贝林的无可争议的功绩"。[4]小野清一郎指出:"犯罪构成要件论,是指在刑法总论亦即刑法的一般理论中,重视'特殊'的构成要件的概念并试图以此为契机来构筑犯罪论体系的一种理论"[5]"其重点在于必须把握住刑法分则中被特殊化(具体化)的构成要件"。[6]这个"特殊的构成要件"(tatbestand)其实就是罪状。对此,库茨涅佐娃直接挑明:"《德国刑法典》从规范法学派的立场规定行为的构成(tatbestand)……将它与刑法典分则的刑事法律规范的处理部分等同起来。"[7]她所称的"刑事法律规范的处理部分",在我国刑法学说中通常简

---

① 在我国刑法学界,关于罪状较为通行的定义是指:"刑法分则包含罪刑关系的条文对具体犯罪及其构成要件的描述"(参见高铭暄主编《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版,第475页)。对这种通行的定义较为细致的表述是:"立法者在刑法分则性罪刑式条文中对具体犯罪构成要件和升降法定刑档次条件的类型化表述"。参见刘树德"罪状之辨析与界定",《国家检察官学院学报》1999年第4期。本文对罪状一词在上述意义上使用。

② 作者在著述中称"犯罪成立的一般要件"的,似乎侧重于法律注释。例如:福田平、大塚仁:《日本刑法总论讲义》,辽宁人民出版社1986年版,第38页;[日]裁判所书记官研修所编:《刑法概说》,司法协会发行,1991年修订版,第11页。而称"犯罪理论",似乎更侧重于论理,例如[日]野村:《刑法总论》,全理其、何力译法律出版社2001年版,第84页。不同的称呼多少表明作者或著作的不同倾向,并非毫无差别。

③ [日]西园春夫:《日本与德意志刑法和刑法学》,林亚刚译,《法学评论》2001年第1期。

④ [德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,何炳松校订,法律出版社2000年版,第206页。

⑤ [日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,中国人民公安大学出版社出版1991年出版,第1页。

⑥ 同上书,第4页。

⑦ [俄]Н·Ф·库兹涅佐娃·И·М·佳日科娃《俄罗斯刑法教程》(总论)上卷·犯罪论,黄道秀译,中国法制出版社2002年出版,第172页

称为罪状。在日本的注释色彩较浓的刑法教科书中,这一点也得到证实:如对构成要件(内容)因素的分类,其实就是对罪状因素的分类,划分主观因素、客观因素、描述性要素、规范要素等等。对构成要件的分类其实就是对罪状的分类,如基本构成、修正的构成、加减的构成;行为犯、结果犯、举动犯;形式犯、实害犯、危险犯;继续犯、状态犯、即成犯等等。⑧ 对故意内容和实行行为的认定,也是以构成要件其实也就是以罪状为准的。

因为对罪状的整体把握,所以产生了新的要件分割方式,形成三要件结构。在犯罪成立论中因为把罪状独立地当作一个要件、完整地进行把握,并作为评价犯罪的法律标准之一和构建犯罪成立论的核心概念,所以需要在理论体系上对犯罪成立要件从实质与形式、主观与客观的角度进行分割。刑法学者很早就依据自然法或"事物本身的法"对犯罪构成要件进行结构性分割,认为犯罪是客观上违法,主观上有责的行为,形成主观与客观分割的犯罪一般要件的体系。⑨ 贝林在违法、有责两要件之前加上"构成要件该当性",形成三要件论,势必要在原有主、客观要件分割的基础上,对犯罪成立要件进行新一轮的分割,即形式与实质的分割。贝林通过把构成要件形式化、客观化来实现这种分割,指出构成要件应当是纯客观、价值中立的。从而使构成要件该当性评价,独立于违法性和有责性评价。有的学者批评贝林对构成要件极端的客观化、形式化的主张,但依然沿用他的三要件分立的体系。⑩ 有的学者拒绝形式与实质的分割,采取违法与有责或者该当构成要件和责任二要件体系,仍然要么把构成要件(罪状)当作一个整体,单独把握,⑪ 要么把违法性内容纳入构成要件之中

⑧ 参见前引〔2〕,福田平、大塚仁书,第 44 页以下。

⑨ 早期刑法理论因循"违法是客观的、责任是主观"(洪福增:《刑法理论之基础》,刑事法杂志社 1977 年印行,第 3 页)思路解析犯罪概念。例如斯就别尔在《刑法概论的体系》(1795)中关于犯罪问题,指出:"首先犯罪的客观性内容,即不外是必须把违法性作为问题;其次犯罪的主观性内容,即必须是把不道德作为问题。确立犯罪与刑罚关系的决定性的基准,应当从这两方面寻求。"因此斯就别尔的犯罪理论体系大体分以下四部分论述:"第一章犯罪概念"、"第二章犯罪的客观性内容"、"第三章犯罪主观性内容"、"第四章犯罪的归责"。费尔巴哈在《德意志普通刑法纲要》(1801 年)中对罚则适用的条件也是从客观的可罚根据、主观的可罚根据两方面展开论述的。在对属于客观可罚根据的犯罪构成要件要素,也两分为违反法规行为的结果和主观事由二要素。详尽的论述请参阅《近代刑法遗产》,西村克彦译,信山社 1999 年。

例如,日本学者野村在其《刑法总论》(野村著,全理其、何力译:《刑法总论》,法律出版社 2001 年 3 月第 1 版)中,采取行为论体系,着重从行为的违法——责任两大特征展开犯罪理论。但是,他在行为论之前,仍然设专节论述"犯罪的构成要素"和"犯罪的类型"(参见该书第 91—116 页)来整体把握分则罪状。

⑩ 例如小野清一郎提出构成要件是违法、有责的类型、大塚仁也持同样的观点,但他们都赞成三要件的体系。参见:[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,中国人民公安大学出版社 1991 版,第 28 页。[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社,1993 年 5 月版,第 38 页。

⑪ 例如,日本学者野村在其《刑法总论》中,提出了"犯罪论体系从那种观点出发来构造?"的问题,并提出了多元构造的观念:1、犯罪的本质构造;2、犯罪的认定构造;3、犯罪的实现过程。而他本人则主要采取"犯罪的本质构造第一"的行为论体系 10,着重从违法 4/4/有责两大特征展开犯罪理论。显然具有从存在的犯罪出发论述应然之犯罪的理论风格。但是,他在违法性要件之中仍给"个别的构成要素"以一席之地,在着重阐述应然的犯罪之构成的同时,不忘"作为规范的犯罪,是该当构成要件、违法、有责的行为"。也就是说,他尽管采用行为论体系、主张犯罪本质构造第一,尽管采取的是"违法—责任"二要件的体系,但仍然在违法要件之内建立确立一个"个别的构成要素"的概念来整体把握分则罪状,以兼顾认定"作为规范之犯罪"的需要。参见前引〔6〕,野村书,第 93 页。

把握。[12] 尽管这些学者对构成要件内容是否含有违法和主观因素有不同的看法,对于构成要件与违法(或不法)是否应当分离有不同看法,但是,如果他们在犯罪成立论中把罪状整个地当作一个要件来把握,仍然沿袭了贝林体系的思路和特征。

从理论上讲,三要件论中的构成要件不过是整体把握罪状的"空白代号"。因为构成要件是以一个整体与违法、责任并列,被当作认定犯罪的法律标准之一,所以它只是整体把握罪状的"空白代号",或者是如我们所批评的"纯粹的法律模式"。在三要件体系中,构成要件(tatbestand)该当性仅仅是行为成立犯罪的要件之一,行为成立犯罪除了具备构成要件该当性之外,还需要具备违法、有责两个要件。这个把违法、有责内容的人为分离出去后的构成要件概念与特定罪状存在着明确的指代关系,是特定罪状的"空白代号"。由于罪状(或立法者通过罪状)对各种犯罪的描述是千差万别,无法一概而论的。所以"构成要件该当性",不过是指行为被认定与刑法××条罪状(的内容)具有同一性。相当于说,行为构成犯罪必须具备(或该当)分则条款的法定要素或犯罪定义。[13] 在构成要件的一般学说中,对构成要件内容通常是技术性的分析,如划分出客观性因素、主观性因素,本身并没有实际的、具体的内容,完全是空白的。其内容取决于该构成要件指代的特定罪状的内容。在这个意义上讲,行为人该当的构成要件是具体的、特殊的。因为行为事实该当的只能是构成要件所指代的刑法××条的特定罪状。犯罪构成中的每一个因素都是必要的,没有选择的。对于该当要求特定目的的罪状(目的犯)而言,目的就是该当该罪状的必要因素。只能在两种意义上说构成要件是抽象的、一般的:第一,构成要件在理论体系中只是一个法条罪状的代号;第二,构成要件所指代的罪状本身是对犯罪事实的抽象,即所谓"具体的不法类型"[14] 或如小野清一郎所说的,违法有责的定型。

在"四要件"论中,则没有把罪状整体上作为认定犯罪成立的一般标准之一。罪状中规定的犯罪因素被打散并与刑法总则中规定的犯罪因素混在一起,分配到行为结构的四个方面,作为四个一般要件的法律来源。这表现在,无论是哪一个一般要件(主体、主观、客体、客观),与罪状均不存在这种完整的对应关系。因为四要件论缺乏这样一个完整把握罪状的要件,所以往往使用"分则条文规定的"、"刑法典分则处罚前提中的"概念来扮演罪状的角色,来界定既遂的类型,既遂、未遂、预备的区分、实行行为的概念、实行犯与帮助犯、教唆犯的区分等等。因为四要件论中自始就没有把罪状完整地当作一个要件把握,所以,导致与三要件

---

[12] 例如《法国刑法总论精义》就与典型的三要件论有所不同。其犯罪论分为两大部分,其一是犯罪要件,其二是排除减轻责任事由,类似于英美刑法理论的构架。可看作是(构成要件该当—有责)两要件论。该讲义没有把"行为的违法性"作为一个独立的要件。而是把违法性要件与该当犯罪要件合并为一。但是在该讲义中,有一点与三要件论是共同的,即依托法律对罪状进行整体把握。该讲义把犯罪要件分为事实行为和犯罪心理两个要件(相当于主客观要件),但是这两个要件均在"法有规定"的前提或框架内,并且属于犯罪的"特有"要件。因此这两个要件属于该当法有规定的罪状的行为事实与犯罪心理。在法有规定的前提下所把握的事实行为和犯罪心理这两个要件,仍然具有对分则罪状整体把握的特征。同时体现犯罪的法定性。即作为法律上、实定法的犯罪。该讲义对犯罪对罪状或该当罪状行为的整体把握,可以通过一系列的观点反映出来。如事实行为的类型,实行犯、正犯、共犯、教唆犯的概念等等,也可以从该讲义在犯罪概念部分一再强调的犯罪的法定性得到映证。参见[法]卡斯东·斯特法尼:《法国刑法总则精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年,第1版。

[13] 日本一学者在研究了构成要件理论的是是非非之后,直白地指出:"依我之见,把犯罪定义为该当刑法各本条有责、违法的行为,是比较合理的"。下村康正:《犯罪论的基本思想》,成文堂发行昭和50年第19版,第70页。

[14] 前引[4],李斯特书,第206页。

论中的许多概念不能兼容。我国学者往往根据四要件(方面)也是对罪状的分析,或者根据四要件的主要内容也是来源于分则罪状,以为三要件论与四要件论没有实质差别。其实,广义的作为犯罪成立要件总和的"犯罪构成"与狭义的作为犯罪成立要件之一的罪状,存在着不对称性。前者内容大于后者,往往溢出罪状,无法用这种广义的犯罪构成概念来单独、完整地把握罪状。至于四要件中的任何一个要件,又小于罪状,不能涵盖所有罪状的因素,也不能用一个要件来完整地把握罪状。这是三要件论与四要件论重大的体系差别的、也是二者的许多概念不能兼容的根源。

二、法定犯罪因素是从法律还是从事实的角度把握

我国理论对两种犯罪构成论体系差别达成的另一共识之一是:从体系上看,两种体系对法定犯罪成立的因素分配方式不同,四要件论分配在主体、主观、客体、客观四方面中,而三要件论分配在构成要件、违法、责任三要件中。从功能上看,四要件论认为行为具有(或包含)法定的犯罪构成要件是刑事责任的根据;三要件论认为行为该当犯罪成立的全部一般要件成立犯罪。这些年的比较研究看,对此已经达成共识。

但是,我们不能忽视两种体系对犯罪成立要件的把握方式或者角度上的差异。这种差异隐藏在一个极为普通的命题之中,即犯罪构成是法律的还是事实的?人们对这个命题虽不陌生却有误解,似乎把它理解为犯罪构成本身的属性。任何一种犯罪构成论均不否认犯罪要件内容来源于法律,即法定性。那么犯罪构成是法律的还是事实的?这个命题有什么值得讨论呢?因此,我国学者除了反对把犯罪构成视为"纯粹的法律模式"[15]以外。大多认为犯罪构成是法律的。[16]有些学者为了摆脱这一问题的困扰,还提出了事实的犯罪构成与法律的犯罪构成的分类。以上论据表明,我国学者对于犯罪构成是事实的还是法律的命题,主要着眼于犯罪构成本身的属性进行研究。其实,这个命题并非如此简单,它是指对法定犯罪因素是从法律还是从事实的角度把握?其中隐含着两种犯罪构成论体系上的重大差别。三要件论把犯罪构成至少把构成要件(tatbestand)当作"法律规范中"的来把握,前苏联和我国的四要件论的传统与主流把犯罪构成当作"行为事实中"的犯罪构成来把握。特拉伊宁在他的《犯罪构成的一般学说》中把犯罪构成既当作"行为事实中"的又当作"法律规范中"的犯罪构成来把握。把犯罪构成作为

---

⑮ 张文:《犯罪构成初探》,《北京大学学报(哲社版)》1984 年第 5 期。

⑯ 例如,孙燕山指出:"首先应肯定构成的内容是刑法明文规定的,决不是我们可以随意取舍的。在此前提下我们探讨有关构成要件,构成要件具有法律性,但至于这些要件的有机统一,作为成立犯罪的标准或规格叫什么,法律本身并没有直接规定,就像刑法对故意犯罪的规定并没有明确直接故意和间接故意一样,二者的区分只是刑法理论上的事情"(孙燕山:《犯罪构成问题再探讨》,《法律科学》1997 年第 6 期)。肖中华指出:"犯罪构成的'法律说'与'事实说'的根本对立,在于犯罪构成究竟是事实要件的法律规定(类型)还是符合某一犯罪成立所必须具备的要件事实本身"(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 82 页)。肖中华在题为《我国刑法中犯罪构成概念的再探讨——为犯罪构成"法定说"的所作的论证》一文中,也是围绕犯罪构成本身是法律的还是理论的、事实的等问题进行讨论(肖中华:《我国刑法中犯罪构成概念的再探讨——为犯罪构成"法定说"所作的论证》,《法学评论》1999 年第 5 期)。陈兴良指出:"犯罪构成是法律标准还是构成事实……犯罪构成作为一种法律规定与理论命题,是在对各种犯罪事实加以抽象与概括的基础上形成的,但能否将犯罪构成等同于构成事实呢?显然,我们的回答是否定的。……现在刑法理论中的犯罪构成要件是指犯罪的规格,这是一种法律标准,与构成事实是有所不同的,这已达成共识"[陈兴良:《犯罪构成的体系性思考(之一)》,《法制与社会发展》2000 年第 3 期]。

“行为事实中”的还是“法律规范中”的东西来把握,是四要件论与三要件论体系思路根本不同的地方,也是导致两大理论体系其他重大体系性差别的根本原因。

典型的三要件论把犯罪构成(tatbestand)当作“空白的法律模式”或“分则某条罪状的代号”来把握的。德国刑法典第5条第11款“术语解释”特意说明:“违法行为只是实现犯罪构成的行为”。因此,“德国刑法典从规范法学派的立场规定行为的构成(tatbestand)是‘法定构成’,‘法律构成’将它与刑法典分则的刑事法律规范的处理部分等同起来。……在德国的教科书和刑法典注释中,犯罪构成在关于刑事法律的一章中进行研究”。[17] 也就是说,违法、有责行为只有在该当构成要件(tatbestand)的情况下才能成立犯罪。这个犯罪构成(tatbestand)如前所述,实际上是分则××条罪状的代号,并且是经过形式化(分离出违法性)、客观化(分离出责任)处理的(纯粹的)空白的法条罪状的代号,意思是判断违法、有责的行为事实是否成立犯罪,还需代入该当的具体的分则××条罪状,判断具有犯罪构成(tatbestand)该当性,方可成立犯罪。这是从贝林开始,为了落实罪行法定原则而形成的犯罪成立三要件论的基本思路。在这个意义上讲,犯罪构成(tatbestand)是法律的、甚至是纯粹的法律模式,或者说分则××条罪状之代号。

在犯罪构成是“法律的还是事实的”? 这个命题中,所谓犯罪构成是“法律的”含义既然原本如此。那么,与其相对应的犯罪构成是“事实的”含义是什么呢? 这只能从四要件论的创始者苏联学者那里找答案。库茨涅佐娃鲜明地指出这一命题的焦点:犯罪构成,或者是“类似于刑事法律罪状的关于犯罪的立法表述”,或者是“刑事法律行为”[18]。贝林的三要件论“把犯罪构成仅仅看作是立法表述,是犯罪的法律模型,而不是把它看作现实生活的社会法律现象和事实,这种认识导致了”种种问题。她指出,与此相反,苏俄刑法的传统就不把犯罪构成当作法律模式而是作为刑事责任根据的人的行为的构成。她指出:“本世纪前半期俄罗斯刑法认为犯罪构成是构成犯罪的要素及其要件的体系(总和)。根本没要提到认为犯罪构成是‘立法模式’或‘科学抽象’的规范法学派的解释。也没有任何犯罪与其构成相对立。N. Я 贡塔里正确地指出,‘苏维埃刑法最初认为犯罪构成是一个结构,包含有危害行为的各要素组成的各个部分’”。[19] 并且这种传统在现在的俄罗斯立法中得到肯定:“刑法典和刑事诉讼法典中,犯罪构成的定义始终是‘行为中所包含的’。”[20]

苏联学者大多从犯罪的实质定义和犯罪构成是刑事责任依据(或根据)的命题出发构筑犯罪构成论体系。因此,作为刑事责任根据的“犯罪构成”:除了在“构成犯罪的要件总和”的广义上使用外,最重要的特点是具有事实性。因为只有一定的犯罪事实才能作为刑事责任的根据。“有些文献认为,判定刑事责任的惟一根据应是认定犯罪分子的行为里有犯罪构成。持这种观点的人认为,这样措词,‘就是指出确有犯罪事实’。由于犯罪构成被理解为法律认定的犯罪行为特征的总和,所以在这些人看来,判定应负刑事责任的依据就是认定有犯罪构成,而且认为,这样判定才能在使用刑法准则时确保社会主义法制”。[21] 持这种观点的学

---

[17] 前引[7],Н Ф·库兹涅佐娃等书,第172页。

[18] [苏]Н Ф·库兹涅佐娃:《犯罪构成:一些有争议的问题》,马改秀译,《外国法学译丛》1988年第2期。

[19] 前引[7],Н Ф·库兹涅佐娃等书,第175页以下。

[20] 同上书,第176页。

[21] [苏]Н·扎戈罗德尼科夫、Н·斯特鲁奇科夫:《苏联刑法的研究方向》,王长国译,《国外法学》1982年第1期。

者,从分析犯罪行为的结构特征(主体、主观、客体、客观)出发,形成以危害(犯罪)行为事实结构为基盘的四要件论。在这种犯罪构成论中,"犯罪构成——这是构成危害社会行为的客观和主观必要要素的体系,其要件在刑法典总则和分则刑法规范的处理部分中加以描述"。是"行为所含有的和作为刑事责任根据的犯罪构成"。[22]

在苏联以及我国居主流地位的四要件论把犯罪构成当作事实的东西把握。从术语上讲,是指该当或具有法定构成要件(因素)总和的行为。犯罪构成的"要件"(或因素、或因素的要件、或要件的因素)才是法律的。这只是承认要件在"来源上"是法律的。在犯罪构成中,法定犯罪因素并非是从法律的角度来把握,而是从人的行为事实出发来把握。"也就是说,无论是几要件说的观点(指我国学说—引者注),都是将犯罪行为的整体在结构上进行分解,形成不同的要件。也正因为如此,在我国,"犯罪构成要件与行为要件是一致的"[23] 这体现在:(1)犯罪构成的四个基本要件(或者构成因素的分体系)是从人的犯罪行为作基盘、依据人的行为结构进行的划分。因此,对于法定构成因素的掌握,是立足于人的行为结构特征,而不是立足于分则条文罪状、针对罪状内容的划分。法定犯罪因素的划分的根据是与存在的犯罪行为的方面相对应,客体是犯罪所侵害社会关系,主体必须是具有责任能力的人,客观方面是人的外部活动等等,而不是与法律规范相对应。作为构成因素最基本载体的罪状内容,与犯罪构成的四个一般要件不能形成完全的对应关系。再如,在四要件论中广泛存在构成的"必要因素"和"选择因素"的概念。这也是立足于人的行为事实进行的分类。因为只有针对存在的行为构成犯罪而言,才存在所谓"选择"、"必要"的问题,从法律规范而言,某刑罚法规作为处罚前提的因素对行为该当该条处罚前提而言都是必要的,无所谓"选择"的问题。从存在行为事实出发把握犯罪构成的最显著的体系特征是没有根据罪状划分的类型,如行为犯、继续犯、结果犯等等,或者虽然引入了罪状类型的观念,但总是与体系不能协调一致。例如,从犯罪的实质考虑,犯罪总是具有法益(客体)侵害性,而根据这种法益侵害性往往又得出"泛结果"(即任何犯罪都有结果)的结论。在这种结论之下,很难兼容行为犯与结果犯;形式犯与实害犯的划分。(2)对于各因素之间的关系,四要件论从人的行为(存在的行为)的整体性把握构成诸要件要素不可分离分割性。

也有一些苏联或者俄罗斯学者把犯罪构成既当作是事实的,又当成是法律的。特拉伊宁在他的《犯罪构成的一般学说》[24] 中构建了一个"二元"的犯罪构成论。他的著作前半部分(第 1、3、4 章)论述的是犯罪(四)要件(或方面)论。他的犯罪要件论从存在的犯罪行为结构出发,依据法律规定的犯罪实质定义,建立了一个实质的(决定行为危害性)、事实的、广义的(要件、因素总和)"四要件"犯罪构成框架。他的著作的后半部分(第 5 章以降)论述的是构成因素论。而他的构成因素论却完全沿袭流行的西方"三要件"论的犯罪构成(tatbestand)观念,以分则规范(罪状)注释为中心,建立了一个法律的、注释学的、形式的构成因素(总和)观念。他的理论往往在"东西方"之间摇摆,显现出"双重"或者"分裂"的品格。一方面论述作为刑事责任根据的危害行为事实的、实质的、广义的、综合的、一般的犯罪构成;另一方面论述作为分则法律规范注释的、形式的、狭义的、具体的、法定的构成因素。一方面批判西方构成要件论是形式的、主客观分立、形式与实质分立的;另一方面他自己的构成因素论又回到

㉒ 前引〔7〕,Н Ф 痒兹涅佐娃等书,第 170 页。

㉓ 李洁:《三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究》,载陈兴良主编:《刑事法评论》1998 年第 2 卷,第 442 页。

㉔ 参见特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,中国人民大学出版社 1958 年版。

先前批判的形式的、分立的思路上。这种二元的理论结构和分裂的品格,是他借鉴西方构成要件论与苏联当时的法律、社会实践相结合的产物,也是他的理论令人感到困惑的关键。特拉伊宁理论的"二元"结构被批评是"出尔反尔"。"50年代的理论(也包括实践上)开始将过去理解的犯罪构成'一分为二',一是现实的现象,是犯罪的核心,犯罪的结构,二是立法模式或者科学抽象。"[25]"例如,A. H. 特拉伊宁认为犯罪既是客观实际,又是犯罪的法律定性。所以他被指责出尔反尔。"[26]特拉伊宁的二元论也遭到我国学者的质疑。

三、应然犯罪之构成抑或法定犯罪之构成

如同有犯罪的实质概念和形式概念一样,犯罪构成也有应然犯罪之构成和法定犯罪之构成的分别。

从存在的角度按照"自然法"揭示的犯罪构成,是应然犯罪(或超法规的犯罪)的犯罪构成。从自然法或存在的犯罪现象角度(或层面)出发,对犯罪构成要件最经典的把握是:犯罪是客观违法、主观有罪责的行为。或者如我国主流犯罪构成四要件论那样把握犯罪要件,犯罪总是由一定主体以一定的罪过形式和客观的举止侵犯一定客体、具有社会危害性的行为。这种犯罪构成的功能,不仅具有司法定罪的意义,而且具有揭示犯罪本质、特征,为立法犯罪化提供依据的意义。这种犯罪构成因为是包含了应然意义的犯罪之构成,它的范围是广义的,不仅包含法律明文规定的犯罪之构成,也包含法律没有明文规定的应然意义的或超法规、实质意义的犯罪之构成。

这种犯罪构成难免脱离实定法的倾向。在实行类推制度的时期,法律体制和价值取向决定了必须选择这样的犯罪构成。在罪刑法定时代,这种犯罪构成论的要件虽然被加上了法定性的限制。但它仍然不是严格意义上法定犯罪之犯罪构成。这表现在两方面:1、犯罪构成论具有积极的特性,不宜作为司法的定罪的模式。犯罪的实质要件仍然十分活跃,社会危害性的实质标准不仅具有消极要件的意义,而且具有积极要件的意义。在某种程度上,相当于犯罪本质、特征论。这种犯罪构成论的着眼点,不是力求发现立法者已经发现并"制造"出来的法律中的法,而是着眼于像立法者一样去发现、遵从事物的法。2、与此重视实质的特征相应,这种犯罪构成论的构成要件不讲求与法定内容的对应关系。正因为如此,我国学者质疑四要件论把分则条文中往往没有具体规的客体作为犯罪构成要件之一,"导致犯罪构成法定化问题上的疑问"[27]。

从刑事立法的角度(或层面)出发,作为司法定罪标准(或规格)的犯罪构成是法定犯罪之构成,首先重视犯罪构成的法定性。"尤其是在以罪刑法定为原则的现代刑法中,构成要件必须要有成文法规的严格规定"[28]。而成文法严格规定"构成要件"的方式就是通过分则刑罚法规前提的罪状描述的。在三要件论中使用(构成要件 tatbestand)一词指代具体罪状的描述,是分则××条规定之罪状的"空白的代号"。只有行为该当这种构成要件的,才能构成犯罪。从刑事司法的角度(或层面)出发,判断"裸"的行为或案件事实该当分则××条罪状(构成要件 tatbestand)且违法、有责的,构成犯罪;或者违法、有责的行为该当分则××条罪状(构成要件 tatbestand)的,构成犯罪。这种法定犯罪的犯罪构成具有以下特征:1、把行为该当罪状当作犯罪

---

[25] [26] 前引[7],H Φ 痒兹涅佐娃等书,第176页。

[27] 前引[23],李洁文,第442页。

[28] 小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,中国人民公安大学出版社1991年版,第4页。

成立要件之一,并从整体上把握。因为罪刑法定是通过分则法条中的罪刑条款体现的,只有该当具体条款中的罪状,才可能构成犯罪。2、贴近立法。依据法律规范来把握法定的犯罪要素。这表现在犯罪构成的三要件均有明确的对应的法律规定。体现出内容与形式(载体)的一致性。犯罪构成首先是法律规范中的构成。3、适应司法定罪的思路。即对犯罪构成因素的把握不讲究与行为事实结构一致,而是讲究与司法应用法律标准评价(或认定)行为(被评价行为或案件事实)思路一致。行为该当分则 ××条罪状,并且经过进一步判断具有违法性和有责性的,成立犯罪。也是因为这一点,被小野清一郎称赞具有"实践的品格"。被大塚仁称赞"与上述刑事审判中犯罪事实的认定过程相协调"。[29] 4、具有消极性。在三要件中,只有法定的构成要件(罪状)具有积极要件的意义。而违法、有责要件,仅仅具有消极要件的意义,即排除该当构成要件的行为不成立犯罪的意义。虽然对违法性、有责性的理解可以是超法规的,但是,这仅仅是在消极意义上使用(限制、缩小犯罪成立范围上使用)。正是这种消极性,从犯罪构成论上落实罪行法定原则和在司法上体现刑罚的审慎、谦抑的精神。

四、犯罪构成理论多元化

通过构成要件的概念对罪状(内容和形式)进行整体把握,并循着注释法律评价标准(构成要件、违法、责任) ——司法适用法律评价标准定罪(构成要件该当性、违法性、有责性)的思路,构建犯罪成立三要件论。这种犯罪成立论是法定犯罪构成之注释 ——司法定罪论模式。通过犯罪行为的结构分析,并循着客体、客观、主体、主观把握犯罪成立要件的四要件论,是应然犯罪之犯罪成立论。无论是应然犯罪之构成还是法定犯罪之构成,都有其存在的价值。从哪一种角度来认识、把握犯罪构成要件,只是代表学者的一种理论倾向,既没有优劣之分也可以并行不悖。一个国家的刑法学界,并非只能采取一种犯罪构成论,并非必须推翻一种犯罪构成论才能确立另一种犯罪构成论。在国外,英美法系和大陆法系的犯罪构成论就有很大的差异,即使是在三要件论发源地的德国、日本学界,三要件论,即贝林创立的以构成要件该当性为中心的三要件论,也只是有影响的理论体系之一。[30]

从不同角度阐述犯罪构成,不仅可以并行不悖,而且还能相得益彰。法定的犯罪来源于现实的犯罪的概括、抽象,并且需要以现实的犯罪诠释、演绎法定的犯罪构成。反过来,对法定犯罪构成的适用,进一步促进对现实犯罪的认识。在三要件论中,违法、归责理论的发展,如期待可能性的理论就是从司法实践中首先提出的。

在我国学界目前的问题并非是占主流地位的四要件论不够完美,而是理论的种类和思

---

[29] 大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译。中国政法大学出版社 1993 年版,第 49 页。

[30] 例如在以构成要件该当性为中心的体系之外,还有行为论体系,构成要件与违法性合一为"不法"的体系、"行为—行为人"二元体系。在确立犯罪论体系的出发点方面,可能有多种考虑和选择,如犯罪的本质构造、犯罪的认定构造、犯罪的实现过程等。构建体系的基础和出发点不同,在犯罪的存在与价、实质与形式、应然与法定等方面,也会有不同的侧重。此外,在现代犯罪论中,有一个值得注意的倾向,就是注重发挥保障人权机能,构建所谓"机能的犯罪论"以实现处理案件"结果的合理性"。例如日本学者前田雅英在《刑法总体讲义》([第三版]东京大学出版会,1999 年 4 月第 3 版)中,采取二分法,把犯罪构成要件分为"客观的构成要件"和"主观的构成要件"两个要件,并统合在犯罪的二个实质要件之内:即(1)存在值得处罚的恶害情形;(2)对行为人就该行为有非难的可能。这种"实质的犯罪论"含有这样的意味:从形式上考虑"限于处罚该当构成要件的行为"是不够的,还需实质也可罚才能定罪处罚。进一步用实质的、应然的观念,限制刑罚的适用(参见该书第 50 页以下)。

维方式的过于单一,缺乏辨别、接纳多元的犯罪构成体系的观念。总是站在一种体系的框架内看问题。比如关于结果乃至客体的把握。按照存在的应然的犯罪构成观,犯罪总是要侵犯一定的法益(无论法律是否具体描述),而对法益的侵害则是犯罪的结果(也不论法律是否具体描述),因此,得出"泛结果"的结论。结果与客体一样都是犯罪的必要要件(要素)。说客体、结果不是必要要件那是错误的。相反,在这种框架内试图引入行为犯、结果犯、形式犯、实害犯的观念,也是不相宜的。如果引入结果犯、行为犯的概念则说法不同。二者不是有无结果作为要素的差别,而是都有结果,只是结果与行为是否可分的问题。可分的是结果犯,不可分的,是行为犯。相反,如果从规范的、司法的角度把握犯罪构成,法律在罪状中描述的东西、司法中能够具象观察判断的东西,才能作为犯罪构成的因素。在这样的体系中,客体仅仅作为法律保护的利益,并且因为在分则条文中通常不被描述,所以它仅仅具有对条文规定要素如对象、结果的解释论意义。而结果也只能是具体刑罚法规规定的特定的物质性的至少是可以观测的结果。如故意杀人罪的死亡结果,医疗事故罪的就诊人伤残死亡的结果。对于脱逃罪、非法拘禁罪、伪证罪等,恐怕就不能强求结果是构成要件。缺乏辨别、接纳不同犯罪构成论体系的观念,单一的思维方式,妨害了我们正视不同犯罪构成论的体系差异,以至于遇到两种体系概念的冲突时,不是怀疑四要件论的正确性就是批评其他体系概念是错误的。

我们既需要应然犯罪之犯罪构成论,也需要法定犯罪之犯罪构成论。现在的问题主要不在于如何把四要件论发展到完美无缺的程度,也不在于如何选择一个理论体系、抛弃另一个理论体系,而在于明确理论倾向、风格、功能的基础上,寻求犯罪构成理论的多元发展。

犯罪构成理论的多元发展,需要注意两个基本问题:

第一,明确理论体系的出发点,究竟是应然、存在的犯罪构成论还是法定、司法的犯罪构成论。体系的出发点不同,将会导致把握犯罪构成要件的方式、角度的不同以及许多基本概念的差异。必须在清楚认清体系思路的基础上,构建、评价犯罪构成论,避免不必要的混乱和冲突。

第二、明确理论的功能。究竟是定罪论还是犯罪结构论。如果着眼于定罪功能,应当明确区分被评价的行为事实和评价的标准,并且顺应司法定罪的思路,侧重于从司法运用法律标准评价行为(或案件)事实的角度构建犯罪成立的体系。这样的犯罪构成论具有偏重法律注释和司法定罪模式的风格。

相反,如果着眼于揭示、反映犯罪的事实结构,那么,应当遵循犯罪的事实的、真实的、存在的状况,努力揭示、反映犯罪构成的"本来面貌"。真实的犯罪的确是一个有机整体,主客观不可分割、犯罪的实质与形式不可分割,在这个意义上讲,犯罪构成论不过是分析这样一种有机整体的工具,是一种从结构角度分析犯罪的一种方法。这种犯罪构成论揭示了一个客观、真实的犯罪结构。它不必拘泥于法律形式、结构,也不必考虑司法认定犯罪的思路。

四要件论似乎就是一种侧重于这种功能的理论。它尊重犯罪的真实状况,以犯罪行为本身的结构为结构。没有明显的评价标准和被评价行为的区分。因为评价标准(法定构成因素)被融入被评价的行为事实之中来把握了。我国学者认为,四要件论是"一次性综合的

平面评价模式”。其实,从理论构架上讲,还具有被评价的行为事实与评价的标准一体化的体系特征。

Abstract : Implementation the principle of a legally prescribed punishment for a specific crime is the most important starting point of the theory of “three constitutive elements”, whose aim is to establish the constitution of statutory crime and whose most important characteristic is to take the fact of a crime as a whole. All these have determined its basic theoretical characteristics of taking the form of legal annotation , conforming to the thinking of judicial determination , and being confined to the constitution of statutory crime. On the other hand , the theory of “four constitutive elements” is aimed at establishing the constitution of natural law crime. As a result , it takes the existing phenomena of crime as the starting point and relies on the structure of criminal act to reveal and understand the legal factors of crime. The two theories that elaborate the constitution of crime from different angles are not necessarily contradictory to each other. Rather , they may benefit from each other. The problem faced by us is not how to choose one of these two theories and discard the other , but how to seek the pluralistic development of the theory on the basis of clarifying the orientation , style , and function of the theory.