

犯罪构成与 诸特殊形态之关系辨析

冯亚东^{*}

内容提要：犯罪构成系刑法学理论对行为成立犯罪之基本条件的概括，其同犯罪诸特殊形态之间在逻辑上存有一种“一般与特殊”的转承关系。但在我国刑法学界所沿袭的前苏联的刑法理论中，始终对这种转承关系未能作出适当的解释与安排，存在一些含混甚至错误的提法，以致学界长期在体系的逻辑结构问题上纠葛论战，从而对一些疑难案件的处断产生负面影响。于此，有必要在中国通说性的犯罪论的基础上，以德日刑法理论为参照，对犯罪构成同诸特殊形态之间的转承关系进行辨析梳理，以完善中国刑法学犯罪论体系。

关键词：犯罪构成 特殊形态 关系辨析

一、存在的问题

刑法学（规范注释论）总论在犯罪论中所论及的犯罪构成，为一般意义的犯罪构成——即对任何行为成立犯罪所必须具备的最基本、最起码、最低度条件的概括。在形成此认识的基础上，与解决“什么行为是犯罪”之整体性的犯罪论相关，还涉及到各种具体犯罪中带有共性的“犯罪的诸特殊形态”问题。对此，如果考虑刑法解释学之结构清晰、逻辑严密及论证方便，则最合理之体系安排便只能是在一般性条件的论述之外另设专章再行考察。故此，在我国刑法学通说性的犯罪论体系中，犯罪概念和犯罪构成只是其中前两部分内容；在对犯罪概念、犯罪构成（四要件体系）分别阐述后，紧接其后依次排列的是“排除犯罪性的行为”、“故意犯罪的结束形态”、“共同犯罪”和“罪数形态”四个所谓的特殊形态问题。于是，虽然在国内的大多数刑法学教科书中并无体例方面的显性构造，但在逻辑关系上却由犯罪概念、犯罪构成和犯罪的诸特殊形态三大板块，共同组建起完整的犯罪论体系。

但问题也由此而生：既然犯罪构成系对行为成立犯罪之基本条件的概括，那它同犯罪诸特殊

^{*} 西南财经大学法学院教授。

本文得到西南财经大学“211工程”三期建设项目资助。

形态之间,在逻辑上便存有一种“一般与特殊”的转承关系;即任何一种特殊形态之成立,均首先必须符合犯罪构成之基本规定性,在此基础上才能进一步讨论其特殊之处。但事实上在我国刑法学界所沿袭并不断改造的前苏联的刑法学犯罪论中,始终对这种转承关系未能作出适当的解释与安排,在理论上存在一些含混甚至错误的提法,以致学界长期为体系的逻辑结构问题纠缠论战,从而对一些疑难案件的处断产生负面作用。近年来我国刑法学界又深受德日刑法理论影响——从体系结构到叙事话语,而德日体系一旦与中国通说体系交错碰撞,非但不能解决旧问题反而更添新的疑虑和混乱。于此,本文试图以中国通说性的犯罪论为基础,对犯罪构成同诸特殊形态之间的转承关系进行辨析梳理,以对中国刑法学犯罪论体系的完善有所助益。

二、犯罪构成与排除犯罪性行为之关系

所谓排除犯罪性的行为,是指在形式上与犯罪相似却为刑法所允许的行为(非犯罪行为),其法定类型主要是指正当防卫和紧急避险。由于其与犯罪在外观上相似极易混同,刑法不仅要“惩恶”且须“扬善”,故许多国家对这类行为均在刑法典中明文予以规定。在犯罪论之事理关系上,排除犯罪性的行为显然并不属于“犯罪”的特殊形态,而至多系一种与犯罪“相关”的特殊形态;但由于其出现在刑法的规定之中且与犯罪有某些相似之处,在司法识别时也必须运用犯罪构成对其进行细致厘分,故通说体系将其视为一种“特殊形态”而置于犯罪构成之后展开具体分析。

(一) 该类行为并不符合犯罪构成之规定性

通说理论在对“排除犯罪性的行为”与犯罪构成之关系的界定上,多年来备受非议。通说理论认为:犯罪构成是区分罪与非罪的唯一标准——行为符合犯罪构成之规定便为犯罪,反之则排除;而在论述排除犯罪性的行为时,却又认为行为虽然在形式上符合了四要件的规定,但在实质上却并不具有社会危害性——因不具备犯罪最本质的特征从而排除其“社会危害性”即“犯罪性”,不认为是犯罪。于是通说理论在这里便出现自相矛盾之处——是否犯罪构成仅属一种形式而并不能厘清实质,其自身是否仅适合作入罪判断而无法出罪——必须经由另一标准系统即犯罪概念方得出罪。于是,在罪与非罪的标准问题上便出现两个似乎存有冲突的识别系统(符合犯罪构成的规定性却并不符合犯罪概念的本质特征)。由此使人不得不对通说体系的合理性产生怀疑。

其实,上述问题并非通说体系自身隐含的内在矛盾,而是由于我们对犯罪构成体系及其要件精确含义缺乏深入细致的理解所致。以正当防卫为例,防卫行为果真符合四要件的规定性吗?就客体要件而论,并不能得出防卫行为侵犯了刑法所保护之法益的结论。犯罪人也享有健康权和生命权,且当然应受刑法保护,概而言之这似乎无可非议。但当犯罪人正在实施不法侵害而国家警察机关之公权力无法及时制止时,在法理上应当视为国家通过刑法明确授权在场的任何公民,可以且鼓励其实行私力救济,对不法侵害人的人身造成不超过必要限度的损害,以保护自己或他人的合法权益。^{〔1〕}在这种极其特定的时空人际环境下,可以认为刑法不再保护不法侵害人的“权利”。反之,如果认为刑法仍然应给予保护则防卫人便难有“正当”可言。在法理上,此时至多存在当事人具体利益的冲突而不能认为存在法益或权利的冲突。任何法益或权利,都只能在特

〔1〕 通常认为警察不得已伤害或击毙侵害人以制止不法侵害属于正当防卫,但其实国家公权力的介入在刑法理论上应视为“基于法令的职务行为”(依法必须而为,不为即属渎职);只有私权力对不法侵害的制止,才有必要解释为正当防卫。在法律上判断损害侵害人的行为是否正当,公民(私力救济)和警察(公力制止)的行为标准大有不同。前者比后者的适用条件要宽松得多,前者是鼓励而为但可以不为,后者是不得已而为且必须为,两者不应相提并论。

定的人际关系中相对于法律的认可而存在（同理，紧急避险中被牺牲的利益也失去权利属性，事后的利益补偿只是利益间的一种再平衡措施，而非对“侵权”的赔偿）。〔2〕由此可见，防卫行为虽给不法侵害人造成损害，但并未侵犯刑法所保护之法益，故不能认为符合客体要件之规定性。

就主观方面要件分析，防卫人虽有给不法侵害人造成损害的“故意”，但这并非刑法上之“犯罪”的故意。所谓犯罪故意，在我国刑法中是有明文规定的，是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的心理态度。以此规定性分析正当防卫，全然不可能符合。正当防卫中防卫人所“明知”并“希望”发生的结果，为制止犯罪有利于社会的结果而绝非刑法精确意义之“危害社会的结果”。如果将对不法侵害人的损害视为法条所指称之“危害结果”，则无论是在情理上还是法理上，都令人无法接受。〔3〕

综上，以犯罪构成要件之规定性衡量，正当防卫行为在客体和主观方面两大要件上均不符合，以其中任一要件即可作出罪判断。同理，在紧急避险的情况下刑法不再保护较小的权益，避险人在主观上追求的是更加有利于社会的结果。医生截去患者的残肢之所以正当，在法理上是由于残肢已失去刑法保护价值；而基于被害人承诺的侵害行为是否正当，也完全取决于当事人是否在法律可容许的范围内处置“私权利”。事实上对大部分排除犯罪性的行为，在中国通说体系下仅以客体要件之规定性即可完全出罪。

学界过去之所以对排除犯罪性的行为作出“符合犯罪构成”的错误理解，其根源在于受德日刑法犯罪论三阶层体系的影响，将德日体系中第一阶层的“构成要件该当性”同中国体系的“犯罪构成符合性”相混淆。德日体系下正当防卫一类的行为通常被认为是符合构成要件该当性的，只是在第二层面违法性上再进行出罪判断（同中国体系的客体判断具有相似性）；而在中国体系下按四要件的属性则同样可以完成出罪判断，且在逻辑上由于客体要件的前置故较德日体系更容易导向性地形成出罪认识。〔4〕

（二）体系矛盾之澄清

如果就上述分析能够达成基本共识，则长期以来所存续的“体系矛盾”之疑虑自然得以澄清。对某些特殊行为之“犯罪性”的排除，所依循的标准虽在终极意义上的确表现为“实质上并不具有社会危害性”（这是绝大多数非罪行为的共有特征），但在分析方法及操作标准上却仍然可以并应该沿用四要件的理论进路，将构成体系自身所能够包容的意域尽可能扩展并贯彻到底。换言之，之所以能够“排除”行为的犯罪性，并不在于通常所错误认为的“符合构成要件再进一步作实质上不具有社会危害性”的排除性分析，而在于以犯罪构成体系本身所提供的析罪方法便完全

〔2〕 虽然笔者十分推崇并倡导自然法及自然权利的观念（参见冯亚东：《平等、自由与中西文明》，法律出版社2002年版，第三章），但仍然认为在实定法具体运作的层面，权利只能相对于实定法在不同情况下的认可才得成立，自然法更多只是支配实定法立法的一种理念而非司法的一种具体判断标准。并且，即使退到自然法的层面，也很难认可侵害人或避险相对人对身体或财物仍然享有权利。但在极为棘手的利益均等的案件中（如在不得已情况下损害他人的生命或健康以保全自己生命健康的案件），自然法和实定法都同样是要受煎熬的。

〔3〕 这里的分析针对大多数常态的正当防卫而言，对偶有发生的儿童（或精神病人）的侵害行为，应区别不同情况定性处理。如果明知对方系儿童，则只能实行紧急避险——只有不得已才可伤害对方，且必须控制在合理的最小程度内。如果不明知系儿童，则当然只能是进行正当防卫。此情况在法理上儿童并不因实施了侵害行为而丧失生命权或健康权（因其无认知自己行为的能力），故只能认为防卫行为已经符合了客体要件的规定性（侵犯了他人法益），只能是在主观方面要件上予以出罪，即行为人并不明知会发生“危害社会”的结果，是为了保护合法权益而实行防卫行为。对此类情况若作精细分类的话，并不属于“正当防卫”而是属于“可免责的防卫行为”。

〔4〕 关于我国四要件体系同德日三阶层体系的析罪差异，参见冯亚东：《中德（日）犯罪成立体系比较分析》，《法学家》2009年第2期。

可以直接出罪（有无社会危害性的考察在此已融入要件的分析之中）。

须说明的是，在犯罪论体系上将排除犯罪性的行为置于犯罪构成体系之外考察，是一种非常到位得当的安排。一则由于该部分内容庞大，置入任一要件中进行分析均显体例失调，可能冲淡对“要件（成罪的必要条件）”自身核心意义的理解；〔5〕二则因其至少涉及两方面要件（客体和主观方面），单独列示更便于以不同要件之规定性分别深入剖析，以从不同角度完整地揭示出罪理由；三则由于其本身在刑法性质上亦属同犯罪直接相关的一种特殊行为形态（在“过当”等符合四要件规定性的情况下仍然构成犯罪），将其置入“特殊形态”部分专门阐述，则可使犯罪论内部三大块之逻辑关系更为清晰。

故此，在同犯罪相关的特殊形态问题方面（或在约定俗成的前提下直接称为“犯罪的特殊形态之一”也未尝不可——这里的“犯罪”并非真实而仅指与其相关），将排除犯罪性的行为视为问题之一而紧随四要件体系展开分析，在体系安排上并无任何不妥，只是在具体阐述中应特别强调是在运用四要件原理对这类行为进行出罪分析。

以本文调整后的体系思路重新审视排除犯罪性的行为，可以对其形成一种以客观（客体）和主观（罪过）两个层面分别考察进而合取结论的分析方法。这种方法，应该说较之于德日犯罪论体系更为全面合理。它既可以避免德日体系下此类行为是否符合构成要件（构成要件与违法类型是否等同）、是否具备违法性（是形式具备而实质排除，如正当防卫；抑或形式和实质都具备，如基于被害人承诺的行为；还是两方面都不具备，如基于法令的行为）、是属于违法阻却事由还是责任阻却事由的争论，也更便于完整地从事不同方面阐明对行为出罪的理由。

德日体系下由于对正当防卫在违法性层面即完全出罪，在体系导向上无须再揭示该类行为在主观上的高度正当性（至少存在此种“导向”），因而不能很好发挥法律弘扬正义的功效。事实上但凡在较为疑难的涉及是否能够排除犯罪性的案件中（如实力悬殊的斗殴中寡不敌众的防卫、利益大致相等的紧急避险），不考虑主观层面及各种情境因素而纯客观的分析思路，对解决争议问题其实并无多少助益（而若进行主观面的分析，在违法性层面则势必与客观面绞缠不清）；而多角度（要件）的分析并进一步比较每一角度的“道理”，在道理与道理的冲突整合中推导出合情合理亦合法的结论，是非常必要和切实可行的。

在“排除犯罪性的行为”的称谓上，过去大多数刑法教科书因受前苏联刑法理论影响故称为“排除社会危害性的行为”，〔6〕而由上述分析可看出，在方法论上直接引起“排除”的决定性因素并非不具有社会危害性，而是基于体系性要件的缺损，故目前通行的称谓更显切题。现国内有教材借鉴德日刑法理论又改称为“正当行为”。〔7〕但此称谓似显离题太远——生活中的正当行为比比皆是，又何须刑法来专门操心呢？更何况“排除犯罪性的行为”与“正当行为”根本就不能

〔5〕我国刑法学者张明楷教授在其最新出版的刑法学教科书中，就将这部分内容置入“客观（违法）构成要件”中，所占篇幅达32页。参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第171页以下。

〔6〕在苏式体系中之所以称为“排除社会危害性的行为”，应该是同前苏联刑法学者对德国犯罪论体系的借鉴和改造有关。德国体系下认为该类行为是符合构成要件该当性的，只是进一步在违法性层面认为不具有实质违法性而出罪，故在德国三阶层体系下其本来标准的意义为“排除实质违法性的行为”（较之于“违法阻却事由”的提法更确切形象）。由于将实质违法性往往又混同于社会危害性，故前苏联的学者在四要件体系下改称为“排除社会危害性的行为”（该体系下并不直接产生违法性问题而只是出现社会危害性问题）。

〔7〕参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第134页。当代德日刑法理论中往往将“排除不法的根据”与“正当行为的根据”视为同一，在析罪逻辑上采取的是“非罪”（排除不法）即“正当”的表述方式。罗克辛认为：“一个符合行为构成的举止行为是违法的，只要没有一种正当化理由可以排除这种违法性。人们可以不谈正当化的根据，而来谈‘排除不法的根据’；在这里并不存在有什么有意义的区别。”参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第388页。

等同（如基于被害人承诺的行为和自损行为，至少在道德上是受指责的而并无“正当性”可言），排除了行为的“犯罪性”并不意味着行为就属于“正当”——在中国法律语境下根本就无法建立起这种转换联系。

三、犯罪构成与犯罪结束形态之关系

在刑法解释学上犯罪结束形态专指故意犯罪的结束形态。结束形态又分为完成形态（可理解为犯罪既遂）和未完成形态（包括犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止三个小类）。

（一）在体系协调上存在的问题

一般认为，刑法学上对犯罪构成的叙述——不管是总论对一般犯罪构成还是分论对具体犯罪构成，均是以完成形态为标本的。其理由是刑法分则本身对所有犯罪的规定，都是按实然犯罪之常态而抽象拟制犯罪的基本条件，即是按行为全部实行完毕且行为人意图已完整实现为规制蓝本的；与具体犯罪相关的各种异常情况，或由总则统而概之作原则性规定，或根本不需要规定而由学理解释并司法酌情处断；犯罪构成作为解说明刑法的一种工具，当然在解说路径及方法上应该尽量遵循立法前置性的“完成形态”思路。应当承认，这种分析思路是基本符合立法常规和理论逻辑的。

但问题在于：如果说犯罪构成是以完成形态为标本的，那行为的未完成形态显然并不符合“标本（或称基本的）的犯罪构成”；而标本的犯罪构成其意义就在于是对行为成立犯罪之最低度、最基本条件的概括——既然未完成形态在成罪之起码条件上都有缺损，那又如何能够成立犯罪呢？这是在中国犯罪论体系构造中一个十分棘手的逻辑自洽问题，虽然对司法实务无甚影响，但毕竟在关于体系构造的基础理论方面是一个问题。

在域外刑法学著述中，对上述问题的解决似乎较为容易，而容易之缘由在于其刑法的立法体例同中国刑法大有不同。以日本刑法为例，凡立法认为须处罚未完成形态的，均在分则个罪的基本罪状（描述的是实行行为且呈完成形态）之外，以专门条款标明“应当处罚预备（或未遂）”，于是在法典上便出现与前条“基本的罪状”相对应的所谓“修正的罪状”，据此在刑法理论上便可将犯罪构成分为基本的犯罪构成和修正的犯罪构成两类。这种分类及相应命名方式，在该类刑法体例下十分自然且较为妥适地说明了问题。

在中国刑法语境下，由于犯罪构成只是对刑法条文的一种解说性理论，而分则条文中又均未规定修正的罪状，故并不能直接由分则罪状产生“修正的犯罪构成”的提法；国内许多著述之所以作此分类，纯属学者们在观念中假设有这么一类与日本刑法相同的条文存在，而生搬硬套他国刑法理论的产物。事实上我国刑法对犯罪的未完成形态，只是在总则中作了原则性规定，并没有明确规定可以适用于哪些个罪；如果一定要强调我国刑法理论中也存在“修正的犯罪构成”，那便只能是一个存在于刑法学总论之中、没有明确的分则条文依据、没有明确具体犯罪可指涉的“犯罪构成”。在此意义上若强调“修正的犯罪构成”，纯属理论务虚而没有任何司法指导价值。考虑构造体系之简约实用要求，对这类只会添乱的概念最好不用。

（二）问题之症结

欲解开中国刑法语境下的上述死结（行为的未完成形态是否具备成立犯罪的最基本条件），须首先对中国刑法在分则罪状描述中的具体立法思路，进行一些细致的分析。以刑法第232条的规定为例，“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”该条文是对故意杀人罪的罪状及其法定刑的规定。从字面上看，并未强调

“故意杀人”必须是“致人死亡”，即只要主观上有“故意”并且客观上有“杀人”行为，即可满足条文字面规定而成立该罪，于此似乎可推导出该条文是以未完成形态为标本而写就罪状的结论。但是，就该条文之罪状与法定刑之间的事理关系而论，却又会得出相反的结论。

注意条文的描述，为“故意杀人的，处死刑……”，死刑是排在诸刑种之首位的。在我国刑法分则规定的420余种犯罪及法定刑中，只有故意杀人罪及少数几种犯罪采取了如此由重到轻的刑种排列方式（其余犯罪的法定刑均为由轻到重）。这种罪刑关系之布局体例，一方面反映出立法者顺应国民心态对故意杀人罪量刑之基本态度——为“杀人者死”；另一方面也直接显示在立法技术上此处省略了关键词“致人死亡”——死亡被视为故意杀人之逻辑性当然结果、当然要求首先考虑死刑之适用。惟作此解释，才可能将“死刑”同“故意杀人的”对等看待，以切实保证罪刑相适应基本原则的实现。

进一步分析，此处之所以省略“致人死亡”的表述，还具更为微妙且非常必需的理解运用条文之解读效果（不管立法者是否有此考虑，解释学都应予以挖掘）。一方面，罪状中省略了“致人死亡”的描述，其实丝毫不会影响司法视为其仍然存在的认识思路；对大多数致人死亡的常态案件直接引用条文定罪量刑，并不会认为条文中少规定了什么而案件中又多出了什么（将未规定“结果”的刑法条文与出现“结果”的案件事实，视为处于一种对等状态）。另一方面，不规定并不影响司法定罪量刑，而假设出现该规定却肯定会平添无数麻烦。假设对故意杀人罪按生活常态取完成形态为标本而规定为，“故意杀人致人死亡的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑”，显然在解读条文时会产生若干疑问。既然故意杀死了人，怎么会出现如此宽泛的量刑幅度（其实该幅度应该说是相对合理的）？既然杀死了人，怎么又会是“情节较轻”呢？法律首先是写给老百姓看的，首先能让他们从字面上接受并心悦诚服地化为观念形象和行为准则，凡是会引起歧义而又能够省略的内容，当然最好不写！

更麻烦的是：如果在故意杀人、强奸、抢劫一类严重的自然犯中，都作出同行为相连的逻辑性危害结果的规定，则在中国的刑法模式下会出现同其他构成结果犯完全混淆的状况〔8〕——在罪状中都同样强调实害结果以致无法区分；而中国国情下构成结果犯的规定又显非常必要（即立法对“犯罪”不仅须定性亦须定量），于是便不得不采用类似于日本的立法体例——在个罪的基本构成之后再规定修正的构成（强调不要求实害结果而处罚未完成形态）。〔9〕但若如此立法，新的更复杂问题则接踵而生——究竟哪些犯罪需要处罚未完成形态（如非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪是否需要）？这对处于法治初创、制度转型的中国来说，立法者实在是心有余而力不足（这需要对实务情况作大量的实证调查）。事实上反观我国刑法学界的研究现状，至今在各种著述中都未能开列出一个符合中国国情的、有充分说服力的须处罚未完成形态的罪名清单。

现实中有些问题，理论上可能暂时无能为力，而生活却把它自然而然解决得很好——也许我们上面所讨论的问题就属于此类现象。对本节一开始所提出的“棘手问题”，不管我们在刑法学

〔8〕我国刑法中通常所指的结果犯，实际上应该分为构成结果犯和形态结果犯两类——前者是指影响犯罪构成的结果（如过失犯罪的结果），后者是指不影响犯罪的成立而仅决定是属于何种具体结束形态的结果（如故意杀人罪的结果）。参见冯亚东、胡东飞：《犯罪既遂标准新论——以刑法目的为视角的剖析》，《法学》2002年第9期。

〔9〕日本刑法对杀人罪的规定在有修正的罪状（明确规定该罪处罚预备、未遂）的前提下，仍对基本罪状采取同我国刑法完全相似的写法，规定为：“杀人的，处死刑、无期或三年以上惩役”，也省略了对死亡结果的描述。其省略的缘由应该与我国有相似之处但仍存在不同——由于日本刑法在分则中明文规定有修正的构成要件，故在基本的构成要件中只是出于“理解上的多余”而对危害结果予以省略（事实上是可以添加的）。但在中国刑法中，却无论如何是不能写明的，否则便同构成结果犯（如大量的经济犯罪）相混淆。

理论上对之能否合理解释并如何重新构造,对立法设罪和司法定罪事实上基本不会产生负面影响,在刑法的条文规定方面并没有什么冲突而在司法的理解适用上也并无太大困惑。由于司法实践中所处理的犯罪未完成形态,基本上都属于严重危害治安秩序的自然犯(杀人、强奸、抢劫一类);因系自然犯,人们自会对其有一种约定俗成代代相传之成罪基本模式的理解。尽管刑法对一些自然犯的规定较为模糊并不完整,但并不影响司法只是在形式上引用分则相关条文处理大多数常态(完成形态)案件,根据刑法总则第22—24条的规定处理少数非常态(未完成形态)案件。事实上司法对大多数案件的所谓“依法”处理,只是法治国家所必不可少的一个象征性符号。

(三) 解惑之途

通过上述分析可看出,尽管犯罪的未完成形态同犯罪构成之间存在体系方面的“脱节”问题,但对立法及司法实际上并无影响,应该说基本上是属于犯罪论之理论构造的务虚性问题。而如果对我国犯罪论之基础理论作细致厘析,其实仍然可以在通说体系下找到一种合理的解说方式。

刑法学中的犯罪论,只是学者们自我解读刑法所形成的理论工具,它在本体存在形式上完全不同于刑法本身;即使认可刑法条文中存在着一种法定的犯罪构成,它与学者们从理论上所建构的犯罪构成也并不等同。在我国通说性的理论化犯罪构成中,事实上并非是对某一个或某几个罪状之规定的简单照搬,而是考虑所有条文对不同犯罪的不同规定方式(包括未完成形态和共同犯罪),将其化约为成立任何犯罪均必须符合的最低度之要件体系。在这样的体系预设下,本身就是以日本刑法语境下的“修正的构成要件”为理论参照系和结构支点的——以此为观念蓝本而构造基本体系,故一开始就根本不存在“基本”和“修正”的构成要件的区分问题。

在犯罪客体要件中,往往特别强调“犯罪行为所侵犯”包含着“可能侵害”之最低度意义——以包容犯罪的各种未完成形态;在犯罪客观方面要件中,更是精心区分共有要件和特有要件——危害结果并非任何犯罪必备之共有要件,只有危害行为才具此基点或“共有”的意义;而对“危害行为”之定义又只是强调“为刑法所禁止的身体的动与静”(于是当然可以涵盖未着手实行的预备行为)。在符合最低度条件之“犯罪构成”基础上,完成形态与未完成形态的分层讨论、预备行为与实行行为的进一步界分,均是划归“犯罪的特殊形态”部分去另行专题解决的。

在这里,存在的仅仅是一般与特殊的关系问题。在中国犯罪论体系的理论建构中,对犯罪构成一般性条件的阐述,是以“危害行为”而并非是以德日刑法体系中所刻意强调的“实行行为”为理论基点的,故既可以指涉实行行为也完全可以包容各种非实行行为(预备行为、组织行为、帮助行为和教唆行为);^[10]而对各种非实行行为的具体界定,则是其在被视为完全符合一般性条件规定的基础上,作为一种“特殊”而专门处理。由此可以得出结论,中国通说体系下其实并不隐含前述的所谓“棘手问题”(应属于伪问题);我们通常所认为的“犯罪构成是以完成形态为标本”之提法,其实主要是受未能准确区分“法定”与“理论”之不同犯罪构成的观念定式所影响。

由上可见,中国刑法学通说在对“犯罪构成”进行理论建构时,其暗含的观念蓝本(标本形

[10] 虽然我国刑法之立法本身的确是以“实行行为”为观念蓝本的,但解释学的理论为兼顾理论体系的完整与简便,可以不直接承袭这一思路而将其解释为“危害行为”(事实上通说体系也的确如此)。于此,也就可以在解释学上认为我国刑法中对涉及形态结果犯的犯罪之规定(如故意杀人罪),在设罪之体系逻辑上是以未完成形态为成罪标本形态的(构成结果犯除外),结果是否出现并不影响定罪而只是决定是属于完成还是未完成的不同形态,即是以德日刑法中“修正的构成要件”为基点的。

态)仅为“一人犯一罪”,并不等同于德日刑法学中所强调的“一人犯一罪并系实行行为且为完成形态”;实行行为和完成形态只是“一罪”应有之义中之主要、常态的内容,尚还包括次要、异态的非实行行为和未完成形态;主要与常态、次要与异态,共同组成了标本之“一罪”的全部内容。在这种意义的“一罪”中,实行行为事实上只是被视为成立犯罪之核心、关键的一种动作。虽然在大多数犯罪中都还先前性地存有“预备”的辅助性动作,但往往在“标本”的讨论中被忽略不计或稍稍提及;而对其中必然会少量存在的因各种主客观原因停留在未完成阶段也仍然成立“一罪”的情况,则只须在认为符合“标本形态”的基础上另行以专章形式作细致分析(否则在体系构造上对标本形态的分析会异常复杂)。

四、犯罪构成与共同犯罪之关系

中国刑法理论上犯罪构成之标本形态,准确的表述应为“一人犯一罪”——可包容各种非实行行为;而犯罪论中之共同犯罪,则是在标本形态只是“一人”的基础上,研究“数人”犯一罪所产生的特殊条件及诸多特殊问题。一般的犯罪构成及其四要件之原理及内容——作为基础性理论和前提性条件,对共同犯罪之特殊形态完全适用。

(一) 中国体系之基本分析路径

在中国犯罪论体系下,对共同犯罪的论述完全是在犯罪构成四要件体系的基础上展开的。共同犯罪成罪之基本条件同作为标本的犯罪构成四要件相比较,为一同三异,即客体要件相同(均系一罪,故都只侵犯一客体——虽在部分犯罪中对客体的侵犯有所加重,但基本形态不变),其余三条件在标本条件之基础上均有所变异(但同标本条件并不冲突)。

因讨论重点在于“数人”犯一罪,故将主体条件提前首先论及,凡不符合一般犯罪构成之主体条件的人,均不得纳入“数人”之范围,视为被他人支使利用无意志的“工具”。分析伊始便从共同犯罪人中将无责任能力人予以排除。在此,事实上采取的是一种“去人留物”的分析思路,即对无责任能力人一开始就不考虑诉讼措施及刑事责任问题(但对有作证能力的儿童可能会以“证人”对待),而只是将其所实施的行为(动作)如数记录在案,以全盘把握数人“共同”的危害行为、各自的分工形式及作用大小。

就诉讼措施而言,中国体系同德日体系其实并不会出现太大差异,德日的刑事司法活动中对大多数的儿童或精神病人,也全无可能列为“被告人”而同正常人一起进入诉讼程序(即仍然会采取“去人留物”的做法)。两大体系真正的分析差异,只存在于司法者观念中循体系要求如何“切入”事案,以及如何称谓的技术性表述问题。德日体系按行为分工的不同将无责任能力人直接纳入刑法进行正式的评价(但又不可能列为“被告人”当庭审理,故只能是一种观念虚拟),并称为“正犯”(实行犯)或“共犯(帮助犯)”;而中国体系下至少在公开的司法裁判和法律文书中不能如此表达,且存在一种能否称为“共同犯罪”的语词尴尬。

在主体属于适格的“数人”之前提下,再进入客观方面讨论数人是否存在“共同行为”,而其理论基础仍为犯罪构成之客观方面要件,只是着重论述何谓“共同”行为,共同行为的成立须具备哪些专门条件(无责任能力人在客观上所发出的动作事实上是纳入考察视野的,否则无法完整地认识案件)。在共同行为成立的基础上,最后再进入主观层面讨论“共同故意”问题——运用犯罪故意的一般原理进一步揭示“共同”故意的特殊之处。在这种体系设置之要求下,个案的具体事实只有完全符合三方面条件各自的规定性,数人的行为才最终能够被认为成立共同犯罪。

(二) 中德(日)体系之路径差异

在中国犯罪论体系之视野下讨论共同犯罪问题，切不可简单照搬德日刑法理论及其叙事话语。德日体系下因体系自身构造所产生的问题，对中国来说可能就是伪问题或纯属一种理论务虚问题。如共犯之“独立说”和“从属说”之争，本系德日体系因三阶层之体系构造所引发的问题——对符合构成要件该当性、违法性两阶层之共同（犯罪）行为，再进入有责性阶层分别确定不同行为人各自的责任归属。在这种阶层体系对共同犯罪的分析视野下，其核心焦点在于帮助犯、教唆犯同实行犯（正犯）之关系，是“独立”还是“从属”于实行犯；当实行行为并未实施或实行犯责任能力欠缺而不负刑事责任时，对其余各犯该如何认定（是否符合构成要件）以及如何分配刑事责任。在德日体系下该问题的讨论自有其必要性，但在中国体系下却未必需要借用此分析模式。

在中国刑法语境下之基础理论方面，共同犯罪系数人犯一罪。在成立犯罪的客观方面，对须评价的行为首先应视为与单独犯罪（即标本形态）完全相同，在刑法意义上只存在“一个”危害行为，而其变异性在于该一个行为是由“数人”分别发出的动作组合而成的（单独犯罪中一人的行为是由该人分别的动作组合而成）。在司法处断中，司法者只能对由组织、实行、帮助和教唆之不同行为（动作）而组合的“一个”整体行为进行完整意义的法律性质评价，不可能也不应该对各犯的行为分别定性评价，只能区分“组织”、“实行”、“帮助”或“教唆”的动作意义，以把握整体行为的不同组成部分。一旦分离开来看待，除实行行为尚具刑法规制意义外，其余行为的性质可能属于中性抑或正当（如共同犯罪中只负责购买作案工具、专分工做饭）。

在德日体系下，由于是以“构成要件”为理论体系之立论原点的，而构成要件又被认为是对“实行行为”的描述，故这一思路很自然就成为建构共同犯罪理论体系之基石；且由于共同犯罪中数人的行为表现形式不同——符合构成要件全部规定性的行为当然属实行行为，其犯罪人自然属于实行犯；相对于其余参与者而言，共同犯罪中的实行犯即为“正犯”，其余各犯为“共犯”——在对正犯进行“帮助”或“教唆”而共同参与的意义上也成立犯罪。由于德日犯罪论体系之全部重心都倾注在构成要件该当性上，而该当性中又是以实行行为为核心的，故任何偏离实行行为（如间接正犯）或缺乏实行行为之其余行为，都会成为非常严重而又十分复杂的问题。在此语境下讨论共犯是“独立”还是“从属”于正犯，实有必要。单看共犯的行为（帮助犯和教唆犯），并不符合基本的构成要件，尚需要借助“修正的构成要件”一类的提法予以补足。

而在中国犯罪论体系下，是以作为共有要件的“危害行为”为逻辑分析起点的——完全可以包容任何客观意义之“犯罪”行为。在成罪基本条件的层面上并不刻意区分“实行行为”与“非实行行为”，不管是一人还是数人作案，均视为只存在一个危害行为，均符合一般犯罪构成之规定性（并不存在“基本的”和“修正的”构成要件问题）。只是在进入共同犯罪特殊形态问题的讨论时，才需要考察不同行为人的分工与配合形式，以进一步确定是“单独”还是“共同”成立一个危害行为。即使实行犯未实施实行行为而帮助犯实施了帮助行为，则至少在理论上已经可以成立共同犯罪的未完成形态（并不会陷入共犯“从属说”或“独立说”的理论困境）。^{〔11〕}

从更深一些的层面观察，中国刑法强调的是主客观相统一的立场，而德日刑法更多强调的是客观主义立场——立场不同则视角及结论自然不同（也会影响体系之构造）。中国体系下对共同犯罪之认识，是在一种更为广阔也更能聚焦的视野下进行，在广阔的“数人动作、数个故意”视

〔11〕 在现阶段中国的司法实务活动中，缺乏实行行为的共同犯罪基本上不成为需要重视的问题——或是在证据方面难以认定其余的“共犯”是否存在，或是因为无实行行为故“情节显著轻微”不认为是犯罪。中国人的法律观和犯罪观同德日存在极大差异（德日的观念下对各种琐细行为都须作刑法评价），且很难用是非对错的标准来衡量——均系长时期的历史过程所形成也只能在长时期的进程中逐步转变。

野中,始终要把握的只是“一个(共同)行为、一个(共同)故意”之问题焦点。换用德日刑法的讨论语言,则共犯根本就不可能存在什么“独立性”问题——只有一个行为和一个故意,当然也就只符合一个犯罪构成(既不存在更不需要讨论各犯分别对犯罪构成是否符合的问题)。^{〔12〕}至于共同犯罪之量刑责任须因人而异各自独立承担,则属于另一层面的问题——根据“动作”之作用大小分别量刑,在该层面才出现对共同犯罪“人”的法定分类问题,即主犯、从犯、胁从犯和教唆犯(当然,这种主要基于量刑之需要所作的分类,反过来对如何定罪也会产生弱影响)。

(三)对我国刑法关于共同犯罪人分类的解说

我国刑法第26、27、28和29条,对共同犯罪人的法定分类分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯,并不存在“正犯”的规定(故正犯这一概念不能被直接用于中国刑法理论及司法实践,否则将造成极大混乱)。在分类的逻辑标准上,亦分别使用了三种不同标准——即作用标准、分工标准和原因标准。首先,对主犯和从犯的区分采用的是作用标准,即根据各个行为人在共同犯罪中所起作用的大小而分出主从犯;在此宏观分类下主从犯中又分别包含着采分工标准的再分类——主犯又分为组织犯和主要实行犯,从犯又分为次要实行犯和帮助犯。其次,再采原因标准将从犯分为一般从犯和胁从犯(只有符合从犯的规定性才可能进一步认定胁从犯——虽被胁迫参加犯罪但在共同犯罪中起了主要作用,便不能再定胁从犯)。最后,又采分工标准单独界分出教唆犯(在量刑时根据其作用大小参照主犯或从犯处罚)。

我国刑法对共同犯罪人的分类是非常科学和合理的,对刑法学理论进一步揭示立法设定共同犯罪制度之基本精神,具有高度的提示性;法律之所以需要专门规定共同犯罪制度,其核心要害就在于“打击首恶”。但遗憾的是,不管是强调主客观相统一的中国通说体系还是持客观主义立场的德日体系,对刑法为什么要专门规定共同犯罪制度的立法精神均未能很好揭示(反过来,对生活中客观存在的共同过失犯罪现象,为什么法律特别作出“不以共同犯罪论处”的规定,也未能很好揭示)。问题可以简化到如此程度:甲一人去偷一头牛,同甲又邀约乙去偷一头牛,两案有哪些不同(客观上对法益的实害相同)?这些不同为何需要并足以引起法律的特别关注(真的需要关注吗)?假设甲单独偷牛应处刑2年,那甲邀约乙共同偷牛对甲又该如何处刑——是否应比照单独犯从重处罚高于2年?

在理论上,对从犯应当比照主犯从宽处罚,这无疑是合理的;但对主犯则不应比照从犯从重处罚,否则将陷入循环比照的怪圈。根本的问题在于:对主犯是比照单独犯处罚(德日刑法即属此做法),还是比照单独犯“应当从重处罚”?共同犯罪制度的设计,是否应该体现一种“打击首恶”的制度精神(这又表现出一种所谓“主观主义”的立场)?对这些基本问题的回答,将引起我们对共同犯罪制度的全面反思——对若干边缘性问题是否纳入共同犯罪的规制范围(如片面共犯和承继共犯),都有可能重新厘定。^{〔13〕}

在中国刑法通说理论中,根据法律的细微规定从客观方面将共同行为(扩展为行为人)按分

〔12〕 由于在缺乏实行行为而有教唆行为的情况下,根本就不存在“共同”犯罪问题,故在此讨论教唆犯的“从属”毫无意义;而视为其“独立”也只能是停留在理论上——实践中是不可能单独定罪的。

〔13〕 我国1979年刑法第23条规定:对于主犯应当从重处罚。而1997年刑法取消了这一规定。但从立法应有之精神考察,1979年刑法的规定在法理上仍然是成立的。共同犯罪是相对于单独犯罪而言的,对共同犯罪中主犯的量刑应当重于单独犯罪人,否则对共同犯罪的制度设计便失去“打击首恶”的实质意义(反而平添讼累,故对生活中客观存在的共同过失犯罪,法律规定不以共同犯罪论处)。对主犯的量刑只能参照所犯罪行之单独犯罪的犯罪人的量刑——此为从重处罚的参照系,没有参照系则“从重”或“从轻”均失去评判的基础性标准;对从犯从宽处罚的参照系为主犯,而胁从犯为从犯,对教唆犯则应按照所起的作用比照主犯或从犯处罚。

工标准,分为组织、实行、帮助和教唆四种形式(相应形成四种犯罪人),较德日刑法多出一种组织行为(组织犯)——指共同犯罪中的邀约、策划、指挥一类“非实行”的行为。组织犯一概念具有十分重要的实用价值,它可以大大简化共犯的理论标准并降低司法处断的难度。如果能对其内涵外延作准确厘定,则可以吸收德日刑法中教唆犯的大部分内容(对组织犯在裁判时只能直接按作用标准认定为主犯)。剩下的狭义的教唆犯(单纯的“造意”)其实在司法实践中非常罕见(裁判时只能定为教唆犯),且在诉讼中几乎都无法达到“排除合理怀疑”的证明标准,故法律虽有明文规定但其实用价值甚微。^[14]我们过去对组织犯与教唆犯的区分远远重视不够,甚至受德日教唆犯理论影响将二者完全混为一谈;往往以理论上教唆犯的标准来认定事实上的组织犯,致问题被人为复杂化。可能主要受此诱导,长期以来司法实践中裁判的所谓“教唆犯”,其实基本上都属于组织犯(应直接定为主犯,极个别情况下可能成立从犯)。

由于日本刑法及学说理论中并无组织犯概念,故对在共同犯罪中进行邀约、策划、纵容、指挥而并不亲临作案现场的犯罪人(如黑社会组织或恐怖组织的精神领袖),便只能划归教唆犯——但如此一来势必出现放纵此类犯罪人的现象。出于对处理“奥姆真理教”在地铁内大规模施放毒气一类案件首犯的实际需要的考虑,于是不得不提出“共谋共同正犯”的概念,以将此类犯罪人直接以正犯论处;但又同正犯即等于实行犯(实施犯罪实行行为的人)的理论冲突。这是德日刑法共同犯罪理论中的一个悖论。并且,相对于实行犯,对组织犯的意义也很难用“从属说”、“独立说”一类的分析范式进行解说。

再如间接正犯与共同正犯的区分问题,在日本刑事司法及刑法学理论中均属高难度问题——需要对参与共同行为的不满14岁儿童的具体行为能力、具体认识状况以及在案件中支配或被支配的程度作出判断。此做法主要属于由日本刑法理论三阶层构造而引发的问题,需要在该当性和违法性层面对“共同行为”的刑法性质分别作出判断,在责任层面最终成立犯罪的正犯只需分担自己应承担的部分责任(并不需要对全部犯罪担责)。对“行为”之可罚性的判断与对“行为人”可罚性的判断是截然分离的。

而在中国刑法理念及构成体系下,法律拟制假设任何不满14岁的人均绝对无刑事责任能力,不需要也不太可能“实事求是”进行具体分析(中国司法的实际能力相对较弱),故在这类案件中只能认定“间接正犯”即间接实行犯,并不认为存在与“共同正犯”的区别问题(由间接实行犯承担全部刑事责任)。^[15]至于诸如13岁的儿童(实施实行行为并起主要作用)与15岁的少年(实施教唆行为并起次要作用)共同抢劫的案件,在中国刑法理念下虽然只能视为是15岁的少年一人单独犯罪应承担全部刑事责任(根本无须关注并讨论13岁儿童的具体能力情况),但司法仍然会在量刑层面上基于情理而在法律许可的范围内给予从宽处罚。

[14] 实践中绝大多数有教唆犯的共同犯罪案件,均由于证据问题而无法进入诉讼程序。笔者在20多年的刑法学研究中,只见过一例进入诉讼程序的典型的“教唆犯”案件,且最终仍然由于证据问题只得作无罪处理。基本案情为:母亲因丈夫经常在外偷情而恶狠狠地对儿子说:“把你老爸的脚筋挑了,看他还晃不晃(指在外鬼混)!”于是16岁的儿子当晚趁父亲熟睡,用刀割断了父亲的脚筋(为重伤)。该案在处理时母亲辩解:我只是气急了说的气话,说气话不等于犯罪;不是真的想叫儿子犯罪,如果知道一定会制止的;自己内心里对丈夫仍然是舍不得的,否则早就离婚了。对此很难判定被告人是否属于狡辩,而教唆犯又不能由过失构成。

[15] 关于中日刑法对间接正犯与共同正犯认识之差异,参见陈兴良《犯罪论体系研究》,清华大学出版社2005年版,第7页以下。笔者认为,在中国既往的犯罪论体系及语境下,并无必要引入“正犯”、“共犯(狭义)”一类的概念,否则会增加诸多不必要的语词及理论混乱。中国语境下对正犯应直接称为实行犯(包括直接实行犯和间接实行犯),而共犯则应是指所有的共同犯罪人。

（四）中德（日）体系之不同责任分配

由上述分析可看出，德日体系和中国体系之不同构造及相应理念，要害的问题不在于谁在技术上或分析方法上更简便、更能澄清问题（各有所长亦各有所短），而在于实质性的对不同行为人责任的分配与落实问题。

在分析技术上，两种体系各有利弊：德日理论在犯罪论基础体系的构造方面本身就刻意向“共犯论”倾斜——认为“共犯论是体系的试金石”；^{〔16〕}强调无责任能力人在该当、违法的客观层面已成立“共同犯罪”，且在有责性层面往往也具故意，只是因责任能力欠缺而阻却其责任。而中国体系按四要件之序列排定，从客体到客观方面，至多只能分析出“共同行为”因后置的主体要件缺损，而并不成立共同犯罪（并不符合法条中“二人”的规定性）；甚至在共同犯罪“三条件”的小体系中，因主体要件前置而可能难以全方位进入“共同行为”的评价（部分参与者可能属于无责任能力人）。在此问题上，可以说德日体系属于一种偏重于客观事实而“实事求是”的分析思路，而中国体系呈一种偏重于规范拟制而“忽视”客观事实的简单态度。

但在实质性的处罚问题上，两种体系所引导之结论却大有差别。除了不予重视“主犯”问题外（正犯只相当于单独犯），德日体系强调共同犯罪中应“各负其责”——反之则各免或各减其责，其余犯罪人往往并不需要为无责任能力人分担责任。而中国体系下刑事责任则全部转嫁至有责任能力人一方——实际上是从刑事政策角度向社会昭示：即使做坏事也应慎重选择“伙伴”（搞清楚伙伴的年龄及能力状况——离小儿童和精神病人们远一点），否则一起干坏事得替其“吃不了兜着走”。至于这种责任方面的分配差异孰是孰非，显属另一层面即刑事政策与社会效果的问题——向社会传递此种信息是否必要与合理的问题。

五、犯罪构成与罪数形态之关系

共同犯罪研究的是“数人犯一罪”问题，而罪数形态研究的是“一人犯数罪”的问题；正是受这种“对称并列”直观现象的提示，我国近年来的刑法学教科书均将罪数形态的内容从刑罚论中移至犯罪论，视为是犯罪的一种特殊形态问题而进行阐述。

从形式上讲，一人犯数罪（特殊形态）与一人犯一罪（标本形态）在犯罪构成方面的区别十分明显；同一行为人，其实施的行为如果分别符合两个以上的犯罪构成，对“一人”而言即为“数罪”。正因为通常对数罪的认识均采如此简单的判断方式，故形成学界区分一罪与数罪的通说性标准——犯罪构成个数说（符合一个为一罪、符合两个以上为数罪）。但如果问题真如此简单，则在犯罪论中专设罪数论几属多余。

在刑法解释学的领域，创制理论主要是为了解决问题而非刻意为了理论完整；一种理论再完整，如果不能解决问题，终属无用的理论。通说在罪数标准问题上采犯罪构成个数说，显然是为了保持理论完整即保证犯罪构成在整个犯罪论中的核心地位，但通说过分夸大了犯罪构成对罪数问题的区分作用。事实上生活中之具体事案，在大多数情况下即使不提出罪数标准问题，也自然而然清清楚楚：张三前天抢劫昨天又强奸，当然应该成立数罪（在此讨论罪数标准纯属务虚）。而一旦真需要一种标准区分罪数以解决具体问题，我们会发现所谓的“犯罪构成个数说”并无实际划界作用。

以通常讨论的“非数罪的若干情况”（实为一罪）为例，其一般又分为三大类八小种，即实

〔16〕 参见〔日〕松宫孝明：《日本的犯罪体系论》，冯军译，《法学论坛》2006年第1期。

质的一罪（下再分继续犯、想象竞合犯和结果加重犯三种）、法定的一罪（下分惯犯和结合犯两种）和处断的一罪（下分连续犯、牵连犯和吸收犯三种）。在实质的一罪中，其“实质”之含义为行为人所实施的行为，在自然形态上只能视为“一个”（如继续犯）或本来就只有“一个”（如想象竞合犯和结果加重犯）；但以犯罪构成个数标准看，至少想象竞合犯已符合“两个”犯罪构成（若取“法益侵害标准”亦为数罪）；之所以只定一罪，是以“行为”为定罪基点而取“一行为不二罚”之标准。^{〔17〕}

在法定的一罪中，惯犯和结合犯本来都属于非常标准的“数行为符合数构成”的数罪情况，而之所以“以一罪论”，是因为刑法另有更具针对性之评判罪名及相应的加重法定刑（如我国1979年刑法第152条关于惯窃罪和惯骗罪的规定），是在多重符合之中根据“最重之符合”标准而定罪——由最重之符合而将数罪再行归聚为一罪（既处置简单又符合罪刑相适应原则）。在此若单纯强调犯罪构成个数，则不会有助于认识而只能导致混乱。^{〔18〕}

在处断的一罪中，情况及标准更为复杂。既曰“处断”的一罪，其暗含的意思即为本来属于数行为而法律也规定为数罪，但司法却仍然可以行使自由裁量权而自行“处断”为一罪——在此离犯罪构成个数的标准更是相差万里。在连续犯中，是否定一罪往往取决于罪刑相适应标准，如行为人多次毁弃他人信件（每次数百件），则应当视为同种数罪而予以数罪并罚（侵犯通讯自由罪对法定最高刑仅为一年有期徒刑）。在牵连犯中，是否定一罪又往往取决于约定俗成（其中又有深刻道理），对盗窃犯肯定没有必要再定窝藏、销售赃物一类的罪名，对盗枪犯也无必要再考虑非法持有、私藏枪支罪（均属于结果牵连犯）。在吸收犯中，处断为一罪之标准更是五花八门，随案而异，如杀人后又割走女性被害人生殖器（已构成侮辱尸体罪），若予以数罪并罚则真有诲淫诲盗之嫌（由于涉及到“隐私”问题，故若定数罪则必然导致对全案均不能公开审理，且必须在公开的法律文书中描述定罪的事实及理由，而对量刑却并无任何实际意义）。

正因为上述问题的客观存在——即在犯罪论中以“特殊形态”的视角研究非数罪的若干情况，试图将罪数问题视为犯罪的特殊形态之一并以犯罪构成的基本原理予以阐明，但其实又不太可能提出真正有划界意义的罪数标准，故我国刑法学界早期（上世纪90年代以前）的著述在体例设置上大都将该问题置入刑罚论之内讨论，视为是无须并罚的“数罪”（称为“非数罪并罚的若干情况”），主要从合理量刑即罪刑相适应的角度考虑是定一罪还是数罪（一种侧重于解决实际问题的所谓“问题式思考”，而非考虑体系完整性的“体系性思考”）。显然，就务实解决问题之可行性而言，过去的体系安排虽然看似并不符合逻辑自洽性（行为是否成罪、是成一罪还是数罪），但却比现有体系更抓住“罪与刑应保持均衡”的要害且简明有效得多（现有格局明显是受德日犯罪论之布局影响）。

须说明的是：提出以上问题并非是要否定犯罪构成对罪数形态之制约关系——该制约关系在宏观全局上肯定也是存在的（在罪数问题上也全无必要再回到早期体系）。在大多数常态案件中

〔17〕 例如，被告人某甲趁一老妇不备，从后拽走老妇的手提包（内有价值5000余元的各种财物）。老妇因被拽受惊倒地致尾椎压缩性骨折（为重伤）。该案中某甲在自然形态上只实施了一个“拽”的行为，但却同时造成了他人“财产法益受损”和“健康法益受损”两个危害结果，而该一个行为与不同结果的组合又分别成立了抢夺罪和过失致人重伤罪。对此案若定数罪是否违背“禁止重复评价”的法治原则，尚存争议。若以“行为”为定罪基点（禁止对“行为”重复评价），则属于违背该原则，故只能“择一重罪”，但若以“法益”为定罪基点（只是禁止对“法益”重复评价）则可以认为并不违背，故对某甲应当数罪并罚。

〔18〕 限于在实体法罪数意义上讨论问题（而非犯罪学或犯罪心理学），我国现行刑法中已没有惯犯的规定（结合犯从来都没有）。参见陈忠林主编：《刑法总论》，高等教育出版社2007年版，第198页以下。

罪数问题事实上仍然是按犯罪构成的个数为区分标准的（尽管这种区分已简单到根本不需要专门提出标准问题，但并不影响理论上对宏观标准的确立）。在总体上如果不能确定每一犯罪成立之基本条件，便根本无从讨论罪数问题。但确定了基本条件也并不能真正解决罪数区分之疑难，仍然需要对具体问题作具体分析，以确立有实际划界意义之具体标准。

Abstract: Constitution of a crime is the generalization of the basic elements of a crime by criminal theory. There exists one kind of derivative relationship, that is, a “general—special” relationship, between the constitution of a crime and its special forms. However, following the criminal theory of Soviet Union, our popular theory has not made proper interpretation and arrangement for this kind of relationship, so that there have always been heated debates on the problem of logic framework in academic circles. This article aims to analyze such relationship.

Firstly, act without criminality refers to the act which looks like a crime but is permitted by criminal law, such as justifiable defense and emergency action. In the view of the constitutive elements of a crime, such act does not satisfy the basic constitution of a crime, with the criminal object and the subjective aspect in absence.

Secondly, according to criminal theory, intentional crime can be constituted by complete or incomplete act. The incompleteness of a crime includes the preparation, attempt and discontinuance of a crime. It is generally hold that the basic constitution of a crime is based on a complete crime, but through close analysis of our basic theory of crime, the incomplete form of crime can also be reasonably interpreted according to constitution of a crime.

Thirdly, complicity in the criminal theory aims to study on the special conditions and special problems when several persons commit one crime. The doctrine and content of general constitutive requirements can be applied into the special form of complicity.

Lastly, compared to complicity, the problem of quantity of crime will arise when one person commits several crimes. Although the constitution of a crime is the basic criterion to determine the number of crime, the concrete judging criteria should be established by the concrete analysis of specific circumstances. In this view, our popular theory has exaggerated the significance of constitution of a crime to the quantity of crime.

Key Words: constitution of a crime, act without criminality, incompleteness of a crime, complicity, quantity of crime
