

犯罪构成要件理论的论争及其长远影响

周光权

(清华大学法学院,北京 100084)

摘要:近年来我国刑法学界关于犯罪构成理论的争论,触及了方法论上的体系思考这一关键问题,必将对我国刑法学的未来发展产生长远的积极影响,值得认真回顾总结。四要件说整体观察、全体性思考的方法将违法和责任混同,难以突出分析重点,且在共同犯罪、正当化事由的处理上存在明显“硬伤”。在我国刑法学中,立足于刑法客观主义立场,为降低“改革成本”,防止理论建构在技术上过于繁琐,建构超越四要件、三阶层的争论且顾及实务操作便利的犯罪论体系是完全可行的,多种犯罪论体系并存的格局也属正常。无论犯罪论体系如何建构,都必须将违法和责任清晰分开,确保对客观面的判断在前,并一体地解决共犯论等其他关联问题,至于是否采用阶层论的术语则并非关键。目前国内有影响的几种主要改造方案基本上都能够满足上述要求。认识到这一点,我国刑法学者今后就不再需要有“择边站队”的潜意识,从而减少关于犯罪论体系的抽象争论,转向思考具体问题的解释妥当性。

关键词:犯罪构成四要件说;阶层论体系;客观主义;比较研究

中图分类号:DF61 文献标识码:A 文章编号:1005-9512-(2017)03-0017-18

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2017.03.002

犯罪构成要件理论是刑法学中的关键问题,牵一发而动全身,因此,其一直是我国刑法学界研究的热点问题。自20世纪80年代以来,我国刑法学界关于犯罪构成要件理论的争论就一直没有停止过。最近十多年来,关于犯罪论体系的争论达到了较为激烈的程度,犯罪构成四要件说(以下简称:四要件说)面临很多批评,但其支持者也进行了一些回应,阶层的理论成为非常有力的主张。近年来,关于四要件说和阶层式犯罪论体系的争论,与刑法基本立场的转变有关,刑法客观主义由此更好地得到实现;也与司法改革的不断推进,纠正冤假错案的力度加大有关,因为司法精细化势必要求认定犯罪的理论精巧化。这场争论,几乎吸引了我国刑法学界所有重要的学者,触及了方法论上的基本问题,为刑法学发展带来重要契机,必将对我国刑法学产生长远的积极影响。如今,这场论争的激烈程度虽然似有减弱,但很多疑问仍然没有解决:四要件说的“硬伤”究竟在哪里?阶层论的方法论意义是什么?实务上如何对接阶层理论?这场争论为未来的刑法学研究留下了什么遗产?关于犯罪构成理论的继续争论是否还有必要?笔者于本文中试图对上述问题进行讨论,以求教于方家。

作者简介:周光权,清华大学法学院教授、博士研究生导师。

一、犯罪构成四要件说: 批评及其回应

(一) 论争过程的简要回顾

1. 四要件说内部的争论阶段

在四要件说的指导下,我国刑法立法与司法实践自新中国建立以来,经历了半个多世纪的风雨历程。自上世纪 80 年代以来,不时有学者对四要件说提出质疑。但是,争论的早期仅仅停留在“要件”理论内部的争论,即究竟是采取二要件、三要件、四要件还是五要件。^①这一水平线上的争论一直持续到上世纪 90 年代末。例如,张明楷教授在 1991 年曾经肯定三要件论,即仅承认四要件说中的客观方面、主观方面和主体要件,否定犯罪客体要件。^②在其 1997 年出版的刑法学教材第一版中,还勉强维持了四要件说。^③只不过到了本世纪,他的主张有了彻底变化。肖中华教授在其 1999 年的博士论文中也主张,虽然平面式的四要件说总体上是合理的,但将犯罪客体作为犯罪构成要件的内容明显不当,宜将其排除,按剩下的三要件定罪,排列顺序依次为犯罪主体要件、犯罪主观要件和犯罪客观要件。^④很显然,肖中华教授和张明楷教授的早期观点大致相同,即都否认犯罪客体要件在犯罪构成中的地位,只不过在要件的排序上有所差异。杨兴培教授在 1999 年撰文指出,只有犯罪主观要件和客观要件对于定罪有意义,前者是定罪的内在根据,后者则是外在根据,因此,只有二要件说是合理的理论。^⑤这种停留在四要件说大框架下争论问题的风格,在 2002 年全国刑法学年会(西安)上,继续得以保持,会上提交的近百篇与此主题有关的论文,仍然以四要件说为底色分析犯罪构成理论的改革问题。^⑥这说明,以四要件说为核心的新中国刑法学在其建立之后,一直延续 50 余年,其间刑法学界对四要件说并未提出根本性质疑。

2. 阶层论对四要件说的尝试性挑战阶段

争论的分水岭出现在 2003 年。回头看去,有四件事情值得特别提及,因为其改变了对犯罪成立条件理论的讨论始终在四要件说内部“打转转”的现象。一是《环球法律评论》2003 年第 3 期(秋季号)组织了“不断走进犯罪构成理论”专题,分别发表了《犯罪构成理论的课题》(张明楷)、《作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨》(陈兴良)、《中日刑事违法行为类型与其他违法行为类型关系之比较》(李洁)、《犯罪构成理论与价值评价的关系》(周光权)等 6 篇论文,对阶层论犯罪体系的意义分别进行了阐释,对四要件说进行了不同程度的批评。二是《政法论坛》2003 年第 6 期也组织了类似专题,分别发表了《犯罪论体系思考》(张明楷)、《犯罪论体系片语》(曲新久)、《犯罪构成理论: 关系混淆及其克服》(周光权)等论文,其中多数文章对四要件说提出了根本性质疑,指出了其存在的诸多重大缺陷。三是《法商研究》在 2003 年第 3 期同样刊发了多篇讨论犯罪论体系的相关论文,包括《犯罪构成: 法与理之间的对应与紧张关系》(陈兴良)、《我国犯罪构成理论研究视角疏议》(夏勇)等。其他杂志也发表了一些与此有关的重要论文,对阶层理论和要件理论各自的优劣得失进行剖析。^⑦四是陈兴良教授主编的《刑法学》教科书于 2003 年在复旦大学出版社出版,其中的犯

^①参见高铭喧主编《刑法学原理》(第 1 卷),中国人民大学出版社 1993 年版,第 454 页;赵秉志主编《刑法争议问题研究》(上卷),河南人民出版社 1996 年版,第 173 页以下。

^②张明楷《犯罪论原理》,武汉大学出版社 1991 年版,第 159 页以下。

^③张明楷《刑法学》(第 1 版),法律出版社 1997 年版,第 109 页。

^④参见肖中华《犯罪构成及其关系论》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 217 页。

^⑤参见杨兴培《犯罪构成的反思与重构》,《政法论坛》1999 年第 1 期。

^⑥参见陈明华等主编《犯罪构成与犯罪成立基本理论研究》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 9 页以下。

^⑦这方面的代表性论文,可参见阮齐林《已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》,《法学研究》2003 年第 1 期。

罪论体系完全采用构成要件该当性、违法性、责任的构造,这是国内采用这一理论体系的第一部刑法学教科书。^⑧ 2003年之后,对四要件说进行阶层式改造的研究逐渐兴盛起来。

3. 阶层论对四要件说的真正挑战阶段

四要件说的真正危机出现在2009年。由国家司法考试大纲刑法部分的修改引发的争论波及面广,甚至超出了学术界,引起社会各界“围观”,也迫使四要件说进行“绝地反击”。这次争论,是一场双方“亮底牌”的动作,也是阶层论对四要件说的根本性质疑。2009年5月底,在司法部发布的《国家司法考试大纲》中,犯罪构成理论由传统的四要件说改变为构成要件该当性、违法性、有责性的三阶层说,由此引起轩然大波。有不少刑法学者对此提出尖锐批评,如高铭暄教授指出,如果将这一体系移植到中国,在现行中国司法体制下,公、检、法应当如何分配各自的证明责任,是一个新问题。还有的教授认为,如果使用“三阶层说”抛弃“四要件说”,势必引起从司法教育到司法操作的连锁变化,理论与现实之间的鸿沟必须被抹平。笔者在接受记者采访时则认为,如今占主流地位的四要件说是建国后我国全方位学习苏联的产物,虽然其简洁明了、便于司法实务操作,但由于其拼凑式的逻辑架构,实务界人士面对现实中的疑难案件往往束手无策,在客观上也造成了我国与国际刑法学界在共犯、紧急避险等问题上对话的困难。由于这一争论涉及全国数十万考生的利益,事关重大,司法部国家司法考试有关负责人对此表示,作为一种理论观点是否能成为一种“通说”,确实存在如何转化的问题,“我们现在正在进行甄别”。^⑨ 此后,这一论争迅速回归学术层面。2009年10月底,中日刑事法研讨会在中国人民大学法学院举行。在此次研讨会上,犯罪构成要件是一个重要论题。笔者担任这一专题的中方报告人,日方报告人是东京大学的山口厚教授。笔者在主题报告中提到,犯罪论体系应具有指导功能、限制功能、检验功能、展示功能等四方面的功能,而我国目前通行的四要件理论并不能很好地满足上述功能。以指导功能为例,四大要件一旦“拼凑”成功,就可以得出个人有罪的结论,犯罪构成只能反映定罪结论,突出的是刑法的社会保卫功能,导致刑事案件控诉容易辩护难,在保障人权方面存在制度性不足。另外,行为人确因生产、生活所需而实施危害行为时,要排除行为的犯罪性,或者减轻行为人的罪责,四要件理论是无能为力的,只能求助于刑法上的“但书”规定。如果在犯罪论体系中为个人非难可能性(主观可责性)的排除留足理论空间,排除行为的犯罪性,或者减轻行为人罪责的道理就会更为充分,而无须借用“但书”的规定。对于中国关于犯罪构成要件理论的争论,山口厚教授给予了充分肯定,并认为体系化的思考对于犯罪成立理论的建构很重要。他指出,既然犯罪论是作为学问上的事业而展开的,追求体系化可以说是理所当然的事情;严谨的犯罪论体系,可以使基于此所做出的法律适用安定化,个别要件的内容及其体系定位得以明确化的同时就实现了整合性。^⑩

(二) 四要件说赞成者的回应

针对2009年司法考试大纲修改引发的这场大争论,赞成四要件说的学者进行了反驳。相关的主张又主要分为两类。

第一类是完全肯定四要件说的主张。高铭暄教授认为,在四要件内部,要素组成要件,犯罪构成理论内部逻辑严密,符合认识规律,且相对稳定,方便实用,因而应该坚持。而德、日有关犯罪论体系的争论长达数百年,歧见纷呈,例如,对构成要件故意与责任故意的区分,除了体系建构的需要之外,似乎没有其他必要;违法性与有责性的区别的可能性及意义何在,也有疑问。而这些矛盾和争议,在

^⑧参见陈兴良主编《刑法学》,复旦大学出版社2003年版,第48页以下。

^⑨更为详尽的报道,参见王全宝《中国刑法学“被变性”引争议 司法部展开调查》,《东方早报》2009年6月4日,A19版。

^⑩参见林燕《犯罪论体系:阶层化改造或成趋势》,《检察日报》2009年11月12日,第3版。[日]山口厚《犯罪论体系的意义与机能》,付立庆译,《中外法学》2010年第1期。

四要件说中都不存在。^⑪ 冯亚东教授则主张,中国和德国犯罪论的差异,根源于两国刑法典对犯罪的不同规制方式。德国刑法典中同时规定了保安处分行为和犯罪行为,已决定了其犯罪论体系在基本结构上只能形成“客观不法/主观归责”的阶层式构造,进而在方法论上呈现一种从客观到主观的分析路径。中国刑法典中单一样态主客观相统一的犯罪规定,决定了犯罪论体系只能坚持四要件说。^⑫

在上述回应观点中,学者所坚持的四要件说呈现以下特色。其一,认为四要件说是“我们自己的理论”。这种观点似乎成为我国多数学者的思维定势。笔者认为,事实并非如此;此外,认为我国四要件说对苏联理论有重大改造的观点也缺乏证据支撑。仔细考察从斯大林时期的苏联延续到今天的俄罗斯刑法学理论中的四要件说,似乎看不出我国四要件说和该理论的真正差别。“苏俄、苏联及苏联解体后的俄罗斯刑法学者承继革命前的刑法理论并且进一步形成了‘四要件总和论’的犯罪构成理论体系。虽然当代俄罗斯刑法理论中也存在着两要件说和三要件说的争论,但是这些争论无法动摇四要件犯罪构成理论的通说地位。”^⑬还应该看到,这种在苏联和俄罗斯成为通说、被我国继受的观点,其实从世界范围看早已遭到全面质疑。“许多东欧国家现在都避开了这种四要件模式,值得注意的是爱沙尼亚的发展,……在十月革命以后就接受了苏联刑法的四要件模式。现在,爱沙尼亚又回归到德国的三阶层模式。格鲁吉亚也是如此。”^⑭其二,认为按照四要件说,实务难题基本可以解决,而阶层理论太复杂,在实践中不好用。不过,前述学者关于四要件说应对能力强的讨论,大多停留在抽象层面。其三,认为阶层的体系在中国没有根基。高铭暄教授在接受媒体采访时就明确提出,刑法学体系采用德日刑法学递进式三阶层犯罪论体系的说法,公开提出来也就是近几年的事情,这个东西在中国没有“根子”。^⑮对此,有学者提出反批评认为,早在民国时期,我国理论和实务上的犯罪认定就深受阶层论的影响,接受阶层理论从法制史上看没有障碍。^⑯其四,认为按照我国的刑法立法,只能承认四要件说。这是冯亚东教授所一直强调的。然而,其显然没有坚持刑事一体化思维,没有全面考察与我国刑法紧密关联的刑事诉讼法的相关规定。例如,2012年修订的我国《刑事诉讼法》第284条规定,对实施暴力行为,危害公共安全或者严重危害公民人身安全,经法定程序鉴定依法不负刑事责任的精神病人,有继续危害社会可能性的,可以予以强制医疗。这说明,在我国立法中,存在符合构成要件且违法的行为概念,只是因为行为人欠缺责任而不处罚。这是区分违法和责任的阶层论体系的实践概括。^⑰类似法律规定的出现,说明在我国采用违法与责任相区分的阶层构造并不存在实定法上的障碍。

第二类是改造四要件说的观点。例如,黎宏教授认为,我国犯罪构成体系确实存在犯罪构成要件之间的关系不明、根据犯罪构成所得出的犯罪概念单一等问题,其可以通过贯彻客观优先的阶层递进观念以及树立不同意义的犯罪概念的方法加以解决。因此,我国犯罪构成体系没有必要重构,只需要做小的改造即可。由此,他提出应当首先客观地判断行为是否符合犯罪客体与犯罪客观要件,然后再判断主体与主观要件;符合犯罪客体与犯罪客观方面的行为,因为造成法益侵害而成立犯罪;完全具备四个要件的行为,成为另一种意义上的犯罪;正当防卫和紧急避险,只是在客观方面与某些犯罪相

⑪参见高铭暄《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。

⑫冯亚东《刑法典对犯罪论的制约关系:基于中德刑法典的比较分析》,《中外法学》2012年第3期。

⑬庞冬梅《俄罗斯犯罪构成理论研究》,中国人民大学出版社2013年版,第529页。

⑭[德]希根多夫《德国刑法学:从传统到现在》,江溯、黄笑岩译,北京大学出版社2015年版,第193页。

⑮参见同前注⑨,王全宝文。

⑯陈兴良《转型中的中国犯罪论体系》,载梁根林、[德]希根多夫主编《刑法体系与客观归责》,北京大学出版社2015年版,第45页。

⑰[美]乔治·弗莱切《20世纪的刑法理论》,江溯译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第18卷),北京大学出版社2006年版,第490页。

似,是排除客观要件的事由。¹⁸然而,笔者认为黎宏教授所主张的并不是小的改造,而是对四要件说进行“伤筋动骨”的“大手术”,他只是形式上或“名称上”还在坚持四要件说,但已经将其理论打造成阶层的体系,从而和传统的四要件说之间存在根本性差异。这种差异是质的差别而不仅仅是量上的不同:主张行为符合客观构成要件侵害法益时,就具有社会危险性,这是在讨论不法的内容;主体和主观要件的内容则被责任命题所包含。黎宏教授的主张,似乎是想给予四要件说支持,但实质上凸显了平面构造的要素理论的根本性缺陷。¹⁹即便是这样的改造思路,也还存在犯罪客体要件的独立存在意义缺乏、犯罪主体要件(尤其是身份犯)与主观要件(期待可能性)名实不符等难以解决的问题。

二、犯罪构成四要件说的“硬伤”在哪里

(一) 四要件说的不足:一般性讨论

四要件说在特定历史时期确实具有其特殊意义。首先,在法治建设起步阶段,其提供了定罪的一般标准,尤其在罪刑法定原则没有确立的情况下,犯罪构成是刑事责任唯一基础的命题,在一定程度上满足了建设最低限度法治的需要,对于限制刑事司法的恣意性功不可没。²⁰其次,相互分离的四个要件“各自从不同角度清楚列示了成罪所需具备的基本条件,并循条件序列能够有效切入具体事案,由此可以解决生活中绝大多数案件之‘对接’问题”。²¹最后,四个要件组合完毕,定罪作业即完成,这一原理在实务上容易学习和掌握,能够为我国刑事司法实践提供一定程度的指导。²²

然而,四要件说的上述优点并不能掩盖其重大不足,继续固守这一立场的根据并不充分。其一,从宏观上看,就理论层面而言,四要件说将违法(不法)和责任混同,采用整体观察、全体性思考的模式,主观判断可能优于客观判断,难以兼顾形式判断与事实判断,经验判断与规范判断纠缠不清,强调静止性,否认过程性。而在刑事司法实践层面,四要件说可能丧失从不同侧面检验行为的机会,容易根据形式判断得出结论,不重视保护法益的观念,过于重视行为人的意思,难以正确处理正当化事由,不能妥善处理共犯论的问题,难以实现一般预防。其二,从微观上看,日益增强的人权保障观念和不断被纠正的冤假错案强烈呼唤精准司法。而四要件理论存在明显“硬伤”,满足不了这种实务需求。其三,来自苏俄的刑法原理存在先天不足,对其必须进行反思。问题的要害在于,苏联的刑法学与意识形态关联过度,其自身的合理性较为有限,焦点自然而然地聚集到四要件说上。其四,四要件说难以以为国际刑法学交流的纵深发展搭建理想平台。随着我国学者与德国、日本等大陆法系国家以及英美法系国家学者交流活动增多,四要件理论的弊端凸显出来。比如,因为不能区分违法和责任,关于共犯从属的范围、刑法中的认识错误等深层次问题,我国学者很难与国外刑法学者作深度沟通和交流。

(二) 四要件说的“硬伤”

我国多数学者认为,四要件说从总体上看是没有问题的,凡是三阶层论能够处理的疑难案件,四要件说也可以解决,因此,无须对其提出根本性质疑。²³但是,这是大而化之的说法。对某些阶层理论解决得比较圆满的问题,四要件说因为存在以下“硬伤”而无从解决或者其处理结论差强人意,这是无法回避的客观事实。

¹⁸参见黎宏《我国犯罪论体系不必重构》,《法学研究》2006年第1期。

¹⁹类似的批评观点,可参见张明楷《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第28页。

²⁰参见曲新久《刑法的逻辑与经验》,北京大学出版社2008年版,第134页。

²¹参见冯亚东、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172页。

²²参见王作富《中国刑法研究》,中国人民大学出版社1988年版,第76页。

²³参见欧锦雄《复杂疑难案件下犯罪构成理论的优劣对决》,《中国刑事法杂志》2011年第3期。

1. 不能明确区分违法和责任,由此产生一系列难题

我国有的学者为平面式四要件说进行辩护,认为犯罪构成要件论的首要考虑是对整体平面的刑法规范如何切割、如何便于分析的问题。四要件说将整体平面的刑法规范分为四块,形成四个构成要件平起平坐、同等重要、无先后判断次序的封闭式结构,也基本能够达成构成要件符合性、违法性、有责性的理论构造同样的判断效果。^④不过,这一观点明显值得商榷。犯罪论体系的支柱是不法和责任。^⑤“四要件说”中的客观要件不能展示违法性的所有内容,作为主观要件的故意、过失以及责任年龄等要素也不等于责任的所有内容,身份作为主体要件的要素缺乏独立性(因为身份是客观的违法要素),因此,四要件说内部结构不明晰,不能揭示犯罪本质。按照大塚仁教授的说法,仅仅平面地而非阶层地看待犯罪要素,既难以判定犯罪的成立与否,也难以具体地论及所成立的犯罪的轻重。^⑥“三阶层体系使得行为人仅在责任范围内承担刑事责任,易言之,有责性能够顺利解决行为人在何种范围内对违法事实承担责任的问题,而四要件体系有时难以做到这一点。”^⑦

因此,阶层式犯罪论体系和我国犯罪构成四要件说这两种理论之间的差异,不仅仅在于是否存在犯罪的各个要素,更为要害的是:能否对应于各个要素,妥当地区别出违法和责任这两大部分,把“事情做得好不好”和“人值不值得谴责”分层次清晰地“标示”出来,并明确肯定没有违法就自然不需要讨论责任。不能区分违法和责任,可能带来的具体难题包括以下几点。

其一,对无罪的理由不能进行细分,会带来体系解释上的困难。四要件说的先天不足在于无法区分被告人无罪时,是因为行为本身未侵害法益无罪,还是仅仅因为行为人难以被谴责而无罪。基于正当防卫、紧急避险而成立的无罪,和一个精神病人危害社会时的无罪,在四要件理论之下所受到的最终评价是完全相同的,由此带来体系思考上的难题:针对精神病人、13 周岁者的杀人行为,四要件说只能认为其不是犯罪行为,但他人能否对此进行防卫、避险,四要件说无法提供答案。虽然按照阶层理论,对于精神病人、13 周岁者的刑事责任,在实务上也极可能会一上来就不考虑定罪,但是,在司法逻辑上,仍然会肯定这些主体的行为违法性,从而保护他人的正当防卫权和紧急避险权,进而会考虑对这些人采取保安处分。而对正当防卫、紧急避险行为,他人不能再进行防卫。^⑧因此,从结局上看,对精神病人、13 周岁者实施危害行为时的处理,四要件和三阶层似乎不会有根本性差别,但却不能否认二者在判断逻辑、结论合理性上的差异,更不能误认为在行为人无责任能力者或未达到责任年龄者时,阶层理论就不再发挥作用。^⑨

其二,不能精细处理免责事由。这突出表现在:一方面,在四要件理论中,由于没有专门的责任概念,难以提供期待可能性理论的栖身之所,因为期待可能性问题既不是犯罪主观方面的问题,不能与犯罪主体概念等同,也不是典型的犯罪客观方面的问题,而是一个法律上对于责任归属与责任大小的规范判断问题;另一方面,难以区分不同性质的紧急避险,无法对其进行免责层面的分析,例如,在行为人牺牲他人生命保全自己的案件中,不存在所造成的损害轻于所要避免的损害的问题,因为从法律的角度看生命等价,为了保全自己而牺牲他人的行为,就具有违法性,不可能成立阻却违法的紧急避险。在四要件说之下,因为杀害故意的存在是不可否认的,被告人很难进行辩解。然而,如果把紧急避险区分为阻却责任的紧急避险和阻却违法的紧急避险,难题就可以解决:避险行为所造成损害小于

^④参见前注^①,冯亚东、胡东飞、邓君韬书,第 130 页。

^⑤参见[日]井田良《刑法总论的理论构造》,成文堂 2005 年版,第 1 页。

^⑥参见[日]大塚仁《刑法概说·总论》(第 3 版),冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 107 页。

^⑦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 28 页。

^⑧参见[德]罗克辛《德国犯罪原理的发展与现代趋势》,王世洲译,载梁根林主编《犯罪论体系》,北京大学出版社 2007 年版,第 5 页。

^⑨关于这方面的误解,可参见彭文华《犯罪的价值判断与行为的归罪模式》,《法学》2016 年第 8 期。

所保全的利益时,成立阻却违法的紧急避险,对这种避险行为不能进行正当防卫;而避险行为所造成损害大于或等于所保全利益时,可能成立阻却责任的紧急避险,即便是牺牲他人的生命保全自己的被告人也可以主张减免处罚或无罪,但第三人对此种避险行为可以进行正当防卫。这是阶层体系的优点,但在四要件说中难以进行这种思考。

其三 不能妥善处理共犯论的相关问题。首先,对于行为人没有相同故意的场合不能妥善处理。通说认为,犯罪故意是犯罪主观要件的核心要素,而要素组成要件,要件决定犯罪成立与否。在共同犯罪的场合,只有多个行为人的犯罪故意完全相同的,才能成立共同犯罪。^⑩这一主张也影响了实务操作。例如,在“郭永杭非法拘禁案”中,高海明伙同他人将与其并无经济纠纷的被害人沈某等三人关押,并使用暴力、胁迫手段,取得财物20余万元。在被害人被关押期间,郭永杭为高海明等人送饭或者负责看管被害人。不过,郭永杭一直认为高海明是在向被害人追讨生意上的损失费。法院认为,郭永杭在事前与高海明并不认识,对高勒索他人财物的故意缺乏明知,只认为其在追讨债务,故构成非法拘禁罪,“由于两被告人的犯罪故意不同,不成立共犯”。^⑪类似判决的缺陷是:先思考主观的责任问题,再思考客观违法行为;对明明共同实施连带违法行为的直接正犯,如果不认定为共同犯罪,会导致量刑上无法适用主犯的规定,轻纵罪犯。按照阶层论之下的行为共同说或部分犯罪共同说,成立共同犯罪都并不要求行为人之间有相同的故意。其次,对于教唆未成年人实施危害行为的情形不能妥善处理。例如,刘某因与丈夫金某不和,离家出走。一天,其女甲(时年12周岁)到刘某住处,刘某唆使甲用家中鼠药毒死金某。甲回家后,即将鼠药拌入金某的饭碗,金某食用后中毒死亡。因甲没有达到刑事责任年龄,对指使者刘某的行为如何定罪处罚,便有不同意见:有观点认为刘某是教唆犯,应根据我国刑法第29条从重处罚,但因为甲未满14周岁,被教唆的人没有“犯罪”,要以教唆犯处罚刘某按照四要件说难以行得通。有观点认为刘某不是教唆犯,单独成立传授犯罪方法罪。然而,这一主张否认共犯关系明显不妥。还有观点强调构成教唆犯要求教唆人和被教唆人都达到刑事责任年龄,而该案中甲未达到刑事责任年龄,因此刘某只能成立间接正犯。^⑫然而,这一结论与间接正犯的实质不符。而按照阶层理论,“违法是连带的,责任是个别的”,甲的行为具有违法性,只是没有责任,其与刘某具有相同的违法性因而成立共同犯罪,刘某当然属于指使他人犯罪的教唆犯。最后,对于帮助未成年人实施危害行为的场合不能妥善处理。例如,15岁的甲抢夺他人财物时,18岁的乙为其望风,如何处理乙?不满16周岁的丙盗窃,25岁的丁事后为丙销售赃物,如何处理丁?按照四要件说,前述甲、丙因为未达到刑事责任年龄,均不是“犯罪的人”,在犯罪主体要件不齐备时,“二人以上”共同犯罪这一要件就不具备,共同犯罪不能成立,乙当然无法构成帮助犯,丁难以构成掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益罪。然而,这一结论明显不合理,司法上也不可能被接受。类似难题,在阶层理论中比较容易解决:共同犯罪是违法形态,而非责任形态,不满14周岁者的抢夺、盗窃行为,也具有违法性,属于违反被害人意思非法取得他人财物行为,他人的权利不会因为行为人不满14周岁就可以被任意侵犯。未成年人所实施的危害行为,即使不具有谴责可能性,也侵害了法益,从而对其行为性质应作否定评价;根据阶层论区分违法和责任的原理以及由此体系性地引出的限制从属性规则,并根据限制从属性的原理,其他共同实施违法行为的参与者当然由此成立共同犯罪。然而,在四要件说中,因为犯罪主体要件不具备,行为人就不可能构成犯罪,相关共犯的处理在逻辑上就成为问题。^⑬

其四 因为无法区分违法和责任,四要件说有时不能提供行为对错的标准,不能为国民的行为提

^⑩参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第166页。

^⑪国家法官学院、中国人民大学法学院编《中国审判案例要览》(2001年刑事审判案例卷),中国人民大学出版社2002年版,第59页。

^⑫参见《利用不满14周岁的人投毒杀人的行为如何定性》,载最高人民法院刑一庭、刑二庭编《刑事审判参考》(总第16辑),法律出版社2001年版,第75页。

^⑬参见张明楷《构建犯罪论体系的方法论》,《中外法学》2010年第1期。

供指导,可能影响犯罪预防效果。例如,甲在某古董市场为阻止乙的追杀,抓起丙价值 10 万元的花瓶砸向甲,相对于丙而言,因为甲的行为是紧急避险,对甲不能处罚;13 岁的张某为图一时之快,故意将黄某价值 10 万元的古董砸毁,刑法对未成年的张某也是不处罚。按照四要件说,看不出前面两个例子的差别。然而,按照阶层理论,正当防卫、紧急避险因为不违法,因而不受处罚。甲此后如果遭受类似危险或不法侵害,仍然可以避险、防卫;其他人如处于甲的地位,也仍然可以进行避险、防卫。对 13 岁的张某不处罚,只是因为其年龄小,不懂事,但其行为不值得提倡,如果张某达到刑事责任年龄后还这样做就是犯罪;其他成年人如果处于张某的地位,绝对不能实施类似行为。如此一来,刑法对不同行为的性质评价及其指导功能和预防功能的发挥都不成问题。

2. 不能确保客观判断优先

由于四要件说缺乏体系论的思考,不能将现有知识整合为一个具备逻辑结构的统一整体,犯罪构成理论可能沦为要素、要件的“拼装”,要件之间缺乏内在关联,这使得四要件说在排列顺序上孰先孰后完全无关紧要。在四要件说指导下,司法人员只是把判断的素材准备齐全,犯罪判断似乎就大功告成,无须确定判断要素谁先谁后,因此,在司法实践中,认定犯罪的顺序完全可能从主体或者主观要件切入。学者们也对四个要件的排列次序存在较多争论,表现出理论本身的不稳定性。例如,理论上有人提倡“三位一体”的新犯罪构成理论——犯罪构成由主体、危害社会的行为、客体三部分组成;^④也有人主张犯罪构成的四要件顺序为主体要件、主观要件、客体要件、客观方面要件。^⑤即便通说中的多数说强调犯罪客体要件在前,也仅仅是貌似合理,并不能保证客观层面的判断优先,因为极易就行为对社会关系有损害即得出肯定结论的司法人员难以在后续判断中贯彻人权保障观念,犯罪主观要件的地位由此会得到凸显。而将主观或主体要件排列在前,都很容易导致仅仅在“征表”行为入主观恶性的意义上理解行为,使得犯罪客观要件的重要性大为降低,导致司法机关根据行为人的心理态度和口供认定行为性质。我国刑法理论普遍认为,行为人基于杀人的意思,将白糖误认为是砒霜给他人食用的,或者误将稻草人当作真人开枪的,都成立故意杀人罪未遂。这其实就是前述犯罪观的折射。

三、争论的遗产

(一) 方法论上的启示: 必须进行体系性、阶层式思考

合理的犯罪成立理论本身必须是体系的(而非要件或要素的)理论,唯有如此,才能达成以下目标。其一,能够对行为或事态从不同侧面进行反复检验。其二,能够对违法和责任进行区分,而非笼统得出有罪或者无罪的结论。不能区分违法和责任,将正当防卫、紧急避险、期待可能性等问题放在犯罪构成要件之外,是四要件说的结构性缺陷。^⑥要形成合理的定罪理论,就不能绕开这一方面。其三,对与犯罪成立条件紧密关联的其他问题(尤其是对共犯论)能够进行一体解决。无论对犯罪论进行何种改造,其实都不得不同时顾及上述诸点。

四要件说之所以无法绕开诸多难题,真正的根源是缺乏体系和阶层的思考。对此,赞成四要件说的学者也承认:我国犯罪构成体系的最大弊端在于它只适用于一种对危害行为“贴标签”的流水化处理过程。换言之,只要根据形式要件的符合性的简单判断即可得出实质上构成犯罪的结论,而一旦到了罪与非罪模糊不清的关节点上,构成要件的标准便全无用场,这时再无任何有效的科学方法可供遵

^④参见高铭暄、王作富主编《新中国刑法的理论与实践》,河北人民出版社 1988 年版,第 173 页。

^⑤参见赵秉志主编《刑法总论》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 142 页;赵秉志《论犯罪构成要件的逻辑顺序》,《政法论坛》2003 年第 6 期。

^⑥参见付立庆《犯罪构成理论:比较研究与路径选择》,法律出版社 2010 年版,第 60 页以下。

循,于是只能在一种难以名状的感悟中完成生杀予夺的裁决。^{②7}而现代构成要件论乃至整个犯罪论体系的产生都是体系性思考的结果。^{②8}中国当下四要件说与德、日犯罪论体系的区别,不是两个理论体系之间的差别,而是要素与体系之间的差别,是要素列举与逻辑体系之间的区别,是简单的要素列举与将诸要素按照“类型化”方法组合后形成阶层体系之间的区别。要素不是体系,要件也不是体系,犯罪成立要件的列举不等于犯罪成立的理论体系。^{②9}即便认定犯罪时将所有要素考虑进来,也不能宣称其体系没有瑕疵。“倘若人们不正确地构建或者安排了刑法体系的要素,那么,就有可能导致有缺陷的结果”。^{③0}

刑法学上的知识,不能仅是素材的累积,而必须形成前后贯通的体系。19世纪末发源于德国的犯罪论体系,研究行为构成犯罪的起码条件,但更重视这些条件的实质内容、判断顺序和内在逻辑,从而为司法人员认定犯罪提供指引。在欧陆阶层式犯罪论体系形成之后,由于存在着可以反复用来检验不同行为的一整套系统理论,对犯罪成立与否的认定成为相对比较“靠谱”的事情。也正是在这个意义上,罗克辛教授才认为,一个现代的刑法体系应当是有目的地组织的,也就是说,必须是建立在评价性目的的设定的基础上的。当正确的体系性解决方法作为一种事先评价的结果表现出来时,体系性结论及其希望达到的事实上的正确性,从一开始就可以得到保障,而缺乏这种一致性却会导致很多困难。^{③1}“体系性的犯罪判断,让我们的思考经济、让法院的判决可以被预测。例如:在高速公路开车,突然撞上路肩冲出的人,尽管此人被撞死,但这行为非出于故意,亦非出于过失,构成要件不相当,犯罪不成立。进一步的违法性判断,即成为多余。又例如:面貌凶恶之人暗夜行窃,吓死屋主,由于欠缺评价上的因果关系,此丑贼不成立杀人或过失致死。受过刑法思考训练的人,会得出一致的判断结论,法院的判决不会如彩券开奖,令人惊叹。”^{③2}

对我国刑法学中的定罪理论而言,进行体系性、阶层式思考需要特别关注以下问题。

其一,体系思考具有方法论上的意义。学者指出,体系方法本质上是一种逻辑的运用,但它还承担着法学方法论的使命。^{③3}不以体系思考为前提就不能找到解决“问题”的路径。^{③4}不少赞成四要件说的学者往往倾向于认为,犯罪构成理论没有必要搞得很繁琐,体系化的努力在中国并不需要,理论越简洁越好,能解决当前的个案,“见招拆招”或者说好用就行;对于过去理论上约定俗成的说法,因为已经被广泛接受,也最好不要再去“挑毛病”。然而,这是似是而非的主张。因为一旦方法论出问题,人权保障、定罪准确就难以实现。对此,许乃曼教授认为,放弃任何一个法学体系的建立,意味着解决社会冲突将停留在日常生活的领域和日常语言的体系构架内,并且因此随着与此所发现的各种见解、立场、争执、结论的多元性而变化。^{③5}只有体系性思考,才能确保刑法判断和思维上的前后一贯,保证法治的实现。阶层式犯罪论体系在解决身份犯、事实认识错误、不作为犯、客观归责、期待可能性、违法性认识、犯罪竞合(尤其是共犯论)方面有其独特优势,能够保证刑法立场、解释方法和判决结论的一致性,四要件说却很难实现这一点,孰优孰劣,高下立见。

其二,通过体系思考实现违法和责任的分离。违法是指通过有意义的、有意识的举止引起可归责

^{②7}冯亚东《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第181页。

^{②8}参见蔡桂生《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,第52页。

^{②9}参见车浩《未竟的循环“犯罪论体系”在近现代中国的历史展开》,《政法论坛》2006年第3期。

^{③0}[德]克劳斯·罗克辛《构建刑法体系的思考》,蔡桂生译,《中外法学》2010年第1期。

^{③1}参见[德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第133页。

^{③2}林东茂《刑法综览》(修订5版),中国人民大学出版社2009年版,第33页。

^{③3}参见[德]普珀《法学思维小课堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第179页。

^{③4}参见付立庆《关于德日犯罪论体系的若干辩驳》,《云南法学》2008年第3期。

^{③5}参见[德]许乃曼《刑法体系思想导论》,许玉秀译,载许玉秀、陈志辉编《不移不惑献身法与正义:许乃曼教授刑法论文选辑》,新学林出版股份有限公司2006年版,第254页。

的、违法的构成要件的实现;责任则是针对行为人的判断。从判断构造上看,违法判断比责任判断更应该具有体系上的优先地位。德国学者指出,在超过 50 年的时间里,关于违法和责任的关系问题(尤其是违法的独立性问题)是刑法学中被讨论得最多的课题之一。^{④⑥} 在德国现行法中,对违法与责任的区分具有解释论上的价值,因为为数众多的实践结果都受制于此。^{④⑦} 例如,精神病人或 10 岁孩子实施的杀人行为和正当防卫者的杀人行为,在刑法评价上不可能是一样的,这就是违法和责任分开所得出的当然结论。“如果将不法和责任融合在一起,会抹平和取消本质上的事实区别。某个举止是否是一种受到刑罚禁止的权益侵害,这是一个问题;在所有案件中,违反这种禁止规范是否必须要动用刑罚加以处罚,这是另一个问题。这两个问题是不同的。刑法上的禁止规范或者命令规范是针对所有公民而言的,这两种规范呼吁公民举止要合乎规范,因此,必须将它们和罪责区分开来,原因是:告知公民受禁止的事情和给予他们举止上的指导原则必须在任何犯罪之前。”^{④⑧} 这是我国未来的犯罪论体系建构需要特别考虑的。

其三,体系性意味着开放性。违法、责任的区分,留下了广阔的理论发展空间,为理论的深化带来契机。如按照四要件说,只能承认故意、过失意义上的心理责任论;按照传统的阶层理论,可以承认规范责任论,其内容除故意、过失、未成年、精神病之外,违法性认识、期待可能性等内容都可以被包括进来。根据最新的罪责理论即答责性理论,在规范责任论之外,引入了预防可能性的内容:答责性=罪责+预防可能性(刑事政策的考虑)。按照罗克辛的说法,答责性的评价不仅涉及人们能否对行为人能够提出(罪责)非难的问题,也涉及这样的判断,即从刑法的视角来看行为人是否必须对其行为负责。据此,他认为,可谴责性只是答责性的必要但非充分条件,除此之外还必须加上预防的制裁必要性。因此,罪责只是决定刑罚的要素之一,一般预防必要性是另外一个要素,即处罚同时取决于责任和预防需要。这样一来,罪责概念只有和预防性需求相结合,且相互限制,才能得出行为人具有责任的结论,在罪责相同的情况下,有关预防的观点决定着需罚性。例如,警察甲对绑匪刑讯逼供,试图得到藏匿被害人地点的信息,以解救被害人。然而,警察的想法最终没有实现,因为人质在此之前已经死亡。如何处理甲?在该案中,行为人甲主观上有责任,但按照答责性理论不宜对其适用刑罚。因为甲的动机是救人,而没有犯罪动机,该行为在同样情形下再次发生的可能性极小,他人通常也不会模仿行为人,所以,从刑事政策角度看,处罚甲不能达到一般预防的效果,应该采用超法规的答责阻却事由减免处罚。德国法官最后也只对甲宣读了仅具有象征意义的“警告”。^{④⑨} 这样的理论发展脉络,如果离开体系性、阶层式的犯罪论体系,在封闭、平面的四要件说中,将不可能有形成和发展的可能性。

其四,需要进一步认识体系性思考对于司法实务的影响力。以前,中国刑法学者(尤其是赞成通说者)大多有一种误解,认为德日阶层式犯罪论体系过于复杂,其只是学者在“象牙塔”里建构的东西,在实践中是完全“不中用”的“花拳绣腿”,法官不可能按照那套理论处理案件。然而,事实并非如此。冯军教授翻译的《德国波恩州法院关于一起故意杀人未遂案的判决书》就说明了这一点。该案是一起并不复杂的常规案件。按理说,一起普通的故意杀人未遂案,如果交给中国法官按照四要件说进行判决,只用一千多字交待完犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面之后,判决书即算写完。而德国的这个判决书,洋洋洒洒近万言。主审法官布伦(Bühren)就是明确按照构成要件符合性、违法性和责任的顺序进行裁判的,并且先后使用了“从法律的观点来看”危害行为所造成的损害

^{④⑥} 参见[德]米夏埃尔·帕夫利克《最近几代人所取得的最为重要的教义学进步?》,陈璇译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第 35 卷),北京大学出版社 2015 年版,第 311 页。

^{④⑦} 参见[德]阿恩特·辛恩《论区分不法与罪责的意义》,徐凌波、赵冠男译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第 37 卷),北京大学出版社 2016 年版,第 285 页。

^{④⑧} [德]罗克辛《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 91 页。

^{④⑨} 参见上注,罗克辛书,第 80 页。

是德国刑法典第 212 条意义上的未遂的故意杀人,“该危害行为(Tat)是违法的”,“被告人患有持续的精神疾病”(因而影响责任)这样的字样,这充分说明,阶层式犯罪论深入德日司法官员的人心,具有实践理性,不是停留在纸面上的、图好看的东西。^{⑤①}对于阶层体系的教义学意义,以及理论与实务的关系,都需要我国刑法学者重新认识。

(二) 实际成果: 出现多种改造犯罪论体系的方案

近年来我国学者所提出的改造犯罪论体系的具体方案,具有代表性的有以下几种。

其一,陈兴良教授的“罪体—罪责—罪量”三阶层体系。罪体,包括主体、行为、结果、因果关系等构成要素;如果存在正当防卫、紧急避险等罪体排除事由,则罪体被否认。罪责,包括故意、过失及动机、目的等构成要素;如果存在罪责排除事由,则罪责被阻却。罪量,是指针对刑法规定以情节严重或者数额较大作为犯罪成立要件的具体罪名,定罪时还需要进行数额或者数量上的判断。罪体、罪责、罪量是犯罪成立的三个要件,三者之间有位阶关系;特别提出罪量因素,主要是考虑我国刑法规范中有情节严重(情节恶劣)、情节特别严重(情节特别恶劣)、数额较大、数额巨大、数额特别巨大等罪量因素,这些罪量因素不仅是成立犯罪的必备因素,而且是决定刑罚轻重的主要因素,这是我国刑事立法定量所带来的特殊问题,因此,对犯罪论体系要做出与德、日不同的理解。^{⑤②}

其二,张明楷教授的“违法—责任”二阶层体系。违法,是指行为及其结果具有法益侵害性,刑法要对其加以禁止;责任,是指对个人的谴责可能性。违法部分包括不法的构成要件符合性和违法阻却事由;责任则包括积极与消极的责任要素。其主要理由是:第一,认定犯罪必须从客观到主观,而不能相反;第二,违法性(法益侵害性)不是由故意、过失决定的,而是由结果、行为等客观要素所决定的;第三,主观要素是为了解决主观归责的问题,即在客观地决定了行为性质及其结果后,再判断主观要素。^{⑤③}

其三,黎宏教授的“犯罪客观要件、犯罪主观要件”二阶层体系。在该理论中,犯罪构成的客观要件讨论一般要件(行为、结果、违法身份)以及排除社会危害性的事由;犯罪构成主观要件则包含故意和过失,以及阻却责任的责任能力、期待可能性等。其基本理由是:第一,有助于贯彻罪刑法定原则;第二,考虑思考的分裂性和层次性;第三,坚持形式和实质的统一。^{⑤④}

其四,笔者的“犯罪客观要件—犯罪主观要件—犯罪排除要件”阶层体系。先判断客观要素,再考虑构成要件故意,^{⑤⑤}这是关于构成要件符合性的判断;在得出肯定结论的前提下,判断是否存在违法排除事由,正当防卫与紧急避险因为缺乏客观违法性,其犯罪性被排除,这是关于违法性的判断;如果违法性不能排除,才最后判断有责性,未成年、精神障碍、缺乏期待可能性是排除责任的事由。按这种思维逻辑,先肯定犯罪客观要件、犯罪主观要件,之后分别讨论违法阻却和责任阻却,就能够得出和构成要件该当性、违法性、有责性的三阶层理论相同的结论,确保从客观到主观的刑法方法论贯彻到底。^{⑤⑥}

上述四种具有代表性的改造方案,均基本达到了体系思考的要求,具有以下共性。第一,各种体系都能够全面讨论四要件说所涉及的成立犯罪的必备要素。它们在客观方面(违法)要件中分析实

^{⑤①}参见冯军译《德国波恩州法院关于一起故意杀人未遂案的判决书》,载冯军主编《比较刑法研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 443 页以下。

^{⑤②}参见陈兴良《作为犯罪构成要件的罪量要素》,《环球法律评论》2003 年第 3 期;陈兴良《规范刑法学》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 58 页。

^{⑤③}参见张明楷《刑法学》(第 5 版),法律出版社 2016 年版,第 104 页以下。

^{⑤④}参见黎宏《刑法学总论》(第 2 版),法律出版社 2016 年版,第 66 页。

^{⑤⑤}如果立足于行为无价值论,违法的本质就在于法益侵害以及违反规范的意思,那么,故意、过失当然属于作为违法要素的构成要件要素。参见[日]井田良《刑法总论の理论构造》,成文堂 2005 年版,第 17 页。

^{⑤⑥}参见周光权《刑法总论》(第 3 版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 92 页。

行行为、危害后果、因果关系、行为时间、地点、方式等反映不法的构成要素;在主观方面(责任)要件中分别讨论了故意、过失、认识错误等要素。违法阻却事由和责任阻却事由也都能够在各自理论体系中各得其所,而不是将其放在体系外讨论。第二,定罪过程都能够贯彻先客观后主观判断的逻辑,是原则性思考与例外性思考的结合。通常一个行为符合构成要件就具有违法性,例外的情况是存在排除违法事由,因此,犯罪客观要件可能和犯罪排除要件中的某些要件是对应的,一般具备犯罪客观要件就具有了违法性,仅在极其例外的情况下才考虑排除要件的存在,进而否定违法性;仅在少数情况下考虑责任排除事由。第三,各种体系基本上都能够区分违法和责任,实现了犯罪论思考的体系化。如果要实现违法、责任的分离,就要求有体系化的犯罪论,在构成要件阶段,对行为进行总体事实判断、部分价值判断的检验;在违法性阶段,对行为全面进行价值上的界定;在责任阶段,对能否谴责特定个人进行规范评价上的最后推敲。如此反复、审慎思考,最终得出合理结论。这充分说明,无论犯罪论体系如何建构,都必须将违法(“事情做砸了”)和责任(“个人值得谴责”)清楚地分开,并确保对违法的判断在前,共犯论等其他关联问题就可以一体地得到解决。前述四种主要改造方案,其实都是朝着区分违法和责任的阶层式方向迈进,符合体系思考的逻辑,在理论上都能够自洽,原则上可以并存不悖。

(三) 犯罪论体系建构的最大公约数

需要承认的是,在确保能够严格区分违法和责任方面,张明楷教授的理论体系似乎最为圆满和理想。笔者和黎宏教授的理论体系中都使用了客观要件、主观要件等概念,而对客观要件,如果不进行进一步实质化的解释,不作规范意义上的理解,其通常不包含规范评价,不完全等于违法性;同样地,主观要件也不能完全和责任划等号。而按照违法性、责任的思考方式建构起来的犯罪论体系,回旋余地大,可以使刑法学达到相当精巧的程度,可以满足体系思考的需要。对此,陈子平教授指出:“从形式到实质、从一般到具体、从客观到主观、从原则到例外的判断方式,亦即,首先为‘构成要件该当性’之形式的、一般的、原则的判断,其次为‘违法性’之客观的、实质的、例外的判断,最后为‘有责性’(责任、罪责)之主观的、实质的判断。依此三阶段之顺序,乃最合经济,最为合理,且错误亦少。”^{⑤6}然而,在当下中国建构新的犯罪论体系时,未必需要严格地和德、日构成要件符合性、违法性、有责性的三阶层或者违法、责任的二阶层体系保持一致,在方法论合理的前提下,理论多元化以及考虑理论的简易性都是必要的。

其一,唯一正确的犯罪论体系并不存在。例如,在日本,平野龙一教授主张对于犯罪论体系可以按照犯罪成立的一般要件、犯罪成立的阻却事由两个层次建立。在犯罪成立的一般要件中讨论行为、结果、因果关系、不作为、故意、过失等问题;在犯罪成立的阻却事由中,分析违法性阻却事由、责任阻却事由。^{⑤7}前田雅英教授则认为:如果要想找到一种能够确保法的安定性、认定上容易、能够排除恣意的犯罪论体系,就不能对犯罪成立与否进行直觉的判断,或者使用“全体的考察法”,这样会使得对犯罪的判断变得很危险,判断者的恣意也容易增大。然而,对犯罪论分得过细,可能只具有技术上的意义,没有实际上的机能。从这个意义上讲,对犯罪进行客观与主观、原则(构成要件)与例外(阻却事由)的区分的两分法,是安定、合理和妥当的。前田雅英教授在他的刑法教科书中,将犯罪论体系分为客观构成要件、主观构成要件、违法阻却事由、责任阻却事由四部分。^{⑤8}山口厚教授坚持三阶层论,但其例外地承认部分主观的构成要件要素,即不法占有意思、伪造货币的流通目的这些“责任要

^{⑤6}陈子平《刑法总论》(第3版),元照出版公司2015年版(台北),第102页。

^{⑤7}参见[日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第27页以下。

^{⑤8}参见[日]前田雅英《刑法总论讲义》(第6版),东京大学出版会2015年版,第40页。

素例外地构成了限定或者形成违法行为类型的类型化要素”。⁵⁹ 我国学者对犯罪论体系的讨论,也完全可以有多种理论体系,但前提是其属于能够区分违法和责任的阶层理论。

其二,只要有实质评价的观念,使用客观构成要件还是违法要件、主观构成要件还是责任概念,都不是关键。如果肯定客观和主观构成要件,同时强调对这些构成要件进行实质评价和规范评价,前田雅英教授、张明楷教授、黎宏教授和笔者的理论构想都可以说没有实质性差别,走的是相同的“路子”,也都能够区分出不法与责任,评价的层次性都能够得以确保,原则、例外的思考也可以被贯彻,处理案件的结论基本相同。

其三,使用犯罪客观构成要件、主观构成要件等术语,并在犯罪论体系内部考虑阻却违法和责任事由建立阶层体系,还有一个实际的或者功利的考虑:虽然四要件说存在很多问题,但其在我国有一定影响,目前从事实务的司法人员对这套术语很熟悉。虽说以构成要件该当性、违法性、有责性作为模本来改造我国犯罪构成要件理论,并不是不可行,⁶⁰但其改革成本较大。如果要实现从平面体系向阶层体系的转变,也应该进行“渐进式”改革,要求人们一下子接受构成要件符合性、违法性、有责性的三阶层或者违法、责任的二阶层体系可能存在较大现实困难,接受四要件说的人和赞成阶层理论的人之间交流起来会存在诸多困难。所以,采用比构成要件符合性、违法性、有责性体系更为简洁、更易于被人们所接受、更为人们所熟悉的概念和理论构造确实是需要考虑的。体系的精巧化和体系的实用性如何兼顾,如何减小改革成本,始终是绕不开的话题。

因此,在我国未来的刑法学中,固守传统四要件说不是一个妥当的方案,但是,对其进行改造,也并不必以打造构成要件该当性、违法性、有责性的三阶层论或不法、责任的二阶层论为目标,只要保持体系性、阶层化的思考,能够区分出违法和责任,能够明确、整理出司法实务上思考的逻辑和条理,就应该是可以接受的理论构造。

四、阶层体系的司法运作

(一) 阶层理论转换为司法逻辑

前面的讨论已经反复表明:刑法学必须成为体系性的科学,离开体系性的认识,就无法对所有与定罪有关的重要细节进行有效掌控,无法避免司法上的偶然和恣意,定罪活动可能沦为“法律门外汉”的作业。合理的犯罪论体系一定是阶层的理论,从要件理论向阶层理论发展是我国犯罪论体系建构的唯一方向,⁶¹这样不仅可以防止错案,确保定性准确,而且可以将违法和责任清晰分开,训练司法官员思维,形成正确的刑法适用方法论。一般而言,能够准确区分违法和责任的犯罪论体系会因为理论层次多、体系复杂而增加司法上把握的困难性,从而损害其实用性;平面要件的理论则会降低判断的难度。⁶²然而,如果把人们视为畏途的阶层性犯罪论体系进行话语转换,将其理解为“先客观(违法)后主观(责任)、先原则后例外”的司法逻辑或实务判断方法,将大大降低操作难度。

在阶层理论体系中,对客观要件与主观要件、违法与责任、事实与价值的区分相对比较清楚,被告人触犯刑法分则某一法条所规定的特殊构成要件即符合构成要件,这是初步的判断;之后才依次是违法性、有责性的认定。通常,该当某罪的客观构成要件就可以推定违法性、有责性,被告人及其辩护人没有提出特别的辩护理由(如正当防卫、紧急避险、精神病、未成年、违法性认识错误、缺乏期待可能

⁵⁹参见[日]山口厚《刑法总论》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第94页。

⁶⁰参见付立庆《犯罪构成理论:比较研究与路径选择》,法律出版社2010年版,第311页以下。

⁶¹参见陈兴良《犯罪构成:从四要件到三阶层》,《中外法学》2010年第1期。

⁶²参见张明楷《犯罪构成理论的课题》,《环球法律评论》2003年第3期。

性等) ,控辩双方就不应当在违法阻却、责任排除上进行争辩。经历这种层层过滤的、立体式的阶层判断 ,才能确认被告人的行为构成犯罪。

按照这一理论 ,司法运作上定罪的基本逻辑可以简化为以下方面。(1) 先寻找出犯罪客观要件 ,并对其进行价值评价 ,以得出违法性是否存在的结论。因此 ,在司法上 ,完全可以不采用阶层犯罪论体系的名词、术语 ,更可以不照搬构成要件该当性、违法性、有责性的理论构造。只要在处理具体案件时 ,先客观、后主观的方法论能够在司法实务中逐步养成 ,进而坚守刑法客观主义立场即可。此外 ,按照客观判断、违法判断绝对优先的要求 ,传统上的很多定罪观念也需要转变。例如 ,对过失犯的认定 ,很多传统上处理为主观责任要素的内容 ,其实可以提早到客观构成要件该当性阶段进行判断 ,即探究行为人是否制造了法所不容许的风险 ,再验证风险制造行为是否与结果发生有规范上的关联 ,最后才考虑主观的注意义务违反问题。因此 ,在客观构成要件不具备时 ,无需考察注意义务是否被违反。(2) 在客观构成要件得以确定 ,且明显不存在违法阻却事由的前提下 ,才开始判断犯罪人的主观意思 ,即对结果是否有希望或者放任 ,或者违反了主观的注意义务。换言之 ,在实务上能否定罪 ,必须在客观的归责可能性确定之后 ,再判断责任是否存在 ,而不是相反。在具体办案时 ,绝对不能一开始就说行为人有故意或者过失 ,或者主观恶性较重。其实 ,客观判断必须优先这一方法论上的重要性 ,那些赞成四要件说的学者也逐渐有所意识。“由事实到规范的‘找法’思维进路 ,决定了在四要件体系的前提下先从客体(对客观危害性的考察)最后到主观心态(对主观恶性的分析)的析罪路径最为合理;一开始从主体及主观方面着手而获得了所谓‘善’与‘恶’的感受后 ,在后续的分析中往往便很难再保持一种‘客观’的分析心态”。^③然而 ,在平面的四要件理论构造中 ,没有方法论上的支撑可以确保客观的违法性判断优先进行。(3) 在进行客观构成要件、主观构成要件的判断时 ,根据案件情况 ,需要同时例外地思考是否存在排除违法性或者责任的可辩护事由。(4) 特别值得注意的是 ,在结合客观构成要件和主观构成要件进行判断时 ,司法上一定要具备价值评价、规范判断的意识和能力 ,要看到客观要件不完全等同于违法性、主观要件也不完全等同于责任 ,要得出违法或者有责的结论 ,还必须结合相关要件进行价值评价。例如 ,在违法性判断中 ,必须结合行为、结果 ,再运用规范评价色彩浓厚的客观归责方法论进行价值评价 ,审查能否将某种结果规范地“算到”行为人头上。在责任判断上 ,故意、过失是基础 ,但对在此之外的规范意义上的超法规责任阻却事由也必须重视。

笔者认为 ,如此把握犯罪论体系的司法逻辑 ,虽然继续使用客观构成要件、主观构成要件等术语 ,但注重思考的顺序性和逻辑性 ,等于是借助于实务上人们所熟悉和接受的概念与范畴 ,来改建中国的犯罪论体系 ,用中国人容易理解的方式进行理论上的重大改革 ,其并未照搬德国、日本的理论 ,也没有抹杀中国刑法学者的贡献。因此 ,在我国刑法学中 ,立足于刑法客观主义立场 ,降低“改革成本” ,不是仅仅着眼于体系在技术层面的意义 ,建构超越四要件、三阶层争论且顾及实务操作便利性的犯罪论体系就是完全有可能的 ,多种犯罪论体系和平共处的格局也属正常 ,只要其坚持分层次的体系性思考即可。由此一来 ,我国刑法学者今后就不需要再纠结于三阶层和四要件之争 ,更不需要有“择边站队”的潜意识 ,避免无谓的论争 ,从而“轻装上阵” ,规范地、精细化地探究对具体问题的解释合理性。

(二) 司法实务中如何按照阶层理论进行操作

刑事司法工作者发现和证明犯罪 ,需要进行逻辑推演 ,需要科学方法论的指导。四要件说不太关注方法论 ,而阶层理论具有显著的方法论优势 ,自然成为应当选择的理论。在司法上 ,如果采用“先客观要件后主观要件、先要件判断后价值评价、先原则思考后例外思考”的逻辑方法 ,就是坚持了阶层的犯罪论体系 ,只要这一点得到理解和认同 ,阶层式犯罪论体系的司法品性就得以确立。这种实务逻辑和犯罪论体系的阶层理论可以说是异曲同工。这样说来 ,肯定阶层的犯罪论体系 ,要求实务上坚

^③同前注^② ,冯亚东、胡东飞、邓君韬书 ,第 178 页。

持违法与责任分开、确保客观优先、事实判断和价值评价适度分离,一个合理的、能够沟通理论和实务的犯罪成立理论体系就可以形成,至于是否采用三阶层的术语,则并非关键。合理的犯罪论体系的重要性并不体现在形式和技术意义上,也根本不需要苛求在刑事判决书中出现构成要件该当性、违法性和有责性的概念。这样的改革进路,可以说是最大限度地回应了有的学者一直关注的“阶层犯罪论体系的本土化”问题。^④由此可见,按照阶层论的犯罪论体系处理案件,其逻辑脉络简洁、清晰,而且能够确保思维的缜密性。

1. 阶层理论的司法运作: 范例

这里笔者结合三个例子分别按照四要件说和阶层理论进行分析,以说明阶层的检验并不复杂(但其结论远比四要件说合理),司法上接受起来并无根本性障碍。

案例 1: 被告人黄某来到一家超市自助存包柜旁,见钟某正在存包,便暗中记下其所存放财物的特征。当钟某进入超市购物后,黄某利用一张作废的密码条,找到在自助存包柜台值班的超市保安张某,谎称其自助寄存柜打不开,要求张某将(事实上是钟某存包柜的)柜门打开。黄某准确说出柜内存放物品的种类及特征,张某用钥匙打开自助存包柜的柜门进行物品核对,发现与黄某所述一致便离开。黄某于是取走钟某存放在该柜内的物品(价值 1 万余元)。对黄某的行为如何定罪?

对该案如果按照四要件说讨论定罪问题,很容易得出被告人构成诈骗罪的结论,实务上也大多按照这种罪名处理。虽然对于类似案件,采用四要件还是三阶层在定罪结论上原本不应该有差别,但四要件说无法保证客观判断和违法评价优先,很容易主观判断优先。在“调包”类案件以及该案中,由于行为人主观上都有骗人的意思,这种欺骗在司法上就极易被评价为诈骗罪的主观构成要件,由这一判断出发,进而轻易得出被告人成立诈骗罪的结论。实务上对该案最终就定了诈骗罪,其主要理由是被告人有诈骗故意。^⑤由此可见,按照四要件说的定罪思路,犯罪客观构成要件在案件处理时的意义被大大降低甚至被忽略了。

按照阶层论处理本案,从方法论上必须优先从犯罪客观要件切入,且精细区分盗窃罪和诈骗罪的构成要件行为。这样就会得出结论:在被害人没有受欺骗以后处分财物的,不可能成立诈骗罪。从客观上看,该案中的保安张某似乎有管理权限,其被欺骗后开柜检查、核对,然后让黄某拿走财物的行为类似于“处分”财物。然而,张某不可能类似于诉讼诈骗中的法官,其不处于处分财物的地位,无处分权限,因此对黄某无法按照三角诈骗来处理,对其宜定盗窃罪(间接正犯)。在将其构成要件和违法性都定位于盗窃之后,其主观故意中是否有骗人的成分,在规范判断上就不再重要,只要其不法取得他人财物的意思可以确定即可。这样说来,在分析本案时,如果准确理解诈骗罪的行为构造,优先判断客观构成要件和违法性,对诈骗罪和盗窃罪的实行行为进行区分以奠定思考方向,就是贯彻了阶层犯罪论体系的进路,因为一旦从客观要件层面“单刀直入”,将盗窃罪和诈骗罪实行行为上的界限厘清,违法性自然得以确定,后续的故意以及有责性的确定都是顺理成章的。

案例 2: 犯罪嫌疑人胡某驾驶车辆在经过某高速路隧道时,没有遵守限速标志及进入隧道需开大灯的警示,在进入隧道后,发现有一位老人迎面走在路中间,胡某因避让不及将老人撞飞。他停下车后,只是查看了一下车辆,没有对被撞老人实施救助,也没有报警,而是驾车逃离现场。被撞老人倒在路上,被随后过往的多辆车辆碾轧死亡。检察机关认为,行人进入高速公路自身有一定责任,但胡某没有救助被撞老人而是驾车逃离现场,也要承担刑事责任,遂以交通肇事罪将胡某批准逮捕。^⑥ 检察

^④参见梁根林《中国犯罪论体系建构:叙事与评说》,载梁根林、[德]希尔根多夫主编《刑法体系与客观归责》,北京大学出版社 2015 年版,第 28 页。

^⑤参见金林、罗永鑫《欺骗超市保安开启寄存柜取走他人财物如何定性》,《检察日报》2011 年 11 月 15 日,第 3 版。

^⑥参见王庆峰《高速路撞人不救 逃逸司机被批捕》,《检察日报》2013 年 3 月 28 日,第 2 版。

机关对该案的处理是否合适?

按照四要件说,判断思路相对简单,对该案得出有罪结论也就比较容易,因为被害人死亡是事实,犯罪客体存在;被告人有违章行为,其驾驶车辆时没有遵守限速标志及进入隧道需开大灯的警示,且事后逃逸,犯罪客观要件似乎具备;犯罪主体和主观上的过失更不在话下。四要件组合一旦完成,关于犯罪成立与否的整体性、全体性判断即告完成。

按照阶层论处理本案,结论可能相反。阶层体系强调客观构成要件及违法判断优先,其不仅需要先考察行为所造成的纯粹事实意义上的结果,还要从规范判断的角度分析将这一结果算到行为人头上是否合适。如果客观上难以将这一结果评价为行为人的“杰作”,就不能认为行为人造成了不法的事态。在该案中,如果按照阶层理论之下的客观归责论,被害人死亡的结果在客观上、规范判断上很难归属于胡某,理由如下。(1)高速公路绝对禁止行人进入,行人在高速公路上不可能有“路权”,被害人的行为属于自陷风险,应该由其自行对结果负责。(2)从规范保护目的上看,在高速公路上行驶遵守限速标志及进入隧道开大灯,是为了防止在高速公路上汽车高速行驶时“撞车”,而不是为了避免“撞人”。(3)从避免可能性上看,由于行人走上高速路是极其罕见的事情,即便胡某遵守限速标志及进入隧道开大灯,被害人死亡的结果也难以避免。(4)从规范评价的角度看,不能认为胡某的逃逸行为增加了法益风险(不作为的故意杀人或遗弃罪也就不能成立)。因为在高速公路的隧道口停车救人,客观上会增加救人者自身以及其他车辆驾驶人的危险,其结局很可能是胡某被他人撞死,或者更多的人因为胡某紧急刹车引发连环交通事故造成死伤。因此,在该案中,不能认为被告人制造了不被允许的风险。风险是不是被允许的判断,属于对客观不法要素的讨论。在客观上造成的结果不能算做行为人的“杰作”的场合,犯罪客观要件不兼备,主观责任要素无须讨论。^⑦因此,该案对胡某定罪的结论并不能令人信服。

案例 3:甲(30 周岁)邀请乙(15 周岁)一同去盗窃丙的财物,乙爽快答应。在乙按照甲的安排,到丙家别墅外踩点时,意外发现丙竟是与自家失去联系多年的远亲,便将甲安排自己来物色财物的实情告知丙。对甲恨之入骨的丙要乙不动声色,按照甲的原计划行事,以便于将甲绳之以法。第二天晚上,甲、乙按原计划前往丙家,狡猾的甲自己不进屋去偷东西,让乙翻墙进入丙家窃取财物,自己在院外接应。乙入室后按照丙的指令,将装有 5 块砖头的行李箱从围墙内扔出。在甲刚接到这个箱子时,预先接到丙报警并埋伏在周围的警察便将甲抓获。对甲应如何处理?

如果按照四要件说,实务上就可能简单地去寻找要件,然后分别考虑甲和乙是否符合犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面要件,从而相对容易地得出结论。因为四要件说坚持整体性、全体性判断,而乙在参与犯罪时不满 16 周岁,无法对盗窃罪承担刑事责任,不符合犯罪主体要求,因此其行为不符合四个要件,不能成立犯罪,由此一来,甲、乙二人就不可能成立共同犯罪。^⑧被告人甲的行为则符合这四个构成要件,可以构成盗窃罪(但可能成立犯罪未遂)的结论,因为从客体要件看,甲的行为使丙的财产权陷入危险;从犯罪客观方面看,甲有指使、参与盗窃的一系列行为;从犯罪主体看,其是达到刑事责任年龄,具有刑事责任能力的人;从犯罪主观方面要件看,其明显具有犯罪故意。然而,这一定罪结论是不合适的,因为能够直接取得被害人财物的行为只能是入室者乙的行为,甲的行为不能支配犯罪进程,不能认为其成立盗窃罪的间接正犯;接应行为和盗窃罪中定型化的窃取行为并不相当,在该案中,如果不考虑未成年人乙的行为,就无法认定具有从属性的甲的行为符合盗窃罪的客观构成要件。不难看出,四要件说在处理案件时,不能确保从客观出发,不能始终保持实行行为

^⑦退一步讲,即便一定要讨论责任,也可以认为:从主观归责层面看,因为事故发生场所特殊,期待胡某停车救人的可能性极低。

^⑧四要件说的主张者认为,对于不满 14 周岁之人,因为其未达到刑事责任年龄就不需要在刑法上对其进行判断。这是明显存在缺陷的观点,其全体性、整体性分析模式的弊端,在共同犯罪中表现得特别充分。

概念的一致性;不能将违法和责任清楚地分开,不能一体地解决共犯论等问题。从四要件出发讨论问题,总是给人以针对性不强、重点不突出、无法直击要害、绕着难题走的感觉。对此,有学者指出“在刑事法庭上,常常能听到有的公诉人从主体—客体—主观—客观四方面指控被告人构成了犯罪。需要说的、不需要说的,全都说上,令人感到指控不那么紧凑,隔靴搔痒。”^⑥

按照阶层的理论处理该案,需要优先考虑被告人甲、乙客观上与刑法分则盗窃罪所规定的客观要件是否符合,在确定客观要件并解决违法性判断之后,再考虑主观构成要件以及责任问题。由于甲到现场以后仅仅负责接应,客观上无法支配犯罪进程(如果乙不递出箱子,甲是不可能取得任何财物的,就证明了这一点),其在盗窃犯罪中仅起帮助作用,在认定甲的违法性时,按照刑法客观主义的逻辑,就不能不考虑共犯与正犯违法性之间的连带关系,承认共犯的从属性,而正犯乙已经没有盗窃故意,只是在得到被害人丙的同意后,按照丙的指令将箱子递出的,乙并未实施符合盗窃罪构成要件的窃取行为,其扔出财物的动作也因被害人承诺而未侵害法益,没有违法性,正犯行为排除违法的效果要连带延展至共犯,从属于乙的接应者甲的行为也并不具有违法性,警察的蹲守也使得其行为没有造成法益侵害的可能,从而可以得出甲无罪的结论。^⑦如此一来,在客观违法性被否定的场合,甲的盗窃故意即便存在,也在犯罪评价上没有意义;乙是否达到责任年龄也并不在违法性及共犯是否成立的判断视野之内。虽然甲乙均无罪,但阶层体系认为二者无罪的理由并不相同:甲因为没有“窃取”的不法性而无罪;乙仅因为缺乏责任这一点就可以被认定为无罪。因此,按照阶层的犯罪论体系讨论定罪问题,针对性强、重点突出、直击要害,而且贯彻了体系思考的方法论。

2. 阶层理论的司法运作: 步骤

将阶层的犯罪论体系转换为司法逻辑,在讨论案件时需要遵守一定的步骤。

步骤一 找准分则法条。实务上,公诉人能否按照起诉内容准确指控罪犯,法官能否毫无疑问地下判,首先就要初步确定案件事实与被告人所触犯的法条是否具有符合性、一致性,从而解决被告人“该当何罪”的构成要件该当性问题。而被告人所触犯的法条就是刑法分则具体罪名的相应条款,因此,寻找与被告人的行为最为对应的法条,确定可能适用的罪名,^⑧就是确定构成要件该当性、符合性,等于完成了阶层理论体系的第一层次判断,否则此后的违法评价和罪责评价都无从谈起。实务上从“找法”开始,沿着先事实判断后规范评价的思路进行定罪作业,就与阶层理论的思路暗合。

步骤二 从客观到主观描述案件事实。将被告人的行为事实和分则法条的构成要件进行比对,以具体罪名的构成要件要求作为准绳,来论证特定案件中客观构成要件、主观构成要件是否充足,这是司法上需要考虑的第二步。司法人员在实务上按照阶层理论的逻辑汇报或讨论案件时,一定不能首先从主观要件切入,其首要任务是客观地、不带感情色彩地叙述犯罪事实经过,然后再分析行为人对客观事实的主观认知状况,做到主客观相对应、相一致,同时确保用相应的证据来证明客观构成要件、主观构成要件的齐备。

步骤三 从规范判断的角度论证定罪(或无罪)理由。对特定案件进行起诉、辩护或裁判时,价值判断、规范评价的观念不可或缺,因此,在实务上,应当在论证客观要件和主观要件时,重视从有别于事实判断的评价角度分析:符合客观构成要件的行为,从评价角度看,是否制造了法所反对的危险,结果是否能够归属于行为,以及行为是否实质上具有法益侵害性,被告人是否可以例外地主张阻却违法,以及行为虽然客观上、实质上对社会有害,但对被告人而言是否可以例外地进行责任减免。这一判断过程,其实就是对违法性(违法阻却事由)、有责性(责任阻却事由)的评价问题,而非纯粹事实性

^⑥阮齐林《犯罪构成理论对公诉要点与顺序的影响》,《人民检察》2011年第1期。

^⑦如果一定要对甲定罪,也只能就其之前邀约乙共同盗窃,安排乙去踩点等行为论以盗窃罪的预备。

^⑧至于被告人的行为符合多个法条所规定的罪名时,应按想象竞合犯的定罪规则处理,与笔者在这里所说的寻找法条并不矛盾。

的客观层面及主观层面的认定。这一部分的内容,在有关的起诉书、辩护词或判决书中,实际上表现为三方面。其一,对被告人的行为是否实质地符合、该当刑法分则特定法条规定的客观构成要件做出价值层面、规范层面的评价,透过现象看本质,确定被告人的行为与特定法条构成要件所要求的实行行为、特定对象、危害结果、因果关系及客观归责、违法身份、作为违法要素的非法占有目的等要素相一致,从而确定客观违法性的存在与否。其二,对被告人是否可以被归责进行评价,这种评价主要以存在主观构成要件要素为基础,但有时也要超越这种主观要素(例如,对期待可能性、违法性认识的评价,与被告人主观上对事实的认知无关,但属于责任评价的内容)。其三,对被告人违法性、罪责的大小进行程度上的判断和评价。

五、结 语

作为整理司法人员思路、逻辑和条理的工具,要件组合的整体性、全体性思考存在明显“硬伤”,还停留在理论研究的起步阶段。如果不打造犯罪论体系的“升级版”,仍然固守四要件说,关于定罪理论的研究势必形成“踩一脚油门就到了终点”的局面。阶层论体系的复杂性在我国显然被高估或者说人为夸大了。“三阶层犯罪构造体系是一个看似复杂,但实质上更符合逻辑和理性的犯罪构造模式,在司法适用中更为简便。”^②更进一步地说,阶层论体系的思考逻辑和论证方法在实务中已经被采用,也很容易贯彻。“现在已经有不少司法人员在按照三阶层体系思考和处理疑难案件”^③完全不存在阶层理论会把实务人员的思想搞乱的问题,没有必要带有成见本能地排斥这种理论体系和思考逻辑。在理论层面,阶层性犯罪论体系在我国的改造确实有一个限度问题。恰如前田雅英教授所言,对犯罪论分得过细,可能只具有技术上的意义,而缺乏实际上的机能。因此,我国刑法学不需要以三阶层、二阶层为标准样本。只要一个理论体系能够确保客观判断优先、区分出违法和责任、将原则思考和例外判断融为一炉,成为阶层的理论体系,其就具有合理性。因此,在我国未来的刑法学中,多种理论体系长期并存是正常现象。在实务层面,认定犯罪的司法活动必须展现其“客观主义”特质,要求判断者从审查行为等客观层面入手,并在后续环节进一步考察行为人是否有故意、过失及其他可非难的要素,进而得出相应结论。如果按照上述脉络进行司法运作,法官、检察官、律师对案件的判断一定是有先后顺序的、清晰逻辑的,不应当存在不同要件的重要性等量齐观、违法和责任不能清晰区分、规范判断得不到重视的现象。切实贯彻上述判断逻辑和顺序,就意味着阶层式犯罪论体系的方法论已经“润物细无声”地在具体办案过程中得以实现,即使相关刑事裁判文书并不有意识地按照阶层理论撰写,司法人员心目中存在的思考方法也一定是以阶层论体系为底色的。

(责任编辑:杜小丽)

^②喻海松《德国犯罪构造体系的百年演变与启示》,《中外法学》2012年第3期。

^③张明楷《构建犯罪论体系的方法论》,《中外法学》2010年第1期。