

# 论我国犯罪构成理论之重构

## ——刑事一体化纬度的考量\*

刘沛谕,陈幸欢

(西南政法大学,重庆 400031)

[摘要]犯罪构成是我国犯罪论及刑法学的基石性理论范畴。从原初的意义上考察,犯罪构成兼具刑法和刑事诉讼法的双重功能属性。由于外在观念和内部构造的双重因素,长期以来犯罪构成被仅从实体刑法的角度加以研究,从而导致其程序机能的弱化。由此,应对现行犯罪构成体系进行结构性改进,建立犯罪构成的实践模式,恢复其对刑事司法实践的导引功能,并推动刑事一体化理念在实践层面的展开。

[关键词]犯罪构成;刑事一体化;犯罪阻却事由

[中图分类号] D924.11 [文献标识码] A [文章编号] 1672-0598(2007)02-0070-05

### 一、问题之提出

#### (一)刑法学研究之路径偏差

在大陆法系,犯罪构成理论即便不是全部被当作实体刑法的范畴,也如日本学者小野清一郎所指出的那样,“主要是被当作刑法总论,亦即刑法的一般理论来考量的”。<sup>[1](P.4)</sup>我国更有学者指出:“在整个大陆法系国家、前苏联东欧国家以及我国大陆地区和台湾地区的刑法理论中,犯罪构成成了整个犯罪论的基础和核心。”<sup>[2](P.6)</sup>以上论述折射出犯罪构成理论于刑法学及犯罪论研究的价值之所在。而从原初的意义上考察,犯罪构成<sup>①</sup>最早是在中世纪意大利教会作为纠问制诉讼中的一个范畴被提出来的,其后经由不同历史时期刑法学者的努力,犯罪构成的内涵和机能得以不断拓展深化,并在这一过程中悄然完成了从刑事诉讼法范畴到实体刑法范畴的跃迁。

当犯罪构成理论在不同时域和具有不同法文化传承的国度演进之时,许多环绕犯罪构成的新范畴、新术语被不断创制出来,比如,开放的构成要件与封闭的构成要件、主观超过要素与客观超过要

素、超法规的违法及责任阻却事由、期待可能性、客观处罚条件等,以及为适应未完成犯罪与共同犯罪等复杂犯罪形态而对以自然人的单独犯既遂为模本的犯罪构成所作的修正模式。由此,在时光的流转与世事的推移中,大陆法系学者共同将犯罪构成理论塑成一座愈加系统精致的理论大厦。<sup>②</sup>但负面影响亦逐渐凸显,即由于概念、范畴的众多和学术体系的庞杂,犯罪构成理论不仅在法律学生那里成为晦涩难懂的知识,即便对于受过多年专业训练的刑法学者,也很难融会贯通。尤为引人关注的是,犯罪构成在历史流变中逐步与司法实践决然脱逸开来,进而导致其对刑事司法实践的指引功能渐行渐弱这一致命硬伤。犯罪构成将向何处去?这成为今天每一位中国刑法学者不得不直面的重大命题,正如台湾地区学者林东茂教授在一次学术会议上所指出的:“犯罪构成理论不就是要解决什么是犯罪么?为什么要搞得那么玄而又玄?能不能简单点、实用点?”<sup>[3](P.3)</sup>“我们从问题开始我们的研究”,<sup>[4](P.112)</sup>那么,刑法学研究的根本问题在哪里?要追求的目标是什么?笔者认为,当前刑法学研究

\* [收稿日期] 2006-12-13

[作者简介] 刘沛谕(1979-),男,四川苍溪人,法学博士,西南政法大学,讲师,主要研究方向为刑法基本理论与刑事一体化。

陈幸欢(1982-),男,湖南湘潭人,西南政法大学2005级诉讼法,硕士研究生。

的最大困境在于研究方向的迷失和研究对象的虚置。解决该问题的关键,显然既不是围绕作为犯罪论基石的犯罪构成理论作脱离实践的思辨式演绎,也不是在某些具体制度层面不断引介一个过时的西方理论,然后机械的整合进我国的刑法制度,从而造就一个形式上繁荣的“制度盛筵”。毫无疑问,如果刑法学者继续在一座封闭的理论城堡中进行孤独研究,不对当前的研究范式与研究路径作根本性反思,无视犯罪构成与刑事诉讼的本质关联及对后者的导引作用,将使其逐渐丧失学术生命力,异化成一堆华丽精致却偏离实践航标的玄学思辨式知识,最终造成实体刑法理论研究的导向性迷失。

笔者认为,刑法学研究的根本目的在于设计一套逻辑自洽、符合司法实践吁求的犯罪构成规格,为控辩双方运用其进行关于有罪与无罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪的攻防和驳辩以及法官运用其消极中立进行裁断等活动提供程序工具,从而舒放犯罪构成的程序机能,使其真正发挥对刑事诉讼的指引功能。

## (二)刑事一体化语境中的刑事法研究范式转换

如前所述,导致对犯罪构成理论研究进路偏差的原因之一在于部分刑法学者囿于部门法藩篱,在一个相对封闭的体系中进行学术研究,较少关注相邻学科的研究成果与动向。一些视野相对开阔的学者开始注重关联刑事学科间的对话,比如,刑事一体化研究趋势就是一个可喜征表。关于其具体内涵,储教授指出:“刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行处于内外协调状态才能实现最佳社会效益。实现刑法最佳效益是刑事一体化的目的;刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行内外协调,即刑法内部结构合理(横向协调)与刑法运行前后制约(纵向协调)。”<sup>[5](P.294)</sup>可见,其言指的刑事一体化是以实体刑法为本位的。刑事一体化作为一种全部刑事学科整合研究的价值理念和方法论体系,应当照顾全部刑事学科的特性,避免以某个具体的刑事学科为本位,否则将使其他学科成为刑法的附属和工具,这是狭隘的“大刑法观”的体现。

笔者认为,应将刑事一体化视为集价值理念与实践机制于一体的复合范畴。理念层面强调对所有刑事学科应当超越学科边界进行整合研究,以使各学科间能共享研究资源与方法论,从而达致刑事法治的最佳效益;实践层面则指应建立切实可行的实施机制来确保刑事诸学科的理论研究与实务践行能有效链接起来,否则,刑事一体化将流于形式。

目前学界的研究主要集中于理念层面的探讨,对于如何实现刑事一体化从理念到机制的还原,虽略有涉及,但由于切入点不对,给人隔靴搔痒之感。鉴于各刑事学科之共性在于均关涉犯罪或者犯罪人,而犯罪人的基本人格特征正在于其实施了犯罪,所以犯罪就成为联结各刑事学科的纽带。而犯罪的属性是多重的,有事实的犯罪与规范的犯罪,观念的犯罪与实证的犯罪等理论分野。犯罪构成作为从现实形形色色的犯罪行为中抽取提炼出来的法律模型,在司法实践中又能剪裁各类行为事实,在这一过程中,其实现了并实现着由事实到观念的飞升与从规范到实证的还原这一无限动态往复的过程,从而兼具了实体和程序的双重机能,因此能够担负起勾连全部刑事学科的特性。综上,笔者认为,应以改进后的犯罪构成作为刑事一体化的基础性实施机制,塑成联结刑法和刑诉法的刑事法研究新范式,进而重塑犯罪构成理论的实践根基,恢复其理论生命力。<sup>③</sup>

改进后的犯罪构成,应能确保侦查、检察、审判活动恪守对犯罪的证立和证伪这一主线有效率的进行,并能成为准确采取各类针对人身及财产的刑事强制措施的标准,有利于刑事诉讼中的人权保障。这样一来,刑法和刑诉法也就能避免孤立研究所导致的路径偏差,真正实现一体化研究。本文的使命在于完成一项促使犯罪构成回归历史原点的工作,但这种回归不是单纯回复其诞生伊始的诉讼法原貌,而是在刑事一体化理念指导下的回归,是重新发现和正确运用其程序价值的回归,是对其实体机能与程序机能并重的回归!以此为参照,现行犯罪构成体系存在如下结构性问题:1、犯罪构成模式被仅从法官的角度进行构建,因为犯罪构成只是法官用以“定罪”的实体工具,而不是控辩双方用以对抗的实体工具;<sup>[6]</sup>2、犯罪构成的法律推定机能未能得到有效展开,导致了刑事责任在控辩双方之间的失衡;3、犯罪构成中供被告人把握的资源有限,导致其在诉讼全程话语权很少,辩护权难以充分有效行使。

## 二、建立犯罪构成的实践模式

### (一)逻辑前提——传统犯罪构成体系之必要改造

犯罪构成得以成为刑事一体化的基础性实施机制,尚需进行相应改造,原因分述如下:

首先,于司法实践的角度,当下占据通说地位

的耦合式犯罪构成模型包括犯罪主、客体和犯罪主、客观四个方面要件, 四者呈现一种“齐合填充”态势, 缺少任何一个要件, 就没有犯罪成立的余地。毫无疑问, 该模型中的每一要件都是从正向肯定的角度来证成犯罪的, 因而, 可以认为该模型是从控方的角度进行搭建的, 基本没有反映出被告人在刑事诉讼中的程序诉求。细言之, 在该模型下, 被告人于刑事诉讼中行使辩护权的空间相当狭窄, 仅限于自己不是或者不能成立犯罪主体, 自己不具备主观罪过和自己没有实施客观危害行为三个方面。仔细研判, 由于罪过仅存在于犯罪行为实施之际, 不能通过任何证据加以复现, 只能由客观行为加以推定, 因此被告人可以行使辩护权的三个方面实际上就紧缩为两个方面。加之侦查与检控活动的两层“过滤”, 在法庭上辩护方能够通过否定自己不是或者不能成立犯罪主体或者自己没有实施危害行为而脱罪的概率极低。所以, 在现行犯罪构成框架下, 被告人可借以行使辩护权的部分非常有限, 进而导致其在诉讼全程几乎处于失语状态。现代刑事程序要求法官消极中立, 基于控辩双方的平等对抗来择选证据, 进而在自由心证的基础上作出裁判。现行犯罪构成对被告人辩护权行使的掣肘使得控辩双方的互动演绎成为控方单边的“独角戏”, 而法官也只能基于检控方的单边控诉进行审判, 这样一来, 等腰三角形的诉讼架构在实践中尴尬沦空, 从而背离了程序正义的要求。在刑事追诉活动中, 检控机关具有人员和诉讼资源上的天然优势, 那么如何维系强大的国家追诉机关和弱小的被告人之间在诉讼格局上的基本平衡呢? 漫长的刑事司法实践证明, 确保被告人辩护权的充分行使是一个有效途径。但辩护权并非能凭空实现, 若无足够的可资辩护的资料与素材存在, 辩护权就会陷入无源之水的境地。在犯罪构成成为认定罪责的法律规格后, 辩护材料无疑应当诉诸犯罪构成体系内部去寻找。正如某些学者所言, “实际上, 在现代法律文化背景下产生的犯罪构成, 是不同立场上的法律职业者(特别是检察官和辩护律师)在刑事诉讼中角力的实体规则体系。即是说, 犯罪构成是定罪模式, 而定罪模式是定罪过程的理论架构”, 因而犯罪构成就是“控辩审互动的实体平台, 犯罪构成模式就应表现控辩审三方的刑事诉讼构造关系, 使其成为三方都能平等使用的定罪工具”。<sup>[7]</sup> 耦合式犯罪构成模型不能确保辩护方与检控方平等对抗的症结在于其内部缺乏可以成为辩护对象的反

向否定性构成要件, 若不加以改进, 刑诉法改革将无法真正实现朝向当事人主义诉讼模式的转型。

其次, 现行犯罪构成模型在逻辑上难以自洽, 这一缺陷在与犯罪阻却事由<sup>④</sup>的比对中体现的更加明显。关于犯罪构成与犯罪阻却事由的关系问题, 代表性的论述有: 排除社会危害性的行为, 是指外表上符合某种犯罪构成, 实质上不具有社会危害性的行为;<sup>[8](P.145)</sup> 排除社会危害性的行为, 是指形式上似乎符合某种犯罪构成, 但在实质上不具备刑事违法性, 而且大多是对社会有益的行为。<sup>[9](P.266)</sup> 根据通说, 犯罪构成是决定某一行为的社会危害性并为该行为成立犯罪的一系列主客观要件的总和。这里的“决定”与“总和”意味着在某一行为是否成立犯罪的问题上不应再有其他标准, 换言之, 只要符合犯罪构成, 一行为就自然成立了犯罪。实际上, 符合犯罪构成的行为完全可能因为满足了犯罪阻却事由的成立要件而除罪, 甚至转化为有益社会的行为, 如正当防卫等。如此一来, 犯罪构成就不再是决定犯罪成立的唯一标准, 这似乎与犯罪构成的字面含义和理论使命不相符合, 于是才有学者抛出所谓“外表上”、“形式上”符合来解决这一问题, 而没有进一步论证其与“实质上”符合之间的关系。有学者认为, “外表上”、“形式上”符合是指犯罪阻却事由符合犯罪构成的客观要件,<sup>⑤</sup> 而不符合主观方面要件, 因为其具有目的之正当性, 比如正当防卫具有制止不法侵害的正当目的, 紧急避险具有保护较大合法权益的正当目的。仔细研判, 犯罪阻却事由虽具有目的之正当性, 但同时也包含着主观罪过, 二者并不对立, 比如在通过暴力制止强奸行为的正当防卫中, 难道防卫人不正是在具有正当防卫意图的同时也明知自己是在对他人使用暴力吗? (尽管法律规定这样做是正当的) 防卫人使用暴力之目的正当性并不能消解其在使用暴力时具有意识与意志因素, 这是客观存在的事实。这样一来, “外表上”、“形式上”符合犯罪构成的犯罪阻却事由确然满足了犯罪构成的全部要件, 正如前苏联刑法学者乌切夫斯基所言: “在处于正当防卫或紧急避险状态下, 实施在形式上是犯罪的行为, 人的意识中发生着一定的心理过程。这种行为人预见到自己行为的后果, 并希望这种后果的到来, 那就是说, 他的行为是具有故意的。在他的行为中具有一定的犯罪构成的主观要件, 即具有作为犯罪构成因素的罪过”。<sup>[10](P.125)</sup> 那么, 导致某一齐备犯罪构成要件的行为成为不具有社会危害性的犯罪阻却

事由的原因何在?有学者指出,“犯罪阻却事由的行为事实虽符合了某种犯罪构成,但是否构成犯罪,由于存在着犯罪阻却事由的刑法规定,介入了新的社会危害性有无的价值评价体系,故当刑事立法价值取向表现为否定其行为的社会危害性时,就阻却了其犯罪的成立。”<sup>[11]</sup>笔者认为,设置两套法律规格进行两次价值评价,以完成对同一行为事实是否成立犯罪的认定实为冗繁之举,且论者并没有说明犯罪阻却事由的价值评价何以优位于犯罪构成的价值评价,在逻辑上难以自圆其说。

最后,将犯罪阻却事由排除在外导致现行犯罪构成体系中违法性要件阙如,使得犯罪构成丧失了应有的推定效力,进而影响刑事证明责任在控辩双方之间的正确配置。贝林格基于彻底的罪刑法定主义考量,将构成要件限定于纯记叙性的、中性无价值的范畴,其功能仅在于对危害行为外部特征的客观描述,与违法性和责任应当分别进行审查。这意味着检控方在刑事追诉中承担着全部证明责任,为了成功指控一项罪行,其必须对犯罪构成的全部三个层次逐一进行证明,即既要证明行为符合构成要件,又要证明其不具备任一违法性抑或责任阻却事由。基于无罪推定原则,由检控方承担对犯罪构成第一层次,即构成要件符合性的证明责任是正当的。但由于信息不对称和对刑案全程的非亲历性,检控方对犯罪阻却事由在客观上往往难以取证,且随着效率在现代刑事诉讼价值体系中地位的高扬,在控方难以确证、辩方容易取证的场合仍然坚持“让较少有条件获取信息的当事人(即控方)提供信息,既不经济,又不公平”。<sup>[12](P.67)</sup>于是在公平与效率的价值博弈中,又由于根据司法经验判断,符合构成要件的行为与最终成立犯罪的行为之间存在高度的盖然性,因此,为了个别例外情形而让检控方进行大量重复艰难的证明活动远不如将例外事项的证明责任移转给被告人更显经济。因此,迈耶提出构成要件是违法性的认识根据,两者之间类似烟与火的关系,梅兹格进一步将构成要件视为违法性的存在根据,认为构成要件是类型化的不法。小野清一郎则更为彻底的指出,构成要件不仅是类型化的不法,也是有责的类型。由此,构成要件与违法性、责任之间的刑事推定关系得到全面的展开与确立,并于控辩双方之间形成如下证明责任的分布格局:当检控方证明了作为基础事实的构成要件符合性之后,行为之违法性与有责性得以推定成立。但由于推定乃基于经验常识作出,并不具有必

然性,故应当允许被告人提出证据对推定进行反驳。如果被告人放弃反驳机会或者提不出真实有效的证据,那么法官将可能作出基于推定的有罪判决。在我国传统犯罪构成模式中,责任要件已内化于犯罪主体和犯罪主观方面要件之中,而违法性要件则作为犯罪阻却事由被逐出犯罪构成体系之外。此举使犯罪构成丧失了应有的推定机能,导致犯罪构成与犯罪阻却事由在关系认识上的混乱以及犯罪阻却事由在证明责任上的归属不明。

笔者认为,应将犯罪阻却事由纳入犯罪构成体系,使犯罪构成由正向肯定性要件(即传统“四要件”)和反向否定性要件(即犯罪阻却事由)两大部分组成。任何一个行为事实要成立犯罪,不仅要充足全部正向肯定性要件,同时要不属于任一反向否定性要件。只有这样,犯罪构成才能承载罪责认定的全部使命,而无需在犯罪构成之外倚靠其他规范标准进行辅助判断。在大陆法系的递进态犯罪构成模式中,构成要件的符合性就属于正向肯定性要件,而违法性和责任阻却要事由则属于反向否定性要件。而在英美法系的双层态犯罪构成模式中,居于第二层次的辩护事由从逻辑上说也是犯罪构成的反向否定性要件,相当于大陆法系的违法性阻却事由与责任阻却事由之集合。传统理论将反向否定性要件排除在犯罪构成体系之外的做法体现了思维的单向性。改进后的犯罪构成,不仅能能使正向肯定性要件回复对作为反向否定性要件的犯罪阻却事由的推定机能,并且由于犯罪构成被不仅从刑事法官,同时也从被告人、检控人员的视角进行重构,使其能严格依循刑事诉讼的侦查、起诉和审判三流程,在不同的诉讼阶段,从不同角度及不同层次被运用,从而真正发挥其作为刑责认定法律规格的实践指向功能。

#### [注 释]

- ①在贝林格之前,犯罪构成与构成要件基本可以在同一意义上使用。在贝林格那里,犯罪构成形成了一个三层次的较为完整的理论模型,即构成要件的该当性、违法性和有责性。以此为界分,这两个术语开始被赋予了不同的趣旨。犯罪构成相当于成立犯罪的充要条件,不仅限于构成要件;而构成要件则是刑罚法规所规定的行为的类型,尚不包括对违法性和责任的审查,故仅为成立犯罪的必要条件。
- ②日本学者町野溯教授以“热带丛林”来形容犯罪构成的研究现状,这一比喻颇为贴切地反映了构成要件理论的繁复性。

③ 由于所有与犯罪、犯罪人及犯罪治理相关联的学科均可谓为刑事学科,所以刑事学科体系堪称庞杂。鉴于文章的使命有限,笔者主要从刑法和刑事诉讼法的角度来构建刑事一体化的实施机制。

④ 这里的犯罪阻却事由与排除犯罪性事由、排除社会危害性事由、正当化事由等基本在同一个意义上使用,各个称谓所强调的则重点有所疏别,大致对应大陆法系的违法性阻却事由。采用犯罪阻却事由的原因在于其简洁明了,不易滋生歧义。

⑤ 具体地说,客观要件是指犯罪主体和犯罪客观方面,而主观要件则是犯罪的主观方面。

#### [参考文献]

- [1] (日)小野清一郎,王泰译. 犯罪构成要件理论[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2004.
- [2] 杨兴培. 犯罪构成原论[M]. 北京:中国检察出版社,2004.
- [3] (美)阿诺德·H·洛伊. 刑法原理[M]. 北京:法律出版社,2004.

[4] (英)卡尔·波普尔,邱仁宗译. 无尽的探索[M]. 江苏:江苏人民出版社,2000.

[5] 储槐植. 刑事一体化与关系刑法论[M]. 北京:北京大学出版社,1997.

[6][7] 刘远,葛进. 以人权保障为视角看犯罪构成[J]. 法学,2005,(4).

[8] 高铭暄. 中国刑法学[M]. 北京:中国人民大学出版社,1989.

[9] 赵秉志、吴振兴. 刑法学通论[M]. 北京:高等教育出版社,1993.

[10] 陈兴良. 正当防卫论[M]. 北京:中国人民大学出版社,1987.

[11] 杨兴培. 论犯罪构成与犯罪阻却事由的关系[J]. 政法论坛,2002,(3).

[12] (美)迈克尔·D·贝勒斯,张文显等译. 法律的原则[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1996.

(责任编辑:杨 睿)

## On reconstruction of China's theory of constitutive elements of crime

### —Examination on criminal integration dimensions

LIU Pei - xu, CHEN Xing - huan

(Southwest University of Politics and Law, Chongqing 400031, China)

**Abstract:** The theory of constitutive elements of crime is basic theoretical basis of China's crime theory and criminal law. Based on original meaning of constitutive elements of crime, constitutive elements of crime have double function categories of criminal law and criminal procedure law. Because of double factors of external ideas and internal construction, constitutive elements of crime have been studied from the angle of real criminal law for a long time so that its procedure function is weakened. As a result, present system of the constitutive element of crime should be restructured, practical mode of constitutive element of crime should be established, its guiding function to criminal judicature should be restored, and criminal integration idea should be extended to practical level.

**Keywords:** constitutive element of crime; criminal integration; crime preventive particulars