【文章编号】1002—6274(2019)01—051—13

犯罪构成四要件的“立体化”修正*

牛忠志[1]　曲伶俐[2]
(1. 河北大学政法学院,河北 保定　071002;2. 山东政法学院,山东 济南　250014)

【内容摘要】为永葆犯罪构成四要件的生命力,需要对其各要件加以立体化修正,包括对其各个要件从形式和内容、质和量、静态与动态、纵向和横向等维度"加宽加厚加高"。把犯罪客体修正为刑法保护的而为犯罪行为所侵害或者威胁的社会关系及其载体的统一,以使之成为"有血有肉",看得见、摸得着,增强了其实体性和可测量性。在危害行为的定义中加入"犯罪工具"和行为"强度"的限定,既突出实施危害行为对犯罪工具的利用,又满足中国刑法对犯罪规定既定性又定量的特点。在刑事责任能力的基础上把行为人的社会危险性人格也纳入,以形成动静结合的主体要件内容。赋予犯罪动机的选择要件地位;为切实全面贯彻规范责任论,在《刑法》第 16 条增加关于因"期待可能丧失或者减弱"而刑事责任丧失或者减轻的规定。

【关 键 词】犯罪构成　立体化　危害行为的强度　社会危险性人格　期待可能性
【中图分类号】DF611　　【文献标识码】A

引言

进入 21 世纪以来,中国刑法学界,主张移植德日阶层犯罪论体系的移植论者攻城略地大举侵入,挑战传统的犯罪构成四要件;四要件的坚持者(包括改良论者)严防死守捍卫自己的正统地位。这种理论碰撞在 2009 年前后达到了高潮(以三阶层知识于 2009 年 5 月首次进入《国家司法考试大纲》和高铭暄等学者撰文①为四要件辩护为标志)。自此以后的十年来,移植论“驱逐”四要件,甚至“欲杀之而后快”[1] p107-108 宣誓与坚持论(改良论)的强劲反击一直处在激烈博弈状态。目前看,对立的双方在短时间内都难以彻底征服对方。所以,这种状态还将在今后一段时期长期存在。

客观地看,一方面,传统的犯罪构成四要件理论确实存在一些不足而需要完善和改造,而个别学者有意无意地放大犯罪构成四要件的缺陷,甚至先歪曲后批判的现象也时有发生。另一方面,德日阶层犯罪论体系的优点被不适当地夸大,其缺陷根本没有引起重视,甚至被故意掩饰。尽管阶层体系构建的初衷是为了贯彻罪刑法定原则,保障人权,限制处罚范围,但是,阶层体系的发展史却表明,其所谓的“先事实判断后价值判断”的定罪步骤,只不过如“镜中花、水中月”的乌托邦,从来没有、也不可能真正在司法实践中得以贯彻。正如有学者指出,切实地按照递进的犯罪构成体系来认定犯罪,是不可能之任务。[2] P66

无论哪一种理论都不会完美无缺,任何犯罪论体系也不例外。只看到阶层理论的优点而忽视其不足,或者只是一味地恪守传统的四要件而排斥其创新发展,都是不可取的。而且,在一个国家多个理论体系并存,是正常的,也是必要的。所以,排斥异己,不管是一方企图打倒另一方,必欲杀之而后快的做法,还是抱残守缺的保守主义,都是偏激片面的。百花齐放,百家争鸣,相互汲取营养,共同促进发展,是可行之道。“打铁还需自身硬”的劝言,对于移植论和坚持论(改良论)都是适应的。所以,未来中国刑法学界关于犯罪论体系研究的迫切任务是:对于德日阶层

* 基金项目:教育部人文社科规划基金项目《犯罪本质"法益说"的修正及其实证研究》(15YJA820020)、国家社会科学基金后期资助项目《革新刑法理论完善环境犯罪立法》(项目批准号 17FFX018)和山东省社科规划项目《电信诈骗罪定罪判刑疑难问题研究》(项目编号 17CSPJ10)的阶段性研究成果。

作者简介:牛忠志(1968-),男,河南宝丰人,法学博士、博士后,河北大学政法学院教授,北京师范大学刑事法律科学研究院兼职研究员,研究方向为刑法学;曲伶俐(1963-),女,山东烟台人,山东政法学院教授,山东省高校证据鉴识实验室(山东政法学院)主任,研究方向为刑法学。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

体系，必须正视该模式与我国现行刑法规定难以直接对接的现状，不能简单地移植而必须有所革新（例如，必须改造该体系只定性不定量的特点、必须充分认识阶层体系适应于刑事古典学派理论而落后于当代后期古典学派的滞后性）；对于传统的犯罪构成四要件，同样需要不断修正和完善（如大胆汲取德日阶层理论体系的有机素养为我所用）强健体魄，以永葆旺盛的生命力。

笔者认为，就可行性和经济性而言，对传统犯罪构成四要件的修正和完善是未来中国犯罪论体系科学化的最佳路经选择。而这包括对犯罪构成四要件理论体系从宏观和微观两个维度进行：前者涉及到要不要否定犯罪客体和犯罪主体要件的地位，犯罪本质、犯罪客体与法益说的关系处理，以及各个要件的排序等宏观问题；后者包括对各个要件所包含的要素及其内容的具体修正和改造。关于宏观角度的研析，笔者另行撰文《完善犯罪构成四要件体系的宏观分析》，本文是从微观角度对四要件各个要件提出相应的完善构想，其实质是对传统犯罪构成系统各个组成要素进行立体化修正，即从形式和内容、质和量、纵向与横向、静态与动态等维度“加宽加厚加高”，进行立体化地充实和完善②。以下按照犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件和犯罪主观要件的逻辑顺序展开论述。③

一、关于犯罪客体要件的立体化修正

（一）犯罪客体要件理论的不足

我国传统刑法理论认为，“犯罪客体是指刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会关系”。[3] p53 犯罪客体是犯罪行为具有社会危害性的集中体现，是犯罪构成的必要要件。任何一种行为，如果没有或者根本不可能侵害刑法所保护的社会关系，就不能构成犯罪。因此，任何一种犯罪，都必然要侵害一定的客体，不侵害客体的行为就不具备社会危害性，就当然不构成犯罪。并且，某种具体的犯罪客体在社会中越重要，则侵害其的犯罪行为的社会危害性就越严重，该犯罪行为就相对越构成重罪，处罚就相对越重。因此，犯罪客体是决定犯罪的社会危害性质及其社会危害性严重程度的重要标准。

通说的上述观点受到尖锐的批评：这样的客体要件定义，一开始就给人一种无边无沿、无法把握的感觉，不具有为犯罪的认定提供标准和规格的功能。[4] p3 这种批评是有道理的。通说关于犯罪客体要件理论最大的不足是把社会关系的“载体”剥离出去而作为独立的“犯罪对象”，于是，犯罪客体仅仅剩下抽象的“社会关系”。这样导致两个缺陷：一是没有内容的社会关系毕竟太抽象、空洞，故客体要件难以为认定犯罪提供可操作性的标准，因为没有载体的抽象的“社会关系”充其量只能决定危害行为的社会危害性质，而不能决定危害行为的社会危害性量之限度。但是，《刑法》第十三条“但书”又恰恰要求犯罪是“严重的”危害社会的行为。所以，这样的犯罪客体理论难以与我国刑法规定的具体犯罪相适应。二是将“社会关系的载体”即犯罪对象独立化、现象化。所谓独立化，即传统理论主张将“社会关系的存在形式”离析出来称之为“犯罪对象”，并将其理论地位归属于犯罪客观方面，只是为论述的方便，才提至“犯罪客体论”部分，其结局是在论述犯罪客体之后，紧接着轻描淡写地简述一下“犯罪对象”。所谓现象化，即传统理论主张“犯罪对象”是犯罪客体要件的现象形态。由此势必削弱了犯罪对象的地位，将其视为可有可无的东西，甚至导致“并非所有犯罪都有犯罪对象”[3] p60 这一令人难以信服的怪论。

（二）对犯罪客体要件的立体化修正

把犯罪对象还原到社会关系之中，“实化”犯罪客体要件，使犯罪客体要件真正具有量化的特性。犯罪对象是刑法所保护的社会关系的表现形式（存在形式），犯罪对象与该社会关系合在一起构成新的犯罪客体——刑法所保护的社会关系与犯罪对象是同一事物的实质和表现形式的辩证统一。[5] p342－345 这种见解十分正确。将“犯罪对象”（即社会关系的载体）还原到社会关系中，即“新犯罪客体要件”＝刑法保护的社会关系＋犯罪对象。“纳入刑法保护范围社会关系”与其“存在形式”（即社会关系的载体）合并在一起，实现了内容与形式的统一。在这里，“社会关系的载体”就是特定权利义务关系的载体；这种权利义务关系与犯罪对象是“内容与形式”关系，而不再是通说所认知的“本体与现象”关系。

这一改造的好处是：

1、“社会关系存在形式”（即社会关系载体）的地位就无可争议地属于犯罪客体要件的一部分，而不会再被强行地剥离出来作为客观要件的一个内容，因而

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

这种意义的“犯罪对象”,就不再属于“现象范畴”的东西,而是社会关系的存在形式,从而处于必要要素的地位。例如,就伪造假币罪而言,该罪所侵害的社会关系载体是真币而不是假币,假币在该罪中才是真币的现象形态。这与通说含糊地把假币作为“对象”(究竟是行为对象还是犯罪对象,含糊不清),深刻得多。这里的社会关系的载体也不是片面地、孤立地观察的结果了,而是用辩证地、系统地观察的结果。与通说关于“存在库房中的电话线与通讯线路中的电话线是相同的”的见解不同,按照新犯罪客体说,“存在库房中的电话线”作为财物而体现所有权,“通讯线路中的电话线”作为通讯电路系统的有机组成部分而承载着通讯安全,二者迥然不同。

2、任何犯罪的客体要件,都是社会关系及其载体的统一。通说承认有的犯罪没有犯罪对象。[6] p103“实际上,对于某些行为来说,就是不存在其作用的对象。根本没有必要硬给安上一个对象。”[7] p72“正如在语言学上存在及物动词和不及物动词,行为也相应地存在及物行为和不及物行为。当不及物行为被刑法规定为犯罪时,当然就不存在行为客体。”[8] p268

我们认为,现实中,没有载体的纯粹抽象的社会关系是不可想象的,社会关系不可能脱离其载体而存在;危害行为只有作用于该载体才可能引起社会关系的变化。任何犯罪都是通过作用于社会关系的载体而侵害社会关系的。假若一个危害行为作用于真空而依法构成了犯罪,即使这样,该危害行为所作用的“真空”也是犯罪对象无疑。所以,通说的“有些犯罪没有犯罪对象”观点难以成立。

3、这一立体化改造克服了原来的“社会关系”之空洞、抽象,以及只能定性而不能定量的不足,使犯罪客体彻底地实体化,赋予了犯罪客体的量化功能:犯罪客体不只是可意会的理性思维的产物(抽象的社会关系),而且,在具体的案件中还是可看得见、摸得着、可测量的客观存在物。例如,对于侵犯财产犯罪的一般客体要件,可表述为“财物的所有权”;在具体的盗窃案件中,其犯罪客体可以表述为“某个海信电冰箱的所有权”、“某一条金项链的所有权”等。这样,犯罪客体要件缘于其形式与内容的统一而成为可计量的具体物,从此告别了空洞和抽象。

总之,把社会关系的载体(犯罪对象)还原到社会关系中,犯罪客体是刑法保护的而为犯罪行为所侵害或者威胁的社会关系及其载体的统一。

二、关于犯罪客观要件的立体化修正

(一)犯罪客观要件理论的不足

我国传统刑法理论关于客观要件的基本观点有:(1)犯罪客观方面,是指刑法规定的、说明行为对刑法所保护的社会关系造成侵害性的客观外在特征。犯罪客观方面的要件包括危害行为、危害结果、以及行为的时间、地点、方法(手段)、对象。(2)危害行为是犯罪客观方面的必要要件,是指由行为人心理活动所支配的危害社会的身体动静。(3)行为对象即犯罪对象,虽然是属于犯罪的客观方面的范畴,但是由于其与犯罪客体的关系密切,理论上为了论述方便,一般将其置于犯罪客体要件的内容中加以论述。(4)刑法因果关系只是危害行为与危害结果之间的关系,并不是犯罪客观方面的一个要件。[3] p61-62

上述观点的不足之处,首先,把客观方面和客观要件两个概念混用,是不妥当的。“客观方面”是“客观要件”的上位概念。客观方面的内容未必都是犯罪成立的“客观要件”;客观要件只是犯罪成立所必不可缺少的“客观方面”之要件;客观要件又包括若干客观要素。故应该精确地区分不同场合而使用“客观方面”、“客观要件”和“客观要素”三个不同的术语。其次,就客观要素的界定而言,还存在三个主要不足:(1)关于危害行为的界定没有“利用犯罪工具”的内容,也没有“量度”的限定。(2)否定刑法因果关系的选择要件地位。(3)关于行为对象与犯罪对象的关系定位不正确。

(二)对客观要件的立体化修正

1、对危害行为内涵之修正

应当把刑法的危害行为修正为:在行为人的意识和意志支配下利用犯罪工具,实施触犯刑法的、危害社会,具有一定强度的身体动或静。这一界定与传统理论相比,有两个特点:

(1)强调了行为人对犯罪工具的利用。按照马克思关于劳动的观点,人与动物最为实质的差异在于,人具有主观能动性,可以制造和利用工具进行劳动。劳动工具是人们在生产过程中用来直接对劳动对象进行加工的物件。制造和使用生产工具是人区别于其他动物的实质性标志,是人类劳动过程独有的特征。人类劳动是从制造工具开始的。随着社会的发展和科学技术的进步,尤其是当今社会,任何劳动

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

在许多场合越来越要借助于劳动工具来进行，并且，劳动工具也越来越复杂、愈来愈高级。犯罪也是一种劳动，只不过是一种“负价值”的劳动。在高科技时代，现实社会中的行为人“赤手空拳”实施犯罪的案件几乎没有，而借助于犯罪工具，甚至是高科技犯罪工具，实施的犯罪案件却十分普遍。因而，关于危害行为的定义必须强调犯罪工具。

(2) 必须对危害行为的量的限度加以强调。目前世界范围内，主流的刑法理论对危害行为的定义都没有进行“量”的限定。这在德日国家不是问题，因为德日刑法关于犯罪的规定只定性不定量。但是，在中国的立法框架之下却是严重的缺陷。因为根据我国《刑法》第十三条“但书”的规定，犯罪是具有“严重的”社会危害性的行为，其危害性既取决于危害行为的性质，同时也取决于危害行为的强度，二者缺一不可。所以，在界定危害行为时，必须也应该对其量的限定有所描述，而绝对不能忽视。以《刑法》的伤害行为为例，从性质上看，伤害行为必须是不利于身体健康的行为。但是，仅有性质的限定还不够，还必须是“达到了可以致轻伤以上”量度的行为。如果一个伤害行为从致害性的强度上看，仅可致轻微伤，那么，该行为就只属于民事侵权行为和违反治安处罚法的行政违法行为，而不是刑法意义的伤害行为。

2、对刑法因果关系理论之修正

刑法因果关系理论主要包括三方面的内容：刑法因果关系的地位问题、范围问题（即是否包含偶然因果关系）、判断标准。

(1) 刑法因果关系的地位。我国传统刑法理论在这一问题上存在着观点的前后变化和态度的模棱两可。早期只承认必然因果关系才是刑法上的因果关系。认为只有当具有结果发生的实在可能性的某一现象已经合乎规律地引起某一结果的发生时，才能确定某一现象与所发生的结果之间具有因果关系。之后，又不得不承认偶然因果关系的选择要件地位，即如果某一现象虽然有发生结果的实在可能性，但在其发展过程中，偶然地与另一个因果性锁链联系在一起，以致由另一现象合乎规律地产生这一结果时，那么，前一现象和所发生的结果之间也有刑法偶然因果关系，由此必然因果关系和偶然因果关系都可以是某些犯罪的选择要件。及至目前，传统刑法理论关于刑法因果关系地位的态度暧昧：一方面认为，“刑法因果关系只是危害行为与危害结果之间的关系，并不是犯罪客观方面的一个要件”；另一方面又说，“当危害结果发生时，要使对该结果负责任，就必须查明他所实施的危害行为与该结果之间具有因果关系。这种因果关系，是在危害结果发生时使行为人负责任的必要条件。”“除必然因果关系外，偶然因果关系有时对定罪与否有一定的影响。”[3] p62、77、80 那么，到底刑法因果关系是不是选择要件呢？前面说不是，后面又说是，前后矛盾。

我们认为，刑法因果关系应当是某些犯罪的犯罪客观要件的一个选择要素。首先，在行为犯（举动犯）场合，以实行行为的完成为犯罪既遂，因而这类犯罪成立和既遂的认定都不涉及因果关系问题（当然在结果加重犯的场合仍然涉及刑法上的因果关系问题）。这里的“不涉及因果关系”，不是从存在论角度说，这些犯罪案件中一概“不存在”因果关系，而是从规范意义上来说，对于这些犯罪的成立与既遂而言，不需要考察危害行为与危害结果之间的因果关系（即不需要认定因果关系），即因果关系不是犯罪构成要件的要素。其次，在过失犯罪、以法定危害结果为既遂条件的犯罪中，必须考察特定危害行为与特定的法定结果之间是否存在刑法因果关系。由此，刑法的因果关系不是所有犯罪客观要件的必要要素，只是部分犯罪（如过失犯罪、故意的结果犯）成立与否的选择要素。

还有一种观点是，任何犯罪中，刑法上因果关系都不是构成要件。其主要理由是刑法上研究因果关系，主要是为了解决已经发生的危害结果是由谁的行为造成，是认定行为与结果服务的，一旦认定了危害行为与危害结果，因果关系本身便不再起作用。该观点之错误的关键在于没有正确认识存在论与规范论的不同立场。一是仅仅把刑法的因果关系等同于事实的因果关系，没有注意到刑法因果关系的规范性特点。其实规范属性才是刑法因果关系的个性之核心内容。因为刑法因果关系尽管是以事实的因果关系为基础的，但却是对事实的因果关系之规范论视角下的价值选择。这种价值选择突出体现在立法者为了维护一定的法律秩序，督促特定的群体履行其义务、强化他们职责，不仅把必然的因果关系、直接的因果关系作为刑法的因果关系，而且也把一些偶然的因果联系、间接的因果联系纳入刑法的调整范围，如渎职

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

罪的因果关系便是。鉴于国家机关工作人员的职责事关社会和国家的稳定、安全和效率等,所以,对于国家机关工作人员渎职行为偶然导致的危害结果和渎职行为间接导致的危害结果,在情节严重时,从维护国家整体法律秩序的立场出发视其必要而还有选择地将其作为刑法上的因果关系(除了必然的因果关系和直接的因果关系之外)。二是刑法因果关系,不仅在定罪环节,而且在量刑环节都有价值。后者如故意伤害罪的结果加重情况,必须考察伤害行为与加重结果之间是否存刑法上的因果关系。只有将刑法因果关系作为独立的要素,才能完成其定罪与量刑的使命。现实的情况是,即使否定刑法因果关系之学者的论著都无例外地大篇幅阐述刑法因果关系理论; 在司法实践中,对于需要考察因果关系的案件,司法人员都单独地分析危害行为与危害结果之间因果关系的存在情况,无论是定罪环节还是量刑,概莫能外。所以,与其“有实无名”不给予刑法因果关系之客观要件的选择要素地位,毋宁开诚布公地承认其选择要素之地位,以使其“有名有实”,名正言顺。

(2) 刑法因果关系的外延。其实质是偶然因果关系是否属于刑法因果关系问题。传统刑法理论借鉴前苏联的理论,把因果关系划分为必然因果关系和偶然因果关系。[3] p80 从实践看,因果关系一般表现为两种现象之间有着内在的、必然的、合乎规律的引起与被引起的联系。这是刑法因果关系基本的和主要的表现形式。通常也只有这样的因果关系,才能令人对其行为引起的结果负责任。……但是,偶然因果关系通常对量刑具有一定的意义,有时对定罪也有影响。因为自然和社会现象是十分复杂的,因果关系的表现也不例外,某种行为本身不包含产生某种危害结果的必然性(内在根据),但是在其发展过程中,偶然又有其他原因加入,即偶然地同另一原因的展开过程相交错,由后来介入的这一原因合乎规律地引起了这种危害结果。这种情况下,先行行为与最终之危害结果之间的偶然联系,即称为偶然因果关系。

通说上述观点的不足,首先,传统理论关于必然因果关系和偶然因果关系划分的最大误导是弱化了偶然因果关系的地位,以至于 20 世纪后二十多年中国刑法学界不得不花了很大的精力来论证偶然因果关系的地位问题。之后,随着学界对刑法因果关系理论认识的加深,传统理论在这问题上其态度也有所变化: 从最初只承认必然因果关系才是刑法上的因果关系,到有限承认偶然因果关系的客观要件要素之地位,再到目前受个别权威学者的影响,目前的态度模棱两可。其次,传统刑法理论关于因果关系理论的错误还在于误导人们将必然性等同于现实性,将偶然性与可能性相等同。但是,在哲学上,必然性与偶然性是一对范畴,统一于可能性范畴之下。或者说,可能性包括必然可能性和偶然可能性。所以,不能把必然性与现实性相等同。刑法因果关系的认定,是在发生危害结果的场合的由果溯因,因此,现实中刑法因果关系都是客观必然性的现实化存在物或者基于可能性而转化为现实化存在物。所区别的只是在由行为到结果的因果关系展开过程之中,其可能性因不同的情况下而有着差异: 属于必然性的因果关系,其在向现实转化过程的可能性极大; 属于偶然性因果关系的,其可能性较小。但是,一旦一个危害行为产生了危害结果,那么,该行为导致该结果出现的可能性,无论是必然可能,还是偶然可能,都已转化成了“现实性”的东西。所以,只要明确承认因果关系的选择要素地位(刑法因果关系具有法定性),就应当同时肯定偶然因果关系与必然因果关系一样,都是客观要件的选择要素。

当然,必然因果关系和偶然因果关系的分类还是有意义的,因为在偶然因果关系的场合,行为产生危害结果的概率小,行为人明知是这样的概率小的危害行为而去实施,最终导致结果的发生,与“行为人认为必然可能而实施从而产生危害结果”的情况相比,是存在较大差别的。必然因果关系和偶然因果关系可以印证行为人罪过的主观认识和意志的清晰和强弱程度,因而这种划分对于定罪及其之后的量刑都是有意义的。

(3) 刑法因果关系的认定标准。传统刑法理论基于必然因果关系和偶然因果关系的分类,把因果关系的认定引向歧途——把必然性等同于现实性,只把偶然性等同于可能性。

正确的做法是,对于刑法因果关系的认定采用条件说和相当英国关系说,分两步走。第一步应采用条件说,判断是否存在事实的条件关系。刑法因果关系必须以哲学上的因果关系为基础,以事实因果关系为判断对象,而不能脱离哲学一般因果关系理论的指导。有学者认为,实际上,刑法因果关系也根本不是

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

哲学因果关系的具体运用，刑法因果关系的定型性、规范性，都是作为一门规范学科的刑法学所独有的。更为极端地说，刑法因果关系这个概念本身就是应当否定的：不是因果关系，而是条件关系。[9] p22 该论者过分强调刑法因果关系的特殊性以至于脱离了因果关系的共性。对此，我们不敢苟同。哲学因果关系与刑法因果关系是共性与个性的关系，一方面，刑法因果关系受哲学因果关系理论的指导，刑法因果关系不可能脱离哲学的因果关系的范畴；另一方面，刑法因果关系也不能没有个性，其个性就是其作用的单向性、定型性、规范性。任何割裂共性与个性的片面观点都是不可取的。也就是说，刑法上的因果关系在逻辑上应该属于哲学上因果关系的范畴，离开了这一大的前提，刑法上的因果关系便没有“类”的归属了。就事实因果关系而言，应采用条件说“没有前者便没有后者”的规则来判断是否存在事实的条件关系，以划定事实因果关系的范围。第二步，在存在条件关系的基础上，再依照法律规定、基于经验法则，对事实因果关系进行价值判断，考察事实因果关系是否符合具体犯罪构成中要求的刑法因果关系。在这里，采用相当因果关系说（或者客观规责理论）审查事实因果关系是否符合具体犯罪构成中要求的刑法因果关系。

近年来德国的客观归责理论对中国刑法学界影响很大。罗克辛教授的客观归责理论的内容是：一是，行为制造了不被规范允许的危险。二是，这种危险已经实现（即产生了危害结果）。三是，该危害结果属于某一犯罪的法定危害结果（即该危害结果没有超出构成要件的保护范围）。[10] p243 对于该理论，有的学者不赞成并批评说，客观归责理论将实行行为概念形式化；试图弱化甚至消灭传统因果关系论的影响力，将因果关系降为纯粹自然的联系；放弃对行为和后果之间的相当性判断，因而也有不合理之处。如果对实行行为作实质评价，对因果关系不是仅仅从存在论的意义上，还从论理的意义上进行理解，对相当性是否存在作审慎判断，就基本上可以得出客观归责理论不需要的结论。[11] p119 我们认为，客观归责理论是在条件说的基础上为相当因果关系中“相当性”的判断提供了一个可操作的规则，有其可取之处。不过，该理论也只是一种“相当因果关系理论”而已，故也不宜将其神化。

3、行为对象与犯罪对象关系之厘定

关于行为对象与犯罪对象的关系刑法学界有不同的观点。

（1）通说关于“犯罪对象是指刑法分则条文规定的犯罪行为所作用的客观存在的具体人或者具体物”的界定[3] p58，表明其对犯罪对象和行为对象是不加区分的。有的学者也认为，应该把通说中“犯罪对象”改称为“行为对象”，即主体的犯罪行为所侵犯或直接指向的具体人、物或者信息；在体系地位上行为对象是界定行为所需要的要素。[12] p352 该论者也认为行为对象也即犯罪对象。

（2）主张严格区分行为对象与犯罪对象，将行为对象归属于犯罪客观方面，将犯罪对象作为犯罪客体要件的组成部分。有的学者主张，犯罪对象是社会关系的载体，行为对象是界定构成要件行为所要求的，行为所直接指向的具体人或者具体物。并认为任何犯罪都有犯罪对象，而行为对象则不然。犯罪客体与犯罪对象的关系之间是本质与现象之间的关系；行为对象和犯罪对象的关系是“同出一源，内容上重合”。[13] p17

我们赞同这种严格区分和对行为对象的界定，但是认为犯罪对象与行为对象之间的关系不是同一的关系，二者应该是事物与其现象的关系。因为犯罪客体要件 = 社会关系 + 犯罪对象（社会关系的载体）；行为对象是指危害行为的直接作用或者影响的人或者物，鉴此，由于社会关系与其载体（犯罪对象）是内容与形式的关系，这里的社会关系的载体（即犯罪对象）是作为刑法保护的社会关系存在形式的客观事物；行为对象则是界定构成要件行为所要求的，行为直接指向的具体的人或物。可见，行为对象是作为社会关系之载体的犯罪对象的“现象形态”。行为对象与犯罪对象二者的内容并非完全重合。如果根据哲学上的本体与现象的辩证关系，行为对象与犯罪对象的关系，不外乎以下三种情形：其一，二者往往是一致的，如盗窃罪情况下，被害人张三的电视机既是财物所有权的载体也是盗窃行为直接指向的行为对象。其二，二者有时是整体与部分的关系，比如“通信电路系统或者电力设备系统”与该系统的组成部分的“电线”。因为“作为通信电路或者电力设备一部分的电线”（即行为对象）首要地应当被评价为公共通讯安全或者公共电力输送安全的“载体系统”（犯罪对象）的有机组成部分，即破坏公共通讯设施罪或者

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

破坏公共电力设备罪的犯罪客体的一部分，而不是像“库房中的电线”那样首要地被评价为“一种财物”。由此，“库房中的电线”和“通信电路或者电力设备中的电线”是不同的。其三，行为对象是对犯罪对象的歪曲反映，如伪造货币罪的假币是行为对象，真币是货币管理关系的载体，是犯罪对象，假币是行为对象，是对真币的歪曲反映。

三、关于犯罪主体要件的立体化修正

(一) 犯罪主体要件理论的不足

1、通说关于主体要件理论的不足

通说认为，“犯罪主体，是指实施犯罪并且承担刑事责任的人。根据刑法规定，只有达到一定年龄，并且具有刑事责任能力的自然人，才能成为犯罪主体。”“责任年龄和责任能力是犯罪主体的必要条件，犯罪主体是犯罪构成的一个重要方面，任何犯罪都有主体，也即任何犯罪都有实施犯罪的人和刑事责任承担者。没有犯罪主体就不存在犯罪，更不会发生刑事责任问题。”[14] p135

上述表述中，不恰当的地方有: (1) 混淆了犯罪主体和犯罪主体要件。犯罪主体，作为一个整体不是犯罪构成的一个内容。而犯罪主体要件是四要件之一。犯罪主体是在一个行为被判断为犯罪之后，行为的实施者，即“行为人”，才转化为犯罪主体，而不是先确定犯罪主体，再去认定犯罪成立。所以，犯罪主体与犯罪主体要件的概念不应混淆。(2) 对于刑事责任能力与刑事责任年龄的关系定位不准确。在我国，刑事责任能力，就是指行为人在刑法意义上对自己的行为及其所产生的后果的社会性质和意义的认识能力和控制能力。刑事责任能力是上位概念，影响刑事责任的要素包括年龄、精神状况、重大器官的功能情况等。(3) 其犯罪主体要件的内容没有包括行为人刑法的品格(即没有关于行为人社会危险性的内容)。

2、关于犯罪主体要件在犯罪构成中位序的争论

犯罪主体要件在犯罪构成中的位序，直接关系到其与犯罪主观要件的关系。除了通说将其作为第三要件排在客观要件之后、主观要件之前外，我国刑法学界一些学者还有其他不同的主张。择其要者分如下情形加以评析。

(1) 把犯罪主体要件置于犯罪构成四要件之首，认为主体要件是构建犯罪构成体系的逻辑起点。例如，有学者主张四要件的排序应为犯罪主体要件、犯罪客体要件、犯罪主观要件和犯罪客观要件。[5] p328 再如，有学者主张犯罪主体要件、犯罪主观要件、犯罪客观要件、犯罪客体要件的排序。[15] p47 这两种排序都把犯罪主体要件排在首位。这是按犯罪发生的顺序所做的排列，属于存在论的安排。虽然符合事物发生(犯罪的发生)的逻辑顺序(不能否认其逻辑性)，但是，犯罪的认定(规范论的逻辑顺序)与犯罪的发生是互逆的过程，故不符合规范论的逻辑顺序而不能为规范论的刑法教义学所采纳。

(2) 弱化主体要件的独立地位，将犯罪主体要件融入主观方面(主观要件)之中。例如有学者主张，根据违法客观论，只要自然人的行为符合客观构成要件，即使没有达到法定年龄、不具有责任能力，也不影响对其行为的违法性评价。所以，法定年龄、责任能力不是客观构成要件要素，而是主观的构成要件要素。[16] p127 再如，有的学者认为，“将主体作为犯罪主观要件的内容，不仅是因为其作为客观要件的内容不合适，还因为主体身份与责任能力、年龄等因素是密不可分、互为一体的。主体本身的实际状况能够影响刑事责任能力、年龄及涉罪种类等因素，没有主体，刑事责任能力、年龄等都无从谈起。”因此，“犯罪主观要件是包括犯罪主体、主观罪过、犯罪动机和目的的综合要件。”[17] p241－242

这种把犯罪主体要件(确切地说是“犯罪主体要件的一般要件”)归属于犯罪主观要件的观点显然是借鉴了德日阶层犯罪论体系把作为犯罪主体条件的刑事责任能力内容放在“责任论”的首要部分的做法。[18] p901 [19] p212 但是，这种安排不合逻辑。德日阶层犯罪论体系基于刑事古典学派的“理性人”的假设，而弱化了犯罪主体的一般条件的地位，其合理性早就成为问题了。之后，不管是刑事新派还是后期旧派，都承认行为人的个体差异，由此，就该强调犯罪主体要件的独立地位。

(3) 把作为犯罪主体要件的刑事责任能力内容更加后置，放在主观要件之后。例如，有的学者把犯罪的成立条件划分为“犯罪的客观要件、犯罪的主观要件和违法排除事由、责任排除事由。”[20] p91 这样的安排，首先，在逻辑上更加不可思议。因为刑事责任能力是罪过产生的本体基础。如果行为人不具有刑事责任能力，那么，他就没有刑法意义上的认识能力

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

和意志能力，就根本不会产生犯罪意义上的认识和意志，此所谓“皮之不存毛将焉附”。其次，这种安排不经济、无效率。实践中，大量存在着由于犯罪主体资格欠缺而其危害行为不构成犯罪的情形，如果把主体要件至于最后环节来考察，那么，会导致许多主体要件不符合的案件却要做“先认定其他要件”的无用功，这是不合诉讼经济法则的。

总之，我们认为，无论采用什么犯罪论体系，无论怎么对犯罪成立条件排序，犯罪主体要件一定要置于主观要件之前，这是不可动摇的逻辑规则。在这一点上，传统犯罪构成理论是正确的。

3、中国刑法理论中也存在“李斯特鸿沟”问题

李斯特属于刑事新派的集大成者，但是，他在犯罪论领域却坚持行为为中心的犯罪成立条件体系，只是在刑罚论中奉行新派的理念。在犯罪论和刑事责任论贯彻了不同的理念，其结果造成了犯罪论与刑罚论的不吻合。此即所谓的“李斯特鸿沟”。简单地说，李斯特鸿沟就是犯罪成立环节不考虑行为人因素，而在刑事责任论部分又不得不考虑行为人的因素，这就导致了犯罪与刑事制裁根基的脱节。秉承李斯特传统，后期旧派在二战之后相当长的时间内没有在犯罪论中汲取行为人刑法思想，其所采新派的观点只限于在刑事责任和刑罚制度的设计上，而不涉及犯罪成立条件。

其实，李斯特鸿沟不只是德国问题，而是世界范围内普遍存在的问题。无论是我国传统的犯罪构成理论，还是日本刑法理论，抑或是主张移植论德日阶层体系的中国学者的理论体系，对犯罪主体要件的阐述总体上都局限于行为时行为人的刑事责任能力（静态内容），而对于反映行为人社会危险性的人格主体的动态内容，没有在犯罪论体系内将其作为犯罪成立条件（要素）给予显著的地位、做出合理的安排（尽管国内外一些学者有所尝试，但目前为止还没有形成普遍认可的做法）。

然而，犯罪的本质包括行为的客观危害、主观恶性，以及行为人的社会危险性三个方面内容[21] p21，如果不在犯罪论体系中明确地把行为人的社会危险性纳入犯罪成立条件，而只是在犯罪成立之后的刑事责任环节才考量行为人的社会危险性，是不够的，充其量也只是权宜之计，难以从根本上体现犯罪的未然之罪之一面。所以，在犯罪论上，迫切需要增加行为人的社会危险性人格内容（刑事责任能力的动态成分）为犯罪主体要件内容。

（二）对犯罪主体要件之立体化修正

基于前文论述，刑法理论应该：（1）严格区分并准确使用“犯罪主体”和“犯罪主体要件”这两个概念。④（2）在中国的立法和刑法理论体系下，必须坚持刑事责任能力是犯罪能力和刑罚承受能力的统一。刑事旧派坚持二者的统一；相反，刑事新派基于其社会防卫理论，不使用“犯罪能力”而采用“刑事制裁适应能力”的提法。及至当代，各国大都采用后期旧派立场（立足于旧派兼采新派的立场），既然是立足于旧派，那么就应该坚持刑事责任能力是犯罪能力和刑罚承受能力的统一。（3）在犯罪论体系中，一定要把犯罪主体要件放在主观要件之前，而不能随意颠倒。因为，只有行为人具备主体条件时，他的认识和意志才是刑法意义的认识和意志。如果先承认行为人具备故意和过失，而后再考察行为人的主体条件是否具备，则是本末倒置的。（4）要摆正刑事责任能力及其影响因素的逻辑关系，前者是上位概念，后者是影响前者的具体内容。

以上观点相对容易理解和接受。这里着重讨论如何将犯罪主体的人格内容纳入犯罪论体系，以消弭李斯特鸿沟，实现犯罪主体要件内容的静态与动态的结合。

1、德国刑法学者早期的尝试

从沿革上看，注重行为背后之行为人的危险性格是新派的基本立场，讲求刑事制裁措施的个别化是刑事新派的特色（性格责任理论）。但是，新派的这一思想也逐步刑事古典学派、后期旧派的学者所汲取。20 世纪初期，德国旧派阵营的领军人物毕克迈耶（1847－1920）就坚持刑罚和保安处分二元论：对犯罪的刑罚是报应的结果；对犯人采用保安处分的原因并非犯罪，而是犯人的危险性，亦即由犯罪体现出来的犯人的危险性（有限地承认性格责任）。[22] p221 在此，毕克迈耶在刑事制裁的科处环节考虑行为人的社会危险性格，突破了刑事责任的刑罚藩篱而采刑罚和保安处分的二元制裁机制。

之后，后期旧派的学者，如，期待可能性理论创立者德国学者弗兰克强调应从行为与行为人的内在联系角度理解“责任”：责任是关于规范命令支配的对心理事实的价值判断。所谓责任，即“可非难性”。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

再如,德国阶层体系之新构成要件论的创立者梅兹格(1884 - 1962)也主张,作为非难可能性的责任在维持法秩序的刑罚目的,即规范目的论的基础上构成。即责任的判断必须在行为人的意思活动(心理责任构成部分)、动机(动机责任构成部分),具体案件中具体行为与行为者的性格相结合的关系上进行。弗兰克和梅兹格在犯罪论的责任环节植入期待可能性,改变了刑事古典学派的犯罪与刑罚的僵硬关系,实现刑罚个别化。

但是,令人遗憾的是,由于《德国刑法典》对行为人刑法理念体现的十分有限性,加上德国人的普遍保守传统(包括德国刑法学者),故以上德国学者没有创造出真正意义上的“人格责任理论”,以较好解决行为人刑法思想在定罪上的地位。

2、日本学者提出的人格责任论

在这一点上,日本学者走在了德国前面,后来居上。日本学者团藤重光教授 1957 年创立了人格行为理论和人格责任理论。这一思想得到其弟子大冢仁的发展和运用。人格行为理论认为,人格是从各种各样的行为中推论出来的、特定的人的主体特征。行为是人格的外部表现,人格是主体的现实化。即行为是作为行为人人格的现实化的身体动静,是人格支配之下的身体动静。不表现人格的身体动静,诸如睡梦中举动、无意识的举动,以及不可抗力和意外事件等都不是行为。人格行为理论为人格责任理论铺设了行为本体根据。人格责任理论则在人格行为理论的基础上主张,犯罪与人格责任相对应。所谓人格责任有两个层次: 第一位的行为责任(报应责任)和第二位人格形成责任。由此,在团藤重光那里,构成要件,不单是行为类型,也是行为者类型。大冢仁师承团藤重光,高举人格责任论的大旗,以相对的意志自由、人格行为论(行为是作为行为人人格主体的现实化的身体动静)、人格责任论(以对相对的意志自由的行为谴责为核心,同时考虑存在于行为背后的犯罪人的人格谴责)为理论支柱,创立的人格刑法学,应该说是刑法理论的飞跃。但是,大冢仁的理论仍然存在一定的遗憾: 其人格刑法学在“定罪仍然贯彻以单一的行为中心论,人格在这里只不过是用来说明作为犯罪构成的行为,符合构成要件的行为是体现了行为人人格的行为。”[23] p98 - 99 也就是说,在大冢仁的犯罪论部分,犯罪人人格因素虽然作为理念有所体现,但其独立地位还是没有得到应有的体现。

3、当今德国学者创造性地提出了实质责任论。日本的人格责任理论反哺德国,德国又继续发展。在当今德国,受日本的人格责任理论和李斯特重视刑事政策的传统双重影响的罗克辛在这方面的尝试最为出色。罗克辛教授将刑事政策注入到犯罪成立条件的每一个阶层之中,通过对构成要件的实质解释、创立客观归责理论、主张积极地违法性判断,肯定积极的违法排除事由、引入处罚的必要性等,在构成要件符合性、违法性和有责性三个层面对贯通李斯特鸿沟做了有益的尝试。[24] p91 - 94 罗克辛基于刑事政策考量把人格因素纳入犯罪论体系,其最有成效、最明显的体现是在罪责部分要求除了考察行为罪责之外,还需要“处罚的必要性”、“预防的必要性”。[25] p565 由此,他的实质罪责概念既包括了传统的心理责任(主观恶性)、规范责任(期待可能性),又包括预防的必要性要素。所谓预防的必要性要素,即因行为人的人格因素为核心的自身个性——作为必须为自身个性负责的罪责,也就是要考查行为人的“生活方式罪责”。这就在犯罪成立的有责性判断环节明确地给予了行为人社会危险性人格的独立地位。可见,罗克辛在其责任理论环节关于行为人的人格因素的植入,是实质意义的创新。

但是,以上德日学者的尝试,都是有局限的。因为时至今日,德日的阶层体系没有摆脱刑事古典学派以意志自由的行为中心之窠臼,加上其以分析法为方法论的德国阶层体系把犯罪人的主体条件要素拆分为行为主体(特殊主体身份等)和刑事责任能力(一般主体身份),并分属于构成要件和责任两个不同的环节,从而导致了这一模式的阶层体系中难以恰当地安排行为人的人格特性内容。其最大的问题是,如何处置行为人的人格因素(责任要素)与行为主体(阶层论中特殊身份属于违法要素)的关系⑤? 或者行为人的人格因素是否是影响违法性的因素呢? 身份要素对可谴责性有没有影响呢? 这些问题对于阶层体系而言,是一个两难的话题。所以,如何切实实现犯罪成立条件在体现行为类型化的同时,也体现为行为人类型化,对于阶层犯罪论体系而言,是一个极富挑战性的、十分艰难的课题。

4、消弭李斯特鸿沟的中国法治实践和理论探讨

(1) 中国刑事法治实践呼唤消弭李斯特鸿沟。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

行为人刑法的品格在我国的刑事法治实践中愈来愈明显地呈现。在立法上，我国现行刑法中规定的因“多次行为”而入罪的立法例愈来愈多。初步统计，《刑法》直接写明“多次”入罪规定的有：多次盗窃；多次聚众淫乱；多次非法种植毒品原植物；多次走私普通货物；多次敲诈勒索；多次抢夺；多次扰乱国家机关工作秩序；多次组织、资助他人非法聚集，扰乱社会秩序等 8 个罪名。《刑法》规定的包含着“多次行为”而可能影响入罪的有：走私罪（对多次走私未经处理的，按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚）；逃税罪（对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算）；走私、贩卖、运输、制造毒品罪（对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算）；贪污罪（对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚）等。截至目前，两高的司法解释文件明确把“多次行为”入罪的多达 60 多个。在刑罚制度上，累犯制度、再犯制度，以及自首制度、坦白制度和立功制度等，都包含着依据行为人社会危险性的高或低而从重或者减轻处罚的刑罚个别化新理念。这些立法和司法解释，尤其是关于多次入罪的规定，集中地彰显了我国现行刑法一定程度上的“行为人刑法”的品格。

司法实践中，在具体案件的定罪、量刑和行刑环节，考察行为人的社会危险性并将其作为罪与非罪、法定或酌定量刑情节也是极为普遍的做法。如，因行为人的义愤犯罪、初犯、偶犯等酌定情节而得到宽宥，或者作为缓刑、减刑、假释的考量因素，通过自首、坦白、立功、累犯、社区矫正等制度，在刑罚裁量和刑罚执行环节已经得到了较好的贯彻落实。

中国的刑事法治（立法、定罪、量刑和行刑）实践，特别是适应我国刑法关于行为人刑法品格的立法规定要求，要求在犯罪成立条件环节直接地、明确地承认行为人的人格因素的犯罪成立条件地位。由此，必须丰富传统犯罪构成的主体要件内容，对主体要件进行立体化改造。

（2）中国学者的创新性尝试。国内一些学者在犯罪论体系中植入行为人人格因素进行一些创新性探索。2003 年，有的学者主张在犯罪成立条件中加入行为人的社会危险性因素，将“人格”作为与“犯罪构成”并列的要件来设计，即犯罪的成立条件 = 犯罪构成 + 行为人的社会危险性人格。理由是，犯罪人的危险性人格是社会危害性的一个方面内容，具体体现危险人格及其程度的因素，如主观罪过、犯罪动机等，应当从一个具有综合性质的平台上考虑人格更符合逻辑，而这个平台并不能为犯罪构成的任何一个要件所包容，因而人格宜从与犯罪构成分立的视域考虑。[26] p108－109 2005 年，有的学者主张应当提升行为人自身所具备的犯罪危险性人格在认定犯罪中的地位，真正将其放在与客观行为相同的高度来认识，惟此，才能将罪与非罪的关系理顺，因而主张“犯罪行为与犯罪危险人格二元定罪机制”——“中国的犯罪构成要件 = 事实判断要素，即法定的行为类型（包括行为、主体、罪过）+ 价值判断要素，即行为人犯罪危险性人格”。“坚持行为与人格在定罪问题上等量齐观，是我们对于二元定罪机制内部两大要素之间关系的基本态度：行为是犯罪危险性人格的征表，人格通过行为来实现，没有行为，不可能寻找到犯罪危险性人格；没有犯罪危险性人格，仅有客观危害行为，一律定罪，也是不妥当的。”由此，犯罪的危险性人格，不仅有入罪作用，而且有出罪作用“对于没有犯罪危险性人格而落入刑法视野者，出罪”——使其成为行政违法者或者民事违法，处以行政处罚或者民事制裁。[27] p228－232

如何评价呢？一方面，我国刑法在立法、量刑、行刑的实践都深受行为人刑法的影响，加上我国刑法理论整体属于后期古典学派，理应坚持“以行为刑法为基础，兼采行为人刑法”的理论，所以，无论是我国刑事法治实践还是刑法理论整体的逻辑要求，都应当切实奉行以行为刑法为主，兼采行为人刑法的综合主义立场。因此，应该将行为人的危险性人格因素引入犯罪成立条件体系，以作为罪与非罪的重要指标。所以，这一创新性尝试是有益的，总体上应该肯定。另一方面，对其具体的观点我们也并非全部接受。例如，对于“社会危险性人格因素”的体系地位、及其与行为是否“等量齐观”。比如，对前一种观点的不足，一是将犯罪的成立条件设计为犯罪构成外加行为人的人格，动摇了犯罪构成是犯罪成立的唯一法律标准的信条。二是对行为人的人格太过强调，使之与传统犯罪构成各占半边天，平分秋色，这在逻辑上也不符合后期古典学派立足于旧派兼采新派“主次有别”的基本立场。后一种观点同样存在这些不足。

那么，怎么样科学地把行为人的人格因素纳入主

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

体要件以实现立体化修正呢? 我们主张: 第一,把人格因素纳入主体要件的范畴。这样从静态和动态两个层面来把握犯罪主体要件内涵,前者为刑事责任能力内容,后者为行为人的社会危险性人格内容。第二,鉴于后期旧派以旧派为基础,汲取新派的合理成分,故在定罪上,应以已然之罪为主,未然之罪为辅。所以,行为人的社会危险性人格要素的地位,不应与“行为”“等量齐观”,只应起次要作用,处于附属地位。第三,一个人一旦实施了犯罪行为,即使是平时一贯遵纪守法,道德优秀的“偶犯”,其犯罪的社会危险性人格也是不容否定地客观存在着,而不能单纯地认为这样的偶犯没有社会危险性。所以,“只有犯罪行为而没有犯罪危险性人格”的情形,是不可能存在的。如果把这类偶犯的社会危险性系数确定为“1”的话,那么,那些一贯不遵守法纪规章、大错不犯,小错不断的“问题人”,以及累犯、再犯或者具有惯犯倾向的人的社会危险性人格系数应该大于“1”,甚至是“1”的几倍。当这些人反复实施危害行为时,立法者就可以把这种“多次行为”规定为入罪条件。由此,在定罪环节,行为人的社会危险性人格只能作法定入罪条件的次要因素,但不宜作为出罪条件。

四、关于犯罪主观要件的立体化修正

(一) 犯罪主观要件理论的不足

传统刑法理论根据《刑法》第十四条和第十五条的规定认为,犯罪故意是指行为人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主观心理态度; 犯罪过失是指行为人应当预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,因疏忽大意而没有预见,或者已经预见但轻信能够避免的心理态度; 犯罪目的是指行为人希望通过实施犯罪行为达到的某种危害社会结果的心理态度。其关于犯罪故意、犯罪过失、犯罪目的内容,都同时包含了对事实和规范两个层面的心理认识和意志内容,强调犯罪故意、犯罪过失、犯罪目的与一般生活意义上的故意、过失和目的(对行为本身的心理态度)的不同,都属于规范责任论的罪过概念。

传统刑法理论根据《刑法》第十六条的规定界定了不可抗力和意外事件。所谓不可抗力事件是指行为虽然在客观上造成了损害结果,但不是出于行为人的故意或者过失,而是由于不能抗拒的原因引起的; 所谓意外事件是指行为虽然在客观上造成了损害结果,但不是出于行为人的故意或者过失,而是由于不能预见的原因引起的。据此可知,无论是中国立法还是中国刑法理论,都明确地体现了“法不强人所难”的“期待可能性理论”。所以,对于传统的理论总体上应予坚持。

但是,从应然角度审视,传统刑法理论仍然有不足之处: (1) 刑法理论对于犯罪动机较为薄弱,理论分析篇幅十分有限,研究的深度和广度都有待加强。(2) 没有明确肯定犯罪动机的选择要件地位。(3) 刑法规范对期待可能性的贯彻的彻底性还有待加强等。

(二) 对犯罪主观要件的立体化修正

1、应该赋予犯罪动机的选择要件地位

犯罪动机,是指纳入刑法调整范围的,刺激犯罪人实施犯罪行为并促使犯罪行为朝着犯罪目的进行的内心冲动或者内心起因。犯罪动机的作用是发动犯罪行为,说明实施犯罪行为对行为人的心理愿望具有什么意义,即回答犯罪人基于何种心理原因而实施犯罪行为。行为人某种犯罪目的的确定始终是以一定的犯罪动机作指引的。例如,对直接故意杀人罪来讲,非法剥夺他人生命是其犯罪目的,而促使行为人确定这种犯罪目的的内心起因(即犯罪动机),可以是贪财、奸情、仇恨、报复或者极端的嫉妒心理等。

犯罪动机与一般行为动机有显著区别,主要体现在其负价值性、立法意志选择性以及与犯罪行为、犯罪结果的关联性。犯罪动机只存在于直接故意犯罪之中; 间接故意犯罪场合存在其他行为动机但不存在犯罪动机; 在过失犯罪场合,也可能存在其他行为动机,但仍然不存在犯罪动机。

传统刑法对犯罪动机的定罪作用认识不深刻。但我们主张,犯罪动机对直接故意犯罪的定罪和量刑,都具有一定的意义。首先,犯罪动机作为法定或者酌定的量刑情节,侧重影响量刑。其次,当犯罪动机被刑法选择作为某些犯罪构成的构成要素时,特定的犯罪动机的存在与否,就成为区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限。如寻衅滋事罪,强制猥亵、侮辱罪都要求行为人具有满足其畸形心理需要的犯罪动机。最后,除了明示犯罪动机可以影响罪与非罪之外,《刑法》总则第十三条“但书”规定“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,由此,刑法分则在以概括的“情节严重”作为入罪条件场合,行为的动机是隐形的、决定“情节严重与否”的内容之一,在此场合

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

下,犯罪动机仍然是罪与非罪的考量因素。如侮辱罪和诽谤罪,故意毁坏财物罪,打击报复证人罪等“情节犯”。

2、进一步完善有关期待可能性的制度设计,全面落实规范责任论

(1)期待可能性理论是规范责任理论的组成部分。规范责任论是对心理责任论的辩证否定。心理责任理论将责任理解为行为人对行为的心理关系,并将心理关系分为对行为或者结果的认识(故意犯罪场合),以及认识的可能性(过失犯场合)。所谓责任无非是故意、过失这种心理事实的上位概念。有这种意义上的故意或者过失,就有责任;没有故意、过失就没有责任。与心理责任论不同,规范责任论作为辩证的否定,建立在心理责任理论的基础上,认为,刑事责任的本质是从规范的角度对事实加以非难的可能性,仅有行为中的心理因素尚不足以保证刑事责难的合理性,必须要求行为人行为时有遵从法律规范的期待可能性以作为制约因素,认为即便有责任能力及故意、过失,但没有期待可能性的话,也仍然没有责任。这里的期待可能性,是指行为人实施行为时是否能够预见以及是否具有实施合法行为的可能性,如果行为主体存在避免实施违法行为的可能性,却实施了违法行为,则可以确定行为主体的有责性,不能据此排除对他的非难。可见,在规范责任理论看来,责任结构包含了事实因素的心理事实、规范评价的期待可能性等内容。[28] p285-286

(2)尽管我国刑法的立法规定和司法活动都一定程度上贯彻了规范责任论,但仍有进一步完善的余地。前已有述,根据《刑法》的规定,刑法理论关于犯罪故意、犯罪过失、意外事件和不可抗力的定义,都包含了期待可能性内容。除此之外,司法上,期待可能性理论对刑事司法的指导意义也是明显的。譬如,同样是盗窃、抢劫、贪污、侵占等犯罪,出于动机不同,实施适法行为的期待可能性是不同的,因此,对于是否追究刑事责任以及追究刑事责任的程度必将存在较大的差异。如果行为人实施危害行为在当时的情形之下,由于缺乏适法行为的期待可能性或者实施适法行为的期待可能性减弱,就应当不构成犯罪或者即使构成犯罪也应当从宽处理或免除刑事责任。这就表明,其在很大程度上贯彻了规范责任理论,考虑了期待可能性在定罪和量刑上的影响。所以,那种认为我国需要“引入”、“引进”期待可能性的提法[29] p12是不成立的,是对我国刑法立法、司法实践和刑法理论中有关期待可能性内容忽视而得出的不恰当结论。

尽管如此,我国刑法和刑法理论在“期待可能性理论”问题上还有继续完善的余地。因为期待可能性不仅包括有或无的问题,还存在强或弱之分。由此,可在《刑法》第十六条增加一款作为第一款“如果行为时无期待可能性,或者期待可能性减弱,则行为人的刑事责任能力丧失或者减弱。”现有的关于不可抗力和意外事件的规定作为本条的第二款,成为前款的注意性规定。这样,从体系上将期待可能性制度明确规定在第十四条的犯罪故意、第十五条的犯罪过失之后,具有承上启下的作用。

注释:

① 可查阅高铭暄《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》[J],《中国法学》,2009 第 2 期;高铭暄《对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应》[M],载赵秉志主编《刑法论丛(2009 年第 3 卷·总第 19 卷)》[C]法律出版社 2009 版第 3 卷等。

② 关于传统犯罪构成四要件的“平面的”称谓,据我们考察,最早是日本学者大冢仁教授给扣上的“帽子”。参见[日]大冢仁著《犯罪论的基本问题》[M].冯军译,中国政法大学出版社,1993 年版,第 5 页;又见[日]大冢仁著《刑法概说(总论)》[M].冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 107 页。我国学者只是不加分析地接受了这一提法。我们认为,对中国犯罪构成四要件模式一知半解的日本学者的这一概括并不正确。如果硬要武断地说中国的犯罪构成四要件是“平面的”,那么,只具定性而不能定量的功能的德日阶层模式,充其量来说是“线性的”。由此,即使犯罪构成四要件是平面的,德日阶层模式是线性的,从点、线、面的关系看,“平面”是“线”的集合,由此,平面模式是线性模式“升级版”。

③ 关于四要件的排序,通说安排的是“犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件和犯罪主观要件”的逻辑顺序。我国一些学者对这一排序不满意而提出了不同的见解。刑法理论是规范论的产物,要素的排序问题对系统而言是很重要的事项,不过,鉴于这一问题是一个很大的论题(属于宏观问题)而难以为本文所包容,在笔者没有成熟的答案之前,本文暂时采通说的排序。

④ 其实德日刑法理论一直“行为主体”作为“行为人身份及其地位”的代名词,存在着与中国犯罪构成理论通说一样的错误。

⑤ 德日刑法理论关于身份有广义说和狭义说。狭义的身份(纯正的身份和不纯正的身份),广义说,在狭义的基础上把身份的外延扩展其他一定的与犯罪有关的、行为主体在社会关系上的特殊地位或者状态,既包括违法身份,也包括责任身份。如果采这样的广义说,那么,广义的身份就与罗克辛的预防的必要性所考察的内容有交叉。

参考文献:

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

[1] 陈兴良. 构成要件论——从贝林到特拉伊宁 [M]. 载梁根林. 刑法体系与犯罪构造 [C]. 北京: 北京大学出版社,2016.
[2] 庄劲. 递进的犯罪构成体系: 不可能之任务 [J]. 法律科学(西北政法大学学报) [J]. 2015(5).
[3] 高铭暄、马克昌. 刑法学 [M]. 北京: 北京大学出版社高等教育出版社,2016.
[4] 杨兴培. 犯罪客体: 一个巨大而空洞的价值符号 [J]. 中国刑事法杂志,2006(6).
[5] 陈忠林. 论犯罪构成各要件的实质及辩证关系 [M]. 陈兴良. 刑事法评论(第六卷) [C]. 北京: 中国政法大学出版社,2000.
[6] 高铭暄. 新编中国刑法学(上册) [M]. 北京: 中国人民大学出版社,1998.
[7] 陈兴良. 刑法哲学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社,2000.
[8] 陈兴良. 本体刑法学 [M]. 北京: 商务印书馆,2001.
[9] 陈兴良. 刑法因果关系: 从哲学回归刑法学—一个学说史的考察 [J]. 法学,2009,(7).
[10] 许玉秀. 主观与客观之间——主观理论与客观归责 [M]. 北京: 法律出版社,2008.
[11] 周光权. 刑法中的因果关系和客观归责论 [J]. 江海学刊,2005(3).
[12] 何秉松. 刑法学教科书(上卷) [M]. 北京: 中国法制出版社,2000.
[13] 李洁. 犯罪对象研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社,1998.
[14] 赵秉志. 高铭暄刑法思想述评 [M]. 北京: 北京大学出版社,2013.
[15] 赵秉志. 论犯罪主体在犯罪构成中的地位和作用 [J]. 法学家,1989,6.
[16] 张明楷. 刑法学(上)(第三版) [M]. 法律出版社,2007.
[17] 李晓明. 刑法学总论 [M]. 北京: 北京大学出版社,2017.
[18] [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特. 德国刑法教科书 [M]. 徐久生译,北京: 中国法制出版社,2001.
[19] [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔. 刑法总论教科书 [M]. 北京: 北京大学出版社,2015.
[20] 周光权. 刑法总论(第三版) [M]. 北京: 中国人民大学出版社,2016.
[21] 朱建华. 论犯罪的社会危害性的内在属性 [J]. 法学研究,1987,(1).
[22] 马克昌. 近代西方刑法学说史略 [M]. 中国检察出版社,1996.
[23] 大冢仁. 刑法概说(总论) [M]. 北京: 中国人民大学出版社,2003.
[24] 陈兴良. 刑法教义学与刑事政策的关系 [M]. 载梁根林. 刑法教义学与价值判断 [C]. 北京: 北京大学出版社,2016.
[25] [德] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第 1 卷) [M]. 王世洲译,北京: 法律出版社,2005.
[26] 翟中东. 刑法中的人格问题研究 [M]. 北京: 中国法制出版社,2003.
[27] 张文、刘艳红等. 人格刑法学导论 [M]. 北京: 法律出版社,2005.
[28] [日] 大谷实. 刑法讲义总论 [M]. 黎宏译,中国人民大学出版社,2008.
[29] 李跃利等. 论我国刑法对期待可能性的引入 [J]. 天津法学,2015(5).

On the Three – dimensional Reform of the Four Elements of Criminal Constitution

Niu Zhong – zhi, *Qu Ling – li*
(Politics and LawSchool of Hebei University, BaodingHebei 271002;
Shandong University of Political Science and Law, Jinan Shandong 250014)

【Abstract】 Insisting on the four element theory of crime constitution, we need to make three dimensional transformation of the elements. We should combine the social relations and their carriers as the "new social relations" of "flesh and blood" in order to enhance the substantive and quantitative nature of the object elements of crime. It is advocated that the harmful act of criminal law should be defined as "physical activity with a certain intensity which violates the criminal law and endangers the society by means of means of crime under the control of the consciousness and will of the actors." This expression emphasizes the use of criminal instruments by the perpetrator, and increases the limit of the "quantity" of harmful acts. On the basis of the static connotation of the subject of crime (i. e. the criminal responsibility ability at the time of the act), the author advocates that the dynamic component of the subject of crime, the social dangerous personality of the actor, should be brought into the system of the conditions for the establishment of the crime, so as to form the elements of the subject of crime combining the dynamic with the static. The author advocates the status of the optional elements for the criminal motive; implements the theory of normative responsibility in a practical and comprehensive way. We should endow criminal motives with the status of choosing essential elements, and implement the theory of normative responsibility in an all – round way.

【Key words】 constitution of crime; three – dimensional; measurement of harmful behavior; social dangerous personality; anticipated possibility

(责任编辑: 黄春燕)

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net