

刑法典对犯罪论的制约关系

基于中、德刑法典的比较分析

冯亚东*

摘要 在现代社会复杂的生活态势下,刑法典之实际运作很大程度依赖于犯罪论,以此作为中介性理论工具而将法律规范与案件事实精确加以对接,从而切实做到依法断案。中国和德国的犯罪论之构造差异,根源于两国刑法典对犯罪的不同规制方式。德国刑法典中规定的两重样态的危害行为,已注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。中国刑法典中单一状态主客观相统一的犯罪,决定了犯罪论体系毋须采阶层式构造而只须在既定的四要件体系的基础上,切实理解并诚心接受德国理论分析犯罪“从客观到主观”的路径模式。明确刑法典对犯罪论的这种制约关系,对中国刑法语境下构造科学实用的犯罪论体系,具有极为重要的前提性意义。

关键词 刑法典 犯罪论 制约关系 比较分析

引言：犯罪论的体系之争

刑法典乃国家颁布的一部法律,而刑法学则系学者们将“刑法”作为学科研究对象而形成的一门学问——其学科要旨是对刑法典所涉问题进行阐释。由于刑法典规定的核心内容为“什么是犯罪以及对犯罪应如何处罚”,故刑法学(总论)的主要部分便也对应性地宏观分为犯罪论和刑罚论两大块。

* 西南财经大学法学院教授。感谢西南财经大学法学院博士研究生饶璟在文章的写作过程中做了大量的文献收集与梳理工作。

几十年来,我国刑法学界对源自前苏联的犯罪论体系(以四要件学说为主干)逐步调整和完善,使之最终成为我国刑法界居主导地位的通说性理论体系,对当代中国刑法学的定型与发展,起着最重要的结构性支撑作用。时至今日,不少学者仍然十分执著地进行着这种努力,试图进一步完善通说体系(可称之为“完善论”)。但近年来,随着对问题讨论的逐步深入,不断有学者对通说体系提出质疑和挑战,提出在现阶段主要应借鉴德国较为成熟的犯罪论体系以重构中国体系(可称之为“重构论”)。显然,问题的讨论关系到刑法学之基本格局的设置,进一步关系到司法运用时应沿着何种思路去调动规范以分析案件,最终便当然会关系到对疑难事案裁判结论的处断——是有罪还是无罪,是此罪还是彼罪。

在当今中国发生着多方面制度转型的社会大背景下,犯罪论体系究竟应向何处去?刑法学人不得不尽力思索以作出自己的回应。但是,就现阶段讨论状况看,更多却只是停留在各种技术性问题的争论上,诸如将德国理论中的“三阶层”与通说的“四要件”简单比对,试图论证不同体系之是非优劣。^[1]笔者认为:这种分析思路及结论虽有一定道理,但却并不能从根本上解析困惑——不同的犯罪论体系其自身是如何形成,其各自究竟针对的是什么样的问题?进一步设问——不同体系所针对的“犯罪”样态有无差异,这种差异是否足以导致“犯罪论”在体系设置上各有不同?本文便沿着这样一种认识思路,试就影响犯罪论体系构造的若干前提性、基础性的问题展开分析。

一、刑法典与刑法学之本体属性

当下在犯罪论体系讨论中所遭遇的多方争议的种种困惑,或多或少都必定同论者对“犯罪论是个什么东西”之不同理解相关,即犯罪论在形式逻辑上可归属的上位概念是什么——是理论,还是法律,抑或其他。尽管多数场合均无须明确交待前提性的论证原点,但学者们对问题的讨论都只能在一种自我观念所假定的事物本态之前提下展开。由于各自假定想象的前提有所不同,故讨论的混乱也就在所难免。

(一) 法律与法学的相互交缠

显然,刑法典与刑法学(犯罪论为其中一部分)必须进行区分也轻而易举能够区分——刑法典是一部法律,而刑法学是一门学问、一种理论。但一旦进入具体问题的讨论时,两者的界域却又往往纠缠不清——这一现象无论是在德国还是中国,都同样长期存在。德国学者贝林(Beling)当年在构造犯罪论体系时,特别强调体系中的“构成要件”就是刑法分则的罪状,将理论体系下的某一个部分(构成要件)视为是法律本身;^[2]而在形式逻辑的上下位关系中,凡是被犯罪论著述所论及的构成要件,只能归属于是一种阐释性的理论(除非是一字不差照搬法

[1] 参见陈兴良:“犯罪论体系的位阶性研究”,《法学研究》2010年第4期;另见黎宏:“我国犯罪构成体系不必重构”,《法学研究》2006年第1期。

[2] 参见(德)恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人民公安大学出版社2006年版,页7~12。但应看到的是,贝林之所以如此强调构成要件的法定属性,其更多考虑的是刑法理论对司法实务的指导与规训价值,应该是属于一种简化性、务实性的拟制性构造。

条)。时至今日德国的一些学者仍然沿袭的是这样的思路。^{〔3〕} 在中国刑法教科书中此类提法亦屡屡出现,如犯罪构成的法定说——“犯罪构成是区分罪与非罪的唯一标准”。^{〔4〕} 将学者们解释法条自编自述理论化的犯罪构成(包括四要件),视为是“唯一标准”即法律本身。而事实上刑法教科书中的所有内容,在逻辑归属上均系一种解读刑法条文的学问或理论。对“构成要件”具体内容的解释,只会是因学者的不同理解而各自相异,其在基本形态上只能归属于一种理论性构造。

其实,无论是德国语境下的刑法信条学(或称为刑法教义学)还是中国语境下的刑法解释学,都更多是将静态的刑法文本及其动态的司法适用,作为学科之主要研究对象而建立起来的理论体系。诚如耶塞克所言:

刑法学的核心内容是刑法教义学(Strafrechtsdogmatik)(刑法理论),其基础和界限源自于刑法法规,致力于研究法规的概念内容结构,将法律素材编排成一个体系,并试图寻找概念构成和系统学的新的方法。作为法律和司法实践的桥梁的刑法教义学,在对司法实践进行批判性检验、比较和总结的基础上,对现行法律进行解释,以便利于法院适当地、逐渐翻新地适用刑法,从而达到在很大程度上实现法安全和法公正。^{〔5〕}

从更深广的层面考察,刑法与刑法学之所以被学者们视为同体而绞缠一团,与生活实践的某种需要紧密相关。就人类法律史上刑法学及犯罪论之产生过程看,其只能是民主法治观念及相应制度推行之伴生物。人类自古以来不同国家皆有刑法,而将“刑法”作为学问对象却系近事。近代以降,面对代代相袭大致相似的刑法规定(主要指对所谓“自然犯”的规制),除了硬性要求官员们必须依法裁判外,人们企盼能够找到一种验证和评判官员们是否“依法”以及如何“依法”的标准。二百多年来,以贝卡里亚(Beccaria)、费尔巴哈(Feuerbach)为代表的欧陆刑法学者们,在官方的刑法文本之外构建起一套完整的对刑法进行评说以及如何运用的理论体系,以公开、显形、精密之学理化叙事方式,对粗疏笼统的刑法条文进行分析解读,并从中逐步归纳整理出一套应如何将规范与事实加以准确对接的犯罪论体系(其大致成型在19世纪后期的费尔巴哈时代)。

一方面,随着主权在民的观念逐步植入人心并化解为一种真正能够约束官员们的“活的”制度,并很大程度伴随现代社会之复杂生活态势对司法的不断挤压,官员们在法律的宏观约束下也不得不接受并运用法学理论,以致在实际运用中犯罪论与刑法典便难解难分被视为一体。另一方面,学者们应该是出于对理论叙事之简捷、有力并方便引用的考虑,也就不再刻意区分自己所构造的——究竟是法律还是理论。于是,犯罪论便在这样的历史条件下渐次渗透,从而成为司法再也难以摆脱的认知模式,成为规制变动不居之世间秩序的真实高效的“活法”(而既定的法律文本总是滞后于生活现实)。今日中国及许多国家的司法者在体制内所必经的,

〔3〕 参见(德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,页302~304;又见(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,页181以下;复见(德)冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨荫译,法律出版社2006年版,页77~81;亦见(德)约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,页68~73。

〔4〕 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2007年版,页56。

〔5〕 耶赛克、魏根特,见前注〔3〕,页53。

带有浓厚理论色彩的“国家司法资格考试”——由法学家来把守进入司法殿堂的大门(考的是法学理论而不是法律条文),便非常直观地印证了这一点。

(二) 犯罪论之论说对象

在澄清犯罪论属于一种“理论”的前提下,进一步欲将刑法典对犯罪论体系的制约关系作出辨析,一个非常重要的认识基础是:对犯罪论进行理论构造究竟应限制在哪一层面的意域范围之内——是否应只限于对现行刑法典进行实用性的解释。对此,不同国家基于自身所处的发展阶段及具体国情,在理解上是存在一定差异的。注意到这一点,显然对在中国当下法治语境下应如何借鉴域外的刑法学理论,进而构造一种科学、简明、实用的犯罪论体系,具有方向性之提示意义。

从一国的刑法学及犯罪论之形成过程看,其基本内容的最初衍生,一定是受该国的刑法典直接制约和决定的。人类自远古建立起国家便也相应会制定出维护秩序的刑法,而刑法学却系近代工业革命及资本主义秩序所催生之产物。于此,刑法学的核心问题即犯罪论中所论及的“犯罪”,其初始的映像便只能来自刑法典所规制和调整的对象。从为今日中国刑法学界所高度关注的德国刑法理论来看,其犯罪论体系虽然历经100多年的变迁(后文将作宏观介绍),但时至今日其体系构造的立论基点仍为刑法规范之明文规定。对此现象德国学者魏德士谈道:

信条学将浩如烟海且杂乱无章的法律材料进行整理并使之体系化。这些材料分散于大量的单行法和具体规范中。如果没有信条学,它们就不能实现或不能统一地予以适用。只有信条学将其体系化之后,才能了解法律制度内部的评价体系,才便于讲授与学习,才能让人们在总体上把握具体规范之间的联系,才能使具体规范之间的联系、顺序和依赖关系一目了然。〔6〕

德国的刑法信条学虽然是以刑法规范为基本蓝本的,但发展至今已大量穿插着超法典的内容,即并不属于较为纯粹专门注释刑法条文的“解释学”(故其并不称为刑法解释学而称刑法信条学),而是出现一种较为强烈的试图影响和指导刑事立法的倾向。“信条学的作用超出了现行法律自身,它也因此而影响到法政策(将来的法 / de lege ferenda)依据。”〔7〕按德国建构目的性犯罪论体系的主要人物韦尔策尔(Welzel)的话来说,“应当根据行为的存在特征,建立一个对立法来说已经预先规定了物本逻辑结构的体系。”按罗克辛(Roxin)的表述,建立并不断调整“以价值为导向”的体系性方案的意义在于,“以一种为了将来的法律修改而预先完成的方式,加以公布”。甚至还有学者极端地认为:“这种刑法理论的合理性不是从制定法中获得的,而是相反,制定法是要服从这种理论的。”〔8〕

由此对德国当代学者阐释犯罪论体系之目的、方法及观念蓝本可见一斑:其目的并非仅仅考虑的是如何帮助司法完成规范与事实的对接工作,而是将生活实然行为作为建构体系之观

〔6〕 (德)伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,页145。

〔7〕 同上注,页146。

〔8〕 以上论述均参见罗克辛,见前注〔3〕,页123、133、119。日本当代刑法学者松宫孝明对此也持相似的看法,他谈到:“犯罪论的体系化,并非出于某一法官整理思考的目的,而是为了以新型的解释论或体系论的发展为基础对总则进行整备,以为制订更为单纯且更具操作性的便于使用的刑法提供资助,即是为立法者提供参考。”(日)松宫孝明:“犯罪体系论再考”,张小宁译,《中外法学》2008年第4期。

念蓝本,从行为自身内隐外显的主客观事实特征出发而从中抽象出类型化的概念(且尽量与实定法的格局及术语保持一致),意在前瞻性地指导刑事立法对“犯罪”的合理规定(立法都应遵循,司法自不待言)。就刑法学的理论建构来说,虽然生活中实然行为之观念形象同法律上类型化行为之观念形象往往难以厘清——两者在现实世界中互为指涉、相互定义甚至缠绕一体,但在认识论上仍然可以将它们区别开来(如生活中的持刀劫财行为,与刑法上的抢劫罪之规范拟制的联系及区别)。可以认为:德国犯罪论体系在观念蓝本上是偏重于生活中之实然及未然行为的——立法者在设定条文时应该想什么;而中国体系则偏重于规范中之类型化行为——立法者所赋予条文的字面意义究竟是什么(客观解释论亦与此并不冲突,即不得超越法律文本字面之最大意域)。这种差异表现在刑法学著述的叙事风格上,前者并不紧扣或拘泥于刑法条文,^[9]而后者却中规中矩较为专一地引述论证法条之具体含义。

中国的刑法学发展至今,已成为一个内容繁多、体系庞大、涉及众多分支学科的广义学科。^[10]在这样一种多个子学科不断分立的格局下,非常有必要就每一学科各自研究的对象及范围作出明确限制(此为建立科学意义之独立学科的基本标志)。笔者认为:在中国现阶段法治初创时期,地广案多而司法人员水平不齐的国情下——在司法领域内尚存在“法律扫盲”的问题,更需要构造的是一种狭义的、紧扣刑法定之有效规定的刑法解释学(大大有别于德国语境下涵摄诸多领域或意域的刑法信条学)——特别是对犯罪论体系的设置与阐释。至于对刑法定又该如何完善的问题,应划归另一子学科即刑法定立法学;在解释学的意域内“法律是不能被批评的”,而在立法学的层面对既定条款却是可以指正的。我们今天对犯罪论的体系是该“完善”还是该“重构”的讨论,亦应限制在中国语境的“解释学”思路下进行——本文便系按照这种思路而展开分析。

中国现阶段在刑法的适用方面,究竟面临着哪些急迫需要解决的问题——这些问题对他国来说是否同样存在、同等重要?我们究竟需要一些什么样的方法、路径、原理及具体学科设置,来分别解决不同层面之不同问题?这是今天中国刑法界在讨论犯罪论体系应如何建构时,需要各方专门予以澄清并尽力达成共识的前提性问题。

(三)何谓构成要件

在刑法定所规定的“犯罪”与刑法学所讨论的“犯罪”(即犯罪论),分属不同本体形态之观念前提下,还需要对犯罪论体系中的核心概念“构成要件”进行一番辨析。从德国统一前1813年的《巴伐利亚刑法定》到现行刑法定,均明文规定有“Tatbestand”一术语,我国学者将其译为“构成要件”(或称“犯罪构成”)。该法定术语应该说对德国刑法学及犯罪论的理论建构产生了深远影响。

但其实,即使立法采用“构成要件”的术语,它同犯罪论体系中的“构成要件”都并非同一概念——在形式逻辑上属于以同一语词表达不同的概念(内涵及外延并不相同)。粗疏简洁之法定“构成要件”只是理论的研究对象,而精密完整之犯罪论体系中的“构成要件”,在内涵外延方面已经大大超越了法律本身。由于法条本身只需要对成立犯罪的基本条件作出实质性的明示即可——中国刑法定中并未使用“犯罪构成”或“构成要件”的术语,故在中国刑法语境

[9] 德国刑法学的这种叙事风格,可由本文引注[3]中所列示的4本德国刑法学著述予以印证。

[10] 参见周振想:《刑法学教程》,中国人民公安大学出版社1997年版,页2。

下这类提法便仅仅只是在理论上方可成立;对刑法总分则中就犯罪的种种描述,在解释学上可指称为“法定成罪条件”,并不需要刻意去区分德国语境下的“法定的构成要件”和“理论的构成要件”。

事实上不管是对理论家还是司法者,无论法律条文本身是否使用“构成要件”一类的字眼,只要不是一字不差地忠实引用条文,只要是在对条文进行一种自我式的理解或注释,则统统应当划归法学理论或法律思维的范畴(即使是最高司法机关作出的具有约束力的司法解释,也只是一种“解释”而非“造法”)。并且,按照哲学解释学的原理——“只要有解释,解释就不同”。“一切理解都是解释。而一切解释都是通过语言的媒介而进行的,这种语言媒介既要把对象表述出来,同时又是解释者自己的语言。”^[11]正因为我们所运用的犯罪论体系仅仅只是一种法律解释理论,所以才有可能也有必要对之进行是“完善”抑或“重构”的讨论。正是凭借着可以时时修正、不断调适的动态理论,那些几年前、几十年前甚至一百年前制定的静态文本(日本现行刑法典颁布于1907年),才能够不断释放能量并保持活力生机。诚如德国刑法学者罗克辛所言,“因为立法者正是在总则中仅仅对许多材料做了含混或粗略的规定,或者根本没有规定,因此,在这里把引导性刑法原则转换为可以适用的法律的工作,就几乎完全交给了信条学。”^[12]

就犯罪论之本体属性问题进行探讨,在中国刑法语境下或许可以达成某种共识:犯罪论体系属于学者们自觉自为的理论塑造,其主要功能实乃一种中介性之分析工具——帮助司法快捷准确地完成将刑法规范与生活事案进行对接的工作。犯罪论一头连接着简约概括的刑法典,一头连接着纷繁琐碎的案件事实,在二者之间形成一种供司法官可以快捷方便来回切换的分析路径,使法条的简约意义能够准确地进入到繁杂事实,进而使案件在规范下获得清楚、具体、具有高度说服力的评价结论。作为一种解说法律评判案件的中介性理论工具,哪一种更简单、更准确、更具说明力,哪一种当然就是相对最好的。由此也可推断:一国刑法典对犯罪的规制方式及内容设定,在很大程度上便已决定了该国学者对犯罪论体系该如何构造;犯罪论所搭建的具体分析路径及语言表述,必须同刑法典的宏观结构及法定术语尽量相扣,否则其中介作用就难以实现甚至不能实现。

由于当今中国刑法学界关于犯罪构成体系“三阶层”或者“四要件”的讨论,实际上都集中在理论层面的意义上进行展开,又由于在解释学的层面“法律是不能被批评的”(即“恶法”亦法),故余下的工作便只能是——在对法律之基本格局的观照及其约束下,如何以自己的技巧和智慧去设定一种更能契合生活事理关系的理论体系。而不管我们是否能够自觉认识或刻意强调——犯罪论在本体属性上都仅仅只是学者们解说刑法而形成的一种理论。既如此,那不同国家的这种理论以及关于理论的体系构造,又是如何设定的呢?

二、中国的刑法典与犯罪论

在较为纯粹的刑法解释学意义上,犯罪论之体系构造必须服从并服务于刑法典的体系。

[11] (德)伽达默尔:《哲学解释学》(下卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,页496。

[12] 罗克辛,见前注[3],页138。

而不同国家的刑法典基于自身的历史、文化和现实国情,对“犯罪”的规制自然是各有差异,由此便也从根本上决定了犯罪论之理论体系亦当然有所不同。

新中国建立初期在推倒旧法统的同时,我国老一代的刑法学者在极其艰难的条件下,以全国人大拟定的刑法草案为蓝本并借鉴前苏联的刑法学体系,从理论上建立起基本覆盖各种犯罪问题的犯罪论体系——犯罪构成为其核心内容;以编写《中华人民共和国刑法教学大纲》为表征,^[13]形成以犯罪构成及其四要件为主干的中国刑法学教科书体例。1979年7月,全国人大五届二次会议在刑法草案第33稿的基础上,正式通过颁行了新中国第一部刑法典,刑法学对其的研究及相应的学科建设亦紧随其后渐入佳境。对应于中国刑法典对犯罪的规制方式,中国的犯罪论体系便理所当然被设置为犯罪概念、犯罪构成、与犯罪相关的特殊形态三大并列的板块。

(一) 犯罪概念

我国刑法第二章“犯罪”开章明义以专条形式规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪。但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”该总则性规定是对分则所有犯罪之共同属性的高度概括。按照该规定,对所有具体犯罪在宏观认定上不仅须定性——“危害社会”,还存在定量问题——对应于“危害不大”则只有危害严重的才认为是犯罪,即中国刑法对犯罪采取的是一种“既定性也定量”的基本规制方式。由这一规定便决定了执法者(主要指对刑事案件进行立案的警官)面对生活中大量处于犯罪与一般违法行为的临界点区域的案件,首先就必须依照刑法作出危害量是否“显著轻微”的初步判断(而行为具体样态的性质却往往是清楚明确无须论证的,如盗窃、抢夺、故意伤害等常态性案件)。

于此,在犯罪论体系的构造上便也须首先回应这一硬性规定。学者们以“犯罪概念”的提法及相应篇章对该规定进行理论性概括,并将其置于犯罪论的首位予以体系化构造——既紧扣法律规定也顺应了司法应对大多数常态案件的思维定式(由行为的危害量而决定其是属于犯罪还是非罪);从法定定义中进而推导出任何犯罪均具有的三方面基本属性,即严重的社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性;再对三性的具体含义逐一进行细致阐释,试图为司法从宏观上解决罪与非罪之间的定量问题,提供一些有参考价值的思路。当然,到目前为止学者们在这方面的工作做得极为不够,究竟应该如何由量而及罪,始终是司法不断遭遇的高难度问题(如暴力究竟须达到何种程度才构成妨害公务罪,中学生使用轻微暴力抢走同学多少财物才构成抢劫罪)。而在讨论犯罪成立之基本条件的犯罪构成中,总会存有诸多与行为相关的因素无法逐一罗列——如性别、年龄段、生存背景、职业、行为动机、作案的时间与地点、被害人及社区反应、事后态度、等等,这些因素在真实的司法决断时,均会程度不一影响对行为危害量

[13] 参见中国人民大学刑法教研室、北京政法学院刑法刑法教研室编:《中华人民共和国刑法教学大纲》,法律出版社1956年版。

及其是否入罪的判断;在对个案定性的具体考量中,这类因素也只有置于犯罪概念的意域之内,才可能宏观整体地获得与行为之关联性的感悟。^[14]

(二) 犯罪构成

立法者制定刑法的基本思路为规定“什么是犯罪”(持一种“入罪”的思维定式),即对犯罪成立的基本条件进行刻画描述;在总则中对所有犯罪带共性的条件一并总括性地予以规定,分则中则侧重于对个罪的具体特征作出描述。由于立法在语言使用上的局限性——只能是高度概括并极为简约,故而向社会所传递的规制信息便只具宏观大致的导向意义,对司法在疑难事案中区分不同性质行为之间的微观界限,可以说是基本不具实际操作价值。为此,犯罪论中最重要的一个部分——犯罪构成,在中国刑法语境下便接续着对犯罪概念的宏观把握——对行为进行整体考量已经具有严重的社会危害性——而进一步展开。具体说来,犯罪构成具有条件列示、语义阐释和路径导向之三方面功能。

其一,条件列示。在犯罪构成观念及形式逻辑原理的指导下(整体的犯罪可分解为若干部分),首先须将刑法明文列示或必然隐含的成罪基本条件逐一加以筛选整理,再以统一的四要件的形式予以具体列示;强调任何犯罪的成立均须分别符合四大要件、缺一不可(“要件”的完整词义即为形式逻辑中的必要条件),即犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面。

其二,语义阐释。四大要件在形式上仍然仅仅只是对成罪基本条件的概括,对司法亦只具宏观抽象的提示意义。结成每一要件的若干概念之具体语义,还得在对立法应有之精神及四要件相互关系的观照下进行具体阐释。在四要件体系已基本定型的前提下,对法条及由法条所引申之条件语义的阐释,成为刑法学者最为繁重的日常性工作。如刑法第264条对盗窃罪的罪状仅表述为:“盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的”,即法定成罪条件中区别于其他犯罪的实质性提示仅为“盗窃”二字。在解释学上学者们一般将其限定为“以秘密方法占有他人财物”。虽然以此规定性可以界分绝大多数案件,但一旦遭遇利用ATM机故障而趁机取款一类的新型案件,对何谓“秘密方法”仍然是需要再行解释以至不断解释的(如被舆论及学界极为关注的许霆案件)。^[15]

其三,路径导向。在刑法解释学上对成罪条件作出列示并对其语义进行阐释,这种实质性的分析工作固然重要但却并非建构犯罪论体系的全部。在对事案该如何调动各要件进行分析的路径选择上——这种看似纯粹的技术性问题,亦成为犯罪论中一个非常重要的问题。在法定式、司法惯性、学术思潮及社会效应等多方面因素的互动影响下,几十年来我国刑法界在既定格局下形成了一种对犯罪论体系的“路径依赖”,即循着一种从犯罪客体到犯罪客观方面,再转至犯罪主体并最后进入犯罪主观方面的分析思路,以解析案情并阐明理由(主要表现在对疑难事案的分析上)。^[16]

(三) 与犯罪相关的特殊形态

在对犯罪的定量及定性问题均已考虑的前提下,犯罪论中尚存一个前两大板块无法统摄

[14] 笔者为此也做过一些尝试性的工作。参见冯亚东:《理性主义与刑法模式——犯罪概念研究》,中国政法大学出版社1999年版第二章。

[15] 关于许霆案件的讨论情况,参见赵秉志主编:《中国刑事名案法理研究·第四卷:许霆案件的法理争鸣》,北京大学出版社2008年版。

[16] 对犯罪构成三大功能的具体分析,参见冯亚东:“犯罪构成功能论”,《清华法学》2007年第2期。

的大问题,即与犯罪相关的特殊形态问题。于此,在犯罪论中紧随对犯罪构成及其四要件的理论叙述,事实上(不一定作显性构造)便形成了相对独立的第三部分内容,即在成罪基本条件之外再行讨论排除犯罪性的行为、故意犯罪的结束形态、共同犯罪和罪数形态等四个所谓的特殊形态问题,以对应于刑法定相关条文的规定。

1、排除犯罪性的行为。在犯罪论体系上将这部分内容置于犯罪构成四要件之外进行考察,是一种非常合理得当的安排。一则因其“与犯罪相关”而由刑法定予以规制,在犯罪论中如此设定可直接对应刑法定第20、21条的规定,便于理解分析。二则该部分内容极为庞大,置入任一要件中分析均显体例失调,单独列示更便于以不同条件之规定性分别深入剖析所涉案件,以从不同角度完整展示其“正当”及出罪的理由。三则更重要的是,在犯罪构成中只是正面讨论行为的入罪条件,在逻辑上虽系“不入则出”,但出罪后却只能从反面得到行为“非罪”的结论。对非罪行为再从正面审视,还存在一般违法行为、不道德行为、中性行为和合法行为四种可能,必须按条文规定至少须对其中一些行为作出是“正当防卫”还是“紧急避险”的评价(均属合法行为)。^[17]

2、其他部分。故意犯罪的结束形态又分为完成形态(学理上称为犯罪既遂)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),由于犯罪构成本身只涉及的是成罪基本条件问题,故在其之外另行设专章讨论“成罪”后的不同具体形态便实有必要,也与刑法定总则的条文序列紧紧对应。对共同犯罪与罪数(一罪还是数罪)问题在体系设置上的考虑,其理由亦与此基本相同。

须说明的是:中国犯罪论体系的上述构造方式,在主要方面均并非由本土学者自觉而为,而是大体上承袭着前苏联刑法学的基本格局(而前苏联的刑法学也是直接对应于其刑法典的)。但是,当源自前苏联的刑法理论逐渐进入中国的社会生活及法律实践层面时——特别是多年来又不断加以调整完善,其分析犯罪的技术性思路已是非常契合于现阶段之中国国情和中国刑法定,已经固化为司法共识性的操作工具(应该是同中俄两国某些极为相似的历史、文化及国情相关)。更值得一提的是:如果说前苏联是出于意识形态需要而刻意在西方理论之外自设一套犯罪论体系,那么在挣脱束缚的今天,俄罗斯刑法学者们却仍然大体沿用着原有体系——显然该体系更契合于俄罗斯现行的刑法定、司法状况与生活现实。^[18]

由于犯罪论并非是供学者们孤芳自赏、百家争鸣的书斋学问——其在主要方面是为司法者裁判案件提供共识性的方法和理由而设定,并且中国现阶段的犯罪论一定是服从于现行刑法定以解决中国当下的刑法问题,于是我们有理由可以断言:在中国刑法定对犯罪的规制方式未能有大的调整前(在现阶段似也缺乏作大调整之必要),无论学者们如何一厢情愿地努力,

[17] 其实,司法实践中对类似正当防卫案件的分析,按思维逻辑均并非是按犯罪论体系三大块的先后顺序先行考察是否符合犯罪构成,而往往是首先以正当防卫的诸条件进行分析。若均符合则可直接得出“正当”的结论,若任一条件不符合才会转入犯罪构成方面作是否成立犯罪的分析。尽管存在此类现象,但在犯罪论体系的构造上却又不得不将对“排除犯罪性的行为”的论述置后(故将其上位概念称为“与犯罪相关的特殊形态”),以兼顾刑法定及犯罪论体系的大局安排。

[18] 参见(俄)H·Φ·库兹涅佐娃、И·М·佳日科娃主编:《俄罗斯刑法教程(总论)》,黄道秀译,中国法制出版社2002年版;又见(俄)Л.В.伊诺加莫娃-海格主编:《俄罗斯联邦刑法(总论)》,黄芳、刘阳、冯坤译,中国人民大学出版社2010年版。

中国犯罪论之基本格局在司法运用中都不可能发生根本改变。

三、德国的刑法典与犯罪论

由于近代法治国家均形成一种“无法无罪(犯罪是由刑法规定出来的)、无法无刑”的约束性理念——不同国家的刑法学者为了自觉遵循并竭力维护,于是在刑法学领域内对“犯罪”的论述及其体系建构上,便也不得不大体围绕自己国家刑法典对“犯罪”的规定而进行;即,犯罪论中但凡涉及“犯罪”的映像或原型,始终无法根本性地超越刑法典对犯罪的具体规定,否则犯罪论势必成为无源之水、无本之木,成为脱离生活现实及法治秩序之空中楼阁。于此,在对“犯罪”现象试图进行论证阐释的意域内,也就自然会出现一种“犯罪论服从于刑法典”之宏观景象。诚如德国刑法学者韦塞尔斯所言:“犯罪论的依据基础(Grundlage)是法律(Gesetz),它提出的概念必须是与法律的语言相匹配,与立法者的价值决定相吻合。”^[19]

在上述亦可视为“定律”的支配下,德国刑法界自近代以来便渐次形成了具有自身特色的犯罪论体系,虽然沿袭至当代明显出现一种试图影响立法的倾向,但仍然是围绕既定刑法典的结构及内容而建构基本体系。从德国刑法典对“犯罪”的规制方式看,大大有别于中国刑法而主要表现为两方面:一是对所有的危害行为原则上均“只定性不定量”(在总则中未作定量性的宏观规定),二是所规制的行为包括两种基本类型,即客观的违法行为和主客观相统一的犯罪行为。由于这两方面的根本差异,进而便决定了德国学者们在对犯罪论体系的构造上,与沙俄、前苏联和中国的体系大有不同。^[20]

(一)德国犯罪论中基本不存在对犯罪的定量评价问题

西方社会基于自身的文化和国情,在长期的历史演进过程中逐步形成一种“小政府、大社会”的管理模式——政府对社会的行政管理权力极为受限相对较弱,大量的各类危害行为便只得被归入刑法,设定为犯罪并由司法权力作专断性处置(相对于行政权力),由此而形成一

[19] 韦塞尔斯,见前注[3],页490。对此现象该学者进一步作出例证:“例如,从《刑法典》第1条、第9条、第13条、第25条中可以得出,‘行为’和行为的以作为的形式或者以违背义务的不作为的形式的‘实施’,是对于刑法上的裁判和对于犯罪构造的连接点。从《刑法典》第17条、第20条和第27条中又可以得出,在不法(Unrecht)和责任(Schuld)之间进行划分,属于犯罪论的基础性质的结构元素;对‘违法行为’(比较《刑法典》第11条第1款第5项)和‘犯罪行为’(比较《刑法典》第44条、66条)的区别也同样。结合《刑法典》第32条、第34条(‘行为不违法’)和第35条第1款第1句(‘行为不承担责任’),这些刑法条文此外还表明,法律以之为出发点的关于犯罪的概念,是一个分为多个层次的犯罪概念(mehrgliedriger Verbrechensbegriff),法律理解的犯罪行为(Straftat),是构成要件符合性的、违法的和有责的行为,这之中的‘行为’是连接点,是要经过刑法上的评价之所有层次的连接单元(Bindeglied)。”

[20] 前苏联的犯罪论体系亦并非由苏维埃学者所独立构造,其基本格局沿袭的是沙俄时代的刑法学理论。而沙俄的刑法学却又是在向德国的借鉴过程中逐步形成的,两者同步并行均成型在19世纪后期。而之所以会形成俄、德两种在结构上差异较大的犯罪论体系,这最终便只能归因于不同的国情及刑法典。参见何秉松:“全球化视野下的中俄与德日犯罪论体系”,《国家检察官学院学报》2009年第1期;另见薛瑞麟:“对话〈刑法知识去苏俄化〉的作者”,《政法论坛》2008年第6期。

种立法对各种犯罪原则上“只定性不定量”而较为苛严的法治格局。^[21]与此格局相适应,德国犯罪论在基本体系的设置上也就不必关注对犯罪量度的界定问题(只在异态、微观的问题上有所涉及)。虽然在形式上德国犯罪论中似乎也有犯罪概念,即犯罪是“该当、违法、有责的行为”,但若将其置入中国刑法语境,则可表述为犯罪是“符合四要件的行为”。显然,在中国语境下此形式化的概念纯属多余——犯罪构成本身就专门解决此问题。

由于定量乃系一种综合性的判断,并非单一的某一要件或阶层能够解决,故中国刑法主要为解决该问题而必须设定具有整体评价意义的犯罪概念,由此也造成在诉讼制度、司法制度乃至相应配套的一系列制度的设计上出现重大差异(在我国现阶段每年约发生300多万件刑事案件的前提下,若采德国的刑法模式则“犯罪”数量将达数千万)。但是,在西方国家刑法的实际运作中,定量问题仍然真实的大量存在;在超市偷一个苹果或从办公室带走一个信封,显然是不大可能以盗窃罪或贪污罪论处的——实际的司法活动中始终存在着执法者的自由裁量权问题(但缺乏制度性的刚性约束)。德国学者为在犯罪论体系上弥补这一“漏洞”,提出了“可罚的违法性”的理论。^[22]但由于在根本上受制于人类对各种复杂事物过渡界域之认知能力的局限性,该理论也注定了会遭遇与中国的犯罪概念在定量问题上大体相似的困境(但中国刑法及司法为保持大局的合理与一致,对常发性犯罪大多作了具体明确的量化规定)。

正如我国学者王世洲教授所言,“中德两国在犯罪概念方面的差异可能引起一些涉及刑法基本观念的批评,从而影响到对中德两国罪与非罪划分方法的比较和理解。用德国的犯罪观念来看中国对犯罪的规定,就可能批评中国刑法对公民和社会利益的保护是不完整的甚至是效率低下的,因为这样的刑法制度一定需要(过于)强大的行政或者社会管理机构来提供刑法所没有提供的国家保护。……用中国犯罪观念来看德国对犯罪的规定,就可能批评德国刑法过于严苛,容易使过多的公民处在刑罚的威胁之下,同时容易过多地没有必要地消耗国家有限的刑事司法力量,尤其是把这种力量放在对付偷鸡摸狗的琐事上,从而无法使刑事司法制度集中力量打击严重的犯罪,发挥其最好的作用。”^[23]如此看来,仅仅是因为中德刑法典对犯罪概念及定量问题在规定上的有所不同,便当然地会造就两国的犯罪论在体系布局上的重大差异。

(二) 德国犯罪论必须解决对无责任能力人的刑法归责问题

早在18世纪,克莱因(Klein)作为普鲁士刑法的创建者,就首先提出了“保安处分”的理论——1799年不定期的保安刑罚被引入《普鲁士刑法》,德国其他地区的刑事立法亦紧随其后。“18世纪末和19世纪初,刑法之不法后果体系(刑罚体系)是由纯报应刑罚、纯保安处分和‘保安刑罚’组成。”^[24]迄今为止德国刑法典仍然保持着这样的基本格局。由于德国刑法典

[21] 但在司法的实际处罚方面,在德国有80%以上的犯罪是单处罚金刑(类似于我国的行政处罚),而其余处自由刑的犯罪,又有69%被宣告缓刑交付考验。参见(德)汉斯·海茵里希·耶赛克:“为德意志联邦共和国刑法典序”,中译本《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,页13。

[22] 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,页148~150。

[23] 王世洲:“中德划分罪与非罪方法的比较研究”,载范健、邵建东、戴奎生主编:《中德法律继受与法典编纂:第四届费彝民法学论坛文集》,法律出版社2000年版,页236~237。

[24] (德)李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,页404。

中一直沿袭规制着两重不同样态的行为,与之相对应便形成一种二元的责任(法律后果)归咎制度(即德国刑法界所称的“双轨制”);对无责任能力人实施的客观违法行为(必须符合“该当”和“违法”两阶层的规定)——相应采取刑法上的保安处分措施,对正常责任能力人实施的主客观相对合的犯罪——相应施以刑罚的处罚(必要时也可辅以保安处分措施)。^[25]

德国刑法典对“行为”(即德语 Die Tat,也可理解为一种广义的犯罪)及其法律后果的这种规制方式,从根本上便决定了德国犯罪论体系在基本结构上的所谓阶层构造——必须在同一犯罪论体系下对这两重样态的行为,分别作出是否予以归责以及如何归责的具体阐释;如果在犯罪论体系上不采阶层式的构造方式,则因与刑法典不能完整对接而很大程度会失去司法的应用价值。于此,德国从19世纪至今的犯罪论体系,至少可以说表现在形式上,都是围绕着刑法典的这一基本格局而展开,大体可分为古典体系、新古典体系、目的论体系、新古典与目的论的结合体系以及当前的目的理性体系五个阶段。

古典体系认为,犯罪的成立条件分为行为、构成要件该当性、违法性与有责性四个方面,并强调前几方面均属于客观面(即行为、构成要件该当性和违法性均是客观的),而有责性属于主观面(即责任是主观的),由此奠定了德国犯罪论体系的基本理论框架——足以对应性地解说二重行为样态,即行为是客观的、对社会的危害意义在评价上均是相同的,而责任是主观的、在具体处断上是因人而异的。而在该体系中由贝林所专门强调并刻意设定的“构成要件”之独立阶层,便非常明显是针对刑法典之明文规定的(分则中的具体罪状),以切实保障罪刑法定原则在司法运用中的实现。由此也特别彰显出当时的德国犯罪论体系在构造时的观念蓝本为刑法典本身,及其所具有的对法典进行阐释之“刑法解释学”强烈意蕴。

以批判古典体系所主张的中立的、负价值的构成要件为突破口,以新康德主义的价值哲学为指导形成了新古典体系——以价值的观念来解释既往体系中犯罪的各个要素。认为不法并不是在所有的情况下都可以通过纯客观的特征来说明,罪责也并非绝对的只能考虑主观因素才能确立,在客观不法和主观罪责两相分立的基本格局下,必须承认有例外的情况存在。以目的行为论作为构建犯罪论的基础,形成了目的论体系——在该理论中故意已经作为行为构成的一部分而表现出来(其实该思路侧重的是主客观相对合的犯罪)。组合新古典体系和目的性学说的犯罪论,将不法和罪责区分为:前者表明的是“行为负价值”(即对社会客观上有害),而后者表明的是“态度负价值”即行为人的负价值(主观上具有恶性)。而在目的理性的体系中,对客观行为的归责取决于——在行为构成的作用范围内实现了一种不被允许的危险,以法律评价为导向的规则性工作(Regelwerk)取代传统因果关系之自然科学范畴,并将罪责范畴与预防必要性相结合,完善了责任层面的说理模式。^[26]

由上述过程不难发现,尽管德国100年来经历了巨大的社会变迁(“一战”、“二战”及战后

[25] 在德国刑法典总则第二章“行为”的第一节“可罚性的基础”中,对“儿童的责任无能力”、“因为精神障碍的责任无能力”以及“降低的责任能力”作出了规定,其与第三章“行为的法律后果”中的第六节“改善和保安处分”,呈现一种行为与后果的直接对应关系。参见中译本《德国刑法典》,冯军译,中国政法大学出版社2000年版(本文对《德国刑法典》的引述,均以该译本为据)。而在中国刑法典中,对实施了危害行为的无责任能力人只是强调不构成犯罪,并不存在刑法意义上的归责问题。

[26] 上述德国犯罪论体系的具体演变过程,参见罗克辛,见前注[3],页121~126;另见李立众:《犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试》,法律出版社2006年版,页142~143。

重建),但在刑法典对犯罪的规制模式并未作出根本改变的前提下,无论学者们是基于哪个时代哪种知识背景,绝大多数都是采用阶层模式对之进行解说——哪种体系都无法绕过客观的违法行为(即客观不法)这一立法基点。虽然五大体系之学术路径各异、侧重对象有别、具体方法不同,但在基本结构的阶层构造上均未出现根本性的调整。

(三)德国犯罪论中的其他特殊问题

德国刑法典不同于中国刑法典的特殊之处,还存在若干——主要表现为对正当防卫和共同犯罪的规定(其它略去不论)。于此,在德国犯罪论中也对应性地出现一些按中国犯罪论难以解说或根本不能解说的问题。

1、关于正当防卫。在犯罪论上对正当防卫该如何设置并如何作具体分析,亦成为“重构论”诟病通说体系的重要依据。但其实,学者们从德国刑法典第32条第1款“实施由紧急防卫所要求的行为者,不是违法地在行动”的规定中,所推导的“阻却违法性”问题,乃系一种非常纯粹的“德国问题”。即虽然防卫行为在外观上同其他违法行为一样也给对方造成了损害,但法律拟制为“不是违法地在行动”,即不属于“客观不法”(中国刑法并未如此直接强调,而是仅有与德国刑法典第32条第2款相类似的规定)。并且,由阶层式犯罪论体系所决定的、对正当防卫由构成要件该当性再到违法性的分析思路,并不符合最基本的思维逻辑。

司法对正当防卫的认定,绝不可能以不符合犯罪的成立条件即从反面作出排除性认识而直接进行——因为,之所以能够阻却行为之违法性的实质性理由,只能是由于行为乃系正当防卫。对貌似正当防卫案件的识别,均只能是首先正面以正当防卫的诸条件逐一进行精细考量,若均符合则在逻辑上才可当然地从反面推导“阻却违法性”,若不符合则自然会转入另一问题层面即犯罪条件体系作能否定罪的分析。^[27] 故此,德国犯罪论体系将所有的“违法阻却事由”(且存在同“责任阻却事由”的交叉问题),均置于违法性阶层下讨论,只能说是一种不得不与刑法典相对应并考虑犯罪论体系之宏观布局的做法(违背司法认识规律这一隐形的细节问题已不可能兼顾)。并且,由于违法是客观的,故在理论上便可推导出对正常能力人、儿童或精神病人所实施的危害行为,均可同等地实行正当防卫的结论。^[28]

2、关于共同犯罪。德国刑法典第三节中规定了共同行为人由正犯/共犯(教唆犯与帮助犯)组成,并规定“都不考虑他人的责任而根据其责任处罚”,即共同行为的每一参与人,均只对自己实施的具体行为承担责任。这种规定,显然也是衔接于二重行为样态(即主客观相对合的犯罪和无责任能力人的纯客观的犯罪)和二元责任制度的(刑罚与保安处分)——违法虽

[27] 所谓正面或反面的评价,均只能就同一问题取同一标准而进行——正面和反面的评价标准在逻辑上是可以互换的(即“是”等同于“并非不是”);如对“行为是不是正当防卫”的问题,取防卫诸条件的标准进行评价——若正面评价该行为不符合“是”的规定,则从反面方可推定其“不是”。但评价为“不是”后又“是什么”,还须另行设定问题并采取相应标准再行评价;如再行评价“该行为是不是犯罪”(也可设定为“是不是紧急避险”或其它),还须根据犯罪构成(或紧急避险)的标准逐一进行评价(不是正当防卫并不等于就是犯罪或紧急避险)。

[28] 耶赛克、魏根特,见前注[3],页404。但该结论并不适合于中国国情——不利于切实保护无责任能力人。在中国刑法第20、21条的规定下,如果能够判断侵害人系无责任能力人,则只能实行紧急避险——在“不得已”的情况下才可给对方造成不超过必要限度的损害;而正当防卫并无“不得已”的限制,且法律鼓励防卫人积极为之(特别是第20条第3款的规定——对“行凶”的防卫并不存在“过当”问题)。

然是客观的共同的,但责任却只能是主观的个别的,有责任能力人并不应该为无责任能力人分担责任(反之亦然)。即,在客观面有责任能力人与无责任能力人的行为之基本性质完全相同——成立共同的客观不法(或称客观的犯罪),而在责任承担方式上才会基于罪过的有无而区别对待。于此,在犯罪论体系的构造上就必须回应于这些硬性规定,也就相应导致对之的解释理论异常复杂,以至于共犯理论成为了“犯罪论的试金石”。〔29〕

而中国刑法典在“主客观相统一”的理念下,对共同犯罪只是限制规定为“二人以上共同故意犯罪”(第25条),无“共同故意”则必无共同犯罪——而“故意”(第14条)则又是以达到刑事责任年龄(第17条)并具有刑事责任能力(第18条)为必要前提的,并明确区分了主犯、从犯、胁从犯和教唆犯(与德国刑法对共同犯罪人的分类截然不同),且对主犯强调是按“全部犯罪”处罚(体现一种“打击首恶”的精神)。由于这种不同的制度设计方式,故而以德国犯罪论中的共犯理论根本就无法解说中国的刑法问题,或者以中国的通说理论也不可能破解德国问题(但难以思议的是,这反而成为“重构论”立论的一个重要理由)。

(四) 德国问题:阶层构造决定方法路径

德国的犯罪论体系由于受其刑法典的制约,于是在基本形态上便只能采一种阶层式的构造,必须先行对客观的违法行为作出准确界定——是否该当于构成要件以及是否属于违法。在此层面,两重样态的行为其意义均完全相同,均具有该当性和违法性而足以评价为客观的违法行为(即客观不法或客观的犯罪),均须承担刑法上的法律后果。在此前提下才可能转入对后续问题的分析——行为之主体是否具备有责性,即是否具有支配行为的具体罪过(故意或过失)以及是否具有责任阻却事由。对有责性之有无的分析及所取结论,却又并非只是简单地决定对行为人归责方式的不同(适用刑罚还是保安处分),而是将主要导致两方面的刑法评价结论:一方面对不具备有责性的精神病人,则可在刑法归责上直接适用保安处分(是“处分”而非“处罚”);另一方面对具备有责性的正常行为人,此时原则上才可定性为犯罪(即名副其实主客观相对合的犯罪),至于其是否应受刑罚的处罚,还须再进入到其他可罚性条件进行论证分析。

基于上述各阶层之间实体意义的逻辑传承关系,在运用犯罪论体系对案件进行评析时,认识主体便会自然而然地形成一种“从客观到主观”的分析思路,以全方位无遗漏地以“体系”的眼光时时照应两重样态的违法行为,且还须顾及未完成形态、共同犯罪、罪数等特殊问题(在犯罪论体系的构造上,因这类问题与两重样态的行为均有关,故其与各阶层的关系并不清晰)。在基本分析思路,首先并不考虑主体及主观状态,而是先考虑是否有实际危害结果存在(是否有法益受损),再考虑危害结果是否可归因乃至“归责”(即“客观归责”理论)于某一具体行为,进而再考虑行为主体及主观状态。显然,这种从客观到主观之分析思路的形成,这种所谓“结果无价值”〔30〕之论证立场的确定,并非基于学者们在方法论上的自觉自为或能动

〔29〕 松宫孝明,见前注〔7〕。

〔30〕 关于“结果无价值”的基本含义,参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,页119~121。但即使是作为德国刑法理论之通说的行为无价值二元论,也仍然是以行为具有发生结果的一般危险,或者是以行为人意图通过符合构成要件的方法及形态而引起结果无价值为基础的。这意味着行为无价值论的根基仍然是结果恶,即归责的前提在于应当先考虑实害结果是否存在。另须说明的是,近年来中国刑法学所使用的行为或结果的“无价值”,系从日本刑法著述中直译而来的术语,其确切含义应为“负价值”。在哲学的语境中,“无”表达的意义是中性、虚无或零。

想象,而是在根本上被决定于刑法典的实体内容——必须区分不同层面性质的行为,以分别解决对其不同的责任归属问题。这才是不得不如此而为之的要害所在。

但即使从方法论的角度看,该分析模式亦并非一种纯粹的方法而是暗含着一种实体评价上的结论。由于犯罪论体系的实际运用只是针对真实案件具体行为,于是该思路下具体危害结果的有无以及行为的外观形式如何,便已决定了分析过程能否展开以及在不能展开时而不得不给定的结论。如果具体行为在外观上并无异常且并未引起任何具体危害结果,则这种分析思路便几乎无从开展进行。如食堂工人基于泄愤动机而误将白糖当作砒霜投入饭锅的行为——该行为由于在外观上仅属“投糖”在结果上亦显正常,故纯客观的分析便难以“下手”。似乎更多是出于对犯罪论体系的内部逻辑性及叙事完整性的考虑——必须兼顾两重样态的行为及其结果(在行为之外观表现上,儿童、精神病人和正常人均完全相同),故在德国及日本的有些学者认为该类行为属于“不能犯”而不予处罚。^[31]

综上,德国刑法典对“犯罪”的规制方式,从根本上决定着犯罪论之基本结构的阶层式构造;而犯罪论体系之阶层构造,又决定了在运用该体系时在方法论上而不得不为的“路径依赖”。

四、中国犯罪论体系的应然选择

既然一国的犯罪论体系之基本结构及谋篇布局,总是服从并服务于该国刑法典之实体内容的,那么在此前提下现阶段对中国犯罪论体系是该“完善”还是该“重构”的讨论,便有了一个看似宏观但却非常明确的方向。

(一) 在现行刑法的格局下对犯罪论不应作结构性调整

由于我国现行刑法典对犯罪采取的是“既定性也定量”的规制模式,于是中国的犯罪论体系便只能形成犯罪概念、犯罪构成和与犯罪相关的特殊形态之三大板块。又由于在定量的前提下仅存在一重样态即主客观相统一的犯罪,故不管学者们能否自觉认识,通说性的犯罪构成理论便始终围绕这一十分单纯的问题场域而展开“四要件”的解说体系。在刑法的解释学上若偏离这一场域,所构造的理论便必然是“无用”或是“乱用”(往往解释的是他国刑法典的规定,如“客观不法”、“正犯/共犯”等),或是其内容根本就不能归属于解释学(往往都属于立法学、犯罪学、刑事政策学、行为学、心理学或其他学科。虽然在对刑法的解释上的确需要这类知识,但毕竟应明确每一学科基本的研究对象及问题场域)。

根据我国刑法第14、15和16条的规定,任何犯罪要么是故意要么是过失,否则为意外事

[31] 韦塞尔斯,见前注[3],页356~357;另见(日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,页249~255。而按照中国刑法学的通说理论,在有确实充分的证据能够证明行为人的主观罪过时,对不能犯应视为犯罪未遂(即不能犯未遂)予以处罚——对客体的侵犯视为是可能侵犯。高铭喧、马克昌主编,见前注[4],页170。

件或不可抗力而不认为是犯罪。^[32] 而第17、18条中规定的对儿童和精神病人实施危害行为后的处置方式,仅属一种“注意性(提示性)规定”而非刑法中完整的责任性(法律后果)制度构造——实践中均是通过行政手段直接予以处置,其意义完全不同于德国刑法典第三章第六节的规定(改善与保安处分)——客观的违法行为也须承担刑法上的法律后果,须进入复杂的司法程序进行处置而非简单地以行政手段就予解决(保安处分亦是对公民人身权利的一种处置措施)。中国刑法典第二章为“犯罪”(只规定了主客观相统一的犯罪),与之相对应的法律后果仅为第三章的“刑罚”——根本就不存在客观的违法行为及其刑法后果问题。此法定格局便也意味着:在中国现阶段如果一定要强调对犯罪论作阶层式的“重构”,则首先须作调整的应是刑法典而非犯罪论!

聚焦于任何犯罪皆为主客观相统一这一实质性的问题原点,中国犯罪论中专门论证犯罪成立所必需之基本条件的犯罪构成体系,便也随之而展开。从通说性的四要件体系看,其对客体和客观方面两大要件所设置的主要内容,均可归属于“客观面”(可视将为德国体系中的客观面拆分为两大要件,以便于细致地分析论证);而主体和主观方面两大要件的内容,则可归属于“主观面”。^[33] 于此,便也能够切实保证对犯罪进行完整精细的分析,以将刑法典的宏观规定在具体事案中予以实现。由此可看出:在我国刑法典对犯罪的规制方式未能作出调整改变的前提下,不大可能也不应该急于伤筋动骨地对犯罪构成体系进行“重构”,否则将很大程度导致司法在运用体系时的人为混乱。并且,即使从“完善”的角度出发,考虑到司法的统一性和连续性之要求,若不能揭示原有体系在条件列示方式上存有重大缺陷,则也全无必要标新立异提出“三要件”、“五要件”或对“四要件”内部之诸要素进行重新分配的学说。^[34]

长期以来,由于我们在基础理论上未能准确地区分刑法典与刑法学(犯罪构成法定说即为适例),进一步未能刻意地关注究竟讨论的是哪一国刑法的规定,以至于后续的许多具体问题混乱不堪,各种似是而非的观点都能找到自己的立论依据,都仅仅只是一种观察问题合理的“视角差”而已(错位的论证方式比比皆是)。而不幸的是,刑法解释学大大有别于其他任何学科,法官们一旦相信和接受了某种理论,潜意识地也会将之视为是本国刑法的明文规定。虽然在形式上仍然是“依法裁判”,但裁判的实质性理由便会按照自己对某种理论的理解进行想象和表述。于此,疑难案件中被告人的命运便最终可能取决于——法官官究竟是对哪种体系

[32] 并且,中国刑法对故意和过失的含义均作了非常具体的限制性规定,均为对“危害社会的结果”的心理态度(即对“结果”的态度不同则罪过不同),而德国刑法中仅规定有故意和过失的术语(并无具体内容)。故此,德国刑法理论中为解说故意或过失而形成的极为繁杂的多种学说(包括“违法性认识”),并不能简单地照搬于中国刑法理论而只具细微的参考意义。

[33] 至于主体要件中的某些要素(如主体的特定身份)在事理关系上应归属于客观面的问题(即主观面与之呈一种“对合性认识”的状态——“不知”亦不为罪,且对诸如“利用职务上的便利”中的“职务”的分析,事实上是置于客观面看待的),并无必要在基本体系的构造及说理上予以特别关注——纯属“理论”隐含而完全不致影响司法对问题的正确判断。在认识论上,人类所建构的任何理论体系均存有缺陷且不可能完全自圆其说(这受制于人类认识能力的局限性以及对解决问题实用性的追求)——没有破绽的体系只能是科学意义上的一种“伪体系”。

[34] 关于笔者对“四要件体系”应如何完善的观点,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5章。

哪种理论予以采信(“不能犯”即为适例)。

(二)从客观到主观:对德国体系的方法论借鉴

犯罪论在体系构造上对司法具有“路径导向”的功能——一种如何调动刑法规范以切入具体事案的分析技术。今天中国刑法学界对犯罪论体系是该“完善”还是“重构”的讨论,其争论焦点也就主要集中在这十分“技术”的问题上——究竟应循哪一种路径去分析案件。但是,对任何看似技术性问题的讨论,都服从于技术所欲解决的实质性问题——哪一种分析方法或论证思路,才更简捷更准确,更有利于司法者相互交换信息并向社会顺畅传递——实质性问题中其实已暗含着一种解决问题的路径与方法。

从前述德国犯罪论对“犯罪”的分析思路看,循体系之阶层架构而只能形成一种从客观面到主观面的思维路径,即犯罪论在路径导向的功能方面,对司法之刚性约束及必须遵循的引导意义,尤为明显和突出(一旦违背则分析工作便难以进行)。但在中国犯罪论体系下,却并不能由三大板块之逻辑关系、四要件之内在关系而推导该结论。

就四要件的关系而言,仅是对成立犯罪应有之四个必要条件的列示,即各自均属成立犯罪之整体中所必不可少的一部分,在认识论方法论上呈现的是“一无即整体便无,一有则其余即整体待定”的判断思路(而德国犯罪论中即使案件只具部分条件的意义,亦可独立成就一种须由刑法进行规制的客观不法行为)。任一要件均具有强大的、决定性的出罪功能——不符合便再不可能有犯罪(就具体案件而言,还可能需转入其他具体犯罪构成再行分析)。这一由体系所必然暗含的方法论线索,反而对司法实务及刑法理论引起两方面的误解:一方面实务界往往认为各要件因其意义相对独立,在具体运用上并不存在逻辑序列;另一方面有观点认为应按行为的自然发生过程,对通说体系的要件序列进行调整,即先有的是行为主体,再由主体产生内心罪过,由罪过才可能发动具体行为,因行为也才可能最终引起危害结果(侵权法益)。^[35]

但是,运用犯罪论体系对事案进行论证分析,其目的只是通过一种既定的分析方法和统一的事理语言,将事案与刑法规范予以对接,以从规范中获得对事案的评价结论,而绝非是对犯罪自然发生过程的如实描述(即并非是在犯罪“行为学”的意义上进行辨析)。于此,基于应如何才能高效准确地完成“对接”,并在诉讼中各方主体便于交流的考虑,在四要件的分析序列上当然应自觉建构一种共识性的路径。而恰恰在这一点上,德国犯罪论体系由其所谓的“物本逻辑结构”(韦尔策尔语)所自然形成的、非此不可的“从客观到主观”的分析思路,为我们提供了一种非常有启发意义的路径模式。

诉讼过程中对案件的认识评价,大大有别于哲学层面的人/物关系(可视为是一种“人本逻辑结构”)。在哲学上,离却人之精神的客观物态统统都可以被视为无意义甚至不存在,即笛卡尔所言的“我知故我在”,亦即叔本华所论的“世界是我的表象,世界是我的意志”。而在司法诉讼的认识论上,行为人的主观罪过却只是存在于人的内心之中,只能是通过由内心所影响及外化的客观物态予以确认;即对人的主观心态之确定一定是需要“拿证据来”,且这种证据必须具有客观的可予实证的属性。故此,刑事实体法上对行为性质的评价,以及犯罪论就理论体系的构造及其对诸要件序列的排定,均必须考虑程序法上的可易于操作、能切实证明之

[35] 参见何秉松主编:《刑法教科书(上卷)》,中国法制出版社2000年版,第8~11章;另见赵秉志主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第9~12章。

基本要求。

基于这一难以跨越甚至不能跨越之诉讼要求,显然德国犯罪论之“物本逻辑结构”的阶层序列,便具有了重大的借鉴意义。从先行的对客观面诸要素的分析确认中,一步一步地推导、揭示并最终证明行为人支配客观危害行为的主观心态——罪过的有无及其具体类型;从而在切实保障人权的基础上,真实地体现并回归一种“人本逻辑结构”,即最终仍然表达的是对“人”而非对“物”的关怀。

其实,我国刑法学通说体系对四要件的排列,本来就是按从客观面到主观面的顺序进行,即也可以视为呈一种“物本逻辑结构”,只是我们往往并未自觉地认识到这其中所应当遵循的司法认识规律——各种通说体系的刑法教科书中并未刻意强调这一点;以至于在中国今天的司法活动和法律文书中,可以大量发现先论证行为人的主观想法,再叙述具体行为及结果的真实事例。这种现象久而久之愈演愈烈,甚至成为一些司法人员根深蒂固的一种思维定式(先从主观上考虑行为“人”的好坏,再考察客观的行为状态)。对德国犯罪论体系分析犯罪“从客观到主观”的路径模式,显然是需要我们切实理解并诚心接受的!

(三) 四要件体系在方法论上的具体运用

按照通说的四要件体系以及从客观到主观的分析进路,并依循“无前必无后”的逻辑规则,^[36]对疑难案件的分析及表述一般都应严格按照以下要件序列进行(并对要件所指涉的事实逐一在诉讼过程中予以切实证明):

首先,根据刑法理论上对具体犯罪的客体要件之规定性的揭示与描述,以确定案件中的具体行为是否侵权该种法益(包括是否可能侵权)。如果并不涉及该法益受损的问题,则无法将行为在所讨论的罪名下定位——行为若不符合某一具体构成的客体(法益)规定性则肯定不构成该罪。“不可能出现符合了犯罪客观要件、主体要件和主观要件,而没有侵犯一定法益的案件。”^[37]不管我们能否自觉认识,实践中对大多数疑难案件的分析处理,都是依赖于对客体的把握而在分则罪名体系中定位的(所谓对“构成要件该当性”的判断,若离却了对个罪法益的基本定位,则并不可能真实有效地解决是否“该当”的问题)。尽管当下刑法界对犯罪客体及其规定性争议不休——特别是分则个罪中的客体问题,但这恰恰说明刑法解释学的重要性及任重道远。每一犯罪都必然侵犯某种法益(此为行为成罪的根本依据)——我国刑法分则本身就是按法益即客体的不同而划分犯罪大类及大多数小类的。

其次,在客体要件符合的前提下再分析客观方面要件——根据被侵犯的法益之具体种类,将思路由法益而转向与之关联的具体行为、具体的危害结果及其两者之间的因果关系,以确定是否符合客观方面要件的具体规定性。诸如同属侵犯财产法益的行为,其具体实施究竟是采“秘密方法”还是“欺骗方法”,由此而进一步大致作出行为基本的外观属性及具体类型的评

[36] 这里对“无前必无后”的表述,包含着形式逻辑上两个层面的必要条件关系:一是四大要件分别对犯罪构成之整体的关系,即一无便整体即无;二是四大要件在序列上的前后制约关系——若前位条件缺失则对后位条件的考察便或是失去意义或是无从进行。

[37] 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年版,页250。

价,是盗窃还是诈骗。

再次,由于危害行为是由特定主体所发出,该主体作为“社会人”的一般性能力及身份,对客观行为之刑法性质的评价必然产生重大影响,故需要在主体要件所预设之规定性下考察行为人是否适格,即是否具备追究刑事责任的年龄、能力的基本资格,是否符合某些犯罪中对特殊身份的专门要求(如职务类犯罪)。对犯罪主体要件在犯罪论体系中作单独构造,实为中国犯罪论体系较之于德国体系更为合理和实用之处——若该要件不符合,则对“犯罪”的分析便由此中断(即“无前必无后”,后续的分析纯属多余)。

最后,根据“无能力必无罪过”的法律拟制机理(此为中国刑法为切实保护未成年人所作的一种拟制而非生活的真实),在达到刑事责任年龄并具备刑事责任能力的前提下,再考察主观方面要件(有能力不一定有罪过)——对行为人支配外观危害行为的瞬间心态进行分析,即主观上无罪过,有故意还是过失的罪过,并考虑主观方面要件中的其他特殊问题(如犯罪的动机、目的及认识错误等问题)。

须说明的是:上述按部就班之分析模式,在司法运用中其实只对少量新型而未能形成处断定式的所谓疑难案件,并不致于否定对大多数常态案件在作实体法的出罪评价时,采“直击要害式”的认识思路——一看行为人不满14周岁即可迅速作出无罪判断。对疑难事案在犯罪构成四要件分别考察且均符合的情况下,一般即可依法得出构成犯罪、构成何罪的结论;对一些介于罪与非罪临界点上的案件,可能还须再次回返到犯罪概念的理论层面,以作出是否属于“情节显著轻微”的综合性判断。而在事理逻辑和法律文书的表述上,司法官们只能是“依法”得出裁判结论而非“依照犯罪构成”(或犯罪论)——犯罪构成自始至终仅仅只是“如何依法”的一种中介性分析工具。

五、余 论

综上所述,刑法解释学在司法实务中很大程度扮演着“刑法”(活法)的角色,于是从中还可推导两个观点:①作为一国刑法的解释学,应当是尽可能地达成共识求取一致,不仅应统一性地整理司法者的思维,更要紧的是应整理被告人和民众的思维——让法律能够顺畅地进入他们内心。②刑法解释学应尽可能地在对法定术语的观照下,使用相对一致的理论概念——而实现这一点的前提恰恰又在于必须保持理论体系的统一(不同体系必然使用不同概念)。

法庭上行使控诉、辩护和审判职能的三方主体,对同一部刑法典的解读均应尽可能地使用同一的犯罪论体系、同一的理论语言,以清晰准确地表达自己对刑法条文的自我式理解。应当尽最大可能让被告人和旁听者也能够听懂和明白——为什么会“依法”作出这样的裁判,从而让他们能够将抽象笼统的法律真正化为自己鲜活具体的观念形象,以心悦诚服(指内心而非外在态度)地接受法律的处置并确定未然生活的准则。法律及解释法律的理论,都绝不应仅仅只是考虑司法官们工作的需要,而是为规制和调整人际关系,进而有效地推动生活的进步才得以设定。评判案件的结论是否正确、法律的执行是否公平的主体,在根本上既不是领导者也不是司法官亦更非理论家,而是千千万万有着朴素法感情、视法律为神圣的老百姓。

(责任编辑:蒋 莺)