

构成要件论:罪刑法定与机能权衡

蔡桂生*

摘 要 近代罪刑法定原则的确立,是社会转型和世俗化变革的产物。近现代构成要件论,则是罪刑法定思想的客观表现,是基于立法进行逻辑思考的成果。构成要件及其符合性范畴构成了体系性地整理犯罪的可罚性条件的起始点;该范畴也同样承载着相应的社会机能期待和理论机能期待。保障机能是该范畴所对应的、最为根本的社会机能,而违法推定机能则是该范畴最为基础的理论机能,构成要件是不法类型。根据我国的情况,应当在重视体系性思考、坚持古典主义构成要件论基本面的同时,辅助性地进行机能性思考,以处理现代社会的各种棘手问题。

关键词 构成要件 罪刑法定 机能性思考 古典和现代

在刑法教义学研究中,构成要件这一范畴具有基石性作用。近现代以来的构成要件理论,起始于构成要件这一概念在刑法教义学中地位的确立。从时空上讲,这种构成要件理论离不开近现代欧陆法律世俗化这一背景。构成要件这一概念的产生,并不是自古存在的,也非某个人一时兴起之创造,而是欧陆历史演变的现象和必然结果。在我国,自晚清以来,近现代刑法学的产生和演变,主要取决于继受、发展欧陆的大陆法系刑法学,其中起到重要作用的有德国、日本刑法学和苏联刑法学。现代中国早已不是古典中国,而是传统和当代的结合,不是单纯的东方文化,而是东西方文化的融合。西方科学已经并且仍在转化为中国科学不可或缺的一部分。所以,讲德日和苏联刑法学中的概念演变,就是在讲世界刑法学中的概念演变,也就是在讲中国刑法学的概念演变。刑法学是没有国界的,^[1]只有刑法规定才区分国界。只要在处理具体案例时,是适用本国法律解决本国案例,就是本国的学说和司法实践。构成要件便是这样一个没有国界的教义学范畴。对于这一范畴,我们可以在近现代法治发展进程这个背景中加以把握。具体而言,本文的思路是这样的:首先,构成要件的地位确立,离不开罪刑法

* 北京大学刑事法治研究中心研究员。本文的写作得到国家留学基金的资助。

[1] 参见樊文:“没有国别的刑法学”,《法学研究》2010年第1期。

定原则这一思想基础(第一部分)。在探讨了罪刑法定的历史背景后,我们关注的是构成要件论中的体系性思考和机能权衡(第二部分)。研究历史和外国的情况,都是为了处理我们当前面临的问题,因而,在本文第三、四部分,笔者基于罪刑法定原则对于我国刑法教义学发展的重要意义,专门研究了构成要件的类型性问题,并结合当代社会发展情况,在古典主义和现代主义的模式中进行了分析和选择。

一、构成要件的地位确立

从本质上讲,构成要件地位的确立,在法律史上,是罪刑法定(而非罪刑人定)思想在客观上的具体表现。尽管在公元纪年第二个千年之初,罪刑法定这一原则就在欧洲崭露头角,但其地位的确立,则离不开欧陆刑法从神权刑法向世俗刑法的转变,而这一转变的背后原因则是欧陆三十年战争(1618—1648年)后随着教会控制力之削弱而产生的政教分离。政教分离使得世俗国家的刑法只用于保障公民的自由,不再介入宗教控制的精神领域。^{〔2〕}这构成了当时的历史时代背景。德国学者福利许(Frisch)曾经精准地描述了这一历史转变过程:^{〔3〕}

开始于15世纪、贯穿整个16世纪以及17世纪的前十年,对于欧洲绝大部分国家来说,是一个不安宁不稳定的时代。农民起义和劫掠团伙不断带给人们的是恐惧和灾难;加之当时统一的基督—天主信仰分裂以后,对抗纷争的不同教派之间持续不断的宗教战争,30年的战争中最终达到惨烈的极点。在这么一个不稳定、不安全、充满着惊风密雨、整个欧洲都遭受着蹂躏的时代,对于保护、安全和有序的制度产生强烈的需求,就是不难理解的了。而这种需求最终也只能依靠一种强有力的国家权力得以满足。但是经历战争之后仍不见分晓的信仰分歧也明显成了第二个问题:对于这种国家权力的合法性来说,依靠一种特定的神明或者信仰观念的宗教已经不再是合适的了。实现一种特定的信仰观念的主张,对于持不同信仰者来说,从以前的受约束者已经变成了精神压力和敏感刺激的言辞。因此,一个令人信服的、并且约束不同信仰的倡导者的国家合法性和国家权力就只能不依赖于上帝的信仰内容和信仰观念或者上帝的观察方式来获得。简而言之,所有各方所追求的是,保障一个安全、和平而有效益的共同生活,最终肯定也就满足了国家的合法性。主要是托马斯·霍布斯、胡果·格老秀斯和萨穆埃尔·普芬多夫这些人,把这种依赖于当时的时代情势的鲜明思想塑造成了一种国家的合法性、国家任务和授权的完整理念。从自由民的平等开始,国家对于公民来说是一种联合体,这个联合体应该保护个体公民符合共同意志的利益和权利,并且应该使得他享有其自由成为可能。因此,存在于神权国家的超验论推论和任务设置就应予以废弃。这样,国家就获得了世俗的合法性并只能局限于

〔2〕当然,政治和宗教分离还有一系列其它在欧洲具有近现代史决定性意义的影响。例如,在考察卢梭的社会契约论将国家的合法性请回世俗领域时,就不能不考虑这一历史背景。

〔3〕(德)福利许:“欧洲国家刑法的哲学基础——从神权刑法到世俗刑法”,樊文译,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第5卷),中国人民公安大学出版社2010年版,页97—98。

世俗的任务。刑法也受到这种有限任务的限制；仅仅违反宗教的行为方式的处罚根据和基础由此也就丧失了。

可见，欧陆罪刑法定原则的确立是社会转型和世俗化变革的产物。我国社会自晚清以来，也出现了类似的现代化转型，但我国的现代化转型区别于欧陆社会转型之处在于：我国作为现代化的后发国家，表现的是一种所谓的应激型现代化；而欧陆作为现代化的先锋，其现代化具有一定的内生性。不过，随着世界现代化进程的深入发展，这两种现代化模式的差别已经大为缩小。倘若说晚清时期，我国还显然处于应激型现代化进程中，而至如今，现代化的社会需求已逐渐转向内生，今天的现代化动力更多地来源于社会内部。因此，我国也已经处于现代化转型深入发展期。

就罪刑法定原则在我国处境而言，有人曾对罪刑法定本土化进行了研究，并认为宪政的命运决定了罪刑法定在中国社会的命运。^{〔4〕}应该说，这个判断是基本正确的。罪刑法定原则在刑法教义学上，主要是通过构成要件论加以体现的。由于我国正处于现代化转型过程中，贯彻罪刑法定原则正当其时，“因而与罪刑法定主义及人权保障机能相关联的构成要件论在我国具有理论意义和现实意义。”^{〔5〕}现代刑法教义学中的构成要件论始于德国刑法学者恩斯特·贝林(Ernst Beling)的研究。^{〔6〕}对此，或许有人以为，贝林的构成要件论产生在20世纪初，距离三十年战争已有三四百年时间，照这样推算，我国确立罪刑法定原则的时间还远未到来。其实，这种推算是机械的，没有注意到后发国家加速发展这一现象：我国已经用近两百年时间完成了西方国家四五百年才完成的现代化任务。

对于我国刑法学所处的时代，我国学者陈兴良教授针对日本学者西原春夫教授批判构成要件论的观点有过合理论述：“如欲超越贝林，我们首先必须回到贝林，理解贝林，否则就没有超越而只有误解。即使今日贝林的构成要件论如西原春夫教授所言，已经成为‘悲哀的玩具’，我们也必须经历这需要玩具的犯罪论的童年时代。这就是说，我们必须从犯罪构成的歧路返回构成要件的原点，然后从问题的原点重装上阵。在这个意义上说，我国刑法学需要贝林构成要件论的启蒙。”^{〔7〕}当然，我国是否真的准确地处于贝林的古典体系时代，而不是处于迈尔(M. E. Mayer)等人的新古典时代或其他犯罪论体系的时代，都可以讨论，但不应存在疑义的是：罪刑法定原则这一作为现代法治的铁则，是除了自圆其说这种逻辑标准以外衡量学说方案取舍的最重要标准。

另外，需注意的是，在犯罪论体系中，贯彻罪刑法定不仅依赖构成要件这一范畴，犯罪成立的其他条件，也可以起到保障罪刑法定的作用。张明楷教授正确地指出：“无视法律所规定的容许性要件(阻却违法性的要件)而认定犯罪的做法(如将正当防卫认定为犯罪)，依然违反了

〔4〕 劳东燕：《罪刑法定本土化的法治叙事》，北京大学出版社2010年版，页241—242。关于构成要件的罪刑法定思想基础，参见陈兴良：《罪刑法定主义》，中国法制出版社2010年版；林东茂：《刑法综览》，中国人民大学出版社2009年版，页54—61。

〔5〕 陈兴良：“构成要件：犯罪论体系的核心概念的反拨与再造”，《法学研究》2011年第2期。

〔6〕 Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

〔7〕 陈兴良：“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”，《比较法研究》2011年第4期。

罪刑法定主义。再如,当责任年龄以14周岁为起点时,将年仅13周岁的人的杀人行为认定为犯罪(无视法定的责任阻却事由),也违反了罪刑法定主义。又如,对不具备客观处罚条件的行为科处刑罚,同样不符合罪刑法定主义。可见,为了保障罪刑法定主义的实现,认定犯罪必须在任何方面都具有法律的明文规定。”〔8〕当然,构成要件保障罪刑法定实现的机能得到了普遍认可并已广为人知。德国学者就这样写道,从罪刑法定原则中可直接推导出,仅当人的举止符合明确表述了受刑罚禁止或命令的行为的规定时,才可科以处罚。我们将这种对犯罪的描述称为构成要件。〔9〕

二、构成要件论中的体系性和机能性思考

本文所探讨的构成要件论,乃是大陆法系刑法教义学中作为犯罪成立首要条件的构成要件论。在刑法教义学研究中,犯罪论体系的研究占据着中心的位置,我国台湾学者许玉秀教授甚至说:“犯罪阶层体系可以算是刑法学发展史上的钻石,它是刑法学发展到一定程度的结晶。”〔10〕从实际意义上讲,采纳阶层式的犯罪论体系,乃是出于两点考虑:首先是要有逻辑,在前面的审查步骤中不得以后面才加以审查的东西作为前提;其次是要讲经济,要尽量避免进行多余的审查。〔11〕

近一百年来犯罪论体系的演变,是以(不法)构成要件论的不断发展作为基础的。这一点,不仅在德国是这样,在日本也是如此。这种严谨精细的体系性研究,有时甚至发达到人们觉得它太发达的地步了。〔12〕但是,诚如我国学者所说:“对于刑法学这样一个关切公民生杀予夺的学科来说,过分精细之过错远远小于粗放之过错。因此,没有经历过精细的我国刑法学,是

〔8〕 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,页73,注1。

〔9〕 Roxin/Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, 4. Aufl., 2003, S. 17.

〔10〕 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,页54。

〔11〕 Puppe, in: Nomos Kommentar, 3. Aufl., 2010, Vor. § 13, Rdn. 8.

〔12〕 在德国,罗克辛(Roxin)教授写道:“德国刑法教义学因拥有这样一种非常全面、细致区分(有些人批判说,有的地方甚至过分精细了)的加工成果而自豪,自李斯特(v. Liszt)、宾丁(Binding)那时起至今也很有国际影响力。这点尤其适用于其主要部分:犯罪论(人们也将之称为犯罪论总论)。通过对分则具体构成要件的抽象,犯罪论总论包含了可罚行为的一般前提条件。犯罪论总论的教义学一直以来都是总则所有论述的核心部分。”(Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 7, Rdn. 1)针对日本战后初期体系性思考走向极端的情况,日本学者平野龙一教授描述道:“昭和二十年代到三十年代(1945—1955年),几乎垄断我国刑法学的是刑法解释学。而且这个刑法解释学的关心,几乎全都是指向犯罪论的理论构成。而作为理论构成中心的是构成要件的概念。那么何谓构成要件、构成要件与违法要素、责任要素的关系如何等,在学界,成为议论的中心。考察有关这些概念、要素的关系的新体系就是学者的任务,也被认为是学者是否有研究功绩的表现。也就是说,是受到了所谓‘体系的思考’的支配。根本看不到对于社会提出的问题应该如何解决的‘问题(解决)的思考’”(引自关哲夫:“论机能主义刑法学——机能主义刑法学的检讨”,王充译,载赵秉志主编:《刑法论丛》,第17卷,法律出版社2009年版,页266)。

没有资格指责大陆法系刑法学过分精细的。”^[13]体系性思考的成就便是刑法学的精细化或精致化，^[14]而犯罪论体系的现代发展，一定程度上又是以(不法)构成要件论不断阐释作为前提的。在当代德国，自20世纪初以来，经过百年的发展，总论的框架性内容已臻于成熟，刑法教义学论争焦点多集中于细节处理和分则诠释，因而在教科书中刑法分则篇幅通常为刑法总则之两倍。退一步说，在相关的问题得以成熟的讨论之后，理性的人们便会自动地减少讨论，过度的讨论并不会也不能对现实产生多少影响。而在我国，由于现代化起步较晚，而且反复较多，故而，吸收消化德国在刑法总论基本问题上的既有合理成果，不仅经济，而且稳妥。

(一)体系性思考

1. 现代构成要件论的产生是体系性思考的结果

现代构成要件论的产生，在一定程序上，也是体系性思考的结果。由于19、20世纪之交，社会变动加剧，导致国家权力扩张，从而干预到公民权利。为了巩固罪刑法定的成果，需要对过分扩张的刑权力加以限制，这样在定罪过程中，提出体系上的新范畴以限制定罪处罚权就具有很重要的意义。这种新范畴必须符合逻辑准则，只有这样，它才有能力发展成为一个体系。正如普珀教授所说：“体系方法，本质上也就是一种逻辑的运用。随而，体系方法在很大程度上也承担在法学方法论中的命运。”^[15]

当然，在刑法中，这种体系新范畴的提出，也需要同时具备法律上的规定，这样才能依据法条借助逻辑而提出相应的范畴。例如1871年《德国刑法典》第59条规定：“若行为人实施可罚行为时没有认识到属于法定构成要件或提高处罚的情状的存在，则不得将该情状归属于他。”这样，法定的构成要件便是认识的对象，也就是说，是有罪责之认识所针对的对象，因而在这种对象当中便不得再有罪责。^[16]这就使得作为认识客体的对象和认识主体的认识活动区分开来，而罪责乃是对这种认识活动的评价，它需要依附于这种认识，这也就使得法定的构成要件独立于罪责，此亦即后来人们说的认识错误的构成要件(Irrtumstatbestand)。质言之，构成要件及其理论在一定程度上也是立法的产物。

现代的构成要件论的产生便是基于这样的社会背景和法律前提，当然，当代的构成要件论已经在很多方面修正了针对构成要件的这种认识。^[17]但不管其具体构造怎样变化，构成要件符合性这个范畴因其产生之初就带有限制刑权力的旨向，故而，由它充当犯罪论体系中保障公民权利的象征就变得十分自然。德国学者马克森(Marxen)在研究了20世纪20、30年代德国反自由主义的刑法后写道：“构成要件符合性服务于保障制定法作为界分可罚和不可罚领域、界分国家权力领域和个人自由领域的界线。它要求：在更为客观的、尽量价值无涉的概念

[13] 陈兴良：“转型与变革：刑法学的一种知识论考察”，《华东政法学院学报》2006年第3期。

[14] 参见许玉秀，见前注[10]，页59—60。

[15] 普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，元照出版有限公司2010年版，页253。

[16] Vgl. *Beling*, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 11 f.; *Mezger*, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 176.

[17] 比如，在目的论体系后，出于区分罪与非罪、此罪和彼罪等考虑，主观构成要件也成为了构成要件符合性阶层的内容。

性审查中确定,是否在行为人的行为中可以找到法定构成要件的诸要素。放弃主观的审查标准以及较多价值评判性的审查标准,将使得清晰的界线成为可能,并将强化刑事制定法作为犯罪人以及非犯罪人的‘大宪章’的机能。凭借类推适用不利于行为人地扩张法定构成要件的做法,会与自由刑法的界分机能背道而驰。”〔18〕

现代意义上的构成要件作为20世纪初新提出的概念,其实应该说是个包含了诸要素的新范畴,形成了体系性地整理犯罪的可罚性条件的起始点。在犯罪论体系发展过程中,经由构成要件符合性这个范畴,人们提出了许多新的犯罪审查方案和犯罪体系构造。新方案和新体系的提出及其互相竞争,所依靠的准则和方法即为逻辑。可以说,在整个20世纪,在德国居于统治地位的体系性方案,都具有这个特点。针对这些刑法体系性方案,许内曼(Schünemann)教授合理地论述道:“刑法体系被视为依照演绎逻辑之原则,从帝国刑法典所推导并整理出所有的可罚性条件与其彼此间的关系。根据这些可罚性条件及其彼此之关系,对于任何一个可想象之个案的可罚性问题都存有一个明确之答案,在必要时我们还可以透过进一步解释那些存在于整体体系中但并不完全清楚之规则,亦即透过体系中个别要素间之推导关系来得出答案。”〔19〕就体系性方案的必要性及其价值,他还进一步指出:〔20〕

首先,学科中的个别认知必须相互纳入一个逻辑关系之中,才可以明白它们彼此在逻辑上是否可以互相包容或者不互相矛盾;

其次,现有认知的秩序架构、规律,对反对见解的阐明,以及对现有知识随时依问题取向的处理,使得体系架构成为必要,而体系架构对任何学术发展都是不可或缺的;

再次,放弃任何一个法学体系的建立,将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架构内,并且因此随着于此所发现的各种见解、立场、争执、结论的多样化而改变。

因而,刑法体系的价值在于,“它能直接导向正确的问题点,在于它能揭示所考虑的各种解决方案的后果,并且从而确保相关争论和解决方案的秩序化。”〔21〕“而建立相关争论与解决方案之间的秩序和脉络,并使它们更精确,是仅仅对社会冲突进行日常用语的描述和分析所无法达成的。”〔22〕显然,这些论述,已经相当充分地说明了以逻辑、推理为内容的体系性思考在法治国刑法理论中至关重要性。

〔18〕 Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre, 1975, S. 268. 马克森的这种理解是古典的,由于目的论体系后德国构成要件符合性阶层中加上了主观构成要件,但仍遵守客观构成要件先于主观构成要件的顺序,因此,保守地说,客观构成要件可以承担起捍卫公民权利的机能。但这种保守可能并无必要,因为既然仍严守先客观后主观的判断顺序,那主观构成要件不仅不会威胁客观构成要件,甚至也同样有捍卫公民权利的作用。

〔19〕 许内曼:“刑法体系与刑事政策”,王效文译,载许玉秀、陈志辉合编:《不疑不惑献身法与正义:许内曼教授刑事法论文选辑》,新学林出版股份有限公司2006年版,页41。

〔20〕 参见许内曼:“刑法体系思想导论”,许玉秀译,载许玉秀、陈志辉合编,见前注〔19〕,页250—254。

〔21〕 同上注,页254。

〔22〕 同上注,页254。

2. 体系性思考亦应适度

在社会变动加剧的时候,为了解决层出不穷的新问题,合目的性或政策性的思考也会兴起,也就是说,人们开始进行机能性的思考。但若这种合目的性或者机能性的做法超过一定限度,体系性的思考就应当针对这种现象提出对策,从而结束单纯应用机能性方案解决问题的做法。关于体系性思考,罗克辛教授很详细地指出了其相应的优点以及可能带来的危险。^{〔23〕} 希尔施(Hirsch)教授在考察上世纪下半叶德国刑法教义学的发展时指出:“恰似过多的教义学因为脱离了和法律生活现实的联系而使得思考缺乏成效,所以是有害的一样,过少的教义学则会给恣意开启方便之门从而丧失法治国的特性,也同样是有害的。”^{〔24〕} 普珀教授也指出对体系方法的期待应当适度:“曾经有好几个世纪长的时间,大家在法律问题的决定上极度高估了体系方法的功效;当人们最后承认体系方法并不能满足人们对它的过度期待时,这种方法便又同样地遭到极度的蔑视。”^{〔25〕} 在德国刑法教义学史上,“目的犯罪论体系的信徒与所谓因果犯罪论的信徒间曾经有过如同宗教战争般的激烈争执,这个争执一直持续到上个世纪 60 年代中期。这些犯罪理论,不外乎就是对于那些攸关可罚与否的个别法律问题,提出编排分类及其解决的体系设计。这些犯罪理论的体系设计中,每一种体系都主张自己是唯一正确的。但是当大家发现,我们从其中一个体系中也同样能够说明从另一个体系所得到的知识后,这个争议就在短短数年内平息,并且最终成为了泡影。”^{〔26〕}

尽管我们不应迷信体系性思考,但是,刑法作为最为严重地合法剥夺公民生命、自由、财产的法律干预,它所要求的高度明确性,使得刑法适用必须坚决贯彻罪刑法定,才能保障刑事裁判的可预见性和平等性,否则,刑法的适用就没有法安全性,当事人所面对的就是刑事判决的非理性和恣意。^{〔27〕} 如果法律没有明确性,或者法律无法约束刑权力,就可能造成人民的痛苦。^{〔28〕} 因而,不管社会如何变动,只要稳定、平等的刑事判决为我们所期待,“在恪守明确性原则的刑法中,体系性的思考自始便具有优先的地位。”^{〔29〕} 日本学者也中肯地指出:“没有体系就不可能有学问……在重视具体的妥当性的时候,也容易忽视刑法的保障机能。解决问题

〔23〕 亦即:体系性思考可以减轻审查案件的难度、可以给平等且有区别地适用法律提供前提条件、可以使得法律更为简明和有更好的操作性、可以给法律的进一步发展指明方向;同时体系性思考也有导致个案不公正裁判、减少解决问题的可能性、导致在刑事政策上不合理的结论、使用过于抽象的概念等种种危险(Vgl. Roxin (Fn. 12), § 7, Rdn. 37-56)。

〔24〕 Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 403.

〔25〕 普珀,见前注〔15〕,页 253。

〔26〕 普珀,见前注〔15〕,页 254。

〔27〕 Vgl. Roxin (Fn. 12), § 7, Rdn. 38.

〔28〕 也就是说,如果行为人偷了一匹马,不能够因为他会讲一个逗人发笑的故事就无罪,不能因为他没讲笑话就处以极刑(参见 E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,修订版,邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,页 244)。

〔29〕 Vgl. Roxin (Fn. 12), § 7, Rdn. 56.

的思考,应只看作为对偏重体系的学问倾向提出的警示而已。”〔30〕

(二)机能性思考

1. 构成要件论及其机能性涵义

前已指出,机能性方案乃是一种合目的性、主题式、政策性的思考,乃是时代精神的体现。但是,体系性思考本身其实是个更大的政策,比如符合巩固罪刑法定成果这一更高的需要。换句话说,体系性思考之所以能够整合各种机能性方案,乃是因为体系性思考建立在更为根本的机能期待的基础之上,同时,这种更根本的机能期待又是通过逻辑的不断推理实现的。在构成要件理论中体现出来的体系性思考和机能性思考,不是什么刑法新思潮,而是旧思想的新应用。思想从来都是旧的,新的叫思潮。体系和机能的关系,构成了构成要件论产生、流变的思想基础,就好似主义和问题的关系一般。但机能性思考并不完全等同于问题性思考,之所以在问题性思考之中,可以“凭借针对具体案件状况的讨论和共识”〔31〕求得问题的解决,乃是因为问题的解决方案符合了讨论者的目的期待,换言之,共识性方案合乎该问题所涉对象领域的机能。故而,所谓问题性思考,乃是机能性思考的表现形式。

结合构成要件论来看,构成要件究竟来自于什么样的想法?换个我们熟悉的说法,构成要件要承载哪些机能?通常认为,构成要件可以有如下的几种机能:①罪刑法定的机能(保障机能);②个别化机能;③故意规制机能;④保护机能(一般预防机能或呼机能);⑤违法推定机能;⑥力图、参加(或共犯)、罪数等的基准机能;⑦刑事诉讼法上的指导机能。〔32〕构成要件的这些所谓的机能,实际上也就是说构成要件这个概念具有这些方面的意义。日本刑法学者曾将构成要件的机能区分为社会机能和理论机能两类,以上①到④项属于社会机能的内容,而⑤到⑦项属于理论机能。〔33〕笔者以为,日本学者的这种区分值得认可,依照笔者的理解,在构成要件论中,社会机能在一定程度上起着价值取向的、更为根本的决定性作用,而理论机能则是构成要件论在教义学中详细展开的基础。在各个社会机能中,保障机能处于最根本的地位。如果没有确立保障机能的首要地位,就必然出现不同机能之间的相互冲突。即便是备受重视的保护机能,在教义学中,其重要性也必须让位于限制机能。因为在现代社会,用刑法来打击社会中的罪恶,只可以是消极的,而不是积极的,否则还不如不要刑法。〔34〕曲新久教授也正确指出:“刑法以个人自由为第一位,以社会秩序为第二位,并在此前提下力求个人自由与社会秩序之间的均衡。这是我国刑法在这个时代,或者说现代化所应有的选择。”〔35〕而在各

〔30〕 大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,页71,注3。

〔31〕 Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, S. 138 f.

〔32〕 综合参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,页155;陈子平:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,页96—97;王充:“体系与机能之间——论构成要件与违法性的关系”,《法律科学》2011年第2期;大谷实,见前注〔30〕,页83—84;大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,页115—116;等等。

〔33〕 大塚仁,见前注〔32〕,页115—116;大谷实,见前注〔30〕,页83—84。

〔34〕 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,代自序,页3—4。

〔35〕 曲新久:“中国刑法现代化的基本走向”,《政法论坛》2007年第4期。

理论机能中,违法推定机能则是最基础性的机能,只有构成要件承当了违法推定机能,才使得参与、罪数等其他司法判断因具备了相应前提而更为容易。〔36〕

晚近德国刑法学中出现的机能性犯罪论体系方案,也是一种合目的性或政策性方案,但这种方案的特殊之处在于,其赖以为指导的“目的”乃是特定的目的或任务。在罗克辛教授那里,在构成要件上,特定的目的体现为明确性的要求,而在不法、违法性、答责性范畴中则分别是辅助性地保护法益免受侵害的任务、利用各种秩序原则解决冲突、一般和特殊预防的目标。〔37〕在京特·雅科布斯(Günther Jakobs)教授那里,不法和罪责范畴中的任务分别为认知性地保障规范的效力和积极的一般预防。〔38〕笔者认为,在以特定目标或任务为指导的机能性方案里,构成要件依然应当满足明确性的要求,而这种要求其实正源于保障机能这种社会机能。出于维持保障机能的考虑,在构成要件层面,遵守明确性原则已经就考虑了刑事政策的要求,机能性思考只能限于限制可罚性的方向。如果借机能性方案扩张可罚性,则违反了罪刑法定原则。

罪刑法定原则是近代刑法学区别于古代刑法学的关键所在。而我国正处于现代化的快速转型过程中,因而,在判断不同的构成要件论以及犯罪论体系是否符合我国实际情况时,最重要的衡量标准是这种理论或体系能否有效贯彻保障机能。虽然任何学说都有可能因为运用者的原因而遭到不恰当的应用乃至滥用,但在选择构成要件的学说时,应在不违反法律规定的前提下,以最能满足保障机能者为佳,这样才更为稳妥,更能减少失误。同时,以逻辑为核心内容的体系化,则是用以衡量个别性的机能性问题思考的标准。许内曼教授早已指出:为了检测法官的“个别决定逻辑上是否相容”,需要一“控制及批判的工具”,这种控制及批判的方法“便是将个别之判决主旨予以普遍化(Verallgemeinerung)……可是,这种普遍化已经是一种体系建构,且因为其完全系以逻辑之方式进行,因此,我们可以确定,不可能单单藉由采纳某种刑事政策即可推导出某特定之法律适用结果。”〔39〕同样,在针对相应的教义学学说加以选择时,更是不能忽略其体系上的逻辑自治。逻辑是法学之所以为科学的根本依据。如果连自圆其说都做不到,那么不管它再符合人们的机能期待,也只能是空洞的口号而已,而根本算不上什么科学。我国传统的思维方式并不像欧陆那样注重逻辑,所以,逻辑应予以特别强调。

2. 作为反面教材的政策性方案

我们强调过体系性思考应当适度,机能性思考同样也要接受限制,尤其是不可人为地加以滥用。这种滥用,典型地体现在实践纳粹政策的德国基尔学派方案中。基尔学派滥用了合

〔36〕 在德国学者毛拉赫(Maurach)和齐普夫(Zipf)大部头《刑法总论》教科书中,作者讲到构成要件的任务时,也只列了两个机能:第一,限制国家刑权力的保障机能;第二,作为犯罪的根据的基础功能(法定的构成要件乃是法官审查案件的出发点,亦即借助于论证构成要件从而较快地启动程序,同时也能保障法安全性)。Vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 1992, § 19, Rdn. 38 ff.

〔37〕 参见罗克辛:《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,页20—21、33—34、41—42、70—71、76。

〔38〕 Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 1, Rdn. 9 ff.; § 17, Rdn. 22; ders., Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, 2004, S. 29.

〔39〕 许内曼,见前注〔19〕,页40。

目的性和政策性思考,抛弃了体系逻辑。〔40〕一般的教科书不介绍这一部分内容,但我们不能忘记历史,基尔学派的观点其实至始至终都在以历史反面教材的意义给人们以警示,故而,笔者也感到有必要指出该反面教材,以供批判使用。但在学术中,同时要反对因批判这种滥用而抹杀正常的机能性思考,进而走向另一个极端,即只强调体系逻辑,而完全无视方案的机能。

基尔学派在纳粹时代盛极一时(主要是1935—1938年),除政治上的原因外,其本身却也有方法论基础(主要是胡塞尔的现象学),但这种方法论遭到了滥用。〔41〕基尔学派主张在法的素材中寻求实质的法律概念,因而提倡本质而具体的考察,希望将刑法原理原则从社会内部秩序中或国家风俗秩序中求取,形成所谓整体考察法。〔42〕基尔学派在刑法中的代表人物是分别于1933—1939、1935—1941年任教于基尔大学的达姆(Dahm)、沙夫斯泰因(Schaffstein)。除了这两位典型的代表者之外,受到纳粹思想影响、但并非基尔学派代表人物的其他刑法学者,还有相当之多,几乎囊括了当时的所有重要学者。在这些学者中,只有沙夫斯泰因悔恨地称“倒向纳粹主义”为“歧途”。〔43〕这种现象是相当不正常的,喻海松博士也正确地指出:“德国纳粹时期,刑法立法与司法被急剧地极端化,完全为纳粹统治服务;众多颇具学术造诣的刑法学者也无法抗拒纳粹主义的侵蚀,学说进一步纳粹化。在法治不正常时期,刑法立法、刑事司法和刑法理论均难以抗拒政治的干扰,甚至会迎合政治的需求,大多沦为专制独裁的附属,甚至是帮凶。”〔44〕

回到具体方案上,20世纪30年代时,沙夫斯泰因认为,只有借助“本质观”才能超越“纯粹分析性的方法论”,以形成只符合国家社会主义的理念的“整体、具体的观察法”,只有“整体、综合的本质性的方法”才适合于确定犯罪概念。〔45〕这其实是一种实质的犯罪概念。达姆也主张,新的德国刑法科学必须转向本质性、整体性思考。〔46〕基尔学派在刑法教义学上的具体主张就是实质的犯罪概念,亦即认为犯罪是“侵害了对民族共同体的义务”(沙夫斯泰因语)或“叛国”(达姆语)。同时,要彻底删除法益概念和取消构成要件、违法性和罪责的区分。达姆针对构成要件这个概念写道:“构成要件这个概念和这个词或许应该从刑法教义学中消失。构成要件论不仅没有成果,反而是有害的。它模糊了犯罪的本质和内在性质,它甚至并没有办法有助于……从逻辑上理解各种犯罪的核心。因为犯罪的本质、核心正是无法通过‘逻辑’加以理解

〔40〕警惕滥用机能主义刑法学的现象, Vgl. Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, ZStW 115 (2003), 638, 666—667.

〔41〕Vgl. Schwinge/Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937, S. 9.

〔42〕许玉秀,见前注〔10〕,页636—637。

〔43〕Vogel (Fn. 40), S. 638.

〔44〕福格尔:“纳粹主义对刑法的影响”,喻海松译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第26卷),北京大学出版社2010年版,页284,译者按。

〔45〕Vgl. Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Dahm/Huber/Larenz et al. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 120, 133, Fn. 22.

〔46〕Vgl. Dahm, Verbrechen und Tatbestand, in: Dahm/Huber/Larenz et al. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 88 f., 95.

的,而只能经由研究犯罪的现实存在和考察犯罪所包含的无秩序来把握。”〔47〕以盗窃为例,“并非任何一个以非法占有为目的拿走他人动产的,都是盗窃犯,而只有依照其本质看来是盗窃犯的人,才是盗窃犯。”〔48〕

基尔学派的方案在当时很快就引起了争议。他们遇到的最严厉的批评来自施温格〔49〕和齐默耳。例如,施温格就批评基尔学派的主张为刑法上的非理性主义。〔50〕他还指出了废除构成要件的后果:“若刑法法规只是简单写几个关键词,比如,盗窃者处自由刑或杀人者处死,那何者为盗窃犯、何者为杀人犯,就需法官加以裁量。在现代国家中,这样的刑法法规的后果便是导致实践中的大量不平等,这必定是不正义的。每个法官都将认为不同的要素具有决定性作用。有的法官可能以为,行为人行行为时具有牟利目的就足以成立盗窃,有的法官则认为有占有目的便已足,其他法官则认为决定性的是行为人行行为时是否具有可责难的贪欲等。这时,每人都可以拿自己的法感情和‘健康的公众感觉’作为理由。完全相同种类的案件将分别因法官的个人意见的不同而得到不同的评价。对法律和正义的信念和对法庭上法官的信任必定消失不见。”〔51〕

当时,除施温格和齐默耳这种针锋相对的批判外,还有一种做法是折中的思路,即一方面接受基尔学派的特定观点,同时又试图将之吸纳到“传统的”法学概念框架中去。正如梅茨格尔一样,他一方面反对沙夫斯泰因取消违法性和罪责之界分、并以所谓“义务违反性”概念无替代地删除法益概念的尝试,另一方面却同时部分接受了他们的方案,并形成“整体的犯罪”的见解。〔52〕

因1937年后,有的学者不再任教于基尔,而拉伦茨、达姆和沙夫斯泰因则被调往其他学校,因为当时纳粹德国文化部认为,因德国缺乏符合政治的新人力量,故将体制中学者都集中在基尔没有意义。这样,基尔学派的成员就无法再聚集在一起实现构建符合时代的具体、整体的法律思想这一目标了。〔53〕后来基尔学派成员撤销了自己的主张,尤其是1938年后的达姆和沙夫斯泰因。面对施温格等人的批判,达姆认为,他只是想批判过分的抽象化,要求关注具

〔47〕 Dahm, a. a. O., S. 89.

〔48〕 Dahm, a. a. O., S. 102.

〔49〕 可是,依照有关研究,“著名的军刑法注释书作者、战后曾出任马堡大学(Universität Marburg)校长的 Erich Schwinge,光从1944年1月到1945年2月,就以军事审判官的身分对罪不至死者作成七个死刑判决,外加以军事检察官的身分具体求处死刑而起诉九人”(引自郑逸哲:“德国刑法学者与纳粹主义”,载《现代刑事法与刑事责任:蔡墩铭教授先生六秩晋五寿诞祝寿论文集》,财团法人刑事法杂志社基金会等1997年版,页798)。

〔50〕 Vgl. Schwinge, Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft, 1938, S. 1 ff.; auch Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 33 f.

〔51〕 Schwinge/Zimmerl (Fn. 41), S. 78.

〔52〕 Vgl. Thulfauf, Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883—1962), 2000, S. 201 f.

〔53〕 Vgl. Larenz, Vorwort, in: Dahm/Huber/Larenz et al. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935.

体现实,而不是要完全废除体系中的某个成分。^[54]他写道:需要拒绝依《苏俄刑法典》第6条^[55]为样本的一般条款,没人在刑事政策和刑法文献中主张这种条款,梅茨格尔借此判定1926年《苏俄刑法典》第6条不符合德国思想,以否定基尔学派的观点是有所误解:“或许导致误解的原因在于:我在上述文章《犯罪和构成要件》——引者注)中说了反对‘构成要件这个概念和这个词’的话。由此,人们可能以为,我支持一部‘没有构成要件的’,也就是说不存在特定的犯罪类型的刑法。但我现在和当时从一开始就不是这个意思:我是质疑构成要件符合性和违法性之间严格和无例外的区分,因而反对把不违法的举止也包含进来的构成要件概念。”^[56]这一切使得基尔学派的项目在1945年之前便已停止。1939年战争开始之后,讨论的问题转向了“行为人类型”这一领域。^[57]

由上可知,在我们今日的刑法教义学中,大致应遵循的底线是:

首先,不得删除构成要件概念。因为确定的构成要件可以将不成立犯罪的行为确定地排除出去,以有力地贯彻限制机能。但是,若给构成要件填充以不正义的内容,或者立法本身就不明确、不正义,则构成要件概念可能也无能为力。

其次,应当继续保持非精神化的法益概念。但需注意的是,即便主张通过遵守规范以保护法益,也不能算是删除法益概念。理由在于,按照今日德国的规范理论,无论是行为规范,还是制裁规范,其目的都是法益保护,尽管制裁规范的法益是规范的效力。在行为规范上,受保护的法益是生命、健康、行动自由、尊严等,这也是通常所理解的法益。^[58]法益不可精神化,否则便意味着取消法益概念。不管是个人法益,还是集体法益,都是蕴含在相应的具体受保护对象中的特征或状况,而不直接就是精神。例如,某人说自己身体健康出了问题,就不是在说某种精神,而是在经验的意义上讲自己身体的某种特征或状况。^[59]

最后,在刑法教义学上,不应主张实质的犯罪概念。正如我国学者所称的那样,“实质的犯罪概念是罪刑法定的坟墓”。^[60]

此外,值得注意的是,德国学者福格尔教授在考察了纳粹主义对刑法的影响后指出,在刑法教义学中,“值得批判的是,在前提中‘改变了’传统刑法概念,并代之以高度不确定性、高度规范化和去除区分的方案的扩张——实质的教义学。教义学不应建立在像共同体(Gemein-

[54] Vgl. Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938), 225, 266 ff.

[55] 1922年《苏俄刑法典》第6条将犯罪定义为:“凡以反对苏维埃国家机构或破坏由工农政权所建立步向共产主义机构过渡时期之法定程序之一切作为与不作为,一概认为危害社会行为。”

[56] Dahm (Fn. 54), S. 269. 对于法益概念、区分违法性和罪责,他们也出现了相似的软化(例如, Schaffstein, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 (1938), 295, 335 f.).

[57] Vgl. Marxen (Fn. 18), S. 168.

[58] Vgl. Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, 2. Aufl., 2009, S. 4 f.

[59] Vgl. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 138 f.

[60] 劳东燕,见前注[4],页194。针对实质的犯罪概念的专门研究,参见劳东燕,见前注[4],页181—194。

schaft)、忠诚、叛国、义务或动作非价(Aktunwert,又译为动作无价值)这类高度伦理性的、可以意识形态化的概念之上。例如,在正当化、参加或力图学说中主观化趋势应当得到抑制,同样地,至少在证立刑罚层面,像思想或生活方式罪责(Gesinnung oder Lebensführungsschuld)这类行为人导向的概念应当予以避免。”〔61〕福格尔教授的这一论述是有益的,他指出了刑法教义学中哪些概念容易被滥用。但是,这些容易意识形态化的概念,也并非均需一概废除,“义务”这个概念便是其例,例如,在不作为犯和过失犯中,我们都仍然讨论保证人义务和注意义务。福格尔教授列出的概念清单是在提醒我们注意这些概念容易遭遇误用乃至滥用。因为一旦失去警惕,任何制度设计、任何法律及其学说,都有可能被滥用,严重时甚至会“瞬间纳粹化”。〔62〕像法益这种几乎可称得上“自由的堡垒”的概念,都有可能因为精神化而危及自由的有效保障,更何况其他法律概念了。毕竟,“世界离独裁只有五天”。〔63〕尽管如此,我们依然不能否定借助合理的法律制度和学说将这种滥用可能性降到最小的必要性以及相应的种种努力。

三、构成要件的类型性和罪刑法定的关系

在法理学上,构成要件这个词,本用于指称作为法律后果之前提条件的法律表述。但自近代以来,在刑法领域,构成要件中蕴含的类型意义受到了人们的重视。在贝林那里,构成要件是一种指导形象,而在梅茨格尔以后,人们至少都将之理解为不法类型。可见,类型性是构成要件的一个重要属性。究竟应当如何理解构成要件中包含的这种类型性?为何这种类型性体现了罪刑法定?以下便探讨这两个问题。

(一)连接规范和现实的构成要件

德国学者哈塞默(Hassemer)指出:〔64〕

构成要件及其要素与现实之间具有独立形式的关联,它们既非纯粹事实的东西也非纯粹事实的种类,而只是其与刑法相关的东西。它们虽然和现实相关,但只视该现实性为传达(vermittelt)或改造的现实性。虽然它们在注释学上不完整且向现实开放,但却总是已传达出该现实性的一特定视角。若人们认为,一般概念因为根本没有涉及它所指称的事情的现实发生(Vorkommen)而只代表潜在可能性(Potentialitaet)(这种一般概念的前提通常只是事情有可能发生),而事情则代表现实性(Aktualitaet),这样,便可以由上可知,我们这里必须处理的语言形象(即构成要件——引者注),既非纯粹的潜在可能性,也非纯粹的现实性。它在一定程度上处于一般概念和所指称的实存这二者之间,若允许我这样说的话,它是受潜在可能性限制的现实性,或者是受现实化限制的潜在可能性。藉此之见,假使想要给构成要件及其构成要件在概念逻辑上予以归类,那就必须将之称为类

〔61〕 Vogel (Fn. 40), S. 666.

〔62〕 语出自郑逸哲,见前注〔49〕,页 799.

〔63〕 参见熊培云:《重新发现社会》,新星出版社 2010 年版,页 383 以下.

〔64〕 Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968, S. 110 f.

型。

由此可见,作为类型的构成要件既不是抽象概念,也不单纯等于案情,而是抽象概念和需加以处理的案情之间的中间形态,这种“中间性”即指“既关涉现实,又关涉规范”。〔65〕我国学者也指出,构成要件就是沟通“实存”与“当为”、“事实”与“价值”的媒介。〔66〕同时,在哈塞默看来,并不是仅有含价值的规范构成要件要素才有类型性,而是所有构成要件及其要素均有类型性。构成要件超出了编纂构成要件的制定法体系,而指向法典体系外的现实,只有和体系外的现实相结合才能被完全理解,这种面对现实的开放性,决定了构成要件是一种类型。〔67〕

那么,作为类型的构成要件,究竟是怎样的一种类型?换言之,构成要件是经验类型还是韦伯意义上的理想类型?经验类型中有两种:①平均类型或经常性类型。当人们提及某人或某一群人在特定情境下的典型反应时,或者当我们说,对某地域及季节而言,这种气候状态是典型的,所说的便是这种经常性类型。②整体性类型或形态类型。当人们说典型的荷兰农舍时,这种典型指的是在整体上可以表现这种荷兰农舍的特征的例子,但这些特征并不是在荷兰农舍的任何例子中都必须同时存在。这些特征可以“以不同的强度、不同的变化及混合形态出现”。这种类型是以要素整体来掌握一般性。〔68〕而韦伯意义上的理想类型(也称为理念类型),更多地具有方法论上意义。这种理想类型是一种“理想图像”(乌托邦),具有相对性和暂时性的特点,是“用来比较和衡量实在的手段,并因而成为引导人们达到实在知识的指示”。〔69〕刑法中作为类型的构成要件,乃是这里的作为经常性类型的经验类型,因为构成要件是针对案件事实的一种抽象描述,构成要件的制定便是要抽象出各种不同种类的案件事实的特征,换言之,要对同种犯罪案件中的犯罪行为进行“提取公因式”。在刑法中,由于规范性因素的存在,像规范的构成要件要素这种情况,便不再是单纯的(经常性)经验类型了,而是规范性和经验性因素的结合,是拉伦茨意义上的“规范性的真实类型”。〔70〕“规范性的真实类型”在一定程度上去除了构成要件的经验性色彩,使得构成要件向理想类型靠近了一点。我国学者也注意到了,作为行为类型的构成要件到作为罪责类型的构成要件的演变乃是从“经验类型”到“理想类型”的进化。〔71〕但是,需要指出,即便将构成要件理解为不法·罪责类型,也不能认为构成要件就演变成了理想类型。毕竟,构成要件作为不法类型仍起着前置的限制性作用。

尽管我们明确了作为经验类型的构成要件乃是沟通规范和现实的中间形态,它不同于具体事实,也非抽象概念,但还需澄清作为类型的构成要件可能会遇到的两种误解:

〔65〕 Hassemer (Fn. 64), S. 113.

〔66〕 参见杜宇:“刑法学上‘类型观’的生成与展开:以构成要件理论的发展为脉络”,《复旦学报》(社会科学版),2010年第5期。

〔67〕 Vgl. Hassemer (Fn. 64), S. 112, 116.

〔68〕 参见拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页337—338。

〔69〕 参见韩水法:“韦伯社会科学方法论概论”,载韦伯:《社会科学方法论》,韩水法、莫茜译,中央编译出版社2002年版,汉译本序,页15—19。

〔70〕 拉伦茨,见前注〔68〕,页340。

〔71〕 杜宇,见前注〔66〕,页82—83。

第一,可能有人以为构成要件的类型性是统计学意义上的,但这并不正确。因为规范性因素的存在,使得作为类型的构成要件不再是统计学意义占多数的实证性行为类型。德国学者瓦尔特教授便指出:符合了构成要件:

不会因为统计学上可能大部分是合法发生或有正当化事由,进而统计学意义上类型地使之不成为不法,而否定该不法类型。因为类型之确定,并非根据它是否频繁,而是根据其模型功能。这个模型功能体现在:将恶害的模型描述出来。这样的恶害模型是要将之作为一个例子固定下来。像包括合意在内的这些附随情节,可以使得人们容忍这个恶害,但这决不会使这个恶害变成好的。……这个恶害可以不重要,比如在飞行途中只能在机舱内活动。但若劫机犯将机舱变成陷阱和监狱,情形就不一样了。……因而,倘若法律规定不得剥夺他人自由,那么,该法律就规定了类型性的不法,尽管在法律事实中经常可找到正当理由(或者缺乏故意,或者“被害人”合意)。〔72〕

第二,在我国,或许会有人特别地将构成要件的类型性对应地理解为“共相”,然而,这并不准确。我国先秦名家公孙龙子写过一篇《指物论》,说“指也者,天下之所无也;物也者,天下之所有也。以天下之所有,为天下之所无,未可。”公孙龙子的“指”为何为“共相”? 有两种解释:①我国名词不区分性数格等,“一匹马”、“这匹马”均可用“马”字表示,“一匹马”和“这匹马”是共相“马”的具体应用。②“指”通“旨”,即“观念”和“概念”之意。〔73〕冯友兰先生指出:“他(公孙龙——引者注)使用‘概念’并不是像柏克莱或休谟哲学中所指的反映主观的概念,而是如柏拉图哲学中的‘理念’,乃是反映客观的一个概念。”〔74〕可见,公孙龙子的共相不是类型,而是作为类型之上端的抽象概念,这点还反映在其《白马论》中:“有白马不可谓无马者,离白之谓也。不离者,有白马不可谓有马也。故所以为有马者,独以马为有马耳,非有白马为有马也,故其为有马也不可。以谓马,马也。曰白者不定所白,忘之而可也。”“白马者,言白,定所白也。定所白者,非白也(通“邪”,表反诘——引者注)? 马者,无去取于色,故黄、黑皆所以应;白马者,有去取于色,黄、黑马皆所以色去。故唯白马独可以应耳。无去者,非有去也。故曰白马非马。”〔75〕由这两段话可以得知,只有离弃白马中的“白性”,才能说白马是抽象的“马”,若没有离弃“白”,而认为有一匹白马即等于“有马”,则是忽略了“白马”的“白性”,只注意到了白马的“马性”。这种“白性”和“马性”都是“共相”,均为抽象概念。作为类型的构成要件已经脱离了“应为”的抽象规范,而成为“共相”的一种具体应用,但它又不等于现实案情,因而不是现实的“事物”本身,而是带有抽象性的“事物”。也就是说,在立法者和司法者那里,作为类型的构成要件分别体现的是其“具体性”和“抽象性”。在制定法体系中,立法者编纂了构成要件,因而构成要件相对于立法者而言,是在用“具体的”构成要件来描述相应的应加以控制的犯罪“共相”,因而,立法者理解的犯罪的“共相”体现在构成要件这个具体“事物”之中;而在适用法律者那

〔72〕 Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 63.

〔73〕 参见冯友兰:《中国哲学简史》,新世界出版社2004年版,页79。

〔74〕 同上注,页79。

〔75〕 引自并参考谭业谦译注:《公孙龙子译注》,中华书局1997年版,页4—8。

里,法官则是以“抽象的”构成要件为指导,亦即按照他们理解的构成要件含义,将现实事实中的“事物”归入抽象性的“事物”(即构成要件)中,这样,也就是间接归入到立法者理解的“共相”之中。

(二)类型性和罪刑法定

前已指出,构成要件乃是规范和事实之间的中间形态。正因为是中间形态,而非最后形态,在尚未对作为类型的构成要件及其要素进行具体解释时,只能“近似地得出其范围和内容”。^[76]例如,杀人罪中的“人”始于受精还是始于出生,都需要具体的解释。但在哈塞默看来,决定构成要件的类型性的是构成要件面对现实的开放性,而不是解释上的难易程度这个次生的问题。构成要件的类型性并不必定意味着解释的不安全、不明确,因为法典体系外的、刑法所指向的现实本身就或多或少具有相应的度量(Metrik),刑事规范就规定且接受这种度量。^[77]接着上面的例子:在现实生活中,虽然人的正常胚胎也有生命,但现实中通常认为胎儿要最终顺利出生,才能算作真正意义上的“人”。尽管杀人罪中的“人”需要在现实中才能得到理解,但这并不代表类型性等同于不明确性,恰恰相反,因为接受了现实生活中相对固定的度量,而不是只依赖法官本人的自由裁量,使得类型性具备了公民的可预测性,进而能够满足明确性的要求。

如果我们追溯构成要件的历史,那就可以知道,构成要件不仅有狭义构成要件,也有广义构成要件,还有法理学意义上的构成要件。^[78]我们说作为类型的构成要件并强调构成要件的类型性,乃是由于刑法中存在罪刑法定的机能性要求,因而关注的重心落在狭义构成要件上(在古典犯罪论体系以前,也关注广义构成要件)。其实,法理学意义上的构成要件也存在类型性,只是在刑法学中强调(狭义)构成要件的类型性具有特别重要的意义。杜宇博士指出:“刑法上类型观念的生成与拓展,在实质意义上依赖于构成要件理论的催生。脱离了构成要件,刑法中的类型观念就根本性地缺乏了思想资源与理论契机,从而无由产生。”^[79]这其实是在说,类型性从属于构成要件。但实际上,如果某一构成要件缺乏类型性,人们仍可以反过来经由学说、判例补充,以使该构成要件具备类型性,或者径直批判该缺乏类型性的构成要件。像构成要件理论史上的“开放的构成要件”即是如此。

类型性蕴含在构成要件之中。当某种行为方式被规定入构成要件,那么这种行为方式就从人们理解的抽象意义的行为变成了类型化的行为方式,在法律适用过程中,再将具体的行为和类型化的行为方式相对照,从而得出该具体的行为是否属于这种类型,最终得出它是否符合

[76] Vgl. Hassemer (Fn. 64), S. 113 ff.

[77] Vgl. Hassemer (Fn. 64), S. 116 f.

[78] 狭义的构成要件只包括具体表述犯罪行为之不法内容的构成要件,即作为犯罪成立之首要条件的构成要件符合性中的构成要件;广义的构成要件则包括构成要件符合性、违法性、罪责、客观处罚条件等前提条件。与此类似的是不专属于刑法领域的、法理学意义上的构成要件,其内容包括法律后果的所有前提条件之总体。Vgl. Walter, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2007, Vor. § 13, Rdn. 40; Paeffgen, in: Nomos Kommentar, 3. Aufl., 2010, Vor. § 32, Rdn. 7.

[79] 杜宇,见前注[66],页81。

构成要件的结果。构成要件化也就是类型化的过程,尽管相对于具体案件中的具体行为而言,构成要件中的行为仍然抽象,但较之于类型化之前的行为方式而言,这已经不那么抽象了,已经标准化了,人们可以用这种标准来度量自己的行为,进而得出基本等同的结论,这就保障了判决的可预见性,行为人不至于受到恣意的处罚。换言之,类型化体现了立法者追求法律上平等的一种努力,德国学者指出:“立法者要决定哪些是特定犯罪行为的本质性要素,针对这个问题,立法者确立了需由司法者遵守的普遍适用的规则。他们从经验上的具体事件集合中提取出法秩序中重要的要素,从而形成抽象的类型,进而凭借其普遍适用的特性保障判决的平等性和正义性。”〔80〕

构成要件中蕴含的这种类型性,有的时候会非常明显表现出来。比如,在刑法中,盗窃罪一般都只能以直接正犯的方式实施,如果行为人以被害人本人作为工具、以间接正犯的方式实施盗窃,那就不是盗窃了,而是诈骗罪或者敲诈勒索罪了。〔81〕倘若刑法典中没有分别规定盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪的不同条文,那么盗窃、诈骗、敲诈勒索就实质上均为拿走他人的财物,只是手段上有所不同:一个是直接拿走他人财物,另外两个则是分别通过欺骗、强迫的方式间接地拿走他人财物。可见,如果没有构成要件进行的类型化,那就只能将具体行为方式和人们脑中的抽象意义的行为相对照,而很难确定地区分清楚具体行为方式之间的不同特征和轻重程度。具体而言,也就只能将具体的拿走他人财物的行为认定为是拿走他人财物的行为,而无法得出是盗窃,是诈骗,还是敲诈勒索。再如,我国刑法在贩卖淫秽物品牟利罪中类型化出来加以处罚的是贩卖行为,而不是购买行为,尽管贩卖行为和购买行为均属交易行为的一部分,并不意味着需要处罚购买行为。〔82〕因而,类型化意味着使区分此罪与彼罪、罪与非罪成为可能,而且,类型化的行为不同于抽象的行为,这使得抽象的行为方式类型化为构成要件之后,就具有相对的稳定性,而不像抽象的行为那样取决于人们的变动的理解。之所以说这种稳定性是相对的,乃是因为人们仍可以在非常必要的时候,修改类型化的行为方式,亦即立法者改动法律、进行修法。

在现代法治国家中,公民往往需要明确地认识什么是犯罪,只有知道了犯罪的目录,才能从容地安排自己的行为,不致触犯法律。而且,犯罪的目录不能够朝令夕改,否则就还是不知道哪些是犯罪,因为除了职业人员外,正常的公民不可能整天关注法律。构成要件化便意味着类型化,类型化所带来的稳定性,便可以满足公民稳定地了解犯罪目录的需要,进而保障公民的行为不会随意地被认定为犯罪行为,进而遭受处罚。所以,类型化是罪刑法定的需要,只有类型化的行为才有可罚性。德国学者贝林早就说道:“法定的刑事处罚对于犯罪定义有这样的影响:只有在法定的刑事处罚范围内的举止类型才有可罚性,任何这类类型性的举止也只有依照针对相应类型的那些刑事处罚才可处罚。‘类型性’是一个本质性的犯罪要素。”〔83〕

〔80〕 Schwinge/Zimmerl (Fn. 41), S. 78 f.

〔81〕 Vgl. Kindhäuser, Betrug als vertyppte mittelbare Täterschaft, FS—Bemmann, 1997, S. 339 ff.

〔82〕 参见周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,页126。

〔83〕 Beling (Fn. 16), S. 2.

四、关于古典主义和现代主义

我国刑法教义学之所以在构成要件论上引发诸多争论,而且这种争论并未因学理上的基本澄清而有缓和的迹象,乃是因为我国社会在现代化转型中同时具备了不同时期的社会特征,用比较晚近的话说,也就是步入了前现代、现代和后现代相互交织的阶段。形象地说,是所谓“三代同堂”。因为向现代的转型是大的方向,所以在刑法学中,古典和新古典的犯罪论体系具有基本面上的正当性,但我们也同时面临着种种现代病或者说后现代的问题,比如,大规模机械化、工业化所导致的各种事故、环境污染等大规模法益侵害问题,因而也不断地需要反思乃至拷问现代刑法学中的古典和新古典体系的合理性和解释现实法律、处理棘手问题的能力。这种反思古典主义的需求,又构成了刑法学中的现代主义思潮^[84]在我国的辅助的正当性。

很明显的是,我国刑法教义学晚近相继受到了日本和德国刑法学的影响,其中,以日本刑法学的影响为甚。这种趋势来源于古典主义的需求,因德国刑法学已经基本超越古典主义时代,步入了现代主义的阶段,这使得我国的构成要件论研究有一些自己的基本特点。这些特点可分为抽象和具体两个层面。

首先,我国刑法教义学中构成要件论的古典主义特点,在抽象层面表现为:

第一,以体系性思考为重。这个特点早先体现在我国刑法学研究重总论、轻分论的局面。晚近三阶层犯罪论体系与四要件犯罪理论之间的争论,其实也是在探讨认定犯罪的理论是否要进一步体系化。我国学者很明白地指出了这一点。例如,车浩博士便将三阶层和四要件分别称为阶层体系和要素集合,并指出:犯罪构成理论在内的要素集合与以三位阶犯罪构成理论为代表的阶层体系之间的区别,不是一般所说的两个理论体系之间的区别,而是有无体系的区别,是要素与体系之间的区别,是要素列举与逻辑体系之间的区别,是简单的要素集合与将诸要素整合后形成的阶层体系之间的区别。这是二者之间的根本差异。^[85]陈兴良教授则写道:“犯罪成立要件之间是否存在位阶关系是三阶层与四要件的根本区别之所在”,“三阶层的犯罪论体系创造了一种在定罪司法过程中的体系性思维”,“尽管体系性思考方法存在……那些缺陷,但其优越性是十分显著的。体系性思考是以犯罪成立要件的位阶性为前提的,因此,体系性思考也是位阶式方法的应有之义。”^[86]强调体系性思考,是为了尽可能合乎逻辑地将定罪过程中所涉要素有序整合,从而保障判断过程的严谨,控制乃至排除司法活动的恣意性。显然,这种要求来源于古典主义。

[84] 当然,准确地说是后现代的思维模式。之所以笔者仍保留“现代”这个称谓,乃是因为“现代”也可以直接理解为“现时代”,即当下不断展现着的时代,它是不断向前推进的。在西方,现时代已经是“后现代”,在我国,现时代却未必表现为“后现代”,而是表现为现代化时代。至于历史学上的各种时代划分法和争论,本文略去不谈,以免模糊主题。

[85] 参见车浩:“犯罪构成理论:从要素集合到位阶体系”,载陈兴良主编:《犯罪论体系研究》,清华大学出版社2005年版,页94。

[86] 陈兴良:“犯罪论体系的位阶性研究”,《法学研究》2010年第4期。

第二,以构成要件的限制机能为重。如果我们理解了体系性思考的古典主义特色,那么就可以自然得知,强调控制、排除法律活动中的恣意性,也就是要充分重视构成要件的限制机能。

在具体层面表现为:

第一,质疑主观、规范、开放的构成要件要素。因强调构成要件的限制机能,这就要求构成要件要素应当尽可能地确定、固定,才能有效地限制刑权力的发动,这样,一切需要法律适用者做出独立价值判断的内容,都不符合古典性需求。顺理成章,规范、开放的构成要件要素均受到质疑。在客观、主观绝对二元的情况下,主观世界有可能脱离客观世界,因而主观构成要件要素也不为古典主义学者所承认。

第二,质疑构成要件实质化。既然规范构成要件要素,尤其是开放的构成要件要素会引发忧虑,自然也就质疑构成要件实质化。因为实质化即意味着价值评判,并不存在事实的实质化和价值的实质化之分,所有的实质化都是价值的实质化。晚近兴起的客观归属理论仍然是“价值上的实质化”。〔87〕

在这种古典主义的基本特点外,不断出现针对这种基本面的现代主义反思,但相对于基本层面而言,这种现代主义反思不构成对应层面的根本性问题,但按照矛盾的发展规律,现代主义反思可能在古典主义的基本面形成后,从次要矛盾上升为主要矛盾。所以,从某种意义上讲,这种现代主义反思构成了一些前沿性课题。换言之,它们是前沿课题中的基本问题。如果认识到这一点,那便容易明白,科学研究的前沿热点问题并不必然等同于基础教学中的基本问题。正如德国刑法教学课堂上阐述的问题,也大多是成熟的基本问题,而不必定是研究者努力研究的前沿问题。我国刑法教义学刚从教科书模式中脱胎而来,而且我国学者可能容易将分析性的讨论混同于评价性的讨论,因而在正确处理古典主义和现代主义这两者关系上,可能还存在困难。在抽象层面,现代主义思潮的特点为:

第一,强调问题性思考。因全球现代化进程的深化发展,各种现代社会问题频发。晚近以来,针对问题性思考,德国、日本刑法学界均给予了更多的重视。大谷实教授论述道:“‘二战’以后,德国的刑法学者开始出现对偏重体系的倾向进行反思的见解,在我国,也有学者在‘从体系性的思考向解决问题式的思考演变’的气氛之下,强调同体系的整合性相比,应当更加尊重解决问题的具体的妥当性。”〔88〕

第二,引入机能主义思维方式。上世纪七十年代以来,德国犯罪论体系的新潮流便是机能主义,尽管形态各异,但共同的一点是重视主题性、目的导向的思考。罗克辛教授主张将刑事政策引入刑法教义学的方案,便是机能主义思维方式的体现。雅科布斯教授虽然也走向了机能主义,其将罪责学说建立在积极的一般预防机能的基础上。在整个理论构造上,他虽不再囿于存在论的框架,其实仍然保留有韦尔策尔教授的重视法哲学思考、同时意识形态中立的遗风。雅科布斯教授将刑法体系的构造建立在社会系统的正常运转的基础上。罗克辛教授和雅科布斯教授,特别是罗克辛教授的刑法教义学也已经在一定程度上影响到了我国学者的理论

〔87〕 不同的理解,参见陈兴良:“形式解释论的再宣示”,《中国法学》2010年第4期。

〔88〕 大谷实,见前注〔30〕,注释3。

取向。^{〔89〕}

具体层面表现为：

第一，强调构成要件中的法益侵害，在一定程度上强调构成要件的保护机能。构成要件中的法益侵害问题，也就是构成要件中的价值评判问题，在新古典犯罪论体系那里就已经得到了重视。^{〔90〕} 后来也有学者指出，构成要件是法益侵害的类型。^{〔91〕} 这些学说倾向都是考虑到了立法者在制定构成要件时对犯罪行为所作的否定性价值评判，体现了构成要件的保护机能。

第二，构成要件阶层的让位或消失。这种让位或消失，其实代表着构成要件的地位的降低，具体表现为构成要件符合性阶层并入违法性阶层。^{〔92〕} 整个所谓的构成要件实质化运动，在一定意义上，都是构成要件的地位以及构成要件论理论变迁的体现。

由于我国是在自前现代向现代转型的过程中，同时产生了工业社会现代病问题，这种社会状况决定了刑法教义学中古典主义和现代主义两种思潮的并存。因而，“不仅关注对重大法理问题的‘体系性思考’，而且强调对具体法理问题的‘问题性思考’”，^{〔93〕} 虽不一定能由单个学者同时做到，但兼顾二者却是正确的学术态度。由于在同一层面上，这两者存在主次之分，故而，从大的方面讲，我国的刑法教义学的基本特色还是古典主义。不过，需要指出的是，笔者区分出古典主义和现代主义这两者，并不等于说，如果某学者提出了古典主义色彩的方案，就不再可能有现代主义的主张；反过来，也不等于说，专长于现代主义刑法教义学方案的现代派学者不可以有古典主义的观点。在我国，陈兴良教授在赞成新古典体系的同时，又支持客观归属论；^{〔94〕} 在德国，新古典与目的论相结合论者耶赛克教授，则在被害人承诺问题上持有古典主义色彩的二元论。^{〔95〕} 因而，毋宁说，古典主义的古典派和现代主义的现代派是也仅仅是一对有助于我们分析、研究的韦伯意义上的“理想类型”，而不是供人为划分什么阵营的标准。在思索各种刑法教义学方案时，我们可以运用“理想类型”这种方法，这样我们便更容易理解各种方案的长处和短处。

五、小 结

近代罪刑法定原则的确立，在宏观上产生于欧洲刑法从神权刑法向世俗刑法之转变这一历史背景，是社会转型和世俗化变革的产物。而近现代构成要件论，也正是罪刑法定思想的客

〔89〕 例如劳东燕：“罪刑规范的刑事政策分析”，《中国法学》2011年第1期。

〔90〕 Vgl. *Mexger*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, FS—Ludwig Traeger, 1926, S. 195.

〔91〕 参见李立众：《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169；Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, S. 9 ff.

〔92〕 参见西原春夫教授的观点，见李海东主编：《日本的刑事法学者》（下），法律出版社、日本成文堂1999年版，页126。

〔93〕 梁根林：“主编致辞”，《中外法学》2011年第1期。

〔94〕 陈兴良，见前注〔32〕，页267以下。

〔95〕 Vgl. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 247.

观表现。在学术史的微观视角上,现代刑法教义学中的构成要件论,始于20世纪初德国刑法学者贝林的研究。我国自晚清以来,已经步入现代化转型的进程之中,并且也在法律中规定了罪刑法定原则。今天,我国的现代化转型已经深入发展,现代化模式和动力也已经逐渐改变。这使得我们有必要关注现代刑法教义学上的构成要件论。

现代意义上的构成要件范畴,是19、20世纪之交为了巩固罪刑法定的成果,对不当扩张的刑权力加以限制而依逻辑提出的体系性新范畴,当然,这种构成要件论也同样是基于立法进行逻辑思考的成果。构成要件符合性这一新范畴形成了体系性地整理犯罪的可罚性条件的起始点,由此形成了许多新的犯罪审查方案和犯罪体系构造。这些体系性方案及其思考,于法治国刑事法治而言,有着必要的价值和不可放弃的意义。但体系性思考也不能一劳永逸地解决所有问题。在不断解决新问题的过程中,合目的性或政策性的机能性思考也会兴起,进而给体系性方案提出挑战。这警示我们不应迷信体系性思考。构成要件及其符合性范畴也同样承载者其相应的社会机能期待和理论机能期待。在这些机能期待中,保障机能是该范畴对应的最为根本的社会机能,而违法推定机能则是该范畴最为基础的理论机能。在看待晚近德国刑法学中的机能性犯罪论体系性方案上,笔者以为,构成要件依然应当满足源于保障机能的明确性要求,而机能性思考只能限于限制可罚性的方向。以逻辑为核心内容的一般化、体系化,则是衡量机能性问题思考的标尺。不管是体系性思考,还是机能性思考,都应当适度,均应接受适当限制,因为在历史上,这两者都有过反面教材。

构成要件既非抽象概念,亦非单纯的具体案情,而是一种连接规范和现实的中间形态。构成要件是一种经验类型,其具有相对的稳定性。因规范的构成要件要素的存在,使得作为经验类型的构成要件在该种情形下成为了“规范性的真实类型”。即便将构成要件理解为不法·罪责类型,使构成要件向理想类型靠近,构成要件也仍是经验类型,毕竟构成要件同时仍是不法类型。在笔者看来,构成要件中的类型性不是统计学意义上的类型性,也不能类同于我国传统哲思中理解的“共相”。在构成要件中,由于其蕴含的类型性这一范畴接受了现实生活中相对固定的变量,这使得类型性能够满足公民的可预测性期待,从而能够保证刑法的明确性。构成要件中类型化的行为方式,既可成为公民度量自己行为的标准,也是司法者考察行为人是否从事了相应行为的普遍适用的指导,两者可以得到基本相同的结论,从而可以保障刑事判决的平等性和正义性。

在处理针对构成要件及其符合性的种种理解、方案时,我国学者亦需考虑我国的现代化发展阶段这一视角。因我国社会步入了前现代、现代和后现代相互交织的阶段,因而,在重视体系性思考、坚持古典主义构成要件论基本面的同时,旨在处理现代社会各种棘手问题的现代主义机能性的思考在我国刑法学中也具有辅助的正当性。当然,古典主义和现代主义这两者的区分,只是有助于我们分析、研究各种构成要件学理方案的韦伯意义的理想类型,这是我们应当注意到的。

(责任编辑:江 潮)