

法定犯时代传统罪过理论的突破

陈银珠^{*}

摘 要 我国传统罪过理论可以称为“整罪分析模式”。整罪分析模式强调罪过对象的整体性、罪过形式的单一性和不同罪过之间的对立性。根据传统罪过理论,罪过的对象是以危害结果为核心的客观构成要素的整体,在故意犯罪中所有客观构成要素的罪过形式都是单一的故意,而且故意犯罪中不包括过失,过失犯罪中也容不得故意。在法定犯时代背景下,整罪分析模式的僵化性和机械性越来越凸显出来。要素分析模式强调,罪过的对象是具体的客观构成要素,在故意犯罪中可以有过失,在过失犯罪中也可以有故意,故意与过失之间不是对立关系而是位阶关系。具有灵活性和实用性的要素分析模式不但更好地遵循了罪刑法定原则和责任主义原则,而且更能适应法定犯时代的到来。

关 键 词 法定犯时代 传统罪过理论 整罪分析模式 要素分析模式

我国刑法分则详细规定了具体犯罪的客观构成要件,刑法总则详细规定了罪过的四种类型,即直接故意、间接故意、过于自信的过失、疏忽大意的过失。每一种具体犯罪的罪过,刑法分则没有也不可能一一规定,需要我们将刑法总则规定的这四种类型与刑法分则规定的具体犯罪的客观构成要件结合起来进行总结。罪过类型是相对确定的,但是具体犯罪种类繁多;罪过类型是相对稳定的,但是具体犯罪随着社会形势的变化在不断地增减;刑法规定中的罪过与客观构成要件之间的关系是相对确定的,但是具体案件千变万化,千奇百怪。这些不确定的因素不断地冲击着法典化所追求的等级和秩序,也促使我们不断地反思罪过与客观构成要件之间的关系。

在刑法分则明确规定罪过的犯罪中,罪过的对象是每个客观构成要素,还是以危害结果为中心的客观构成要素的整体?在刑法分则没有明确规定某种客观构成要素的罪过时,该种客

^{*} 安徽师范大学法学院副教授。

观构成要素的罪过是什么?一个犯罪只能具有一种罪过,还是可以具有两种以上的罪过?如果刑法分则规定了某种客观构成要素较低程度的罪过,那么针对该种客观构成要素较高程度的罪过是否也符合罪过要求?对这些问题的回答,不但关系到罪过与客观构成要素之间的对应关系问题,还关系到罪与非罪的界限问题。不仅涉及到犯罪圈的大小,还涉及到立法权与司法权之间的权力配置问题;这不仅仅是刑法解释问题,还涉及刑事政策与刑法的关系问题。

一、问题的提出

我国《刑法》第236条第2款规定了奸淫幼女类型的强奸罪,即“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚。”在这个规定中,对“不满14周岁的幼女”这个客观构成要素的罪过是什么,曾经引起热议。^{〔1〕}2003年《最高人民法院关于行为人不明知是不满14周岁的幼女,双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》中指出:“行为人明知是不满14周岁的幼女而与其发生性关系,不论幼女是否自愿,均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定,以强奸罪定罪处罚;行为人确实不知对方是不满14周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪。”从该解释可以看出,奸淫幼女类型的强奸罪的成立要求行为人对受害人年龄具有“明知”的认识状态。这里的“明知”如何理解,2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》认为,“知道或者应当知道”对方是不满14周岁的幼女,应当认定行为人“明知”对方是幼女。对不满12周岁被害人,应当认定行为人“明知”对方是幼女。对于已满12周岁不满14周岁的被害人,从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女,应当认定行为人“明知”对方是幼女。

从这个司法解释可以看出,要符合奸淫幼女类型强奸罪的主观要件,行为人对于“不满14周岁的幼女”这个客观构成要素可以是“知道”,也可以是“应当知道”,甚至司法者仅仅根据未满12周岁就应当认定行为人“明知”。司法解释把这些情形都归入“明知”的范畴,但是从其内容来看,这些情形已经超越“明知”的范畴。有的观点认为,明知对方是幼女,明知对方可能是幼女,或不管女方是否幼女,都属于“明知”。^{〔2〕}张明楷教授认为,所谓“应当知道”并不是指过失,而是根据相关事实推定行为人知道受害人可能是幼女,而对于行为人与不满12周岁的幼女性交的行为,原则上可以肯定行为人属于“明知”,但是也可能有例外。^{〔3〕}张明楷教授似乎认为,对于行为人与不满12周岁的幼女发生性行为,行为人对于“幼女”的认识状态属于“推

〔1〕对于这个问题有三种代表性观点:①否定说。认为不论行为人是否知道被害人是幼女,只要在客观上与不满14周岁的幼女发生了性关系,就应当构成奸淫幼女罪。②肯定说。认为奸淫幼女构成犯罪,除了实施奸淫幼女的行为外,还要求行为人必须“明知”被害人未满14周岁。③折衷说。这种观点认为,奸淫幼女罪要求行为人“明知”被害人是未满14周岁的幼女,但是将“明知”解释为确知或者应知。参见高铭暄:《刑法肄言》,法律出版社2004年版,第540页。

〔2〕参见陈兴良主编:《刑法各论精释》(上),人民法院出版社2015年版,第149页。

〔3〕参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第872页。

定明知”；对于行为人与不满 12 周岁的幼女的性交行为，行为人对于“幼女”的罪过是推定责任。这样的解释固然坚守了传统的罪过理论，即在故意犯罪中行为人对于所有客观构成要素都需要故意，但是从实质上看，该司法解释突破了故意的范畴。司法解释根据客观事实从一个一般的理性人的角度认为可能是幼女，那么司法者应当认定行为人是“明知”。最高人民法院刑一庭相关负责人在解读该司法解释时更为明确地指出，对于不满 12 周岁的被害人实施奸淫行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。之所以如此规定，是因为 12 周岁以下的幼女基本都处在接受小学教育阶段，社会关系简单，外在幼女特征相对较为明显；即使极个别幼女身体发育早于同龄人，但一般人从其言谈举止、生活作息规律等其他方面通常也足以观察其可能是幼女。而且从对幼女进行特殊保护的立场考虑，也不应存在争议。^{〔4〕} 劳东燕教授认为，这种从行为人本人是否对幼女年龄具有认识的主观问题，转移为一般人处于行为人的位置是否会认识到这一点上的客观问题上。与适用主观标准的“明知”相比，这种“推定明知”其实适用的是客观标准。这种“推定明知”与“应该知道”并无区别，更符合疏忽过失的心态。^{〔5〕}

如果劳东燕教授的上述分析可以成立，那么这个司法解释蕴含着一个重大的理论命题，即在奸淫幼女类型的强奸罪中，行为人对于行为要素和结果要素是故意心理，但是对于“不满 14 周岁的幼女”这个要素可以是故意，也可以是疏忽大意的过失或者过于自信的过失，甚至是严格责任。换言之，在强奸罪中，行为人对于不同的客观构成要素可以具有不同程度的罪过要求。强奸罪是故意犯罪，按照传统罪过理论，故意犯罪要求行为人对所有的客观构成要素都要达到“明知”。在故意犯罪中，“明知”的内容是刑法所规定的客观构成要素，包括行为、结果、犯罪对象、犯罪时间、犯罪地点、犯罪手段等，还包括行为及其结果的社会危害性，但不包括行为及其结果的刑事违法性。^{〔6〕} 这种对所有客观构成要素只能要求一种罪过的理论分析模式，无论在理论还是在司法实践中都受到了严峻的挑战。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》对于“不满 14 周岁的幼女”的罪过的规定，在名义上还坚守着传统的罪过理论，但是在实质上蕴含着奸淫对传统罪过理论的重大突破。

二、传统的罪过理论：整罪分析模式

我国传统的罪过理论可以称为整罪分析模式。^{〔7〕} 大陆法系的罪过理论大体上也是整罪分析模式。整罪分析模式的特征在于罪过对象的整体性、罪过形式的单一性和不同罪过之间的对立性。传统罪过理论认为，罪过的对象是以危害结果为核心的客观构成要素的整体；整罪分析模式认为，在故意犯罪中，所有的客观构成要素的罪过形式都是故意，不可能存在既包括

〔4〕 参见薛淑兰、赵俊甫、肖凤：“《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》有关问题的解读”，载《人民法院报》2014 年 1 月 4 日。

〔5〕 参见劳东燕：《风险社会中的刑法》，北京大学出版社 2015 年版，第 240 页。

〔6〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版，第 108—109 页。

〔7〕 参见劳东燕，见前注〔5〕，第 217 页。

故意也包括过失的情况。故意犯罪不可能存在过失,过失犯罪也不可能有故意。整罪分析模式坚持故意与过失之间的对立关系而不是位阶关系,而且行为人满足较高等级的罪过并不意味着也能满足刑法对于某种客观构成要素规定的较低等级的罪过。

(一)传统罪过理论

我国刑法学者姜伟先生对传统的罪过理论进行了深入和全面的研究,他从认识因素与意志因素的区别出发,将罪过区分为直接故意、间接故意、过于自信的过失和疏忽大意的过失。罪过由认识因素与意志因素组成。认识因素包括认识内容、认识程度和认识能力;意志因素包括行为主体的意志态度和意志努力。直接故意、间接故意、过于自信的过失和疏忽大意的过失的认识因素和意志因素如下表(见表一)。^{〔8〕}

表一

		直接故意	间接故意	过于自信的过失	疏忽大意的过失
认识因素	认识内容	行为与危害结果之间的因果联系	行为与危害结果之间的因果联系	自己的行为发生危害结果的可能性	无
	认识程度	对危害结果发生的肯定性判断	对危害结果发生的肯定性判断	轻信危害结果不会发生	没有认识到危害结果的发生
	认识能力	有	有	有	有
意志因素	意志态度	希望危害结果发生	放任危害结果发生	不希望危害结果的发生	不希望危害结果的发生
	意志努力	积极地追求危害结果的发生	自觉选择有发生危害结果危险性的行为	积极(尽管不及时或者未有效)采取措施避免危害结果的发生	消极地不履行自己的注意义务

传统的罪过理论属于结果本位,以危害结果作为罪过的核心。传统的理论认为,根据《刑法》第14条、第15条的规定,“明知”“应当预见”“没有预见”“已经预见”的核心对象是“危害社会的结果”;“希望”“放任”“轻信能够避免”的核心对象也是指向“危害社会的结果”。姜伟先生认为,“罪过的核心应是危害社会的结果,并不是危害社会的行为。尽管危害社会的结果是由危害社会的行为造成的,但唯有危害社会的结果才能最终决定行为的危

〔8〕 参见姜伟:《罪过形式论》,北京大学出版社2008年版,第36—37页。

害社会的性质。对社会来说,危害社会结果在行为诸要素中居于主要地位,刑事责任的产生也缘于此。所以,法律才把行为人对危害社会结果的心理态度视为鉴别罪过形式的标准。”〔9〕有的刑法教材将罪过界定为行为人对自己的行为将引起的危害社会的结果所持的故意或者过失的心理态度。他们在分析犯罪故意的认识因素时指出,犯罪故意的认识内容中最根本的内容是对行为的危害后果的认识。那么对于危害结果以外的客观构成要素是否属于“明知”的内容,他们认为,既然行为人已经认识到自己的行为会发生危害社会的结果,那么行为人对其行为的性质、对犯罪客体和作为选择要件的犯罪对象的事实情况当然也应该是清楚的;另一个说法是,虽然对行为的危害后果的认识是犯罪故意认识内容中的根本内容,但是这并不排斥行为人对其行为的性质、犯罪客体和作为选择要件的犯罪对象等客观事实情况的认识。〔10〕总之,我国传统的刑法理论认为,危害结果是罪过的核心对象,对于危害结果的心理态度决定着罪过的形式。至于行为人对危害结果以外的客观要素的心理态度如何,传统刑法理论着墨不多或者语焉不详。

传统的罪过理论属于意志本位,意志因素具有决定性作用。认识因素与意志因素的排列组合构成不同的罪过形式,但是二者在罪过形式认定中的地位是不同的。在传统的罪过理论中,意志因素在罪过形式的区分中具有决定性的作用。姜伟先生指出,认识是产生罪过心理的前提,意志是衡量罪过程度的尺度。在罪过形式的心理因素中,认识因素并不直接反映行为主体主观恶性的大小及有无,而意志因素集中体现着行为主体的主观恶性及其大小。〔11〕有的教材在谈到犯罪故意中认识因素与意志因素的关系时指出,认识因素是构成犯罪故意的前提和基本条件,意志因素在行为实施过程中具有决定性的、主导的作用,它是联系犯罪意图与犯罪行为的桥梁,也是行为人对自己行为负故意责任的主要依据。〔12〕还有的教材与此意思一致,在分析犯罪故意中认识因素与意志因素的关系时指出,认识因素是意志因素的存在前提也是犯罪故意成立的基础;意志因素是在认识因素基础上的发展,是犯罪故意中具有决定性作用的因素,它对于把犯罪故意客观化即把犯罪思想变为犯罪行为,具有重要的主导作用。〔13〕

(二)整罪分析模式

我国传统罪过理论可以称为“整罪分析模式”。整罪分析模式具有如下特征。

第一,在具体犯罪中,罪过的对象是以危害结果为核心的客观构成要素整体。整罪分析模式强调罪过的对象是客观构成要素的整体,重点是对危害结果的认识因素和意志因素。在传统罪过理论中,罪过由认识因素与意志因素组成,认识因素的对象与意志因素的对象有所不同。犯罪故意的认识对象包括:行为本身、行为结果、法定的犯罪对象、法定的犯罪手段、法定的犯罪时间、法定的犯罪地点、行为及行为结果的社会危害性、行为必然发生特定结果或者行

〔9〕 同上注,第8页。

〔10〕 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2005年版,第314页、330页。

〔11〕 参见姜伟,见前注〔8〕,第37页。

〔12〕 参见马克昌主编,见前注〔10〕,第337—338页。

〔13〕 参见高铭喧等,见前注〔6〕,第109页。

为可能发生特定结果等。^{〔14〕} 概而言之,犯罪故意认识因素的对象包括所有的客观构成要素。传统罪过理论强调,犯罪故意意志因素的对象是危害结果。^{〔15〕} 在对犯罪过失的分析中,传统罪过理论仅仅将认识因素的对象锁定为行为、危害结果及二者之间的因果联系,将意志因素的对象锁定为危害结果。^{〔16〕} 在故意犯罪中,如果行为人对于不同的客观构成要素罪过不同,应该如何处理,没有专门研究。在过失犯罪中,行为人是否需要在这三种客观构成要素以外的客观要素具有罪过,以及何种罪过,也没有讨论。

第二,在故意犯罪中,对客观构成要素整体或者所有客观构成要素的罪过是单一的,即故意,这是整罪分析模式的核心内容。详言之,如果一个犯罪被确定为故意犯罪,这意味着行为人对于所有的客观构成要素都是故意。有的学者将这种分析模式用公式来表示,即犯罪故意=对行为的故意+对结果的故意+对情状要素的故意。^{〔17〕} 举例来说,《刑法》第236条第2款规定了奸淫幼女类型的强奸罪,即“奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚”。按照整罪分析模式,强奸罪是故意犯罪,那么行为人对该种类型的强奸罪的所有客观构成要素都是故意。行为人对奸淫行为是故意,对“不满十四周岁的幼女”是故意。按照传统罪过理论,在故意犯罪中,行为人对所有客观构成要素都应当是“明知”的认识状态,对于危害结果应当是“希望或者放任”的意志状态。

从知欲要素与客观构成要素之间的对应关系来看,整罪分析模式强调的是,在故意犯罪中,所有的客观构成要素对应且只对应一种知欲要素。这种主观要件与客观要件之间的对应关系是判断罪过的核心内容。在故意犯罪中,这种主客观构成要件之间必要的对应是构成要件该当性的必要条件,一旦对应不上,就会否定故意且进而判定为构成要件不当。正是因此之故,我国台湾地区刑法学者认为,故意概念本质上包含了对应关系在内,除去对应内涵的故意是空洞的失血僵尸。^{〔18〕} 换言之,罪过判断的核心在于主观要素与客观构成要素之间对应关系的判断。从这个角度来分析,整罪分析模式强调的是,在故意犯罪中,所有的客观构成要素只对应一种罪过即故意,而且每种客观构成要素所对应的罪过都是相同的。

第三,故意与过失之间是对立关系,而不是位阶关系。每个犯罪只有一种罪过,要么是故意要么是过失。除结果加重犯外,在同一种犯罪中,不可能出现既有故意又有过失的情形。故意犯罪与过失犯罪之间存在着严格的区别,故意犯罪中没有过失存在的空间,过失犯罪中也没有故意存在的余地。故意犯罪要求行为人对于该罪所有客观构成要素的罪过都是故意,或者

〔14〕 参见高铭喧等,见前注〔6〕,第108—109页。其他论著的观点与此大体相似,陈兴良教授主编的教材和张明楷教授的观点都将特定的主体身份纳入犯罪故意的认识对象,另外张明楷教授认为因果关系没有必要作为独立的客观要素纳入到认识对象。参见陈兴良主编:《刑法总论精释》(上),人民法院出版社2016年版,第320—322页;张明楷,见前注〔3〕,第257—259页。

〔15〕 参见高铭喧等,见前注〔6〕,第109页。

〔16〕 参见高铭喧等,见前注〔6〕,第113—117页。

〔17〕 论者将客观构成要素分为三类:行为要素、情状要素和结果要素。参见劳东燕,见前注〔5〕,第217页。

〔18〕 参见林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第152页。

是直接故意或者间接故意,不可能是过失,更不可能是严格责任。过失犯罪仅仅要求行为人对于危害结果是过失,或者疏忽大意的过失或者过于自信的过失,对于危害结果以外的客观构成要素的心理态度不具有重要意义。比如在交通肇事罪中,有的教材明确指出,交通肇事罪的主观方面是过失,既包括疏忽大意的过失,也包括过于自信的过失。但这一过失仅针对所发生的严重的后果而言,行为人对于违反交通法规的行为往往可能具有事实上的“故意”,但这并非作为罪过的故意。^{〔19〕}还有的刑法学教材指出,在交通肇事罪中,行为人对于自己违反交通运输管理法规的行为导致的严重后果应当预见,由于疏忽大意而没有预见,或者虽然已经预见,但是轻信能够避免。之所以将该罪确定为过失犯罪,是以行为人对所造成的严重后果的心理态度为准,至于对违反交通运输管理法规本身的心理态度,则可能是明知故犯。^{〔20〕}在传统罪过理论看来,这种对于违反交通运输管理法规的“明知故犯”并没有什么意义。故意与过失之间的对立性还表现在,行为人符合较高等级的罪过并不属于刑法对某种客观构成要素或者某个犯罪规定的较低等级的罪过。换言之,如果刑法对于某种客观构成要素的规定是过失,那么行为人针对该客观构成要素的故意并不符合该罪的主观要件。

三、法定犯时代整罪分析模式的缺陷

在法定犯时代背景下,整罪分析模式的机械性和僵化性越来越凸显出来。2007年储槐植教授提出一个命题,“法定犯时代的到来”。随着市场经济的发展,风险社会就来到了,随着风险社会的到来,法定犯时代也随之到来了。随着市场经济的发展,社会关系多样而复杂,随之而来的就是社会生存、人类生活的方方面面时时处处都有风险相伴。面对这种风险,刑罚的功能在继承传统的报应的同时,更加关注风险控制。与此相适应,就出现了法律上犯罪形态的结构上的变化,由传统的自然犯占绝对优势演变为法定犯占绝对比重。与传统的自然犯相比,法定犯发生在常态的社会活动中,存在的领域非常广泛,行为的实际关系比较复杂,行为人的主观恶性较小,法定犯追究法律责任难度较大。^{〔21〕}法定犯时代的到来,不但对立法、司法提出新的要求,而且对刑法理论提出新的要求,需要刑法理论更加正视法定犯的研究。在法定犯占有绝对优势的现实中,整罪分析模式越来越难以满足法定犯时代的需要。

(一)整罪分析模式会不当地缩小犯罪圈

整罪分析模式会不当地缩小犯罪圈。整罪分析模式的机械性和僵化性,一方面体现为在故意犯罪中行为人对于所有的客观构成要素都要达到故意的程度;另一方面体现为故意与过失是对立关系,故意犯罪中不得有过失,过失犯罪中不许有故意。在整罪分析模式的教条之下,很多犯罪尤其是法定犯的罪过形式难以认定。在有些情况下,要求对所有的客观构成要素都要达到故意的程度才能成立犯罪,可能不当地缩小犯罪圈。在有些情况下,行为人可能基于

〔19〕 参见陈兴良主编:《刑法各论精释》(下),人民法院出版社2016年版,第753页。

〔20〕 参见高铭喧等,见前注〔6〕,第355页。

〔21〕 参见储槐植:“要正视法定犯时代的到来”,载《检察日报》2007年6月1日,第3版。

故意实施某种行为,也可能基于过失,甚至可能出现故意与过失难以清晰界定的情形,都具有可罚性。整罪分析模式在应对这些问题时往往捉襟见肘。

整罪分析模式,正如一个出了问题的钟表,每天只有两次是准时的。当客观构成要素的罪过都是故意时,那么整罪分析模式是适当的;但是,当不同的客观构成要素需要不同等级的罪过时,整罪分析模式就会出现問題。^[22]也就是说,整罪分析模式对有的犯罪是适当的,对有的犯罪是不适当的。按照整罪分析模式,在故意犯罪中,犯罪主观要件要求行为人对于该种犯罪的所有客观构成要素都是故意,即要求行为人对所有的客观构成要素的认识因素是“明知”,这会不当地缩小犯罪圈的范围。奸淫幼女类型的强奸罪即是一例。按照整罪分析模式,只有行为人对“不满14周岁的幼女”持“明知”的认识状态,行为人才满足主观要件。这会不当地缩小犯罪圈,不利于对幼女的保护。

整罪分析模式导致滥用职权罪、丢失枪支不报罪等犯罪的罪过形式难以确定。我国刑法学者总结了这类犯罪的特点,即基本上是法定犯,以具体危害结果的出现作为犯罪成立的客观要件,无法套用传统的故意理论,否则便会不当地限缩刑法的处罚范围。^[23]传统罪过理论认为滥用职权罪的罪过形式是故意,行为人明知自己滥用职权的行为会导致公共财产、国家和人民利益遭受重大损失,而且希望或者放任这种结果发生。^[24]按照整罪分析模式,在故意犯罪中,行为人对于所有客观构成要素都要达到故意的程度。这就要求行为人对于“滥用职权”的行为是故意,而且对于“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”达到故意的程度。传统罪过理论的这种解释与罪刑相适应原则相违背。按照2012年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》的规定,“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”包括重伤3人以上。一个普通人故意重伤1人,按照故意伤害罪的规定最高可能判处死刑;一个国家机关工作人员利用手中权力滥用职权故意重伤2人,却不符合滥用职权罪的起码条件。^[25]如果认为滥用职权罪的罪过形式是过失,那么一方面忽视了行为人对于“滥用职权”行为要素的故意的事实,另一方面放纵了现实中行为人基于故意实施滥用职权行为导致公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形。正如我国刑法学者所指出的,如果认为滥用职权只能出于过失,就意味着没有故意的滥用职权罪,这既不符合事实,也不符合

[22] See Paul H. Robinson and Jane A. Grall, “Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond,” *Stanford Law Review*, Vol 35, 1983, p. 689.

[23] 像这类的犯罪还包括:违规发放贷款罪、非法出租、出借枪支罪、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪、吸收客户资金不入账罪、出具金融票证罪、对违法票据承兑、付款、保证罪、故意延误投递邮件罪、妨害传染病防治罪、传染病菌种、毒种扩散罪、妨害国境卫生检疫罪、采集、供应血液、制作、供应血液制品事故罪、妨害动植物防疫、检疫罪、滥用管理公司、证券职权罪、徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪、违法提供出口退税凭证罪、违法发放林木采伐许可证罪等。参见劳东燕,见前注[5],第201页。

[24] 参见高铭喧等,见前注[6],第645页。马克昌主编:《百罪通论》(下卷),武汉大学出版社2014年版,第1222—1225页。

[25] 陈忠林教授指出,如果认定滥用职权罪的罪过形式是故意,这不但导致滥用职权行为与普通犯罪行为之间罪刑不适应,而且还会导致不同的滥用职权行为之间罪刑不适应。参见陈忠林:《刑法散得集》(II),重庆大学出版社2012年版,第212—213页。

刑法将滥用职权罪与玩忽职守罪相对应的精神。^{〔26〕}这类犯罪的罪过形式如何确定,反映出整罪分析模式的缺陷。整罪分析模式有一个教条,即故意与过失是对立关系,故意犯罪中不可能有过失,过失犯罪中不可能有故意。整罪分析模式的僵化性导致类似于滥用职权罪这类犯罪的罪过形式难以认定。

整罪分析模式的机械性和僵化性还体现在醉酒型危险驾驶罪的罪过确定上。危险驾驶罪的罪过是什么,不同的刑法学者有不同的意见。张明楷教授坚持故意的抽象危险说,醉酒型危险驾驶罪的罪过是故意,行为人必须认识到自己是在醉酒状态下驾驶机动车。^{〔27〕}冯军教授坚持过失的抽象危险说,醉酒型危险驾驶罪的罪过是过失。即行为人应该认识却因为疏忽大意没有认识到醉酒驾驶行为产生了危害公共安全的抽象危险,或者已经认识到却轻信不会产生这种危险。^{〔28〕}梁根林教授也坚持过失的抽象危险说,但与冯军教授论证思路不同。冯军教授着重从存在论的角度进行分析,而梁根林教授侧重从规范论的角度进行分析。梁根林教授认为,无论存在论范畴内的醉酒驾驶是故意还是过失,均应规范性地评价为过失。^{〔29〕}笔者认为,导致危险驾驶罪罪过认定争议的一个重要原因是,在现实中既有行为人基于故意实施醉酒驾驶的行为,也有基于过失实施醉酒驾驶行为,甚至还有可能出现无法清晰界定故意还是过失的状态。如果将危险驾驶罪的罪过确定为故意,那么基于过失实施醉酒驾驶的行为以及难以清晰界定的行为如何处理,就是问题。这是梁根林教授反对故意的抽象危险说的一个理由。^{〔30〕}如果将危险驾驶罪的罪过确定为过失,那么基于故意实施醉酒驾驶的行为,应当如何处理,就是问题。正如张明楷教授反对过失的抽象危险说时所说,醉酒驾驶机动车故意造成了具体危险或者抽象危险,但是行为并没有达到《刑法》第114条所要求的危险状态时,就没有相应的适用法条。^{〔31〕}在笔者看来,这些争议的背后与整罪分析模式的僵化性密切相关。故意与过失之间的对立性,是造成危险驾驶罪罪过确定困境的主要原因。整罪分析模式的教条认为,故意犯罪中不得有过失,过失犯罪中不得有故意。这为危险驾驶罪的适用设置了重重障碍。

(二)整罪分析模式易于忽略危害结果以外的客观构成要素的罪过

整罪分析模式易于忽略危害结果以外的客观构成要素的罪过。我国传统罪过理论强调行为人对结果要素的认识因素和意志因素,对其他客观构成要素的认识因素和意志因素缺乏研究。故意犯罪和过失犯罪莫不如此。对于故意犯罪而言,行为人认识和意志的对象应该是全部客观构成要素,而不仅仅是结果要素。我国台湾地区刑法学者林山田先生的观点和表达是

〔26〕 除此之外,认定滥用职权罪的罪过形式是过失与《刑法》第15条相冲突。根据第15条,过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。但滥用职权罪的刑法规定并没有为过失提供文理根据。参见张明楷,见前注〔3〕,第1246页。

〔27〕 参见张明楷,见前注〔3〕,第726—727页。

〔28〕 参见冯军:“论《刑法》第133条之1的规范目的及其适用”,《中国法学》2011年第5期,第143页。

〔29〕 参见梁根林:“‘醉驾’入刑后的定罪困扰与省思”,《法学》2013年第3期,第58页。梁根林:“《刑法》第133条之一第2款的法教义学分析”,《法学》2015年第3期,第58页。

〔30〕 参见梁根林:“‘醉驾’入刑后的定罪困扰与省思”,《法学》2013年第3期,第58—59页。

〔31〕 参见张明楷:“危险驾驶罪的基本问题”,《政法论坛》2012年第6期,第136页。

准确的,即构成要件故意,是指行为人对于实现客观构成犯罪事实的认知与实现不法构成要件的意欲。易言之,行为人对于客观不法构成要件的所有行为情形有所认识,并进而决意实现不法构成要件的主观心态。^{〔32〕}虽然传统罪过理论也承认,罪过的对象包括所有的客观构成要素,但是当行为人对危害结果与对其他客观构成要素具有不同程度的罪过时,应当如何处理,并没有研究。传统罪过理论要么不明智地否认这个问题的存在,要么坚持结果本位的教条,以行为人对于危害结果的罪过来决定该罪的罪过形式。

我国传统罪过理论将行为人对于危害结果的罪过,确定为界定犯罪过失的根本标准。那么行为人对于危害结果以外的客观构成要素的心理态度如何,就不再重要了。传统的过失理论存在以下问题:第一,事实与规范不统一。事实上,在过失犯罪中,行为人对于行为、其他客观构成要素的罪过形式与对于危害结果的罪过形式不同。传统过失理论仅仅以行为人对于危害结果的罪过形式来界定具体犯罪的罪过,忽略了行为人对于危害结果以外的客观构成要素的罪过形式。在交通肇事罪中,行为人对于“违反交通运输管理法规”是过失或者故意,对于实施违反交通运输管理法规的行为是自愿,行为人对于“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”是过失。但是传统理论仅仅以行为人对于危害结果的罪过形式来界定交通肇事罪,忽略了行为人对于违反交通运输管理法规和实施违反交通运输管理法规的行为的罪过形式。事实上行为人对于每个客观构成要素都有有责性事实,但是规范上传统理论仅仅评价对于危害结果的可责性事实。第二,忽略了针对危害结果以外的客观构成要素的罪过的重要性。在传统罪过理论所认定的过失犯罪中,行为人对于危害结果以外的其他客观构成要素是否需要最低限度的有责性要求,没有进入传统罪过理论的视野。以重大责任事故罪为例,行为人对于“重大伤亡事故或者造成其他严重后果”是过失,行为人对于“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”是否应当具有最低限度的罪过,才能满足该罪的罪过条件。行为人对于危害结果以外的其他构成要素存在过失或者故意,这种不同等级的罪过是否应当影响量刑。整罪分析模式聚焦于行为人对于危害结果的心理态度,忽略了对这些问题的关注和思考。

(三)整罪分析模式可能不当扩大罪过的对象

传统罪过理论以危害结果为核心,可能不当扩大罪过的对象。罪过的对象应当是刑法分则规定的客观构成要件,从这个意义上讲,客观构成要件具有故意规制机能。^{〔33〕}罪过是对刑法分则规定的客观构成要素的罪过,不能将刑法分则规定以外的要素纳入罪过的对象。传统罪过理论以危害结果为核心,可能将客观构成要件以外的危害结果作为罪过的对象。比如在危险犯中,实害结果并不是成立犯罪的客观构成要素,传统罪过理论易于将实害结果作为罪过的对象。

(四)整罪分析模式与罪刑法定原则的紧张关系

整罪分析模式与罪刑法定原则存在紧张关系。构成要件的明确性是罪刑法定原则的基本要求。构成要件的明确性是指,刑法对于犯罪行为法律要件的规定应当力求明确,避免使用

〔32〕 参见林山田:《刑法通论》(上册),北京大学出版社2012年版,第175页。

〔33〕 参见张明楷,见前注〔3〕,第116页。

可以弹性扩张而具伸缩性或模棱两可或模糊不清的不明确概念或用词,作为构成要件要素。^[34] 构成要件的明确性,一方面有助于普通公民清楚认知犯罪成立条件,从而发挥刑罚一般预防的作用;另一方面可以有效防止司法者的专断和偏见,从而保障公民权利。整罪分析模式赋予了司法者本该由立法者享有的权力。在刑法没有明确规定罪过的犯罪中,该罪的罪过是什么?在具体犯罪中,对行为要素、结果要素和其他客观构成要素的罪过等级是否相同?如果不同的话,应该怎样确定客观构成要素与罪过之间的对应关系?对于客观构成要素是否应当有最低等级的罪过要求,应当是什么?如果对于客观构成要素较低等级的罪过已经满足,那么较高等级的罪过是否更应当满足?这些涉及定罪的重要问题,刑法大多没有明确的规定。解决这些问题的权力本应由立法者享有,在实践中落到司法者手中。司法者在处理这些问题过程中,随意性较大,不利于保障公民的权利。

四、反思整罪分析模式的代表性理论

针对整罪分析模式在分析具体犯罪罪过形式和刑法适用过程中所暴露出来的问题,我国刑法学者进行了深入反思,并提出了创新性的理论。

(一)复合罪过理论

复合罪过理论是由储槐植教授、杨书文博士提出的。^[35] 复合罪过理论就是针对整罪分析模式的弊端提出来的。传统罪过理论认为,同一法条规定的同一个罪名只能有一种罪过形式,或者是故意,或是过失,不能兼有。比如针对滥用职权罪、玩忽职守罪罪过形式的争论,国内大多数论著的观点是,滥用职权罪的罪过形式只能是故意,玩忽职守罪的罪过只能是过失。储槐植教授并不赞同这种观点。他认为,不论滥用职权罪还是玩忽职守罪既可以由过失构成,也可由故意构成。这种观点虽然与传统理论不相符合,但是符合实际情况,而且也反映了立法原意。

复合罪过形式是指同一罪名的犯罪心态既有故意(限间接故意)也有过失的罪过形式。复合罪过理论认为,有些犯罪的罪过之所以可以解读为既是故意也是过失,是因为在这些犯罪中很难分清究竟是间接故意还是过于自信的过失,而且间接故意与过失自信的过失所体现的行为人的主观恶性差异不大,可以适用相同档次的法定刑。储槐植教授认为,在犯罪论上,并不存在一种罪名只能有一种罪过形式这样的规律。在刑法论上,同一罪名是否可以有不同罪过形式,主要看同一罪名下故意与过失反映行为人的主观恶性有没有明显影响刑罚量的级差,如果没有明显的刑罚量级差,则同一罪名可以存在两种罪过形式。^[36] 储槐植教授认为,复合罪过理论不但在一定程度上摆脱了间接故意与过于自信的过失之间区别的理论难题,而且有利于严密刑事法网,还能在一定程度上减轻司法机关的证明责任。

[34] 参见林山田,见前注[32],第37—38页。

[35] 参见储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第393—407页。

[36] 参见储槐植:“刑事一体化的具体展开”,载梁根林主编:《当代刑法思潮论坛:刑事政策与刑法变迁》(第3卷),北京大学出版社2016年版,第12页。

复合罪过理论对于传统罪过理论的整罪分析模式的弊端有所反思,对于传统罪过理论有所突破。复合罪过理论实际上承认,在一个犯罪中,行为人对于同一种客观构成要素可以具有两种罪过形式,可以是过失也可以是间接故意。这种观点打破了传统罪过理论认为一个犯罪只能有一种罪过形式的立场。复合罪过理论反思和突破的是整罪分析模式的一个部分,即罪过形式的单一性,但是没有反思罪过对象的整体性和不同罪过之间的对立性问题。在一个犯罪中,不同的客观构成要素是否可以具有不同形式的罪过,行为人符合较高等级的罪过是否满足刑法对于客观构成要素规定较低等级的罪过,这些整罪分析模式所存在的问题需要进一步去探究。

(二)“客观的超过要素”理论

“客观的超过要素”理论是张明楷教授提倡的。^{〔37〕}实际上,这个理论的提出是为了解决整罪分析模式所存在的问题。整罪分析模式要求在故意犯罪中,行为人对于所有的客观构成要素都要达到故意的程度,这样可能不当缩小处罚的范围。具体而言,我国刑法中有许多条文,行为人明显出于故意实施犯罪行为,但对于刑法条文要求发生的结果却不是出于故意,而且法定刑一般比较低,如何认识这些犯罪的客观要件的性质和主观故意的内容就成为问题。比如丢失枪支不报罪,《刑法》第129条规定“依法配备公务用枪的人员,丢失枪支不及时报告,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”有的观点认为,丢失枪支不报罪的罪过形式是故意,它强调的是行为人对于丢失枪支不及时报告的行为的心理状态;有的观点认为,该罪的罪过形式是过失,它强调的是行为人对于丢失枪支不及时报告所造成的严重后果的心理状态;有的观点认为,该罪的罪过形式是过失和间接故意,它强调的也是行为人对于严重后果的心理状态。^{〔38〕}

按照“客观的超过要素”理论,在丢失枪支不报罪中,“造成严重后果”属于客观的超过要素。“造成严重后果”虽然属于构成要件,但是不需要行为人对此因素具有认识与希望或者放任。之所以将“造成严重后果”作为犯罪构成要件,而不是像德日犯罪论体系中作为客观处罚条件,是为了维护犯罪构成作为认定犯罪的唯一法律标准的传统理论;之所以将“造成严重后果”排除于行为人认识因素和控制因素的对象之外,是因为只要行为人丢失枪支后不及时报告,因而造成严重后果的,无论行为人对这种严重后果的发生是过失心理,还是故意心理,都应当追究行为人的刑事责任。^{〔39〕}如果将该罪的罪过形式界定为故意,按照整罪分析模式,这需要行为人对危害结果的发生具有“明知”,并且持“希望”或者“放任”的心理态度,那么对于行为人对危害结果的发生持过失心理态度的行为则无法处罚;反之,如果将该罪的罪过形式界定为过失,那么行为人对于危害结果的发生具有故意心理的行为则无法处罚。而实际上,这两种情况均具有可罚性。

张明楷教授所提倡的“客观的超过要素”理论对传统罪过理论有所突破。这种突破预示了

〔37〕 参见张明楷:“‘客观的超过要素’概念之提倡”,《法学研究》1999年第3期,第22—31页。

〔38〕 参见张明楷,见前注〔3〕,第716页。

〔39〕 参见张明楷,见前注〔37〕,第28页。

我国罪过理论发展的方向,即对于不同的客观构成要素可以具有不同的心理态度。根据“客观的超过要素”理论,行为人对于客观的超过要素并不是不需要罪过,只是不需要故意的罪过形式。张明楷教授也认为,在故意犯罪中,虽然客观的超过要素不是故意的认识与意志内容,但是行为人对于客观的超过要素至少要具有预见的可能性。^{〔40〕}这个命题包含着两大创新:第一,在故意犯罪中,行为人对于不同的客观构成要素可以具有不同的罪过形式。在丢失枪支不报罪中,对于“丢失枪支”的主观心理状态是“认识”,对于“不及时报告”是“故意”,对于“严重后果”则达到“预见可能性”即可。第二,最低罪过形式的确定,突破了故意与过失之间的对立关系。对于“严重后果”的心理具有“预见可能性”即可,这意味着行为人对于危害后果的发生无论是过失,还是故意,都满足了罪过要件。张明楷教授将“客观的超过要素”理论限定在特定的少数犯罪之中,其实,也许令该论者也没有想到的是,“客观的超过要素”所包含的理论创新为分析所有犯罪的罪过提供了一种新的范式。

(三)主要罪过理论

主要罪过理论是周光权教授提出的。^{〔41〕}这个理论要解决的也是类似于滥用职权罪、丢失枪支不报罪等疑难犯罪、结果加重犯和结合犯的罪过形式问题。这些犯罪的共同点在于,在一个犯罪中涉及多种罪过形式,这里的多种罪过形式,不是刑法规范意义上的,而是事实上的。

主要罪过理论强调的是,很多特殊的犯罪,虽然从现象上、事实上来看,行为人的故意和过失交织在一起,但是,从规范的、解释论的意义上来看,我们只能得出在行为人的心态中故意或者过失是主要的,定罪时只能根据主要罪过确定行为人的责任。在对滥用职权罪罪过形式的分析中,周光权教授认为,行为人对于任意行使职权、超越职权行事是故意的,对于特定危害结果的发生是过失的。滥用职权行为与伴随滥用职权必然产生的危害结果相比,具有决定性。滥用职权行为本身在通常情况下具有发生特定结果的危险,会决定结果的走向,滥用职权的意思实质地支配了结果的发生。在对行为人的罪过进行最终的评价时,将有意滥用职权的意思评价为主要罪过,将对结果发生的心态评价为次要罪过。因此将滥用职权罪总体上定性为故意犯罪。在对结果加重犯的分析中,主要罪过理论认为,基本犯的罪过属于主要罪过,行为人对加重结果的罪过属于次要罪过。因此,通说中所讨论的基本犯上故意、对加重结果上过失的犯罪定为故意责任。之所以将基本犯的罪过确定为主要罪过,是因为基本行为是造成加重结果的类型性、典型性行为,这种行为一旦实施,附带有导致加重结果发生的危险。周光权教授认为,确定疑难犯罪罪过的思维过程,可以划分为两个阶段:第一个阶段为罪过搜寻过程,即要找出疑难犯罪可能存在的两种罪过;第二个阶段为主要罪过确定过程,即在可能存在的两种罪过中确定谁是主要罪过,谁是次要罪过,从而确定该罪的罪过形式。

在可能存在两种罪过的犯罪中,应该将哪种罪过确定为该罪罪过,主要罪过理论做出了探索。它维护了一个罪名一种罪过,故意与过失严格区分的传统刑法立场。主要罪过理论有两个问题需要进一步思考。第一,何谓事实意义上的罪过。在搜寻罪过过程中,行为人可能存在两种

〔40〕 参见张明楷,同上注,第28页。

〔41〕 参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》(Ⅱ),中国人民大学出版社2015年版,第247—261页。

罪过,这里的罪过是事实意义上的罪过。但是,何谓事实意义上的罪过,主要罪过理论并没有进行清晰地界定。第二,如何确定主要罪过,这是主要罪过理论的核心问题。在对主要罪过理论的论述中,存在着相互矛盾的说法。在对滥用职权罪的分析中,滥用职权的行为具有决定性,危害结果是必然伴随行为产生,因此行为人对行为的罪过属于主要罪过。在分析交通肇事罪时,主要罪过理论认为,行为人违反交通管理法规的行为上属于事实意义上的故意,对于危害结果属于过失。这种违反交通管理法规的行为,如果离开危害结果,难以单独判断其实质的法益侵害性。是否存在交通肇事罪的实行行为,必须结合结果来判断。因此,行为人对于结果的罪过属于主要罪过。在分析结果加重犯时,主要罪过理论认为,基本行为是造成加重结果的类型性、典型性的行为,这种行为一旦实施,附带有导致加重结果发生的风险。因此,行为人对基本犯的罪过属于主要罪过。从这些观点中,难以总结出确定主要罪过与次要罪过的明确标准。

五、美国的要素分析模式(element analysis)

要素分析模式是美国《模范刑法典》提出来的。要素分析模式是在反思美国的整罪分析模式和普通法中罪过理论的基础上提出来的。美国刑法学者将《模范刑法典》规定要素分析模式的条款誉为该刑法典中最重要的条款,是现代美国罪过体系中最具代表性的制度,也是法典起草者所作出的最重要和最持久的贡献。^[42]虽然《模范刑法典》只是美国法学会提出的建议,但是有的美国学者认为要素分析模式已经成为美国刑法的一部分,因为美国多数州立法已经采纳了要素分析模式,而且要素分析模式还影响了普通法法院的判决。^[43]要素分析模式作为犯罪主观要件(mens rea)领域的根本性变革,几乎没有受到评论家的批评。^[44]

要素分析模式集中规定在《模范刑法典》2.02条。^[45]根据要素分析模式,客观构成要素分为三类,即行为(conduct)、结果(result)和附随情节(attendant circumstance)。这里的客观构成要素不包括管辖权、审判地、时效等事实。将可责性要素分为四个等级,即蓄意(purposefully)、明知(knowingly)、轻率(recklessly)和疏忽(negligently)。要素分析模式确立了可责性要素与客观构成要素之间的关系,主要内容包括:①每个客观构成要素都有相应的可责性要素。对于具体犯罪的每个客观构成要素没有可责性要素,就不存在犯罪,法律规定的严格责任犯罪除外。②法定可责性要素适用于所有客观构成要素的情形。如果制定法对多种客观构成要素不加区分地规定了一种可责性要素,那么司法者应当将制定法中的可责性要素适用于每一个

[42] Paul H. Robinson and Jane A. Grall, *supra* note 22, p. 691.

[43] Richard G. Singer, John Q. La Fond, *Criminal Law: Examples and Explanations*, 中国方正出版社 2003 年版, p. 73.

[44] Paul H. Robinson, Markus D. Dubber, "The American Model Penal Code: A Brief Overview", *New Criminal Law Review*, Vol.10, 2007, p.335.

[45] 参见美国法学会著:《美国模范刑法典及其评注》,刘仁文等译,法律出版社 2005 年版,第 23—27 页。Richard G. Singer, John Q. La Fond, *supra* note 43, pp. 67—73. 参见陈银珠:“论美国刑法中的要素分析法及其启示”,《中国刑事法杂志》2011 年第 6 期,第 119—127 页。

客观构成要素,除非制定法做出了明显相反的规定。③制定法没有明确规定时可责性要素的确定。如果制定法对于某种客观构成要素没有明确规定可责性要素,那么对于该客观构成要素的可责性要素包括轻率、明知和蓄意。美国刑法学者将《模范刑法典》2.02(3)的规定解读为,对于附随情节和结果要素最低等级的可责性要素是“轻率”,对于行为要素最低等级的可责性要素是“明知”。^{〔46〕}在《模范刑法典》中,疏忽作为最低层次的可责性要素,其适用范围受到严格限制,只有在致人死亡的情况下,才受到处罚。^{〔47〕}④疏忽、轻率和明知的替代。如果法律规定某种客观构成要素的可责性要素是疏忽,那么该种客观构成要素的可责性要素也包括蓄意、明知和轻率;如果法律规定某种客观构成要素的可责性要素是轻率,那么该种客观构成要素的可责性要素也包括蓄意和明知;如果法律规定某种客观构成要素的可责性要素是明知,那么该种客观构成要素的可责性要素也包括蓄意。⑤决定犯罪等级的可责性要素。当犯罪的等级取决于实施犯罪的蓄意、明知、轻率或者疏忽时,犯罪的等级由对于客观构成要素的最低等级的可责性要素来决定。

表二:《模范刑法典》所规定的可责性要素^{〔48〕}

可责性要素的等级	行 为	附随情节	结 果
蓄意(purposely)	实施具有特定性质的行为是被告人的目的	行为人意识到、希望或者相信附随情节存在	引起特定结果发生是被告人的目的。
明知(knowingly)	行为人意识到特定行为的性质	行为人意识到附随情节的存在	行为人意识到结果的发生具有现实确定性
轻率(recklessly)	行为人有意识地忽视他实施的行为将会引起的不合理的实质风险	行为人有意识地忽视因特定附随情节所导致的不合理的实质风险	行为人有意识地忽视他实施的行为将会引起的不合理的实质风险
	考虑到行为人行为的目的、性质和他所认识到的情节,行为人对客观构成要素有意识的忽视严重偏离了一个守法的人在行为人的情境所应遵守的行为标准。		

〔46〕 Paul H. Robinson and Jane A. Grall, *supra* note 22, pp. 691—705. 美国绝大多数法院认为,除非被告人至少是“轻率”(recklessly),否则不得承担刑事责任。但是美国联邦最高法院走得更远。在 *United States v. Staples*, 511 U.S. 600(1994) 案例中,联邦最高法院将“明知”(knowingly)作为默认的罪过。即,如果国会没有明确规定轻率或者更低程度的罪过,那么联邦法院应当将此解释为最低程度的罪过是明知。Richard G. Singer, John Q. La Fond, *supra* note 43, pp. 66—67.

〔47〕 Richard G. Singer, John Q. La Fond, *supra* note 43, p. 70.

〔48〕 在轻率和疏忽两种可责性要素中,对于行为要素的可责性内容是什么,不同的学者对《模范刑法典》的规定理解不同。有的学者认为,轻率和疏忽中包含针对行为要素的可责性内容。在轻率中,针对行为的可责性内容是,行为人有意识地忽视他实施法律禁止的行为所引起的不合理的实质风险;在疏忽中,针对行为的可责性内容是,行为人没有意识到他实施的行为所引起的不合理的实质风险。有的学者认为,在轻率和疏忽中,没有针对行为要素的可责性内容。Richard G. Singer, John Q. La Fond, *supra* note 43, p. 71; Paul H. Robinson and Jane A. Grall, *supra* note 22, pp. 697—699.

疏忽 (negligently)	应当意识而没有意识到他的行为将会引起不合理的实质风险	应当意识而没有意识到特定附随情节存在不合理的实质风险	应当意识而没有意识到他的行为将会引起不合理的实质风险
	行为人没有意识到这种性质和程度的风险,是因为考虑到行为人行行为目的、性质和他所认识到的情节,行为人严重偏离了常人在行为人的情境下所应遵守的注意标准。		

《模范刑法典》分则和总则所规定的要素分析模式,符合了合法性原则的要求。它的全面性、清晰性和简洁性不但有利于给予公民公平的警告,而且有利于限制司法者的专断和偏见。另外,要素分析模式将可责性要素与认识错误、意外事件等联系在一起,认为没必要将两者割裂开来。要素分析模式最重要的实践价值在于,立法者收回了界定犯罪成立条件的权力。每个犯罪中都可能存在可责性要素方面的种种问题,而整罪分析模式对此不闻不问。以前的做法是立法者授权法院回答这些问题,这种授权在今天的立法者看来既不明智也不可能。

Paul H. Robinson 教授认为,《模范刑法典》所规定的要素分析模式面临着很多挑战,主要挑战如下。①行为要素、附随情节和结果要素之间难以区分。三者的区分非常重要,因为在要素分析模式中,不同的客观构成要素可能对应不同等级的可责性要素。但是《模范刑法典》没有明确界定结果要素和附随情节,对于行为要素的界定有些冲突。根据 1.13 条,行为即身体运动 (bodily movement),但是在 2.02 中又规定,行为包括身体运动和与此有关的特征 (bodily movement and all its relevant characteristics)。大多数现代刑法典中,有些用语既包含了行为要素又包含了结果要素,比如“损害”(damages)、“阻碍”(obstructs)、“破坏”(destroys)、“篡改”(falsifies)、“杀害”(kills)等;有些用语既包含了行为要素又包含了附随情节,比如“强迫”(compels)、“同意”(agrees)、“移开”(removes)等。②在轻率和疏忽中,《模范刑法典》没有界定针对行为要素的可责性内容。有的学者认为,法典起草者的想法是,针对行为要素不可能存在轻率或者疏忽;还有的学者认为,起草者认真考虑了针对行为要素的轻率或者疏忽的可能性。③要素分析模式中两个条款存在矛盾。2.02(3)规定,当制定法没有对客观构成要素明确规定可责性要素时,那么轻率是最低等级的可责性要素。而 2.02(4)规定,除非存在清晰的相反的立法意图,否则制定法中所规定的一个可责性要素适用于该条款所有的客观构成要素。

Paul H. Robinson 教授提出 5 个解决问题的建议。^[49] 第一,对行为要素进行狭义解释。行为要素是指行为人实施的身体活动。^[50] 这样易于将行为要素与结果要素、附随情节区分开来,行为要素仅仅是行为人实施的身体活动,而行为的特征和行为的性质都应当属于附随情

[49] Paul H. Robinson and Jane A. Grall, supra note 22, pp.719—725.

[50] 原文是“the actual physical movement of the actor” Paul H. Robinson and Jane A. Grall, supra note 22, p.719.

节。这样的界定与模范刑法典体系的精神和意图相一致。^[51] 第二,行为要素的罪过是行为人的自愿性,即行为人意识到自己的行为。换言之,行为要素的可责性要素仅仅要求自愿性即可。这个建议能够解决的问题是,《模范刑法典》的起草者并没有界定在轻率和疏忽中行为人对于行为要素的罪过是什么。第三,将结果要素界定为被行为人改变的情节。这有助于将结果要素与附随情节区分开来,凡是不属于行为要素,也不属于结果要素的客观构成要素,都纳入到附随情节的范畴。第四,完全废除 2.02(4)条款,即要求将制定法中的可责性用语适用于整个犯罪的所有客观构成要素。并建议将其修改为,制定法明确规定的可责性用语,应当适用于在语法上相应的条款中出现的客观构成要素,除非上下文明确规定该可责性用语也适用于其他客观构成要素。第五,对于制定法没有明确规定可责性要素的客观构成要素,轻率就是默认的可责性要素,除非立法者更为具体地表达了与此不同的目的。

六、我国要素分析模式的建构

复合罪过理论、客观的超过要素理论和主要罪过理论对于要素分析模式的建构提供了智识资源。美国《模范刑法典》规定的要素分析模式对重构我国要素分析模式具有借鉴意义。如果直接移植,可能存在“橘生淮南则为橘,生于淮北则为枳”的结果。虽然不能照搬,但是美国要素分析模式的核心思想和分析范式则可为我所用。

(一)客观构成要素的种类

罪过的对象是客观构成要素。罪过是对客观构成要素的认识状态和控制状态。传统罪过理论,将以危害结果为核心的客观构成要素为整体作为认识因素和意志因素的对象,并且每个犯罪具有同一个罪过。在整罪分析模式之下,因为所有的客观构成要素的罪过是相同的,所以没有必要对客观构成要素进行严格的逻辑区分,采取列举的方法罗列客观构成要素即可。但是,要素分析模式以每个客观构成要素作为认识和控制的对象,在要素分析模式中,因为不同的客观构成要素可能具有不同等级的罪过,所以客观构成要素的逻辑分类变得异常重要。客观构成要素可以分为行为要素、结果要素和其他客观构成要素。^[52] 这种分类的逻辑在于,突出行为要素和结果要素,行为要素和结果要素以外的客观构成要素都属于其他客观构成要素的范畴。每个犯罪都包含行为要素,通常情况下,结果要素最集中地体现了行为对法益的侵害程度。其他客观构成要素辅助于、附随于行为要素或者结果要素,反映行为的法益侵害性。在

[51] Paul H. Robinson, “Reforming the Federal Criminal Code: A Top Ten List”, *Buffalo Criminal Law Review*, No.1, 1997, p. 238.

[52] 我国台湾学者林钰雄认为,在故意犯中,客观构成要素包括:行为主体、侵害客体(对象)、实行行为及行为情状等,在结果犯中还包括行为结果、因果关系及客观归责。这些都是故意犯应认知的范围,行为人必须都认识到所有的客观构成要素,否则因欠缺故意而不该当构成要件。除此之外,行为人认知的范围还包括行为的不法性,只是这个问题放到罪责中讨论。参见林钰雄,见前注[18],第153、229—230页。

重视行为要素和结果要素方面,要素分析模式与整罪分析模式是相同的,但是不同的是,要素分析模式会专门研究行为要素和结果要素以外的其他客观构成要素的罪过形式。将其他客观构成要素的罪过形式单独拿出来进行研究,并且探索它对罪过判断以及构成要件该当性判断的影响,这恰恰弥补了整罪分析模式的短板。

采取最狭义的行为要素的概念。行为要素仅仅包括身体举止,不包括行为的自然性质、社会性质。对行为要素作出最狭义的理解,是为了明确行为要素与结果要素、其他客观构成要素的区别,从而发挥要素分析模式的效果。行为要素的罪过仅仅是自愿即可。

结果要素指的是行为对行为对象特征或者状态的改变。这里的结果要素既包括危险结果,也包括实害结果。这里的结果要素包括作为犯罪成立条件的结果,也包括作为犯罪既遂条件的结果,还包括作为结果加重犯的结果要素。滥用职权罪中的“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”,^{〔53〕}丢失枪支不报罪中的“造成严重后果”,^{〔54〕}属于这里的结果。

其他客观构成要素是指刑法规定的行为要素、结果要素以外的决定犯罪是否成立的客观要素,包括行为的社会危害性、行为的自然性质、相关规定、相关标准、行为地点、行为时间、行为主体、行为对象、主体身份等。其他客观构成要素,从形式上来讲,是与行为要素、结果要素相区分的。从内容上来讲,其他客观构成要素与行为要素或者结果要素存在依附关系,其他客观构成要素与行为要素、结果要素一起体现行为的法益侵害性。

(二)罪过形式

我国罪过形式包括四个层次,即直接故意、间接故意、过于自信的过失和疏忽大意的过失(见表三)。每一种罪过都是针对客观构成要素的认识因素和意志因素,而不是针对以危害结果为核心的客观构成要素整体。原则上,这四种罪过形式在可谴责性方面存在从重到轻的顺序。这四种罪过形式之间不是对立关系,而是位阶关系。故意与过失之间的位阶关系,已经为我国刑法学者所承认。张明楷教授认为,回避可能性是故意与过失的基础概念,故意与过失之间的关系是回避可能性的高低度关系,是责任的高低度关系,也是刑罚意义的高低度关系,因而是一种位阶关系。张明楷教授支持这种位阶关系,但是仍然坚持一个犯罪一个罪过,或者故意或者过失。这种位阶关系仅仅意味着,可以将故意评价为过失,当案件事实表明行为人至少有过失,但又不能证明行为人具有故意时,只能以过失论处。^{〔55〕}这种观点还是站在整罪分析模式的立场,坚持一个犯罪一个罪过的教条,看待故意与过失之间的关系。在要素分析模式中,四种罪过形式之间的位阶关系意味着,如果某种客观构成要素的罪过形式是疏忽大意的过失,那么过于自信的过失、间接故意和直接故意都应当符合该罪的罪过要求。

〔53〕《刑法》第397条第1款规定:国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。

〔54〕《刑法》第129条规定,依法配备公务用枪的人员,丢失枪支不及时报告,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役。

〔55〕参见张明楷,见前注〔3〕,第281—282页。

表三

		行为要素	结果要素	其他客观构成要素
直接故意	认识因素		明知结果必然发生或者可能发生	明知其他客观构成要素存在
	意志因素	基于自愿实施行为	希望结果的发生	希望其他客观构成要素存在
间接故意	认识因素		明知结果可能发生	明知其他客观构成要素存在
	意志因素	基于自愿实施行为	放任结果的发生	放任其他客观构成要素的存在
过于自信的过失	认识因素		已经预见结果可能发生,但是轻信该结果不会发生	已经预见其他客观构成要素的存在,但是轻信该要素不会存在
	意志因素	基于自愿实施行为	不希望且不接受结果的发生	不希望且不接受该要素的存在
疏忽大意的过失	认识因素		没有认识到危害结果的发生,因为疏忽大意而没有认识到	没有认识到其他客观构成要素的存在,因为疏忽大意而没有认识到
	意志因素	基于自愿实施行为	不希望且不接受该结果的发生	不希望且不接受该客观要素的存在

(三)罪过形式与客观构成要素之间的关系

在要素分析模式中,罪过的对象是具体的客观构成要素,而不是以危害结果为核心的客观构成要素整体。在具体犯罪中,每个客观构成要素都应该具有相应的罪过。如果行为人对于某个客观构成要素没有刑法所规定的罪过,那么就不应当为该客观构成要素承担刑事责任。如果立法者在制定刑法时明确规定,对于具体犯罪的某个客观构成要素不需要罪过,那么另当别论。通常认为,我国现行刑法中没有绝对责任的犯罪,也没有对某个客观构成要素不需要罪过的犯罪。

根据要素分析模式,在同一个罪名中行为人对于不同的客观构成要素可以具有不同等级的罪过。换言之,行为人对行为要素、结果要素和其他客观构成要素可以具有不同等级的罪

过。立法者根据刑事政策的需要,可以为结果要素和其他客观构成要素设定不同等级的罪过要求。行为人对行为要素具有自愿性或者有意性即可满足行为要素的罪过要求。在我国传统刑法理论中,行为的有意性是在危害行为的概念和特征中讨论的。人在睡梦中或者精神错乱状态下,在不可抗力作用下以及在身体受到强制情况下的举动,都是因为不符合有意性的特征被排除在危害行为的范畴之外。传统刑法理论之所以将这些身体举动排除在犯罪之外,是因为这些无意志和无意识的身体举动刑法无法调整,不可能实现刑法调整的目的。^[56] 值得思考的问题是,行为的有意性特征应该放到行为的概念中讨论,还是应该放到罪过中讨论。换言之,这些不符合有意性特征的身体举动不承担刑事责任,究竟是因为它不属于行为,还是因为它不具有责任? 答案是后者更为合理。^[57] 行为人对于行为要素只要具有有意性,那么行为人对于该行为要素就满足了罪过或者责任的要求。

刑法应当设定对于客观构成要素最低等级的罪过。当刑法分则没有明确规定某种客观构成要素的罪过时,刑法总则应该将某种最低等级的罪过设定为默认罪过。将何种罪过形式设定最低等级的罪过,实际上涉及到犯罪圈的扩大或者缩小。美国《模范刑法典》2.02(3)规定,“法律对成立客观要素的可责性无特别规定时,行为人实施蓄意、明知或者轻率的行为,成立犯罪客观要素。”^[58] 可见,美国《模范刑法典》对客观构成要素设定的最低罪过是轻率。美国联邦最高法院在 *United States v. Staples*, 511 U.S. 600 (1994) 案件的判决中,把“明知”作为最低层次的可责性要素。至于我国应该将何种程度的罪过设定为默认罪过是可以讨论的问题。按照我国现行刑法规定的四种罪过形式,可以理解为疏忽大意的过失是现行刑法最低程度的罪过形式,当刑法没有明确规定某种客观构成要素的罪过形式时,那么疏忽大意的过失就是默认的最低程度的罪过形式。

不同等级的罪过之间不是对立关系,而是位阶关系。直接故意、间接故意、过于自信的过失与疏忽大意的过失是四种罪过形式,总体上来说其主观可谴责程度从重到轻。如果刑法对于某种客观构成要素规定了较低程度的罪过,那么行为人对于该要素较高级别的罪过当然更具有谴责性。如果刑法分则在具体犯罪中规定,某种客观构成要素对应的是较低等级的罪过,那么与该客观构成要素相对应的较高级别的罪过,应当符合该罪主观要件。有的情况下,刑法分则对于不同等级的罪过规定了不同的犯罪,比如对于过失致人死亡罪而言,行为人对于死亡结果具有过失即可,但是如果行为人对于死亡结果具有故意,那么应当按照故意杀人罪认定。正如有的学者所总结的,有些犯罪既可以由故意又可由过失构成,对于此类犯罪法律有两种处理方式。一种是“一分为二”,即杀人犯罪分为故意杀人罪与过失致人死亡罪,焚烧犯罪分为放火罪与失火罪;另一种是“二合为一”,即法条既不写明故意也不写明过失,该种故意与过失,主

[56] 参见高铭暄等,见前注[6],第65页。

[57] 张明楷教授举例,当梦游者甲驾驶车辆造成乙死亡时,人们是说甲没有交通肇事行为而否认其构成犯罪呢,还是说没有责任而否认其构成犯罪? 他认为,后者更为妥当。参见张明楷,见前注[3],第143页。

[58] 笔者认为,将书中翻译的犯罪本体要件翻译为犯罪客观要素,更为妥当。参见美国法学会,见前注[45],第24页。

要是间接故意与过于自信的过失,行为人的主观恶性差异不大,可以适用相同档次的法定刑。^[59]前者多发生在自然犯中,因为自然犯中行为人在故意与过失之间主观恶性差异较大,不适合规定在相同犯罪中。后者多发生在法定犯中,因为法定犯中行为人在故意与过失之间主观恶性差异较小,可以适用同一个犯罪中的法定刑。

七、法定犯时代要素分析模式的优势

我们之所以要探索要素分析模式,不是因为标新立异,而是因为要素分析模式比整罪分析模式更符合社会发展的需要。劳东燕教授一针见血地指出,对于特定犯罪而言,只要认为适用传统故意标准不当地限制了其成立范围,人们便不得不借助要素分析模式来达到目的。这不是说,要素分析模式比整罪分析模式更为优越,而是说明它更符合风险控制与危害预防的功利需要。^[60]法定犯与自然犯有明显不同的主观恶性。自然犯侵犯的法律价值是伦理和安全,行为人的主观恶性通常较大;法定犯侵犯的法律价值是秩序和管理,行为人的主观恶性通常较小。^[61]法定犯时代的到来要求更加灵活和实用的犯罪分析模式,也为适用要素分析模式提供了巨大的空间。要素分析模式比整罪分析模式更加适应法定犯时代的到来。

在传统理论所认定的故意犯罪中,按照要素分析模式,行为人对于不同的客观构成要素可以具有不同的罪过形式。在故意犯罪中,整罪分析模式要求对于具体犯罪的所有客观构成要素都要达到故意的程度,才能满足罪过的要求。而根据要素分析模式,有的犯罪可能如此,有的犯罪则不必如此。在传统刑法理论所界定的故意犯罪中,根据刑事政策的需要,立法者可以设定行为人对于行为是自愿实施,对于结果是故意,对于其他客观构成要素是疏忽大意的过失以上的罪过,即可满足该罪的罪过要件。按照要素分析模式,在奸淫幼女类型的强奸罪中,“奸淫”既包含行为要素又包含结果要素,“不满十四周岁的幼女”是其他客观构成要素。行为人对于“奸淫”行为是自愿实施,对于“不满十四周岁的幼女”达到疏忽大意的过失以上罪过形式即可。比如《刑法》第129条规定的丢失枪支不报罪,“依法配备公务用枪的人员,丢失枪支不及时报告,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”按照要素分析模式,这个犯罪的行为要素是“不及时报告”,结果要素是“造成严重后果”,其他客观构成要素包括依法配备公务用枪的人员、丢失枪支。行为人对于“不及时报告”是自愿实施,对于“造成严重后果”具有疏忽大意的过失以上的罪过,对于其他客观构成要素的存在具有疏忽大意过失以上的罪过,行为人可以成立该罪。

要素分析模式能够合理地解释结果加重犯和情节加重犯。整罪分析模式坚持一个犯罪一种罪过,对结果加重犯和情节加重犯无法进行合理解释。意大利的刑法规定具有参考价值。对于从宽处罚情节,应作有利于行为人的认定;对于从重或者加重情节,则以行为人至少必须

[59] 参见储槐植,见前注[35],第399页。

[60] 参见劳东燕,见前注[5],第234页。

[61] 参见储槐植,见前注[36],第12页。

有过失为归罪的标准。结果加重犯中的结果可以视为这里的加重情节,只是限于行为人对于加重结果的罪过是过失。如果行为人对于加重结果的罪过是故意,那么按相应的故意犯罪处理。^[62] 整罪分析模式的核心观点是一个犯罪只能具有故意或者过失的罪过形式,这很难解释结果加重犯和情节加重犯。在结果加重犯和情节加重犯中,一个犯罪中既具有故意又具有过失。在要素分析模式中,这个问题迎刃而解。在结果加重犯和情节加重犯中,行为人只要对于加重结果或者加重情节具有最低程度的罪过时,即可要求行为人为此种结果或者情节承担刑事责任。

要素分析模式能够更加合理地解释过失犯。在传统罪过理论所认定的过失犯罪中,按照要素分析模式,行为人对于危害结果以外的客观构成要素应当具有最低程度的罪过。传统罪过理论认为,犯罪过失强调的是行为人对于危害结果的心理态度,至于行为人对于危害结果以外的客观构成要素心理态度如何则无关紧要。张明楷教授也认为,客观的超过要素既可能存在于故意犯罪之中,也可能存在于过失犯罪。就我国刑法和刑法理论而言,在过失犯罪中提倡客观的超过要素没有多大意义。^[63] 在要素分析模式的视野中,传统罪过理论所认定的过失犯罪除了要求行为人对于危害结果具有过失以外,还要求行为人对于危害结果以外的客观构成要素具有最低程度的罪过。否则,会影响行为人承担过失犯罪的刑事责任。

要素分析模式更加符合罪刑法定原则。相对于整罪分析模式而言,要素分析模式更为精确、清晰,使得客观构成要素与罪过之间的逻辑关系更加确定,更有利于限制司法者在适用刑法过程中的任意和专断。在我国《刑法》中,很多犯罪并没有明确规定罪过形式。在主观要素与客观构成要件之间的关系方面,存在很多模糊之处。刑法分则明确规定罪过的犯罪,该罪过是针对所有的客观构成要素,还是针对部分客观构成要素? 刑法分则没有明确规定罪过的犯罪,该罪的罪过如何确定? 而将这些问题交由学者或者司法者去解释,整罪分析模式往往成为司法者任意和偏见的“挡箭牌”,掩盖了刑法的适用过程。要素分析模式将主观要素分为四个层次,将客观构成要素分为三种类型,尤为重要是确立了主观要素与客观构成要素之间的对应关系。通过将主观要素与客观构成要素之间的关系逻辑化、清晰化,使得刑法适用的过程可以被检验。另外,按照要素分析模式的逻辑,立法者在明确客观构成要素的罪过方面应当发挥更大的作用,从而限制司法者在确定罪过方面过大的裁量权。

要素分析模式更符合责任原则或者罪过原则的要求。Nullum crimen, nulla poena sine culpa(拉丁语,直译为“没有罪过就没有任何犯罪,没有任何刑罚”)。意大利将罪过原则提高到宪法原则的高度。^[64] 德国联邦宪法法院将责任原则视为宪法原理,其在1966年10月25日的判决中指出:对刑法上的不法行为的刑罚以及其他不法行为的类似刑罚的制裁等一切刑

[62] 法典名称第59条第1款规定:“减轻或者免除刑罚的情节应作有利于行为人的认定,即使行为人对此没有认识,或错误地认为其不存在”;59条第2款规定:“加重刑罚的情节,只有在为行为人所认识,或者因过失而没有认识,或因过失决定的错误而认为其不存在时,才应由行为人承担”。参见(意)杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》,陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第245页。

[63] 参见张明楷,见前注[37],第28页。

[64] 参见帕多瓦尼,见前注[62],第164页。

罚均以责任为前提的原则,具有宪法的价值。^{〔65〕} 责任原则是定罪与量刑都必须遵循的原则。根据该原则,只有在行为人对侵害法益的行为与结果具有非难可能性时,才能将其行为认定为犯罪;而且量刑不得超出非难可能性的范围与程度。^{〔66〕} 罪过(责任)原则的合理性与刑罚的正当性紧密结合在一起。意大利刑法学者论述了报应和预防与罪过原则之间的联系。罪过原则代表着现代自由民主制度中居于不可侵犯地位的基本价值,即对人的尊重。只有当行为人确实应为其行为和结果遭受谴责的情况下,刑罚才可能作为犯罪的“恶”的反应而存在,因此罪过原则与刑罚的报应性联系起来。同时,立法中规定刑罚以罪过的范围为限度,表明立法者将社会成员视为能够在认识自己行为性质的基础上自行决定自己行为后果的人,立法者相信公民能够以维护法律规范的价值作为自己行为的基础。如果每人都知道这样的标准,社会生活将因此更为安定。这是从刑罚一般预防的角度来讲的,从特殊预防的角度而言,如果刑罚超越罪过的范围,如果犯罪人认为其所受刑罚是不公平的,那么犯罪人就会对法律制度产生更大的对立情绪,不利于犯罪人的再社会化。^{〔67〕} 在整罪分析模式视野中,容易忽略危害结果以外的客观构成要素的罪过形式,无论是故意犯罪还是过失犯罪都有明显的体现。要素分析模式强调罪过的对象是每个客观构成要素,通过立法设定最低程度罪过的方式保证每个客观构成要素都会存在刑法规定的罪过形式。这比强调以危害结果为核心的客观构成要素整体作为罪过对象的整罪分析模式,更能够遵守罪过原则。

八、要素分析模式的未来

任何试图提供一劳永逸解决方案的企图都是值得怀疑的。对整罪分析模式的反思早已开始,刑法学界积累了一些研究成果。对要素分析模式的研究,劳东燕教授进行了有益的尝试。虽然要素分析模式在理论上可以解决很多传统罪过理论难以解决的问题,但是它能否在我国生根发芽,还是一个未知数。

美国刑法学者对要素分析模式存在的问题进行了反思。1962年完成的《模范刑法典》已经经历了50余年的历程,其规定的要素分析模式在对美国的刑事立法、司法产生积极影响的同时,也受到刑法学者的反思。上文提到了Paul H. Robinson教授对要素分析模式缺陷的反思以及完善建议,此外,美国刑法学家George P. Fletcher教授对要素分析模式提出了更为尖锐的批评。^{〔68〕} 他认为,《模范刑法典》关于有责性要素的条款看起来确实精确,但是法官根本不能理解。将四种有责性要素以不同形式分配到三种客观构成要素中,该法典并没有解释,这种分配方式是理性的或者连贯的。由此导致的结果是,很难记住哪种有责性要素以何种层级

〔65〕 参见冯军:《刑法中的责任原则》,载梁根林主编:《当代刑法思潮论坛:刑法体系与犯罪构造》(第1卷),北京大学出版社2016年版,第158页。

〔66〕 参见张明楷,见前注〔3〕,第67页。

〔67〕 参见帕多瓦尼,见前注〔62〕,第165—166页。

〔68〕 See George P. Fletcher, “Dogmas of the Model Penal Code”, *Buffalo Criminal Law Review*, No. 2, 1998, p.8.

对应于何种客观构成要素。George P. Fletcher 教授认为,不会有几个法官能够理解并且适用这种过于复杂的条款。Kenneth W. Simons 教授对《模范刑法典》中的要素分析模式进行了系统的反思。他系统反思了“轻率”所存在的问题。他质疑了四种等级的可责性要素是否管用,“明知”是否总是比“轻率”更具有可谴责性,“轻率”是否总是比“疏忽”更具有可谴责性。改进可责性要素真的就那么重要吗?他认为这是值得怀疑的。一方面,从可责性要素与客观构成要素之间关系来看,立法者在创制新的犯罪或者区分犯罪的等级时,会更加关注客观要素;另一方面,完善可责性要素并不能解决当代美国刑法最重要的问题,比如刑罚经常过于严厉。^[69]美国刑法学者的反思,对于要素分析模式的完善具有重要意义,值得关注。

整罪分析模式的惯性会阻碍要素分析模式的理解和接受。美国的实践可以为我们提供启示。^[70]从1962年美国《模范刑法典》公布到1997年35年里,有22个州采纳了《模范刑法典》关于要素分析模式的规定,即确定了针对三种客观构成要素的四个等级的可责性要素。对于四个等级可责性要素之间的位阶关系的规定,即当刑法规定某种较低等级的可责性要素,那么较高等级的可责性要素也符合该要件,有20个州采纳。如果刑法明确规定了一种可责性要素,那么推定该可责性要素适用于该罪的所有客观构成要素。对于这个规定,有19个州采纳。对于《模范刑法典》将轻率作为默认的可责性要素的规定,只有11个州采纳,另外有6个州将明知(knowingly),还有1个州将疏忽(negligently)作为默认可责性要素。从中可以看出,绝大多数州并没有采纳要素分析模式。即使在采纳要素分析模式的州中,也充满了实质内容的疏漏和不一致。绝大多数州没有采纳或者很多州不情愿全面采纳要素分析模式的原因有很多,其中之一就是《模范刑法典》规定的要素分析模式严重背离了普通法对于可责性要素虽然混乱但长期形成的传统。普通法整罪分析模式的惯性阻碍着对于要素分析模式的理解和接受。

要素分析模式使得故意犯罪与过失犯罪的区分面临瓦解。根据要素分析模式,一个具体犯罪对于不同的客观构成要素可能出现两种以上的罪过形式,尤其是既包含故意又包含过失,那么如何界定故意犯罪还是过失犯罪?故意犯罪与过失犯罪的区分,无论在我国刑法理论、刑法规定还是在司法实务中都具有重要作用。比如已满75周岁的人从宽处罚裁量方式不同,共同犯罪的成立,死缓的变更,累犯的成立等。这是要素分析模式面临的一个棘手问题。

要素分析模式与现行刑法存在着紧张关系。要素分析模式打破了整罪分析模式的整体性,罪过的对象是客观构成要素,而不是以危害结果为核心的客观构成要素的整体。要素分析模式打破了整罪分析模式罪过形式的单一性,故意犯罪中可能存在过失,过失犯罪可能中存在故意。要素分析模式打破了整罪分析模式罪过间的对立性,强调不同罪过之间的

[69] 参见 Kenneth W. Simons, “Model Penal Code Second: Good or Bad Idea?: Should the Model Penal Code, s Mens Rea Be Amended?”, *The Ohio State Journal of Criminal Law*, No. 1, 2003, pp. 188—200.

[70] See Danyne Holley, “The Influence of the Model Penal Code, s Culpability Provisions on State Legislatures: A Study of Lost Opportunities, Including Abolishing the Mistake of Fact Doctrine”, *Southwestern University Law Review*, Vol. 27, 1997, pp. 236—263.

等级性,原则上《刑法》规定了较低等级的罪过,那么行为人较高等级的罪过也满足该罪的罪过要件。这些内容与我国《刑法》第14、15条关于犯罪故意和犯罪过失的规定,即使不冲突,也存在着紧张关系。

要素分析模式要求立法者发挥更大的作用。要素分析模式使得立法者收回司法者享有的确定具体犯罪罪过的广泛的权力。立法者应当在刑法总则中明确规定对于客观构成要素的最低等级的罪过。当刑法分则没有明确规定某种客观构成要素的罪过时,司法者应当按照刑法总则的规定对该客观构成要素适用默认的罪过。立法者在制定或者修改某种犯罪时,如果打算对某个客观构成要素的罪过规定不同于刑法总则规定的默认罪过,那么应当在刑法分则中明确规定。立法者应当在刑法总则中明确不同等级罪过之间位阶关系。其应当认可直接故意、间接故意、过于自信的过失、疏忽大意的过失之间的位阶关系。这四种罪过形式在原则上存在可谴责性从重到轻的阶梯。刑法分则规定某种客观构成要素的罪过形式是较低等级的罪过时,那么行为人对该客观构成要素较高等级的罪过也满足主观要件,除非刑法作出相反的规定。根据要素分析模式,一个犯罪中行为人对行为要素、结果要素和其他客观构成要素可以具有不同等级的罪过。立法者为了实现某种刑事政策,可以对某种客观构成要素提高或者降低罪过等级,应当在刑法分则中予以明确规定。

要素分析模式对检察官证明责任具有双重作用。要素分析模式从根本上讲,使得罪过要件的满足更加方便。在故意犯罪中,要素分析模式使得针对客观构成要素的罪过没有必要都达到故意的程度;在有的犯罪中,要素分析模式要求对于某种客观构成要素的罪过形式可以有多种,只要满足一种即可。从另一个角度讲,要素分析模式会加大检察官的证明责任。要素分析模式要求检察官对于具体犯罪中每个客观构成要素的罪过都要进行排除合理怀疑的证明,这样有利于保障被告人的人权。^{〔71〕}要素分析模式通过加大检察官证明责任的方式对实体法上便于定罪进行某种程度上的平衡。

九、结 论

我国传统罪过理论是整罪分析模式。整罪分析模式的特征有罪过对象的整体性、罪过形式的单一性和不同罪过之间的对立性。整罪分析模式认为,罪过的对象是以危害结果为核心的客观构成要素整体,而不是每个具体的客观构成要素。这种模式简单划一地认为,在故意犯罪中每个客观构成要素的罪过都要达到故意的程度,并且坚持故意与过失之间的对立性,在故意犯罪中不可能存在过失,在过失犯罪中不可能存在故意。随着法定犯时代的到来和刑事政策对刑法的影响越来越大,整罪分析模式的机械性和僵化性越来越凸显出来。整罪分析模式不但阻碍了刑事政策的实现,而且无法解决很多法定犯的罪过难题。

与整罪分析模式不同,要素分析模式强调,罪过的对象是具体的客观构成要素,而不是以危害结果为核心的客观构成要素的整体。一个客观构成要素具有一个罪过,一个犯罪具有几

〔71〕 江溯:“论美国《模范刑法典》的犯罪论体系”,《比较法研究》2016年第3期,第100页。

个客观构成要素就具有几个罪过。而且,这些罪过可以相同,也可以不同。在要素分析模式中,对于刑法分则没有明确规定罪过的客观构成要素,刑法总则应当设定某种罪过形式作为默认罪过。故意与过失之间不是对立关系,而是位阶关系。当刑法对于某种客观构成要素规定了较低等级的罪过时,那么行为人对于该客观构成要素的较高等级的罪过也符合主观要件。要素分析模式比整罪分析模式更为灵活和实用,也更能适应“风险社会”的需要和法定犯时代的到来。起源于美国的要素分析模式能否在我国生根发芽,充满很多未知数。

Abstract: The traditional culpability theory of China could be called the offense analysis approach. The offense analysis approach emphasizes the unity of object of culpability, the uniformity of form of culpability, the polarity of different culpabilities. According to traditional culpability theory, the object of culpability is the result-centred whole of the objective elements, and in the intentional crimes, the culpabilities of all the objective elements are the intention. And there is no negligence or recklessness in the intentional crimes, no intention in the negligence or recklessness crimes. Under the background of the times of statutory offenses, rigidity and inflexibility of the offense analysis approach becomes more and more obvious. While the element analysis approach emphasizes that the object of culpability is the particular objective element, the recklessness and negligence could exist in the intentional crimes and the intention also exists in the negligence and recklessness crimes. The relation between intention and negligence or recklessness is not opposite but hierarchical. The element analysis approach characterized by the flexibility and practicability is not only guided by the legality and fault principles, but also adapt to the arrival of the times of statutory offenses.

Key Words: The Times of Statutory Offenses; Traditional Culpability Theory; The Offense Analysis Approach; The Element Analysis Approach

(责任编辑:江 溯)