

德国犯罪构造体系的百年演变与启示

喻海松*

摘要 通过考察德国犯罪构造体系的百年演变历程,本文认为,拆分思维和体系逻辑是人类社会发展的必然要求,而与之相应的犯罪构造体系化是刑法学发展到一定阶段的必然产物,也必将会促进刑法学和刑事实务的进一步发展完善。我们可以充分利用后发优势,引入最为先进和最契合中国国情的犯罪构造体系,并进行适当的本土化改造。

关键词 犯罪构造体系 演变 启示

当下,关于中国犯罪构造的争论日趋激烈,年轻的中国刑法学迎来了新一轮的机遇与挑战。作为一个特殊的国度,德国刑法学既孕育和输出了三阶层犯罪构造体系,也在纳粹统治时期历经了犯罪构造非体系化的厄运,二战后还在部分疆域移植了苏联犯罪构成理论。回顾这样一个历程,权衡几种犯罪构造模式的优劣,有助于我们从异域视角更为清醒地审视中国犯罪构造的相关争议。

一、德国犯罪构造体系的百年演变

犯罪构造体系不是一个孤立的刑法学术语,而是众多刑法学家漫长学术探究过程的成果结晶,与德国现代刑法学的数百年发展历程密不可分。德国现代刑法学的孕育和发展应当追溯到 Benedict Carpzov(1595 - 1666)及其同时代的法学先哲。受益于大学逐渐增长的意义和长期积累的司法经验,也日益受到作为法律现代化的重要承载者的意大利、法国和西班牙等先驱的影响,德国现代刑法学大抵滥觞于这一时期^[1]正是在由此开启的德国现代刑法学发展

* 最高人民法院研究室法官。

[1] Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2009, S. 25.

历程中,犯罪构造体系得以孕育诞生和不断发展完善。

(一) 犯罪构造的体系孕育(1881年之前)

犯罪构成(Tatbestand)源自刑事诉讼中的犯罪事实(corpus delicti)这一术语。在古老的普通法中,刑事诉讼通常存在一般审讯和专门审讯的区分。一般审讯负责确定是否有犯罪存在,主要是查明犯罪事实,即所发生的犯罪的外在表现。专门审讯则承担着证明犯罪事实的引起者有罪的任务。1796年,Ernst Ferdinand Klein(1743-1810)用犯罪构成(Tatbestand)这一术语将犯罪事实(corpus delicti)引入德语之中。“属于犯罪构成的有二:1. 犯罪所引起的结果;2. 引起结果的僭越行为”〔2〕这种程序的、定位于证明的犯罪构成概念同刑事诉讼的发展有直接联系。它也属于同法定规则相联系的证据法,是对于权威法官的自由裁量的反应〔3〕

超越程序意义,将犯罪构成发展成为刑法学概念的,是被Liszt称为“重构了德国刑法学”〔4〕的P. J. von Feuerbach(1785-1833)。在他那本在19世纪上半期居于支配性地位的教科书中,Feuerbach从威吓理论出发,使得犯罪构成超越了纯粹的程序意义。“特定违法行为的法定概念中所包含的特定行为或案件事实要件的总和,被称为犯罪构成(犯罪事实)。”〔5〕

1805年,Christoph Carl Stuebel(1764-1828)对犯罪构成进行了理论论证和构建。Stuebel确定了刑罚的前提,并从刑罚中界定犯罪构成的概念。针对结果是否属于犯罪构成的争议,Stuebel认为只有出现结果时法律才被违反,结果属于犯罪构成。〔6〕在19世纪初期,就已经存在着关于主观要件是否属于犯罪构成的争议,如归责能力或者故意是否属于犯罪构成。就哪些主观要件属于犯罪构成,Stuebel列出了一般标准:“改变了行为的不法该当性或者犯罪的程度,且对客观可罚性有影响的主观案件事实,依法属于犯罪构成。”〔7〕在此,犯罪构成理论视为类型化的不法,不法和犯罪归属的区分已经形成。〔8〕Stuebel的研究有利于犯罪构成理论继续发展,但是此时的犯罪构成尚未同违法性和责任建立起特殊关联。

在Adolf Merkel(1836-1896)的教科书中,犯罪构成被区分为客观犯罪构成和主观犯罪构成。〔9〕可以清楚看出,犯罪构造的体系构建还未得以实施,犯罪构成被平面地理解。需要注意的是,此时的行为概念与后来的理解有很大不同,行为被理解为内在因素和外在因素的统一体。根据当时支配性的观点,违法性和责任是不可分离的,二者融合在上位概念归属之中。1867年,Merkel仍然细致构建了“没有责任就没有不法(kein Unrecht ohne Schuld)”这一在当时无争议的学说,〔10〕且在后来仍有众多捍卫者,其中就包括规范理论的创立者Karl Lorenz

〔2〕 Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts, 1796, S. 54.

〔3〕 Hermann Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 11.

〔4〕 Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1965, § 262.

〔5〕 Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1805, § 81.

〔6〕 Stuebel, Ueber den Tatbestand der Verbrechen, 1805, § 9.

〔7〕 Stuebel, Fn. [6], S. 5/6.

〔8〕 Stuebel, Fn. [6], § 1 und 2.

〔9〕 Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, Teil 1, S. 42 ff.

〔10〕 Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, S. 34 ff.

Binding(1841 - 1920)。^[11]

犯罪构造的体系构建是伴随着新要件的发现和原有要件的重新认识而得以进行的。1857年, Albert Friedrich Berner(1818 - 1907)在其教科书中首先将行为这一概念作为犯罪构造体系的基石。^[12] 1867年, Rodulf von Jhering(1818 - 1892)在《罗马私法中的责任要素》中提出了“客观违法性(objektive Rechtswidrigkeit)”的概念,在此他证明了过错对于产生法律后果的法律侵害没有影响,迈出了犯罪体系构造中至关重要的一步。^[13] Jhering的研究主要在民法领域,但在刑法领域也有了早期的追随者,如 Adolf Wach(1843 - 1926)和 Hugo Philipp Egmont Haelschner(1817 - 1889)。独立于责任的客观违法性在此被提出,但违法性同责任的界限并未被阐释清楚。Binding在19世纪后期创立了规范理论,使得违法性具有独立意义,并提升到显著位置:可罚行为侵犯的不是刑法,而是其所承载的命令或者禁止的法律规范,故整体的不法理论应该单独从规范的内容去理解。^[14] 在责任部分, Merkel虽然固守传统的归属理论,但他在违反义务的意志确定这一上位概念之下首次统一了故意和过失。^[15] 随着对犯罪各个部分的抽象研究不断深化,相互之间的内在意义关联不断被认识,十九世纪和二十世纪之交的刑法学再不能阻止犯罪概念的拆分和体系的构建,古典犯罪构造体系已处在诞生的前夜。

(二) 犯罪构造的古典体系(1881 - 1906)

十九世纪末期的德国盛行着自然主义思潮,刑法学受其影响,在犯罪体系构造中贯穿着实证主义思维,试图将犯罪要素“自然地”复制到犯罪构造体系之中。其结果是,犯罪构造体系中的各部分被物理地或者生物地描述。^[16]

将由 Jhering 所发现的客观违法性和同其相区分的责任安装到犯罪构造体系之中,进行犯罪构造的体系构建,这意味着同过去的彻底决裂,毁灭延用了几百年的核心概念。Pufendorf 基于神学和自然法的渊源创设了归属理论(在此,由人所实施的外部变化过程能够被归属为人的行为,以区别于意外事件。违法性和责任同为归属的下位概念,且相互不可分离),这一基本概念被 Adolf Merkel 称为“刑法机能的核心点”;而行为也被理解为内在因素和外在因素的统一体。这种统一被 Liszt - Beling 体系所瓦解,^[17] 行为被萎缩成了纯粹的因果过程,内部的

[11] Binding, Die Normen und ihre uebertretung I, 1872, S. 135.

[12] Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 1857, S. 68.

[13] Jhering, Das Schuldmoment im roemischen Privatrecht, 1867, S. 4 ff.

[14] Binding, Fn. [11], S. 4 ff., 82, 96, 152 f.

[15] Binding, Fn. [11], § 1 und 2.

[16] Schuenemann(Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, 1984, S. 19.

[17] 1840年, Luden 在《论犯罪的犯罪构成》中将犯罪概念拆分为行为、违法性和责任。Luden, Ueber den Thatbestand des Vebrechens, 1840, S. 110. 这种拆分模式在当时还不具有支配性的地位,但后来为 Franz von Liszt(1851 - 1919)和 Ernst von Beling(1866 - 1932)采纳。1881年, Liszt 在其教科书第一版将犯罪界分为行为、违法行为和有责的违法行为三个不同的阶层。Liszt, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 64 ff. 1906年, Ernst Beling(1866 - 1932)将违法性同责任的界限明确界分开来,对犯罪构造体系进行了系统的构建。Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906. 后人将这一体系称之为 Beling - Liszt 体系,又称古典体系。

意志被去除,外部的因果过程缺乏同内部精神的联系。^[18]而归属作为刑法的基本概念的时代事实上也已经过去。犯罪构造古典体系的发展终结标志是1906年Beling完成的《犯罪论》。在此,犯罪被拆分为三个彼此衔接的评判和评价阶段。对此,Welzel教授指出:“将犯罪区分为犯罪构成该当性(Tatbestandsmaessigkeit)、违法性(Rechtswidrigkeit)和有责性(Schuld)是过去的两三代人最为重要的学术进展。”^[19]

行为概念是犯罪构造古典体系的基础,其由Liszt、Beling和Gustav Radbruch(1878-1949)从自然的视角表述为承载意志的身体力的运用。在肯定了行为之后,必须进一步检验犯罪构成符合性。而犯罪构成的布置成为兴趣的中心点,如何设置犯罪构成的性质成为了关键。犯罪构成最终被设置成具体犯罪要件的外在描述。为了尽可能地排除法官的评价,它必须是客观的和描述性的,不带有任何评价且同违法性相协调。违法性被理解为行为的客观规范方面,被视为纯粹形式地违反法律。而在责任部分,责任概念统一了行为人的所有的精神和心理过程(心理责任概念)。归责能力被作为责任前提,故意和过失被人们理解为责任类型,紧急避险被作为责任排除事由。不难看出,受自然主义思潮的影响,犯罪被“自然地”构造成了犯罪客观方面(不法,包括作为行为的客观描述的犯罪构成和客观规范方面的违法性)和犯罪主观方面(责任)。客观(不法)/主观(责任)这一古典体系是存有相当问题的,这在后来的发展中彰显。然而,必须被强调的是,犯罪构成、违法性和责任的明确拆分使得整个刑法的体系研究成为可能,从而奠定了进一步发展的基础。

(三) 犯罪构造的新古典体系(1907-1932)

二十世纪的德国迎来了刑法学思维的新纪元,西南学派的新康德主义(Neukantianismus)超越了自然主义,居于支配性地位。在新康德主义哲学的影响之下,随着刑法学研究的不断深入,犯罪构造不再主要从经验概念的角度构建,而是注重刑法的根基性价值,从而由古典体系过渡到了新古典体系。

不法的客观性很快被动摇。这一问题首先是在正当化事由中研究的,因为特定的主观正当化因素(如正当防卫中的防卫目的)是必须的。H. A. Fischer(1874-1942)立足于民法,试图证明主观违法性要件的存在。^[20]不久以后,从August Hegler(1873-1937)开始,主观因素对于犯罪构成的不可放弃性也被认识到。如舍弃非法所有的目的,就无法将取走他人物品的行为认定为盗窃。^[21]M. E. Mayer(1875-1923)的研究也表明,在很多情形下犯罪构成并非只包括描述性的要件,不法并非像Beling强调的那样,只是客观定位,而是有主观不法因素的存

[18] 这一主张在19世纪末期遭受了Merkel的激烈抨击。尽管如此,这一学说却几乎毫不费力地成为了无限支配性的学说,其得益于两点:首先是当时盛行着因果的-机械的思维方式,其次这一学说似乎最好地解决了将客观违法性和主观责任相分离的学术任务。Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966,422.

[19] Welzel, Fn. [18],421.

[20] H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Beruecksichtigung des Privatrechts, 1911.

[21] Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36(1915), 19, 184.

在。〔22〕 Edmund Mezger(1883-1962)将该理论进一步深化构造。〔23〕 到19世纪30年代,主观构成要件理论已经被普遍接受,虽然在具体问题上还存有争议。在违法性部分,Mayer发现了规范的犯罪构成要素,因为这一要件具有纯粹评价确定的意义,它们应该属于违法性。对违法性不再只是形式上违法的理解,而是从实质上进行理解(实质违法性),据此不法根据法益侵犯的程度可以分层,而超法规的正当化事由被解释清楚并为司法判决所采纳。〔24〕 古典体系将违法性同责任清晰界分开来,而新古典体系则将违法性和犯罪构成该当性完全界分开来。

责任概念也处于内容转换之中。随着刑法学研究的深入,直观的心理学的责任概念出现了问题。早在1905年,犯罪构造体系就受到了正在兴起的规范责任论的影响。〔25〕 1907年,Reinhard Frank(1860-1934)在为Giessen大学法学院的祝贺文集中发表了著名的《论责任概念的构造》一文,提出责任概念的实质在于非难可能性(Vorwerfbarkeit)。在今天仍然具有支配性的规范责任概念由此创立。〔26〕 责任不再被视为犯罪主观要件的叠加,而是建立在行为决意或者注意义务之上的具有瑕疵的意志构建,如果没有使得行为人能被免责的精神心理缺陷或者超乎常规的状况出现,则行为人能够被非难。

犯罪概念中纯粹主客观要件的形式区分被舍弃,刑法追求目的的设定和内在的评价设定被采纳,客观(不法)/主观(责任)的基本模式瓦解,犯罪构成和不法不再是同一化,对法律因素从形式逻辑转向规范观察,古典体系为新古典体系所取代。然而,Liszt-Beling体系仍然是研究的基础,这一点至今也未改变。

(四) 犯罪构造的纳粹主义改造(1933-1945)

犯罪的体系化构造并非一帆风顺,20世纪30年代的德国已经笼罩着集权独裁的乌云,犯罪构造体系也未能逃脱厄运。与许多完全依赖暴力的集权独裁不同,纳粹政权在一定程度上将刑法作为迫害和恐怖的工具,并依靠纳粹刑法学家对刑法学进行了理论改造。这里不得不提及在当时居于支配地位的“基尔学派(Kieler Schule)”,即在纳粹统治时期由基尔大学的年轻教授组成的倡导建立纳粹主义“新法学”的团体,刑法学方面的代表人物主要是Georg Dahm(1904-1963)和Friedrich Schaffstein(1905-2001)。

1933年,年轻的刑法学者Dahm和Schaffstein相聚于基尔大学,很快他们成为了刑法学领域方向性的代表人物。1933年,Dahm和Schaffstein合作发表了《自由刑法还是威权刑法》一

〔22〕 Mayer, Die Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 18, Anm. 21 und S. 181.

〔23〕 Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GerS 89(1924), 207; Ders., Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift fuer Traeger, 1926, 187.

〔24〕 RGSt 61, 242.

〔25〕 自1905年开始,Liszt在其教科书中增加了“实质意义的责任(Schuld im materiellen Sinne)”,以对应于“形式责任(formelle Schuld)”。Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1905, S. 117. 正如德国学者所指出的,这已经受到了正在兴起的规范责任论的影响。Schuenemann, Fn. [16], § 20.

〔26〕 Frank, Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs. Festschrift fuer die juristische Fakultät in Giessen, 1907, S. 519.

书,正式吹响了刑法纳粹主义改造和重构的号角。^[27]与基尔学派相呼应,马尔堡(Marburg)大学的教授 Erich Schwinge(1903-1994)和 Leopold Zimmerl(1899-1945)撰写了《本质观察与具体的规则思考》,明显将传统学术中的价值中立同纳粹主义的价值观念混合。^[28]在纳粹主义国家学说背景之下,刑法学要求从形式犯罪概念向实质犯罪概念转变,从根本上拒绝将学术限制在形式法律概念的范围内。“拆分思维”之下的犯罪构造体系明显束缚了纳粹主义刑法学家的手脚,犯罪构造必须另辟蹊径。刑法学寻求了“本质观察”的道路,对犯罪和犯罪人进行整体考察。基尔学派基于整体思维方式,想超越传统犯罪构造体系,试图拆除作为“刑法的软骨头”的免除罪责事由,使得分则的行为适用根据政治考虑成为可能的行为人类型。^[29]纳粹主义对犯罪构造体系的改造表现在如下方面:^[30]①对不法进行整体和实质思考。Dahm 和 Schaffstein 对不法进行了模糊界定:行为、犯罪构成和违法性应该不再被拆分;自然生活过程和法律评价的区分被消灭。犯罪具有实质,应该被整体理解。犯罪的性质和据此的法律表述主要根据犯罪人的实质确定,这再度取决于其在共同体中的状态。同样,基于行为人的内在态度和思想,就像其在行为时所表现的,从意志的特性进一步推导出犯罪。②要求废弃犯罪构成该当性和违法性的拆分。③要求废弃违法性和有责性之间的区分。Schaffstein 宣称,纳粹主义法律更新的基本观念使得违法性和责任的融合成为必然要求,要求放弃违法性和有责性之间的区分。根据 Dahm 的观点,“责任恰恰是不法”。通过对传统犯罪构造体系的批判,纳粹主义刑法学家勾勒出了新的犯罪构造:违法性应当吸收所有的主观和客观犯罪条件,而这两个方面应该再次通过整体的行为概念被联合,也就是“整体的犯罪类型”。

在纳粹主义刑法学家的犯罪构造中,传统犯罪构造体系被解散,犯罪各组成部分被拼凑成了“犯罪类型”这样一个无拆分的畸形形象。从而,犯罪认定成为了直觉的实质观察,虽然简单通俗,但却是危险的。随着纳粹政权的垮台,基尔学派及其所构建的犯罪构造理论也被废弃。

(五) 犯罪构造的苏联模式移植(1949-1990)

1949年5月23日,民主德国正式成立。民主德国刑法学将苏联视为导师,^[31]对刑法和刑法学进行了苏俄化改造。1968年1月12日,民主德国刑法典颁布,过去适用的1871年帝国刑法典和1958年刑法补充法也被废止。

在犯罪构造方面,苏联的犯罪构成理论被移植到了民主德国。犯罪被认为具有社会危害性、违法性、道德政治非难性和可罚性,其仅仅是针对作为整体的犯罪行为的。它们同为一个

[27] Dahm und Schaffstein, *Liberales oder autoritaeres Strafrecht?*, 1933.

[28] Schwinge und Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937.

[29] 在这一过程中,作为犯罪构造新古典体系代表人物的 Mezger 开始仍然想沿袭“拆分思维”,坚持犯罪构成该当性、违法性、有责性之间的拆分,结果受到了敷衍的责备。1938年,他发表“作为整体的犯罪”一文,允诺在 Schaffstein 的意义上和其所要求的“整体思维上”继续思考。Mezger, *Die Straftat als Ganzes*, ZStW 57(1938), 675 ff.; Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, S. 214 ff.

[30] Marxen, Fn. [29], S. 214 ff.

[31] John Lekschas und Joachim Renneberg(Hrsg.), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1978, S. 105.

行为的不同方面,互为前提,紧密相连,不可分离。只有通过整体,才能表明犯罪的实质。因此,这一犯罪构成理论反对犯罪的要件拆分和体系构造,特别是不法和责任的拆分。民主德国的犯罪构造采纳了苏联教科书中具有代表性的四方面要件的构造:犯罪客体,犯罪客观方面,犯罪主观方面,犯罪主体。犯罪不同的特性不是由单个的特别的犯罪构成要件反映,而是通过整体的犯罪构成。只有犯罪构成完全充足,犯罪才能成立。^[32]

不难看出,苏联移植到民主德国的犯罪构造明显是建立在“整体思维”基础之上的实质判断,即犯罪各要件之间只是进行相对的区别,强调了彼此关联和缺一不可,而犯罪的本质属性是犯罪成立与否的真正标准。这是一个相对简单和直观的判断,却具有很大的弊端。1990年,民主德国并入联邦德国,包括犯罪构造理论在内的民主德国刑事立法和刑法学作为整体都不复存在。

(六) 犯罪构造的目的主义体系(二战结束—20世纪60年代)

在联邦德国,犯罪构造延续着新古典体系的发展。目的主义(Finalismus)在20世纪30年代首先由 Hans Welzel(1904—1977)创立,其方法论建立在对抽象思维的放弃和自然主义的回归基础之上。然而,目的行为理论的发展及其对犯罪构造体系的影响,主要是二战后的事情。

目的主义的出发点是目的意义地理解行为概念,这一概念是目的主义犯罪构造体系的基础。^[33] 人的行为并非改变外部世界的纯粹作用,而是“目的性的实施”。行为的目的引导在三个阶段实施:目标的心理设定,必要的行为方式的选取和准备,行为在现实世界的实施。犯罪构成该当行为的目的同故意并列,故意因此成为犯罪构成的部分。目的行为论为犯罪构造体系带来了三个关键性的根基改造:违法性认识从故意中排除,成为了责任概念的一部分;错误相应地区分为构成要件错误(当今德国刑法第16条)和禁止错误(当今德国刑法第17条);教唆和帮助只有在故意的主行为中具有可能(当今德国刑法第26、27条)。^[34] 此外,将故意从责任转移到犯罪构成中进一步导致了实质违法性的新概念:故意和其他的主观犯罪构成因素据此形成了犯罪的“人格不法因素”,并同客观犯罪要件共同构成法定犯罪构成的“行为不法”;而对犯罪构成保护的法益的损害或者威胁被理解为“结果不法”。人格的不法因素共同形成了“人格不法理论(personaler Unrechtslehre)”的基础。相应的,故意犯罪构造的新规则也转换到过失的概念中,过失从此成为了既属于不法的犯罪构成也属于责任的有别于故意的独立可罚形式。过失获取了犯罪构造的双重状态:作为不法犯罪构成的部分,过失在于在符合犯罪构成的结果的客观可预见性方面违反了必须的客观注意义务;作为责任的部分,过失在于行为人对于符合犯罪构成的结果的人格责任,通过考虑欠缺导致结果的注意和预见的非难可能性予以确定。^[35]

今天,目的行为论已为支配性学说舍弃,但目的行为论相应重构的犯罪构造体系却在当代

[32] Thea Lyon, Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR, 1960, S. 87 ff.

[33] Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 7 ff.

[34] Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 212.

[35] Leipziger Kommentar(Walter), 12. Aufl., vor § 13 Rdn. 24.

刑法学中被普遍认可,且独立于备受争议的目的行为概念而被单独理解。从司法实务来看,司法判决也明显受到了目的主义犯罪构造体系的影响。^[36]

(七) 犯罪构造的当代发展(20世纪70年代至今)

当代犯罪构造的支配性体系建立在从新古典体系沿袭下来的体系位置同目的主义实质结论相结合的基础之上。^[37] 犯罪构成、违法性和有责性的三阶层犯罪构造已经定型。行为概念的学术意义在于基础。作为不法类型和责任类型的犯罪构成被区分为客观犯罪构成和主观犯罪构成。纯属人为创设的客观归属理论(Lehre von der objektiven Zurechnung)在外部结果和行为之间盛行,尽管其在许多具体问题上还存在争议。违法性也包括客观因素和主观因素。正当化事由是对应于犯罪构成的独立理论,是消极的犯罪构成要件(negative Tatbestandsmerkmale)。责任意味着行为的非难可能性,以责任能力、违法性认识和责任排除、宽恕事由的不存在为前提。故意和过失都承担着双重机能:既出现在犯罪构成之中,也出现在责任阶段;属于主观不法犯罪构成的类型要件(Typus - Merkmal),也作为表达对法律敌意的责任要件。^[38]

在此基础之上,犯罪构造体系的不同流派也不断涌现。目的主义之后,犯罪构造体系最重要的流派暂时是机能主义(Funktionalismus)。根据其精神导师 Roxin 的设想,犯罪构成要件必须同刑事政策的目的设定相协调一致:犯罪构成同立法规定的主旨相对应;在正当化事由中涉及到冲突解决,这必须根据实质秩序原则所限定的数量进行解决;而在责任部分,责任被基于刑罚目的理论进行了刑事政策的改造。责任排除事由不仅包括期待可能性(Zumutbarkeit),而且必须考虑一般预防和特殊预防。从而,Roxin 在传统的责任要求中增加了一般预防的可罚需求,将这样一个新的体系概念综合成“答责(Verantwortlichkeit)”(机能主义的责任概念)。责任不仅被视为刑罚的依据,而且也被视为刑罚裁量的界限,在这一界限之下可以根据一般预防和特殊预防的需要判处刑罚。^[39] 从司法实务来看,虽然联邦法院在许多具体问题上采纳了 Roxin 的学术观点,但机能主义犯罪构造体系目前尚未被司法判决采纳。然而,鉴于 Roxin 在德国的影响,这一体系被司法判决采纳并成为支配性学说的可能性还是比较大的。

除了机能主义犯罪构造体系,Eberhard Schmidhaeuser(1920 - 2002)也对犯罪要件的目的进行了体系化构建,提出了自己的体系主张。在这一体系中,犯罪和刑罚的事实联系居于显著地位,刑罚仅仅具有一般预防的目的。关于刑法的解释,在放弃将法律的最大涵义作为所允许的解释界限的前提下,Schmidhaeuser 通过区分条文犯罪构成(Wortlauttatbestand)和解释犯罪

[36] 例如联邦法院的大刑事审判庭承认违法性认识是责任要件,且通过处理禁止错误为刑法第17条的引入作准备。BGHSt 2, 194. 刑事审判第五庭将故意视为犯罪构成的要素。BGHSt 4, 76, 78. 刑事审判第二庭关于主行为的故意要求的判决是引入刑法第26、27条的前奏。BGHSt 9, 370, 378 ff. 而且,大民事审判庭通过违法注意义务确定过失犯罪的行为不法。BGHZ 24, 21.

[37] 作为例外,由 Juergen Baumann 创立、Ulrich Weber 和 Wolfgang Mitsch 续写的刑法教科书仍然固守犯罪构造古典体系,认为故意只属于责任。Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 12 Rdn. 33. 这在德国的现行刑法教科书和评注中是绝无仅有的。

[38] Muenchener Kommentar(Freund), 1. Aufl., vor § 13 Rdn. 13; Walter, Fn. [35], vor § 13 Rdn. 26.

[39] Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973, S. 10, 15, 26, 33.

构成(Auslegungstatbestand),以最大程度保障自由。而故意概念的分解是这一体系中最显著的特征:认识因素同违法性认识被归入责任,而意志因素和目的被归入不法。^[40]此外, Jakobs 也对责任做出了不同于传统的理解,将责任仅仅理解为社会刑罚必要性的机能,如将责任视为法律忠诚动机的不足。^[41]而在2006年,命名为后目的主义的犯罪构造体系被提出:它将不法和责任归入第一个阶层,错误将根据统一的规则处理,不再区分为犯罪构成的错误和禁止的错误;第二个阶层与不法和责任没有关系,汇集了实体法的所有可罚性限制或确定的规定,传统的责任排除事由也位于其中。^[42]随着德国刑法学研究的不断深入,犯罪构造体系的新主张必定会不断被提出,这种各家争鸣的局面恰恰是有助于犯罪构造体系的完善和刑法学的长足发展。

二、德国犯罪构造体系百年演变的启示

回顾德国现代刑法学的发展历程,犯罪构造的体系化可谓为刑法学家数百年的不懈追求,而三阶层犯罪构造体系则是这一历程的成果结晶。虽然犯罪构造的体系化历尽磨难,非体系化的整体思维和实质考察一度凸现,但三阶层犯罪构造体系仍然顽强屹立并不断发展完善。可以说,拆分思维和体系逻辑是人类社会发展的必然要求,而与之相应的犯罪构造体系化是刑法学发展到一定阶段的必然产物,也必将会促进刑法学和刑事实务的进一步发展完善,这就是德国犯罪构造体系的百年演变带给当下中国刑法学的启示。

(一) 犯罪构造模式与刑法发展状况

犯罪的范围有多大,如何认定犯罪,是人类社会一直在探索的问题。在很长一段时间内,受认识水平的限制,对于犯罪注重个别判断和整体认识,侧重具体问题的把握。而对于犯罪的本质思考,即实质的犯罪概念,在人类社会早已有之。然而,对于犯罪成立一般条件的体系构造却是直到现代刑法才进入视线的,而这一体系的真正产生距今也不超过150年。

依靠模糊的本质理解,侧重对具体犯罪的认定,从整体上把握犯罪,在现代刑法学之前的欧洲同样如此。即使在现代刑法学的早期,德国刑法学家仍局限在对具体问题的研究上,如Carpzov及其追随者在故意、正当防卫等具体问题上做出了巨大贡献。然而,真正意义上的学术进展和对于后世的影响主要是从体系化探索开始的。^[43]只要引起了危害结果的发生就构成犯罪,这种客观归罪在现代刑法之前并不鲜见。而思想上敌视统治者的行为也经常被认为犯罪,主观归罪也是存在的。在这样的背景之下,德国刑法学家开始思考犯罪认定的一般条件。为后世刑法学作出不可限量贡献的归属理论就是在这个时候由Samuel Freiherr von Pufendorf(1632-1694)和J. S. Fr. Boehmer(1704-1772)创立发展的。这一概念适合于整个法

[40] Schmidhaeuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1975, S. 23 f., 52 ff., 112, 140, 178 ff.

[41] Jakobs, Schuld und Praevention, 1976, S. 31 ff.; Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S. 25.

[42] T. Walter, Kern des Strafrechts, 2006, S. 1, 196 ff.

[43] Schmidt, Fn. [4], S. 169.

律体系,但对刑法的后续影响最为明显。在这一概念之下,人们不再将行为所引起的所有结果都归到行为之下,而只是那些依赖和受意志支配的结果。只有这些结果才能归属为意志的结果。归属理论包括两部分,一部分是归属可能性理论的前提及其排除,另一部分为归属的概念。归属可能性是归属的前提,所有的身体力和精神力称为归属可能性。行为人对于一个可以由其决定实施与否的行为负有责任,这就是责任的基础。体系化区分正当化事由和免除责任事由还没有进行,违法性和有责性的一般概念类型在此也没有出现。Pufendorf 不检验正当防卫和紧急避险是使得犯罪“正当化”还是“免除责任”,正当防卫和紧急避险的行为不存在归属可能性,这就够了。^[44]正是在这样一个基础之上,刑法学中后来出现了客观归属和主观归属的划分。然而,体系化的区分却远未出现。即使在犯罪构成这一概念被引入德国并进行实体化转换后,对于犯罪的界定还是比较直观和模糊的。在 Stuebel 的研究中,犯罪成立的条件被认为包括不法(犯罪构成理论视为类型化的不法)和犯罪归责,不法和犯罪归属的区分已经形成。Merkel 将犯罪构成区分为客观犯罪构成和主观犯罪构成,在主客观犯罪构成都符合之后,再进行主观归责。至此,我们可以看出当时的犯罪构造模式:先检验是否存在犯罪;如果存在犯罪,再检验犯罪是否可以归责于行为人。

随着人类认识水平的不断提升,特别是 Jhering 对客观违法性的发现,使得违法性同作为主观的责任的区分十分明显。而 Binding 的规范论进一步使得人们认识到违法不是对刑法条文的违反,而是其背后的意义,从而使得违法性同犯罪构成的区分也成为了必要。这样,犯罪构成、违法性和责任的三阶层犯罪构造也就基本成型。跟当时的刑法学研究水平有关,而且跟人类的习惯思维有关(进行主客观区分是人类的习惯思维,而且也相对容易),加之限制法官权力、保障人权这一目的,对犯罪进行主客观区分的构造体系也就成为了必然。可以非常清晰地看到,Liszt - Beling 体系其实就是一种犯罪成立要件的主客观体系构造。

犯罪的体系构造的意义是无可限量的,Liszt - Beling 体系的创立使得刑法学的研究在体系思维之下不断向前推进。不法中的主观要素(主要是犯罪目的和正当化事由中的主观方面)和规范要素的发现,客观责任要素的立法规定,这些例外情形的不断出现使得人们开始质疑原有体系。正是因为犯罪构造体系使得违法性得以独立,刑法学家才开始从实质意义上理解违法性,从而提出了超法规的正当化事由。在刑法学新认识的基础上,刑法学家对犯罪构造体系必须进一步修正,新古典体系开始流行。

虽然历经了纳粹主义对犯罪构造体系的非难,体系仍然在推动着刑法学向前发展。受目的行为论影响,除了目的,刑法学家认为故意和过失都应当纳入犯罪构成部分。而体系的变动又带来了刑法学研究的不断深化,如对错误的认识的加深。而战后兴起的客观归属理论等刑法学研究的新成果不断完善着犯罪构造体系,促进着这一体系的不断健全发展。可以预见,犯罪构造体系不可能是一成不变的,必将会随着未来刑法学研究的进一步加深而发展。

总之,犯罪构造体系是刑法学家的人为创设,看似偶然,实则必然。这是无数刑法先哲研究成果的最终凝结,是刑法学研究发展到一定程度的必然结果。而反过来,犯罪构造体系的定

[44] Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, S 84 ff.

型又有助于刑法学研究的深入,犯罪构造体系自身的不断发展就是最好的佐证。一言以蔽之,没有现代刑法学的发展,就没有犯罪构造体系;而没有犯罪构造体系,也不可能对刑法学研究的不断深入。

(二) 犯罪构造模式与刑法思维方式

回顾人类社会的发展史,不难发现,刑法学的研究是从实质考察走向形式考察,从整体思维走向拆分思维。这样一个思维方式与人类社会的发展水平密切相关,但是在一定时期也会受到其他目的设定因素的影响。

在人类社会发展的很长一段时期内,由于认识水平的限制,人们习惯于通过将具体的行为规定为犯罪,从而实现对犯罪的界定(具体思维)。而对这种具体思维进行辅助的是实质的犯罪概念,即通过犯罪的本质去界定犯罪(实质观察)。而在这种本质思维和具体思维之下是整体思维。也就是说,对于犯罪不是按照不同的阶段或方面进行检验,而是依据具体的罪名和犯罪的本质整体地认定犯罪。随着罪刑法定原则的兴起,犯罪的实质概念在犯罪成立要件中的地位受到冲击。行为只有事先为刑法规定,才能被认定为犯罪,犯罪的形式概念被重视。罪刑法定原则和犯罪形式概念产生之后的很长一段时间内,对于犯罪成立一般条件的体系化构建还未出现。即便是1871年诞生的德国刑法典,有了罪刑法定、犯罪分层、违法性认识、正当防卫、紧急避险、未遂、共犯、罪数等众多在今天看来还非常完善的刑法制度,有了成熟的分则的规定。关于盗窃罪的规定,除了1998年4月1日的第六部刑法改革法增加了第三人盗窃目的以外,其余一直没变,就是最好的佐证。然而,犯罪的体系构造还未出现。^[45]此时,法官凭借自己的司法经验在司法活动中运用总则和分则条文判断犯罪的成立与否。至于是先判断什么后判断什么,没有一个固定的模式,司法经验在这一时期起到了重要的作用。随着刑法学研究的进一步发展,一方面是更多的具体刑法概念的研究不断深入,另一方面是依靠分则具体认定犯罪的思维模式的不安全性日益显现,对犯罪成立的一般条件进行梳理和构造受到了刑法学家的重视。在前期,刑法学家所创设出的犯罪成立条件的构建仍然是形象的和平面的(如将犯罪构成区分为客观犯罪构成和主观犯罪构成),各要件虽然拆开,但之间的界分并不明确(如犯罪构成与违法性的界分、违法性与责任的界分)。可以说,拆分思维已经孕育,但并未成型。随着刑法学的不断发展,犯罪成立条件不断被拆开并置于不同的阶段,彼此独立,而各阶段之间的关系被明确界分,特别是违法性和责任的明确界分。这一思维的最终结晶就是三阶层的犯罪构造体系。犯罪成立的各个要件被拆分成犯罪构成该当性、违法性、有责性,彼此之间存在明确的界限,整体思维和实质观察不再被允许,实质思维在整个犯罪构造中的决定作用已不复存在。

犯罪构造的三阶层体系产生之后,在拆分思维模式之下,犯罪认定的安全性大大提高,而刑法学的发展也得以蓬勃向前。然而,拆分思维模式之下对犯罪的体系构造是不利于专制集

[45] Thomas Vormbaum/Juergen Welp(Hrsg.), Das Strafgesetzbuch, 1999, Band 1:1870-1953, S. 1 ff.

权政权罪刑擅断的。一个非常简单的道理,拆分思维使得依据实质犯罪概念进行犯罪的任意认定成为不可能。犯罪构成是犯罪成立的第一阶段,也是犯罪成立的范围,而违法性判断和有责性判断都是对犯罪成立范围的不断限缩。而且,违法性和有责性判断都是独立的,必须先后分别满足才能成立犯罪。这是专制集权政权所不能接受的。于是,整体思维和实质考察在三阶层犯罪构造之后又在一定时期和区域内被复辟。1933年,纳粹政权上台之后,原有的刑事立法和新的刑事立法都按照政治领袖的意志进行转化,而整个刑法学也按照纳粹主义的要求进行改造和重构。由于转向义务违反观念和行为人刑法,拆分思维之下的三阶层犯罪构造体系显然限制了上述观念,于是犯罪构造体系被批判和废弃,要求实质和整体式的概念构建和犯罪构造。基于实质犯罪观的立场,维持拆分是“无法实施和应受责备的”;因为只有行为和行为人方面被整体考察,实质当罚性的问题才能解释清楚。犯罪的概念被要求根据大众的感觉进行理解,犯罪被要求根据本质进行实质理解,形式犯罪概念被废弃。犯罪构成符合性和违法性的拆分被反对,符合犯罪构成即意味着违法的观念被坚持,犯罪构成的概念和词语应该从刑法学中消失,用不法的整体和实质思考。行为、犯罪构成和违法性不再被分解,而违法性和有责性之间的区分也被要求废止,一个内在要件和外在要件的区分被采纳。^[46] 这些实际上不是纳粹刑法学家的创设,而只是一种回归,即回归到过去的整体思维和实质观察。这种整体思维和实质观察的模式十分简单形象,但后果的严重性,恐怕在此无需赘言。

苏俄刑法中的犯罪构成理论也是一种典型的实质思维和整体观察。苏联犯罪构成理论反对犯罪构成该当性、违法性和有责性为标志的界分,特别是不法和责任的实质界分。实质犯罪概念在苏俄刑法中具有核心地位。只有通过整体,才能表明犯罪的实质。一个犯罪的存在,只需通过检验犯罪构成符合性,即所有的法定的犯罪要件作为整体。犯罪不同的特性不是由单个的特别的犯罪构成要件反映的,而是通过整体的犯罪构成。只有犯罪构成完全充足,它们才出现。在检验构成要件符合性时,封闭的犯罪过程根据历史过程被划分为犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四方面要件。苏联犯罪构成理论是犯罪构造的非体系化,因为它只是将犯罪构成划分为不同部分,彼此之间是不容许拆分的,特别是违法性和责任的混同,不具备体系的特性。显然,这种整体思维和实质观察不是苏俄刑法学家的独创,而只是一种思维方式的回归。而这种思维模式之下的犯罪平面构造肯定不是一个胡乱拼凑的结果,而是带有很强目的追求的结果。强调犯罪的实质概念,强调对犯罪本质的认识,在这种整体思维之下各要素之间界分不明确,用所谓的诸如社会危害性的特性就能较容易地根据需要认定犯罪,从而对于犯罪的认定具有一定的任意限缩性。这样一个犯罪构造模式恐怕也不是苏俄刑法学家独创的成果,称之为一种回归,也许更为合适。至于这种模式的内在逻辑弊端,容后再叙。

(三) 犯罪构造模式与刑法逻辑需求

如果我们通览所有的法律部门,不难发现,刑法的体系构建是最明显的,而其中的逻辑性

[46] Marxen, Fn. [29], S. 214 ff.

要求也是最强的。在其他的法律部门中,很难找到一个像犯罪构造这样逻辑性要求极强的概念,而犯罪构造逻辑性的最高要求就是体系化。这一现象绝非偶然,而是由刑法这一部门法的特性所决定的。刑罚关乎人的生命、自由、财产等权利,而在人类很长的历史中,罪刑擅断的事情并不鲜见。从而,面对犯罪概念,人们的思考比其他法律概念更为全面,也更为深入。罪刑法定原则之后,犯罪形式概念的出现,犯罪不再允许根据实质进行任意判断,刑罚权的动用必须被严格限制。在这一背景之下,犯罪成立的一般要件也被要求进行体系化构造。各要件被设置在犯罪构造的不同阶段:行为是犯罪构造的基础,只有被认定为行为才有成立犯罪的可能;而只有符合了犯罪构成,行为才形式地成为犯罪,犯罪构成就成为了犯罪成立的最外围的界限;犯罪所违反的不是刑法条文,而是其所蕴含的规范,故违法性的单独判断成为必要,而符合犯罪构成的行为可能并不具有违法性,如正当防卫、紧急避险及其他超法规正当化事由;而侵犯法益的违法行为还需要进一步检验是否存在主观上的阻却或减轻,这就使得有责性的判断成为必要。简言之,三阶层犯罪构造体系实质上是在拆分思维之下对犯罪认定不断修正的过程。可以看出的是,三阶层的犯罪构造体系是一个逻辑严密的体系,符合了人类对犯罪认定的基本逻辑顺序,各要素之间逻辑严密,实现了体系内无矛盾。前文的研究已经表明,通过“外在的”和“内在的”、客观和主观的对犯罪实施平面整体构造,是最为容易和简单的。移植于苏联的中国犯罪构成理论其实就是这样一种简单的犯罪构造模式,同苏联模式同属一类。然而,简单的却恰恰可能是不正确的。限于篇幅,这里只涉及犯罪构造的内在逻辑问题。

以对不法侵害人实施正当防卫将其杀死为例,讨论两种犯罪构成模式的逻辑差异。根据三阶层的体系构造,首先必须认定行为人符合故意杀人的犯罪构成,只是正当防卫排除了违法性而已。这在逻辑上是无矛盾的。而如果依据中国犯罪构成理论,这里存在一个问题:是先判断行为人的行为符合故意杀人罪的犯罪构成,然后认定行为人杀人的行为符合正当防卫,从而再次否定故意杀人的成立呢?还是在判断故意杀人的过程中认定行为人的行为符合正当防卫,即在符合犯罪构成之前就认定了正当防卫的存在,从而根本就不符合故意杀人罪呢?“我国刑法中的犯罪构成,是指依照刑法的规定,决定某一具体行为的社会危害性及其程度,而为该行为构成犯罪或成立犯罪所必须具备的一切主观要件和客观要件的有机统一。”〔47〕“犯罪构成是刑事责任的惟一依据。”〔48〕根据这些表述,符合了犯罪构成的行为也就自然符合了相应的犯罪。因此,如果先认定符合了故意杀人罪的构成要件,就构成了故意杀人罪,再通过正当防卫是无法否定犯罪的成立的。如果是在对行为进行故意杀人罪的构成要件判断之中或之前就认定了正当防卫的成立,则在逻辑上是荒谬的。“排除犯罪性行为,是指那些在形式上似乎符合某种犯罪构成,而实质上不具有社会危害性和刑事违法性,从而不构成犯罪的行为。如正当防卫、紧急避险、依照法律行为、正当业务行为等。”〔49〕可见,如果故意杀人罪的判断都没

〔47〕 高铭暄主编:《新编中国刑法学(上册)》,中国人民大学出版社1998年版,页88。

〔48〕 同上注,页88。

〔49〕 同上注,页272。

有被认定,对未构成犯罪的行为首先进行正当化事由的判断完全是多此一举,也是不被现代社会所容许的。可见,包括正当防卫在内的正当化事由在中国犯罪构成理论中的地位是尴尬的,逻辑上是矛盾的。说到底,在中国刑法中能够进行正当防卫的判断,必然是一种实质考察和整体思维。对此,中国犯罪构成理论直言不讳:“我国刑法中排除犯罪性行为的理论是建立在犯罪构成是本质特征与法律特征相统一的犯罪构成理论之上的,研究排除犯罪性行为,有利于我们进一步理解犯罪本质特征与法律特征的关系。”〔50〕而在实质思维和整体思维中,很难说是有一个体系的,起决定作用的恐怕还是社会危害性的判断。如此将犯罪构造寄托在法官的良好判断之上是可能的,但必然也是危险的,让社会大众去承担这样一个安全风险,恐怕更是不合适的。

违法性和责任的混同是苏联模式的一大特征,这实质上也是整体思维和拆分思维最关键的差别。著名的1884年的玛格丽特案(Mignonette - Fall)已经彰显了区分违法性和责任的意义。〔51〕在现代刑法学中,法律思维必须从实质思维走上规范思维。其特征就在于,严格区分实然和应然、评价和现实、规范和事实。〔52〕犯罪构成主要是一个事实确认。违法性主要说明例外,在此该当构成的行为的违法性通过诸如紧急防卫、紧急状态或职务义务等被排除。而在之后的责任判断阶段,主要考虑被视为该当犯罪构成和客观上被评价为违法的行为在人格上是否能够被非难,他是否应当承担负有责任的否定。将犯罪界分为三个不同但彼此衔接的判定和评价步骤,具有高度的理性和法律适用的安全性,且使得通过评价阶段的区分可以获得公正的结果。然而整体思维和实质考察之下的犯罪构造模式反对违法性和有责性的区分,认为违法必然意味着有责。实际上,违法性和有责性的判断是有差异的,违法性主要针对行为的评判,而有责性主要针对行为人的评判。不承认二者之间的区分,诸如期待可能性之类的刑法制度就难以在犯罪构造中寻觅到合适位置,犯罪构造的内在逻辑更是无从谈起。

(四) 犯罪构造模式与刑法后发优势

刑法学的发展是一个长期积累的过程,需要一代又一代的刑法学人为之坚持不懈。惟有如此,刑法学才能走上良性的发展轨道,国家的刑事立法和司法才能不断完善。然而,这并不是说刑法学的发展不可以利用后发优势。今天,历经数百年的发展,德国刑法学已经日益成熟完善,其中影响世界最深和最广的应属三阶层的犯罪构造体系。而中国受政治因素影响移植于苏联的犯罪构成理论的弊端日益显现,这种整体思维和实质考察的危害不限于犯罪构造体系,而是影响了整个刑法学的发展和刑事实务的运作。这样的背景之下,如果我们能够引入德

〔50〕 同上注,页273。

〔51〕 三个非常脆弱的英国海员在历经了一段非常饥饿的航行后,将另一个陷入半死状态之中的年轻海员杀死并食用,以维持生命,直到四天后被一艘路过的船只营救。这三个船员被英国一家法院判处死刑,但随后被Viktoria女王赦免。Radbruch在读到英国的这个判决时认为,在肯定像玛格丽特案一样的紧急状态的行为情有可原(gerechtfertigt; justified),法院却错误地不能予以宽恕(entschuldigen; to excuse)。Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 1956, S. 57 ff.

〔52〕 Georg Dahm, Verbrechen und Tatbestand, 1935.

国的三阶层犯罪构造体系,等于是节省了从整体思维到拆分思维,最终创设出三阶层犯罪构造的数百年时间。而且,德国犯罪构造体系诞生至今已逾百年,经过数代刑法学家的不懈努力和司法适用的不断检验,今天已经是相当成熟了。我们可以充分利用后发优势,直接引入最为先进和成熟的犯罪构造体系,避免德国在犯罪构造问题上所历尽的徘徊。也只有在引入德国体系的前提下,诸如期待可能性、错误的划分、违法性认识等问题才会在适当的体系引导下不断深化,并不断推动体系的完善。

需要特别指出的是,三阶层犯罪构造体系是一个看似复杂,但实质上更符合逻辑和理性的犯罪构造模式,在司法适用中更为简便。在这样一个体系中,由于整体思维和实质观察的排除,犯罪的认定更具有规律性和明确性,有助于司法实务效率的提升和案件准备性的把握。人权入宪,意味着人权保障的观念成为了行使国家权力的宪法要求,刑事司法适用更应当注重人权保障。犯罪构造应当保护社会免受犯罪的恣意和保障犯罪人免受国家的恣意。人类历史已经向我们表明了形式拆分思维和整体实质思维何者更适合于实现这一目标。在这样的背景之下,废弃苏联模式,引入德国三阶层犯罪构造体系是必然的选择。而且,这一犯罪构造体系中逻辑严密的拆分思维也能够更为清晰地界定犯罪,有助于确立公民的法律信仰和法治观念。

充分利用后发优势,要求我们引入最为先进和最契合中国国情的犯罪构造体系。换言之,我们应该引入三阶层犯罪构造理论中最精华的流派并进行本土化改造,将其设置为最契合中国国情的犯罪构造体系。当前,宽严相济的刑事政策深入贯彻,在刑事实务中起着重要的指导作用。在这样的背景之下,我们应引入德国最为先进的机能主义犯罪构造体系,将宽严相济的刑事政策和犯罪构造体系相结合,在罪责原则的限制之下最大程度地实现对犯罪的宽严相济,将体系构建和问题思考紧密结合,从而最好地实现一般预防和特殊预防,实现法律适用的法律效果和社会效果的最佳统一。本文认为,宽严相济的刑事政策同机能主义犯罪构造体系完全能够契合,宽严相济的刑事政策也能更好地渗透到刑法的方方面面,真正实现其应有的功能和价值。这不管是对中国刑事立法,还是于司法实务,抑或刑法学的健康发展,都大有裨益。

(责任编辑:蒋 莺)