

三阶层体系与我国犯罪论体系的重构

汪东升¹, 魏启敏²

(1. 中国人民大学法学院, 北京 100872; 2. 株洲市人民检察院 湖南 株洲 412008)

摘要: 在当下刑法学界关于我国犯罪论体系的论争中, 德日三阶层犯罪论体系因其富有层次感和逻辑性的构造深受追捧。但其能否成为我国犯罪构成体系重构的基石和核心, 亟待司法实践的检验。

关键词: 犯罪论体系; 三阶层体系; 四要件体系

中图分类号: D924

文献标识码: A

文章编号: 1674-117X(2011)06-0037-05

Restructure of Three - Tier System and Criminal Theory System of China

WANG Dongsheng¹, WEI Qimin²

(1. Law school, Chinese People's University, Beijing 100872, China;

2. People's Procuratorate of Zhuzhou City, Hunan, Zhuzhou, 412008, China)

Abstract: The three - tier system of current criminal theory in Germany and Japanese has been well recognized by scholars during the debate about the system of criminal theory of China in the field of criminal law in view of its good administrative levels and logic. Whether the system of criminal theory can become the foundation or not, it needs to wait for the test of the time and the judicial practice in our country.

Key words: criminal theory system; three - tier system; four elements system

犯罪之于整个刑法理论的意义, 就好比地基之于一座大厦的意义。犯罪论是指以刑法总则的规定为基础, 探讨犯罪成立的一般要件的理论。犯罪论的目的在于, 通过明确犯罪的成立要件, 控制裁判官以及涉及搜查、追诉活动的警官、检察官的判断, 进而保证刑法得以正确适用。^[1] 犯罪构成理论又称犯罪成立理论, 它的任务是探讨刑法分则个罪构成要件的共性和特性, 从而为判定犯罪提供标尺。一句话, 犯罪成立理论为司法者提供了统一认定犯罪的外在标准与内在尺度。^[2] 如果说犯罪论是整个刑法理论的基石, 那么犯罪成立理论则是这一基石的核心。犯罪成立理论的研究牵引着整个刑法理论向前迈进。

近些年来, 四要件一统天下的局面被打破, 各

家各派在这个混沌的年代不断推陈出新, 刑法学界关于犯罪论体系研究正上演着春秋战国般的“百家争鸣”, 越来越多的学者推崇德日的三阶层犯罪论体系。在笔者看来, 三阶层体系作为新进学说在短短数十年内能有目前这般颠覆性影响实属不易, 这表明三阶层体系旺盛的生命力, 但其能否成为我国犯罪论体系重构的基石和核心, 亟待司法实践的检验。

一 三阶层体系的自我形象

犯罪成立理论不是从来就有的, 它是伴随人类文明进步的结果。在古代以结果归罪的年代根本不需要犯罪成立理论。自资产阶级启蒙思想运动后法律跨入现代文明之门开始, 刑法在对抗封建罪

收稿日期: 2011-09-28

作者简介: 汪东升(1986-), 男, 安徽安庆人, 中国人民大学博士研究生, 主要从事中国刑法、比较刑法研究;

魏启敏(1963-), 男, 湖南株洲人, 湖南省株洲市人民检察院干部, 主要从事刑法研究。

行擅断中不断地自我完善,近代法治精神要求对行为人定罪量刑时不能再以客观或者主观定罪,由此研究犯罪成立的理论横空出世。

犯罪构成要件术语,在西方刑法史上曾经历了从诉讼法意义到实体法意义的转变过程。“构成要件”观念(类似于后期形成的“犯罪构成”提法)来源于中世纪意大利纠问程序中的“Corpus delicti(罪体)”概念。这种纠问诉讼制度须经过一般纠问和特别纠问两道程序:即首先在一般纠问中须确证有某种犯罪事实的存在,在此基础上才能对特定的行为人进行特别纠问。后来这一概念传到德国,由德国刑法学者克莱因翻译成“Tatbestand”一语——在当时这一语词仍然只具有诉讼法上的意义。将刑事訴訟法意义上的“Tatbestand”赋予实体法意义的是德国刑法学者费尔巴哈和施鸠贝尔。但在整个19世纪,构成要件始终缺乏明确的刑事实体法上的“标准”意义。20世纪初,在德国刑法学者贝林格、迈耶等的努力下,才将构成要件从个罪的概念中抽象出来发展为刑法学总论体系的基干。^[3]现代的犯罪成立理论20世纪发端于贝林,最终至迈耶大体完成三阶层体系:构成要件该当性—违法性—有责性。这一体系建立在将类型化的犯罪加以抽象的基础上,即把刑法分则规定的具体犯罪构成抽象成一般的犯罪构成。同时,将犯罪构成要件同犯罪停止形态、罪数和共犯等问题联系起来,从而形成了庞大的犯罪论体系。

“所谓体系,就是按照一定原理所组织起来的有关知识的统一体,在刑法学上,以刑法的目的、机能为基准,将对于实现该机能来说相互协调的知识进行统一化、组织化,这就是体系构成的任务。”^[4]犯罪论体系是将影响犯罪成立的各种构成要素加以组织排列,使其有序化、体系化,并运用这一体系对犯罪成立与否进行判断的知识系统。德国犯罪论体系理论形成至今已有一个半世纪,其内部组成纷繁复杂,各派学说精彩纷呈,也曾出现过二阶层体系、四阶层体系和五阶层体系。但对德国犯罪论体系最为经典的概括莫过于古典的三阶层体系,即构成要件该当性—违法性—有责性所构成的体系。

1. 构成要件该当性。也称构成要件符合性,是指行为人的行为与刑法分则所规定的具体个罪特征相符合的性质。即某一行为符合刑法分则具体犯罪各个构成要件的情况。行为是否具有该当性一般考虑以下因素:行为主体,行为客体,实行行为

及行为附随情状、因果关系,构成要件的故意和构成要件的过失。一般而言,行为符合构成要件该当性也就具有形式违法性。

2. 违法性。违法性是指行为对刑法所保护的合法权益或者整体法秩序的实质侵害性。行为具备构成要件该当性还不属于犯罪。是否构成犯罪,还须考察该行为是否具有实质的违法性。违法性是对不符合法益保护目的的法益侵害或者危险的引起。^[5]¹⁸对于违法性的本质,历来就有法益侵害说和规范违反说的争论。构成要件该当性具有推定违法性的作用,即只要是满足了构成要件该当性,即行为具有违法性。除非有特别的理由,即违法性阻却事由:正当防卫、紧急避险或者其他正当化事由。

3. 有责性。有责性,是指能够对实施违法行为的行为人进行非难可能性。“无责任既无刑罚”,这是近代刑法的基本理念责任主义的要求。之所以要求有责性,其中一个考虑是刑罚正当性的要求,要能够收到惩罚和预防的效果,就要求被科处的对象具有非难可能性,能够理解刑罚的效果和意义。^[5]¹⁹有责性的要素主要包括:责任能力、心理事实(故意和过失)及违法性认识、期待可能性等。

二 三阶层体系的优势

三阶层体系之所以能受到国内研究者的广泛关注,不单单是受大陆法系同气连枝的理论影响,也是其本身所蕴含的优越性使然。三阶层的逻辑严密,层层递进,对入罪实现逐项排除,契合了现代刑事法精神理念。而且三阶层本身还暗含着较多的理论切口,可以不断丰富完善其自身体系,形成巨大的理论争论空间,有助于刑法理论适应社会变迁的需要而不断进步。

1. 体系安排的合理性:防范风险。初次接触德国犯罪构成体系的时候就有一个感觉,这个体系是相当精细的。随着研究的深入,会逐渐发现,这种精细甚至达到了没有人能够完全把握的程度。在构成要件该当性—违法性—有责性三阶层体系中,每一个阶层,甚至每一个要素都不是随意设置的,这些阶层和各个要素都是为实现定罪量刑目的的。对比我国传统的四要件体系,德国犯罪构成体系不但有阶层递进,逐项检验排除的功能,还有就是它是一个动态的体系构成。超法规的阻却事由的发现,期待可能性理论的提出都能给行为人找到一个

可宽恕的理由。这种动态的体系随着社会的发展,不断进行自己的体系创新。反观我国四要件体系,在这一方面就要逊色很多。

日本著名刑法学家平野龙一博士认为,近代刑事法治确立了刑法三个基本原则:第一,“没有法律则没有刑罚”这一罪刑法定的原则;第二,刑法以法益保护为任务的原则;第三,无责任则无刑罚这一责任主义的原则。并进一步提出,刑法的基本原则其实是对应了刑法适用的三个危险:第一种危险,一旦发生使人心冲动的行为,就产生了强烈的感性的处罚的要求,法官面对这样的行为,存在虽没有法律上的规定却依据类推解释予以处罚的危险。第二种危险,一旦行为者的心性是恶劣的,那么不对行为在客观上对他人是否造成了什么损害进行充分的检讨就予以处罚。也就是,在行为者的心性是恶质的、行为的样态是违反社会伦理的场合,则其行为在客观上对于他人造成了怎样的妨害,也就是能否认为是侵害了被视为刑罚法规之保护对象的法益,对此没有予以充分检讨就予以处罚的危险。第三种危险,一旦被害是重大的,则不问行为者的主观面(不论能否对行为者予以非难进行充分的考量)就予以处罚。^[6]

平野博士认为,既然三种原则对应着刑法适用的三个危险性,相应的,犯罪论的体系构筑也必须围绕着尽力避免这些危险而展开,三阶层体系正好适应了这一要求。其三个阶层正好对应了刑法的三个基本原则,可以避免刑法适用的三个危险。构成要件该当性对应罪法定原则,可以防止第一种危险;违法性要求人们在入罪时做利益衡量,以便保护更大利益,体现保护法益原则,可以防止第二种危险;有责性对应了责任主义原则,要求刑罚施加的可谴责性,可以防止第三种危险。

2. 巨大的理论研究空间:派系争论。德国犯罪论体系基于其精密的逻辑构成,导致新旧两派在对构成要件、违法性、责任性三阶层的认识和论证过程中产生过诸多争论,这些争论有些至今还在继续。可以说德日三阶层犯罪论体系以其独特的结构造就了大陆法系刑法学学术的辉煌。反观我国四要件犯罪构成理论,似乎争论的过程总是:主观说、客观说到最后的折中说。讲究主客观相统一的结果就是使刑法理论走向平庸化,四要件体系能提供理论争鸣的空间并不是很多,对繁荣学术而言,四要件犯罪论体系是乏力的。

自李斯特—贝林体系创立以来,德国犯罪论体系内部对三阶层进行重组的努力就没有停歇过。在贝林的构成要件体系中,没有主观的构成要素和规范的构成要素,他的构成要件要素是记述的、无价值判断的。后来的新古典体系则认为,在构成要件要素中不仅要有客观的构成要件要素,也要有主观的构成要件要素和规范的要件要素。随后的受目的行为论影响而形成的目的论犯罪论体系,在对违法性理解上产生了法益侵害说和规范违反说的对立,进而形成结果无价值和行为无价值的争论,至今这一争论还在影响着刑法的发展方向。罗克辛的客观归责理论是在对传统因果关系反思的基础上发展而来,其对因果关系主观判断的过程中引入风险概念,试图将其判断规则客观化,这是对刑法中由客观推知主观模式的新的尝试。

除此之外,围绕着德日三阶层犯罪论体系内部各阶层和各阶层组成要素的争论,也体现了三阶层理论研究的巨大空间。在行为论上,就先后出现过因果行为论、社会行为论、目的行为论和人格行为论之间的混战。在对实质违法性认识上自威尔泽尔以后就出现了规范违法说和法益侵害说的对立,引发了行为无价值和结果无价值的论争。责任论先后出现过道义责任论和社会责任论、行为责任论和人格责任论、心理责任论和规范责任论的论争。

这些论争的出现虽然并不都是三阶层体系的功劳,但这些争论在三阶层体系中体现最为明显,论争也最为充分。近年来,关于德日犯罪论体系研究也促进了我国学界对刑事学派之争的重视,张明楷教授更是在其《刑法的基本立场》中呼吁形成学派之争。

三 三阶层体系亟待司法实践的检验

虽然三阶层体系有其独特优势,但对于三阶层体系的引进应当慎重,要考虑到其是否与中国的司法水土相适应。近年来,在理论界关于我国犯罪论体系的论争十分热闹,很多学界前辈都就此问题出版过专著,至于发表论文讨论犯罪构成体系问题的更是数不胜数。在提出笔者关于三阶层体系的想法之前,有必要简要回顾一下我国犯罪论体系论争的历史,大体勾勒其基本轮廓。

我国传统四要件的犯罪论体系发源于苏俄刑法,在当时的历史背景下,这是无可厚非的,也是必要和可行的。改革开放之后,国人视野大开,刑法

学界也不例外。自此之后大陆法系的以德日为代表的三阶层体系和英美法系的双层体系都进入了刑法学者的研究视野。从20世纪80年代开始就陆续有关于犯罪构成体系的论争,但这些论争主要是围绕传统四要件体系的不断完善而进行的,部分学者纷纷提出“二要件”、“三要件”和“五要件”理论。纵观这些讨论,可以发现他们并没有跳出四要件的圈子,只是在犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四要件上作加加减减或者排列组合。这些观点造就了今日改良派的主张。

随着论争的深入,部分学者开始向日本看,向德国看,于是就有了三阶层体系与四要件体系的对抗。这次论争要求彻底推翻传统,重建犯罪论体系,主张引入德日三阶层体系重建犯罪论,于是犯罪论体系论争从平面化走向了立体。这场论争标志着犯罪论主张的分野,主张三阶层体系的学者们可以称之为彻底的改革派。虽然对于如何引入三阶层体系以及引入何种三阶层体系在改革派内部也有不同意见,但总体上来说学界在犯罪论体系问题上,已经打破了传统四要件体系一统天下的局面,三阶层体系越来越受到刑法研究者的青睐。

但也有些学者对三阶层体系和四要件体系的论争保持了足够的清醒,认为无论哪种体系都各有其优劣,不能偏废一门,更不能盲目引进,导致犯罪论体系混乱。这些学者大体主张犯罪构成体系多元化,允许三阶层和四要件的同时并存,同时发展,建议多做研究后再做结论。

笔者赞同多元论,因为,关于犯罪论体系的论争不是那种“东风压倒西风”的关系,理论研究需要派系的论争,各种观点应当并存,要允许立法者、司法者和一般民众去甄别和选择,不能搞一言堂和话语霸权。虽然结论目前还遥遥无期,论争还在继续,但有一点可以肯定:无论谁在这场论争的最后胜出者,刑法理论研究必将随着论争而有所发展。我们不应害怕论争,我们需要论争,真理会在论争中越辩越明。

“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”,法律是用来解决实际问题的,法律不能总是停留在争论上,这样的刑法研究会迷失方向。因此学者在论证自己主张的同时应当结合中国司法实际情况,这样得出的结论可能更有说服力,建立在实务基础上的理论体系才是实事求是的体系。在学界各派就三阶层和四要件的优劣比较十分卖力,各执一词,争

执不下的情势下,我们要保持必要的警醒,不能忽视法律最基本的任务:解决问题。因此,无论是四要件还是三阶层,最终的目的都应该是更好地解决刑法问题,要为司法实践服务。目前学界的讨论很少有来自司法实务者的声音,也很少关注两种犯罪构成体系在实践中运行的实际效果,这一点值得反思。对于这场争论,笔者无资格评判什么,只是想提出几点疑虑,供大家思考:

1. 与刑法规范相协调的问题。对于我国犯罪论体系研究,无论是改革派还是改良派都无法忽视这么一个问题:三阶层犯罪论体系与我国现行刑法规范之间的协调问题。我国刑法的规定与犯罪构成理论基本上是苏联刑法与苏联犯罪构成理论的翻版,因而两者之间是具有兼容性的。而在我国刑法规定并未修改的情况下,直接采用大陆法系的犯罪构成理论体系,两者是否能够兼容呢?这个问题不解决,很难清除在我国采用大陆法系犯罪构成理论体系的顾虑。^[7]

中国法律界目前最缺乏的不是理论,这么多年来我们四处借鉴国外理论,法学理论界在改革开放后的几十年里似乎也掀起了法律的“洋务运动”。但就目前来看,拿来主义是行不通的,法学理论、立法和司法实践之间存在着巨大的鸿沟。刑法学也面临同样的问题,德日的理论虽好,但不能直接用于我们的立法和司法实践,中国有着自身的特殊情况,不能照搬。从理论到规范,规范到实践是一个漫长的过程,这一过程的每个要素都要相互协调,如果要素之间不协调那么再好的理论其实也只是幻象。

2. 司法官的接受问题。德日三阶层体系为学界提供了巨大的理论研究空间,但这些纷繁复杂的体系到底如何应用到我国的司法实践中去?我国司法官在面对三阶层犯罪论体系的时候,掌握和运用这一体系是否会因三阶层体系本身的复杂性而变得相当困难?在中国实用主义思维模式下,精密的三阶层犯罪论体系适用时候其效果是否会大打折扣?传统的四要件犯罪论体系和德日三阶层犯罪论体系真的区别那么大吗?这些问题困扰了笔者很久。应该承认,三阶层体系的逻辑性和层级性确实比我国传统的四要件体系在某些方面要强,三阶层体系能够给理论界提供更大的理论研究空间,但司法实践中引入如此精细的理论是否必要和可能?三阶层体系是否符合中国人的思维习惯,这

不无疑问。现在论争似乎是就理论而理论,缺少对中国司法文化、司法现状和司法官心理的考量。这些都是我们在考虑改良还是引进的重要参考,不能不加以谨慎的研究。

3. 三阶层的实效问题。三阶层犯罪论体系在德日的司法实践中起到何种作用,有何实际效果,有没有实证研究过,这对我们借鉴其体系有着重要的参考价值。毕竟,我们引进该体系是拿来适用于中国司法实践的,而不是为了单纯的理论研究。在我们考虑引进三阶层犯罪论体系之前,我们应该先认真地研究三阶层体系,然后对其作出独立的客观评价,而后才能考虑是否采用。评价犯罪论体系优劣不能仅仅从书面论述,从逻辑对比中得出结论,这样的结论是书生气的结论,是不可靠的。真正的优劣需要在实践中见分晓,因此考察三阶层体系在德日司法实践中的实效问题是必要的。对于三阶层体系可以进行理论研究,但不能操之过急地应用于实践。

在目前中国刑法学界受德日犯罪论体系影响越来越深刻的情况下,大陆法系犯罪论体系的强势地位需要我们在进行相关研究时加以警惕,避免因陷入不同程度的自卑而失去对理论本身的审度和批判能力,从而使得对该理论的研究成为单纯的引进和臣服。^[8]

4. 如何借鉴的问题。即使我们推翻传统的四要件体系而采用德日三阶层犯罪论体系。传统犯罪论体系中有无值得保留和加以改造的精华之处?英美法系的理论有无借鉴的可能和必要?这都是我们选择之前需要考虑清楚的问题。正如有学者批评的那样:在犯罪论研究中,我们习惯于将德日模式与中国大陆刑法模式进行对比性分析,而对于其他几种模式,如法国模式、英美模式却似乎视而不见。即便对德日模式,论者们也很少考察它的发展脉络,特别是不太关注“构成要件符合性—违法性—有责性”基本模式背后涌动的一些变化。这造成一种假象,即这样一种德国模式似乎是最好的范本,进而我们可以或者应当抛弃现行理论并沿用这一模式。对此,我们不得不设问:德国模式是不是最好的范式?它是否还存在理论和实践上的明显局限性呢?^[9]德日的三阶层体系是需要借鉴的,那其他犯罪论体系呢?笔者认为,在三阶层体系研究尚不成熟的情况下,不应当仅仅将刑法的未来锁定

在三阶层体系上。正确的态度是兼容并包,集众说之所长,借鉴吸收其他国家犯罪论体系中的合理部分。

总之,必要的学术争论对刑事法治进程是有好处的,我们需要不同理论体系来揭示犯罪成立的真谛。学术之争可以将理论研究引向深入,学派的形成会迫使研究者思考自己的立场,并保持理论研究的一致性。学术之争可以使刑事立法更为完善,学者们在立法前的争论往往会在立法中体现,推动草案的形成和完善。学术之争可以使司法客观公正,理论的深入必然导致刑事司法的进步,引导法官向事实真相靠近,做出公正判决。^[10]但思考犯罪论体系问题,并不仅仅为了学术争论。犯罪成立理论指导着刑事立法,影响着司法实践对犯罪的认定。犯罪论体系本质上是个应用问题,而不仅仅是理论上的争鸣。无论是改良派还是改革派,都不能忽视犯罪论体系论争的核心:如何寻找到适合中国司法运用的犯罪论体系。这才是这场学术争论的关键点,也是这场学术争论的终结点。

参考文献:

- [1] 西田典之. 日本刑法总论[M]. 刘明祥,王昭武,译. 北京:中国人民大学出版社,2007:44-45.
- [2] 李立众. 犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试[M]. 北京:法律出版社,2006:2.
- [3] 冯亚东,胡东飞. 犯罪构成模型论[J]. 法学研究,2004(1):72-81.
- [4] 大谷实. 刑法总论[M]. 2版. 黎宏,译. 北京:中国人民大学出版社,2008:85.
- [5] 周光权. 犯罪论体系的改造[M]. 北京:中国法制出版社,2009:18-19.
- [6] 付立庆. 我国犯罪成立理论之重构:基本依托和意义所在[J]. 法学评论,2008(6):22-28.
- [7] 陈兴良. 犯罪构成:法与理之间的对应与紧张关系[J]. 法商研究,2003(3):21-23.
- [8] 方 泉. 犯罪论体系的演变[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2008:5.
- [9] 童德华. 哲学思潮与犯罪构成——以德国犯罪论的谱系为视角[J]. 环球法律评论,2007(3):20-27.
- [10] 张明楷. 刑法的基本立场[M]. 北京:中国法制出版社,2008:3-6.

责任编辑:黄声波