

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2023.03.009

论阶层不法评价向整体不法评价之发展

冷必元

(湖南工业大学 法学院, 湖南 株洲 412007)

摘要: 贝林在构建客观构成要件理论的基础上,认为不法评价是和构成要件关系不大的“违法性”评价,仅需进行违法性评价,而不需进行构成要件评价,就能得出行为是否具有不法性的结论。自从发现了主观构成要件要素和规范构成要件要素,构成要件就无法再作为一个客观的观念形象而存在;不法评价中,应将构成要件和违法性两者共同作为不法评价的基本要素。由此,要维持“构成要件是不法类型”的基本判断,就必须将构成要件和违法性共置于“整体不法构成要件”之下,使之成为“整体不法构成要件”的两个组成要素;如此,构成要件即不法的正面构成要件要素,违法性即不法的负面构成要件要素。“整体不法构成要件”理论正是在这样的理论背景下发展起来的,整体不法评价理论经历了从负面构成要件要素理论到整体不法构成要件理论的发展历程。

关键词: 阶层不法评价;整体不法评价;构成要件;不法

中图分类号: D914

文献标志码: A

文章编号: 1674-117X(2023)03-0069-15

引用格式: 冷必元. 论阶层不法评价向整体不法评价之发展 [J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2023, 28(3): 69-83.

On the Development of Class Illegality Evaluation Towards Overall Illegality Evaluation

LENG Biyuan

(College of Law, Hunan University of Technology, Zhuzhou 412007, China)

Abstract: On the basis of constructing the theory of objective constituent elements, Bellin believes that illegal evaluation is a “illegality” evaluation that has little to do with the constituent elements. The conclusion of whether an act is illegal can be drawn only by the illegality evaluation without the constituent elements evaluation. Since the discovery of subjective and normative constituent elements, constituent elements can no longer exist as an objective conceptual image. In illegal evaluation, both the constituent elements and illegality should be considered as the basic elements of illegal evaluation. Therefore, in order to maintain the basic judgment that “the constituent elements are the type of illegality”, it is necessary to put the constituent elements and illegality together under the “overall illegality constituent elements”, making them two constituent elements of the “overall illegality constituent elements”. In this way, the constituent elements are the positive constituent elements of illegality, while illegality is the negative constituent elements of illegality. It is under such theoretical background that the theory of “overall illegal constitutive elements” develops. The overall illegal evaluation

收稿日期: 2023-01-12

作者简介: 冷必元(1981—), 男, 江西修水人, 湖南工业大学副教授, 博士, 硕士生导师, 研究方向为刑法学。

theory has experienced a development process from the theory of negative constituent elements to the theory of overall illegal constituent elements.

Keywords: illegal evaluation of social class; overall illegal evaluation; constituent requirements; illegality

在中国大陆刑法学界,“整体不法构成要件”基本上尚属一个新名词。整体不法构成要件是整体不法评价理论的代名词。总体上看,中国大陆刑法学界对这一理论尚处于了解、学习和浅层次接收阶段,尚未出现高价值的研究成果,也少有学者运用这一理论深入分析刑法问题。整体不法评价理论认为,不法是一个不可分割的整体状态,不法由确立不法的要素和排除不法的要素组成,确立不法的要素是不法的正面构成要件要素,排除不法的要素是不法的负面构成要件要素。对于不法的成立而言,正面构成要件和负面构成要件具有同等重要的不法评价地位,两者缺一不可,缺少了正面构成要件或负面构成要件的行为都不是不法行为。在对行为不法的评价标准、评价方法、评价要素、评价范围、评价程序等方面,整体不法评价理论与阶层不法评价方法存在本质区别。随着构成要件理论的发展,不法评价方法经历了从“一要素不法评价”到“二要素不法评价”、从双层不法评价到整体不法评价的发展历程。

一、和不法评价无关的构成要件

德国刑法一般认为“构成要件是不法类型”,有日本学者将之翻译成“构成要件是违法类型”。不法行为,就是符合刑法构成要件的违法行为。不法评价,也即评价危害行为是否具有符合刑法构成要件的违法性,或称之为刑事违法性评价,也有学者简称为违法性评价。

(一) 犯罪类型的观念形象

德国刑法学者贝林(Ernst Beling)在构建客观构成要件理论的基础上,认为不法评价是和构成要件关系不大的“违法性”评价,仅需进行违法性评价而不需进行构成要件评价,就能得出行为是否具有不法性的结论。

贝林之前,从德国学者克莱因(Klein)到斯鸠贝尔(Stübel),构成要件理论在德国已有长足的发展历史^[1]。但是,直到贝林,才提出了纯粹

客观的构成要件理论。该理论的特色在于,其认为构成要件具有客观和记述的特性。首先,构成要件是客观的,它由一系列的客观要素组成,不包括主观要素;其次,构成要件是记述性的,其客观要素是对社会秩序规范的直观留影,而不存在对这一秩序的评价成分,这些客观性要素不存在规范性意义。

在贝林之前,李斯特(Franz v Liszt)已将犯罪的认定程序区分为不可或缺的两个层次,即违法与否的评价与是否承担责任的评价。违法评价的对象是具有社会侵害性的行为,但是,由于具有社会侵害性的行为种类繁多,刑法的违法性评价并不评价所有具有社会侵害性的行为,它只评价特定类型的社会侵害行为,具体而言,是立法者从诸多侵害行为中挑选出来的以构成要件表述的行为。正如李斯特所认为的,“‘犯罪’这种否定评价只能与违法行为有关。违法是指一行为在形式上与法制的要求或禁止背道而驰,破坏或危害了法秩序。但是,并非任何一个违法行为均应处罚。立法者从几乎不可能一览无遗的违法行为方式中,将一些特定行为筛选出来,并以此构成了应受刑罚处罚的具体犯罪的犯罪构成。只有那些在具体情况下具备犯罪构成特征,正如人们通常用术语所表述的那样,符合特定刑法规范的犯罪构成的行为才是犯罪行为。”^[2]李斯特这里所说的“犯罪构成”即贝林所说的“构成要件”,所谓“符合犯罪构成”,也即“符合构成要件”。违法性评价的对象行为只能是“符合构成要件”的行为。

贝林也认为,违法评价的对象只能是符合构成要件的行为。贝林构成要件论的特色在于,其认为符合构成要件的行为是犯罪类型的“观念形象”。犯罪类型由不同要素组成,“这些要素也许非常多,也非常复杂,它们在应被当作某独立犯罪类型时又回到了观念的形象中,该观念形象表达了该犯罪类型的共性,如果没有该观念形象,这些要素

就会失去其作为类型性要素的意味。”^[314]

立法者从侵害行为中所挑选出来的行为构成要件，是违法性的评价对象，是犯罪行为的骨架，揭示了该犯罪行为共同特征。贝林认为，组成犯罪类型的各要素中，“首要要素就是该犯罪类型所属的‘法定构成要件’。比如说，谋杀存在于‘杀人’之中；该行为系故意而有谋划加以实施的；‘杀人’是‘法定构成要件’，在此只是作为所谓‘客观构成要件’而表现为谋杀概念的组成部分。”^[316]贝林坚持认为，“杀人”这一谋杀的客观构成要件只是“谋杀概念”的组成部分，而不是“谋杀罪”犯罪类型的组成部分。“构成要件类型绝不可以被理解为犯罪类型的组成部分，而应被理解为观念形象，其只能是规律性的、有助于理解的东西。”^[315]

贝林的意思是，构成要件既没有包括构成犯罪的所有要素，也不带有任何的评价成分，其不是建立犯罪评价体系中的必要组成部分。原因在于：首先，构成要件没有包括构成犯罪的所有要素，它只是在犯罪类型客观要素基础上建立起来的客观形象，不包括认定犯罪所必要的主观要素。对于建立犯罪的“观念形象”来说，主观要素是不必要的。主观要素，是人的精神层面的存在，“主观性的认识明显来自于其客观方面”，它可以通过客观行为反映出来，构成要件行为所构建的“观念形象”能够反映行为的主观存在。所以，在“观念形象”中再塞入主观要素，多此一举。而且，“如果硬要把‘内在要素’从行为人的精神层面上塞入构成要件之中，那么就会踏上一个方法论的歧途”，构成要件作为犯罪和不法的客观“观念形象”就会被破坏殆尽^[316-17]。在认定犯罪行为是否成立这一评价活动中，构成要件仅为这一评价活动提供客观可视的评价对象，提供可直接反映在感官上的客观“观念形象”，它并不提供不法侵害行为的整体形象。这种纯粹客观性的“观念形象”，认识者可通过五种感觉，即视觉、听觉、嗅觉、味觉、触觉^[4]，进行直观认知，不需要通过在价值和规范判断的基础上进行评价而获取。

（二）客观记述性的构成要件

其实，构成要件中全部是记述性要素，这些要素并不带有规范的评价性质。客观记述性的构成要件“具有非常中立的性质”，“不可能存在任

何价值判断”^[5160]。贝林认为，刑法中存在一些貌似要结合法规进行判断的要素，如“他人”的财物、“合法”执行公务等，但是，只要这些要素是“有助于构成要件界定相关犯罪之行为，则仍不失其‘记述性’”，“无关记述性行为的违法性问题”，是客观中立的，仍然可以被视为非规范性构成要件要素^[314-15]。

不过，犯罪认定却是一种评价活动，无论是行为不法性质的认定，还是责任性质的认定，都是评价性的。由此，在贝林的犯罪体系设计中，构成要件不是一个认定犯罪的评价阶层，构成要件只是为评价提供了一个千篇一律的“观念形象”。“杀人”的构成要件为“谋杀”“伤害致死”和“过失杀人”提供了同样的“观念形象”^[317-8]，这种客观的、不带任何评价成分的“杀人”只是犯罪评价的前提事实。

由此，在贝林看来，构成要件的前提性事实不可能是不法评价的组成部分，构成要件和不法评价没有关系。“如果说，违法性表达了法律对行为的不允许，是规范的（价值的）概念，那么法定构成要件的功能，就是那些描述性地勾勒出刑法中相关的客观事实。对行为的法律评价，不可能在法律上规定出来。”法律上规定的构成要件和不法评价之间，“正如相互分割的两个领域”。

“需要特别说明的是，即使认定了某人行为已符合构成要件（如杀害了某人），也决不能判定他已经违法地实施了该行为（如导致他人死亡的正当防卫），也有违法却未符合构成要件的行为（如现行法律中的盗窃习惯 *furtum usus* 就是这样，并不具备构成要件符合性特征）。”^[3167-68]对于贝林的和不法没有关系的构成要件设计，苏联刑法学者 T·B·采列捷里、B·Γ·马卡什维里评论道：

“资产阶级刑法学者柏林格和他的拥护者断言，犯罪构成是没有任何评价因素的单纯的事实总和。按照柏林格的意见，只是确定行为符合犯罪构成，根本就没有解决关于该行为的违法性的问题。犯罪构成是一种纯粹描述性质的抽象的法律上的结构。另一方面，柏林格和他的拥护者们断言，关于违法性的论断也不是以犯罪构成为转移的。”^[6]这里所称的“柏林格”即贝林，“犯罪构成”即构成要件。另一苏联刑法学者 A·A·毕昂科夫斯基也认识到了贝林在对行为不法性质的评价中，

将这一评价任务完全委任于违法性阶层,而撇开了构成要件阶层。A·A·毕昂科夫斯基认为,“照这种观点看来,犯罪构成只是行为诸事实特征的总和;说明每一犯罪的行为的违法性,乃是犯罪构成范围以外的东西;法律上所规定的一切犯罪构成,都带有纯粹描述的性质,其中并未表现出把行为当作违法行为的这种法律评价。谈到行为的违法性,它好像是属于原则上不同的另一方面,即‘当为’的判断方面。”^[7]在贝林的设想中,构成要件只是一种与不法评价没有任何关系的客观叙事,苏俄刑法学者对贝林这一思想的把握是较为准确的。无论是T·B·采列捷里、B·Γ·马卡什维里,还是A·A·毕昂科夫斯基,都较准确地解读了贝林对构成要件和不法之间关系的预设。

中国刑法学者陈兴良教授认为,苏俄刑法学者,比如T·B·采列捷里、B·Γ·马卡什维里,并未能准确把握贝林构成要件思想的精髓,“我们可以发现苏俄学者对贝林的三阶层的犯罪论体系是多么的无知,因而充满了误解与偏见”^[8]。笔者认为对苏俄刑法学者的这种评价并不完全准确,一定程度上有失公允。苏俄刑法学者对贝林的构成要件理论难免存在某些“误解”。同时,注重意识形态的苏俄刑法学发展背景也注定了其学术上会存在一些政治“偏见”,但是,事实上苏俄刑法学者对贝林的构成要件理论并不“无知”,而是有比较清楚的认知,苏俄刑法学者比较清楚地认识到了贝林的构成要件是和违法性问题无涉的纯客观事实认定要件。苏俄刑法学者的这一解读,完全符合当代大陆法系刑法学者以及我国刑法学者对贝林构成要件思想的认识。比如德国刑法学者阿恩特·辛恩就认为,“在贝林看来,‘典型的’‘违法的’行为的观点是不正确的。构成要件的实现无论如何不能被认定与实现了不法联系在一起:‘认定实现了构成要件本身并不能说明什么。’在构成要件中‘看不到违法的意义’。因此,构成要件‘不具有任何的违法性要素’。”^[9]¹⁶我国刑法学者杜宇博士也认为,“贝林格的构成要件,不包含任何规范的、主观的要素,与违法性呈现出完全脱离的无涉状态。”^[10]²⁵

正因为构成要件和不法评价没有关系,构成要件的认识过程不是不法认定过程中的评价程序,

因此,贝林坚决反对那种将构成要件理解为“不法类型”的观点。他认为,像绍尔(Sauer)和梅茨格(Mezger)一样,“将法定构成要件理解为‘不法类型’”,这是“不可能的”。构成要件只是表明一种评价的前提性事实,它只是“犯罪类型的轮廓,是个无独立意义的纯粹的概念,永恒、普遍而无相”^[11]³⁹,它不带有任何评价性。如“杀害了一个人”是构成要件,而相应的不法表述应当是“违法地杀害了一个人”。构成要件“不含有任何的违法性要素,亦即根本不涉及任何违法性的问题”^[12]¹⁵⁹。不带有法规范评价性的构成要件和带有法规范评价性的不法评价是截然不同的。一个符合构成要件的行为,并不会引起刑法的关注,只有当该行为进一步具有了违法性,“才引起刑法上的关注”。根据贝林的认识,刑法上违法性的判断,甚至可罚违法性判断,其唯一评价要素就是“违法”评价,构成要件不能作为评价要素之一参与这一评价过程。

以要素是否具有评价性为标准,贝林将构成要件和违法性严格区分开来。作为客观、记述性的构成要件,它是独立于违法性评价之外的独立的犯罪“轮廓”。由此,构成要件在犯罪论体系中具有了独立的地位,它作为“观念形象”而与违法性、责任联系起来,成为了“刑法总论的犯罪概念中心”^[11]³⁹。

必须说明的是,贝林认为违法性评价是不法评价的唯一凭借和根据,他否定了构成要件对于不法评价的意义,其不法评价方法根本不同于以后发展起来的将构成要件也作为不法评价根据的不法评价方法。贝林的不法评价思路可暂简称之为“一要素不法评价”,此后将构成要件和违法性作为共同不法评价要素的不法评价思路亦可暂简称之为“二要素不法评价”。

二、反映和评价不法的构成要件

贝林以构成要件的客观、记述性展开了其不法评价理论。贝林的逻辑是,如果能够证明构成要件的确只是一个客观、记述性的“观念形象”,那么,对这一客观“观念形象”的认定就不需要任何评价,构成要件的认定就和所有的评价活动无关,当然也和不法的评价无关。随着构成要件理论研究的深入,越来越多证据证明,构成要件

不是“客观性”“记述性”的“观念形象”，而是“主观性”“规范性”的犯罪类型的观念形象，人们对这种“主观性”“规范性”的观念形象的认识，也只有评价的基础上才能得出。

（一）主观要素、规范要素的发现

和贝林同时代的德国刑法学者迈耶（Max Ernst Mayer）也关注了构成要件理论。首先，迈耶分析了构成要件中所包括的要素种类。他认为，构成要件要素分为两种，一是“与行为相关者”，二是“行为本身”，而行为本身又包括了“意思行为”^{[13]313}。“如果要研究意思行为，则需要明确将心理历程、意志、意义关联且具有一定动机的意志与外在的行为（事实）加以区分。”^{[13]313-314} 尽管迈耶认为反映行为人内心世界的“意思”是构成要件要素，但是，另一方面他又认为，“构成要件符合性概念通过法定构成要件的客观要件限定于行为的外在方面”，行为人的内在世界“只能通过其供述或行为的表达才得以推断出来”，“我们将构成要件符合性的概念限定于与法定构成要件的客观要件一致的行为的外在方面”^{[13]315-316}。迈耶认为存在主观构成要件要素，同时又否定在构成要件符合性判断中需要对主观构成要件要素进行判断。为了维持贝林构成要件是客观的“观念形象”的观点，迈耶不得已将这些主观要素定位为“主观的违法要素”，而不是主观的构成要件要素^{[14]36}。

其次，迈耶发现了构成要件中存在需要进行规范判断、价值判断的要素，他将这些要素命名为“规范性构成要件要素”^{[14]38-39}。所谓“规范的构成要件要素，是指单独即具有规定价值的意义，乃符合构成要件结果的组成部分”。比如对刑法上规定的“他人之物”的“他人”性应当如何理解？如果不将行为特征和民事法律的相关规定结合起来，就无法得出物之所有权的性质，无法判定对象物到底是自己之物还是他人之物。所以，此类“他人”的构成要件要素正是规范要素，这些要素“并不出现在外在世界中，而是发生于法律世界之中”^{[13]316-317}，无法脱离法律得出正确的规范要素认识结论。尽管迈耶发现了规范的构成要件要素，反对“价值中立的法定构成要件要素”概念，但是，他并不认为这些规范的构成要件要素是真正的构成要件要素，而是将之定位为“不真正的构成要件要素”，是“真正的违法要素”。迈耶

认为，这些要素虽说也有评价性，但是，它们是“评价与意思活动无关的结果的”^{[15]52}。他甚至还认为，这种规范构成要件要素是“起草法律条文的‘偶然的’产物，是可以消除的”^{[14]39}。

迈耶在构成要件中发现了一些非客观性、非记述性的东西，根据这个线索，他本应顺藤摸瓜、顺理成章地认为这些要素就是主观的构成要件要素和规范的构成要件要素，由此就可以肯定构成要件具有主观性、规范性的一面。但这样一来，迈耶势必会连带否定贝林对构成要件是客观“观念形象”的假设。由于“在迈耶的见解中残留着贝林的思想”^{[14]39}，他无法抛开贝林的客观“观念形象”的构成要件模型，因而，他不能否定贝林，就只能反过来否定自己，他认为自己搞错了，这些要素虽然从形式上看起来是构成要件要素，但实际上是“真正的违法要素”，不是构成要件要素。迈耶尽管未能否定和超越贝林，但他毕竟发现了构成要件中主观和规范要素的存在，“贝林的构成要件理论受到巨大震动”^{[9]16}，因而自他开始，离否定和超越贝林的假设也就只有一步之遥了。

德国刑法学者梅茨格（Edmund Mezger）在迈耶的基础上，大胆地承认了主观构成要件要素和规范构成要件要素的存在。

梅茨格确认了某些犯罪类型的构成要件中存在“主观的构成要件要素”，其主要包括三种犯罪类型，即表现犯、倾向犯和目的犯^{[16]76}。就表现犯而言，它是因行为者的内心表现而成立的犯罪，如伪证罪，证人展示了和自己记忆不相一致的证言这种“内心表现”。对于这种犯罪，构成要件符合性的判断中，如果不将这种“内心表现”作为构成要件要素，就不可能得出正确的行为形象。就倾向犯而言，它是行为的违法性决定于一定内心倾向的犯罪，如猥亵罪，行为人出于满足性欲的目的接触女性身体。构成要件符合性判断中，不得不找出行为人存在这种满足性欲的内心倾向。就目的犯而言，如伪造货币罪，行为人必须具有“行使的目的”，才能符合构成要件的规定^[17]。

梅茨格也确认了构成要件中存在“规范构成要件要素”。迈耶所说的那些“不真正的规范构成要件要素”“真正的违法要素”，实际上即是“规范的构成要件要素”。这些要素不同于主观要件

和记述性要件,在立法上并非“记述”的,在司法上也不能直观“认知”,“不能进行感觉的理解,只能进行精神的理解”^[18]。“‘规范’构成要件要素中,构成要件不法的前提条件是关键,该前提只有通过特殊的事实评价方能取得”^{[13]331},并不存在纯客观中立的构成要件,构成要件“应含有与目的相关的价值性在内”。梅茨格这种“走出一直以来逻辑上形式观察的方法,着眼于构成要件就法益保护之规定,具有何种法律文化目的内容”的构成要件观念,被称为“目的构成要件学说(Teleologische Tatbestandslehre)”^[19]。

(二) 作为不法要素的构成要件

既然认为构成要件是不法类型,那么客观的构成要件理论“一方面强调构成要件的定型作用,另一方面却将行为的故意与过失的责任要素排除在这之外”,这种缺乏主观不法要素的构成要件,其定型作用当然会被虚置^[20]。主观构成要件要素的发现对贝林构成要件理论的影响是,构成要件不再是一个纯粹客观的“观念形象”。日本刑法学者小野清一郎认为,“所谓构成要件是‘犯罪类型的轮廓’,是贝林最初的见解,我以为这是非常正确的。构成要件就是把社会生活中的事实类型化,进而把它作为一种法律上的定型概念规定下来”^{[15]7};构成要件当然可以作为一个“犯罪类型的轮廓”,作为一个“观念形象”,但是,在发现了主观构成要件要素之后,我们就不能再认为构成要件是一个单纯的“客观的”观念形象了。构成要件是一个观念形象,但它是一个既具有客观性同时也具有主观性的观念形象,它是犯罪类型所呈现的完整不法要素中除合法化事由之外的所有客观要素和主观要素的集合。

虽然完整的构成要件应是主观要素和客观要素的结合,但这两种要素在具体认定中是否可以拆分开来各自独立进行评价,像古典犯罪论代表贝林所做的那样,将客观构成要件要素从完整的构成要件中独立出来,单独将之作为犯罪类型的客观指导呢?德国刑法学者威尔泽尔(Hans Welzel)认为,“主观构成要件和客观构成要件是不可能拆开的,客观构成要件决定于主观的运作定律或至少与主观的运作定律有关。”认知心理学认为,“感觉、认识、思考和意欲的活动都是针对他们所投射的对象,在这些特定的心理经验

和他们的对象之间有一个特别的关系,就是‘目的性’,它给予所有心理经验所投射的对象一定的方向,而且也依照对象的结构引导活动的流程。换言之,目的性可以使得感觉、认识、思考和意欲等心理活动,依心理作用对象的结构而活动。”只有依“目的性”所构造的行为,才是“能够被构成要件评价的那种行为构造”^{[21]74-75}。按照威尔泽尔这一理论的演绎结果,只有意志支配下的行为才可能成为构成要件行为,才可能成为构成要件评价的对象;完整的构成要件必然是客观构成要件和主观构成要件的结合,客观构成要件和主观构成要件具有不可拆分的性质。

要确认一个行为是否具有不法性,也就是要确认该行为是否具有刑法上的社会危害性。刑法上的社会危害性的确认可以分解为三部分:其一是确认该行为是否造成了客观危害事实;其二是确认行为人对客观危害事实的形成是否有主观认知;其三是确认行为人是否具有合法化事由。如故意杀人罪,要完整确认有故意杀人的不法,就必须同时确认“行为人有故意剥夺他人生命的行为,而且该行为没有正当防卫、紧急避险等合法化事由”。在发现了主观构成要件要素后,故意杀人罪的完整构成要件就是,“行为人有故意剥夺他人生命的行为”。在对故意杀人不法性质的确认过程中,对“行为人有故意剥夺他人生命的行为”的确认,就属于构成要件符合性的判断;其中既包括“故意”的主观构成要件要素的确认,也包括“行为人剥夺他人生命”的客观构成要件要素的确认。由此可见,自从发现了主观构成要件要素,不法认定中的两部分内容,即客观危害事实的确认和主观认知的确认,都交给了构成要件符合性判断环节来完成。

梅茨格对主观构成要件要素的认识显然存在一定的局限性,因为他只是认可了表现犯、倾向犯和目的犯中有主观要素,而事实上随着目的行为论的提出,当下刑法学界在极为广泛范围内承认了主观构成要件要素的存在。多数学者认为故意、过失都是构成要件要素。由于所有犯罪行为的主观心态要么是故意,要么是过失,这就意味着所有犯罪类型的构成要件都具有主观构成要件要素,所有犯罪行为构成要件都具有主观性的一面。由此,所有犯罪行为的不法认定中,构

成要件符合性的判断都包括了客观危害事实和主观认知确认。

另外，规范构成要件要素的发现对贝林构成要件理论的影响是，构成要件不再是一种记述性的存在。记述性的要素可以为人们所直观认知，但是，规范要素却不然，对规范性要素的认识“必须斟酌四周的情况，被害者的理解方式、行为人的意图等，参照当时一般国民的感情，个别地、具体地决定。换言之，在作出‘这一行为大体上是否为刑法所禁止’这种一般的违法性判断以前，大体上是不能确定构成要件符合性的”^{[14]58}。规范性要素的确认必须结合法规范的评价和价值判断进行，规范性要素的认识过程是一种评价活动，而不是一种简单的观念直观反映。由于规范要素是被包容在构成要件当中，那么，我们对构成要件的认识就不应只是一种直观的观念反映活动，而应当和违法性判断一样，也是一种评价活动；构成要件判断和违法性判断具有相同的性质。对此，有学者提出了质问，“承认构成要件的规范性对犯罪论体系在结构上提出了新的问题，构成要件还能不能区别于违法性而具有犯罪体系意义上的独立性？”^[21]构成要件和违法性之间存在着难分难解的勾连，两者并不具有犯罪论体系上的独立性，就连坚持客观构成要件理论的三阶层犯罪论体系学者一般也会认为，“一个行为事实一旦满足了构成要件，亦即具备构成要件合致性时，即间接证明该行为事实具有不法”^{[21]65}。如此，客观构成要件理论既将构成要件合致性设定为中性无色，而在违法性评价阶段却又认为构成要件可以“间接证明该行为事实具有不法”，具有了不法评价意义，这明显是自相矛盾的。这种矛盾性也正揭示了构成要件和违法性之间密切的关联性，无法将两者分割开来。

和对主观构成要件要素的认识一样，梅茨格对规范构成要件要素的认识也存在局限性。梅茨格只是在一定范围内承认了规范要素的存在，他明显反对大范围的规范性构成要件要素陈列。他认为，构成要件“应尽可能地清楚表明刑法构成要件的‘记述’部分，以此压缩那些具有不确定性的‘价值评判’”，只有在“为获得构成要件行为而不可避免价值评判时，才‘鼓起勇气评价’”，规范要素应尽可能少用。但是，梅茨格的谨慎态

度并不能阻止规范构成要件要素在刑法中普遍存在的现状。何况，构成要件本来就是一种“法定”的存在，一种规范的存在，因此，构成要件要素必然是“全面地含有法规范的意义的”^{[15]52}，甚至那些“乍一看是记述的、客观的构成要件，其实在整体上也是规范性的、评价性的东西，它既把握了行为的客观方面，也把握了行为的主观方面”^{[15]56}。德国刑法学者沃尔夫（Erik Wolf）也认为，“即便是描述性的要素，例如‘人’或‘物’，如无法官的评价，则无可能予以确定，因而可以说所有的构成要件要素均为规范性的要素。”在全面地发现了构成要件完整的规范性之后，我们发现，“事实的描述与事实的评价根本无从加以分离”，刑法上对构成要件符合性的确认，其实就完全是一种评价活动。由此，“构成要件不再是‘评价的对象’，而是构成要件本身就包含有对于构成要件该当行为之直接的评价”^{[12]164}。

如上文所言，不法的确认可以分解为三个部分，其中，对行为客观危害和主观认知的确认，是行为不法性质确认不可或缺的组成部分。因构成要件完整地包括了行为的客观危害和行为人的主观认知状况，故对构成要件符合性的确认明显是为行为不法性质的确认服务的，构成要件符合性的评价是不法评价的组成部分。故此，构成要件是对行为不法性质的阐述，构成要件这个主客观一体的观念形象也部分反映了行为的不法状况。

行为的不法性质由客观危害、主观认知和合法化事由三部分表现出来，对这三个要素的确认就可以全面确定行为的不法状况。而客观危害和主观认知又共同归属于构成要件，可见，构成要件符合性和合法化事由状况是组成和确认行为不法性质的两个基本要素。由于是否具有合法化事由的判断程序学理上一般表述为违法性判断（狭义的违法性），所以，组成和用以确认不法的两大要素一般又简称为构成要件和违法性。不法内容完全可以全面地从构成要件和违法性中反映出来，构成要件和违法性共同反映和组成了不法类型。

在承认主观构成要件要素和客观构成要件要素基础上发展起来的不法评价思路，将构成要件和违法性两者共同作为不法评价的基本要素，因而不妨暂简称之为“二要素不法评价”。

三、作为“暂定的不法判断”构成要件

(一) 不准确的“不法类型”说与“暂定的不法判断”

梅茨格看到了构成要件对于不法的重要意义,他将构成要件和不法性之间的关系概括为“构成要件是不法类型”。对此,梅茨格论述道:“狭义的刑法中的构成要件,由于是通过规定不法来联结刑罚法规和刑法处罚,因此,构成要件是被‘类型化了的不法’。基于这个原因,构成要件的实质意义就是描述不法,构成要件并非像很多论文所认为的那样,仅仅是违法性的认识根据。”^{[16]75}

一个行为,如果符合了构成要件,而同时又没有违法阻却事由,就可以确认不法成立。由此,在不法评价中,构成要件符合性的评价是从正面进行的,是确认行为不法性质的存在;而违法性的评价则是从负面进行的,是否认行为不法性质的存在。因此,作为组成和用以评价不法类型的两个要件,构成要件是正面的不法要件,而违法性则是负面的不法要件。不法类型是在构成要件评价和违法性评价的共同基础上得出的结论,构成要件和违法性的共同作用构成了不法类型,单纯的构成要件或违法性都不可能称之为不法类型。梅茨格将构成要件看成是“不法类型”,以部分替代整体,并不正确。

其实,梅茨格也觉察到了他这个判断的片面性,他也看到了构成要件只是不法类型的组成部分,他不止一次论述道:“行为人实施该当构成要件的行为,除了存在违法阻却事由的情况,其他皆为违法行为。记述相关行为的刑罚法规中的构成要件,对于行为在刑法上具有违法性这一点具有重要的思考上的意义。也就是说,刑罚法规中的构成要件是违法性的效力根据、存在根据,当然,这样说是在行为不具有特别的违法阻却事由的情况下。如果存在特别的违法阻却事由,即便是行为该当构成要件也不具有违法性。”^{[16]75}他又补充论述道:“在构成要件的文献中,例如那格拉以及麦耶都认为构成要件是作为违法性征表的特示。这个特示并不意味着构成要件是作为证明行为违法性的内容(即如果存在违法阻却事由的情况下,行为不构成违法),构成要件作为违法性的征表,与违法性的联系可能比作为认识根

据更为紧密,除了在具有违法阻却事由的情况以外,构成要件是积极地赋予不法理由的因素。”^{[16]75}梅茨格以上所使用的“违法”一词,除“违法阻却事由”之外,其他都应解释为“不法”。由此,梅茨格的真实意思是,在有违法阻却事由的情况下,构成要件和违法性共同组成了不法类型;而在不具有违法阻却事由的情况下,仅考虑构成要件的内容就可以确认行为的不法性质,因此,该种情况下,构成要件就看似是一肩承担起了评价和呈现不法性质的任务。从形式上看,不具有违法阻却事由的情况下构成要件似乎就是不法类型。

但是,梅茨格的结论仍存在问题,在没有违法阻却事由的情况下,构成要件仍然不能单独成为不法类型。按照其对传统构成要件的定位,“构成要件之核心乃是指对于外在世界之客观事物的描述”,那么,仅利用传统构成要件是否可描述出行为不法的全部特性?梅茨格清楚地指出,“要求构成要件本身能够被客观的(外在的)事物竭尽为不法之描述,且这些事物必须是纯粹的描述性质,则在实际上并无可能。”^{[12]164}行为不法性质的确认,缺少违法性判断则难以为继。在没有违法阻却事由的情况下,只能说是从表面形式上看,违法性评价对行为不法性质的确定似乎没有发挥什么影响;但是,这只是表象而已,实际上,违法性评价依然发挥了重要作用。因为如果违法性评价没有发挥作用,这种情况下对不法性质的确认不需考虑违法性内容,那么我们是如何知道行为“没有违法阻却事由”的呢?这明显是在进行违法性评价后得出的结论。因此,无论在何种情况下,不管有无违法阻却事由存在,不法性质的评价都不可能缺少违法性评价这个环节,都是构成要件和违法性共同组成不法类型。

或许梅茨格也意识到了他所谓“构成要件是不法类型”这一论断不够准确,他又提出了另一个论断,“构成要件是违法性的存在根据,内含有暂定的不法判断”^{[23]122}。一个行为具有了构成要件符合性,只能说它具有了被评价为不法的可能性,不法的可能性判断是一种“暂定的不法判断”,这个判断是不能作为最终结论的,是完全可以推翻的。组成不法的两大要素,一是构成要件,一是违法性;因此,一个行为,不管是具有了构成要件符合性,还是具有了违法性符合性,都能够

暂时推定该行为具有了被评价为不法的可能性，这是不言自明的。

（二）“暂定的不法判断”和“最终的不法判断”

在大陆法系，“今天的不法构成要件概念（狭义的构成要件概念）也是作为该暂定的不法判断以构成要件概念为基础的”^{[23]122}。大陆法系刑法通说认为，构成要件具有不法性推定功能，一个行为符合了构成要件，就可以推定该行为具有了不法性；只要在后续的违法性评价中被评价为没有违法阻却事由，这种推定就能最终得以成立。构成要件的不法性推定功能说，其实就是“暂定的不法判断”的翻版，实质内容是完全一样的。

“暂定的不法判断”说正确吗？是正确的。如上所言，作为不法评价不可或缺的两大要素，即构成要件和违法性，两者符合其一，即能得出“暂定的不法”结论。除此之外，构成要件是“暂定的不法判断”这一结论还揭示了构成要件的一个重要特性，即“构成要件不再是‘评价的对象’，而是构成要件本身就含有对于构成要件该当行为之直接评价。构成要件乃是具有违法性判断在内，只不过亦具有保留（即在例外情形，有可能具有阻却违法事由）”^{[12]164}。“暂定的不法判断”揭示了构成要件亦具有不法评价的特性，其实质上属于不法评价要素。

笔者认为，“构成要件符合性判断是一种‘暂定的不法判断’”这种说法并不完全适当。

首先，认为构成要件符合性判断是一种“暂定的不法判断”，难免引人费解和误解。中国台湾学者陈志龙认为，“如果认为构成要件只是‘暂时性的’非价判断，即只具有‘部分的刑事不法’，并无法合理地解释为何在违法性层次则具有终极的、全部的刑事不法。”^{[12]165}同样是评价行为是否具有不法性的要素，何以在构成要件评价中得出的是“暂时的”“部分的”不法的结论，而在违法性判断中得出的却是“终极的”“最后的”不法的结论？这是否意味着，对于不法判断而言，违法性判断才是决定性的要素，违法性判断比构成要件判断具有更为重要的不法评价地位？正当行为，比如无过当防卫情况下的故意杀人行为，构成要件判断将这种行为定格为违反了刑事法规，具有“暂定的不法”性，这是否会让人觉得，此种行为“本来就是违法的行为”？^{[12]165}

其次，作为不法评价不可或缺的要素，可以说符合构成要件的行为具有了“暂定的不法”，也可以说符合违法性的行为具有了“暂定的不法”。符合构成要件的行为，只要没有违法阻却事由，这种“暂定的不法”结论就能最终得以成立；同样，符合违法性的行为，只要同时具有了构成要件符合性，这种“暂定的不法”的结论也能得以成立。由此，我们就可以认为，构成要件和违法性二者，不但构成要件具有不法性“暂定”功能，而且违法性也同样具有不法性“暂定”功能。既然如此，大陆法系的刑法理论中为什么厚此薄彼，单单强调构成要件评价的不法性“暂定”功能，而完全忽视了违法性评价的不法“暂定”功能？如果认为“暂定的不法”这一提法对刑法理论具有意义，我们在刑法理论中，就应当同等强调构成要件评价和违法性评价同样的不法性“暂定”功能。

但是，“暂定的不法”这一判断对刑法理论来讲并没有多大意义。“暂定的不法”判断是一种可能的不法判断，它表明行为可能具有不法性。刑法上要得出的结论，并不是“什么样的行为是可能具有不法性的行为”，而是“什么样的行为是具有不法性的行为”。更确切地讲，刑法上要得出的结论，是“什么样的行为是必然具有不法性的行为”。所以，在刑法上具有意义的不是“暂定的不法判断”，而是“最终的不法判断”。

四、整体不法评价的构成要件

刑法应当关注的是，什么样的行为才能形成“最终的不法判断”之结论，什么样的行为才能形成不法类型，什么样的认定标准才能最终确认不法类型。

（一）构成要件作为“不法类型”的初步实现

梅茨格的理想是将构成要件设置为“不法的存在根据”，符合构成要件的行为就可以确认为不法行为；在不法评价方法上，一个行为一旦符合了构成要件，就可以得出“最终的不法判断”结论。所以，根据梅茨格“构成要件是不法的存在根据”的阐述，可以知道，他的目的是将构成要件作为不法评价的唯一标准。但是，在当时的理论框架下，因为构成要件和违法性是不法类型的两大要素，同时符合构成要件评价和违法性评价的行为才能被确认为不法类型，才能形成最终的不法结论，

单纯符合构成要件的行为只能被认定为具有“暂定的不法”。因此,如果要维持其“构成要件是不法的存在根据”“构成要件是不法类型”的说法,梅茨格就必须对传统的构成要件理论进行改造。只有把不法评价的所有要素都纳入到构成要件中,这样的构成要件才可能是名符其实的“不法类型”和“不法存在根据”。因此,梅茨格理论的发展方向应当是扩大原来构成要件的内涵范围,将原来违法性的内容也纳入到构成要件当中。由此,新的构成要件既包括了原来的构成要件内容,也包括了原来的违法性内容,将所有能够反映和认定不法的要素统一囊括在新的构成要件中。实际上,梅茨格似乎也做了部分工作,至少,他“认为构成要件方系违法性的存在依据,二者并非独立之两阶层,应置同一阶层予以考察”^[24]。

梅茨格的理论发展至此,离实现真正的“构成要件是不法的存在根据”“构成要件是不法类型”,本来就只有一步之遥。如果跨出了这一步,重新设置构成要件的内容,构成要件理论就必将迎来新的纪元,但梅茨格最终并没有跨出这一步。他徘徊在新构成要件理论和旧构成要件理论之间,尝试着将构成要件与违法性合二为一^[25],但同时又认为只有在没有违法阻却事由情况下,符合构成要件的行为才具有不法性。他一方面认为“构成要件是不法的存在根据”,“是不法类型”,另一方面又认为构成要件是“暂定的不法”。梅茨格并没有对构成要件的内容进行新的增补,而只是形式意义上地认为构成要件和违法性之间不应当是相互独立的两阶层。正因为梅茨格徘徊在“构成要件是不法类型”和“构成要件是暂定的不法判断”之间,往往是站在“构成要件是不法类型”的立场,而解释的却是“构成要件是暂定的不法类型”的问题,因而他的理论架构表现得相当骑墙、摇摆不定和自相矛盾。

梅茨格没有完成的工作,很早就有学者尝试去完成,他们实现了梅茨格没有实现的跨越,这就是负面构成要件要素理论(或称之为消极构成要件要素理论)的提出。

负面构成要件要素理论的最大特色在于,它扩展了构成要件的范围,将原来属于构成要件和违法性的内容全部“统合”到构成要件当中。新的构成要件虽然也称之为构成要件,但已和旧构

成要件概念具有了本质区别。因为新的构成要件包括了旧构成要件的内容和违法性的内容,因而,新的构成要件包括不法的所有组成要素,仅仅根据新构成要件,就可以确认一个行为是否具有不法性质。不法的所有内容,都呈现在新构成要件当中,新构成要件成了真正的“不法类型”。根据新构成要件作出的不法判断结论,就不再是一个“暂定的不法判断”,而是一个“最终的不法判断”。在新构成要件中,原来旧构成要件的那部分内容称之为“正面构成要件要素”,而违法阻却事由的那部分内容则称之为“负面构成要件要素”。由此,一个行为,如果符合了正面构成要件要素而同时不符合负面构成要件要素,则具有了构成要件符合性,因而具有了不法性;但如果符合了正面构成要件要素而同时又符合了负面构成要件要素,则不具有构成要件符合性,因而不具有不法性。

随着新构成要件理论的形成,可以说,旧构成要件作为一个独立的实体已不复存在了。西原春夫认为,“回顾构成要件的发源地——德国学说的历史过程,就会发现:在此所表现出来的并不是构成要件论发展的历史,而是构成要件崩溃的历史。对于这一点,不止我一人,恐怕其他人也会有同感。”^{[14]56}西原春夫此处所讲的“构成要件”,也即旧构成要件。根据西原春夫的观点,构成要件的发展历史并不是“旧构成要件”理论发展的历史,而是“旧构成要件”崩溃的历史。西原春夫一语中的,这既是其对旧构成要件理论发展史的精辟概括和评述,同时也是其对渐渐远去的旧构成要件理论送上的挽歌。但应当注意的是,“旧构成要件”崩溃的历史,并不等于构成要件崩溃的历史;虽然旧构成要件理论崩盘了,但是,构成要件理论并没有崩盘,构成要件理论在旧构成要件理论的基础上浴火重生、凤凰涅槃,实现了向新构成要件论的跨越。

(二)取消阶层区分的不法评价:整体不法评价

根据负面构成要件要素理论,不法的评价需要正面构成要件要素和负面构成要件要素同时具备,对不法的评价必然是在两者的基础上协同进行,因而,它是建立在两要素基础上一步到位的不法评价方法。这和以往的不法评价思路是完全不同

的。贝林的不法评价思路，完全将不法评价任务委诸违法性评价层次承担，不法评价成了和构成要件符合性确认完全没有关系的活动。贝林之后的不法评价思路，包括梅茨格的不法评价方法，也即是大陆法系现今较为流行的不法评价方法，认为构成要件有不法推定功能，不法评价应当分两步走，第一步是利用构成要件推定行为具有“暂定的不法”性，第二步是经违法性判断得出“最终的不法”结论。

贝林的不法评价方法是“一要素不法评价”，这和负面构成要件理论显著有别。现今通行的不法评价方法是“二要素不法评价”，包括构成要件确认和违法性评价，就这一点而论，和负面构成要件要素理论的不法评价方法并无不同，负面构成要件要素理论的不法评价方法也正是“二要素不法评价”。但两者的显著区别是，现今通行的不法评价方法是一种双层不法评价方法，它认为不法评价应当分为具有先后性的两个阶段进行；而负面构成要件要素理论则认为两个要素的评价应当同时进行，没有先后之分，并不是一定要先确认正面构成要件要素的存在，第二步再确认是否具有违法阻却事由的存在，而应当两要素并举，协同进行。故此，和双层不法评价方法的最大区别是，负面构成要件要素理论的不法评价方法是一种整体性的不法评价方法。这种整体不法评价方法认为，不法表现在组成和反映其相互渗透、相互补充的各个要素当中，这些要素对于不法性质的确认而言，同等重要、不分先后、缺一不可。

双层不法评价方法固守构成要件具有第一位的不法评价优位性，其原因主要表现在如下方面：

坚持构成要件具有第一位的不法评价优位性，这一思想具有贝林理论的思想传承。根据贝林的理论，构成要件是犯罪类型的客观“观念形象”，如“杀害某人”“取走他人动产”这些观念形象，在刑法考察中，这是思考的起点，“如果人们愿意在刑法思考中进一步往前考察，那么就应当优先在指导形象集合中予以考虑”^{[3]5-6, 9, 30}。作为观念形象，构成要件在“逻辑上先于其所属的犯罪类型”，“所有后续研究都有赖于该问题的解决，该问题本身相对其解决的答案则具有独立性”。故此，构成要件作为观念形象，既具有独立性，又具有先在性，是必须放在第一位考虑的。

另外，贝林还认为，将构成要件放在犯罪论体系的第一位考虑，也符合法律和道德的区分。构成要件判断是一种客观的事实确认，其确认的是一个行为是否和法律规定的客观行为特征相符合，而违法性判断则是一种主观的道德评价。在犯罪判断中，“这种思考只有将‘客观的要素’确定为已发生事象时才是清楚的。从主观到客观要素的适用，司法上并不是以此为基本考察，该考察虽符合对人们行为道德的考察，而不符合法律的本意，法律在社会生活中是直接规范外在要素，只是结合外在要素才间接考虑内在心理要素”^{[3]31}。犯罪的判断，必须优先考虑客观的观念形象。由于不法判断是犯罪判断的一个环节，在贝林理论基础上发展出来的双层不法评价理论认为，不法的判断，也必须优先考虑客观的观念形象。

除贝林提供的理由外，现今刑法学说将构成要件符合性放在第一位考虑，主要是基于罪刑法定原则贯彻的考虑。因为只有具有构成要件符合性的行为才可能是不法行为，在不法判断的第一步就将不符合构成要件的行为排除，不将不具有可罚性的行为纳入不法评价范围，这就能够实现“法无明文规定不为罪”的理念。但是，构成要件优位的说法并不合理，早在鲍姆加腾和绍尔的时代，他们就发现构成要件和违法性之间具有一种“共生和相互渗透的关系”^{[3]26}，这一关系决定了构成要件优位考虑的设想不可能实现。

西原春夫在对构成要件的价值性特征进行深入研究的基础上，总结了四种情况：其一，构成要件要么是由规范构成要件要素组成，要么是由描述性构成要件要素组成，对于规范性构成要件要素的认定，必须以违法性的判断为前提；而即使对于描述性要素，很多情况下也要进行缩小解释或者扩张解释，这种情况下，构成要件符合性的判断也是以违法性的判断为前提的。其二，对于社会相当行为，具有社会相当性也即意味着要否定构成要件符合性，这种情况有必要以违法性判断作为前提。其三，对于不作为犯，特别是不纯正不作为犯，在确定构成要件符合性之前，有必要事先确定行为人是否存在作为义务违反，这就有必要进行违法性判断。其四，对于过失犯，在确定构成要件符合性之前，需要确定行为人是否存在注意义务，而注意义务实际就是一种违法

性判断。至此,结论只能是,构成要件符合性的判断本来就是以违法性判断为前提的,或者至少应当说构成要件和违法性之间存在着一种“表里关系”^{[14]74-75}。

根据双层不法评价理论的观点,违法性的判断不能缺少构成要件事实作为前提,构成要件事实为进一步的违法性判断提供评价对象和评价材料。而根据西原春夫等人的研究又可知,构成要件的判断也离不开违法性判断的协助,没有违法性判断,构成要件判断也就没有办法开展。所以,构成要件和违法性之间实际上存在一种相互交织、相互渗透、互为表里、相辅相成、相互为用的关系。可以说,在不法判断中,脱离构成要件的违法性是没有意义的,而脱离违法性的构成要件也是无法存在的。也许,我们可以抽象地从理论上为犯罪类型人为地营造一个客观的“观念形象”,设置客观中立的特性;但是,就实际来源以及构成要件和违法性背后存在的实体而言,这种客观的“观念形象”不可能存在,而且,实际应用和不法评价中,这种客观的“观念形象”也没有实践上的价值。日本刑法学者小野清一郎认为,贝林所谓“观念形象”的构成要件概念,“多少已经堕入抽象性的、纯学术性的概念中去,从而失去了实定法的意义。我们的构成要件理论,并不是法实证主义的,但也不应该离开实定法的立场。构成要件概念一旦失去实定法的意义,构成要件理论就不再是实定法的理论,同时也无法保障作为它的特色之一的体系性结构的确定性”^{[15]16}。

所以,要保持构成要件在现实生活中的意义,要保持构成要件的实定法意义,就不能无视构成要件和违法性之间存在的特殊关系纽带。用负面构成要件要素理论的语言来讲,也就是以反映和评价不法为中心,不法不可或缺的两个要素,即正面构成要件要素和负面构成要件要素之间存在着一种相互交织、相互渗透、互为表里、相辅相成、相互为用的关系。脱离正面构成要件要素的负面构成要件要素,是没有对象和缺乏基本素材的;脱离负面构成要件要素的正面构成要件要素,就缺少了判断的前提或至少说缺少了自我呈现的协助者。因此,正面构成要件要素和负面构成要件要素必须同时存在,你中有我,我中有你,作为一个不可分割的整体而存在。

负面构成要件要素理论正是抓住了正面构成要件要素和负面构成要件要素之间存在着这种天然的“相互”关系,因而在扩大构成要件概念的基础上,将两者同时放置于一个扩大化了的构成要件容器中,将两者结合为一个整体。

当然,在负面构成要件要素理论基础上所建立起来的构成要件,已不再是原来那个剔除了合法化事由的构成要件,而是一个完整包含正面构成要件要素和负面构成要件要素的整体性的构成要件。应当说,负面构成要件要素理论“名”和“实”并非完全相符,因为这一理论中,实际上既包括了“负面构成要件要素”,也包括了“正面构成要件要素”,单纯称之为“负面构成要件要素理论”或“正面构成要件要素理论”,都有偏废一方之嫌。之所以当时的理论倡导者在命名之时没有统筹兼顾,也许是因为其目的在于强调违法阻却事由也是一种构成要件要素的缘故。但是,在这种命名中,至少可以看出命名者当时的理论视野还存在着不圆满之处,没有从更高层次上提炼其理论核心命题。负面构成要件要素理论的核心命题不在于强调违法阻却事由也是一种构成要件要素,而在于强调该种构成要件理论是一种具有“整体观”的构成要件理论,是将所有不法要素看作一个整体而建立起来的整体不法评价理论。因此,相应的构成要件既不宜命名为“负面构成要件”,也不宜命名为“正面构成要件”,而应是“整体构成要件”。后来,德国刑法学者朗-欣里希森(Lang Hinrichsen)将该理论正式命名为“整体构成要件(Gesamtatbestand)”理论。整体不法评价理论发展到今天,为了突出“整体构成要件”这一“构成要件”的任务是为了评价不法,越来越多的学者便将“整体构成要件”称之为“整体不法构成要件(der Gesant-Unrechtstatbestand)”。在提出“整体构成要件”之后,整体不法评价思想就找到了真正属于自己的核心概念,找到了其灵魂的载体;而当提出了“整体不法构成要件”,这意味着整体不法评价思路进一步走向了深化并逐渐成熟。

五、整体不法评价理论的形成

如上所述,构成要件理论经历了从客观的“观念形象”到正面不法要素再到真正的不法类型的发展历程。当对构成要件的认识发展到了真正的

不法类型这一步，就形成了整体不法评价理论。这一发展路径的推演，展示了整体不法评价理论形成的种种前提条件。当各种要素齐备，就会水到渠成地提出整体不法评价理论。因此，这一推演过程是以一种直线的方式勾勒出整体不法评价理论的大致形成规律。在这一推演过程中，我们抛弃了很多整体不法评价理论发展的关键性事实，以致从中看不到这一理论的历史渊源和历史事实。笔者认为有必要简单阐述一下该理论的发展过程，给读者一个更清晰的形象。

（一）负面构成要件要素理论

在德国刑法学界，很早就形成了整体不法评价思想的苗头。19世纪的德国刑法学者梅克尔(Adolf Merkel, 1836—1896)首倡负面构成要件要素理论。他之所以倡导这一理论，是因为他发现在不法评价中，只有当构成要件所描述的形成不法要素和合法化事由所描述的排除不法要素交互作用，才能得出最终的不法判断结论。因而，他认为之所以刑法上将合法化事由规定在总则当中，而不规定在分则罪状所描述的构成要件当中，这完全是出于立法技术上的理由。因为所有的不法行为，其合法化事由都是基本相同的，要么是正当防卫，要么是紧急避险或者其他正当事由，将这些相同的合法化事由规定在刑法分则各条的罪状当中，只是一种简单重复，难免繁琐累赘，因而干脆统一规定于总则当中，这样就符合了立法的技术需要。但事实上，合法化事由和罪状中规定的其他不法特征一样，都属于构成要件的内容^[26]。

梅克尔所提出的负面构成要件要素理论，有过多年的沉寂。“这一理论显得比较突出，是1913年鲍姆加腾在其教科书中明确采用这种理论之时。”^{[14]43} 1913年，德国刑法学者鲍姆加腾在其《犯罪论结构》一书中提出，构成要件既包括原来属于构成要件的那部分内容，同时也包括违法阻却事由的内容^{[12]160}。他认为，“构成要件的概念是与故意相关的全体犯罪要素，这里不仅包括记载于刑法典分则之中的犯罪要素，而且包括分则中并未规定的违法阻却要素。”^{[14]43}之所以提出这一观点，鲍姆加腾的理由在于：其一，构成要件的内容和违法性的内容，本来就为“同质性之事物”；其二，立法上之所以将构成要件的内容一般规定于刑法分则各条文，而将违法性的内容一般规定

于刑法总则之中，这完全是出于立法技术的需要；其三，如果“在构成要件之外，另外再承认有所谓的违法性之特殊要素”，“将会对于‘犯罪’势必必要‘再额外的’复称之为‘违法的’”；其四，将构成要件称之为正面要素，违法阻却事由称之为负面要素，“亦无不可相容”。因此，正面要素和负面要素完全可以“统合”到一个统一的构成要件当中^{[12]160}。其中，“正面要素”也即是正面构成要件要素，“负面要素”也即是负面构成要件要素。

鲍姆加腾在其教科书中采用了负面构成要件要素理论，这意味着负面构成要件要素理论初步实现了体系化，形成了完整的理论体系。但是，由于传统构成要件理论和违法性理论的统治地位，尽管部分学者对负面构成要件要素理论表示了关注，更多学者还是选择了继续发展传统理论。因此，鲍姆加腾的消极构成要件要素理论在当时并未得到学界的广泛赞同，学者们一般还是拒绝将违法性阻却事由纳入到构成要件当中^{[14]44}。

是二战后德国刑法学界一场关于容许构成要件错误性质归属的讨论，点燃了对负面构成要件要素理论的争论之火。所谓容许构成要件错误，也即行为人存在违法阻却事由错误，“假想阻却违法”，行为人自认为其行为并无不法，然而，事实上却不存在阻却违法的前提事实，如假想防卫即是其例^[27]。德国在错误论上流行将错误分类为构成要件错误和禁止错误^[28]，构成要件错误阻却故意，而禁止错误则不阻却故意。因为德国刑法学界一般认为违法阻却事由事实前提的错误是阻却故意的事实错误，应当归属于构成要件错误。由此可见，违法阻却事由的不存在属于构成要件的内容。另又由于违法阻却事由的不存在是一种消极的不法事实，它的作用是证明不法不能成立，因而，学界顺之就将违法阻却事由不存在称之为消极构成要件要素。在实务界，德国第一刑事部1952年BGHSt3-105、BGHSt3-194等刑事判决，通过将容许构成要件错误解释为构成要件错误，从而在司法实务领域肯定了负面构成要件要素理论。在错误论领域，构成要件错误和禁止错误的分类方法是威尔泽尔在传统分类方法基础上提出来的。威尔泽尔并不认同理论界和实务界将违法阻却事由错误归属于构成要件错误，而认为其应

当属于禁止错误。从而,他认为,违法阻却事由的不存在并非构成要件的内容,而应属于违法性评价的内容。威尔泽尔对负面构成要件要素理论也持一种否定态度^{[14]44}。

(二)整体构成要件理论

在负面构成要件要素理论的基础上,德国刑法学者朗-欣里希森(Lang Hinrichsen)又向前跨了一步。朗-欣里希森认为,“如果构成要件能作为不法之根据,则必须含有全部的不法要素,而不能只有部分的不法要素。”^{[12]165-166}朗-欣里希森提炼了一个能够同时包容正面构成要件要素和负面构成要件要素的扩展版的构成要件,这即是“整体构成要件”概念的提出。朗-欣里希森认为,只有那种能够同时包容反映和评价不法的所有要素的“整体构成要件”,才能真正实现“构成要件是不法的存在根据”“构成要件是不法类型”的设想,因此,正确的构成要件应当包括所有决定不法的要素,而不只是包含其中的某一部分^[29]。他将分层不法论中的构成要件要素、构成要件的补充要素、行为义务要素、合法化事由要素,全部融入到“整体构成要件”中^{[5]68}。在新的“整体构成要件”范围里,正面构成要件要素和负面构成要件要素都成了构成要件的下位概念,都只是整体构成要件的一部分。

德国刑法学者克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)也曾是整体不法评价理论的支持者,他也曾倾向于认为构成要件阶层和违法性阶层应合一^{[21]87-88}。罗克辛认为,不法通过罪状反映于构成要件所阐述特征当中,构成要件是记述和反映不法的载体;对于不法的反映和评价而言,构成要件是不法类型。当然,展示构成要件内容的刑法规范不仅指刑法分则所规定的罪状内容,刑法分则所规定的罪状内容是不充分、不完整的构成要件;除此之外,构成要件的内容也包括刑法分则未规定的保证人地位问题、违法阻却事由,甚至还包括超法规的正当化事由。总之,所有能反映和说明不法的要素都应统一归于构成要件之中^{[5]68}。另外,从规范属性上来讲,由于构成要件所代表的禁止规范和违法性所代表的容许规范,两者“并不是清晰干净地分布在构成要件和违法性上面,那么将这犬牙交错地相互嵌入的两个部分(构成要件和违法性)组合成一个概念——不法构成要件,就是合

适的了”。罗克辛表示,“我是赞成朗-欣里希森(Lang-Hinrichsen)……的观点的,就像我在我的著作《开放的构成要件和法律义务要素》(Offense Tatbestände und Rechtspflicht-merkmale)……中所提出的那样。”^[30]《开放的构成要件和法律义务要素》一书,是罗克辛1959年完成的博士论文。罗克辛在其博士论文中响应了“扩充的整体不法构成要件理论”^[31],但是,在其后来出版的德国刑法教科书中并没有继续坚持这一理论^[32]。

据西原春夫所述,当今德国,整体不法评价理论的气象还是比较兴旺的,就大体趋势来看,学界“暂时倾向于承认”并“开始欢迎”这一不法评价方法。如施罗德(Schröder)、阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)、韦伯(Von Weber)、沙夫斯泰因(Schffstein)、恩吉施(Engisch)等学者都对这种理论表达了支持立场,都认为所有反映和评价不法的要素都应归入构成要件当中^{[14]45-46}。恩吉施“所持的构成要件概念已经能够作为‘有责性判断的标的物’”。什么样的构成要件才能够成为“有责性判断的标的物”?犯罪由不法和罪责两个层次构成,由此,作为“有责性判断的标的物”的构成要件必然包括了所有不法要素,既包括正面不法要素,也包括负面不法要素。“此种构成要件概念能够包括故意行为的不法要素外,并且对于过失行为之不法要素等亦能作为基础。”^{[12]161}韦伯和阿图尔·考夫曼“也基本同意”了恩吉施的看法,认为“构成要件在包含了全部的不法要素的意义上,应该成为有责性判断的标的物”^{[10]29}。又据学界考察,德国学者弗兰克(Frank)也支持整体不法评价思路,他认为违法阻却事由是构成要件之一,是负面构成要件要素。该学说在日本得到了植田重正、中义胜等人的支持,不过其在德国有不少反对者,日本的通说也否定了该理论^[33]。张明楷认为整体不法评价理论的发展态势并不乐观,因为“消极的构成要件要素理论在德国趋向衰退、消亡”^[34]。西原春夫持“欢迎”论,张明楷持“衰退、消亡”论。

同一评价对象,因为掌握资料的多寡有异,评价视角不同,对其发展态势的预测也总会因人而异。对整体不法评价理论,有人持“欢迎”论,有人持“衰退、消亡”论,这都不足为怪。关键是,有道理、合乎逻辑的科学理论自然会有其长足的

生命力，这样的理论，纵使今天只有一少部分人支持，而在明天也会迸发出蓬勃生机；而那些不合乎逻辑的不科学理论终将会走向衰败，成为过眼云烟。深入研究整体不法评价理论，会发现这一理论是合乎道理、合乎不法评价基本逻辑的科学理论，因而是有进一步深挖价值的。

参考文献：

- [1] 何 鹏. 外国刑法简论 [M]. 长春：吉林大学出版社，1985：17.
- [2] 弗兰茨·冯·李斯特. 德国刑法教科书 [M]. 徐久生，译. 北京：法律出版社，2000：168.
- [3] 恩施特·贝林. 构成要件理论 [M]. 王安异，译. 北京：中国人民公安大学出版社，2006.
- [4] 西原春夫. 构成要件的概念与构成要件的理论 [J]. 陈家林，译. 法律科学，2007(5)：63.
- [5] 郑军男. 德日构成要件理论的嬗变：贝林及其之后的理论发展 [J]. 当代法学，2009，23(6).
- [6] T·B·采列捷里，B·Г·马卡什维里. 犯罪构成是刑事责任的基础 [M]// 高铭暄，译. 中国人民大学刑法教研室. 苏维埃刑法论文选译：第一辑. 北京：中国人民大学出版社，1955：64.
- [7] A·A·毕昂科夫斯基. 社会主义法制的巩固与犯罪构成学说的基本问题 [M]// 孔 钊，译. 中国人民大学刑法教研室. 苏维埃刑法论文选译：第一辑. 北京：中国人民大学出版社，1955：77.
- [8] 陈兴良. 四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆：从正当行为切入的学术史考察 [J]. 现代法学，2009(6)：59.
- [9] 阿恩特·辛恩. 德国犯罪理论的发展及现状 [J]. 徐久生，译. 国家检察官学院学报，2009(1).
- [10] 杜 宇. 犯罪论结构的另一种叙事：消极性构成要件理论研究 [J]. 刑事法评论，2003(13).
- [11] 刘宪权. 刑法学专题理论研究 [M]. 上海：上海人民出版社，2009.
- [12] 陈志龙. 开放性构成要件理论：探讨构成要件与违法性之关系 [J]. “国立”台湾大学法学论丛，1991(21).
- [13] 马克昌. 近代西方刑法学说史 [M]. 北京：中国人民公安大学出版社，2008.
- [14] 西原春夫. 犯罪实行行为论 [M]. 戴 波，江 溯，译. 北京：北京大学出版社，2006.
- [15] 小野清一郎. 犯罪构成要件理论 [M]. 王 泰，译. 北京：中国人民公安大学出版社，2004.
- [16] 王 充. 论大陆法系犯罪论体系的实质化倾向：以梅兹格(Mezger)的犯罪论体系为视角 [J]. 浙江社会科学，2006(2).
- [17] 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，2007：65.
- [18] 平野龙一. 刑法总论 [M]. 东京：有斐阁，1972：168.
- [19] 苏俊雄. 刑法总论 II [M]. 台北：大地印刷厂股份有限公司，1974：68.
- [20] 陈世伟. 我国犯罪构成理论研究的方法初探 [M]. 北京：北京大学出版社，2007：140.
- [21] 许玉秀. 当代刑法思潮 [M]. 北京：中国民主法制出版社，2005.
- [22] 李海东. 刑法原理入门：犯罪论基础 [M]. 北京：法律出版社，1998：36.
- [23] 金日秀，徐辅鹤. 韩国刑法总论 [M]. 11 版. 武汉：武汉大学出版社，2008.
- [24] 靳宗立. 刑法总论 [M]. 台湾：集义阁出版社，2010：141.
- [25] 欧阳本祺. 德日刑法学目的犯理论之发展 [J]. 东南法学，2009(1)：105.
- [26] 林山田. 刑法通论：上册 [M]. 增订 10 版. 北京：北京大学出版社，2012：162.
- [27] 冈特·施特拉腾韦特，洛塔尔·库伦. 刑法总论：犯罪论 [M]. 杨 萌，译. 北京：法律出版社，2006：198.
- [28] 刘明祥. 刑法中错误论 [M]. 北京：中国检察出版社，2004：21.
- [29] 刘艳红. 开放的犯罪构成要件理论研究 [M]. 北京：中国政法大学出版社，2002：53.
- [30] 克劳斯·罗克辛. 刑事政策与刑法体系 [M]. 蔡桂生，译. 2 版. 北京：中国人民大学出版社，2011：32.
- [31] 许迺曼. 不移不惑献身法与正义：许迺曼教授刑事法论文选辑 [M]. 台北：新学林出版股份有限公司，2006：434.
- [32] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论：第 1 卷：犯罪原理的基础构造 [M]. 王世洲，译. 北京：法律出版社，2005：186-188.
- [33] 赵秉志. 外国刑法原理：大陆法系 [M]. 北京：中国人民大学出版社，2000：96.
- [34] 张明楷. 外国刑法纲要 [M]. 2 版. 北京：清华大学出版社，2007：77.

责任编辑：徐海燕