



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年  
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

## 刑法总则的功能：刑法适用解释的途径

——〈刑法机制研究〉系列论文之五

宗建文

阅读次数: 7166

 [使用大字体察看本文](#)

### 一、概述

认识活动是由客观规律决定的。犯罪现实的复杂性决定了迄今为止还没有任何一种刑法理论或立法模式能穷尽客观规律。这是我们认识的出发点。漠视这种认识规律，必然导致一种理想化的立法思路，结果就可能是削足适履，以活生生的现实来套用“死”的概念和范畴。

基于刑法规则局限性的认知，刑法分则关于个罪的规定只能停留在定性认识的水平 and 层次，而定量认识则留待司法实践去获得。这是现实犯罪的复杂性及认识规律所决定的。刑法分则试图规定定量因素，意在否定自由裁量，是功能定位的错误。即使承认立法者的出发点是良好的，但事实上是做不到的，因为，立法能力有限度。1997年刑法对1979年刑法的修改可以从不同角度论证这一事实。1997年刑法修改之前，修改刑法的呼声主要是强调，1979年刑法的可操作性不强，法条不够具体，难以在适用中获得明确的确定的结论，如关于“口袋罪”的分解问题，关于正当防卫的限度如何把握的问题等，所有的讨论几乎集中在一点上，即希望通过刑法的修改明确刑法规则的定量因素，以期法条可以直接适用于具体案件。从修改后刑法的实际情况看，这些老问题并没有解决，如将流氓罪分解为几个新罪名，但拆分后的新罪名并不明确、具体，聚众斗殴、寻衅滋事等语词的内涵并非一目了然，在适用中同样需要法官进行自

由裁量，这一事实仿佛告诉我们，一切努力的结果似乎是从终点又回到了起点。不仅如此，1997年刑法还重新规定了一些类似“口袋罪”的条款，如第111条为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报罪，其中的“情报”就是一个内涵外延不确定的语词，其适用的问题只能留待司法实践去解决。这样看来，作为刑法修改的理由的问题，似乎并不能通过修改刑法而加以解决。

刑法操作性的问题只能由司法过程加以解决，希冀单纯通过立法解决问题，是期望过高。必须转变思维方式，另觅它途。立法思想现实化就是新的立足点，犯罪构成的结构调整是解决问题的基本途径。刑法总则犯罪论部分的核心是犯罪构成，犯罪构成的功能包括实体法和程序法两个方面，犯罪构成在程序上的意义更为重要，它是检验一个刑法制度是否成熟的重要标志。犯罪构成的结构在运作过程中为刑法规则的适用解释提供了程序安排和途径，在程序活动中，法官凭借对事实与法律的把握对案件的定量因素作出判断，并据此作出法律判决，这种刑法规则在个案中的合理解释正是实现刑法两个保护功能的基本方法。

犯罪构成结构是指关于犯罪构成的理论结构，并不是指立法上的结构。立法上的犯罪构成属于静态的描述，各国刑法中的犯罪构成在立法上比较相似，如各国刑法中都有正当防卫、紧急避险、未成年人不负刑事责任等制度。但是，作为理论结构的犯罪构成结构却与此不同，它不可能无中生有，它反映司法情况，是司法运作乃至人们思维方式的理论表述。本文所探讨的犯罪构成结构调整，主要并不是指增加或删减立法上的内容，而是指基于思维方式的变革，即要对犯罪构成的结构方式加以调整，使其运作合理化，目的是使立法上的犯罪构成在现实生活中发挥正常的功能。犯罪构成结构合理是其功能发挥正常的前提和保证，最终做到在严厉打击犯罪的前提下，不冤枉无罪之人。

结构是事物的组成部分（要素）的组合形式，组成事物的成分相同但结构不同，则性质相异。就刑法的核心犯罪构成而言，各国刑法所规定的构成要件在成分（要素）上是相同的，均包括：犯罪行为的主体，犯罪所侵犯的法益（利益、权益），犯罪行为 and 结果，犯罪行为时的有罪心理态度。但由于各国对犯罪构成结构方式有不同的考虑，于是就形成了不同的犯罪构成结构，如大陆法系的三元结构模式、英美法系的双层次结构模式。另外还有以原苏联在三十年代前后开始形成的平面整合结构模式，这是适应阶级专政的需要而形成的反映“犯罪规格”的结构模式。<sup>[i]</sup>阶级专政的需要思维方式上得到了严格决定论和理想主义的支持。原苏联学者认为，恩格斯主张在研究各种社会现象时采用逻辑的研究方式是合理的；他指出，逻辑的方式“无非是历史的研究方式，不过摆脱了历史的形式以及起扰乱作用的偶然性而已。”这种方式使人有可能确定历史进程的主要趋势，有可能揭示它所固有的规律性。<sup>[ii]</sup>以揭示规律性为

出发点本无可厚非，但是，漠视现实的复杂性也不应该，苏联学者对恩格斯的思想存在认识上的偏差，有简单化、庸俗化的倾向，恩格斯这句话并非表明社会规律是严格决定的宿命论。原苏联以绝对逻辑化的方式来认识犯罪现象并试图将犯罪规律完备地规定在一部刑法典之中，而拒绝承认任何偶然现象（复杂性的表现），其结果是国家一方说了算。例如原苏联在20年代讨论类推制度的过程中，曾有观点认为，类推是完全正确的，共同的利益就是共同的法律，这种法律对每个人都是不言而喻的，休戚相关的。凡是阻碍进步的有害行为都是犯罪。这一规定将犯罪的实质概念作了封闭性的解释，刑法典作为个人自由宪章的概念就“消失”了。<sup>[iii]</sup>将“阻碍进步的有害行为”均认为是犯罪，同时排斥任何对这种信条的辩解（即偶然性），其结果是破坏了社会主义法制。

产生这种犯罪构成结构模式的原因是多方面的，如阶级斗争的需要。本文认为，思维方式上的理想主义（绝对认识论）是其中的一个主要原因。这种理想主义的认识论被哈耶克称作建构理性主义，被波普（Popper）称作天真的理性主义。哈耶克认为，这种观念的起源是笛卡尔主义传统下的大陆理性主义，“这种观点是过分相信个人理性力量的产物，随之而来的结果，是对那些没有经过理性有意识设计或没有为理性充分理解的事物非常轻蔑。”<sup>[iv]</sup>在西方社会，自笛卡尔提出“我思故我在”的命题，理性主义者不断地夸大理性在认识论中的地位和作用，已经受到经验主义的批判。原因就在于，它过分夸大了逻辑认识的作用，以认识代替了现实，即意识决定存在。与此相反，经验主义哲学受到推崇的理由正是它对现实世界复杂性的承认与研究。<sup>[v]</sup>

基于对犯罪现象复杂性的前提判断，确立了立法思想现实化的基本思路。由于认识现实是困难的，所以刑法对个人的处置必须是慎重的，这就是刑法的谦抑原则。换个角度来讲，由于刑罚的处置还离不开“人裁判人的”<sup>[vi]</sup>格局，而人又不是神，对犯罪构成诸要素作出判断的可靠性是不够的，这是刑法保障人权功能产生的认识论基础。犯罪构成是刑法中定罪活动的支撑点，是我们研究刑法价值问题的核心。犯罪构成模式如果仅反映犯罪规格（犯罪的要素），而不反映定罪过程，那么只能突出刑法的一种功能，即打击犯罪保卫社会。如果只研究犯罪构成的成分（要件），而不评价犯罪构成结构，恐怕只能算是完成了一半使命。<sup>[vii]</sup>刑罚谦抑原则和人权保障功能的落实依赖于刑法犯罪构成结构的合理化。

## 二、对两种犯罪构成结构模式的比较分析

国家通过行使刑罚权来打击犯罪，惩治和教育犯罪人，这是基本规律。自近代资产阶级革命以来，对刑罚权的行使加以限制使其以打击犯罪为必要而防止其滥用，这已经成为现代国家的常识，世界通行。限制刑罚权在价值论上体现为既保卫社会又保障人权，即做到权利（被告人的权利）与权力（刑罚权）

的平衡；保卫社会是功利，保障人权是公正。刑法的制定和运作只有体现和维护这种平衡态，才可能发挥最佳功能。维持这种平衡，并不是要刻意强调保障被告人的权利，刑法保障人权在客观上可以保证刑法公正；刑法公正反过来又保证刑罚打击犯罪的力度，这是最大的功利。

犯罪构成是制约刑罚权发动和行使的基本途径，刑法价值的体现完全依赖于犯罪构成。犯罪构成是对犯罪规律的认识和总结，立法和司法认识犯罪的基本内容为犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面以及犯罪客观方面，四要件最早是原苏联刑法的分类。这种分类在内容上是全面的，其它国家如大陆法系和英美法系国家不采用这种分类，但内容基本相同。内容相同，即要素相同。所不同的是逻辑结构，结构不同则性质相异。结构体现刑法中权力与权利的对比关系。结构不同的原因是思维方式即本文所说的立法方法不同。[viii]

思维方式的不同，主要表现是立法思想的理想化和现实化的区别。理想化的立法思想以全面揭示犯罪现象的本质规律为价值目标。事实上，真理是不断探讨和认识的过程，忽略这个过程，试图在法典中一次性地综述犯罪概念和构成，结果是，导致犯罪构成结构的封闭型格局。在这种结构形态中，个人（被告人）的权利主张受到忽视，权利和权力之间的结构不均衡；原苏联采用这种模式。封闭型结构模式的核心是在犯罪构成结构框架内不包含“反向机制”（即被告人合法辩护）；之所以认为理想化的立法思想导致封闭型的犯罪构成结构模式，理由在于，理想化的立法方法过分夸大理性认识的作用，认为立法规则中的概念和范畴充分认识到了社会的复杂性，其内涵由国家单方可以作出合理的解释，而不承认来自个人（被告人）的任何见解，即垄断和封闭对立法规则的解释权。另外一种结构模式是大陆法系和英美法系所奉行的开放型结构模式，这种模式的立法思路是现实化的立法思想，在考虑犯罪现象复杂性的基础上，将认定犯罪的活动作为一个不断辩明的过程，立法体现了这种层次性，并依靠各层次之间的逻辑性来指导实践，在认定犯罪的过程中，个人（被告人）的辩护余地很大，体现了结构均衡。我国刑法中的犯罪构成结构有其自身的特点，下文将作专门论述。

大陆法系和英美法系在犯罪构成的规定上有所不同，但其差异是次要的，在思维逻辑上二者更多相同之处，即结构方式相似，二者同属开放型犯罪构成模式。德日国家的犯罪构成结构可被归结为层层紧缩的三元结构，与其犯罪概念的表述（如日本刑法理论认为，犯罪是具备构成要件的、违法的、有责的行为）相对应。犯罪的成立须具备三要素：符合构成要件、违法、有责，三者的集合即为定罪过程。定罪过程为：构成要件该当性的符合是一个前提，具备这一条件是定罪活动的开始，这是罪刑法定的要求；具有了构成要件该当性即符合刑法分则对某一具体犯罪行为事实的描述，才能进入“违法性”的审查阶段。一般而言，具有了构成要件该当性，就推定行为具备了违法性，除非有法律规定的阻却违法性（即不违法）事由。对具有违法性的行为才进行有责性判



断，落实罪责。实际上，这种犯罪构成结构的三个归责阶层层次分明，给实践以明确的指导。缺乏任一要件，都不构成犯罪。哪一个归责阶层不具备，定罪过程即告结束。不为刑法分则所列举的行为不进入定罪过程，不具备违法性的行为不为罪，不具备有责性的行为在刑法上不为罪。刑法打击犯罪和保障人权功能的落实完全是通过定罪过程中这三个判断阶层来实现的。英美法系的犯罪构成结构是二分排除法，或者说是双层次结构，第一个层次是犯罪成立的本体要件，包括犯罪行为和犯罪心态，第二个层次为责任充足条件，指各种合法辩护的排除。犯罪的本体要件是对种种犯罪具体罪行的描述，表现形式上为刑法分则所列举的犯罪行为样态，实际上与大陆法系的构成要件该当性并无二致，体现国家打击犯罪的范围。责任充足条件即合法辩护，实质上相当于大陆法系刑法中的违法性排除和有责性判断，它包括了后者所涵盖的主体责任能力的判断和刑事政策上是否具备危害性。

开放型犯罪构成结构的核心是体现权利制约权力，实现刑法的公正目标。在方法论上，国家意志表现为采用一般化的方法列举那些需要作为犯罪来加以打击的行为样态，包括列举范围的大小和具体行为的程度，为了达到控制犯罪的目的，对犯罪的打击面越宽越好，包括将危害性较轻的行为作为犯罪来加以制裁。有效打击犯罪本来是国家的职责，犯罪圈的广布正是实现这一目标的途径。扩大犯罪圈是国家刑罚权的正常内涵，关键是要使刑罚权的每一次发动均有正当化的理由，也就是说，要有效地将国家划定的犯罪圈内不应当属于犯罪的行为从中排除出去，即以个别化的方法来缩小犯罪圈，两大法系的违法性排除、有责性认定以及责任条件的充足就是紧缩犯罪圈的基本方法，其中蕴含了以个人权利来制约国家权力的内容。

权力和权利在定罪过程中的相互制约与均衡，表现为一个说理过程，立法（犯罪构成结构）只是为说理和对话提供一个场所。国家基于维护社会秩序和一般公正的考虑，在刑法中、特别是在刑法分则中将其所认为应当犯罪化的行为样态加以列举，刑罚权的功能就是对这些行为加以追究。追究国家刑法认为的犯罪行为，这是任何国家、任何时期刑法的职能，现代国家追究犯罪已经不再采用野蛮的、粗暴的方式；其特色是通过犯罪构成结构确立一整套逻辑规则，经过严密的逻辑推理来做到以理服人。与之相对应，被告人可以在法律框架内有效地表达自己对法律的见解，为自己辩护，提出自己的行为在法律秩序方面不具有违法性或存在免除责任的理由，即进行合法辩护。由于国家权力的运作有强制力的支持，与其相比，个人天生就是弱者，被告人的合法辩护能否得到听取、权利能否受到保护完全依赖于犯罪构成结构框架内对被告人合法辩护所提供的途径是否畅通。以这种思路来分析，开放型犯罪构成结构之所以有开放型的结构框架，就在于国家在依自己的意志取舍范围内追究犯罪行为时，允许被告人做各种各样的合法（更主要的是合理）辩护，而不是由国家一方说了算。在这个定罪过程中，国家的逻辑是推定（违法性推定和有责性推定），被告人

的逻辑是排除法，被告人如果不能排除推定即为犯罪，如果排除了推定即不违法或不承担罪责。

两大法系的犯罪构成结构在犯罪本体要件上都确立了一个基本假定，即刑法分则所规定的犯罪定义是建立在行为本身具有刑事政策上的危害性和行为人具备责任条件的假设前提之下的。这是国家意志的表现，国家只管整体上对社会有害的情况。<sup>[ix]</sup>以这种假定为起点，在刑事司法中，公诉人只要证明被告人的行为符合犯罪本体要件，即可推定被告人具有刑事责任基础；如果被告人不抗辩，犯罪即告成立。国家追究犯罪所采用的推定逻辑是一种原则性的推定（方便国家有力地证明犯罪），如在大陆法系的刑法中符合构成要件该当性就被推定为违法，具备违法性就被认为是有责的；英美法系也同样如此，在行为特征符合犯罪本体要件（事实判断）时，如果被告人能说明自己的行为正当合法或自己不具有责任能力或者有其它可宽恕的情由，便不承担责任（价值判断）。

在刑事立法中，被告人可辩护的理由也是相当广泛的。大陆法系各国刑法典在刑事责任部分主要是规定不负刑事责任或减轻刑事责任的原因，体现了对被告人权利保障的强调。1994年法国新刑法典第二编第二章所规定的合法辩护理由包括：精神障碍（有减轻责任和不负责两种情况），不可抗力<sup>[x]</sup>，不知法律即无违法性认识，合法行为，命令行为，正当防卫，紧急避险。其中，将无违法性认识作为辩护理由是一项全新的规定，动摇了大陆法系国家传统的“任何人都不得因不知法律而不为罪”，这一规定给司法带来了困难，也正是考虑到它给司法所带来的困难，才体现出其在保障人权方面的价值。大陆法系传统的“事实错误可辩护，法律错误不可辩护”原则已经动摇，德国刑法典（1975年）第17条规定：“行为人在实施行为时，对行为的违法性缺乏认识，并且此错误是不可避免的，其行为没有罪责。如果这一错误是可以避免的则可以根据第49条第1款减轻处罚。”法国和德国刑法的规定使被告人可以基于自己对法律的认识来辩护，个人标准优先于国家标准，这是在人权保障方面的进步。比法国刑法更进一步，德国刑法在关于正当防卫和紧急避险的规定中，采用了期待可能性理论，如该法第33条规定：“防卫人因惶惑、害怕或惊吓而使防卫超过限度的，不处罚。”以此为依据，司法活动可更多地体现人道色彩。美国有些州如伊利诺州刑法典（1961年以美国《模范刑法典》为蓝本而制定）专门规定了被告人的权利，包括无罪推定和肯定性辩护，在责任方面可辩护的情形有：未成年、精神病、醉态、合理使用暴力、紧急避险、被胁迫、警察圈套等。像这样在刑事实体法中规定被告人权利，在当今各国并不多见，合法辩护事由之多也属少有。

之所以说刑法领域的推定是原则性的推定，理由在于国家有效地追究犯罪是维护秩序的必须，原则性的推定制度和逻辑是国家维护社会秩序追究犯罪的基本手段，国家在追究犯罪时，只需要证明某行为符合犯罪构成的本体要件即可，这是原则性，表现出一种法律制度的刚性。开放型犯罪构成结构正是通过这一

点来保证追究犯罪的有效性。与之相对应，个人行使合法辩护不得超出法定范围，以避免对社会秩序控制的松弛。但基于现实的国家立法预见能力的有限性的考虑，法律所提供的合法辩护途径无法满足个别情况的需求时，是否承认被告人辩护的有效性，即是否承认超法规的辩护理由。德日刑法理论普遍认为，刑法具有片面性的特征，对违法阻却事由与责任阻却事由的规定不可能全面，因此，理论上承认有超法规的违法阻却事由和超法规的责任阻却事由，实践中也承认这种理论。现代大陆法系各国均允许作超法规的辩护，以解决合理与合法相冲突的问题；进行超法规的辩护是合法辩护的特殊情况。以超法规的违法阻却事由和超法规的责任阻却事由（法律无法归纳的情理判断）为辩护理由，是开放型犯罪构成结构的明显特色。一方面是原则性的推定，另一方面是有力的超法规抗辩，二者在高度紧张的基础上达成一种平衡。刑法保障和保护的功能就是在这种张力中实现的。

在犯罪构成结构中，对辩护的尊重和允许是开放型犯罪构成结构的核心。在这一点上，英美法系更为明显。英国曾有过一场关于制定法可否将辩护理由固定下来的争论。<sup>[xi]</sup>一种观点认为，现在，各法院已宣布放弃发展普通法以至创制新罪名的请求。如果说创造新的犯罪不属于法院的任务，则创造新的辩护理由也不是法院的任务。刑法革新由国会承担，而不是法官来承担。这种观点被近年来与胁迫（duress）有关的辩护理由之不愉快经历所加强。数个世纪以来，胁迫不是谋杀罪的辩护理由。在1975年的Lynch案中，上议院认为胁迫可以作为指控为谋杀罪从犯的辩护理由。但在1987年的Howe诉Bannister案中，上议院又改变了主意，推翻了这一先例。Lynch案遭到不少贵族的批评，他们认为，在Lynch案中，法院通过司法立法改变局面的企图是太过分了，这样做是滥用通过在具体案件中创造先例来创设新法的权力。

另一种观点认为，辩护理由不应予以限制，应任由司法来发展。英国著名法官其芬（Stephen）就曾明确地认为，法官创设新罪的权力应明确地予以取消，但制专一的正当化或免责事由的定义则是错误的。他说：“没有任何情形会比明确地定何种情形存在辩护理由冒在法典与公众的道义情感之间产生冲突的危险，尽管种危险的范围难以估计。一旦发生这种冲突，将会给法典带来极大的损害，甚至致邪恶。”如果辩护理由固定化、一般化，武断的立法将代替正义的良知，法律布为犯罪的行为，公众则可能认为是正确的行为，斯坦芬所担忧的合法与合理冲突必将出现。英国法律委员会法律汇编小组接受了斯坦芬的观点，小组期望新走的刑法典将提供所有虽符合犯罪定义但具有正当化或免责事由之普遍法规则在范围和适用的权力。

合法辩护的实质在于促使刑法具备个别合理化的机制，大陆法系国家刑法中的阻却违法事由和阻却责任事由具有同样的功能，尤其是超法规的违法阻却事由和责任阻却事由。个别化机制是否能够健康运作，是刑法保障人权功能能否实现的关键。反过来，由于犯罪构成结构中确立了有效排除不合法或者不合理地



进行犯罪认定的机制，刑罚权行使的正当化观念得以形成和加强，这是因为，有效的抗辩使犯罪认定过程中加入了被告人的意见，这种思路使刑事责任的基础建立在承诺之上，在现代文明诸国的刑法中，正是承诺确定了刑事义务。

[xii]

开放型犯罪构成结构对合法辩护的强调会不会削弱刑法打击犯罪的力度？回答是否定的。在刑法分则犯罪要件设置上，国家可采取严密法网的政策态度，足以保证刑法打击犯罪的力度。严密设置犯罪构成的本体要件，即是有效打击犯罪的必须，同时有犯罪构成的开放型结构保证合法辩护被认可，刑法实施的公正性就有了保证。

原苏联的犯罪构成结构是封闭型结构，其形成原因是理想化的立法思想，该思路将事物的规律和属性人为地简化，排除任何偶然性，其结果是，人为的意志难以违背客观规律。其犯罪构成结构的特点是，教条地适用制定法，将刑事责任的基础完全确立在刑法分则的犯罪要件之上，封闭辩护理由。建立革命政权之后，苏联刑法的起草工作开始进行。[xiii]在刑事责任问题上，否定了以犯罪事实证学派的人身危险性为基础的构想。在此基础上，确立了以犯罪构成为刑事责任基础的观念，其思想起因是强调“社会主义刑法保卫人民的方法不是对付个别人，而是对付危害社会的行为。”基于这种观念，刑事责任制度就与犯罪构成联系起来，具体人的刑事责任取决于其行为是否具备犯罪构成要件，一般犯罪构成指每一犯罪所具备的基本要件，而缺少其中之一就得承认不具备犯罪构成。犯罪的基本要件如下：（1）一定的犯罪主体；（2）一定的犯罪客体；（3）犯罪主体行为主观方面的一定特征；（4）犯罪主体行为客观方面的一定特征。苏联1952年的刑法教科书明确提出刑事责任的唯一根据是刑事法律条文严格规定的犯罪构成。20年代特拉依宁也持这种观点。到了50年代，特拉依宁提出了以犯罪构成和罪过作为刑事责任根据的看法，遭到了批判，同时受到批判的还有维辛斯基等学者。当然，关于这一问题的争论一直没有停止过。否定罪过作为刑事责任基础的关键是：“把罪过理解为刑事责任的一般根据，客观上削弱和破坏了犯罪构成作为犯罪构成刑事责任唯一根据的作用，这样做的结果就会使法院的酌情处理凌驾于刑事法律之上。”

这种立法方法的实质是：试图以刑事立法一次性地将国家对犯罪的评判纳入一个体系之中，而排除任何灵活性（法官裁量）。正如苏联学者自己所认为的那样，刑事责任的唯一根据是犯罪构成，在此，犯罪构成被认为仅指犯罪的客观方面，事实上，危害行为中心论导致的结果是，只要满足犯罪构成的四要件就要承担刑事责任，这是客观归罪。造成这种情况的关键原因是：在犯罪构成的一般化规定中无法提出任何排除责任的理由，法律不给予这种余地。法律规定的犯罪构成要素直接与刑事责任相对应，而不考虑行为样态的客观危害程度和主观恶性程度，在其中没有个别的犯罪人，只有一个个犯罪行为。这种犯罪构成模式是静态反映“犯罪规格”的平面整合结构式，它不能反映“定罪过



程”，过分强调阶级专政的需要，而无视人权保障。

### 三、我国刑法中犯罪构成的结构模式及其改革

我国刑法学界对犯罪构成的研究多对其要素（成分）加以关注，犯罪构成结构的合理化问题始终未受到足够的重视。这在一定程度上是由于历史原因造成的，中华人民共和国建立之后在相当长的时期内都没有追究犯罪的成体系的法律依据，所以尽快立法以便司法实践有所依据是第一位的目标，犯罪构成重在提供构成要素。另外，我国的刑法体系受原苏联的影响，犯罪构成结构是陌生事物。再加上，新生政权建立之后面对着国内外反革命分子的破坏这一重大威胁，打击犯罪是主要的，所以，我国刑法将保护社会的功能摆在首位。法律理论和立法随着社会的变迁而发生变化，这是规律。1991年国务院发布了《中国人权状况》（又称“人权状况白皮书”），在肯定我国人权保障方面所作出的成就的基础上，同时指出：“努力达到中国社会主义所要求的实现充分人权的崇高目标，仍然是中国人民和政府的一项长期的历史任务。”刑法的发展要顺应这一进步的历史趋势。我国刑法顺应人权保障的历史要求，着眼点在于犯罪构成的结构调整。这是思维方式的变革所引起的立法方法所必须作出的回应。

有学者认为：“我国刑法的犯罪构成结构是耦合式结构，将四大要件先分而论之，然后加以整合。其长处是简单易懂，便于司法人员掌握……但这种耦合式结构也存在缺陷，主要是将犯罪构成要件之间的关系确定为一种共存关系，即无我则无你。只有四个要件全部具备了，才称得上是犯罪构成的要件。但在具体论述时，又分别作为犯罪构成的要件加以阐述。这样，在部分与整体的关系上存在逻辑混乱的现象。……这个犯罪构成体系存在机械、僵化等缺陷，在许多问题上并没有真正划清罪与非罪的界限。”<sup>[xiv]</sup>更准确地讲，我国刑法犯罪构成结构的缺陷是，犯罪构成内部层次关系不清楚。<sup>[xv]</sup>这种层次关系即逻辑结构的含糊不清导致了司法实践的困境重重。反过来，司法对立法的抱怨使立法骑虎难下，根本不可能给司法提供如实际工作者所期望的“可以开万把锁的一把钥匙”。假如说立法有责任的话，责任在于立法使犯罪构成结构内部逻辑层次不清楚，司法对立法存在不应有的依赖，导致司法证明责任的不清甚至倒置，而正是实际操作中责任分布（控方所代表的国家和被告人个人）不均匀，导致了机制不顺，问题的症结难解。略举一例即可说明问题，在刑法修改的过程中，社会上有呼声要求在刑法修改中体现对公民正当防卫权的强化，因为1979年刑法第17条正当防卫的规定过于原则，实践中不少案件、特别是有些流氓分子对公民进行侵害而公民进行正当防卫造成侵害人重伤或死亡的情况后，司法实践在认定防卫行为是否过当时经常造成“正不压邪”的现象，公民的正当防卫权保护存在障碍。立法呼声要求对防卫行为限度问题的规定要具体化，甚至有观点认为，在刑法中应增加对见义勇为加以鼓励的规定。这种观点是善良愿望，作为立法实为下策，理想的东西不见得是现实的，无论如何，立法对

正当防卫的限度均不可能提出所谓的具体规定。我国刑法在正当防卫问题上存在的问题是逻辑结构不清，而并非对具体案件没有直接答案，答案本来就在司法之中。正当防卫是“以正抗制不正”，所以保护防卫人的权利是优先的逻辑，难怪法国大革命后制定刑法时曾有主张认为“正当防卫权是无限度的”，这是国家所应当明确的，在此基础上由司法具体衡量保护的程度。《法国刑法典》（1994年）第122—5条规定：“在本人或他人面临不法侵害之当时，出于保护自己或他人正当防卫的必要，完成受此所迫之行为的人，不负刑事责任，但所采取的防卫手段与侵害之严重程度之间不相适应之情况除外。”这一规定以“防卫必要”为优先和原则，以“不相适应的过当”为次要和例外，这种逻辑就是对司法的指令，防卫人只要证明在特定的情况下防卫行为是必要的即可，而不管后果如何，这种证明责任的安排可排除司法认定的恣意。严格按照这种逻辑来执行刑法，所谓强化正当防卫权的问题就可迎刃而解。<sup>[xvi]</sup>假使说我国刑法的正当防卫条款应当修改的话，也只是应当明确其逻辑结构，而不是所谓的具体化，具体化是不可能的。

研究犯罪构成结构的基点是刑法功能，即如何使刑法最佳地发挥保护社会和保障人权的功能。犯罪构成是定罪的依据，定罪是一个过程，刑法功能能否实现及其实现程度完全依赖于犯罪构成结构对定罪活动的安排，即国家如何证明被告人犯罪，被告人如何排除对自己的罪责认定；前者的有效性是保护社会，后者的有效性是保障人权。以此为出发点，我国刑法犯罪构成结构层次不清的主要表现在于：

第一、控方（代表国家）承担过重的证明责任，由于实践中证明的困难，造成指控不力，打击犯罪乏力。

我国的刑事立法以综合考虑犯罪的本质为出发点，犯罪构成要件的表述力求全面、完整，而较少考虑诉讼上证明犯罪的策略。导致立法中出现一种两难的局面：要么无视法定构成要件；要么因严格执法而束缚执法者的手脚，打击犯罪不力。如犯罪故意的表述，我国刑法（1979年）第11条规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”这一法定概念有一个重大的历史进步在于，揭示了故意犯罪的实质内涵即社会危害性，并以此而区别于两大法系的犯罪故意概念，后者是形式概念，只要求证明行为人认识到自己的行为事实符合法定构成要件即可，而不要求认识到该行为是有社会危害性的，社会危害性基于推定而存在。换句话说，外国刑法的犯罪故意定义是事实性判断，而我国刑法犯罪故意定义集事实判断与价值评价于一体，既要求行为人认识到行为事实是法定构成要件的内容，同时认识到行为事实是有社会危害性的。尽管，我国刑法中这一条规定在揭示行为人承担故意责任的主观根据方面有其独到之处，但也存在不够策略的地方。本来刑法分则对犯罪行为事实的列举就是出于这些行为有社会危害性的考虑，只要某人的行为符合分则所描述的行为事实，就说明其行为有社会

危害性。这是不争的结论。我国刑法的实质定义在实践中存在着一个问题？立法是严肃的事情，立法的目的是遵照其执行，法律所确定的任何要求都应当被执行。按照我国刑法这一定义执行法律会有什么后果？这需要结合诉讼过程中的证明活动来说明。刑法犯罪故意概念包含了社会危害性的内容，要求行为人不仅要认识到自己的行为是符合刑法分则条文所规定的事实要求，同时还要求行为人认识到自己的行为有社会危害性，在诉讼活动中，这两点是要求控方证明的。新《刑事诉讼法》（1996年）第12条的规定：“未经人民法院依法判决，对任何人均不得确定有罪。”根据诉讼法的要求，控方如不能证明被告人有上述两个层次的认识，法院就不能判决被告人有罪。从事实的角度讲，并非所有故意犯罪均包含认识到行为的社会危害性，例如，出于义愤“为民除害”的故意杀人、防卫过当构成的故意犯罪以及出于良好动机的犯罪等，这些故意犯罪人一般未必明知行为危害社会，甚至相反，以为自己的行为有益于社会。这类案件，假定被告人根据刑法第11条规定的内容辩解说自己的行为不符合故意犯罪的定义，怎么办？审判实践依然定为故意犯罪。这岂不是造成司法人员不依法办案。再者从理论上讲，作为犯罪本质特征的行为的严重社会危害性，这是表明国家对某类行为的政治法律评价，并不是行为人的主观判断。刑法分则规定的故意犯罪主观要件也都没有要求行为人对行为社会危害性的认识。把故意犯罪的构成建立在犯罪人与国家意志相一致的基础上是一种理论失误。最后，从诉讼活动的角度讲，犯罪故意概念中关于价值评价（社会危害性认识的有无）的部分，是控诉方很难证明的，尽管从道理上讲实施犯罪行为就应当认识到其社会危害性，但确实证明被告人的内心具有社会危害性认识几乎是不可能的，即使有认识也会加以否定。如果严格按照这一规定来执行，假如被告人均以没有对行为的社会危害性的认识为理由来辩护，假如辩护受到认可，几乎不可能判处任何被告人成立故意犯罪；事实上，实践中并没有按照这种逻辑来执法，对法律所订立的要件法院并没有要求控方加以证明。这是矛盾。实际上，刑法上追究犯罪人的刑事责任，根本没有必要考查行为人认识到了其行为的社会危害性。[xvii]国家在指控犯罪的时候，只要证明容易证明的事实要件就足矣，这是罪刑法定的要求，在诉讼策略上也更为明智。现阶段，对犯罪故意的实质定义在执行中还没有太大的问题，新刑事诉讼法生效后，被告人辩护地位得到强化，如果在价值评价上加以辩护，执法必然处于被动，对追究犯罪必然不利。

又如，刑法分则关于具体犯罪的定义，有不少犯罪要求行为人具有营利的目的，从本质的角度来讲，像制造、贩卖假药罪、制造、贩卖淫书、淫画罪、引诱、容留妇女卖淫罪等犯罪均有营利的目的，而且从刑法打击的重点来说也只是想打击有营利目的的有关行为，但是，一旦将这一特征作为构成要件加以规定，就必然要出现司法证明的问题，营利目的事实上是主观动机，控诉方要证明行为人有主观要素很困难。那么，接下来如果法官要求控方证明营利目的，如不能证明则无罪，实践的情况也确实难以证明，对打击犯罪不利，这种构



成要件已经为立法所修改。

第二、被告人辩护的渠道不畅，权利保障不够。被告人行使辩护权有难度与诉讼制度有关，但在刑法犯罪构成结构形式方面余地太小也是一个主要原因。我国刑法犯罪构成内部层次关系不清晰的一个重要表现是：将正当防卫和紧急避险置于犯罪构成之外（因为难以将它们纳入四要件中的任何一要件），这种通行做法不能准确地反映《刑法》总则第二章第一节的结构和功能。这种做法的潜在逻辑是，正当防卫和紧急避险是在认定犯罪构成之后才加以考虑，而事实是，在考虑犯罪构成之时就应当看有无正当防卫和紧急避险等可以辩护的事由和情况，如有则不构成犯罪，正当防卫和紧急避险是认定犯罪的逻辑之内的而非其外。基于这种逻辑，在刑法对被告人辩护范围的规定上，存在两个方面的问题：

（一）、可辩护的范围有限。只有正当防卫和紧急避险是辩护理由，因为只有这两种情况单独作为排除社会危害性的行为而加以规定，当然就精神病、未成年等也可以辩护。但是与外国刑法的通常情况相比较，合法辩护的范围还是太狭小，已经为世界上绝大多数国家所认可的诸如义务冲突行为、依法令和命令而行为等情形在我国刑法中仍然不是辩护理由。更为关键的是，我国刑法立法在一定程度上具有立法至上论的特征，根本不承认超法规的辩护理由，这就使犯罪构成结构具有了封闭性的特征，对立法的合理性无法及时地检讨，必然导致一定程度的僵化。使刑法在遇到合法和合理的冲突时，难以应付。而一旦刑法的适用难以平息社会不满，刑法的威信就有可能降低。

（二）、辩护机制不顺。辩护理由在犯罪构成中的地位是，在国家法定的犯罪构成基础上，从反面基于个别的情况提出不同意见，起到收敛刑事责任范围的功能，将国家标准和个人意见相结合。<sup>[xviii]</sup>我国刑法中辩护事由与犯罪构成的关系不清，均未置于刑事责任认定的范畴之内。将其置于犯罪构成之外将使其不能发挥这种功能。法院在处理相关问题时，对辩护理由的考虑是在犯罪构成之外来进行，且由于认定是否存在辩护理由完全掌握在法官手中，主要是单方决断，对意见的听取不够充分。机制不顺导致在犯罪构成结构体系中，合法辩护的理论无法发展。从世界各国的实践来看，刑法的近现代发展主要表现在辩护理由的不断扩大，这已经成为犯罪构成结构合理的一个基本判断标准，特别是超法规辩护事由的认可，更是刑法体现谦抑原则的主要手段。之所以会在刑法已有规定的前提之下承认超法规辩护，在西方国家，与其自然法的传统不无关系，自然法将人定法视为可批判的对象，在思维方式上制定法制度的合理性始终受到怀疑，至少制定法的制度是可以商榷的，合理性是至高无上的。德国刑法中的期待可能性理论就是超法规辩护的典型代表，这一制度在日本刑法中已经得到体现。

辩护制度的存在和不断发展保证刑法犯罪构成结构始终处于一种开放型的状



态，刑法内部和外部的信息就能够进行交换，信息交换促成对话机制。制度合理化因此而存在。

我国的犯罪构成结构如何重组？设计犯罪构成结构的着眼点是刑法功能的最佳实现，既保护社会又保障人权；策略考虑是实体法兼顾程序活动即诉讼的要求，力争做到在诉讼活动中控、辩、审三方责任分明；基本途径是将事实判断和价值判断区分开来，事实判断体现国家归罪，价值判断的过程中体现个人辩护，并使二者达到平衡。这里对犯罪构成结构的设计只能限于整体思路上的构想，具体细节有待立法和司法总结经验。

第一、犯罪定义体现国家意志。这里的犯罪定义既包括总的犯罪概念又指分则中具体犯罪的定义。犯罪概念揭示犯罪的阶级性是我国社会主义国家的性质决定的。但是，犯罪概念揭示阶级性的目的是打击犯罪，字面的表述应当服务于打击犯罪的实际需要。随着形势的发展和变化，社会危害性这一意识形态色彩较为浓厚的表述很可能牵制打击犯罪的方法，因为，被告人以行为不具有社会危害性来辩护，将使控方在诉讼中处于被动。从逻辑上来讲，行为人实施犯罪行为就具有了社会危害性，刑法分则的罪行列举就是国家的否定性政治评价。因此，犯罪概念的表述应当是符合分则构成要件的应当负刑事责任的行为，符合分则构成要件是罪刑法定的要求，应当负刑事责任是责任充足的意思，前者是事实认定，后者是价值判断。合在一起是，在法定的范围内承担刑事责任。例如前面所述故意犯罪的定义，可作如下修改：“明知自己的行为会发生法律规定为犯罪的结果或者明知自己的行为就是法律规定为犯罪的行为，并且希望或者放任发生这种结果或者实施这种行为，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”这是纯事实性判断，便于控方证明，体现国家意志，于打击犯罪有利。至于其中有那些应当负刑事责任，则在定罪过程中进行价值评判。

刑法分则对具体犯罪的定义要考虑两点：一是不增加多余的可能引起控方证明困难的构成要件，这些要件最终影响打击犯罪的力度。如贩卖淫秽物品罪等营利型犯罪的营利目的不必写出来。二是采取严密的罪行设计方式，对复杂多变的犯罪现象即使在刑法中加以反映，条文设计也要符合犯罪的规律，不能人为设置障碍，如受贿罪的犯罪构成不应有“为他人谋取利益”这样的要件，这些要件为犯罪人的狡辩提供依据，再加上执法环境的问题，对打击犯罪不利。

第二、定罪过程要体现对刑罚权的制约，关键是国家归罪和个人的辩护取得平衡。国家追究行为人的刑事责任要坚持罪刑法定，刑法分则所没有规定的行为样态不能加以犯罪认定，这是一事实认定的方面。符合刑法分则所规定的行为样态的行为，并非都是犯罪行为，其中不应当成为犯罪的行为要得到有力的排除（通过合法辩护）。排除的过程就是价值判断，价值判断要坚持法制原则，即在法律所许可的范围内来进行；但由于法律本身存在不完备的地方，刑法存在“模糊界域”，在进行罪责认定的时候，法律界限是不清楚的而且现实中也不存在可以由法律来划清的界限。怎么办？适用机制运作良好是根本出路。适用解释论首先要求实体法以程序为基础，外国刑法中犯罪构成的逻辑层次分明与其诉讼体制也有关系，当今时代两大法系的诉讼结构趋于统一，其共同的特征是控、辩、审三方鼎立，控、辩双方负责证明自己的观点，法官居中

裁判。我国新刑事诉讼法也基本体现了这些特征，在这种程序结构中，控辩双方均承担证明责任，证明内容是实体法规定，这样，实体法的内容就转化为证明责任，法官的判决结论以法律和控辩双方的理由为依据而作出，法官自己不承担证明责任。这是解释论上平衡国家意志和个人辩护的保证。个人辩护的可能性要扩大，法定辩护理由应当增加，同时在合理的范围内经控辩双方不断的沟通意见的基础上，逐渐承认合理的但法律没有规定的辩护理由。这一点是保证犯罪构成结构具备开放性特质的根本。

---

[i] 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第3页。

[ii] 曹子丹等译：《苏联刑法科学史》，法律出版社1984年版，第4页。恩格斯在当时论述这一问题时还指出：“历史常常是跳跃式地和曲折地前进的，如果必须处处跟随着它，那就势必不仅会注意许多无关紧要的材料，而且也会常常打断思想的进程。”参见：《马克思恩格斯全集》中文版第13卷第532页。

[iii] 曹子丹等译：《苏联刑法科学史》，法律出版社1984年版，第33页。

[iv] （奥）A. 哈耶克：《个人主义与经济秩序》，贾湛等译，北京经济学院出版社1989年版，第9页。

[v] 笛卡尔曾说过，“世界这本书是上帝用数学写成的”。在西方学术界，其自古代所延续的科学主义传统对科学、实证推崇备至，数学被认为是最权威的科学，世界上所有的现象只有被数学所描述和证明才是科学的，包括社会科学领域。事实上，自然科学对社会科学的影响是决定性的，从方法到内容。现代数学领域混沌理论（研究变化的理论）的研究表明，确定性的规则（成比例的逻辑体系即线性）可以产生出杂乱无章的无法预知的后果（不成比例的即非线性的），所以，许多貌似必然的东西其实是偶然的。结果的不确定性来自于原因的复杂，即结果对初始条件具有敏感的依赖性。这些命题在刑法中的寓意是，刑法不能只固着于人为的逻辑，结论（对犯罪和刑罚的判定）必须以充分考虑事物的复杂性为前提。

[vi] （日）西原春夫：《刑法的根基与哲学》，上海三联书店1991年版，第2页。

[vii] 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第5页。

[viii] 犯罪构成的结构模式在大陆法系和英美法系有差异的原因是多方面的，如历史因素，大陆法系是成文法传统，而英美则奉行判例法；大陆法系的实体法有明确的法典，而英美国家的实体刑法制度则渗透在程序之中。关于这些因素本文不作考虑。

[ix] 这也是刑法立法思想现实化的表现，因为，国家只管整体情况就表明自己所拥有的知识是有局限性的，在个别的、具体的场合只有个人才是自己利益的最佳裁判者。边沁认为，每个人都是自己利益的最佳法官，这是一个非常简单的命题。见边沁：《立法理论——刑法典原理》，孙力译，中国人民公安大学出版社1993年版，第23页。

[x] 该法第122—2条规定，行为人受到不可抗拒的强制力所实施的行为不负责任，这一点突破了传统观念，不仅受自然力强制而且受人力强制也可作合法辩护，如受其他犯罪分子精神强制（胁迫）到一定的程度而行为可作合法辩护，这种规定给被告人的合法辩护余地加大。但是其合理性值得商榷，或者说对这一条规定的解释是相当麻烦的，如对第二次世界大战战犯的审判结论表明，人力强制作为辩护理由是不合适

的。

[xi]参见J. C. Smith: *Justification and excuse in criminal law*, London 1989, P1-6.

[xii]冯军：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，第60页。此处的刑事义务实际上是指刑事责任。冯军博士在其专著第三章中强调，承诺是刑事责任的基础即刑罚权行使正当化的根基。以承诺为出发点来认识刑事责任制度，有制度创新的色彩，值得重视。

[xiii]本部分涉及的材料全部来源于：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版，第36—82页。

[xiv]陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1993年版，第549—550页。

[xv]储槐植：《论刑法学的若干重大问题》，载《北京大学学报》（哲社版）1993年第3期。

[xvi]事实上，正当防卫问题主要是一个司法问题，关键是法官在法律解释过程中，没有理直气壮地保护防卫人的权利。这里涉及的是刑法的运作机制问题，如不能很好地解决运作机制问题，运作问题很可能削弱刑法的整体基础，立法再完善都无济于事。

[xvii]贾宇：《犯罪故意概念的评析与重构》，载《法学研究》1996年第4期。

[xviii]犯罪认定与辩护理由的关系实质上是犯罪化与非犯罪化的关系，后者分为立法上的犯罪化与非犯罪化以及司法上的犯罪化与非犯罪化两种情况。在通盘考虑犯罪化和非犯罪化的平衡问题时，英国刑法学者通常考虑刑法的目标、刑法的道德限制、刑法犯罪化的实证理由等因素，考虑这些问题的出发点是：对犯罪化的一般原理和标准加以认真检视时，将这些原理和标准运用到实际案例中是非常有价值的。实例经常能够反映出普遍原理和标准的缺陷（weak spot），并且有助于调整这些原理和标准。在原理、标准和实际案例之间不断地进行修正，最终能达到“反思的平衡”（罗尔斯语）状态，这种状态使两端得以平衡，在这种状态下，一般的规则能产生出符合特定情况的合理结论。参见：Janet Dine James Gobert: *Cases and materials on Criminal law*, Blackstone Press Limited (London) 1993, P2-6.

---

## 相关文章：

---

[政府管制传媒正当性问题探讨----以公共信息与国家秘密的关系为视角](#)

[我国信息安全立法的两个基本问题](#)

[论犯罪构成的结构与功能](#)

[贝卡利亚刑法思想的功利主义基础](#)

[刑法法典化及其可能性](#)

[论刑法机制研究的必要性](#)

[刑法分则的功能：立法定性](#)

[刑法立法思想现实化](#)

[刑法适用解释机制与刑事法治改革](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)