

犯罪论体系的位阶性研究

陈兴良^{*}

内容提要：犯罪成立要件是刑法规定的，四要件的犯罪构成理论与三阶层的犯罪论体系在此并无区别，两者的区别仅仅在于犯罪成立要件之间是否具有位阶性。在三阶层的犯罪论体系中，构成要件该当性、违法性、有责性之间具有位阶关系，这种位阶关系对司法的定罪过程具有逻辑引导机能，有助于保证定罪的正确性。而四要件的犯罪构成理论，在犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面之间没有位阶关系，只是一种排列顺序，可以随意变动，四要件之间是一种互相依存关系。根据四要件认定犯罪，往往主观判断与客观判断颠倒，事实判断与价值判断混淆，存在实用性缺陷，影响正确定罪。三阶层犯罪成立要件理论具有科学性，应当为我国所采用。

关键词：位阶性 三阶层 四要件

位阶是指客观事物之间的一种位置安排，由此形成事物之间具有内在逻辑关系的秩序。在犯罪论体系中，犯罪成立要件之间具有位阶性，这种位阶性决定了犯罪论体系的内在逻辑结构。无论是三阶层的犯罪论体系（以下简称三阶层），还是四要件的犯罪构成理论（以下简称四要件），都是对刑法所规定的犯罪成立要件的一种理论塑造。犯罪成立要件是由刑法而不是由理论规定的，三阶层与四要件的区别并不在于其理论形态所呈现出来的犯罪成立要件的差别，而在于这些犯罪成立要件之间的逻辑关系的不同。正是犯罪成立要件之间的位阶性，决定了三阶层的犯罪论体系的整体架构。以此反观四要件的犯罪构成理论，可以说，四要件是没有位阶的犯罪构成。犯罪成立要件之间是否存在位阶关系是三阶层与四要件的根本区别之所在。本文从位阶的观念切入，对三阶层与四要件进行结构性的对比研究。

一、犯罪论体系位阶性的学术史考察

犯罪成立要件是由刑法规定的，这种规定可以分为分则性规定与总则性规定。在一般情况下，分则所规定的是犯罪成立的特殊要件，总则所规定的是犯罪成立的共通条件。犯罪成立的特殊要件，主要是指犯罪成立的客观要件；而犯罪成立的共通条件，通常是指犯罪成立的主观要件。因此，犯罪成立要件可以分为客观要件与主观要件。在刑法理论上，对犯罪成立要件进行理

^{*} 北京大学法学院教授。

论概括，最初形成的就是这种犯罪的客观要件与主观要件相区分的理论。例如意大利在 18 世纪的自然法理论的基础上，形成所谓古典的二分理论（La teoria bipartita classica）。意大利学者在介绍古典的二分理论时指出：“从犯罪是一个‘理性的实体’（ente di ragione）的前提出发，古典大师们认为犯罪由两种本体性因素构成。他们称这些因素为‘力’（forza），包括‘物理力’（forza fisica）和‘精神力’（forza morale）。尽管有不尽然之处，这两种‘力’大致相当于现代刑法学中的犯罪的‘客观要件’和‘主观要件’。根据古典学派的理解，这两种力又包含一个客观方面和主观方面：‘物理力’的主观方面即主体的行为，而其客观方面则是犯罪造成的危害结果；‘精神力’的主观方面指的是行为人的意志，而其客观方面表现为犯罪造成的‘精神损害’（如在社会中引起了恐慌或者为公民所树立的坏榜样）。在这种‘力’的二分模式中，犯罪的本体性因素与评价性因素合成了一个整体。但是，合法化原因在这种体系中却无存身之处，后来只好将其勉强解释为因主体受‘强制’而排除精神力的原因。”〔1〕

古典的二分理论是十分简陋而原始的犯罪构成理论，在这一理论中，客观要件与主观要件之间的位阶关系并未确定。

费尔巴哈与施就别尔虽然对犯罪坚持二分结构，但初步确定了客观要件与主观要件之间的顺序关系。苏联学者特拉伊宁在论及犯罪构成时，把古典学派关于犯罪构成的理论称为客观结构，认为古典学派十分肯定地提到首要地位的并不是主观因素，而是客观因素——行为的质，而不是主体的质。特拉伊宁在评论费尔巴哈时指出：“如 A·费尔巴哈给犯罪构成了如下的定义‘犯罪构成乃是违法的（从法律上看来）行为中所包含的各个行为的或实施的诸要件的总和……’。可见，A·费尔巴哈在这里十分肯定地列入犯罪构成的只是表明行为的特征。A·费尔巴哈并没有忽略责任的主观根据——罪过——的意义。可是，根据他所下的定义，罪过却处在犯罪构成范围之外，也就是说：只有那些第一，实现了犯罪构成，第二，行动有罪的人，才负刑事责任。”〔2〕在以上的论述中，费尔巴哈所说的犯罪构成，是指刑法分则规定的犯罪成立的客观要件。所谓实现了犯罪构成，是指行为符合刑法分则规定的犯罪成立的客观要件。客观要件是放在第一位的，其次才是罪过，即主观要件。当然，特拉伊宁在意的并不是客观要件与主观要件之间的位阶关系，而是费尔巴哈将罪过放在犯罪构成的范围以外这一问题。其实，费尔巴哈这里所说的犯罪构成是指特殊的构成要件，即刑法分则规定的犯罪成立要件。从犯罪成立要件总和的视角出发，去看费尔巴哈关于犯罪构成的定义，确实给人一种难以理解的感觉。只有在刑法分则规定的犯罪成立要件的意义之上，才能透彻地领悟费尔巴哈的思想。特拉伊宁还对德国刑法学家施就别尔关于犯罪构成的理论作了以下描述：“A·费尔巴哈的同代人施就别尔（Stübel）在 1805 年出版的犯罪构成的专著中，也只把客观因素引入犯罪构成。施就别尔说：‘犯罪构成，乃是那些应当判处法律所规定的刑罚的一切情况的总和，因为这些事实是同责任能力无关的。’同时，在施就别尔看来，责任能力的概念包括一切主观因素，首先包括罪过。由此可见，无论是 A·费尔巴哈或者是施就别尔，都不容许在没有罪过的情况下负刑事责任，但同时又都把罪过置于犯罪构成的范围之外。在他们看来，犯罪是：（1）实现犯罪构成的行为；（2）有罪的行为。”〔3〕

施就别尔关于犯罪构成的概念与费尔巴哈如出一辙。这反映了 18 世纪后期至 19 世纪初期在德国通行的构成要件是指特殊的构成要件，因而是刑法分则规定的、客观的并且是事实的，并不包括主观因素在内。对此，日本学者小野清一郎曾经作过以下评论：“在 19 世纪的刑法学中，还没有出现与今天完全一致的构成要件理论。Tatbestand 一词仅限于在犯罪事实或法律上制约着成

〔1〕〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译评，中国人民大学出版社 2004 年版，第 92 页以下。

〔2〕〔3〕〔苏〕A·H·特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，王作富等译，中国人民大学出版社 1958 年版，第 15 页。

立犯罪的诸条件的意义上加以使用,而且它又被分成了一般构成要件和特殊构成要件,或是主观构成要件和客观构成要件。例如,弗朗克的《注释书》中,最清楚而又直截了当地表现出这一点。他认为,所谓一般构成要件,是指成立犯罪所必须的要素的总和;所谓特殊构成要件,则是各种犯罪所特有的要素。作为一般构成要件,有人的一定态度在内,并且它必须是有意志的行为或者有责任的行为。而有责任,往往说的是主观的构成要件,是与客观的、外部的构成要件相对立的。弗朗克的上述观点,被认为是19世纪的通说。在这个时期,虽有构成要件的概念,但并没有考虑它的特殊理论机能,所以还不是今天这种意义上的构成要件理论。”〔4〕

小野清一郎所说的今天这种意义上的构成要件,是指在贝林以后的构成要件概念,而这一构成要件概念与19世纪刑法学中的特殊构成要件的概念是较为接近的。例如,李斯特指出:“如果说到刑法中的构成要件,通常是指特殊的构成要件,它表明分则章节中规定的具体不法类型特征的总和。特殊的构成要件让我们知道,立法者是如何规定谋杀、抢劫、贿赂和叛国罪等的。易言之,特殊的构成要件为刑警(kriminalist)了解对从刑法上确定犯罪种类具有重要意义的特别之违法性和其后为适用刑法而确定罪责,打开了方便之门。”〔5〕

在整个19世纪,虽然客观上的构成要件与主观上的责任区分是十分明显的,但对两者关系的界定仍然是模糊不清的。因此,犯罪论体系尚处在一个前位阶时代。

犯罪成立要件之间的位阶关系的真正确立,肇始于李斯特。李斯特将犯罪界定为符合犯罪构成的、违法的和有责的行为。在论及违法性与有责性的关系时,李斯特指出:“符合犯罪构成的违法性并不构成‘犯罪’这种否定评价的理由。犯罪还是一种有责的行为(Schuldhaftes Handeln);也就是说,有刑事责任能力的犯罪人是故意或过失地实施了符合犯罪构成的违法行为,也即刑法中的罪责问题涉及符合犯罪构成的违法行为。因此,也就必然得出这样一个结论:刑法制度中的罪责只能在违法性学说之后来探讨。”〔6〕在此,李斯特提出了“刑法制度中的罪责只能在违法性学说之后来探讨”这一重要命题,首次明确地界定了违法性与有责性之间的位阶关系。违法性与有责性之间的位阶关系的形成,可以说是古典犯罪论体系诞生的标志。正是在这个意义上,我们可以把李斯特称为古典的犯罪论体系的创始人之一。对此,台湾学者许玉秀指出:“如今被称为古典的犯罪阶层体系,是刑法理论史上第一个成形的犯罪阶层体系。这个体系又称为贝林—李斯特体系(Beling Lisztsches System),因为完整的体系结构固然是贝林于1906年发表的,但李斯特于1881年第一版教科书中区分违法性(Rechtswidrigkeit)和罪责(Schuld),被视为最早区分刑法体系阶层之作,后世因而将贝林与李斯特合称为第一个犯罪阶层体系的创始者。”〔7〕

违法性与有责性的区分,即不法与责任的分野,是围绕客观违法论与主观违法论而展开的,并且涉及刑事不法与民事不法的界分,这是一场亘贯19世纪的学术争论,它对三阶层的犯罪论体系的形成产生了深刻的影响。一般认为,不法理论可以追溯到黑格尔,黑格尔提出的不法理论,尤其是民事不法与犯罪的区分学说,为此后的主观违法论与客观违法论之争埋下了伏笔。黑格尔明确地把不法区分为以下三类:(1)无犯意的不法;(2)诈欺;(3)犯罪,指出:“法作为特殊的存在,从而与其自在存在的普遍性和简单性相对比,是繁多的东西,而取得假象的形式时,它或者是自在的或者直接的假象,即无犯意的或者民事上的不法,或者被主体设定为假象,即诈欺,或者简直被主体化为乌有,即犯罪。”〔8〕黑格尔把不法看作是对法的否定,而这种对法

〔4〕〔日〕小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民大学出版社2004年版,第4页以下。

〔5〕〔德〕李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第205页。

〔6〕同上书,第168页。

〔7〕许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第63页以下。

〔8〕〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第92页。

的否定又可以分为不同的发展阶段，由此形成不同的不法形态。尤其是黑格尔对民事上的不法和刑事上的不法加以区分。我国学者在评论黑格尔的不法理论时指出：“他（指黑格尔——引者注）把民事上的不法同刑事上的不法，都看作是同一不法的不同的发展阶段，力求从不法本身找出它们之间的内在联系，力求把它看作是一个过程；并把不法区分为无犯意的不法、部分无犯意的不法和完全的不法，或者说是说对法说来的假象、对我说来的假象和对法对我说来都不是假象，而是真正的不法，是对法的完全否定，因而对自在的法说来它完全是一种虚假的东西，而不是真实的东西，总是要被扬弃的。”〔9〕

黑格尔指出的“无犯意的不法”概念，被认为是客观违法论的肇始。由于受到黑格尔的客观精神哲学以及“无犯意的不法”概念的深刻影响，客观违法论在德国法学界处于通说的地位。〔10〕黑格尔的客观违法论是建立在他关于法的学说基础之上的。黑格尔把法分为抽象法与道德法，这是法的辩证发展的两个阶段，抽象法是指客观法，而道德法是指主观法。而不法属于客观法领域的问题，责任则属于主观法领域的问题。客观法与主观法的区分，也就是法与道德的区分。

在黑格尔之后，德国学者阿道夫·默克尔（Adolf Merkel）教授于1867年发表了《可罚不法与民事不法之关系》一文，这里所称的可罚不法，就是指刑事不法，即犯罪。默克尔摆脱了黑格尔关于抽象法这样一种抽象的描述，而把法看作是一种命令规范，并且寻求可罚不法与民事不法的上位概念——不法。默克尔指出，不法的内容主要由两个要素组成。一是否定了法所包含的客观化的共同意思或侵害法所保护的共同利益；二是归责可能性要件。如果认为法是由国家制定并由国家强制力保障实施的，那么就不得不承认国家的权威，而藐视法的权威、否定国家意思则是一切不法的特征。法规表现为命令性规范或禁止性规范，不法则是对命令性或禁止性规范的侵害，然而命令只向具有责任能力的人下达，故侵害此等命令即可认定为违法。为此，法的义务只能赋加于具有责任能力之人，即义务只有在客观可能的情况下才有意义，人类在不可能实现的无法预见或无法避免的情况下不具有义务性，即使发生损害实施，行为人并没有否定法的共同意思，而是尊重了法本身。〔11〕由是，默克尔主张主观违法论，即认为只存在“有责的不法”而否认“无责的不法”。在默克尔看来，任何不法都必然以违法主体具有责任能力与故意或者过失为前提。而无责任能力人的行为或者缺乏故意与过失的行为，都不能评价为不法。由此可见，主观违法论实际上是把可归责性纳入不法要件，从而将不可归责的行为从不法概念中予以排除。尤其是主观违法论强调主体对于法的理解能力，因而得出“有责的不法”的结论。

在1876年默克尔提出主观违法论的同时，德国著名学者耶林在《罗马私法中的责任要素》一文中提出了与主观违法论对立的客观违法论，进一步引发了主观违法论与客观违法论之争。客观违法的概念就是耶林为与默克尔的主观违法论相抗衡而制造出来的概念。〔12〕耶林是从民法上的善意占有与恶意占有的性质区分入手开始其论证的，认为善意占有他人之物决不是合法的，只能认为是不法的。这种不法相对于恶意占有的主观违法而言，是一种客观的违法。因此，耶林论证了客观违法的存在，同时没有完全否认主观违法，而是为主观违法留下了存在空间。在这个意义上，耶林是赞同客观违法论的，但并非为完全的绝对客观违法论者。〔13〕应该说，耶林的客观违法论是不彻底的，并且在民法领域展开对主观违法论的批判，对刑法的贡献不是直接的。当然，耶林对把责任要素纳入违法范畴的主观违法论的抨击，对于古典派的犯罪论体系建构阶层理

〔9〕 武步云：《黑格尔哲学：法与主体性原则的理论》，法律出版社1995年版，第193页。

〔10〕 参见肖吕宝：《主、客观违法论在刑法解释上的展开》，黑龙江人民出版社2008年版，第20页。

〔11〕 参见余振华：《刑法违法性理论》，台湾元照出版有限公司2001年版，第15页。

〔12〕 参见〔日〕泷川幸臣：《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社2005年版，第47页。

〔13〕 参见前引〔10〕，肖吕宝书，第27页。

论仍然具有启迪意义。

在刑法中坚持客观违法论的李斯特，也是从对法的理解上入手的。李斯特提出了法具有双重功能的命题，这里的双重功能是指命令规范与评价规范。李斯特在评论主观主义的强制理论时指出：“此等主观主义的强制理论的结果可能是，当行为是由无责任能力或其他不负责任之人实施时，行为的不法特征即告消灭。该理论的不正确性源于它的武断的片面性。它忽略了法律的双重功能，即法律不只是命令，即命令规范，而且，从逻辑上的必要性出发，法律也是评价规范。仅就此点而言，法律以抽象的价值标准的面目出现，其适用可能性完全不取决于被评价的对象、人的行为所发生的方式（有责或无责）。”〔14〕李斯特在此所批评的主观主义的强制理论，实际上就是指主观违法论。李斯特认为主观违法论的错误在于片面地把法律理解为命令规范，由此否认无责的不法。但如果把法律同时理解为评价规范，则完全可以成立“无责的不法”。根据李斯特的观点，在不法阶层，主要是对行为是否具有法益侵害性进行客观外在的判断，因而应当承认客观违法。李斯特指出：“法律是作为一个客观评价规范的整体出现在我们面前的。依据这些规范，人类行为的特征作为客观上合法或违法而出现。”〔15〕只有在有责性阶段，才涉及行为人的内心世界与将该行为评价为非法的法律规范之间的联系。正是在主观罪责的意义上，法律的规范功能的性质才得以彰显。

在李斯特关于不法与罪责的分离，并且正确地界定了不法与罪责的位阶关系的基础上，贝林进一步地阐述了构成要件在犯罪论体系中所处的指导形象的地位，从而正式宣告阶层式的犯罪论古典体系的诞生。贝林把犯罪类型与刑法分则规定的法律的构成要件加以区分，法律的构成要件是一种指导形象，它在逻辑上是先于犯罪类型的，这就是构成要件对于其他犯罪成立条件所具有的位阶上的优先性。贝林指出：“每个法定构成要件肯定表现为一个‘类型’，如‘杀人’类型、‘窃取他人财物’类型等。但是，并不意味着这种——纯粹‘构成要件’的——类型与犯罪类型是一样的。二者明显不同，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（Vorstellungsbild），其只能是规律性的、有助于理解的东西，逻辑上先于其所属的犯罪类型”。〔16〕贝林把构成要件确定为首要的构成要素，它在逻辑上是先于其他犯罪构成要素的。他还形象地把构成要件比喻为一个钩子，阐述了构成要件在定罪的司法过程中的优先作用，指出：“实务中，法官首先会在犯罪种类（独立的犯罪类型）范畴内一如既往地考察，某行为可以构成哪些犯罪类型。法官就相当于有了一个钩子，他可以把案件悬挂在这样一个钩子上面。因为所有犯罪类型（独立、直接的或者附属、间接的）都离不开一个作为指导形象的法定构成要件，然后分别进行排除，即客观方面的相关行为是否充足（genügen）法定构成要件（一般称为构成要件符合性，这是由揭示犯罪形象而与构成要件建立联系的问题），也即是处于优先考虑地位的问题，因为所有后续研究都有赖于该问题的解决，该问题本身相对于其解决的答案则具有独立性。”〔17〕构成要件对于犯罪成立其他要件的优先性与独立性，这是贝林对构成要件性质的重要界定。由此，古典派的犯罪论体系确立了“违法是客观的，责任是主观的”这一命题，并将客观要件置于主观要件优先的位阶，形成了犯罪论体系的不法与责任两大支柱。

在古典派的犯罪论体系之后，新古典的犯罪论体系提出了主观违法要素，打破了“违法是客观的”这一命题。但主观违法要素只是例外的情形，它并不能否定在一般情况下违法是客观的这一事实。即使是目的主义的犯罪论体系，将故意与过失等主观要素纳入构成要件，形成所谓主观

〔14〕 前引〔5〕，李斯特书，第199页。

〔15〕 同上书，第251页。

〔16〕 [德]恩施特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第5页以下。

〔17〕 同上书，第30页。

的构成要件。在这种情况下，仍然没有改变三阶层的体系，也没有动摇不法与责任这两大支柱。

二、犯罪论体系位阶性的实际功能

犯罪成立要件是多元的并且相互之间互相联结，由此形成一种金字塔形的结构。贝林指出：“在方法论上，人们按照合目的的方式提出了六个有此特征的犯罪要素，其顺序和结构为：‘构成要件符合性’需要置于‘行为’之后，然后依次就是‘违法性’——‘有责性’——‘相应的法定刑罚威慑’——‘刑罚威慑处罚的条件’。构成要件符合性应当是先于违法性和有责性的，这样后续其他概念才能完全定义于刑法意义上。”^{〔18〕}在以上犯罪成立的六个条件中，构成要件符合性、违法性与有责性是最为基本的，由此形成犯罪论体系的逻辑框架。尽管在具体要素的归属上，古典的、新古典的、目的主义的和目的理性的犯罪论体系之间存在各自不同的见解。然而，犯罪论体系的框架仍然是三阶层。犯罪成立要件的位阶性是各种犯罪论之间的最大公约数。犯罪论体系的位阶性，具有以下功能：

（一）位阶的结构支撑功能

在刑法学说史上，对于犯罪的认识是一个逐步深化的过程，可以分为以下两个阶段：

一是犯罪成立要件的主客观相统一的认知过程。在这一期间经历了主客观相分离，即主观归罪与客观归罪的惨痛教训，最终达致主客观相统一，犯罪成立需要同时具备客观要件和主观要件，两者缺一不可的见解。贝卡利亚对于犯罪成立问题上的意图说和罪孽说进行了猛烈的抨击，强调法律不惩罚犯意，只有犯罪对社会的危害才是衡量犯罪的标尺。^{〔19〕}而费尔巴哈将构成要件（客观要件）与罪过（主观要件）确认为犯罪成立条件，从实体法上获得了犯罪的主客观相统一的认知结论。

二是犯罪成立要件之间位阶关系的认知过程。在这一期间确立了不法与责任的位阶关系，由此开创了犯罪论体系的知识进路。前一阶段解决的是犯罪成立需要哪些要件的问题，后一阶段解决的是犯罪成立要件之间究竟是何种关系的问题。后一问题的解决以前一问题的解决为前提。犯罪论体系的形成是以犯罪成立要件之间的位阶关系的确立为标志的。

德国学者提出了区分不法与责任是否具有超越实定法基础这样一个问题。在德国学者看来，不法与责任的区分，是“物本逻辑的结构”，无论刑法学者是否认识到不法与责任的区分，这种区分本身是客观存在的。就此而言，区分不法与责任并不是一个超越实在法的问题，而只是在刑法规定基础上的一种理论构造。德国学者指出：“然而这绝非意味着，不法与罪责的区分出于上述的考虑已经在个别的情况先行确定，以及甚至可能确立超越实定法的基础。因为我们还可能高估了规范性指导原则与物本结构间的一致性效果，而且也可能重蹈目的行为论通常犯下的那个错误。我借用不甚精确的建筑学用语或是拱形支架的名词，这种情形称为超越支撑限度的托架（Hyper-überkragung）。”^{〔20〕}以上论述包含着较为深刻的哲理，它一方面阐明了不法与责任的区分并非是一种理论臆断，而是刑法的“物本逻辑的结构”。就此而言，是刑法自身所具有的不法与责任相区分的性质而决定了在犯罪论体系中应当将两者加以区分，后者只不过是对其的反映而已。另一方面，德国学者还引入了一个拱形支架的概念，认为它具有对结构的支撑功能，并且指出：托架不能超越支撑限度。这两方面的思想都是令人深思的。

〔18〕 前引〔16〕，贝林书，第62页以下。

〔19〕 参见〔意〕贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第67页。

〔20〕 〔德〕许迺曼：《区分不法与罪责的功能》，彭文茂译，载许玉秀、陈志辉主编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，台湾新学林出版股份有限公司2006年版，第445页。

就不法与责任的区分是刑法的“物本逻辑的结构”而言，它表明对刑法规定的理解不能停留在法条表象，而是应当深刻地解释法条背后的法逻辑。这也就是所谓“物本逻辑”。在此，德国学者明显采用了现象与本体的二元思维方法，认为法条规定本身只是一种表象，隐含在背后的是“物本逻辑”。我们通常只看到法条表象，认为犯罪成立的要件是由刑法规定的，这一点没有问题。而犯罪成立要件之间的关系，例如不法与责任的位阶关系，则是刑法理论所形塑的。德国学者指出：不法与责任的区分本身仍然是刑法自身的逻辑所决定的。这一点具有重大的启迪意义。

就不法与责任的区分是拱形支架这一比喻而言，是十分形象的。犯罪成立要件是多种多样的，但在所有犯罪成立要件中，只有不法与责任这两个要件具有拱形支架的功能，对于整个刑法体系起到支撑作用。不法与责任被称为犯罪论体系的两大支柱，^{〔21〕}这种支柱作用是由不法与责任之间的位阶关系所决定的。如果只有不法与责任这两个要件，但并不存在两个要件之间的位阶关系，那么就难以支撑犯罪论体系，因为在犯罪成立要件之间缺乏有意义的架构。不法与责任之间形成位阶关系：责任以不法为前提，不法对责任形成制约。在这种情况下，犯罪论体系才是具有内在逻辑性的，并且构成恢弘的理论大厦。

（二）位阶的价值取向功能

三阶层的犯罪论体系是由不法与责任这两大支柱为托架的。但不法又是以构成要件该当为前提的，因而形成构成要件该当性、违法性与有责性这样三个阶层。在刑法理论上，对于构成要件该当性与违法性的区分是否必要，存在各种不同的观点。相当有力的观点认为，这种区分是不必要的，只有在古典派的犯罪论体系中将构成要件形式化，才存在这种区分的必要。随着构成要件的实质化，这种区分的必要性随之丧失。例如，日本学者西原春夫指出：“纵观德国与日本构成要件论发展的历史，简直就是构成要件论向违法论靠近的历史。”^{〔22〕}西原春夫主张将构成要件并入违法性，采取并不承认构成要件或者构成要件该当性是独立的犯罪要件的立场。但是，通说仍将构成要件该当性与违法性加以区分，因为两者的功能并不相同。实际上，犯罪论体系的三个要件分别对应于三个原则，体现对三种价值的保护。

1. 构成要件该当性对应于罪刑法定原则，其所体现是刑法的人权保障价值。

罪刑法定原则的基本含义是“法无明文规定不为罪”。因此，法律，这里主要是指刑法分则，是否有明文规定，就成为区分罪与非罪的基准。我国学者在论述构成要件与罪刑法定的关系时，深刻地指出：“纵观犯罪构成（指构成要件——引者注）的形成史，我们可以发现，构成要件本来就是在罪刑法定主义的基础上产生和形成的，罪刑法定化必定要求构成要件法定化。……构成要件是将客观的案件事实和罪刑法定化后的刑法规范联系起来的枢纽，通过审视案件事实是否符合法定的构成要件‘样板’，决定行为是否该纳入刑事领域。……可以说，正是借助于作为不法类型的构成要件，‘罪刑法定’方得以从逻辑的世界走向经验的世界。”^{〔23〕}以上论述十分真切地解释了构成要件与罪刑法定的关系。罪刑法定原则是以人权保障为使命的，因而构成要件所具有的人权保障价值也是十分明显的。

构成要件之所以能够发挥罪刑法定原则所要求的人权保障机能，主要是由构成要件的类型性特征所决定的。例如贝林指出：“立法者首先已对所有人们的行为给出了特定的形象、类型、抽象的法律形式指导，这些东西指示着具体的犯罪类型（‘谋杀罪’、‘盗窃罪’等），还指示着这些类型彼此之间的价值关系。按照立法者的意志，这些东西同时扮演着这样的角色，即未符合上述

〔21〕 参见张明楷：《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》，《现代法学》2009年第6期。

〔22〕 [日]西原春夫：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第25页。

〔23〕 劳东燕：《罪刑法定本土化的法治叙事》，北京大学出版社2010年版，第204页以下。

形象之一的行为（非类型性行为），也就不具有刑罚可罚性。”〔24〕类型具有某种封闭性，它使行为形成一个封闭的区间，从而将不具有构成要件该当性的行为排除在犯罪之外，起到了第一道关卡的作用。正是在这个意义上，构成要件成为罪刑法定原则的实现途径。当然，在刑法学上对于贝林的构成要件能否起到人权保障的机能，也是存在质疑的。例如西原春夫指出：“贝林的构成要件论旨在实现人权保障，强调罪刑法定主义，与此相对，他的构成要件论到底起到了怎样的作用呢？如前所述，他之所以将构成要件作为客观的、描述性的概念来把握，乃是为了据此在确定构成要件符合性之时尽可能地排除法官的价值判断。如果说在贝林以前，违法性的确定是在与实定法没有任何关联的情况下任意进行的；那么，贝林这种试图在确定违法性之前，首先将不符合构成要件的情形排除在违法性判断对象之外的见解，我认为应当听取的。但是，第一，当时，德国刑法学在费尔巴哈以后已经意识到了罪刑法定主义思想，在脱离实定法的情况下恣意地确定违法性的罪刑擅断主义已经被排除了。如果是这样，那么，即使在判断构成要件符合性之时排除了包含有价值判断以及行为人主观方面的判断，由于在进行如下的违法、责任判断之时仍然必须作出这种判断，因此，可以说贝林的构成要件论并不能如其所期待的那样，实质性地发挥人权保障的机能。”〔25〕在以上论述中，西原春夫虽然肯定构成要件论的初衷是限制罪刑擅断，强调罪刑法定主义。但是，他又认为在罪刑法定主义被接受、罪刑擅断主义被排除的情况下，构成要件论的作用就丧失了。笔者认为，这一理由是较为牵强的。因为正如上文所述，罪刑法定主义正是通过构成要件发挥其限制机能的。在某种意义上说，取消构成要件也就是在一定程度上削弱罪刑法定主义。即使贝林所主张的事实而非规范的、客观的而非主观的、形式的而非实质的构成要件论在某种程度上被改变，出现了规范的构成要件与主观的构成要件，尤其是构成要件的实质化，对构成要件论带来深刻的变革，但这并不能从根本上否认构成要件所具有的人权保障机能。

2. 违法性对应于法益保护原则，其所体现的是刑法的社会保护价值。

三阶层的犯罪论体系的违法性，不是指违反刑法，即刑事违法性，而是指实质违法。实质违法是与形式违法相对的，形式违法是通过构成要件而确认的：凡是具备构成要件该当性的行为，当然就具有形式违法性。因为构成要件本身就是违法行为类型。而实质违法则与之不同，它是指对法益的危害。对此，李斯特曾经指出：“实质违法是指危害社会的（反社会的）行为。违法行为是对法律保护的个人或集体的重要利益的侵害，有时是对一种法益的破坏或危害。对重要利益的保护是法律的首要任务。通过对因受法律保护而上升为法益的重要利益进行认真的界定，利益之矛盾、法益之冲突也不可能被完全排除。构成法制最后和最高任务的人类共同生活目标的要求，在此等矛盾、冲突中牺牲价值低的利益，如果只有以此为代价才能维护价值高的利益的话。据此可以得出以下结论：只有当其违反规定共同生活目的之法秩序时，破坏或危害法益才在实体上违法；对受法律保护的利益的侵害是实体上的违法，如果此等利益是与法秩序目的和人类共同生活目的相适应的。”〔26〕

对于违法性之违法，不能从规范上加以考察，而应当从实质上加以界定。它是指违反法秩序，其根本性质在于对法益的侵害。法益侵害不是绝对的，对法益的保护是通过解决法益冲突来实现的。在李斯特的以上论述中，也论及利益之矛盾和法益之冲突的问题。在违法性中，主要讨论违法阻却事由，即合法化事由，而这些合法化事由是以具备构成要件该当性为前提的。对此，德国学者指出：“合法化事由不是以规范的一般之例外为基础，而是为了解决社会矛盾冲突情况，要求在具体情况下进行价值权衡（Wertabwägungen），基于这样的价值权衡，不受影响地维持

〔24〕 前引〔16〕，贝林书，第59页。

〔25〕 前引〔22〕，西原春夫书，第32页以下。

〔26〕 前引〔5〕，李斯特书，第200页以下。

被保护的法益的利益，必要时必须退却到同样被法秩序承认的其他价值之后。但这不是绝对的，而只是在必要性和适当性的范围内有效的等价没有包含对一般禁止的总的限制，而是在具体情况下独立处理禁止规范及其固有的价值内容。”〔27〕“违法阻却的基本法理是法益衡量，而法益衡量是以法益冲突为前提的。构成要件的设置本身也具有法益侵害的考量。因此，在一般情况下，可以从构成要件推定违法性。但在法益冲突的情况下，需要通过违法阻却而达致保护更为重要法益的刑法机能。因此，缺乏构成要件该当性的行为与违法阻却的行为在性质上是有所不同的。”〔28〕也就是说，缺乏构成要件该当性的行为根本没有侵害刑法所保护的法益。但违法阻却事由之所以不受处罚，是因为尽管行为对刑法保护的法益造成了损害，但例外地不是实质的不法。

3. 有责性对应于责任主义，其所体现的是刑法的伦理或者公正价值。

基于“责任是主观的”这一命题，心理责任论认为，责任能力和故意、过失是责任的全部要素。从心理责任论向规范责任论转变以后，故意、过失不再被看作是责任要素，目的行为论的犯罪论体系甚至将其逐出责任概念，纳入构成要件，而把体现法敌对性意识的违法性认识和可非难性条件的期待不可能作为主观上的归责要素。及至目的理性的犯罪论体系，又进一步地将罪责改造成为了包含了预防必要性的实质性罪责概念。例如，德国学者罗克辛指出：“规范罪责概念仅仅说，一种有罪责的举止行为必须是‘可谴责的’。但是，这个概念仅仅具有形式上的性质，而还没有回答这个问题：这种可谴责性应当取决于哪一些内容上的条件。这是一个关于实质性罪责概念的问题。”〔29〕

这里的实质性罪责概念是与形式性罪责概念相对应的。罗克辛认为规范责任论仍然是一个形式性的罪责概念，没有涉及可谴责性的根据。那么，什么是可谴责性的根据呢？这个可谴责性根据是指预防必要性。我国台湾学者在论及罗克辛的负责性的罪责概念时指出：“Roxin认为，在传统‘罪责’（Schuld）这个‘阶层’要问的是：是否在刑法的观点下，对一个‘个别’的行为人加以制裁是必要的？从这个观点来看，以‘罪责’（Schuld）这个概念来称这个阶层就是不适当的。因为Roxin认为，刑法中的‘罪责’只能意味着‘行为人可以为合法行为的能力’。而他认为这个意义下的罪责，并不是以作为刑罚制裁必要性的概念。Roxin主张，刑事制裁的必要性不只取决于行为能力，亦取决于立法者的刑事政策观点，两者合称为负责性（Verantwortlichkeit）。”〔30〕从以报应作为内容的罪责概念到包含了一般预防的负责性的罪责概念，这是责任理论的一个巨大变化。尽管如此，以责任限定犯罪成立范围，从而限制刑罚发动的机能并无改变。只不过从规范责任论从单纯的非难可能性以限定犯罪成立，到实质性罪责概念采用非难可能性与预防必要性这双重标准限定犯罪成立，其宗旨都是为使刑法的公正价值得以实现，防止刑罚滥用。

以上所述犯罪论体系的三个阶层，体现刑法的三种价值：人权保障、社会保护和刑法公正。但是，刑法的这三种价值不是并列的，也不是我们通常所说的那样，是辩证统一的。刑法的这三种价值是存在位阶关系的。其中，刑法的人权保障价值处于优先地位，也是刑法所追求的首要价值。刑法的社会保护价值处于第二位，它受到罪刑法定原则的限制，这就意味着，当人权保障与社会保护这两种价值发生冲突时，应当将人权保障置于优越地位。对于那些法无明文规定、不具有构成要件该当性的行为，即使造成了再大的法益侵害结果，也不能构成犯罪。至于有责性，它是一个责任归咎问题，应当充分考虑行为人的个人要素，尤其是非难可能性与预防必要性，从而

〔27〕 [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第309页。

〔28〕 同上书，第309页以下。

〔29〕 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第562页。

〔30〕 李文健：《罪责概念之研究——非难的实质基础》，作者自印行1998年版，第222页。

将犯罪概念建立在公正的基础之上。这里应当指出，罗克辛虽然在责任的概念中引入了刑事政策的价值内容，包括预防必要性等因素，但由于它是以行为人具有非难可能性为前提的，因而预防必要性是对罪责的进一步限制而非扩张。就此而言，负责性的罪责概念具有合理性。这也体现了从存在论的责任概念向价值论的责任概念的转变，从形式上的责任概念向实质性的责任概念的转变。

（三）位阶的思维方法功能

犯罪论体系的位阶关系使犯罪论体系不仅是犯罪成立条件的总和，而且成为对定罪司法活动具有引导功能的思维方法，这就是所谓位阶式的思维。日本学者西田典之在论及三阶层的犯罪论体系的作用时指出：“在如何保证裁判官作出正确、适当的判断这一意义上，构成要件该当性——违法性——有责性这一判断顺序也具有相应作用。理由在于，是否该当于可罚性行为类型这一构成要件该当性的判断，在某种程度上具有形式性、明确性，正因为如此，若由此首先设定一个限制性框架，即便其后对违法性、有责性进行实质性判断，也不会扩大处罚范围；接着进行的违法性判断是一种实质性判断，即便如此，由于原则上是基于客观性要素所作的判断，仍有可能相对明确地进行判断；相反，由于有责性判断考虑的是行为人的主观，因而在其认定中，包含有使之归于不明确的要素。正是出于这种考虑，犯罪论体系通过阶段性的深入，即由形式性判断进入实质性判断，由对客观性要素的判断进入对主观性要素的判断，从而力图确保裁判官的判断的正确、适当。根据上述解释，可以说，对于控制裁判官的思考过程，进而将刑法的适用限定于适当正确的范围之内，构成要件该当性、违法性、有责性这种犯罪论体系是一种行之有效的做法。”^{〔31〕}根据西田典之的以上论述，三阶层的犯罪论体系有助于保证法官判断结论的正确性，而这种正确结论的获得，主要是遵循了位阶式的思维方法。正是在这个意义上说，三阶层的犯罪论体系是行之有效的。在此，所谓位阶式的思维方法，是指层层递进式的逻辑思维方法。这种思维方法不仅规定了定罪的阶层与顺序，而且使后一阶层的判断结论受到前一阶层的判断结论的严格限制，从而使定罪的司法过程呈现出一种递进式结构，并把那些非罪行为从犯罪中予以逐个排除。

三阶层的犯罪论体系创造了一种在定罪的司法过程中的体系性思维。因此，位阶式思维方法不仅具有阶层性，而且具有体系性。德国学者指出：“体系方法，乃是将一个思考的任务（无论是要解答一个抽象的问题，还是要判断一个具体的个案）分解成了一个一个单一个别的思维步骤或决定步骤，并且将这些步骤合乎逻辑地整理排列好。这特别像德国谚语所指出的：第二步不会先于第一步。第二步，是指所有逻辑上以第一步为前提的步骤。体系方法，本质上也就是一种逻辑的运用。随而，体系方法在很大程度上也承担了逻辑在法学方法论中的命运。”^{〔32〕}德国学者罗克辛大力倡导刑法教义学体系性思考方法，并将体系性思考与问题性思考结合，还对体系性思考的优劣作了辩证的考察。^{〔33〕}我们可以循着罗克辛的思路，对体系性思考的优点进行分析：

1. 减少审查案件的难度

犯罪论体系是一种审查案件的体系性模式（罗克辛语），它为审查案件提供了一种具有操作性的方法，因而减少了审查案件的难度。那么，这种审查案件的难度是如何减少的呢？罗克辛指出了以下两点：

一是定罪审查的程式安排，不会遗留重大问题。罗克辛指出：“面对一个行为，人们首先应当审查行为构成（即构成要件——引者注）是否得到满足，然后是违法性、罪责性和其他刑事可

〔31〕〔日〕西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第45页。

〔32〕〔德〕Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂：法学方法论密集班》，蔡圣伟译，台湾元照出版有限公司2010年版，第253页。

〔33〕参见前引〔29〕，罗克辛书，第126页以下。

罚性条件。在这个由符合逻辑顺序的确定思维步骤而形成的构造中,首先能够保障所有与刑事可罚性的评价有关的重要问题,都能够真正得到审查。”^{〔34〕}犯罪论体系是定罪经验的总结,将与定罪有关的各种要素都提炼出来,并且形成一个体系。在各种情况下,我们只要按照这个体系按部就班地进行,就能在程式化的模式中保证定罪的正确性,而不致于陷入混乱或者面对各种各样的犯罪要素无所适从。在这个意义上说,具有位阶性的犯罪论体系恰似一幅定罪的路线图,使复杂的定罪活动能够按图索骥地展开。

二是定罪审查的经济性。按照三阶层的犯罪论体系进行思考,只有那些构成犯罪的行为才需要完成对三个阶层的全部考察。如果是不构成犯罪的行为,则在定罪的不同阶层停顿下来,不需要再继续对此后的阶层进行考察。对此,罗克辛指出:“审查案件的体系性模式,对于思考的经济性来说,也是有帮助的:例如,如果正式行为构成不能得到满足,那么,就完全不需要再考察违法性和罪责。如果存在正当化的根据,那么,就可以从一开始就停止进行(可能是困难和费时的)寻找排除罪责理由的工作。”^{〔35〕}显然,这种定罪思维的经济性,同时也是定罪活动的效率性,正是位阶式思维方法所带来的。尤其是把那些对于犯罪成立来说更为重要的要件放在前面,则可以最初就将非犯罪行为予以排除,而不至于浪费司法资源。对于定罪来说,首先需要考察的是行为人是否实施了刑法分则所规定的犯罪行为,这是一个构成要件该当性的问题,其逻辑是:“不符合构成要件,免谈”。由此可见,对犯罪成立要件的这种位阶式安排,体现了定罪思维的经济性。

2. 体系性秩序作为平等和有区别地适用法律的条件

体系性的定罪模式,对各种犯罪成立要件进行平等而有区别地加以安排,这样就能使相同的情况得到相同的处理,也同时实现了不同的情况不同处理。对此,罗克辛曾以正当化与免责的区分为例加以说明。如果有人受到抢劫犯的攻击,在自己进行防卫时,射杀了这个侵犯者,那么就属于正当防卫。但如果射中的是一个不相干的第三人,则不能认为其行为是正当的;换言之,其行为具有违法性,只能根据德国刑法典第35条被免责。那么这种区分的意义何在呢?意义在于:侵犯者对他人的防卫行为不能实施正当防卫,因为该行为是正当的。但第三人对他人射杀侵害而误中自己的行为可以实施正当防卫,因为该误射行为是具有违法性的。对此,罗克辛指出:“根据正当化和免责根据,体系性秩序就可以使大量的事实性陈述(Sachaussagen),具有在刑事政策上令人满意的、同时照顾到各种利益状态不同点的规定。如果我们没有这个体系,那么,我们对于每个具体的可以想象的紧急情况,就需要对其法律条件和法律后果规定一种特殊的规则。这就需要很多条文,并且,就像在缺乏主导性体系原则时那样,还会产生大量同样漫无头绪、无法互相衔接、或者有缺陷的条款来。因此,体系性秩序的贡献,就像在例子中所表明的那样,是保证法律得到平等和理性适用的重要手段。”^{〔36〕}

3. 法律的简化和更好的操作性

体系性的审查案件模式将定罪要件分解为构成要件该当性、违法性和有责性,并在这三个要件之间设置位阶关系,从而把各种相关的犯罪要素都纳入这三个犯罪成立要件,由此使法律得以简化,并且也提供了更好的操作性。这里所称更好的操作性,是指在讨论一个问题的时候要明确其体系性地位,从而在不同的阶层予以解决。例如我国刑法第16条规定的不可抗力与意外事件,这两者是有所不同的。在三阶层的犯罪论体系中具有不同的体系性地位:不可抗力是一个行为论的问题,是在构成要件该当性之前需要解决的问题;而意外事件是一个责任论的问题,并不否认

〔34〕 前引〔29〕,罗克辛书,第127页。

〔35〕 同上。

〔36〕 同上。

其行为的存在。对此，应当在不同的阶层予以解决而不能混淆。否则，就容易出现差错。

例如，在关于奸淫幼女是否必须以明知幼女年龄为必要的讨论中，苏力教授持否定见解，在阐述理由时，苏力指出：“如果强调男性行为人对14岁幼女的‘年龄认知’，由此势必推断或认定14岁以下的幼女在与确实不知其年龄的男子发生性关系时的‘自愿’意思表示是法律上认为有效的（valid）自愿，因此可以豁免行为男子的罪责或罪错；而当她同一位知道或应当知道其年龄的男子发生性关系时的‘自愿’意思表示则在法律上是非自愿，因此不能豁免该男子之刑事责任。这两个推断在逻辑上不可避免，但在社会规范层面上是无法成立的。因为这很可能导致，同为与14岁以下幼女发生性行为，行为人对不足14岁这一点的‘知’（或‘应当知’）与‘不知’就可能决定了他的命运相当甚至完全不同——当他‘知’或‘应当知’时，他的最高刑有可能是死刑，而当他‘确实不知’时，他的这一行为甚至不认为是犯罪。仅仅这样一个有关年龄的认知就决定了同样的行为可能穿越从无罪到死刑的全部刑事惩罚的跨度，如此巨大的差别，我想没有一位刑事法律人能够接受。”〔37〕以上论述听起来有理，但又似是而非。按照苏力的逻辑，行为人在不知幼女年龄的情况下之所以无罪，是因为幼女性承诺有效；而行为人在明知幼女年龄的情况下之所以有罪，是因为幼女性承诺无效。那么，幼女的性承诺有效与无效是否以行为人对幼女的年龄是否明知为转移呢？答案是否定的。苏力之所以得出这一结论，是混淆了犯罪论体系的位阶关系。性承诺是否有效，这是一个构成要件该当性的问题。妇女的性承诺是有效的，因而强奸妇女构成犯罪应以违背妇女意志为前提。如果妇女同意与他人发生性关系，则强奸罪的构成要件该当性不具备。而幼女的性承诺是无效的，这一点与男性是否明知其年龄无关，即使幼女同意发生性关系，奸淫幼女的构成要件该当性也是具备的。明知的问题则是一个有责性的问题。根据构成要件的故意规制机能，凡是纳入构成要件的要素，故意都是必须认识的。因此，奸淫幼女的故意必然包含了对幼女年龄的明知。如果不具有这种年龄的明知，并不是幼女性承诺有效而使男性行为人为人无罪，而是缺乏故意不能对其进行主观归责而无罪。由此可见，采用位阶式的思维方法，就不会发生类似的逻辑混乱。

4. 体系性思考作为深化法学的路标

体系性思考不仅对于案件审查是十分重要的，对于法学研究也同样具有指导意义。法学不是脱离司法实践而存在的，而是对司法实践知识进行专门的体系化整理而形成的。因此，三阶层的犯罪论体系所具有的这种位阶性的定罪模式，对于深化刑法理论研究具有引导功能。例如，共犯理论，很大程度上就是以犯罪成立要件的阶层性为前提的。共犯的从属性，历来区分为最小从属性说（对应于构成要件该当性）、限制从属性说（对应于违法性）、极端从属性说（对应于有责性）。没有犯罪成立条件的位阶性，也就不可能产生共犯的各种从属形式。同样，关于共犯处罚根据论，存在因果共犯论（对应于构成要件该当性）、不法共犯论（对应于违法性）、责任共犯论（对应于有责性），也是以犯罪成立条件的位阶性为前提的。由此可见，体系性思考方法是法学研究的重要方法。

尽管体系性思考方法存在罗克辛所指出的那些缺陷，〔38〕但其优越性是十分显著的。体系性思考是以犯罪成立要件的位阶性为前提的，因此，体系性思考也是位阶式方法的应有之义。

三、四要件与三阶层理论的结构对比

苏联刑法学的四要件犯罪构成理论，是在继承沙俄时期关于 Tatbestand（构成要件）概念的

〔37〕 苏力：《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入》，《法学》2003年第8期。

〔38〕 参见前引〔29〕，罗克辛书，第128页以下。

基础上逐渐形成的。如前所述,费尔巴哈只把客观要素纳入构成要件,而把主观要素排除在构成要件以外,作为另一个犯罪成立的要件。这一观点中包含了犯罪成立的客观要件与主观要件之间的位阶性的思想萌芽。但这一观点受到特拉伊宁的批判,将其指责为是一种人为地割裂犯罪构成统一概念的做法。^[39]在主客观相统一原则的指导下,特拉伊宁对犯罪构成作出如下界定:“犯罪构成乃是苏维埃法律认为决定具体的、危害社会主义国家的作为(或不作为)为犯罪的一切客观要件和主观要件(因素)的总和。”^[40]

在这种情况下,构成要件就被改造成为犯罪构成,而犯罪构成涵括了犯罪成立的所有客观与主观要件,犯罪构成成为犯罪成立的一切客观要件和主观要件的总和。这里的“总和”一词表明,犯罪构成只是犯罪成立要件的简单相加,而这些犯罪成立要件之间的位阶性不复存在。

四要件的犯罪构成理论把犯罪构成分为以下四个要件:犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面。显然,在四要件之间是存在一定顺序性的,但这种顺序性并不能等同于位阶性。那么,如何区分顺序性与位阶性呢?位阶本身也是一种顺序,但顺序不能等同于位阶。顺序只是一种确立前后关系的概念,而位阶则具有逻辑蕴含。在三阶层的犯罪论体系中,构成要件该当性、违法性和有责性,这三者之间显然存在一定的顺序,但这种顺序是不可变更的。因为后一要件的存在以前一要件为前提,前一要件则可以独立于后一要件而存在。这样一种前后要件之间的关系,就是犯罪论体系的位阶关系。而在四要件的犯罪构成理论中,显然四个要件的排列是存在一定的顺序的,但四要件之间是一种互相的依存关系:不仅后一要件的存在以前一要件的存在为前提(这是位阶性所要求的),而且前一要件的存在也以后一要件的存在为前提(这一点是不同于位阶性的),因而形成一有俱有、一无俱无的依存关系。依存性是四要件之间的关系,它与三阶层的位阶性是存在本质区别的。

我国学者对三阶层与四要件的结构作了对比,指出:“在德日三阶层体系下,是将一个整体平面的的刑法规范裁为三块:构成要件该当性与中国体系的客观方面大致相似——均系对客观外在之事实特征的符合性分析;违法性实质上是讨论刑法规范中必然隐含的法益侵权问题——与中国体系的客体要件意义极为相似而只是排序不同;有责性涉及的是主体的一般性资格及具体心态问题——中国体系的主体和主观方面两要件可以完整将其包容。由此可见,德日体系的所谓阶层递进,只是一些学者们的一种想象式的理解。如果将德日体系理解为一种递进路径,那中国体系又有何理由不能如此相称呢——从客体递进到客观方面,再递进到主体,最后达到主观方面——呈一种较德日体系更为清晰、更为合理的递进理路。”^[41]以上论述充满了似是而非之处。

首先,三阶层与四要件的要素对比并不能说两种犯罪成立体系的相似或者相同,因为这些犯罪成立条件是由刑法规定的,而不是犯罪论体系规定的。唯有如此,才能说明同一个法律规定是可以采用不同的犯罪论体系加以诠释的。因此,从三阶层与四要件所指称的犯罪成立要件相似甚至相同,无论如何也不能得出“德日体系的所谓阶层递进只是一些学者们的一种想象式理解”这样的结论。因为阶层递进并不是由犯罪成立要件本身决定的,而是由犯罪成立要件互相之间的关系决定的。就三阶层之间的关系而言,从构成要件该当性到违法性,再到有责性,这样一种递进关系是客观存在的:在逻辑上,不法是先于责任的,而不可能相反。因此,只有在确立了行为不法以后,才能考查责任追究的问题。责任的存在以不法为前提,而不法的存在则不以责任为前提,即所谓存在“无责的不法”,但不存在“没有不法的有责”。这难道不是一种实实在在的阶层递进关系吗?

[39] 参见前引[2],特拉伊宁书,第15页。

[40] 同上书,第48页以下。

[41] 冯亚东:《中德(日)犯罪成立体系比较分析》,《法学家》2009年第2期。

其次，四要件之间确实存在一定的顺序，但不能将这种顺序错误地理解为位阶，因为四要件中后一个要件的存在并不以前一个要件的存在为前提，而前一个要件也不能独立于后一个要件而存在。例如，以正当防卫杀人而言，按照三阶层的犯罪论体系，具备杀人罪的构成要件该当性但不具备违法性而出罪；但如果是精神病人杀人，则不仅具备杀人罪的构成要件该当性而且具备违法性，但是因为缺乏有责性中的责任能力而出罪。只有同时具备构成要件该当性、违法性和有责性这三个要件的杀人行为才构成杀人罪。但根据四要件的犯罪构成理论，正当防卫杀人与精神病人杀人是没有区分的，都是犯罪构成要件不具备。而且，正当防卫杀人和精神病人杀人都是四要件不具备，因而与杀人罪之间没有任何关联。换言之，正当防卫杀人仅仅在形式上符合杀人罪的客观要件，而实质上是不具备杀人罪的犯罪构成的，因而连杀人这一事实本身也被否定了。这样一种犯罪成立要件之间的关系，怎么可能存在层层递进关系？因此，四要件的犯罪构成理论的所谓阶层递进，才是一些学者的一种想象式理解。

更为重要的是，三阶层的犯罪论体系尽管某些要素可以在不同阶层之间进行调整，例如故意与过失是属于责任要素还是构成要素，对此是存在争议的。但无论如何，三个阶层之间的顺序是不能前后颠倒的，这说明在三个阶层之间存在位阶关系。而且，即使故意与过失纳入构成要件，在构成要件内部，客观构成要件与主观构成要件之间的位阶关系也是客观存在的。即客观判断先于主观判断。但对于四要件理论来说，四要件之间的顺序是可以随意调整的，这是四要件不存在位阶关系的明证。

我国刑法学界曾经讨论过四要件的排列顺序。我国从苏联引入的四要件的传统排列顺序是：犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面，这是我国刑法学界的通说。对于这一顺序，有学者认为，这是一种从立法者认识犯罪行为的角度出发得出的排列顺序。^{〔42〕}也有学者认为，这是一种侦查逻辑顺序。^{〔43〕}对于这种传统的四要件的排列顺序，有学者提出了批评并提出了新的排列顺序，指出：“通说的观点将犯罪客体排在首位，在没有论述犯罪行为之前就突如其来地谈犯罪客体，不符合犯罪构成各要件之间的逻辑关系。犯罪构成要件的排列，应以从犯罪构成要件各要件之间的逻辑关系作为排列标准。据此，犯罪构成要件应当按照犯罪主体要件——犯罪主观要件——犯罪客观要件——犯罪客体要件进行排列。因为犯罪构成要件在实际犯罪中发生作用而决定犯罪成立的逻辑顺序是这样的：符合犯罪主体要件的人，在其犯罪心理态度的支配下，实施一定的犯罪行为，危害一定的客体即社会主义的社会关系。”^{〔44〕}

这是一种以犯罪主体为中心的犯罪构成要件的排列顺序，其根据是犯罪构成要件在实际犯罪中发生作用而决定犯罪成立的逻辑顺序。^{〔45〕}笔者认为，这是一种犯罪发生顺序，其仅具有犯罪学意义而不具有刑法学意义。^{〔46〕}值得注意的是，也有学者把这种排列顺序称为审判逻辑顺序，指出：“司法人员首先审查的是被告人是否具备相应的刑事责任能力（即主体要件），如否，则指控罪名不成立；如是，则继续审查该行为人是否实施了受指控的行为（客观要件），侵害了刑法所保护的社会关系（客体要件）；最后，再审查其主观罪过（主观要件）是否成立，如否，则宣告无罪；如是，则判定为犯罪。”^{〔47〕}

〔42〕 参见王充：《从理论向实践的回归——论我国犯罪构成中构成要件的排列顺序》，《法制与社会发展》2001年第3期。

〔43〕 参见储槐植、高维俭：《犯罪构成理论结构比较论略》，《现代法学》2009年第6期。

〔44〕 赵秉志：《论犯罪构成要件的逻辑顺序》，《政法论坛》2003年第6期。

〔45〕 参见前引〔42〕，王充文。

〔46〕 对这一犯罪构成要件排列顺序的批评性意见，参见冯亚东：《对我国犯罪构成体系的完善性分析》，《现代法学》2001年第4期。

〔47〕 前引〔43〕，储槐植等文。

以上描述并不是定罪的司法过程的真实反映。在任何一起案件中，首先引起关注的是刑法上的行为，即构成要件行为，其他一切要素都是以此为依据的，没有构成要件行为就没有犯罪。如果认为犯罪主体是犯罪成立的第一个要件，那么我们每个人都具备犯罪主体要件，只是在犯罪构成的客观要件，才将没有实施犯罪行为的人从犯罪中排除出来。反之，一个不具备犯罪主体要件的人，从第一个要件就被排除，而与根本就没有实施犯罪行为的人完全相同。例如我国学者认为，对于实行行为人明显属于不满14周岁的案件，司法人员首先就从主体要件上对其行为作出非犯罪性的评价，无须从客观要件、更谈不上从所谓客体要件开始审查。^[48]这种观点显然不妥，它完全抹杀了一个没有实施杀人行为的不满14周岁的人与一个实施了杀人行为的不满14周岁的人之间的差别。例如，一个不满14周岁的人被指控为杀人，首先需要解决的是该人到底是否杀人的问题，而不是简单地根据不满14周岁而不考虑其到底有没有实施杀人行为就判其无罪。正确的判断是：先判断是否实施了构成要件该当的杀人行为，如果不具有构成要件该当的杀人行为，则该人不是因为不满14周岁而无罪，而是因为不具备构成要件该当性而无罪。那么，这两种情形是否存在差别呢？当然是有差别的。这种差别表现在：如果是具有构成要件该当性而仅仅由于不满14周岁而无罪，则应该适用刑法第17条第4款的规定：“因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。”如果是因为不具备构成要件该当性而无罪，即使对于不满14周岁的人也不能适用上述规定。

对于四要件的犯罪构成理论来说，四要件是可以按照不同的逻辑关系进行排列的。正因为如此，四要件之间只有顺序性而没有位阶性。这种顺序性并非四要件之间的逻辑关系的反映，而仅仅是出于表述上的安排。就四要件之间的逻辑关系而言，它们之间是相互依存的：犯罪客体是犯罪行为所侵犯的刑法所保护的社会关系，没有犯罪行为，也就不可能存在犯罪客体。反之，一种没有侵犯犯罪客体的行为也不可能是犯罪行为。这就是犯罪客体与犯罪行为之间的依存关系。犯罪主体也是如此，没有实施犯罪行为的人不可能是犯罪主体，因为犯罪主体是具有刑事责任能力、达到刑事责任年龄并且实施了犯罪行为的人。反之，没有犯罪主体也不可能实施犯罪行为。这就是犯罪主体与犯罪行为之间的依存关系。至于犯罪行为与犯罪故意或者过失之间的依存关系更是明显：因为犯罪故意是行为人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的一种主观心理态度，没有犯罪行为，怎么可能存在犯罪故意呢？反之，犯罪行为（也称危害行为）是指在人的意志支配下实施的危害社会的身体动静。^[49]在没有明确区分上述定义中的意志支配与故意心理的关系的情况下，很容易得出没有犯罪故意就没有犯罪行为的结论。四要件之间的依存关系在陈忠林教授的以下论断中体现得最为明显：“犯罪构成要件的实质是各种犯罪行为特殊本质在不同侧面的体现，它们分别从不同的角度说明了罪与非罪、此罪与彼罪的区别。犯罪构成是有内在必然联系的浑然不可分的整体。任何一个犯罪构成要件的成立都有赖于整个犯罪构成的成立，任何一个犯罪构成要件的成立也标志着整个犯罪构成的成立。犯罪构成各要件间存在着一种既相互联系又相互限制，既相互包含又相互转化的辩证关系。”^[50]在以上论断中，陈忠林教授采取的是整体性思维，它是以犯罪已经成立为前提的。^[51]在犯罪已然成立的情况下，对犯罪的构成要素从四个方面加以描述。显然，这种思维方法不能反映定罪的动态过程。定罪的司法过程，是一个从无罪到有罪的过程，在寻找犯罪成立条件中不断地把非犯罪行为予以排除。只有在三阶层的犯罪要件同时具备的情况下，犯罪才能成立。这一定罪过程是符合无罪推定

[48] 参见前引〔44〕，赵秉志文。

[49] 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2000年版，第68页。

[50] 陈忠林：《刑法散得集》，法律出版社2003年版，第267页。

[51] 关于犯罪构成的整体性，参见何秉松主编：《刑法教科书》上卷，中国法制出版社2000年版，第214页。

原则的，并且与诉讼程序设计和举证责任分配相匹配。如果说在上述论断中把四要件的犯罪构成称为一个整体还可以理解，那么把四要件的犯罪构成要件界定为相互转化的辩证关系，则无论如何难以捉摸。

陈忠林教授还主张一种以犯罪主观要件为中心建立犯罪构成体系的观点，提出了主观罪过是犯罪构成的核心的命题，指出：“当我们分别把犯罪构成各要件与犯罪的本质与犯罪的法律后果（刑事责任）和犯罪构成其他要件的相互关系联系起来考察时，我们就不能不得出一个与现行犯罪构成理论大相径庭的结论：犯罪构成的核心不是构成中的客观要件——‘行为’，而是犯罪构成的主观要件——行为中所包含的主观罪过（故意和过失）。”^{〔52〕}在上述命题的论证中，理由之一：犯罪主观要件是惟直接包含了全部构成要件内容的构成要件。在一般情况下，我们很难想象一个构成要件可以包含另一个构成要件。如果是这样的话，犯罪成立只要一个构成要件即足矣，何必要其他被包含的构成要件呢？陈忠林教授认为犯罪构成要件之间存在相互包含的关系。^{〔53〕}既然是相互包含，何以犯罪主观要件与其他要件存在包含与被包含的关系，其他要件为什么不能包含主观要件呢？这在逻辑上是存在明显漏洞的。关键是：这里的包含如何界定？陈忠林教授认为存在两种包含关系：直接包含（即根据一要件可以推出另一要件）与间接包含（即一要件通过其他要件才能推出另一要件）。^{〔54〕}根据这一包含关系，那么犯罪主观要件就不是惟直接包含了全部构成要件内容的构成要件。任何一个犯罪构成要件都可以包含全部构成要件内容。例如，犯罪主体可以包含犯罪客观要件，因为行为是犯罪主体的行为。犯罪主体可以包含犯罪主观要件，因为故意与过失都是犯罪主体的主观心理态度。犯罪主体还可以包含犯罪客体，因为犯罪客体是犯罪主体所侵犯的社会关系。如此等等，依此类推。这些结论都是从犯罪构成要件之间相互依存的关系中推导出来的，也是否定犯罪构成要件之间的位阶性的必然结果。

犯罪构成要件之间的位阶关系是以不法与责任为支柱的，基于“违法是客观的，责任是主观”的命题，不法与责任的位阶性，也就是客观要件与主观要件的位阶性。对此，陈忠林教授提出质疑，认为司法实践在认定犯罪主观方面的内容之前，先认定犯罪客观方面的要件，这是一个任何人都不能完成的任务。陈忠林教授提出了以下这个他自认为无法回答的问题：“面对某甲砍了某乙一刀这一客观事实，在认定行为人主观方面是否有犯罪的故意或过失，有何故意或过失（即如果不先确定某甲主观上是否有伤害、杀人或危害公共安全等方面的故意或过失）之前，谁可能认定某甲的行为是否具备犯罪的客观要件，具备何种犯罪行为的客观要件？”^{〔55〕}

其实这个问题也可以反过来问：面对某甲砍了某乙一刀这一客观事实，在认定行为人客观方面是否具备杀人罪、过失致人死亡罪或者危害公共安全罪的行为之前，谁可能认定某甲的主观上是否具备犯罪的主观要件，具备何种犯罪行为的主观要件？按照陈忠林教授的逻辑，犯罪客观要件与犯罪主观要件是互相依存的：没有犯罪客观要件，也就没有犯罪主观要件，反之亦然。因此，在没有认定行为人主观方面是否有犯罪的故意或过失以及具有何种故意或过失之前，无法认定其行为是否具备犯罪的客观要件以及具备何种犯罪行为的客观要件。反之亦然。因为客观上没有犯罪行为，主观上也就没有犯罪故意，犯罪故意是支配着犯罪行为的主观心理状态，并且有何种犯罪行为就有何种犯罪故意：客观上是杀人行为，主观上则有杀人故意；客观上是盗窃行为，则主观上有盗窃故意。由此可见，从犯罪构成要件之间相互依存的关系出发，必然陷入循环论证的陷阱而无法自拔。

〔52〕 前引〔50〕，陈忠林书，第269页。

〔53〕 同上书，第272页。

〔54〕 同上。

〔55〕 陈忠林：《现行犯罪构成理论共性比较》，《现代法学》2010年第1期。

陈忠林教授提出的客观要件能否在位阶上先于主观要件的问题,其实是是否存在“无责的不法”的问题。应该说,在绝大部分情况下,客观要件是不以主观要件为转移的,因而不法是在位阶上先于有责的。例如秘密窃取,这是盗窃罪的构成要件,它并不以主观要件为转移。而恰恰相反,主观要件受客观要件性质的制约,支配着秘密窃取的故意,只能是盗窃故意而不可能是其他犯罪的故意。因此,构成要件具有个别化机能。日本学者在论及构成要件的个别化机能时指出:“为了保障人权,就要求犯罪个别化、明确化。如行为即便在人为地断绝他人的生命一点上相同,但是,由于犯罪构成要件的事实不同而分别成立杀人罪、伤害致死罪、过失致死罪一样,必须实行犯罪个别化,构成要件必须具有能够进行个别化的机能。这一机能就是构成要件的个别化机能。”〔56〕

应该说,在绝大多数情况下,客观构成要件本身就可以实现个别化。但在同一行为,既处罚故意又处罚过失的情况下,例如放火罪与失火罪,在客观上均具有引起火灾的行为,如果不考虑主观上的故意或者过失,是无法实现个别化机能的。此外,像故意杀人罪与过失致人死亡罪,客观上都具有非法剥夺他人生命的行为,如果不考虑主观上的故意与过失,同样也无法实现个别化机能。如果再加入故意伤害致人死亡这一情形,个别化就更加困难。正因为如此,有些学者主张将故意与过失纳入构成要件。例如日本学者在论及故意、过失在犯罪论体系上的地位时,指出:“在构成要件符合性、违法性以及责任的犯罪成立要件之中,故意、过失应当属于哪一个要件呢?如后所述,理论上不同意见。故意、过失是行为人的应当受到谴责的心理状态,本来是属于责任条件或形式的责任要素之内的,所以,认为故意、过失完全属于责任要素的见解很有力。但是,正如杀人罪(第199条)和过失致人死亡罪(第210条)的区别在于主观要素(故意、过失)的不同一样,故意、过失作为构成要件的主观要素,具有犯罪个别化的机能(通说)。”〔57〕

犯罪个别化机能是分阶层实现的。构成要件承担了绝大多数犯罪的个别化机能,极少数犯罪的个别化机能留待有责性阶层实现,并不会从根本上影响定罪。因此,没有必要以犯罪个别化为由将故意与过失纳入构成要件。而且,即使将故意与过失纳入构成要件,在犯罪的客观构成要件要素与主观构成要件要素之间仍然存在位阶关系。因此,就某甲砍某乙一刀的行为如何定罪而言,首先需要确定将人砍伤这一事实,如果根本没有伤害(轻伤或者重伤)发生,则不可能构成犯罪。在确认伤害事实存在以后,如果没有考虑其主观故意的内容,则依其客观事实确认其具备伤害罪的构成要件,在有责性中如果认定某甲系处于伤害故意而砍乙,则构成故意伤害罪;如果认定某甲系出于杀人故意而砍乙,则属于故意杀人罪的未遂。而未遂属于构成要件的修正形式,即构成要件不齐备,对于杀人罪的未遂来说,就是死亡结果没有发生。但在某些情况下,虽然杀人行为没有造成死亡结果,却造成了伤害结果。此时,存在未遂的杀人行为与伤害行为的竞合。对此,日本学者指出:“在未遂成为犯罪时,即使其行为本身符合其他的犯罪,也不另外定罪处罚。例如,被承认是杀人罪的未遂时,即使其行为相当于伤害罪,也不能追究伤害罪的责任。”〔58〕因此,不能以未遂的杀人行为与伤害行为在构成要件上的竞合这种极为特殊的、个别的情形否认客观要件对于主观要件的位阶性,否则就是以偏概全。

四、犯罪论体系位阶性的实效性分析

三阶层的犯罪论体系的位阶性与四要件的犯罪构成理论的平面性之间的对立,是一个不容否

〔56〕 [日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第102页以下。

〔57〕 同上书,第118页。

〔58〕 [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第251页。

定的事实。虽然笔者在理论上论证了犯罪成立要件之间位阶性的科学性,但其实效性如何,仍然是需要加以证明的。为四要件的犯罪构成理论辩护的学者指出:“有的学者认为,我国犯罪构成理论体系逻辑上存在所谓‘要件位阶关系’(或者阶层关系)缺失。笔者认为,如果说要件的阶层关系对于任何一个国家的犯罪构成理论体系来说都是必不可少的,那么毫无疑问,我国犯罪构成理论体系的确存在根本性缺陷,必须被推倒。问题是,体系不属于阶层,本身(疑系“平面”之笔误——笔者注)并不是缺陷,这是我国体系在形式上的特点。换个角度,我们也不能因为大陆法系国家犯罪成立理论体系中不存在要件平面关系,没有直接将行为分解为要件要素就指责阶层的犯罪论体系存在‘平面关系的缺失’,因为这种差别正是与我国犯罪构成理论的形式比较结果,形式的差别就是划分要件方法、组合要件途径的差别。重要的是,形式上要件不具备阶层关系的体系是否意味着其在逻辑上是不能自立的?在形式背后,是否存在因为形式属于要件平面关系而产生的根本实用性缺陷?”^[59]在此,作者提出了一个实用性缺陷的问题。以下,笔者通过相关案例来分析缺乏位阶性的四要件的犯罪构成理论的实用性缺陷,同时也就是论证具有位阶性的三阶层的犯罪论体系的实效性。

(一) 思维经济性问题

犯罪论体系是一种定罪思维方法,思维的经济性是衡量一个犯罪论体系优劣的标准之一。三阶层的犯罪论体系所具有的位阶式思维能够提供一个较为经济的思维方法。其优点是首先找到问题所处的阶层,然后集中精力解决该问题。尤其是在前一阶层的构成要件不存在的情况下,就无需再作下一阶层的判断。而在前一阶层的构成要件存在的情况下,可以通过推定来认定下一阶层。例如构成要件就具有违法性的推定机能,在一般情况下,具备构成要件该当性即可推定违法性的成立,除非存在违法阻却事由。但四要件的犯罪构成理论,不仅在构成犯罪的情况下需要作全部犯罪成立要件的逐一判断,而且不构成犯罪也要作全部犯罪成立要件的逐一判断,甚至此罪与彼罪的区分也要作全部犯罪成立要件的逐一判断。从思维的经济性来考察,这显然是存在缺陷的。

例如顾永波非法拘禁案,公诉机关以绑架罪向人民法院提起公诉,人民法院审判后改变了公诉机关的定性以非法拘禁罪定罪处罚。对于被告人顾永波的行为不构成绑架罪,有关裁判理由是这样论述的:“1. 行为人顾永波没有以勒索他人财物为目的的主观要件; 2. 行为人顾永波没有以扣押人质为目的的主观要件; 3. 行为人顾永波在客观方面没有使用暴力、胁迫或其他方法,绑架被害人的行为。”^[60]以上论述是按照绑架罪的定义“绑架是以勒索财物或者以扣押人质为目的,使用暴力、胁迫或其他方法,绑架他人的行为”所提供的犯罪成立要件的顺序展开的:(1) 没有勒索财物的目的;(2) 没有以扣押人质为目的;(3) 没有使用暴力、胁迫或其他方法,绑架他人的行为,因此不构成绑架罪。但是,这一论述根本就没有厘清前述目的与后述绑架行为之间的逻辑关系。使用暴力、胁迫或其他方法,绑架他人这一行为是不以行为人主观上是否具有勒索财物、扣为人质的目的为转移的。上述目的是主观违法要素,是一种超过的主观要素。因此,按照三阶层的犯罪论体系,在构成要件该当性中首先考察是否存在绑架行为。如果没有绑架行为,又怎么可能具有通过绑架而向他人勒索财物或扣为人质的主观目的呢?因此,在判断没有绑架行为以后,其绑架罪已然被否定,不再需要对主观上是否具有勒索财物的目的或扣为人质的目的进行考察。通过对两种定罪思维方法的对比,何种定罪的思维方法具有经济性难道不是一目了然吗?

[59] 肖中华:《我国现行犯罪构成(成立)理论总置评——为我国现行犯罪构成(成立)理论的辩护》,载刘宪权主编:《刑法学研究》第4卷,北京大学出版社2007年版,第109页。

[60] 国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(2008年刑事审判案例卷),人民法院出版社、中国人民大学出版社2009年版,第276页。

以上裁判理由还进一步论述了绑架罪与非法拘禁罪之间的区分,指出:“在审判实践中常把‘索债型’的绑架行为或‘以一定行为为目的’的扣押人质的非法拘禁罪与以勒索财物为目的的扣押、绑架人质的绑架罪相混淆。二者均侵犯了人身自由权利,客观上均实施了扣押、绑架人质等行为。但二者是有区别的,主要区别有三点:一是犯罪的主观目的不同。前者以逼索债务为目的,后者以勒索财物为目的。二是犯罪的对象不同。前者的犯罪对象大多数是有过错的,后者的犯罪对象基本上是无过错的。三是实施的客观行为不同。前者是以扣押、拘禁人质等作为索债的手段,其实施的行为比后者轻,不包括轻伤以上的暴力行为存在。若在实施行为中致被害人轻伤、重伤、死亡的,以结果论罪,可定故意伤害或故意杀人罪。后者暴力、胁迫手段突出,直接危害被害人的生命健康,社会危害性较大,完全可致被害人轻伤、重伤、死亡,并可能触及数罪,可以进行数罪并罚。”〔61〕应该说,以上论述前后是自相矛盾的。前面说“索债型”的绑架行为属于非法拘禁,后面又说绑架行为与非法拘禁行为存在区别。那么,绑架行为与拘禁行为是否存在区别呢?其实,绑架和拘禁都是采取强制手段使他人丧失人身自由,并在一定期限内维持这种状态。因此,就客观行为而言,绑架与拘禁之间存在竞合关系。两者之间的区分,仅仅在于主观目的之不同。因此,对于绑架罪与非法拘禁罪的关系可以这样来表述:绑架罪是以勒索财物为目的的非法拘禁,而非法拘禁罪是不以勒索财物为目的的绑架。对于本案中被告人顾永波的行为构成非法拘禁罪而不构成绑架罪,在认定被告人客观上实施了将他人扣押使其丧失人身自由的基础上,再确认行为人主观上是否具有勒索财物的目的即可,而根本没有必要对各个要件逐一分析。这样,反而模糊了焦点问题,不利于对疑难问题的解决。

(二) 客观判断与主观判断的关系问题

在三阶层的犯罪论体系中,客观要素与主观要素之间存在位阶关系,只有先进行客观判断,然后才能进行主观判断。贝林指出:“从主观到客观要素的适用,司法上并不是以此为基本考察;该考察虽符合人们行为的道德考察,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。”〔62〕之所以应当坚持客观判断先于主观判断的原则,是因为在一般情况下,客观要素可以独立于主观要素而存在,但主观要素却在很大程度上依附于客观要素而存在。例如,杀人行为是指剥夺他人生命的行为,只要在客观上能够引起他人死亡的行为都可以评价为杀人行为,甚至过失致人死亡的行为也是一种杀人行为,即过失杀人。而故意伤害致人死亡,是故意伤害罪与过失致人死亡罪的竞合。因此,故意伤害致人死亡罪在客观上也包含了过失杀人行为。至于主观要素,如果是故意,只有其所支配的是杀人行为,该主观故意才能认定为杀人的故意。因而,脱离客观上的杀人行为,杀人故意是不能成立的。如果是过失,也同样取决于客观要素:对于致人死亡这一结果存在过失,其主观过失才能认定为过失致人死亡的过失。在司法实践中,如果不是严格遵循客观判断先于主观判断这一位阶式思维的基本要求,那就会导致定性上的错误。

例如王某职务侵占案,该案基本案情如下:2008年8月,王某以虚假的身份证、驾驶证到某服装公司应聘驾驶员,应聘后上班第一天,王某接受公司指派,驾驶公司的小轿车送公司办事员外出,借机将该车开走,占为己有。其后,王某采取同样手段又非法占有了三家公司的三部小轿车。经查,非法所得小轿车价值10万余元至20万余元不等。〔63〕

对王某的行为如何定性存在三种意见:第一种意见认为,该案构成诈骗罪。因为王某主观上有骗取被害单位小轿车的犯罪故意,客观上使用虚假身份证和驾驶证去被害单位应聘,骗取被害

〔61〕 前引〔60〕,国家法官学院等编书。

〔62〕 前引〔16〕,贝林书,第31页。

〔63〕 参见许少宇:《以虚假身份应聘司机开走单位汽车如何定性》,《检察日报》2009年10月24日。

单位的信任,使被害单位陷入错误认识,而自愿将车辆交由其驾驶、保管,由此得以非法占有他人财物。第二种意见认为,该案构成职务侵占罪。因为王某虽然在应聘驾驶员职位时使用了虚假身份证和驾驶证,但一旦成为驾驶员,就获得了实际驾驶、控制车辆的职务上的便利,并利用这种职务上的便利,将本单位的车辆非法占为己有,数额特别巨大,应以职务侵占罪认定。第三种意见认为,该案属于“诈骗型盗窃”,应以盗窃罪认定。因为即使行为人在实施犯罪过程中采用了诈骗手段,使他人相信某种虚假事实从而产生某种错误的理解,甚至上当受骗,但只要被害人在整个过程中未交付财物,或者虽交出财物但未处分该财物,行为人趁被害人未备或对财物的支配暂时松懈而秘密窃取财物,就仍应视为盗窃而非诈骗。况且,王某利用的只是工作便利,而非职务之便,王某并不具有经手、保管车辆之职务便利。

从司法实践的情况来看,对王某的行为应以诈骗罪论处的意见占有相当的比例。在本案中,王某的行为当然不可能是盗窃罪,所谓诈骗型盗窃的概念是不能成立的。那么,王某的行为到底是诈骗罪还是职务侵占罪?笔者认为,这取决于王某使用虚假身份证件应聘取得司机职位的性质,即这一身份能否因为是采取欺骗手段获得的因而无效。对此,2004年3月30日最高人民法院研究室《关于对行为人通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务并利用职务上的便利侵占本单位财物、收受贿赂、挪用本单位资金等行为如何适用法律问题的答复》指出:“行为人通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务以后,又利用职务上的便利实施侵占本单位财物、收受贿赂、挪用本单位资金等行为,构成犯罪的,应当分别以伪造国家机关公文、证件罪和相应的贪污罪、受贿罪、挪用公款罪等追究刑事责任,实行数罪并罚。”由此可见,采用欺骗手段获得职位,并且利用这一职位上的便利侵占本单位财物,如果骗取的是国家工作人员的职位,则定贪污罪;如果骗取的是公司、企业或者其他单位工作人员的职位,则定职务侵占罪。按照这一司法解释,对王某认定职务侵占罪是没有任何问题的。对于本案,如果从客观上来分析,从王某实施的行为入手,就会发现王某实施了先后衔接的两个行为:第一是骗取司机职位的行为,第二是利用骗取的司机职务上的便利,非法占有公司车辆的行为。前一行为,如果存在伪造证件等犯罪的,应当依法认定。后一行为,明显就是一种职务侵占行为。那么,为什么会把王某的行为认定为诈骗罪呢?笔者认为,这与没有按照客观判断先于主观判断原则有着直接的关系。例如,有论者在对本案例分析时指出:“王某的行为应当以诈骗罪论处,理由如下:首先,王某诈骗犯罪的主观故意贯穿全案始终。王某非法占有的主观故意产生于获取驾驶员职务之前,其在虚构事实、隐瞒真相的掩护下,带着‘骗走财物’的主观故意,实施了‘应聘——任职——接近财物——获取财物’等一系列行为,其目标明确、行动周密,行为过程中贯穿着明确的诈骗故意。其次,王某在客观方面的表现符合诈骗犯罪的特征。正是因为王某所采取的隐瞒真相、虚构事实手段,让被害人陷入错误认识,从而自愿交付、处分财物,才使得王某犯罪目的得以顺利实现,这一客观表现行为完全符合诈骗犯罪的特征。”^[64]在上述论述中,论者采取了从主观判断到客观判断的次序。问题在于:没有认定其行为是诈骗之前,怎么可以将行为人的主观故意认定为诈骗故意呢?事实上,诈骗故意是依附于诈骗行为而存在的,是行为人在实施诈骗行为时的主观心理状态。从论者的分析来看,所谓诈骗故意是指占有公司财物的意图,这是王某使用虚假身份应聘的动机。由此可见,论者是把行为人的动机与犯罪故意混为一谈了。如果按照客观判断先于主观判断的原则,这样的错误本来是可以避免的。当然由于四要件的犯罪构成理论在客观要件与主观要件之间并不存在逻辑上的位阶关系,因此,出现上述错误也是可以理解的。

应当指出,在我国目前的司法实践中,从客观到主观的判断位阶并没有确立。相反,司法人

[64] 参见前引[63],许少宇文。

员习惯于从主观到客观的判断过程。其结果往往是具有浓厚的主观主义色彩，导致定罪上的错误。例如赵金明等故意伤害案〔65〕。在该案中，被告人赵金明等人持刀追砍被害人，被害人跳入河中溺水而亡，法院判决认为：被告人赵金明等人为报复被害人，主观上有故意伤害他人身体的故意，客观上实施了持刀追赶他人的行为，并致被害人死亡后果的发生，其行为均已构成故意伤害（致人死亡罪）。法院在论证裁判理由时指出：“赵金明等人持刀追砍被害人马国超时已具有伤害的故意，且已着手实施犯罪，该伤害行为本身具有致人死亡的高度危险，其持刀追砍的行为与被害人死亡结果之间具有刑法意义上的因果关系。根据主客观相一致的定罪原则，可以对赵金明等人以故意伤害罪定罪处罚。”在上述裁判理由中，是按照伤害故意——伤害行为——造成死亡结果——因果关系这样一种顺序进行判断的，表现为主观判断先于客观判断，把持刀追赶人的主观心理界定为伤害故意，然后推导出伤害行为等其他要件，这是一种较易入人以罪的思维方法。按照三阶层的犯罪论体系，定罪过程应当按照以下顺序递进：是否存在伤害行为——是否存在伤害结果——伤害行为与伤害结果之间是否存在因果关系——是否存在伤害故意。这是客观判断先于主观判断的思维逻辑，因为伤害行为的存在不以伤害故意为前提，而伤害故意则以伤害行为为前提，这就是伤害行为与伤害故意之间的位阶关系。并且，在定罪过程中，任何一个环节得出否定性判断，定罪过程就告中断。按照这样一种定罪思维方法，对于赵金明案，首先要判断的是：是否存在伤害行为？赵金明等人持刀追赶被害人能否认定为伤害行为？这里的关键是如何判断伤害行为的着手。追赶行为是为了伤害，但其本身还不能认定为伤害，因为追赶并不会造成他人的人身损伤。在这种情况下，不存在故意伤害罪的构成要件行为，故意伤害罪的定罪进程就结束了，本案就不能认定为故意伤害罪。通过对赵金明等故意伤害案采用四要件与三阶层两种不同的犯罪成立条件理论加以分析，得出了完全不同的结论。结论之所以不同，就是由于四要件的犯罪构成体系缺乏阶层性造成的，这难道不是一种实用性缺陷吗？

我国学者认识到了四要件的犯罪构成理论存在缺乏阶层性的缺陷，因而提出在现有的犯罪构成体系上，贯彻客观优先的阶层递进理念，并且认为犯罪构成体系不必重构。〔66〕笔者认为，阶层关系是通过犯罪论体系加以确定的，犯罪论体系是阶层关系的一种制度性安排。如果犯罪成立要件之间不存在逻辑上的位阶关系，即使倡导客观优先的阶层递进理念，也是无济于事的。正如我国学者指出：“刑法学通说认为，坚持从客观到主观认定犯罪是人类社会的进步成果和科学经验，并意图在犯罪构成要件的排列顺序上，加以具体落实和说明。遗憾的是，由于受各种因素的影响，这种观念在其对具体问题的说明当中，并没有得到充分的展现。”〔67〕事实已经充分证明：没有阶层的犯罪构成并不能为客观判断先于主观判断、形式判断先于实质判断、类型判断先于个别判断这些人类社会的进步成果和科学经验在定罪过程中的适用，提供制度性保障。犯罪成立要件之间是否具有位阶性是三阶层与四要件之间的根本区别之所在。如果对四要件进行阶层式改造，那么四要件的犯罪构成理论就不复存在，而变成三阶层的犯罪论体系了。这也正是四要件的犯罪构成理论的改造说不能成立的根本原因。

（三）违法性判断的体系性地位问题

在三阶层的犯罪论体系中，违法性是犯罪成立要件之一，在犯罪构成中予以讨论。但在我国刑法学中，违法性只是犯罪概念的特征之一，在犯罪概念中进行讨论，而在犯罪构成的四要件中并没有违法性的一席之地。当然，这并不意味着在四要件的犯罪构成理论中不存在实质判断，而只是在四要件之外进行这种实质判断。其中社会危害性作为犯罪的本质特征，起着重要作用。但

〔65〕 参见最高人民法院编：《刑事审判参考》第55集，法律出版社2007年版，第21页以下。

〔66〕 参见黎宏：《我国犯罪构成体系不必重构》，《法学研究》2006年第1期。

〔67〕 黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第64页以下。

由于社会危害性是游离于并且凌驾于四要件之外、之上的，因此在具体案件的判断过程中，往往容易产生逻辑上的混乱。例如陈某强奸卖淫女案。^{〔68〕}在该案中，陈某（男，33岁）通过网络聊天结识了卖淫女李某（27岁），商定嫖娼价格为一次300元、包夜800元。二人上午8时见面后，陈某先支付800元，并与李某发生了一次性关系。下午15时许，因有其他人出更高价格嫖宿李某，李某遂要求陈某离开。陈某要求退还500元，李某不同意，陈某遂强行与李某发生了性关系。对于陈某第二次强行与李某发生性关系的行为是否构成强奸罪，实践中有两种意见：一种意见认为，陈某事先与李某达成了包夜协议，且已支付嫖资，但李某反悔，且拒不退还500元嫖资，陈某强行与其发生性关系具有正当性，不构成强奸罪。另一种意见认为，陈某强行与李某发生性关系的行为，完全符合强奸罪的构成要件，不能因陈某多给付了500元嫖资就认为其行为具有正当性，对陈某的行为仍应认定为强奸罪。

上述案件，根据四要件的犯罪构成理论，四要件都是具备的，由此可以简单地得出结论：陈某的行为构成强奸罪。但这种结论并不是建立在充分的法理论证基础之上的。因为在上述案件中，不同于一般的强奸案的特殊性在于：陈某事先已经支付了包夜的嫖资，李某不履行协议，而拒不退还500元嫖资。在这种情况下，陈某强行与之发生性关系的行为到底是否具有违法性？这个问题，在四要件的犯罪构成理论中，往往是在四要件之外进行社会危害性的判断。但这种社会危害性的判断是含混的，如果说陈某的行为具有社会危害性，那么李某的反悔而拒不退还嫖资的行为是否也具有社会危害性呢？如果结论是都具有社会危害性，那么就要对这两种社会危害性进行比较，陈某的行为是否构成强奸罪，就取决于社会危害性比较的结果。在这种情况下，四要件的犯罪构成对于罪与非罪的决定作用就完全被社会危害性所架空。而按照三阶层的犯罪论体系，本案就能够获得逻辑上的清晰论证。即使存在不同见解，互相之间的逻辑对立也是十分明确。例如，我国学者在论述本案时指出：“若以这种犯罪构成体系来判断陈某行为的性质，可以发现，争议的焦点实际上就是陈某的行为是否具有违法性的问题。否定论者的论证逻辑是，陈某已经支付了800元嫖资，李某应允，双方达成了嫖宿合意，但李某违约后又拒不退还陈某多支付的嫖资，陈某强行与李某发生性关系，系以实现二者事先约定为基础，故阻却其行为的违法性，不构成强奸罪。这种判断逻辑以陈某的行为在伦理、道德上不属于“恶”行为根据，显然是行为无价值论的立场。肯定论者的论证逻辑是，李某违反约定又拒不退还陈某多支付的嫖资，在情理上的确对双方矛盾激化有责任，但陈某的行为侵害了李某的性自决权，即使承认陈某对多支付的嫖资享有债权，但500元的债权与李某的性自决权相比是较小法益，不可能具有阻却陈某行为违法性的效力，故陈某的行为构成强奸罪。这种以是否侵害法益及比较法益大小的判断逻辑显然又是结果无价值论的立场。”^{〔69〕}

由此可见，按照三阶层的犯罪论体系，可以在违法性这一阶层中对本案展开讨论。如果主张行为无价值的观点，就会通过否定违法性而将陈某出罪；如果坚持结果无价值的立场，则可以通过肯定违法性而使陈某进入有责性阶层的判断。因此，上述案例充分说明了违法性要件在犯罪认定中的作用。这也说明，四要件的犯罪构成理论对于简单的犯罪案件在认定上不会出现太大问题，例如一般的强奸案件，只要简单地罗列四要件即可论证强奸罪的成立。但遇到类似本案这样较为复杂的强奸案件，由于在四要件的犯罪构成理论中，事实性要件与价值性要件之间没有形成位阶关系，因此在认定上就会出现疑惑难以排除。因此，犯罪论体系的位阶性不仅是一种逻辑关系，缺乏这种位阶性也绝不是无关紧要的，而是会对定罪量刑的司法过程产生重大影响。正是在这个

〔68〕 参见方文军：《刑事违法性的判断逻辑——由一起先嫖娼后强奸案展开》，《人民法院报》2008年7月30日。

〔69〕 同上文。

意义上,笔者认为具有位阶性的犯罪论体系与没有位阶性的犯罪构成理论之间存在质的区分,而犯罪论体系的位阶性具有司法上的实用功能,这是无可否认的。对此,台湾学者许玉秀指出:“犯罪阶层理论提供的犯罪判断阶层构造,从分析和定位构成要件要素,可以提供精确判断犯罪成立与否以及处罚与否的步骤,借以确保刑罚制裁制度的合理和有效。”〔70〕所言甚是。

Abstract: The constitutive elements of a crime are stipulated by the provisions of criminal law. At this point, there is no difference between the four—element constitutive theory and the three—tier criminal system. The sole difference lying between the two theories is whether there is any ranking relationship among the constitutive elements of a crime. The ranking nature of various elements refers that the prior element should not be established after the existence of the posterior one but should act as the prerequisite of the posterior one, thus forms the progressive logical relationship between various elements of a crime. In the three—tier criminal system, the ranking relationship exists in the three tiers of Tatbestandmaessigkeit, Rechtswidrigkeit and Schuld.

The three tiers of criminal system correspond to three principles and embody the protection of three kinds of value respectively. Tatbestandmaessigkeit corresponds to the principle of a legally prescribed punishment for a special crime, thus safeguards human rights. Rechtswidrigkeit corresponds to the principle of protecting legal interests, and incarnates the value of criminal law to protect the society. And the tier of schuld corresponds to the doctrine of responsibility, and accords with the ethnic or equal value of criminal law. Meanwhile, the ranking relationship among the three tiers functions as the logical guide in the course of conviction in judicature and can ensure its correction. Thus the three—tier criminal system is with scientific nature and should be adopted in China.

However, under the four—element constitutive theory, there exists no ranking relationship among the object, objective aspects, subject and subjective aspects of a crime, but only a sort of order which can be changed freely. As for their logical relationship, the four elements are in an interdependent relationship. When determining cases according to the four—element theory, the order from objective judgments to subjective ones is reversed from time to time, and the fact judgments are sometimes confused with the value ones, which would cause practical defects and affect the corrective conviction eventually.

Key Words: ranking nature, the three—tier criminal system, the four—element constitutive theory

〔70〕前引〔7〕,许玉秀书,第59页。