

“三阶层模式”工具效用局限性的反思与批评

杨兴培

摘要：在大陆法系的成文法领域，先贤们早年创立的犯罪构成“三阶层模式”是一种革命性的创举，由此犯罪被视为是符合构成要件的（即该当性）、违法（即违法性）而有责（即有责性）的行为。这一创举对于近现代大陆法系乃至整个世界范围内刑事成文法的制定和犯罪成立理论具有奠基性的重大意义。由于受前苏联的影响，新中国政权建立后将民国时代已经生根落地、开花结果的大陆法系“三阶层模式”予以抛弃，移植了前苏联的“四要件模式”。而随着历史条件的变化，当下中国刑法学又一次改信大陆法系的“三阶层模式”，但“三阶层模式”同样存在着理论的不足和实践的障碍。因此，通过比较、鉴别和扬弃吸收，中国刑法领域完全可以重构犯罪构成。犯罪构成不过是在主观罪过支配下的客观行为构成某一犯罪所应当具备的主客观要件的有机整体，即只有能够反映行为人主观罪过的主观要件和体现客观行为的客观要件才是犯罪构成的必要要件。犯罪主体的资格是犯罪构成得以成立的前提，而犯罪的主体身份则是行为已经符合犯罪构成后的必然现象。

关键词：犯罪构成；反思与批评；三阶层模式；四要件模式；二要件模式

中图分类号：DF61 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-9502(2017)04-064-12

作者：杨兴培，华东政法大学教授，博士生导师。

在今天的中国刑法学领域，任何一个研习刑法的学人都已无法绕过犯罪构成这道坎门槛。犯罪构成，作为刑法理论上的一个专有术语和常见范畴，它是刑事立法设定犯罪的一种规格和模型、是刑事司法认定犯罪的一种技术手段，也是刑法学解读刑法典章文本的一种理论分析工具，犯罪构成已经成为了现代大陆成文法系刑法学的核心内容。但犯罪构成自其诞生之后，就一直面临着如何实现其结构合理化、体系完整化和效用最大化的理论争论和实践分歧的纷繁现象。在中国刑法领域这个对犯罪构成已经有点偏好的国度里，这个问题也一直纠缠着一代又一代、一个又一个的刑法学夫与学子们，既演绎着犯罪构成的中国春秋故事，也使得不断产生诸多的问题而值得深入讨论。其中“三阶层模式”是否真像有些学者所言的至善至美很值得讨论。

一、先贤们早年创立“三阶层模式”是一种革命性的创举

在世界范围的成文法系领域，犯罪构成从它一开始由刑事诉讼法上证据检验的专有名词转化为刑事实体法上犯罪成立的规格标准是一次革命性的创造，经过前苏联社会主义革命胜利后的价值改造又直接影响了半个世界的刑法进程，转而由于“苏式犯罪构成模式”的式微再到德日犯罪构成理论体系重现辉煌以及众多刑法学者跃跃欲试众多新犯罪构成模式的尝试，刑法领域中的犯罪构成犹如万花筒一般，呈现出缤纷多样的色彩与

画面。恩格斯说过：“历史从哪里开始，思想进程也应当从哪里开始，而思想进程的进一步发展不过是历史过程在抽象的、理论上前后一贯的形式上的反映”^①由于历史的原因，公元前536年子产铸刑鼎形成的中国成文法刑文化在其发展过程中与大陆法系的成文法体系有着某种天然的神韵相通，所以在中日甲午战争失败后，当中国社会各领域打开国门向海外寻找先进文化制度的过程中，中国的刑法变革很自然地将目光投向以德日为代表的大陆法系刑法典章和刑法理论，以致对“三阶层模式”的构成要件理论倾注了特别的热情。

犯罪构成，或称之为“犯罪的构成要件”一词最早来源于拉丁语Corpus delicti（已被证明的犯罪事实），与Corpus delicti相关的另一词语是constare delicti（犯罪的确证），最初由意大利刑法学者法利那休斯作为“指示已被证明的犯罪事实的东西”来使用的。19世纪初在资产阶级革命胜利后受资产阶级法治思潮的影响，德国刑法学者施求别尔和费尔巴哈对犯罪构成进行了革命性的学术改造，犯罪构成成了具有刑法实体意义的概念。但是当时还没有出现与今天完全一致的犯罪构成或构成要件的理论。Tatbestand一词仅限于在犯罪事实或法律上制约着成立犯罪的诸条件意义上加以使用的，而且它又被分为一般构成要件和特殊构成要件，或者是主观构成要件和客观构成要件。

20世纪初，以德国刑法学者贝林（1866-1932）为代表的刑法学者对犯罪构成倾注了极大的热忱，从而极大地发展了犯罪构成的理论，逐渐形成了颇具特色的犯罪构成理论体系。贝林在1905年出版的《刑法纲要》第3版和1906年出版的《犯罪的理论》等著作中首次系统地提出了犯罪构成的理论体系。他说道：“犯罪构成是一个没有独立意义的纯粹的概念。违法的、有罪过的行为在形成犯罪构成后，就成了犯罪行为。”“凡是违法地和有罪过地实现某种犯罪构成的人，在具备可罚的条件下，就应当受到相应的惩罚。”^②由此，贝林把犯罪构成作为犯罪的构成要件加以论述，并与违法性、有责性结合在一起，形成贝氏“三阶层模式”的犯罪构成理论体系。

贝林对犯罪构成理论的贡献，不但把犯罪构成要件的该当性、违法性和有责性结合在一起，形成了一个较为完整的犯罪构成理论体系，这一理论体系至今在大陆法系的刑法理论中具有重大影响，成为大陆法系犯罪论的基石，而且贝氏还把刑法分则的特殊构成要件概念化、理论化，把它提升为刑法总则犯罪概念的核心内容，从而使刑法总则和刑法分则有关犯罪的内容有机地结合在一起。贝林的犯罪构成理论问世后，在当时的德国刑法理论界受到了高度的重视，以至于在整个大陆法系的刑法理论中，犯罪被普遍视为是符合构成要件的（即该当性）、违法（即违法性）而有责（即有责性）的行为。这一理论体系虽然也受到一些结构争议和内容调整，但在当时大体已经定型，并开始为大陆法系的其他国家和地区所借鉴模仿，包括1949年以前的中华民国时代，成为整个大陆法系刑法理论领域中一道亮丽的风景线。

今天我们简要回顾大陆法系犯罪构成的创建过程，依然清晰地发现先贤们早年在刑法实体领域创立“三阶层模式”的犯罪构成理论绝对是一种革命性的创举，这一创建对于近现代大陆法系乃至整个世界范围内刑事成文法的制定和犯罪成立理论具有奠基性的

^① 中共中央编译局：《马克思恩格斯选集》（第2卷），人民出版社1997年版，第122页。

^② [苏]A·H·特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，王作富译，中国人民大学出版社1958年版，第16页。

重大意义。

(一) 犯罪构成是实现罪刑法定原则的一个具体体现

被称为近现代刑法帝王原则的罪刑法定原则是资产阶级面对欧洲中世纪封建专制的黑暗提出的一个革命口号。当时在整个司法领域中充满着权力黑暗,盛行着罪刑擅断的现象。针对这一黑暗现象,资产阶级启蒙思想家们提出了罪刑法定、罪刑相应和刑罚人道等刑法三大原则,使其成为摧毁当时专制黑暗与司法专横的锐利思想武器。罪刑法定原则的原始机能首先体现为对国家刑事司法权的限制,它要求法官只能根据国家立法机关针对一般社会成员制定的成文法律给予被告人具体定罪,定罪必须严格按照法律已经设立的规格标准进行而不得越雷池一步。因此,罪刑法定实际上是刑事古典学派为防范刑事司法权任意侵犯公民权利和个人自由的一种思想指导下的观念体现和制度设计。现代刑法学的奠基人贝卡利亚第一次从理论上阐述了罪刑法定原则的思想,他认为:“只有法律才能规定惩罚犯罪的刑罚。……超出法律范围的刑罚,也是不公正的。因为这是法律没有规定的一种刑罚。因此,无论有什么借口,无论从社会福利的什么观点出发,法官都不能加重对犯罪所规定的刑罚。”^①基于此,贝卡利亚认为在刑法中已经确立了罪刑法定原则以后,“严格遵守刑事法律的字句所产生的弊害,同(随意)解释刑事法律所产生的弊害相比较,是不会很大的。……当法典中含有应逐字适用的法律条文,而法典加给法院的唯一职责是查明公民的行为并确定是否符合成文法的时候,当所有的公民——由最无知的人一直到哲学家——都应当遵循的关于什么是正义和不正义的规则是毫无疑问的时候,国民将免受许多人的微小的专制行为。”^②刑事古典学派正是把刑法怎样规定犯罪与刑罚和刑事社会学怎样研究犯罪与刑罚作为两个不同的范畴加以对待的,犯罪构成正是体现这一罪刑法定思想和法定原则的规格模型,是作为一个刑事立法设立犯罪的一种规范标准,是刑事司法认定犯罪必须遵循的一种技术操作手段。在刑法中有了犯罪构成的规格模型,罪刑法定原则的精神和意义就有了一个“物质”的载体。由此我们可以看到,犯罪构成闪烁着一个以人为本位的思想光华,这是我们在研究、理解犯罪构成的技术运用时应当首先要认知的一个前提问题。

我们应当知道,法律技术只不过是一种手段,技术不等于科学,科学的东西是需要观念来引领的。技术手段没有科学的理论作支撑,是不能起到举一反三的作用并加以普及的。而科学的理论更需要先进的观念来引领。世界各国无论在什么社会、什么时代,都有犯罪的发生和对犯罪的认定和处罚,都会形成自己评价犯罪的价值观念和认定犯罪的技术方法。只是在世界刑法史上,大陆法系率先创立的犯罪构成理论和模型设计适应了人类文明发展的需要,它的最重要价值所在就在于从法治国的观念层面上体现了罪刑法定的思想。

(二) 刑法中设立犯罪构成是规范优于价值的一种制度安排

刑法是用来干什么的?从狭隘一点的意义说,当然是用来认定犯罪的。在司法实践中怎么来认定犯罪,就看犯罪的规格模型怎么设定。在刑事立法和刑事司法实践中有

^① [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,西南政法学院1980年刊印本,第10页。

^② 同注^①,第13-14页。

没有价值的应有地位？当然有。只不过在现代刑事法治的司法过程中我们必须坚守住“规范先行，价值随后”这一原则。在现代刑事法治建设中，对于价值与规范的相互关系应当有着不同的要求。在刑事立法的过程中，规范必须依据于价值而创立；在刑事司法过程中，价值必须依据于规范而发挥。刑法中有了犯罪构成这一规格模型，意味着只有当行为事实已经符合犯罪构成这一模型规格的规范要求后，才有进一步对社会危害程度的评级和判断等价值评价活动的展开，尽管这里的价值评价有一个执法者可以进行“自由裁量”的问题，但“再自由”也不能突破规范这一底线。我们知道人们生活在现实社会中，有着太多的自我需要（包括物质的和精神的）。大千世界芸芸众生，难免存在着各自不同的爱好，各自目的的不同，相互利益的冲突，人生态度的相左……等等，即难免会陷入彼此的竞争、冲突、斗争甚至战争中。从以往到目前为止的社会发展过程中，社会利益的有限性绝难满足一切人的全部需要，于是社会需要一定的规范来支配有效的分配，以使争执冲突的双方不至于两败俱伤或者同归于尽，从而就产生了一定的社会规范。可以说规范的产生过程是一个价值的遴选过程，充满着价值的冲突。当规范一旦形成，原先所有的价值冲突都得让位于取得支配地位的价值标准，这一价值标准就是规范本身。坚守规范形式其实已经体现了规范背后最高的价值原则，如果撇开已有的规范，就意味着价值标准的混乱。如果说罪刑法定原则是一种法治价值的观念体现，那么，犯罪构成就是这一观念的规范载体。遵从犯罪构成的定罪模式，奉行规范优于价值的定罪操作手段，在刑事司法实践中应当是而且已经是一种实然的制度安排。

（三）刑法有了犯罪构成就使技术操作有了标准化要求

由于刑法主要规定的是哪些行为可以构成犯罪，怎样构成犯罪，构成什么罪。刑法是一种制度安排，也是一种行为规范，所以当一种行为要进入刑法领域被进行是否构成犯罪的评定时，必需要通过一定的行为模型作为依据、作为标准加以评价和衡量。一定的违法犯罪事实，包括一定的行为事实、心理事实一旦符合犯罪构成的模型标准，行为就可以被认定为犯罪。一种行为是否构成犯罪，构成什么罪，在司法实践中一方面依据已经设定好的刑法规定，另一方面来自于行为人的行为事实。这种对行为是否构成犯罪的评定就是一种规范评价的技术操作过程。100多年前，中国新文化运动的先驱梁启超将文明的结构划分为三个层次，即器物文明、制度文明和观念文明。^①如果说资产阶级启蒙时代的先贤们提倡罪刑法定原则是一种观念文明的体现，那么这些先贤们在刑事实体法上创立犯罪的构成模式，就是一种制度性的构造，而如何借助犯罪构成的规格模型实现罪刑法定原则下对犯罪的正确认定，就是一种技术文明的运作过程。如果说犯罪构成主要体现了主客观一致的犯罪成立要求，那么对犯罪的认定就是一个不断地从已有的客观行为事实来推断行为人主观心理状态，或者通过行为人主观心理状态来评定客观行为事实的法律属性这样一个来回穿越、反复印证、反复论证的过程。犯罪构成的规格模型作用对于犯罪认定的技术操作是功不可没的，刑法中有了犯罪构成的规格模型，就为犯罪的认定提供了法律标准。在刑事司法实践过程中，犯罪认定的技术层面实际上就是一个如何理解和运用犯罪构成对行为事实进行规范评价的过程。

^① 梁启超：《饮冰室合集》（文集之三十九），中华书局1989年版，第43-45页。

二、当下中国刑法学接受“三阶层模式”是一种无奈选择

前苏联的刑法学者在十月革命胜利后,年轻的苏维埃刑法学者们继承、批判、借鉴和吸收了沙俄时代的刑法文化遗产,并结合当时欧洲大陆的刑法理论,开始对犯罪构成理论进行深入研究,并创立了独具特色的犯罪构成理论体系——“四要件式犯罪构成”的理论体系,即犯罪构成由犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体和犯罪的主观方面等这样四个基本要件组成。“苏式犯罪构成”体系对东欧社会主义国家和以后整个社会主义阵营国家的刑法理论产生了极为深刻的影响。1949年10月1日中华人民共和国的成立,使中国进入了一个新的历史阶段。由于当时采取了“一边倒”的政治政策选择,整个中国从此形成了一种“路径依赖”的发展倾向,^①在当时的政治统辖下向苏联进行学习与效仿,无论是经济还是文化等各个领域都是一路轻车狂歌,中国的刑法学也当然不能幸免于此。于是,在犯罪构成这一涉及到刑法学基础理论的问题上,中国刑法学轻而易举地选择了“苏式犯罪构成”作为自己的生存基础和发展模式。如何评价中国引进“苏式犯罪构成”的模式给中国刑法理论与刑法实践带来的影响,恐怕不是一个一下子能说清楚的事。在中断了中国传统刑法观念传承和废止了传统的刑法典章文本之后,引进前苏联的一套模式,最起码在刑法理论上有了一个可以支撑当时刑事司法实践的理论基础。但是由于“苏式犯罪构成”是一种由价值引领规范、政治高于法律的模式,它所带来的负面影响也是十分明显的。

随着十年浩劫的结束和对外开放政策的实施,特别是随着1989年11月9日“柏林墙”的倒塌,整个苏联和东欧社会主义国家发生了剧变。不久“前苏联”宣告解体,人们随之对原先苏联所奉行的一切制度性和实践性的东西进行了深刻的反思与批评,这当然也包括对苏联所倡导和奉行的法学思想与法学模式的反思与批评。而随着我国政治进程的向前发展,也随着国门的洞开让中国人真正知道了当今世界的价值多样性和犯罪构成模式的多元化,更由于“苏式犯罪构成”模式所存在的种种矛盾和弊端日益凸现,于是很多刑法学者在反思和批评的同时开始将目光重新投向了大陆法系。人其实有时很奇怪,长期浸淫在一种理论体系中,既可能会形成路径依赖的惯性,也有可能产生因厌思变的冲动,喜新厌旧就成了一种时髦。前苏联垮塌了,“苏式犯罪构成”模式又弊端丛丛,于是以德日为代表的大陆法系的“三阶层模式”轻而易举地在继民国之后又一次入驻中国的刑法学领域,但其实这也属于一种无奈的选择。但眼下有关对大陆法系“三阶层模式”的解读、诠释和赞美却已经是四处开花、遍地结果了。有时想想似乎也能理解当前有些刑法学者的呼吁和想法,这是因为在中国大陆,由于过去一段众所周知的历史原因使我们曾长时间地中断了对刑法的研究,以1979年我国第一部刑法的制定与颁布为契机,当

^① 路径依赖问题首先由保罗·大卫在1985年提出,尔后W·马兰·阿瑟在此基础上进一步发展,形成了技术演进中的路径依赖的系统思想,后来,道格拉斯·诺斯将前人有关这方面的思想拓展到社会制度变迁领域,从而建立起制度变迁中的路径依赖理。路径依赖问题是保罗·大卫在解释惯常的字版文字组织是怎样变得标准化和固定化时提出的。他认为,一些偶然事件可能导致一种技术战胜另一种技术(即技术演进),而且一旦选择某一技术路线,即使这一路线可能不比放弃的另一种技术路线更为有效,它也会持续到最终。

我们跨越了那个不正常岁月重新想要回归法治的道路时，人们才发现中国的刑法文化既丧失了对传统中华刑法文化的承继关系，又丧失了自我革新和创新能力，所以缺乏自信而一直处在迷茫之中的中国刑法学界，在先前只能一味摹仿前苏联的犯罪构成理论模式。而当这一理论模式的先天不足、后天失调引起了学者们的反思与批判时，于是急需寻找刑法理论发展的突破口，在提出改造、重构的同时试图寻找另一套现成的犯罪构成模式就变得不足为奇了。我们认为对“苏式犯罪构成”模式进行反思与批评是必要的，但提出要“全盘接受另一套犯罪构成理论”是否合乎理性的路径选择？经过辗转反侧作深度思考，笔者总觉得有些疑惑至今令人无法释怀，域外的犯罪构成理论体系是否总有一套已经完美无缺了，所以我们不是选择这一套就应当选择那一套？我们为什么有时总是变得那么极端，其实世界上的事很多本不是那么非此即彼的单一和极端。

其实，大陆法系的“三阶层模式”也并非十全十美，在大陆法系内部，现在正面临着是否要将犯罪的“三阶层模式”改造成为不法和责任模式或者由“二要件”构成模式——即不法构成要件和罪责构成要件。^①国内也已有刑法学者立马跟进。^②其实这一现象在贝林创立“三阶层模式”时就已出现，贝林同时代的刑法学者梅兹格把构成要件与违法性视为一体化的现象，他认为：“犯罪是构成要件的违法的、应归责的、刑法明文规定处罚的行为。”这样一来，犯罪构成体系就由贝林的“构成要件——违法——责任”体系，变成了梅兹格的“行为——违法（构成要件的违法）——责任”的体系。^③对于这种现象我们可以想象也已经看到和感到，中国的刑法学是在没有精神准备的状况下接受并移植前苏联犯罪构成理论的。当时的中国刑法学者们又没有时间和精力甚至没有自我觉醒的意识观念和理论底蕴来进行自己的刑法理论奠基和修养，于是在“榜样正确”、“意识形态正确”的指导下一知半解甚至囫圇吞枣的过程中将前苏联的犯罪构成理论移植到我国来的。反过来说，正是这种没有精神准备的状况和没有时间和精力甚至没有自我觉醒的意识观念和理论底蕴来为自己的刑法理论进行奠基和修养，于是赶走了“苏式犯罪构成”模式后（当然国内还有一些学者仍坚持苏联“四要件式”犯罪构成是十分正确、有用的模式），又全面迎来了大陆法系的“三阶层模式”。正因为如此，不但我国过去和现在的“犯罪构成”理论体系至今还不是我们的自主产品，而且在引进和仿效国外犯罪构成模式的过程中，我们还缺少深刻反思的心理准备。本着现代文明的三个层次划分理论，我们可以看到犯罪构成的理论创立和模型设计首先是适应了人类刑法文明的发展需要，在法治国的观念上体现了罪刑法定的思想，其次体现在法律制度上确立了一种犯罪行为应有的规格模型，体现了罪刑法定的原则并将其具体化，再次才是为具体的犯罪认定提供了一种技术方法。在移植国外犯罪构成理论和重构犯罪构成要件的时候，我们应当明白，我们是在哪一个层面上进行的，是需要设计怎样的犯罪构成规格模型的，更何况大陆法系的“三阶层模式”有着它自己不能自洽的理论不足和实践操作障碍。

^① 参见[德]班德·许乃曼：《刑法知识转型》，载梁根林：《刑法体系与犯罪构造》，北京大学出版社2016年版，第490页。

^② 参见张明楷：《犯罪的实体是违法和责任》，载梁根林：《刑法体系与犯罪构造》，北京大学出版社2016年版，第8-18页；张明楷：《共同犯罪的认定方法》，《法学研究》2014年第3期。

^③ 参见何秉松：《犯罪构成系统论》，中国法制出版社1995年版，第12页。

三、“三阶层模式”的理论不足和实践障碍

从对大陆法系的“三阶层犯罪构成模式”形成的历史过程来看,我们大体可以获得以下一些结论:犯罪构成实际上是刑事古典学派在刑法的理论领域,试图通过归纳的方法把犯罪构成看成是刑事立法设立犯罪的一种规格、一种犯罪的类型,因此只有当行为符合这种规格时才能构成犯罪。由此看来犯罪构成在大陆法系初建之时,它首先作为一种法律规定的诸犯罪行为涉及的事实总和,其次又可作为实证分析时认定行为是否构成犯罪的辅助性操作方法,再次还可作为刑法学中犯罪论内容进行体系性安排的理论说明。所以犯罪构成一经建立,就具有强大的生命力,经久而不衰。当然我们也应当看到,尽管犯罪构成并没有完全成为刑事立法的一种制度性安排,然而它所反映的刑法观念上的超越性和刑法适用时技术手段的有效性,才是它强大生命力得以支撑的重要基础。

但是我们更应当看到,在人类的刑法史上,通行于现代的犯罪构成模式的产生才不过200多年。在这之前还没有犯罪构成的概念和规格模型,但是在严格依法办事的时代与国度里,也不会发生太多的违法乱法之事。即使在今天的世界上,没有运用大陆法系“三阶层犯罪构成模式”或“苏式犯罪构成”的国家和地区也大有存在。所以有学者说过:“对每天发生的大量杀人、放火、抢劫、盗窃一类常态性的案件,……刑法本身有什么用?没有这些,难道它们就不是“犯罪”了吗,人类群体就无从惩治它们了吗!生活中某种行为有无社会危害性以及有多大的危害性,这首先取决于社会主流文化群的常情、常理与常识之判断,而非法律是否有规定以及如何规定。从根本上看,法治社会中刑法不过是认定“犯罪”的一个象征性符号(象征法律之权威而非国王之权威),而理论正是对这一符号的放大与深化;在真实运作之意义上,它们都只是解决‘边缘’与‘疑难’。”^①也有学者指出:“实际上,无论是中国刑法学的耦合式四要件犯罪构成理论还是德日刑法学递进式三阶层犯罪论体系,所解决的问题,无非都是要为认定犯罪提供一个统一的抽象模型。这一模型来自于对实际生活中千姿百态、形形色色的犯罪行为的概括、总结。而模型一旦形成后,以之框定任何一种犯罪行为,便都应是普遍适用的。因此,犯罪模型必须概括了各类犯罪的共性,提炼了各个具体犯罪行为共同的本质的构成因素。”^②这些话从一个侧面告诉我们,我们理解了刑法上为什么要创立犯罪构成的理论与模式。

然而从现有的所有对大陆法系的“三阶层模式”的介绍和模拟操作过程来看,“三阶层犯罪构成模式”主要是司法实践在认定犯罪的过程中发挥作用的。这种犯罪构成模式在刑事立法上和理论解读法律时基本上派不上用场。我们不能责怪早期的刑法先贤们,他们是在反资产阶级司法黑暗的过程中主要想通过创立犯罪构成的模式来限制法官的罪刑擅断。200多年前的犯罪构成初创时期的光辉思想没有发生变化,但人们期望通过刑法文明的洗礼赋予犯罪构成更多的时代要求,即定罪准确性和合理性。

现代刑事法治的基本原理表明,要建设刑事法治,首先要建立完备的刑法规范。然

^① 冯亚东:《犯罪概念与犯罪客体之功能辨析——以司法客观过程视角的分析》,《中外法学》2008年第6期。

^② 高铭暄:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》,《中国法学》2009年第2期。

而，查大陆法系的主要代表国家，如德国、日本、法国、韩国等等国家的刑事立法，都不是从该当性的客观行为、违法性的犯罪阻却事由再到有责性的行为人的主观状况这一次序进行规定的，反而是沿着犯罪主体、犯罪的主观罪过和犯罪的客观行为这一次序加以规定的，这在刑法的分则中表现得更为突出。平心而论，刑事立法会受刑法理论的影响，但绝不会完全受刑法理论的支配。刑事立法是一种制度的安排，是一种政治的需要，在现代民主国家里又是一种各种利益主体或利益集团的利益平衡，所以它并不完全与犯罪构成的理论模式保持一致。所以，法律规范不是犯罪构成理论的产物，反而犯罪构成是法律规范的产物。但是犯罪构成作为解读刑法的一种理论性分析工具，然后再作为评价行为是否构成犯罪提供一种辅助性的技术操作手段，就此而言，犯罪构成是可以大有作为的。通过这种理论性分析工具和技术性操作方法，在技术运用上上可延伸到如何解读已然刑法规范，下可延伸到如何将刑事立法已经确立的犯罪规格具体运用到实践中，这里如何解读和理解刑法中的各种规范要素至关重要。然而，大陆法系的“三阶层模式”在解读和理解实在的刑法规范方面几乎是无能为力的。这是因为，在人们对实在的刑法规范进行解读和理解时，属于坐而论道的过程，此时还没有客观实在的具体行为事实的存在，即该当性条件本身是不存在的。同时刑法中规定的违法性行为（即所谓该当性的客观行为表现）在法的理论中仅仅属于适用条件的内容，在实在的刑法规范中属于虚拟性的预设。在现代的法律规范的逻辑结构中，一般来说是由三个基本的要素组成的：即行为模式、适用条件和法律后果。法律规定的违法性行为是一种假设的行为模式，这里无所谓该当性的问题。而违法性要件（即犯罪阻却事由）在犯罪构成的结构中属于体外的要素，所以，大陆法系的“三阶层模式”究其实质而言是指犯罪的成立模式，而不是指犯罪的构成模式，这一模式主要在刑事司法实践中认定犯罪时才能起到它应有的功能作用。

大陆法系的“三阶层模式”中违法性要件到底起什么作用？在刑法规范与司法实践中到底有多少犯罪阻却事由的存在呢？大陆法系的“三阶层模式”实际上并不仅仅是一个犯罪的模型形式，它是一个包含了行为事实、违法判断和归责理由等三个递进过程的认定犯罪的系统方法和评价过程。“行为之违法性与行为之侵害性同属犯罪成立要件而其性质有异，侵害性乃行为所具侵害法益之情状，而违法性则系侵害法以行为所示之消极的价值。”^①如果说该当性是一种犯罪的行为构成（该当性纯属于客观的行为事实表现，还是包括了主观罪过在内的集合体，在大陆法系内也是有争议的，一般以客观属性为主），有责性是一种集主体资格和以主观精神状态为内容的刑事责任能力为一体的归责要件，那么违法性作为犯罪成立的一种规范要件多少显得有点牵强。何谓违法性，简而言之，就是指行为人的行为违反了刑法的禁止性规定，从而使该行为具有了社会危害性的负价值从而不能为法律阻却成立犯罪的属性，进而为认定行为构成犯罪提供了刑法上的依据。从理论的角度而言，刑事违法性是犯罪概念的必要内容，可以说是犯罪的最本质特征所在，任何犯罪都必定是违反刑法的行为，从而都具有刑事违法性的属性。但违法性本身不是一种行为事实，而是一种行为性质，是一种规范评价。这也是当下德国刑法学者许乃曼想要再一次改造贝林的“三阶层模式”为许乃曼自己的“二要件模式”的一

^① 韩忠谟：《刑法原理》，中国台湾雨利美术印刷公司1981年版，第137页。

种重要理论根据,即该当性要件本身已经包含了违法性的要素。对此日本刑法学者小野清一郎也曾指出过:“要想就它们(指违法性和道义责任)与构成要件的关系简要地叙述一下我的观点的话,那就可以说,违法性和道义责任同时属于伦理的、规范的判断。”^①该当性的行为是否具有违法的特征,主要是通过法律评价而得出结论的。德国刑法学者威尔采尔指出:“如果行为满足了构成要件该当性且无违法阻却事由,行为即能认定违法。”^②而对于刑法作为一种禁止性法律来说,犯罪作为违反刑法的禁止性规定具有普遍性,而具有犯罪阻却情形的只是一种例外。尽管违法性当中存在着规范的内容,但它不是一个事实要件,它主要是一种评价(包括了规范评价和价值评价)的产物,从这一意义上说,在犯罪构成结构中有一个违法性的要件就变得多余了。当然这一要件在大陆法系的犯罪构成中出现,从理解大陆法系犯罪构成形成的过程来看也并非偶然,它能够提醒评价者时时要牢记罪刑法定这一法治国的崇高要求,也可以说它同样起到了价值观念的提示作用。然而,正因为违法性既受制于规范内容又受制于价值观念,所以有一个正确的法治观念和法治环境对于犯罪构成的运用是至关重要的,但它确实不是行为事实与心理事实的一个组成部分。在我们看来,行为的刑事违法性与行为的社会危害性一样,也是犯罪概念揭示的内容,是犯罪的基本特征、犯罪的属性特征,而不是犯罪行为本身的事实内容。因为违法性本质上是一种规范评价,它同样是在犯罪构成的事实之外。因此,将违法性作为犯罪构成的一个具体要件,实际上降低了违法性在刑法中的地位和意义。

通过上述分析,我们可以确定大陆法系的“三阶层模式”是犯罪的成立理论,是犯罪认定的实践操作手段或者操作过程,对此只有将它放在刑事司法实践中进行讨论才有法律上的意义。然而恰恰在现代的刑事司法实践中,大陆法系的“三阶层模式”作用不是十分明显。这是因为在现代的刑事司法实践中,对刑事犯罪的认定,一般要经过刑事警察的刑事侦查、检察机关的审查起诉和审判机关的审理认定。在刑事犯罪的处理过程中,三家机构所承担的刑事任务是各不相同的。对于刑事警察来说,就是要将一个已经出现了刑事犯罪结果的案件加以侦破,并还原其应有的真相。当一个刑事案件出现时,刑事警察还不知道是谁实施的,也不知道是否存在犯罪阻却事由,所以刑事警察从犯罪行为的该当性作为切入点必然是、必要的甚至是唯一的先决条件。我国台湾地区的刑法学者韩忠谟指出:“行为与行为人心意本书表里相应,不可分割而各自独存,然分析法学为明了违法性之客观情状,不得不将行为由其内部心意暂时加以切离而单独观察之,故违法性之判定只以该当于法定构成犯罪事实之行为为主要对象。此与责任之判定,必须深入行为者人格之内部而考求其应受非难之状态者,显有区别。且法律为客观规范,确定责任必以行为为基础,因此刑法上违法性之判定,恒先于责任之制定,亦为理所当然。”^③在这里,该当性绝对是首要的要素,然后是违法性质要素,再后有可能涉及到行为人的主观责任状态。在刑事案件的侦查过程中,把行为事实的该当性作为第一要件,即看重行为的物质表现在犯罪侦查中的首要作用倒还说得过去,这充分体现了客观唯物主义的应有精神;又坚持了罪刑法定主义的原则精神,是资产阶级在反封建政治专制、反对司法

① [日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社1991年版,第16-17页。

② 参见刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,中国政法大学出版社2002年版,第1页。

③ 韩忠谟:《刑法原理》,中国台湾雨利美术印刷有限公司1982年版,第140页。

专横、反对主观归罪的历史过程中提出的民主和法治的精神高度地落实在技术运行过程中的体现。

然而，当刑事警察们将一个已经侦破、犯罪嫌疑人已经捉拿归案、犯罪的主观心态有的已经败露无疑的案件放到刑事检察官那里进行审查起诉时，难道他还需要机械地只是将审查行为事实的该当性作为第一要件？刑事检察官不通过行为人的主观心理状态能够分辨出行为是否具有该当性？故意杀人与故意伤害的行为在客观外在的形式上有多大区别？故意杀人与过失致人死亡其客观行为又有多少区别？不通过行为人的主观心理状态能够分别出行为是否具有犯罪阻却的事由？当行为人还处在刑事责任年龄之下或因精神状态不正常，刑事检察官还有审查行为的该当性和行为的违法性要件的必要吗？进而在刑事审判中，我们中有谁能看到行刑民警执行死刑的案件、医生为了救死扶伤而进行的开膛剖肚、断肢再植的事例、体育运动中合理冲撞致伤的行为放在法庭上进行刑事审理的？一个于欢刺杀辱母者案件，过多地考察所谓的客观行为实施的该当性而不先考察行为人具有正当防卫的主观心理状态，也是要闹出司法瑕疵乃至冤错案件来的。自古以来，古今中外，对刑事犯罪的认定，除了那些由于政治需要，睁着眼睛说瞎话；除了乱世无道、无法无天的岁月中；除了那些在古代社会由于受人类早期相对限定的时空关系和落后观念的影响而刚愎自用、胡乱用事、草菅人命的案件外，不去先考察行为人刑事责任年龄、刑事责任能力等主观责任要素，不去将主观和客观有机地结合起来做不断来回穿越、反复推敲、相互印证的司法实践应当说也是不多的。

四、中国刑法领域犯罪构成的重构需要和再造可能

在刑法学犯罪构成的领域，引导我们不断走向思想和实践深处的，不仅有先哲们为创建犯罪构成这一理论概念和理论体系而在我们面前留下的一串串未竟的脚印，而且还有处在当前时代条件下促使我们必须不断进行思想探索和实践摸索的自我觉醒精神；是刑法理论上对它不断提出的诸多新问题，是社会生活中对它永远常说常新、常用常新的司法新实践……。作为德国早期刑事古典学派的先驱们创立犯罪构成模式虽然过去了200多年，中国刑法领域从不知犯罪构成为何物，到一厢情愿全盘引进德日为代表的大陆法系的“三阶层模式”，再到无情地将它彻底抛弃作为迎接“苏式犯罪构成”的见面礼；从对“苏式犯罪构成”作痛定思痛的反思而仍作“鸡肋心态”到有些学者主张与“苏式犯罪构成”实行果断切割，再到又一次全面“迎娶”大陆法系的“三阶层模式”，中国刑法领域对犯罪构成一往情深着实演义了一番春秋故事。在欧洲人文主义复兴运动和资产阶级革命前夜的思想启蒙运动中，针对当时中世纪欧洲的司法黑暗、罪刑擅断、定罪量刑主要凭法官个人好恶为标准的普遍现象，资产阶级的启蒙思想家们发出了猛烈的抨击。现代刑法学的始祖、意大利学者贝卡利亚在其1764年写就的《论犯罪与刑罚》一书中说道：“我有权认为，使民族遭受到的危害是衡量犯罪的唯一真正的标准。因此，那些认为犯罪人的意图是衡量犯罪真正标准的人的想法是错误的。”^①正是这种看重是行为而不是行为人的思想为犯罪的标准，导致了罪刑法定思想观念的诞生。费尔巴哈继承了贝卡利亚的思想，指出：“法律是普遍的和必要的；它是面向全体公民的；他威胁

着每一个罪犯……谁要是侵犯某个人的权利，因为只有违法时，才受到惩罚。”^②由于法律是普遍的和必要的，是面向全体公民的，而根据法制原则所要求的“平等”、“博爱”的思想，人与人乃至全体公民都是平等的。因此，决定一个犯罪的成立基础只能是人的行为，而不是行为人本身。这样，根据这一思想建立起来的犯罪构成势必倾向于客观结构。作为一种思想观念，这是正确的。但作为一种技术手段，无论是将客观行为事实与主观心理态度相分割，或者仅仅将客观行为事实机械的作为第一考察对象，或者将行为人的刑事责任能力只是作为主观的心理事实和客观的行为事实先予认定后作为附属审查的内容，都是既缺乏坚实的理论基础，又会导致操作的实践混乱。

在社会活动中，人永远是社会行为的发动者、操控者。犯罪是一种反社会的行为，但其行为原理也是如此。对刑事犯罪的认定就是对犯罪行为的认定，刑法是一部行为规范的法律，所以，行为人刑法的观念应当要加以摈弃。同时由于刑事古典学派为反封建专制、反司法黑暗、反罪刑擅断而提出的只有行为才是衡量犯罪的唯一标准的理论无疑也是正确的。但这里的行为绝对不是脱离了人的主观心理活动的纯粹物理举动，早期的刑事古典学派强调的“符合构成要件的行为，又具有罪过的行为才是可罚的”理论已经说明了脱离了罪过的行为没有可罚性，进一步而言没有主观罪过支配的犯罪是不可能的。在犯罪行为事实已经侦查完结，对这一行为事实进行刑法的规范评价过程中，从来都是一个反复评价、反复印证、来回穿越的过程。这里既有从客观到主观的逆时针印证推定，也有从主观到客观的顺时针性质确认。把行为实施的该当性机械地作为第一要件、第一位阶的观点似乎有点幼稚了。

当然从犯罪构成模式的理论性而言，依然有一个结构合理化、体系完整化和效用最大化的问题。在这里我们不准分析研究犯罪构成的价值观念并由此对刑事立法的影响，也不阐述犯罪构成作为一种理论分析手段对解读和理解刑法典章文本所具有的工具作用，这里我们仅仅就犯罪构成作为一种依据刑法规定对违法犯罪行为事实进行规范评价时的技术手段功能进行再思考，如何才能让我们拥有一个合理、完整和有效的犯罪构成新模式？在今天的犯罪构成研究中，有一种现象我们不得不要加以指出，由于受近百年来各种人文主义研究的影响作用，我们刑法学的各种观念、概念甚至各种命题都来自于西方，不是这个阵营就是那个集团，不是这个流派就是那个体系，以至在犯罪构成这样一个不要说涉及到观念、概念甚至涉及到技术运用的问题上，中国刑法学就是不会发出自己的声音，就不能有自己的想象。其实“苏式犯罪构成”模式在解决定罪问题方面已经包含一些实质内容，在某种意义上也起到定罪的规格和模型作用。但是，这一犯罪构成理论是以犯罪的社会危害性为基础，以论证行为侵害的“客体”为己任的，从而使犯罪构成成为从属于政治概念和社会危害性概念的附属品，以致于这一犯罪构成理论面临着必然被终结或被重新改造的命运。但大陆法系的“三阶层模式”中的违法性不是一种事实因素，它无法起到规范评价的作用。当我们将“苏式犯罪构成”模式和大陆法系“三阶层犯罪构成模式”进行比较、分析、批评就可以看出，两者除了观念上的一些区别，两者

① [意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，西南政法学院1980年刊印本，第18页。

② [德]费尔巴哈：《回忆录》，载[苏]特拉伊宁：《论犯罪构成的一般学说》，王作富译，中国人民大学出版社1958年版，第19页。

主要在犯罪客体与违法性要件上的有差异外，如果我们不是先入为主、不对其中的一方抱有什么成见的话，那两者也有着一定的暗合之处。

其实在我们对犯罪构成进行选择或重构时，我们先应当想一下犯罪构成的最基本功能是什么，我们认为犯罪构成的基本功能在于在刑事立法上明确犯罪的成立条件和表现特征，在刑事司法上解决犯罪行为法律评价问题。犯罪构成实际上是刑事立法规定的犯罪的“规格”，是刑事司法进行法律评价的定罪模式。因此，犯罪构成的内容（要件）都应该为这一基本功能服务，同样，任何事实特征也只有符合这一基本功能需要才能成为犯罪构成的内容（要件）。犯罪构成的基本功能既然是犯罪的规格、定罪的模式，那么犯罪构成在重构时必须受定罪的原则所制约，也就是说，我们对犯罪构成的重构，必须以犯罪构成应有的基本功能为出发点，以主客观相一致的定罪原则为指导，以能够在司法实践中解决危害行为能否构成、是否构成犯罪为归宿。主客观相一致的定罪原则作为我国刑法的一个基本原则，其本身表明一个人的行为要构成犯罪并欲追究其刑事责任，必须认定行为人不但在客观上实施了危害社会的行为，而且在主观上存在犯罪的罪过，同时其罪过的内容与行为的形式具有一致性。这两个方面的内容缺一不可，否则就不能认定行为构成犯罪，也不能追究行为人的刑事责任。犯罪构成不但应当受主客观相一致的定罪原则的制约，而且其内容（要件）也应当体现这一原则的应有要求，即必须能够反映行为人主观罪过的主观要件和体现客观行为的客观要件才是犯罪构成的必要要件。

由于犯罪构成理论的基本功能在于使刑事司法在解决犯罪行为法律评价时拥有更加合理、精细、有效的技术操作手段。所以我们认为，犯罪构成不过是在主观罪过支配下的客观行为构成某一犯罪时所应当具备的主客观要件的有机整体，作为涉及违法性的犯罪阻却事由毕竟是极少数的例外，而且它毕竟不是犯罪构成事实（无论是心理事实还是行为事实）的必要要素，因此它不能作为犯罪构成的要件而存在于构成之内。同时我们还得进一步指出，作为“苏式犯罪构成”中的犯罪主体要件，由于它本身也不是客观行为事实的组成部分，它仅仅是一种先于行为事实的客观存在，所以犯罪主体也不能够成为犯罪构成的一个必要要件。其实在我国刑法中行为人是否达到刑事责任年龄和是否具备刑事责任能力作为任何实施犯罪的主体资格的前提条件而被规定在法律规范之中的，犯罪主体的成立不过是行为已经符合犯罪构成之后得出的身份确认，这就表明了犯罪主体是独立于行为事实是否符合犯罪构成之外的存在要素。也许本着“总量不变、能量守恒”的原理，把犯罪主体纳入犯罪构成之中，不会产生明显的负面影响。但是从更深的刑法理论上来说，刑法中的犯罪主体实际上包含着两重含义：一是指犯罪主体的资格；一是指犯罪主体的身份。犯罪的主体资格是犯罪构成得以成立的前提，而作为犯罪的主体身份，则是行为已经符合犯罪构成后的必然现象。因此无论哪一种意义上的犯罪主体现象都不可能是、也不应该是犯罪构成的必要要件。犯罪构成的基本功能在于解决行为事实是否构成犯罪，犯罪主体并不能帮助我们确定行为是否构成犯罪以及构成什么罪。即使是特殊主体，在犯罪构成中也同样没有其应有的地位，这是因为对特殊犯罪的认定，重要的仍不是行为人是否具有特殊的犯罪主体资格，而是行为人是否利用其特殊的主体身份所具有的便利条件而实施特殊的客观方面行为。

（责任编辑：丁亚秋）