

## 犯罪论体系的评价标准

焦旭鹏

**内容提要:**犯罪论体系之争尽管表面上趋于缓和,但实际上并未取得学理共识。犯罪论体系的评价标准对于学术论争的有效进行具有关键意义。论争双方均承认犯罪论体系的评价标准应从逻辑性、实用性两个方面展开,但对逻辑性、实用性的理解则各有侧重。本文主张犯罪论体系的逻辑性对于实用性应当具有排他的支配关系。通过典型案例和典型学术争论的辨析,可以清晰地展现三阶层体系的位阶关系在实践中能够被遵守,而四要件理论的要件顺序在实践中未必被遵守。这一标准并非区分犯罪论体系正确与错误的标准,但却能够鉴别何者更优。并非不符合该标准的四要件理论无法在具体案件处理上得出与三阶层体系同样的结论,而是其逻辑性的不同解释无法确保实践中按照同样逻辑对之加以运用,因而无法像三阶层体系那样在正确地运用时总能按照同样的思维路径展开分析而得出同样结论。正确地适用阶层体系进行案件分析更有利于实现法的安定性,更方便做到相似案件相似处理。只有充分认识二者的差异,才能在科学的基础上探寻两种犯罪论体系的融合之道。

**关键词:**犯罪论体系 三阶层体系 四要件理论 逻辑性 实用性

焦旭鹏,中国社会科学院法学研究所副研究员。

### 引言

自陈兴良教授于2000年发表《社会危害性理论——一个反思性检讨》<sup>[1]</sup>一文以来,犯罪论体系之争成为中国刑法学界影响最深远、论辩最激烈、参与最广泛的学术论争。这一论争关涉在犯罪成立理论上采纳以德国日本为代表的大陆法系三阶层犯罪论体系,还是继续坚持与完善我国学自苏联的四要件犯罪构成理论。拥趸前者的学者们可被归为“激进派”,坚守后一立场者则被称为“改良派”。从近年来的研究风气看,拥护三阶层体

[1] 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期,第3-18页。

系的青年学者越来越多,大量的文章都是直接在三阶层体系的背景下讨论问题并力图立足中国的立法司法实践使其主张中国化;同时,仍有不少学者坚持传统的四要件犯罪构成理论,但又接受了“法益”等来自大陆法系的重要概念。近两三年,又有学者对这一重大争论文题发表新的见解,引起学界瞩目。有学者指出:“犯罪构成理论在犯罪认定过程中并不具有实际作用。因此,阶层犯罪论体系也并不比传统四要件犯罪构成理论在实践的意义上更具优势。”<sup>[2]</sup>还有学者认为,“评价犯罪、认定犯罪,是在犯罪主体资格具备的基础上,强调主客观高度一致性,所谓的‘三阶层’犯罪结构模式的位阶关系基本上没有多少实践价值”,并提出了以犯罪主体资格为基础、以主客观两要件为内容的犯罪构成新模式。<sup>[3]</sup>另有学者认为:“德国阶层犯罪论奠基于自然主义犯罪观的实证逻辑,偏离了犯罪作为价值判断在认识论和方法论上的基本规律。”<sup>[4]</sup>这些见解是对主张引进德日阶层犯罪论体系学术取向的反思与检讨,有利于进一步澄清学术争点、凸显核心问题,但同时也再次说明,犯罪论体系之争近年来的表面缓和化并不意味着已达成共识,恰恰说明有必要回到问题的最初状态,反思争议长久悬而未决的深层原因,促进有关学理认识的深化,在“同情式相互理解”的基础上,寻求走向学术共识新的可能。

由于犯罪论体系之争参与者众多,全面梳理相关观点是一项文献繁巨、歧见丛生的工作,囿于篇幅,本文无法那样展开,而拟回到问题初始状态,主要以代表性学者的代表性论述为观察对象,考察问题是否从一开始就发生了某种偏差,以至于学理上无从走向共识。毕竟,在犯罪论体系评价标准这样的核心问题上,在学术论争之初就被提出,并作为一条或显或隐的主线贯穿了几乎所有相关讨论并延续至今。虽然近年的争点已转移至共犯<sup>[5]</sup>等特殊犯罪形态问题上,但关于犯罪成立一般条件的争议并未得到全面深入的讨论,反而陷于困境。要说明的是,本文所称的“德日三阶层”犯罪论体系,主要是就当时引入中国并引起与四要件犯罪构成理论争议的古典或新古典犯罪论体系而言。事实上,自德国刑法学家威尔泽尔(H. Welzel)提出目的论体系以后,德国和日本的犯罪论体系已存在重大差异,而德国新古典与目的论的综合体系、罗克辛(C. Roxin)目的理性刑法体系也与之前的体系有了很大的不同,但并未根本性地影响到犯罪论体系内部的位阶关系。

激进派与改良派之争的核心问题是,在中国当下的语境中,德日三阶层犯罪论体系与源自苏俄的四要件犯罪构成理论何者更好?这就关涉到犯罪论体系的评价标准问题。如果有一个具有共识性的评价标准,论争双方得到的结论即应相同;如果评价标准不同,则

[2] 王充:《犯罪构成理论与犯罪事实认定关系考察》,《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第1期,第169页。

[3] 参见杨兴培:《“三阶层”犯罪构成模式的中国语境批判》,《东方法学》2021年第2期,第119页以下。

[4] 参见刘之雄:《阶层犯罪论的阶层崩塌与犯罪论的应然逻辑》,《法商研究》2022年第5期,第74页以下。

[5] 参见陈兴良、周光权、付立庆、车浩:《对话:刑法阶层理论的中国司法前景》,《中国应用法学》2017年第4期,第125页以下;付立庆:《阶层体系下间接正犯与教唆犯的区分标准:理论展开与实践检验》,《华东政法学报》2018年第6期,第41-50页;孙运梁:《阶层式犯罪论体系的位阶关系及其实践优势》,《华东政法学报》2018年第6期,第14页以下;黄明儒:《为我国四要件犯罪构成理论辩护——以共犯论为视角》,《法商研究》2021年第6期,第129-142页;欧锦雄著:《中国犯罪构成理论的现代展开》,中国人民公安大学出版社2021年版,第34页。

无论如何双方也不可能达成共识。研究清楚论争双方所依据的犯罪论体系评价标准是什么以及存在的问题,提出评价标准的拓展见解及其在理论、实践等方面功用和意义,有利于深化犯罪论体系之争的学术认识。

从既有的研究看,激进派和改良派所提出的评价标准均涉及多个方面、不同角度的认识,笔者将在刑法释义学一般原理层面的评价标准归之为内在性标准或本体性标准,把涉及犯罪论体系与刑法规定〔6〕刑事诉讼模式〔7〕或中国文化模式〔8〕方面的标准归之为外在性标准或语境性标准。囿于篇幅,本文仅讨论本体性标准。多样化的评价标准显然能使问题得到更全面讨论,同时也更难引导至明确结论,而尝试从核心评价标准展开讨论也许更易于澄清问题。从既有研究看,激进派和改良派的学者们多是在比较方法的运用中阐明自己的立场与主张,这当然是必须和有益的,但同时也存在重大局限。其中较为突出者是,支持四要件理论的论者强调四要件理论的优势,把该理论的特点作为参照系去评判阶层体系,而支持三阶层体系的论者也有同样做法,于是论争双方尽管都承认犯罪论体系的评价标准应从逻辑性、实用性两个方面把握,但对逻辑性和实用性各自做了不同理解,这就造成在同一评判标准下得出了不同结论。本文试图把犯罪论体系评价标准拓展到逻辑性与实用性的关系上来,主张犯罪论体系的逻辑性对于其实用性应当具有排他的支配关系。尽管以往的讨论基本上已把逻辑性、实用性作为犯罪论体系评价的核心标准,〔9〕但未能由此跳出论争双方对逻辑性、实用性各说各话以致沟通不畅的困境,本文拟从双方已认可的评价标准出发去辨清两种犯罪论体系的差异,在核心评价标准上又有所推进。当然,这种努力并不断然反对两种犯罪论体系的融通可能,所反对的是以不妥当的理由把两种犯罪论体系的评判相对化,在没有充分认识二者差异的情况下主张调和,这样的调和在学术成效上自然是可疑的。

本文拟首先阐明论争双方关于犯罪论体系评价标准的有限共识、根本差异、分歧性质及原因;接下来,从双方都认可的犯罪论体系评价标准即逻辑性、实用性出发,提出将其加以拓展,并以拓展后的标准分别检视三阶层体系和四要件理论,发现前者符合该标准,而后者不符合。这一标准并非区分犯罪论体系正确与错误的标准,但能够鉴别何者更优。最后,文章以拓展后的标准分析具体案例和有广泛影响的典型学术论辩,展示两种犯罪论体系如何在案件处理上发生差异,并认为运用三阶层体系分析案件在案件处理结果上更具确定性。只有充分认识这种差异,才能在科学的基础上探寻两种犯罪论体系的融合之道。

〔6〕 参见冯亚东:《刑法典对犯罪论的制约关系——基于中德刑法典的比较分析》,《中外法学》2012年第3期,第607-625页;江溯:《犯罪论对刑法典的形塑作用——以德国犯罪论与刑法典对关系史为线索的考察》,《南京师大学报(社会科学版)》2013年第1期,第78-83页。

〔7〕 参见周光权:《犯罪论体系在中国的论争与发展》,《国家检察官学院学报》2010年第1期,第79页;吴纪奎:《犯罪论体系与刑事诉讼模式》,《中国刑事法杂志》2009年第3期,第64-71页。

〔8〕 参见彭文华著:《犯罪构成的经验与逻辑》,中国政法大学出版社2021年版,第46页以下。

〔9〕 相反的见解参见童德华著:《全球结构下中国刑法体系的构造》,北京大学出版社2021年版,第26-27页。该书认为逻辑并非原则性问题,并以穿衣吃饭的具体操作顺序并不重要作比,辅以英美法系犯罪论模式及逻辑安排并无一致意见来加强论证;可是,这一见解的依据仍存在不足,前者没有交代二者可比性何在,后者则忽视了英美法系判例法传统中的经验主义取向以及发达的程序保障之作用。

## 一 犯罪论体系评价标准之论争

在刑法释义学层面探讨犯罪论体系的评价标准问题,首先涉及当下论争双方对“何为犯罪论体系”的认识,而在这个问题上论争双方是存有某种共识的,但同时更存在深刻的分歧。

### (一) 犯罪论体系评价标准上的有限共识

改良派指出:“犯罪构成的理论,是刑法科学中极其重要的理论,在整个社会主义刑法理论体系中占据中心的地位,是正确认定犯罪的理论基础。由于它是对一切犯罪的构成所作的科学抽象和概括,反映出犯罪构成的共同特征,因而对分析具体的犯罪构成,正确地定罪量刑,具有指导意义。”<sup>[10]</sup>激进派认为:“犯罪论体系作为犯罪成立条件的总和,它是一种定罪的思维方法,是一种定罪的操作规程。”<sup>[11]</sup>可以看出,论争双方对犯罪论体系至少存在如下共识:其一,四要件犯罪构成理论和三阶层犯罪论体系承担着共同的理论任务,都是为了回答“达到何种标准的特定行为才能被评价为犯罪”这一问题;其二,两种理论体系都是对犯罪成立的所有条件做出的理论说明,行为满足这些条件即成立犯罪;其三,刑法学是研究犯罪与刑罚的科学,犯罪构成作为定罪的思维方法,在刑法学理论体系中具有关系全局的基础性意义。正因如此,两种犯罪论体系才具有可比性。

陈兴良教授所采用的犯罪论体系的标准援引自日本学者大塚仁教授的主张:“必须根据其逻辑性和实用性对体系进行评价。犯罪论的体系应该是把握犯罪概念的无矛盾的逻辑,并且是在判断具体犯罪的成否上最合理的东西。”<sup>[12]</sup>高铭暄教授尽管在犯罪论体系上的基本立场有根本不同,但在他为四要件犯罪构成理论辩护的论述中,也能清楚地发现对逻辑性、实用性这两个标准的承认和运用。

高铭暄教授赞同逻辑性标准,认为四要件的犯罪构成理论十分讲究逻辑性:“要素组成要件,要件耦合而成整体,整个四要件犯罪构成理论内部逻辑极为严密,层次界分相当清晰,恰当地实现了对一个犯罪行为从粗到精、由表及里以及从整体到部分、由部分回整体的剖析。”<sup>[13]</sup>但他同时也强调实用性标准。犯罪论体系的功用在于为定罪提供犯罪的标准或规格,就其实用性而言至少存在两个基本方面:其一,准确地入罪和出罪,从而实现准确地定罪;其二,理论本身简洁明快、方便易用。在高铭暄教授看来,四要件的犯罪构成理论符合人们发现犯罪、认定犯罪的认识规律,他对犯罪构成要件排列顺序的安排也正体现了这一规律。他认为:“一个犯罪行为发生后,人们首先意识到的是人被杀死了、财物被盗了,这即是揭示了犯罪客体的问题。随后,人们随之要思考的问题是,人是怎样被杀死,财物是怎样被盗的;谁杀死了这个人,谁盗走了这些财物。这就涉及犯罪客观方面和犯罪主体的问题。当然,最后,犯罪分子被发现或被抓获之后,人们还要进一步审视这

[10] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 48 页。

[11] 陈兴良著:《教义刑法学》(第三版),中国人民大学出版社 2017 年版,第 107 页。

[12] [日]大塚仁著:《刑法概说(总论)》(第 3 版),冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 121 页。

[13] 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,第 6 页。

个人实施犯罪行为时的内心状况,这就是犯罪主观方面要解决的问题。”<sup>[14]</sup> 职是之故,他把犯罪构成要件的排列顺序确定为犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面。在准确地出罪这方面,高铭暄教授认为犯罪构成理论的四个要件可以提供四次出罪机会,加上综合性要件如“情节严重”“情节恶劣”“数额较大”等评价,至少有五次出罪机会,因此四要件犯罪构成理论的出罪机制并无问题,无损其保障人权机能的发挥。<sup>[15]</sup> 在犯罪论体系的实用性上,还特别强调四要件犯罪构成理论的意蕴稳定、操作明快,而这一点很容易引起支持四要件犯罪构成理论的学者以及法律实务界同行的共鸣。

在承认犯罪论体系的构造应具有逻辑性和实用性的前提下,论争双方对犯罪论体系所应承载的价值取向也有共识,即保障人权。有的激进派学者指出平面四要件体系的功能缺陷是“突出了保护功能,忽视了保障功能”;<sup>[16]</sup> 而改良派学者则强调四要件体系“任一要件均具独立的出罪功能”,更加“干净利落、立马见分晓”。<sup>[17]</sup> 在如何更有利于实现人权保障的导向下,两派学者都强调人权保障标准,并以此标准作为指责对方理论体系的理由或者为自己支持的理论体系辩护的理由。

## (二) 犯罪论体系评价标准上的根本分歧

尽管激进派和改良派对于犯罪论体系的评价标准存在一些共识,但其中的分歧仍然巨大并具有根本性。这些分歧主要存在于两个层面:其一,在逻辑性、实用性评价标准下,是否发展出大体统一的次一级评价标准;其二,在逻辑性、实用性标准背后,是否存在大体一致的基础理论支撑。

陈兴良教授更加注重犯罪论体系的逻辑性,他在这种逻辑性之下发展出了次一级的判断标准,主要体现为四个原则:事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、形式判断先于实质判断、定型判断先于个别判断。<sup>[18]</sup> 在陈兴良教授看来,犯罪论体系的构造与运用本身都存在着值得研究的方法论问题。“犯罪论体系,无论是三要件论还是四要件论,各要件之间的位阶关系都是首先需要明确的。”在区分不法与罪责基础上构建起来的德日犯罪论体系构成要件符合性、违法性和有责性三个阶层之间存在着位阶关系。这种位阶关系的特点在于:“顺序在先的构成要件独立于顺序在后的构成要件,顺序在后的要件则以顺序在前的构成要件为前提,这种顺序关系不能颠倒。”德日三阶层的犯罪论体系在构造方法上做得最好最符合逻辑之处就在于犯罪要件之间的位阶关系。<sup>[19]</sup>

应注意的是,陈兴良教授所强调的犯罪论体系位阶关系及逻辑性四原则与新近的见解间存在紧张关系,有学者指出存在不法与责任贯通动向、构成要件与违法性阶层贯通动向,事实与价值的融合与分层、一般与个别融合与分层、客观未必先于主观等问题均需进

[14] 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,第7页。

[15] 参见高铭暄:《对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应》,载赵秉志主编《刑法论丛》2009年第3卷,法律出版社2009年版,第2页。

[16] 参见付立庆著:《犯罪构成理论——比较研究与路径选择》,法律出版社2010年版,第85页。

[17] 参见冯亚东、胡东飞、邓君韬著:《中国犯罪构成体系完善研究》,法律出版社2010年版,第144页。

[18] 参见陈兴良著:《教义刑法学》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第140页以下。

[19] 参见陈兴良著:《刑法的知识转型(方法论)》(第二版),中国人民大学出版社2017年版,第123、125页。

一步讨论。<sup>[20]</sup> 有必要指出的是,阶层间的区隔原本就是相对的,仅是由某种刑法学理推导而来,但阶层融合并不等于在取消阶层上达成共识;而用德日刑法知识的具体见解充实四要件理论,继而论说判断要素存在并不因其顺序而影响判断结论,恰恰忽视了是否按不同顺序判断总能保证结论确定的考察,偏离了对具核心意义的犯罪论体系评价标准的检讨。至于犯罪论体系评价的实用性,从更准确地认定犯罪的角度看,陈兴良教授认为四要件犯罪构成理论不存在犯罪要件之间的位阶关系,法官在认定犯罪时采取这种不受位阶关系限制的跳跃式思维方式十分容易出错。<sup>[21]</sup> 从犯罪论体系本身的操作难易程度上来说,古典的犯罪论体系要比新古典及其后的犯罪论体系更加简洁明快一些,而较之四要件的犯罪构成理论,则又显得较为复杂。

高铭暄教授对犯罪构成逻辑性的强调,主要立足于要素、要件与整体之间的组合关系。他所注重的是具体的要素组成各个要件,四个犯罪构成要件又组成犯罪构成整体的这种层次分明性和部分与整体区分的严格性。至于这种逻辑构造的正当性根据,则在于适应了对犯罪行为的剖析应从粗到精、由表及里、从整体到部分再从部分回归整体的认识方法。在这里可以发现,高铭暄教授并未把各个具体要件的性质或在犯罪成立判断上的地位加以区分,而要素、要件与整体之间在判断顺序上也并没有位阶关系意义上的特别要求,可以循环往复地进行考虑以求认识的不断深化、不断改进,直至得出正确结论。

高铭暄教授似乎更加注重犯罪构成理论的实用性,特别强调了犯罪构成四个方面的排列顺序符合人们发现犯罪、认定犯罪的认识规律。犯罪构成理论本身在操作性上的便利在他那里也受到高度重视,四要件犯罪构成理论的构造组成简明清楚,对法官来说易学易用,这成为其突出优点。

### (三) 评价标准分歧的性质及其原因

高铭暄教授和陈兴良教授在评价犯罪论体系标准上的分歧,似乎是由他们对评价犯罪论体系标准的不同态度造成的。对于高铭暄教授而言,犯罪构成理论就是为了准确认定犯罪而设,一个简单明了、易学易用的理论体系如果已经可以胜任这个任务,那就不必再去另起炉灶引进一个构造复杂、业界陌生的理论。对于陈兴良教授而言,只有逻辑精巧、位阶严格的三阶层犯罪论体系,才能更加准确地认定犯罪,而构造简明、缺乏位阶的四要件犯罪构成理论在认定犯罪上容易出错。尽管两位学者都承认作为犯罪论体系评价标准的逻辑性和实用性,但各自对逻辑性的理解大异其趣,对实用性的倚重程度也有所不同。如此一来,双方之间的共识就只有形式意义,而缺乏共识则是实质性的。

这种分歧关涉到是否可能消除双方之间的分歧以走向共识可能性。双方的分歧是各自站在刑事苏俄派和刑事德日派不同学术传统中言说的自然结果,而非其一己之言、个人所见。四要件的犯罪构成理论可溯源至 19 世纪中叶德国贝尔纳(A. F. Berner)、凯斯特琳(C. R. Kestrin)等刑事黑格尔派的犯罪论主张,又接续了借助马克思哲学苏俄改造后的皮

[20] 参见熊琦、徐澍:《中国犯罪论体系之争的省思》,《中国法律评论》2023 年第 3 期,第 154 页以下。

[21] 参见陈兴良著:《刑法的知识转型(方法论)》(第二版),中国人民大学出版社 2017 年版,第 125 页。

昂特科夫斯基(ПИОНТКОВСКИЙ А. А)、特拉伊宁(ТРАЙНИН А. Н)的犯罪构成理论传统,<sup>[22]</sup>其主客观相统一、事实与价值相统一的辩证法认识思维,决定了对犯罪行为进行评价的理论结构只能是将之先区别为分属主观与客观、内在与外在的各个部分,然后在此基础上形成整体,并以此为理论工具分析、思考,最终得到定性的实质判断。这种实质主义思考方式,不仅影响到刑事苏俄派的犯罪观,还在犯罪概念、社会危害性理论的基础上影响到了犯罪构成的内容(比如犯罪客体)。三阶层的犯罪论体系则可溯源到费尔巴哈(L. A. Feuerbach),特别是贝林(E. Beling)后期以来的刑事新康德主义传统,<sup>[23]</sup>构成要件符合性、违法性和有责任之间的阶层关系以及作为其理论支撑骨架的逻辑四原则并不是灵光乍现的神来之笔,而是在受到不同哲学流派影响但又有所坚持的历代刑法学家智慧积淀的结果。这就意味着,激进派和改良派在犯罪论体系评价标准上的缺乏共识乃是缘于其各自学术传统之哲学基础、理论机理、思维方式等因素的深刻差异与学术积淀,有着浓重的学派传承的学术史背景。

论争双方站在不同的学派背景中展开各自言说,其结果就是双方均无法从学理上说服对方,始终相持不下。当苏俄学者站在“主客观相统一”的标准下去批判贝林等资产阶级学者将“主观与客观相分离”破坏了犯罪构成的完整性时,刑事德日派的学者是不以为意地,因为在他们看来,主观与客观的分离是其理论特点甚或优点,客观判断先于主观判断是重要的犯罪构成方法,并非理论缺陷。当激进派指出四要件犯罪构成理论的要件之间不存在位阶关系时,改良派的学者也是不以为意地,因为在他们看来,四要件犯罪构成理论存在要素、要件与整体的层次区分,还存在符合认识规律的顺序安排,不需要确立各要件间的位阶关系仍然能正确认定犯罪——这自然也作为理论缺陷看待。

没有共识性的犯罪论体系评价标准会使犯罪论体系之争在学理上始终处于隔膜状态,对立双方只是申明了自己的观点和理由,但都无法使对方认同。论争的结果是改良派也许会对四要件犯罪构成理论小修小补,但基本的逻辑架构和背后的理论机理都不会放弃;而激进派也许会不断充实自己的论辩理由,但三阶层犯罪论体系的理论底色也会一直坚持下去。如果说有人担心引入德日的犯罪论体系会带来司法上无法适从的混乱,其实,论争双方长久没有共识地相持不下才是更加混乱的根源所在——这种状况是我们所不愿看到的。在刑法释义学层面提出能够让论争双方都接受的、具有实质意义的共识性犯罪论体系评价标准,或许是打破理论僵持、减少司法混乱的出路所在。

[22] 参见焦旭鹏:《犯罪论体系之争的学派渊源》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期,第90页以下;薛瑞麟:《对话〈刑法知识去苏俄化〉的作者》,《政法论坛》2008年第6期,第147-150页;米铁男:《俄罗斯犯罪构成学说的追根溯源》,《东方法学》2015年第4期,第133-140页;庞冬梅著:《俄罗斯犯罪构成理论研究》,中国人民大学出版社2013年版,第1-5、57-58页;龙长海著:《犯罪构成理论问题研究》,法律出版社2015年版,第87-102页。

[23] 参见焦旭鹏:《犯罪论体系之争的学派渊源》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期,第93页以下;[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第一卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第121-126页;林东茂著:《刑法综览》(修订五版),中国人民大学出版社2009年版,第35-45页;喻海松:《德国犯罪构造的百年演变与启示》,《中外法学》2012年第3期,第626-634页。

## 二 犯罪论体系评价标准之拓展

在犯罪论体系之争中,激进派和改良派尽管对逻辑性、实用性这两个评价犯罪论体系的标准因理解不同而缺乏共识,但是双方都在强调自己所主张的犯罪论体系具有逻辑性和实用性,而不是对这两个标准加以否认。这就意味着,逻辑性、实用性作为评价犯罪论体系标准本身并无问题,使双方陷于分歧的只是“何种逻辑性”“怎样之实用性”的问题。既然如此,若要提出能够让论争双方都接受的、具有实质意义的共识性犯罪论体系评价标准,就必须超脱于双方对逻辑性、实用性各自所解读的具体内容,而要对其解读的方式进行研究。

尽管在侧重面上有所区别,激进派和改良派对逻辑性、实用性的解读方式采取了大体相同的做法。双方将着力点均放在了对逻辑性、实用性“是什么”的阐释上,对于逻辑性和实用性之间的关系如何却重视不足,缺少专门的提炼和阐述,而只是将逻辑性摆在了实用性的前面加以讨论。因此,对犯罪论体系的评价标准应当加以拓展,不能仅停留在对犯罪论体系的逻辑性、实用性“是什么”的意义上,而应对逻辑性和实用性之间的关系加以研究。在笔者看来,犯罪论体系的逻辑性对于其实用性应当具有排他的支配关系。所谓“排他的支配关系”是指犯罪论体系的核心构造逻辑应当总是能够在犯罪论体系的运用中不折不扣地得到严格采纳,不管是谁来运用一个犯罪论体系去分析特定的行为是否成立犯罪,这个认定犯罪的判断过程只能忠实地、唯一地体现犯罪论体系的核心构造逻辑。这种“排他的支配关系”不是由任何一个犯罪论体系的主张者所声称的,而是因为犯罪论体系的核心构造逻辑本身就具有这样的特性,能够确定唯一的定罪判断之轨道路线;而任何不同于这种判断过程的做法其实并不是犯下了一个具体的可改正错误,而是放弃了特定的整个犯罪论体系。

在德日三阶层犯罪论体系中,构成要件符合性、违法性和有责性之间的位阶关系是其核心构造逻辑。当法官分析案件时,首先要检验行为人的特定行为是否具有构成要件的符合性。构成要件符合性判断是一种客观的、类型化的判断,它是对行为人表现于外在世界的行为客观面进行审查,判断这种与行为人特征无涉的“裸”的行为是否符合刑法分则所要求的行为类型。如果判断结论是否定的,则认为此行为根本不具有在刑法上重要的类型意义,因而不可能是犯罪;如果判断结论是肯定的,则进入违法性的判断阶层。违法性的判断是审查符合构成要件的类型化行为是否与实定法对立冲突,只需审查行为是否存在法定的违法阻却事由之情形。如果存在法定的违法阻却事由,则行为即因并不违法而被排除出去,不被认为是犯罪;反之,则行为的违法性成立,符合构成要件并违法的行为就进入到下一阶层有责性的判断。有责性判断是针对行为人的主观的、个别的判断,要审查的是行为人是否具备责任能力、是否具有故意或过失。如果行为人具备责任能力,并具有故意或过失,则有责性成立,行为人的特定行为即告成立犯罪;反之,则有责性不成立,行为人的特定行为因无责而不成立犯罪。

在运用三阶层犯罪论体系分析案件的过程中,如果不按照三阶层的核心构造逻辑展

开分析,任意地忽略某一阶层或跳跃到更下一级阶层进行分析都是无法想象的,因为那根本就不是在运用三阶层犯罪论体系。对此,笔者试以如下三种假设情形加以解释。

一是假若试图对行为人的行为跳过构成要件符合性的审查而先进行违法性判断,带来的问题将是:在没有确认是否存在刑法上类型化行为的前提下,又拿什么作为违法性判断的对象呢?没有判断对象而只有判断标准的违法性判断是不可思议的。

二是假若试图对行为人的行为跳过构成要件符合性审查和违法性审查而直接进行有责性的审查,带来的问题将是:在行为刑法的现代刑法立场上,完全没有表现于外的在刑法上有意义的客观行为(更不用说其违法性质),刑法又怎能直接对行为人进行评价呢?没有在刑法上有意义的类型化行为,行为人就应与刑法完全无涉,进行什么评价都无正当性根据。

三是假若试图对行为人的行为在符合构成要件的判断得到肯定以后,跳过违法性阶层的审查而直接进行有责性审查,带来的问题将是:没有将客观行为的性质在法的统一原理下加以审视即进行针对行为人的个别的、实质的判断,可能会导致一种荒谬的逻辑,即未经过审查的行为实际上是合法的,却已先行开始讨论行为人是否对此合法行为负有罪责的问题。

综上所述,只要在三阶层的犯罪论体系下来分析案件,定罪的思维过程只能按照构成要件符合性、违法性、有责性的位阶序列层级递进地展开。三阶层犯罪论体系的核心构造逻辑排他地支配了其运用逻辑。

当然,也可能会就此提出两种反驳性的学术意见。一种是,德日的犯罪论体系发展到今天已有多种体系形态,比如两阶层的体系、四阶层甚至五阶层的体系,如果只用三阶层的体系来立论未免以偏概全;另一种则是,在德日当下通说的犯罪论体系中,某些具体构成要素在体系中的位置颇有变动,并非意蕴稳定,容易使人眼花缭乱。

对于第一种情形,我国台湾地区学者许玉秀曾指出:“经过深入观察各种阶层体系,更发现其实阶层体系只有一套,就是古典体系所提出来的构成要件合致性、违法性、罪责(有责性)三个判断阶层的那一套。往后各种演进的理论,都还是在这套体系中对各个检讨要素作不同定位或充实检验标准的工作,其中造成变动较大的是目的论体系,因此这个体系也是在文献上比较被承认的一种体系变革。”<sup>[24]</sup>此言甚是。比如张明楷教授曾主张两阶层的违法构成要件、责任之体系,<sup>[25]</sup>但是所谓的违法构成要件,其实只是在一定论说的基础上把构成要件符合性和违法性两个阶层合而为一,而真正运用到具体案件的分析上,违法构成要件并不能单独做直接的一次性判断,仍需就构成要件符合性、违法性分别做出判断并均告成立,方能肯定违法构成要件之整体上是成立的。罗克辛的目的理性体系在罪责阶层除了非难可能性的考察外又增加了预防必要性的考察,这实际上是增加了一个层次的过滤机制,使犯罪成立的标准更加精确,从保障人权的角度来看应当予以支

[24] 许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第109页。

[25] 参见张明楷著:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第105页;该教科书在其2016年出版的第五版中就指出:“本书采取形式上的两阶层实际上也可谓三阶层的体系。”该教科书2021年出版的第六版中也沿用了这一体系。

持,而这一安排并没有改变构成要件符合性、违法性和有责性之间的位阶关系。若在构成要件符合性前增添“行为”这一阶层,或又在有责性后增加“客观处罚条件”这一阶层,无非都是试图使犯罪成立的标准更加精确,虽然对此有值得肯定之处,但是理论上仍有认为不必单设这两个阶层的意见,主张构成要件符合性的判断可以吸纳行为判断,<sup>[26]</sup>客观处罚条件也应纳入罪责体系内在需罚性意义上一并得到解释。<sup>[27]</sup>

对于第二种情形,以目的论体系来加以说明或许是一个适例。因为目的论体系对于三阶层体系中的审查要素做了重大变动,“故意”被纳入构成要件符合性阶层,打破了古典犯罪论体系中“违法是客观的、责任是主观的”原则。不过,从这种变化的效果来看,并没有改变犯罪论体系的三阶层结构。换句话说,犯罪论体系的核心构造逻辑并未动摇。这种变化的一个直接效果是提升了构成要件类型化机能之实现程度,有应予肯定的积极意义。如果把故意、过失等主观的违法要素放在责任阶层,构成要件阶层的类型化效果就会有所折损,对某些行为在进行构成要件符合性的判断之后仍然无法明确其行为类型。比如使用凶器造成他人重伤的行为,如果行为人主观上的内容不能明确,就无法确定行为是故意伤害、故意杀人或过失致人重伤。古典犯罪论体系坚持“违法是客观的、责任是主观的”这一原则,对构成要件类型化机能之定位贯彻不够彻底。行为人主观上的具体形式作为一种存在,其事实性也是客观的,不因评价者的意志为转移。这里存在着对“客观”之功能理解上的缺位。如果“客观”一词的使用,功能仅在于区别行为的“主观”面,那么它只能用于指称行为表现于外部的事实;如果“客观”一词的使用,功能在于突出相对于评价者而言的评价对象之事实属性,那么它可同时用来指称行为的外部事实和内在心理形式。在这个意义上理解“违法是客观的”之“客观”,这一理论原则就仍然可被认为得到了坚持;至于“责任是主观的”之“主观”,则是针对行为人的个别判断。其实,构成要件既然被理解成要为违法和有责提供统一的指导形象,其类型化机能即应贯彻到底,它不过是把在刑法上重要的行为在进行规范评价之前类型化地描述出来,而在描述的意义上来,被描述的对象(行为)本身就具有外部事实和内在心理两方面的情形,那么将主观内容纳入构成要件要素就再自然不过了。

如果以上论述能够成立,就可以认为,尽管三阶层犯罪论体系存在阶层体系形式上的增减或具体审查要素上在不同阶层的位置变化,但德日犯罪论体系的核心构造逻辑始终是三阶层的并没有被动摇,其逻辑性对实用性的排他支配关系始终可以实现。当然,逻辑性先于实用性,实用性是逻辑性之归宿这样的关系意蕴,在其中也可以得到体现。

四要件犯罪构成理论的逻辑性之于实用性是否也具有这种排他的支配关系呢?以下即对此加以考察。高铭暄教授强调,四要件犯罪构成理论逻辑上的严密性在于各具体要素、四个犯罪构成要件以及犯罪构成之间的层次分明和部分、整体的关联方式,但这种关系在三阶层犯罪论体系中其实也存在。各具体审查要素、三个判断阶层以及犯罪论体系之间显然也具有层次性以及部分与整体的区分。如此说来,在逻辑性上强调这一方面,其

[26] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 110 页。

[27] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 113 页。

实并没有揭示出四要件犯罪构成理论的逻辑特色。在笔者看来,在实用性意义上论述的反映人们发现犯罪、认识犯罪规律的四要件排列方式,其实正是犯罪构成理论逻辑性的特色体现。犯罪构成由四个要件组成,按照犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面的顺序进行排列,这才是四要件犯罪构成理论的核心构造逻辑。那么,要关注的问题就是,这种意义上犯罪构成理论的逻辑性是否对其实用性具有排他的支配关系?回答是否定的。

当然,主张四要件犯罪构成理论的学者们对通说体系中的要件排列顺序有着学理上的论证和严格的要求,反对在理论上随意改变这种排列顺序,相应地在运用该体系时也应按照同样的顺序加以判断。但是,即使学者们如此主张,也并不意味该体系本身具有保障其核心构造逻辑排他地支配运用过程的特质。有学者指出:“从组成结构模式上,笔者形象地称这种犯罪构成理论的体系为‘齐合填充’式的犯罪构成理论体系。在这种理论体系中,一个行为,只要同时符合或齐备这四个方面的要件,就成立犯罪,缺少任何一个方面的要件,犯罪便无存在的余地;而且,撇开论述上的逻辑顺序不谈,这四个方面的要件是谁也不会独立在先、谁也不会独立在后,任何一个方面的要件,如果离开其他三个方面的要件或其中之一,都将难以想象;要件的齐合充分体现出要件的同时性和横向联系性。”<sup>[28]</sup>的确,对于犯罪的成立而言,犯罪构成的四个要件具有完全相同的地位,而缺少任何一个,其他三个实际上也无从单独成立“犯罪”要件,而只有同时具备四个要件,才能够同时成立“犯罪”要件,并在整体上确认犯罪的成立。但是,在法官分析案件时,却不可能直接从整体上对四个要件同时做出判断,仍需分开逐一进行;由于四个要件对于犯罪成立的地位完全相同,任何一个要件都不具有优越于其他要件的顺序或位阶属性,法官先进行哪一个要件的判断其实并不存在逻辑上的自然障碍。四个犯罪构成要件的顺序安排,其实只是理论表述顺序,一旦调整一下论证的角度,这种表述顺序完全可以另行安排。比如赵秉志教授即以行为自身形成过程与发展规律为依据,主张以“犯罪主体要件、犯罪主观要件、犯罪客观要件、犯罪客体要件”为顺序的犯罪构成理论。<sup>[29]</sup>四要件犯罪构成理论在逻辑上的构造安排顺序并不具备排他地支配其运用顺序的特质。

如果认为犯罪构成四个要件的排列顺序对于犯罪成立的实际判断而言无关紧要,就会使任何一种顺序安排之立论依据被否定或虚置,这恐怕是改良派的学者完全无法接受的。但是,改良派学者不管提出何种犯罪构成四要件的逻辑安排顺序,也无法保证这一顺序在实践运用中排他地、严格地得到落实。虽然放弃对逻辑顺序安排上的强调似乎显得有些不科学、不严肃,但如若不管以何种顺序进行定罪判断都不影响最终结论,那么不去管什么逻辑顺序问题倒也未尝不可。可是,问题并不能如此轻易解决。如果先进行犯罪客体的判断,其实对行为的性质已经从实质上进行了预判,更倾向于在后面的判断环节上尽可能将该行为认定为犯罪;而如果先进行犯罪主观方面的判断,由于行为人的故意之中往往包含了观念上的犯罪完整形态,导致后面的判断其实也是在尽可能寻找这一犯罪完

[28] 肖中华著:《犯罪构成及其关系论》,中国人民大学出版社2000年版,第44页。

[29] 参见赵秉志:《犯罪构成要件的逻辑顺序》,《政法论坛》2003年第6期,第16-24页。

整形态的现实依据。如此一来,在生效判决确认行为人有罪之前,定罪思维方式中已经包含了“先假定其有罪然后再看是否能够得到最终确认”的有罪推定思维,这就很容易造成先入为主的印象,更容易带来不妥当的入罪结论。更进一步,由于定罪思维过程并不能由四要件的犯罪构成理论按照同一轨道精确“导航”,很容易带来思考上的疏漏,使最终的定性结论变成误判错判。

需强调的是,把犯罪论体系的评价标准从逻辑性、实用性拓展到二者之间的关系,并非否定从犯罪论体系的内在逻辑构成和逻辑推演角度展开论述的价值,尽管本文并未着力从该角度做更进一步的探讨。这样安排的原因在于,尽管学界从该角度展开的论述十分丰富,研究十分深入,但同时也陷于重大困境。正如本文第一部分所梳理的那样,对逻辑性、实用性的不同理解,都是从两种犯罪论体系各自的哲学基础、逻辑构成及推演进路来展开,但这并未促成在犯罪论体系标准上达成共识。只有确立双方有共识性的评价标准,对两种犯罪论体系的区分乃至调和才更有关键性意义。

近年来一些研究与本文所提出的犯罪论体系的评价标准之间存在某种紧张关系,理应予以辨清。前文业已提及,有学者指出:“犯罪构成理论在犯罪认定过程中并不具有实际作用。因此,阶层犯罪论体系也并不比传统四要件犯罪构成理论在实践的意义更具优势。”同时,该论者还结合司法三段论指出,刑法规范中的法律要件是解释对象,而构成要件是解释结论,从前者可以推导出后者,但不能从后者推导出前者。<sup>[30]</sup>但是,刑法条文的具体规定和刑法规范中的法律要件不能直接等同,刑法规范中的法律要件需借助犯罪构成的引导对刑法条文做出确切解释才能对之加以明确,在简明罪状和空白罪状等情况下更是如此。在此基础上,才能进入与案件事实的往复匹配过程,司法三段论从“找法”到确定刑法规范中法律要件的涵摄推理,犯罪构成理论均在其中发挥作用,不同犯罪论体系的“导航”路线并不相同。这一观点实际上使犯罪论体系的评价标准被相对化了,回避了核心问题。

还有学者认为,德国刑法学从犯罪认知的存在论向规范论转向后,其犯罪论体系未能随着内容的变化而作出调整,其中的三阶层架构已名存实亡,而以“不法”和“责任”为核心的二阶层改造也非良策。其论证理据在于,责任能力是罪责要素,而在行为构成阶层先认定故意和过失的体系(比如新古典和目的论的综合体系)中,实际是脱离了责任能力进行判断的,而这样的阶层体系对主观要素的阶层划分显然是失当的,譬如,不可能说一个在行为时缺乏责任能力的精神病人具有犯罪的故意。<sup>[31]</sup>然而,这一批评似乎仍然是从存在论语境出发的认识,忽略了规范论视角阶层体系的构造逻辑,并不构成对阶层体系位阶关系的实质挑战,阶层体系逻辑性对实用性具有排他支配关系的见解仍然成立。

从规范的视角看,新古典和目的论的综合体系,仍然是以不法和罪责的区分为基础来构造犯罪阶层体系的。不法乃是从罪刑法定主义价值出发,从刑法规范所抽象出来的类

[30] 参见王充:《犯罪构成理论与犯罪事实认定关系考察》,《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第1期,第164、169页。

[31] 参见刘之雄:《阶层犯罪论的阶层崩塌与犯罪论的应然逻辑》,《法商研究》2022年第5期,第74、80页。

型化的行为模式。这种类型化暂时不去考虑行为人责任能力等个别的特殊情况,而是一般地将故意或过失实施的不法都作为刑法上所禁止的行为。即使是精神病人在街上追砍行人,这样的行为也是刑法上所禁止的行为,至于其无责任能力的个性化问题,则放在责任阶层处理。不然,就不能从体系上完整说明,无论是谁在街上追砍行人,其本身就是不法,是为刑法所禁止的行为。精神病人在街上追砍行人,即使在行为构成阶层先认定其故意,其实也只是从规范的视角对一种与行为人个别情况无关的类型化所作的假定。这样的体系安排,能够兼顾一般情况和例外情况,并从不同判断阶段界分行为举止的刑法意义。此外还应注意,古典和新古典体系均不在构成要件该当性阶层去作故意或过失的判断,而是在责任阶层判断,那就更没有该论者所指责的问题之论证负担了。

有学者认为,“评价犯罪、认定犯罪,是在犯罪主体资格具备的基础上,强调主客观高度一致性,所谓的‘三阶层’犯罪结构模式的位阶关系基本上没有多少实践价值”。<sup>[32]</sup> 这种观点存在的问题是,论者以自己所提出的以犯罪主体资格为基础,以主客观两要件为内容的犯罪构成新模式的特点为参照,来评判三阶层犯罪论体系的优劣,而绕过了对于两者具有共识性的犯罪论体系标准,也并未真正跳出四要件犯罪构成理论的思维窠臼,这种改良体系的逻辑性对实用性也并不具排他的支配性。

### 三 犯罪论体系评价标准之运用

在对犯罪论体系评价标准做出前述拓展以后,有必要对其具体运用进行释例说明,从而使本文的见解能够更加生动、直观地得到展现,同时也能看到犯罪论体系的逻辑性对实用性的排他支配关系不仅对于认识司法实践中的定罪过程具有重要意义,而且对于认识学术讨论中的论证方式也具有重要意义。运用两种犯罪论体系时,在具体案件的分析 and 具体学术辩论的论证方式上存在重大差别。

#### (一) 结合典型案件的分析

在“赵某明等故意伤害案”<sup>[33]</sup>中,采用四要件犯罪构成理论进行分析和采用三阶层犯罪论体系进行分析会有不同的行为定性结论,同时也展现出两种犯罪论体系作为定罪思维方式,在运用中的逻辑性与实用性之间所呈现的不同关系形态。

法院审理后认定赵某明等犯有故意伤害(致人死亡)罪的判决,得到二审法院维持。裁判理由是:被告人赵某明、李某等为报复被害人,主观上有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。被害人被逼跳水的行为是被告人等拿刀追赶所致,被害人跳水后死亡与被告人的行为有法律上的因果关系,即使被告人对被害人的死亡结果是出于过失,但鉴于事

[32] 参见杨兴培:《“三阶层”犯罪结构模式的中国语境批判》,《东方法学》2021年第2期,第119页。

[33] 基本案情:赵某明(生于1982年12月27日)因与马某超有矛盾,于2003年8月14日晚7时许邀约李某等6人帮忙,择机持刀逼近马某超。马某超在逃跑中跳入河中并游向河心,赵某明等见状后因担心警察来躲入附近棉花田里,半小时后逃离现场。同年8月16日马某超尸体在河内被发现,法医鉴定其系溺水死亡。参见最高人民法院刑一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》2007年第2集,法律出版社2007年版,第21-26页。

先被告人等已有伤害故意和行为,根据主客观相一致原则,亦应认定构成故意伤害(致人死亡)罪。法院对此案的分析采用的是四要件犯罪构成理论,其首先分析的是被告人行为的主观方面,其次分析的是其行为的客观方面,但对犯罪主体之责任能力、犯罪客体等则因简从略。

在法院的裁判理由中,先考察了犯罪的主观要件,然后才去考察犯罪的客观要件。这一顺序安排似乎更符合“犯罪主体—犯罪主观要件—犯罪客观要件—犯罪客体”的犯罪构成顺序,而不是通说中“犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面”的逻辑顺序。正如周光权教授所指出的:“在中国目前流行的犯罪论体系中……,在平面式结构中看不出哪一个要件需要优先评价,也就无法防止人们先判断主观要件是否存在。”<sup>[34]</sup>这就说明在实践中,法官完全可以选择自己乐意的分析顺序而非理论上通说的顺序。四要件犯罪构成理论的逻辑性对其实用性并不存在排他的支配关系。

如果用三阶层的犯罪论体系分析此案,结论则有所不同。在三阶层犯罪论体系下,首先应进行构成要件符合性的判断。依照客观判断先于主观判断的原则,赵某明等持刀追赶被害人的行为是否是伤害行为应先行加以确认。所谓伤害行为,应当是造成被害人身体器官完整性或者机能受损结果的行为。显然,追赶行为本身既不能破坏被害人身体器官的完整性,也不能使被害人身体器官的功能受损。所以,本案中在客观上根本不存在伤害行为,也没有伤害结果。既然没有伤害结果,那么针对伤害结果的故意就更不可能存在,甚至不必判断。<sup>[35]</sup>

本案中行为人的行为虽不符合故意伤害罪的构成要件,但是否符合其他罪的构成要件仍需进行分析。从客观情况来看,应纳入讨论的是故意杀人罪和过失致人死亡罪之构成要件。持刀追赶行为本身显然不是杀人行为,不存在故意杀人罪的实行行为,不符合故意杀人罪之构成要件。过失致人死亡罪的构成要件客观上应是行为人没有尽到注意义务去避免、回避危害结果发生的状态,而这种未尽到注意义务的状态和被害人死亡的结果之间存在刑法上的因果关系。本案的特殊之处是行为人的持刀追赶行为后介入了被害人自行跳入河中的行为,这才造成被害人溺亡。笔者认为,行为人在持刀追赶被害人时的注意义务是存在的,其义务根据是“基于先行行为产生的注意义务”。学者指出:“基于先行行为产生的注意义务,一般是指,当由于自己的行为引起刑法保护的某种社会关系,处于危险状态时,行为人所负有的为一定行为或不为一定行为,以排除或避免危害结果发生的义务。”<sup>[36]</sup>

行为人持刀追赶行为未尽注意义务的状态和被害人的死亡结果之间是否成立刑法上的因果关系是考察的重点。依“相当因果关系”理论,先从“条件说”的“若无前者则无后者”之规则进行事实层面的因果判断:行为人持刀追赶时若尽到注意义务,比如认识到自

[34] 参见周光权著:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社 2009 年版,第 50 页。

[35] 有学者指出,持刀追人但没有追上的情形,实践中并不会作为故意伤害的未遂来论处。参见陈兴良著:《判例刑法学》(第二版·上卷),中国人民大学出版社 2017 年版,第 140 页。笔者认为,如果把追上之后举刀作为着手来理解,持刀追人似乎只是一种犯罪预备。

[36] 周光权著:《注意义务研究》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 65 页。

己的追赶行为可能造成被害人跳入河中溺亡的风险并放弃追赶,被害人就不会跳入河中,进而不会溺亡,故而可以肯定其事实层面的因果性。在此基础上,再进行法律层面的因果判断,也即“相当性”判断:被害人在遇到行为人持刀追赶后跳入河中是一个自然的躲避自救行为,因事起仓促、心慌意乱在水中无法正常发挥泳技而致溺亡也并不罕见,因此可肯定行为人持刀追赶时未尽到注意义务与被害人自己跳入河中溺亡之间的因果关系具有通常性和相当性,可以肯定具有刑法上的因果关系。因此,行为人未尽注意义务的行为与过失致人死亡罪的构成要件具有符合性。

本案中不存在违法阻却事由、责任阻却事由,而其针对被害人死亡结果的主观心态在法院的裁判理由中未加论述,但应当认定为过失。综前所述,本案的行为定性应是过失致人死亡罪,而非法院认定的故意伤害(致人死亡)罪。

需注意的是,本案用四要件理论去分析并非完全不可能得出同样的结论。但是,在法院的定罪过程中,对主观要件的判断先于客观要件的判断来进行,这就容易发生按照主观要件中对于犯罪的预先设想去引导后续的判断,导致后续判断中出现了思考的倾向性——尽可能凑出与对犯罪的预先设想相一致的犯罪客观事实。这就易造成“先入为主”的问题,出错的可能就更大。

通过本案分析,我们可以发现,四要件犯罪构成的逻辑性对实用性不具有排他的支配关系,由此形成的主观判断先于客观判断更容易带来定罪上的误判;而三阶层犯罪论体系的逻辑性对实用性具有排他的支配关系,运用这一犯罪论体系逐层进阶地分析案件更容易避免定罪上的误判。

## (二) 结合典型学术论辩的分析

在激进派与改良派之间的学术论辩中,犯罪论体系的逻辑性对于实用性是否具有支配关系对论辩的方式也具有十分重要的意义。学术论辩尽管并不直接影响司法实践,但具有典型性和广泛影响的学术论辩对于厘清学术论辩参与者的思维差异颇有意义,这会影响到学者们对犯罪论体系的态度,并最终影响到司法实务。

在“劝人乘飞机从而失事致死”案中,激进派与改良派的学者展开了学术辩驳。基本案情是,甲为独吞父亲遗产而希望弟弟乙死亡,于是经常给乙买飞机票使其从一条失事多发的航线外出,有一次乙果然在乘飞机外出时失事死亡。激进派的学者批判四要件犯罪构成理论各个要件之间没有明确的顺序,所以总是从定罪最容易的主观要件开始分析。<sup>[37]</sup> 在该案件中,从甲的主观方面看,因其想让乙死,很容易被判断为有杀人的故意;再从甲的客观行为来看,他有给乙买飞机票的行为,因是甲给乙买飞机票去坐这一航班的,航班失事致乙死亡,因此,甲有杀人行为,这一行为和乙的死亡之间存在因果关系。这几个要件都具备了,就容易得出甲的行为构成故意杀人罪的结论。但是,如果按照三阶层犯罪论体系分析,首先应进行构成要件符合性的判断,看是否存在杀人行为。甲为乙购买飞机票的行为并不包含致他人死亡的现实危险性,而飞机失事与否显然不能为甲所支配

[37] 参见欧锦雄著:《中国犯罪构成理论的现代展开》,中国人民公安大学出版社2021年版,第186页以下。

控制。既然在构成要件符合性阶层排除了客观上存在杀人行为,主观上是否有故意就不必再考虑,甲的行为即不成立故意杀人罪。改良派的学者则认为,本案争议焦点是甲的行为是否是杀人行为,如果按照四要件犯罪构成来分析,从犯罪客观要件中的危害行为入手,也能得到甲不构成故意杀人罪的结论。<sup>[38]</sup>

这样的学术讨论方式表面上看对激进派的主张是一个有力的反驳:既然两种犯罪论体系在分析具体案件时都能得到相同结论,就不能说哪个是更好的理论。但是,若从犯罪论体系的逻辑性对实用性排他的支配关系来看,认识就会有所不同。对于三阶层犯罪论体系而言,由于三阶层之间具有位阶关系,在运用其分析案件时只能从构成要件符合性开始,按照客观优先原则对行为进行类型化判断。在该案中,甲为乙购买飞机票的行为并不是类型化的杀人行为,这在定罪思考的一开始就能够被判断出来,从而排除甲的行为属于故意杀人的可能性。运用四要件的犯罪构成理论则有所不同,由于四个要件对于犯罪成立而言地位相同,其理论表述顺序对于实践运用顺序并不存在排他的支配关系,所以先分析行为的客观方面固然可以,但先从行为的主观方面入手分析也完全可能,而前述主观优先的分析是实践中更多采取的做法,因而也更容易导致入罪的结论。所以,这里的学术论辩方式之重心并不在于两种犯罪论体系是否都能得到正确的定罪结论,而是是否都能够总是依照同样的特定逻辑顺序在实践中被运用,从而保证更容易得到正确的定罪结论。正是因为逻辑性对实用性的排他支配关系在三阶层犯罪论体系及其运用中能够实现,而在四要件的犯罪构成理论及其运用中不能实现,两种犯罪论体系由此形成鲜明对比并存在着质的不同。正如陈兴良教授所指出的,“我认为具有位阶性的犯罪论体系与没有位阶性的犯罪论体系之间存在质的区分,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”。<sup>[39]</sup>

## 结 语

犯罪论体系的评价标准在犯罪论体系之争中具有关键意义,只有在评价标准上论争双方取得共识,才可能实现“同情式的相互理解”,并继而在此基础上达致新的理论共识。有必要把犯罪论体系的评价标准从论争双方都承认的逻辑性、实用性拓展到逻辑性与实用性之间的关系上,主张犯罪论体系的逻辑性对于其实用性应当具有排他的支配关系。以此作为犯罪论体系的评价标准,可以清晰地展现出三阶层体系的阶层关系在实践中被遵守,而四要件理论的要件顺序在实践中未必被遵守,由此适用阶层体系进行案件分析更有利于实现法的安定性,更方便做到相似案件相似处理。以往有关于此的学术论争,受困于使用两种犯罪论体系都能得出正确定罪结论的思维定势,而忽略了使用二者是否能保证不同的裁判者总是按照同样的定罪规程进行犯罪认定,总是更容易得到正确结论,故而

[38] 参见欧锦雄著:《中国犯罪构成理论的现代展开》,中国人民公安大学出版社 2021 年版,第 187 页。

[39] 陈兴良著:《刑法的知识转型(方法论)》(第二版),中国人民大学出版社 2017 年版,第 528 页。

争议始终未从根本上消弭。

当下支持三阶层犯罪论体系的学者们致力于研究如何使其在中国司法实践中落地,笔者赞同这一学术取向,但也并非就此全盘否定四要件犯罪构成理论。其实,在要素的层面上,四要件理论和三阶层体系大致相同,所改变的只是要素编排的逻辑依据与判断位次。在这个意义上,我们可以说,那种认为引进德日三阶层体系是对四要件犯罪构成理论“推倒重来”的担忧,是存在误解的。从四要件理论到三阶层体系,毋宁说是刑法知识形态的“升级换代”。

考虑到阶层犯罪论体系在其学术史上曾受不同哲学影响,理应明确,引进阶层犯罪论体系与意识形态无关,而是采实事求是的态度,借鉴他国刑法释义学方法,解决中国司法实践中的问题。本文的结论自然会导向在三阶层体系基础上进行中国化发展的立场,而必须注意的一种学术研究取向是,在原则上肯定四要件理论的立场上借鉴德日刑法知识及其优点对之加以改良。这既不同于在四要件理论体系内就其个别要件适格与否的讨论,也不同于将三阶层体系中国化的努力。黎宏教授早就提出,我国犯罪构成理论存在的问题,可以通过贯彻客观优先的观念以及树立不同意义的犯罪概念的方法加以解决,不必对之进行重构;<sup>[40]</sup>更有学者呼应黎宏教授的观点,认为“我国应总体保持这一融贯性的体系,并借鉴德日知识弥补传统通说研究未能精深之处,充分挖掘四要件体系的潜力来克服其自身存在的问题……”。<sup>[41]</sup>这一研究取向似有利于缓和论争双方的对立而推动学派融合,但是否真能如愿仍有待观察。黎宏教授前文中提出的改良方案被认为仍是平面体系,<sup>[42]</sup>而后来在其教科书中提出的方案则被认为是阶层体系。<sup>[43]</sup>如此一来,从本文提出的犯罪论体系评价标准看,其所主张的贯彻客观优先方案以及树立不同意义的犯罪概念的方法,如果不在实质上以不法和责任为基础构建阶层体系,能否在改良的犯罪论体系中实现并确定不移地应用于实践仍存疑问。而呼应黎宏教授的观点对“合理的犯罪论体系的标准”所作的三点界定是在较高的抽象层次展开的,其贡献在于具体地阐明了“刑法学原理是相通的”这一广为流传的业内共识,但似乎并没有哪种代表性的犯罪论体系会与之相悖,这就使其对论争中两种犯罪论体系的区分被高度相对化了。

在笔者看来,刑法知识的当代转型能够促进我国刑事裁判采用精确的理论工具进行定罪说理。尤其应注意的是,随着中国当下风险社会侧面日渐凸显,具有不确定性的新问题不断涌现,如何采纳更好的犯罪论体系并在其框架下使之中国化以应对司法实务面临的新挑战,这既具紧迫性,也具前瞻性,亟待相关研究进一步深入展开。

[本文为作者主持的2021年度国家社会科学基金一般项目“风险刑法的基本谱系”(21BFX059)的研究成果。]

[40] 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,第32-51页。

[41] 参见熊琦、徐澍:《中国犯罪论体系之争的省思》,《中国法律评论》2023年第3期,第170页。

[42] 参见李强:《改革开放四十年中国犯罪构成理论的变迁》,《中国法律评论》2018年第5期,第156页。

[43] 参见车浩:《阶层犯罪论的中国命运》,《中国法律评论》2017年第6期,第185页;李强:《改革开放四十年中国犯罪构成理论的变迁》,《中国法律评论》2018年第5期,第157页。

## The Criteria of Crime Theory Systems

[**Abstract**] Although the debate between the three-tiered crime theory system, which comes from Germany and Japan, and the four-element crime theory system, which originated in the former Soviet Union, may seem to be easing on the surface, there has actually been no academic consensus. The criteria for the evaluation of crime theory systems are of crucial importance for the effective conduction of this academic debate. Both sides of the debate acknowledge that the evaluation criteria for crime theory systems should be based on two aspects: logicity and practicality, but their understandings of logicity and practicality vary or have different emphases, causing both of them to fall into a dialogue dilemma where effective communication is not possible. This article attempts to go beyond this limitation, highlighting logicity and practicality as the core criteria for evaluating criminal theory systems, while extending the study to the relationship between logicity and practicality and arguing that the logicity of a criminal theory system should have an exclusive dominant relationship with its practicality. This article first clarifies the limited consensus, fundamental differences, and the nature of and reasons for the differences between the two parties to the debate regarding the evaluation criteria for crime theory systems. It not only explores the legal basis for the comparability of the two crime theory systems but also highlights the core position of logicity and practicality as the evaluation criteria of crime theory systems, pointing out that we can break the deadlock and opposition only by proposing consensus evaluation criteria that are acceptable to both parties to the debate. Next, this article proposes that the core criteria for evaluating a criminal theory system should be expanded to include an exclusive relationship between its logic and its practicality. Based on this standard, this article examines the three-tiered system and the four-elements theory separately and finds that the former meets this standard, while the latter does not. It is not that the four-element theory, which does not meet this standard, cannot reach the same conclusion as the three-tiered system in specific case handling, but that its different interpretations of logic cannot ensure that it is applied in practice according to the same logic, and therefore cannot always follow the same thinking path to analyze and draw the same conclusion when correctly applied like the three-tiered system. Finally, this article applies the expanded evaluation criteria of crime theory systems to specific cases and typical academic debates with widespread influence, specifically analyzing and demonstrating how the four-element theory and the three-tiered system differ in case handling and how using the three-tiered system to analyze cases can lead to more certainty in case handling results. Correct application of the hierarchical system for case analysis is more conducive to achieving legal stability and makes it easier to handle similar cases similarly. Only by fully understanding the differences between the two criminal theory systems can we explore their integration on a scientific basis.

---

(责任编辑:王雪梅)