

论故意在犯罪论体系中的双层定位^{*}

——兼论消极的构成要件要素

蔡桂生

内容提要:在三阶层犯罪论体系的发展历程中,故意经历了由罪责要素到构成要件要素,再由构成要件要素分裂出罪责要素的过程。在肯定构成要件故意和罪责故意的体系性方案里,事实性故意属于构成要件故意,而责难性故意则隶属罪责阶层。这种双层定位,不仅能合理地解释未遂、目的犯中的目的等现象,而且能自洽地解决假想防卫、假想避险等等这类针对正当化前提事实的认识错误的问题。消极的构成要件要素论尽管能直接根据这类认识错误排除构成要件符合性,具有便捷性的优势,但这只是该理论的唯一优点。如果坚持三阶层犯罪论体系,则不应采消极的构成要件要素论。消极的构成要件要素论的不足之处还在于,对行为人成立故意的要求过于苛刻,且忽视了正当化事由在整体法秩序上的意义。

关键词:犯罪论体系 故意的双层定位 事实认识错误 构成要件要素

蔡桂生,北京大学刑事法治研究中心研究员。

一 问题的提出

在刑法学探讨中,常有这类案例:被告人王某某与朋友骑摩托车路过某剧场大门时,遇到杨某某等三人酒后滋事(另案处理),滋事者将王某某拦下并对其殴打,王某某遂跑到一开水房内躲避。后杨某某三人又在同一地点无故拦截并追打被害人李某,后者挣脱后亦往王某某藏身方向跑去。王某某在紧张之余,误把李某当作杨某某的同伙,以为又要被打,于是在李某接近时踹了一脚,将其踹到开水房玻璃门上,致其重伤。^[1]

在该案中,王某某误以为存在可以进行正当防卫的情形,进而错误地实施了容许规范中的防卫行为,此即通常所谓假想防卫。和假想防卫性质相同的情形,还有假想避险、假想义

^{*} 本文得到国家留学基金的资助(编号:2009601050)。

[1] 北京市石景山区人民法院(2007)石刑初字第25号。

务冲突等一系列误以为存在正当化事由的情形。这一类在实践中多发的案例,统称为假想正当化案例。在错误论上,由于其涉及到的是将不存在的正当化前提事实认定为存在,故又称为正当化前提事实认识错误。以假想防卫为例,依照我国学界的常见理解,假想防卫不成立正当防卫,而应作过失犯罪或意外事件处理。尽管这在结论上没有明显错误,但在具体说理上,这种理解多径直诉诸于假想防卫行为具有社会危害这种抽象的价值判断。^[2]在法律体系基本建立后,我国正在寻求更为重视说理、更能将抽象判断具体化的法律适用路径,其中,我国学者注意到大陆法系刑法学中存在构成要件符合性、违法性、有责性的阶层式体系,并积极努力建立我国的阶层式犯罪论体系。^[3]在阶层式犯罪论体系中故意的定位能够左右犯罪论体系的架构。然而,故意的定位是如何演变的?在体系中,如何定位故意更为合理?若构成要件阶层出现了故意,像假想防卫这类正当化前提事实认识错误则应当如何处理?消极的构成要件要素论是处理正当化前提事实错误的一个重要理论,对这个理论又应当如何抉择?这些问题,在我国学界,尚未得到充分的整理。

本文着眼于故意的体系性定位,探讨阶层式犯罪论体系建构中的具体架构,以及与此紧密相联的正当化前提事实认识错误和消极的构成要件要素问题。首先,对于故意在犯罪论体系中的定位变迁做一简要梳理,并结合我国刑法规定加以探讨(下文第二部分);其次,论述以故意的不同定位为内容的犯罪论体系对于正当化前提事实认识错误的处理,并对三阶层犯罪论体系的处理方案和消极构成要件要素论的优劣得失加以比较(第三部分);最后,在不同的体系性方案之间做出选择和得出本文结论(第四部分)。

二 故意在犯罪论体系中的定位

在大陆法系三阶层犯罪论体系中,犯罪论体系先后经历了五个阶段:古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系、目的论犯罪论体系、新古典和目的论相结合的犯罪论体系以及机能论的犯罪论体系。具体到故意这一要素上,其体系性地位也经历了由罪责要素到构成要件要素,再由构成要件要素分裂出罪责要素的过程。和故意一起,在犯罪论体系中相应地演变的,还有不法意识^[4]这一要素。在古典和新古典体系中,故意均属于罪责阶层的内容,而且这时故意之中还包含有不法意识这一要素。在目的论体系那里,故意中分离出不法意识,故意被提到了构成要件阶层,而不法意识则成为罪责阶层的内容。这使得对法律冷漠者不能援引欠缺不法意识而阻却故意犯的成立,从而有利于法律的贯彻。在目的论体系之后,占据学说主流地位的是新古典和目的论结合体系。由于实践中大量存在着假想正当化的案件,为了应对这类案件的处理,该体系论者将故意一分为二,从而形成了构成要件故意和罪责故意并存的格局。不法意识则保持不变。目前,新古典和目的论结合体系的基本框架,在机能论体系的审查方案那里,大体得到了保留。按照如上脉络,故意和不法意识在犯罪论体系中的定

[2] 参见黄伟明主编:《刑法总论案例教程》,北京大学出版社2004年版,第136页及以下;高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2010年版,第142页。

[3] 例见陈兴良:《犯罪论体系的位阶性研究》,《法学研究》2010年第4期,第100-122页。

[4] 在我国,不法意识常被称为违法性认识。违法性认识的称谓可能不够准确,因为违性性的判断,需以对整体法秩序的把握为前提。然而,作为普通人的行为人,一般而言不具备法律专业判断的能力,而只能对其行为有大致的、实质性的法感觉,所以,称不法意识可能更为妥当。

位演变,可由下表得以展示:

表 1 故意以及不法意识的体系位置演变

	古典和新古典体系	目的论体系	新古典和目的论结合体系
构成要件符合性	——	故意	故意
违法性	——	——	——
有责性	故意(含不法意识)	不法意识	罪责故意、不法意识

(一)构成要件故意的理论根据

在我国,四要件论者将故意定位于犯罪构成的主观方面,而由于欠缺将违法性、有责性等内容体系性地整合入犯罪审查方案之内的阶层性,我国学界产生了向阶层式体系的转型。在阶层式体系这方面,因历史上先后存在古典、新古典、目的论、新古典和目的论相结合、机能论五个体系,故需对此再做选择。从目前情况看,既有的阶层式体系论者之中,有倾向新古典体系、也有倾向新古典体系之后的体系的。新古典和后新古典体系的一个重要区别是,究竟是否承认构成要件故意。针对为何故意是构成要件阶层的内容,学理论据有四:

第一,区分罪和非罪、此罪和彼罪。在分则中,构成要件规定了禁令(有时也有命令)。故意也是禁止素材的一部分。因此,杀人罪中的禁令便是:“你不得故意致人死亡!”过失致人死亡罪中则是“你不得过失致人死亡!”故而,谁若惹起他人死亡时没有故意,则没有违反故意杀人禁令,进而不存在杀人罪的不法。^[5] 将故意、过失放在构成要件符合性阶层,可以凭借其区分罪和非罪的功能,更有力地限制住过于宽广的不法范围,也使构成要件符合性具有“眼睛”。^[6]

第二,区分不法的严重程度。杀人罪之所以区分为故意杀人和过失致人死亡,不只是因为这两类行为个体罪责的严重程度不同,确切地说,在行为的不法内容上,前者的不法内容就已经明显重于后者了。^[7] 这点从法律的用词中便可发现:在描述故意的构成要件时,立法者常用一些目的性的动词,比如,妨碍公务罪中的阻碍、诈骗罪中的欺骗。若仅采用纯因果的解释,那就和立法用语不相协调;不借助构成要件故意,也难以确定行为的不法内容。

第三,目的等主观的构成要件要素成立的前提要求。如果像(非法)占有目的和牟利目的的这些要素是主观的构成要件要素,那么故意也不能例外。^[8] 占有目的和牟利目的这两个构成要件要素得以认定的前提即是,行为人在实施相应行为时具有故意。以《刑法》第 265 条为例,以牟利为目的,盗接他人通信线路而使用的,以盗窃罪论处。若他在使用通信线路时根本不知道自己盗接了他人线路,那么又如何去讨论什么牟利目的? 所以,谁误接了他人的线路,就没有盗窃故意,也就根本不存在什么牟利目的。讨论牟利目的的前提正是行为人有相应的故意。目的是建立在故意的基础之上的。这样,故意作为目的等主观构成要件要

[5] Vgl. Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, 2011, Rn. 374; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 1996, S. 241 f.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2012, Rn. 140.

[6] Vgl. Hirsch, in: FS-Androulakis, 2003, S. 227 (241); 杨春然:《论故意在三阶层犯罪论体系中的位置》,《中外法学》2011 年第 4 期,第 729-741 页。

[7] Vgl. Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 2010, Vorbem. § 13, Rn. 55; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 139; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, Rn. 374.

[8] Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 10, Rn. 66; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 141; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, Rn. 374.

素的必要条件,它本身也就必须属于构成要件。承认目的犯中的目的属于构成要件阶层的内容,却否认故意也属于该阶层的内容,逻辑上难以说通。

第四,解释未遂之故意的需要。在未遂犯中,故意(行为决意)属于构成要件的内容,因为如果没有行为决意,未遂的客观构成要件(“着手”以实现所计划的犯罪行为)就悬在半空中了,当行为人不知晓自己的行为决意时,人们如何判断行为人是着手实施行为还是没有着手?^[9] 对应于德国刑法中的力图阶段,故意在未遂阶段属于构成要件的内容,而任何犯罪都要经过未遂这个阶段,那么,当抵达既遂这个瞬间时,故意不可能直接就从构成要件中消失。^[10] 未遂不法中包含的东西(即故意),在既遂不法中也应存在,所以故意不是到既遂时就突然转变为罪责要素,而是仍属于不法的内容。

这四点论据中,第三点对我国学者尤为重要,因为我国已有学者接受将目的作为主观违法要素或主观的构成要件要素了。^[11] 如果在接受目的作为主观构成要件要素之后,仍否认构成要件故意,那就如同盖大楼的建筑商说“我们盖好了楼房的第二层,但是第一层还没有盖”一样难以置信。因而,承认目的作为主观的构成要件要素,却不承认构成要件故意,是不合理的。我国学者之所以不接受构成要件故意,可能是出于对客观主义和主观主义这对范畴的误用:“故意”是所谓“主观的”要素,因而越迟加以考虑越好,不得前置进入构成要件。这种误用,纵然情有可原,但却于理不通:既然故意中存在事实性的一面,那么,事实性故意就是刑法客观主义的内容。事实性故意需要予以尊重和准确定位,所以,需要加以避免的应当是:将事实性故意和价值性故意混为一谈,乃至以价值性故意取代事实性故意。或许有人会说,构成要件符合性、违法性和有责性只是有助于法官的审查方案,所以只要有助于减少出错风险,便可以人为地将故意调整到有责性阶层,但本文认为,这种人为调整,不仅违反了不法—罪责的这种犯罪构造,而且在罪责阶层使事实性故意和价值性故意相混合,完全可能导致适用者以价值性故意取代事实性故意,而这种情况则存在司法恣意的风险。在违法性这一价值判断已经成立的情况下,人为地拼凑出事实性故意,或者径直诉诸价值性故意的可能性将更为增大。所以,主张构成要件符合性、违法性、有责性属于司法者的犯罪审查方案固然正确,但是,若以此为由人为地将事实性故意这种需积极证成的事实性要素置入罪责这一评价性阶层,似乎与事实判断先于价值判断的要求不甚符合。

有鉴于此,在犯罪论体系上,必须明确的是:首先,承认构成要件故意,不是将之前置到客观的构成要件之前,不是要先讨论主观构成要件,而后讨论客观构成要件,因而,构成要件阶层中先客观、后主观这种判断顺序,仍可维持。^[12] 其次,从分则发展起来的构成要件的原义,乃是说明何者为罪、区分此罪和彼罪的法律表述,既然如此,如果故意、过失不是构成要件的内容,则无异于构成要件的自我否定,这会使人们所说的构成要件其实不是构成要件。再次,只将故意放置于罪责阶层,而拒绝将之放入构成要件阶层的做法,在例外地承认了目的这种主观不法要素的前提下,是回避了问题,而没回答是否存在构成要件故意这个问题。

另外,有学者不仅将故意、过失全认定为罪责要素,而且将目的犯中的目的等内容也归入该阶层,借此以避免承认构成要件故意,并进而回避由此连带的体系性论争。^[13] 这种做

[9] Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, Rn. 374.

[10] Vgl. Welzel, JuS 1966, S. 422; Roxin, Strafrecht AT I, § 10, Rn. 64; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, Vorbem. § 13, Rn. 55.

[11] 陈兴良著:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第334、159—160页。

[12] 参见陈璇:《论客观归责中危险的判断方法》,《中国法学》2011年第3期,第148—162页。

[13] 例如,张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第273—274页。

法,不仅没注意到像目的犯中目的这类要素具有区分罪和非罪的机能,而且不能和构成要件的违法推定机能相契合,因而在构成要件论上存在疑点。

(二)我国《刑法》的规定和故意的双层定位

我国《刑法》第 14 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。”针对该条,有三种观点值得注意。第一种观点认为,该条文中规定的是一元化的故意,该条规定和德、日学者将构成要件故意仅理解为对事实的认识,而不含意欲的做法相冲突,在我国没有划分构成要件故意和罪责故意的余地。^[14]第二种观点认为,第 14 条规定了一种实质的故意概念,在其中已经包括了非难可能性,而且“由于责任要件为责任奠定基础、提供根据,所以,只有表明非难可能性的要素,才能成为责任要素”。而这里的“责任要素”,便是论者早先认为的“主观构成要件要素”的替换。^[15]第三种观点指出,该条规定的是故意犯罪,而不完全等同于犯罪故意,“在对犯罪故意作出界定时,一般认为犯罪故意是指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心理态度。”^[16]

关于第一种观点,按照故意的传统理解,不管在德国还是在我国,故意均由认识因素和意志因素组成。^[17]如果说德国学者的故意只包含认识,那只是针对故意是否需要意志因素的争论,这属于构成要件故意的内部构造争论,不等于德国学者所称的故意的双重机能(构成要件故意和罪责故意)。第一种观点是将构成要件故意中存在争议的意志因素,混同于德国刑法中的罪责故意了。“德、日学者一般根据故意中的知(认识)和欲(意志)的差异,来区分构成要件的故意与责任的故意。他们从心理作用中划出两个主观要素,即所谓之‘知’与‘欲’,试着透过这两个要素的交互作用,界定出各种主观构成要件的形式。”^[18]而德国刑法中的罪责故意,不等同于意志因素。罪责乃是规范评价性的范畴,作为行为入心理层面的意志因素不属于该范畴。意志因素是事实性故意中的组成部分,它不等于不法意识,更不等于罪责故意。正如前述,晚近以来始于目的论体系、并经新古典和目的论结合体系论者修正的将故意在构成要件和罪责阶层二分,只是先分离出来了不法意识,然后再得出了独立的罪责故意,而不是将意志因素从事实性故意中剥出,换言之,事实性故意并没有二分并分别列入构成要件符合性阶层和有责性阶层。持第一种观点的学者还认为,二分的故意违反了第 14 条规定的“一元化”故意,这种批评的前提是:将故意中事实性故意和罪责故意的区分误解为事实性故意本身的二分,将事实性故意中围绕是否取消意志因素的论争和罪责故意是否是独立的要素这两个问题相混淆,可见,认为德国刑法学区分构成要件故意和罪责故意的做法,违反认识因素和意志因素相统一的“一元化”故意论,是一种误解,因为在主流见解看来,德国刑法学中的构成要件故意也是认识因素和意志因素的统一,也是“一元化”故意。

第二种观点认为,我国《刑法》第 14 条规定了包含非难可能性的故意概念,只有包含了

[14] 参见彭文华:《德、日犯罪构成论体系与我国刑法规范的内在冲突》,《法学》2010 年第 5 期,第 18-27 页。

[15] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 229 页;张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2007 年版,第 208-209 页。

[16] 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 422 页。

[17] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社 2010 年版,第 114 页及以下;Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 203.

[18] 彭文华:《德、日犯罪构成论体系与我国刑法规范的内在冲突》,《法学》2010 年第 5 期,第 18-27 页。

非难可能性,才可以成为责任要素。而我国台湾有学者合理地指出,在古典的故意论那里,“故意包括三个成分:对于构成要件的认识(知)、实现构成要件的愿望(欲)、认识实现构成要件将与社会敌对(不法认识)。”^[19]可见,第二种观点类似于古典和新古典体系的理解,即故意中尚未分裂出罪责故意。

尽管《刑法》第14条可以像第二种观点那样理解,但这不排除对该条款做其他理解。第三种观点便是其例。这种观点指出,该条其实规定的是“故意犯罪”。不过,持该种理解的学者认为,目的论体系下意志因素(“意欲”)即“违法性的意识”,“责任故意是关于违法性的事实和违法性的意识”。^[20]这种对目的论体系故意的阐述,存在的误解也是将意志因素混同于违法性的意识了;另外,将罪责故意等于不法意识也存在问题,因为正如表1所示,在目的论体系那里,故意还没有取得双重机能,也就是还没有产生独立的罪责故意,因而,不法意识虽然处在罪责阶层,却不同于新古典与目的论相结合体系下的罪责故意。韦尔策尔(Welzel)当时是这样认为的:虽然作为主观构成要件的故意就已经包含了所有东西,它在罪责阶层不能再体现出其他附加的犯罪条件了,故在罪责阶层,剩下的就只是不法意识的可能性。^[21]在本文看来,我国《刑法》第14条规定的对社会危害性的认识,乃是不法意识,它有别于事实性故意,二者应予以区分,以防止法冷漠者凭借欠缺不法意识而不成立故意犯。本文也认为,《刑法》第14条规定的是故意犯罪,而非对故意概念的直接规定。故意概念可以从该条中加以提炼:该条中的“明知”属于构成要件故意中的认识因素,而“希望或者放任”则是意志上的因素,这没有问题。将不法意识也加入故意中,从而成为实质的故意概念,是一种将事实判断和价值判断合为一体的做法。其实,《刑法》第14条关于故意犯罪而非犯罪故意的直接规定,并没强迫在教义学上一定要得出这种略显模糊的实质故意概念。至于在罪责阶层,增添一项罪责故意的要求,反而是有利于当事人的,有利于罪责范畴的限制机能的发挥。

三 正当化前提事实认识错误的处理方案之比较

在错误论中,存在着假想防卫、假想避险等这类正当化前提事实认识错误。这些较为特殊而又常见的认识错误,对体系架构具有不可忽视的影响。在肯定了构成要件故意后,如何使正当化前提事实认识错误的问题在体系中得到合理解决,很自然地成为了需要继续予以回答的问题。传统的三阶层犯罪论体系是如何解决这一问题的?在三阶层犯罪论体系之外,还存在所谓消极的构成要件要素理论,根据这种理论,可以便捷地处理这类认识错误。那么,该不该采消极的构成要件要素论?在我国理论界,尽管之前已经就假想防卫这类问题有过部分研究,^[22]可是,针对应采何种体系性方案来解决正当化前提事实认识错误的问题,仍属鲜见。以下便围绕着正当化前提事实认识错误及其解决方案加以展开。

[19] 林东茂著:《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版,第104页。

[20] 参见陈兴良著:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第424、425页。

[21] Vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969, S. 141.

[22] 例如,刘明祥:《论假想防卫过当》,《法学》1994年第10期,第21-23页;赵炳寿、田宏杰:《完善刑法中正当防卫条件的构想》,《中外法学》1997年第1期,第86-91页;周光权:《正当防卫成立条件的“情境”判断》,《法学》2006年第12期,第99-104页;陈璇:《论防卫过当与犯罪故意的兼容》,《法学》2011年第1期,第148-162页;张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第203-204页,等等。

(一) 三阶层犯罪论体系的解决方案

在三阶层犯罪论体系中,为解决针对正当化前提事实认识错误问题出现过很大的争论,^[23]要么通过直接排除故意,要么通过转用缺乏故意的法律后果,要么说这是个单纯的禁止错误,这些观点分别为限制罪责论(直接阻却构成要件故意)、法律效果转用之罪责论(不阻却构成要件故意,但类推适用欠缺构成要件故意之效果,排除故意的罪责)、严格罪责论(不阻却构成要件故意,但影响罪责)所主张。其中,值得注意的解决方案分述如下。

1. 古典和新古典体系的方案

在当代德国,也存在持新古典方案的学者,但仅存一例。^[24]在我国,陈兴良教授和张明楷教授的方案在基本架构上,类似于这种方案,区别之处在于,我国学者在罪责阶层区分了故意和违法性认识(即不法意识),这是值得肯定的。

上世纪的前三十年,由于古典体系过于理想化,在德国占据主流地位的主要是新古典体系。依这种体系,由于故意身处三阶层之中的最末一层,没有接触正当化前提事实认识错误的机会,所以,故意要素保持一种与世无争的态势,这在解决正当化前提事实认识错误问题上,算是一种优势。可是,正如前文所述,这种方案的缺点也同样明显:不管是古典体系,还是新古典体系,它们都放弃了故意、过失的区分罪和非罪的机能,这在构成要件论和不法论上存在疑点。而新古典体系在将目的犯中的目的移入构成要件阶层的同时,却不承认这种目的的前提(亦即故意)的构成要件地位,从而造成了无法自圆其说的逻辑缺陷。

2. 严格罪责论

上世纪六七十年代,在德国占主流的三阶层学说之所以难以完美解决正当化前提事实认识错误的问题,乃在于目的论体系中出现了构成要件故意,^[25]而同时又要求保持构成要件符合性和违法性这两者的先后审查顺序,同时《德国刑法典》第 16 条第 1 款规定:“行为人在行为时没有认识到法定的构成要件所规定的情状,那么,该行为不具有故意。但对过失犯罪仍然要予以处罚。”按道理来讲,如果行为人误认为存在正当化前提事实,那么,由于这种事实不属于法定的构成要件的内容,就使得行为人应受故意犯的刑罚,这显然不合理。针对这一由目的论体系所引发的争论,目的论体系论者自己是如何解决的呢? 韦尔策尔教授为维持其犯罪构造的逻辑合理性,“严格”地将这一问题放到罪责阶层处理,故被称为严格罪责论。^[26]这种严格罪责论的主张,得到了希尔施(Hirsch)、佩夫根(Paeffgen)等学者的继承。^[27]依这种方案,正当化前提事实认识错误不能回头阻却构成要件故意,而只是不法意识的问题,是禁止错误。^[28]

[23] Vgl. Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; Jakobs, Strafrecht AT, 1991, § 11, Rn. 42 ff.; Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000; Kindhäuser, Strafrecht AT, 2011, § 29; Paeffgen, in: Nomos Kommentar, 2010, Vorbem. § 32, Rn. 103 ff.; Schünemann, in: Schünemann et al. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, 1984, S. 40 ff.; Roxin, Strafrecht AT I, § 14, Rn. 52-78; Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 166 f.; [德]施特拉腾韦特·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 197—202 页;林山田著:《刑法通论》(上),作者 2008 年自刊版,第 438—445 页;余振华著:《刑法违法性理论》,元照出版有限公司 2001 年版,第 48—56、241—281 页等。

[24] Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 2003, § 18, Rn. 18 ff.

[25] Vgl. Welzel, JuS 1966, S. 422.

[26] Vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 166 f. 之所以名为“罪责论”,是依不法意识为准的,不法意识独立地属于罪责阶层的内容的,是为“罪责论”;不法意识包含于故意要素之中,是为“故意论”。

[27] Vgl. Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 347 f.; Paeffgen, in: Nomos Kommentar, Vorbem. § 32, Rn. 108 ff., 123.

[28] Hirsch, in: FS-Otto, 2007, S. 307 (315).

严格罪责论的优势在于,它的架构在逻辑上是自洽的。然而,这种方案的缺点在于:首先,在刑事政策上无法接受,发生了正当化前提事实认识错误的行为人,只能通过主张自己不可避免地处欠缺不法意识来抗辩,如果抗辩不成立,仍然要处以故意犯的刑罚。其次,严格罪责论的方案还有一命名上的瑕疵:容许规范和禁止规范乃是不同种的规范,为何针对容许规范组成部分(正当化前提事实)而非针对禁止规范(构成要件)的认识错误却称为禁止错误?因此,后来有学者将之称为间接的禁止错误,^[29]也就是经过容许规范引发的禁止错误。

3. 限制罪责论

依限制罪责论的理解,正当化前提事实认识错误不是不法意识的问题(故名“限制”罪责论),所以,不是阻却罪责,而是要否定构成要件故意。这种方案在一定程度上能够解释德国最高法院以及巴伐利亚州高等法院的判例,至今在判例和(多采二阶构造的)机能论体系的论述中仍占有多数地位。^[30]这种早期的限制罪责论,是限制罪责论的经典版本,也是原始版本。后来,限制罪责论分裂为两个阵营。一个阵营通过承认消极的构成要件要素,将正当化前提事实认识错误认定为是(整体—不法构成要件意义上的)不法阶层的认识错误,从而不具有故意的效果。这一阵营的观点,虽以限制罪责论的正统自居,但事实上越出了三阶层犯罪论体系,并走向了消极的构成要件要素论。^[31]当然,这种以消极的构成要件要素论为基础的二阶层体系,并非二阶体系的唯一版本。从限制罪责论经典版本中分裂出的另一阵营,则坚持在三阶层犯罪论体系内解决问题,这就是法律效果转用之罪责论,或者称阻却故意罪责之限制罪责论。因此,在未提及何种限制罪责论时,均默示为早期经典式的限制罪责论。

早期限制罪责论的优势在于,排除了故意犯的成立,在刑事政策上具有正当性。在正当化前提事实认识错误问题上,由于不论采取何种方案(除严格罪责论之外),结论在实质上多是不依故意犯处罚,故判例出于实用的考虑,在此种认识错误问题上多对体系架构避而不谈,而径直排除故意,^[32]因此给人们造成判例大多支持限制罪责论的印象。限制罪责论凭借其操作上的简单,并加上判例的缘故,自然迅速填补了人们在此问题上的认识真空,从而在文献中一度占据数量优势,直到后来,学者们才逐渐分化,并形成两大对立阵营。

早期限制罪责论的缺陷在于:第一,在逻辑上无法自洽。由于身处违法性阶层的正当化构成要件错误却掉转头,排除了在其之前已审查过的构成要件符合性阶层的构成要件故意,这就发生了在刑法学界极为著名的“回旋飞碟”现象(如下文表2中所示)。^[33]晚期限制罪责论者,便因为这种迂回思维而导致的逻辑困难,转向以消极的构成要件要素为基础构建二阶层犯罪论体系。第二,在共犯问题上存在疑点。依照限制罪责论的方案,如果行为人发生假想正当化的现象,由于行为人欠缺故意,不存在违法行为,第三者不能对此成立共犯,而需成立间接正犯。^[34]这在事实上可能导致没有正犯故意者被认定为间接正犯。而正确

[29] Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, S. 457.

[30] BGHSt 45, 219 (224 f.); 45, 378 (384); 49, 34 (44); BGH NStZ 2011, 630; BayObLG NJW 1955, 1848; OLG Karlsruhe NStZ 1982, 123; Puppe, in: Nomos Kommentar, § 16, Rn. 137 ff.

[31] 这类学者有许内曼(Schünemann)教授和金德霍伊泽尔(Kindhäuser)教授。参见[德]许内曼:《刑法体系与刑事政策》,王效文译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义 许迺曼教授刑法论文选辑》,新学林出版股份有限公司2006年版,第53—54页;Kindhäuser, Strafrecht AT, § 29, Rn. 24.

[32] 例如BGHSt 3, 105 (106); 194 (196); 357 (359); Heinrich, Strafrecht AT, 2012, Rn. 1134.

[33] 参见[日]松宫孝明著,张小宁译:《犯罪论体系再考》,《中外法学》2008年第4期,第566—579页。

[34] Vgl. Kindhäuser, Strafrecht AT, § 29, Rn. 23; Puppe, in: Nomos Kommentar, § 15, Rn. 3; § 16, Rn. 135 f.

的应该是:如果第三人没有认识到行为人发生了认识错误,却参与行为人的行为,那就不能成立间接正犯。

4. 法律效果转用之罪责论

德国刑法学界的另一种方案,则没有革命性地走向消极构成要件要素论,而是针对“回旋飞碟”现象改良了三阶层犯罪论体系:在罪责阶层承认作为法敌对意思和法冷漠意思的罪责故意的存在(即承认故意的双重机能),这样便可以在误认存在正当化前提事实的情况下,通过否定罪责故意,进而使构成要件故意成立,但却不触发故意的刑罚。由于是在罪责阶层转用了欠缺故意的法律效果,故称为法律效果转用之罪责论。同时,由于该说没有严格将正当化前提事实认识错误作为不法意识的问题来处理,故不属于严格罪责论,而属于限制罪责论的另一分支,称为阻却故意罪责之限制罪责论。这种改良性的方案,主要由加拉斯(Gallas)、耶赛克(Jescheck)、博伊尔克(Beulke)等新古典和目的论结合体系论者所采,在新古典和目的论结合体系的论述中占据支配性地位,并同样得到了德国联邦最高法院以及哈姆州高等法院的判例支持。^[35]

机能体系论者由于重视二阶犯罪构造,不强调三阶的犯罪审查方案,多采晚期限限制罪责论。在笔者看来,法律效果转用之罪责论在一定程度上受到了严格罪责论的启发,因为前者和后者在体系上的不同点只是:前者在罪责阶层构建出了罪责故意。因此,在针对假想正当化的研究中,严格罪责论在学说史上具有重要地位。法律效果转用之罪责论的优势有二:第一,从逻辑上解决了困扰限制罪责论者的“回旋飞碟”问题。第二,在共犯问题上,不会出现将没有正犯故意者当做间接正犯处理。逻辑自洽乃是学说成立的基本保证,正因为此,法律效果转用之罪责论得到了三阶层体系论者(主要是新古典和目的论结合体系论者)的支持。

表 2 回旋飞碟问题及其解决

	古典和新古典体系	目的论体系 (严格罪责论)	新古典和目的论结合体系 (早期限制罪责论)		新古典和目的论结合体系 (法律效果转用之罪责论)
构成要件符合性	——	构成要件故意成立	构成要件故意成立	重新否定构成要件故意	构成要件故意成立 (但无法导致故意的刑罚)
审查方向 ↓		↓	↓	↑	↓
	正当化前提事实认识错误	正当化前提事实认识错误	正当化前提事实认识错误		正当化前提事实认识错误
	↓	↓			↓
有责性	故意不成立	无法避免时不法意识不成立	不法意识毋需考虑		罪责故意不成立 不法意识毋需考虑

[35] Vgl. BGHSt 31, 264 (286 f.) (BGH 4 StR 375/82); BGH NStZ 2012, 272 (273); OLG Hamm NJW 1987, 1034 f.; Gallas, ZStW 1955, S. 1 (46), Fn. 89; Blei, Strafrecht AT, 1983, S. 205 f.; Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, 1987, Rn. 43; Schmidt, Strafrecht AT, 2010, S. 30; Rengier, Strafrecht AT, 2012, § 30, Rn. 20; Gropp, Strafrecht AT, 2005, § 13, Rn. 112 ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, S. 243, 430, 464; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, Rn. 742 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2012, Rn. 142, 425.

该理论在三阶层犯罪论体系内干净地解决了逻辑自洽问题,因此赢得了三阶层论者的支持。不过,如同许多重要理论一样,它也面临争议:

第一点争议是,有学者认为法律效果转用之罪责论,通过区分构成要件故意和罪责故意虽然解决了逻辑问题,但罪责故意却并不是独立的要素,而且法律效果转用之罪责论也没有要求它作为肯定罪责的必要条件。^[36] 在本文看来,法律效果作用之罪责论之所以区分构成要件故意和罪责故意,并使构成要件故意先于罪责故意,实际上是区分了事实性故意和价值性故意。事实性故意的存在,是推定价值性(责难性)故意存在的前提。在正当化前提事实认识错误的情形下,尽管存在构成要件故意(事实性故意),却毋需予以责难,因而不成立价值性故意,不应承担故意的罪责和刑罚。^[37] 说明这种推定是一种可反驳的推定,同时也体现事实性故意和价值性故意二者的不同。

第二点争议是,有学者认为,正当化前提事实认识错误是阻却不法,否定的是不法故意,应在不法阶层出罪,而不是到罪责阶层才出罪。^[38] 这种批判是从行为人作为个别个体的角度论述的,行为人的行为,在他自己眼里不是不法。如果犯罪论体系是从司法审查者角度展开,这种批判就难以成立,因为在第三人眼里,发生认识错误的行为人所为的正是不法,因而可以针对其成立共犯。如果此时以行为人本人为标准阻却不法,那参与进来的第三人就无法成立共犯。

第三个争议点是共犯理论。限制罪责说论者认为,法律效果转用之罪责说所主张的成立共犯情形,是在填补处罚漏洞,^[39] 这种共犯情形,应转而认定间接正犯,而且在身份犯场合,立法者并无意使得无身份者因其参与无故意的行为而成立共犯。^[40] 和前两点争议相比,这第三点质疑值得关注。首先,如果肯定构成要件故意,则加入者成立共犯,若像限制罪责论者那样否定构成要件故意,则有可能成立共犯的未遂(帮助的未遂不罚,教唆的未遂有争议),而非一律成立间接正犯,否则,会将事实上不具正犯故意的他人认定为间接正犯。其次,在亲手犯和身份犯场合,无法成立间接正犯。^[41] 另外,针对无身份者是否具有共犯资格,不管在德国,还是在我国,都是肯定的。

5. 学说选择

鉴于以上探讨,在排除消极构成要件要素论的前提下,我们可以于三阶层犯罪论体系内对不同的方案做一选择。出于故意所具有的区分罪和非罪、此罪和彼罪的功能,以及出于防止不法范围无边无际的考虑,应将事实性故意置于构成要件阶层,因为构成要件具有违法征表的含义,这意味着故意杀人和过失致人死亡罪,在分则意义上,应当是两个构成要件,而不是一个构成要件。总则性的构成要件要以分则性的构成要件为前提,否则不符合罪刑法定的思想。加上我国学者已经承认目的犯的目的这类主观不法要素或主观构成要件要素,因而不将这类目的的前提要素提到构成要件阶层,在逻辑上无法自洽。当构成要件故意(亦即事实性故意)得到肯定后,为了解决正当化前提事实认识错误以及相关的共犯成立问题,

[36] Vgl. Hirsch, in: FS-Otto, S. 315; Schönemann, in: Schönemann et al. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, S. 41, Fn. 89; 许玉秀著:《主观与客观之间》,法律出版社 2008 年版,第 53—54 页。

[37] 类似地, Vgl. Blei, Strafrecht AT, S. 206.

[38] Kindhäuser, Strafrecht AT, § 29, Rn. 23; Graul, JuS 1995, 1049 (1050).

[39] Geppert, Jura 1997, 299 (303).

[40] Vgl. Schönemann, in: Schönemann et al. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, S. 42, Fn. 89.

[41] Vgl. Rengier, Strafrecht AT, § 30, Rn. 20.

那就面临严格罪责论、限制罪责论和法律效果转用之罪责论之间的选择。严格罪责论尽管逻辑上能够自治,但由于对待当事人过于严厉,发生正当化前提事实认识错误者只能通过援引不可避免的禁止错误来出罪,出罪过于困难,在刑事政策上没有实质正当性。限制罪责论由于发生“回旋飞碟”这种严重的逻辑缺陷,故在体系建构上存在问题,这也导致限制罪责论者纷纷向消极的构成要件要素论撤退,从而不再是三阶层犯罪论体系;同时,在共犯成立上,限制罪责论会导致不适当地将本该以共犯论处的情形认定作间接正犯,这在学理上不通。法律效果转用之罪责论在三阶层犯罪论体系内逻辑自治地解决了“回旋飞碟”问题,且能在共犯成立上,将共犯问题做共犯处理,在学理上可以成立。

(二) 消极的构成要件要素论

1. 主要内容

消极的构成要件要素论,最先于德国得到研究,后来影响到我国刑法学界。消极的构成要件要素这个提法,为德国学者阿道夫·默克尔(Adolf Merkel)所创。他在其教科书中写道:如果行为人的行为,乃是基于“其不存在属于法定构成要件的情况(消极的构成要件要素),亦即,例如当其存在则能使行为籍借正当防卫(《刑法典》第 53 条)加以正当化的情况”,则不存在故意犯。^[42] 至于消极的构成要件论的内容,依据希尔施教授的专门研究,则是多方因素促成的结果,默克尔不过是正好从形式上使用了“消极的构成要件要素”这个名字而已。^[43] 应当指出的是,这种消极的构成要件要素理论,虽未取得德国刑法学界主流的地位,但却是个很有影响力的学说。^[44] 在我国海峡两岸,消极的构成要件要素论的支持者,有欧阳本祺博士和我国台湾的黄荣坚教授。^[45] 张明楷教授的两阶体系,虽然“没有采用消极的构成要件要素理论,但与消极的构成要件要素理论似乎没有本质区别”^[46]。这使得我们有必要厘清消极的构成要件要素论的主张和得失。

依通常的理解,消极的构成要件要素论的基本主张是:^[47]

第一,不应像贝林(Beling)以来的作为指导形象的构成要件那样理解构成要件。构成要件包括不法的所有前提条件,正当化事由的不存在这一点也不例外。^[48] 为实现这种“不法构成要件”的构成要件要素所必须欠缺的前提条件,乃是“消极的构成要件要素”。

第二,满足了构成要件,违法性便成立。构成要件符合性等同于违法性,构成要件要素等同于违法性要素。因此,正当化事由不需直到违法性阶层才排除违法性,而是可以直接排除构成要件。

[42] Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S. 82.

[43] Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 29 - 32.

[44] 弗兰克(Frank)、勒夫勒(Löffler)、米里卡(Miricka)、鲍姆加滕(Baumgarten)、阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)、恩吉施(Engisch)、早期的罗克辛等许多德国学者支持该学说。Vgl. Rinck, Der zweistufige Delikttaufbau, S. 309, Rn. 1; Arthur Kaufmann, JZ 1954, S. 653 (655).

[45] 参见欧阳本祺:《消极的构成要件要素之必要性初探》,《湖北警官学院学报》2006 年第 4 期,第 22 - 25 页;黄荣坚著:《基础刑法学》(上),中国人民大学出版社 2009 年版,第 159—160 页。

[46] 张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 131 页。

[47] Vgl. Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 15 f.; Roxin, Strafrecht AT I, § 10, Rn. 13 ff.

[48] 所谓正当化事由不存在,依考夫曼教授的解释,这种不存在正当化事由,并非指不存在违法性评价本身用以充当消极的构成要件要素,而是指不存在“对正当化事由加以类型化的描述性要素和规范性要素”。Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1954, S. 655. 可见,依消极的构成要件要素论,所谓正当化事由不存在,是指不存在正当化前提事实。考夫曼教授还指出,早期的消极的构成要件要素理论有将正当化事由不存在作为违法性的不存在,这是不合理的。Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1954, S. 655. 故而,不能认为,消极的构成要件要素论将事实阶层和评价阶层混为一谈。

第三,之所以将正当化事由不规定在每个刑法条文中,是出于立法技术的考虑,具体而言,也就是要“避免重复”,要给分则中的构成要件像“提取公因式”一样提取出相同的内容。如果把这些公因式放回去,也没有什么不对。例如,《德国刑法典》第 223 条可改写为:“伤害他人身体或损害其健康的,处……,除非行为乃是防御现时违法的攻击和可能损及生命、身体、自由、名誉、财产或其他法益这些明显更重大利益的危险所必要,或者出于其他法定事由。”我国《刑法》第 232 条同样可改写为:“故意杀人的,处……,除非出于正当防卫、紧急避险或其他法定事由的必要。”

基于消极的构成要件要素论的这些主张,最后导致在德国学者朗—欣里希森(Lang Hinrichsen)那里出现了“不法—整体构成要件”或者“整体—不法构成要件”这种概念。“这个概念指的是除去客观处罚条件和罪责要素外的所有证立不法和排除不法的要素的总和,在积极和消极的两个意义上,行为的不法程度便取决于这些要素。这个概念的目标是在具体个案中最终地确定适法和不法的界限。”^[49]从这种整体不法构成要件的概念可以进一步推出“符合构成要件的不法”和“罪责”的两阶层体系。对此,有德国学者认为,如果采取消极的构成要件要素论,那“大体占据主流地位”的三阶层体系就不能维持了。^[50]

然而,在本文看来,若在不同的意义上,分别承认不法、罪责两阶犯罪构造(在犯罪的本质构造的意义上说)和构成要件符合性、违法性和有责性三阶审查方案(在审查犯罪是否成立的思维审查步骤的意义上说),那么,只要“符合构成要件的不法”(前两阶)在犯罪的本质构造的意义上等同于“不法”,则“符合构成要件的不法”和“罪责”的两阶构造并无不可。而且,这两者都是从司法者的角度来说的:两阶犯罪构造是在讲司法者从本质上如何认识犯罪,而三阶审查方案(也就是传统的三阶层犯罪论体系)是在讲司法者从技术上如何处理犯罪更为妥当。所以,支持不法和罪责两阶层构造,并不意味着必须否认构成要件符合性、违法性、有责性这种三阶审查方案,自然也不意味着要否认构成要件符合性和违法性同属于不法,并在不法内部可以相对地区分出这两个审查步骤这种可能。不法、罪责这种两阶犯罪构造和构成要件符合性、违法性和有责性这种三阶审查方案,完全可以并行不悖,只是需要注意的是,这种不法、罪责两阶构造中的正当化事由只是阻却不法要素,而未必就是消极的构成要件要素。林山田教授也指出:“犯罪判断上以不法与罪责的二阶理论,并非必然来自负面构成要件要素理论。”^[51]在此,笔者将消极的构成要件要素论和可以相互并行的两阶犯罪构造、三阶审查方案的审查步骤的区别归纳如表 3。^[52]

根据表 3,可以得知,消极的构成要件要素论(即方案 I)使正当化事由成为了构成要件的要素,这种理解看上去有个特点,即所有客观的东西都先于主观的东西得到处理(客观—客观—主观—主观,而不是客观—主观—客观—主观),而本文所认可的两阶犯罪构造(方案 II)其实和三阶审查方案(方案 III)并没很明显的区别,特点只是:在考察完证立不法(构成要件)后,不作出阶段性结论(因为是在讲从实体上、本质上犯罪的构造如何,而非做技术

[49] Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 123.

[50] Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 10, Rn. 15; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, Vorbem. § 13, Rn. 15.

[51] 林山田著:《刑法通论》(上),2008 年作者自刊版,第 263—264 页。认为主张不法阶层,就不能否定消极的构成要件要素理论的观点,参见陈璇著:《刑法中的社会相当性理论研究》,法律出版社 2010 年版,第 164—174 页。

[52] 该图表受到金德霍伊泽尔教授的启发, Vgl. Kindhäuser, Strafrecht AT, § 6, Rn. 10 f. 但其将消极的构成要件要素论完全等同于两阶层模式,故本文对原文中列出的审查步骤做了修正。

性的步骤审查),而是埋着头继续考察阻却不法(正当化事由),直到得出不法是否成立这个结论。针对这种情况,可能有人会说:较之于三阶层审查步骤,消极的构成要件要素论的审查步骤更能保证客观内容先于主观内容得到审查,这是我国所需要的。但这种单纯的政策性考量存在问题,因为将消极的构成要件要素弄进既有的构成要件符合性阶层里,会使构成要件的确切性模糊化,如果要避免模糊化,又需要在构成要件符合性阶层重新分出证立不法和阻却不法阶层,这无异于消极构成要件要素论的自我否定。同时,依照表 3 还能得出:不法、罪责的两阶犯罪构造(方案 II)与构成要件符合性、违法性、有责性的三阶审查方案(方案 III)并行不悖的现象,这说明构成要件符合性和违法性,均对应于相应的(证立或者阻却)不法事实前提,因此,假想防卫、假想避险等便不只是评价错误,它们在本质上是事实认识错误。尽管该事实认识错误又导致了行为人的错误评价,但这个错误评价是附带造成的,已经不是对假想防卫、假想避险这类情形本身的认识。故而,这类事实错误的准确称呼为:针对正当化前提事实的认识错误。

表 3 消极的构成要件要素论、两阶犯罪构造和三阶审查方案

I. 消极的构成要件要素论(第一阶)	II. 两阶犯罪构造(第一阶)	III. 三阶审查方案(前两阶)
①客观的积极构成要件	①客观的证立不法	①客观构成要件
②客观的消极构成要件	②主观的证立不法	②主观构成要件
③阶段性结论:客观构成要件是否符合?	——	③阶段性结论:是否符合构成要件?
④主观的积极构成要件	③客观的阻却不法	④客观的正当化事由
⑤主观的消极构成要件	④主观的阻却不法	⑤主观的正当化事由
⑥阶段性结论:主观构成要件是否符合?	⑤结论:是否存在不法?	⑥阶段性结论:正当化事由是否成立?

在解决这类错误上,消极的构成要件要素论(方案 I)具有优势,因为它能够直接认定行为人的行为不符合构成要件。结合体系架构来看,由于积极和消极的对称性,消极的构成要件要素需要认定其不存在,才能积极地证立不法,因而,需一正一反地予以考察:在行为人发生正当化前提事实认识错误的场合,客观的积极构成要件存在、客观的消极构成要件不存在,故客观的构成要件得以符合。但这不够,我们还需接着考察:主观的积极构成要件存在,主观的消极构成要件存在,从而得出结论:不符合主观的构成要件,因而出罪。

对比之下,两阶的犯罪构造(方案 II)其实是三阶层审查方案(方案 III)的实质化提炼。依照方案 III,发生正当化前提事实认识错误的场合,行为人在客观、主观上都符合构成要件,尽管他主观上能正当化,但客观上却不能正当化,如果这时肯定正当化事由,那就说明,不需要出现正当化的客观事实即可承认正当化事由,也就是说不需要现实的险情即可单单凭借行为人的错误认识将其行为正当化,这违反了成立正当化事由(至少)需要客观的正当化情形的要求。^[53] 按照方案 II,要成功阻却不法,也必须至少存在客观的阻却不法。因而,方案 II 和方案 III 是兼容的。不管依照两阶犯罪构造(方案 II),还是三阶审查方案(方案 III),都应当肯定不法成立。而消极的构成要件要素论,则可以直接出罪。因此,在依正当

[53] 还要求主观的正当化事由的,有 Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 1133; 陈兴良著:《教义刑法学》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 336、361 页。

化前提事实认识错误加以出罪这一问题上,消极的构成要件要素论具有便捷性优势。

2. 优势和缺陷

在不发生“回旋飞碟”现象,也不进行法律效果转用的条件下,还能从逻辑上直接排除构成要件故意,进而令人信服地解决假想防卫等这类正当化前提事实认识错误的问题,乃是消极的构成要件要素理论的价值所在,不过令人遗憾的是,这几乎是该理论唯一有实际意义的优点。因此,只要三阶层犯罪论体系论提出能解决“回旋飞碟”问题的方案,消极构成要件要素论就可能失去它的核心优势。

法律效果转用之罪责论对于“回旋飞碟”问题的解决,是三阶层犯罪论体系给予消极的构成要件要素论的回应。除此以外,消极的构成要件要素论还面临着其他问题。下文将针对消极的构成要件要素论的各种批判意见加以归纳。

第一,针对消极的构成要件要素能够合理解决正当化前提事实错误的优势,反对意见认为:如果依该种理论,“行为人行为时,须认识所有正当化事由前提事实之存在或不存在,几乎是不可能之事。”^[54] 如果没有认识到,所有正当化前提事实都不存在,那么,行为人就不能受罚了。^[55]

第二,针对消极的构成要件要素理论将正当化事由并入不法构成要件阶层的做法,反对意见认为:这是将类型化的构成要件与非类型化的正当化事由并列对待,使得构成要件符合性判断所具有的独立意义受到侵蚀。^[56] 由于正当化事由在一定程度上还能够以习惯法为依据,将之作为消极的构成要件要素加入构成要件之中,会使构成要件的明确性受到冲击。^[57]

第三,针对消极的构成要件要素论主张存在正当化事由时直接排除构成要件的做法,反对意见认为:尽管阻却构成要件的情形和成立正当化事由的情形在(刑法意义的)出罪这点上是相同的,但将这两者等同处理,会在价值上混淆具备正当化事由(法律上容许)和与构成要件无关(法律不干涉)这两种情况,会妨碍构成要件的一般预防机能,无异于“将正当防卫杀人和杀死一只蚊子在法律上相提并论”^[58]。对于前者,明确地不得再行正当防卫,而后者则不一定。

这三点批评之中,第一点批评最为有力。因为几乎没有人有能力认识到所有的正当化前提事实都不存在,这样要成立一个犯罪故意就太难了,几乎就没有人要受处罚了。那么,虽然符合了有利于被告人的原则,但明显过火,并架空了构成要件的一般预防机能。也就是说,在欠缺明显的正当化前提事实的、最简单的普通故意犯罪中,只有行为人犯罪时仔细考察过一遍进而认识到所有正当化情形都不存在,才能认定成立故意,并对其施加处罚;如果行为人根本没有考察过,就应否定故意,进而排除刑罚。如此苛刻的处罚前提,只能说有些近乎荒谬,因为在犯罪现场,这种考察和行为人从事的犯罪活动并无直接关联,行为人又怎么可能有兴趣做这种考察呢?所以,指望行为人做这种考察是不现实的。如果指望行为人做这种考察,那就几乎接近于架空整部刑法了。

[54] 陈子平著:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第245页。

[55] Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 249.

[56] Vgl. Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, 2008, Rn. 364.

[57] Vgl. Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 2006, S. 60.

[58] Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 81.

就第二点批评而言,如果在以消极的构成要件要素为基础的体系(亦即“整体不法构成要件一罪责”体系)中,在第一阶层中构建出先考虑积极构成要件(这样就可以保证类型化判断优先于非类型化的判断),后考虑消极构成要件(正当化事由)的顺序,便可化解这第二点批评。然而,如果真要在其“整体不法构成要件”阶层内部分出先后顺序,那么,这个以消极的构成要件要素论为基础的三阶体系,就已经变质,变得和以三阶层的犯罪审查方案为基础的三阶体系没什么区别了。这样,坚持消极的构成要件要素论又有什么必要呢?

第三点批评值得加以分析:“正当防卫杀人”和“杀死一只蚊子”在(刑法意义上的)出罪上确实没有区别,因为都是使行为人的行为成为刑法不关注的对象,消极的构成要件要素论在这个出罪意义可以成立。三阶层体系论者之所以区分这两者,倒不是因为“正当防卫杀人”(或“医生为救人而开刀”)比“杀死一只蚊子”在一般价值论上更具有负面意义,^[59]而是出于司法者对整体法秩序的考虑:由于正当化事由的成立,意味着行为人的行为属于正当,也就是说,法律容许了这类正当化行为。此处已经存在了一个容许规范,它宣布行为人的行为在整体法秩序(不限于刑法)上都是正当的,而不仅仅是单纯对构成要件上的禁止规范或命令规范施加限制了。^[60]针对受容许的正当化行为,行为人有权采取正当的行为,与这个权利相对应的对方,就相应地负有(不作为性质的)容忍义务。如果对方不容忍而违反该义务侵犯行为人,则不能正当化,因而他人可以成立共犯,但不排除可能凭借欠缺期待可能性或其他原因而阻却罪责,这点有别于与构成要件无关的情况。^[61]在与构成要件无关的情况下,并不能证立对方的容忍义务。例如,A 完全合乎交通规则地驾驶着汽车,不断逼近(他没看见的)街上玩耍的小孩,行将发生碾压。B 见状,不得不在最后几秒钟用自己的车侧撞击 A 的汽车,以阻止碾压事故发生。这时,A 的行为完全符合规则,是法律所容许的风险,不符合构成要件,但是,B 没有容忍 A 的行为,为救小孩性命,而撞坏 A 的汽车完全可以借助紧急避险正当化。^[62]同样地,在发生像“使用盗窃”(民事侵权)这类与刑法上盗窃构成要件无关的行为时,受侵权方也可以实施防卫,而不存在容忍义务,只有防卫过限时才需承担相应责任。如果依据消极的构成要件要素理论,当行为人实施正当防卫时,即排除其行为的构成要件符合性,而不明确将之独立出来,并宣告其成立正当化事由,这有可能使行为人的正当行为沦为不能科以对方或他人相应容忍义务的、与构成要件无关的行为。在没宣告行为人的行为成立正当化事由,也就是没有给予其相应的容许规范的保护的前提下,会出现甲主动侵害乙,乙合理地实施正当防卫,这时甲仍然可以反击乙,并主张自己在实施正当防卫。丙也可以加入甲的行为,对乙实施攻击。这种相互乃至辗转防卫的权利滥用的后果,不合法秩序促进和平的目标。^[63]如果说消极的构成要件要素论在正当行为排除构成要件时,可以通过单独宣告成立正当化事由的做法,以化解该批评,但这种做法可能导致消极的构成要件要素论变质,从而又重新转向三阶层体系。

在考察了消极构成要件要素的优势和问题后,可以很容易地得出这样一个认识:只要能

[59] 参见黄荣坚著:《基础刑法学》(上),中国人民大学出版社 2000 年版,第 159 页。

[60] Vgl. Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, Rn. 364.

[61] Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 10, Rn. 21; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 15, Rn. 2; § 33, Rn. 28 f.; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, Rn. 256 f., 272.

[62] Vgl. Kindhäuser, Strafrecht AT, § 33, Rn. 26 ff.

[63] 可能未深入探讨该点的,参见张明楷著:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社 2010 年版,第 131 页。

在针对正当化前提事实认识错误这一问题上成功地批驳消极的构成要件要素论,那就可以不采消极的构成要件要素理论。针对这一点,三阶层体系在自己的体系内进行了种种努力,出现了严格罪责说、限制罪责说、法律效果转用之罪责说等方案。如果说限制罪责说只是操作上简便,而在逻辑说理上存在困难,那么,法律效果转用之罪责论则排除了这一困难,构成要件故意和三阶层体系都得到了合理的维持。因而,在比较了种种方案后,本文的结论便是:在三阶层犯罪论体系下,为解决正当化前提事实认识错误的问题,不应采消极的构成要件要素论,而应采法律效果转用之罪责论。故意的双层定位,不仅能合理地解释未遂、目的犯中的目的等现象,还能自洽地解决正当化前提事实的认识错误的问题。因而,在犯罪论体系上,正当化前提事实认识错误的问题,仍应定位于违法性阶层,而非构成要件符合性阶层。这样,我国学者对于假想防卫究竟是违法性认识错误还是事实认识错误的疑问,^[64]便可如此回答:它既是事实认识错误,也是针对违法性阶层的认识错误。

四 结 论

在犯罪论体系的演变史上,先后经历了古典、新古典、目的论、新古典和目的论相结合、机能论这五个体系。其中,前四者主要采三阶层的审查方案,而机能论体系论者则倾向于两阶层的犯罪构造。在三阶层的体系内,伴随着体系的演变,故意这一要素的体系性地位则由最初的罪责要素发展为构成要件要素,然后,在新古典和目的论结合体系那里,又由构成要件要素分裂出了罪责要素,从而形成了故意的双重机能。由于故意以及过失在界分罪和非罪、此罪和彼罪、区分正犯和共犯等问题上,具有违法征表机能,以及能限制住不法范围的漫无边际,加上构成要件故意还能合理地解释未遂现象,承认构成要件故意具有教义学上的意义。依照我国学者的理解,目的犯的目的这类要素,需要作为主观不法要素或主观构成要件要素而属于构成要件阶层的内容,因而,事实性故意作为这类要素的前提,依照逻辑也应属于该阶层的内容。由于事实性故意属于事实判断,故不能认为将事实性故意置于构成要件阶层是主观主义的体现,相反,这是事实判断先于价值判断的必然要求,也合乎我国刑法的规定。

在承认构成要件故意的三阶层体系里,需要明确处理假想防卫、假想避险等等这类正当化前提事实认识错误。在三阶层犯罪论体系内,严格罪责论者将这种认识错误认定为罪责阶层的不法意识的问题,尽管逻辑上能够自洽,但因对待当事人过于严厉,发生正当化前提事实认识错误者只能通过援引不可避免的禁止错误来出罪,这使得出罪过于困难,在刑事政策上没有实质正当性。限制罪责论由于发生“回旋飞碟”这种逻辑缺陷,故在体系建构上存在迂回思维问题,这在一定程度上导致限制罪责论者纷纷向消极的构成要件要素论撤退,从而不再是三阶层犯罪论体系,同时,在共犯成立上,限制罪责论会不适当地将本该以共犯论处的情形认定作间接正犯。在三阶层犯罪论体系内,法律效果转用之罪责论通过将故意加以双层定位,从而逻辑自洽地解决了“回旋飞碟”问题,且能在共犯成立上,将共犯问题做共犯处理。该理论是三阶层犯罪论体系内的改良性方案,如果坚持三阶层犯罪论体系,则采用该论更为可取。如果在体系选择上更为激进,那么有可能通过限制罪责论这一中转站,完成

[64] 参见陈兴良著:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第357—358页。

从三阶层体系论者向消极的构成要件要素论的转化。但本文不认为应采消极的构成要件要素论,理由是,首先,该理论要求行为人认识到正当化事由的不存在,这对于行为人来说过于困难。其次,该理论将行为人实施正当防卫等正当化的情形认定为不符合构成要件,尽管在出罪这点上,与构成要件无关的行为和正当化行为效果相同,但该理论仍忽视了正当化事由的成立,不仅能在刑法上,更能在整体法秩序上宣告行为人的行为正当、合法,因而行为人行为的相对方或者他人不能针对行为人的正当行为再行防卫。可见,与构成要件无关的行为和正当化的行为,在这点上存在不同。如果消极构成要件要素论也要做这种宣告,那么它会发生变质,从而转向三阶层犯罪论体系。

[**Abstract**] In the historical development of the three-level criminal system, the element of intent has experienced many stages. It was firstly only an element of culpability, and then an element of constitutive requirement. Some times later the intent is split into two parts, one part in the level of constitutive requirement, the other in that of culpability. In the systematical program with these two separate parts, the factual intent is a question of constitutive requirement, while the intent of blame situated in the level of culpability. The double positions of intent in the system can not only illustrate the phenomena of attempt, intention etc., but also resolve the issue of the wrong judgment of the conditions of justification, such as imaginary defense, imaginary emergency, etc. This kind of cases of mistakes happened regularly in reality. To deal with this wrong judgment of the conditions of justification, some scholars may use the theory of the elements of negative constitutive requirement, which could preclude the constitutive requirement and resolve the problems quickly. However, this is the only advantage of this theory. When we want to maintain the three-level system, it is not appropriate to adopt the theory of the elements of negative constitutive requirement. If we adopt this theory, it would result in that it is impossible to punish the perpetrator, in case he has not recognized all the conditions of justification. Furthermore, this theory neglects the significance of the conditions of justification from the perspective of the whole legal system.

(责任编辑:王雪梅)