

犯罪主体的消解

——一个学术史的考察

陈兴良

内容提要:犯罪主体是四要件犯罪构成理论中的一个要件,同时也是争议较大的一个要件。本文对犯罪主体作为犯罪构成的一个要件的形成过程进行了学术史的考察。尤其是对围绕着犯罪主体展开的理论探讨进行了评述。本文认为,犯罪主体本身蕴含着的矛盾正是四要件犯罪构成理论的内在矛盾的体现。随着三阶层犯罪论体系引入我国,犯罪主体将被析分为行为主体与刑事责任能力,分别在构成要件和责任中加以研究,因而犯罪主体的概念将不复存在,这就是一个犯罪主体消解的过程。

关键词:犯罪主体 行为主体 刑事责任能力

陈兴良,北京大学法学院教授。

犯罪主体是四要件的犯罪构成体系中较有特色的一个要件。在三阶层的犯罪论体系中,虽然犯罪主体中的刑事责任能力等要素对于犯罪成立来说也是不可或缺的,但并没有单独设立犯罪主体要件,而是将其主要内容——刑事责任能力,纳入责任要件。在我国犯罪构成体系的讨论中,犯罪主体同样是一个争议较大的要件。本文拟以从犯罪主体到行为主体的演变为中心线索,进行学术史的考察。

犯罪主体是指犯罪人,因而它是与犯罪行为相对应的一个概念。没有犯罪人当然也就不会有犯罪,这是一个不争的事实。但犯罪主体是否应当成为一个独立的犯罪构成要件,这仍然是一个值得研究的问题。

在我国民国时期的刑法学中,没有形成现在意义上的犯罪构成体系,而是对犯罪成立条件加以罗列,称为犯罪之要素。而犯罪要素又分为犯罪的一般要素(犯罪成立之一般的要件)与犯罪成立的特别要素(构成犯罪之特别的要件)。前者为总则性的犯罪成立条件,后者为分则性的犯罪成立条件。而犯罪主体赫然地被列为犯罪成立的一般要素。例如,民国学者郝朝俊指出:

凡一犯罪事实,必有惹起其犯罪者(犯罪主体),被受其犯罪者(犯罪客体)及惹起其犯罪之动作(犯罪行为)与处罚其行为之法令(明文),苟缺一,法律上即不成立犯罪,此之谓犯罪成立之一般的要素(构成犯罪之一般的要件)。〔1〕

在此,犯罪主体是犯罪成立一般要素中的第一个要素。当然,从以上郝朝俊关于犯罪成立一般要素的排列来看,采取的是一种直观的描述法,它与建立在形而上学的逻辑建构基础之上的具有教义学特征的犯罪论体系还是存在巨大差距的。那么,这里的犯罪主体的含义如何呢?郝朝俊指出:

犯罪主体者,国法上具有犯罪之资格者也。古代宗教,最重迷信,对于禽兽,曾有科以刑罚者,今日犯罪主体,则仅限于人类,而人有两种:即自然人与法人是也。〔2〕

由上可知,犯罪主体是指具备犯罪资格的人,因而其内容是较为空泛的。就其形式而言,与三阶层的犯罪论体系中的行为主体是相似的。在自然人的论述中,虽然涉及精神未成熟之幼年人、精神有障碍之病人,均为犯罪责任无能力者,不得为犯罪主体。但上述刑事责任年龄与刑事责任能力又是在犯罪行为要件中加以研究的,犯罪行为要件分为有责行为(精神的要素)与违法行为(法律的要素)。那么,什么是有责行为呢?郝朝俊指出:

有责行为者,法律上足以负担责任之行为也。责任者,法律上一定之行为,连结于吾人之状态也,有此连结,自其行为所生之效果,始得附着于吾人,刑法使人负刑事责任者,亦因有此连结故也。而生此连结之要件有二:(1)责任能力,(2)责任条件。〔3〕

这里的责任能力,是指一定的精神状态。而责任条件,则是指故意或者过失。

因此,民国刑法学中的犯罪主体虽与四要件中的犯罪主体之名称相同,而其内容却大相径庭,两者不得混淆。〔4〕

我国目前四要件的犯罪构成体系中的犯罪主体要件,是从苏俄刑法学传入的。在沙俄时期,当时著名的刑法学家塔甘采夫就把行为人,即犯罪主体当作犯罪构成的每个独立要件,指出:

(犯罪构成要件)可以分为三组:

- (1) 行为人——犯罪行为中的犯罪人,
- (2) 犯罪人的行为所指向的对象——客体或犯罪侵害的对象,
- (3) 从内部和外部研究的犯罪侵害本身。〔5〕

以上犯罪构成的结构,在现今的俄罗斯也还有学者主张,称为三分法结构,具体要素是

〔1〕 郝朝俊:《刑法原理》,上海商务印书馆1930年版,第123页。

〔2〕 郝朝俊:《刑法原理》,第128页。

〔3〕 同上注,第132页。

〔4〕 在民国其他学者的著作中,犯罪主体与责任能力也是相分离的。参见王觐:《中华刑法论》,姚建宗助校,中国方正出版社2005年版,第84、96页。

〔5〕 转引自何秉松、〔俄〕科米萨罗夫、科罗别耶夫主编:《中国与俄罗斯犯罪构成理论比较研究》,法律出版社2008年版,第9页注④。

“客体——行为——主体”。〔6〕可以明显地看出,塔甘采夫关于犯罪构成的构造采用了社会关系的结构,即法律关系的主体—法律关系的客体—法律关系的内容。在这种结构中,行为人作为犯罪主体纳入犯罪构成。

在苏俄四要件的犯罪构成体系中,通说都把犯罪主体作为四要件之一,对此没有疑问。然而,值得我们注意的是,作为苏俄四要件的犯罪构成体系的缔造者,A. H. 特拉伊宁在犯罪主体问题上所持的观点是十分独特的。而这一点恰恰与其对犯罪构成的理解有关。特拉伊宁曾经对犯罪主体问题,发表过以下评论意见:

在苏维埃书籍中,对于犯罪主体的问题,过去和现在都没有予以充分的注意。

不仅没有专门研究这个问题的专论,而且连主体在刑法体系中的地位,也还没有得到阐明;譬如,在所有五版的刑法总则教科书中,关于主体的学说,都是放在犯罪构成因素的体系中(客体、客观方面、主体和主观方面)来研究的。不管犯罪构成的学说具有怎样的意义,它当然不能把犯罪主体的学说吸收或融解在自己的学说中。上述症结的根源是各种各样的:一部分表现出尽量同那些企图将全部刑法归结为犯罪人的反动的刑法学说断绝关系的倾向,而另一部分则无疑表现出对犯罪构成的一般学说研究不够。因此,必须完全肯定地指出,只要没有犯罪人就不会有是否存在犯罪构成的问题;此外,正如前面所指出的,没有到达法定年龄的有责任能力的人,也就没有刑事责任和犯罪构成的问题。〔7〕

在以上论述中,特拉伊宁认为在苏俄刑法理论中,连主体在刑法体系中的地位问题也没有解决,而特拉伊宁则主张犯罪主体不能视为犯罪构成的一个因素的观点。那么,如何理解特拉伊宁在以上论述中所指出的“只要没有犯罪人就不会有是否存在犯罪构成的问题”以及“没有达到法定年龄的有责任能力的人,也就没有刑事责任和犯罪构成的问题”等命题呢?如果从表面上来看,这些命题似乎是肯定犯罪主体是犯罪构成要件的,因而与其否认犯罪主体是犯罪构成的一个因素的观点相矛盾。但如果我们把这里的犯罪构成解读为贝林的构成要件,而不是作为犯罪成立条件总和的犯罪构成,那么,其间的矛盾就不复存在矣。特拉伊宁在论及犯罪构成因素时,指出:

犯罪主体只能是有责任能力的自然人这一点,是不用怀疑的。没有责任能力,刑事责任问题本身就不会发生,因而犯罪构成的问题本身也就不会发生。正因为如此,所以责任能力并不是犯罪构成的因素,也不是刑事责任的根据;责任能力是刑事责任的必要的主观要件,是刑事责任的主观前提:刑事法律惩罚犯罪人并不是因为他心理健康,而是在他心理健康的条件下来惩罚的。这个条件,作为刑事审判的一个基本的和不可动摇的原则规定在刑法典总则中,而在描述犯罪的具体构成的分则里,是不会有它存在的余地的。正因为如此,所以在任何一个描述构成因素的苏联刑事法律的罪状中,都没有提到责任能力,这是有充分根据的。正因为如此,所以关于无责任能力的问题,可以在解决是否有杀人、盗窃、侮辱等任何一个犯罪构成的问题之前解决。责任能力通常在犯罪构成的前面讲,它总是被置于犯罪

〔6〕 转引自何秉松、〔俄〕科米萨罗夫、科罗别耶夫主编:《中国与俄罗斯犯罪构成理论比较研究》,第9页。

〔7〕 [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158页。

构成的范围之外。^[8]

从以上特拉伊宁对犯罪构成及其犯罪构成因素的描述来看,它都是指刑法分则规定的犯罪成立条件,即贝林所称的构成要件。只有对犯罪构成作如是理解,我们才能读懂特拉伊宁关于责任能力不是犯罪构成因素,它是刑事责任的前提,是放在犯罪构成前面讲的这些论述。因此,按照特拉伊宁的这一观点,以责任能力为内容的犯罪主体概念就不是犯罪构成的要件。而特拉伊宁提出责任能力是刑事责任的必要的主观条件这一命题,又完全与贝林的把责任能力当做责任条件的观点是一致的。^[9]

虽然否认犯罪主体是犯罪构成的要件,但特拉伊宁又阐述了表明犯罪主体的构成因素,指出:

法律列入犯罪构成中的表明犯罪主体的特征,具有以下的目的:立法者利用这些特征缩小对某一个或者某一类犯罪应负刑事责任的人的范围,从而肯定下面这个原则:并不是任何一个有责任能力的自然人都可以作为某种或者某类犯罪的主体。这种限制的趋向,在法律中表现在以下两个方面:立法者规定有具体范围的主体的犯罪构成和特殊范围的主体的犯罪构成。^[10]

在以上论述中,特拉伊宁所称表明犯罪主体的构成因素,在苏俄刑法学中称为特殊主体,也就是德日刑法学中所称的行为主体或者身份,它显然是由刑法分则所规定的,其功能正如特拉伊宁所说的那样,在于缩小刑事责任的范围。如果把犯罪构成看作是刑法分则规定的犯罪成立条件,那么,所谓特殊主体,显然应当纳入犯罪构成。由此可见,特拉伊宁是把以责任能力为内容的犯罪主体与以身份为内容的犯罪主体严格加以区分的:前者是刑法总则规定的,不是犯罪构成的因素;后者是刑法分则规定的,属于表明犯罪主体的构成因素,两者具有完全不同的刑法意义。特拉伊宁的这些观点,和贝林的古典派的犯罪论体系是那么的相同,简直令人难以置信。对此,我国学者阮齐林指出:

他(指特拉伊宁——引者注)把责任年龄、责任能力排除在构成因素之外,作为刑事责任的主观前提,加上他把罪过从构成要素中分立强调的观点,与西方古典理论中的有责性评价与构成要件分立的思想和方法也是一致的。^[11]

正如阮齐林教授所言,特拉伊宁最终还是从狭义的构成要件转向了广义的构成要件。这里的广义的构成要件,就是包括犯罪主体在内的犯罪构成。在犯罪主体中,主要讨论刑事责任能力问题。而责任能力与年龄、与精神状态有关。由此把刑法关于责任年龄、精神障碍以及其他生理疾病等影响刑事责任能力的规定纳入犯罪主体加以讨论,从而形成苏俄犯罪构成体系中犯罪主体论的内容。

应该说,在苏俄刑法学中对于犯罪主体概念本身也还是存在争议的。主要是能否采用犯罪人个性来取代犯罪主体。我国学者对苏俄刑法学中的这段争议的历史作了以下叙述,指出:

[8] [苏]A. H. 特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,第60-61页。

[9] [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97页。

[10] [苏]A. H. 特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,第159页。

[11] 阮齐林:《评特拉伊宁的犯罪构成论》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第13卷,中国政法大学出版社2003年版,第5页。

在20世纪60年代的前苏联就有人提出建议,拒绝使用法律概念“犯罪主体”,并在犯罪构成中废除描述犯罪主体的“刑事责任能力和年龄”的特征。主张“刑事责任年龄和刑事责任能力不属于犯罪构成的特征之一”。在批评传统的犯罪主体概念的同时,B. C. 乌捷夫斯基提出要用“犯罪人个性”这个概念替换“犯罪主体”的概念。也有人提出反对意见,不同意使用“犯罪人个性”这个术语,认为在刑法理论中“犯罪主体”这个传统概念已经充分地反映了本身的内容,不需要替换。“犯罪主体”这个概念和“犯罪人个性”概念在范畴上是不同的,尽管他们之间有着紧密的联系,但也不是相吻合的,他们在刑法中具有不同的功能。

经过争论最后得出刑法的原则:犯罪构成的概念不能代替或取缔犯罪概念,而犯罪主体概念也不能代替或取缔犯罪人个性(也称犯罪个人)的概念。“犯罪主体”仅仅是反映了个人许多特性中的几个具有刑法意义的特征,刑法同这些特征相联系的只是主体承担刑事责任的能力。^[12]

以上犯罪主体与犯罪人个性的概念之争,并不能动摇犯罪主体在苏俄四要件的犯罪构成体系中的地位。而且,犯罪人个性是对犯罪人的人身特征的犯罪学描述,它只对量刑具有一定作用,并不能影响定罪。因此,至今在俄罗斯的犯罪构成体系中,犯罪主体仍然属于四要件之一。

二

在20世纪50年代初,我国引入苏俄的四要件的犯罪构成理论,犯罪主体被确认为四要件之一。在20世纪70年代末我国刑法学恢复重建以后,四要件的犯罪构成理论得以成为主流观点,犯罪主体也同样成为四要件之一。例如,高铭喧教授主编的统编教材《刑法学》指出:

犯罪主体是达到法定责任年龄、具有责任能力、实施了危害社会行为的自然人。虽然犯罪是危害社会的行为,但不是任何人实施了危害社会的行为都构成犯罪。根据我国刑法(指1979年刑法——引者注)第14条至第16条的规定,只有达到法定刑事责任年龄和具有刑事责任能力的自然人,才能成为犯罪主体。不符合犯罪主体条件的人,即使他的行为对社会造成了危害结果,也不负刑事责任。因此,研究犯罪主体所必须具备的条件,对于正确认定犯罪具有重要意义。^[13]

在以上关于犯罪主体的界定中,存在着引发争议的几乎所有问题。在犯罪主体的概念中,除达到法定责任年龄和具有责任能力以外,还包含实施了危害社会行为这一内容。危害社会行为是犯罪构成的客观方面要件,按照犯罪主体的这一概念,它实际上包含了犯罪构成的客观要件。那么,犯罪主体与犯罪客观要件不是就混为一谈了吗?如果在犯罪主体的概念中剔除实施了危害社会行为这一内容,将其界定为达到法定责任年龄、具有责任能力的自然人,则难以称之为犯罪主体。否则,必然得出没有实施危害社会行为的自然人,只要达到

[12] 赵微:《俄罗斯联邦刑法》,法律出版社2003年版,第54-55页。

[13] 高铭喧主编:《刑法学》(修订本),法律出版社1984年版,第136页。

法定责任年龄,具有责任能力,就可以成为犯罪主体的荒谬结论。这一逻辑上的悖论是犯罪主体概念本身所包含的,也是从苏俄刑法学中继承下来的。可以说,犯罪主体是四要件中最为薄弱的理论环节,即使特拉伊宁也难以自圆其说,理所当然地受到质疑和批判。其中,对犯罪主体概念本身所包含的这一矛盾最为深刻地加以揭示的是杨兴培教授。在论及犯罪主体命题论上存在着逻辑错误时,他指出:

把犯罪主体纳入到犯罪构成之中作为一个必要要件,必然表明没有犯罪主体,就不符合犯罪构成,也就不可能存在犯罪构成。然而,犯罪主体的概念又明确表明只有实施了符合犯罪构成的犯罪行为的行为人才能成立犯罪主体,这又必然表明没有实施符合犯罪构成的犯罪行为,就不可能成立犯罪主体。于是,在这样一个命题论的逻辑结构中,就产生了一个无法协调、无法自圆其说的矛盾,即到底是犯罪主体决定了犯罪构成的成立,还是行为符合犯罪构成决定了犯罪主体的成立?如果说犯罪主体作为犯罪构成的一个要件相对独立于其他要件而存在于犯罪构成之中,那么犯罪主体怎么能够凭借他后起的犯罪行为加以评定?如果说符合犯罪构成的行为是确定犯罪主体成立的前提和基础,那么行为已经符合犯罪构成而构成了犯罪,又何必凭借犯罪主体这一构成要件加以评定?在这种充满矛盾的逻辑结构中,究竟何者为先,何者为后?简直就成了像先有鸡,还是先有蛋的历史之谜一样变得不可捉摸。^[14]

其实,从 20 世纪 80 年代初开始,我国刑法学界就已经开始对犯罪主体是否属于犯罪构成要件这一问题提出了质疑,其中的理论资源就是特拉伊宁在《犯罪构成的一般学说》一书中对犯罪主体的论述。例如,我国学者在论及责任能力与刑事责任时,指出:

无“责任能力”,刑事责任问题本身就不会发生,因而构成本身的问题也不会发生。“只有有责任能力的人,才能认定有罪或无罪”。因而,责任能力并不是构成的要件,也不是刑事责任的根据,而是刑事责任的主观前提。“刑事法律惩罚犯罪人并不是因为他心理健康,而是在他心理健康的条件下来惩罚的”。正因为如此,所以,(1)“责任能力”作为刑事审判的基本原则规定在总则中,而在描述具体的构成的分则里则没有它存在的余地;(2)关于有无“责任能力”的问题,可以在解释是否有“杀人”、“抢劫”等任何一个构成的问题之前解决;(3)“责任能力”问题是一个独立的问题,可以在构成范围之外解决。^[15]

上述论断中所引的两段话,均出自特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》一书,因而是重述了特拉伊宁关于犯罪主体的观点。尤其是,以上论断的逻辑前提在于:犯罪构成就是刑法中的罪状。罪状规定犯罪构成,刑法典中的罪状可以说是每个犯罪构成的住所。而这些命题是特拉伊宁早期的观点。正是基于犯罪构成是刑法分则规定的具体构成,才能得出否认犯罪主体是犯罪构成的结论。因此,这个时期我国学者是采用苏俄的理论资源批判来自苏俄刑法学的犯罪主体理论。

此外,我国学者还从行为与行为人这一对范畴切入,强调犯罪构成是行为构成,而犯罪

[14] 杨兴培:《犯罪构成原论》,中国检察出版社 2004 年版,第 66 页。

[15] 李守芹:《论犯罪构成的要件》,载《河北学刊》1983 年第 3 期。

主体是一个行为人的问题,两者不可混为一谈。我国学者还引用了马克思语录作为论据,作了以下论证:

犯罪主体这一概念并不反映某人所实施的行为的性质,这种主体条件甚至与行为的危害社会性质没有直接联系。当然,犯罪行为是由人来实施的,但是,人和行为毕竟是两个不同的客观事实。马克思早就指出:“我只是由于表现自己,只是由于踏入了现实的领域,我才进入受立法者支配的范围。对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的。我根本不是法律的对象。”(《马克思恩格斯全集》第1卷第16-17页)。这一论断充分说明了人和行为在法律上的不同意义及其二者之间的关系。可见,人,包括达到刑法规定的年龄,具有刑事责任能力的人,是独立于犯罪构成之外而存在的,某人是否犯了罪,是由该人的行为规定的。因此,犯罪主体应当在犯罪构成确立之后才能认定,所以,实际上犯罪主体应当是:人(具有刑事责任能力)+犯罪行为。即是说,犯罪主体就是罪犯,而犯罪构成“四要件说”中作为犯罪构成的一个要件的犯罪主体是一个把人和人的行为混在一起的一个概念,这就在理论上陷入混乱。^[16]

在以上论述中,作者提出犯罪主体应当在犯罪构成确立之后才能认定的命题,在一定程度上涉及了两者之间的位阶关系。如果把这里的犯罪构成转换为贝林的构成要件,而将犯罪主体看作是一个责任的问题,那么其间的这个联系就不言自明了。当然,在犯罪主体=人(具有刑事责任能力)+犯罪行为这一公式中,又回到了犯罪主体包括犯罪行为的传统概念之中。

如上所述,我国学者在引入行为与行为人这样一对范畴的时候,引用了马克思语录作为论据。而批判上述观点的学者,也同样围绕马克思这段语录的解读展开攻防,指出:

对马克思的这段话应当如何理解呢?我们认为,应当把这段话与马克思当时的法律思想及当时的思潮联系起来进行研究。在马克思写这篇文章的时候,他正处于由革命社会主义者向共产主义者转变的过程中,他当时的法学思想既有历史唯物主义法律观的萌芽,又不可避免地受到资产阶级早期先进思想家的法学思想的影响。从18世纪到19世纪中叶,在欧洲占主导地位的刑法思想是刑事古典学派。马克思处于这样的一个时代,当他还没有完全转变为一个共产主义者之前,他的刑法思想不能不受刑事古典学派的影响。我们上面引用的马克思的那段话,从揭露普鲁士反动统治者破坏资产阶级早期建立的法制,反对统治单纯的“思想犯罪”来说,自然是进步的,反映了他的革命立场;但从刑法思想上来说,可以看出,马克思当时还未彻底摆脱刑事古典学派的“行为构成”的理论的影响。可是,持犯罪构成是“行为构成”的观点的同志,恰恰忽略了原则问题。^[17]

这种打语录仗式的论辩,是在20世纪80年代初以前的我国学术论战中较为流行的样态。马克思主义经典作家的一两句语录,往往被一个学科奉为圣经,并且不容置疑。当然,在以上论述中,已经通过对经典语录重新解释的方法为我所用,以“我注六经”的方式对抗

[16] 傅家绪:《犯罪主体不应是犯罪构成的一个要件》,载《法学评论》1984年第2期。

[17] 张文:《犯罪构成初探》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1984年第5期。

“六经注我”的模式。实际上,犯罪主体的问题与行为刑法与行为人刑法都无关系。行为刑法与行为人刑法是一个违法性的问题,而犯罪主体涉及的是有责性的问题。而在四要件中,违法性与有责性是混为一谈的,因而否认犯罪主体是犯罪构成要件的观点也并没有将犯罪构成还原为构成要件,更没有把犯罪主体归入责任要件。在犯罪构成是刑事责任的唯一根据的语境下,将责任能力排除在犯罪构成之外,明显存在逻辑上的漏洞。

为犯罪主体理论作出有力辩护,并在相当程度上深化了犯罪主体理论的是赵秉志教授,其博士论文《犯罪主体论》是在这一领域具有影响力的作品。赵秉志教授将那些否定犯罪主体作为犯罪构成要件之一的观点的主要理论归纳为以下三点:(1)犯罪构成只能是行为的构成,而不能包括行为人。(2)构成犯罪与承担刑事责任是两个不同的概念,犯罪构成是刑事责任的基础,解决是否构成犯罪的問題;犯罪主体是承担刑事责任的条件,解决是否适用刑罚的问题。犯罪是否成立,丝毫不受犯罪主体这种承担刑事责任的条件的影响。(3)犯罪主体要件的内容已为犯罪主观要件所当然包括。^[18] 对于上述三个理由,赵秉志教授进行了逐个反驳。当然,这种反驳是基于犯罪构成是刑事责任,因而也是犯罪成立的唯一根据这一立场。例如,关于犯罪与刑事责任的关系问题,在苏俄刑法学的理论中,两者是原因与结果的关系:犯罪当然导致刑事责任,刑事责任必然以犯罪为前提。因此,犯罪是原因,刑事责任是结果。这就是在刑事责任问题上的后果说。在这种情况下,犯罪主体作为刑事责任的条件必然归入犯罪的范畴而不是自外于犯罪的概念之外。而犯罪与犯罪构成又是一种抽象与具体的关系。在具备犯罪构成全部要件的情况下犯罪才能成立。如果缺乏犯罪主体,犯罪就不可能成立,因而必然得出结论:犯罪主体是犯罪构成的要件之一。然而,如果把犯罪构成理解为构成要件,而把刑事责任理解为有责性,那么,否认犯罪主体是构成要件,而将其归入有责性当中,一个行为只有同时具备构成要件该当性、违法性与有责性才能成立犯罪,则构成要件与责任能力的分离并不矛盾。显然,否认犯罪主体是犯罪构成要件的观点尚未能寻找到三阶层的犯罪论体系的理论资源,因而其对犯罪主体的否认本身也存在自相矛盾。

尤其值得注意的是,赵秉志教授在论及犯罪主体条件在犯罪构成中的地位这一问题时,提出了一个重要命题:从犯罪构成内部四方面要件在决定犯罪时的逻辑顺序看,犯罪主体要件处于首位,其论述指出:

我国犯罪构成理论一般把犯罪构成四方面要件排列为犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面的顺序来研究,这是为了研究的便利。但是,犯罪构成四方面要件在实际犯罪中发生作用而决定犯罪成立的逻辑顺序却不是这样的,其实际逻辑顺序是:犯罪主体→犯罪主观方面→犯罪客观方面→犯罪客体。即符合犯罪主体条件的人,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某种社会关系。可见,在决定实际犯罪的逻辑顺序上,犯罪主体要件与其他要件相比,也是处于第一位的。^[19]

以上论述指出了在四要件的犯罪构成体系中各个要件之间的逻辑顺序问题,并将犯罪主体排列在第一位。对于四要件的逻辑顺序的改变,虽然强调了犯罪主体的地位,但却暴露

[18] 赵秉志:《犯罪主体论》,中国人民大学出版社1989年版,第42-43页。

[19] 同上注,第49页。

了四要件之间缺乏位阶性这一四要件的犯罪构成体系的根本缺陷,从而形成四要件的犯罪构成理论的致命之处。四要件的重新排列在赵秉志教授主编的刑法教科书中得以体现,并在我国刑法学界产生了较大影响。例如,赵秉志教授主编的《刑法学通论》一书首次按照犯罪主体、犯罪主观要件、犯罪客观要件、犯罪客体的逻辑顺序对犯罪构成进行叙述,指出:

在这四个要件中,犯罪主体排列在首位,因为犯罪是人的一种行为,离开了人就谈不上犯罪行为,也说不上被行为所侵犯的客体,更谈不上人的主观罪过。因此,犯罪主体是其他犯罪构成要件成立的逻辑前提。在具备了犯罪主体要件以后,还必须具备犯罪主观方面。犯罪主观方面是犯罪主体的一定罪过内容。犯罪行为是犯罪主体的罪过心理的外化,因而在犯罪主观方面下面是犯罪客观方面。犯罪行为必然侵犯一定的客体,因而犯罪客体是犯罪构成的最后一个要件。^[20]

目前,对于四要件的排列顺序虽然存在各种不同的观点,但高铭暄等老一辈学者均坚持犯罪客体→犯罪客观方面→犯罪主体→犯罪主观方面的排列,例如高铭暄教授指出:

就我个人而言,我一直坚持客体、客观方面、主体、主观方面的传统排列。我始终认为这种排列方式符合人们发现犯罪、认定犯罪的认识规律。^[21]

尽管高铭暄教授认为四要件的排列顺序只是一个技术问题,但在四要件之间的不同排列顺序,还是集中折射出如何看待犯罪主体在犯罪构成中的体系性地位问题上的观点分歧。当然,还不尽如此。更重要的还涉及在犯罪认定中到底是客观判断先于主观判断,还是主观判断先于客观判断这一构成要件之间的位阶关系问题。在此,我主要讨论犯罪主体的地位问题。从没有人就没有犯罪的逻辑出发,将犯罪主体放在四要件的第一位似乎是言之成理的。但这里的人能够与犯罪主体等同吗?对于这个问题,我国学者杨兴培教授提出了犯罪的主体资格与犯罪的主体身份的分析框架,指出:

在我们看来,作为犯罪的主体资格,它是行为人能否实施违法行为并决定这一行为能否构成犯罪的前提条件。司法实践对任何一个违法犯罪行为的评价,一开始就应该建立在行为人是否已经具备犯罪的主体资格基础上,首先表明行为人是否达到一定的刑事责任年龄,是否具备一定的刑事责任能力。不具备犯罪的主体资格,一切有关犯罪构成的问题就无从谈起。而作为犯罪的主体身份,则是建立在违法行为是否已经符合犯罪构成的基础上,是行为主体的行为已经构成犯罪后的必然结果。某个行为人已属于犯罪主体,其行为必定已先被认定为构成了犯罪。由此我们现在可以得出十分确切的、也是唯一的结论:刑法中的犯罪主体,无论是犯罪的资格主体,还是犯罪的确定(疑为身份——引者注)主体,都不是,也不可能、不应当是犯罪构成的必要要件。^[22]

将犯罪主体区分为资格主体与身份主体,资格主体在逻辑上先于犯罪,身份主体在逻辑上后于犯罪。因此,犯罪主体不是犯罪构成要件,这就是杨兴培教授的分析思路。这一分

[20] 以上这段话虽然是我执笔的,但其观点出自赵秉志教授。参见赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,高等教育出版社1993年版,第84-85页。

[21] 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》,法律出版社2009年版,第8页。

[22] 杨兴培:《犯罪构成原论》,第73页。

析,相对于将犯罪主体界定为达到法定的刑事责任年龄、具有刑事责任能力、实施了犯罪行为的自然人的观点,^[23]是有一定道理的。即在上述犯罪主体概念中,达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力是资格主体,而实施了犯罪行为则是身份主体。换言之,资格主体存在于实施了犯罪行为之前,身份主体存在于实施犯罪行为之后。而犯罪构成是行为构成犯罪的规格和模型,因此,犯罪主体,无论是资格主体还是身份主体,都不是犯罪构成的要件,它自外于犯罪构成之外。在此,可以展开以下问题的讨论:

实施了犯罪行为是否属于犯罪主体的内容?

犯罪主体这一称谓表明该主体是实施了犯罪行为的人,没有实施犯罪行为怎么可以称为犯罪主体?因此,将实施了犯罪行为纳入犯罪主体的概念是一种不得已的选择。杨兴培教授由此引申出身份主体的概念,意在体现犯罪主体中实施了犯罪行为这一内容。但实施了犯罪行为,表明犯罪主体在时间顺序上是处于犯罪行为成立之后的,并且以已经成立犯罪为前提。在这种情况下,犯罪主体怎么又可能是犯罪客观方面之前的一个要件呢?更为重要的是,实施了犯罪行为是犯罪主体的内容,那么犯罪主体与犯罪客观方面的关系又如何协调?对此,赵秉志教授的解决方案是犯罪主体的特征与犯罪主体的要件相分离,指出:

犯罪主体的概念概括地揭示犯罪主体的本质特征,犯罪主体的要件具体地反映其本质特征。因此,犯罪主体的要件应为犯罪主体的概念所包含,犯罪主体概念是确立犯罪主体要件的基本依据。但是,并非犯罪主体概念包含的所有内容都是犯罪主体的要件,而只有其中的实施犯罪和承担刑事责任者的人身特征才属于犯罪主体要件的范畴;至于与此相关联的实施犯罪行为的内容,则属于犯罪客观要件专题的研究范围。^[24]

以上这种处理方法,当然能够在一定程度上克服犯罪主体概念不得不包含实施了犯罪行为这一内容所带来的尴尬。然而,犯罪主体概念的内容又不在犯罪主体要件中加以体现,这一处理本身又带来逻辑破绽。值得注意的是,在赵秉志教授主编的综合性著作中,对犯罪主体提出了以下鲜为人知的见解:

关于犯罪主体是不是犯罪构成的要件,我们是持肯定态度的,但是严格地说也应改变说法。我们主张以“行为人具备刑事责任能力”代替“犯罪主体”成为犯罪构成的一个要件。为什么不说法犯罪主体是犯罪构成的要件而要说行为人具备刑事责任能力是犯罪的构成要件呢?我们认为,根据通说,所谓犯罪主体是指具备刑事责任能力故意或过失地实施了犯罪行为的人。这个定义等于说犯罪主体就是犯罪人。那么,再说犯罪主体是犯罪构成的要件,等于说犯罪人是犯罪构成的要件,这显然没有什么意义。而说行为人具备刑事责任能力是犯罪构成的要件,才能真正解决主体资格问题。^[25]

以上论述对于犯罪主体理论是具有颠覆性的,它取消了犯罪主体这一称谓,而代之以

[23] 赵秉志:《犯罪主体论》,第10页。

[24] 同上注,第11页。

[25] 赵秉志主编:《刑法争议问题研究》(上卷),河南人民出版社1996年版,第181-182页。由于该书是集体合作作品,但并未标出上述论断所在的第8章第2部分的具体执笔人,所以无从判断上述观点是否是主编的见解,特此说明。

“行为人具备刑事责任能力”的概念。这个概念与传统的犯罪主体概念相比,主要是删除了“实施了犯罪行为”这一内容,而且引入了主体资格,其实也是资格主体这一概念,试图破除犯罪主体带来的逻辑矛盾。当然,这一观点并未推广。例如在赵秉志教授此后主编的刑法教科书中,仍然沿袭具备刑事责任能力、实施危害社会的行为并且依法应当负刑事责任的自然人这一犯罪主体概念。^[26]

在犯罪主体理论中的以上种种困扰,我认为全部出自四要件之间的缺乏逻辑上的位阶性这一缺陷。在四要件的犯罪构成体系中,四个要件是互相依存关系。这里的互相依存,是指四要件中的任何一个要件都以其他要件的存在为前提,即所谓“一有俱有,一无俱无”。以犯罪主体而言,它必然以实施犯罪行为为前提,因为只有在犯罪成立的情况下,才存在犯罪主体。反之亦然。因此,如果在犯罪主体的概念中不包含“实施了犯罪行为”这一内容,犯罪主体的概念就难以成立。但“实施了犯罪行为”又是犯罪客观方面的内容,在犯罪主体中不可能对此进行研究。在这种情况下,才有犯罪主体的概念与要件的分立。而在犯罪主体的要件中将“实施了犯罪行为”的内容予以排除,则犯罪主体只是一种“资格主体”,从而使其“名实不符”。由此可见,在四要件的犯罪构成理论框架内,虽然犯罪主体本身存在各种争议,但这些争议都是由四要件的犯罪构成理论本身的缺陷所造成的。犯罪主体问题的解决,必须突破四要件的犯罪构成体系的局面。

应当指出,我对犯罪主体的体系地位的理解也是存在一个演变过程的。这就是从四要件的犯罪主体否定论逐渐地发展到三阶层的行为主体与责任能力的分别归属论。例如,在《刑法哲学》一书中,我承继了否定犯罪主体是犯罪构成要件的观点,指出:

具有具有刑事责任能力,达到刑事责任年龄的人称为犯罪主体,作为犯罪构成要件是不妥的。犯罪构成是犯罪事实的构成,而犯罪主体不属于犯罪事实的范畴,应作为构成犯罪的前提条件加以研究。^[27]

以上论述基本上是重复了特拉伊宁的观点。但犯罪主体属于构成犯罪的前提条件,它的理论问题如何解决呢?对此,我对四要件的犯罪主体论与三阶层的有责性理论作了对比,指出:

在我国刑法理论中,刑事责任能力问题通常在作为犯罪构成四大要件之一的犯罪主体中加以研究。在这一点上,颇不同于大陆法系国家,例如德日等国通常在有责性这一要件中将刑事责任能力与作为责任形式的犯罪故意和犯罪过失一并加以研究。我认为,后者是有一定道理的。因为刑事责任能力与罪过心理有着密切联系,如果没有以认识能力与意志能力为内容的刑事责任能力,就根本不存在罪过心理。更为重要的是,刑事责任能力本身虽然对于承担刑事责任来说是绝对必要的,但不能认为是犯罪本体的因素。^[28]

[26] 赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第99页。

[27] 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第550-551页。

[28] 同上注,第58页。

在以上论述中,我较为认同德日的三阶层的犯罪论体系在有责性中讨论刑事责任能力这一犯罪主体的主要内容的观点。但在当时,我国尚未形成责任主义的理论框架,而所谓刑事责任理论并无实体内容。在这种情况下,否定犯罪主体的学者往往主张在犯罪主观方面这一要件中讨论刑事责任问题。例如,我国学者在论及犯罪主体与犯罪主观方面的关系时,指出:

只有具有刑事责任能力的人才存在“明知”,才存在“轻信能够避免”。显而易见,罪过的成立,必须以行为人具有刑事责任能力为前提条件,没有犯罪主体条件也就不可能具备犯罪构成主观方面的要件,然而更为重要的是,犯罪构成主观方面一旦成立,犯罪主体必定成立。也就是说,犯罪主体这一要件被犯罪构成主观方面这一要件的内容所包容。如此说来,还有什么必要把犯罪主体作为犯罪构成的一个独立的、与主观方面并列的要件呢?^[29]

以上论述主张把犯罪主体中的核心要素——刑事责任能力纳入犯罪主观方面的要件之中,由此否定犯罪主体的独立要件的地位。这一立论是以四要件之间的依存关系为前提的,因此,如果以犯罪主体是犯罪主观方面的前提为由否定犯罪主体的独立性,确实会引申出最终只归结为一个要件的荒谬结论,对此,赵秉志教授指出:

若以此论推理,犯罪行为是符合主体条件者在犯罪主观心理态度支配下实施的危害客体之行为,则可以说犯罪主体、犯罪主观要件、犯罪客体的内容都包含在犯罪行为之中,那么犯罪构成只要犯罪行为一个要件即可,这样便取消了对犯罪构成有机整体内容的科学分类和分析,也否认了犯罪构成中各个要件客观上具有的相对独立的意义。^[30]

由此可见,在四要件的犯罪构成范围内,将犯罪主体纳入犯罪主观方面的确存在问题,因为犯罪主观方面是以罪过为内容的。而罪过存在广义与狭义之分,广义上的罪过与责任的含义相当,而狭义上的罪过是指故意与过失的概念。我国刑法理论中的罪过,主要是指狭义上的罪过,即行为人犯罪时的心理态度。^[31]因此,只有从德日刑法学中引入责任的概念,或者说将源自苏俄刑法学的刑事责任理论转换为德日刑法中的责任主义理论,刑事责任能力的内容才能有所依托,犯罪主体的概念才会消失。

我国学者冯军教授在其刑事责任的研究中,较早地完成了从苏俄刑法的刑事责任到德日刑法学的责任主义的转变,并在责任理论中对责任能力问题进行了探讨。在责任能力问题上,存在责任前提说与责任要素说之争;前者认为,责任能力与具体犯罪行为无关,是本身能够独立进行判断的人格能力。而后者认为,责任能力是应针对具体行为来考虑的行为的属性,虽然它主要是从生物学的一面给非难可能性奠定基础,但它并非一般性能力,不是与具体行为无关的责任前提,而是针对具体行为的责任要素。对此,冯军教授采取责任要素说,指出:

我认为,责任能力是责任的要素,它总是与具体的行为联系在一起,脱离具

[29] 傅家绪:《犯罪主体不应是犯罪构成的一个要件》。

[30] 参见赵秉志:《犯罪主体论》,第47页。

[31] 参见姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年版,第5页。

体行为的责任能力是不存在的。既然我们要认定的是能否就具体行为谴责行为人,那么,我们就只能追问行为人是否具有能够决定、选择该具体行为的能力。^[32]

由此可见,只有将四要件中的主观要件,即罪过,转换为三阶层的责任要件,作为犯罪主体主要内容的责任能力要素才能从主体中剥离出来,将其作为责任要素纳入责任要件。这样做的结果,是在不法之后考察责任能力,因为责任能力属于责任要素。而不法与责任的分离,并且不法在逻辑位阶上先于责任,这是三阶层的犯罪论体系的基本构造。然而,这一对于责任能力要素的体系性地位的安排,受到来自四要件论者的一个重要责难,就是在处理缺乏犯罪主体的案件中,仍然坚持从不法到责任,表现出某种繁琐。如果把犯罪主体作为一个独立要件,则径直可以否认犯罪的成立。将犯罪主体列为第一要件的学者,认为在犯罪主体并不适格的情况下,犯罪不能成立,因而必须查明其他犯罪构成要件。例如赵秉志教授指出:

根据我国刑法的规定,未满14周岁的人和因精神病而丧失辨认或者控制行为能力的人都属于无刑事责任能力的人,他们不符合犯罪主体的要件,因而这些人无论实施任何在客观上触犯刑法的行为,都是既不构成犯罪,也无刑事责任可言;已满14周岁不满16周岁的人对刑法第14条第2款(指1979年刑法,现行刑法为第17条第2款,——引者注)所列犯罪以外的犯罪来说,也不具有刑事责任能力,因而也是既不构成犯罪又不负刑事责任的。上述情况,都是仅仅根据行为人不具备犯罪主体条件,便可否定其犯罪的成立和刑事责任的存在,而无需再去查明行为人是否具备犯罪构成的其他要件。^[33]

上述观点虽然是与四要件的排列顺序相吻合,并且也符合四要件的“一无俱无”的逻辑关系,但是,那些主张对四要件按照客体、客观方面、主体、主观方面的顺序排列的学者,也赞同上述思维路径。例如我国学者指出:

单独列示主体要件,可以凸显其在犯罪构成体系中的重要地位并专门展示其具体要求;司法定罪中对大多数未达到刑事责任年龄的案件,其实只看这一点(一大要件明显缺损)即可迅速做出出罪判断,而并不一定必须依循由客体、客观方面再到主体的理论逻辑套路。^[34]

以上论述表明,四要件之间是没有位阶关系的,而只存在排列顺序问题。在四要件中,即使是主体排列在客体、客观方面之后,但根据需要,随时可以越过客体、客观方面而对主体加以判断,并根据缺乏主体要件而予以出罪。现在的问题是,所谓犯罪主体真的可以先于犯罪其他要件而存在吗?这个问题如果采用德日刑法学的话语表达,就是,责任可以先于不法而存在吗?回答当然是否定的。

在一个案件中,在没有判断是否存在犯罪的其他构成要件之前,仅仅根据不满14周岁而缺乏主体要件就认定行为人不构成犯罪,则把以下两种情形混为一谈了:一是不仅不满14周岁因而缺乏主体要件,而且根本就没有实施构成要件该当的行为;二是虽然不满14周

[32] 冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第122页。

[33] 赵秉志:《犯罪主体论》,第50页。

[34] 冯亚东等:《中国犯罪构成体系完善研究》,法律出版社2010年版,第209页。

岁因而缺乏主体要件,但实施了构成要件该当的行为。以上两种情形在法律性质上存在重大差别。就第一种情形而言,虽然行为人存在缺乏主体要件与缺乏客观方面要件这两个出罪事由,但就这两个要件而言,对于无罪来说,起决定性作用的到底是缺乏主体要件呢还是缺乏客观方面要件?显然是后者而非前者。因为在缺乏客观方面要件的情况下,根本不需考虑主体即可判断为无罪。这就是,没有不法,谈何责任。就第二种情形而言,虽然实施了构成要件该当的行为,但因缺乏责任能力而无罪,不能由此而否认其不法的存在。因此,第一种情形是既无责任又无不法,而第二种情形是虽有不法但无责任。显然,这两种情形在法律性质上是有所区别的。例如,我国《刑法》第 17 条第 4 款规定:“因不满 16 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。”如果是上述第一种情形,则不适用以上收容教养的规定。如果是上述第二种情形,则应当适用以上收容教养的规定。但如果直接根据不满 14 周岁而判断无罪,根本就不去查明其是否实施了构成要件该当的行为,则必然会给适用《刑法》第 17 条第 4 款带来障碍。

由此可见,四要件由于没有确立犯罪主体与其他犯罪构成要件之间的位阶关系,给刑法适用带来困难。尤其是对无罪的各种情形不加以区分,充分表明四要件的犯罪构成理论所具有的粗疏性。而这个问题,只有将犯罪主体予以分解,将责任能力从犯罪主体中分离出来,将其纳入责任要件才能得到科学的解决。因为行为主体是先于客观行为的,这一点在身份犯中体现得更为明显。例如,不具备国家工作人员的身份,行为人根本就不可能实施受贿行为。但责任能力却是在行为人实施了构成要件该当的行为以后才需要考察的,其目的是在认定存在不法以后,确定身份存在责任。而四要件的犯罪构成理论却把这两者混为一谈了,由此带来逻辑上的混乱。例如,当赵秉志教授提出没有行为人就on能实施危害社会行为的时候,这里的行为人是指行为主体,根本就不能由此得出犯罪主体是犯罪构成的首要要件的结论。因为作为犯罪主体的主要内容,责任能力是可以而且应当在认定行为人已经实施了构成要件该当的行为以后才进行考察的。因此,按照三阶层的犯罪论体系,行为主体属于构成要件要素,并且排列在行为之前,由此体现没有行为就没有行为的逻辑关系。但责任能力则属于责任要素,在逻辑上位于行为之后,其功能在于不法成立以后的责任追究问题。按照不法先于责任的逻辑构造,就可以十分合理地解决行为主体与责任能力的体系性地位问题。

四

如前所述,在特拉伊宁那里,刑事责任能力并不是犯罪主体要素,只有特殊主体才是表明犯罪主体的构成因素。^[35]当然,这一命题本身存在着逻辑上的漏洞。没有一般主体何来特殊主体?因而此后的苏俄刑法学都把一般主体与特殊主体并列,成为犯罪主体的主要内容。在四要件的语境下,特殊主体理论是十分薄弱的。只有赵秉志教授在《犯罪主体论》一书中设专章讨论了犯罪主体的特殊身份与刑事责任问题。分别论述了特殊主体与定罪、量刑之间的关系。值得注意的是,赵秉志教授在此采用的是犯罪主体的特殊身份的概念。当然,两者其实是指同一事物。赵秉志教授在界定犯罪主体的特殊身份这一概念时,指出:

[35] [苏]A. H. 特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,第 159 页。

刑法中形形色色的具体犯罪的犯罪主体,按其要求的要件来区分,不外乎有两类:一类是要求行为人具备任何犯罪主体都必须具备的自然人与责任能力两个共同要件即可的那些犯罪主体,称之为犯罪的一般主体或者一般犯罪主体;另一类犯罪主体不但要求行为人应是有责任能力的自然人,而且行为人还必须具备法定的特殊身份,对这类犯罪主体,我国刑法理论称之为犯罪的特殊主体或者特殊犯罪主体,在中外刑法理论上,也往往称要求特殊主体即犯罪人须具备特殊身份的犯罪为身份犯。^[36]

在以上论述中,赵秉志教授把特殊主体构成的犯罪称为身份犯,这是具有特殊意义的。因为在苏俄刑法学中,并无身份犯的概念,身份犯理论明显来自德日刑法学。事实上,我在1986年就对身份在定罪量刑中的意义作了专门研究,较早在我国刑法学界引入了身份的概念。我将刑法中的身份界定为,法律明文规定的对定罪量刑具有影响的一定的个人要素。尤其是在身份的分类中,我论及定罪身份与量刑身份,指出:

我国刑法中规定的某些犯罪,以犯罪主体或犯罪对象的一定身份作为其犯罪构成的要件。在这种情况下,身份成为行为之可罚性的基础,直接影响犯罪的成立,因此称为定罪身份。我国刑法还规定了以身份作为刑之从重、从轻、减轻,甚至于免除的根据。在这种情况下,身份决定着罪责之大小,直接影响刑罚的裁量,因此称为量刑身份。^[37]

以上关于身份概念以及定罪身份与量刑身份的论述,显然已经超出了苏俄刑法学的理论疆域,而是借鉴了德日刑法学的知识。例如,当时在我国翻译出版的日本刑法教科书中就有关于身份犯的论述:

依据构成要件,行为人也必须具有一定身份作为要件的。从而把这种犯罪称为身份犯。所谓身份,是指特殊的地位或状态,而并非指的男女性别、亲属关系、公务员资格或他人财物占有者等普通人。身份犯如不具有其身份,则不构成犯罪或者构成其他罪。前者叫做真正身份犯,例如受贿罪;后者叫做非真正身份犯,例如业务上侵占罪或杀害尊亲罪。^[38]

应当指出,身份犯以及身份与共犯的关系^[39]成为我国刑法学中一个重要的研究领域,仅出版的专著就有:狄世深的《刑法中的身份犯》(北京大学出版社2005年版);杜国强的《身份犯研究》(武汉大学出版社2005年版);杨辉忠的《身份犯研究》(中国检察出版社2007年版);阎二鹏的《共犯与身份》(中国检察出版社2007年版);以及徐留成的《身份犯比较研究》(人民法院出版社2008年版)。这些著作在很大程度上吸收了德日刑法学的知识,成为我国刑法理论的一个亮点。当然,在对于身份犯的探索中,我国学者主要是把身份犯当作一种犯罪类型加以研究的,例如,我国学者指出:

[36] 赵秉志:《犯罪主体论》,第269-270页。

[37] 陈兴良:《论身份在定罪量刑中的意义》,载《法学研究》1986年第6期。

[38] [日]福田平、大塚仁:《日本刑法总论讲义》,李乔等译,辽宁人民出版社1986年版,第44-45页。

[39] 马克昌教授在1986年发表了《共同犯罪与身份》(载《法学研究》1986年第5期)一文,是对此问题的发轫之作。我在1991年发表了《论身份在共同犯罪中定罪量刑的意义》(载《法学论丛》1991年第4期)一文,也是较早对共犯与身份进行研究的论文。

身份犯是根据法律的规定,以行为者是否具有刑法身份为标准对犯罪进行的一种分类。另一方面,从犯罪构成的角度即从定罪的角度上说明有一部分犯罪,按照法律的规定,其行为者除具备一般主体条件以外,还必须具有一定的刑法身份条件,否则犯罪就不能成立。另一方面,从量刑角度上说明有一部分犯罪,有特定身份者和无特定身份者都能实施,但有特定身份者实施时,要处以不同于无特定身份者之刑罚,或从重或从轻、减轻甚至免除处罚。由此可见,无论身份犯表现为纯正身份犯还是不纯正身份犯,都说明身份犯是一类犯罪,是犯罪的一种模式,而不是指一般违法行为,更不是指实施犯罪者。^[40]

正因为我国学者是从定罪与量刑两个方面展开对身份犯的研究的,因而从一开始身份犯的研究就超越了特殊主体犯罪的范畴:它不是一个犯罪主体问题,而是一个犯罪类型问题。例如,我国学者在论及特殊主体犯罪与身份犯的关系时指出:

我国刑法中的特殊主体犯罪并不就是身份犯,因为,根据我国刑法理论的通说,特殊主体犯罪就是以犯罪主体的特殊身份为构成要件的犯罪。笔者认为,这种观点相当于身份犯中的“纯正身份犯”,特殊主体犯罪中主体的身份是一种构成要件的身份或者叫做定罪身份,至于像我国刑法中的“非法拘禁罪”、“诬告陷害罪”、“非法搜查罪”以及“非法侵入住宅罪”,在我国刑法理论中,并不能成为特殊主体犯罪,但我们不能说这三种犯罪就不是身份犯,因为它们是一种“不纯正身份犯”,也是身份犯的一种类型。因此在“特殊主体犯罪”与“身份犯”的关系上,我们只能说“特殊主体犯罪”仅仅是“身份犯”的一类或者说是一个比较重要的方面。^[41]

因此,特殊主体犯罪的概念只能涵括纯正身份犯,但不能包括不纯正身份犯。像作者以上所论及的罪名,就基本犯而言都是一般犯而非身份犯。但我国刑法明文规定国家机关工作人员犯上述罪的,从重处罚。因此,以上犯罪属于不纯正身份犯。

值得注意的是,我国以四要件为框架的刑法教科书在关于特殊主体的论述中,也吸收了我国刑法学界关于身份犯的研究成果,将犯罪主体改称为犯罪主体的特殊身份。在此名目下对身份犯进行研究。尤其是探讨了犯罪主体的特殊身份对定罪量刑的意义。^[42]显然,这一排列是以身份属于犯罪主体的要素为前提的,是在坚持四要件的前提下,对身份犯理论的吸收。当然,我国也有学者注意到从构成要件上把握身份犯的合理性。例如,有学者指出:

日本及我国台湾地区刑法学者对于身份犯均是从构成要件上进行把握,即在构成要件上,行为主体必须具备一定的资格或条件,始得成立犯罪,这类犯罪称之为身份犯。按照这种理解,身份犯是与一般犯相对应的,即在构成要件中对行为主体进行了限制的犯罪类型,因此,依传统见解之立场而论,身份犯之身份,不论是纯正身份犯还是不纯正身份犯,其在刑法体系中的地位都属于客观构成要件中的主体要素。^[43]

[40] 徐留成:《身份犯比较研究》,人民法院出版社2008年版,第10页。

[41] 杨辉忠:《身份犯研究》,中国检察出版社2007年版,第96页。

[42] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第99页以下。

[43] 阎二鹏:《共犯与身份》,中国检察出版社2007年版,第53页。

上述论述虽然是介绍日本及台湾地区刑法关于身份犯的理论,但作者主张对于身份犯应从构成要件上把握这一观点是具有见地的。作者提出的行为主体概念,与犯罪主体已经不同,犯罪主体是以行为人构成犯罪为前提的,具有对于犯罪的依赖性。而行为主体是指实施构成要件行为的资格条件,它并不以构成犯罪为前提。从犯罪主体到行为主体,对于身份犯之身份的这一认识转变,表明犯罪主体概念的逐渐消解。当然,真正实现从犯罪主体向行为主体的转变,必须以三阶层的犯罪论体系取代四要件的犯罪构成理论为前提。

在三阶层的犯罪论体系中,主体或者行为主体是构成要件要素。例如,日本学者指出:

所谓行为主体,是指实施成为构成要件内容的行为的人即行为人。刑罚法规中规定的“实施……的人”,这里的人就是指行为的主体,通常是指自然人。虽然只要是自然人就没有其他限制,但是,构成要件上也有例外的情况,这就是以一定身份为必要的犯罪。另外,对于处罚法人自身的刑罚法规而言,法人也能成为行为主体。^[44]

在以上论述中所说的例外的情况,就是指身份犯。因此,三阶层的犯罪论体系中的行为主体,与四要件的犯罪构成理论中所说的犯罪主体是完全不同的。在行为主体中已经把刑事责任能力剔除,将其纳入责任要件。因而在行为主体中的行为人或者法人,只是实施构成要件行为的一种资格。在行为主体中,重点讨论的是身份犯,因为一般犯没有专门加以讨论的必要。

从犯罪主体向行为主体的转变,是四要件的犯罪构成理论向三阶层的犯罪论体系演变的重要标志。例如,张明楷教授在其《刑法学》第二版中,虽然取消了犯罪客体要件,但仍然保留了犯罪主体要件,分别讨论犯罪主体的一般要件与特殊要件。^[45]但在《刑法学》第三版中,张明楷教授废弃了犯罪主体要件,在其客观(违法)构成要件与主观(责任)构成要件的二分体系中,将行为主体作为违法要素纳入客观构成要件,而将刑事责任能力作为责任要素纳入主观构成要件。在论及行为主体时,张明楷教授指出:

行为主体,是刑法规定的实施犯罪行为的主体,首先是自然人。作为客观构成要件要素的行为主体,只要求是自然人,而不要求其他内容。法是人类共同体的规范,只有人的行为存在违法与否的问题。作为违法类型的客观构成要件,当然包括自然人这一主体要素。另一方面,根据客观的违法性论,只要自然人的行为符合客观构成要件,即使其没有达到法定年龄,不具有责任能力,也不影响对其行为的违法性的评价。所以,法定年龄、责任能力不是客观构成要件要素,而是主体的构成要件要素。^[46]

以上论述中称法定年龄、责任能力是“主体的构成要件要素”也许是“主观的构成要件要素”的笔误。尽管张明楷教授没有直接采用三阶层而是将犯罪成立条件分为二个要件,但由于采用了不法与有责相区分的犯罪构成的框架与结构,对犯罪主体的分解与三阶层的犯罪论体系的处理是完全相同的。

[44] [日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第二版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第107页。

[45] 张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第185页。

[46] 张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第127页。

我在《规范刑法学》第一版中,采用了罪体—罪责—罪量的犯罪构成体系,同样取消了犯罪主体这一要件,将责任能力作为罪责要素加以讨论。但在罪体中并未论及主体,这显然是存在缺陷的。^[47] 在《规范刑法学》第二版,我将主体作为罪体构成要素,指出:

主体是指实施一定的构成要件行为的人,即行为人。因此,作为罪责要素的主体是行为主体分为以下两种类型:

1. 一般主体

一般主体是指刑法对行为主体没有身份上特殊要求的主体。因此,所有的自然人都可以成为一般主体。一般主体是由刑法总则规定的,因此,凡是刑法分则条文对主体未作特殊规定的,均为一般主体。

2. 特殊主体

特殊主体是指刑法对行为主体有身份上特殊要求的主体,没有某种特殊身份不能成为某一犯罪的主体。这种身份既包括自然身份,例如性别等;也包括法定身份,例如国家工作人员等。特殊主体是由刑法分则规定的,因此,应当依照刑法分则条文予以认定。^[48]

在以上论述中,我虽然仍然采用一般主体与特殊主体这样的表述,但这里的主体已经不是犯罪主体而是行为主体。在这种情况下,身份犯中的身份才能获得在犯罪论体系中的科学定位。当然,在以上的叙述中,我所说的一般主体是由刑法总则规定的,这一提法尚值得推敲。刑事责任年龄和刑事责任能力等内容确实是由刑法总则规定的,但根据三阶层的犯罪论体系,它是责任要素。只有在四要件的犯罪构成理论中,这些规定才是犯罪一般主体的内容。由此可见,行为人作为一般主体,并非是刑法总则规定的,而是从逻辑上推导出来的。只有这样,才能彻底区分三阶层的行为主体和四要件的犯罪主体,从而真正完成从犯罪主体到行为主体的转换。

[Abstract] Subject of crime is an element of the theory of quadripartite constitutive elements of a crime, and it is also one of the most controversial elements. From the perspective of intellectual history, the author examines the process of formation of subject of crime as a constitutive element of a crime. In particular, the author comments on various theoretical discussions about subject of crime. The author argues that contradictions embodied in subject of crime itself represent exactly the intrinsic contradictions of the theory of quadripartite constitutive elements of a crime. With the introduction of tripartite system of crime into China, subject of crime will be replaced by subject of conduct and capacity for criminal responsibility. The latter will be studied in *tatbestand* and *schuld* respectively. Consequently, the concept of subject of crime will no longer exist and this is nothing but a process of fading-away of subject of crime.

(责任编辑:王雪梅)

[47] 参见陈兴良:《规范刑法学》,中国人民政法大学出版社2003年版。

[48] 陈兴良:《规范刑法学》(第二版),中国人民大学出版社2008年版,第117页。