

论我国刑法的一个体系性困境

——以中德刑法比较为视角

熊 琦

[摘 要] 在其他构成要件满足的情况下,结果犯是“以一定的犯罪结果作为构成要件的犯罪”,是典型的犯罪完成形态;与之对应,行为犯是“只要实施刑法分则规定的某种危害行为就构成既遂的犯罪”,不以发生一定的犯罪结果为成立要件;行为犯与结果犯的区别在于结果犯以发生法定的危害结果而构成“既遂”,行为犯则不要求这一点。

[关键词] 结果犯;罪量因素;犯罪未遂;客观处罚条件

[中图分类号] [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)04-0546-06

大陆法系的刑法理论一向主张,根据犯罪的构成要件中是否包含可与行为相分离的犯罪结果这一标准,可将犯罪划分为(纯)行为犯与结果犯,如果构成要件中包含这种犯罪结果即为结果犯,否则是行为犯。具体而言,结果犯的所谓“结果”,主要是指表现在行为客体的客观变化中的法益损害,而这种外部损害结果必须包含在构成要件之中,它与犯罪行为的关系是“可归责”的因果关系,这是结果犯成立的基本前提条件;在实践中,结果的具体表现主要是有形的、物质性的“行为客体的变化”,如杀人罪中被害人的死亡,盗窃罪中的财产关系的变更等等。而(纯)行为犯中,行为的完成本身即意味着构成要件的该当性成立,行为客体变化的发生不是行为犯成立的要件,而是量刑时应该考虑的问题。也就是说,结果犯是行为对行为客体造成一定的客观外部损害的过程,而行为犯的单纯行为自身就意味着行为客体受到了触动,至于客体是否遭到与行为相分离的外部的、真实的、客观的、独立的损害,构成要件并不做规定。

我国刑法界基本上也继受了这一分类,认为结果犯是“以一定的犯罪结果作为构成要件的犯罪”,是典型的犯罪完成形态;与之对应,行为犯是“只要实施刑法分则规定的某种危害行为就构成既遂的犯罪”,不以发生一定的犯罪结果为成立要件;行为犯与结果犯的区别在于结果犯以发生法定的危害结果而构成“既遂”,行为犯则不要求这一点。可见,不管是欧陆日本的学者,还是我国学者,均认可结果犯之所以区别于行为犯,关键在于“构成要件”包括了犯罪结果。因此,合乎逻辑的推理是,对于结果犯而言,缺少犯罪结果即导致“构成要件的欠缺”。而针对这一看似清楚明白的推理结果,在我国刑法界却有着不少争议与混乱。

一、问题的三个层次矛盾剖析

德国的通说认为,未遂的犯罪构成是通过完整的构成要件做减法得到的不兼备犯罪构成,必须满足三个条件:第一是要具备全部的主观构成要件,主要是指向“所有”客观构成要件的主观故意;第二是直接着手实现构成要件;第三是不得实现既遂。这里涉及既遂标准的问题,德国一般以未能“完整”地实现全部

构成要件为标准,而排斥行为人主观是否认为自己目标已实现的标准。我国关于犯罪未遂的通说与之大同小异,也以“构成要件是否齐备”为判断得逞与否的界限,认为犯罪未遂满足“修正的构成要件”。简而论之,未遂犯的所谓“修正的构成要件”是减法运算,其被减数是完整构成要件,而减数必须是客观构成要件,结果犯中的犯罪结果恰恰符合这个条件。例如,我国刑法第232条规定的故意杀人罪是结果犯,以被害人死亡这一犯罪结果为该罪客观构成要件的一部分,如果犯罪人因为意志以外的原因未将被害人杀死,则构成该罪的未遂形态。再如,刑法第264条规定的盗窃罪也是结果犯,以公私财物的被窃取为犯罪结果,如果犯罪人因为偷窃技术不够而未达成这一目的,应视为盗窃罪未遂。所以,犯罪结果未实现,否认的是该罪的“既遂”,而不是该罪的“成立”。那种认为仅仅由于未实现犯罪结果,而否认该罪成立的说法,显然是荒谬的。必须明确一点,即在大陆法国家及我国的刑法体系里,刑法分则的构成要件均是以单人故意既遂犯为基本模式的。因此,这一命题之合乎逻辑的推论必然排斥两个极端:一方面既不能认为构成要件全部满足仍可能构成未遂犯;另一方面又不能认为(犯罪结果这种)部分构成要件的缺失导致该罪不能成立。

实践中,对于结果犯的未遂问题,有人认为结果犯因为无结果而导致罪名不成立,因此结果犯“不可能有未遂状态”。盗窃罪属于结果犯,因此不存在未遂形态。这种观点的不合理是显而易见的。从世界范围来看,处罚未遂犯的立法根据均不可能将结果犯排除在外。在我国,通说则是主客观统一的修正构成要件满足说。二者都认为盗窃罪在没有盗得财物的情况下固然欠缺犯罪结果,而仍应处罚。如果否认这一点,当盗窃者针对大额财产实施犯罪行为,仅仅因为偶然的客观原因未能得逞,而被认定无罪而不是未遂,不但与立法本意不合,也与普通民众的法情感相悖。

结果犯作为一个犯罪分类,被认为具有所谓“不存在未遂”的特征,结果犯以达成某一犯罪结果为“犯罪成立”要件,犯罪结果似乎具有判断罪与非罪的意义。但持这一观点的学者往往不能自圆其说,如有学者既认为结果犯没有未遂形态,又认为盗窃罪存在既遂、未遂的区别^[1](第441页),而盗窃罪又是众所周知的结果犯,依照该说法似乎应该“不存在未遂”。可见从总的方面来看,这一派的观点也存在相当程度的混乱,仍经不起推敲。

如果我们把主张“盗窃罪是结果犯而结果犯无未遂形态”的观点与认为结果犯有未遂形态的观点之间的差异标记为第一层次的矛盾,那么类似“既认为结果犯没有未遂形态,又认为盗窃罪存在既遂、未遂的区别”的观点,则是第二层次的矛盾。该观点一方面认为,类似于我国刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪的那部分结果犯“没有未遂形态”;一方面又认为某些其它的结果犯有未遂形态,如盗窃罪。当我们考察刑法分则的时候,还会发现,相当一部分学者关于带“罪量因素”的罪(如破坏社会主义市场经济秩序罪)的观点都或多或少地与认为结果犯之未遂形态学说存在一定的不兼容性。这里我们不妨称之为第三层次的矛盾。

二、若干体系外的解决努力及其缺陷的分析

(一)犯罪构成非既遂模式说

该说认为构成要件有“犯罪既遂条件”与“犯罪成立条件”之分,并提倡将既遂条件剥离出刑法分则条文,如在刑法232条“故意杀人”的规定中不应掺入“致人死亡”的因素,在刑法236条“强奸妇女”的规定中不应掺入“性器官插入”等等,从而犯罪未遂的成立意味着刑法分则规定的构成要件的“符合”。这样,犯罪构成原则上以通行理论中的“未遂”形态为出发点,而根据其社会危害性进一步考察其应受处罚性,具体又分三种情况:性质严重则以未遂论处;性质一般则只有情节严重才以未遂论处;性质轻微不以未遂论处。

该说的优点在于:当构成要件的典型形态被降格为未遂时,的确能规避前文所说的矛盾现象。因为此时的构成要件均不含犯罪结果,无论是故意杀人罪、强奸罪也好,还是生产、销售假冒伪劣产品也好,在这些罪的犯罪结果缺失的情况下,均“一视同仁地”不受影响,直接用不含犯罪结果的构成要件去依照

“社会危害性”来判别其(未遂)犯罪的成立与否。在这里,故意杀人罪和生产、销售假冒伪劣产品罪的对待方式是一致的,决定其最后差别的因素不在于刑法对其危害结果的缺失分别有不同的对待,而在于这两类罪本身“社会危害性”的不同。

再次,从刑法分则条文的行文来说,该说也存在问题。该说主张将所谓“既遂条件”排除出犯罪构成要件之外,然而这对于刑法分则中的多数条款,在语法上将难以做到。根据现代语法学转换生成学派的研究,词项的意义可进行语义成分分析,分析的结果称为“语义标识”,一个词的完整精确意义即可由单独表示词项某种性质或表示相互之间关系的若干语义标识通过不同的排列组合进行运算而得到^[2](第 283 页)。分析我国刑法 232 条规定的“故意杀人罪”之条文,可知“杀”这个词项包含有[致使]、[死亡]两个语义标识,故“杀”一词的意义可表示为“x[致使]y[死亡]”这一公式。简而言之,我国刑法 232 条的规定,从语法上来分析,自身即包含“死亡”这一犯罪结果在内。只要人们解释分则时尚遵循基本的语法规则,就无论如何也无法像张先生说的那样可以将“致人死亡”的因素剔除出去!

最后,从宏观上说,未遂犯的处罚实际上是跟“规范违反说”紧密联系在一起的。固然有论者认为未遂犯的处罚依据(仅)在于法益的受威胁,但这对于抽象的危险犯及不能犯未遂的处罚,即使不说解释不通,至少也是解释起来颇为牵强的。如果将犯罪构成的典型形态降格为未遂,则明显抬高了规范违反说的地位,破坏了现在大陆法国家所主张的规范违反说与法益侵害说之间的平衡状态(关于犯罪的本质,德国的通说是法益侵害与规范违反的折衷说,不是单纯法益侵害说),似与张先生一贯主张的法益侵害说也有所背离。

(二)定量因素说与罪量要素说

目前,已有学者从这个角度进行研究,定量因素说^[3](第 33 页)是其中的代表之一,该说认为犯罪概念的定量因素是我国刑法的创新,刑法总则第 13 条但书的规定将定量因素引入分则中,因此定量因素对行为所包含的数量进行评价,达不到一定数量则不构成犯罪。

该说的优点在于:将定量因素作为我国独特的法律概念进行理解,直接赋予其特殊的性质(即对行为进行量的评价,而直接与犯罪成立与否相挂钩),从而与其他作为犯罪结果的构成要件区分开来,这不但比较符合司法实际情况,也事实上规避了上文所涉及的矛盾现象。该说还为定量因素概念的存在找了法律和学理上的依据,即我国刑法总则第 13 条的但书规定(但不具有完全的解释力)。从刑事政策学和司法实践的角度来看,定量因素说又的确有

该说值得商榷之处在于,定量因素和构成要件的关系如何,并未得到清楚界定。一般认为,犯罪的构成要件是犯罪构成所包含的构成成分,是组成犯罪构成的各个要素;而危害行为、结果、犯罪时间、地点、方法、犯罪的“特定前提”等均属于犯罪的客观方面,因而是构成要件的一部分。依储、汪两先生文中的观点,定量因素是某类犯罪成立的特定前提,则显然应属于构成要件。如果承认定量因素是构成要件,则又面临着老问题:为何在其他构成要件满足的情况下,仅欠缺此类构成要件即可否定整个犯罪成立?换言之,定量因素作为构成要件,具备此独特性于法理上有何根据,同是构成要件的犯罪结果为何就不具备这种特性?或又换言之,在司法实践中,对刑法分则的此类含有定量因素的条款,通说何以能作如果缺失定量条款即导致该罪不成立的解释?对此,储、汪文未给予直接回答,但通观全文,似可认为我国刑法第 13 条的但书是其根源所在。但笔者认为,这一思路仍不能圆满解决上述疑点。因为我国刑法第 13 条的但书是我国犯罪定义“形式与实质相结合”的表现,针对所有分则条文皆具有总括意义,绝非仅仅和那些含有定量因素的分则条款相对应。也就是说,13 条的但书对所有的分则条款一视同仁,虽然有的条款并无定量因素,也并不被但书排斥在外,怎可认为 13 条但书就是定量因素的渊源呢?如此,则区分对待定量因素和其他构成要件的理论依据仍不充分。总之,不解决这一问题,只能使定量因素说丧失其理论自足性,而使这一概念沦为解释某种特定的不容易厘清的刑法现象的工具,也即为这个待研究的现象取一个简洁的名字而已。与此类似,有学者在提出“客观的超过要素”说^[4](第 22 页)的过程中,也认为定量因素属于构成要件而不是客观处罚条件。只是有的定量要素不是故意和过失的认知

内容,因此构成一类特别的构成要件,即“客观超过要素”。该观点虽然明确提出一部分危害结果应归入这类构成要件,但也有两个问题没有清晰地解决:同样是危害结果,即同样属于构成要件,为何在有的罪中起的作用与其他罪不同?这种不同的法理学依据何在?有学者总结了四条区分客观超过要素与其他危害结果的方法,但多数是用“可能是”客观超过要素”这样模棱两可的语句阐述的,指导司法实践时无法令人完全放心。

从不同的视角,有学者提出了“罪量要素”^[5](第276页)概念,并认为罪量要素也属于构成要件而不是客观处罚条件,但认为罪量并不属于传统意义上的构成要件之客观方面,也不是犯罪结果,而是独立的一类综合性构成要件;不但如此,罪量还和罪体、罪责并列,三者形成一套犯罪构成体系。该说确实在很大程度上可以解释矛盾现象,因为如果罪量要素不被看作是犯罪结果,而是独立的构成要件,自然很大程度上避免了前文所述的矛盾。至于法律为何区分对待犯罪结果与罪量,则基本上可以从刑法总则第13条去找依据(虽然此时要彻底把问题解释通顺,还必须修改关于未遂犯理论的通说,相关分析见前文)。

但该说尚有若干值得商榷之处。首先,该说认为:“数额是我国刑法规定的最为常见的罪量要素”^[5](第277页)。”但并没有说明,是否刑法中出现的所有的数额均是罪量要素。例如盗窃罪中的“数额较大”,依推理显然应属于罪量要素,但如果某行为人因意外未盗得财物,此时数额为零,是不是一定会被宣判无罪呢?实践中给出的回答是否定的,这里的罪量要素的缺失何以又没有否定犯罪的功能了呢?如果一定要说罪量要素是个兼具主客观因素的概念,该犯主观有盗窃“数额较大”财物的故意,即可认定此时罪量要素的成立,固然可以回答这个质疑,但对罪量要素的解释不是有点太过于臆想随意了吗?该例能否推广到所有牵涉到“数额”的场合?换句话说,凡是遇到数额的字样,我们能否都依据行为人的“主观”来认定是否成立罪量要素?如果是,那么罪量要素明明“仅”是个主观要素,怎可说是主客观的综合体?如果不是,遇到哪些条文的“数额”要以客观为准,哪些条文的“数额”以主观为准?这样分类的依据何在?何况对于主观因素的认定,实践中历来是操作不便的。

笔者主张将罪量划出犯罪构成的“本体要件”,因为罪量的性质、概念等诸方面明显与其他构成要件不同。在这种情况下,犯罪构成是行为的质的构成,而不涉及行为的量,顺着这种思路出发,罪量其实本应独立于构成要件的。

三、客观处罚条件纳入我国刑法体系的思考

在德国,一般认为所谓客观处罚条件,指的是某些不属于犯罪构成要件的犯罪行为特征,其成立是犯罪可罚的前提条件;客观处罚条件通常因刑事政策学上的考量而从不法、有责体系中分离出来。客观处罚条件的最大特征在于它地位的特殊,它独立于构成要件之外,因此不是故意的认知内容,也不一定非要以过失而引起。由此产生两个推论:在其他条件满足的情况下,只要客观处罚条件成立,无论行为人对此有否故意或过失,均成立犯罪;如果客观处罚条件不成立,也就是说,客观处罚条件中的特定结果并未出现,犯罪即不可罚(因此必须作无罪判决,其实际效果与我国犯罪不成立是一致的),行为人即使主观上追求了这一结果,也不会因为“未遂”而受处罚。在这种情况下,德国刑法体系维系了未遂犯与结果犯理论的兼容,前文提出的矛盾因此而得到回避。既然某个特定结果(或罪量)被排除在构成要件之外,它的缺失当然和构成要件不兼备是两个概念,而后者才是犯罪未遂所需要考虑的内容。所以,“在其他构成要件均齐备的情况下缺少作为构成要件的犯罪结果将会导致犯罪未遂”这一命题在德国刑法体系内是贯穿始终的。

客观处罚条件的设立目标从根本上说是刑罚经济性的要求在刑事立法上的体现。简单而论,某罪因客观处罚条件的成立而成立,看起来好像是客观处罚条件这一纯客观的判别标准在起作用,其实根本原因在于该行为是违法有责的。套用一句马克思主义哲学原理解释:违法——有责性是内因,是根本;客观处罚条件是外因,是条件。二者好比鸡蛋的孵化中鸡蛋作为可能孵化物的内在生物学性质(内因)与气温(外因)的关系。在德国,把这种满足内因的情况称之为具有“应受刑事惩罚性”;而将这种同

时满足内、外因的情况称为具有“需受刑事处罚性”。正因为如此,德国刑法典中的客观处罚条件都是消极性的:它只能充当犯罪成立的必要非充分条件——没有它,可以否定犯罪,有了它,尚不能确定犯罪,真正的标准还是三段体。这样,德国刑法中犯罪成立的判断过程就显得有层次,轻重缓急之分判然。

我国学者往往对客观处罚条件有所误解,认为它解决的仅仅是犯罪行为是否应“加以刑事处罚”的问题,其实德国刑法对客观处罚条件的态度很鲜明:缺乏客观处罚条件,行为即“不可罚”。但这句话的意思和“行为人必须被宣判无罪”完全相同,这和我国的作出有罪宣判但免于刑事处罚是两个完全不同的概念,这一点如果不清楚,会导致对“客观处罚条件”概念的极大误解。德国在使用构成要件该当性、违法性、有责性模式判断犯罪性质的时候,均是以求得犯罪是否“可罚”为最终模式的,超然于“可罚”之上的有罪宣告,在德国是没有的。简而言之,如果一个行为是犯罪,那它就是可罚的;如果是可罚的,那它就是犯罪。德国也有作出有罪判决但免于刑罚的例子(如不能犯未遂的情况),但有罪判决的前提即是犯罪成立、该行为“可罚”。前文提过,德国有“应受刑事处罚性”和“需受刑事处罚性”这两个不同的,在一定程度上对立的观念,但此二者都是前实定法意义上使用的概念,和具体判断行为是否构成犯罪是不能等量齐观的;此二者绝不能和我国刑法的犯罪成立与犯罪实际受到刑事处罚的对立同日而语,与日本学者所说的“犯罪成立”与“刑罚权发动”的对立也并不完全一致。

客观处罚条件诚然是一个来自大陆法系的舶来品,不能直接照搬到我国刑法中去,但未尝不可考虑变通吸收该学说的方法,以达洋为中用之效。

首先,如果我们坚持引入日本的客观处罚条件论,认为客观处罚条件不影响犯罪成立,只牵涉是否处刑的问题,则只能将现行的刑法典加以变通,修改大量的规范,以使欠缺客观处罚条件的行为“犯罪化”,但免于刑罚。然而,刑法定量一直是我国刑法一个区别于其他国家刑法的标志,也是很多法学家、法律学习工作者引以为豪的因素^[6](第 26 页),在群众中也有一定的稳固基础,试图修改这一因素有可能会使刑法打击面的显著扩大,不但之于一般群众很难接受,对于司法机构而言,也将会引发很大困难。如果在理论上作一番探讨,笔者认为在刑法典层面应该着手的变通有以下几个方面:第一,删除刑法总则第 13 条的但书。这一条款本就因为容易引发各种混乱与矛盾(如确立了刑事违法性与社会危害性两个定罪标准),而遭到一些学者在现有体制内的抨击,在引进了客观处罚条件论之后,符合构成要件但“社会危害性不大”的行为均已构成(不加以刑罚的)犯罪,该条自然不需再加以保留。第二,完善分则条款,可以将客观处罚条件以但书、最后一款等方式独立列出,与构成要件相区别。第三,可以仿照德国的立法例,增加依据请求才予以追诉的刑事诉讼规则,这样一方面扩大了刑法的法网,一方面通过其他手段适当回收。第四,将现在含有罪量因素的某些罪彻底排除出客观处罚条件。例如盗窃罪、抢夺罪、诈骗罪这类社会危害性较明显且定量因素并不占绝对地位的罪,不需设客观处罚条件,而代之以侵犯较小金额财产时告诉才处理的诉讼规范。

其次,如果引入德国模式的客观处罚条件,则意味着这种客观处罚条件具备直接否定犯罪成立的功能。这与我国目前的司法实践相吻合,群众也乐意接受,但与我国刑法理论差异较大。我国刑法理论认为犯罪构成是犯罪成立的唯一依据,行为符合犯罪构成即表明犯罪成立,除此以外别无另外的标准。而客观处罚条件显然在这种情况下充当了越俎代庖的“非构成要件”标准,无法立足于我国刑法理论。但幸而我国刑法理论也并非铁板一块,“犯罪构成是犯罪成立的唯一依据”这一公式常常遇到来自刑法体系内部的挑战,这就给客观处罚条件带来了机遇。这种挑战首先即来自于刑法第 13 条的但书,因为但书的存在,导致了这样一种可能性:某些行为满足了构成要件,却因欠缺“社会危害性”而应宣布无罪。如安乐死案件。我国刑法中的排除犯罪性事由,也可看作是类似的矛盾。一般均认为排除犯罪性的事由是外表上似乎符合某种犯罪构成,但实际上不具备构成要件,也不具备社会危害性的行为。然而几乎所有的学者都对为何一个外观上符合犯罪构成的行为实质上不具备犯罪构成,因而不是犯罪的问题语焉不详。我国刑法中排除犯罪性事由的理论自足性并不比刑法 13 条但书所带来的矛盾强多少。

因此,既然我国刑法理论中,犯罪构成并不能涵盖所有的客观情况,至少存在上述两类特例,那么为

何不能将客观处罚条件理解为第三类特例呢?如果引进德国式的客观处罚条件,我们完全可以试着将其理解为类似于排除犯罪性事由之物:当某一行为不具备客观处罚条件是,我们就认定它“外观上具备犯罪构成”,而因为客观原因而“不具备社会危害性”,自然也就不是犯罪。因此,要引进德国模式的客观处罚条件,对我国刑法而言也并非难于登天,只需要将其地位等同于“排除犯罪性事由”即可,这也是某种程度的变通。另外,此时显然不宜再称作客观“处罚”条件,不妨改称“独立犯罪否定条件”为妥。

[参 考 文 献]

- [1] 李晓明:《刑法学》,北京:法律出版社2001年版。
- [2] 冯志伟:《现代语言学流派》,西安:陕西人民出版社,1999。
- [3] 储槐植,汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》2000年第2期。
- [4] 张明楷:《“客观的超过要素”概念之提倡》,载《法学研究》1999年第3期。
- [5] 陈兴良:《作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨》,载《环球法律评论》2003年第12期。
- [6] 储怀植:《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》1988年第2期。

(责任编辑 车 英)

On Systemic Problem of the Criminal Law in China

Xiong Qi

(Law Department, Freiburg University, Freiburg 79085, Germany)

Abstract: Under the component conditions are met, will the absence of the criminal results conduces into the non-established or abortive criminals? Why does the criminal law in our country have the radically different treatment to the criminal factor and results which form the required conditions? There are three layers conflicts in the study of the criminal law in our country and have the nature of the systemic inherence. Within the visual field of the Sino-German comparative study, this paper will intentionally clarify some of the misunderstandings of the objective punishment conditions, and advocate the reflexive adaptation of this concept as our consideration and usage.

Key words: resultant criminal; criminal factor; abortive criminal; objective punishment conditions.