

四要件：没有构成要件的犯罪构成

陈兴良

摘 要 构成要件是三阶层的犯罪论体系的基础，具有其独特的含义与机能。而在四要件的犯罪构成体系中，构成要件被改造成为犯罪构成，成为犯罪成立条件的总和，丧失了构成要件的机能。因此，本文认为四要件是没有构成要件的犯罪构成，应当废弃犯罪构成的概念，重新恢复构成要件的概念，以此建立阶层式的犯罪论体系。

关键词 构成要件 犯罪构成

作者陈兴良，北京大学法学院教授。

构成要件（Tatbestand）是整个犯罪论体系的基石范畴与核心意念。尽管从古典派的犯罪论体系到新古典派的犯罪论体系，以及后来的目的主义的犯罪论体系与目的理性的犯罪论体系，构成要件的内涵与外延都发生了重大的嬗变。然而，构成要件的基本功能并没有废弃，它仍然是三阶层的犯罪论体系的基础。苏俄刑法学从一开始就把构成要件转换为犯罪构成，而犯罪构成是犯罪成立条件的总和，因而四要件并不是建立在构成要件基础之上的，我称之为没有构成要件的犯罪构成。本文拟从构成要件的理论出发，对四要件的犯罪构成体系进行批判性考察。

—

构成要件一词是费尔巴哈首先引入实体刑法的，因而从刑法学的立场出发，一般都把构成要件理论的源头追溯到费尔巴哈。那么，费尔巴哈是在什么含义上使用构成要件一词的呢？对此，俄国学者指出：

费尔巴哈只把犯罪行为的客观要件归入 Tatbestand 中，而把主观属性（罪过）排除在犯罪构成要件之外，将它们看作是犯罪人负刑事责任和具备可罚性的第二个（除 Tatbestand 之外）独立的条件。^①

由此可见，在费尔巴哈那里，构成要件是指客观的构成要件，并不包含行为人的主观要件。构成要件的概念在十月革命前就已经传入俄国，但沙俄刑法学接受费尔巴哈的构成要件概念以后，对其加以广义的理解，从而形成主客观相统一的构成要件的概念。俄国学者在回顾这段历史时指出：

^① 参见何秉松、〔俄罗斯〕科米萨罗夫、〔俄罗斯〕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 4 页。

19世纪中叶,俄国的刑法学家接受并将 Tatbestand 引入到了学术用语中,这个词译成俄语后就是犯罪构成。这样,这一问题(以及其他问题)就“迁移”到了俄国的刑法理论中。Tatbestand 在学说中被广义地解释为一定数量的必要的客观要件与主观要件,不能增加,亦不能减少。^②

对于十月革命前沙俄时期对构成要件的研究状况,特拉伊宁明确指出:

革命前俄国的著作,对犯罪构成问题也很少关注。在俄国革命前的刑法著作中,没有关于犯罪构成的专门书籍或专题研究。^③

与此同时,特拉伊宁又指出:

前面已经指出,俄国革命前的刑法著作,对于犯罪构成的一般学说没有予以很大的注意。但是,不能不指出,在俄国的著作中,却把犯罪构成作为主、客观因素的总和,作了比较深刻的论述。^④

特拉伊宁对十月革命前沙俄学者对于犯罪构成研究状况所作的评价似乎是自相矛盾的:一方面说“很少注意”,另一方面又说“作了比较深刻的论述”。如果我们把“很少注意”的犯罪构成看作是犯罪构成的一般条件,而把“作了比较深刻的论述”的犯罪构成视为是犯罪成立的具体条件,则以上困惑可以迎刃而解。在沙俄时期没有形成犯罪构成的一般学说,未能将犯罪构成当作一个专属概念进行体系性的建构。但沙俄学者对犯罪成立的实体条件作了较为深刻的论述,并且这些犯罪成立条件是包含了主客观条件的,只不过没有纳入犯罪构成的体系中加以研究。例如,特拉伊宁在论及沙俄学者 H.C. 塔甘采夫没有研究犯罪构成的一般学说时,引用了塔甘采夫的以下论述:

同任何法律关系一样,犯罪行为的重要要件可以归结为三大类:(1)行为人——实施犯罪行为的人;(2)犯罪人的行为所指向的东西——侵害的客体或对象;(3)应当从形式上和实质上受到审理的犯罪的侵害行为本身。^⑤

在此,塔甘采夫勾划了主体——客体——行为这样一个结构,而这一结构正是从法律关系的思维方法中引申出来的,即法律关系的主体、法律关系的客体和法律关系的事实本身。我国学者曾经引述塔甘采夫的以下论述:

作为对实际存在的法律规范的侵害、对法律所保护的生命利益的侵害,犯罪是产生于侵害者与侵害对象之间的某种重要的关系,它本身包含独有的特征或要件,并以此为根据构成一般类型的法律关系,并且该类法律关系中犯罪作为刑事的可罚的不法而占有一席之地。这些说明犯罪行为要件的总和在刑法科学中,特别是在德国学者的著作中被称为犯罪构成。^⑥

在此,塔甘采夫明确地把侵害者(主体)、侵害对象(客体)与侵害行为并列,而犯罪构成只不过是说明犯罪行为要件总和。由此可见,这里的犯罪构成虽然已经包含了客观要素与主观要素,但仍然不是犯罪成立条件的总和,因为犯罪主体与犯罪客体尚在所谓的犯罪构成之外。当然,在包含了主观要素的情况下,塔甘采夫所说的犯罪构成与古典派犯罪论体系所主张的客观的构成要件已经存在

② 同注①,第5—6页。

③ 参见[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5页。

④ 同注③,第17页。

⑤ 同注③,第5页注②。

⑥ 同注①,第281页。

明显区别。

将犯罪构成改造成为犯罪成立条件的总和，这是苏俄学者完成的，其中特拉伊宁功不可没。特拉伊宁把对于犯罪成立具有决定意义的各种主客观要件都纳入犯罪构成这一理论框架，对犯罪构成作出了以下界定：

犯罪构成乃是苏维埃法律认为决定具体的、危害社会主义国家的作为（或不作为）为犯罪的一切客观要件和主观要件（因素）的总和。

以上客观要件包括客体，而主观要件包括主体，因而形成四要件的犯罪构成体系。这四要件就是指：犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面。这一四要件的犯罪构成体系，遂成苏俄刑法学的通说。

我国目前通行的四要件的犯罪构成体系是在 20 世纪 50 年代初期从苏俄引入的。虽然从 20 世纪 50 年代后期至 70 年代后期，在整整 20 年的时间内，犯罪构成理论被打入冷宫。但在 20 世纪 80 年代初期，随着我国法治重建，四要件的犯罪构成体系重新登上我国刑法的学术舞台。我国的犯罪构成体系，以四要件为框架，完全是苏俄犯罪构成的翻版，没有任何变化。

经过苏俄刑法学者的改造以后，构成要件转换成为犯罪构成，而犯罪构成是犯罪成立条件的总和，甚至在犯罪规格的意义上使用犯罪构成概念。例如我国学者指出：

作为犯罪规格的犯罪构成，是以刑法对构成犯罪必要条件的规定为存在前提的。只要有刑法（不论其表现形式如何），只要刑法规定了构成犯罪的必要条件（不论是否完善），使之成为构成犯罪的规格，就有犯罪构成。^⑦

由此得出的必然结论就是：只要存在刑法，就存在犯罪构成。因此，奴隶社会、封建社会都存在犯罪构成。在犯罪规格意义上的犯罪构成，已经完全背离构成要件这一概念的特定含义。因此，四要件的犯罪构成是没有构成要件的犯罪构成。

二

如前所述，构成要件一词是费尔巴哈引入实体刑法的，但真正在构成要件概念的基础上建构犯罪论体系的，是德国刑法学家贝林。事实上，作为古典派的犯罪论体系的另一创始人李斯特，在其刑法教科书中并没有把犯罪论体系建立在构成要件概念的基础之上。李斯特虽然把犯罪定义为符合犯罪构成的，违法的和有责的行为。^⑧但在李斯特的犯罪论体系中并没有构成要件这一阶层。李斯特是在犯罪的特征的名目下讨论犯罪成立条件的，其犯罪成立条件分别为：（1）作为行为的犯罪；（2）作为违法行为的犯罪；（3）作为有责行为的犯罪。此外，李斯特还讨论了可罚性的客观条件，即客观处罚条件。只是到了贝林，构成要件概念才发挥基石作用，以此建立犯罪论体系。^⑨贝林的构成要件论具有以下三个特征：

（一）构成要件的指导形象功能

贝林认为，在构成犯罪的各种要素中，构成要件具有特殊的功能，它是一种观念指导形象。这里

^⑦ 参见樊凤林主编：《犯罪构成论》，法律出版社 1987 年版，第 335—336 页。

^⑧ 参见〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》（修订译本），徐久生译，法律出版社 2006 年版，第 169 页。

^⑨ 关于贝林的构成要件论，参见王充：《论德国古典犯罪论体系——以贝林（Beling）的构成要件理论为分析对象》，载《当代法学》2005 年第 6 期，第 35 页及以下。

的指导形象,是指构成要件具有决定犯罪性质的功能,并且其他要素都对构成要件具有依附性。贝林形象地把构成要件比喻为一个钩子,指出:

法官相当于有了一个钩子, he 可以把案件悬挂在这样一个钩子上面。因为,所有犯罪类型(独立、直接的或者附属、间接的)都离不开一个行为指导形象的法定构成要件。然后分别进行排除,即客观方面的相关行为是否充足(Genüger)法定构成要件(一般称为构成要件符合性)。这是由揭示犯罪形态而与构成要件建立联系的问题,也即是处于优先考虑地位的问题。因为所有后续研究都有赖于该问题的解决,该问题本身相对于其解决的答案则具有独立性。^⑩

由此可见,构成要件相对于其他犯罪成立条件具有优位性,只有存在构成要件,其他犯罪成立条件才能依附于构成要件而存在。

(二) 构成要件的类型性特征

犯罪本身是一种类型性的存在,各种犯罪都是一种犯罪类型。构成要件不能直接等同于犯罪类型。如果说,贝林在早期曾经把构成要件与犯罪类型划等号,那么,在晚期贝林已经纠正了这一观点。尽管如此,构成要件类型在很大程度上决定着犯罪类型,因而构成要件是前置于犯罪类型而存在的。贝林指出:

每个法定构成要件肯定表现为一个“类型”,如“杀人”类型、“窃取他人财物”类型等。但是,并不是意味着这种——纯粹“构成要件”的——类型与犯罪类型是一样的。二者明显不同,构成要件类型绝不可以被理解为犯罪类型的组成部分,而应被理解为观念形象(Vorstellungsbild),其只能是规律性的、有助于理解的东西,逻辑上先于其所属的犯罪类型。^⑪

构成要件所具有的类型性特征,为犯罪认定提供了一个基本框架,并且使其他个别性要素有所依归,这对于定罪来说是十分重要的。

(三) 构成要件的客观性与事实性

在贝林的构成要件论中,构成要件具有客观性与事实性。客观性是与主观性相对应的,贝林恪守“违法是客观的,责任是主观的”原则,将不法与责任加以区隔。在构成要件中只讨论犯罪成立的客观要素,至于主观要素则在有责性中讨论,那是一个如何对违法后果承担责任的问题。事实性是与规范性相对应的,贝林主张构成要件是中性无色,不包含价值判断的。价值判断是在违法性阶层进行的,因而使构成要件具有形式性。

构成要件的客观性,是贝林的构成要件论最遭人诟病之所在。此后,新古典派的犯罪论体系发现了主观的构成要件要素,这主要是指主观违法要素。而目的行为论体系完成了从心理责任论向规范责任论的转变以后,将故意与过失这些心理要素从责任中分离出来,并将其纳入构成要件,由此使构成要件成为同时包含客观要素与主观要素的内容,在很大程度上颠覆了贝林的构成要件论。^⑫关于构成要件的性质,目前在刑法理论上仍然存在不同见解,主要包括以下三说:一是行为类型说,认为构成要件是形式性的、价值中立性的行为类型,并不具有违法推定机能、责任推定机能。二是违法行为类型说,认为构成要件属于违法行为类型,因而肯定构成要件该当性具有违法推定机能。三是违法有责

^⑩ 参见[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30页。

^⑪ 同注^⑩,第6—7页。

^⑫ 关于在贝林以后构成要件论的发展,参见郑军男:《德日构成要件理论的嬗变——贝林及其之后的理论发展》,载《当代法学》2009年第6期,第59页以下。

行为类型说，认为构成要件既是违法行为类型，同时也是有责行为类型。^⑬ 在以上三说中，涉及构成要件与违法性、有责性之间的关系。贝林对构成要件的观点属于行为类型说，他严格地将构成要件与违法性加以区隔。而违法行为类型说则承认构成要件的违法推定机能，为此承认对于违法推定具有意义的主观违法要素，但故意与过失仍然是责任要素，否认构成要件具有责任推定机能。而违法有责行为类型说则将故意与过失纳入构成要件，使构成要件同时具有违法推定机能和责任推定机能。在以上三说中，我以为违法行为类型说是可取的，它坚持了违法与责任的界分，使构成要件的客观性在一定限度上得以维系，因而更有利于发挥构成要件的机能。

应当指出，在三阶层的犯罪论体系中，无论对构成要件作何种理解，它与四要件的犯罪构成体系中的犯罪构成要件的概念都是完全不同的。但在苏俄及我国刑法学对于构成要件的理解上，往往存在着混淆之处。其中，苏俄学者特拉伊宁基于对构成要件与犯罪构成这两个概念的混淆而对贝林的构成要件论的批判，是最为不堪的。例如特拉伊宁将贝林的构成要件论称为犯罪构成的客观结构，并作了以下批判，指出：

这种人为地割裂犯罪构成的统一的概念的作法，以后得到了更进一步的表现。“犯罪学说”这一专著的作者别林格（指贝林，引者注，下同）提出了下面的一般原则：“凡是违法地和有罪过地实现某种犯罪构成的人，在具备可罚性的条件下，就应当受到相应的惩罚。”别林格把犯罪构成同那种作为犯罪构成而不具有任何主观色彩的行为混为一谈，使主体的抽象行为达于极限。别林格说：“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。犯罪构成本身存在于时间、空间和生活范围之外。犯罪构成只是法律方面的东西，而不是现实。”犯罪构成是犯罪的无形的反映。这样一来，别林格就把犯罪构成由日常生活中的事实变成了脱离生活实际的抽象的东西，变成了“时间、空间和生活以外的”一个概念。^⑭

在以上批判中，特拉伊宁是站在主客观相统一的犯罪构成论的立场上，指责贝林人为地割裂了犯罪构成的统一概念。实际上，贝林的构成要件只是三阶层的犯罪论体系的第一个阶层，即使主张客观的构成要件论，也不存在违反主客观相统一的问题，只不过在有责性中讨论主观要素。至于特拉伊宁指责贝林把构成要件由生活事实变成了脱离生活的抽象的东西，恰恰是特拉伊宁混淆了构成要件与符合构成要件的事实之间的关系。例如贝林揭示了观念印象与事实存在的叠加（Zusammenwerfung）的辩证关系，指出：

“杀人”的观念形象从与此相对应的真实事象中推导出来的。但是，一旦推导出来，那么逻辑上可以明确：该观念形象不仅不同于其涵摄（Subsumierbar）的犯罪事实（Vorkommennisse），而且在该形象未出现于犯罪事实中的时候还保留着其内容。^⑮

由此，构成要件作为一种法律形式的观念形象，与该当于这一构成要件的事实是有所不同的。特拉伊宁把构成要件等同于犯罪事实，正好说明其不了然于构成要件的抽象性。因此，特拉伊宁对贝林的指责是没有任何事实根据的。

^⑬ 参见〔日〕西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第51—53页。

^⑭ 同注③，第15—16页。

^⑮ 同注③，第6页。

三

从内容与性质上来说,构成要件与犯罪构成是两个完全不同的概念。在德日刑法学中,尽管三阶层的犯罪论体系经历了复杂的嬗变过程,构成要件的内涵也发生了深刻的变动,但构成要件的概念仍然是三阶层的犯罪论体系的基础,这一点是不可动摇的。

应该指出,刑法学中的构成要件具有特定的含义,它和一般意义上的构成要件是有所不同的。对此,日本学者小野清一郎指出:

在这个时期(指19世纪,引者注),构成要件却超出了刑法学的领域,被当做一般法学的概念来使用了,以致在哲学、心理学等文献中,也偶尔可以看到这个词。在一般法学上,则由于一定的法律效果发生,而将法律上所必要的事实条件的总体,称之为“法律上的构成要件”。我国的民法学者,把它称为“法律要件”。在刑法学上,犯罪的构成要件,其理论性只是它其中的一种情况——因为在历史上,刑法中最早出现的构成要件概念是采用一般法学的思维方式得出的。但是必须注意的是,按照一般法学的用法,构成要件一词仅仅意味着是法律上的、抽象的、观念性的概念。与此相反,在心理学等方面,在使用“Tatbestand”一词时,基本上是指事实性的东西。^⑩

在此,小野清一郎指出了刑法学中的构成要件与一般法学上的构成要件以及心理学上的构成要件的区别。心理学上的构成要件是事实性的概念,而一般法学上的构成要件是观念性的概念。一般法学上的构成要件是发生法律效力的条件,而这一点与刑法学上的构成要件是有区别的。在刑法学的构成要件的演变过程中,存在一般的构成要件与特殊的构成要件。例如弗兰克指出:所谓一般构成要件,是指成立犯罪所必需的要素的总和;所谓特殊构成要件,则是指各种犯罪所特有的要素。^⑪但作为三阶层的犯罪论体系之基石概念的构成要件,是指特殊的构成要件,或称具体的构成要件,它是指刑法分则规定的具体犯罪的成立条件。对此,小野清一郎指出:

构成要件理论中的构成要件,即是刑法各条中规定的“罪”,亦即特殊化了的犯罪概念。换言之,它就是特殊构成要件,而不是一般构成要件的意思。从一般构成要件——这个概念是否有必要存在也是值得怀疑的——方面来看,构成要件相符性,既要有符合构成要件的事实,这是它的一个要素,此外,再去考虑违法性和道义责任等问题。构成要件作为特殊性规定的概念,在某种程度上是具体的,但是作为法律上规定的概念,它又未免是抽象的、形式的,它与所有法律观念一样需要加以解释。^⑫

在此,小野清一郎明确地把构成要件界定为刑法分则所规定的特殊的构成要件,它与犯罪成立条件总和的一般的构成要件是不同的。与此同时,贝林及其同时代人的著作中还经常使用一个概念:法定的构成要件。这里的法定,是指刑法分则对具体犯罪的规定,因而构成要件是以刑法分则规定为中心形成的一个法律概念。在刑法分则中对某一个具体犯罪的规定,通常是对行为等客观事实的规定,只有在个别情况下规定了目的、意图等主观要素以及身份等主体要素。至于故意、过失、责任能力等对于犯罪成立来说具有一般意义的责任要素都是在刑法总则中规定的,因而不属于构成要件的范畴,

^⑩ 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民大学出版社2004年版,第5页。

^⑪ 同注^⑩,第4页。

^⑫ 同注^⑩,第12—13页。

即使是主张违法有责行为类型说的小野清一郎在回答属于一般责任条件的故意过失，是否也属于构成要件这个问题时指出：在被类型化并且特殊化的限度内，是应当属于的。^⑮ 这里所谓“被类型化并且特殊化的限度内”，我理解，就是指在刑法有明文规定的情况下。

构成要件之所以必须是特殊的、以刑法分则规定为限的，主要是为了正确地实现构成要件的功能。在刑法理论上，一般认为构成要件具有以下机能：一是保障机能，亦称为罪刑法定原则机能；二是个别化机能；三是违法性推定机能。^⑯ 此外，经常论及的还有构成要件的故意规制机能和诉讼法机能等。

（一）构成要件的保障机能

构成要件的保障机能是指罪刑法定原则的法律明文规定是通过在刑法分则中设立构成要件完成的，因而构成要件是罪刑法定原则实现的保障。正如我国学者指出：

在现代刑事立法中，对于犯罪的处罚除了在刑法总则中规定一般要件以外，在刑法分则中更是对各种具体的犯罪设置了相应的构成要件，这已经成为现代刑事立法技术上的特色。这显然是为贯彻罪刑法定主义，应其明确性要求而为之。^⑰

因此，正确地理解构成要件的概念，对于正确地理解罪刑法定原则是具有直接关联的。基于罪刑法定原则的立场，对于开放的构成要件等理论都要保持足够的警觉。

（二）构成要件的个别化机能

构成要件的个别化机能是指通过构成要件将此罪与彼罪加以区分。当然，客观构成要件论对于个别化机能的实现是有限的，如果把故意或者过失纳入构成要件，就会使构成要件的个别化机能大为提升。例如，如果限于客观的构成要件，则杀人罪、过失致人死亡罪和故意伤害（致人死亡）罪在构成要件阶层是无法区分的，这也正是反对客观的构成要件论的理由之一。但是，我认为构成要件的个别化机能不是绝对的，对于大多数犯罪，通过构成要件该当性这一阶层，就可以实现犯罪个别化。但对于少数犯罪来说，虽然在构成要件中不能实现个别化，但经过有责性的判断而实现个别化，这是一种分阶段地个别化。尽管如此，在构成要件阶层还是具有一定程度的个别化机能。

（三）构成要件的违法性推定机能

构成要件的违法性推定机能，这是违法行为类型说所具有的。因为构成要件的内容是刑法禁止的行为，实施构成要件的行为在通常情况下都具有违法性，除非存在违法阻却事由。即使是在形式的构成要件论中，由于构成要件具有违法性推定机能，也使构成要件在很大程度上获得了实质的违法性。在目前的构成要件中，包含了以客观归责为内容的实质判断，因而其所具有的违法性推定机能更为明确。

（四）构成要件的故意规制机能

构成要件的故意规制机能，是指凡是构成要件要素都是故意所认识的客体，从而限制或者决定了故意的内容。关于构成要件的故意规制机能，以往我国刑法学界重视不够。当然，在四要件的犯罪构成体系中，根本就不存在构成要件的故意规制机能。对于故意规制机能，日本学者指出：

犯罪原则上必须出于故意，但是，由于故意的内容是对符合构成要件的客观事实的认识和实现的意思，因此，在结局上，决定成立故意所必要的事实范围的还是构成要件。构成要件具有规

^⑮ 同注⑮，第69页。

^⑯ 参见〔日〕曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第185页。

^⑰ 参见劳东燕：《刑法基础的理论展开》，北京大学出版社2008年版，第180页。

制故意内容的机能。这一机能被称为故意规制机能。^②

构成要件的故意规制机能是构成要件的类型性特征，为具有个别性判断性质的故意认定了某种范围，对于正确地理解故意的内容具有重要意义。构成要件的故意规制机能昭示了以下原则：凡是构成要件要素都是故意所应当认识的，没有这种认识也就没有与构成要件相关的故意。因此，在奸淫幼女的情况下，幼女年龄属于构成要件要素，当然是故意所应当认识的内容，没有这一认识也就不能成立奸淫幼女的故意。此外，对于身份犯来说，主体自身的身份也是故意认识的内容。

（五）构成要件的诉讼法机能

构成要件的诉讼法机能是指构成要件是刑事诉讼中的指导形象，它对于确定诉因、管辖、证明都具有重要意义。对此，日本学者小野清一郎曾经作过详尽的分析，^③ 在此不赘。

四

苏俄学者创立的四要件的犯罪构成体系，是以犯罪构成为中心的。如前所述，这一犯罪构成是指犯罪成立条件，因而在犯罪构成中已经看不到构成要件的踪影，构成要件所具有的特征与机能也荡然无存。

在三阶层的犯罪论体系中，定罪的过程分为构成要件该当性、违法性与有责性这样三个步骤，依次递进，因而构成要件的内容是较为单纯的，即使在目的行为论出现以后，构成要件的内容虽然大为扩张，但仍然局限于事实性的内容。但在四要件的犯罪构成体系中，犯罪构成承载了事实与价值、主观与客观、形式与内容等各种犯罪成立要素。这样一种犯罪构成概念，正如我国学者所说是一元化的、闭合式的犯罪构成。这一犯罪构成具有以下特征：（1）犯罪构成是主观要件与客观要件的统一；（2）犯罪构成是事实评价和规范评价的统一；（3）犯罪构成是刑事违法性和社会危害性的统一；（4）犯罪构成是形式违法性与实质违法性的统一；（5）犯罪构成是客观危害与个人责任的统一；（6）犯罪构成是评价过程与评价结论的统一。将这么多的内容统一于犯罪构成，必然带来消极后果。正如我国学者指出：

对犯罪是否成立的评价是一项极其复杂的工作，犯罪构成绝不等于各项要件的简单罗列，犯罪评价不是搭积木之类的游戏。四大构成要件相加，可能得出行为成立犯罪的结论；但也可能得出其他的令人难以接受的其他结论，部分之和并不是随时都等于整体。这是需要我们警惕的事情。^④

本来，构成要件是认定犯罪的一种“抓手”，借助于构成要件可以对犯罪成立的各种要素起到一种纲举目张的作用。但当构成要件被改造为犯罪构成以后，各种犯罪成立要素“一锅烩”，消解了构成要件的机能。

其实，苏俄学者特拉伊宁在改造构成要件过程中，在其犯罪构成体系的背后隐约地存在构成要件的影子。例如，在论及犯罪构成的因素时，特拉伊宁曾经指出：

在着手解决这个复杂的任务——犯罪构成因素的分析和分类——之前，必须限制一下它的范围：必须指明，哪些情况，尽管它们对于负刑事责任说来绝对必要，但不能认为是犯罪构成的因

^② 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》（第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第103页。

^③ 同注②，第199页及以下。

^④ 参见周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第146页。

素。应当指出这种情况有两类：（1）表明主体本身的情况；（2）表明主体行为的情况。^⑤

这里的表明主体本身的情况，是指刑事责任能力。特拉伊宁认为责任能力并不是犯罪构成的因素，也不是刑事责任的根据。责任能力通常在犯罪构成的前面讲，它总是被置于犯罪构成的范围之外。这里的表明主体行为的情况，是指行为的社会危害性。特拉伊宁认为行为的社会危害性都是决定每个犯罪构成的基本的、本质的属性。但社会危害性不是犯罪构成的一个因素。那么，到底什么是犯罪构成的因素呢？特拉伊宁指出：

为了理解犯罪构成因素的性质，必须注意下面一点：只有法律赋予它刑法意义，并因而列入分则规范罪状中的那些特征，才是犯罪构成的因素。^⑥

联系到特拉伊宁关于“罪状是每个构成的‘住所’”的命题，我们可以得出结论，这种由刑法分则的罪状规定的犯罪构成因素不正是三阶层的犯罪论体系中的构成要件吗？责任能力属于责任问题，不是在构成要件中讨论的，至于犯罪主体中讨论的是特殊主体，也就是身份犯之身份问题。而社会危害性作为对构成要件的实质判断也不是构成要件的具体要素，而是在违法性中讨论的。至于正当防卫、紧急避险这些属于排除社会危害性的情形，按照特拉伊宁的逻辑，当然也不在构成要件中讨论。显然，这样一种具有构成要件性质的犯罪构成概念与作为犯罪成立条件总和的犯罪构成概念之间，存在着深刻的内在逻辑。我国学者把特拉伊宁的观点称为二元的犯罪构成论，指出：

在作为刑事责任根据的广义的、实质的犯罪构成概念和分则特殊的、法律的、狭义的构成要件概念之间，是特拉伊宁在西方三要件论与苏俄刑法传统和制度上左右摇摆的表现之一。^⑦

可以说，特拉伊宁经历了一个从三阶层到四要件的艰难而无奈的转变。特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》一书根据苏俄政治意识形态的需要历经三次修改，然而我们还是可以从中发现贝林的构成要件论的蛛丝马迹。

在此后苏俄刑法学与我国刑法学的四要件的犯罪构成体系中，特拉伊宁的狭义的犯罪要件的阴影也被消除，构成要件被彻底改造成为犯罪成立条件总和，它是对刑法总则与刑法分则的犯罪成立条件的一种抽象。我国目前有不少学者都对这种四要件的犯罪构成体系进行了批判，并且提出了各种重构我国犯罪构成体系的思路。在这些思路中，除了对四要件进行简单的排列组合的观点以外，一种具有相当影响力的观点是以罪状为中心重建构成要件论，为我国的犯罪构成体系提供支撑。例如我国学者阮齐林教授认为应当把犯罪表述为该当罪状、违法、有责的行为，由此建立一个模仿三要件论的体系。阮齐林教授在论述罪状论时指出：

首先以行为触犯刑法罚则即该当分则条文的罪状为犯罪的第一要件。在此，重要的是把罪状（或通过分则罪状描述的因素）当作一个整体掌握，作为犯罪构成论的核心。在罪刑法定的制度下，这是最基本的要求。在三要件论中，称其为“构成要件”。在法国理论中，称其为“法定要素”，在英美理论中，称其为“犯罪定义”。犯罪构成的一般理论应当以此为中心展开。^⑧

应当说，阮齐林教授在犯罪构成体系中直接引入罪状的概念，强调犯罪构成的第一个要件是刑法

^⑤ 同注③，第60页。

^⑥ 同注③，第68页。

^⑦ 参见阮齐林：《评特拉伊宁的犯罪构成论——兼论建构犯罪构成论体系的思路》，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11页。

^⑧ 同注⑦，第21页。

分则所规定的罪状,在一定程度上还原构成要件论,是具有一定想象力的。此外,李立众博士构筑的德日式犯罪成立之路,基本轮廓是罪状符合性、不法性与罪责性。^②其中,以罪状符合性为内容的是罪状符合论。然而,李立众博士强调罪状是一个总则性的刑法概念,以此发挥罪状的机能。但从所列机能来看,都是三阶层的犯罪论体系中构成要件的机能。这样,就使我思考一个问题:为什么不径行恢复使用构成要件一词,而是要采用罪状一词?对此,李立众博士从三阶层论核心术语的本土转换的角度进行了论证,主要理由是德语中的 Tatbestand 一词本身为“行为情况”之义,并不含“要件”或者“要素”的意味,如依汉语,毋宁称之为“构成事实”;日本用语乃谓之构成要件,不但文字与原意颇有出入,且易生误解。^③这里的误解是指与犯罪构成或犯罪构成要件混淆。我认为,构成要件一词已经约定俗成,只要从犯罪构成中将其复原即可,没有必要改称为罪状。罪状虽然属于刑法分则性规定,与构成要件的性质接近。但罪状引入犯罪论体系,存在一个重新适应的过程。更为重要的是,将构成要件改为罪状以后,无法与德日刑法学相衔接。如果构成要件改为罪状,是否以后翻译德日刑法学著作也一并将 Tatbestand 译为罪状?而德日刑法学中,除犯罪论体系中的构成要件一词以外,其刑法分则中都有罪状一词,那么,这两个罪状如何区分?这些问题不解决,会在对外学术交流上徒添障碍。不如直接采用构成要件一词,对构成要件重新解释,将它从四要件的犯罪构成中解放出来。

本文的结论是:我国刑法学应当对特拉伊宁进行拨乱反正,完成从犯罪构成到构成要件的转换,废弃没有构成要件的犯罪构成,这是我国犯罪论体系发展的必由之路。

【主要参考文献】

1. 何秉松、〔俄罗斯〕科米萨罗夫、〔俄罗斯〕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。
2. 〔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。
3. 樊凤林主编:《犯罪构成论》,法律出版社 1987 年版。
4. 〔德〕李斯特:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社 2006 年版。
5. 王充:《论德国古典犯罪论体系——以贝林(Beling)的构成要件理论为分析对象》,载《当代法学》2005 年第 6 期。
6. 〔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。
7. 郑军男:《德日构成要件理论的嬗变——贝林及其之后的理论发展》,载《当代法学》2009 年第 6 期。
8. 〔日〕西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社 2007 年版。
9. 〔日〕小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民大学出版社 2004 年版。
10. 〔日〕曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社 2005 年版。
11. 劳东燕:《刑法基础的理论展开》,北京大学出版社 2008 年版。
12. 〔日〕大谷实:《刑法讲义总论》(新版第 2 版),黎宏译,中国人民大学出版社 2008 年版。
13. 周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社 2009 年版。
14. 阮齐林:《评特拉伊宁的犯罪构成论——兼论建构犯罪构成论体系的思路》,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。
15. 李立众:《犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试》,法律出版社 2006 年版。

(责任编辑:时延安)

^② 参见李立众:《犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试》,法律出版社 2006 年版,第 190 页以下。

^③ 同注^②,第 179 页。