

违法阻却事由与犯罪构成体系

张明楷

摘要 违法与责任是犯罪的两大支柱，认定犯罪应当从违法到责任；是否存在违法阻却事由，属于是否具有违法性的判断，因此，应当在违法构成要件之后，接着讨论违法阻却事由。在考察全部构成要件之后才讨论违法阻却事由的做法，不利于对违法性的判断，也不利于保障行为人的自由。

关键词 违法阻却事由 犯罪构成体系 关系

作者张明楷，清华大学法学院教授。

我国传统的四要件犯罪构成体系，是以客观与主观两个描述性概念为支柱建立起来的，而不是以违法与责任两个评价性概念为支柱构建的。如所周知，在德国、日本等大陆法系国家，不管是采取两阶层体系（不法与责任），还是采取三阶层体系（构成要件符合性、违法性与有责性），^①抑或采取四阶层体系（构成要件符合性、违法阻却事由、责任、责任阻却事由），其支柱都是违法与责任，实质上是相同的。换言之，是否以违法与责任为支柱构建犯罪论体系，是我国传统的四要件体系与德日阶层体系的实质区别。

将违法与有责作为犯罪论体系的两大支柱，^②并不意味着违法与有责的先后关系可以颠倒。“犯罪并不是像水在化学上由氢气与氧气组成一样意义的由几个要素组成。”^③违法所讨论的是，行为是否被刑法所禁止，从实质上说，行为是否造成了法益侵害及其危险；责任所讨论的问题是，能否将某种违法事实归责于行为人，能将何种范围的违法事实归责于行为人。只有在通过客观判断得出了行为具有违法性的结论之后，才能进一步判断能否将违法事实归咎于行为人。所以，必须先判断违法，后判断责任。

二

在讨论违法阻却事由与犯罪构成体系的关系之前，有必要先简要说明责任要素（或责任构成要

① 在三阶层体系中，“虽然区分了第一阶段的构成要件符合性的判断与第二阶段的违法性阻却事由存否的判断，但两个阶段都是违法性的判断。所以，可以从大的方面将实质的刑法的评价区分违法性判断与有责性判断。换言之，犯罪论体系的支柱，是不法与责任两个范畴。”参见〔日〕井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第1页。

② 关于必须区分违法与责任，以及应当以违法与责任为支柱构建犯罪论体系的理由，参见张明楷：《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》，载《现代法学》2009年第6期，第41页及以下。

③ 〔日〕平野龙一：《刑法总论Ⅰ》，有斐阁1972年版，第87页。

件)与责任阻却事由的关系。

有责性的基础,是具有辨认控制能力的人,具有接受法律规范的要求、实施合法行为的可能性,却不接受法律规范的要求,实施了符合客观构成要件的违法行为。所以,除了故意、过失外(倘若认为目的、动机是表明非难可能性的要素,则它们也属于责任要素),还有三个方面的责任要素:其一,要对行为主体进行法的谴责,就要求行为主体能够认识其行为的内容、社会意义与危害结果,并能够控制自己不实施法律所禁止的行为。所以,如果行为主体不具有辨认控制能力,就不能对之进行非难。其二,在行为主体认识到或者可能认识到自己的行为是刑法禁止的行为时(违法性认识的可能性),就应当产生反对动机,实施刑法所允许的行为。如果行为主体不可能认识到自己的行为是刑法禁止的行为而实施时(合理地认为自己的行为符合刑法时),就不能对行为主体进行非难。其三,只有在行为主体客观上可以实施法律所允许的行为(他行为可能性),却不实施法律所允许的行为时,才能对行为主体进行非难。

在通常情况下,达到法定年龄的行为主体都具有责任能力,而且一般都具有违法性认识的可能性与期待可能性。所以,一方面,在讨论故意、过失时,都是以行为人具有责任能力、具有违法性认识的可能性与期待可能性为前提的;另一方面,没有将责任能力、违法性认识的可能性与期待可能性作为故意、过失的要素。然而,不可否认的是,在特殊情况下,行为人虽然实施了符合客观构成要件的违法行为,却不能辨认行为的内容、社会意义与危害结果,或者不能控制自己的行为;或者合理地以为自己是按照刑法的要求实施行为的,不可能认识到自己的行为违反刑法;或者行为人虽然预见到了结果的发生,却不可能实施其他合法行为。所以,缺乏责任能力、缺乏违法性认识的可能性与缺乏期待可能性,就成为有责性阻却事由。不难看出,将责任能力、违法性认识的可能性与期待可能性作为积极的责任要素,与将缺乏责任能力、缺乏违法性认识的可能性与缺乏期待可能性作为责任阻却事由,并无任何本质的区别。正因为如此,国外有的学者在“责任”(或有责性)一章中依次讨论上述全部责任要素,^④有的学者则在“责任要件”(或主观的构成要件要素)一章中讨论故意、过失,在“责任阻却事由”一章中讨论责任能力、违法性认识的可能性与期待可能性。^⑤

三

问题在于:如何处理犯罪构成与违法阻却事由的关系?如何处理违法构成要件与违法阻却事由的关系?是在认定了犯罪的全部成立条件(犯罪构成)之后再认定是否存在违法阻却事由,还是在认定了违法构成要件后,紧接着认定是否存在违法阻却事由?质言之,是在认定了(作为违法类型的)构成要件符合性之后,认定正当防卫等正当化事由,还是在认定了成立犯罪(犯罪构成)的全部要件符合性之后,认定正当防卫等正当化事由?这是构建犯罪论体系必须处理好的问题。笔者的基本观点是,犯罪构成体系首先应当讨论表明行为具有违法性的要件,即违法构成要件(也可谓客观构成要件),接着讨论违法阻却事由(或正当化事由);而不应当在讨论了全部构成要件之后,再讨论违法阻却事由。

从实质的违法性的角度来考虑,犯罪行为是侵害法益的行为。作为违法类型的构成要件,表明的是法益侵害事实。亦即,行为只要符合作为违法类型的构成要件,就一定“侵害”了某种法益。但

^④ 参见[日]西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版,第191页及以下;[日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版,第181页及以下。

^⑤ 参见[日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第71页及以下;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,第195页及以下。

是，一些行为在符合作为违法类型的构成要件的同时，却保护了另一种法益（违法阻却事由），于是需要进行法益衡量。只有在经过法益衡量之后得出行为仍然侵害了法益的结论时，才能认定行为具有违法性，才需要进一步讨论行为人应否对该法益侵害事实负责的问题。因此，在论述了作为违法类型的构成要件之后，必须论述违法阻却事由；而不能讨论了责任之后，再讨论行为最终是否侵害了法益。

从形式的违法性的角度来考虑，犯罪行为是违反了刑法的禁止性的行为。但是，刑法对于禁止的行为总是有例外，或者说规则都有例外。“比如，‘不许杀人’在很多情况下都有例外。在正当防卫情况下，在一场反对入侵者的战斗中，在执行死刑的时候，如此等等，都可以成为这条规则的例外。”^⑥在判断某人的行为是否遵守了刑法规范时，不能只看行为是否违反了原则性的规范，还要看行为是否被例外所允许。如果说作为违法类型的构成要件所表述的是原则性的规范，那么，关于违法阻却事由的规定所表述的就是例外。只有将原则与例外结合起来，才能得出行为是否违反刑法的结论。所以，在讨论了作为违法类型的构成要件之后，就应当讨论违法阻却事由。

从区分违法与责任的意义来考虑，也应当在责任判断之前讨论正当化事由。区分违法与责任的一个重大意义在于：将一个行为评价为违法，虽然并不意味着对行为人的谴责，却可以对该行为予以阻止、制止乃至防卫。例如，正当防卫是合法的，故不能阻止、制止正当防卫，更不能对正当防卫再进行防卫；但是，精神病患者杀人的行为是违法的，应当阻止、制止乃至进行防卫。所以，“任何人侵害法益系出于正当防卫（self-defense）或是出于心神丧失（insanity），这是完全不同评价层次的问题；共犯责任的不同法律效果也是取决于此种不同层次。”^⑦然而，行为是否违法，并不仅取决于对行为是否符合作为违法类型的构成要件的判断，而是需要进行法益衡量。当暂时“符合”违法类型的构成要件的行为，保护了更优越或者同等法益时，就不能阻止、制止和防卫。倘若在判断了全部构成要件之后，才讨论正当化事由，就丧失了区分违法与责任的意义。

从刑法规范的属性来考虑，也能得出相同结论。刑法规范首先是裁判规范，面对一个具体案件时，法官首先要判断的是行为是否符合分则条文所规定的罪状（作为违法类型的构成要件），接着就会判断行为是否具备正当化事由。例如，在甲导致乙重伤的前提下，尽管法官认定甲的行为既可能符合杀人未遂的客观构成要件，也可能符合伤害罪的客观构成要件，但只要有可能是正当防卫，法官就会接着判断是否成立正当防卫；如果得出行为属于正当防卫的结论，法官就不会、也不需要判断行为人是否具有犯罪的故意与过失；法官不会先判断行为人是具有杀人的故意、还是伤害的故意，抑或仅具有过失，然后再判断是否正当防卫。刑法规范也可谓行为规范，而行为规范系针对一般人而言，并非因人而异。刑法规范不可能说：成年人不得杀人，但儿童可以杀人；精神正常的人不得杀人，但精神不正常的人可以杀人。换言之，不具有正当化事由的任何杀人，都是刑法所禁止的。所以，国家不可能、也不应当采取某种措施让正当防卫杀人者以后不再正当防卫，但国家可能而且应当采取某种措施（保安处分）防止杀人的精神病患者（或者儿童）以后再杀人。之所以如此，是因为前者是符合行为规范的，后者是违反行为规范的。既然刑法规范是针对一般人的，而行为人对违反刑法规范是否承担责任是个别的，或者说有无责任是因人而异的，那么，在犯罪论体系中就必须先解决一般性问题，再解决个别性问题；亦即，应当先解决违法问题，后解决责任问题。而是否存在违法阻却事由，所解决的正是违法性的问题，故不能放在责任之后解决。

^⑥ 陈真：《当代西方规范伦理学》，南京师范大学出版社2006年版，第92页。

^⑦ [德]许迺曼：《区分不法与罪责的功能》，载许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，台北春风煦日论坛2006年版，第429页。

四

我国传统的刑法理论，一方面认为行为符合犯罪构成就成立犯罪，犯罪构成是认定犯罪的唯一依据；另一方面又在犯罪构成之外甚至在罪数之后研究正当防卫与紧急避险，同时认为正当防卫、紧急避险等行为是形式上符合犯罪构成，实质上是没有任何社会危害性的行为。^⑧

但是，传统的犯罪构成体系有自相矛盾之嫌：犯罪构成是认定犯罪的唯一依据，但符合犯罪构成的行为也不一定构成犯罪；犯罪构成是说明社会危害性的，但符合犯罪构成也可能没有社会危害性。从现实上看，传统的犯罪论体系是在肯定了行为符合了犯罪构成的全部要件之后，考虑排除犯罪的事由，因而不能尽早地排除犯罪的成立。这有损犯罪构成的保障机能，既不利于限制司法权力，也不利于保障行为人的自由。例如，在司法实践中，对于正当防卫的行为人几乎100%先拘留、逮捕。这种做法或许与四要件体系有关。

形式上坚持四要件体系，但对四要件内容做出新解释的黎宏教授指出：“在我国，犯罪构成是形式要件与实质要件的统一，行为符合犯罪构成，就意味着该行为不仅在形式上符合某具体犯罪的轮廓或者框架，而且在实质上也具有成立该犯罪所必要的相当程度的社会危害性。”“我国的犯罪构成是成立犯罪的积极要件与消极要件的统一。”“从理论上讲，在说行为符合具体犯罪的犯罪构成的时候，实际上也意味着该行为不可能是正当防卫、紧急避险等排除犯罪的事由，换言之，在得出这种结论之前，已经进行了该行为不是正当防卫、紧急避险等正当行为的判断，否则就不可能做出这样的结论来。”^⑨在黎宏教授看来，四要件是犯罪构成的积极要件；不属于正当防卫、紧急避险，则是犯罪构成的消极要件。既然如此，就应当在犯罪构成中研究正当防卫、紧急避险，而不能在犯罪构成之外研究正当防卫与紧急避险。但正如黎宏教授所言：“现实情况是，各种刑法教科书都是在讲述了犯罪构成理论之后，再将正当防卫、紧急避险等作为排除犯罪性事由加以说明和论述的。这种编排体系，容易让人形成这样的印象：即正当防卫等在形式上似乎符合某种犯罪构成，但因其本质上不仅不具有社会危害性，而且对国家和人民有益，所以，在形式上说明其符合犯罪构成之后，又从实质上对其加以否定。但是，这样理解是错误的。实际上，我国刑法学的通说明确指出：‘我国刑法中的排除犯罪性事由并不符合或者具备犯罪构成的全部要件，只是在客观方面与某些犯罪相类似’。”^⑩本文的看法是，即便将犯罪客体与犯罪客观方面作为表明违法的构成要件来把握，也不应当在犯罪构成之外处理正当防卫、紧急避险。这是因为，既然正当防卫、紧急避险只是在客观方面与某些犯罪类似，因而需要说明其不构成犯罪或者不符合犯罪客观要件，那么，就应当在客观要件中（或之后）将正当防卫、紧急避险作为消极的构成要件论述，而不应在犯罪构成之后、更不应在罪数之后论述正当防卫与紧急避险。所以，在此问题上，究竟是读者的理解错误，还是编者的编排错误，是需要进一步思考的。至少，黎宏教授主张的四要件体系给人的感觉是“客观违法(含客体与客观要件)——责任(含主体与主观要件)——无客观违法(正当防卫、紧急避险等)”。但这种体系分割了违法性的判断，并不理想。^⑪况

^⑧ 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2007年版，第138页及以下；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第709页及以下。

^⑨ 黎宏：《我国犯罪构成体系不必重构》，载《法学研究》2006年第1期。

^⑩ 同注^⑨。

^⑪ 不能简单地认为四要件体系中的犯罪主体与主观方面是表明责任的要素。因为其中的犯罪主体要素包括了特殊身份，而特殊身份基本上都是表明违法性的要素。

且,传统的教科书关于正当防卫、紧急避险形式上(似乎)符合犯罪构成的说法,相当普遍。^⑫

坚持四要件体系,并对四要件内容进行了部分修正的冯亚东教授认为:“将所有问题(即正当化事由问题——引者注)直接并入犯罪成立体系,对司法运用来说并非一种最优安排。构造科学、简明、清楚、实用的刑法解说体系,应该是在犯罪论的大框架下严格区分两方面的问题:一是只须阐明成立犯罪的基本条件的‘犯罪成立体系’(犯罪构成)问题,二是在此基础上的‘与犯罪成立相关的特殊形态’问题;‘排除犯罪性的行为’应该作为一种特殊形态在犯罪成立体系之外,另行以专章形式设定不同的主客观标准专门讨论。”^⑬然而,这一观点值得推敲:其一,成立犯罪的标准与否定犯罪的标准相同(正反面),恐怕不能在犯罪成立体系之外对排除犯罪性的行为设立不同的主客观标准。按照法益侵害说的观点,正当防卫、紧急避险等行为之所以阻却违法,是法益衡量的结果。行为人实施正当防卫、紧急避险等行为造成他人损失时,虽然侵害了他人法益,却保护了更为优越或者同等法益。一旦对成立犯罪与否定犯罪采用不同的标准,认定犯罪就没有标准了;而且,因为标准不同,会出现一个行为按照犯罪成立标准构成犯罪、按照排除犯罪的标准不成立犯罪的局面。其二,不能因为违法阻却事由较多,就在犯罪构成之外设专章研究。即使设专章研究,也应当在违法构成要件之后设专章研究,而不能在责任构成要件之后,设专章研究违法阻却事由。其三,一个案件一般不可能有多种违法阻却事由,所以,讨论了表明违法性的要件之后,讨论阻却违法事由,并没有为司法添加任何负担。相反,如前所述,在考察了行为是否符合作为违法类型的构成要件后,接着考察行为是否具备违法阻却事由,如果具备则不再进行有责性的判断的做法,不仅节约了司法资源,而且不致产生理论上的矛盾与司法上的错案。既然如此,对司法运用来说,一种最优安排就是:在讨论了违法构成要件后,就必须讨论违法阻却事由。

冯亚东教授还指出:“在犯罪论体系上将排除犯罪性的行为置于犯罪构成体系之外,是一种非常到位得当的安排。一则由于该部分内容庞大,置入任一要件中进行分析均显体例失调,可能冲淡对‘要件(成罪的必要条件)’自身核心意义的理解;二则因其至少涉及两方面要件(客体与主观方面),单独列示更便于以不同要件之规定性分别深入剖析,以从不同角度完整地揭示出罪理由;三则由于其本身在刑法性质上亦属同犯罪直接相关的一种特殊行为形态(在‘过当’等符合四要件规定性的情况下仍然构成犯罪),将其置入‘特殊形态’部分专门阐述,则可使犯罪论内部三大块之逻辑关系更为清晰。”^⑭在笔者看来,这一观点存在诸多疑问:其一,出于教科书体例的考虑,在论述了全部构成要件之后,讨论所谓“排除犯罪性的行为”,一方面并不符合司法实践认定犯罪的逻辑顺序,既浪费司法资源,也容易形成将正当防卫行为人先拘留、逮捕的不正常局面;另一方面是过度形式化的思考,是唯体系论的表现。其二,既然“排除犯罪性的行为”涉及两方面的要件,就应当在对应的要件中(或之后)讨论相应的排除事由。惟此,才能从不同角度揭示出罪理由。换言之,在犯罪构成之后,将不同性质的排除犯罪的事由综合安排在一起,反而不利于从不同角度展开研究,不利于说明各种不同事由的性质。倘若对“排除犯罪性的行为”再作进一步区分,也只能区分为排除违法的行为与排除责任的行为。既然如此,在认定有无责任之前,就必须先判断是否违法,从而明确刑法禁止什么、保护什么。其三,在犯罪构成之外“完整”地揭示排除犯罪的事由,反而难以完整地论述这些事由。以违法阻却事由为例。实质的违法性论的产生与发展,使得超法规的违法阻却事由得到承认。于

^⑫ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第230页;高铭喧主编:《新编中国刑法学》(上册),中国人民大学出版社1999年版,第272页;赵秉志主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第380页;冯军、肖中华主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第297页。

^⑬ 冯亚东:《中德(日)犯罪成立体系比较分析》,载《法学家》2009年第2期。

^⑭ 冯亚东:《犯罪构成与诸特殊形态之关系辨析》,载《法学研究》2009年第5期。

是,违法阻却事由不是封闭的、固定的,而是开放的、发展的。所以,当我们在违法构成要件或者违法性中研究了违法性的实质根据后,就能够清楚地知道:凡是经过法益衡量之后,行为并没有侵害法益的(或者说,行为所保护的法益并不小于所损害的法益的),都阻却违法性。即使某种违法阻却事由并没有在刑法学中形成概念,我们也可以通过法益衡量得出行为是否阻却违法的结论。但是,在犯罪构成之外研究排除犯罪的事由,就容易使排除犯罪的事由独立化(难以与违法性、有责性联系起来判断),也容易使排除犯罪的事由封闭化、固定化。其四,将排除犯罪的事由作为犯罪的特殊行为形态,也不可取。因为只要是排除犯罪的事由,就不可能成立犯罪,当然不是一种犯罪的特殊行为形态。即使防卫过当、避险过当成立犯罪,它们也不是犯罪的特殊行为形态问题,仍然需要通过违法构成要件符合性与责任构成要件符合性的判断具体认定其构成何种犯罪。

有的学者虽然没有采用传统的四要件体系,却仍然在论述了所有的构成要件(积极要件)之后,再讨论正当化事由。在笔者看来,这种改良虽然是有益的,但也存在值得商榷之处。例如,曲新久教授在其教科书中指出:“本书采取传统而简明的主客观二分法,将犯罪的基本面分为客观罪行与主观罪责两个基本方面……罪行是犯罪客观面之事实与评价的统一……罪责是犯罪主观面之事实与评价的统一。”^⑤但是,曲新久教授并没有在客观罪行之后论述正当化事由,而是在主观罪责之后设专章论述正当化事由。^⑥在本文看来,这一体系存在如下疑问:其一,将犯罪的基本面仅停留在客观与主观两个概念并不合适。即便按照我国通行的观点,认为目的与动机是主观罪责的问题,也不可否认期待可能性这一责任要素是客观的、规范的要素。或许正因为如此,曲新久教授没有在主观罪责中讨论期待可能性。然而,期待可能性毕竟又是一个不可避免的问题。例如,在有关重婚罪的论述中,曲新久教授指出:“审判实践中,因遭受自然灾害外流谋生而重婚的;因配偶长期外出下落不明的,造成家庭生活严重困难,又与他人结婚的;因强迫、包办婚姻或者因婚后受虐待外逃重婚的;被拐卖后再婚的。由于行为人主观上缺乏国家和社会期待其做出合法行为的可能性,不应以犯罪论处。”^⑦既然主观罪责并不只是心理的概念,而是包含了评价,既然客观的期待可能性是必须考虑的要素,就不能将犯罪的基本面停留在客观与主观两个描述性概念上。其二,客观罪行的实质是法益侵害,所以,是否存在客观罪行,不仅要判断行为是否侵害了某种法益,还要判断行为是否保护了另一种法益,需要进行法益衡量。既然如此,就应当在“客观罪行”一章之内或者之后讨论正当化事由;而不能在主观罪责之后,再回过头来讨论是否存在客观罪行的问题。其三,曲新久教授在“主观罪责”一章中的最后一节论述了“无罪过事件”,对此应当予以肯定。与之相适应,也应在“客观罪行”一章论述正当化事由。

周光权教授在其教科书中既未采用传统的四要件体系,也没有采用德日的三阶层体系,而是采取了犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪阻却事由(进一步区分为违法性阻却事由与责任阻却事由)的三阶层体系,并认为这种体系符合从客观到主观、从原则到例外的判断方法。这种体系实际上也是将犯罪阻却事由作为消极的构成要件来把握的。^⑧周光权教授后来将自己的体系称为“犯罪客观要件、主观要件、排除要件”体系。^⑨然而,这一体系也值得商榷。首先,周光权教授在其教科书的“犯罪

^⑤ 曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第75—76页。

^⑥ 同注^⑤,第114页及以下。

^⑦ 同注^⑤,第416页。顺便指出的是,我国刑法学教材分论部分,有一个共同点:在论述了具体犯罪的构成要件之后,还要专门讨论该罪的“认定”。之所以如此,是因为“认定”的内容难以被构成要件涵盖。这从另一方面说明,期待可能性、违法性认识的可能性等问题虽然没有纳入总论的犯罪构成体系,却不得不在分论中讨论,而且不得不在构成要件之外的“认定”中讨论。或许可以认为,我国刑法学教科书的分论部分,已经不自觉地突破了总论的四要件体系。

^⑧ 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第104页及以下。

^⑨ 参见周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,第284页。

客观要件”一章，并不说明犯罪客观要件与违法性的关系，在“犯罪主观要件”并不说明犯罪主观要件与责任的关系；而在“犯罪阻却事由”一章的“违法性阻却事由”与“责任阻却事由”两节中，却分别论述违法性的本质与责任的本质、意义。这种做法不仅存在逻辑上的缺陷（犯罪的积极要件不是以违法与责任为支柱，而犯罪的消极要件则以违法与责任为支柱），而且导致犯罪客观要件与犯罪主观要件的判断，成为没有目标指引的纯形式判断。诚然，这种做法是为了维护从形式到实质地判断犯罪，进而贯彻罪刑法定原则。但是，这其中恐怕存在对“从形式到实质的判断犯罪”的误用。虽然日本学者强调从形式到实质地判断犯罪，但这并不意味着构成要件符合性的判断是形式化的判断。一方面，日本刑法理论的通说认为构成要件是违法类型，既然如此，至少在没有正当化事由的情况下，构成要件就是违法性的存在根据。^② 另一方面，在日本，学者们对构成要件的符合性，都在进行实质的判断。例如，日本刑法第 100 条规定：“以使依照法令被拘禁的人脱逃为目的，提供器具或者实施其他使其容易脱逃的行为的，处三年以下惩役。”据此，脱逃的帮助行为无疑构成援助脱逃罪。问题是教唆脱逃的行为是否构成援助脱逃罪？从文言上看，教唆脱逃是否属于“使其容易脱逃的行为”尚存在疑问，但不能仅从文言上形式化地得出否定结论。主张构成要件是违法类型的山口厚教授指出，既然帮助行为也受处罚，就没有理由将引起脱逃的危险性更大的教唆行为排除在外。所以，教唆脱逃的行为也构成援助脱逃罪。^③ 同样，即便主张构成要件是单纯行为类型而非违法类型的曾根威彦教授也指出：“使其容易脱逃”包括“告诉逃走的机会、方法”这样的行为。显然，这也是经过实质的判断才得出的结论。^④ 那么，为什么日本学者将其三阶层体系称为从形式到实质的判断呢？这是因为违法性阶层的判断是更为实质的判断。亦即，在违法性阶层承认超法规的违法阻却事由，而在构成要件阶段，不可能存在超法规的构成要件符合性，仅此而已。倘若将构成要件完全演变为纯形式的判断，就意味着对构成要件只能进行字面意义的解释，这是不可思议的。所以，将犯罪客观要件与犯罪主观要件进行纯形式的判断，而不将它们分别与违法、责任联系起来判断，必然由于语言的特点导致将实质上并无违法性又无违法阻却事由的行为认定为犯罪，^⑤ 因而不合适。另一方面，从原则与例外的关系来说，也应该在违法性领域讨论违法性的原则与例外的关系，在有责性领域讨论有关有责性的原则与例外的关系，而不宜笼统讨论原则与例外的关系。其次，周光权教授指出：“我国四要件说在论述全部犯罪构成要件之后，再行讨论正当防卫等排除犯罪的事由”；自己的犯罪论体系则是“在犯罪论体系内部讨论排除犯罪的事由”。^⑥ 但是，就在成立犯罪的积极要件之后论述排除犯罪的事由这一点而言，周光权教授的体系与我国传统的体系并无区别；倘若说在犯罪客观要件与主观要件之后论述排除犯罪的事由，属于“在犯罪论体系内部讨论排除犯罪的事由”，那么，也可以认为我国传统的犯罪构成体系同样是“在犯罪论体系内部讨论排除犯罪的事由”，甚至是在犯罪构成内部讨论排除犯罪的事由。换言之，传统的四要件理论也基本上是将排除犯罪的事由作为排除要件的。最后，周光权教授虽然声称自己的体系与英美体系有别，^⑦ 但事实上未必如此：其一，周光权教授指出，自己的体系是从客观到主观的，而英美体系没有这一限制。但是，英美的体系历来都是从犯行到犯意的，而没有从犯意到犯行的。其二，周光权教授指出，自己的客观要件与法益侵害的推定机能有关、主观要件与责任

② 即使认为构成要件是违法有责类型，也能得出这一结论。

③ [日] 山口厚：《刑法各论》，有斐阁 2005 年补订版，第 567—568 页。

④ [日] 曾根威彦：《刑法各论》，弘文堂 2001 年第 3 版，第 394 页。

⑤ 例如，根据形式的解释论，倘若没有司法解释的规定（司法解释将行贿数额提高到 1 万元，并不是基于法条的文字含义），完全会将为谋取不正当利益，给予国家工作人员一袋价值 50 元的茶叶的行为认定为行贿罪。因为按照文理解释，该行为完全符合刑法第 389 条规定的构成要件，而且不具有违法阻却事由。

⑥ 同注⑬，第 290 页。

⑦ 同注⑬，第 292 页。

判断有关,而英美体系只是形式判断。可是,一方面,如前所述,周光权教授的体系并没有在客观要件与主观要件中讨论违法性与有责性,所以,难以认为其所讨论的客观要件与主观要件是形式判断与实质判断的统一。另一方面,周光权教授是二元论者,主张故意、过失是违法要素,既然如此,就难以认为其所讨论的主观要件与责任判断有关。其三,周光权教授认为自己的体系明确区分了违法排除事由与责任排除事实,英美体系并非如此。诚然,区分违法排除事由与责任排除事由是具有重要意义的,但不能认为英美没有区分二者。“普通法中,杀人被区分为正当性的辩护与宽恕性的辩护。”^⑥现在,英美刑法理论普遍区分正当化事由与免责事由。不仅如此,美国学者还归纳了区分这两种事由的好处。例如,区分正当事由与免责事由,有利于发挥刑法引导人们行为的作用。亦即,“人们应该选择正当行为,而不是错误却可以免责的行为。如果刑法体系未能对两种行为、两条道路准确界分,就不可能很好地引导人们的行为。”区分正当事由与免责事由,能够“提供刑法理论一致性”,有利于解决共犯的刑事责任问题,“正当理由辩护得到广泛适用,而免责辩护只能适用于特殊的个体”,等等。^⑦尽管如此,英美体系是有重大缺陷的,^⑧或许正因为如此,即便许多年来美国独霸天下,也没有哪个国家采用美国的犯罪论体系。

五

总之,犯罪的实体是违法与责任,认定犯罪应当从违法到责任。一个案件是否存在违法阻却事由,属于行为是否违法的问题;而行为是否违法,与行为人是否有责无关。由于责任这一要件的认定具有不明确性的危险,故在此之前,应当判断是否具有客观的违法性,而且对客观违法性能够进行比较一致的判断;如果排除了不违法的行为,责任判断也就只在违法的范围内进行,而不致超出范围。不仅如此,对什么具有责任即责任的内容也随之得以明确。^⑨所以,在讨论违法性的要素(客观构成要件或者违法构成要件)之后,接着讨论违法阻却事由,才是合适的。正因为如此,笔者主张采用以下犯罪论体系:犯罪概念→犯罪构成(构成要件或犯罪成立条件)→违法构成要件(违法构成要件与违法性概述、违法构成要件符合性、违法阻却事由)→责任构成要件(责任构成要件与有责性概述,责任构成要件符合性,责任阻却事由)→犯罪的特殊形态→共同犯罪→罪数。

笔者主张的体系,可谓德日的三阶层体系与两阶层体系的融合。换言之,笔者主张的体系虽然形式上不同于德日的三阶层体系,但与三阶层体系没有实质区别;笔者没有直接采用消极的构成要件要素理论(两阶层体系),但对许多问题得出的结论(如正当防卫不符合违法构成要件、假想防卫没有故意等),与消极的构成要件要素理论得出的结论相同。“通说认为,构成要件符合性的判断,是是否符合刑法法规所预定的行为类型的判断,是暂时将(行为实现、确保了什么利益的)具体情况的考虑置之度外的所谓限定了视野的判断。这种判断,与违法性(阻却事由)的判断那样的,以考虑了所有的具体情况的利益衡量为内容的,从整体法秩序的见地所作的具体的、非类型的判断,具有性质上的不同。在通说的理解之下,‘打死蚊子’与‘正当防卫的杀人’之间所存在的价值性的差异,在犯罪论体系上也表现出来。亦即,前者不是侵害法益的行为,原本就不符合构成要件,后者虽然是符合构成要件的法益侵害行为,但阻却违法性。根据消极的构成要件要素的理论,两者同样都是不符合构成

^⑥ [英] J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第215页。

^⑦ [美] 约书亚·德雷斯勒:《美国刑法精解》,王秀梅等译,北京大学出版社2009年版,第199—200页。另参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社2005年版,第65—66页。

^⑧ 同注⑦,第418页及以下。

^⑨ 同注⑦,第90页。

要件的适法行为，在体系上就不被区别。但是，消极的构成要件要素的理论也并非不承认法益侵害行为与非法益侵害行为之间的区别。不过，从不管哪种行为都是没有违法性的行为（适法行为）的观点来看，它们属于同一大类，与通说之间没有那么大的差别。”^⑨ 换言之，在三阶层体系中，“打死蚊子”与“正当防卫的杀人”在构成要件符合性阶段存在区别：前者原本就不符合构成要件，因而也不违法；后者虽然符合构成要件，但阻却违法性。而在两阶层体系中，“打死蚊子”与“正当防卫的杀人”都是不符合构成要件的行为。但是，这种构成要件符合性阶段的区别，并没有实质意义。因为在三阶层体系中，构成要件符合性虽然是违法性的存在根据，但它本身并不是对行为的评价，只有违法性与有责性才是评价性的。既然是否承认“打死蚊子”与“正当防卫的杀人”符合构成要件并不意味着一种评价，那么，承认与否认就没有实质意义。不仅如此，两阶层体系还可以克服三阶层体系难以解决正当化事由的认识错误（容许性构成要件错误）的缺陷。“因为将构成要件错误的条文直接适用于容许性构成要件错误并非只是一件华丽的装饰品，而是功能性的刑法体系藉由平等原则而进一步具体化的成熟结果。”^⑩

【主要参考文献】

1. [日] 井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂 2005 年版。
2. [日] 平野龙一：《刑法总论 I》，有斐阁 1972 年版。
3. [日] 西田典之：《刑法总论》，弘文堂 2006 年版。
4. [日] 山口厚：《刑法总论》，有斐阁 2007 年版。
5. [日] 平野龙一：《刑法概说》，东京大学出版会 1977 年版。
6. [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会 2006 年版。
7. 许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，台北《春风煦日论坛》2006 年版。
8. 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 2007 年版。
9. 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版。
10. 黎宏：《我国犯罪构成体系不必重构》，载《法学研究》2006 年第 1 期。
11. 赵秉志主编：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2007 年版。
12. 冯亚东：《中德（日）犯罪成立体系比较分析》，载《法学家》2009 年第 2 期。
13. 曲新久：《刑法学》，中国政法大学出版社 2009 年版。
14. 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2007 年版。
15. [日] 山口厚：《刑法各论》，有斐阁 2005 年补订版。
16. [日] 曾根威彦：《刑法各论》，弘文堂 2001 年版。
17. [英] J·C·史密斯、B·霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版。
18. [美] 约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社 2009 年版。
19. 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社 2005 年版。
20. [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁 2008 年版。

（责任编辑：时延安）

^⑨ [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁 2008 年版，第 92 页。

^⑩ 同注^⑨，第 434 页。