

犯罪构成之再认识

童春荣

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:三大犯罪构成均由主观方面和客观方面构成。客观方面是主观方面的外在展开,是主观方面的客观化、具体化,为证明主观方面服务;主观方面是支配行为的内心意思,是对行为趋向的认识和控制,藏蕴于客观方面。主观方面征表行为人对法规范的蔑视态度,是犯罪认定的核心,其具体层面之主观罪过涵盖故意、过失、动机、目的,且故意是对法规范的对立态度,以此将正当防卫,紧急避险等正当化事由,以及违法性意识、期待可能性纳入故意的考量范围。有鉴于此,在纷繁复杂的犯罪构成的选择和适用上,只有发微主客观方面之辩证关系,洞悉犯罪构成之作用机理,才能实现“随心所欲不逾矩”。

关键词:犯罪构成;主观方面;客观方面;罪过

中图分类号:D924.11

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2014)05-0082-09

近年来,随着德日三阶层、英美双层次犯罪构成被“摆渡”回国,传统的四要件犯罪构成之“帝王地位”有日渐式微之势,并引发四要件“去废存留”的激烈争议。

坚持派认为四要件犯罪构成符合中国国情,契合传统文化,具有操作简便,易于掌握之优势,应当予以坚持。四要件充分体现了主客观相统一的原则,且客观要件的设计是彻底结果无价值的体现^[1],是行诸世界的大潮大势,其客观主义的立场早已精蕴了然于内。改良派虽赞同坚持派之论断,但认为犯罪构成体系中正当防卫和紧急避险在犯罪构成之外考虑,破坏了犯罪构成机体化的功能,有“白玉微瑕”、“大成若缺”之遗憾,应当通过改良的方式实现“继长增高、有无加己”,而大可不必“伤筋动骨”予以“推倒重来”。况且,在是否移植其他犯罪构成体系上,中国还远未达到迫切和必要的程度,在智识上亦未做好充分的准备,不宜盲目引进^[2]。激进派则认为四要件之平面耦合性较三阶层之递进性早已是“强弩末矢”,濒临绝境之地,应当彻底摒弃,而“改弦更张”三阶层。激进派力陈三阶层之层层递进,步步出罪之功能,质疑四要件之主客观融于一炉的做法,强调主客观的各自作用,并试图通过阶层的密邃性达致犯罪认定的技术化、程序化,其趣旨在于建造一种精细化的“科学技术”。

坚持派、改良派、激进派在犯罪构成上各抒己见,直陈优势,一时难分伯仲。对于坚持派、改良派、激进派之争,笔者并不打算做一个非此即彼的匆忙回答,而力图通过犯罪构成各要件之间的辩证关系,发微犯罪构成的决定要件。需知“不同犯罪构成本属不同文化背景所形成之特定产物,其能够长期存在本身就展示出存在的相对合理性;而我们在对他国犯罪构成评价时,不可能把‘自我’消解到‘零度’,作为一张无字的白纸去接近文本”^[3]。故整体借鉴只能是“削足适履”,犯罪构成“求存取胜”之道绝不在于撇离文化视域进行纯粹的理论评析,而在于超脱犯罪构成个性特点的共性赏析,实质把握,抽象提炼。

而无论何种犯罪构成其内涵都必然包括记述犯罪行为的客观事实和行为人实施犯罪行为时的主观心态两个方面,并利用一定的技术将两者和刑法规范“对接”起来。从这个意义上说,无论是三阶层、四要件、还是双层次犯罪构成,其各要件的性质无非都是主观方面和客观方面的结合,而客观方面是主观方面在客观世界的外在展开,是主观方面的具体化、客观化^[4],仅为证明犯罪的主观方面服务,其罪与非罪、此罪与彼

罪的“中核”仍然在主观方面。如砍人一刀的行为若脱离行为人主观方面的认定,是难以确定行为性质的。三阶层由构成要件该当性、违法性、有责性组成,其构成要件中既包括客观方面也包括主观方面。三阶层具有层层推高,步步加码之特点,且有责性之主观方面设置于最后一阶,毫无疑问大加申彰的是主观方面的重要作用。四要件则更为直观地将犯罪构成分成客体、客观要件、主体、主观要件四个部分,行为只有同时符合四个要件才能构成犯罪,在这种齐合填充的犯罪构成中,主观方面之犯罪认定的重要作用毋庸置疑。英美双层次犯罪构成体系也概莫能外,犯罪本体要件中的犯意以及责任充足要件中的合法辩护事由均含有对犯罪主观方面的一种认定,其实质依然落脚于犯罪的主观方面^[5]。

由此可见,犯罪构成之主观方面是犯罪认定的核心,客观方面是主观方面的现实化。而我们以往对犯罪构成研究过于强调客观方面的重要作用,而忽视主观方面的核心功能,把是否具有法益侵害的结果作为判断罪与非罪、此罪与彼罪的决定标准,并力图通过彻底的结果价值实现刑法保护人权和维护秩序之目的^[6]。在这种结果无价值过分夸大的趋势下,行为无价值之作用被蚕食消解,导致主观方面成为客观方面的附庸,根本无法发挥主观方面在犯罪认定中的决定作用。此外,犯罪构成之争主要集中在构成要件的位阶设置、内容填充以及逻辑演绎上,而鲜有对犯罪构成之主客观辩证关系,作用机理进行探究的,导致我们在犯罪构成认定中陷入孤立分析构成要件,粗暴取舍犯罪构成的错误泥潭。有鉴于此,我们需要从犯罪构成要件之共性中阐明义理,剖析精要,以便对犯罪构成进行宏观把握,并消解犯罪构成内部的不适性。为此,笔者拟从犯罪构成各要件之主客观性质着手,洞悉犯罪构成之作用机理,探幽犯罪构成之主观方面在犯罪认定中的核心作用,以期对犯罪构成正天下视听。唯此,在“群芳竞艳”的犯罪构成园地,我们才能“随心所欲不逾矩”。

一、犯罪构成主观方面与客观方面的辩证关系

纵观各国之犯罪构成,无论是三阶层、四要件还是双层次都是由犯罪的主观方面和客观方面组成。客观方面是行为人主观方面支配的结果,主观方面是客观方面何以生成的动因。客观方面固化行为人行为主观心态,凝结行为人的反社会人格,体现主观方面的内容及其实现程度;主观方面寓于客观方面,是支配行为的内心活动,征表行为人对法规范的蔑视态度。主观方面与客观方面之间是一种相互联系、相互融合的辩证关系。

客观方面是主观方面的外在展开,具有固化行为人行为主观心态,证明行为人行为主观意思的作用。“从犯罪发展的进程来看,犯罪的客观方面是犯罪主体对自己的行为进行有意控制,使犯罪主体认识状态中的主观内容转化为客观现实,包含于主体认识状态中的行为客观方面的特征,也转化为客观的、现实的犯罪行为的客观特征”^{[4]261}。换言之,客观方面是主观方面的内容及其实现程度,是主观方面支配的结果。客观方面是一种客观存在,具有直观性、具体性。犯罪的主观方面则是一种“看不见,摸不着”的潜藏于犯罪者内心的心理状态,具有隐匿性、抽象性,需要通过客观方面来体察。行为人的内心意思总是通过一定的身体动静表现于外,因此行为的方法,行为的结果,行为的手段,甚至犯前和犯后的客观表现等都可见行为人的主观心态的“蛛丝马迹”,循着这些“蛛丝马迹”,主观方面自然能清晰可见。如行为人使用锋利的砍刀砍向被害人要害部位,且行为人和被害人有很大的矛盾,行为人多次从行为或言语上表示要砍死被害人,行为人也供认自己是出于故意杀人的目的时,可以认定行为人构成故意杀人罪。反之,若行为人只是向被害人的大腿等非要害部位砍去,且行为人和被害人并无矛盾,只是一时口舌相伤,行为人本人亦供述只是为给被害人“颜色”看看时,则只能根据主观罪过定故意伤害罪。此外,若砍杀行为没有造成被害人的致命伤害,但行为人供述是杀人故意时,公权力机关也不能直接根据供述定罪,而应当根据供述具体考量客观证据,如是否手误或者是在外界力量介入时出现认识错误,若有此情形则应定故意杀人罪未遂,反之,则应从常识、常理、常情的角度^[7],用经验法则分析客观方面所征表之主观方面内容,以此做出正确的判断。值得注意的是,犯罪的主观方面一定是行为人行为主观意思,而行为人行为主观意思及其实现程度必须借助客观方面才能反映出来。实践中,仅有主观供述,而无客观方面是不能认定犯罪的;反之,即便没有主观供述,但从客观方面可以洞悉主观方面,仍然可以定罪。犯意为何不纳入犯罪的范畴,就是因为这种意思并未付诸于外,难言对社会的现实危害性。

客观方面征表行为人的反社会人格,是反社会人格的现实化过程。“我们惩罚犯罪,是因为支配犯罪行为的是,行为人在明知或应知自己的行为会发生危害社会的结果的情况下,不运用自己的认识能力和控制

能力去防止这种结果发生的这样一种心理状况。因此,无论是故意还是过失,其本质都是“蔑视社会程序的最明显极端的表现”^{[4]277},是一种表现于外的反社会意识。这种反社会意识,我们也可称之为刑法上的犯罪人格,是在后天环境中形成的反社会的人格障碍,是行为人对刑法所保护价值的一种对立态度^[8]。反社会人格是行为人的内心意思,需要通过表现于外的客观方面测量。人格行为论的创始人团藤重光教授认为“人的身体的动作与其背后的其人的主体的人格态度相结合,被认为其人的主体的现实化的场合——只有这样的场合——才被认为是行为”^[9]。换言之,客观方面是人格态度的现实化,两者密不可分。从犯罪发生的过程看,人格态度的存在是犯罪发生的前提,当外部环境适宜时,内在的人格就会形成具体的主观罪过,此种罪过再外化为一定的犯罪行为。因此,“犯罪的最终根源在于犯罪人的人格,定罪的根据也只能是犯罪人的人格”^{[9]137}。行为人的反社会人格属于思想和观念的范畴,在没有付诸行动时并不会危害社会,实无刑法规制的必要。而只有行为人在反社会人格的驱使下实施具体的行为时,行为人与社会所保护价值的对立态度才凸显出来,并危害社会。反社会人格是一种对社会的敌视态度,必须借助外部行为才能被直观测量到,即通过行为的手段、行为的方式、行为的结果等客观事实和既存状态考证行为人的反社会人格。一言以蔽之,客观方面具有凝结人格态度的作用。如药家鑫案中,药家鑫交通肇事后疯狂砍杀被害人七刀的客观事实充分反映出行为人极端强烈的反社会人格,这一行为显然不能归结为激情杀人,与一般的杀人罪不能相提并论。实践中,行为人的反社会人格都是通过客观方面确证的。从这个角度上说,客观方面具有征表行为人反社会人格强弱的功能。马荣春教授认为:“将犯罪人格的认定纳入犯罪构成新体系中去,以此做出是否有罪的结论,这将使得人们包括个案行为人的规范禁忌的强化力量不是来自外部强加,而是来自内心的自然生发。”^[10]

在三大犯罪构成中,虽各犯罪构成要件迥然不同,但是在犯罪客观方面证明主观方面,主观方面决定犯罪的作用机理上却有着惊人的相似之处。三阶层由构成要件该当性、违法性、有责性组成。违法类型说认为构成要件该当性是符合刑法分则类型化的行为,是纯粹的事实判断,故意和过失仅是责任的要素,与构成要件该当性和违法性没有关系^[11]。但是实则不然,符合犯罪类型化的行为必然包括犯罪者的主观心态,否则故意犯和过失犯的构成要件将没有任何区别,难以实现犯罪个别化的机能。日本刑法学家大塚仁正是基于此种考虑,将故意和过失贯穿于三个阶层^[12],使构成要件该当性和违法性兼有主客观方面因素,充分体现主观方面和客观方面的融合性,由此揭示客观方面证明主观方面的内在乾坤。而有责性是纯粹主观的价值判断,置于三阶之最后一阶,凸显出主观方面在犯罪认定中的核心地位。由此可见,三阶层犯罪构成的作用机制是通过客观方面来求证行为人的主观方面,并最终通过判断行为人主观方面是否具备有责性来据以定罪的,充分反映出主观方面的决定作用,客观方面的证明功能。双层次犯罪构成中,犯罪本体要件之犯意(主观方面)和犯行(客观方面)只有同时具备才能入罪。而犯行是犯意的表示,犯意是通过犯行追求的结果。换言之,犯行征表犯意,犯意控制犯行。责任充足要件则是通过合法辩护事由来证明行为人是否具备犯罪的主观意图,并据以出罪。可见双层次犯罪构成虽然强调客观方面的重要性,但其最终目的仍然是探究犯意,犯罪认定依然取决于犯罪的主观方面。四要件犯罪构成中,犯罪客观方面同样是主观方面的外化,是主观方面的外在展开。四要件之主体、客观要件、客体均是客观事实的状态,属于客观方面,主体要件是行为人对于自己行为性质的认识状况和控制状况,属于主观方面。主观方面是行为人(主体)将自己的意志通过行为对象^①(客体)以意图实现自己期望的结果(客观要件)的心理样态,是通过客观方面来获悉的,且主观方面是其他犯罪构成要件的集中体现,征表行为人反社会人格的强弱,彰显主观方面在犯罪认定中的核心地位。

不可否认的是,三大犯罪构成之共性特点都是客观方面证明主观方面,主观方面寓于客观方面。“犯罪构成之主观方面和客观方面不可能绝对分离,其根本原因在于人的行为所必然内含之之有意性——组成行为的每一动作几乎都同意志相关,均受意志的支配和控制”^{[1]90}。在这种意志支配下,行为人对行为对象实施外

^①客体一般被认为是行为所侵害的社会关系,也有人称之为法益。但是这一概念界定有失偏颇,确定性不足。因为,行为侵犯了何种社会关系,何种法益是法条预先规定的?是抽象出来的认识。但实际上对于什么是社会关系,法益本就存在语焉不详,在实践中难以达成共识,根本不具有可操作性。如强奸罪,侵犯的是妇女的性自由还是善良风俗,目前都尚未有定论。而行为对象则较为具体,行为对象是行为人利用自己的认识能力控制行为对象并意欲实现的目的,是犯罪行为直接作用的对象,是具体的而非抽象的社会关系,故此处的客体以理解为犯罪对象为宜。

部的身体动静,并形成一定的事实状态。其中,形成一定事实状态的意志是主观方面,主观意志支配下达致的事实状态是客观方面,两者“你中有我,我中有你”。客观方面是藏涵主观方面的事实证据,能够证明主观方面,主观方面是形成客观方面的驱力,是被客观方面证明的对象。在犯罪构成的适用上,只有准确把握两者的辩证关系,才能实现合理定罪之目的。

二、犯罪构成主观方面在犯罪构成中的核心地位

主观方面是行为人利用自己的认识能力和控制能力对行为对象实施一定的身体动静以期实现自己意欲达致的目的,是行为人支配行为时的心理状态。这种心理状态具有反社会意识,可能对全体公民的人权造成损害或者危险,应当予以规制。“从根本上说,我们惩罚犯罪,就是惩罚和改造犯罪分子主观中的这种反社会意识,防止它们再具体化为支配犯罪行为的主观罪过”^[13]。换言之,主观方面是犯罪认定的核心,所有的犯罪构成要件都应当为主观方面服务,是为证明主观方面追根溯源。我们毋宁忘记的是,应受刑罚惩罚的不是行为,而是行为人,应受刑法非难的不是既成的客观事实,而是行为人行为时的主观罪过。主观方面具有决定罪与非罪、此罪与彼罪、犯罪形态的重要作用。

(一)犯罪构成主观方面是决定罪与非罪的标准

犯罪构成主观方面是发动犯罪的动因,是对犯罪行为的认识态度和控制态度,这种认识态度和控制态度决定行为的趋向,具有定性犯罪,区分罪与非罪的作用。首先,行为人是否持有认识态度和控制态度是罪与非罪的分水岭。主观方面的核心是意志因素,是行为人意图实现某种危害结果的心理样态,客观方面是事实状态,是主观方面支配的结果,凝结着行为人行行为时的内心意思。这种内心意思是支配行为达致危害结果发生的深层次动因,征表着行为人对法规范的蔑视态度,是定罪的依据。如故意杀人罪,客观事实中必须藏蕴行为人故意非法剥夺他人生命的意思,否则仅有客观事实,而无主观罪过,是不能定性故意杀人罪的。其次,行为人对行为的认识态度和控制态度的程度对罪与非罪具有决定作用。对于故意犯罪,行为人能够认识到行为的危害结果并可以加以控制,但行为人为了积极地追求或放任危害结果,而不对行为施加控制,导致危害结果的发生。故意犯罪的成立必须以行为人对危害结果有预见,并付诸具体的身体动静,至于结果是否发生不影响定罪,只影响犯罪形态。若行为人不具备这种故意的认识能力和控制能力则不能成立此种犯罪。对于过失犯罪,行为人的主观方面能够控制而没有控制,以致危害结果发生。换言之,行为人对结果的发生不是希望和放任的心态,而是不情愿、不愿意。过失犯罪必须造成了一定的危害结果,是典型的结果犯,不成立未遂犯。同时,过失行为人对危害结果有回避义务,否则也不能定罪,如没有特定义务的人并无见危救助的职责,不能成立相应的犯罪。此外,由于过失犯罪是行为人能够预见而没有预见,其主观方面并不是恶意犯罪,主观恶性较小,只能在刑法有明确规定的情况下才能处罚。如果行为人对危害结果的发生既无认识能力也无控制能力,或者根本就无认识则因为欠缺认识和控制的可能而不能定罪。

(二)犯罪构成主观方面是决定此罪与彼罪的标准

犯罪构成主观方面是犯罪主体实施犯罪行为的内心意思,其故意或过失的主观心态可以合理地界分此罪与彼罪,避免犯罪后果相似之行为一概而论的做法,是坚持刑罚个别化的必然要求。在三阶层中,此罪与彼罪是通过是否符合刑法类型化进行区分的,而符合类型化的行为必然包括行为人的主观心态,并从主观心态上确定此罪与彼罪。如对于具备尸首、凶器的剥夺他人生命的事实,若仅从客观证据看,不可能定性何种犯罪,对于本案至少存在四种情况:第一种,若行为人预见到自己的行为会导致被害人死亡,并放任或希望死亡结果的发生,应当以故意杀人罪论处;第二种,若行为人能够预见到自己的行为会导致被害人死亡,但是由于疏忽大意没有预见或者轻信能够避免而导致结果发生的,应当以过失致人死亡罪论处;第三种,若行为人既不存在故意也不存在过失,只是因为砍柴,刀柄脱把而致人死亡的,属于意外事件,行为人无需承担责任;第四种,若行为人是出于正当防卫和紧急避险之目的致人死亡的,由于行为人没有对法规范的蔑视态度,缺乏犯罪的故意和过失,也不能以犯罪论处。双层次犯罪构成则是通过与既有案例之比对,确定此罪与彼罪,而案例中已然包括犯罪的主观方面,且是此类犯罪类型化的决定要件。四要件中客观方面证明主观方面,主观方面藏蕴客观方面,且主观要件是其他各要件的集中体现,据此符合主观方面才能定性犯罪。由此可见,犯罪的客观方面并不能界定此罪与彼罪,而只能依靠客观方面洞悉主观方面,并通过类型化的行为进行定罪。强调的是主观方面对犯罪定性的重要作用,是实质正义的要求。主观方面具有思想的能动性,可以灵活地通过主观心态将恶性不同的犯罪区分开来,实现“大错有大怪,小错有小怪”的刑罚个别化机

能,达致“善有善报、恶有恶报”之目的。

(三)犯罪构成主观方面的内容及其实现程度是犯罪形态的区分标准

犯罪构成主观方面是行为人希望认识和控制某种行为对象并发生期望结果的心态,在具体实施时,由于外部环境、介入因素的影响,行为人所意图的结果不一定会完全实现,此时需要根据客观方面来判定主观方面的实现程度,并确定行为处于何种犯罪阶段。在行为人具备主观方面,且行为在行为人的控制下全部实施完毕,并实现预期结果时,是犯罪的既遂;行为虽已全部实施完毕,但是由于意志以外的原因而没有发生既遂结果的,属于未遂;行为只停留在犯罪准备阶段,以犯罪预备论处;行为过程中,行为人自动有效地中止犯罪或行为实施完毕,结果尚未发生之前,行为人采取措施有效防止犯罪结果的发生,成立犯罪中止。由此可见,行为属于何种犯罪由犯罪的主观方面决定,居于何种犯罪形态则取决于主观方面的实现程度。

三、犯罪构成主观方面的新解构

犯罪构成主观方面以行为人对犯罪行为的认识和控制状态为内容,是犯罪构成必不可少的要件,是抽象的标准,需要通过主观罪过来具体衡量,即支配行为人实施犯罪行为的主观的心理态度。主观罪过包括具体的对象、手段、方法、目的、动机以及对情节的认识,涵盖故意、过失,目的和动机也藏蕴其中。而传统理论认为犯罪的主观方面包括罪过、目的和动机,三者是并列关系,罪过之下仅有故意和过失。笔者认为这一说法有失偏颇,因为罪过是具体的人意欲作用具体的对象并实现具体目的的心理活动,与犯罪主观方面同属对行为人犯罪时的心理态度的揭示,是同一问题的不同提法^[14]。两者是抽象和具体的关系,主观方面是从主观罪过中抽象出来的,作为犯罪成立的必然条件,是抽象标准;主观罪过是对具体事实的认识和控制,是具体标准。因此,主观罪过不可能与动机和目的并列。事实上,犯罪目的和犯罪动机藏匿于犯罪故意之中,是说明犯罪故意的因素,不能人为地割裂罪过心理的完整性。鉴于目前学界对主观罪过的一些错误认识,我们有必要对主观罪过之故意、过失、动机、目的进行新解构,并加以明确阐释,以利于在各大犯罪构成中予以合理把握。

(一)主观罪过之故意

故意是明知自己的行为会发生侵害全体公民人权的后果,而希望或放任这种结果的发生。作为故意内容的“希望”与“放任”是犯罪主体将犯罪意思转化为客观行为的活动。“这里的希望和放任,不是现行的犯罪构成理论所理解的那样,是动态的纯主观的行为人对危害结果的心理态度,而是有一定的控制对象和控制内容的、动态的能动心理活动”^{[4]259}。因此,故意的前提在于行为人必须具有认识能力和控制能力,并以行为发动者为出发点。行为人只有在具备认识能力和控制能力的基础上,才能认识到自己行为的性质、行为的结果以及行为发展的过程。认识能力和控制能力需要同时具备,缺一不可不能成其为罪过,如行为人仅具有认识能力,但无控制能力,无法左右事物的发展进程,仍然无罪过,反之亦然。从这个层面上说,行为人必须达到刑事责任年龄且精神正常或被评估为具有认识能力和控制能力时才具备故意心态的可能^②。这里的故意只能是刑法意义上的故意,而不能是生活意义上的故意。

在符合犯罪主体要求后,行为人还要有希望或者放任结果发生的心态。希望是指具备认识能力和控制能力的行为人实施某种具体行为并积极追求特定危害结果的发生。希望具有目的性,不是行为人盲目的,一时冲动的想法。行为之所以实施某种行为通常不是无缘由的,而是有所期许的,必然有明确的目的。正是由于希望的心态具有明确性、确定性,因此也被称之为直接的故意。“放任”是与“希望”相对的一种故意形态,但放任并非是不希望,而是一种介于希望和不希望之间的心理态度。是为了积极追求某种危害结果,而放任其他危害结果发生的心理活动。“放任”与“故意”的犯罪目的相同,都是意图实现自己明确期望的结果。但是行为进程并非尽遂人愿,在具体实施过程中可能会发生偏差,行为人本人也能够认识到这种偏差,但是为了追求自己意图实现的结果,行为人放任了此种偏差结果的发生。由于这种结果不是行为人积极追求的,故又称之为间接故意。希望和放任之区别就在于其预期的目的是否按照计划实现,如果实现则是希望,如果发生偏离则是放任。在中国,希望和放任都属于明知的内容,其区分的意义并不大。

故意的成否不仅取决于行为人希望或放任的态度,还需考量希望或放任的对象。通说认为,希望或放

^②在大陆法系国家多以具体的刑事责任年龄且无精神障碍作为行为人具备认识能力和控制能力的条件。如中国,已满14周岁故意杀人、抢劫、强奸等八种暴力犯罪的应当负刑事责任,除这八种犯罪以外,年满16周岁都应当负刑事责任,强调的是统一适用性。英美国家的刑事责任年龄则是根据评估而定,因此并无统一的标准,考虑的是个体的差别性。

任的对象是具体的危害结果,只要行为人预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,而有意为之就是故意。因此,正当防卫、紧急避险以及其他正当化事由都因有希望或放任具体对象的损害结果而被纳入故意的范畴。笔者认为故意罪过针对的对象只能是法规范,而不能是具体的行为对象,行为人应受惩罚的是其对法规范的蔑视态度,而不是损害事实本身。正当防卫和紧急避险虽然都有希望或放任具体危害结果发生的心理态度,但是这种心理态度是建立在保护其他合法利益的基础上,并无对法规范的蔑视态度,相反却是尊重法规范,并在法规范的指引下“见义勇为”和“担当大义”的行为,应当为社会所倡导。因此,这种行为不属于故意违反法规范的范畴,更无过失可言,应当在犯罪主观方面予以排除。具体而言,在三阶层中,通过第一阶构成要件该当性以行为人没有蔑视故意杀人罪之法规范的故意排除入罪,而完全没有必要在违法阻却事由中出罪;双层次犯罪构成则在犯意中的蓄意和明知中排除对法规范的对立,合法辩护事由的正当防卫和紧急避险在此仅作为例外的考虑,即如若犯意中未进行考察的,可以在合法辩护中予以救济;四要件在犯罪构成主观要件中的故意排除行为对法规范的蔑视态度,而无需在犯罪构成之外单独评价正当防卫和紧急避险,以此充分发挥四要件之有机体的功能。同理,其他正当化事由,如职务行为,被害人承诺等也应当通过考量行为人对法规范蔑视态度的有无和强弱,确定其是否具有故意的罪过心态,以此进行出入罪考量。

期待可能性和违法性意识同样也应当排除故意心态,并在罪刑法定的范畴内予以解决。期待可能性是期待行为人实施适法行为,而不实施违法行为,如果不能期待行为人实施适法行为,就理当阻却责任。关于期待可能性究竟是属于一般的超法规的责任阻却事由,还是只限于法律规定的责任阻却事由,在理论上有不同说法。德国通说认为只能限于法律规定的责任阻却事由,以此严格贯彻罪刑法定,减少刑法的不确定性。而日本通说则认为,缺乏期待可能性是一般的超法规的责任阻却事由,不限于法律的规定,藉此充分发挥期待可能性的应有作用。笔者认为,罪刑法定是刑法的基本原则,犯罪认定不能脱离罪刑法定而孤立存在,就此而言根本不存在超法规的责任阻却事由,期待可能性完全可以在主观方面之故意罪过中予以解决,而无需在法律之外进行救济。期待可能性是行为人在行为时的具体情况下,不能期待行为人实施适法行为。也就是说行为人在行为时知道自己的行为是违法行为,但是在行为人所处的那种特殊情况下,不可能遵守法律,此时行为人对法规范的违犯是出于不得已,是穷途末路的无奈选择,其主观方面并无对法规范的蔑视,不能认定行为人有故意的罪过。如行为人为救治自己病危的母亲,而私刻医院公章伪造缴费单之行为,就不具有蔑视诈骗罪规定的故意。因为,从常识、常理、常情看,任何人在面临此种情境下可能都会出于救助亲人而挺而走险,但是行为人却并无对法规范的蔑视态度,仅是不得已而为之。从马斯洛需求层次看,人的生理需求是最基本的需求,故在生命遭受威胁且迫切需要救助之时,行为人对法规范的违犯就是一种不得已的选择。冯亚东教授也认为:“所谓的期待可能性就是一种行为人为生计所迫、无奈而为并可予谅解的行为动机、一个主观方面的酌免责情节。”^[15]毋庸置疑,期待可能性因缺乏对法规范的蔑视态度而不能评价为故意。

违法性意识是指行为人对行为在法律上不被允许即行为的实质的违法性认识或意识,是对法规范的认识问题,依然涉及对法规范的蔑视和对立态度。关于违法性认识目前主要存在不要说,故意说和责任说三种。不要说认为,故意的成立只要有对犯罪事实的认识即可,不需要有违法性的意识。故意说认为,违法性意识必须以存在违法性认识为前提,否则不能成立故意。责任说则认为,违法性的错误与故意的成立没有关系。笔者较为赞成故意说,但是这里的违法性意识中的法必须是抽象的、整体的、价值意义的法,而非具体的、部分的、文本意义的法,即行为人并不需要明确知晓自己的行为违反了某一具体的刑法规则,而仅要求其知晓刑法规则是不害人,若行为人实施的行为是害人行为,就具备了故意。反之,若行为人根本就不可能意识到自己的行为是害人的,则不具有违法性意识。如生活困窘的父母出卖亲儿的行为,显然没有对拐卖妇女儿童罪规定的故意蔑视态度,不具有违法性意识。因为在这一行为中,出卖行为的目的是为了使其亲儿今后有更好的生活,其象征性地收取一定费用并不能认为是危害他人,故此种行为缺乏违法性意识,不具有对法规范的故意蔑视态度,不应当以拐卖妇女儿童罪论处。三阶层中,违法性意识是作为有责性来排除的,与故意、过失、期待可能性并列,进行的是单独评价;双层次犯罪构成在犯意中考量;而传统四要件对违法性意识未曾着墨,学界对此也语焉不详。“其实四要件中主观方面早已涵盖违法性意识,如中国之刑法理论体系中,‘故意’本身的含义按条文规定(《刑法》第14条)就是对‘危害社会的结果’的认识——已经较为完整地包含着‘违法性认识’的内容”^[16]。由此可见,在各大犯罪构成中违法性意识都得到了应有的关照,欠

缺之处在于应当在故意罪过中予以讨论,避免将违法性意识凌驾于法律之上,掣肘罪刑法定原则的作用。

(二) 主观罪过之过失

过失的实质在于行为人没有按照刑法的要求去控制自己,认识自己的行为^{[4]260}。犯罪过失不是对行为的希望和放任,而是由于疏忽大意或者过于自信应当预见而没有预见,以致结果的发生。过失强调的是结果的回避义务,行为人只能在具有结果回避义务的情况下,由于失误而导致危害结果的发生时才成立过失,它和故意之积极追求危害结果发生的心理状态截然不同。在刑法发展过程中,犯罪过失以其所导致的危害社会的结果引起立法者的注意。过失的罪过缘于行为人疏忽或过于自信而未能对自己的行为加以控制,导致危害结果的发生。从意思内容上说,行为人并没有追求过失结果的积极心态,从情理上说,行为人也不希望过失结果的发生。因此,过失的罪过远轻于故意,处罚犯罪过失只能是一种例外。

犯罪过失本意是指不意误犯,实质是事与愿违^{[14]70}。包括认识能力和控制能力两个方面。在认识能力上,行为人应当认识到或者可能认识到自己的行为会发生危害社会的结果,即预见可能性,这是过失的前提。如果行为人根本就不可能认识到自己的行为会发生危害社会的结果或者危险,不能构成过失。行为人应当预见而没有预见的原因是行为人的疏忽大意或过于自信,行为人本身有过错,否则不能归责。在过失中,行为人的本意并不是希望危害结果的发生,相反行为人对危害结果是持抵触情绪的,属失误而为。从控制能力上说,行为人是因为没有预见而没有控制,或者已经预见并加以控制,且轻信其控制的程度足以抑制结果的发生,与故意之能控制不控制迥然不同。判断过失的关键在于行为人对行为控制的态度,如果行为人能够预见行为的危害结果,而积极施加有意行为追求危害结果的发生或者放任结果的发生,是故意心态。反之,行为人若对危害结果的发生是不期望、不情愿的主观心态,且预见到必然采取抑制措施,是过失心态。显然,过失中行为人的心理意愿是希望或避免危害结果的发生,其主观恶性较故意小,处罚也相对轻缓。从这个角度说,故意和过失的区分在犯罪定性上具有至关重要的作用,应当予以严格甄别。三阶层犯罪构成中,“每一个要件都具有独立的地位和功能,就像一台机器完整的组成部分一样,能够完全拆卸下来。且从‘机器’上被拆卸下来的各个‘部件’并不因为脱离‘母体’而丧失应有的功能,仍然可以单独完成对事物的评价”^[17]。而罪过具有定性犯罪的作用,应当在三阶层中予以体现,即过失罪过应当贯穿三阶层始终,以此保证各阶独立判断的功能。双层次犯罪构成中,过失在犯罪意图中考虑,四要件则在主观要件中斟酌。

此外,过失是未尽注意义务而所致结果发生,和民法上的过失(过错)有相似之处,在实践中较难进行区分。但是两者的行为处遇却截然不同,刑法上的过失需要承担刑事责任,并受到刑法处罚;民法上的过失则无此限制,仅需为过失行为承担恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任。因此,刑法过失和民法过失分就显得尤为重要。那么何种过失行为由刑法调整,何种过失行为由民法调整呢?笔者认为应首先考量行为侵犯的对象,刑法调整的是全体公民的人权和公民个人人权之间的关系,是刑法在两种人权发生冲突,且都需要保护的情况下,不得已牺牲公民个人人权,保护全体公民人权的做法,因此刑法调整的过失必须是侵犯了全体公民人权的过失^③。而民法上的过失侵害的只是个体公民的人权,而无涉全体公民人权。换言之,民法上的过失只对行为直接作用的对象造成了损害。其次,刑法是对公民最基本的人权——生命、自由予以剥夺的一种惩戒,应当慎重,故刑法上的过失必须予以明确规定,是一种非常态;而民法强调过错责任,即行为人只要有过失,行为人都要承担民事责任,是一种常态。

(三) 主观罪过之犯罪目的

犯罪目的是指行为人实施犯罪行为希望达到的危害结果的主观反映^{[14]120}。犯罪目的包含在故意中,是行为人意欲实现某种危害结果的内心意思。过失犯罪由于不具有期望过失结果发生的主观愿望,而不存在犯罪目的。犯罪目的是希望意志的反映,是直接故意的心理内容,具有区分直接故意和间接故意的作用。行为在犯罪目的的驱动下实施刑法所不许之行为,并达致犯罪目的,成立直接故意。若犯罪目的和危害结果不一致,则应视具体情况而定,如果只是行为对象发生了个体的差别成立间接故意,如果行为对象与犯罪目的之对象迥然不同,且按照行为对象不构成犯罪,则犯罪目的之希望意志落空,只能在犯罪形态中予以考虑。犯罪目的对直接故意的形成具有重要的意义,但是在主观目的尚未付诸行动之前,主观目的不是犯罪构成的要件,仅是内心的犯罪意思,不能惩处。只有在犯罪目的促使犯罪故意形成时,犯罪目的才具有评价

③引自陈忠林教授博士生课堂笔记。

的意义。换言之,犯罪目的是一种纯粹的内心意思,是心理意欲的结果。而直接故意是行为人在主观目的之驱动下通过行为希望或放任主观目的之危害结果发生的心态,需要通过行为来实现,否则不能成其为刑法上的故意。因此,犯罪目的本身并不是主观方面的构成要件,只有当法律为限制某种行为的范围时,特别指明构成某种犯罪必须具有一定的目的时,犯罪目的才成为该罪的构成要件。如中国刑法第152条非法传播淫秽物品罪就要求行为人有牟利或营利的目的,行为人若没有此目的,即便发生了传播淫秽物品的结果也不能定传播淫秽物品罪。如夫妻在家观看淫秽光盘的行为,就因为缺乏犯罪目的而不能入罪。值得注意的是,刑法规范中需要具备主观目的的犯罪只能成立直接故意犯罪,间接故意因没有积极地追求主观目的而不能定罪。

(四)主观罪过之犯罪动机

犯罪动机是指激起并维持犯罪行为的内心起因和意志倾向,是需求驱动的结果。心理学家马斯洛在其《人格与动机》一书中将需求归纳为五种:生理需求、安全需求、爱与归属的需求、尊重的需求、自我实现的需求^[18]。而有了需求就会产生动机,动机是在需求的基础上产生和发展的。好的动机产生好的社会效果,反之,不良动机产生不良的社会效果。刑法所要解决的问题就是鼓励好动机,遏制坏动机,并引导人们在需求实现上通过不损害他人利益的形式实现。毋庸置疑,动机对于罪过之强弱具有至关重要的影响,是征表社会危害性大小的风向标。如为了学费而偷窃和为了挥霍而偷窃两者之犯罪动机就存在天壤之别,前者之主观恶性明显小于后者,两者若科予相同的刑罚,显然不能被人们所接受。故很多国家都对动机进行了规定,并将其作为一个量刑的依据。动机属于罪过之内容,且是直接故意的起因,犯罪动机是犯罪目的背后的目的,是直接故意的起因,具有支持直接故意,发动并维持犯罪的功能,应当与犯罪目的一同在故意的范畴内讨论,以此准确厘定行为人的主观恶性,实现犯罪认定的合理化。

四、结论

综上,笔者认为,无论何种犯罪构成都不外乎由表明事实状态的客观方面和控制行为趋向的主观方面构成。客观方面是主观方面的外在展开,是主观方面的客观化、具体化,仅为证明主观方面服务。主观方面是行为人支配行为的内心意思,是对行为趋向的认识和控制,亦需通过客观方面实现。客观方面具有蕴意主观方面,固化行为人行事时的主观心态,探明行为意图的积极作用,需要明确客观方面在求证主观方面的中介地位。而主观方面是借助客观条件作用行为对象并意欲实现刑法所不许之行为的心理样态,是对法规范的蔑视和敌对态度,应当作为犯罪认定的核心。犯罪构成主客观方面的辩证解析充分肯定了客观方面对主观方面的证明价值,彰显了主观方面对犯罪认定的决定意义,有利于厘清客观方面和主观方面的各自功能,平息两者非此即彼的争执,并将两者融于一炉。同时,鉴于犯罪构成主观方面对犯罪认定的核心作用,需要明确主观罪过的内容,肯定犯罪目的和犯罪动机的罪过地位,重新界定故意,并将行为人对法规范的蔑视和对立态度作为故意成否的标准,以此将正当防卫,紧急避险等正当化事由,以及违法性意识、期待可能性纳入故意的考量范围,在罪刑法定的范畴内解决犯罪认定问题。毋庸置疑,只有立于犯罪构成的内在辩证关系,才能对犯罪构成作出真正的“有机整体”的把握。有鉴于此,我们在犯罪构成的选择和适用上不能纠结于细枝末叶的艰难抉择,而应当从主客观方面的辩证关系以及主观方面能动性的把握上进行宏大叙事。唯此,我们才能在“繁花似锦”的犯罪构成花园中随意采撷犯罪构成理论之花,并永葆其“芳香四溢”。

参考文献:

- [1]冯亚东.中德(日)犯罪成立体系比较分析[J].法学家,2009(2):88-97,158.
- [2]高铭暄.论四要件犯罪构成理论的合理性既对中国刑法学体系的坚持[J].中国法学,2009(2):5-11.
- [3]何卫平.通向解释学辩证法之途[M].上海:上海三联书店,2001:254.
- [4]陈忠林.刑法散得集(Ⅰ)[M].北京:法律出版社,2003.
- [5]储槐植.美国刑法[M].北京:北京大学出版社,2006:89.
- [6]张明楷.行为无价值论的疑问[J].中国社会科学,2009(1):99-115.
- [7]陈忠林.“恶法”非法——对传统法学理论的反思[J].社会科学家,2009(2):7-12.
- [8]陈忠林,梅锦.论人格在定罪中的运用[J].现代法学,2012(6):136-145.
- [9]马克昌.比较刑法原理——外国刑法学总论[M].武汉:武汉大学出版社,2002:154-155.

- [10] 马荣春. 论犯罪构成新体系之常识、常理、常情化[J]. 法律科学, 2011(2): 77-86.
- [11] 山口厚. 刑法总论[M]. 付立庆, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 28.
- [12] 大塚仁. 犯罪论的基本问题[M]. 冯军, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1993: 41.
- [13] 陈忠林. 论犯罪构成各要件的实质及辩证关系[M]//陈兴良. 刑事法评论(第6卷). 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 367-368.
- [14] 高铭暄. 刑法学原理(第二卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1993: 2.
- [15] 冯亚东. 期待可能性与犯罪动机[J]. 北京大学学报: 哲学社会科学版, 2008(6): 40-46.
- [16] 冯亚东. 违法性认识与刑法认同[J]. 法学研究, 2006(3): 112-118.
- [17] 赵秉志, 彭文华. 犯罪构成模式之文化要义[J]. 法学研究, 2011(5): 96-109.
- [18] 马斯洛. 人的潜能和价值[M]. 许金生, 译. 北京: 华夏出版社, 1987: 176.

A Further Study on Constitution of Crime

TONG Chunrong

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: The three major elements of crime constitution are both subjective and objective. Its objectivity is the external expansion of its subjectivity, an embodiment of objective and specific subjectivity so as to prove its service for the subjective sense. Subjectivity is the inner will that drives behavior, understanding and control over behavior tendency concealed in the objectivity. Subjective behavior indicates people's contempt of rules and regulations, which is the core of crime determination. Specific subjective fault includes intention, negligence, motive and purpose. Intention stands opposite to rules and regulations so as to include causes of justification such as justifiable defense and act of rescue, as well as consciousness of illegality and anticipated possibility into the scope of consideration. For this reason, in view of the choice and application of complicated elements of crime constitution, only the recognition of dialectical relation between subjectivity and objectivity as well as insight into the mechanism of crime constitution can we do as we wish but not abuse law.

Key words: crime constitution; subjectivity; objectivity; fault

(责任编辑 胡志平)