

犯罪论对刑法典的形塑作用

——以德国犯罪论与刑法典的关系史为线索的考察

江 溯*

[摘要] 刑法典与犯罪论体系的关系是犯罪论体系论争的一个前提性问题。对此,主张“维持论”的学者提出了“刑法典对犯罪论具有制约关系”的命题。通过对德国犯罪论与刑法典关系史的考察,可以看出,无论是构成要件、违法性还是罪责,都不是德国刑法典的产物,而是德国刑法学者智慧的产物。更为重要的是,阶层犯罪论体系的这些基本概念,通过在刑法学界形成共识之后,形塑了德国刑法典的发展。我国犯罪论体系的建构不应拘泥于刑法典本身的规定,因此引入德国阶层犯罪论体系并不存在障碍。

[关键词] 刑法典;犯罪论;阶层体系;制约;形塑

一、问题的提出

近年来,随着对德日阶层犯罪论体系研究的不断深入,我国一些学者开始对作为通说的四要件犯罪构成体系的诸多弊端进行反思,并主张在我国直接引入德日的阶层犯罪论体系。^①目前,在我国刑法学界,在通说的四要件犯罪构成体系与阶层犯罪论体系之间已经形成了“维持论”与“重构论”两种基本立场的对立。^②从“维持论”与“重构论”最初的争论来看,学者们的争论焦点基本上都是立足于两种不同理论体系本身的优缺点,^③并没有探讨刑法规范即刑法典与犯罪论之间的关系。应当指出,相对于哪一种犯罪论体系更为合理这一问题而言,刑法典与犯罪论之间的关系更是一个前提性的问题。

值得注意的是,基于“维持论”的立场,学者指出“犯罪构成理论首先必须与规范的构成要件尽量保持一致性”,并认为我国的诸多刑法规范与德日犯罪论体系之间存在根本的冲突,因此移植德日犯罪论体系并不可取。^④而另一学者则指出一国刑法典对犯罪的规制方式及内容设定,在很大程度上便

* 法学博士,北京大学法学院讲师,100871。

①代表性的研究,参见陈兴良:《犯罪论体系的去苏俄化》,《政法论坛》2012年第4期。

②关于“维持论”和“重构论”的分野,参见付立庆:《我国犯罪成立理论之重构:基本依托和意义所在》,《法学评论》2008年第6期。

③彭文华:《德、日犯罪构成论体系与我国刑法规范的内在冲突》,《法学》2010年第5期。

④彭文华:《德、日犯罪构成论体系与我国刑法规范的内在冲突》,第19页。

已决定了该国学者对犯罪论体系该如何构造，“在较为纯粹的刑法解释学意义上，犯罪论之体系构造必须服从并服务于刑法典的体系”。^①但问题是，犯罪论体系是否真的，必须首先受到刑法典的制约呢？本文试图通过对德国阶层犯罪论体系与刑法典之间关系史的梳理来对上述学者观点作出部分回应。

二、构成要件的发展史

当今德国犯罪论的通说是三阶层体系，^②即认为犯罪是符合构成要件、违法且有罪责的行为。因此，行为是否符合构成要件，乃是犯罪审查结构的第一个环节和步骤。如果行为不符合构成要件，就无需继续审查其是否违法以及是否有罪责。在这个意义上，对于阶层犯罪论体系而言，构成要件概念具有基石性的地位。但是，从构成要件的历史来看，其最初不仅不是一个刑法典上明文规定的概念，而且甚至不是一个刑法概念，而是从诉讼法中发展出来的概念。从语词的沿革上考察，“构成要件”最初来自于中世纪意大利的纠问程序中所使用的“犯罪的确证”一词。之后，1581年由意大利刑法学家法利那休斯又在犯罪的确证一词基础上引申出“犯罪事实”概念，1796年由德国刑法学者克莱因(Klein)译成德语“构成要件”一词，但是当时仍然是诉讼法意义上的概念。在实体上确立“构成要件”概念之地位的是德国刑法学者费尔巴哈，而将“构成要件”理论发扬光大的是德国刑法学者贝林。

(一) 费尔巴哈的构成要件理论与《德意志帝国刑法典》

在实体法的意义上使用“构成要件”概念，源自德国刑法学者费尔巴哈。费尔巴哈主张心

理强制说，首倡罪刑法定主义，并明确地将构成要件作为刑法学上的概念来使用。他将犯罪成立要件称为适用刑法的法律可能性，亦即惩处刑罚的根据，或者称为绝对的可罚性根据。而绝对的可罚性根据又分为客观的绝对可罚性根据与主观的绝对可罚性根据。^③因为客观的绝对可罚性根据对应于不法，因而对于构成要件的概念只能到客观的绝对可罚性根据中去寻找。费尔巴哈指出，可罚性的客观根据在于，第一，存在受到刑法规定的刑罚威慑的犯罪事实；第二，未被刑法规定为犯罪的行为，没有可罚性。只有具备行为概念的特征、法律将刑罚作为其法律后果的行为，才可能被规定在刑法中。特定行为特征的整体，或者包含在特定种类的违法行为的法定概念中的事实，叫做犯罪的构成要件(der Tatbestand des Verbrechens; corpus delicti)。因此，客观的可罚性取决于犯罪构成要件是否存在，而具体法律的适用则取决于拟适用法律已将其作为法律后果的条件加以规定的构成要件的特定事实。^④由此可见，在费尔巴哈看来，构成要件具有客观性，不包含主观的要素。但另一方面，应当注意到的是，在例外的情况下，费尔巴哈也将违法行为的特定的主观(存在于犯罪人的内心)根据也列为构成要件的要素。这里的违法行为的特定的主观根据，是指(1)特定的意图(目的)(2)特定的意思决定的种类。^⑤在这个意义上，我们可以说费尔巴哈的构成要件理论中存在着一些自相矛盾之处，反映出当时构成要件观念的不成熟。^⑥

费尔巴哈的构成要件理论对德国刑事立法的影响是显而易见的。在费尔巴哈起草的1813年《巴伐利亚王国刑法典》中，虽然还没有明确地采用“构成要件”(Tatbestand)这一术语，但却

^①冯亚东：《刑法典对犯罪论体系的制约关系》，《中外法学》2012年第3期。

^②当然，在德国刑法学界，也存在二阶层、四阶层、五阶层等体系的主张。

^③[德]费尔巴哈：《德国刑法教科书》，徐久生译，北京：中国方正出版社，2010年，第83页。

^④[德]费尔巴哈：《德国刑法教科书》，第83页以下。

^⑤[德]费尔巴哈：《德国刑法教科书》，第85页。

^⑥关于如何理解费尔巴哈的构成要件理论中的矛盾，参见陈兴良：《构成要件：犯罪论体系核心概念的反拨与再造》，《法学研究》2011年第2期。

在该法典第69条关于错误的条文中出现了与构成要件概念极为接近的“行为情状”(Tatumstand)概念。^①当然,更为直接地采用“构成要件”概念的是1871年《德意志帝国刑法典》第59条,该条规定:“如果一个人在实施一个可罚行为之时,对于属于法定构成要件(gesetzliche Tatbestand)或提高可罚性的行为情状的存在缺乏认识,则该情状不得归责于他。”我们可以想见,如果没有费尔巴哈等德国刑法学者对“构成要件”的研究,如果“构成要件”没有在当时刑法学界被广泛接受,那么就不可能被德国的立法者接受并写进刑法典之中。

(二) 贝林的构成要件理论与《德国刑法典》

将构成要件理论发扬光大的是德国刑法学者贝林。在其早期的著述中,贝林将构成要件定义为犯罪类型的外部轮廓,因此构成要件是客观的、中性无色的、纯粹描述性的;至于行为的主观方面,则完全属于罪责的问题,被排除在构成要件之外。当然,随着主观构成要件要素理论的兴起,贝林在晚期开始修正自己的观点,他指出:犯罪类型不是法定构成要件,法定构成要件是犯罪类型先行存在的指导形象(vorgelagertes Leitbild)。不可以把构成要件该当性(或构成要件相关性)当做犯罪类型的同义词。^②从犯罪类型的外部轮廓到犯罪类型的指导形象,这是对构成要件与犯罪类型关系的重新界定,贝林试图以此维系构成要件的客观性。^③尽管之后构成要件越来越主观化,未能按照贝林最初的理论设想去发展,但贝林对于构成要件理论的贡献仍然是不可磨灭的。“如果谈到刑法中的构成要件,通常是指特殊的构成要件,它表明分则章节中规定的具体不法类型特征的总和。如果我们在上文中强调构成要件该当性与违法性相联系作为犯罪行为的必要条

件,那么,现在就可以清楚地知道,行为的‘构成要件该当性’就必然意味着‘特殊’之构成要件之一。易言之,特殊的构成要件为刑警(kriminalist))了解对刑法上确定犯罪种类具有重要意义的特别之违法性,以及其后为适用刑法而确定罪责,打开了方便之门。因此,特殊的构成要件对刑法释义学具有重大价值,该得到承认且源自于科学的价值,是贝林的无可争议的功绩。”^④

贝林及其之后的德国刑法学者对构成要件理论的发展不仅具有重要的学术意义,而且还深刻地影响了《德国刑法典》。如前所述,在1871年《德意志帝国刑法典》中,明确采用“构成要件”这一术语的只有第59条,但在1975年《德国刑法典》中,“构成要件”已经成为一个俯拾皆是的术语:在该法典第9条、第11条、第13条、第16条、第22条、第46条、第74d条、第78条、第78a条、第87条、第218a条等多个条文中,均采用了“构成要件”这一用语,这说明该用语已经深入人心,成为德国刑法学界和立法者共同的话语,而这不能不归功于以贝林为代表的德国刑法学者的学术努力。

三、违法与罪责的区分

在阶层体系之中,在构成要件符合性之后,违法与罪责的区分是至关重要的,“发现不法与罪责是作为构筑刑法体系与众不同的材料,依照Hans Welzel的看法,这是最近这二到三代学者在释义学上最为重要的进展;Winfred Küper认为这个发现刑法释义学的重大成就而无法再走回头路;此外,依西班牙法的观点来说,Santiago Mir Puig表示这个发现也建立起Los dos pil-

^①现行《德国刑法典》第16条关于构成要件错误的规定中同时采用了“行为情状”(Tatumstand)概念和“构成要件”(Tatbestand),但两者的关系如何,并不清晰。笔者在对此缺乏研究的情况下,倾向于认为这两者的含义基本相同。

^②[德]贝林:《构成要件理论》,王安异译,北京:中国人民公安大学出版社,2006年,第27页。

^③陈兴良:《构成要件的理论考察》,《清华法学》2008年第1期。

^④[德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京:法律出版社,2006年,第205-206页。

lars basicos,也就是犯罪概念的“二大支柱”。^①但是,违法与罪责的区分并非德国实定法的产物,而完全是德国几代刑法学者的学术成就;更为重要的是,刑法理论上对于违法与罪责的区分还实质性地形塑了德国刑法典对于正当化事由和免责事由的规定方式。

(一) 违法与罪责不予区分的时代

1871年《德意志帝国刑法典》并不区分违法与罪责,这体现在该法典关于正当化事由与免责事由的规定方式上:第52条规定的是胁迫,第53条规定的是紧急防卫,第54条规定的是紧急避险。从我们今天的眼光来看,1871年《德意志帝国刑法典》第52条规定的是一种免责事由,而第53条和第54条则规定的是正当化事由。但是,从1871年《德意志帝国刑法典》对于第52条、第53条和第54条的法律效果的规定来看,这种正当化事由与免责事由的区分显然是不存在的,因为该法典只是规定,在上述三种情形下,行为人的行为都是不可罚的(einestrafbare-Handlung is nichtvorhanden),而并未对这三种情形进行进一步的归类。从德意志帝国法院早期刑事判决的裁判理由来看,司法实务上也不区分违法与罪责,因此认为正当化事由与免责事由之间没有区别。^②在德国刑法学家埃泽尔(Albin Eser)看来,1871年《德意志帝国刑法典》与德意志帝国法院早期刑事判决这种不区分违法与罪责(相应地,不区分正当化事由与免责事由)的立场是很容易理解的,因为当时的德国刑法理论对这种区分一无所知,或者至少这种区分在当时没有得到广泛认同。^③两个有力的例证是:首先,德国著名刑法学者默克尔(Adolf Merkel)在1867年宣称,“无罪责即无违法”^④;

其次,作为当时最通行的刑法教科书,在贝恩纳(Berner)的《德国刑法教科书》第六版(该书第一版出版于1857年,第六版乃是根据1871年《德意志帝国刑法典》修订而成)中,根本就没有正当化事由与免责事由的字眼。^⑤

(二) 民法上违法与罪责的区分:耶林的客观违法论

虽然1871年《德意志帝国刑法典》并不区分违法与罪责,但这并没有成为德国学术界探究这一区分的障碍。应当指出,违法与罪责的区分首先并不是在刑法学界内部展开的,而是在私法领域内加以探讨的。为了说明物的所有人有权要求以诚实善良的方式占有其物的占有人返还其物的请求权基础,德国著名民法学者耶林(Rudolph v. Jhering)指出,主观罪责(Verschuldung)并不是客观违法(Unrecht)的基本前提,因此,即便不考虑主观罪责,客观违法也照样能够导致特定的法律后果。^⑥虽然Jhering并没有详细论述应当如何区分主观罪责与客观违法,但“客观违法”概念的提出对于刑法上区分违法与罪责具有决定性的意义。^⑦

(三) 刑法上违法与罪责的区分:从宾丁到李斯特—贝林

众所周知,宾丁最重要的理论是他的规范论(Normentheorie),其基本思路是区分“规范”与“刑罚法规”,由此将违法的观念区别于实定法的文本,并因此赋予“违法”一种独立的功能:犯罪行为所违反的并非提供制裁措施的刑罚法规本身,而是先在于成文法的法体系即“规范”的禁止和命令。因此,整个“违法”的概念应当

^①[德]许内曼:《区分不法与罪责的功能》,许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义:许内曼教授刑法学论文选辑》,台北:春风煦日论坛,2006年,第416页。

^②See Eser, “Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime”, in Albin Eser (Hrsg.): Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven, Freiburg: Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht, Band I, 1987, S. 35.

^③Eser, “Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime”, S. 35.

^④Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Band I, 1867, S. 42.

^⑤Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Aufl., 1872.

^⑥Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867, S. 4.

^⑦Eser, “Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime”, S. 39.

指向规范的实质并从规范的实质中加以构想。^①至于罪责,对于宾丁而言,乃是指“作为违法之原因的有责任能力者的意志”或者“指向违法的意志”。^②意志和责任能力是罪责的要素,而罪责包括行为人的故意和过失。因此,通过赋予罪责以具体的内涵,宾丁为刑法中违法和罪责的区分做出了贡献。^③然而,应当指出的是,宾丁对违法和罪责的区分并不是有意识的,而是为了说明其所主张的规范论的一种无意识行为。实际上,与同时代的其他学者一样,宾丁也坚持“无罪责即无违法”的观念。^④

真正在刑法上确立违法与罪责之区分的是德国刑法学者李斯特和贝林。在李斯特的犯罪论体系中,违法和罪责分别对应于犯罪的客观要素与主观要素:违法关乎行为的客观要素,而罪责则被理解为刑罚的主观条件。^⑤与李斯特的观点相似,贝林认为违法与罪责的区分对应于犯罪的外在要素与内在要素的区分,即违法是外在的,而罪责是内在的。^⑥贝林这种对犯罪的外在要素与内在要素的区分与李斯特对犯罪的客观要素与主观要素的区分在本质上并无不同,它们都服务于违法与罪责的区分。虽然在李斯特—贝林体系之后,随着德国犯罪论体系的不断演进,违法不再是纯客观的,罪责也不再是纯主观的,但这种违法与罪责的区分却成为无法动摇的学界共识。

(四) 违法与罪责的区分在《德国刑法典》上的确立

德国刑法学界关于违法与罪责的区分,完全是在德国刑法没有进行修改的情况下进行的,这充分说明德国刑法对于阶层犯罪论体系的两大支柱的形成并不具有任何制约关系。相

反,由于在德国刑法学界对于违法与罪责的区分已经形成共识,因此对《德国刑法典》的修订产生了实质性的影响。这种实质性的影响集中体现在修订后的1975年《德国刑法典》关于紧急避险的规定上。如前所述,1871年《德意志帝国刑法典》第54条将紧急避险的法律效果规定为“不可罚”,即使在德国刑法学上发展出违法与罪责的区分之后,学说上对于第54条到底是正当化事由还是免责事由,依然存在诸多争议。^⑦有鉴于此,1975年《德国刑法典》第34条和第35条明确区分了正当化的紧急避险(RechtfertigenderNotstand)与免责的紧急避险(EntschuldigenderNotstand)。第34条(正当化的紧急避险)与第35条(免责的紧急避险)共同的适用条件是存在正在发生的、行为人不得已而加以避免的危险。两者的区别在于:当行为人所保护的法益明显高于被损害的法益时,应当适用第34条的正当化的紧急避险,因为在这种情况下,行为人保护了更高的价值,因此其行为对于社会而言是有益的;相反,当被损害的法益与所保护的法益相同或者甚至高于所保护的法益,只能在刑法限定的条件下适用第35条的免责的紧急避险,因为在这种情况下,行为人的行为是违法的,但刑法考虑到特定情形下行为人对自己、亲属或其他与自己关系密切者的生命、身体或自由的关切,认为没有必要对之加以责任非难,因此宽恕其行为的罪责。^⑧尽管1975年《德国刑法典》只是区分了正当化的紧急避险和免责的紧急避险,但德国刑法学界普遍认为立法者实际上等于明确采纳了学说上关于违法与罪责的区分以及与之相应的正当化事由与免责事

^①Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1872, S. 135.

^②Binding, Die Normen und ihre Übertretung, S. 132.

^③Eser, “Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime”, S. 40.

^④Binding, Die Normen und ihre Übertretung, S. 135.

^⑤Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl., 1919, S. 110.

^⑥Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 5-47.

^⑦Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilband I, 6. Aufl., 1983, S. 355f.

^⑧Friedrich-Christian Schroeder, Die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen Strafrecht, in Eser/Kaiser (Hrsg.), Drittes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie: Rechtfertigung und Entschuldigung, Umweltstrafrecht, Jugendkriminalität, 1987, S. 9.

由的区分。^①

四、结论

通过以上对于德国刑法典与犯罪论体系关系史的考察,我们发现,无论是构成要件、违法性还是罪责,都不是德国刑法典的产物,而是德国刑法学者的智慧的产物。更为重要的是,阶层犯罪论体系的这些基本概念,通过在刑法学界形成共识之后,对德国刑法典的发展产生了重大影响。可以说,德国刑法典不仅对阶层犯罪论体系没有制约作用,反而是阶层犯罪论体系形塑了德国刑法典。这种犯罪论体系对刑法典的形塑作用并非偶然,而是具有一定的必然性,因为阶层体系的核心即不法与罪责的区分并不取决于实定法本身,相反,这一区分深深地根植于我们的道德观念:当一个人因正当防卫杀人之时,我们会认为他有权利这样做,并且

他的行为对于社会是有益的;而当一个精神病人或一个未满刑事责任年龄的人杀人之时,我们不会认为他有权利这样做,而只是因为其心智状态而原谅他。^②

从我国刑法典第17条关于刑事责任年龄的规定、第18条关于刑事责任能力的规定、第19条关于正当防卫的规定以及第20条关于紧急避险的规定来看,对于未满刑事责任年龄、不具备刑事责任能力、符合正当防卫条件以及符合紧急避险条件的情形,刑法典将其法律效果均规定为“不负刑事责任”。因此,我国刑法典并没有明确地区分不法和罪责,这种规定与1871年《德意志帝国刑法典》的规定方式较为相似。但是,如前所述,这并不成为我们引入德国阶层犯罪论体系的障碍,更不能成为坚持四要件犯罪构成体系的根据,因为犯罪论体系的构建在很大程度上并不受实定法的制约。

(责任编辑:蔡道通)

The Structure of Crime's Shaping Effect on Penal Code: A Historical Review of the Relationship between German Penal Code and the Structure of Crime

JIANG Su

Abstract: The relationship between the penal code and the structure of crime is the prerequisite for the discussion on the structure of crime. In response to this issue, the scholars who argue for the retention of the former Soviet's theory of the structure of crime have proposed that Penal Code determine the structure of crime. Through a historical analysis of the relationship between German penal codes and their theories of the structure of crime, we can see that the definition of crime, wrongdoing and culpability are not the product of penal codes. On the contrary, they are the theoretical product of German criminal law scholars. More importantly, the theory of the basic structure of crime has shaped the improvement of German penal codes. The construction of Chinese theory of the structure of crime should not be restricted to China's Penal Code. Therefore, there is no barrier to the introduction of German theory of the structure of crime.

Key words: penal code; theory of the structure of crime; staged system; restraint; shaping

^①Eser, "Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime", S. 46.

^②G. P. Fletcher, "The Right and the Reasonable", *Harvard Law Review*, Vol. 98, No. 5 (Mar., 1985), pp. 949-982.