

为我国四要件犯罪构成理论辩护

——以共犯论为视角

黄明儒*

摘要:犯罪构成是认定犯罪的“准据”,其具体类型主要有四要件犯罪构成理论与阶层犯罪构成理论的划分,前者在我国本占据绝对的主导地位,但伴随刑法学知识的转型而受到越来越多的质疑。以共犯论为视角,通过对四要件犯罪构成理论在认定犯罪时的理念和方法的双重厘清,可以发现该理论其实并不像批判者所认为的那样一无是处,反而具有理论和实践上的双重优势。完善我国四要件犯罪构成理论在认定共犯方面不足的对策,是按照司法认知的过程对四个要件的排列顺序进行微调,对于未达刑事责任年龄者(无刑事责任能力者)与有刑事责任能力者共同侵害(或威胁)法益的特殊案件类型,可根据1997年《中华人民共和国刑法》第25条第1款的规定以单一正犯体系进行处理。

关键词:四要件犯罪构成理论 阶层犯罪构成理论 共同犯罪 单一正犯体系

一、问题的提出

按照我国刑法学通说,成立共同犯罪必须具备以下要件:(1)行为人为2人以上。共同犯罪的主体,必须是两个以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人或者单位。(2)具有共同的犯罪行为。从犯罪的客观方面看,共同的犯罪行为,指各行为人的行为都指向同一犯罪,相互联系,相互配合,形成一个统一的犯罪活动整体。(3)具有共同的犯罪故意。从犯罪的主观方面看,共同的犯罪故意,指各共同犯罪人认识到他们的共同犯罪行为和行为会发生的危害结果,并且希

* 湘潭大学法学院教授、博士生导师,法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台研究人员
基金项目:国家社会科学基金项目(19BFX061)

望或者放任这种结果发生的心理态度。^①不难看出,这是我国刑法学通说将其在认定单人犯时采用的四要件犯罪构成理论在共犯论领域的直接适用。在过去很长的一段时间,人们做这样的理解都不存在争议,但近年来随着阶层犯罪构成理论支持者的增多,持通说者的上述观点受到了前所未有的质疑。^②其结论是,用大陆法系国家刑法学者创设的以“构成要件符合性、违法性、有责性”为主体的阶层犯罪构成理论^③来取代四要件犯罪构成理论势在必行(以下简称“取代论”)。面对持“取代论”者的“强势入侵”,主张四要件犯罪构成理论不应该被舍弃的学者也积极进行了反驳,认为无论是从现实合理性、内在合理性看还是从比较合理性看,运用四要件犯罪构成理论同样能够对罪与非罪、此罪与彼罪做出合理的判断,因此没有用阶层犯罪构成理论来取代四要件犯罪构成理论的必要性,我国刑法学既有的犯罪论体系应当予以坚守(以下简称“坚守论”)。双方就此展开了激烈的论战,这场论战以2009年国家司法考试大纲的改革为导火索并一直持续至今。

客观而言,在我国刑法学知识转型的过程中,不论是苏俄刑法学还是德、日刑法学,都只是刑法教义学意义上的一种工具,而工具的选择无疑要以问题的妥善解决为指针。这意味着中国刑法学到底是要继续坚守四要件犯罪构成理论,还是“另起炉灶”转而选择阶层犯罪构成理论,都应当以能够为“中国问题”找到合适的解决方法为根本标准。就结论而言,笔者认为四要件犯罪构成理论无论是在认定犯罪的理念上还是在具体方法上都有其独到之处,能够满足司法机关办案的实践需求,持“取代论”者对我国四要件犯罪构成理论的某些批判可能并不成立。当然,为了更好地实现理论自洽,质疑中的部分观点也值得借鉴,需要对犯罪构成四个要件按照司法认知的过程进行重新排序。因此,笔者拟选取“取代论”与“坚守论”论战中的一个比较重要的问题——共犯论^④——作为研究对象,结合四要件犯罪构成理论相较于阶层犯罪构成理论的优势,对该理论适用于共犯论时所面临的批判进行回应,并找出妥善解决诸如未达刑事责任年龄者与有责任能力者共同侵害法益等特殊犯罪类型定罪量刑的可行方案。

① 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2017年第8版,第163~166页。另外,马克思主义理论研究和建设工程重点教材《刑法学》(上册·总论)对共同犯罪的表述尽管文字有所不同,但观点完全相同。参见《刑法学》编写组:《刑法学》(上册·总论),高等教育出版社2019年版,第229~232页。

② 批判的观点直指四要件犯罪构成是“耦合式”的犯罪构成,是“没有构成要件”的犯罪构成,是“平面化”的犯罪构成,将犯罪的形式判断与实质判断糅合在一起,如果将这种认定犯罪的方法适用于共犯论领域,那么会导致共同犯罪成立范围的不当扩大或缩小,既不利于打击犯罪分子,也不利于保护被害人的合法权益。参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2021年第4版,第84页。

③ 在阶层犯罪构成理论体系中,存在古典三阶层体系(贝林—李斯特体系)、新古典三阶层体系、新古典二阶层体系、目的论综合体系、目的理性阶层体系、实质的阶层体系之差别。究竟应该采用哪种阶层理论来取代传统的四要件理论,我国学者至今未取得较为一致的看法。为了论述的方便,笔者所称阶层犯罪构成理论主要是指我国多数学者赞成的构成要件符合性、违法性、有责性三阶层理论。

④ 有日本学者指出:“共犯论是体系论的试金石,犯罪论体系是随着有关共犯论的现实需要而变迁的,不存在超越历史和社会的不变的犯罪体系。”[日]松宫孝明:《日本的犯罪论体系》,冯军译,《法学论坛》2006年第1期。应该说,这种观点既点明了犯罪构成理论与共同犯罪之间的密切联系,也提醒理论研究者在判断某种犯罪构成理论的合理性时,共犯论是最好的检讨领域。这也是笔者选择在共同犯罪领域对四要件犯罪构成理论与阶层犯罪构成理论进行对比研究的重要原因。

二、四要件犯罪构成理论适用于共犯论时面临的主要批判及回应

(一)四要件犯罪构成理论适用于共犯论时面临的主要批判

一般来说,认定犯罪,“就是把某一种社会事实用法律来加以评价,把它评价为犯罪,这个评价过程就是定罪,定罪活动是一个从社会事实转化为法律上的犯罪事实的过程,在这个过程中,为了使定罪活动法治化与规范化,就要提供一个统一的犯罪规格”。^① 如果把犯罪的认定作为一种产品,那么犯罪构成就是产品生产的流水线,它提供的是一种模型、一种范式,犯罪的设定就是根据这种模型和范式生产出来的产品,犯罪构成对于犯罪的认定具有“准据”的意义。这从另外一个方面说明,犯罪认定过程的合法性与合理性,在很大程度上取决于犯罪构成这个“准据”是否标准。对于四要件犯罪构成理论能否作为认定共同犯罪的“准据”,持“取代论”者提出了严厉的批判与质疑。

1.批判之一:四要件犯罪构成理论给刑法主观主义留下了可乘之机,不当扩大了刑法的处罚范围,有侵犯人权之虞。正如上文所述,由于四要件犯罪构成理论主张采用同样的方法与逻辑来认定单人犯罪与共同犯罪,共同犯罪的成立也应该与单人犯罪的情形一样,满足客体、客观方面、主体和主观方面四要件齐备的条件,即“共同犯罪是2人以上以共同的犯罪故意和共同的犯罪行为联系起来的犯罪整体”。^② 但是,四要件犯罪构成理论的这种主张却遭到持“取代论”者的猛烈批判,认为这是四要件犯罪构成理论在认定单人犯罪时即具有的“平面式”(缺乏阶层性)的思考方式在认定共同犯罪过程中的自然延续,若据此来认定共同犯罪,将导致四个要件在判断顺序上逻辑混乱,看不出哪一个要件要优先判断。而这种判断顺序上的模糊性又给刑法主观主义的入侵留下了可乘之机。在部分案件中,极易导致将没有法益侵害但行为人具有主观恶性的身体动静作为犯罪来处罚,进而扩大了共同犯罪的成立范围,不利于保障人权。^③

案例1:甲邀请富二代乙去峨眉山旅游,二人在金顶(峨眉山主峰,海拔3077米)上的宾馆里住了几日,如愿观赏到云海后下山。甲在出发前告诉丙:“乙已经被我和几个兄弟绑了,你明天给他老爸打个电话,要他在12小时内给我的账号打款50万,否则我们就撕票。”丙信以为真,遂在甲出发后的第二天给乙父打了电话。乙父接到丙的威胁电话后立刻给乙打电话求证,但由于金顶上电信信号不好,乙的电话一时难以接通,情急之下,只得给甲的账户打款50万。几天后,乙从峨眉山回到家中,乙父方知上当。^④

持“取代论”者认为,在案例1中,如果按照四要件犯罪构成理论,从犯罪的主观方面看,甲具有绑架的故意,丙具有协助甲实施犯罪的故意,客观上又可以将甲“控制”乙人身自由、丙打电话向乙的父亲索要钱财的行为解释为绑架罪的实行行为,然后再借助主客观相统一的犯罪构成理论,甲和丙齐备成立犯罪必须具备的主体、主观及客观和客体四要件,结论当然是甲和丙构成绑

① 陈兴良主编:《犯罪论体系研究》,清华大学出版社2005年版,第11页。

② 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第503页。

③ 参见周光权:《犯罪构成理论:关系混淆及其克服》,《政法论坛》2003年第6期。

④ 参见梅传强、李邦友主编:《刑法实务教程》,中国人民大学出版社2013年版,第44~45页。笔者对原案例进行了部分修改。

绑架的共同犯罪。但是,这一结论存在明显的缺陷。按照 1997 年《刑法》第 239 条的规定,绑架罪在客观上表现为“以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的”,该罪的实行行为之一必须是以实力控制他人,其手段通常表现为暴力、胁迫或者麻醉等方法。^①而在该案中,甲并没有使用暴力或者麻醉等方法对乙的人身自由进行控制,乙也没有意识到自己的人身自由被甲控制,仅仅依据甲让丙向乙的父亲索要钱财的客观行为以及甲主观上“想绑架”将其认定为绑架罪的共同犯罪人就缺乏法律依据。因此,四要件犯罪构成理论在要件排列和判断顺序上的模糊性,导致该理论在认定共同犯罪的过程中“很大程度上以主观为先导,在客观事实还似有似无的情况下,往往都是通过主观要素的蛛丝马迹来认定犯罪的成立与否”。^②

2.批判之二:运用四要件犯罪构成理论来处理疑难复杂的共同犯罪案件,有时会得出令人难以接受的结论,由此带来的不利后果是,“运用四要件理论来处理 99%的案件都没问题,但在处理剩下的 1%的案件时可能会产生疑问。中国每年刑事案件有 100 多万件,如果 1%有疑问的话则是一个很大的数字”。^③持“取代论”者与持“坚守论”者都承认,在绝大多数案件中,双方基本都会得出相同的处理结论,存在争议和对立的只是一小部分案件,而在这一小部分案件中,共同犯罪案件又占据绝大部分的比例,但正是这一小部分疑难复杂的共同犯罪案件,使得四要件犯罪构成理论潜在的弊端暴露无遗。

案例 2:2012 年 3 月 5 日下午,被告人陆晓华与谢某某(未满 16 周岁)至江苏省苏州市金阊区清塘新村 50 栋某室,由陆晓华望风,谢某某采用扳窗户栅栏、钻窗入室的手段,窃得被害人吴某某人民币 11 万元。在盗窃得手后,陆晓华分得赃款人民币 6 000 元。不久后案发,赃款人民币 78 698 元被追回,已由公安机关发还被害人,其余赃款被谢某某挥霍。^④

持“取代论”者认为,如果按照四要件犯罪构成理论,由于谢某某未达刑事责任年龄,其与陆晓华的行为不构成共同犯罪,其结果要么是宣布陆晓华的行为无罪(因为欠缺盗窃罪的实行行为),要么认定陆晓华的行为成立盗窃罪的间接正犯。但是,在该案中陆晓华并没有把谢某某作为自己实施犯罪的工具,也没有支配盗窃罪的法益侵害过程,反倒是被谢某某作为犯罪工具而利用,所以将陆晓华的行为作为间接正犯处理恐怕并不合适。^⑤而认为陆晓华的行为无罪的结论更加不能令人接受。其理由在于,如果陆晓华是为未满 16 周岁的人望风,那么其行为毫无疑问成立盗窃罪的帮助犯。在案例 2 中,陆晓华为未满 16 周岁的谢某某望风,社会危害性更大,更需

① 参见陈兴良主编:《刑法各论精释》(上),人民法院出版社 2015 年版,第 166 页。

② 刘艳红:《犯罪构成体系平面化之批判》,《法学研究》2011 年第 5 期。

③ 陈兴良、周光权、付立庆等:《对话:刑法阶层理论的中国司法前景》,《中国应用法学》2017 年第 4 期。

④ 参见江苏省苏州市金阊区人民法院(2012)金刑二初字第 0105 号刑事判决书。

⑤ 有学者指出,在这种情形下即便是四要件犯罪构成理论将乙作为间接正犯处罚也是不合适的。因为这种“先考虑行为人是否成立教唆犯或者帮助犯,只有在行为人既不成立教唆犯又不成立帮助犯时,才考虑行为人是否构成间接正犯”的思维方式对间接正犯进行了错误的理论定位。由于间接正犯与直接正犯并无本质上的差别,因此其应该获得独立的、积极的、第一次的判断。参见钱叶六:《我国犯罪构成体系的阶层化及共同犯罪的认定》,《法商研究》2015 年第 2 期。对此,笔者的看法是,在这种情况下确实不应该将乙作为间接正犯,但其理由既不是乙没有支配法益侵害的过程,也不是“替补论”的错误定位,而是间接正犯概念本身就不应该被承认。其理由有二:(1)我国现行刑法没有对间接正犯作出明文规定,其更多的只是一个刑法学理论中的名词;(2)间接正犯本身也存在理论根基不稳的弊端,间接正犯内涵的泛化导致了許多新的问题。参见黄明儒、王振华:《论单一正犯体系视域下间接正犯概念之否定》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2017 年第 6 期。

要处罚。^①其结果是,根据四要件犯罪构成理论得出的无罪结论令人无法接受,而根据阶层犯罪构成理论得出的有罪结论又缺乏足够的说服力。

3.批判之三:四要件犯罪构成理论难以容纳期待可能性等出罪事由,不利于实现裁判文书说理部分的细致化、体系化和实质化。期待可能性理论的要义在于,综合行为时所有的具体情况,只有在能够期待行为人实施合法行为、避免犯罪行为时,才可以将法益实害或者危险的结果归责于行为人;否则,即使行为人对犯罪事实有认识,具有违法性意识的可能性,也不能够要求其承担故意或过失的刑事责任。^②期待可能性作为一种出罪事由,其最大的优势就在于可以在小部分特殊案件中限制刑法的适用、为犯罪圈划定合理的边界,即“在极少数情况下,由于行为人行为时所处的情境异常,即便其认识到或者可能认识到符合构成要件的违法事实,却依然不能对其提出遵从法律规范、实施合法行为的意志期待,此时就不得对行为人加以非难”。^③换言之,从“法不强人所难”的角度看,在特殊情况下,如果法规范无法期待行为人放弃实施犯罪行为而选择适法行为,那么就不能追究其刑事责任。就体系地位而言,阶层犯罪构成理论一般把期待可能性放在有责性阶层、作为一种责任阻却事由来讨论。如果行为缺乏期待可能性,那么即便行为该当特定罪名的构成要件、不具有正当防卫等违法阻却事由,法官也可以做出罪处理。也正因如此,期待可能性理论一经引入,就在我国获得众多学者的认可和支持。当然,期待可能性理论自身也存在多种不足且在域外审判实践中已呈现出日薄西山的格局,^④但却始终“衰”而不“落”,这一现象的背后是该理论对犯人教唆他人顶替、湮灭证据、教唆作伪证、诬告或逃脱,或者因遭受自然灾害外流谋生而重婚的、因配偶外出长期下落不明造成家庭困难又与他人结婚的、被拐卖后再婚的、因强迫、包办婚姻或者婚后受虐待外逃而又与他人结婚等情形不应被刑法处罚之原因的合理说明。这意味着,期待可能性理论是一种“有用的理论”,因此无论是在阶层犯罪构成理论还是在四要件犯罪构成理论中,都应该为其预留合理的体系位置。但由于四要件犯罪构成理论特殊的体系构造,无法将期待可能性等出罪事由纳入其中,对于一些可以不作为犯罪处理的情形,持“坚守论”者多以“情节轻微、危害不大、主观恶性较小”来说明。这样的结论当然是正确的,但问题在于,“情节轻微、危害不大、主观恶性较小”的表述过于笼统,以致缺少违法性的正当防卫、紧急避险,缺少有责性的无预测可能性等都可以是“情节轻微、危害不大、主观恶性较小”,难以与刑法的规范性、精确性要求相匹配。此外,与理论上的“过热”相比,或许是因为目前四要件犯罪构成理论仍旧是法官认定犯罪的主要方法和范式,期待可能性理论在我国遭遇了“冷实践”,以缺乏期待可能性为由直接对被告人作无罪处理的案件极为罕见。在这种情况下,裁判文书的说理部分大量使用“情节轻微”“主观恶性小”“社会危害不大”等表述,既不利于实现对犯罪人进行特殊预防的目标,也不利于实现对普通社会公众进行一般预防的目标,四要件犯罪构成理论由于难以容纳期待可能性等出罪事由而隐含的弊端在此显露无遗。共同犯罪作为特殊的犯罪类型,虽然各个参

^① 参见陈洪兵:《“二人以上共同故意犯罪”的再解释——全面检讨关于共同犯罪成立条件之通说》,《现代法学》2015年第4期。

^② 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第321页。

^③ 钱叶六:《期待可能性理论的引入及限定性适用》,《法学研究》2015年第6期。

^④ 例如,期待可能性理论在判断标准与适用范围上潜存的弊端以及无期待可能性是仅适用于过失犯,还是既能适用于过失犯又能适用于不作为犯或故意犯等问题都存在疑问。参见梁云宝:《四要件犯罪论体系下期待可能性理论之否定》,《政法论坛》2013年第3期。

与人的“违法是连带的”,但“责任是个别的”,实践中完全可能会存在部分参与人的行为虽与法益实害或者危险的结果存在引起与被引起的关系,但由于不具有期待可能性因而需要做出罪处理的情形。

案例3:甲绑架了乙的儿子,要求乙抢劫银行巨额现金,否则杀害其子。乙为救儿子的性命而实施了抢劫银行的行为。^①在上述案例中,法规范没有期待乙放弃犯罪行为而选择适法行为的可能性,即便乙与甲共同抢劫了银行的巨额现金,也不能追究其刑事责任,阶层犯罪构成理论一般会在有责性阶层对乙的行为做出罪处理。但是,如果按照四要件犯罪构成理论,乙在客观上实施了抢劫银行的实行行为,在主观上也明知自己的行为会给公共财产安全造成威胁,主客观四个要件齐备,毫无疑问其行为构成犯罪,即便在量刑阶段可以根据1997年《刑法》第28条的规定按照胁从犯来减轻或者免除处罚,也与阶层犯罪构成理论直接把乙的行为做出罪处理存在较大的差别。我国有学者认为:“四要件说在讨论共犯的成立条件时,名义上是在分析共同故意、共同行为,但实质上沿用了讨论单独犯的故意、行为的简单套路,对很多复杂问题采用‘绕开走’的办法,导致对很多问题的讨论只能是浅尝辄止。”^②四要件犯罪构成理论难以接纳期待可能性等出罪事由,对于特殊的共同犯罪情形多以“情节轻微、危害不大、主观恶性较小”等来作模糊处理或许就是对此最好的体现。

(二)四要件犯罪构成理论适用于共犯论时面临批判之回应

笔者认为,要判断“坚守论”与“取代论”双方孰是孰非(或者说判断持“取代论”者对四要件犯罪构成理论之批判是否具有合理性),关键在于对两个问题的回答:(1)我们为什么需要体系化的犯罪构成理论?(2)我们需要什么样的犯罪构成理论?就第一个问题而言,犯罪构成要件的体系安排,是作为对法官的思考予以整理、对其判断予以规制的手段而存在的。将犯罪是由什么样的要素构成的予以明确,对于具体的事实属于何种要素予以检讨,据此能够区分出与具体的事实相关的各种事情之中哪些是重要的,哪些是不重要的。进一步而言,由于预先设立了理论体系,因此使得法官在处理各个案件时,能够不拘泥于感情和案件的特殊性,作出适当、齐一的判决来。^③社会科学与自然科学最大的区别在于,社会科学对某一问题的看法和结论并不具有唯一正确性且时常伴随判断者个人的主观倾向。犯罪的判断更是如此,社会生活复杂多样,一起刑事案件发生后,与之相关的事实因素千丝万缕,需要考虑其中的哪些因素、考虑的先后顺序,往往能够影响罪与非罪、此罪与彼罪的判断。更为关键的是,判断者个人(法官)的价值观念和法治素养也影响着最终结论的得出。随着人权保障观念的逐渐兴起,为了避免在犯罪认定过程中出现主观性和随意性,现代刑法学理论都主张预先设定一种认定犯罪的模型作为大前提,具体案件发生后,判断者即可根据事先设立的体系来判断哪些事实因素是重要的,哪些事实因素是不需要考虑的,犯罪构成理论就是在这一过程中逐渐形成的。可以认为,所谓的犯罪构成,就是刑法规定的、经规范化理解后、为构成犯罪所必需的客观要件与主观要件的有机统一,^④犯罪构成理论最根本的作用就在于帮助司法者认定犯罪。对此,无论是三阶层犯罪构成理论还是四要件犯罪构成理论都

① 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2021年版,第295页。

② 周光权:《犯罪构成四要件说的缺陷:实务考察》,《现代法学》2009年第6期。

③ 参见黄明儒主编:《刑法总论》,北京大学出版社2019年第2版,第76~77页。

④ 参见陈兴良:《本体刑法学》,中国人民大学出版社2017年第3版,第143页。

是认同的。^① 在明确这一点后,讨论就进入更深的层次,即上文提及的第二个问题——既然犯罪构成理论是必要的,那么我们需要什么样的犯罪构成理论?纵观当今世界,成文法国家主要有两种犯罪构成理论,一种是俄罗斯等国家和我国现行的犯罪构成理论(四要件犯罪构成理论),另一种是德、日等大陆法系国家的犯罪构成理论(阶层犯罪构成理论)。这两种犯罪构成理论在逻辑结构上的表述不同直接导致二者在适用方法上存在差异,使得支持其中之一的学者都认为只有自己坚持的那一种才是最好的,而对另外一种则嗤之以鼻。然而,正如有的学者所言:“两种犯罪构成模式基本功能的一致性,表明了二者之间存在可比性……任何一种犯罪构成的建立,都必须以犯罪的主观罪过与犯罪的客观行为作为各自模式的核心内容”。^② 既然犯罪构成理论存在的价值是事先描述犯罪类型、便于(法官)认定犯罪,那么只要能够做到定罪科学、量刑精准,无论是一体化的四要件犯罪构成理论还是阶层化的犯罪构成理论,都可以在我国适用,而不能想当然地认为阶层式的思考就一定比一体式的思考更先进、更科学。正如美国大法官刘易斯·鲍威尔所言:“有罪抑或无罪,是一个具有客观真实性的问题,即被告人事实上有没有实施所指控的犯罪行为。从被告人最初被怀疑是否有罪,到最终判决其是否有罪,我们设计了一套刑事司法制度,以使事实裁判者能够依据法律发现真相。”^③ 四要件犯罪构成理论与阶层犯罪构成理论同时作为帮助司法者发现真相、认定犯罪的“准据”,只有好不好用之分,而没有位阶和价值上的差别。只有明确这一点,才有必要对四要件犯罪构成理论与阶层犯罪构成理论做更进一步的比较和评判。

如果笔者的上述观点能够得到赞同,那么持“取代论”者对四要件犯罪构成理论易给刑法主观主义留下可乘之机的批判就存在疑问。从域外的司法经验看,据学者统计,美国已经确认从1989年至2003年间有340例错案被昭雪;英国成立于1997年的刑事案件复审委员会把444例涉嫌错判的案件发回上诉法院重新审理;加拿大量知名案件存在错误进而改判的事实,促使最高法院于2001年推翻了1991年的先例,至少有6个关于调查的委员会提出建议,可以由政府建立常设性的刑事案件复审委员来调查关于错案的申请。此外,从错案产生的共同原因看,主要集中在“目击证人的错误识别”“说谎的证人或目击者”“虚假供述与错误认罪”“错误的法医鉴定证据”“视野狭隘或确认偏误”“辩护律师的不当代理”等方面。^④ 这些事实说明,刑事错案并非只有我国才存在,而是困扰世界各国的共同难题。综观学者们总结的错案发生原因,基本没有将犯罪认定理念上的差异(阶层式、一体式抑或英美法系国家的双层次犯罪构成模式)作为一个影响因素。从我国的司法实践看,目前还未见到哪一起刑事错案是因为法官采纳了四要件犯罪构成理

① 前者例如,作为刑法学理论史上第一个成形的阶层犯罪体系的首创者德国学者贝林认为:“犯罪类型是规范性指示,与不法和有责一样是规范性的,且存在于不法、有责之中”。[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3页。阶层犯罪构成理论就是为了塑造一种“违法·有责”的犯罪类型。后者例如,苏联学者特拉伊宁认为,犯罪构成乃是苏维埃刑法规定的、说明社会危害行为(犯罪)特征的诸要件的总和。参见米铁男:《特拉伊宁犯罪构成学说之刍议》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第29卷),北京大学出版社2011年版,第13页。

② 杨兴培:《犯罪构成原论》,北京大学出版社2014年版,第109页。

③ 转引自[美]拉里·劳丹:《错案的哲学:刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社2015年版,第1页。

④ 参见[加拿大]肯特·罗奇:《错案问题比较研究》,蒋娜译,中国检察出版社2015年版,第2~16页。

论而未采纳阶层犯罪构成理论导致的。从持“取代论”者所举之案例看,^①也只能说明是办理该案件的司法工作人员在人权保障观念和法治素养方面存在不足,误将事实上没有法益侵害的社会越轨行为作为犯罪来处罚。可以说,是司法者错用了四要件犯罪构成理论,而不是四要件犯罪构成理论本身存在问题。从逻辑上讲,犯罪成立与否的判断依附于客观事实,客观事实经过司法者的提炼和价值判断形成在刑法上具有重要意义的规范事实,客观事实与规范事实协调统一是正确认定犯罪的前提和保障。之所以会出现入罪的扩大化(客观事实与规范事实之间发生错位),是因为立法者与司法者在思维方式上存在差异。立法者以法益保护为价值取向,设立罪名的目的在于保护相对应的法益;而司法者以打击犯罪、维护社会秩序稳定为直接目的,二者在大多数情况下都是基本吻合和相互促进的,只有在极个别特殊情形下,保护法益与维护社会秩序之间会发生冲突。由此看来,四要件犯罪构成理论仍旧可以在我国认定犯罪的司法过程中占据一席之地。^②不仅如此,四要件犯罪构成理论认定共同犯罪的方法还有助于提升司法效率。正如有的学者所言:“自古以来、古今中外……不去先考察行为人刑事责任年龄、刑事责任能力等主观责任要素,不去将主观和客观有机地结合起来做不断来回穿越、反复推敲、相互印证的司法实践应当说也是不多的。”^③这意味着在刑事司法活动当中,让法官对每一起刑事案件都自始至终保持高度谨慎、不留下任何合理的怀疑尽管“看上去很美”,但基本难以全面实现。因此,对于一些明显不需要进入刑事诉讼程序的案件(如未满12周岁的未成年人伤害、杀害他人的案件),根据四要件犯罪构成理论可以直接得出出罪的结论,而不需要再阶层式地考察每一个构成要件是否全部满足。这可以在很大程度上减轻司法工作人员的办案压力,使其将更多的精力投入到重大疑难复杂案件的处理之中,从而实现司法公正与司法效率二者兼顾的目标。

三、我国四要件犯罪构成理论的完善路径

通过上文的分析可以看出,四要件犯罪构成理论无论是认定共同犯罪的理念还是具体的适用方法,其实并不像持“取代论”者所认为的那样一无是处。当然,这也并不表明四要件犯罪构成理论已经尽善尽美,没有继续完善的空间。刑法学是最精致的科学。刑法虽然是维护社会公众利益的最后一道防线,但作为一种“带刺的玫瑰”,刑罚与生俱来的惩罚性和剥夺性,决定了作出任何一次罪与非罪、此罪与彼罪的结论都必须基于事实和证据进行谨慎小心的推理和论证。犯

① 案情梗概:甲男暗恋邻居乙女。某日,甲趁乙独自在家时潜入其院落内爬上树窥探乙。甲在树上艰难度过4个多小时以后,意外遇到闪电雷雨。乙察觉到甲的行为并报警。“我爬上树,确实想强奸她。”面对民警,甲坦白了他爬上树的主观意图,表示愿意接受刑法处罚。甲所在地人民法院经审理判决甲构成强奸罪,判处有期徒刑1年,缓刑1年。参见《成都男子爬树偷窥女邻居被判强奸罪获刑一年》,《广州日报》2009年4月15日。

② 同样的结论也可以适用于案例1。按照四要件犯罪构成理论,“危害行为是犯罪客观方面的核心要素。没有危害行为,行为人就不会对刑法所保护的社会关系造成侵害或者威胁,亦即没有犯罪”。陈伟、郑自飞:《四要件视域下正当防卫出罪论》,《吉首大学学报》(社会科学版)2016年第4期。从事后的角度看,乙在整个过程中都没有意识到自己的人身自由被甲以暴力、胁迫或者其他方式所控制。换言之,甲根本就没有实施绑架罪的实行行为,因此完全可以运用犯罪的客观方面这一要件来对甲的行为做出罪处理。在司法实践中之所以会得出有罪的结论,是因为司法者错用了四要件犯罪构成理论,而不是该理论不存在出罪的功能。

③ 杨兴培:《“三阶层模式”工具效用局限性的反思与批评》,《上海政法学院学报》(法治论丛)2017年第4期。

罪构成作为认定犯罪的“准据”，其自身科学与否直接决定着最终结论的合法性和合理性。我国有学者认为四要件犯罪构成理论是一种“大众话语”，因为像类似于客体、客观方面、主体、主观方面这样的理论概念，并不是刑法学专业独有的概念，甚至不是法律学专业独有的概念。在理论的逻辑层次方面，四要件犯罪构成理论中四个要件之间是一种简单的耦合，彼此之间不像大陆法系国家犯罪论那样复杂且关联，甚至没有形成真正的理论体系，专业色彩较淡。因此，随着法治国家建设步伐的日益加快，对法律知识专门性、专业性的要求越来越高，一个更注重保障人权的国家必将更加谨慎和细致地对待公民定罪（入罪）的标准，这两个方面的现实需要注定了由一个“人人可判案”的大众话语向“加深专业槽”的精英话语主宰时代的转型。^① 这种对待四要件犯罪构成理论与阶层犯罪构成理论的态度以及对刑法发展方向作出的预测基本是客观且具有一定道理的。笔者在阶层犯罪构成理论“日渐深入人心”的时候仍旧强调四要件犯罪构成理论的合理成分，并不是认为该理论完美无缺，而是主张刑法观念和刑事司法办案程序的转变虽然是必须的，但是要尽量做到“和风细雨”“润物细无声”，切不可是“疾风骤雨”式的。就连旗帜鲜明地主张阶层犯罪构成理论的学者也不得不承认，“现有的理论不是轻易就会被打翻的，它不但在现有的司法人员的思维定式里，而且在现有的研究者的思考范式里，还有着相当顽强的生存空间”。^② 理论研究者要给司法工作人员和普通民众足够的时间去吸收、消化新事物、新理论，使他们能够跟上理论研究者的步伐，不让理论研究与司法实践过于严重脱节，而在这一过程中，往往伴随一国民众法治素养的形成和不断提高。

就完善我国四要件犯罪构成理论具体的路径选择而言，笔者认为，为了同时实现进一步完善四要件犯罪构成理论的体系构造并避免给司法者留下错用的机会两个目标，应该遵循司法认知的过程来对我国四要件犯罪构成理论进行体系微调。具体而言，在发现某一法益遭受侵害时，^③ 司法体系才会开始运作起来，首先需要查明是否人的行为（客观要件），如果是人的行为，再继续关注是谁的行为（主体），如果是具有责任能力的人的行为，那么还需继续查明行为为什么行为（主观要件），层层递进，从而达到证明犯罪成立的效果。这样的顺序调整具有 4 个方面的优势：（1）基本保持了四要件犯罪构成理论的整体框架，对于已经熟悉该理论体系的司法实务部门而言，可接受的程度较高，不会由于认定犯罪理论体系的骤变而使司法实务部门感到无所适从。（2）直接将案例 1 和持“取代论”者所举之客观上没有法益侵害的情形排除在犯罪认定的对象之外。在类似的情形中，刑事司法体系根本不会启动和运转，也就降低了入罪扩大化的可能性。（3）给期待可能性等出罪事由留下体系位置。由于调整后的四要件犯罪构成理论要按照司法认知的过程来展开，因此当进入到“行为人为什么行为”这一阶段后，就可以将正当防卫、紧急避险、违法性认识可能性、期待可能性等出罪事由纳入进来，进而把一些不值得刑法处罚的行为排除在犯罪之外。例如，在案例 3 中，当考察“行为人为什么行为”时，考虑到乙是因为儿子被甲绑架、被逼无奈才实施抢劫银行的行为，就可以认为乙的行为不具有期待可能性从而直接做出罪处理。

① 参见车浩：《阶层犯罪论的构造》，法律出版社 2017 年版，第 58～73 页。

② 付立庆：《犯罪构成理论——比较研究与路径选择》，法律出版社 2010 年版，第 313 页。

③ 考虑到犯罪客体概念存在空洞性和抽象性，应该将其替换为更为规范的法益概念。参见陈兴良：《犯罪客体的去魅——一个学术史的考察》，《政治与法律》2009 年第 12 期。

“定罪不是一个从主观到客观而是一个从客观到主观的逻辑过程”,^①只有在客观上对法益造成实害或者危险、主观上具有故意或者过失,且不具有正当化的出罪事由时,才可以肯定犯罪的成立。(4)借鉴和吸收了阶层犯罪构成理论的有益成分和先进经验。事实上,同样作为认定犯罪的“准据”,四要件犯罪构成理论与阶层犯罪构成理论并不是水火难容,二者的相融之处其实很多。科学对待二者的态度应该是多考虑其融通之处,通过对阶层犯罪构成理论合理内容的有益借鉴来完善现有的四要件犯罪构成理论,在吸收域外(主要是大陆法系国家)经验的同时,坚持中国刑法学的既有体系。我国也有学者认为,从历史视角、逻辑视角、应用视角、文化哲学基础等方面看,四要件犯罪构成理论与阶层犯罪构成理论存在“体系共生”的可能性,二者在知识形态属性上并不是非此即彼的排斥关系,完全可能在共存的基础上形成一种拾遗补缺、良性互动的共生关系。^②应该说,这种观点与笔者主张对四要件犯罪构成理论进行体系微调的整体思路是一致的,既承认四要件犯罪构成理论的应有价值,也直面其存在的种种不足并试图找到相应的对策。不可否认的是,根据司法认知过程对四要件犯罪构成理论进行微调,其实带有阶层思考的影子,可以认为是一种“阶层化了的四要件犯罪构成理论”,既照顾了我国目前刑事司法实践的现实,也吸收了域外先进的理论研究成果和司法实践经验,在刑法学知识不断转型的今天,不失为一种在“坚守论”与“取代论”之间的折中选择。

论述至此,笔者的基本立场已经明了,但仍有一个问题没有解决,那就是对于持“取代论”者提出的未达刑事责任年龄者(无刑事责任能力者)与有刑事责任能力者共同实施侵害(威胁)法益的情形,依照我国刑法的规定到底该如何处理?如果坚持“刑法规范应该严格解释”的立场,那么“根据我国《刑法》第 25 条第 1 款的规定,共同犯罪仅限于二人以上共同故意犯罪的情形,这就将其他一些数人参与犯罪的情形排除在共同犯罪之外”。^③换言之,我国刑法规定的犯罪与共同犯罪,都是完全意义(实质意义)上的,即“如何去确认共同故意和在共同故意支配下的共同行为,才是同一个犯罪构成中的应有内容”,^④但这就在不经意间将数人共同导致法益侵害的很多情形排除在共同犯罪的规制范围之外,如持“取代论”者反复强调的未达刑事责任年龄者(无刑事责任能力者)与有刑事责任能力者共同实施侵害(威胁)法益的情形,以及由共同过失导致法益侵害的情形(1997 年《刑法》第 25 条第 2 款的规定),甚至是同时犯的情形。立法者作出这样的规定的最主要原因在于,共同犯罪的法理是“部分实行全部责任”,“共同犯罪在共同故意范围不仅对本人行为承担责任而且对他人行为承担责任”,^⑤而只有主观要件和客观要件相结合,才能使各个共同犯罪人的犯罪活动形成有机联系的整体,构成一个比单人犯罪具有更大社会危害性的共同犯罪。^⑥可见,在立法者看来,在侵害法益过程中各个参与人之间主观和客观方面(尤其是主观方面)的有机连结,才是共同犯罪与单人犯罪最本质的区别。在未达刑事责任年龄者(无刑事责任

① 许发民:《二层次四要件犯罪构成论——兼议正当化行为的体系地位》,《法律科学》(西北政法大学学报)2007 年第 4 期。

② 参见周详:《四要件与三阶层犯罪论体系共生论》,《中外法学》2012 年第 3 期。

③ 刘明祥:《不能用行为共同说解释我国刑法中的共同犯罪》,《法律科学》(西北政法大学学报)2017 年第 1 期。

④ 杨兴培:《犯罪构成原论》,北京大学出版社 2014 年版,第 290 页。

⑤ 陈兴良:《共同正犯:承继性与重合性——高海明绑架、郭永杭非法拘禁案的法理分析》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 21 卷),北京大学出版社 2007 年版,第 42 页。

⑥ 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生与发展完善》,北京大学出版社 2012 年版,第 28 页。

能力者)与有刑事责任能力者共同侵害(威胁)法益、共同过失导致侵害法益等情形中,由于各参与人之间缺乏主观方面的联系(或者说缺乏具有规范意义的主观联系),因而在解释论上不属于共同犯罪,而属于立法所要解决的问题。这是刑事立法的实然状况。但是,从应然方面看,未达刑事责任年龄者(无刑事责任能力者)与有刑事责任能力者共同侵害(威胁)法益等情形是客观存在的,刑法不仅不能对该种行为置之不理,反而需要对该种行为正确定罪和量刑。那么,在充分尊重现有立法规定的前提下,该如何科学处理这类行为?

从比较法的角度看,域外的刑事立法和刑法学理论在处理多人犯罪问题时,一直存在“犯罪参与”的概念。在这一概念下,又主要有“正犯·共犯区分体系”和“单一正犯体系”两种不同的立法模式与理论主张。前者是指“法律条文之中,不仅在犯罪的成立条件方面,于概念上区别正犯与共犯(教唆犯与帮助犯),于刑罚评价上亦对两者加以区分之体系。”^①在该体系中,正犯与共犯不仅在犯罪成立的条件上存在区别(共犯对正犯具有从属性),而且二者的区分直接影响刑罚裁量的轻重(对正犯的处罚一般重于对共犯的处罚),典型的立法例如《德国刑法》第25~27条的规定。后者又称“单一制”,是指“对作用于同一犯罪事实的所有犯罪人,不论其是单独完成犯罪还是与他人共同完成犯罪或加功于他人的犯罪,均视之为同等的参与者,称之为‘正犯’或‘犯罪人’,而不区分其究竟属于何种参与形式,也不根据参与形式来确定处罚原则”。^②在该体系中,只要行为与法益实害(或危险)结果之间存在引起与被引起的关系就成立犯罪,实施该行为的参与人就是刑法要处罚的对象,至于各参与人刑罚的轻重,则是刑罚裁量阶段需要考虑的问题,典型的立法例如《意大利刑法》第110条的规定。

显然,采用不同的犯罪参与体系,就会对类似于案例2这样的案件作出不同的规范评价和司法处理。持“取代论”者在主张用阶层犯罪构成理论来取代四要件犯罪构成理论的同时,基本都主张在共犯论领域全盘接受正犯·共犯区分体系,共同犯罪的认定要以正犯为中心。例如,有学者就明确指出,“刑法总则规定了哪些参与人,刑法对共犯人如何分类(参与类型),是两个不同的问题”,^③鉴于“犯罪的本质是侵害或者威胁法益,其具体表现为对法益造成侵害结果(包括危险),而支配这种结果发生的人正是正犯,因此在处理共同犯罪案件时,先确认正犯,在正犯的行为符合构成要件且违法的前提下,再判断是否存在教唆犯、帮助犯,就变得相对容易”。^④但是,在笔者看来,这种观点明显缺乏立法和理论根据。一方面,纵观我国刑法全文,没有一个法条使用正犯、帮助犯的用语,这样论者主张的以正犯为中心,在我国的刑法话语中究竟是以什么为中心就存在疑问,从而极有可能因为核心对象的立法缺位而沦为一种单纯的学理上的解释观点;^⑤另一方面,大陆法系国家的刑法学理论对何为正犯一直存在激烈的争论,从最初的“客观说”(“形式客观说”“实质客观说”)、“主观说”(“故意说”“目的说”)到近来的“犯罪支配说”,正犯认定标准的不确定性以及由此带来的处罚漏洞让坚持区分制的学者疲于应付,甚至不惜创造出间接正犯这样的概念来充当“替补角色”,使其自身的理论体系繁冗复杂且矛盾丛生。换言之,即便是在明

① 陈子平:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第309页。

② 刘明祥:《论中国特色的犯罪参与体系》,《中国法学》2013年第6期。

③ 张明楷:《共犯人关系的再思考》,《法学研究》2020年第1期。

④ 张明楷:《共同犯罪的认定方法》,《法学研究》2014年第3期。

⑤ 参见黄明儒、王振华:《我国犯罪参与体系归属单一制的立法依据论》,《法学杂志》2017年第12期。

确采用区分制立法的德国、日本,关于正犯的认定标准也是一个争论不休的问题。面对此种现实,强行采用区分制理论来处理我国的共同犯罪问题恐怕并不妥当,也不明智;而犯罪参与概念下的单一正犯体系在认定共同犯罪时,更加注重法益实害(或危险)结果与行为之间的因果联系,从结果出发,藉由因果关系找到需要为法益受损结果负责的人,至于行为人之间主观方面的连结以及参与人各自的责任能力则是量刑阶段需要重点讨论的问题。不难看出,单一正犯体系在认定共同犯罪时的思路与方法,与笔者主张的根据司法认知过程进行重组后的四要件犯罪构成理论具有高度的相似性,二者都重点关注结果、行为以及它们之间引起与被引起的关系。甚至可以说,如果在共同犯罪的成立条件上继续坚持四要件犯罪构成理论,那么单一正犯体系就应该成为认定共同犯罪方法的唯一选择。事实上,依据这一理论也能够实现对共同犯罪案件的正确定罪与量刑。以案例 2 为例,在公私财物被盗案件发生后,司法机关需要根据被害人的陈述以及遗留在现场的证据来倒推、寻找与财产法益受损的结果存在引起与被引起关系的行为和行为人,只要行为与法益侵害后果(基本结果和加重结果)存在因果关系,^①该参与人就是归责的对象,即在案例 2 中,陆晓华与谢某某二人需要共同对财产法益受损的结果负责。但是,1997 年《刑法》第 25 条的规定明确将共同犯罪的成立范围限定在“二人以上共同故意犯罪”,谢某某因为未达刑事责任年龄(不符合犯罪主体要件、犯罪主观要件)而不能被追究刑事责任。^②换言之,陆晓华与谢某某不构成共同犯罪,此时就需要运用犯罪参与理论来单独追究陆晓华的刑事责任。按照单一正犯体系的基本观点,“所谓多数人参与犯罪,只是现象。在目的思考上,犯罪的支配形态永远是单独正犯……谁和法益侵害有因果关系,那么谁就应该为法益侵害而负责”,^③因而陆晓华需要对财产法益受损的结果负责就是理所当然的。但问题在于,要求陆晓华对财产法益受损的结果负责存在一个理论障碍,即陆晓华只实施了望风行为,明显缺乏盗窃罪的实行行为(犯罪客观要件),对此该如何进行解释?我国有学者认为:“我国的共同犯罪只是数人参与犯罪的一种特殊类型,还有许多不成立共同犯罪的情形也在数人参与犯罪的范围之内……应当适用单一正犯的处罚规则,即根据构成犯罪的参与人参与犯罪的性质程度,给予轻重不同的处罚。”^④但是,这种观点依旧没有说明在类似案例 2 的情形中陆晓华的实行行为性,即犯罪的客观要件是如何满足的。运用四要件犯罪构成理论来处理案例 2 这样的案件时,关键是要论证为什么可以把未达刑事责任年龄者(无刑事责任能力者)的行为视为有刑事责任能力者的行为,进而使犯罪的客观要件得以满足。对此,笔者认为,我国刑法总则与分则采取的是一种二元的立法模式,即刑法分则对具体罪名罪状的描述都是以单人犯罪的既遂样态为模式(即犯罪客观要件的实行行为),但是考虑到在现实的犯罪活动中,实行行为既可能由一个人来单独完成,也可能由数个犯罪参与人来共同完成,因此 1997 年《刑法》总则第 25 条对分则的规定进行了部分修正,在多人参与的场合,是所有参与人共同实施的“整体行为”(如案例 2 中陆晓华的望风行为与谢某某的入户盗窃行为)满足

① 至于因果关系判断标准的选择,如条件公式、客观归责理论等,还需做进一步的讨论。

② 这并不意味着刑法对谢某某的行为就没有做否定性的评价。1997 年《中华人民共和国刑法》第 17 条第 4 款规定:“因不满 16 周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养。”该条款说明,不处罚未满 16 周岁的未成年人实施的侵害(或者威胁)法益的行为,更多的是一种基于刑事政策考量的结果,并不能排除刑法对这种行为的否定性评价。

③ 黄荣坚:《刑罚的极限》,台湾元照出版有限公司 1999 年版,第 124~125 页。

④ 刘明祥:《不能用行为共同说解释我国刑法中的共同犯罪》,《法律科学》(西北政法大学学报)2017 年第 1 期。

了犯罪的客观要件。换言之,犯罪参与场合的“整体行为”就是其犯罪客观要件中的实行行为。在这样的立法背景下,只要参与人对“整体行为”有所加功、具有因果关系(如共同实行行为、教唆行为、帮助行为),其犯罪客观要件就已符合要求,就需要对法益受损的结果承担相应的刑事责任。这样一来也可以弥补阶层犯罪构成理论在处理多人共同侵害法益问题时的一个明显不足。具体来说,对于类似成年人指使未成年人投毒杀人的案件,阶层犯罪构成理论一般的处理方法是将成年人与未成年人认定为不法层面的共同犯罪,然后把未成年人认定为主犯(即所谓正犯)、把成年人认定为从犯(即所谓共犯),但其中的争议在于,将一个未成年人认定为在共同犯罪中起主要作用的主犯、将具有完全刑事责任能力的成年人认定为在共同犯罪中起次要作用的从犯,这种认定结果的合法性与合理性何在?由此可见,自诩“客观先于主观”的认定犯罪的阶层理论在现实的大部分情形中其实都是步履维艰、无法完全贯彻到底的。至于部分参与人因具有特殊的出罪事由(如未达刑事责任年龄、不具有刑事责任能力)而不需要承担刑事责任的情形,并不会对其他参与人需要承担的刑事责任产生影响,这正好契合单一正犯体系“刑事责任的评价始终是单独进行”的立论基础。^①至于对案例2中陆晓华行为的量刑问题,根据单一正犯体系的观点,需要法官根据各个参与人对法益侵害结果所起作用之大小的不同、综合评价各个参与人的情况后作出轻重不同的刑罚处罚。笔者的这种观点也得到该案判决结果的支持与印证。审理该案的江苏省苏州市金阊区人民法院认定,“从本案盗窃犯意的发起(谢某某提出犯意)、犯前安排分工(谢某某安排陆晓华在外望风)、盗窃行为的实施(谢某某本人自行实施)、赃款的分配(谢某某分得近95%的赃款)等全部核心环节看,在整个盗窃过程中,谢某某均处于主导和支配地位,而陆晓华则处于从属地位。综上可以得出以下结论:同案人员谢某某实际掌控着该起盗窃案件的主动权,整个盗窃过程也充分体现了其支配性主体意识,并非被陆晓华操控而实施盗窃行为。谢某某不构成犯罪系因法定年龄问题,不影响对其支配和主导地位的认识,故该案被告人陆晓华虽被单独起诉,仍应被认定为从犯,否则也明显有悖于罪刑相适的刑法原则”。^②在该案中,陆晓华的行为虽然满足成立盗窃罪的四个要件,但考虑到其对法益侵害结果所起的作用较小,因此对其可以从轻处罚。^③其实从这个案件也可以看出,四要件犯罪构成理论与单一正犯体系之间具有较高的契合度,将前者作为认定犯罪“准据”的一个自然推论是要将单一制作为处理犯罪参与问题的基本立场,既符合我国刑法的规范表述、坚持了罪刑法定原则,也符合我国大多数司法工作人员的思维方式,能够取得较好的实践效果。

① 事实上,关于这一问题,目的行为理论也可以给我们提供一些思路。按照该理论,“行为之所以具备‘目的性’或者有目的性,其根据在于,人能够按照他对因果关系的认识,在一定范围内预测其活动可能造成的结果,在此基础上设定不同的目标,并且有计划地引导其活动朝着实现该目标的方向发展”。[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论——刑法理论的新图景》,陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第1页。换言之,刑法上的行为都是人的有目的的活动,人的活动这种目的性体现在两个方面:(1)人根据因果关系设定行动方式,(2)人根据因果关系预期行动目标。由此看来,在部分案件中,特定的参与人尽管没有亲自实施实行行为,但如果其他参与人行动的方式能为其所接受、其他参与人行动的结果也正是其所预期的目标,那么就可以将其他参与人实施的行为视为该特定参与人的行为。在案例2中,尽管陆晓华没有亲自实施盗窃罪的实行行为,但无论是谢某某入户盗窃的行为方式,还是谢某某取得11万元现金的结果,都能够被陆晓华所接受和认可(也可以说是陆晓华积极追求的目标),那么就可以将谢某某的入户盗窃行为视为陆晓华的行为,从而肯定其行为满足盗窃罪的客观要件。

② 参见江苏省苏州市金阊区人民法院(2012)金刑二初字第0105号刑事判决书。

③ 由此看来,在我国有可能出现“无主犯的从犯”情形。

四、结 语

犯罪作为一种复杂的社会现象,其构成并不具有唯一性、直观性,一起犯罪案件中可能会存在很多的情节与要素(共同犯罪更是如此),但真正值得刑法关注的却只是其中与法益实害或危险具有因果关系的那一部分。^①这时就需要确立一定的标准来对所有的案件事实进行筛选和审查判断,以便留下重要的、剔除不重要的。在现代刑法学理论中,犯罪构成就起着这样的作用——行为满足犯罪构成,则证明其社会危害程度已经达到犯罪所必须具备的条件。“构成要件,是一种将社会生活中的事实加以类型化的观念形象,并且进而将其抽象为法律上的概念。”^②犯罪构成不是具体事实,其在认定犯罪过程中承担着“准据”的作用。就犯罪构成的类型而言,目前主要存在四要件犯罪构成理论与阶层犯罪构成理论之间的争论,前者本属我国刑法学的通说,但近年来却受到阶层犯罪构成理论的强力冲击,其理论支配地位正逐渐下降。然而,通过上述分析可以得知,对我国四要件犯罪构成理论的批判均可以得到妥当回应,并且将四要件犯罪构成理论适用于共同犯罪认定时所体现出的理论与实践上的双重优势也是显而易见的。为了给司法工作人员和普通民众足够的时间去吸收、消化新事物、新理论,使他们能够跟上理论研究者的步伐,不让理论研究与司法实践相脱节,我国四要件犯罪构成理论具有坚守的必要性和可行性,只需要按照司法认知的过程对四个要件的排列顺序进行微调即可(排列顺序的调整当然意味着司法认定顺序的改变)。此外,对于诸如未成年人与有刑事责任能力者共同实施的侵害法益的案件,宜在坚持四要件犯罪构成理论的前提下结合单一正犯体系的基本立场来进行妥善处理,贯彻落实“违法是共同的、责任是个别的”原则,重点分析行为与法益实害或者危险之间是否存在引起与被引起的因果关系,只要行为与法益实害或者危险之间存在因果关系,行为人就是引起法益实害或者危险的参与者,就是刑法要处罚的对象,由此也可以得出我国刑法规定的共同犯罪只是犯罪参与的一种特殊类型的结论。至于部分参与者由于未达刑事责任年龄、不具有刑事责任能力等特殊原因而不需要处罚的,则应该结合这些特殊情况分别进行判断。还须指出的是,四要件犯罪构成理论与单一正犯体系之间具有高度的协调性和统一性,将我国的犯罪参与体系归属于单一正犯体系是坚持四要件犯罪构成理论的必然结果。

责任编辑 田国宝

^① 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第16页。

^② [日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社1991年版,第6~7页。