

# 犯罪成立体系的新建构

马荣春\*

**内容摘要:**犯罪成立体系可以在大陆法系三元递进式的体系基础上,按照新的思路去重新建构。在建构新的犯罪成立体系之前,确立犯罪成立体系的应然品性是其前提。将其应然品性作为价值指引和技术指引,则新建构的犯罪成立体系应是递进式犯罪成立体系,而该体系在本土化之后是这样一种情形:罪状符合性→社会危害性→罪过性→应受刑罚惩罚性。其中,“应受刑罚惩罚性”是将刑事政策纳入了犯罪成立体系,从而使得犯罪成立体系的构建实现了对以往关于犯罪成立体系所有主张的超越。

**关键词:**犯罪成立体系 罪状符合性 社会危害性 罪过性 应受刑罚惩罚性

## 一、问题的提出

无论是来自原苏联的要素并合式犯罪成立体系,还是以德日为代表的大陆法系的三元递进式犯罪成立体系,以及英美法系的双层式犯罪成立体系,都产生于特定的学术背景和实践背景,并在产生之后不断得到学术传承和实践运用与验证。那么,此三大模式的犯罪成立体系并不存在哪一个十全十美而完全取代其他的问题,而只存在各自的发展与完善的问题,并且可以乃至应该是在相互借鉴中实现各自的发展和完善。对此,有学者说:“引进域外犯罪成立理论,是否就是‘破除’、‘抛弃’、‘推翻’、‘颠覆’我国传统犯罪构成理论,这是值得怀疑的。”<sup>①</sup>而“在一国刑法理论中,可以同时存在多种犯罪成立模式;传统犯罪构成理论与域外犯罪成立理论在我国刑法学中完全可以共存共处,平行发展”<sup>②</sup>。就某一个具体的社会问题,我们在某一时期内只能建构和运行某一套具体的社会制度,因为并行两套相互冲突的社会制度只能带来无所适从并将问题悬置起来。但社会问题的学术理论则不同,因为学术理论的对立可以使得对立各方在观照之中发展和完善自身,正如学者在论述中国大陆刑法学派时指出:“批评者是刑法学深创立的必要条件,没有对立面的学者群体是称不上学派的,因为学派是在学术批评和学术争鸣中产生和发展起来的。”<sup>③</sup>对于大陆法系“三元递进式”犯罪论体系,有人指出:“实际上,欧陆国家中除了德日之外,法国就没有采用这样的模式,我们的香港地区

\*扬州大学法学院副教授,硕士生导师,法学博士。

①李立余,《犯罪成立理论研究》,法律出版社2006年版,第3—4页。

②李康,《关于创设中国刑法学派的若干问题思考》,《河南大学学报》2006年第4期。

应把英美双层次犯罪成立模式运用得很好。”<sup>[1]</sup>又有人说：“至于说，哪种犯罪论模式更适合我们，我觉得现在就下结论还为时尚早。”<sup>[2]</sup>另有人说：“我们最好不要武断地说这三种模式（中国大陆犯罪成立的传统的“四要件整合式”，德国犯罪成立的“三元递进式”和英美犯罪成立的“双层次”）谁优谁劣、谁对谁错……我们应该根据某一个国家或者地区的社会和经济的发展情况以及照顾到它的文化背景、法治建设整体水平来取长补短。我们只能适时地进行一些改良和完善，恐怕不能照搬照抄，我也反对全盘否定。”<sup>[3]</sup>还有学者说：“体系的唯一性并不一定是好事，有时会导致一种话语霸权，甚至会扼杀真理的诞生。世界本来就是多元的，任何理论本质上都仅仅是对事物的一个方面、一个侧面、一定程度的认识与感悟。”<sup>[4]</sup>对于中国大陆需要什么样的犯罪论体系即犯罪成立模式，笔者认为，维持论的“不可理喻”，改良论的“立场暧昧”和重构论的“信誓旦旦”在相互排斥中也相互牵引，因为对立面的存在便是自身的存在，对立面的发展便是自身的发展，毕竟科学与否，合理与否本来就是相对的。这样说来，在中国大陆刑法学中，我们应该允许乃至提倡四要件整合式犯罪成立体系、三元递进式犯罪成立体系和双层次犯罪成立体系的“三隅鼎立”，并让其自行发展和完善。而如果立足于所谓递进式犯罪成立体系这一“圆”，则我们是否可以形成另一种将合理性和必要性结合起来的新思路，来构建在中国大陆具有可行性的犯罪成立新体系或犯罪成立新模式？

## 二、犯罪成立体系的应有品性

所谓“性格决定命运”，犯罪成立体系如何构建及其运行如何不能离开其品性的前提性考察。

### （一）犯罪成立体系的价值品性

受刑法是“犯罪人的大宪章”、“善良人的大宪章”的观念影响，我们一直将保护社会和保障人权视为刑法的两大基本价值。犯罪成立体系的论争也折射着我们对刑法基本价值的认识。从刑法的产生来看，我们将保护社会看成是高于保障人权的刑法价值即最高的刑法价值，因为犯罪是扰乱了社会秩序，而刑法是通过否定犯罪而维护社会秩序。也许可以这样说，在刑法产生伊始，刑法没有价值结构而具有保护社会这一唯一价值。而随着社会时代的发展和人权观念的萌发，以罪刑法定原则、罪刑均衡原则和刑法人道主义原则为主要标志，刑法的价值生成了保障人权这一新构成，并与原有的保护社会“平起平坐”出刑法价值的新结构。在刑法的价值结构中，保障人权这一价值构成从无到有是历史的进步和人权的彰显。

然而，纳米技术、生物技术和网络技术把我们推进了技术理性时代。技术理性已经有将人工工具化的反人权倾向。由于越来越尖端的技术所带来的社会风险也越来越广泛和越来越严重，致作为技术理性的衍生，且的理性也日渐盛行。而在目的理性之下，人权更是被步步蚕逼。技术理性及其所催生的目的理性在刑法学上的直接反映就是“罪责刑法”的式微和“安全刑法”、“仇敌刑法”概念的膨胀甚或膨胀。“安全刑法”和“仇敌刑法”是怎样的呢？有学者指出：“‘安全刑法’的概念与‘罪责刑法’相对，认为刑法的目的不在于对个人的谴责，而在于保证社会的安全。‘安全’才是对刑法的最高指引”<sup>[5]</sup>。而“安全刑法”在康乐布南看来仍是不够的。为了直接维护“刑罚”本身，他提出了更加极端的“仇敌刑法”，认为既然将行为人为人区分为“市民”和“仇敌”，则刑法也应当区分为“市民刑法”与“仇敌刑法”。……而那些“仇敌”已非

[1] 刘德建教授在“第四届全国中青年刑法学者专题研讨会暨刑事法理论高峰论坛”上的发言，载于王主编，《刑事法理论论坛》，北京大学出版社2008年版，第494页。

[2] 刘德建教授在“第四届全国中青年刑法学者专题研讨会暨刑事法理论高峰论坛”上的发言，载于王主编，《刑事法理论论坛》，北京大学出版社2008年版，第496页。

[3] 刘德建教授在“第四届全国中青年刑法学者专题研讨会暨刑事法理论高峰论坛”上的发言，载于王主编，《刑事法理论论坛》，北京大学出版社2008年版，第465页。

[4] 康乐布南，《罪之之路——犯罪化体系重构的可能路径》，载于熊祥主编，《犯罪论体系》，北京大学出版社2007年版，第90页。

[5] 王军，《犯罪论体系的演变》，中国人民公安大学出版社2008年版，第283页。

普通犯罪人,对于这些“仇敌”,不应再发动刑事诉讼程序来保证他们的诉讼权利,直接以“战争”的形式对付即可”<sup>[4]</sup>。显然,在“安全刑法”乃至“仇敌刑法”观念之下,人权是无法得到保障的,因为正如有学者指出:“在当今社会的高度复杂与犯罪活动的高度科技化的现实压力下,立法者对于安全越来越没有把握,第一反应往往正是让刑法削弱个人对社会的保护,成为对“安全刑法”的实践。”而在“仇敌刑法”的观念下,所谓个人的罪责已经被对规范的忠诚所覆盖”<sup>[5]</sup>。显然,“安全刑法”乃至“仇敌刑法”观念正是丢弃了“罪责”,即丢弃个人责任原则来损害或侵害人权的。因为这样必然带来将团体(集体)的利益置于个人的权利之上。“安全刑法”观念和“仇敌刑法”观念分别属于具有世界影响的德国著名刑法家罗克辛的目的论犯罪论体系和雅各布斯的纯粹规范论体系之中。然而,正如有学者说:“无论社会如何发展,科技如何进步,理论如何玄妙,‘人的存在才是目的’都应当是所有社会科学展开研究的基本前提。如果失去了这一点,所有关于人的、社会的思考和结论都不过是在通往人类自我毁灭之路上的一块垫脚石。技术而不是人作为理性的代表即是最近旁的实例,其破坏力非仅仅做到所有认识即可,而必须时刻警醒。在刑法目的上,首先必须肯定的价值只能是人权的保障。”<sup>[6]</sup>“那么在笔者看来,不论是怎样的有影响的学者提出的怎样玄妙高深的刑法理论及其刑法制度建构思路,只要是在根本上反人权的,就是反动的。将保障人权纳入刑法的价值结构并与保护社会这一原有价值构成“平起平坐”已实属难能可贵。那么,当下及今后我们应该力保保障人权这一代表历史进步的刑法价值构成,如何力保?在观念上,我们应该调整刑法的价值结构,即将保障人权作为刑法的主价值或第一价值,而将保护社会作为刑法的次价值或第二价值,或曰将刑法的保护社会价值依附在其保障人权的价值上。“最大双赢”是笔者近期内对刑罚的目的,即在保护社会与保障人权中应确立起预防和预防的刑法的价值。现在想来,对于这一主张应该进一步明确:“最大双赢”不等于“等量双赢”或“最大等量双赢”。立于社会发展的当下和将来,就刑法的价值而言,如果再强调保障人权与保护社会“平起平坐”或“等量双赢”,则保障人权这一价值很可能将大打折扣乃至消失殆尽。实际上,保障人权与保护社会是否曾经“平起平坐”或“等量双赢”已是值得怀疑的。行文至此,笔者提出,我们应该用保障人权为主而保护社会为次的价值结构来塑造当下及将来的刑法的价值品性。

保障人权为主而保护社会为次的价值品性应该首先在犯罪成立体系或犯罪成立模式中予以塑造,因为就刑法的实践过程而言,只有到了刑法司法这一环节,人权问题才被切实牵涉,而刑法司法又是直接始于犯罪成立与否的定罪活动。犯罪成立体系或犯罪成立模式对这种价值品性塑造是对整个刑法价值品性塑造的具体响应和首要担当。

## (二)犯罪成立体系的技术品性

犯罪成立体系问题不仅是一个抽象复杂的理论问题,更是一个实践问题。而凡是实践的问题都难免带有技术性,犯罪成立体系问题同样如此。我们的理论一向重思辨性而轻技术性,似乎只有思辨性才是理论的高境界。但是,正如科学技术中的技术之于科学,技术是科学的实现手段,而如果没有技术的具体担当,则科学将永远是一种“玄虚”。将这一道理移植到犯罪成立体系问题上来,则产生犯罪成立体系的技术品性问题。犯罪成立体系的技术品性是由其价值品性所决定的,两者之间构成实现与被实现的关系或手段与目的的关系。

既然把犯罪成立体系的价值品性定位在保障人权为主,则其技术品性应相应地定位在追求消极结果的淘汰性。在三种模式的犯罪成立体系中,何种模式具有或被赋予了追求消极结果的淘汰性?至少从外观上,英美法系的双层式犯罪成立体系不具有这一技术品性,因为所谓双层式其实就是“合流式”。在外观上,来自原苏联的传统则要得整合式犯罪成立体系似乎更不具有这一技术品性,因为“合”似乎天生就是一种追求积极结果的思维与技术。正如有人说:“这是一种反映定罪规格,不反映定罪过程,在结构上呈现出平面整合特征的犯罪构成模式,在功能上彰显的是刑法打击犯罪保护社

[4]《刑网》(7),《东方法学》,第297页。

[5]《刑网》(7),《东方法学》,第297页。

会的功能,而很难平衡人权保障的客观需要。”<sup>[1]</sup>如有人总结:“我国刑法学的通说认为:犯罪构成是我国刑法规定的,决定某一行为成立犯罪所必须的一切主观要件和客观要件的有机统一体。犯罪构成包括了犯罪成立所要求的一切积极要件。”<sup>[2]</sup>“诸如此类的论断隐含着对传统四要件整合式的犯罪成立体系的“合”的缺陷或不足的批评,而其批评并非毫无道理。对照之下,从外观上,似乎只有以德日为代表的大陆法系的三元递进式犯罪成立体系具有着或被赋予了追求消解结果的淘汰性技术品性。客观地说,在三种模式的犯罪成立体系中,以德日为代表的大陆法系的三元递进式犯罪成立体系“较有”或“显有”追求消解结果的技术品性。正如有人说:“大陆法系递进式犯罪成立条件理论具有层次性、立体性,通过构成要件该当性、违法性、有责性三个层次的判断,将事实判断和价值判断,形式判断和实质判断分开进行,层层分析,层层排除,最终达到对犯罪的认定。”<sup>[3]</sup>“其言”“层层分析,层层排除”便寄寓着三元递进式犯罪成立体系的淘汰性技术品性。

那么,犯罪成立体系的淘汰性技术品性又靠什么来并非具体落实或体现呢?对于四要件犯罪成立体系,有人说:“在这一模式中,只有定罪规格的静态描述,而没有定罪过程的动态引申,我国的‘犯罪构成’概念是与‘构成要件’概念相混同的,对于犯罪行为的主观评价与客观评价,事实判断与价值判断,积极判断与消极判断,违法判断与责任判断,行为判断和行为人判断,抽象判断和具体判断等,所有的一切都在犯罪构成四要件的平面整合结构中一次性地概括完成。在这样的概括性评价中,因为缺乏应有的区分,致使超法规的违法阻却事由和阻却责任事由无法得到应有的关照和展开。因此,形式违法性和实质违法性的冲突在这样的犯罪构成模式中必定难于得到有效和合理的解决。这时,对于行为实质违法性的评价,即使有了法益这样的衡量标准,还是不能通过犯罪构成模式,通过司法途径予以有效的解决。”<sup>[4]</sup>“该论断要集中表达的是四要件犯罪论体系的定罪功能较弱或偏弱,其主要理由是该体系只具静态性而无动态性,只具一次性而无多次性,即该体系缺乏过程性。对此,有人评论道:“在丰满我国现有的刑事违法性理论,引入法益及其侵害的概念的基础上,我们应当反思和解构我国当下流行的整合式的犯罪构成模式,重新建构一种既反映定罪规格,又反映定罪动态过程,体现刑事责任追究范围逐渐收缩,平衡社会保护和人权保障基本功能的犯罪构成模式。”<sup>[5]</sup>“不过,也有学者对我国传统四要件犯罪成立体系的动态性问题给予了一定的“偏袒”,“在某种程度上,就犯罪成立思维路径的先后顺序而言,我国的犯罪构成与大陆法系的犯罪构成都有一个递进式的存在,只不过我国犯罪构成的平面排列使得它的动态性呈隐蔽状态,而大陆法系的犯罪构成本身通过递进式的描述更为直接罢了。”<sup>[6]</sup>“在笔者看来,犯罪成立体系中的“成立”原本就意味着过程性,故而述对传统四要件犯罪成立体系的静态性的批评是有其道理的。但是,犯罪成立体系只具有所谓动态性就足够了吗?在笔者看来,犯罪成立体系中的“成立”原本还意味着程式性。有学者说:“犯罪成立理论不仅研究行为构成犯罪必须具备哪些条件,而且研究这些条件的实质,判断顺序及其内在关系。由此,犯罪成立理论不但在形式上为司法者指明构成犯罪所必须具备的条件,而且在实质上为司法者认定犯罪提供了所必需的思考方法,步骤和程序,使得判断犯罪的思考过程是程式化的而不是随意的。”<sup>[7]</sup>“其言不无道理,而笔者在此要明确指出的是,犯罪成立体系除所应具有的动态性之外,还应具有程式性,因为程式性能够约束动态性而不使其流于散漫性乃至随意性。动态性和程式性的有机结合正是

[1] 张明楷,《形式、(刑事违法性)与实质(违法性)的冲突及其消解》,载何宇主编,《刑事违法性理论的研究》,北京大学出版社2008年版,第204页。

[2] 周光远,《违法性判断的独立性——兼论我国犯罪构成理论的改造》,载何宇主编,《刑事违法性理论的研究》,北京大学出版社2008年版,第301页。

[3] 王政勋,《论定罪因素在犯罪成立条件中的地位》,载张明楷主编,《犯罪论体系》,北京大学出版社2007年版,第41—42页。

[4] 周光远,《违法性判断的独立性》,第211页。

[5] 周光远,《违法性判断的独立性》,第210页。

[6] 周光远,《人身危险性研究》,法律出版社2010年版,第128页。

[7] 周光远,《违法性判断的独立性》,第211页。

犯罪成立体系的淘汰性这一技术品性的具体落实和体现。对于犯罪论体系的科学性问题,日本刑法学者大塚仁教授说:“必须根据其逻辑性和实用性对体系进行评价。犯罪论的体系应该是把犯罪概念的内无矛盾的逻辑,并且是在判断具体犯罪的成否上最合理的东西。”<sup>[18]</sup>我们不妨认为,其所谓“逻辑性”中便凝结着或浓缩着动态性和程式性。

这里需要进一步指出的是,我们常常用“递进性”来集中表述以德日为代表的大陆法系犯罪成立体系的长处或优越性。所谓“递进性”所指向的也是犯罪成立体系的技术品性,但在保障人权为主或保障人权为先的价值品性面前,向动态性和程式性紧密结合来具体落实和体现的淘汰性这一技术品性又显摆出更大的优越性,因为犯罪成立体系的淘汰性意味着在犯罪周围“过剩”的行为被犯罪的斥离性。

犯罪成立体系的技术品性这一概念的提出有助于我们确立对刑法学的一种认识,即刑法学本为或至少何时为一门“技术之学”。而一旦离开了具体技术的运作,则所谓刑法的基本价值将成无火之炊。

### 三、淘汰式犯罪成立的新体系

基于前文对犯罪成立体系或犯罪成立阶梯的价值品性和技术品性的论述,笔者所要提出的淘汰式犯罪成立的新体系或新阶梯是“罪状符合性→社会危害性→罪过性→应受刑罚惩罚性”。

#### (一)淘汰式犯罪成立新体系或新阶梯的第一阶段:罪状符合性

国内有学者在将大陆法系的三元递进式犯罪成立体系即“构成要件该当性→违法性→有责性”本土化之后,提出适合于中国大陆的犯罪成立体系是“罪状符合性→不法性→罪责性”。<sup>[19]</sup>显然,论者将“构成要件”本土化是第一步。其理由是:在我国传统的犯罪成立理论中,“犯罪构成”、“构成要件”和“犯罪构成要件”经常互换使用而造成了混乱,而大陆法系犯罪成立体系中的“构成要件”与我国传统犯罪成立理论中所使用的概念完全不是一回事,故大陆法系犯罪成立体系中的“构成要件”一词不能直接搬进我国刑法学而必须予以本土化。<sup>[20]</sup>那么,如何将“构成要件”本土化呢?在分别将“构成要件”本土化为“构成事实”、“典型事实”和“罪状”这三种方案中,论者选择了后者。其理由是:将“构成要件”表述为“构成事实”,也不理想,因为“构成事实”一是比较抽象,二是德语Tatbestand的基本含义是“行为的状态”,“构成事实”未能明确反映德文原意。构成要件是犯罪行为的类型化,其描述了犯罪的典型特征。因此,将“构成要件”表述为“典型事实”,在理论上也是可以。不过,与“罪状”相比,“典型事实”似乎不是一个严格的法学术语;同时,“典型事实”的翻译者陈忠林教授认为,“典型事实”的内容实质上是指数罪法分则条文中的“罪状”。<sup>[21]</sup>在将“构成要件”本土化为“罪状”之后,则“构成要件该当性”便被本土化为“罪状符合性”。论者没有交代为何“该当”要被本土化为“符合”。如果非要对此有个说法,则笔者的理解是:如在“该当何罪”这样的表述中,“该当”似乎本来就有着实质判断的意味,而“构成要件该当性”中的“该当”显然只是一个形式判断或“表面”判断。因此,将“该当”也本土化或转换表达是对的,但“符合”一词不尽妥当。由于“构成要件该当性”的本质功能在于完成一个形式判断或“表面”判断,故笔者提出用“形合”一词来代替“符合”一词,并将“该当”一词语以本土化或转换表达。显然,“形合”意在强调外形相合或表面相合。那么,在基本肯定论者对“构成要件该当性”本土化或转换表达的基础上,笔者提出淘汰式犯罪成立体系的第一阶段即“罪状符合性”。需要强调的是,“阶”比“环”更能“形象”出淘汰式犯罪成立体系的人权保障功能。

#### (二)淘汰式犯罪成立新体系或新阶梯的第二阶段:社会危害性

[18] 同[1]大塚仁,《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第107页。

[19] 同引[1],李立众书,第177—190页。

[20] 同引[1],第179页。

[21] 同引[1],第180—181页。

“罪状符合性→不法性→罪责性”这一本土化体系的提出,意味着第二步本土化即对大陆法系传统递进模式中的“违法性”的本土化,其理由是:中国刑法学中的“违法性”与德日刑法学中的“违法性”,两者存在重大差异。第一,我国刑法学中的违法性是主客观相统一的概念,而德日刑法学中的“违法性”则是一个客观的概念;第二,我国刑法学中的“违法性”仅指形式的违法性,实质违法性的重任是罪社会危害性来担负,而德日刑法学中的“违法性”还包括实质的违法性。<sup>[22]</sup>在此,笔者另外再补充一个将三阶层体系中的“违法性”予以本土化的理由:“构成要件该当性”已经表达着“违法性”,因为所谓“违法性”本指行为与规范之间“绝对对立冲突”关系,而不强调行为本身。那么,怎么本土化呢?如其所言,“可以将三阶层理论中的‘违法性’,在我国表述为‘不法性’。第一,‘不法’是我国刑法所认可的一个术语,如我国刑法第20条使用了‘不法侵害’、‘不法侵害人’的表述。第二,将德日刑法学中的‘违法性’,表述为‘不法性’,除了可以毫无困难地赋予其实质违法性的内容之外,更重要的是,我国刑法中的‘不法’具有客观性,符合德日刑法学中客观违法性的本意。”<sup>[23]</sup>在笔者看来,用“不法性”来释“违法性”予以本土化也不尽妥当。因为“不法性”可以划分出民事不法性、行政不法性和刑事不法性,故如果将包含着刑事不法性的“不法性”作为犯罪成立体系的一阶,则难免循环论证之嫌。之所以这样说,是因为刑事不法性实质就是犯罪已经成立。

那么,在第二阶层将“违法性”真正予以本土化的是“社会危害性”。为何说“社会危害性”适宜在第二阶层上释“违法性”予以本土化呢?一是因为“社会危害性”能够在第二阶层上避免“不法性”所带来的循环论证,同时又发挥实质判断的功能。在李斯特看来,“实质违法是指危害社会(反社会的)行为,违法行为是对受法律保护的个人或集体的重要利益的侵害,有时是对一种利益的破坏或危害”<sup>[24]</sup>。由此可以说,大陆法系“二元递进论”中的“违法性”(实指不法性)与中国大陆传统刑法理论中的社会危害性概念具有相通之处。由于“违法性”又可指法益侵害性,故法益侵害性与社会危害性便有了相通之处。但是,就法益侵害性与社会危害性两者的关系而言,我们可以用表里关系加以描述,即法益侵害性为“表”而社会危害性为“里”。显然,在说明犯罪性和犯罪成立性上,社会危害性更具实质性;二是因为“社会危害性”借助其在第二阶层上将“违法性”本土化以获得犯罪成立条件的资格,从而体现犯罪的特征与犯罪的成立条件的内在关联,或曰其决定了“社会危害性”可在第二阶层上以犯罪成立条件之一,即犯罪成立阶梯之一而释“违法性”予以本土化。所谓犯罪的特征与犯罪的成立条件的内在关联,是指能够成为犯罪特征的东西也能够成为犯罪的成立条件,反之亦然。“罪状符合性→不法性→罪责性”体系的提出者在第二阶层的本土化问题上没有做到其学术观点的雨后观潮。如其所言:“犯罪具有严重的社会危害性,刑事违法性与主观罪过性二个特征……就立法论而言,确实应当将社会危害性作为犯罪的首要特征。但就司法论而言,社会危害性不应是犯罪的首要特征。因为一个行为的社会危害性再大,如果法无明文规定,该行为就不能构成犯罪。故就司法论而言,刑事违法性是第一位的,社会危害性是补充,解释刑事违法性(即将形式上违反刑法但实际上危害性较小的行为排除在刑法的适用范围之外,或者说,社会危害性解释了刑事违法性的实质根据应以这一实质根据来理解刑事违法性)的第二位的東西。”<sup>[25]</sup>显然,在论者看来,就司法论而言,“社会危害性”虽然不是犯罪的首要特征,但却是犯罪的第二位特征。既然“社会危害性”是司法论中的犯罪的第二位特征,那么,“社会危害性”便是犯罪成立的一个条件即犯罪成立的一阶层,即第二阶层,因为论者一开始就强调,“不与犯罪成立相联系来探讨的‘特征’,并无特别的意义”<sup>[26]</sup>。但是,我们从犯罪的特征那里找到了“社会危害性”,而在犯罪成立条件即犯罪成立体系或犯罪成立阶梯那里却不见其踪影。这里需要再

[22] 张明远(1),李立众书,第182—183页。

[23] 张明远(1),李立众书,第184页。

[24] 张明远(1)王源,《试论违法性及其功能》,载张宇主编,《刑事违法性理论新论》,北京大学出版社2008年版,第75页。

[25] 张明远(1),李立众书,第178—179页。

[26] 张明远(1),李立众书,第177页。

一次强调的是,只要承认犯罪的特征与犯罪的成立条件的内在关联,并同时承认“社会危害性”是犯罪的特征之一,则必须承认“社会危害性”在犯罪成立体系中的“一席之地”,而其“一席之地”在淘汰式的犯罪成立体系中通过将“违法性”予以本土化而占据。

### (三)淘汰式犯罪成立新体系或前阶的第三阶段:罪过性

“罪状符合性→不法性→罪责性”体系的提出者在第三阶上将大陆法系递进式犯罪成立体系中的“有责性”即“责任(性)”本土化为“罪责性”,其理由是:首先,罪责这个概念指的是有“罪”的性质的责任即“刑事责任”,故此概念能够凸显刑法色彩。其次,将“责任”表述为“罪过”难以从字面上反映出行为人对不法行为在主观方面负有不可推卸的责任,因而可以非难于行为人,而“罪责”的表述可以做到这一点。再次,“责任”已经由起初的完全的主观色彩而逐步转变为可以包含期待可能性的客观色彩,而“罪过”一词则在宗教背景下带有浓厚的主观色彩。最后,如果使用“罪过”一词,则将在传统四要件理论与三阶层理论之间产生如下混乱:一是在传统四要件理论语境下,责任能力固在犯罪主体中论述而独立于“罪过”之外(“罪过”是属于犯罪主观方面的问题),而在三阶层的理论语境下,责任能力属于“罪过”要素之一,这样,责任能力一会儿为“罪过”所包含,一会儿又独立于“罪过”之外,故引起的理论混乱增加了初学者的学习与理解困难,而使用“罪责”一词,则可避免这样的混乱,因为“罪过”一词使得人们所想起的是传统四要件理论,而“罪责”一词使得人们所想起的是三阶层理论。二是如果将“责任”表述为“罪过”,则相应形成的“罪过能力”、“罪过年龄”这些概念可能将为习惯于传统罪过理论的学者所无法接受,而“罪责能力”、“罪责年龄”这样的概念则不会产生这样的问题。三是在我国刑法学中,“罪过”是故意、过失的同义语,是故意、过失的上位概念,而若将“责任”表述为“罪过”,则此时的“罪过”已经不再是故意、过失的上位概念了。同时,“罪过”的核心是对于行为的不法意识,故将“责任”表述为“罪过”对于我国刑法学界无疑是一个思维震荡,而若将“责任”表述为“罪责”,则可避免这一思维冲击。<sup>[1]</sup>

在笔者看来,论者将“责任”本土化或表述为“罪责”的理由或明显站不住脚,或牵强附会。对于其第一个理由,仅仅是为了凸显所谓刑法色彩,便将第三阶层上的成立条件等同于有“罪”的性质的责任即“刑事责任”,则同样有着明显的循环论证之嫌。对于其第二个理由,恰恰相反,是“罪过”而非“罪责”才可得不法行为从主观方面归责于行为人,从而求得所谓非难。对于其第三个理由,虽然期待可能性越来越普遍地被认为是一个客观性概念,但其最终所归属或指向的仍旧是行为人的主观状况,而不同于“罪过”本身的“罪过性”完全可以按宽的概念容量将期待可能性包摄进去。至于“罪过”的所谓宗教色彩本来就是人为色彩,人为色彩既然可以涂上,难道就不可以抹去吗?对于其第四个理由,所谓“罪过”所引起的理论混乱是不存在的,因为本土化之后的犯罪成立第三阶层并非“罪过”本身而是“罪过性”,而“罪过性”完全可以按宽的概念容量将期待可能性包摄进去。也就是说,在传统四要件理论与三阶层理论之间用同一个“罪过”概念来谈理论混乱,进而否定“罪过性”的犯罪成立阶层地位是没有道理,也是没有意义的。至于刑法学者们可能无法接受“罪过能力”和“罪过年龄”这样的措辞一说,这是个慢慢习惯的问题,用“可能”无法接受作为否定“罪过性”的犯罪成立阶层地位未免牵强附会。“构成要件或当性”的“恰当性”能比“符合性”让我们更加习惯?但其丝毫不会影响我们对相关问题的理解。至于“罪过”之于故意、过失的上位性问题,应该肯定从“责任”,即“有责性”那里转述来的已不再是故意、过失的上位概念,而是比故意、过失的上位概念更“上位”的概念,因此,从“责任”即“有责性”那里转述来的不是“罪过”本身而是“罪过性”概念,而“罪过性”概念固可将责任能力、期待可能性、故意、过失等都包摄进来,故其才不只是故意、过失的上位概念,而是故意、过失的上位概念的“上位”概念,即“罪过”本身的“上位”概念。那么,在采用“罪过性”之后,就不存在由“责任”,即“有责性”那里转述过来“罪过”而引起所谓刑法学的思维震荡问题了,证明了罪责性作为犯罪成立的第三个阶段,则罪过性便可被确立在犯罪成立的第三个阶层上。

[1] 张明楷:《刑法学》,第100—101页。

将罪过性作为淘汰式犯罪成立阶梯的第三阶有立法实践可资佐证,如1950年《朝鲜民主主义人民共和国刑法》第7条规定:“凡是侵害朝鲜民主主义人民共和国及其所建立的法律秩序,具有危害社会性质的,故意或过失而应受惩罚的行为,都是犯罪。”<sup>[28]</sup>1952年《阿尔巴尼亚刑法典》第2条规定:“有罪过地实施的为法律规定的一切危害社会的行为(作为或者不作为),都是犯罪。”<sup>[29]</sup>1969年《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》第17条规定:“犯罪是依刑法规定的,有罪过的社会危险性行为。”<sup>[30]</sup>1996年《俄罗斯联邦刑法典》第14条规定:“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会的行为,被认为是犯罪。”<sup>[31]</sup>1999年《越南刑法典》第8条规定:“犯罪,是刑法规定的,具有社会危害性的,由具有刑事责任能力的人故意或者过失侵犯国家的独立……危害社会主义法律秩序和其他秩序的行为。”<sup>[32]</sup>《西班牙刑法典》第10条规定:“蓄意或过失的作为或者不作为作为法律所处罚的,构成犯罪或过失罪。”<sup>[33]</sup>在这些立法中,罪过性作为犯罪成立的一个条件或者是以“罪过”这样的字眼直接明白地规定出来,或者是以作为下位概念的“故意”和“过失”间接地规定出来。在罪过性应否成为犯罪成立的一个条件或犯罪成立阶梯的一阶上,刑法理论的概括同样应尊重刑法立法本身。

#### (四)淘汰式犯罪成立新体系或新阶梯的第四阶层:应受刑罚惩罚性

立于保障人权为主的价值品性,我们不妨乃至应该将大陆法系的三元递进式犯罪成立体系直接称之为淘汰式犯罪成立体系。为使淘汰式犯罪成立体系更具淘汰性,从而更加充分地符合保障人权为主的价值品性,那我们能否或应否于本土化过程中在淘汰式犯罪成立阶梯上再添一阶?

“第四阶”的说法意味着淘汰式犯罪成立体系还应位长或犯罪成立阶梯还应更高,即应受刑罚惩罚性。将应受刑罚惩罚性作为犯罪成立阶梯的最高一阶似乎不是无休止的。将应受刑罚惩罚性作为犯罪成立阶梯的最高一阶层等于将应受刑罚惩罚性作为犯罪成立的一个条件即“总条件”。那么,下文立于犯罪成立条件来论述应受刑罚惩罚性在犯罪成立体系或犯罪成立阶梯中的阶位问题。

##### 1. 作为问题的第一步,应受刑罚惩罚性应为犯罪的成立条件应该得到确定。

第一,应受刑罚惩罚性应为犯罪的成立条件有其法律根据。我国《刑法》第13条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家,颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受到刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”在笔者看来,该条虽然作出的是犯罪的法律定义,但此定义中包含着犯罪的成立条件,并且该条明确将应受刑罚惩罚性作为犯罪成立的一个“把关性”条件。

应受刑罚惩罚性构成犯罪的成立条件不仅体现在我国的刑法规定之中,也体现在国外刑法的相关规定中。1950年《朝鲜民主主义人民共和国刑法》第7条规定:“凡是侵害朝鲜民主主义人民共和国及其所建立的法律秩序,具有危害社会性质的,故意或过失而应受惩罚的行为,都是犯罪。”《瑞士刑法典》第1条规定:“本法典、其他法律和行政立法性文件规定的应受本法典之刑罚处罚的行为是犯罪。”1996年《俄罗斯联邦刑法典》第14条规定:“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会的行为,被认为是犯罪。”1810年《法国刑法典》第1条规定:“法律以违警罚所处罚之犯罪,称违警罪;法律以惩治刑所处罚之犯罪,称轻罪;法律以身体刑或名誉刑所处罚之犯罪,称重罪。”可见,有些国家的刑法是通过给出犯罪的法律定义而肯定应受刑罚惩罚性是犯罪的成立条件,而有些则是通过对犯罪的立法分类而肯定应受刑罚惩罚性是犯罪的成立条件。我们常说刑法理论要反映对刑法立法

[28]《朝鲜民主主义人民共和国刑法》,金钟圭等译,法律出版社1996年版,第4页。

[29]《阿尔巴尼亚刑法》,李正良译,第13页。

[30]《罗马尼亚社会主义共和国刑法典》,邵西陵、李理英译,西南政法学报1983年10期,第5页。

[31]《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,中国法制出版社1996年版,第4页。

[32]《越南刑法典》,朱自译,中国人民公安大学出版社2005年版,第4页。

[33]《西班牙刑法典》,康行译,中国政法大学出版社2004年版,第4页。

的概括。总之,中外刑法立法的现实使我们无法不承认应受刑罚惩罚性是犯罪的成立条件。

至于持否定说的学者所言:“虽然‘应受刑罚惩罚性’不是犯罪的特征,但是立法者将之规定在刑法第13条中,是有其用意的。通过‘应当受刑罚处罚’的表述给广大国民和司法者提供了一个识别犯罪的标志(即依据何种标准判断法律规定的某一行为是犯罪行为)——在法律中只有对行为的后果部分明文规定了刑罚处罚的,该行为才是犯罪,否则即使存在‘依法追究刑事责任’的字样,也不能认定该行为是犯罪……因此,‘应当受刑罚处罚’虽然不是犯罪的特征,但也没有必要删除。”<sup>[14]</sup>显然,论者所谓“没有必要删除”,是因为“应当受刑罚处罚”有“必要”保留,而此“必要”仅仅被表述为“给广大国民和司法者提供了一个识别犯罪的标志”又未免将问题表面化,其所谓“给广大国民和司法者提供了一个识别犯罪的标志”实质是“给广大国民和司法者提供了一个判断犯罪成立的模式”,即必须等到对行为的后果明文规定了刑罚处罚的时候,犯罪才得以成立。显然,法定刑罚在此模式之中,而应受刑罚惩罚性则在此模式的更深处。当此模式不过是犯罪成立体系的另一种转述,则应受刑罚惩罚性便存在于并且是深藏于犯罪成立体系之中。

第二,应受刑罚惩罚性应为犯罪的成立条件有其刑事政策根据。有人说:“在社会中,存在许多实质上违法,应当归责的当罚行为,但是,国家没有将其都作为犯罪加以处罚的必要。从一定政策见地出发,从当罚行为中择选出一些应当处罚的行为,将其类型化,并用显示其法律特征的形式,规定为犯罪类型……就是构成要件。”<sup>[15]</sup>这一论断首先对于我们把握刑事政策颇有启发,刑事政策的确立和贯彻不仅是刑法司法中的事,而且也是并且首先是刑法立法中的事。在前述启发之下,则应受刑罚惩罚性不仅听从刑事政策的“号令”且在刑法立法环节制约着犯罪圈的伸缩,从而体现着相关的刑事政策,而且听从刑事政策的“号令”而在刑法司法环节直接影响着出罪与入罪,从而也体现着相关的刑事政策。“宽严相济”这一刑事政策早已家喻户晓。那么,如何贯彻这一刑事政策呢?举措当然很多,但就其中的“宽”而言,可以是“刑宽”,也可以是“罪宽”,并且首先可以是“罪宽”。那么,把应受刑罚惩罚性作为犯罪的成立条件之一便可以“罪宽”为着眼点来落实或贯彻“宽严相济”的刑事政策。可以这么说,结合刑事政策来构建犯罪成立体系,是对以往所有犯罪成立体系的主张的超越,而结合了刑事政策的犯罪成立体系又可以说是“刑事一体化”的一种具体体现。

在大陆法系刑法理论中,围绕着应受刑罚惩罚性是否应为犯罪的成立条件,形成了肯定说和否定说。而否定说所导致的有效批评是其割断了“可罚性”与“犯罪性”的联系而妨碍了从刑罚处罚的角度对犯罪的成立范围进行实质的限定,从而难以在犯罪论中充分考虑刑事政策的要求。<sup>[16]</sup>这一批评有助于我们从刑事政策的角度来把握应受刑罚惩罚性是否应为犯罪的成立条件问题。

第三,应受刑罚惩罚性应为犯罪的成立条件有其理论根据。所谓“没有刑罚就没有犯罪”,“没有法定刑罚就没有犯罪”之类的表述,都隐含着应受刑罚惩罚性是犯罪成立条件之意。将刑罚作为犯罪的法律后果是没有问题的,但是作为犯罪的法律后果的刑罚实质是“已然”的“刑罚”。用“已然”的刑罚来否定应受刑罚惩罚性的犯罪成立条件地位是站不住脚的。因为当应受刑罚惩罚性作为成立条件凝结于犯罪之中恰恰为“已然”的刑罚预设了前在根据,而在此意义上,与其说刑罚是犯罪的法律后果,倒不如说刑罚是应受刑罚惩罚性的法律后果,即应受刑罚惩罚性在骨子里生成着刑罚,而所谓犯罪只不过是其外壳而已。

2.作为问题的第二步,应受刑罚惩罚性应为犯罪成立的“总条件”应该得到确定。

在证成了应受刑罚惩罚性是犯罪成立的条件而属于犯罪成立体系的一环,即犯罪成立条件的一环之后,则进一步的问题是:这是一个什么样的条件,这个条件与其他条件是平起平坐吗?

当前文说应受刑罚惩罚性作为犯罪成立的一个条件是“深藏”于犯罪成立体系之中的时候,笔者

[14]前引[1],李文森书,第154页。

[15]井上良将著,《刑法讲义总论》,东京成文堂2000年新版,第119—121页。

[16]赵秉志主编,《外国刑法总论》,中国人民大学出版社2000年版,第178页。

就已经有所隐含：应受刑罚惩罚性是犯罪成立的一个“总条件”，即前文在另一处所说的“把关性”条件。无论是对于传统四要件犯罪成立体系，还是对于大陆法系递进式犯罪成立体系，概由将应受刑罚惩罚性作为一个“总条件”嵌入犯罪成立体系，都将使各该体系的出入罪功能更加健全，从而使各该体系更加严密而稳固。如故意伤害只造成他人轻伤这种情形原本符合传统四要件式的犯罪构成而成立故意伤害罪，但当经过应受刑罚惩罚性这一环“过滤”后便不再具有犯罪性，即应受刑罚惩罚性可在其与传统四要件共同重构后的犯罪成立体系中有力量地发挥出罪功能；再如盗窃一张白纸这种情形原本符合大陆法系“构成要件该当性→违法性→有责性”这一递进式犯罪成立模式而成立盗窃罪，但当经过应受刑罚惩罚性这一环“过滤”后便不再具有犯罪性，即其在“构成要件该当性→违法性→有责性→应受刑罚惩罚性”体系中难以走到尽头。显然，通过将应受刑罚惩罚性嵌入，则传统四要件犯罪成立体系将一改其平面整合格局而有了明显的台阶性和淘汰性，而大陆法系的递进式犯罪成立体系的台阶性淘汰性将更加明显。对于经过“本土化”后的淘汰式犯罪成立体系“罪状符合性→社会危害性→罪过性→应受刑罚惩罚性”，如果我们立于侧面，则应认识到应受刑罚惩罚性的“把关性”地位图像更加清晰，而如果我们将之直接面对“罪状符合性”，则应受刑罚惩罚性的确是“深藏”其中。我们的传统四要件犯罪成立体系具有可改造性，而如果我们将之改造或“犯罪主体→犯罪客体→犯罪客观方面→犯罪主观方面→应受刑罚惩罚性”这一体系的话，则应受刑罚惩罚性的“把关性”地位同样得以凸显，而其似乎显得更深。“把关”和“深藏”都不过是“总条件”的形象说明，但还不够形象。更加形象的说法，可能莫过于将犯罪成立过程比喻为登山，那么，犯罪成立体系则犹如向上攀升的山路。如此，则每上一个阶石都压着下面一个阶石，而每上一个高度都包含着并压着下面一个高度。此时，作为最后一个阶石和高度的应受刑罚惩罚性的犯罪成立体系地位和作用便是摆在我们眼前。无论是在“犯罪主体→犯罪客体→犯罪客观方面→犯罪主观方面→应受刑罚惩罚性”体系中，还是在“罪状符合性→社会危害性→罪过性→应受刑罚惩罚性”体系中，应受刑罚惩罚性都是以事实判断为起点的，将质和量紧密结合在一起，来进行最高一级的价值判断，作为前环一环环总“积累”或总“过滤”的应受刑罚惩罚性的嵌入使得犯罪成立体系所呈现的不是直线形，而是阶梯形或台阶形，而刑法的基本价值特别是其保障人权的价值便在此阶梯性或台阶性中得以攀升。正如登山登得越高，人便越坐坐累，而犯罪成立条件越层层加码，则犯罪成立的几率便越小或难度便越大。显然，嵌入应受刑罚惩罚性这一成立条件的犯罪成立体系或犯罪成立阶梯将发挥着更加有效的人权保障功能，从而更加充分地实现着刑法的正义价值。

将应受刑罚惩罚性看成是犯罪成立的“总条件”增强了犯罪成立体系的严密性和稳固性，不仅要理解为应受刑罚惩罚性能够在高度上包含并压制在其前面的犯罪成立要件，而且应理解为应受刑罚惩罚性能够避免本来要占据其位置的所谓其他犯罪成立要件给犯罪成立体系所带来的混乱或“散架”，那么，这里就不得不提所谓客观处罚条件问题。1906年，古典犯罪论体系的创始人贝林在其《犯罪论》中划时代地提出：“犯罪是符合构成要件的、违法的、有责的、受相应刑罚制裁的和满足处罚条件的行为。”<sup>[37]</sup>此后，客观处罚条件是否为犯罪成立的条件或犯罪成立体系的一环便成了一个争论至今的问题，而对此问题便当然地形成了肯定说与否定说的对峙。在客观处罚条件是否犯罪成立条件这一问题上，否定说是通说，即认为客观处罚条件只具有期待刑罚处罚的性质，而与犯罪的成立没有关系，即当行为成立犯罪，但不具备客观处罚条件只是不能适用刑罚而已。作为通说的否定说在新古典和目的论结合时期遭到质疑，即为什么一个行为不存在“可罚性”时仍成立犯罪？<sup>[38]</sup>否定说割断了“可罚性”与“犯罪性”的联系，而妨碍了从刑罚处罚的角度对犯罪的成立范围进行实质的限定，从而难以在犯罪论中充分考虑刑事政策的要求。<sup>[39]</sup>于是，肯定说便与否定说针锋相对，并在其内部形成了客观处罚条件的犯罪成立条

[37] 德·贝林著，魏岩译，《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第236页。

[38] 前引[1]，李立众书，第130页。

[39] 前引[36]，前著博士论文，第179页。

件还原说和犯罪成立独立要件说的对象。如有学者说,“在新古典与目的论结合时期,学界肯定客观处罚条件也是犯罪成立条件的观点,逐渐增多。”<sup>[41]</sup>在犯罪成立条件还原说看来,客观处罚条件不是与犯罪的成立与否无关的处罚条件,而是决定行为的犯罪性的条件,但客观处罚条件不是成立犯罪的独立要件,而是应在构成要件符合性、违法性和责任这种传统的犯罪成立条件内部来论述。客观处罚条件的犯罪成立条件还原说所遭致的批评是,将由客观处罚条件所确立的“可罚性”还原到以具体的构成要件行为为评价对象的传统的犯罪成立要件之中,难免造成实体论上的混乱。<sup>[42]</sup>而在犯罪成立独立要件说看来,客观处罚条件不仅是决定行为犯罪性的条件,而且其不属于构成要件符合性、违法性和责任这种传统的犯罪成立要件的内容,应该在犯罪论内部确立客观处罚条件独立的体系地位,即客观处罚条件是继构成要件符合性、违法性和责任之后的第四个犯罪成立条件。客观处罚条件的犯罪成立独立要件说也遭致了新近刑罚关系说的有力否定,即犯罪的成立与刑罚权的发动不是一回事,客观处罚条件不是独立的犯罪成立要件,而是属于行为成立犯罪之后能否发动刑罚权的问题。<sup>[43]</sup>

在笔者看来,将客观处罚条件强行与犯罪成立条件或犯罪成立体系相联系,乃至强行将之塞进犯罪成立体系之中确实为刑罚关系的因果逻辑所不允,并造成犯罪成立体系的混乱乃至“散架”,即笔者也赞同否定说。但是,客观处罚条件的犯罪成立条件肯定说的理论错误却能使我们意外地从中获益:如果客观处罚条件置于“有责性”(本土化后为“罪过性”)要件之后确有不妥,则此处是否可以置入一个能够使得犯罪成立体系更加严密和稳固的东西?可以置入一个东西以使得犯罪成立体系更加完善,而这个东西不是别的,正是应受刑罚惩罚性。让应受刑罚惩罚性在“有责性”之后“适得其所”,不仅将使犯罪成立体系更加严密和稳固,即更加完善,而且在能够解答所谓客观处罚条件意欲解答的问题的同时,避免了犯罪成立体系的混乱乃至“散架”。这样看来,就大陆法系的递进式犯罪成立体系而言,在“有责性”之后不是“可以”而是“应该”置入应受刑罚惩罚性的问题。

确证了应受刑罚惩罚性应为犯罪成立的一个条件乃至“总条件”,则等于确证了应受刑罚惩罚性应为犯罪成立阶梯的最高一阶层。应受刑罚惩罚性本为犯罪的本质特征,<sup>[44]</sup>而将应受刑罚惩罚性作为犯罪成立阶梯的最高一阶层,体现了犯罪特征与犯罪成立条件的内在关联性。

无论是用保障人权为主价值品性和淘汰性技术品性来改造后的四要件犯罪成立体系,还是大陆法系三元递进式或干脆淘汰式犯罪成立体系,不将应受刑罚惩罚性作为淘汰的最后一环或最后一阶层,都将是一个不是甚或严重的不足。大陆法系的递进式犯罪成立体系,因缺少应受刑罚惩罚性这最后一环或最后一阶层而令其淘汰性这一技术品性被赋予得谓不堪,从而其保障人权的价值品性也得不到彻底体现。

至此,“罪状符合性→社会危害性→罪过性→应受刑罚惩罚性”这一新的犯罪成立体系或犯罪成立阶梯被便完整地呈现在我们眼前。

## 四、结 语

基于保障人权为主或保障人权为先的价值品性以及由其所决定的淘汰性技术品性,我们不妨将大陆法系的三元递进式犯罪成立体系直接称之为淘汰式犯罪成立体系。为使淘汰式犯罪成立体系更具淘汰性,从而更加充分地符合保障人权为主的价值品性,则我们应于本土化过程中在淘汰式犯罪成立体系中再增一环,或在淘汰式犯罪成立阶梯上再增一阶层,即应受刑罚惩罚性。于是,应受刑罚惩罚性便身处一个新的体系。那么,就让“罪状符合性→社会危害性→罪过性→应受刑罚惩罚性”这一新的犯罪成立体系或犯罪成立阶梯在犯罪成立的理论园地里与其他体系“群芳竞艳”吧!

[41] 同引[1],李正丛书,第128页。

[42] 同引[34],赵秉志主编书,第377页。

[43] 同引[1],李正丛书,第124—125页。

[44] 同前引;《犯罪论纲与未遂论新考说》,《烟台大学学报》2008年第2期。