# 犯罪論體系的重構

### 何 秉 松

### 壹、概述

犯罪論體系的重構是指對各個國家原有的 (或者說已有的)犯罪論體系的重構。但是, 我們不是分別對各個國家進行研究,更不是爲 各個國家提出一個重構犯罪理論體系的藍圖, 而是把各個國家的犯罪論體系作爲一個總體來 進行綜合的研究。因此我們的研究,首先要把 這些體系作爲一個整體進行分類,分析各種不 同類型的犯罪理論體系在構成要素及其結構上 的特點。然後再根據新時代的精神,審查這些 組成要素及其結構的合理性與科學性,需要做 哪些變更、調整或補充,才能符合新時代精神 的要求。在這個過程中,我們應該充分考慮各 國學者對這些理論體系提出的批評與建議,或 者他們就某些問題所進行的爭論,結合我們對 理論體系的要素與結構的研究,選擇幾個主要 問題展開充分的討論。無論這種討論能否達成 一致意見,都將促使我們進一步考慮本國的犯 罪理論體系的科學性、合理性以及是否符合新 時代的精神,並爲我們重新構建本國的犯罪論 體系提供一種新的思路。

任何一個國家的犯罪論體系,都是由若干 要素以一定的結合方式組成的有機整體,在這 裡,要素與結合方式都是非常重要的,要素不 同,組成的有機整體及其性能當然不同;要素 相同,但結合方式不同,組成的有機整體及其 性能也不同。因此,研究犯罪論體系,既要研究它的組成要素,也要研究它的結合方式。至 於犯罪論體系的整體性能,由於它是由要素及 其結合方式決定的,因此,其性能的優劣,可 以作爲檢驗其要素和結合方式的合理性與科學 性的一個標準。

犯罪論體系,作爲一個系統,是多層次的, 第一個層次的要素最少,結合方式也最簡單, 但它是最基本的,以下諸層次的要素和結合方 式,都是由它所決定,因此,研究犯罪論體系, 首先要對第一個層次進行研究,然後逐步展開。

犯罪論體系是由人創建的,在創建這個理論體系時,當然要考慮各方面的情況,同時也要受到各種主客觀條件的制約,但其中最爲關鍵的,是創建體系的價值取向,即它對價值目標的選擇。這就是爲什麼我們研究犯罪論體系的重構時,首先要研究刑法的價值取向的原因。因此,研究犯罪論體系,必須同時分析它當時的價值取向。

## 貳、對各國犯罪論體系的綜合分 析

#### 一、世界各國的犯罪理論體系的分類

如果從構築犯罪理論體系的基點來劃分, 可以把世界各國的犯罪理論體系分爲三大類:

第一類,以行爲爲基點的一元論的犯罪理 論體系。大多數國家都採取這種理論體系,因





爲大多數國家的刑法典都是以「行爲」作爲定 罪量刑的基礎,都屬於「行爲刑法典」。一般以 德日,英美,俄羅斯和我國爲代表,這是代表 三大法系的三種不同的類型,各有自己的特 色。德日屬於大陸法系,英美當然是英美法系, 中俄是社會主義法系,俄羅斯雖然已不是社會 主義國家,但原來的法系沒有改變。

第二類,以行爲人爲基點的一元論的犯罪理論體系,雖然迄今爲止,世界上還沒有一部曾經生效的刑法典是純粹以「行爲人」作爲定罪量刑的基礎構建的,也就是說沒有一部「行爲人刑法典」。但是,在歷史上確實存在著一些未生效的,「行爲人刑法典」草案或者設想,如著名的1921年的菲利刑法典草案(即「義大利刑法1921年修訂準備草案」),而且,也有與其相應的犯罪理論體系的構思;

第三類,以「行爲」和「行爲人」爲定罪 量刑基點的二元論的犯罪理論體系,一般以法 國爲代表。各國犯罪理論體系分類如圖示。

#### 二、犯罪論體系的價值取向

以行爲爲基點的理論體系的創建,以保護 人權爲其價值取向,主要目的是防止以思想定 罪,導致對人權的侵犯。以行爲人爲基點的一 元論體系,以防衛社會爲其價值取向,主要目 的是強化刑法的鎭壓機能,以迅速消滅犯罪。 這一點是非常明確的。爲加羅法洛的犯罪

學作序的 E. 雷·史蒂文斯(A. Ray Stevens) (註1) 說:「加羅法洛認爲刑罰應該只有一個目標,即解除社會敵人的武裝,以使他停止對社會的侵害」。以「行爲」和「行爲人」爲基點的二元論體系,其價值取向至今我仍未查清。維克多·莫利尼耶(Vietor Molinier) 體系是法國第一個現代犯罪論體系,同時也是法國第一個二元論犯罪論體系。(法)雅克·博里康教授指:「莫利尼耶理論體系建構的基礎是行爲和行爲人的相互分立。」(註2) 他的體系創建於 1851年,離當時仍然生效的 1810 年頒佈的拿破侖刑法典約 40 年。拿破侖刑法典是行爲刑法典,一

一德、日的構成要件理論體系的一元論體系 - 以行為為基點理論體系—— 英、美對抗式(抗辯式)的犯罪理論體系 — 俄羅斯、中國的犯罪構成犯罪理論體系

犯罪理論體系

以行為人為基點的一元論體系 ——以1921年的菲利刑法典草案及有關理論為代表

以「行爲」和「行爲人」爲基點的 · 二元論體系,以法國爲代表

註 1: A. Ray Stevens: 威斯康是州麥迪遜市第九巡迴審判庭法官,美國刑法及犯罪學協會執行委員會成員。

註 2: 法國雅克·博里康教授「法國二元論體系的形成和演變:犯罪——犯罪人」,這是何秉松主編的《刑法犯罪理論體系比較研究》一書中的一章,此書計劃 2005 年第二次「刑法犯罪理論體系國際研討會」結束後,再根據會議精神進一步修訂出版。

直實行到 1994 年 2 月。爲何法國會産生二元論 體系,而且一直持續到現在,這是一個未解的 謎。但是否可以推想,這是防衛社會與保障人 權的一種折衷。關於刑法的價值取向,總是處 在一個動態過程之中,不可能一勞永逸地解決。

值得注意的是,當代恐怖主義在全球的泛 濫,引發了社會安全的危機,面對恐懼的威脅, 又出現了防衛社會的吶喊。1999年,德國波昂 (Bonn) 大學著名的刑法學與法哲學教授雅各 布斯 (Gihnther Jakobs) 第一個提出了「市民刑 法」(Burgerstrafrecht ) 與 「 敵 人 刑 法 」 (Feindstraftrecht) 的概念。Jakobs 主張,對於 那些持續性地、原則性地威脅或破壞社會秩序 者,根本性的偏離者,應當把他當作一個敵人 來對待,排除其人格身分,將之「宣告爲一件 物品、一頭牲畜」,把他當作敵人從法治秩序的 共同體中排除出去,對他進行戰爭,透過戰爭 來進行犯罪追訴。Jakobs 說:就市民刑法而言, 刑罰衆所周知的功能是在進行否定;然而敵人 刑法的作用,則是危險的排除。對於非根本性 的偏離者保留其市民的地位,可以維持其「規 範性期待」(即犯罪人重新回到社會營正常生活 之權利,以及彌補所犯錯誤之義務)。對於根本 性的偏離者,不能被當作一個市民予以對待, 他是個必須被征討的敵人。這場戰爭乃是爲了 市民的正當權利,即對於安全的權利而戰,與 刑罰有所不同,遭到制裁之人並無權利,而是 作爲一個敵人被摒除。在實體法上兩個背道而 馳的發展趨勢——否定與危險排除,在程式法中 亦復如此。(註3)

Jakobs 鑒於他所說的市民刑法與敵人刑法 這兩種理念類型(Identypus)極少純粹地在現 實之中出現,他主張:「一個清晰明確的敵人刑 法,比起在整個刑法中,四處混雜著敵人刑法 的規定,以法治國的角度言之,會是較少危險 的」。(註4)這些由於對罪犯憤怒發出的聲音, 使我想起一百年前實證犯罪學派的崛起。他們 憤怒抨擊古典學派鎭壓犯罪的無能,並借此創 立了「社會防衛論」。今日的所謂「敵人刑法」, 只不過是對美國和以色列在反恐鬥爭中脫離法 治軌道的種種反人權的殘暴行爲的肯定。它會 得逞嗎?我以爲,以防衛人權的價值取向重構 犯罪論體系,就是對「敵人刑法」的最好回答。

#### 三、關於犯罪論體系的基點

關於犯罪論體系的基點,我們面臨著三個 選擇:行爲、行爲人、行爲+行爲人。孰優孰 劣?單純以行爲人基點,由於缺乏對人權的保 障,已遭到歷史的否定。但二元論在法國的興 起,表明了對行爲人的重視,也表明行爲與行 爲人不可分割的聯繫以及行爲人在對犯罪行爲 的決定性作用。行爲人的「個性特點特別是其 人身危險性決定、制約著整個犯罪活動過程的 結構和特性」。(註 5) 這是不可否認的事實。(日) 大冢仁教授創建的「人格的犯罪理論」體系(人 格刑法論),統合了古典學派的犯罪理論和近代 學派的犯罪理論,揚棄古典學派的抽象的理性 人和近代學派的具體的宿命人的犯罪人觀,認 爲犯罪人雖然受到遺傳的、環境的制約,但在 有限的範圍內具有主體性自由,犯罪人就是具 有這種自由意思的具體的而且個別的存在。從 而把犯罪行爲理解爲這種犯罪人的人格的發 現。這是一種極有價值的嘗試。但是,這是在 以行爲人爲基點的體系中突出行爲人,並沒有 把行爲人分離出來,因此是不徹底的。徹底與 不徹底,也是一種選擇。無論如何,犯罪論體 系的重構,必須高度重視具有決定性意義的「行

註 3: Jakobs「市民刑法與敵人刑法」2003年 10 月在台灣「刑法學術研討會」上提交的論文。

註 4: Jakobs「市民刑法與敵人刑法」2003年 10 月在台灣「刑法學術研討會」上提交的論文。

註 5:何秉松《刑法教科書》, P215, 2000年修訂第 6 版。









爲人」。

#### 四、關於犯罪論體系的結構及其評析

犯罪論體系的結構,除了一元論與二元論 的區別外,在第一類以行爲爲基點的一元論的 犯罪理論體系中,還對德日,英美,中俄代表 三大法系的三種不同的類型,各有自己不同的 結構。在這些國家的犯罪論體系的發展過程 中,幾乎每個國家現都產生了許多各有特色的 犯罪論體系,我們不可能在這裏對所有的體系 都進行研究,而只能在三大法系中選一種最有 代表性的體系進行比較。在法國的二元論的犯 罪論體系中,也是有許多不同的體系,也只選 擇其中的一種。

(1)德日體系。以德國古典的犯罪體系爲 代表,它認爲,犯罪是符合構成要件的、違法、 有責的行爲,犯罪成立有三個要件:構成要件 符合性,違法性和罪責。行爲不是獨立的構成 要件。據此構建了如圖一的三要件論體系。

#### 圖一:貝林格-梅耶爾的古典犯罪理論體系

程成要件(行為本體、行為、行為與結果之間的因果關係、結果、特別行為情狀) 違法性——無法定阻卻違法事由:例如:無正當防衛、無緊急避難 責任條件——有責任能力 罪責—— 責任形態—— 遺失:能注意而未注意 —— 違反客觀注意義務(能注意)

#### (2) 英美體系。以美國當代的犯罪論體系爲代表。

它的基本的結構是:犯罪-抗辯理由的區分。在犯罪中又有犯罪心理——犯罪行爲的區分, 犯罪心理一般包括承擔責任所要求的可責的心理狀態和可責的疏忽,而犯罪的犯罪行爲是由其他 的犯罪要件構成的,包括客觀要素、因果關係要件、自願作爲或不作爲要件。抗辯理由又區分爲: 無責任的抗辯理由、正當性抗辯理由,其他雜合的抗辯理由。其結構如下圖所示:

> 刊法 - 犯罪行為——客觀要素、因果關係、自願作為和不作為要件 犯罪心理——可責性要素 刑法 - 無責任(如:精神疾病、未成年) 上抗辯理由 - 正當性理由(自衛、執法權等) 上其他(如脅迫、時效、同意、情節輕微)

#### (3) 中俄體系

以當代(俄)庫茲涅佐娃教授的體系爲代表。

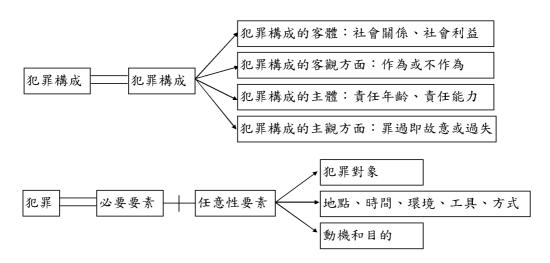
在中俄犯罪論體系中,有一個不同於其他犯罪論體系的特點,即它分爲犯罪與犯罪構成兩個並列的概念。犯罪構成是刑事責任的根據。按照庫茲涅佐娃的觀點,犯罪構成由一系列相互聯繫的分體系及其要素組成。通常包括 4 個分體系:客體、客觀方面、主體、主觀方面。犯罪構成要

# 日新第六期(2006.1)

素通常分爲必要要素和任意性要素,必要要素是成立犯罪所必需,缺少任何一個要素都不能成立犯罪。犯罪構成的任意性要素有行爲對象、行爲的時間、地點、方式、環境、動機、目的、情緒狀態等,它們不影響犯罪構成的存在,也不參與定罪。

犯罪的概念是《刑法典》規定的:「本法典以刑罰相威脅所禁止的有罪過地實施的危害社會行為,被認為是犯罪。」犯罪的概念規定了犯罪的四個基本屬性,即行為、罪過、社會危害性、刑事違法性。並且規定情節輕微的行為不是犯罪。犯罪概念的任務在於劃清罪與不屬於犯罪的違法行為的界限。

#### 庫茲涅佐娃爲代表的犯罪論體系如圖示:



#### (4) 法國二元論體系

以卡斯東·斯特法尼的二元犯罪論體系爲代表。

卡斯東·斯特法尼(Gaston Stefani)的犯罪論體系是以「犯罪」與「犯罪人」爲中心構建的。 犯罪是「行爲」,犯罪人是「行爲人」,因此,它既不是「行爲中心論」,也不是「行爲人中心論」, 而是以「行爲」和「行爲人」兩者爲中心的二元論。「行爲」包括「法有規定」的「法律要素」和 犯罪的特有構成要素,即事實要素與心理要素。

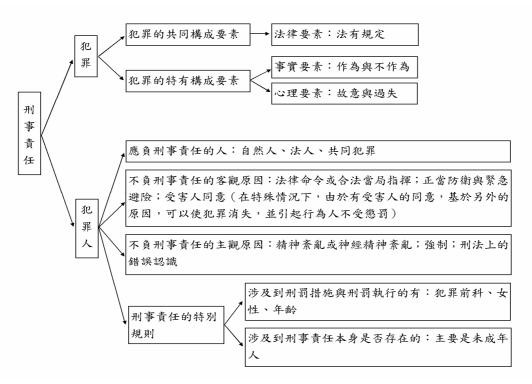
關於「行爲人」,卡斯東·斯特法尼強調指出:從法律的角度看,犯罪人是與其實行的犯罪緊緊聯繫在一起的,法律僅從犯罪與刑罰的相對角度來考慮犯罪人;但是,從犯罪學的角度。我們可以脫離犯罪來考慮犯罪人。誠然,通常情況下,犯罪人是通過犯罪來表現自己的,但是,犯罪人也可以獨立於犯罪而存在(危險狀態)。所以,現在的制定法都承認,對尚未實行犯罪的人(有危險的酗酒者),或者對已經實行的犯罪從心理要素上看並不應負刑事責任的人(例如,1945年2月2日的法律規定的未滿18歲的未成年人)。即使不是適用不同的刑罰,至少可以適用保安處分措施。

上述規定,是「行爲人」之所以成爲「犯罪人中心」的法律根據。犯罪與犯罪人並存,共同 成爲體系的中心。就是卡斯東·斯特法尼的二元論體系的基本構架。





#### (圖)卡斯東·斯特法尼的二元論體系



從以上簡介可以看出,這 4 類體系的結構 各具特色。它們的優缺點是什麼,如果要體現 新時代精神,把防衛人權作爲其最高的價值取 向,應當如何改進?這些問題非常複雜。但是, 它擴大了我們的眼界,並提供非常有用的參照 體系。

## 參、值得研究的幾個問題

這些問題,是從各國學者的討論或研究中 挑選出來的重大問題。直接關係到犯罪論體系 的重構,值得深入研究與討論。

#### 一、刑事責任是否需要行爲?

這個問題是美國學者道格拉斯·N·胡薩克 (Douglas·N·Husak)提出的。他說:「我希 望提供了一個對一個常常導致道德和刑事責任 分離的論點的挑戰——這個論點就是刑事責任 需要行爲。」這是對行爲中心論的公然挑戰。 胡薩克說:「刑事責任是否需要行爲?很明 顯多數法學家相信這一點。我則有不同看法」。 他的主要論據是:

- (1)哲學家關於行爲的許多不同的定義導致了刑事責任需要的是否是行爲這一點難以確定。刑事責任也許依據一個行爲概念需要行爲,但是依據另一個行爲概念又需要的不是行爲。有許多顯見的例子,一例刑事責任依據一種可敬的哲學概念需要行爲,但依據另一哲學概念不需要行爲。但關於行爲的迷惑只是反對行爲要件理論的一個原因。
- (2) 反對行爲要件理論的根源是「刑事責任需要行爲」這一論點意義上的不確定性。即對刑事責任需要行爲的含義缺乏明確闡述。是描述性的或是評價性的?如果「刑事責任需要行爲」的論斷是對美國刑法的現存狀態的一般性描述,即事實上所有案件都需要行爲。但事

實並非如此。在幾個臭名昭著的案例中,儘管 明顯的缺乏行爲,仍然被認爲具有刑事責任。 其中最著名的案件是 Larsoneur 案。被告因爲未 經允許「在英國境內出現」,違反了外國人法 (Aliens Order),而被認爲應負刑事責任。被告 離開英國到愛爾蘭去,因此被驅逐和交回英 國。在英國她被英國警察逮捕和拘留。一個因 爲被「發現」在英而被警察拘留和逮捕的被告 基本上沒有行爲。因此他主張,「行爲要件」應 理解爲描述與評價的混合物。也就是說,「行爲 要件」準確地描述了英美法中大多數相關案 例。即使存在一些反例並不能否定這個論點, 因爲它並非純粹的描述性。還有部分是評價性 的,英美法中對行爲要件的大量反例可視爲錯 誤和偏差。

(3) 胡薩克還提出了一種對爲符合要件理 論的行爲的本質的看法:除非刑事責任因爲行 爲施加,行爲要件無法得到滿足、行爲要件只 有在「由於行爲」而非任何其他因素施加刑事 責任時才算符合。如果要嘗試表達刑事責任應 該需要行爲,就必須明確行爲的一個獨特因 素,憑藉這個因素,行爲成爲刑事責任的獨特 客體和施以懲罰的獨特基礎。但實際上並沒有 這種行爲的獨特因素——沒有理由相信行爲應 成爲刑事責任和刑罰的獨特基礎。

基於上述理由,胡薩克提出「控制要件」 來取代「行爲要件」(act requirement)。因爲「控 制要件」更優越。

關於控制要件,他首先指出,控制要件如同行為要件一樣,對應受刑罰來說是必要的但非充分的條件,這種要件應理解爲描述與評價的混合物。控制要件背後的核心是個人對那些他/她不能阻止發生的情事不負責任。如果應負責任的情事是一個行爲,他必須不能做這個行爲。如果此情事是一個狀態,他必須不能處於那個狀態;如果此情事是一思想,他必須已

不能有那思想。對那些其他應負責情事也是如此。胡薩克說:「但是什麼意義上的『能夠』隱含在應然之中。無論如何,我沒有完全信服:相關意義上的控制需要主體『能做了其他一切事』。相反,我提出以對人合情合理的期望來解釋控制。如果期望他阻止情事發生是不合理的,那麼一個人喪失對情事的控制,既不用也不應該負責。」

胡薩克認爲,通過控制的作用與行爲之作 用的對比,可以支援控制優於行爲要件的論 點。接著他分析了表面上存在行爲,但缺乏控 制的情況。他指出,在這裡儘管存在被告的行 爲,但刑事責任是不恰當的。他還考察了控制 存在、行爲缺乏的情況。他認爲如果被告有足 夠程度的控制,即使缺乏行爲,刑事責任也是 正當的。

胡薩克說:「我的觀點是刑事責任對被告可 以控制的非行爲也是可以的,不作爲是非行爲 的人們可以充分控制而應負責的最清楚的例 子」。

胡薩克還說:「我認爲刑事責任應該僅僅因 爲那些人們有足夠必要程度的控制的情事而施 加。控制要件不能用來表明個人僅因行爲而受 處罰,因爲個人有時會對非行爲的情事保有控 制,沒有理由反對因非行爲情事而施加的責 任。」

例如,狀態(status)。所謂狀態,是描述 人的性質而非人做什麼的屬性。假定一個人可 以是事物的任何形式;也就是說,他可以有任 何狀態。可以對人的可控狀態施加責任。「對可 控狀態的刑罰就像對自願行爲處罰一樣的合 法」。可控狀態可分爲可還原的可控狀態與不可 還原的可控狀態。許多不可還原的可控狀態是 存在的。沒有原則性的理由說明爲什麽刑事責 任不能因爲不可還原的可控狀態而施加。在許 多司法領域中,賣淫是一種不可還原的可控狀





71



態的犯罪。新澤西刑法典說:「如果一個人是賣 淫房子中的居住者,那麼他/她犯有賣淫罪。」 這部法律早就定了一種狀態犯。「這部法律就成 爲我所稱之爲不可還原的可控狀態犯的例子。 沒有理由認爲這部法律是不正當的國家權威的 行使」。

對思想的處罰是行爲要件論極力排除的, 但卻符合控制要件說。英美法沒有明確爲思想 施加責任這個判斷幾乎無法否認。英美法歷史 上也從未有一次公開地寬恕追究思想犯責任。 我們不能僅僅因爲思想不是行爲,並且僅僅行 爲是犯罪責任的適合客體就聲稱,處罰思想不 公平。

胡薩克說:缺乏必要的對於負責的心理的 控制能力應當排除其刑事責任,但爲人所控制 的思想則否。「我稱這類能充分爲人所控制的思 想爲『心理活動』。某些心理活動的存在非常清 楚。舉例來說,一個人是否搶一間銀行,長時 間蓄謀,把握每個機會,仔細計劃逃跑,這些 事件看起來與並不比實施了幾個看起來毫無疑 問是刑事責任客體的行爲更少的處於個人控制 之下!一個反對思想活動應負刑事責任的論述 必須證明爲什麼一個人不應爲他思想做道德責 任而要付刑事責任。所有這種論述都將破壞結 合刑法與道德模式的基礎。當然許多實踐性的 考慮反對對思想活動的懲罰。特別是來自法律 實施的因難表現的幾乎難以克服。因爲沒有行 爲,我們幾乎不可能想像可以找到能夠證明被 告從事了某種應負責任的法定思想行爲的證 據,這證據排除了合理懷疑。

胡薩克集中論證了懲罰思想犯罪(思想犯) 所帶來的好處。那種被我稱之爲確信意圖的一 類思想活動並沒有形成一類新的實體犯罪種 類。懲罰確信意圖最引人注目的基礎將擴大未 遂法律的現在邊界。

US v. Still 是許多這類案件之一。在該案

中,發現被告在距銀行 200 英尺的地方泊了一輛貨車並且偽裝。被捕後,他自願供述:「你們做的很好,你們在我準備搶銀行之前五分鐘抓住了我。這就是我想做的。」儘管有這種明顯的犯意的證據,Still 搶銀行罪仍然不成立,因爲他沒有朝向犯罪目的實現作出「實質性步驟」。法庭注意到 Still 沒有「做實際上的朝向銀行的移動或類似於移動的此類行爲。」爲什麼 Still 只有在做需要的行爲——例如向銀行移動——時刑罰才是正當的?即使 Still 做了這樣的移動,沒有人就因此說因爲移動而施加處罰。刑罰仍然是因爲固定意圖而非他的行爲施加,雖然後者爲前者提供證據。在這類例子中,行爲要件更可能減少而非促進正義。

但毫無疑問 Still 已經控制了他的犯意,用控制要件替代行爲要件就可消除指控其犯罪的障礙。這裏有許多建議擴展未遂的刑事責任,與行爲要件分列並允許判被告有罪。未完成犯刑事責任的理想類型特別是未遂犯的刑事責任——在犯罪嫌疑人帶來這些傷害之前防止傷害——爲主張刑事責任必須等待行爲發生提供了並非清晰的理由。當有特別明確的證據被告要實施一個犯罪時;爲什麽因爲行爲要件未能符合,就不能施加刑罰?我沒有注意到對這個問題的一個原則性回答。在這種語境下,控制要件的含義——儘管似乎顯得很激進——似乎優於行爲要件。

最後胡薩克指出:接受這種更新的理論家 將有助於用刑法來研究結合刑法和道德哲學的 模式的長處。也許會發現一些理由來表明:人 們應該爲他們缺乏道德責任的情事負刑事責 任,但我希望提供了一個對一個常常導致道德 和刑事責任分離的論點的挑戰——這個論點就 是刑事責任需要行爲。

我已經盡了我最大的努力把胡薩克的邊敍 述邊辯論的長篇大論儘可能說得簡短明確。我 之所以這樣做是因爲他確實對行爲中心論提出 了嚴重的挑戰,公開主張懲罰思想。這是否構 成對人權的威脅?應當進行深入的研究與討 論。但是必須肯定的是:他的創新必將促進刑 法的行爲理論的發展。

安托尼·杜弗的說法是對的。他說「當胡薩克主張在刑法裏我們應當用『控制要件』來代替『行爲要件』即代替刑事責任必須針對行爲的原則的時候,主張行爲人應當只對他們所已經控制的情況負刑事責任的時候,他的主張不僅僅是法律應當由『控制要件』構成而不是由『行爲要件』構成:而且,如果我們把英美現行法律解釋爲包含『控制要件』而不是『行爲要件』的話,我們能夠更好地理解其主要方面。我們可能不會被他所做的說明或者標準化的主張說服。但是,他的說明、主張不會被法律從業人員和理論工作者所公認的法律由『行爲要件』構成僅僅這樣的事實駁倒」。(註6)

### 二、被害人是否應當成為重構犯罪論體系的 又一個新基點?

如果增加這個新基點,二元就變成三元: 行爲、行爲人、被害人。在重構犯罪論體系時 將會有更多的選擇。法國艾克斯-馬賽大學名 譽教授雅克·博里康先生在他的論文「法國的 二元論體系:犯罪和犯罪人」的結論部分說:「應 該強調在犯罪-犯罪人這一二元體系之側,刑 事訴訟內部又經歷了第二人物的崛起,這就是 受害人」。

博里康指出:立法者試圖保護的是受害人的利益。受害人是刑事訴訟中附帶民事訴訟的當事人。近幾年來,一些法律陸續對受害人予以關注。爲了避免當預審法官宣布犯罪人無責任時,某些受害人感覺被剝奪了他們認爲有權提起的訴訟,刑事訴訟法典第 567 條規定,在

被告人出庭並聽取專家意見之後,在公開審理 期間,附帶民事訴訟當事人提出的不予起訴的 申訴可交由控告庭審查。1986年9月9日法律 作出了有利於恐怖活動的受害者的賠償規定, 這些受害者可以是法國境內所犯恐怖活動的受 害人,也可以是在境外受恐怖活動所害的法國 人。2004年3月9日法律促使程序的效率提高, 擔保金應在 2 個月時間內給提出申請的受害人 一個賠償建議。最後,2004年3月9日法律規 定了若干條款,旨在在自由刑期滿時保護受害 人。法官要在各種暫時或永久中止監禁的判決 之前,預先考慮到受害人的利益(新刑事訴訟 法典第720條)。法官可以禁止罪犯與受害人見 面。如果罪犯不服從這一規定,法官可以再行 監禁罪犯。「對受害人的日益重視,使法國的二 元體系受到置疑,這對一種三元體系更爲有 利:犯罪行爲、犯罪人、受害人」。

對被害人的重視是一種普遍而明顯的趨 勢,在許多國家都很突出。(美)喬治·P·弗 萊切 (George P. Fletcher) 教授指出:現今刑法 的一個顯著特徵在大陸法系和英美法系的表現 都是被害人作爲一個有組織的、有壓力的團體 在刑事司法領域中出現了。強調的重心有時是 潛在的被害人,有時是具體的被害人,吸引人 們更多興趣的是具體的被害人。但是,隨著公 訴地位的提升,被害人趨向於在刑事程序中失 去其地位和影響,在美國,涉及到起訴和辯訴 交易問題時,被害人已完全依附於公訴機關的 決定。應當要承認的是,在美國,被害人及其 情感在判決中起了重要的作用。被害人被鼓勵 在判決時說出自已的意見,表達他們對有罪被 告人應該判處的刑罰的個人傾向。因爲被害人 總是對被告人受苦越多越感興趣,這正符合起 訴人的興趣。

註 6:安托尼·杜弗「刑法中的原則和矛盾」。





大陸法系的訴訟程序,承認審判中不只有 兩方,比堅持訴訟中只有而且只有兩方的對抗 制的英美法系對被害人的態度更友善一點。法 官主導的糾問制程序把被害人和公訴作爲和被 告人相對的另一方當事人,且大陸法系在允許 對犯罪的公訴中加入被害人的侵權之訴方面也 更爲靈活。

現還不清楚被害人權利運動在美國將走多遠,已有建議提出保護被害人權制的憲法修正案、並進行聽證,該修正案已得到想從支持被害人司法中撈到政治資本的政界人士的口頭支持。在德國和在一些說英語的國家裏,被害人權利運動的努力體現在用調解手段解決被害人和被告人之間的衝突。德國至少在不嚴重的犯

罪中把調解作爲繼懲罰和治療性制裁之後的第三條軌道的開始。 (註 7) 在中國大陸,刑法規定的自訴案件中,被害人是否控訴,對是否追究行爲人的刑事責任具有決定性的作用。在理論上,被害人學已成爲一門專門的學科。充分表現了人們對被害人的人權的關切。爲了充分保護被害人的人權,法國學者的意見值得深入研究。

這篇文章就要打上最後的句號了。據說從 前羅馬教皇貝納蒂克圖斯十一世叫喬多(Giolt di Bondone, 1266-1337,義大利畫家)畫一張足 以顯示畫家才能的作品給他看,而喬多只給他 畫了一個圓圈。♠

#### (本文作者為北京政法大學教授)



**培根**(1561-1626)最快樂之事莫過於爲所當爲。

註7: George P·Fletcher「20世紀的刑法學理論對法律的理論探討」2001年1月現代的法律學術:成就及前景刑法20世紀的刑法學理論。

