



法律解读书系



犯罪构成体系与 构成要件要素

张明楷 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



犯罪构成体系与构成要件要素

ISBN 978-7-301-17289-6



9 787301 172896 >

定价：29.00元



法律解读书系

犯罪构成体系与 构成要件要素

张明楷 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

犯罪构成体系与构成要件要素/张明楷著. —北京:北京大学出版社,
2010.6

(法律解读书系)

ISBN 978-7-301-17289-6

I. ①犯… II. ①张… III. ①犯罪构成-研究-中国
IV. ①D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 101400 号

书 名: 犯罪构成体系与构成要件要素

著作责任者: 张明楷 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-17289-6/D·2615

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 17.75 印张 257 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

前 言

新中国成立后,刑法学直接引进了苏联的犯罪构成体系。这在当时不可避免,现在也无可厚非。林林总总的原因,使得一元的犯罪论体系(四要件体系)独存的局面,在很长时间内得以维持。但可以肯定和应当承认的是,在当今的中国,一元犯罪论体系独存的时代已经结束,这不以任何人的意志为转移。不管是刑法学者还是司法人员,恐怕只能以平和心态迎接和面对多元犯罪论体系并存时代的到来。

学术是在相互批判中繁荣与发展的。不管是维护传统的四要件体系,还是采纳国外的某种犯罪论体系,抑或创立全新的犯罪论体系,都会批判对方犯罪论体系的缺陷。但是,单纯批判对方观点是不够的,自觉或者不自觉地编造对方并不存在的缺陷更不可取;各种学说在批判对方观点的同时,必须反省自己的观点,并借鉴乃至吸收对方的合理之处。

构建犯罪论体系时,既需要体系的思考,也需要问题的思考。一种犯罪论体系是否妥当,不仅取决于其论理性(逻辑性),而且取决于其实用性。当前,关于犯罪论体系的争论,大多停留在纯粹说理阶段。学者们应当以自己所坚持或主张的犯罪论体系解决各种具体问题,既不能避而不谈,也不能以“有待研究”去敷衍;既不能牵强地回答,更不能将其他体系的解决方法当作自己所坚持或主张的体系的解决方法。当具体问题之所以不能解决是由于犯罪论体系所致时,就有必要采取能够解决具体问题的犯罪论体系。

目前关于犯罪论体系的讨论,显得比较形式化,大多是围绕犯罪构成

是法律规定还是理论概念、犯罪构成应当由几要件组成、构成要件应当如何排列而展开,并没有讨论应当以什么作为支柱构建犯罪论体系。人们习惯于认为,从二要件体系到五要件体系,都是不同的犯罪论体系。仅仅围绕几要件展开讨论的结局是,形式上相同的犯罪论体系,其实质内容可能大不相同;反之,形式上不同的体系,其实质内容也可能完全相同。这种使外表掩盖实质的局面可能不利于学说发展。所以,对犯罪论体系的争论,应当从强调形式的几要件,转变为对实质内容的讨论。其实,是否以违法(不法)与责任(有责)为支柱构建犯罪论体系,才是区分不同的犯罪体系的实质标准;如何理解违法与责任,又是外表相同体系下的重大问题。

在明确了犯罪论体系必须以违法与责任为支柱的前提下,应当处理好刑法目的与构成要件、违法与责任、犯罪构成要件与犯罪阻却事由、三阶层与两阶层等关系。

不管是使用犯罪构成的概念,还是使用构成要件的概念,构成要件要素都是十分重要的问题。在刑法理论上,从不同角度对构成要件要素进行分类,并对各种类型的构成要件要素展开系统、深入的研究,既有利于发展构成要件理论,也有利于司法人员认定犯罪,还有利于刑事立法的不断进步。

对构成要件要素的深入讨论,有赖于对构成要件要素机能的认识。不同的要素发挥着不同的机能,司法人员必须明确什么要素表明行为的违法性,什么要素表明行为的有责性,既不能形式地看待要素,也不能有整体思维。刑法理论通常仅研究积极的构成要件要素,这并不异常。但是,明确了对消极规定的构成要件要素的解释原理,更有利于解释积极的构成要件要素。不成文的构成要件要素是解释者补充的构成要件要素。一方面,如果不适当补充要素,就会导致构成要件所表明的违法性、有责性没有达到可罚程度,因而不当扩大处罚范围,严重侵犯国民自由;另一方面,如果随意添加要素,就不能保护法益,难以实现刑法目的。我国时下应当避免不注重补充客观要素,却随意添加主观要素的现象。记述的构成要件要素比较容易理解和判断,规范的构成要件要素需要司法人员

的规范的评价。能否妥当地理解和判断规范的构成要件要素,是衡量司法人员法律适用能力的重要标准之一。司法人员不要抱怨规范的构成要件要素,相反,应当提高对规范的构成要件要素的理解与判断能力。“客观的超过要素”概念虽然在国内受到了不少批评,但我还没有对之发生动摇。相反,即使采取三阶层或者两阶层犯罪论体系,“客观的超过要素”也是一个具有重要意义的概念。所以,我越来越喜欢自己制造的这个概念。将“情节严重”、“情节恶劣”作为一些犯罪的构成要件要素,是我国刑法分则的重要特点。我将这类要素称为“整体的评价要素”。在当下的中国刑法中,整体的评价要素具有不可避免性,但是,其内容仅限于客观违法情节严重;与此同时,根据责任主义的要求,行为人对该情节严重的前提事实必须具有相应的故意与过失。表面的构成要件要素,在国内外还没有展开深入研究。事实上,对一些问题的纠缠不清,常常缘于将表面的构成要件要素当作真实的构成要件来理解和认定。易言之,正确理解和确定表面的构成要件要素,可以解决许多问题。

十多年来,不少读者希望、许多朋友劝说我出版论文集,为读者提供方便,为笔者增加成果,但我一直没有满足他们的希望,没有应允他们的劝说。基本原因是,每次回过头去阅读自己以前发表的论文时,都觉得它们是不经之谈,不实之论,没有不亦乐乎的心情,只有不堪入目的感受。之所以如此,可以借用我在《刑法学》第二版(法律出版社2003年版)前言中的几句话来回答:“我乃平庸之辈、愚钝之人”,既不稳健,也不敏捷,无能力成就可以“一劳永逸”的论文。我只是想以原有的二三篇论文为基础撰写本书,而非单纯编辑原已发表的论文。所以,本书并没有收录以前发表的有关犯罪构成的全部论文(如在《中南政法学院学报》1987年第4期发表的《论犯罪构成要件》,在《法商研究》1998年第2期发表的《行为结构与犯罪构成体系》,在《环球法律评论》2003年秋季号发表的《犯罪构成理论的课题》,在《政法论坛》2003年第6期发表的《犯罪论体系的思考》等论文,都没有纳入本书)。本书上编于近半年撰写,原本没有打算提前发表(因为我总认为,如果自己的一本书完全或大部分由先前发表的论文组成,就没有吸引力了),但在众所周知的背景下,因《中外法学》、

《现代法学》、《法学家》主编与编辑的诚意约稿,本书上编的前两章和第三章的一小部分被提前发表(发表后我又作了不少修改)。本书下编的第四章与第七章是分别发表在《法学研究》(2007年第6期)与《中国法学》(2009年第2期)杂志上的论文,或许是因为发表的时间不长,这次只有文字上的少量修改;第五章的内容原已发表(《法学研究》1999年第3期),但此次针对学者的批评增加了一些回应。剩下的部分大体上是“新作”,但基本上无“新意”。

“君子和而不同,小人同而不和”(《论语》)。在此,对学术观点受到我批评的学者表示由衷的敬意;对批判我学术观点的同仁表示真挚的谢意!

张明楷

2010年3月31日于清华明理楼

目 录

上编 犯罪构成体系

第一章 基本方法	(3)
一、从一元体系到多元体系	(4)
二、从单纯批判到相互借鉴	(11)
三、从纯粹说理到解决问题	(18)
四、从形式表述到实质内容	(23)
第二章 理论支柱	(33)
一、现行体系的成因	(33)
二、现行体系的缺陷	(38)
三、以违法与责任为支柱的合理性	(49)
四、以违法与责任为支柱的障碍	(73)
第三章 逻辑关系	(80)
一、刑法目的与构成要件的关系	(80)
二、违法与责任的关系	(87)
三、成立条件与阻却事由的关系	(95)
四、两阶层与三阶层的关系	(108)

下编 构成要件要素

第一章 构成要件要素概述	(117)
一、构成要件要素的分类	(117)
二、构成要件要素的机能	(121)
第二章 消极规定的构成要件要素	(128)
一、消极规定的构成要件要素的概念	(128)

二、消极规定的构成要件要素的范围	(133)
三、消极规定的构成要件要素的解释	(135)
第三章 不成文的构成要件要素	(137)
一、不成文的构成要件要素的概念	(137)
二、不成文的构成要件要素的确定	(146)
三、理论与司法的现状分析	(150)
第四章 规范的构成要件要素	(185)
一、规范的构成要件要素的一般概念	(185)
二、规范的构成要件要素的基本分类	(195)
三、规范的构成要件要素的立法取舍	(198)
四、规范的构成要件要素的司法判断	(206)
五、规范的构成要件要素的主观认识	(211)
第五章 客观的超过要素	(218)
一、现实问题	(218)
二、思考过程	(221)
三、若干说明	(232)
第六章 整体的评价要素	(238)
一、整体的评价要素的概念	(238)
二、整体的评价要素的不可避免性	(243)
三、整体的评价要素的认识	(248)
第七章 表面的构成要件要素	(255)
一、表面的构成要件要素的概念	(255)
二、表面的构成要件要素与犯罪之间的关系	(259)
三、表面的构成要件要素与事实认识错误	(266)
四、表面的构成要件要素与共犯过剩现象	(271)
五、表面的构成要件要素与事实不明案件	(273)
六、表面的构成要件要素与罪刑法定原则	(276)

上编
犯罪构成体系



第一章 基本方法

严格地说,犯罪构成体系与犯罪论体系不是等同概念。虽然国外也有学者在构成要件符合性阶段讨论未遂犯与共犯^①,但多数学者都是在“有责性”之后讨论未遂犯与共犯。而且,几乎不可能在构成要件符合性阶段讨论罪数问题。所以,属于犯罪论体系的内容,不一定纳入犯罪构成体系之内。但是,通常所称的犯罪构成体系,可谓犯罪论体系。一方面,犯罪论体系的核心内容是犯罪成立(犯罪构成)理论体系;另一方面,在犯罪成立条件之后讨论未遂犯、共犯与罪数,是一种合理的安排。本书所称的犯罪构成体系,主要是指犯罪成立理论体系,因而在等同意义上使用犯罪构成体系与犯罪论体系这两个概念。^②

“总的来看,我们的犯罪构成理论,虽然对前苏联的犯罪构成理论有所修正,但基本上还没有突破前苏联的理论模式,因而应当怎样建立符合我国国情的犯罪构成理论体系,值得我们深入思考和研究。”^③现在,有的学者坚持维护源于苏联的犯罪构成体系;有的学者建议采用德国、日本的三阶层犯罪论体系;有的学者试图构建既非来源于苏俄、也不同于德日、更有别于英美、还相异于法国,因而独具中国特色的犯罪论体系。不可否

① 参见〔日〕大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁2008年第4版,第250页以下。也有学者在构成要件符合性阶段讨论未遂犯,但在责任之后讨论共犯(参见〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年第4版,第134页以下、第399页以下。)

② 在讨论本课题时,不可避免与国外刑法理论进行比较,而国外刑法理论通常使用的概念是“犯罪论体系”,而不是“犯罪构成体系”。

③ 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第85页。

认,各种观点的论证与反驳,有利于犯罪论体系的发展与完善。但是,倘若不明确一些方法论的问题,论证与反驳就难以发挥应有的作用,不能获得应有的成效。所以,本章就构建犯罪论体系需要明确的几个方法论问题展开说明。

一、从一元体系到多元体系

与德国、日本等国存在多元的犯罪论体系不同,我国在相当长时间内只有一元的犯罪论体系,亦即,将犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面作为犯罪构成的要件,在四要件之外讨论正当防卫、紧急避险等犯罪阻却事由(以下简称四要件体系)。

如所周知,新中国成立后法学理论全盘接受苏联法学理论,刑法学直接引进了苏联的犯罪论体系。这在当时不可避免,现在也无可厚非。十一届三中全会以后,健全社会主义法制,建立刑法理论体系,成为时代的迫切要求。但是,在短时间内,不可能创立新的犯罪论体系,只能是继续采用新中国成立后曾经采用过的苏联的犯罪论体系。而且,在20世纪80年代初以及此后相当长一段时间内,刑法学教科书通常由多人集体编写。集体编写教材,虽然可能凝集多人的智慧,但为了避免教科书的自相矛盾,也会湮没多人的个体智慧;教科书编写者的独到见解、创新观点基本上不可能被集体编写的教科书所采纳。于是,集体编写方式成为传统理论体系得以维护的一个重要原因。当然,由于犯罪论体系本身是刑法学的一个重要问题,也导致人们不敢轻易变动传统的理论体系。因此,一元的犯罪论体系独存的局面,在很长时间内得以维持。

在国外,并非仅有一种犯罪论体系,相反,几乎总是多元的犯罪论体系并存。

首先,从外形上看,在德国、日本等大陆法系国家,虽然多数人采取三阶层体系(构成要件符合性、违法性、有责性),但也有不少学者采取四阶层体系(如行为、构成要件符合性、违法性、有责性)或者两阶层体系(如不法与责任)。例如,在德国,两阶层体系在战后及现在均有很多支持者

(Engisch、Arthur Kaufmann、Lange、Schaffstein、Otte、Schünemann 等等)^①；利因克(Claus Rinck)在其 *Der Zweistufige Deliktsaufbau* (2000) 一书中，为两阶层犯罪论体系(不法与责任)提供了详细的根据。^② 此外，即使表面上采取的可谓三阶层体系，其框架也不完全相同，如通行的是构成要件符合性、违法性与有责性，但也有学者采取行为、不法、责任的体系。^③ 同样，在以前的苏联和当今的俄罗斯，也不是只有四要件体系。现在，俄罗斯不仅存在不同的三要件说，而且，“由两要件组成犯罪构成的观点，又存在着具体由哪两个要件组成的不同”；俄罗斯学者也认为：“在刑法理论上没有唯一的构成，而是存在着构成的很多版本”^④。

其次，在德国、日本，即使同样采取三阶层或四阶层体系，其基本内容也因人而异。(1) 古典犯罪论体系以经验主义为基础；采取因果行为论，认为构成要件仅限于客观的、记述的要素，在因果关系上采取纯粹因果律即条件说；主张客观违法性论与形式违法性，只承认法定的违法阻却事由；采取心理责任论，故意、过失是责任形式，违法性的认识是故意的内容。(2) 新古典犯罪论体系以新康德主义为基础；采取社会行为论，认为构成要件不仅包括客观的、记述的要素，而且包括规范的要素与主观的超过要素，在因果关系上采取纯粹因果律即条件说；主张客观的违法性论，但承认主观的违法要素，采取实质违法性论，承认超法规的违法阻却事由；采取规范责任论，但依然认为故意、过失是责任形式。(3) 目的论犯罪论体系采取目的行为论，认为构成要件既包括客观的、记述的要素，也包括规范的、主观的要素，故意成为违法类型的构成要件要素，在因果关系上采取纯粹因果律即条件说；采取实质违法性论，承认超法规的违法阻却事由；采取规范责任论，主张违法性的认识是责任的内容(责任说)，过失犯的客观的注意义务属于构成要件，缺乏注意的非难可能性是责任内

① Vgl. , Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, S. 287.

② 参见〔日〕井田良：《刑法总论の理论构造》，成文堂 2005 年版，第 131 页。

③ 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 2007 年第 2 版，第 67—69 页。

④ 董玉庭、龙长海：《俄罗斯刑法理论上关于犯罪构成结构的争议性问题》，载《北方法学》2008 年第 4 期，第 156 页、第 153 页。

容。(4) 新古典与目的论相结合的犯罪论体系采取社会行为论,认为故意既是构成要件要素,也是责任要素;其他方面与目的论犯罪体系基本相同。(5) 目的理性犯罪论体系的基础是新康德主义与新黑格尔主义;采取人格行为论,认为故意是违法类型的构成要件要素;采取客观归责理论,对因果关系也进行价值判断;采取实质违法性论,承认超法规的违法阻却事由;采用非难可能性与预防必要性相结合的责任论。^① 不难看出,“新康德主义的和刑法的自然主义比较起来,对于刑法学的体系和方法简直就是一场革命,但是令人惊讶的,刑法体系四个阶层的区分方法和阶层顺序的结论,却在原有的范围内继续存在。行为、构成要件合致性、违法性和有责性、极度限缩的客观处罚条件以及阻却刑罚事由的类型,仍被当作刑法体系的基本要素,并且依旧维持所列的顺序,同时在彼此之间的界限,只有极少的变动”^②。概言之,同样在外表上采取三阶层或四阶层体系的学者,其基本内容并不完全相同。^③

最后,在德国、日本等大陆法系国家,即使是同一学者,在不同时期或者在不同著作中,也可能采取不同的犯罪论体系。例如,罗克辛(Claus Roxin)教授的刑法教科书的第一版与第二版,采取的是两阶层体系,第三版与第四版则采取的是三阶层体系。^④ 前田雅英教授的《刑法总论讲义》第一至三版的犯罪论体系为:客观的构成要件、正当化事由、责任;第四版的犯罪论体系为:客观的构成要件、主观的构成要件要素、违法性阻却事由、责任阻却事由。^⑤ 平野龙一教授的《刑法总论》第二编“犯罪总论”的体系为:犯罪成立的一般要件(即犯罪类型,包括行为、结果、因果关系、不

① 参见 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, S. 199f;〔日〕山中敬一:《刑法总论》,成文堂 2008 年第 2 版,第 130 页以下;林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,五南图书出版股份有限公司 2007 年增订 3 版,第 23 页以下;李立众:《犯罪成立理论研究》,法律出版社 2006 年版,第 61 页以下。

② 〔德〕许迺曼:《刑法体系思想导论》,载许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台北春风煦日论坛 2006 年版,第 274 页。

③ 这从另一个角度说明,三阶层体系本身是一种开放性的、包容性很强的犯罪论体系。

④ Vgl., Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 1. Aufl., 1959, 2. Aufl., 1970, 3. Aufl., 1997, 4. Aufl., 2006.

⑤ 〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会 1988 年第 1 版,1994 年第 2 版,1998 年第 3 版,2006 年第 4 版。

作为、故意、过失)、阻却犯罪成立的事由(包括违法阻却事由与责任阻却事由)、扩张犯罪成立的事由(包括未遂犯、共犯)、罪数。^①但平野龙一的《刑法概说》第二编“犯罪总论”的体系则是:构成要件该当行为、违法阻却事由、责任要件、责任阻却事由。^②同时采用两种不同体系著书立说,在国外也并非异常现象。

在现代国家,多元的犯罪论体系并存,是一种很正常的现象。“因为每一个研究者的个人生活命运、他的社会地位以及他的政治地位都自然而然地会一起融入自己的经验里。……事实上,毋庸置疑,不仅在困难问题的提出,而且在解释各种具体的文献,尤其是把被探讨的各种事实纳入相互联系和因而是对它们作总体把握之时,研究者的个人人格及其受制约性,总是发挥某种作用。”换言之,“在人文科学的领域里,一个研究者提出种种问题与假设,肯定并不独立于他的整个人格,因而也并不独立于他的生活状况、他在社会里的地位。因为认识嵌入到心灵生活的整体中去”^③。学者经历的不同、阅读范围的差异、对某种犯罪论体系的贡献大小与有无,都会影响他对犯罪论体系的看法。所以,只要学者们可以自由地发表自己的看法,一个国家就不可能只有一种标准的、不可动摇的犯罪论体系。

即使在某段时间内,一国之内的多数学者赞成或倾向于某种犯罪论体系,也不意味着必须永远维持这种犯罪论体系。在人文社会科学领域,“可能总是存在着不同于一种叙述的另一种叙述,总是存在着应予考虑的另一个因素”^④。因此,总是有人在维护传统的犯罪论体系,有人要批判传统的犯罪论体系。这是极为正常的现象。况且,只要个人独撰教科书的现象越来越普遍,多元犯罪论体系并存的局面就不可避免。

即便某种犯罪论体系的形成具有历史的必然性或者合理性,但社会的变化与学术的发展也可能使之发生动摇。例如,在美国,虽然“犯行、犯

① [日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版;《刑法总论II》,有斐阁1975年版。

② [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版。

③ [德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版,第84—85页、第86页。

④ [英]韦恩·莫里森:《法理学》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第2页。