

中国优秀法学
博士论文文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

李立众 著



犯罪成立理论研究

——一个域外方向的尝试

Studies on the Theory of Constitution of Crime

犯罪成立理论研究

李立众 著

——一个域外方向的尝试

Studies on the Theory of Constitution of Crime



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国优秀法学
博士论文文库

图书在版编目(CIP)数据

犯罪成立理论研究 / 李立众著. —北京: 法律出版社, 2006. 2

ISBN 7-5036-6126-7

I. 犯… II. 李… III. 刑事犯罪—犯罪构成—理论研究—中国 IV. D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 004974 号

© 法律出版社·中国

犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试

李立众 著

责任编辑 陈 怡

王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.75 字数 247 千

印次 2006 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6126-7/D·5843

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版者语

在某种程度上，博士论文代表着一个国家的学术成就与学术尊严，当然，也代表着反成就与反尊严。博士论文的优或劣，或许能等同于这个国家现在或未来学术水平的高或低。更重要的，博士论文更是体现一国高等教育的成与败、得与失。

一九八〇年代以来，从中国招收他的第一个法学博士生开始，法学博士的培养，在中国已超过二十年。我们不能不说，这二十年以来，中国法学博士论文的水准大有提高。但我们也必须说，当今日博士生数量大为增加的时候，博士论文的质量，出现优劣分化。此种分化，来自于诸种差异：理论功力的差异、学术环境的差异、学术天分的差异——更重要的，来自于学术态度的差异。黄卷青灯的苦修与东抄西剪的取巧，对比分明。

度过五十年岁月的法律出版社，无论记忆中的往事，还是远嘹中的追求，都在或试图在记录中国的法治与法学学术命运。今天，我们创办这个“中国优秀法学博士论文文库”，也是出于一种纪录法治与法学学术命运的使命感。收入这个文库的博士论文，其主张一定是多姿多彩的，兼收并蓄；其态度必须是严谨的，我们不认为无视知识传统的狂妄或浅尝辄止的浮泛可以成就真正的学者；其质量必须是上乘的。我们无法将所有优秀的博士论文收录与此，但我们会努力让每一篇收录与此的博士论文都是优秀的。我们希望文库不仅是对中国法治与法学学术的纪录，亦是对中国法学教育的纪录。

“君子生是国，则通是学”。的确，君子还应通他国之学。进而，君子也应创造新的“是国是学”。当我们想到，“是国是学”代表了这一个国族对于人类学术的贡献，作为出版者，我们有一种浩然同时也审慎的责任感，并以此共勉于中国法学界。

法律出版社·法学学术出版分社 谨识

二〇〇六年九月

清华大学
Tsinghua University

优秀博士学位论文
获奖证书
2004

李立众 荣获清华大学
二〇〇四年度优秀博士
学位论文二等奖，特发
此证。



指导教师对博士学位论文的学术评语

论文题目	犯罪成因理论研究	姓 名	李强
		学 号	2001315843
		学 科	民商法学

对论文的学术评语(论文是否由作者独立完成,有何创造性成果):

犯罪成因研究是国内外刑法理论一直关注并已有深入研究课题,但从作者上创新是相对难能可贵且不可缺少的,作者选择该课题,显示作者理论勇气,而且论文内容充实,富有创造性成果,充分说明作者具有独立从事科学研究能力。

“犯罪成因研究”一文具有以下几个特点:第一,在犯罪成因问题上表明独立思考,否定彼此因果关系,承认多种因素存在,在论文是研究方法论上创新。第二,论文运用比较研究,历史分析,辩证分析等研究方法,对德国、日本、美国和我国刑法学进行综合比较,而且对刑法第一原则进行详细分析,并作出合理评价,这也是我国刑法学上所开创新领域未能做到的。第三,论文对德国刑法体系中一罪两罚论进行分析,并由此提出“刑罚条件是法定刑裁量”发展的观点,以及剖析罪刑法定,保证刑法体系中不再存在上述两罪两罚,这是本文重要创造性成果。第四,论文以我国刑法典为根据,并结合我国司法实践,在分析论的基础上引进英美法国的论-结合体系中三阶段论-基础上,对核心问题进行了本土化改造,这是引进国外刑法理论成果,第五,论文对刑法理论问题在我国刑法学上进行了详细论述,就其中重大理论问题发表自己见解。

论文资料翔实,引证规范,内容丰富,重点突出,观点鲜明,论证透彻,层次清晰,逻辑严密,表述流畅,格式规范,达到了法学博士学位论文水平。

指导教师: 李明才

(签名)

日期: 2004.5.28

摘要

我国的犯罪成立理论往何处去,这是刑法学中最重要时代课题。本书在克服对立思维的基础上,对我国能否引进域外犯罪成立理论、引进何种模式的犯罪成立理论、引进哪一体系下的犯罪成立理论、该犯罪成立理论是否符合我国的刑法典、该理论在我国应如何具体展开,进行了详细的研究。

在我国,传统犯罪构成理论向法治化方向演进,以及借鉴域外法治国家的犯罪成立理论,是法治国家犯罪理论得以形成的两个基本途径。这两条犯罪成立之路不是相互排斥的。因此,我国传统犯罪构成理论与域外犯罪成立理论并非是彼此对立、相互否定的关系;二者的并存,有利于理论的相互竞争,有利于个案公正的实现,有利于更加人性化的刑事判决的形成。在建设社会主义法治国家、国家尊重和保障人权的时代背景之下,我国有必要引进域外犯罪成立理论。

以此为前提,本书运用比较研究、历史考察、概念分析与实证分析等研究方法,首先对我国域外犯罪成立理论的研究现状进行了回顾,指出了当前研究所存在的问题;考虑到我国的法系背景等因素,本书认为我国适宜引进德日犯罪成立理论。然后,本书对德日古典犯罪体系、新古典犯罪体系、目的论体系、新古典与目的论的结合体系以及当前理论的新发展,进行了全面的梳理,初步筛选出我国可以考虑借鉴的理论体系。接着,本书对我国的刑法典进行考察,认为新古典与目的论结合体系中的三阶层理论相对比较合理,又适合我国的刑法典,应当加以引进。这样,就形成了本书的犯罪成立理论。最

后,本书对犯罪成立理论在我国的基本内涵进行了初步解释,运用新理论分析了一些我国传统犯罪构成理论不易解释或解决的问题,还勾画出了与新理论相适应的犯罪论新体系。

本书的结论是,在尊重我国传统犯罪成立之路的前提下,有必要修筑一条新的犯罪成立之路。这条新路就是:犯罪是指符合罪状的不法的有罪责的行为;相应的,犯罪的成立条件一是罪状符合性,二是不法性,三是罪责性。

目 录

引言	1
第一章 疑虑消解:引进域外犯罪成立理论的必要解释	7
第一节 传统理论的问题及其出路	7
第二节 普遍的疑虑	8
第三节 疑虑的思维根源	10
第四节 疑虑的实质	14
一、本书对传统理论的态度	14
二、域外理论与传统理论的关系	16
三、引进域外理论的负效应问题	20
第五节 反对引进的核心理由及其反思	21
第六节 引进域外理论的理由与意义	23
第七节 关于基本概念使用的说明	33
本章小结	35
第二章 研究回顾:拿来主义的现状及其存在的问题	36
第一节 各种模式简介	36
一、法国模式	36
二、英美模式	39
三、德日模式	41

第二节 引进模式的选择	42
一、关于引进英美模式的思考	42
二、本书赞成引进德日模式	45
第三节 德日模式的研究状况及存在问题	54
一、研究状况	54
二、存在问题	58
本章小结	60
 第三章 知识考古：德日犯罪成立理论的演变	 61
第一节 犯罪理论发展史的划分	61
第二节 古典犯罪体系	64
一、学术背景	65
二、体系构架	69
三、基本内容	74
四、简单评价	78
第三节 新古典体系	80
一、学术背景	80
二、基本内容	85
三、阶层体系	89
四、简单评价	109
第四节 目的论体系	110
一、学术背景	110
二、体系构造	114
三、基本内容	118
四、简单评价	123

第五节 新古典与目的论的结合体系	124
一、学术背景	124
二、基本内容	127
三、阶层体系	127
第六节 当前理论的新发展	136
本章小结	142
第四章 体系取舍:立足于中国刑法的选择及其本土化	144
第一节 体系取舍的原则	144
第二节 立足于我国刑法典的考察	147
一、对我国刑法中故意、过失的考察	148
二、对我国刑法第 13 条的考察	151
三、对我国刑法典是否存在客观处罚条件的考察	162
第三节 三阶层体系“缺陷”之分析	165
一、构成要件的实质	165
二、精神病人的体系定位	172
第四节 三阶层理论的本土化	177
一、本土化的必要	177
二、三阶层理论核心术语的本土转换	179
本章小结	188
第五章 逻辑展开:犯罪成立新理论的若干说明	190
第一节 犯罪的概念	191
一、犯罪的新概念	191
二、犯罪概念的分类及其功能	193

4 | 犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试

三、犯罪的本质	197
四、犯罪概念的基底	199
第二节 罪状论	204
一、罪状的概念	204
二、罪状的机能	206
三、罪状的要素	207
第三节 不法论	217
一、不法性的概念	217
二、不法阻却事由	229
第四节 罪责论	231
一、罪责的概念	232
二、罪责的要素	236
第五节 新理论的实践价值	248
一、宏观层面的实践价值	248
二、微观层面的实践价值	250
第六节 犯罪论体系的新构想	263
一、犯罪论新体系的初步设想	263
二、关于新体系的简单说明	265
本章小结	271
结论	273
附录 I 人名对译表	277
附录 II 德国百年犯罪理论演变表	279
附录 III 参考文献	281
后记	292

引言

在依法治国、建设社会主义法治国家的今天,我们需要客观、公正、合理地认定犯罪,绝不能忍受司法者在“一种难以名状的感悟中完成生杀予夺的裁决”,^{〔1〕}绝不能允许刑事裁判取决于“摇奖的机会”,^{〔2〕}“由偶然因素和专断所左右”。^{〔3〕}为此,我们需要一把衡量行为是否构成犯罪的标尺。在刑法学上,这把普适的测量行为是否构成犯罪的标尺,就是犯罪成立理论。犯罪成立理论与犯罪成立条件密切相关。所谓犯罪成立条件,是指一个行为在刑法上构成犯罪所必须具备的要件;有关犯罪成立条件的理论,称为犯罪成立理论;以犯罪成立理论为核心的犯罪理论与其体系,称为犯罪论及犯罪论体系。犯罪成立理论是中外刑法学重点研究的基础课题。

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性的。一句话,犯罪成

〔1〕 冯亚东:《理性主义与刑法模式》,北京,中国政法大学出版社1999年版,第181页。

〔2〕 [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学》(总论),王世洲译,北京,法律出版社2005年版,第126页。

〔3〕 [德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京,法律出版社2000年版,第2页。

立理论为司法者提供了统一认定犯罪的外在标准与内在尺度。由此,“使得警方、检察院、法院在例行公事的行为中,在有限的时间和人员紧缺的情况下,能够安全、均衡地执法”。^{〔1〕}可见,犯罪成立理论具有无比重要的实践价值。“对犯罪论体系的建构和解释不同,关涉到犯罪成立的范围和国家对个人权利的保障可能性,所以,与法治命题密切相关。”^{〔2〕}目前,我国正努力向法治社会迈进,保障人权的呼声日益高涨,以司法公正为目标的司法改革正在逐步进行。为了契合这一时代潮流,自然有必要对犯罪成立理论进行重点研究。

今天,研究犯罪成立理论,工作的重点不在于如何筛选出犯罪的成立条件,因为构成犯罪需要具备哪些条件,先辈们已经为我们归纳、整理出来了。当前,我们所熟知的犯罪成立模式主要有四种:一是前苏联、我国的犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四要件模式;^{〔3〕}二是德国、日本通行的构成要件符合性、违法性、有责性三要件模式;三是英美法系国家犯罪行为、合法辩护二要件模式;四是法国的构成要件、应负刑事责任二要件模式。如何完善我国传统的四要件模式,在我国能否引进域外犯罪成立模式,这才是当前研究犯罪成立理论首要解决的重点问题。

犯罪成立理论的任务,在我国是由犯罪构成理论来完成的;亦

〔1〕 [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京,中国法制出版社2001年版,第245页。

〔2〕 周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,北京,清华大学出版社2002年版,第192页。

〔3〕 在我国刑法学中,犯罪构成到底应当由几个要件组成,争议较大。参见赵秉志主编:《刑法争议问题研究》(上卷),郑州,河南人民出版社1996年版,第173~194页。考虑到传统犯罪构成理论并非本书研究的重点,故本书选择通说四要件模式展开全书论述。

即,我国的犯罪构成理论,就是我国的犯罪成立理论。^[1] 这样看来,自 20 世纪 50 年代,我国就开始了犯罪成立理论的研究。自 20 世纪 80 年代中期以来,对于我国的犯罪成立理论,在学界产生了究竟是“维护”还是“破除”两条道路与两种方向的争论。^[2] 亦即,“我国犯罪构成理论的发展,究竟是应在维持当前的理论体系基本框架的前提下寻求自我发展和完善,还是在破除目前的理论体系之基础上树立新的犯罪构成理论体系?”^[3] 但是,引进域外犯罪成立理论,是否就是“破除”、“摒弃”、“推翻”、“颠覆”我国传统犯罪构成理论,这是值得怀疑的。

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

[1] 学界通说认为,犯罪构成“所要解决的是成立犯罪的具体标准、规格问题”(高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京,高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版,第 52 页)。可见,我国的犯罪构成理论,其实就是犯罪成立理论;或者说,在中国刑法学中,犯罪成立条件与犯罪构成要件,二者是一回事,没有区别。在本书中,论述我国传统犯罪构成理论时,“犯罪构成理论”与“犯罪成立理论”有时视语境交替使用。

当然,也有论者认为,在我国刑法学中“犯罪构成要件与犯罪成立条件是既有联系也有区别的两种不同概念”,“犯罪成立要件是成立犯罪的必要条件,是决定行为是否成立为犯罪的社会属性和法律属性,是犯罪的本质要件,其内容一般是高度抽象和概括;犯罪构成要件是在行为成立为犯罪以后,犯罪的组成结构及其规格和标准,是犯罪的结构形式要件,其内容具体、详细。犯罪成立条件在先,犯罪构成要件在后,犯罪的成立条件决定犯罪构成要件”。“犯罪成立条件和犯罪构成要件是对立的。”“犯罪成立要件首先确定成立为犯罪,在犯罪成立之后,才确定犯罪构成要件……离开犯罪成立条件,就无法准确定罪,犯罪构成就没有存在的必要”(参见周其华:“论犯罪成立要件与犯罪构成要件的异同”,载《中国刑事法杂志》2004 年第 6 期)。

该论者存在将“犯罪成立条件”等同于“犯罪的基本特征”的倾向,因此,在该论者的逻辑体系里,其可以自圆其说。不过,就本书看来,在我国严格区分犯罪成立要件和犯罪构成要件这两个概念,可能并无意义。因为,既然“犯罪成立要件的功能是确立犯罪成立的必要条件,主要的功能是将犯罪与非罪区分开来,次要的功能是将此种犯罪与彼种犯罪区分开来”,那么,在行为已经成立犯罪之后,还有什么必要再探讨犯罪构成要件呢?

[2] 何秉松:《犯罪构成系统论》,北京,中国法制出版社 1995 年版,第 47~56 页。

[3] 肖中华:《犯罪构成及其关系论》,北京,中国人民大学出版社 2000 年版,第 62 页。

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。这是本书的基本假设。如果这一假设成立,那么,一系列问题就会接踵而来:第一,如果可以引进域外犯罪成立理论,那么,是应该引进大陆法系的理论,还是应该引进英美法系的理论?第二,如果引进大陆法系的犯罪成立理论合适,那么,在众多的理论体系之中,哪一种理论体系相对比较合理?哪一种理论比较符合中国刑法典的特质?第三,引进域外犯罪成立理论,应如何对其进行本土化?第四,对于所引进的理论,应如何把握其基本内涵,该理论有什么具体实践价值,与其相对应的犯罪论新体系是什么?本书即以解决这些问题为己任。

本书除了运用比较分析法、历史考察法外,还采用了以下两个较有特色的研究方法:(1)概念分析法。犯罪本身作为一个整体,是由主体、行为、结果、心态等多种元素构成的。将那些构成任何一个犯罪都必须具备的要素抽取出来,并将这些要素进行抽象和层次归类,从而形成一个评价犯罪的概念体系,犯罪成立理论就是这样产生的。“犯罪理论学说主要的作用,即在于整合犯罪概念的要素,以便在司法适用上能本于理性推理,崇法务实,以维持法律的安定性。”^{〔1〕}德国学者贝林(Beling)创立犯罪成立理论,“不外为关于犯罪之法律上概念的分析,其目的在建立一般理论,借以表明犯罪成立之共同原则”。^{〔2〕}可见,犯罪成立理论其实是一个有关犯罪的概念金字塔体系;这一体系的价值,在于它能直接导向正确的问题点,在于它能揭示所考虑的各种解决方案的后果,从而确保相关争论和解决方案的

〔1〕 苏俊雄:《刑法总论Ⅱ》,台北,作者发行,1998年修正版,第6页。

〔2〕 韩忠谟:“构成要件与刑法理论之体系”,载蔡墩铭主编:《刑法总则论文选辑》(上),台北,五南图书出版公司1984年版,第161页。

秩序化。^{〔1〕}由此,决定了在推导犯罪成立理论时,不能离开概念分析法。本书着力分析犯罪概念,是概念分析法的具体体现。(2)实证分析法。犯罪成立理论离不开一国的具体刑法规定,或者说,只有得到相关刑法规范支持的犯罪成立理论,才是有生命力的。采取拿来主义,必须考虑域外犯罪成立理论是否适合我国的刑法典。因此,对于与犯罪成立理论密切相关的刑法法条,必须进行实证分析,以确定其能否接纳、包容域外犯罪成立理论。本书对我国刑法典的考察,是实证分析法的具体体现。

除了引言与结论之外,本书分为五章。在第一章,对本书的基本假设进行论证,消解学界对引进域外犯罪成立理论的疑虑,对引进域外理论的必要性作出合理解释。我国学界对引进域外犯罪成立理论普遍存在疑虑,认为引进域外理论,就是对我国传统犯罪构成理论的否定。本书认为,传统犯罪构成理论与域外犯罪成立理论并非彼此对立、相互否定的关系。在建设社会主义法治国家的背景下,引进域外犯罪成立理论具有重要意义。在第二章,对拿来主义的研究现状进行回顾,以明确学界引进域外犯罪成立理论已经走了多远,当前的研究存在哪些问题,本书又将有哪些发展。在第三章,对德日犯罪成立理论的演变史进行全面考察,梳理了古典体系、新古典体系、目的论体系、新古典与目的论的结合体系以及当前理论的新发展。以此为基础,比较各种理论的得失,初步筛选出我国可以考虑借鉴的理论体系。在第四章,围绕我国刑法典,对故意、过失的概念以及犯罪概念进行考察,选择出了适合我国刑法规定的犯罪阶层理论,消解了对该理论的一些疑问,并对其进行了本土化转换。在第五章,对犯罪成立新理论进行逻辑展开,探讨犯罪概念、罪状符合性、不法性、罪责

〔1〕〔德〕许迺曼:“刑法体系思想导论”(一),许玉秀译,载《法务通讯》,台北,第1560期,第3版。