



清华大学 法学文丛

『有罪—免责』 双阶层犯罪构成体系研究

黄丽勤 周铭川 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014036347

D917
84



同济大学 法学文丛



黄丽勤 周铭川 著

『有罪—免责』
双阶层犯罪构成体系研究



北航

C1715772



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D917
84

图书在版编目(CIP)数据

“有罪—免责”双阶层犯罪构成体系研究 / 黄丽勤,
周铭川著. —北京:法律出版社, 2014. 2
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6035 - 4

I. ①有… II. ①黄…②周… III. ①犯罪构成—研究
IV. ①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 026988 号

“有罪—免责”双阶层犯罪构成体系研究

黄丽勤 著
周铭川

责任编辑 高 山
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.375 字数 252 千

版本 2014 年 3 月第 1 版

印次 2014 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6035 - 4

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本成果获2012年同济大学中央高校基本科研业务费专项资金资助

The book is supported by the Fundamental Research Funds for
the Central Universities of Tongji University

本成果获四川省哲学社会科学重点研究基地

——四川省犯罪防控研究中心立项资助（项目编号：FZFK13-14）

The book is supported by the fund of the Research Center of
Sichuan Province on Preventing and Controlling Crime. (Project number: FZFK13-14)

目 录

引 言 001

第一章 三大犯罪构成体系的理论沿革 006

第一节 大陆法系犯罪构成体系的理论沿革 006

一、古典犯罪阶层体系 009

二、新古典犯罪阶层体系 018

三、新古典暨目的论综合体系 024

四、其他犯罪阶层体系 028

第二节 英美法系犯罪构成理论概述 030

一、英美法系国家的犯罪构成要件 030

二、我国学者对英美法系犯罪构成理论的归纳 042

第三节 我国犯罪构成体系理论沿革及新学说 055

一、我国犯罪构成体系的理论沿革 055

二、我国犯罪构成体系的代表性新观点 063

第二章 三大犯罪构成体系的本质相同 071

第一节 三大犯罪构成体系没有本质差异 071

一、我国的犯罪构成体系也是阶层式体系 073

二、没有必要坚持我国犯罪构成体系是“四

要件”体系的错误认识 083

三、三大犯罪构成体系各阶层的要素基本相同 086

四、对个别要素的不同定位无法导致三大犯罪构成体系产生本质差异 105

五、三大犯罪构成体系具体理论的本质基本相同 107

第二节 对目前学界流行的一些观点的分析 133

一、客观要素的判断先于主观要素的判断——认定犯罪必须从客观到主观 133

二、四要件体系是没有构成要件的犯罪构成 153

三、四要件体系是没有出罪事由等的犯罪构成 158

四、四要件体系是齐合填充式体系而德日体系是整体把握式体系 163

五、四要件体系不符合人类的思维习惯 168

六、四要件体系容易根据形式判断得出错误的结论 172

第三章 三大犯罪构成体系在技术细节方面的差异 178

第一节 大陆法系与英美法系犯罪构成体系的区别 178

一、两大法系犯罪构成体系之区别的常见观点 179

二、大陆法系和英美法系犯罪构成若干具体理论的差异 185

第二节 英美法系体系与我国犯罪构成体系的区别 194

一、英美法系体系与我国犯罪构成体系的主要差异 194

二、英美法系体系与我国犯罪构成体系具体理论的差异 202

第三节 大陆法系体系与我国犯罪构成体系的重要差异 209

一、行为理论的差异 210

二、因果关系理论的差异 212

三、认识错误理论的差异 215

四、违法性理论的差异 219

五、有责性阶层的差异 222

第四章 三大犯罪构成体系内部难以克服的矛盾 228**第一节 德日的体系无法解决原因自由行为问题 228**

一、原因自由行为的概念和种类 229

二、原因自由行为可罚性的各种学说 234

三、原因自由行为的可罚性根据新解 245

第二节 德日的体系无法解决超越承担过失问题 250

一、超越承担过失的类型 251

二、超越承担过失的具体学说 254

三、超越承担过失各学说的理论缺陷 260

四、解决超越承担过失问题的建议 269

第三节 德日和我国的体系无法解决正当防卫的性质问题 271

一、正当防卫阻却违法性的根据 271

二、目前的正当防卫理论难以解释防卫挑拨等特殊情形 277

三、简要结论——正当防卫不是一种权利 287

第五章 “有罪—免责”双阶层犯罪构成体系之提倡 289**第一节 “有罪—免责”双阶层犯罪构成体系的基本内容 289**

一、提倡“有罪—免责”新体系的起因 289

二、“有罪—免责”新体系的主要内容 291

第二节 “有罪—免责”双阶层犯罪构成体系的具体论证 293

一、“有罪—免责”双阶层犯罪构成体系的必要性 293

二、“有罪—免责”双阶层犯罪构成体系的可行性 295

三、“有罪—免责”双阶层犯罪构成体系的合理性 300

主要参考文献 311**后记 323**

引 言

在刑法学中,犯罪构成理论无疑是非常核心与极其重要的理论,也是刑法学界永恒不变的研究焦点与热点。然而,对这一重要理论,我国刑法学界的研究却始终不尽如人意,许多观点值得商榷。例如,对于我国目前的“四要件”“齐合填充式”体系与德日等大陆法系国家典型的三阶层体系的优劣对比,有学者认为,我国刑法学界对于大陆法系体系的介绍与借鉴,是“紧闭的大门才打开一丝缝隙,但透进来的光线已经使我们习惯了黑暗的眼睛不太适应”,“可以想见,(既然)大门能打开一条缝,(那)它的全部敞开是迟早的事”,^①由于我国目前的体系是“没有构成要件的犯罪构成”体系,故我国有必要全盘引进大陆法系的体系;^②相反,一些学者则认为,我国目前的体系具有历史的合理性、现实的合理性、内在的合理性与比较

① 陈兴良:“犯罪构成论:从四要件到三阶层一个学术史的考察”,载《中外法学》2010年第1期。

② 陈兴良:“四要件:没有构成要件的犯罪构成”,载《法学家》2010年第1期。

的合理性,^①“是经过审慎思考、反复论辩形成的理论精华,其精致程度足可媲美世界上任何一种犯罪构成体系;”^②而更多的学者,则是在“全盘抛弃论”与“局部改良论”之间各抒己见,目前已至少形成了“四种模式十一种路径”。^③

至于“我国的犯罪构成体系与大陆法系的犯罪构成体系^④具有重大差异”,“我国的犯罪构成体系更容易出入人罪”,以及“认定犯罪必须从客观到主观,只有在客观上先确定行为的性质,才能进一步考虑行为人的主观罪过”之类的错误观点,更是屡屡见诸文端。

实际上,由于人类认识规律和思绪规律的一致性,三大犯罪构成体系在本质上是相同的,并不存在实质差异,至多仅在一些技术细节方面具有差异。正如意大利刑法学家杜里奥·帕多瓦尼所言,除国际法以外,刑法学是对各国具体政治和社会文化特征方面的差别最不敏感的法律学科,世界各国刑法尽管存在一些非常重要的差别,但是在基本理

① 高铭喧:“对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(2009年第3卷),法律出版社2009年版。

② 高铭喧:“论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持”,载《中国法学》2009年第2期。

③ 王勇、金圣春:“犯罪构成理论的当下图景与可能走向——21世纪第一个十年犯罪构成理论研究的初步考察”,载《当代法学》2011年第5期。

④ 需要注意的是,“犯罪构成”只是我国刑法理论中的概念,在德日等大陆法系刑法学中设有“犯罪构成”概念,只有“构成要件”等概念。例如,古典三阶层体系的第一阶层是“构成要件符合性”,第二阶层是“违法性”,第三阶层是“有责性”,其中,只有第一阶层中有“构成要件”概念;同样,在英美法系刑法学中也没有“犯罪构成”概念,其两阶层体系的第一阶层是“犯罪要件(The Elements of a Crime)”,第二阶层是“一般辩护理由(General Defences)”,并且,所谓“两阶层体系”,也仅是我国学者的概括,英美国家的学者并没有如此概括。本书对三大体系统一使用“犯罪构成”这个概念,只是出于比较研究的需要,借用我国刑法学中的“犯罪构成”概念而对大陆法系和英美法系犯罪成立的全部条件进行归纳概括的一个概念,即分别归纳于大陆法系刑法学中的“构成要件符合性、违法性、有责性”,或者“违法性、有责性”,“行为、责任、刑罚”,“行为、构成要件符合性、违法性、有责性”等,以及英美法系刑法学中的“犯罪要件、一般辩护事由”等条目下的某种犯罪的全部成立条件的总和。因此,从逻辑上看,“构成要件”和“犯罪要件”的外延比“犯罪构成”的外延要小,仅仅包括某种犯罪成立的一部分条件,犯罪成立所需要的其他条件,则被归纳于“违法性”、“有责性”、“客观处罚条件”、“行为”或“辩护事由”等条目之下。

论范畴和法律制度方面,却有共通的基础。^①

例如,由于具体犯罪的犯罪构成是由刑法规定的,导致成立一个犯罪所必须具备的各个条件,在任何场合都是一致的,具体行为是否符合哪个犯罪的犯罪构成,无论采取哪种体系进行分析,其正确结论都只有一个,只有在发生分析错误时,才可能得出不一样的结论。换言之,特定犯罪的犯罪成立条件,取决于刑法本身的规定,而与理论上赞同哪一种犯罪构成体系无关。至于有的学者认为我国的体系更容易出入人罪,德日的体系更不容易发生分析错误,则是一种想当然的误解。“在判断犯罪成立过程中,根据不同的犯罪构成体系在某个环节确实会得出不同结论,但在最后定罪上并无实质不同。”“行为符合刑法规定的事实特征,在价值上体现刑法对某种犯罪的评价,就能够认定犯罪成立,并不会因为缺乏评判次序而造成定性上的差错。”^②

又如,通说认为我国的体系是平面耦合式体系,而大陆法系体系和英美法系体系都是两至多阶层的阶层式体系,但实际上,如果沿用通说认为国外体系是阶层式体系的话,则我国的“犯罪构成”和“排除犯罪性事由”之先后递进式体系,无疑也是一种阶层式体系,即先考虑某行为是否符合某种犯罪的“全部”成立条件,再考虑行为人有无可以“不负刑事责任”的正当理由;相反,如果暂不考虑“责任能力”这一犯罪成立条件,以及“责任故意”与“责任过失”这一罪责阶梯,则大陆法系体系其实也是一种典型的“四要件齐合填充式平面体系”,因为它在构成要件符合性阶层,就要考虑除“责任能力”之外的几乎所有的犯罪成立条件。至于大陆法系犯罪构成体系通常在“有责性”阶层所考虑的“期待可能

① [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,序言第1页。

② 彭文华:“犯罪构成:从二元论体系到一元论体系——以事实和价值关系论为视角”,载《法制与社会发展》2012年第6期。

性”，完全可以把它分析成一种“可以不负刑事责任”的免责事由，^①况且，由于我国从来不允许将期待可能性作为出罪理由，由于在其发源地德国也不承认这种出罪理由，在日本也仅仅是理论上认为必不可少，^②故在我国完全可以忽略不计。简言之，三大犯罪构成体系的相同之处在于，都是在第一阶层就要考虑犯罪成立的几乎所有条件；而它们唯一不同之处是对责任能力的定位不同，在我国是置于“犯罪构成”阶层，在英美是置于“一般辩护事由”阶层，在德日则是置于“有责性”阶层，显然，不可能因为对责任能力一个要素的定位不同而导致三大犯罪构成体系之间存在本质差别！

不过，由于技术细节有所不同，三大犯罪构成体系在一些具体问题的分析上，的确有所高低，就研究的广度、深度以及理论的精致程度而言，我国的体系与大陆法系体系之间的差距也是比较明显的，大言不惭地认为我国的体系“足以和世界上任何一种体系相媲美”是不够客观的。例如，就行为人应否对其行为所造成的结果承担刑事责任而言，在我国和日本仍然在适用所谓相当因果关系理论，但是，对于相当或不相当的判断，则缺乏明确的标准，很容易导致各说各话，甚至明显与人们的常识以及司法实际不符。比如，从行为导致结果发生的概率来看，过失犯中的行为导致结果发生的概率是非常低的，对于这么低的概率，很难认为行为导致结果发生是“相当”“通常会发生”的，但是却不能不处罚过失犯。相反，在德国和我国台湾地区，则已经为相当或不相当的判断提出了一整套的判断标准，就是所谓客观归责理论，包括制造不被容

① 有学者认为，期待可能性不但可以具体化为各种明文化的免责事由，而且也能具体化为各种明文化的责任减轻事由。参见张明楷：“期待可能性理论的梳理”，载《法学研究》2009年第1期。

② 马克昌：《比较刑法原理——外国刑法学总论》，武汉大学出版社2002年版，第499页。关于期待可能性理论的较详细论述，请参见本书第三章第三节之五关于“期待可能性”的内容。

许的风险、实现不被容许的风险、所实现的风险在构成要件的效力范围之内三大判断原则;每一判断原则之下又分别有若干正面肯定规则和反面排除规则。虽然这些判断原则和规则的具体内容与相当因果关系判断过程中所要考虑的内容基本相同,但毕竟是一些比较明确的标准,更加有利于司法实践操作,因此体现出其先进性。

而更加关键的问题是,虽然我国学者对犯罪构成理论的“改良”或者“重构”提出了令人眼花缭乱的十几种观点,但是,由于均未充分考虑大陆法系国家和我国犯罪构成体系内部存在的足以致使体系动摇崩溃的矛盾,例如,处罚原因自由行为似乎违背责任主义原则,处罚超越承担过失似乎违背无辨认控制能力即无注意义务的过失理论以及责任主义原则,用作为犯的犯罪构成要件来处罚不纯正不作为犯似乎违背罪刑法定原则等,导致所提出的“创新”体系仍然存在这些致命的老问题,由此也导致一些具体理论不具有说服力。例如,对明知是未成年人和精神病人的不法侵害行为能否实行正当防卫,无论是德日还是我国的学者,基本上都赞成一种“能跑就跑,跑不了再说”的理论,而这种理论已经很难说是严谨的刑法理论了。因此,仍然需要深入进行研究,寻求合理的解决之道。

综上,由于三大犯罪构成体系在本质上相同,故相互借鉴吸收对方的先进理论具有可行性;由于三大犯罪构成体系在技术细节上存在优劣差异,故有相互借鉴吸收对方先进理论的必要性;由于我国和大陆法系的犯罪构成体系内部存在一些足以致使体系动摇崩溃的矛盾,故有必要重新考虑一些成立条件的体系定位,特别是责任能力和正当化事由的体系定位问题。本书的目的,一为论证三大犯罪构成体系的本质相同性(或称实质一致性),二为概述三大犯罪构成体系在技术细节方面的差异以便比较各自的优劣,三为分析三大犯罪构成体系各自内部之矛盾,以便寻求一种更好的处理技术(或称理论体系),从而提倡一种“有罪一免责”双阶层犯罪构成体系。

三大犯罪构成体系的理论沿革

本书所谓三大犯罪构成体系,是以大陆法系的德国和日本,英美法系的英国和美国,以及新中国成立以后的犯罪构成体系为分析比较的对象,不包括其他国家的犯罪构成体系。这并不是因为其他国家的体系不重要,而是因为归根结底,世界各国的犯罪构成体系在本质上都一样,无非就是对具体犯罪的所有成立条件如何进行排列组合而已,故为了论述的方便,没有必要面面俱到,仅比较若干种典型的犯罪构成体系即可。

第一节 大陆法系犯罪构成体系的

理论沿革

我国台湾地区学者洪福增认为,所谓“体系”,是指依据某种原理或规则所组织的知识的统一体,它并非单纯的知识的集合或分类,而是由贯通全体知识的

原理予以支配、统一,并使其间保持有机的关联的组织;所谓犯罪论,是研究犯罪的成立条件及其样态的一般理论;所谓犯罪论体系,是指依据论理的规则,支配或统一犯罪的实质的概念而构成的理论,其功用在于将繁杂的犯罪构成要件要素整纳于一个有秩序、有系统的体系内,使人易于明了理解。行为或构成要件适当性、违法性、有责性以及可罚性等犯罪要件的诸要素,对于构成犯罪的实质的全部概念而言,都有其部分概念的机能,这些部分概念必须与全体概念之间保持有机的关联,作为全体概念的一部分来发挥其机能或者展开其理论。实质的犯罪概念的全体概念是先于部分概念而存在的,部分概念应有机地构成全体的分支,并以全体的概念为其存在的前提。^①

日本学者野村稔认为,在构建犯罪论体系时,应当考虑犯罪成立理论的完整性以及为了发挥刑法的法益保护机能所必需的成立范围,应当做到以下三点:(1)必须直接把握犯罪的本质构造;(2)不能忘记司法实践中对犯罪的认定过程;(3)犯罪论体系必须反映犯罪的实现过程。^②

德国学者耶赛克等人认为,犯罪论研究的是一行为可罚性的一般法律要件,即一犯罪行为在何等条件下方可归咎于实施犯罪的行为人的问题,尤其探讨构成要件适当性、违法性和罪责。在德国,可以将近代犯罪论划分为三个重要的发展阶段:古典的犯罪概念、新古典的犯罪概念和目的论的犯罪概念;每一种体系都得从其精神史和前一阶段人们通过学术体系的重建而加以改造和克服的计划的联系中去解释,因为没有哪一种理论试图完全取代另一种理论,时至今日所有三种犯罪概念的体系思想仍并列存在。^③

① 洪福增:《刑法理论之基础》,刑事法杂志社1977年版,第1~2页。

② [日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第86~87页。

③ [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,中国法制出版社2001年版,第241、247页。

以上学者的论述,应当作为我们认识及展开犯罪构成体系的基础。

许玉秀教授在其《犯罪阶层体系及其方法论》一书中认为,在世界刑法论坛上,至今领导世界潮流,开创犯罪阶层体系新款式的设计师们主要集中在德国。一般认为,德国的犯罪构成体系滥觞于德国刑法学家李斯特(Liszt),之后由贝林(Beling)1906年在其《犯罪论》一书中正式提出,后经麦耶(Mayer)、梅兹格(Mezger)、威尔泽尔(Wezel)等刑法学家的补充和完善,已经形成一种具有世界影响力的犯罪构成理论。历经一个多世纪的研究和发展,德国犯罪构成理论先后出现过古典三阶层体系、新古典三阶层体系、新古典暨目的论综合体系、目的理性阶层体系、实质的犯罪阶层体系、目的论体系、行为责任阶层体系等理论模型。^① 陈兴良教授亦认为,构成要件(Tatbestand)一词正式在刑法中采用,应当追溯到费尔巴哈1801年出版的《现行德国普通刑法教科书》,此后经过一百多年的发展,以构成要件为核心概念的犯罪构成体系才正式形成。首先登台的是古典派的犯罪构成体系,又称为贝林—李斯特体系(Beling-Lisztsches system),虽然李斯特的《德国刑法教科书》第一版的出版时间是1881年,我们还是以贝林1906年出版的《犯罪论》一书作为古典派犯罪构成体系的标志;至于新古典派的犯罪构成体系,则以麦耶1915年在《德国刑法总论》一书中提出主观的违法要素理论为象征;目的行为论的犯罪构成体系则始于威尔泽尔1931年在《因果性与行为》一文中提出的目的行为论,形成于威尔泽尔1940年出版的《刑法总则纲要》一书;目的理性的犯罪构成体系是罗克辛在20世纪70年代提出的,如今在德国具有较大影响。三阶层的犯罪构成体系在德国经历了一百多年的演变,数代刑法学家为之倾注心血,由此形成了被称为刑法学发展史上钻石明珠的三阶层犯罪构成体系,刑法学通

① 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第63~100页。

过它才能展现灿烂夺目的光彩。^①可见,陈教授的观点与许教授的观点高度一致,下文主要根据这些学者的归纳,并参考其他学者的观点,对德日等大陆法系国家的犯罪构成体系作一简要介绍。

一、古典犯罪阶层体系

早在1881年,德国刑法学家李斯特就在其第一版教科书中区分了违法性和罪责,因而被认为是最早区分刑法体系的刑法学家;但遗憾的是,李斯特并没有明确提出犯罪阶层理论体系。二十多年以后,德国刑法学家贝林在李斯特体系的基础上,对犯罪成立的各种要件进行分类归纳,于1906年发表了刑法理论史上第一个比较成型的犯罪阶层体系。因此,后人将贝林和李斯特合称为第一个犯罪阶层体系的创造者,并把他们创立的体系称为贝林—李斯特体系,即通常所谓古典犯罪阶层体系。

古典犯罪阶层体系中最为常见的是古典三阶层体系。不过,贝林提出的体系其实只能称为“古典犯罪阶层体系”而不能称为“古典三阶层体系”。因为贝林认为,成立犯罪必须依次经过“行为、构成要件符合性、违法性、有责性、相应法定刑、刑罚处罚的条件”六个阶层的判断,“其顺序和结构为:‘构成要件符合性’需要置于‘行为’之后,然后依次就是‘违法性’、‘有责性’、‘相应的法定刑’、‘刑罚处罚的条件’。构成要件符合性先于违法性和有责性,由此后续概念就完全定义在刑法意义之上”。^②古典三阶层体系认为,确认犯罪成立必须具备三个要件:构成要件符合性、违法性和有责性。这三个要件的判断在时间上具有递

^① 陈兴良:“犯罪构成论:从四要件到三阶层一个学术史的考察”,载《中外法学》2010年第1期。

^② [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18~19页。

进性,只有先判断为符合前一个要件,才能进一步判断是否符合下一个要件,只有最终判断为三个要件均符合时,才能认为成立犯罪。三个要件的判断层层推进,有如一阶一阶爬楼梯,故形象地称之为“阶层”式体系。某一具体的想象中的或者已经实际发生的行为或不行为,^①在依次经过三个阶层的判断之后,其成立犯罪的可能性依次缩小,从而发挥构成要件理论对犯罪成立范围的限制功能,以尽可能排除国家对刑罚权的滥用,保障被告人的人权。

① 此处需要注意两点。第一,之所以使用“行为或者不行为”,是因为在现实生活中能够构成犯罪的,不仅有行为,而且有不行为。亦即,在刑法分则中分别规定了禁止实施A和命令实施B两类行为,前者是禁止实施A而行为人偏要实施A,后者是命令实施B而行为人偏不实施B,故前者的“实施A”与后者的“不实施B”都可能构成犯罪。显然,无论是A还是B,都是以积极的身体动作体现出来的行为人对于法规范的态度,只有非A或非B才是没有任何积极的身体动作的不行为。刑法规范不仅是评价规范、裁判规范,而且更是行为规范,同其他法律规范一样,具有指引、评价、教育、预测和强制等功能,具有行为模式和法律后果的规范结构。第二,之所以使用“想象中的或者已经实际发生的”用语,是因为考虑到我国学者对古典三阶层体系存在的一些错误理解,比如,认为古典三阶层体系混淆了“犯罪成立的法定条件”与“司法实践中认定具体行为是否符合某一具体犯罪的全部成立条件”,“将刑法和刑事诉讼法的研究对象混为一谈”、“将实体法和程序法混为一谈”等。实际上,“构成要件符合性”的提法,只是对人们实际思维过程的如实描述,并不存在前述混淆问题。首先,人们在思考某一犯罪的成立条件时,必然要先想象存在某种行为(或者不行为,下同),再想象这种行为是否符合某一犯罪的全部成立条件;而在想象这种行为时,只能是以纯粹假想的或者已经实际发生的行为为例,并且往往是以实际发生过的行为为例的,人们在客观上不可能脱离“行为”这个中介去思考特定犯罪的全部成立条件,不可能脱离“行为”这个中介去思考“……”是否符合特定犯罪的构成要件(由于如果不允许使用“行为”这个中介词语,则同样不能允许使用其他词语来描述,故只能使用“……”显然,不能期望仅仅通过“……”之类的符号来清晰地表达思想)。这种想象,无论是在刑法课堂上讲授犯罪构成理论,还是在司法实践中具体认定某行为人的行为是否构成犯罪,都是不可或缺的。换言之,只有通过将一个想象中的或者已经实际发生的行为作为中介,才能思考该“行为”是否符合某种犯罪的全部成立要件,“行为”实际上发挥了一个工具性概念的功能。其次,构成要件符合性、违法性和有责性之排列顺序,是阶层式体系用以判断特定行为是否符合某种犯罪的全部成立条件的逻辑思考顺序,在本质上,阶层式体系是将犯罪成立的条件分为三个方面的条件来阐述,先是构成要件方面的条件,接着是违法性方面的条件,最后是有责性方面的条件。这样做只是表明阶层式体系比我国的体系更加强调一定的思考判断顺序,并不意味着他们在将实体法问题与程序法问题混为一谈。如果说古典三阶层式体系存在将实体法与程序法混为一谈的问题,则我国的四要件体系也同样存在这些问题,因为我国的体系也是将犯罪的成立条件分为四个方面的条件来阐述的,并且在实际思考判断过程中也必然存在着某种顺序。