

本项目得到四川省教育厅人文社会科学重点研究基地——四川省犯罪防控研究中心经费资助

于跃江 著

犯罪构成 基本理论研究

FANZUI GOUCHENG
JIBEN LILUN YANJIU
YU YUEJIANG ZHU



四川出版集团
四川科学技术出版社

中国刑事法学研究会暨四川省法学会刑法学研究会
成立二十周年纪念册——四川刑事法学研究会成立二十周年纪念册

平反丑闻

犯罪构成 基本理论研究

FANZUI GOUCHENG
JICHEN LILUN YANJIU
YU YUJIAN/2011



西华出版社
四川科学技术出版社

本项目得到四川省教育厅人文社会科学重点
研究基地——四川省犯罪防控研究中心经费资助

犯罪构成基本理论研究

FANZUI GOUCHENG JIBEN
LILUN YANJIU
YU YUEJIANG ZHU

于跃江 著

四川出版集团·四川科学技术出版社

2005年·成都

图书在版编目(CIP)数据

犯罪构成基本理论研究/于跃江著. - 成都:
四川科学技术出版社, 2005. 11
ISBN 7-5364-5866-5

I. 犯... II. 于... III. 犯罪构成-研究 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 131350 号

犯罪构成基本理论研究

著 者 于跃江
责任编辑 周绍传
装帧设计 力 科
责任出版 邓一羽
出 版 四川科学技术出版社
成都盐道街 3 号 邮政编码 610012
发 行 四川省新华书店
开 本 850mm×1168mm 1/32
印 张 16.75 字数 415 千 插页 2
印 刷 西南科大三江印务公司
版 次 2005 年 10 月成都第一版
印 次 2005 年 10 月成都第一次印刷
定 价 27.00 元
ISBN 7-5364-5866-5/D·41

■ 版权所有·翻印必究 ■

■ 本书如有缺页、破损、装订错误, 请寄回印刷厂调换。

■ 如需购本书, 请与本社邮购组联系。

地址/成都市盐道街 3 号 电话: 86671039 86672823
邮政编码/610012

作者简介

于跃江,男,汉族,1957年3月生于湖南省长沙市,籍贯吉林省榆树市,刑法学博士。1992年中国政法大学刑法学硕士研究生毕业,获法学硕士学位;2002年武汉大学刑法学博士研究生毕业,获法学博士学位;2001年5月~7月分别在英国伦敦大学亚非学院、德国欧盟法律研究院和西班牙高等法院学习。曾任广东省高级人民法院刑事审判庭、行政审判庭审判员、审判长;现任教于西南科技大学法学院刑法教研室,硕士生导师。先后在《法学评论》、《法学杂志》、《中国刑事法杂志》等重要法学学术期刊上发表论文数篇。主要著述有:《论西方刑法的哲学基础和结构矛盾》、《死刑的惩罚和改造功能》、《论刑罚目的》等。

前 言

犯罪构成理论是刑法的基本理论之一,同时也是争议最多的刑法领域之一。本书是作者对犯罪构成基本理论的一些认识,不试图涉及犯罪构成理论的全部问题。本书的研究方法,是通过对犯罪论和犯罪构成理论的哲学基础的研究,争取能够提出一条新的认识犯罪和犯罪构成的思想路径。其主要的思想脉络大致是:一,犯罪论和犯罪构成论的理论前提是犯罪观,而犯罪观的哲学基础是人本质观。过去的各种犯罪构成理论,都是在特定的犯罪观基础上建立起来的。不同的犯罪观,实质都是根据对人的本质的某种不同认识所得出的结论。因此,研究犯罪构成理论,必须首先研究基本的犯罪观,进而再深入到该犯罪观的哲学基础即人本质观的层面分析,才能对犯罪论和犯罪构成理论有一个透彻的认识,也才能为我们提出新的犯罪观和犯罪构成观打下坚实的理论基础。二,西方刑法的犯罪观和犯罪构成理论,其哲学基础基本上都是历史唯心主义的人本质观。这种片面的人本质观造成了他们刑法学的各种理

论偏颇,妨碍了他们正确认识犯罪和建构科学的犯罪构成理论。原苏联体系的犯罪论和犯罪构成理论,虽然在犯罪观的层面引入了马克思主义的一些基本观点,但是它并没有真正树立起马克思主义的人本质观。因此,他们也不能很好地解决犯罪观和犯罪构成理论中的许多重要问题。三,建设有中国特色的社会主义法律体系和刑法理论体系,应当以马克思主义的实践人本质观作为我们认识犯罪和建筑犯罪构成理论的哲学基础和根本认识方法。

根据马克思主义的实践人本质观,本书对犯罪观和犯罪构成理论提出了一些带探索性的观点。主要有以下几点:

从哲学的角度观察,犯罪是人的社会实践形态。详言之,犯罪的实质不是行为,或者更严格地说,不应当仅仅局限于具体行为,而应当是个人反社会的法定实践形态。

根据犯罪的实质属性,犯罪的理论概念应当确定为:犯罪是刑法规定的个人危害社会的责任状态。犯罪的基本特征应当是法定的客观社会危害和法定的个人主体责任。

基于犯罪的性质是人的主体法律责任状态的认识,将犯罪构成的概念规定为:犯罪构成是我国刑法规定的、决定犯罪成立所必需的一切反映个人对社会的客观危害和主体的法律责任事实要素的有机统一体。

犯罪构成的有机统一性质,不但反映为四

个方面的有机结合,还反映为其具有高于四个组成部分之和的整体性。犯罪构成的整体,既具有认定犯罪的功能,也具有排除非犯罪的功能。

以上几点认识,都是根据实践人本质观的哲学原理推导出来的。作者在现有认识条件下,力求有理有据地尽可能充分地论述这些观点。但因犯罪构成理论固有的难度,加之作者自身理论水平有限,其中有些观点作者本人也感到还不够成熟,有些问题的论述也有不够周全之处。如:在把犯罪性质规定为人的实践形态的基础上,犯罪构成的内容和结构应当如何构建?犯罪构成作为分析犯罪的理论框架和认定犯罪的理论工具,如何使其在正确发挥定罪功能的同时充分发挥排除非犯罪的功能?如何通过犯罪构成把行为与人(罪与责)紧密联系起来形成一个量刑的整体对象?等等。作者感到这些问题的阐述都有待加强。总之,由于刑法是一门古老而又年轻的学科,历史上积累下来的各种难题和现实中不断涌现出来的新问题数量很多,难度很大。要想全面研究和解决这些问题,远非一日之功。因此,本书虽努力根据马克思主义的实践哲学观来建筑犯罪构成理论,但很多内容还只是停留在一般的理论论述层面上,对犯罪论和犯罪构成理论的各个领域的具体问题研究方面,仍然做的很不够甚至是有不少缺陷的。对此,作者一方面确信,采用马克思

主义哲学的实践观作为中国社会主义刑法学认识犯罪和刑罚的基本哲学工具,应当是我们刑法学的正确发展方向,作者今后仍将按照这一方向继续研究;同时在另一方面,作者也认识到这条理论路径在很大程度上的确还带有探索的性质。既是探索,就存在失败的可能,一些缺点与错误也终将难以避免。所以作者目前所能要求自己做的,只能是坚持勇于探索真理,同时随时准备纠正错误。正是基于这一认识,作者才不揣浅陋,将此书献给读者。书中观点如有谬误之处,概由我本人承担全部责任。切望各位学界前辈、同仁和广大读者不吝批评指正。

于跃江

于西南科技大学法学院

2005年9月

目 录

引 言	1
第一章 犯罪构成理论现状	4
第一节 外国犯罪构成理论概况与评价	4
第二节 犯罪构成理论形成的意义	34
第三节 我国犯罪构成理论的研究现状	46
第二章 犯罪构成的理论基础	66
第一节 西方构成要件理论及犯罪论体系的 理论基础	66
第二节 我国刑法犯罪构成的理论基础	79
第三章 犯罪与犯罪构成	91
第一节 犯罪观的历史回顾	92
第二节 犯罪观与犯罪构成的关系	114
第四章 实践观与犯罪和犯罪构成	131
第一节 实践形态犯罪观	131
第二节 实践形态的犯罪构成观	225

第三节	犯罪构成在刑法理论中的作用	243
第五章	犯罪构成的组成结构	287
第一节	概说	287
第二节	犯罪构成的主体方面	301
第三节	犯罪构成的主观方面	342
第四节	犯罪构成的客观方面	387
第五节	犯罪构成的客体方面	425
第六章	犯罪构成的整体性	483
第一节	犯罪构成整体性的根据	483
第二节	犯罪构成的整体功能	502
后 记		521

引 言

在中国社会主义刑法学中,所谓犯罪构成理论,简单地说就是关于犯罪成立的理论,或者说是具体研究犯罪是如何由各种要素组成的学说。有时我们也习惯从这个角度,把其他国家刑法学中关于研究犯罪成立的理论都泛称为犯罪构成理论。但是,严格地讲,我们的犯罪构成理论的概念与大陆法中通行的构成要件理论的概念是不同的。

由欧洲大陆刑法学者首先提出,再经过一两百年的发展演变,逐步形成的以德日刑法理论为中心的构成要件理论,主要是研究犯罪行为的组成模式,研究行为的各种类型和相互间的区别,构成要件的概念自身并不能直接认定犯罪成立,构成要件理论的深层也没有对犯罪成立作出法理或哲学说明。因而构成要件理论不是解决认识犯罪实质和说明犯罪全部内容的理论,而是必须与所谓违法论和责任论结合在一起以后才能综合成为确定犯罪成立的全部理论体系。一如日本学者小野清一郎指出的,“犯罪构成要件理论,是指在刑法总论亦即刑法的一般理论中,重视‘特殊’构成要件的概念并试图以此为契机来构筑犯罪论体系的一种理论^①。”因此,在大陆法系国家,如果单独谈及构成要件理论,一般是只指构成要件自身内容而不涉及犯罪成立的其他部分内容即违法性和有责性

① 【日】小野清一郎著:《犯罪构成要件理论》,中国人民公安大学出版社 1991 年版,第 1 页。

两方面的问题的。如在构成要件理论方面比较著名的小野清一郎的主要著作《犯罪构成要件理论》，就是完全研究构成要件自身的内容而不涉及犯罪成立所需要的违法性与有责性等方面的内容。所以，如果准确地说，应当说大陆法系中以构成要件理论为基础的整个犯罪论体系才是与我们的犯罪构成理论基本相当的理论范畴。这样，我们或许可以把德日刑法中的构成要件理论称之为狭义的犯罪构成理论，即它不是单独决定犯罪的成立而是为解决犯罪成立问题提供的—个基本理论框架。在这个框架中，还需要再用其他理论内容继续进行填充，才能在根本上说明犯罪实质和犯罪成立的全部条件，这才是西方大陆刑法学中以构成要件理论为基础组织起来的整个犯罪论体系的基本性质和作用。因此构成要件这个理论概念，只应专指西方大陆法系的理论内容，而不应包含其他国家的相关犯罪成立理论。至于其他国家主要是英美法系以及其他国家历史形态下如中国封建社会以前的类似刑法理论等，严格说都不能被构成要件或者犯罪构成的理论范畴包括在其中。不过，由于刑法是古老的法律，在西方大陆法系提出构成要件理论之前很早，各国就都已经有自己的处罚犯罪的法律及其理论观点，这些理论都是在刑法上起着实际指导作用的理论。从它们所起到的指导定罪量刑的作用来看，今天也可以把它们当成是研究犯罪性质及其成立条件的理论。因此，在研究犯罪构成理论时也可以适当注意它们在有关方面的意义。因而，真正的在完全意义上说的研究犯罪成立的犯罪构成理论，应当是指所有在理论和实践上能够说明犯罪成立的条件及其基本性质的理论，这种理论我们可以把它看作是广义的犯罪构成理论。这样，我们就有三种意义的犯罪构成范畴。狭义的犯罪构成理论是指大陆法系中与违法性和有责性理论并列的构成要件理论，广义的犯罪构成理论是指所有关于研究犯罪成立的理论，居中则的是我国社会主义刑法学中以

犯罪构成概念为核心的说明犯罪成立及其性质的理论,这也是本文研究的犯罪构成概念的基本含义。有鉴于此,本书在涉及西方刑法学有关理论问题时,就不限于单纯研究狭义的构成要件理论,而需要把西方刑法法中的违法论与责任论的有关内容都划入研究范围之中;同时在研究我国的犯罪构成理论时,重点也不仅仅在研究我国犯罪构成理论中只对我国刑法有意义的个论性具体问题,而是以全面的视角研究广义犯罪构成理论的性质及其基本功能和作用,主要是从犯罪观入手在宏观上对以犯罪构成理论为核心的犯罪论体系作一种整体性思考研究。在建立作者自己的理论框架和研究思路的基础上,对犯罪构成理论作整体性探讨,并以此为出发点对犯罪构成理论的一些基本问题作相关研究。另外,在研究领域上和研究方法上,本书采取以马克思主义有关哲学观点为主导,以我国社会主义刑法理论和实践为基础,注重研究本国刑法理论,同时借鉴德日刑法学中的犯罪构成要件理论,并且对西方刑法的重要组成部分的英美法系的研究犯罪成立的有关理论也有所涉及,此外还对原苏联等社会主义国家刑法的犯罪构成理论有关部分做一定研究。通过这些方法,求得能够比较全面和深入地对我国社会主义刑法的犯罪构成理论作有一定深度的分析。

第一章 犯罪构成理论现状

第一节 外国犯罪构成理论概述

一、大陆法系的理论

西方大陆法系刑法学的主要犯罪论体系基本是以犯罪构成要件理论为基础构建起来的。作为刑法基础性理论的构成要件论,虽然总的来说它基本是一个基本理论范畴,但在构成要件理论的内部还是有许多具体区别。这些区别反映论者不同的哲学观和刑法观犯罪观,并且最终影响其对刑法种种基本问题的观点和刑法理论体系的建构。因此这些区别并不是简单地对构成要件理论的不同认识,而是影响整个犯罪论体系构建的原则性区别,因而有必要对其区别做若干研究,以便廓清其理论性质,为下一步深入研究作铺垫。

(一) 构成要件概念的来源与演化

根据德日学者的考证,学者们一般均认为,犯罪构成概念及其前身构成要件的概念的理论渊源,来自意大利刑法历史上的 *Constatere de delicti* 概念(其大意是“犯罪的确认”,属于诉讼法上的概念),其后由德国刑法学家提出 *Tabbestand* 概念并不断对该概念加以充实和改造,尔后才逐渐形成当代大陆法系刑法学中的构成要件概念^①。日本刑法学界基本是学习和借鉴了德国刑法的体系,但

^① 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1998年版,第60页以下。

是其首先使用“构成要件”这个汉字词语表达德国刑法中的Tabbestand概念,使这一刑法理论范畴具有了汉字的外形和基本语意。苏联刑法学界提出的犯罪构成概念显然是直接脱胎于大陆法系的构成要件概念,但是具有其自己的独创性,且与构成要件概念有着本质区别。

在我国社会主义刑法学中,犯罪构成概念或构成要件等词语直接采用了日本刑法学的汉字形式,但基本内容则直接来源于原苏联刑法学。当然,我们的犯罪构成概念也具有自己的理论特色。

在刑法学方面,与犯罪构成相对应的刑法理论概念,目前各国大概有三种不同情况。一种是德国日本等国使用的构成要件概念,其义首指作为犯罪基底的客观行为之诸组成内容要素,同时也是犯罪成立的条件之一;第二是意大利使用的典型事实概念,其刑法理论不使用犯罪构成或者构成要件的概念,而是用典型事实概念表达刑法规定的具体犯罪组成条件,但典型事实概念的性质和作用基本与构成要件相同^①;第三是我国社会主义法域地区(我国实行资本主义法的台湾地区情况基本与德、日刑法相似;香港、澳门特区所适用法律属于英国和葡萄牙法系,基本不使用犯罪构成概念)和原苏联、东欧等社会主义国家(俄罗斯目前的犯罪构成概念仍基本延续原苏联刑法理论的犯罪构成概念^②),其义指决定犯罪成立的全部条件。

对犯罪构成这个概念来说,一直有意见认为其语义不够准确。我认为,就概念的名称优劣而言,犯罪构成一词确实有一定缺陷,主要是其语义反映的只是组成犯罪的组成要素,而且基本含义是一种事物的构成观,如果采用望文生义的理解,这个概念容易导致

① 【意】杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》,法律出版社1998年版,第100页以下。

② 薛瑞麟著:《俄罗斯刑法研究》,中国政法大学出版社2000年版,第118页以下。

对犯罪的性质和内容的一些不适当理解。但是就概念的内涵而言,这个概念经过长期演化已经在很大程度上中国化了,它的内容已经基本包括了所有犯罪成立的组成要素和理论内容,因此在刑法学目前对其把握早已经走过了外表阶段而进入实质认识的今天,继续再对这个称呼问题提出疑问的实际意义不大。我们目前的主要问题,就是把精力集中在对其实质的研究上就可以了,因此在约定俗成的情况下继续使用这个概念还是比较适当的。

(二) 构成要件的理论分类

大陆法系中的构成要件分类的概念,大致有两种,一种是指根据构成要件自身的性质而对不同的构成要件进行分类,这主要是对构成要件在法的实用方面作用的分类^①。这种分类不是本书研究的内容。另一种是根据不同学者对犯罪构成所作的理论研究而进行的分类^②。本书基于研究犯罪构成基本性质的目的,在此进行的是后者性质的分类,即根据犯罪构成理论的不同性质所进行的分类。不过鉴于过去常用的那种按照学者的观点对犯罪构成进行理论分类的做法难免将注意力集中在不同学派观点上,而对犯罪构成理论自身发展演变的源流相对缺少注意的情况,本书改为按照构成要件理论的发展进程和其自身性质的演变轨迹进行分类的方法,以便能够突出构成要件概念从形式化逐步向实体化和拟人化发展的基本理论走向。按照这个分类方式,本书将犯罪构成的理论性质简要划分为三大类。

1. 纯客观行为轮廓的构成要件论:贝林格早期的构成要件理论

众所周知,刑法学中的构成要件的概念和理论是德国著名刑法学家贝林格于18世纪中叶首先提出的。需要指出的是,当时在

① 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1998年版,第92页以下。

② 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第96页以下。