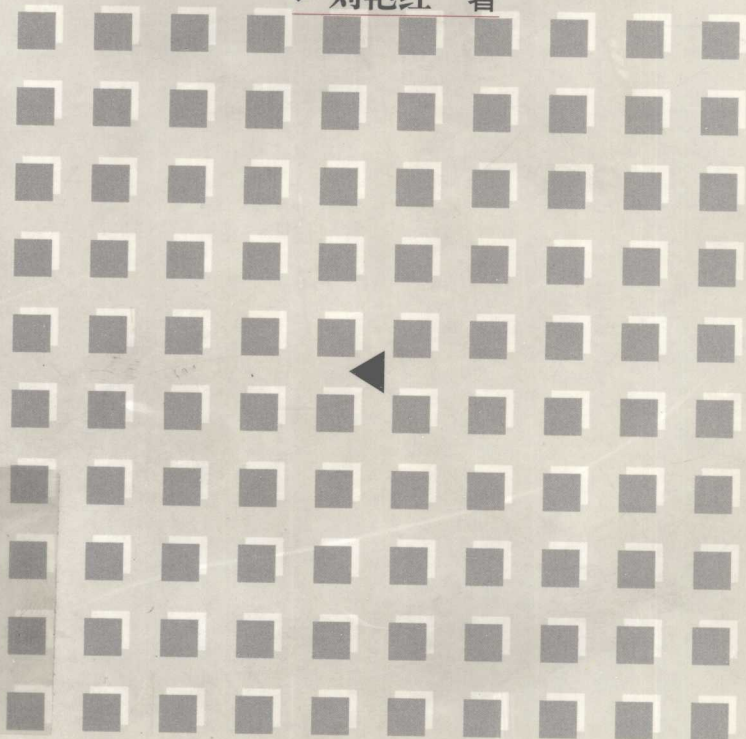


开放的犯罪构成要件 理论研究

◆ 刘艳红 著



中国政法大学出版社

开放的犯罪构成要件理论研究

刘艳红 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

开放的犯罪构成要件理论研究/刘艳红著. - 北京:
中国政法大学出版社, 2002.7

ISBN 7-5620-0943-0

I. 开… II. 刘… III. 刑事犯罪-犯罪构成-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 048395 号

书 名 开放的犯罪构成要件理论研究
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 850×1168 1/32
印 张 14.5
字 数 350 千字
版 本 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷
印 数 0 001—3 000
书 号 ISBN 7-5620-0943-0/D·0893
定 价 29.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆ ☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

该项目得到霍英东教育基金会资助

作者简介

刘艳红，女，汉族，1970年10月生，湖北武汉人。1992年及1998年，先后于中南政法学院获法学学士和法学硕士学位；2001年于北京大学法学院获法学博士学位。自1992年大学毕业至今，一直在中南政法学院（现为中南财经政法大学）任教，现为该校法学院副教授，武汉大学法学院博士后流动站研究人员。1999年、2000年连续两届荣获北京大学“微软（Microsoft）奖学金”；2000年荣获北京市第六届“君合律师人才奖学金”；2002年荣获教育部第八届“霍英东教育基金会青年教师基金”资助奖励。2002年5月，赴德国萨尔大学（Saarland University）做访问学者，研究欧洲与德国刑法。曾在《法学研究》、《中国法学》等期刊发表学术论文40余篇，出版个人专著《罪名研究》（中国方正出版社2000年版），另合著作品5部。

内容简介

犯罪是符合刑法中所规定的构成要件的行为，构成要件因而是法律上的犯罪类型。开放的构成要件是刑事立法与刑法理论均无可回避的一种构成要件类型。由于立法者未能详尽地描述构成要件的各要素，仅根据刑法规范对构成要件的文字描述尚无法判断行为是否犯罪，还需要法官进行其他补充判断的构成要件，便是开放的构成要件。这种构成要件类型是配合罪刑法定主义由严格走向松弛而推陈出新的刑法构成要件规定方式。我国刑法学界没有研究过开放的构成要件理论。本文通过历史的、比较的、理论的、实证的方法，论证了我国刑法承认开放的构成要件之必要性及其范围和适用条件及方法。提倡根据开放的构成要件之特点由法官补充适用刑法，将刑法的适用重心从国家主权者移向法官。承认开放的构成要件理论，有助于拓展和深化我国刑法犯罪构成理论的研究；有助于改变实践中僵化理解罪刑法定原则和机械操作刑法条的做法；有助于改变目前我国刑法的适用完全操控于最高司法机关司法解释的不正常状态，并确立以法官自由裁量权为中心的刑法适用体制；有助于从刑事实体法的角度为我国的司法体制改革提供支持。

目 录

引 言	(1)
第一章 开放的构成要件理论之发展	(7)
第一节 Hans Welzel 的创建	(7)
一、封闭的构成要件	(8)
二、开放的构成要件	(9)
三、对 Welzel 观点之分析	(17)
第二节 Claus Roxin 的观点	(27)
一、开放的构成要件具有违法征表功能	(28)
二、开放与封闭的构成要件区分标志不明确	(29)
三、违法性要素同样具有行为描述功能	(31)
四、对 Roxin 观点之总结	(33)
第三节 我国台湾学者的看法	(35)
第二章 开放的构成要件理论之本质	(38)
第一节 学说的分歧	(38)
第二节 构成要件与违法性之间的关系	(41)
一、构成要件与违法性关系之理论发展	(41)
二、构成要件与违法性关系之通说	(52)
第三节 开放的构成要件理论本质	(54)
一、开放的构成要件之实质	(54)
二、构成要件违法性判断之机能障碍	(56)

2 目 录

三、结论：开放的构成要件之必须	(71)
第四节 规范的构成要件要素与开放的构成要件	(77)
一、违法性要素与规范的构成要件要素	(78)
二、规范的构成要件要素与开放的构成要件	(81)
第三章 开放的构成要件与我国刑法犯罪论体系	(91)
第一节 审视我国刑法犯罪构成理论	(91)
一、两种犯罪论体系之概略	(91)
二、评价两种犯罪论体系之主要观点	(95)
第二节 我国与大陆法系犯罪论体系之辨析性思考	(104)
一、构成要件该当性之对应性分析	(104)
二、违法性之对应性分析	(109)
三、有责性之对应性分析	(112)
第三节 我国与大陆法系犯罪论体系之还正性剖析	(114)
一、两种犯罪论体系性质之澄清	(114)
二、两种犯罪论体系逻辑结构优劣之辨别	(122)
三、结论	(144)
第四章 我国刑法中开放的构成要件之界定	(146)
第一节 开放的构成要件的概念及内涵	(147)
一、开放的构成要件的概念	(147)
二、开放的构成要件的内涵	(152)
第二节 开放的构成要件的消极外延	(159)
一、开放的构成要件的排除情况	(160)
二、社会相当性作为开放的构成要件判断原理 之反对	(166)
第三节 开放的构成要件的积极外延	(181)
一、不真正不作为犯	(181)
二、过失犯	(192)

三、目的犯	(200)
四、情节犯	(210)
第四节 开放的构成要件与相关范畴之区分	(242)
一、开放的构成要件与封闭的构成要件	(242)
二、开放的构成要件与空白的构成要件	(243)
三、开放的构成要件与修正的构成要件	(255)
第五章 开放的构成要件之罪刑法定机能	(260)
第一节 问题的提出	(260)
第二节 刑法类型化概念与法治国原则之哲理	(265)
一、旧派与新派的罪刑法定主义及构成要件理论	(266)
二、折衷刑的罪刑法定主义与开放的构成要件	(274)
三、形式及实质的法治国与开放的构成要件	(284)
四、小结	(294)
第三节 刑事立法技术与法治国原则之实践	(295)
一、刑事立法局限性之客观必然	(298)
二、刑事立法工具——语言特性之反映	(301)
三、“明确性”概念模糊性之体现	(306)
四、(刑)法理反对过分明确之结果	(313)
第四节 结论	(320)
第六章 开放的构成要件之适用	(329)
第一节 刑事司法的历史与现实透视	(330)
第二节 刑法(构成要件)适用体制之分析	(338)
一、司法解释适用体制之弊端	(338)
二、司法解释适用体制之实质	(358)
第三节 开放的构成要件之适用理念:实用主义	
刑法观	(368)
一、实用主义法哲学之要义	(368)

4 目 录

二、实用主义刑法观的建立：以开放的 构成要件为基础	(381)
第四节 开放的构成要件之适用体制	(400)
一、法官解释体制的确立	(400)
二、法官解释体制的内容	(406)
三、相关问题的解惑	(411)
第五节 开放的构成要件之适用方法	(420)
一、法律阐释原理分析	(421)
二、目的犯之漏洞补充：目的性限缩	(423)
三、不真正不作为犯、过失犯、情节犯与法律解释	(431)

引 言

犯罪构成是刑法理论的基石，罪刑法定是法治国的基本原则。我国刑法确立了罪刑法定原则之后，如何在不违背该原则的基础上适用刑法中的犯罪构成要件，是一个急需解决的理论和实践问题。从以往刑法学界对犯罪构成问题的研究中找不到解决这一问题的答案；刑事立法和司法实践对罪刑法定原则的教条化理解和机械化操作，又极大地偏离了法治国原则的人权保障和社会保护机能，并使司法丧失了作为司法的职能。开放的构成要件理论给了我们解决以上问题的钥匙。

根据大陆法系的犯罪论体系，成立犯罪必须具备构成要件该当性、违法性与有责性。依照一般学者的见解，行为具备构成要件该当性即具有违法性的征表机能，如果没有违法阻却事由，违法性即可认定。但是，德国学者汉斯·威尔哲尔先生则提出，刑法中的构成要件得分封闭的构成要件与开放的构成要件。在封闭的构成要件情况下，构成要件具有违法性征表机能，如果行为满足了构成要件该当性且无违法阻却事由，行为即能认定违法。在另外一些情况下，由于立法者未能详尽地规定被禁止行为的各构成要素，构成要件并无违法性征表机能，行为即使无违法阻却事由也不能认定其违法，是否违法还需要法官从一般的违法性判断或与其他要素的联系之中进行违法性要素的积极查明，来判断行为的违法性，这样的构成要件就是开放的。构成要件规定的不完

2 开放的犯罪构成要件理论研究

整性以及由此导致的违法性征表机能失效，进一步要求法官进行的价值补充判断，是开放的构成要件的最本质特征。

威尔哲尔的开放的构成要件理论提供了一个在刑法体系上新的观察构成要件与违法性之间关系的思考方向，开辟了研究构成要件与违法性之间关系的新视野。该理论将构成要件与违法性的关系，作了与一般封闭的构成要件情形完全不同的效果，使得构成要件与违法性之间建立了一种全新的、更深层次的关系。同时这种细密思考的体系结构，也拓展了对于违法性要素的理解，它一方面界定出与构成要件无关的要素，另一方面则促使在整个刑法体系中违法性由何而来问题的思考。凡此种种，对于构成要件理论的发展，予以正面的助力，使得刑法的体系非但能够在各层次有其设定的理由，而且也有紧密的关系。

在目前国内外的刑事法学领域，开放的构成要件尚是一个令人耳目一新的刑法理论。

英美法系刑法采用判例法制度，因而其对犯罪构成的某些要件虽然也是法定的，但却明显带有要件形成过程中所具有的诉讼程序上的性质特点，因此，它们的犯罪构成要件在实体上的理论性并不很强，也不存在所谓开放的构成要件的概念。在大陆法系国家，对这一问题展开系统研究的也只有德国，其他各国鲜有论及。

对我国刑法理论而言，开放的构成要件更是一个全新的范畴。目前我国暂无学者研究过这一理论。我国刑法学界对犯罪构成要件理论的研究主要集中在几要件的问题上，集中在对犯罪论体系的批判与重建上。研究犯罪构成要件问题的学者们纷纷忙于抛出自己的所谓新犯罪论体系，而置这一体系在实践中旺盛的生命力于不顾。这注定了犯罪构成要件理论的学术研究与司法实践需要的脱节。尤其是1997年新修订的刑法典明确规定了罪刑法

定原则是我国刑法的基本原则之后，这种脱节更加明显。构成要件具有罪刑法定机能，如何在遵循罪刑法定原则的前提下适用刑法分则的构成要件，成为刑事司法实践需要解决的当务之急；而另一方面，刑法学界对犯罪构成要件问题的探讨仍停留在以往层面上，难以为现实的需要发挥指导性作用。

为了开拓一种全新的研究犯罪构成要件问题的视野，推进我国刑法学界对犯罪构成要件理论问题的研究，更为了满足刑事司法实践之需，并解决因犯罪构成要件理论研究与司法实践需要脱节而产生的刑法适用中的种种问题，于是有了本文的写作和研究。通过借鉴德国刑法中开放的构成要件理论，以解决我国刑法理论和司法实践中存在的问题。

虽然我国的犯罪论体系与大陆法系有所不同，但是，根据我国的犯罪构成理论，同样存在着在因构成要件的规定不完整而导致的违法性判断的非自足，因此同样存在着开放的构成要件。一些犯罪根据刑法规范对构成要件的字面规定，还不能确定其是否违法——就我国犯罪论体系而言也就是指是否犯罪，还需要法官根据犯罪的一般原理或者具体各罪的成立特征等因素加以补充。过失犯的预见义务、不真正不作为犯的作为义务、未规定目的的犯，以及情节犯等，都属于开放的构成要件。

用罪刑法定主义的构成要件明确性原则衡量，开放的构成要件并不违反罪刑法定主义。现代罪刑法定主义已脱离了早期严格的形式主义特点，已由严格走向松弛，由绝对走向相对。开放的构成要件正是配合罪刑法定主义的发展，而推陈出新的刑法构成要件规定方式。它与罪刑法定主义具有内在统一的深厚哲理基础。从构成要件明确性原则在立法技术上的实现可能来说，开放的构成要件更没有违背罪刑法定主义。

承认开放的构成要件概念，还必然带来我国刑事司法观念的

改革，刑法适用体制的转换。

开放的构成要件之开放性是针对法官而言的，它需要法官对刑法条的解释补充适用。而我国目前的司法实践并非如此。以往及现在，我国的刑事立法者和司法实践部门认为，可以制定一个确定的、永恒的刑法规则体系，只要从这个体系出发，然后再通过纯粹的逻辑运算，一个包罗万象甚至连每个细节都完美无缺的法律体系可以推导出来。概括的旧刑法到“统一”和“完备”的新刑法，再到最高司法机关对“完备的”新刑法颁布的大量司法解释，都充分体现了这一点。国家立法机关及最高国家司法机关，总是力图将刑法中的构成要件精确化，力图对刑法典条条解释、字字说明，惟恐有所疏漏！在刑法分则的各个主要罪章中，莫不因为有司法解释的公布而停止其适用，致使刑法典空有其表，毫无适用的余地。刑法的适用变成了司法解释的适用！层出不穷的司法解释不但使刑法典被虚置被架空，也导致法官根本无权解释刑法法条，法院和法官的职能日益萎缩甚至被细则化立法性质的司法解释所完全消解！刑事司法日益陷入僵化的境地，刑事立法也日益陷入 19 世纪概念法学的桎梏之中！罪刑法定主义日益失去其应有的活力，蜕变为僵化理解及机械适用刑法条的代名词，蜕变为最高司法机关颁发一个又一个司法解释的最好理由！这种极端追求罪刑法定明确性的做法导致的极端轻视司法的倾向，可以说是对历史上长期存在的片面发挥刑法的保护机能的矫枉过正！

现代法理告诉我们，经验立法本身所具有的滞后性决定成文法是不可能对无尽的个人犯罪行为的各个方面、成立犯罪的各种条件都去调整。为了对有害于社会正常秩序的行为加以禁止，就需要用开放的犯罪构成的立法方式加以规定，并由法官加以补充适用。开放的构成要件及其适用原理要求我们把刑法与生活联系

起来，提倡法官运用自由裁量权而非依照精密的成文性规定——如司法解释——适用刑法，从而将刑法的适用重心从国家主权者移向法官，这是一种实用主义刑法观的建立。通过确立以法官自由裁量权为中心的刑法适用体制，来改变我国“刑法的适用=司法解释的适用”的不正常现象！

于刑法而言，开放的构成要件不是关于构成要件的简单命题，而是现实本身，它具有实践的性质；它注意构成要件要素的多重性和非确定性，从而挣脱了传统构成要件理论的限制。它为构成要件理论的研究提供了新的视角、方法和理论基础。这一学说不是对现有构成要件理论大厦的摧毁，也不是对现有理论的补充和增加，而是对现有犯罪构成理论的拓展和深化。开放的构成要件使刑法在具备了稳定性与相对的明确性的同时，又能兼顾到社会多变性与灵活性，对开放的构成要件予以补充适用的司法官则是解决刑法典的稳定性与社会发展之间矛盾的协调者。承认构成要件的开放性，并倡导法官的裁量适用，才能使刑法的发展与社会同步。总之，开放的犯罪构成所具有的灵活性、时代性、多样性与实用性，使法官能及时根据实际案例予以决断，不仅辅助了刑法、补充了刑法而且还可以纠正刑法、发展刑法、创造刑法，从而推动了刑法内容的完善。

较之于刑法理论上的意义而言，开放的构成要件所具有的重要的诉讼意义上的机能更是不容忽视。司法体制改革是当前我国法治建设的最重要内容。要推进司法体制改革，就要“从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权”。如何确保审判独立，社会各界尤其是法学界和各级法院的法官进行了广泛地讨论。司法改革的核心是法院审判体制的改革，而法院审判体制的改革在于法官作用的发挥。但显然，仅仅从诉讼法的角度论述法官中心作用的发挥是不够的，实体法也应该为这种改革提供

支持。具体到刑法，很少有认为犯罪构成还会与法官作用的发挥联系起来，开放的构成要件则为这种联系提供了桥梁的作用。适用开放的构成要件要求法官对刑法条文进行解释，要求建立以法官及其自由裁量权为中心的刑法适用体制。法官将会有更大的舞台和更多的机会从事审判活动，而不至于被最高司法机关的司法解释所操纵。这有利于法官主动性的发挥，有利于法官素质的提高，也有利于法院审判体制的改革。同时，开放的构成要件还有利于刑事诉讼程序法的发达和保证正义的充分实现。“刑事实体法与刑事诉讼法之间的关系是一个在设定实体法时必须被考虑的问题”。我国现行刑法司法解释作为一种细则化的刑事立法，极大地限制了刑事诉讼程序法的发达。大量蔓延的司法解释压制了法院和法官的职能，扭曲了司法过程的性质，不利于程序正义的实现。因为“程序的正义在于选择”，司法解释恰恰剥夺了法官诉讼过程中的选择权。通过提倡开放的构成要件观念，并进一步要求法官对它的补充适用，使法官行使自由裁量权以选择适合于个案的判决，这既是程序正义的实现途径，也是推动刑事程序法发展的必然之路。通过刑法对开放的构成要件理论的承认及运用，使被我国刑事实体法异化了的刑事司法恢复其本身的特色。

开放的构成要件观念及实用主义刑法观的提倡，是将犯罪构成的理论上升到我们整个刑事法观念的变革，既包括刑事法理念之革新，又包括刑事司法实践观念与制度之革新。它是一场应该发生在刑事法领域的根本的新的认识转换。

“文章合为时而著，歌诗合为事而作”。如若本文的研究能达其目的之一二、能稍许改变我国刑事司法实践中存在的痼疾，则足矣！

第一章 开放的构成要件理论之发展

第一节 Hans Welzel 的创建

根据大陆法系的犯罪论体系，犯罪是指该当于构成要件的、违法且有责的行为，因此成立犯罪必须具备构成要件的该当性、违法性与有责性。而对于其中的最基本条件构成要件的理解，直接影响到它与违法性之间的关系，进而涉及判断某一要素是否构成要件要素，并影响对违法性与有责性基本性质的界定。因此，如何看待构成要件的意义、本质及机能等成为认定犯罪成立的一个重要问题。依照一般学者的见解，行为具备构成要件该当性即具有违法性的征表机能，如果没有违法阻却事由，违法性即可认定。但是，德国学者汉斯·威尔哲尔（Hans Welzel, 1904—1977）对此有不同见解。他提出，刑法中的构成要件得分开放的构成要件与封闭的构成要件。在开放的构成要件情况下，构成要件并无违法性征表机能，是否违法需要法官对违法性要素的正面肯定；而封闭的构成要件具有违法性征表机能，如果行为满足了构成要件该当性且无违法阻却事由，行为即能认定违法，从而首次提出了开放的构成要件理论。他的这一理论是从以下几方面展开的：