

立法定量视域下的 情节犯研究

刘长伟 著



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

河南省教育厅2018年人文社会科学研究一般项目：
我国刑法犯罪定量模式及其走向研究(编号：2018-ZZJH-664)研究成果之一
河南省教育厅人文社会科学研究项目资助

立法定量视域下的 情节犯研究

刘长伟 / 著



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

立法定量视域下的情节犯研究 / 刘长伟著. —北京: 经济管理出版社, 2019. 5
ISBN 978-7-5096-6587-9

I. ①立… II. ①刘… III. ①刑法—立法—研究—中国 IV. ①D924.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 089097 号

组稿编辑: 高 娅

责任编辑: 杜奕彤 高 娅

责任印制: 黄章平

责任校对: 张晓燕

出版发行: 经济管理出版社

(北京市海淀区北蜂窝 8 号中雅大厦 A 座 11 层 100038)

网 址: www.E-mp.com.cn

电 话: (010) 51915602

印 刷: 北京玺诚印务有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 720mm×1000mm / 16

印 张: 10

字 数: 148 千字

版 次: 2019 年 5 月第 1 版 2019 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5096-6587-9

定 价: 58.00 元

· 版权所有 翻印必究 ·

凡购本社图书, 如有印装错误, 由本社读者服务部负责调换。

联系地址: 北京阜外月坛北小街 2 号

电话: (010) 68022974 邮编: 100836

前 言

情节犯作为因《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）对犯罪的定量因素采取“立法定性又定量”模式而产生的一种犯罪形态，从立法设置到司法认定都具有浓郁的中国色彩。在理论上对之进行系统的研究具有重要的理论意义和实践价值。本书在充分考察国内外两种犯罪定量模式的基础上，通过批判性地借鉴现有的研究成果，对情节犯的立法设置、理论构造和司法认定中的基本问题进行了深入的分析和论证，使理论上对情节犯的研究达到更深的层次。全书除了引言之外，共分为四章内容。

引言部分主要阐述了本书的选题背景、研究价值、国内外的研究现状以及本书的研究方法。首先，情节犯作为我国刑事立法的产物，与刑法价值、犯罪概念、刑法的基本原则、犯罪构成、犯罪形态等刑法的基本范畴均有着密切而又特殊的关联。在理论上和实践中都存在着一系列的问题，需要进一步厘清和探析。其次，我国理论界对于情节犯的研究相对分散，而且不够深入。域外刑法理论因为其立法模式不同于我国，其在理论上对定量因素的研究思路和研究成果并不能直接为我国所用。最后，在分析评价研究现状的基础上，指出本书的研究价值和基本的研究方法。

第一章为情节犯的理论定位与概念。第一节是对中外刑法两种不同的犯罪定量模式的介绍和评价。在阐明两种不同的定量模式及其异同的基础上，分析了导致这种差异的原因，并对我国犯罪定量模式的理论缺陷进行了详细的分析，指明“立法定性、司法定量”模式是我国立法模式改革的目标。第二节是对情节犯与我国《刑法》犯罪定量模式的关系的论述。根



据我国《刑法》对于犯罪定量因素的立法方式,可以将现行《刑法》分则中的罪名划分为三类。情节犯属于第二类犯罪,说明情节犯是我国立法模式特有的产物,这也决定了情节犯在犯罪定量立法模式下的理论定位。第三节是对情节犯概念的界定。在对犯罪情节进行界定和分类的基础上,分析了我国理论界在三个层次上对于情节犯的理解,并指明本书对情节犯采取的是狭义说的立场。最后,阐明了情节犯的基本特征。

第二章为情节犯的立法设置及完善。第一节主要评价了情节犯的立法演变和立法特点,分别对1979年《刑法典》和1997年修订《刑法》后的情节犯的分布、设置方式、特点进行了归纳和说明。第二节分析了情节犯在立法上所具有的价值,同时也详细阐明了情节犯在立法上所存在的缺陷,如立法上的不明确、不均衡、设置缺乏科学论证以及自然人主体和单位主体处罚不公正等。第三节是对情节犯乃至整个现行刑事立法模式的改革所提出的完善建议。至此,本书的研究已经超越了立法技术层面,是站在整个立法模式转变的立场上,从总则中犯罪概念的调整到现有立法模式下三类犯罪如何转变均提出了自己的看法。

第三章是情节犯与犯罪构成理论辨析。第一节论述的是不同犯罪定量立法模式下的犯罪构成理论。首先,介绍了大陆法系的犯罪构成理论及其与立法模式的关系,并对大陆法系国家在司法定量时对轻微行为出罪的理论依据进行了评说。其次,是对在我国刑法理论上占据通说地位的犯罪构成理论的合理性及其所存在缺陷的论述,并指出情节犯之情节在我国犯罪构成理论中如何定位以及是否要求在主观上有认识,是理论争议的焦点和难点。第二节是对“情节严重”的理论定位与主观认知的分析和论证。主要对关于此问题的主要学说进行了介绍和评价,这些学说包括非构成要件说、整体性评价要素说、罪体—罪责—罪量说、消极的构成要件说、客观的处罚条件说和区别对待说。通过比较分析,本书认为区别对待说具有重要的借鉴价值,但也有值得商榷的地方。本书采取区别对待说对情节犯之情节的区分方式,将情节犯之情节以是否属于犯罪构成的评价范围为标准划分为两种情况,并分别分析了不同情况下的主观认知问题。

第四章为情节犯的认定。本章内容是对情节犯认定的一般理论和认定时两个基本而又重要的问题所做的论述。第一节论述的是“情节严重”或“情节恶劣”的存在范围和认定的标准，为情节犯的认定提供一般性的理论支持。第二节是对情节犯未完成形态的分析。首先，指明了情节犯的犯罪形态；其次，介绍和分析了理论上关于情节犯是否存在未遂形态的争论，并表明了本书的立场；最后，对情节犯未遂形态的条件和处罚做了论述。第三节是对情节犯与司法解释的关系所做的论述。首先，指出在我国司法体制下司法解释存在的合理性与必要性；其次，分析了有关情节犯的司法解释所存在的问题；最后，对如何完善司法解释提出了建议。

本书的创新点为：第一，在研究的思路，本书始终将情节犯定位于我国《刑法》立法定量的模式下进行研究。理论界对于情节犯的研究大多采取“头疼医头、脚疼医脚”式的研究思路，即仅就情节犯而研究情节犯，也有部分学者从开放的构成要件等其他角度对情节犯进行论述。本书有别于这种传统的研究思路，从我国《刑法》对犯罪定量因素的立法模式出发，始终把情节犯视为立法定量的产物，对情节犯从基本概念的界定、立法特点、设置方式以及立法完善，到情节犯在犯罪构成理论中的体系定位，再到情节犯的未完成形态等问题进行了详细的分析和论证。本书对情节犯在立法方面所提出的完善建议，更是立足于我国《刑法》的整体立法模式的转变，所提建议也超越了情节犯本身，涉及《刑法》分则中的所有类型的罪名。正是由于研究思路在宏观上的不同，笔者相信本书对情节犯所得出的结论也有别于传统的观点。

第二，对于情节犯与罪刑法定原则明确性要求的关系提出了新的见解。从我国《刑法》对犯罪定量因素所采取的立法模式出发，本书把分则条文对各具体犯罪罪状的规定，在理论上划分为定性部分和定量部分。那么，情节犯与罪刑法定原则明确性要求的问题在这里也就转化为两个具体的问题，即定性部分与明确性的关系问题和定量部分是否违反明确性的问题。本书认为，情节犯定性部分的规定是否明确问题，在情节犯与明确性要求的关系当中更具有决定意义。所以，对于情节犯是否违反了明确性要



求也就不能一概而论,应该根据《刑法》的具体规定进行区分。如果《刑法》对情节犯定性部分的规定比较模糊,如《刑法》对非法经营罪的规定,实行行为本身比较抽象,并且采用了兜底性条款,那么该罪的设置就违反了罪刑法定原则明确性的要求,需要在立法上作出调整。相反,如果刑法对情节犯定性部分的规定清楚明确,那么,即使对于犯罪定量部分采用“情节严重”或“情节恶劣”这样的模糊性表述,在中国特定的立法环境下也不应当认为违反了罪刑法定原则明确性的要求。当然,那些对犯罪定性部分的规定的明确程度介于这两者之间的情节犯,应当被认为违反了刑法明确性的要求,只是没有第一种情形严重而已,在我国目前的司法环境下需要通过司法解释的方式来弥补其明确性的不足。

第三,对于情节犯之情节在理论上的定位,本书以“情节”是否超出犯罪构成的评价范围为标准分两种情况进行论述。对于超出犯罪构成评价范围之情节的理论定位和主观认知问题,本书虽然借鉴了我国学者区别对待说的基本立场,但是,对于一些具体问题的分析在理论上有所突破。例如,本书认为并不是所有的基于刑事政策考量的定罪情节,行为人在主观上都不需要对之有认识。针对最高人民法院和最高人民检察院基于刑事政策考量对情节犯之情节所做的司法解释,我们应该结合实行行为的性质和刑法学的基本原理进行具体分析。对于相关司法解释对某些情节犯之情节所做的规定,在主观上需要行为人具有认识或者认识的可能性。

第四,本书对情节犯未遂形态的分析同样以“情节”在理论上的不同定位而区分为两种情况。其一,如果情节犯之情节在犯罪构成的评价范围之内,那么这种情形的情节犯在理论上就存在着犯罪未遂的可能性。其二,如果情节犯之情节超出了犯罪构成的评价范围,那么这种情形的情节犯只有犯罪成立与否的问题,并不存在犯罪的未遂形态。也就是说,如果情节犯之情节是最高人民法院和最高人民检察院基于刑事政策的考量作出的,那么,这种情节事实一旦发生就构成情节犯,如果没有发生就不成立,而不是情节犯的未遂。

目 录

引 言	1
一、研究背景与意义	1
二、国内外研究综述	3
三、研究方法	10
第一章 情节犯的理论定位与概念	12
第一节 中外刑法犯罪定量模式述评	12
一、中外刑法犯罪定量模式概览	12
二、中外刑法犯罪定量模式之比较	19
三、我国犯罪定量模式的缺陷	23
第二节 情节犯与我国《刑法》犯罪定量模式的关系	27
一、我国《刑法》中犯罪定量因素的立法方式	27
二、情节犯在我国犯罪定量模式下的理论定位	30
第三节 情节犯的概念	32
一、犯罪情节概述	32
二、情节犯的定义	37
三、情节犯的特征	40



第二章 情节犯的立法设置及完善	43
第一节 情节犯的立法设置与演变	44
一、1979 年《刑法》中的情节犯	44
二、1997 年至今刑事立法中的情节犯	47
第二节 情节犯的立法价值与缺陷	52
一、情节犯的立法价值	52
二、情节犯的立法缺陷	56
第三节 情节犯的立法完善	63
一、总则中犯罪概念的调整	65
二、第一类犯罪的立法完善	68
三、第二类犯罪的立法完善	70
四、第三类犯罪的立法完善	79
第三章 情节犯与犯罪构成理论辨析	80
第一节 不同定量模式下的犯罪构成理论	80
一、大陆法系犯罪构成理论概述	80
二、大陆法系司法定量的理论依据	82
三、立法定量模式下的我国犯罪构成理论	85
第二节 “情节严重”的理论定位与主观认知	89
一、非构成要件说	91
二、整体性评价要素说	93
三、罪体—罪责—罪量说	95
四、消极的构成要件说	96
五、客观的处罚条件说	97
六、区别对待说	99

七、本书立场.....	100
第四章 情节犯的认定	106
第一节 情节犯之情节的存在范围和认定标准.....	107
一、情节犯之情节的存在范围.....	107
二、情节犯的认定标准.....	113
第二节 情节犯的未完成形态.....	116
一、情节犯的犯罪形态概述.....	116
二、情节犯的未遂形态问题.....	117
三、情节犯的预备形态和中止形态问题.....	121
第三节 司法解释与情节犯的认定.....	122
一、情节犯的司法解释及其意义.....	122
二、情节犯的司法解释存在的问题及完善对策.....	125
参考文献	129
后 记	147

引言

一、研究背景与意义

情节犯在逻辑严密的刑法理论体系中可以说是牵一发而动全身的，它与刑法学的基本理论均有着密切的联系。从《刑法》的价值、《刑法》的基本原则、犯罪概念、犯罪构成到犯罪形态、刑罚裁量等，这些《刑法》的基本范畴都能在情节犯中体现出独特的价值和性质。此外，在中国的语境中，情节犯还与刑事政策学、法文化传统、社会学等相关学科有着深刻的关联。可以说，情节犯是刑法理论中一个看上去不太起眼的大问题。但是，我们也必须十分客观地承认，情节犯在我国尚未得到理论研究的足够重视，情节犯在绝大多数情况下仅仅以“概念”的身份或面目出现在我国的刑法理论中，理论工作者对它研究的宽度和深度均十分有限。同时，域外刑法理论中也没有直接相关的理论可供引用和参考。在当今中国，各种社会关系不断深入并迅速发展，新的社会矛盾和社会问题不断涌现，《刑法》修正案不断颁布，社会公众的价值观念也正在发生重大变化，司法公正特别是刑事司法公正受到越来越多的关注。作为生长于社会现实之中并具有独立价值的刑法理论，自然也面临着如何在社会变迁中调适、深化以发挥自身功能这样一个重大而迫切的任务。总之，在上述各种宏观和微观背景下，对情节犯进行深入系统的研究，无论是在理论上还是在实践上均具有十分重要的意义和价值。

对情节犯进行深入、系统的研究，在理论上首先有利于对《刑法》进



行科学的解释。情节犯在我国刑事立法中占有相当大的比重,如何科学解释这些罪名是刑法学研究的基本任务。这样做,一方面可以及时总结情节犯在立法上的经验;另一方面也可以发现刑事立法关于情节犯的设置所存在的不足和缺陷,并提出完善建议。其次,刑法的基本理论具有一定的抽象性,只有深入细致地研究情节犯与罪刑法定原则、犯罪概念、犯罪构成、犯罪形态的关系,才能深刻理解情节犯的本质,深化刑法理论研究,使两者相得益彰。最后,从中国特殊的法文化传统、法律体系、犯罪构成理论等角度出发,可以论证情节犯存在的合理性与价值,以及其发展的方向或归宿。同时,对域外刑法特别是大陆法系刑法中蕴含的犯罪成立定量思想的相关理论,如可罚的违法性、客观的处罚条件等进行辨析,可以促进情节犯理论的自省,并为情节犯的研究提供有益的借鉴和参考。

对情节犯进行深入、系统的研究,首先,在实践上有利于准确地认定情节犯的成立范围。由于《刑法》对于情节犯定量因素的规定,是用“情节恶劣”“情节严重”等用语进行表述的,而且《刑法》对于情节犯实行行为的规定也并非没有问题。在这种情况下,只有对情节犯进行科学、透彻的分析,才能为司法机关认定情节犯时所遇到的问题,如情节犯未完成形态的范围等实践中的难点问题提供合理的参考,使司法机关在对情节犯进行认定时,做到不枉不纵。其次,在实践中认定情节犯时,如何保障司法机关自由裁量权的合理行使也成为一个重要而又现实的问题。最高人民法院和最高人民检察院大量的相关司法解释应该如何评价,司法解释与自由裁量权的行使究竟应该如何协调等,都值得在理论上进行系统的研究。只有如此,才可以通过构建有效的机制,防范和化解自由裁量权被不当限制或滥用的风险,使刑法的保护机能和保障机能协调发挥。最后,司法机关只有准确合理地掌握情节犯的基本理论,才能有效地结合法条的规定和案件的具体情况,通过管控情节犯的成立范围及量刑的轻重,充分发挥情节犯的司法价值,以最为经济的司法成本实现有效化解社会矛盾、促进社会和谐稳定之司法目的。

二、国内外研究综述

(一) 国内研究综述

从总体上来说,我国刑法理论界对于情节犯所做的研究是相对分散甚至是凌乱的,并且研究的层次也不够深入。

从形式上讲,主要表现为以下几个方面:

第一,刑法学教科书对于情节犯的论述。这种研究方式出于对体系和篇幅的考虑,对情节犯的研究实质上是一种介绍性的表述,所涉及内容基本是情节犯的概念、特征等最基本的、通说性的知识。例如,陈兴良教授的《本体刑法学》一书,就情节犯的概念、积极价值、消极意义和认定等基本知识做了概括性阐述。在其构建的犯罪构成理论体系中,情节属于罪量的要素。张明楷教授在其《刑法学(第四版)》中将“整体的评价要素”作为情节犯“情节严重”和“情节恶劣”的指称,对“整体的评价要素”的性质、在构成体系中的定位及主观认识等基本问题做了简要的阐述。他认为,“整体的评价要素”在我国属于犯罪构成要件,既包括客观的要素,也包括主观的要素,但是行为人如果仅仅具有主观上的要素,那么,无论如何也不应当被认定为犯罪。同时,也只能对可能归责于行为人的违法行为及其结果追究责任,也即行为人必须对客观的情节要素存在主观上的认识或者认识的可能性,才有可能被当作犯罪来处理。

第二,专业性学术性期刊对于情节犯的研究。这是当前对情节犯研究的最主要也是最重要的研究方式,又可以划分为两种情况:其一,以情节犯为主题所做的专门研究。这类学术论文涉及的内容相对广泛和深刻。例如,一部分研究者从一般理论的角度就情节犯的分类、情节犯的价值、情节犯与罪刑法定原则和犯罪构成的关系、犯罪形态等问题展开论述。其中,有很多有代表性的论文对相关问题的论述非常深刻。其二,还有一部分研究者从《刑法》中抽取个别的、典型的情节犯作为标本进行分析,也



涉及情节犯的一般理论。虽然这些研究不乏真知灼见，但总的来说只是就作者关注的重点问题展开论述，只限于有限的点，体系性和系统性相对欠缺。这类研究虽然对情节犯着墨较少，但是从其他角度对情节犯所做的论述往往能够带给我们有益的启发。

第三，以情节犯为主题的硕士、博士学位论文对情节犯的研究。这种研究方式具有较强的体系性，层次也相对深入细致。其中，有直接以“情节犯”命名并从一般理论的角度进行研究的硕士论文，也有以某一类犯罪或某一个具体的情节犯为研究对象，从而对情节犯一般理论或具体情节犯个性特点展开论述的硕士论文。有多篇文章对情节犯相关问题的论述相当有见地。当然，也有很多值得进一步思辨的地方，有些争论的问题尚待进一步探讨。另外，以情节犯为研究主题的博士学位论文至今只有一篇，即我国学者李翔的《情节犯研究》，该文已经整理成书，由上海交通大学出版社于2006年出版。该书是目前为止对情节犯最为系统的研究，但是，笔者认为其体系安排和对具体问题所持的立场均有可商榷之处。从深度上来讲，该书对情节犯的挖掘尚留有很大的余地。除以上说明的这些，还有一些其他主题的硕博论文涉及情节犯，也具有一定的参考价值。

从内容上讲，目前对于情节犯的研究主要涉及如下几个方面：

第一，情节犯的概念或者情节犯存在范围的争论。情节犯的概念是对情节犯存在范围或存在类型的概括。情节犯所包含的类型决定了情节犯概念的内涵和外延，所以，情节犯的概念和情节犯的存在范围所要表述的是同一个问题。关于情节犯中的情节的争议是其外延除了定罪情节之外是否包括量刑情节。如李翔在其博士学位论文《情节犯研究》中指出，情节犯可以划分为基本情节犯、加重情节犯和减轻情节犯，即情节犯之情节既包括定罪情节，也包括量刑情节。理论上也有不少学者赞成这种立场。这种观点的实质是把影响量刑的情节，也作为情节犯之情节。但是，有部分学者对此提出异议，认为情节犯中情节指的仅仅是定罪情节，它的范围不限于刑事法律的规定，但是不包括量刑情节。如刘艳红的《情节犯新论》认为，情节犯是以一定的概括性定罪情节为犯罪构成必备要件的犯罪。情节

犯的情节只起到决定行为是否具有有罪性的作用，其在立法上的规定形式并不局限于条文中所明确规定的有“情节”字样的事实，也包括虽然没有“情节”二字，但是属于其他的概括性定罪情节的情况，如行为所得数额较大、在客观上造成严重后果等。该观点着重强调情节犯之情节起的区分罪与非罪的作用，与量刑并无直接的关系，不应该包括所谓的情节加重犯和情节减轻犯。这种观点也是目前理论上的主流观点，即从定性的角度来界定情节犯中的情节。这种立场有利于对情节犯作出合理的限定，与其他犯罪形态也可以作出明确的区分。另外，对于刑事立法中表述的过失情节犯是否具有合理性的争论，叶高峰、史卫忠的《情节犯的反思及其立法完善》认为，所有的情节犯都是故意犯罪，即构成情节犯在主观上以犯罪故意为其要件。因为我国《刑法》关于犯罪过失的规定决定了过失犯的成立均以结果发生为要件，这也就在理论上排除了其构成情节犯的可能性。刘明祥教授的《论我国刑法总则与分则相关规定的协调》也指出，我国《刑法》分则所存在的同一法条规定两个情节犯，即从形式看其中一个是故意一个是过失，以及《刑法》分则中其他法条规定的过失情节犯，是立法粗疏或者是遗漏的表现，应该通过修订《刑法》的方式予以纠正。与之相反，崔光同的《“过失情节犯”之称谓确立及立法探究——以刑法 398 条过失泄露国家秘密罪为视点》指出，“过失情节犯”的立法在理论上具有某种合理性，是以重大法益为对象，为了保护社会、预防犯罪而做的选择。以《刑法》第 398 条所规定的过失泄露国家秘密罪为标本，讨论了过失情节犯在立法上存在的价值和问题，并主张在《刑法》双重机能的平衡下对“过失情节犯”的成立范围和刑事责任加以限制，具有很重要的意义。

第二，情节犯的立法规定是否违反了罪刑法定原则明确性要求的论争。情节犯因为《刑法》规定的概括性和模糊性，面临着立法明确性的质疑，即情节犯是否违反了刑法明确性的要求。如果认为有关情节犯的立法违反了罪刑法定原则明确性要求，那么就不具有存在的合理性。正如刘亚丽《论情节犯》一文所言，《刑法》对情节犯构成要件的规定，在实行政



为之后使用“情节严重”或“情节恶劣”来限定定量要素，看上去十分明确，符合明确性的要求，然而实际分析发现，其内容并不是可以直接确定的，需要司法机关对诸多的情节事实进行仔细的衡量、判断，这就必然导致刑事立法不足和刑事司法的混乱，违背现代法治观念。与之相对的是，李翔的《罪刑法定视野中情节犯之命运》指出：“无论从古典罪刑法定主义的人权保障精神，还是从现代罪刑法定主义的社会保护要求来看，情节犯与罪刑法定主义的要求都不相违背。情节犯不仅不会对罪刑法定主义造成冲击，而且恰恰相反，情节犯的设置正是对明确性要求的充分诠释，而且情节犯的设置也满足了刑法谦抑性要求。”上述这两种观点代表着两种完全相反的立场，是从整体上对情节犯与罪刑法定原则中明确性要求的判断，本书认为这种一刀切的做法失之宽泛。从宏观上来讲，情节犯的立法规定在中国这样一个特殊的国情下有其存在的合理性。但是，对于某些具体的情节犯由于立法技术原因确实违反了罪刑法定原则明确性的要求，需要加以完善。

第三，情节犯的合理性与价值的论争。有些学者对于情节犯的合理性提出质疑，除了以违法罪刑法定原则为理由之外，还有如下观点：陈兴良教授在《刑法哲学》中指出，中国的刑事立法为了避免烦琐，片面地去追求简明，最后总的结果也只能是《刑法》简而不明。在《刑法》中，“情节严重”的表述大量存在，可其内涵与外延却非常含糊，它在理论上发挥的可能是定罪情节的功能，也可能是量刑情节的功能，但是因为表达不清，限制了这些功能的发挥。叶高峰、史卫忠在《情节犯的反思及其立法完善》一文中也认为，因为情节犯所涉及行为罪与非罪的判定标准，从根本上说，应该交由立法解决，所以，对其构成要件的评价范围的界定，完全委之于司法机关的司法解释，实质是立法权的旁落。刘文的硕士学位论文《情节犯研究》指出，情节犯是中国特有的犯罪形态，为了与国际及其他国家和地区的做法接轨，我们需要在《刑法》中废除情节犯。从相反的立场出发，另一部分学者对情节犯的存在进行了辩护，如马改然的《情节犯存在之合理性》对上述观点进行了逐个反驳，其基本主张是情节犯的存在

在与刑法明确性原则的要求并不矛盾，并且还与中国平面式犯罪构成体系相符合，更重要的是情节犯与中国的法文化传统相适应，在中国有其存在的土壤，所以立法中设置情节犯是非常合理的。另外，李翔在其博士学位论文中对情节犯的价值也作了分析，认为情节犯有立法上和司法上的双重价值。立法上灵活多样，司法上有利于保障人权和保护社会。

第四，情节犯与犯罪构成理论关系的论争。情节犯与犯罪构成的关系所要解决的一个根本问题是，情节犯之情节在理论定位上是不是犯罪构成的一个要素。非构成要件说认为，《刑法》规定情节犯“情节严重”或“情节恶劣”才构成犯罪并不是构成要件，充其量是一种提示。不同学者理由也各不相同：高铭暄教授在其《中国刑法学》中指出，犯罪构成要件理论一般都包括四个方面，情节作为第五个方面显然是不合时宜的，况且在《刑法》分则中，有的条款只是把情节严重与否作为区分轻罪与重罪的标准。另外，由于《刑法》所规定的众多情节分属于不同的犯罪构成方面，由此也可以看出，情节和犯罪要件不是并列的关系。所以，情节不能作为构成要件要素。敬大力在其《正确认识和掌握刑法中的情节》一文中指出，犯罪情节绝不应被认定为犯罪构成的要件，犯罪构成要件是从面上来把握构成犯罪，犯罪情节是从度上来把握构成犯罪，它们在理论上的作用不相同。犯罪构成的每一方面都有自己的情节，情节是犯罪要件的下位概念。赵炳寿则在其《刑法若干理论问题研究》中认为，定罪情节是认定某种行为是否具备犯罪构成符合性的依据之一，但“情节严重”和“情节恶劣”在理论体系上并不是犯罪构成的要件。这种否定情节犯之情节为犯罪构成要件的观点在时间上产生的也相对较早，其后产生的各种观点大多都承认情节犯之情节在犯罪构成中的地位，但具体来讲主张又各不相同。张明楷教授认为情节犯之情节属于犯罪构成中的整体性评价要素，属于构成要件。陈兴良教授认为情节犯之情节在其所倡导的犯罪构成理论体系中属于“罪量”要素，是一个单独的构成要件。而另外一部分学者则认为情节犯之情节与正当防卫、紧急避险一样属于犯罪的消极构成要件。还有一部分学者主张借鉴大陆法系刑法理论中客观的处罚条件理论，认为情节犯