

本书由上海文化发展基金会图书出版专项基金资助出版
本书系上海市哲学社会科学规划课题“犯罪论体系比较研究与路径选择”研究成果



犯罪论体系 比较研究与路径选择



刘 源◎著



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

本书由上海文化发展基金会图书出版专项基金资助出版

本书系上海市哲学社会科学规划课题“犯罪论体系比较研究与路径选择”研究成果



犯罪论体系

比较研究与路径选择

刘 源◎著



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

· 上海 ·

图书在版编目(CIP)数据

犯罪论体系比较研究与路径选择 / 刘源著. —上海:
华东理工大学出版社, 2017.1

ISBN 978-7-5628-4841-7

I. ①犯… II. ①刘… III. ①犯罪学-研究-中国
IV. ①D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 263411 号

策划编辑 / 周永斌

责任编辑 / 李 骁

装帧设计 / 戚亮轩

出版发行 / 华东理工大学出版社有限公司

地址: 上海市梅陇路 130 号, 200237

电话: 021-64250306

网址: www.ecustpress.cn

邮箱: zongbianban@ecustpress.cn

印 刷 / 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本 / 710mm×1000mm 1/16

印 张 / 14.25

字 数 / 234 千字

版 次 / 2017 年 1 月第 1 版

印 次 / 2017 年 1 月第 1 次

定 价 / 56.00 元

版权所有 侵权必究

序

我国传统四要件犯罪构成理论始于 20 世纪 50 年代,具有深刻的苏联刑法理论的印迹,90 年代开始受到质疑,2000 年以后更被冠以“去苏俄化”的标签,面临被全面否弃的境地。与此同时,我国部分学者从积极方面论证传统理论的合理性,探索既有理论框架的合理性以及与中国刑法理论体系的“自洽性”。在这场论辩中,因立场的不同,学术观点被区分为“重构派”“完善派”和“坚持派”。观点冲突碰撞并没有使得传统四要件理论崩溃,相反,我们却从风格各异、纷繁复杂的学说比较过程中发现了传统理论的顽强生命力。

我们不否认中国刑法学的发展正体现出体系化、精细化、教义化与学派化知识转型的趋势,也不否认犯罪论体系的完善在一定程度上可以成为中国刑法学研究重新出发的原点,但刑法学始终是志向实践的科学,在理论研究过程中将目光在实践中巡回往返,才能更好地检视理论的生命力,才能确保生命之树常青。尽管犯罪论被冠以刑法学理论皇冠上的“明珠”,然而却并不等同于刑法学理论本身和全部。将犯罪论理论置于刑法学理论框架内考察其对于整个理论体系的合理性与适应性,才是犯罪论研究的基本方法。同时,虽然犯罪论的背后蕴含着确定的价值取向,然而,犯罪论作为判断犯罪与否的工具,理论分析工具的属性是犯罪论研究的起点。

引言

一直以来,犯罪论都被视为刑法学理论“皇冠上一颗最耀眼的明珠”,各国学者对其倾注了大量心血,构建了结构不同、形态各异理论体系。我国自20世纪50年代开始学习苏联刑法学理论以来,四要件犯罪构成理论在我国刑法学界长期占据通说地位。^①20世纪90年代末,随着我国刑法学者对外交流的不断增多,数量众多的德日英美等国外刑法学论著被引进国内,引发了激烈的思想碰撞,其中,作为刑法学重要理论基础的犯罪论受到我国学者的广泛关注,研究随之展开。近二十年来,我国刑法学者对国外犯罪论的研究无论是从广度还是深度上都取得了很大进展,在此基础上,不少学者提出以国外犯罪论体系改革甚至全面取代我国传统四要件犯罪构成理论。这当中,主张引进德日三阶层犯罪论体系的观点最为集中,态度也最为坚决。事实上,在很长一段时间里,对犯罪论的讨论还仅局限在理论研究层面,虽然对于传统理论究竟是采取完善、引进或是创新的争议始终存在,但司法实践部门却并未做出明确回应。2009年5月,由陈兴良教授、张明楷教授等编写的《2009年国家司法考试大纲》,以德日三阶层犯罪论体系(构成要件该当性、违法性、有责性)取代传统四要件犯罪构成理论,在刑法理论界引起了轩然大波。2009年6月,北京师范大学刑事法律科学研究院专门召开犯罪构成理论体系专题座谈会,对犯罪构成理论何去何从发表了意味深长的声明,指出“某些学者利用参与拟订国家司法考试大纲和编写相关配

^① 关于犯罪论的名称,我国刑法学称之为犯罪构成理论,也有学者直接称之为犯罪论。本书关于我国犯罪论的名称,犯罪构成理论和犯罪论含义相同。

套教材的职务便利,用在德日也还颇有争议的三阶层犯罪论体系替代我国通行的四要件犯罪构成理论体系,不符合中国实际及其发展需要,将会引起理论和思想上的混乱,给法学教育和司法实务带来严重危害”。这使犯罪构成理论之争再次成为学界关注的焦点。^① 由于国家司法考试已经成为法律职业的准入资格考试,这一变化似乎在一瞬间决定了颇有争议的各种犯罪论学说在未来的发展方向和优劣命运。自此,学者们纷纷立言著书表达自己的观点,并对其他主张提出批评与反击。坚持四要件犯罪构成理论的学者坚持认为,我国犯罪构成理论的发展方向应当是在坚持现行理论的基础上发展完善,并认为“那种不顾我国犯罪构成理论体系的历史延续性、现实合理性而简单地加以抛弃,并移植一个本身更存在这样或那样矛盾的体系的做法,必然会把中国刑法学引向歧途”。^② 坚持引进德日三阶层犯罪论的学者非但不认同这样的批评与指责,反而认为按照德日阶层式犯罪论能够防范刑法适用的危险,有助于发挥刑法的机能,繁荣刑法理论,便于国际交流,尤其在解决具体问题方面,比如在正当防卫可否和共犯与否等问题上,具有四要件犯罪构成理论无法比拟的优越性。^③ 各种观点甚嚣尘上,如雾里看花一般难以辨析。犯罪论又一次被推向风口浪尖,成为刑法学界关注的焦点。

犯罪论究竟何去何从,非片言只语就可决断,亦非简单地以“固守领地”或“拿来主义”就能解决。回到问题的本源,探索理论“来时路”,关照司法实践所需,才是解决理论出路的基本方法。

① 参见“北师大刑科院召开犯罪构成理论体系专题座谈会”,京师刑事法治网(<http://www.criminallawbnu.cn/criminal/>,2016年6月8日访问)。

② 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《刑法论丛》(第19卷),法律出版社2009年版,第11页。

③ 付立庆:“我国犯罪构成理论之重构:基本依托和意义所在”,载《法学评论》2008年第6期。

目 录

第一章	聚讼纷纭的犯罪论体系之争	3
第一节	“重构”“完善”与“坚持”三种观点的对立与交锋	3
第二节	“坚守抑或否弃”应徐徐图之	27
第三节	犯罪论发展的路径思考与研究范式厘定	33
第二章	犯罪体系比较研究:基于历史、现状及实践应用的分析	45
第一节	以德日为代表的犯罪论研究述评	45
第二节	英美法系犯罪论研究述评	55
第三节	我国犯罪论研究述评	57
第四节	犯罪论比较:同源概念之下理论分野的思考	65
第三章	犯罪论本体研究:以事物属性分析为视角	77
第一节	相关概念的厘定与比较	78
第二节	犯罪构成属性之评析	81
第三节	犯罪论理论工具属性的分析与展开	84
第四节	以司法效能为切入点的犯罪论研究之展开	92
第四章	理论工具应用过程视角下犯罪论体系比较与评价	105
第一节	德日犯罪论实践应用分析:以超法规事由为核心的 理论构建思路	105
第二节	英美犯罪论实践应用分析:以正反条件同时成就而	

展开的理论构造	123
第三节 我国犯罪论实践应用分析:以行为人主客观要素齐备 为理论视角	128
第四节 犯罪论选择的思考:基于理论形成条件和实践效果的 分析	135
第五章 我国犯罪论体系的道路选择	153
第一节 以体系分析为视角重新认识我国犯罪论	153
第二节 提倡构建两要件为核心的犯罪论	157
第三节 坚持刑事一体化的犯罪论构建视角	180
第六章 我国犯罪论的实践应用分析	
——以补全定罪根据形式化的缺陷为视角	187
第一节 犯罪论应用中定罪根据形式化的补全机制分析 ——以期待可能性理论的移植之争为例	188
第二节 犯罪概念对犯罪论应用的补全分析	195
第三节 犯罪阻却事由对犯罪论应用的补全分析	205
结语	210
参考文献	212
后记	219

“犯罪构成,一旦被学者精心设计(如德、日),就总是存在着忽视实践中的可能性并有湮没在纯理论迷雾之中的危险。历史证明,这是一种真正的危险。”

[法]勒内·达维

第一章 聚讼纷纭的犯罪论体系之争

犯罪论之争从现象上来看是关于引进国外犯罪论还是坚持传统四要件犯罪论体系的争论,实际上在一定程度上反映出刑法学界对我国传统刑法理论学说能否适应以及如何适应社会经济形势发展需要的忧虑。因此,这是一次非常必要和有价值的讨论。在这场讨论中,不少学者从批判我国传统四要件犯罪论开始,断言传统学说在逻辑结构、思维进路以及人权保障等方面均存在难以克服的障碍,提出或改造完善或解构重构的主张。当然,也有部分学者坚持传统犯罪论体系,认为当前无须引入域外学说代之。众所周知,犯罪论作为刑法基础理论中最重要的部分,不啻于刑法理论的基石与核心,现代刑法中的诸多重大问题都与其直接或间接相关,可以说,任何一名刑法学者的研究立场以及学术观点都与其对犯罪论的认识紧密相关。因此,对犯罪论的任何一种肯定或否定的观点都将不可避免地招致他人的赞成或反对。面对这场引起广泛关注的争论,孰是孰非,我们不用急于给出定论。因为对犯罪论如何选择的结论,应当建立在对基本理论问题加以澄清并充分认识的基础之上。唯有如此,我们才能对理论的优劣予以客观评析,才能在各种争论中做出取舍。

第一节 “重构”“完善”与“坚持”三种观点的对立与交锋

归纳我国刑法学界关于犯罪论的各种学说观点,大致可以分为以下模式和路径:一是“解构并重构”模式,既包括主张直接引进国外犯罪论取代我国传统犯罪论,也包括主张在借鉴域外理论的基础上重构我国犯罪论;二是“改造并完善”模式,认为传统犯罪论虽然需要完善和改进,但总体上是科学

合理的,可以通过增加犯罪构成要件或重新排列犯罪构成要件的方式完善现有理论;三是“坚持传统学说”模式,主张坚持传统学说,保持四要件不变。

一、“解构并重构”模式的观点与方案

为了更清晰地认识这一学说的基础和前提,我们有必要将相关学者对传统四要件犯罪构成理论的批判意见进行梳理,以了解他们的观点与解决方案。

(一) 对传统犯罪论的批判

1. 平面逻辑结构的劣势

有学者指出,我国犯罪论与英美犯罪论均属于平面型犯罪构成,这种理论的特点是:犯罪构成由具有等价性的要件组成,各个要件处于平面关系,行为要么符合全部构成要件,从而成立犯罪;要么一个要件也不符合,根本不成立犯罪。因此,要件的排列顺序并不重要,既可以从客观到主观排列,也可以从主观到客观排列,或者主客观要素混杂、不分先后,各要件之间处于平面关系,没有先后或位阶之分。在行为是否构成犯罪的分析中,哪一个要件为先、哪一个要件次之,并没有实质性区别。德日阶层型犯罪论则与之不同,它将犯罪成立条件区分为构成要件该当性(也称符合性)、违法性和有责性,由形式到实质、由外部到内部、由抽象到具体、由一般到个别、由定型到非定型、由客观到主观的逐层递进判断。其中,构成要件符合性是形式的判断、一般的判断、定型的判断;违法性是实质的判断、具体的判断、非定型的判断、客观的判断;有责性是个别的判断、内部的判断、主观的判断。根据阶层的体系,以上判断顺序绝不可能颠倒。不仅如此,阶层的体系使违法性与有责性处于不同层面,形成了“违法是客观的,责任是主观的”的定式,可以很好地解释诸如完全无刑事责任能力人杀人案件中为什么刑法不追究其刑事责任的理论问题。而我国传统犯罪论因为采用平面体系,使得犯罪构成符合性与违法性几乎等同起来,即凡是符合犯罪构成的行为,就具有刑事违法性;反之,则不具有刑事违法性。根据传统理论,我们在面对13岁少年或者精神病人的杀人、抢劫等行为能否正当防卫时,无论如何都难以得出自圆其说的结论。除此之外,阶层的体系还有利于避免刑法适用的危险,比如,构成要件该当性对应罪刑法定原则,有助于防范法律虽无明文规定也科处刑罚的危险;违法性对应法益保护原则,有助于防范仅凭行为主观恶性却不考虑其行为是否侵犯法益而科处刑罚的危险;有责性对应责任主义,有助

于防范不过问行为人主观形态即科处刑罚的危险。在谈到个案应用时,他们认为,阶层型犯罪论体系有利于检验个案,既可以节省精力,也可以避免遗漏应当检验的要件。比如,如果不符合前一个条件,就不必也不得判断后一个条件是否符合;又如,由于构成要件该当性是违法性的存在根据,因而,只要不具有违法阻却事由,就不需要积极地判断违法性,而平面的体系常常使司法人员反复就一个要件来回不断地分析判断。此外,传统犯罪论体系将犯罪客体作为一个积极判断要件,但在司法实践中,司法工作人员通常只对客观要件、主体的身份、故意过失等进行积极判断。^①

也有学者认为,阶层型犯罪论体系形成并发展于德国法治土壤,与德国刑事立法的历史与发展相契合,它的优点和长处只能在相应的法律环境下才能得到发挥和彰显。他们认为,阶层型犯罪论体系的特点主要有以下方面:其一,从犯罪成立之基本条件的逻辑关系看,德国通行的“构成要件该当性——违法性——有责性”的三阶层体系,在宏观上的合理性较为明显,分别体现了罪刑法定原则、法益保护原则以及责任主义原则;反过来,基于对三原则的刻意追求又推动了对体系不断进行调适。其二,从中观结构来看,德国体系在案件事实与刑法规范进行有效对接的司法技术方面,十分有利于解决共犯问题。比如,在德国犯罪成立体系中,如果采取共犯从属性说,则有利于解决因正犯不可罚而导致共犯(帮助犯和教唆犯)也不可罚,或者责任全部转嫁至共犯的不合理局面。其三,德国体系是适应保安处分的产物。由于德国刑法典始终沿袭甚至不断强化刑罚,与保安处分并列,分别适用同一“犯事”的立法根据,故德国学者们在对犯罪成立体系进行构造时,就必须适应这种立法及司法控制模式,遵从并服务于刑法之法定基本根据。从早期费尔巴哈等人的不法和罪责的安排,到贝林从不法中分离出来构成要件该当性,以至后来的种种体系,客观的不法和主观的罪责相统一的基本思路一以贯之,在这种立法体例和理论构造下,不法与责任两相分离(不法可能完全相同,但责任则天壤之别,责任取决于主观罪过及责任能力),决定了在不同层面获得符合性评价的不同“犯罪”,最终将获得完全不同的法律处遇。其四,德国犯罪成立体系不仅大量夹杂着形势政策的内容,将行为的客观生成机制、行为的责任形成机制、犯罪的特殊预防与一般预防等刑事政策内容统统纳入该体系之中进行考察,而且,德国刑法理论还存在一种非常

^① 张明楷:“犯罪构成理论的课题”,载《环球法律评论》2003年秋季号。

强烈的试图影响和指导刑事立法的倾向。因此,德国犯罪论体系的侧重点并非是考虑如何帮助司法完成规范与事实的对接,而是以生活实然行为作为建构体系的观念蓝本,从行为自身内隐外显的主客观事实特征而抽象类型化的概念,重在前瞻性地指导刑事立法对“犯罪”的合理规定。其五,在德日体系下确定行为人属于不法,尚无法确定行为人是否担责,因为行为的不法性质对于责任而言只具有必要条件意义,这是德国体系下话语的规制效果。比如,由客观违法性的理论形成了多层次犯罪概念,故在德国犯罪成立理论体系下,完全不负刑事责任能力人实施危害行为的,也应视为一种“犯罪”。与此相对应的是,对完全不负刑事责任能力人实施违法行为时进行正当防卫行为的肯定。其六,德国犯罪论体系出现了刑罚论融入犯罪论的发展趋势。由于在某些场合下,即使行为具备了构成要件该当性、违法性和有责性,也未必一定需要对行为主体施加处罚。因此,在德日体系中,为了实现处罚的合理性,在三阶层的该当性判断过程中,本身就需要考虑应罚性与需罚性。这就打破了犯罪论与刑罚论的天然隔阂,将应罚性与需罚性融合在犯罪成立理论中,已经成为德国犯罪论体系发展的重要方向。^①

就目前研究情况来看,关于德日阶层式犯罪论在宏观层面上逻辑结构立体化的特点,已经成为“重构论”展开的首要条件。

2. 人权保障机能的缺失

一般认为,现代刑法具有社会保护和人权保障两大机能。随着人类社会文明程度的不断向前发展,人权保障机能在刑法中获得了更多的关注,因此就有了“刑法既是善良者的大宪章,又是犯罪人的大宪章”的认识。^② 犯罪论作为刑法理论的基石,同样应当以社会保护和人权保障作为理论建构的指导思想和基本原则。

有学者提出,一直以来,人们习惯将定罪看成是法院进行的单边职业活动,由于只关注定罪的结果,而忽略定罪的过程,这种“重实体、轻程序”的传统定罪观念造成犯罪构成模式被仅仅从法官的角度进行构建。根本原因在于犯罪构成只是法官用以“定罪”的实体工具,而不是控辩双方用以对抗的实体工具。在现代法律文化背景下产生的犯罪论,应当是不同立场上的法律职业者在刑事诉讼过程中进行角力的实体规则体系,应当是建立在现代

① 冯亚东、邓君韬:“德国犯罪论体系对中国之启示”,载《国家检察官学院学报》2009年第1期。

② [日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树舟译校,上海翻译出版公司1991年版,第10页。

刑事审判控辩对抗基础之上的定罪规格或标准。定罪过程既是一种刑事实体活动,又是一种刑事程序活动,作为定罪过程理论架构的犯罪构成,就自然具有程序意义。刑事诉讼的基本框架是由横向的、共时性的诉讼构造和纵向的、历时性的诉讼过程建构起来的。作为定罪架构的犯罪构成,应当成为控辩审三方诉讼互动的实体平台。同理,犯罪构成模式应当表现为控辩审三方的刑事诉讼构造关系,使其成为三方都能平等使用的定罪工具,体现三方在定罪过程中的要求,即保障被告人辩护权的行使,最大限度地与控方对抗,这是犯罪构成模式的核心问题。以此为标准,我国犯罪构成理论模式是共时性的,不是历时性的,表现在它适应了我国以保护社会为价值取向的刑事诉讼构造和刑事诉讼过程,但随着我国刑事诉讼构造和刑事诉讼过程的人权化改造,这一模式必将无法承担作为定罪架构、定罪模式的使命。相反,包括大陆法系阶层式犯罪论在内的西方两大犯罪构成理论模式,都是将正面符合性要件安排在前,而将反面排除性要件安排在后,这显然渗透了法官在刑事诉讼构造中的程序保障价值。^①

还有学者提出,四要件都是积极、肯定的人罪规格,而正当防卫、紧急避险等违法阻却事由都排除在犯罪构成之外。在运用我国的犯罪构成理论认定犯罪是否成立的过程中,并未明确规定排除犯罪成立的否定性要件。这反映出我国在解决犯罪成立问题时,认识观上的单向性和重犯罪打击、轻权利保障的特征……我国的犯罪构成体系,则缺少了这种动用刑罚权时应有的慎重及对合法权益的关注,这又在一定程度上反映出刑法中权利保障、人文关怀精神的缺失。^② 有学者进一步指出,我国犯罪构成理论没有妥善处理形式与实质、控诉与辩护、客观与主观、经验与规范、静态与过程这五组独立范畴之间的关系。在谈到形式与实质的关系时,他们认为,传统犯罪构成理论将形式判断和实质判断同时进行,与思维规律并不符合,使一次性评价行为承载的使命过多,出现判断误差的可能性也就相应增大,司法的恣意自然增强。例如,由于刑法规定的阻却事由总是有限的,不可能完备无疑,对法律没有明文规定但实质上不具有违法性的行为(如被害人承诺的侵害、自救行为等),往往一旦出现形式上的侵害后果,司法人员就会倾向于做有罪处理。又如,将犯罪客体作为行为要件,使得实质判断过于前置,此判断一旦

① 刘远、葛进:“以人权保障为视角看犯罪构成”,载《法学》2005年第4期。

② 莫晓宇:“我国犯罪成立体系初探”,载《山东公安专科学校学报》2004年第4期。

完成,行为就被定性,被告人无法为自己进行辩护,体现了一种过分强调国家权力的作用,可能导致司法适用上先入为主的危险,不利于保障人权和实现法治。在谈到控诉与辩护的关系时,他们认为,按照传统犯罪构成理论,四个要件一旦“拼凑”成功,就可以得出个人有罪的结论,这样一来,犯罪构成就只能反映定罪结论,突出刑法的社会保卫观念,在保障人权方面必然存在制度性不足,所以,这一理论总体上是对控方有利的,也导致刑事案件控诉容易而辩护困难,尤其是出现诱惑侦查、免责但并不阻却违法性的紧急避险等情况时,个人要进行辩解,基本上没有可能。由于在犯罪构成理论上,不考虑例外情况,不考虑为辩护权利的行使留有余地,就会出现行为完全符合四个构成要件,但有罪结论明显不合理的情况。例如,亲属之间相互包庇、窝藏的,虽然符合刑法中窝藏、包庇罪的规定,但是并不是特别合理。即使在刑法中未规定“亲亲相隐不为罪”,也可以将类似行为出罪化,按照大陆法系的刑法理论,行为人可以在责任判断阶段做免责的辩解。^①

缺乏人权保障机能,已成为重构论学者批判传统犯罪构成理论的重要“武器”。如果确如重构论者所言,通说理论缺乏人权保障机能,则它就与现代刑法人权观背道而驰,必然面临被改造重构的命运。因此,人权保障机能应当成为犯罪论体系选择的价值前提。

3. 概念之间相互抵牾

关于犯罪构成与其他概念的关系,目前,我国学者主要从犯罪概念与犯罪构成的关系、正当化事由与犯罪构成的关系两个视角,对我国犯罪构成理论与德日阶层式犯罪论进行分析比较。

关于犯罪概念与犯罪构成的关系问题,重构论者认为,我国犯罪构成理论模式无法独立完成定罪功能,无法合格担当犯罪规格和标准的角色。因为在犯罪构成之外,还存在着社会危害性这样一个缺乏规范性的概念,犯罪成立的标准既有犯罪构成这一规格性标准,同时又有社会危害性这一实质性且非规范性标准,意味着犯罪构成其实只是在论证犯罪概念中的刑事违法性,而并不涉及社会危害性和应受惩罚性,这不仅影响了罪刑法定原则的实现,而且也给刑法理论造成了相当大的混乱。^② 还有学者认为,在大陆法系刑法理论中,犯罪概念被认为是符合构成要件的、违法的、有责的行为,这

① 周光权:“犯罪构成理论:关系混淆及其克服”,载《政法论坛》2003年第6期。

② 田宏杰:《中国刑法现代化研究》,中国方正出版社2001年版,第359页。

一表述不仅清晰地反映了犯罪的外部规范结构及内部价值蕴含,而且也与刑事审判的定罪过程保持一致,避开对犯罪社会危害性的表述问题,转而根据法律确认犯罪的过程及形式方面来进行概括,更具合理性。大陆法系关于形式化的犯罪概念不仅没有使得注释刑法学陷入形式法学的泥潭,相反使得法益实质内容有机会受到规范内的重视与关照,找到了一种将形式层面与实质层面统一与平衡的方法。我国刑法典中的犯罪概念是形式特征与实质特征的统一,实质特征处于主导地位,而形式特征处于从属地位。也就是说,社会危害性在刑法典规定的犯罪概念中处于决定性地位,而刑事违法性只是社会危害性的法律反映,不具有决定性作用。犯罪的形式特征与实质特征发生冲突时,即行为的社会危害性与刑事违法性不统一时,必然以社会危害性为最高标准。强调形式特征与实质特征相统一的犯罪概念受到了多方诘难:其一,刑法第13条规定的犯罪定义中,同时存在“社会危害性标准”和“刑事违法性标准”,同时使用必将导致互相冲突,势必影响罪刑法定原则在犯罪定义中获得完全彻底的体现,使犯罪这个基本定义乃至整个刑法典的科学性大打折扣。其二,犯罪概念强调实质合理性,而罪刑法定原则要求的是形式合理性,两者存在矛盾。在法治社会中,只有法律才能设置犯罪,也只有根据法律才能认定犯罪,立法机关划定犯罪圈和配置法定刑,应事先加以明文规定,司法机关只能在法律规定的范围内认定和处罚犯罪,而不能以法律之外的其他因素,如道德、社会危害性等作为认定犯罪的标准。其三,形式与实质相统一,难以处理好法的一般公正与个别公正的关系。刑事违法性易于体现一般公正,而社会危害性则更易于追求个别公正。在认定犯罪时,以法律为最高标准,以是否具有刑事违法性为根据,尽管可能使个别具有较为严重社会危害性的行为无法受到法律制裁,但这是维护法律尊严、实现一般公正所付出的必要代价。^①

关于正当化事由与犯罪构成的关系问题,有学者认为,正当化行为与犯罪构成之间的关系是刑法中正当化行为研究中不可回避的一个重要问题。由于各国法律传统各异、刑法理论迥然,不同国家和地区对于正当化行为在刑法中地位的认识存在很大差异。在我国刑法中,正当化行为在耦合式犯罪构成体系中的地位面临着困境,关于正当化行为是否应当纳入犯罪构成体系中,存在否定说和肯定说两种对立见解。在否定说中,有学者认为,正

^① 陈兴良、刘树德:“犯罪概念的形式化与实质化辨正”,载《法律科学》1999年第6期。