

*RESEARCH ON
THE CONSTITUTION OF CRIME*

犯罪构成 原论

修订版

杨兴培 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

RESEARCH ON
THE CONSTITUTION OF CRIME

犯罪构成 原论

修订版

杨兴培 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

犯罪构成原论/杨兴培著. —2 版. —北京:北京大学出版社, 2014. 11
ISBN 978 - 7 - 301 - 24869 - 0

I. ①犯… II. ①杨… III. ①犯罪构成—研究 IV. ①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 221337 号



书名: 犯罪构成原论(修订版)

著作责任者: 杨兴培

责任编辑: 陈康

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24869 - 0/D · 3680

出版发行: 北京大学出版社

地址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网址: <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经销者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 25.75 印张 382 千字

2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

*RESEARCH ON
THE CONSTITUTION OF CRIME*

犯罪构成原论

修订版序

在中国刑法学界,自 1958 年中国人民大学法律系刑法教研室薛秉忠等人翻译的前苏联刑法学者 A. H. 特拉伊宁所著的《犯罪构成的一般学说》一书出版后,犯罪构成就像一颗奇异的种子,在中国这块原不知犯罪构成为何物的土地上生根、发芽、开花、结果,成为一种方兴未艾的刑法理论体系和刑法求解方法。谁也不会料想到半个多世纪过去了,犯罪构成的话题仍然是今天中国刑法学界的热门话题,而且还没有过时的迹象。

拙作《犯罪构成原论》一书自 2004 年 1 月正式出版面世以来,倏忽间已经有十个年头了,直使人有感星光不居,岁月如流;虽往事如梦,一旦梦回当年写作时光,那时那刻有关犯罪构成思考和写作的情景依然历历在目,恍如昨日。《犯罪构成原论》一书 2001 年完稿以后,其间虽也还发表了两篇有关犯罪构成的文章,如“犯罪构成的立法依据”(《法学》2002 年第 5 期)、“犯罪构成的三个层次的分析”(《法学》2005 年第 5 期),觉得自己对犯罪构成的思考与写作可以告一段落了,对于这一话题,该想的都已想过了,该说的都已说过了,该写的都已写了,甚至想到如果以后他人再就这一问题进行讨论时,自己应当退守在遥远的岸边,仅仅去观看这一讨论过程中新的弄潮儿们再一次激起的波浪起伏,谈笑间面对风云,揣摩揣摩其中的真伪是非罢了。然而 2005 年、2006 年,刑法学者雪千里先生在《中国刑事法杂志》上接连发表文章,对犯罪构成中的客体问题进行再讨论。阅读之后,觉得还有些问题可以继续思考,还有些认识可以写出来与大家一起探讨。于是经过一段时间的准备,思绪再付笔端,并在 2006 年第 6 期的《中国刑事法杂志》上发表了一篇题为“犯罪客体:一个巨大而空洞的价值符号——从价值与规范的相互关系中重新审视‘犯罪客体理论’”的文章。紧接着因 2009 年国家司法考试大纲将原先一向定型的前苏联犯罪构成模式调整为大陆法系的三阶层犯罪构成体系,使得无数学子一

2 犯罪构成原理

时不知所措,引发了中国刑法学史上少有的有关犯罪构成命运的大争论,也使得关于前苏联式的犯罪构成理论利弊之争又一次成为整个中国刑法学界一个无法绕开的话题,也将犯罪构成的讨论再一次推向高潮,而笔者也被卷入这一刑法问题的讨论热潮中。在此期间,笔者接连发表了“中国刑法学对域外犯罪构成的借鉴与发展选择”(《华东政法大学学报》2009年第1期)、“犯罪构成的中国春秋”(《法学》2009年第9期)、“‘犯罪客体’非法治成分批评”(《政法论坛》2009年第5期)、“犯罪构成的中国化发展选择”(《法治研究》2010年第3期)。这些文章有的经过整理后与其他一些思想成果集结成为《“犯罪客体”的反思与批评》一书,由法律出版社2009年出版,有的被收录在《反思与批评——中国刑法的理论与实践》一书中,由北京大学出版社2013年出版。由此看来,笔者在20世纪末就选择了犯罪构成作为自己一个阶段学术思考的内容,也算切中了刑法学应当而且必须要高度重视的主题。十年过去了,自以为此书的理论意义与实践价值并没有过时,甚至自认为有点慧眼识要题的先见之明。当然,这种瞬间的沾沾自喜与在世界范围意义上的前贤先哲能在刑法的实体法领域破天荒地提出和构建犯罪构成这一有关犯罪成立的规格和模型所具有的意义和创举相比,简直有云泥之别,更何况十年时光仅仅是弹指一挥间。

中国之大,刑法学界精英荟萃,有关犯罪构成的讨论时时会激起浪花。以此推想,有关犯罪构成的讨论还会热烈地进行下去,这对于中国的刑法学界来说未尝不是一件好事。当然,2009年国家司法考试大纲考试内容的变动虽未正式实行,但由此引发的有关犯罪构成的讨论和给我国犯罪构成的发展模式如何选择留下的影响将是深远的,有关前苏联式的犯罪构成模式和大陆法系三阶层式的犯罪构成模式能否兼容并蓄,合成出一种新的构成模式,都将成为中国刑法学界未来一段时间内继续关注的重大理论话题。在中国,任何一个研习和想要研习刑法的人,都绕不开犯罪构成这一道关坎,无论是曾长期一统我国刑法学界的前苏联式四要件犯罪构成模式,还是目前已经悄悄登陆的大陆法系三阶层式犯罪构成模式,甚至本书极力提倡和努力论证的“杨氏两要件式”的犯罪构成模式,依然是刑事立法设定犯罪的一种规格和模型,是刑事司法认定犯罪的一种技术操作手段和刑法理

论解读刑法典章文本的一种分析工具。认识和理解了犯罪构成具有的这种功能属性,把犯罪构成看成是刑法的入门向导也并不为过。一般而言,虽不需要刑法学界人人都要提出自己独特的观点和理论,但每一个研习刑法的人,都需要对犯罪构成给予必要的关注,甚至作出暂时的选边站队。因此任何一个对犯罪构成进行深入研究、提出各种建设性意见并经受得起证伪的质疑,都是为刑法理论添砖加瓦,锦上添花,作为刑法学者何乐而不为?

岁月易得,别来行复十年。十年间我国的政治、经济、文化发生了很大的变化。但是相对于整个国家的巨大变化,由于受法律不过是社会生活写照的这一法理和现实的影响,刑法乃至刑法学多少有点保守和滞后的天然属性。因此,在刑法和整个刑法理论领域,如何提高我国的刑法观念有时比刑法的精湛技术可能更为重要;认识到最好的社会政策才是最好的刑事政策比选择采取哪一种犯罪构成模式可能更为重要;相对于政治、哲学、社会学,刑法学是处于下位的学科,但由于刑法毕竟属于生杀予夺的器具,使用这一器具的人是否拥有高尚的情操、仁和宽允的理念和谨慎细致的态度比犯罪构成器具本身可能更为重要。在这一问题上,当今世界上一些控制犯罪、认定犯罪和惩罚犯罪做得比较好的国家,其功劳绝不会归属于某种犯罪构成模式。我们利用犯罪构成来设立犯罪、分析犯罪和惩罚犯罪,毕竟不是为了希望看到犯罪像“野火烧不尽,春风吹又生”的野草那样生生不息。明白了这一点,我们就不会对犯罪构成寄以超出其实际功能的期许。因此,直到今天,在中国刑法学界对于犯罪构成的喜好,绝大多数人依然是把它放在刑事司法实践层面作为认定犯罪的一种技术操作手段作为自己的理论研究重点的,笔者也曾如此。然而当我们明白了刑法问题可以像其他很多问题一样,可以在观念、制度和技术三个不同层面有自己不同的追求,犯罪构成在刑事立法、刑事司法和刑法理论三个领域可以具有不同的功能属性,这可能是我们今天减少对刑法问题的很多不必要误解和不必要争论的一个重要切入点和认识基础。

在这样的理论背景下,承蒙北京大学出版社的青睐,笔者的《犯罪构成原论》得以修订再版,无疑给这一讨论又提供了另一个参考模本,应当说这是一件好事。十年前的著作,经过十年时间的检验如果被证明还没有过时,对于笔者来说不仅仅是一件幸事,而且也是一种时代

4 犯罪构成原论

的褒奖。要知道在整个刑法领域,由于注释刑法学的缘由,刑法著作的速朽是经常现象。然而也正因为这是一本十年前的著作,作为一种历史的文本,这次修订,尽可能保持了原有的风貌。当然原文本中由于本书的初稿是手写稿,以致录入时误读而存在一些错别字,为此心中一直惴惴不安。这次修订能够一一加以改正,也使笔者放下了一个负疚的心理包袱。

十年过去了,时下对于中国社会来说正经历着一个极其功利化、极欲物质化的进程,精神领域也经历着一场快餐式的消费过程,专业学术著作还能受到多大程度的欢迎,实在不敢寄予太大的期望。但相信在人类的发展进程中,人的精神发展和精神需要最终还会超越物质发展和物质需要而指引人走向未来。青山挡不住,毕竟东流去。也正是这种精神的产生、精神的存在和精神的需要才是使人真正成为人的一个重要起源之因、追求之因和发展之因。由此联想到,在人类的发展长河中,唯有精神的东西才是不朽的。

年岁已长,所怀万端,时有所虑,虽不至于通夜不眠,但“古人思而秉烛夜游,良有以也”当为榜样引领。然观古今刑法学人,鲜能以观点和理论长久自立或独树一帜而不备受争议。本书能否也算有一些观点,能否算形成了一种理论体系,自当接受刑法学界诸同仁的批评、检验和定判。

杨兴培

2014年6月28日星期六

谨识于上海华东政法大学

前 言

犯罪构成,是刑法理论上的一个专有术语和常见范畴,也是刑事立法设定犯罪的一种规格、模型和刑事司法认定犯罪的一种技术手段和刑法理论解读刑法典章文本的一种分析工具。就刑法学而言,它是一道必经的门槛,只有跨过这道门槛方能进入刑法理论的恢宏殿堂;同时,它又是一座险峻的高山,只有攀临这座高山方能俯瞰刑法理论的一马平川。

在刑法学犯罪构成领域,引导我们不断走向思想和实践深处的,不仅有先哲们为创建犯罪构成这一理论概念和理论体系而给我们留下的一串串未竟的脚印,而且还有处在当前时代条件下促使我们必须不断地进行思想探索和实践摸索的自我觉醒精神;是刑法理论上对它不断提出的诸多新问题,是现实生活中对它永远常新的司法新实践……

其实犯罪构成自从其诞生的那一天起,就伴随着刑法学者们无穷的思考和探索。反思、批判、超越,成为这一理论领域常见的现象。每一次理论的思考、讨论,甚至在讨论中出现的每一次争论,都在客观上促进了犯罪构成这一理论的向前发展。不管这一发展是鹅行鸭步,还是迅雷疾发,刑法学者们对犯罪构成这一理论现象,始终以极大的热情关注着它、思考着它、解答着它。所有这一切足以证明犯罪构成理论在整个刑法学领域所具有的特有魅力和强大的吸引力。对此,希冀建立一个完整、严谨、严密的理论体系者有之,宣称已经建立了一个科学的犯罪构成理论新体系者有之,时时想要以自己点点滴滴的思想浪花为这一理论现象折射光彩者有之,所有这一切又反映了在这一理论领域所呈现的热闹景象。

在我国,犯罪构成这一理论现象本属于“舶来品”。就历史而言,它发端于中世纪意大利的纠问式诉讼过程中,经过19世纪初大陆法系古典刑法学派学者们的精心移植改造而成为刑事实体法上的专有

2 犯罪构成原论

术语,进而形成一种理论现象。就现实而言,我国的犯罪构成理论概念和理论体系来源于前苏联的理论模式,虽经我国刑法理论的不断反思、批判和超越,但至今仍处处残留着前苏联犯罪构成理论模式的痕迹。一种理论一旦成型,形成一个“完整”的体系,就免不了会呈现出封闭性、保守性、排他性。我国现有的一些刑法教科书对犯罪构成从体系到结构、形式到内容,都“不假思索”地照搬抄袭前苏联模式的现象,清楚地反映了这一点。其实,同一事物在不同的人面前,具有不同的价值联系,因而会出现不同的语言符号表达系统。因此,犯罪构成的理论概念和理论体系本身也会呈现出多元化。人们站在多维的角度审视犯罪构成这一理论现象,形成不同的概念内容和结构体系,都将使每一种自视为完整和严密的犯罪构成理论体系遭受不同程度的冲击。每一个刑法学者越是想要建立自己的永恒不变的犯罪构成理论概念和结构完整的犯罪构成理论体系,就越会感到犯罪构成理论内容的浩繁和理论体系的纷杂。正因为如此,对犯罪构成的理论研究,在相当长的历史时期内将是无止境的。

步着先哲已经开辟的有关犯罪构成研究的理论通道,吮吸着前贤今人有关犯罪构成研究的理论营养,笔者也想加入到时下我国探讨犯罪构成者的队伍中来。虽然一想到先哲的诸多论断可谓备述已至,有关犯罪构成研究的论著可谓汗牛充栋,不禁常有望而生畏之感。但是又想到“一个人吃了什么饭,就该干些什么活”的古训,顿觉应该鼓足勇气,忝列于我国探讨犯罪构成者的队伍,使这一队伍能够多一个马前卒、炮边兵,上不负时代要求,下可记录自己长期思考的内容,又何不敢为也?

马克思曾说过:“辩证法不崇拜任何东西,按其本质来说,它是批判的和革命的。”^①透过对已有的有关犯罪构成论著的阅读和审视,特别是我国现有的有关犯罪构成理论的反思,不难发现,我国现有的犯罪构成的理论概念和理论体系充满着歧义。对于犯罪构成,只有站在理论的高度认识它、理解它,才能在实践的层面实践它、运用它。借助哲学的认识论、方法论和实践论的基本原理,对已有的犯罪构成理论从自我角度进行审视、反思和清理,从中寻找出产生各种矛盾、歧义和

^① 《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1972年版,第218页。

混乱的大概原因,通过分析、批判,自成一家之言,是任何一个有志于刑法学研究者的应有定向。“我”是一个什么人,无论对历史和现实来说,都是无关紧要和微不足道的。青史几千年,红尘数十载。但笔者是或曾是一个刑法学学人,吃过这碗饭,就应当有所酬报,记下点滴思考,留下几许观点,以供后人作参考,也是刑法理论得以繁荣的一个基本要求。对此,余心时常切记着。

有哲人说过:在思想家眼里没有理想的社会现实,因此,思想家一直在勾画着理想的社会模式。对于刑法理论者来说又何尝不是如此。在刑法学家眼里,以往的刑法理论总还存在这样或那样的不足之处,所以要反思、要批判、要超越。于是乎,一代又一代、一个又一个的刑法学者不断提出新的观点、新的理论。这又为新的刑法理论的发展起到了推动作用。对于犯罪构成的理论研究,先哲们留下的理论遗产中,不时被今人发现或认为存在某些错误;今人的理论观点和理论内容,也将会被后人发现或认为存在某些错误。但是,从辩证法的角度而言,错误总是比平庸更能够孕育和产生新的真理。因此,就犯罪构成的理论研究而言,我们还得感谢所有对犯罪构成作出这样或那样的深深思考、提出这样或那样的观点并进行这样或那样的理论阐述的刑法学先哲前贤,即使被认为是错误的观点,有时也会使我们发现真理的幼苗。

对以往犯罪构成的理论观点和理论内容的反思和清理,批判固然不难,但创新却谈何容易。好在刑法理论的海洋是容纳千流百川而成的。每一个关心犯罪构成理论研究的刑法学者,以自身的努力和进取精神,不断地进行思考和求解,相对正确和完善的犯罪构成理论观点和理论体系的形成是能够实现的。在接下来展开的理论研究中,笔者将努力展现自己对犯罪构成的思考和理解,并演绎自己对犯罪构成所形成的理论观点和理论内容。

杨兴培
2001年11月

目 录

第一章 犯罪构成的历史发展及其评价	1
第一节 大陆法系犯罪构成理论的起源、形成与发展	1
第二节 前苏联的犯罪构成理论及其评价	17
第三节 中国犯罪构成理论的沿袭与发展	32
第二章 犯罪构成的属性与功能	38
第一节 犯罪构成属性的观点、分歧和理论透视	38
第二节 我国犯罪构成属性的理论评析	43
第三节 对犯罪构成功能的认识与理解	46
第三章 传统犯罪构成要件的反思与重新评价	51
第一节 犯罪构成的要件组合概览与评价	51
第二节 对犯罪主体的反思与重新评价	53
第三节 对犯罪客体的反思与重新定位	75
第四章 科学犯罪构成的重新构建	106
第一节 犯罪构成重构的原则和设想	106
第二节 犯罪构成在刑法理论中的地位	111
第三节 犯罪构成的结构要件及其基本要素	115
第五章 犯罪构成的立法依据	130
第一节 社会利益的本质透视	130
第二节 社会利益分配中形成的社会秩序	134
第三节 社会利益存在形式和社会秩序运行中衍生的 社会危害性行为	138

2 犯罪构成原论

第六章 犯罪构成的主观要件	150
第一节 主观罪过的心理特征及其本质	150
第二节 《刑法》总则结构中的罪过形式与内容	160
第三节 《刑法》分则结构中的罪过性质与形式	183
第七章 犯罪构成的客观要件	196
第一节 客观危害的表现形式及其本质	196
第二节 认识错误的行为对客观要件的影响	202
第三节 客观要件中行为危险犯的理论评价	209
第四节 客观要件中的因果关系	226
第八章 犯罪构成与犯罪阻却事由	244
第一节 犯罪阻却事由的法律属性	244
第二节 犯罪阻却事由与犯罪构成的关系	252
第九章 犯罪构成与犯罪停顿状态	265
第一节 犯罪停顿状态的构成属性、构成要件和构成要素	265
第二节 犯罪停顿状态与犯罪构成的关系	273
第三节 两种“特殊”犯罪既遂、未遂状态的法理评析	277
第十章 犯罪构成与共同犯罪形态	289
第一节 共同犯罪的成立基础和成立标准	290
第二节 共同犯罪中身份犯的共同行为性质	304
第三节 共同犯罪人的分类依据与立法完善	316
第十一章 犯罪构成与一罪数罪形态	325
第一节 一罪的法律基础与事实基础	325
第二节 牵连犯的理论再思考	340
第三节 法条竞合的理论再思考	349

第十二章 犯罪构成的实践运用	363
第一节 对犯罪构成规格、模型的认识与理解	363
第二节 犯罪事实的事实判断与价值评价	374
第三节 犯罪构成的规范评价	386
后记	391

第一章 犯罪构成的历史发展及其评价

历史的进程从哪里开始,对历史的思维进程也应当从哪里开始。在刑法理论上欲对犯罪构成进行全面研究,进而对犯罪构成重新进行审视后,从而能够建立一个比较科学的、完整的犯罪构成理论体系,使之成为为刑事立法所能重视的设立犯罪的一种规格、模型,成为刑事司法所能运用的认定犯罪的一种操作模式,必须要对犯罪构成的形成、发展和现存的犯罪构成体系进行全面的回顾与反思。

第一节 大陆法系犯罪构成理论的起源、形成与发展

一、犯罪构成的起源与概念的形成

据学者们的考证与研究,犯罪构成,或称之为犯罪的“构成要件”一词最早来源于拉丁语 *Corpus delicti* (已被证明的犯罪事实),与 *Corpus delicti* 相关的另一词语是 *constare de delicti* (犯罪的确证),都是中世纪意大利纠问程序中所使用的概念。在当时的一般纠问过程中,首先必须调查是否有犯罪的存在(一般纠问),在得到存在犯罪的“确证”之后,方可对特定的嫌疑人进行纠问(特殊纠问)。*Corpus delicti* 一词最初由意大利刑法学者法利那休斯作为“指示已被证明的犯罪事实的东西”来使用的。它的意义主要是用于证明客观犯罪事实的存在,强调没有严格按照证据法则得来的“确证”,就不得进行特殊纠问(包括拷问)的原则,从而起到限制官衙主义的目的。这一具有刑事诉讼性质的 *Corpus delicti* 概念传到英美法系后,在有关口供、辅助证据

2 犯罪构成原论

方面,仍然使用着这一概念。^①

最早将 *Corpus delicti* 翻译成德语 *Tatbestand* (即犯罪构成或犯罪的构成要件)的是德国的刑法学者克拉因于 1796 年进行的。但是在克拉因那里,*Tatbestand* 仍然只是刑事诉讼意义上的概念。直到 19 世纪初,德国刑法学者施求别尔和费尔巴哈对犯罪构成进行了革命性的学术改造之后,犯罪构成才成为刑事实体法意义上的概念。但是当时还没有出现与今天完全一致的犯罪构成或构成要件的理论。*Tatbestand* 一词仅限于在犯罪事实或法律上制约成立犯罪的诸条件意义上加以使用的。而且,它又被分为一般构成要件和特殊构成要件,或者是主观构成要件和客观构成要件。

施求别尔在 1805 年出版的《论犯罪构成》一书中写到:“犯罪构成,乃是那些应当判处法律规定的刑罚的一切情况的总和,因为这些事实是同责任能力无关的。”^②在施求别尔看来,责任能力的概念包括一切主观因素,首先包括罪过。早期的刑事古典学派的刑法方法充分体现了刑法的民主原则,因此他们在研究刑法时,总是遵循严格的形式主义方法。俄国刑事古典学派代表人纳博科夫曾指出:“如果说刑法科学中的犯罪和刑罚是概念,刑事社会学中的犯罪和刑罚是社会现象,那么就可以明确地说明刑法科学的对象和刑事社会学的对象是有所不同的。”^③刑事古典学派正是把刑法怎样规定犯罪和刑罚与刑事社会学怎样研究犯罪和刑罚作为两个不同的范畴加以对待的。因此,把刑法中规定犯罪构成看成是一种设立犯罪的规格。继施求别尔之后而崛起的德国刑事古典学派的刑法大师费尔巴哈在 1813 年受委托草拟的《巴伐利亚法典》第 27 条中专门作了如下规定:“当违法行为包含依法属于某罪概念的全部要件时,就认为它是犯罪。”费尔巴哈并对犯罪构成下了专门的定义:“犯罪构成乃是违法的(从法律上看)行为

① 参见〔日〕小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社 1991 年版,第 2 页。

② 〔苏〕A. H. 特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社 1958 年版,第 15 页。

③ 〔俄〕纳博科夫:《刑法论文集》,1904 年俄文版,第 5 页。转引自〔苏〕A. H. 特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社 1958 年版,第 14 页。