

中国政法大学出版社

# 刑事法评论

陈兴良 主编

(2003)

CRIMINAL LAW REVIEW

第13卷

北京大学刑事法理论研究所 主办

# 刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第 13 卷 (2003)

陈兴良 主编

中国政法大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

刑事法评论. 第13卷/陈兴良主编. - 北京: 中国政法大学出版社, 2003.8  
ISBN 7-5620-2465-0

I. 刑… II. 陈… III. 刑法 - 法的理论 - 文集  
IV. D914.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 072072 号

书 名 刑事法评论(第13卷)  
出 版 人 李传敢  
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 787×960 1/16  
印 张 41.5  
字 数 780 千字  
版 本 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷  
印 数 0 001 - 3 000  
书 号 ISBN 7-5620-2465-0/D·2425  
定 价 68.00 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 zf5620@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。

本书法律顾问 北京地平线律师事务所

## 主编絮语

本卷是刑事法评论的第13卷。问世以来,至今已历6个春秋。学问是“交往”的结果,需要二三素心人甘于“冷板凳”之苦,需要一些志趣相投者的经常性交流。沙龙是有必要的,刑事法评论在某种意义上正是一个供刑事法理论爱好者畅抒己见、激烈交锋的沙龙。因此,我为评论一直以来倾力的理论品位打造和社会现实关注而欣喜,也为刑事法理论阵营的日益庞大而欣喜。回归正题,刑事法评论第13卷同样坚持刑事一体化的风格,兼顾本土研究和域外介绍,重视理论与实践的融合。

本卷的主题论坛为“犯罪构成研究”,编发了4篇文章。阮齐林的“评特拉伊宁的犯罪构成论——兼论建构犯罪构成论体系的思路”一文,以苏联特拉伊宁的犯罪构成论为研究样本,结合当时的意识形态背景分析特拉伊宁构成理论的可能贡献,进而探讨如何在犯罪构成要件论与构成因素论不易兼容的情况下构建我国的犯罪构成理论。杜宇的“犯罪论结构的另一种叙事——消极性构成要件理论研究”一文通过梳理大陆法系消极性构成要件理论的相关理论,分析其背景、基本意蕴及可能的体系意义。在此基础上,认为这一理论忽视了传统的构成要件该当性与违法性区分在观念、适用判断、刑事政策的意义和后果以及举证责任上的重要鉴别价值,建议在整体上维持传统体系并吸纳消极性构成要件要素。黄丁全的“犯罪论体系的构成性考察”从构成的角度重思犯罪论体系,全盘清点学说史中各个犯罪论体系,通过分析构成要件该当性、违法性与有责性的关系获得对犯罪论体系的再认识。徐雨衡的“两大法系犯罪构成的核心概念: Tatbestand 与 actus reus、mens rea——兼评两大法系的犯罪构成理论”一文选取两大法系犯罪构成的核心概念加以比较,即 Tatbestand 与 actus reus、mens rea,认为它们并没有实质意义的差别,仅仅反映二者在理性与经验、抽象与具体之间的对立。这种从核心概念出发的方法是对宏大叙事、大词法学的一个回溯,在今后的研究中应当加以提倡。在我看来,英美法系与大陆法系在犯罪成立要件上具有不同的传统,采取的是相异的进路。大陆法系犯罪成立要件包括构成要件该当性、违法性及有责性三个层次,层层递进;英美法系犯罪成立要件包括犯罪本体要件和合法辩护事

由。但殊途同归，两大法系犯罪成立要件均是正反相成，从而完成犯罪的认定过程，某种意义上，两大法系的犯罪成立要件呈现动态性，符合犯罪认定的客观规律。相比较而言，我国承自前苏联犯罪构成理论并加以改造形成的犯罪构成体系是一种涵括主客观四要件的平面静态体系，“一荣俱荣、一损俱损”。这种体系具有对称美感，简洁明快，但因其静态而在犯罪认定中难于适用。基于此理论背景，我们在第13卷的主题论坛专门对犯罪构成进行研究。

“刑事程序研究”中，我们编发了3篇文章。郝银钟的“检警关系制度原理论——以法治社会为样态的法理分析”一文关注刑事诉讼法学界的一个重要理论问题，对侦检一体化的价值构造、概念定位和异化现象进行了检讨，探讨了如何在一个法治社会构建检警关系，推动刑事司法体制的根本变革。赵岩的“刑事诉讼中的程序性裁判研究”一文，以诉讼中程序性裁判机制为切入点，以刑事诉讼为研究范例，分析和探讨了刑事诉讼中的程序性裁判问题，希图在我国刑事诉讼中建立完备的司法审查制度，通过诉讼实现权力救济，改造刑事诉讼体制。万毅的“侦查价值论”一文比较并检讨了两种主流刑事诉讼价值观，认为刑事侦查存在双重价值：自由与秩序为其目的价值，独立、中立、平等、参与、科学为其形式价值，倡导我国刑事侦查体制改革着力型塑一种目的价值与形式价值兼顾的新型价值观。专门编发刑事程序研究的论文，旨在激起学术界对学问实践品格的追问，坐而论道闭门造车，都难以切合中国实际问题。在北京大学刑事法论坛中，我一力倡导的就是对现实问题的学理思考和对策设计。从我们一向坚持的“重实体轻程序”传统来看，确有反思的必要，纸上的法规范进入社会生活需要一整套完备成熟的程序规程，因而加强刑事程序的研究在现阶段具有充分的必要。

“理论前沿”中，我们编发了4篇文章。邓子滨的“论刑事法中的推定”在第12卷已经刊发上篇，论及的是理论上的推定，本卷刊发下篇，即实践中的推定。通过变换视角、转换视域、界定机能，邓子滨从大陆法系的犯罪成立要件递进式结构出发，认为构成要件符合性、违法性、有责性逐级限定，与推定保护人权、维护秩序的机能契合。刑事政策是我一直关注的课题，刑事法评论第11卷、第12卷均曾展开过主题研讨。严厉的“刑事政策的模式建构”基于刑事政策要素的观念整合状态，引入韦伯的类型分析工具，将当代刑事政策切分为国家本位型、国家·社会双本位型和社会本位型三种模式，进而认为社会本位型是人类共同体向往和追求的理想。我们的刑事政策如何描述，应当定位在何处，这都需要对我国犯罪现象原因作出一个基本的判断，它将决定我们刑事法实践的指导思想与原则方针。刘忠的“民愤：躁狂与断裂——一种刑事法治立场的叙事”以民愤作为关键词，从多学科的角度审视民愤的内涵、功能、定位及其生成，认为民愤集中反映我国刑事法制度的深层次结构性缺损，以市民社会为背景坚持形式合理

性。车浩的“被遮蔽的世界：同居楼里的性和生育——对现代性问题的一个刑法学切入（以监狱为个案）”采取后现代法学的立场，由郑雪梨一案进入囚犯权利的探讨，从囚犯权利的具体探讨扩大视野论及治理技术和权利异化，并以现代性的反思完成了一次刑事法视域内的叙事。

“域外传译”栏目编发了德国慕尼黑大学法学院C4讲座教授许乃曼的“德国不作为犯学理的现况”（陈志辉译）一文，对当代德国不作为犯学理进行了系统梳理，认为Jakobs和Freund自规范主义论证不作为犯的保证人地位存在逻辑论证的内在缺陷，提倡以刑事政策的需求作为实务见解的指导标准并发展支配原则作为上位的对等原则。行为理论是犯罪论的核心，而不作为犯的解释是行为论中的难点。许乃曼教授高屋建瓴的论述能否为国内学者认同，均有待学理的进一步发展。

“域外视野”中编发了2篇论文。刘红的“非专业人员与刑事司法：英国治安法官和中国基层法院的法官”一文从产生程序、组成、培训和审判结果比较了英国治安法官和中国基层法院法官的不同，认为司法公正的实现和司法改革的进行需要正视本土实践与法治传统，重在“做”而非“说”。邱传忠的“司法视域中的精神病人监护治疗——美国民事收容制度探析”一文，以民事收容的渊源与沿革为背景，重点介绍了美国民事收容制度，这对于我国收容制度的完善和刑事法配套制度的建设颇具借鉴意义。同时，在孙志刚事件之后探讨这样一个问题更显独特的现实意义。

“专题研究”中编发了7篇论文。付立庆的“超越与缺憾——苏力《一个不公正的司法解释》总置评”一文是对苏力文章的质疑，在质疑的同时从公共政策的角度对作为公共知识分子的苏力表达了感谢与提醒。这种学术界多视角的交融与探讨是我一直倡导的，只有问难中才能追求学术的继承与超越。储槐植、蒋建峰的“过失危险行为的犯罪化与刑法谦抑——兼从三维刑事法网视角思考”一文参与到过失危险犯的论争当中，分析了过失危险行为犯罪化的正当性，构建了三维刑事法网的模型来加以评价。以此为标准，文章对我国刑法过失危险犯的法条现状进行了分析，提出了如何完善我国刑法过失危险犯的立法设计。欧锦雄“‘特定义务产生三根据说’之提出”一文，针对不作为犯中的特定义务产生根据，提出应当从三个层面寻求其根据：法哲学根据、规范渊源根据、事实根据。姜先良的“论刑法中的非法占有目的”对刑法学界一直以来较为集中讨论的非法占有目的从立法论、解释论和证明论进行论证，对目的犯的理论澄清和实践认定不无借鉴价值。周光权的“特殊防卫权研究”从特殊防卫权的立法合理性出发，提出特殊防卫权适用存在适用有限性、防卫合目的性、防卫紧迫性、防卫相当性等原则，对防卫起因、主体限定和防卫人说服责任等具体问题进行了探讨。劳东

燕的“刑事一审程序的功能审视和结构反思——一种个案的视野”一文，选取个案作为分析视角反思我国刑事一审程序的功能与结构，呼吁重建我国刑事诉讼体制。冀祥德的“未决羁押法律控制”一文，通过对国内外未决羁押制度的客观分析，针对我国存在的现实问题，提出构建未决羁押制度的基本原则与具体构想。

编辑之余，几句话不吐不快：一是关于研究风格的问题，我以为，理论刑法学与规范刑法学应当并重。更确切地说，后者是前者的基础和前提，忽视规范现状和规范发展的理论刑法学无异于闭门造车、空中楼阁。单纯的规范刑法学如果仅仅停留在注释的程度，便仅仅是“六经注我我注六经”，故需要一个理论提升的过程。这一点不仅仅对刑法学如此，对刑事法学同样适用。二是知识分子对社会生活的适度介入，这种适度介入一定意义上是一个立场的问题。台湾学者殷海光曾经提出：一个真正的知识分子必须只问是非，不管一切。一个知识分子为了真理而与整个时代背离不算希奇。评论编发的诸多文章正是对当代社会问题的理性关注与对策设计，何谓适度。如果知识分子对问题的介入导致迷失自我，我以为可以作为一个判断过度的标准。

又一卷刑事法评论即将付梓，惟愿刑事法评论的阵营更为壮大，惟愿中国的刑事法治更臻完善！

陈 兴 良

谨识于北京蓝旗营寓所

2003年6月26日

# 目 录

|                |     |
|----------------|-----|
| 主编絮语/陈兴良 ..... | (1) |
|----------------|-----|

## [犯罪构成研究]

### 评特拉伊宁的犯罪构成论

|                                    |      |
|------------------------------------|------|
| ——兼论建构犯罪构成论体系的思路/阮齐林 .....         | (1)  |
| 一、法定的、形式的、分立的构成因素论 .....           | (3)  |
| 二、实质的、综合的、事实的犯罪要件论 .....           | (6)  |
| 三、特拉伊宁的广义犯罪要件论与狭义构成因素论转换的结合点 ..... | (11) |
| 四、理论风格的成因和学术倾向 .....               | (12) |
| 五、建构犯罪构成论体系的思路 .....               | (15) |

### 犯罪论结构的另一种叙事

|                                              |      |
|----------------------------------------------|------|
| ——消极性构成要件理论研究/杜宇 .....                       | (22) |
| 一、消极性构成要件理论的催生背景：构成要件观念的扩张及其与违法性关系的紧密化 ..... | (23) |
| 二、消极性构成要件理论的基本意蕴：犯罪论结构的瓦解与重述 .....           | (27) |
| 三、消极性构成要件理论的诊断分析：传统体系维持的必要与可能 .....          | (29) |
| 四、消极性构成要件理论的批判重塑：消极性构成要件要素之发现与提倡 .....       | (36) |

### 犯罪论体系的构成性考察/黄丁全 .....

|                        |      |
|------------------------|------|
| 一、犯罪论体系的思考方法 .....     | (39) |
| 二、问题的提起以及理论的展开 .....   | (46) |
| 三、构成要件该当性和违法性的关系 ..... | (67) |
| 四、违法性与责任论的关系 .....     | (70) |
| 五、未遂、既遂、共犯、罪数论 .....   | (72) |
| 六、结语 .....             | (72) |

## 两大法系犯罪构成的核心概念：Tatbestand 与 actus reus、mens rea

|                                                    |      |
|----------------------------------------------------|------|
| ——兼评两大法系的犯罪构成理论/徐雨衡 .....                          | (74) |
| 一、问题的提出 .....                                      | (74) |
| 二、大陆法系犯罪构成理论传统的核心：Tatbestand .....                 | (76) |
| 三、英美法系犯罪构成的核心要件：actus reus 与 mens rea .....        | (79) |
| 四、Tatbestand 和 actus reus、mens rea 的比较：内容与观念 ..... | (82) |
| 五、结论 .....                                         | (89) |

## [ 刑事程序研究 ]

### 检警关系制度原理论

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| ——以法治社会为样态的法理分析/郝银钟 ..... | (93)  |
| 一、引论 .....                | (93)  |
| 二、作为一种复合概念的侦检一体化 .....    | (96)  |
| 三、侦检一体化的价值构造 .....        | (103) |
| 四、检警关系异化与中国检察官的尴尬 .....   | (108) |
| 五、侦检一体化异议的回应 .....        | (111) |

### 刑事诉讼中的程序性裁判研究/赵 岩 .....

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 一、裁判与程序性裁判 .....      | (118) |
| 二、程序性裁判的结构分析 .....    | (125) |
| 三、刑事诉讼中程序性裁判的意义 ..... | (135) |
| 四、程序性裁判之比较研究 .....    | (141) |
| 五、中国的程序性裁判现状及分析 ..... | (151) |
| 六、制度构建与配套改革 .....     | (158) |
| 七、结论：通过诉讼实现诉讼法 .....  | (163) |

### 侦查价值论/万 毅 .....

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 一、导言：价值的一般含义与意义 .....         | (170) |
| 二、两种主流刑事诉讼价值观的检讨 .....        | (171) |
| 三、目的与形式：刑事侦查价值的双重分析 .....     | (176) |
| 四、自由与秩序：刑事侦查的目的价值 .....       | (184) |
| 五、刑事侦查的形式价值 .....             | (199) |
| 六、语境与困境：中国刑事侦查价值观的现状与变革 ..... | (210) |

## [理论前沿]

|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| 论刑事法中的推定（下篇）/邓子滨 .....          | (213) |
| 五、从有罪推定到无罪推定——以推定主体为视角 .....    | (215) |
| 六、刑事立法上的推定 .....                | (222) |
| 七、刑事司法中的推定 .....                | (233) |
| 八、推定的机能——以大陆法系犯罪构成要件为分析工具 ..... | (240) |
| 结论 .....                        | (252) |
| 刑事政策的模式建构/严 励 .....             | (254) |
| 一、刑事政策模式释义 .....                | (254) |
| 二、国家本位型刑事政策 .....               | (265) |
| 三、国家·社会双本位型刑事政策 .....           | (277) |
| 四、社会本位型刑事政策 .....               | (291) |
| 民愤：躁狂与断裂                        |       |
| ——一种刑事法治立场的叙事/刘 忠 .....         | (298) |
| 引子 .....                        | (298) |
| 一、民愤身位的理论素描 .....               | (299) |
| 二、民愤的政治社会学审视 .....              | (313) |
| 三、民愤形成的内在张力 .....               | (320) |
| 结语 .....                        | (331) |
| 被遮蔽的世界：同居楼里的性和生育                |       |
| ——对现代性问题的一个刑法学切入（以监狱为个案）/车 浩 .. | (333) |
| 引子 .....                        | (333) |
| 一、性和生育：司法的麻烦与权利的论证 .....        | (334) |
| 二、同居楼里的故事：隐蔽的治理与异化的权利 .....     | (344) |
| 三、复调的现代性与启蒙之后的刑事法 .....         | (357) |
| 结语 .....                        | (373) |

## [域外传译]

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 德国不作为犯学理的现况/许乃曼著 陈志辉译 .....   | (375) |
| 一、引言 .....                    | (375) |
| 二、Jakobs 和 Freund 的规范主义 ..... | (376) |
| 三、刑事政策的需求作为实务见解的指导标准 .....    | (388) |
| 四、发展支配原则作为上位的对等原则 .....       | (397) |

## [域外视野]

## 非专业人员与刑事司法：英国治安法官和中国基层

|                 |       |
|-----------------|-------|
| 法院的法官/刘 红 ..... | (409) |
| 引论 .....        | (409) |
| 一、法官的产生程序 ..... | (412) |
| 二、法官的组成 .....   | (419) |
| 三、法官的培训 .....   | (422) |
| 四、审判的结果 .....   | (426) |
| 结语 .....        | (431) |

## 司法视域中的精神病人监护治疗

|                        |       |
|------------------------|-------|
| ——美国民事收容制度探析/邱传忠 ..... | (432) |
| 一、民事收容的渊源与沿革 .....     | (433) |
| 二、美国民事收容制度 .....       | (439) |
| 三、结语 .....             | (461) |

## [专题研究]

## 超越与缺憾

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| ——苏力《一个不公正的司法解释》总置评/付立庆 ..... | (463) |
| 一、贡献与风险——苏力文章的美与不足 .....      | (463) |
| 二、严格与罪过——奸淫幼女中的基本法理 .....     | (466) |

|                                 |              |
|---------------------------------|--------------|
| 三、可欲与可怕——后司法解释时代的奸淫幼女行为与后果····· | (471)        |
| 四、公正与越权——对于最高法院相应司法解释的总体评价····· | (475)        |
| 五、扩张与限缩——保护幼女的公共政策体系及其底限·····   | (480)        |
| 六、感谢与提醒——作为“公共知识分子”的苏力·····     | (485)        |
| <b>过失危险行为的犯罪化与刑法谦抑</b>          |              |
| ——兼从三维刑事法网视角思考/储槐植 蒋建峰·····     | (488)        |
| 一、各国过失危险行为犯罪化的不同态度·····         | (488)        |
| 二、过失危险犯可存在性之争与否定论的评价·····       | (490)        |
| 三、过失危险行为犯罪化的正当性分析·····          | (493)        |
| 四、从三维刑事法网视角的再思考·····            | (497)        |
| 五、我国刑法过失危险犯的立法评价·····           | (503)        |
| 六、我国刑法过失危险犯的立法设计·····           | (507)        |
| <b>“特定义务产生三根据说”之提出/欧锦雄·····</b> | <b>(508)</b> |
| 一、关于特定义务产生根据的争论及评析·····         | (508)        |
| 二、“特定义务产生三根据说”的提出·····          | (514)        |
| 三、特定义务产生的法哲学根据·····             | (516)        |
| 四、特定义务产生的规范渊源根据·····            | (518)        |
| 五、特定作为义务产生的事实根据·····            | (524)        |
| 六、“特定义务产生三根据说”的理论价值和实践意义·····   | (526)        |
| <b>论刑法中的非法占有目的/姜先良·····</b>     | <b>(529)</b> |
| 一、序说·····                       | (529)        |
| 二、非法占有目的立法论·····                | (532)        |
| 三、非法占有目的解释论·····                | (546)        |
| 四、非法占有目的证明论·····                | (567)        |
| <b>特殊防卫权研究/周光权·····</b>         | <b>(581)</b> |
| 一、特殊防卫权立法的合理性·····              | (582)        |
| 二、特殊防卫权适用的一般原则·····             | (586)        |
| 三、特殊防卫中若干具体问题的理解·····           | (593)        |
| <b>刑事一审程序的功能审视和结构反思</b>         |              |
| ——一种个案的视野/劳东燕·····              | (605)        |
| 一、一审判决的事实和证据基础·····             | (606)        |
| 二、一审程序的功能审视·····                | (609)        |
| 三、现行刑事诉讼的结构反思·····              | (615)        |
| 四、远未终结的结语·····                  | (619)        |

---

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 未决羁押法律控制/冀祥德 .....    | (621) |
| 一、导言 .....            | (621) |
| 二、我国未决羁押现状透析 .....    | (622) |
| 三、未决羁押制度之比较分析 .....   | (627) |
| 四、我国未决羁押法律制度之构建 ..... | (636) |
| 《刑事法评论》征稿启事 .....     | (644) |

## [ 犯罪构成研究 ]

# 评特拉伊宁的犯罪构成论 ——兼论建构犯罪构成论体系的思路

阮齐林\*

特拉伊宁的犯罪构成论在 50 年代中苏友好期间传入中国，让中国学者了解到全新的社会主义的博大精深的犯罪构成理论。在当时东西方意识形态严重对立而社会主义意识形态亲和的背景下，包括特拉伊宁的犯罪构成理论在内的苏联刑法理论在中国的传习不仅具有学术意义而且具有政治意义。因此，他的理论迅速在中国的刑法学说中占据了统治地位，成为社会主义阵营意识形态一致性在刑法学界的象征，而他的代表作《犯罪构成的一般理论》成为中国犯罪构成学说的经典。时至今日，中国刑法学说中居支配地位的“四要件”犯罪构成论，依然是以前苏联 50 年代及特拉伊宁学说为范本构建的。他的犯罪构成论对中国刑法学说影响深远，可以说，认识、评价中国的犯罪构成论不能不认识、评价他的犯罪构成论。在我国，人们对重建犯罪构成论的呼声甚高而收效甚微，忽视了他的理论特色不能不说是一个重要原因。要想促进中国的犯罪构成论有所发展、创新抑或是重建，不能不从认识特拉伊宁的学说开始。

通过近十几年的比较研究，我国学者在犯罪构成论体系方面的研究取得了显著的进展。基本达成了以下共识：按照苏联 50 年代犯罪构成论为范本建立的“四要件”论与西方流行的“三要件”论主要差别是体系不同。在一般要件的数量上，前者是“四要件”；后者是“三要件”。在要件的关系上，前者是所谓“耦

---

\* 阮齐林，中国政法大学刑事司法学院教授。

合式”〔1〕（或“齐合填充式”〔2〕），而后者是“递进式”〔3〕（或“递进排除式”〔4〕）。前者是“平面”的而后者是“立体”的。〔5〕在前者的体系中，犯罪构成一词（Tatbestand）是广义的，包含犯罪成立的全部要件；而後者的体系中犯罪构成或构成要件一词（Tatbestand）是狭义的，仅仅是犯罪成立要件之一。总体而言，前者是四要件平面耦合、一次性综合评价；后者是三要件分层递进（排除）式〔6〕评价。这些研究成果把两大犯罪构成论体系差异的认识推向了一个新的高度。但是在构建犯罪构成论上却得出了一个无奈的结论：两大犯罪构成论似乎仅仅是结构的差别，并无实质的差别，也没有能合理解释一些问题，形成构筑犯罪构成论的新思路。因此需要继续对特拉伊宁犯罪构成论进行深入系统的了解。〔7〕

通过对特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》（中国人民大学出版社1958年7月第1版）的分析，我认为他的犯罪构成论是“二元”的，他的著作前半部分（第一、三、四章）论述的是犯罪（四）要件（或方面）论，他的著作的后半部分（第五章以降）论述的是构成因素论。他的犯罪要件论从存在的犯罪行为结构出发，依据法律规定的犯罪实质定义，建立了一个实质的、综合的犯罪构成观念（规格）。他的构成因素论却完全沿袭流行的西方“三要件”论的构成要件观念，以分则规范注释为中心，建立了一个法律的、注释学的、形式的构成因素（总和）观念。在当时苏联的法制和理论背景下，他的理论的特点在于构成因素论部分，也就是说，他的犯罪要件论属于应时应景之作，与当时苏联的通说是一致的。他的构成因素论，相对当时苏联的有关理论，最为倾向、最为接近西方的构成要件论。但是，由于受到当时苏联法制和理论背景的制约，他的理论往往在“东西方”之间摇摆，显现出“双重”的品格：一方面论述作为刑事责任根据的危害行为实质的、广义的、综合的、一般的犯罪构成；另一方面论述作为分则法律规范注释的、形式的、狭义的、具体的、法定的构成因素。一方面批判西方构

〔1〕 陈兴良：“犯罪构成体系性思考（之一）”，载《法制与社会发展》2000年第3期。

〔2〕 赵秉志、肖中华：“我国与大陆法系犯罪构成理论的宏观比较”，载《浙江社会科学》1999年第2期。

〔3〕 赵秉志、肖中华：“我国与大陆法系犯罪构成理论的宏观比较”，载《浙江社会科学》1999年第2期。

〔4〕 陈兴良：“犯罪构成体系性思考（之一）”，载《法制与社会发展》2000年第3期。

〔5〕 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第67页。

〔6〕 李洁：“犯罪对象的体系性地位——兼论犯罪构成体系特征对各构成要件要素的定位影响”，载《中央检察官管理学院学报》1997年第2期。

〔7〕 我国学者刘杰早在1984年写有“试评特拉伊宁的犯罪构成理论”（载中山大学研究生学刊，文科版，1984年第4期），大约是我国最早系统评论特拉伊宁犯罪构成论的文章。但是，这篇文章似乎未被人们重视。

成要件论是形式的、主客观分立、形式与实质分立的；另一方面他自己的构成因素论又回到先前批判的、形式的、分立的思路。这种二元的理论结构和双重的品格，是他借鉴西方构成要件论与苏联当时的法律、社会实践相结合的产物，也是他的理论令人感到困惑的关键。

## 一、法定的、形式的、分立的构成因素论

特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》大体可分为三部分内容：一是犯罪构成概念或观念论。主要在第一、三、四章，论述犯罪构成的意义、概念和方面。二是批判论。主要在第二章资产阶级犯罪构成论批判。三是构成因素论。主要在第五章至第十二章。

在犯罪构成因素论中，他立足于分则法定构成因素的规范分析，并且也一定程度上使用了形式与实质、客观与主观评价分立的方法，与西方三要件论中的构成要件论基本一致，并没有表现出在第二章批评西方理论时的否定态度。相反，承袭了西方流行的三要件论的基本思路和方法。这表现在：

### （一）着眼于规范解释论，对象限于分则条文法定（罪状）因素的分析

着重表现在：（1）构成分类是划分分则罪状的类型而不是行为类型。如在“第七章犯罪构成分类”中，强调“犯罪构成是具体犯罪诸因素的总和……犯罪构成永远是现实的，永远是具体的”。〔1〕“作为分则基础的犯罪构成分类，实质上，在某种程度上同时也就是按照它们的社会危害性程度进行分类。”〔2〕根据结构，犯罪构成分为：“简单的构成”（包含“叙述的构成”、“空白的构成”）和“复杂构成”（包含“选择的构成”等）；根据危害程度大小，犯罪构成分为：“社会危害性较小的”、“基本的”和“社会危害性较大的”三种犯罪构成。在“第八章犯罪构成分类”中论述“表明”四个方面的构成因素；在第十章就使用了“社会主义刑法中的犯罪构成的一般概述”的名称，其中所谓的“一般构成和特殊构成”，“彼此相似的构成”等等，都是针对具体分则条文进行的分析。（2）构成因素存在于分则罪状中。在“第十一章，一、犯罪构成和罪状中”，更是直言不讳地指出：“每个规范都由罪状和罚则两个部分组成。其中罪状规定犯罪构成……”。“有些罪状，在它的‘住所’中，容纳的不是一个构成，而是两个或更多的构成。”（3）立足于分则罪状，解决犯罪过程的形态。在关于犯罪构成与预备、未遂的论述中，提出预备、未遂的两个著名公式：“预备行为 = 故意 + 不是构成

〔1〕〔前苏〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第80页。

〔2〕〔前苏〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第84页。

因素的行为；未遂行为 = 故意 + 构成因素的行为 - 结果”，<sup>〔1〕</sup>也是以分则罪状为中心的注释论。这一切都表明特拉伊宁的犯罪构成论中的构成因素论是以分则为中心并针对分则进行规范（注释）的分析。

## （二）形式与实质评价的分立

特拉伊宁在第十二章“犯罪构成和排除刑事责任根据”中指出：“在社会主义刑法体系中，不追究刑事责任的可能性是奠定在对犯罪行为的形式评价和实质评价的有机结合的基础上的。”<sup>〔2〕</sup>“犯罪构成的概念由下列两部分组成的：（1）因素的总和；（2）作为犯罪的一定的、具体的、危害社会的行为。因此，十分清楚，只是具备‘主客观要素的总和’还不具备犯罪构成。只有在这种总和组成危害社会行为的场合，才具备犯罪构成。”“根据苏俄刑法典第6条附则，应当终止的是这样一些案件，他们被证明具备法律规定的犯罪构成的全部因素的总和，可是这种总和并不形成危害社会的行为，因而也就不具备犯罪构成”。特拉伊宁以此来说明苏俄刑法典第6条附则的规定。<sup>〔3〕</sup>在这里，（构成）“因素的总和”被形式化，行为的危害性实质内容被分立出来，具有独立评价标准的意义。这与西方早期古典理论中构成要件该当性和违法性的形式与实质评价分立的思路是一致的。所不同的是，在三要件论中违法实质评价被置于构成要件之外，而在他的理论中，被置于犯罪构成之内，属于貌离神合。而且，特拉伊宁的分离更为严重。因为在三要件论中，毕竟承认构成要件是违法的类型，并不否认构成要件中含有违法的实质内容，只是从犯罪认定步骤的角度放在第二步评价。而在他的理论中，不仅把实质内容社会危害性从“因素的总和”中分立出来，而且使因素的总和仅具有纯粹的形式意义。

## （三）主观归责与构成因素分立的趋向

特拉伊宁在第九章“犯罪构成的因素和刑事责任根据”中，一方面肯定：“犯罪构成是刑事责任的惟一根据”；<sup>〔4〕</sup>“犯罪构成的存在，是以具备形成犯罪构成的一切因素（毫无例外）为前提的。”<sup>〔5〕</sup>“这个原理，是不引起什么怀疑的”，<sup>〔6〕</sup>另一方面又强调：“从刑事责任根据的总的方面看某些构成因素的特殊意义。这个原理表现在：犯罪构成的两个相互密切联系着的因素罪过和因果关

〔1〕〔前苏〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第253页。

〔2〕〔前苏〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第263页。

〔3〕第6条“附则”对于形式上虽然符合本法典分则任何条文所规定的要件，但因为显著轻微，并且缺乏损害结果，而失去危害社会的性质的行为，不认为是犯罪行为。

〔4〕〔前苏〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第192页。

〔5〕〔前苏〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第192页。

〔6〕〔前苏〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第192页。