

“十二五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

实质犯罪论

刘艳红 著

The Criminal Theory of
Substance

 中国人民大学出版社

实质犯罪论

刘艳红 著

The Criminal Theory of
Substance

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

实质犯罪论/刘艳红著. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 12
(法律科学文库/曾宪义总主编)
ISBN 978-7-300-20338-6

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 278611 号



“十二五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

实质犯罪论

刘艳红 著

Shizhi Fanzuilun

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2014 年 12 月第 1 版
印 张	26.5 插页 2	印 次	2014 年 12 月第 1 次印刷
字 数	423 000	定 价	78.00 元

版权所有

侵权必究

印装差错

负责调换

法律科学文库

编委会

总主编
曾宪义

副总主编

赵秉志（常务） 王利明 史际春 刘 志

编 委

（以姓氏笔画为序）

王利明	史际春	吕世伦	孙国华	江 伟
刘文华	刘 志	刘春田	许崇德	杨大文
杨春洗	陈光中	何家弘	郑成思	赵中孚
赵秉志	高铭暄	曾宪义	程荣斌	



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会文明的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简洁明快，也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重

要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是20世纪中叶发生的电子信息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了信息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择，似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制，给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样，既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。唯有如此，方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此，近代以来的数百年间，在东西方各主要国家里，伴随着社会变革的大潮，法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同，内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融，故而在19世纪中叶，随着西方列强对中国的侵略，绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体，中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以20世纪初叶清代的变法修律为起点的话，中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争，道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等，使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说，社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇，但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变，在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以，尽管曾经有过许多的机遇，无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力，中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至20世纪70年代末期，“文化大革命”的宣告结束，中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界，用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路，中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动，

也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说,自1978年中国共产党十一届三中全会以后的20年,是中国历史上社会变化最大,也最为深刻的20年。在过去20年中,中国人民高举邓小平理论伟大旗帜,摆脱了“左”的思想的束缚,在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革,并取得了令世人瞩目的成就,使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设,也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期,长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除,“加强社会主义民主,健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力,到90年代中期,中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看,我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看,一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立,并在不断完善之中。更为可喜的是,经过近二十年的潜移默化,中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强,党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略,已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变,为中国当前法制建设进一步完善和依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知,法律的进步和法制的完善,一方面取决于社会的客观条件和客观需要,另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强,同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升,有赖于法学研究水平的提高,有赖于一批法律专家,包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升,也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之,社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的20年中,随着国家和社会的进步,中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过20年的努力,中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响,迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设,并适应国家建设和社会发展的需要,针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究,为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时,新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学

教育体制改革,当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚,这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说,在过去20年中,法学界的努力,对于中国新时期法制建设的进步,贡献甚巨。其中,法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用,也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化,势必要对法律提出新的要求,同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言,经过近二十年的奋斗,改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入,国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实情况,我们会认识到,在当前的中国,制度的建立,亦即一套“良法美制”的建立,更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制,当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作,即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等,都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果,在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列,并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来,中国人民大学法学院的

法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。此套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精心组织出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版“文库”这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

1999年9月



引言

如何形成“去苏俄化”且符合我国国情的犯罪论体系，是近十多年以来刑法学界的关注点，对此问题的探讨萦绕刑法学界二十余年，迄今仍未达成共识。很多学者反对目前我国平面式的四要件的犯罪论体系，主张全盘照搬德、日三段论式的犯罪论体系，即以构成要件符合性、违法性、有责性作为我国刑法犯罪构成体系要素。在改造我国犯罪构成理论之时，对于德、日犯罪论体系中正在展开并在我国刑法确立罪刑法定原则之后也日益浮出水面的形式与实质犯罪论之争，却在一贯的“学派集体无意识”之下刑法学者无人关注。实质的犯罪论认为，对于某种行为是否构成犯罪的判断不可避免地含有实质的内容，应该从处罚必要性和合理性的角度甄别值得处罚的法益侵害行为，相应地，对刑罚法规和构成要件的解释也应该从这种实质角度进行。作为来源于日本刑法学界并被中国学者引入的一种刑法理论，实质的犯罪论在国内尚缺乏系统而深入的研究，而这也正是笔者研究此课题的原因。

犯罪论体系的形式化与实质化之争并非仅仅事关对犯罪构成要件的形式与实质解释问题，它直接关涉犯罪论体系本身如何构建的问题；脱离这一犯罪论体系的基本立场讨论我国犯罪构成要件的改良或移植，只能是就事论事的逻辑演绎，所提出的新的犯罪论体系也将会因此缺乏理论根基。张明楷教授率先在我国提出了犯罪论的实质化与形式化问题，他“主张实质的犯罪论”，即“以犯罪本质为指导来解释刑法规定的构成要件”，“只能将值得处罚的法益侵害行为解释为符合构成要件的行为”^①。反映在犯罪论体系构建上，张明楷教授早期形成了犯罪客观要件、主体要件与主观要件的犯罪构成“三要件说”，指出由于“犯罪客体或法益是否为构成要件的争论，涉及的一个重要问题是采取形式的犯罪论还是实质的犯罪论”，“由于我主张实质的犯罪论，故主张对犯罪客观要件、主体要件与主观要件进行实质意义的解释；并进而认为，不将犯罪客体作为要件，也能使犯罪构成整体说明行为的社会危害性达到应当追究刑事责任的程度”^②。张明楷教授1997年所著的《刑法学》教科书和2003年所著的《刑法学》教科书第二版，就彻底贯彻了排除犯罪客体的“三要件”的犯罪论体系。可以说，这是张明楷教授早期的实质的犯罪论体系。通过这两版教科书，实质的犯罪论体系影响日益扩大。然而，“三要件”的犯罪论体系毕竟延续的是我国传统犯罪论体系的模式，而传统犯罪论体系所存在并广为中国学者所诟病的诸要件间缺乏位阶关系、逻辑混乱不清等缺陷也影响了实质的犯罪论体系的效果和特色。

为此，后来，张明楷教授基于其一贯所主张的“对于刑法规定的行为，以实质合理性为根据进行解释，将不值得追究刑事责任的行为排除在犯罪之外”的基本观念^③，借鉴了日本学者前田雅英的二阶层体系，并将其移植到中国刑法之中。

日本学者前田雅英认为：仅仅从形式上强调罪刑法定原则是不充分的，构成要件符合性的判断，是从实质上判定是否存在达到值得科处罚刑程度的法益侵害。违法性的判断，也必须是以优越的利益为中心的实质判断；责任必须是扎根于国民规范意识的实质的非难可能性。^④ 既然提倡对

① 张明楷：《法益初论》，261、263页，北京，中国政法大学出版社，2000。

② 同上书，261、265页。

③ 参见上书，263页。

④ 参见[日]前田雅英：《刑法的基础——总论》，37～43页，东京，有斐阁，1993。

构成要件进行实质的解释，关于构成要件的学说就必须进行修正。为此，前田雅英指出，在考虑构成要件内容的情况下，首先成为问题的是构成要件与违法性的关系。站在解释作为违法类型的构成要件的立场，构成要件与违法性没有原则的区别。该当作为违法行为类型化的构成要件的行为，原则上可称为违法行为。^① 其次是构成要件和有责性的关系。前田雅英认为，在责任论领域，与历来的以“非难可能性”为核心的规范责任概念相比较，考虑预防效果的“实质的责任概念”或者“可罚的责任概念”正在成为有力的学说。为此，前田雅英强调以行为人的非难可能性作为有责性判断的基准。他认为只有处罚值得非难的行为才是合理的。^② 这样，在前田雅英看来，符合构成要件的行为具有值得科处刑罚的违法性和有责性，实质性的考虑不可避免地渗透在构成要件的理解之中；对构成要件符合性的判断，与违法性和有责性的判断是紧密相连、不可分割的。根据此种实质构成要件论的见解，前田雅英设定了现代犯罪论的两个实质条件：其一，存在着值得处罚的行为；其二，行为对行为人具有非难可能性。根据这两个实质条件，前田雅英将刑法中的构成要件分为客观的构成要件和主观的构成要件，客观的构成要件就是对值得处罚的行为类型化的规定，主观的构成要件则是对行为人非难可能性的规定。行为是否符合客观和主观的构成要件，必须结合是否有违法阻却事由和责任阻却事由存在，在没有违法阻却事由和责任阻却事由存在的情况下，行为便是有罪的。^③ 这种犯罪论体系，从结构上杜绝了对犯罪构成要件可能会存在的形式评价，从设计上赋予了构成要件实质判断的标准即某种行为是否具有处罚的必要性和合理性，从而最终成为以可罚必要性为内容的真正意义的实质的犯罪论体系。“张明楷教授曾经受业于前田雅英教授，其《刑法学》第3版的犯罪构成二要件说与前田雅英教授的二阶层说是极为相似的”^④，只不过，在具体表述上，张明楷教授将前田雅英的“客观的构成要件”与“主观的构

① 参见〔日〕前田雅英：《现代社会と实质的犯罪论》，10页，东京，东京大学出版社，1994。

② 参见上书，183～184页。

③ 参见〔日〕前田雅英：《刑法总论讲义》，4版，39页，东京，东京大学出版社，2006。

④ 陈兴良：《犯罪构成论：从四要件到三阶层》，载《中外法学》，2010（1）。

成要件”分别表述为“客观（违法）构成要件”与“主观（责任）构成要件”^①。在《刑法学》第四版中，这一体系仍保持不变。^② 实质的犯罪论体系被以二阶层方式在中国刑法理论中贯彻。

以实质二阶层为内容的实质犯罪论，代表了对待刑法理论的一种立场、一种方法。在当前我国刑事立法与刑法犯罪构成理论背景之下，相关刑法学教科书虽然已对实质二阶层予以贯彻，但这毕竟只是一家之言；该体系能否经得起理论的检验、逻辑的推敲、实践的证明，最终实现其本土化的转换，无不存在未竟之处。为什么要提倡实质二阶层犯罪论体系？实质二阶层犯罪论体系本身的实质合理性或者说实质的正当化根据是什么？如何看待实质二阶层犯罪论体系？实质二阶层犯罪论体系自身内容如何建构？比如，其客观违法构成要件如何处理，主观责任构成要件的深理解及定位，尤其是，对于作为犯罪论体系的试金石、作为链接“问题的思考”与“体系的思考”之典范的共犯论问题，实质二阶层体系之下如何建构等，以及实质二阶层犯罪论体系在司法实践中如何贯彻适用，种种问题，均需展开系统而深入的探讨。

本课题的研究，正是围绕以上问题，在国内刑法学界首次以实质犯罪论为题，对我国犯罪论体系的改革进行了以实质二阶层为内容的体系探索。

① 张明楷：《刑法学》，3版，目录，1～3页，北京，法律出版社，2007。

② 参见张明楷：《刑法学》，4版，目录，1～3页，北京，法律出版社，2011。



目 录

上篇 实质的犯罪论之提出

第一章 犯罪论体系的去平面化与

阶层化…………… (3)

一、主客观相统一原则如何促进平面四要件体系形成…………… (4)

二、主客观相统一体系核心问题：平面化之分析…………… (7)

三、主客观相统一平面体系理论与实践中的危害…………… (13)

四、结语…………… (45)

第二章 三阶层抑或二阶层：阶层体系

之选择…………… (48)

一、三阶层 vs 二阶层：当下中国犯罪论体系新争点…………… (49)

二、中国三阶层的性质：形式古典的犯罪论体系…………… (51)

三、实质二阶层：中国三阶层“分离命题”破解之必然…………… (53)

四、结语	(78)
第三章 罪刑法定原则与实质二阶层的法治根基	(79)
一、我国刑法目的、任务与罪刑法定原则立法存在的问题	(80)
二、我国罪刑法定原则功能、使命的错位与人权保障机能的缺位	(83)
三、实质二阶层体系与经典罪刑法定原则法治理念之契合	(87)
四、结语	(95)
第四章 犯罪概念“但书”与实质二阶层的出罪功能	(97)
一、《刑法》第13条犯罪概念“但书”出罪功能之肯定	(98)
二、“但书”出罪功能于平面四要件体系定位之尴尬	(101)
三、实质二阶层体系与“但书”出罪功能之自洽性	(106)
四、结语	(115)

中篇 实质的犯罪论之本体

第五章 实质二阶层的客观违法性理论：结果无价值论	(119)
一、人的主观要素、结果/行为无价值论与阶层犯罪论体系	(119)
二、主观要素的性质与地位争点：违法性要素抑或有责性要素	(121)
三、二元的行为无价值论之批判：对阶层犯罪论体系的冲击	(124)
四、少数特殊主观违法要素：结果无价值论立场的展开分析	(132)
五、结语	(145)
第六章 实质二阶层客观违法构成要件中的因果关系问题	(147)
一、问题的由来	(147)
二、客观归责理论的定位：因果关系理论抑或构成要件理论	(148)
三、客观归责论作为解决因果关系问题理论的系列质疑与批判	(155)
四、实质二阶层体系下因果关系理论的方向：相当因果关系说	(173)

五、结语·····	(178)
第七章 实质二阶层主观责任构成要件中过失犯的本质·····	(180)
一、过失犯的本质：结果预见义务抑或结果回避义务·····	(181)
二、新过失论之提倡：以结果回避义务作为过失犯本质·····	(182)
三、新过失论立场定位：结果无价值论或行为无价值论·····	(191)
四、如何运用新过失论限定过失犯的刑法处罚之范围·····	(196)
五、结语·····	(205)
第八章 实质二阶层体系主观责任构成要件之期待可能性理论·····	(207)
一、实质二阶层规范责任论视野下的期待可能性理论问题·····	(207)
二、主观责任视野下期待可能性理论的现实情况与功能 分析·····	(210)
三、调节性刑罚豁免事由：期待可能性理论应有的功能 定位·····	(218)
四、期待可能性理论作为刑法调节性法律原则之调节范围·····	(221)
五、结语·····	(229)

下篇 实质的犯罪论展开：以共犯论为链接

第九章 客观实质共犯论：实质二阶层体系的试金石·····	(233)
一、共（正）犯理论发展动向：客观实质共（正）犯论·····	(235)
二、客观实质正犯论的学说态势：当今正犯理论主流学说·····	(246)
三、实质二阶层犯罪论与客观实质正犯论体系上的一致性·····	(252)
四、兼论——区分制正犯体系之提倡与单一正犯体系之 反对·····	(262)
五、结语·····	(266)
第十章 客观实质共犯论视野下的共谋共同正犯论（一）·····	(268)
一、共谋共同正犯：以客观实质共犯论为背景·····	(268)
二、共谋共同正犯理论的来源、发展变化与现状·····	(269)
三、中国刑法语境下共谋“共同犯罪”到共谋 “共同正犯”·····	(275)
四、共谋共同正犯的成立条件：基于限缩之立场·····	(286)
五、结语·····	(301)

第十一章 客观实质共犯论视野下的共谋共同正犯论（二）	（303）
一、我国刑法共谋共同正犯的理论误区及成因分析	（303）
二、共谋共同正犯论与罪刑法定原则之间的一致性	（333）
三、共谋共同正犯的处罚原则：部分行为全部责任	（335）
四、结 语	（342）
第十二章 客观实质共犯论视野下共犯脱离的判断基准	（344）
一、案例引发的思考：如何认定共（同正）犯关系的脱离	（345）
二、规范的因果关系遮断说：共犯脱离的判断基准	（347）
三、脱离基准的具体化：规范的因果关系遮断说之贯彻	（354）
四、结语	（369）
代跋：实质二阶层体系与中国刑法研究范式转型	（371）
参考文献	（385）
后记	（404）