


新犯罪论纲要

刘立慧◎著

 中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

新犯罪论纲要

刘立慧◎著

中国民主法制出版社

2015年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

新犯罪论纲要/刘立慧著. —北京: 中国民主法制出版社, 2015. 9

ISBN 978-7-5162-0985-1

I. ①新… II. ①刘… III. ①犯罪论—研究

IV. ①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第210732号

图书出品人: 刘海涛

出版统筹: 陈晗雨

责任编辑: 庞从容 唐仲江

责任校对: 姚丽娅

书名/ 新犯罪论纲要

作者/ 刘立慧 著

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/ (010) 63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真/ (010) 63056975 63292520

http: //www. npcpub. com

E-mail: flxs2011@163. com

经销/ 新华书店

开本/ 32 880 毫米×1230 毫米

印张/ 7.5 字数/ 200 千字

版本/ 2015 年10月第1版 2016 年10月第3次印刷

印刷/ 三河市航远印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-0985-1

定价/ 32.00 元

出版声明/ 版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

献给亲爱的父母

序

至少在刑法教义学领域，说犯罪论是刑法学的灵魂当不为过。多少前辈及当代学者在这方天地里耕耘已久，至今尚有许多理论难题没有攻克。又值中国刑法学界关于犯罪论要否转型的大讨论、大争论时期，刘立慧博士以其新著《新犯罪论纲要》示我，想请我写个序。有感于其理论勇气与志气，以及自己对这个问题的关注与纠结，我欣然应允。

立慧博士自称本书为犯罪论中国方案的探索性成果，我初步翻阅，感到作者确实是下了功夫，不少思路和内容令人耳目一新。

本书以宏观体系性结果为前提进行中观、微观及具体理论问题的探讨，为避免坠入空洞的概念之辩，作者通过时间的阶段性处理、纵向的理论层级处理以及横向的概念界定与划分，这样不仅较好地化解了前述难题，而且为犯罪论的各理论观点分配了相对合理的体系位置。

在我看来，本书作为一家之言，其理论贡献主要体现在以下几个方面：

一是对犯罪论进行阶段划分。作者将犯罪论分为犯罪设定论和犯罪成立论。犯罪设定论的提出，拓展了刑法学的理论空间，使犯罪论对刑事立法的指导作用有了刑法学理论上的落脚点，也为刑事立法从自发走向自觉提供了参考。

二是将刑罚因素逐出犯罪论。作者认为，用刑罚来界定犯罪会使犯罪遮蔽在刑罚之下而失去独立性。犯罪与刑罚具有本质的

不同。因此，无须以刑事可罚性条件等包含刑罚的因素作为犯罪成立条件来界定犯罪。

三是提出了否定性、危害性、责任性三阶层的犯罪成立论。这是本书最核心的内容。否定性、危害性、责任性是犯罪成立论的大阶层，具有同等的体系地位。每个大阶层下又分为正反相对的两个小阶层，否定性下分为犯罪构成符合性、否定性排除事由；危害性下分为危害性要件、危害性排除事由；责任性下分为责任性要件、责任性排除事由。这些小阶层低大阶层一个理论层级，但是各小阶层也具有同等的体系地位。作者认为，否定性、危害性、责任性三个阶层，依次解决三个问题：事实行为是刑法否定的行为吗？该行为具有刑法上的危害性吗？其行为人负刑事责任吗？如果全部是肯定的回答，就成立犯罪；否则，就不成立犯罪。任何一个犯罪的成立，都要经受正反两方面的拷问后才能确定。

当然，本书还存在一些不足，如体系性的核心问题大都只进行了概要性的探讨，缺乏对具体问题的展开，以致不少观点都给人点到但未说透的感觉。例如，共同犯罪理论中贯彻了否定性、危害性、责任性的犯罪成立论，大体上解决了既有共同犯罪理论的一些难题，但是还远不够精细；罪数理论，展开得也不够。

总体上，对于年轻学者的学术创新，我们不能苛求，尤其是对于本书这种致力于犯罪论中国方案的探讨，更应持鼓励与宽容的态度。

是为序。

刘仁文

2015年5月15日于京西寒舍

（刘仁文，中国社会科学院法学所研究员、博士生导师、刑法室主任。）

目 录

绪 论 / 1

第一章 基础性认识 / 9

第一节 事实判断与价值判断 / 11

第二节 刑法的基本认识 / 17

第三节 犯罪及犯罪论概论 / 22

第四节 基本概念 / 29

第二章 对我国传统犯罪论、德日犯罪论通说的批判与继承 / 75

第一节 对我国传统犯罪论、德日犯罪论通说的 共性批判 / 77

第二节 对我国传统犯罪论的批判 / 83

第三节 对德日犯罪论通说的批判 / 91

第四节 对德日犯罪论通说、我国传统 犯罪论的继承 / 98

第三章 犯罪设定论 / 103

第一节 犯罪构成要件的演化过程 / 105

第二节 犯罪构成要件的设定过程 / 111

第三节 故意犯罪形态的设定 / 120

第四节 犯罪排除事由的设定与认可 / 121

第四章	犯罪成立论 / 125
第一节	犯罪成立论概述 / 127
第二节	案件事实——犯罪成立论的基底 / 144
第三节	否定性 / 151
第四节	危害性 / 166
第五节	责任性 / 181
第五章	犯罪论的其他理论 / 201
第一节	共同犯罪论 / 203
第二节	罪数论 / 223
后 记	/ 228

绪 论

我国古代存在过同时代西方无法比拟的、相当先进的刑法思想。比如,《尚书·舜典》中载有“眚灾肆赦,怙终贼刑”,这里已经在探讨减免刑罚、加重刑罚的情形,而且区分了过失(眚)和故意(怙)。再如,《尚书·康诰》记载,周公(约公元前1100年)曾指点即将统治殷商遗民的康叔说:“人有小罪,非眚,乃惟终……有厥罪小,乃不可不杀。乃有大罪,非终,乃惟眚灾……时乃不可杀。”其中“眚”是过失之意,“非眚”即是故意。“惟终”是指惯犯,“非终”是指偶犯。前述两例都是关于罪责的思想。而到了6世纪左右,日耳曼刑法的刑事责任仍然是以客观的结果责任为基础来论及的。至13世纪,日耳曼法律才逐渐承认了基于故意的犯罪和基于过失的犯罪。^[1]

刑法在中国具有非常悠久的历史。相比西方,我国的刑法在很长的历史时期里都相当先进。例如:公元前5世纪前后,相比同时代古罗马制定的《十二铜表法》,李悝编制的《法经》已经出现了总则性质的《具》篇,是更具现代刑法特征的法典。再如,公元651年制定的《唐律》,在立法技术的精致、公刑罚观念的贯彻等方面,是当时西方各国刑法所不能比肩的,即使是1532年所制定的《加洛林纳刑事法典》也有不如《唐律》的地方。

[1] [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第31—32页。

非常遗憾的是，后人没能继承和深化古人在刑法思想、刑法典方面的成就，也就没能延续古人的辉煌与荣耀。

目前，我国刑法、刑法学的理论认识、话语体系大都可以追溯至德国刑法学。清末及民国时期，我国学习的是德日刑法学。1949年新中国成立后我国移植了苏联刑法学，而苏联刑法学继承的俄国刑法学则是学习了德国早期的刑法学；改革开放后，日本刑法学逐渐对中国刑法学带来巨大影响。典型表现是构成要件符合性、违法性、有责性三阶层体系对居于通说地位的四要件理论的冲击。我们知道，日本刑法学继承自德国刑法学。只是相比俄国，日本学习的是德国后来的刑法学。

站在中国文化自尊的角度，从异常先进沦落到步他国后尘，是一件极其悲哀的事情，甚至就是一种耻辱。但是，站在现代刑法学理论发展的角度上理性分析，我国作为后进国家，学习其他领先国家的刑法学，尤其是具有成文法传统的国家的刑法学，也是无可厚非的事情。学习之后，广泛传播、广泛应用这也是可以理解的事情。经历了对外来理论的消化、吸收之后，基于本土资源进行创新，形成具有本国特色的理论体系，这也是符合学术发展规律的事情。具体到犯罪论体系，道理也是如此。

有学者对创新犯罪论体系持悲观的态度。例如，“能否建立所谓独具特色、有别于其他任何国家的犯罪论体系呢？对此，恐怕只能作否定的回答。因为所有可能采用的体系，国外都已出现。我们似乎只能选择，而不是创新。”^{〔1〕}又如，“在犯罪论体系问题上，今天的刑法学者已经很难有全面的创新。”^{〔2〕}再如，

〔1〕 张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第16页。

〔2〕 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2011年版，第二版序。

“至于那种认为中国应当建立一种具有特殊的犯罪论体系的观点，虽然其意可嘉，但并不必要，也无可能。”〔1〕当然，也有学者持乐观的态度，例如，“由于技术是在不断进步的，认识工具也在日新月异地发展，认识材料也在不断地更新着，所以，产生乃至发展全新的、或明显具有理论创新特征的犯罪构成要件理论，起码在理论上是可行和可能的。”〔2〕再如，“中国刑法学完全可以在借鉴和吸收域外犯罪构成理论体系和犯罪构成规格模型之后，博采众长，走自己的路，形成中国自己的犯罪构成理论体系和建构自己的犯罪构成规格模式，服务于我国的刑事司法实践。”〔3〕

情感地看，创新出中国自己独特的犯罪论体系，这正是恢复中国文化自尊、实现文化复兴所需要的东西。理性地看，既有的犯罪论，在认识的深度和广度上依然是有限的，有待于深化和扩展。苏联（俄罗斯）、德国、日本等国家并没有，也不可能穷尽犯罪论的认识，如此，就存在构建新犯罪论的可能。只要有可能，就有努力的必要。幸运的是，传统犯罪论正与德日犯罪论在我国发生激烈碰撞并迸发着罕见的思想火花，英美二阶层犯罪论体系也日益参与其中，诸多学者怀着构建新犯罪论的雄心壮志并付诸行动，这些都为犯罪论的创新提供了难得的历史机遇。

按照一般的认识，先进行犯罪论微观问题的研究，等积累到一定程度再进行宏观体系的研究。本书则直接展开犯罪论宏观体系的探索，主要考虑到如下两点：其一，犯罪论宏观体系具有相

〔1〕 陈兴良：《转型中的中国犯罪论体系》，《现代法学》2014年第1期。

〔2〕 [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2004年版，译者后记。

〔3〕 杨兴培：《反思与批判——中国刑法的理论与实践》，北京大学出版社2013年版，第117页。

对独立性，可以成为独立的研究对象。其二，犯罪论中每个重要微观问题的解决，都需要犯罪论的宏观体系作为背景理论。从这个意义上讲，犯罪论宏观体系的解决，就成为各重要微观问题真正得以解决的前提和关键。有鉴于此，本书直接以犯罪论的宏观体系为研究对象。受限于清晰阐释宏观体系的目标，微观问题并没有精细的理论展开，与现有犯罪论的对比性论证也是核心性、概要性的，没有深入、充分地展开。

下面，简要介绍一下本书对犯罪论的主要探索成果。

第一，基于独立刑法价值立场展开研究。

一方面，法律具有独立于宗教、道德、纪律等的价值立场。作为法律有机组成的刑法，具有独立于宗教、道德、纪律等的价值立场。易言之，刑法的价值立场与其他各价值立场并行不悖。对犯罪论的有关研究，就需要基于刑法的价值立场，而非基于宗教、道德、纪律等的价值立场。基于此，犯罪是对刑法禁令或命令的违反，而不是对伦理规范、道德规范或其他规范的违反。对行为危害程度的判断也是基于刑法价值立场进行的判断。刑事责任是刑法价值立场上的法律责任，而非心理责任、道义责任等非法律责任。本书也是在上述意义上使用犯罪、刑事责任等概念的。另一方面，刑法具有独立于法律体系中其他部门法的价值立场。尽管刑法与其他部门法存在各种联系，但是立法时犯罪化、非犯罪化都是基于刑法的价值立场，而非其他部门法的价值立场。司法时入罪、出罪也都是基于刑法的价值立场，而非其他部门法的价值立场。

第二，严格区分了犯罪论、犯罪设定论、犯罪成立论与犯罪构成理论。

一般而言，学者们不加区分地使用犯罪论、犯罪成立论和犯

罪构成理论。犯罪是多阶段、多层面的复杂综合体。与此相应，揭示和反映犯罪内在规定性的犯罪论应是多阶段、多层面的理论体系，从而使有关犯罪的理论认识获得了阶段、层面上的定位，进而可以避免将某阶段、层面上的理论认识绝对化并推广到其他阶段、层面上的现象。基于此种认识，本书引入了犯罪设定论，严格区分了犯罪论、犯罪成立论和犯罪构成理论，并清晰界定了犯罪论、犯罪设定论、犯罪成立论和犯罪构成理论及它们之间的关系。

犯罪论包括犯罪设定论、犯罪成立论和犯罪构成理论。目前，诸多关于如何设定犯罪的内容是在犯罪成立论中展开探讨的，理论位置并不妥当。引入犯罪设定论，就可以使这些内容在犯罪论中获得合理的体系位置。犯罪设定论是研究如何设定犯罪的理论，核心是解决犯罪化和非罪化的问题，即是否将某种具有危害的行为设定为犯罪，以及是否将既存的犯罪非罪化。犯罪成立论则是研究认定犯罪是否成立、如何成立的理论，核心是解决入罪和出罪的问题，即后刑法的案件事实中的行为是否构成犯罪、行为人是否成立犯罪。从逻辑和事实上而言，犯罪成立论是应用犯罪设定结果的理论，在犯罪论体系位置的角度上，犯罪设定论应先于犯罪成立论。

不加区分地使用犯罪论和犯罪构成理论，这是将犯罪构成等同于犯罪成立条件的全部。犯罪构成符合性只是犯罪成立的条件之一，而且其中的犯罪构成是而且只能是刑法规定的具体犯罪的犯罪构成，即诸如故意杀人罪的犯罪构成之类的犯罪构成。具体犯罪的犯罪构成的解析，属于刑法分则的领域。对于犯罪构成的一般性认识，自然属于犯罪构成理论的领域。毫无疑问，犯罪构成理论属于犯罪论的组成部分。但在体系位置上，则分布于犯罪论的基本认识、犯罪设定论和犯罪成立论之中。犯罪论的基本认识中探讨犯罪构成、犯

罪构成要件的一般性认识。设定犯罪具体地表现为设定具体犯罪的构成要件，并通过刑法条文表达出来，因此，犯罪设定论中存在犯罪构成的内容；认定犯罪的过程中，首要的判断就是以具体犯罪的犯罪构成为标准去判断案件事实中的具体行为，因此，犯罪成立论中也存在犯罪构成理论的内容。但是，二者的侧重点是不同的：犯罪设定论侧重于犯罪构成的形成，犯罪构成理论在其中起到指引犯罪设定的作用；而犯罪成立论侧重于犯罪构成的应用，犯罪构成理论在其中起到指引犯罪认定的作用。

第三，构建了犯罪设定论。

传统犯罪论虽然认识到犯罪论对刑事立法具有指导作用，其中也存在着一些零散的论述，但就如何指导犯罪设定上仍缺乏明确系统的犯罪设定论。而且，明确系统的犯罪设定论是立法法这种外部性的规定所无法代替的，它必须基于犯罪的内在规定性。依此判断，我国的刑事立法一定程度上依然处于自发状态，离自觉状态还有距离。在犯罪设定论中，本书探讨了犯罪构成要件的演化过程及犯罪构成要件的设定过程、犯罪排除事由的设定和认可。在演化过程部分，重点阐释了从生活事实到行为构成要件，再从行为构成要件到犯罪构成要件，以及从犯罪构成要件回归行为构成要件的过程。具体而言，这一过程主要包括生活事实的选择、概括、要件化及要件的选择，以及犯罪构成要件的变化和消亡。在犯罪构成要件设立过程部分，以犯罪构成要件的分类为指导，阐释了立法者如何设定犯罪的构成要件。当生活事实中的行为严重危害刑法保护的客体并需要犯罪化时，应遵循主体方面的要件、主观方面的要件、客观方面的要件的设定次序，并最终以刑法条文的形式表达出来。犯罪排除事由的设定，即设定法定的犯罪排除事由；犯罪排除事由的认可，即刑法认可的、非法定的犯罪排除事由。

第四，重构了犯罪成立论体系。

以分别、分步评价案件事实中行为、行为人的原则，本书构建了否定性、危害性、责任性犯罪成立论体系（见附图）。否定性、危害性、责任性，均是刑法价值立场上的评价。案件事实是犯罪成立论的基底。否定性，即审查事实行为是否为刑法否定的行为。危害性，即审查事实行为是否具有刑法上的危害性及危害的具体程度。责任性，即在确定具有主谓关系的前提下，审查行为是否具有责任性及责任的具体程度。否定性、危害性、责任性，每一个阶段下均设置正反相对的价值评价，但在该阶段均能形成确定的价值评价。否定性下设有犯罪构成符合性和否定性排除事由；危害性下设有危害性要件和危害性排除事由；责任性下设有责任性要件和责任性排除事由。

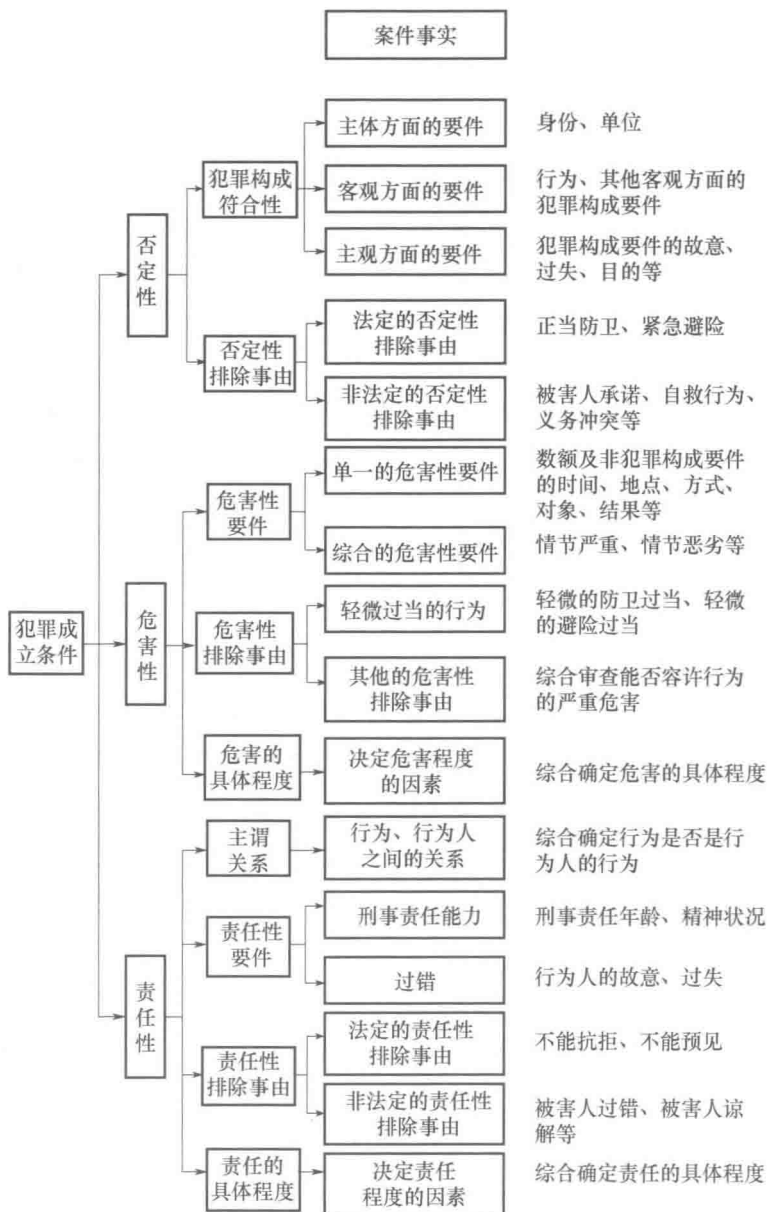
第五，将否定性、危害性、责任性犯罪成立论贯彻到共同犯罪论和罪数论中。

共同犯罪与单独犯罪的不同，不在于犯罪构成，而在于案件事实。在否定性下，先审查共同行为是否具有否定性，再审查各组成行为是否具有否定性；在危害性下，先确定共同行为的整体危害，再审查各行为的危害及其在共同行为整体中的比重，并在其中将共同犯罪的形态区分为整体形态和部分形态；在责任性下，分别审查各行为人的责任。

至于罪数，应以否定性、危害性、责任性为标准，即行为具有否定性、危害性且行为人具有责任性时，成立一罪。这一认识是由罪数的“罪”是责任意义的犯罪所决定的。

创新犯罪论体系是一件宏大且极不容易的事情。本书总体而言属于探索性的成果，存在不成熟甚至错误的观点，因此，非常期待各种完善性的建议，同时也非常期待各种诉诸理性的批判。

附图



第一章 基础性认识
