



# 刑法前沿问题思考

XINGFA QIANYAN WENTI SIKAO

杨金彪 著

中国人民公安大学出版社

无身份者参与有身份者犯罪和帮助犯的情况在无身份者实施的真正身份为可以构成狭义的共犯可以构成真正身份犯的犯。例如，理论上一般供罪的主体为司法工作是就实行犯而言，对于犯，则完全不需要身份司法工作人员伙同刑讯刑讯逼供罪的共犯论处者西田典之认为，无日本刑法第101条规定的脱逃罪的，根据日本刑法的规定，也可以构成本司法实践来看，司法实也坚持了这一立场。200高人民检察院《关于非是否可以构成徇私枉法答复》认为，非司法工作人员勾结，共同实为，构成犯罪的，应当的共犯追究刑事责任。理论界还是司法实务上犯罪的定性问题存在很者仅在司法工作人员

# 刑法前沿问题思考

杨金彪 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法前沿问题思考/杨金彪著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0169 - 8

I. ①刑… II. ①杨… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 164240 号

刑法前沿问题思考  
XINGFA QIANYAN WENTI SIKAO  
杨金彪 著

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

---

版 次: 2010 年 9 月第 1 版

印 次: 2010 年 9 月第 1 次

印 张: 9. 875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 266 千字

---

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0169 - 8/D · 0120

定 价: 30. 00 元

---

网 址: [www.cppsups.com.cn](http://www.cppsups.com.cn) [www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)

电子邮箱: [zbs@cppsup.com](mailto:zbs@cppsup.com) [zbs@cppsu.edu.cn](mailto:zbs@cppsu.edu.cn)

---

营销中心电话: (010) 83903254

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

警官读者俱乐部: (010) 83903253

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905745

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

---

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换  
版权所有 侵权必究

## 前 言

本书是在对迄今为止本人思考刑法学问题的部分研究成果进行整理、修改的基础上完成的。其中部分内容已经在《现代法学》、《中国刑事法杂志》等出版物上公开发表过，在此对有关出版发行编辑者谨致谢忱！多年来，本人一直关注刑法学的前沿、热点问题，譬如与我国刑法学犯罪论体系休戚相关的犯罪构成理论问题，犯罪故意的认识内容问题，结果加重犯的构造问题，想象竞合犯的基本特征问题，共犯论上共犯的分类、间接正犯的正犯性、共犯与身份以及与共犯具有类似性的同时犯的基本构造问题，以儿童的行动自由和生活场所的安全为保护法益的犯罪，如拐卖妇女、儿童罪，组织未成年人进行违反治安管理活动罪问题，近来一直作为司法实务和刑法理论热点问题的辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪问题，窝藏、包庇罪的构造问题，赃物罪的本质、成立条件、犯罪对象以及赃物性质的丧失问题，等等。关于上述问题笔者是以专题的形式，按照总论问题、分论问题以及相同论题的顺序编排的。

在对上述问题的思考中，笔者得出了一些聊以慰藉的结论：在犯罪论体系上，通过比较我国犯罪构成与大陆法系构成要件的不同，针对我国刑法学最近一个时期试图借鉴大陆法系犯罪论体系，重构我国刑法学犯罪论体系的理论动向提出了应允许不同犯罪论体系共存的建议。在犯罪故意的认识内部构造上，坚持社会危害性认识应当是犯罪故意的认识内容的立场。在共犯论上，通过比较分工

分类与作用分类的特征和理论动向，提出形式与实质相结合的共犯人分类模式，找到了分工分类与作用分类统一的基础；而且在间接正犯的正犯性上，提出了合理观察问题的视角，坚持以行为支配论阐释间接正犯的正犯性；在共犯与身份问题上，提出有身份者与无身份者共同参与真正身份犯时双方的共犯成立类型，特别得出了在有身份者参与无身份者实施真正身份犯时，有身份者构成间接正犯、无身份者构成帮助犯的结论。在针对未成年人的犯罪问题上，通过体系的解释，努力构建我国刑法保护未成年人行动自由和生活场所安全法益的犯罪体系，提出了以特定犯罪目的进行类型化的构想。对于类型化较差的妨害司法罪，逆极力鼓吹删除辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪的时代潮流，提出了刑法第306条规定的犯罪是因为辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证的行为导致了国家司法活动受到侵害的危险而受到处罚的实质根据。对于窝藏、包庇罪各行为间的关系和界限，提出按照行为作用的对象进行划分的标准。此外，笔者还在掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪中得出了一些理论界较少论及的结论。

学问之路维艰，时常为羁绊于日常的琐事，不能在学问的海洋里徜徉深感惭愧。令人欣慰的是，每每在深夜里沿着幽深的小径独自前行时，总有灯火斑斓处。在此，要深深地感谢恩师清华大学的张明楷教授近二十年来的教诲，如甘泉雨露，感谢同学诸君的帮助，感谢父母的养育之恩，感谢爱妻杨俊杰博士、爱子及所有家人的理解和支持。

最后，限于思虑疏浅，书中难免有不当之处，恳请大方之家不吝赐教。

杨金彪

2010年8月22日于陋宅

## 目 录

|                                  |        |
|----------------------------------|--------|
| <b>问题一 我国刑法上犯罪构成与大陆法系构成要件的区别</b> | ( 1 )  |
| 一、构成要素不同                         | ( 1 )  |
| 二、存在实体性性质上的区别                    | ( 3 )  |
| 三、认定犯罪成立的功能性差异                   | ( 4 )  |
| 四、在刑法体系上的地位不同                    | ( 6 )  |
| 五、与刑事责任的关系不同                     | ( 7 )  |
| 六、与犯罪形态的关系不同                     | ( 8 )  |
| 七、在犯罪论体系上的地位不同                   | ( 9 )  |
| 八、简短的结论                          | ( 10 ) |
| <b>问题二 社会危害性应当是犯罪故意的认识内容</b>     | ( 12 ) |
| 一、引言                             | ( 12 ) |
| 二、通说的合理性                         | ( 14 ) |
| 三、与行为事实认识的关系                     | ( 16 ) |
| 四、社会危害性认识的程度                     | ( 18 ) |
| 五、与违法性认识的关系                      | ( 21 ) |
| <b>问题三 结果加重犯的构造</b>              |        |
| ——以张明楷刑法学结果加重犯论为中心               | ( 23 ) |
| 一、结果加重犯的本质                       | ( 23 ) |
| 二、结果加重犯的客观构造                     | ( 26 ) |

|                                                   |               |
|---------------------------------------------------|---------------|
| 三、结果加重犯的主观构造 .....                                | ( 28 )        |
| 四、结果加重犯的法定刑 .....                                 | ( 35 )        |
| 五、理论可能的发展 .....                                   | ( 39 )        |
| <b>问题四 想象竞合犯的基本特征 .....</b>                       | <b>( 43 )</b> |
| 一、引言 .....                                        | ( 43 )        |
| 二、一个行为 .....                                      | ( 44 )        |
| 三、触犯数个罪名 .....                                    | ( 49 )        |
| <b>问题五 共犯分工分类与作用分类的统一性 .....</b>                  | <b>( 54 )</b> |
| 一、共犯分类的困境 .....                                   | ( 54 )        |
| 二、近年来德国共犯分类的实质化倾向 .....                           | ( 60 )        |
| 三、作用分类法形式与实质的结合 .....                             | ( 67 )        |
| 四、简短的结论 .....                                     | ( 74 )        |
| <b>问题六 间接正犯的正犯性 .....</b>                         | <b>( 77 )</b> |
| 一、引言 .....                                        | ( 77 )        |
| 二、德国刑法学说的展开 .....                                 | ( 79 )        |
| 三、日本刑法学说的特色 .....                                 | ( 86 )        |
| 四、合理的观察视角 .....                                   | ( 90 )        |
| <b>问题七 有身份者与无身份者共同参与真正身份犯的<br/>    共犯类型 .....</b> | <b>( 95 )</b> |
| 一、无身份者参与有身份者犯罪构成教唆犯和帮助犯的情况 .....                  | ( 95 )        |
| 二、无身份者参与有身份者犯罪构成共同正犯的情况 .....                     | ( 98 )        |
| 三、有身份者参与无身份者犯罪有身份者共犯成立<br>类型 .....                | ( 104 )       |
| 四、有身份者参与无身份者犯罪无身份者共犯成立<br>类型 .....                | ( 110 )       |

|                                                |         |
|------------------------------------------------|---------|
| <b>问题八 有身份者与无身份者共同犯罪的刑事责任</b>                  | ( 114 ) |
| 一、引言                                           | ( 114 ) |
| 二、欧陆日本刑法不真正身份犯的刑事责任原则                          | ( 115 ) |
| 三、我国刑法对不真正身份犯的规定和处理原则                          | ( 117 ) |
| 四、有身份者与无身份者共同犯罪中教唆犯的刑事<br>责任                   | ( 120 ) |
| <b>问题九 同时犯的几个问题</b>                            | ( 124 ) |
| 一、引言                                           | ( 124 ) |
| 二、同时犯的成立条件                                     | ( 124 ) |
| 三、同时犯的成立范围及量刑原则                                | ( 126 ) |
| 四、特别同时犯的处理                                     | ( 127 ) |
| 五、同时犯的立法构想                                     | ( 132 ) |
| <b>问题十 拐卖妇女、儿童罪的几个问题</b>                       | ( 133 ) |
| 一、引言                                           | ( 133 ) |
| 二、保护法益                                         | ( 134 ) |
| 三、犯罪成立的界限                                      | ( 137 ) |
| 四、共犯成立的范围                                      | ( 143 ) |
| 五、与绑架罪的关系                                      | ( 145 ) |
| 六、与拐骗儿童罪的关系                                    | ( 150 ) |
| <b>问题十一 组织未成年人进行违反治安管理活动罪立法<br/>        重构</b> | ( 154 ) |
| 一、引言                                           | ( 154 ) |
| 二、本罪的保护法益                                      | ( 154 ) |
| 三、本罪客观方面的要件                                    | ( 157 ) |
| 四、本罪的目的犯化                                      | ( 161 ) |



**问题十二 组织未成年人进行违反治安管理活动罪的几个问题**

——以解释论为视角 ..... ( 169 )

一、引言 ..... ( 169 )

二、本罪的犯罪客体和犯罪对象 ..... ( 169 )

三、本罪客观的行为方式 ..... ( 171 )

四、本罪的犯罪目的 ..... ( 173 )

五、本罪的犯罪形态 ..... ( 175 )

六、本罪的罪数关系 ..... ( 176 )

**问题十三 辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、**

**妨害作证罪考察** ..... ( 181 )

一、引言 ..... ( 181 )

二、本罪的立法根据 ..... ( 182 )

三、客观构成要件的明确性 ..... ( 187 )

四、与刑法第 307 条犯罪的关系 ..... ( 192 )

**问题十四 窝藏、包庇罪各行为间的关系及界限**

——以帮助其逃匿为中心 ..... ( 200 )

一、帮助其逃匿与提供隐藏处所、财物的关系 ..... ( 200 )

二、帮助其逃匿与提供隐藏处所的界限 ..... ( 202 )

三、帮助其逃匿与作假证明包庇的关系 ..... ( 205 )

四、帮助其逃匿与作假证明包庇的界限 ..... ( 207 )

五、帮助其逃匿的具体类型 ..... ( 210 )

**问题十五 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的罪质**

..... ( 212 )

一、引言 ..... ( 212 )

二、德国日本刑法学说的对立 ..... ( 213 )

三、日本刑法学说新动向 ..... ( 216 )

|                                               |         |
|-----------------------------------------------|---------|
| 四、我国刑法上掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得<br>收益罪的罪质 .....         | ( 219 ) |
| 问题十六 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪中本犯的<br>作用 .....        | ( 225 ) |
| 一、本犯犯罪主体对掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得<br>收益罪主体的限制 .....     | ( 225 ) |
| 二、本犯是否成立对掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得<br>收益罪成立的影响 .....     | ( 228 ) |
| 三、本犯处罚与否与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得<br>收益罪成立的关系 .....     | ( 233 ) |
| 问题十七 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的犯罪<br>对象 .....         | ( 238 ) |
| 一、有体物是掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪<br>犯罪对象的核心部分 .....    | ( 238 ) |
| 二、无体物作为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益<br>罪的犯罪对象的理由 .....    | ( 241 ) |
| 三、不动产成为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益<br>罪的犯罪对象的限制 .....    | ( 243 ) |
| 四、财产上利益成为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得<br>收益罪犯罪对象的范围 .....   | ( 245 ) |
| 问题十八 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪中犯罪<br>所得物赃物性质的丧失 ..... | ( 250 ) |
| 一、引言 .....                                    | ( 250 ) |
| 二、因归还本犯被害人或者被司法机关追缴而丧失<br>赃物性质 .....          | ( 253 ) |
| 三、因善意取得而丧失赃物性质 .....                          | ( 257 ) |
| 四、因加工、附合、混合而丧失赃物性质 .....                      | ( 261 ) |

|                                 |         |
|---------------------------------|---------|
| 五、因放弃返还请求权或者撤销权而丧失赃物性质<br>..... | ( 265 ) |
| 问题十九 犯罪所得物的替代物赃物性质的丧失 .....     | ( 267 ) |
| 一、肯定说与否定说的对立 .....              | ( 267 ) |
| 二、中间说的意见分歧 .....                | ( 270 ) |
| 三、我国刑法的立场 .....                 | ( 273 ) |
| 四、犯罪所得物的替代物不丧失赃物性质的情况 .....     | ( 277 ) |
| 问题二十 脱逃罪立法例及保护法益比较研究 .....      | ( 279 ) |
| 一、引言 .....                      | ( 279 ) |
| 二、立法体例 .....                    | ( 279 ) |
| 三、保护客体 .....                    | ( 288 ) |
| 参考文献 .....                      | ( 291 ) |
| 附录：德文中文人名对照表 .....              | ( 305 ) |

## 问题一

# 我国刑法上犯罪构成与 大陆法系构成要件的区别

我国刑法中的犯罪构成，从其理论的起源上讲，或许可以追溯到大陆法系构成要件理论的发展史上来。而且，我国刑法中的犯罪构成与大陆法系的构成要件在诸多方面都有相似之处。但是，如果只注重两者千丝万缕的联系和相似之处，无视两者的根本性区别，从而将两者相混淆，那么，在刑法学的学习和研究上就有可能出现误差。注重两者的区别之点，将两者作些比较研究，将有助于我国犯罪构成理论的发展。

客观而言，我国犯罪构成理论间接地起源于大陆法系的构成要件理论。这是因为，我国犯罪构成理论是在直接学习前苏联犯罪构成理论的基础上发展起来的。我国犯罪构成理论几乎是 20 世纪 50 年代从苏联照搬过来的。而前苏联的犯罪构成理论又是在批判地继承了大陆法系构成要件理论的基础上发展起来的。<sup>①</sup> 然而，这两个概念在以下几个方面存在着很大的不同。

### 一、构成要素不同

在我国刑法学上，通说的观点认为犯罪构成是包括主观方面的

---

<sup>①</sup> 参见张明楷著：《犯罪论原理》，武汉大学出版社 1991 年版，第 113、108 页。

罪过和客观方面的行为方式等诸多主客观要素的统一体，虽然在具体应当包括哪些要素上存在一定的理论分歧，但在主客观相统一这一点上认识基本是一致的。

但是，在大陆法系，早期关于构成要件的理论一般认为，构成要件只包含客观方面的构成要素，主观方面的要素被作为责任要素完全地排除在构成要件之外。例如，最早对构成要件进行系统的理论研究的德国学者贝林格（Beling）就认为，构成要件中只包含行为、结果等纯客观性的要素，而与主观要素无关。紧随其后的德国学者 M. E. 迈尔（M. E. Mayer）虽然感觉到主观性的要素即行为人的内心要素也似乎有必要包含其中，<sup>①</sup>但他并没有说明主观性要素具体包括哪些。只是到了持新构成要件论的梅茨格尔（Mezger），才明确地将主观性构成要件要素列举出来。但是，他所确定的主观性构成要件要素也只是局限于目的犯中的目的、倾向犯中的主观性倾向、表现犯的内心状态等狭隘的范围内。此后，在大陆法系刑法学界，开始有学者将故意和过失作为构成要件的要素。例如，日本的小野清一郎认为，作为责任类型的构成要件，当然必须包括行为人的行为意志，即所谓对犯罪事实的认识或容忍（犯意），作为已被类型化了的事实过失，也属于过失犯的构成要件。<sup>②</sup>但是，小野清一郎在刑法教科书中也只是在责任里说明故意的内容。<sup>③</sup>在大陆法系刑法学界，也有较彻底地坚持主观罪过要素应当包含在构成要件中的学者，如日本的大塚仁教授认为，作为构成要件的主观性要素，应当承认构成要件性故意的观念，这是故意在犯罪论体系中

---

① 参见〔日〕大塚仁著：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第52页。

② 参见〔日〕小野清一郎著：《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39页。

③ 参见〔日〕大塚仁著：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第188页。

的第一位置。<sup>①</sup>但是，在大塚仁那里，作为一个整体的犯罪故意被划分为构成要件性故意、违法性故意和责任性故意三部分，而作为构成要件要素的只是行为人对犯罪事实的这一被称为构成要件性故意的一部分。<sup>②</sup>

总之，在大陆法系刑法学上，并没有像我国刑法学那样广泛地承认构成要件中的主观性要素。即使是承认构成要件中包含主观性构成要素的学者，他们坚持构成要件中包含主观性要素的立场也不如我们国家刑法学者那样彻底。我国犯罪构成中主观性要素不仅包含了作为整体的主观罪过的故意和过失，而且在目的犯之中还包含犯罪目的等要素。另外，在强调构成要件的主客观相统一问题上，大陆法系刑法学也不像我国的犯罪构成理论这么强烈。

## 二、存在实体性性质上的区别

在我国刑法学上，通说的观点认为犯罪构成是犯罪的类型。犯罪的本质属性是社会危害性，犯罪构成作为犯罪的法上定型，它必然能够反映犯罪的本质属性——社会危害性。行为事实完全符合犯罪构成，就可以认定行为事实具有社会危害性；行为事实不符合犯罪构成，就可以认定行为事实不具有社会危害性。

而在大陆法系刑法学中，贝林格认为构成要件只是犯罪的“外部轮廓”。但是，作为犯罪的轮廓就必须包含主观性要素，因此贝林格的上述提法很快受到强烈的批判，所以他不得不修正自己的理论，认为构成要件只是给刑法各本条中犯罪类型的统一性提供基础观念上的“指导形象”，这样贝林格晚年的构成要件理论完

---

① 参见〔日〕大塚仁著：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第189页。

② 参见〔日〕大塚仁著：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第191页。

全堕入了没有意义的概念游戏之中。<sup>①</sup> 梅茨格尔继承了贝林格早期的关于构成要件理论的观点,并进一步认为构成要件又是违法的类型。日本的小野清一郎则更进一步认为,构成要件不仅仅是违法类型,同时也是责任类型。<sup>②</sup>

但是,大陆法系刑法学界对于构成要件作为犯罪类型的认识是不彻底的。因为,虽然很多学者认为犯罪的构成要件是违法类型、犯罪类型,但他们又继而认为,只要具有违法性阻却事由,其行为即使符合构成要件,但该行为从一开始就不属于违法的。<sup>③</sup> 这样,在大陆法系刑法学者那里,就存在一个无法克服的矛盾:既然构成要件是违法的类型,犯罪类型,那么为什么还会存在符合构成要件,但实质上又不具有违法性的行为事实呢?反之,既然存在一些不具有违法性的违法性阻却事由符合构成要件,那又何以说构成要件是违法类型、犯罪类型呢?对此,大陆法系刑法学者解释说正当防卫等违法性阻却事由是符合构成要件但不具有违法性的例外情况。

### 三、认定犯罪成立的功能性差异

在我国刑法学上,犯罪构成包括了表明犯罪成立的一切积极的要件,是犯罪成立要件意义上的犯罪构成。<sup>④</sup> 在我国刑法学界,通说认为,行为事实符合犯罪构成是认定犯罪成立与否的唯一标准,即在认定是否成立犯罪时,是用犯罪构成对行为事实进行一次性的

---

① 参见〔日〕小野清一郎著:《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27页。

② 参见〔日〕小野清一郎著:《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19页。

③ 参见〔日〕福田平、大塚仁编:《日本刑法总论讲义》,李乔、文石、周世铮译,辽宁人民出版社1986年版,第86页。

④ 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1991年版,第66页。

整体评价。

而在大陆法系，构成要件在认定犯罪成立与否的机能上，只是在作为犯罪成立的若干条件之一——构成要件符合性判断上发挥机能。换言之，构成要件符合性判断，仅仅是被有些学者称之为“犯罪的一般成立要件”<sup>①</sup>的若干个成立要件之一。

在大陆法系刑法学者那里，对于认定犯罪成立究竟应当具备哪些要件，则存在不同认识。在贝林格看来，认定犯罪的成立必须具备以下六个条件：行为、行为符合构成要件、违法性、有责性、行为符合处罚的规定和行为具备处罚的条件。后来，迈尔在继承了贝林格理论的基础上，将犯罪成立要件修正为构成要件的符合性、违法性、有责性三个要件。此后，该理论逐渐地被大陆法系刑法学者们广泛接受，现在已成为具有压倒性优势的通说。梅茨格尔注重构成要件与违法性的关系，将构成要件和违法性更密切地结合起来，认为犯罪的成立必须具备行为、构成要件的不法、责任和刑法规定应受处罚四个条件。

在认定犯罪成立的各要件的关系上，我国刑法学强调犯罪构成的系统性。<sup>②</sup>而在大陆法系刑法学界，对于犯罪成立诸要件的关系的认识很不一致。按照贝林格的想法，构成要件相符性与违法性和责任完全没有关系。一个行为符合构成要件，而它是否违法或是否有责任，则完全是另外的问题。<sup>③</sup>而贝林格之后的迈尔则注意到了构成要件与违法性的关系，认为构成要件的相符性是违法性的认识根据或凭证。换言之，如果有符合构成要件的行为，仅此就可以推

---

① 德国学者贝林格（Beiling）称之为“广义的构成要件”，而本文所提到的构成要件则被称为“狭义的构成要件”。参见林山田著：《犯罪通论》（上册），作者本人发行1999年版，第115页。

② 参见何秉松著：《犯罪构成系统论》，中国法制出版社1995年版，第59页以下。

③ 参见〔日〕小野清一郎著：《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12页。



定为违法，二者的关系如同烟与火的关系一样。后来的持新构成要件论的梅茨格尔则进一步认为，刑事立法是直接宣告违法性，它根据构成要件的规定，设定了特殊的被类型化了的不法。因此，构成要件相符性不仅限于特殊的违法性的认识根据，而且也是它的存在根据。但是，梅茨格尔仍然没有明确说明构成要件符合性与有责性间的关系。日本的刑法学者大塚仁弥补了这一不足，他在认为构成要件不仅是违法类型而且是责任类型的基础上，进而认为构成要件符合性同时又具备有责性的推定机能。符合构成要件的行为，不仅可以推定其违法性，也可以推定其责任的存在。<sup>①</sup>

总之，在我国刑法学上，在认定犯罪成立与否时，是以犯罪构成对行为事实进行整体性的一次评价，而大陆法系则是从构成要件符合性、违法性、有责性三个层次上对行为事实进行评价，但是对于这三个层次的关系的处理，在解释论上仍然存在相当的困难。

#### 四、在刑法体系上的地位不同

在大陆法系的刑法学界，通说认为，构成要件只是刑法分则各条中规定的内容。构成要件理论中的构成要件，即是刑法各条中规定的“罪”，亦即特殊化了的犯罪概念。<sup>②</sup>在我国早期的刑法学教科书中也有同样的认识，即认为我国的犯罪构成只是规定于刑法分则之中。但是，在我国刑法学界，一种强有力的观点认为，刑法总则与分则作为有机整体统一规定犯罪构成。<sup>③</sup>

如果说大陆法系刑法学理论注重构成要件反映犯罪客观方面的

---

① 参见〔日〕大塚仁著：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第41页。

② 参见〔日〕小野清一郎著：《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7页。

③ 参见张明楷著：《犯罪论原理》，武汉大学出版社1991年版，第118页。