

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 19

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

犯罪构成理论专栏

【高铭暄】

对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应

【马克昌】

简评三阶层犯罪论体系

【赵秉志 王志祥】

中国犯罪构成理论的发展历程与未来走向

【莫洪宪 彭文华】

德、日犯罪论体系之利弊分析

中国刑法

【马荣春 周建达】

为社会危害性概念的刑法学地位辨正

——兼与陈兴良教授商榷

【阎二鹏】

共犯本质论：基于“个人责任”的反思性检讨

外国刑法

【詹姆斯·杰克斯 塔玛拉·克莱皮特 著

徐翠翠 岳蓓玲 译】

犯罪记录范围、用途和可获得性的扩张

比较刑法

【黄瑛琦】

信赖原则研究

国际刑法

【格哈德·韦勒 弗洛里安·耶斯贝格尔 著

赵秉志 范红旗 译】

国际刑事司法正在回归：德国新国际刑法典

犯罪学与刑事政策

【单 勇】

论犯罪学的研究模式



图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2009 年. 第 3 卷: 总第 19 卷/赵秉志主编.
北京: 法律出版社, 2009. 8
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9771 - 5

I. 刑… II. 赵… III. 刑法—文集 IV. D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 127611 号

刑法论丛(2009 年第 3 卷)
(总第 19 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 李 曙

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2009 年 8 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 永恒印刷有限公司

印张 16.625 字数 474 千
印次 2009 年 8 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9771 - 5

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔犯罪构成理论专栏〕

- | | | |
|-----|---|---------|
| 1 | 对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行
犯罪构成理论者的回应 | 高铭暄 |
| 13 | 简评三阶层犯罪论体系 | 马克昌 |
| 28 | 中国犯罪构成理论的发展历程与未来走向
..... | 赵秉志 王志祥 |
| 65 | 新中国犯罪构成理论的发展和展望 | 欧锦雄 |
| 82 | 犯罪论体系之演变 | 陈家林 |
| 112 | 德、日犯罪论体系之利弊分析 | 莫洪宪 彭文华 |

〔中国刑法〕

- | | | |
|-----|---------------------------------------|---------|
| 177 | 为社会危害性概念的刑法学地位辨正——兼
与陈兴良教授商榷 | 马荣春 周建达 |
| 206 | 共犯本质论:基于“个人责任”的反思性检讨
..... | 阎二鹏 |
| 234 | 不作为共犯与犯罪阻止义务 | 杜文俊 陈洪兵 |
| 265 | 劳动刑法:学术视域与核心命题 | 姜 涛 |
| 284 | 中国现行刑罚体系的理论反思 | 黄晓亮 徐盛军 |

332	贪赃型渎职罪罪数问题研究	魏颖华
	〔外国刑法〕	
355	犯罪记录范围、用途和可获得性的扩张 [美]詹姆斯·杰克布斯 塔玛拉·克莱皮特著 徐翠翠 岳蓓玲译	
397	关于德国刑法中故意的论争 [澳]格雷格·泰勒著 李立丰编译	
	〔比较刑法〕	
424	信赖原则研究	黄瑛琦
	〔国际刑法〕	
463	国际刑法基本原则的新进展	蒋娜
478	国际刑事司法正在回归:德国新国际刑法典 [德]格哈德·韦勒 弗洛里安·耶斯贝格尔著 赵秉志 范红旗译	
	〔犯罪学与刑事政策〕	
502	论犯罪学的研究模式	单勇

CONTENTS

[Special Column for Constitution of Crime]

Responses to Those who Advocate the Constitutional Theory of China to be Replaced by the Japanese Ones	Gao Mingxuan	1
Brief Comments on Three-level Crime Theory System	Ma Kechang	13
The Development Process and Coming Trend of the Constitution Theory in China	Zhao Bingzhi & Wang Zhixiang	28
The Development and Prospect of Theory of Criminal Constitutive Elements in New China	Ou Jinxiong	65
The Evolution of Crime Theory System	Chen Jialin	82
Study on Advantage and Disadvantage of Theoretical System of Composition of Crime in German and Japan	Mo Hongxian & Peng Wenhua	112

[Chinese Criminal Law]

Defending for the Role of Social Harmfulness in Criminal Law—Discussing with Prof. Chen Xingliang	Ma Rongchun & Zhou Jianda	177
The Debate of Metal in Complicity : a Introspection of Discussion	Yan Erpeng	206
Nonfeasance Accomplice and His Duty-bound to Stop Crime	Du Wenjun & Chen Hongbing	234

A Study on Academic Sight and Core Proposition of Work Criminal Law	Jiang Tao	265
Theoretical Reflection on the System of Penalty in China	Huang Xiaoliang & Xu Shengjun	284
The Question about Plural Crimes of Malfeasance Crime	Wei Yinghua	332
[Foreign Criminal Law]		
The Expanding Scope, Use, and Availability of Criminal Records	James. Jacobs & Tamara. Clampett Translated by Xu Cuicui & Yue Beiling	355
Debate of intention in the German Criminal Law	Greg Taylor	397
[Comparative Criminal Law]		
The Study of the Principle of Trust	Huang Yingqi	424
[International Criminal Law]		
Current Developments on Fundamental Principles in International Criminal Law	Jiang Na	463
International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law	Gerhard Werle & Florian Jessberger	478
[Criminology and Criminal Policy]		
On the Research Mode of Criminology	Shan Yong	502

〔犯罪构成理论专栏〕

〔编者按〕

2009年5月,德日三阶层犯罪论体系被贸然纳入国家司法考试大纲,这在刑法理论与实务界引起了轩然大波,同时亦使犯罪构成理论之争再次成为学界关注的焦点。因为这一问题不仅事关刑法理论的核心与基础,亦直接决定中国刑法学发展的未来走向。为了强化相关基础理论研究,并在纯粹学术层面使真理越辩越明,本卷特设“犯罪构成理论专栏”,收录了6篇论文就此进行专门研讨。而且,鉴于这一问题的基础性与重要性,本刊今后仍将以专栏形式对之给予持续关注。

对主张以三阶层犯罪成立体系取代 我国通行犯罪构成理论者的回应

高铭暄*

目 次

一、引言

二、“推倒重来论”人为地强行切断了新中国刑法理论的历史连续

* 北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师,中国人民大学荣誉一级教授,中国法学会刑法学研究会名誉会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

三、“推倒重来论”有意无意地漠视了四要件犯罪构成理论所具有的现实合理性

四、“推倒重来论”对四要件犯罪构成理论的指责带有很大的曲解成分

五、三阶层犯罪成立体系并非完美无缺

六、结语

一、引言

近年来,刑法学界出现了一种对我国通行的犯罪构成理论质疑的声音,个别刑法学者认为,我国刑法学中的四要件犯罪构成理论需要“全面清理”;刑法学体系需要按照日本刑法学递进式的三阶层犯罪论体系“推倒重来”。

归纳起来看,这些学者的主要理由是:在我国刑法理论语境下,行为符合犯罪构成是追究行为人刑事责任的根据,这意味着,只要行为人的行为符合某一具体犯罪的构成要件,即成立犯罪。但在司法实践中,对行为罪与非罪的评价,除了运用犯罪构成外,还存在两个辅助性标准,即正当防卫、紧急避险等违法性阻却事由和犯罪概念,后者从否定方面为行为设定了出罪标准,由此足见罪与非罪认定标准的混乱;我国的犯罪构成体系是平面的,各个犯罪构成要件之间不存在位阶关系,其顺序是可以根据不同标准随意分拆组合的,尤其是各个犯罪构成要件是一种耦合的逻辑结构,一旦四大要件“拼凑”成功,即能得出一个人有罪的结论,所以这种犯罪构成体系是在犯罪成立这一逻辑前提下对犯罪结构进行分析的理论,更合乎有罪推定的思维习惯;我国四要件的犯罪构成体系只有入罪机制,没有出罪机制,只有保护社会机能,没有保障人权的机能。相比而言,日本的犯罪成立体系则具有明显的优越性和缜密的逻辑性,因为,这一体系是立体的,各个构成要件之间存在明确的位阶关系,在认定犯罪时,必须严格按照犯罪构成要件之间的位阶关系依次判断,并且这一判断过程,也是去罪化的过程;日本的犯罪

成立体系能将正当防卫等违法阻却事由容纳进去,这一体系包含出罪机制,有利于人权保障机能的实现。因此,采用前苏联“四要件式”的犯罪构成模式,实际上已经给我国的刑法理论与司法实践带来了很大的负面影响,刑法知识“去苏俄化”,以更具逻辑性、更具实用性的日本三阶层犯罪成立体系取而代之,乃势在必然。

我国四要件的犯罪构成理论果真如批判者所指责的那样充满矛盾,不堪改造吗?是否唯有抛弃这一理论,才能真正促使我国刑法学体系得以完善?在此,我结合个人思考,对上述批判做出如下回应。

二、“推倒重来论”人为地强行切断了 新中国刑法理论的历史连续

我国四要件犯罪构成理论的形成,是一种历史性的选择,具有历史必然性;同时,四要件犯罪构成理论又经受住了历史的考验,具有历史合理性。

列宁有一段名言:“最可靠、最必需、最重要的就是不要忘记基本的历史联系,考察每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生,在发展中经过了哪些主要阶段,并根据它的这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”^①在我看来,这就叫做历史观点,是历史唯物论。

中华人民共和国是在推翻国民党反动统治、推翻三座大山的压迫、粉碎旧的国家机器、废除以国民党六法全书为代表的旧法统的基础上建立起来的。新中国成立之初,百废待兴,我们没有系统的法律,没有刑法典,也没有系统的刑法理论,旧法不能用,旧法观点遭批判,那么向谁学习?当时世界上分成两个阵营:一个是以苏联为首的社会主义阵营,一个是以美国为首的资本帝国主义阵营。苏联在新中国成立第二天就承认了我们,美国在1950年至1953年期间率领14个国家与我们在朝鲜打了一场大仗,之后封锁和包围我们,直到70年代末才与我们建交。谁同情、支持我们,谁敌视、反对我们,泾渭分明,一目了然。

^① 《列宁选集》(第4卷),人民出版社1960年版,第43页。

1950年2月14日,中苏缔结友好互助同盟条约,明确我们是属于社会主义阵营,当时我们年轻的共和国也只有依靠社会主义阵营的支持和帮助,才能站得更稳。向苏联学习,以俄为师,这是当时党和国家的战略决策。为什么当时中国人民大学来了这么多苏联专家,最多时达99位?仅刑法学科就先后来了4位。这些苏联专家来到中国讲授刑法学理论,我本人也就在那时跟随苏联刑法学家贝斯特洛娃教授等开始学习社会主义刑法学。在当时的历史条件下,国民党时期已经介绍进入中国的以德日刑法学为蓝本的递进式三阶层犯罪论体系随着旧的法统而被废止,苏联专家讲授的是社会主义国家通用的完全不同的四要件犯罪构成理论。一新一旧,一为社会主义刑法学的理论创造,一为资本主义刑法学的产物,对比鲜明,政治色彩也极为鲜明,新中国刑法学没有别的选择余地。试想,在当时的历史条件下,刑法理论,不向苏联学习,还能向谁学习?发达的资本主义国家,包括西德、日本,当时还不承认我们,还没有与我们建交呢!所以向苏联学习刑法理论,包括学习占有核心地位的四要件犯罪构成理论,这是当时唯一可能的选择,是有历史必然性的。

以四要件犯罪构成理论为核心,新中国刑法学体系就建立起来了。1957年《中华人民共和国刑法总则讲义》等最初的几本教材重点介绍的就是四要件犯罪构成理论。特别值得一提的是,1982年法律出版社出版的《刑法学》,作为新中国第一本刑法学统编教材,它几乎集中了当时中国刑法学界所有重要刑法学家的智慧。而1980年,由我主持在北戴河商讨刑法学教材体系时,大家一致的看法是,中国刑法学理论应当以四要件犯罪构成理论为基本框架。这在当时是没有任何异议的。可见四要件犯罪构成理论对新中国刑法学理论影响之深。也可见四要件犯罪构成理论地位的确立是经过了中国第一代刑法学家集体研讨决定的。

以四要件犯罪构成理论为核心的新中国刑法学建立后,迄今已五十余年,四要件犯罪构成理论经过生根、发芽、开花、结果,早已成为深深扎根于中华大地的本土化的东西。无论是立法界、司法界、教育界还是科研界,只要是分析和解决定罪问题,通行的做法都是运用四要件犯

罪构成理论。教师教的是这个理论,学生学的是这个理论,刑事司法实务中用的还是这个理论。这个理论已深入人心,为司法实践所肯定、所接受、所熟练掌握。不仅如此,在这几十年的时间里,刑法学界对四要件犯罪构成理论提出根本性质疑的并不多见,学界存在的一些异议至多只是“犯罪客体是否必要”,“四要件排列顺序如何”等技术性问题。在刑事司法实践中,给予四要件犯罪构成理论的评价也基本上都是肯定的。实务界普遍的观点是四要件犯罪构成理论方便、实用。目前尚未见到有实务界的人士明确提出,由于运用四要件犯罪构成理论,导致重大冤案错案的发生。因此,在这种情况下,有人突然提出要“推倒重来”,要用日本所谓三阶层的犯罪成立理论来代替四要件犯罪构成理论,一方面要“去苏俄化”,另一方面却来个“日本化”,引起了这场争论,这怎么能让人心服?不让广大刑法学人感到事有蹊跷,非要弄个明白不可呢!

三、“推倒重来论”有意无意地漠视了四要件 犯罪构成理论所具有的现实合理性

四要件犯罪构成理论的强大生命力,毫无疑问根植于其具有的明显的现实合理性。中国走的是社会主义道路,我们建设的是有中国特色的伟大社会主义国家。所以,我们的法学理论,也必然是具有鲜明社会主义特色的法学理论。如前所述,以四要件犯罪构成理论为核心的中国刑法学体系早已建立数十年,并且随着我国法学教育的蓬勃发展,扎根开花,广为传播,深入人心。而大陆法系中的德日刑法学,虽曾在民国时期得到过短期传播,但很快随着新中国的成立而销声匿迹,可以说,其在我国历史上并未产生重大影响。在这样的现实面前,掐断已经生机勃勃的中国刑法学,不顾及我国刑法理论的历史连续性和现实合理性,引进移植一个完全没有任何生存土壤的德日犯罪论体系,不能不说是舍本逐末!

有学者可能会认为,我国台湾地区与大陆原均属中华法系,但台湾地区现今通行的刑法学体系却是以三要件递进式犯罪论体系为基本模

型的,我们为什么就不行?这一问题十分复杂,涉及一系列复杂的历史、政治、社会因素。单就现实情况而言,有两点值得特别注意:一是台湾地区存在一个广泛的、有着留学德日背景的刑法学知识阶层。在台湾,即使是司法人员,很多也都有留学德日的经历,刑法理论研究人员更是几乎人人曾留学海外,这样一个刑法学知识阶层对传播、介绍、研究三阶层犯罪论体系起到了至关重要的作用,成为德日刑法学理论在台湾地区生存、成长的重要土壤。而目前大陆地区有这样的知识阶层吗?内地无论司法人员,还是理论研究人员,主要是依托国内教育,学习中国刑法学理论成长起来的,不具备学习、研究德日刑法学理论的语言基础、知识结构。在这种现实面前,强行要求大陆刑法学者放弃已耕耘多年的中国刑法学理论,转而移植日本的犯罪论体系,怎么能说不是一厢情愿?另外,台湾地区毕竟人少地窄,知识传播很快。而中国大陆,人多地广,各地刑法学研究水平高低不一,司法人员素质良莠不齐,在这样的情况下,将一种广为传播、久为人知的理论予以“全面清除”,而“重建”一种所谓新的知识体系,谈何容易!

另一方面,在我看来,我国四要件犯罪构成理论的现实合理性还表现在这一理论符合诉讼规律,非常方便实用。我对德日刑事诉讼法不是特别了解。我不知道在三阶层犯罪论体系中,司法机关是如何分别承担证明任务的。同时,如果这一体系移植到中国后,在现行中国司法体制下,公检法三机关又如何分配各自的证明责任?我个人感觉,我国现有的四要件犯罪构成理论,是符合我国现行公检法三机关分工协作、互相配合、互相制约的这一刑事诉讼运作机制的。公安机关侦查、检察机关公诉、人民法院审判,实际上都是围绕犯罪构成四个要件,逐一核实、筛查、证明四要件中具体各要素,如客观方面实行行为究竟是作为还是不作为,主观方面究竟有无特定犯罪目的,等等。当然,对各个要素考查的重点不同,有些要素,如行为方式、因果关系,是要重点查实的,也有些要素,如犯罪时间,在一些犯罪中显得无足轻重。但不管怎样,各个司法机关是有共同的目标的,是明确各自的证明责任和证明程度的,进而,四要件犯罪构成理论也是为司法机关所认可的。近年来,我国刑法学界对犯罪论体系、刑法学体系的争论十分激烈,而实务界却

反应冷淡,我想一个重要原因恐怕就在于实务工作者并未感觉到四要件犯罪构成理论在实际操作中有什么不便吧!

四、“推倒重来论”对四要件犯罪构成理论的指责带有很大的曲解成分

首先,关于四要件犯罪构成理论是平面还是立体、分层次还是不分层次的问题。我认为,无论从哪方面看,都无法得出四要件犯罪构成理论是平面的、平铺直叙的、没有层次感的结论。

从犯罪概念与犯罪构成的关系上看,我国犯罪构成理论是建立在犯罪概念基础之上的。犯罪概念是犯罪构成的基础,犯罪构成是犯罪概念的具体化。另外还有个说法:犯罪构成是犯罪行为的具体化、模式化。犯罪的三个基本特征或曰基本属性即社会危害性、刑事违法性、应受刑罚惩罚性与犯罪构成的关系是:说明与被说明的关系;体现与被体现的关系;抽象与具体的关系。因此,犯罪构成与犯罪概念有这样一些关系,能说四要件的犯罪构成是平面的吗?

从四要件犯罪构成内部结构上看,我国的犯罪构成是主客观相统一的有机整体,主观见之于客观,客观检验主观,这也不能说是平面的。四要件犯罪构成理论由犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四大要件耦合而成。在四大要件之下,又分别包括特定的组成要素。如犯罪客观方面就包括危害行为、危害结果、因果关系等,基于各个犯罪行为的具体情况各异,犯罪构成要素又有必要性要素和选择性要素的区别。认定一个行为是否具有犯罪构成,需要对这些要件和要素逐一进行分析和认定,由整体到方面再到个别,又由个别到方面再回到整体,有时还要对诸如“情节严重”、“情节恶劣”、“数额较大”等决定罪与非罪界限的综合性要件要素进行分析认定,这样有先有后、有分有合、有步骤地由抽象到具体,又由具体到抽象的认定过程,难道就不是区分了层次,不是立体?

从四个要件的排列顺序上看,也不能说我国的犯罪构成不区分层次,不是立体。尽管学界对于四个要件如何排列还存在不同的看法,但

不管何种观点都承认的一个事实是,犯罪构成四个方面要件的排列并不是随意的,而是遵循了一定的规律。就我个人而言,我一直坚持客体、客观方面,主体、主观方面的传统排列。我始终认为这种排列方式符合人们发现犯罪、认定犯罪的认识规律。一个犯罪行为发生后,人们首先意识到的是“人被杀死了”、“财物被盗了”,这即是揭示了犯罪客体的问题。随后,人们随之要思考的问题是,人是怎样被杀死,财物是怎样被盗的;谁杀死了这个人,谁盗走了这些财物。这就涉及犯罪客观方面和犯罪主体的问题。当然,最后犯罪分子被发现或被抓获之后,人们还要进一步审视这个人实施犯罪行为时的内心状况,这就是犯罪主观方面要解决的问题。因此,我认为四要件犯罪构成理论由客体、客观方面,到主体、主观方面的排布,并不是杂乱无章、平铺直叙的,这种排列符合人们的认识规律,是一个有机统一的整体。

其次,正当行为是否要纳入犯罪构成体系的问题。在我国刑法中,正当行为不具有社会危害性,相反是有益于社会的行为,不是犯罪行为,当然也就谈不上具有犯罪构成。我们分析正当行为时常常用“表面上好像具有犯罪构成”这样的用语,意在表明它“实际上并不具有犯罪构成”,有人误解了,说这种行为“有犯罪构成,但不是犯罪”,这岂非自相矛盾?我们没有这样说。这恰恰是三阶层犯罪成立理论说的。该理论认为,正当防卫等正当行为是具有构成要件该当性的,只是阻却了违法性,所以不成立犯罪,也就是第一关过了,第二关没有过,被出罪了。在我们这里,分析正当行为时,认为既不符合犯罪概念,也不具有犯罪构成。所以刑法教科书把它放在犯罪概念和犯罪构成之后来讲,这有什么不妥呢?为什么非要把它放在犯罪构成体系之内来讲呢?当然,也有人出主意,说可以把它放在犯罪客体中讲(它不危害任何法益),或放在犯罪主观方面讲(它不具有犯罪的故意和过失),用意是纳入犯罪构成理论体系,我看不必,这样做,该要件的内容非膨胀不可。也有人主张,四要件之外加一个消极要件——阻却违法性,成为五要件,我看这是画蛇添足:这个所谓消极要件并不具有普遍性,并不是对所有犯罪都需要的。正当行为是否纳入犯罪构成理论体系,我看无关紧要;有人想追求犯罪构成理论的完美,主张把它纳入,或者看到德日三阶层犯

罪成立理论是把它纳入第二层次——违法性之中的,我们的犯罪构成理论体系没有把它纳入,好像理亏似的。我个人并不这样认为。德日的三阶层犯罪成立理论分构成要件论、违法论、有责论(或责任论)三大块,正当行为是放在违法论中而不是放在构成要件论中,我们的刑法学体系与德日的不同,有犯罪概念一章,有犯罪构成一章,还有犯罪构成四要件各设一章共四章,把正当行为硬塞到其中某一章中论述,既妨害该章的本身内容,又不能充分展开论述正当行为既非犯罪,又缺乏犯罪构成的独立品格。所以,在犯罪概念、犯罪构成之后,独立设置专章加以论述,我认为是最优的选择,并无不妥。当然,如果是防卫过当、避险过当等构成犯罪,那就需要运用犯罪构成理论来认定构成何种犯罪,这是不言而喻的。

我国刑法中只对正当防卫、紧急避险两种正当行为加以规定,其他正当行为如执行命令、执行职务、执行业务、经权利人同意以及自救行为等,在有的教科书中有所论述。只要有相关的法律、法规可资依据,就都是正当合法行为。如果法律、法规没有规定,但依据公序良俗、道德规范可以给予肯定评价或不应给予谴责的,这就是德日违法论中所谓超法规的正当行为,那么根据我国刑法中的社会危害性理论和社会主义法治理念,也不会把它作为犯罪来论处。这样的问题没有包括在四要件犯罪构成理论之中来论述,更不应成为否定四要件犯罪构成理论的什么“理由”。

最后,我还要驳斥一种观点:认为“四要件犯罪构成仅仅是定罪的规格和标准,只有入罪机制,没有出罪机制,只有保护社会机能,没有保障人权机能”。我认为,这完全是无视事实,混淆视听。犯罪构成是四要件的相关要素的有机统一。缺乏任何一个方面的要件,犯罪构成的整体就不能存在。对每一个必要要素进行审查和评价时,均有肯定和否定两种可能性;只有四个方面的要件都一一肯定了,才能入罪,只要其中一个方面的要件被否定了,即不能入罪,只有出罪。这还能说“只有入罪机制,没有出罪机制”?还能说“只有保护社会机能,没有保障人权机能”?如果说主张三阶层犯罪成立理论的人认为三阶层理论给了行为人三次出罪机会,那么四要件犯罪构成理论给了行为人多少次

出罪机会?至少有四次吧?如果再加上综合性要件如“情节严重”、“情节恶劣”、“数额较大”等进行评价,那至少有五次吧?如果从要件要素来看,哪岂止四次五次,次数还要多得多!记得20世纪80年代我们统编刑法教材和统编刑法学教学大纲时,就指出犯罪构成的意义和作用有三:一是为追究行为人的刑事责任提供根据;二是为行为人不受非法追究提供保障;三是为划分此罪与彼罪的界限提供标准。这不是说得很明白吗,哪里会没有出罪机制,没有保障人权的机能呢?

五、三阶层犯罪成立体系并非完美无缺

在我看来,四要件犯罪构成理论是一个相对稳定的理论体系,而三阶层犯罪论体系则五花八门,变动不居,往往使人产生无所适从之感。就构成要件符合性—违法性—有责性三阶层体系来说,其内部各构成要件要素的排布也不能说是统一的、合理的。以主观方面的故意、过失为例,最开始,贝林格主张构成要件是无色的、中性的,自然不包括主观要素、规范要素,因此,故意和过失被置于责任论中加以研究,有责任故意、责任过失之称。然而,随后很快就发现,构成要件中如缺少主观要素和规范要素,难以实现其对行为客观印证的“定型化”作用。于是,又不得不把故意、过失塞进构成要件中,出现了作为构成要件要素的故意、过失与作为责任要素的故意、过失的区分。但问题是,这样的区分有什么道理?用意何在?在实质内容并无变化的情况下,将故意、过失分居两个层次,除了烦琐哲学式的体系建构的需要外,实在看不出有什么必要!还有,三阶层犯罪论体系建立之初,“违法是客观的,责任是主观的”这一见解很盛行,该见解试图通过违法论实现对行为客观上是否值得处罚的利益衡量,而通过责任论考察行为人具体的主观情况,确定是否应该处罚及如何处罚。但很快发现,违法性中如果不考虑主观因素,根本无从体现出其在体系中应有的实现利益衡量的作用。于是,一些学者便主张,在违法性中也需要考虑主观因素。但如此一来,违法性与有责性的区别又究竟何在呢?总之,深入到德日刑法学理论内部,便会发现,递进式的三阶层犯罪论体系并不是无懈可击的,其自