

Studies on Crime Constitution System
in the Context of Crime Definition

犯罪概念制约下的 犯罪构成体系研究

蔡鹤·著

Studies on Crime Constitution System
in the Context of Crime Definition

犯罪概念制约下的 犯罪构成体系研究

蔡鹤·著

本书受四川省教育厅重点基金项目（11SA045）资助



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

犯罪概念制约下的犯罪构成体系研究 / 蔡鹤著.
—北京: 法律出版社, 2013. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5427 - 8

I. ①犯… II. ①蔡… III. ①刑事犯罪—犯罪构成—
研究—中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第223979号



犯罪概念制约下的犯罪构成体系研究
蔡鹤著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 聂颖
责任编辑 聂颖
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 11.25

经销 新华书店

字数 272千

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

版本 2013年10月第1版

责任印制 崔国磊

印次 2013年10月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5427 - 8

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论 1

第一章 国外研究概览与得失评析 6

第一节 德日阶层体系 7

一、学说概况 7

二、学说评析 18

第二节 英美法系双层模式 24

一、学说概况 24

二、学说评析 26

第三节 法国模式 34

一、学说概况 34

二、学说评析 36

第二章 国内研究现状与问题所在 42

第一节 犯罪概念与犯罪构成之关系 42

一、犯罪特征 42

二、犯罪概念与犯罪构成 47

第二节 犯罪构成体系发展方向之争 59

一、改良论 61

二、引进论 76

三、重塑论 89

四、人格刑法学理念下的二元论定罪模式 92

第三节 存在问题再检讨 94

一、“能用”与“好用”——犯罪构成体系的评价标准 94

二、“引进论”与“改良论”之缺失简评 96

三、犯罪构成体系的“真问题” 100

第四节 我国犯罪构成体系的应然走向 120

第三章 犯罪概念与犯罪认定 123

第一节 犯罪概念于犯罪认知之应然功用 123

一、认知确定性之保证——通过概念的认知 123

二、犯罪概念是犯罪判断的基础 128

第二节 犯罪概念认定犯罪的适格性 131

一、形式概念 131

二、实质概念 140

三、混合概念 152

第四章 我国刑法上的犯罪概念 168

第一节 我国刑法犯罪概念的特点 168

第二节 我国犯罪概念法定化之辩护 169

一、反对观点及评析 169

二、我国犯罪概念的功能发挥 171

第三节 对我国犯罪概念诘难的回应 178

一、存在逻辑矛盾论 178

二、形式特征与实质特征冲突论 183

三、不适应刑事法治发展论 190

第四节 我国犯罪概念与犯罪构成体系 193

第五章 社会危害性 197

第一节 社会危害性的界定 197

第二节 社会危害性的判断	199
一、社会危害性判断的层次	199
二、犯罪的社会危害性的认定	201
第三节 社会危害性层面的必要性	204
一、实践需求	204
二、理论需求	219
第六章 刑事违法性	231
第一节 刑事违法性的界定	231
第二节 刑事违法性的功能	236
一、罪刑法定功能	236
二、快速检视入罪条件功能	238
三、正确阐释罪刑条款含义功能	240
第三节 刑事违法性的要件	243
第四节 两个争议性问题的澄清	248
一、客体要件的必要性	248
二、四要件之间的逻辑关系	261
第七章 应受刑罚处罚性	274
第一节 应受刑罚处罚性的界定	274
第二节 应受刑罚处罚性判断的内容	277
一、值得刑罚处罚性	281
二、需要刑罚处罚性	297
第三节 应受刑罚处罚性与免除刑罚处罚	306
第四节 应受刑罚处罚性层面的必要性	309
一、弥补犯罪构成“能用”性不足之缺陷	309
二、为吸收规范责任论的理论成果创造条件	316
三、客观处罚条件(客观不罚事由)的准确确定性和体系定位	319

四、为确立超法规的客观不罚事由创造条件 323

第八章 犯罪构成三层面体系与犯罪论体系 325

第一节 犯罪构成三层面体系的基本形态与变体形态 325

第二节 犯罪论体系 333

参考文献 340

后 记 354

导 论

近年来,犯罪构成“改良论”与“引进论”激战方酣,似乎各自都取得了洋洋大观的理论成果。“改良论”与“引进论”之争,论战双方都固守于既有阵地,“改良”后的犯罪构成和“引进”的阶层体系展示不出根本性的改进。其盲点在于以己之是攻彼之非(或者如清代硕儒钱大昕所言,“各是其所是,各非其所非”),“犯罪论体系完美性之不存在”^[1]之正确论断,又为己方所支持的犯罪构成体系之固有缺陷提供了说辞,因而双方似乎相持不下。对此,我国刑事诉讼法学者

[1] 曲新久教授认为,任何一个犯罪论体系都难以完美地解决以下问题:一是犯罪论知识的部分划分及其合理的结构与次序,以及犯罪论体系与刑罚论体系以致整个刑法体系的协调,没有唯一正确的解决方案。二是原则与例外的关系的处理,成为了一个重要的与价值选择直接相关的问题。三是纯粹刑法学知识与其他学科的关系如何处理,前者如何吸收后者知识成为一个问题。四是历史传统与现实需要关系上,传统延续与理论创新的平衡点难以把握。五是复杂精致与简洁实用之间存在紧张关系。六是方法论上存在巨大困难。参见曲新久:《刑法的逻辑与经验》,北京大学出版社2008年版,第123~124页。

陈瑞华教授以一个旁观者的身份评论道：“一些刑法学者基于对前苏联刑法学的反思，对传统的犯罪构成理论进行了‘解构式’的研究，认为唯有引进欧陆刑法学之中的犯罪构成理论，才能克服前苏联法学理论的缺陷。但是，从前苏联法学理论转向欧陆法律理论，这还是在将某一外国法律理论作为构建中国法律理论的基础，这怎么算得上是对中国法学的独立贡献呢？”〔1〕

是否还有第三条道路？实际上论战双方都没充分注意到两类犯罪构成体系的“共同之非”，只有注意到这些“共同之非”，才可能走上第三条道路。陈瑞华教授的质问可能会给我们带来些启示，这就是，只有将焦点集中在中国刑法特有规定以及司法实践中的难点问题上，这些“共同之非”方才得以彰显出来——毋庸讳言，国外刑法理论不会关注中国刑法特有的问题。中国刑法规定有两大特点：一是规定了完整精细的犯罪概念，二是确立了既定性又定量的犯罪立法模式。概念是认识事物的工具，认定犯罪自然也依据犯罪概念；然而，为什么要置犯罪概念于不顾，依据结构和内容与犯罪概念差异很大的犯罪构成来认定犯罪呢？而阶层体系与我国犯罪概念更是相去甚远。如果我国的犯罪概念是完善而精细的话，那么与犯罪概念相左的犯罪构成体系必然会带来诸多先天不足的缺陷。

事实上，这样的缺陷已经表现出来了：

一是“情节显著轻微危害不大”的定罪环节在传统犯罪构成与阶层体系中均找不到适当的位置，以致在司法实践中出现“能够稳妥解决的定罪不需要犯罪构成也行，有定罪难题的借助于犯罪构成也无济于事”的慨叹。

二是排除社会危害性行为的判定，要么在犯罪构成中找不到位置，要么在阶层体系中的位置与生活逻辑相悖——排除社会危

〔1〕 陈瑞华：《刑事诉讼的中国模式》，法律出版社2008年版，“代序言”第4页。

害性行为不需要在刑法中找到相似的犯罪行为类型认定后(即符合构成要件该当性)再进行判定,而是直接依据其成立条件判定之,它与犯罪行为毫无关系。

三是德日阶层体系和犯罪构成难以相互借鉴,比如违法性认识问题、期待可能性问题和客观处罚条件在犯罪构成中找不到适当的位置。

实际上在“改良论”与“引进论”所支持的犯罪构成体系中,还存在一个问题:没有充分考虑如何在犯罪构成体系中实现刑法的发展,即如何发掘超法规的刑罚阻却事由。换言之,应该在犯罪构成体系中实现刑事政策的讨论,为达社会利益最大化的目的,将某些值得刑罚处罚的行为排除在犯罪圈之外;因为,犯罪行为不仅是值得处罚的行为,而且还是需要处罚的行为。

如果局限在犯罪构成四要件内部修修补补,犯罪构成的根本缺陷就得不到纠正;阶层体系与中国刑法规定的吻合度更差,并且犯罪构成存在的问题阶层体系也或多或少地存在,因而无助于解决中国刑法问题。“改良论”和“引进论”均不可行,则需要一种对我国犯罪构成体系的“重构”。问题是:“重构”在什么基础上进行?是以犯罪构成为基底还是以阶层体系为基底,抑或对二者都弃之不顾,另起炉灶?

笔者认为,应以犯罪构成为基底。因为犯罪构成实实在在地在司法实践中得到应用,并且其缺陷在司法实践中由于实践理性或多或少地得到补救。细言之,在犯罪构成本身在确立罪与非罪问题上无能为力或者根本不需要犯罪构成的检验的某些场合,司法人员借助刑法的其他规定来完成其判定。表现一,当行为属于“情节显著轻微危害不大”时,司法人员在判定犯罪构成四个要件都具备的情况下,直接引用刑法上的犯罪概念予以出罪。表现二,在正当防卫、紧急避险等排除社会危害性行为的情况下,司法人员不会考虑什么犯罪构成,直接使用正当防卫和紧急避险的成立条

件判断其成立。但是从理论上讲,传统的犯罪构成与其应承担的功能名不副实,因此需要重构。重构解决问题的方向就是将司法实践中司法人员定罪的逻辑思考过程完整地表述出来,将排除社会危害性行为和“情节显著轻微不构成犯罪”的判断环节纳入犯罪构成体系。并且从犯罪概念出发,在犯罪概念的指引下建立我国犯罪构成体系。

这样的犯罪构成体系其意义首先在于,由于其立足于我国刑法规定和司法实践经验,适应了解决我国司法实践中定罪最困难问题的需要。将“情节显著轻微危害不大”纳入犯罪构成体系,有助于在研究犯罪成立理论过程中,学界对该问题详细解剖,探讨其内部结构要素,以提出有针对性的解决方案。将排除社会危害性行为纳入犯罪构成体系,有利于举证责任的分配。

其次是指引司法工作人员乃至社会公众认定犯罪思维路径的需要。犯罪构成体系作为定罪之理性工具,必须正确反映实践中人们认定犯罪的逻辑思维过程,有利于刑事诉讼程序的正确启动和推进,以打击犯罪和保障人权;反之,与人们逻辑思维过程相悖的犯罪构成体系在实践中可能被弃之不顾。

最后有助于深化刑法理论。当前犯罪成立理论都是在“引进论”和“改良论”之间进行攻防转换,但是,没有从我国刑法特有的规定的角度和我国司法中存在的疑难问题角度出发考虑问题,形成了思维盲点。新的犯罪构成体系侧重于揭示和弥补两者之缺陷,给犯罪成立理论展示了一个新的视角,必将深化犯罪成立理论。

当然,疑问仍然存在:

犯罪概念指导犯罪认定是否具有可行性?犯罪概念具有形式概念、实质概念和混合概念类型之分,哪种概念最优?犯罪概念有法定和学理之别,我国法定概念功能何在?对我国犯罪概念有不少的反对意见,其意见是否偏颇,偏颇之处何在?

只有对以上问题作出明确具体的回答,才能得出能否以我国

犯罪概念为基础构建犯罪构成体系。

但是,犯罪概念的内容包括哪些要素?如何将这些要素重新排列组合,形成犯罪构成体系的合理结构?在犯罪构成体系的构建中,于传统犯罪构成的基底上,如何将排除社会危害性与“情节显著轻微危害不大”纳入其中?在什么阶段实现刑事政策的讨论,将不需要刑罚处罚的行为排除在犯罪圈之外?这又是需要讨论的问题。

对上述种种问题,本书尝试予以探讨和解答。

国外研究概览与得失评析

犯罪成立需要一系列条件,将这些条件综合起来,形成一个具有完整内部结构的整体就是犯罪构成体系(或称犯罪成立体系)。对一部刑法而言,成立犯罪的条件由法律规定,但基于刑法理念的不同,犯罪构成体系有不同类型。犯罪构成体系是一种理论模型,是认定犯罪的思维工具。我国传统的犯罪构成体系是犯罪构成四要件体系,习惯上称为犯罪构成;阶层体系是德日刑法理论广为采用的犯罪构成体系,其中被学界采用最广泛的是构成要件符合性、违法性和有责性的三阶层体系;英美刑法学中,犯罪构成体系是以犯罪本体要件(行为和心态)为第一层次、责任充足条件(无辩护理由)为第二层次的犯罪成立的双层模式。

国外犯罪构成体系的研究就翻译至我国的文献来看,有几种典型的理论形式:一是德日的阶层体系,二是英美的双层模式,三是法国的犯罪构成体系,四是俄罗斯犯罪构成。由于俄罗

斯的犯罪构成与我国犯罪构成一致,因此,下面只讨论前三种体系。

第一节 德日阶层体系

一、学说概况

德日均没有法定犯罪概念,学理上对犯罪概念的讨论主要集中在对犯罪本质的讨论上,犯罪本质有权利侵害说、法益侵害说、规范违反说、义务违反说、综合说等。也有将犯罪概念等同于阶层体系的想法,如认为犯罪是具有构成要件该当性、违法性、有责性的行为。但总的来说,没有对犯罪概念刻意地做系统的研究。

德日阶层体系源于德国,还被其他国家和地区的刑法理论采用,比如韩国、意大利和我国台湾地区。意大利的犯罪构成体系为典型事实、客观违法性与罪过,就是德国新古典体系传入意大利后的产物。^[1]本书基于德国刑法理论的典型性和原创性,主要分析德国刑法的阶层体系。

根据德国刑法学者罗克辛教授的看法,阶层体系有古典犯罪体系、新古典体系、目的性行为理论体系、新古典与目的论的结合体系以及目的理性的(功能性)刑法体系五个发展阶段。^[2]

(一) 古典犯罪体系

古典犯罪体系是由李斯特和贝林建立的犯罪构成体系,旨在

[1] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第96~97页。

[2] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第121~126页。

追求一种符合“科学性”要求的自然主义、实证主义犯罪构成体系，其体系方法论上采实证主义价值中立法，是刑法理论史上第一个成形的犯罪构成体系。古典体系由三个阶层组成，即构成要件该当性、违法性、有责性。^{〔1〕} 贝林的前期观点认为，“构成要件应被定义为犯罪类型的轮廓”，“是一个并无独立意义的纯粹概念”，“永恒、普遍而无相”；^{〔2〕} 由于犯罪类型有使客观的构成要件主观化的危险，在后期，贝林认为构成要件是犯罪类型的观念指导形象，犯罪类型是一个由不同要素组成的整体，“这些要素非常多，也非常复杂，它们在应被当作某独立犯罪类型时又全部回到了观念和形象中，该观念形象表达了该犯罪类型的共性，如果没有该观念形象，这些要素就会失去其作为类型性要素的意义。该形象是该犯罪类型的‘法律构成要件’”。^{〔3〕} 构成要件具有客观性、记述性和规定性三个特征。就客观性而言，贝林认为：“如果硬要把‘内在要素’从行为人精神层面塞入构成要件之中，那么就会陷于踏上一个方法论的歧途。因为，这种不纯粹的构成要件根本不可能再发挥其作为客观方面和主观方面共同指导形象的功能。”并认为如果要在构成要件中塞入行为人的主观观念，“则行为人的故意就已经包含了该观念，即故意中本来就有故意的观念，此种同语反复，使得

〔1〕 事实上，贝林认为，犯罪的判断要经历行为、行为之构成要件符合性、行为的违法性、行为的有责性、与行为相适应的刑罚、刑罚威慑处罚的条件这样六个要素的判断。由于将法定刑和刑罚处罚条件当作犯罪要素到现在已不为人所接受，且并不影响贝林体系的大局，而多一个行为的判断阶层相对三阶层而言无本质区别——三阶层中行为放入构成要件该当性中讨论，所以人们认为古典体系由构成要件该当性、违法性、有责性三部分组成。贝林体系的六个判断要素参见〔德〕恩斯特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第65~126页。

〔2〕 〔德〕恩斯特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第9页。

〔3〕 参见〔德〕恩斯特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第4页。

方法论上的明确性荡然无存。”就记述性而言,贝林认为,“所有法定构成要件都有单纯记述特征;在这些记述性特征中,法律评价并未表达出‘违法性’(不法类型)的意义”。〔1〕由此,客观性是害怕引起方法论上的混乱;记述性是构成要件的表述方式,不允许采取规范的或评价的记述方式,否则就会留下开放的空间,规范表达显得有失完整和清楚;规定性是指构成要件必须表现为法律规定的抽象内容。从古典体系看,其行为采用因果行为论,在因果关系上采用条件说,即纯粹的因果律;在共犯论上,采用形式客观说,客观上施行构成要件行为的人是正犯,否则为共犯。违法性是指符合构成要件的行为与实证法相冲突的状态,构成要件是否违法,只需检验有没有“法定的阻却违法事由”,是形式的违法性。〔2〕由此,“阻却违法事由不能藉由价值上的思考,任意去创造”。〔3〕有责性采用心理责任论,即故意和过失两种心理事实是两种责任形式,有责性的内容还包括罪责能力,即精神状态和刑事责任年龄。

古典犯罪体系为追求罪刑法定,奠定了阶层体系追求所谓从客观到主观、从事实到价值的基本格局。然而,不考察主观的要素和规范的要素来确定构成要件的该当性,恰恰与实现罪刑法定的意图相悖。“在以不属于故意的主观的要素为前提的犯罪的场合,就造成了构成要件该当的范围扩大这回事,构成要件该当性概念

〔1〕 参见[德]恩斯特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人民公安大学出版社2006年版,第13页。

〔2〕 古典体系是早期贝林即1906年贝林的《犯罪论》所构造的体系,晚期贝林的刑法学思想已从实证主义法学转换到具有新康德主义的特色。如后期贝林认为:“行为在何种程度上是违法的,取决于整体实证法秩序,正如法官在使用正确方法时所发现的那样。因此,它并不仅仅拘泥于法律条款(实定法违反性)。”引自[德]恩斯特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人民公安大学出版社2006年版,第88页。

〔3〕 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,五南图书出版公司2001年版,第28页。

本身就无法实现任何的人权保障的机能。其次,构成要件要素具有特殊的规范意味的场合,不确定此特殊的规范意味而单纯依据记述的要素之意味去解释的话,这就明显地造成了构成要件该当性范围的扩张。”〔1〕就其科学实证主义价值追求层面讲,在体系中出现一个具有评价阶层的违法性阶层,说明其价值追求无法贯彻到底。而有法定违法阻却事由时,可排除违法性,而构成要件是价值中立的,是怎样排除行为本不具有的违法性的?

(二)新古典体系

该体系以新康德主义为哲学基础,在维护构成要件符合性、违法性、有责性三阶层基础上,对其中诸要素的分配提出不同看法。

新古典主义以社会行为论取代了自然行为论。自然行为概念的“不足之处尤其表现在侮辱罪上。这里涉及表明蔑视的言辞意义,涉及对当事人要求尊重的侵害,但不涉及由此而出现的心理学和生理学现象”〔2〕此外,自然行为论也无法说明不作为为什么具有刑法的意义,因此,行为的概念不能单纯从经验上去看,而应从社会评价的角度去观察。

在构成要件上,德国学者迈尔通过对若干犯罪的构成要件的分析还发现,为数不少的犯罪类型的构成要件中包含所谓的“规范的构成要件要素”。迈尔由此认为,此类要素如不经(价值)评价,则很难认定其是否具备构成要件该当性。例如,根据刑法的规定,盗窃罪的行为客体(对象)是“他人的动产”,其中的“他人”便属于规范的构成要件要素。对于法官来说,如果不对动产之“他人”属

〔1〕〔日〕西原春夫:“犯罪论中定型的思考之界限”,载《齐藤金作先生还历祝贺论文集》,成文堂1963年版;转引自付立庆:《犯罪构成理论比较研究与路径选择》,法律出版社2010年版,第184页。

〔2〕〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第253页。