

Elements of a Crime



犯罪论体系研究

于阜民/著



科学出版社

中国海洋大学“985 工程”海洋发展人文社会科学研究基地建设经费资助

犯罪论体系研究

于阜民 著

科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书旨在与中国现行《刑法》良好契合,而建构了“两要件二阶层”犯罪成立模型。传统犯罪构成理论自20世纪50年代初由苏联引入,当时我国尚未制定刑法典(新中国第一部《刑法》于1979年制定)。本书遂以1997年修订的现行《刑法》为标的,以《宪法》的保障人权条款、党和国家刑事政策为指导,构建新的犯罪论理论体系,为司法者评判犯罪提供了便捷的理论模型。“两要件”理论与当今世界大多数国家乃至国际刑法的犯罪成立理论吻合,因而新理论模型有利于中国刑法理论与国际社会的对话、交流。本书且以新视角评说“持有型犯罪”“期待可能性”“超规范出罪事由”等争论不休的刑法学命题。

本书可为广大司法者、辩护律师抑或刑法学人研究、学习之参考。

图书在版编目(CIP)数据

犯罪论体系研究 / 于皞民著. —北京: 科学出版社, 2014

ISBN 978-7-03-039592-4

I. ①于… II. ①于… III. ①犯罪学—法律体系—研究 IV. ①D917

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第011966号

责任编辑: 籍达心 / 责任校对: 贾如想
责任印制: 阎磊 / 封面设计: 无极书装

科学出版社 出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

新科印刷有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2014年1月第一版 开本: 720×1000 B5

2014年1月第一次印刷 印张: 9 1/2

字数: 187 000

定价: 48.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

作者小传

于阜民，吉林四平人，法学博士，中国海洋大学教授、博士生导师，兼任中国犯罪学学会常务理事、国家知识产权局知识产权公共管理实务专家委员会成员、山东省法学会刑法学研究会副会长。曾追随龙斯荣教授研习民商法，获法学硕士学位，又师从王牧教授研读刑法，获法学博士学位。大学毕业即留校作助教；任刊社法学编辑7年；而萌生研究部门法先行司法实践之奇想，遂辞去公职，专职律师执业10年，头衔一级律师（本系列最高职称），两度赴美国为中资公司作海外投资法律顾问，经司法部、中国证券监督管理委员会授予证券从业资格。1997年重返高校，2011年再赴美国作访问学者。研究领域涵括中国刑法、知识产权司法保护、国际刑法。曾于《中国法学》《中国刑事法杂志》《中国审判》《中国律师》《人民检察》《法学研究》（韩国）等法学期刊发表论文50余篇。出版专著《专利权的刑事保护》（社会科学文献出版社，2005年第1版），主编《刑法学》（科学出版社，2008年第1版、2013年第2版）。治学情趣广泛，30年前曾发表哲学论文、科幻小说、摄影等作品。

前 言

“由于刑法理论影响着司法实践，所以对之进行研究是有价值的。”^①

笔者认为论者是在强调刑法理论与司法实践的关联性抑或犯罪论体系与现行刑法的互动。在司法刑法学语境下，为刑法的正确实施提供理论支撑是为学术研究之主旨，则犯罪论理论体系建构之首要理念是与现行刑法规范、制度之良好契合。

作为我国传统犯罪论体系核心部件的“四要件犯罪构成理论”60年前由苏联引入，至今没有进行重大改动。然而新中国第一部刑法——《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）于1979年制定，现行刑法典于1997年修订公布，几十年前从外国引进的理论模型怎能与我国刑法良好契合？而且，现行《刑法》（1997年）是在《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）增载保障人权条款的基础上修订的，“罪刑法定”原则作为刑法的基本原则首次写入《刑法》总则，20世纪中叶从外国引进的理论模型更无法反映《宪法》的保障人权理念抑或《刑法》的“罪刑法定”基本原则。

严格来说，所谓“犯罪构成”是刑法规范的存在形态，见于刑法条款明文规定，其法律规范之属性不容讨论。所谓“四要件犯罪构成理论”则是刑法学者的学说，倘使与现行《刑法》不适宜则应当适时改变。理论的自我调整、完善其实也是创新、发展的形式。令人遗憾的是，在许多场合存在一个误区，“四要件犯罪构成理论”与“犯罪构成”被混为一谈，由此引发无味的争论，理论研究的质量、效率都随之受到贬损。

关于犯罪论的研讨自20世纪50年代起便此起彼伏，而真正形成理论流派始

^① 〔美〕道格拉斯·N. 胡萨克：《刑法哲学》（第2版），谢望原等译，中国人民公安大学出版社，2004年，第2页。

于21世纪之初。2009年国家司法考试大纲(刑法)采纳源于德国、日本的“三阶层犯罪论”体系,取代了在我国流行50余年的“四要件犯罪构成理论”,2010年的考试大纲又戏剧性地恢复如前,由此,关于犯罪论体系的讨论再度成为刑法学的前沿热点。

广义的刑法学是指一个学科群,其中涵盖了以刑法为对象的若干法学学科,包含刑法解释学(又称司法刑法学)、刑法哲学、刑法史学、比较刑法学等若干分支学科。不同分支学科担负的学科任务有别,抑或各有侧重。笔者以为,讨论理论模型孰优孰劣,首先要明确论域,同一语境下的比较、讨论才具有功利的价值和效率;其次要选定价值评判标准,不同学科担负不同的学科任务,适用不同的评价标准。

本书定位于司法刑法学,遂引入“法契合性”为部门法学理论模型的价值评价标准,且以司法刑法学之立场,传承发展、兼容并包之理念,汲取“四要件犯罪构成理论”之资源,而非“推倒重来”^①。本书亦借鉴英美法系、大陆法系犯罪论体系之合理因素,以解读我国《刑法》总则的犯罪概念为逻辑起点,改造犯罪客体范畴、引入出罪机制,而构建了所谓“两要件二阶层”犯罪成立模型,进而重新建构犯罪论体系。

本书追求与传统刑法学理论资源最大兼容,而合理忽略自成体系的独立性抑或完整性。就犯罪主观、犯罪客观方面的重要范畴、内容而言,两个犯罪成立(构成)理论模型之间没有原则上或重大的差异,新理论模型几乎全部沿用了“四要件犯罪构成理论”的资源 and 研究成果。本书重新界定犯罪客体范畴,赋予其出罪功能,但是以“四要件犯罪构成理论”的犯罪客体学说为基础,且保留其在犯罪分类以及区分此罪彼罪场合的独特(辅助性)功能,除调整其地位不作构成犯罪要件之外,关于传统犯罪客体的理论资源和研究成果大部分在本书中应用。本书重述犯罪主体范畴,相应调整其在犯罪论理论体系中的地位,所谓“犯罪主体”在本书建构的犯罪成立模型中不作犯罪构成(或犯罪成立)要件,而专事考量行为人刑事责任能力进而确定其刑事责任之职能,在此基础上保留、沿用传统犯罪主体理论的资源 and 研究成果。笔者刻意追求新旧理论体系理论资源要素、研究成果之间的互通、兼容,旨在节约研究成本,减少刑法学理论普及、发

^① 高铭暄教授称:个别刑法学者主张“四要件犯罪构成理论”需要“全面清理”,需要按照日本刑法学递进式的三阶层理论体系“推倒重来”。参见高铭暄:《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的回应》,载赵秉志:《刑法论丛》(第3卷),法律出版社,2009年,第1~12页。

展之社会资源投入，而加功于刑事法治建设。

写作本书建构犯罪论新体系的起因源自笔者感知以“四要件犯罪构成理论”为核心的犯罪论体系之缺憾。例如，大量“超规范出罪事由”游离于该犯罪构成理论之外，说明该理论的抽象度不够；该犯罪构成理论的结构框架之中没有专事出罪机制的功能部件，而这一结构性缺憾与冤、假、错案之铸就不乏联系；该理论模型的结构与当今世界大多数国家相去甚远，而不利于与其他法域学人沟通。有鉴于此，笔者遂着手建构新的犯罪成立模型，以补益刑法的正确实施，为刑法学人、司法者评判各类刑事案件提供一套便捷的思维模型抑或思考方法。

于阜民

2013年中秋于崂山校园

目 录

前言

第一章 犯罪论当与时俱进 / 1

- 一、四要件犯罪构成理论的困惑 / 2
- 二、刑法契合性：评价犯罪论体系之标准 / 8
- 三、司法刑法学与犯罪成立模型 / 10
- 四、新旧理论体系之兼容 / 12

第二章 一般犯罪概念与犯罪成立理论 / 14

- 一、一般犯罪概念与具体犯罪概念 / 14
- 二、犯罪构成与犯罪构成理论 / 18
- 三、从一般犯罪概念到犯罪成立理论 / 22
- 四、犯罪论新体系概说 / 25

第三章 犯罪客观方面 / 31

- 一、犯罪的外在形式：客观要件 / 31
- 二、持有型犯罪之思考 / 33
- 三、犯罪对象之我见 / 36

四、行为人的特殊身份：客观的要件要素 / 41

第四章 **犯罪主观方面** / 43

一、犯罪的内在根据：主观要件 / 43

二、“期待可能性”追问 / 46

三、复杂罪过与复合罪过 / 48

四、目的犯类型 / 50

第五章 **犯罪客体范畴** / 55

一、犯罪客体范畴重构 / 55

二、实质判断出罪与排除犯罪事由 / 59

三、犯罪客体界定 / 63

四、正当防卫和紧急避险重述 / 72

五、“竞技行为”出罪新解 / 74

六、“义务冲突”出罪诠释 / 75

第六章 **犯罪主体范畴** / 78

一、犯罪主体范畴重述 / 78

二、罪与责新解 / 80

三、原因自由行为新说 / 81

第七章 **犯罪既遂：犯罪的基本形态** / 84

一、犯罪既遂概念 / 84

二、“构成要件说”的困惑 / 88

三、重构犯罪既遂概念：犯罪既遂的混合概念 / 91

四、犯罪既遂认定：形式判断和实质判断 / 96

五、刑法分则的既遂模式 / 98

第八章

犯罪形态专题 / 102

一、法定一罪的新类型：累计犯 / 102

二、共犯类型辨析 / 106

三、情节犯之情节 / 115

第九章

刑法总论专题 / 120

一、国家刑事管辖权与国际犯罪 / 120

二、刑罚个别化：从理念到法律原则 / 122

三、犯罪概念与犯罪现象分野 / 127

参考文献 / 136

第一章

犯罪论当与时俱进

犯罪论是关于犯罪成立范式及犯罪形态的理论学说体系，是刑法学的基本理论。犯罪构成(成立)理论处于犯罪论体系的核心地位。学术界关于犯罪论的研讨此起彼伏，而真正形成理论流派^①是在《刑法》于1997年作出重要修订^②之后。国内刑法学教科书数量繁多，不同版本教材之重大区别在于选取不同的犯罪构成(成立)理论模型。笔者以司法刑法学之立场，注重传承发展，汲取“通说”^③的理论资源(而非“推倒重来”^④的思路)重新建构犯罪成立理论模型，动因始于“四要件犯罪构成理论”之困惑。

① 张明楷教授于2000年发表《法益初论》；陈兴良教授于2001年发表《本体刑法学》，于2003年主编《刑法学》(由复旦大学出版社出版)；李洁教授于2009年发表《论犯罪构成理论构建的价值前提与基本思路》(载于《刑事法评论》第24卷)；等等。论者挑战半个世纪以来在中国刑法学界居通说地位的“四要件犯罪构成理论”，且自成学说体系。及至2009年5月，三阶层犯罪论体系被纳入国家司法考试大纲，刑法学界再兴百家争鸣之风。笔者遂誉之刑法学理论流派。

② 新中国于1979年制定的第一部刑法典没有规定基本原则，而1997年修订的《刑法》明确规定了罪刑法定、适用刑法人人平等、罪责刑相适应三项刑法基本原则；刑法典全文由192条增至452条，可谓重要修订。

③ 2009年5月，国家司法考试大纲采纳三阶层犯罪论体系而取代了通行50余年的“四要件犯罪构成理论”，事关刑法理论的核心与基础，遂于法学界再起轩然大波。于此情势，传统“四要件犯罪构成理论”事实上已经失去通行的理论模型之地位，然而该理论体系在刑法学人、司法者之中无疑产生过最广泛而深刻的影响，笔者因而谓之“通说”。

④ 高铭喧教授称：“个别刑法学者主张四要件犯罪构成理论需要‘全面清理’，需要按照日本刑法学递进式的三阶层理论体系‘推倒重来’。”参见高铭喧：《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的回应》，载赵秉志：《刑法论丛》(第3卷)，法律出版社，2009年：第1~12页。

一、四要件犯罪构成理论的困惑

所谓“四要件犯罪构成理论”是指 20 世纪 50 年代初新中国刑法孕育时期^①，以苏联的犯罪构成学说为基础生成的犯罪论理论体系。面对中国改革开放后的国情，这个运用了 60 多年的理论模型在以下三方面凸显缺憾。

(一)“超规范出罪事由”层出不穷：理论抽象度不够

社会科学理论倘使不能涵盖本领域的全部事实，就会滋生理论的“例外”，诸多例外势必淡化理论的魅力。走出上述困境有两种途径：保留原理论模型的基本要素，以改良的思路重构犯罪论理论体系；抑或“推倒重来”。在笔者看来，“四要件犯罪构成理论”框架下存在诸多“超规范出罪事由”，游离于理论体系而成为例外，此为该理论模型缺憾之一。

“超规范出罪事由”，是指没有法律明文可资引用，司法者和刑法学人普遍认可，且游离于“四要件犯罪构成理论”体系(通说)之外的若干出罪事由。贯彻“四要件犯罪构成理论”的刑法学教科书中，将正当防卫、紧急避险、“超规范出罪事由”统称为正当行为，虽然不否认正当行为项下的若干“超规范出罪事由”之出罪没有法律明文规定可资引用，但是认为其出罪机制与“四要件犯罪构成理论”是相通相容的，并非游离于理论框架之外^②。所以，该等刑法学教科书中只讨论正当行为的特征和范围问题，而回避“超规范出罪事由”范畴。

所谓“超规范出罪事由”在许多刑法学教科书中是为正当行为的一部分，是指正当防卫和紧急避险之外的正当行为^③。关于这部分正当防卫，有学者认为包括：①自救行为；②正当业务行为，具体包括医疗行为和竞技行为；③履行职务的行为，具体包括直接依法实施的职务行为和执行命令的职务行为；④基于权利

① 高铭喧：《新中国刑法学研究综述(1949-1985)》，河南人民出版社，1986 年，第 113～125 页。“四要件犯罪构成理论”认为：“任何一种犯罪的成立都必须具备四个方面的构成要件，即犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面的构成要件。”详见高铭喧、马克昌、赵秉志：《刑法学》(第 4 版)，北京大学出版社、高等教育出版社，2010 年，第 55 页。

② 高铭喧、马克昌、赵秉志：《刑法学》(第 3 版)，北京大学出版社、高等教育出版社，2007 年，第 138～139 页。

③ 高铭喧、马克昌、赵秉志：《刑法学》(第 3 版)，北京大学出版社、高等教育出版社，2007 年，第 138 页。

人承诺或自愿的损害，具体包括权利人明确承诺的损害和推定权利人承诺的损害；⑤法令行为；⑥正当冒险行为^①。还有学者称正当行为为“排除犯罪事由”，而认为正当防卫和紧急避险之外的排除犯罪事由包括：依照法律的行为；正当业务的行为；经权利人承诺的行为；自救行为；自损行为^②。亦有学者认为除上述列举的5个称谓之外还有：经被害人承诺的行为；基于推定的承诺行为；义务冲突^③。司法实践中，符合上述8类行为特征的具体行为不胜枚举，笔者遂认为，“四要件犯罪构成理论”语境下“超规范出罪事由”之多，已是不争的事实。

关于“超规范出罪事由”是否属于“四要件犯罪构成理论”的例外，通说认为，虽然“正当行为”类别当中有法律明文规定与法无明文之区别，但是全部的以“正当行为”出罪的理由与四要件犯罪构成理论并无相悖。于是通说认为：“正当行为，是指客观上造成一定损害结果，形式上符合某些犯罪的客观要件，但实质上既不具备社会危害性，也不具备刑事违法性的行为，例如正当防卫、紧急避险、依法执行职务、正当冒险行为等。”^④并且通说认为犯罪客观方面（其内容即犯罪的客观要件），是指刑法所规定的，说明行为对刑法所保护的社会关系造成损害的客观外在事实特征^⑤。问题在于，既然客观要件是能够表述社会危害性的外在事实特征，那么，形式上符合刑法规定的犯罪客观要件的行为即应当具有社会危害性，怎么能说“形式上符合某些犯罪的客观要件，但实质上既不具备社会危害性，也不具备刑事违法性”呢？可见，通说的上述命题陷入了理论体系内部的矛盾。所以，上述诸出罪事由不能融入“四要件犯罪构成理论”框架之中，因而在“通说”语境下其出罪机制是超规范的。大量“超规范出罪事由”游离于“四要件犯罪构成理论”之外，可见该理论体系涵盖能力不尽完美，抑或理论的抽象度不够。

美国当代科学哲学大师范·弗拉森说：“要说明一种事实，就要有（接受）一个可接受的，说明那一事实的理论。”^⑥范·弗拉森还赞同这样的观点：“对一种理论的总体说明力的评价作为一种对知识状态的评价，与对单一现象的统计说明

① 高铭暄、马克昌、赵秉志：《刑法学》（第3版），北京大学出版社、高等教育出版社，2007年，第139页。

② 马克昌：《刑法学》，高等教育出版社，2003年，第121～123页。

③ 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社，1997年，第239～243页。

④ 高铭暄、马克昌、赵秉志：《刑法学》（第4版），北京大学出版社、高等教育出版社，2010年，第136页。

⑤ 高铭暄、马克昌、赵秉志：《刑法学》（第4版），北京大学出版社、高等教育出版社，2010年，第66～69页。

⑥ [美]B. C. 范·弗拉森：《科学的形象》，郑福祥译，上海译文出版社，2005年，第138页。

的评价相比,相关性更多,或然性更少……”^①依笔者理解,哲学家表达了如下观念:其一,为了说明一领域的事实,必须构建相应的理论模型;其二,针对相同对象可能建立不同的理论模型,而不同立场的观察者可能对理论作出相异的评价,理论对事实的说明力越强,则理论与对象的相关性越强。这种道理在自然科学与社会科学领域都是适用的。在本书所及的领域,现行《刑法》中的规范即作为刑法学研究对象的事实,而犯罪构成理论对现行《刑法》的说明力与本书界定的刑法契合性价值同向。我国刑法既然规定了罪刑法定、罪责刑相适应原则,司法者普遍认可的诸多超规范出罪事由就应当不符合法定的犯罪构成;作为通说的“四要件犯罪构成理论”既然不能说明超规范出罪事由的法律依据,凸显对现行刑法的说明力不足或刑法契合性欠佳,便使诸多超规范出罪事由成为传统犯罪构成理论的“例外”。传统犯罪构成理论的诸多例外,遂成为“推倒重来”论者、众多刑法学人关注的焦点。

(二)四要件犯罪构成理论的结构性缺憾:出罪功能匮乏

所谓犯罪构成理论是在一般意义上描述刑法规定的各种具体犯罪的结构或成立条件的理论,本书将犯罪构成理论称为一般犯罪构成概念^②。我国《刑法》规定了一般犯罪概念,而没有规定一般犯罪构成概念。所以,一般犯罪构成概念是刑法规定的各种具体罪名的犯罪构成的再抽象,是理论学说而不是法律。

“四要件犯罪构成理论”语境下的一般犯罪构成概念的典型表述为:“犯罪构成,就是依照我国刑法的规定,决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一。”^③1997年修订《刑法》之前,许多学者认为“犯罪构成就是我国刑法所规定的、决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和”^④。由此看来,通说关于犯罪构成一般概念的表述在1997年修订《刑法》前后的区别仅在于“有机统一”或“总和”。本书认为,1997年《刑法》与1979年《刑法》相比较之最重要的进步标志在于增写了三项刑法基本原则。2004年修正的《宪法》引入

① 转引自〔美〕B. C. 范·弗拉森:《科学的形象》,郑福祥译,上海译文出版社,2005年,第140页。

② 一般犯罪构成概念,即犯罪构成一般概念。笔者以为,类概念都具备“一般”之含义,措辞重叠略显不妥,遂以一般犯罪构成概念作为一般犯罪概念的对称。

③ 高铭喧、马克昌、赵秉志:《刑法学》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社,2007年,第56页。

④ 高铭喧:《新中国刑法学研究综述(1949-1985)》,河南人民出版社,1986年,第114~115页。

了保障人权条款，宪法和刑法典的重要修改表达了立法者推进刑事法治的新理念、新思路，而通说的一般犯罪构成概念之中唯一的创新提法——“有机统一”^①显然没有充分体现立法者修改《宪法》、《刑法》的动因和思想。立法的进步要求理论的跟进、创新，传统的“四要件犯罪构成理论”的改良抑或“推倒重来”势在必行。在1997年《刑法》背景下，作为“四要件犯罪构成理论”基础的一般犯罪构成概念在以下场合凸显其不合时宜之处。

1. 以2004年修正的《宪法》和1997年《刑法》为鉴：保障人权理念淡薄

我国《刑法》以《宪法》为母法而制定。2004年修正的《宪法》第33条第3款明确规定：“国家尊重和保障人权。”《宪法》第41条第3款还规定：“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”在上述保障人权条款写入《宪法》的背景下，对于《刑法》第2条中“保护公民的人身权利、民主权利和其他权利”之规定应当作出更丰富的学理解释乃至司法解释。然而，对上述关于保护公民权利的规定，通说的解释仅限于侵权行为的社会危害性及启动刑罚权的理由，即仅仅从打击犯罪的视角予以解释^②，而没有提及刑法同时负担着保障无罪者不受刑事追究从而保障人权的任务。其实，打击犯罪和保障无罪的公民不受刑罚（或罚当其罪）是一个问题的两个方面，二者的价值取向最终是统一的，没有孰轻孰重之分。“四要件犯罪构成理论”下的一般犯罪构成概念作为认定犯罪的范畴，其中并没有保障无罪者不受刑罚之要素。“有机统一”一语本意是：犯罪构成诸要件是有内在联系的、缺一不可的^③。该等表述显然强调定罪思维，甚至助推先入为主的“有罪推定”的思维定式，刑事司法领域“宁左勿右”的重刑主义的理论根源就是没有深入贯彻2004年修正的《宪法》中保障人权条款之价值理念。

2. “四要件犯罪构成理论”绩效评析：出罪机制缺失

以功利的视角看，犯罪构成理论最显著的功能就是为司法者评判刑事案件提供便于思考的理论模型。“四要件犯罪构成理论”以其一般犯罪构成概念为基础，一般犯罪构成概念在犯罪构成理论中居核心地位。笔者认为，一般犯罪构成概念

① 通说认为：“所谓有机统一，就是说这些要件是有内在联系的，缺一不可的。”参见高铭喧、马克昌、赵秉志：《刑法学》（第3版），北京大学出版社、高等教育出版社，2007年，第56～57页。

② 高铭喧、马克昌、赵秉志：《刑法学》（第3版），北京大学出版社、高等教育出版社，2007年，第19～20页。

③ 高铭喧、马克昌、赵秉志：《刑法学》（第3版），北京大学出版社、高等教育出版社，2007年，第56页。

中保障人权理念淡化的现实必然导致评判犯罪成立与否的理论模型(“四要件犯罪构成理论”)功能性匮乏。

无论“推倒重来论”还是传统学说,都认为犯罪构成理论应当同时具有出罪功能^①。持“四要件犯罪构成理论”的学者就认为该理论模型包含了出罪机制:“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。”^②然而,所谓出罪机制在“四要件犯罪构成理论”项下的一般犯罪构成概念之中未见端倪。且看表述该一般犯罪构成概念的句型及句子结构:法定的,能够表达行为社会危害性的,主观和客观要件的有机统一。可见犯罪构成的要素是主观和客观要件,且全部都是积极要件,这些要件齐备了就是达到了“有机统一”,则犯罪得以成立,其中看不到出罪机制。传统学说还认为,所谓有机统一是指诸要件相互联系、缺一不可。那么,司法者在证明、认定犯罪成立与否的过程中如何操作?何以实现“有机统一”呢?司法实践中的论证过程是:认定某一个要件要素是否具备时,预先假定各该犯罪的其他要件要素存在,如此循环进行,倘使构成各该犯罪的四个方面要件要素都一一认定具备,则该犯罪成立。可见运用该理论模型的思维过程中,所谓“有机统一”没有体现出来,从中亦看不出全面保障人权的韵味抑或出罪之机理。

(三)四要件犯罪构成理论适应性疲弱:与国际刑法理论衔接不畅

日本、美国关于外国人在其管辖水域的刑事管辖权理论成熟,美国、日本、韩国司法当局更习惯于运用其国内法处理外国人涉嫌违法、犯罪案件。近期引人注目的热点法律事件,如日本于2012年8月29日在参议院表决通过了《海上保安厅法修正案》,据此其海上保安厅将在钓鱼岛上行使“逮捕权”,其试图遏制我国海监船钓鱼岛海域巡航以及可能发生的我国民间人士“保钓”行动的立法动机显而易见。南海周边某些蓄意与我国挑起海岛主权、海洋权益争端的国家频繁出

^① 例如,高铭喧教授曾撰文说:“记得20世纪80年代我们统编刑法教材和统编刑法教学大纲时,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。”参见高铭喧:《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》,载赵秉志:《刑法论丛》(第3卷),法律出版社,2009年,第10页。

^② 高铭喧、马克昌、赵秉志:《刑法学》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社,2007年,第9页。

台、修改与海权相关的法律。这些国家推行“依法维权”举措与其国际政治政策联系密切，其加强刑事管辖权法律制度体系之适应性建构，以法院刑事判例支持其国家政策、海权主张的立法动机昭然若揭。

相比之下，我国刑事司法管辖权法律制度于跨国犯罪、国际犯罪场合显得适应性欠佳。加强刑事管辖权法律制度适应性建构要由梳理我国刑事司法管辖权法律制度层面存在的问题开始，进而有针对性地修缮这个制度体系。

公众注意到，法国、俄罗斯、中国等多数国家海军通常采用对海盗鸣枪示警、施放“震荡弹”、向海盗船附近水面开炮以掀起巨浪等手段驱赶海盗船至其退却则止，而不是努力抓捕海盗。即使抓住海盗嫌犯，也未见将嫌犯送交国际刑事法院(法庭)审判，亦未见将海盗嫌犯移交本国司法机关审理，已经抓获的海盗嫌犯又被放走了事。5年来，我国先后派出11批海军护航编队，在此期间却仍有我国商船连续遭遇海盗袭击、劫持事件发生。然而，美国、韩国的海军却致力于抓捕海盗嫌犯，交由本国法院审判，判决罪名成立则送本国监狱服刑。对比两种护航方式之绩效，可见美国、韩国过往印度洋水域商船数量庞大，但是遭遇海盗劫持的比例却由此降到最低。然而从全球海上通道安全形势看，当代海盗、贩毒、海上恐怖主义等国际犯罪案件频发的局面没有根本好转。

本书认为，国际社会对海盗犯罪打击不力的重要原因在法律层面：其一，我国和多数国家的国内法关于对国际犯罪的普遍管辖权以及运用国内法院审判海盗嫌犯的法律制度不健全，亟待与有关国际公约(主要是《联合国海洋法公约》)规定的惩治海盗犯罪的国际刑法规范、制度有效衔接。其二，《联合国海洋法公约》中有关惩治海盗犯罪的国际刑法之实体法条款显然不能适应审判当代海盗的需要，检察官控告当代海盗嫌犯时举证困难，欲证明海盗犯罪既遂几乎是不可能的。其三，联合国尚未组建国际特别刑事法庭，且国际刑事法院不予受理海盗案件，即令有关国家海军依据联合国安全理事会(以下简称联合国安理会)决议抓获海盗嫌犯，也不能送交国际司法机构处理，因而只能将嫌犯放走了事。其四，依据《国际刑事法院规约》规定，常设国际刑事法院对国际犯罪案件管辖、受理范围仅限于战争罪、反人类罪等四种“核心罪行”，当代海盗、贩毒、海上恐怖主义等频发国际犯罪不在其管辖范围，即国际社会惩治当代频发国际犯罪的长效刑事司法制度缺失。

鉴于上述法律层面存在的制度、规范缺失问题，当适时修改我国刑事实体法和程序法，改善我国刑事管辖权法律制度适应性，与国际刑法、国际刑事司法制度有效衔接，以强化我国司法机关就国际犯罪、涉外犯罪的刑事司法管辖，切实