

# 构成要件罪刑法定保障机能的反思

## The Function of Statutory Principle of Crime and Penalty on Criminal Constitution

姜金良

JIANG Jin-liang

**【摘要】** 构成要件的罪刑法定机能表现为过滤机能、类型化判断；罪刑法定和构成要件的关系始于贝林格，但构成要件仅仅具有形式上的保障作用，在类型化作用上仅提供判断的框架，客观的超过要素和主观的超过要素破坏了构成要件的故意规制机能，有损于构成要件的类型化机能；构成要件中规范性要素、开放构成要件的发展，使得构成要件符合性必须借助实质解释，进而使得构成要件和违法性合一，构成要件独立保障类型化机能受到侵蚀，因此构成要件符合性判断上即实现过滤性机能、类型化判断上最终还是依靠对构成要件要素的解释来实现，构成要件和罪刑法定之间不具有直接、必然的联系。

**【关键词】** 构成要件 罪刑法定 实质解释

**【中图分类号】** DF61 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)02-0107-10

**Abstract:** The filtering scheme and typed judgment are the function of statutory principle of crime and penalty on criminal constitution. The relation between criminal constitution and statutory principle of crime and penalty dates from Belling. Criminal constitution only has the formal guaranteeing function, providing framework of typed judgments. Objective and subjective excess-elements damage the regulatory function of intention and harm the function of typed judgment. As the development of the normative elements and open criminal constitution, the judgment on the conformity of criminal constitution should rely on substantive interpretation, which makes the illegitimacy judgment accord with criminal constitution and erode the independent safeguard of the function of typed judgment. So the judgment of conformity of criminal constitution actualizes the filtering function, the typed judgments finally rely on the interpretation of the criminal constitutive elements. There is no direct or necessary connection between criminal constitution and statutory principle of crime and penalty.

**Key words:** Criminal constitution Statutory principle of crime and penalty Substantive interpretation

**【收稿日期】** 2015-10-16

**【作者简介】** 姜金良，男，1984年12月生，扬州市中级人民法院助理审判员，法学硕士，研究方向为刑事法学、司法制度。

**【基金项目】** 最高人民法院重大理论课题“司法公正的社会认同研究”（项目编号：2014SPZD013）；江苏省法学会法学研究课题项目“刑事错案防范机制研究”（项目编号：SFH2014B17）。

## 引言

构成要件理论可以说是大陆法系刑法学的核心,如果说现代刑法的思想渊源于贝卡利亚,制度建构则始于贝林格。贝林格将构成要件作为犯罪论的核心,作为刑法学的出发点。<sup>[1]</sup>在大陆法系,构成要件理论是如小野清一郎所指出的那样,“主要是被当作刑法总论,亦即刑法的一般理论来考量的”<sup>[2]</sup>。甚至“在整个大陆法系国家、苏联东欧国家以及我国大陆地区和台湾地区的刑法理论中,犯罪构成了整个犯罪论的基础和核心”<sup>[3]</sup>。

我国在引入大陆法系犯罪成立理论愈演愈烈的背景下,更是将构成要件作为犯罪成立的独立要件,对其推崇备至,形成了在肯定其独立性基础上改造我国目前的犯罪构成理论的思路。在刑法教义学意义上,构成要件也被认为与罪刑法定具有天然的关联,认为“构成要件论是罪刑法定思想的客观表现”<sup>[4]</sup>。我国学者在采用犯罪论三阶层的基础上,也认可构成要件与罪刑法定主义关联的理论意义和现实意义,认为“任何行为成立犯罪其前提是必须构成某一个构成要件类型,这也是罪刑法定的当然要求,也是整个刑法规范评价的基础,所以构成要件的基础实际上就是罪刑法定。”<sup>[5]</sup>①而笔者通过梳理构成要件的渊源,澄清构成要件各项机能性内容,试图说明构成要件仅仅具有保障罪刑法定的间接性、形式性作用,并没有保障罪刑法定的实质机能,罪刑法定的保障最终还是由刑法解释来实现,从而防止对构成要件理论机能过分推崇。

## 一、构成要件具有罪刑法定机能的内涵

### (一) 构成要件机能的梳理

构成要件的机能表述上存在两种方式,一种

是分类的方式,将构成要件的机能为理论机能和社会性机能两大类,例如大谷实、大塚仁教授认为理论机能即构成要件在犯罪论体系中的作用,作为违法性和责任的前提存在征表违法性,罪数判断的标准、将犯罪形态和共犯作为构成要件修正形态,作为刑事诉讼的指导形象等;社会性机能即用以可能实现刑法的目的的机能,具有保障人权和维护社会秩序的机能。<sup>[6-7]</sup>此种方式,也被我国学者所采用,并对社会性机能进行进一步明确,构成要件的社会机能包括罪刑法定机能和提示机能、界分机能,其中罪刑法定的机能,实现对行为认定的违法性判断和刑罚的个别化判断,是其他社会机能的出发点,提示机能是对违法性意识的提示功能,界分机能是对各种犯罪类型故意和过失、罪与非罪的形式界限。<sup>[8]</sup>有的观点对保障人权机能进行扩展性理解,通过刑法对各个犯罪类型构成要件规定的差异实现了犯罪个别化,同时限制了处罚的范围即保障自由机能、罪刑法定主义机能,还可以作为故意规制机能。<sup>[9]</sup>甚至认为构成要件的社会机能可以归结于保障人权机能或者罪刑法定原则机能,维持秩序机能只不过是其反射的机能而已。

另一种是采用列举的方式,我国学者在列举构成要件机能时也大致如此,例如台湾学者陈子平认为构成要件理论在理论上具有罪刑法定机能、个别化机能、违法性推定机能等,<sup>[10]</sup>陈家林教授认为构成要件的机能包括罪刑法定主义、犯罪个别化、违法性推定、理论机能、故意规制、违法性意识的提示机能。<sup>[11]</sup>通过以上构成要件机能的梳理与对比可以发现,虽然在表述方式上不尽相同,个别机能承认上略有差异,但承认构成要件具有保障罪刑法定的机能是众口一词的,承认了构成要件与罪刑法定之间的关联性。正如学者所言构成要件保障罪刑法定实现的机能得到了普遍认可并已广为人知。<sup>[4]</sup>

① 在新近的刑法教材中也有引进日本三阶层体系的,如童伟华、徐金挺:《刑法总论(概说)》,中国人民公安大学出版社2014年11月版。2009年司法考试大纲及其配套教材刑法部分发生了很大变动,即以大陆法系递进式犯罪论体系取代我国传统的四要件论,虽然相关教材说明“本书虽然三阶层体系展开论述,但丝毫不会增加考生负担。一方面,考试的具体范围(即知识点)仍然与上一年相同;另一方面,有关犯罪论体系本身的问题不会作为考试内容。换言之,考生只需关注三阶层体系内的知识点,而不必关注三阶层体系本身”(转引自《2009年国家司法考试辅导用书》第二卷第16页),但其对指导犯罪认定的思维方式还是发生影响。

然而在日本新近一些出版的刑法教材中却并没有将罪刑法定机能列为构成要件的机能之一,例如山口厚认为构成要件的机能一是将犯罪予以个别化,与其他犯罪加以区别,故意规制机能,认定存在故意所需要认识的事实之范围的机能,违法推定机能,在构成要件与违法性关系上符合构成要件推定存在违法性的机能。<sup>[12]</sup>松宫孝明只承认了构成要件的违法性推定功能、犯罪个别化功能、故意规制机能以及诉讼法机能。<sup>[13]</sup>也有学者采用折中的观点,一方面认为构成要件是罪刑法定原则在犯罪论体系上的表现,另一方面认为对于保障罪刑法定原则,构成要件的作用是间接的、部分性的。<sup>[14]</sup>这些论调并非偶然,在日本刑法研究中,承认构成要件具有罪刑法定主义机能的观点虽然占据主流,但明确否认、拒绝这种观点的学者也是存在的,例如日本最早展开构成要件理论的小野清一郎否定了这个理论与罪刑法定主义的关系。小野列举的构成要件的机能包括行为需要符合构成要件是刑事责任的基本条件、表明行为的违法性、行为人的道义责任,未遂犯和共犯是构成要件的一般形式,一罪与数罪以构成要件额充足为标准来决定,刑事诉讼的指导形象等机能。<sup>[2](P10-11)</sup>有的观点甚至认为,赋予构成要件以全部保障机能,这是一个很幼稚的反应。<sup>[15]</sup>

## (二) 构成要件罪刑法定机能涵义的澄清

欲解决上述争论,我们有必要先对构成要件罪刑法定机能的具体内涵进行澄清,虽然主流观点对于构成要件具有罪刑法定机能予以承认,但在具体内容上还是莫衷一是。

一是认为构成要件的过滤机能就是罪刑法定机能,构成要件具有限定刑罚的作用,一来得以厘清概念,界定各种不同犯罪类型典型之法益侵害,二来是指导禁止行为的确定内涵,与罪刑法定原则相呼应,另外还具有构成要件的过滤机能,将不具有构成要件特征的行为过滤除去,不进行刑法评价。<sup>[16]</sup>

二是认为界限功能与个别化机能属于罪刑法定机能。第一,构成要件和刑法的保障人权机能结合在一起,发挥明确划清应当受到处罚的行为和不受处罚行为的界限的机能(罪刑法定原则机能);第二,构成要件,将罪刑法定原则机能进一步深化,也在发挥将单个犯罪和其他犯罪区分开

来的机能(犯罪个别化的机能)。<sup>[17]</sup>我国学者黎宏、陈家林教授也均持此种观点<sup>[18](P140-141)</sup>,认为罪刑法定机能除了预先设定处罚类型还包括犯罪的个别化。

三是将罪刑法定机能表述为自由保障机能、人权保障机能。构成要件具有人权保障机能,构成要件严格限定了犯罪的客观范围,是罪刑法定得以实现的有效保障,罪刑法定原则与构成要件之间存在紧密联系,罪刑法定原则要求对犯罪进行明文规定,通过构成要件实现,司法机关对符合构成要件行为进一步根据是否存在违法性与有责性而进行定罪,形成对国家刑罚权的限制。<sup>[19]</sup>

自由保障机能、人权保障机能等是刑法的整体机能,或者说是犯罪论体系的整体机能,而构成要件作为犯罪论体系的子要素,其机能的内容应集中于在犯罪论体系中发挥的作用,因此构成要件的罪刑法定机能首要表现为过滤机能或者界限机能,但行为与构成要件的符合性判断,最终还是依靠刑法解释来实现,“无论如何忠实地适用解释之后的构成要件,也无助于保障罪刑法定原则,构成要件并非解释的出发点,而是解释的达到点,罪刑法定原则对这种解释过程予以规制,担保罪刑法定原则的,是解释之前的法律条文,而非解释之后的构成要件。”<sup>[14](P36)</sup>而构成要件的犯罪个别化,实质上作为罪数的基准,在共犯和正犯的区别上,构成要件为形式的客观说提供了依据,分担符合构成要件的行为的人是正犯,不分担构成要件行为的参与人是共犯。<sup>[13]</sup>与罪刑法定机能并没有直接、必然的联系。因此本文将在下文详细论述,构成要件及其内部的要素仅仅具有形式上保障作用,但也面临着多方面冲击,在实质上,在构成要件符合性判断上即实现过滤性机能上最终还是依靠对构成要件要素的解释来实现的。

## (三) 罪刑法定与犯罪论体系

构成要件符合性——违法性——有责性的犯罪论体系作为刑法教义学的产物,有利于实现体系思考的方式,防止非法律因素的干涉,犯罪论体系域的阶层与刑法的原则也相对应,例如西田典之教授认为“构成要件该当性是由罪刑法定主义所导出的要件;违法性要件是刑法的机能在于保护法益原则的要求,有责性要件是出自刑法的自由保障机能的负责主义的要求。”<sup>[20]</sup>可以说构

成要件与设定处罚行为类型相契合，但并不等于将罪刑法定仅仅与构成要件相联系，首先，刑法规定的犯罪成立要件在违法性、有责性中也有所体现。“无视法律所规定的容许性要件（阻却违法性的要件）而认定犯罪的做法（如将正当防卫认定为犯罪），依然违反了罪刑法定主义。再如，当责任年龄以14周岁为起点时，将年仅13周岁的人的杀人行为认定为犯罪（无视法定的责任阻却事由），也违反了罪刑法定主义。又如，对不具备客观处罚条件的行为科处罚金，同样不符合罪刑法定主义。可见，为了保障罪刑法定主义的实现，认定犯罪必须在任何方面都具有法律的明文规定。”<sup>[21]</sup>其次，贯彻罪刑法定不仅依赖构成要件，犯罪成立的其他条件，也可以起到保障罪刑法定的作用。罪刑法定内容不仅包括明确刑罚处罚的内容等形式性内容，还包括刑法规定的明确性、处罚正当性等实质性内容，可以说罪刑法定原则包括保障被告人权利、有利于被告人的一切内容，而犯罪论体系首先设定一个限制性框架，其后对违法性、有责性进行实质性判断，可以说对于控制裁判官的思考过程、进而将刑法适用限定于适当正确的范围之内，构成要件该当性、违法性、有责性这种犯罪论体系是一种行之有效的做法。<sup>[20](P45)</sup>因此犯罪论整体体系与罪刑法定原则都是相关联的，本文讨论的立足点仍然是构成要件如何满足罪刑法定要求，保障罪刑法定实现这一主题。

## 二、构成要件与罪刑法定机能的勾连

### （一）费尔巴哈构成要件

虽然费尔巴哈已经使用构成要件的概念，但只是在犯罪成立的一般条件的意义上使用构成要件一词，费尔巴哈未能把构成要件与罪刑法定联系起来。<sup>[22]</sup>有的观点认为立法中罪刑法定原则的明文文化要求与构成要件的定型化机能还互不相识、仅是两条平行线，费尔巴哈以构成要件理论支撑罪刑法定原则明文文化的努力并未取得明显成效。<sup>[23]</sup>我们认为这种观点是有失偏颇的，费尔巴

哈的罪刑法定原则表述为无法无刑，无法无罪，有罪必罚。罪刑法定并不与构成要件有任何的关联，而是从刑罚论的角度推论而来，费尔巴哈将刑法中的最高原则表述为“国家的每一部法律中的刑罚都是一个为维护外在权利而构成的，对违法给予感官上（内心）的恶的法律后果”。以心理强制说寻求刑罚预防的基础，预设的犯罪和刑罚是国家强制的准备，心理强制说认为让每个人都知悉，在其行为之后必然有一个恶在等待着自己，且这种恶要大于源自于未满足的行为动机的恶，<sup>[24]</sup>为实现心理强制，必须在法律上进行预先威慑。因此费尔巴哈认为犯罪的必要条件包括外在的认识性，因为只有外在的行为才可能违反法律，缺少法律根据，不存在违法的阻却，要求特定之人作为违法的对象。<sup>[24](P83)</sup>费尔巴哈为了使得犯罪具有认识的可能性，提出了犯罪可能的主体、犯罪成立条件和主观责任等犯罪成立一般意义上的要素，费尔巴哈罪刑法定的渊源建立在心理强制说基础上，其基本的逻辑是市民刑罚绝对不允许发生任何权利侵害（进而排除了道德性、情操、人伦的责任），为了阻止犯罪就必须实行心理上威慑，将处罚类型设定下来。<sup>①</sup>而费尔巴哈的构成要件是在可罚性的客观根据意义上论及的，犯罪的构成要件（*der Tatbestand des Verbrechens, corpus delicti*）是指特定行为特征的整体，或者包含在特定种类的违法行为的法定概念中的事实。同时又认为由于特定行为的可罚性以存在犯罪的构成要件为条件，而行为在法律意义上是否存在又取决于法定的证据。<sup>[24](P83,86)</sup>可以说费尔巴哈的构成要件既是犯罪成立意义上的概念，也是事实上的概念，此时构成要件仍然没有摆脱证据法上的概念，费尔巴哈在理论上也未进行过与罪刑法定之间的链接和努力。其构成要件与罪刑法定之间的联系还远远未能建立，在保障罪刑法定实现上权利侵害说发挥的作用更为强大，将刑法从含混不清的道德领域中驱逐而出，以排斥以伦理为借口的肆意干涉。

### （二）贝林格构成要件

构成要件来源于中世纪的程序法，开始具

① 对其逻辑演绎过程分析参见 [日] 庄子邦雄：《近代刑法思想史序说——费尔巴哈和刑法思想史的近代化》，李希同译，中国检察出版社2010年版，第1-41页。

有诉讼法的意义，一直到十九世纪初期，费尔巴哈才明确把构成要件作为刑法学意义上的概念来使用。构成要件的历史是 Tatbestand 的概念从诉讼法转向实体法，进而又被作为一般法学的概念使用，从事实意义的东西变为抽象的法律概念。<sup>①</sup><sup>[2](P2-4)</sup> 现今的构成要件理论发轫于贝林格，贝林格才真正展开了现代意义上的构成要件的讨论，将构成要件作为刑法学的焦点问题。正如西原春夫教授所言：贝林格的犯罪论的意义在于将犯罪论的中心从此前的归属概念或者行为概念转向构成要件或者构成要件该当性的概念。<sup>[25]</sup>

贝林格理论构建下的构成要件是纯粹的功能性概念，因为“贝林格使用构成要件的概念，也是以罪刑法定为基础，期求犯罪类型的明确化”<sup>[26]</sup>。贝林格理论立足于实证主义法学，基于法律规定，构成要件具有客观性和法定性，将不法视为犯罪的客观内容，而将责任视为犯罪的主观内容。这一认识的结论是，行为的所有客观外部因素均属于犯罪构成与违法的内容，而责任是行为主观内容的概括（所谓“心理学的责任概念”）。因此，故意在这个理论中属于一种责任形式。<sup>[27]</sup> 构成要件要素仅限于记述性要素和客观性要素，所谓的记述性要素是在确定其存否时只需要认识判断而无需特别的价值判断的要素，而所谓的客观性要素是不涉及行为人内心的、在外表能够认识其存在的要素<sup>[28]</sup>。如果硬把“内在要素”从行为人精神层面上塞入构成要件之中，那么就会陷入踏上一个方法论的企图，这样这种不纯粹的构成要件根本不可能再发挥其作为客观的和主观方面的指导形象的功能<sup>[29]</sup>。为了确保法的绝对安定性，实现罪刑法定，构成要件仅仅包括记述性要素和客观性要素，主观要素属于责任的范畴。

### （三）小结

贝林格构成要件理论可以反映出，构成要件具有保障罪刑法定的机能，首先构成要件为犯罪构成的要素提供了寓居场所，只有具备特定要素的行为才具有构成要件符合性，“犯罪

是由众多的要素、范畴组成的，有人的行为、行为对象、结果、因果关系等客观范畴的因素，也有故意、过失等主观范畴的因素，构成要件可以将要素和范畴进行体系化处理，作为所有要素的指导形象。在没有构成要件概念之前，成立犯罪的要素，如行为、结果、行为对象等等，没有住所而四处游荡，构成要件为他们提供了体系上的位置”<sup>[30]</sup>。其次，为防止法官对构成要件要素随意解释，形成权力的滥用造成对罪刑法定的侵蚀，构成要件要素只能是记述性要素和客观性要素，法官不进行一种价值型判断。

## 三、构成要件的挑战

### （一）形式保障的危机

#### 1. 主观的构成要件要素

梅兹格承认了构成要件的主观的要素，但是仍然认为故意和过失属于责任的要素，真正承认构成要件中包含故意要素的是威尔哲尔的目的行为论。行为概念是构成要件论的先导，若能阐明行为本身就以目的意思为其要素，则构成要件中包含主观要素的问题，即可迎刃而解。<sup>[31]</sup> 这种背景下，威尔哲尔的目的行为论应运而生。

传统的行为论，因果行为论中对有意性和目的性不进行区分，而威尔哲尔认为“人的行为是有目的性行为，以因果法则为基础，通过操作行为来实现，首先在思维领域中预先提出希望实现的目标，挑选必要的行为手段，考虑附随的结果，进而按照思维上对目标的设定，在现实中按照因果过程付诸实现”<sup>[32]</sup>。按照目的行为论及威尔哲尔“人的不法理论”，行为作为犯罪成立的要件之一，其中就包含了故意，构成要件中包含着故意。由此目的行为理论得出一个体系性的结论：故意，虽在古典体系和新古典体系中被理解为罪责形式，并且人们在理解不法意识时也把它作为必要的构成部分，但是，在一个归结为因果控制的形式中，就已经作为行为的构成部分表

<sup>①</sup> 关于构成要件词源的考察演变可以参见 [日] 泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社 2005 年版，第 31 - 35 页。

现出来了。<sup>[33]</sup>目的行为论对行为的支配要素的强调,进一步促成构成要件阶层的变化,从此故意变成了实现构成要件的知与欲,成为构成要件行为的支配要素,也是一般的主观构成要件要素。故意成为构成要件要素之后,在知得要素中,对构成要件行为是否违反法秩序的评价认知,即所谓的不法意识仍停留在有责性阶层,也就是“故意的双重地位”。<sup>[34]</sup>目的行为论者将故意从罪责内含中分解出来,完全置于犯罪构成要件之中,确立了主观构成要件的概念,实现了构成要件的概念。

有的学者担心构成要件中包含着故意,可能会损害构成要件的人权保障机能,行为人的主观故意、过失以及意图等主观要素,乃从罪责内容抽出,而置于构成要件中,使得构成要件不再是纯然客观,这种改变也引发了另外一个问题,也就是主观要素从原本的罪责之中抽出,置于构成要件中,则在罪责内容中,是否还包含有主观要素存在?且主观要素在构成要件以及罪责中又将如何界分?<sup>[35]</sup>在故意的双重地位下,罪责中主观要素已经被抽空,仅仅对期待可能性等影响刑事责任程度的罪量要素进行判断,构成要件中具有故意,那么可能导致构成要件成为犯罪的积极成立要件的总和,从而导致构成要件丧失作为独立的构成要件的意义,<sup>[21](P82)</sup>也就是构成要件的类型和犯罪类型在同等意义上使用了。

## 2. 主观的超过要素和客观的超过要素

构成要件的主观故意承认,也伴随着特定机能的承认,即构成要件的故意规制机能,首先是指刑法以处罚故意犯罪为原则,以处罚过失犯罪为例外,因而原则上没有故意就不成立犯罪。<sup>[36]</sup>其次,构成要件的故意规制机能,是指故意对构成要件的客观事实的认识、容认,即构成要件规制了故意的认识内容与意志内容。

构成要件的故意对于该当于构成要件的客观事实方面进行认识及其实现的意思,构成要件的客观方面决定了故意的成立的事实范围,从而具有限制故意的内容的机能。所以构成要件性故意以表象、认容犯罪事实及符合构成要件的客观事

实为要素。而具有刑法意义的目的等主观要件要素“通常是超出构成要件客观要件要素范围的”,因而“称其为超过的内心倾向”。<sup>[7](P124)</sup>如果将故意界定为一般的主观构成要件,那么就存在一种特殊的主观构成要件。故意在形式上被定义为与客观事实相关,但特殊的主观构成要件特征却被定义为其指向的对象不在客观构成要件里。它可能存在于完成特定事实的意志里,但这些事实客观构成要件之外。<sup>[37]</sup>一般认为超过的主观要素包括目的犯之目的、倾向犯之内心倾向、表现犯之内心表现。

在一些情况下,行为具有构成要件符合性、违法性与有责性时,并不能据此处罚行为人,还要求具备刑法所规定的一定的处罚条件。换言之,虽然成立犯罪时,原则上就可能对行为人发动刑罚权,但在例外情况下,刑罚权的发动,不仅取决于犯罪事实,而且取决于刑法所规定的其他外部事由或者客观条件。这种事由或条件称为客观处罚条件。在一些故意犯罪中,将某些客观要素作为客观处罚条件来对待,从而不要求行为人对这种客观处罚条件具有认识与放任(包括希望)态度,就解决了将其作为构成要件而要求行为人具有故意所带来的问题。<sup>[38]</sup>

虽然关于客观的超过要素和主观的超过要素在犯罪成立体系中的地位存在着争议,有的认为构成要件所不能包含,有的认为属于特殊的构成要件要素,有的认为是属于违法要素。但是客观的超过要素和主观的超过要素破坏了构成要件的故意规制机能,有损于构成要件的类型化机能。

## 3. 消极的构成要件要素

在新古典的三阶层体系中存在一种新古典的二阶层体系,这种体系则将构成要件与违法性的关系更进一步,认为构成要件与违法性本质上没有区别,区别只在于立法技术上将构成要件放在分则中规定,将正当化事由放在总则中规定。也就是说,刑法分则各个构成要件所规定的是积极的不法构成要件,总则中所规定的阻却违法事由是消极的不法构成要件。在此,消极的构成要件

要素理论被正式提出。<sup>①</sup>

所谓的消极构成要件要素，就是站在构成要件角度所看到的正当化事由，这是将构成要件与违法性一体化的结果。既然构成要件是违法性的类型，那么从违法性角度看，刑法分则规定的构成要件是违法性成立要素，正当化事由则是违法性阻却事由；从构成要件角度看，刑法分则规定的构成要件是积极的构成要件要素，正当化事由是消极的构成要件要素。构成要件要素与正当化事由没有本质区别，只是表达修饰上的区别，构成要件要素可以理解为正当化事由，反之，正当化事由也可以理解为构成要件要素。<sup>[40]</sup>这种消极的构成要件要素理论，在20世纪初由德国的鲍姆加藤（Baumgarten）、弗兰克（Frank）提出，二战后得到冯·韦伯、沙夫施泰因、欣里希森、施罗德、鲍曼、考夫曼、罗克辛、布莱等多人的赞成，而有力地展开，并在1952年的联邦裁判所的裁判中得到承认。<sup>[7](P118)</sup>

日本刑法中泉二新熊使用过消极的构成要件等概念，日本虽然在战后确立了犯罪论的三体系，消极的构成要件要素理论兴起，违法性阻却事由被视为是消极的构成要件要素，这种理论淡化了违法性独立的特征。既然构成要件是确立违法性的类型，是违法性认识的根据，那么根据构成要件和违法性的关系，构成要件和违法性就可以合一。<sup>[41]</sup>

因此在客观、无价值的构成要件中，构成要件的独立性也难以保持，构成要件这一概念已经无法满足罪刑法定原则需求，罪刑法定原则也不需要构成要件这一概念，在消极的构成要素中不法类型这一概念也可以满足类型化判断的需求，构成要件就变得不必要了。

## （二）实质性判断的侵蚀

构成要件类型化判断与罪刑法定最为关联，为实现构成要件类型化判断，贝林格时期的构成要件理论还将构成要件认为是行为类型，对构成要件进行形式的、客观的把握，那么规范构成要

件要素的发现，构成要件实质化解释则从实质上损害了其保障罪刑法定的机能。因此“构成要件客观性的贝林格的命题已经完全被新的构成要件理论所征服”<sup>[42]</sup>。

### 1. 规范的构成要件要素

贝林格只承认记述的构成要件要素，构成要件只是单纯的记述性特征，人的行为只是通过构成要件根据其特有类型而对其进行特征化处理，而不是已经被规定为违法。对于所谓的规范性要素，例如“合法”执行公务行为，该合法性关系有助于构成要件界定相关非犯罪之行为，但是仍不失其“记述性”。<sup>[29](P14-15)</sup>为了确保法的绝对安定性，构成要件仅仅包括记述性要素和客观性要素，主观要素属于责任的范畴，在罪刑法定原则的要求上，为了仅对作为犯罪而向国民预告了的行为进行处罚，防止出现将刑法规没有预定的行为作为犯罪进行处罚的危险，也为了防止将判断者的肆意性介入其中，构成要件的判断，必须是形式的、类型的判断。<sup>[6](P86-87)</sup>

但是随着规范的构成要件要素的发现，构成要件的客观性受到挑战，规范的构成要件要素作为与记述性构成要件要素相对应的因素，表明的是法官的一种价值判断。<sup>[43]</sup>规范的构成要件要素，从罪刑法定原则的角度是绝对不值得提倡的。<sup>[6](P121)</sup>关于构成要件要素中的规范的构成要件要素，法官自己进行评价需要规范要素时，其推论和归结不可能事先判断，很有可能抹杀罪刑法定主义的性质。立法上虽然需要社会性的法律素材的意义或价值，在预测法官有适用法律可能性的时候，法律就应该适用，但是在解释上仍然需要实体化、类型化的判断。<sup>[44]</sup>因此将规范的构成要件要素划分为三种类型：一是法律的评价要素，即必须根据相关的法律、法规做出评价的要素；二是经验法则的评价要素，即需要根据经验法则做出评价的要素；三是社会的评价要素，即需要根据社会的一般观念或社会意义做出评价的要素。<sup>[45]</sup>因此构成要件不再是无价值判断的色彩

<sup>①</sup> 对这种二阶层的犯罪论体系的态度，不同学者有所不同。我国台湾学者许玉秀将 M. E. 迈耶的犯罪论称为新古典的三阶层体系，将麦兹格的体系称为新古典暨目的论的综合三阶层体系。许玉秀指出，在 M. E. 迈耶的新古典的三阶层体系与麦兹格的新古典暨目的论的综合三阶层体系之间还存在一种新古典的二阶层体系。而日本学者往往认为构成要件符合性、违法性、有责性体系是 M. E. 迈耶倡导的，并将麦兹格的体系称为新构成要件论，而将新古典的二阶层体系略而不提。<sup>[39][7](P104-106)</sup>

描述而已，而是具有相当程度的价值判断成分，构成要件要素从无价值判断内涵，改变为具有价值判断的成分。<sup>[35](P36)</sup>

## 2. 开放的构成要件理论

开放式构成要件中需要积极查明的违法性要素可以分为五类：(1) 一般的违法性要素；(2) 特殊的违法性要素；(3) 社会相当行为；(4) 不真正不作为犯；(5) 过失犯。<sup>[46]</sup>例如在不作为犯义务上的判断，需要从诚实信用、公序良俗所形成之条理、习惯等一切规范产生。目前保障人学说区分保障人义务与事实上、法律上产生保障人义务之“保障人地位”，类型化之“保障人地位”属于构成要件要素，而个别的、具体性的“保障人义务”属于违法性要素。<sup>[10](P114)</sup>其实保障人学说下构成要件和违法性已经难以区分，不真正不作为犯和过失犯中都是以不作为义务和注意义务为核心判断构成要件的符合性，随着不作为义务和注意义务认定的实质化倾向，认定需要从法益保护目的出发，而违法性的价值判断正是基于保护法益的目的，因此违法性和构成要件可以说没有前后之分，反而出现了合一的趋势。

### (三) 小结：构成要件的实质解释

面对构成要件不断崩溃的发展历史，也有学者提出了“回归贝林（格）”的口号，例如平场安治、井上正治、内田文昭和曾根威彦等教授提出了重新界定构成要件和违法性之间关系，让构成要件重新回归到行为类型，<sup>[47]</sup>而西原春夫则从构成要件的两条道路：积极接受构成要件发展的历史，在违法性内部论述构成要件（实质的构成要件）或者回归构成要件原点，将价值性和规范性构成要素排除在外，追求独立于违法性的独立地位和机能（形式的构成要件），选择了前者即主张构成要件的实质化。<sup>[48]</sup>一方面，从法益的概念发展历史梳理，法益不仅仅是一个前实定法的概念，不仅是基于立法者的价值判断性规范的保护而赋予存在，还表示出实定的乃至实证主义的历史发展过程。<sup>[49]</sup>法益概念在今天必须附加在构成犯罪的诸要件上，成为不法论的核心问题。另一方面，构成要件要素解释也必须结合法益概念而进行，甚至一切的构成要素均具有规范性特征，进行价值型判断，例如非法行医主体中“未取得执行资格”出现了多种解释，就需要从法律

的保护法益——非法行医罪法益并非单纯的医疗卫生制度和秩序，而是秩序背后承载的医疗公共安全，进行目的解释，将非法行医罪主体解释为未取得执业医师资格证书的人，以区分刑事违法性和行政违法之间的界限，具体分析医疗机构开办者、美容师、实习医生等各类主体认定。<sup>[50]</sup>

在形式的犯罪论和实质的犯罪论之争中，处罚范围需要结合实质违法性认定，实质的犯罪论对形式的犯罪论进行批判，认为作为形式的犯罪论中心的犯罪的定性或者类型的内容不明，因此，在形式的犯罪论中，追求保障人权保护国民利益的处罚范围难以适当划定，主张在刑罚法规的解释特别是构成要件的解释上，应当从处罚的合理性和必要性这一当罚性实质观点出发。主张从合目的的、实质的角度出发判断构成要件的该当性，从实质上判定是否存在达到值得科处刑罚的法益侵害，<sup>[51]</sup>即使是洛克辛的客观归责理论，将可允许的危险等纳入构成要件符合性判断，也是一种实质性判断；在司法实践具体判断中，构成要件也仅提供框架性思考，因此构成要件要想实现类型化判断，必须借助法益侵害性（违法性）来实现，最终依靠合理的刑法解释，在此意义上构成要件和违法性又一次重合了，因此构成要件独立保障罪刑法定机能的理想也再次幻灭。需要说明的是，构成要件独立保障类型化机能受到侵蚀，但刑法中类型化思维仍然是形式理性重要的保障，例如洛克辛为防止客观的因果关系导致责任范围没有边际，无法使得构成要件可以限制在法治国的意义框架内，因而进行了构成要件的结构化改造，通过交往义务的类型或者体系化得以实现，对义务犯进行类型和体系化，以填补规范中留出的空白空间。<sup>[52]</sup>

## 代结语 罪刑法定需要构成要件吗

构成要件是否具有保障罪刑法定的机能，与罪刑法定原则是否需要构成要件是不相同的问题，前者说明构成要件是实现罪刑法定的方式、途径，后者则说明罪刑法定与构成要件不具有天然的联系，构成要件并不是实现罪刑法定唯一的手段。在英美法系犯罪本体要件（刑事责任基础，犯罪行为 and 犯罪心态）——排除合法辩护



(责任充足要件,排除诸种合法辩护事由)双层次犯罪构成体系中,<sup>[53]</sup>没有构成要件的概念,但是罪刑法定原则(法制原则)也是刑法中必不可少的理念。在法国刑法犯罪事实要件——刑事责任的犯罪论体系中,<sup>[54]</sup>也没有构成要件这一概念,但也毫不动摇罪刑法定这一铁则的地位。在两者的关系上,“构成要件试图满足罪刑法定原理的要求,这是一个事实,可是罪刑法定原理却并不需要构成要件这一概念”<sup>[15](P53-54)</sup>。即使在承认构成要件理论的国家中,关于构成要件机能的论述,也仅仅是日本刑法学中独有的论述,在构

成要件的发源地德国刑法中,并没有对构成要件机能进行特别的论述;在意大利刑法中,与构成要件相对应的“典型事实”(il fatto tipico),也仅说明其最基本的功能是准确描述具有刑法意义的命令或者禁令的内容,<sup>[55]</sup>并没有赋予其更多的机能。因此本文的最终结论,在承认构成要件在犯罪论体系中发挥理论体系机能的前提下,也不过是想打破罪刑法定与构成要件的自然联系,认为构成要件理论的机能被过分夸大了,进而从三阶层的强势话语中试图寻求犯罪论体系的突围。

### 参考文献

- [1] [德] 弗兰茨·冯·李斯特. 德国刑法教科书 [M]. 北京: 法律出版社, 2006: 205.
- [2] [日] 小野清一郎. 犯罪构成要件理论 [M]. 王泰译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004: 4.
- [3] 王充. 构成要件的历史考察——从诉讼概念到实体概念的嬗变 [J]. 当代法学, 2004 (5): 11.
- [4] 蔡桂生. 构成要件论: 罪刑法定与机能权衡 [J]. 中外法学, 2013 (1): 113.
- [5] 陈兴良. 刑法学 [M]. 第2版. 上海: 复旦大学出版社, 2009: 45.
- [6] [日] 大谷实. 刑法讲义总论 [M]. 黎宏译. 新版第2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 101-102.
- [7] [日] 大塚仁. 刑法概说(总论) [M]. 冯军译. 第3版. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 130-131.
- [8] 童伟华. 外国刑法导论 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2010: 69.
- [9] 马克昌. 比较刑法原理——外国刑法学总论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 123-125.
- [10] 陈子平. 刑法总论 [M]. 2008年增修版. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 96.
- [11] 陈家林. 外国刑法通论 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 140-142.
- [12] [日] 山口厚. 刑法总论 [M]. 付立庆译. 第2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 27.
- [13] [日] 松宫孝明. 刑法总论讲义 [M]. 钱叶六译. 第4版补正. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 41.
- [14] [日] 松原芳博. 刑法总论重要问题 [M]. 王昭武译. 北京: 中国政法大学出版社, 2015: 64.
- [15] [日] 宗刚嗣郎. 犯罪论与法哲学 [M]. 陈劲阳, 吴丽君译. 武汉: 华中科技大学出版社, 2012: 70.
- [16] 林钰雄. 新刑法总则 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 99.
- [17] [日] 曾根威彦. 刑法学基础 [M]. 黎宏译. 北京: 法律出版社, 2005: 185.
- [18] 黎宏. 日本刑法精义 [M]. 北京: 中国检察出版社, 2004: 66-67.
- [19] 陈兴良. 刑法教义学 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 155.
- [20] [日] 西田典之. 日本刑法总论 [M]. 刘明祥, 王昭武译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 44.
- [21] 张明楷. 外国刑法纲要 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 73.
- [22] 陈兴良. 构成要件论——从贝林到特拉伊宁 [J]. 比较法研究, 2011 (4): 74.
- [23] 邵栋豪. 从明文到明确: 语词变迁的法治意义——Beling 构成要件理论的考察 [J]. 中外法学, 2010 (2): 215.
- [24] [德] 费尔巴哈. 德国刑法教科书 [M]. 徐久生译. 北京: 中国法制出版社, 2010: 31, 28.
- [25] 王充. 论德国古典犯罪论体系 [J]. 当代法学, 2005 (11): 40.
- [26] [日] 大塚仁. 犯罪论基本问题 [M]. 冯军译. 北京: 中国政法大学出版社, 1993: 51.
- [27] 李海东. 刑法学入门(犯罪论) [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 20.
- [28] 陈兴良. 本体刑法学 [M]. 北京: 商务印书馆, 2003: 185.
- [29] [德] 贝林. 构成要件理论 [M]. 王安异译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006: 16.
- [30] 张明楷. 犯罪构成理论的课题 [J]. 环球法律评论, 2003 (3): 263.
- [31] 李立众. 犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试 [M]. 北京: 法律出版社, 2006: 110-111.
- [32] [德] 汉斯·威尔策尔. 目的行为论导论 [M]. 陈璇译. 增补第4版. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 1-3.
- [33] [德] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论 [M]. 王世洲译. 北京: 法律出版社, 2005: 122.

- [34] 许玉秀. 主观与客观之间 [M]. 北京: 法律出版社, 2008: 47.
- [35] 柯耀程. 变动中的刑法思想 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 15.
- [36] 赵秉志. 外国刑法原理 (大陆法系) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 93.
- [37] [德] 冈特·施特拉腾韦特, 洛塔尔·库伦. 刑法总论 [M]. 杨萌译. 北京: 法律出版社, 2006: 136.
- [38] 张明楷. 客观的超过要素之提倡 [J]. 法学研究, 1999 (3).
- [39] 许玉秀. 当代刑法思潮 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2005: 66-68.
- [40] 欧阳本祺. 消极的构成要件要素之必要性初探 [J]. 湖北警官学院学报, 2006 (2): 23.
- [41] [日] 山中敬一. 构成要件论 [J]. 实用法律杂志, 2008 (1).
- [42] [韩] 今日秀, 徐辅鹤. 韩国刑法总论 [M]. 郑军男译. 第11版. 武汉: 武汉大学出版社, 2008: 121.
- [43] [日] 野村稔. 刑法总论 [M]. 全理其, 何力译. 北京: 法律出版社, 2001: 112.
- [44] [日] 木村龟二. 刑法学词典 [M]. 顾肖荣等译. 上海: 上海翻译出版社, 1991: 126.
- [45] 张明楷. 规范的构成要件要素 [J]. 法学研究, 2007 (6): 78.
- [46] 刘艳红. 开放的犯罪构成要件理论研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 9-17.
- [47] [日] 曾根威彦. 作为行为类型的构成要件 [J]. 法学教室, 第166号: 8.
- [48] [日] 西原春夫. 犯罪实行行为论 [M]. 戴波, 江溯译. 北京: 北京大学出版社, 2006: 295.
- [49] [日] 伊东研祐. 法益概念史研究 [M]. 秦一禾译. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 346.
- [50] 姜金良. 非法行医罪主体的实质解释 [J]. 贵州警官职业学院学报, 2013 (2): 45.
- [51] 李海东. 日本刑事法学者 [M]. 第4版. 北京: 法律出版社, 东京: 日本成文堂, 1999: 328.
- [52] [德] 罗克辛. 刑事政策与刑法体系 [M]. 蔡桂生译. 第2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 29.
- [53] 储槐植, 江溯. 美国刑法 [M]. 第4版. 北京: 北京大学出版社, 2012: 3-4.
- [54] [法] 雅克·博里康. 法国二元论体系的形成和演变: 犯罪刑事责任人 [M]. 朱琳译. 北京: 中国民主法制出版社, 2011.
- [55] [意] 杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理 [M]. 陈忠林译. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 98.

(责任编辑: 刘君博 赵建蕊)

### (上接第106页)

- [3] 马婧妤. 法院判决首例上市公司董事未尽责须承担法律责任 [N/OL]. 上海证券报, 2008-12-04 [2015-07-29]. <http://news.163.com/08/1203/20/4S91U8050001124J.html>.
- [4] 黄辉. 中国证券虚假陈述民事赔偿制度: 实证分析与政策建议 [M] // 证券法苑. 第9卷. 北京: 法律出版社, 2013: 967, 971.
- [5] 中国证券监督管理委员会. 关于郑州百文股份有限公司 (集团) 及有关人员违反证券法规行为的处罚决定 (证监罚字 [2001] 19号) [Z/OL]. 2001-10-24 [2015-08-01]. <http://app.finance.ifeng.com/data/stock/ggzv.php?id=5520559&symbol=600898>.
- [6] 新华社. 科龙电器编造虚假财务报告遭证监会处罚——顾雏军被实施永久性市场禁入 [EB/OL]. [2015-08-01]. [http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2006-07/17/content\\_352711.htm?node=11](http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2006-07/17/content_352711.htm?node=11).
- [7] 中证网. 银广夏案一审宣判六名造假者受法律惩处 [EB/OL]. 2003-09-18 [2015-07-30]. <http://www.china.com.cn/chinese/FI-c/406320.htm>.
- [8] 证券民事赔偿第一大案: 东方电子案 [EB/OL]. [2015-07-31]. <http://finance.sina.com.cn/stock/t/20110309/19399500903.shtml>.
- [9] 赵天舒. 虚假陈述民事责任制度的法律实证 [J]. 浙江万里学院学报, 2015 (3): 33-34.
- [10] 宋一欣. 从五粮液案看证券维权诉讼难点 [N/OL]. 证券时报, 2014-11-29 [2015-07-31]. [http://epaper.stcn.com/paper/zqsb/html/epaper/index/content\\_633689.htm](http://epaper.stcn.com/paper/zqsb/html/epaper/index/content_633689.htm).
- [11] 巩万龙. 东方电子案调解收官近7000股民获赔4.42亿 [EB/OL]. 2007-08-28 [2015-07-31]. <http://www.sina.com.cn>.

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)