

# 构成要件：犯罪论体系

## 核心概念的反拨与再造

陈兴良<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**构成要件是犯罪论体系的核心概念，它是犯罪论体系建构的逻辑起点。我国的四要件的犯罪构成理论在从苏俄引入之初，就延续了苏俄学者对构成要件的误解，将具有特殊意蕴的构成要件理解为犯罪成立的一般条件，由此与具有阶层性的三要件的犯罪论体系分道扬镳，走上了一条完全不同的理论道路。在当前三阶层与四要件的犯罪论体系的争论中，阶层性的有无是两者的根本区分，而造成这一区分的根本原因就在于对构成要件的不同理解。只有追本溯源地澄清构成要件的概念，了解构成要件的演变径路，才能为我国犯罪论体系的重构提供理论资源。

**关键词：**构成要件 犯罪构成 罪状 罪体

---

构成要件（Tatbestand）是整个犯罪论体系的基石范畴与核心概念。尽管从古典派的犯罪论体系到新古典派的犯罪论体系，以及后来的目的主义的犯罪论体系，构成要件的内涵与外延发生了重大的嬗变，然而，构成要件的基本功能并没有废弃，它仍然是三阶层的犯罪论体系的基础。苏俄刑法学从一开始就把构成要件转换为犯罪构成，而犯罪构成是犯罪成立条件的总和，因而四要件并不是建立在构成要件基础之上的，笔者称之为没有构成要件的犯罪构成。本文拟以构成要件这一概念的曲折演变为中心线索，考察我国刑法学从犯罪构成论向构成要件论回归的过程。

### 一、构成要件论的观念史

构成要件作为当代刑法学中的一个基石范畴，存在一个逐渐进化的过程。在此，笔者对构成要件的前史不想过分溯源，而是将构成要件观念的肇始追溯到费尔巴哈。在费尔巴哈那里，犯罪成立要件被称为适用刑法的法律可能性，亦即惩处刑罚的根据，或者称为绝对的可罚性根据。绝对的可罚性根据又分为客观的绝对可罚性根据和主观的绝对可罚性根据。<sup>〔1〕</sup>这里的客观的绝对可罚性根据相当于犯罪成立的客观要件，而主观的绝对可罚性根据则相当于犯罪成立的主观要件。客观的绝对可罚性与主观的绝对可罚性根据的区分，可以说是不法和有责区分的雏形，因而

---

<sup>\*</sup> 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见〔德〕安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国方正出版社2010年版，第83页。

已然具备三阶层的犯罪论体系的原始面目。因为客观的绝对可罚性根据对应于不法，因而对于构成要件的概念只能到客观的绝对可罚性根据中去寻找。费尔巴哈指出：I. 可罚性的客观根据在于，存在受到刑法规定的刑罚威慑的犯罪事实；II. 未被刑法规定为犯罪的行为，没有可罚性。只有具备行为概念的特征、法律将刑罚作为其法律后果的行为，才可能被规定在刑法中。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，叫做犯罪的构成要件（*der Tatbestand des Verbrechens, corpus delicti*）。因此，客观的可罚性取决于犯罪构成要件是否存在，而具体法律的适用则取决于拟适用法律已将其作为法律后果的条件加以规定的构成要件的特定事实。<sup>〔2〕</sup>

在以上论述中，费尔巴哈遵循的是行为——构成要件这样一种逻辑径路：行为是在构成要件之前考虑的。行为是构成要件的前置性条件，没有行为也就没有构成要件。构成要件是对行为事实的一种法律规范，因而构成要件具有事实性与违法性两个特征，这就是费尔巴哈对构成要件的界定：包含在特定种类的违法行为的法定概念中的事实。值得注意的是，费尔巴哈在表述构成要件概念时，采用“*corpus delicti*”这一词语来注释。该书的出版者C·J·A·米特迈尔为此特意作了以下注释：“*corpus delicti*”（本意是物证）是中世纪的法学家发明的关于物证的表述，而在杀人犯罪的情况下，如果被杀者的尸体被发现的话，该表述便是指犯罪构成。在日耳曼法中，在杀人情况下提供尸体具有一定的程序意义，法学家们通过将罗马人的观点和德国人的观点相融合，便产生出这样一个观念，在杀人情况下如果没有找到尸体，就缺乏犯罪构成。后来，犯罪构成这一表述被逐渐扩展至其他犯罪，以便表示，属于特定犯罪的特征已经具备，如果这些特征属于刑法规定的话。<sup>〔3〕</sup>

由此可见，“构成要件（*Tatbestand*）”一词来源于意大利中世纪法学中的“*corpus delicti*”一词，而该词是以拉丁语出现的，亦译为犯罪事实。因此，构成要件的概念与意大利存在某种渊源关系。不过，随着德国三阶层的犯罪论体系在上个世纪传入意大利，构成要件一词又重返故国。此时，“*Tatbestand*”被译为意大利语“*fatto tipico*”，其含义为符合犯罪规范所描述的行为模型的具体事实。它的作用是说明禁止性规范与命令性规范的具体内容，同时也是区别具有刑法意义与非刑法意义的行为的基础。我国学者陈忠林教授将“*fatto tipico*”译为“典型事实”，并作如下评注：原文“*fatto tipico*”源于德语中的“*tatbestand*”，相当于日本刑法学中的“构成要件”或“构成要件相当性”。鉴于译为“典型事实”不仅更符合意语和德语原意（“*tatbestand*”直译应为“行为的状态”或“典型行为”），且不易与中国刑法中的犯罪构成或犯罪构成要件相混淆，加之意大利语中还有与“构成要件”相对应的单词“*fattispecie*”和与“犯罪构成要件”相对应的词组“*fattispecie incriminatrice*”（注意：和典型事实一样，它们的内容实质上都是指刑法分则条文中的罪状，与中国刑法中的构成要件和犯罪构成的含义不同），故未采用“构成要件”或“构成要件相当性”等译法。<sup>〔4〕</sup>

由此可见，意大利刑法学中的“典型事实”其实就是构成要件，并且是从德国倒流回去的。这个意义上的构成要件来源于“*cropus delicti*”，是一个具有事实性与客观性的概念，而与主观要素无关。这也是以往我们对费尔巴哈的构成要件理论的通常理解，苏俄学者也往往将费尔巴哈的构成要件论称为客观结构。例如特拉伊宁指出：A·费尔巴哈给犯罪构成下了如下的定义：“犯罪构成乃是违法的（从法律上看来）行为中所包含的各个行为的或事实的诸要件的总和……”。可见，A·费尔巴哈在这里十分肯定地列入犯罪构成的只是表明行为特征的事实，A·费尔巴哈并没有忽略责任的主观根据——罪过——的意义，可是，根据他所下的定义，罪过却处在犯罪构成的

〔2〕 参见前引〔1〕，费尔巴哈书，第83页以下。

〔3〕 同上书，第84页，注①。

〔4〕 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译评，中国人民大学出版社2004年版，第94页，注①。

范围之外，也就是说：只有那些第一，实现了犯罪构成，第二，行动有罪的人，才负刑事责任。<sup>〔5〕</sup>

在以上论述中，犯罪构成是指 tatbestand，因而就是构成要件，它与四要件的犯罪构成是有所不同的。我们注意到特拉伊宁在引用费尔巴哈上述论断的时候有一个注解：但是，必须指出，费尔巴哈对犯罪构成的这种见解，并没有坚持到底。的确，A·费尔巴哈在作出犯罪构成的上述定义之后，接着又谈到：“一定的违法的结果，通常是属于犯罪构成的；行为违法性的某种主观（属于犯罪人的心理方面的）根据，即（1）某种故意，或（2）某种意思表示，也往往属于犯罪构成。行为的外部特征，永远属于犯罪构成。”<sup>〔6〕</sup>

对于费尔巴哈在构成要件理解上的这种前后矛盾，如何作出一个合理的解释，这是值得关注的。费尔巴哈一方面把构成要件作为客观的绝对可罚性根据，同时又把违法行为的特定的主观（存在于犯罪人的内心）根据也列为构成要件的要素。这里的违法行为的特定的主观根据，是指：（1）特定的意图（目的）；（2）特定的意思决定的种类。<sup>〔7〕</sup>这里特定的意图也就是目的，也就是此后被称为主观违法要素的目的，纳入构成要件还可以理解。那么，什么是特定的意思决定的种类呢？对此，在费尔巴哈的《德国刑法教科书》中有一个注释，指出：例如，故意杀人的概念取决于杀人是因为情绪激动。如果法律将故意纳入犯罪的概念，那么，这种因为情绪激动的过失行为要么从来就不构成犯罪，要么虽然构成犯罪，但罪名一定不同。因此，故意同样属于犯罪的构成要件。对于那些可以由过失构成的犯罪来说，就不能将故意算作构成要件。如同过失一样，在此情况下，故意仅是决定可罚性轻重的一个根据。<sup>〔8〕</sup>

从以上论述来看，费尔巴哈并没有一般地将故意与过失纳入构成要件。而且，费尔巴哈在论及绝对可罚性的主观根据时，把故意或者过失称为责任的特定种类。<sup>〔9〕</sup>因此，如果笔者没有误解的话，费尔巴哈是把刑法分则条文规定的目的或者故意等主观要素纳入构成要件。因为当时把构成要件理解为特殊的构成要件，即刑法分则规定的犯罪成立条件。在通常情况下，刑法分则规定的犯罪条件都是客观的，但也在个别情况下规定了主观要素。这些主观要素就被费尔巴哈当作构成要件的主观要素，这是从特殊的构成要件进行逻辑推理的结果。不可否认，在费尔巴哈时代，构成要件的观念还不够成熟，因而存在一些矛盾也是可以理解的。

费尔巴哈的《德国刑法教科书》是1801年出版的，在该书中费尔巴哈对构成要件的概念作了初步阐述，可谓构成要件论的肇始。而构成要件论的真正定型，应当以贝林在1906年出版的《犯罪论》一书为标志。从1801年到1906年，在这两个年份之间盘桓着整整一个19世纪。日本学者小野清一郎对构成要件在德国19世纪的演变作了以下概要性的描述：直到费尔巴哈时，构成要件才明确地被当作实体刑法上的概念来使用。但是，在19世纪的刑法学中，还没有出现与今天完全一致的构成要件理论。Tatbestand一词仅限于在犯罪事实或法律上制约着成立犯罪的诸条件的意义上加以使用，而且它又被分成了一般构成要件和特殊构成要件，或是主观构成要件和客观构成要件。例如，在弗兰克的《注释书》中，最清楚而又直截了当地表现出这一点。他认为，所谓一般构成要件，是指成立犯罪所必需的要素的总和；所谓特殊构成要件，则是各种犯罪所特有的要素。作为一般构成要件，有人的一定态度在内，并且它必须是有意志的行为或者有责任的行为。而有责任，往往说的是主观的构成要件，是与客观的外部的构成要件相对应的。弗兰克的上述观点，被认为是19世纪的通说。在这个时期，虽有构成要件的概念，但并没有考虑它

〔5〕 参见〔苏〕A·H·特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，王作富等译，中国人民大学出版社1958年版，第15页。

〔6〕 同上书，第15页，注①。

〔7〕 参见前引〔1〕，费尔巴哈书，第85页。

〔8〕 同上书，第85页，注③。

〔9〕 同上书，第89页。

的特殊理论机能，所以还不是今天这种意义上的构成要件理论。<sup>〔10〕</sup>

小野清一郎在此所说的“今天这种意义上的构成要件理论”，是指贝林所建构的构成要件论。在贝林之前，19世纪的构成要件概念在一般的构成要件的名目之下确实存在着泛化的倾向，逐渐地接近于犯罪成立条件。当然对此还是存在争议的。例如C·J·A·米特迈尔在费尔巴哈《德国刑法教科书》的出版者注中指出：对犯罪构成的新的划分，是将犯罪构成分为一般的犯罪构成和特殊的犯罪构成（der allgemeine Tatbestand und besondere Tatbestand），前者表明了犯罪构成的特定的本质特征和前提条件，没有这些本质特征和前提条件，根本就不可能存在犯罪行为，而后者主要表明具体的犯罪区别于其他犯罪的特有特征，例如盗窃、侵占、诈骗等等。由于人们对犯罪构成又有不同的理解，所以，对于哪些特征和前提条件（比如责任能力）属于一般的犯罪构成仍然有很多争论，是可以理解的。<sup>〔11〕</sup>

除了一般的构成要件与特殊的构成要件的划分以外，19世纪还有客观的构成要件与主观的构成要件的划分。而当时在司法实践中将构成要件仅仅理解为客观的构成要件，并以此来区分于所有涉及行为人内心世界的特征，是通常的做法。对于上述两种构成要件的划分，米特迈尔指出：如果人们首先将犯罪构成划分为客观的构成要件和主观的构成要件，然后再将两者进一步分为一般的构成要件和特殊的构成要件，也许会得出清晰的结论。<sup>〔12〕</sup>

以上论断是意味深长的。因为客观的构成要件是存在于行为的外在表现中的特征，而主观的构成要件则是指与行为内在根据有关的特征。这是对犯罪成立条件，也就是当时所称的犯罪特征的基本划分。在此基础上，再考虑将构成要件划分为一般的构成要件和特殊的构成要件。实际上，它只是对客观的构成要件的进一步划分。在这个意义上的一般的构成要件就不能等同于犯罪成立条件的总和。尽管如此，在整个19世纪德国刑法学对构成要件的概念充满争议，这是毋庸置疑的。

贝林之前的李斯特，对古典的犯罪论体系做出了重要的贡献。当然，李斯特在违法性论上的贡献远远大于构成要件论。李斯特的最重要贡献是确立了不法与责任之间的位阶关系。但是李斯特在其刑法教科书中还是对构成要件做出了较多的论述，尤其是提出了构成要件必须成为刑法学的出发点的命题。李斯特在对构成要件的概念与特征作了一般性论述的基础上，重点强调了一般的构成要件与特殊的构成要件，指出：一般构成要件是指每一个犯罪中都必须具备的特征。属于此等一般构成要件特征的有“人的行为”，“违法性”，“罪责”。“一般构成要件”的价值，用弗罗伊登塔尔的话来说，在于“属于一般构成要件的犯罪特征被同等对待”，不需要在具体的刑法规定中每次强调此等一般之构成要件；在将一行为纳入刑法规定的情况下，得对一般构成要件的特征作“从属理解”（弗兰克如是说）。如果谈到刑法中的构成要件，通常是指特殊的构成要件，它表明分则章节中规定的具体不法类型特征的总和。特殊的构成要件让我们知道，立法者是如何规定谋杀、抢劫、贿赂和叛国等的。如果我们在上文中强调构成要件该当性与违法性相联系作为犯罪行为的必要条件，那么，现在就可以清楚地知道，行为的“构成要件该当性”就必然意味着“特殊”之构成要件之一。易言之，特殊的构成要件为刑警（kriminalist）了解对从刑法上确定犯罪种类具有重要意义的特别之违法性和其后为适用刑法而确定罪责，打开了方便之门。因此，特殊的构成要件对刑法释义学具有重大价值，该得到承认且源自于科学的价值，是贝林的无可争议的功绩。<sup>〔13〕</sup>

在以上关于构成要件的论述中，李斯特还是论及一般的构成要件与特殊的构成要件这一分类，但李斯特明显地是偏向于特殊的构成要件的，并且在符合犯罪构成的、违法的和有责的行

〔10〕 参见〔日〕小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社2004年版，第4页以下。

〔11〕 参见前引〔1〕，费尔巴哈书，第84页以下，出版者注⑤。

〔12〕 同上书，第84页以下，出版者注⑦。

〔13〕 参见〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2006年版，第205页以下。

为这一犯罪概念中，也可以看出李斯特是采用特殊的构成要件概念的。此外，李斯特还承认主观违法性要素，也就是主观的构成要件。当然，是在特殊的构成要件意义上而非一般的构成要件意义上。<sup>〔14〕</sup>由此可见，李斯特对构成要件的讨论仍然围绕着一般构成要件与特殊构成要件、客观构成要件与主观构成要件这些问题展开，具有 19 世纪构成要件论的特色。

正如李斯特所述，贝林对构成要件论作出了无可争议的功绩。笔者以为，贝林对构成要件论的突出贡献在于重新塑造了构成要件的学术形象。贝林的构成要件论具有以下三个特征：

#### （一）构成要件的指导形象功能

贝林认为，在构成犯罪的各种要素中，构成要件具有特殊的功能，它是一种观念指导形象。这里的观念指导形象，是指犯罪的客观轮廓或者形构。贝林曾经形象地把构成要件比喻为一个钩子，指出：法官相当于有了一个钩子， he 可以把案件悬挂在这样一个钩子上面。因为所有犯罪类型（独立、直接的或者附属、间接的）都离不开一个行为指导形象的法定构成要件，然后分别进行排除，即客观方面的相关行为是否充足（genuegen）法定构成要件（一般称为构成要件符合性，这是由揭示犯罪形态而与构成要件建立联系的问题），也即是处于优先考虑地位的问题，因为所有后续研究都有赖于该问题的解决，该问题本身相对于其解决的答案则具有独立性。<sup>〔15〕</sup>

由此可知，构成要件相对于其他犯罪成立条件具有优位性。只有存在构成要件，其他犯罪成立条件才能依附于构成要件而存在。在某种意义上说，构成要件是犯罪的基本框架，它与犯罪成立其他条件的关系犹如骨架与血肉的关系。当然，贝林还有一个更为生动的比喻：犯罪类型的首要构成要素不是法定构成要件，而是行为的构成要件符合性，法定构成要件只是规定了这种首要的构成要素。可以音乐作品与音乐会的关系来类比，演奏音乐作品不仅不同于音乐会，更多情况下，音乐作品不是简单地构成音乐会的—个部分，而是构成了音乐会组织者的思想结晶。<sup>〔16〕</sup>

在此，贝林将法定构成要件与行为的构成要件符合性的关系比喻为音乐会与音乐作品的关系。法定构成要件是贝林时代的一个术语，它不同于构成要件。法定构成要件是广义上的构成要件，而构成要件是狭义上的构成要件。法定构成要件是指刑法分则规定的犯罪成立要件，而刑法分则对具体犯罪的规定往往包含主观要素，这就是主观构成要件要素问题。贝林是不承认主观构成要件要素的，因此把这种包含主观构成要件要素的规定称为法定构成要件，不同于纯客观的构成要件，贝林指出：因为刑法典中规定的文本词汇含有精神的组成部分，“主观的构成要件要素”命题也就受到了支撑。淫欲的目的不可能从“猥亵”行为中分离出来，同样猥亵罪的法定构成要件也同时包含着该目的。这一结论并不正确，因为在该命题中，一个具有淫欲目的的故意（刑法第 59 条）心理上存在独特性。本质上，语言具有一定的覆盖面，人们可以将描述相关行为之法律用语理解为“法定的构成要件”。<sup>〔17〕</sup>

法定的构成要件是对某一犯罪的完整描述，因而提供了犯罪类型的形象，犹如音乐会。但在法定构成要件中，真正决定着犯罪性质的还是构成要件，如同音乐作品。正是音乐作品决定着—场音乐会的艺术品位，也只有构成要件才决定着某一犯罪的基本轮廓。

#### （二）构成要件的类型性特征

犯罪本身是一种类型性的存在，各种犯罪都是一种犯罪类型。因为构成要件只是犯罪的指导形象，因此它并不能等同于犯罪类型。如果说贝林在早期曾经把构成要件与犯罪类型划等号，那么，在晚期贝林已经纠正了这一观点。尽管如此，构成要件的类型性还是贝林反复强调的一个特

〔14〕 参见前引〔13〕，李斯特书，第 209 页。

〔15〕 参见〔德〕恩施特·贝林：《构成要件论》，王安异译，中国人民公安大学出版社 2006 年版，第 30 页。

〔16〕 同上书，第 6 页。

〔17〕 同上书，第 18 页。

征。在贝林看来,构成要件类型在很大程度上决定着犯罪类型,因而构成要件是前置于犯罪类型而存在的。贝林指出:每个法定构成要件肯定表现为一个“类型”,如“杀人”类型、“窃取他人财物”类型等。但是,并不是意味着这种——纯粹“构成要件”的——类型与犯罪类型是一样的。二者明显不同,构成要件类型绝不可以被理解为犯罪类型的组成部分,而应被理解为观念形象(vorstellungsbild),其只能是规律性的、有助于理解的东西,逻辑上先于其所属的犯罪类型。<sup>[18]</sup>

在此,贝林提出了构成要件表现为一个类型的命题。贝林关于构成要件的类型性的观点,是从其关于犯罪是一个类型性概念的认知中推导出来的。贝林在对犯罪论的论述中,明显地采用了类型性的分析方法,认为“类型性”是一个本质的犯罪要素。<sup>[19]</sup>

### (三) 构成要件的客观性属性

在贝林的构成要件论中,构成要件具有客观性的属性。这里的客观性是从构成要件的事实性中推导出来的,因而对构成要件的客观性的理解,必然回溯到 Tatbestand 这一概念的原始含义本身。如前所述,构成要件一词最初是对行为情况的一种描述,而这里的行为情况应是指案件事实。因此,构成要件具有事实性的特征。这里的事实,指的就是客观事实。当然,构成要件的事实性行为与存在的事实本身还是有所区分。这里涉及作为一种观念形象的构成要件与事实本身的关系问题,贝林提出了观念印象与事实存在的叠加(Zusammenwerfang)的命题,指出:“杀人”的观念形象系从与此相对应的真实事象中推导出来的。但是,一旦推导出来,那么逻辑上可以明确:该观念形象不仅不同于其涵摄(subsumierbar)的犯罪事实(Vorkommnisse),而且在该形象未出现于犯罪事实中的时候还保留着其内容。由此可知,谋杀概念的首要要件不是“杀人”,而是实施杀人的行为。<sup>[20]</sup>

尽管构成要件与犯罪事实之间存在上述区分,但不能否认构成要件具有事实性。在这个意义上,应当把构成要件的事实性与该当构成要件的事实加以区分:前者是指构成要件是对事实的类型化概念,属于观念形象,具有对于事实的依从性;后者则是指采用构成要件对事实加以适用,使事实具有构成要件该当性。日本学者小野清一郎曾经对法律的构成要件与事实的构成要件加以辨析,指出:我们在构成要件理论中所指的构成要件,是法律上的概念。这个“构成要件”本身必须与符合构成要件的事实明确地区分开来。构成要件,是一种将社会生活中出现的事实加以类型化的观念形象,并且进而将其抽象为法律上的概念。如此一来,它就不是具体的事实。德语中的 Tatbestand 一词不仅用来表示法律上的构成要件,也有符合要件的事实的意思。这是因为在历史上它曾经作为诉讼法上的用语,主要指的是事实性的东西。因此,在学说中,为了将它明确起来,贝林格(指贝林,——引者注)主张把一种叫做“概念性的”Tatbestand,其他的叫做“具体性的”Tatbestand。迈耶尔(指迈耶,——引者注)则主张,把一种称为“法律性的”Tatbestand,其他的叫“事实性的”Tatbestand。<sup>[21]</sup>

构成要件当然是一种观念形象,但它是对事实的一种概括,这就是构成要件的事实性。从构成要件的事实性可以合乎逻辑地引申出构成要件的客观性。应当指出,构成要件的客观性是相对于构成要件的主观性而言的。贝林恪守“违法是客观的,责任是主观的”原则,将不法与责任加以区隔,在构成要件中只讨论犯罪成立的客观要素,至于主观要素则在有责性中讨论,那是一个如何对违法后果承担责任的问题。因此,构成要件的客观性,意味着纳入构成要件的只能是客观要素,而不包括主观要素。贝林明确反对将主观要素纳入构成要件,指出:那些被称为“主观构

[18] 参见前引[15],贝林书,第5页以下。

[19] 同上书,第2页。

[20] 同上书,第6页。

[21] 同上书,第11页以下。

成要件要素”的情节在法律上的重要性固然毋庸置疑，但其方法论的立场则另当别论了：它们是犯罪类型本身的要素，而不是从犯罪类型中提炼出来的指导形象的要素。<sup>〔22〕</sup>

构成要件的客观性，是贝林的构成要件论最遭人诟病之所在。此后，新古典派的犯罪论体系发现了主观的构成要件要素，这主要是指主观违法要素。而目的行为论则完成了从心理责任论向规范责任论的转变，并将故意与过失这些心理要素从责任中分离出来，并将其纳入构成要件，由此使构成要件成为同时包含客观要素与主观要素的内容，在很大程度上颠覆了贝林的构成要件论。<sup>〔23〕</sup>

尽管在贝林以后，犯罪论体系又经历了从新古典到目的行为论，再到目的理性这样一个演变过程，但从费尔巴哈到贝林，可以说是对于构成要件论形成最为关键的历史时期，此后的构成要件论的发展无不以贝林建立的构成要件概念为其逻辑起点。德国学者在评价贝林的构成要件论时指出：贝林认为，构成要件是特征的总称，它表明涉及何种典型的犯罪：“典型性和构成要件该当性，作为行为的特征，成了犯罪的概念特征。”作为违法性和有责性判断的连接点和作为刑法保障功能的最重要载体，构成要件以这种方法获得了犯罪结构的统治地位。<sup>〔24〕</sup>

## 二、构成要件论的苏俄改造

苏俄刑法学中的犯罪构成概念并非独创，而是承继了沙俄时期刑法学的理论成果，尤其是塔甘采夫的观点。如果进一步追溯，塔甘采夫的思想又来自于费尔巴哈。因此，苏俄刑法学中的犯罪构成理论具有某种意义上的德国学术“血统”。只不过，几经改造，苏俄刑法学中的犯罪构成理论与德国的构成要件观念已经相去甚远。俄罗斯学者指出：犯罪构成是刑法的基本概念之一。著名的刑事法学家如H·C·塔甘采夫、A·H·特拉伊宁、A·A·皮昂特科夫斯基和H·A·杜尔曼诺夫等都很关注犯罪构成问题。<sup>〔25〕</sup>

在以上四位为犯罪构成理论作出重要贡献的学者中，塔甘采夫是沙俄学者，后三位则是苏俄学者。关于塔甘采夫的犯罪构成理论，现在难以恢复其原貌，只能从苏俄学者的转述中略见一二。例如特拉伊宁在论及沙俄时期的犯罪构成研究状况时，指出：革命前俄国的著作，对犯罪构成问题也很少注意。在俄国革命前的刑法著作中，没有关于犯罪构成的专门书籍或专题研究。塞尔盖耶夫斯基教授的教科书和塔甘采夫教授的教程对犯罪的学说很为重视，但都没有研究犯罪构成的一般学说。在波兹内舍尔教授和普斯多罗斯列夫教授合著的教科书中，这个问题只占了一页的篇幅。1918年出版的涅米洛夫斯基教授的刑法教科书，则根本没有提到犯罪构成的一般学说。<sup>〔26〕</sup>

在以上论述中，特拉伊宁对沙俄时期的犯罪构成研究基本上是持否定态度的。笔者注意到，在以上论述中有一个注释，专门对塔甘采夫的观点作了介绍，指出：如H·C·塔甘采夫（指塔甘采夫，——引者注）教授在“刑法教程”第1卷（1902年版）巨著中谈到犯罪行为的“要件”时写道：“同任何法律关系一样，犯罪行为的重要要件可以归结为三大类：（1）行为人——实施犯罪行为的人，（2）犯罪人的行为所指向的东西——侵害的客体或对象，（3）应当从形式上和实

〔22〕 参见前引〔15〕，贝林书，第17页。

〔23〕 关于在贝林以后构成要件论的发展，参见郑军男：《德日构成要件理论的嬗变——贝林及其之后的理论发展》，《当代法学》2009年第6期。

〔24〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第249页以下。

〔25〕 参见〔俄〕Л·В·伊诺加莫娃—海格主编：《俄罗斯联邦刑法（总论）》，黄芳等译，中国人民大学出版社2010年版，第34页。

〔26〕 前引〔5〕，特拉伊宁书，第5页。

质上受到审理的犯罪的侵害行为本身。”〔27〕

特拉伊宁引述塔甘采夫的以上论述是为了证明其判断：革命前俄国的著作都没有研究犯罪构成的一般学说。确实，塔甘采夫对犯罪要件的分析，采用的是主体——客体——内容这样一种法律关系模式。事实上，塔甘采夫也是把犯罪与法律关系作类比的。在此，连犯罪构成或者构成要件这个术语都不见踪影。不过，特拉伊宁在后文论述犯罪构成理论演变时再次论及沙俄时期对犯罪构成的研究，指出：前面已经指出，俄国革命前的刑法著作，对于犯罪构成的一般学说没有予以很大的注意。但是，不能不指出，在俄国的著作中，却把犯罪构成作为主、客观因素的总和，作了比较深刻的论述。如别洛格里茨·科特里亚列夫斯基教授在1883年到1903年期间讲课用的讲义中指出：“所谓犯罪构成，就是那些形成犯罪概念本身的、外部和内部的突出的特征或条件的总和。”在更早以前（1875年），季斯甲科夫斯基教授就有这种看法。塔甘采夫（指塔甘采夫，——引者注）教授写道：“不言而喻，在从法律上研究犯罪行为时，不能仅限于行为本身，而忽略了对犯罪人人身的研究；犯罪人的特征和品质，决定着归罪的条件，并影响到量刑，譬如在再犯、未成年等情况下就是如此；但是，不难看出，这种人身所以属于刑法研究的范围，只是因为它表现在犯罪行为中，而且正因为它表现在这种行为中。”〔28〕

在此，特拉伊宁是把犯罪构成的一般学说与犯罪构成内容本身加以区分的，认为沙俄时期对犯罪构成的一般学说缺乏研究，但对于犯罪构成本身还是做了较为深刻的论述。从以上所引的观点来看，都是把犯罪构成当作犯罪主客观特征总和来对待的，即把犯罪构成等同于犯罪成立条件，而构成要件一词的本意却被遮蔽了。事实上，特拉伊宁从一开始就是在犯罪成立条件总和的意义上界定构成要件的，因而作为犯罪成立条件之一的构成要件就被改造成作为犯罪成立条件总和的犯罪构成。在犯罪构成的话语体系中，构成要件不复存在。更为荒唐的是，特拉伊宁还站在犯罪构成的立场上，对贝林的构成要件论进行了批判，指出：“犯罪学说”这一专著的作者别林格（指贝林，——引者注）提出了下面的一般原则：“凡是违法地和有罪过地实现某种犯罪构成的人，在具备可罚性的条件下，就应当受到相应的惩罚。”别林格把犯罪构成同那种能够作为犯罪构成而不具有任何主观色彩的行为混为一谈，使主体的抽象行为达于极限。别林格说：“犯罪构成是一个没有独立意义的纯粹的概念。违法的有罪过的行为在形成犯罪构成后，就成了犯罪行为。犯罪构成本身存在于时间、空间和生活范围之外。犯罪构成只是法律方面的东西，而不是现实。”犯罪构成是犯罪的无形的反映。这样一来，别林格就把犯罪构成由日常生活中的事实变成了脱离生活实际的抽象的东西，变成了“时间、空间和生活以外的”一个概念。〔29〕

在此，特拉伊宁显然是对贝林作了误读。特拉伊宁把贝林的构成要件误解为其所谓犯罪构成。因为贝林主张违法是客观的，因此纳入构成要件的只能是犯罪成立的客观性要素，由此而被特拉伊宁称为犯罪构成的客观结构。其实，在犯罪成立条件上，犯罪当然同时包含客观要素和主观要素，也就是不法与责任。

当然，特拉伊宁的犯罪构成论也不是铁板一块，其自身也存在矛盾之处，而这种矛盾之所以产生恰恰在于犯罪构成与构成要件这两个概念的混淆。我国学者阮齐林提出了特拉伊宁将犯罪构成概念广义化的命题，认为从特拉伊宁理论发展的过程看，原本也是接近西方狭义构成要件观念的，只是到后来就转向了广义的犯罪构成概念。广义的犯罪构成是指四要件的犯罪构成，而与广义犯罪构成相对应的是特拉伊宁狭义的犯罪构成因素论。在犯罪构成因素上，特拉伊宁采用的又是贝林的构成要件的概念，由此形成理论上的内在冲突。阮齐林教授指出：特拉伊宁一方面批评

〔27〕 前引〔5〕，特拉伊宁书，第5页，注②。

〔28〕 同上书，第17页。

〔29〕 同上书，第15页以下。



“三要件”论从构成要件概念中抽走了实质内容，另一方面又力图证明苏俄刑法典第6条附则规定的合理性，以及与自己确立的犯罪构成概念的一致性。同样的东西（即分则条文规定的构成要素）当被三要件论作了形式化处理时，遭到了他的批评；当被苏俄刑法典第6条附则作了形式化处理时，则被赞扬、被肯定、被其犯罪构成的概念证明为合理。这种做法，只能认为是作者在意识形态对立情绪支配下的违心之论，可是，这种做法，不仅徒然增加理论的篇幅，而且使他的理论在这个问题上自相矛盾。<sup>[30]</sup>

如果说特拉伊宁在其理论体系中的这种矛盾还是一种深刻性的体现，那么，此后克服了这一矛盾的苏俄四要件的犯罪构成论则连这点深刻性亦不复存在。经过改造以后的苏俄犯罪构成论，虽然仍然存在犯罪构成要件一词，但这里的构成要件与贝林的构成要件是完全不同的。四要件中的构成要件只是犯罪成立条件的泛称，而不是刑法分则规定的犯罪成立条件的特指。例如，苏俄学者在论及犯罪构成的要件时指出：每个犯罪都是由一切说明行为、该行为所产生的结果以及犯罪人的客观和主观要件组成的统一体。从理论上分析，允许对犯罪的组成部分——犯罪客体和客观方面，犯罪主体和主观方面进行分开和个别地研究。犯罪构成描述了犯罪的各个组成部分的特征，从而有可能触及犯罪构成的各个组成部分。立法者在描述具体的犯罪构成时所使用的各种各样要件，总是同犯罪构成的成分有关。每个犯罪构成要件都能决定犯罪构成某成分。因此，犯罪构成的一切要件则与犯罪客体及其客观方面、犯罪主体及其主观方面有关。<sup>[31]</sup>

在此，作者把犯罪构成与犯罪构成的要件看作是整体与部分的关系，至于四要件之间则是一种平行、平面与平等的关系。因此，四要件的犯罪构成体系是一种平面结构。四要件之间完全不具有三阶层的位阶关系，而只存在各要件之间的顺序关系。基于不同的逻辑构造，四要件与三阶层虽然都是对法律所规定的犯罪成立条件的归纳与概括，但其功能存在重大差别。主要原因就在于构成要件转变为犯罪构成以后，构成要件所具有的犯罪指导形象功能全然丧失。

在当今俄罗斯刑法学中，四要件的犯罪构成理论作为一种苏俄学术遗产被完整地继承，没有批判，没有反思。在俄罗斯刑法学中，犯罪构成同样是一个犯罪成立条件总和的概念。例如俄罗斯学者在论述犯罪构成要件时指出：对于犯罪构成要件，《俄罗斯联邦刑法典》的总则和分则都作了规定。总则规定的是适用于所有犯罪的具有普遍性和共同性的构成要件。对于所有犯罪来说，相同的构成要件包括：刑事责任能力或限制责任能力的划分（第21条、第22条）、开始承担刑事责任的年龄（第20条）、故意犯罪或过失犯罪（第25条、第26条）。分则条文的罪状部分规定了构成要件的特殊性，据此能够确定犯罪行为的社会危害性的本质特征和危害程度。这些通常是犯罪客观方面的要件、犯罪客体要件和犯罪特殊主体的要件。在刑法典分则条文中也规定了犯罪主观方面的要件，包括故意、过失、动机、目的等。如果行为的社会危害性取决于实施犯罪的某种目的和动机，那么，犯罪构成中应相应包括这些目的动机。犯罪构成由主观要件和客观要件的总和组成一个整体，规定在《俄罗斯联邦刑法典》的总则和分则条文之中。不能将犯罪构成同刑法典分则条文的罪状混为一谈，因为构成要件也包括总则部分的内容。<sup>[32]</sup>

俄罗斯学者对犯罪构成要件与刑法总则与分则的关系作了较为详尽的论述，其核心意思是：犯罪构成要件是由刑法总则与分则共同规定的。刑法总则规定的是犯罪构成的一般要件，刑法分则规定的是犯罪构成的特殊要件。尤其引起笔者注意的是之后一句话：不能将犯罪构成同刑法典

[30] 参见阮齐林：《评特拉伊宁的犯罪构成论——兼论建构犯罪构成论体系的思路》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第13卷，中国政法大学出版社2003年版，第14页。

[31] 参见[苏]H·A·别利亚耶夫、M·И·科瓦廖夫主编：《苏维埃刑法总论》，马改秀、张广贤译，群众出版社1987年版，第83页。

[32] 参见前引[25]，A·B·伊诺加莫娃—海格主编书，第37页。

分则条文的罪状混为一谈。其实，特拉伊宁就有过这种混淆，曾经提出罪状是犯罪构成的“住所”的命题，指出：在苏维埃刑法教科书中对刑法典分则规定的结构，通常都描述如下：每个规定都由罪状和罚则两个部分组成，其中罪状规定犯罪构成，罚则规定适合该犯罪构成的刑罚。一般说来，现行的各共和国刑法典中的罪状可以说是每个构成的“住所”：这里（在罪状中），安插了形成具体犯罪行为构成的一切因素。<sup>〔33〕</sup>

特拉伊宁所说“居住”在罪状中的犯罪构成，其实就是贝林的构成要件。因此，在特拉伊宁的犯罪构成论中还隐约残存着构成要件的意象。那么，经过改造以后的苏俄以及当今俄罗斯刑法学中的犯罪构成论，已经完全消除了构成要件的影响。

### 三、构成要件论的中国蜕变

在我国民国刑法学中，就已经存在犯罪构成要件之类的概念，初时要件与要素这两个概念是不加区分的。当时把犯罪成立要素或者要件分为一般的要素（要件）与特别的要素（要件）。例如民国学者郝朝俊指出：凡一犯罪事实，必有惹起其犯罪者（犯罪主体）、被受其犯罪者（犯罪客体）、及惹起其犯罪之动作（犯罪行为）与处罚其行为之法令（明文），苟缺一，法律上即不成立犯罪，此之谓犯罪成立之一般的要素（构成犯罪之一般的要件）。而各种犯罪，如内乱、杀人、强盗、强奸等，其种类样态，各不相同，其构成之也，必各有特别要件，此之谓犯罪成立之特别的要素（构成犯罪之特别的要件）。<sup>〔34〕</sup>

郝朝俊所说的构成犯罪的一般要件和特别要件，是根据刑法总则规定与分则规定来进行划分的：凡刑法总则规定的，就是一般要件；凡刑法分则规定的，就是特别要件。那么，构成犯罪的一般要件与特别要件之间，究竟是一种什么关系，郝朝俊并没有论及。此后，民国学者明确提出了构成要件一词，指出：犯罪之要素亦称犯罪之要件；即谓犯罪之成立上或处罚上所必要之原素或条件也。广义言之，则并指关于犯罪之成立及处罚者，狭义言之，则单指关于犯罪之成立者，关于犯罪成立之要件，又称曰犯罪构成要件，简称曰成立要件或构成要件。<sup>〔35〕</sup>

民国学者所说的犯罪构成要件，是指犯罪成立条件，大体上是指犯罪构成要素，这些概念均来自于日本。例如日本著名刑法学家牧野英一的《日本刑法通义》一书，于1913年由上海商务印书馆出版。在该书中，牧野英一对犯罪之要件作了以下论述：若以行为为中心，而观察犯罪时，犯罪自主观的要件与客观的要件而成立。于主观的关系即为犯人之人格与行为之关系者，须有责任能力及犯意（或过失）。于客观的关系即为结果（法益侵害）与行为之关系者，须有因果关系及行为之为不法之事。于犯罪得区别构成要件、处罚要件及追诉要件。以犯意（或过失）及行为，为构成要件，盖犯人恶性之表示者，以此两者而成立者也；以实害发生之事实，有如结果者，为处罚要件，盖因是而始生法益侵害之一定事实也；而如于亲告罪之告诉者，则但为裁判上追诉犯人之要件，故名追诉要件。<sup>〔36〕</sup>

在以上论述中，区分犯罪的构成要件与处罚要件，而构成要件又区分为主观的要件与客观的要件。由此可知，这里的犯罪的构成要件还是指犯罪成立条件。我国学者车浩曾经把当时的犯罪构成理论称为要素集合的体系而非阶层的体系，指出：总的来看，这一时期（指民国时期，——引者注）中国刑法学，在引进和吸收日本刑法理论的基础上，开始关注犯罪成立的一般性要素。

〔33〕 参见前引〔5〕，特拉伊宁书，第218页。

〔34〕 郝朝俊：《刑法原理》，上海商务印书馆1930年版，第123页。

〔35〕 陈瑾昆：《刑法总则讲义》，吴允锋勘校，中国方正出版社2004年版，第64页。

〔36〕 [日]牧野英一：《日本刑法通义》，陈承泽译，李克非点校，中国政法大学出版社2003年版，第45页以下。

主体、客体、违法性、责任等近现代刑法学中关于犯罪构成理论的一些关键性和普通性的要素都已经开始从具体的、特殊的分则条文中被抽离出来；但是，对于这些要素之间的关系研究仍然付之阙如，整体上也并没有形成有内在逻辑关系的理论。概言之，犯罪成立的条件就是包括主体、客体、律有正条等各种要素都具备，因此这种犯罪构成理论的实质其实就是要素集合。<sup>〔37〕</sup>

从整体结构上考察，要素集合与阶层体系之间确实存在差别。但更为重要的是，当时的构成要件还是前贝林时代的概念。也就是说，当时日本及我国民国刑法学中使用的构成要件都是指犯罪成立条件而非贝林意义上的构成要件。笔者特别注意到车浩博士在以上这段话下面有一个注释，说明了这一学术史的背景，指出：对这一理论现象的理解要结合当时学术史进展的时间表，中国刑法学的进展一直是以比邻的日本为师的，而同时期在日本刑法学界，比较有影响力的代表人物有牧野英一、大岛茂场、宫本英修等，从他们的著作和主要观点中都看不到对于犯罪构成理论的有力主张。事实上，在日本对于犯罪构成理论的真正的、有力的引进者和倡导者是小野清一郎，但是直到《犯罪构成要件理论》一书出版，小野清一郎方才完成了关于犯罪构成理论的系统论述，其时已是1953年。<sup>〔38〕</sup>

可以说，在民国时期贝林的构成要件论并没有传入我国，当时的犯罪构成要件这一概念是在犯罪成立一般条件的意义上使用的。这也可以理解，1949年共和国建立以后，苏俄刑法学的四要件的犯罪构成论传入我国，我国学者为什么那么容易接受。因为民国时期的犯罪构成要件本身就包含了犯罪主体、犯罪客体、犯罪行为以及责任条件（即故意、过失）等要素，与苏俄刑法学的犯罪构成之四要件几乎可以一一对应，只要稍作调整就可以采用。关于1949年以后我国全盘照搬苏俄刑法学的犯罪构成理论这段历史，我国学者指出：我国的犯罪构成理论就是在学习、模仿前苏联的犯罪构成理论模式的过程中，演变为全盘照搬、整体移植后，在我国的刑法理论园地里生根、发芽、成长。在50年代，各种版本的苏联刑法教科书充斥着我国的刑法教学领域，而当时全国各政法院校自行编写的刑法教材中涉及的犯罪构成理论部分，几乎毫无例外地都是苏联式犯罪构成理论的翻版（只是表述内容的符号形式由俄文变成了中文）。对于我国建国初期对苏联犯罪构成理论全盘照搬、整体移植所具有的必要性、必然性和积极性，人们早有所阐述。但是，这一全盘照搬、整体移植所具有的教条性、消极性的作用，至今仍然或多或少、或强或弱地影响我们的犯罪构成理论，甚至整个刑法理论。<sup>〔39〕</sup>

应该说，以上评论是十分中肯的，从学术史的角度来说，我国在上个世纪50年代从苏联引入四要件的犯罪构成论，使我国接触贝林的构成要件论的时间整整推迟了30多年。而在上个世纪80年代我国刑法学恢复重建，也是对50年代从苏俄引入的四要件的犯罪构成论作了重新阐释。在当时的刑法教科书中对资产阶级犯罪构成理论的批判中，我们隐约可见被歪曲了的贝林的构成要件论的影子。例如我国有关刑法教科书指出：刑事古典学派犯罪构成理论的基本特征，是把犯罪行为作为犯罪构成的基本内容而放到首要的地位，宣称刑罚的对象是行为，而不是行为者。这种犯罪构成要件客观结构论，在刑法思想发展中，并不是一种偶然的现象，它是当时盛极一时的“天赋人权”、“平等、自由、博爱”等资产阶级民主思想在刑罚领域里的表现。<sup>〔40〕</sup>

这一批判性描述几乎是重复了特拉伊宁的论调，而被称为刑事古典学派犯罪构成理论，即犯罪构成要件客观结构论，也就是指贝林的构成要件论。在此，我们还看不到贝林的构成要件论的

〔37〕 参见车浩：《犯罪构成理论：从要素集合到阶层关系》，载陈兴良主编：《犯罪论体系研究》，清华大学出版社2005年版，第70页。

〔38〕 同上书，第70页，注③。

〔39〕 参见杨兴培：《犯罪构成原论》，中国检察出版社2004年版，第38页以下。

〔40〕 参见杨春洗等：《刑法总论》，北京大学出版社1981年版，第104页。

完整面貌。此后，我国学者也有对构成要件论的介绍，但由于语言较为晦涩，未能引起关注。<sup>〔41〕</sup>而贝林的构成要件论以一种正面形象出现，是在1986年翻译出版、日本学者福田平、大塚仁所著的《日本刑法总论讲义》一书中。在该书中，日本学者对贝林的构成要件论作了以下较为完整的介绍，指出：着眼于特别构成要件而把它提到犯罪论的中心地位的是贝林格（指贝林，——引者注）。他在“犯罪的理论”上，如此来阐述他的构成要件论，他认为，构成要件是犯罪类型的轮廓（所谓类型论），只有行为有该当类型的构成要件，才可以叫做犯罪。他这种构成要件论的思想基础，就是依据法治国的国家观的罪刑法定主义。这种观点，就把构成要件与法律上的价值判断割裂开来了，并且形成客观的、记述的、无价值的类型。从他的构成要件来看，将排除主观要素和规范要素，因而他的构成要件就被认为与违法性毫无相关。贝林格为了解决自己理论所遭到的许多批判或怀疑，在其晚年的论文《构成要件的理论》中，修订了他的早期理论，重新形成了构成要件概念。就是说，他把构成要件与犯罪类型严加区别，认为构成要件就是观念上的指导形象，它是从各法条的犯罪类型中加以抽象化了的，在理论上应当先于各种具体的犯罪类型，成为观念上的指导形象，使犯罪类型的主观要素和客观要素的一致点，对两个要素起着制约的作用。他把这种构成要件的要素限定在客观的、记述的范围之内。在这点上，他仍抱早期态度。<sup>〔42〕</sup>

尽管初见以上这些文字，还不能深刻地把握贝林构成要件论的内容，但对于从一开始就接受苏俄四要件的犯罪构成论的笔者来说，冲击还是十分巨大的，笔者从中看到了对构成要件的不同理解。当然，一直到1991年日本小野清一郎的《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）一书出版，才使我们全面地了解三阶层的犯罪论体系，尤其是构成要件的基本原理。而在2006年贝林的《构成要件理论》（王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版）一书出版，才使我们深刻地掌握贝林的构成要件论。

在贝林的构成要件论引入我国的初期，犯罪构成论与构成要件论是一种中外关系，即把犯罪构成论视为是中国理论，构成要件论是外国理论，构成要件论是犯罪构成论的“他者”，由此纳入比较刑法学的视野。例如我国学者姜伟较早对德日刑法学的构成要件与苏俄刑法学的犯罪构成这两种不同的理论进行比较，将德日刑法学的犯罪构成称为异体论构成，这种犯罪构成仅论述行为的事实特征，是犯罪论体系的出发点。而将苏俄及我国刑法学的犯罪构成称为一体论构成，这种犯罪构成是负刑事责任的根据，犯罪构成本身就是犯罪成立的条件，二者同一化，只要行为人的行为具备某罪的犯罪构成，就意味着成立犯罪。<sup>〔43〕</sup>从一体论与异体论这一命名本身就可以看出作者对构成要件的态度。当然，以上比较只是披露了一个基本事实：犯罪构成是犯罪成立条件总和，而构成要件只是犯罪成立条件之一。而这一事实在苏俄刑法学中始终是混淆的，当然对此的彻底清算还是在若干年后，肖中华教授对于从苏俄到我国在构成要件与犯罪构成上用语的混乱与误解进行了深入的分析，指出：在中国刑法理论界介绍德、日刑法学的犯罪论的有关论述（包括译著）中，由于“犯罪构成”一词存在使用混乱的情形，因而直接影响到我们从比较意义上和从世界各国刑法理论之整体意义上对犯罪构成理论范畴的理解。如有的学者将实际上译成“构成要件”或“构成要件事实”更为妥当的 Tatbestand 一词，有意或无意地译成“犯罪构成”，他们要么误认德文中 Tatbestand 即是“犯罪成立”之意，将“构成要件”视同意指“犯罪成立”的“犯罪构成”，甚至明确地在同一意义上使用“构成要件”和“犯罪构成”；要么赋予按照中国刑法理论通说意指“犯罪成立”的犯罪构成这个范畴在德、日刑法理论中的另一番意义：“犯罪构成”的该当仅为犯罪成立的一个要素，与违法性、有责性并列，而并不等于“犯罪成立”。赋予

〔41〕 参见甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》上册，北京大学出版社1984年版，第269页以下。

〔42〕 参见〔日〕福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社1986年版，第41页以下。

〔43〕 参见姜伟：《犯罪构成比较研究》，《法学研究》1989年第3期。

“犯罪构成”另一番意义，即认为它除了可以指“犯罪成立”以外还可以指与违法性、有责性相并列的“构成要件”。这种见解，理应受到摒弃，因为这种见解和做法除了徒增概念指称的混乱外，毫无意义。<sup>[44]</sup>

犯罪构成与构成要件之间用语上的混乱，是引入贝林的构成要件论以后才出现的。在此以前，苏俄学者曾将贝林的构成要件称为犯罪构成并加以批判，我国学者由于对贝林的构成要件概念并不了解，因而跟着一错到底，以讹传讹。直到贝林的构成要件论传入我国，才出现上述用语的混乱并需要加以澄清。可以说，用语混乱是一种表面现象，并不足虑。随着贝林的构成要件论引入我国，尤其是三阶层的犯罪论体系进入我国刑法学的视野，为我国刑法学打开了一扇窗户，也使我们能够客观地对三阶层与四要件这两种不同的犯罪成立理论进行比较，为我国犯罪论体系的发展提供了另一种可能性。

#### 四、构成要件论的本土转换

构成要件与犯罪构成的区分逐渐为我国刑法学所接受，并且构成要件由我国刑法学的“他者”开始向“自我”转化，这也正是我国犯罪构成理论去苏俄化的过程，也是构成要件论本土化的过程。

在对四要件与三阶层进行对比性研究的基础上，笔者在2003年主编的《刑法学》（复旦大学出版社2003年版）一书中首次采用三阶层的犯罪论体系，从而将构成要件引入我国刑法教科书。该书指出：构成要件该当性，是指行为与构成要件之间的符合性和一致性，本书简称该当性。应当指出，这里使用的构成要件一词，是指狭义的构成要件，与我国刑法学通说目前所使用的犯罪构成要件有所不同。我国刑法理论中的犯罪构成要件是指犯罪成立条件，而本书所使用的构成要件，仅仅是犯罪成立条件之一。一般认为，构成要件就是指刑罚法规描述的犯罪类型，即立法者就各种犯罪行为的构成事实经过类型化、抽象化、条文化，而规定于刑法分则性规范中。构成要件的任务就在于具体描述刑法所禁止的典型不法内容，以确定其是否归责可罚。所谓构成要件符合性或者构成要件该当性，就是指行为人的行为必须与法定的构成要件的不法描述完全一致。具有构成要件该当性的行为在刑法领域进行犯罪判断时即可称之为构成要件该当行为。构成要件该当性是成立犯罪的条件之一，也是第一要件。<sup>[45]</sup>

直接采用三阶层的犯罪论体系，引入构成要件论，这当然是一种较为激进的做法，我国学者称为激进的重构论。<sup>[46]</sup>笔者认为，在我国犯罪构成体系的重构论中，构成要件论的复活是至关重要的。因为四要件是没有构成要件的犯罪构成，<sup>[47]</sup>只有引入构成要件才能使犯罪构成合理化。应当指出，我国刑法学界目前处在一种犯罪构成论的多元化时代，除四要件的维持论以外，各种犯罪构成的重构论都提出了各自别具特色的犯罪论体系。这是一种学术争鸣，值得充分肯定。从这些犯罪论不同体系中，我们也可以清楚地看到构成要件论本土化的学术努力。

##### （一）构成要件之罪状论

以罪状取代构成要件，是构成要件论本土化中最具影响的观点之一。例如，阮齐林教授通过分析批判特拉伊宁的犯罪构成论，提出了其建构犯罪构成论体系的思路，指出：可以把犯罪成立

[44] 参见肖中华：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学出版社2000年版，第2页以下。

[45] 参见陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社2003年版，第54页以下。采三阶层的犯罪论体系的还有李洁教授等吉林大学法学院的学者。参见李洁等：《犯罪构成的解构与结构》，法律出版社2010年版，第315页以下。

[46] 参见付立庆：《犯罪构成理论：比较研究与路径选择》，法律出版社2010年版，第105页。

[47] 参见陈兴良：《四要件：没有构成要件的犯罪构成》，《法学家》2010年第1期。

的概念表述为，犯罪是该当罪状、违法、有责任（或者有罪过）的行为。罪状，是法条中明文禁止的行为；违法性是在行为该当罪状的基础上，考虑有无法律允许的正当行为和实质的危害性；责任考察行为人对违法行为有无可谴责性（罪过）。这也是一个模仿三要件论的体系。<sup>〔48〕</sup>

阮齐林教授也承认，这个体系是模仿三要件论的，其中最大的区别是将构成要件替换为罪状。至于为什么以罪状取代构成要件，是因为在我国现在的犯罪构成论中引入狭义的构成要件概念，存在两套话语体系的冲突。值得注意的是，我国学者李立众教授同样主张以罪状取代构成要件，重要理由也是引进三阶层理论时，直接采用构成要件，就有引起理论混乱的危险，他为采用罪状一词作了辩解，指出：在我国，将德语 Tatbestand、日语“构成要件”本土化为“罪状”，可能会遭受质疑。在我国刑法学中，罪状从来都不是总则性概念，或者说罪状始终是一个分则性概念，亦即罪状都是指像故意杀人、抢劫这样的具体、特定的、个别的罪状。因此，“罪状”能否满足概念一般化的要求，能否与德日刑法学的“构成要件”画上等号，学界会产生怀疑。本书认为，罪状这一分则性概念的地位，是由我国犯罪论体系所导致的必然结果；要贯彻罪刑法定原则，必须使罪状上升为总则性概念，使之在刑法总则的舞台上发挥其应有的作用。如果罪状成了一个总则性概念，在我国自然就可以将 Tatbestand 翻译为“罪状”。那么，如何使罪状上升为一个总则性概念呢？既然我国刑法总则中的“犯罪构成”，是对刑法分则中所有个罪的“犯罪构成”进行理论抽象后产生的；既然德日刑法学是在分则“特殊构成要件”的基础上，归纳出总则的“一般构成要件”；那么，我们也完全可以遵循这一路径，对我国刑法分则中所有个罪的罪状进行进一步的理论概括，这样便产生一个抽象的、共通的罪状概念，由此总则性的罪状概念就产生了。<sup>〔49〕</sup>

应该说，在现有的中文中，除构成要件以外，罪状是 Tatbestand 的最好译法。尤其是罪状一词所具有的分则条文（即德日学者所称刑罚法规）性，使 Tatbestand 彻底消解犯罪构成的总则性和一般性。

## （二）构成要件之罪行论

以罪行取代构成要件，是曲新久教授的观点。曲新久教授在早期将犯罪构成分为客观构成要件与主观构成要件，指出：犯罪由一系列法定要件所组成，是一系列法定构成要件的整体，组成这一整体的各种各样的具体犯罪构成要件，可以抽象为两个基本方面——客观事实要件和主观心理要件，这是所有犯罪不可缺少的两个方面。<sup>〔50〕</sup>

以上把犯罪成立条件区分为犯罪的客观要件与犯罪的主观要件，是对四要件的一种简化处理，因而犯罪的客观要件并不能等同于构成要件。此后，曲新久教授又将犯罪的客观要件与犯罪的主观要件简称为罪行与罪责，指出：本书采取传统而简明的主客观二分法，将犯罪的基本面分解为客观罪行与主观罪责两个基本方面，这是危害行为构成犯罪的两个最基本的、最高层次的必要条件。<sup>〔51〕</sup>

值得注意的是，曲新久教授在罪行与罪责之外设专章讨论正当化事由，将正当化事由界定为行为在形式上与客观罪行具有相似性，但在实质上不具有法益侵害性，因而在定罪过程中应当予以排除的情形。<sup>〔52〕</sup>这一结构，曲新久教授称为双层次的二元结构。双层次，是指将构成要件与正当化事由并列，判断危害行为构成犯罪的（犯罪构成），需要从正反两个方面进行；二元，是指将规范意义上的犯罪分解为客观罪行与主观罪责两大要件。尽管在该书中，曲新久教授主张放弃犯罪

〔48〕 参见前引〔30〕，陈兴良主编书，第20页以下。

〔49〕 参见李立众：《犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试》，法律出版社2006年版，第182页。

〔50〕 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2003年版，第152页。

〔51〕 参见曲新久：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第75页。

〔52〕 同上书，第113页。

构成的概念，取而代之的是构成要件的概念，它是罪行与罪责的统一，其实无异于犯罪构成，即犯罪成立条件的总和。因此，曲新久教授的罪行不能等同于贝林的构成要件。尽管如此，曲新久教授的这种变革仍然是具有意义的，正如付立庆教授指出：曲新久教授在其个人独著的教材中采取不同于通行的平面四要件犯罪论体系的所谓双层次二元结构的犯罪论体系这一点，足以表明，中国传统的犯罪论体系之缺陷正被越来越多的有识之士所认识，即便是在感官意义上也应该认为，传统的四要件犯罪论体系这种自认为“有存在的现实合理性”、“已经为广大实务工作者所接受”的犯罪论体系可谓越来越不得人心，“四要件理论‘一统天下’的局面，其实，早就不存在了”，其变革与重构可谓是大势所趋。<sup>[53]</sup>当然，曲新久教授的改造是不彻底的，构成要件的本来面目并没有恢复。

### （三）构成要件之罪体论

罪体论是笔者的观点，这一观点也经历了一个演变过程，在早期的《刑法哲学》（中国政法大学出版社1992年版）中，笔者通过对犯罪构成的递进式结构（三要件）与耦合式结构（四要件）的比较，提出以下定罪模式：犯罪主体是定罪的前提，犯罪的客观要件是定罪的客观依据，犯罪的主观要件是定罪的主观依据。<sup>[54]</sup>

由于犯罪主体不是犯罪构成的内容，而是定罪的前提。因此，在以上构想中就包含了客观要件与主观要件相对应的结构。此后，在《本体刑法学》（商务印书馆2001年版）一书中，笔者提出犯罪构成的二分体系，即罪体与罪责。罪体是犯罪构成的客观要件，罪责是犯罪构成的主观要件，两者是客观与主观的统一。关于罪体概念，笔者作了以下阐述：罪体是犯罪构成的客观要件，指刑法分则条文规定的、表现为客观外在事实的构成要件。罪体这一犯罪构成的本体要件，在英美法系犯罪构成理论中称为犯罪行为，指受到指控的犯罪定义中所指的行为（有时是不作为或其他事件）与有关情况的结合，是在广义上理解的犯罪行为。在大陆法系犯罪构成理论中，相当于罪体的是构成要件该当性。当然由于大陆法系的犯罪构成体系采递进式结构，因而构成要件该当性与这里所说的罪体仍然存在性质上的区别，不能完全对应。在苏联及我国的犯罪构成理论中，罪体可以对应于犯罪的客观方面，包括行为、结果、因果关系、犯罪的时间、地点等因素。<sup>[55]</sup>

在以上论述中，笔者试图把罪体与构成要件相等同。应该说，罪体这个术语也是较具中国本土特色的，并且能够与传统的刑法分则意义上使用的罪状一词加以区别，因而也具有相当的可取性。当然，笔者所采用的罪体一词与贝林的构成要件在何种程度上相契合，这仍然值得推敲。尤其是，笔者在《规范刑法学》第二版中，将罪体界定为犯罪成立的客观不法要件，是罪体构成要素与罪体排除事由的统一。<sup>[56]</sup>在这种情况下，罪体实际上相当于构成要件与违法性这两个要件的合并，因此距离构成要件的原始含义更远了。尽管如此，构成要件的意念还是罪体的骨架，对其具有形构的功能。

构成要件在中国的命运，这是一个问题。自贝林首倡构成要件论以来，构成要件始终成为犯罪论体系争议的焦点问题。德日刑法学中的构成要件论可谓命运不同，日本学者西原春夫教授甚至提出构成要件论发展的历史实际上也正是构成要件论崩溃的历史，指出：在贝林看来，构成要件论本来应当服务于强调罪刑法定主义以及人权保障，在这个意义上，它具有与违法论相区别的独立机能。但是，如前所述，不包含价值的、纯客观的、描述性的构成要件论，本身在贝林那里就已经归于失败了。因此，对于构成要件，我们不得不选择如下两条道路中的一条：第一，像后期贝林所主张的那样，将构成要件归结为犯罪类型的指导形象这一极其抽象、实质上作用甚小的

[53] 参见前引[46]，付立庆书，第124页。

[54] 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年版，第599页。

[55] 参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第226页以下。

[56] 参见陈兴良：《规范刑法学》，中国人民大学出版社2008年版，第114页。

概念；第二，将构成要件理解为与违法论紧密相关、其本身包含着价值的概念。贝林以后构成要件论的发展正好选择了后一条道路，只要是想保持构成要件概念的实质机能，那么就不得不说是理所当然的。<sup>〔57〕</sup>

事实上，西原春夫教授就采取了将构成要件并入违法性论的犯罪论体系，构成要件不再具有独立评价的意义，而只不过是违法性的凭证。尤其是德国学者兰格·亨利库森（Lang Hinrichsen）提出所谓的“总体的构成要件”（Gesamttatbestand）概念<sup>〔58〕</sup>，使构成要件的独特性荡然无存，反而是越来越接近于苏俄的犯罪构成要件的概念。尽管如此，我们还是必须对贝林的构成要件论抱有足够的尊重。中国尚处在罪刑法定主义的启蒙时代，人权保障仍然是我国刑法的根本机能，因而与罪刑法定主义及人权保障机能相关联的构成要件论在我国具有理论意义与现实意义。从这个意义上说，我国还处在贝林时代，我们应当而且必须从贝林的构成要件论中汲取学术养分。因此，从犯罪构成向构成要件转变，以构成要件论为逻辑起点建构我国的犯罪论体系，这应当成为我国刑法学界的共识。

---

**Abstract:** *Tatbestand* is the logical start and core concept of the theoretical system on crime. This paper explores the conceptual history of the theory of *Tatbestand*, in which it confirms Beling's historical contributions and points out three characteristics of his theory of *Tatbestand*, i. e., the guiding function of *Tatbestand*, which provides objective contour for the crime, the type characteristic of *Tatbestand*, which to a large extent determines the types of crimes, and the objective nature of *Tatbestand*. Although the theory of *Tatbestand* has experienced great changes since Beling, the most important historical stage for this theory was the period from Beling to Feuerbach, and its following development has taken the conception established by Beling as a logical start. However, Soviet scholars transformed *Tatbestand* into the constitutive elements of a crime, thus transformed *Tatbestand* from the premise of a crime into the sum of the constitutive elements of a crime, which has eradicated the influence of the *Tatbestand*. Therefore, the four—element system on crime is a theory without *Tatbestand*.

Since the early stage when China introduced the four—element system on crime from Soviet Union, Chinese scholars continued the misunderstanding of the concept of *Tatbestand*, looking *Tatbestand* as the general conditions for the constitution of a crime, which has led Chinese theory of crime to a completely different way from the three—stage system on crime. The introduction of Beling's the theory of *Tatbestand*, especially the introduction of the three—stage system on crime, domesticated as the theory of definition, the theory of conduct and the theory of *actus rea* by some Chinese scholars, makes it possible to make an objective comparison between the four—element system on crime and the three—stage system on crime and provides another possibility for the development of criminal theory in China.

**Key Words:** *Tatbestand*, constitutive elements of a crime, fact about a crime, *actus rea*

---

〔57〕 参见〔日〕西原春夫：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第34页。

〔58〕 参见前引〔23〕，郑军男文。