



## 论德国古典犯罪论体系

——以贝林（Beling）的构成理论为对象

王 充

德语的Tatbestand起源于拉丁语的corpus delicti（犯罪的根本的事实简称罪体），在普通法时代，纠问诉讼程序中确定一定犯罪事实存在的程序被称为一般纠问，而犯人对犯罪事实的自白被称为特别纠问。库莱因（E·F·Klein）在1796年将corpus delicti 翻译成德语的Tatbestand（构成要件），构成要件概念就是这样来源于诉讼法的内容，它最初具有限制裁判官自由擅断的目的。构成要件的内容以构成犯罪的结果和引起这个结果的行为为核心，所以，原则上来说构成要件主要是指犯罪的客观的、结果的要素。

此后，Tatbestand概念经过斯鸠贝尔（Stubel）和费尔巴哈（H·J·A·von·Feuerbach）的努力成为一个实体刑法意义上的概念，当时讨论的核心问题是犯罪的结果是否属于构成要件的内容？立足于主观主义和特别预防论的斯鸠贝尔认为犯罪的结果不属于构成要件，因为犯罪是主观犯罪意思的表现，刑罚也主要是对这个主观犯罪意思的改造，构成要件只是认识犯罪意思存在的一个手段，仅就如何认识犯罪的意思来说，并不一定需要属于构成要件的犯罪结果的发生。与之相对，立足于客观主义和一般预防论的费尔巴哈认为犯罪结果属于构成要件，通过对刑罚的根据即作为权利侵害的犯罪进行刑罚预告以实现一般预防，只有结果的存在才是权利侵害的开始，因此结果属于构成要件。费尔巴哈关心的中心是限制裁判官的擅断以保护个人的自由和权利，因此认为只有在客观构成要件存在的情况下才可以进行处罚。从这个意义上来说，将结果作为构成要件的内容是起源于政治上的原因，也就是说是基于自由主义的国家观。

但是，在十九世纪关于构成要件问题的没有得到充分的展开和理论的探讨，伴随着黑格尔哲学的影响，时代的关心开始转向以行为论为中心。行为概念被置于犯罪论的中心位置，从行为性质来把握犯罪各个特征的学说开始变得有力，即便是有人使用构成要件这个词汇也是在区别一般构成要件（成立犯罪的必要的要素全体）和特别构成要件（各种犯罪特有的要素）、主观构成要件（责任）和客观构成要件的意义上来使用的。

现代刑法学中的构成要件理论的创始人是贝林（Beling）。众所周知，贝林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。因此，可以说贝林开创了以构成要件为中心的犯罪论体系发展的这段历史，虽然犯罪论体系的中心在以后的历史中发生了变化，但是在刑法学中，构成要件理论作为现代犯罪论体系发展的第一步却永远和贝林的名字联系在一起。

### 构成要件理论的思想基础

构成要件理论大体产生于二十世纪初，对于这个理论来说它的思想基础大体包括三个方面：第一方面，作为方法论基础的实证主义；第二方面，作为价值基础的罪刑法定主义；第三方面，作为理论基础的近代刑法理论的展开。以下，笔者就这三个方面简单论述。

首先，作为方法论基础的实证主义。实证主义作为现代哲学的一支，是法国哲学家孔德（Auguste Comte）在批判黑格尔哲学中关于哲学和科学关系的基础上产生的，这种实证方法被思想家马克斯·韦伯

(Max Weber) 应用于社会科学中，韦伯在社会科学中提出的理想图式（理想类型）观念和价值祛除（价值无涉）方法，<sup>①</sup> 韦伯的这两种观念和方法被认为是直接影响刑法学中构成要件理论产生的方法论基础。<sup>②</sup> 对于这一点，贝林认为“从一般的法律史看来，私法和刑法是对立的。也就是说，前者（私法）是以法律行为的类型的明示作为历史的出发点，但是在以后阶段的法律进化中这种类型性最终被克服了，僵硬的形式主义（Schematismus）被抛弃而代之以私法自治原则。恰恰相反，在刑法中原本并没有对犯罪要件进行明确的区划（类型化），只有在作为近代产物的构成要件出现之后犯罪没有被类型化的历史才结束了。”

其次，作为价值基础的罪刑法定主义。“构成要件论的出发点，即便是对于贝林来说，也是法治国主义的国家观，当然，罪刑法定原则是它的思想基础。”<sup>③</sup> 罪刑法定原则奠定了近代刑法和刑法学的基础，犯罪论问题的研究当然也是在这个基础上展开的。罪刑法定主义最初是针对德国缺乏统一刑法典的现状而作为立法原则被提出的，但是随着德国1871年旧刑法典（Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich）的颁布，罪刑法定主义完成了它作为立法原则的任务开始向司法原则转化。这个转化过程要求罪刑法定主义必须能够具体落实在各个刑法理论中以实现对于刑事司法的指导，而构成要件理论的产生就是罪刑法定原则具体化的一个表现。贝林认为“需要特别指出的是，我所说的行为的构成要件该当性绝不仅仅是一个和刑法各论相关联的问题——虽然在各论中各个构成要件都是要讨论的问题——毋宁说构成要件是犯罪的一般要素，是刑法总论中的一个独立的概念，必须认识到构成要件是决定刑法研究目标和方向的重要内容，这样的认识具有贯彻以刑法第二条规定（罪刑法定原则）为基础的刑法理论并使其实证化的意义。”

第三，作为构成要件理论产生的具体理论基础即现代刑法理论的展开。20世纪初，德国刑法学中的激烈的学派之争已经基本结束，两大学派的观点开始相互融合，刑法学关注的中心也开始从刑罚论转向犯罪论，这为构成要件理论的产生提供了客观的可能。在刑法学理论中，成为构成要件理论产生的具体理论基础的是：（1）德国刑法学中将犯罪成立要素划分为主观方面与客观方面的理论传统。首先，费尔巴哈以来德国刑法学中就有将行为划分为客观方面和主观方面的作法，这一做法虽然在黑格尔学派以行为论为中心的犯罪论中被短暂抛弃，但是，梅尔克尔（Merkel）关于两种归属理论的划分（因果的归属和价值的归属）又重新确立了关于主观方面和客观方面的划分，为犯罪论体系中违法性和责任的区分奠定了基础；<sup>④</sup> 其次，受到民法学中耶林提出的客观违法论的影响，此前在犯罪成立要素中不区分责任与违法的状况被打破，“违法是客观、责任是主观”的观念被确立。<sup>⑤</sup>（2）宾丁（Karl Binding）的规范说（Normentheorie）。宾丁认为犯罪是对规范的违反，但是犯罪人违反的并不是刑罚法规（Strafgesetz），毋宁说，犯罪人反而是实施了符合刑罚法规的第一部分即构成要件的行为。换言之，犯罪人违反的规范是在概念上先于刑罚法规存在的，并且，通常也是在时间上先于刑罚法规存在的，对于先于刑罚法规存在的这个法律规定（Rechtssätze）就姑且称之为规范（Normen），规范是刑罚法规存在的必要前提。<sup>⑥</sup> 依据规范说宾丁区分了规范与实存的刑罚法规，一方面，规范说为刑罚法规的存在从理论上提供了一个必要的前提；另一方面，规范说也为宾丁所要确立的规范实证主义刑法学奠定了基础。从犯罪论的意义上来说，规范说未构成要件理论的提出奠定了基础。另外，在此之前，德国刑法学一直处于一种刑法学与哲学不分，刑法学受到哲学过分支配的状况。宾丁试图通过区分规范与刑罚法规以摆脱哲学对刑法学的过度影响，改变刑法学不独立的状况，在实定法的基础上重新构建德国刑法学。<sup>⑦</sup> 虽然人们一般都将费尔巴哈作为德国现代刑法学的创始人，可是从一定意义上来说，宾丁才是德国现代刑法学的真正创始人。（3）也有学者认为德国古典学派的三阶层体系犯罪论形成的背景主要是为了处理罪数、错误尤其是共犯问题而提出的。

贝林就处在这样一个世纪之交的历史转变关头，他的构成要件理论就是在以上各种思想的共同影响下形成的。

### 贝林的构成要件理论

贝林关于构成要件理论的思想可以分为三个阶段，即1906年《犯罪论（Die Lehre vom Verbrechen）》出版以前的理论准备阶段、以《犯罪论》的出版为代表的前期阶段和以1930年《构成要件论（Lehrh vom Tatbestand）》的发表为标志的后期阶段。

#### （一）准备阶段

贝林在1899年出版的《刑法纲要（Grundzüge des Strafrechts）》第一版和1902年第二版中还没有提倡构成要件概念，如在第二版的第三章中贝林将“可罚的行为”分为“可罚行为的一般概念”和“关于单独形态的可罚的行为”两部分，在第二部分的“关于单独形态的可罚的行为”中将行为的可罚性分为行为、违法性和责任三部分来说明。在1905年的第三版中贝林开始使用构成要件的概念来论述这个问题，如第二章“刑罚请求权”的第二节“导致刑罚权发生的事实”中的第一项“犯罪”中将“犯罪概念的要素”

分为（1）行为、（2）行为的构成要件、（3）行为的违法性、（4）行为的有责性、（5）与行为相对应的处罚、（6）处罚条件等。①

贝林在《刑法纲要》（第三版）的序言中这样写到“第三版改订的主要原因是基于以下的这个事由，也就是我越来越确信，到目前为止包括我的纲要的第一版和第二版以及其他所有文献在内不成功的一个根本原因就是因为它一个概念，这个概念就是构成要件概念。作为对新版《刑法纲要》的补足，可以参考同时发表的《犯罪论》，在那本书中我对构成要件的本质和意义进行了详细的论述。”

在《刑法纲要》（第三版）第二十三节关于构成要件的概念中贝林是这样论述的“在古代法律中，行为只要实施了违法且有责的行为，一般来说都是有可能被处罚的，可是如果根据最近的法律，行为如果不符合法律所揭示的封闭的不能扩张的某一种犯罪类型就不能成立犯罪。参照刑法典第二条罪刑法定主义的宣言，即行为在非类型的场合不构成犯罪。明示类型轮廓的全体要素就是狭义的构成要件或者特别构成要件。例如，第211条中‘杀人’、第242条‘夺取他人动产’、第306条第2项‘烧毁他人居住的建筑物、船舶或者房屋’等。如果行为不具有构成要件该当性就不构成犯罪。构造类型的各个要素就是构成要件要素，它们是类型的组成要素，充足类型的事实就是所为事实（Tatbestande）。构成要件只不过是类型意义上对发生的行为进行定型而已。特别要指出的是构成要件并不能区分合法与违法、无责与有责。也就是说，（1）即便是不符合构成要件的行为也可以是违法的行为，例如根据帝国法律对于他人财产的无权使用行为；相反，不违法的行为未必就不可以符合构成要件，例如在紧急避难情况下的杀人；（2）尽管一个射手准备万端却仍然射中了突然跑出来的人，这就符合杀人的构成要件，（可是射手却是没有责任的）因此行为即便没有责任但是却可以符合构成要件，与此相对，（虽然现行法律不承认，但是）对于非类型的行为也不是不能讨论它的责任。”

## （二）前期阶段

1906年贝林出版了被后世认为是近代犯罪论第一经典著作的《犯罪论》一书，该书以构成要件理论为中心内容。在该书中，贝林的论述是从分析此前的犯罪定义开始的，他认为过去对于犯罪的定义即“犯罪是通过刑法威吓的违法有责行为”在论理上是错误的，因为所谓违法和责任是刑罚制裁发生的诸条件中的若干条件，它们实际上已经被包含在了“通过刑罚威吓”之中，因此，这个犯罪定义正确的表述是“犯罪是通过刑罚威吓的行为”，贝林认为这样的一个犯罪定义是没有任何意义的，因此，他认为应该将行为的构成要件该当性作为犯罪概念中的一个要素，即犯罪应该被定义为“犯罪是该当构成要件、违法且有责的，满足所有应受刑罚处罚条件的行为”，也就是说，抛弃过去的犯罪定义中附加在违法和有责之上的通过刑罚威吓的词句，而换之以构成要件该当性，因为作为犯罪类型的构成要件是刑法规定的，以构成要件来定义犯罪是罪刑法定原则的要求。因此，行为只有具备了实证的（成文法的）严格形式化的犯罪类型才能够进入处罚的范围，不该当构成要件的行为就不能构成犯罪。因此，贝林认为：

### （1）犯罪是行为。

行为是犯罪的上位概念，不是行为的事实从一开始就不会产生是否成立犯罪的问题。由于行为是犯罪的上位概念，因此必须区分行为自体与行为成立犯罪的要件。行为自体仅是被意欲的人的态度，包括作为和不作为。而诸如行为是否由具有行为能力的人所为、行为者通过何种手段、以什么为客体、产生何种结果这些都不是行为论的问题，他们是行为成立犯罪的要件，因而被包括在以下的各个犯罪成立要件之中。

### （2）构成要件该当性。

行为仅仅因为具有违法和责任就要被处罚的时代已经过去，在现代的法律中要求行为只有明确的该当犯罪类型的轮廓才可能被处罚，这个犯罪类型，换言之就是构成要件，必须是由实定法规定列举的，行为该当构成要件是成立犯罪必须具备的第一个属性。构成要件该当性作为犯罪属性的根据是德国刑法第二条罪刑法定原则的精神，实际上通常所说的行为的“应受刑罚处罚”的要件是构成要件该当性的一种简单、粗糙的表现形式。虽然上述的行为概念是无内容的，但是行为的态样即行为的结果、因果关系、客体等都是构成要件该当性的内容。根据行为人仅仅具有犯意或者单只是具有犯意的表示是不受刑罚处罚的原则，那么犯意的表示就不是该当构成要件的行为或者说不是犯罪行为。构成要件的内容包括因果关系、行为客体（Angriffsbjekt）、行为方式（作为、不作为）、行为方法（特定手段、任意手段）、在特殊情况下还包括时间和场所等。

### （3）违法性。

该当构成要件的行为要成立犯罪还必须具有违法性，这里所说的违法性是一个实定法上的概念，因此并不是一些学者所说的只要行为具有反社会性或者违反文化规范等等就能够成立的。另外，违法性是犯罪成立的积极的要件，并不是弗兰克所说的“消极的构成要件（negativer Tatbestand）”。除非该当构成要件的行为具有特别的阻却违法性事由，否则原则上都是具有违法性的。

#### (4) 责任性。

该当构成要件的违法行为还必须具有责任。现在虽然还存在承认结果责任的情况，但是它不是纯粹的结果责任而是责任主义与结果责任的结合（如结果加重犯的情况）。另外像在税法犯中虽然存在不具备责任要件也处罚的情况，但那只是非常特别的情况，并不能以此作为否定责任是犯罪成立的一般条件的理由。责任就是意思内容应受非难或者意思内容的缺乏应受非难，构成要件该当性和违法性是意思表动（行为）的客观领域的类型化而责任则是行为主观领域的类型化。

#### (5) 存在对于该行为的刑罚预告（规定）。

并非所有的该当构成要件、违法且有责的行为都成立犯罪，例如过失毁弃的情况虽然具备了上述的所有要件，但是由于在刑法典中没有罚条的规定因而就不成立犯罪。同样，像过失的教唆帮助、违警罪的帮助、不处罚的未遂行为等等都属于这种情况。这个要件并不像通说“应受刑罚处罚”要件那样是同义反复，该当刑罚预告并不意味着行为就现实地具有可罚性，而只不过是观念上可以认为行为该当罚条而已。

#### (6) 具备处罚条件。

即便是具备了以上的五个要件也不一定就成立犯罪，因为在极少数的情况下还存在一些不属于上述任何要件但是却和犯罪的成立联系在一起的内容。如破产犯罪中破产程序的开始、结果加重犯中加重结果的发生、贝林甚至认为不存在紧急避险（作为物的刑罚阻却原因与违法和责任是没有关系的）也是一种处罚条件。

需要注意的是，上述贝林的犯罪的诸要件具有内在的论理的必然顺序，前面的内容是后面内容的前提，如果变更了它们的顺序就会导致科学体系思维的混乱（特别要强调的是将违法作为责任的论理前提）。另外，这些犯罪要件可以分为主观方面和客观方面，它们互相对应而形成整体。于是，构成要件虽然是客观方面的内容但同时由是主观方面心理反映的内容（只有处罚条件是例外不需要主观心理的反映）。“只处罚该当犯罪类型行为的刑法必然要将类型论贯彻到行为的主观方面，因此，只有（客观）类型和主观的心理反映相符合的时候才成立犯罪，如果是客观的类型A和主观反映的类型B，那么犯罪就不能成立。”<sup>①</sup>

在构成要件和违法性的关系问题上，贝林大体接受了宾丁（Binding）规范论，但是贝林不同意宾丁将规范类型化、个别化以及将规范和法规相分离的观点。他认为类型化恰恰是构成要件的任务，规范仅仅是对行为进行评价而不确定行为的类型。由于对具体行为的违法判断要根据法规的全体来进行，因此，在行为违反的个别规范的问题中进行规范类型化的企图，至少说，在刑法上是没有意义的。另外，规范和法规并非是不同的存在，规范只不过是法规的一种表现形式而已。“规范这个名称是我们赋予法规的特征即法规是一种对人的行为具有约束力的存在，……我们将某个法规称为规范的时候并不要没有要把它从民法等其它法律中脱离出来，而只是为了要强调它所包含的国家对个人行为的拘束。”<sup>②</sup>应该注意的是，规范作为违法论的基础其实是“对人的行为具有拘束力的法秩序的全体”。<sup>③</sup>于是，为了确保在全体的法律世界中违法性的统一性，那么在民法上的违法行为就不可能在行政法上是合法的。同样，在刑法中该当构成要件的行为如果有其它法律将它规定为合法，那么它也不违反刑法，进而也就不构成犯罪。这样，就否定了行政犯和刑事犯之间存在本质的区别，他们之间仅仅具有量的区别。贝林的违法性最终表现为强调违法是违反实定法这样一个形式的性质，他认为从各个实定法领域出发构成的实定法秩序必然的、论理的是唯一的违法评价基准。

由于法秩序是客观的观念，因此贝林认为违法是客观的相对应责任是主观的，他排斥从主观反面认识违法的主观违法论，认为在责任问题产生以前必须首先确定违法问题。那么，合法的目的并不能使违法的手段合法化，合法的行为也并不会因为违法的目的而丧失它的合法性。

对于构成要件和违法性的关系来说，贝林认为构成要件是记述的类型不包含违法要素和评价要素，因此，该当构成要件的行为未必就一定是违法的行为，而违法的行为也未必该当构成要件。该当构成要件的行为与违法行为之间是两个相互交叉的圆的关系。在构成要件中不包含任何的价值评价因素，但是也不能否认该当构成要件的行为在原则上是违法的。但是，这并不能说从类型性出发就能直接得出行为人进行了违法行为的最终判断。也就是说，违法性的判断和构成要件该当的判断必须独立进行。

从理论上来说，构成要件是纯记述的内容，但是在实定法的法文中对于类型的表述却不一定是记述的，相反，在实定法中使用带有价值意味的或者规范性表现的用语可能是一种普遍现象。对于这些规范的构成要件要素来说，虽然包含有法的评价，但是不能由此说行为该当构成要件就马上具有违法性，因为，违法性是一个需要从法秩序全体来进行判断的问题。可是，正如前面说论述的那样，除非该当构成要件的行为存在特别的违法阻却事由，否则原则上是违法的。因此，从该当构成要件的行为原则上是违法的这一

点来说，该当构成要件具有违法性的指示功能。

对于违法性阻却事由来说，贝林认为它是存在于构成要件以外的内容，因此，弗兰克将违法性阻却事由称为消极的构成要件是不妥当的，真正的消极的构成要件应该是不具备犯罪的类型，它根本就没有发生违法性问题的余地。与此相对，真正的违法性阻却事由和构成要件是没有关系的。违法性阻却事由并不是将存在的违法性祛出，而是从一开始就没有违法性。

对于构成要件与责任的关系来说，贝林认为和构成要件作为犯罪类型的外部轮廓相区别责任是主观的行为的心理缺陷性，将责任称为主观的构成要件（Subjektiver Tatbestand）是不妥当的，因为构成要件的内容是完全客观的、它和所有的主观要素都没有关系，因此用主观的（心理的）来形容构成要件是不妥当的。构成要件仅仅是客观的轮廓，行为者对该当构成要件行为的内心关系是独立意义的新的犯罪要素，即便是没有任何心理关系也不能改变行为该当构成要件。因此，可以将责任称为主观的行为侧面（subjektive Tatseite）。

根据现代的责任主义，在原则上法律上所规定的所有客观要件都和责任存在联系。作为责任原则的例外，罚条的该当性和处罚条件只要客观存在就足矣。那么，责任就是行为者对该当构成要件的违法行为事实（所为）的心理关系，即对这个事实的认识或者没有认识。因此，行为人对违法要素的心理关系（认识或者没有认识）就是责任概念中不可缺少的内容，行为人仅仅认识到构成要件的事实就不具有责任。根据构成要件和责任的关系，行为人的主观心理要反映（认识或者具有人士可能）客观的构成要件的事实，因为，德国刑法第59条就规定故意的成立要求行为人必须对属于法定构成要件的行为事实具有认识。

### （三）后期阶段

伴随着贝林《犯罪论》的发表，构成要件很快成为刑法关注的核心，赞成和批判的观点两分，争论的焦点集中在构成要件与违法性的关系以及构成要件种是否包括规范要素和主观要素的问题上。

为回应批判和阐明观点贝林在1930年发表了《构成要件论（Lehrh vom Tatbestand）》，该论文一方面对德国刑法第59条规定进行重新认识，另一方面试图彻底贯彻构成要件的个别化机能。

贝林首先将《犯罪论》中认为是大致相同的法定的构成要件和犯罪类型区别开来。“所有的犯罪类型都是由各种各样的要素组合而成的整体。无论这些要素是如何的多种多样它们都归属于同一个观念形象（贝林有时也用指导形象Leitbild），这个观念形象是犯罪类型统一性的基础，如果没有它那么各种各样的要素就失去了作为犯罪类型特征的意义。这个观念形象就是德国刑法第59条规定的法定的构成要件。”

正是因为有了这个观念形象之后才使我们有可能将不法类型、责任类型综合到特定犯罪类型中。例如对于“杀人”这个不法类型和“渎职的故意”这个责任类型来说，无论如何我们也不能将它们结合成谋杀的犯罪类型或者渎职的犯罪类型。通常行为的客观方面和主观方面必须是由同一个指导形象来支配，只有这样我们才有可能将客观方面和主观方面归之于该种犯罪类型，也只有这样行为才有可能成立该种犯罪。

这个指导形象就是法定构成要件，但是必须要注意的是这个指导形象和犯罪类型是不同的，它既不同于犯罪类型又不能认为是犯罪类型的构成部分，它是在论理上先于犯罪类型的起制限作用的观念形象。将犯罪类型进行构成要素的划分时第一要件就是观念形象，但是这个观念形象和指导形象是不同的（虽然都是同一个Tatbestand），因为这个观念形象指的是行为该当指导形象的现实化（Tatbestandsmassigkeit der Handlung），而指导形象仅仅是一种观念形象。

### 构成要件理论的批判

#### （一）理论特征

德国刑法学者认为“古典犯罪概念首先是受到自然主义理论的影响，这一理论试图以自然科学追求精确的理想来要求人文科学，因而刑法体系也应当与此相应，植根于可量度的、经验上可控制的成分。”<sup>①</sup>具体而言，“古典犯罪论是以实证主义的法律思想为理论根据的，实证主义的法律思想重视实在法的规定及其事实，试图通过概念的、体系的论证来解决所有的法律问题，其结果就是从体系上区别了自然主义地理解的行为、客观的和记述地把握的构成要件、客观地和规范地设定的违法性与主观地和记述地理解的责任。与这种理论体系的形式和客观性质相联系的是法治国思想，即用一种明确的可事后检验的概念体系来约束法官。一方面，古典犯罪论通过将刑罚的诸条件客观化和形式化而试图最大限度地保障法律的安定性（Rechtssicherheit）；另一方面它又通过定位于受处罚者的制裁体系（实现特殊预防）而试图最大限度地实现刑法的合目的性。这体现了古典犯罪论的两个极端。”

古典犯罪理论的基本特点是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。

西原春夫博士认为，贝林的犯罪论不同于以往犯罪论的最大的特征就在于将构成要件该当性作为犯罪概念的独立的要素。也就是说，他和李斯特一样，将行为作为犯罪的上位概念，赋予构成要件该当性并列于违法性和责任等行为的特性的位置。但是，贝林理论的特色并不仅限于将构成要件该当性作为犯罪概念的要素，另外，贝林将这个构成要件作为客观的、记述的存在来把握。首先，在贝林的构成要件中仅仅包括刑罚法规中的客观的要素，也就是说不考虑行为者的内心，与构成要件该当性为相对的行为者的内心属于责任的要素，因此，作为行为者主观内容的故意、过失等一切主观的违法性要素都被排除了构成要件的范围；其次，贝林的构成要件是被作为记述性的存在来把握的，也就是说，仅仅是对行为内容的记述，不包含任何的评价，不进行任何违法性与否的判断。将构成要件从客观的、记述的角度来把握，贝林的意图是将构成要件该当性作为一个新的犯罪要素与从来的违法性要素相区别。“构成要件作为犯罪概念要素的中核，首先通过贝林的研究而获得了独立的地位，然后又通过麦耶的努力而渐渐巩固了地位，但是同时在他的内部也出现了崩溃的迹象，最终由于被梅兹格等所谓新构成要件论者剥夺了独立地位直至陷落于违法性之中，这个结果，其实在以自然主义行为论为核心来构建犯罪概念的黎明期就已经显现出来了。”

## （二）理论批判

对于贝林的构成要件理论研究，西原春夫博士从方法论的意义上提出“构成要件理论的论争，一方面对于犯罪论体系的调整和深化具有非常大的帮助；另一方面不能否认，他也具有这样的倾向，即削弱了刑法学原本面向犯罪现象即具体犯罪与犯罪人的力量，而将刑法学的关心引向了多余的·观念的·非实际的方向。”<sup>①</sup>

从具体的体系层面来说，台湾学者徐玉秀认为古典犯罪论体系具有以下缺陷：第一，在古典犯罪论体系内构成要件和违法性之间存在逻辑破绽，这主要是指在逻辑上难以说明存在于构成要件和违法性之间的违法性阻却事由。按照古典犯罪论体系的观点构成要件是中性、客观、无价值色彩的存在，与之相对，该当构成要件的行为也同样是中性、客观、无价值色彩的存在，可是即便是该当构成要件的行为，如果具有违法性阻却事由那么行为就不具有违法性，在第二，在古典犯罪论体系的罪责上同样存在破绽。古典犯罪论体系将行为定义为由意志所引起的外界变动，而对于意志，古典犯罪论将它分为意志原因与意志内涵，引起外界变动的意志是意志原因，而意志内涵是行为人与行为之间的心理关系及故意和过失。故意与过失都是因果机械作用的两种心理事实，那么当故意的结果犯与过失的结果犯的结果相同时，无法解释为什么故意的罪责重于过失的罪责。

### 古典犯罪论体系的影响

即便是存在上述的缺陷，古典犯罪论体系仍然为此后犯罪论体系的发展奠定了坚实的基础，古典犯罪论所确立的构成要件该当性——违法性——有责性体系至今还占据着犯罪论体系研究的通说地位，尽管对于构成要件该当性、违法性、有责性的内容以及意义已经发生了很大的变化。正如德国刑法学家布鲁斯（Bruns）所言，在贝林的构成要件理论中所潜在的三个矛盾其实已经包含了未来构成要件理论发展的契机：

第一，构成要件的犯罪个别化的机能。按照贝林的说法，构成要件的机能首先是明示各种犯罪的特征然后在此基础上个别化此种犯罪区别于他种犯罪的特征。也就是说，对于犯罪来说都是像盗窃、伤害那样具有具体的特殊的犯罪的外形，一般意义上的犯罪是不存在的。因此，说犯罪的一般构成要件是没有任何意义的，一般来说，构成要件的存在只有在它是特别构成要件是情况下才存在。这个特别构成要件的第一机能就是使犯罪个别化进而使它区别于其他犯罪。但是，当我们关注构成要件的个别化的机能时，为了实现构成要件的个别化构成要件就不能只限于客观的外部的要素了，一些主观的要素也必须被包含在内。这和贝林原来设想的构成要件仅包含客观的要素之间就产生了矛盾。

第二，构成要件明示犯罪的客观轮廓的机能。贝林认为构成要件的内容全部是客观的、和任何主观要素都无关，主观干预的方法或者说行为者对该当构成要件行为的内心关系是和构成要件相区别的其他的、新的犯罪要素。如果将这个客观轮廓的机能贯彻到底，那么客观处罚条件、加重结果犯的加重结果都应该属于构成要件。可是随后的贝林构成要件的第三机能否定了它。

第三，构成要件的故意（过失）规制机能。德国刑法第59条规定如果行为人对属于法定构成要件（gesetzlicher Tatbestand）的可以加重刑罚的行为事实没有认识，那么，就不能基于加重事实而追究他的故意责任。以这个规定为基础，贝林认为既然法文直接使用了构成要件这个词，并且刑法明确规定了故意应该认识的事实范围或者过失应该预见可能的事实范围，那么构成要件当然应该具有故意（过失）规制的机能。可是作为规制故意（过失）的构成要件却不包括客观处罚条件或者加重结果犯的加重结果，这就和构成要件的第二个机能存在矛盾。

(王充(1975-), 男, 河南南阳人, 吉林大学法学院讲师, 刑法学博士。)

更新日期: 2006-8-1

阅读次数: 764

上篇文章: 消费者保护与刑事法

下篇文章: 论构成要件的行为类型说

 打印 |  关闭

