

建构刑事政策指引的构成要件理论

王华伟

(北京大学 法学院,北京 100871)

摘要:刑法体系不应当是封闭的体系,它需要刑事政策的引导才能成为具有效益的体系。但是,刑事政策的介入也不能过度,其应以刑法体系为边界。在构成要件理论的发展过程中,刑事政策起到了重要的推动作用。从贝林所建构的构成要件论到以刑事政策为导向的构成要件论,刑事政策对于刑法体系的影响完成了从“体系外推进”到“体系内指引”的转变。构成要件最重要的机能——罪刑法定主义,本身就深深地渗透着刑事政策的思想。构成要件的解释不是机械的逻辑涵摄,而是一个从构成要件中挖掘规范含义的过程。构成要件的解释应当坚持解释方法的位阶性,并且通过刑法规范保护目的(法益保护)来指引构成要件的解释,以促进刑事政策与刑法体系的有机结合。

关键词:刑事政策;刑法体系;构成要件

中图分类号: D924

文献标志码: A

文章编号: 1672-0539(2014)01-0024-07

一、刑法体系与刑事政策的沟通

(一)刑事政策的概念定位

刑事政策的定义可以说是刑事政策学中的一个根本性难题。长期以来,学者们对刑事政策的定义仍然没有能够达成一个广泛的共识。狭义的理解就是把刑事政策界定为国家运用刑法及其所规定的刑罚和类似的措施,有效地组织反犯罪斗争的法律政策。换句话说,刑事政策就是刑事法的制定与适用的法律政策。广义的理解则把刑事政策理解为社会整体用来组织对犯罪的反应的各种方法总和^[1]。本文采取狭义的刑事政策概念。这是因为,广义的刑事政策定义过于宽泛,与一般的社会政策定义没有太多差别。采取狭义的刑事政策概念,能够将刑事政策与刑法紧密联系在一起,并将刑事政策作为检验、批判、指导、完善刑法的另外一种视角。

(二)刑事政策与刑法体系沟通的必要性

建构刑事政策引导的构成要件论,是在刑法体系与刑事政策相互沟通的背景下展开的。刑法教义学体系的重要性是不言而喻的,许迺曼教授曾经指出,放弃刑法体系架构,就如同使这门学科永远停留在胚胎时期一样^{[2]250}。但是,刑法的体系化,并不是指刑法封闭性地自成一体。相反,刑法应当保持一定的开放性。罗可辛教授曾经深刻地反思道:我们运用精致的概念精心构建了教义学,而教义学中这种体系化的精工细作可能会导致深奥的学理研究与实际收益之间产生脱节。若只是涉及顺序、均衡和对材料的掌握,那么对于什么是“正确的”体系的讨论,也许只是很少的实益^{[3]6}。刑法学不应当是一门自给自足的学科和无视生活世界而沉溺于逻辑的刑法理论,其合理性值得质疑^[4]。

为此,罗可辛教授指出,在方法论前提的构建和设置上,一个有效益的体系需满足三个要求:概念性

收稿日期:2013-10-25

作者简介:王华伟(1991—),男,湖南湘潭人,北京大学法学院2012级刑法学硕博连读研究生,主要研究方向为刑法学。

的秩序及明确性,与现实相联系,以刑事政策上的目标设定作为指导^{[3]20}。许迺曼教授将这种既保持理论自身体系性又对社会现实开放的体系,称为一种“开放的体系”、“弹性的体系”^{[2]255}。在这里,罗可辛教授明确地将刑事政策与刑法体系结合起来。这种做法,使得罗可辛教授的犯罪论体系更加注重刑法实效,更加针对解决刑法现实问题。

一种纯粹建立在概念演绎基础上的犯罪论体系是存在很大问题的,它难以回应现实问题的需要,而且也会使得体系内部本身出现重重困难。这样的体系经过学者们的不断精心建构,本身变得非常精致。但是,这种精致背后却缺乏回应现实需求的功能,是一种没有效益的体系。刑事政策将为刑法体系提供一种价值目的指引,这使得刑法体系不再仅仅是一种司法技术的运作,而是更为注重发挥刑法应有的价值功能。

(三)刑事政策不能突破刑法体系的边界

李斯特提出的“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”这一命题,本身就指明了刑法过度刑事政策化的危险。然而,历史的事实证明,人们并没有总是充分认识到这一点。德国的纳粹刑法和前苏联历史上的法律虚无主义,是较为极端的例子。福格尔指出,纳粹刑法的教训深刻地惊醒我们,刑事政策过多的介入刑法体系是危险的。纳粹刑法同“实质主义而非形式主义”、“合法性(Rechtmassigkeit)而不是合法律性(Gesetzmaessigkeit)”等流行语衔接得天衣无缝,纳粹主义使得实质化极端化^[5]。希尔施教授针对在教义学中强调刑事政策的趋势指出:晚近的研究重心“偏离了教义学研究”,这可能对战后目的论体系将刑事政策排斥于教义学之外的反动;目的理性的体系会导致“刑法教义学的再国家化(Re-Nationalisierung)”。这种“开放的”的目的理性主义方案可能难以满足建构一个具有“清楚、明晰的概念和封闭的刑法体系”的任务^[6]。刑罚作为一种亟需正当化的恶,必须指出刑事政策的边界^[7]。“刑事政策与刑法体系的贯通”这一命题,开始得到越来越多学者的关注和认同^[1]。但是,在当下中国法治语境中,形式理性仍然具有不可替代的重要意义。当下中国的理论界和实务界存在着相当大的隔阂。理论界的研究发展较为迅速,而实务界对理论界的发展却反应平淡。在理论界,近些年来体系化的教义学有了一定程度发展;而在实务界,以社会危害性为中心的四要件的犯罪构成理论仍占有不可动摇的统治地位,再加之司法判决不说理等一系列问题,导致

司法实务中往往渗透着过重的“政策性”气息。

因此,过度介入刑法体系的刑事政策是不可取的,而完全不受刑法制约的刑事政策则更是蕴藏着极大风险。强调刑法体系对刑事政策的边界控制是非常重要的命题。总体而言,刑事政策应当发挥引导作用,构建一种具有法律效益的刑法体系,但是刑事政策介入刑法体系也应当是适度的。

二、构成要件理论史的刑事政策解读

在罗可辛教授提出目的理性的犯罪论体系以前,一般认为刑事政策与刑法体系是区隔开来的。但是,通过对构成要件理论发展史的简单梳理我们将会发现,实际上刑事政策在构成要件论的理论发展史中实际上也扮演了重要角色。

(一)贝林的构成要件论

从罪刑法定主义原则出发,将犯罪具体地、特殊地加以规定是非常重要的。着眼于这种特殊化了的构成要件的重要性,产生了“不仅仅把它视为刑法各论上的东西,而且可以作为构筑刑法总论即刑法一般理论体系之基石”之论。这一努力从贝林开始^[8],由M. E. 麦耶尔大体上完成。因此有学者指出,在贝林之前,构成要件论的历史都只不过是前史而已,构成要件论的真正历史始于贝林^[9]。从贝林开始,构成要件论被构建成整个犯罪论体系的起点和基石。

但是,贝林坚持建构一种客观的、无价值的构成要件理论。客观性意味着把所有主观的、内在心理性过程都排除出行为构成,因为它们全都被分配给了罪责。无价值性,意味着行为构成不包含法定的评价。行为构成是一个纯粹的评价客体,这个客体的评价只有在违法性范畴的框架中,才能进行^{[10]182}。贝林之所以将构成要件独立出来,是因为考虑到,违法有责这种判断是从规范的立场进行的价值判断,只要是价值判断,就容易受到法官个人价值观的支配,容易招致国家刑罚权的滥用。因而他认为,应当先于这种价值判断认定其符合性的构成要件的内容,这当然是不含价值判断的^[11]。

因此,虽然贝林的构成要件论中排斥价值考量,但是贝林的这种理论架构本身却恰恰渗透着人权保障的刑事政策机能。当然,不可否认的是,贝林的这种客观、价值无涉的构成要件并没有非常理想地实现他所设想的理论机能。正如西原春夫教授所言,即使在判断构成要件符合性之时排除了包含有价值

判断以及行为人主观方面的判断,由于在进行如下的违法、责任判断之时仍然必须做出这种判断,因此可以说贝林的构成要件论并不能如所期待的那样,实质性地发挥人权保障的机能^{[12]30}。然而,我们仍然可以认为,在贝林的时代,刑事政策虽然没有进入刑法体系,但是它对于推进构成要件的发展、演变起着重要的作用。

(二) 构成要件的实质化

在贝林的构成要件理论提出之后,主观构成要件要素和规范构成要件要素都被相继发掘出来。H. A. 菲舍尔、黑格勒、迈尔,还有梅茨格尔都发现,在许多案件中,不仅仅是罪责,而且还有构成行为的不法,都取决于行为人主观的、内在心理性的要素^{[10]183}。同时,多数学者也都承认了规范性构成要件要素的存在。随之而来,构成要件与违法性阶层也不断被拉近⁽²⁾。迈尔认为,构成要件是违法性的认识根据和征表,这就比贝林更进了一步^{[12]36}。构成要件与违法性之间的关系就像是烟与火的关系,烟不是火,也不包含火;但是,它能够作为反面证据来证明火的存在^{[10]183-184}。梅茨格尔则认为构成要件是违法性的实在根据,从而确立了符合构成要件的违法行为(不法)的观念^{[12]37}。根据 Mezger 的观点,构成要件是违法行为的类型,是违法性的存在根据^{[13]101}。最终,是否应当完全将构成要件与违法性合并,成为了人们讨论的问题。可以说,消极构成要件理论是以解决容许构成要件错误这一体系性难题为契机而提出的,这一体系性的难题不但遭到了体系性理由的反驳⁽³⁾,更是遭到了从刑事政策立场出发对于构成要件独立性进行维护的观点的反驳。例如,罗可辛教授指出:第一,行为构成描绘了一般被禁忌的举止行为方式的图画,并且具有一种一般预防的功能,行为构成的特征是在最严格的意义上从属于无法无罪和无法无罚基本原则的;第二,不法评价不涉及犯罪的种类,而是涉及已发生事件的具体社会危害性,是对与法律保护相对立的利益进行权衡的结果,而一个无行为构成的作为并不一定是被允许的,而只能在“无法范围”内活动或者甚至能够是违法的⁽⁴⁾。

在这里我们可以看出,如果将构成要件该当性与违法性二者在体系上加以合并;那么,构成要件所具有的一般预防机能恐怕将要受到很大的削弱。从体系逻辑的角度来看,消极构成要件理论没有明显的问题。但是,真正的问题在于,这种做法将构成要件内含的罪行法定以及一般预防的刑事政策机能否

定了。

从以上对构成要件理论史的简要梳理我们发现,构成要件与刑事政策之间从来都是紧密联系的;问题只在于,在构成要件论的发展初期,刑事政策在犯罪论体系之外影响并塑造构成要件理论,而随着刑法理论的发展,刑事政策开始渗透进入构成要件内部,并且指引着构成要件论整体的构建。这样一种趋势,不但是理论体系性上的要求,同时更是刑法理论回应社会现实的内在价值性需求。

三、构成要件机能的刑事政策之维

构成要件具有很多机能。例如,山口厚教授将其总结为犯罪个别化机能、故意规制机能、违法推定机能^[14];大塚仁教授将构成要件的机能分为刑法理论的机能和社会机能。而所谓的社会机能,就是指保障自由的机能和维持秩序的机能^[15]。大谷实教授则认为,构成要件的社会机能,可以归结为保障人权机能或罪行法定原则机能,维持秩序机能只不过是其反射机能而已^{[16]102}。西田典之教授则指出,如果认为构成要件这一犯罪成立要件是出于罪行法定主义的要求,构成要件最为重要的机能便在于“没有构成要件该当性则无犯罪”这种保障机能^[17]。山中敬一教授也认同这种观点,他指出,构成要件该当性的判断是划定应受处罚的行为的最外部界限。因此,发挥区分刑法所规定的犯罪行为与其他的行为的机能,是构成要件的最重要的机能。它意味着法律没有规定为犯罪的行为不是犯罪,这可以被称为“构成要件的罪行法定主义机能”^[18]。

确实,在构成要件的诸多机能中,最根本的当属罪行法定机能。这是因为,从本原意义上来说,构成要件理论的产生就是源自罪行法定主义的思想。构成要件将可罚的行为明确地列举出来,并在理论上被塑造成一个独立的阶层,使民众对自己行为的法律意义产生了明确的预见可能性;同时,这一理论构造也严格地限制了刑罚权的发动。正如泷川幸辰教授所言,刑法中犯罪行为模式不单单是个样板的东西,而且还具有限定应罚行为的范围的意义。刑法因惩治犯罪人而保护社会,同时又由刑法而保护了犯罪人,具有犯罪人的“大宪章”的机能^[19]。在此意义上,对犯罪特征的描述被称为保障的构成要件(Garantietatbestand),因为刑法借此实现了保障功能^[20]。

仅从构成要件有助于实现罪行法定形式理性这

一角度来说,刑事政策与刑法体系实际上已经找到了一个良好的结合点。然而,随着罪刑法定原则从形式侧面发展出实质侧面,构成要件在明确性、妥当性上有了更高的要求。这意味着,不是国家喜欢惩罚谁就惩罚谁,国家仅仅可以出于维护人们安全和自由的必要来设立禁止规范。建立在国家理论之基础上的刑法的任务就是法益保护^{[21]9}。从立法论刑事政策上的立场出发,辅助性的法益保护可以推导出这样的结论,亦即:一方面,刑法必须保护我们前面提到的那些自由权和受到平等对待的权利。另一方面,则也要禁止起草那些纯粹道德的或者直接的父权主义的刑法规定,因为相应的举止方式并没有伤害到他人的法益^{[21]10}。这意味着,随着罪刑法定主义从形式侧面发展到实质侧面,构成要件开始在立法论上与刑事政策发生了更为紧密的联系。正如罗可辛教授所言^{[22]133},追究还是不追究,这二者之间的紧张关系就已经是刑事政策的概念了;为了协调这种紧张关系,就需要一种辩证的综合体,这种综合体也正好是刑事政策所需要的。正因为如此,自费尔巴哈时代以来,通过罪刑法定原则来实现的威慑性预防就是刑事政策的基础原则;构成要件的动机机能(一般预防机能)和保障机能则是同一刑事政策之目标构想两个方面^{[3]53-54}。

因此,构成要件论所蕴含的最重要的机能——罪刑法定原则,深深地渗透着刑事政策的思想。构成要件固然具有理论机能和社会机能两个侧面,但是,保障机能是该范畴所对应的、最为根本的社会机能^{[22]133}。换言之,理论体系也应当具有法律实效,有利于促进实现“法益保护”这一规范保护目的。从这个意义上讲,刑事政策思想是构成要件机能的一个深层次的维度。

四、规范保护目的引导构成要件的解释

(一)坚持解释方法的位阶性——形式解释与实质解释的对立

在构成要件的解释论上,可以分为形式解释论和实质解释论。在日本刑法学界,大谷实教授和前田雅英教授是较为典型的形式解释论与实质解释论的代表。大谷实教授认为,构成要件符合性的判断,必须是形式的、类型的判断^{[16]86-87}。以处罚的合理性、必要性为基准的实质的判断,只要在查清是符合构成要件之后,在违法性以及责任的阶段进行个别、具体判断就够了^{[16]88}。而前田雅英教授则认为,如

果将犯罪看作为仅仅是为了合理确定应受刑罚处罚行为的道具而已的话,则分析其和刑罚这一效果之间的关系就成为了必要^[23]。刑法解释论中,重要的是将刑罚的效果与刑罚的弊害两方面都纳入视野,进行“是否值得处罚”的实质判断^{[24]57}。

在我国刑法学界,陈兴良教授和张明楷教授则是形式解释论与实质解释论的代表。陈兴良教授认为,形式解释论并不反对实质判断,形式解释论与实质解释论的根本区别在于:在对刑法进行解释的时候,是否先进行形式判断,然后再进行实质判断^[25]。张明楷教授则认为,对于刑法的解释不能只单纯强调限制处罚范围,而应当考虑处罚范围的合理性、妥当性^{[24]58}。对于一个行为而言,其处罚的必要性越高,将其解释为犯罪的可能性就越大,但如果行为离刑法用语核心含义的距离越大,则解释为犯罪的可能性便越小^{[13]121-122}。

陈兴良教授的形式解释论在某种程度上来说,实际上是一种包含了实质性解释的解释论观点,其与张明楷教授的实质解释论最大的区别在于,更加注重解释方法的位阶性。解释方法上的位阶性是否必要以及是否可能,在德国学界存在很大争议。一直以来,并不缺乏在不同解释方法之间确立次序关系的努力^{[26]96}。在德国的法律实践中,一般并没有绝对的解释方法上的顺序^[27]。在具体个案中,当数个解释方法分别导出对立的结论时应采哪一种解释方法,长久以来人们都在努力尝试订出各种解释方法间的抽象顺序,但并没有成功^{[28]78}。但是,就刑法学领域来说,坚持语义优先的解释论立场的还是占多数。

笔者认为,从刑法解释的原理上来说,文意解释是法律解释的起点,是进一步实质解释的基础,其为进一步的实质解释划定了解释的基本框架。正如普珀教授所言,所有的解释都是对于一个制定法的文本所为,所以解释必须要从字面上的解释开始^{[28]80}。实质解释应当是形式解释的一种有益补充,但是,在文意解释已经可以很好地进行法律适用的场合,就没有必要再进入到实质解释的阶段。此外,刑法解释从文义解释开始便能够更好地守住刑法用语的“可能语义”这个解释的底线。阿列克西教授曾指出,在刑法中,文意解释却具有优先性的地位,这是基于基本法第103条得出的,刑法因此而发展出了另一条优先性的规则:基于日常口语的论据优先于基于技术性术语的论据^[29]。文意解释首先框定了解释的最大边界,因而,可以更好地防止类比推理的

发生。因而,在解释方法的选择上,还是应当坚持解释方法之间的位阶性。

(二)规范保护目的引导构成要件之解释

1. 刑法解释不是简单的逻辑涵摄

曾经有一个时代,人们满怀信心地热衷于认为,必定能够通过精确制定的规范建立绝对的法律清晰性和法律确定性,特别是保证所有法官和行政机关决定和行为的明确性^{[26]130-131}。这种对于立法的过于信任与对于司法能动性的过于怀疑,在思想基础上是一种纯粹的法学实证主义。正如罗可辛教授所言,法律理论中的实证主义主张将社会和政治的思维从法领域中排除出去,并以此凸显其特征,这从根本上导致了刑法学和刑事政策的对立^{[3]10}。实证法学方法论认为,法官进于两个客观的范围,即法律和案件,法官仅对二者进行包摄,在此法官并不作价值判断^[30]。实证主义者甚至认为,法律适用者的任务仅是将立法者的这个决定忠实地转换成司法实务^{[28]65-66}。然而,制定法适用是机械运转的“自动机”的学说被证明为谎言^{[26]154}。法律有其稳定性与权威性,因此,法律不能轻易地被修改。正是在此意义上,过于积极的立法论思维是应当被反思的。然而,现实社会的情境总是复杂的,因此,如何从法律文本中挖掘出规范含义就是一项至关重要的工作,而这项工作绝不仅仅是一个逻辑涵摄的结果。

2. 规范保护目的之妥当性

既然刑法解释不是简单的逻辑推演和涵摄,那么到底应当依靠什么来指导对于法条的解释呢?笔者认为,应当提倡一种规范保护目的引导的构成要件解释论。在文意解释所划定的框架内,还需要实质解释来补充。在此,笔者特别强调目的解释的重要性。这是因为,法律从其公布的瞬间就开始老化,法律解释也必须是适应社会的变化而进行柔软的目的论解释^{[18]13}。正如耶塞克教授所言,解释方法之桂冠当属于目的解释论之方法,因为目的论的解释方法直接追求所有解释之本来目的,寻找出目的观点和价值观点,从中最终得出有约束力的重要的法律意思^{[31]193}。

在目的论的解释中,这里的目的应当指的是法律的规范保护目的。刑法首先追求的是法益保护,因此就法的目的问题而言,对被保护的法益及刑法规定的保护范围的认识就显得非常重要^{[31]189}。在构成要件中,应当(在谨守罪刑法定原则界限之前提下)按照所保护的法益来进行解释^{[3]57-58}。一般认为,法益观念具有指导刑法的解释的机能^[32],法益

概念在刑法构成要件解释上不能被抛弃,认清构成要件所包涵的法益,不仅是最重要而且是应优先处理的法律解释问题^{[33]228}。法益及依附其上的犯罪之研究,必须透过法律解释方法而贯穿整个禁止内容。面对法律单纯的文字,法益的确定可以打开更宽广普遍的面向,一个如此的“犯罪成立的法益分析”可以作为法律解释的基础^{[33]229}。

以法益为指引的目的论解释,又可以分为目的论限缩解释和目的论扩张解释。目的性限缩解释,将形式上符合刑法构成要件但实质上不值得刑法处罚的行为排除出去,具有非常鲜明的刑事政策特征。这种目的性限缩解释,能够合理地从事司法论的范畴缩小犯罪圈,实现刑法的谦抑性。然而,对于法益引导的扩张解释能否被允许则存在很大争议。一种观点认为,如果将法律条文依形式上解释,而扩张其处罚范围,则属违宪^[34]。而与这种观点相反,对刑法规定扩充解释在现在的德国越来越得到承认^{[31]195-196}。笔者认为,这里的扩张是相对于刑法用语核心语义的扩张,而其边界是刑法的可能语义。扩张解释在一定程度上也可以促进辅助性法益保护这一刑法目的。因此,这一解释方法也是可以允许的,并不必然属于违宪的解释。然而,毕竟扩张解释是从刑法的核心语义向可能语义的边界扩张,因此会存在突破可能语义的风险。同时,刑法用语的可能语义边界并不精确,在这种情况下,这种扩张性的解释就应当非常慎重。并且,对于这种扩张性的解释,也应当更加充分地引入合宪性解释对其进行审查,以保证其适用的妥当性。因此,刑法适用解释应当以文义解释为原则、以论理解释为补充,照先文义解释后体系解释、历史解释、目的解释并最终诉诸于合宪解释的方法与顺序展开^[36]。

五、结语

时至今日,面对越来越复杂的社会环境,建立一种封闭犯罪论体系的想法必须被摒弃。一个纯粹建立在概念演绎基础之上的刑法体系将丧失其社会效益,变成一场学者们“自娱自乐”的“思维益智游戏”。刑法体系的构建只有通过刑事政策的引导,才能发挥出刑法应有的机能。然而,刑事政策对于刑法体系的介入也不能过度,刑事政策不能突破刑法学体系的边界。构成要件论作为犯罪论体系的入口,实际上也与刑事政策紧密联系在一起。而如何处理构成要件论与刑事政策的关系,将是刑事政策与刑法

体系沟通这一宏大命题的重要一环。

纵观构成要件理论的发展历史,从贝林所建构的构成要件论到以刑事政策为导向的构成要件论,刑事政策对于刑法体系的影响完成了从“体系外推进”到“体系内指引”的转变。在构成要件具有的诸多机能中,罪刑法定主义机能是最为根本的机能,它本身就是人权保障的刑事政策思想的产物。同时,构成要件的解释不应当是机械的逻辑涵摄和三段论的简单推演过程。在刑法解释中,解释者应当优先以刑事政策所代表的价值取向来填充其间的价值判断内容。通过为价值判断提供实体内容,刑事政策为教义学体系的演进提供方向性指导,防止后者蜕变为封闭僵化的存在^[36]。而这种价值内容,就是刑法的规范保护目的,即法益保护。因此,构成要件的解释应当坚持解释方法的位阶性,并且通过刑法规范保护目的来指引构成要件的解释,以促进实现刑事政策与刑法体系的有机结合。

注释:

- (1) 一直以来强调刑法中形式理性重要性的陈兴良教授,近期也做了一场名叫“刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开”的讲座。
- (2) 罗克辛教授曾经指出,规范性行为构成特征就具有双重地位:它“可以比喻为一个一头夹着法定的行为构成,另一头夹着违法性的大夹子”。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184页。
- (3) 例如,许玉秀教授指出,关于根本的错误发生在错误理论,而不在阶层理论,也可以说是发生在故意理论,因为故意的认识对象是什么决定如何判断错误。参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第113页。
- (4) 〔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187页。还有德国学者也认为,应当坚持犯罪构造三级说,只有这样才能从术语上毫不费力地将从一开始就不具有刑法意义的,也就是说,虽然具有构成要件该当性但不具备违法性的行为区别开来。参见〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第80页。金日秀教授也持类似的观点。参见〔韩〕金日秀:《关于犯罪论体系的方法论考察》,郑军男译,载《刑法论丛》2012年第2卷,第33页。

参考文献:

- [1] 梁根林. 现代法治语境中的刑事政策[J]. 国家检察官学

院学报,2008,(4):155.

- [2] 〔德〕许迺曼. 刑法体系思维导论[M]. 台北:新学林出版股份有限公司,2006.
- [3] 〔德〕克劳斯·罗克辛. 刑事政策与刑法体系[M]. 蔡桂生,译. 北京:中国人民大学出版社,2011.
- [4] 劳东燕. 公共政策与风险社会的刑法[J]. 中国社会科学,2007,(3):127.
- [5] 〔德〕约阿希姆·福格尔. 纳粹主义对刑法的影响[J]. 喻海松,译. 刑事法评论,2010,(26):296.
- [6] 〔德〕希尔施. 韦尔策尔以后的刑法教义学之发展[C]//科隆大学法律系600周年祝贺文集. 德国:卡尔·海曼斯出版社,1988.
- [7] 〔德〕沃斯·金德豪伊泽尔. 适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界? [J]. 蔡桂生,译. 国家检察官学院学报,2010,(5):149.
- [8] 〔日〕小野清一郎. 构成要件理论[M]. 王泰,译. 北京:中国人民公安大学出版社,2004.
- [9] 陈兴良. 构成要件论:从贝林到特拉伊宁[J]. 比较法研究,2011,(4):71.
- [10] 〔德〕克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第1卷)[M]. 王世洲,译. 北京:法律出版社,2005.
- [11] 〔日〕西原春夫. 构成要件的概念与构成要件的理论[J]. 陈家林,译. 法律科学,2007,(5):63.
- [12] 〔日〕西原春夫. 实行行为论[M]. 戴波,江溯,译. 北京:北京大学出版社,2006.
- [13] 张明楷. 刑法的基本立场[M]. 北京:中国法制出版社,2002.
- [14] 〔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.
- [15] 〔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,2003.
- [16] 〔日〕大谷实. 刑法总论[M]. 黎宏,译. 第2版. 北京:中国人民大学出版社,2008.
- [17] 〔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.
- [18] 〔日〕山中敬一. 刑法中犯罪论的现代意义[M]. 陈家林,译. 刑法论丛,2012,2(卷):8.
- [19] 〔日〕泷川幸辰. 犯罪论序说[M]. 王泰,译. 北京:法律出版社,2005.
- [20] 〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦. 刑法总论I——犯罪论[M]. 杨萌,译. 北京:法律出版社,2006.
- [21] 〔德〕克劳斯·罗克辛. 构建刑法体系的思考[J]. 蔡桂生,译. 中外法学,2010,(1):9.
- [22] 蔡桂生. 构成要件论:罪刑法定与机能权衡[J]. 中外法学,2013,(1):133.
- [23] 〔日〕前田雅英. 刑法学和刑事政策[G]//黎宏,译. 谢望原,张小虎. 中国刑事政策报告. 北京:中国法制出版社,2007.

- [24] 张明楷. 实质解释论的再提倡[J]. 中国法学, 2010, (4): 57.
- [25] 陈兴良. 形式解释论的再宣誓[J]. 中国法学, 2010, (4): 28.
- [26][德]卡尔·恩吉施. 法律思维导论[M]. 郑永流, 译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [27] Robert Alexy, Kiel and Ralf Dreier, *Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany*, in D. Neil MacCormick, Robert S. Summers, *Interpreting Statutes—A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1991, P92.
- [28][德]英格博格·普珀(Ingeborg Puppe). 法学思维小学堂: 法律人的 6 堂思维训练课[M]. 蔡圣伟, 译. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [29] Robert Alexy, Kiel and Ralf Dreier, *Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany*, in D. Neil MacCormick, Robert S. Summers, *Interpreting Statutes—A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1991, P95.
- [30][德]阿图尔·考夫曼. 法律哲学[M]. 刘幸义, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2011: 33.
- [31][德]汉斯·海因里希·耶塞克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [32][日]大塚仁. 犯罪论的基本问题[M]. 冯军, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1993.
- [33][德]许内曼. 法益保护原则——刑法构成要件及其解释之宪法界限之汇集点[M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2006.
- [34]余振华. 刑法深思·深思刑法[M]. 台北: 元照出版公司, 2005.
- [35]梁根林. 罪刑法定视域中的刑法适用解释[J]. 中国法学, 2004, (3): 120.
- [36]劳东燕. 刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象[J]. 政法论坛, 2012, (4): 30.

On Elements Theory of Consturction of the Criminal Pollicy Guidelines

WANG Huawei

(Law School of Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: The criminal law system should not be closed. If the criminal law system expected to be an effective system, it needs to be directed by criminal policy. However, the criminal policy should not intervene too deeply, and it should be limited in the boundary of criminal system. In the developing process of Tatbestand, the criminal policy had played an important promoting role. From Berling to Roxin's theory of Tatbestand, the effects of criminal policy on criminal law system have transformed from "promoting out of the system" to "directing in the system". The most significant function of Tatbestand, the principle of legality, is deeply revolved with the essence of criminal policy. The interpretation of Tatbestand is not the result of inflexible Subsumtion, but a process of discovering normative meaning from Tatbestand. The interpretation of Tatbestand should stick to the steps of interpretative theory, and directed by the normative goal of criminal law, in order to properly combine criminal policy and criminal law system.

Key words: criminal policy; criminal law system; theory of Tatbestand

责任编辑: 刘玉邦