

兩岸犯罪成立要件之比較

王 乃 彥*

目 次

壹、問題之所在

貳、關於犯罪的構成元素之比較

一、兩岸刑法學的隔閡—以林山田氏的評論為例

二、內戰前的犯罪成立要件

三、中國刑法學上的「犯罪構成」之思想源流

四、中國刑法學上的「犯罪構成」之內涵

五、兩岸犯罪構成元素之比較

參、關於犯罪評價體系之檢討

一、兩岸刑法學的隔閡—以陳興良氏的評論為例

二、共通的觀念—罪刑法定主義

三、犯罪評價體系之比較

肆、結語

關鍵字：犯罪構成、構成要件、犯罪客體、法益、罪刑法定主義。

Keywords：the constitution of crime, Tatbestand, the object of crime, Rechtsgut, principle of legality.

* 王乃彥，國立臺北大學法學博士，崇右技術學院專任助理教授。

摘 要

1949 年的兩岸分立，促使中國大陸走向前蘇聯的刑事法律制度，而與取法德國、日本刑事法律制度的我國漸行漸遠。不過，晚近大陸學界已開始積極吸納德國、日本刑法理論作為借鑑，並對繼受蘇聯刑法理論的得失做檢討。近來，兩岸交流日益頻繁，此種氛圍固然有助於透過理性對話去異求同，惟雙方若對彼此的刑法理論之基本概念，欠缺一定程度的理解，良性互動將難以開啟與延續。中國大陸自前蘇聯引進的「犯罪構成」理論，與我國承襲德國刑法理論而來的「構成要件」理論，即屬因誤解而被相提併論的適例。基於此，本文乃致力於澄清兩岸犯罪成立要件的內容，盼能增進雙方的認知。

The comparison on constitution of crime between Taiwan and Mainland China Wang, Nian-yen Abstract

With the separation of Taiwan and China since 1949, the Chinese criminal code drifted away from Taiwan's. The Chinese system followed the fundamentals of the formerly USSR system while Taiwan's originated from Germany and Japan. The Taiwan Strait remains intact while the rift widens. Of late Chinese scholars started to direct their attention to the criminological tenet of Germany and Japan for comparison and review.

Cross-strait exchange has become ever frequent. Such an atmosphere brings about rational dialog which conduces to iron out difference between Taiwan and China.

A common ground for basic criminological concepts is, however, lacking, as a result of insufficiency of mutual understanding. A benevolent intercourse is hard to come by, not to say continue.

The constitution of crime that China inherited from USSR runs counter to Tatbestand that Taiwan derived from Germany. It serves as a good example for comparison due to misunderstanding. Based on this, the Essay is devoted to clarification of the conditions of Tatbestand on both sides of the Strait in a hope to promote understanding.

壹、問題之所在

「刑法是掌握政權的統治階級為了維護本階級的利益和統治秩序，以國家名義頒布的關於什麼行為是犯罪和如何懲罰犯罪的法律¹」。出現在 20 世紀 80 年代的中國刑法教科書裡的論調，即便到了今日，也沒有完全消失。部分刑法論者，依然強調：「刑法也和國家一樣，是階級矛盾不可調和的產物。刑法從它產生的第一天起，就是統治階級意志的表現。不同統治階級的刑法體現了不同統治階級的意志，代表著不同統治階級的利益。因此，我們在研究刑法時，就必須從階級分析的方法入手來揭示該刑法所代表的究竟是哪個統治階級的意志和利益²」。

為什麼刑法的內容總是反映統治階級的利益呢？馬克思（Karl Marx, 1818-1883）在《政治經濟學批判》的前言，對於社會經濟結構與法律的關係，曾經做過這樣的論述：「在人們從事社會生產中，人群進入特定的、必然的、不受其意志左右的關係裡。這種關係可稱為生產關係。它與其物質生產力一定的發展階段相配稱。這些生產的關係的總體造成了社會的經濟結構，亦即實質的基礎。

在此基礎之上矗立著法律的與政治的上層建築，並且有與實質基礎相配稱的特定的社會意識形式之存在。物質生活的生產方式絕然地決定著社會的、政治與精神的生命過程。並不是人群的意識決定其存在，而是其社會存在決定其意識³」。如此說來，「統治階級的思想在每一個時代都是占統治地位的思想。這就是說，一個階級是社會上占統治地位的物質力量，同時也是社會上占統治地位的精神力量。支配著物質生產資料的階級，同時也支配著精神生產的資料，因此，那些沒有精神生產資料的人的思想，一般地是受統治階級支配的⁴」。

將馬克思以上所闡述的唯物史觀（經濟決定論）運用到刑法，自然而然也就得出：「在原始社會中，沒有階級，沒有國家，沒有法，也沒有法的部門之一的刑法。隨著社會生產力的發展和私有制的出現，社會分裂為階級，才產生了國家和法，以及法的部門之一的刑法。國家和法是與階級、階級鬥爭的存在緊密聯繫著的。將來到了共產主義社會，階級消滅了，國家與法歸於消亡，刑法也將隨之而消亡⁵」。

以馬克思主義為思想指導的刑法學，其

¹ 高銘暄主編，馬克昌、高格副主編，《刑法學》，法律出版社，1984 年，2 版，頁 1。

² 高銘暄、馬克昌主編，趙秉志執行主編，《刑法學》，北京大學出版社，2005 年 2 版，頁 4-5。

³ 洪謙德，《法律社會學》，揚智，2004 年，2 版，頁 110。

⁴ 中共中央馬克思、恩格斯、列寧、斯大林著作編譯局，《馬克思恩格斯選集 第一卷》，人民出版社，1972 年，頁 52。

⁵ 高銘暄主編，前揭註 1，頁 17。關於刑法在共產主義社會將歸於消亡之理由，可以參考帕舒卡尼斯以下的論述：「如果國家權力的刑事實踐在本質和內容上都是維護階級統治的工具，那麼形式上它就是法律上層建築的一部分，就作為法律體系的一個分支進入其中。……現存的赤裸裸的階級鬥爭借助於平等保護原則的外衣呈現出一種法律形式。於是自衛的行為不再是純粹的自衛，而成了一種交換形式，一種商品流通的特殊形式，它在正常的商品流通中找到自己的地位。犯罪和懲罰通過買賣形式貼上了法律的標籤。只要這種形式仍然保留，階級鬥爭就表現為法律對話的形式。反之，如果平等關係的原則消失了，刑法的特徵也就徹底無意義了。」帕舒卡尼斯著，楊昂、張玲玉譯，《法的一般理論與馬克思主義》，中國法制出版社，2008 年，頁 127-128。

基本課題就在於證實犯罪的發生、成長與資本主義的社會體制有所關連；凸顯在資本主義社會體制下，想根絕犯罪純屬空想；揭露資產階級刑事鎮壓與資產階級刑法意識形態的社會根源⁶。中國刑法論者之所以會認為：「舊中國國民黨政府的反動刑法反映了半封建、半殖民地的中國社會的政治和經濟特點，繼承和吸收了中國封建社會歷代反動刑法及資本主義國家與法西斯國家刑法的反動內容，因而它是一部集封建的、資本主義的和法西斯的刑法之大成的刑法⁷」，就是秉持唯物史觀及唯物辯證法來看待刑法所致。

就像馬克思在《關於費爾巴哈的提綱》裡所說的：「哲學家們只是用不同的方式解釋世界，而問題在於改變世界⁸」。對重視行動的馬克思信徒而言，刑法具有階級性的理論認識，必然要付諸實踐。是以，中共中央在1949年2月頒布《關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區的司法原則的指示》，明白指出：「任何反動法律—國民黨的六法全書也一樣—不能不多少包括某些所謂保護全體人民利益的條款，這正和國家本身一樣恰是階級鬥爭不可調和的產物和表現，即反動統治階級為保障其基本的階級利益（財產和政權）的安全起見，不能不在法律的條文中，一方面照顧它的同盟者或它試圖爭取的同盟者的某些部分利益，企圖以此來鞏固其階級統治；另一方面不能不敷衍一下它的根本敵

人—勞動人民，企圖以此來緩和反對它的階級鬥爭。因此，不能因國民黨的六法全書有某些似是而非的所謂保護全體人民利益的條款，便把它看作只是一部分而不是在基本上不合乎廣大人民利益的法律，而應把它看作是基本上不合乎人民利益的法律⁹。」接著在1952年，中共中央又展開另一場全國性的司法改革運動，更有系統地批判了國民黨統治時代的法律觀點，藉以在思想上整頓人民司法機關¹⁰。

關於1952年的司法改革運動，到底帶給中國什麼影響，有論者這麼給予評價：「由於當時批判過於簡單化和片面化，導致了對法律文化遺產的全面否定。在刑法理論上，則是對過去國民黨統治時期形成的一切刑法理論觀點和理論體系連同它們的載體（舊法書籍和舊法人員的頭腦）的全面否定，這次否定是如此徹底，以至於在刑法理論上幾乎出現了真空¹¹」。在中國刑法理論幾近真空的這段歲月，一批前蘇聯刑法專家前來擔任法政部門的顧問，到大學講學¹²。兩岸刑法學隨著中國大陸繼受前蘇聯法制，成為社會主義法制國家的一員，而彼此漸行漸遠。

貳、關於犯罪的構成元素之比較

一、兩岸刑法學的隔閡—以林山田氏的評論為例

⁶ A. A. Пюонткофスキー著，中山研一、上田 寬訳，《マルクス主義と刑法》，成文堂，1979年，頁4。

⁷ 高銘暄主編，前揭註1，頁21。

⁸ 中共中央馬克斯、恩格斯、列寧、斯大林著作編譯局，前揭註4，頁19。

⁹ 高銘暄主編，前揭註1，頁21-22。

¹⁰ 何秉松、科米薩羅夫、科羅別耶夫編，《中國與俄羅斯犯罪構成理論比較研究》，法律出版社，2008年，頁227。

¹¹ 何秉松、科米薩羅夫、科羅別耶夫編，前揭註10，頁227-228。

¹² 何秉松、科米薩羅夫、科羅別耶夫編，前揭註10，頁228。

在一篇首開風氣的兩岸刑法學比較研究中，林山田氏如此分析指出：

中國刑法學說上之犯罪構成理論所提出之四個構成犯罪之基本要件，就其內涵而言，應屬歐陸法系刑法學通說之目的犯罪理論之構成要件該當性之內容，至於違法性與罪責則未於犯罪論提及，此不但使犯罪構成理論與目的犯罪理論相形之下，顯得較粗糙而不夠明確精細，難怪在中國刑法學說上，正當防衛與緊急避難等阻卻違法事由未能置於犯罪構成理論體系下論述，而稱為「排除社會危害性的行為」，另闢領域，加以論述。此外，社會主義法制國家刑法只一味強調其階級性與工具性，自不能承襲歐陸法系刑法以罪責為刑法基礎之罪責刑法（*Schuldstrafrecht*），故在其犯罪構成理論，自亦不會將罪責當作一個構成犯罪之基本要件。此亦導致社會主義法制國家之刑事制裁制度中不致因有罪責原則之限制，而須在刑罰之外，另設保安處分之必要¹³。

林山田氏的以上指摘，有兩處有所誤解。

第一、林山田氏認為中國刑法理論的犯罪構成，相當於目的犯罪理論所稱構成要件該當性的內容，值得存疑。謹敘明理由如下：

首先，中國刑法理論的「犯罪構成」，繼受自前蘇聯。前蘇聯刑法論者構想「犯罪構成」的動機，是鑑於當時在政治上與資產階級相對立，亟思摒棄現成的德國犯罪理論，另行建立社會主義的犯罪理論體系，故而乃有「犯罪構成」係犯罪成立的主、客觀要件總和之理論問世¹⁴。前蘇聯刑法論者構想「犯

罪構成」理論的用意，既是為了和德國等資產階級刑法理論保持區隔，其內容必與德國刑法理論有別。基於此，由犯罪客體、犯罪客觀方面、犯罪主體、犯罪主觀方面組成的「犯罪構成」，按理說自應不同於目的犯罪理論所稱構成要件該當性的內容。

其次，參考北京大學法學院教授陳興良氏對中國刑法學上的「犯罪構成」所作的解說，即「我們現在所理解的犯罪構成，即犯罪成立條件意義上的犯罪構成，來自蘇聯刑法理論，蘇聯刑法學家 A·H 特拉伊寧根據主觀與客觀相統一的觀點，將犯罪構成整合為犯罪的主觀要件與客觀要件的統一，是刑事責任的唯一根據。這樣，從大陸法系刑法理論中以構成要件為核心的犯罪構成論到蘇聯及我國刑法理論中的犯罪構成論，就發生了一個從形式意義上的犯罪構成到實質意義上的犯罪構成的演進。如果對於大陸法系刑法理論中的犯罪構成概念與蘇聯及我國刑法理論中的犯罪構成概念之間的這種內涵與外延上的差別不加注意，就會出現理論上的混亂¹⁵」。由上述「犯罪構成」與犯罪構成要件的差異分析可以理解，「犯罪構成」不只是犯罪之主觀要件與客觀要件的統一，還是內涵違法性評價與有責性評價的法律定型。否則，「犯罪構成」無由成為刑事責任的唯一根據。基於此，中國刑法理論的「犯罪構成」，與目的犯罪理論所稱構成要件該當性，其內容迥然有別。

再者，按照中國刑法學教科書的論述：「刑法對犯罪構成的規定，由刑法總則與刑

¹³ 林山田，〈中國刑法總則評析〉，《刑事法論叢（二）》，1997年，頁333。

¹⁴ 趙微，〈俄羅斯聯邦刑法〉，法律出版社，2003年，頁26。

¹⁵ 陳興良，〈犯罪構成的體系性思考〉，《當代中國刑法新境域》，中國政法大學出版社，2002年，頁262。

法分則共同實現。刑法分則規定的是各具體犯罪的具體構成要件；總則規定了各種具體犯罪的共同要件。在根據分則條文認定具體犯罪的時候，決不能忽視總則條文規定的犯罪構成共同要件。只有把總則和分則密切結合起來，才能全面把握犯罪構成要件，做到正確定罪¹⁶。」既然在司法實踐上，只有把總則和分則密切結合起來，才能全面把握「犯罪構成」的要件，足見「犯罪構成」含有違法要素及責任要素。相對而言，貝林（Ernst von Beling, 1866-1932）開創的犯罪論體系的特色則在於，構成要件該當性、違法性及有責性三足鼎立。若是把違法要素及責任要素納入構成要件中，則違法性與有責性便會喪失其應有的獨立地位，井然有序的三階層犯罪論體系便不復在。準此以解，倘若中國刑法理論的「犯罪構成」，相當於目的犯罪理論所稱構成要件該當性的內容，應該不含違法要素及責任要素才是。然而，事實並非如此，由此可以得證，中國刑法理論的「犯罪構成」，與目的犯罪理論所稱構成要件該當性的內容，並不相當。

第二、林山田氏指出，社會主義法制國家的刑法學，在其犯罪構成理論，不會將罪責當作一個構成犯罪之基本要件。此一指摘，也值得存疑。

事實上，前蘇聯的刑法教材，對犯罪主體及犯罪主觀方面已有如下清楚的解釋：犯罪主體是指實施了犯罪行為的有責任能力者，

所謂有責任能力者，意指能夠理解並控制自己行為的人；犯罪主觀方面是指犯罪的內在（心理上的）方面。構成犯罪主觀方面的因素有：罪過，即以故意或過失的形式表現犯罪主體和他所實施的危害社會行為以及危害社會結果之間的心理上的關係¹⁷。中國的刑法教科書更是強調：罪過是任何犯罪成立必不可少的要件，僅有客觀上的損害而缺乏主觀上的罪過，不能認為構成犯罪，否則便是客觀歸罪¹⁸。由此看來，社會主義法制國家的刑法學，並未將罪責排除在犯罪成立要件之外。

二、內戰前的犯罪成立要件

20 世紀初，清王朝為廢止外國的領事裁判權，以維護朝不保夕的政權，開始繼受西方法制。由於受聘前來協助制定法典者，皆為日籍學者，且赴日受法學教育也蔚為時代風氣¹⁹，加之，民國建立後在大理院從事審判工作的推事，其中曾留學外國者，亦以日本居多²⁰，我國法學發展因此深受日本影響，刑法學也不例外。

早期的日本刑法學論者，多是依據犯罪的形式意義作具體引申，而規定出犯罪的共通成立要件。例如，岡田朝太郎（1868-1936）先將犯罪的形式意義表述為：違反附有刑罰制裁的禁令或命令，且不屬於權利行使的行為²¹。繼之，又以犯罪的形式意義為基礎，分析得出成立犯罪不可或缺的

¹⁶ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 53。

¹⁷ H·A·別利亞耶夫、M·П·柯瓦廖夫主編，馬改秀、張廣賢譯，《蘇維埃刑法總論》，群眾出版社，1987 年，頁 83-84。

¹⁸ 高銘暄主編，前揭註 1，頁 100。

¹⁹ 李貴連，〈近代中國法律的變革與日本影響〉，《近代中國法制與法學》，北京大學出版社，2002 年，頁 79-86。

²⁰ 黃源盛〈民初大理院（1912—1928）〉，《民初法律變遷與裁判（1912—1928）》，2000 年，頁 37-38。

一般要素，計有：以刑罰為法律制裁的禁令或命令、支配行為的意思、有意的舉動即行為、行為不屬於權利的行使等四個條件²²；大場茂馬（1869-1920）也是先將犯罪的形式意義表述為：犯罪係法律上的可罰行為²³。接著，又從犯罪的形式意義引申出以下六個構成犯罪要素：即施行犯罪的行為人、行為人在法律上有負責能力、行為、行為違法、行為人對其行為負責任、刑法有將該行為定為犯罪科處刑罰的規定²⁴。

我國早期刑法論曾劭勳氏，在解說犯罪的構成要素時，也分析指出：「大凡一種犯罪事實：必有施之者，是謂犯罪之主體；又必有受之者，是謂犯罪之客體；施受之間，必有其行為；行為之至於犯罪也，又必其行為在客觀上為違法，在主觀上有責任，而後始為不法行為既如前述。第各種法令，均有其法令上之不法行為。而所謂犯罪（刑法上之不法行為）者，要必有刑罰法令上所列舉之事實（學者稱之為犯罪構成事實）而以刑罰為制裁者也，故犯罪之構成要素，可大別為六：1 主體（Subjekt）、2 客體（Objekt）、3 行為（Handlung）4 責任（Schuld）責任能力、責任條件 5 違法（Rechtswidrigkeit）違反於法律之所禁止或命令、不免於法令之所容許或所放任 6 犯罪構成事實（Verbrechensthatbestand）²⁵。」如就以上犯罪概念的語理分析，再做分析則可以得出：

主體、客體及行為這三個犯罪概念構成要素，說明了犯罪具有實體性的經驗事實的一面；責任與違法這兩個犯罪概念構成要素，顯示犯罪所負載的特定價值判斷。犯罪構成事實這個犯罪概念構成要素，表現出犯罪是特定內容價值判斷與經驗事實性行為的合一。

尤其值得注意的是，岡田朝太郎在 1900 年到過德國，追隨李斯特（Franz von Liszt, 1851-1919）研究刑法學²⁶；知名刑法學者王觀（1890-1981）赴日留學所師從的牧野英一（1878-1970），也是日本新派刑法學的靈魂人物。新派刑法學對我國刑法學的影響，不容忽視。

關於一般犯罪概念的成立要件，牧野英一氏有如下解說，即犯罪行為必備的屬性有三：侵害性、違法性及有責性。一、犯罪係侵害行為。行為，唯有在其產生一定侵害或危險時，始屬犯罪。刑法分則各條正是以侵害或危險為內容的個別規定。二、犯罪係違法行為。符合刑法分則各條規定的行為，就原則而言，也是法律上的違法行為。不過，在具有阻卻違法事由的場合，法律上並非違法行為。由是可知，犯罪除侵害性之外，尚須具備違法性。侵害性與違法性，皆屬犯罪的客觀要件。三、犯罪係有責行為，此為犯罪的主觀要件。責任能力與責任條件，係行為有責性必備的要件²⁷。

王觀氏在刑法教科書理也有類似的解明：

21 岡田朝太郎，《日本刑法論》，有斐閣，1896 年 2 版，頁 104。

22 同前註，頁 117-118。

23 大場茂馬，《刑法總論 上卷》，1918 年 2 版，頁 418。

24 同前註，頁 421。

25 曾劭勳，《刑法總則》，1974 年，頁 70。

26 小林好信〈岡田朝太郎の刑法理論〉，吉川經夫、內藤謙、中山研一、小田中聰樹、三井誠編，《刑法理論史の總合的研究》日本評論社，1994 年，頁 181。

27 牧野英一，《刑法總論 上卷》，有斐閣，1958 年，15 版，頁 260-261。

「犯罪客觀的要件有二：其一，行為之危險性；其二，行為之違法性，是也。行為而有危險性與違法性之存在，夫而後可稱為非社會性的行為²⁸」。「行為之危險性云者，謂行為有侵害法益之虞或侵害法規所保護之利益者也²⁹」。「刑法不積極的明示行為之違法性之為何，而從反面舉示阻卻違法之事由，規定某種行為為權利行為，命對手人有甘受其行使權利之義務，復規定某種行為為放任行為，不加處罰者；是即所謂無違法性之行為也。有阻卻行為違法性之事由存在，縱令該行為之外形，與刑罰法令各本條列舉事實相當，仍不構成犯罪³⁰」。「任責無能力人所為之行為以及任責能力人所為之行為而不出於故意或過失者，不能謂其有非社會性，行為者缺乏非社會性，自無犯罪之足言。易詞而言之，以任責能力與故意、過失為構成犯罪的主觀要件³¹」。

此外，參與過現行刑法典之制定的趙琛（1899-1969），在刑法教科書裡，亦曾表示：

現實主義，主張犯人惡性表現為外部行為之時，始得科以刑罰，於犯人利益特別保護，固有所長，但為哲學上唯心的意思自由論，而缺實證的根據，實其所短。至徵表主義，胚胎於近世自然科學上之意思必至論，自有實證的基礎，且以犯罪本質，為犯人之主觀的心理狀態（反社會的惡性），在防衛社會之立場，固有相當之理由，然人類心理

狀態之測定，較為困難，亦竟有不可能者，即云有測定之可能，而其測定果屬得當與否，亦屬疑問，若以如斯不確實之心理狀態，為刑事責任之唯一條件，恐制裁不公，判決錯誤之事，層出不窮，反足以紊亂社會之秩序，違反法律之正義矣。要之犯罪之認定，不能離開一定之行為，唯刑法之真正使命，則在於改善犯人之惡性，所應注意耳，故掌刑事裁判之職務者，一方須詳查犯人之客觀的事實，他方須研究犯人之主觀的惡性，而後依據法律，科以刑罰也³²。

趙琛氏強調，犯罪的認定，離不開一定的行為。之所以如此，是因為不透過行為，實在無從得知，人有無惡性（犯罪的傾向性或再犯的高度可能性³³）。這正是牧野英一所說，依據吾人的智識與經驗，非要某人做出特定的行為之後，始有可能分辨其人有無惡性。所以，必須在法律上將特定行為規定為犯罪，並以其為科刑要件³⁴。對於以犯罪行為驗證行為人有無反社會性格的理論，蔡墩銘氏也有如下解說：

刑法學者對刑法分則各本罪所規定之事實，不一其見解，其有認此係屬於構成要件者，亦有認此係屬於行為危險行性者，頗有不同；前者之主張者採構成要件論（Tatbestandslehre），而持後者之主張者可謂為採危險性犯罪論。以構成要件為刑法規定之中心，固係出諸德國學者貝林（Beling）等所提倡，然而以危險性為犯罪之上位概念者，則為日

²⁸ 王觀，《中華刑法論（1930936）》，中國方正出版社，2005年，頁81。

²⁹ 王觀，前揭註28，頁81。

³⁰ 王觀，前揭註28，頁82。

³¹ 王觀，同前註28，頁82。

³² 趙琛，《刑法總論》，1982年，改訂15版，頁77。

³³ 蔡墩銘，《刑法基本理論研究》，漢林，1988年，2版，頁235。

³⁴ 牧野英一，〈犯罪徵表說〉，《罪刑法定主義と犯罪徵表說》，有斐閣，1929年，4版，頁184。

本學者牧野英一所創始。關於此二種理論之孰是孰非，姑不具論，但應予以認識者，即危險性犯罪論在我國頗為流行，而採構成要件論之學者，為數不多。例如趙琛、韓忠謨諸氏均趨向於危險性犯罪論³⁵。

由蔡墩銘氏的解說可以了解，追隨牧野英一的趙琛、韓忠謨諸氏，即便提及「構成要件」，未必就是貝林提倡的以構成要件為基礎的階層犯罪理論。

三、中國刑法學上的「犯罪構成」之思想源流

「犯罪構成」是中國在 20 世紀 50 年代從蘇聯引進的刑法學概念³⁶。當時出版的刑法學教材，例如中國人民大學刑法教研室與北京政法學院刑法刑訴教研室編印的《中華人民共和國刑法教學大綱（1956 年）》、中國人民大學法律系刑法教研室編印的《中華人民共和國刑法總則講義（初稿）（1957 年 2 月）》、張中庸編，由東北人民大學出版的《中華人民共和國刑法（1957 年 4 月）》、中央政治幹部學校刑法教研室編著的《中華人民共和國刑法總則講義（1957 年 9 月）》、西南政法學院刑法教研室編印的《中華人民共和國刑法總則講義（初稿）（1957 年 10 月）》，其所論述的犯罪構成，無一不是以消化、吸收蘇聯的犯罪構成理論為主要內容，甚至連書中所舉的例子都是抄來的³⁷。前蘇

聯刑法學上的犯罪構成理論，對中國刑法學上的「犯罪構成」影響之深，由此不難推想得知。

「犯罪構成」在中國刑法學上的發展，並非自始就很順遂。1957 年整風反右之後，政治情勢的變化，促成法律虛無主義的泛濫，以致「犯罪構成」理論遭到尖銳的批評、全面的否定，而成為無人敢言的法學禁區³⁸。何以法律虛無主義會帶來對「犯罪構成」的貶抑？林山田氏以下的敘說，可以提供我們有益的思考觀點：

中國共產黨之統治一度盛行法律虛無主義，運動來了，就不要法，尤其以文化大革命時代為最。當時還認為馬克斯主義即是國家之根本大法，政治即是法律，誰要是講到法律，就會被戴上「宣揚法律至上」，鼓吹「法律萬能」等大帽子，而遭到鬥爭。因此，出現政治部門不敢講法律，政法學校不敢講授刑法、民法等課程，專門研究機構不敢研究法學等怪現象³⁹。

1979 年 7 月 1 日，第五屆全國人民代表大會第二次會議，中華人民共和國刑法經議決通過，於 1980 年 1 月 1 日施行。刑法典的頒布與施行，使「犯罪構成」重新成為刑法理論研究的重要課題⁴⁰。關於「犯罪構成」迄今的理論發展，儘管較諸以往更能與中國實際情況相結合，在內容與體系上有所創新，惟其理論體系與主要理論觀點並沒有根本性

³⁵ 蔡墩銘，前揭註 33，頁 177。

³⁶ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 52；趙秉志主編，《刑法總論》，中國人民大學出版社，2007 年，頁 141。

³⁷ 何秉松、科米薩羅夫、科羅別耶夫編，前揭註 10，2008 年，頁 230 註 1、註 2。

³⁸ 何秉松、科米薩羅夫、科羅別耶夫編，前揭註 10，頁 230 註 3；陳興良，《規範刑法學 上冊》，中國人民大學出版社，2008 年，頁 99。

³⁹ 林山田，〈中國之刑事立法及其刑法學〉，《刑事法論叢（二）》，1997 年，頁 383。

⁴⁰ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 56。

的改變，無法滿足中國當代法制建設的要求。基於此，不少刑法論者開始試圖對傳統犯罪構成理論進行創新與突破⁴¹。

「犯罪構成」理論研究的復甦，除了增進刑法學的發展值得稱道之外，促成人權意識灌注於刑法學之中，更是可貴。有論者在評論這段不堪回首的過去時提到：「文化大革命期間所以出現那麼多冤假錯案，除了由於林彪、江青反革命集團及其幫派體系有意誣陷這個主要原因以外，也同長期內否定犯罪構成理論這個不正常的狀況分不開的⁴²」。對 1957 年整風反右貶抑「犯罪構成」的反省，確實讓人深切體會到恣意曲解刑法理論對刑事司法實踐帶來的戕害。張明楷氏對中國刑法學上的「犯罪構成」所做的以下解說，就清楚彰顯「犯罪構成」與人權保障之間的關連，他指出：

犯罪構成並不是一種抽象的法律概念，而是犯罪的社會危害性的法律標誌。犯罪的本質特徵是應當追究刑事責任程度的社會危害性，故認定犯罪的實質標準是行為具有該程度的社會危害性；但如果由司法工作人員直接根據行為的社會危害性認定犯罪，必然陷入罪刑擅斷局面；因此，必須由立法者規定出犯罪的標誌；犯罪構成要說明行為在何種條件下具有犯罪的社會危害性而成立犯罪，故必須以犯罪的社會危害性為實質依據；換

言之，立法者是通過規定犯罪構成而使犯罪的社會危害性具體化、特徵化的，正是在此意義上說，犯罪構成是犯罪的社會危害性的法律標誌或者法律表意形式⁴³。

承前所述，中國刑法學上的「犯罪構成」，是在 20 世紀 50 年代，從俄國繼受而來的刑法理論。俄國刑法學上「犯罪構成」，則是在 19 世紀中葉，從德國引進的刑法理論。事實上，俄文的 *состав преступления*（犯罪構成），就是德文 *Tatbestand* 的翻譯，用以表示成立犯罪必要的一定數量客觀要件與主觀要件⁴⁴。

德文 *Tatbestand* 的觀念源起，可以追溯到 13 世紀。在中世紀末期以迄近世初期這段時間，國家刑法日益發達，職權主義的刑事程序，隨之也成為時代的要求。經過義大利註釋學派的整理而統合的羅馬—教會法，因勢利導，而成為回應時代需求的首選。這種職權主義的審判程序，得大別為「一般糾問」與「特別糾問」兩個階段。前者，目的在證實犯罪的存在與否；後者，則是為了證實犯人是誰⁴⁵。換言之，一般糾問的主要目的，在發現犯罪的外部形跡；特別糾問，則是為了使犯人坦承曾經做過犯罪行為⁴⁶。

在彈劾式刑事程序之下，絕大多數的場合，犯罪行為人皆為被害人所指認。後續的刑事程序，乃圍繞被指認的犯罪行為人來進

⁴¹ 劉豔紅主編，《刑法學總論》，北京大學出版社，2006 年，2 版，頁 53。

⁴² 高銘暄主編，前揭註 1，頁 96。另請參閱陳興良，《刑法適用總論》，中國人民大學出版社，2006 年，頁 111-112。

⁴³ 張明楷，《刑法學上》，法律出版社，1997 年，頁 98。

⁴⁴ 何秉松、科米薩羅夫、科羅別耶夫編，前揭註 10，頁 5-6、頁 216-217。

⁴⁵ 高田卓爾，《刑事訴訟法》，青林書院，1958 年，2 版，頁 7；鈴木茂嗣，《刑事訴訟法》，青林書院，1983 年，頁 7-8；團藤重光，《新刑事訴訟法綱要》，創文社，1984 年，7 訂版，頁 5-6。

⁴⁶ 佐伯千仞，〈タートバスタソト序論—いわゆる構成要件の理論のために〉，《刑法における違法性の理論》，有斐閣，1974 年，頁 102。

行。故而，沒有必要把證明犯罪行為的程序，與證明犯罪行為人的程序，硬分成兩個不同階段。反之，在糾問式刑事程序之下，係由法官依職權開始調查。是以，合乎事理的順序，毋寧為先澄清犯罪事實，再追查犯罪行為人。區分一般糾問與特別糾問的道理就在於此⁴⁷。按照義大利的糾問式刑事程序，糾問法官，在對涉嫌犯罪的特定人進行特別糾問之前，便必須先依循一般糾問程序，證明確實有人施行了犯罪。出現在十三世紀文獻中的 *constare de delicto*，指的就是在一般糾問程序中犯罪的外部形跡被證實。在進行特別糾問之前，需要證實的全體客觀事實 *constare de delicto*，後來被註釋學派論者法惹納休斯（Prosperus Farinacius 死於 1618 年）稱為 *corpus delicti*，用以表示能夠證明犯罪外部形跡的所有客觀事實，通常被稱為「罪體」，伴隨義大利訴訟程序的繼受，後來也流傳到德意志⁴⁸。

在刑事訴訟程序上，必須確定客觀犯罪事實的存在，並將證明犯罪事實的證據向犯人提示。其中，作為有罪認定之憑據的「罪體」，克萊恩（Ernst Ferdinand Klein, 1744-1810）把它翻譯成德文 *Tatbestand*（構成要件）而引進刑法。克萊恩所構想的 *Tatbestand*（構成要件），目的在防範法官的專橫，其構成要素包括犯罪的結果以及惹起結果的行為，皆具有外在、客觀的性質⁴⁹。

承前所述，按照義大利的糾問式刑事程序，糾問法官，在對涉嫌犯罪的特定人進行特別糾問之前，必須先依循一般糾問程序，證明確實有犯罪發生。那麼，在進入特別糾問程序之後，該如何證明對被告的指控屬實？起初，證明被告指控無誤的方法，係按照《舊約·申命記》第十七章與第十九章的記述，要求有兩位證人發誓之後予以證實。後來，為了避免冤枉無辜的被告，除了證人的供述之外，還要求被告的自白。同時，在被告有犯罪嫌疑，又拒絕自白以滿足問罪科刑所需時，則容許審判者對其施以拷問⁵⁰。

類似的情形，也出現在古代中國的刑事審判程序。凡是涉及人命的案件，依據不成文的慣例，必須具備「屍」、「傷」、「病」、「物」、「踪」五項要件，否則不予受理。這五項要件，「屍」意指屍體；「傷」是屍體經過檢驗之後，發現致命傷痕；「病」意謂屍體經過檢驗之後，發現致命的病因；「物」指的是致命凶器之類的物證；「踪」則為足以證明確有行凶之事的證人供述⁵¹。

審判者在受理刑事案件之後，按照《唐律·斷獄律》〈訊囚察辭理〉條之規定：「諸應訊囚者，必先以情審察辭理，反覆參驗猶未能決，事須訊問者，立案同判，然後拷訊，違者杖六十。若贓狀露驗，理不可疑，雖不承引，即據狀斷之。若事已經赦，雖須追究，

47 平場安治，〈構成要件欠缺の理論（一）〉，《法學論叢》，1947 年，53 卷 5・6 號，頁 38。

48 小野清一郎，〈構成要件概念の訴訟法的意義〉，《犯罪構成要件の理論》，有斐閣，1953 年，頁 411；西原春夫，〈犯罪論における定型的思考の限界〉，《犯罪實行行為論》，成文堂，1998 年，頁 30。

49 瀧川幸辰，〈刑法における構成要件の機能〉，《瀧川幸辰刑法著作集第五卷》，1991 年 2 版，頁 318；佐伯千仞，前揭註 46，頁 10203；西原春夫，前揭註 48，頁 30。

50 薩達卡特·卡德里著，吳懿婷譯，《審判的歷史》，商周，2007 年，頁 66-67。

51 郭建，《案發當時：大宋提刑官斷案寶典》，中華書局，2006 年，頁 3-4。

並不合拷。」所謂「賊狀露驗」，意指「計賊者見獲真賊；殺人者檢得實狀」，在罪證確鑿的情況下，即使被告不坦承犯行，也無礙對其問罪科刑。反之，在審判者掌握的罪證尚不足以認定被告犯行，又懷疑其未據實以告的場合，就有必要為了究明事實真相，而在長官協同下施以拷問，迫使被告吐實⁵²。

經由前述法制史敘述可知，在採行糾問主義刑事程序的前提下，將犯罪事實的有無與罪犯何人區分為先後兩階段；為查證罪犯何人，容許法官刑求犯罪嫌疑人，並不罕見。在此種刑事程序之下，作為進行特別糾問之法律要件的犯罪事實證明，即具有節制法官權力以保障犯罪嫌疑者人權的功能，值得我們留意。

Tatbestand（構成要件）在克萊恩那裡，多少還染有程序要件的色彩，真正賦予其實體法上地位者為史秋貝爾（Christoph Carl Stubel, 1724-1804）⁵³。當時，刑法教科書都是從國家刑罰的本質及根據開始討論起，史秋貝爾也不例外。同樣也是順著刑罰的本質、刑罰的條件，進而討論到 Tatbestand（構成要件）的概念應該如何界定。由於史秋貝爾支持特別預防的觀念，認為刑罰的根據就在犯罪意思之中；行為人的意志必須藉助刑罰予以改善，嚇阻行為人再犯最為緊要。從而，Tatbestand（構成要件）乃被理解為搜尋犯罪意志的手段，亦即，足堪認定刑罰所設想的危險心情之事實的全部。犯罪的本質，既然在於呈現犯罪意思，只要有辦法掌握犯罪意思，屬於 Tatbestand（構成要件）的結果，實

際上發生與否就不是那麼重要了。例如，殺人罪的 Tatbestand（構成要件）係殺害「人」，錯把死人誤認為活人對其開槍的行為，不能說是殺人行為，因為死人已不是人。可是，錯把死人當活人對其開槍的行為人，難道不是和現實上對人開槍的行為人一樣都具備可罰性嗎⁵⁴？

費爾巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833）認為刑罰是對威脅共同體安全之權利侵害所發出的預告，採取心理威嚇的觀點。換言之，刑罰預告之目的在抑制犯罪的實行，倘若有刑罰預告的情況下，權利侵害仍然發生，即有必要執行刑罰，表明刑罰預告並非虛張聲勢。從而，權利侵害的事態（Tatbestand）如果不存在，例如，遭槍擊的對象是死人、伸進去掏摸的褲袋空無一物，則發動刑罰施予威嚇的條件，即有欠缺。換言之，只要權利未遭侵害，和平便不致面臨威脅。在這種場合動用刑罰，即無意義。既然需有結果始可能產生權利侵害，結果就應該屬於 Tatbestand（構成要件）的要素⁵⁵。此外，按照費爾巴哈的見解，Tatbestand（構成要件）乃是有關某種違法行為之法律概念內含的特定行為或事實之整體。除了外部行為、結果等客觀要素，也包括特定目的，或者對某些犯罪而言必須具備的故意等主觀要素在內⁵⁶。

俄國刑法論者塔甘采夫（H. C. Tatbestand），在費爾巴哈前揭 Tatbestand 論述的基礎上，更進一步解明其內在結構為：主體以行為作為中介而作用於客體，即主體—行

⁵² 長孫無忌，《唐律疏議》，臺灣商務印書館，1965年，頁369-370。

⁵³ 瀧川幸辰，前揭註49，頁318-319；佐伯千仞，前揭註46，頁103。

⁵⁴ 瀧川幸辰，前揭註49，頁319；佐伯千仞，前揭註46，頁103。

⁵⁵ 瀧川幸辰，前揭註49，頁319；佐伯千仞，前揭註46，頁103-104。

⁵⁶ 西原春夫，前揭註48，頁31。

為一客體。並將作為中介的行為，再區分為行為的主觀方面與行為的客觀方面。這種四要件一體化的基本格局，至今仍然維持著。由此不難看出費爾巴哈的刑法理論對俄國刑法學的影響⁵⁷。中國刑法學上的「犯罪構成」繼受自前蘇聯，自然不免受到費爾巴哈的 Tatbestand 理論之影響。

四、中國刑法學上的「犯罪構成」之內涵

中國刑法學和俄國刑法學一樣，都把「犯罪構成」看成是：犯罪客體、犯罪的客觀方面、犯罪主體、犯罪的主觀方面所組成的整體⁵⁸。所謂犯罪客體，係指「刑法所保護的、為犯罪行為所侵犯的社會關係⁵⁹」；犯罪的客觀方面，則是「刑法所規定的、說明行為對刑法所保護的社會關係造成侵害的客觀外在事實特徵⁶⁰」，其具體表現為危害行為、危害結果、行為的時間、地點、手段與對象等⁶¹；犯罪主體，乃指「實施危害社會的行為、依法應當負刑事責任的自然人和單位⁶²」；犯罪主觀方面，意謂「犯罪主體對自己行為及其危害社會的結果所抱的心理態度。它包括罪過（即犯罪的故意或犯罪的過失）以及犯罪的目的和動機這幾種因素⁶³」。

按照中國刑法學的通說，「犯罪構成」

乃是依照刑法的規定，決定某一具體行為的社會危害性及其程度，而為該行為構成犯罪所必需的一切客觀和主觀要件的有機統一⁶⁴。換言之，「犯罪構成」並不是這前述四方面要件的加總，而是各個要件按照犯罪構成的要求相互聯繫、相互作用⁶⁵。強調「犯罪構成」係行為構成犯罪之主、客觀要件的有機統一，是因為「犯罪構成」負有解明某種行為是否具有已達犯罪程度的社會危害性之任務。唯有犯罪客體、犯罪的客觀方面、犯罪主體、犯罪的主觀方面等要件，有機地結合在一起發揮作用，做到主客觀要件的有機統一⁶⁶，始能完成其任務。

以犯罪主體與犯罪的主觀方面為例：「在資產階級的刑法學中，犯罪主體是被視為客觀的犯罪構成要件，而在我國刑法學中，一般是把它與犯罪主觀方面一起作為犯罪構成的主觀要件。理由就在於，我國刑法學認為，犯罪主體中所研究的刑事責任年齡和刑事責任能力問題，實質上是研究行為人主觀上對自己行為的認識或控制能力問題。也就是說，行為人在實施某種危害行為時，主觀上是否具有認識或識別自己行為的意義和性質，從而能否支配或控制自己的行為。在這一點上，犯罪主體與犯罪主觀方面中所論及的“認識”

⁵⁷ 何秉松、科米薩羅夫、科羅別耶夫編，前揭註 10，頁 406；薛瑞麟，《俄羅斯刑法研究》，中國政法大學出版社，2000 年，頁 115。

⁵⁸ 馬克昌主編，《犯罪通論》，武漢大學出版社，2005 年 3 版，頁 87。

⁵⁹ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 55。

⁶⁰ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 64。

⁶¹ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 65。

⁶² 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 89。

⁶³ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 109。

⁶⁴ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 52；劉豔紅主編，前揭註 41，頁 53；齊文遠主編，《刑法學》，北京大學出版社，2007 年，頁 56；趙秉志主編，刑法總論，中國人民大學出版社，2007 年，頁 141。

⁶⁵ 趙秉志主編，同前註 64，頁 142。

⁶⁶ 馬克昌主編，同前註 58，頁 69-70。

或“預見”的問題有機地聯繫在一起，這兩方面的要件是相互作用，相輔相成的⁶⁷」。

也有論者從系統論的觀點考察「犯罪構成」，認為任何犯罪都是犯罪主體的一種侵害的對象性行動，在此一對象性行動中，犯罪主體與犯罪客體是對立統一的關係，它們必然互相規定，互為前提。離開犯罪客體就沒有犯罪主體，反之亦然。同樣地，作為連結犯罪主體與犯罪客體的中介之犯罪活動，既包含犯罪行為等客觀方面諸要素，又具有犯罪思想意識等客觀方面諸要素的統一體，這兩方面也不可分割地聯繫在一起，缺少其中任何一部分都不可能形成統一的犯罪活動過程⁶⁸。由是以觀：「傳統的犯罪構成理論認為犯罪構成要件包括犯罪主體、犯罪客體、犯罪主觀方面、犯罪客觀方面四個方面的要件是合理的，但是，必須根據唯物辯證法的系統觀，把它們視為一個統一的不可分割的有機整體，才能作出科學的解釋⁶⁹」。

依據中國刑法學的舊通說，犯罪客體是指刑法所保護，而為犯罪行為所侵害的社會主義社會關係⁷⁰。從馬克思在《德意志意識形態》裡的說法：「以一定方式進行生產活動的一定的個人，發生一定的社會關係和政治關係。經驗的觀察在任何情況下都應當根據經驗來揭示社會結構和政治結構同生產的關係，而不應當帶有任何神秘和思辨的色彩。社會結構和國家經常是從一定個人的生活過

程中產生的⁷¹」，可以看出「社會關係」具有特殊意涵。

按照馬克思主義刑法的信條，「在剝削階級私有制占統治地位的社會裡，剝削階級的思想、政治、法律、道德等關係也必然占統治地位。所以，社會關係是有鮮明的階級性的。任何危害占統治地位的社會關係的行為，都必然危害統治階級的利益，因而才被統治階級認為是犯罪。犯罪的階級性也就在於此……資產階級刑法是為少數剝削者服務的。資產階級刑法學者為了掩蓋犯罪的階級本質和犯罪客體的政治內容，總是抽象地論述犯罪客體……那種用抽象的法益或具體的人和物作為犯罪客體的論點，目的都是為了掩蓋犯罪客體的政治內容和刑法對勞動人民實行鎮壓的真正作用⁷²」。從而，「每一個力圖取得統治的階級，如果它的統治就像無產階級的統治那樣，預定要消滅整個舊的社會形態和一切統治，都必須首先奪取政權，以便把自己的利益說成是普遍的利益⁷³」。

隨著中國大陸現實社會環境的改變，犯罪客體的意涵已有所轉變，正如論者所指陳：「從上位法看，1988年4月12日通過的《中華人民共和國憲法修正案》第1條明確規定，國家保護私營經濟的合法權利和利益，對刑法保護私有經濟提出了要求。從社會現實看，我國社會主義初級階段，多種經濟成分、社會關係並存，它們客觀上都需要刑法的保護

67 馬克昌主編，同前註58，頁70。

68 何秉松主編，《刑法教科書》，法制出版社，1997年，頁188。

69 同前註。

70 高銘暄主編，前揭註1，頁106。

71 中共中央馬克斯、恩格斯、列寧、斯大林著作編譯局，前揭註4，頁29。

72 高銘暄主編，前揭註1，頁106-107。

73 中共中央馬克斯、恩格斯、列寧、斯大林著作編譯局，前揭註4，頁38。

74 齊文遠主編，同前註64，頁65。

⁷⁴」。是故，今日的通說，為了適應社會現況，也務實地去除掉犯罪客體定義內含的社會主義限制，將其表述為：刑法所保護，而為犯罪行為所侵害的社會關係⁷⁵。

尤其值得注意的是，晚近中國刑法論者主張將犯罪客體排除在犯罪構成之外者，日漸有力⁷⁶。

例如，李曉明氏對犯罪客體的定位，就提出了以下精闢的分析：「法益實際上就是我國刑法理論上所講的被侵犯的客體，如同我國刑法通說所認為的，被刑法保護的而為犯罪行為所侵害的社會主義社會關係（即國家或公民的利益與權益）。誠然，刑法所保護的利益與權益有的也可以用社會關係來概括，但一方面社會關係不是一個專門的法律用語，它在更大程度上是一種社會學和政治學的概念與範疇；另一方面有時使用社會關係也不免有些牽強，如刑法所保護的生態環境與自然環境，用法益來概括比用社會關係更為適合與恰當。從現實情況看，我國刑法第2條和第13條及其他總則與分則的規定，均體現著保護法益的內容與規定；相反沒有一個章節將社會關係作為犯罪條件，而是將權利、秩序、利益作為犯罪客體，這實際上用法益來對它們進行概括。由此看來，過去我們在刑法理論中講的犯罪客體正是我們今天所講的刑法法益，兩者是相通的，也是可以置換的。但有兩點必須說明：(1)過去我們談犯罪客體是在犯罪構成要件中談的，即

犯罪客體是我國傳統理論中四大構成要件之一，而今天我們談的刑法法益與犯罪成立毫不相干……(2)刑法法益（犯罪客體）與行為客體（犯罪對象）不同，二者不能等同置換⁷⁷」。

五、兩岸犯罪構成元素之比較

日本在第二次世界大戰結束之後，因為對戰禍的痛切反省，激起日益高漲的人權意識。此前遭受漠視的罪刑法定主義，隨之也成為最重要的刑法原理。就在舊派刑法學取得主導地位的同時，新派刑法學的勢力也大幅衰退⁷⁸。這種時代氛圍，對我國刑法學也有影響。例如韓忠謨（1915-1993）在評論現實主義與徵表主義的優劣時，便明白指陳：

現實主義對個人自由之保障堪稱周至，而徵表主義則適合於社會防衛主旨，二者各具立場。然如貫徹近代學派之徵表主義，則凡有為反社會行為之虞者，或其社會的危險性格業已充分顯露者，即須對之實施制裁，且制裁純屬社會防衛手段，並不含有懲罰意味，即對於侵害社會秩序行為業已完全實現者，亦無不同。由是，不僅對犯罪之成立標準有所變更，抑且根本否定刑事責任之觀念，故現代刑法甚難首肯其說⁷⁹。

揚棄犯罪徵表說，固然表現出重視個人自由的態度，但是，未必就能直接走向，以構成要件為根基的階層結構性犯罪論體系。例如，韓忠謨氏增訂第15版的刑法總則教科

⁷⁵ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註2，頁55。

⁷⁶ 陳興良，〈犯罪構成的體系性思考〉，《當代中國刑法新境域》，中國政法大學出版社，2002年，頁279（支持將犯罪客體排除在犯罪構成之外的文獻，頁279註4）；劉豔紅主編，同前註41，頁56；李曉明主編，《中國刑法基本原理》，法律出版社，2005年，頁217。

⁷⁷ 李曉明編，同前註63，頁188-189。

⁷⁸ 前田雅英，《刑法の基礎 總論》，有斐閣，1993年，頁6-7。

⁷⁹ 韓忠謨，《刑法原理》，1982年，增訂15版，頁80。

書，就還是把犯罪的成立要件分解為：犯罪之客觀的要件（行為之侵害性、行為之違法性）與犯罪之主觀的要件（責任能力、責任條件）⁸⁰。

周治平氏，在 1963 年 6 月發表的一篇論文裡便提到，在那個年代，按照「三階層結構的犯罪概念」來寫作刑法教科書的，只有他而已⁸¹。如今，「三階層結構的犯罪概念」不僅廣為我國學界人士所用⁸²，也影響到最高法院的判解⁸³，可說是名符其實的通說。

承前所述，中國刑法學上的「犯罪構成」，並不只是描繪犯罪外形的輪廓，也是蘊含可罰評價的犯罪類型。相對而言，以構成要件為基礎的階層犯罪概念，就算承認構成要件蘊含價值，也僅止於不法評價而已。違法類型與蘊含可罰評價的犯罪類型，可以說相去甚遠。

關於犯罪客體這個刑法學專門術語的意思為何，我國學界有不同的看法⁸⁴。有論者認為犯罪客體指的是行為的對象，即行為客體⁸⁵。不過，一般認為犯罪客體指的是，被害的法益與享有法益的被害人。在國家或社會法益受侵害時，被害人指的就是國家或社會⁸⁶。當然，從今日的觀點來看，保護國家

法益、社會法益的最終目的，無非在於人的保護，將國家與社會視為犯罪被害人，有失允當。再者，很早就有論者強調指出：「法益與被害人，意義不同，以被害法益為犯罪之客體與夫以被害人為犯罪之客體，當然大有差異，通說主張以犯罪客體為法益，以被害人為法益之主體。以法益為犯罪之客體時，有犯罪必有客體，不必另有被害人存在。例如公然陳列猥褻文字圖畫物品之罪，風俗即其客體，不見有所謂一定的被害人……以被害人為犯罪之客體，遠不如以被害法益為客體⁸⁷」。以法益作為犯罪客體，毋寧較為妥適。

中國刑法學舊通說藉犯罪客體所表達的意念，只是占統治地位者的思想，此與我國刑法學上的法益理念相去甚遠。不過，一旦將犯罪客體的內涵，理解為刑法的保護客體，則前述隔閡也就消失了。晚近大陸學界將犯罪客體理解為保護法益的動向，對於兩岸刑法學的接近，提供了良好的平臺。

參、關於犯罪評價體系之檢討

一、兩岸刑法學的隔閡——以陳興良氏的評論為例

⁸⁰ 同前註，頁 82-83。

⁸¹ 周治平，〈犯罪論體系概說〉，《刑法研究 第二卷》，1967 年，頁 80。

⁸² 蔡墩銘，《刑法精義》，2005 年，2 版，頁 42；甘添貴、謝庭晃，《捷徑刑法總論》，2004 年，修訂版，頁 46；林山田，《刑法通論 上》，2008 年，增訂 10 版，頁 182。

⁸³ 最高法院 72 年臺上字第 5558 號判決、75 年臺上字第 120 號判決、86 年臺上字第 2570 號判決、88 年臺上字第 5541 號判決。

⁸⁴ 徐石松編，《刑法 上》，臺灣商務印書館，1977 年，臺 1 版，頁 55-56。

⁸⁵ 周治平，《刑法總論》，1972 年，臺全訂 5 版，頁 113-114；梁恒昌，《刑法總論》，1994 年，17 版，頁 51。

⁸⁶ 趙琛，《刑法總論》，1982 年，改訂 15 版，頁 81；高仰止，《刑法總則之理論與實用》，1996 年，5 版，頁 173-175；韓忠謨，《刑法原理》，2002 年，2 版，頁 94-95。

⁸⁷ 王觀，同前註 28，頁 89-90。以法益為犯罪客體的見解，另請參閱蔡墩銘，《刑法總論》，2007 年，修訂 7 版，頁 144。

陳興良氏在刑法教科書中，對大陸法系的刑法理論提出過以下批評：

根據大陸法系刑法關於犯罪的形式定義，刑事違法性是犯罪的基本特徵，凡是具有形式違法性的，就構成犯罪。因此，這裡的違法應該是主觀與客觀、形式與實質的統一。但在犯罪構成理論中，又把違法性作為一個區別於該當性和有責性的構成要件，這裡的違法性相對於該當性的形式違法性來說是實質違法，相對於有責性的主觀違法來說又是客觀違法。對於這種二元的刑事違法性的觀點，我們必須徹底否定⁸⁸。

陳興良氏以上的指摘，有幾處值得存疑。

首先，將犯罪定義為具備構成要件該當性、違法性與有責性三項屬性的行為，即形式意義的犯罪概念，目的在於合乎邏輯地整理犯罪，建立體系⁸⁹，並沒有「舉凡具有形式違法性的就構成犯罪」的意思。

其次，形式違法性，係指行為該當於不法構成要件，又不存在阻卻違法事由；實質違法性，意謂行為對受法規範保護的法益造成實害或危險⁹⁰。區別形式違法性與實質違法性，並非將渾然一體的違法性恣意割裂為二，而是從不同角度觀察違法性。換言之，前者係著眼於刑法規定的形式，藉刑法分則各本條明定的各個犯罪類型，搭配刑法總則規定的阻卻違法事由來判斷違法性，後者則旨在探討該當於構成要件，又無阻卻違法事由的行為，何以具有違法性的理由。

再者，區別違法性與有責性，也不是將主觀與客觀合而為一的行為恣意割裂為二。

違法性的評價，係以普遍適用於一般人的行為為準來衡量，行為人所為是否違反法規範的命令、禁止，故而，不只表現在外的行為舉止及其所惹起的法益危害，支配外在行為舉止的行為意思，也是違法評價的對象。另一方面，有責性的評價，固然是以個人主觀情事為評價標準，惟賦課行為人罪責，不能不考慮其人有無依法規範要求而為適法行為之期待可能性，因而，有責性的評價對象，並不以個人主觀情事為限，亦包含客觀的行為情事⁹¹。

此外，將違法性與有責性區別為兩個評價階段，也有其論理根據。早期的學說認為，違法性所依據的規範係客觀評價規範，有責性所依據的規範係主觀決定規範。要行為人不做出有違刑法命令禁止的意思決定，必須先讓他瞭解刑法命令禁止的行為內容為何，是以，客觀評價規範的作用，應該在主觀決定規範之前，亦即，在認定有責性之前，必須先認定違法性。今日的刑法學說則認為，違法性與有責性的評價基準，皆含有評價規範與決定規範，違法性係以普遍適用於一般人的行為規範（應為）為判斷基準；有責性係以行為者個人的履行能力（可能）為判斷基準⁹²。至於區分違法性與有責性的理由，則是為了兼顧基本權利的保護與比例原則，以符合法治國原則的要求。

二、共通的觀念—罪刑法定主義

象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑。欽

⁸⁸ 陳興良，《刑法適用總論 上卷》，中國人民出版社，2006年，2版，頁83。

⁸⁹ 曾根威彥，《刑法總論》，弘文堂，2007年，3版，頁46。

⁹⁰ 林山田，前揭註82，頁308。

⁹¹ 甘添貴、謝庭晃，前揭註82，頁126-127。

⁹² 同前註。

哉，欽哉！惟刑之恤哉（尚書·堯典）。鞭作官刑，扑作教刑，旨在說明對官吏與學生所施加的處罰；流宥五刑，金作贖刑，則涉及刑罰抵換的規定⁹³。以上論述，係有關加諸罪人之懲誡的內容。

眚災肆赦，意指禍害的造成，如果是因為疏忽不慎，就赦免刑責；怙終賊刑，則強調對無心悔改執迷不誤的罪人，即處以刑罰⁹⁴。此處所論，皆屬有關科刑的裁量準則。

由前述可知，若是將「刑法」解釋為：以刑罰懲治罪人的相關規定，則早在上古時代就已經有刑法存在了。這種意義之下的刑法，可以稱為「固有意義的刑法」。

誠如韋伯（Max Weber, 1864-1920）從社會學觀點對國家所作的如下經典描述：「武力乃是國家特有的手段。尤其是在今天，國家和武力之間的關係特別密切……國家者，就是一個在固定疆域內（注意：疆域乃是國家的特色之一）肯定了自身對武力之正當使用的壟斷權利的人類共同體。就現代來說，特別的乃是：只有在國家所允許的範圍內，其他一切團體或個人，才有使用武力的權利。因此，國家乃是使用武力的權利的唯一來源⁹⁵。」國家與正當武力行使之間的密切關係，經由以上所述，應可理解。國家對統治權力所及領域內的罪人處以刑罰，堪稱最典型的正當武力行使。基於此，有國家之處，必定存在以刑罰懲治罪人的相關規定。簡而言之，有國家之處，必有刑法。此處所稱刑法，即是指「固有意義的刑法」而言。

有論者分析指出，集權君主為防止其旨

意遭官僚機構任意歪曲，以致無法如實傳達給被統治的人民，故而禁止官僚機構擅自活動，一切皆須按其所制頒的成文規章行事。此處所謂官僚機構，如用以指稱職司刑事審判的官僚機構，則要求官吏照章行事，即呈顯出罪刑法定主義的外觀：何種行為成立犯罪，對犯了罪的人處以何種刑罰，皆有明文規定可資依循。然而，這種意義之下的罪刑法定主義，並不是為了保護人民，使其免於官僚機構的專橫對待，而是為了確保君主的統治意志能夠有效率地得以貫徹⁹⁶。

在集權的政治體制下，被罪刑法定之形式所包裝的實質內容，無非就是韓非的呼籲：「明主使其羣臣不游意于法之外，不為惠于法之內，動無非法。」（韓非子·有度）明智的集權君主，為了維持獨占國家權力的優越地位，要求群臣恪守其所制頒的規章，並以刑罰確保既定的規章獲得遵從。唐律·斷獄律第十六條：「諸斷罪，皆須具引律令格式正文，違者答三十。若數事共條，止引所犯罪者聽」，正是嚴格要求職司刑事審判的官僚機構務必照章行事的好例子，而唐律·雜律第六十二條：「諸不應得為而為之者，答四十」，則可以證明，集權政治體制所要求的罪刑法定，目的不在保護人民的自由，否則，應該不會以「不應得為而為之」這樣含糊籠統的條文規定犯罪的成立要件。

按照韋伯的分析：「法創制和法發現可能為理性或非理性的。在形式上，其為非理性的情況是：為了順當處理法創制與法發現的問題而使用理智所能控制之外的手段，譬

⁹³ 屈萬里，《尚書集釋》，聯經，2003年，頁22。

⁹⁴ 同前註，頁23。

⁹⁵ 韋伯著，錢永祥編譯，《韋伯選集（I）學術與政治》，遠流，1997年，頁171。

⁹⁶ 沢登佳人，〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰上（佐伯千仞還曆祝賀）》，有斐閣，1969年，頁48。

如訴諸神諭或類似的方式。在實質上，其為非理性的情形是：全然以個案的具體的評價——無論其為倫理的、感情的或政治的價值判斷——來做為決定的基準，而非一般的規範⁹⁷。有別於非理性之法的形式理性化，恰如以下的譬喻：「法律形式主義可以讓法律機制像一種技術合理性的機器那樣來運作，並且以此保證各個法利害關係者在行動自由上、尤其是對本身的目的行動的法律效果與機會加以理性計算這方面，擁有相對最大限度的活動空間⁹⁸」。

務必要留意的是，法的形式理性化不是「有效管理」的同義詞，古代帝王統馭臣民技術，雖有確保君主的統治意志能夠有效率的得以貫徹之功效，卻無助於可能受刑罰的行動者之事前預測，並非法的形式理性化。詳言之，為了讓根植於近代市民社會的自由、平等之籲求逐步獲得實現，使近代資本主義上軌道，刑法發揮了很大的支撐作用。刑法之所以能夠對近代化產生如此重大的影響，原因就在於近代意義的罪刑法定主義。換言之，啟蒙思潮、自由主義所孕育的自由思想、市民法標榜的法之前平等，可以說皆來自於對理性化的關切。而罪刑法定主義這個近代市民刑法根本原則，正是本於對理性化的關切而建立起來的法原則⁹⁹。確保行動者對法效果的可預見性，乃是罪刑法定主義的價值之所在。

事實上，從歷史的角度來看，以確保人民自由為宗旨的罪刑法定主義，也是伴隨近代意義的憲法而出現的，例如，1789年法國

的人及市民之權利宣言第8條：「法律只能以嚴謹、明確的方式規定必要的刑罰。除非依據犯罪之前即已制定、公布且經合法適用的法律，不得處罰任何人」；又如，1791年美國聯邦憲法增修條文第5條：「非依正當的法之程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產」。

犯罪概念具有相對性，何種行為應該被規定為犯罪，對於犯了罪的人，應該科處什麼種類以及何等程度的刑罰，並非不問任何時代，對所有的人類社會，都有一致的答案。從而，由誰來決定何種行為該罰，遂成問題。基於國家主權應歸屬於國民全體之理念，有關國家發動刑罰權力之前提要件，應由人民代表組織成立的國會商議決定。當法官對於行為該不該罰，感到猶疑不決，便應自我克制，將問題留待國會透過理性討論予以解決，不得斷然依據個人之價值判斷作出科處刑罰之決定¹⁰⁰。堅持罪刑法定主義有其民主憲政上的根據，由此亦可得見。

為了確保法的形式理性化，法律必須以可讓人了解的形式出現，才能發揮功能，這種形式就是法條。立法時，可以對法條採取具體個案模式、概括抽象模式、原則性模式以及混合模式。所謂概括抽象模式，意指「立法者努力於許多案例中，找出也可能適用於許多未能預見案例的共同觀點，以明確清晰的概念組成法律要件 Tatbestand，而法官於通常情形下，對具體案件只須依邏輯程序加以適用¹⁰¹」。

雖說，構成個別犯罪不可或缺的法律要

⁹⁷ 韋伯著，康樂、簡惠美譯，《法律社會學》，遠流，2003年，頁30。

⁹⁸ 同前註，頁241。

⁹⁹ 莊子邦雄、大塚仁、平松義郎，《刑罰の理論と現實》，岩波書店，1972年，頁4。

¹⁰⁰ 平野龍一，〈法學における理論の役割〉碧海純一編，《現代法學の方法》，岩波書店，1966年，頁59-60。

件如已確立，理論上，法官只要按照司法三段論，以法律之一般性規定為大前提。將具體的生活事實通過涵攝過程，歸屬於法律構成要件底下，形成小前提。然後通過三段論法的推論，導出規範該法律事實的法律效力¹⁰²。似乎已能擔保法之適用合乎理性。然而，在將具體生活事實涵攝到法律構成要件底下時，不可能不經過價值判斷。由於刑法規範與社會規範關係密切，為確保刑法適用的具體妥當性，適用刑法時，往往必須求諸一些諸如「欠缺對於國民文化保護秩序之法的正當目的之正當手段性質」、「反乎國家法律秩序之精神目的，背乎其具體規範之要求，違反國民生活中道義文化之意味」、「法秩序基礎之社會倫理規範」等抽象理念。適用這種抽象法理念作裁判，很容易流於恣意。

然而，過度約束法官的價值判斷，勢必影響到個案判決的妥當性；太放任涵攝過程的價值判斷，又會破壞法的安定性，是以，形成了一種難以兩全的僵局。為化解法安定性與法妥當性的對立，必須找到既有穩定的形式又含有價值內容的表達犯罪方法。

最高法院 79 年臺上字第 3543 號判例表示：「有罪之判決書所應記載之事實，並非構成要件之本身，而係符合構成要件之具體的社會事實，亦即經賦予法律之評價而為取捨選擇使之符合構成要件之社會事實。構成要件乃超越時空之法律上概念，其內容應依刑罰法規之解釋而定；而符合構成要件之具體的社會事實，則指在一定之時、地所發生，可滿足法律上構成要件之具體的歷史性事實而言。」

按照前揭判例意旨，法官用以認定具體社會事實是否犯罪之評價基準，係解釋刑罰法規而獲致的「構成要件」。換言之，「構成要件」並不是死板板地記明於刑罰法規上，而是法官在刑罰法規的可能文義範圍內，經由解釋而形成的法律概念或類型。

經過法官的解釋始成形的「構成要件」，不需要個人的價值判斷便可適用於一定類型的行為，與公共秩序、善良風俗、公平正義、利多於害這類抽象的法理念相比，更有助於法安定性的維持。由是足見，罪刑法定主義，不僅表現於「無法律則無犯罪」與「無法律則無刑罰」的二項法治原則；其作用更且貫徹於法律邏輯概念之中，成為法規立法上與適用上「客觀可計性」的要求。亦即，在罪刑法定主義之下，何種法益為國家刑法所保護，其侵害行為的法律效果如何？不但要求有關法律規範應有明示的存在，而且要求該當規範的文詞涵義，具備固定的類型意義，在立法意旨以及解釋上符合適切的邏輯程式與界限¹⁰³。最高法院 86 年臺非字第 380 號判決表示：「刑罰法規所規定之各種犯罪構成要件，乃依罪刑法定主義所制定之超越時空的抽象法律概念」，亦得作為印證。

綜上所述可以明瞭，不論是歐陸法系的構成要件，還是社會主義法制國家的犯罪構成，都是以罪刑法定主義為中心思想¹⁰⁴。目的都是在保障個人自由，維護法的安定性。

三、犯罪評價體系之比較

「構成要件」這個詞，在我國司法實務上，有時候是指個別犯罪的成立要件。例如

¹⁰¹ 黃立，《民法總則》，2005 年，修訂 4 版，頁 17。

¹⁰² 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，1987 年，增訂 2 版，頁 236。

¹⁰³ 蘇俊雄，《刑事法學的方法與理論》，1975 年，頁 168。

¹⁰⁴ 馬克昌主編，前揭註 58，頁 65。

「詐欺取財罪之構成要件，在行為者欺罔他人，使其陷於錯誤，而為交付，從而取得本人或第三者所持之財物是也」（大理院 2 年上字第 34 號判例）、「刑法上之強盜罪，以意圖為自己或第三人不法之所有，而強取他人之所有物，為構成要件」（最高法院 23 年上字第 5247 號判例）。這種用以指示「個別犯罪之成立要件」的「構成要件」，與有罪判決書應記載的事實，關係密切。

刑事訴訟法第 308 條規定：「判決書應分別記載其裁判之主文與理由；有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載。」關於有罪判決書應記載的犯罪事實，必須具備什麼實質內容，最高法院著有判例表明：「有罪之判決書所應記載之事實，並非構成要件之本身，而係符合構成要件之具體的社會事實，亦即經賦予法律之評價而為取捨選擇使之符合構成要件之社會事實。構成要件乃超越時空之法律上概念，其內容應依刑罰法規之解釋而定；而符合構成要件之具體的社會事實，則指在一定時、地所發生，可滿足法律上構成要件之具體的歷史性事實而言。以竊盜罪為例，如僅記載被告意圖為自己不法之所有而竊取他人之動產云云，殊不能認其事實之記載已至完備，蓋所謂『竊取』『他人』『動產』係屬竊盜罪構成要件內容之本身，故其有罪判決書之事實所應記載者，乃應明示符合『竊取』『他人』『動產』等構成要件之具體的歷史性社會事實」（最高法院 79 年臺上字第 3543 號判例）。

有罪判決書應記載的犯罪事實，既是指符合「構成要件」的具體社會事實。「構成

要件」的內容，當然不能含有足以使具體社會事實被論知無罪的特徵。從而，有罪判決書應記載的犯罪事實，應當是指在實體法上有處罰規定，又不具備排除行為可罰性事由（阻卻違法性之事由、阻卻責任性之事由）的具體社會事實。這種可將此種具體社會事實涵攝在其中的「構成要件」，除須內含違法性與有責性，也要具備刑法為個別犯罪定立的形式外觀。為了避免混淆，本文將這種內含違法性與有責性的可罰行為定型，稱為「犯罪類型」。

依據中國刑法理論，「刑事責任」意謂著「刑事法律所規定的，因實施犯罪行為而產生的，由司法機關強制犯罪者承受的刑事懲罰或單純否定性法律評價的負擔¹⁰⁵」。至於「單純否定性法律評價」，則是指「免予刑事懲罰，即僅僅對犯罪人宣告有罪，既不給予刑罰懲罰，也不給予非刑罰處理方法的懲罰，僅以有罪宣告表示對行為人及其行為的否定性法律評價¹⁰⁶」。關於「刑事責任」的存在根據，可分為哲學根據與法學根據做說明。人具有相對的自由意志，係刑事責任的哲學根據；實際的危害行為符合刑法所規定的犯罪構成，則是應當追究刑事責任的法學根據¹⁰⁷。質言之，只有嚴重危害社會的行為或抽象犯罪構成，尚不足以成為刑事責任的根據。嚴重危害社會的行為必須符合刑法規定的犯罪構成，才能成為刑事責任的根據。

從刑事訴訟法第 309 條第 1 項第 1 款、第 310 條第 1 項第 4 款可以知道，免除其刑的判決，屬於有罪判決的一種。換言之，犯罪成立乃法官從事刑罰裁量的前提。中國刑

¹⁰⁵ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 215；齊文遠主編，前揭註 64，頁 226。

¹⁰⁶ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 217；齊文遠主編，前揭註 64，頁 227。

¹⁰⁷ 高銘暄、馬克昌主編，前揭註 2，頁 223-225；齊文遠主編，前揭註 64，頁 232-234。

法理論所謂「單純否定性法律評價」，就其實質內涵而言，相當於我國刑事訴訟法上的免除其刑判決。由此可以推論得知，中國刑法理論所述刑事責任的法學根據，大致上也就是犯罪成立的意思。犯罪成立與否，則取決於有無符合刑法規定的犯罪構成之嚴重危害社會行為。依據最高法院 79 年臺上字第 3543 號判例，刑事訴訟法第 308 條要求有罪判決書應記載的犯罪事實，係指「經賦予法律之評價而為取舍選擇使之符合構成要件之社會事實」。兩相對照，「犯罪構成」其實相當於本號判例所謂「構成要件」，故而，中國刑法理論的「犯罪構成」可以和本文所稱「犯罪類型」相對應。

「構成要件」這個詞，即便指的是個別犯罪的成立要件，因為使用的場合不同，意涵也會發生變動。「構成要件」應用在有罪判決書應記載犯罪事實的場合，意指「犯罪類型」。然而，當其應用在起訴書應記載事項上，意涵即有所轉變。

刑事訴訟法第二六四條第二項第二款明定，起訴書應記載犯罪事實及證據並所犯法條。關於本款規定的規範意涵，最高法院 89 年臺上字第 2407 號判決有如下解說：「刑事訴訟法第二百六十四條第二項關於起訴書程式之規定，旨在界定起訴之對象，亦即審判之客體，並兼顧被告行使防禦權之範圍，其中屬於絕對必要記載事項之『犯罪事實』，係指犯罪構成要件之具體事實。故所謂犯罪已經起訴，係指起訴書之犯罪事實欄，已就特定犯罪之構成要件具體事實，加以記載，並足據以與其他犯罪事實區分，始克當之」。由本號判決所述可知，起訴書應記載的犯罪事實，係符合「構成要件」的具體社會事實。

依據刑事訴訟法第 161 條第 1 項：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指

出證明之方法。」同條第 2 項又規定：「法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。」法院既得以證明方法顯不足認定被告有成立犯罪可能為理由，裁定駁回起訴。此處的證明方法，必定不包括刑事訴訟法第 163 條第 2 項，要求法官應依職權調查的證明方法在內，否則，豈不是將法院怠於行使職務的責任，轉嫁給檢察官承擔，而使本項規定形同虛設。

按照法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 96 條，刑事訴訟法第 163 條第 2 項「對『被告利益』有重大關係之事項，係指該等事實或訴訟資料之存在對被告有直接且重大之利益，例如案件是否具備阻卻違法、阻卻責任、得或應減輕或免除刑罰等有利於被告之情形，法院均應特加注意，依職權主動調查」。由上述注意事項可知，起訴書應記載的犯罪事實，不像有罪判決書應記載的犯罪事實，已將得以阻卻違法、阻卻責任的具體事實排除在外，仍有適用阻卻違法事由、阻卻責任事由的可能。從而，起訴書應記載的犯罪事實，只能說是原則上具有違法性與有責性的社會事實，不能完全排除，該社會事實同時也具備阻卻違法事由、阻卻責任事由的例外情形。能夠將這種原則上具有違法性與有責性的社會事實涵攝其中的「構成要件」，相對於前述「犯罪類型」而言，本文將其稱為「違法·有責類型」。

如果把中國刑法理論的「犯罪構成」，與中國刑法第 20 條正當防衛、第 21 條緊急避險，以及第 16 條意外事件等阻卻犯罪性事由做整體觀察，其實也可以看出原則一例外的思考模式。論者在解說阻卻犯罪性事由時也明白提及：「阻卻違法性的事由，是指某

種行為盡管在客觀上具備某種刑法對某一犯罪規定的行為形式，但在實質上對社會有利，故不具有社會危害性，或者行為人在主觀上缺乏罪過內容，並不具有主觀危險性，因而阻卻犯罪成立的情形¹⁰⁸」。

綜合考察最高法院 75 年臺上字第 120 號判決：「犯罪之成立，除應具備違法性與有責性外，必須其行為之事實與法律上之犯罪構成要件相符者，始足當之」；最高法院 74 年臺上字第 4225 號判例：「行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪」；最高法院 86 年臺上字第 2570 號判決：「犯罪之處罰，除須具備構成要件相當性（行為侵害性，亦即行為要素）、行為之違法性（違法性）外，尚須具備行為之有責任（即責任要素，亦即有責性、歸責可能性）」，可知構成要件該當性、違法性及有責性，乃成立犯罪不可或缺的要件。

有關構成要件該當性與違法性的關係，在下級法院的判決中，即臺灣花蓮地方法院 85 年易字第 1205 號判決，也提及「犯罪之成立，除須其行為與刑罰法規所規定之構成要件合致外，尚有其行為具有違法性方可構成，而行為違法性之判斷，依通說固然可以行為之構成要件合致性加以推定，但在行為具有阻卻違法事由時，仍可排除其行為之違法性」。

整體看來，我國司法實務的現況可概括如下：不僅犯罪成立須具備構成要件該當性、違法性及有責性這三項價值屬性，已無爭論。為驗明有無構成要件該當性、違法性及有責性，也是按照行為／非行為一構成要件該當

行為／構成要件不該當行為一構成要件該當且違法行為／構成要件該當不違法行為一構成要件該當違法且可歸責行為／構成要件該當違法不可歸責行為的先後順序，建立了逐步排除非犯罪行為的鑑別程序。這種按步就班給予社會事實一定價值判斷，最終累積成整體犯罪評價之階層結構性犯罪論體系，既有穩定的形式又含有價值內容的表達犯罪方法，可使法安定性與法妥當性的對立，在規則性的判斷流程中得到化解。

對德、日犯罪論體系與中國犯罪論體系各自的特徵，周光權氏有如下評說：「德、日犯罪論體系的主要特徵是：將行為整體的不同意義劃分為不同的犯罪成立要件；對行為從不同的側面多次進行評價；體系內部具有層次性和相對獨立性；對違法性和責任可以進行超法規的評價¹⁰⁹」；中國「犯罪構成理論的基本特徵是：將行為的不同構成部分劃分為各個構成要件；體系內部各要件互相依存；犯罪構成理論體系體現了一種綜合評價的特徵，把四大要件拼湊在一起即可以認定行為構成犯罪；犯罪構成法定化，不允許進行超法規的評價¹¹⁰」。

針對以上解說，本文再做如下補充：對違法性和責任可否進行超法規的評價，涉及構成要件該當行為與違法性及罪責的關係。以自然主義為思想根基的古典犯罪論體系，確實如論者所述：「大陸法系的犯罪論體系確實是按照事實與價值二元論的方法論建構起來的理論大廈。在構成要件該當性、違法性及有責性這三個要件中，構成要件該當性是事實判斷，而違法性和有責性是價值判斷。

¹⁰⁸ 齊文遠主編，同前註 64，頁 204。

¹⁰⁹ 陳興良主編，《刑法學》，復旦大學出版社，2005 年，頁 44。

¹¹⁰ 同前註。

這裡的價值判斷，也可以說是一種規範判斷。從大陸法系犯罪論體系形成過程來看，貝林格是將構成要件看做純客觀的、記敘性的事實要件，與規範意義無關。規範評價是由違法性與有責性這兩個要件完成的¹¹¹。

以自然主義為思想根基的古典犯罪論體系，其構成要件該當性之認定，既沒有一併完成行為有無違法性及有責性的價值判斷，自須另為認定。問題是，構成要件既被理解為事實類型，自不可能充當違法性與有責性的評價基準，在刑法沒有正面明列違法類型與責任類型，只能依據現有阻卻違法事由、阻卻責任事由，經由推論間接得知違法性與有責性之評價內容¹¹²。從而，在現有阻卻違法事由、阻卻責任事由不敷使用，又不違反罪刑法定主義的前提下，肯定超法規阻卻違法事由、超法規阻卻責任事由，毋寧為理所當然。相對而言，中國及「蘇聯的犯罪構成體系中，事實與價值是合而為一的，甚至否認構成要件中的評價要素¹¹³」。既然犯罪構成係事實與價值合一的構造，便不致產生違法性與有責性未類型化的苦惱，自然也沒有承認超法規阻卻違法事由、超法規阻卻責任事由的必要。

肆、結語

「犯罪構成」與貝林（Ernst von Beling, 1866-1932）提倡的「構成要件」語源皆為 Tatbestand，二者往往被混為一談¹¹⁴。其實，中國刑法學上的「犯罪構成」，相當於德、日刑法理論中的「犯罪成立」，而非構成要件該當性¹¹⁵。

部分日本刑法論者在分類犯罪論體系時，將中國刑法學上由犯罪客體、犯罪客觀方面、犯罪主體、犯罪主觀方面所組成的「犯罪構成」，歸納到畢爾克麥耶（Karl Birkmeyer, 1847-1920）區分客觀要件與主觀要件的犯罪論體系之下¹¹⁶。這應該是一種誤解。因為蘇聯的刑法學者，除維持犯罪構成要件係成立犯罪的主客觀各種要素的總和，又加進社會危害性的內容始形成，犯罪構成是蘇維埃刑法規定的說明社會危害性特徵的諸要件的總和之觀點¹¹⁷。亦即，犯罪的價值判斷與事實認定，是同步完成的，被劃分為犯罪構成的客觀要件與主觀要件這兩大塊，都帶有立法者預設的價值判斷在內，並非純然的事實。

儘管兩岸的刑法學的確存在差異，然而，就像「灋」這個中國字所訴說的遠古傳奇：相傳上古帝王堯任命的法官皋陶，擁有一隻具有辨識罪人本能的獨角羊。當他遇到事實

¹¹¹ 陳興良，〈犯罪論體系：比較、闡述與討論〉，《當代中國刑法新徑路》，頁314，中國人民大學出版社，2006年。

¹¹² 木村龜二，〈犯罪論の新構造上〉，有斐閣，1978年，頁21-22。

¹¹³ 陳興良，同前註111，頁315。

¹¹⁴ 肖中華，〈犯罪構成及其系統〉，中國人民出版社，2000年，頁2-3。

¹¹⁵ 肖中華，同前註，頁10。

¹¹⁶ 川端博，〈刑法總論講義〉，成文堂，1998年，頁89；大塚仁，〈刑法概說總論〉，有斐閣，2005年，3版增補版，頁106。

¹¹⁷ 何秉松編，同前註68，頁171。

¹¹⁸ 李昉，〈太平御覽九〉，上海古籍出版社，2008年，頁901-32；袁珂，〈中國神話傳說二〉，里仁書局，2000年，頁366註11。

難以判斷的疑案時，就會讓這隻名為獬豸的羊，代為找出真正的罪犯¹¹⁸。「灋」這個字的邊旁從水，意味著法就像水一般平等而不偏頗。整個字合起來看，不就是無偏頗地適用於所有人的公道。對刑法而言，這個字尤其貼切—獬豸正是陪伴著刑庭法官皋陶尋求正義的神羊！只要持續理性對話，兩岸刑法學，必定也會對正義做出不凡的貢獻。

參考文獻

一、中文文獻：

1. 王觀，《中華刑法論（1930-1936）》，中國方正出版社，2005年。
2. 中共中央馬克斯、恩格斯、列寧、斯大林著作編譯局，《馬克斯恩格斯選集 第一卷》，人民出版社，1972年。
3. 甘添貴、謝庭晃，《捷徑刑法總論》，2006年，修訂版。
4. 李曉明編，《中國刑法基本原理》，法律出版社，2005年。
5. 李貴連，《近代中國法制與法學》，北京大學出版社，2002年。
6. 李昉，《太平御覽 九》，上海古籍出版社，2008年。
7. 何秉松、科米薩羅夫、科羅別耶夫編，《中國與俄羅斯犯罪構成理論比較研究》，法律出版社，2008年。
8. 何秉松主編，《刑法教科書》，法制出版社，1997年。
9. 肖中華，《犯罪構成及其系統》，中國人民出版社，2000年。
10. 林山田，《刑法通論 上》，2008年，增訂10版。
11. 林山田，《刑事法論叢（二）》，1997年。
12. 周治平，《刑法總論》，1972年，臺全訂5版。
13. 周治平，〈犯罪論體系概說〉，《刑法研究 第二卷》，1967年。
14. 屈萬里，《尚書集釋》，聯經，2003年。
15. 帕舒卡尼斯著，楊昂、張玲玉譯，《法的一般理論與馬克思主義》，中國法制出版社，2008年。

16. 洪謙德，《法律社會學》，揚智，2004年，2版。
 17. 梁恒昌，《刑法總論》，1994年，17版。
 18. 袁珂，《中國神話傳說二》，里仁書局，2000年。
 19. 高銘喧主編、馬克昌、高格副主編，《刑法學》，法律出版社，1984年，2版。
 20. 高銘喧、馬克昌主編，趙秉志執行主編，《刑法學》，北京大學出版社，2005年，2版。
 21. H·A·別利亞耶夫、M·Л·柯瓦廖夫主編，馬改秀、張廣賢譯，《蘇維埃刑法總論》，群眾出版社，1987年。
 22. 陳興良，《刑法適用總論 上卷》，中國人民出版社，2006年，2版。
 23. 陳興良，《規範刑法學 上冊》，中國人民大學出版社，2008年。
 24. 陳興良，《當代中國刑法新境域》，中國政法大學出版社，2002年。
 25. 陳興良，〈犯罪論體系：比較、闡述與討論〉，《當代中國刑法新徑路》，中國人民大學出版社，2006年。
 26. 徐石松編，《刑法 上》，臺灣商務印書館，1977年，臺1版。
 27. 馬克昌主編，《犯罪通論》，武漢大學出版社，2005年3版。
 28. 高仰止，《刑法總則之理論與實用》，1996年5版。
 29. 韋伯著，錢永祥編譯，《韋伯選集（I）學術與政治》，遠流，1997年。
 30. 韋伯著，康樂、簡惠美譯，《法律社會學》，遠流，2003年。
 31. 黃立，《民法總則》，2005年，修訂4版。
 32. 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，1987年，增訂2版。
 33. 黃源盛，《民初法律變遷與裁判（1912—1928）》，2000年。
 34. 張明楷，《刑法學 上》，法律出版社，1997年。
 35. 曾劭勳，《刑法總則》，1974年。
 36. 齊文遠主編，《刑法學》，北京大學出版社，2007年。
 37. 趙微，《俄羅斯聯邦刑法》，法律出版社，2003年。
 38. 趙琛，《刑法總論》，1982年，改訂15版。
 39. 趙秉志主編，《刑法總論》，中國人民大學出版社，2007年。
 40. 劉豔紅主編，《刑法學總論》，北京大學出版社，2006年，2版。
 41. 薛瑞麟，《俄羅斯刑法研究》，中國政法大學出版社，2000年。
 41. 蔡墩銘，《刑法總論》，2007年，修訂7版。
 42. 蔡墩銘，《刑法基本理論研究》，漢林，1988年，2版。
 43. 韓忠謨，《刑法原理》，2002年，2版。
 44. 韓忠謨，《刑法原理》，1982年，增訂15版。
 45. 蘇俊雄，《刑事法學的方法與理論》，1975年。
- ## 二、日文文獻：
1. A. A. ピオトコフスキー著，中山研一、上田 寬訳，《マルクス主義と刑法》，成文堂，1979年。
 2. 岡田朝太郎，《日本刑法論》，有斐閣，1896年2版。
 3. 小野清一郎，《犯罪構成要件の理論》，有斐閣，1953年。
 4. 大場茂馬，《刑法總論 上卷》，1918年

- 2 版。
5. 大塚 仁，《刑法概說總論》，有斐閣，2005 年，3 版增補版。
 6. 川端 博，《刑法總論講義》，成文堂，1998 年。
 7. 木村龜二，《犯罪論の新構造 上》，有斐閣，1978 年。
 8. 佐伯千仞，《刑法における違法性の理論》，有斐閣，1974 年。
 9. 鈴木茂嗣，《刑事訴訟法》，青林書院，1983 年。
 10. 沢登佳人，〈罪刑法定主義の歴史的意義への反省〉，《犯罪と刑罰 上（佐伯千仞還曆祝賀）》，有斐閣，1969 年。
 11. 曾根威彥，《刑法總論》，弘文堂，2007 年，3 版。
 12. 莊子邦雄、大塚 仁、平松義郎，《刑罰の理論と現實》，岩波書店，1972 年。
 13. 瀧川幸辰，《瀧川幸辰刑法著作集第五卷》，1991 年 2 版。
 14. 高田卓爾，《刑事訴訟法》，青林書院，1958 年，2 版。
 15. 團藤重光，《新刑事訴訟法綱要》，創文社，1984 年，7 訂版。
 16. 西原春夫，《犯罪實行行為論》，成文堂，1998 年。
 17. 平場安治，〈構成要件欠缺の理論（一）〉，《法學論叢》，1947 年，53 卷 5・6 號。
 18. 平野龍一，〈法學における理論の役割〉，碧海純一編，《現代法學の方法》，岩波書店，1966 年。
 19. 牧野英一，《刑法總論 上卷》，有斐閣，1958 年，15 版。
 20. 牧野英一，《罪刑法定主義と犯罪徵表說》，有斐閣，1929 年，4 版。
 21. 前田雅英，《刑法の基礎 總論》，有斐閣，1993 年。
 22. 吉川經夫、內藤 謙、中山研一、小田中聰樹、三井 誠編，《刑法理論史の総合的研究》，日本評論社，1994 年。