

规范的构成要件要素

张明楷*

内容提要：由价值关系的概念或评价概念所表述的构成要件要素，是规范的构成要件要素。规范的构成要件要素分为法律的评价要素、经验法则的评价要素与社会的评价要素。规范的构成要件要素并不等同于不明确的构成要件要素，相反具有存在的合理根据与积极意义。法官应当以特定的违法性为导向理解规范的构成要件要素，并根据规范的构成要件要素的不同类型，采用相应的评价标准判断案件事实是否符合规范的构成要件要素。

关键词：规范的要素 概念 类型 取舍 判断

在德国、日本等大陆法系国家，构成要件符合性是成立犯罪的第一个条件，剩余二者为违法性与有责性；构成要件由复数的构成要件要素组成，换言之，作为各具体犯罪构成要件内容的诸要素，就是构成要件要素，如行为、结果、因果关系、行为对象、主体身份等等。我国现行的犯罪构成，由犯罪客体、犯罪客观要件、犯罪主体、犯罪主观要件组成，要件之下的具体要素，如危害行为、危害结果、犯罪方法、犯罪时间、犯罪地点、主体身份等，就是构成要件要素。

刑法理论可以根据不同的标准对构成要件要素进行分类。例如，根据要素的内容，将其分为客观的构成要件要素与主观的构成要件要素，说明行为外部的、客观面的要素即为客观的构成要件要素；表明行为人内心的、主观面的要素即为主观的构成要件要素。再如，根据要素的性质，将其分为作为违法类型的构成要件要素与作为责任类型的构成要件要素，前者是表明行为的法益侵害性的要素；后者是说明行为人的非难可能性的要素。此外还有一种公认的分类，即论述的（或描述的）构成要件要素（deskriptive Tatbestandsmerkmale）与规范的构成要件要素（normative Tatbestandsmerkmale）。本文探讨规范的构成要件要素的相关问题。^{〔1〕}

一、规范的构成要件要素的一般概念

界定规范的构成要件要素，意味着说明规范的构成要件要素与记述的构成要件要素的区别，但刑法理论对此并没有形成完全一致的观点。

麦茨格（Mezger）起初根据确定构成要件要素时，法律对法官所要求的认识方法、判断活动的性质，区分记述的构成要件要素与规范的构成要件要素。立法者以日常用语对客观事实作出一义的

* 清华大学法学院教授。

〔1〕当然，不可避免地要讨论规范的构成要件要素与记述的构成要件要素的关系。此外，人们经常将上述两类要素简称为规范的要素与记述的要素。

记述时,法官对于要素的对应物(客观事实)只需要进行事实判断、知觉的一认识的活动即可确定的要素,是记述的构成要件要素。与此相对,立法者并不是记述单纯的事实关系,而是采用极为概括性的表述,因而只是提供了空白评价,法官在适用时,需要规范的评价活动、补充的价值判断的要素,则是规范的构成要件要素。^[2]后来,麦茨格在其教科书中略微修改了以前的说法,认为记述的构成要件要素是在任何意义上都不要求法官评价的要素。亦即,对于记述的构成要件要素虽有解释的必要,但在解释上没有任何争议,在认定事实是否符合构成要件时,不需要法官的个人评价;规范的构成要件要素,是需要填充的构成要件要素,即法官仅仅根据刑法条文的表述还不能确定,只有进一步就具体的事实关系进行判断与评价才能确定的要素。这种判断与评价,既可能是基于法官的自由裁量,也可能需要基于道德、礼仪、交易习惯等法以外的规范。^[3]根据麦茨格的理论,在规范的构成要件要素的场合,社会一般人的情绪的价值评价或者生理的、心理的反应,只不过是法官的价值判断的资料,法官将其作为资料基于自身的道德意识进行补充性的价值判断。

根据是否需要法官行使自由裁量权来区分二者的观点,与麦茨格的上述理论大体相同。如格因胡特(Grünhut)认为,描述客观行为,说明外界的事实经过的构成要件要素,是事实的构成要件要素或记述的构成要件要素;这种要素只需要法官进行事实的确定与单纯的比对(涵摄),只需要“纯粹的认知活动”,只需要考虑逻辑结论的计算可能性。与此相对,规范的构成要件是需要法官的价值判断的要素,是法官具有自由裁量余地的构成要件要素。^[4]

但是,这类定义存在疑问。首先,将规范的构成要件要素的本质,概括为“需要法官的规范的、主观的评价的要素”,“需要法官补充的价值判断的要素”,“需要法官自由裁量的要素”,不免使构成要件符合性的判断混入法官主观的评价,从而导致法官判断的恣意性。其次,上述定义以新康德学派的二元论为根据。但是,这种观点对立地把握价值与存在,使价值外部性地附着于存在。^[5]于是,构成要件只具有形式的内容,因而必须在构成要件外就违法性进行伦理的判断,进而导致以刑罚制裁那些实质上不值得科处刑罚的行为。事实上,刑法总是将值得科处刑罚的犯罪行为类型化为构成要件,故构成要件不可能成为价值中立的概念;换言之,因为立法者认为一定类型的行为具有当罚性才制定罪刑规范,故构成要件是当罚行为的类型。既然如此,立法者在描述构成要件时,必然对符合构成要件的行为进行实质的评价。正如德国学者罗克辛(C. Roxin)所说,所有的刑法规范都命令公民实施一定行为或者禁止公民实施一定行为;这些规定同时也对违反规范的行为进行了评价:它们至少在原则上是需要谴责的。当立法者在刑法中规定了盗窃、敲诈勒索等行为时,他们并不是这么想的:“我在一个段落中描写了一个法律值得注意的行为,但我不想发表我的看法,我不肯定我所描述的行为是好的还是不好的;我的描写只是说明,这些行为不是无足轻重的,它要么是合法的,要么是违法的。”事实上,立法者在想:“我描写的这些行为是社会无法忍受的,我要对这些行为进行谴责;所以我要通过构成要件规定这些行为并惩罚它们。”^[6]而上述定义,使构成要件与对符合构成要件的事实的评价相分离,进而使构成要件丧失应有的意义。不仅如此,即使采取方法二元论,相对于犯罪事实而言,构成要件也是非现实的价值世界。构成要件对于犯罪构成事实是一个概念形成过程,其中必然存在评价过程。

“二战”前的威尔采尔(Welzel)认为,所有的构成要件要素都是记述的要素。根据威尔采尔的观点,充满价值的存在先于一切理论与概念。在立法者、法官和学者架构概念之前,已经存在成型的、有意义内涵的现实世界。所谓概念形成,就是对已成型的现实加以描述。所有关于生活素材

[2] Vgl., Mezger, *Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände*, Festschrift für Träger, 1926, S. 214ff.

[3] Mezger, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 5. Aufl., Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, S. 89.

[4] Grünhut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen 1926, S. 5ff.

[5] 参见[日]田中久智:《规范的构成要件要素の研究》,《法政研究》1965年第31卷第5、6合并号,第448页以下。

[6] Claus Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*, Walter de Gruyter & Co. 1970, S. 171.

的法律概念，都是描述性的概念。这些概念不能创造现实，只是对先于概念而存在的现实的理解。被描述、被理解的对象并不是价值中立的现象，而是存在于具体价值关系中的现实。换言之，客观存在的现实是一种有价值关系的现实。^{〔7〕}构成要件要素在本质上是一种存在关系的东西，立法者、法官、学者架构法律概念，不是对无定型的素材的方法论的加工，只是发现已经形成的、充满价值的现实世界，因而是对一定的已经形成的存在的记述。在此意义上说，所有的法律概念都是“记述的概念”。^{〔8〕}

但“二战”后，威尔采尔基于自然法的思想，对战前的观点进行了反省，就规范的构成要件要素提出了如下看法：刑法中的构成要件，记述了人在一定的社会生活中的态度；构成要件所表述的行为事实，并非没有意义的自然科学的实在，而是具有社会生活意义的世界的一个片断。因此，构成要件中的行为事情，常常是充满了社会意义的生活事实，是在社会生活中具有特别意义与机能的事实关系。但是，“在社会生活中具有特别意义与机能的生活事实”中，存在两类不同要素：一类是像“人”、“物”、“动产”、“杀害”等可以凭感觉认识的要素；另一类是像“他人的”物、“文书”、“淫秽物品”等凭感觉只能认识其非本质的部分，只有通过精神的理解才能认识其本质部分的要素。前者称为记述的构成要件要素，后者称为规范的构成要件要素。例如，对于“文书”这一要素，凭感觉只能认识纸和墨，但“文书”不是仅由纸与墨组成，而是具有特定的记载内容与证明机能，只有通过精神的理解，才能认识其记载内容与证明机能。概言之，在威尔采尔看来，规范的构成要件要素的本质，是“只有通过精神的理解才能获得其内容的要素”，而记述的构成要件要素，则是“只要通过感觉的理解就可以获得其内容的要素”。^{〔9〕}现在不少学者采纳威尔采尔“二战”后的观点。例如，平野龙一指出，规范的构成要件要素“是不能进行感觉的理解，只能进行精神的理解的要素”。^{〔10〕}

在本文看来，以麦茨格为代表的观点，是侧重于从法官判断的角度得出的结论；以战后威尔采尔为代表的观点则是侧重于从行为人认识的角度得出的结论。换言之，麦茨格主要从法官如何理解规范的构成要件要素，以及如何判断事实是否符合规范的构成要件要素的角度，区分记述的要素与规范的要素。威尔采尔、平野龙一等人主要从故意的成立角度作出了区分：在记述的构成要件要素的场合，只要行为人对事实具有感觉的理解，就可能成立故意；但在规范的构成要件要素的场合，仅对事实具有感觉的理解还不成立故意，只有进行精神的理解才可能成立故意。所以，罗克辛说：“对故意论而言，二者的区别在于，记述的要素要求一种感性的认识，相反，规范的要素要求一种精神上的理解。”^{〔11〕}当然，感觉的理解与精神的理解的区别，不一定是明确的。

恩吉施(Engisch)认为，记述的要素所描述的是可以感觉到的经验的事实，而规范的要素是只有与规范世界相关联才能想象或理解的既存(Gegebenheiten)。规范的要素与记述的要素的区别不在于是否与价值有涉，而在于对其认识与理解，是否以法律的、伦理的或者其他文化领域的规范为逻辑前提。^{〔12〕}罗克辛也赞成恩吉施的观点，他说：“作为用语问题，如果要实际区分规范的要素与记述的要素，那么就应当像恩吉施所说的那样，‘那些只有以规范作为逻辑前提才能认识、才能思考’的要素，才具有规范性的特征。”^{〔13〕}例如，故意杀人罪中的“杀”与“人”都是记述的要素，法官与行为人不借助任何规范，都能认识到向被害人的胸部开枪射击的行为是“杀人”。但是，

〔7〕 参见许玉秀：《犯罪阶层体系及其方法论》，台北春风煦日论坛2000年版，第93页。

〔8〕 Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Deutsches Druck- und Verlagshaus 1935, S. 41ff.

〔9〕 参见前引〔5〕，田中久智文，第466页以下。

〔10〕 〔日〕平野龙一：《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第168页。

〔11〕 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Aufl., C. H. Beck 1997, S. 252.

〔12〕 参见〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第134页以下。

〔13〕 前引〔11〕，Claus Roxin书，第254页。

行为是否侵犯了“公私”财产，需要以民法规范为逻辑前提进行判断，行为人所贩卖的是否“淫秽”物品，需要以文化规范为逻辑前提进行判断，这便是规范的要素。应当认为，这种界定与区分是成立的。换言之，理解规范的要素以及判断事实是否符合规范的要素，需要以一定的规范作为逻辑前提。^[14]但不可否认的是，这种观点只是提供了形式的区分标准，并没有说明规范的构成要件要素的实质，也没有说明何种规范的要素以何种规范为逻辑前提。

众所周知，规范的构成要件要素的发现与承认，与“构成要件是违法类型”的认识相关联。贝林(Beling)主张行为构成要件论，认为构成要件是价值中立的，是纯粹的评价对象；而对于对象的评价则属于违法性阶段的事情，构成要件要素与违法要素不得相混淆。所以，贝林不承认规范的构成要件要素。麦耶(M. E. Mayer)认为，构成要件要素基本上是描述性的，凭感性的知觉就很容易理解(如“自然人”、“物品”等)，因而不包括在违法性阶段才进行的评价。但是，麦耶发现了规范的构成要件要素，在他看来，如果构成要件中包含了规范的构成要件要素，就意味着构成要件包含了一种事先判断部分违法性的评价。例如，转移“他人”物品的行为，就侵犯了他人的财产权。^[15]这种规范的要素不只是显示违法性的要素，而是为违法性提供根据的要素，因而属于违法性领域(属于违法性的要素)。但是，这种规范的要素同时也是(不真正的)构成要件要素，因为法律将其规定为故意的认识对象。^[16]此后，麦茨格进一步肯定了规范的构成要件要素，得出了构成要件是违法性的存在根据的结论。他指出：“立法者设置构成要件的行为，……直接包含了对违法性的宣告，包含了对作为特殊类型化的不法提供不法的基础。立法者通过形成构成要件创设了特殊化的违法性。行为的构成要件符合性，绝不是(特别的)违法性的单纯认识根据，而是其真正的存在根据。构成要件符合性虽然使行为成为违法的行为，但不是构成要件符合性本身，而是构成要件符合性与不存在特别的不法阻却事由相结合，使行为成为违法行为。”^[17]现在，规范的要素不仅得到普遍承认，而且其数量远远超出了人们原来的想象。从上述对构成要件的认识过程可以看出，一旦肯定构成要件是违法性的存在根据(即符合构成要件的行为就是违法行为——具有违法阻却事由的除外)，那么，构成要件就必然包含了评价要素，而评价要素正是规范的构成要件要素。既然如此，就需要在与违法性的关联上理解规范的构成要件要素。

犯罪的本质是侵害法益，^[18]构成要件所记载的是侵害法益的违法类型。但是，在使用语言表述构成要件(要素)时，至少会发现三种不同情形。

第一，只要描述了某种事实，就能肯定该事实是侵害法益的违法事实，一般不会对之发生分歧。例如，刑法第232条、第234条所表述的构成要件分别为“故意杀人”、“故意伤害他人身体”，符合该构成要件的行为，就侵害了他人生命、身体，因而具有违法性。在这种情况下，立法者能够对侵害法益的事实作出具体描述。换言之，法条所描述的事实，就是侵害法益的事实，不需要使用价值关系的概念与评价概念。法官的判断重点是事实是否符合构成要件，而不是借助于其他规范评价符合构成要件的事实是否侵害法益。这种不需要借助其他规范评价就能直接表明法益侵害事实的要素，属于记述的构成要件要素。

第二，如果单纯地在构成要件中描述事实，该描述就会同时包含了侵害法益的违法行为与不侵

[14] 当然，对作为逻辑前提的规范，需要作广义理解。这种“规范”不仅包括法规范，而且包括其他社会规范；不仅包括狭义的社会规范，而且包括社会的一般观念与经验法则；不仅包括成文的规范，而且包括不成文的规范。

[15] 盗窃自己的财物的行为，不可能成立盗窃罪；只有盗窃“他人的”财物的行为，才成立盗窃罪。但何谓“他人的”财物，需要根据相关的法规范尤其是民法规范确定，因而“他人的”这一要素，被公认为规范的构成要件要素。

[16] 参见前引[11]，Claus Roxin书，第227页以下。

[17] 前引[2]，Mezger文，第126页。

[18] 这是刑法理论的通说(虽然存在争议)，参见前引[11]，Claus Roxin书，第10页以下；[日]山口厚：《刑法总论》，有斐阁2007年第2版，第4页。

害法益的合法行为,因而不能使构成要件成为违法性的存在根据。所以,立法者在表述构成要件时,既要描述一定的事实,又要使用价值关系的概念或评价概念,从而将没有侵害法益的合法行为排除在构成要件之外。例如,倘若刑法将妨害公务罪的构成要件描述为“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员执行职务”,那么,以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员非法执行职务的行为,也成为符合妨害公务罪构成要件的行为。可是,该行为并没有侵害法益(公务),必须将其排除在构成要件之外。于是,立法者将本罪的构成要件表述为“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务”。这样,以暴力、威胁方法阻止国家机关工作人员非法执行职务的行为,就不是符合妨害公务罪构成要件的行为;反之,符合上述构成要件的行为,就必然侵害了公务。然而,国家机关工作人员执行职务的行为是否“依法”,需要法官根据相关法律进行评价、判断。又如,倘若刑法第237条只是描述猥亵行为的各种客观表现形式,而不使用“猥亵”概念,必然使合法行为(如医生在必要时检查妇女身体的行为)包含其中。一旦刑法第237条使用了“猥亵”概念,就可以将上述合法行为排除在猥亵行为之外。然而,何谓“猥亵”,又需要法官根据社会的一般观念作出评价、判断。

第三,倘若单纯地在构成要件中描述事实,就不可能囊括全部值得科处刑罚的法益侵害行为,必须使用价值关系的概念或评价概念,使值得科处刑罚的法益侵害行为涵盖在构成要件中。例如,根据刑法第116条的规定,破坏交通工具罪属于危害公共安全的犯罪。一方面,刑法第116条不可能详尽地描述了各种危害公共安全的破坏行为。另一方面,倘若刑法第116条详尽地描述各种危害公共安全的破坏行为,那么,其结果必然遗漏部分值得作为破坏交通工具罪处罚的行为,也可能包括了不值得作为破坏交通工具罪处罚的行为(与上述第二种情形存在交叉)。例如,毁坏汽车窗户玻璃的行为,不会危害公共安全,但毁坏飞行中的航空器窗户玻璃的行为,必然危害公共安全。所以,如果刑法第116条将“毁坏交通工具窗户玻璃”描述为破坏交通工具罪的一种类型,那么,并不危害公共安全的毁坏汽车窗户玻璃则被包含在破坏交通工具罪之中,这显然不妥当。可是,倘若构成要件中没有“毁坏交通工具窗户玻璃”的描述,则遗漏了危害公共安全的毁坏飞行中的航空器窗户玻璃的行为。所以,要想在构成要件中没有遗漏地描述破坏交通工具且危害公共安全的行为,是完全不可能的。于是,刑法第116条规定:“破坏火车、汽车、电车、船只、航空器,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险”的,成立破坏交通工具罪。换言之,只有“足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险”的破坏交通工具的行为,才具有特定的、作为破坏交通工具罪处罚的违法性。于是,法官会将毁坏飞行中的航空器窗户玻璃的行为认定为破坏交通工具罪,而不会将毁坏汽车窗户玻璃的行为认定为破坏交通工具罪,从而避免了详尽描述构成要件行为的缺陷。但是,由此产生了另外的问题:在何种情况下,破坏交通工具的行为具有上述危险?这便需要法官根据经验法则进行评价、判断。

在上述第二、三种情形下,由价值关系的概念或评价概念所表述的构成要件要素,就是规范的构成要件要素。在规范的构成要件要素的场合,立法者不能或者难以对侵害法益的事实作出具体的客观描述,必须借助价值关系的概念或评价概念,使构成要件成为违法行为类型。法官不仅需要判断案件事实是否符合构成要件,而且需要以特定的违法性为导向,以某种规范为前提理解构成要件要素和评价案件事实。

例如,刑法第347条所规定的贩卖毒品罪的构成要件要素是贩卖毒品,对“贩卖”、“毒品”的理解,以及对客观事实是否符合这些要素的判断,都只需要一般的认识活动与基本的对比判断就可以得出结论,而且,只要得出肯定结论,就一定存在特定的法益侵害,故“贩卖”、“毒品”属于记述的构成要件要素。反之,刑法第363条规定的贩卖淫秽物品牟利罪中的“淫秽”物品,只有经过法官的规范评价才能认定。一方面,法官必须以特定的违法性为导向理解“淫秽”;另一方面,法官必须按照社会的一般观念判断某种物品是否属于淫秽物品。可以认为,在记述的构成要件要素的

场合，已由立法者作出评价；在规范的构成要件场合，立法者只是提供了评价的导向，或者说只是赋予了价值的形式，而具体的评价需要法官根据一定的标准完成。

应当承认的是，规范的构成要件要素与记述的构成要件要素的区分具有相对性，二者并不存在绝对明确的界限。例如，故意杀人罪中的杀“人”、盗窃罪中的“财物”，一直被认为是记述的构成要件要素，但随着脑死亡概念的产生，已经脑死亡但心脏还在跳动的A是不是“人”；随着财产关系的复杂化，何种价值、何种形式的物才是盗窃罪中的“财物”，也在一定程度上需要解释者与司法人员的评价的、规范的理解。^[19]正因为如此，沃尔夫（E. Wolf）认为，即使是纯粹的描述性概念，其边缘地带也是规范性的；构成要件是价值要素与存在要素的组合，完全是一种规范的形象。换言之，所有的构成要件要素都具有规范的性质，故所有的构成要件要素都是规范的要素。^[20]

但是，也不能因此完全否认规范的构成要件要素与记述的构成要件要素的区别。诚然，“人”、“财物”都是需要解释的概念，但是，一旦对人的出生与死亡采取了独立呼吸说与脑死亡说，法官认定被告人是否杀了“人”就不存在难题；一旦对“财物”采取了有体性说或者管理可能性说，法官认定被告人是否盗窃了“财物”，也就不存在困惑。但是，在构成要件要素为“淫秽”、“猥亵”、“不正当”、“危险”等场合，“纵然有明确的定义，即使将确定的解释作为前提，而某种事实是否与之相符合，也还需要法官的判断。”^[21]所以，规范的要素与记述的要素存在重要区别，只不过这种区别具有相对性。一方面，两者的界限并不明确，因而其区分是相对的；另一方面，以往的记述的要素，现在可能成为规范的要素，反之亦然。

规范的要素只是意味着构成要件中的某个或者某些要素具有规范性，故规范的要素不同于不成文的构成要件要素。后者是指虽然没有刑法的明文规定，但经过解释而成为构成要件要素的情形。例如，刑法第264条对盗窃罪的构成要件仅规定为“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃”；但刑法理论与司法实践均认为，成立盗窃罪还必须具备“以非法占有为目的”的要素。这一要素是不成文的构成要件要素。当然，不成文的构成要件要素，也可能具有规范性质，因而同时也是规范的要素。^[22]但二者不是等同关系，只是交叉关系。

规范的要素与记述的要素之分，不等于不确定的要素与确定的要素之分。“许多不确定的概念也属于描述性概念。因此，绝对不是所有的不确定概念同时是‘规范性的’。”^[23]

表述规范的构成要件要素的用语既可能是日常用语（普通用语），也可能是法律用语，如“危险”可谓日常用语，但其表述的是规范的构成要件要素。反之，法律用语也可能是对客观事实的记述。所以，日常用语与法律用语的区别，并非记述的要素与规范的要素的区别。

规范的要素与一般条款（或概括条款）具有关联性。一般条款，是指像“违背良知”、“违背善良风俗”之类的，用以表达一般性内容，以便尽可能涵盖较多的构成事实的概念。一般条款具有高度的抽象性，因而被认为具有相当的不明确性，在适用上需要法官进行具体化。大体而言，一般条款都属于规范的要素，^[24]但规范的要素并非均属一般条款。

[19] 参见〔日〕町野朔：《刑法总论讲义案I》，信山社1995年第2版，第115页。

[20] E. Wolf, *Die Typen der Tatbestandsmaessigkeit*, Ferdinand Hirt in Breslau 1931, S. 51ff.

[21] 〔日〕团藤重光：《チャタレ裁判の批判》，《中央公论》1957年第6期，第52页。

[22] 例如，刑法第314条规定：“隐藏、转移、变卖、故意毁损已被司法机关查封、扣押、冻结的财产，情节严重的”，构成犯罪。显然，只有对司法机关“依法”查封、扣押、冻结的财产实施上述行为，才宜认定为犯罪。所以，“依法”既是不成文的构成要件要素，也是规范的构成要件要素。

[23] 前引〔12〕，恩吉施书，第134页。

[24] 也有少数学者认为，一般条款未必属于规范的构成要件要素，如“造成他人生命危险”的规定属于一般条款，虽然需要判断“危险”的有无，但与价值判断无关，所以不是规范的构成要件要素（Vgl., Theodor Lenckner, *Wertausschlussbeduerftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege"*, JuS 1968, S. 250）。但本文认为，“危险”、“危险性”等属于规范的构成要件要素。

二、规范的构成要件要素的基本分类

对规范的要素进行分类,有助于对规范的要素的理解与判断。由于对何谓规范的要素存在分歧,故对规范的要素的分类也缺乏定论。

麦茨格起初将规范的构成要件要素分为如下四类:一是法律的评价要素,即立法者要求法官参照刑法以外的法的评价或者法的概念的构成要件要素,如“他人的”物、“狩猎权”、“未成年人”、“商人”、“公务员”、“货币”、“财产”、“律师”等。二是一般文化的、社会的评价要素,即要求参照法律以外的伦理的、社会的、经济的等一般文化的性质的评价的构成要件要素,如“淫秽”、“侮辱”、“损害”、“泄愤”等;三是量的评价要素,即为了确定界限,法官必须进行量的评价的要素,如“公然”、“微薄的价值”、“毁损”、“持有武器”、“放火”、“残废”等;四是主观的评价要素,即完全由法官基于主观裁量完成必要的评价的构成要件要素,但麦茨格没有就此举例。^[25]然而,麦茨格的上述分类存在疑问。首先,量的评价要素与社会的评价要素不一定是并列关系,换言之,量的评价要素只是社会的评价要素的一部分。因为量的评价要素(如是否属于“公然”、“微薄的价值”等)也需要根据社会的一般观念进行评价。其次,不当存在完全由法官基于主观的裁量进行评价的构成要件要素,否则会导致法官的恣意判断。最后,客观上存在需要根据经验法则进行评价的规范的构成要件要素(如“危险”)。

库耐特(Kunert)将规范的构成要件要素分为四类:第一是价值要素(die Wertmerkmale),即记述了自然的要素(如行为或者文书)以及对该自然要素附加了社会共同体的情绪的价值态度的要素,如“淫秽物品”。二是考量要素(die Abschaetzungmerkmale),即必须参照社会的一般人的量的评价结果的要素,如“微薄的价值”、“法外的金额”等。与价值要素一样,作出决定性的量的评价的不是法官,而当事人所属的社会的一般人的世界观。三是意义要素(die Sinnmerkmale),这种要素是记述了“历史发展过程中所形成的作为文物而存在的形成物”、“在文明或者文化的状态中具有其客观的现实存在基础的社会的、客观的意义形成物”,如“住宅”、“公务员”、“律师”、“有价证券”、“货币”、“法院”、“婚姻”、“他人的财物”等。四是认识的判断要素(Merkmale kognitiver Beurteilung),如“危险”、“虚假的陈述”等。^[26]其实,库耐特分类中的前两类,都可以归入社会的评价要素,如同他本人所言,考量要素与价值要素一样,法官必须根据一般人的世界观作出判断。此外,库耐特分类中的第三类,既包括了法律的评价要素(如“公务员”、“律师”、“他人的财物”),也包含了部分社会的评价要素(如“住宅”)。

平野龙一将规范的构成要件要素分为四类:第一类是纯粹的法律概念,如妨害公务罪中的公务的“合法性”;第二类是与价值有关的概念,如“虐待”、“猥亵”;第三类是具有社会意义的概念,如“文书”、“住宅”;第四类是伴随事实判断的概念,如“危险”。^[27]耶赛克(Jeschck)与魏根特(Weigend)将规范的构成要件要素分为三类:一是本来的法的概念,如“文书”、“财产上的利益”、“扶养义务”等;二是价值关联的概念,如“卑鄙的动机”、“违反善良风俗”等;三是意义关联的概念,如“侵害人格尊严”、“性行为”等。^[28]但是,价值关联的概念与意义关联的概念,也未必有明显的界限。

格因胡特将规范的构成要件要素分为特殊的法律规范的概念与一般的法律规范的概念。前者是

[25] 前引[2], Mezger文,第225页。

[26] K. H. Kunert, *Die normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestaende*, Walter de Gruyter 1958, S. 92ff.

[27] 参见前引[10], 平野龙一书,第168页。

[28] H. Jeschck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 270.

指，与实定的规范秩序的思维形成物有关的概念，对此，法官要在刑法以外的其他法领域寻求刑法所要求的价值判断标准，如“他人的”财物；后者是指，法规期待法官基于一般的生活经验、非法律的评价、世界观发表意见的要素，如“猥亵”行为。^[29]这一分类无疑是成立的，但有必要对一般的法律规范的概念作进一步区分。

对规范的构成要件要素的区分，应当有利于法官对规范的构成要件的理解与判断，有利于判断行为人对规范的构成要件要素的认识。基于这种区分目的以及我国刑法分则的规定，本文倾向于将规范的构成要件要素分为以下三类：

一是法律的评价要素，即必须根据相关的法律、法规作出评价的要素，如刑法第 277 条中的“依法”、第 306 条中的“辩护人”、“诉讼代理人”、第 435 条中的“滥伐”、许多条文中的“国家工作人员”、“司法工作人员”、“公私”财产、“不符合……标准”等。法官在判断案件事实是否符合构成要件要素时，必须以相关的法律、法规作为评价依据。其中的法律、法规，主要是指其他法律、法规中的关联性规定（也可能包括刑法中的解释性规定）。例如，判断行为主体是否国家工作人员时，需要以刑法第 93 条以及相关法律（如公务员法）的规定为依据；判断行为是否妨碍国家机关工作人员“依法”执行公务时，必须以国家机关工作人员执行职务所依据的相关法律、法规规定的职务要件为依据；判断行为是否属于“滥伐”林木，应当以森林法为根据作出判断。一般来说，法律的评价要素，是规范的构成要件要素中较为容易判断和认定的要素。

二是经验法则的评价要素，即需要根据经验法则作出评价的要素。刑法第 114 条中的“危险方法”、“危害”公共安全、第 116 条中的“危险”、第 137 条中的“降低”等属于这一类。这类规范的构成要件要素，需要以一定的事实为根据，同时以生活经验、因果法则为标准作出评价，而不是以一般人的感觉、观念为标准进行评价。例如，行为是否具有公共危险，不是根据一般人的感觉进行判断，而是根据经验法则作出评价。由于经验法则不是成文的，故对于经验法则的评价要素的判断与认定，难于法律的评价要素。

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作出评价的要素。刑法第 234 条中的“特别残忍”、第 237 条中的“猥亵”、第 263 条中的“淫秽物品”，第 245 条中的“住宅”、第 280 条中的“公文”、“证件”，第 166 条的“明显高于”、“明显低于”以及许多法条中的“较大”、“巨大”、“严重”、“特别严重”、“恶劣”、“特别恶劣”等，都属于这一类。显然，社会的评价要素，是规范的构成要件要素中最难以判断和认定的要素。

三、规范的构成要件要素的立法取舍

法治在刑法领域表现为罪刑法定，明确性是罪刑法定原则的实质要求。将明确性视为罪刑法定原则的实质侧面之一，是保障国民自由、限制国家权力的基本要求，而刑法的明确性首先要求的是构成要件的明确性。

但是，人们一直认为，“规范性概念经常是特别高度不确定，并因此产生许多制定法适用中的不确定性，同时还有非肯定和相对不受拘束性的例子。……规范性概念本身遗憾地不是‘单义的’。”^[30]换言之，表述规范的构成要件要素的概念，都是价值关系的概念或评价概念，具有不同价值观的人对于规范的构成要件要素存在不同的解释，这为法官的恣意裁量留下了令人不安的空间。这种不明确性导致两方面的后果：一是不利于国民预测自己的行为性质与后果，二是不利于限制法官的自由裁量权。而保障国民的预测可能性与限制法官的自由裁量权，刚好是罪刑法定原则的

[29] 前引〔4〕，Grünhut 书，第 7 页。

[30] 前引〔12〕，恩吉施书，第 134 页以下。

思想基础之一——自由主义（或尊重人权主义）的要求。正因为如此，贝林所主张的作为犯罪类型轮廓的构成要件，只是“纯记述性的”，而不包含任何价值判断的内容；其目的旨在使构成要件明确，排除司法人员对构成要件的恣意性介入，从而彻底实现罪刑法定主义的机能。^{〔31〕}

诚然，“构成要件的明确性是人们所期望的，因而要求尽可能采用记述的构成要件要素。……但是，要想一概不使用规范的构成要件要素则是不可能的。”^{〔32〕}这不仅因为规范的构成要件要素的不可避免性，而且因为其具有一定的积极意义。^{〔33〕}

虽然规范的构成要件要素没有记述的构成要件要素明确，但规范的构成要件要素并不等同于不明确的构成要件要素。罪刑法定原则要求实行成文法主义，因而只能用文字表述构成要件。可是，“词句并不构成小小的水晶石，以其坚硬的外形把词句所隐含的内容与所有别的分离开来。在边缘地带，所有的词句都是模糊难懂的。”^{〔34〕}即使是描述性语言，也不可避免存在模糊之处。数字概念被认为是最明确的，但是，数字的计算也非易事。例如，1996年（闰年）2月29日出生的人，是2010年3月1日已满14周岁，还是2010年3月2日已满14周岁？这是难以回答的问题，只能根据刑事政策、刑法与刑事诉讼法的基本原则得出结论。其实，问题并非仅在于用语是否明确与是否模糊，更重要的在于刑事立法采用的表述是否符合法条的特定目的。“有限的表现手段与无限的事态之间，原本就不能有‘一对一的对应关系’，所以，语言和（后述的）文字的不明确性，在原理上是不可避免的。但是，另一方面，不可忽视的是，不明确性赋予了语言的伸缩性、融通性的事实。像‘大的’、‘小的’、‘好的’、‘恶的’这样高度不明确的语言，一旦与其他语言组合使用时，通过文脉就变得相当明确，所以，我们可以根据当时的具体目的，赋予不明确的语言以必要程度的明确性，并进行有效的使用。由于语言（与认识意识相关）是思考与传达信息的工具，因此，所要求的明确性程度是随着使用目的不同而变化的。像木匠、外科医生根据其需要分别使用各种精确的刨子、手术刀一样，我们通常应当选择最能适合达到目的程度的明确的语言，不必要的高度的明确性，与不充分的明确性一样，反而妨碍目的的实现。”^{〔35〕}所以，当规范的构成要件要素比记述的构成要件要素更能实现表述违法类型的目的时，立法者理当采用规范的构成要件要素。

规范的构成要件要素有利于实现犯罪成立条件的实质化。犯罪成立条件实质化的趋势相当明显，从形式化向实质化发展的作为义务理论，从形式的违法性概念向实质的违法性概念发展的违法论，从心理的责任概念向规范的责任概念发展的责任论，都表明了这一点。实质化的趋势必然使得构成要件符合性的判断实质化，即并不是依据定义式、形式化、固定性标准进行判断，而应当根据实质的一般原则（如利益衡量、目的理论）进行判断。一方面，构成要件是违法行为类型，立法者表述构成要件的目的，就是将特定的违法行为类型记载于法条中。因此，在采用记述的要素只能设置形式的标准时，必须借助规范的要素设立实质的标准；在采用记述的要素必然导致包含了不值得处罚的行为乃至合法行为时，必须使用规范的要素；在采用记述的要素不能囊括全部值得科处刑罚的违法类型时，必须借助规范的要素。另一方面，随着国民物质生活、精神生活水平的提高，由刑法所保护的法益范围越来越宽泛，而不再局限于生命、身体、财产等范围固定、轮廓清晰的法益，而是包括其他诸多方面的自由与权利。但是，一些法益可能没有清晰的轮廓，立法者难以使用纯粹

〔31〕 参见〔日〕山火正则：《构成要件的意义と机能》，载〔日〕阿部纯二等编：《刑法基本讲座》第2卷，法学书院1994年版，第5页。

〔32〕 前引〔19〕，町野朔书，第115页。

〔33〕 我国的刑事立法实践上，没有认识到规范的构成要件要素的问题与实质，只是从粗疏与具体方面考虑，结果，将原来的一个犯罪构成分解成为诸多的犯罪构成，而诸多犯罪构成中避免不了诸多的规范的构成要件要素，从而导致刑法适用更为困难。

〔34〕 〔美〕安·塞德曼、罗伯特·B·塞德曼：《法律秩序与社会改革》，时宜人译，中国政法大学出版社1992年版，第166页。

〔35〕 〔日〕碧海纯一：《新版法哲学概论》，信山社2000年全订第2版补正版，第123页。

记述的概念作出规定，只得采用规范的要素。^[36]

采用规范的构成要件要素是调和一般正义与个别正义的需要。刑法是正义的文字表述。正义是排除恣意的，故正义在原则上表现为一般正义，但将一般正义适用于各个具体的事态时，常常反而出现不正义的结果。于是，产生了与一般正义相对的个别正义的概念。一般正义与个别正义虽然都是正义，却相互矛盾，前者会带来冷酷与僵硬，后者会导致恣意与不公平。所以，一方面要以实现一般正义为原则，另一方面要以个别正义为补充。^[37] 记述的要素有利于实现一般正义，规范的要素则有利于实现个别正义。换言之，“形式、抽象性、一般性、以及概念性是对于法律的形成完全不可缺少的，否则法将没有所谓的等同对待，也将没有正义存在。如果人们在其中不保证将始终变动的生活关系的独有性及特殊性在法律的发现过程中引入，那么纯粹从法律规范演绎出来的‘正义’将会是一种‘永久的、重复相同的’僵化机械论，一种自动化——或者是电脑的——‘正义’，一种非人性的‘正义’。”^[38] 例如，“有关猥亵物品之认定，本来就应该属于具体个案之价值判断，而并不是裸露了身体哪一部位的图画就一定属于猥亵物品，也不是身体哪一部位没有裸露的图画就一定不是猥亵物品。假使立法者在立法上果真以纯粹描述的方式而予以一一列举，那么恐怕会引发更大的问题，亦即，极有可能造成应该是属于猥亵物品的却没有规定，不应属于猥亵物品的却符合规定之情形，这样的结果才是真的不公平不合理，反而无法体现实质的正义。”^[39] 再如，对于财产犯罪、贪污贿赂犯罪，以确定的犯罪数额作为定罪量刑的标准，反而有损刑法的正义性。^[40] 相反，以数额较大、数额巨大、数额特别巨大等作为定罪量刑的标准，则不存在损害个别正义的缺陷。所以，数字虽然是最明确的，但可能是最损害正义的。

采用规范的构成要件要素是犯罪类型化的要求。分则所规定的构成要件并不是简单地对犯罪的分类，而是对犯罪的类型化。类型是指事物或存在本质的概括表现。犯罪类型，是概括犯罪成立要件的整体认知形象。^[41] 因为正义要求对相同的犯罪作相同的处理。如果没有类型化，只是将某种具体生活事实作完整的描述，那么，由于不存在完全相同的具体生活事实，构成要件就不可能起到大前提的作用。如果不对犯罪进行类型化，则意味着任何一种具体的犯罪都是不相同的；对任何一种具体的犯罪都作不同的处理，结果反而没有正义可言。所谓类型化，意味着根据事物的本质对犯罪进行类型化；构成要件作为一种违法类型，它并不穷尽具体的经验性材料，而是对经验性材料有所选择，抓住重要的和有特点的社会事实，对无关紧要的细微差别忽略不计。所以，类型化意味着将现象的多样性和复杂性归纳为具有一定概括水平的、具有一组特征的聚合体，从而使得现实发生的案件与类型具有可比较性、可涵摄性。易言之，构成要件所规定的是抽象的现实，它不是描写个案的全部情节，而是仅仅突出一系列一般的且重要的要素。惟有如此，刑法规范才能适用于数目不定的、个案形态不一的案件，因而面对十分不同的个人和个案形态，也能够符合平等对待的思想。这种类型化对语言和思维的力量提出很高的要求。亦即，“法律语言需要一些话语用于各种抽象的、高于一切个别现象的概念；它首先从日常生活中吸取这些话语，然后进一步发展它们，使之具有技术的含义。”^[42] 正因如此，刑法分则条文总是以抽象的用语、规范的要素表述具体犯罪类型。规范的构成要件要素，使犯罪类型具有开放性，它虽然有一个固定的核心，但没有固定的界

[36] 参见前引[24]，Theodor Lenckner文，第252页以下。法益有无清晰的轮廓与法益是否值得刑法保护，是性质不同的问题。

[37] 参见[日]团藤重光：《法学的基础》，有斐阁1996年版，第222页以下。

[38] [德]亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，台湾五南图书出版有限公司2001年版，第122页。

[39] 吴耀宗：《德国强制罪可非难性条款与明确性原则》，《法学丛刊》1998年第42卷第4期，第126页。

[40] 刑法以确定的犯罪数额为标准规定贪污罪、受贿罪的刑罚幅度所导致的不能实现个别正义的弊端，已充分表现出来。

[41] [日]梅崎进哉、宗冈嗣郎：《刑法学原论》，成文堂1998年版，第81页。

[42] [德]H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第176页。

限。即使立法者当初根本没有想象到的事实，经过解释也可能完全涵摄在规范的构成要件要素中；或者相反。

规范的构成要件要素使刑法简短且适应社会变化。成文刑法具有普遍性，必须以较少的文字网罗极为复杂的犯罪；另一方面，成文刑法必须适应不断变化的社会生活。这使得规范的构成要件要素不可避免。正如德国学者魏德士所言：“法律调整的生活事实多种多样，无法穷尽。反之，出于各种原因，法律条文和法律信条的数量则尽可能精简而且具备条理性。法律所调整的事实的无限性与法律规范数量的有限性要求之间的辩证关系或者说矛盾必然在语言上产生如下结果：成文法规范必须包含普遍的、一般化的评价标准。尤其是在需要调整大范围的生活事实或者案件类型时，上述矛盾就更加明显。解决上述矛盾的手段很多，例如使用不确定的法律概念（unbestimmte Rechtsbegriffe），如‘适当的’、‘相应的’、‘过失’、‘重大疏忽’；又如使用一般条款（Generalklauseln），如‘重大事由’、‘诚实信用’、‘善良风俗’、‘公平裁量’。可见，在立法过程中必须有计划地使用不确定的法律概念和一般条款，换言之，概念的‘不确定性’（Unbestimmtheit）是预料之中的事。通过这种方式，就能够为相应的法律规则确立比较大的适用范围和裁量空间，法律也因此具备了灵活性（Elastizität）。借助于法律概念的这种‘开放性（öffenheit）’和不确定性，既可以将法律适用于新的事实，又可以适用于新的社会的与政治的价值观。”〔43〕上述不确定的法律概念和一般条款，便是规范性概念，在刑法分则中便属于规范的构成要件要素。

尽管规范的构成要件要素不可避免，而且具有积极意义，但这绝对不意味着由规范的构成要件要素取代记述的构成要件要素。虽然记述的概念也可能因为其边缘模糊而具有不明确性，但大体而言，记述的要素比规范的要素明确，前者更能有效地限制法官的权力，保障国民的自由。所以，采用记述的要素可以使特定的违法行为类型化时，就不应采用规范的要素。因此，在什么样的情况下采用规范的构成要件要素，以及如何设置规范的构成要件要素，就成为重要问题。

首先应当肯定的是，应当尽可能减少规范的构成要件要素；另一方面，在必须采用规范的构成要件要素时，需要采取相应的立法措施，使规范的构成要件要素更为明确。于是，规范的构成要件要素的立法取舍，实质上成为如何判断刑法规范是否明确以及如何实现构成要件的明确性的问题。

显然，对刑法规范的明确性，很难设定一般的基准。德国学者许迺曼（Schünemann）根据明确性程度，按照递减的顺序将法律概念分为四类：一是数的概念，这类概念具有绝对的明确性；二是分类概念，即以在整个社会中广泛且一致的应用为基础的分类性概念，记述的构成要件要素属于这一类；三是机能概念，即通过事物的相同的社会性机能而构建的概念，规范的构成要件要素属于这一类；四是纯粹的价值概念即一般条款（如善良风俗、违背良知等）。许迺曼认为，前三种概念是容许使用的，只是第四类概念存在不明确的问题。但是，立法又不可能绝对排斥纯粹的价值概念，就例外情形而言，即使采用纯粹的价值概念而由法官自由裁量，也不损害权力分立与一般预防原理，并不违反罪刑法定原则。由前三类概念提供了轮廓的整体构成要件，与立法者确实认为当罚的中心领域相比较，当罚的事例没有达到50%时，立法者便没有尽到明确规定当罚的通常情形的义务；反之，达到或者超过了50%时，便具有明确性。〔44〕

在刑法上，纯粹的价值概念所表述的要素就是规范的构成要件要素，许迺曼承认其不明确性。虽然许迺曼认为除此之外的规范的要素与记述的要素都是明确的，但事实上并非如此。因为如前所述，即使是记述的概念，也可能因为边缘模糊而不具有明确性。刑法对构成要件的表述，一方面要保障国民的预测可能性，实现刑法的安定性，另一方面，要使值得科处刑罚的特定违法行为成为犯

〔43〕〔德〕伯恩·魏士德：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第87页以下。

〔44〕参见许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，台北春风煦日论坛2006年版，第26页以下。

罪。所以，必须在法的安定性与实质的正义性之间进行调和，难以采取量化标准。从正义的观念出发，即从确保适正处罚的观念出发，必须使用价值关系的概念或评价概念，而且对法的安定性的危险尽可能限于最小程度时，就是允许的。^[45]

另一方面，记述的概念与规范的概念，都可能存在不明确的部分，所以，只能将明确性原则理解为最大限度的预测可能性。根据前述对规范的构成要件要素的分类，可以采取如下原则：（1）如果使用记述的要素就能够准确地表述特定的违法类型，就不应使用规范的要素；（2）如果使用记述的要素不能准确地表述特定的违法要素，就允许使用法律的评价要素，从而使构成要件表述特定的违法类型；（3）如果使用法律的评价要素不能准确地表述特定的违法要素，就允许使用经验法则的评价要素，从而使构成要件表述特定的违法类型；（4）如果使用经验法则的评价要素不能准确地表述特定的违法要素，就允许使用社会的评价要素，从而使构成要件表述特定的违法类型。

从具体层面而言，本文提出以下意见：（1）一个构成要件不能完全由规范的要素组成，只能在记述的基础上使用规范的要素。（2）在必须采用规范的要素时，应当添加适当的记述的要素对规范的要素作出限定。换言之，“规范的构成要件要素的导入虽然是不可避免的要求，但应当限于必要最小限度内，必须通过附加具体的‘记述’，使立法者的意思明确化。例如，对于‘公然实施猥亵行为的’构成要件，附加具体的场合、时间、对方等‘记述’就是理想的。”^[46]（3）在采用规范的构成要件要素时，如果可以通过解释使规范概念明确化的，可以在刑法中作出解释性规定。^[47]解释性规定应当有利于克服规范的构成要件要素的缺陷，所以，解释性规定不能大量使用规范性概念，否则不利于法官理解规范的构成要件要素；解释性规定必须具有针对性与有用性，即对规范性概念作出解释，使法官能够通过解释性规定，正确理解和判断规范的要素。^[48]（4）在必须采用规范的构成要件要素时，如果可以通过例示性规定使规范概念明确化，便应在刑法中作出例示性规定。例如，在将“情节严重”规定为构成要件要素时，可以例示几种严重的情节。例示法并不损害刑法的安定性。法官要将现实案件与法条例示的行为相比较，判断现实案件是否与法条例示的行为相类似。所以，法官的自由裁量权受到了有效的拘束，刑法的安定性能够得到保障。正因为如此，德国学者考夫曼指出：“类型无法被‘定义’，只能被‘描述’。因此，对立法者而言有两种极端情况：或者整个地放弃描述类型而只给予该类型一个名称。例如我们在德国刑法第 185 条所看到的，该条仅简单规定：‘侮辱’将如此如此处罚。此方式将使法律的适用上获得较大的弹性，但相对地也换来法律的不安定性。——或者试着尽可能精细地（‘列举地’）描述类型。——例如德国刑法第 250 条加重强盗罪之规定。此种方式具有较大法律安定性之优点，但也造成谨慎拘泥以及与实际生活脱节的结果——耗费大而收获小（事倍功半）。前面曾提过的‘例示法’——这在新的刑法典中经常被运用，例如在加重窃盗罪（德国刑法第 243 条）——则取二者之间而走中庸之道；立法者只例示性地描述类型，因而明白地指示法官可使用类推的法律发现。”^[49]概言之，例示法是概括条款与个案列举法的一种有机结合，它既能保障刑法的安定性，也赋予法官对此类或类似的案件作出同样处理的任务，既能应对社会生活事实，也能限制法官权力。因此，现代刑事立法越来越愿意采取例示法，^[50]我国今后的刑事立法宜尽量采用例示法，从而弥补规范的构成要件要素的缺陷。

[45] 参见前引 [24]，Theodor Lenckner 文，第 252 页。

[46] [日] 内田文昭：《刑法概要》上卷，青林书院 1995 年版，第 162 页。

[47] 当然，如果解释性规定不起作用的，则不宜作出解释性规定，如“情节严重”就不可能作出解释性规定。

[48] 例如，现行刑法关于司法工作人员的解释性规定，就比关于国家工作人员的解释性规定更有用。

[49] [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司 1999 年版，第 117 页以下。

[50] 同上书，第 63 页。

四、规范的构成要件要素的司法判断

许多法官抱怨刑法不明确,在很大程度上是因为他们面对规范的构成要件要素时,难以作出妥当的司法判断。因为在记述的构成要件要素的场合,只要对构成要件作出合理解释,就可以将事实与构成要件相对照,从而得出案件事实是否符合构成要件的结论。但在规范的构成要件要素的场合,即使对构成要件作出合理的解释,依然需要法官根据一定的标准、观念判断案件事实是否符合构成要件。因此,法官对规范的构成要件要素的判断能力,成为检验法官是否具有法律素质的基本标准。

对于规范的构成要件要素,必须以特定的违法性为导向进行判断。

采用规范的构成要件要素,是为了使构成要件成为真正的违法类型。所以,解释者必须以违法性为导向解释规范的构成要件要素。不可否认,根据罪刑法定原则,对构成要件的解释不能超出刑法用语可能具有的含义。但是,就规范性概念而言,几乎不可能直接根据用语本身得出结论。规范的构成要件要素,是难以甚至不可能从字面含义发现刑法的真实含义的要素。所以,形式的解释既行不通,也没有用。在规范的构成要件要素的场合,法官必须善于实质的解释,使符合客观构成要件的行为具有值得科处刑罚的法益侵犯性,使符合构成要件的行为与具有违法性的行为一体化。例如,刑法第245条规定:“……非法侵入他人住宅的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”非法侵入住宅罪的客观构成要件所包含的几乎都是规范的要素。我们不能认为,这一规定包含了不值得科处刑罚的一切擅自进入他人住宅的行为。例如,自来水公司的职员甲没有经过住宅人乙的同意,以平和方式进入乙的住宅查看水表。从形式上看,这一行为也符合了刑法第245条的文字表述,但不能认为该行为符合刑法第245条规定的客观构成要件,因为该行为不值得科处刑罚。换言之,我们只能将值得科处刑罚的非法侵入住宅的行为,解释为符合刑法第245条规定的客观构成要件的行为。这种做法所面临的问题可能是:实质的解释会因人而异,如何选择正确的结论?可能受到的诘难是:既然刑法没有规定“情节严重”,解释者为什么实际上加入了“情节严重”的要素?或许合理的解释目标、解释目的的确立以及解释方法的正确运用,可以解消这些疑问。而且,与先对客观构成要件进行形式的解释,然后在客观构成要件之外寻求违法性的做法相比,对客观构成要件进行实质的解释要好得多。另一方面,采取形式的解释也不能解决这些问题,因为形式的解释也会因人而异,而且在形式的解释后再作实质的违法性判断时,也必然因人而异。肯定构成要件的实质性,并不在于否认构成要件的形式性格。因为既然构成要件要确保刑法的安定性,发挥罪刑法定主义的机能,它就必须具有形式的性格,从而使实质的考察限定在形式的范围之内。

对于规范的构成要件要素,还必须根据规范的构成要件要素的不同类型,分别以相应的规范为逻辑前提进行判断。

第一,对于法律的评价要素,法官必须将相关的法律、法规的规定作为逻辑前提,从而判断案件事实与规范的构成要件要素的符合性。例如,甲以暴力妨碍警察逮捕他人的行为,是否成立妨害公务罪?这涉及警察的行为是否具有合法性的问题,必须以刑事诉讼法的相关规定为根据,判断警察的行为是否“依法”执行逮捕。再如,乙吸收多人资金用于办养猪厂的行为,是否成立非法吸收公众存款罪?这涉及如何理解吸收存款的问题,需要根据商法的相关规定作出判断。

在判断法律的评价要素时,法官不仅要了解相关法律、法规的基本含义,还要了解相关法律、法规的目的,同时要把握相关法律、法规与刑法条文的目的差异,避免得出不合理的结论。例如,刑法第345条第2款规定了滥伐林木罪,其中的“滥伐”便属于规范的构成要件要素,需要以森林法为逻辑前提作出判断。但是,滥伐林木是一种特定的违法类型,法官不能将森林法中的滥伐行为都作为刑法上的滥伐林木罪处理。例如,甲承包了一片山地,在山上种植树木。某日,甲在未办理

林木采伐许可证的情况下，雇用乙帮其砍伐一株枯死的马尾松，乙明知甲未办理林木采伐许可证，仍携带工具帮甲将该马尾松（6立方米）砍倒。根据森林法和相关行政法规，凡采伐林木，包括采伐火烧迹地木、枯死木等自然灾害毁损的林木，都必须申请林木采伐许可证，并按照林木采伐许可证的规定进行采伐。未申请林木采伐许可证而擅自采伐林木数量较大的，属于盗伐或者滥伐林木。但是，刑法关于滥伐林木罪的规定，是为了保护森林资源。既然马尾松树已死，就不能作为森林资源保护。换言之，甲、乙的行为虽然在森林法上属于滥伐林木，但该行为并没有发生刑法第345条第2款所欲禁止的保护森林资源的法益侵害结果。因此，甲、乙的行为不成立任何犯罪。^[51]

第二，对于经验法则的评价要素，法官必须按照经验法则进行评价。但经验法则是无法穷尽的，而且经验法则是具体的，不是抽象的，法官只能就案件具体事实，以相应的经验法则为标准作出判断。例如，行为是否“降低”了工程质量标准，要根据工程建设的经验法则进行判断。再如，行为是否具有公共危险时，也需要根据生活经验法则进行判断。

法官面对经验法则的评价要素时，不能依照一般人的观念进行判断，更不能按照行为人的观念进行判断。但我国的刑法理论与司法实践在这方面存在许多问题。例如，发生侵害法益的紧迫“危险”是未遂犯的构成要件要素，“危险”是经验法则的评价要素；而将不可罚的不能犯作为可罚的未遂犯处理，就是因为将经验法则的评价要素作为社会的评价要素处理了，因而不合适。实际上，客观行为是否具有侵害法益的紧迫危险，应以行为时存在的所有客观事实为基础，根据客观的因果法则进行判断；而不是一般人认为有危险，该行为就肯定有危险；更不是行为人认为有危险，该行为就一定有危险。例如，甲以为硫磺可能致人死亡，便以杀人故意使他人食用硫磺。即使一般人也可能认为硫磺会致人死亡，但按照经验法则得出的结论是，硫磺不可能致人死亡。既然如此，就应认为甲的行为没有产生致人死亡的危险，因而不成立故意杀人的未遂犯。

第三，对于社会的评价要素，法官要根据社会的一般观念或社会意义进行判断。这是最难以判断的一类要素。首先必须肯定的是，“规范的构成要件要素的确定，虽然在终局上由裁判官判断，但不可忽视的是，裁判官应当将证人、鉴定人等的判断作为资料，代表一般市民对之进行‘确认’，决不是通过裁判官自己的恣意判断来‘创设’它。”^[52]易言之，在社会的评价要素的场合，“法官受法律的约束在于，立法者不允许法官作出完全个人主观的评价，而是以存在法官应当遵从的一般的社会——伦理的评价为前提。”^[53]例如，何谓“淫秽”物品，法官不能根据自己的个人观念进行判断，而应根据社会的一般观念进行判断。再如，行为人是否侵入了“住宅”，要根据被害人当地的居住情景和一般人对住宅的观念进行判断。除此之外，法官需要特别注意以下几点。

首先，每位法官的成长经历、生活体验、阅读范围、政治地位等都会融入自己的观念，进而对规范的构成要件要素的判断产生影响。而法官的经历、体验等不会与一般人的经历、体验完全相同。因此，法官要熟悉一般人的观念，尤其要了解自己的特殊经历对自己观念的影响，了解自己的观念不同于他人观念的原因。例如，在欧美国家生活多年并受其价值观影响的人，在回国后当法官时，要把握自己的观念与当下中国一般人观念的差异及其产生的原因，不能以欧美人的观念为标准判断社会的评价要素。

其次，法官要善于通过考察案件事实的社会影响，了解一般人的观念。日本学者井上正治曾指出，“淫秽”之类的构成要件要素，是以作品（物品）是否对社会产生影响即是否引起兴奋、刺激性欲、是否引起性的羞耻心这种社会意义为内容的。而且，作品的“社会的影响”、“社会的意义”是作为事实存在于社会的。因此，在判断某种作品是否属于淫秽作品之前，必须确定该作品对社会

[51] 倘若该树不属于被告人所有，则被告人的行为构成普通盗窃罪，而非构成盗伐林木罪。

[52] 前引[46]、内田文昭书，第162页。

[53] 前引[28]，H. Jeschck/T. Weigend书，第130页。

产生了何种影响。只有确定了作品的社会影响,才能确定作品是否属于刑法上的淫秽作品。对作品的社会影响的确定,不是法解释与法适用的内容,而是属于事实的认定。这种社会意义的确定,是对作为事实而存在的意义的认识,而不是价值判断。^[54]井上的观点具有合理性,其旨在限制法官的自由裁量权,使价值判断建立在事实判断的基础之上。例如,在条文规定了情节“严重”、情节“恶劣”这类规范的要素时,了解行为的“社会影响”,了解社会一般人对行为的反应,就有助于法官作出合理的判断。当然,法官要查明的是,一般人是否在了解真相的基础上发表看法。媒体的看法不等于一般人的看法,媒体的渲染导致一般人的误解也不属于“社会的影响”。更为重要的是,不能将一般人的伦理判断作为法官的法律判断的根据与标准。

再次,法官要善于合理地妥协。一切法律制度都是无数力量综合作用的结果。“司法过程是一种妥协,一种矛盾与矛盾之间、确定性与不确定性之间、崇尚书面文字的拘泥字义与破坏规律及有序的虚无主义之间的妥协。”^[55]因此,“法律思维不是完全以系统为中心,它更多的是以问题为中心。占据绝对优势的不是一个来自于系统中的形式的、逻辑推导(演绎),而是辩论的方法。事实上,绝大多数新的解释法律思维的学说认为法律思维是一个辩论性的,在正方和反方之间衡量的裁决理由模式。”“通过这些辩论交换,法官作为中立方可以做出一个理由充分的决定。”^[56]由于社会的评价要素是需要根据社会的一般观念或社会意义进行判断的要素,在社会生活中处于不同地位、具有不同经历的人,会从不同的角度理解规范的要素。所以,法官需要倾听各种不同的声音,斟酌各种不同的观点,吸收各种观点的长处,避免各种观点的缺陷,实现合理的妥协。只有合理的妥协,才能最大限度地做到根据社会的一般观念判断规范的要素。

最后,要注意社会一般观念的变化,注重运用当代的社会标准,善于采取同时代的解释。时代的发展,社会的变化,必然引起一般人价值观念的变化。在理解和判断社会的评价要素时,应以被告人行为时的一般观念为标准进行评价。一方面,不能以过去的、陈旧观念为标准理解和判断社会的评价要素;另一方面,在行为时与裁判时存在明显时间距离时,法官应以行为时而不是以裁判时的一般观念为标准作出评价。例如,什么行为属于“猥亵”行为,何种作品属于“淫秽”物品,既不能按照法官个人的道德见解作出判断,也不能按以往观念得出结论,而是必须根据当代的社会标准作出判决。因为对猥亵、淫秽的判断标准一直在发生变化。“1959年所认为的淫秽和1859年的淫秽之间有巨大差距,这一点难道可以怀疑吗?对于根据不同的作品产生的不同的效果判断其是否可被归于淫秽的看法发生了变化,这种变化导致了上述的差距。”^[57]情节是否严重,是否恶劣,也没有固定不变的标准。过去属于情节严重、恶劣的,现在可能属于情节不严重、不恶劣,反之亦然。

由上可见,对规范的构成要件要素的判断,并不是委任于法官自由的、主观的裁量;相反,面对规范的构成要件要素,法官的判断受法律、经验法则和社会一般观念的拘束。

五、规范的构成要件要素的主观认识

根据责任主义原则,成立犯罪不仅要求行为侵害了法益,而且要求行为人对侵害法益的事实具有非难可能性。依照我国刑法第14条关于故意犯罪的规定,在故意犯罪的情况下,行为人必须明知犯罪客观方面的构成事实,并且希望或者放任这种事实的发生。但是,客观要素可以分为记述的

[54] [日]井上正治:《批评家の忘れた盲点》,《判例评论》1957年第9号,第4页以下。

[55] [美]本杰明·N·卡多佐:《演讲录 法律与文学》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2005年版,第31页。

[56] [德]N·霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第145页以下。

[57] [美]约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克:《法律中的社会科学》,何美欢等译,法律出版社2007年版,第128页。

要素与规范的要素。于是产生了以下两个问题：成立故意犯罪时，是否要求行为人认识到规范的要素？^[58]如何判断行为人已经认识到了规范的要素？例如，就贩卖淫秽物品牟利罪而言，是否要求行为人认识到自己所贩卖的是淫秽物品？如果行为人客观上贩卖的是淫秽物品，而主观上却认为是艺术作品时，应当如何处理？

关于前一问题，在国外刑法理论与审判实践上存在不同看法与做法。例如，日本最高裁判所1957年3月12日就散布淫秽物品罪指出：“关于刑法第175条之犯罪（散布、贩卖、公然陈列淫秽物品的犯罪——引者注）的犯意的成立，只要认识到存在有问题的记载和认识到在散布、贩卖它就可以了，不要求认识到存在有关记载的文书是否具备该条所规定的淫秽性。即使不具备刑法第175条所规定的淫秽性而贩卖文书，但如果客观上具有淫秽性，就应认定为法律错误，而不阻却犯意的成立。”^[59]德国以前的判例也曾经将妨害公务罪中的被害人执行职务的合法性要素（规范的要素）视为客观的处罚条件，不要求行为人对此有认识。而威尔采尔的见解是，虽然不要求行为人有认识，但至少要求有认识的可能性。这实际上是一种折中的观点。^[60]但是，德国与日本有更多的判例持相反的见解。^[61]现在，国外刑法理论几乎没有例外地认为，故意的成立要求行为人认识到规范的构成要件要素。例如，德国学者指出：“故意必须与客观构成要件的所有要素相结合。……当认识内容属于记述的构成要件要素时，行为人必须理解事实的意义内容；当认识内容属于规范的构成要件要素时，以行为人认识到要素的完全意义为要件。”^[62]再如，日本学者平野龙一在分析了规范的构成要件要素的概念与种类后指出：“无论如何，要成立故意，就必须对这些规范要素具有认识。”^[63]又如，大塚仁指出：“特别是关于规范性构成要件要素，有认识其意义的必要。例如，为了能够说具有贩卖猥亵文书罪（第175条）的故意，行为人必须认知自己贩卖的文书是‘猥亵的’文书这种刑法的意义。”^[64]

本文持肯定说。就故意犯罪而言，行为人必须认识到规范的要素，否则不成立故意犯罪。理由在于：（1）“没有责任就没有刑罚”（责任主义），这是近现代刑法的一个根本原理。责任分为故意责任与过失责任，追究行为人的故意责任，要求行为人认识到了其实施的是符合构成要件（包括规范的要素）的法益侵害事实。例如，如果行为人以为自己进入的是商店，而没有认识到自己进入的是他人的“住宅”，就不具有非法侵入住宅的故意，无论如何也不成立非法侵入住宅罪。（2）与上一点相联系，客观构成要件规制故意的认识内容与意志内容。成立犯罪的故意，要求行为人认识到符合客观构成要件的事实。大体可以认为，故意是对符合客观构成要件的事实的认识、容认，即客观构成要件的内容，就是故意的认识内容与意志内容。而规范的构成要件要素，一般存在于客观构成要件中。既然成立故意要求认识到符合客观构成要件的事实，当然就要求认识到符合构成要件中的规范要素的事实。（3）规范的要素与记述的要素没有质的差异，既然成立故意犯罪，要求行为人对记述的要素具有认识，那么，就没有理由不要求行为人对规范的要素具有认识。（4）判断行为人是否认识到了规范的要素，的确存在困难，甚至可能导致部分人逃避应有的刑罚制裁。但这是对行为人是否认识到了规范的要素的判断问题，不能以判断困难为由否定认识的必要性。

[58] 所谓认识到“规范的要素”，实际上是指认识到“符合规范的要素的事实的社会意义”。

[59] 日本《最高裁判所刑事判例集》第11卷第3号，第997页。

[60] 参见前引[10]，平野龙一书，第171页以下。

[61] 参见前引[28]，H. Jeschck/T. Weigend书介绍的德国法院判例，第219页；另参见日本最高裁判所1951年8月17日的判决，日本《最高裁判所刑事判例集》第5卷第9号，第1789页；日本东京高等裁判所1955年4月18日判决，日本《高等裁判所刑事判例集》第8卷第4号，第325页；日本东京高等裁判所1960年5月24日判决，日本《高等裁判所刑事判例集》第13卷第5号，第335页。

[62] 前引[28]，H. Jeschck/T. Weigend书，第218页。

[63] 前引[10]，平野龙一书，第169页。

[64] [日]大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第191页以下。

故意的成立,并不只是要求行为人认识到单纯的客观事实。换言之,在故意犯罪中,行为人对自已行为的认识,并不只是对外部行为的物理性质的认识,而是对行为的社会意义的认识。例如,行为人向他人头部开枪时,只有认识到该行为是“杀人”行为时,才能评价为“明知自己行为的内容与社会意义”。只有对行为的社会意义具有认识,才能说明行为人具有非难可能性。

就符合记述的构成要件要素的事实而言,行为人在认识到单纯事实的同时,就能认识行为的社会意义,进而认识行为的实质违法性乃至形式违法性。例如,行为人在认识到自己向他人胸部开枪时(单纯事实的认识),必然认识到这是杀人行为(社会意义的认识),进而认识到杀人行为是侵害他人生命的恶的行为(实质的违法性的认识),甚至认识到其行为是符合刑法第232条的行为(形式违法性的认识)。但是,就符合规范的构成要件要素的事实而言,行为人在认识到单纯事实的同时,却不一定能够认识到行为的社会意义,因而不一定认识到行为的实质违法性。例如,行为人认识到自己在贩卖某种书画(单纯事实的认识),却不一定认识到自己贩卖的是淫秽物品(社会意义的认识),因而不一定认识到了行为的法益侵犯性。^[65]这是因为规范的构成要件要素是需要根据法律法规、经验法则或者一般人的价值观念做出判断的要素;但行为人可能没有认识到作为逻辑前提的法律法规,行为人的价值观可能不同于法律、法规的价值取向或者不同于一般人,行为人可能没有认识到作为判断基础的事实,因而得出了不同结论。

就规范的要素而言,一方面,由于对单纯事实的认识不等于对事实的社会意义的认识,所以,如果行为人仅认识到了单纯的事实,还不能肯定其认识到了规范的要素。另一方面,由于表述规范的构成要件要素的是规范性概念,所以,行为人完全可能没有认识到规范性概念的法律意义。例如,行为人可能不认识刑法所规定的“淫秽”二字,也不理解刑法上的“淫秽”概念的规范意义。所以,倘若只有当行为人认识到了“淫秽”概念的规范意义时,才认定其认识到行为的社会意义,才以故意犯罪论处,就会不当缩小处罚范围。换言之,就故意犯罪而言,不能要求行为人像法学家或者法官那样理解规范的要素。^[66]于是,外国学者提出了后述“外行人领域的平行评价”的理论。不过,这一理论针对的主要是社会的评价要素。

本文认为,就法律的评价要素而言,只要行为人认识到作为评价基础的事实,一般就能够认定行为人认识到了规范的要素。例如,只要行为人认识到自己的财产处于国家机关管理、使用、运输中,就应认定行为人认识到了该财产属于公共财产(参见刑法第91条第2款)。又如,只要行为人认识到警察持逮捕证逮捕嫌疑人,就可以认定行为人认识到了警察在“依法”执行职务。再如,不真正不作为犯中的作为义务,属于规范的构成要件要素。行为人认识到了自己的作为义务,才成立不作为犯罪。只要行为人对产生作为义务的事实(根据)具有认识,就应认定其对作为义务有认识。譬如,只要甲明知自己的幼女掉入河中,就可以认定其对作为义务具有认识,其能够救助却不救助的行为成立故意犯罪。如果甲误以为掉入河中的是与自己无关的乙的幼女,因而没有救助的,则因为缺乏规范的构成要件要素的认识,而不成立故意犯罪。另一方面,只要甲明知自己的幼女掉入河中,即使其误以为自己没有救助义务的,也应认为其对作为义务具有认识,应肯定故意的成立。

就经验法则的评价要素而言,也是如此。亦即,只要行为人认识到了作为判断基础或者判断资料的事实,原则上就应当认定行为人认识到了符合规范的构成要件要素的事实。例如,只要行为人认识到了自己的行为会使大量的对象物燃烧,或者认识到火势会蔓延到其他对象物,就能肯定行为人认识到了自己的行为会“危害公共安全”。再如,只要行为人认识到自己所破坏的是正在使用中的公共汽车的关键部位(如刹车等),就可以肯定其认识到了自己的行为“足以使汽车发生倾覆、毁

[65] 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年第4版,第230页以下。

[66] 否则,只有具备良好的法律知识的人才能成立故意犯罪,这显然不合适。

坏危险”。

问题在于社会的评价要素。德国学者麦茨格在宾丁 (Binding) 之后发展和完善的“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论,一直得到普遍承认和适用。该理论认为,在规范的构成要件要素的场合,不要求行为人了解规范概念的法律定义,只要行为人以自己的认识水平理解了具体化在规范概念中的立法者的评价即可。^[67]换言之,对行为的社会意义的认识,不要求以刑法上的规范概念进行认识,只要认识到规范概念所指示的与犯罪性相关的意义即可;还可以说,只要行为人的认识内容与规范概念的实质相当即可。^[68]据此,当一般人将刑法上的淫秽物品理解为不能公开的黄色物品时,只要行为人认识到自己所贩卖的是一般人所指不能公开的黄色物品,那么,行为人就具有贩卖淫秽物品的故意。也有学者认为,在这种场合,法官对于行为人的语言必须“理念化”,对于法律的语言必须“一般化”,或者说,法官必须使行为人的日常语言世界与刑法的专业语言世界相联系,穿梭于民众的语言与法律的语言之间,从而进行判断。^[69]例如,当一般人使用“毛片”表述淫秽光盘时,只要行为人认识到自己所贩卖的是“毛片”,就可以肯定行为人认识到了自己所贩卖的是淫秽光盘,因而成立故意犯罪。

在本文看来,在行为人不明知“淫秽”的法律概念,不确定其贩卖的是“淫秽”物品,但认为其贩卖的是黄色物品、下流物品、毛片,客观上贩卖的确实是淫秽物品时,可以适用“外行人领域的平行评价”理论,认定行为人认识到了自己贩卖的是淫秽物品。上述解释已经能够说明这一点。再如,当行为人不明知刑法第 237 条的“猥亵”的规范意义,却认识到自己实施的是“占妇女便宜”的行为时,也能认定行为人具有猥亵妇女的故意。但是,还存在另外的情形:行为人不认为其贩卖的是淫秽物品,也不认为其贩卖的是黄色物品、下流物品,甚至认为是具有科学价值的艺术作品,但认识到一般人可能将其贩卖的物品评价为淫秽物品,客观上贩卖的确实是淫秽物品时,难以用“外行人领域的平行评价”理论进行归责。本文认为,在这种情况下,由于规范的构成要件要素(社会的评价要素)需要根据一般人的价值观念或者社会意义进行精神的理解,所以,应根据行为人在实施其行为时所认识到的一般人的评价结论,判断行为人是否具有故意。换言之,即使行为人自认为其贩卖的不是淫秽物品,也不是黄色物品、下流物品,甚至认为是具有科学价值的艺术作品,但只要行为人认识到了一般人会认为其贩卖的为淫秽物品,且事实上也是淫秽物品,就可以认定行为人认识到了自己所贩卖的是淫秽物品,进而成立故意犯罪。

Abstract: “Normative Tatbestandsmerkmale” are the elements of constitutive requirements expressed by evaluating concepts. They can be classified into legal evaluating elements, empirical elements and social ones. “Normative Tatbestandsmerkmale” are not ambiguous elements. They have reasonable foundations and are of positive significance. Judges should understand such elements from the view of unlawfulness and should use different standard according to different type to decide whether the fact can satisfy “normative Tatbestandsmerkmale” or not.

Keywords: “normative Tatbestandsmerkmale”, concept, type, selection, judgment

[67] 前引 [28], H. Jeschek/T. Weigend 书, 第 295 页。

[68] 参见前引 [19], 町野朔书, 第 225 页。

[69] Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, C. H. Beck, 1997. S. 129ff.