

The Deconstruction and Reconstruction of the Crime Constitution Theory

李洁 王志远 王充 王勇 著

犯罪构成的解构与结构

国家重点学科 吉林大学刑法学科系列文库

国家重点学科 吉林大学刑法学科系列文库

D914.04

176

本书为国家社科基金项目“犯罪构成理论的解构与结构”
(03BFX045)的最终成果

犯罪构成的解构与结构

The Deconstruction and Reconstruction of the Crime Constitution Theory

李 洁 王志远 王[?] [?] [?] [?]

图书在版编目(CIP)数据

犯罪构成的解构与结构/李洁等著. —北京:法律出版社, 2010.4

ISBN 978-7-5118-0671-0

I. ①犯… II. ①李…… III. ①犯罪构成—研究
IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 057336 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/孙 杨

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/11.25 字数/317 千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0671-0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家重点学科吉林大学刑法学科系列文库

编 委 会

学术顾问：何 鹏 张文显

主 任：李 洁

副 主 任：张 旭 徐 岱

编 委：（按姓名拼音排序）

李 雷 李 洁 王 充
徐 岱 郑军男

总 序

吉林大学刑法学科始建于1948年,在我国老一辈刑法学家甘雨沛教授、何鹏教授、高格教授的学术奠基下于成为国内首批刑法学专业硕士点之一,1986年取得博士学位授予权,2002年被评为吉林省重点学科,2003经国家人事部、全国博士后管理委员会批准设立了法学博士后流动站,2007年被教育部评定为国家重点学科。同时,本学科被列入“十五”期间国家“211工程”重点学科建设项目,2005年本学科成为吉林大学“法律与经济全球化”研究基地的重要学科力量,该基地是国家“985工程”重点建设的国家哲学社会科学基地,2006年以法理学、刑法学和民法学为支撑的吉林大学法学学科成为法学一级学科博士学位授权点。为给教学和科研创造良好的学术平台和环境,整合学术力量优势,国家重点学科吉林大学刑法学科设置了中国刑法学研究所、比较刑法学研究所、国际刑法学研究所、边缘刑法研究所、诉讼理论与司法改革研究所共五个研究所,力求形成立体式、交叉式、复合式的刑法学研究体系。

吉林大学刑法学科秉承几代人的学术传统,一直坚持刑法学基础理论、中外刑法学基础理论、司法实践的科学研究,养成了务实、求是、缜密的学风,在犯罪构成理论、罪刑法定原则的实现、刑法解释、人权与国际刑法、刑事诉讼价值等方面形成了特色鲜明的研究场域,为国家培养了大量的高层次理论研究人才、刑事立法和刑事司法人才。2010年,为加大学术研究力度、鼓励学术产出、传播学术影响和培养学术人才,依托于国家重点学科建设资金,本学科推出了国家重点学科吉林大学刑法学科系列文库,日后也将继续、及时推出本学科科研人员所创作的学术成果。

2 总 序

这套文库将开启我国法学界了解吉林大学刑法学科的另一扇门窗,并扩大吉林大学刑法学科与国内、国际学术交流的平台,我们也期待吉林大学刑法学科在社会各界的关注与提携下,在夯实学科特色的同时成为推动中国刑事法治建设,提升中国刑事法治正义、安全和自由价值,培养法学精英的中坚力量。

吉林大学法学院

国家重点学科吉林大学刑法学科系列文库编委会

2010年3月

目 录

引言 犯罪构成理论体系的基本功能	1
第一章 大陆法系犯罪构成理论体系	5
第一节 构成要件从诉讼概念到实体概念的嬗变	5
第二节 古典犯罪论体系	16
第三节 新古典犯罪论体系	36
第四节 目的行为论犯罪论体系	59
第五节 目的理性犯罪论体系	73
第二章 英美犯罪构成理论体系	82
第一节 英美犯罪构成理论体系轮廓	82
第二节 英美犯罪本体要件解析	88
第三节 责任充足要件	118
第三章 新中国犯罪构成理论体系	157
第一节 初步解读	158
第二节 奠基阶段(1949—1982)	170
第三节 改良阶段(1983—1997)	178
第四节 改革阶段(1998—)	204
第四章 三大法系犯罪构成要件要素的基本同一性	210
第一节 大陆法系犯罪构成要素考察	211
第二节 英美刑法行为评价架构的基本要素考察	230
第三节 中国犯罪构成理论体系之基本构成要素考察	239
第五章 犯罪构成理论构建的价值前提与基本思路	248
第一节 犯罪构成理论构建的价值前提概说	249
第二节 犯罪构成理论体系建构的基本价值前提之一:法	

2 目 录

的实务操作性	252
第三节 犯罪构成理论体系构建的基本价值前提之二:法 的安全性	271
第四节 中国犯罪构成理论体系构建的思路选择	287
第六章 新建犯罪构成理论体系的基本思路	315
第一节 构成要件	316
第二节 违法	329
第三节 责任	339
代结语 选择的合理性	350

引言 犯罪构成理论体系的基本功能

本书以“犯罪构成的解构与结构”为名,意在研究犯罪构成理论体系的构建问题。作为该研究的前提,必须要明确犯罪构成理论的功能,只有对犯罪构成理论体系的功能有一个明确的认识,对于犯罪构成理论体系的构建才能具有一个价值目标,否则,犯罪构成理论体系的设定也许就成了一个文字游戏或者逻辑学试题在刑法理论领域的表现。若果真如此,那就是世界刑法学界的悲哀,因为各种各样的犯罪论体系的存在已经是现实,而且这样的理论体系的构建在过去的百余年间耗费了诸多刑法学人的大量心血,并且这样的成就让刑法学人引以为骄傲。如果说,犯罪论体系的构建是有价值的,那么对于作为应用学科的刑法学来说,其价值就应该主要体现在其基本功能上。

威尔兹尔(Welzel)在1966年曾经说过:犯罪构造分成构成要件合致性(也就是符合性,下同)、违法性和有责性是过去二三十年间刑法理论上最重要的进步,这种区分犯罪阶层的法律体系远优于没有这种区分的法律体系。库珀(Kuper)则认为违法性与罪责的区分是刑法理论上的最大成就,并且也不可能再走回头路。同样在1984年,慕尼黑大学刑事法学教授许迺曼(Schunemann)在他的“刑法体系思想导论”一文中更加详细地论述了刑法体系架构的必要性。他提出三点理由:一是个别的学术认知要相互纳入一个逻辑体系之中,方才能明白它们彼此是否在逻辑上可以相容;二是日常语言本身已经制造出一定的规则和体系,法律体系架构本身即利用这种日常语言所形成的语言秩序和语言体系,没有体系的法学理论是无法想象的;三是日常用语的语言秩序固然有一定的规则和体系,但是具有多样性,法学上的体系化可以提高概念的抽象性和精确性,面对社会冲突,比较能显示各种解决方案的

2 犯罪构成的解构与结构

效果,进而确保相关争论和解决方案的秩序和脉络。同时,犯罪阶层理论提供的犯罪判断阶层构造,从分析和定位构成要件要素,可以提供一个精确判断犯罪成立与否以及处罚与否的步骤,借以确保刑罚制裁制度的合理与有效。^[1]

德国刑法学家罗克辛(Roxin)^[2]对体系性思考的价值进行了充分的论述,他指出:在刑法信条学设定了界限和规定了概念的情况下,它(犯罪论体系)就可能使刑法在安全和可能预见的方式下得到运用,并能够避免非理性化、专横性和随意性。信条学越不发达,摇奖的机会就会越多,一直会发展到刑法混乱和无目标使用的地步……在人的爱好处于赌博之处——刑事程序本来就不应当处于这种情况之中——一种概念所无法表达的法律感受,就是最黑暗的知识来源。^[3]因此,罗克辛教授提出了体系性思考的四个优点:“一是减少审查案件的难度。在一个信条性体系中,刑事可罚性的所有条件的组合和分类,首先都具有简化和完成案件审查的实践性优点。……在这个由符合逻辑顺序的确定的思维步骤而形成的构造中,首先能够保障所有与刑事可罚性的评价有关的重要问题都能够真正得到审查。那种在体系上毫无划分,对案件涉及的法律问题不加选择的‘探查’会发生这样的危险:它容易忽略重要方面而陷入错误的决定之中。此外,审查案件的体系性模式,对于思考的经济性来说,也是有帮助的,例如,如果能够证实行为构成不能得到满足,那么就完全不需要再考察违法性和罪责。二是体系性秩序作为平等和有区别地适用法律的条件。体系也能够为法律材料安排一种符合实际情况的有区别的秩序。在一个松散的体系性中对具体案件作出的评价性结论,却会处于去保障和不稳定状态中。根据正当化和免责根据,体系性秩序就可以使大量的事实性陈述,具有刑事政策上令

[1] 许玉秀:《犯罪阶层体系及其方法论》,成阳印刷股份有限公司2000年版,第1—2页。

[2] “罗克辛”是德文“Roxin”的一种汉语译名,另外还有“洛克辛”、“罗可信”、“洛克信”等译法。

[3] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第126—127页。

人满意的,同时照顾到各种利益状态不同点的决定。因此,体系性秩序的贡献,是保障法律得到平等和理性使用的重要手段。三是法律的简化和更好的操作性。在体系中的思考还意味着对法律适用的一种重要的简化,这就解除了法官判明方向的工作。如果大量的法律材料被分散规定在数量巨大、体系杂乱的具体条文中,或者如果必须从法院在类似案件所作的大量有先例效力的判决中寻找出问题的答案,那么这种工作本来就会是必要的。四是体系性联系作为深化法学的路标。法律材料的体系化甚至使创造性的深化法律的工作成为可能,在这里,体系化能够帮助人们理解具体法律规范与体系化的目的论基础之间的内在关系。过去所谓的超法规紧急状态成为新的正当化根据的发展过程,就是历史上一个著名的例子。因此,在一种思想的引导下对知识进行专门的体系化整理工作,就对这个领域中的法律发展发挥了十分重要的促进作用。”〔4〕“所有的案例放在犯罪阶层体系这部机器中检验,较能保证相同的案例得到相同的判决,不同的案例得到不同的判决,而这正是公平的内涵。”〔5〕正是因为体系性思考的优点,所以“体系是一个法治国不可放弃的因素”〔6〕

如果分析罗克辛教授对犯罪论体系之功能的论述,可以认为,其第一个优点说明了正是理论体系设定,使犯罪的认定过程中不可缺少的要素通过体系的设定展现出来,只要依据这样的体系进行操作,就不会出现对犯罪成立要素的忽略,也就可以避免由于对事实要素的缺失导致对犯罪的认定出现失误。第二个优点说明了体系导致的秩序状态与平等状态,因为由于体系的指引,容易导致相同情况相同处理的平等状态,而相同情况相同处理本身就是公正的表现形式之一。第三个优点说明了体系性思考导致的法的容易操作性,这种操作性方面的优势对

〔4〕 [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学 总论(第1卷)犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第127—128页。

〔5〕 [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学 总论(第1卷)犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第7页。

〔6〕 [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学 总论(第1卷)犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第132页。

于司法来说意义是重大的,不能设想在杂乱的规则与思考方法面前,司法者能够迅捷地处理事件。第四个优点说明了体系性思考对法学的作用,即体系性思考为法学的学问体系的建立提供了思路。

也正是基于体系性思考的优点,在犯罪认定的理论方面,建立理论体系是常态的思考方法,各个国家的学者都在构建犯罪论的体系,现存各种各样的犯罪论体系,就是这种体系性思考的成果。

需要指出的是,不同的学者所构建的体系是不完全相同的,即使一个国家的不同学派或者不同学者,所建立起来的犯罪构成的理论体系或者称犯罪论的理论体系也有不同甚至有相当大的不同。对这种不同应当如何理解,如果我们不能对这样的情况进行理智的分析,犯罪论体系的构建也就成了学者们找个理讲、混碗饭吃的工具,而事实不是也不应当是这样的。于是,我们就不得不对之进行进一步的思考,是只要有了理论体系就可以,还是理论体系也需要进行比较,并在比较的基础上进行选择?如果是前者,现在所进行的关于犯罪论体系的研究就是没有意义的,因为不同的法系都已经有了自己的犯罪论体系;如果是后者,就需要进一步研究,犯罪论体系的评价标准是什么,并在此基础上进行理论体系的选择或者重新构建。笔者认为犯罪论体系的构建处在这样的状态,借用黑格尔的辩证逻辑就是:只要存在的就是合理的,只要合理的就是存在的。也就是说,现存的犯罪构成的理论体系,都有其出现的合理根据,但是,如果将犯罪构成理论体系理解为解释法律的理论体系,也可以称为说明的体系,在不同的历史时期和不同的国度,由于其观念的、传统的、价值追求的不同,对其理论体系的要求也不相同,即使在同一个国家,在社会观念发生变化的情况下,对理论体系的要求也会有所不同。这样的不同要求我们思索:在一个国家的基本价值观念之下,何种犯罪论的理论体系是最适合该国对犯罪论体系的需求的?本书就试图进行这样的思索。

第一章 大陆法系犯罪构成理论体系

第一节 构成要件从诉讼概念到 实体概念的嬗变

德国刑法学家贝林(Beling)在1906年出版的《犯罪论》(被认为是近代犯罪论第一经典名著)中指出:“从世界的法律史看来,私法和刑法是对立的。换言之,前者(私法)的历史是以明示法律行为的类型作为出发点,但是这种明示法律行为类型的做法在以后的法律进化的阶段中最终被克服了,生硬的形式主义(Schcmatismus)被抛弃而代之以私法自治原则。与此恰恰相反,在刑法中原本并没有对犯罪要件进行明确的区划(类型化),只是在近代出现了构成要件之后,刑法中没有犯罪行为类型化的历史才结束了。”^{〔1〕}从以上的论述中我们至少可以得出

〔1〕 Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 2. 日本刑法学家佐伯千仞对贝林的这个观点的解释是:法律史上的私法和刑法之间的对立或者差别是因为作为近代市民社会和近代法律基本原则的个人自治在私法和刑法中的表现形式是不同的。私法主要是以个人为对象的法律,它是以一种积极的形式来实现个人的自治,虽然在私法中也存在个别的强制性的规定,但是这种强制性的规定也是为了更好地实现个人的自治,因此从总体上来说私法的规定基本上属于任意性的规定;而在刑法中情况却相反,作为强制性规定的刑法是以国家为对象,为了实现个人的自由就必须对国家权力的行使进行严格限制,也就是说刑法是以一种消极的形式来实现个人自治的,作为刑法基本原则的罪刑法定原则从本质上来说就是要限制国家刑罚权的随意发动以保护个人的自由和权利,因此刑法必须尽可能地明确规定犯罪的行为类型和与之对应的刑罚,只有在刑法规定的范围内认定犯罪和处罚才是在刑法中实现个人自治的唯一途径。参见〔日〕佐伯千仞:《タートベスタント序论(1)》,京都大学《法学论丛》第29卷第2号,第57—83页。

以下两个结论:第一,在近代私法中法律行为的发展是一个从类型化到非类型化的过程,而在刑法中犯罪行为的发展是一个从非类型化到类型化的过程;第二,在刑法中犯罪行为类型化的标志主要表现为构成要件理论的出现。如果我们将犯罪行为类型化看作近代犯罪论的起点,那么构成要件就是这个起点的界碑。众所周知,在贝林的构成要件论的基础之上,此后的刑法学中出现了各种各样的构成要件理论,以至于有学者将构成要件理论研究的现状比喻为是一个“热带丛林”(jungle)。^{〔2〕}对于研究犯罪论的人来说稍不注意就可能会迷失在这个“热带丛林”之中,为了穿过这片“丛林”我们有必要重新返回构成要件的源头,沿着历史的河流去寻找神秘的“林中小径”。

一、构成要件概念探源

从语源上来说,我国刑法学中所使用的“构成要件”一词并非原生于我国,而是来自于日本,日本刑法学中的构成要件也同样是舶来品,它是从德语 Tatbestand(犯罪类型,文中以下所出现的犯罪类型都是指 Tatbestand)翻译而来,而德语 Tatbestand 又起源于拉丁语 corpus delicti

〔2〕 由于“热带丛林”是世界上物种最丰富而且最危险的区域,因此町野教授以“热带丛林”来形容构成要件的研究现状,主要想通过这个比喻来说明现存构成要件理论的多样性与复杂性。参见〔日〕町野朔:“构成要件の理论”,载芝原邦尔等主编:《刑法理论的现代的展开·总论Ⅰ》,日本评论社1987年版,第1—35页。

(犯罪的根本的事实,简称罪体,文中以下所出现的罪体都是指 *corpus delicti*)。^[3] *Corpus delicti* 的最早渊源是 13 世纪意大利教会纠问主义 (*Inquisitionsprinzip*) 诉讼中产生的犯罪的确证 (*constare de delicto*) 观念。

在欧洲诉讼的历史上存在纠问主义和弹劾主义 (*Akkusationsprinzip*) 的对立,^[4] 纠问主义诉讼在程序上一般可以分为一般纠问 (*Inquisitio*

[3] 对于德语的 *Tatbestand* 应该如何翻译,日本刑法学家泷川幸辰是这样论述的:“我以前在论文中曾经将德语的 *Tatbestand* 翻译为构成要件,在著作中最早使用构成要件一词可能是在《刑法总论》(日本评论社发行的法学全集)一书中。几乎是在同时小野清一郎也在他的论文《构成要件充足的理论》(松波先生还历祝贺论文集)中使用了构成要件这个译语。大概是 1928 年、1929 年的时候,我开始觉得将 *Tatbestand* 翻译为构成要件并不是非常恰当,虽然为找一个相对合适的译语也下了不少工夫,但是最终并没有找到一个比构成要件更为贴切的词汇,并且当时构成要件这个译法也已经被广泛地接受和使用,如果变更译法的话,可能又会招致混乱,因此就一直使用构成要件这个译语。佐伯千仞认为在日语中根本就不可能找到一个与 *Tatbestand* 相对应的词汇,因此索性就直接使用德语 *Tatbestand* 的日语片假名タートベスタント(《タートベスタント序论(1)》,京都大学《法学论丛》第 29 卷,1933 年),他在以后的《刑法总论》(1944 年)中也曾使用其他的诸如犯罪类型、可罚的违法类型等词汇。牧野英一在《刑法总论》(1948 年)中也使用了构成要件一词。但是,现在看来可能直接使用 *Tatbestand* 的日语片假名タートベスタント更为恰当一些。”[日]泷川幸辰:“刑法における构成要件の机能”,载《刑法杂志》第 1 卷第 2 号,第 3 页。由此可见,构成要件并非是一个非常恰当的译语而只是一个习惯译语。在我国,也有学者不使用构成要件一词,如西南政法大学的陈忠林教授,他在翻译帕多瓦尼教授的《意大利刑法学原理》时是将 *Tatbestand* 翻译为典型事实。参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社 1998 年版。

[4] 纠问主义诉讼与弹劾主义诉讼的不同主要表现为:在纠问主义诉讼中裁判官同时也是追诉官,裁判官自己依照职权进行搜查、审理和裁判,不需要被害者的起诉或者追诉官的追诉,因此,在裁判官依照职权发动的纠问主义诉讼中,诉讼是按照首先明确存在什么犯罪,然后再调查犯人是谁的顺序来进行的,也就是说,纠问主义诉讼的进展包含着从行为到行为人的倾向;与此相对,在弹劾主义诉讼中裁判官和追诉官是分离的,只有在被害人起诉或者追诉官追诉的情况下才开始诉讼程序,因此,在弹劾主义诉讼中所谓“弹劾”一般是指在诉讼中裁判官围绕犯人和犯人的罪行所展开的取证调查等诉讼活动,虽然在纠问主义诉讼中对于行为和行为人的区分具有非常重要的构造意义,但是在弹劾主义诉讼中区分行为和行为人并不重要。

generalis)和特别纠问(Inquisitio specialis)两个阶段。一般纠问是确定犯罪行为是否确实存在的过程,而特别纠问则是在一般纠问的基础上所展开的证明犯罪是由特定行为人(犯罪者)所为的过程。作为特别纠问开始的诉讼前提即在一般纠问中关于犯罪行为是否存在的讨论就是罪体的雏形。

在纠问主义诉讼中,法律对每一个诉讼阶段都有严格的限制,裁判官必须依据确定的标准来进行诉讼活动。对于各种证据来说,也都由法律明确规定了它的证明效力,虽然现在从自由心证主义的角度来看,当时的证据方法以及与此相关的种种限制并不是十分恰当,但是在当时并不承认罪刑法定主义的条件下,为了保障被告人的权益,能够做到这样已经很不容易了。在纠问主义诉讼中,按照法定证据原则裁判官要做出有罪判决,就必须要有被告人对于罪行的自白。为了得到被告人的自白,拷问是被允许的,但并不是无条件的。在拷问之前必须确证犯罪行为的存在,而且必须对谁是行为人(犯罪者)有99%的把握。也就是说,拷问只有在所有的证据都已经被证明,只是缺少被告人自白的情况下才可以进行,不允许在没有任何证据的情况下为了获得证据而对被告人进行拷问。换言之,在这里自白仅仅是为了证明行为者的确实性,并不属于前一阶段的行为确实性的证明(Corpus delicti)。从这个意义上来说,虽然当时的诉讼程序并不是明确地、有意识地通过罪体来限制裁判官对犯罪嫌疑人进行拷问,保障犯罪嫌疑人权利,但实际上却起到了这个作用。

在纠问主义诉讼中,区分行为和行为人的相关内容的做法具有将所有的外部的客观的内容都作为证明行为的根据(Corpus delicti),而将主观的内容都作为证明行为者的根据(certitudo auctoris delicti)的倾向。这样,在纠问主义诉讼中,证据就主要包括:第一,证明罪体内容的证据;第二,居于罪体和犯罪嫌疑人的自白之间的证据即证人证言,证人证言是证明犯罪行为或者被告人的或然性的证据;第三,被告人的自白。

当时,意大利的法律注释家们对罪体的内容存在争议。一般认为罪体是能够证明犯罪行为存在的外部的、客观的内容,即要求有体物证

据的存在,通过对有体物证据的验证来建立起对犯罪的确证;但是也有一些注释家如巴图鲁斯(Bartolus)就认为罪体作为特别纠问的前提,主要是指对犯罪自体确实性的验证,因此特别纠问的开始并不只限于存在有体物证据,在特定的情况下如果存在针对特定人的不好的风评(*mala fama contra certam personam*)也可以进行特别纠问。^[5]此后,法律注释家们根据证据方法将犯罪分为残留有体痕迹的犯罪和没有残留痕迹的犯罪,认为对于前者来说由于行为和行为人是可以分离的,因此一般纠问是必要的,而对于后者来说由于行为和行为人是不可分离的,因此一般纠问就未必是必要的,根据风评也可以进行特别纠问。从现在的资料看来,在这些注释家中是法利纳丘斯创造了“*Corpus delicti*”一词。

二、诉讼意义的构成要件

随着罗马法的扩张,意大利的纠问主义诉讼在德国出现并表现为普通纠问诉讼。《卡罗琳娜刑法典》(*Constitutio Criminalis Carolina*)作为德国刑法理论和实践独立发展的基础,虽然既包含有弹劾主义又包含有纠问主义,但实际上在法典实施之后弹劾主义不再适用而仅适用纠问主义。于是,德国理论家开始接受意大利纠问主义诉讼中产生的犯罪的确证观念。

在德国,真正对罪体展开论述的是卡普佐夫(Carpzov),他认为应该坚持一般纠问与特别纠问的划分,而且应该将一般纠问分为两个部分,第一部分是要确定犯罪事实是否存在,第二部分是要在不特定范围

[5] 风评是指有待考证的传闻或者传言等。风评包括两种情况:一种是不针对特定人的风评,这种风评只能作为一般纠问的条件;另一种是针对特定人的风评,巴图鲁斯认为这种风评可以作为特别纠问的条件。比如当时发生的一个案例,强盗抢劫了一名商人并将其杀死后又将尸体投入河中,在审理的过程中虽然强盗抢劫的物品和商人的尸体都没有找到,但是有强盗关于犯行的自白,法官仅仅据此就对强盗做出了有罪判决。针对这个案件,注释家们认为有必要协调风评和犯罪的确证观念(*constare de delicto*)之间的关系,巴图鲁斯就认为仅仅有强盗的自白是不能替代尸体的检证,但是如果再加上存在有能够(确信犯罪事实存在)的风评,即便是没有尸体检证等所确立的犯罪的确证也可以进行特别纠问。