

犯罪论体系研究

陈兴良摇主编

清华大学出版社
北京

前 言

犯罪论体系,也就是我国所称的犯罪构成理论,正在成为我国刑法学界学术研究的一个热点问题。我对于犯罪构成理论思考,从1989年出版的《刑法哲学》中就已经开始,当时以反思为主。及至1999年,我出版了《本体刑法学》一书,建构了罪体—罪责的犯罪构成体系,2003年我又出版了《规范刑法学》一书,将罪体—罪责的犯罪构成体系发展为罪体—罪责—罪量的体系;同时又主编了《刑法学》一书,直接引入大陆法系的该当性—违法性—有责性的体系,对犯罪构成体系由反思而进入重构。当然,犯罪构成体系的重构不是个别人的能力所能及的,需要我们这一代刑法学人的共同努力。本书就是这种努力的一部分,是对犯罪构成理论的前沿性思考。

2007年11月10日,我给北京大学法学院2007级刑法专业博士生进行刑法专题讲授,在录音整理稿的基础上修订增补完成了“犯罪论体系:比较、阐述与讨论”一文。为使这种探讨进一步深入,我又布置2007级博士生就犯罪论体系问题进行专题性研究,并多次组织共同讨论。经过同学们的努力,终于完成了本书。从本书内容可以看出,同学们既有从方法论角度对犯罪构成体系的考察,包括思维与逻辑的探讨;又有对犯罪构成各要件的深入分析,各个专题都在不同程度上推进了理论思考的深度与广度,这是令人高兴的。

我向来提倡学习与研究相结合,读书与写作相结合。惟有如此,才能形成学与思之间的良性互动。因此,在博士生,甚至硕士生学习期间,在读书学习到一定程度,在有所知与有所思的基础上,应当及时地进行写作。写作是学习与思考的继续,并且可以将学习与思考的结果付诸文字,公诸于世,从而使个人的“自思”成为大家的“共思”。从本书的内容来看,虽然是命题作文,但同学们在对某一专题深入研究的基础上形成的论文,无论是在思考的视野上还是在表达的方法上,都达到了相当高的学术水平,能够代表北大法学院刑法博士点的整体学术水平。

本书写作分工如下:陈兴良:代序、第一章;车浩:第二章、第八章;叶慧娟:第三章;张会峰:第四章;葛磊:第五章;米传勇:第六章;方鹏:第七章;孙立红:第九章;于洪伟:第十章。由于本书采用专题研究的方式,因而各专题的观点不尽统一。作为主编,我尽量尊重各专题作者的观点。当然,本书若有错识之处,责任仍应由我承担。

学术是一个积累的过程,正如荀子所言:“不积跬步,无以至千里;不积细流,无以成江海。”因此,只有持之以恒,才能攀上学术的高峰。以此共勉。

陈兴良

二〇一〇年八月九日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

犯罪构成 :法与理之间的 对应与紧张关系

(代序)

陈兴良

犯罪构成理论被认为是刑法理论王冠上的宝石,是刑法理论水平的重要标志。我国学者对目前通行的犯罪构成理论的不满由来已久,但在犯罪构成理论上始终难有突破。个中原因当然是复杂的。我认为,如何处理法与理之间的对应与紧张关系,是一个值得研究的问题。

犯罪构成到底是一种法律规定,还是一种理论建构,也就是犯罪构成的法定性与理论性问题,曾经引起我国学者的思考。目前的通说认为,犯罪构成是法定性与理论性的统一,也就是法与理的统一。应该说,这一观点本身并没有错误,而且充满辩证法。问题在于,我们不能满足于法与理的统一这样一个简单的命题,而应当进一步深入分析法与理之间的对应与紧张关系。

就犯罪构成的法定性而言,作为犯罪成立的条件,犯罪构成无疑具有法定性。这里的法定性,既包括刑法总则的规定,又包括刑法分则的规定。犯罪构成的法定性,是罪刑法定原则的必然要求。从犯罪构成理论的产生来看,它也起源于对刑法分则条文规定的解释。日本刑法学家小野清一郎对此曾经做过正确的描述:“~~犯罪构成~~的概念从诉讼法转向实体法,进而又被作为一般法学的概念使用,而且已经从事实意义的东西变为抽象的概念。特别是在刑法学中,它被分成一般构成要件和特殊构成要件两个概念。这主要是因为,在刑法中,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。然而,着眼于这种特殊化了的构成要件(亦即具体构成要件)的重要性,产生了把它不仅仅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的努力,这

一努力自贝林格开始由麦耶大体上完成,而这就是所说的构成要件理论。”^①由此可见,犯罪构成理论本身是罪法定原则的产物,它必然要以法律规定为根据。但是,犯罪构成的法定性并不意味着刑法对各个犯罪构成要件都需要明确而直接地做出规定。例如,不作为的概念,在刑法中并未出现,而是从刑法规定中推导出来的。就此而言,我们更应当强调犯罪构成的理论建构性。如果犯罪构成理论中的每一个概念都要寻找其法律出处,显然是不可能的。因此,犯罪构成理论虽然与法律规定相关,但它又超然于法律规定。

我国目前的犯罪构成理论体系是从苏联引入的,这与我国刑法深受苏联刑法的影响是一致的。我国《刑法》虽然是1979年颁行的,但它是1957年开始起草的,无论是《刑法》的体例还是内容,都与1926年的《苏俄刑法典》极为相似。而犯罪构成理论的基本框架,也是20世纪30年代初期学习苏联的结果,当时翻译了大量的苏维埃刑法教科书,直接作为我国政法院(系)学习刑法的教科书。尤其是1958年翻译出版的曹爱媛、特伊宁的《犯罪构成的一般学说》一书,更对我国犯罪构成理论的研究产生了重要的影响。20世纪80年代,我国刑法理论在恢复重建阶段仍然以苏联的犯罪构成理论为蓝本。至今我国通行的刑法教科书所采用的仍然是苏联四大要件的犯罪构成模式。在这期间,我国刑法学界也始终存在对犯罪构成理论进行改造的努力。但这种改造基本上是对苏联犯罪构成立论体系的修补,例如取消一个要件或者增加一个要件等。由于这种改造没有跳出苏联犯罪构成理论的思想模式,因而难以撼动苏联犯罪构成理论在我国的垄断地位,改造的努力基本上以失败而告终。在这种情况下,我国刑法学界越来越多的学者主张直接采用大陆法系的犯罪构成理论体系。显然,大陆法系的犯罪构成在思维逻辑上是完全不同于苏联的犯罪构成理论体系的。我曾经进行了两者的比较,认为大陆法系的犯罪构成理论体系由构成要件该当性、违法性和有责性构成,这三个要件之间具有递进式的逻辑结构,因而是一种递进式的犯罪构成体系。而苏联的犯罪构成体系由犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面构成,这四个要件之间具有耦合式的逻辑结构,因而是一种耦合式的犯罪

^① 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,源页,北京,中国人民公安大学出版社,1987年。

构成体系。通过比较不难发现,递进式的犯罪构成体系有其优越性。尤其是大陆法系的整个犯罪论体系都是以犯罪构成为核心而展开的,因而其刑法理论都与递进式的犯罪构成体系具有密切联系。实际上,我国从20世纪80年代开始,在坚持苏联的犯罪构成理论的同时,已经大量地引入了大陆法系的刑法理论,例如法益理论、共犯理论、罪数理论等,但由于这些引入的刑法理论与我国目前的苏联式的犯罪构成理论之间存在着逻辑上的不相容性,因而引起种种矛盾,从而严重地阻碍了我国刑法理论的发展。在这种情况下,如果直接采用大陆法系的递进式犯罪构成体系,则可以直接消除这种不相融性。

在直接引入大陆法系的递进式的犯罪构成理论体系的动议中,存在一种担忧,就是大陆法系的递进式犯罪构成理论体系与我国刑法的规定是否相容?如前所述,我国刑法的规定与犯罪构成理论基本上是苏联刑法与苏联犯罪构成理论的翻版,因而两者之间是具有兼容性的。而在我国刑法规定并未修改的情况下,直接采用大陆法系的犯罪构成理论体系,两者是否能够兼容呢?这个问题不解决,则很难消除在我国直接采用大陆法系犯罪构成理论体系的顾虑。我认为,这里关系到刑法规定与犯罪构成理论之间的相关性问题。在我看来,直接采用大陆法系的犯罪构成理论体系的法律障碍是不存在的,或者至少没有我们想像的那么大。在此,需要强调的是犯罪构成理论本身对于刑法规定的相对独立性。正如世界只有一个,但解释世界的方法却有不同,因而对世界的理解也必然不同一样,刑法规定与犯罪构成理论之间的关系也是如此。刑法规定只有一个,对它解释不同而形成的犯罪构成理论却是多元的。实际上,即使是在大陆法系国家,犯罪构成理论体系也并不是只有一个,而是存在着多个犯罪构成理论体系。例如在意大利刑法理论中,就存在着二分的犯罪理论、三分的犯罪理论与犯罪构成多样说等各种犯罪构成理论体系。^①上述各种犯罪构成理论体系在互相竞争中并存并不妨碍对刑法规定的司法适用。将我国的刑法规定与大陆法系的刑法规定相比较,我认为差异不是很大,因而刑法规定不能成为我国直接采用大陆法系犯罪构成理论体系的障碍。

① 参见撒意·撒杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,222页以下,北京法律出版社,1998年。

当然,主张直接引入大陆法系的犯罪构成并不是否认目前我国通行的耦合式的犯罪构成理论体系存在的必要性,也不是要窒息对犯罪构成理论进行积极探索的各种热情。尽管耦合式的犯罪构成理论体系遭到一些学者的批评,但它在我国现实的司法活动中已经产生了深远的影响,因而在对这一犯罪构成理论体系进行不断修正与完善的前提下,耦合式的犯罪构成理论体系仍然具有存在的必要。此外,我们还应该在犯罪构成理论体系上进行各种理论创新,尤其是要结合中国的刑法规定建构新的犯罪构成理论体系。就我本人而言,是大陆法系递进式的犯罪构成理论体系的积极倡导者,同时也是具有中国特色的犯罪构成理论体系的努力探索者。我曾经在《本体刑法学》(商务印书馆,1995年版)一书中提出罪体与罪责的对合性的犯罪构成理论体系。这一体系在逻辑进路上既不同于大陆法系的递进式的犯罪构成理论体系,也不同于苏联的耦合式犯罪构成理论体系。在《规范刑法学》(中国政法大学出版社,1998年版)一书中,我进一步结合我国刑法的规定,提出罪体—罪责—罪量的三分法的犯罪构成理论体系。这里的罪量是指犯罪的数量界限,例如刑法分则规定的数额较大、情节严重、情节恶劣等各种犯罪成立条件。犯罪概念中存在数量要素,这是我国刑法规定的特点,这一特点也应当在犯罪构成理论体系中得以体现。

犯罪构成的体系性建构,对于刑法理论的发展具有某种象征意义。因此,我们应当充分关注犯罪构成理论的发展,这是我们这一代刑法学人义不容辞的历史使命。

目 录

前言	(I)
犯罪构成 :法与理之间的对应与紧张关系(代序)	陈兴良(III)
第一章 罪论体系 :比较、阐述与讨论	(员)
一、罪论体系的比较	(员)
二、罪论体系的阐述	(员)
三、罪论体系的讨论	(员)
第二章 罪构成理论 :从要素集到位阶体系	(员)
一、写作目标、方法与思路	(员)
二、要素集与位阶体系 :两种理论类型的归类	(员)
三、从要素集到位阶体系 :理论体系建构的两个阶段	(员)
第三章 罪构成 :实体性和程序性	
——走近英美法系罪构成理论	(员)
一、英美法系罪构成模式	(员)
二、诉讼因素对英美法系罪构成模式的渗透	(员)
三、英美法系罪构成模式简析	(员)
四、实体性和程序性 :罪构成的双重因素	(员)
五、逻辑性和实用性 :罪构成的另一对命题	(员)
第四章 罪构成体系的逻辑考察	(员)
一、逻辑性思维及罪认定的逻辑	(员)
二、我国罪构成体系的逻辑缺陷	(员)
三、大陆法系罪构成体系的评介	(员)
四、我国罪构成体系的重构	(员)

第五章摇犯罪构成体系的中国之道

——以思维方式为原点 (页码)

一、引言 (页码)

二、传统思维方式与犯罪理论体系的形成 (页码)

三、犯罪构成理论体系的中国道路 (页码)

第六章摇犯罪概念与刑罚目的 犯罪构成理论重塑的

两个切入 (页码)

一、问题的提出与研究域的划定 :人格刑法的启示 (页码)

二、作为研究起点的犯罪概念 (页码)

三、犯罪概念的分析框架 :行为与行为人 (页码)

四、行为立论与被驱逐的行为人 :国外犯罪构成理论的
考察 (页码)

五、行为立论与被驱逐的行为人 :中国犯罪构成理论的
考察 (页码)

六、困惑 对中国犯罪构成理论研究现状的解读与反思 (页码)

七、超越 :关注于行为、行为人与特殊预防的犯罪构成
新体系 (页码)

第七章摇从犯罪成立消极因素透视我国犯罪论体系的

基本构造 (页码)

一、犯罪成立消极因素的理论绵亘与刑法现实 (页码)

二、大陆法系与英美法系犯罪成立消极因素的内容及其
在犯罪论体系中的地位考察 (页码)

三、由犯罪成立消极因素引发的犯罪论体系的价值与
功能思考 (页码)

四、犯罪成立消极因素对我国犯罪论体系的冲击 (页码)

五、我国犯罪论体系的逻辑层次断想 (页码)

第八章摇利益伦理违反说论纲 :实质违法性理论的破与立 (页码)

一、引进之后的创新 :立场、语境及结构 (页码)

二、实质违法性概论 (页码)

三、实质违法性破论	(猿)
四、实质违法性立论	(猿)
第九章 罪责与开放性的犯罪构成	(猿)
一、罪责观念的发展与式微	(猿)
二、期待可能性理论及其适用批判	(猿)
三、解决期待可能性问题：开放性的犯罪构成体系的建立 ...	(猿)
第十章 犯罪论体系的选择与引入责任要素的制度障碍	(猿)
一、犯罪论体系的选择	(猿)
二、引入责任要素的制度障碍	(猿)

第一章 犯罪论体系 :比较、 阐述与讨论*

犯罪论体系是刑法理论中的一个重要问题,刑法中一切问题的解决,都在一定程度上与犯罪论体系有关。我对犯罪论体系始终抱有强烈的学术兴趣。1996年10月在西安举行的中国刑法学研究会年会上,“犯罪构成与犯罪成立基本理论”就是首要议题之一,收到论文近百篇^①,大会对此议题进行了颇有成效的讨论。最近一段时间以来,好几家法学刊物都在以专题或者笔谈的形式讨论犯罪论体系问题。例如《法商研究》1998年第10期关于犯罪构成理论的笔谈,《环球法律评论》1998年秋季号“不断走近犯罪构成理论”的主题研讨,《政法论坛》1998年第12期关于犯罪构成理论的专题研讨等。可以说,犯罪论体系越来越引起刑法学界的重视。在我看来,以往的刑法理论之所以裹足不前没有大的突破,与我国现行犯罪构成体系的束缚有着一定的关系。因此,我国刑法理论的发展,在很大程度上取决于犯罪论体系的创新。就此而言,犯罪论体系是我国刑法理论的一个重要的知识增长点。在本专题中,我想就犯罪论体系问题略抒己见,并与同学们进行讨论。

一、犯罪论体系的比较

犯罪论体系,是大陆法系国家通行的一种称谓,是关于犯罪论的知识体系。那么,什么是犯罪论呢?关于犯罪论,日本刑法学家大塚仁先生有过一个定义,指出:“刑法学上,把以有关犯罪的成立及形式的一般理论

* 据本章内容是在北京大学法学院1998级刑法专业博士生刑法专题讲授(1998年10月10日)录音整理稿的基础上修订增补而成的。

① 据参见陈明华等主编:《犯罪构成与犯罪成立基本理论研究》,北京,中国政法大学出版社,1998年。

为对象的研究领域称为犯罪论(犯罪构成要件论)。”^①在犯罪论中,主要讨论犯罪成立条件。这里的犯罪成立条件,按照日本学者大谷实的定义,是指某一行为成为刑法上所规定的犯罪时所必须具备的要素,也即犯罪构成要素。^②在大陆法系刑法理论中犯罪成立条件,通常是指构成要件该当性、违法性和有责性。此外,犯罪论体系还包括未遂、共犯、并合罪等犯罪特殊形态。因此,犯罪论体系相当于我国刑法理论中的犯罪总论的内容,但重点在于对犯罪成立条件的理论阐述,由此形成一定的知识体系。

我国现行刑法理论,将犯罪成立条件的一般学说称为犯罪构成理论。犯罪构成理论的称谓来自苏联。苏联刑法学家特拉伊宁、布拉伊宁等对大陆法系的犯罪论体系进行改造,形成了犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面有机统一的犯罪构成体系。在大陆法系犯罪论体系中,构成要件只是犯罪成立的一个条件,但苏联刑法学家将犯罪构成条件扩充为犯罪成立条件的总和。这一改造是如何完成的呢?日本学者上野达彦曾经对苏维埃犯罪构成要件论发展史进行过考察,尤其是论述了从批判资产阶级犯罪构成要件论向苏维埃犯罪构成要件论的转变过程,^③这一过程可以勾划为刑事古典学说的犯罪构成的客观结构——刑事实证学说的犯罪构成的主观结构——苏维埃的犯罪构成的主客观统一结构,这样一条发展线索。关于犯罪构成的客观结构,是指将犯罪分为:(员)符合犯罪构成要件的才为犯罪;(圆)属于有责任能力的犯罪行为,才为犯罪。刑事古典学派这种犯罪两部分的主张,并不是说要将一个构成要件分为两个,而是说要通过刑事责任的两个基本要求,即犯罪构成要件和罪责的存在这两方面的要求,以实现个人权利的双重保证。例如,特拉伊宁引述费尔巴哈关于犯罪构成的定义:“犯罪构成乃是违法的(从法律上看来)行为中所包含的各个行为的或事实的诸要件的总和”。对此,特拉伊宁评论:“费尔巴哈虽然十分肯定地认为行为人的主观因素是刑事责任的要件,但却不将其列入犯罪构成要件。古典学派的刑法学家们认为

① 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,原载页,北京,中国人民大学出版社,原载页。

② 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,原载页,北京,法律出版社,原载页。

③ 参见[日]上野达彦:《苏维埃犯罪构成要件论发展史》,康树华译,载《国外法学》,原载页;《批判资产阶级犯罪构成要件论》,康树华译,载《国外法学》,原载页。

罪过是刑事责任——行为的质,而不是主体的质。古典学派的代表们的犯罪构成学说,就是在这种客观根据上建立起来的。”^①其实,特拉伊宁在这里说的犯罪构成,就是指大陆法系刑法理论中的构成要件该当性。构成要件在大陆法系刑法理论中,只是犯罪成立的一个条件,而在苏联刑法理论中,构成要件被理解为犯罪构成,成为犯罪成立条件的总和。例如,苏联学者在论及犯罪构成概念时指出:“犯罪构成的概念(俄译:состав преступления)在中世纪的刑法学中即已成立,在当时是仅具有诉讼法上的意义。犯罪构成的概念在当时是包含着那些客观征象的总和,由这些客观征象的存在,证明犯罪行为确实发生。俄译:состав преступления(犯罪构成)的确定乃是一般审判的任务。例如,被害人尸首、杀人器具、血迹等的存在,乃是杀人的犯罪构成,因为这些征象的存在证明了有杀人之事发生,而且它们可以作为审问犯罪者而进行侦查的充分根据。在18世纪末、19世纪初,由于刑法法典的编制,而且因为在刑法法典中要规定出各种个别罪行,犯罪构成的概念乃移置于实体刑法之内。为了予以刑事处分的可能,需要在罪犯的行为中确定有刑法法典所规定的一定征象的存在。犯罪构成的概念(俄译:состав преступления)乃成为各该具体犯罪的必要征象的总和的名称。不过在刑法的著作中间,对于犯罪构成的征象的认识,并不是完全一致的。有些刑法学者只把那些说明人犯罪行为自身的客观征象,列入犯罪构成之内。在这样的认识之下,关于罪过问题,关于行为实行的主观因素问题,都将被剔除于犯罪构成的征象之外。因此之故,刑法学教程并不把关于罪过及其形式的学说,放进关于犯罪构成的学说之内。另一派刑法学者认为犯罪构成乃是犯罪的一切因素的总和,其中不仅包含着客观的,而且有主观的犯罪征象,有了这些征象的存在,对犯罪者加以刑事处分的问题,才能提出。因此之故,此派刑法学者把关于罪过及其形式问题的研究,也放进关于犯罪构成的学说之内。”^②从上述引文当中可以看出,这里的犯罪构成实际上是构成要件,将构成要件误读为犯罪构成,并将之理解为犯罪成立条件总和,是苏联犯罪构成理论的逻辑起点。对此,我国学者进行

① 参见[苏]特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,王作富等译,员毅,北京,中国人民大学出版社,员毅。

② 参见苏联司法部全苏法学研究的主编《苏联刑法总论》,下册,彭仲文译,员毅、员毅,大东书局,员毅。

了批评,指出那种误认德文中 ~~犯罪构成~~ 即是“犯罪成立”之意的观点,确实有着实质的误导性,不能不予以认真地检讨。这种观点,在我国有关大陆法系犯罪构成理论的历史发展的论述中比较突出。究其根源,在于我国对苏联犯罪构成理论著作(以 ~~苏联~~ 特拉伊宁所著《犯罪构成的一般学说》为代表),对于 ~~犯罪构成~~ 误译为“犯罪构成”未作原始的考证甄别而以讹传讹地沿袭。^① 在这种情况下,所谓犯罪构成的客观结构,实际上是指古典的构成要件论。例如贝林格认为,构成要件是纯客观的、记叙性的,也就是说,构成要件是刑罚法规所规定的行为的类型,但这种类型专门体现在行为的客观方面,而暂且与规范意义无关。^② 因此,犯罪构成的客观结构应指构成要件的客观结构。而所谓犯罪构成的主观结构,是指新古典学说派的构成要件论。迈兹格开始在构成要件中引入主观要素,尤其是威尔泽尔创立的目的主义构成要件论,确立了故意与过失作为在构成要件中的地位。但这里的故意与过失是构成要件的故意与过失,不能简单地等同于罪过,它自然是纯事实的,与责任的故意与过失是两个不同的概念。我国刑法理论,全盘接受了苏联的犯罪构成理论,把构成要件这个概念改造成为犯罪构成要件,然后又把它提升为犯罪成立条件总的概念。

在苏联犯罪构成理论形式当中,存在严重的意识形态化的倾向。其实,犯罪成立条件是一个纯学理问题,是对刑法关于犯罪成立法定条件的理论概括,是技术性的、工具性的概念。但苏联刑法学家在批判大陆法系犯罪论体系的时候,充满政治上的敌对性,意识形态上的否定性。例如,日本学者在论述 ~~苏联~~ 特拉伊宁批判近代资产阶级犯罪构成要件论时,谈到了分析批判的方法论问题,指出:“特拉伊宁首先是通过资产阶级民主发展与崩溃的过程来把握近代资产阶级犯罪构成要件论的历史发展过程。在资本主义社会不断加强和资产阶级民主极盛时期出现的刑事古典学派确立了罪刑法定主义原则,并根据罪刑法定主义原则发展的要求,确立了犯罪构成要件,从而促进了它的客观结构论。客观结构论是一种特殊形态,法治国家的加强,在刑法领域里就是通过这一形态实现的。它的

① 参见肖中华:《犯罪构成及其关系论》,载页,北京,中国人民大学出版社,1999年。

② 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,1984页,北京,中国人民公安大学出版社,1984年。

任务在于限制审判及行政专横,加强保障个人自由。在帝国主义阶段初期,资本主义国家的基础与资产阶级民主的基础开始崩溃。在这一时期出现的刑事人类学派与刑事社会学派,以构成要件的主观结构论攻击了刑事古典学派的客观论。这种主观结构论也是一种特殊形态,它在刑法领域里,主张解放法权的惩罚职能,借以巩固资本主义已经动摇的基础,规定了没有犯罪的刑罚,并以社会防卫手段的形式规定了超级刑罚。”^①这种政治批判代替学术评论的风气,是苏联特定的历史环境下才有的,它从一种政治偏见出发,妨碍了对大陆法系犯罪论体系的科学认识。在此基础上建立起来的所谓主客观相统一的犯罪构成论,获得了政治上的正确性。

苏联犯罪构成理论不仅存在着意识形态化的倾向,而且在对于犯罪论体系的评价上也存在简单化的做法。例如,特拉伊宁在其论著中把古典派的犯罪论体系与刑事古典学派相等同,而把新古典派和目的主义的犯罪论体系与刑事实证学派相等同,在此基础上结合政治教条加以粗暴地批判。其实,刑事古典学派与刑事实证学派之争和古典派犯罪论体系与新古典派及目的主义的犯罪论体系之间并无直接的关联。从时间上来说,犯罪构成理论的演进晚于刑法学派之争。刑事古典学派出现在18世纪中叶至18世纪末,刑事实证学派出现在18世纪中期至19世纪初。而犯罪构成理论在19世纪末,20世纪初才正式诞生,并不断发展。因此,正如我国学者指出:古典派的犯罪构成论并不像我国一些学者所认为的那样,是指刑事古典学派费尔巴哈、斯求贝尔等人的犯罪构成理论,而是指德国刑法学者李斯特、贝林格所提出的犯罪论体系。李斯特站在实定法学的角度探讨犯罪概念与犯罪行为的刑罚要件,从而认为犯罪乃违法、具有罪责、应处以刑罚的行为。其后,贝林格认为,行为是否构成犯罪,需要经过实定法明文规定,在“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”的罪刑法定原则要求下,只有与实定法明定的构成要件相符合的行为,才能视为犯罪,所以犯罪概念应补充“构成要件该当性”。1895年,贝林格在其《犯罪论》一书中,以“构成要件”概念为基础,即以形式的构成要件作为构成要件理论的出发点,构筑了新的犯罪论体系,“构成要件”概念在

① 参见[日]上野达彦:《批判资产阶级犯罪构成要件论》,康树华译,载《国外法学》,1986(2)。

理论上始从犯罪概念中分离出来,由此形成了现代意义上的犯罪论体系之雏形。^①从刑法学派角度来说,李斯特属于刑事实证学派。但在犯罪构成理论上,李斯特属于古典派。如果说,刑法学派的演进与社会变迁有着较为密切的联系,具有一定的社会政治背景,那么,犯罪构成理论的发展更多的是与理论逻辑的演绎相关的,并不能直接与社会政治发展相同。苏联学者机械地将资本主义自由竞争时期与资本主义帝国主义时期的政治教条套用来评价刑法学派,把刑事古典学派看作是自由竞争时期的资产阶级刑法理论,而把刑事实证学派看作是帝国主义时期的资产阶级刑法理论。以此类推,古典派犯罪论体系是刑事古典学派理论,因而是反映自由竞争时期资产阶级的法制要求;而新古典派及目的主义犯罪论体系是刑事实证学派理论,因而反映了帝国主义时期资产阶级对法制的破坏,等等。这种评价,正如我国学者所批评的那样,是根据既定的公式或结论去剪裁历史事实或评价客观事物,^②因而是完全不能成立的。

由上可知,苏联及我国的犯罪构成理论虽然是从大陆法系的犯罪论体系改造而来,但已经形成自身的逻辑结构,它与大陆法系的犯罪论体系是有重大差别的,我们应当正视这种差别。否则的话,就会引起逻辑上的错位。例如,我们现在的刑法教科书论述犯罪构成的分类,诸如基本的犯罪构成与修正的犯罪构成、普通的犯罪构成与派生的犯罪构成、简单的犯罪构成与复杂的犯罪构成、叙述的犯罪构成与空白的犯罪构成、封闭的犯罪构成与开放的犯罪构成等,在大陆法系的犯罪论体系中指构成要件的分类。如果我们对犯罪构成与构成要件这两个概念不加辨析,直接把大陆法系犯罪论体系中构成要件该当性的内容照搬到我国犯罪构成理论中,用来说明犯罪构成的一般内容,就会出现逻辑上的误差。

既然犯罪论体系与犯罪构成理论这两个概念是有所不同的,那么这两个概念哪个好,我们应当采用哪一个概念?我们过去都是采用犯罪构成的概念,犯罪构成之下再分四个要件,这一概念已经在我国约定俗成。随着大陆法系刑法教科书越来越多地引入我国,大陆法系的犯罪论体系这一概念在我国也逐渐地流行起来。在我看来,采用犯罪构成理论的概念表述大陆法系构成要件该当性、违法性、有责性这样一种犯罪成立

① 参见肖中华:《犯罪构成及其关系论》,员猿页、员猿页,北京,中国人民大学出版社,员圆园园。

② 参见何秉松:《犯罪构成系统论》,员圆页、员圆页,北京,中国法制出版社,员圆园圆。