



中美犯罪成立体系 比较研究

THE COMPARATIVE STUDY OF
SINO-US CRIME CONSTITUTION SYSTEM

贾凌 著

 人民出版社



中美犯罪成立体系 比较研究

THE COMPARATIVE STUDY OF
SINO-US CRIME CONSTITUTION SYSTEM

贾凌 著

 人民出版社

责任编辑:李媛媛

装帧设计:周涛勇

责任校对:方雅丽

图书在版编目(CIP)数据

中美犯罪成立体系比较研究/贾凌 著. -北京:人民出版社,2014.4
ISBN 978-7-01-012657-9

I. ①中… II. ①贾… III. ①犯罪学-对比研究-中国、美国-文集
IV. ①D917-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 234474 号

中美犯罪成立体系比较研究

ZHONGMEI FANZUI CHENGLI TIXI BIJIAO YANJIU

贾 凌 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京中科印刷有限公司印刷 新华书店经销

2014 年 4 月第 1 版 2014 年 4 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:15.5

字数:235 千字

ISBN 978-7-01-012657-9 定价:39.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序

储槐植^①

贾凌是我到北师大刑事法律科学研究院任特聘教授后指导的博士生，她自幼随支边的父母成长于中越边境的云南少数民族地区，读大学时才随工作调动的父母回到省城定居，这也是我指导的学生中距离北京最远的。我眼中的这名来自遥远边疆地区的学生，做事认真，为人善良、直率真诚，十分珍惜在京的学习机会，尽管读博前已经评上教授，但三年来除寒暑假外，一直待在北京踏踏实实读书学习。

《中美犯罪成立体系比较研究》是在贾凌同名博士学位论文的基础上修改而成的，贾凌在读博的第二学期就定下了博士学位论文题目，用两年多的时间大量阅读了与写作本书有关的古今中外文献资料。特别值得一提的是，她收集并翻译了美国五十个州刑法典总则中关于犯罪成立的内容，在此基础上用心完成了博士论文的写作。

2010年夏，贾凌顺利通过答辩取得博士学位后，回到昆明理工大学继续从事刑法学教学科研工作，不时电话联系和我们谈她的生活、学习和工作，其间有机会到北京时都会到家里和我们坐坐聊聊。去年她告诉我，儿子中考结束读高中了，有空想把论文修改出版，并要我作序，我很高兴，后逢《刑事诉讼法》修订，贾凌又等修正案通过后再补充修改相关内容，所以我一年前答应作的序今夏方始动笔。

本书延续了其博士论文的主要架构，结合刑诉法修正案对涉及程序法

^① 储槐植(1933—)，江苏武进人，北京大学法学院教授，博士生导师，北京师范大学刑事法律科学研究院特聘教授，博士生导师。中国刑法学研究会顾问。

的内容进行了修改。两年前我在对贾凌申请博士学位答辩的学术评语中写道:理论与实践、理想与现实、实体与程序相结合,是论文的基本特色。在当下我国法学界热议的犯罪构成体系论域中,该论文独树一帜。在刑法有关“比较研究”同类论著中,本书在“比较”的广度和深度上,在“研究”的理论与实践的价值上堪称佳作。本书将程序法原理引入实体刑法研究中,立足于通行的四要件理论的现实,借鉴美国犯罪成立体系中正当程序的内容,改良平面耦合式从而形成H形左右对称式实体程序并轨的犯罪成立体系,有助于增强我国犯罪成立体系反向排除(出罪)功能。出罪疏通,促进入罪得当,保障刑事司法公正。

今天面对这部书稿,我仍然觉得上述评语是恰如其分的,并且值得一提的是,贾凌文笔流畅,用生动活泼的语言来进行学术论文写作,读之耳目一新。关于这些,相信大家读过此书后会与我有同感。

是为序。

2013年10月于北大承泽园

前 言

1979年,新中国第一部刑法典《中华人民共和国刑法》诞生,不久,人们就发现它与《苏俄刑法典》何其相似;1982年,高铭喧教授主编的新中国第一部统编刑法学教材问世,很快,人们就发现它是以特拉伊宁为代表的前苏联犯罪构成理论为核心的刑法理论在中国的再造,加之犯罪构成理论是犯罪论的核心,于是从20世纪80年代中期开始,中国刑法学者对犯罪构成理论的研究就从来没有中断过。对于中国刑法学犯罪构成理论体系批判和质疑的声音,并非今日始有,而是由来已久,并且愈演愈烈。但是,这种声音在过去30年间并非一个调子,大体上可以以新旧世纪交替为界,分为以“改造论”为主旋律和以“移植论”为主旋律的两个不同时期。“改造论”盛行于20世纪80、90年代,其基本诉求是在维护中国刑法学犯罪构成传统框架和格局的基础上,进行技术性的修正改造,其基本方法大多是对犯罪构成要件体系进行拆解重组或者置换位移。作为“改造论”的成果,刑法学界提出了五花八门的所谓“两要件说”、“三要件说”、“五要件说”甚至“新四要件说”,令人目不暇接,但终成过眼云烟。^①进入21世纪后,有几件有代表性的事情值得一提:

2000年,肖中华所著的《犯罪构成及其关系论》由中国人民大学出版社出版,在肯定四要件论的基础上,对构成要件和要素以及构成要件和犯罪停止形态的关系进行了深入细致的研究。

^① 参见高铭喧:《关于中国刑法学犯罪构成理论的思考》,《法学》2010年第2期。

2003年,以陈兴良教授主编《刑法学》教科书为代表,一场试图取代传统犯罪构成四要件论的举动拉开了帷幕。在此教材中,出现了以德日犯罪成立体系分析中国刑法的尝试。

2004年,西南政法大学法学院举办“违法性认识专题研讨会”,与会学者一致倡议,为避免术语上的混淆,将犯罪构成改称犯罪成立体系,相应地,将犯罪构成理论改称犯罪成立理论。

2006年,北京大学法学院举办了犯罪论体系专题研讨会,为引入德日犯罪成立体系进行了理论上的准备。

2009年初,在正式出版的全国司法资格考试刑法学大纲中,德日犯罪成立理论取代了中国犯罪构成理论,由此引发国内刑法学界对犯罪成立体系及其理论较大规模的争论。

2010年,全国司法资格考试刑法学大纲又恢复了传统的四要件犯罪构成理论。

笔者基于长期从事刑事陪审工作实践的经验,主张:承继已被视为我国传统犯罪构成理论的四要件说,但可对其进行适当改良。笔者注意到,国内刑法学者对犯罪成立体系及其理论的关注视线几乎都集中在同源源于大陆法系的三阶层说和四要件说,极少关注美国的犯罪成立体系及其理论。一个现象是,受前苏联的影响,我国学者习惯于人为将刑法截然划分为实体刑法和程序刑法,并把两者的关系称为体用关系,即实体刑法为体,程序刑法为用。然而,1996年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》在诉讼模式上却引入了美国控辩式诉讼模式的一些基本内容,而1997年修订的《中华人民共和国刑法》则仍然坚守大陆法系的立法模式。由此带来一个问题:如果说,我国学者关于刑法与刑事诉讼法两者之间是“体”与“用”关系的话,那么,发生在20世纪90年代中后期的这两次重要立法活动,是否割裂了这种体用关系?由此引发笔者尝试比较中美犯罪成立体系及其理论的想法。

二

在写作本书之前及整个写作过程中,对下列问题的思考始终贯穿于我心中:

众所周知的中国刑法史上并无犯罪成立的理论,但是依然有海瑞、包公等不同等级的官员在处理刑事案件,我们今天离开现有的犯罪构成理论难道就不能办案吗?

中国近现代史上分别引入大陆法系代表国之一的日本刑法理论和前苏联的刑法理论,是否说明不同的犯罪成立体系都具有在同一个地域的适应性?

目前中国两岸四地(大陆、港、澳、台)四法域,不同犯罪成立体系在同一国均能适用,是否能从中推断出我国大陆在实践中也可以考虑多种犯罪成立体系的并存适用?

学界探讨比较多的大陆法系犯罪成立理论的建立与成熟、发展也不过是近几个世纪的事情,大陆法系中犯罪成立三层次模式被部分学者认为是很好解决入罪、出罪问题的模式,但是在大陆法系的三层次理论被总结归纳出来之前,难道大陆法系国家的法官们没有按照此理论模式所判案件就会出较多的错案?

为什么窄窄的英吉利海峡隔出了大陆法系和英美法系的差异,而浩瀚的大西洋却没能阻止普通法前进的步伐?

美国独立战争终结了英国的殖民统治,打破旧枷锁的同时为什么不隔断普通法的血脉?

美国基于历史原因存在英美法系和大陆法系(如路易斯安那州)并存的现象,这并不妨碍它们对于犯罪的处理,这种现实能为我们提供什么借鉴?

美国五十个州和一个特区都有自己的刑法典,但刑事司法都遵循着美国宪法的基本原则,这种共性与个性(多样性)并存能给我们理论与实践什么启示?

刑法是关于犯罪和刑罚的法律,犯罪成立体系是整个理论体系的核心,只有解决了犯罪的是与非的问题,才谈得上下一步的处罚问题。犯罪是僭越了民众道德底线的行为,刑事案件的侦查、审理是通过一系列证据,将法律真实尽可能还原和反映客观真实的过程,通过这个过程,证明行为人的某个行为符合刑法规定的犯罪成立要件;通过这个过程,犯罪的社会危害性也得到充分体现,从而达到一般预防和特殊预防的刑罚目的。因此通过证据证明犯罪成立的这个过程(程序)就非常重要,公正、公开、严谨的程序能够最大限度地还原案件的客观真实,使民众通过庭审程序体会到个案的公平正义。

美国在 1995 年 10 月 3 日宣布裁决世纪大案辛普森杀人案中被告辛普森无罪,辛普森案宣判以后,洛杉矶当晚就发生了骚乱,对此案观点截然相反的两派公众的争执导致了暴力,政府为此出动了防暴警察。这说明对此案的判决结果毁誉参半,但与此同时美国新闻媒体以“你觉得辛普森是受到公正的审判吗?”为题进行的一项民意测验表明,绝大多数美国人,不论他是黑人还是白人,不论他觉得辛普森是有罪还是无罪,都回答说:“是的,我认为他受到了公正的审判。”^①保证定罪的证据、定罪的全过程合法、公开、公正,才能得到大众的认可。反观我国最近两年的案件,民众针对案件结果,首先质疑司法腐败,法官不公正,体现出民众对司法的不信任。^②

在 2008 年 3 月 8 日,第十一届全国人大一次会议第二次全体会议上,全国人大常委会委员长吴邦国在作全国人大常委会工作报告时说:“目前,以宪法为核心,以法律为主干,包括行政法规、地方性法规等规范性文件在内的,由七个法律部门、三个层次法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经基本形成,国家经济、政治、文化、社会生活的各个方面基本做到有法可依,为依法治国、建设社会主义法治国家、实现国家长治久安提供了有力的法制保障。”法律体系形成、有法可依并不完全等同于法治国家,严格执法是我们必须重视的。如何增强民众对司法的信任度?关键的一点便是在关乎民众基本人权诸如生命权、财产权等刑事案件的处理上,做到公平与正义。只有民众信任的司法才能在民众心目中树立权威。

在美国,但凡在高中聆听过公民学(civics)课程的人都知道这些常识:美国的政治体制由三大部门构成:其中立法机关制定法律,行政机关贯彻实施法律,法院适用并解释法律;联邦最高法院是美国级别最高的法院,法律的纠纷如何解决,最终由它说了算。1803 年美国联邦最高法院首席大法官马歇尔通过“马伯里诉麦迪逊”案件确立了“司法审查权”,该案给了美国民众一个契机去维持这个国家首要的伟大特质:一个政府,要法治,不要人治。^③在美国,民众对包括联邦最高法院在内的各级法院判决的尊重,来自

① 参见王达人、曾粤兴:《正义的诉求》,北京大学出版社 2012 年版,第 172、199 页。

② 最近两年来发生的陕西药家鑫案、云南李昌奎案件等等,从网上民众的反应可见一斑。

③ [美]迈克尔·特拉切曼:《34 座里程碑——造就美国的 34 次判决》,陈强译,法律出版社 2008 年版,第 1—22 页。

于法院自身独立的司法活动,司法尊重维护宪法,最终也就是尊重和维护每一个公民的权利,反之亦能赢得公民对其地位的尊重和维护。

从历史到现实,从东方到西方,美国刑事立法和刑事司法对犯罪成立体系的认识和运用都能给予我们很多启示。不同于重思辨的、学者型的大陆刑法理论,美国刑法的理论重实务,是法官型理论,以实用主义为基础的美国刑法采取的是决疑式的思维方式,主张每个个案或者至少是每个学理上的单一问题都应该从其自身出发,针对这些个案或问题寻求解决途径。^①具有浓厚实务导向色彩的美国刑法理论,从美国刑法双层次犯罪构成结构中可见一斑。但是美国并非完全的实用主义,1962年美国法学会通过的《模范刑法典》影响了美国绝大多数州的刑事立法和司法,同时美国学界也关注大陆法系代表国家德国的刑法理论,国际刑法中亦不乏采纳美国刑法双层次犯罪成立结构的例证。^②关注美国刑法的历史与现实,关注这块广袤土地上针对多元文化多民族国家人口所适用不同的刑法典,从历史与现实寻求中美两国的共性,能够带给我们一些针对我国现行犯罪成立理论构建的反思和启示,以便理论与实践更加紧密结合,从而更好为中国刑事司法实践服务。

三

为更好地针对上述问题进行本书的写作,笔者花了很长时间进行资料收集。对美国犯罪成立体系进行介绍及研究的著作和论文并不多见,根据笔者收集的资料看,涉及介绍与研究美国刑事法犯罪成立的编著大致可以区分为三类:

第一类,在著作中有明确的中美犯罪成立体系比较的内容。如国内最早将美国刑法知识系统传入的储槐植教授,在其著作《美国刑法》(第1版)

① 参见储槐植、江溯:《美国刑法》(第四版),北京大学出版社2012年版,“美国刑法的价值基础——第二版代前言”第2页、“在地方性与普适性之间的美国刑法——第四版代前言”第13页。

② 参见储槐植、江溯:《美国刑法》(第四版),北京大学出版社2012年版,“在地方性与普适性之间的美国刑法——第四版代前言”第14—15页。

中,系统介绍了美国刑法理论,并且为了配合中国读者对分属不同体系的美国刑法的理解,在章节分布中尽可能按照我们习惯的体例介绍美国刑法理论。该著作在2005年第3版付梓时,储教授以专节对中美两种犯罪构成模式做了比较,这是迄今为止看到的唯一对中美犯罪成立模式进行比较的文章,该书在2012年又修订出版既表明其学术水平亦说明学界和实务界的需求。此外孙春雨博士专著《中美定罪量刑机制比较研究》(中国人民公安大学出版社2007年版),其中以一章的篇幅论述“中美定罪机制比较研究”,其间论述了中美犯罪构成的区别。

第二类,将英美刑法作为一个整体来介绍,在著作中论述了英美刑法中的犯罪成立体系。如赵秉志教授主编的《英美刑法学》(中国人民大学出版社2004年版),张旭教授主编《英美刑法论要》(清华大学出版社2006年版),钱弘道教授专著《英美法讲座》(清华大学出版社2004年版),陈兴良教授主编《犯罪论体系研究》(清华大学出版社2005年版),王志远博士专著《犯罪成立理论原理》(方正出版社2005年版),李立众博士专著《犯罪成立理论研究》(法律出版社2006年版)等。

第三类,专门研究介绍美国刑法某一方面内容的著作,其间可能只涉及犯罪成立体系中某一方面的内容。如李立丰的博士论文《美国刑法犯意研究》(中国政法大学出版社2009年版),王秀梅、杜晓君、朱本欣、吴玉梅合著《美国刑法规则与实证解析》(中国法制出版社2007年版)等。

与20世纪末储槐植教授《美国刑法》一枝独秀相比,21世纪以来,随着中美刑事法学界研究合作领域的进一步加强与深入,国内对美国刑事法律关注度日益提高,除了前述国内学者针对美国刑法的论著外,学界对美国刑事法的重视程度还体现在两国日趋频繁的学术交流及对美国刑事法学界学术成果的引进上,从收集的资料来看,对美国刑法的学术引进大致可以分为四类:

第一类可称为公选翻译项目,主要指由美国驻华大使馆新闻文化处资助的、根据1997年10月“中美元首法治计划”实施的美国法律文库翻译项目。从21世纪开始该计划的实施成果陆续面世,中国政法大学出版社组织翻译出版一系列能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究最高水平的经典法学教科书和经典法学著作,其中亦包括美国刑法和刑事诉讼

法的著作。如乔治·弗莱彻《刑法的基本概念》(2004),伟恩·R.拉费弗、杰罗德·H.伊斯雷尔、南西·J.金合著《刑事诉讼法》(2003),H.L.A.哈特、托尼·奥诺尔《法律中的因果关系》(2003),莫顿·J.霍维茨《美国法的变迁》(2004),小奥利弗·温德尔·霍姆斯《普通法》(2006),伯纳德·施瓦茨《美国法律史》(2007)。

第二类可以称为自选翻译项目,主要指刑事法学界认为属于美国法学精品的译著,如约书亚·德雷斯勒《美国法精解》(清华大学出版社2009年版),乔治·弗莱彻《反思刑法》(清华大学出版社2008年版),乔治·弗莱彻、史蒂夫·谢泼德《美国法律基础解读》(法律出版社2008年版),哈伯特·帕克《刑事制裁的界限》(法律出版社2008年版),弗洛伊德·菲尼、岳礼玲《美国刑事诉讼法经典文选与判例》(中国法制出版社2006年版),罗纳尔多·V.戴尔卡门《美国刑事诉讼——法律和实践》(武汉大学出版社2006年版),《英美法经典判例选读:美国刑法》(中国民主法制出版社2006年版),保罗·H.罗宾逊《刑法的结构与功能》(中国民主法制出版社2005年版),道格拉斯·N.胡萨克《刑法哲学》(中国人民公安大学出版社2004年版),美国联邦司法中心《美国联邦地区法院刑事诉讼流程》(法律出版社2003年版),爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克《美国刑事法院诉讼程序》(中国人民大学出版社2002年版),道格拉斯·特拉切曼《34座里程碑——造就美国的34次判决》(法律出版社2008年版),《大法官的智慧(美国联邦法院经典案例选)》(法律出版社2004年版),等等。

第三类是刑法典译本和翻译的论文。包括乔治·弗莱彻“20世纪的刑法理论”《美国〈模范刑法典〉及其评注》(法律出版社2005年版),《哈佛法律评论(刑法学精粹)》(法律出版社2005年版)等。

第四类是根据我国法学教育发展的需要,国内出版社同外国出版公司合作,大规模引进外国知名法学院高端原版主流法学教材,通常我们将其称之为影印本。其中针对刑法学的美国原版教材影印本有:[美]Richard G. Singer, John Q. LaFond:《刑法》(中国方正出版社2003年版),[美]阿诺德·H.罗伊:《刑法原理》(美国法精要影印本,法律出版社2004年版),[美]史蒂文·L.伊曼纽尔:《刑法》(伊曼纽尔法律精要影印系列,中信出版社2003年版),[美]乔纳森·赫林:《刑法》(第三版,麦克米伦法学精要丛

书影印本,法律出版社2003年版),等等。

笔者也曾尝试过上外网搜寻美国学者或者法官写作的关于犯罪成立体系的论文,但在收集过程中,发现其对于本书写作的障碍除了可能出现的理论上的理解偏差外,最重要的是笔者不知道查阅的论文观点是否具有权威性,该观点是否通说,这样的困惑也出现在对中译本关于犯罪成立体系理论的识别上,即我不知道在收集到的论文资料中,这些作者的地位谁相对于当今中国的高铭暄、储槐植、赵秉志、陈兴良、卢建平、陈忠林等等,如果贸然引用,难免以其昏昏使人昭昭。于是考虑能否对美国联邦、特区及各州的刑事法典中关于犯罪成立的立法进行梳理,从而了解美国立法对犯罪成立体系的规定,通过第一手刑法典条文的具体内容了解美国犯罪成立体系。

笔者通过登陆美国各州官网及其著名大学法学院信息中心和图书馆网站,查阅美国联邦、50个州及哥伦比亚特区共52个司法辖区的刑事法典,就查阅情况看,密西西比、马里兰两个州因权限问题查阅不全或者无法下载,堪萨斯州仅查阅到2009年公布的法典编纂稿;笔者共收集到包括美国联邦法典及哥伦比亚特区法典在内的49部美国各州刑法典及1部重新编纂条文草案——合计50部刑法典有关总则犯罪成立要素内容的条文。因为在美国实际存在着52个刑事司法辖区,故笔者认为要对美国刑法犯罪成立理论与实践情况有所了解,对其刑法典具体条文内容的了解乃最基础的工作。

此外,还收集到美国法学会编纂的《〈模范刑法典〉及其评注》中、英文版(中文版收集到两个版本),因为该法典对美国各州的刑事立法影响甚大,并且是美国刑事法理论界和实务部门对刑法理论认识共性内容之集大成者,故也将其文本作为犯罪成立理论比较之美国方面的基础性材料。

除了上述对著作和法典的收集整理外,还通过CNKI跨库检索,^①时间为1979年至2011年,以美国刑法为题名,检索到论文49篇(其中期刊论文45篇,博士论文1篇,优秀硕士论文3篇);以美国刑法为关键词,检索到论文98篇(其中期刊论文79篇,博士论文2篇,优秀硕士论文17篇);以犯罪构成为题名,检索到论文837篇(其中期刊论文764篇,博士论文、优秀硕士

① 笔者修改定稿前最后检索时间为2011年11月。

论文 73 篇)。从内地涉及犯罪成立体系论文发表情况看,研究比较的视角多集中在大陆法系尤其是德日刑法犯罪成立体系上,也有同俄罗斯刑法进行比较的,但是移植说、改造说的蓝本均为德日刑法,以美国刑法为研究对象的论文数量不多。从所收集到的论文数量来看,涉及中美刑法犯罪成立体系比较的论文很少,其中包括李韧夫《中美刑法间接故意比较研究》,赵维加《论中美刑法因果关系的差异》,赵秉志、陈志军《英美法系刑法中正当防卫构成要件条件之比较研究》;研究美国犯罪成立体系内容的论文有储槐植教授《英美法系国家刑法变革对中国的启示》,李洁、李立丰《美国刑法中主观罪过表现形式初探》,赖早兴《美国犯罪成立要件与证明责任分配》、《英美法系国家犯罪构成要件之辨正及其启示》,张健《美国刑法的合法性原则及其运作结构》,储槐植、高维俭《犯罪构成理论结构比较论略》等等。

综合前述研究成果,可以看出,就本选题研究现状看,除了储槐植教授在第三版《美国刑法》和孙春雨博士在其博士论文中分别以一节(章)的内容对中美犯罪构成体系进行比较外,没有专门对此问题进行研究的论著。

笔者对题目进行分解,中国犯罪成立体系、美国犯罪成立体系,后者未见有相关论著。中国犯罪成立体系研究者众,成果汗牛充栋。从相关成果的检索和分析上看,有以下两类观点:

第一,单纯对我国犯罪构成理论进行分析研究。这部分论文的研究主要围绕通说犯罪构成“四要件说”的改造进行,即立足于本国现有的通行理论进行修补、改造,以现有的犯罪构成理论为蓝本进行改造。20 世纪 50 年代从苏联引进的犯罪构成理论,经过多年的研讨、修正和发展,形成了具有中国特色的犯罪构成理论,在我国刑法理论中占有十分重要的位置,至今我国高校法学院通行的刑法学教科书仍然使用四大构成要件的犯罪论体系。与此同时,从 20 世纪 80 年代以来,刑法学界对通行的犯罪构成理论的研究甚至批判也一直没有中断,一直在对发展和改造现有犯罪构成理论进行积极探索,从搜索到的相关论文来看,在对此专题进行的研究中,对犯罪构成理论通说的缺陷都能评价一二,从论文的结论来看,分别有“五要件说”、“三要件说”、“二要件说”等不同的观点,^①但到目前为止还没有上述任何

① 参见赵秉志:《刑法教学参考书》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 37—40 页。

一种理论能取代通说“四要件说”在理论界和司法实务界的地位。

第二,通过介绍大陆法系犯罪构成理论,尤其是德日犯罪成立体系,同中国犯罪构成理论进行比较研究后,建议引进德日犯罪成立体系重构我国犯罪成立体系,如李立众、阮齐林等学者的博士论文,以及陈兴良、张明楷、周光权等学者在专著、专题研讨会或者期刊相关专题论文中的主张。有的主张已经可以看出所谓“重构”,实乃“移植”犯罪成立体系的委婉用语,因为这些学者在其论著中已表明观点,认为应当直接采用大陆法系的递进式犯罪成立体系,以消除我国目前犯罪构成理论之间存在的逻辑上的不相容性,^①提出“去苏俄化”。^②笔者对此理解亦是“德日化”。但这不仅同样有学者明确表示反对,甚至有的直接提出“我国犯罪构成体系不必重构”,同时重构观亦遭到来自刑事司法实践部门的反对之声。^③

笔者注意到,在上述文章中,无论是主张就现行犯罪构成理论进行改造还是直接引进德日构成理论,在对待英美犯罪成立模式的态度上,有的直接忽略不谈,有的言简意赅认为不具备可比性和可引进的条件,个别学者在屈指可数的论文中提到我国犯罪成立理论应当向英美模式方向发展^④或者提及对正当化行为的处理应当借鉴英美模式,^⑤也未引起学界的共鸣。

笔者将建议弃英美模式择德日模式改造,甚至重构我国犯罪构成体系的学者观点归纳如下:国情不同,法系不同,不具备引进英美模式的文化及法律基础条件。具体而言,有的学者提出的理由主要有:(1)在我国,制定法是唯一的法律渊源,不存在判例法;(2)法官素质不高,连解释法律的能力都有待提高,遑论创造法;(3)我国刑事诉讼模式水准还未达到英美当事人主义的水平。即离开判例法、高素质法官、当事人主义诉讼模式这三个基

① 参见陈兴良:《犯罪论体系研究》,清华大学出版社2005年版,《犯罪构成:法与理之间的对应与紧张关系(代序)》。

② 参见陈兴良:《刑法知识的去苏俄化》,《政法论坛》2006年第5期。

③ 参见薛瑞麟:《对话刑法知识去苏俄化的作者》,《政法论坛》2008年第6期;黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,《法学研究》2006年第1期;冯亚东:《刑法典与犯罪论体系之关系》,京师名家刑事法讲座第45期(2009-11-26/2009-12-12)。更多内容参见新中国犯罪构成理论60年学术座谈会, <http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&pkid=240> (2009-8-18/2009-11-4)等。

④ 参见于改之、温登平:《比较、反思与重塑:犯罪构成理论再探》,《法学评论》2002年第3期。

⑤ 参见田宏杰:《刑法中的正当化行为与犯罪构成关系的理性思考》,《政法论坛》2003年第6期。

础,就无法引进英美模式。^①还有的学者提出不宜总体上采纳英美的犯罪构成模式,其原因在于:(1)诉讼模式上的不同和司法传统上的差异;(2)知识系统上的隔阂和话语转换上的障碍。^②就英美判例法传统和法官素质高才能选择英美法系犯罪成立模式这一观点,笔者在与一些同行进行交流时发现赞同者不少。

笔者还注意到,随着20世纪末我国与德日刑法学界交流日渐频繁,赴德日研究刑事法或攻读学位者回国后,翻译发表关于德日刑事法著作及论文大量涌现,使国内刑事法学界和实务界对德日刑法的熟悉程度大大超过英美刑法,不少学者对我国犯罪构成体系进行比较时,参照蓝本亦多为德日刑法。大抵因为从技术角度看,我国同德日一样都是成文法国家,同属大陆法系,尤其是日本,从晚清修律开始,就大量借鉴了其法律,且从刑事司法实践看,其刑事审判过程中的诉状一本主义、陪审员制度也反映出国家职权主义和当事人主义的结合。所以,对我国现有犯罪构成理论持否定说学者提出的解决方案毫无例外地都是引进德日三层次构成体系,从他们推广德日体系的进程看,从介绍德日刑事法理论相关书籍和论文发表到外国刑法课程在高校的设置,从专题讲座中观点的表明到持续在各种期刊上发表论文,除吸引了刑事法理论界和实务界的眼球使之加入到对我国犯罪构成理论的讨论队伍中以外,还得到法学出版界对此话题的关注,尤其是21世纪以来,国内知名法学期刊持续发表有关犯罪构成理论的文章,当然这些文章中也有否定说,但大多数还是持对现有犯罪构成体系进行改良的观点。不可否认的是,从已发表论文的内容看,学界及实务界大多认为应当借鉴德日或者英美犯罪成立体系模式,对我国犯罪构成理论进行改良,其中绝大多数内容反映出对我国四要件体系和德日三层次体系结合的必要性和可行性观念,即绝大多数撰文者认为德日体系优于我国现有的犯罪构成体系。在这样的背景下,在部分著名高校法学院刑法学教材已经使用德日三层次体系的基础上,对我国犯罪构成理论体系持否定说的志同道合之士先后三次以专题研究形式撰写了一批论文,张扬自己的观点并得到知名法学期刊的青睐,发

① 参见李立众:《犯罪成立理论研究》,法律出版社2006年版,第42—45页。

② 参见付立庆:《犯罪构成理论——比较研究与路径选择》,法律出版社2010年版,第167—172页。

表于知名法学期刊上,^①最后引发社会对此问题关注的高潮出现在2009年,全国统一司法考试刑法大纲中德日三层次体系取代了我国传统的犯罪构成体系。下面,笔者以图表形式,反映对犯罪构成理论的关注程度及改良说和否定说观点的比例:

通过CNKI跨库检索,1979年至2011年30余年间,以犯罪构成为题名,检索到期刊论文和硕博论文共837篇,经过筛选,除去诸如论述某具体罪的犯罪构成或者不涉及我国犯罪构成理论评价的文章外,对犯罪构成体系进行论述评价的期刊论文及硕博论文共403篇,其中对我国现有构成体系持否定说的论文数量为68篇,持改良说的论文数量为168篇(见图1);改良说中,以德日体系为参照系的数量为113篇,英美体系为参照系的数量为10篇,同时论及德日体系和英美体系的论文为27篇(见图2)。除了上述观点外,其余论文的主要观点大致可以归纳为:我国犯罪成立体系不必重构但是现有的理论也并非完美无缺,需要进一步改进;或者认为应当博采众长;或者认为各种理论都有缺陷等等。

改革开放至今,刑法学已走过30余年发展之路。从30余年前恢复高考招生伊始奉献于5院4系^②刑法学教育三尺杏坛上的前辈们,到今天几代刑法学者星火传承,“天下桃李,悉在公门”,犯罪成立体系研究的论著论文分量不小。从笔者的生活阅历看,即便是我所生活的偏安一隅的西南边疆,报刊电视中案例报道刑事案件所占的比例最大,我周围的亲朋好友对这种案件中刑事案件关注度最高。作为社会生活最后一道“防火墙”的刑法,以国家强制力作为执行后盾,利剑挥斥之举皆以保护人民为要旨,当伦理道

① 可参见:《环球法律评论》2003年秋季号,主题研讨“不断走进犯罪构成理论”系列论文;《刑事法评论》,中国政法大学出版社2003年版第13卷,主题论坛“犯罪构成研究”系列论文;《政法论坛》2003年第6期,“犯罪理论体系研究”专题论文;《法学》2005年第4期,专题研讨“犯罪构成理论与改革”;《法学研究》2008年第3期,“犯罪定义与刑事法治”专家笔谈系列稿,该组稿件来源于同名国际研讨会,这是由中国社会科学院法学研究所、国际法研究中心举办,在北京召开的国际研讨会,这也是我国外交部与联合国人权高专办合作项目框架下的一个组成部分。与会学者和专家重点围绕着犯罪定义与刑法体系、正当程序、权利保障和刑事法制改革等主题分别从国际法和国内法的角度进行了探讨。该期笔谈稿内容就是此次研讨会的部分成果;《现代法学》2009年第6期,“犯罪构成理论比较研究”专题研讨论文;等等。

② 5院4系,即当时的北京政法学院、西南政法学院、华东政法学院、中南政法学院、西北政法学院和中国人民大学法律系、北京大学法律系、吉林大学法律系、武汉大学法律系。