

一、研究目的

(一)厘清理论争议

目前,刑法学理论上关于犯罪论体系的研究可谓热闹非凡,各家各说异彩纷呈,形成了名副其实的繁荣景象。但是,在这种表面的繁荣之下,却也存在着不少的问题,主要表现为理论误解和自说自话。所谓理论误解,既包括对中国传统的四要件犯罪构成理论的误解,也包括对域外犯罪论体系的误解。例如,1982年出版的统编《刑法学》教材就指责贝林把“犯罪构成的意义从根本上给否定了”〔1〕,这实际上是不符合事实的。此外,在相当长的一段时间里,中国刑法理论界在评价域外犯罪论体系时,将我国刑法理论中的“犯罪构成”等同于德国、日本等国家刑法理论中的“构成要件”,进而批判其符合了犯罪构成却仍然没法定罪,这也是一种误解。而近年来一些学者在引介域外犯罪论体系时,对传统四要件犯罪构成理论的误解也随处可见,例如,有学者批判四要件犯罪构成理论难以正确处理正当化事由,认为正当防卫、紧急避险等正当行为符合犯罪构成却不构成犯罪,是四要件犯罪构成理论难以解决的体系问题。实际上,在四要件犯罪构成理论之下,正当防卫、紧急避险等行为只是“形式上符合某些犯罪的客观要件,但实质上既不具备社会危害性,也不具备刑事违法性的行为”〔2〕,它们根本上就不符合犯罪构成,理所当然地不构成犯罪。所谓自说自话,主要是指在研究过程中不注重理论观点本身的真正对话和争鸣,而是往往为了介绍和主张一种观点就忽视其他观点的合理性,甚至在不同的语境之下歪曲其他观点,从而导致双方的理论争鸣不在同一对话平台上。更为重要的是,在这样一种缺乏对话基础的“理论争鸣”过程中,造成了刑事司法实践中的“理论迷

〔1〕 高铭暄主编:《刑法学》,法律出版社1982年版,第56页。

〔2〕 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第138页。

局”^{〔1〕},广大司法工作者面对着不同的体系、观点和概念感到无所适从,亟须理论上廓清相关的争议所在。因此,本书的研究将通过对不同理论观点的梳理、归纳,总结提炼出争议所在,并通过对不同犯罪论体系的客观公允地评价,厘清理论争议,扫清理论谜局。

(二) 探寻文化根基

犯罪论体系作为刑法学理论中的一个基础性概念,它是人们认识和评判犯罪的一个理论工具。对于这样一种理论工具,虽然可能存在内容不一、方法各异等方面的表现形式,但是在不同的国度和不同的地域都客观存在着相应的理论形态。而这样一种理论形态并非空中楼阁,也并非无源之水、无本之木,它必然受特定国家、地域的经济、社会发展实际情况的制约,特别是要受到不同文化传统、哲学思想、思维模式等方面的影响。正如我国学者所说:“刑法反映存在于文化根底的价值,是时代文化的一面镜子。”^{〔2〕}从文化的视角研究犯罪论体系,其目的就在于挖掘犯罪论体系的文化根基,弄清不同体系存在的社会文化基础,进而分析不同体系之间产生差异的文化因素,为不同体系之间的相互交流和借鉴消除文化上的隔阂。

(三) 评价域外理论

随着理论研究视野的扩展,当今中国刑法学理论早已不是几十年前的封闭情形,特别是随着国际交流、人员往来、学术对话等活动的频繁开展,为我们认识、学习乃至移植域外刑法理论提供了现实的可能性。因此,在当下中国,摆在刑法学者面前的可资参考的犯罪论体系已经呈现出多样化的形态,其中比较典型的域外犯罪论体系就是大陆法系犯罪论体系和英美法系犯罪论体系,而其中尤其是以德国、日本等国家所广泛坚持的三阶层犯罪论体系最受推崇,以至于有学者主张要在我国直接采用三阶层犯罪论体系。但是,客观来看,在

〔1〕 欧锦雄:《刑法的辩护与批判》,中国检察出版社2008年版,第4页。

〔2〕 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第14页。

论的目的便在于,通过明确犯罪的成立要件,控制裁判官以及涉及搜查、追诉活动的警官、检察官的判断,进而保证刑法得以正确适用。”西田典之进而认为,“对于控制裁判官的思考过程,进而将刑法的适用限定于适当正确的范围之内,构成要件该当性、违法性、有责性这种犯罪论体系是一种行之有效的做法”。〔1〕在当今世界几大犯罪论体系存在的国度,刑法学者都对文化问题给予了充分的关注。

德国著名刑法学家耶赛克(Hans - Heinrich Jescheck)提出,刑法在某种意义上是我们文化状况最忠实的反映并表现着我们国家占主流地位的精神状态。他叙述了近代犯罪论发展的三个阶段,即古典的犯罪概念、新古典的犯罪概念和目的论的犯罪概念,认为每一种体系都得从其精神史根源和前一阶段人们通过学术体系的重建而加以改造和克服的计划的联系中去解释。因为没有哪一种理论试图完全取代另一种理论,时至今日所有三种犯罪概念的体系思想仍然并列存在。只有我们将现阶段主流学术观点放在解释论史的联系中,那么才有可能清楚地了解之〔2〕。

日本刑法学者大塚仁认为,法益是根据各种文化传统和现实的必要性而确立的,它依存于人类长期育成的文化,以道德、宗教、政治、经济、艺术等所有东西的文化为基础,而且这种文化并不是漠然的人类文化,而是受到来自民族传统和现实国家制约的具体文化。〔3〕日本刑法学者长井圆也指出,对刑法学的研究必须看到法律规定和判例背后“体现出来的法律文化和市民的共同意志、价值观等”,认为这是在对各国犯罪论体系进行比较研究时“需要注意的前

〔1〕〔日〕西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第45页。

〔2〕〔德〕耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第247页。

〔3〕〔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11页。

系即犯罪构成理论来说,其所承担的实际上是解释一种行为何以被作为犯罪处理或者不作为犯罪处理的任务,是整理法官的思考、规制法官的判断的一种知识系统。”^{〔1〕}因此,从文化的视角研究犯罪论体系具有可行性。

目前,国内刑法学界从文化视角研究犯罪论体系的著述散见于各类论文和著作中,其中专门就此进行研究的代表性著作是彭文华教授的《犯罪构成本原论及其本土化研究》^{〔2〕}。该书立足于文化的视角,分别介绍了中西文化本体论、中西文化方法论、中西文化认识论、中西文化模式论与犯罪构成的内在关系,进而主张中国犯罪构成本体论的本土化,对于深化犯罪论体系的理论研究具有积极意义。此后,在《文化模式与犯罪构成模式》一文中,赵秉志教授和彭文华教授二人立足于不同的文化模式,阐述了与之对应的犯罪构成模式的内在机理,并就德、日三阶层犯罪构成理论体系与中国四要件犯罪构成理论体系这两种不同模式的犯罪构成理论体系的利弊,进行了具体的分析、论证^{〔3〕}。从文化视角研究犯罪论体系的学者还有何秉松教授等学者,论者将犯罪论体系置于全球化时代的大背景下进行分析,详细分析了全球化时代在科学技术、政治、经济、文化领域的全球化特征,并在此基础上对传统刑法理论体系进行反思,对各国犯罪论体系作了详尽的评析和比较^{〔4〕}。

对于犯罪论体系文化研究中的具体问题,不同学者分别从不同的角度作了相应研究。周光权教授从文化视角比较了德日犯罪论体

〔1〕 付立庆:“中国传统犯罪构成理论总检讨”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第26卷),北京大学出版社2010年版,第48页。

〔2〕 该书由中国人民公安大学出版社2010年出版,虽然该书只是在副标题中才明确提到“立足于文化视角所展开的比较与诠释”,但仍不失为从文化视角研究犯罪论体系的力作。

〔3〕 赵秉志、彭文华:“文化模式与犯罪构成模式”,载《法学研究》2011年第6期。

〔4〕 何秉松主编:《新时代曙光下刑法理论体系的反思与重构》,中国人民公安大学出版社2008年版,第14~55页。

第一章

文化内涵与犯罪论体系的文化属性

在进入本书的正式内容之前,首先就会面临着概念的界定问题。坦率地讲,本书题目中的每一个关键词都值得在语义学上进行深入研究,这在无形之中为本书的写作和对相关问题的探讨增添了不少难度。当然,这也说明了界定清楚相关概念的内涵十分必要且具有重要的意义。同时,从文化视角研究犯罪论体系是否可行,应当如何进行犯罪论体系的文化研究,也都需要从理论上作出回答。为此,在开始本书的探索之旅之前,有必要首先将涉及本书主题内容的几个基本概念予以澄清和说明,以此作为全书的基础性理论。

第一节 文化的内涵与基本特征

在中国传统文化典籍中,虽然存在关于文化的字词,例如,《周易》说:“观乎天文,以察时变;观乎人文,以化成天下。”^{〔1〕}《说苑》提道:“圣人之治天下也,先文德而后武力。凡武之兴,为不服也;文化不改,然后加诛。”^{〔2〕}但是,这些典籍中的“文化”与近代文化科学中

〔1〕《周易·贲卦》。

〔2〕《说苑·指武》。

于太阳系中的八大行星一样,虽然他们各自属于不同的宇宙天体,但都同属于太阳系这一基本的运行框架,因而即使它们之间存在差异,但在围绕太阳运转这一特征方面却具有一致性。就人类文化而言,也同样存在着这样的事例,例如,日本和英国均属于君主制国家,而美国属于总统制国家,两者具有文化上的差异性,但就其基本政治制度设置和法律安排而言,二者都建基于现代法治之上,以奉行法治理念、贯彻法治精神、实现法治理想为基本的价值追求,因而它们在相异的同时存在相似之处,这也为二者的相互交融提供了可能^{〔1〕}。

(五)文化的传承性与交融性

所谓文化的传承性,是指立足于历史的视角来看,在其发展、变迁的过程中,文化的内容、精神等能够得以延续。如前所说,文化具有历史性,随着人类社会的向前发展,文化也会历经不断地变迁和发展,在这样的过程中,难免会出现新文化代替旧文化的现象。例如,我国学者通常所说的封建制文化实际上就是对奴隶制文化的取代。对此,美国学者塞维斯(Elman R. Service)提出了著名的文化进化论观点,他认为人类社会存在着连续的、有系统的变迁,如果文化中的新因素优于旧因素,那么新因素总要趋于取代旧因素^{〔2〕}。确实,从蒙昧时代到奴隶时代,从奴隶时代到封建时代,再到资本主义时代,每一种新的文化都会伴随着新的生产方式的到来而产生。但是,在这样一种变迁的过程中,新的文化并不会完全独立于旧文化,前后相递的两种文化虽然可能存在性质上的差异,但是其内涵和精神总会存在某些相似之处,例如,我国封建时代的文化是继奴隶时代文化之后所形成的,两者属于完全不同的社会文化形态,但无论二者存在多大的差异,却都属于中华文化的范畴。更为重要的是,就其内容而

〔1〕 事实上,日本的法律文化在“二战”之后就在很大程度上受到了美国法律文化的影响。试想,如果日本的法治与美国的法治是完全相异、对立的,美国法律文化又怎么可能为日本所借鉴和吸收呢?

〔2〕 [美] E. R. 塞维斯:《文化进化论》,黄宝纬等译,华夏出版社 1991 年版,第 5 页。

由于人类在认识客观世界的过程中,能够通过理性的思维和经验理性指引实践的方向,因而“我们不会将法律仅仅看作是一种使其回到正轨的策略或机制,而是将法律作为‘文化中’的建构性要素——一种思维方式;正是这种思维方式与‘文化中’的诸多其他现象(如伊斯兰教、佛教等)相结合,才使得人类行为及其意义摆脱困境并恢复原状”。〔1〕其中尤为重要是思维的作用,因为“在整体的判断力和想象力之外,人们得以掌握一种理解事实的可靠方式”。〔2〕思维方式在文化结构中居于核心地位,思维方式的变化相应地会带来法文化、法律观念的变化。正如吉伯特·赖尔(Gibert Ryle)所说:“人们行动的作风和程序正是其思维发生作用的方式和途径,而不仅仅是对其思维活动不尽完整的反映。”〔3〕

在观念层面,文化还会影响到法学理论研究。在我国几千年的发展历程中,有“律学”而无“法学”。所谓律学,主要在于对法律条文的解释、说明,其典型的表现形式就是“注疏”,虽然不可否认其理论价值,但是这样一种只关注条文含义的做法,实际上严重影响了法学的发展,其所造成的负面影响至今尚且存在。特别是对于刑法学理论而言,在相当长的一段时间里,“受学科特点和习惯性思维的影响,我国刑法学研究主要采取的是规范分析研究,思辨研究方法在我国刑法学研究中占据了主导地位。”〔4〕这就使得刑法理论不是特别关注其背后的文化根基,往往侧重于规范的解释研究,而缺乏文化的视野。虽然“文化是庞然大物,从法律摸文化如同瞎子摸象”。〔5〕

〔1〕 [美]劳伦斯·罗森:《法律与文化:一位法律人类学家的邀请》,彭艳崇译,法律出版社2011年版,第6页。

〔2〕 [美]劳伦斯·罗森:《法律与文化:一位法律人类学家的邀请》,彭艳崇译,法律出版社2011年版,第9页。

〔3〕 [美]劳伦斯·罗森:《法律与文化:一位法律人类学家的邀请》,彭艳崇译,法律出版社2011年版,第8页。

〔4〕 赵秉志:“刑法学的未来走向”,载《检察日报》2010年9月30日第3版。

〔5〕 冯象:“法文化三题”,载《读书》1995年第9期。

因为我国传统的犯罪构成理论与域外的犯罪论体系在内容上存在着差异,而无论是犯罪论体系还是犯罪构成理论,其实质都是要解决行为的定罪标准问题,国内的犯罪构成理论和域外犯罪论体系其最终的指向都是犯罪的成立与不成立,因此,二者在任务上具有一致性,在理论上使用“犯罪成立理论”能够囊括国内外两种不同的概念表述。在具体表述时,当论及我国的犯罪成立理论时,一般是指以传统的四要件为内容的犯罪构成理论;在谈及德日等国家的犯罪成立理论时,一般是指以三阶层为内容的阶层式犯罪论体系;在谈及美国等国家时,一般是指以犯行和犯意为内容的双层次模式。事实上,国内学者在论及这一概念时,也明确指出“我国的犯罪构成理论,就是我国的犯罪成立理论”^{〔1〕}。所以,在这一意义上,犯罪论体系与犯罪成立理论这两个概念实际上体现为一种种属关系,即不同国家认定犯罪的具体模式都是犯罪成立理论的表现形式,即使不同的国家具有不同的犯罪认定模式,但都可以将其视为犯罪成立理论。

(二) 犯罪论体系与构成要件理论

构成要件理论是德国、日本等国家刑法学理论中的一个基础性内容,理论上通常所说的三阶层犯罪论体系就是以构成要件理论为基础而建构起来的。首先需要明确的是,无论是犯罪论体系还是构成要件理论,都不是刑法的具体规定,但是都来源于刑法的具体规定。换句话说,二者都是一种理论上的概括和抽象。在德国、日本等国家,所谓犯罪论体系,就是指的是关于犯罪成立的一般性理论,将关乎犯罪成立的构成要件该当性、违法性、有责性进行体系化的安排后所形成的基本知识体系就是犯罪论体系。相应地,构成要件理论只是关于“构成要件”的理论,而构成要件就其性质而言,体现为一种“观念形象”和“概念性规定”。按照小野清一郎的界定,它是指“违法并有道义责任的行为予以类型化的观念形象(定型),是作为

〔1〕 李立众:《犯罪成立理论研究》,法律出版社2006年版,第3页。

罪与非罪之外,有时还具有修正和创立规则的作用,因而实际上“每个法官都在他的能力限度内进行立法”〔1〕。当司法人员遇到一个案件时,必须考虑如何适用法律的具体规定,其中就包括对立法语言具体规定的解释,但是“不存在任何法律规则规定能够运用哪些解释规则”〔2〕,于是法官必须运用特定的理论工具并遵循逻辑思维方法,将具体的法律规定运用到案件事实中去。虽然“只要还是法官在进行司法活动,他就一直在解释刑法”〔3〕,但是犯罪的认定并不是随心所欲的。为了使刑法解释具有合理性,张明楷教授主张,解释者应当心中充满正义,目光不断往返于规范与事实之间〔4〕。在这种“往返”的过程中,实际上有一个基本的轨迹,那就是围绕犯罪论体系的要件和内容进行评判。犯罪认定中对刑法的解释,都是围绕犯罪论体系的各个要件和内容而展开的,具有强烈的目的性和针对性。例如,在判定一个行为是否构成故意杀人罪时,司法人员只会围绕故意杀人罪的犯罪构成去进行考察,而对于那些不属于犯罪构成的内容则不予理睬,这就好比行为人穿什么颜色的衣服对犯罪的成立与否无关紧要一样,其原因在于衣服的颜色不属于犯罪论体系中的具体要件和内容。

此外,对于辩护人而言,他也需要在犯罪论体系的基本观念的指导下,围绕犯罪论体系中的具体要求和内容,就当事人犯罪与否、此罪与彼罪等问题进行充分的推理、论证和辩驳。如果说有效推理、充分论证是从业律师的核心技能的话〔5〕,那么犯罪论体系的运用则

〔1〕 [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第70页。

〔2〕 [英]沙龙·汉森:《法律方法与法律推理》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第39页。

〔3〕 许浩:“刑法解释的基本立场”,载《东方法学》2008年第6期。

〔4〕 张明楷:《刑法分则的解释原理》(上卷),中国人民大学出版社2011年版,第1页。

〔5〕 [英]沙龙·汉森:《法律方法与法律推理》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第220页。

是保证这一核心技能得以实现的重要理论工具。如果辩护人脱离了犯罪论体系的指导,将其关注的重点放在那些无关紧要的事件上,其辩护效果必然因为缺少针对性而大打折扣。

(三) 犯罪认定的最终结论是认知结果

犯罪认定作为一种具体的司法活动,它直接面向具体的案件事实,同时又必须作出相应的判断,这就是作出司法判决。按照现代法治的要求,只要有具体的案件事实进入司法程序,就必须给出相应的判决,法官不能因为没有法律依据等理由而拒绝裁判。作为司法活动的结果,司法判决既是对具体案件事实的一种评判,也是法律适用过程的一种结果,正如凯尔森(Hans Kelsen)所说:“司法判决就像立法一样,既是法律的创造又是法律的适用。”^{〔1〕}特别是对于美国、英国等实行判例法的英美法系国家来说,虽然如今已经有越来越多的制定法出现,但是法官在解释和适用刑法的过程中仍然扮演着重要的角色(large role)^{〔2〕},法官通过理性思维,将法律的基本规定和基本精神运用到具体的案件中,从而得出相应的判决结果,这实际上很大程度上就是一种解释和适用刑法的过程。但是法官解释、适用刑法的过程并不是主观臆断的过程,也不是将刑法规定像机器生产那样直接得出相应的结论。对此,韦伯(Max Weber)曾经形容其为“法律自动机器”,“人们从上面放进事实和费用,以便让它从底下吐出判决和说明理由”,但是这样的做法却让法律实践操作者“感到处境尴尬”^{〔3〕}。犯罪论体系作为人们认定犯罪的一种理论工具,它不可能是一种用于观赏的理论花瓶,而是一种用于指导司法实践认定

〔1〕 [奥地利]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第152页。

〔2〕 Jay A - Sigler, *Understanding Criminal Law*, Little, Brown & Company, 1981, p. 53.

〔3〕 [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆1997年版,第206页。

犯罪的理论模型,因而犯罪论体系具有其实践意义,正如我国学者所说,“犯罪构成不仅仅是逻辑的,也是经验的”。^{〔1〕}

就具体的司法活动而言,它必然遵循逻辑和思维规律,从而保证对案件事实的判断具有准确性。“在法律中最受珍视的推理证明了论证进路的一致性,逻辑作为一致性而备受珍视。”^{〔2〕}在法律推理的过程中,其中一个很重要的推理类型就是演绎,其典型的表现形式就是所谓“大前提—小前提—结论”的三段论模式,它也是法律适用中所采用的主要逻辑模式。三段论的基本模式是:只要构成要件 T 在某具体案件事实 S 中被实现,对 S 即应赋予法效果 R (大前提);假使特定案件事实 S 在逻辑上看来是 T 的一个事例(小前提),就可认定构成要件 T 已经在 S 中被实现(结论)。德国法学家卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)将其称为“确定法效果的三段论法”,对于这一逻辑判断过程,可以采用如下简明的表达方式予以说明^{〔3〕}:

大前提: $T \rightarrow R$ (对 T 的每个事例均赋予法效果 R);

小前提: $S = T$ (S 为 T 的一个事例);

结 论: $S \rightarrow R$ (对于 S 应赋予法效果 R)。

在这个三段论的逻辑判断过程中,作为大前提的 $T \rightarrow R$ 实际上相当于一种预设,即在案件事实出现之前,人们按照立法的规定预设一种判断,如具有刑事责任能力的人故意非法剥夺他人生命的行为是故意杀人罪,这其中反映了一种对社会生活事实的基本判断。由此,在犯罪认定的过程中,犯罪论体系由于以刑法规定为基础,因而它实际上在这个三段论的过程中发挥着大前提的作用。例如,刑法

〔1〕 张心向:“犯罪构成之三维形态解读”,载《法学杂志》2011年第4期。

〔2〕 [英]沙龙·汉森:《法律方法与法律推理》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第223页。

〔3〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第150页。

由于刑法理论上后来针对目的行为论提出了不少批评,例如,认为目的行为不能说明过失行为和不作为的目的性,因而目的行为论在产生了很大影响之后逐步衰落。随着目的行为的衰落,目的论犯罪论体系的在世界上的影响有所下降,但是福田平、井田良等日本学者依然坚持这一犯罪论体系。

五、现代新古典犯罪论体系

现代新古典犯罪论体系,又被称为新古典与目的论的结合体系,它是指摒弃目的行为论但接受目的论犯罪论体系的体系安排的犯罪论体系。由于新古典犯罪论体系以目的行为论为基础而构建,但目的行为论在解决不作为和过失行为等问题时却显得力不从心,因而引来了刑法理论界的诸多批评,很多学者转而坚持社会行为论,也有少部分学者坚持自然行为论的观点。目的行为论虽然被刑法学界所批判,但是新古典犯罪论体系和目的论犯罪论体系所主张的体系安排却得到了继续坚持。在现代新古典犯罪论体系之中,仍然坚持故意属于构成要件符合性中的内容,坚持违法的主观化和罪责的去主观化;仍然区分不法和罪责,认为不法是对行为进行的否定性的价值判断;罪责是对行为人进行的否定性的价值判断,维持并发展了新古典犯罪论体系的体系构造。

现代新古典犯罪论体系得到了理论上的广泛支持,成为德国、日本刑法学界的理论通说。在具体的体系构造上,现代新古典犯罪论体系既有二阶层、三阶层的构造,也有四阶层、五阶层的构造。主要表现为,在传统的三阶层体系之外再加上行为作为独立的一个阶层,从而成为“行为—构成要件符合性—违法性—有责性”这四个阶层的体系安排。还有的学者在这之外加上了客观处罚条件,从而成为现代新古典犯罪论体系之下的五阶层体系。所谓客观处罚条件,最早由宾丁(Karl Binding)所提出,它是指客观上存在使行为具备可罚性的事实,它不影响违法和罪责,只是影响到犯罪的成立与否,因而行为人不必要在行为时已经对此有所认识。例如,《日本刑法典》第

层模式中的第一层次,只不过是将其拆散开了而已。不同的概念表述在很多时候只是一个习惯问题,并不会对问题的分析产生实质性的影响,而且从美国文化坚持实用主义立场的情况来看,恐怕连美国人自己也都无心在这些具体概念上过于争执。而更为重要的是,由于双层次结构的概念在我国刑法学界已经提出多年,早已为我国学界所熟悉和接受,因而本书并不打算对英美刑法中的犯罪论体系作出新的概括,而是继续沿用双层模式的提法。

第三节 苏俄犯罪论体系的演变

在通常意义上,苏俄犯罪论体系是指由苏联刑法学家所创立和主张的四要件犯罪构成理论,其基本内容是:行为人负刑事责任的根据是犯罪构成;其犯罪构成相当于德日刑法学中的犯罪论体系,发挥在决定犯罪成立与否上的作用。在内容上,四要件犯罪构成理论分别包括犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面这四个方面的内容。苏俄犯罪论体系伴随着苏联社会主义法制的发展而逐步发展,并在苏联解体后在俄罗斯继续得到理论上的坚持,成为有别于德日犯罪论体系和英美犯罪论体系的又一重要体系,并为中国等国家所借鉴、移植,在日本等坚持阶层式犯罪论体系的国家也有一些学者主张四要件理论体系。由于我国与苏联均实行社会主义制度,新中国成立后在法制建设上也主要是以苏联为学习借鉴的对象,以至于新中国的刑法学理论与苏联的刑法学理论有着千丝万缕的密切关系,其影响直至今日。因此,探寻苏俄犯罪论体系的历史演变过程,不仅有助于加深对苏俄犯罪论体系本身的认识,更有助于认识我国犯罪论体系的历史发展问题。

一、四要件理论的探索

四要件理论随着苏联社会主义法制的发展而逐步建立,在“十月革命”之后,根据当时的政治需要和社会形势,苏俄刑法学者围绕

犯罪构成理论的相关问题进行了初步的探索。同时,四要件理论也吸收了沙俄时代刑法学者的不少理论成果。

(一) 四要件理论的历史渊源

1. 沙俄刑法学者的理论

关于四要件理论的形成和发展,陈兴良教授认为,苏俄刑法知识是对大陆法系刑法知识的“重新改造和嫁接”^{〔1〕}。但是,也有学者对此提出质疑,认为苏俄犯罪构成理论并不是对大陆法系犯罪论体系进行改造后所形成的。这就涉及苏俄犯罪论体系的理论渊源和起步发展的问题。对此,根据查阅特拉伊宁的著作可以得知,特拉伊宁明确提到,在沙俄时代的刑法学著作中,“把犯罪构成作为主、客观因素的总和,作了比较深刻的论述”^{〔2〕}。虽然苏俄犯罪论体系是苏联刑法学者的重要理论成果,但是任何一种理论都不可能完全与此前的理论割裂开来,因此苏俄犯罪论体系与沙俄刑法学理论的历史渊源关系不容否认。对此,就有必要考察沙俄时代有关刑法学者的著述。19世纪末,当时还处于沙皇俄国时代,当时的刑法学者所提出的不少观点已经具有四要件犯罪构成理论的雏形。例如,科特里亚列夫斯基就曾在《俄国刑法教科书》中明确提出:“所谓犯罪构成,就是那些形成犯罪概念本身的、外部的和内部的突出的特征或条件的总和。”^{〔3〕}虽然科特里亚列夫斯基并未明确提出诸如犯罪客观方面、犯罪主观方面等具体的内容,但已经明确提到构成犯罪需要一系列特征或者条件的总和,其基本方向与后来四要件理论的方向是一致的。同时,早在1875年,季斯甲科夫斯基也提出了同样的看法。

〔1〕 陈兴良:“刑法知识的转型与刑法理论的演进”,载《北京大学研究生学志》2008年第3期。

〔2〕 [苏]特拉伊宁:《犯罪构成理论的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社1958年版,第17页。

〔3〕 [苏]特拉伊宁:《犯罪构成理论的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社1958年版,第17页。

当然,沙俄时代刑法学理论的集大成者和重要代表人物则是塔甘采夫。塔甘采夫认为,犯罪构成就是犯罪行为固有的要件之总和。在塔甘采夫的犯罪构成体系中,主要包括三个方面的内容:一是犯罪主体,即行为人;二是犯罪客体,即犯罪行为所指向的事物;三是行为。沙俄时代的刑法学者已经提出了诸如犯罪构成诸要件的理论观点,正如我国学者所说,虽然沙俄时代的刑法学者尚未就犯罪构成应当包括四个要件还是三个要件达成共识,但是犯罪构成理论已经具有了基本的模型和体系架构,成为苏俄犯罪论体系的重要理论渊源。

2. 德国刑法学者的理论

德国和俄国都是欧洲的重要国家,在基本文化渊源上具有相似性,其刑法学理论虽然存在差异,但是并不是完全没有联系。对此,首先,应当承认的是,苏俄刑法理论与德国刑法理论具有渊源关系,这一点我国学者已经不存在太大的争议。其次,苏俄刑法理论究竟与德国刑法学理论中的哪些内容存在渊源关系,则需要进一步探讨。有学者认为,苏俄犯罪论体系是对德国三阶层犯罪论体系的改造,认为贝林的犯罪论体系与苏俄犯罪论体系存在渊源关系。其具体理由是:在苏俄犯罪构成理论的四要件中,犯罪客体对应于违法性,犯罪主体和犯罪主观方面对应于有责性,犯罪客观方面对应于构成要件符合性。有学者认为,以苏联为代表的社会主义的犯罪构成学说,是以特拉伊宁为代表的苏联刑法学家,在资产阶级犯罪论体系尤其是构成要件理论的基础上创立的^{〔1〕}。对于这一观点,在苏俄学者的著作中并没有相应的依据可以证实,我国有学者则对此予以否认。可以肯定的是,从时间顺序上来看,德日犯罪论体系的确立时间是在19世纪末20世纪初,其标志性事件是1906年贝林《犯罪论》这一著作的公开出版。但是,经过对沙俄刑法学者的观点进行比较后可以发现,沙俄学者所主张的犯罪构成,无论是具体概念称谓还是体系结

〔1〕 肖中华:《犯罪构成及其关系论》,中国人民大学出版社2000年版,第35页。

构的具体内容,都与苏俄犯罪论体系联系更为密切。例如,在德日犯罪论体系之下没有“犯罪构成”的说法,但在沙俄刑法学者那里却明确提出了“犯罪构成”的概念,而这一概念又一直在苏俄刑法学理论中得以沿用;而诸如各要件的总和等体系性思考的基本方向,也在沙俄学者那里得到了清晰的体现。因此,说苏俄犯罪构成理论是对以贝林为代表的德日三阶层犯罪论体系的改造而形成的,确实在论据上显得不够充分。那么,苏俄犯罪论体系究竟是借鉴了德国刑法学理论中的哪一部分呢?对此,则应当追溯到德国著名刑法学、现代刑法学之父费尔巴哈(P. V. Feuerbach)那里。例如,我国学者何秉松、薛瑞麟等认为,在沙皇俄国时期即已存在对犯罪构成的理论研究。不过,他们并不认为四要件犯罪构成理论是从德日犯罪论体系那里改造而来的,只是认为苏联犯罪构成理论与德国刑法学存在一定的渊源关系,这个渊源关系的源头并不是李斯特、贝林时期的刑法学理论,更不是三阶层的犯罪论体系,而是肇始于德国刑法学者早期的犯罪构成理论^{〔1〕}。何秉松教授更是明确的提出,“20世纪俄罗斯的犯罪构成理论和德国的构成要件理论都是以费尔巴哈的 Tatbestand 理论为基础发展起来的。”^{〔2〕}并认为俄国的犯罪构成理论是以塔甘采夫为代表的俄罗斯学说为基础,而德国的犯罪论体系则是以贝林的学说为基础发展起来的。

费尔巴哈(P. V. Feuerbach)基于心理强制说的基本立场,将罪刑法定主义引入刑事实体法之中,明确提出“无法无刑、无法无罪、有罪必罚”的原则^{〔3〕},成为刑法学的基本原则。基于罪刑法定主义的原则性要求,费尔巴哈提出犯罪的概念,认为“犯罪是一个刑法中规

〔1〕 薛瑞麟:《俄罗斯刑法研究》,中国政法大学出版社2000年版,第115页。

〔2〕 何秉松、〔俄〕科米萨罗夫、〔俄〕科罗别耶夫主编:《中国与俄罗斯犯罪构成理论比较研究》,法律出版社2008年版,第217页。

〔3〕 〔德〕费尔巴哈:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国方正出版社2010年版,第31页。

方面、犯罪主体及犯罪主观方面”^{〔1〕}。在其他一些俄罗斯刑法学者的著述中,也都同样将犯罪构成理论的基本内容予以坚持和深化,使得四要件犯罪构成理论依然得以在俄罗斯新的历史条件下存在和发展。

第四节 我国犯罪论体系的演变

在我国几千年的刑法发展历程中,虽然历朝历代的刑法规定中不乏如今犯罪构成理论中的具体内容,有学者还借用犯罪构成这一概念对中国刑法史进行分析,分别从犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面等对我国古代刑法问题进行了具体阐释^{〔2〕},但这也仅仅只是借用,因为我国历史上乃至我国近现代并没有产生诸如“犯罪构成”、“犯罪论体系”这样的刑法学概念。事实上,从汉初开始,我国刑法就开始了儒家化的进程,及至唐代的《唐律》,终于完成了儒家化的进程,实现了刑法的“一准于礼”,甚至用儒家经典作为对犯罪进行否定评价的标准^{〔3〕}。正如国外有学者所感慨的那样,“我们的现在只有一小部分是我们自己创造的,绝大部分都是从过去继承来的。”^{〔4〕}我国当下的犯罪论体系,无论拥有多么漂亮的“外衣”,它都不是当下学者的创造,而是近百年来我国刑法学发展演变的结果,是对国外刑法学理论进行学习借鉴的结果。因为就我国犯罪论体系的发展渊源来看,其原本就不是我们自己的创造,无论是四要件理论还是三阶层理论,全都是我们在学习借鉴其他国家刑法理论的过程中所引进的。所以,首先需要明确的是,这里所探讨的

〔1〕 [俄]Л. В. 伊诺加莫娃·海格主编:《俄罗斯联邦刑法》(总论),黄芳等译,中国人民大学出版社2010年版,第35页。

〔2〕 高绍先:《中国刑法史精要》,法律出版社2001年版,第148~171页。

〔3〕 高绍先:《中国刑法史精要》,法律出版社2001年版,第112页。

〔4〕 [美]赞恩:《法律的故事》,于庆生译,中国法制出版社2011年版,第16~17页。