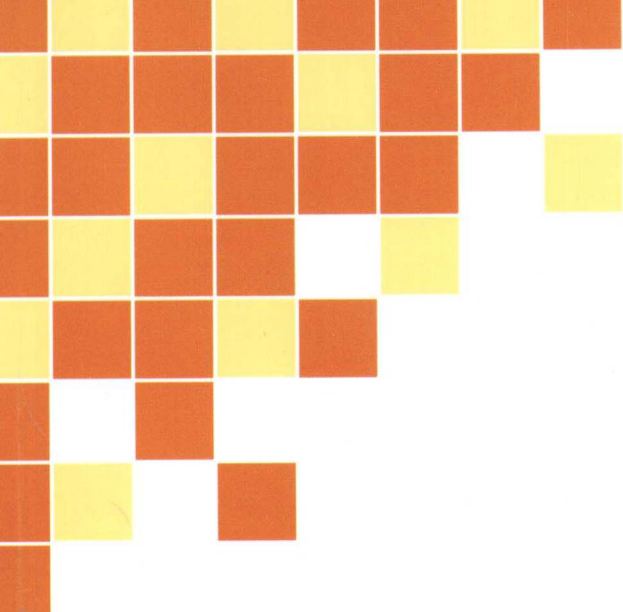




刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
29
卷

2011

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEWS

中国政法大学刑事司法学院

刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第29卷

北京大学法治与发展研究院 主办
刑事法治研究中心

2011 陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论·第29卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社, 2011. 12
ISBN 978-7-301-19769-1

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法-研究 ②刑事诉讼法-研究 IV. ①D914.04
②D915.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第234201号

书 名: 刑事法评论·第29卷(2011)

著作责任者: 陈兴良 主编

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-19769-1/D·2988

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 38.75印张 781千字

2011年12月第1版 2011年12月第1次印刷

定 价: 68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

主编絮语

陈兴良

七月正是暑假开始,每年此时都有一批毕业生收获了知识从大学毕业。因此,七月也可以说是一个收获的季节。收入本卷的部分论文就来自新科博士、硕士的论文,这是值得嘉许的。

在本卷的“理论前沿”栏目,发表了3篇论文。米铁男的《特拉伊宁犯罪构成学说之刍议》一文,就是其博士论文的部分章节。特拉伊宁对于我国刑法学来说,是一个曾经产生过重要影响的人物,我国老一辈学者无不受其影响。近年来随着我国刑法知识的去苏俄化,特拉伊宁也越来越变成一个具有争议的人物。在我心目中,特拉伊宁曾经是一个学术偶像,其代表作《犯罪构成的一般学说》一书可以说是我进入刑法理论殿堂的启蒙读物。但随着时光流逝,特拉伊宁头上的光环逐渐消退。当然,如何正确评价特拉伊宁仍然是一个值得研究的课题。《刑事法评论》第13卷曾经发表过阮齐林教授的《评特拉伊宁的犯罪构成论——兼论建构犯罪构成体系的思路》一文^{〔1〕},在论文中,阮齐林教授揭示了特拉伊宁犯罪构成理论中的一个深刻矛盾,这就是摇摆于贝林的三阶层与教科书派的四要件之间,最

〔1〕 参见陈兴良主编:《刑事法评论》(第13卷),中国政法大学出版社2003年版。

终当然是倒向四要件。由此可见,特拉伊宁本身是一个悲剧人物。阮齐林教授的论文,是其在北京大学所获的博士论文的部分章节。转眼之间,又将近十年过去了。米铁男又以特拉伊宁为题写作博士论文,在北京大学获得了博士学位。当然,现在研究特拉伊宁的条件更成熟了。米铁男本科阶段学习的是俄语,具有扎实的俄语基础,在北大法学院经过硕士阶段刑法专业的学习,又攻读刑法专业的博士学位。在读博期间,米铁男受国家留学基金委资助,到莫斯科大学法律系学习一年,得以收集更多的资料,更加全面、客观地对特拉伊宁进行评价。在本文中,米铁男对特拉伊宁的犯罪构成理论进行了考察,其对特拉伊宁学术渊源的梳理、学说演进过程的描述,都有独到之处,尤其是对特拉伊宁与贝林的比较,具有重要学术价值。米铁男指出:特拉伊宁的犯罪构成学说呈现出一种阶层式的结构,这与德国贝林以来的犯罪构成理论非常神似。当然,这里的特拉伊宁犯罪构成学说是指构成因素说,它与后来成熟定型化的四要件在逻辑构造上已经全然不同。因此,对于特拉伊宁我们似乎也要区分构成因素论的特拉伊宁与犯罪构成论的特拉伊宁,由此可见特拉伊宁学说的复杂性。王太宁的《历史的误读与当下的转型——费尔巴哈罪刑法定的还原与当代罪刑法定的重新定位》一文,从罪刑法定原则切入,对费尔巴哈的思想进行了追根溯源的研究,尤其是作者能够结合当下的法治现实展开其思想,具有一定的深刻性。作者提出了回归到费尔巴哈的罪刑法定,这样一个命题试图揭示费尔巴哈罪刑法定思想的本义。基于当下的法治现实,作者把罪刑法定定位为刑权力风险的转嫁机制,并对我国《刑法》第3条关于罪刑法定原则发表了个人的独到见解,说明作者是在思考问题并试图解决问题的,这一点值得肯定。张振山的《狭义客观处罚条件论》一文,是清华大学法学院的硕士论文,其导师周光权教授向我推荐,我读了以后觉得本文还是颇见功力之作。客观处罚条件是一个德国刑法学的概念,我国刑法学界目前对这一概念颇有兴趣,试图利用它来解决我国刑法中的罪量要素的体系性地位问题。在本文中,作者在充分占有资料的基础上,对客观处罚条件进行了具有深度与广度的研究,尤其是作者倡导狭义的客观处罚条件的概念,对于我国刑法学具有一定的参考价值。

在本卷的“域外传译”栏目,发表了3篇译文。德国马普研究所所长乌尔里希·齐白教授的《全球化世界的法律秩序》一文,还有一个冗长的副标题:“一个四分五裂的国内法、国际法和私人法规范体系的发展”。从题目来看,本文不像是一篇刑法论文,而更像是一篇法理学论文。但本文还是涉及全球化以后刑法受到的冲击,这个问题涉及刑法的未来走向。例如,本文在论及国家间的合作经常通过非正式的跨国网络得以实现时,就举例说,为了协调网络犯罪环境下的执法行为,八国集团及其专家的会议对随后创设的法律规范产生了影响,以此说明超国家的合作在打击网络犯罪中发挥的重要作用。在此基础上,齐白教授提出了法律的非国

家化等新命题,对于刑法也同样是一个观察的视角。本文是北京大学法学院博士后江溯翻译的。今年1月份,我、梁根林教授和江溯博士3人,为参加纪念耶赛克教授逝世的国际会议,前去德国弗莱堡马普研究所,见过齐白教授,与其交往给我留下深刻的印象。齐白教授的文集即将在我国翻译出版,齐白教授本人也将在今年十月来北大访问,这是值得期待的。美国保罗·H. 罗宾逊教授的《为什么刑法需要在乎常人的正义直观?——强制性与规范性犯罪控制》一文,对刑法与大众正义直观之间的关系进行了深入研究。本文译者王志远教授在译者评介中,对本文之于中国的现实意义作了十分中肯的评论,我是赞同的。本文的标题是一个提问句,答案在本文最后一句话:“因为只有遵从于它,刑法才能够提供有效的犯罪控制。”这里的“它”,是指大众的正义直观。我国现实生活中,也存在刑法与大众的正义直观之间的偏离与由此带来的冲突、焦虑与动荡。例如云南李昌奎案,李昌奎因杀害姐(先奸后杀)弟(三岁小孩,摔死)二人后自首而被云南高院改判死缓。在药家鑫杀一人同样自首而因手段特别残忍而执行死刑之际,引发了社会大众的广泛质疑。尽管云南高院有关领导对本案作了法理解释,但仍然难以平息民愤。在这些个案中,司法裁判与大众的正义直观之间确实存在冲突,但能否简单地判断孰是孰非,确实还是一个值得三思的问题。罗宾逊教授的结论是否适用于中国,也同样值得思考。西班牙弗朗西斯科·穆尼奥斯·孔德和美国路易斯·埃内斯托·契尔萨的《作为刑法基本概念的行为要件》一文,对美国弗莱彻教授提出的沟通性的行为概念进行了论证,并对摩尔的机械论的行为概念和胡萨克的控制原则提出了质疑。本文由大陆法系学者与英美法系学者合作完成,在行为理论上打通大陆法系与英美法系之间的隔膜,这是值得肯定的。以上3篇译作,都涉及刑法理论的重要领域或者重要问题,对于拓展我们的学术视野具有重要作用。

在本卷的“域外视野”栏目中,发表了4篇论文。周振杰的《日本现代刑法思想的形成》一文,对日本近现代刑法学术思想史进行了考察,尤其论及日本主要刑法学者的理论系谱,对于我们宏观地掌握日本刑法思想发展脉络具有帮助。曹菲的《治疗行为正当化根据研究——德日的经验与我国的借鉴》一文,以德日刑法学为背景,对治疗行为的正当化根据问题进行了较为全面的探讨。本文资料翔实,评介公允,遗憾的是我国的借鉴部分略显薄弱。孙瑞玺的《韩国刑事诉讼法辩护权制度的借鉴》一文,对韩国刑事诉讼法中的辩护权制度作了较为系统的介绍,对我国借鉴也予以充分展开,因而具有一定的现实意义。以上3篇论文虽然都是对外国刑事法理论或者制度的介绍,但都能以中国为出发点,这样一种学术立场是完全正确的。除了以上研究型的介绍论文以外,本栏目还发表了劳东燕的《以比较的眼光看刑法的问题》一文,该文实际上是一篇书评,对Kelvin John Heller与Markus D. Dubber主编的《比较刑法学要览》(Kelvin John Heller & Markus D. Dubber ed., The Hand-

book of Comparative Criminal Law, Stanford: Stanford University Press, 2011, 660pp.)一书,作了较为全面的评价。应该说,在我国刑法学界,书评是较为匮乏的一种文章类型,对外国刑法著作的书评更为罕见。劳东燕的书评对于我们了解《比较刑法学要览》一书具有助益。尤其值得肯定的是,劳东燕并非就书评书,而是在一定的理论深度上提出了如何对待我国刑法理论的问题:是科学借鉴还是照搬?在我国当前刑法知识面临转型的特定历史背景下,这一思考具有重要的现实意义。

在本卷的“专题研究”栏目中,发表了15篇论文,内容涉及刑法、刑事诉讼法和犯罪学等相关学科。程岩的《风险社会中刑法规制对象的考察》一文,对危险和风险这两个概念进行了辨析,区分其异同,由此划定进入刑法规制范畴的风险领域,明确刑法的规制对象,对于风险刑法理论的研究具有学术意义。许其勇的论文《必须保卫刑法——从〈刑法修正案(八)〉看刑法修改权问题》一文,虽然主标题似乎有些危言耸听,但其内容还是较为平实的,本文主要是对刑法修改权问题的探讨。作者对刑法修改权的正当性进行了追问,提出了严格限制全国人大常委会的修改权的设想。本文语言生动、思想活泼,文风给人以清新之感。徐光华的《刑法文化解释的再提倡》一文,提出了刑法的文化解释问题,以文化解释补充刑法的其他解释方法,这当然是具有意义的。当然,文化本身是一个大而化之的概念,因而应当警惕文化解释成为一个什么都往里装的框,由此动摇法的安定性。张开骏的《刑法司法解释的现状检讨与未来展望》一文,对刑法司法解释存在的问题进行了梳理,并就刑法司法解释的未来走向提出了个人见解。其中,分阶段地逐步取消司法解释权的革命性构想颇具新意,以刑法案例指导制度取代司法解释的功能亦有根据。廖北海的《犯罪事实支配理论之适用范围》一文,主要讨论的是犯罪事实支配理论是否适用于义务犯、目的犯的问题。题目虽小,但对于全面了解犯罪事实支配理论还是具有学术价值的。李钢的《单位犯罪主体资格否认制度问题研究——以刑事责任能力为分析路径》一文,提出了单位犯罪主体资格否认的命题,并对此进行较为深入的论证。本文资料充分,内容丰富,对于发展单位犯罪理论具有现实意义。劳佳琦的《累犯重罚之教义刑法学批判》一文,对累犯重罚制度进行了理性反思,尤其是对其进行了刑法教义学的批判。这种批判也许是可以成立的,但累犯重罚制度虽然不能从刑法教义学这里获得正当性,它却可能从刑事政策那里得到功利性支持,因此,如何处理公正与功利、刑法教义学与刑事政策的关系,仍然是我们必须面对的一个难题,甚至是悖论。徐凌波的《存款的占有问题研究》一文,对存款的占有这样一种在财产犯罪中小之又小的问题,充分地予以展开,展现了作者“小题大做”的学术功力。徐凌波硕博连读,进入博士生学习阶段。根据制度设计,硕博连读不需撰写硕士论文,但本文可以看作是徐凌波硕士阶段学习的成果总结,因而在一定意义上是一篇无需答辩的硕士论文。张鹏的《行使债权与盗窃罪的成

立》一文,对以盗窃手段行使债权是否构成盗窃罪这个具有现实意义的问题进行了探讨。作者将债权分为可抗辩与不可抗辩两种,认为在可抗辩债权的场合,行使债权不能阻却盗窃罪的成立。在不可抗辩债权场合,如果行为人取得了权利范围内的财产,不成立盗窃罪。如果行为人取得了超越权利范围的财产,同时未误认自己有权占有债权人财产的,则就超出的财产成立盗窃罪。作者能够结合民法债权理论对这一问题进行论述,这是值得肯定的。黄继坤的《合同诈骗罪的实行行为》一文,根据我国刑法关于合同诈骗罪的规定,对合同诈骗罪的实行行为进行了颇为深入的研究,作者提出把合同诈骗罪认定的关键回归实行行为而不是“非法占有为目的”这一主观要素,我以为是颇有见地的见识。孙远的《论作为审判对象的“明确地指控犯罪事实”——兼论诉因不可能适用于我国之原因》一文,根据我国《刑事诉讼法》第150条,认为明确地指控犯罪事实是审判对象,由此否认诉因制度在我国的适用。程雷的《特情侦查立法问题研究》一文,在我国正在修改《刑事诉讼法》这样一个背景下,提出了特情侦查的立法方案,对于完善我国特情侦查立法具有参考价值。郭晶英的《基于话语分析的在押女犯身份构建研究》一文,是一篇从方法到内容都具有新颖性的论文,作者充分利用监狱资源,在大量实证调查的基础上,提出了女犯的身份构建问题。孔一的《再犯原因的结构——基于浙江省出狱同期群的比较研究》一文,采用实证调查的方式,讨论了再犯原因的结构问题,将再犯原因的结构归结为社会化功能紊乱,并对此作了分析与论证。再犯研究具有相当的难度,作者通过对浙江省出狱人员的数据采集,形成了第一手的资料,使本研究建立在扎实的实证资料的基础之上,这种研究方法是十分可取的。张乐宁、史蒂文·弗·麦斯纳、刘建宏的《关于中国天津市被害人向警方报案决定因素的一项探究》,是一篇译文,论文采集了中国天津的相关数据,采取西方通行的研究方法与分析框架,对报案率问题进行了实证研究,对于我国犯罪学研究具有参照性。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2011年7月10日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

理 论 前 沿

特拉伊宁犯罪构成学说之刍议/米铁男	(1)
一、特拉伊宁犯罪构成学说的渊源	(2)
二、特拉伊宁犯罪构成学说的演进	(13)
三、特拉伊宁犯罪构成的概念、体系和功能	(24)
四、构成因素论的逻辑结构	(25)
五、特拉伊宁与贝林	(43)
历史的误读与当下的转型	
——费尔巴哈罪刑法定的还原与当代罪刑法定的重新定位/王太宁	(46)
一、回归到费尔巴哈的罪刑法定	(47)
二、当代罪刑法定的新定位——转嫁刑权力风险的安全制度	(55)
狭义客观处罚条件论/张振山	(64)
一、问题的提出	(64)
二、客观处罚条件概述	(68)
三、客观处罚条件的分类	(77)
四、“狭义客观处罚条件论”之提倡	(92)
五、中国刑法无客观处罚条件之存在空间	(101)
六、结论	(111)

域外传译

全球化世界的法律秩序

——一个四分五裂的国内法、国际法和私人法规范体系的发展

/〔德〕乌尔里希·齐白 文 江 溯 译	(113)
一、法律规范调整主体的变化	(113)
二、规范性控制系统的变化	(117)
三、法律规范的国际模式	(133)
四、基础研究面临的挑战	(142)

为什么刑法需要在乎常人的正义直观?

——强制性与规范性犯罪控制

/〔美〕保罗·H. 罗宾逊 文 王志远 译	(146)
导论	(146)
一、对大众正义直观的遵从与强制性犯罪控制之间的冲突	(148)
二、遵从于大众正义直观的几种可能解释	(161)
三、规范性犯罪控制:人们为什么守法?	(163)
四、大众正义直观对规范性犯罪控制的重要性	(165)

作为刑法基本概念的行为要件/〔西〕弗朗西斯科·穆尼奥斯·孔德

〔美〕路易斯·埃内斯托·契尔萨 文 张曙光 译	(170)
一、引言	(170)
二、从因果的、目的的行为概念到沟通性的行为概念:比较法的视角	(171)
三、迈克·摩尔的机械论行为概念和惩罚不作为的问题	(176)
四、惩罚持有的问题和道格拉斯·胡萨克的“控制原则”	(181)
五、结论	(184)

域外视野

日本现代刑法思想的形成/周振杰	(185)
一、日本现代刑法思想形成的背景	(185)
二、日本现代刑法思想形成的过程	(193)
三、日本现代刑法思想的总体概况	(200)
四、结语	(213)

治疗行为正当化根据研究

——德日的经验与我国的借鉴/曹 菲	(215)
一、准备作业:相关概念厘清	(216)
二、德国关于治疗行为正当化根据的理论	(217)
三、日本关于治疗行为正当化根据的理论	(240)
四、自说的展开	(254)
韩国刑诉法辩护权制度之借鉴/孙瑞玺	(261)
一、引言	(261)
二、韩国刑诉法辩护权制度的基本框架和内容	(262)
三、中韩两国刑诉法辩护权制度的比较	(264)
四、韩国刑诉法辩护权制度对我国的借鉴意义	(268)
以比较的眼光看刑法的问题/劳东燕	(272)

专 题 研 究

风险社会中刑法规制对象的考察/程 岩	(283)
一、危险还是风险?——盐城水污染案与孙伟铭案之对比	(283)
二、基于风险特点区分危险与风险	(289)
三、风险与刑法中相似概念的辨析	(293)
四、风险犯罪圈的划定与风险犯罪行为的规范	(296)
必须保卫刑法	
——从《刑法修正案(八)》看刑法修改权问题/许其勇	(301)
一、不能承受之“轻”:《修正案(八)》对刑法的大规模修改	(302)
二、笼子中的权力:刑法修改权的正当性追问	(304)
三、何以至此:刑法修改之史鉴	(308)
四、如何可能:刑法修改权的限制路径	(312)
犯罪事实支配理论之适用范围/廖北海	(320)
一、犯罪事实支配不能适用于所有犯罪类型	(320)
二、犯罪事实支配理论不能适用于义务犯	(322)
三、犯罪事实支配理论不能解决无身份的故意工具问题	(324)
四、犯罪事实支配理论能够解决无目的之故意工具问题	(326)
刑法文化解释的再提倡/徐光华	(328)
一、文化与刑法解释	(329)

二、刑法文化解释的必要性	(331)
三、刑法文化解释的可行性	(339)
四、应该辩证地去看待刑法文化解释	(345)
刑法司法解释的现状检讨与未来展望/张开骏	(347)
一、引论:问题之由来	(347)
二、刑法司法解释的意义和存在的问题	(348)
三、刑法司法解释的争论	(353)
四、刑法司法解释的价值评判	(363)
五、我们的价值取向及建言	(367)
单位犯罪主体资格否认制度问题研究	
——以刑事责任能力为分析路径/李 钢	(378)
一、内因与外力:单位犯罪主体资格否认问题产生的背景分析	(378)
二、本质与功能:单位犯罪主体资格否认制度内涵解读	(381)
三、价值与学说:单位犯罪主体资格否认制度法理拓展	(389)
四、现状与问题:我国现行单位犯罪主体资格否认制度实践的 规范述评	(393)
五、归纳与展开:我国单位犯罪主体资格否认制度的构建与适用	(397)
六、结语	(404)
累犯重罚之教义刑法学批判/劳佳琦	(405)
一、累犯重罚:一种存疑的普遍实践	(405)
二、累犯重罚与行为刑法之冲突	(406)
三、累犯重罚与罪责原则之抵牾	(411)
四、结语	(415)
存款的占有问题研究/徐凌波	(416)
一、问题的提出与研究意义	(416)
二、域外视角:日本刑法理论中关于存款的占有的讨论	(417)
三、存款的占有问题上的中日差异	(429)
四、存折、信用卡等财产凭证的法律评价	(437)
五、存款的占有之归属:存款名义人还是银行?	(452)
六、结论	(460)
行使债权与盗窃罪的成立/张 鹏	(462)
一、问题的提出	(462)
二、刑法上行使债权的含义	(463)

三、行使债权的可罚性	(466)
四、行使债权与盗窃罪之不法	(469)
五、行使债权与盗窃罪之责任	(474)
六、结论	(478)
合同诈骗罪的实行行为/黄继坤	(480)
一、问题所在	(480)
二、合同诈骗行为的内涵:隐瞒没有履行合同能力或者掩饰不支付 对价的意思	(482)
三、从立法沿革上对合同诈骗行为内涵的印证	(487)
四、实践意义——把认定合同诈骗罪的关键回归实行行为,而不是 “非法占有为目的”	(490)
论作为审判对象的“明确的指控犯罪事实” ——兼论诉因制度不可能适用于我国之原因/孙 远	(494)
一、审判对象之概念及功能	(494)
二、审判对象之特定性	(496)
三、审判对象之同一性	(499)
四、诉之追加、变更与起诉法条之变更	(505)
五、审判对象与诉讼模式之关系	(508)
特情侦查立法问题研究/程 雷	(515)
一、我国特情侦查的现状与问题	(516)
二、我国特情侦查制度的立法完善	(533)
三、结语	(537)
基于话语分析的在押女犯身份构建研究/郭晶英	(538)
一、问题导入	(538)
二、研究方法	(540)
三、研究结果	(541)
四、结语	(547)
再犯原因的结构 ——基于浙江省出狱同期群的比较研究/孔 一	(549)
一、研究假设	(551)
二、研究方法	(553)
三、调查结果	(554)
四、分析与讨论	(577)

五、结论	(579)
关于中国天津市被害人向警方报案决定因素的一项探究	
/[美]张乐宁、史蒂文·弗·麦斯纳、刘建宏 文 于 阳 译	(582)
一、中国的背景	(585)
二、西方的理论和研究	(587)
三、当前的研究	(590)
四、数据和方法	(591)
五、措施	(593)
六、成效	(596)
七、争议与结论	(599)
《刑事法评论》征稿启事	(603)

特拉伊宁犯罪构成学说之刍议

米铁男*

特拉伊宁(Арон Наумович Трайнин)是公认的苏联第一个对犯罪构成问题进行系统研究的刑法学家。1946年他出版了第一本关于犯罪构成的专著《犯罪构成的学说》,1951年又出版了第二本专著《苏维埃刑法中的犯罪构成》,1957年出版的《犯罪构成的一般学说》可以说是他关于犯罪构成问题的盖棺之作。特拉伊宁一生虽然著述颇丰,但其最有影响力的就是犯罪构成的学说,最后一本著作被苏联,甚至是今天的俄罗斯学者都作为研究该问题的重要文献,同时也是中国20世纪50年代末引入的最经典的刑法学著作,其影响力一直延续到今天的学术界和司法实践中。中国刑法学界对特拉伊宁的了解一般来自《犯罪构成的一般学说》一书,但对其学说的形成过程,本质特征知之不详。为了使中国刑法学界对特拉伊宁的犯罪构成学说有一个比较完整清楚的认识,笔者将较为详细地介绍其学说的形成过程以及逻辑结构,从而揭示出该理论对于推动苏联刑法学从事实走向规范,进而建立法制原则^[1]的积极意义。

* 作者系北京邮电大学人文学院法律系讲师,法学博士。

- [1] 关于俄罗斯的“法制原则”一词,可以追溯到叶卡捷琳娜二世时期,当时她撰写的《训令》中,使用了“法制原则”,其含义与罪刑法定原则一致[参见А. В. Наумов. Зарождение российской науки уголовного права(вторая половина XVIII-первая половина XIX вв.). Государство и право. 2006 г. №1. с. 77.]。十月革命胜利以后,列宁再次提到了法制的问题,但是已经不是在罪刑法定主义的含义中讨论法制了,他所指的法制是统一的法律制度和法律秩序(参见吕世伦主编:《列宁法律思想史》,法律出版社2000年1月版,第820—832页)。1960年《苏俄刑法典》中明确规定了“法制原则”,其含义与罪刑法定原则基本一致。今天《俄罗斯联邦刑法典》中的“法制原则”与罪刑法定的含义一样。在俄语中,各个时代的法制原则都用术语“принцип законности”来表述,但含义却不同,但在中译本中一般都译成“法制原则”。经过研究笔者发现,俄文词 принцип законности 与德文词 Gesetzlichkeitsprinzip 在语言学上是对应关系(参见И. И. Сущинский. Немецкий язык для юристов. Москва. 2007 г. с. 59.),但是Gesetzlichkeitsprinzip一般译成“法治原则”,含义即是罪刑法定[参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年5月版,第77—80、759页],同时,俄文词 принцип законности 与英文词 principle of legality 是对应关系[参见В. В. Мальцев. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. СПб. 2004 г. 俄英文摘要]。但是principle of legality却一般译成“法制原则”,意为法律制度、法律体系(参见余叔通、文嘉主编:《新汉英法学词典》,法律出版社1998年1月版,第203页)。从含义上讲,俄罗斯学者的英文译法

一、特拉伊宁犯罪构成学说的渊源

特拉伊宁的犯罪构成学说具有学术史上的渊源,既有沙俄时代俄罗斯相关学说的痕迹,也有西方犯罪构成理论的影响。我们都知道,特拉伊宁犯罪构成是四类因素耦合而成的模式,但这样的思维方式并不是他的创造的,早在沙俄时代就已经形成了这样的理论框架。笔者认为有必要对特拉伊宁以前的俄罗斯犯罪构成问题作一个历史性的回顾,从而使我们看清他的主要理论来源和思路。

(一) 沙俄学者的犯罪构成学说

1. 俄罗斯犯罪构成学说产生的学术背景

俄罗斯刑法学的发展可以追溯到叶卡捷琳娜二世(Екатерина II)时期,长足发展于19世纪下半期。犯罪构成(состав преступления)这个术语就是在19世纪中叶由德国传入俄罗斯的,与俄国刑法学快速发展时期相吻合,这并不是巧合,而是当时俄罗斯与德国的密切关系导致的。历史上俄国上流社会曾出现过学习法国的热潮,但统治者渐渐认识到法国的一些自由主义思想对统治国家不利,因而主张学习严谨的德国,于是从19世纪中叶开始,留学德国的俄国人渐渐多了起来,到“一战”爆发前形成了空前的交流高峰。在这个过程中出现了一批杰出的刑法学家,他们绝大部分都深受德国刑法学的影响,但是对犯罪构成的研究并不早,而是从19世纪下半期开始的,典型的代表是塔甘采夫(Н. С. Таганцев)。^{〔1〕}

沙俄政府历来重视法典的编纂工作和刑法基础理论研究,积极进行国际学术交流

是值得商榷的。既然“法治原则”具有罪刑法定的含义,那么今天的俄文词 принцип законности 在刑法中理应译为“法治原则”,但却一般译成“法制原则”。笔者认为,这个词在俄罗斯不同历史阶段呈现不同含义,其译法也可以有所不同,例如在翻译列宁的著作时,可以译为“法制”,在具有罪刑法定含义时,则最好译为“法治”,但这样也会给读者造成在俄文中是两个词的错觉。因此,本文尚未采用这样的译法,在出现俄文词 принцип законности 的情况下,仍译为“法制原则”,此处的说明是为了让读者明了这个术语的来龙去脉。

〔1〕 俄国早期没有出现专门研究犯罪构成的论著,在费尔德施泰因(Г. С. Фельдштейн)所著的《俄国刑法学史上的主要流派》一书中也仅仅是在介绍刑法学家帕柳姆别茨基(А. Паломбецкий)时提到了“犯罪构成”这个术语,但并未展开说明(参见 Г. С. Фельдштейн. Главные течения в истории науки уголовного права в России. Москва. 2003 г. с. 451.)。尽管特拉伊宁认为沙俄时期没有对犯罪构成进行充分研究,但那只是相对于他本人的专著而言,塔甘采夫等人的论述没有特拉伊宁那样详尽罢了。