

北师大法学院

10 周年院庆系列丛书

主 编 / 赵秉志

副主编 / 张远煌 梁迎修



北京师范大学法学院
Law School of Beijing Normal University

法学新论

(下卷)

北师大法学院教师法学论文荟萃

Tenth Anniversary of Law School of Beijing Normal University

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



德育英才 法行天下

Virtue Ethics Legal Spirits

北京师范大学法学院
建院10周年志庆

Tenth Anniversary of College for Law School of Beijing Normal University

(2006-2016)

图书在版编目 (CIP) 数据

法学新论：北师大法学院教师法学论文荟萃 / 赵秉志主编. —北京：中国法制出版社，2016.3

（北师大法学院10周年院庆系列丛书）

ISBN 978-7-5093-7378-1

I. ①法… II. ①赵… III. ①法学—文集 IV.

①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字（2016）第056497号

策划编辑 / 责任编辑：孙璐璐（cindysun321@126.com）

封面设计：蒋 怡

法学新论：北师大法学院教师法学论文荟萃

FAXUE XINLUN: BEISHIDA FAXUEYUAN JIAOSHI FAXUE LUNWEN HUI CUI

主编 / 赵秉志

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 710毫米 × 1000毫米 16

版次 / 2016年4月第1版

印张 / 85.5 字数 / 1000千

2016年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-7378-1

定价：299.00元

值班电话：010-66026508

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010-66038703

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

北师大法学院

10 周年院庆系列丛书

主 编 / 赵秉志

副 主 编 / 张远煌 梁迎修

主编助理 / 马剑银



北京师范大学法学院
Law School of Beijing Normal University

法学新论

(下卷)

北师大法学院教师法学论文荟萃

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

目 录

下 卷

刑法学篇

关于中国刑法学犯罪构成理论的思考	高铭暄	705
死刑改革：立法和司法两路并进	储槐植	715
贪污受贿犯罪定罪量刑标准问题研究	赵秉志	720
刑法对市场经济秩序的非理性规制及其克服		
——以企业家犯罪实证考察为视角	张远煌	751
宽严相济与刑法修正	卢建平	773
西方国家刑罚哲学述评	吴宗宪	795
实质解释论的应用风险与应对	左坚卫 王 帅	841
从《刑法修正案（九）》看中国犯罪化立法走向	刘志伟	858
“刑变罚恒”的价值背离及其重塑	阴建峰	875
遗传与犯罪的当代思考	狄世深	894
舆论空间、生活实体与法律演进		
——以嫖宿幼女罪可罚观念为中心	赵 军	904
乡村社会解决纠纷传统机制的弱化与法治保障的加强	孙 平 黄 贵	925
企业刑事责任二元模式研究	周振杰	942
场合与对象：刑法合宪性解释界定的另条路径	黄晓亮	958
从罪刑均衡到罪责刑相适应		
——兼论刑法中“人”的消隐与凸显	郑延谱	977

论老年人犯罪从宽暨免死的年龄标准与立法模式	袁 彬	1002
我国非物质文化遗产的刑法保护及其完善	郭理蓉	1011
从中日少年案件处理流程与矫正之比较看少年司法模式	苏明月	1022
新技术背景下个人信息的刑法保护	吴沈括	1034
论确定刑罚的基础	李山河	1050
我国打黑除恶工作的法治检视和思考	彭新林	1071
累犯从严量刑适用实证研究	劳佳琦	1095

刑事诉讼法学篇

我国刑事速裁程序试点的反思与重构	刘广三	李艳霞	1127
论国际刑事司法中的一事不再理原则	史立梅		1154
刑事证据法学研究的再次转型：从价值表达到精确解释	王 超		1171
日本检察审查会制度改革及其启示	肖 萍		1190
刑事强制措施中的令状制度研究			
——从美国法的角度切入	杨 雄		1201
论司法程序现代化的标准	何 挺		1212
刑事裁判文书说理的困境与出路：以死刑案件为分析样本	雷小政		1223
公法私法互动视角下刑事诉讼制度的运作与发展	孟 军		1239

民事诉讼法学篇

从方法论看近年我国民诉研究	刘荣军		1253
中国传统民间调解的溯源究因	徐胜萍		1277
民事诉讼中法院释明的实证分析			
——以释明范围为中心的考察	熊跃敏		1293
实现担保物权案件特别程序的适用范围			
——从实体法与程序法交错的视角	刘 璐		1312
诚信原则的具象化与禁反言规则的中国式建构	郭 翔		1331

刑法学篇

关于中国刑法学犯罪构成理论的思考^{*}

高铭暄

目 次

- 一、中国刑法学犯罪构成理论体系的基本架构和内容
 - 二、中国刑法学犯罪构成理论体系当下面临的挑战
 - 三、中国刑法学犯罪构成理论体系的现实思考
 - 四、结语
-

犯罪构成理论体系作为犯罪判断与证成的思维作业模式，乃是整个刑法学体系的基石，并为近代刑事法治文明的支柱。中国刑法学犯罪构成理论体系在过去几年间，不仅作为中国刑法学术研究的基础平台，产生了深远的理论价值，而且成为中国刑事司法实践的操作指南，发挥了积极的实践意义。但是，近年来，这一理论体系备受争议，甚至饱受责难，面临着严峻的挑战，从而引发了笔者对其命运的密切关注和严肃思考。

一、中国刑法学犯罪构成理论体系的基本架构和内容

关于中国刑法学犯罪构成理论体系的主体架构和基本内容，遵循中国刑法学界的主流共识，大体可以简要归结为以下三点：

^{*} 本文原载《法学》2010年第2期。

第一，关于犯罪构成的概念。中国刑法学关于犯罪构成的通行定义是：犯罪构成是刑法所规定的，体现和决定一行为的社会危害性及其程度，而为该行为成立犯罪所必需的一系列主客观要件的有机统一整体。根据这一经典定义，犯罪构成具有以下三个基本特征：其一，犯罪构成具有法律实定性：犯罪构成是刑法所规定的，包括刑法总则和分则的结合规定。因此，犯罪构成乃是罪刑法定原则的坚实保障。其二，犯罪构成具有价值承载性：犯罪构成体现和决定某一行为的社会危害性及其程度，各个犯罪构成要件本质上都是对犯罪社会危害性的不同侧面的表达。因此，犯罪构成乃是犯罪本质的构成系统。其三，犯罪构成具有有机统一性：犯罪构成是由一系列主客观要件相互联系相互作用组成的统一整体。因此，犯罪构成是主客观相统一的定罪基本原则的忠实体现。

第二，关于犯罪构成的框架。中国刑法学犯罪构成理论体系在整体格局上表现为两大块四要件耦合式的结构。两大块就是根据主客观相统一原则将犯罪构成整体上划分为客观要件和主观要件两个板块。四要件就是对两大块进行二次析分之后形成犯罪构成的四大基本元素即四大构成要件，依次包括：犯罪客体——犯罪客观方面——犯罪主体——犯罪主观方面。一个行为如欲认定其成立犯罪，必须同时具备上述犯罪构成的四大要件，缺失其中任何一个要件，都不可能成立犯罪。

第三，关于犯罪构成的意义。一方面，从刑事法治建设角度而言，犯罪构成理论乃是刑事法治的支柱。近代以来的刑事法治文明的标志性成果就是罪刑法定原则，犯罪构成理论给罪刑法定原则提供了实质性的支撑和实体性的依托，因而成为刑事法治文明的一个重要支柱。另一方面，从刑法学科体系角度而言，犯罪构成乃是整个刑法学体系的基石，因为：其一，犯罪构成是犯罪概念的延伸：犯罪构成以犯罪成立要素系统的形态对犯罪概念进行了实证解读，因而犯罪构成成为犯罪概念的延伸；其二，犯罪构成是犯罪本质的构成：犯罪构成要件从主客观不同侧面对犯罪的社会危害性进行全方位多侧面的诠释，因而犯罪构成与实施犯罪相互表里也就成为犯罪本质的构成；其三，犯罪构成是刑事责任的根据：启动刑事追究的前提和基础是行为符合犯罪构成，因而犯罪构成也成为刑事责任的根据。可见，犯罪构成上接犯罪概念问题，下引刑事责任问题。如是，以犯罪构成理论为基石，就形成了以“罪——责——刑”一条龙为基本秩序的具有中国特色的刑法学体系。中国刑法学体系的逻辑

辑运动秩序也就是：首先，犯罪论研究“罪”的问题，以认定犯罪为核心任务；其次，刑事责任论研究“责”的问题，以确定刑事责任为核心任务；最后，刑罚论研究“刑”的问题，以决定刑罚为核心任务。一言以蔽之，“罪——责——刑”乃是中国刑法学的研究逻辑，“认定犯罪——确定责任——决定刑罚”，乃是中国刑事司法的作业逻辑。

二、中国刑法学犯罪构成理论体系当下所面临的挑战

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 年间并非一个调子的。笔者认为，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。

所谓“改造论”，也可以称为“改良论”，盛行于上世纪 80、90 年代，其基本诉求是在维护中国刑法学犯罪构成理论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”和“五要件说”甚至“新四要件说”，令人目不暇接，但终成过眼烟云。

所谓“移植论”，实质上就是“革新论”，在进入新世纪之后渐成气候。随着中外刑法学术交流活动的日益勃兴，德日刑法学成果广泛传入中国并且迅速获得青睐，某些刑法学者主张以革故鼎新的立场彻底推翻以四要件为特征的苏联式传统体系，以直接“拿来”的方法全面移植以三阶层为特征的德日刑法学犯罪论体系，从而实现中国刑法学犯罪构成理论体系所谓国际化的目标。

“移植论”的立论基础是对中国现行犯罪构成理论体系的彻底否定，其理由颇为纷繁，笔者认为根据其方法论整体上可以归结为以下两点：

第一，从历史学和价值学的角度：“移植论”者认为，中国刑法学犯罪构成理论体系是移植和拷贝前苏联刑法学成果的产物，而前苏联刑法学是在阶级斗争政治哲学基础上建立起来的，是纯粹意识形态的产物，缺乏基本的学术质量，已被实践证明所弃用，因此当代中国刑法学应当彻底“去苏俄化”转而融入世界刑事法治文明的主流。德日刑法学乃是近代世界刑法学的中心，

德日刑法学犯罪论体系被公认为当代世界最为精美最为缜密的犯罪论体系，在大陆法系国家产生了深远影响。这就决定了中国刑法学犯罪构成理论体系追随德日的必要性。另一方面，撇开意识形态色彩不论，单纯就成文法传统、法官职权主义和演绎思维模式这三个基本文化特质而言，包括中国和苏俄在内的社会主义法系广义上都可以归入大陆法国家谱系，中国在法律文化、司法体制、诉讼模式等方面与德日等大陆法系国家具有亲缘性，而且上个世纪前半叶民国时期的中国刑法学即是完全移植了德日刑法学知识体系，今日中国台湾地区刑法学沿袭了以德日为师的民国刑法学传统，可见德日刑法学成果植入中国刑法文化土壤并不存在水土不服而引发“南橘北枳”之问题。这也就表明了中国刑法学师法德日的可行性。

第二，从逻辑学和功能学的角度：“移植论”者认为，中国刑法学犯罪构成理论体系在逻辑构造与体系功能上存在无法解决的内在缺陷和固有局限，与德日刑法学犯罪论体系相较优劣分明，并主要集中为两点：一是中国刑法学犯罪构成理论体系表现为静态的平面耦合结构，四个要件之间是一种“一存俱存，一无俱无”的循环依赖关系，而非依次推进、逐步收敛的位阶关系，因此仅仅揭示定罪结论而未体现定罪过程，实质上是在构成犯罪的先验认知下去做要件拼图工作，体现有罪推定之思维，容易酿造冤假错案；相反，德日刑法学犯罪论体系表现为动态的立体递进式结构，在构成要件、违法和责任三个评价环节依次逐层实现犯罪过滤功能，不仅揭示定罪结论，而且展现定罪过程。二是中国刑法学犯罪构成理论体系只研究犯罪构成的积极要件而不研究犯罪构成的消极要件，或者说只设置入罪路径而不配置出罪路径，将正当防卫、紧急避险等阻却犯罪行为放在犯罪构成体系之外进行孤立的个别的研究，造成犯罪构成理论仅含入罪机制而不含出罪机制，只突出社会保护机能而缺失人权保障机能；相反，德日刑法学犯罪论体系在违法和责任两个要件中架设违法和责任阻却事由的判断机制，将犯罪成立的积极要件和消极要件进行一体化考量，实现入罪功能与出罪功能的和谐配置，更符合制约国家刑罚权、保障人权的要求。

三、中国刑法学犯罪构成理论体系的现实思考

笔者一直认为，批判是学术成长不竭的动力。改革开放 30 年来中国刑法

学犯罪构成理论体系成熟的过程,实质上也是一个不断开展批评和自我批评的过程。正是中国刑法学界谦虚面对各种批判声音,并以此为契机开展深刻反思,才促成了犯罪构成理论体系的发展和完善。但同时也认为,学术批判应当遵循两点基本规则,一是必须建立在对被批判对象严肃、深刻的理解基础之上;二是必须运用学术的方式开展学术批判。基于这两点,笔者对于当下刑法学界“移植论”者就现行中国刑法学犯罪构成理论体系给予彻底否定的见解,不敢表示苟同。

对于“移植论”所持的第一点理由的质疑,需要强调两个方面:

第一,前苏联和新中国的刑法学犯罪构成理论体系虽然都孕育于阶级斗争年代,但并非如“移植论”者所责难的是基于政治需要的产物,而是刑法学界严谨诚挚探索研究的成果。没有一项理论是没有历史脉络而横空出世的东西。前苏联的犯罪构成理论追根溯源,还是对19世纪大陆法系刑法学犯罪论体系的继承。19世纪后半期乃是大陆法系刑法学犯罪论体系的草创阶段,当时的主流风格乃是受黑格尔辩证法思想的影响,从犯罪主客观要素的平面析分和统合上去论证犯罪成立,如德国具有代表性的贝克迈耶体系将犯罪成立要件划分为“客观构成要件”和“主观构成要件”。^①意大利流行的由卡尔拉拉所倡导的“两分”的犯罪概念将犯罪成立要件析分为“物理力”和“精神力”。^②日本早期较有影响的刑法学家胜本勘三郎的犯罪论体系则由“犯罪主体”“犯罪客体”“犯罪行为”和“责任”(主观罪过)四项要件组成。^③这也直接影响了当时的俄国刑法学犯罪论体系的风格。十月革命之后,前苏联刑法学家们批判了肇始于贝林格、以新康德主义为哲学根据、以形式主义构成要件理论为基石的犯罪论体系(即今日德日刑法学犯罪论体系的源头),继受了革命前俄国的塔甘采夫的犯罪论体系模式,并且以马克思主义哲学为指导进行了价值改造,经过诸多刑法学家的激烈交锋争鸣,最终形成了以社会危害性为价值内容、以四要件结构为格局形式的犯罪构成理论。这个犯罪构成理论体系是前苏联刑法学界以特拉伊宁为代表的诸多刑法学家集体学术智

① 洪福增:《刑法理论之基础》,刑事法杂志社1977年版,第3页。

② 陈志林:《意大利刑法学纲要》,中国人民大学出版社1999年版,第76-78页。

③ 李海东主编:《日本刑事法学者》(上),法律出版社1995年版,第6-7页。

慧的结晶，是客观历史传承和严肃现实选择的结果，而并非政治冲动或者阶级斗争的产物。当下中国刑法学界有的学者带着意识形态的有色眼镜去看待这一理论体系，不仅是对苏俄刑法学历史的无知，而且是对学术成果简单的妄断。从历史来看，四要件犯罪构成理论不论是在前苏联还是在新中国，都是作为刑事法治建设的积极力量而存在的，从中我们可以看到其成长命运多变。中国自1957年反右直至“文革”结束长达20年间，犯罪构成理论即被批为“资产阶级的东西”而成为刑法学者不敢触碰的“雷区”。没有想到的是，50年前犯罪构成理论一夜之间被打成“资产阶级的专利”，50年后又被一些中国刑法学人自己冠以“无产阶级阶级斗争的产物”，是非随波，岂非历史玩笑！

第二，中国刑法学犯罪构成理论体系虽然取法于前苏联刑法学界，但并非如“移植论”者所指责的纯属前苏联刑法学犯罪构成理论的简单复制，而是在学习前苏联刑法学犯罪构成理论的基础上进行中国本土化改造的成果。考察中外法律进化史可知，但凡成活并且生机勃勃的法律移植，不可能不包含“水土调适”的过程。即若“移植论”者所五体投地的德日刑法学犯罪论体系而言，继受德国的日本刑法学犯罪论体系也作了相当的发展和创新，最突出的两点贡献就是由小野清一郎倡导的“违法责任类型说”和藤木英雄等人推出的“可罚违法性”理论，这两点理论创新又反哺影响了德国刑法学，从而构成了德日刑法学青蓝互动的局面。同样，中国刑法学犯罪构成理论体系在移植前苏联体系的过程中也作了一定的发展和创新。应当说，上世纪50年代，在当时向苏联“一边倒”的特殊历史环境下，加之中国社会主义新刑法学团队尚未成形，翻版苏联刑法学犯罪构成理论体系势所难免，但是，很快随着反右运动的开始而夭折，之后长达20年成为不敢问津的理论禁区。中国刑法学犯罪构成理论体系真正成型发展是在改革开放之后，当时一批劫后余生的刑法学人在刑法学春天来临的时刻，以维护和发扬社会主义法制的崇高热忱，以上世纪50年代学到的苏联刑法学犯罪构成理论为蓝本，构建了中国刑法学犯罪构成理论体系，并且发展了苏联刑法学犯罪构成理论的知识内涵，其中最典型的的就是中国刑法学犯罪构成理论强调犯罪构成不仅决定社会危害性的存在，而且决定社会危害性的程度，从而在犯罪构成要件中引入定量因素，将对犯罪构成的认识提升到社会危害性的质与量统一的高度。

关于“移植论”者所持的第二点理由的质疑，笔者也强调两个方面：

第一，中国刑法学犯罪构成理论同样具有过程特征。中国刑法学犯罪构成理论运用于定罪过程，并非如有的学者所言的没有位阶性和层次感，一次作业、一步到位，而是同样具有过程性的。只是笔者认为，德日刑法学犯罪论体系的过程性体现为在三个阶层之间逐步过滤，后一阶层的否决并不抵消前置阶层的成立，而我国刑法学犯罪构成理论的过程性则体现为在四个要件之间逐项筛选，并且任何一项要件的否决都足以抵消其他要件的成立。逐步过滤和逐项筛选之间只是方法论的区别，很难说哪一种方法就绝对合理。至于有的刑法学者将中国刑法学犯罪构成理论诟病为“引向有罪推定思维”、“酿造冤假错案”，其荒谬性自不待言，不消辩驳。

第二，中国刑法学犯罪构成理论同样具有出罪功能。四大犯罪构成要件既是积极要件又是消极要件，当完全充足四个要件而确证犯罪成立时，即发挥了入罪功能，反之，当缺失其中任何一个要件而否决犯罪成立时，即发挥了出罪功能，这应当是不言而喻的基本常识。而且，从学理意义来讲，中国刑法学犯罪构成理论在出罪功能上较之德日刑法学犯罪论体系更加干净利落而不拖泥带水，因为只要否决其中一个要件，就可以省略了对其他要件的审视。故此，怎么能说中国刑法学犯罪构成理论不具备“出罪功能”呢？照此逻辑，中国法院根据现行犯罪构成理论判决的刑事案件岂非都是有罪结论？所以，稍加推敲，“移植论”者的这一诘难根本无法成立。“移植论”者认为，只有将阻却犯罪行为^①植入犯罪构成理论才能使犯罪构成理论发挥出罪功能，这也是似是而非的伪判断。阻却犯罪行为置于犯罪构成体系之内还是之外，只是刑法学体系叙述的问题。中国刑法学之所以将正当防卫、紧急避险等阻却犯罪行为置于犯罪构成之外加以研究，完全是因为中国刑法学中的犯罪构成是承载社会危害性的实质构成，所以没有阻却犯罪行为的托足余地。饶有趣味的是，正因为中国刑法学将阻却犯罪行为置于犯罪构成之外，反而促成了阻却犯罪行为构成要件的独立成型。我们在中国刑法学教科书中可以看到关于正当防卫、紧急避险都各自具备其不同的严密的主客观构成要件，这应

① 或称阻却违法行为、排除社会危害性行为、正当行为，笔者倾向于以阻却犯罪行为表述较为妥当。

该说是中国刑法学区别于德日刑法学的一大特色。这样，在中国刑事司法的犯罪认定实践中，也就形成了与德日刑事司法迥然不同的思维逻辑：对于某些具有正当防卫等犯罪阻却可能的案件，首先是根据正当防卫等构成要件对行为性质加以判断，在充足构成要件的情况下即自行认定正当防卫等阻却犯罪行为的成立，犯罪构成理论则无需登场，只有在正当防卫等构成要件不充足的情况下才需要启动犯罪构成理论进行罪与非罪、此罪与彼罪的厘定。因此，尽管犯罪阻却行为理论被置于犯罪构成体系之外，但并不影响其实际功能的发挥。“移植论”者关于中国刑法学犯罪构成体系不兼容犯罪阻却行为致其出罪功能的缺失的批判，是纯粹技术思维引发的误读，并且也无视中国刑事司法的实况。

中国刑法学犯罪构成理论体系和德日刑法学犯罪论体系分别植根于各自的法文化土壤，各有其特色和优势，很难说哪一种理论体系就是绝对真理或者具有绝对优势。相对而言，德日刑法学犯罪论体系的优势在于追求哲理的周密性和体系的严谨性，而中国刑法学犯罪构成理论的优势则在于蕴义的稳定性和操作的明快性。第一，就蕴义的稳定性的而言，德日刑法学犯罪论体系自贝林格以来的100年间，体系模式不断翻新，在“构成要件—违法—责任”的三阶层体系之外，还有所谓“行为—不法—责任”的三阶层体系，另还有所谓“行为—构成要件—违法—责任”的四阶层体系，等等，不下十数种，令人眼花缭乱。即便是最为通行的“构成要件—违法—责任”的三阶层体系，也是在不断流变之中。关于构成要件、违法和责任内部的具体要素配置，见解纷呈，莫衷一是。反观前苏联和中国刑法学犯罪构成理论体系，50年来一直维持其基本架构和主体内容不变，应当说是其优势。犯罪构成理论作为犯罪认定的思维作业模式在刑事司法界具有根植性，犯罪构成理论对于促进刑事司法的统一性与安定性具有重要意义。试想，如果犯罪构成理论动辄推陈出新，会给刑事司法作业带来多大的困扰甚至危害？第二，就操作的明快性而言，今天的德日刑法学犯罪论体系可以说是叠床架屋，单就其主观故意（过失）的判断而言，就形成了所谓构成要件故意（过失）、违法故意（过失）和责任故意（过失），向来作为责任专属要素的故意（过失）分别在构成要件、违法和责任三个阶层上重复给予检讨，认为构成要件故意（过失）和违法性故意（过失）乃是一种类型性检讨，责任故意（过失）乃是个性

检讨,但又认为构成要件故意(过失)对于违法故意(过失)和责任故意(过失)具有推定机能,真令人有云雾缭绕之观感。反观中国刑法学犯罪构成理论体系,四个要件之间对应工整,界限清晰,简洁明快,具有鲜明的可操作性。

犯罪构成理论应当是志向现实的学问,应当追求现实的妥当性和实践的可操作性,具有鲜明的实践品格或者说务实风格。德日刑法学犯罪论体系自贝林格以来100年间的发达历程,为了理论而理论,为了体系而体系,沉溺于理论创新,失落为概念游戏,已经走上了一条纯粹理性主义的道路,和刑事司法实践的期待与需求渐行渐远。事实上,在德日刑法学界,许多刑法学者也对其犯罪论体系展开了深刻的批判性反思。如德国刑法学家雅科布斯认为,德国学说争辩因果行为论或目的行为论何者为佳,以及争辩阶层构造理论,纯粹是因为“二战”之后,刑法学者逃避政治压力(作为战败国的知识分子,谈规范的目的或规范的本质会有自我否定的压力),把精力放在这种技术问题所致。区分构成要件合致性、违法性和有责性,或区分不法和罪责,都是没有意义的。归根结底,只是一个行为人要不要负责的问题。^①日本刑法学者也认为,日本的犯罪体系论由于受德国刑法学的绝对影响,采用的是“构成要件”“违法性”“责任”这种观念的、抽象的犯罪论体系,因为必须考虑什么是构成要件,构成要件和违法性、责任之间处于什么样的关系,因此,具有强烈的唯体系论的倾向。结果,一般国民就不用说了,其他法律领域的人也因为刑法体系过于专业而难以接近。不仅如此,这种体系,使得无论在战前还是在战后,都难以自下而上地对刑罚权的任意发动现象进行批判,并为这种批判提供合理根据。^②德日刑法学家们都能够有一份清醒客观的自我认识,为什么我们中国的某些刑法学者却只有一味地讴歌和礼赞呢?

当然,我们指出德日刑法学犯罪论体系的缺陷,并不意味着中国刑法学犯罪构成理论体系已经尽善尽美或者较之高出一筹,从而抱持敝帚自珍的心态拒绝任何批评的声音。刑法学界对于现行犯罪构成理论体系的许多批评是值得我们反思和检讨的。我们的犯罪构成理论体系确实也存在静态性有余而动态性不足、封闭性有余而开放性不足等不少问题,而这恰恰是我们努力的

① 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国法制出版社2005年版,第53页。

② 日本刑法理论研究会:《现代刑法学原论(总论)》,三省堂1989年版,第317页。