

人口·社会·法制

研究

·2006年卷·

贵州省高等学校人文科学研究基地
——人口·社会·法制研究中心编

李世宇 杨军昌 主编



中国民主法制出版社

人口·社会·法制研究

(2006年卷)

主编 李世宇 杨军昌

中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

人口·社会·法制研究. 2006年卷/李世宇主编. —北京: 中国民主法制出版社, 2007. 6

ISBN 978-7-80219-236-2

I. 人… II. 李… III. 社会科学-文集 IV. C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 074844 号

书名/人口·社会·法制研究 (2006年卷)

RENKOU · SHEHUI · FAZHIYANJIU (2006NIANJUAN)

作者/主编 李世宇 杨军昌

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号 (100069)

电话/63292534 63057714 (发行部) 63055022 (法律室)

传真/63056975 63056983

http: //www. npc. gov. cn

E-mail: MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/32开 880毫米×1230毫米

印张/15.625 字数/450千字

版本/2007年6月第1版 2007年6月第1次印刷

印刷/保定市中国画美凯印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-80219-236-2/D · 1113

定价/30.00元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序

李世宇

2004年仲夏,贵州省高等教育人文社会科学研究基地——“人口、社会、法制研究中心”(简称“中心”)在贵州大学揭牌成立。两年多来,“中心”在马克思主义人口观、社会观以及邓小平理论和“三个代表”重要思想的指导下,围绕着我国人口、社会、法制研究中的若干热点难点问题,聘请了校内外专家学者,精心组织筹划,写出了一批有质量的调研报告和学术论著。呈现在我们面前的《人口·社会·法制研究(2006年卷)》,它是部分科研成果的荟萃。这些成果思想深邃,内涵丰富,贴近时代,贴近现实,为构建社会主义和谐社会,为建设惠及13亿人民的小康社会,为依法治国战略的推进,特别是为富民兴黔,提供了借鉴。

我国正处在改革和发展的关键时期,社会关系和社会面貌正在发生着深刻的变化,许多重大理论和实际问题需要我们去研究和回答,许多热点难点需要我们去引导和化解。马克思认为,每个时代总有属于每个时代的问题,准确把握和解决问题,就能够把人类社会推向前进。我们从事人口、社会、法制研究的工作者,要坚持解放思想、实事求是的思想路线,敢于和善于迎接实践的挑战。努力形成有深度、有分量、有说服力的理论成果,丰富和发展马克思主义,更好地为建设有中国特色的社会主义服务。

作为人口、社会、法制研究工作者,要努力掌握马克思主义的精髓,不断提高思想修养和专业研究水平,掌握现代化的研究方法和技术手段,瞄准学术发展前沿,打造学术精品,推动理论创新。要大力发扬理

论联系实际马克思主义学风,在科学研究上,严谨而不保守,活跃而不轻浮,锐意创新而不哗众取宠,追求真理而不追逐名利,努力做对祖国和人民有贡献的学问家。

2007年1月于贵州大学萧萧斋

目 录

法 制

中国现行犯罪构成(成立)理论总置评	
——为中国现行犯罪构成(成立)理论的辩护	肖中华(3)
贵州少数民族地区环境保护习惯性规范	
论析	余贵忠 杨 琴 杨武松 刘 萍 龙正林(42)
土地行政执法面临的问题及对策分析	彭治安(56)
论企业重整制度的法价值取向	
——以重整管理人为线索	刘 诚(61)
贵州省山林土地行政复议案件	
调查分析	高煜明 杨永苏(71)
语言的模糊性在立法中的运用	田灵枝(82)
和谐社会与软法之治	
——以司法的能动参与为视角	黎 亮(89)
青少年网络犯罪的社会因素研究	拜荣静 龙章月(104)
遏制行政执法违法的对策研究	杨永苏(112)

人 口

江泽民关于人口问题论述与	
人口和计划生育新跨越	刘体辉(125)
统筹解决人口问题与执政能力建设	曾祥权(130)

新时期贵州人口调控的体制、机制创新问题

- 研究 杨军昌 徐 静 余显亚 李智环 何晓艺(140)
- 关于贵州人口低生育水平 杨宗贵(163)
- 西南农村剩余劳动力转移的制约因素与
对策分析 贺 华 余显亚(176)
- 贵州出生人口性别比失衡的现状、
成因和对策思考 廖昌辉(183)
- 榕江县出生性别比失衡的现状、
原因、后果及对策 彭德乔(193)
- 农村部分计划生育家庭奖励扶助制度
在贵州的实践及启示 何晓艺(203)
- 老年人的发展权保障与积极老龄化 廖 艳(212)
- 人口老龄化进程中的老年人权益保障问题研究 马 军(219)
- 西部人才流失对经济社会发展的影响 罗俊松 黄 丹(227)
- 贵阳市流动人口发展趋势与计划生育
管理方式的协调性研究 程 聪(236)
- 关于建立我国总人口核算制度的思考 程邦嘉(250)

社 会

- 性别失衡之文化分析 李世宇 吕震乾(259)
- 在校大学生婚前性行为及避孕行为
研究 陆卫群 朱 江 严易平 张小屏(266)
- 弃婴问题的原因探析及对策研究
——兼论溺婴问题 余 丹 蒙祥忠(277)
- 当前农民工培训存在的问题及改进路径 韩永江(283)
- 我国青少年吸毒与自杀问题研究 李建军(291)
- 中国老年社会政策与服务现状反思 杨 晶(299)
- 城市文化建设的社会学审视 杜国辉(306)
- 贵州流动人口中的农村“问题妇女”研究 史昭乐 周芳苓(315)

- 贵州旅游教育培训及人才队伍建设 郑姝霞 郑宇莎(329)
 工作满意度与组织承诺关系的
 研究综述 凌 玲 凌 红 申 鹏(338)
 发展劳务经济促进贵州社会主义
 新农村建设 罗玉达 田光辉(349)

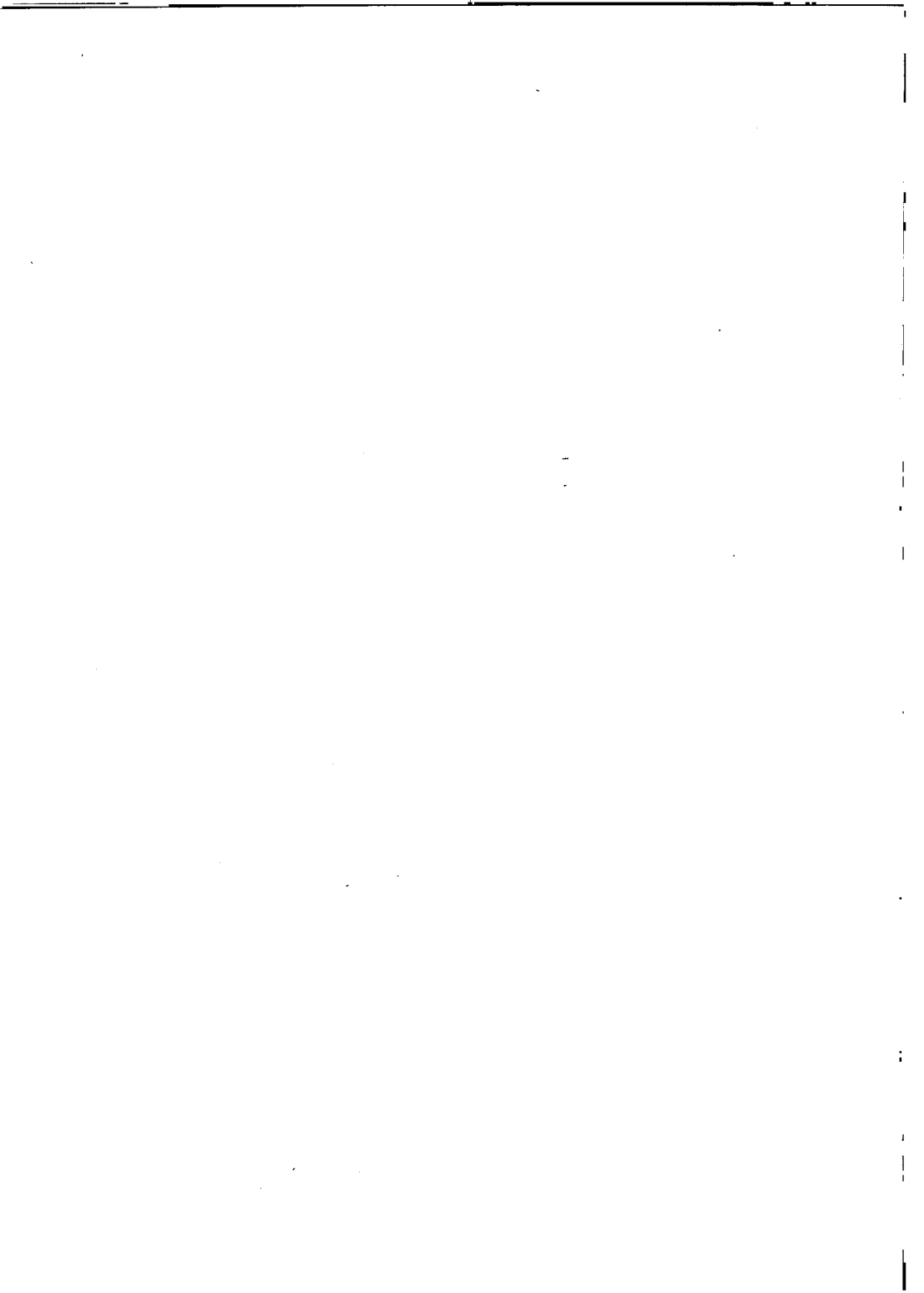
民 族

- “九黎”考 石朝江(367)
 打造中国旅游航母品牌:梵净山民族生态
 文化开发利用战略之我见 杨政银(380)
 清代锦屏林区土地所有制形式和
 土地契约关系 王宗勋 杨军昌(388)
 关岭县“唢呐调”进行非物质文化遗产保护
 的思考 潘 丹 余欣龙(408)
 撒尼人的丧葬仪式及其解释 马良灿(414)
 民族村寨生计与资源环境之博弈探析 邹海翔(422)
 民族地区教育与经济发展低水平均衡的破解路径 郑茂刚(431)
 对 20 世纪 80 年代以来中国穆斯林
 民间刊物兴起的思考 马桂芬 赵国军(439)

其 他

- 语言学习焦虑对外语学习的影响及其策略 尤春芝(451)
 不同学科、年级、性别的大学生评价教师
 教学效果的研究 刘 郁(463)
 贵州省生态建设和环境保护
 的进展、问题与对策研究 安和平 陈爱平(475)

法 制



中国现行犯罪构成(成立)理论总置评^①

——为中国现行犯罪构成(成立)理论的辩护

肖中华

在法治化国家,决不能忍受司法者在“一种难以名状的感悟中完成生杀予夺的裁决”,^②也决不能允许刑事裁判“由偶然因素和专断因素所左右”。^③在刑法中,犯罪构成理论就是这样一个为具体行为评判提供明确规格和标准的理论。因而可以说,犯罪构成理论是刑法学理论的“皇冠之珠”。

中国犯罪构成理论在20世纪80年代中期进入探索阶段以后,得到了深入探讨,其间,不少学者对中国传统的犯罪构成理论提出了批评意见和完善建议,但内容主要涉及一系列微观问题,其中特别是对犯罪构成要件的种类展开了热烈的争论。这些探讨对于推进中国犯罪构成理论乃至整个刑法理论都是有益的,而且已经在理论和实践中凸现了价值。当然,更值得关注的,则是自20世纪90年代末起,对于这一理论的争鸣,已经具有宏观性和体系性。摆在我们面前有两条道路:一是在维持当前的理论体系基本框架的前提下寻求自我发展和完善;二是在破除目前的理论体系之基础上树立新的犯罪构成理论体系。本文的

① 在德国、日本等大陆法系国家刑法理论上并无“犯罪构成”一词,但存在“构成要件”一词,而此“构成要件”与中国刑法理论上的“构成要件”含义不同。本文中相关内容会涉及这两个用语的比较。中国刑法中“犯罪构成”与德国、日本等国的“犯罪成立”含义相同。但中国刑法学界已经习惯地将犯罪成立论称为“犯罪构成理论”。为了避免用语的混乱,本文在表述大陆法系国家关于犯罪成立的理论时尽量不使用“构成”一词。

② 冯亚东:《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第181页。

③ [德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版第2页。

宗旨在于从中国犯罪构成理论的发展轨迹以及与其他法系国家犯罪成立理论体系的比较中评判其体系和实用的价值,为中国现行犯罪构成理论体系辩护。

一、中国犯罪构成理论的渊源及发展历程

中国的犯罪构成理论,最初是在20世纪50年代从前苏联直接引进的。当时一些学者,把前苏联的一些重要刑法著作和教科书翻译出版,将前苏联犯罪构成理论介绍到迫切需要马克思主义法学理论的新中国。这些著作和教科书,主要有:1950年由彭仲文翻译、大东书局出版的苏维埃司法部全苏法学研究所主编的《苏联刑法总论》(上、下册);1955年由中央人民政府法制委员会与中国人民大学刑法教研室翻译、法律出版社出版的苏维埃司法部全苏法学研究所集体编著(B·M·契希克瓦节主编)的《苏维埃刑法总则》;由中国人民大学刑法教研室编译的《苏维埃刑法论文选译》(共三辑,分别于1955年、1956年、1957年由中国人民大学出版社出版);1957年由薛秉忠等翻译、中国人民大学出版社出版的特拉依宁专著《犯罪构成的一般学说》。这些译著,为中国包括犯罪构成理论在内的整个刑法理论研究提供了宝贵的素材和间接经验。中国刑法学界也正是在全面学习前苏联刑法中的犯罪构成理论的基础上,开始了对中国犯罪构成理论的初步探讨。

1957年2月,中国人民大学法律系刑法教研室编写并出版(内部出版)了中国第一部刑法学教材——《中华人民共和国刑法总则讲义》。该教材首次勾勒出中国犯罪构成体系的基本轮廓,认为中国的犯罪构成,就是“中国刑法所规定的,决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为成立犯罪所必要的一系列事实特征(这些事实特征叫做犯罪构成的要件)的总和,这种总和是追究行为人的刑事责任的唯一根据”;犯罪构成的要件,包括犯罪客体、犯罪客观要件、犯罪主体和犯罪主观要件。^①在对犯罪构成理论进行引进、作初步研究的同

^① 参见高铭喧主编:《刑法学原理》(第一卷),中国人民大学出版社1993年版,第443页。

时,中国立法机关力图用犯罪构成理论指导立法工作,司法实践也运用犯罪构成理论分析案件,解决实际问题,刑法学界也对犯罪构成问题展开了一定的研究。这种状况促进了以前苏联犯罪构成理论为蓝本、结合中国司法实践实际情况的中国刑法犯罪构成理论的逐步形成。当然,囿于历史局限性,当时的教科书及其论述的犯罪构成理论,无论在体系上还是内容上都存在一些先天性的、技术上的缺陷与不足。其中重要原因之一就是,当时中国现行的刑事立法还相当地不完备,立法和司法实践经验还十分匮乏。但是,应当指出的是,这些关于犯罪构成问题的论述,在当时可以说是刑法学研究中的重要成果,为当时的刑事立法和刑事司法工作起了非常重要的指导作用,也为以后犯罪构成理论的研究奠定了基础,其历史意义不容抹杀。

从1957年“反右”运动开始至1976年“文化大革命”十年动乱结束,包括刑法学研究在内的法学研究,基本处于停滞不前甚至有所倒退的境地。这期间,作为刑法学基本理论的犯罪构成理论,被视为“资产阶级”的东西,受到猛烈批判并进而成为“禁区”。党的十一届三中全会以后,随着社会主义法制建设日益得到重视和整个法学研究的复苏、逐步繁荣,犯罪构成理论又成为刑法学研究的重要课题。

在进入20世纪80年代中期后,中国刑法学界对犯罪构成理论的研究进入突破与探索阶段。十多年间,发表了一系列探讨有关犯罪构成问题的论文,对犯罪构成的概念、犯罪构成的要件等具体问题和整个犯罪构成体系问题作了深入的探讨与争论。1987年8月,法律出版社出版了由樊凤林主编、曹子丹副主编的《犯罪构成论》。这是中国第一部系统研究犯罪构成理论的学术著作。它本着理论联系实际的原则,力求从中国的国情出发,反映实际工作的丰富经验,对犯罪构成的理论和实践中的问题,诸如犯罪构成的概念和犯罪构成要件问题、犯罪构成与两类矛盾问题、犯罪构成与政策策略问题、犯罪构成在司法实践中的应用问题、犯罪构成与正确认定犯罪的其他重要问题等进行了较为系统、深入的研究。1988年2月,曾宪信、江任天、朱继良合著的《犯罪构成论》由武汉大学出版社出版,该书对犯罪构成理论涉及的一些主要问题作了探索,并提出了一些独到的见解,如作者认为刑法因果关系不

是犯罪构成的客观要件;正当防卫、紧急避险等行为不是形式上符合犯罪构成的行为、宜以“没有社会危害性的行为”概括这类行为;等等。^①

进入20世纪90年代,中国犯罪构成理论的研究有了进一步的发展:^②1991年8月版的、马克昌教授主编的《犯罪通论》一书,用相当的篇幅对犯罪构成进行了深入的专题研究,指出犯罪构成是要件的“有机统一体”,提出了对犯罪构成作三次划分、形成四个层次的构想,并对犯罪构成的分类、犯罪构成四大要件的一些具体争议问题作了探讨。^③1991年10月版的、张明楷的专著《犯罪论原理》一书,指出中国犯罪构成理论中的一些有待克服的缺点,例如作者认为中国犯罪构成理论说明了犯罪构成与犯罪的社会危害性之间的基本关系、但没有贯彻到底;说明了犯罪构成是主客观的统一、但没有说明统一的内部结构与根据;提出了犯罪构成是刑事责任的基础、但不彻底。^④这对于进一步完善中国犯罪构成理论具有启迪作用。1995年何秉松教授的专著《犯罪构成系统论》出版。作者在中国刑法理论界第一次提出重构犯罪构成理论体系的观点,并主张以“犯罪构成系统论”理论体系取代现行的犯罪构成理论体系。

综上所述,中国犯罪构成理论的发展直接渊源是前苏联的犯罪构成理论。在引进前苏联犯罪构成理论后,中国学者根据中国刑事司法和立法的实际情况对该理论的完善也进行了不懈努力。为了解中国犯罪构成理论更深入之“本”,我们有必要追溯前苏联犯罪构成理论之“根”。

前苏联的犯罪构成理论,是以前苏联著名刑法学家特拉依宁、维辛斯基为代表的刑法学者创立的。例如,1925年特拉依宁在《苏俄刑法教科书》(分则)中认为,刑事责任的根据问题,必须与具体犯罪构成紧

① 参见曾宪信等:《犯罪构成论》,武汉大学出版社1988年版,第33、122—126页。

② 需要指出,1993年中国政法大学出版社出版了由宣炳昭教授和黄志正同志编著的《犯罪构成与刑事责任——刑法学研究综述》一书,该书对迄当时为止的中国犯罪构成理论研究作了全面、客观的综述,对于犯罪构成理论研究来说是一部很好的资料、工具书。

③ 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1991年版,第65页以下。

④ 参见张明楷:《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年版,第112—117页。

密联系起来加以研究,“有一条基本原则始终是不可动摇的,即行为只有符合分则罪状规定的犯罪构成才能受到刑事处罚。”^①皮昂特科夫斯基也提出,具体人的刑事责任取决于其行为是否具备某种犯罪构成要件,犯罪的基本条件如下:(1)一定的犯罪主体;(2)一定的犯罪客体;(3)犯罪主体行为主观方面的一定特征;(4)犯罪主体行为客观方面的一定特征。^②但是,这一时期,学者们尚未对犯罪构成问题予以非常的重视、没有把犯罪构成理论视作犯罪理论的核心或基础理论来论述,更谈不上系统、完整、体系结构严明的犯罪构成理论体系了。特拉依宁在俄国十月革命前,是俄罗斯社会法学派的左翼代表者。在革命后,他学习马克思主义,在自己最初所写的系统著作《刑法总论》(1929年)时试图使他的著作成为“按照马克思主义的体系详细地写作刑法的一种尝试”。^③作为“尝试”,他最早对大陆法系国家(资产阶级)犯罪构成理论进行系统分析、批判,并试图创建“社会主义刑法犯罪构成理论”。在《刑法总论》一书中,特拉依宁认为,犯罪是一种社会现象,应当作为刑法体系的不是犯罪,也不是犯罪者,而是犯罪性质;犯罪性质和周围环境有着千丝万缕的密切联系,并在社会现象的整个质变的过程中,不断运动变化;通过对犯罪性质运动规律的分析,可以研究犯罪事实,评价犯罪性质的变化,确定犯罪者的社会构成要件,最后确定对犯罪斗争的体系。在刑法总论的体系方面,特拉依宁认为首先应当确定犯罪性质在体系基础中的地位。以此为基础,按照“犯罪者”与“犯罪”相对照的方式(“犯罪者”与“犯罪”都是“犯罪性质”的下位概念),他构筑了整个刑法理论体系。例如,在刑法总论中,对照“关于犯罪”一章,写了“关于犯罪者”一章(论及犯罪主体和社会危险性的主观规范问题)。他在《刑法总论》中把犯罪构成要件问题,包括在犯罪者论中,犯罪构

① [前苏]A·A·皮昂特科夫斯基等:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第39—40页。

② [前苏]A·A·皮昂特科夫斯基等:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第40页。

③ 参见[日]上野达彦:《苏维埃犯罪构成要件理论发展史》,《国外法学》1979年第5期。

成论与关于社会危险性的规范理论混合在一起。可见,特拉依宁的早期犯罪构成理论,仍受到社会法学派的严重影响。他排除了传统的刑法概念和制度,打乱了过去资产阶级刑法理论的体系,试图使用“犯罪性质”这种新的概念为基石来建立自己的新的体系,以求使之与马克思主义的方法论(辩证法)结合起来,但归根到底,他仍回到了社会法学派的老路上去了。当然,“犯罪性质”概念的提出及其研究,对特拉依宁10多年后的犯罪构成学说的提出,做了重要的理论铺垫。

1946年,特拉依宁的专著、前苏联专门论述犯罪构成学说的第一部基础性著作《苏维埃刑法上的犯罪构成》出版。在这本著作中,特拉依宁首次综合地研究了犯罪构成学说中的所有问题,指出了犯罪构成在整个苏维埃刑法体系中的作用,并从破坏资产阶级法制的角度对资产阶级犯罪构成理论进行了批判。这本著作的面世,也标志着前苏联的犯罪构成理论已趋成熟。特拉依宁提出了一系列有争议的问题,从而使关于犯罪构成的各种问题在刑法学界展开了热烈的讨论,对推动犯罪构成理论的发展作出了巨大功绩。在这一科学讨论的过程中,特拉依宁本人对自己的某些观点也作了诸多改进,《苏维埃刑法上的犯罪构成》一书为此共作了两次修订。例如1946年版的该书中,特拉依宁把社会危害性置于犯罪构成之外、将罪过和因果关系从犯罪构成要件中划分出来作为刑事责任的独立根据;1951年再版时,特拉依宁则提出罪过是以两种品格出现的观点——罪过作为犯罪构成要件和刑事责任的根据。^①而在1957年该书修订后的第三版(此次修订书名改为《犯罪构成的一般学说》)中,特拉依宁明确指出犯罪构成是刑事责任的唯一根据,而“犯罪构成的两个相互密切联系着的因素——罪过和因果关系,具有在构成的范围内作为刑事责任的根据的意义。”^②

以特拉依宁理论为代表的前苏联犯罪构成学说,其基本观点和特

^① 参见[前苏]A·A·皮昂特科夫斯基等编著:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第43—44页。

^② [前苏]A·H·特拉依宁:《犯罪构成的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社1958年版,第192页。

点有：

1. 将犯罪构成置于犯罪理论的最核心地位,并且以政治与法律不可分离的观念,将犯罪构成及其理论的意义上升到政治的高度。如A·萨哈洛夫指出,“不仅分则方面的一些问题——分则体系,规定对侵犯社会主义国家社会关系的行为的刑事处罚的诸具体规范的内容——而且总则中的一些基本概念——犯罪,罪过和因果性,危害社会行为和阻却行为社会危害性的情况,共犯和犯罪行为发展阶段——所有这些问题,都只有根据政治上正确的和方法上严整的犯罪构成学说才能得到顺利的解决”;“苏维埃刑法科学的一切原理都应当服务于唯一的任务,这个任务就是积极地帮助社会主义制度的巩固、帮助苏维埃国家的强化、帮助审判机关在同妨害苏维埃人民实现建设共产主义这一巨大任务的危害社会行为的斗争中,正确地 and 顺利地进行活动……从这唯一正确的立场出发,也应该解决有关部门犯罪构成学说的各种问题。”^①

2. 与突出体现政治观念相对应,将刑法的出发点归结为犯罪的阶级性和犯罪内容的历史易变性,认为犯罪是一个法律的、历史的和阶级的概念,社会危害性是犯罪的本质特征或第一基本特征,从犯罪的本质角度对它下定义(即与资产阶级刑法中将犯罪定义为“违反刑法的可罚行为”或“构成要件该当的、违法的、有责的行为”的形式定义相区别),并在此基础上指出,“在社会主义的刑法体系中,犯罪构成学说应当以犯罪的阶级性的一般学说和它的实质定义与形式定义为基础。立法者也正是通过综合那些统一起来即构成社会危害行为的特征来制定犯罪构成的。”^②

3. 认为犯罪构成是“苏维埃刑事立法用以说明一定的行为为犯罪,也即为危害苏维埃制度基础或社会主义法律秩序的行为的诸特征

^① 中国人民大学刑法教研室编译:《苏维埃刑法论文选译》(第一辑),中国人民大学出版社1955年版,第51—52页。

^② [前苏]A·H·特拉依宁:《犯罪构成的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社1958年版,第43页。