

CSSCI来源集刊

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
31
卷

2012

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

CSSCI来源集刊

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
31
卷

北京大学法治与发展研究院 主办
刑事法治研究中心

2012 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31卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社, 2012. 12
ISBN 978-7-301-21616-3

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(2012)第 281301 号

书 名: 刑事法评论·第31卷(2012)

著作责任者: 陈兴良 主编

责任编辑: 侯春杰 丁胜明

标准书号: ISBN 978-7-301-21616-3/D·3216

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>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京富生印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 38.5 印张 776 千字

2012 年 12 月第 1 版 2012 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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

主编絮语

一如以往,《刑事法评论》第31卷的内容聚集在刑事法各学科的前沿问题上,发表的大多是年轻学者的著述,对于许多人来说是处女作。从这些论文能够发现这些年轻学者的学术潜力,而这也正是我国刑事法研究发展的能量之所在。

在“域外视野”栏目中,发表了四篇论文,这是具有译述性质的作品,各自对国外某一专题进行了较为深入的阐述。蔡桂生的《德国刑法学中构成要件论的演变》是其《构成要件论》这一博士论文的一个章节,内容涉及构成要件这一犯罪论体系的核心概念的历史流变,对于我们目前正在进行的犯罪论体系的学术争论是具有重要参考价值的。蔡桂生赴德国攻读博士学位已经三年,与此同时也完成了北京大学的博士论文。蔡桂生的博士论文是对构成要件的全方位的探讨,其历史沿革部分资料充分、角度新颖,在本卷率先刊出。吕英杰的《德日刑法上的监督、管理责任》是对德日刑法中的监督、管理责任的探讨,这个题目虽然较大,但作者引入了比较的方法,尤其是对《德国刑法》中的监督、管理责任的介绍,还是具有价值的。论及监督、管理责任,以往我国刑法学界主要是从日本过失论的角度进行论述的,德国关于监督、管理责任的资料较为欠缺,本文在一定程度上弥补了这一缺憾。叶良芳的《美国法人审前转处协议制度的演进及其启示》一文,对美国的法人犯罪审前处理的转处协议制度这一对于我国来说还是较为陌

生的法律制度进行了全面的介绍。叶良芳对法人犯罪素有兴趣,以往发表了一些刑法方面的论文,这次在美国从事访问研究期间,又向我们介绍了美国关于法人犯罪处置的诉讼制度,也是具有现实意义的。杨松涛的《18世纪英国刑事私诉剖析——兼谈英国刑事起诉史的重新书写》一文,是对一段英国刑事诉讼法史的叙述,这是一个较为生僻的学术领域,本文的研究价值是值得肯定的。以上四篇论文将国外的相关学术思想和法律制度引入我国,洋为中用,这对于发展我国刑事法理论具有推动作用。

在“域外传译”栏目,发表了两篇译文。美国约翰·朗拜因所著、江湖翻译的《辩诉交易和刑事审判的消失——来自英美和德国法律史的教训》一文,是对辩诉交易制度的一种比较研究,尤其是在比较的对象中引入了德国,这是引人入胜的。众所周知,辩诉交易是发端于美国的一种司法制度,而德国是一个大陆法系国家。但约翰·朗拜因教授揭示了在德国也存在辩诉交易现象,并将其与英美的辩诉交易进行了比较。我国也存在辩诉交易的尝试,但作为一个大陆法系国家,我国如何借鉴英美法系的辩诉交易制度,这是值得我们深思的。也许,约翰·朗拜因教授在本文中所作的分析,对于我们是具有启迪意义的。荷兰约翰·布拉德所著,郝方昉、何显兵翻译,王平校对的《荷兰恢复性司法的理论与实践》对荷兰的恢复性司法的实际状况以及理论作了介绍,对于我国正在进行的刑事和解与社区矫正等制度建设都具有参考价值。

在“刑法学人”栏目,发表了我写的《山色不言语——王作富教授学术印象》一文。本文是为王作富教授从教60周年而作的,也是我的刑法学术史的人物志的一个尝试之作。本文写就以后,通过但未丽博士将文字版交给王作富教授审读。王作富教授看了以后,于2012年4月27日给我寄来一封信,信中提到:“你写的关于我个人的介绍文字我看了,基本符合我的实际,只是对我个人的不足之处写得不够。现将我改动过的及有疑问的几页寄回,请你酌改。有部分事实情况我记不清,在原稿上打了问号,请你核实。最后定稿请务必仔细校对,防止错漏。你工作繁忙,为我而占用大量宝贵的时间,我实在有些过意不去。但是,你是一片热心,我也不好泼冷水。在此只能发自内心的说一声:谢谢。”一如王作富教授以往的严谨与谦逊,真是令人感动。

在“共犯研究”栏目,发表了三篇论文。赵希的《两种犯罪参与论之比较分析与反思》是对区分制与单一制的研究,本文从构成要件角度对区分制进行反思,认为二元参与体系以从属性代替构成要件判断,不利于构成要件概念的维护,同时,正因为“从属性”的多重解释的可能造成内部学说争论的复杂和矛盾。更重要的是,二元参与体系忽略了一个共犯问题的基本理念:犯罪的认定标准是统一的,那就是符合构成要件的违法和有责的行为,单独犯如此,共犯也并不例外。也正是

从构成要件出发,作者对单一制同样进行了较为深刻的思考,指出:既然单一正犯体系坚持以因果关系支配力作为判断正犯的标准,坚持教唆犯和帮助犯构成犯罪的的前提也必须是符合了构成要件的违法有责的行为,那么,就不能仅仅以对结果的支配力作为判断构成要件符合性的标准,否则,单一正犯体系永远无法很好地回应二元参与体系对其有损构成要件机能的批判。因此,本文对两种犯罪参与论的比较还是具有一定新意的,对于我们正确认识犯罪参与理论具有一定的价值。赖佳文的《未遂教唆不可罚说之提倡》一文,是对未遂教唆的可罚与不可罚问题的探讨。未遂教唆不同于教唆未遂,我国《刑法》第29条第2款规定的是教唆未遂,教唆未遂因为有法律的明文规定,理论探讨存在一定的局限性。而未遂教唆是指对未遂犯的教唆行为,被教唆行为之未遂乃是教唆人事先所愿。这种未遂教唆的案例在现实生活中虽然极少发生,但它对于检验共犯理论具有参照价值,所以总是被人论及。在某种意义上,可以说是一种刑法思维的训练,其理论意义大于其实际价值。吴昌植的《论共谋关系的脱离》一文,是对共谋共同正犯的脱离这一较为特殊的理论问题的较为深入的探讨,尽管我国的主流观点还不承认共谋共同正犯,共犯的脱离问题也较少论及,但这种研究本身还是应当提倡的。尤其是吴昌植是来自韩国的留学生,在清华大学法学院师从张明楷教授,本文是其博士论文的一部分,我参加了其博士论文的预答辩和正式答辩,我认为这一研究还是具有一定前沿性的。

在“监狱研究”栏目,发表了两篇关于监狱学的论文。吴宗宪的《论监狱设计》一文所论及的其实是一个监狱建筑学的问题。自从边沁发明圆形监狱以来,监狱建筑学一直是引人关注的一个话题,记得福柯也在其名作《规训与惩罚——监狱的诞生》一书中对监狱的建筑形态与刑罚规制的效果的相关性问题进行过专门探讨,其结论是十分深刻的。吴宗宪教授撰写的监狱建筑学的论文是难能可贵的,作者虽然是法学家,但其对监狱设计的深入研究还是使我们对作者所具有的深厚的建筑学功底深表敬意。刘崇亮的《论监狱的多维定义——以监狱惩罚为主线的多元分析》一文对监狱的定义进行了多维的解读。这里的多维,是指从刑罚学、政治学、社会学、经济学、建筑学等角度,以监狱惩罚作为最为核心的关键词,来完成惩罚的载体基本范畴的说明,由此而为探究监狱的多元属性作前提性的注解。以上两篇监狱学的论文主要围绕着监狱这一核心概念进行了较为深入的研究,对于深化我国监狱学的研究具有象征意义。监狱学在我国尚属弱势学科,没有发达的监狱学,刑法学只是半截子的学问。只有在刑事一体化的思路下,刑事法各学科理论水平的全面提升,才是我国刑事法发展的必由之路。

在“专题研究”栏目,发表了涉及刑法、刑事诉讼法、犯罪学、刑事政策学等刑事法各领域的十二篇论文。陈坤的《形式解释论与实质解释论:刑法解释学上的口

号之争》论及形式解释论与实质解释论之争,尽管对这个问题的关注度已经开始下降,但陈坤作为一名从事法理学研究的年轻学者,从刑法学之外对这个问题的评论还是会对我们具有参考价值。邹兵建的《论刑法归因与归责关系的嬗变》一文,将刑法中的归因与归责加以区隔,并按照一定的历史线索,对归因与归责的变动进行了具有一定新意的描述。王强的《罪量因素:构成要素抑或处罚条件》一文是对罪量因素的性质问题的讨论,罪量的概念是我较早提出的,目前在我国刑法学界对于罪量的性质问题争议颇大,见仁见智,各种观点都已获得充分的陈述。本文对此作了综述,并发表了其个人见解,对于将来进一步深入地研究我国刑法中的罪量问题具有一定的意义。张鹏的《中止犯自动性的司法认定》一文,是对中止犯中的核心问题,即自动性问题的较为深入的探讨,尤其是作者能够结合司法实践进行分析,因而具有现实意义。马卫军的《被害人自我答责的成立条件》论及被害人自我答责理论的核心问题,也就是在何种条件下这种自我答责才能成立。对于这个问题,作者从法理上展开了较为深入的论述。作者认为,被害人的行为成立自我答责的条件包括:首先,只有适格的具有自我答责能力的法益主体才能够做出自我答责性的行为;其次,被害人基于自己的任意,形成了“任意、行为与结果的统一体”是被害人自我答责的物质性前提;再次,在规范上,他人没有阻止法益侵害结果现实化的义务;最后,复数法益的场合,是否能够认定被害人自我答责,还需结合主要法益的性质进行仔细的甄别。这些论述,对于进一步深化被害人自我答责理论,具有较大的参考价值。郑世创的《假性竞合与想象竞合之辨》一文是对刑法竞合论中一个重要问题的分析。假性竞合就是我们通常所称的法条竞合,在德国刑法理论上也称为假性竞合,同时又把想象竞合称为真实竞合。不过,假性竞合的概念在我国国家并不流行,所以还是称为法条竞合较好。我们目前正在从罪数论向竞合论转变,我认为,探讨法条竞合与想象竞合的关系对于厘清竞合论内部的逻辑关系是具有重要意义的。王静的《侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的关系——以“复制发行”与“销售”的关系为中心》一文,对我国刑法分则规定的知识产权犯罪中的问题进行了研究,尽管这是一个刑法分则问题,但作者能够从刑法教义学的角度进行分析,对于正确厘清侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的关系具有现实意义。汪贻飞的《量刑辩护及辩护律师在量刑程序中的作用》一文,讨论了律师的量刑辩护这一问题,这是对律师辩护职能的一种深化研究,在我国目前正在进行量刑程序改革这一背景下具有现实意义。聂昭伟的《“由刑及罪”逆向路径在司法实践中之体现与应用——以最高人民法院发布的典型案例及司法解释为样本》一文,以难办案件为中心,对以刑制罪这一模式进行了讨论。这里的难办案件也就是我们通常所说的疑难案件,作者认为在处理难办案件中,以刑制罪的模式更具有适用性,这是对以刑制罪模式的一种新思路。汪明亮的《公众参与刑事政策评估实证研究》一

文涉及刑事政策评估这一较新的课题,并利用实证调查的方法从公众参与的角度进行讨论,因而具有一定的新意。倪春乐的《恐怖主义犯罪案件庭审结构比较研究》一文,专门对恐怖主义犯罪案件的庭审结构问题作了比较研究,这对于完善我国的恐怖主义犯罪案件的诉讼程序具有借鉴意义。文姬的《再犯危险性评估在英美法系的应用》一文论及再犯危险性评估问题,尤其是对英美法系国家在刑事诉讼程序中如何应用再犯危险性评估资料的问题进行了翔实的分析。谢雯的《刑事案卷制度研究》一文,是对刑事案卷制度的较为全面与系统的研究,这对于深刻地把握与理解这一制度之于我国刑事诉讼的意义具有参考价值。

以上是对本卷内容的一个简单梳理,我期望每一卷《刑事法评论》都能够给读者带来阅读的喜悦,这是思想的契合所产生的火花,是学术的铺陈所展示的魅力。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2012年7月3日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

域 外 视 野

德国刑法学中构成要件论的演变/蔡桂生	(1)
一、诉讼法上的构成要件论	(2)
二、前古典的构成要件论	(4)
三、古典的构成要件论	(9)
四、新古典的构成要件论	(20)
五、目的论的构成要件论	(32)
六、新古典与目的论相结合的构成要件论	(39)
七、机能论的构成要件论	(47)
八、小结	(65)
德日刑法上的监督、管理责任/吕英杰	(68)
引言	(68)
一、日本的监督、管理责任	(69)
二、德国的监督、管理责任	(78)
三、比较与结论	(88)
美国法人审前转处协议制度的演进及其启示/叶良芳	(90)
引言	(90)
一、相关概念及比较	(91)

二、法人审前转处协议制度的适用状况	(93)
三、挑战与回应:法人审前转处协议制度的最新发展	(96)
四、无需定罪的惩罚:法人审前转处协议制度评析	(105)
五、借鉴与启示	(108)

18 世纪英国刑事私诉剖析

——兼谈英国刑事起诉史的重新书写/杨松涛	(114)
一、检察制度史框架中的 18 世纪英国刑事私诉	(114)
二、18 世纪英国刑事起诉中的被害人	(116)
三、以被害人为中心重新书写英国刑事诉讼史	(125)

域外传译

辩诉交易和刑事审判的消失

——来自英美和德国法律史的教训/[美]约翰·朗拜因 文

江 溯 译	(128)
一、美国与德国的鲜明对比	(129)
二、危险	(130)
三、历史	(131)
四、德国人为什么转向交易司法?	(136)

荷兰恢复性司法的理论与实践/约翰·布拉德 文 郝方防

何显兵 译 王 平 校	(139)
上篇:恢复性司法制度化与刑事司法改革	(139)
一、制度化(Institutionalisation)	(140)
二、关于制度化的思考	(142)
三、非正式的恢复性实践	(143)
四、刑事司法中的恢复性实践	(145)
五、将恢复性司法制度化?	(148)
六、改革刑事司法体制?	(149)
七、从恢复性实践到恢复性司法	(153)
下篇:恢复性司法与刑事法律的重构	(155)
一、导言	(155)
二、刑事司法、恢复性司法与和解	(156)
三、惩罚、制裁与规范秩序	(160)
四、对法律进行重新安排	(163)

五、重构刑事法律	(165)
六、小结	(168)

刑 法 学 人

山色不言语

——王作富教授学术印象/陈兴良	(172)
一	(173)
二	(177)
三	(183)

共 犯 研 究

两种犯罪参与论之比较分析与反思/赵 希	(190)
一、对二元参与体系的反思	(190)
二、单一正犯体系的启示	(198)
三、单一正犯体系的完善	(201)
未遂教唆不可罚说之提倡/赖佳文	(204)
一、范围限定:排除不能犯	(205)
二、立场选择:不可罚说	(209)
三、立场检验:价值论考察	(214)
四、关系辨正:未遂教唆与陷害教唆	(218)
五、结语	(221)
论共谋关系的脱离/吴昌植	(223)
一、问题的提出	(223)
二、共谋关系脱离的概念	(224)
三、学说分析	(227)
四、判例考察	(235)
五、共谋关系的脱离与中止	(246)

监 狱 研 究

论监狱设计/吴宗宪	(252)
-----------------	-------

一、监狱设计及其特点	(252)
二、监狱设计原则	(253)
三、监狱设计的主要内容	(256)

论监狱的多维定义

——以监狱惩罚为主线的多元分析/刘崇亮	(286)
一、引论	(286)
二、监狱的基本定义——刑罚学定义	(287)
三、监狱的衍生定义之一——政治学定义	(290)
四、监狱的衍生定义之二——监狱的社会学定义	(292)
五、监狱的衍生定义之三——监狱的建筑学定义	(294)
六、监狱的衍生定义之四——监狱的经济学定义	(297)
七、论题之外的话	(300)

专 题 研 究

形式解释论与实质解释论:刑法解释学上的口号之争/陈 坤	(301)
一、形式解释论与实质解释论在解释结论上的一致性	(301)
二、形式解释论与实质解释论在定罪思路上的 consistency	(304)
三、不同解释主体得出不同解释结论的根源	(306)
四、分歧的口号性:对语义、客观性与彼此的误解	(310)
五、代结论:别让学派之争成为口号之争	(314)
论刑法归因与归责关系的嬗变/邹兵建	(317)
一、问题的提出	(317)
二、有归责,无归因	(319)
三、有归因,无归责	(323)
四、先归因,后归责	(331)
五、归责突破归因	(344)
六、结语	(348)
罪量因素:构成要素抑或处罚条件/王 强	(350)
一、学说之争	(350)
二、性质定位:引鉴客观处罚条件概念的前提	(355)
三、未遂论:客观处罚条件概念的中国场域?	(356)
四、违法论:真正的客观处罚条件之辨	(359)

五、责任论:构成要件要素抑或不真正的客观处罚条件	(365)
六、构成要件要素:绝大多数罪量因素的归属	(376)
七、小结	(382)
中止犯自动性的司法认定/张 鹏	(384)
一、问题的提出	(384)
二、我国自动性认定理论的基本脉络	(385)
三、本文观点:新折中说之提倡	(387)
四、自动性司法认定中的具体问题	(394)
五、简要结论	(415)
被害人自我答责的成立条件/马卫军	(416)
一、适格的自我答责能力	(417)
二、任意、行为与结果的统一体	(425)
三、法规范上不存在他人阻止危险现实化的特别义务	(428)
四、复数法益下被害人自我答责的成立	(433)
五、结论	(436)
假性竞合与想象竞合之辨/郑世创	(439)
引言	(439)
一、行为之辨	(440)
二、假性竞合构造与类型之厘清	(444)
三、想象竞合之构造	(449)
四、真假竞合之分野	(455)
五、真假竞合之法律效果	(458)
结语	(465)
侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的关系	
——以“复制发行”与“销售”的关系为中心/王 静	(466)
一、问题的提出	(466)
二、立法沿革	(469)
三、理论现状与反思	(472)
四、复制或发行说之提倡	(479)
五、复制或发行说的应用	(488)
量刑辩护及辩护律师在量刑程序中的作用/汪贻飞	(493)
一、问题的提出	(493)
二、一种新型的辩护形态:量刑辩护	(495)

三、量刑辩护的比较考察	(498)
四、我国目前量刑辩护制度存在的问题	(501)
五、我国量刑辩护制度的进一步完善	(504)
六、求法与求情:量刑辩护的策略	(506)
“由刑及罪”逆向路径在司法实践中之体现与应用	
——以最高人民法院发布的典型案例及司法解释为样本/聂昭伟	(508)
一、“由刑及罪”逆向路径在罪与非罪认定中的体现	(509)
二、“由刑及罪”逆向路径在区分此罪与彼罪时的应用	(515)
三、“由刑及罪”路径在犯罪形态、主从犯区分及转化犯中的应用	(523)
四、结语	(525)
公众参与刑事政策评估实证研究/汪明亮	(526)
一、问题的提出	(526)
二、研究方法及样本	(527)
三、调查结果分析(一):公众对刑事政策主体的态度	(528)
四、调查结果分析(二):公众对基本刑事政策的态度	(530)
五、调查结果分析(三):公众对若干具体刑事政策的态度	(538)
六、结论及进一步思考	(540)
恐怖主义犯罪案件庭审结构比较研究/倪春乐	(544)
一、英美法系国家反恐诉讼庭审结构	(545)
二、大陆法系国家的反恐诉讼庭审结构	(556)
三、反恐庭审结构的比较分析及其对中国的启示	(560)
再犯危险性评估在英美法系的应用/文 姬	(568)
一、再犯危险性评估的种类	(568)
二、再犯危险性评估的应用	(574)
三、再犯危险性评估的实体和程序要求	(576)
刑事案卷制度研究/谢 雯	(579)
一、问题的提出	(579)
二、刑事案卷的价值与结构	(580)
三、我国刑事案卷制度的面目	(585)
四、我国刑事案卷制度的改革	(592)
五、结语	(599)
《刑事法评论》征稿启事	(601)

德国刑法学中构成要件论的演变

蔡桂生*

在我国采用或者介绍大陆法系犯罪论体系的著作中,通常将“构成要件”理解为三阶层犯罪论体系中第一阶层(构成要件符合性)中的“构成要件”,其乃是犯罪成立的一个条件,而不是全部条件。^[1]这基本上也是德国和日本刑法学的理解,没有问题,正如德国学者罗克辛(Roxin)教授在一本刑法入门书中写道:“只需要认为,构成要件符合性乃是可罚性的首要条件,即已足够。”^[2]不过,之所以在我国产生三阶层和四要件之争,以及之所以在大陆法系刑法学中会出现构成要件和违法性之间乃至和罪责之间关系的变化,和德国刑法学中构成要件论的演变有紧密关系。为了解构成要件究竟是什么,并把握相应争论的背景,有必要梳理德国刑法学中构成要件论的演变。只有把握住了历史,才可认知现在。仅当如此,我们对构成要件论的理解才能达到一定的深度。在梳理构成要件论演变史的过程中,笔者主要依时间的先后,并基于各种构成要件论的重要性和代表性加以还原、整理和评判,而不过多地进行论争。需说明的是,不可否认,就构成要件论而言,历史上各刑法学者的建构起到了相当重要的作用。在20世纪以后,基本是依照不同的代表性学者来划分构成要件论时代的。但是,我们在梳理理论变迁时,在认可学者所发挥的作用的同时,应力避“把学术与学者等同起来”^[3]的做法。

* 作者系德国波恩大学法学院刑法学博士生。本文的写作得到国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”的资助(项目号:2009601050)。

[1] 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第5章(构成要件论);张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第71页;赵秉志主编:《外国刑法原理(大陆法系)》,中国人民大学出版社2000年版,第6章(构成要件符合性——犯罪成立的第一要件)(赵秉志教授执笔);等等。

[2] [德]罗克辛、阿茨特(Arzt)、蒂德曼(Tiedemann)主编:《刑法和刑事诉讼法导论》(Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht),第4版,C. F. 米勒出版社(C. F. Müller Verlag)2003年版,第18页(罗克辛教授执笔)。

[3] 参见蔡道通:《犯罪构成理论是如何形成的:一种“政策”的分析视角》,载《江苏社会科学》2008年第1期,第107页。

一、诉讼法上的构成要件论

构成要件(Tatbestand)一词首先是个程序法上的概念,它是德国刑法继受意大利刑事法的产物。它起源于13世纪意大利中世纪宗教裁判所的审查程序(Inquisition-sprozess,又译纠问程序)中的“constare de delicto”概念,该概念意指查明犯罪行为是否确实,即犯罪的确证。当时,审判法官在开始针对特定行为人加以特殊审查(又译特殊纠问)程序之前,需要借助于一般审查(又译一般纠问),以查明行为人究竟是否实施了具有犯罪性的行为。这个一般性的审查即为“constare de delicto”。^[1]“constare de delicto”概念乃是构成要件的最初形态。在它之后,在意大利又出现了“corpus delicti”的概念,并传播到德国,这样,才有了今日刑法学中构成要件的前身,也就是诉讼法意义上的构成要件。

(一) 法利那休斯的“corpus delicti”

自1581年意大利刑法学者法利那休斯(Prosper Farinacius,1544—1618)的著作出版后,人们确定地使用“corpus delicti”(可译为罪体^[2])这个概念指行为人所犯之罪的外部痕迹,用以代表服务于证明存在犯罪行为的、所有客观的东西。^[3]法官必须组建证据体系,直到只缺口供为止。“corpus delicti”是法官进行特殊审查的程序性前提条件。依卢登(Luden)的介绍,这时的“corpus delicti”就成为证明犯罪行为积极成立的结果,而“corpus delicti”本来乃是应被证明的对象。^[4]在这个时期,“corpus delicti”显然还是个诉讼法上的概念。

在15世纪德国继受意大利诉讼法的过程中,“corpus delicti”的学说也进入了德国刑事诉讼法中,并体现在德国通用法时代的《卡罗林娜刑法典》(Constitutio Criminalis Carolina,1532年,又名《卡尔五世刑事法院法》)第6条第2句之中。之后,德国关于普通审查程序的学说便开始使用“corpus delicti”,并赋予其独立的意义。到18世纪末,

[1] 参见[德]施魏克特(Schweikert):《贝林以来的构成要件论之变迁》(Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling),C.F.米勒出版社1957年版,第7页。

[2] 根据陈卫佐教授的《拉丁语法律用语和法律格言词典》(法律出版社2009年版)第36页的释义,“corpus delicti”为“犯罪的体素;犯罪的要点;犯罪的实体;有罪认定证据(如在作案人住所发现的被盗窃物;又如作案人在现场遗忘的带血迹的匕首);不法行为的体素”之意。

[3] 按照米特迈尔(C. J. A. Mittermeier)的介绍,corpus delicti这个概念,最开始(中世纪)是专指杀人犯罪中的死者尸体这一物证。如果尸体找到,则杀人罪的构成要件充足。这种理解在传播到德国程序法中后,仍然得到了一定的保留。后来,这种corpus delicti的表述逐渐扩展到了其他犯罪上,用于指称刑法规定的特定行为的要素已经具备[参见[德]冯·费尔巴哈(v. Feuerbach):《德国通行刑法教科书》(Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts),乔治·弗里德里希·海耳出版社(Georg Friedrich Heyer's Verlag)1847年版,第150页,米特迈尔的注释1]。

[4] 参见[德]施魏克特:《贝林以来的构成要件论之变迁》,C.F.米勒出版社1957年版,第7页。

“corpus delicti”已成为德国刑事诉讼法学中的组成部分。^[1]

依照日本学者小野清一郎教授的介绍,作为诉讼法上的“corpus delicti”,其意义主要用于证明客观犯罪事实的存在,强调如果没有严格按照证据法则得来的确证,就不得进行特殊追问(包括拷问)的原则,从而达到限制官衙主义的目的。这一诉讼法性质的“corpus delicti”概念传到英美法中后,直到小野清一郎教授时代,在有关口供、辅助证据方面,现在仍然使用着这一概念。^[2]

(二) 伯默尔的“corpus delicti”

在启蒙运动的作用下,审查程序(追问程序)的原则不断解体,这样,人们开始从实体(或实质)的角度进行观察,从而导致概念相应地产生了变化。在查明“corpus delicti”的时候,人们不再只是问是否发生了具体的犯罪行为,而是考察是否可将(具体的)事实发生归入一个抽象的犯罪概念之下。18世纪下半叶初期,在德国法学家约翰·萨穆埃尔·威廉·伯默尔(Johann Samuel Friedrich Boehmer, 1704—1772)那里,“corpus delicti”这一概念从有形的视觉客体(Augenscheinsobjekt)精神转化为抽象的犯罪概念。依据伯默尔的理解,“抽象的犯罪实情”(veritas delicti in abstracto)之目的在于判定所面对的事实属于犯罪事实,违犯法律的意志方面同样是“抽象的犯罪实情”的内容。故意和过失可使一般意义上的正犯得以成立。换言之,伯默尔大概认为犯罪行为有别于具体犯罪的个体行为人,也就是说,要将服务于证明个体性的正犯成立的情状剔除出去,但他认为犯罪行为和认定一般的正犯成立没有区别。同样的,其他学者也逐渐地将“corpus delicti”概念理解为具有实体特征的概念。^[3]可见,伯默尔时代的“corpus delicti”精神化,有别于法利那休斯的纯诉讼法上的理解。

(三) 克莱因的构成要件论

将“corpus delicti”这一概念改为德文“Tatbestand”的,是德国学者恩斯特·费迪南德·克莱因(Ernst Ferdinand Klein, 1744—1810)。1796年,他在其著作《通用德国和普鲁士刑法纲要》(Grundsätze des gemeinen teutschen und preußischen peinlichen Rechts)之中首次使用了“Tatbestand”这个概念。克莱因也是从特殊审查和一般审查出发探讨“corpus delicti”的,他将之定义为:“互相结合以确定一特定类别(Gattung)犯罪之概念的那些犯罪行为事实。”^[4]“Tatbestand”也可以译为构成要件。依克莱因之见,构成要件根本不是犯罪的一般概念,而是一类犯罪的概念(例如身体侵害或谋杀犯行),它包括两点内容:其一,表明存在犯罪的、行为人所促成的效果;其二,原则上还有促成这种效果的恣意行为。仅当主观要素(故意、过失)乃是区分具体犯罪种类所必要,才属于构成要件的内容。不容否认,这种构成要件具有实体的特征;但除掉这点,克莱因的“cor-

[1] 参见〔德〕施魏克特:《贝林以来的构成要件论之变迁》,C. F. 米勒出版社 1957 年版,第 7 页。

[2] 参见〔日〕小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 3 页。

[3] 参见〔德〕施魏克特:《贝林以来的构成要件论之变迁》,C. F. 米勒出版社 1957 年版,第 7—8 页。

[4] 引自〔德〕施魏克特:《贝林以来的构成要件论之变迁》,C. F. 米勒出版社 1957 年版,第 8 页。