

现代刑法问题新思考 第②卷

罪刑总论

赵秉志 著

问题

本书从理论和实务两个面向对犯罪总论和刑罚总论领域展开研究，既关注刑事法治改革的现实问题，又关注刑事法治改革和刑法学前沿问题。

Issues on the General Principles
of Crime and Punishment



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

现代刑法问题新思考 第②卷

罪刑总论问题

赵秉志 著

Issues on the General Principles
of Crime and Punishment



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

罪刑总论问题/赵秉志著. —北京:北京大学出版社,2010.1

(现代刑法问题新思考丛书)

ISBN 978-7-301-16419-8

I. 罪… II. 赵… III. 刑罚—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第227294号

书 名: 罪刑总论问题

著作责任者: 赵秉志 著

责任编辑: 陈晓洁

标准书号: ISBN 978-7-301-16419-8/D·2511

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: 三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 32.5印张 555千字

2010年1月第1版 2010年1月第1次印刷

定 价: 52.00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

前言

现代社会是法治社会,刑事法治是现代法治的重要组成部分。现代刑事法治问题与社会发展和时代变迁息息相关。因而刑法学者关于刑法问题的思考和探索也应当坚持不懈、与时俱进。而撰著发表论文正是及时关注和研讨层出不穷的刑法理论与实务问题的恰当方式之一,一定时期论文的积累整理与结集出版又可以反映和检视研究者学术研究的轨迹。有鉴于此,在1996—1997年中国法制出版社出版我的五本文集《刑法研究系列》(选入我1996年以前十多年间的刑法论文)及2004年法律出版社出版我的四卷文集《赵秉志刑法学文集》(选入我1997—2002年六年间的刑法论文)的基础上,此次我又将自己于2003—2008年这六年间发表的刑法论文经认真筛选整理再成书四卷,作为以前问世的本人刑法学文集的续编,以《现代刑法问题新思考》为总题目,交由北京大学出版社出版。

这套四卷文集的第一卷为《刑法基本问题》,计七编24篇论文,分别论及了刑事法治、刑事政策、刑法机能、刑法哲学、刑法解释和国际公约的国内立法接轨等刑法基础领域的若干重要问题;第二卷为《罪刑总论问题》,计两编29篇论文,分别研究了犯罪总论和刑罚总论领域的诸多理论与实务问题;第三卷为《罪刑各论问题》,计五编34篇论文,分别探讨了经济犯罪、侵犯公民人身权利罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪和贪污贿赂罪等方面的多种较新类型、常见多发、情况复杂、问题疑难的具体犯罪的罪刑问题;第四卷为《外向刑法问题》,计三编24篇论文,分别研讨了比较刑法、国际刑法和中国区际刑法领域的若干问题。第四卷后附有我2003—2008年间出版、发表论著的目录。这四卷文集的选编秉持本人以往文集选编的基本做法,仍以保持原文的观点和基本内容为原则,主要是进行技术性、规范性的编辑整理,并在文中注明原载报刊和合作者等情况(在此本人要向论文合作者衷心致谢)。

本文集编成后浏览思考之,我认为这四卷文集既是我于2003—2008年间学术历程的主要写照,也大体上反映了本人在学术研究中一贯推崇并着力

坚持和追求的四点学术风格:

一是关注法治现实问题。法学研究关注法治现实才有生命力,才有实际意义;法治现实不仅是当下法治的实际存在,而且是今后法治发展完善的基础;法治现实也是社会现状的反映,是社会发展所依赖的一个重要条件。我认为,关注刑事法治的现实问题不仅应当是刑法学者的正确学风,而且也是刑法学者的责任所在。刑法学者尤其不应忽视刑事法治的重大现实问题。我曾提出:“是否关注重大现实法治问题,乃是衡量法律学人的社会责任感和学术良知的重要标志。刑事法治是现代法治的重要方面,其保护利益的广泛性、重要性和对违法制裁的特殊严厉性,决定了刑事法治领域的重大现实问题往往事关国家文明、社会进步和公民基本权益,因而尤应为刑法学者所关注。”^①因此,我的学术研究力图贴近法治现实,关注刑事法治的现实问题尤其是重大现实问题。

二是重视法治改革和法学前沿问题。改革是我国当代社会的主旋律,改革也应当是我国法治与法学繁荣发展的最强音,而法治改革往往需要法学前沿课题的开拓与伴随。本文集中有关刑法立法改革、宽严相济的基本刑事政策、刑法哲学、刑罚制度改革、死刑限制与逐步废止、劳动教养制度改革、社区矫正立法、网络犯罪治理等课题的研究,都可以说是本人关注刑事法治改革和刑法学前沿问题的一些努力。

三是强调理论联系实际。在1996—1997年间出版的我的第一套个人文集的自序中,我曾对刑法学研究中的理论联系实际之学风作过初步的思考和归纳,写下这样一段文字:“我认为,刑法学研究中的理论联系实际,有其丰富而合理的内涵,值得努力挖掘和大力弘扬。择其要者,至少应当正确地把握以下三对关系:第一,刑法实务与刑法理论……第二,法治现实与法治发展……第三,刑法实践与社会实践……”^②我认为,在社会科学研究领域,尤其是在刑法学等应用法学研究领域,理论联系实际事关学术研究的方向、道路和方法,具有特别重要的意义。在多年来的学术研究中,我一贯以此自律自勉,也以此引导和要求研究生。本文集中的多篇专论努力贯彻了理论联系实际。

四是注意心态开放暨视野开阔。我们正处在一个全球化的时代,开放的心态及全球化的视野是促使我国社会各项事业与国际先进水平看齐和同步发展的必要条件,我国的刑法学研究事业亦然。注意结合中国国情及其发展

^① 赵秉志:《死刑改革探索》,法律出版社2006年版,第801页。

^② 赵秉志:《刑法总论问题研究》(刑法研究系列之一),中国法制出版社1996年版,序言第2、3页。

需要研究借鉴国际社会先进的刑事法治经验和刑法理念,无疑会有益于我国刑事法治的进步和刑法学理论的繁荣发展。本人多年来一直关注、参与比较刑法、国际刑法和中国区际刑法等外向型刑法问题的研究,本文集中仍有此方面的多篇论文。愿此次四卷文集的问世有助于自己的学术回顾、反思、改进和奋力前行,也衷心希望借此有助于学界师长、同仁和读者朋友们的切磋指正。

这四卷文集是我在2003—2008年这六年间所发表的刑法论文的选集,其间发生了我个人人生和事业上的重大变迁:为谋求学术机构体制的创新并以此带来学术事业更大的发展平台和空间,2005年8月,在年近五旬之际,我毅然选择离开学习、研究和工作26载并有深厚社会科学实力和超强法学地位的中国人民大学暨人大法学院,与数位志同道合的同仁加盟虽为综合实力雄厚的百年名校但法学基础却异常薄弱的北京师范大学,开始了新的创业跋涉。当时法学界、法律界的广大师长、同仁,以及我们学术团队的亲朋好友,在理解和支持我们的事业追求的同时,对于我们开拓事业的艰辛以及事业发展能否顺利成功的前景,也有令人感动的关心乃至担心。肩负北京师范大学校领导排除各种干扰坚决引进我们学术团队的决心和热切期望,面对法学界、法律界对我们发展事业的广泛支持,我深感责任重大,深知“开弓没有回头箭”的道理,并坚信我们的事业追求必定成功。

四年来,我们相继创建了刑事法学领域全国首家具有独立性、实体性、综合性的高层次人才培养单位和学术研究单位北京师范大学刑事法律科学研究院,在北京师范大学原法律系的基础上建立了北京师范大学法学院,刑科院与法学院彼此独立又相互协作、取长补短、优势互补,初步实现了高校法学学科体制上的创新和发展;北京师范大学法学两院尤其是刑科院以体制创新为基础,在团队构建、学科建设、学术研究、人才培养、学术交流、参与和服务国家法治建设诸方面都取得了令人瞩目的高起点、高水准、高速度的发展。

尽管四年的跨越式发展只能算是一个良好的开局,我们今后学术事业的发展还会有很长的路要走,还会面临很多挑战与困难,但毕竟“万事开头难”,“好的开端就是成功的一半”,我们对未来学术事业的发展前景充满了信心。近四年来,在领导北京师范大学法学两院事业发展的同时,我也始终牢记着学术研究乃是学者立身之本这一硬道理,坚持不懈地进行着刑法学的学术研究。

本文集大体上记载了这一特殊时期我在学术研究方面的脚步。行文至此,我不由得想到,我们学术团队试图开拓我国刑事法学研究的新局面、大格局的事业探索获得初步成功并前景辉煌,对此会感到由衷喜悦的恐怕要首推

我们年逾八旬的恩师高铭喧教授了。因为我们的探索寄托着恩师高铭喧教授等老一辈刑法学者的事业厚望和梦想。因此,我要把这套文集首先献给恩师高铭喧教授、马克昌教授等坚定而热诚地支持我们学术事业的老一辈刑法学家,献给北京师范大学法学两院尤其是刑科院的学术事业,同时也献给我国的刑事法治建设和刑法学研究事业。

最后,要特别感谢我的挚友,在北京大学出版社任职的蒋浩同仁。他在法律出版社任社长助理和学术分社社长期间,曾给我所领导的刑法学术团队出过很多书,也曾编辑出版过我的四卷本的《赵秉志刑法学文集》;与我们加盟北京师范大学差不多的时间,他也离开法律出版社而加盟北京大学出版社,此后四年来他也处在艰辛的创业时期,但基于多年的学术友谊和他对我们学术事业追求的理解与赞同,蒋浩同仁几年来对我们北京师范大学刑科院的支持可以说是不遗余力,为我们编辑出版了一系列学术书籍,我这套文集的编辑出版也正是他关心、支持的结果。对于蒋浩同仁的友谊和支持我心存感激;对于北京大学出版社有关领导的鼎力支持以及该社第五事业部担任本书责任编辑的陈晓洁、孟瑶、侯春杰、王建君等编辑同仁认真细致且颇具专业眼光的编审工作我深表谢意。北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生彭新林、周国良、钱小平和硕士研究生林燕、杨清惠、买圆圆、宋瑞勇、刘雷、杨光、仇芳芳、林少波、王君、鲁冠南、刘玉峰、陈志娟、徐啸宇、陈晨同学协助参与本文集的资料收集、整理和校对等编务工作,刑科院讲师蒋娜博士帮助翻译文集的英文目录,在此一并致谢。

赵秉志

2009年8月于北京师范大学
刑事法律科学研究院

目 录

I 犯罪总论问题

1. 中国犯罪构成理论的发展历程与未来走向	3
2. 论犯罪构成要件的逻辑顺序	32
3. 论犯罪实行行为着手的含义	46
4. 论原因自由行为中实行行为的着手问题	61
5. 论不能犯与不能犯未遂问题	70
6. 论加重构成犯与犯罪未遂问题	94
7. 共犯与身份问题研究	108
8. 不作为共犯问题研究	124
9. 现实刑事责任阻却事由探讨	144

II 刑罚总论问题

10. 当代中国刑罚制度改革论纲	155
11. 中国逐步废止死刑论纲	173
12. 论中国非暴力犯罪死刑的逐步废止	185
13. 论死刑观念变革的影响因素	199
14. 中国现阶段死刑制度改革的难点及对策	222
15. 中国死刑制度改革的现状及展望	247
16. 论死刑适用标准的统一化问题 ——以限制死刑适用为立场	259
17. 中国死刑替代措施要论	270

18. 废除死刑之门	
——未成年人不判死刑原则及其在中国的确立与延伸	278
19. 公众舆论与量刑政策:影响模式和参与机制	288
20. 关于自首制度司法解释的评析	303
21. 自首制度中的时间界限研究	
——柴国利等特大抢劫杀人案	373
22. 我国缓刑制度的完善问题探讨	395
23. 简论财产刑执行中的权益保障	423
24. 和谐社会呼唤现代赦免制度	432
25. 论未成年人犯罪前科应予消灭	
——一个社会学角度的分析	447
26. 确立未成年人前科消灭制度的难点及对策	458
27. 业务过失犯罪处罚问题新探	462
28. 我国劳动教养制度司法化改革论纲	474
29. 关于我国社区矫正立法若干问题的建议	482
Contents	507

I

犯罪总论问题

1. 中国犯罪构成理论的发展 历程与未来走向^{*}

目次

- 一、前言/3
- 二、犯罪构成理论及相关概念辨正/5
- 三、中国犯罪构成理论的历史渊源/7
- 四、中国犯罪构成理论的发展历程/14
- 五、中国犯罪构成理论的发展模式与路径研究述评/21
- 六、关于中国犯罪构成理论理性发展之思考/29

一、前言

犯罪构成理论是刑法基本理论领域中的一个最重要的部分。在现代刑法理论中,它作为理论的基石、核心和灵魂而为人们所熟知;惟有以其为基础,现代刑法理论方得以构筑成型。甚至可以说,刑法中的诸多重大问题,都与犯罪构成理论直接或间接相关。当代中国的犯罪构成理论,是于20世纪50年代起在吸收苏联犯罪构成学说的内容并总结中国刑事立法和司法实践经验的基础上逐步形成的。在我国社会主义法制遭受践踏、法律虚无主义盛行的时代,犯罪构成理论一度成为刑法学者不敢问津的“危险”禁区。中国

^{*} 与王志祥合著,本文系作者向2008年11月1日至3日在北京召开的“中俄与德国两大犯罪论体系比较研究国际研讨会”提交的论文,论文被收入该大会论文集中并由赵秉志教授在大会上作了发言介绍,会后作者又对论文作了多次修改,后载赵秉志主编:《刑法论丛》第19卷,法律出版社2009年版。

共产党十一届三中全会开拓了社会主义法治建设的新阶段以后,作为刑法学的重要理论,犯罪构成理论才真正成为刑法学的重要研究课题。晚近30年来,中国刑法学界在犯罪构成研究领域取得了一定的突破,在其中一些具体问题(相对于犯罪构成一般理论或基本理论而言),诸如犯罪主体、罪过、认识错误、危害行为、危害结果、因果关系以及违法阻却事由等问题的研究上,甚至有较高质量的研究成果问世。但是,不可否认的是,为数不多的几本犯罪构成理论的专著,对于犯罪构成的一些基本理论,由于研究方法和研究视野等种种原因,并没有从应有的广度和深度上展开研究,在不同程度上也还存在着研究方法粗放、研究力度薄弱、范畴界域混乱不清以及模仿移植痕迹明显等问题,并且将主要精力用于对犯罪构成要件的具体问题的论述,因而使得犯罪构成基本理论的研究缺憾甚多。犯罪构成理论的这种研究状况严重束缚了中国刑法理论水平的整体提升,甚至影响了刑法理论对司法实践指导和规制作用的正常发挥。近年来,中国刑法学界关于犯罪构成理论的讨论进一步深入,对犯罪构成进行完善和改造的呼声日渐高涨。有的学者建议对中国犯罪构成理论进行系统化改造,创建新的关于犯罪构成理论的系统论体系^①;也有的学者主张在吸收德日犯罪论体系的基础上重构中国的犯罪构成理论^②;还有的学者甚至主张彻底放弃中国现行的犯罪构成理论,径直引进德日的“三阶层”犯罪论体系。^③当然,也有的学者认为,主张取消四要件犯罪构成理论,推翻现行中国刑法学体系的观点是不可取的。四要件犯罪构成理论是一种历史性的选择,具有历史合理性;符合中国国情,具有现实合理性;逻辑严密、契合认识规律、符合犯罪本质特征,具有内在合理性;与德日三阶层犯罪论体系相比,相对稳定、适合中国诉讼模式,具有优势。^④这些主张的提出,使苏联、德日与中国现有的关于犯罪成立理论的知识形态不断交汇、融合,使本身争议较多的犯罪成立理论问题进一步多元化、复杂化。

那么,中国当代的犯罪构成理论是怎样产生和发展的?中国当代的犯罪构成理论究竟应该何去何从?对各种犯罪成立理论应当如何对待?这些都是刑法学界值得思考的重大理论问题。本文拟通过犯罪构成及相关概念的辨正,简要探索和阐述中国犯罪构成理论的历史渊源及其发展历程,并对当

① 参见何秉松:《犯罪构成系统论》,中国法制出版社1995年版,第55—57页。

② 参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第104页。

③ 参见陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社2003年版,序言,第1页。

④ 参见高铭喧:《论四要件犯罪构成理论的合理性及对对中国刑法学体系的坚持》,载《中国法学》2009年第2期。

前中国刑法学界关于犯罪构成理论的种种观点进行评述,进而力图阐明我们对犯罪构成理论争鸣所持的见解。

二、犯罪构成理论及相关概念辨正

中国刑法学界通行的观点认为,犯罪构成是中国刑法规定的、决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必须的一切客观和主观要件的总和。^① 犯罪构成要件包括犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面。因此,犯罪构成理论就是研究“关于什么行为成立犯罪、成立犯罪需要具备什么条件的理论”。亦即,犯罪构成理论是研究关于犯罪成立的犯罪客体、客观方面、主体和主观方面等内容的理论。对犯罪构成理论这一基本范畴如此概括,在中国刑法理论中一般不存在什么争议。^② 但是,我们也必须看到,在中国刑法学界介绍德日的犯罪成立理论时,关于“犯罪构成”一词的理解比较混乱,因而直接影响到我们从比较视角和从世界各国刑法理论之整体意义上对犯罪构成理论范畴的理解。如有的学者将大多数学者译成“构成要件”的“Tatbestand”一词,有意或无意地翻译成“犯罪构成”。他们要么误认德文中“Tatbestand”即是“犯罪成立”之意,将“构成要件”与“犯罪构成”均在“犯罪成立”的意义上使用,其实质是扩大了德日刑法理论中的“构成要件”这个词的含义;要么赋予按照中国刑法理论通说意指“犯罪成立”的“犯罪构成”这个词在德日刑法理论中另一番含义:“犯罪构成”该当仅为犯罪成立的一个要素,与违法性、有责性并列,而并不等于“犯罪成立”,其实质是缩小了中国刑法理论语境中“犯罪构成”的含义。尤其值得我们注意的是,误认为德文中的 Tatbestand 即是“犯罪成立”之意的观点,确实有着实质的误导性,必须进行认真的反思和检讨。这种观点在中国有关大陆法系犯罪成立理论的历史发展的论述中比较突出。究其根源,在于中国对苏联犯罪构成理论著作(以 A·II. 特拉伊宁所著的《犯罪构成的一般学说》为代表)

^① 参见高铭喧主编:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第444页。关于犯罪构成的概念,在中国刑法学界并不是没有争议的,除我们所坚持的作为通说的“法律说”之外,关于犯罪构成的概念至少还有“罪状说”、“概念说”、“理论说”、“事实说”、“法律+理论说”以及“法定说+事实说”等诸多学说。但是,关于犯罪构成概念之争议与本文关系不大,因此不再赘述。

^② 当然,这并不意味着中国刑法学界对犯罪构成理论的研究对象已经完全取得了一致。事实上,关于犯罪构成理论的研究对象,存在着较大的争议。

将 Tatbestand 误译为“犯罪构成”未作原始的考证甄别而以讹传讹地沿袭。^①中国刑法学界的一些学者,在犯罪构成理论范畴上受特拉伊宁等学者的影响,未能客观地、科学地将德文中的 Tatbestand 与犯罪成立意义上的“犯罪构成”区分开来,以致发生概念上的混乱,而在中外刑法学中混用“构成要件”与“犯罪构成”,最终导致犯罪构成理论产生诸多争议和不必要的混乱。实际上,在中国刑法理论中,犯罪构成是在“犯罪成立”的意义上使用的;而在德日刑法理论中,学者们几乎从不使用“犯罪构成”一词,而使用的只是“构成要件”一词,以表示犯罪成立条件之一的刑法法规规定的犯罪类型或犯罪轮廓的观念形象。^②可见,“犯罪构成”的内涵、外延和意义均比“构成要件”更为广泛。

另外,在中国刑法理论中,“犯罪构成要件”属于犯罪构成的下位概念,意指犯罪成立所必需的各种条件;犯罪构成的各种要件如客体、客观方面、主体与主观方面的完全齐备,即符合犯罪构成,便意味着成立犯罪。在德日及我国台湾地区刑法理论中,确实亦存在“犯罪构成要件”这个词,但是它实与“构成要件”同义,即犯罪的“构成要件”与违法、责任并列,而非“犯罪构成”(犯罪成立)所包含的客体、客观方面、主体、主观方面意义上的要件。如在日本学者小野清一郎所著的《犯罪构成要件理论》一书中,其“犯罪构成要件”即指与违法、责任相提并论的“构成要件”。^③

除此之外,值得说明的是,在德日刑法中还存在“犯罪论体系”一词。犯罪论体系是德日刑法理论中较为通行的一种称谓,是关于犯罪论的知识体系。那么,何谓犯罪论?对此,日本学者大塚仁指出:“刑法学上,把以有关犯罪成立及形式的一般理论为对象的研究领域称为犯罪论。”^④由此可见,在犯罪论体系中,主要讨论犯罪的成立及其形式。对于此处所说的犯罪成立条件,日本学者也有一个定义,即指“某一行为成立刑法上所规定的犯罪所必须具备的要素,也即犯罪构成要素,即一般认为的构成要件该当性、违法性与有责性”。^⑤此外,犯罪论体系还包括未遂、共犯、并合罪等犯罪特殊形态,即所谓犯罪形式。因此,这里所说的犯罪论体系,应该是广义上的犯罪论体系,因为它几乎包括了刑法学犯罪论的所有重要内容。与此同时,学者们也从狭义

① 参见肖中华:《犯罪构成及其关系论》,中国人民大学出版社2000年版,第14—15页。

② 参见张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第96—97页。

③ 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21页。

④ 〔日〕大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第104页。

⑤ 〔日〕大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第85—86页。

上使用“犯罪论体系”一词,专门意指犯罪的成立条件问题。在德日刑法理论中,关于犯罪成立的理论,也可以称为犯罪论体系。

概而言之,在当今中国刑法学中,犯罪构成等同于犯罪成立,一个行为具备犯罪构成所必需的客体、客观方面、主体与主观方面等四个要件,也就是具备了犯罪成立要件,行为即成立犯罪。但在德日刑法理论中,按照通说的观点,行为符合(该当)构成要件,仅仅是成立犯罪的第一步,并不意味着就成立犯罪;除此之外,行为还必须具备违法性与有责性。^①亦即,中国刑法学中的犯罪构成理论,就相当于德日刑法中关于狭义犯罪论体系的理论。平时我们所说的德日刑法理论的犯罪构成理论——确切地说应称为犯罪论体系或关于犯罪成立的理论,只是站在中国刑法学的角度,借用中国刑法学的“犯罪构成”一词,以指称其关于犯罪成立理论的整体与实质内容而已。

总之,在明确德日刑法理论中的“构成要件”、“犯罪论体系”等范畴与中国刑法学中的“犯罪构成”理论存在区别的前提下,为在犯罪构成的历史渊源和理论比较的领域寻找共同的出发点,就必须明确,在论述中国犯罪构成理论时,并不要求严格区分“犯罪构成”与“构成要件”,因为在通行犯罪构成理论中,对此不作区分,并无大碍;但在与德日刑法学理论进行交流时,必须严格区分相关概念,否则,学术对话与学术交流就无法顺利展开。对刑法学中的基本范畴做出恰当厘清,是理论探讨和争鸣的前提和基础,且只有在对基本概念之内涵和外延取得共识的前提下,学术对话才能真正展开。否则,学者们只能是自说自话,从而使刑法理论的争鸣变得更加混乱。

三、中国犯罪构成理论的历史渊源

必须承认,中国通行的犯罪构成理论最初是20世纪50年代起在学习苏联社会主义法制建设的经验基础上直接从苏联刑法学中引进并加以本土化的。^②那么,欲了解中国犯罪构成理论的历史渊源,就必须先对苏联的犯罪构成理论的发展脉络做一扼要梳理和概括。

从19世纪开始,西欧主要国家走上了资本主义道路。在西欧资本主义

^① 当然,在德、日刑法理论中关于犯罪成立的理论中也存在多种学说,“构成要件该当性、违法性与有责性”的三阶判断模式只为其中之一较为常见的学说,为中国学者所熟悉,影响广泛。

^② 参见高铭喧主编:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第455页;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36页。

经济的影响下,沙皇俄国逐渐开始农奴制改革,其中重要的一项就是司法改革。1881年,沙皇政府开始起草刑法典,该刑法典的起草由H·C.塔甘采夫主持,其内容和体系主要是以1810年法国刑法典为蓝本的。应该承认,19世纪沙皇俄国的司法改革和刑法典起草在一定程度上推动了俄国刑法理论的发展。在那个时期,许多俄国学者都是在德国大学毕业并获得硕士学位,他们带回了当时德国的刑法理论,包括费尔巴哈等人的关于犯罪成立的理论学说。而这个时期出版的俄国刑法论著也大多接受了费尔巴哈的观点。如1875年,A·O.基斯佳科夫斯基将犯罪行为不可缺少或缺一不可的必要要件称为犯罪构成,其中包括主体、客体、主体的内在活动和外在活动以及活动的后果。同年,季斯甲科夫斯基编写的《普通刑法初级读本》论述了犯罪构成的理论体系。他认为,作为类的犯罪构成要件,是由(1)犯罪主体或犯罪实施人,(2)客体或犯罪加于其上的对象,(3)主体的意志对犯罪行为所持的态度,或是他所表现的活动以及(4)行为本身及其后果,或是主体的外部活动及其结果所组成的。^①

在这一时期,沙俄刑法学者还没有对犯罪构成理论进行专门的研究。“革命前的俄罗斯科学中还没有研究犯罪构成的专门性著作,但是在教科书中却有着对犯罪构成理论的阐述。”^②可以说,俄罗斯的早期犯罪构成理论应该是在这个时期产生的。在这一时期的刑法学者中,H·C.塔甘采夫的理论备受关注。他在自己的教科书中对犯罪构成提出了独到的见解。1874年,H·C.塔甘采夫在《俄罗斯刑法教程:总论》中指出:“作为刑事程序制度的‘犯罪构成’这一范畴产生在16世纪。……犯罪构成表明了实施的犯罪行为中能够被证明的那些特征的总和,为了在这之后便可以对犯罪进行特别的追问。……在19世纪时,犯罪构成被用到了刑事实体法上。……从费尔巴哈起,一部分刑法学家将犯罪的特征的总和看作是犯罪构成。……犯罪行为,作为对现实存在的法律规范和对法律所保护的生活利益的侵害,是那种产生在侵害者和被侵害对象间的某种生活关系,在这种生活关系中包含了某些特征,并在这些特征的基础上,犯罪行为进入到了法律关系的范畴之内,并且在法律关系范畴内犯罪行为作为应受到刑法惩罚的不法而具有了独立地位。”这样,H·C.塔甘采夫便以犯罪行为具有的特征来表述犯罪构成。他进而指出:“在刑事法律科学上,尤其是在德国的著作中,这些表明犯罪行为特

^① 上述资料,转引自2007年北京“全球化时代的刑法理论新体系”国际研讨会文件之二:《犯罪论体系》,中国政法大学2007年10月印,第178—179页。

^② 董玉庭、龙长海:《俄罗斯刑法理论上关于犯罪构成结构的争议性问题》,载《北方法学》2008年第4期。