

武汉大学刑法博士文丛（19）

犯罪构成本原论及其本土化研究

——立足于文化视角所展开的比较与诠释

On Origin and Localization of
Composition of Crime
— the comparison and annotation
on culture to composition of crime

彭文华 著



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法博士文丛 (19)

犯罪构成本原论 及其本土化研究

——立足于文化视角所展开的比较与诠释

On Origin and Localilzation of
Composition of Crime

—The Comparison and Annotation on
Culture to Composition of Crime

彭文华 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

犯罪构成本原论及其本土化研究: 立足于文化视角所展开的比较与诠释/彭文华著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010.6

(武汉大学刑法博士文丛)

ISBN 978-7-5653-0075-2

I. ①犯… II. ①彭… III. ①犯罪构成-研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 103782 号

犯罪构成本原论及其本土化研究

——立足于文化视角所展开的比较与诠释

On Origin and Localization of Composition of Crime

—The Comparison and Annotation on Culture to Composition of Crime

彭文华 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2010 年 6 月第 1 版

印 次: 2010 年 6 月第 1 次

印 张: 14.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 412 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-0075-2/D·0050

定 价: 45.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsuo.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

武汉大学刑法博士文丛

编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以来，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般说来选题合理、资料翔实、思路开阔、论证充分、精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士研究生。在将近 20 年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展与壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立“武汉大学刑法博士文丛”，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法

犯罪构成本原论及其本土化研究

学博士论文，形成规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

“武汉大学刑法博士文丛”由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。“武汉大学刑法博士文丛”的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武汉大学刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武汉大学刑法学科大力支持，“武汉大学刑法博士文丛”的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

目 录

绪 论	(1)
第一章 犯罪构成法源论	(13)
第一节 大陆法系国家的犯罪构成源流	(14)
一、中世纪之前及早期的犯罪构成 (约公元前 8 世纪 至公元 9 世纪)	(14)
二、中世纪中后期的犯罪构成 (约公元 10 世纪 至公元 16 世纪)	(19)
三、文艺复兴以后的犯罪构成 (约公元 17 世纪 至 20 世纪初)	(22)
四、小结	(26)
第二节 英美法系国家的犯罪构成源流	(28)
一、英国刑事法律中的犯罪构成源流	(28)
二、美国刑事法律中的犯罪构成源流	(41)
三、英美判例制度与犯罪构成	(47)
四、制定法时代的英美法系犯罪构成	(49)
五、小结	(52)
第三节 社会主义法系的犯罪构成源流	(54)
一、苏俄犯罪构成理论的发展沿革	(54)
二、小结	(57)
第二章 犯罪构成本体论	(59)
第一节 中西文化本体论与犯罪构成本体论	(60)
一、中国文化本体论: 天人合一	(60)
二、西方文化本体论: 征服自然	(67)

犯罪构成本论及其本土化研究

三、文化本体论与犯罪构成本体论	(73)
第二节 主客观一元化的犯罪构成本体论	(77)
一、主客观一元化的犯罪观的形成	(77)
二、主客观一元化与中国犯罪构成	(79)
三、主客观一元化与犯罪构成本体要素	(88)
四、规范要素在主客观一元化的犯罪构成体系中的 地位	(94)
第三节 主客观二元化的犯罪构成本体论	(101)
一、主客观二元化的犯罪观的形成	(101)
二、主客观二元化与西方国家犯罪构成	(108)
三、主客观二元化与犯罪构成本体要素	(116)
四、规范要素在主客观二元化的犯罪构成 体系中的定位	(120)
第三章 犯罪构成方法论	(126)
第一节 中西文化方法论与犯罪构成方法论	(126)
一、中国文化方法论：变通	(127)
二、西方文化方法论：规定	(130)
三、文化方法论与犯罪构成方法论	(134)
第二节 意合的犯罪构成	(139)
一、意合的犯罪构成之本质	(139)
二、意合的犯罪构成之基本特征	(141)
三、意合的犯罪构成之优越性	(144)
四、意合的犯罪构成之局限性	(152)
五、意合的犯罪构成与犯罪既遂形态	(159)
第三节 形合的犯罪构成	(161)
一、形合的犯罪构成之本质	(161)
二、形合的犯罪构成之基本特征	(164)
三、形合的犯罪构成之优越性	(168)
四、形合的犯罪构成之局限性	(176)

五、形合的犯罪构成与犯罪预备形态	(183)
第四章 犯罪构成认识论	(185)
第一节 中西文化认识论与犯罪构成认识论	(185)
一、中国文化认识论：直觉体悟	(186)
二、西方文化认识论：逻辑分析	(191)
三、文化认识论与犯罪构成认识论	(197)
第二节 平面的犯罪构成	(206)
一、平面的犯罪构成的形成与发展	(206)
二、平面的犯罪构成之基本特征	(209)
三、平面的犯罪构成之优越性	(213)
四、平面的犯罪构成之局限性	(220)
第三节 立体的犯罪构成	(227)
一、立体的犯罪构成的形成与发展	(227)
二、立体的犯罪构成之特征	(231)
三、立体的犯罪构成之优越性	(233)
四、立体的犯罪构成之局限性	(238)
第五章 犯罪构成模式论	(248)
第一节 中西文化模式论与犯罪构成模式论	(248)
一、中国文化：机体模式	(249)
二、西方文化：机器模式	(253)
三、文化模式与犯罪构成模式	(259)
四、犯罪构成模式与司法的公正、效率及 刑事诉讼规则	(262)
第二节 机体的犯罪构成	(264)
一、中国的犯罪构成的机体性	(264)
二、机体的犯罪构成与诉讼的综合规则	(268)
三、机体的犯罪构成之优越性与局限性	(269)
第三节 机器的犯罪构成	(277)
一、犯罪构成的机器性	(277)

犯罪构成本原论及其本土化研究

二、机器的犯罪构成与诉讼的可废除规则	(279)
三、机器的犯罪构成的优越性与局限性	(281)
第六章 犯罪构成本土化	(292)
第一节 全球化时代的文化交融与法律本土化	(292)
一、全球化时代的跨文化交流	(293)
二、全球化时代的法律本土化	(296)
第二节 国外犯罪论体系的本土化历程及经验总结	(302)
一、国外犯罪论体系的本土化历程	(303)
二、各国犯罪论体系本土化的经验总结	(315)
第三节 中国犯罪构成理论的本土化历程	(329)
一、中国犯罪构成理论体系本土化概况	(329)
二、全球化时代我国犯罪构成理论体系本土化探索	(334)
第四节 中国犯罪构成本体论的本土化	(338)
一、主客观统一原则与苏俄犯罪构成理论	(338)
二、主客观统一原则指导下的犯罪构成理论 体系的先天不足	(346)
三、中国移植苏俄犯罪构成理论体系的后天不良	(350)
第五节 中国犯罪构成方法论的本土化	(357)
第六节 中国犯罪构成认识论、模式论的本土化	(362)
第七章 中国犯罪构成理论不必移植德、日	(369)
第一节 中国犯罪构成理论不必移植德、日 的社会文化根基	(369)
第二节 中国犯罪构成理论不必移植德、日 的法律根基	(376)
一、德、日犯罪论体系与中国刑法第 13 条规定 的冲突	(377)

二、德、日犯罪论体系与中国刑法第 14 条规定 的冲突	(381)
三、德、日犯罪论体系与中国刑法第 22 ~ 23 条规定 的冲突	(385)
四、德、日犯罪论体系与中国刑法第 25 条规定 的冲突	(389)
第三节 中国犯罪构成理论需要完善	(393)
一、犯罪客体不应成为犯罪构成要件	(393)
二、犯罪主体不应成为独立的犯罪构成要件	(399)
三、犯罪构成应当增添规范要件	(415)
主要参考文献	(432)
后记	(454)

绪 论

文化有广义和狭义之分。狭义的文化通常指大多数政府今天所使用的含义，包括艺术和遗产以及出版、广播、电视、电影、录像、录音等文化产业；广义的文化是指更广泛的社会学的含义，即把它看做一套共享的标志、价值、习俗和信仰。^① 加拿大著名文化学者保罗·谢弗通过对各种文化概念进行比较分析，提出了文化的整体定义。他认为，文化是指一种整体含义，是一种动态的、有机的整体。^② 是“与人们看待和解释世界、把自己组织起来、处理自身的事务、提高和丰富生活以及与在世界上定位自身等有关的有机的和动态的整体”。^③ 在这里，保罗·谢弗将文化看成是与世界观、价值观有关的整体体系，具有相对合理性。

法律的运行离不开文化的支持，其生命孕育于文化之中，与文化交融在一起。在人类社会发 展进程中，人们对外界的看法和对待

① 参见 [加] D. 保罗·谢弗著：《文化引导未来》，许春山、朱邦俊译，社会科学文献出版社 2008 年版，第 9 页。

② See D. Paul Schafer, *The Cosmological of Culture: Canadian Culture Used as a Case Study for Illustrative Purposes*, Markham: World Culture Project, 1992.

③ 参见 [加] D. 保罗·谢弗著：《文化引导未来》，许春山、朱邦俊译，社会科学文献出版社 2008 年版，第 51 页。

犯罪构成本原论及其本土化研究

社会秩序的态度,决定了社会权力的分配以及社会制度的组织形式。自私有制和国家产生后,法律就成为规范社会权力分配和保障社会制度运行不可或缺的工具。法律的运行,既离不开国家和代表国家的统治者的提倡和维护,也离不开个人、群体和社会的认可和支 持。法律的实践过程,不仅需要国家强制力做后盾,同时也必须融入社会,为社会所接受。法律所体现的价值取向是否与社会价值取向一致,是法律能否获得有效推行和取得良好社会效果的保证。从法律的社会效果角度上讲,文化是法律的载体,法律是文化的实现。“正因为法律文化必然会构成一般文化定义的一部分,所以很难想象任何范围广泛的法律文化比较研究的方案中,竟未显示法律文化直接或间接受到更大政治、经济和知识背景方式的影响。”^① 法律文化作为文化的一个分支,是社会上层建筑中有关法律、法律思想、法律制度、法律设施等一系列法律活动及其成果的总和,是以往人类法律活动的凝结物,也是现实法律实践的一种状态和完善程度。^② 法律文化包括有形的立法、司法等外在因素,也包含人民对法律的认识及态度等内在因素。^③

美国法律社会学家费里德曼对法律文化有过精辟论述。费里德曼认为,法律文化是针对法律体系的公共知识、态度和行为模式,是作为整体的文化有机相关的习俗本身,包括社会中人们保有的对于法律、法律体系及其各个组成部分的观念、态度、评价、信仰和意见等。^④ 费里德曼还指出了法律文化的多样性,认为每个国家、

① [意] 戴维·奈尔肯:《法律文化的困惑:评布兰肯伯格》,载[意] D. 奈尔肯编:《比较法律文化论》,高鸿钧、沈明等译,清华大学出版社2003年版,第125页。

② 参见武树臣:《中国法律文化探索》,载北京大学法律系编:《法学论文集》,光明日报出版社1987年版,第317页。

③ 参见黄源盛著:《中国传统法制与思想》,五南图书出版有限公司1998年版,第247页。

④ 参见[英] 罗杰·科特雷尔:《法律文化的概念》,载[意] D. 奈尔肯编:《比较法律文化论》,高鸿钧、沈明等译,清华大学出版社2003年版,第21~22页。

民族都有一种法律文化，每个国家或者社会都有自己的法律文化，没有任何两个是完全相似的。法律词语和法律实践作为文化的结构，不仅对那些训练有素的业内人士或者从事日常商业交易的人们来说如此，对普通人也一样。^①

同为西方国家，虽然在价值观念、文化源流、意识形态等方面有共性，但差异是客观存在的。就两大法系而言，由于文化的多样性与丰富性，法律文化存在差异是自然而然的。即使在同一法系的不同国家，由于文化、价值观念上的不同，也不可能出现法律文化的完全趋同。“大陆法系国家的法律制度与法律文化的多样性和丰富性不仅体现在国家间的差异，同时也体现于同一国家在不同历史时期中也有很大变化。”^② 因此，任何时候我们在研究法律制度时，不应该忘记在漫漫历史长河中那不断沉积而变得厚重的民族文化、民族法制观念和法律意识。“不论是否情愿，在千百年的历史长河中形成的一个民族的法律观念或法律意识不可能在一夜之间发生质的改变，即使承认法律文化随着时代的变迁和社会的发展逐渐发生变化，但同时也不得不承认其变化十分缓慢。而且，无论如何先进的法律制度都不会如同机器一样自动运转，都离不开承载着特定法律文化的人来实施和适用。文化背景不同的人在设计或适用相同的法律制度时，完全有可能出现很大的差异。因此，在任何情况下都不能忽视传统法律文化的存在，忽略其对法律制度的重要影响。”^③ 当前，国内学者（在刑法学领域比较明显）在谈到法律制度、法学理论建构时，比较喜欢以德、日为例加以论述、佐证，这种论证

① 参见[英]罗杰·科特雷尔：《法律文化的概念》，载[意]D. 奈尔肯编：《比较法律文化论》，高鸿钧、沈明等译，清华大学出版社2003年版，第24页、第46～47页。

② [美]约翰·亨利·梅利曼著：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2007年版之译者序，第6页。

③ 华夏、赵立新、[日]真田芳宪著：《日本的法律继受与法律文化的变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第269页。

犯罪构成本原论及其本土化研究

在许多情形下就事论事，并非具体、全面的分析、解决问题。事实上，仅仅从日本法秩序的结构、框架上理解日本社会的法意识、观念以及法律秩序，是远远不够的。“理解日本的法律秩序时，仅分析法律秩序的上层结构是不够的，还需要从规定法律秩序下层结构的‘社会结构’的相关关系中进行综合分析和探讨。”^①

众所周知，日本是一个对外来文化颇为包容的国家，历史上日本从来就不缺乏对异国先进文化的学习、吸纳、移植。特别是近现代，日本对西方法律文化的学习、移植可谓不遗余力。对此，日本学者争议颇大。以川岛武宜为代表的学者以日本国家法移植于西方近代法体系，主张日本国民具备西方近代法意识是日本走向西方法治的必然选择。“日本国家法移植于西方近代刑法体系，国民只有具备了西方近代法意识，国家才能起到预期作用。但是，具有上述表征的日本人，其法意识不能与西方近代法意识进行整合，这一差距是导致日本法不能完全发挥作用的根本原因。所以，有必要克服这种法意识而形成近代法意识。”^② 川岛的法意识论是在西方植入制定法诸规定的逻辑分析基础上进行理念性推理得出的结论，是基于西方人的法意识模型并以此为参照描绘日本现实的理论，虽然赢得了不少学者的支持，但也很快遭到集中的批判与反诘。“难道日本人不具有强烈的权利意识吗？难道说日本人原本就不具有权利意识吗？日本这种独有的特点难道不是西方国家所共有的吗？法的功能之所以不济，其原因并不仅仅在于国民的法意识，更在于法制度本身的缺陷。”^③ “不过，对川岛命题的批判还是有一定道理的。在以往的法意识论中，各种论点鱼龙混杂，而且由于概念上的混乱，

① 华夏、赵立新、[日]真田芳宪著：《日本的法律继受与法律文化的变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第36页。

② [日]六本佳平著：《日本法与日本社会》，刘银良译，中国政法大学出版社2006年版，第18页。

③ [日]六本佳平著：《日本法与日本社会》，刘银良译，中国政法大学出版社2006年版，第18~19页。

显示出了一种通俗化的倾向，有陷入对‘日本固有的东西’的全面否定或者全面肯定这种简单化或庸俗化的意识形态论的危险。因此，以法文化论的观点对争议的问题进行整理，在明晰概念的基础上加以继承是有必要的。”^① 对于川岛的法意识论，至少在今天看来并没有实现，而日本对西方法律文化和制度的移植，造成了日本社会在法律意识和法制观念上出现了精英话语与大众话语的脱节，从而在日本社会形成了“纸上的法”与“活着的法”并行不悖的现象。“大量的事实证明，即使在继受西洋法已经一个多世纪后的现代日本社会，曾经被视为与继受而来的近代法水火不相容的传统法律观点和法律意识，并没有随着社会的近代化和法律的近代化而‘近代化’，反而表现出与其过渡性身份极不相称的稳定性。其共同体的、非权利义务的以及轻视法律作用的特性仍然支配着日本人的行动，使近现代日本社会的法出现传统与现代互动，‘纸面上的法’与‘活着的法’同时共存的局面。”^② 此外，一百多年来日本在法律制度和法律秩序的建构上效法西方，并没有使日本社会的整个法律观念和意识发生根本转变。“日本人传统上轻视法律的作用、回避法律诉讼，不喜欢区别黑白等与西洋法的原则、西洋人的法律观念形同水火的观念和意识并没有发生本质性的变化。”^③ 在川岛之后，在日本社会学的一般讨论中，出现了一种对法意识理解的深层次思考，即“日本人的法意识”赖以建立的基础理论模式是否有必要现代化、西方化？传统的文化理念、法律意识是否因为其过于长期性与滞后性而变得不合时宜？答案自然是否定的。就连川岛武宜本人也逐渐意识到，不能完全用朝着普遍的现代的转型这

① [日] 六本佳平著：《日本法与日本社会》，刘银良译，中国政法大学出版社2006年版，第19页。

② 华夏、赵立新、[日] 真田芳宪著：《日本的法律继受与法律文化的变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第250页。

③ 华夏、赵立新、[日] 真田芳宪著：《日本的法律继受与法律文化的变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第10~11页。

犯罪构成本原论及其本土化研究

一模式，来把握并作为日本人固有观念的日本人的法意识问题。“川岛之后，在法学以外的社会学的一般讨论中，围绕着如何理解日本的不同于西方的产业发展模式的问题，从主张进入现代的入口不止一个的多元发展论，到后来提出与理想的现代对立的日本模式才更适合产业发展的日本社会论，逐渐摆脱了现代化的论调，与此同时，在方法论上，也从把意识视为在根本上是社会的从属变量的发展史观，转换到尤其受到结构人类学的影响，把意识作为社会的不变项，认为它会在适应现实环境的变化而发生着转变的社会中留下其固有痕迹的立场上来。”^①

确实，源远流长的本土法意识，作为文化的组成部分，是不可能通过人为设置的制度和秩序就可以轻易改变的，文化中包含的法律意识在某种程度上决定了法律秩序运作方式的一些根本信息，如果我们设想构建的某种不同于既存文化观念、法律意识的法律制度、秩序和理论体系，一旦脱离本土文化，必将成为空中楼阁，中看不中用。因此，在法律制度构建和法学研究领域，即使变革也不能脱离本土文化，本土文化始终是我们构建新的法律秩序和法学理论的一面镜子，只有这样的变革才是现实的、可靠的。“站在把意识视为社会深层的文化、是社会的不变项的立场上看，正因为文化具有强烈的自主性，才能避免受到作为下层结构的社会、经济发展阶段或者功能性要求等因素所决定的命运。……在这一意义上，强调固有的法文化，乍一看似乎是受了决定论影响，但它却包含了我们这个社会并不必然是现在这样，‘还可以是其他社会形态’的可能性，在这一点上，它反而有可能对现状进行彻底的变革。”^②

① [日] 棚濑孝雄著：《现代日本的法和秩序》，易平译，中国政法大学出版社2002年版，第18～19页。

② [日] 棚濑孝雄著：《现代日本的法和秩序》，易平译，中国政法大学出版社2002年版，第24～25页。