



追寻刑法理想

Seeking the Vision of Criminal Law

王世洲

Shizhou Wang

著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



追寻刑法理想

Seeking the Vision of Criminal Law

◆ 王世洲
Shizhou Wang



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

追寻刑法理想/王世洲著. —北京:北京大学出版社, 2019. 3

ISBN 978-7-301-29968-5

I. ①追… II. ①王… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 238920 号

书 名 追寻刑法理想

ZHUIXUN XINGFA LIXIANG

著作责任者 王世洲 著

责任编辑 毕苗苗

标准书号 ISBN 978-7-301-29968-5

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.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672

编辑部 010-62752027

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 35.5 印张 563 千字

2019 年 3 月第 1 版 2019 年 3 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

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

我们需要什么样的刑法？

（代序）

我的母校——北京大学即将迎来建校 120 周年华诞，北京大学法学院为此筹划出版一套北大法学院的精品论文集，集中展现法学院各个学科最具代表性的论文成果，我的这本论文集被选中了。我很荣幸，能够以这种方式祝贺母校的荣光。

这本论文集收录的基本是我在 2000 年以后在各种刊物上已经出版的论文。这些论文，大多数是我自己撰写的，少数是和我当年的学生合作完成的，大多数是标准的学术论文，只有几篇是杂文，现在收入本书中，主要是由于其所具有的学术性，对于说明我的思考进程、理论结构和思维方式有重要意义。这样，我的所有中文论文就基本整理完毕。我在 2000 年之前发表的中文论文，已经结集出版在《从比较刑法到功能刑法》（长安出版社 2003 年版）一书中；我的中文译文，也已经结集出版在《我的一点家当——王世洲刑事法译文集》（中国法制出版社 2006 年版）一书中。为学者出版论文集，使他们能够把自己在各个时期的思想火花重新集聚起来，使得薪火相传的事业能够比较容易地进行，这是一件功德无量的事情。我感谢母校，感谢对此作出巨大努力的北京大学法学院，给我这个宝贵的机会。

在 2017 年夏天从北京大学法学院退休之后，我加入国家汉办和孔子学院总部，到以色列希伯来大学孔子学院担任院长。工作性质有了很大的变化，虽然以后我仍然会根据需要和可能进行刑法学术研究，但是，再也不可能像过去那样使出“洪荒之力”，专心致志地全力推进中国刑法学

的进步了。那将是年轻一代学者的任务。我在这里反思一下自己在刑法学研究方面的心路历程,希望有助于读者对本书和作者的了解。

对刑法理想的追寻,是我在2000年以后逐步明确的目标。我在刑法学教学活动中,很早以前就以《试述我的刑法理想》为题,在开卷考试中让刑法学研究生们和我一起思考这个问题。我在2011年出版《现代刑法学(总论)》一书时,就把序的标题确定为“培育我们的刑法理想”。在2018年很快就要出版的该书第二版中,序的标题更清晰地定为“理想铸就刑法”。这是我对刑法学研究的基本感悟。我在2000年之前确立了比较刑法和功能刑法的观点之后,在进一步的思考中,“我们中国需要什么样的刑法”就成为我整个刑法学理论研究的一个基本出发点。作为一个刑法学工作者,在中国刑法蓬勃发展的时代里,我思考着自己应当对中国刑法的发展方向和具体步骤作出什么贡献。我认为,在中国刑法体系构建的过程中,不能把自己仅仅置于刑法条文出现之后,仅仅分析、整理已经出现的条文中包含的概念、原理、原则,而必须同时把自己置于刑法条文产生之前,负责任地主张“朝这边走”!在我们的国家制度中,法律发展的总舵手是中国共产党领导下的国家立法机关。在现代社会,法律制度发展的总方向,只能由国家在集思广益之后形成的最广阔的学术基础上,才有可能正确确定。法学工作者作为专业人士,应当并且可以为这项伟大的工程作出自己的贡献。

刑法理想当然体现了我国刑法学研究的主体意识。刑法理想,可以是个人的,也可以是国家的。刑法理想首先是个人的,是学者在个人的研究成果中反映出自己对刑法的认识和追求。但是,刑法理想最终是国家的。这不仅是说个人的研究成果可能为国家所接受而形成某一个方面的结果,而且是说整个国家在全体刑法学的研究成果基础上形成的整体形象。因此,个人,也就是每一个从事刑法学研究人员的专业水平的高低,对于一个国家法律决策所依靠的学术水平的影响,当然会是很大的。实事求是地说,每个国家的刑法学都有自己的特色。完全照抄照搬外国的理论,甚至在一个国家之中照抄照搬过去的理论,即使有主观上的美好愿望,历史和实践都已经证明是不可能的。在我国的刑法理想中体现的主

体意识,只能是“为中国人民谋幸福,为中华民族谋复兴”^①,即为了中国刑法学的发展和刑事法律制度的发展。在这个主体意识下,我们能够坦然地面对世界优秀的刑法理论研究成果,我们能够科学理性地对待我国古代的优秀刑法文化传统,不再纠结于某种理论是外国的而不敢借鉴,不再纠结于某个概念是古代的而不敢肯定。博览古今中外刑法学的优秀成果,熔铸新时代中国刑法学的新理论,这是我主张的刑法理想的当然内容和鲜明特征!因此,在个人的科学研究中追求高水平的刑法理想,在自己的教学活动中培育同学们高水平的刑法理想,对于最终提高整个国家在刑法学方面的学术水平,肯定具有重要的意义,应当成为现代刑法学理论工作者和教育工作者的当然目标。

刑法理想具有鲜明的实践性品格,“只有见诸行动才有说服力”^②。刑法研究属于思想铸造活动,理想属于精神领域,但反映的只能是客观世界的要求,并且,最终只能在客观世界中实现。刑法理想的塑造,只能在辩证唯物主义和历史唯物主义的指导下进行。刑法理论不可能是纯粹逻辑推导的结果,不可能是脱离社会实践的产物,这在世界刑法学界早有定论。“追寻刑法理想”的命题是在我国创建社会主义刑法体系的历史阶段中提出来的,当然不可能脱离我国改革、开放、创新的伟大实践。“我们想要什么样的刑法”的问题,一定是服务于“我们想要什么样的国家”这个问题的!刑法学者对国家的前景没有期待,就根本无法高水平地完成自己的专业任务!刑法理想本身的塑造,一定是以个人在政治水平和社会经验等方面的系统总结为基础的,一定是以反映社会的健康发展需要为内容的,一定是以国家的长治久安为目标的。纵观现代刑法学理论的发展史,各种能够流传至今的理论观点、学术概念或者理论体系,都体现着社会发展的需要、顺应着社会发展的潮流。那些已经确立的术语,在不同的时代中,有着不同的含义,反映着不同的社会需求。不仅是刑法学这种公认的经世致用之学是这样,对于流传两千多年的《圣经》会产生什么样的

① 引自习近平:《决胜全面建成小康社会,夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,2017年10月18日。

② 习近平:《在党的十九届一中全会上的讲话》,见 <http://cpc.people.com.cn/n1/2017/1231/c64094-29738076.html>,访问日期:2017年10月25日。

不同含义以及具有什么样的社会意义,人们在耶路撒冷这个犹太教、基督教和伊斯兰教激烈争夺的圣地,也已经可以看得很清楚了。那些没有社会意义和没有功能价值的刑法理想,不可能在实践中产生增进社会安全和人民幸福的效果,那些试图把刑法的概念、原理清楚地与社会现实分开的企图,也是不可能真正成功的。

刑法理想的构筑是一个学术自信和学术民主的过程。“学术是一个在理想的指引下由知识、体系、批判、重构四个阶段组成的知识体系或者知识评价体系。”^①一名学者的刑法理想,只有在充分掌握有关知识的基础上提出,才是有说服力的。那些在知识上有欠缺,在逻辑上有瑕疵,在功能上有缺陷的主张,在学术自由的讨论和利益相关的法律斗争中,就难以经受住考验。当然,个人的认识是有限的,社会和实践的要求是无限的。个人对刑法理想的构筑,永远只能是国家刑法理想大厦中的一个组成部分。好在正义是具体的,具体正义的原理说明,刑法学中任何符合学术规范的研究所作出的结论,都可能有其存在的特定环境。我们完全没有必要为自己主张的“一孔之见”所具有的历史局限性感到气馁。本论文集展现的是我十多年来在学术领域中认真严肃的研究成果。我很高兴,我的很多主张,不仅在我国刑事法律实践中被采纳,而且也引起了国际同行的重视。

我认为,追寻刑法理想是中国刑法学者不能推卸的责任。我们这一代人,经历了改革开放的大变革,赶上社会各方面的大发展,迎来了国家和民族的新时代。新时代有新任务,新任务需要新保障。刑法作为最高等级的法律保护,在新时代中如何正确发挥自身的功能和作用,是一个值得认真思考的问题。刑法理想的追寻,需要向后看,查看历史,查看传统,像农民插秧一样,看着已经插上的秧苗,决定下一步的前进方向;刑法理想的追寻,需要左右看,看看其他国家在类似问题上的做法,看看国际公约的规定,决定我们下一步前进的步伐;刑法理想的追寻,更需要向前看,看看社会的需要,尤其是看到社会进步中需要避开的风险,寻找最合适的

^① 参见王世洲:《刑法保护是最高等级的法律保护》,载〔德〕罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),序言。

措施,来满足社会的需要,避免可能发生的危险。在刑法理想的追寻中,坚持正确的政治方向,坚持科学的研究方法,坚持开阔的学术视野,积极吸收一切人类文明的优秀成果,至为重要;不为传统所羁绊,不为风向所迷惑,不以他国的理论为圭臬,坚定地以追求中国人民更美好的生活为目标,至为关键。

我的母校北京大学已经 120 岁了,但是,“北大是常为新的”。一代又一代的宗师学长、莘莘学子,在红楼、燕园里,为中国的进步不断提出的思想、理论,开风气之先,更新着社会的观念,永葆北大母校的青春。我希望,刑法理想的追寻,也能够体现这种北大精神。

是为序。

王世洲

2018 年元旦完稿于耶路撒冷

目 录

CONTENTS

第一章 刑法的立场问题 / 001

第一节 犯罪构造的进化论 / 001

第二节 现代刑罚目的理论的种类与中国的选择 / 017

第三节 法治安全与刑法 / 051

第二章 刑法的方法问题 / 060

第一节 刑法方法理论的若干基本问题 / 060

第二节 法学专业翻译的几个问题 / 085

第三节 刑法研究中的谋略和朋友 / 104

第三章 刑法的原则问题 / 113

第一节 罪刑法定的历史发展及其习惯性国际法性质 / 113

第二节 革命刑法的概念与进步 / 118

第三节 刑法的辅助原则与谦抑原则的概念 / 136

第四章 刑法的体系问题 / 156

第一节 中国刑法学理论体系的起点问题 / 156

第二节 刑法中违法性的概念及其体系性功能 / 168

第三节 刑法信条学中的若干基本概念及其理论位置 / 180

第五章 刑法总则的关键问题 / 210

第一节 我国刑法人身权保护现状和问题 / 210

第二节 中国古典文学作品中犯罪描写的刑法评价问题 / 281

第三节 零容忍政策探析 / 286

第四节 关于中国死刑制度的反思 / 303

第六章 刑法分则的重要问题 / 318

第一节 危害国家安全罪的信条学考察 / 318

第二节 治理邪教中的区别对待政策 / 332

第三节 袭警罪的信条学基础 / 370

第四节 塑造世界水平和世界标准的中国版权刑法 / 381

第七章 刑法分则的热点问题 / 414

第一节 严格保护幼女的性法益 / 414

第二节 反对家庭暴力 / 424

第三节 保护儿童的欧洲标准 / 442

第四节 考试作弊罪与教育法的完善 / 459

第八章 国际刑事法院与跨国犯罪问题 / 465

第一节 关于中国与国际刑事法院关系的若干思考 / 465

第二节 合作打击跨境经济犯罪的几个基本理论问题 / 476

第九章 刑法与若干相关专业 / 488

第一节 强制措施与相关国家赔偿问题的实体标准 / 488

第二节 关于体育法的若干基本理论问题 / 499

第三节 我国技术移民法的核心制度问题 / 509

第一章 刑法的立场问题

第一节 犯罪构造的进化论^①

在现代刑法的发展中,刑法理论具有很重要的作用。刑法理论的进步状态,对刑法规定的状态影响极大。在社会发展尤其是人权保障的推动下,现代刑法理论,无论是各国的刑法理论还是各个刑法学者的刑法理论,都处于积极进步的过程之中。因此,理解和掌握现代刑法理论的发展全貌,尤其是正确地认识现代刑法理论的最高成就,对于中国这个法治发展中国家,具有学习、运用和建设现代化法治国家的重要意义。

一、犯罪构造与进化论

什么叫犯罪构造?这个词是来自德文中“Straftataufbau”。如今中国刑法学界已经形成了向全世界全面开放的状态。然而,我们在面对刑法的国际发展情况时仍然有一点迷茫。我们看到了来自原苏联和现在俄罗斯使用的四要件理论,主张犯罪是由犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面组成的^②;我们看到了来自德国^③以及被日本^④所继承

① 本文是在2016年11月16日于西南财经大学法学院所作报告的基础上修改而成的,基本内容发表在《国家检察官学院学报》2017年第4期上。本文的修订,得到了天津大学法学院讲师、德国柏林自由大学法学博士李倩女士的重要帮助。本文德文版也已经出版,见 Shizhou Wang & Qian Li, Der Straftataufbau aus der Perspektive der Evolutionsforschung, in Ulrich Stein, Luis Greco, Christian Jaepfer & Juergen Wolter (Hrsgs.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung-Festschrift fuer Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, Duncker & Humblot, Berlin, SS. 281—298.

② 〔俄〕库兹涅佐娃、佳日科娃主编:《俄罗斯刑法教程》(总论),黄道秀译,中国法制出版社2002年版。

③ 〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版。

④ 〔日〕西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版。

的三阶段理论,主张犯罪必须经过行为构成要件符合性、违法性和罪责三个阶段才能构造完成;我们看到有来自普通法的美国、英国的两阶层理论^①,主张犯罪必须经过“Crime”和“Defense”两个层次的程序才能成立。很不幸,有一些中国学者把这三种不同的理论严格加以分割,从而在理论中形成了相互对立、相互竞争的态势。面对这种情况,就有必要对全部犯罪构成的理论,尤其是对犯罪在形成过程中的规律,做一个反思和总结。如果中国学者能够对犯罪构造发展的一般规律有一个概念性的掌握,我们就可以很坦然地面对全世界,而不必担心自己属于哪个“法系”、哪个“派别”甚至哪种理论的问题了。我们就可以坦然面对全世界各种理论形态,对其优点和缺点加以分析,取其精华弃其糟粕,吸收对本国有用的,排斥对本国无用甚至不利的要素。从这个意义上讲,犯罪构造的理论,就是犯罪构成理论的概述性表述,也就是指各种犯罪构成的共同上位概念。

什么叫进化论?进化论这个概念本身,可能会有很多含义。然而,在重要理论的发展过程中,这个现象是很常见的。同一个事物,在不同的领域、不同的时代下,它的说法可能有不同。^②这种不同,当然应当注意,是存在于或者适用于特定的环境之中的。“进化论”这个词,虽然在词源学上可以做非常历史性的探讨,但是如今对中国学者来说,最熟悉的应当是达尔文的进化论。在达尔文的进化论中,贯穿的是物竞天择的思想。在刑法学理论中,这种情况或许也存在。在达尔文环游世界的过程中,他看到了生物发展在各种不同条件下所保留的各种古代的生物形态。进化论也许对我们学习刑法和研究犯罪构成的人来说,可以提供一个重要的启示。这就是:犯罪构成的发展也许有其前期形态和后期形态之分。我们不愿意说进化论中有低级形态和高级形态之分,也不愿意讲犯罪构成的前期形态和后期形态就是低级和高级的关系。我们要讲实事求是。在我国最优秀的哲学成果中,有一条就是实事求是。根据实事求是的要求,对任何理论和主张,都必须讲究其产生和适用的具体时间、具体条件,以及

① [美]乔治·弗莱彻:《刑法的基本概念》,王世洲等译,中国政法大学出版社2004年版,第167—170页。

② 在中国,关于“进化论”的一般说明和争论,参见百度百科:http://baike.baidu.com/link?url=ARNJ1XHela2tPGgdjvortACk4MtIdjusNPri_RPI3FyQNE9VLX8vYWvbjGtMq5W7N58T3M8w-cEcUeWkEUdL5c6SVg3R_QWXG-527cAgWayI-zcfFIPZxyjF2iy_6Ayr,访问日期:2017年11月6日。

产生的具体后果。在我国改革开放初期,各方面的条件还非常有限。那时,无论一种理论有多么先进,在当时条件的限制下,就真的就用不上。然而,如果学者们对一件事情发展的来龙去脉,在学术上有了清楚的了解,对它的产生和它目前达到的最高成就有清楚的认识,那么,从社会科学的意义上讲,尤其对中国这个正在建设社会主义法治的国家来说,对正在推进的我国法制建设,对我国学者产生的启发意义,应该都是很大的。本文说的进化论,就是在这个基础和这个意义上谈的。

我们在本文中展示的刑法学理论发展的整个形态,当然仅限于我们见到的。必须承认,这仅仅是一孔之见,我想抛砖引玉,这在中国是很重要的。这可以特别鼓励那些从德国、美国和其他国家回来的青年学者,报告他们在世界各地看到的各种理论的新发展、新成就和新知识。在这里,当然也欢迎世界各地的朋友们提出批评。我们希望,通过这个办法,扩大我们的眼界,改善我们的思维和扩大我们的学术基础。而且,这当然对于促进世界各国同行和朋友们的相互学术交流,也是很有帮助的。

二、犯罪构造完整形态的选择

在谈到犯罪构成时,需要思考问题从何处说起。严格地说,在我国谈论这个问题时,事情应当从自身的学术历史说起。如今,在谈论犯罪构成这个概念时,人们已经可以毫无异议地同意,这是一个关于犯罪内部结构或者犯罪在什么条件下能够构成的概念。但是,对犯罪的构成条件所进行的思考和讨论,一定必须以重视和尊重“法”(lex)为前提。如果不是这样,那么,讨论犯罪的构成问题就是没有意义的。不讲法,不讲规则(Regelungen),统治者想怎么定就怎么定,是不需要讲标准的。但是,只要一讲法,一讲规则,就一定会产生规格和标准的问题。在历史中可以看到,在中国古代那些昌盛的王朝中,比如“贞观之治”(公元627—649年),都是遵循法制的。在“贞观之治”发生的唐朝,就产生了著名的《唐律》。^①虽然在理论上说,中国古代的封建王朝从来都没有否定过最高统治者即皇帝的司法决定权,但是,在那些昌盛王朝时期,中国皇帝的最高司法决定权,要么自觉加以约束,要么受到政府内部某种制度比较有效的限制,比如谏官制度。皇帝自己有自制力,才有可能产生盛世景象。大致地说,

^① (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版。

中国古代的盛世之治也是法制的结果。在中国古代皇帝那里,追求盛世以便名垂青史是他们普遍的理想;各个朝代也明显负有维护特定秩序的责任。因此,在唐朝以及其他有作为的朝代中,都可以看到对犯罪条件的一些探讨。其中,最有名的是张斐(生卒年不详)在大约公元 265—290 年写成的《注律表》中总结的“知而犯之谓之故,意以为然谓之失”“唱首先言谓之造意,二人对议谓之谋,制众建计谓之率”等。^① 瞧!他在讲知,他在讲意,他在区分共同犯罪中的不同行为。也就是说,他在试图明确犯罪构成中的各种具体的构成要件。可见,我国古代就已经有了对犯罪构成的思考和运用。但是很可惜,这种思考和运用没有形成理论,没有传承下来。

在西方,犯罪构成条件的发展有两个方向:一个是在普通法系,另一个是在大陆法系。在普通法系方向上,对犯罪构成条件的讨论,至少在大约 1600 年前后,普通法法官就认识到,对犯罪的追究不仅要考虑“action or omission”,而且要考虑“state of mind”,并且,逐渐发展出来“actus reus”和“mens rea”这两个概念。^② 在中文里,我们把它们翻译成“危害行为”和“危害意图”。在普通法系中,犯罪要讲究构成的条件或者要素,这反映了刑法科学发展的共同趋势。但是,普通法系中犯罪构成理论的发展,具有其本身特殊的社会背景和法律结构。无论如何,在这个方向上,经过长期发展形成的理论体系结构,是人类法学理论宝库中的重要组成部分。我国是发展中国家,要向人类社会一切优秀的文化成果学习。我们不是不学习普通法系的东西,而是在这里会有一个重要问题,就是难易程度。学习普通法系时会比较难,学习大陆法系时会比较容易。因为按照大陆法系的思维方式,各种法学知识都强调完整的成体系的整理,所以,中国作为法制后进国家,在学习的过程中,在“拿来”的时候,相对来讲会比较容易。但是,普通法系的司法制度是非常依赖整个国家的政治制度的。最典型的体现在两方面:一是法官的选任,二是陪审团的挑选。仅仅是陪审团的挑选就可以看到,在中国这个人情社会里,可能会遇到多么大的困难。由于这个原因,在学习西方刑法原理时,尤其是在整理犯罪构造的进化状况时,中国学者会把眼光主要地投向大陆法系。

① 丘汉平:《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 51 页。

② See Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, 4th Edition, Thomson/West, 2003, p. 239.

在大陆法系中,犯罪构成发展的展示是比较清楚的,其中,中国学者特别注意德国刑法科学的成就。为什么?因为德国人对自己的思想和历史的叙述特别清晰,记录特别完整。这种叙述和记录,不仅包括好事,而且包括坏事,例如,纳粹的罪行。清晰完整的记录、叙述和论证,不仅便利了中国学生和学者的学习和研究,而且增强了论证和结论的可信性。在中国,德国刑法科学清晰、完整、具有说服力的特质,影响了几代中国学者的研究,对中国法制建设的发展产生了重大的影响。

三、犯罪构成的早期形态

在刑法理论中,犯罪构成理论(Lehre vom Tatbestand)居于核心地位。然而,“犯罪构成”这个词,最早并不是德国人自己创造的,而是德国人接受和改造了罗马—意大利法中的“corpus delicti”的概念后发展起来的。早期的罗马—意大利法用这个词,是为了要求法官不能在没有任何事实证据的情况下追究别人的刑事责任。最典型的就是:犯罪就一定需要一种既成的状态。例如,有人死了,就需要有一具尸体在那里;东西被偷了;房子被烧了;等等。只有在一种犯罪状态存在的情况下,法官才能去审判。因此,犯罪构成一开始说的就是这种“犯罪”已经“构成”的状态。德国人借助这个词,改造了这个词,通过“Tatsachenbestand”等不同的表达,最终形成了用“Tatbestand”来表示犯罪的成立必须存在着各种法定状态为前提。^①

当然,早期的犯罪构成概念是在犯罪的事实存在中发展起来的,根据的是所谓的自然行为论。一个人要构成犯罪,首先就必须有人的行为。人的行为是什么意思呢?早期对行为的理解,是按照自然的、物理学的性质来进行思考和界定的。用今天通俗的话说,最简单的一个说法就是要有肌肉的收缩。行为,指的就是人的肌肉的收缩。不过,因为受黑格尔法的精神和绝对精神的影响,这种肌肉的收缩必须要有人的精神的控制在其中。对犯罪构成提出这种状态,不仅有限制封建专横的意义,而且是受

^① 参见 Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Verlag von J. C. B. Mohr, 1906, 第110页以下;也见 der, *Die Lehre vom Tatbestand*, in: August Hegler (Hrsg.), *Beitraege zur Strarechtswissenschaft; Festgabe fuer Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* 16. August 1930, Bd. 1, J. C. B. Mohr, 1930; Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, C. F. Müller Verlag, 1957, SS. 7—9.

了欧洲 18、19 世纪在自然科学方面最杰出成就影响的结果。自然科学在这个时期最伟大的成就,主要发生在物理学,比如天文、力学、机械、电,以及诸多自然科学的理论之中。由于工业革命引起、推动和支持的科学发展,对早期犯罪的理解,发挥了重要的作用。^① 在那个时代下,由于黑格尔的影响,虽然人们对“人的行为受主观思想的支配”这一点并不提出怀疑也不完全排斥,但是,在刑法科学中,人们依赖的是客观方面的损害事实,而不是主观方面的邪恶思想。人们对犯罪强调的是在客观上存在的损害状态,比如一个人死了,东西丢了,房子被烧了等,人们看重的是,这种损害状态以及由于肌肉的收缩所造成的结果。早期的犯罪构成就是在这种对犯罪行为的认识和思想的支配下产生的。这种犯罪构成的说法,后来发展到一种非常极端的程度。例如,大刑法学家李斯特当时给“侮辱罪”下的定义就是:符合刑事禁止条件的“对空气振动的激发和在被攻击者的神经系统中推动了心理过程”(Erregung von Luftschwingungen und von physiologischen Prozessen im Nervensystem des Angegriffenen)。他认为伪造证书,就是“一种应受刑事惩罚的肌肉性紧张”(die Urkundenfaelschung als strafbare Muskeleerregung)。^② 今天,我们当然可以说这是很可笑的。但是,应该看到,这种情况在德国经历了大概有一百年的时间,从 1801 年费尔巴哈在他写的教科书中明确提出罪刑法定的拉丁语表述开始算起。德国刑法学界顺着这个思路,在主张法和遵循法的前提下,逐渐发展起自己的犯罪构成理论。早期的理论发展,在宾丁 1900 年前后提出犯罪构成理论时,出现了一个标志性的理论成果。

在自然行为论的犯罪构成内部,形成的是两分法。一方面,人们主要强调的是客观方面的损害和客观方面的行为;另一方面,人们虽然承认但不强调的是主观方面。为什么说主观方面是一开始人们所不强调的?因为当时人们害怕,别人头脑中在想什么,怎么能够得到证明呀?就像现在一位同学瞪着眼睛看着老师讲课,但是谁能够证明,他的脑海里不是想着:“哎呀,我的女朋友还在教室门外等着我呢。”这种证明,在当时是很困

① 〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学 总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 185 页以下。

② 同上注,第 189 页。

难的。当时的自然科学的思考方式,也决定了在刑法学中,整个犯罪构成内部结构是由客观方面和主观方面组成的两分法。这种思维方式,在整个欧洲的法学界,包括当时的沙俄,都是很普遍的。顺着这个思路,当时沙俄时期的法学家,以及德国的法学家,在这个领域中的研究慢慢得到细化。例如,在客观方面发展出来行为、结果,以及慢慢得到明确的因果关系,甚至还有不作为,等等。一开始,在这些概念刚刚提出来,还不是很清楚的。即使当时的费尔巴哈,在他的早期说法中,就还在强调犯罪的哲学基础和客观方面的特征。在一个事物刚刚产生时,往往涵盖的意义会比较广泛,因此,人们需要使用哲学来支持各种说法的正当性。^①这是很有意思的一种现象,符合科学发展的基本规律。但是,在这个方向上,无论是德国还是俄罗斯,早期的说法,后来又出现了分化。在这里特别提到德国和俄罗斯,是因为这两个国家后来的法学发展都走在世界的前列,并且都对中国发生了重大的影响。例如,在早期的刑法理论中,犯罪客体和犯罪对象是不区分了,也没有区分的必要性。这种区分的必要性,是在对犯罪的保护范围进行扩张,需要区分对物的保护和对社会关系或法律意义的保护之后,才出现的。这一点,在今天俄式的四要件理论中通过所谓的犯罪客体和犯罪客观方面的区分,在德式的三阶层理论中通过所谓的法益理论和行为构成对象的区分,就可以看得很清楚。另外,对于人的主观方面的各种因素,包括故意、过失等心理状态的情况,以及人的年龄,精神病等精神状态的影响,也是逐步得到明确的。

四、罪刑法定和犯罪构造的进化

在这个方向上的发展,经历了一个很特殊的点,这就是十月革命后沙俄的崩溃。苏维埃政权建立之后,前苏维埃的刑法学家虽然在学术上还在对犯罪构成的理论进行进一步的研究,但是,他们的研究已经与西欧的同行们有了很大的不同。其中,我们认为,最重要的分水岭就是承认还是不承认罪刑法定。^②这样一来,在整个欧洲的刑法理论发展中,就形成了

^① 例如,参见 Paul Anselm Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen peinlichen Rechts*, Geifsen, bey Georg Friedrich Hey, 1812, S. 13.

^② 关于苏联刑法科学不主张罪刑法定原则,见《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1978年版。这部译著在中国影响很大,但是没有注明原书的作者。译者在前言中说明,该书的作者很多,包括了苏联科学院通讯院士A. A. 皮昂特科夫斯基(A. A. Piontkovsky)和罗马什金(P. S. Romashkin),苏联莫斯科大学教授孟沙金(V. D. Menshagin)和杜尔曼诺夫(N. D. Durmanov)。