

[文章编号] 1672-7320(2010)03-0428-06

# 新中国成立 60 年来我国犯罪构成理论的基本经验总结

彭 文 华

[摘 要] 我国犯罪构成理论研究可以划分为四个阶段,即萌芽期、停顿期、发展期和繁荣期。重构派主张引进德、日等三要件阶层体系,是一种简单的理论移植,不宜提倡。犯罪构成理论研究,应当辩证看待法律全球化问题,试图模仿他国建立共同的法律及其理论模式的主张是不现实的。全球化时代犯罪构成理论研究的经验总结:立足本民族文化思维模式,是构建犯罪论体系的前提和基础;辩证扬弃其他国家或民族和学科的成果,是构建犯罪论体系的保证;吸收其他学科的营养成分,是构建科学的犯罪论体系的必要补充。全球化时代中国犯罪构成本土化的重点,是如何将违法性纳入犯罪构成要件体系,并对罪量要件加以适当归类,真正确立犯罪构成作为犯罪认定唯一标准的至尊地位。

[关键词] 犯罪构成;犯罪论体系;本土化;全球化;违法性

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A

## 一、中国犯罪构成理论研究的历史沿革

从建国初期我国接纳、吸收前苏联刑法理论直至今日,我国犯罪构成理论研究可以划分为四个阶段,即萌芽期、停顿期、发展期和繁荣期。

### (一)我国犯罪构成理论的萌芽期(1949年—1957年)

新中国建立伊始,我国新生的社会主义政权在经济建设、上层建筑等领域不得不全盘接受前苏联社会主义模式,在法制建设上也不例外。当时,我国陆续翻译、出版了一批前苏联学者的刑法学专著、教材和论文,几乎没有作任何变动和修改而全盘苏化。以这些译著为基础,中国人民大学刑法教研室于1957年编写了我国首部刑法学教材——《中华人民共和国刑法总则讲义》。该书承继前苏联刑法中的犯罪构成理论,把犯罪构成要件分为犯罪客体、犯罪客观要件、犯罪主体和犯罪主观要件<sup>[1]</sup>(第443页)。这一时期的总体特征是,以学习、引进前苏联犯罪构成理论为主,同时结合我国现实情况与司法实际,初步探索建立了具有中国特色的犯罪构成理论体系。

### (二)我国犯罪构成理论的停顿期(1957年—1976年)

从1957年下半年开始,一场席卷全国的反右运动爆发,犯罪构成理论研究陷入萧条时期。值得一提的是,1958年由薛秉忠等翻译的前苏联学者特拉伊宁著《犯罪构成的一般理论》顺利出版。该书共分14章,全面、深入、系统地阐述了社会主义犯罪构成理论。其主要内容包括犯罪构成的概念与因素、犯罪构成和犯罪构成因素的分类、犯罪构成是主客观要件的有机统一、犯罪构成是负刑事责任的唯一根据、社会主义刑法中的犯罪构成一般概述、犯罪构成与罪状、类推、扩大解释、共同犯罪、预备、未遂、错

误、排除刑事责任的根据的关系等。该书有关犯罪构成理论的观点、结构以及体系等,为日后我国犯罪构成理论体系的建立打下了坚实基础。1966年“文化大革命”开始,犯罪构成理论研究停滞。

### (三)我国犯罪构成理论的发展期(1976年—2000年)

1976年10月后,我国犯罪构成理论研究全面复苏。随着1979年中国第一部刑法典的颁行,1982年由高铭喧主编的我国第一部高等学校统编教材《刑法学》出版。该书认为,犯罪构成就是我国刑法所规定的,决定某一具体行为的社会危害性及其程度,而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和。其所确立了由犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面组成的四要件犯罪构成理论体系,成为学界通说。这一时期还出版了与犯罪构成理论有关的一些著作。如樊凤林主编的《犯罪构成论》、曾宪信等著《犯罪构成论》、张明楷著《犯罪论原理》、何秉松著《犯罪构成系统论》等。介绍国外刑法研究方面的代表性的书籍有储槐植著《美国刑法》、大塚仁著《犯罪论的基本问题》等。此外,还发表了一系列有关学术论文,中国法学会刑法学研究会分别于1986年、1998年将犯罪论或犯罪构成理论作为年会主题之一。这一时期,出现了传统犯罪构成理论的反思。如有学者主张对传统的犯罪构成理论中的不合理因素进行调整,并提出了“二要件说”、“三要件说”、“五要件说”等。也有学者经过对国外刑法理论的学习研究,通过对大陆法系国家和英美法系国家犯罪论体系与我国犯罪论体系的比较与反思,指出我国犯罪论体系的不足<sup>[2]</sup>(第440页以下)。总体来说,这一时期是我国犯罪构成理论不断发展深入的阶段,虽然有过一些异议,但丝毫没有动摇四要件犯罪构成理论的地位。

### (四)我国犯罪构成理论的繁荣期(2000年—至今)

这一时期刑法学术研究对外交流频繁,翻译出版了大量的国外学术专著。同时,高校更加重视自行编著教材。此外,《法学研究》、《中国法学》等杂志发表的有关犯罪构成的论文也达到了空前地步。《法学》、《政法论坛》等杂志还专门组织专家、学者探讨犯罪构成理论的相关课题。于是,各种新的犯罪论体系层出不穷。其中,主张重构我国传统犯罪构成模式、引进两大法系阶层式犯罪论体系,成为一种新潮。陈兴良教授在其编著《刑法学》(复旦大学出版社)中,引进了德、日由该当性、违法性、有责性三要件组成的理论体系<sup>[3]</sup>(第34页)。张明楷教授在其所著《刑法学》(法律出版社2007年版)中主张两要件阶层体系。在该体系中,犯罪构成由客观(违法)构成要件与主观(责任)构成要件组成,德、日犯罪论体系中的违法阻却事由和责任阻却事由,分别被归入客观构成要件和主观构成要件之中<sup>[4]</sup>(第78页)。重构派认为,我国传统犯罪构成理论存在的主要缺陷是:罪与非罪认定标准混乱,内容相互矛盾,导致犯罪构成不能独立完成认定犯罪任务;犯罪构成判断过程缺乏阶层判断,无法让人判断主观要件与客观要件的先后次序,没有充分发挥控辩双方的权利,不利于保障人权,等等。

## 二、全球化时代我国犯罪构成的本土化问题

### (一)重构派:法律全球化时代的产物

在我国,全球化在20世纪90年代以后兴起,进入21世纪成为一种潮流。全球化强调在市场与科技力量支持下,全球商品、消费乃至文化、价值观和各地人们的行为模式都呈现出趋同的发展。有全球化论者主张,全球化时代的文化、价值观等趋同不可避免。在法学研究领域,全球化浪潮的体现便是法律全球化。对于法律全球化,不同学者认识不同。如美国学者夏皮罗认为,法律全球化是指全世界生活在一套单一的法律规则之下的程度<sup>[5]</sup>(第37页)。我国有学者认为,法律全球化是全球分散法律体系向全球法律一体化的运动或全球范围内的法律整合为一个法律体系的过程<sup>[6]</sup>(第10-11页)。还有学者将法律全球化的基本标志和内容概括为三项:世界法律多样化;世界法律的一体化;全球治理的法治化<sup>[7]</sup>(第19-26页)。法律全球化论通常会认为,世界法律走向调和与统一,是不可阻挡的历史潮流,也是全球社会法律发展的趋势和规律。在全球化浪潮兴起之际,刑法学界也泛起了清算传统犯罪构成理论的浪潮,即重构派。与全球化浪潮这种浪潮相映衬,进入21世纪后重构派的清算之举也愈演愈烈。全球化浪潮的冲击,是重构派对我国四要件犯罪构成理论的全面清算、推到重来的主要动力。

## (二) 全球化时代犯罪构成的本土化

本土化论者认为,全球化趋势被过分夸大,事实上各地多元文化的活力仍旧旺盛。虽然全球化并不意味着文化、价值观以及人们行为模式等趋同。本土化大致可以分为三种情形:一是简单移植。即把外来理论直接照搬过来,应用于本土社会。二是外来理论本土特色化。即因为本土社会的特殊性而对外来理论作出补充、修订和否定。通过修订,理论变得更全面,使我们对社会现象了解更透彻。理论本土特色化意味着根据自身条件和特点,对症下药,将他人的嫁衣做恰如其分的裁剪、修改。三是本土理论原创化。这种新理论主要有两种形式:第一种是基于当地社会的独特性,因而引发新的理论建构;第二种是有关的社会并非独特,其实同样存在于其他国家,但本地研究者捷足先登,建构成一种新理论。本土理论原创化是学者的理想,它不但是理论的开拓,也会为本地研究社群带来最大的认同。

重构派中主张引进德、日等三要件阶层体系的观点,显然是一种简单移植。理论移植作为学术本土化的初始阶段,如果将外来理论比作一件嫁衣,理论移植便是指将他人的嫁衣直接搬过来穿在自己身上,不管是否合身和得体,其存在的缺陷和弊端不言自明。重构派中的两阶层犯罪论体系在模式上类似于英美法系犯罪论体系,在结构上吸纳了德、日等大陆法系国家的阶层特点。这种观点既不是立足于本土社会的特殊性而对外来理论作出补充、修订,也不是基于中国本土社会的独特性而构建的新理论,更谈不上研究者捷足先登。总之,两种重构理论多少具有自话自说的味道。“陈兴良老师主张要学习德日刑法学,但是在德国有 99% 的法官是不会用犯罪构成的理论的,实践中既然不用这个理论,那这个理论其实就是我们学者自娱自乐的一个理论。它在实践中不能解决问题,当然这个理论也不可能解决问题。”<sup>[8]</sup> (第 452 页) 因为,四要件犯罪构成理论在中国司法实践中丝毫没有过时、不适应本土运用的弊端,相反还具有极高的实用率。“但是根据我考察中国的四要件理论 99% 都在用,主要是四要件理论在我国中国是有其实际的操作价值的,为什么要否定它呢?”<sup>[8]</sup> (第 454 页)

笔者认为,应当辩证看待法律全球化。那种试图模仿他国建立共同的法律及其理论模式的主张,是不现实的。全球化时代的法律趋同,更主要的是针对技术较强的法律部门而言的,如交通控制法、大气污染防治法、自然资源保护法等<sup>[9]</sup> (第 219-220 页)。对于那些社会伦理、价值观念较强的法律部门,如刑法、宪法等,片面追求法律趋同并不可取。因为,这些法律部门包含着鲜明的本土资源,既有本土历史传承下来、实际影响人们的行为观念以及行为模式,也包括当前社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种正式、非正式的制度,如各种民间习惯、乡规民约等,外来的法律制度及其理论体系并不容易获得人们的接受和认可<sup>[9]</sup> (第 241 页)。因此,全球化时代的犯罪构成理论构建,不应该单纯地理解为结构、规则的趋同化,乃至推倒重来。

## 三、全球化时代中国犯罪构成理论的经验总结

### (一) 立足本民族文化思维模式,是构建犯罪论体系的前提和基础

全球化时代可以跨越时空进行文化交融,但要割断延续数百、数千年的文化脐带是不可能的。刑法作为与民族社会生活、价值观念、文化传统等联系最紧密的法律,其中的犯罪构成理论不可能脱离本土文化思维模式而片面异化。德国的犯罪论体系研究经历的古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系、目的性行为理论三个阶段,均未脱离自身的生存根基。“尽管有各种辨证的方向性变化,这些观点仍然处在一条连续发展的路线上:在从自然主义直到今天,在所有内容上的变化方面,各种基础的范畴都保持了自身的性质,……。”<sup>[10]</sup> (第 126 页) 今天的德国,包括刑法学在内的几乎所有人文社会科学都在反思植根本土文化传统、价值观念,反映本民族的民族信念与民族意识。“事实上,在当今的德国,整个学术领域正在从事这一宏伟的‘田野调查’。不仅在法的历史研究中,而且,在民歌、民间童话、民间话本、民间习俗以及语言、诗歌和宗教等一切领域的研究中,民族意识均如沛然春水般涌流。”<sup>[11]</sup> (第 9 页) 在日本,明治以后移植的众多法律与日本民族观念和民族意识并不合拍,导致日本社会出现了“纸面上的法律”与“行动上的法律”之别。“在近现代日本社会,除去由国家权力制定的西洋化的文字上的法律之外,还存

在着受传统法律观念、传统法律意识所支配的现实生活中备受重视的行为规范——‘活的法’。写在纸面上的法与人们观念意识中的‘活的法’共存互动,形成了日本法的双重结构。”<sup>[12]</sup> (第8页)今天,众多的犯罪论体系给日本刑法学界带来了扑朔迷离的感觉,为学者们诟病。即便如此,日本犯罪论体系的构建并没有完全脱离本土法律文化和价值观念。“从其所承担的社会功能的角度来看,绝未演变成为西洋法。不清楚这一点,就不可能对日本法有一个深刻的理解,也不可能对日本法的特性做出准确的判断。”<sup>[12]</sup> (第8-9页)除德、日外,意大利、法国以及英美法系国家等也基本立足于本土文化思维模式,构建具有本土特色的犯罪构成理论体系。总之,不同的民族的文化思维及价值理念等始终是一国犯罪构成理论体系构建的基础,在全球化时代依然如此。西方诸国,即使归属于同一法系,但基于各国特有的历史传统、价值观念、文化思维等,他们的犯罪论体系并非千篇一律。正如美国学者梅利曼所言,大陆法系国家分享着大陆法系的同一传统,但分享的程度却不尽相同<sup>[13]</sup> (第150页)。

### (二)辩证扬弃其他国家或民族和学科的成果,是构建犯罪论体系的保证

要想使刑事法治保持旺盛的生命力,离不开对其他国家和民族刑事法律文化的辩证扬弃。德国犯罪论体系赖以创立的严密体系性与形式主义,就不断遭到学者们质疑。如恩吉施认为,法学可以不像数学或其他可精确计算的科学那样遵循严格的“公理式”体系,那种严格的体系首先需要定量的基本概念或“公理”,彼此在逻辑上必须能够相容,并且必须是“最终的”,它们不能由其他公理导出。如果想将属于特定法秩序的一大堆概念还原为少数几个类似公理的基本概念,其“数量之多,将一如自然及社会的世界所能够提供给吾人者一般”,因此其本身不能构成一个封闭完结的概念群<sup>[14]</sup> (第43页)。考夫曼也指出了法的形式主义的弊端。“法律发现实质上表现为一种互动的复杂结构。这种结构包括着创造性的、辩证的,或许还有动议性的因素,任何情况下都不会仅仅只有形式逻辑的因素,法官从来都不是‘仅仅依据法律’引出其裁判,而是始终以一种确定的先入之见,即由传统和情境确定的成见来形成其判断。对此,形式主义却干脆视而不见。”<sup>[15]</sup> (第21-22页)日本也有学者认识到三要件理论体系的不足,并提出新观点。“内田文昭、曾根威彦等教授提倡行为类型论,认为所谓构成要件是给犯罪以轮廓的观念的形象,作为刑法体系的理论,构成要件是均等地包括违法的行为与合法的行为、有负责的行为与无负责的行为形式上价值中立的行为的类型。”<sup>[16]</sup> (第119页)甚至有学者还主张引进中国的犯罪论体系<sup>[17]</sup> (第104-105页)。可见,依靠庞杂的理论学说支撑构建的德、日阶层性犯罪论体系,并非想象的那样完美。全球化时代的犯罪论体系构建,离不开对其他国家或民族成果的辩证扬弃。本土的刑事法律文化发展模式,并不是完美无缺的,自身不可避免地蕴涵着矛盾与斗争。因此,在坚持传统的价值理念、文化传统的情形下,不能守着传统模式或者结构一成不变,犯罪构成理论本身需要与时俱进,在立足于本土资源的基础上,充分吸纳外来优秀成果。

### (三)吸收其他学科的营养成分,是构建科学的犯罪论体系的必要补充

作为人文社会科学,法学不可能脱离其他人文社会科学而独立存在,更不能闭门造车。“法学不能满足于自给自足,而需要从其他的人文社会学科的研究中汲取营养。”<sup>[18]</sup> (第17页)其实,法学作为人类社会成果,与其他学科本来就不可分割。“脱离总体文化,与其他子文化系统不相干的单纯的法律文化是不存在的。”<sup>[19]</sup> (第32页)如果法学研究工作者只关注法学的发展变化,就容易使法学脱离社会生活和实际情况,最终被社会所抛弃。“对社会、经济和政治问题不闻不问的态度,割断了法与其他文化之间的联系,使得法学家愈来愈不适应社会的需要。”<sup>[13]</sup> (第154页)对相关学科的研究,是西方近现代许多著名的刑法学家取得成功的经验。在西方刑事法律发达史上,孟德斯鸠、贝卡利亚、黑格尔、龙勃罗梭许多闻名于世的大师,都得益于法律科学之外的推演,成就其不朽成就。“康德、黑格尔以自成体系的哲学理论对刑法做出精辟论述,边沁则以经济学为基础对古典刑法的基本观点进行的深入论证,龙勃罗梭以人类学为视角的研究对刑法学产生的深远的影响,费利、李斯特以社会学为基础对古典学派的诸多基本观点发起挑战,并导致极大地推动了刑法的研究深度和广度的轰轰烈烈的主观主义和客观主义的刑法学派之争,以及法国思想家福科则以其独创的‘知识考古学’对刑法理论作出的诸多贡献,就不仅仅是借鉴,

而只能说是多视角研究的产物。”<sup>[20]</sup> (第 2 页)正是法学与其他人文社会科学的密切联系,决定了犯罪构成理论体系的构建需要吸收其他学科的营养成分。近代大陆法系的阶层式犯罪论体系,就是立足于自然科学实证主义的二元方法论的直接产物<sup>[21]</sup> (第 118 页以下)。

#### 四、全球化时代我国犯罪构成理论体系的展望

作为一种民族文化,各国犯罪理论体系在构建上必然依循本国或本民族的文化思维模式。它们各有优劣,风险与收益并存,没有哪种犯罪论体系完美无缺。德国学者约翰内斯·韦赛尔斯论述德国各种犯罪论体系对犯罪构造和与之结合的刑罚的后果的影响时,就分别对各犯罪论体系的缺陷提出批评<sup>[22]</sup> (第 493-495 页)。至于德、日犯罪论体系的思想根基——新康德学派哲学方法论,就一度成为人们诟病的对象,乃至在第二次世界大战以后成就了目的行为论与社会行为论的兴起<sup>[23]</sup> (第 114-115 页)。真正检验犯罪论体系是否合理、可取,不在于犯罪构成体系的结构和层次上,而在于其在司法实践中的实用性与可操作性。事实上,我国现行犯罪构成体系在司法实践具有极强的操作性和实用性,充分表明其与我国文化思维模式基本吻合,并轻而易举在我国本土扎根。那些赞成德、日等大陆法系犯罪论体系的学者,不过将别人的优点放大些,将我们的缺点夸张些罢了。不过,实用性与操作性强并不等于理论是完美无缺的。从肩负评价犯罪的唯一标准的重任的角度来看,我国犯罪构成理论体系确实存在不足。其最大弊端,莫过于忽视了主客观分立在犯罪构成中的重大意义,并导致以正当防卫等正当化事由为核心的违法性要件在犯罪构成中没有找到合适的位置,使犯罪构成作为犯罪认定为一标准地位的沦丧。此外,行为的社会危害程度要件(罪量要件)在归类上也与犯罪理论体系本身存在矛盾。绝大多数学者将犯罪情节等反映行为社会危害程度的要素置于客观要件论述,考虑到情节等因素包含主观罪过等,这种归类显然是不成立的。因此,全球化时代中国犯罪构成本土化的重点,应当是如何将违法性纳入犯罪构成要件体系,并对罪量要件加以适当归类,以求真正确立犯罪构成作为犯罪认定唯一标准的至尊地位。

#### [参 考 文 献]

- [1] 高铭喧:《刑法学原理》第 1 卷,北京:中国人民大学出版社 1993 年版。
- [2] 李 洁:《三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究》,载陈兴良:《刑事法评论》第 2 卷,北京:中国政法大学出版社 1998 年版。
- [3] 陈兴良:《刑法学》,上海:复旦大学出版社 2003 年版。
- [4] 张明楷:《刑法学(第三版)》,北京:法律出版社 2007 年版。
- [5] Shapiro, M. 1993. "The Globalization of Law," *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1(1).
- [6] 周永坤:“全球化与法学思维方式的变革”,载《法学》1999 年第 11 期。
- [7] 黄文艺:《全球结构与法律发展》,北京:法律出版社 2006 年版。
- [8] 梁根林:《犯罪论体系》,北京:北京大学出版社 2007 年版。
- [9] 何勤华:《法律移植论》,北京:北京大学出版社 2008 年版。
- [10] [德]克劳辛·罗克辛:《德国刑法学总论(第 1 卷)》,王世州译,北京:法律出版社 2005 年版。
- [11] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,北京:中国法制出版社 2002 年版。
- [12] 华夏、赵立新、[日]真田芳宪:《日本的法律继受与法律文化的变迁》,北京:中国政法大学出版社 2005 年版。
- [13] [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,北京:法律出版社 2007 年版。
- [14] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆 2003 年版。
- [15] [德]阿图尔·考夫曼:《后现代法哲学——告别演讲》,米健译,北京:法律出版社 2000 年版。
- [16] 马克昌:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉:武汉大学出版社 2002 年版。
- [17] [日]大塚仁:《刑法概说(总则)》,冯军译,北京:中国人民大学出版社 2003 年版。
- [18] 贺卫方:《法学:自由与开放》,载《中国社会科学》2000 年第 1 期。
- [19] 张文显:《法律文化的释义》,载《法学研究》1992 年第 5 期。
- [20] 齐文远:《自序:中国刑法学研究的创新之路之我见》,载齐文远、周详著:《刑法、刑事责任、刑事政策研究——哲学、

社会学、法律文化的视角》,北京:北京大学出版社2004年版。

[21] 许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社2005年版。

[22] [德]约翰内斯·韦赛尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,北京:法律出版社2008年版。

[23] [日]西原春夫:《刑法·儒学与亚洲和平——西原春夫教授在华讲演集》,济南:山东大学出版社2008年版。

(责任编辑 车 英)

## A Summary of Basic Experience on the Theory of Crime Constitution of 60 Years since the Founding of the PRC

Peng Wenhua

(Foshan University Law Department, Foshan 528000, Guangdong, China)

**Abstract:** The study on the theory of crime constitution in china may be divided to four periods: period of germ, period of pause, period of development and period of prosperity. It is not necessary for us to introduce composition of crime in Germany or Japan which is a simple naturalization of theory. Studying theory of composition of crime, we should keep up a dialectical attitude to Law-globalization, but found crime constitution by imitating the theory of other countries is unpractical. In the globalization process, summarizes our experience as follows: basing localization on thinking pattern of native culture; developing what is useful and discarding what is not in foreign culture; taking the best of other interdisciplinary courses. It is necessary to include normative elements in the constitutive elements of crime, to establish a theory that composition of crime is the unique criterion of being guilty or not.

**Key words:** composition of crime; systematic theory of crime; localization; globalization; illegality