

犯罪论体系之争的学派渊源

焦旭鹏

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

摘要:中国刑法学界当下的犯罪论体系之争是一场没有确切宏观学术史意义体认的学术论争。只有从刑法学知识在世界范围内发展流变的学术史意义上深入检讨犯罪论体系之争,特别是认真考究三阶层犯罪论体系和四要件犯罪构成理论的学派渊源,才能理解这场学术论争的性质。中国四要件的犯罪构成理论学自苏联,但并没有发展出根本上不同于苏俄犯罪构成理论的中国化理论。以四要件的犯罪构成理论为核心的苏俄刑法知识是刑事黑格尔派经过马克思哲学唯物主义改造后的学术发展。以三阶层犯罪论体系为核心的德日刑法知识则归属于从受到康德影响的费尔巴哈到新康德哲学对德国犯罪论体系造成深远影响和不断创新的学术一脉。当下中国的犯罪论体系之争是具有特定学派演变背景的刑事德日派和刑事苏俄派之争。

关键词: 犯罪论体系之争; 学派渊源; 中国化; 苏俄刑法知识; 德日刑法知识

中图分类号: D924 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3291(2015)06-0088-10

DOI:10.16197/j.cnki.lnupse.2015.06.015

一、引言

从2000年以来展开的犯罪论体系之争似乎不再是当下中国刑法学界的一个学术热点问题,在各方阐明了学术主张后其研究态势现已日渐疏落,似乎学理上的讨论已很充分,剩下的只是不同理论体系各自在中国的学术市场上如何被选择、吸纳或传承的问题。不过,笔者却以为,这场关乎中国刑法学基本走向的学术论争,其实至今仍忽视了对其论争性质的深入检讨,忽视了从刑法学知识发展流变的“世界刑法学知识地图”之视角深入把握该论争的理论意义,而与此同时,某些似是而非的学术史观点却产生较大影响,使对立的理论阵营双方都陷于某种遮蔽状态。这种研究状况是令人遗憾的,它带来的问题是,尽管我们激烈地为犯罪论体系的选择问题而辩驳争论,但可能并不真的知道我们所坚持或者反对的理论究竟是什么,或者说并不清楚我们是站在什么样的学理传统上去支持或反对的。简而言之,我们进行了一场没有确切宏观学术史意义体认的学术论争。

笔者认为,只有从刑法学知识在世界范围内发展流变的学术史意义上深入检讨犯罪论体系之争,特别是认真考究三阶层犯罪论体系和四要件犯罪构成理论的学派渊源,我们才能看清楚自己在“世界刑法学知识地图”上的理论坐标,才能明了自己是在什么样的意义上去介入或参与犯罪论体系之争,才能更好地把握各自学术倾向的历史勾连与理论前景。

笔者并不期许以本文完成这一宏大学术抱负,但本文可对某些似是而非的观点提出质疑,把观察问题的视角开放出来,使犯罪论体系之争的学派渊源问题为更多学界同仁所关注,并不断深化对犯罪论体系之争的宏观学术史意义探讨。本文在对以四要件犯罪构成理论为核心的传统刑法知识形态与苏俄刑法知识的关系作出必要交代的基础上,以学派传承为视角,大致梳理了苏俄刑法知识的前世今生、德日

收稿日期 2015-09-17

作者简介:焦旭鹏,男,河南南阳人,回族,中国社会科学院法学研究所刑法研究室助理研究员,法学博士。

刑法知识的理论流变等重大理论问题,认为中国当下的犯罪论体系之争是具有特定学派演变背景的刑事德日派和刑事苏俄派之争。

二、中国刑法知识的苏俄气质

中国以四要件犯罪构成理论为核心的传统刑法知识形态源自苏联,但是否可直接把中国的刑法理论与苏联刑法理论相等同却存疑问。有学者认为,“四要件的犯罪构成理论已被中国化”,“不应以‘苏俄化’的标签来指代四要件的犯罪构成理论”〔1〕。笔者认为,有必要对中国以四要件犯罪构成理论为核心的传统刑法知识形态与苏俄刑法知识的异同关系加以研究。因为,如果苏俄刑法知识或犯罪构成理论确已中国化^①并成为与之根本不同的本土理论,那就意味着“刑法知识去苏俄化”的命题混淆了中国和苏俄犯罪构成理论,而如果两者的犯罪构成理论并无实质差异,中国刑法知识仍具有苏俄气质,则不仅“刑法知识去苏俄化”的命题言之有据,理解中国犯罪构成理论的学术渊源,也应始于考察苏俄刑法知识的前世今生。

(一)苏俄刑法知识中国化的内容

苏俄刑法知识引进中国大致发生在1949年到1956年这一时段,主要是以移译苏联的刑法学著作作为主要方式,也有苏联专家来华讲授刑法课程。从研究文献状况来看,苏俄刑法知识的中国化似应从1954年后的刑法学研究中去考察,而笔者主要关注的是犯罪论体系的中国化。

较具中国特色的讨论发生在1957年,毛泽东同志发表《关于正确处理人民内部矛盾的问题》一文提出了两类矛盾的学说,这引起刑法学界的广泛关注。有学者认为犯罪现象中存在着两类不同性质矛盾,从而把两类矛盾学说引入到刑法学领域〔2〕,其中犯罪构成与两类矛盾问题成为一个重要学术议题。有关这方面的讨论显然不见于苏联刑法学而为我国刑法学所独有。

1977年以后我国刑法学进入复苏和繁荣阶段,除了对犯罪与两类矛盾问题、犯罪的因果关系进行继续的学术探讨外,较为集中对犯罪构成进行了研究。值得注意的是,针对犯罪的因果关系,有学者提出了“高概率因果关系说”并进而发展为“一个半因果关系说”〔3〕。这一学术见解不同于苏联刑法学者的讨论,在中国刑法学界产生了较大的影响。

应该肯定,中国学者在向苏联学习刑法知识时有明确的主体意识。宁汉林先生在1979年发表论文,在严肃批判刑法科学中的法律虚无主义思潮之后,主张为犯罪构成理论恢复名誉,同时提出要创立具有中国民族特色的犯罪构成理论〔4〕。高铭暄教授也曾指出,中国刑法学者在学习苏联刑法知识的过程中并未机械照搬犯罪构成理论,而是弃其糟粕,取其精华〔5〕。高铭暄教授在新近的研究中又提出了中国的犯罪构成理论与苏联犯罪构成理论的典型区别,他认为“中国刑法学犯罪构成理论强调犯罪构成不仅决定社会危害性的存在,而且决定社会危害性的程度,从而在犯罪构成要件中引入定量因素,将对犯罪构成的认识提升到社会危害性的质与量统一的高度。”〔6〕

何秉松教授1986年提出建立具有中国特色的犯罪构成理论新体系〔7〕,他后来逐渐形成了富有特色的“犯罪构成系统论”。1987年何秉松教授提出以唯物辩证法为指导研究犯罪构成,将系统论方法引入到犯罪构成理论中,提出犯罪构成是刑法所规定的、为构成某种犯罪所必需的各个要件组成的具有特定社会危害性的有机整体〔8〕。这一见解批判了我国学者以及包括特拉伊宁在内学者所主张的犯罪构成是主客观要件总和的观点,而代之以系统论思维下的“有机整体论”。

(二)苏俄刑法知识中国化的反思

从苏俄刑法知识中国化的内容来看,中苏犯罪构成理论的差异似乎表现在较多方面,不过这些差异

① 有关苏俄刑法知识中国化的讨论,笔者曾以《苏俄刑法知识中国化及其反思》为题将初稿提交至第五届中国法学博士后论坛(2014)进行交流。

在学术上的价值该如何衡量值得再做探讨。

与中国刑法学研究中引入国家领导人的论述(比如毛泽东的两类矛盾学说)相似,苏联刑法学者也引入国家领导人的论述来指导刑法学研究,但这些做法实际上是政治话语对学术话语的侵蚀,并不利于发展真正的刑法理论。这种状况引起了中国刑法学者的反思,认为其“明显地加剧了刑法学科政治化的倾向,用简单的政治分析代替精湛的法律分析,这无疑不利于刑法学理论的繁荣发展”〔9〕。

但是,对于官方意识形态中具体观点在刑法学中的运用不限于前述两类矛盾学说与犯罪构成的探讨,把系统论作为当代科学思维方式运用于犯罪构成理论的构造安排、必然因果关系和偶然因果关系运用于犯罪因果关系的分析均在此列。哲学见解直接作为刑法观点使用的做法实则压迫、取消了刑法学科内专门学理逻辑的展开空间。

宁汉林先生提出中国犯罪构成理论拒斥了苏联犯罪构成理论强调人身危险性的成分,但他未及注意苏联的犯罪构成理论后来的发展变化,而成熟、定型的苏联犯罪构成理论与中国的理论一样,都把行为的社会危害性作为构造犯罪构成的基础〔10〕。高铭暄教授提出的前述中国犯罪构成理论的特色,似乎也并没形成对俄罗斯刑法学的根本性超越。比如俄罗斯刑法学者也明确提出:“在刑法中,犯罪构成的各要件能够共同确定犯罪的社会危害性的本质、特点和程度,具有典型的、本质的、必要的和充分的特征。”〔11〕社会危害性的“程度”也被俄罗斯学者考虑到犯罪构成各要件之于社会危害性的意义中去了。

至此我们不难发现:中国刑法学者的学术努力并没有创造出根本上不同于苏俄刑法理论的独特内容,甚至有时所谓的“独特性”内容恰恰要归因于政治话语对刑法学术话语的侵蚀,而在刑法教义学层面并无知识增量意义上的见解。在笔者看来,中国四要件的犯罪构成与苏俄四要件的犯罪构成,都是在社会危害性的基础上发展起来的理论体系,在理论结构、要件排列顺序等方面都是一致的,对于刑事责任的意义也完全相同。

总体而言,“苏俄刑法知识的中国化”或“犯罪论体系的中国化”之命题缺乏有效的事实依据,似乎难以成立,而与史实相符的是中国刑法知识具有浓厚的苏俄气质,这构成了我们把握犯罪论体系之争学派渊源的基本认识起点。

三、苏俄刑法知识的前世今生

承认“苏俄刑法知识中国化”或“犯罪论体系的中国化”之命题无法成立,就意味着中国四要件犯罪构成理论的学术寻根之旅应从考察苏俄刑法知识的前世今生开始,而厘清苏俄犯罪构成理论的学术渊源或发展源流具有关键性意义。

(一)苏俄犯罪构成理论的历史之问

新中国建立伊始我们开始师法苏俄移译其刑法著作,对于所学的理论究竟最初如何发端、怎样发展并走向成熟这样基本的学术史问题也给予了一定关注,但由于时代的局限性未能深入展开^①。随着中国刑法学界有关犯罪论体系争论的深入,对于苏俄犯罪构成理论的历史又重新考究起来,苏俄犯罪构成理论的“学术血统”到底如何似乎成为一个尚未解决的历史之问。

何秉松教授认为,德日三阶层的犯罪论体系与中俄四要件的犯罪构成理论有一个共同的学术之父即费尔巴哈,“中俄的犯罪构成理论和德日的构成要件理论是费尔巴哈理论的两个分支,因为二者都继承了费尔巴哈 Tatbestand(笔者注:应译为‘构成要件’)的科学概念”〔12〕。在他看来,在德国是贝林格(Ernst Beling)

^① 由曹子丹先生等译介的《苏联刑法科学史》(法律出版社1984年版,译自苏联的科学出版社1978年俄文版)一书过于简略,或许由于意识形态上的划界,其基本上并不反映十月革命前刑法理论的状况,更没有深入讨论其与革命后刑法理论之间的关联。这对苏联犯罪构成的学派渊源角度的观察而言,基本没提供有效的史料素材。

继承了费尔巴哈的体系并做了自己的发展,但割裂了费尔巴哈的理论,在俄国则是塔甘采夫(Таганцев Н. С.)继承了费尔巴哈的理论,并且保持了费尔巴哈理论的体系性和完整性,并且有所发展和突破^[13]。

这种见解视费尔巴哈为刑法学之父和构成要件理论之父,言下之意塔甘采夫的理论才是承继自费尔巴哈的学术正统,而贝林一脉的理论则在某种程度上是对费尔巴哈学术正统的背离。

值得追问的是,塔甘采夫的理论到底是怎样从费尔巴哈的理论那里承继过来的?二者之间的理论在学术上到底存在什么样的亲缘关系?在何秉松教授那里,采取的做法是将费尔巴哈的 Tatbestand 理论与塔甘采夫的犯罪构成理论直接进行对比,这种做法省略了学术史实考察,存在方法论上的不妥并带来很多问题。

如果回到费尔巴哈的犯罪理论,不难发现他对犯罪的 Tatbestand 的讨论是在“绝对可罚性的客观根据”这一主题下进行讨论的,而在“绝对可罚性的主观根据”之主题下讨论的则是责任问题而完全不涉及 Tatbestand^①。既然适用刑法法规的法律可能性包括绝对可罚性的客观根据和主观根据,显然费尔巴哈并不是在犯罪成立的意义上使用 Tatbestand 一词,因为绝对可罚性的主观根据无法为 Tatbestand 一词所包摄。塔甘采夫却是在犯罪成立的意义上使用“犯罪构成”(Tatbestand),这与费尔巴哈的见解大相径庭,更谈不上对其主张的承继。

更有学者指出,塔甘采夫的刑法思想乃是受到刑事黑格尔派学术传统的影响,黑格尔的辩证法思想对他的犯罪理论体系影响很大,而费尔巴哈的刑法思想则受到康德哲学的影响,二者理论的哲学基础截然不同^[14]。

由此可见,塔甘采夫的理论并不承继自费尔巴哈,二者在学术上也并无直接的亲缘关系,而德日三阶层犯罪论体系与中俄四要件犯罪构成理论有一个共同的学术之父费尔巴哈的说法恐难成立。

(二)苏俄犯罪构成理论的追踪溯源

对苏俄犯罪构成理论的追踪溯源仍是一个无法绕开的学术任务,而这应该从构成要件的概念及其传播进行探讨^②。

俄罗斯学者指出:“19世纪中叶,俄国的刑法学家接受并将 Tatbestand 引入到了学术用语中,这个词译成俄语后就是犯罪构成。”^[15]有学者指出,当时正是黑格尔学说在德国影响力上升的时期,俄国刑法学者的理论受到了德国刑法黑格尔派的影响^[16]。有研究表明,贝尔纳(Berner A. F.)^[17]和凯斯特林(Kostlin C. R.)^[18]是这一时期影响俄国刑法学者的德国刑法黑格尔派的代表,而属于这一学派的学者至少包括杰普、马克西莫维奇、弗拉斯耶夫^[19]和帕柳姆别茨斯基、希什金^[20]。斯帕索维奇(Спасович В.)被认为深受刑事黑格尔主义者贝尔纳刑法思想影响,而作为斯帕索维奇学生的塔甘采夫后又留学德国接受了刑事黑格尔派思想传统^[21]。

与刑事康德派的学者不同,贝尔纳等人接受了黑格尔哲学中客观与主观、主体与客体相统一的观点,把行为客观属性(作为、不作为)和主观属性(行为人的罪过)都归入到犯罪构成中^[22]。凯斯特林同样也明确地主张犯罪行为的主观特征与客观特征相结合的必要性^[23]。

贝尔纳的刑法著作《刑法教科书》于1865年其总论部分^[24]、1867年其分论部分^[25]由俄国学者涅克留多夫翻译成俄文,而斯帕索维奇的《刑法教科书》1863年印行出版,塔甘采夫1874年出版了《俄罗斯刑法教程》,不过1902年出版的《刑法总则》似乎后来受到苏联刑法学界更多的关注。有资料表明,1875年

① 参见[德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈著, C·J·A·米特迈尔出版《德国刑法教科书》(第十四版)徐久生译,中国方正出版社2010年版,第83页以下。由于该教科书出版者清楚地列出了哪些内容属于出版者增补,所以虽然版本更迭较多,似乎并不妨碍我们区分出哪些内容是费尔巴哈自己的主张。

② 对构成要件的观念史考察可追溯至13世纪意大利,源自程序法意义上的使用并逐步在德国转变成实体法上的意义,参见蔡桂生《构成要件论的学说史梳理》,载陈兴良主编《刑事法评论》第31卷,2012年版。

的季斯甲科夫斯基(Кистяковский А. А.)、1883年的别洛格里茨·科特里亚科夫斯基、1902年的塔甘采夫,均在自己的著作中接受了刑事黑格尔派的思想^[26]。

在斯帕索维奇的理论体系中,已包含了四要件犯罪构成理论的基本环节^[27]。塔甘采夫则把犯罪构成归结为:(1)行为人——犯罪行为的实施者;(2)犯罪行为的指向——客体或犯罪侵害的对象;(3)从内部、或外部来研究的犯罪侵害本身^[28]。若比较塔甘采夫与贝尔纳的主张,也不难发现二者之间的思考逻辑存在的相通之处。

德国贝尔纳、凯斯特琳等刑事黑格尔派学者对帝俄时期俄罗斯刑法学的深刻影响似乎毋庸置疑,但费尔巴哈这样深受康德思想影响的刑法学者跟俄罗斯刑法学之间存在何种关联还值得探究。有学者指出,在俄罗斯其实曾经存在过刑事康德派,比如茨韦塔耶夫(Цветаев Л.)、菲利莫诺夫(Филимонов В.)教授和被翻译过来的列伊恩加尔德、斯涅利和斯特勒什缅-斯特罗伊诺夫斯基的教科书所传播的就是刑事康德派的学术思想^[29]。但是,俄罗斯的刑事康德派所存在的历史时段应给予适当的注意。茨韦塔耶夫和菲利莫诺夫等人的著作见之于大约1810年至1820年代,似乎并没机会成为可以传之久远的刑法学术正统。米铁男博士指出:“康德与黑格尔的思想都深深影响着俄罗斯的学术活动,但是在19世纪后半期,康德哲学的影响力受到了黑格尔的冲击,逐渐衰落,而黑格尔学派渐渐取得了上风。”^[30]

由此看来,帝俄时期俄罗斯刑法学者们对德国刑事黑格尔派学术思想的接受,养成了十月革命前俄国刑法学界的主流学术传统。1917年十月革命后,由于马克思主义哲学的官方支配地位形成,使德国1830年代以后兴起的新康德主义哲学成为被苏联人批判的资产阶级意识形态,这就造成德国刑法学受到新康德主义哲学影响后的理论发展也遭到批判而在苏联刑法学界无安身之所,而黑格尔哲学由于被马克思主义哲学批判地吸收,其辩证法思想在相当程度上被接受下来,这为刑事黑格尔派的理论构造机理不被彻底否定创造了不可或缺的政治条件。即使苏联建国后曾批判革命前法学的反动本质,并以政令方式否定革命前的所创作的著作^[31],也很难改变黑格尔哲学对立统一的辩证法思想方式对苏联刑法理论构造方式的影响。毕竟在十月革命后活跃在苏联刑法学界的皮昂特科夫斯基(Пионтковский А. А.)、谢尔盖耶夫斯基(Сергеевский Н. Д.)等学者在1917年前都出版了自己的刑法学著作,要想骤然割断这种内在的思想联系而另起炉灶发展全新的刑法理论恐怕不太可能。

1917年十月革命后的苏联刑法学特别是犯罪构成理论是在怎样的基础上发展起来的,这值得做进一步研究。对于苏联刑法学者来说,特拉伊宁的学术影响是不可忽视的一个存在,但是苏联学者对特拉伊宁的评价却耐人寻味,尽管公认他率先研究了犯罪构成学说中的所有问题,却并没有把他对犯罪构成的主张作为苏联刑法学的基础,而只是说他的功绩在于“由于他提出了一系列有争议的问题,从而有助于展开热烈的讨论”;“这种讨论最终对于苏维埃刑法科学的发展产生了良好的影响。”^[32]

陈兴良教授在研究中发现,“在苏俄刑法学中,始终存在犯罪构成的规范学派与犯罪构成的实体学派之间的对立,前者以特拉伊宁为代表,后者以皮昂特科夫斯基为代表,又称为教科书派。”^[33]最后论争的结局是特拉伊宁向教科书派的学术妥协。特拉伊宁是能读德文学术文献的学者,但是由于苏联当时的意识形态影响须把贝林的学说归为资产阶级的刑法思想,直接引用贝林主张作为自己理论的来源断无可能,但是受到贝林的影响仍然有迹可循。也许,这就是特拉伊宁受到批判并最终向教科书派妥协的根本原因所在,哪怕个中缘由无关学术。

教科书派的主张最终成为苏联刑法学术的基础,其代表人物皮昂特科夫斯基与受到康德批判哲学影响的犯罪论体系坚决划清界限并对之加以批驳^[34],他所主张的犯罪构成理论遂把构成要件论与犯罪要件论归为一体,罪过与因果关系也归入犯罪构成,认为犯罪构成是构成犯罪的要件(要素)的总和,主张每一犯罪构成的基本因素为:(1)犯罪的客体;(2)犯罪的客观因素;(3)犯罪的主体;(4)犯罪的主观因素^[35]。这种见解在苏联解体后仍然留传下来,并成为通说,比如在1996年俄罗斯联邦刑法公布后,1997年

最先出版的一批刑法学教材中库德里亚采夫院士将犯罪构成就定义为“根据刑事法律,将危害社会行为认定为犯罪并是刑事可罚的危害社会行为的要件的总和”〔36〕。在这一刑法学术传统中,尽管还存在着“系统论”与“总和论”的学术论争〔37〕,但主客观相统一、内在与外在相统一的思维模式,犯罪构成是刑事责任唯一根据的理论原则,以及犯罪构成四个要件的平面构造均被继承了下来,它是刑事黑格尔派经过马克思哲学唯物主义改造后的学术发展。以马克思主义哲学为基本指导思想,以皮昂特科夫斯基等人的刑法教科书为经典著述,拥有库兹涅佐娃、科米萨罗夫、拉罗各等一大批当代俄罗斯的优秀刑法学者为其传承者的“刑事苏俄派”似乎早已蔚然成型。

四、德日刑法知识的理论流变

厘清以三阶层犯罪论体系为核心的德日刑法知识之学术肇始与理论承继,同梳理苏俄刑法知识的学术源流一样,也是不可或缺的重要学术环节。只有明了德日刑法知识的理论流变,才能为正确地进行苏俄刑法知识与德日刑法知识的比较提供基本的学术事实意义上的认识依据。

(一)德日犯罪论体系的肇始

由于日本的犯罪论体系乃师法德国而成,所以对德日犯罪论体系如何肇始的考察仅考虑德国的情况即可。对德国犯罪论体系的追踪溯源理应从对构成要件观念史开始,这是因为构成要件理论对于三阶层犯罪论体系而言具有十分重大的意义。“构成要件(Tatbestand)是整个犯罪论体系的基石范畴与核心意念。”〔38〕费尔巴哈率先在19世纪初把“Tatbestand”一词在实体刑法的意义上使用。由于费尔巴哈主张“只有存在客观构成要件的场合,才可以被惩罚”之原则,就为罪刑法定提供了法理上的基础〔39〕。1813年费尔巴哈参与制定《巴伐利亚刑法典》则首次把罪刑法定原则明文纳入立法。由于费尔巴哈卓越的贡献,他被认为是近代刑法学之父。如果说1764年发表《论犯罪与刑罚》的贝卡利亚在刑法近代化上具有思想启蒙的意义,那么费尔巴哈则使刑法学走向了规范化发展之路。

费尔巴哈受到康德哲学的影响,日本学者庄子邦雄曾对此加以确认:“费尔巴哈在其19岁的弱冠之年,就开始以康德哲学为基础,对否定法国大革命的革命思想并提出封建绝对主义理论的瑞贝格(A·W·Rehberg)展开了反驳”〔40〕。还有学者指出,康德哲学中的主观与客观相对立、事实与价值相分离影响了他的犯罪理论〔41〕。费尔巴哈并没有自觉地将犯罪论予以体系化、阶层化,而这一任务直到贝林、李斯特建立的古典犯罪论体系中才得以实现。不过,费尔巴哈在实体法意义上使用“构成要件”一词的创见、对罪刑法定原则的倡导等内容,均为后来的刑法学者所承继。陈兴良教授更是指出:“客观的绝对可罚性与主观的绝对可罚性根据的区分,可以说是不法与有责区分的雏形,因而已然具备三阶层的犯罪论体系的原始面目。”〔42〕

(二)德日犯罪论体系的发展

作为贝林的老师,宾丁(Karl Binding)的学说对于犯罪论的发展具有重要的承接意义,尽管他并没有为犯罪论体系的阶层化做出贡献,但他的主张对犯罪论体系内的某些重大问题的认识有启发意义。1886年贝林在莱比锡大学听了宾丁的课,宾丁的意志自由、行为责任、责任和报应刑论对贝林影响很大,奠定了其后来的研究之路〔43〕。贝林前期作品践行实证主义哲学,这与其师承渊源不无关系。

贝林与李斯特(Franz V. Liszt)开创了古典犯罪论体系,“这个体系在现代德国信条学中至今仍然适用的基础性范畴,是建立在这样一种认识基础上的:不法和罪责之间的关系就像犯罪的外部方面与内部方面的关系一样。根据这个认识,所有犯罪行为客观方面的条件,都属于行为构成和违法性,而罪责是作为所有主观方面的犯罪因素的总和(Inbegriff)而适用的(所谓的心理性罪责概念)”〔44〕。不过,“古典的犯罪概念,首先是由李斯特赢得决定性影响的”〔45〕。陈兴良教授认为,李斯特的贡献在于确立了不法与责任之间的位阶关系,而在构成要件论上的贡献要小于其在违法性论上的贡献,尽管如此,他所提出的构成要件必须成为刑法学家出发点的命题仍有重要意义〔46〕。

贝林对构成要件的阐发受到高度评价,被认为提供了犯罪论体系的基石^[47]。贝林所主张的构成要件具有客观性、记叙性和规定性的特征^[48]。贝林主张客观的违法性论,符合构成要件的行为是违法性评价的对象,而违法性只是客观的评价,不包括任何故意、过失、目的、主观倾向等所谓主观不法要素^[49]。至于对犯罪的主观评价,则归为有责性的判断,须基于构成要件符合性和违法性的基础对行为主观恶性所做的评价^[50]。古典的犯罪论体系由此形成了“构成要件符合性、违法性、有责性”的三阶层体系。

贝林主张的完整阐述见于他1906年出版的《犯罪论》一书,但是在他晚年于1930年出版的《犯罪构成论》一书对自己以前的观点做了重要修正。他将“构成要件”与“犯罪类型”进行区分,把“构成要件”理解成“犯罪类型”的“指导形象”^[51]。贝林把构成要件不再仅限于行为的客观面的东西,而是认为可以包括行为主观的因素。学者指出,贝林后期的“构成要件”,“在犯罪论上,它与其早年所提倡的作为‘观念形象’的构成要件论在本质上并无区别,但是,在构成要件论不单单是行为的外形轮廓即可以感知的外部事实,而且还可以在对支配实现构成要件的事实的主观意思方面予以限定的指示一点上,又与原来的观点不同”^[52]。

古典犯罪论体系作为德日犯罪论体系的基础性方案,其形成有着深刻的哲学与思想史背景。德国学者解释了这个犯罪论体系在19世纪末所受到的自然主义思想的重要影响^[53],贝林、李斯特对行为的理解,被等同于自然现象的观察,可称为“自然行为论”,即凡引起客观世界变化的身体动作都被作为刑法所要过问的行为^[54]。构成要件符合性的判断,只接受经验上可以掌握的事实,所以只承认客观的构成要件,一切主观的东西都被排除在构成要件之外,违法性判断只需判断与实证法是否存在对立冲突,检验“法定的违法阻却事由”之存在与否即可,而不承认超法规的违法阻却事由;有责性的判断只承认心理责任论,即与客观行为对应的一切心理事实(包括故意与过失),此外再检验是否存在责任能力^[55]。但是,考虑到贝林晚年对自己理论所做的修正,可能他的理论所受到的影响并不那么单一。学者指出:“贝林的思想发端于对实证主义之批判,而确立于对自然法之批判,虽经历曲折最终仍然实现回归,回到了实证法。这种带有新康德主义批判精神的新实证主义思想,具有浓厚的折中色彩,是修正的实证主义。”^[56]因此,在某种程度上似乎也可认为,古典犯罪论体系乃是刑事新康德哲学产生重大影响的一个早期的理论阶段。

贝林和李斯特的古典犯罪论体系在20世纪初期处于统治地位,到了1930年前后则被新古典犯罪论体系取代。较早主张新古典犯罪论体系的代表人物是迈耶(Max. Ernst. Mayer)。迈耶于19世纪末在德国的大学里攻读哲学博士学位,受到一位公法学教授影响修习法律,这为他此后以德意志西南学派的哲学为基础研究刑法奠定了基础^[57]。迈耶在犯罪论体系上虽然深受贝林影响,但与贝林又存在重要不同。首先,迈耶承认构成要件包括主观要素和规范要素;其次,他更加密切了构成要件与违法性之间的关系,认为构成要件与违法性之间如同烟与火的关系,只要行为符合构成要件,就可以推定其具有违法性,构成要件是违法性(违反文化规范)的认识根据^[58];最后,在违法性上,开始承认超法规阻却事由。弗兰克(Reinhard Frank)为新古典体系做出的卓越贡献体现在责任论上,他告别了贝林主张的“心理责任论”,而提出了“规范责任论”。

新古典犯罪论体系的形成所受到的影响是新康德主义哲学。这种哲学思想大约兴起于1860年,后来分成马堡学派和海德堡学派(又称西南学派)两个不同走向的学派,其共同的目标是回归康德和他的批判方法^[59]。对刑法学的发展产生重大影响的是新康德主义哲学中的西南学派,其代表人物是文德尔班、里克特和拉斯克等人。

目的论体系是新古典犯罪论体系后的一个理论阶段,这一理论的代表性人物是威尔泽尔(Hans Welzel)。他于1931年提出了“目的行为论”,认为人的行为都是有目的的活动,而非单纯的“因果的”现象^[60]。在目的行为论的基础上,故意被认为是构成要件的要素。过失犯的客观注意义务违反以及结果的客观避免可能性和结果的发生也被作为构成要件的要素^[61]。威尔泽尔是从存在论的立场上阐发自己理论的,受到了哲学现象学思想的影响。他批判了新康德哲学的价值二元论,还反对自然主义由价值中立的自然科学

思考方式来观察现实,认为物本逻辑的结构存在于由人类共同生活所形成并因而具有意涵的世界里^[62]。尽管如此,在违法性阶层和罪责阶层,新古典犯罪论体系利益衡量的价值思考、规范责任论大体仍然被继承了下来^[63],犯罪论体系的阶层结构也没有发生根本性变动。威尔泽尔的体系在1945年以后的二十年中仍然对刑法体系的讨论起到支配作用,一直到它被新古典和目的论的综合体系所取代。

新古典和目的论的综合体系是德国当代占主导地位的犯罪理论,社会行为论取代了目的行为论,因为后者无法很好解释过失和不作为^[64]。故意是主观构成要件的看法被接受下来,而这一点并不依赖于行为的概念^[65]。不法与罪责的区分仍然被坚持,不法是对“行为”所做的否定价值判断,强调的是社会损害性,罪责是对“行为人”所做的价值判断,强调的是可非难性^[66]。这个体系的基础放弃了存在论的哲学依托,而承继了新康德的哲学思想。

克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)教授于1970年提出了目的理性体系,这是德国刑法体系方面最近的发展。罗克辛的犯罪论体系以刑事政策上的刑罚目的理论作为体系取向,在构成要件的符合性界限以及需罚性上都考虑适合理性的实践目的,使犯罪论体系进入到了一个更加精确化的阶段。

在简要回顾了德国犯罪论体系的发展脉络之后可以发现,新康德哲学的影响基本贯穿了始终:无论是后期的贝林之刑法体系还是目的论体系中违法性和罪责阶层保留下的东西,都有新康德哲学的深刻印痕,而新古典体系作为新康德哲学影响下成熟体系,更具有某种典范性的意义。德国学者在20世纪50年代时指出,“在新古典的犯罪论中,德国刑法学的影响达到了最高点,并得到国际上的广泛承认。德国刑法学开始向意大利、西班牙、波兰、葡萄牙、希腊和拉丁美洲广为传播。”^[67]罗克辛教授的犯罪论体系更被视为“彻底实践新康德哲学的目的理论体系”^[68]。从受到康德影响的费尔巴哈到新康德哲学对德国犯罪论体系的深远影响,德国的刑事康德派之学脉以有所创新而精神主旨相通的方式被延续了下来,形成了蔚为大观的学术传统。

要特别指出的是,新康德主义哲学对德国犯罪论体系的影响,似乎不限于前述犯罪论体系各个发展阶段的具体要件中某些要素体系性位置的变化(比如承认构成要件中的主观要素、规范要素)或具体主张的更新(比如对超法规阻却事由的承认或从心理责任论到规范责任论转变),更重要者在于其对阶层体系安排所具有的整体支撑意义。

新康德主义哲学坚持了康德哲学所吸纳自休谟的事实与价值的两分,这对于三阶层体系的构建和传承具有基础性意义。在古典体系中构成要件该当性作为事实描述意义上的环节,其本身又成为违法性判断的价值评判对象,这种阶层结构安排之所以能传承下来似乎依赖于新康德主义哲学的内在支撑。同样,在通过对违法事实进行定型后,再进行对行为人责任的评判,也依赖于事实与价值的区分及其判断序列的先后逻辑。“违法是客观的,责任是主观的”这一阶层体系的构建依据,与新康德主义哲学所主张的客观和主观相分离的认识也不相违背。正是因为新康德主义哲学构成了贝林后期以来的德国犯罪论体系的基本哲学底色,才可能出现这种情形:尽管阶层体系中的某些具体要素或某一阶层下的见解发生重大变化,但三阶层的基本结构仍是各种体系的理论骨架或基本摹本。当然,本文此处的见解也许忽略了有关犯罪论体系走向阶层化发展的很多有直接性影响的证据细节,但我们不难想见,设若是在黑格尔哲学那种不区分事实与价值、主观和客观相统一的思想原则下,三阶层体系恐怕根本就没有构建和承继的任何可能。

日本刑法学开始师法德国大致发生在19世纪末、20世纪初,但逐渐在学派之争中走上自行发展之路并表现出一定学术个性——当然,三阶层犯罪论体系的理论底色始终得到了坚持。大谷实教授指出:“在昭和三十年(1956年)的前半,刑法学界的基本趋势是,以古典学派的见解为基础,然后加入近代学派的主张来构建起刑法理论。但是,随着战后修改刑法工作的展开,产生了社会伦理主义和法益保护主义之间的对立,该对立一直延续到现在……现代刑法理论,是以上述两个基本观念的对立展开的。”^[69]

值得注意的是,在德国刑法学历史上,由凯斯特琳(1856年去世)、贝尔纳(1907年去世)等学者所代

表的刑事黑格尔派也产生了较大影响,德国学者曾指明这一学派所拥有的大量优秀学者,比如雅克(1852年去世)、阿贝克(1868年去世)、海尔施纳(1889年去世)^[70]。而在日本,夏目文雄、上野达彦在自己的教科书中也采纳了四要件的法定的犯罪构成理论^[71]。现在,我们还并不清楚这一学派后面发展流变的确切轨迹,特别是民主德国(1949年到1990年)的刑法学是否存在与前述不同的学派发展脉络,而我们所能确认的只是两个学术史实:一是在今天的德日刑法学中刑事黑格尔派的影响至少已经非常边缘化,二是苏俄的刑法学从帝俄时期即与德国的刑事黑格尔派有十分直接的学术承继关系。

五、结 语

笔者认为,由刑事康德派和刑事黑格尔派分立所形成的两大刑法学知识传统在德国和苏俄各自演进,发展出了基本哲学立场不同、基本学术观点不同、基本理论构造不同的两大学术流派。如果了解到这一点,就可对我国以四要件犯罪构成理论为核心的刑法知识形态之学派渊源有更为清晰的认识:我们从新中国建立以后就开始处在刑事黑格尔派经由苏俄改造后的学术传统中,而今天有学者所倡导的刑法知识转型或犯罪论体系转型,其实是转向发轫于刑事康德派经由新康德主义哲学久远影响的德日刑事法学术传统。

有学者曾经将“学派”定义为“一门学问中,由于师承关系组成的基本观点相同的科学家共同体。需要指出的是,这个科学家共同体,不是一种有严密纪律与制度的社会组织,而是依靠共尚的信念和方向,在其代表人物的感召下而形成的。”^[72]由是观之,当下中国的犯罪论体系之争其实是具有特定学派演变背景的刑事德日派和刑事苏俄派之争。需要说明的是,考察犯罪论体系之争的学派渊源只是为了从宏观学术史的意义上更好把握这场论争的性质,它并不包含对何种理论更优的判断,其本身也不是进行这种判断的学术标准之构成部分。

参考文献

- [1]龙长海,张新甦,史斐.犯罪论体系‘去苏俄化’观点之我见[J].长白学刊,2012(5).
- [2][3][9]高铭暄.新中国刑法科学简史[M].北京:中国人民公安大学出版社,1993.25、103、20.
- [4]宁汉林.反对刑法科学中的法律虚无主义倾向——犯罪构成理论浅谈[J].北京政法学院学报,1979(1).
- [5]高铭暄.刑法学原理(第一卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2005.450.
- [6]高铭暄.关于中国刑法学犯罪构成理论的思考[J].法学,2010(2).
- [7]何秉松.建立具有中国特色的犯罪构成理论新体系[J].法学研究,1986(1).
- [8]何秉松.对犯罪构成的哲学思考——论犯罪构成的概念[J].政法论坛,1987(3).
- [10]樊凤林.犯罪构成论[M].北京:法律出版社,1987.397.
- [11][俄]依诺加莫娃——海格.俄罗斯联邦刑法(总论)[M].黄芳,刘阳,冯坤,译.北京:中国人民大学出版社,2010.35.
- [12][13]何秉松.全球化视野下的中俄与德日犯罪论体系[J].国家检察官学院学报,2009(1).
- [14][21][29][41]龙长海.德日、俄中犯罪构成理论哲学基础研究[J].求是学刊,2010(6).
- [15][17][22]何秉松,[俄]科米萨罗夫、科罗别耶夫.中国与俄罗斯犯罪构成理论比较研究(中文版)[M].北京:法律出版社,2008.5、5、5.
- [16][30]米铁男.特拉伊宁犯罪构成学说之刍议[M].陈兴良.刑事法评论(第29卷),2011.12、8.
- [18][20]薛瑞麟.对话刑法知识去苏俄化的作者[J].政法论坛,2008(6).
- [19]ФЕЛЬДШТЕЙН Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. Москва. 2003.С.445.
- [23][26][32][苏]特拉伊宁.犯罪构成的一般学说[M].薛秉忠,卢优先,王作富,沈其昌,译.北京:中国人民大学出版社,1958.17、17、44.
- [24]БЕРНЕР. А. Ф. Учебник уголовного права. общая часть. Перевод и Издание Н. Неклюдова. СПб.1865.
- [25]БЕРНЕР. А. Ф. Учебник уголовного права. Особенная часть. Перевод и Издание Н. Неклюдова. СПб.1867.
- [27]СПАСОВИЧ В. Учебник Уголовного Права. Т.1. СПб.,1863. С.91-93.

- [28] ТАГАНЦЕВ Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Т.1СПБ.,1902.С.142.
- [31] 丛凤玲. 浅谈塔甘采夫的犯罪构成理论体系[A]. “中俄与德日两大犯罪论体系比较研究”国际研讨会文件之二, 国际研讨会论文集[C]. 北京: 中国政法大学刑事法律研究中心, 2008.240.
- [33] 陈兴良. 刑法的知识转型(方法论)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.456.
- [34] ПИОНТКОВСКИЙ А. А. Учение Гегеля о праве и государстве и его уголовно-правовая теория. Москва Гасюриздат.: 1963.С.226-227.
- [35] 苏联司法部全苏法学研究所. 苏联刑法总论(下册)[M]. 彭仲文, 译. 上海: 大东书局, 1950.315.
- [36][37] 庞冬梅. 俄罗斯犯罪构成理论研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.87-88, 87.
- [38][42][46][47] 陈兴良. 刑法的知识转型(学术史)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.160、161、166、167.
- [39] 何勤华, 夏菲. 西方刑法史[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006.15.
- [40][日] 庄子邦雄. 近代刑法思想史序说——费尔巴哈和刑法思想史的近代化[M]. 李希同, 译. 北京: 中国检察出版社, 2010.7.
- [43][48][48][50][56] 王安异. 贝林的生平及其刑法思想[A]. [德] 恩施特·贝林. 构成要件理论[M]. 王安异, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.1、11、22、23、28.
- [44][45][66][德] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第一卷)[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005.121、123、124.
- [51][德] 恩施特·贝林. 构成要件理论[M]. 王安异, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.249.
- [52][57][60] 马克昌. 近代西方刑法学说史略[M]. 北京: 中国检察出版社, 2004.249、251、368.
- [53][62] 许玉秀, 陈志辉. 不移不惑献身法与正义 许迺曼教授刑法论文选辑 贺许迺曼教授六秩寿辰[C]. 公益信托春风煦日学术基金发行, 2006.265、277.
- [54][55] 林东茂. 刑法综览[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.37、37-38.
- [58] 李立众. 犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试[M]. 北京: 法律出版社, 2006.91.
- [59][63][64][67][68] 林东茂. 一个知识论上的刑法学思考[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.21、24、25、25、25.
- [61] 许玉秀. 当代刑法思潮[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2005.77.
- [68][德] 汉斯·海因里希·耶塞克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.253.
- [69][日] 大谷实. 刑法讲义总论[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.28.
- [70][德] 李斯特. 德国刑法教科书[M]. 施密特修订, 徐久生译. 北京: 法律出版社, 2006.62-65.
- [71] 付立庆. 犯罪构成理论——比较研究与路径选择[M]. 北京: 法律出版社, 2010.274.
- [72] 倪波, 纪红. 论学派[J]. 南京社会科学, 1995(11).

The School Origin of the Debate on Crime Theory System

JIAO Xupeng

(The Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: The debate on crime theory system of the current Chinese criminal law academic circles is an academic controversy which has not been confirmed by the precise sense of the macro academic history. The nature of the controversy cannot be defined until it has been examined from the academic history view about the development of the criminal law theory worldwide, especially analyzed with the school origins of the three-rank crime theory system and the four-element crime constitution theory. The Chinese four-element crime constitution theory inherited from Soviet Russia has not been a sinicized theory which is radically different from the former. Soviet Russia criminal law knowledge is the academic advancement of the criminal Hegel school after the materialist transformation by Marxist philosophy. German and Japanese criminal law knowledge is attributed to the constant innovation academic tradition from Feuerbach influenced by Kant to German crime system profoundly affected by Neo-Kantianism. The debate on crime theory system of the current China is an argument between the criminal German and Japanese schools and the criminal Soviet Russia school which have particular school evolution context.

Key Words: The Debate on Crime Theory System, school origin, the Sinicization, Russian criminal law knowledge, German and Japanese criminal law knowledge

【责任编辑 至仁】