

阶层犯罪论的中国命运

车 浩

【作者简介】车浩,北京大学法学院副教授。

【原文出处】《中国法律评论》(京),2017.6.174~188

“每个人都是他那个时代的产儿。”(黑格尔语)本文也是如此。它是被努力把握在这数页文字中的它的时代。任何一个经历过晚近二十年的刑法学者,都会深切地感受到,这是一个刑法知识剧烈转型、“向死而生”的时代。它构成了学者及其作品无法摆脱的约束性条件。而犯罪论体系的变革,是这场知识转型中最引人注目的学术焦点。围绕着犯罪论体系展开的一系列争论,呈现出学术开放、学术自由与学术自主的多重意蕴,也构成了笔者写作的背景。本文旨在对阶层犯罪论体系的引入、传播、争论和发展进行学术史考察,勾勒出当代中国刑法知识转型的沟壑面貌,也由此映照出中国刑法学者在这一转型过程中功不唐捐的艰难跋涉。

一、阶层犯罪论的引入与争鸣

中国近代刑法学发轫于清末法律改革。1902年清廷颁诏修法。^①中国刑法学对外开放,以日为师,^②近代刑法学由此发端。由于日本刑法学者承欧陆,效法日本的中国刑法学,自始便跻身大陆法系。^③新中国成立之后,大陆法系的法统中断。其间又经历了各种社会动荡,学术研究基本陷入停滞状态。自1979年刑法颁布之后,中国刑法学重新以苏俄为师,在废墟上重建。但是,由于苏俄刑法理论资源供给不足,中国刑法理论逐渐出现前行乏力的局面。作为知识形态的刑法学,只有海纳百川,才能避免走向暮气沉沉。这种局面在1997年刑法之后发生显著改

变。在陈兴良、张明楷、周光权等学者的大力推动下,德日刑法理论再次涌入中国。相隔百年,中国刑法学与欧陆传统再续前缘,学术开放的格局初步形成。

但是,学术开放不必然意味着学术禁区的彻底消失。刑法学中各个具体问题的研究程度,与整个刑法知识体系的内部结构关系密切。其中,作为刑法理论最核心的结构,即犯罪构成理论,对刑法理论的发展起到至关重要的制约作用。简言之,不同的犯罪论体系决定了刑法理论研究的不同面相。而犯罪论体系,就是学术大开放格局中最不易撼动的一处禁区。

在2000年之后,随着学术对外开放的大门完全打开,在中国刑法理论格局中,苏俄刑法学知识与德日刑法学知识存在一种消长趋势:苏俄刑法学的影响日益萎缩,德日刑法学知识的影响逐日隆盛。但是,中国刑法学整体上仍然笼罩在苏联刑法学的阴影之下。为何在已经形成开放局面的情况下,与其他早已摆脱苏联法学影响的部门法学相比,刑法学始终难以从苏联刑法学的桎梏中解脱呢?陈兴良教授提出这个发人深思的问题,并给出了回答。在他眼中,中国刑法学整体上仍然笼罩在苏联刑法学的阴影之下无法走出,问题的关键在于犯罪论体系。“我国刑法学目前仍然采用苏联刑法学中的犯罪构成理论,而犯罪构成理论是整个刑法学知识的基本

架构。因此,如欲摆脱苏联刑法学的束缚,非将目前的犯罪构成理论废弃不用而不能达致。”^④

中国刑法理论通说的“四要件”包括四个方面:犯罪客体、犯罪主体、主观方面和客观方面。在20世纪50年代,中国刑法学以苏联为师,引入了这套犯罪构成理论。此后,在80年代后期法制建设恢复之后,在高铭喧教授主编的教科书中正式地确立了“通说”的地位,也被司法实践广泛接受,在理论和实务中都占据了主导地位。在此过程中,尽管包括何秉松教授在内的一些学者对四要件理论提出过质疑,^⑤但由于缺乏系统性和深厚的法理支撑,并未形成真正的挑战。因此,直到20世纪末,“苏联犯罪构成体系仍然统治着我国刑法学”,四要件说仍然是绝大多数刑法学教科书在编撰“犯罪构成”一节时理所当然采纳的通说。

但是,站在理论的立场上进行审查,四要件说的教义化水平不能令人满意。尽管从基本要素来看,认定犯罪通常需要具备的行为、结果、因果关系、故意过失以及责任能力等,都在四要件理论中得到体现。但是,应当以何种逻辑结构将这些要素有机地联结起来,司法者在认定犯罪时,又应该以什么样的思维模式和顺序去考虑这些要素,四要件理论对此基本上是沉默的,或者说,仅仅给出了一些随意性较大的说明。这种理论模式可以被称为一种“要素集合”式的犯罪构成理论。与之相反,目前在德日等大陆法系国家普遍采用的阶层理论,则将上述各种要素整合成具有逻辑相关性的基本范畴,并确立出逻辑始项、逻辑基项和逻辑终项,按照一定的顺序和阶层去构建体系,在认定犯罪时具有步骤性和历时性的特点。在这种阶层理论内部,构成要件阶层、违法性阶层与责任阶层之间,形成了明确的位阶关系,^⑥后一个阶层以前一个阶层的认定为前提条件,“第二步永远不能先于第一步”,因而可以称之为一种“位阶体系”。

四要件理论与三阶层理论之间的教义学区别,主要表现在体系化程度上的差异。例如,四要件理论在基本概念上的缺位。四要件理论中的主观方面、客观方面、主体以及客体的要件,已经位于逻辑结构的最高层,在它们上面不存在更高级的概念。

但是,这些概念仅仅停留在对下位的具体要素的集合性记叙,其抽象程度还处于一种很浅的层次,并没有显示出一种经过整合后的功能增量。因此,无论名义上叫要素,还是叫要件,这四个要件在规格和功能上都没有达到基本概念的要求,没有超出原始概念和普遍概念的限度和范围。相反,阶层理论中诸如责任或构成要件这样的概念,不仅是对行为人主观情况或客观情况的事实性概括,而且具有规范性和价值判断的功能。在这种功能的指引下,可以不断地将下位要素吸纳整合,使理论保持一种常新的开放性。同时,由于这些概念的价值内涵,使不法与责任之间,构成要件与违法性之间,形成了一种不能随意改变的逻辑关系(存在没有责任的不法,不存在没有不法的责任)。这样的概念,就具备了成为体系基石性范畴的基本概念的资质。而欠缺这种基本概念的四要件理论,不仅在解释力和包容度方面匮乏,而且整个理论缺乏内在的逻辑统一性。

再如,四要件耦合式的逻辑结构,存在难以克服的缺陷。这主要表现在概念之间缺少推导性。一个体系化程度高的理论,内部的各个概念之间具有一种可以相互推演的性质。概念自身有严格准确的定义,同时又与其他概念保持逻辑关联。由此决定了,每个概念在体系中的地位不是任意排放的,而是存在相互的制约,固定在体系的特定环节之上。这样一来,体系内部才可能形成逻辑的内力。而四要件理论的几个要件之间,恰恰缺少这样一种推导性,相互间不能够实现合乎逻辑的过渡。而且,四个要件很难说谁是明确的逻辑始项,属于一个不确定“从哪里开始”的理论。相比而言,在三阶层理论中,构成要件该当性被当作构造理论的逻辑始项,整个判断犯罪的过程正是以行为是否符合构成要件为起点来展开的;在构成要件之后,才继续进行违法和责任的检验。构成要件该当性、违法性与有责性之间,有着紧密的推导关系和确定的环节,这种次序具有内在的逻辑联系,不能任意颠倒。

刑法理论成熟的重要标志就是体系化。^⑦“刑法总论的教义学化,要求采用体系性的思考方法。体系性思考是以存在一个体系为前提的,没有体系,也就没有体系性思考。”^⑧而上述对比恰恰说明,四要件

理论在体系化程度方面,与阶层理论存在较大距离。四个要件之间缺乏内在的逻辑联系,欠缺明确的逻辑始项,彼此之间没有明显的逻辑层次,基本概念之间未能形成内在的递进或推导的关系,而是以一种平面耦合的方式拼合在一起。要言之,整个理论缺乏内在的逻辑统一性。一般认为,理论体系的建构需要两个阶段:在第一阶段,主要是对基本要素的提炼和归纳;在第二阶段,则是将各个要素按照一定的认知规律或逻辑方法联结起来,形成体系。犯罪论体系的理论建构也是如此。四要件犯罪构成理论尚未走出体系构建的第一阶段,仍然停留在“要素集合”的水平上。相比之下,阶层犯罪论体系则是在体系化的道路上更进一步,属于四要件理论的升级和进阶。而四要件理论的体系化程度不足,必然影响到整个刑法理论的教义化水平,也制约着处置这个理论之内的各层级概念的发展。

阶层理论的这种高度体系化,不仅仅是理论自身的要求,而且对于司法实践有着重要意义。一个高度体系化的阶层理论,对司法人员有提供路标指引和检验清单的作用,对刑事法治建设有保障法律适用的正义性和安定性的作用,有限制司法恣意、使案件审查透明化的作用,对普通公民有评价行为、呼吁对法的忠诚的作用。

第一,站在司法人员的角度,体系化的阶层理论,具有路标指引和检验清单的功能,有助于在审查案件时提升思考的经济性和缜密性,节省办案的思维成本,避免遗漏要点形成错案。阶层理论的高度体系化的表现之一,就是在犯罪行为的认定上,存在各种严格的审查步骤和检验顺序。而这些审查步骤和检验顺序的存在,能够帮助司法人员办案时克服“每一次都是新感觉”的思考成本,简化思维方式,降低案件审查难度,按照路标提供的方向指引,有条不紊地一步步走下去。按照体系化的阶层犯罪理论,司法人员就好比拿着一份逐一核对的“检验清单”,依次审查各个要件以及对于可罚性具有重要性的问题,从而能够最大程度地避免遗漏。第二,基于刑事法治的立场,法律适用工作要满足正义性和安定性的要求。仅仅依靠实定法无法独立完成这一任务,它还需要理论的指导和帮助。而高度体系化的阶层

理论,通过对犯罪成立条件的分类安排,能够配合刑法规定,帮助司法工作有效地满足正义性与安定性的法治要求。例如,阶层审查顺序与共同犯罪理论之间的协作,以及阶层犯罪论对于正当化事由与免责事由的区分,等等,都是作为说明阶层理论有助于平等和有区分地适用法律,从而保障法的正义性和安定性的例证。第三,从刑事法治的立场来看,体系化的阶层理论具有透明化的功能。它有助于制约司法恣意,维护法的安定性。由于有章可循,案件审查的每一个步骤都能够公开地得到呈现,而且这样一种标准化的检验流程,也提升了判断主体之间相互对话的可能性。法律适用的后果有可预期性,避免司法者即兴、随意甚至恣意的判断。特别是对刑法的解释与适用来说,这种可预期性与可检验性尤其重要。阶层理论的任务,就是把所有的犯罪行为共通的结构要素有体系地排列出来,让法律适用合乎事理且具有验证可能性,从而保障刑事司法的正义与安定性。相反,如果司法者任意颠倒了审查顺序,或者无固定顺序地随意“探察”,就会使得后面的要件受到前面要件审查结果的不当影响。第四,阶层理论的体系化对于法治实现还有一个重要功能,那就是对于生活在法秩序中的公民来说,各个阶层的区分能够让其更好地认知和理解法秩序的要求和评价,对人们的行为做出各种分类指示,呼吁人们形成内在的行为约束和激励,提升对法的忠诚。

基于上述理论与实践两个方面的原因,在学术开放的大背景下,近年来一些学者从不同角度对四要件理论提出了批评和挑战。与以往不同的是,这一轮的批评,吸收了依托于德日三阶层犯罪论体系,将其作为批判武器。在这套发展业已百年、相对比较成熟的阶层犯罪论体系的支撑下,新的挑战显得更为厚实和有力。挑战者或是访学过海外,轻装上阵的新生代,或是脱胎于传统,但又不满足于现状的中坚力量。

例如,陈兴良教授主编的《刑法学》(复旦大学出版社2003年版)一书,是学者们引入三阶层犯罪论体系的集体努力。此前,学界往往在专著、论文或教科书某个章节中讨论或介绍德日的三阶层理论。如陈兴良教授所言,在当时的语境中,三阶层的犯罪论体

系是被当作“他者”看待的,是一种理论的对立物或者对应物,在外国刑法学或者比较刑法学中加以讨论。但是,在这本复旦版的《刑法学》教科书中,直接采用了三阶层理论作为整个刑法总论和分论的基本构架,是在三阶层的体系之内,安排和讨论总论中的各个概念以及分论中的具体问题。这就不再是把三阶层犯罪论体系当作一个作为外国刑法学知识来定位的“他者”,而是直接将其视作中国刑法学知识的一部分,甚至作为整个刑法学知识表述的基本平台了。这一大胆引入的意义如何评估也不为过。“三阶层犯罪论体系进入我国刑法教科书,使得刑法教科书中的犯罪论体系可以采取不同模式,从而促进了不同的犯罪论体系之间的竞争,也进一步普及了三阶层犯罪论体系,为其中国化提供了可能。”^⑨

当然,阶层犯罪论体系的引入,也遭遇了强大的反对力量。以三阶层理论进入2009年国家司法考试大纲引起的巨大反响为契机,刑法学界围绕着犯罪论体系展开了激烈的论战。例如,赵秉志教授主编的《刑法论丛》专门设立“犯罪构成理论专栏”,对犯罪论体系问题进行专题研讨。专栏的编者按指出:“2009年5月,德日三阶层犯罪论体系被贸然纳入国家司法考试大纲,这在刑法理论与实务界引起了轩然大波,同时亦使犯罪构成理论之争再次成为学界关注的焦点。因为这一问题不仅事关刑法理论的核心与基础,亦直接决定中国刑法学发展的未来走向。”^⑩该专栏刊登了《对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应》(高铭暄)、《简评三阶层犯罪论体系》(马克昌)、《中国犯罪构成理论的发展历程与未来走向》(赵秉志、王志祥)等六篇论文,表明了对四要件理论的维护立场,以及对阶层犯罪论体系的批评。

此外,作为四要件理论的奠基人,高铭暄教授在《中国法学》专门撰文指出,四要件犯罪构成理论逻辑严密、契合认识规律,符合犯罪本质特征,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,具有比较优势,因此应当得到坚持。^⑪赵秉志教授在坚持维护四要件基本结构的前提下,提出了调整要件间顺序的一个内部方案。他认为四要件的逻辑顺序存在两种排列方式:若以认定犯罪的过程为

标准,则顺序应为“犯罪客观要件—犯罪主体要件—犯罪主观要件—犯罪客体要件”;若以行为自身形成过程为依据,则顺序应为“犯罪主体要件—犯罪主观要件—犯罪客观要件—犯罪客体要件”。在赵秉志教授看来,这两种排列顺序基于不同标准,从不同角度、不同方面揭示了犯罪构成诸要件之间的逻辑关系,具有不同的功用,不能彼此替代。^⑫黎宏教授认为,四要件理论的确存在缺陷,但没有必要推翻重构。“我国犯罪构成体系并非被抨击的那样一无是处,而为重构论者所推崇的德日犯罪判断体系同样存在着前后冲突、现状和初衷背离、唯体系论等弊端。我国犯罪构成体系所存在的犯罪构成要件之间的关系不明、根据犯罪构成所得出的犯罪概念单一等问题,可以通过贯彻客观优先的阶层递进观念以及树立不同意义的犯罪概念的方法加以解决。”^⑬

应当说,上述关于四要件理论应当维持或改良的声音,目前在刑法学界仍然占有相当比重的话语权和影响力。除了高铭暄教授与马克昌教授主编的《刑法学》^⑭之外,从国内学界的教科书体例来看,四要件犯罪构成理论仍然占据着多数说的地位。例如,赵秉志教授主编的《刑法新教程》、^⑮阮齐林教授独著的《刑法学》、^⑯冯军教授和肖中华教授主编的《刑法总论》、^⑰贾宇教授主编的《刑法学》、^⑱齐文远教授主编的《刑法学》、^⑲刘宪权教授主编的《刑法学》、^⑳孙国祥教授主编的《刑法学》^㉑等,均采取了四要件犯罪构成理论。^㉒

与之相对,陈兴良教授、张明楷教授、周光权教授、李立众教授、付立庆教授等学者,则完全站在了批判四要件理论、引入阶层犯罪论体系的立场上。陈兴良教授、张明楷教授关于犯罪论体系的系列论文,^㉓以及周光权教授、李立众教授和付立庆教授关于犯罪论体系的专著,^㉔代表了阶层犯罪论体系的主张者的基本观点。其中,陈兴良教授关于犯罪论体系位阶性的论述,张明楷教授关于违法与责任作为犯罪论体系支柱的基础理论的论述,周光权教授、付立庆教授和李立众教授关于犯罪论体系的比较和改造的系统研究,从不同的角度和层面,阐述了传统四要件理论的缺陷,论证了阶层犯罪论体系的优点,对于阶层犯罪论体系在中国的引入、传播和扩散,做出

了各自独特的理论贡献。

二、犯罪论体系之争的深远意义

犯罪论体系的四要件与三阶层之争,是晚近二十年中国刑法学史上的最重要事件。这场学术争论的意义,甚至超越了哪一种理论更值得选择这一问题本身。它意味着,一种外来理论可以因为其学术优势,而在传统话语场域中获得“学术合法性”。一般而言,一项制度(或政策)的优劣,需要通过实践效果来加以检验,得出是否有必要废改该制度的结论。但是,犯罪论体系不是一种制度安排,更不是基本国策,因此不能用“制度(政策)运行良好没有出大错也就不需要改变”这样的思维,来论证某一种学说的理论优势。无论是三阶层还是四要件,都从来没有被明确规定在刑法典之中,而仅仅是一种学术理论。学者不是政治家,既不可能“制定”也不可能“废除”,而只能是创造、主张、支持或反对某一项理论。如果把犯罪论体系制度化或政策化,则是政治性思考入侵学术领域的表现,是对刑法教义学的学术属性和刑法学者的职业属性的一种误会。

回看历史,任何重大学术成就的取得,关键的问题是争鸣,而不是简单的取代。即使最后出现取代的结果,也只是一个优胜劣汰的自然结果,而不应当是人为的命令。这里需要呼唤的,是一个百家争鸣的春秋时代:既排斥秦朝的专用法家,也反对汉代的独尊儒术。因为在这两种情况下,法家和儒术都已经不再是一种学问,而是统治者的专制工具。学者首先需要纠正的,就是在学术上非此即彼、你死我活的心态。无论是支持还是反对,都应当在一个允许百家争鸣的学术市场中,采用平等说理、自由竞争的方式进行,坦然地接受成为“通说”或者“少数说”的命运。即使在四要件理论的维持者的眼中,犯罪论体系之争也被赋予学术属性,即争论的目的,是“为了强化基础理论研究,在纯粹学术层面使真理越辩越明”。^⑤要言之,基于学术立场而非政治立场,是评价四要件与三阶层之争的正确打开方式。

随着教科书体例逐渐多元化,四要件理论一统天下的格局已经被打破了。人们逐渐认识到并开始接受,犯罪论体系没有对错之分,更没有是非之分,只是理论上的学术竞争而已。正如日本学者平野龙

一教授所言:“犯罪论体系的主要功效是整理法官的思考方法,其作为统制法官判断的手段而存在。显然,并不存在唯一‘准确’的体系。在某些场合,用不同的体系看问题,反而能够揭示事物的不同侧面”。^⑥所以,犯罪论体系仅仅是服务于刑法解释和适用的一种工具性理论,刑法教科书可以有多种写法,犯罪论体系也存在多元模式。以德国为例,历史上长期并存着古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系和目的论犯罪论体系。对此,德国学者耶塞克教授认为:“每一种体系都得从其精神史根源和前一阶段人们通过学术体系的重建而加以改造和克服的计划的联系中去解释。因为没有哪一种理论试图完全取代另一种理论,时至今日所有三种犯罪概念的体系思想仍然并列存在。”^⑦习惯了只有四要件理论一枝独秀的中国刑法学界,正是要改变以往“犯罪论体系只能有一种”的思维惯性,如周光权教授所呼吁的,应当容许不同犯罪论体系并存和对抗。“每一个中国刑法学者都必须要有足够宽广的胸怀,要有接受多种犯罪论体系在中国刑法学中并行不悖、‘长期共存’的思想准备。”^⑧

概言之,打破理论禁区,远离非学术话语的压制,让学术争论脱敏,在最核心的刑法问题上形成平等自由、百家争鸣的学术氛围,是犯罪论体系之争值得纪念的学术史意义。

如今,经过学者们的不懈努力,阶层犯罪论体系已经不再是“他者”,而是作为我国刑法教义学发展的组成部分,正式进入到刑法学界学术讨论的话语场域,具有了在中国刑法语境下活动的学术身份,或者说“学术合法性”。“这场学术论战(注:四要件与三阶层之争)如同在传统四要件的阵营中打开了一个缺口,后续的学术研究按照三阶层指引的路径向前展开。可以说,这是一场改变了学术发展方向的论战。此后,对三阶层的犯罪论体系的研究不断深入,例如,构成要件理论、客观归责理论、违法性理论、责任理论、期待可能性理论等都成为我国学者在讨论刑法问题的时候不可或缺的分析工具。”^⑨在不同的犯罪论体系中,各个概念的研究角度、层次甚至地位都存在差异。近年来得到深入研究的一些问题,包括构成要件阶层的客观归责理论、违法性阶层的被

害人同意理论以及责任阶层的违法性认识错误理论等,都是在三阶层的体系框架之内展开的。这些具体的范畴和概念的构建,能够在深入的方向上探索下去,皆获益于阶层犯罪论体系在中国刑法学语境中的“学术合法性”的确立。

综上,刑法理论的深入发展,包括各种层级的教义学概念的日益丰富,与犯罪论体系挣脱单一模式的束缚、在学术自由的氛围中多元化发展密不可分。这是理解当代中国刑法知识转型的重要维度。

三、阶层犯罪论的本土化探索

任何针对传统的变革都会带来反弹,以及对未来的困惑。在学术开放的大门彻底打开,学术自由的空气日益浓厚,德日刑法知识大规模引入之后,作为刑法理论根基的犯罪论体系也终于遭遇严峻挑战。面对国外刑法理论全方位的进入,一种学术自主的情绪在学界蔓延开来。人们从不同的角度理解和实践着中国刑法学者的主体意识,由此深刻地影响刑法理论在晚近十余年中错综复杂的沟壑形态。

关于犯罪论体系的争论,一个重要的角度就是对拿来主义的态度,即中国刑法学的自主性问题。明确反对引入德日阶层犯罪论体系的理由之一,就是认为传统的刑法理论已经在中国扎根,不能盲目学习国外,妄自菲薄,最多只需要做些局部改良即可。例如,高铭暄教授认为,来源于前苏联的四要件理论是“一种历史性的选择”,也“经受住了历史的考验”。“以四要件犯罪构成理论为核心的中国刑法学体系早已建立数十年,深入人心。”“强行掐断已经生机勃勃的中国刑法学,再移植进一个完全没有生存土壤的德日犯罪论体系”,属于“舍本逐末”。^⑧冯亚东教授认为,中德两国的刑法典规定存在诸多差异,决定了不可能采用同样的犯罪论体系。^⑨黎宏教授认为,“我国现有的犯罪构成体系并不像批判者们所说的那样糟糕,而被拿来主义者们所顶礼膜拜的德日犯罪判断体系也不是想象的那么美好。我国的犯罪构成体系存在一些问题,但这并不是其与生俱来、不可克服的顽疾,完全可以通过改良加以消除。”^⑩

有的学者承认传统的四要件理论存在弊端,甚至应当将其放弃,但对于是否再引入一个新的外来的理论体系,也充满疑惑和警惕,他们主张中国学者

应当创造自己的理论体系。例如,杨兴培教授提出:“在众多的方案当中,却让人看到了、听到了并能够感觉到了一种悲伤,即对于犯罪构成理论,中国好像除了要么选择这一套犯罪构成的理论体系,要么模仿那一套犯罪构成的理论体系外,自己在这个问题上注定是无所作为,是无法构建自己应有的理论体系的……我们既没有必要闭门造车,拒他人于千里之外,也没有必要妄自菲薄,以为只有采用域外某一种犯罪构成模式才是刑法的唯一正道。”^⑪对于中国学者自己创造和构建新的犯罪论体系,杨兴培教授充满信心,“我们中国刑法学完全可以在借鉴和吸收域外犯罪构成理论体系和犯罪构成规格模型之后,博采众长,走自己的路,形成中国自己的犯罪构成理论体系和构建自己的犯罪构成规格模式,服务于我国的刑事司法实践”。^⑫

这种拒绝拿来主义而追求自创一套的心态,体现了刑法学者在对外开放中面对外来知识大规模进入时的一种茫然和学术自尊。“无论是苏俄还是德日,对于我们来说都是‘异邦’。为什么不能有本土的责任理论?这当然是一种羞辱。”^⑬但是,陈兴良教授针对自己的感慨同时给出了化解之道。一方面,由于历史进程和学术传统的原因,中国刑法学自从近代开始就不再是中学而是西学。“中华法系传统中断,律学也无从接续,我们只能引入大陆法系的刑法话语,这是我们这一代中国刑法学人的宿命。”另一方面,刑法学理论本身是没有国别的。^⑭“在一个全球化的时代,刑法的趋同性越来越明显,刑法学的互相沟通也应当是一种进步。”因此,对于“我国能否完全排拒外国刑法学建立起一套中国独特的刑法学知识体系”这样的问题,陈兴良教授的回答是:“既不可能也无此必要……刑法相关问题在国外都已经得以充分研究,积累了丰富的刑法文化知识。我国不可能自外于此,另创一套。”^⑮

当然,外国理论的全盘引入并不意味着学术主体性的丧失,而是达到最终的学术自主目标的一种手段。一方面,是要吸收和借鉴德日理论来解决中国刑法问题;另一方面,学者也担负着提出新概念和新理论的创新使命。

事实上,已经有不少学者在努力将德日的阶层

犯罪论体系进行本土化。例如,陈兴良教授提出了“罪体—罪责—罪量”的犯罪论体系。在2001年出版的《本体刑法学》一书中,他首次提出了罪体与罪责的二分体系:罪体是犯罪构成的客观要件,罪责是犯罪构成的主观要件,两者是客观与主观的统一。^⑧此后,在2003年出版的《规范刑法学》一书中,陈兴良教授又在二分体系的基础上提出了罪体、罪责、罪量的三位一体的犯罪构成体系。其中,罪体相对于犯罪构成的客观要件,罪责相对于犯罪构成的主观要件,两者是犯罪的本体要件;罪量是在罪体与罪责的基础上,表明犯罪的量的规定性的犯罪成立条件。在这个体系中,罪量是一个独立的犯罪成立要件,数额、情节都属于罪量的表现形式。这是根据我国刑法的犯罪概念存在数量因素这一特殊立法体例而设置的,具有较为鲜明的中国特色。陈兴良教授的新体系区分了罪体与罪责,并使二者之间呈现一种递进式的位阶关系,这使得该体系在本质上与德日的三阶层理论分享着共同的理论特征。但是,这一体系的最大问题,是将正当化事由放置在外。而这一点,恰恰是未能完全跳出传统的四要件理论的窠臼之处。

这里涉及正当化事由的体系性地位的问题。传统的四要件理论沿袭了苏联刑法学的传统,将正当化事由放在犯罪构成要件之外来考虑。以正当防卫和紧急避险为例,苏联学者认为,在犯罪构成学说的范围内,没有必要而且也不可能对正当防卫和紧急避险这两个问题作详细的研究。^⑨四要件理论沿袭了这种看法,认为社会危害性是犯罪的本质特征,而不是犯罪构成的一个要件,因而关于排除社会危害性的行为,不在犯罪构成体系内论述。^⑩有学者提出,正当化事由成了“游离于犯罪构成体系之外,与犯罪构成体系不发生任何关系的活泼元素,一个可以在犯罪构成体系之外对犯罪主观方面进行判断,进而对行为性质的认定即犯罪成立与否的认定发挥作用的自由战士”。^⑪在犯罪论体系的争论中,关于正当化事由的体系性地位被认为是传统“四要件”犯罪构成理论的最大问题,受到了比较猛烈的攻击。既然认为四个要件是认定犯罪的唯一根据,那么,在四个要件之外,又因为正当化事由而否定犯罪,其理

据就必然遭受质疑。

正是在这一点上,陈兴良教授在《本体刑法学》与《规范刑法学》中提出的新体系,存在着与四要件理论未能完全剥离的不彻底性,这是令人遗憾的。但是,作者很快就觉察到这一体系上的缺陷。在《规范刑法学》第二版(2008年版)中,陈兴良教授调整了罪体和罪责的内容,将三阶层的犯罪论体系中的违法阻却事由与责任阻却事由分别作为罪体排除事由与罪责排除事由,由此,处在体系之外的出罪事由进入到“罪体—罪责”的体系之内,这就与四要件理论划分出本质的区隔,彻底完成了从平面式、耦合式的犯罪构成理论到阶层犯罪论体系的升级和进阶。

张明楷教授在1997年出版的《刑法学》中,采取了四要件理论的通说,按照犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件、犯罪主观要件的顺序排列四个要件。在该版中,张明楷教授指出:“各种教科书均采取四要件说,但这并不意味着该说完美无缺,理论上仍有必要对犯罪构成的共同要件进行研究。这种研究应以刑法规定为依据,以具体要件为基础,以有利于认定犯罪和保护合法权益为原则,同时应照顾到刑法理论的体系性和协调性。”^⑫在此,张明楷教授表达了想要努力完善和改进四要件理论的愿望。而在之后的《刑法学》各版中,这种改变的幅度也越来越大。在该书第二版中,张明楷教授从四要件中删除了“犯罪客体要件”。基本理由是,犯罪客体实际上就是法益,而法益本身不应当被视作构成要件的内容;犯罪客体本身是被侵犯的法益,但要确立某种行为是否侵害法益,不是由犯罪客体来解决,而是要通过客观要件的检验;犯罪客体与犯罪构成的其他要件并不处于同一层次;排除客体要件,不会给犯罪定性带来什么困难;犯罪侵犯法益,不等于法益本身是构成要件。^⑬在此基础上,作者提出“犯罪构成的共同要件为犯罪客观要件、犯罪主体要件和犯罪主观要件”。^⑭遗憾的是,与陈兴良教授一样,在2003年的这版教科书中,张明楷教授同样把排除犯罪的事由,即正当化事由放在了他的三要件理论之外,使正当化事由成为一个游荡于犯罪构成理论之外的存在。整体上来看,第二版《刑法学》虽然从四要件中删除了客体要件,但是论证犯罪构成理论的思维方

式,仍然处在四要件的框架束缚之中,并没有完全摆脱。

到了2007年的第三版,张明楷教授进一步删除了主体要件,将其纳入客观要件之中,建立了客观构成要件与主观构成要件的二要件说。最重要的是,在这一版中,作者将违法性阻却事由纳入客观要件之下,将有责性阻却事由纳入主观要件。在整个理论体系的逻辑架构上,与陈兴良教授一样,彻底解决了出罪事由的体系性地位问题,完成了与四要件理论的决裂。^⑤作者在第三版前言中表示,“第二版乃妥协之作”,第三版已经是“体系面目全非,观点也改弦更张”。此后,在第四版中,张明楷教授进一步将客观要件与主观要件的二要件说,更新为违法构成要件与责任要件。^⑥这就对犯罪成立条件从纯粹本体论上的理解转向了规范评价,也更加贴近阶层犯罪论体系。到了第五版,作者直接用不法与责任构筑犯罪构成体系,^⑦这就是直接采用德日通行的阶层犯罪论体系了。至此,在犯罪论体系的问题上,张明楷教授完成了从四要件理论向德日阶层论的彻底转向。

作为引入德日阶层犯罪论体系的积极倡导者,周光权教授在他2007年第一版的《刑法总论》中,却没有直接采取“构成要件该当性—违法性—责任”的德日三阶层体系,对此,周光权教授表示,这是“出于借鉴大陆法系阶层理论总体合理性的考虑,同时也照顾到观念转换、接受程度上的困难”,因此,将犯罪成立要件分为犯罪客观要件、犯罪主观要件与犯罪排除要件。其中,犯罪排除要件包括违法阻却要件与责任阻却要件。^⑧在2011年第二版《刑法总论》中,周光权教授做了进一步的解释。尽管仍然使用了客观要件和主观要件这样的术语,但是,“这里的客观要件可以直接推导出行为的违法性,主观要件可以直接推导出有责性,所以,客观要件、主观要件的用语与四要件理论在精髓上貌合神离,有很大的不同”。周光权教授的自我评价是:“仅仅从形式上看,可以说我是温和的改革派。但是,如果从实质上看,我对四要件理论的改造应该说是具有相当力度的。”^⑨

到了2016年第三版《刑法总论》,作者进一步提出,在犯罪论体系的问题上,必须从要件思考转向体

系思考,“通说所坚持的四要件理论在很大程度上,只是犯罪构成要素的堆积,而缺乏体系化思考”。同时,作者表示:“对四要件理论进行重构,不是完全照搬三阶层体系,也丝毫不意味着必须使用构成要件符合性、违法性、有责性这样的术语。……对于我国四要件说的发展方向,我也丝毫没有必须依欧陆刑法理论画瓢的意思。问题的关键在于,只要四要件不能够区分事实判断/价值判断,不能够区分违法和责任,其就必须被重构,从而被改造成为阶层体系。”^⑩

值得注意的是,周光权教授虽然在教科书体例中先后列出客观要件、主观要件、排除要件(违法阻却要件与责任阻却要件),但是他又认为,不必按照这一排列顺序来认定犯罪。在他看来,司法实务中是在检验客观要件之后,立即检视是否存在违法阻却事由,在没有推翻违法性的情况下,再检讨主观要件与责任阻却事由。^⑪按此说法,这就是一个德日阶层理论的古典模式,即在纯粹客观的构成要件阶层之后,再进行违法性阶层的检验,然后再在责任阶层进行故意、过失以及其他责任要素的检验。但是,作者又认为:“如果将故意、过失作为违法要素看待,那么我的理论是三阶层的理论:先判断客观要素,再考虑主观要素,这是关于构成要件符合性的判断。在得出肯定结论的前提下,判断是否存在违法排除事由,这是关于违法性的判断。如果能够得出没有违法排除事由的结论,就最后判断有责性。”^⑫按此说法,这就是一个德日阶层理论的新古典模式,即将故意移至构成要件阶层,然后将主客观要素整体地在构成要件阶层检验完毕之后,再检验违法性阶层和责任阶层。当然,无论是古典模式还是新古典模式,无论是构成要件不包含故意的结果无价值论,还是构成要件包含故意的行为—结果二元论,在基本性质上都属于递进式的、有内部位阶关系的阶层理论。但是,这毕竟是两种影响整个教科书体系架构的不同的阶层体系,至少在一部教科书中,不能同时容纳两种体系,作者应当对此有明确的选择和安排,而不能说“怎样理解都行”,否则会造成读者的困扰,无法把握作者的立场。

曾经明确提出“我国犯罪构成体系不必重构”的黎宏教授,在其2012年版的《刑法学》中,也对通说的

四要件理论提出了批评。他一方面肯定四要件理论的长处,认为四要件是对德日三阶层犯罪构成体系的简化,在明确指出成立犯罪所必需的各种要件,并且指出其排列先后顺序的一点上,满足了犯罪构成体系的基本要求;而且,四要件理论不区分形式要件与实质内容,而是将二者结合起来一体考虑,具有结构简单、方便实用的优点。但是,另一方面,黎宏教授也指出了四要件理论的问题所在:一是造成了犯罪概念单一化的结果,使不罚的犯罪概念没有存在的余地;二是尽管四要件排列有序,但由于在形式上将四个方面并列于一个平面上,则大大弱化了犯罪构成体系所应具有的指引法官思考方向的作用。而这一点,恰恰是三阶层犯罪论体系的长处,“这种从德日刑法学中移植过来的犯罪构成体系最大的长处在于,将对法官认定犯罪的指引作用发挥得淋漓尽致”。^③不过,在黎宏教授看来,三阶层犯罪论体系也存在缺陷,那就是采用形式与实质分开的方法,将构成要件符合性的判断和违法性、有责性的判断分为三个不同的层次,会导致犯罪认定上的混乱。^④

在这种情况下,黎宏教授提出了自己的犯罪构成理论。第一,将传统的四要件区分为客观要件和主观要件两大部分。第二,将四要件中的犯罪主体,拆分为行为主体与责任能力两部分的内容。然后将前者归入客观要件,将后者归入主观要件。第三,将正当防卫、紧急避险等排除社会危害性事由,归入客观要件,将期待可能性等内容归入主观要件。^⑤在2016年版的《刑法总论》中,黎宏教授继续维持了这一理论。^⑥尽管他声称“将现有的四要件的犯罪构成体系进行改良”,尽管他将形式判断与实质判断放在一起,但是在笔者看来,这恐怕也不是一种局部修补式的改良,按照笔者设定的标准,这已经接近升级和进阶到阶层体系的阶段。一方面,黎宏教授的理论突出强调了犯罪判断的递进式和层次性,这背离了传统四要件平面集合式的思维方式;另一方面,四要件理论的最大特点也最为人诟病之处,就是正当防卫、紧急避险等事由处于犯罪成立条件之外,而这也是与阶层犯罪论体系在形式上的一个最大区别。现在黎宏教授将其放置入客观要件中,也就是纳入犯罪成立条件之内,在这一点上彻底与四要件决裂

了。因此,黎宏教授的犯罪构成理论,与陈兴良教授、张明楷教授、周光权教授的理论一样,在基本性质和根本特征上,都已经彻底地告别了四要件理论,而进阶到阶层犯罪论体系的行列中。

曲新久教授在2009年的《刑法学》教科书中,采取了“客观罪行—主观罪责”的所谓双层次二元理论。一方面,将构成要件与正当化事由并列,从正反两个方面判断危害行为是否构成犯罪。另一方面,将犯罪分解为客观罪行与主观罪责两大要件,在罪行与罪责之下进一步分解为一系列的客观构成要素与主观构成要素。其中,罪行是犯罪客观面之事实与评价的统一,包括实行行为、行为对象、危害结果、行为人身份、因果关系、时间与地点等具体的客观构成要素。罪责是犯罪主观面的事实与评价的统一,其中包括刑事责任能力、罪过、目的与动机等具体要件,统称为主观的构成要件要素。^⑦在2012年版的《刑法学》中,曲新久教授进一步提出:“彻底放弃以往的‘犯罪构成’概念,并对犯罪论体系进行了适当调整。以往的‘犯罪构成理论’存在很多问题,将‘犯罪构成’作为静态的定罪标准与模式意义上的概念,是其技术构造层面上的大缺陷。因此,本书彻底放弃这一意义上的‘犯罪构成’。”在该版教科书中,作者继续维持了“客观罪行—主观罪责”的基本结构,正当化事由位于两要件之外。^⑧

黎宏教授对曲新久教授的理论提出批评,认为这种理论“将我国传统的犯罪构成体系所特有的形式要件与实质要件统一的特点给折中掉了,将犯罪构成转化为了一个完全形式的构成,从而陷入了德日学者所存在的在犯罪构成判断上形式与实质分开、构成要件符合性的判断属于形式判断的窠臼”。^⑨但是,一方面,黎宏教授把形式与实质相结合作为传统四要件理论的核心特征,这一判断本身的妥当性存在疑问,因为四要件理论将正当防卫、紧急避险等正当化事由放在四要件之外,最终仍然起着决定犯罪成立与否的作用,就这一点而言,就是最典型的将违法性的实质判断单独拿出来作为一个范畴。另一方面,黎宏教授的批评也存在准确的地方,那就是,曲新久教授的理论的确在强调层次递进方面,向着阶层犯罪论的思维方式迈出了重要一步。

所谓“窠臼”在笔者看来,恰恰是值得肯定之处。

此外,林亚刚教授在其《刑法学教义(总论)》的教科书中,采取了“构成客观必备要件—构成主观必备要件—违法阻却事由”的犯罪论体系。^④叶良芳教授在其《刑法总论》的教科书中,采取了“客观构成要件—主观构成要件—犯罪阻却事由”的理论结构。^⑤李晓明教授在其《刑法学总论》的教科书中,采用了“犯罪客观要件—犯罪主观要件—犯罪度量要件”的三要件理论,将犯罪数额、情节以及正当防卫和紧急避险纳入犯罪度量要件。^⑥

上述种种,都是中国学者在犯罪论体系的改造方面做出的探索和努力。阶层犯罪论体系,被学者们以一种更为容易被接受的、本土化的表述方式,在中国引入和传播。上述教科书中的新体系,都在不同程度上体现了阶层犯罪论体系的位阶性、递进式的核心特点,但在具体架构和术语使用上,则进行了大量调整和改造。这些新式教科书都在不同程度上疏离了传统的四要件理论,而更加贴近递进式的阶层犯罪论体系,推进了刑法理论话语的多元化,为我国刑法教科书带来了一股新鲜的空气,做出了各自的学术贡献。

四、阶层犯罪论的内部深耕

在笔者看来,从2000年之后至今的关于犯罪论体系的讨论,可以分为三个阶段:第一个阶段,主要是为来自于德目的阶层理论,在中国刑法语境下争取与四要件理论平等竞争的进场资格,即争取“学术合法性”。三阶层与四要件之间的争论,主要发生在这个阶段。第二个阶段,是在阶层理论进场之后,为了使其更易被接受和传播而采取的各种本土化改造。陈兴良、张明楷、周光权等学者根据阶层理论的精髓而自创犯罪论体系,并通过各自不断调整的教科书而摧城拔寨地扩大影响力,就属于这一阶段的工作。第三阶段,则是在阶层理论已经在中国刑法学界落地扎根之后,在各个阶层内部,不断地引入和研究归属于各个层级的教义学概念和理论。

从目前的情况来看,第一阶段的工作已初步完成。陈兴良教授所说的“三阶层与四要件之争已经硝烟不再”,^⑦意指这一阶段已经完结。不过,学术论争不可能完全摆脱时势影响。在统编教材又一次

呼啸而来的历史时刻,阶层理论的学术正当性与合法性,很可能再度遭遇质疑和挑战。这也是仍然需要对犯罪论体系持续进行整体性论证的意义。第二阶段的工作,即阶层犯罪论体系的整体框架的稳定,主要是通过教科书来完成的。随着学者们的教科书不断地面世和修订,这将是一项在持续的修补和完善中实现的任务。至于第三阶段的工作,即在阶层理论的框架结构之内,进行各层级概念和理论的研究,必将是一项长期且没有尽头的漫漫长路。

第三阶段工作的顺利开展,必须是以前两个阶段的学术工作为前提的。回顾过去十几年的学术发展,虽然有了学术开放的格局,但是,引入和讨论各种教义学理论时遇到的最大困扰和阻力就是:如果保持理论原貌,则难以在四要件结构中找到合适位置予以安放。在保持原有四要件结构不变的情况下,将一个产生于其他不同体系中的概念移植过来之后,最大的疑问就是体系性地位:无论怎样安放,都存在兼容困难的阻碍。

最初,面对这种外来概念与现有体系的不兼容,一些学者给出的解决方案,是对外来概念本身予以彻底改造,努力使其适应四要件理论。例如,期待可能性就是一个典型的从域外引入的概念。在阶层理论中,处在责任阶层的期待可能性概念,是以行为符合不法阶层为前提的。为了将期待可能性安插进四要件理论中,一些学者尝试将期待可能性与行为违法性脱敏,即讨论期待可能性不以行为违法性为前提。“围绕我国刑法理论,期待可能性是指,根据行为时的具体情况,能够期待行为人进行行为选择的可能性。”^⑧这种意义上的期待可能性,就与行为人的意志选择自由基本上等同了。讨论一个人的行为有没有期待可能性,就是在讨论他行为时是否有意志自由。可是这样一来,期待可能性的概念就变得非常宽泛,它可能从一个位于不法之后的概念上升到一个不法之前的“行为选择可能性”的概念,甚至可能在最一般的意志自由的意义上使用。按照这种观点的逻辑,刑法总则中几乎所有规定,都能被挖掘出期待可能性的含义。事实上,当时的讨论也是处理的,故意、过失、不可抗力、刑事责任能力、正当防卫、紧急避险、胁从犯……无一不在期待可能性理论的

覆盖之下。但由此带来的后果是,期待可能性变成了一个边界被不断拓展,缺乏前提约束因而解释力宽泛无边的超级概念。这就离被滥用的命运只有一线之隔了。

期待可能性理论在中国引入之后的遭遇,具有普遍性和代表性。任何一个概念都是在特定语境中产生和适用,根据体系的内部结构特点和要求,被发明和培育出来。要素离不开整体,概念依托于体系,脱离原来的体系,概念就会发生异化。当把一个原产于三阶层体系中的概念引入现行四要件理论之内时,高概率地会造成这个概念与四要件理论之间的内在冲突。对此有三种解决方案:第一条路,是彻底改造概念,让它与现有体系兼容。第二条路,是排斥引入新概念,不让它进入现有体系之中。第三条路,是彻底更换体系,在新体系中讨论新概念。究竟选择哪一条道路?在20世纪90年代,多数学者选择第一条路。但是,在2000年之后,随着四要件与三阶层的犯罪论体系之争愈演愈烈,道路分化的格局愈加明显起来。

部分四要件理论的坚定支持者选择第二条道路,明确地反对引入期待可能性理论。在四要件理论的支持者眼中,只要维持四要件的理论结构不变,那么无论是在四要件之内或还是在四要件之外,都很难为期待可能性理论找到合适的栖身之所。如果强行将期待可能性理论引入,很可能是“引狼入室”,最终侵蚀四要件犯罪构成理论。而越来越多的学者选择第三条道路。即直接更换作为背景的犯罪论体系,在新体系之内讨论期待可能性,这样就可以彻底地解决不兼容的问题。既然“四要件犯罪构成体系的结构性缺陷导致其无法接纳期待可能性理论”,因此,“有必要采行区分违法阶层(包括违法阻却事由)和责任阶层(包括责任阻却事由)的犯罪构成体系,为期待可能性理论的引入奠定体系基础”。^⑤

比上述呼吁者更进一步的是,一些学者已经身体力行,在教科书中采用了新的犯罪论体系并引入了期待可能性理论。例如,陈兴良教授在自创的“罪体—罪责”犯罪论体系中,将期待可能性视作故意和过失的规范评价要素,纳入故意和过失的内容。^⑥后来他又将期待可能性设定为一种消极的罪责排除事

由,放在故意和过失之外。^⑦采取了“违法—责任”两阶层犯罪构成体系的张明楷教授,则将缺乏期待可能性视作责任阻却事由。^⑧周光权教授在其犯罪客观要件、犯罪主观要件和犯罪排除要件的体系中,将缺乏期待可能性定位在一种责任排除事由。^⑨如前所述,上述几种犯罪论体系表面上看起来不同,但就呈现出阶层递进性这一点而言存在共性,而与传统的四要件理论之间存在根本性差异。这种以“不法—责任”的位阶性为核心特征的阶层体系,本来就是期待可能性理论最初萌芽和生长的语境,在这个原生态语境中引入期待可能性理论,结构性冲突或者说兼容性的问题自然地得到了消解。

上述期待可能性理论引入中国的命运充分说明,域外各种丰富的教义学理论,是与作为其生长环境的阶层犯罪论体系血肉相连,密不可分的。拒斥了阶层犯罪论体系,就相当于拒斥了引入和学习其内部的大量教义学知识的机会。而那种试图不引入阶层犯罪论体系,只是从其内部摘取局部理论为我所用的想法,注定只能是断章取义地利用,随意的改造,任意拆解其教义学逻辑,最终落得南橘北枳的下场。只有在阶层犯罪论体系的平台上,随着学术开放之门洞开后蜂拥而入的域外知识,才能在不流失其教义学内涵的情况下,彰显出它们对于中国刑法学发展的真正价值。

这就是关于阶层犯罪论体系前两个阶段的学术工作的重大学术史意义。近年来,学者们在此基础上,于第三阶段的学术工作取得了可喜的硕果。例如,在构成要件阶层中对客观归责理论和故意理论的研究,在违法性阶层中关于各种正当化事由的研究,在责任阶层中关于违法性认识以及期待可能性理论的研究等,都取得了突飞猛进的成果。笔者新近出版的《阶层犯罪论的构造》一书,就是对于各个阶层内部的一些具体问题展开的探讨。^⑩只有深入地研究这些具体问题,才会真正地显示引入阶层犯罪论的价值和意义。而中国学者的任何创造性工作,也只有在这个过程中,才可能进入到一个深厚的学术传统中得以充分地检验。

俯瞰当代中国刑法知识转型之路,刑法学者可谓步履维艰。既要清理传统的四要件理论,又要引

入阶层犯罪论体系,还要改换话语表述方式,使阶层理论能够在中国被接受和传播。在确立了阶层犯罪论的框架之后,要利用这个平台,进一步引入各个阶层内的刑法教义学知识。在此过程中,不仅要运用各种新知识解决中国的问题,更不能丧失学术主体性,要尝试各种教义学改造,提出立足本土的新的教义学理论。与此同时,也要避免营造新的法教义学的话语霸权,应当珍惜来之不易的自由和多元的学术氛围。这就是中国刑法学者面临的错综复杂的学术任务。

注释:

①1903年清政府成立修订法律馆,沈家本、伍廷芳出任修订法律大臣。

②学习形式包括:大规模翻译日本法典和著作,派员到日本学习和考察法制,聘请日本学者为修律顾问。

③“正是通过民国时期刑法学家的引进、译介和发展大陆法系刑法制度和刑法学说,中国现代刑法学的体系才初步形成,并在许多刑法学基本理论问题的研究上取得了相当的成就。”梁根林、何慧新:《二十世纪的中国刑法学(上)》,载《中外法学》1999年第2期。

④陈兴良:《刑法知识的去苏俄化》,载《政法论坛》2006年第5期。周光权也指出:“使中国刑法学陷入失语状态的,主要就是犯罪构成理论体系问题。”周光权:《无声的中国刑法学》,载《清华法治论衡》2005年第5辑。

⑤对苏联犯罪构成理论的反思始于1986年,以何秉松教授发表在《法学研究》1986年第1期上的《建立具有中国特色的犯罪构成新体系》一文为标志。进一步的展开,可参见何秉松:《犯罪构成系统论》,中国法制出版社1995年版。

⑥关于犯罪论体系内部的位阶关系的最新阐述,可参见陈兴良:《刑法阶层理论:三阶层与四要件的对比较性考察》,载《清华法学》2017年第5期。

⑦如德国学者李斯特所言,“只有将体系中的知识系统化,才能保证又一个站住脚的统一学说,否则,法律的运用只能停留在半瓶醋的水平上。它总是由偶然因素和专断所左右。”[德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第1页。

⑧陈兴良:《刑法的知识转型(学术史)》,中国人民大学出版社2012年版,第8页。

⑨陈兴良:《刑法教义学的发展脉络》,载《政治与法律》2017年第3期。

⑩赵秉志主编:《刑法论丛》(第19卷),法律出版社2009年版,第1页。

⑪高铭喧:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》,载《中国法学》2009年第2期。

⑫赵秉志:《论犯罪构成要件的逻辑顺序》,载《政法论坛》2003年第6期。

⑬黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,载《法学研究》2006年第1期。

⑭高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社2016年版,第53页。

⑮赵秉志主编:《刑法新教程》(第四版),中国人民大学出版社2012年版,第65页。

⑯阮齐林:《刑法学》,中国政法大学出版社2011年版,第71页。

⑰冯军、肖中华主编:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第139页。

⑱贾宇主编:《刑法学》,中国政法大学出版社2017年版,第67页。

⑲齐文远主编:《刑法学》,北京大学出版社2016年版,第62页。

⑳刘宪权主编:《刑法学》(第四版),上海人民出版社2016年版,第89页。

㉑孙国祥主编:《刑法学》,科学出版社2012年版,第52页。

㉒其中值得注意的是,赵秉志教授主编的《刑法新教程》,调整了四要件的顺序,采取的是“犯罪主体—犯罪主观方面—犯罪客观方面—犯罪客体”的排列次序。

㉓例如,陈兴良:《犯罪论体系的位阶性研究》,载《法学研究》2010年第4期;陈兴良:《转型中的中国犯罪论体系》,载《现代法学》2014年第1期;陈兴良:《刑法学:向死而生》,载《法律科学》2010年第1期;张明楷:《以违法与责任为支柱建构犯罪论体系》,载《现代法学》2009年第6期;张明楷:《构建犯罪论体系的方法论》,载《中外法学》2010年第1期;张明楷:《犯罪论体系的思考》,载《政法论坛》2003年第6期。

㉔周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版;李立众:《犯罪成立理论研究》,法律出版社2006年版;付立庆:《犯罪构成理论:比较研究与路径选择》,法律出版社2010年版。

㉕赵秉志主编:《刑法论丛》(第19卷),法律出版社2009年版,第1页。

㉖转引自周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,第9页。

㉗[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第276页。

㉘周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009

年版,第10页。

⑲陈兴良:《刑法教义学的发展脉络——纪念1997年刑法颁布二十周年》,载《政治与法律》2017年第3期。

⑳高铭喧:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》,载《中国法学》2009年第2期。

㉑“中国刑法典中单一样态主客观相统一的犯罪,决定了犯罪论体系毋须采阶层式构造而只须在既定的四要件体系的基础上,切实理解并诚心接受德国理论分析犯罪‘从客观到主观’的路径模式。”冯亚东:《刑法典对犯罪论的制约关系》,载《中外法学》2012年第3期。

㉒黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,载《法学研究》2006年第1期。

㉓杨兴培:《中国刑法学对域外犯罪构成的借鉴与发展选择》,载《法学论坛》2009年第1期。

㉔杨兴培:《犯罪构成的中国春秋》,载《法学》2009年第2期。

㉕陈兴良:《从刑事责任到责任主义》,载《清华法学》2009年第2期。

㉖樊文:《没有国别的刑法学》,载《法学研究》2010年第1期。

㉗陈兴良:《刑法学:向死而生》,载《法律科学》2010年第1期。

㉘参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第220-221页。

㉙[苏]A.H.特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,薛秉忠、卢佑先、王作富、沈其昌译,中国人民大学出版社1958年版,第272页。

㉚正当行为在犯罪构成理论之外的体系安排,可参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社2016年版,第127页。

㉛田宏杰:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社2004年版,第144页。

㉜张明楷:《刑法学》(上),法律出版社1997年版,第110页。

㉝参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第121页。

㉞关于各个要件之间的排列顺序,作者认为,“犯罪构成共同要件的排列不只是一个形式与逻辑顺序问题,而是一个关系到人权保障、刑法学研究方向与犯罪构成理论深化的问题,传统的排列顺序具有妥当性:如果采取‘三要件说’也应当按客观要件、主体要件与主观要件的顺序排列:新的排列顺序(指前述主体、主观要件、客观要件、客体)值得商榷。”张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第122-123页。

㉟参见张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年

版,第98页。

㊱参见张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第105页。

㊲参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2017年版,第103页。

㊳周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第104页。

㊴周光权:《刑法总论》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第67页。

㊵周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第85、88页。

㊶周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第88页。

㊷周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第89页。

㊸黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第62页。

㊹黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第64页。

㊺黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第65-66页。

㊻黎宏:《刑法总论》,法律出版社2016年版,第66页。

㊼曲新久:《刑法学》(第2版),中国政法大学出版社2009年版,序言、第75页。

㊽曲新久:《刑法学》(第3版),中国政法大学出版社2012年版,序言、第92页。

㊾黎宏:《刑法总论》,法律出版社2016年版,第64页。

㊿林亚刚:《刑法学教义(总论)》(第二版),北京大学出版社2017年版,第83页。

①叶良芳:《刑法总论》,法律出版社2016年版,第75页。

②李晓明:《刑法学总论》,北京大学出版社2016年版,第216页。

③陈兴良:《刑法教义学的发展脉络》,载《政治与法律》2017年第3期。

④李立众、刘代华:《期待可能性理论研究》,载《中外法学》1999年第1期。

⑤钱叶六:《期待可能性理论的引入及限定性适用》,载《法学研究》2015年第6期。类似观点,还有付立庆:《期待可能性的体系地位》,载《金陵法律评论》2008年春季号。

⑥陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第331页。

⑦陈兴良:《规范刑法学》,中国人民大学出版社2008年版。

⑧张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第97页。

⑨周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第67页。

⑩车浩:《阶层犯罪论的构造》,法律出版社2017年版。