

中国实质刑法观批判

邓子滨 著

本书所批评、批判的实质刑法本身也只是一个笼统的说法，泛指一切试图从本质上理解、判断、言说刑法学的方法、理论乃至思想。

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国实质刑法观批判

邓子滨 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国实质刑法观批判 / 邓子滨著. —北京: 法律出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9866 - 8

I. 中… II. 邓… III. 刑法—理论研究—中国 IV. D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 153008 号

中国实质刑法观批判

邓子滨 著

责任编辑 高山

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2009 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.75 字数 269 千

印次 2009 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9866 - 8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

陈兴良

邓子滨博士的大作《中国实质刑法观批判》一书即将成书付梓，嘱我为之作序，我欣然应允。

甫见《中国实质刑法观批判》这一书名，就令人眼前一亮，似乎嗅到了扑面而来的学术火药味，但我还是为之叫好。在我的印象中，除郭沫若的《十批判书》这一书名给我留下深刻的印象外，以“批判”一词而入书名的，不仅法学界没有，人文社会科学界也极为罕见。书名如同人名，虽然不能人因名贵，因为有时名实不符，但一个好名还是令人过目不忘，至少能够引起人们对该书的阅读兴趣。当然，一本书的好评还是来自于这本书的学术质量。在我国法学界，缺乏理性的学术批评久矣，更不用说针锋相对的学术批判。因此，我对邓子滨博士在本书中所表现出来的批判精神，是十分欣赏的。在本书构思过程中，邓子滨博士曾经向我表示过某种担忧：过于张扬的批判，是否会冒犯他/她

人？被批判者能否安然地接受？尤其是，本书的批判对象涉及邓子滨博士所尊敬的学者。这种担忧当然是可以理解的，大张旗鼓的批判确实不太合乎我国目前法学界的学术生态。但我以为，学术批评，乃至学术批判是对事不对人的。关键在于这种批评和批判本身是否能够令人信服。这里的人，不仅包括一般读者，也包括被批评与批判者。这里，需要对批评与批判本身作出一些必要的界定。

首先，批评与批判必须是平等的，而不是居高临下的。有时，为了使被批评与批判者能够接受，批评与批判者要放下架子，降低身段。我们已经见过许多居高临下的批评与批判，这种自以为是的批判是一种文革遗风，切不可取。

其次，批评与批判必须是学术的，而不是政治的或者意识形态的。学术是可以讨论的，因而学术批评与批判是学术的生成之道。但是，过去我们往往不容易区分学术与政治的界限，因而存在着以政治批判代替学术讨论的现象，学术批评与批判被意识形态所遮蔽。

最后，批评与批判必须是理性的，而不是情绪的或者非理性的。理性的批评与批判是摆事实，讲道理，是允许反驳的，尤其是允许被批评与批判者的反批评与反批判的。而批评与批判如不秉承理性精神，则必然为情绪所主宰。在这种情况下，批评与批判就会沦落为“人格诋毁”。

如果符合上述我对批评与批判的界定，那么，这种学术批评与批判就是健康的、正常的，有利于我国刑法学术研究发展的。我看了邓子滨博士本书的初稿，感到他的批评与批判是符合上述精神的，是以一种诚恳的心情在从事学术研究；没有谩骂，没有哗众取宠，这也是本书之所以将在我国刑法学史上占据一个独特位置的前提。

不仅批评与批判是需要勇气的，被批评与被批判更需要勇气，而且还需要学养。任何一种新说的出现，都是以批评与批判旧说为

号召的,同时也会因其是“新生事物”而受到旧说的“围剿”。批评与反批评、批判与反批判,由此形成推动学术向前的一种内在动力。相对来说,批评与批判是较为容易的,而容忍他人的批评与批判是较为不易的。这里涉及一个被批评与批判者如何正确看待批评与批判的问题。我以为,批评与批判可以分为两种情形:一是事实上的批评与批判;二是价值上的批评与批判。前者是一个事实判断问题,例如在我的著述中存在硬伤,把一些基本事实搞错了,揭露出这样的问题,对于被批评与批判的我来说,当然是十分羞愧的,但不能恼羞成怒。因为这样的错误是明摆着的,应当予以纠正而不是掩饰。后者是一个价值判断问题,即在学术立场上的对立。这种基于不同学术立场而提出的批评与批判,无论被批评与批判者能否接受,都不存在任何伦理上的贬低。对此,被批评与批判者大可能够接受的就接受,不能接受的则可以进行反批判。当然,真正具有价值的学术批评与批判是后一个意义上的,前一个意义上的批评与批判只需要批评与批判者的善意提醒而已。后一个意义上的批评与批判才需要双方的学养。在我看来,一种令人信服的批评与批判,恰恰是对我最大的褒奖。如果有位学者能够写出数十万字的论著来批判我,这难道不是一种学术上的最大尊重吗?邓子滨博士这部具有学术批评与批判性质的论著,开启了我国刑法学界学术研究的批判性径路,这是应当予以充分肯定的。

《中国实质刑法观批判》一书在写作风格上也是独具特色的:它不像一般论著的写法,从概念到概念,进行抽象的逻辑推理,而是以鲜活的语言,娓娓道来。悲情的抒发,机智的点评,不仅使本书具有较高的学术品位,而且引人入胜,去除了学术著作天生具有的枯燥。因此,本书在法学著作的文风上也是有所突破的。在本书中,邓子滨博士穿插了许多活生生的案例,有些甚至是作者本人亲身经办的案例,对于某些疑难问题的论证,更具有说服力。

这里摘取两个案例加以说明：一个是偷渡案，另一个是纽扣案。这两个案件都是邓子滨博士作为兼职律师亲身经历的案件。偷渡案涉及以使用骗取的证件出境行为是否属于非法偷越国(边)境的问题。有关人员持有的出境证件中，护照和签证都是真实的，但在获取签证过程中采取了欺骗手段，在这种情况下，能否认定相关人员的行为是偷渡呢？这个问题涉及对违法性是作形式判断还是实质判断的选择。邓子滨博士在办理这个偷渡案的时候，曾经多次与我沟通，共同探讨其中的法律问题，并且专门撰写了《就一起组织他人偷越国(边)境案向虚拟陪审团所作的辩护》(载陈泽宪主编：《刑事法前沿》(第二卷)，中国人民公安大学出版社2005年版)一文。在该文中，邓子滨博士批驳了“以合法证件形式掩盖非法出国目的”的行为属于偷渡的观点。对于偷渡案，我是完全赞成邓子滨博士观点的。为此，我也专门撰写了“使用骗取的合法证件出境行为之定性研究——顾国均组织偷越国(边)境案”一文，刊登在陈泽宪教授主编的《刑事法前沿》(第二卷)，与邓子滨博士的上述论文编在同一专栏，后又收入我的《判例刑法学》(中国人民大学出版社2009年版)一书。在该文中，我提出：

如何界定这里的合法与非法？按照裁判理由，出境的合法与非法，是根据出境意图判断的，以旅游为名出境，实际上想在当地定居或者从事劳务，这就是非法出境。在这种情况下，对出境的合法与非法的判断，就不是一种形式判断，而是一种实质判断。显然，这种观点是不能成立的。我认为，出境的合法与非法是指出境证件的合法与非法。只要持合法证件出境，就属于合法出境。只有无证出境或者持有伪造、变造等证件出境，才属于非法出境。^[1]

[1] 陈兴良：《判例刑法学》(上卷)，中国人民大学出版社2009年版，第84页。

以上讨论的虽然是出境的合法与非法问题,它与犯罪论体系中的违法性判断还是存在一定差别的。但我国刑法中的构成要件该当的行为在大多数情况下都存在规范要素,即以“非法”为前提,如非法行医等。在这种情况下,行为的非法性判断对于违法性的判断是前置性的条件。因此,在我国刑法的语境中,对非法是作形式的判断还是作所谓实质的判断,将关系到行为之出入罪。邓子滨博士在偷渡案中的分析坚持形式的判断,我以为是十分正确的。尽管这一观点在司法实践中还不为有关司法机关所接受。

在纽扣案中,遇到的是对毁坏这一行为是作形式解释还是作实质解释的问题。纽扣案的案情是为报复他人而将装在袋中、摆在庭院周围的大量不同型号的铜纽扣倒在地上,掺杂在一起。委托鉴定报告上写的被毁坏财物的损失是10万多元。那么,将各种铜制纽扣掺杂在一起的行为是毁坏财物的行为吗?对此,邓子滨博士进行了深入的分析。纽扣案同样也是邓子滨博士亲身经历的一起案件,在辩护过程中,他也多次与我探讨。这里的关键是对毁坏作何种理解:如果作形式解释,就难以将这种行为入罪,但如果作实质解释,就容易将这种行为入罪。邓子滨博士为此案可谓呕心沥血,他还专门撰写了《就一起故意毁坏财物案向虚拟陪审团所作的辩护》一文,刊登在陈泽宪教授主编的《刑事法前沿》第四卷(中国人民公安大学出版社2008年版)。这一论文,实际上就是在该案辩护词的基础上改写而成的,因为在现实世界难以被司法机关采纳,因而改为向虚拟陪审团倾诉,其悲愤的心情跃然纸上。在该文中,邓子滨博士提出:刑法上的毁坏,从物理上说,主要是使财物严重变形,丧失其完整性,如踏坏鸟笼,砸碎玻璃,撕破衣服;或者是使财物灭失、流失,如当着物主的面,将他人储存的饮用水倒在地上;或者是使财物外观受损,如向他人的画卷上喷涂油污。邓子滨博士认为,将各种铜纽扣掺杂在一起,只要将其分离开来,并不改变纽扣的物理和化学

性质,也不影响其使用价值,因而不是刑法中所说的毁坏。对于邓子滨博士的这一观点,我是完全同意的。毁坏财物之毁坏,不仅仅是使他人财产受到损失,而是采取毁坏的方式造成这种损失。因此,不能因为存在财产损失,就归咎为毁坏行为,而是要看造成他人财产损失的方法本身是否符合毁坏的特征。这里的毁坏,包括物理性损毁与功能性损毁。而在纽扣案中,纽扣既没有发生物理性损毁——虽然纽扣分拣需要投入人力物力,也没有发生功能性损毁。因此,分拣费用可以通过民事赔偿方式加以解决。在司法实践中,对毁坏作实质性解释的案件为数不少,这是一种刑法解释方法论问题,对这一问题的探讨具有一般性的法理意义。因此,我也专门撰写了“故意毁坏财物行为之定性研究——朱建勇案、孙珍案、李焕强案”一文,刊登在《国家检察官学报》2009年第1期,并收入《判例刑法学》。

我注意到,在本书中,邓子滨博士写下了这么一段充满了激愤的话语:

说到罪刑法定的现实困境,我可能比别人有更多的感触。其中一个重要感触令我自己都觉得震撼:罪刑法定写入刑法12年来,司法解释和审判实践都证明了这个原则的彻底失败。

以上结论是有所偏颇的,也过于悲观了一些。也许邓子滨博士亲身办案,受过现实的挫折,其对司法活动的感触比我们来得更加真切、更加深刻。但我还是要为司法现实作一点辩护:尽管罪刑法定的司法化还障碍重重,但较以前还是有了重大进步。现在的问题是,为什么在一些疑难案件中,罪刑法定的精神总是被司法本能地抵触,而入罪的冲动又是那么势不可当?我认为,在这里除了体制性的原因以外,司法理念与司法技术的原因也是值得我们关注的。

就司法理念而言,我国虽然完成了从废除类推到罪刑法定原则立法化的历史性转折,但是,作为类推的理论根据的社会危害性观念并没有得到彻底的清算,内含于罪刑法定原则的形式理性的观念并没有得到弘扬,这不能不说是一个重要的因素。在我国刑法学界,我是最早开始对社会危害性理论进行批判性反思的,我的《社会危害性:一个反思性检讨》一文,发表在《法学研究》2000年第1期,我是把该文当作一篇檄文来写的,其激愤之情溢于言词。该文发表以后,虽然获得一些正面呼应,但阻力也不小。因为社会危害性理论不仅仅是一种学术性话语,更是刑法学中的政治话语、意识形态话语。并且,经过数十年的宣传,社会危害性理论已经根深蒂固,形成了思维定式。在这种情况下,根除社会危害性理念是十分困难的,与社会危害性理论作斗争是一场持久战。因此,在时隔6年之后,我又撰写了《社会危害性理论:进一步的批判性清理》,发表在《中国法学》2006年第4期,对社会危害性理论作了进一步的历史反思与逻辑辩驳。我认为,社会危害性理论恰恰就是实质刑法观的理论基础。因此,不从社会危害性理论批判入手,实质刑法观是难以从理论上得到彻底清理的。社会危害性理论本身具有反形式主义的特征,也就是具有实质主义法学的特征。它生长于类推盛行的刑法环境,而与罪刑法定原则是格格不入的。因为罪刑法定原则所倡导的是形式理性的司法理念。可以说,形式理性的司法理念,也是我近年来一直号召的一个学术符号,它是罪刑法定原则的题中之意。尤其是在形式理性与实质理性发生冲突的情况下,我认为应当毫不犹豫地选择形式理性而非实质理性,我指出:

在司法活动中,只能以是否符合刑法规定,即行为是否具有刑事违法性作为区分罪与非罪的唯一标准。因此,在司法活动中,当实质理性与形式理性发生冲突的时候,我认为应当选择形式合理性而放弃实质合理性。唯此,才

能坚守法的独立价值,才能通过法律实现社会正义。在这种情况下,虽然牺牲了个案公正,使个别犯罪人员逍遥法外;但法律本身的独立价值得以确认,法治的原则得以坚持,这就有可能实现更大程度的社会正义。^[1]

我国目前罪刑法定原则的司法化存在各种思想上的障碍,我认为与司法理念没有得到完全的转换具有一定的关联。因此,要推动罪刑法定司法化,刑法观念与司法理性的转变是至关重要的。

除了司法理念以外,我认为还存在一个司法技术问题。罪刑法定原则并不是一条抽象的标语,它的实现必将借助于一定的司法技术。这里的司法技术,包括对刑法解释的方法、刑法教义学的推理方法等。在刑法解释中是采取形式解释论还是实质解释论,这并不仅仅是一个刑法解释方法的抉择问题,而且是一个司法技术问题。而且,这一刑法解释方法又是受掣于一定的犯罪论体系的,而以构成要件为中心的犯罪论体系恰恰就是罪刑法定原则的基石。我国目前通行的是来自苏俄刑法学的四要件的犯罪构成体系,这一体系对犯罪成立四个要件的逻辑关系没有加以确定,因而是平面的耦合关系。在这一犯罪构成体系中,各个要件之间的位置是可以随时调换的。因此,根据这一犯罪构成体系进行定罪活动,基于定罪的意向性思维习惯,总是先去寻找有罪的要件,容易忽视无罪的要件,因此易于将人人罪。尤其是在社会危害性的刑法语境中,往往先作实质判断,定罪的过程只不过是为社会危害性寻找证据的过程,先人为主的意向十分强烈。而德日刑法学中的三阶层的犯罪论体系,是以构成要件为中心的,构成要件所具有的类型化的特征,为罪刑法定司法化提供了实体性的根据。因此,近代德日刑法学中的犯罪论体系是作为罪刑法定原则实现的技术条件而构造的,构成要件所具

[1] 陈兴良:《刑事法治论》,中国人民大学出版社2007年版,第10页。

有的限制司法权、保障人权的机能是不应否认的。可以说,没有三阶层的犯罪论体系为罪刑法定原则提供技术支撑,罪刑法定的司法化也是不可能的。正是从司法技术的意义上,我们应当重新给犯罪论体系的机能定位。三阶层的犯罪论体系,通过构成要件该当性、违法性、有责性这样一种层层递进的定罪活动的安排,使定罪活动从客观判断到主观判断、从形式判断到实质判断、从类型判断到个别判断,形成逻辑上的位阶关系,从而保证定罪活动的中立性、独立性与正确性。在三阶层的犯罪论体系中,构成要件该当性是前置性要件,也是核心要件,具有对行为的筛选功能。日本学者西田典之教授在论及构成要件论的机能时指出:

如果认为构成要件这一犯罪要件是出于罪刑法定主义的要求,构成要件最为重要的机能便在于“没有构成要件该当性则无犯罪”这种保障机能。^[1]

而我国四要件的犯罪构成体系,虽然存在犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面这四个互相对应的犯罪成立条件。但在实际上,四要件的犯罪构成体系是没有构成要件的犯罪构成体系。因为在这一犯罪构成体系中,四个要件都是犯罪构成要件,因而也就使构成要件泛化为犯罪成立的一般条件,从而使构成要件的机能荡然无存。日本学者西田典之教授曾经指出,构成要件具有以下三项重要机能:

(1) 通过将构成要件限定于具有可罚性的违法、有责类型,可得以坚持其最重要的机能,即保障机能。

(2) 通过将构成要件理解为违法构成要件与责任构成要件的组合,得以有可能维持其犯罪个别化机能。

[1] [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,第53页。

(3)通过承认违法构成要件该当性、责任构成要件该当性分别具有违法推定机能—责任推定机能,得以承认诉讼法的机能。^[1]

以上构成要件机能的论述表明,构成要件并不能简单地等同于犯罪成立条件。而在我国四要件的犯罪构成体系中,由于把犯罪成立的所有条件都纳入犯罪构成,因而构成要件的保障机能、个别化机能、违法推定机能、责任推定机能等都无从发挥。在这种情况下,以构成要件为中心的犯罪论体系对于定罪活动的规制功能也就不复存在了。归根到底,犯罪论体系是为定罪活动提供某种方法论的资源,因而是一个定罪的司法技术问题。无论是三阶层的犯罪论体系还是四要件的犯罪构成体系,都是为定罪提供方法论依据的,它本身不是一个政治意识形态问题,而纯粹是一个司法技术问题。只要是技术,就有高下之分。就两种犯罪成立条件理论比较,我认为三阶层的犯罪论体系具有更高的技术含量,它体现了在罪刑法定原则下对定罪的司法活动所提出的更加精确、更加精密、更加精致的要求,因而是更为可取的。正是基于这一认识与信念,近年来,我一直在推动以三阶层的犯罪论体系取代四要件的犯罪构成体系,认为这是我国刑法知识转型的基础性工作。刑法知识的当代转型,是我们这一代学人必须担当的学术使命。只有完成这一知识转型,我国刑法学才能面向广阔的发展前景。否则,只能是低水平重复,导致学术上的自生自灭。

邓子滨博士在《中国实质刑法观批判》一书中所展示的学术立场、学术胆识,都有其过人的独到之处。我认为,邓子滨博士的刑法学术思想的形成,并不是逻辑演绎的结果,也不能说受了我的多少

[1] [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,第53~59页。

影响,而恰恰是司法的严峻现实的当头棒喝使他猛然觉醒。因而,相对于那些没有受到棒喝的学者,邓子滨博士是先觉的。先觉,当然也就是痛苦的,这种痛苦是精神上的,是一种心灵上的哀痛。我从邓子滨博士的字里行间能够读懂这种痛苦,并深有同感——感同身受之同感。当然,也许只是我比邓子滨博士要更为乐观一些罢了。

实质刑法,或者实质主义刑法学,并不是邓子滨博士命名的,而是刘艳红教授对自己刑法学术观点的一种概括或者标识。在《走向实质解释的刑法学——刑法方法论的发端、发展与发达》(载《中国法学》2006年第5期)一文中,刘艳红教授对实质刑法的观点作了体系性的阐述,对此我是极为欣赏的。记得刘艳红教授在北大法学院博士毕业以后,到武汉大学法学院从事博士后研究。在2003年武汉举办的刑法学年会上,我就问过刘艳红关于博士后出站报告的选题,她说主要进行刑法方法论研究,并略述其实质解释论的想法。对于实质刑法观我当然是近乎本能地抵触的,但对于刘艳红的研究思路我是十分肯定的:她已经在向立一家之说的方向努力。尽管5年多过去了,刘艳红教授关于实质刑法的系统研究成果即将问世,但毕竟还是没有出版。当然,从刘艳红教授这些年来发表的一系列重要论文来看,其实质刑法学的思想锋芒已经毕现,令人瞩目。我以为,在学术研究上最忌讳的是重复、雷同,没有独立见解,这将使一个人的学术生命永无出头之日。而只有创新,才是学术成长的必然规律。在这方面,刘艳红教授作出了自己的努力,形成了自己的独特观点。在我看来,实质刑法的思潮在德日刑法学中的出现,有着特殊的学术背景,但能否在我国刑法学中采用,则存在一个语境问题。

一般认为,古典派的犯罪论体系是主张形式的与客观的构成要件论的,而将实质判断与主观判断放到违法性与有责性这两个要件

之中。此后,随着新古典派的犯罪论体系在构成要件中发现主观违法要素和规范要素,动摇了古典派犯罪论体系中的构成要件的形式性与客观性。目的论的犯罪论体系以目的为中心重构行为理论,并完成了从心理责任论向规范责任论的转变,将故意与过失等心理事实纳入构成要件,使构成要件更多地包含了主观内容。后来,目的理性的犯罪论体系将客观归责作为构成要件的重要内容,进一步使构成要件向实质化方向发展。在这种情况下,日本学者西原春夫甚至提出“构成要件论发展的历史实际上也正是构成要件论崩溃的历史”的命题。^[1] 刑法学上的这一实质化运动,不仅出现在构成要件论上,而且贯穿整个刑法领域。例如,罪刑法定主义从强调形式侧面到强调实质侧面,实质的故意概念的提出,作为义务的实质论,即保证人地位的实质化运动,实质的正犯概念以及犯罪支配理论的创立,等等。其中,有两本著作值得我们关注。第一本是日本学者前田雅英的《现代社会与实质的犯罪论》。在该书中,前田雅英从刑事政策角度对刑法学的发展倾向作了描述,这就是刑法学逐渐脱离教义学,而向刑事政策接近。在这种情况下,出现了犯罪论的实质化的走向。^[2] 第二本是德国学者考夫曼的《类推与“事物的本质”——兼论类型理论》。在该书中,考夫曼从事物本质与概念出发,考察了类推作为法律适用的补充性技术的正当性,具有明显的实质主义倾向。考夫曼指出:

那么,我们该如何看待刑法上所谓的禁止类推,这个今天多数人仍然相信我们可以由“无法律无犯罪”原则导出的禁令呢? 如果认为,我们虽然容许法律解释,也容许

[1] [日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第56页。

[2] 参见[日]前田雅英:《现代社会与实质的犯罪论》,东京大学出版社1992年版,第10页。

扩张解释,但却禁止类推,这是否也是一种天真呢?我们只要查阅一下相关文献,对于可允许的解释与被禁止的类推之区别均承认:实际界定是完全无可可行性的。而且,这涉及的绝非只是一种高难度的区分,而是从根本性质上看无从区分。因为当我们说,解释可以及于“可能的文义”时,其实我们已经在类推之中了,因为这种“可能的文义”既非本义亦非相当,而是一种类似。^[1]

类推与罪刑法定原则是直接对立的,而考夫曼竟然为类推张目,这是令人震惊的。难怪我国学者在拜读以后,用“惊异、怀疑、震撼”这三个感慨词来形容其心情。^[2]但如果就此认为我国亦应采用类推,则言之过早矣。我们要来看看,考夫曼所讲的需要通过类推解决的案件到底是一些什么案件?对于这种案件我们又会如何解决?考夫曼曾经专门讨论过盐酸案,案情如下:X携带盐酸泼洒于一名女会计的脸上,进而抢走她的钱包。在联邦法院的判决中,涉及的问题在于:X是否违犯了加重强盗罪。根据行为当时有效的刑法第250条的规定,加重强盗罪的构成在于:“当行为人……携带武器实施强盗行为,而以武力或以武力胁迫,防止或压制他人的反抗时。”因而必须判断的是:在该案中使用的盐酸是否为一种“武器”。联邦法院肯定了这点。因为这个判决相当有争议,并且多数人认为应该采否定的立场,所以立法者相应地修改了刑法第250条,现在的规定是:“携带武器或者其他器械或方法实施强盗行为,而……”在考夫曼看来,联邦法院在盐酸案中,将盐酸认定为刑法所规定的武器,就是采用了类推的方法,并指出:

[1] [德]考夫曼:《类推与“事物的本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第11页。

[2] 参见朱峰:“不同法治背景下的类推制度”,载《环球法律评论》2004年春季号。

联邦法院究竟是如何将盐酸与武器等同处置的呢？照字面及可能的字义是不行的。体系的因素也得不出这种结论，因为法律秩序中（武器法）没有任何一处将化学药品视同武器。主观（历史）解释同样也提不出历史的立法者有这样一种想法。联邦法院得出它的结论只是根据一个极端客观目的论的、扩张的解释，它已经深入到类推里去了。因此，正确应被提出的问题在于：这里涉及的究竟是被允许的还是被禁止的类推？〔1〕

可以想见，对于盐酸是否能够等同于武器这样的问题，在我国司法实践中可以不假思索地得出肯定性判断，甚至把仿真枪也等同于持枪抢劫中的枪支。而在德国刑法学界却普遍认为，这是一个类推的问题。因此，我国与德国之间关于类推的理解的差距何其大也。如果按照德国刑法学界的标准，我国在司法实践中几乎是天天在进行类推。因此，我们不能被字面所遮蔽，而是要考虑我国与德国等法治发达国家之间在法治发展阶段上的差别，在法律语境上的区隔。德日刑法学中的犯罪论体系是过于形式化了，因而才会提出实质化的问题；德日刑法学中的教义学是太发达了，才会提出引入刑事政策的思考，如此等等。而我们所面临的问题却完全不同于德日刑法学。我国刑法学在社会危害性理论的影响下，是过于追求实质价值了，形式理性完全没有建立起来。我国刑法学中教义学太不发达了，因而刑事政策往往成为法教义的障碍。正因为我国面临的问题不同于德日，因而不能简单地引入目前德日流行的理论话语。在这个意义上，我认为邓子滨博士本书第九章的标题是一句十分贴切的箴言：

〔1〕 [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第138页。