

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
26
卷

2010

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京大学刑事法理论研究所 主办

2010 陈兴良 主编

CRIMINAL LAW REVIEW

刑事法 评论

第
26
卷



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论·第26卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社,2010.5
ISBN 978-7-301-17119-6

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-法的理论-文集 IV. D914.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第069573号

书 名: 刑事法评论·第26卷(2010)

著作责任者: 陈兴良 主编

责任编辑: 侯春杰 马寅翔

标准书号: ISBN 978-7-301-17119-6/D·2583

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.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 36印张 721千字

2010年5月第1版 2010年5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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

主编絮语

本卷是《刑事法评论》第26卷,也是2010年的第1卷。

在“主题研讨”栏目中,发表了3篇具有相当理论深度的论文。付立庆的《中国传统犯罪构成理论总检讨》一文,切合了当前我国刑法学界正在讨论的一个热点问题,这就是犯罪构成体系。付立庆在文中要检讨的所谓传统犯罪构成理论,就是目前我国通行的四要件的犯罪构成体系。从四要件的犯罪构成体系到三阶层的犯罪论体系的演进,是我国刑法知识转型、刑法理论变革的一个基本方向。而欲达成这一目标,我们尚需在两个方面进行学术努力:一是对四要件的犯罪构成体系的批判;二是对三阶层的犯罪论体系的介绍,这两项工作缺一不可。付立庆的文章属于前者,是对四要件的犯罪构成体系进行整体性反思的一篇力作。文中涉及对作为四要件的犯罪构成体系前提的社会危害性理论的系统批判、对四要件的犯罪构成体系各种要素存在缺陷的深刻揭示,以及以违法与责任阶层性结构为分析工具对四要件的犯罪构成体系的构造性缺失的全面审视。可以说,付立庆的文章是对四要件犯罪构成体系批判性观点的集大成之作。

在本栏目中,发表了周详的两篇作品,这是不同寻常

的。周详所任职的中南财经政法大学是实质刑法观的发源地,老一辈学者曾宪信、江任天等教授开创了这一学术进路,出身于中南的年轻一辈刑法学者张明楷、刘艳红、苏彩霞等将之发扬光大,这对于我国刑法学派之形成是一个重要贡献。周详同样接受了这一师承,对于实质刑法观耳濡目染,感同身受,体会最为深切。在两篇作品中,周详一再自称是“一个某种意义上的实质解释论坚持者”,这对于理解周详文中观点是十分重要的一个提示。在《建立一座法律解释论的“通天塔”——对实质的刑法解释论的反思》一文中,作者从实质解释论这样一个向度进行了反思。本文的写作手法是颇为别致的,作者从电影《通天塔》中引出话题,形象地表现了人与人之间沟通与理解的困难。法律解释实际上是法律文本与法律规范接受者之间的一种沟通。在这当中,到底是采形式解释论还是实质解释论,其结论是大不相同的。在本文中,作者以中南弟子的身份,对实质解释论进行了一定的检讨,并且对作为实质解释论对立面的形式解释论也作了一些梳理,力图形成两者之间的学派关系。这样一种研究,在我国刑法学界还是极为少见的,我以为是别有新意的。尽管本文中涉及对相关学者的评判,包括我在内,也有对所谓“中南派”与“北大派”的刻画,这些文字在传统的写作语境中都是犯忌的,十分容易引起争议。当然现在已经是一个学术宽容的时代,只要作者是以一种善意的、理性的立场出发,尽管批判存在偏颇,我以为都是能够接受的。因为现在毕竟已经不是学术威权或者理论专制的时代,一家之说的成立正是百家争鸣的前提。尽管我也不完全同意周详的观点,但我对周详在本文中表现出来的思想新颖、文字活泼、文风洒脱的风格,还是极为欣赏的。

周详的另一篇作品是书评,题为《论一只“牛虻”在中国刑法学术生态圈的诞生——评〈中国实质刑法观批判〉》。这部作品写作于前文之后,但两篇作品之间存在某种关联。本文所涉及的作品是邓子滨教授的《中国实质刑法观批判》一书。我对于该书的评价,可以参见我为该书所作的序,在此不赘。周详的书评,是对邓子滨该书的一个学术反响。这里应当指出,周详的博士论文是采用生态学方法对我国刑法学术生态进行研究,而邓子滨该书的出版,正好为周详的研究提供了一个样本,因而被纳入中国刑法学术生态圈中,展开生态学的研究。在本文的题目中出现了“牛虻”一词,只要看过同名小说的读者,对于牛虻精神可能还有一些印象。显然,周详是把邓子滨该书比喻为“牛虻”。无论这一比喻是否合适,其寓意是深刻的。本书提出,邓子滨该书的出版标志着中国刑法学流派的诞生。由此可见其对于邓子滨该书的基本态度,这种态度与前文是关联的,反映了周详的某种学术立场。当然,周详对邓子滨该书也不是完全肯定,而是进行了批判之批判。因此,周详也做了一回“牛虻”。当然,如果读者先读邓子滨的《中国实质刑法观批判》一书,再读周详本文,才能真正领会作者的思想。

在“理论前沿”栏目中发表了4篇论文。这些论文的共同特点是开拓了新的学术领域,不属于对传统问题的研究,而是对刑法相关问题的前沿性探讨。

欧阳本祺的《论刑法解释的刑事政策化》一文,提出了一个十分重要的问题,就是刑法教义学与刑事政策学之间的关系,并且从刑法解释这一角度对此作了探讨。刑法教义学与刑事政策之间的关系,也是目前我正在思考的一个问题。以往我们对刑法与刑事政策的理解,都是一种外在关系的理解。是否可以将刑事政策引入刑法教义学,使之形成某种内在关系呢?尤其是在刑法解释中,如何考虑刑事政策的因素,这些问题都是值得思考的。在这一问题上,德国学者罗克辛给我们以很大的启示。他在《刑事政策与刑法体系》一文中,就提出了刑事政策与刑法体系相结合的思路,这也是其目的理性主义的犯罪论体系的创新之所在。欧阳本祺在本文中提出了问题,也对问题进行了一定程度的阐述,这是值得肯定的。

张开骏的《基于法治原则的民意正当性拷问与刑事理性策略》一文,对民意与司法的关系进行了讨论。应该说,这本身是一个老问题,但作者从刑事理性策略角度的探讨,却是具有新意的。这里的刑事理性策略,主要还是指刑事政策。因此,本文侧重点在于从刑事政策角度提出对民意影响司法的应对之策。这个问题,在当前网络民意盛行的背景下,具有重要的现实意义。

肖雄的《论劳动权刑法保护的内容与范围——中国劳动刑法建构的核心问题》一文,对劳动刑法进行了系统的探讨,这个题目本身就是较为新颖的。作者是一位在读的硕士生,能够写出如此具有前沿性的论文,是难能可贵的。《刑事法评论》发表过一些本科生、硕士生的论文,这些论文都达到了较高的学术水准,对于学术新人的扶持,也是本刊义不容辞的使命。

朱铁军的《民事赔偿的刑法意义》一文,是从民刑关系的角度,对民事赔偿的刑事责任实现方式中的地位与作用的理论考察。民事赔偿影响量刑,在现实生活中往往被误解为以钱赎刑。本文对这些问题都作了深入的研究,例如对民事赔偿影响量刑的法理依据的分析,就是具有理论意义的。

在“刑法方法论”栏目中,发表了杜宇的《“类型”作为刑法上之独立思维形式——兼及概念思维的反思与定位》一文,这是杜宇对类型学方法在刑法理论运用研究中的重要内容之一。杜宇致力于对类型学方法论的研究,我以为是具有重要的刑法方法论意义的。刑法研究,不仅是教义学的研究,还要引入相关学术资源,对刑法进行内涵充实、外延拓展式的学术研究。只有这样,才能使刑法理论与日俱进,自立于人文社会科学之林。

在“域外传译”栏目中,刊登了德国学者的两篇论文。在此,我要重点推荐的是德国学者罗克辛的《刑事政策与刑法体系》一文,该文是蔡桂生翻译的,并获得了罗克辛教授的支持。蔡桂生现在德国波恩大学法学院攻读博士学位,能够有机

会接触到德国理论的前沿性成果,并通过翻译介绍到国内来,这对于我国刑法理论研究也是具有积极意义的。罗克辛教授的《刑事政策与刑法体系》一文,着重探讨了如何将刑事政策引入刑法教义学体系的问题,这对于我国建立刑法教义学体系也是具有重要启迪的。以往我们对刑事政策与刑法关系的了解,都是一种外在的视角,或者是一种外在的相关性。而罗克辛教授则开启了一种考察刑事政策与刑法关系的内在视角,使刑事政策能够通过刑法教义学而发生实在的影响,这对于我国的刑事政策研究和教义刑法学的研究都是一种借鉴。

此外,我还要特别推荐约阿希姆·福格尔的《纳粹主义对刑法的影响》一文。我国学者对纳粹刑法有着太多的误解,把纳粹刑法看作是坚持形式的犯罪概念,却没有起到保障人权的作用。^[1]甚至认为罪刑法定原则也被法西斯主义利用过。^[2]那么,法西斯纳粹果真是坚持形式的犯罪概念、利用罪刑法定原则,而不是摒弃形式的犯罪概念,公然践踏罪刑法定原则的吗?请看本文中的以下这段话:

纳粹刑法同“实质主义而非形式主义”,“合法性(Rechtmassigkeit)而不是合法性(Gesetzmaessigkeit)”等流行语衔接的天衣无缝。过去将 Dahm 和 Schaffstein 反对 1933 年前所谓“形式主义”的论战视为非历史的(unhistorisch,即类似动物般地忘记历史——译者注),在今天就不能让当代人信服了。更确切地说,纳粹主义使得实质化极端化——顺便提一下,因为虽然一方面使之有利于产生政治上“正确的”结论,另一方面却开启必须通过预先设定的服从和消除司法独立予以弥补的司法自由空间,这在专制独裁中是自相矛盾的。

由此可见,纳粹刑法从根本上说就是反形式的,因而是反法治的,是极端化实质主义的。实质,无论是以“健全的公民感受(gesunde Volksempfinden)”的名义,还是以社会危害性的形式,只要其不受法律形式的限制,就是极为危险的,这也是我坚持形式刑法观的信念之所在。

在“域外视野”栏目中,发表了倡化强的《西方刑事诉讼传统的形成——以中世纪“非理性”证据、审判制度为中心》与蔡曦蕾的《美国刑法理论视野下正当事由与宽宥事由的宏观探析——区分之理、存在之据与影响之果》两文,这两篇论文都涉及对西方的刑法与刑事诉讼法的基本理论的介绍,对于我国刑事法理论的发展是有所裨益的。

在“专题研究”栏目中,发表了 10 篇论文,涉及刑事法的各学科。张训的《入罪的理由:论刑法生成的标准——基于指标分析的理路》一文,在与量刑对应的意

[1] 参见苏彩霞、刘志伟:《混合的犯罪概念之提倡——兼与陈兴良教授商榷》,载《法学》2006 年第 3 期。

[2] 参见马荣春、周建达:《为社会危害性概念的刑法学地位辨正——兼与陈兴良教授商榷》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第 19 卷),法律出版社 2009 年版,第 203 页。

义上研究了入罪问题,这里的入罪与我们通常所说的定罪是相当的。尤其是作者引用了有关指标对入罪的理由进行讨论,表明其不是法教义学的探讨,而是引入了法实证主义的方法论。张亚军的《客观归责的体系性定位》一文是对客观归责问题的进一步探讨。客观归责是我国刑法学界目前正在研究的一个热点问题,张亚军的博士论文就是以此为题目的,本文是这一研究的继续。周铭川的《论故意概念的相对性》一文,是对实质故意的一种研究,在故意概念中包含了价值的、规范的内容。当然,何为故意的相对性,在本文中缺乏定义式说明。张曙光的《论持有的实质——以巨额财产来源不明罪为例的分析》一文,是对持有的一种更为深入的探讨,作者认为,持有自身不是一种危害行为,而只是“非法持有”的事实侧面(或行为侧面);它也不是传统意义上的行为,而仅是一种事实关系。这些观点,对于我们正确地理解持有的本质具有一定的启示。谢冬慧的《南京国民政府时期刑事审判制度述论》,是一篇刑事法史的论文,为我们描述了一个特定历史时期的刑事审判制度。朱桐辉的《侦查辩护的诉讼救济与宪法救济》一文,提出了侦查辩护的百年,其实我国目前在侦查阶段是根本谈不上辩护的,因为我国现行的侦查行为不是诉讼行为而是行政行为。本文为我国侦查模式的改造提供了一种思路。汪贻飞的《量刑义务:检察官客观义务之核心》一文,提出了检察官的量刑义务的概念,以此充实检察官的客观义务。应该说,在我国目前对量刑程序进行改革的背景下,对这一问题的探讨是具有现实意义的。当然,检察官的量刑义务一词是容易引起误解的。量刑是法官的职权,检察官所具有的应该是保证量刑适当的义务。王利荣的《社区矫正应向何处去——以重庆市试点情况为切入点》一文,是对社区矫正所作的一个实证研究,其提出的问题是具有启发意义的。宋健强的《司法说理的国际境界——兼论国际犯罪论体系》一文,是对国际刑法研究的一种深化,尤其是试图建构国际犯罪论体系,这一命题具有一定的学术想象力。李强的《论社会团结、社会失范与犯罪控制》一文,是采用社会学知识,对犯罪控制这一问题所作的深入研究,对于我国犯罪学研究的发展具有一定的示范性。

《刑事法评论》的逐版出版,学术助理都付出了重大的努力。今年蔡桂生去德国留学,接替蔡桂生的是我的博士生马寅翔。我相信,马寅翔会圆满地完成这一工作。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2010年1月28日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

主 题 研 讨

中国传统犯罪构成理论总检讨/付立庆	(1)
一、前提缺陷:凌驾于犯罪构成之上的社会危害性理论	(2)
二、要素缺陷:犯罪客体与犯罪主体要件之反思与消解	(18)
三、结构缺陷之一:缺乏违法性的阶层 ——兼论正当防卫、紧急避险的体系地位	(29)
四、结构缺陷之二:缺乏责任阶层——从期待可能性理论切入	(37)
五、实践缺陷:缺乏可操作性	(46)
六、功能缺陷:突出保护功能,忽视保障功能	(50)
七、全文小结:四要件体系的缺陷盘点	(54)
建立一座法律解释论的“通天塔” ——对实质的刑法解释论的反思/周 详	(57)
一、形式解释与实质解释的概念在法理学中的缺位	(57)
二、对《通天塔》电影的解读	(60)
三、对实质解释论的几点反思	(67)
论一只“牛虻”在中国刑法学术生态圈的诞生 ——评《中国实质刑法观批判》/周 详	(84)
一、中国刑法学术生态圈的描述——“牛虻物种(精神)”的缺失	(85)

二、《批判》一书标志着中国刑法学流派的诞生	(87)
三、《批判》之批判	(102)

理论前沿

论刑法解释的刑事政策化/欧阳本祺	(113)
一、刑法解释刑事政策化的依据	(113)
二、刑法解释刑事政策化的路径	(121)
三、刑法解释刑事政策化的贯彻	(127)
四、结语	(128)
基于法治原则的民意正当性拷问与刑事理性策略/张开骏	(130)
一、问题的提出:民意过度介入影响司法公正	(130)
二、司法的态度:法治不允许盲动的民意	(135)
三、解决的路径:司法应对与刑事政策之措施	(140)
四、未必多余的余论:正确理解与协调好司法的法律效果与 社会效果	(146)
论劳动权刑法保护的内容与范围	
——中国劳动刑法建构的核心问题/肖 雄	(149)
一、导论:研究的缘起与必要性	(149)
二、劳动刑法与劳动关系、劳动权	(154)
三、建构劳动刑法的理论依据——法益理论	(162)
四、劳动权刑法保护对刑法理论的挑战	(170)
五、劳动刑法理论对我国在劳动权刑法保护方面的启示	(182)
六、结语	(185)
民事赔偿的刑法意义/朱铁军	(187)
一、民事赔偿机能的历史流变	(187)
二、民事赔偿刑法意义在域外理论和立法中的表现	(190)
三、民事赔偿在我国刑法中的意义	(197)

刑法方法论

“类型”作为刑法上之独立思维形式	
——兼及概念思维的反思与定位/杜 宇	(206)
一、“类型”作为独立的讨论客体	(206)

二、“类型”的语义发展	(207)
三、“类型”的思维特征	(209)
四、“类型”的逻辑结构	(224)
五、“类型”的类型化	(226)
六、类型与概念的基本关系	(232)

域 外 传 译

刑事政策与刑法体系/克劳斯·罗克辛 文 蔡桂生 译	(244)
纳粹主义对刑法的影响/约阿希姆·福格尔 文 喻海松 译	(283)
一、引言	(284)
二、20 世纪刑法的发展路线	(289)
三、纳粹时期对刑法的继续影响是综合发展路线的体现	(292)
四、纳粹时期继续影响的刑事政策的、宪法的和刑法教义学的教训	(308)
五、结语	(311)

域 外 视 野

西方刑事诉讼传统的形成

——以中世纪“非理性”证据、审判制度为中心/伯化强	(313)
一、基督教文化中的刑事司法观:法官=谋杀犯,刑事司法=谋杀	(314)
二、早期审判正义化原则的形成及其对刑事审判的影响	(324)
三、前基督教时代与基督教时代的证据、审判模式比较	(331)
四、中世纪刑事审判、证据制度的特点与解析之一 ——为司法者提供免受“血罪”惩罚的程序设计	(334)
五、中世纪刑事审判、证据制度的特点与解析之二:获致案件真实、 实现实体正义的方式——以形式理性、数字理性实现实质理性	(345)
六、结论:司法消极性的确立	(360)

美国刑法理论视野下正当事由与宽宥事由的宏观探析

——区分之理、存在之据与影响之果/蔡曦蕾	(363)
一、前言	(363)
二、正当事由与宽宥事由的区分之理	(363)
三、正当事由与宽宥事由的存在之据	(366)

四、正当事由与宽宥事由的影响之果	(374)
五、展望:中国刑事实体辩护事由的二维区分	(382)

专 题 研 究

入罪的理由:论刑法生成的标准

——基于指标分析的理路/张 训	(383)
一、几点必要的说明	(384)
二、一般理解的“入罪”标准	(386)
三、“入罪”的科学当量——指标分析体系	(389)

客观归责的体系性定位/张亚军

一、客观归责的本质界定	(397)
二、客观归责与因果理论的关系厘清	(402)
三、结语:客观归责的体系归位	(406)

论故意概念的相对性/周铭川

一、引言	(409)
二、故意并非心理学要素的实例	(409)
三、形式的故意概念与实质的故意概念	(416)
四、故意概念的相对性的具体论证	(419)
五、对实例一、二中行为人罪过的解读	(424)

论持有的实质

——以巨额财产来源不明罪为例的分析/张曙光	(426)
一、导言	(426)
二、持有的本体:人对物事实上的控制、支配	(427)
三、持有的本质:一种“事实关系”	(431)
四、持有的实质:不是状态,也不是作为和不作为	(434)
五、一个成功的解释示例:巨额财产来源不明罪的危害行为	(438)

南京国民政府时期刑事审判制度述论/谢冬慧

一、南京国民政府时期刑事审判制度的特点	(442)
二、南京国民政府时期刑事审判制度的价值	(448)
三、南京国民政府时期刑事审判制度的局限	(452)

侦查辩护的诉讼救济与宪法救济/朱桐辉

一、意义与界定	(459)
---------------	-------

二、现有救济体系的问题	(460)
三、法治国家的有效救济方式	(466)
四、需要增加的救济	(469)
五、从诉讼救济到宪法救济	(471)
量刑义务:检察官客观义务之核心/汪贻飞	(476)
一、问题的提出	(476)
二、侦查阶段:“客观义务”抑或“法治原则”	(478)
三、审查起诉阶段:“客观义务”VS“功利主义”	(480)
四、定罪阶段:客观义务的乌托邦	(482)
五、量刑阶段:客观义务作用的核心阶段	(484)
六、判后阶段:检察官客观义务在量刑问题上的延伸	(485)
七、结论	(486)
社区矫正应向何处去	
——以重庆市试点情况为切入点/王利荣	(488)
一、讨论的缘起	(488)
二、转制难结及解困方案	(490)
三、准确把握“五种人”结构性变化规律	(492)
四、合理诠释“矫正”的制度内涵	(494)
五、以修改刑法为先导,地方立法跟进	(497)
司法说理的国际境界	
——兼论国际犯罪论体系/宋健强	(499)
一、旧题新议:“司法说理”的国际境界	(499)
二、国际刑事司法裁判文书经典样本剖析	
——“充分说理”的表面印象	(502)
三、国际刑事司法裁判文书经典样本剖析	
——“充分说理”的实质印象	(510)
四、“国际犯罪论体系”新说——“犯罪论体系”的国际化辩证	(514)
论社会团结、社会失范与犯罪控制/李 强	(533)
一、社会团结:类型与过程	(533)
二、犯罪作为社会失范	(541)
三、犯罪控制:范围、体系与模式	(545)
四、国家一元主导型犯罪控制模式的局限及其克服	(550)
《刑事法评论》征稿启事	(559)

[主题研讨]

中国传统犯罪构成理论总检讨

付立庆*

众所周知,中国现有的被称为平面耦合式四要件体系的(狭义)犯罪论体系(即犯罪成立条件),来源于苏联。1949年10月,在亚洲的东方耸立起了一个幅员辽阔、人口众多的崭新的国家,这就是社会主义中国。为了标志新中国与以往社会的本质不同,中国的决策者决定抛弃旧中国的所谓“六法全书”,与以往的法律传统决裂,业已在民国时期初步成型的具有大陆法系特色的刑法理论完全被推翻,一头倒向苏联老大哥,学习其刑事立法和刑法理论。一批著名的苏联刑法学家来到中国任教,并帮助培养刑法学教学科研人才。苏联的犯罪成立理论也随之传入中国,经过新中国第一代刑法学者的吸收和改造,形成了我们的犯罪客体—犯罪客观方面—犯罪主体—犯罪主观方面的体系框架及其基本内容。不容否认,在新中国从1949年到1979年整整30年的时间里,没有一部系统的刑法典,在刑事司法人员依靠执政党的政策办案的宏观社会背景之下,这一套四要件的犯罪构成理论以新的马克思主义法学理论的姿态明确了犯罪成立所需要的主客观条件和入罪的基本规格,使得司法人员确定犯罪之成立与否在思维模式上有章可循,这就至少在一定程度上填补了在刑事领域之中“无法无天”所带来的真空。并且至今,这一体系也已经为广大的司法人员所熟悉,具有便于操作的特点和某种意义上的存在的合理性。充分肯定并且明确尊重这一点,是历史唯物主义的态度。相反,如果完全忽视这一平面四要件体系的历史贡献,反而单纯地大谈特谈中国犯罪论体系的诸多缺陷,无疑会被批评为“以偏概全”、“不够客观”或者过于极端。这一点,是在我们反思中国现有的犯罪构成理论的时候所必须首先强调的。

另一方面,经过移植期(基本上从1949年—1957年)、沉寂期(1957年—1978年)

* 作者系中国人民大学法学院讲师,法学博士,曾任日本东京大学法学政治学研究科客员研究员。本文为作者承担的司法部课题(项目编号06SFB3011)“重构我国的犯罪构成理论:比较研究与路径选择”最终成果的第二部分。

之后,中国的犯罪构成理论进入了发展期。^{〔1〕}随着社会的发展进步而带来的从防卫社会到保障人权的观念转变,同时也是随着国门的打开和与外国刑法学同行联系的增多,中国传统的犯罪成立理论本身所固有的弊端日益凸显出来,学术界反思中国犯罪构成理论的呼声30年来不绝于耳。现有的四要件理论究竟具有哪些缺陷?这些“缺陷”真的是重要的缺陷,或者不过是学者们自娱自乐的话题资源?对于中国的犯罪构成理论进行较为全面、系统的清理,从而决定我们对待其的态度是至为重要的,而且,由于诸多的刑法学同仁们已经做了大量的工作,这样的系统清理也是可能的。这正是本文的任务所在。

一、前提缺陷:凌驾于犯罪构成之上的社会危害性理论

(一) 话语的背景:支持传统社会危害性理论的正当性基础

基于对犯罪的基本特征和本质属性的不同理解,各国刑事立法关于犯罪概念的规定基本上也有三种类型——犯罪的形式概念,只指明犯罪的形式特征,将犯罪概括为刑法明文规定科处刑罚的违法行为;犯罪的实质概念,对犯罪作社会政治的评价,揭示犯罪的社会政治内涵;犯罪的形式与实质相统一的概念,试图完整地揭示犯罪的法律特征和本质属性,以克服犯罪的形式概念和实质概念的片面性。我国《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)采用了长期以来被津津乐道的形式与实质相统一的犯罪定义。根据《刑法》第13条的规定,我国传统的刑法理论一般认为,犯罪具有社会危害性(严重的社会危害性或其他诸如此类的提法)、刑事违法性和应受刑罚惩罚性三个基本特征。其中,严重的社会危害性是犯罪的本质特征(也有学者不同意“本质特征”的提法而改称“本质属性”)^{〔2〕},揭示了犯罪的社会政治内容;刑事违法性是犯罪的法律特征,揭示了犯罪与刑法的关系;应受刑罚惩罚性是犯罪的法律后果,反映了犯罪与刑罚的关系。严重的社会危害性决定刑事违法性和应受刑罚惩罚性,而刑事违法性和应受刑罚惩罚性则反过来说明和体现严重的社会危害性。这套被称为“社会危害性中心论”的理论长期占据着我国刑法理论研究的主战场,社会危害性作为犯罪的本质特征已经成为不可置疑的权力话语而被我国学者认为天经地义、理所当然。就笔者掌握的资料而言,新《刑法》颁行以来出版的大多数教材和论著在论及犯罪的特征的时候,除

〔1〕 这种三个时期的划分,例见何秉松:《犯罪构成系统论》,中国法制出版社1995年版,第45—56页。杨兴培教授进一步将1979年之后的我国犯罪构成理论分为复活、疑问和发展三个阶段,参见杨兴培:《犯罪构成原论》,中国检察出版社2004年版,第40—44页。

〔2〕 参见张明楷:《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年版,第62页。

了文字表述上稍有不同外,一般都沿袭了传统的提法。^{〔1〕}

如果说在1979年《刑法》没有明确规定罪刑法定原则反而规定类推制度的刑事立法背景下,被动跟随刑事立法的中国刑法学以社会危害性为犯罪的本质特征还多少具有一点法律依据的话,在1997年修订的《刑法》明确规定罪刑法定原则、废除类推制度后,仍然固执地坚持以社会危害性为犯罪的本质特征则是无法令人信服的。它不仅表明我们的刑法理论研究仍然未能摆脱“幼稚学科”之低水平重复的命运,也与“依法治国”方略的基本理念难以达成有效的契合。

社会危害性理论究竟何以在我国传统刑法理论中站稳脚跟,并且受到众多学者的青睐,从而盘踞整个刑法学界几十年之久呢?换言之,支持传统社会危害性理论的正当性基础是什么?这实际上涉及反思社会危害性理论的话语背景,并且,在时下比较常见的“先歪曲再批判”的讨论系统之中,有关话语背景的检视就显得尤为重要。我们认为,我国刑法学界多数学者长期以来之所以将社会危害性奉为圭臬,将其作为犯罪的本质特征加以考察,主要可从如下几个方面找到答案:

1. 政治刑法和“人治社会”是解读社会危害性理论的制度背景

犯罪是一种复杂的社会现象。一种行为是否被认为是犯罪,受着该国的国家类型、立法当时的政治经济形势、法律文化传统以及刑法时代思潮的强烈影响。在经济体制改革之前,我国的社会结构是建立在计划经济体制上的、以集中垄断大一统为特征的人治社会。在这种一元社会结构中,领袖人物因其个人魅力获得了至高无上的尊贵地位,执政党包括最高决策层在内的民主制度荡然无存,加之几千年来儒家礼法合一、德主刑辅的传统,使得作为社会控制工具的法律一直无从树立其首屈一指的权威地位,法律虚无主义在长达几十年的时间里甚嚣尘上。就刑事领域而言,不仅在长达30年的时间内以执政党的刑事政策代替刑事法典,即便1979年诞生的《刑法》也仅仅成为国家推行其统治阶段意志的暴力工具,工具性是刑法的根本特性。这种工具性的突出表现就是,强调刑法的社会保护机能,而轻视刑法的人权保障机能,至少是未将人权保障机能同社会保护机能放在一个同等重要的位置上。工具性的刑法不仅丧失了法律的独立品格,成为政治的附庸,而且还丧失了确定性的特征,牺牲了法定性原则,随着政治斗争的需要而随时可以超越法律规定。这种工具性的刑法观反映到刑事政策上,就是“以阶级斗争为纲”或者“两手抓,两手都要硬”或者“从重从快打击犯罪”(即所谓“严打”)。在这样的刑事政策基础上,社会危害性自然而然地获得了无论怎样评价都不为过的显赫地位,用“犯罪的本质特征在于其社会危害性”的理论去诠释犯罪

〔1〕这方面的例证不胜枚举,有兴趣的读者可以参见目前仍在流行的一些教材,例如高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社1999年版;高铭喧主编:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版;赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版;梁华仁、裴广川主编:《新刑法通论》,红旗出版社1997年版;曹子丹、侯国云主编:《中华人民共和国刑法精解》,中国政法大学出版社1997年版。

就是天经地义的了。

2. 法学研究主体意识的丧失成为社会危害性理论的肇端和渊源

在法律的工具性观念的支配下,刑法理论研究缺乏起码的自主性和独立性,完全沦为政治与行政的附庸。在这种情况下,法学研究很难谈得上科学性。在近现代刑法学中,“社会危害性说”发端于贝卡里亚的《论犯罪与刑罚》。在其经典性的论述中,贝卡里亚明确指出,犯罪对社会的危害程度是衡量犯罪的真正标尺。但把“社会危害性说”推向极致的则是苏联社会主义刑法学。我国刑法在其初始阶段基本上秉承了苏联的一整套理论,在犯罪概念的界定、社会危害性问题的理解上,紧跟苏联学者的主张。^{〔1〕}在苏联,社会危害性话语是在对资本主义的形式主义刑法的总决裂和全面否定中应运而生的,并因其与社会主义本质犯罪观具有天然的契合性及强大的解释力,最终在犯罪概念乃至整个犯罪成立理论中占据着支配地位。在一个强调协调、中庸、统一与服从的特定环境中成长起来的一代学者们,似乎更习惯于用经典作家的思考代替本人的思考,似乎只是满足于得一得之见,缺乏应有的批判意识和创新精神。在注释式研究中,“理论的棱角逐渐磨平,反思的能力严重萎缩”^{〔2〕},久而久之,法学研究成为寻章摘句的同义语。无法避免的生吞活剥的结果只能是将错就错、以讹传讹。反映到犯罪问题上,集中体现为极力维护社会危害性对于犯罪阐释的独霸地位。实际上,社会危害性在我国犯罪理论的解释体系中拥有至上地位,其此种地位的合法性是靠承继犯罪的阶级属性获得的。不假思索地强调犯罪阶级属性并将其上升为政治高度,势必是对“社会危害性本质特征论”的津津乐道与无端盲从。我国学者邱兴隆教授认为:“与法学的落后同步,我国刑法学研究相当幼稚。更为重要的是,学者尚未形成独立的学术品格,学术研究对政治的依附性极强。研究的落后决定新的刑法理念得不到应有的关注与推行,而学术研究对政治的依附性又决定了刑法理论不但缺乏应有的启蒙意识与对现实的批判精神,而且往往蜕变为为不合理的立法与司法现实辩护的工具”。^{〔3〕}在这种情况下,为现行刑事实践所信奉与贯彻的社会危害性不但得不到理性的否定与清理,其盛行也就自然而必然了。

〔1〕 20世纪50年代,我国的刑法理论基本上照搬了苏联的刑法理论。张明楷教授认为,之所以照搬和能够照搬,主要有两个方面的原因:一是因为新中国成立后废除了“伪法统”,也废除了已有的刑法理论,而一时又不可能建立崭新的刑法理论,于是照搬了在政治制度上与中国相同的苏联的刑法理论。二是因为新中国成立后的50年代,中国没有刑法典,刑法理论的研究不受刑法规定的制约,因而可能照搬苏联的刑法理论(参见吕英杰:《兴趣与立场:刑法学的一种追思性梳理——访著名刑法学家张明楷教授》,载冯军主编:《比较刑法研究》,中国人民大学出版社2007年12月版,第470页)。

〔2〕 陈兴良:《学术自传——一个刑法学人的心路历程》,载《走向哲学的刑法学》,法律出版社1999年版,第51页。

〔3〕 邱兴隆:《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》,法律出版社2000年版,第155页注。