

冯亚东
作品集 FENG YADONG
PORTFOLIO

冯亚东
著

理性主义与刑法模式

犯罪概念研究



中国政法大学出版社

作冯
品亚
集东

FENG YADONG
PORTFOLIO

冯亚东
著

理性主义与刑法模式

犯罪概念研究



中国政法大学出版社

2019·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

理性主义与刑法模式：犯罪概念研究/冯亚东著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 11

ISBN 978-7-5620-7907-1

I. ①理… II. ①冯… III. ①刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第277803号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印 北京中科印刷有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 8.25
字 数 170 千字
版 次 2019 年 1 月第 1 版
印 次 2019 年 1 月第 1 次印刷
定 价 59.00 元

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟不能发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文革”期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育

的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高，法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以引导。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推动和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

自序

我们生活在一个人欲横流、五光十色、变化万千的世界里，我们每个人都身不由己地被卷进这社会的大流而随波逐荡。人间的一面是阳光、友爱和欢笑，而另一面却是黑暗、罪恶和哀号；惟有这两面的同时相随，才是生活的本真，才是最实在的世界。快乐的日子我们随时准备承受可能降临的苦难。

人类所面临的诸多苦难中最平常、最不幸的莫过于邪恶与犯罪，而这恰恰又是人类自己给自己制造的麻烦。一方面，我们在肉体 and 心灵上不得不承受来自同类的摧残和折磨，另一方面，我们为压抑它们而无可奈何地耗费宝贵的精力并付出巨大的物质代价。

二十年前，当我作为莘莘学子的一员怀着惶惶然的心情跨进大学校门时，这人间最不幸之事便很快引起了我的兴趣；虽然当时尚不能提升“最不幸之事”的认识，但生活的自然体验总是使法律院校的学子们最先关注这一方面。我在三年级学年论文选题时又选

了刑法题目，从此便与犯罪和刑法结下了不解之缘。大学毕业后被分配至法院经历了四年的刑事法官生涯，以后又到学校专职从事刑法学的教学工作。

多年来，在与实在的犯罪和概念的“犯罪”接触过程中，我逐渐形成一种十分强烈的意识：犯罪概念本身是人类千千万万不轨行为的集合，概念所表征的现象背后折射着人类社会生活的几乎所有场景；其间饱含着人类世世代代的多少痛苦、多少泪水、多少代价（也包括犯罪方），而这些势必还将延伸至无限的未来。但迄今为止我们对犯罪概念中所包含的真理性知识其实还了解得很少很少：一方面，立法上急功近利迎合某些需要而大肆增设新罪名，许多本来无须用“犯罪”去界定的行为也都改由刑法来操心；另一方面，司法中面对潮水般涌来的新型“犯罪”及大量临界点上的行为（犯罪与一般违法行为难以界定）而头疼不已，其裁判为“犯罪”的公正标准究竟在哪里？而学者们面对乱糟糟的局面似感疲于应付，当务的注释工作都难以完成，谁还有暇顾及基本概念的研究呢？

须冷静看到的是：在对犯罪的控制过程之所以出现如此复杂的局面，除了社会生活本身比历史上任何时代都更多样化外，一个很重要的原因却是控制过程中人为的失误。在对犯罪模式、刑法模式乃至整个法律控制模式的设计和运用中非常缺乏基本理论的指导，始终未能搞清“犯罪”在众多危害行为中的特殊意义究竟是什么。

有感于此，笔者开始了对犯罪概念的系统研究。本书的原型为《刑法的哲学与伦理学》一书（出版于1996年12月）。原书在写作时为缩小篇幅，对许多基本概念和专业方面的一般性知识未作阐

述，而直截了当地切入自己的观点及结论。读过该书的一些朋友感到内容太浓缩，希望我以后改写时能做一些解释性的阐述。于是在本书的再创作过程中原打算做点“掺水”的工作，却不料一开始便写成了“平等与自由的悖论”一节，写下来便自感思想又进入了一个新的层面，对原来内容的“掺水”便顿觉无趣，于是只好放弃。原书的内容基本都保持不动，只作了个别修改和一些技术性的调整；增写了第15、20、50、51、57、59小节。看过原书的读者便只看这几节即可，不必再浪费时间。

本书的写作前前后后历经十年之久。原书从1988年10月定题动笔，行文之初是从当时思路比较成熟的犯罪本质方面着手进行的，主要分析犯罪与一般违法行为的“质差”问题，到1988年底便完成了作为本书第二章的主要部分。从1989年开始才又倒过来对最棘手的社会危害性问题进行研究，其间一边教书一边读书一边写书，有时数月甚至数年在纸面上一无所获。由于写作时间跨度太大（第三章中的“刑事法律关系”一节写于1984年以前），故三大章的写作风格甚至一些内容显得并不协调，虽经调整但仍显痕迹：前半部形而上的色彩甚浓，后半部形而下的实证居多；并且不少叙述似乎离题太远，但本人又不忍心割爱。对一个概念进行所谓完整系统的研究似乎应当保持写作风格和内容的某种一致，否则读者很难形成一个统一的印象。但本书终未能达到这一点。

写作中在与朋友们讨论时形成一个想法，即做学问不可等同于做人。中国的知识分子长期以来形成一种传统——将日常生活中做人的行为标准等同于做学问应恪守的标准；做人应虚怀若谷、谦恭谨慎，于是做学问也应四平八稳、不露锋芒。一篇文章洋洋洒洒若

千万字，看完总难得要领。西方的学者们历来有一种自由自在的思辨气质，反映在学问中就是易走极端。但这对读者来说未免不是幸事——阅读时简单明了，批判时痛快淋漓。龙勃罗梭关于天生犯罪人的惊人描述不免激起读者刻骨铭心的反感和思索，而弗洛伊德对“里比多”的过分渲染总让我们使劲联想孩提时代的经历。本书的文风便基于这样的思路形成。我自甘受人讥弹。

陈兴良先生在《刑法哲学》一书中曾谈到应建立刑法理论的“专业槽”问题。我也有些同感。但对“专业槽”我作这样的理解：本来这槽里的草是谁都可以嚼的，也永远吞不完，但达不到这槽的高度你就吃不到；刑法学的理论在这一意义上又是向所有人开放的。我真心地希望与学界同行一起咀嚼和分享这槽里的草。

作 者

1998年3月30日于成都

目 录 / Contents

001 总 序

003 自 序

001 导 论

第一章

社会危害性辨析

006 第一节 一个共许前提——社会危害性

006 1. 不同法系中社会危害性的不同表达形式

010 2. 对“前提”的质疑

013 第二节 社会危害性并非行为的固有属性

013 3. 哲学上的“属性”问题

015	4. “犯罪”性质的变异现象
018	5. 自然的东西既不善也不恶
019	6. 误解与重新约定
021	第三节 社会危害性在价值判断中才得以显现
021	7. 价值判断的范式过程
026	8. 能否逾越事实和价值之间的鸿沟
031	9. 价值结论的三种基本取向
032	第四节 社会危害性的判断主体——社会主义文化群
032	10. 不同主体有不同的价值取向
034	11. 国家只是形式上的判断主体
037	12. 法律之应然根源于国家之应然
040	13. 法律的终极效力
043	14. 亚文化群与主文化群
046	15. “工具论”应当休矣
049	16. “死法”的症结之一
050	17. “恶法”应否服从
053	18. 法律控制与宽容精神
062	19. 刑法之罪与道德之恶
069	20. 平等与自由的悖论——兼谈自然法
081	21. 小节——天国之梦
083	第五节 社会危害性的判断标准——“效用原则”
083	22. 价值标准基于需要和利益而形成
085	23. 需要和利益发源于生活的体验

087	24. 亚文化群的价值标准
088	25. 价值评价中的混乱状态
094	第六节 社会危害性的载体——有罪过的行为
094	26. “载体”问题的困惑
095	27. 评价活动的目的性
096	28. 法律所评价的仅是人的行为
099	29. 走出理论的困境
104	30. 精神生活是连接人类群体的纽带
113	31. 刑法应切中人的意志
116	32. “严格责任原则”是否可行
125	33. 本章小结

第二章

关于应受刑罚处罚性

128	第一节 对犯罪本质的思考
128	34. 犯罪本质问题的提出
129	35. 寻找认识“质差”的突破口
134	36. 质差在于应受的处罚不同
139	37. 在“热水”定性上的启迪
141	38. 治安违法行为——中介状态的两可性
143	39. 犯罪是具有多重本质的事物
146	40. 所谓生产力标准与法律标准的冲突

148	第二节 刑罚和犯罪的先后制约关系
148	41. 刑罚与犯罪谁居于上位
149	42. “自然犯”并非自然的是犯罪
152	43. “法定犯”的界定依据
155	44. 是先有鸡还是先有蛋
159	45. 司法定罪中的逆向思维
161	46. 应罚性不等同于法律后果
165	第三节 刑罚的有效性及其对犯罪外延的影响
165	47. 刑罚应保持自由刑的中心地位
167	48. 罚金刑不应独立适用
169	49. 规定法人犯罪不可行
172	50. 保安处分在刑法中能否有一席之地
177	51. 关于死刑的存废问题
178	52. 刑法规范的威慑效应及规范之灵活运用
181	53. 本章小结

第三章

关于刑事违法性

183	第一节 刑事违法性与犯罪构成
183	54. 形式上的刑事违法性
185	55. 法定犯罪构成的理论化倾向
191	56. 犯罪构成的分解及其要件

197	57. 犯罪认识体系与文化背景
204	58. 类推制度没有必要取消
212	59. 事物性质的模糊性问题
219	第二节 概念刑法学与刑事法律关系
219	60. 刑法学的门类划分
222	61. 刑事法律关系的三大类型及相互间的转化
229	62. “刑法所保护的社会关系”的提法不妥
230	63. 犯罪客体是一种“权利”而非“社会关系”
233	64. 犯罪对象存在于所有的犯罪之中
237	65. 犯罪结果是犯罪对象的转化形态
240	66. 本章小结
243	主要参考书目
249	后 记

导 论

概念是人们头脑中存在的一种对事物本质属性的思维形式。概念与客观事物并非同一，当概念较全面地、深刻地反映了事物的本质属性时，它就上升为相对的真理。几个世纪以来，当刑法学逐渐定型而成为一门人文科学学科后，学者们在不同意识形态的支配下，始终不懈地追求着对犯罪现象（客观事物）中所包含的真理的认识。犯罪一词可谓凡人皆知，然而对于究竟什么是犯罪却众说纷纭。

在美国学者昆尼和威尔德曼合著的《新犯罪学》一书中，概括介绍了国外学者们对犯罪概念的多种表述；近年来在我国学者中也出现了对犯罪概念的不同表述，虽未形成有势头的流派之争，但至少存在一些分歧。对在犯罪概念问题上的观点纷争，昆尼和威尔德曼总结为：“人们是基于不同的目的根据不同的社会历史情况来使用各种各样的犯罪概念的。”〔1〕

〔1〕〔美〕昆尼、威尔德曼：《新犯罪学》，陈兴良译，中国国际广播出版社1988年版，第2页。

本书并不打算一开始就陷入各种观点的纷争之中，我们只是针对昆尼和威尔德曼的总结提出一个须明确的问题：犯罪概念的确是人们“基于不同的目的根据不同的社会历史情况”而各自规定的，但这段话仅仅在方法论的意义上才是正确的。人们基于不同的研究目的是会形成多元的犯罪概念的。犯罪学家和刑法学家各自的研究目的并不相同，其分别提出的犯罪概念也就会有差异。“犯罪学问题的范围比正式的刑法的犯罪行为概念更广泛：它包括预备犯罪的状况和有偏差的行为。”〔1〕犯罪学家侧重的是对现实生活中发生犯罪的原因及所应采取的防范对策的研究，从这个目的出发，只需要看到犯罪的大致形态即可，并无必要对犯罪行为作出精确的界定。因为犯罪也好，“有偏差的行为”也好，两者在产生机制（原因）上并无太大的差异，并且就社会防范而言对两者都是力求抑制的。而刑法学家则侧重于什么是犯罪以及如何制裁犯罪的研究，从这个目的出发，就需要对什么是犯罪作出严格的规定，以免殃及无辜。就同一研究目的、同一社会历史情况来说，摆在刑法学家们面前的犯罪概念似乎只能包含一个真理，只能作出一元的规定，尽管在语言的表述上总会有差异，但对实质内容的理解却不应该相差太远。

从上述意义中可以看出，犯罪学中的犯罪概念是直接源于生活的——同立法者所创制的刑法规范并无丝丝相扣的联系；而刑法学

〔1〕〔德〕孔德·凯塞尔：《犯罪学》，赵可等译，西北政法学院出版社1976年版，第76页。

（规范注释论）中的犯罪概念则是直接源于刑法规范的——“无法无罪”，现代法治国家所确立的罪刑法定原则正是要求如此。虽然刑法中的犯罪终究还是发源于生活中的“犯罪”，但二者绝不等同：前者是成文规范所作出的评价，而后者更多的只是舆论、道德的评价。对理论刑法学来说，重要的任务就是揭示生活中“犯罪”之真谛——尽可能展示其全部内涵并穷尽其外延，使之能被清晰、明确、完整地铸造进刑法典中。

就我国刑法学对犯罪概念问题的研究现状来看，犯罪概念被定义为“危害社会的、触犯刑律的、并应受刑罚处罚的行为”。换言之，犯罪具有三性——社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性。对此定义有些学者曾提出过非议，但似乎并不存在实质内容上的太大分歧，只是就概念的物质外壳——语词的表述如何才更准确、更便于掌握而做文章（比如“危害社会”前面是否应加“严重”一词的争论）。

其实，对所使用的语词我们常常并不能确切地理解而只是大概明白其中的一些含义。生活中人们往往通过一种对语词用法的含糊而笼统的约定系统去进行思想的交流。撇开对犯罪三性的语词表述问题不论，就对其实质内容的理解来看，我国刑法界几十年来始终在一个较低的层次上徘徊，只是对直观现象及现象间的逻辑联系作出一些事实性的描述：社会危害性是组成犯罪行为的诸主客观事实特征的综合反映；刑事违法性是与社会危害性主要方面相对应的条文规范形式，内容与形式的统一即成立犯罪；而应受刑罚处罚性则