

|天
Borderless
|下

法学新经典

中国 实质刑法观 批判

——
邓子滨 著
——

第二版

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless
|下

法学新经典

批判 中国 实质 刑法 观

——邓子滨 著——

第二版

图书在版编目(CIP)数据

天
Lawpress
下

中国实质刑法观批判 / 邓子滨著.—2版.—北京:
法律出版社, 2017.2
ISBN 978-7-5197-0515-2

I. ①中… II. ①邓… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第011839号

中国实质刑法观批判(第二版)
邓子滨 著

责任编辑 高山 汤子君
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16
版本 2017年2月第2版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 23.5 字数 278千
印次 2017年2月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版社
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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海公司/021-62071010/1636

书号: ISBN 978-7-5197-0515-2 定价: 58.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

|天
Borderless
|下

博稽古今 融汇天下

修订版序

陈兴良^[1]

邓子滨教授的《中国实质刑法观批判》一书自2009年8月出版,转眼之间已经过去了7个年头。该书出版以后受到刑法学界的好评,并且在2016年荣获中国社会科学院优秀科研成果二等奖,在该院法学成果中拔得头筹,可喜可贺。现在,邓子滨教授对《中国实质刑法观批判》一书进行了较大幅度的修订。值此修订版即将出版之际,我再次获邀为该书写序,感到十分荣幸。

自改革开放以来,我国刑法学理论取得了突飞猛进的发展,学术气氛浓厚,观点争鸣亦形成气候。其中,围绕实质刑法观的论辩成为一个热点问题。以形式解释论与实质解释论的对立,展开了深入而广泛的学派之争,这是值得肯定的。可以说,邓子滨教授的《中国实质刑法观批判》是一杆大纛,在

[1] 北京大学法学院兴发岩梅讲席教授,博士生导师。

其中起到了招展和招摇的作用,也就是召集立场相同者,并成为立场相异者攻击的显著目标。

十分有意思的是,邓子滨教授的《中国实质刑法观批判》出版的时候,作为其批判对象之一的刘艳红教授的《实质刑法观》还未出版。虽然从出版年月上看,两部书是同时出版的,但实际上两书并无交集。无论如何,邓子滨教授和刘艳红教授的以上两书,成为实质刑法观论辩中对立双方的各自宣言。此后,在2010年第4期的《中国法学》上分别发表了我的《形式解释论的再宣示》和张明楷教授的《实质解释论的再提倡》两篇针锋相对的论辩性文章,主要是在刑法解释的意义上展开了赞同或者反对实质刑法观的论争。

围绕着实质刑法观的争论聚焦在形式解释论和实质解释论以后,如何看待形式判断与实质判断就成为核心问题。我之所以没有在与实质刑法观对应意义上提出形式刑法观,就是因为形式刑法观的提法容易被人误解为不要实质内容。事实上,即使是形式解释论也往往被人误解为只要形式解释而不要实质解释。

这里涉及形式解释与实质解释的关系。形式解释是指根据刑法条文的字面规定对刑法含义所做的解释,强调了刑法明文规定对于犯罪认定的限制机能;而实质解释则是指根据价值内容对刑法条文进行实质性的解释。例如,我国刑法第228条规定了非法转让、倒卖土地使用权罪,是指以牟利为目的,违反土地管理法规,非法转让、倒卖土地使用权,情节严重的行为。在一般情况下,该罪的行为是容易认定的。但在司法实践中,大量存在以股权转让方式转让土地使用权的案件。在这种案件中,土地使用权的主体并未变更,但由于股权变更,土地使用权的主体发生了事实上的转移。对于这种案件,如果采用实质解释论的立场,就会很容易得出构成非法转让、倒卖土地使用权罪的结论。理由在于:虽然形式上没有转让土地使用权,但通过转让股权的方式,变相地转让了土地使用权。显然,这

是对转让土地使用权做了实质判断。但按照形式解释论的立场,则必然得出不构成非法转让、倒卖土地使用权罪的结论。理由在于:转让土地使用权是指土地使用权主体在法律上的变更,而在以股权转让方式转让土地使用权的案件中,土地使用权主体在法律上并没有变更,而是股权发生了变更。因此,在这种案件中,不符合转让土地使用权的构成要件。在上述案件的认定中,非常明显地反映出形式解释论和实质解释论在对某些案件的定性中结论的差异。

在此基础上,我们进一步分析就会发现,实质解释论与形式解释论的分歧并不能简单地归结为形式解释与实质解释的择一性的对立,即形式解释论只要形式解释而不要实质解释,而实质解释论只要实质解释而不要形式解释。事实上,在解释论中,突破刑法条文的字面含义进行实质解释,就使得形式解释成为不可能。因此,对于实质解释论来说,确实存在一个只要实质解释而不要形式解释的问题。但在形式解释论中,先做形式解释,如果形式解释就排除了构成犯罪的可能性,当然也就不存在再做实质解释的问题。但如果经过形式解释,符合构成要件,在此基础上再进行实质解释,如果不具备犯罪的实质内容,仍然可以从犯罪中加以排除。

由此可见,形式解释论并不排斥实质解释,而是主张形式判断先于实质判断,由此而将实质判断的功能限于出罪。例如,刑法第188条规定的违规出具金融票证罪,是指银行或者其他金融机构的工作人员违反规定,为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明,情节严重的行为。在一个违规出具承兑汇票的案件中,银行工作人员在他人前单承兑汇票到期无力还款的情况下,为了避免出现坏账,就与他人商议,进行以新还旧的操作。即让他人以其他银行的承兑汇票的本票为质押,开出本行的承兑汇票,他人贴现银行以后,支付保证金和归还前单承兑汇票的欠款。但在这种以票换票的操作中,对于新开具的承兑汇票存在两处违规:一是未缴纳

保证金而开具承兑汇票;二是没有真实交易而开具承兑汇票。那么,银行工作人员是否构成违规出具金融票证罪呢?从形式上来看,开具承兑汇票确实存在违规,即形式上符合该罪的构成要件,这是没有问题的。但形式解释论认为,并不能因为行为在形式上具备构成要件就一定构成犯罪,还要在此基础上进行实质判断,即是否具备法益侵害性?从该案的情况判断,银行工作人员采取以新还旧的操作,主要是为了单位利益。而且根据这种操作模式,违规开具的承兑汇票项下的款项仍然以保证金和还款的形式回到银行,银行不可能就此受到损失。因此,该行为没有侵害银行的财产法益。这与在一般案件中,通过银行工作人员的违规操作,他人获取银行的承兑汇票,实际占有和使用承兑汇票项下的款项,实际或者可能对银行造成财产法益的损失,因而具有社会危害性的情形是完全不同的。因此,根据实质解释论,上述案件不构成违规出具金融票证罪。因此,形式解释论和实质解释论之争,对于形式解释论来说,并不是要不要实质解释之争,而是实质解释和形式解释的位阶之争,实质解释的功能之争。

目前,在我国刑法学界公开主张形式解释论的学者并不多见,当然对实质解释论表示怀疑的学者逐渐增加。值得注意的是,魏东教授提出了保守的刑法实质解释论的立场,指出:入罪上要保守并充分重视形式审查,坚守刚性化、形式化的入罪底线,即入罪上的刚性与形式立场。与保守的实质解释论相对应的是魏东教授称为全开放的实质解释论,这种实质解释论主张入罪上的弹性与实质立场,不求立法上的最大公正,但求司法上的最大公正。魏东教授认为,这恰恰是保守的实质解释论所反对的。^[1] 其实,魏东教授所说的这种所谓保守的实质解释论,与我所主张的形式解释论的立场是

[1] 参见魏东:《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》,中国民主法制出版社2011年版,第9页。

完全一致的。魏东教授之所以将这种入罪上的形式解释与出罪上的实质解释并重的立场归入实质解释论,是出于对形式解释论的误解,认为形式解释论就是不要实质解释。其实,即使是形式解释论也不是说在入罪的时候只要形式解释不要实质解释,而是在形式判断以后仍然要进行实质判断。只有同时具备犯罪的形式要件与实质内容,才能最终构成犯罪。

根据魏东教授的分析,实质刑法观可以分为双面的实质刑法观和单面的实质刑法观。实质的入罪论和实质的出罪论,这是双面的实质刑法观。而形式的入罪论和实质的出罪论,则是单面的实质刑法观。在魏东教授看来,只有张明楷教授是彻底的、激进的、整体的实质刑法观,主张的是双面的实质刑法观。而刘艳红教授主张以形式主义罪刑法定原则为基石,以实质主义刑法观审查出罪论,这种入罪论上的形式主义与出罪论上的实质主义,是一种单面的实质刑法观。基于此,魏东教授认为邓子滨教授可能并没有予以仔细端详,从而其对刘艳红式的实质刑法观的批评可能缺乏深思熟虑。^[1]应该说,魏东教授的观察是十分细致的。刘艳红教授虽然以实质刑法观作为自己的学术标签,但就其具体论述来说,确实是想把罪刑法定原则的形式主义与社会危害性的实质主义结合起来。例如,刘艳红教授倡导包容性的刑事法治国概念,其内容是反对单纯提倡形式法治国或实质法治国,反对以实质正义突破形式正义;只允许在坚持形式的刑事法治国优先和形式合理性的前提下,以实质正义为价值补充解释刑法规范,以实质的刑事法治国作为形式的刑事法治国之补充的二元刑事法治国观念。^[2]在以上这段话中,刘艳红教授讲得十分清楚,形式法治国(当然代表形式判断和形式解释)优先于

[1] 参见魏东:《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》,中国民主法制出版社2011年版,第481页。

[2] 参见刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版,第115~116页。

实质法治国(同样代表实质判断和实质解释),实质判断只是补充。既然如此,刘艳红教授为什么将实质而不是形式作为自己的学术标签?这是令人难以理解的。正因为刘艳红教授将实质刑法观作为其学术标签,因此在具体问题的解释上,就会把实质解释置于优先于形式解释的位置。例如在分析相对刑事责任能力人实施转化型抢劫行为时,是否应当按照抢劫罪承担刑事责任这个问题的时候,刘艳红教授的分析并不是从形式判断着手,而是从等质的可罚性出发进行实质判断,从而得出肯定性的结论。^[1]在此,实质判断是在入罪意义上采用的,而非只是用于出罪。

综上所述,到目前为止,对于形式解释论和实质解释论以及实质刑法观,还是存在较多的误解和模糊,对此应当进一步厘清。只有这样,才能深化并升华围绕着实质刑法观展开的学术争论。邓子滨教授的《中国实质刑法观批判》修订版,对初版进行了较大幅度的修订,包括删去一些章节和增写一些章节。经过修订以后,本书以崭新的面貌出现在读者面前。这些修订是邓子滨教授近年来对实质刑法观思考的进一步深入,对于我们会有更大的启迪意义。作者在前言中自称“这与其说是一本刑法学的书,不如说是一本关于刑法学的书”。值此修订出版之际,发表以上这些感想,并推荐本书给对形式解释论和实质解释论之争感兴趣的读者。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2016年11月12日

[1] 参见刘艳红:《走向实质的刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第178页。

初版序

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，似乎嗅到扑面而来的学术火药味，但我还是为之叫好。在我印象中，除郭沫若先生的《十批判书》给我留下深刻印象外，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，因为有时名不副实，但一个好名还是可以令人过目不忘，至少能够引起人们对该书的阅读兴趣。当然，对一本书的好评，还是来自这本书的学术质量。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了。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，是否会冒犯他人？被批判

者能否安然接受?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能否令一般读者乃至被批者信服。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,为了使被批评与被批判者能够接受,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被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。我看过邓子滨博士本书的初稿,感到他的批评与批判是符合平等、学术和理性精神的,没有漫骂,没有哗众取宠,而是以一种诚恳的心情在从事学术研究。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。

不仅批评与批判需要勇气,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,由此形成一种推进学术的内在动力。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被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,对被批评与被批判者来说,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,应当予以纠正而不应加以掩饰。后者是一个价值判断问题,即在学术立场上的对立。在这种基于不同学术立场而提出的批评与批判,对被批评与被批判者无论能否接受,都不存在任何伦理上的贬低。对此,被批评与被批判者能够接受就接受,不能接受则可以进行反批判。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单方的善意提醒而已,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;而且是以鲜活的语言,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味,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。对于某些疑难问题的论证,因此更具有说服力。

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。

偷渡案涉及使用骗取的证件出境是否属于非法偷越国(边)境行为的问题。有关人员持有的出境证件,其中护照和签证都是真实的,但在获取签证过程中对出境目的做了不真实的描述。在这种情况下,能否认定相关人员是偷渡呢?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,后来又专门撰写论文。^[1]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”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,与邓子滨博士的论文编在同一本书的同一专栏,后又收入我的《判例刑法学》。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。^[2]

[1] 参见邓子滨:《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。

[2] 参见陈兴良:《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,例如非法行医等。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被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多万元。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,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,并且后来也撰写了论文。^[1] 这一论文,实际上也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,所以改为向虚拟陪审团倾诉,其悲愤之情跃然纸上。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

[1] 参见邓子滨:《就一起故意毁坏财物案向虚拟陪审团所作的辩护》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第四卷),中国人民公安大学出版社2008年版。

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,我也是完全同意的。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期上,并收入《判例刑法学》。

我注意到,在本书中,邓子滨博士写下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,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做一点辩护:尽管罪刑法定的司法化还障碍重重,但比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,作为类推理论根据的社会危害性观念并没有受到彻底清算,内涵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期上。我是把该文当作一篇檄文来写的,其激愤之情溢于言表。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,形成了思维定势。在这种情况下,根除社会危害性理论是十分困难的,与社会危害性理论做斗争是一场持久战。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”一文,发表在《中国法学》2006年第4期上,对社会危害性理论做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,而与罪刑法定原则格格不入,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义。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,