

XING SHI WEI FA LI LUN YAN JIU
FAN ZUI PING JIA DE GUI FAN JI CHU
JI QI SHI JIAN JIA ZHI

刑事违法理论研究

——犯罪评价的规范基础及其实践价值

张军 / 著

中国检察出版社

XING SHI WEI FA LI LUN YAN JIU
FAN ZUI PING JIA DE GUI FAN JI CHU
JI QI SHI JIAN JIA ZHI

刑事违法理论研究

——犯罪评价的规范基础及其实践价值

张军 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事违法理论研究：犯罪评价的规范基础及其实践价值 / 张军著. —北京：中国检察出版社，2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1801 - 9

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 302916 号

刑事违法理论研究

——犯罪评价的规范基础及其实践价值

张军 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话：(010)68658769

发行电话：(010)88954291 88953175 68686531

(010)68650015 68650016

经 销：新华书店

印 刷：保定市中华美凯印刷有限公司

开 本：710 mm × 960 mm 16 开

印 张：11. 75

字 数：210 千字

版 次：2017 年 1 月第一版 2017 年 1 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 1801 - 9

定 价：32 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

内容摘要

德国学者卡尔·拉伦茨指出,“法学是指:以法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。这种学问的基本问题在于,在法律判断中经常包含价值判断……法学针对价值取向的思考也发展出一些方法,借助它们可以理解 and 转述既定的价值判断”。犯罪是违反刑法的当罚行为,这个看似简单的概念实质上是刑法问题的核心,乃至整个刑法理论的基础。从刑法理论的历史来看,想要解决的便是如何给犯罪的评价以妥当的指引,所有犯罪构成理论也均是围绕着犯罪的评价展开的。同样,我国的刑法理论也是围绕犯罪的评价展开,其中刑事违法性也是一个不可或缺的概念。但是,作为犯罪形式特征的刑事违法性只是一个没有实体内容、依附于社会危害性的形式概念,实际上只是对以社会危害性为本质的犯罪概念的“法”的形式修饰,并不具有实质的刑法意义。本文立足于我国的刑法理论体系,对传统的刑事违法性理论进行了反思和重构,揭示了刑事违法性作为一种价值关系属性的本质,寻求刑事违法的规范本质,倡导规范意义上的刑事违法性,以期将刑事违法性建构成为刑法中的核心概念,进而对刑事司法中的方法论尝试展开探讨。

除绪论和结语以外,本文的主体共分为六章。

第一章对我国刑法中的刑事违法性理论与德日国家刑法理论中的违法性概念进行了简略的梳理,并指出二者在刑法中的不同地位与功能,为后面的论述奠定基础。

第二章对两种违法性理论分别进行了反思和检讨,揭示了我国刑法理论中的刑事违法性概念的矛盾和德日国家二元违法观的缺陷,并进行了批判。重点指出:我国刑法中的刑事违法性实质上只是对犯罪构成“法定性”的形式强调,并没有体现对行为否定性价值评价的属性;而为了矫正形式违法的不足,传统理论在刑事违法性之外引入社会危害性这一实质的标准,不仅使刑事违法本身失去了在刑法理论中的价值,而且导致社会危害性与刑事违法性二者之间的矛盾。德日国家刑法理论中形式违法性与实质违法性的区分只是古典犯罪论形式主义思维的产物,是对体系化的犯罪构成予以合理解释的需要,而真正的违法性就是实质意义的法价值评价,形式违法性的概念并不妥当。因此,借鉴德日

国家刑法理论，构建形式—实质的双层次刑事违法性理论的做法并不可行。

第三章立足于刑事违法性规范评价的特征，指出刑事违法性并不是简单的三段论推理的形式结论。与社会危害性一样，刑事违法性也是行为人的行为所体现的一种属性，是行为与刑法发生关系时所体现出的与刑法的目的、价值相背离的价值关系属性。这样的一种刑事违法性本身就包含了刑法立场无价值评价的实质内涵。因此，刑事违法性并不仅是对犯罪构成法定性的形式强调，而是现代刑法上犯罪行为本质属性。从规范违反意义上实质理解的刑事违法性不仅从刑法评价的立场将刑法上的犯罪与一般意义上的犯罪相区分，而且将社会危害性蕴涵的实质价值纳入到刑法的规范评价中，既维护了刑法的自主性、安定性，又满足了实质法治的正义要求。

第四章主要围绕刑事违法性的逻辑结构和价值结构进行分析。重点指出：作为刑法上的否定性价值评价，刑事违法性是和刑法的性质、价值紧密相连的。刑法在国家法秩序中的特殊地位决定了刑事违法具有不同于一般意义上违法的特性，在逻辑上和价值上都体现出特殊的构造。在逻辑上，刑事违法性体现出与法定行为模式相符合，能够产生应当受到刑罚处罚的法律后果的特征；在价值上，作为对法秩序整体违反的刑事违法性不仅违反了刑法中所体现的国家意志，而且还体现出为市民社会规范所不容许的价值属性。刑事违法性价值中社会规范价值的引入就意味着刑事违法性的评价不完全是国家权力的单轨运作，而是将这种评价往社会脉络延伸。这种不再是局限在立法的规定、官方立场的封闭评价，既可以保证刑事违法性评价的正当性、可接受性，又有利于站在市民社会的立场对国家刑罚权的发动加以限制，保障公民自由。

第五章对德日国家关于违法性本质的观点进行了评析和检讨，指出了法益侵害说的不足，对规范违法说的合理性进行了分析。在分析以后，作者提出了自己的观点：具有保护法性质的刑法的目的是保护国民利益、维护市民社会的正常秩序。在我国，应当从社会规范的违反性和对社会利益的侵害性两方面界定刑事违法性的本质，单纯的法益侵害说并不妥当。

第六章立足刑事违法的本质，对罪刑法定原则下的司法理念进行探析。理论是灰色的，而生命之树常青，理论源于实践同时又给实践以指导。研究刑事违法性的价值就在于更好地为实践服务。罪刑法定原则是现代刑法的基本原则，从形式正义向实质正义过渡，从抽象公正到具体公正，是现代司法价值所在，也是让每一起案件的当事人都感受到公平正义的具体体现。刑法的适用离不开对刑法法条的解释，刑事违法性的研究再次凸显了法官释法的重要性和必要性。依照刑事违法性的本质来解释法条，检视刑法对社会生活的介入的必要性，在一定程度上有助于保持刑法的克制和谦抑，防止社会管理的过度刑法化。

目 录

绪 论	(1)
第一章 刑法中的违法性理论简述	(6)
第一节 作为犯罪特征的刑事违法性	(6)
一、前苏联刑法理论中的刑事违法性	(6)
二、苏联解体后刑事违法性理论的反思	(9)
第二节 作为犯罪成立要件的违法性	(11)
一、作为构成要件的违法性理论概述	(11)
二、不法与违法的概念	(12)
第二章 刑法中违法性理论的反思与检讨	(15)
第一节 我国刑法中的刑事违法性理论评析与检讨	(15)
一、我国刑法中刑事违法性概念的矛盾分析	(15)
二、对通说的改造观点及评析	(18)
三、我国刑法中的刑事违法性理论检讨	(21)
第二节 德日国家二元违法性理论评析及批判	(23)
一、德日国家二元违法性理论评析	(24)
二、形式违法性的批判	(29)
第三章 刑事违法性理论的重构	(33)
第一节 刑事违法性重构的基本前提分析	(33)
一、刑事违法性与社会危害性的关系	(33)
二、刑事违法性与罪刑法定原则	(38)
第二节 刑事违法性理论的重构分析	(45)
一、刑事违法性另一视角的分析	(45)
二、刑事违法性的概念重构	(49)
三、刑事违法性在刑法中的定位	(51)

第三节	实质的刑事违法性之探寻	(54)
一、	实质的刑事违法性与实质法治观	(54)
二、	刑事违法性与形式理性	(59)
第四章	刑事违法性的结构分析	(66)
第一节	刑事违法性与违法性的关系	(66)
一、	刑法的特殊性分析	(66)
二、	刑事违法性与违法性的关系	(67)
第二节	刑事违法性的逻辑结构	(74)
一、	法规范的逻辑结构与违法	(74)
二、	刑法规范的逻辑结构与刑事违法性	(76)
第三节	刑事违法性的价值构造	(79)
一、	刑事违法性中“法”的理解	(80)
二、	刑事违法性的价值构造分析	(83)
三、	市民社会规范在刑事违法性中的价值体现	(89)
第五章	刑事违法性的本质分析	(99)
第一节	德日国家违法性本质理论简述	(99)
一、	行为无价值论的违法性本质观简述	(100)
二、	结果无价值论的违法性本质观简述	(104)
三、	两种违法性本质观的评析	(107)
第二节	刑事违法性的本质	
——	二元的行为无价值论之提倡	(120)
一、	刑法与社会道德伦理的关系	(122)
二、	刑事违法中的道德伦理基础	(124)
三、	法益侵害说与规范违反说的融合	(127)
四、	二元的行为无价值论与刑事违法性的本质	(128)
第六章	刑事违法性理论的实践价值	(130)
第一节	刑事违法性理论与罪刑法定思想	(130)
一、	罪刑法定原则的思想基础	(130)
二、	罪刑法定原则的价值内涵	(135)
三、	罪刑法定原则在我国刑法中的体现	(138)
四、	刑事违法性评价的司法误区	(141)

五、以刑事违法性规范评价为基础的司法理念	(147)
第二节 刑事违法性理论与刑法的解释适用	(152)
一、刑法解释的必要性与必然性	(153)
二、我国现行刑法解释体制评析与反思	(156)
结 语	(163)
参考文献	(167)
后 记	(174)

绪 论

所谓违法，就是指行为违反了法律的命令或禁止规定，是以法律为标准（依据）对人的行为作出的评价。这似乎是极为明朗、简单的问题。在法学史上，曾有一段时期，司法被视为是一种形式的三段论推理，即法官先客观中立地判断案件事实形成小前提，再价值无涉地寻找法规范以形成大前提，最后以逻辑推论的方式得出结论——违法还是合法。一个多世纪以前的潘多克顿学派甚至梦想将司法的过程设计为法律的“自动售货机”，在一头投入事实与法律，另一边就产生适用法律的结果。在这样的知识背景下，违法只是被看作法律机械适用的形式结论，并没有，也不可能成为一个理论上的问题而存在。

但是，遗憾的是潘多克顿学派这一梦想在法律的现实世界根本无法实现，而且也永远不可能实现。因为，即使撇开法律事实这一小前提的确认的困难不论，立法的局限性、模糊性也无法给定一个完美无漏洞的法律大前提、一个法律的“自动售货机”。因为，一方面，立法的规定总是抽象的、不完整的，而现实的生活却是丰富的、具体的，无论立法者如何睿智，他都不能为现实的生活提供现成的答案；另一方面，作为立法产物的大前提——法规范——本身就是一种价值活动的结果，它的内涵需要在适用时才能具体体现，在法律适用的过程中，法官对于判断的大前提的确定本身就是一个复杂的价值活动。因此，法律适用不只是而且主要也不是一种形式的三段论推理，“违法”注定就是一个与价值密切相关的问题。现如今，法学已经走出了形式主义的初级阶段。这一观点在今天已经受到广泛的质疑：法律适用应该是将案例包摄于制定法之下，而且这种包摄无非是最简单的并且是最准确的逻辑推论。法官应当受到“严格的、赤裸的法律文义”的约束，“他的工作无非是将现有的案件与法律文字作比较，不必考虑法律的意义与精神，当字义是诅咒时，就诅咒，是赦罪时，就赦罪。”^①作为一种价值的思考，法学的主观性逐步得到了承认和重视，而如何在主观性的基础上追求法律的客观性、公正性成为现代法学的新课题。这一课题同样也反映在刑法中，本书对刑事违法性的研究就是对刑法中的相关

^① [德] 考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第72-73页。

课题的尝试。

刑法是规定犯罪与刑罚的特殊规范，它是以剥夺公民权利的刑罚手段来调整社会的。刑法的特殊性决定了刑法的明确性、安定性具有更为重要的价值，只有司法者严格按照立法的规定来加以适用，公民的权利和自由才能不受国家刑罚的恣意干预。罪刑法定原则的一个基本要求就是以刑法作为认定犯罪的唯一依据，强调立法对于司法的限制，以保障刑法的安定性、可预测性。因此，一段时期以来，刑法学的研究具有很强的法律形式主义的倾向。作为现代法治的基本标志的罪刑法定思想就源于对中世纪司法罪刑擅断的反思与批判，意图通过立法的形式来限制司法的恣意。以贝卡利亚为代表的刑事古典学派就曾主张“严格限制的解释论”，否认司法中对于刑法的解释。认为刑事法官对任何案件所应当做的只是进行三段论式的逻辑推理，法官根本没有解释刑事法律的权利，因为他们不是立法者。法官所要做的就是依据法律的大前提，判断小前提的行为是否符合法律，其结论是自由或者刑罚。^①因此，当时的刑法理论一再强调刑法评价的客观性、形式性，认为刑法适用就是法官依照立法者制定的刑法进行形式的三段论推理的过程，否认刑法适用中的主观评价。正如考夫曼教授所指出的，“局限于概念和结构分析的形式唯理性，决定了早期的刑法学方法论上流行这样一种观点：即刑法大概是一种极为简单的逻辑堆砌，是对某种生活客观状况以法律规范形式所作的归纳；刑法适用不过是对刑法条文的机械复制以产出无需任何解释的刑事判决书。”^②

在概念法学作为一种理论的幻想破灭以后，违法已经不再被视为是从法律概念中演绎出的形式命题，而是包含有法律目的的价值判断。同样，在刑法中无论如何强调法的安定性、形式性，刑法适用中的价值因素始终是无法回避的。罪刑法定原则的坚持并不意味着我们只需根据立法的规定按图索骥，或是在刑法理论的研究中只专注于法条的形式解释，而抛弃对社会现实的关注。因为“刑法的结果是程度如此严重的‘必要的恶’，我们不得不推敲其适用的合理性与正当性。我们的国民因一部合理性与必要性不明确的法律而在日常生活中受到限制，违法时被处以刑罚，并被打上犯人的烙印，这一切都令人难以忍受”。^③刑法是人类社会制定的用于规范人的行为的最为严厉的法律，国家用刑法规范来禁止某一行为并规定违背这一规定的行为应受刑罚处罚不应是任意

① [意] 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 12 - 13 页。

② 转引自刘艳红：《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。

③ [日] 西原春夫：《刑法的根基与哲学》，顾肖荣等译，上海三联书店 1991 年版，序章第 4 页。

的，而是要有其合理的根据。国家制定的刑法不仅为刑罚权的行使限定了相应的范围，同时也奠定了合法的基础。因此，国家以法的名义对国民进行惩罚不仅要进行合法性还需要正当性的论证。一个理性的人关心的不仅是刑法适用的“形式合法性”，往往进一步追问立法者制定的刑法的内容、这一规范内容的适用正当与否、合“法”与否。这是刑法学者的使命和刑法研究的价值所在，也是刑法学“专业槽”的体现。在现实生活中，应当给予刑罚处罚的刑事违法行为不仅仅止于立法者的规定；同样，也不是所有看来符合（违反）刑法规定的行为都是应予处罚的刑事违法行为。翻开刑法的历史，统治者借着法的名义实施的镇压与剥夺并不罕见。晚近的法西斯政权更是在法的形式掩盖下利用法律的形式规定来给予其镇压与统治“合法性”的粉饰。

在现代法治社会，刑法已不再是统治者镇压被统治者反抗的工具，其功能与价值也不再仅是对犯罪的惩罚，而更多的是对国家刑罚权的限制和对国民权利与自由的保障。这一限制和保障不仅是通过立法制约司法权来实现的，还得通过刑事立法和对刑法适用的正当性来保证。因为，规定犯罪构成与刑罚后果的刑法典在限制了司法恣意的同时，也赋予国家刑罚权行使的合法性，使得国家对犯罪行为的处罚具备正当依据。如果不对刑事立法权加以警惕，那么统治者就可以随意“依法”惩治那些所认为的“犯罪行为”，为自己刑罚权的专横、恣意建构合法的依据。而任何既定的法律秩序都可能是“凝固的非正义”……每一种法律秩序都有一种压制的可能，而且它使权力披上权威的外衣，从而更加有效。^① 刑事立法是将一定的价值评价与社会生活事实相对应形成犯罪类型的过程，而司法则是将具体的案件事实与刑法规范所体现的价值标准相对应形成判决的过程。因此，无论是刑事立法还是司法均是具有主观性的价值活动，都应当受到足够的约束与制衡。因为根本就不存在全知全能的终极性权力，任何权力只要失去控制，都会成为践踏人权的脱缰野马，无论它是来自法官个人还是立法者群体。

自从上世纪七八十年代我国刑法理论研究走上征途以来，刑事违法性就成为刑法教科书中一个必不可少的概念。但是，这样的一个概念长期以来并未引起理论的注目，甚至从未真正作为一个独立的理论概念加以研究。学者们只是程式化地指出刑事违法性是犯罪的法律特征、形式特征，此后就不再对其予以关注。在传统理论中，社会危害性反而是整个犯罪论的基础与核心，它是决定刑事违法性的实质标准，而刑事违法性则是一个没有实体内容、完全依附于社

^① [美] P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社2004年版，第31页。

会危害性的概念，实际上只是对以社会危害性为中心的犯罪概念“法”的形式修饰，并不具有实质的刑法意义。

随着我国刑法理论研究的深入和国外刑法思想的引入，特别是1997年修订的刑法规定罪刑法定原则之后。理论上对于刑事违法性的关注也逐步增多，刑事违法性似乎一跃成为刑法学中一个最为关键的概念。它不仅仅是罪刑法定原则在刑法中的具体体现，甚至成为刑事法治的一个基本坐标。尽管刑事违法性的概念引起了理论的重视，不少学者站在现代法治的立场强调了刑事违法性在刑法中的重要性。但是，刑事违法性本身仍是停留在传统理论的窠臼中，在理论上还是作为犯罪的形式特征加以研究的，在实践中的价值更是无从体现。即使强调刑事违法性的法治意义的学者也并没有对传统的刑事违法性理论加以反思，更没有进一步阐述刑事违法性的实质内涵。这样一种形式的刑事违法性的理解充分体现了我国刑法学研究对法律道德主义传统的反叛和对形式法治的渴望，但同时也隐藏了法律形式主义、概念法学的危险。

实际上，刑法本身就是立法者价值活动的体现，刑法的适用不是简单地将法定的犯罪构成与具体案件事实相对应的逻辑活动，而是一个判断案件事实是否与立法的规定价值上等置的评价过程。因此，在刑法中，仅仅将刑法条文作为大前提、待判的案件事实作为小前提进行逻辑三段论的推理，并不能得出真正的刑事违法性。严格意义上的形式违法根本就不曾真正存在，刑事违法性实际上是对行为人的行为从刑法的立场所作的无价值判断、一种否定性的评价，它不仅仅是与刑法规范形式上的背离，而且是包含着深刻的价值内涵的法的评价。实质意义上的刑事违法性是对刑法中的形式主义、法定主义的扬弃，是在承认刑法评价主观性的前提下对刑法上犯罪的规范性诠释。

作为研究以刑罚的方式规制公民行为的规范法学，在刑法学研究中追问刑事违法性的价值内涵有着更为深刻的伦理内涵与实践价值。这不仅可以推动刑事立法的科学、合理，而且可以透过法形式的外衣揭示司法判断的主观性、价值性，有助于在具体的案件中实现正义。在倡导罪刑法定主义的现代法治中，我们不该、也不应让形式主义的逻辑推演取代作为法律人的智识与责任，更不该让刑法学只是成为刑事立法的形式解释学。在刑法学研究中，借助社会科学、人文科学的方法等手段是无可避免的，它可以使得刑法学更全面的发展，实现法的正义目标。诚如拉伦茨教授所言“……它（指法学）所关心的不仅是法的明确性及法的安定性，同时也致意于：在具体的细节上，以逐步进行的工作来实现更多的正义。如果谁认为可以忽视这部分的工作，实际上他就不该

和法学打交道”。^①

本书立足于我国现行的刑法理论体系,从刑事违法性价值评价的本质出发,采用比较研究的方法,借鉴德日国家刑法中的违法性理论研究的观点,同时吸收了伦理学、法理学研究的一些成果,对通说的刑事违法性概念加以评析和改造;并对刑事违法性与社会危害性理论的关系进行梳理,对刑事违法性的构造、刑事违法性的本质进行了分析。特别是,还站在市民社会刑法的立场来阐述刑事违法性的价值内涵,力图将刑事违法性建构成为现代刑法学中一个真正的核心概念。

^① [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第77页。

第一章 刑法中的违法性理论简述

第一节 作为犯罪特征的刑事违法性

所谓刑事违法，简单地说就是违反刑法规范，是以刑法为标准作出的一种评价。在刑法早期的历史上，由于诸法合体，没有独立的刑法规范，加之统治者往往“不予设法、言出法随”，犯罪行为的认定与是否有明确的刑法规定没有必然的联系。因此，在理论上也就根本不存在刑事违法这样的概念。到了近代，受到欧洲启蒙思想的影响，古典学派刑法学者为了反对封建司法的罪刑擅断、保障公民的权利与自由，主张从违反法律的立场来评价犯罪，把对犯罪行为的评价与处罚限制在刑法规定的范围内。因此，学者们普遍强调从违反刑法的角度来定义犯罪。认为“犯罪是违反禁止或者命令之法律的作为或不作为”“犯罪是触犯刑法规范的行为”“犯罪是受到刑法禁止的行为”“犯罪是违反刑法应当受到刑罚处罚的行为”。^① 这些观点明确了刑法规范对于犯罪的决定意义，把刑法上的犯罪定义为刑事违法，从而体现了刑事违法对于犯罪的决定意义。如今，这种从刑法违反的立场来定义犯罪的方式已成为西方刑法学的一个通行做法。但是，这些国家的刑法学者们只是从刑事违法的立场来强调犯罪的法定性，并没有在刑法中提出刑事违法性的概念，更没有对刑事违法性本身展开理论的研究。

一、前苏联刑法理论中的刑事违法性

作为刑法理论上的一个独立概念，刑事违法性并不是源于刑事古典学派理论中的犯罪概念，而是来源于有浓厚的实质色彩的前苏联刑法理论。尽管我国有学者认为，前苏联的刑事违法性概念源于对德国刑法理论的改造，但是这一断言尚缺乏充足的理论依据。因此，在本书中，是将前苏联刑法理论中的刑事

^① 何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1997年版，第133页。

违法性作为这一概念的正式渊源。

作为刑法上的一个独立概念,刑事违法性是和前苏联刑法学者所提出的犯罪的混合概念紧密联系的。

十月革命胜利后初期,由于强调以马克思、列宁主义的国家阶级学说为指导,认为犯罪是阶级对抗不可调和的产物。因此,在这样的政治背景下,刑法理论也主要是强调社会主义刑法的阶级性,揭示犯罪的阶级本质,根本没有从违反法律规定的角度来认识犯罪,刑事违法性的理论概念也就无从谈起。不仅如此,当时的苏联学者还对资产阶级学者从违法的形式角度来界定犯罪,将犯罪看成是实施时为刑事法律所禁止的行为的观点提出了批判。认为苏维埃的立法是从实质上,也就是从对社会主义秩序的实质损害上来定义犯罪的。这一时期的刑事法令都着重强调对工农政权和劳动人民的国家建立的法律秩序有危害的行为是犯罪,而对于犯罪的法律因素——刑事违法性,在犯罪的定义中都没有体现。例如,1919年的《苏俄刑法指导原则》第6条规定,“犯罪是危害某种社会主义制度的作为或不作为”;1922年的《苏俄刑法典》对犯罪规定了一个更加扩展的、实质化的和极具阶级色彩的概念:“危害苏维埃制度基础及工农政权在向共产主义制度过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为或不作为,都被认为是犯罪。”1926年《苏俄刑法典》也将犯罪规定为是一种威胁苏维埃制度基础或社会主义法律秩序的危害社会的行为。^①这一时期,由于过于关注犯罪的阶级性,导致当时整个学界法律虚无主义思想盛行。表现在刑法理论上,就是犯罪的法律属性——刑事违法性被完全忽视了。当时的学者沃尔科夫甚至认为,“在刑法中,特别是在犯罪问题上,重要的一环是社会危害性,也可以理解为阶级危害性……犯罪构成的要件只具有次要意义,一个人之所以被追究刑事责任不是由于他的行为,而是由于它具有阶级危害性。”他还断言:“由于苏维埃刑事立法是从实质上来理解犯罪,必然得出不要规定具体犯罪行为的刑事责任制度。”^②

到了20世纪30年代后期,由于苏联国家经济的逐步恢复,社会趋于稳定,法律虚无主义的观点得到扭转。一些学者开始对犯罪概念的法律属性予以关注。H. 杜尔曼诺夫在题为《犯罪概念》(1943年)的博士论文中第一次将苏维埃刑法中的犯罪的基本特征描述为:社会危害性、违法性、罪过、应受处

^① [苏] A. A. 皮昂特科夫斯基等著:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第19-20页。

^② [苏] A. A. 皮昂特科夫斯基等著:《苏联刑法科学史》,曹子丹等译,法律出版社1984年版,第21页。

罚性和不道德性。在此，他把犯罪的形式特征与实质特征结合起来研究，并指出，如果说犯罪的实质特征是行为的社会危害性，那么形式特征就是以违法性、罪过和人的责任能力为条件的应受惩罚性。这样，违法性就作为犯罪的形式特征首次出现在了犯罪的概念中。^① 杜尔曼诺夫的观点对后来的刑法理论产生了深刻的影响，不少学者接受了这样一种混合性的犯罪定义，从形式和实质两方面来描述犯罪。如皮昂特科夫斯基在 1948 年的刑法总则教科书中指出，犯罪特征除社会危害性之外，还有应受惩罚性与罪过；在 1952 年的教科书中，他进一步把像违法性这样的特征列入犯罪概念之中。他写道：“犯罪乃是对社会主义国家和社会主义法律秩序有危害的、违法的、有罪过的、应受惩罚的作为和不作为。”^② A. A. 盖尔仲青教授也将犯罪定义为“以侵害苏维埃制度基础或社会主义法律秩序、危害社会的作为或不作为的形式表现出来的应受刑罚惩罚的行为”。^③ 在这一表述中，盖尔仲青教授明确提出了犯罪概念有两个特征，即实质上的特征——社会危害性；形式上的特征——应受惩罚性。这一时期，将刑事违法性作为犯罪的一个独立特征的观点不但得到了理论上的广泛承认，而且还得到了立法的支持与确认。1958 年的《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》把学者们经过多年创造性讨论而制定的犯罪定义从立法上确定下来。它在第 7 条明确将刑事违法性与社会危害性一同作为犯罪的基本特征进行表述。1960 年的《苏俄刑法典》第 7 条规定的犯罪概念是：“凡刑事法律所规定的侵害苏维埃的社会制度、政治和经济体制，侵害社会主义所有制、侵害公民的人身权利和自由、政治权利和自由、劳动权利和自由、财产权利和自由及其他权利和自由的社会危害行为，都是犯罪。”这一概念明显体现了犯罪的两个特征，即社会危害性与刑事违法性。从此，刑事违法性作为犯罪的一个基本特征在苏联刑法中确定了下来。在对刑事违法性的认识上，学者们认为，刑事违法性作为犯罪的一个重要特征的理由在于：“仅仅具有社会危害性这个要件，还不足以说明该行为是犯罪。行为的刑事违法性是犯罪的另一个必要要件；只有刑事法律规定的那些社会危害行为才是犯罪。”“不管某个社会危害行为是

① [苏] A. A. 皮昂特科夫斯基等著：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社 1984 年版，第 22 页。

② [苏] A. A. 皮昂特科夫斯基等著：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社 1984 年版，第 23 页。

③ [苏] A. A. 皮昂特科夫斯基等著：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社 1984 年版，第 23 页。

否违反了其他法律或者道德规范，只要该行为违反了刑事法律即被认为是犯罪。”^①

应当指出的是，前苏联学者所主张的刑事违法性实质上指的只是“犯罪的法定性”，是社会危害性的实体标准在法律上的体现。正如俄罗斯总检察长斯库拉托夫在解释“违法性”时所指出的，“违法性这一制度作为犯罪要件只是到1958年才在我国立法中出现。刑事违法性——这是犯罪被相应的刑法规范以对犯罪人适用刑罚相威胁而被禁止的性质。违法性是对犯罪社会属性的实体评价在法律上的体现。”^②而实际上，由于苏联刑法理论中社会危害性的核心地位，加上类推制度的存在，这样的刑事违法性只能是一个徒具“形式”的符号，并不具备决定犯罪的实际意义，更没有起到对社会危害性的实际制约作用。处于从属的地位的刑事违法性更多的只是以对社会危害性为中心的犯罪概念加以“法制化”修饰，而非真正意义上的犯罪的法律特征。

由于特殊的政治环境影响，这样一种刑事违法性理论为包括中国在内的广大社会主义国家刑法理论所继受，并成为社会主义国家刑法中犯罪概念的一个重要特征。

二、苏联解体后刑事违法性理论的反思

苏东巨变以后，不少学者对前苏联刑法理论中过分强调犯罪的社会危害性本质特征的做法进行了反思，并在现代法治思想的指导下重新强调了刑事违法性在犯罪概念中的地位和价值。有学者甚至主张直接用刑事违法性特征来取代犯罪的社会危害性特征。并认为，回到犯罪的形式概念，即认为犯罪是刑事法律所禁止的作为或不作为是恰当的。其论据是：社会危害性似乎是“宣言性的要件”，是一个“政治化的规定”，现在是将注意力集中到正确的犯罪要件描述，而摆脱对行为进行社会评价的时候了。^③这样的理论观点在刑法的立法过程中也得到了反映。例如在当时的两个刑法典草案——1994年的官方草案和1993年的学术性草案中，都尝试在犯罪概念中放弃社会危害性的提法。与此同时，也有学者提出相反的意见，认为应当保留社会危害性的概念。例如库兹涅佐娃教授就认为，“放弃社会危害性便立即从刑法典草案中排除了实践上

① [苏] H. A. 别利亚耶夫等编：《苏维埃刑法总论》，马改秀、张广贤译，群众出版社1989年版，第64-65页。

② [俄] 斯库拉托夫等主编：《俄罗斯刑法典释义》（上册），黄道秀译，中国政法大学出版社2000年版，第24页。

③ [俄] 库兹涅佐娃等著：《俄罗斯刑法教程》，黄道秀译，中国法制出版社2002年版，第136页。