



上海社会科学院哲学社会科学
创新工程国际理论前沿丛书·第一辑
主编：黄仁伟 张兆安

创新 INNOVATION

刑事法学 国际理论前沿

魏昌东 等 著



上海社会科学院出版社
SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS



上海社会科学院哲学社会科学
创新工程国际理论前沿丛书·第一辑
主编：黄仁伟 张兆安

刑事法学 国际理论前沿

魏昌东 等 © 著



上海社会科学院出版社
SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法学国际理论前沿 / 魏昌东等著. —上海: 上海
社会科学院出版社, 2018

ISBN 978-7-5520-2557-6

I. ①刑... II. ①魏... III. ①刑法—法学—研究
IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 275313 号

刑事法学国际理论前沿

著 者: 魏昌东等

策划编辑: 应韶荃

责任编辑: 袁钰超

封面设计: 周清华

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海顺昌路 622 号 邮编 200025

电话总机 021-63315900 销售热线 021-53063735

http://www.sassp.org.cn E-mail: sassp@sass.org.cn

照 排: 南京前锦排版服务有限公司

印 刷: 上海颀辉印刷厂

开 本: 710×1010 毫米 1/16 开

印 张: 16.5

字 数: 266 千字

版 次: 2018 年 11 月第 1 版 2018 年 11 月第 1 次印刷



ISBN 978-7-5520-2557-6/D·518 定价: 76.00 元

版权所有 翻印必究

上海社会科学院哲学社会科学
创新工程国际理论前沿丛书·第一辑

编审委员会

主 任

王 战 于信汇

副主任(主编)

黄仁伟 张兆安

执行主编

朱平芳 汤蕴懿

委 员(按姓氏笔画为序)

于 蕾 马 军 王玉梅 王 振 王 健
石良平 成素梅 乔兆红 杨亚琴 何建华
沈开艳 邵 建 郁鸿胜 周冯琦 周 宇
周 琢 赵蓓文 韩汉君 谢京辉 强 茨
魏昌东

上海社会科学院哲学社会科学 创新工程国际理论前沿丛书概述(代序)

当前,社会科学领域正面临大量理论和实践问题,需要理论界的证明和创新。上海社会科学院作为国家哲学社会科学重要研究机构、党中央国务院的思想库和智囊团,近年来,围绕“国家战略和上海先行先试”高端智库建设目标,对“四个全面”战略布局、“两个一百年”战略构想、“十三五”规划、国家安全战略、全球治理等领域的若干重大理论和现实问题开展前瞻性、针对性、储备性政策研究,完成了一批中央决策需要的、具有战略和全局意义、现实针对性强的高质量成果。

在“创新工程”机制下,上海社会科学院结合研究生教学和高端智库建设方向,于2015年初正式启动“上海社会科学院哲学社会科学创新工程学术前沿”编撰和出版项目,力图反映相关学科最新研究成果和理论探索前沿,为硕士研究生理论积累和博士研究生阶段学习提供引导,也为授课教师提供基础性材料。此次组织出版的丛书,是2015年上海社会科学院“创新工程”和研究生院共同资助的第二批集中成果,重在梳理国际领域相关哲学社会科学近年的重要观点和成果。丛书以马克思主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观和“四个全面”为根本指导思想,以习近平“5·17”讲话为原则,以我院60个创新团队为骨干力量编撰。

整个申报评审过程秉承了院“创新工程”公开竞争,择优选取、差额资助原则,所有立项申请均委托第三方组织评审,根据申报质量进行差额资助,确定通过名单向全院公示。为确保编撰质量,成立了院领导牵头、各研究所所长组织、创新团队首席专家领衔、院部相关处室协同“四位一体”的组织框架和工作机制,为丛书的顺利出版提供了保障。

丛书编委会

2017年4月15日

前 言

全球化的推进与加深,是 21 世纪世界发展中最为深刻的社会现实。今天,全球化已经成为世界发展重要价值取向中的决定性因素,中国的学术研究唯全面关注全球化、国际化进程中的理论与现实问题,方能为中国社会的未来建设与发展提供更具指导性、方向性的理论支持。

20 世纪 90 年代以来,包括刑事法学理论在内的法学乃至社会科学研究领域取得了前所未有的发展,中国刑事法观念与理论在这一过程中也发生了 20 世纪以来最为重大、深刻的转型与变迁。刑事法学理论研究的观念导向不断现代化,体系不断完善,价值取向更加现实与科学,中国刑事法学理论在开放中迎来了“繁荣时代”。从全球背景来看,伴随全球化时代的到来,世界性风险社会也成为一种无法抗拒的社会现实,特别是伴随世界性犯罪浪潮中恐怖犯罪、有组织犯罪等新型犯罪的大量出现,以及各国在现代化进程中普遍遭遇并给国家现代治理带来巨大灾难的腐败犯罪日益猖獗,由此导致自 19 世纪后期以来逐步形成的以“理性刑法”为价值取向的世界性刑法改革运动的方向性摇摆。基于安全与秩序维护的迫切需要而形成的对刑事法律的需求,正处于调整与转向的关键时期,加大刑法对社会的干预范围与力度,使刑法成为参与社会紧张秩序调整的重要机制,开始成为世界各国刑事立法发展的基本选择。与之相适应,刑事诉讼观念与制度也发生了重大调整。国际刑事法学正经历着一场自启蒙运动以来最为重大的历史转型过程,无论是发达国家,还是正在加速转型的发展中国家,其刑事法律体系所进行的调整,对刑事法学理论的转型与发展提出了明确要求,由此导致世界刑事法律体系关注重点、既有理论与行为规制模式的重大调整。如何为这一立法发展趋势提供强有力的理论支持,成为各国刑事法学术理论发展的重大前提。

从刑事法学理论的国际发展来看,风险刑法、反恐刑法是欧美国家近年来的研究重点,理论研究的成果,为发达国家调整与完善刑事立法提供了有力的

理论支持,特别是基于防范恐怖主义、风险社会而进行的研究,确保了西方社会的总体稳定。腐败犯罪作为一种“黑色瘟疫”始终是现代社会发展的严重障碍,自20世纪后叶以来也始终是受到西方学者重点关注的问题,其理论更新与发展亦成为国际刑事法学术前沿问题研究中重点关注的问题。由此可见,基于风险社会的到来而形成的风险刑法理论,以及恐怖主义犯罪、腐败犯罪的刑事法应对策略与制度选择,正成为刑事法学理论关注与研究中最前沿与重点的内容,这也决定了本书研究的重点与写作方向选择。

本书共分为六章:第一章、第二章以风险刑法理论为研究中心,但侧重点有所不同。第一章为“风险刑法理论发展的时代根据与前沿问题”,以法益作为研究的逻辑起点与主线,主要探讨风险刑法的内在生成、存在根据及理论争讼中的重点问题,并以立法的向度选择作为研究出路。第二章为“风险社会视域下刑法的理论变迁与前沿问题”,以风险社会为逻辑起点,探讨了风险社会背景下刑法理论的变迁,并对风险刑法进行了追问与逻辑反思。第三章、第四章是关于恐怖主义犯罪刑法国际理论前沿问题的研究。第三章为“恐怖主义犯罪立法发展的理论逻辑与前沿问题”,对恐怖主义的生成路径、全球治理策略转型、理论学派纷争与反恐刑事立法中带有价值性、原理性的问题进行了探讨。作为世界上为数不多的、受国际恐怖主义影响较轻的资本主义大国,日本的反恐刑法在我国刑法学研究中长期处于“无人知晓”的状态。第四章“日本反恐刑事立法更新中的理论前沿问题”通过对日本反恐刑法的立法引介,对反恐刑法在传统刑法功能改造中的策略选择根据问题进行了深刻反思,并就日本反恐刑法完善中的热点争议问题进行了说明。第五章、第六章是腐败犯罪刑事法治理中的国际理论前沿问题研究。第五章为“英美国家腐败犯罪刑事立法与理论发展前沿问题”,以对英美国家贿赂犯罪的主要立法、罪刑理论前沿动态系统考察为基础,重点引介了英国制定法所规定的贿赂犯罪、美国法典所规定的“利益冲突型”腐败犯罪与刑事合规理论,并就腐败犯罪刑事治理中的前沿性问题进行研讨。第六章为“国际公约中反腐败的程序规范与前沿问题”,从程序法的角度介绍了区域性、国际性的反腐败程序规范。

为使读者更好地了解本书,我们做出以下几点说明:

第一,自“风险社会”的概念提出以来,刑法学理论对这一源自于社会学的概念进行了密切关注,并展开了广泛而热烈的讨论。但是,诚如我们在本书中所介绍的那样,风险刑法理论在许多国家都有反对的声音,并且某些国

家反对说占据着主流地位。至今,仍有很多学者认为风险理论为刑法的不正当扩张提供了借口。然而,批判的目的并不能止步于批判,而是希望能找到解决问题的突破口。由此,面对反对者的批判,我们更需要回答的是:风险刑法的犯罪化根据界限究竟如何?刑法面对风险社会应当采取何种导向?

对于风险社会,中德学者所共同关注的是,刑法理论应当如何选择其应然定位,以及因定位不当已然导致的理论与立法相向而行的现实问题。刑法学理论自有其超然于立法的价值与密切关注社会现实的“刑法之眼”,刑法理论不应当沦为立法的“婢女”,而一味地选择为已然的法律“背书”。从德国风险刑法理论的孕育考察中,我们已经发现,德国风险刑法研究的务实性正是从对不断扩大的危险犯(抽象危险犯)立法正当性的思辨中,孕育了风险刑法的生命,其后的风险刑法理论体系,才在对立法的解释学功能中获得了解构传统刑法体系的启示,继而,形成了建构风险刑法理论体系的能力。当下,在我国刑法学界,研究立法问题被视为一种过时的研究路径,研究犯罪化根据、立法边界等刑法重大问题,更被视为偏离教义学主轴线、不具有务实性价值的研究,实际上,这些问题是刑法学的根本与存在的根据,不应被忽视,刑法学从来不应被归结为单纯的刑法解释的科学,刑法立法学在推动立法更新中始终发挥着十分重要的作用,两者均不得偏废。

第二,恐怖主义犯罪很早就受到了发达国家的关注,与此相比,我国的理论研究起步较晚,真正意义上对于恐怖主义加强立法的工作近年来才刚刚起步。实际上,恐怖主义经历了由国家恐怖主义到社会恐怖主义、由国内恐怖主义到区域性恐怖主义,再到国际恐怖主义的蔓延历程,与此相对应的各个时期的立法重点也有所不同。针对恐怖主义,存在大量双边、多边条约以及国内法规范,通过对重点国家立法的梳理,了解重点国家对于恐怖主义有如何的认识,方能开拓视野。纵观世界主要国家和地区反恐刑法的差异,我们将差异分为宏观与微观两个层面。宏观层面即立法理论问题,具体包括立法价值、立法立场、立法理念、立法模式;微观层面是立法原理问题,具体包括恐怖主义定义争论、行为模式、刑罚配置以及对被害人的赔偿问题。

第三,发达国家的腐败犯罪在某种意义上主要是指贿赂犯罪。美国刑法中的利益冲突、刑事合规等理论在腐败犯罪中的应用被引介至我国的成果至今仍是少数。美国利益冲突制度主要是规范公职人员职务前行为的法规范,

通过利益冲突的立法将贿赂的环境与公职人员的行为割裂开来,使其两者之间存在一定的鸿沟。其实,这些规定在我国也以某种规范的形式存在着,只是尚未上升到刑法的高度,某些方面甚至只是属于党内的规范,适用范围较为有限,知晓者甚少。

合规制度肇始于美国公司治理的领域,美国通过立法规定,企业如果不确立相应的内部犯罪防范规定,在犯罪之后将承担相应的法律责任。合规后扩展到刑事领域,被广泛地应用于经济犯罪、腐败犯罪的刑罚裁量之中,创新了法人刑事责任原理,对于犯罪治理具有重要意义。美国这一领域的创新,为其他国家提供了可供借鉴的范本,合规计划被迅速引入其他国家,英国、法国、德国、意大利等国相应确立了合规制度。^① 2018年7月1日,我国《合规管理体系指南》这一企业合规领域首个国家标准正式生效,合规制度在国家层面得以确认,未来,刑事合规在我国将是刑法学关于腐败犯罪刑事法治理论问题研究的“热土”。

众所周知,法学是一种地方性知识,然而,世界各国的法律也有其互通之处,刑事法当不例外。本书虽为《刑事法学国际理论前沿问题研究》,但我们在写作的过程中,目光总是往返于国内与国外之间,内心无时无刻不在思考应如何将国际问题,以及哪些国际问题引入国内以期对读者有一定的启发。由于水平有限,本书恐有疏漏之处,盼请学界同仁批评指正。本书为上海社会科学院“刑事法学”创新学科系列丛书之一,并受上海社会科学院创新工程学科理论前沿(国际学术前沿动态)资助,在此谨致谢忱。

本书的写作分工如下:

前言:魏昌东

第一章:魏昌东

第二章:王佩芬

第三章:张涛、魏昌东

① 如英国的《2010年反贿赂法案》第七条以组织责任原则为基础,明确规定在商业组织未制定并实施预防贿赂犯罪的内部合规程序,履行犯罪预防义务,从而导致贿赂行为发生的情况下,就可以追究其刑事责任。法国2016年通过的《关于提高透明度、反腐败以及促进经济生活现代化的2016—1691号法案》(又称为《萨宾第二法案》)第十七条规定,建立合规制度是相关企业及其高管人员应当履行的一项积极义务。如果企业没有主动建立合规管理制度,企业可能将面临巨额罚金,企业高管可能面临监禁。

第四章：尹 琳

第五章：陈 玲、魏昌东

第六章：陈海锋、魏昌东

全书由魏昌东进行统稿与修正。

目 录

前言	1
第一章 风险刑法理论发展的时代根据与前沿问题	1
第一节 风险刑法理论的时代孕育	1
第二节 风险刑法理论的生成与德国争讼	15
第三节 风险刑法理论的世界传播与理论批判	27
第四节 风险刑法的中国命运：存在根据与向度选择	45
第二章 风险社会视域下的刑法理论变迁与前沿问题	59
第一节 风险社会理论的提出	59
第二节 风险社会下的域外刑法理论变迁与立法转变	63
第三节 风险刑法理论在中国的发展与应用	73
第四节 风险刑法理论的逻辑反思	83
第三章 恐怖主义犯罪立法发展的理论逻辑与前沿问题	94
第一节 恐怖主义的世纪蔓延与代际更新	95
第二节 恐怖主义治理策略与反恐立法的历史转型	105
第三节 西方恐怖主义犯罪研究的理论发展	116
第四节 国际反恐刑事立法理论前沿问题的展开	120
第四章 日本反恐刑事立法更新中的理论前沿问题	148
第一节 针对国内恐怖主义犯罪的立法措施	148
第二节 针对国际恐怖主义犯罪的立法措施	153
第三节 日本反恐刑法的理论更新与反思	172

第五章 英美国家腐败犯罪刑事立法与理论发展前沿问题 178

 第一节 英国腐败犯罪刑事立法的历史演进与体系构建 178

 第二节 美国腐败犯罪刑事立法的历史演进与体系构建 187

 第三节 英美腐败犯罪立法原理的理论发展与前沿问题 200

第六章 国际公约中反腐败的程序规范与前沿问题 209

 第一节 国际性反腐败公约发展的历史进程 209

 第二节 区域性国际反腐败公约的程序规范 214

 第三节 联合国公约中的反腐败程序规范 223

 第四节 国际公约中反腐败程序的实践热点与理论前沿 236

第一章 风险刑法理论发展的时代根据与前沿问题

作为世界现代刑法学理论体系最新“添附”部分的风险刑法理论(Risikostrafrecht 或 Gefährdungsstrafrecht),是一个纯粹的“舶来品”。然而,在知识本原意义上考察风险刑法理论对传统刑法理论大厦的改造功能,风险刑法理论则无异于世界现代刑法知识体系中的一种新的基因组合类型,尽管尚未从根本上撼动传统刑法的观念根基与理论柱石,但是,作为后现代刑法知识体系的典型,“解构性”与“建构性”无疑是其同时具有的显著特征,其对传统刑法理论的影响具有立体性、全面性与根基性,甚至带有某种意义上的“破坏性”。知识改革与创新一向为人类快速发展进程中必须倚重乃至仰赖的重要智识基础,风险刑法理论在具有大陆法系传统的德日刑法中已经引起了高度关注,尽管在英美刑法理论中尚不存在具有直接对接功能的语言体系,但是,其对世界刑法立法发展的解释与调整功能,应当值得理论与知识界的共同关注。

第一节 风险刑法理论的时代孕育

19 世纪以来,德国乃至大陆法系诸国刑法立法开始萌生出个别性的对传统刑法的“离散”现象,^①作为一个明确的刑法学概念乃至知识体

^① 刑法理论认为,刑法增设未遂犯、危险犯、预备犯的处罚规定,并逐渐使之由例外成为常态,是刑法保护早期化的显著表现。若以刑法扩大抽象危险犯的规定作为刑法犯罪化与刑法保护早期化的重要表征,则抽象危险犯本身并不是“风险社会”的产物。我国学者张明楷教授提出,19 世纪的《德国刑法典》《法国刑法典》都规定了抽象危险犯,1907 年制定的《日本刑法典》也规定了不少抽象危险犯。但是,并非“风险社会”的产物。参见张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,《法商研究》2011 年第 5 期。

系,^①风险刑法理论滥觞于德国,是大陆法系刑法理论在 20 世纪末取得的最新理论成果之一,也是作为一个知识体系而存在的刑法学加强其与社会发展之间纽带关系过程中最集中、最鲜明的反映。风险刑法理论孕育于传统刑法的母体,基于风险刑法理论的生成与近代以来传统刑法的关系,对风险刑法理论孕育与生成的考察,有必要深入关注近代刑法的发展历程。

一、近代刑法体系的创立与发展

(一) 传统刑法解体与近代刑法体系的创立

刑法学原理普遍认为,作为世界现代化重要组成部分的法律与法学理论的现代化发端于西方,18 世纪中期声势浩大的启蒙运动是世界法治现代化运动的肇始。

在刑法的视域中,“近现代刑法”是指与进入世界现代化进程之前的封建刑法相对称的一个全新的立法体系,它以罪刑法定主义原则为圭臬,奉行法益保护的基本理念,注重人权保护,与恣意、专制的封建刑法存在根本的区别。^②不仅如此,近现代刑法存在发展的历史分期,在现代化进程初期所创立的、迥异于封建专制刑法的体系,在学理上被称为“传统刑法”,随着社会的迅急发展,刑法的机能也随之发生了重大变迁,逐步形成了与“传统刑法”存在一定区别的立法体系,则被称为“现代刑法”。

近代刑法学的知识体系是西方启蒙运动最为积极的政治遗产与理论成就之一。在欧洲的启蒙时代,对近代刑法的生成与发展具有非凡影响力的是意大利著名刑法学家切萨雷·贝卡利亚(Beccaria, Marchese di)等人,共同开启了世界近现代刑法学知识体系的大门,由贝卡利亚提出的罪刑法定原则,成为

① 在我国台湾地区学者林宗翰看来,风险刑法相较于古典刑法(18 世纪以来的刑法),足以成为一种新的刑法范式:以风险(而非实害)为刑事不法的核心地位,以社会连带(而非原子论的个人)为刑法规范的对象,以全面预防代替事后的法和平性的回复,以常态意外(normal accident)取代偏差性的意外概念,以风险取代危险概念、以社会系统(system)的沟通取代个人的自然行动,参见林宗翰:《风险与功能——论风险刑法的理论基础》,台湾大学法律学研究所硕士论文,2006 年,第 53 页。

② 在德国著名刑法学家冯·李斯特(Franz v. Liszt)看来:“在从 15 世纪末开始的近代国家,由于一个统治所有人的国家权力(如指挥权力和强制权力)的产生,使得法律发展成为一个强制性规范体系。这些强制性规范不仅对个人有约束力,而且(在现代立宪国家)对国家权力本身也有约束力。”参见[德]弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书(修订译本)》,徐久生译,法律出版社 2006 年版,第 5 页。在李斯特的认识世界中,法律同时对国家权力和个人权力进行约束与规制,应当是近代国家法律生成的重要标志。

人类刑法革命与崭新时代开始的标志,贝卡利亚的非凡刑法思想集中于被誉为现代刑法学开山之作的《论犯罪与刑罚》之中。贝氏将犯罪本质与刑罚惩罚的实体根据限定于行为对社会的危害,成为限缩国家刑罚权的开始。^①在《论犯罪与刑罚》第二十四节“衡量犯罪的标尺”中,贝氏开门见山地提出:“我们已经看到,什么是衡量犯罪的真正标尺,即犯罪对社会的危害性。”^②贝卡利亚提出罪刑法定主义主张后,刑法开始实现由封建时代君王专制、恣意的工具向具有国家法律中最严格的最后手段法律的转型,其最突出的表现就是,对于犯罪处罚的决定权,开始转向必须通过一定的程序而成立为法律,刑法的“法益保护法”定位开始萌芽,只有在法益受侵害的情况下,国家始有发动刑法的可能与必要,才被赋予处罚的权力,并借此确立了传统刑法一贯的论理,这种以防止国家权力的恣意为出发点而架构出来的刑法理论,以罪刑法定主义、行为主义和责任主义作为三大支柱,正是因为近代刑法与国家统治结构近代化的密切关系,并且受到刑罚权力应然性配置理想的深刻影响,如要论及此刑法而来的刑罚权力,势必要从立法过程、统治机关、社会与经济背景、思想背景各项面向来加以分析不可。^③

近代刑法知识体系的构建,从贝卡利亚创立罪刑法定主义原则、确立国家刑罚权的发动根据出发,而其理论体系大厦的第一块基石则是由德国刑法学家冯·费尔巴哈(Paul Johann Anselm v. Feuerbach)铺设的,他被德国著名刑法学家汉斯·海因里希·耶赛克(Hans-Heinrich Jescheck)尊誉为“19世纪上半叶最为重要的刑法学家”,通过其概念构成的明了性和独立的体系建立的现代刑法教义学,对于刑法而言意味着启蒙运动的结束,同时也意味着启蒙运动达到高潮。^④“在社会契约理论的影响下,欧洲启蒙思想家把犯罪视为对法律权利的侵犯。德国刑法学者费尔巴哈为此在1799年开始证明每一个刑法条

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67页。

② [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社2005年版,第65页。

③ [日]足立昌胜:《国家刑罚权力と近代刑法の原点》,白顺社1993年版,第10—12页。

④ 在汉斯·海因里希·耶赛克的研究中,冯·费尔巴哈的代表作有《刑法原则和基本概念的修正》(1799—1800)、《德国刑法教科书》(1801)。由冯·费尔巴哈起草的1813年《巴伐利亚王国刑法典》和1810年《法国刑法典》则成为19世纪刑法立法的最为重要的典范,接受了由费尔巴哈创设的罪刑法定主义原则(无犯罪,即无刑罚)。参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第119页。

款后面作为保护对象的个人与国家的权利。”^①由费尔巴哈创立的近代刑法理论体系,被称为古典理论体系,其理论基础是“权利侵害说”,犯罪(Verbrechen)则被费尔巴哈首次定义为“一个刑法中规定的违法或者说由刑法加以威慑的与他人权利相违背的行为”^②。根据这一犯罪定义,一国法律体系中的犯罪类型则:“无论是臣民的权利还是国家(道义上的人)的权利,都是刑法保护性威慑的对象。如果由于违反刑法而直接侵害国家的权利,则是针对国家的犯罪(Staatsverbrechen, delictum publicum);如果臣民的权利成为违法行为的直接对象,就是针对私人的犯罪(Privatverbrechen, delictum privatum)。”^③这一犯罪论基本原理成为后来刑法理论的重要基础。值得注意的是,在古典犯罪理论体系中,费尔巴哈所称的权利(Recht)乃就主观权利(Subjektive Recht)而言,因此所称刑法所保护的利益与被侵害的权利本身,是早于国家之前存在的,^④因而犯罪是对权利的侵害成为“法益”概念的先驱。

(二) 以法益为中心的近代刑法体系构建

近代刑法是一个“法益刑法”的体系,合理确定法益保护的范围与标准,是长期受到高度关注的立法与现实问题,刑法理论通说甚至认为,法益是刑法建立起刑罚正当性的前提与特定行为入罪化的实质标准,要理解实质不法的成熟化,以及刑法扮演角色与任务的发展过程,考察法益理论的嬗变过程,对于分析近代以来刑法的发展是一个极佳的分析视角。^⑤

法益概念与理论体系形成于德国,肇始于18世纪后半叶启蒙时代刑事改革运动中关于实质犯罪概念的讨论,作为自费尔巴哈创立“权利侵害说”两百年来德国刑法理论最重要的理论成果,是德日刑法理论的核心概

① 李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第13页。

② [德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国方正出版社2010年版,第34页。

③ [德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国方正出版社2010年版,第35—36页。

④ [日]佐藤直树:《共同幻想としての刑法》,白顺社1989年版,第133页。

⑤ 自19世纪刑法确立“没有责任就没有刑罚”的原则以来,罪责原则就被奉为传统刑法的基石,并与法益原则一起成为限制国家刑罚权发动的有力武器。正如德国著名刑法学家耶塞克所言:“如果刑罚失去了与罪责相联系的合法性,那它就不会得到被判刑人的认真接受,而且社会共同体也不会认为他是对犯罪行为的国家公正反应。”参见[德]托马斯·魏根特:《论刑法与时代精神》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论(第19卷)》,北京大学出版社2006年版,第295页。因而,对现代刑法体系的生成与变迁,也可以通过罪责理论的发展加以有效观察。

念之一。^① 1834年比恩鲍姆(Johann Michael Franz Birnbaum)在《犯罪概念中法益保护的必要性等》一文中提出,法益恰恰不是权利,而是以国家强制力保护的个人或集体享有的、在自然意义上能受伤害的实体利益,^②第一次以法益来界定刑法应保护对象的范围。基于启蒙运动与社会契约论,法益保护属于消极性、限制刑法运用的原则,具有古典基本权的防御权面向,^③其后,法益概念成为备受关注的基础理论问题,德国刑法学家卡尔·宾丁(Karl Binding)、弗兰茨·冯·李斯特、法兰克福学派代表人物,以及冈特·施特拉腾韦特(Günter Stratenwerth)等人均对法益理论的发展做出了里程碑式的贡献。

具体而言,宾丁的重大贡献在于通过“规范违反”来界定法益的内容,^④从而建立了法益侵害与规范违反之间的理论联系。不仅如此,宾丁还重新解释了由比恩鲍姆所创设的法益理论,进一步将法益范围从个人、社会共同体扩张至国家,构建了法益类型的“三分法”模式,被认为是法益概念的真正缔造者。^⑤在《规范论》中,宾丁认为:“法益不是它的自身权利,而是在立法者眼中作为法共同体健全的生活条件的法共同体价值,在不可变更不可打乱的持续中,从立法者来看,法的共同体是具有利益的,因此,法益是立法者通过规范使其免受不期望的侵害或危险而必须努力予以保护的全部利益。”^⑥宾丁认为犯罪是对规范的违反,而规范是国家意志的法律表现形式,规范具有优先地位,法益只是依附于规范理论存在的一个附属概念,只具有实定法保护目的之下的附属地位,因而带有国家权威主义的特征。^⑦宾丁强调由立法者选择法益保护的内容,但如何确定是否属于法益,并未提出具体的限制标准,容易导致国家立法权的擅用。个人法益之外的社会法益或国家法益具有高度的抽象性与包容

① M. F. Birnbaum, “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen,” in *ArCrimNF Bd.* 15(1834), S. 149-194. 德国刑法学家阿梅隆认为,比恩鲍姆的法益理论并非以主观权利所设定的对象(Gegenstand)为要件,而是外于主观权利之物(Ding),应理解为对社会契约破坏的社会侵害(Soziale Schaden, 启蒙时期的侵害原则)。Amelung, “Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit,” in *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*, H. Jung/H. Müller Dietz, U. Neumann(Hrsg.), 1991, S. 2.

② 李海东著:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第13页。

③ Hassemer:《现代刑法中之法益保护与基本权》,《台湾地区与德国2003年刑法学术研讨会论文集》,第1—9页。

④ Binding: *Normal I*, Aufl. 4, 1922, S. 342f.

⑤ A. Kaufmann: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, S. 69.

⑥ [日]伊东研祐:《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,第68页。

⑦ 杨萌:《德国刑法学中法益理论的历史发展及现状述评》,《学术界》2012年第6期。