



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

北大刑法博士文丛(7) 陈兴良 总主编



DA XINGFA BOSHI WENCONG

犯罪论体系的演变

——自“科学技术世纪”至“风险技术社会”
的一种叙述和解读

◎方 泉 著

FANZUILUN TIXI DE YANBIAN



中国人民公安大学出版社

北大刑法博士文丛 (7)

陈兴良 总主编

犯罪论体系的演变

——自“科学技术世纪”至“风险技术
社会”的一种叙述和解读

方 泉 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

犯罪论体系的演变: 自“科学技术世纪”至“风险技术社会”的一种叙述和解读/方泉著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 1

(北大刑法博士文丛; 7)

ISBN 978-7-81109-959-1

I. 犯… II. 方… III. 犯罪学—研究 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 000345 号

犯罪论体系的演变

——自“科学技术世纪”至“风险
技术社会”的一种叙述和解读

FANZUILUN TIXI DE YANBIAN

方 泉 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2008 年 1 月第 1 版

印 次: 2008 年 1 月第 1 次

印 张: 10.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 288 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978-7-81109-959-1/D·906

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: csep@public.bta.net.cn

www.phcप्psu.com.cn

www.poreclub.com.cn

总序

“北大刑法博士文丛”即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点的质量高低的重要指数。在这种情况下，在已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的“北大刑法博士文丛”是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是指标新立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我以为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感觉。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述使你的观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中的佼佼者。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他/她的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他/她的最后一本甚至是唯一的一本个人专著。因此，包含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事。对此，我是深有体会的。想到十多年前，我出版本人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

序

盛夏，在北京与我的博士研究生而如今已是澳门科技大学副教授的方泉博士相聚，她邀我为其《犯罪论体系的演变》一书作序。我为方泉博士毕业三年来的发展与进步感到由衷的高兴，并欣然同意作序。

我国自 20 世纪 40 年代末以来，至今的刑法学发展大体呈现为两条线索：对法典注释的热情转移至对理论体系指导性的关注；对教科书不断“自我完善”的热情转移到逐渐强烈的理论重构欲望。在此大趋势下，近年来，对于犯罪成立理论的研究探讨尤其成为学界的工作重点之一。此间，有关大陆法系犯罪论体系的了解、介绍、分析、争论，并与此联系的，有关我国犯罪构成理论的走向甚至去留问题的探讨等，则成为其中的主要学术内容。方泉博士在四年前准备毕业论文时，即选择大陆法系犯罪论体系的历史发展为论题，希望从最基本的回顾性叙述中获得学术上的启迪；在叙述中，不仅回顾，而且解读，再做前瞻。

犯罪论体系从产生之初注重“客观、中性、无色”开始，到晚近的“功能性”体系、纯粹规范论体系等；从注重事实、讲求“科学性”开始，到聚焦价值与规范、以实现“刑法（罚）目的”为任，这种演变不是偶然的。对于犯罪论体系是这样发展，而不是别样发展，其相关性分析可能仁者见仁，智者见智。然而，如果将法（学）不仅仅看作是自我循环、与外界屏蔽的

自给自足体的话，作为履行社会功能的法（学），作为体现一定社会形态的要素的法（学），其发展演进必然不能离开社会这个最大自变量的影响。方泉博士的研究即以此为最基本之展开，并在她的观察和解释下，提出“科学技术世纪”直至“风险技术社会”下犯罪论体系演变之必然路径。在作者看来，从犯罪论体系正式建立至今，社会发展的特征性变化可以作多种归纳，然而，其中最基本的特征则是技术的应用及其深度社会化。当今世界的所有问题皆由此而来。犯罪论体系构建之时，正是自然科学的知识及方法全面展开的时代，这样的知识、方法覆盖了所有学科的发展，自然科学取代早前的神学，将其他学科均置于其麾下，刑法学的发展也不例外。在那个马克思称之为“科学技术世纪”的19世纪之后，古典犯罪论体系的产生成为历史的必然；而在人文主义的反思之下，犯罪论体系通过不断的价值添加而从事实到规范的发展路径也包含了同样的必然；直至风险技术社会的全面到来，在技术理性的统辖下，人的工具化危险也被集中体现在所谓“安全刑法”、“仇敌刑法”等概念中。凡此种种，技术由对科学的直观应用到取代理性位置的延续性影响，是作者分析的主线；“科学技术世纪”以来，风险技术社会的不断展开是作者解读的背景。同时，从全书的结构来说，作者既从认识论层次把握犯罪论体系的演变线索（体循环），也关注各成立要件理论的成长（微循环），从而在宏观上及微观上获得学术立场的统一。

在各类有关犯罪成立理论的学术研究探讨中，有些同仁关注我国犯罪构成理论的不断自我完善，也有不少学者旨在重构我国犯罪理论。无论是哪一类工作，也无论是何种学术观点立场，学者们的研究显然都无法忽视、回避或绕开大陆法系犯罪论体系。对于它的研究、关注已经成为研究犯罪理论的必要内容。而对于理论发展历史的相关性分析，是学术研究的一个重要方法、路

径。通过观察、叙述、解读、前瞻，对于理论发展规律的理解、透析可以更好地把握该理论的未来走向。这种方法将基础性的学术整理与前沿式的学术探讨很好地结合在一起。可以说，在这个方面，作者的研究在相关领域走在了前头，而审视全书，作者做了扎实的工作，初步达到了她的写作目的。

《犯罪论体系的演变》一书从作者的博士毕业论文而来，但在研究视角上已有微妙转移：技术已不仅仅是对科学的应用而成为社会的“座架”，这体现了她自毕业至今在此论题上的持续性思考。由此，全书的所有思考都提高了一个层次，表现了刑法学研究应有的理论高度。在我看来，本书的研究提供的视角、方法更重要于其具体结论；其基于风险技术社会，强调“谨慎下的宽容”、强调对“人的工具化”的反对的基本立场，更重要于对体系内部要件的解析。

犯罪论体系研究是一个宏大且颇具理论难度的课题，许久以来为一些刑法学者执著地求索。方泉博士作为一名年轻的学者勇于加入其研究行列，并将自己的长期思考和研究心得写成专著出版是值得称赞的。在此，我祝贺她的成功，并期盼她有更多更新的研究成果面世！

刘守芬

2007年8月10日于山东海滨

目 录

导 论.....	1
----------	---

上 篇 从科学主义到新康德主义再到技术理性：认识论与方法论上的观察与反思

第一章 犯罪论体系之初建：“科学技术世纪”的产物	13
--------------------------------	----

第一节 “科学技术世纪”的时代背景及哲学上的准备	13
--------------------------------	----

第二节 学科上的准备：近代医学解剖技术启发的另一种思路	22
-----------------------------------	----

第三节 符合“科学性”要求的古典犯罪论体系：自然（科学）主义及实证主义方法的产物	28
--	----

小 结	34
-----------	----

第二章 犯罪论体系之中期演变：从科学（自然）主义到反科学主义（新康德主义）	35
---	----

第一节 对科学技术的重新认识及风险技术社会的初步形成	36
----------------------------------	----

第二节 技术“座架”中的哲学走向	43
------------------------	----

犯罪论体系的演变

第三节	新康德主义的价值学说：犯罪论体系演变的认识论、方法论主导线索	49
第四节	新古典体系到通说体系：新康德主义的“和平演变”	57
第五节	检定新古典体系以来的新康德主义（反科学主义）立场与事实—价值二分的方法	68
小 结		71
第三章	犯罪论体系之晚近动向及其批判： 人被工具化的危险	73
第一节	技术理性及其人文主义批判	73
第二节	晚近“功能性”规范论体系：以目的理性体系及纯粹规范论体系为示例	84
第三节	对以刑法目的观为指引的“功能性”规范论体系的分析与批判	91
第四节	祛除技术理性统辖 选择并和论立场	103
小 结		110

下 篇 “容许” 技术社会中之“危险”：犯罪成立要件（要素）理论的演变及去向

第四章	行为：从身体行止到“技术规定性”与“社会重要性”	117
第一节	行为要件略论	117
第二节	基于传统物理空间的行为理论	119
第三节	技术社会中行为的“技术规定性”与“社会重要性”：以网络行为为实例	132

小 结	142
第五章 因果关系：从“条件”到“风险”	143
第一节 机械因果律下因果关系理论的发展	144
第二节 由机械因果律到概率性因果关系	152
第三节 客观归责理论：“风险”要素与 技术风险社会的暗合	158
第四节 技术风险社会中的因果关系理论：概率性“风 险” + 针对“规范保护目的”的“风险”	171
小 结	179
第六章 违法性：从形式违法性到行为无价值	181
第一节 违法性认识：走向实质论的违法性理论	181
第二节 对行为无价值论的进一步廓清	193
第三节 行为无价值论：传统社会至风险社会的必然 要求	204
小 结	207
第七章 责任能力：从医学解剖到基因分析	208
第一节 对人的认识：从“理性人”（自由意志论）、 “天生犯罪人”（生物决定论）到 “基因缺陷人”（基因决定论）	209
第二节 网络主体及其责任承担	214
第三节 生物基因技术下的责任能力评价： 精神障碍还是基因缺陷	223
小 结	230

第八章 过失责任：从“预见”到“法的容许”	231
第一节 近代以来过失犯理论的发展沿革： 技术风险社会的“亲生子”	232
第二节 容许危险理论的理论价值及潜能：风险社会中 犯罪成立理论的内在导向	240
第三节 网络技术下的过失责任	255
第四节 生物技术运用之容许危险的初步考量	260
第五节 纳米技术运用的容许危险小议	278
第九章 罪责：限制风险技术社会中的社会连带主义	281
第一节 归责原则及罪责理论的演变	282
第二节 风险社会中规范责任论与社会责任论的结合： “可责性”（罪责）+ “可罚性”（负责）	290
第三节 期待可能性之技术可能性	295
小 结	309
代结束语：谨慎，但容许风险	310
主要参考书目	315
后 记	324

导 论

任何学科的发展都离不开对理论的研究。美国社会学家杰弗里·亚历山大认为,“理论就是科学的核心。……在社会科学的实践中,正是理论自身产生了检验事实的实验,正是理论构造了社会现实”。^① 对于法学而言,理论不是立法,不是案件事实,但理论往往成为对立法的指导、对事实的解释。正如德国刑法学家罗克信(Roxin)所说,法律不是自由的创造,需要以一般犯罪原理的基本原则为依据。^② 本书即旨在理论之研究,其对象即为大陆法系刑法学中体系化发展的犯罪成立理论(或称犯罪论体系)。

刑法学中的犯罪理论源于近代刑事古典学派思想,这一思想的系统化表达始于贝卡里亚的那本著名的小书《论犯罪与刑罚》,它正式开启了近代刑法学的理论发展进程,揭示了刑法学研究的“两个基本点”——“犯罪”与“刑罚”。近现代以来,刑法学理论正是由犯罪理论和刑罚理论这两部分组成:犯罪理论

① [美]杰弗里·亚历山大著,贾春增等译:《社会科学二十讲:二战以来的理论发展》,华夏出版社2000年版,第3页。

② [德]罗克信著,王世洲译:《德国犯罪原理的发展与现代趋势》,载于第三届全国中青年刑法学者专题研讨会《犯罪论体系及其完善论文集》。

研究犯罪如何成立；刑罚理论则探讨刑罚的本质、正当性及其实现。从现代刑法学研究的语境出发，其中关于犯罪理论的研究，在以德日为首的大陆法系国家，尤以自19世纪、20世纪之交在德国产生并主要在德日发展起来的三阶段递进式犯罪论体系（本书所称大陆法系的“犯罪论”、“犯罪理论”、“犯罪成立理论”或“犯罪论体系”）为理论主流。德国刑法学经过几个世纪继受意大利刑法学，19世纪中叶以后逐渐走出自己的路，至20世纪已成为世界上最大的刑法学理论输出国，尤其是在犯罪理论的研究上，更因犯罪论体系的建立与发展而成为犯罪理论研究的一面旗帜，以至于我国台湾地区有学者认为，在刑法学理论范围内，“说德国就是在说世界”，“谈当代刑法理论的发展，其实就是德国刑法理论的发展”。^①关于这一点，我们从我国台湾地区（日本也如此）的经典刑法学教科书目录所列出的刑法学体系，以及学界研究的整体语境即可探知此言非虚。大陆法系犯罪论体系在犯罪成立理论的发展过程中已处于毋庸置疑的主流地位。

二

长期以来，与大陆法系犯罪论体系相对，在我国刑法学理论中承担相应理论功能的通说是所谓四要件的犯罪构成理论。这个理论由于其明显的移植性，内在的理论渊源性脆弱，且发展历史短小等因素，是规范刑法学内最令人关注的领域。近年来，有关犯罪构成理论的发展或去向的争论逐渐成为我国刑法学研究的主要议题之一。借用股市术语，这些争论主要表现为“看空”和“看多”两方相互对立的观点。

“空方”的观点主要表达为，应当将刑法学理论理解为刑法

^① 许玉秀：《当代刑法理论的发展》，载《刑事法杂志》第46卷第4期。

的思维方式,^①有了精巧的思维方式,才可能有精巧的刑事立法、司法活动。我国犯罪构成理论的“平面耦合”性不能胜任犯罪成立理论应当体现的逻辑递进的评价过程。不分先后地满足犯罪客体要件导致实质性的价值判断提前介入,进而使认定犯罪的过程陷入主观主义的险境,最终不利于刑事诉讼中的人权保障。而以德日为代表的大陆法系三阶段递进式犯罪论体系,其理论内涵发展成熟、结构精密,逻辑层次清晰,评价过程逐步递进,并在世界范围内获得很高程度的学术认同。针对因理论的引进而在刑事立法、司法方面可能出现的异体反应,“空方”认为理论的移植并不会对我国现有的刑事立法、司法工作形成干扰。总之,至少“我们不能排拒大陆法系刑法学,而应该将其作为解决中国刑法问题的工具”。^②至于这一“工具”的引进是原样照搬还是需要有一个本地化的过程,“空方”内部仁智各见,尚需更加深入具体的研究。“空方”主要推动者包括陈兴良教授、周光权教授等。近期代表性论文如陈兴良教授的《转型与变革:刑法学的一种知识论的考察》(载于《华东政法学院学报》2006年第3期)、周光权教授的《中国刑法学的想象力与前景》(载于《政法论坛》2006年第3期)及《刑法学的西方经验与中国现实》(载于《政法论坛》2006年第2期)等。

“多方”的立场与“空方”相对,认为“空方”的种种批评根本上源于对理论本身的误解,包括对我国犯罪构成理论的误解以及对德日犯罪论体系的误解——前者没那么糟,后者也没那么好。“多方”具代表性的论文可参阅黎宏教授的《我国犯罪构

① 参见王世洲:《刑法学是最精确的法学》,载《德国刑法学总论》(第1卷),法律出版社2005年版,译者序,第1页。

② 陈兴良:《转型与变革:刑法学的一种知识论的考察》,载《华东政法学院学报》2006年第3期。

成体系不必重构》(载《法学研究》2006年第1期)。在这篇文章中,作者逐一反驳了对犯罪构成理论的种种批评,认为我国犯罪构成理论体系虽然存在种种问题,但这些问题并非“与生俱来、不可克服的顽疾”,因此“没有必要大动干戈,将现有体系推倒重来”,只需“温和的改良”即可。

且不论双方观点孰是孰非,不难发现,双方均不例外地以德日犯罪论体系作为论证的主要甚至是唯一的参照物——“看空”我国犯罪构成理论的恰恰“看多”德日犯罪论体系,“看多”我国犯罪构成理论的一方则同时不忘捎上对德日犯罪论体系分析乃至批评、批判。仅此一点,德日犯罪论体系之于我国犯罪理论发展的重要性即可见一斑,并更凸显了德日犯罪论体系本身在刑法学犯罪理论领域中的单极强势地位。从现实的角度说,我们仍是学术进口国(包括但不限于刑法学理论),以前是前苏联,现在逐渐把目光投向以德日为代表的大陆法系国家。而法(包括法学理论)的移植和法(包括法学理论)的本土化一直是所谓法治后进国家必须处理好的两个基本问题。无论中国刑法学的犯罪理论去向何处,德日犯罪论体系都是我国刑法学研究者无法也不应忽视的领域。

目前,我国刑法学界对于犯罪论体系及其发展的了解、掌握、研究尚处于初步阶段。与目前法学出版繁荣、院系繁荣的表面情形相反,由于特定的历史情况,我国法学实际上是社会科学中发展较滞后的学科,尤其刑法学更因其特定历史时期的功能定位而面临更多桎梏。20世纪后期,随着突破旧有理论框架共识的逐渐形成,随着我国刑法学者对于德国刑法理论的关注、介绍、研究,大陆法系的主流理论框架已经对我国刑法学,尤其是犯罪理论的发展形成一种压力性示范,犯罪论体系似已成为我国不少刑法学者展开研究论述时有意无意的预设性理论前提或理论目标。实际上,从德日犯罪论体系发展的历史及现实来看,并非