

贵州民族大学法学区域内一流建设学科建设成果

规范犯罪论

——从法条、规则、规范到犯罪构成的一种体系化主张

陈孝平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

贵州民族大学法学区域内一流建设学科建设成果

规范犯罪论

——从法条、规则、规范到犯罪构成的一种体系化主张

陈孝平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

规范犯罪论：从法条、规则、规范到犯罪构成的一种体系化主张 / 陈孝平著. -- 北京：法律出版社，2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1909 - 8

I. ①规… II. ①陈… III. ①犯罪学—研究 IV. ①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 009453 号

规范犯罪论

——从法条、规则、规范到犯罪构成的一种体系化主张

GUIFAN FANZUILUN

—CONG FATIAO, GUIZE, GUIFAN DAO FANZUI

GOUCHENG DE YIZHONG TIXIHUA ZHUZHANG

陈孝平 著

责任编辑 刘琳

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任印制 沙磊

编辑统筹 法律教育出版社

开本 A5

印张 6.75

字数 138 千

版本 2019 年 2 月第 1 版

印次 2019 年 2 月第 1 次印刷

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/010-83938336

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/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1909 - 8

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

余 序

犯罪与刑罚是刑法学研究的两大重要议题,犯罪是刑罚的前提和基础。因此,刑法教义学长期以来是以犯罪论为核心而展开研究。对犯罪问题进行理论和实践的探讨,一直是刑法学和犯罪学不断努力的重要方向。从规范的角度看犯罪学理论,是一套将现实状况中的犯罪与文本中抽象且被类型化的犯罪进行对应的理论,是在刑法学实践基础上,高度抽象化和理论化发展的结果。犯罪学理论连接着事实与规范,对规范的理解和运用需要有一套系统化的理论和思维。犯罪学理论既来源于刑事司法实践,又高于实践。立足于实践对司法实务进行指导,这是犯罪学理论研究和发展的使命。

在事实与规范之间建立某种有规律的连接,用系统性的思维思考和处理如何认定犯罪的问题,是本书努力的重点。陈孝平教授尝试从对文本的观察与分析中概括出罪的概念、罪

的构成、罪的形态论等涉及犯罪论体系思考的规律性知识。进而,从法条、规则和规范三个层次的观察视角,透视犯罪的三阶层结构。因此,本书以法条、规范等文本为基础,结合刑法学基础理论,用系统思维思考和探讨犯罪问题,在文本的世界里,回答了犯罪是什么、需要具备什么规格和标准才能界定的问题。

搭建规范意义上类型化的犯罪概念与具体事实认定之间的桥梁,既是判定罪与非罪的重要理论基础,也是刑事司法判断的核心工作之一。对犯罪问题的研究和探讨,在不同学科和不同领域皆有涉猎,在刑法学领域也是常说常新。犯罪学理论的发展和创新,一直围绕着如何解决犯罪认定这一重要理论和现实难题的展开。其中,具体涉及的问题非常庞杂,学理基础也随时代环境而变化。本书运用系统思维进行思考和理论探索,创造性地提出解决如何认定犯罪等问题的重要理论途径,从犯罪学理论的视角,努力建构符合中国人思维和现有理论研究基础的犯罪论体系。对犯罪问题的深入和系统的思考,是本书带给读者的最大启示和重要提示。

陈孝平教授长年从事刑法教学和刑事司法实务工作,治学十分严谨,思虑甚为缜密,研究更是精勤。其此次从系统思维的角度,对法条、规范乃至犯罪事实,从抽象到具体,从类型化的规范文本概念到具体事实分析和判断,努力建构一套符合大陆情况的犯罪论体系。从研究进路和思考角度分析,这具有相当的创新性,给读者带来一种思维的启发。本人对于陈孝平教授精深的法学造诣和执著的专业精神,甚为感佩,特此为序。

台湾地区比较刑法学会理事长

余振华教授 谨序

2017年9月5日于东京月岛书斋

前言(代序)

多年来,我虽然长期从事刑法学的教学与研究,作为律师也时而参与一些刑事案件的处理。但内心里总觉得一些问题似是而非,表面上仿佛一切刑法问题都有一套完整的说法或理论,真要运用起来却不堪所用。无论是中国比较流行的四要件理论,还是日渐兴起的以德国、日本为代表的三阶层理论,都为犯罪构成提供了大体逻辑自洽的理论说明。也许因为“路径依赖”的缘故,习惯了在某种框架内理解和解释刑法,虽然我们有时觉得不对劲,但思想的惯性和懒惰也让内心的困惑化解于日常的生活之中,一直没有静下心来好好整理。由于困惑并没有解决,这种暂时的隐身会在一些场合不经意地又冒出来,日积月累,如鲠在喉,便不吐不快了。于是,本书也就应运而生,瓜熟蒂落。

《规范犯罪论》是对这些思考的一次整理。下意识地借鉴了罗尔斯在思考《正义论》

2 前言(代序)

时的方法,清空一切已有的观念,从“无知之幕”中开始设想和思考犯罪及其构成规律。从最基础的法条文本开始,尝试从文本中观察犯罪构成的规律性知识。通过分析法条背后的规则,揭示规则背后的规范。再从立法解决分配正义、司法解决纠正正义两个方面,归纳类型化与非类型化时犯罪的共同本质与不同面相,初步形成了有别于传统犯罪论的系统性知识。在建构体系的过程中,主要以德、日刑法理论界主流的三阶层犯罪论为批判目标^{〔1〕}。总的评价是,三阶层理论远远优于中国的四要件理论,特别是阶层结构的逻辑推演,抽丝剥茧地引导出犯罪构成的最终结论。其在一些具体问题上研究与分析得深入和透彻是四要件理论难以望其项背的。但是,也许因为原初状态的观察一开始就建立在区分事实与价值的二元论立场与方法上,导致了休谟早已断言的困局。即从事实无法推出应当。这埋下了德日刑法理论迄今为止的逻辑困境。犯罪究竟是一种事实陈述还是一种价值判断?或者是介于两者之间的一种言说?在二元论的框架下不可能给出逻辑自洽的答案。在这种立场下,又由于对刑法规范没有全面深入地解剖,不恰当地从构成要件起步,加上理论逻辑的惯性,使许多原本可以比较容易解决的问题陷入了僵局,不得不用一些非常复杂晦涩的概念进行逻辑回补,以满足严谨的(信条学)逻辑需要。由于从贝林、李斯特开始的传统起步就走偏,深受这种传统影响的当代德日主流犯罪理论一直存在一种基础性、结构性缺陷。另一些试图放弃构成要件另起炉灶的理论,比如行为论和不法、罪责二阶层理论,始终无法处理犯罪的类型化问题,以及由此

〔1〕 将德国日本的犯罪论视为一个整体,尽管它们内部有非常不一样的立场与观点,但基本的逻辑框架始终没有实质性变化。因而,可以视为一个整体。

产生的系统矛盾,因而也无法真正揭示犯罪构成的规律。可以说,德、日理论界迄今为止的努力(包括中国部分学者对继受这一体系的努力与鼓吹)^{〔2〕}仍然不能彻底地解决这一问题。

本书提出了另一条通往犯罪论的道路,直面刑法文本,从刑法法条、刑法规则和刑法规范这些最基础的单元开始整理和建构犯罪构成及其理论,并充分注意到立法规定之罪与司法认定之罪在犯罪构成环节上的联系与区别。从犯罪是一种规范的事实这一基本命题出发,将犯罪定义为违反刑法规范,应追究刑事责任的行为。犯罪构成从违反类型化的刑法规则开始起步,深入剖析违反刑法规则的两个方面:义务违反性与构成要件符合性(该当性)。初步分析了两者的关系,并指出了以德国、日本为代表的三阶层理论在这个方面缺失的环节以及由此造成的致命后果,明确规则违反性的类型化地位,初步归纳和分析了刑法规则的类型以及它们在犯罪构成上的意义。最重要的理论贡献或许在于:指出了刑法规则作为立法规定之罪的基础性,体现罪刑法定的类型化地位,将违反刑法规则确定为犯罪类型并视为新的犯罪论的逻辑起点。以德、日为代表的三阶层犯罪论以及中国的追随者们从一开始(从构成要件该当性起步)就走向了歧途。

在犯罪构成的目标下,犯罪审查的第二步是处理类型化审查完成以后的非类型化问题,用于说明从立法规定之罪到司法认定之罪的逻辑演变与审查,整序类型化与非类型化时可能出现的冲突与矛盾。本书用刑法规范违反性来概括这个阶段。将刑法规范定义为以刑法为载体,规则为外壳,权利义务为内容,价值观为内核的文化评价体系。而体现违反刑法规范的主要是两个基本范

〔2〕 大体指以张明楷、陈兴良、阮齐林、周光权等教授为代表人物的一些国内同行。

畴:一是法益侵害性,二是罪责性。它们是刑事违法的核心概念,在规范犯罪论体系中既是犯罪构成的价值内核与权利义务内容又是犯罪构成的逻辑单元,始终贯穿于类型化与非类型化的犯罪构成之中。本书反思了在德国、日本传统犯罪论下处理的四个核心概念,即行为、构成要件、不法(违法)、责任(罪责)的逻辑/价值关系,指出在这个体系下上述核心概念本身与彼此之间存在深刻的逻辑/价值矛盾,得出体系内无解,必须推倒重来的基本判断。在批判的同时,本书从规范犯罪论的理论逻辑中推导出自己的理论体系,即一元论(规范行为)、二阶层(规则违反性与规范违反性)、四要件(义务违反性、构成要件该当性、侵害法益性和罪责性)的犯罪论体系。

由于这是一种体系上的探索,可能会忽略局部的一些刑法问题,本书的最后一部分也将会有限地涉及与犯罪论有关的部分内容,但着眼点仍在回应传统犯罪论习惯的逻辑领域。

所有的犯罪论无非是为了更合理和更科学地揭示犯罪构成的逻辑条件与逻辑秩序(结构、层次与关系),由于中国实体刑法学(信条学)演绎推理的传统,更追求演绎逻辑的严谨性,但这并不意味着更开放地建构犯罪论是不可欲的。事实上,普通法的传统并不亚于大陆法系。只是因为继受方面的原因,大陆法更贴近我们的传统。也因为近年来以德国、日本为代表的刑法理论日益受到国内刑法学界的推崇,因此,成为本书的批判对象。

本书的思考与结论无疑是探讨性的,对以德国、日本为代表的传统犯罪论的颠覆只是因为自己的困惑与求证,许多观点未必成熟。如果能引起学界的共同思考,本书的目的也就实现了。

陈孝平

2017年3月10日于贵州贵阳

目 录

引 论 / 1

第一章 刑法法条 / 6

第一节 作为载体的法条 / 6

第二节 作为研究对象的法条 / 9

第三节 刑法法条、刑法规则与刑法规范 / 15

第二章 刑法规则 / 19

第一节 刑法规则的含义与范畴 / 19

第二节 刑法规则存在的合理性 / 22

第三节 刑法规则的性质 / 24

第四节 刑法规则的种类 / 27

第五节 从规则到标准 / 37

第三章 刑法规范 / 41

第一节 刑法规范与刑法规则 / 41

第二节 刑法规范与法益 / 45

第三节 刑法规范与罪责 / 49

第四节 从规范到标准 / 51

2 目 录

第四章 规范犯罪论——逻辑起点 / 55

- 第一节 规范犯罪论的逻辑起点 / 55
- 第二节 犯罪构成的第一步:义务违反性 / 58
- 第三节 不同类型的规则的特殊性 / 62
- 第四节 犯罪构成的第二步:构成要件该当性 / 73
- 第五节 犯罪构成的第一个阶段:刑法规则违反性 / 74

第五章 规范犯罪论——逻辑终点 / 77

- 第一节 以德国与日本为代表的传统犯罪论的失误 / 78
- 第二节 规范犯罪论的基本逻辑——从规则违反性到
规范违反性(类型化与非类型化) / 85
- 第三节 犯罪的本质(刑事违法性) / 87
- 第四节 犯罪的自然结构与规范结构 / 92
- 第五节 法益的体系地位 / 94
- 第六节 罪责的体系地位 / 100
- 第七节 罪责与刑事责任的关系 / 105
- 第八节 罪责、刑事责任与刑事政策的关系 / 114

第六章 规范犯罪论——逻辑的展开 / 117

- 第一节 规范犯罪论的哲学基础 / 119
- 第二节 规则违反性与规范违反性的关系 / 124
- 第三节 义务违反性、构成要件该当性、法益侵害性与罪责性之间
的关系 / 133
- 第四节 犯罪论与刑事责任论的关系 / 143

第七章 犯罪类型及其指标体系 / 151

- 第一节 体系化概念与指标化概念 / 151
- 第二节 主要指标的分析与审查 / 154

第三节 从该当性审查到竞争性审查 / 162

第八章 修正规则与修正类型 / 167

第一节 修正规则与修正的犯罪类型 / 167

第二节 规范犯罪论上的未遂犯 / 169

第三节 规范犯罪论上的共犯 / 174

第九章 余论:一种新的犯罪论体系——规范犯罪论宣言 / 183

后 记 / 189

附:规范犯罪论概要

——一种走出传统犯罪构成理论困局的尝试 / 191

引 论

刑法是古老的法律,伴随着人类社会的历史,几千年来一直与我们的生活如影随形。有关刑法学的著作同样汗牛充栋、浩如烟海,这既是刑法学人的福气,也是一场灾难。每一个时代都有人对此殚精竭虑地思考,试图找到理解刑法的真理,但又无可奈何地被历史的长河荡涤。我们生在其中,或者随波逐流,或者逆水行舟。

从法条开始理解刑法,理解刑法的两大基本范畴——犯罪与刑罚大概是最方便,也是最省事的一种途径吧。笔者取巧地从这个路径出发。从法条开始思考犯罪构成的逻辑,希望对犯罪构成的规律有一个新的认识。

我的思考方法是清空一切既有的犯罪构成理论,假设在法条文本之外不存在任何已有的犯罪构成学说,从这里出发能否找出犯罪构

成的规律性知识?如果可能的话,会是一种什么样的知识?作为一种体系性的思考,这种假设确实存在一种无法回避的风险,这些风险首先是概念与术语带来的。毕竟,刑法学及其犯罪论是一种高度成熟的话语体系。当我使用某一种概念表达时,不可避免地与传统话语交织在一起,但有时也许与传统所指涉的概念未必一致。这是读者在阅读理解本书时需要注意的。我也尽可能在出现不同时,通过注释的方法加以解决。另一种方法是通过直接对某些核心概念重新进行定义与解释。比如,对规范、法规范、刑法规范这些大量使用含义却未必明确的概念重新进行界定,以此解决这方面的问题。此外,需要交代的是,清空成见后如何从文本中发现犯罪构成的规律?这里,有两个向度方面的问题。一是从文本中能否“透视”出什么犯罪构成的规律性知识?二是在文本(立法规定之罪)与适用文本(司法认定之罪)之间如何衔接?如果“透视”的尝试能够帮助我们看到犯罪构成的真相,那么,这种“文本的真相”在处理具体的案件时如何保持自身的逻辑而不被歪曲?从立法规定之罪到司法认定之罪,这两个环节的关联性是显而易见的,其异质性也是显而易见的,那么,在实践中,罪的逻辑是否能够保持一致性?如果我们承认两个环节存在不同的前提与环境,那么罪的逻辑会出现什么样的差异性?在一致与差异之间,有什么规律可以遵循?所有这些问题都需要系统性的知识进行回答。

实体刑法学上的犯罪论就是对这些问题的探讨与回答。大致说来,犯罪论需要解决以下基本问题:(1)定义犯罪;(2)归纳犯罪构成的逻辑条件并处理各个逻辑条件之间的关系;(3)归纳和处理各种“变形”后的犯罪现象,并把它们整合在一以贯之的

犯罪构成逻辑里。其他的一些问题都是围绕上述问题的展开与补充。最终形成一种体系性的理论。

当我清空成见后,面对一个文本组成的世界如何才能从中找到犯罪构成的规律性知识的问题,我的思考沿着两个向度展开。一方面,从文本出发,探讨分析文本背后的世界,特别是这个世界的终极问题。这个问题在实体上无非是罪与刑的问题。这构成实体刑法学两个固有的范畴。犯罪论是对罪的范畴进行理论分析与解释说明。另一方面,从文本到文本的适用之间,经历了立法规定之罪到司法认定之罪的刑法适用过程。这个过程“罪的逻辑”发生了什么改变?犯罪论如何回应这种改变?这两个向度的思考始终在我的头脑中,时而清晰时而混沌地出现。我虽然想把它说清楚,但又深感无力。但提示这两个向度的思考对于阅读者可能是最有帮助的吧。

由此,我从第一个向度开始,首先分析文本的世界,回避了各种“鸡生蛋”还是“蛋生鸡”的问题,直接从刑法文本开始思考犯罪构成的逻辑。这样做的好处是,文本具有权威性,是法的渊源。可以直接跨越“应然”与“实然”两极关于法的形而上学之争。从对文本的观察与分析中是否可以概括出罪的概念、罪的构成、罪的形态论等涉及犯罪论体系思考的规律性知识?这样,便有了法条、规则和规范三个层次的观察视角。同时,也是透视犯罪的三层结构。因此,本书从刑法法条开始,到刑法规范结束。在文本的世界里,回答了犯罪是什么,需要具备什么规格和标准才能界定的问题。

第二个向度是在解决文本的(立法规定之罪)犯罪构成逻辑后,观察与思考文本是如何运用到司法认定中去的,这里发生了

什么异质性的问题,又是如何解决的。在我看来,从前所有的犯罪论都没有把这个问题说清楚。造成了许多理论上的混乱,也影响了犯罪论本身的实务价值。这里的问题概要说来,就是解决立法规定之罪与司法认定之罪的逻辑转换与衔接。立法规定之罪是类型化的,司法认定之罪是非类型化的。但两者关于罪的形式逻辑与价值理性应该保持一致性。犯罪论应该对这种一致性提供理论证明与说明。恰恰在这个问题上,历来的犯罪论是令人失望的。指出和归纳类型化与非类型化时犯罪构成的内在逻辑成为本书的另一个追求。在本书看来,类型化与非类型化是立法与司法两个环节共同处理犯罪时必然出现的现象。两者具有异质性,又具有同质性。其异质性在于,立法解决模式化的权利义务问题,司法解决个别化的权利义务问题。两者不可能也不应该直接画等号。其同质性在于,它们都在处理权利义务问题,两者之间并不存在异质性的另一套逻辑以至于不可通约。换言之,司法认定之罪与立法规定之罪奠基于共同的“事物”之上,在本质是可以而且必须通约的。尽管寻找这种问题的回答是多么之难,我还是勉为其难地使用了“规范”这个也许本身就难以界定得十分清楚的概念,用于整合我的体系性思想。在这里,非常有必要交代一下这个术语。“规范”一词,我是在以下意义上使用的:

(1)其是指区别于自然、或者事实而带有文化意义的范畴。归入自然/事实的这一类事物不存在价值判断,往往使用描述性概念。在哲学上属于因果律的范畴。而规范总是价值关联的,即使是陈述事实也带着价值观,其典型的表达方式是祈使语句而非陈述语句。在哲学上属于自由律的范畴。可以简单地,规范的载体多种多样,但核心是价值观。一般来说,凡是在完整的语义表达范

国内用祈使语表达的事物都是规范的。(2)法规范是所有价值投射的规范中与其他规范有区别的一类。尽管在法理学上,道德与法律之间的关系争论不息。但在某种约定俗成的范围内,可以用法这个载体把两者区别开来。见诸法渊源的规范就是法规范。在没有特别的交代时,本书使用“规范”一词首先是指法规范。(3)刑法规范当然是法规范的组成部分,同样,可以用刑法这个载体把刑法与其他法律区别开来。本书使用刑法规范这一术语,主要用于两个向度上:一是用于解释刑法规则背后的权利义务关系和决定这种关系的价值观;二是用于概括与类型化区别而又紧密联系的非类型化时犯罪审查的逻辑环节。因为行文的关系,本书无法处处交代“规范”一词是指什么意义上的规范,希望读者联系讨论的主题理解。(4)本书使用规范犯罪论这一表述,主要是针对近代刑法学产生以来严格区分事实与规范并由此形成的二元论传统。希望用“规范”一词,消除传统理论中广泛存在的事实与价值背离与冲突。在规范行为一元论的基础上,重构犯罪构成的理论。由此,产生了本书一元论二阶层四要件的犯罪论体系。