

王俊 著

犯罪论的核心问题

THE KEY PROBLEMS OF CRIMINAL THEORY

成要件论、不法论、客观归责论、故意论、过失犯论、不能犯论等犯罪论体系若干核心问题展开讨论，表达作者对于重构犯罪论体系的展望与设想。



北京

犯罪论的核心问题

THE KEY PROBLEMS OF CRIMINAL THEORY

王俊著



北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

犯罪论的核心问题/王俊著. —北京:北京大学出版社, 2012. 4

ISBN 978 - 7 - 301 - 19910 - 7

I. ①犯… II. ①王… III. ①刑法学 - 研究 - 中国 IV. ①D917

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第260374号

书 名: 犯罪论的核心问题

著作责任者: 王 俊 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 19910 - 7/D · 3017

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm × 980mm 16开本 23.5印张 380千字

2012年4月第1版 2012年4月第1次印刷

定 价: 45.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序

陈兴良

王俊所著《犯罪论的核心问题》一书即将由北京大学出版社出版,这是一部新人新作,我乐于为之作序,并郑重向各位读者推荐其人其书。

本书作者王俊,对于我国刑法学界来说,绝对是一个名不见经传的新人。我是在2008年5月通过信件认识王俊的,当时王俊是浙江大学城市学院法学院一名大二学生,刚进入大三他便把自己的一篇习作《危险接受理论的法理思考》一文发给我,我读了以后很难相信这篇论文出自一名大三学生的手笔。从该论文来看,选题前沿,文字流畅,资料梳理清晰,个人观点或有所见。一名新人写出如此水平的处女作,已经属于出手不凡,我回信予以了鼓励。该文经修改以后,刊载在我主编的《刑事法评论》第24卷,本书第四章客观归责论:危险接受理论研究,就是在该文基础上整理而成的。此后,王俊又在2009年8月准备司法考试期间写出了《因果关系认识错误研究》一文,对刑法中的难题——因果关系的认识错误进行了较为深入细致的研究,该文刊载在我主编的《刑事法评论》第27卷,本书第五章故意论:因果关系认识错误研究,就是在该文基础上整理而成的。因此,本书是王俊从本科阶段开始的刑法学术研究成果的一次检阅。从浙江大学城市学院毕业以后,2010年9月王俊考上了中国青年政治学院法律系刑法专业研究生,师从林维教授。来到北京以后,王俊有机会接触更多的学者,阅读更多的书籍,参与更多的学术活动。只是这时,我也才有更多的机会与王俊当面接触,从而对王俊的学习情况有了更多的了解。对于王俊的论文写作,我当然是持肯定态度的。但我总觉得王俊目前尚在求学当中,应当将更多的时间花在读书,尤其是外语的学习上,以便将来有机会到国外留学,奠定扎实的理论基础,这样才能为未来的学术研究做好充分准备。所以,我对王俊

2 犯罪论的核心问题

说,你现在不要再热衷于论文写作了,因为你发表的论文已经证明你具备写作的能力,现在的问题是要把更多的时间放在外语学习上,准备将来考博,或者出国深造。但王俊总是遏制不住自己的写作欲望,一篇接一篇地写,每篇论文都能保持在一个较高的学术水准,及至2011年3月硕士生一年级尚未结束的时候,王俊将本科阶段与硕士生一年级所写的论文进行整理以后,篇幅达到三十余万言,形成了本书的初稿。从本书写作进度来看,可以说王俊具有学术上的旺盛精力。

本书的内容涉及犯罪论的基本问题,可以看作是一名刚刚进入刑法理论殿堂的新人在初步浏览了刑法理论以后的一些观感。目前,我国正在进行四要件和三阶层的犯罪论体系之争,在这背后角力的是苏俄的刑法知识与德日的刑法知识。像我这样在20世纪80年代初进入刑法学界的学人,都是在苏俄刑法知识的熏陶下成长起来的,因为当时我们所能接触到的就是这些在20世纪50年代从苏俄引入的刑法知识。在经历了近二十年(1957年至1977年)政治动乱的浩劫之后,我国法制惨遭破坏,刑法学术更是一片废墟。在这种情况下,当我们读到1958年由中国人民大学出版社出版的、特拉伊宁所著的《犯罪构成的一般学说》一书时,都可以说是如获至宝,如饥似渴。因此,在当时历史条件下,我们毫不犹豫地接受了苏俄刑法知识,并作为我国刑法理论的通说。只是到了20世纪90年代以后,随着学术的对外开放,德日刑法知识才开始逐渐地引入我国并影响我国的刑法理论研究,这个过程是一个德日刑法知识从他者转变为自我的过程。德日刑法知识被我国刑法理论所吸纳,成为我国学者思考刑法问题的方法论。为此,像我这一代学人都存在一个刑法知识的转型问题。但王俊这一代学人就与我们当年的境况完全不同,从一开始进入刑法知识领域,他们接触到的就是德日刑法知识,而完全没有苏俄刑法知识的历史包袱。从王俊这本书的内容来看,涉及的七个专题,都是按照德日刑法学的路径展开理论研究的,没有任何苏俄刑法知识的痕迹,这使我对中国刑法知识的当代转型更有信心。

在本书中,王俊对犯罪论体系中的七个核心问题进行了深度研讨。第一章是对德日刑法学的比较,尤其从方法论上予以展开。以往我们并称德日刑法学,将德日视为一体,并未将德日刑法理论予以区别,这当然是不够

精确的。其实,日本刑法学虽然来自德国,但经过半个多世纪的发展,已经形成日本刑法学自身的特色。随着德日刑法学著作不断地翻译介绍到我国,对于德日刑法学的区分也就具有了现实的可能性。而这种区分本身,对于我国刑法学的研究是具有现实意义的,例如在具体观点的借鉴上,是师从德国刑法理论,还是师从日本刑法理论,可能会由此展开讨论。当然,借鉴德日刑法知识的最终目的还是要形成我国自己的刑法学理论。在第一章中,王俊对德日刑法学从犯罪论、方法论和规范论三个维度进行了对比性考察。我注意到王俊在本书中有这样一句表明自己立场的话语:“究竟是德国化还是日本化,可能还需要视问题具体分析。”对此,我深以为然。我以为,对于德日刑法知识,应当为我所用,而不是为其所困。只有这样,才能形成我国自身的刑法理论特色,这也是一种对待德日刑法知识所应当具有的达观的学术态度。

本书第二章构成要件论:形式与实质,是对构成要件论所涉及的争议问题的考察。在我国刑法学界,构成要件论成为刑法学的主战场。一方面,在三阶层与四要件的争论中,构成要件论越来越受到重视,我曾经在构成要件论上提出“回到贝林”的命题,这是一种学术态度,试图恢复构成要件的原始面貌,去除苏俄刑法学在构成要件上的遮蔽。另一方面,在三阶层的犯罪论体系框架内,又展开了形式解释论与实质解释论之争。这些学理上的争论,虽然也具有一定的德日刑法学的背景,但更多的是在我国特定理论语境中引发并展开的。王俊在本章,对构成要件论中的形式与实质的争论进行了评论,并提出了构成要件二分性的观点,这里的二分性,是指将构成要件分为形式的构成要件与实质的构成要件。形式构成要件符合性必须确定坚持罪刑法定为指导的形式解释,而实质构成要件符合性则需要运用客观归责理论对行为作出实质判断,由此形成形式与实质构成要件的二分性理论。这些观点的提出,都是值得我们重视的。并不满足于对资料的处理,而是也能提出个人的见解,这表明王俊已经在学术研究的道路上向前跨越了一大步。

本书第三章不法论:行为无价值与结果无价值,这主要是一个日本刑法学的话题。近年来也开始在我国发酵。行为无价值论与结果无价值论,主要是在不法论或者违法性论中开展的。在四要件中并没有不法论,而只有

4 犯罪论的核心问题

社会危害性论。因此,只有在三阶层的犯罪论体系中,才能讨论行为无价值与结果无价值的话题。可以说,行为无价值与结果无价值之争,是一个十分复杂的理论问题,进入其间就如同进入一个路回峰转的山谷,难免会迷失其中。但王俊面对这样一个复杂的问题,还是能够从容地作出自己的分析。例如将行为无价值与结果无价值,从本体论与规范论这两个方面加以讨论,将德日刑法学一并纳入研究视域,并建构了一个规范理论体系,认为行为规范源自于法益保护的需求,立足于存在论,并在实质构成要件阶层依托客观归责理论起着事前判断作用。裁判规范则致力于规范效力的维护,立足于规范论,在行为违反行为规范后自动发起。王俊把自己的观点称为一元双层行为无价值论,这在行为无价值论与结果无价值论之争中,还是一种较有个人特点的观点。

本书第四章客观归责论:危险接受理论研究,在本章中,王俊从客观归责的视角,对危险接受理论进行探讨。王俊从故意自危和同意他人造成危险这样两个方面,对危险接受理论展开分析,尤其是能够结合具体案例进行讨论,这是一种很好的叙述方法。在危险接受理论与相关犯罪形态的研究中,王俊以我国刑法分则致人重伤或死亡条款为视角进行分析,从而使法理的探讨与法条的诠释有机地结合起来,这也是值得肯定的。

本书第五章故意论:因果关系认识错误研究,论及因果关系认识错误问题。错误论是故意论的反面,因而立足于故意论的一般原理,对因果关系认识错误问题进行研究,同时也可以反过来对故意论的一般原理进行检测,这是一种十分有意义的研究进路。在我国刑法理论中,认识错误理论是较为薄弱的,因果关系认识错误更是一个薄弱环节。因而,王俊对因果关系认识错误的研究,对于我国错误论的展开是具有重要理论意义的。在因果关系认识错误适用论中,王俊具体探讨了因果关系认识错误的三种情况:狭义的因果关系错误、Weber的概括故意、构成要件的提前实现。我国刑法学界以往对因果关系认识错误的研究,一般限于狭义因果关系错误,而对Weber的概括故意和构成要件的提前实现这两种情形甚少论及。此外,王俊在本章中还讨论了因果关系认识错误共犯论,这也是一个较为前沿的理论问题。在这些问题上,王俊的研究对于完善我国刑法中的错误论都作出了自己的贡献。

本书第六章过失犯论:注意义务违反与客观归责理论,这是一种将过失犯置于客观归责理论框架内进行研究的思路,对于我国以往局限于对过失犯的法条注释,是一种进步。王俊对我国以往将注意义务违反视为过失犯本质的传统学说进行了批评,同时也反对引进日本的所谓旧过失论、修正旧过失论、新过失论等见解,而主张采用客观归责理论,以创设法所不允许的危险取代客观注意义务。这些对于过失犯理论具有颠覆性的见解,也不失为一己之见,可以丰富我国过失犯的理论研究。

本书第七章不能犯论:印象说、具体危险说与客观危险说,涉及的是不能犯理论。2011年3月在台北举办的“海峡两岸刑事法论坛”,其中一个专题就是不能犯,我也参与了这个专题的研讨。可以说,我国目前的不能犯理论正面临着巨大转型,这就是抛弃来自苏俄的主观性的不能犯理论,引入德日的以危险判断为中心的客观性的不能犯理论。当然,在德日刑法学中,由于两国在刑法上对不能犯的规定有所不同,理论上围绕着危险判断的标准展开了纷繁复杂的学术争论,这一争论也不可避免地传入我国。因此,不能犯理论同样是我国刑法学中一个十分复杂的问题。王俊通过从存在论与规范论两个层面对不能犯理论进行考察,可以说是较为自如地把握与驾驭了不能犯理论,这是难能可贵的。在不能犯问题上,王俊采客观危险说,在这一点上与我的观点不谋而同。尤其是在本章的末尾,王俊提出了“回归 Feuerbach(费尔巴哈)”的命题,这也是令人为之一振的。

本科生和硕士生阶段,一般来说还处于学习的阶段,是一名知识的消费者。即使写一些习作,总也还带有“中学生作文”的痕迹,很难达到“文学作品”的程度。但王俊在本科生、硕士生阶段,在消费知识的同时就成为一名知识的生产者,较早地跨越了“中学生作文”的阶段,进入了一个学术产出的收获季节。从这个意义上来说,王俊在学术上是早熟的。当然,发展阶段是难以逾越的,王俊目前的作品也还不可避免地带有某种青涩,还需要进一步打磨。尤其是人的经历、阅历以及岁月的磨难都会在一个学者的学术作品中反映出来,从而使其作品带有某种时代的痕迹,这是一种历史的沧桑感,而这一点在王俊的作品中也是没有或者不可能有的。其实,过早地出道,即所谓早熟,虽然有好处,亦难免伴随着某种风险。如果不能规避这种风险,对将来的学术发展未必完全有利。俗话说:“起了个大早,赶了个晚

6 犯罪论的核心问题

集”。这也是一种经验之谈。就像一百米跑步一样，起跑快，当然很重要。但是，中途的匀速跑和最后的加速冲刺才是制胜之道。做学术何尝不是如此呢？科研不是凭兴趣和热情就能做好的，它贵在坚持、需要韧劲。因此，我始终认为，学者不是一种职业、一种身份，而是一种生存方式、一种生活态度。而且，做人与作品之间是相通的，作品也是随着人的成长而不断成熟的，因而揠苗助长也是不可能的。对于王俊来说，本书的出版只是其漫长的学术道路上迈出的第一步：不值得炫耀，更不值得自满。关键是，能否一生都保持这种对学术的执着、对学术的虔诚。王俊本书的出版，也为甫入刑法学界的年轻学子树起了一根标杆，每个人都可以在这根标杆前衡量一下自己的学术水平，这是一种激励，也是一种感召。

在当今这个日益世俗化的社会，学术作品的发表与出版是每一个学术人都很难跨过但又不能不跨过的门槛。出版界对于学术人的态度是功利的，往往表现为马太效应：“凡有的，还要加倍给他使他多余；没有的，连他所有的也要夺过来。”因此，马太效应的结果是：“多者逾多，少者更少。”一个人在成名之前，当最需要出版界扶持的时候，出版界越是吝啬；一个人成名之后，出版界则蜂拥而上，以出版名人名著为荣。因此，像王俊这样的在读学生，在所谓核心刊物上发表论文都几乎是不可能的，更何况是数万言的长篇大论。至于出版个人专著，则更是遥不可及的幻想。当王俊将创作的论文结集以后，我以为该书确实达到了出版水平，特此郑重地向北京大学出版社副总编蒋浩先生推荐。以我与蒋浩先生多年交往的经验，我知道蒋浩历来注重出书出人，以培养学术新人为己任。经过一番努力，北京大学出版社接纳了王俊的著作，并且不要求支付任何出版资助，这是令我感动的。我相信，王俊也会以自己将来的学术成就报答北京大学出版社的知遇之恩。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2012年1月

目 录

第一章 德日刑法理论的对比性考察	
——以学说、方法、范畴为视角的分析	1
一、理论学说:德国 VS 日本	1
二、研究方法:演绎 VS 归纳	10
三、研究范畴:存在论 VS 规范论	18
四、本章小结	25
第二章 构成要件论:形式与实质	28
一、构成要件理论的现状与困境	28
二、构成要件理论的展开	33
三、形式构成要件与实质构成要件的提倡	60
四、本章小结	82
第三章 不法论:行为无价值与结果无价值	85
一、理论现状的反思	85
二、本体论视野下的行为无价值与结果无价值	98
三、规范论视野下的行为无价值与结果无价值	127
四、本章小结	163
第四章 客观归责论:危险接受理论研究	165
一、危险接受理论的引出	165
二、危险接受理论的本体展开	167

2 犯罪论的核心问题

- 三、危险接受理论在犯罪构成中的合理定位 182
- 四、危险接受理论与结果加重犯、不作为犯
——以刑法分则致人重伤或死亡条款为视角的分析 191
- 五、本章小结 202

第五章 故意论:因果关系认识错误研究 204

- 一、因果关系认识错误基础论 204
- 二、因果关系认识错误适用论 213
- 三、因果关系认识错误共犯论 227
- 四、本章小结 242

第六章 过失犯论:注意义务违反与客观归责理论 244

- 一、混乱的传统过失犯理论——以日本法为例 244
- 二、过失犯的规定与个别化理论间的关系——我国法的困境 257
- 三、客观归责的引入——德国法的借鉴 268
- 四、客观归责的提倡
——以行为不法与结果不法区分为视角的分析 282
- 五、本章小结 295

第七章 不能犯论:印象说、具体危险说与客观危险说 297

- 一、不能犯理论的现状 297
- 二、实行行为论——着手理论与不能犯理论关系之厘清 302
- 三、危险论——危险概念与未遂犯、危险犯之再探究 309
- 四、本论——不能犯的理论构造 316
- 五、规范论——不能犯的规范基础 331
- 六、本章小结 338

参考文献 341

关键词索引 351

后记 357

第一章 德日刑法理论的对比性考察

——以学说、方法、范畴为视角的分析

一、理论学说：德国 VS 日本

近年来,随着德日刑法学知识的引入,我国学者开始逐渐反思传统的苏俄刑法学^①,从而对通说形成了很大的冲击,例如周光权教授在批判四要件说时,曾经尖锐地指出:

把对犯罪——一种基本上属于人间最为复杂的社会现象——的认定这种高智商展示过程,降格为犯罪客体——犯罪客观方面——犯罪主体——犯罪主观方面这四大块拼凑在一起的“搭积木”的游戏,会带来很多问题。游戏的过程,枯燥无味,这自然不用说了;有时,拼凑四大构成要件的游戏,还带有“儿戏”的味道,因为依据这种理论认定犯罪时,出错的几率,比起德、日阶层式的犯罪评价体系要高出不少。^②

对于三阶层与四要件之间的这场争论,我显然属于其中的“激进派”,我的主张很明确,那就是直接推翻以社会危害性为中心构建起来的四要件理论^③,至于体系之间的比较,已有众多的学者展开了论述,作为一名刚步入刑法学界的研究生而言,暂时还没有能力再进行深入地展开,因此,本书尽可能回避此问题的讨论。其实,我相信,三阶层取代四要件是我国刑法学的必然趋势,既然如此,我更关心的是所谓的第二步战略,即如何在三阶层内部进行体系性建构。

我国学者一般介绍国外理论时,都会使用大陆法系或者德日理论这样的概念,其实将之作为三阶层的整体表述,在取代四要件的意义上使用,大体没有什么问题。但是,如果对于三阶层内部的体系性建构而言,这并不妥当。事实上,

^① 陈兴良教授对社会危害性理论、违法性理论、主客观统一原则、四要件犯罪构成理论等进行了彻底的批判性清理,这方面可以参见陈兴良:《刑法知识论》,中国人民大学出版社2007年版,第177页以下。

^② 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,序言第2页。

^③ 早在本科三年级时,我便已从危险接受理论的体系性地位着手,明确地赞成三阶层理论,对此参见王俊:《危险接受理论的法理思考》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,第393—401页。

2 犯罪论的核心问题

单就德国与日本而言,其刑法理论的走向也是有显著差异的。总体而言,德国倾向于主观主义,而日本倾向于客观主义,对于在一些根本问题上都有如此差异的国家而言,笼统将其作为一体使用,有可能使我们模糊了对德日理论的进一步认识,容易在反思我国刑法学的具体走向上产生障碍。事实上,国内的相关论著,基本上都立足于其共性的介绍,而对于两者的差异,却鲜少论述。因而,究竟我国刑法学是德国化还是日本化这个问题,最近一直萦绕在我心中,我认为有必要对此展开分析。

德国三阶层理论在贝林(*Beling*)、李斯特(*Liszt*)时代初步形成,其中经历了新古典体系、目的论体系、新古典暨目的论体系、目的理性体系几个阶段,发展约一百余年,而日本犯罪论体系虽由德国引入,但经由小野清一郎、泷川幸辰、团藤重光等学者的发展,逐渐形成了自身的一些特色,从而呈现出与德国刑法学同中有异的发展趋势。其中的差异更是值得我国刑法学深入研究,以明晰自己的基本方向。我以为这在构成要件理论、违法性理论、未遂犯理论中体现得尤为明显,以下予以简要阐述。

(一) 构成要件基本理论与因果关系论

就构成要件基本理论而言,虽然 *Beling* 早期曾经提出了行为类型说的观点,亦即将构成要件与违法性分割开来加以理解,但是这种观点无法回答的是,为何符合构成要件的价值中立的行为能成为违法性的评价对象,基于此,*Beling* 修正了自己的观点,提出了大体类似于麦耶(*Mayer*)意义上的认识根据说,符合构成要件的行为原则上可以推定违法,及至后来,麦兹格(*Mezger*)创造了新构成要件理论,将构成要件视为违法性的存在根据,由此,构成要件属于违法类型的见解在当代德国已经不存在任何疑问。^① 但是在日本,结果无价值阵营的学者拒绝将故意、过失作为主观违法要素,因而为了维持构成要件的个别化机能,不得不与违法类型说相抗衡,从而形成了两种不同意义上的解决路径:其一,便是如曾根威彦教授一样,将构成要件与违法性、有责性均切断关系,因此故意、过失虽然成为构成要件要素,但却是价值中立的要素,对此曾根教授指出:

将构成要件符合性和违法性分开来论的意义之一,就是利于对主观要

^① 关于构成要件理论的发展,参见本书第二章。

素的处理……在分别把握构成要件符合性和违法性的行为类型论的立场上,即便不承认主观的违法要素,但也可能承认从违法性中剥离出来的主观的构成要件要素,相反地,承认后者并不必然和承认前者有关。^①

其二,大多数结果无价值论者为了避免 *Beling* 的困境,因而赞成了由小野博士首先提出的独具日本特色的违法有责类型说^②,故将主观要件作为类型化的责任要素,从而没有障碍地将其导入构成要件中,可以说,与德国不同的是,区别于违法类型说的行为类型说与违法有责类型说仍有相当的市场。^③

在因果关系问题上,相当因果关系说在日本处于通说地位,虽然有山中敬一等少数学者赞成德国客观归责理论,但是,绝大多数学者依然对此持否定见解,例如大塚仁教授指出:

我不禁产生了用这种见解取代相当因果关系说有什么意义的疑问……但很难看出它超越过去的理论的实质意义。我认为,论及因果关系的问题时,应当把它看成画定构成要件符合性的一要素,其内容在以实行行为与犯罪性结果之间的条件关系为前提、根据折中性相当因果关系说认为存在相当因果关系时就可以肯定,这种今日通说的立场是妥当的。^④

然而在德国刑法学界,由罗克辛(*Roxin*)教授提出的客观归责理论,在区分归因与归责的基础上,将所谓的相当因果关系纳入到归责判断之中的做法,已经得到多数学者的赞同,关于客观归责理论在德国的现状,许迺曼(*Schünemann*)教授是这样描述的:

在文献一开始带着怀疑接受后,大多数的德国学说断断续续地接受客观归责理论,如今我们到处都可以在教科书或注释书中读到,只有当由行为人所创造的法律上不容许的风险在结果中实现,这样的结果才是客观

① [日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第194—195页。

② 小野清一郎指出:“构成要件的内容是违法并且在道义上有责任的行为的类型,所以,其中当然应当包含有主观要素”。参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,曹子丹、樊凤林译,中国人民公安大学出版社1991年版,第27页。

③ 正是对故意体系性地位所产生不同的认识,因而导致在错误论尤其是处理因果关系错误时见解分歧,具体参见本书第五章。

④ [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第106页。

4 犯罪论的核心问题

可归责的。^①

正是因为相当因果关系说与客观归责理论的对立^②,从而导致了在过失犯领域内,德日之间呈现出了完全不同的理论研讨路径,在日本,虽然有着旧过失论(含修正旧过失论)、新过失论与超新过失论的争议,但在以传统的注意义务为核心构建过失犯的体系时,却是一致的,问题仅在于此处的注意义务违反是指结果预见义务还是结果回避义务。但是,在德国,由于客观归责理论的提出,过失犯的体系得以重新架构^③,以创设风险(行为不法)和实现风险(结果不法)为基础,在相当程度上整合了传统的注意义务违反与因果关系两个要件,这一变化,诚如林钰雄教授所指出的那样:

由于客观归责的主辅规则,已经吸纳了传统过失论的判断基准,并且,一旦依照客观归责的检验结果,只要在客观构成要件上可归责者,至少必定成立过失,因此,传统过失论所谓的注意义务违反、可预见性、认识可能性及结果可避免性等要件判断,皆为重复而多余。事实上,客观归责论迄今为止最大的贡献,正是在于过失犯领域及其要件体系化的重构。^④

(二) 形式犯罪论与实质犯罪论

我以为德日之间在构成要件理论上最大的争议,并在我国引起一场论战的莫过于形式犯罪论与实质犯罪论的问题了。^⑤ 在当代日本,主观主义与客观主义之争虽然已经偃旗息鼓,但是取而代之的是在构成要件领域形成的形式犯罪论与实质犯罪论和在违法性领域形成的结果无价值与行为无价值之间的对立,从而掀起了新一轮的学派之争。

形式犯罪论与实质犯罪论最集中的体现在于对构成要件的解释究竟是形式解释还是实质解释,前者侧重于严格以罪刑法定原则为基础的文义解释,而

① [德]许迺曼:《关于客观归责》,陈志辉译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第548页。

② 由于两种学说的差异,导致了对危险接受理论也有着不同的看法,对此参见本书第四章。

③ 至于两者关系的详细展开,参见本书第六章。

④ 林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第379页。

⑤ 对形式解释与实质解释的分析,参见本书第二章。

后者则偏向于充分发挥法益解释论机能的目的论解释,“二战”后的日本,刑法学界基本上赞成形式的解释论,但是,随着日本社会逐渐稳定,前田雅英教授提出了需要对构成要件进行实质意义上的解释,由此揭开了两者之间的争论,前田教授指出:

之所以科处刑罚,是因为对全体国民而言存在必要性。并非“越是限定处罚就越增加国民的利益”,而是必须具体地、实质地探求为保全国民利益所必需的必要最小限度的刑罚。在此意义上说,刑法解释论中,重要的是将刑罚的效果与刑罚的弊害两方面都纳入视野,进行“是否值得处罚”的实质的判断。^①

应当说,源自日本的这场学派之争,在我国以陈兴良教授为首的形式论者和以张明楷教授为首的实质论者的对立延续了下去^②,可以说,与日本不同的是,由于受到传统社会危害性理论的影响,这场争论更被赋予了某种特殊的意义,陈兴良教授对此正确地指出:

形式解释论与实质解释论的对立,实际上是罪刑法定原则与社会危害性理论之争在解释论上的折射。^③

确实,在使实质判断优先于形式判断这一点上,实质解释论者与社会危害性理论其实是有着共同之处的,因而,以实质解释为外衣,社会危害性理论便以此“借尸还魂”,得以在理论上获取某种正当性,由于社会危害性作为苏俄刑法学的根基而存在,一味地强调形式论与实质论的对立,有可能被传统观点所利用,从而使之上升到德日刑法学与苏俄刑法学之争,这便违背了实质论者提倡三阶层理论的初衷,这是我们必须注意的。

其实当我们把学术目光聚焦在邻国日本之时,为何不到三阶层的发源地——德国去寻找答案呢?而这往往容易被我国学者所忽视。与日本不同的是,德国只有主观解释论与客观解释论的对立,并没有所谓的形式解释与实质

① 转引自张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

② 其中最为典型的是,在2010年第4期的《中国法学》上,陈兴良教授与张明楷教授围绕着罪刑法定原则、刑法解释理念、犯罪构成理论等问题进行了一场学术论争,当然刘艳红教授的《实质刑法观》与邓子滨博士的《中国实质刑法观批判》之间的对立也同样引人注目。

③ 陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期。

6 犯罪论的核心问题

解释,根据我的考察,在德国,其实是形式解释论居于通说的地位,倡导实质解释论的仅仅是少数学者的观点,这或许可以为我国刑法学提供某种启迪。

日本学者往往批判德国刑法学长期以来都对实行行为作形式上的理解,没有发展出成熟的实行行为论,但是他们往往容易忽视的是,正是由于这种“缺点”,德国学者才得以展开了客观归责理论,他们创设风险归责理论,不仅可以替代日本的实质客观说,而且还显得在理论构造上更为精致,从而使得法益侵害这种存在论的判断与允许风险这种价值论判断融为一体。更为重要的是,使得客观归责的实质审查位居于形式的实行行为判断之前,既顺应了构成要件的实质化的进程,又能使得形式判断与实质判断之间呈现出一种位阶性关系,形式解释论以此获得了在体系中存在的合理性,这比日本学说单纯用实质解释来满足构成要件的实质化,显然要高明不少。我以为这种批判有必要予以澄清。

关于刑法解释的方法,德国学者 *Roxin* 教授指出:

主流理论的出发点是:立法者通过法律条文的文本,规定了一个将由法官加以具体填补的规则性框架。在这里,这个规则性框架的范围,是由法律文本可能的口语化词义加以标定的,同时,法官在这个框架内部,在考虑了最相近的文字意思、立法者当时的想法和法律的系统性联系,根据法律的目的开始解释。^①

很明显,按照 *Roxin* 教授的观点,是要将目的性解释限制在口语化词义之后,也即选择了语义解释优先性的做法,而这恰恰便是形式解释论的观点,*Roxin* 教授为此更进一步上升到宪法以及法治原则的高度对那种偏离口语化解释的做法,展开了下述激烈的批判:

在刑法中使用未受过教育的人使用的秘密语言,就会是无法让人理解的,法治原则的目的性基础就一定会被破坏……他们要么根据法律的含义和目的,即根据法律的意义来进行解释……要么完全拒绝解释和类推的界限。这两种理论导致同样的结果,即禁止一种已经在法律上的目的设定完全取消了的“自由寻找法律”的作法。但是,在这里,《德国基本法》第 103 条第 2 款在事实上就丧失了各种意义,因为在这部法律的适用范围之外进

^① [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 85 页。