



# 刑事政策视野下的 刑法教义学

探索中国刑法教义学与刑事政策的贯通构想



欧阳本祺 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 刑事政策视野下的 刑法教义学

探索中国刑法教义学与刑事政策的贯通构想



欧阳本祺 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

刑事政策视野下的刑法教义学:探索中国刑法教义学与刑事政策的贯通构想/欧阳本祺著. —北京:北京大学出版社, 2016. 10

ISBN 978-7-301-27591-7

I. ①刑… II. ①欧… 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 229942 号

**书 名** 刑事政策视野下的刑法教义学:

探索中国刑法教义学与刑事政策的贯通构想

XINGSHI ZHENGCE SHIYE XIA DE XINGFA JIAOYIXUE

**著作责任者** 欧阳本祺 著

**责任编辑** 朱梅全 徐 音

**标准书号** ISBN 978-7-301-27591-7

**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.pup.cn>

**电子信箱** sdyj\_2005@126.com

**新浪微博** @北京大学出版社

**电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

**印刷者** 北京大学印刷厂

**经 销 者** 新华书店

730 毫米×1020 毫米 16 开本 22.5 印张 356 千字

2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷

**定 价** 59.00 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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

## 目 录

	导 论	中国刑法学的去政治化与渐行刑事政策化	001
上篇 刑事政策 视野下的 犯罪构成理论	第一章	刑事政策的范畴	013
	第二章	犯罪构成诞生的权力分析	038
	第三章	犯罪构成体系的价值评价	058
	第四章	我国定罪思维的传统与演化	079
	第五章	刑法上具体危险的判断	101
	第六章	因果流程偏离的主观归责	123
	第七章	危险故意	145
	第八章	不作为正犯与共犯的区分	167
	第九章	正当防卫的认定标准	196
下篇 刑事政策 视野下的 刑法解释理论	第十章	刑法解释的范畴	215
	第十一章	刑法解释的刑事政策化	257
	第十二章	危险驾驶行为入罪的刑事政策解释	281
	第十三章	对非法经营罪兜底性规定的实证分析	295
	第十四章	对《刑法》第 17 条第 2 款的解释	322
	第十五章	对《刑法》第 383 条的解释	332
	参考文献		346
	后 记		357

# 导论 中国刑法学的去政治化与 渐行刑事政策化

在1979年第一部刑法典颁布至今的30多年里,我国刑法学的舞台上演绎了一出出纵横捭阖、波诡云谲的历史剧。回顾这段学术史,我国刑法学的去政治化是一条明显的横线;展望未来,我国刑法学应该渐行刑事政策化。

在1979年之前的相当长时期内,我国法律虚无主义盛行,政治取代法律。陈兴良教授把这一时期刑法学的特点概括为:政治话语取代学术话语、政治判断取代规范判断、政治逻辑取代法律逻辑。<sup>①</sup>在80年代,中国刑法学乃至整个法学的主要任务就是恢复法学的自主地位,在批判极“左”错误的过程中重建法学的正当性。而要在彼时高度重视政治意识形态的传统和氛围中,确立法律作为一个独立的社会职业以及法学作为一门独立学科地位,势必要从政治意识形态上论证其合法性与正当性。因此,彼时的主流法学话语展现了一种今天看起来很吊诡的现象,即运用具有高度政治意识形态意味的法律话语批判极“左”的政治话语,竭力为法律或法学争夺一个更为自由开放的社会空间和学术空间。<sup>②</sup>例如,高铭暄教授的文章《一部闪耀着毛泽东思想光辉的刑法》(《法学研究》1979年第3期)就是借助领袖话语进行学术表达、尝试学术回归的成功范例,也是那个时代一种独特的历史叙事。<sup>③</sup>再如,张文教授在否定犯罪客体的构成要件属性时,借助的也是对马克思经典语录的重新解读。<sup>④</sup>

因此,80年代我国刑法学的主题还不是去政治化;我国刑法的去政治化始

---

① 参见陈兴良:《刑法学:向死而生》,载《法律科学》2010年第1期。

② 参见苏力:《也许正在发生:转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第9页。

③ 参见邓子滨:《〈法学研究〉三十年:刑法学》,载《法学研究》2008年第1期。

④ 参见张文:《犯罪构成初探》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1984年第5期。

于90年代,进入21世纪后得到迅速发展。90年代我国刑法学的去政治化表现为两条路径:一条是以陈兴良教授为代表的刑法哲学化路径,一条是以张明楷教授为代表的刑法规范化路径。陈兴良教授与张明楷教授这一代学者不仅是这段学术变迁史的见证者,也是这段历史的参与者或创造者。

90年代陈兴良教授倡导“走向哲学的刑法学”,为此出版了哲学三部曲:《刑法哲学》(中国政法大学出版社1992年版)、《刑法的人性基础》(中国方正出版社1996年版)和《刑法的价值构造》(中国人民大学出版社1998年版),并出版了一部自选集《走向哲学的刑法学》(法律出版社1999年版)。陈兴良教授之所以倡导走向哲学的刑法学,是有历史背景的。当时主流的注释刑法学只是机械地对法条进行注释,是单纯的关于法条的知识,当涉及法条背后的价值内容时,采用的是一种政治话语;在这种刑法理论中,政治意识形态垄断了话语权,刑法理论是政治话语的重复。<sup>①</sup>但是,陈兴良教授具有强烈的学术使命感,他在《刑法哲学》的题记与前言中写道:“我们的时代是一个反思的时代,崇尚思辨应该成为我们这个时代的特征。刑法学如欲无愧于这个时代的重托与厚望,必须提高自身的理论层次,引入哲学思维,使刑法的理论思辨成为时代本质的思维,与时代变革的脉搏跳动合拍”。“从体系到内容突破既存的刑法理论,完成从注释刑法学到理论刑法学的转变,这就是我们的结论”。

在当时比较刑法学相当薄弱,学术资源严重不足的背景下,哲学思维也许是刑法学去政治化的有力武器。法律面前人人平等、罪刑法定、无罪推定等法治原则的重新确定,均与哲学启蒙和哲学方法的恢复直接相关。可以说,陈兴良教授倡导的刑法哲学最大的学术价值和意义就在于,运用哲学方法打破了政治意识形态话语对刑法学的垄断与霸权,恢复了刑法知识的客观性与中立性。<sup>②</sup>

在陈兴良教授大张旗鼓地为刑法学的哲学化“明修栈道”的同时,张明楷教授正在为刑法学的规范化而“暗度陈仓”。张明楷教授推行刑法学去政治化的路径是,逐步用一个个规范化的学术范畴来取代刑法学中的政治话语,以实现对刑法学脱胎换骨的改造。例如,我国两部刑法典都规定了刑法的任务,这一迥异于大陆法系的立法被称为社会主义刑法的政治标签。传统刑法学把我国刑法的任务概括为“惩罚犯罪、保护人民”。惩罚犯罪是从“打击敌人”这一政治

<sup>①</sup> 参见陈兴良:《刑法理论的三个推进》,载《人民法院报》2001年2月9日。

<sup>②</sup> 参见曲新久:《刑法哲学的学术意义》,载《政法论坛》2002年第5期。

话语中转化而来的。而保护人民中的“人民”也是与“敌人”相对应的一个政治概念,这里的“人民”并非指一个一个的具体公民,而是一个抽象的整体概念,可以直接转化为国家、社会、制度、专政等概念,因此保护人民是指保护社会、保卫国家、维护专政等,而不具有保障人权的意义。这样,在“敌人”“人民”二元对立的话语框架中,刑法被纳入政治的话语体系中。<sup>①</sup> 张明楷教授并没有嘲笑这一具有社会主义特色的立法模式,也不建议废除该立法条文,而是从这一条文中引出了一个新的学术范畴“刑法目的”。在《刑法的基础观念》(中国检察出版社1995年版)一书中,张明楷教授首次提出“刑法目的”概念(在此之前,我国刑法学只有刑罚目的而无刑法目的),认为刑法条文形式上是对刑法任务的规定,实质上是关于刑法目的的规定,并肯定刑法的目的是保护法益。<sup>②</sup> 而“刑法目的”是大陆法系一个重要的学术范畴。这样一来,惩罚犯罪保护人民的刑法任务观被“和平演变”为保护法益的刑法目的观,刑法学的政治话语不经意间被学术话语所取代,社会主义特有的政治标签被置换成大陆法系影响广泛的法益侵害说的学术旗帜。只有祛除了政治之魅以后,我国的刑法学才能够获得广阔的学术空间;也只有摆脱了“永远正确”的政治论断以后,我国后来的学派之争才有可能。

当然,90年代中国刑法学的去政治化还是自发的、孤立的现象。陈兴良教授之所以用刑法哲学作为“破旧”之利器,与其在学生阶段对哲学的酷爱密不可分;<sup>③</sup>张明楷教授之所以能够用法益理论作为“创新”的工具,也归功于其在学生阶段对法益概念的敏感。<sup>④</sup> 进入2000年以后,中国刑法学的去政治化已经从自发走向自觉,从孤立走向广泛。所谓从自发走向自觉,表现为对一些传统刑法理论进行反思性检讨和批判性清理,明确提出刑法知识去政治化甚至去苏俄化的口号。所谓从孤立走向广泛,一方面是指去政治化的领域不限于刑法知识的某一个或几个具体问题,而扩大到整个刑法学体系,从内容到方法;另一方面是指去政治化的口号得到越来越多学者的认同。这时期刑法去政治化的趋势突出表现在以下几个方面:

① 参见陈兴良:《刑法机能的话语转换》,载《环球法律评论》2008年第1期。

② 参见张明楷:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第41页以下。

③ 参见陈兴良:《走向哲学的刑法学》,法律出版社2008年版,第6页。

④ 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,导言。



一是对传统刑法学中的犯罪本质——社会危害性理论——进行猛烈攻击。李海东博士最早对社会危害性概念发难,拉开了批判社会危害性理论的序幕。<sup>①</sup>陈兴良教授于2000年、2006年先后发表了《社会危害性理论——一个反思性检讨》和《社会危害性理论:进一步的批判性清理》两篇重要文章,对社会危害性理论进行了猛烈的批判。社会危害性概念来自苏联刑法学,其实质是指阶级危害性。社会危害性概念不仅是犯罪的本质特征,而且贯穿于犯罪构成,也是刑事责任的基础,可以说是整个刑法学的核心。但是,社会危害性是对犯罪的一种超规范解释,可能违反罪刑法定原则;社会危害性是一个空乏的概念,不具实体内容;社会危害性是一个前实证的概念,不具刑法专属性。因此,必须对社会危害性概念进行批判,这是我国刑法知识去苏俄化的一个重要切入点;只有将社会危害性概念逐出注释刑法学领域,并引入法益侵害的范畴,我国刑法学才能期许一个美好的未来。梁根林教授认为,社会危害性概念“实际上是用一种极其抽象甚至无法捉摸的社会政治标准来界定行为的社会政治属性,并根据这种社会政治属性确定行为的犯罪本质和犯罪界限”<sup>②</sup>。张明楷教授也主张祛除社会危害性理论的政治色彩,但并不反对社会危害性概念本身,而是赋予社会危害性理论以新的内涵——法益侵害性。<sup>③</sup>

二是在刑法知识去苏俄化的旗帜下,集中火力批判我国传统的四要件犯罪构成体系,力主引进德日三阶层体系。例如,周光权教授认为,苏联刑法学中的意识形态气息极其明显,因为它更多的是政治革命家的选择,而不是刑法学者详细论证、反复论争的结果。政治家钦定的刑法学,其首要的任务就是满足政治斗争、巩固政权的需要。在这种刑法观基础上建构起来的刑法学,就不是规范性的,而是政治性的。把犯罪认定过程降格为四大块拼凑起来的“搭积木”的“游戏”,会带来很多问题。<sup>④</sup>杨兴培教授特别指出,传统的犯罪客体是在政治需要高于一切、政治压倒法律的特殊时代背景下产生的,其实质不过是一个巨大而空洞的价值符号。<sup>⑤</sup>在我国刑法学界,不遗余力对传统四要件体系进行批判

① 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第8页。

② 梁根林:《合理地组织对犯罪的反应》,北京大学出版社2008年版,第120页。

③ 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第98页。

④ 参见周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,第5—6页。

⑤ 参见杨兴培:《犯罪客体——一个巨大而空洞的价值符号》,载《中国刑事法杂志》2006年第6期。

的,首推陈兴良教授。在近 10 年的时间内,陈教授直接批判四要件体系、倡导三阶层体系的重要文章,至少在 13 篇以上。<sup>①</sup> 这些文章对四要件体系从不同角度进行了批判,其理论出发点在于:我国四要件体系移自于苏联,而苏联在创立四要件体系时深受政治形势与意识形态之害,工具性较强,而理论性先天不足。张明楷教授从其《刑法学》(第三版)开始就完全放弃了我国传统的犯罪构成体系,而采用德日的阶层体系。

三是刑法知识的教义学化。陈兴良教授 2010 年出版专著《教义刑法学》,2011 年发表重要文章《刑法知识的教学化》,倡导走向教义学的刑法学。刑法教义学的根本属性是学术性,而学术只有脱离政治才有生命力。因此,倡导刑法知识的教义学化,就是倡导刑法学独立于政治话语,形成逻辑清晰、体系严谨的刑法知识体系。张明楷教授一贯的学术风格则是“闷声发大财”,只做不说,他虽然没有宣示刑法知识的教义学化,但实际上一直走在刑法教义学化的前沿。其《法益初论》(中国政法大学出版社 2000 年版)、《刑法的基本立场》(中国法制出版社 2002 年版)以及《刑法学》教材(法律出版社第一版—第四版)都是教义刑法学的经典之作。

接下来的问题就是,刑法学脱离政治“出走”以后怎么办?借用鲁迅的话说,就是娜拉出走后怎么办?这是一个必须回答的问题。本书认为,中国刑法学去政治化以后应该渐行刑事政策化。而我国刑法学渐行刑事政策化,至少需要完成以下几个方面的观念与理论的转型。

第一,澄清刑事政治与刑事政策的关系。我国刑事政策学的研究存在一个奇怪的现象:很多著作一方面认为刑事政策起源于德国学者费尔巴哈,另一方面又认为我国古代早就存在成熟的刑事政策。其实,这里存在一个重大误解:把刑事政策与刑事政治混为一谈。在我国古代以及欧洲中世纪,只要有刑法就

---

<sup>①</sup> 《犯罪论体系的去苏俄化》,载《政法论坛》2012 年第 4 期;《构成要件:犯罪论体系核心概念的反拨与再造》,载《法学研究》2011 年第 2 期;《构成要件论:从贝林到特拉伊宁》,载《比较法研究》2011 年第 4 期;《犯罪客体的滥觞》,载《法学家》2011 年第 4 期;《犯罪主体的消解》,载《环球法律评论》2011 年第 1 期;《犯罪论体系的位阶性研究》,载《法学研究》2010 年第 4 期;《四要件:没有构成要件的犯罪构成》,载《法学家》2010 年第 1 期;《犯罪构成论:从四要件到三阶层一个学术史的考察》,载《中外法学》2010 年第 1 期;《四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆》,载《现代法学》2009 年第 6 期;《构成要件的理论考察》,载《清华法学》2008 年第 1 期;《刑法知识的去苏俄化》,载《政法论坛》2006 年第 5 期;《论犯罪构成要件的位阶关系》,载《法学》2005 年第 4 期;《犯罪构成:法与理之间的对应与紧张关系》,载《法商研究》2003 年第 3 期。

必然会有刑事政治——刑法与政治不分,法官与行政官员合而为一,刑法的实施即为政治的运作。这个时候只有刑事政治,没有刑事政策。

学界之所以普遍承认刑事政策起源于费尔巴哈,不仅仅是因为费尔巴哈提出了刑事政策这一概念,更深层次的原因在于费尔巴哈明确主张刑法应该独立于政治,并把“刑事政策”作为政治与刑法之间的中介。具体来说,费尔巴哈一方面主张罪刑法定,将刑法与政治区分开来,定罪量刑的依据只能是刑法,而不能是政治;另一方面也承认刑法无法摆脱政治的影响。于是费尔巴哈创设了政治与刑法之间的“缓冲区”——作为立法科学的刑事政策学。这样一来,政治的力量只作用于作为立法科学的刑事政策学,而实证刑法则以纯法律的方式孵化于作为立法科学的刑事政策学。刑事政策学的产生解决了19世纪刑法体系独立于政治体系的难题,刑法学成为一门对刑法典独立论述的刑法解释学,刑罚的施加可以不再直接追问政治制度,而只是在刑事政策的层次上讨论什么样的刑罚制度能够达成人们的秩序期待——即使这里的秩序仍然停留在政治秩序的层次上。<sup>①</sup>与费尔巴哈相比,李斯特走得更远,他不再把刑事政策视为既政治又不政治的中介理论,而是先通过目的思想赋予刑事政策独立且充分的理论内涵,切断刑事政策与政治体系的关系,然后再以刑事政策为名创造一门外貌坚实而内容弹性的独立学科。独立学科化之后的刑事政策,一方面可以将刑罚脱离政治问题,变成具有独立意义的刑事政策问题,并透过其弹性内容进行以刑事政策为中心的处遇,纵然刑事政策本质上仍为政治体系对犯罪的回应;另一方面在其坚实的外表下,刑事政策以刑法典作为其不可逾越的栅栏。这样一来,刑事政策既可以化约刑罚的政治意义,又使得刑罚能够对政治体制的稳定作出贡献。概言之,李斯特使刑事政策脱离其诞生根源的“政治”问题,而变为如何使用刑罚有效对抗犯罪的“政策”问题,这一转变深深地影响了20世纪以后刑事法的发展。<sup>②</sup>相比之下,我国个别学者提出“把刑事政策发展为刑事政治”的主张,<sup>③</sup>就显得有点不合时宜。

第二,认识到刑法学刑事政策化的世界潮流。刑法学的去政治化并不等于刑法学的去刑事政策化,相反,自20世纪70年代以来,德日刑法学的刑事政策

<sup>①</sup> 参见许恒达:《刑罚理论的政治意涵——论“刑事政策”的诞生》,载《月旦法学杂志》第137期。

<sup>②</sup> 同上。

<sup>③</sup> 参见卢建平:《刑事政策与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2011年版,第55页以下。

化趋势非常明显。

在刑法学的早期,刑法学在去政治化的同时也与刑事政策若即若离,保持着一定的距离。例如,费尔巴哈把刑事政策理解为刑法学之外的立法科学,李斯特也认为刑法学与刑事政策之间存在不可逾越的鸿沟。李斯特把如何有效地防止犯罪行为以及如何理性地对待犯罪人的东西称作刑事政策,并把刑事政策与以对犯罪成立条件进行体系化、概念化整理为己任的刑法学完全对立起来。<sup>①</sup>也就是说,李斯特把体现整体社会意义之目的的、与犯罪做斗争的方法,即刑法的社会任务,归于刑事政策;而把刑法的司法意义,法治国—自由的机能,即法律的平等适用和保障个体自由免受“利维坦”干涉的机能,归于刑法。<sup>②</sup>

在德国,罗克辛 1970 年出版的《刑事政策与刑法体系》一书改变了德国刑法学的发展路径,此后罗克辛一直致力于建构与完善目的论与刑事政策性的刑法体系。罗克辛尽力把刑事政策引入刑法体系,并探索对刑法体系中的每一个重要范畴作出刑事政策化的解释。在行为阶层,罗克辛提出了一个刑事政策的行为概念——人格行为论,将独立于人格而存在的外在因果现象评价为非行为,自始就不处于刑法规范的效力范围内。在构成要件符合性阶层,一方面,构成要件通过宣示抽象的刑罚威胁来实现一般预防的功能(将某种行为纳入构成要件即意味着禁止一般人实施该行为),另一方面,根据客观归责理论,所谓构成要件符合性,就是制造并实现法所不容许的风险,而何为法所不容许的风险,实赖刑事政策的价值判断。不法判断在刑事政策上有三个功能:一是解决利益冲突,二是作为保安处分与其他法律后果的连接点,三是把刑法的评价融入整体法秩序的评价中。在责任阶层,不仅要考虑行为人的罪责,还要从刑事政策角度考虑处罚的必要性。<sup>③</sup>

日本 70 年代以来的口号就是“刑法学向刑事政策靠拢”,这种趋势不仅体现在刑罚论——刑罚论的内容越是详细展开就越和刑事政策教科书的内容趋同,也渗透到犯罪论内部。按照前田雅英的观点,构成要件的机能在于“甄别值得处罚的法益侵害行为”,而是否值得处罚,不考虑能否实现刑事政策的效果是

---

① 参见〔日〕前田雅英:《刑法学与刑事政策》,黎宏译,载《中国刑事政策报告》第 1 辑,中国法制出版社 2007 年版,第 528 页。

② 参见〔德〕罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第二版),蔡桂生译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 4 页。

③ 参见〔德〕罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,第 160、134—136 页。

没有办法讨论的;违法性的机能在于考虑符合构成要件的行为“是否达到了应当用刑罚予以禁止的程度”;责任论的机能在于考虑“对该人适用刑罚能否达到刑事政策上的效果”。<sup>①</sup>

在我国,1989年储槐植教授就提出了建立刑事一体化的思想。<sup>②</sup>刑事一体化思想的提出无疑具有重要的意义。但是刑事一体化思想涉及的关系繁杂(包括前后关系、上下关系、静态关系、动态关系等),对各学科的要求甚高,我国当前的学术水平还没有能力将这一凝练的思想转变为丰满的理论。刑事一体化可以说是我国刑法学的一个长期的“理想图景”,就当下而言,刑法学的刑事政策化是刑事一体化思想的一个可行的切入点。

第三,刑法解释刑事政策化是刑法学刑事政策化的着力点。刑法解释的刑事政策化是指把刑事政策的价值判断引入刑法解释学中,我国刑法学应该投入更多的精力来关注和研究这一问题。本书认为,刑法解释的刑事政策化试图在规则自治与自由裁量之间寻找一个平衡点,它同时接受罪刑法定原则与刑事政策两方面的阳光照射,它的目标是探求罪刑法定原则与刑事政策的最大公约数。这一目标的实现需要综合运用各种刑法解释方法,刑法解释方法运用的过程就是刑事政策引导刑法教义学的过程,就是刑法解释刑事政策化的过程。例如,一般认为解释方法包括文理解释与论理解释,论理解释又有各种具体方法。文理解释之“理”是指法律条文用语之通常含义;论理解释之“理”有多方面的表现,如体系之理、立法原意之理、法律目的之理,合宪性之理等。而贯穿文理解释与论理解释的一个核心要素就是刑事政策之理,可以说,文理解释之理与论理解释之理都是围绕着刑事政策之“理”展开的:解释方法的选择和顺序以及解释结论的确定都被刑事政策之“理”引导。这种刑事政策之理就是刑事政策的价值选择,它有时候表现为文理解释,有时候表现为体系解释或立法原意解释,更多的时候表现为目的解释。

第四,犯罪构成体系刑事政策化是刑法学刑事政策化的目标。犯罪构成体系的刑事政策化,就是要把刑事政策的价值评价融入犯罪构成体系的设计中。这个问题比较复杂,包括宏观与微观两个层面的问题。宏观上涉及四要件体系

<sup>①</sup> 参见〔日〕前田雅英:《刑法学与刑事政策》,黎宏译,载《中国刑事政策报告》第1辑,中国法制出版社2007年版,第532页。

<sup>②</sup> 参见储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第25页。

与三阶层体系何者更适合刑事政策评价的引入。本书认为,德日三阶层体系以规范论为基础,以评价性概念为基石,评价的对象是事实,评价的实证标准是罪状,实质标准是开放的。因此,在这一体系中,刑事政策可以作为评价的实质标准被分别引入三个阶层中。我国的四要件体系以存在论为基础,以描述性概念为基石,评价对象与对象评价不分,事实判断与价值评价同一。存在论体系无法很好地处理事实判断与价值评价的关系,要么导致事实判断有余,价值评价不足,于是“堤内损失堤外补”,犯罪构成体系价值评价的不足靠社会危害性的评价来弥补;要么导致价值评价取代事实判断,例如,以犯罪客体这种纯粹的价值评价来取代犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面的事实判断。描述性概念使犯罪构成具有封闭性——既封闭于新出现的事实,也封闭于新的价值观念。总之,四要件体系难以恰当地吸纳刑事政策的价值评价,比较而言,三阶层体系为刑事政策的引入提供了较大的空间。当然,三阶层体系并非都是以刑事政策为基础的。因此,犯罪构成体系刑事政策化的微观问题,就是如何使犯罪构成体系既吸纳刑事政策的考量,又不让刑事政策的考量突破法治原则。这个问题的解决需要刑法学家的聪明睿智。罗克辛的“目的论与刑事政策体系”是这方面的典型成果,但不应该是唯一的和最终的。



# 上 篇

## 刑事政策视野下的 犯罪构成理论



