

21世纪法学研究生参考书系列

# 刑法学的现代 展开 I

(第二版)

陈兴良 周光权◎著

中国人民大学出版社

陈兴良 周光权◎著

# 刑法学的现代 展开 I

(第二版)

中国人民大学出版社  
·北京·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学的现代展开 . I / 陈兴良, 周光权著. — 2 版. — 北京: 中国人民大学出版社, 2015. 11

21 世纪法学研究生参考书系列

ISBN 978-7-300-22106-9

I. ①刑… II. ①陈…②周… III. ①刑法-法的理论-中国-研究生-教学参考资料  
IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 273267 号

21 世纪法学研究生参考书系列

刑法学的现代展开 I (第二版)

陈兴良 周光权 著

Xingfaxue de Xiandai Zhankai I

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 170 mm×250 mm 16 开本

印 张 38.75 插页 2

字 数 778 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2006 年 5 月第 1 版

2015 年 11 月第 2 版

印 次 2015 年 11 月第 1 次印刷

定 价 98.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## 作者简介

**陈兴良**，男，汉族，1957年3月生，浙江义乌人。1981年毕业于北京大学法律系，获法学学士学位，同年考入中国人民大学法律系，1984年获法学硕士学位，1987年获法学博士学位。1984~1997年在中国人民大学法学院任教，先后任助教、讲师、副教授、教授，1994年被评为博士生导师。现任北京大学法学院教授、博士生导师、长江学者特聘教授。兼任北京大学法学院学术委员会主任、北京大学法治与社会发展研究院刑事法治研究中心主任、北京大学社会科学部学术委员会副主任、教育部社会科学委员会委员、国家社科基金学科评审组专家等职。1997年入选国家教委首批跨世纪优秀人才培养计划，并获国务院政府特殊津贴；1999年当选全国杰出中青年法学家；2000年获教育部第二届“高校青年教师奖”；2004年经人事部等八部委批准，入选为新世纪百千万人才工程国家级人选；2004年入选教育部文科首批“长江学者”特聘教授；2007年获美国犯罪社会学会国际学术奖；2010年获日本刑法学会名誉会员称号。主要科研成果包括：撰写《刑法哲学》《刑法的人性基础》《刑法的价值构造》《本体刑法学》等个人专著十余部，主编或参编刑法学著作三十余部，在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表论文三百余篇，有十余项科研成果获国家、省部级科研成果奖。

**周光权**，男，汉族，1968年1月生，重庆市人。1992年毕业于四川大学法律系，1999年毕业于中国人民大学法学院，获法学博士学位。现为清华大学法学院教授、博士生导师，兼任第十一届、第十二届全国人大法律委员会委员、最高人民检察院案例指导工作委员会委员、教育部（特邀）国家督学、国家社科基金学科评审组专家等职，曾先后挂职担任北京市人民检察院第一分院副检察长（2007年11月至2010年7月）、最高人民检察院公诉厅副厅长（2013年5月至2014年5月）。2001年4月至2002年3月，日本名城大学法学部访问学者。2002年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖，2003年获第三届“胡绳青年学术奖”，2004年获清华大学“学术新人奖”，2005年获第一届中国青年法律学术奖（法鼎奖）银奖，

2010年获北京市“十大杰出青年法学家”称号，2014年获第三届钱端升法学成果奖三等奖，2014年获北京市哲学社会科学一等奖。主要研究领域为中国刑法学、刑法思想史等。主要科研成果：撰写《刑法客观主义与方法论》《刑法学的向度》《法治视野中的刑法客观主义》《刑法客观主义的中国展开》《注意义务研究》等个人专著11部；参编刑法学著作三十余部，在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等刊物上发表论文一百八十余篇。

# 目 录

## 导论：刑法学的西方经验与中国现实 /1

- 一、问题之所在 /1
- 二、刑法学发展的西方经验 /2
- 三、刑法学的中国现实 /8
- 四、未来我国刑法学发展的关键问题 /15

## 总论部分

### 第一章 刑法客观主义 /25

- 一、刑法客观主义的合理性 /27
- 二、刑法客观主义的反对派：主观主义 /29
- 三、刑法主、客观主义在犯罪论上的对立 /31
- 四、必须坚持刑法客观主义 /40

### 第二章 罪刑法定原则 /47

- 一、司法体制与罪刑法定 /48
- 二、司法理念与罪刑法定 /54
- 三、司法技术与罪刑法定 /58

### 第三章 犯罪论体系 /66

- 一、犯罪论体系的沿革与比较 /67
- 二、我国犯罪构成理论对若干重大关系的混淆 /73
- 三、改造我国犯罪成立理论的基本设想 /80

### 第四章 作为义务 /85

- 一、不作为犯成立条件的一般分析 /86
- 二、作为义务来源的形式说 /89
- 三、作为义务来源的实质说 /92

四、若干争议问题 /96

**第五章 因果关系 /102**

- 一、因果关系论的适用范围 /103
- 二、条件说：合理性与批评 /105
- 三、相当因果关系理论与案件处理 /109
- 四、客观归责理论与传统因果关系理论的关系 /113

**第六章 客观归责 /117**

- 一、客观归责理论的学说史 /118
- 二、客观归责理论的基本内容 /125
- 三、客观归责理论的借鉴意义 /133

**第七章 放任 /140**

- 一、放任的含义 /141
- 二、放任与轻率的区别 /150
- 三、与放任有关联的其他问题 /154

**第八章 目的犯 /158**

- 一、目的犯的界定 /159
- 二、目的犯的构造 /163
- 三、目的犯的证明 /166

**第九章 违法性认识——故意说和责任说的对立 /168**

- 一、违法性认识的立法考察 /169
- 二、对违法性认识是否必要的争论 /174
- 三、关于违法性认识是故意要素的论证 /179
- 四、将违法性认识作为责任要素的理由 /186

**第十章 注意义务 /197**

- 一、注意义务的内容 /198
- 二、注意义务的形态 /204
- 三、注意义务违反的判定 /206
- 四、注意义务的限定：信赖原则和危险分配 /208
- 五、履行注意义务结果仍可能发生时的处理 /210

<b>第十一章</b>	<b>法益侵害说</b>	/217
	一、法益侵害说的合理性	/218
	二、法益侵害说的反对者：规范违反说	/220
	三、法益侵害说和规范违反说的对立	/228
	四、我国刑法学的立场定位	/231
<b>第十二章</b>	<b>期待可能性</b>	/239
	一、期待可能性的学说史	/240
	二、期待可能性的理论考察	/246
	三、期待可能性的体系性地位	/251
<b>第十三章</b>	<b>间接正犯</b>	/255
	一、引言：从一个基层法院的案例开始	/256
	二、间接正犯的概念	/257
	三、间接正犯的性质	/260
	四、间接正犯的界分	/262
	五、间接正犯的形式	/265
	六、间接正犯的认定	/266
	七、结语：以一个最高法院的案例结束	/270
<b>第十四章</b>	<b>共犯与身份</b>	/272
	一、身份的概念	/273
	二、共犯的定罪与身份	/275
	三、共犯的量刑与身份	/285
<b>第十五章</b>	<b>中止自动性</b>	/287
	一、问题的提出	/288
	二、中止自动性的判断标准	/289
	三、中止自动性的相关问题	/296
<b>第十六章</b>	<b>竞合论</b>	/302
	一、罪数论框架的考察	/303
	二、法条竞合	/309
	三、想象竞合	/316
	四、实质竞合	/317



- 第十七章 死 刑** /319
- 一、死刑历史的考察 /320
  - 二、死刑消长的演变 /325
  - 三、死刑废除的条件 /331
  - 四、死刑废除的构想 /339

- 第十八章 宽严相济的刑事政策** /345
- 一、宽严相济刑事政策的确定 /346
  - 二、宽严相济刑事政策的界定 /352
  - 三、宽严相济刑事政策的根据 /360
  - 四、宽严相济刑事政策的实现 /363

## 各论部分

- 第十九章 交通肇事罪** /373
- 一、交通肇事行为 /374
  - 二、主 体 /377
  - 三、过 失 /379
  - 四、认 定 /382

- 第二十章 重大责任事故罪** /397
- 一、违章行为与损害后果 /398
  - 二、主 体 /401
  - 三、过 失 /404
  - 四、认 定 /407

- 第二十一章 侵犯商业秘密罪** /411
- 一、实行行为 /412
  - 二、侵害对象 /416
  - 三、损害结果 /421
  - 四、犯罪故意 /427

- 第二十二章 故意伤害罪** /429
- 一、伤害行为 /430
  - 二、主 体 /434

三、伤害故意 /434

四、认 定 /435

## 第二十三章 强奸罪 /443

一、强奸行为 /444

二、主 体 /447

三、故 意 /449

四、轮 奸 /451

五、强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪的界限 /453

## 第二十四章 绑架罪 /456

一、绑架行为 /457

二、主 体 /460

三、故 意 /462

四、认 定 /462

五、犯罪的特殊形态 /467

六、处罚的特殊问题 /470

## 第二十五章 抢劫罪 /473

一、保护法益 /474

二、行 为 /476

三、故 意 /480

四、认 定 /484

## 第二十六章 盗窃罪 /499

一、窃取行为 /500

二、行为对象 /504

三、故 意 /508

四、认 定 /509

五、量刑情节 /511

## 第二十七章 诈骗罪 /514

一、欺诈行为 /515

二、诈骗对象 /521

三、故 意 /522

四、认 定 /522

## 第二十八章 侵占罪 /532

- 一、侵占行为 /533
- 二、侵占对象 /536
- 三、故意 /544
- 四、数额与情节 /544
- 五、认定 /545

## 第二十九章 受贿罪 /552

- 一、受贿行为 /553
- 二、主体 /558
- 三、故意 /558
- 四、经济受贿 /561
- 五、间接受贿 /565

## 第三十章 滥用职权罪 /567

- 一、保护法益 /568
- 二、滥用职权行为 /568
- 三、主体 /571
- 四、故意 /575
- 五、认定 /579

## 转型与变革：刑法学的一种知识论考察（代跋） /585

- 一、古代律学传统的中断与近代刑法学的诞生 /585
- 二、苏联刑法学的引入与我国刑法学的嬗变 /591
- 三、德日刑法学的借鉴与我国刑法学的突围 /596

索引 /604

后记 /608

修订版后记 /611

# 导论：刑法学的西方经验与中国现实

## 一、问题之所在

我国刑法学在改革开放以后的三十多年间，经过学界同仁的努力，得到了很好的发展，但其利弊得失仍然需要及时总结，其中有三个问题尤其值得仔细检讨：（1）新中国刑法学发展之初，以苏联模式为学习样板，并将其作为唯一正确的理论看待，使得我们的理论视野一直较为逼仄。今天，德、日等大陆法系国家以及英美的刑法观点被大量介绍进来。现今的中国刑法学者，必须对刑法学的共性有清楚认识，要承认一种“文化际”的刑法，从而促进“跨文化的”刑法学交流。在犯罪论等刑法学根本问题上，我国刑法学没有理由拒斥已经在世界上一百多个国家产生根本性影响的德国阶层论犯罪成立体系。在比较研究的基准已然大致确立，进行有价值的而绝非简单的比较研究的时机已经具备的情况下，我们如何借助于这些知识资源对现有的刑法学理论进行系统反思？如何确立合理的犯罪论体系，防止自说自话，增加与西方刑法学理论进行对话的可能？（2）近年来，我国经济高速发展，尤其是逐步进入工业化社会，给个人利益和公共安全带来了极大风险，提出了许多新的刑法问题。有的问题西方国家曾经遇到过，但是其解决方式是否适用于我国，并非没有疑问；有的问题是西方国家也从来没有遇到的全新问题，我们应当如何对待，如何从刑法学理论上对以前缺乏思考的问题加以回应？（3）我国刑法学从“外观上”看，体系完整，对许多问题有自己的观点，但是，有深度的思考是否很多？问题意识总体上是否较强？是否提出了一些基石范畴？是否能够规范地、持续地对某些重要的基础性问题进行反复辩驳？

本文试图尽量回答上述涉及面较广的问题。笔者的思路是：先总结西方国家刑法理论发展中值得我们学习的经验；再对我国刑法学发展过程中的种种“乱象”进行分析，指出我们可能存在问题的方方面面；最后，提出对我国刑法学理论进行合理化改造的可能路径。

在这里，有三点需要稍加说明：

第一，本文刑法学发展的西方经验所涉及的西方，不是严格的地理概念，而是一个广义的概念，包括地理上、观念上处于西方的、近代以来的国家<sup>①</sup>，例如德国、英美国家。日本、韩国虽然是东亚国家，但是其犯罪论体系完全以德国理论为模本，所以我也将其作为“观念上”的西方国家看待。当然，本文主要以德日刑法

---

<sup>①</sup> 伯尔曼教授也是如此理解“西方”概念。参见 [美] 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，4页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

学作为比较研究的基础。

第二, 写作本文的真正目的, 是在一定程度上理性地表达对现存的我国刑法理论的不满, 指出问题的所在。既然发现问题最为重要, 那么, 解决问题就不是本文的重点。关于我国刑法理论合理化建构的问题, 其实需要更多的人在将来共同进行长期的讨论, 本文对此问题的观点是否正确倒是其次的问题。

第三, 提出刑法学的西方经验这个问题, 不是说外国刑法学理论就是绝对正确的, 也并不是像一般人所理解的那样, 是强迫我国刑法学屈从于西方的文化霸权和话语霸权。问题的关键在于: 我国以苏联刑法学为模本所建构的理论体系的确存在“先天营养不良”、刑法学研究方法比较单一且极不规范、体系性思考只有二十多年的历史、问题意识明显不强的缺陷。面对西方国家通过一百多年系统研究所确立的刑法理论, 我们必须保持敬畏感, 必须表现出一种谦虚(而非谦卑)的态度。我们需要从中国的视角出发, 吸纳世界的经验来建构刑法学体系。

## 二、刑法学发展的西方经验

### (一) 通过法官而非最高法院解释刑法, 对于刑法学发展意义重大

在适用刑法处理各种案件过程中, 法官个人对含义不明或者理解上有分歧的规定进行解释, 可以在充分考虑各种方案的合理性的基础上, 从容选择最佳方案, 可以确保解释结论和案件之间有直接关联性, 这是法官解释刑法的好处。

法院解释刑法, 即通过最高裁判机构制定全国通行的司法解释, 貌似可以满足“统一司法”的目标, 但是其初衷是否能够实现, 大可质疑。因为: (1) 司法解释既然要统一全国的司法活动, 就必然具有抽象性、普遍性, 这种解释就具有立法的性质, 导致司法权和立法权关系混淆, 司法解释随时有冲击罪刑法定原则的可能。(2) 司法解释必然缺乏针对性, 仍然需要进一步解释。(3) 司法解释的存在会抑制法官自身探索刑法学真谛的冲动, 使得法官的独立裁判显得多余。(4) 司法解释会使理论探讨的价值大打折扣, 对于刑法学理论的发展并无好处。

例如, A 为委托 B 向 C 行贿, 而向 B 提供金钱, 但 B 并未转交该金钱, 而任意消费, 对 B 应当如何处理? 对于这种基于“不法原因给付”的情形是否成立侵占罪的问题, 实践中歧见纷纭。按照我们的习惯性思路, 完全可以通过最高法院制定一个司法解释。

但是, 司法解释的结论是唯一的, 它也只能考虑最为通常的情况。由此一来, 司法解释就只能在否定说和肯定说中选择一种。否定说认为, 对于不法给付, 法律没有保护的必要, 所以一方面委托人已经对委托之物失去了所有权; 另一方面, 受托人对委托人而言不负返还义务。强制其成为侵占罪的行为主体, 破坏了法制的统一性。此外, 侵占罪还有破坏委托信任关系的一面, 而不法委托人的委托与受托人的收受之间, 并不存在一种法律上的委托信任关系。肯定说则认为, 交付人虽有不

法行为，对其给付之物纵然未能依法请求返还，但取得持有之受托人并不因此而取得所有权，受托人变占有为所有，自然可以成为本罪的行为主体。所以，对刑法上有无犯罪性的讨论，应当离开民法是否保护这一前提。<sup>①</sup> 根据肯定说或者否定说制定司法解释，处理侵占不法原因给付物的行为，当然会使案件处理变得比较简单。但是，“一刀切”的解释结论是否绝对化，是否使得刑法解释学在侵占罪上的发展丧失机缘，是一个问题。

外国法院在遇到类似难题时，不会求助于司法解释，而是通过法官对案件的区别处理来形成有深度的刑法解释。例如，韩国法院对于侵占不法原因给付物的情况，通常根据否定说，判决被告人无罪。但是，例外的情况也是存在的。例如，被告人金某经营卖淫场所，其与卖淫者曹某约定，被告人领取曹某从嫖客处收到费用的一半。但后来金某为曹某保管后者收到的 270 万元时，不按约定还给曹某 135 万元，而任意将其作为自己的生活费用。一审法院认为根据韩国民法第 746 条的规定，给付者存在不法原因，就不能请求返还，被告人就不构成侵占罪，判决其无罪。

但是，二审法院认为：

在受益者的不法性明显大于给付者，而给付者的不法性微弱的时候，如果也不允许给付者请求其利益的返还，则违背公平和诚实信义原则。因此，在这样的時候，应当排除适用《民法》第 746 条的规定，而允许给付者的返还请求的解释是合理的。<sup>②</sup>

由于本案中被告人金某的不法性明显大于被害人的不法性，其侵占不法给付物的行为，可以构成侵占罪。对于类似案件的特殊性，具有立法性质的司法解释是不可能考虑得到的，即使制定数百条关于侵占罪的解释，也不可能预见实务中侵占犯罪可能涉及的各种复杂情况，司法解释也不可能得出这种根据个案的具体情况加以确定的结论。而法官对这种案件的特殊解释结论，既可以使案件得到妥当处理，也可以在很大程度上启迪刑法学者的思维，推动刑法解释论向纵深发展。

法官解释刑法，带来理论与实务互动而非相互排斥。司法上，法官在对疑难案件进行解释以前，必须仔细比较当下最为重要的学者对相关问题的论述，在对理论的合理性进行甄别的基础上得出判决结论。所以，我们经常可以看到，对于疑难案件的刑事判决，法官可能在判决书上明确表明自己赞成刑法学上哪一派别的观点，甚至直接引用某位当前最为著名刑法学者的观点，作为支撑判决的理由。刑法学者可以因为理论更多地为司法判决所引用而获得成就感，理论对实务的实际影响力也才能得到具体体现。反过来，在理论上，可以在对同类案件的不同判决结论进行比较的基础上选择合理的问题解决方案，找到批评的样本和素材，由此建构的理论才

① 参见 [日] 山中敬一：《刑法各论 I》，381 页，东京，成文堂，2004。

② [韩] 吴昌植编：《韩国侵犯财产罪判例》，157 页，北京，清华大学出版社，2004。

会是言之有物、有的放矢的。法官和学者由此能够进行沟通和互动，相得益彰。

## (二) 体系思考与问题思考并重

在从事学术研究时，对某一学科可能涉及的“问题”进行深入讨论，至关重要。对此，歌德在和埃克曼对话时就提到：“人类生来不是为了解决世界的问题，但是他们可以去寻找问题出在什么地方，然后将其限制在可以被理解的范围之内。”<sup>①</sup> 刑法学研究如果意欲达到某种高度，就必须对问题进行思考。在思考问题的基础上，才谈得上体系建构的问题。

刑法学发展始终面临双重任务：理论体系的构建和解决具体问题。体系思考和问题思考齐头并进，当然最好。但是，在很多情况下，兼顾二者比较困难，此时就有一个孰轻孰重的问题。

在西方，对问题的思考在前，对体系的思考在后。人们总是习惯于从现实的各种违法、犯罪中总结出一般规律，所以，刑法学各论发展历史悠久。

从刑法学发生史上看，刑法各论远比刑法总论的历史久远。古代刑法并无总论与各论的区分，而只对具体犯罪的构成条件以及处罚标准加以规定，刑法总论自然无立足之地。17世纪意大利刑法学者开始研究帮助犯、教唆犯、未遂、正当防卫、责任能力等问题，刑法总论的思想开始萌芽，经由18世纪德国刑法典、奥地利刑法典的逐渐发展，刑法总论的独立地位才开始确立。1810年法国刑法典对刑法总则作出完整规定后，刑法总论的研究才正式走上正轨。<sup>②</sup>

西方刑法学由于规范化研究的时间较长，理论研究“去意识形态化”的任务业已完成，因此，进行体系研究和问题研究的工作都早已走上正轨。通过对现实中出现的各种问题的仔细讨论，“反哺”刑法学基础理论，根据对问题思考的结论，进行体系建构；在体系建构过程中，进一步思考问题。这一过程，和西方刑法学上先有对具体犯罪的研究，后有犯罪论体系是基本一致的。在问题充分展示，解决问题的各种方案也比较明确的情况下，人们对更为合理的体系的思考才可能顺利进行。在犯罪论体系确立之后，人们才能反过来在更高的层次上重视对问题的思考。

## (三) 刑法学上的“学派之争”与理论发展如影随形

大陆法系刑法学自18世纪以来就在刑事古典学派与刑事实证学派的旗帜下展开“学派之争”，使得犯罪论、刑罚论的许多问题被反复地、深入地讨论，对抗的激烈程度远远超过我们今天的想象。正是由于两派在理念与方法上均存在重大差异，也正由于他们的杰出贡献，现在我们可以有机缘看到：在犯罪论中，就构成要件的意义、构成要件要素、刑法解释、责任的本质、共犯的本质、共犯的范围、着手的判断、未遂犯与不能犯的区别等问题而言，往往存在正反两方面的观点；对同一种犯罪行为的认定和处理，也大多有两种以上的方案供人们选择。这样，犯罪

① [德] 拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，8页，北京，法律出版社，2005。

② 周光权：《刑法讲义各论》，1页，北京，清华大学出版社，2003。

的辨别机制、处理机制可能就更趋于合理，刑法理论也可能更对社会负责。

近代西方刑法学发展史所给予我们的启迪包括以下方面：（1）学派论争对于刑法学发展的促进作用是不言而喻的，因为某一派刑法学者要论证自己的观点正确，必须费尽心思，甚至可以说是殚精竭虑。真理在学派论争与对抗过程中越辩越明。处于对抗背景下的刑法学，不仅仅要求得理论本身的自足与圆满，在体系上“讲得通”，还要考虑社会现实和社会需要。只是理论上讲得通的理论，如果不能有效地惩治犯罪，不能积极回应社会的需要，就会遭受对手的攻击，也容易为社会所摒弃。（2）西方刑法学派论争的结果是刑法客观主义占尽先机。现代刑法学近一百年来来的良性发展充分证明：以刑法客观主义为基础构筑理论体系是基本妥当的，客观主义为西方刑法学提供了最为重要的知识资源。（3）根据客观主义的要求，在刑法理论中，必须重视行为、法益侵害、具体危险这样一些基本范畴；在认定犯罪时，坚持先客观、再主观的顺序，判断是否存在刑法分则罪状所规定的行为、后果，然后分析行为人是否具备责任年龄和责任能力，最后判断行为人主观上是否具备犯罪的故意和过失。

#### （四）刑法学方法论的多元化

西方刑法学之所以发展到今天这种状况，与学者们重视多元化方法论的运用直接相关。这些方法包括：（1）注重抽象思维；（2）注重刑法判断方法和其他部门法思维的比较和协调；（3）注重回应司法实务的要求；（4）注重对犯罪的客观解释。限于篇幅，本文只对上述方法的运用略作分析。

抽象思考方法，是指使生活事实和法律规范之间保持距离，对行为是否符合犯罪成立条件作抽象的思考。由于刑法规定必须相对具体地规制各种事实构成（构成要件），惩罚的法律结果命令与其相连，这里的事实构成是一种抽象的概念，与具体的生活事实并不相同。根据构成要件观念，人们自然可以得出如下结论：

任何人不能仅仅因为依据我们的道德情感或仅根据“健康的大众情感”使他招致刑罚，因为他干了“下流的勾当”或者“违反了秩序”，即他是一个“无赖”或者“坏蛋”，而对他处以刑罚。而是说，只有当他满足了由刑法中“事实构成特征”所包含的刑罚的前提条件时，才能受到刑罚，例如“故意偷走他人的动产，非法地占有它”……或者“出于杀人兴趣，满足性欲，贪财或其他卑鄙的动机（故意）杀人”<sup>①</sup>。

由此，我们可以看到，大陆法系国家为什么要在犯罪成立条件中首先设立构成要件符合性这一个条件。从刑法上看，行为是否构成犯罪，细节并不重要，关键是其行为是否与构成要件所规定的抽象轮廓之间具有同一性。抽象标准的存在，对于不同的案件事实也可以进行检验，既保证了司法效率，也减少了出错的几率。有此条件，司法上对于行为的客观危害性才能进行一般性的判断，在此基础上，对行为

① [德] 卡尔·恩吉斯：《法律思维导论》，郑永流译，47页，北京，中国政法大学出版社，2004。



实质违法性、行为人责任的判断才能进行。

比较方法,是指大陆法系刑法学对许多重要犯罪的思考,都总是结合民法等其他部门法的判断进行,但是又不局限于其他部门法思维所得出的结论。例如,对于侵犯财产罪的界定,就涉及刑法和民法对财物占有的判断标准、民法保护范围和刑法是否有区别、民法和刑法对无形财产的概念各自如何处理等问题;对侵犯人身罪的处理,就事关民法和刑法对于人的出生、死亡、伤害的评价有何不同,民法和刑法对于名誉、人格、个人行动自由的保护侧重点是否有差别等问题。大陆法系刑法学在对刑法分则进行“问题的思考”时,总是对民法和刑法有交叉的问题十分重视,只有将这些问题解释清楚,对盗窃罪、侵占罪、诈骗罪、故意杀人罪、故意伤害罪、诽谤罪的定性才能准确,而这些犯罪,在实践中发案率高,问题也最多。在认定这些犯罪过程中,发现新问题,总结新经验,对于刑法各论发展的意义自不待言,对于刑法总论的发展也会产生重要影响。

回应方法,是指刑法学理论研究始终密切关注社会发展状况和司法实务所提出的种种问题。我们今天所耳熟能详的许多刑法理论,都是 20 世纪中、后期以来西方刑法学者为回应社会现实突飞猛进所提出的。这里略举几例:(1) 流行病学的因果关系理论。关于因果关系的条件说、相当因果关系说都是以传统犯罪为研究对象的,在一般情况下因果关系是否存在需要控方证明。但在现代化进程不断加快的 20 世纪,发生了大量的有关食品卫生、环境污染(有害物质排放、辐射扩散等)的犯罪,对这些公害犯罪,往往难以精确地认定因果关系,因而导致举证困难,不利于保护法益。为此,理论上特别提出,如果某一危险因素是在造成法益侵害之前起作用的因素;该因素的作用程度与危害后果之间存在正比关系;该因素的分布消长与流行病学观察记载的特征并不矛盾;该因素作为原因起作用,与生物学并不矛盾,就可以确定行为具有导致结果发生的高度盖然性,从而肯定因果关系的存在,从而降低控方责任,有效保护法益。(2) “危惧感”说。旧过失论与新过失论都将结果避免的可能性理解为具体的预见可能性。但是,在过失犯罪日益频繁的现代,对过失的成立作这种要求并不利于保护法益。所以新新过失论认为,预见可能性并不需要具体的预见,只要行为人在实施某种行为时有一种模糊的危惧感、不安感,但又没有采取措施避免结果发生的,就是过失。我们今天大可批评新新过失论脱离行为基准讨论罪过问题,甚至放弃了对罪过的要求,与责任主义的精神相抵触。我们也可以轻易地指责:将新新过失论适用到司法实践中,会带来很多问题,例如,如何判断行为人是否产生危惧感,极其困难。有的人胆量大,实施某种行为时,不会产生危惧感,因而难以成立过失;而胆量小的人在实施类似行为时可能产生危惧感,所以成立过失,这会导致处罚上的不公平。但是,“危惧感”说背后所体现的探索精神是值得学习的。(3) 信赖原则。信赖原则是随着现代汽车作为高速交通工具在社会中的普遍使用而发展起来的关于过失免责的理论。从事交通运输的人在根据交通规则而行动的时候,只要不存在特别的情况,就可以信赖