

中青年法学文库

犯罪论的基本体系

文海林 著



中国政法大学出版社

中青年法学文库

犯罪论的基本体系



文海林 著

中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目(CIP)数据

犯罪论的基本体系 / 文海林著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 7

ISBN 978-7-5620-3968-6

I. 犯… II. 文… III. 犯罪学 IV. D917

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第115399号

- 书 名 犯罪论的基本体系 FANZUILUN DE JIBEN TIXI
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 787mm×960mm 16开本 19.5印张 315千字
- 版 本 2011年9月第1版 2011年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3968-6/D·3928
- 定 价 39.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科确立其独立的地位。然而一个世纪以来，中国坎坷曲折的历史始终使法学难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文革”期间更索性彻底停滞。既先天不足，又后天失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

20 世纪 70 年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展为我国法学发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高，法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在注重建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的

II 犯罪论的基本体系

法制现代化建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望此文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外法学界的鼎力相助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

目 录

I 总 序

1 导 论 敢问刑法学的“经络”问题

上篇 犯罪论体系的基本理论

6 第一章 犯罪论的体系意义

6 第一节 犯罪论的认识阶段

14 第二节 规范权力

19 第三节 规范标准

24 第二章 两个基本体系的区别点

24 第一节 事实判断需要犯罪构成 价值评价需要犯罪生成

30 第二节 事实意义·价值意义

32 第三节 静态·动态

35 第四节 要件·整体

中篇 犯罪构成体系

44 第三章 犯罪构成的主客观相统一

44 第一节 主客观相统一：犯罪构成的标准

48 第二节 主客观相统一的价值分析

54 第三节 事实价值

61 第四节 统一于事实关系

68 第四章 犯罪构成的性质和结构

68 第一节 事实表达价值

2 犯罪论的基本体系

70	第二节	事实入罪的要件
75	第三节	主客观化主客体
81	第四节	价值修正事实
89	第五节	一元双层的犯罪构成
90	第五章 法学研究的类型方法	
	——以主观罪过为视角的展开	
90	第一节	类型方法的体系意义
94	第二节	部分事实：类型方法的性质
100	第三节	事实相似原理
107	第四节	类型体系
114	第五节	类型与类推
119	第六节	类型优劣如何被体系放大、选择
123	第六章 犯罪是这样构成的	
	——以主观罪过为视角的展开	
123	第一节	故意类型
130	第二节	罪过类型
132	第三节	过失类型
139	第四节	纵向修正罪过
142	第五节	横向修正罪过
147	第七章 出法益入社会危害性	
147	第一节	出事实入价值
155	第二节	出（行为人）主观法益入（社会）主体利益
160	第三节	出行为时法益入过程利益
164	第四节	出立法法益入司法利益

下篇 犯罪生成体系

172	第八章 犯罪生成的主客体相统一	
172	第一节	统一于评价性价值关系
183	第二节	主客体相统一的理论意义

189	第三节 行为人危险
194	第四节 犯罪生成的主体间性
198	第九章 犯罪生成的理论构造
198	第一节 犯罪论结构
203	第二节 主客体化主客观
209	第三节 因果关系
214	第四节 共同犯罪
222	第五节 其他手段与简单罪名
228	第六节 犯罪发展阶段与罪数
234	第十章 犯罪是这样生成的
234	第一节 因目的的生成
238	第二节 关系思维导致的生成
243	第三节 主体思维导致的生成
246	第四节 因客体导致的生成
246	第五节 犯罪生成循环
249	第十一章 犯罪生成的制度配套
249	第一节 社会稳定的生成意义
255	第二节 以刑生罪的生成意义
264	第三节 犯罪控制模式的生成意义
270	第四节 价值事实的生成意义
276	第十二章 杀人罪基本体系分析
276	第一节 杀人罪的价值解构
281	第二节 事实杀人体系
286	第三节 价值杀人体系
293	第四节 杀人罪基本体系概念
297	第五节 杀人罪基本体系等级
301	参考文献

导论 敢问刑法学的“经络”问题

二十多年前，一位大龄同学说“经络”可能是中国的第五大发明，初闻此言，深受震动，一直未忘。

二十多年过去了，我越来越认识到，所谓发明、科学之前，都曾以迷信、伪科学的状态存在着，被老百姓实用性、经验地认识并运用着，一直等到科学技术发达可以证明它们运行的规律。以前，指南针享受过这种待遇；今天，人体经络、风水、中医、易经等正在享受这种待遇。

这种现象说明，经络等现象也许是关乎人类的重大问题，科学对它们的解说正是科学进步的表现。任何学科都存在自己与经络相似的重大课题，突破它们成为该学科获得重大进展的象征。

寻找并叩问刑法学中的“经络”问题，应当成为我辈刑法学人义不容辞的责任，最起码，也应当有追问的勇气。

事实与价值有资格成为迄今为止刑法学人经验到但一直未能破解的“经络”问题。

在犯罪论，事实与价值飘忽不定，若隐若现，无论渺小还是重大的问题，它们都以不同面目存在着、影响并决定着犯罪，如当今学界热议的主观主义、客观主义，行为无价值、结果无价值，主观说、客观说，等等。

但人类对事实与价值究竟如何左右甚至绑架了犯罪论，始终未得到理论上的解说，显然处于当今类同经络、风水、中医、易经的相同处境。

由它们分别充当犯罪标准形成的风格迥异的犯罪论体系，在历史上曾经泾渭分明地存在过，如农业社会显然是价值判断的，工业社会显然是事实判断的，它们分别产生了犯罪论的价值体系、事实体系，而且，在犯罪论的这两大基本体系之上，还有组合、升级为新体系的可能，而这恰恰又可能是未来知识社会的发展方向。人类必须明白且抽象出已经在农业社会、工业社会实际推行过的犯罪论基本体系，否则无法应对知识社会的犯

罪现象。

叩问犯罪论的“经络”问题，不仅能建立科学、有效的基础理论，同时也能很好地解说历史上曾经存在过的犯罪论体系，更重要的，是有助于建立未来知识社会所需要的犯罪论新体系。

本人愚笨，却愿殚精竭虑，鼓足勇气，斗胆追问，小心求证，叩问刑法学中的这一“经络”问题。

本书为了探讨这些问题，先后形成了十二章。

第一章“犯罪论的体系意义”，罪刑法定的产生是为了分配权力，限制司法权和保护人权只是它的结果。作为体系性思考的犯罪论，都肩负着社会的历史阶段性功能，它首要的并不表现为犯罪如何成立，而是表现为合社会价值地处罚犯罪，防范、引导处罚犯罪的公权力成为其最重要的使命。为了实现这一使命，犯罪论首先要确立处理犯罪问题的权力，立法权、司法权的权力属性使其在处理犯罪活动中分别具有抽象化、具体化的不同社会价值；其次表现在处罚犯罪的规范标准上，犯罪规范标准首先是对公权力配置、运行的处罚标准，然后才是犯罪的成立标准。犯罪成立标准是权力处罚标准的副产品，而不是相反。规范标准如果采用社会危害标准，有利于具体化社会价值的实现，犯罪论是犯罪生成的，需要司法权发挥主导作用；如果采用事实标准，有利于抽象化社会价值的实现，犯罪论是犯罪构成的，需要立法权发挥主导作用。

第二章“两个基本体系的区别点”，事实方法、价值方法形成了犯罪论的两个基本体系，具体说来是，事实判断需要犯罪构成，价值判断需要犯罪生成。两个基本体系的区别点，集中在意义论、要件（或整体）论、静止（或动态）论三方面。

第三章“犯罪构成的主客观相统一”，主客观相统一是罪刑法定原则的具体化、犯罪构成理论的基础，它统一于犯罪的事实价值关系，体现了实现犯罪价值的事实方式，以反映并形成犯罪事实的主体与客体关系为目标。

第四章“犯罪构成的性质和结构”，犯罪构成作为事实表达价值的犯罪论体系，需要事实入罪、价值修正的一元双层结构。事实入罪除客观、主观要件外，对具有价值色彩的主体和客体两个要件分别做事实化即主观化、客观化的处理，才能维护事实标准的统一性。价值修正包括入罪和出罪两部分。修正入罪包括要件层面和要件外层，价值修正时的价值类

型，有事实价值和纯粹价值。

第五章“法学研究的类型方法”，没有类型方法，罪刑法定和犯罪构成只是空中楼阁。类型方法通过对罪过部分事实的描述、组装，和相似性原理的典型罪过+不典型罪过（……）模式建立起来的类型系列，才完整表达了罪过事实意义，将罪刑法定和犯罪构成由原则和模式等空想落到了现实。典型罪过和不典型罪过中，都需要价值判断作为事实判断的补充，居于从属的地位，但此时价值判断是事实性质的。

第六章“犯罪是这样构成的”，本章以罪过心理为例，对类型方法在建立犯罪构成体系中的方法作用进行了具体研究，分为故意类型、罪过类型、过失类型、横向修正罪过、纵向修正罪过几部分。

第七章“出法益入社会危害性”，法益概念脱胎于社会危害性，分裂于客体社会危害。如果不小心区分社会危害性与法益，一出法益必然进入社会危害性的领域。法益是因为具有事实性质才有与社会危害性相区别的必然和可能。为了保证法益的事实性质，需要把握行为时的时间点、行为人的空间范围，这是法益具有事实性质的客体标准、主体标准。法益最终能够成为事实性质，还需要一系列制度的保证，其中最重要的是对决定犯罪的权力进行选择。事实法益需要立法权，排斥司法权。法益最多需要形式解释、主观解释、有利于被告的解释、“严格解释”。

第八章“犯罪生成的主客体相统一”，纯粹价值的主客体与事实价值的主客体首先在内容上就已不同。犯罪生成的主体是社会，客体是行为人或者行为、结果。社会（被害人）主体不同于事实价值主体具有的描述性，而具有评价性，是犯罪生成可以引入协商、和解模式的根本原因。

第九章“犯罪生成的理论构造”，犯罪生成不同于犯罪构成的一个重要方面是犯罪论的内部构造和理论架构。本章对其中的结构、主客观、因果关系、共同犯罪、其他手段、犯罪发展阶段与罪数这些当今犯罪论的热点问题进行了初步研究。

第十章“犯罪是这样生成的”，犯罪生成的具体途径包括了因为刑法目的的生成，因关系思维导致的生成，因主体思维导致的生成等。

第十一章“犯罪生成的制度配套”，犯罪生成与犯罪构成一样，不是孤立地存在着，需要基本原则、罪刑关系、刑事诉讼模式、证据法中的事实等相关制度的配套才可以实现自身使命。本章对这部分内容进行了研究，得出了一系列新的结论。

4 犯罪论的基本体系

第十二章“杀人罪基本体系分析”，运用本书的基本体系理论，以杀人罪为例进行分析。讨论了杀人罪价值结构、两大基本体系的构造、概念、轻重等级。

上 篇

犯罪论体系的基本理论

第一章 犯罪论的体系意义^{〔1〕}

刑法永远会以罪刑法定作为基本原则吗？这也许不是一个现实的问题，但绝对是一个需要清晰回答的理论问题。

“谁的罪刑法定”一直是刑法学术界的一桩“公案”。明确“谁的罪刑法定”决定着公权力如何分配，才能使学界自觉遵守罪刑法定对权力的安排，容忍立法对司法制约，警惕司法权随时随地可能的“越界”；明确“谁的罪刑法定”是如何考虑并计算事实化制度对社会安全的评估和其优劣，才能从社会整体的角度明白罪刑法定要维护什么，要放弃什么，从而当一些犯罪不能追究时，能义无反顾地做到坦然接受、从容应对，不致为了追究而价值化地实质解释犯罪。

由于理论界以往无人愿意做研究犯罪论基础理论这种“费力不讨好”的工作，因而往往都把结果当成原因来使用。比如有的说罪刑法定是为了限制司法权，有的说是为了保护人权。可见，这个问题涉及如何理解犯罪论的问题。

第一节 犯罪论的认识阶段

犯罪论作为刑法的制度，其意义往往是在讨论刑法的意义中获得的。从历史的现实运行来看，法律的存在有两方面的重大意义：

第一，防范。任何一个社会都不可能容许处理犯罪的公权力（包括立法权和司法权）旁落，因为这并不利于社会的稳定，“很明显没有刑法可

〔1〕 我还愿意在此特别指出的是，犯罪论基本体系的讨论，实质也与法治问题的讨论一脉相承。比如关于法治有无基本模式问题、法律多元问题、中国法治现代化道路中本土资源的地位、法官独立问题等与法治有关的重大课题，从而形成由法治构成体系、法治生成体系以及两大基本体系衍生的各种混合体系的庞大法治体系，并形成、走进法学体系理论。由于本文只讨论犯罪论体系，无法顾及上述问题，只在极个别问题上略有提及。

能动用刑罚,但是,没有刑法却不可能限制刑罚权”^{〔1〕}。禁止权力的滥用,是中外刑法起源时就有的诠释,也是法律存在的底线,是犯罪论存在的第一个目的。古代社会对于极易演化为恶性循环的私力复仇由纵到禁的历史发展就是最好的证明。

第二,引导。公权力在处理犯罪过程中,有意识地按照不同时期社会价值和时代精神处罚犯罪所形成的体系,从而表现出不同的历史阶段特征,共同实现不同时期社会的基本价值。公权力处理犯罪也许在某个时期存在任意、盲目的可能,但长期看从来不是盲目的,而是有目的、有方向、有价值的,社会基本特征是其目的、方向、价值的集中表达。处理犯罪的公共权力不仅不能滥用,还要按社会基本特征来处罚犯罪。否则,同样是滥用权力。引导是防范的高级阶段。

在犯罪理论的研究中,第一个意义被认为是问题思考,是就事论事式的刑法反应,复仇、报复、报应是其理念;第二个意义被认为是体系思考,是价值式的刑法反应,是就事论事反应的高级形式,具有特定社会的功能、价值、意义是其理念。

在问题思考阶段,犯罪论体系围绕犯罪和刑罚展开,表现出两个特点:一是视野狭窄,只在犯罪与刑罚之间循环。好像罪与刑互为说明、自我满足。尽管从问题思考的产生来看,其目的是为了防范权力尤其是司法权力的滥用,已经具有了超越在犯罪和刑罚之间循环从而拓展视野的可能,但因为防范最终是围绕犯罪与刑罚展开,使其意义又不得不回到犯罪和刑罚之间。二是功能单一,刑罚只表现为对犯罪的复仇、报复、报应。在问题思考的传统理论中,对刑罚和犯罪的理念,主要有报应和预防两说,其中报应说不仅顺理成章而且是主流。在报应说经历的同态复仇、等量报应、法律报应的历史演变中,始终围绕犯罪与刑罚展开,除了初期的同态复仇使犯罪与刑罚之间具有明确的对等关系外,等量报应、法律报应使犯罪与刑罚之间的关系越来越抽象,越来越需要“解释”,而这种解说本身导致了解释学的发达和政策学的滞后,导致了对权力运行的再“规范”化,所以说,纯粹的报应也许从来就没有出现过;预防说的一般预防和特殊预防也围绕犯罪和刑罚展开,无非是报应的变种,穿梭其间的预防

〔1〕〔斯洛文尼亚〕儒攀基奇:《刑法理念的批判》,丁后盾译,中国政法大学出版社2000年版,第3页。

行为人再犯罪只能成为一种美好的愿望而不可能实现。

犯罪论的问题思考因为局限于犯罪与刑罚之间，关心的是刑罚对于犯罪的反应，很容易将犯罪论视为犯罪的成立标准；犯罪成立标准的结局会进一步提示人们，犯罪论就是阻止行为人非法获取某种社会利益、危及社会安全，减少犯罪的发生，古代人关于刑法就是禁止功能的认识就是其表现。事实上，犯罪论发展到今天，上述观念始终处于通说地位，从未被人怀疑过。

在体系思考阶段，需要寻找犯罪成立规格、标准背后的决定因素。体系思考并非没有罪刑关系，恰恰相反，任何体系思考都需要以刑罚对犯罪的反应为前提。只不过，这种反应因为社会功能作为决定性变量成为了体系思考，而不再是循环于犯罪与刑罚的问题思考。

就犯罪而犯罪，就犯罪而刑罚，得出的往往是理想、最后、唯一进而神圣的犯罪论，而非体系的犯罪论。体系的犯罪论都是具体的、时代的犯罪论，人类从来没有见过，事实上也从来没有出现过普适的犯罪论。无论哪一个历史阶段的犯罪论，都是带有强烈历史阶段使命和独特价值目的的，因而都是具有与各自所处历史阶段相适应的目的、未脱离社会功能的体系意义。对于犯罪，自从人类社会选择放弃私力报复，转而以国家的名义取代被害人对于犯罪人进行处罚以来，犯罪论就不再是盲目的，“有组织地、体系性地反应”，成为私力救济之后处罚犯罪的基本事实。只不过，过往它们都被一种不自觉的状态左右着。但这能怪历史吗？

要跳出犯罪成立规格和标准的传统思维，就必须体系地看待犯罪论；如欲体系地认识犯罪论，又必须用社会眼光扫清犯罪论上的尘土，从犯罪论所承担的社会功能，所实现的社会价值中才能洞察犯罪论的体系脉络。但犯罪理论习惯于在成立意义上理解各自的理论体系，往往只是在附带意义上才会考虑自己的理论体系会对权力运行产生怎样的、甚至可能推及整个社会的影响，绝对不会将规范、训练权力的运行当做体系的根本使命。

社会功能对于犯罪论有两点要害必须注意：

第一，犯罪论是追求社会价值的。从价值理论的角度看，社会与刑法、犯罪论之间围绕社会是否安全形成并实现着不同状态和程度的价值关系，“法学……研究的主要都是价值问题，至少常常涉及价值问题”〔1〕。

〔1〕 孙伟平：《价值哲学方法论》，中国社会科学出版社2008年版，导言第5页。

其中,任何社会都具有的由处于主导地位的科学技术决定的基本特征即或者具体性或者抽象化,^[1]在总体上决定着社会对自身安全的基本要求;表达了该社会对安全能够忍受的最低限度,是不同时期社会安全的核心利益之所在,基本特征的差异一定会影响并决定刑法中的犯罪制度,并因为社会基本特征的原因导致犯罪论之间出现体系性的差异。

德国犯罪理论界对犯罪论目的的描述虽是其要害,但“目的”之谓为何?往往又语焉不详,如社会相当性理论,于是,规范违反说直接委托法律规范界定,法律咋定就是啥。这使其中已经出现的存在论、规范论各自具有的体系意义,长期以来谁也说服不了谁。^[2]其中,存在论、规范论如何产生、怎样架构都还处于理论混沌状态,使它们作为两个理论体系的说服力大为下降,徒增理论缠讼。罗克辛先生倒是给出了刑法目的所指,“什么是刑法的目的?用最简单的话说,刑法的任务在于,通过维护国际认可的所有人权,来保障公民们和平、自由地生活。这是从我们的宪法中得出的原则,也是从国家理论的民主原理中得出来的。对于人类和平、自由地共同生活所必不可少的那些东西,我们将之称为法益。”^[3]但这一目的只能说是工业社会阶段的,没有指出农业社会阶段的,从这一点看,其又没有社会相当性、规范违反说有力;而且,也是唯一同时也是最后的刑法目的,这就不符合本书关于犯罪论体系应当是“体系的体系”、承担着社会功能的结论,因而还有十分厚重的问题思考印迹。当然,该说将法益界定为“是从我们的宪法中得出的原则,也是从国家理论的民主原理中得出来的。对于人类和平、自由地共同生活所必不可少的那些东西”,似乎又具有随同社会一道变化的余地,但这又使“法益”存在不确定性,让人觉得不再是法益了。

第二,相对社会而言,犯罪论是客体,是被主体的社会决定而不是决定社会的。在社会稳定的价值关系中,社会是主体,刑法是客体,犯罪论是被决定的,社会是决定者。犯罪论从来都无法左右自己、决定自己,都是被决定、不得不然的。正因为犯罪论之于社会的客体地位、被规定地

[1] 参见文海林:“以目的为主的综合刑法”,载《法学研究》2004年第1期。

[2] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第8~28页。

[3] [德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2010年版,第70~71页。