

罪过的本质及其 司法运用

张波 著

西南政法大学 刑法学术文库

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

罪过的本质及其 司法运用

张波
著

西南政法大学 刑法学术文库

图书在版编目(CIP)数据

罪过本质及其司法运用 / 张波著. —北京:法律出版社, 2014

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6856 - 5

I. ①罪… II. ①张… III. ①刑法—研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 214789 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/10.75 字数/290 千

版本/2014 年 11 月第 1 版

印次/2014 年 11 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6856 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学刑法学术文库

编辑委员会

主 任： 梅传强

委 员：（按姓氏笔画排序）

王利荣 石经海 卢有学

朱建华 李永升 陈 伟

袁 林 高维俭

总 序

歌乐葱葱,嘉陵滔滔。当历史的车轮跨入2013年之际,伴随着中华人民共和国的铿锵脚步和西南政法大学的风雨征程,西南政法大学刑法学科走过了六十年的峥嵘岁月。六十年,对于一个人而言意味着花甲之年,但对一个学校和学科而言却正当壮年。在这个具有历史性意义的癸巳年,由西南政法大学刑法学科组办的“西南政法大学刑法学术文库”诞生了,我们以这种特殊的方式向走过的光辉岁月致敬,向即将迎来的全新征程启幕。

六十年一甲子,走过的是匆匆脚步,留住的是辉煌记忆。1953年,西南政法大学刑法学科由四川大学、重庆大学、云南大学、贵州大学等西南著名高校法律系的刑法学科合并组建。在六十年的发展历程中,以邓又天、董鑫、伍柳村、赵长青、高绍先、李培泽、朱启昌等为代表的老一辈学者,以陈忠林、邱兴隆等为代表的中年学者的辛勤耕耘、默默奉献,为本学科的发展奠定了坚实的基础。特别是改革开放以来,本学科取得了一个又一个骄人的成绩,1981年成为全国最早获得硕士学位授权的刑法学科之一,1995年被评为省部级重点学科,2001年成为我国西部地区唯一的刑法专业博士学位授权点。经过几代人的薪火相传和不懈努力,西南政法大学刑法学科已经成为具有雄厚学科基础和优良学术传统、在全国发挥重要影响并且具有

一定国际知名度的省部级重点学科。

本学科历来注重学术著作的产出,在过去十年间,曾以“西南刑事法与毒品犯罪研究文库”、“西南毒品问题研究文库”等为丛书名,出版发行了一系列的著作,展示了西南政法大学刑法学人的良好形象。但是,由于原有丛书中的每部著作分属于不同出版社出版,每本著作在版式、体例、风格等方面并不完全统一,在一定程度上影响了丛书所应具有的社会价值。2013年年初,为大力加强学科建设,承蒙法律出版社的盛情支持,西南政法大学刑法学科决定积极整合学科力量,将本学科拟出版的优秀著作纳入“西南政法大学刑法学术文库”(以下简称“文库”),以学术文库的形式公开出版发行。“文库”将延续“西南刑法与毒品犯罪研究系列”丛书的基本精神,秉承思想交流与学术创新的基本宗旨,着力打造学术精品,展示西南政法大学刑法学人形象,献礼中国刑法学术发展。

科学研究与人才培养是学科建设的两翼。西南政法大学刑法学科具有数量规模庞大、年龄结构合理、学历水平优化、学缘结构合理的学科团队,他们积极投身于教学科研任务一线,近年来在科研项目立项、学术论文发表、科研成果获奖等方面成绩斐然,在科学研究方面取得了优异的成绩。此外,本学科在大力加强科学研究的同时,也着力于人才培养。自2001年获得博士学位授权点以来,本学科已培养了近百名博士,他们活跃在法学理论和司法实务的各个领域,他们所取得的成绩在一定意义上也是本学科所取得的成绩。为此,“文库”将立足本学科,主要出版本学科教学科研人员的优秀著作;同时,“文库”也将选择本学科培养且已经毕业的部分博士的学位论文或其他优秀学术著作出版。为了发挥“文库”的学术价值和社会效应,体现学术丛书的性质,“文库”将采取不定期常年出版的形式,对

于拟出版的著作由“文库”编辑委员会审定后出版,力争将“文库”打造成为规模较大、质量上乘、影响广泛的学术精品。

“人能弘道,非道弘人。”法治之路是中国这个古老的东方大国在饱经沧桑之后作出的选择,时至今日,法治中国已经成为法律人矢志不渝的共同追求。诚然,法治之路不会一马平川,甚或还会荆棘塞途。但是,涓涓细流,汇聚成潮,只要每一个人都用心去尽一份力,梦想终会成真。回顾改革开放30余年的发展历程,从很多领域无法可依到中国特色社会主义法律体系已经建成,法治从艰难起步到健步前行。这份成绩的得来,凝聚着包括法律人在内的无数国人多年的追求和心血,其中,不乏法学理论界的鼓与呼。

时光荏苒,三十年前乃至二十年前学术著作匮乏的情形已经不复存在。在这样一个“知识爆炸”的时代,也许每天都有新的著作出版,也许每天都有新的观点出现,也许每天都有无数人在研究同一个问题,但这一切并不会抹杀理论研究的意义,更不会否定法学理论研究对中国法治实践的意义。事实上,对于当下中国而言,法治实践对法学理论的呼唤不是削弱而是加强了,处于深刻转型和社会变迁进程中的中国,有太多的现实问题需要理论关注与研究,这是法学理论界无可推卸的责任,也是每一个法学理论工作者应有的社会担当。我们不奢望“文库”成为夜幕下的灯塔,而更愿其作浩瀚苍穹中一颗繁星,用朴实无华的光芒照耀行进中的中国法治。因此,“文库”的出版将呈现每一位作者对当下中国刑法理论与实践问题的关注和思考,为学术交流搭建一个有益的平台,用文字和思考为中国法治发展献出自己的绵薄之力。

得益于六十年的学术积淀,西南政法大学刑法学科历史厚重、师资雄厚、门类齐全、基础良好,积极加强和推进学科建设具有良好的

基础。但是,我们深知,在新的历史条件下,本学科的发展面临着诸多新的挑战与机遇,加强学科建设刻不容缓。我们期待着“文库”的出版发行能够为国内外同行了解和认识本学科提供一个窗口,也期待着国内外同行能够以“文库”为平台加强与本学科的沟通交流,国内外同行和广大读者的真知灼见将是我们进一步加强学科建设的重要力量。

学术的生命在于争鸣,思想的火花源于碰撞。我们热切期盼学界同仁以及广大法律工作者为本丛书建言献策,努力推动丛书的发展完善,共同守护我们的精神家园,共同促进共和国法治事业的健步前行。

西南政法大学刑法学术文库编辑委员会
2013年5月

作者简介

张 波 男,1968 年出生,重庆市人,1998 年、2008 年先后毕业于西南政法大学,获刑法学硕士学位、博士学位。现任重庆市高级人民法院刑二庭副庭长,重庆市审判业务专家,重庆大学法学院副院长(挂职),曾在《政治与法律》、《刑事法判解》、《法律适用》、《刑事法学》等刊物发表文章二十余篇,参编《刑法原理与实务》、《刑法实务教程》、《刑事疑案教程》等六部专著。

人有权把他的意志体现在任何物中，因而使该物成为我的东西；人具有这种权利作为他的实体性的目的，因为物在其自身中不具有这种目的，而是从我意志中获得它的规定和灵魂的。

我的意志由于取得所有权而体现于外在物中，这就意味着我的意志在物内得到反映，正因为如此，它可以在物内被抓住而受到强制。因而我的意志在物中可能无条件地受到暴力的支配或者被迫做出某种牺牲、某种行为，以保证作为某种占有或者肯定存在的条件。这就是对它实施强制。

——黑格尔

自序

让刑法中躺着的“人”站立起来

一、刑法学研究已经到头

“刑法学理的研究,从启蒙时期以来,确实经过一番成果相当辉煌的时期,似乎几乎所有的刑法问题都已被研究殆尽,乃至使刑法学的研究,有陷入泥淖之感,好像刑法基础理论上的问题,已经被反复研究过了一般,对于刑法议题的研究,似乎都只是在既有的问题上,反反复复而已,致使钻研刑法学之人,不免有了无新意之感,心中颇有遗珠之憾。”尽管我国台湾地区刑法学者柯耀程的这一段话,并不是针对我国大陆现行刑法理论而言,但相信会让相当多的法科学生、法律职业人士感同身受,甚至感觉有过之而无不及。记得十六年以前笔者硕士研究生毕业前夕撰写硕士论文时,好多同学弄得焦头烂额,也不知从何处下手,难以找到一个哪怕是稍许新鲜一点的题目,直到今天这种情形大体上也没有根本改变,好多刑法学本科生、硕士生、博士生都在为毕业论文写什么而倍感焦虑,四顾茫然。确实,我国自20世纪70年代末期从苏联引入社会危害性理论以来,就一直将它奉为刑法学的主臬,老一辈刑法学家们在几乎一片荒芜的中国法学的土地上,以社会危害性理论为基石,以四个要件为支柱构建起了平面耦合式的犯罪构成理论,这也当然地成为我国刑法学理论大厦的主体工程,一个概念(犯罪概念)、四个要件(主体、主观方

面、客体、客观方面),三种形态(犯罪的既遂、未遂、中止),排除危害(正当防卫和紧急避险),再加共同犯罪,就几乎构成了犯罪理论的全部,同犯罪论相对独立的刑罚论,则包括刑罚目的、刑罚种类及其运用等主要内容。经过三十多年的发展与积累,针对以上几乎任何一个议题的研究,成果都可以说是汗牛充栋,几乎任何一个可能存在争议的问题,都已经被不分巨细反复检讨若干遍。难怪同学们望(刑)法兴叹:(论)题在何方?

二、刑法学研究仍然幼稚

近年来,一批视野开阔、思想深刻的中青年刑法学者大胆指出:脱胎于苏联的维辛斯基式的刑法理论结构与基础本身,不仅在理论上经不住推敲,在实践上也是失败的。中国刑法学的状态是外强中干,虚假繁荣,刑法学理论大厦正面临近乎挑剔的质疑和反思,解构社会危害性刑法理论,摒弃四要件犯罪构成理论,重构中国刑法学的呼声从孤声独语到齐声共鸣,看似精妙玲珑的刑法学理论大厦在越来越强烈的批判声中已经风雨飘摇!

在对现行主流刑法学理论的解构浪潮中,首先受到诘难的是作为刑法学底基的社会危害性理论。李海东博士尖锐地指出:社会危害性这个概念本身不具有规范性,无论它受到怎样言辞至极的赞扬与称颂,但其自身并不具有基本的规范质量,只是对于犯罪的政治的或者社会道义的否定评价。这一评价当然不能说是错的,问题在于它不具有实体的刑法意义。当然没有人会宣称所有危害社会的行为都是犯罪,都应处罚。但是,如果要处罚一个行为,社会危害性说就可以在任何时候为此提供超越法律规范的根据,因为它是犯罪的本质,在需要的情况下是可以决定规范形式的。通过其犯罪本质的外衣,社会危害说不仅为突破罪刑法定原则的刑罚处罚提供一种貌似具有刑法色彩的理论根据,而且也在实践中对国家法治起着反作用,为刑法的泛道德解释与执行大开了方便之门,因为社会危害无须任何过渡就可以是一种道德评价,从而为刑法泛道德的介入提供了充

分的理论根据。同时,作为定义犯罪本质的概念,社会危害性不具备实体性,在此基础上建立起来的犯罪体系完全依赖于行为的规范属性,因而,它又从本质上放弃了犯罪的实质概念。如果我们宣称犯罪的本质在于行为的社会危害性——显然,危害社会的并不都是犯罪,那么区别犯罪与其他危害社会行为的唯一标准就不可避免地只能决定于刑法是否禁止这个行为,也就是行为的形式违法性。这种所谓实质认识由此也就成了一种文字游戏般的东西,变成了由法律形式所决定的,因此也就是形式犯罪而已。^{〔1〕}在此基础上,陈兴良教授进一步指出,如果作为犯罪的本质特征,那么社会危害性一定是犯罪所特有的特征,而事实上,社会危害性并非犯罪所特有,尽管不少学者想尽办法,提出了严重的社会危害性、应受刑罚惩罚的社会危害性,犯罪的社会危害性等概念,并相互争论,但这些争论只是对资源的浪费,学术价值很低。^{〔2〕}可见,社会危害性理论的广受批判从根基上动摇了传统刑法理论。

作为刑法学理论的心脏,传统的犯罪论体系受到了比犯罪本质理论更为猛烈、更为集中的批评。周光权教授就认为,在我国处于通说的四要件理论,只强调构成要件的堆积,强调对构成要件的列举,强调在司法上对要件是否齐备作“流水账”,而缺乏对行为评价的追问机制和反复推敲机制,从而丧失了从不同侧面检验行为的机会。从方法论的角度看,四要件说是停滞的理论,而不是发展的理论;是阻碍创新的理论,而不是为理论创新提供空间的理论;是静止地看待犯罪成立条件的理论,而不是对行为从不同侧面反复推敲、打磨的理论;是只告知被告人处理结论,但无法透彻地进行释法说理的理论。对四要件说进行改造,应当是势不可当的潮流。^{〔3〕}堪称我国刑法学

〔1〕 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第2~3页。

〔2〕 陈兴良:“社会危害性理论——一个反思性检讨”,载《法学研究》2000年第1期。

〔3〕 周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,第1页。

中流砥柱的陈兴良教授、张明楷教授、周光权教授等,从不同角度对四要件理论分别进行了言之有道理的有力批判,并各自提出了对犯罪论体系改造或者重构的设计方案。犯罪论体系的四面楚歌使传统刑法理论的主体工程也处于风雨飘摇之中。

陈忠林教授则直接了当地认为,传统刑法学,特别是中国刑法理论的研究方法存在致命创伤——形而上学,用孤立、静止的方法研究刑法学,不仅从外部割断了联系刑法学与法学理论和其他社会科学的脐带,使刑法学成为一个“尔来四万八千岁,不与秦塞通人烟”的孤峰,敢于成为一个以“立法者的意志”蔑视人类最基本的常理与常识,奉“讲法不讲理”为圭臬的独立王国;而且就是在刑法学内部,这种方法也使刑法理论自身的基本范畴被分封成一个个相互之间没有“天梯石栈相勾连”的“封建诸侯”,在一块块摇晃不定的基石上建立起了一座座初看似富丽堂皇,细审却漏洞百出,连基本的形式逻辑都讲不通的理论殿堂。^{〔1〕}

三、“幼稚”的刑法学走到了尽头

坦率地说,无论对当下我国传统刑法学理论体系的根基质疑,还是对犯罪构成理论的诘难,抑或是对于传统刑法学方法论的批判,至少从立场上看,都少了一些理性、客观和公允,多了一些偏激和情绪,以至于看起来多少有些给人以“站着说话不腰疼”的感觉。马克思主义法律观告诉我们,法律不是法学家把自己关在象牙塔里写出来的,只能是从社会生活中生长出来的,是由那些不以个人意志为转移的个人的物质生活,由人们之间相互制约的生产方式和交往方式所塑造和决定的,无论是政治的立法还是市民的立法,都只是表明和记载经济关系,法律应当以社会为基础,一旦不再适应社会关系,就只能变成一叠不值钱的废纸,不可能长期存在。新中国自1949年成立以来,经过“三反”、“五反”、“大跃进”、“文化大革命”到20世纪70

〔1〕 陈忠林:《刑法散得集》,法律出版社2003年版,第2~3页。

年代末,在探索制定刑法、刑事诉讼法的过程中,经历了太多的坎坷和曲折,尤其是在“十年动乱”中,砸烂“公、检、法”,老百姓的权利和国家的法纪遭受了空前的践踏;十一届三中全会以后,结束动乱,人心思治,在高度集中的计划经济条件下,国家开启了法治建设的征程。大乱之后,思大治,面对“文化大革命”以后满目疮痍的社会,控制社会治安,保障人民群众生命财产安全是国家的首要任务,在法律理论建设和法治经验还相当苍白的条件下,我们引入苏联社会危害性理论和四要件犯罪构成理论当是历史的必然。相比人权保障在当下刑法中的突出地位,当时的刑法更加强调社会控制,刑法的适用保持一定的压制性,突出国家权力在社会生活中的权威,这是在特定历史条件下建立的刑法学理论,不可避免地要打上时代的烙印。三十多年来,传统的刑法学理论为刑法的制定和修改提供了必要的理论支撑,也为20世纪80年代开始陆续开展的三次“严打”提供了必要的理论支撑,为稳控社会治安形式,保障国家由计划经济向市场经济转轨变型的顺利进行,做出了积极贡献。就此而言,对于传统的刑法学理论,我们应当有一种客观和理性的态度,在对其理论体系的合理性和科学性进行分析的时候,尽可能体现出尊重历史的态度,而不是一棍子打死,再踢上一脚。如果从这样的立场出发,我们就应该在刑法学幼稚的表述中加上一个引号——“幼稚”。从今天的立场看,它确实幼稚,但不是从一开始就幼稚,它曾经成熟过。

说上面这一段,并不是要为传统的刑法学理论辩护和高唱赞歌,也并不是否定学界对其提出的有见地的批判意见。相反,三十多年过去了,刑法和刑法理论虽然一直也在不断地进行调整,但几乎都是局部的、个别环节的、技术性的调整,刑法理论的根基,犯罪构成理论等重大理论板块基本没有触及。同我国刑法理论建立之初相比,现在的社会生产方式、社会生活方式、群众的民主法治意识、权利意识早已今非昔比,今天我们已经站在了一个崭新的历史高度,用今天的眼光审视传统的刑法学理论,完全可以说它既老了,又显得幼稚。说

它老了,是因为传统的刑法学理论已经不能适应现今刑事法治发展的需要,显得过时了;说它幼稚,是因为立足于现今的法律思想和理念,在现今的经济社会条件下,传统的刑法学理论还有很长的路要走,还需要跨越发展才能适应时代要求。当前刑法学术界对于传统理论的分析 and 批评意见,在笔者个人看来,大多是具有合理性的,对进一步改造或者重构我国刑法学理论有着积极作用,代表着未来发展的方向。正因为如此,笔者大胆地说,“幼稚”的刑法学研究已经走到了尽头。

四、以“人”为本是中国刑法学科学发展的必然选择

“刑法到头论”和“刑法幼稚论”这一对看似不可调和的逻辑悖论在当下的中国刑法学中得到了辩证的统一:在计划经济体制的土壤里成长起来的刑法理论,面对业已建立的市场经济体制,已经走到了尽头;在尊重和保障人权上升为宪法原则,法治成为治国安邦基本方略的今天,刑法理论和实践对现代法治的要求而言又还相当幼稚,我们的刑法面临革故鼎新和脱胎换骨的历史性机遇,找准新旧体系之间的历史性转圜的节点,是中国刑法实现现代化的战略起点。

英国哲学大师休谟说过:“一切科学对于人性总是或多或少地有些关系,任何学科不论似乎与人性离得多远,他们总是会通过这样的或者那样的途径回到人性。”^{〔1〕}西方古典人文和近现代人文主义的实践已经证实,人性问题是一切社会科学的起点。由于犯罪是人实施的,刑法是规范人的行为的科学,而刑罚的对象是犯了罪的人,因此,人的问题不仅是刑法的起点,也是刑法的终点。没有哪一个学科如刑法与人的关系如此密切,人理所当然应当成为刑法关注的核心。马克思主义经典作家精辟地指出,“犯罪是孤立的个人反对统治关系的斗争,是蔑视社会秩序的最明显最极端的表现,是犯罪人不法意图的实现”。很显然,犯罪的本质在于行为人对现行统治秩序

〔1〕 [英]休谟:《人性论》,关文运译,商务印书馆1980年版,第6~7页。

的“反对”，对社会秩序的“蔑视”，在于行为人的“不法意图”，因此，抓住了犯罪人的“不法意图”，就抓住了犯罪的本质，抓住了刑法的根本：犯罪人因为“不法意图”才构成犯罪，也因为“不法意图”才受刑罚处罚，这种对社会秩序的“蔑视”，贯穿刑法的全部，当然地应当成为整个刑法体系的基石。犯罪的“人”当然地在刑法中居于主体的、核心的地位！刑法的所有问题都是人的问题。人的问题解决了，所有的刑法问题就迎刃而解了！

然而，令人遗憾的是，在传统的刑法体系中，人的主体性地位遭到了无理的剥夺，沦为了社会危害性的奴仆。本来，社会危害是“人”造成的危害，它归属于“人”，是“人”的客体，是“人”的现实化和自我确证，甚至可以说，“人”是犯罪的内容，社会危害是形式，“人”是本质，社会危害是现象。可传统刑法理论却只抓住犯罪的“影子”，将这个“影子”当做犯罪本身，无论从生活逻辑还是从形式逻辑，都颠覆了犯罪本身。以社会危害性为刑法的根基和起点——根基不牢，从起点上就决定了这样的刑法发展的道路只能是背离规律的道路，决定了这座理论大厦如同建立在沙漠之中，难以承受风吹雨打，注定会陷入坍塌的宿命。既然被当做犯罪的本质，社会危害性自然就取得了刑法中最权威的地位，最强劲的力量，在遇到任何阻碍的时候，它都会为自己开辟道路，结果就是，所谓的社会危害决定一切，“人”的因素无关痒痛，在危害后果面前，一切其他因素都可以不再重要，都可以被忽略，任何造成了危害的行为都可能被追究刑事责任，长期以来一些偶然事件被当作犯罪，无罪过的行为被判处罚的现象就是最好的注释。

在社会危害性这块基石上建立起来的四要件平面耦合式犯罪构成理论中，四个构成要件同时成立，同时评价，没有先后，没有主次。司法者可以根据需要“因时制宜”、“因地制宜”、“因人制宜”，随机权断：在行为导致了严重后果的情形下，在社会危害性的强大压力下，后果当然地成为刑法评价的首要因素，行为人除了缴械投降几乎