

法学与法治建设
研究文丛

孟庆瑜 主编

RESEARCH ON JURISPRUDENCE
AND RULE OF LAW

5

刑法断思

Idea of Criminal Law

苏永生 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

法学与法治建设
研究文丛

孟庆瑜 主编

RESEARCH ON JURISPRUDENCE
AND RULE OF LAW

河北省高等学校人文社会科学重点研究基地经费资助

5

刑法断思

Idea of Criminal Law

苏永生 著



法律出版社 LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法断思 / 苏永生著. -- 北京: 法律出版社,
2017
(法学与法治建设研究文丛 / 孟庆瑜主编)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1529 - 8

I. ①刑… II. ①苏… III. ①刑法—研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 260298 号

刑法断思
XINGFA DUANSI

苏永生 著

策划编辑 陈 妮
责任编辑 陈 妮
装帧设计 马 帅

出版 法律出版社
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
责任校对 杨锦华
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 15.25
字数 230 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1529 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《法学与法治建设研究文丛》

编 委 会

编委会主任 孟庆瑜

编委会成员(按姓氏笔画排序)

王凤鸣	李 林	时建中	宋英辉
岳彩申	周叶中	郑尚元	孟庆瑜
姚 辉	姚建宗	蔡守秋	阚 珂

总 序

“完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”是党的十八届三中全会确立的全面深化改革的总目标。在实现这一总目标的过程中,法治发挥着至关重要的作用。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步深刻指出,“依法治国,是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障,是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求”。因此,如何将国家治理的现代化目标与全面推进依法治国的战略布局相结合,实现国家治理的法治化,不仅是党和政府需要全面推进的重大改革任务,而且是广大社会公众,特别是广大法律、法学工作者必须积极参与的重大系统工程。正是在这样一个特定的时代背景下,河北大学国家治理法治化研究中心适时成立和运行,并成功获批为河北省高等学校人文社会科学重点研究基地。

河北大学国家治理法治化研究中心是依托河北大学人大制度与地方立法研究中心、河北省政府法治研究中心等学术机构,整合法学、政治学、经济学、社会学等多方面的科研力量创建的,与河北省人大常委会法制工作委员会、河北省人民政府法制办公室、河北省人民检察院和河北省高级人民法院等国家机关和法律实务部门之间已建立交流与合作长效机制。中心拥有一支政治素质高、业务能力强、富有团队协作和创新精神的专兼职相结合的学术队伍,主要围绕人大制度与地方立法、政府法治与政府执行力、社会治理与

法治创新、京津冀协同发展与地方法治等方向开展科学研究、人才培养和社会服务等工作。迄今为止,中心在课题研究方面,承担国家社会科学基金项目近10项,其中,中心负责人孟庆瑜教授主持承担的国家社会科学基金重点项目《京津冀区域生态环境协同治理政策法律问题研究》实现了河北省在该领域的突破;在决策咨询与服务方面,接受省人大法制工作委员会、省政府法制办公室、省人民检察院等部门委托,承担委托起草、专家论证、立法后评估、检察公信力测评等工作40余项;在学术交流方面,承办或协办第三届海峡两岸能源经济与能源法学术交流会、第六届中国农村法治论坛、第九届中国财税法前沿高端论坛、中国经济法学会研究会2015年年会等多次全国性学术会议。

《法学与法治建设研究文丛》是河北大学国家治理法治化研究中心创设的,由法律出版社负责出版的研究成果转化平台,着力对法学研究和法治建设方面的原创性或实用性成果予以资助出版,以期能为推进国家治理体系和治理能力现代化这一总目标的实现提供必要的理论支撑和决策参考。

河北大学国家治理法治化研究中心

《法学与法治建设研究文丛》编辑委员会

2015年12月

刑法知识的地方性与普遍性(代自序)

自清末中国传统法律文化的近代转型以来,在刑法知识的发展上我们主要走的是学习型道路。先是被动学习德、日等大陆法系国家的刑法知识,新中国成立后我们开始主动学习苏联的刑法知识,改革开放后特别是到了20世纪90年代,我们又主动学习德、日等大陆法系国家的刑法知识。在这一过程中,我们一直把中国传统法律文化搁置起来,以致今天我们在刑法领域所使用的一些概念、原则、理论大都是从国外移植而来的,与中国传统法律文化之间难以契合,甚至存在冲突。当前,全面复兴传统文化不仅仅是一种口号,而且已经付诸实践。在这种大背景下,我们是继续学习西方刑法文化,还是改弦易张,从中国传统文化中寻求法治的基因?这是一个需要深入思考的问题,也是一个亟须解决的现实问题。而且这一问题解决的好坏直接关系我国刑法文化能否健康良性发展,因而需要慎重对待。

任何刑法知识都具有地方性,因为任何刑法的运作都是凭靠地方性文化。正如格尔茨所言:“和航海、园艺、政治和诗学一样,法律与民族志都是地方性的技艺:它们都凭借地方知识来运作。”^[1]所以,对刑法问题首先应当从地方视角来理解。例如,罪刑法定原则是西方自由主义法律文化的产物,所以自由主义法律文化传统就构成了罪刑法定原则的地方性,是罪刑法定原则运作所凭靠的地方性知识,相应地,对罪刑法定原则应从自由主义法律文化传统以及促使这一法律文化传统形成的要素中来理解。若不如此做,则无法达致对罪刑法定

[1] [美]克利福德·格尔茨:《地方知识》,杨德睿译,商务印书馆2016年版,第261页。

原则的深度理解。在这个意义上,刑法知识的地方性也可以视为刑法知识的历史性。从现实情况来看,刑法知识之所以具有地方性,主要有两个方面的原因:一方面,刑法的制定具有地方性,是一国或一个地区政治、经济、文化共同作用的产物,而一国或一个地区的政治、经济、文化(特别是文化)大都具有地方特色。另一方面,刑法的解释具有地方性。刑法解释是在刑法规范与包括案件事实在内的一系列社会事实之间来回穿梭的过程,而社会事实往往都是地方性的。从刑法知识的地方视角来审视,可以得出这样一个结论:我国自近代以来刑法文化的过程,在很大程度上是摆脱刑法知识之地方性的发展过程,即去地方化的发展过程。在这一过程中,凡是传统的都被认为是落后的,以致传统文化中的一些优秀成分也被有意或无意遮蔽了,形成了中国刑法学中“中国元素”严重缺位的局面。

当前,刑法知识的去地方化具有双向特点,即不仅在刑法知识的建构上去中国化,而且在刑法知识的运用上去西方化。换言之,在运用西方刑法知识解释中国问题时,既忽视了中国问题的特殊性,又割裂了西方刑法知识本身的地方性。例如,针对我国近年来刑法立法上的犯罪化趋势,很多学者从德、日的以非犯罪化为表征的刑法谦抑主义立场出发提出了较为严厉的批评。但是,一方面,这种批评显然缺乏实践理性,既忽视了中国刑法立法既定性又定量的特点,又忽视了德、日刑法立法只定性不定量的特点,似在“真空状态”下讨论中国刑法立法。另一方面,这种批评既有意忽视了德、日刑法多年来的犯罪化趋势(如环境犯罪),又背离了刑法谦抑主义的本来含义,仅仅以刑法谦抑主义的部分实践和表象为依据来批评中国刑法立法。再如,法益概念是一个极具德、日色彩的概念,但在我国现已获得普遍接受,而且很多学者将其与中国刑法理论中的犯罪客体概念等同。事实上,这一刑法知识的德日化趋势同时背离了法益概念和犯罪客体概念所凭借的地方知识,以致以法益概念为基础把目的论解释视为刑法解释方法的桂冠并加以运用时,远离了法治在刑法领域的基本操守,而借目的论解释之名行扩大解释和类推之实。刑法知识的去地方化既不能有效解释中国刑法的立法和司法实践,而且在很大程度上扭曲了中国刑法立法和司法实践,因而其危害甚大。在全面复兴传统文化的背景下,刑法知识的去地方化应当受到清理。

但是,刑法知识的地方性并不否定刑法知识的普遍性。如果说刑法知识的

地方性是同时从历史性、当下性以及具体性的视角来观察刑法,那么刑法知识的普遍性则是同时从发展性、当下性以及宏观性的视角来观察刑法的。毋庸置疑,任何刑法知识在原初意义上都是地方性的。也就是说,刑法知识的普遍性是从刑法知识的地方性发展而来的。例如,罪刑法定原则最初只是在英国的法律文件中得到了确认,后来在北美洲和欧洲大陆传播,再后来在世界范围内广泛传播,进而得到法治刑法的普遍承认。在这个意义上,获得普遍接受的刑法知识是地方刑法知识发展的结果,不可能是原初意义上的刑法知识,所以刑法知识的普遍性是发展了的地方刑法知识,并因而获得了发展性和当下性。所以,任何具有普遍性的刑法知识一定蕴含着地方性,但具有地方性的刑法知识则不一定具有普遍性。同时,应当注意的是,刑法知识的普遍性虽然具有相对性,但刑法知识一旦具有了普遍性,则意味着刑法知识在较大范围内获得了认可,所以刑法知识的普遍性也就意味着刑法知识的宏观性。

刑法知识的普遍性具有相对性。仅在一国范围内普遍使用的刑法知识,相对于外国而言,其又具有地方性,但相对于本国不同地区而言,则又具有普遍性。所以,对刑法知识的普遍性可以从国内与国际两个视角来认识。从国内视角来看,当某一刑法知识在国内被普遍接受时,其就获得了普遍性;从国际视角来看,当某一刑法知识被多个国家或地区接受时,其就获得了普遍性。刑法知识的普遍性是对刑法知识之地方性的抽象,所以刑法知识的普遍性意味着对刑法知识之地方性在一定程度上的剥离。例如,罪刑法定原则是一个从概念到理论再到实现机制的体系。但是,各国普遍接受的罪刑法定原则主要是指概念和理论层面上的罪刑法定原则,罪刑法定原则的实现机制因具有明显的地方性而在普遍接受中被剥离,以致形成了罪刑法定原则在实现机制上的多样性。再如,在德国和日本,法益的概念已经获得了普遍性,且其功能主要在于出罪。但是,在法益概念的基本功能上,在德国主要依靠二元的行为无价值论来实现,而在日本主要依靠结果无价值论来实现。

在全面复兴传统文化的大背景下,一个值得警惕的问题是,在实现刑法知识之地方化的同时,可能出现刑法知识的去普遍化。中国当前的刑法知识显然是一个“大杂烩”。既有对中国传统刑法知识和革命根据地时期刑法知识的继承和保留,又有对刑法知识苏俄化和德、日化的继受。这就是中国刑法知识的现状,也是中国刑法知识的中国特色。但是,长期以来,人们把刑法的中外比较

主要限定为中国传统刑法与西方刑法的比较。^{〔1〕}在这种研究范式下,中国当前刑法知识中继受西方刑法知识的那部分易被认为属于西方刑法知识,对中国刑法知识而言具有“殖民”性质,因而在全面复兴传统文化的背景下易受到挤压,乃至被剔除。实际上,经过中国继受的西方刑法知识,已经是被剥离原初地方性而赋予新的地方性的刑法知识,因而属于当前中国刑法知识的重要组成部分。

刑法知识的普遍性意味着刑法知识的可接受性。越具有普遍性的刑法知识,说明其可接受性程度越高。可接受性程度越高的刑法知识,说明其涵摄力越强。在全球化和互联网时代,应当全面提倡在不同国家或地区的刑法知识之间进行比较。舍此,不仅刑法知识的普遍性就会被遮蔽,而且难以在不同国家或地区之间实现刑法知识之间的互通有无。而这不仅不利于本国刑法知识的传播,而且会对本国法治建设造成危害。所以,我们在刑法知识上必须实现双向发展:一方面,要增强刑法知识的地方性,使刑法知识能够“接地气”;另一方面,要增强刑法知识的普遍性,使本国的刑法知识在更广泛的范围上获得接受,在国际竞争中增强软实力,同时以广阔的胸怀接纳来自国外的具有普遍性的刑法知识,最终实现刑法知识之地方性与普遍性的有机互动。

刑法知识的地方性和普遍性原理告诉我们,任何刑法知识都具有地方性,所以在认识到刑法知识之普遍性的同时,也必须认识到其地方性。认识不到刑法知识的地方性,就不会认识到刑法知识的本质,也不会认识到刑法知识发挥作用的机理。例如,作为德、日刑法知识的法益保护原则,是以作为宪法原则和法治原则的罪刑法定原则、阶层式犯罪论体系和以文义解释为“堤坝”的刑法解释方法体系为逻辑前提的,因而只具有出罪功能。这是法益概念原初意义上的地方性,也是法益概念在当下德、日的地方性。认识不到这一点,就无法使法益概念发挥应有的作用。在我国,很多学者接受了法益的概念,并把法益概念等同于传统中国犯罪构成体系中的犯罪客体概念,认为社会危害性就是法益侵害性。但实际上,无论从犯罪构成体系还是罪刑法定原则的法律地位来看,犯

〔1〕 实际上,这不是完全意义上的中外比较,因为在这种比较中舍弃了中国近代以来的刑法知识。这种比较有古今比较的意蕴,但它仅限于古代刑法文化与当前中国刑法文化中继受西方刑法文化之间的比较,因而也是不完整的。

罪客体的概念既有人罪功能,也有出罪功能。在这种情况下,如果把法益概念等同于犯罪客体的概念,就等于遮蔽了法益概念的地方性,法益概念的应有功能将得不到发挥。

刑法知识的地方性和普遍性还告诉我们,刑法知识可以通过赋予新的地方性而获得普遍接受。但是,这种新的地方性的赋予不能违反原初地方性所蕴含的普遍价值。例如,罪刑法定原则的基本表述是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,基本功能在于通过限制刑罚权来保障人权。在这一前提下,任何新的地方性的赋予都是被允许的,也是罪刑法定原则被普遍接受的重要途径。但如若把“法律明确规定为犯罪行为的,应当定罪处刑”也认为是罪刑法定原则的内容,并以此赋予罪刑法定原则地方性,则是对罪刑法定原则的改变,因而不是罪刑法定原则的普遍化。对于树立刑法权威和增强民众的法规范忠诚感而言,“法律明确规定为犯罪行为的,应当定罪处刑”无疑具有合理性和必要性,而且当下中国的刑法确实需要这样的理念,但它不是罪刑法定原则的内容。

刑法知识的地方性和普遍性还告诉我们,有3种研究方法是刑法学研究不可或缺的:

一是教义学的研究方法。刑法教义学是从刑法理论上维护法治立场的一种学术手段。它不仅要求依据法治的基本理念来解释刑法规范,而且要求必须忠实于刑法用语的字面含义,特别是反对任意扩大或缩小刑法用语的含义范围。这是理论上维护法治的基本操守,但在我国刑法学领域还远未得到贯彻。例如,现行《刑法》第14条第1款和第15条第1款把罪过形式的判断立场规定为“危害社会的结果”,但在理论上以行为为立场来解释罪过形式的情形大量存在。^[1]再如,《刑法》第338条没有明文规定污染环境罪的罪过形式,而且依据该条的文理和污染环境罪的犯罪性质也难以确定该罪的罪过形式到底是故意还是过失,但刑法理论上非得认为污染环境罪的罪过形式不是故意就是过失,而不承认可能是故意也可能是过失。这显然是在人为缩小刑法用语的含义范围。所以,在我国当下,为了维护法治立场,强化刑法知识的地方性,首先得

[1] 这种情况的出现可能意味着刑法把罪过形式的判断立场确定为“危害社会的结果”存在问题,但在刑法如此规定的情况下,以行为为立场来判断罪过形式,不能不说是刑法教义学的背离。

强调有效贯彻刑法教义学,严格依照我国刑法的字面含义来解释刑法,不能动辄以西方的刑法理论为依据来任意扩大或缩小我国刑法用语的含义范围。

二是文化与社会人类学的研究方法。在文化与社会人类学视野中,制度包括正式制度和非正式制度。前者主要是指法律、政策等由权威部门制定颁布的规范性文件;后者主要是指法律、政策等正式制度之外的社会规范,如风俗习惯、道德、宗教规范等。文化与社会人类学关注正式制度的运作过程与结果,但更关注非正式制度的运作过程与结果,特别是正式制度与非正式制度的互动关系。所以,从文化与社会人类学的立场来看,刑法学不仅应当研究一国或一个地区的刑法,更应当研究刑法运行所凭靠的地方知识,如风俗习惯、宗教规范、伦理道德等民间规范。所以,文化与社会人类学的研究方法能够为刑法与其他社会规范之间建立有效联系,是重新认识和评估中国传统法律文化的当代意义,增进刑法知识与中国传统法律文化有效对接,进而实现刑法知识地方化的有效途径。

三是比较研究的方法。比较研究有助于发现刑法知识的地方性,进行孰优孰劣的比较。表面上完全相同的法律原则,通过比较后就可以发现其中的差异,进而可以判断出优劣。例如,中国刑法和德、日刑法都贯彻责任主义原则,但在具体贯彻上则存在差异。德、日刑法立法不仅强调犯罪的成立需要行为人有责任,而且在处罚上严格区分故意与过失。而中国刑法虽然在犯罪成立上需要行为人有责任,但在有些情况下在处罚上没有严格区分故意与过失,罪过不明的立法即是如此。通过比较后可以发现,德、日的刑法立法在严格责任的贯彻上显然比我国刑法立法要彻底。这是普遍性之下的地方性。对于这种地方性,只有运用比较研究的方法才能发现,进而判断优劣。比较研究还有助于增强刑法知识的普遍性。一些看似地方性的刑法知识实际上具有普遍性,这种普遍性只能通过比较研究的方法才能发现并得以传播。例如,中国刑法中的死缓制度,看似死刑的重要组成部分,但实际上主要是限制适用死刑的一种制度,与限制和废除死刑的国际趋势不谋而合。所以,通过比较研究,就会发现本国刑法知识的优点,有助于实现本国刑法知识的普遍化,增强制度自信和理论自信。

本书所收录的是笔者自2011年以来在法治的地方性和普遍性原理指导下写就的11篇论文。有的侧重刑法知识的普遍性,有的侧重刑法知识的地方性,但均充分展现了刑法知识的地方性与普遍性相结合的思想。有的从刑法知识

之地方性出发反思刑法知识的普遍性,有的则从刑法知识的普遍性出发批评刑法知识的地方性,旨在建立刑法知识之地方性与普遍性的互动关系。从内容上来看,可以将这些论文归纳为3类:第一类是关于刑法价值问题的研究,包括“刑法公法化的疑问”“刑法目的的基本层面及其展开”和“刑事政策与刑法关系:中国问题、德国经验及其借鉴”。这组论文偏重于从不同视角来讨论刑法的功能和价值,故冠名“价值论”。第二类是关于刑法立法问题的研究,包括“刑法谦抑主义的西方图景与中国表达”“变动中的刑罚结构”“污染环境罪的罪过形式研究”以及“贪污罪数额规定修改之利弊分析”。这组论文侧重于对晚近中国刑法立法进行整体或者个别性评价,故命名为“立法论”。第三类是关于刑法解释问题的研究,包括“我国刑法中的法益保护原则”“刑法合宪性解释的意义重构与关系重建”“刑法司法解释的限度”以及“酌定从重处罚情节之否定”。这组论文侧重于研究刑法解释基本原理和对现行刑法的部分规定进行学理解释,故称“解释论”。

目 录

上篇 价 值 论

刑法公法化的疑问	003
刑法目的的基本层面及其展开	021
刑事政策与刑法关系	
——中国问题、德国经验及其借鉴	050

中篇 立 法 论

刑法谦抑主义的西方图景与中国表达	085
变动中的刑罚结构	
——由《刑法修正案(九)》引发的思考	097
污染环境罪的罪过形式研究	
——兼论罪过形式的判断基准及区分故意与过失的例外	110
贪污罪数额规定修改之利弊分析	126

下篇 解 释 论

我国刑法中的法益保护原则

——我国《刑法》第3条新解

143

刑法合宪性解释的意义重构与关系重建

——一个罪刑法定主义的理论逻辑

165

刑法司法解释的限度

——以对“严重污染环境”的司法解释为例

189

“酌定从重处罚情节”之否定

——一个罪刑法定主义的当然逻辑

205

上篇 价 值 论

