

刑法教义的 本土形塑

车浩 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法教义的本土形塑 / 车浩著. -- 北京: 法律出版社, 2017 (2018.1重印)

ISBN 978-7-5197-1590-8

I. ①刑… II. ①车… III. ①刑法-研究-中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第265747号

刑法教义的本土形塑

XINGFA JIAOYI DE BENTU XINGSU

车浩 著

责任编辑 赵明霞

营销编辑 徐 印

装帧设计 马 帅

开本 A5

版本 2017年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京金康利印刷有限公司

编辑统筹 法商出版分社

印张 16 **字数** 378千

印次 2018年1月第2次印刷

经销 新华书店

责任印制 胡晓雅

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/010-63939792/9779

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:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号: ISBN 978-7-5197-1590-8

定价: 68.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

车浩

北京大学法学院副教授，博士生导师。教育部首批青年长江学者。国家“万人计划”青年拔尖人才。北京大学博雅青年学者。主要研究方向为刑法学。

出版专著《阶层犯罪论的构造》以及教材《车浩的刑法题》。在《法学研究》《中国法学》《中外法学》等期刊发表论文数十篇。在《人民日报》《南方周末》《中国法律评论》等报刊发表评论数十篇。主持国家社科基金、教育部人文社科基金等课题项目。兼任北京大学刑事法治研究中心副主任、《刑事法判解》执行主编、北京市检察院检察改革与发展研究中心高级研究员等学术职务。曾获教育部高校科研优秀成果奖、北京市哲学社会科学优秀成果奖、董必武青年法学成果奖等科研奖励。曾获北京市优秀教师、宝钢优秀教师奖、北大正大教师奖等教学奖励。

出版说明

放在读者面前的这本书,集合了我近年来在刑法教义学方法上的思考和实践。

在《阶层犯罪论的构造》一书的前言中,我曾提出,要理解当代中国刑法知识转型,“犯罪论体系”与“刑法教义学”是两个最重要的关键词。前者是知识转型的核心领域,后者是知识转型的方法和方向。这也是我在《阶层犯罪论的构造》之后,又接续出版本书的原因。这两本书可视为姊妹篇,分别从核心问题与基本方法两个侧面,表达了我对当代中国刑法知识转型这一命题的个人体悟。在前一本书中,阶层犯罪论体系是一个内容主线,以主题思想总领全书。在本书中,法教义学作为方法论意义上的主线,被贯穿到各个层次的研究工作中。

何为法教义学?除了最基本的法律解释,我的看法是,在法无明文规定之处,统筹各种材料,创造出在逻辑上与实定法血肉相连的概念和理论,通过理性的力量,获得侧立于实定法身边的权威性和拘束力,成为“教义”或“信条”(Dogma)。一言以蔽之,学术造法。在此意义上,教义学既是知识,也是方法。但是,本书并不是一本谈论法教义学方法论的书,而是呈现教义学方法在知识形成上的具体运用。全书分为四编,分别在刑法思想、刑事立法、刑法概念及焦点案件四个方面,记载了我近年来有意识地运用法教义学的方法,铸造法教义学知识的微末实践。事实上,这也是我所理

解的,法教义学全面展开的四个维度。

本书第一编以“刑法思想的教义学转化”为名,收入了三篇论文。其中,《刑法公法化与罪刑法定原则》与《监狱里的同居楼与刑法的现代性反思》,实际上属于自己“前教义学阶段”的作品;或者说,呈现的是尚未出现教义学转向之前的思想状态。之所以将它们收入本编,首先是因为,这两篇文章对我有特殊的意义,我舍不得将它们散落在外以至于遗忘,因而以这种敝帚自珍的方式收藏。

近二十年前,在读硕士期间,我曾经和几位志同道合的朋友组成读书小组,度过了一段值得珍念的光阴。《刑法公法化与罪刑法定原则》一文,是当时读哈耶克的一个灵感结晶,曾在朱苏力老师的《法理学》课程上得过年级高分;《监狱里的同居楼与刑法的现代性反思》则是在两次监狱参访经历的刺激下,将读福柯和哈贝马斯时的触动形诸文字,作为北大研究生“学术十杰”的参评论文,博士生期间还在理教的大教室里做过专题讲座。蒙陈兴良老师厚爱,这两篇文章后来都发表在《刑事法评论》上面,成为自己走上学术之路的标志。

现在回头看,我仍能从中感受到当年阅读哈耶克、福柯和哈贝马斯时遭遇的冲击,以及急于通过刑法视角表达体会和感悟的心情。二十岁出头刚开始写作时的文章,很不规范,幼稚、粗粝,甚至囫圇吞枣、断章取义、自以为得,但那股子纯粹的、富有生机的冲劲儿,确是年轻人独有的元气淋漓,如今已恍如隔世。

2000年前后的刑法理论,还没有从苏俄刑法学的桎梏中解脱出来。开放之门欲推还闭,学术争鸣尚有禁区。那场后来在我看来具有重要学术史意义的知识转型,当时只是初露端倪。以苏俄知识为基底的中国刑法学,在经历了一段黄金发展期后,逐渐显露出供给不足、前行乏力的困窘。我的专业学习处在苦闷之中。对求知欲旺盛的年轻人来说,相对于传统刑法理论的浅显乏味,思想的魅力简直有一种蛊惑性。我当时沉浸在一些人文社科的思想性

著作里乐不思蜀,总是抗拒下落到具体的刑法问题中。至多是借由那些思想工具从外部观察刑法,但是并没有进入到刑法体系内部探索的冲动。既不希冀从概念、条文和案件中得到乐趣,也不认为宏观思想与具体解释之间能有何实质关联。

直到读博期间出国留学,见识了德国刑法学上百年的积累,深受触动。我逐渐认识到,以刑法典为基础,以法教义学为方法和材料,也能构建起一座充满智识吸引力的大厦。从北大博士毕业后,我到外经贸大学短暂任教,又去清华大学做博士后研究,见识了张明楷、周光权、黎宏等诸位清华刑法学教授的精细程度。如果说,北大刑法学的风格是侧重思想性和批判性,侧重基础理论研究,比较宏观和大气,那么,清华刑法学的风格则是非常细密,更加重视解释而非批判,更加关注具体问题。

在北大读书和在清华工作的经历对我影响深远。回到北大任教之后,我开始考虑,如何融两家之长,再结合国外理论与本土实践,努力形成自己的研究风格。一方面,要能在“显微镜”下解剖具体问题;另一方面,又要在“望远镜”中把具体问题提升。唯有“手术刀”和“大砍刀”并练,才能打通微观与宏观的隔膜,将宏观层面的思想、价值、理念等等,通过中层的理论管道加以塑造,形成对具体问题的解释力量。简言之,将思想转化为解释力。

《自我决定权与刑法家长主义》是我博士论文中的一章,发表在《中国法学》2012年第1期,部分地描绘了上述方法论的雏形。这篇文章尝试构建自我决定权和刑法家长主义之间复调式的理论框架,作为被害人教义学的基石之一。以被害人同意中的“法益错误说”与“全面无效说”为例,我试图揭示:在这种中间层面的教义学概念之上,是保守主义与自由主义的价值立场之别;而借由教义学概念向下,则可以引导出具体案件中的不同结论。我在书中提出,“在解释者的价值立场与具体问题的结论之间追溯的过程,并不是两点间的直接连线——那样就会变成直接凭借感觉、偏好、激

情或权力来断案而丧失其正当性——而是必须经由一系列可反复检验的教义学管道,使得抽象的、隐含的价值观逐层被具象化和显露出来,最终落在具体的案件中。”在我看来,这就是法教义学概念的“上下求索”。

本书第一编的三篇文章,写作时间分别在读博前后,正式发表时间相距十多年之久,无论是文风还是方法论,都恍若出自两人之手。将尚不知教义学为何物时的作品,与探究教义学方法论的作品列在一编,除了内容方面都涉及一些基础法理的思辨外,更重要的是,在方法论上反映了自己十年来的心路历程:从沉醉在与刑法具体问题相疏离的抽象思辨的世界中,到有意识地运用教义学方法,形塑提供一般性解决方案的规则。对我个人而言,经历了一场逐渐将思想观念融入进刑法体系的教义学转向。

本书第二编“刑事立法的教义学批判”收入了两篇论文,分别针对刑法修正案(九)和刑法修正案(七)的立法得失进行了反思。通常认为,刑事政策是刑事立法的指导教师。法教义学研究的前提是尊重实定法,法教义学的基本立场是解释论,而非立法论。原则上来说,这是没有错的。但是,正如本书中指出的,法教义学的当代发展,已经从过去那种科学面向的、唯体系化的、纯粹依靠概念和逻辑推理构建起来的法教义学,转向为实践和经验面向的、融合了多学科知识、包含了目的、利益和价值判断的法教义学。刑法的社会任务与法教义学之间不再是相互隔离的鸿沟,而是存在贯通的桥梁。因此,人们就不应当仅仅看到刑事政策进入刑法体系,指导刑法的解释与适用这一方面,而应当同时看到,法教义学反过来对刑事政策如何正确指导立法,同样发挥着制约作用。所谓贯通,当然不能只是一方对另一方单箭头地施加作用,而是相互施压。因此,在论证刑法体系的目的理性的同时,也就意味着根据目的理性去展开的刑法体系,也必然会在一定程度上校正着立法者的目的偏离。作用与反作用的基本原理是普遍适用的。

对刑法教义学来说,特别是当它汲取了刑事政策思想之后,不仅仅是作为司法者的助手为案件解决提供方案,而且,也就同时获得了参与立法指导的资格,可以发挥出引领和帮助立法的作用。对于刑法教义学影响刑事立法的理路,我在书中提出了如下论断:“当刑事政策的思想进入到刑法教义学体系之后,它就会在与现行法条和法学理论相对照与碰撞的过程中,发现立法政策与现行法律之间的潜在冲突,彼此修补和融合,克服政策与法律各自可能存在的纰漏,从而以一种更加妥当、成熟和贴近逻辑的方式呈现出来,成为刑法教义学体系的一部分。处在教义学体系之中的刑事政策,比以往那种单纯的与刑法理论体系相互分离的刑事政策,多出了法律体系内部自洽性的考量,也多出了法律的适用效果的司法视角。在这样一种融合了刑事政策思想的教义学理论的帮助下,立法者就能够最大程度地避免新法与旧法之间的矛盾,就可以透过一个个教义学理论模型,看到之前的政策转化为立法之后在解释与适用过程中的得失,看到曾经的立法原意在实践贯彻中的后果和效率,从而来预测和调整当下的立法。”

基于上述理解,在《〈刑法修正案(九)〉的三重反思》一文中,我从教义学的基础概念、中层模型和具体解释等三个层面,对《刑法修正案(九)》涉及的多处修改展开反思。在《〈刑法修正案(七)〉的个罪检视》一文中,我通过分析内幕交易罪修改前后的利弊,旨在说明,原本可以经由教义学理论完成的任务,却在立法者增设条款之后变得更加复杂了。修法未能超越在未修法时运用教义学理论解决问题的效果,反而以一种表面上看起来似乎能直接解决问题的方式,增加了解决问题的难度。因此,不重视教义学理论的盲目修法,有可能异化为一种“现象立法”甚至是画蛇添足。

的确,法教义学的基本立场是解释论,它不是为了批判立法而生,而是要努力填补立法的漏洞。但是,关注实在法漏洞的目的和结论,却不应该像基尔希曼所嘲讽的那样,“就连天才也不惮于将

自己的全部才智和学识用来为愚昧辩护”。〔1〕刑法学者应当肩负解释与批判的双重使命。法教义学不仅是解释工具,也可以成为理性的批判武器。“法学绝对不是像一些人可能认为的那样,在立法的后面跛脚跟进,而往往是毋宁走在立法的前面。”在立法者的纰漏面前,学者不能放弃批判的使命而沦为单纯提供解释服务的工具,而是应当对立法技术和理念等基础性问题进行持续的批判。唯有如此,才能从根本上推动立法水平的提高和法治进步;也唯有如此,才能使学者避免陷入为皇帝新衣唱赞歌的命运。“即使法律制定者从中有所汲取的那些法学文献本身成了‘废纸’,只要科学努力的结果在一部好的法典中继续发生作用,这些努力就绝非毫无价值!”〔2〕

本书第三编“刑法概念的教义学诠释”,收入了三篇文章:《性犯罪中的“幼女”》、《财产犯罪中的“扒窃”》与《贿赂犯罪中的“不正当利益”》。围绕着刑法分则条文中的“幼女”、“扒窃”和“不正当利益”等三处规定,结合本土实践经验,我展开了教义学意义上的知识构建。这几处规定都具有中国刑法语境的特殊性。例如,国外刑法典中并没有同时规定“奸淫幼女”与“嫖宿幼女”且两者归属于不同罪名的情况。再如,“扒窃”是一个日常用语被规定为法言法语的典型例子,在国外刑法中找不到类似表述。又如,其他国家关于贿赂犯罪的立法,都未包含“谋取不正当利益”的文字。总之,这些规定都是具有中国特色的立法,无法从国外的立法和理论中直接获得可资借鉴的资源,要想从法理而非文字表皮上把握它们,只能有赖于中国学者自己对法律和生活的理解与想象,以及在理论上的抽象和创造。

〔1〕〔德〕J. H. 冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性——1847年在柏林法学会的演讲》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期。

〔2〕〔德〕卡尔·拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,载《比较法研究》2005年第3期。

《性犯罪中的“幼女”》一文,原题为《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系》,发表于《法学研究》2010年第2期。这篇文章是否收入本书,一度让我非常犹豫。该文当年写作时颇为用心,也是我已发论文中引证率较高的一篇,难免有所偏爱。不过,随着《刑法修正案(九)》废除了嫖宿幼女罪,我又担心读者会认为它已过时,失去了收入的价值。但查看知网后意外发现,在2015年废除嫖宿幼女罪之后,该文在2016年和2017年的引用数又持续增加了40多个。我翻看了一下,原因大致如下:一方面,文中提出的根据性同意能力区分卖淫幼女与普通幼女的观点,仍然有助于理解和评价现行法中的强奸罪以及其他涉及幼女的卖淫类犯罪。另一方面,以两罪关系为平台,由此展开的关于法条竞合的界定以及想象竞合犯滥用风险的分析,以及构建概念时的被害人视角与类型化思考,超越了个别罪名的存废,具有一般性的教义学方法论的意义。^{〔1〕}在嫖宿幼女罪废除两年之后,这篇文章经受住了时间考验,教义学的讨论没有随法条消亡,反而显示出独立的生命力,这令我颇觉欣慰,也坚定了我最终收入它的决心。

扒窃入刑是《刑法修正案(八)》中最引人注目的一处修改。它曾经在实践中引发了极大争议,主要问题是“扒窃”的内涵不清、外延模糊、缺乏规范边界。如何区分扒窃与其他盗窃行为,司法实务亟待理论上提出既有说服力又有实操性的标准。立法者在这里出给学界的题目是,如何将一个在中文语境下司空见惯的、能够引起人们形象联想但含义模糊不清的日常用语,转化为一个有明确内涵和规范边界的法学概念?《财产犯罪中的“扒窃”》一文,原题为《扒窃入刑:贴身禁忌与行为人刑法》,发表于《中国法学》2013年

〔1〕 这方面最新的引证文献如王兵兵:《刑法中“本法另有规定,依照规定”条款的类型化分析》,载《西部法学评论》2017年第4期;黄小飞:《法条竞合之特别关系类型及其适用规则》,载《中国刑事法杂志》2017年第3期;陈洪兵:《罪刑相适应原则在刑法解释中的适用研究》,载《交大法学》2016年第4期。

第1期,就是对上述问题的回应。在我看来,通常所说的“公共场所”或“随身携带”,都不是界定扒窃概念的核心要素。我在文章中提出,应当开辟被害人视角,以“贴身禁忌”作为扒窃概念的思想基础。由此论证:扒窃是指侵入他人贴身范围,盗窃他人贴身携带的财物;随身携带的财物,如果不在贴身范围内,不能成为扒窃的对象;得到允许进入他人贴身范围后实施盗窃的,不构成扒窃。按此标准,可以清晰有效地区分实践中出现的各种争议情形。这篇文章算是我的一篇尝试“螺蛳壳里做道场”的得意之作。一方面,它是在没有国外的现成理论可资借鉴的情况下,自力更生创造教义学知识的努力。另一方面,它吸收了生物社会学和身体社会学的研究成果,证明社科理论可以融入法教义学知识的生产过程,成为规则创设的灵感来源和思想支撑。

《贿赂犯罪中的“不正当利益”》,是新近完成的一篇文章,原题为《行贿罪之“谋取不正当利益”的法理内涵》,发表在《法学研究》2017年第2期。在我国刑法规定的贿赂犯罪中,有多处“谋取不正当利益”的表述。在比较法层面上,德日刑法中的贿赂犯罪都没有类似“谋取不正当利益”的规定。从我国的司法实践来看,一系列司法解释和判例在不断地校正和改变“谋取不正当利益”的边界和含义。因此,关于“谋取不正当利益”的认定,一直困扰着刑法理论与司法实践。我在这篇文章中认为,应当以职务行为与贿赂之间的对价关系,作为理解所有贿赂犯罪的核心教义。因而对于第388条行贿罪的解释方向,就应由行为人一端转换到国家工作人员一端,将国家工作人员是否违背职务作为判断利益是否正当的标准。由此一来,在立法文字上缺失的“违背职务与给予财物之间的对价关系”,就在解释论上被构建起来并被补充进行贿赂罪的构成要件结构中。在此基础上,结合域外理论和本国实践提供的经验素材,我尝试以2012年司法解释的文本为基础,对其进行理论改造和教义学化,提出了“违反规则—违背原则”之二元论的“新违背职务说”。

上述三篇文章的共性,是显示出教义学知识的国界性,以及教义学方法的无国界性。刑法教义学知识是围绕着本国刑法典构建而成的。而现行刑法中的很多规定,是中国刑法典独有而不见于国外刑法典的,自然也就难以找到国外现成的刑法教义学知识作为理论资源。但是,学者创造教义学知识的方法是没有国界的,无所谓外国或中国的方法之别。对于起步较晚的中国刑法学来说,不仅要直接引进那些可以无语境障碍地解决中国问题的教义学知识,而且还要虚心涵泳,沉潜其中,体味国外学者是如何创造出那些教义学知识,如何在教义学方法上“运用之妙,存乎一心”,从而逐渐掌握这套方法,最终在国外的教义学知识因语境障碍而无法适用或陈旧匮乏的地方,创造出围绕着中国刑法规定构建起来的新的教义学产品。就此而言,当代中国刑法学者承担的学术任务是错综复杂的。

本书第四编“经典案例的教义学解读”,收入了三篇文章。近年来,针对一些引起社会各界普遍关注而且包含法律疑难问题或实务争点的影响性案件,我写了不少文章,力图从专业的角度予以解读。有时候写作对象是非刑法专业的法律人,我就尽量用通俗的笔法解说个案,文章性质属于学术随笔;还有些文章的写作对象是刑法同行,文体当然就是个案研究型的学术论文。这里收入的三篇文章属于后者。如果要挑选出每一年中最具有轰动性和影响力的焦点案件,那么,陕西周正龙诈骗案、云南李昌奎强奸杀人案以及天津赵春华非法持枪案,无疑都是当年最有竞争力的入选者。由它们引发的法律观念及教义学问题的碰撞与争议,影响之深远,早已超出了案发当年,这些案件已经载入刑法学术史,成为值得在学术上持续探讨、反复论及的经典案例。

一个对于行骗者所说事项产生具体怀疑而仍然处分财产的被害人,是否还能受到诈骗罪的完整保护?这个在被害人教义学理论中经常被提出来讨论的问题,出现在华南虎照片的真伪尘埃落

定,司法机关以诈骗罪追究造假者周正龙刑事责任の場合。《周正龙案:诈骗罪中的被害人错误》,原题为《从华南虎照案看诈骗罪中的受害者责任》,发表于《法学》2008年第9期。我在这篇文章中,于国内学界第一次正式使用“被害人教义学”的名称,简要地介绍了德国刑法学界从被害人在量刑阶段发挥作用到在不法判断中发挥作用的观念转变和理论争议。特别是在诈骗罪构成要件的限缩性解释中,对于有具体怀疑的被害人是否陷入错误,以及简单、拙劣的骗术是否构成诈骗罪中的欺诈行为这两个被害人教义学的代表性问题,分别加以阐述并运用其分析了周正龙案。作为结论,文章提出,“如果能够证明受骗者已经对照片的真假产生怀疑,但是最终还是舍弃本可以充分使用的自我保护手段,而基于投机心理贸然投身风险,从而遭受损失的,国家就没有必要再大费周折对其保护了。这种投机的心理不宜再被看做是‘陷入错误’”。

云南李昌奎强奸杀人案因为二审被改判为死缓,曾经在2011年引起了轩然大波。我当时受邀参加央视《新闻1+1》节目录制,现场直播自觉分寸尚可,但还是遭遇了网络上的各种攻击谩骂。可见当时此案争议之大。李昌奎案件涉及死刑标准的理解和把握,不可能在电视媒体上短时间说得透彻,这也促使我决意专门写一篇学术论文。《李昌奎案:“邻里纠纷”与“手段残忍”的涵义》,原文发表在《法学》2011年第8期。我在这篇文章中提出“通过技术渠道消解理念之争”的看法。在我看来,法院审判坚持独立性和权威性的关键,在于通过技术渠道运用专业能力吸纳民意并消解理念之争。“死刑存废与限制与否往往关乎价值立场,而价值立场层面的讨论,又总是具有难以争辩、不易说服的非逻辑性的特点。与其在宏观的价值理念上彼此对峙并试图高高在上地引导民众,莫如倾听和发现汹涌民意中的理性成分,将其转化为可以在逻辑和经验层面探讨的技术问题。这就是法教义学让人心平气和、理性沟通的功能和意义。”

云南省高级人民法院二审改判死缓的重要理由,是认为李昌奎案适用最早在1999年《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中提出的所谓“邻里纠纷”的死刑政策。我在文章中就“邻里纠纷”这一概念进行了教义学诠释。在我看来,“邻里纠纷”不是空间性和物理性的地域概念,而应被理解为以熟人社会为情理基础、以特殊预防为刑罚目的、以直接关联性为教义学特征的法律概念。行为人或被害人不是制造纠纷的直接当事人的,不适用“邻里纠纷”的优惠政策。李昌奎与被杀死的3岁幼儿之间,不存在任何直接纠纷,其杀死幼儿的行为,不符合“邻里纠纷”的政策精神。此外,二审判决书去掉了一审认定的“特别残忍的手段”这一表述,直接影响到改判死缓。这显示出司法实践对“手段残忍”的认识模糊,缺乏实质把握,因而需要从理论高度加以阐明。在我看来,“手段残忍”重在强调行为对善良风俗和人类恻隐心的挑战,它是以社会一般观念作为判断基准的规范性概念。李昌奎案激起民愤呼吁该杀的重要因素,就是民调反映出来的、公众普遍认为李昌奎杀人手段残忍:对一名被害人先奸后杀,对另一名被害人(3岁幼儿)倒提手脚撞击门框摔死。因此,司法者应当充分重视并吸收民意舆情中的合理成分,基于专业视野将其转化为法律上的标准,而不宜简单地将公众的激愤贬低为“非理性的死刑狂欢”。

面对各方压力,2011年8月22日,云南省高级人民法院对李昌奎案做出再审判决,最终改判死刑立即执行。该案就此尘埃落定。而我在2011年8月写的这篇文章,也激发了我在运用现有的教义学理论解读个案的同时,进一步针对以往习以为常的、流于简单理解也因而恣意适用的一些法律规定,进行全新的教义学内涵的阐释、创造新的教义学理论的热情。

根据《刑法》第128条规定,非法持有枪支罪是指违反枪支管理规定,非法持有枪支的行为。该罪罪状简单,以往并未得到刑法理论的充分重视。但是,2016年的赵春华非法持枪案,则将该罪推

送到公众舆论关注的风口浪尖。生活在天津的51岁的赵春华,用2000元钱从他人手中盘下了一套射击打气球的装备在街头摆摊。经公安局鉴定,赵春华摆射击游戏摊使用的9支枪形物中有6支为“枪支”。一审法院以非法持有枪支罪,判处赵春华有期徒刑3年6个月。赵春华不服提起上诉,二审法院维持一审罪名,改判为有期徒刑3年,缓刑3年。赵春华非法持枪案意义深远。它折射出舆论对底层谋生者和司法合理性的关注,也极大地推动了学界对于非法持有枪支罪的深入研究。

在《赵春华案:非法持有枪支罪的构成要件解释》一文中,我提出了四个区分。第一,应当区分非法持有枪支罪的“持有”与非法持有毒品罪的“持有”。枪支不是一次性消耗品,持枪自娱与持枪犯罪之间不存在互斥关系,不同的用途可以并存。即使能够证明持枪目的是为了摆摊游戏,也不能排除将枪支用于实施未然之罪的可能性。第二,应当区分持枪与开枪。不能把开枪后能否致人重伤或死亡,作为认定“枪支”的决定性因素。即使客观致伤力相对较低微,只要所持枪形物的外部形象足以让公众产生危惧感,就可以认定为“枪支”。第三,应当区分“违反枪支管理法规”与“非法”。后者不是前者的同义反复,而应理解为整个法秩序。作为国民文娱生活传统一部分的射击游戏,即使违反了具体的实定法规规定,也应当在整体性的法秩序评价中被正当化。第四,应当区分对枪支的认识错误与对持枪是否违法的认识错误。前者是构成要件错误,可以排除故意;后者是违法性认识错误,可以减免责任。

这篇文章是应陈兴良教授主题组稿,发表在《华东政法大学学报》2017年第6期。同期主题下的其他学者的文章,也都不约而同地谈到了违法性认识错误的问题。这也是与当下的立法和司法时弊链接较为紧密的一个重大议题。包括本案在内,近年来出现的大学生掏鸟窝案、内蒙古玉米案、河南兰草案、深圳鹦鹉案等一系列影响性案件,其引发广泛关注的背后,都存在着法院罔顾被告人

“不知违法”的辩解而直接认定有罪,与普通民众的法律认知产生激烈对立的原因。在违法性认识错误的研究成果已渐成积累的情况下,未来期待有更多的焦点案件形成倒逼压力,督促立法者和司法者突破在违法性认识上的陈旧观念,积极回应普通人的正义直觉。

第四编收入的三篇文章,均是围绕着具有重大社会影响的焦点案件展开,或者是运用已有的教义学理论进行个案解读,或者是由个案激发新的教义学理论的构建。近年来发生的一系列重大刑事案件广受关注,给司法机关相当大的压力,这反映出在这样一个变革的时代,司法不能够再以一种半神秘或者简单交代结论就打发公众的方式进行了。与此同时,这也充分显示,司法说理迫切需要刑法理论的支援。因此,围绕个案展开的法教义学研究,在刑法理论研究中必将占据越来越重要的地位。中国法院每年处理百万起刑事案件,新型案件不断涌现,疑难问题急需理论支援,这些都是实践部门向学界发出的迫切呼唤。如果回避或搁置司法实践的呼唤,淡漠地应对社会舆论对重大疑难案件的关注,不能给出有针对性和解释力的观点和方案,在某种意义上可能意味着部门法学者的失职,对刑法学发展而言,也将会整体性地失去引导和影响公众法治观念和司法制度变革的机会。这就是我近年来在一些纯粹理论探索性的研究之外,专门分出精力,运用包括论文和随笔在内的各种方式关注个案,向公众阐述和普及刑法知识的原因。我把它视作一个专业知识分子在学术天职之外履行社会责任的特定方式。

如果说《阶层犯罪论的构造》一书呈现的是以犯罪论体系为核心的总论教义学,那么,本书主要是教义学方法在刑法分论领域中的运用。这两本书合在一起,大体记录了我在传统刑法教义学领域中的耕耘。在整理过往文章时,重新唤起写作当时的记忆,每一篇文章都记录了一段全身心投入工作无暇顾及家庭的愧疚,感谢