

刑事法律论丛
Series of Criminal Law



XINGFA XINGSHIZEREN XINGSHIZHENGCE YANJIU

齐文远 周详 〇著

刑法、刑事责任、刑事政策研究

——哲学、社会学、法律文化的视角



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑法、刑事责任、刑事政策研究 ——哲学、社会学、法律文化的视角

齐文远 周详 著

XINGFA XINGSHIZEREN XINGSHIZHENGCE YANJIU



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法、刑事责任、刑事政策研究:哲学、社会学、法律文化的视角/齐文远,周详著. —北京:北京大学出版社,2004.12

(刑事法律论丛)

ISBN 7-301-08517-6

I. 刑… II. ①齐… ②周… III. ①刑法—研究 ②刑事责任—研究 ③刑事政策—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 016977 号

书 名: 刑法、刑事责任、刑事政策研究
——哲学、社会学、法律文化的视角

著作责任者: 齐文远 周 详 著

责任编辑: 明 辉 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-08517-6/D·1060

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650×980 毫米 16 开本 22 印张 372 千字

2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

自序：中国刑法学研究的创新之路之我见

福科认为,由学科、知识、权力组成的学科规训制度是现代社会不可避免的一种生产论述的操控体系,是主宰现代生活的种种操控策略与技术的更大组合。没有任何一个孤立的个人可以完全摆脱这一体系。这种客观事实似乎将我们导向“刑法学术研究必然衰落”的宿命论,仿佛我们大家都只能被动地随波逐流而不能有所作为。所以,刑法学界的同仁们在议论当前学术研究状况时都多有不满意之感,可行动起来却自觉不自觉地受到这一体系的牵制。但是,前景并非黯然无光,因为人是具有相对意志自由的,我们这一代刑法学人完全可以通过重塑自身的品质来复兴学术,尽管这需要艰辛的劳作,可能要付出痛苦的乃至自我否定的代价。结合时下中国刑法学研究的现状,我个人以为,中国刑法学研究的发展与创新需要解决好以下几个问题。

1. 刑法学术之“根”。“根”即刑法学研究的落脚点。中国刑法理论是从前苏联进口的,经过老一辈刑法学家的改造,已经基本成型,形成了学术传统,在中国理论界、司法界扎根。近年来,留欧、留日的大批中青年学者对社会危害性、犯罪构成、犯罪概念等我国的基本刑法理论猛烈进行了批判,形成以批判为时髦的潮流,大有彻底颠覆欲以欧陆、日本刑法理论取而代之之势。笔者认为,我国传统刑法理论固然有不少缺陷,批判者指出的问题也并非空穴来风,但是,就因此而颠覆“旧”基础,将欧陆、日本刑法理论照搬过来以消除问题,恐怕只是一种美好的幻想。历史不容阉割,历史的铁律在于“不存在将过去推倒重来”。理论一旦建立并生根,它就具有一种自我复制、繁衍的能力,这反过来又是产生特定问题的源泉之一。尽管我们好像可以自由地走任何一条路,比如,无视问题的存在而继续原地踏步,或者是抛弃原有的基本理论,全盘移植大陆法系刑法理论的符号体系,但这只是逻辑上的可能。事实上,只要我们开始选择了某条路,比如我国刑法理论中的社会危害性理论,那么将不得不去解决属于这条路中的特定问题,而不是将历史的选择推倒重来,当然我们仍然拥有自由和创造性的空间,但已经被特定化了。这也许带有强烈的“本土化”色彩,但从理性上思考,“本土化”并不是“故步自封”的代名词。每个国家都有其特有的刑法理论和实践问题。理论

框架、概念、范畴、命题组成的是一种理论模式,但“学术不只有一种模式、一种构架”^①,也不能抽象地说这种模式好,那种模式坏。况且,如果深究的话,大陆法系各国的刑法理论模式也不是人们想像的那样“大一统”。不管是大的理论构造、刑法思想、刑事制度,还是具体的个罪问题,都因民族思维方式(民族精神)的差异以及文化、政治、经济社会背景的差异而呈现出多样性。作为实践理性的刑法学研究,不能像哲学家行走在路上而眼观遥远的星空,一心想着“生活在别处”^②,那样只会摔掉大牙乃至落入深渊。笔者以为,这里的“根”就是苏力所说的“本土化”问题。除了宏观理论模式的本土化,刑法的许多具体问题也与本土化相关,诸如对犯罪概念的理解、“黑社会性质组织犯罪”的提法问题、亲告罪问题、中国邪教犯罪问题、“东突”恐怖犯罪问题、婚内性暴力问题、死刑问题等。对这些问题如果不搞实证研究,不从中国的政治、经济、文化、社会的特性出发,仅凭概念的逻辑推演,其结论必然是值得怀疑的。此外,所谓实证研究薄弱、缺乏定量分析其实也是一个是否“扎根于本土”的问题。

当然,强调要“扎根于本土”,并不意味着我们可以无视西方刑法理论的成果和发展趋势,“我们要拿来。我们要或使用或存放或毁灭。然而首先这人要沉着,勇敢,有辨别,不自私”。^③我们必须分析研究西方刑法理论背后的哲学基础、民族精神、社会文化、政治经济的背景。我们要借鉴的是他们用以解决刑法特有问题的睿智,而不是表层的永远在流变的具体的概念、术语。只有这样,才可能避免拿过来的刑法概念、理论、观念、原理,对人家而言是那样的理所当然,而输入到中国就可能有一种血型不对应的异质感,并且还带有一种我们永远也跟不上他们的脚步的挫折感。

2. 刑法学术之“视”。有了落脚点,扎稳了脚跟,还得睁开眼。当前中国刑法学研究的一个不争的事实是视野狭窄,其成果大多是对刑法条文进行以概念为中介的形式逻辑推理,好像刑法是一个不关社会现实的逻辑自足的天国。这是很不恰当的。如果说在社会关系、社会结构相对简单而稳定的古代农业社会,尚可“不出户,知天下”,“不行而知,不见而明”^④,那么在

① 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第218页。

② [捷]米兰·昆德拉:《生命中不能承受之轻》,时代文艺出版社2000年版,第239页。昆德拉讲了一个故事:有个人申请移民签证,官员问他:“你打算到哪里去?”他说“哪儿都行”。官员给他一个地球仪说:“你自己挑吧!”他看了看,慢慢转了转,对官员道:“还有没有别的地球仪?”

③ 鲁迅:《拿来主义》,载《鲁迅论文杂文集》,同心出版社2000年版,第476页。

④ 《道德经·四十七章》。

现代社会就不能再沉浸于概念的天国中苦思冥想,而必须睁眼看世界。不仅要“看”,还得多视角地看。法学从很大意义上讲从来就不是一个自我封闭的学科,它涉及社会的所有方面。法学有自治与开放两个维度,开放意味着“法学不能满足于自给自足,而需要从其他的人文社会学科的研究中汲取营养”。^① 法律、法学发展的动力很少来自于法律概念自身的推演,而多是来自法律之外的社会现实的促动或其他学科的渗透。考究西方刑法的发展规律,就足以看到这一点。比如,贝卡里亚在他的名著《论犯罪与刑罚》中所采取的方法并不仅仅是概念的推演,其中就吸纳了很多心理学的方法。如果说因为历史的原因,在谈到贝卡里亚对刑法的贡献时,还不能说是心理学的方法构成其刑法研究的理论基础,而只能称之为借鉴的话,那么康德、黑格尔以自成体系的哲学理论对刑法做出精辟论述,边沁则以经济学为基础对古典刑法的基本观点进行的深入论证,龙勃罗梭以人类学为视角的研究对刑法学产生的深远的影响,费利、李斯特以社会学为基础对古典学派的诸多基本观点发起挑战,并导致极大地推动了刑法的研究深度和广度的轰轰烈烈的主观主义和客观主义的刑法学派之争,以及法国思想家福科则以其独创的“知识考古学”对刑罚理论做出的诸多贡献,就不仅仅是借鉴,而只能说是多视角研究的产物。

从根的角度看,“扎根于本土”要求以问题为中心,而问题的解决不是或者说不完全是一个法律问题,而是涉及到社会的诸多方面,这也要求我们必须进行多视角、多学科的整合研究。“法律的生命始终不是逻辑,而是经验”。^② 有很多刑法学问题,尽管我们可以在逻辑上给予一个满意的论证和回答,但是,当应用到实践中时,总感觉到变了味——在理论上说得通的,在实践中却行不通。其原因在很大程度上是忽略了社会生活中的诸多细微的但并非不重要的因素。所以刑法学研究也必须“超越法律”^③。但是,从中国刑法学的研究现状来看,从社会学、人类学、心理学、经济学等视角研究刑法问题的论著实在是凤毛麟角,中国刑法学要有所突破,应当从这方面入手开拓。

根据现代心理学的研究,人的“视”、“看”具有选择性,也就是说,面对同

① 贺卫方:《法学:自治与开放》,载《中国社会科学》,2000年第1期,第17页。

② [美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第151页。

③ 《超越法律》是美国著名法学家理查德·A.波斯纳的一本著作的书名,中国政法大学出版社2001年曾出版过由苏力翻译的该书的中文版。

一个事物或者客体,每个人都愿意看他愿意看到的東西,而忽略他所不愿意看的东西。所以,人们对能够引起其兴奋的东西,可以过目不忘,甚至一个事物没有的成分、特性也会在这个选择性的过程中被虚构出来或者是被扩大。而对于实际上存在的事物,人们即使是每天都在接触,也许仍然会将其筛掉,中国成语中的熟视无睹说的就是这个道理。在刑法学研究中也会有这个心理的选择性问题。多视角的研究可以避免因为视野过于狭窄以及缺乏对自己所熟悉的视角的反思所产生的弊端。

当然,多视角、多学科研究也有一个驾驭问题。首先,不是随意塞进几个其他学科的时髦术语就称得上多视角、多学科研究的,它在本质上是一个思维内化的过程或者说是一个思维的操作过程。其次,多视角地看问题,往往会从不同的视角对同一个问题有不同的回答,那么这也会涉及到如何整合的问题,于是也就涉及到一个“思”的问题。

3. 刑法学术之“思”。当我们扎“根”于本土进行交叉、全方位的“视”时,所得到的东西仍然是混杂的,因此,还必须有一个“思”的操作问题。具体到刑法学,我们不得不先讨论“片面的深刻”和“刑法流派之提倡”的观点。提出上述观点的学者其实是以独到的眼光从不同侧面触及到刑法研究的“思”的问题。毋庸讳言,长期以来,我国刑法学缺乏一种思想的棱角,对许多问题采用的是“一方面,另一方面”这种貌似全面而辩证的公式化论述,似乎什么都说到了,但又什么也没说具体,也说不下去了。这个放之四海而皆准的公式既是结论也是理由,仅此而已。正是因为对这种状况的不满,所以才出现甘冒“违背马克思主义辩证法”或“走片面极端”等天下之大不韪的“片面的深刻”和“客观主义(刑法流派之一)之提倡”的主张。对此,笔者是持欣赏态度的。这种研究思路有其针对性意义。从很大程度上讲,“不片面无以深刻”的命题是成立的。打一个比方,“庖丁解牛”要做到游刃有余,其工具必须是一种“刀”,刀的构造必是“片面”的,而不能是“方圆”的。给庖丁一把圆木状的“刀”,恐怕他也只能将对象打死、砸成肉浆,而不可能做到游刃有余地深刻解剖、筋骨分明。只有使用片面之刀的庖丁才会深刻地研究自己所面对的不断变化的活生生的解剖客体的体形、体质、结构,才会思考怎样更好地使用刀,从哪里入手,什么地方难行或不可行,不断地从解剖实践中总结经验,才可能形成解剖之道术。“学派意识”就是刑法研究者手中之刀,它使每个研究者意识到自己的理论核心,不轻易动摇基本立场,批判时认清他人背后的根基,证明时尽量保持具体观点与基本立场的一致性;否则就只能是使用大棒的庖丁,反正最后都是一堆迷糊的肉浆,也就无所谓什

么解剖之道术了，反正是左右逢源，此亦可，彼亦可，怎么砸都行。

从某种意义上讲，思想都是片面极端的，严格地说，都要通过片面极端的形式表现出来。不片面、不尖刻，就无以一针见血，无以刻骨铭心，无以产生强烈的刺激和反应。诸如龙勃罗梭与“天生犯罪人”、苏力与“本土”、弗洛伊德与“性欲”、尼采与“强权”等常被人作为符号互换。但是也必须注意，正常社会的本性要求其发展的常轨应当是平和中庸的，如果社会生活也像思想一样走极端，其危害将无穷尽。刑法科学的发展有时候需要“片面极端”的思想激励，但作为一门以实践理性为核心的刑法学，仅仅停留在或满足于“片面的深刻”，或永远执守在“客观主义”的一端，恐怕是将手段混同于目的了。所以，马克思主义辩证法在刑法研究中不可抛弃。当然，真正的辩证法是一种以“对立”、“片面”、“分割”为中介、为前提的“对立统一”。也许国人把孔子单纯地理解为“中庸论”者，是一种误解。在笔者看来，孔子也是一个辩证法论者：他主张“吾叩其两端而竭焉”^①。叩即追问，端即极端，竭即尽力。可见孔子在认识论上也竭力追求“片面的深刻”和“两端的分离”，在此基础上才有“中庸”的实践主张。如果我们将二者结合起来，其辩证法思想可表述为“叩其两端用其中”的对立统一。

4. 刑法学术之“时”。“根”为刑法研究之立足点，“视”为刑法研究之视角，“思”为刑法研究之工具，而这些都不能离开刑法研究的“时间”问题。从较为抽象的法理学角度看，时间问题就是如何处理“实然”与“应然”的问题。这在法理学上讨论比较多，这里主要从刑法学人这个主体的角度谈谈该问题。

首先，从宏观的角度看，人是一个历史的存在物，或者说人是一个在无限的历史长河中的有限的存在物。研习刑法有一个如何对待历史、如何对待法律史、刑法史的问题。历史并不是逝去的故事、人物，或者扰人记忆的考题，也不是现代人对过去的回忆、再现或者历史学家的考据。相反，历史始终和现实纠缠在一起。意大利历史学家克罗齐有一句关于历史的名言：“一切历史都是当代史”^②。换言之，历史构成了现实的坚实基础。贝卡里亚、龙勃罗梭、费利、李斯特等所代表的就不只是一串历史人物的名称，他们的思想或多或少构成了现代西方刑法理论与实践的基础，也将成为我们共享的理论基础。中国有诗云：“落红不是无情物，化作春泥更护花”。在刑法

① 《论语·子罕》。

② [意]贝奈戴托·克罗齐：《历史学的理论和实际》，商务印书馆1982年版，第2页。

学研究中,谁如果想有意无意地割断历史和现在的联系,他就无异于在建造空中楼阁。从很大程度上讲,法学是一个注重现实和实践生活的科学,“历史是生活的教师”,从这个意义上看,法学是一个尊重、甚至崇尚历史的保守性的学科。当然,这只是刑法学术之时的一方面:历时性。刑法学术之时的另一方面是共时性。也就是说,许多发达国家已经经历或者解决了的老问题我们还没有解决,或者还没有完全解决,而新时代又为我们提出了新问题:比如全球化、现代化、网络、环境污染、恐怖主义等问题对传统刑法观念、理论的冲击。我们不得不面临着腹背受敌的困境。可以说,中国现在所处的时代异常复杂,用一个不太恰当的比喻来说:在一些思想观念和制度建构方面一只脚还拖在启蒙时期,甚至前启蒙时期,身体也许还搁在追求现代化的时代,而另一只脚却已经被迫迈进后现代主义时期。历时性与共时性的冲突与共存的矛盾表现得尤其明显。如果不是漠视“刑法学术之时”的学者,如果不是仅仅关心刑法技术性问题的刑法学人,也许他会深深地感受到这种人格分裂般的痛苦,甚至哀叹、迷茫“中国的历史基础在那里”?恰如马克思所言:“每个历史时期的谜……反映了时代所提出的问题,而且如果说在答案中个人的意图和观点起很大作用——因此需要用老练的眼光来区别什么应当归于个人,什么应当归于时代,——那么相反,问题就是公开的、无畏的、左右一切个人的时代声音。”^①举例来说,现在的中国刑法立场究竟是以贝卡里亚为代表的古典学派为本,还是以李斯特为代表的新派立场为本,还是以折衷派的立场为本,这是一个特殊的时代给中国刑法学术研究提出的不得不解决的问题。

其次,从微观角度看,每一个刑法学人的人生经历,无论是家庭背景、还是成长过程、求学经历都是他个人的历史,这个个人历史会潜移默化于刑法学术研究之中去,形成个人的风格,甚至可以说“个人历史”的总和就是个人之本质,如法国思想家萨特所言:“存在先于本质”。比如,欧陆留学的与英美留学的学者,青年学者和老一辈学者当面临同一个刑法问题时,其研究思路、理论基础以及最后的结论也许都是不同的。不同的个人历史面对同一个刑法问题却有不同回答,这也是历时性和共时性的矛盾。那么福科的“谁在说话?”也可以转换为“代表哪个时代、代表谁在说话?”,典型的例子就是一段时期激烈讨论的“婚内强奸”能否构成强奸罪的问题。自然这里也无法给出形而上学的抽象回答,还得具体问题具体分析。也许年轻学者

^① 《马克思恩格斯全集》第40卷,第289页。

对社会的变化和新的思潮、观念更具有敏感性,即使有一些观念还不成熟,但可能代表着社会的发展方向并影响刑法的走向,与此同时,我们也应当注意的是,老的观念不一定就全是过时的,新的观念不一定就都是现实的,有时候也许所谓的“新”只是一种时髦,就像一现的昙花一样,并不见得就一定可以在社会上扎根立足。

总之,无论是宏观上,还是微观上,中国刑法学人都应当对“刑法学术之时”的问题有充分的反思和认识。

5. 刑法学术之“色”。刑法学人在时间之流中所进行的研究之“根”、“视”、“思”,最后可归于一个“色”字。“根”是中国刑法学术总体之色,是刑法学人共同构造出的“大色”。“视”与“思”是刑法学人因其知识结构、研究方法、生活经验以及思维方式的差异所决定的个人学术研究之“特色”。从思维与视角上看,有人善于哲理思考,有人善于逻辑推理或语言分析,有人善于社会学思考,有人善于心理分析,有人善于实证研究,有人善于经济分析,不一而足。孔子提倡的“君子和而不同,小人同而不和”的思想中,“不同”大概也含有个性特色的意思。惟此,才可能真正产生学术的交锋和争鸣,不断完善批判双方理论上的缺陷并推动刑事立法和刑事司法的合理化。

当然,“知易行难”,对于刑法学研究的革命,需要刑法学人有革自己的命的牺牲精神。首先,要耐得住寂寞地去学,“昨夜西风凋碧树,独上高楼,望尽天涯路”。其次,要受得起学术之苦,“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴”。最后,才可能厚积薄发,“众里寻他千百度,蓦然回首,那人却在,灯火阑珊处”^①。

齐文远

初稿于 2003 年 4 月

修改于 2004 年 10 月

^① 况周颐、王国维:《蕙风词话——人间词话》,人民教育出版社 1960 年版,第 202—203 页。王国维先生曾引用古代三位大词人的这几句词,来比喻学术、事业、人生必经的三种境界。

CONTENTS 目 录

刑法篇	1
I 对刑法中“主客观相统一”原则的反思 ——兼评主观主义与客观主义	3
II 社会危害性与刑事违法性的关系新论	17
III 论刑法解释的基本原则	34
IV 一个公正的司法解释 ——与苏力等先生们的对话	57
V 犯罪构成分层论初探 ——事实犯罪构成与价值犯罪构成	100
VI 亲告罪的立法价值初探	116
VII 战争与国际刑法	123
VIII 刑法与民族文化及民族精神	132

刑事责任篇	191
I 刑事责任的基本理论问题	193
II 惩罚性与教育性的矛盾关系 ——对刑罚本质的历史性解读	214
III 死刑的虚拟价值与死刑问题的基本立场 ——死刑基本问题的哲学思考	227
IV 罚金刑问题研究	252

CONTENTS 目 录

刑事政策篇	259
I “严打”方针的刑法学思考	261
II 对社会治安综合治理的犯罪学反思	272
III 刑事政策视野中的邪教犯罪问题研究	283
IV 婚内强奸问题的社会学思考	323

后记:思想的婴儿在辩证法的助产术中诞生	335
---------------------	-----

刑 法 篇

I 对刑法中“主客观相统一”原则的反思

——兼评主观主义与客观主义

主客观相统一原则是我国刑法理论的基础性原则^①,是犯罪概念、犯罪构成及作为其核心的社会危害性理论得以建立的依据。^②众所周知,社会危害性^③在我国刑法理论中具有特别重要的意义,它是犯罪的本质属性,是犯罪构成的实质内容,是刑事责任的内在根据。因此,有学者认为,如果说要在我国刑法理论中确定一个关键词,那么,这个关键词非“社会危害性”莫属。^④而社会危害性这种至上地位是建立在主客观相统一原则的基础之上的。正如有学者指出的,“犯罪构成的主客观统一的内在根据在于犯罪的社会危害性的内部结构的主客观统一”^⑤。可见,主客观相统一,是整个刑法理论大厦的基点,将它称之为支撑起我国刑法理论的“阿基米德支点”,一点也不夸张。因为,离开了主客观相统一原则,犯罪构成、刑事责任以及社会危害性理论都难以成立。

一、对当前的“主客观相统一”原则流行话语的批判

我国刑法理论认为,“主客观相统一”是刑事责任的必备前提,它的基本含义是:对犯罪嫌疑人、被告人追究刑事责任,必须同时具备主观与客观两方面的条件。^⑥就此抽象定义而言,尚不能说其有什么不妥,但是一涉及到具体问题,其缺陷就显现出来。在此,不妨从传统理论对该原则的具体使用中分析其不足之处。

1. 共时性(静止性)。共时性是与历时性(运动性、过程性)相对的一个概念,这种共时性在我国“主客观相统一”的刑法理论中的表现十分明显,例

① 也有学者认为主客观相统一只是定罪原则。

② 张明楷:《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年版,第20页。

③ 这里所指的是达到应当追究刑事责任程度的社会危害性。

④ 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,载《法学研究》2000年第1期,第3页。

⑤ 第110页。

⑥ 高铭喧、马克昌:《刑法学》,中国法制出版社1999年版,第39页。

如,在论述主观要素的“同时”涉及客观要素,反之亦然。总之,各要素间你中有我,我中有你,在逻辑上密不可分。具体而言,我国传统刑法理论认为,作为犯罪构成要件之一的犯罪主体是指“具备刑事责任能力、实施犯罪行为并且依法应负刑事责任的自然人”^①,简而言之,就是实施犯罪的人。换句话说,犯罪主体要件以严重的危害社会行为或犯罪行为为其内容,如果排除了其中的“犯罪行为”,则这一概念就难以成立,其潜在逻辑是:那样会割裂主客观相统一原则。又如,传统刑法理论将犯罪客观方面的行为定义为“对于社会有危害性的,法律所禁止的,应当受到刑罚处罚的行为”^②。换言之,它简直就是“主客观相统一”的“犯罪”的定义。再如,通说认为罪过是心理事实与规范评价的“统一”,这里的统一也是就共时性而言的。如果将心理事实与规范评价分两个层次来讨论,则违反了这种共时性,因此也就破坏了“统一”。总之,构成要件四大块是一个互为前提的因果网,每一要件依赖于其他要件,同时又影响和制约着其他要件。^③于是,构成要件之间不能区分出主次,这在逻辑上显然带有循环论证的痕迹,而且也与辩证法中的重点论(主要矛盾、矛盾的主要方面)相违背。辩证法认为,世界不是一成不变的事物的集合体,而是过程的集合体。所谓过程,是指事物都有产生、发展和灭亡的历史。毛泽东曾经说过:“矛盾即是过程”^④,可见,对于主客观相统一原则的贯彻是不能同时完成的。马克思主义一贯认为,真理、观念等都是一个过程,故我们不能将“主客观相统一”理解成共时性的。否则,就像列宁所批评的那样,“思维和存在,有限的东西和无限的东西等等的‘统一’这个说法是谬误的,因为它表达的是‘始终静止的同一’”^⑤。

2. 平面综合性。这与层次结构性相对应,表现在我国刑法理论上的犯罪构成呈现为一种平面的一次性评价的结构。四大块要件一存俱存,一亡俱亡。^⑥而西方刑法理论则将犯罪成立条件中的行为分割为客观的与主观的两个层面,如在大陆法系中的德国与日本,一般是将犯罪成立条件分为构成要件符合性、违法性和有责性三个部分(层面)。首先,是在构成要件符合

① 高铭喧:《刑法学原理》(一),中国人民大学出版社1993年版,第604页。

② 张明楷:《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年版,第164页。

③ 同上书,第112页。

④ 转引自王成义:《唯物辩证法新探及其应用》,西南财经大学出版社1988年版,第28页。

⑤ 列宁:《哲学笔记》,人民出版社1956年版,第214页。

⑥ 参见李洁:《三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究》,载《刑事法评论》,陈兴良主编,中国政法大学出版社1998年版,第444页。

性中讨论抽象的、客观记述性的行为类型;其次,在违法性中讨论具体的、客观的判断;再次,在有责性中讨论主体的、主观的内容。然而,我国刑法理论通说却批判这种犯罪论体系分裂了犯罪行为的主客观统一性。事实上,系统结构的观念是马克思主义辩证法的内容之一。系统除了部分与整体的普遍联系和整体性之外,还有层次性、结构性、开放性。^① 失去了层次性、开放性的结构将只是一种平面的、单个要素的简单相加,这将丧失整体大于部分之和的整体性功能,就犹如一盘散沙而不成其为系统。犯罪构成是一个系统,对这一系统的诸元素作平面划分是必要的,但却并不是充分的,因此,就需要对犯罪成立的条件进行层次性的结构设计,例如,将行为整体按不同意义(外部的客观的事实与内部的主观的评价性要素)划分层次,分清先后与主次,从而使之构成一个系统结构。

3. 无对立的同一性。例如,在当前刑法理论界关于犯罪的形式概念与实质概念之争中,通说认为我国的犯罪概念是形式概念与实质概念的有机统一,其中不存在任何对立与冲突,其潜在的逻辑仍然是:社会危害性是主客观的“有机统一”体,这就决定了犯罪概念中的主观要素与客观要素之间也是相互“统一”的。一般而言,国外客观主义的刑事立法多采用犯罪的形式概念,主观主义的刑事立法则大多采用其实质概念,因此,如果仅仅是简单推论,我国以“主客观相统一”原则为指导的刑事立法,其犯罪概念自然应当是一种主观与客观、形式与实质高度统一的有机体。但这种逻辑貌似有理,实际上与马克思主义辩证法却是不相符的。马克思主义所讲的辩证法,“按本性说是对抗的,包含着矛盾的过程,一个极端向它的反面的转化,最后,作为整个过程的核心的否定的否定”。^② 在对立统一的矛盾体中统一是建立在斗争性基础之上的相对统一,而不是无条件的、绝对的统一,因此,列宁说:“对立面的统一(一致、同一、均势)是有条件的、暂时的、易逝的、相对的……正如发展、运动是绝对的一样。”^③ 可见,这里所说的主客观相统一应当是在承认主客观对立的前提下的有条件的统一,是对立统一而不是一种绝对的无矛盾的统一。如果否认主观与客观之间存在矛盾,那么对主客观相统一原则的讨论也就失去了意义,这一原则本身的存在价值也就值得怀疑了。

① 参见王成义:《唯物辩证法新探及其应用》,西南财经大学出版社1988年版,第10页。

② 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第483页。

③ 《列宁选集》第2卷,人民出版社1972年版,第712页。