

2006.4.4(3)

DF604
170

刑法理论探微

李居全/著

10

海天出版社

刑法理论探微

李居全/著

海天出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法理论探微 / 李居全著. —深圳: 海天出版社,
2005

ISBN 7-80697-173-4

I. 刑… II. 李… III. 刑法—法的理论—理论研究
—中国 IV. D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字 (2005) 第077369号

海天出版社出版发行

(深圳市彩田南路海天综合大厦 518033)

<http://www.htph.com.cn>

责任编辑: 蒋鸿雁

装帧设计: 陈沙尔

责任技编: 陈 炯

责任校对: 张巧珍

深圳市希望印务有限公司印刷 海天出版社经销

2005年1月第1版 2005年1月第1次印刷

开本: 850mm × 1168mm 1/32 印张: 7

字数: 180千 印数: 1-5,000册

定价: 22.00元

海天版图书版权所有, 侵权必究。

海天版图书凡有印装质量问题, 请随时向承印厂调换。

献给我的老师喻伟教授

序

八年前,我师从喻伟教授,于武汉大学法学院攻读博士学位。毕业之际,我以刑法学之犯罪概念为题,撰写博士论文《犯罪概念论》,并以同名出版。毕业后,遵喻伟老师建议,我就该专题作了进一步研究,已有部分阶段性研究成果在国内有关刊物陆续发表。弹指一挥间,八年过去,我不敢说有什么大彻大悟,但亦感些微心得,遂结合本人这些年对刑法学其他方面的理论所作的一些肤浅的探讨,整理成册,名曰《刑法理论探微》。

今年恰逢喻伟教授七十五岁寿辰,学生无以为贺,谨以此书献给喻伟老师,聊表对喻伟老师一番教诲的感激之情,并祝喻伟老师健康长寿。

李居全

2005年元月于肇庆学院

目 录

序	1
---------	---

犯罪概念理论探微

走出犯罪概念的理论误区	1
犯罪概念中的定量因素与法制发展的进程	29

犯罪行为理论探微

刑法中的行为构造	47
论第三行为形态	66

主观罪过理论探微

英国刑法中的犯罪故意	77
论第三罪过形态	95
犯罪过失的本质	115
犯罪过失的责任根据与判断标准	131

犯罪形态理论探微

犯罪未遂的判断标准	147
-----------------	-----

刑事责任理论探微

刑事责任的概念与本质	157
派生刑事责任	166

刑罚理论探微

浅谈我国的死刑制度	183
-----------------	-----

刑法史理论探微

《唐律》中的共同犯罪	193
保辜制度与“一年零一日”规则	203

后 记	217
-----------	-----

走出犯罪概念的理论误区

犯罪概念理论经历了从形式的概念到实质的概念,又从实质的概念到形式与实质相统一的概念,再从统一的概念到形式与实质相分裂的概念这样一个发展过程,成为刑法学的一大困惑。在这个问题上,外国刑法学最终走向了不可知论,而中国刑法学则滑向了形而上学唯物论。之所以出现这种局面,其原因在于到目前为止,中外刑法学都只是孤立、片面、静止地研究犯罪概念,不了解概念的相互联系和运动发展。犯罪概念是由先于刑法的社会物质生活条件所决定的,刑法的任务不在于解决犯罪概念问题,而在于运用已先于自己而存在的犯罪概念来作出判断。刑事司法的任务是在刑法判断的基础上作进一步的推理。犯罪概念的形成、运用犯罪概念所进行的刑法判断、以及运用犯罪概念和刑法判断所进行的刑事司法推理,是犯罪概念运动的一个完整过程,在这个过程中,犯罪作为一个概念它是统一的,不存在形式概念与实质概念之分,也不存在立法概念与司法概念之分。

笔者曾于1998年撰写拙文“犯罪概念比较研究”,比较英美刑法学、大陆刑法学及中国刑法学关于犯罪概念的理论,并将英美刑法学的犯罪概念理论,归结为一元的犯罪概念理论,将大陆刑法学的犯罪概念理论,归结为二元的犯罪概念理论,而将我国刑法学的犯罪概念理论,归结为一元的犯罪概念理论。^①近几年来,随着罪刑法定原则在我国刑法中的确立,我国刑法学中的犯罪概念理论又有了新的发展,逐渐由一元的犯罪概念理论演变成成为二元的犯罪概念理论。但尽管如此,犯罪概念问题上的形式与实质的矛盾,仍未得到合理的解决。

众所周知,概念问题是一个逻辑学的问题,同时也是一个认识论的问题。逻辑学又分为形式逻辑与辩证逻辑等等。形式逻辑与辩证逻辑虽然都研究概念问题,但形式逻辑是在撇开思维的具体内容的条件下,以思维的

^① 参见拙文“犯罪概念比较研究”,载于《法学评论》1998年第2期第102-107页。

形式结构或抽象思维为研究对象的,因此,形式逻辑所研究的概念是抽象的概念,是那种仅仅作为词项的内涵;而辩证逻辑则是以从抽象上升为具体的思维过程为研究对象的,因此,辩证逻辑所研究的概念,主要是具体概念。所以,就这两门学科的性质而言,“形式逻辑是一门研究思维的形式及其规律的具体科学。它不是世界观,也不是方法论,不具有哲学科学的性质。而辩证逻辑按其实质而言,乃是唯物辩证法的逻辑职能,是马克思主义哲学的一个组成部分,因而具有哲学科学的性质。”^①也正因为如此,辩证逻辑与哲学中的认识论则是一致的,因此,列宁曾指出:“辩证法也就是(黑格尔和)马克思主义的认识论”,^②“(辩证)逻辑不是关于思维的外在形式的学说,而是……关于世界的全部具体内容及对它的认识的发展规律的学说……”^③为此,本文力图从辩证逻辑即哲学的高度,来阐述犯罪的概念问题。

一、犯罪概念理论的沿革与刑法学的困惑

半个世纪以来,刑法学一直为所谓形式的犯罪概念,与实质的犯罪概念(或者说社会危害性^④与刑事违法性)之间的矛盾所困惑。根据笔者现有的资料表明,英国刑法学者早在20世纪中叶,除了展开以著名的哈特—德伍林(Hart-Devlin)之争为代表的关于犯罪本质的争论^⑤以外,同时还开始

① 彭漪涟著:《辩证逻辑基本原理》,华东师范大学出版社2000年版,第37页。

② 列宁:《哲学笔记》,人民出版社1974年版,第410页。

③ 列宁:《哲学笔记》,人民出版社1974年版,第89-90页。

④ 对于犯罪的本质或本质特征,学术界存在着很多不同观点。事实上犯罪的社会危害性并非犯罪的本质或本质特征。从哲学上看,特征属于现象的范畴,而不属于本质的范畴,同时作为现象的特征都是由本质决定的,与事物本质无关的特征不是该事物的特征(具体内容参见拙著:《犯罪概念论》,中国社会科学出版社2000年版,第144-157页。)。但在我国目前的刑法理论中,作为对犯罪本质的认识,社会危害性说仍然处在通说的地位。本文鉴于篇幅有限,不专门论述社会危害性说作为犯罪的本质或本质特征是否正确,为了理解上的方便本文暂且亦采用社会危害性说,即社会危害性乃犯罪的本质或本质特征,以社会危害性定义犯罪的,就是犯罪的实质概念。

⑤ 参见拙著:《犯罪概念论》,中国社会科学出版社2000年版,第69-82页。

专题讨论犯罪概念问题,如格兰威尔·威廉姆斯(Glanville Williams)于1955年发表“犯罪的定义”一文^①,费兹杰罗德(P. J. Fitzgerald)于1960年发表“犯罪的概念”一文^②,专题讨论犯罪概念。直到20世纪末英国刑法学者还在不停地叫嚷着:“不可能有一个单一的包罗万象的犯罪定义。”^③“不存在任何具有魔力的犯罪定义。”^④

人类对于犯罪的认识,最早受宗教神学的影响,所以形成对犯罪的概念,也是神学的犯罪概念,认为犯罪是对天、神或上帝意志的违反。这是由于在人类社会的早期,人的认识水平低下,无力摆脱自然力的威胁和束缚,导致人类对客观世界的歪曲的反映。^⑤这一时期人们在大脑中所形成的犯罪概念,我们不好说它是实质的犯罪概念还是形式的犯罪概念,它实际上是犯罪这一客观对象物映射在人脑中所形成的一种假象。

(一) 形式的犯罪概念

有学者认为,“对犯罪进行实质定义,在历史发展上要远远早于对犯罪的形式定义,后者基本上是罪刑法定时代才出现的产物。”^⑥笔者对此不敢苟同。首先,在理论上,根据认识运动的规律,认识是由表及里的,认识主体首先接触的是事物的表象,因此先认识的应该是对象物的表面特征,再逐步地、一级一级地认识对象物的本质。其次,在实践中,摆脱神学束缚之后,人类最早的犯罪概念是形式的犯罪概念。形式的犯罪概念也并非就是罪刑法定时代的产物,相反,犯罪的形式概念的产生远远早于罪刑法定时代。在我国古代刑法史上,自周代以后,随着天命神权思想的动摇,礼治得到极大

① 参见 Glanville Williams: The Definition of Crime, 载于 1955 年 Current Legal Problems 第 107 页。

② 参见 P. J. Fitzgerald: A Concept of Crime, 载于 1960 年 Criminal Law Review 第 257 页。

③ Janet Dine 和 James Gobert 著: Cases and Materials on Criminal Law, Blackstone 1993 年版,第 18 页。

④ Russell Heaton 著: Criminal Law, Blackstone 1996 年版,第 2 页。

⑤ 关于犯罪的神学观,参见拙著:《犯罪概念论》,中国社会科学出版社 2000 年版,第 47-50,54-56 页。

⑥ 李海东著:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社 1998 版,“代自序”第 6 页。

的发展,人们对犯罪的认识也随之发生变化。早在我国古代战国初期,著名的思想家墨子就提出:“罪,犯禁也。”^①意思是说犯罪是对禁止性规范即法律的违反,这是中国历史上最早从形式特征方面对犯罪的较为明确的认识。^②而此时距离中国的罪刑法定时代相差甚远。后汉许慎撰《说文解字》则更加明确地将“罪”解释为“犯法也”。直至《大清新刑律》第10条规定:“法律无正条者,不问何种行为不为罪。”中国历史上才首次出现规范化的罪刑法定。

欧洲中世纪时代,君权利用教权进行统治,于是法和宗教紧密地结合在一起。16世纪资产阶级早期的启蒙思想家为了反对封建专制统治,从资产阶级利益出发,将宗教与法律严格区分开来,否定了犯罪的宗教性质,将犯罪纳入法律概念之中,开始从犯罪的形式特征方面认识犯罪。荷兰启蒙思想家格老秀斯(Hugo Grotius)认为,法不是来源于神的意志,而是来源于自然,来源于人的理性。自然法是正当的理性法则,即使神也不能够改变它。因此,符合理性法则要求的行为即是正当的行为,反之,就是罪恶的行为。在格老秀斯看来,犯罪的本质是由法律来决定的,不是由神意来决定的,只不过格老秀斯这里所说的法是自然法。英国著名的政治理论家霍布斯(Thomas Hobbes)对犯罪的法律本质的论述十分明确,霍布斯认为:“罪行是一种罪恶,在于以言行犯法律之所禁,或不为法律之所令。所以每一种罪行都是一种罪恶,但却不能说每一种罪恶都是一种罪行。”^③因此,没有国家法的地方是没有罪行的,但却有罪恶存在,因为自然法是永恒的。^④很明显霍布斯与格老秀斯不同,不是将违反自然法的行为看作犯罪,而是将国家的法作为决定犯罪存在与否的根据。德国著名刑法学家宾丁(Karl Binding)在批判传统的犯罪的法律本质的基础上,对犯罪的法律本质作了更深入的研究。宾丁认为:“无论过去或现在,人们都将犯罪的本质视为破

① 《墨子》,上海古籍出版社1995年版,第142页。

② 中国刑法史上犯罪概念产生的时间还要早,不过在墨子之前,没有人象墨子这样明确表述过。最早产生的犯罪概念也属于形式的犯罪概念,具体内容见拙文:“论我国刑法史上犯罪概念的产生”,载于《法学评论》1997年第4期;拙著:《犯罪概念论》,中国社会科学出版社2000年版,第23-37页。

③ 霍布斯著,梨思复等译:《利维坦》,商务印书馆1985年版,第226页。

④ 参见霍布斯著,梨思复等译:《利维坦》,商务印书馆1985年版,第227页。

坏和平、法及规范。犯人的称呼也因此而来,于是乎犯罪人违反法规、犯法,或者他不适应法规,蔑视法规等,不仅古希腊罗马人这样想,在现代的各民族中也普遍能看到这种情况。”“这种说法尽管在根本上有其古老而正确的一面,但是由于现在几乎毫无例外地在错误意义上对其进行理解,便使得不仅在刑法学中,而且在其它所有的法律部门中都生出了不当的结论来。”“因为它将犯人所违反的法规和据以评价犯人的刑罚法规视为同一了。”^①“其实,犯人的行为,是对广义的法,即一定的法规的可罚性地违反,而不是对预告刑的规范即刑罚法规的违反。”^②因此,在宾丁看来,犯罪所侵犯的是刑法法规以外的作为行为准则的一般法令中的行为规范。刑法中的犯罪并非因行为人的行为符合刑法中所规定的应被科处刑罚的行为规定而成立,而是由于行为人违反了刑法制定之前便已存在并成为刑法前提的规范——命令及禁止。对于违反规范即具有违法性的行为来说,刑法不过是规定了一定效果即刑罚的工具而已。犯罪的本质在于蔑视法规范的要求,即违反法规范性。^③

(二) 实质的犯罪概念

人类对客观世界的认识是不断深入的,对犯罪的认识也一样。犯罪是对法律的违反,那么法律又是什么?而且应该是什么?这就是犯罪的法律概念形成以后,人们对犯罪的进一步的认识所面临的问题。对于这个问题的回答,直接就引出了犯罪的实质概念。有学者提出,犯罪的实质概念是刑事实证学派所确立的。^④这种提法也是值得商榷的。其实,最先论及犯罪的实质概念的,是刑事实证学派产生之前的18世纪资产阶级晚期的启蒙思想家。杜里奥·帕多瓦尼(Tullio Padovani)明确指出:“事实上,所有力图从社会学角度界定犯罪实质的概念,都滥觞于18世纪那些伟大的启蒙时代的刑法思想家们对犯罪实质的论述,19世纪中这些观念有了进一步的发展。当时的人们探讨犯罪的实质,目的在于限制国家的刑法权,使其只能在理性的范围(即只是为了正确地维护国家本身赖以存在的‘社会契约’的范围)

① 转引自马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第207页。

② 转引自马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第208页。

③ 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第208页。

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

内行驶。”^①

卢梭(J. J. Rousseau)针对当时“人是生而不自由的”的封建专制王权论,提出了“人是生而自由的”^②观点,认为主权应该在民而不在君,人民共同体的意志“一经宣示就成为一种主权行为,并且构成法律”^③,“确切地说,法律只不过是社会结合的条件。”^④所以卢梭认为犯罪不仅仅是违反了祖国的法律,而且更本质地是侵犯了社会公共利益,因此卢梭将犯罪看成是敌我矛盾,并指出“一个为非作恶的人,既然他是在攻击社会权利,于是便由于他的罪行而成为祖国的叛逆……对罪犯处以死刑,这与其说是把他当作公民,不如说是把他当作敌人。起诉和判决就是他已经破坏了社会条约的证明和宣告……”^⑤卢梭的这一论断明确地道出犯罪是对社会契约的违反,是对社会的攻击,简言之,是对社会的危害。

意大利刑法学家贝卡利亚(Cesare Beccaria)继承了卢梭的社会契约论,同时也追求罪刑法定,但贝卡利亚所说的法律,与卢梭的一样,并非现实的法律,而是理想中的法律,是基于社会契约,反映公共利益的法律。所以贝卡利亚在其著作中,首先批判了现实和以往的法律,并“向公共幸福的领导者勇敢地揭露这些法律的弊端”^⑥。贝卡利亚指出:“我们翻开历史发现,作为或者应该作为自由人之间公约的法律,往往只是少数人欲望的工具……。”^⑦关于犯罪的本质问题,贝卡利亚认为,“一切合理的社会都把保卫私人安全作为首要的宗旨,所以,对于侵犯每个公民所获得的安全权利的行为,不能不根据法律处以某种最引人注目的刑罚。”^⑧所以,“既然存在着人们联合起来的必要性,既然存在着作为私人利益相互斗争的必然产物的契约,人们就能找到一个由一系列越轨行为构成的阶梯,它的最高一级就是

① 杜里奥·帕多瓦尼著,陈忠林译:《意大利刑法学原理》,法律出版社1998年版,第74页。

② 卢梭著,何兆武译:《社会契约论》,商务印书馆2001年版,第8页。

③ 卢梭著,何兆武译:《社会契约论》,商务印书馆2001年版,第36-37页。

④ 卢梭著,何兆武译:《社会契约论》,商务印书馆2001年版,第52页。

⑤ 卢梭著,何兆武译:《社会契约论》,商务印书馆2001年版,第46-47页。

⑥ 贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国百科全书出版社1991年版,第2页。

⑦ 贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国百科全书出版社1991年版,第5页。

⑧ 贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国百科全书出版社1991年版,第72页。

那些直接毁灭社会的行为,最低一级就是对于社会成员的个人所可能犯下的、最轻微的非正义行为。在这两极之间,包括了所有侵害公共利益的、我们称之为犯罪的行为,这些行为都沿着这无形的阶梯,从高到低顺序排列。”^①“一切犯罪,包括对私人的犯罪都是在侵犯社会。”^②由此,贝卡利亚认为,“什么是衡量犯罪的真正标尺,即犯罪对社会的危害。这是一条显而易见的真理……。”^③这样,“量刑的标尺并不是罪犯的感觉,而是他对社会的危害,一个人受到的优待越多,他的犯罪行为造成的公共危害也就越大。”^④贝卡利亚虽然推崇罪刑法定,但他对犯罪概念的认识仍然属于实质上的。

黑格尔(George Wilhelm Friedrich Hegel)认为,“真正的不法是犯罪,在犯罪中不论是法本身或我所认为的法都没有被尊重,法的主观方面和客观方面都遭到了破坏。”^⑤因为“这无论自在地或对我来说都是不法,因为这时我意图不法,而且也不应用法的假象。我无意使犯罪行为所指向的他方把自在自为地存在的不法看成法。”^⑥在认为犯罪为不法行为的同时,黑格尔进一步揭示出犯罪的更深层次的本质。黑格尔认为“因为在市民社会中所有权和人格权都得到法律上所承认,并具有法律上效力,所以犯罪不再只是侵犯了主观的无限的东西,而且侵犯了普遍事物,这一普遍事物自身是具有固定而坚强的实在的。因此产生了一种观念,把行为看成具有社会危险性。”“由于对社会成员中一人的侵害就是对全体的侵害,所以犯罪的本性也起了变化……。现在,侵害行为不只是影响直接受害人的定在,而且牵涉到整个市民社会的观念和意识。……所以对市民社会的危险性就成为它的严重性的一个规定,或者也是它的质的规定之一。”^⑦

卢梭、贝卡利亚、黑格尔等抛开从法律形式上认识犯罪的传统观点,转而从社会危害性这一实质内容上认识犯罪,这就形成所谓的实质的犯罪概

① 贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国百科全书出版社 1991 年版,第 66 页。

② 贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国百科全书出版社 1991 年版,第 71 页。

③ 贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国百科全书出版社 1991 年版,第 67 页。

④ 贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国百科全书出版社 1991 年版,第 73 页。

⑤ 黑格尔著,范扬等译:《法哲学原理》,商务印书馆 1961 年版,第 95-96 页。

⑥ 黑格尔著,范扬等译:《法哲学原理》,商务印书馆 1961 年版,第 92 页。

⑦ 黑格尔著,范扬等译:《法哲学原理》,商务印书馆 1961 年版,第 228 页。

念。^①而他们所提出的犯罪实质概念比刑事实证学派要早得多。只不过他们所说的社会,并非具体历史条件下的现实的社会,而是理想中的社会,因此,他们的犯罪概念,虽然属于实质犯罪概念的尝试,但并非科学和正确的。马克思在前人研究成果的基础上,从阶级分析的角度,提出犯罪是“孤立的个人反对统治关系的斗争”这一实质的犯罪概念。在马克思主义理论的指导下,前苏联的刑法理论及立法实践全盘接受了实质的犯罪概念,并将实质的犯罪概念推向极限,形成了犯罪的阶级概念,并导致法律虚无主义思想(具体参见陈兴良教授的论文^②)。

(三) 形式与实质相统一的犯罪概念

法律虚无主义容易助长专制暴政,不利于人权保障。因此从30年代开始,前苏联刑法理论界及刑事立法实践,对法律虚无主义态度有所转变,逐渐发展成为形式与实质相统一的犯罪概念(具体参见陈兴良教授的论文^③)。我国1979年刑法借鉴了前苏联刑法关于犯罪的规定,在第10条中规定:“一切……危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪。”我国刑法理论界,从辩证唯物主义观点出发,认为这一规定是形式与实质相统一的完整的犯罪概念。因1979年刑法中明确规定了类推制度,所以理论界对于形式与实质相统一的犯罪概念,基本上都是持肯定态度。^④

(四) 形式与实质相分裂的犯罪概念

我国1997年修订后的新刑法基本上也沿用了旧刑法第10条的规定,但由于新刑法废除了类推制度,明确规定了罪刑法定原则,这似乎就导致

① 从本质上认识犯罪的观点很多,除了贝卡利亚和黑格尔所持的社会本质论外,还有康德的自由本质论,费尔巴哈的权利本质论以及加罗法洛的情感本质论等等。具体内容参见拙著:《犯罪概念论》,中国社会科学出版社2000年版,第59-64页。

② 参见陈兴良:“社会危害性理论——一个反思性检讨”,《法学研究》2000年第1期,第6-7页。

③ 参见陈兴良:“社会危害性理论——一个反思性检讨”,《法学研究》2000年第1期,第7页。

④ 参见曲新久:“犯罪概念之解析”,陈兴良主编《刑事法评论》(第5卷),中国政法大学出版社1999年版,第266页,注释之[2]。

了一个相互矛盾的局面,即一方面,认为犯罪在本质上是危害社会的行为,但又认为法无规定,即便危害社会也不为罪。在罪刑法定原则下,实质的犯罪概念撇开了形式的犯罪概念就一无是处。另一方面,如果说犯罪是刑法规定为犯罪的行为,这一方面不能揭露犯罪的实质,不能说明犯罪为什么是犯罪,同时对于刑事立法来说,将“刑法规定为犯罪的行为”再犯罪化,这又说不通。另,实质的犯罪概念与形式的犯罪概念也有相互矛盾的时候,^①那么在它们相互矛盾的时候究竟以哪一个为准呢?于是我国刑法理论界就开始对形式与实质相统一的犯罪概念提出了质疑。

李海东博士认为,“所谓社会危害性不仅在思维过程中是诡辩的,而且,论理上也不符合基本的形式逻辑。”^②“辩证统一说……在基本思维的形式逻辑上是典型的似是而非的诡辩。”^③王世洲教授则认为,“新的具有双重结构的中国刑法理论的犯罪概念应当由‘立法概念’与‘司法概念’组成,就是把犯罪概念分为说明尚未在法律上规定为犯罪但是应当在法律上规定为犯罪的行为的‘立法概念’,和说明已经在法律上规定为犯罪的行为的‘司法概念’。”^④而所谓的“立法概念”,就是实质的犯罪概念,所谓“司法概念”就是形式的犯罪概念。陈兴良教授认为,“以往我国刑法理论,在界定犯罪概念的时候,没有区分立法上的犯罪概念与司法上的犯罪概念、理论刑法学上的犯罪概念与注释刑法学上的犯罪概念,从而笼统地将社会危害性作为犯罪的本质特征,带来了理论上的混乱。”^⑤因此,陈兴良教授主张,将实质的犯罪概念逐出注释刑法学领域。

综上所述,人类摆脱神学束缚之后,首先从法律的形式特征上认识犯罪,形成了所谓形式的犯罪概念。18,19世纪的启蒙思想家对理想社会的追求,启发人们对犯罪本质的探索,遂形成了犯罪的实质概念。但极端的实质

① 参见陈兴良:“社会危害性理论——一个反思性检讨”,《法学研究》2000年第1期,第10-11页。

② 李海东著:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,“代自序”第8页。

③ 李海东著:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,“代自序”第9页。

④ 王世洲:“中国刑法理论中犯罪概念的双重结构和功能”,《法学研究》1998年第5期,第123页。

⑤ 参见陈兴良:“社会危害性理论——一个反思性检讨”,《法学研究》2000年第1期,第12-13页。

概念容易导致法律虚无主义和专制暴政,不利于人权保障,于是便出现了形式与实质相统一的犯罪概念。可是,在罪刑法定原则下,当实质犯罪概念与形式犯罪概念相冲突时,以何者为准呢?为了回答这个问题,实质的犯罪概念与形式的犯罪概念发生开始分裂,形成了“立法上的犯罪概念”与“司法上的犯罪概念”或者“理论刑法学上的犯罪概念”与“注释刑法学上的犯罪概念”。

分裂的犯罪概念是不是就解决了形式的犯罪概念与实质的犯罪概念的问题呢?且不说在刑事法学的几个分支学科中对于同一对象物应该有一个统一的概念,至少在刑法学这一门学科中,对于同一对象物应该只能有一个统一的概念(详见后文)。因对某一学科中的概念界定不周延,而将同一对象物的概念分裂为几个概念或将同一学科分裂为几个学科,这不就是削足适履吗?犯罪概念由分到合,由合到分,众说纷纭,莫衷一是,成为刑法学一大困惑。刑法学这一困惑的真正原因何在?在我看来,困惑的原因在于现有刑法学的犯罪概念理论,都只是孤立地、片面地、静止地研究犯罪概念,正所谓不识庐山真面目,只缘身在此山中。概念是一个大的范畴,其内容丰富多彩,包括概念的内涵与外延、概念的本质与定义、概念的形成与发展以及概念的运动与展开等等。而现有刑法学中的犯罪概念理论,只局限于犯罪概念的定义即“犯罪是什么?”这一个问题,并从形式逻辑的角度,以定义的周延与否为标准来判断犯罪概念理论的正确与否,如意大利刑法学者指出:“任何概念,只要不能科学地概括法律规定的所有犯罪,就不是犯罪的实质概念。因此,对每一个犯罪的实质概念来说,只要有一个相反的例子就足以说明不具有‘最小公分母’的性质。”^①然而,几个世纪的实践证明,这种尝试是失败的,于是英美刑法学者坦诚地宣称:“犯罪是什么?我们怎样确认某一特定行为是否犯罪?这两个问题切实所需的回答,就是作为能准确无误地确定某一行为是否犯罪的检测方法的犯罪定义。不幸的是这种犯罪定义从来并且永远也不会有。”^②大陆刑法学界也最终有不少人无可奈何地得出了一个为英美法系所普遍接受的结论:犯罪的实质是不可描述

① 杜里奥·帕多瓦尼著,陈忠林译:《意大利刑法学原理》,法律出版社1998年版,第73页。

② Peter Seago 著:Criminal Law, Sweet & Maxwell 1981年版,第1页。