

当代大学读本
法学系列

刑法学读本

周光权 车 浩 / 编



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

刑法学读本

周光权 车 浩 

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书根据编选者对近年来国内刑法学界研究思潮及其重要性的理解,提炼出刑法学的当代走向、刑法学立场定位、犯罪论体系的变革、罪刑法定与刑法解释、犯罪论的基本范畴、刑罚目的与刑罚理论等六个主题,在各个主题之下精心遴选出 26 篇学术论文汇集成书。

本书立足国内刑法学研究的现状,选取在各个主题范畴的研究传统内有传承性和推进性的文章,同时注重论文写作技巧对读者的启发性。通过读本的方式,本书志在促进刑法学的学术积累,推进当代中国刑法学术史的形成。同时,在教学科研方面,本书既可面向本科生作课外读物之用,也可面向刑法专业研究生学习论文写作技巧,还可面向刑法学者作为本专业的学术前沿资料汇编。

图书在版编目(CIP)数据

刑法学读本/周光权,车浩编. —上海:上海交通大学出版社,2011

(当代大学读本. 法学系列)

ISBN 978-7-313-06528-5

I. ①刑… II. ①周…②车… III. ①刑法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 100549 号

刑法学读本

周光权 车浩 编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×1092mm 1/16 印张: 29.25 字数: 537 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1~3030

ISBN 978-7-313-06528-5/D 定价: 52.00 元

版权所有 侵权必究

总序

现在,人们逛书店,会发现书架上出现了越来越多的读本类图书。它们中有些是以某个主题为线索,有些则是以特定人物相号召。从学术史和思想史的角度看,这类书籍有着独特的价值。首先是通过精选的文本,能够让读者一册在手,将特定主题或人物学说中最重要的内容尽览无余。学术如积薪,一代一代的创造叠加起来,成果浩繁,有些题目下的经典文献更是汗牛充栋,阅读非易。于是某种精华的选编本就显得十分重要,好的读本足可成为求知的捷径、学海的指南。

读本虽然是一种精选和提炼,不过,它们还可以有一般专著所不具备的特色,那就是可以在两个方面有所追求,一是可以将某个流派或某种倾向的著述集中选编,从而彰显学术或思想的流派风貌;另一种编选思路则是将不同观点、立场的文章同时呈现出来,体现包容性和多样化,以收兼容并蓄、多闻阙疑之效。这是读本的第二个价值。

通常的读本属于述而不作,而非原创作品,但是选编者在取舍之间却足可以表达自己的特定取向和判断。孔子通过编辑《春秋》而表达儒家对社会秩序的追求正是这方面的经典例证;马克思主义在不同国家、不同时

代的各种选本则更是花样百出,甚至表达出完全对立的旨向。从解释学的角度说,特定文本含义上的复杂性给不同倾向的选本提供了空间,所以,选编的权力就变得很重要。如果某种学说具有政治的意义,那么选编和解释几乎就等同于一种政治行为。不妨把这种情况视为读本类书籍的第三个价值。

过去的三十多年间,中国的法律教育和法治建设都有了长足的发展,法学研究也取得了很大成就。“三十年一世”,我们的法治与法学在今天面临着阶段性总结的要求,也面临着某些特殊的困难甚至危机,因为人们在法治的基本路向上正在产生分歧。在这种情况下,梳理文献,温习典故,反思法治的合理路径和法学的未来方向,就变得十分必要。于是,就有这样一套法学读本的问世。

我们希望,这样的读本能够为法律专业的学子以及关注法治和法学的读者提供教科书和专著之外的辅助读物。从内容上说,既体现相关主题经典文献的基本概貌,也包容主持者的某种学术偏好。最重要的,它们既是学术史的梳理,也蕴含着对法治与法学前景的探索和企望。

贺卫方

2010年3月

导言 从现在就开始积累

法律的主要功能之一是防止不利行为和保障有利行为，“这种功能主要由刑法和侵权法来执行。例如禁止杀人、攻击、非法拘禁、诽谤、某些形式的性行为、泄漏政府机密等，以及从事危险活动的人负有适当注意的义务……这是法律所执行的最基本的社会功能”。^① 通过禁止不利行为，法律指引人们以它认为正当的方式活动，法律自身决定哪些是有利目的，哪些是不利目的，它限制人们的选择以保障正当目的的实现。基于此，刑法理论就始终面临两难困境：尽量将那些造成社会损害的行为辨认、挑选出来，同时又不至于伤及无辜。不同国家的刑法学理论处理这个困境的方式有所差别，刑法学的魅力也由此展现。任何有魅力的刑法学都必须能够展示认定犯罪的动态过程、提供处理犯罪的不同方案、将犯罪认定和后续处理勾连起来。编选一本足以展示刑法学魅力的《刑法学读本》，就是我们很乐意做的事情！

但是，我们也深知：以《读本》之名遴选刑法论文，可能是一件费力不讨好的事情。

所谓“费力”，说的是工作量。中国刑法学经过改革开放三十多年来的发展，总体“产能”不断提高，在各种核心和非核心期刊上发表的刑法论文，每个月就有几十篇之多，数十年算下来，论文总量没有一万也有八千。要在这数量惊人、浩如烟海的案牍之中选出二三十篇，工作量之巨，想想就令人发怵。即使不做涸泽而渔的自我要求，而是按照一定的“前见”，首先滤过一些不必细究的文章，也仍然有大量的作品需要编选者在斟酌取舍之前反复研读；即便是美文，一篇篇反复研读下来，也容易让人对汉字（无论是在白纸还是在屏幕上）产生厌倦。

所谓“不讨好”，说的是遴选结果。编选者不是桃花源中人，自不必标榜“客观中立”这等遭人暗笑的浮词。当然，也难以脱离遴选的自身立场，和其他《读本》的编选者一样，我们都希望尽最大努力筛选出有足够代表性的文章。不过，既然存在

^① [英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威》，朱峰译，法律出版社，2005，第148页。

编选者的主观倾向,又有选文的数量限制,总不免有一些同样出色甚或更出色的作品成为遗珠。诚是左右为难,此之谓“不讨好”也。

但是,任何事业的进步,总要有人去做一些费力不讨好的工作。学术事业更是如此。学术需要积累,特别对法学这样一个现代意义上的学术研究起步较晚、底子薄弱的学科来说,若再没有及时总结的观念,势必将永远处在一个“无史化”的落后状态中。这种状态,没有深度亦没有高度,每代人都只是原地踏步且顾盼自怜。先行者不注重积累总结,后来者也不重视前人的研究基础,自然就无法形成“学术史”——学术史不是作为已经发生的过去冬眠在陈列橱里,它应该鲜活地存在于当下每一个学者的研究起点和引证注释中。在这个意义上,通过编选《刑法学读本》的工作,将这个研究领域的一些代表性论文汇集起来,可以看作是推进当代中国刑法学术史形成的一种努力。

还有另外一点考虑。作为研究者和教师,我们在教学科研的过程中,常常感到案头缺一本刑法学论文的合集。它应该具备以下几方面的功能:第一,可面向本科生作课外读物之用。特别对那些既不满足于教科书概况论述的一家之言,又畏惧大部头煌煌巨著的学生来说,迫切需要教师提供一本性价比较高的精华读本;第二,可面向刑法专业的研究生。既能帮助其迅速全面地了解刑法学研究最前沿状况,使其从不同作者、不同风格的论文中,学习到多元的研究路径和写作技巧;第三,可面向刑法专业的学者。作为了解同行研究动态的参考资料,多少可以省却一些翻查期刊、收集复印之苦。要达到这三种功效,这本论文集就既不能是某一位学者的个人文集,也不能是关于某一问题的论文集,更不能是改革开放三十年来的论文大全。尽管身边很多同行都有这种需求,但这种近乎“理想类型”的文集迄今为止尚未在国内出现。因此,当出版社提出编选《刑法学读本》的计划时,对我们亦是正中下怀。

要编选这样一种读本,正如前面提到的,是不可能做到完全客观中立的。读本带有编选者鲜明的风格偏好,这一点不必掩饰,更要强调指出。《刑法学读本》的编选特色,主要体现在以下几点:①在主题方面,没有循规蹈矩地采纳教科书体例的各级标题,而是根据编选者对近年来国内刑法学界研究进程及其重要性的理解,提炼出六个新的主题。②在选文方面,没有像一般的纪念文集那样,在向作者征集论文之后,再对论文分类并归纳出各编主题,是主题先行。根据编选者拟定的六编主题,再来挑选各领域的论文。③在作者方面,没有像一些论文集那样,由作者提交自己满意的论文,而是根据编选者的眼光,来挑选编选者认为最适合、但也许是作者未必最得意的论文。因此,呈现在读者面前的《刑法学读本》,无可避免地带有编选者的个人色彩,这当然会有遗憾——既然是编选者自定主题来挑选合适的论

文,那就必然会有很多非常出色的作者和论文由于研究主题不同而未能入选。但是,若要使得《读本》避免成为那种“面面俱到”的论文大全或是“名家论文选”,在当下出版市场充塞各种质量参差不齐的论文集中脱颖而出,编选者别无他途。一千个读者心中有一千个哈姆雷特,每个刑法学者心中也一定会有他自己最中意的《刑法学读本》。因此,有必要反复重申的是,文章是否入选,绝非水平的原因,仅是理论偏好不同而已。

本读本分为六编。第一编为“刑法学的当代走向”。顾名思义,本编收集的是从最宏观的层面,探讨处于转型社会和“发展中学术”的双重背景下的中国刑法学应向何处去的论文。探讨的角度有刑事政策,有知识转型,有学派论争等4篇论文。第二编是“刑法学立场定位”。讨论一些对于刑法学问题的非逻辑性的基本看法。所谓“非逻辑性”,是指这种看法位于逻辑体系之外,不是也不可能在体系内部经由逻辑推导得出确定性的唯一答案。持哪一种看法,往往取决于论者对刑法的社会角色的期望,取决于论者的人生经验、社会认识等一些先于刑法学研究的价值观和世界观。围绕着“客观主义与主观主义”、“法益侵害说与规范违反说”,以及“结果无价值与行为无价值”三组议题,选取了4篇论文。第三编“犯罪论体系的变革”。这是当下刑法学界争论最为激烈的话题。兴起于2003年前后,迄今热浪未退,反有愈演愈烈之感。基于逻辑、比较和历史等不同的进路和角度,这里选取了具有代表性的4篇论文。第四编是“罪刑法定与刑法解释”。如果说关于犯罪论体系的大讨论是近年来德日理论西风东渐后的产物,那么,罪刑法定原则自上个世纪末被写进刑法典起,就一直属于我国刑法学界经久不衰的讨论热点。围绕着罪刑法定原则的争论,构成了十多年来我国学者自觉培养(相对于移植国外理论)的一条问题主线,本编选择了5篇论文。第五编是“犯罪论的基本范畴”,这里没有选择那些解释技巧精湛但由于对法条的依附过强而有可能丧失时空稳定性的作品,相反,挑选对象主要围绕着一些各国刑法学都需要共同面对的普遍性问题,其在知识论上的解决方案具有某种“跨越时空性”,从而具有一种学术性的智慧之美。共有6篇论文入选本编。第六编为“刑罚目的与刑罚理论”,刑罚论与犯罪论本是刑法学的两翼,但是在国内,对前者的研究深度远不如后者,原因在于,作为刑罚论研究基础的监狱学、犯罪学和刑事政策学等一直未受到学界应有的重视,自然难以为刑罚论研究提供充足的理论资源。这里收录的3篇论文,主要是针对一般预防问题做出了一些有益的探索,值得关注。

为了使本读本的结构布局更为合理,每编之前都缀以几千字的导读。这种形式,是希望在文献综述和单纯的文选之间探出一条新路来。以往的综述性文章,虽然对学界的一些成果加以点评,但是由于没有同时见到述评对象的全貌;任凭说得

风生水起,读者总不免暗自嘀咕,“真有那么好么?”与此相反,有些文选又纯粹是论文的大集合,编者沉默不语,读者也看得枯燥。作者、编者与读者之间,缺乏神交,自然也没有隔了时空“煮酒论英雄”的切磋之趣。《刑法学读本》希望能克服这个缺陷,以文章为中心,将作者、编者与读者圈在同一个气场中;各编导读,正是先就文章做一个抛砖引玉的议论,仿佛是一段简短的乐评或影评,引导读者通往赏析之路。

毋庸讳言的是,《读本》中选取了编者自己的多篇文章。这难免有“利用职务之便”的嫌疑,不过一则,《选本》本来就不以中立的裁判者自居,二则,作为学界中人,若连这点“敝帚自珍”之意也没有的话,恐怕比“利用职务之便”更叫人泄气。同样毋庸讳言的是,虽然各编导读都是说明入选文章在编者眼中的佳处,但是,如果用一把理想主义的尺子来衡量,那么入选《读本》的一些文章恐怕并不都是绝对意义上的“好文章”。这里涉及到编选者的选文范围和选文标准。我们认为,作为一个面向中国读者的《读本》,作为一个渴望对中国的刑法学术史起一点积累作用的《读本》,编者的眼光不可能“放之四海”,而必须在中国刑法学研究现状的基础上,去筛选国内学界对某一个问题的研究有进展性的、相对意义上的“好文章”。这是《读本》对中国刑法学学术进步的使命,也是我们作为编选者对《读本》的职责。否则,不从中国学界的研究现状出发,那编者赢得的只是一个轻飘飘的理想主义名声,却可能会丧失对所在国家学术传统的依附,也因此丧失了对这个学术传统有实际意义的引导和推进作用——而这,本来是我们编选《读本》时真正的理想。对此,祈望读者诸君阅读时怀抱“同情的理解”。

近十年来,中国刑法学进步飞速。特别是随着德日等国刑法理论的大量引进,比较研究勃兴,研究视野扩展,作为在学术起点上具有“后发优势”的国家,可以想象,在未来的十年或二十年中,中国刑法学将从之前几近穷途末路的“夕阳学科”变成一个吸引更多有智识的头脑进入的研究显学,进而重新迎来一个高度繁荣的时代。今天的《刑法学读本》中的一些文章,到那时可能只具有学术史的价值,如卡多佐法官所说,“在一种意义上将千古流传,而在另一种意义上又如白驹过隙”;至于编选者,也不过是“在一个无尽的过程中,来应召完成我们的工作而已”。然而,只要学术传统得以积累和流传,任何个体的流逝又何足道哉!一念及此,似乎所有的话都是多余的了,不过是掩饰《读本》面世前的忐忑,于是借导言之便,絮絮叨叨,一路写来,实为自我压惊。

最后,需要简单交代本书的编选过程:文章挑选的大致范围、字数限制等基本标准由周光权确定,车浩博士按照这个条件遴选。在初步挑选出200多篇论文后,我们两人进行多次商议,最后保留了26篇文章。大幅度剔除论文的过程,对我们

而言简直是“痛不欲生”，但最后仍然只能按照出版社的要求“忍痛割爱”！本书导言由周光权撰写，各章的导读由车浩博士撰写，周光权最后修改后定稿。

最后，作为编选者，我和车浩博士要对各位论文作者给予我们的支持和理解表示深深的谢意！正是学界同仁数十年如一日的用心凿力，刑法学才有“花繁叶茂”的今天！

周光权

2010年6月20日

目 录

● 第一编	刑法学的当代走向	(1)
	导读	(3)
	刑法知识的去苏俄化 陈兴良	(5)
	学术之盛需要学派之争 张明楷	(11)
	刑法学的西方经验与中国现实 周光权	(24)
	公共政策与风险社会的刑法 劳东燕	(49)
● 第二编	刑法学立场定位	(67)
	导读	(69)
	新刑法与客观主义 张明楷	(72)
	刑法的任务不是法益保护吗? [德]克劳斯·罗克信	(88)
	刑法保护什么:法益还是规范适用? [德]G·雅各布斯	(107)
	违法性判断的基准与行为无价值论		
	——兼论当代中国刑法学的立场问题 周光权	(122)
● 第三编	犯罪论体系的变革	(141)
	导读	(143)
	犯罪论体系:比较、阐述与建构 陈兴良	(145)
	犯罪构成理论的课题 张明楷	(159)
	犯罪构成理论:关系混淆及其克服 周光权	(180)
	未竟的循环——“犯罪论体系”在近现代中国的历史		
	展开 车 浩	(192)
● 第四编	罪刑法定与刑法解释	(209)
	导读	(211)
	罪刑法定的当代命运 陈兴良	(213)
	罪刑法定与社会危害性的冲突		
	——兼析新刑法第 13 条关于犯罪的概念 樊 文	(243)

善待社会危害性理念——从我国刑法第 13 条但书

说起 储槐植 张永红 (247)

罪刑法定视域中的刑法适用解释 梁根林 (263)

走向实质解释的刑法学——刑法方法论的发端、发展

与发达 刘艳红 (281)

● 第五编 犯罪论的基本范畴 (297)

导读 (299)

从归因到归责:客观归责理论研究 陈兴良 (302)

“客观的超过要素”概念之提倡 张明楷 (327)

论紧急避险的性质 刘明祥 (340)

刑法中的自我答责 冯 军 (351)

论被害人同意的体系性地位——一个中国语境下

的“德国问题” 车 浩 (367)

共犯与身份 [日]大谷实 (390)

● 第六编 刑罚目的与刑罚理论 (401)

导读 (403)

一般预防的观念转变 陈兴良 (405)

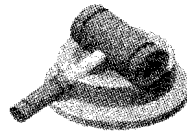
论一般预防的正当性——兼与否定论者

商榷 邱兴隆 (416)

作为目的的一般预防 周少华 (434)

第一编

刑法学的当代走向



刑法学读本

导 读

步入 21 世纪的刑法学有哪些新的动向？特别是处于转型社会和“发展中学术”双重背景下的中国刑法学，下一步应向何处去？对于每一个有志于推进中国刑法学发展的学者来说，这是萦绕心头、挥之不去的学术诘难。作为《刑法学读本》的开篇，这里遴选了不同国籍、不同年龄结构、不同学术背景的学者从不同的角度切入上述问题而给出回答。它们风格迥异、仁智互见，这正是本书选文的标准。在编选这些文章的过程中，编者感受到强烈的时代气息，广大法学理论工作者，对刑法从理论到体系实行变革、创新以适应新时代的呼唤几近成为近 20 年来我国法学界的主调。相信读者也能从阅读中获得同一感受。

陈兴良教授的《刑法知识的去苏俄化》一文，意在从整体上推进刑法学的知识转型。文章指出，在其他部门法学已经摆脱苏联法学影响的情况下，刑法学知识迄今仍然难以从苏俄刑法学的桎梏中解脱。究其根本，是由于在犯罪构成理论——这个最核心的刑法范畴里，一直沿用苏俄的四要件理论。作者认为，四要件理论存在着事实与价值相混淆、结构平面化以及规范判断的缺失等自身不可克服的缺陷，因此必须全面推翻，引入更为合理的德日大陆法系的犯罪论体系。陈兴良教授近年来一直致力于刑法学知识的“破旧迎新”，文中提出的“刑法知识的去苏俄化”的命题，是我国学者第一次从历史和战略的高度通盘清算刑法学的根基，其彻底性和果敢精神，令人振奋。

张明楷教授在《学术之盛需要学派之争》一文中对刑法学派之争的意义给予了充分强调。他认为，提倡学派之争，实际上是提倡一种刑法研究方法；学派之争不只是使刑法之争体系化、持久化，更重要的是促进学术自由和学术繁荣昌盛。我国刑法学在某些具体问题的解释上争论无序或缺乏争论，重要原因是缺乏学派论争。学派的形成、学派论争的次递展开，能够使每一个学者的具体观点与理论根基、基本立场相一致。惟其如此，我国刑法学的繁荣和发展才会有希望。

在《刑法学的西方经验与中国现实》一文中，周光权教授以西方经验为参照系，检讨了中国刑法学的现实。作者认为，法官解释刑法、体系思考与问题思考并重、

学派之争和多元的方法论等都是值得中国刑法学借鉴的西方经验。目前中国刑法学存在着实践反对理论体系亟待创新,主观主义盛行、折中说大行其道等种种问题。为解决这些问题,作者开出了一系列的方子:确立刑法客观主义立场、建构有层次的犯罪论体系、犯罪论的实质化以及加强问题性思考等等。这是作者全面阐述个人刑法学思想的一篇纲领性论文。文章以宏观走向为主线,辅以具体问题相印证,重心虽然在于提出问题而不是解决问题,但作者在每个问题之后仍然给出简略又鲜明的解决方案,全面地阐述了对于刑法学发展的主要观点和对于一些重要争论的个人意见,读者可以从中窥见周光权教授刑法学总论的基本面貌。

劳东燕博士的《公共政策与风险社会的刑法》一文,将刑法作为一种风险控制工具加以考察。文章认为,以往的刑法学研究多立足于规范性的内部视角,但是在风险社会中,有必要重视从公共政策这一外部视角来构造刑法体系。凭借立法拟制、推定等诸多制度技术,刑法规范能够适应变动的现代社会。作为刑法解释的重要工具,公共政策不仅促成目的论解释大行其道,还对构成要件解释具有指导作用。作者提醒,政策导向的刑法蕴含着摧毁自由的巨大危险,有必要借助刑事责任基本原则对风险刑法进行规范与制约,合理处理原则与例外的关系。文章将风险社会和公共政策的宏大叙事与刑法学专业问题的具体分析(如危险犯、过失和奸淫幼女等)结合起来,既有高度亦有精细度,读来令人赏心悦目。

刑法知识的去苏俄化

陈兴良*

我国刑法的知识传统可以追溯到古代的律学,自清末刑法改革引入大陆法系刑法制度以后,律学传统为之中断。尤其是在新文化运动的影响下,作为刑典载体的语言发生了由文言文到白话文的嬗变,由此而使依附于语言的律学知识难以在近代刑法学中发生实际功用。随着大陆法系刑法制度引入而舶来的德日刑法学知识,虽然在20世纪30、40年代曾经一度生成,但在1949年以后因政治原因随着国民党六法全书的废除而遭废黜。20世纪50年代,苏联刑法学知识进入我国,至1960年政治上与苏联交恶,苏联刑法学知识在我国的传播虽然只有短短7~8年时间,但其影响至今仍然深深地侵入我国刑法学知识^①。20世纪80年代以后,我国刑法学知识得以复兴,德日乃至英美的刑法学知识不断引入并日益发生重大影响,结合我国的刑事立法与刑事司法进行的本土化研究也取得了长足的进步,但我国刑法学却始终不能摆脱苏联刑法学的影响,这是令人深思的。实际上,我国的其他部门法学,包括刑事诉讼法学、民商法学,甚至法理学和宪法学一些与政治话语具有直接关联性的法学部门,20世纪50年代也同样是在苏联法学的浸润下发展起来的,但现在这些部门法学中苏联法学的阴影已经荡然无存,惟独刑法学难以从苏联刑法学的桎梏中解脱。原因何在?这是我一直思考的问题。我认为,我国刑法学目前仍然采用苏联刑法学中的犯罪构成理论,而犯罪构成理论是整个刑法学知识的基本架构。因此,如欲摆脱苏联刑法学的束缚,非将目前的犯罪构成理论废弃不用而不能达致。正是在这种情况下,我提出了刑法知识中的去苏俄化这一命题,以此作为我国刑法信条学知识体系形成的起始。

我国刑法学的苏俄化过程始于1950年。其中1950年出版的《苏联刑法总论》(上、下册)^②一书具有标志意义,该书由苏联司法部全苏法学研究所主编,参与写

* 作者为北京大学法学院教授。

① 陈兴良:《转型与变革:刑法学的一种知识论考察》,华东政法学院学报,2006(3)。

② [苏]孟沙金:《苏联刑法总论》,彭仲文译,大东书局,1950。

作的孟沙金教授等人,均是当时苏联刑法学界的权威人物,该书并被苏联高等教育部特准法学研究所与大学法学院采作教本,是当时苏联官方钦定的刑法学教科书。该书向我国首次输入了苏联的犯罪构成理论,指出:每一犯罪构成系由以下四种基本因素形成起来的:①犯罪的客体;②犯罪的客观因素;③犯罪的主体;④犯罪的主观因素。这四种犯罪构成的要件,缺少一种即不能成立犯罪。^① 该书对我国犯罪构成理论产生的深远影响,是难以估量的。可以说,我国目前的犯罪构成理论基本上还是在特拉伊宁的体系框架内思考而未获突破。我国在1957年出版的惟一有影响的刑法教科书,基本上就以苏联刑法学中的犯罪构成为摹本,形成了我国犯罪构成理论的雏形。该刑法教科书的犯罪构成体系由犯罪的客体、犯罪的客观方面、犯罪的主体、犯罪的主观方面构成,并论述了犯罪构成是刑事责任的惟一根据这一苏联刑法学的重要命题。及至反右斗争以后,随着法律虚无主义思想的兴起,犯罪构成一时之间被打入冷宫,成为政治上的禁忌。正如我国学者指出的那样,“犯罪构成”一词不能再提了,犯罪构成各个要件不能再分析了,不准讲犯罪必须是主客观的统一,等等。^② 这一描述是十分真实的。例如中国人民大学法律系刑法教研室在1958年出版的《中华人民共和国刑法是无产阶级专政的工具》一书中,关于怎样认定犯罪的论述,只字不提犯罪构成,而是以“以事实为根据,以法律为准绳”等审判原则和区分两类不同性质的矛盾等政治话语作为主要内容。这种情形,一直持续到1976年,当年12月北京大学法律系刑法教研室编写了一本《刑事政策讲义》(讨论稿),该书虽名为刑事政策讲义,实际上是刑法讲义,其中在正确认定犯罪这一题目中,虽然论及为正确认定犯罪需要着重查明和分析的事实,包括①被告的危害社会的行为;②行为的危害结果;③刑事责任年龄;④犯罪的故意和过失;⑤犯罪的目的和动机;⑥被告人的出身、成分和一贯的政治表现等。这些内容大多属于犯罪构成的要素,但在论述中同样讳言犯罪构成一词,并且强调,在认定犯罪的时候要以阶级斗争为纲,用阶级斗争的观点和阶级分析的方法分析问题,处理问题。^③ 至1979年刑法颁行以后,我国刑法学理论开始复苏,这种复苏实际上也就是苏联刑法学的复活。例如在1979年刑法颁行以后,我国出版的第一本刑法教科书,是中央政法干校编著的刑法总则讲义和刑法分则讲义。以总则讲义为例,其内容和1957年的版本并无实质区分,就犯罪构成理论而言则如出一辙。尤其是1982年出版的刑法统编教材,明确地将犯罪构成界定为我国刑法所规定的、决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件

① [苏]A·H·特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,王作富等译,中国人民大学出版社,1958。

② 杨春洗等:《刑法总论》,北京大学出版社,1981。

③ 参见北京大学法律系刑法教研室:《刑事政策讲义》(讨论稿),1976年12月内部印行,第118页以下。

的总和,并将犯罪构成要件确定为:①犯罪客体;②犯罪客观方面;③犯罪主体;④犯罪主观方面。由于刑法统编教材的权威性,犯罪构成理论由此而定于一尊。

从苏联刑法学中的犯罪构成理论的中国化过程来看,尽管历经波折,并且也逐渐地被本土化,但苏联刑法学的痕迹还是不可抹煞的。我国刑法学的苏俄化,承续的基本上是斯大林时代形成的刑法学说,其政治上与学术上的陈旧性自不待言。即使在苏联解体以后,俄罗斯刑法学中的犯罪构成理论变化也不大。我国学者对苏联犯罪构成理论的反思始于1986年,以何秉松教授发表在《法学研究》1986年第1期上的《建立具有中国特色的犯罪构成新体系》一文为标志,至今已经20年过去了,但苏联犯罪构成体系仍然影响着我国刑法学。对此,维护与维持的观点仍是主流。现在,已经到了不得不作出抉择的时候,否则我国刑法学难以建立规范的知识体系。摆在我们面前的问题仍然是:我国刑法学知识的去苏俄化之必要性何在?

在我看来,我国刑法学知识的去苏俄化之必要性,来自于苏联犯罪构成理论自身的不可克服的缺陷。日本学者曾经指出,评价一个犯罪论体系的标准:一是逻辑性,二是实用性。^①这里的逻辑性,是指犯罪构成体系的自洽性、合理性,因而也是科学性。实用性,也是犯罪构成体系在认定犯罪过程中适用上的便利性。就这两个评价指标而言,逻辑性是第一位的,逻辑性的考量应当优先于实用性。但在我国刑法学界讨论苏联犯罪构成体系的弃留时,却往往将实用性放在优先位置上。例如有学者指出:“犯罪构成理论(指苏联引入的犯罪构成理论——引者注)已植根于司法工作人员的思想中,对这样一个既成的,已被广大理论工作者和司法工作人员接受的犯罪构成理论,有什么理由非要予以否定呢?否定或者随意改变之后,怎么能不给理论界和司法实际部门造成极大的混乱呢?”^②混乱的担忧当然是可以理解的,但对苏联犯罪构成理论不作彻底的清算,则我国刑法学理论将被窒息。对于这一点,只能从苏联犯罪构成理论的逻辑缺陷入手才能得以揭示。

犯罪构成虽然不是刑法上的一个术语,但却是刑法理论的核心概念,直接关系到一种刑法理论的科学性。苏联刑法学中的犯罪构成体系是对大陆法系的犯罪构成体系改造而来,两者之间存在渊源关系,对此苏联学者并不否认。日本学者上野达彦曾经对这一改造过程作过生动的描述。^③在这一改造过程中,存在着政治化与意识形态化的倾向,同时也将大陆法系的递进式的逻辑结构改造成为耦合式的逻辑结构,这对犯罪构成体系的逻辑性造成的伤害是难以弥补的。大陆法系的犯

① [日]大塚仁:《刑法概说·总论》,冯军译,中国人民大学出版社,2003。

② 高铭暄、王作富主编:《新中国刑法的理论与实践》,河北人民出版社,1988。

③ [日]上野达彦:《苏维埃犯罪构成要件理论发展史》,载《国外法学》,1979(5)。

罪论体系,从古典犯罪论体系到新古典的犯罪论体系,再到目的行为论的犯罪论体系,完成了体系化的任务,建立了刑法信条学。在这一体系化过程中,关键不是哪些要素纳入该体系,而是如何确定这些要素之间的关系。对此,德国学者罗克辛在论及犯罪论体系的历史发展时指出:学术性和体系性的工作,明显地不仅限于建立这些初步的基本概念。在很大程度上,这个工作包括了具体确定各类犯罪范畴的条件以及明确它们之间的关系。这一犯罪论体系的构造显然是受到了20世纪初盛行于德国的新康德主义存在与价值二元论思维范式的影响。问题不在于受何种哲学影响,关键在于这一犯罪论体系是否具有逻辑性与实用性。事实表明,这一犯罪论体系是符合认定犯罪的司法逻辑的:首先通过构成要件该当性以解决事实之是否存在的基本前提,然后从客观(违法性)与主观(有责性)这两个方面解决评价问题,两者之间存在逻辑上的位阶关系。正如日本学者所评价的那样:这一体系既符合思考、判断的逻辑性、经济性,又遵循着刑事裁判中犯罪认定的具体过程。但苏联刑法学家的改造,正是从政治上的批判入手的,例如苏联学者在批判贝林格的犯罪论体系时指出:德国学者贝林格,以新康德主义的唯心哲学为基础,发挥了关于犯罪构成的“学说”;根据这种“学说”,即使有犯罪构成,仍不能解决某人是否犯罪的问题。照这种观点看来,犯罪构成只是行为诸事实特征的总和;说明每一犯罪的行为的违法性,乃是犯罪构成范围以外的东西;法律上所规定的一切犯罪构成,都带有纯粹描述的性质,其中并未表现出把行为当作违法行为的这种法律评价。谈到行为的违法性,它好像是属于原则上不同的另一方面,即“当为”的判断方面。法院并不根据法律,而是依自己的裁量来确定行为的违法性。这样,关于某人在实施犯罪中是否有罪的问题,也就由法院裁量解决了。法院可以依自己的裁量来规避法律,如果这样做,是符合剥削者的利益的话。而有责性理论则被苏联学者抨击为是唯心主义的罪过“评价”理论,根据这一理论,当法院认为某人的行为应受谴责时,法院就可以以自己否定的评断,创造出该人在实施犯罪中的罪过。主观唯心主义的罪过评价理论,使得资产阶级的法官们可以任意对所有他们认为危险的人宣布有罪。从中可以看出,苏联学者将价值哲学斥责为唯心主义,并以机械唯物论作为其犯罪构成理论建立的哲学基础。在这种情况下,事实与评价之间的逻辑关系不复存在,一切犯罪成立的要素都塞入构成要件这一概念之中,将大陆法系犯罪论体系中只具有事实性质的构成要件这一要件,提升为犯罪成立要件的总和。但这一犯罪构成体系的根本缺陷在于以下三点:

(1) 事实与价值相混淆。在犯罪认定过程中,事实与价值是存在区分的:事实是评价的前提,因而首先要查明的是事实。这里的事实包括客观上的行为事实与主观上的心理事实。只有在事实的基础之上,才能对这一事实是否违法及有责进

行评价。但苏联的犯罪构成体系,将事实要素与评价要素混为一谈,未作区隔,由此带来的问题是:某一构成要件的性质难辨。例如,犯罪故意,是心理事实要素还是也包含规范评价要素?苏联学者虽然承认“故意的罪过之成立,不仅以该人熟知形成该种犯罪构成的实际情况为前提,而且以熟知该行为之社会危险性为前提。”但由于犯罪故意中不包含非难的意蕴,从而不得不另创一个刑事责任的概念以解决主观上的可谴责性。

(2) 犯罪构成的平面化。大陆法系的犯罪论体系各个犯罪成立条件呈现出递进的逻辑关系:有前者未必有后者,有后者则必有前者。因此,各个犯罪构成要件之间存在明确的位阶关系。司法工作者在进行犯罪认定的时候,必须严格地按照犯罪构成要件之间的位阶关系依次判断。并且,这一判断过程,也是去罪化的过程,为辩护留下了广阔的空间。根据这一犯罪论体系,有罪抑或无罪,结论存在于判断的终点。但在苏联的犯罪构成体系中,各个犯罪构成要件之间的位阶关系是不存在的,其顺序是可以根据不同标准随意分拆组合的。尤其是各个犯罪构成要件是一种耦合的逻辑结构。对于这一犯罪构成体系,日本学者曾经作过以下评论:把犯罪的构成要素区分为客观的东西和主观的东西,当然是可能的,但是,仅仅这样平面地区分犯罪要素,并不能正确地把握犯罪的实体。因此,这一体系有忽视客观的要素和主观的要素各自内在的差异之嫌,而且,这样仅仅平板地对待犯罪的要素,既难以判定犯罪的成立与否,又难以具体地论及所成立的犯罪的轻重^①。这里难以判定的成立与否,应当理解为不符合认定犯罪的司法逻辑。苏联的犯罪构成体系具有对犯罪的分析功能,即在已经认定犯罪的前提下,对这一犯罪的结构进行分析,我们可以将其一分为四。也就是说,一个犯罪是由客体、客观方面、主体和主观方面这四个要件构成的。由此可见,苏联的犯罪构成体系是在犯罪成立这一逻辑前提下对犯罪结构进行分析的理论,更合乎有罪推定的思维习惯。与此相反,大陆法系的犯罪论体系是从无罪到有罪的逻辑推演过程,更合乎无罪推定的思维习惯。

(3) 规范判断的缺失。在苏联的犯罪构成理论中,引入了社会危害性这一概念,并以此成立犯罪构成的本质。例如苏联学者指出:根据苏维埃刑法,犯罪的实质就在于它的社会危害性。每一犯罪永远是而且首先是侵犯社会主义国家利益的危害社会行为。社会危害性是每一犯罪行为的基本内容,这种危害社会性确定了苏维埃法律中所规定的犯罪侵犯行为的阶级政治性质。因此,不应将犯罪构成简单地规定为犯罪诸特征的总和,而应将它规定为:按照苏维埃法律,说明某种侵犯

^① [日]大塚仁:《刑法概说·总论》,冯军译,中国人民大学出版社,2003。

社会主义国家利益的行为社会危害性的诸特征的总和。^① 由于社会危害性是一个非规范或曰超规范的概念,而社会危害性的判断又先于具体犯罪构成要件的判断,因而犯罪构成要件就沦为社会危害性的附属物,即在已经作出社会危害性这一实质判断以后,再去找犯罪构成要件证实这一结论。在这种情况下,犯罪认定过程中规范判断缺失,从而为破坏犯罪构成打开了方便之门。

时至今日,学术与政治之间的区隔已经形成,苏联刑法学中的政治话语已经丧失了其正当性。至于哲学范式,机械唯物论不再具有天然合理性,价值哲学已经能够公正地对待,各种哲学思想只要具有科学性都可以为我所用。在这种情况下,我国与大陆法系刑法学的隔膜已经不复存在。其实,无论是苏联刑法学还是大陆法系刑法学,对于我国来说都是舶来品,因此也不存在本土化的抗拒。既然都是舶来,为什么不引入一个更为合乎逻辑性并且能够发挥认定犯罪的功用性的犯罪构成模式呢?而要做到这一点,前提条件是实现我国刑法知识的去苏俄化。

(原载《政法论坛》2006年第5期)

^① [苏]A·B·哈萨洛夫:《关于犯罪构成概念的问题》,载[A]. 苏维埃刑法论文选译(第1辑),中国人民大学出版社,1955。

学术之盛需要学派之争

张明楷*

2004年9月,日本刑法学家西原春夫先生来北京参加国际刑法学大会,其间惠赠我一本《刑法的根基》。该书的附录是西原先生于1976年4月5日作为早稻田大学法学部长在著名的大隈讲堂对法学部新生演讲的要旨。西原先生在演讲中说道:“三月底也就是数日前,在我们大学的毕业式上,我对法学部的毕业生们讲了以下一听就感到奇异的话:各位,如果法有一张脸的话,那会是一张什么样的脸?这是内容深刻的法哲学问题。”他接着讲到了刑法:

例如,法中有称为刑法的法律,不言而喻,是谁违反了它谁就被科处刑罚的法律。刑罚中有死刑、惩役、罚金等,因此,可以说,刑法是法中最令人害怕的法律。那么,刑法的脸是什么样的脸呢?在刑法的这张脸上,包含着被害人的父母、兄弟的悲伤与愤怒,包含着对犯人的怜悯与体恤,也包含着对犯人将来的期望与祈盼;此外还一定包含着法官在充分理解犯人的犯罪动机的同时又不得不对犯人科处刑罚的泪水。^①

西原先生还希望学生一辈子思考并记住刑法的那张脸。

西原先生与米哈里·玛克凯西表达了几乎相同的意思:刑法本来就涉及对立各方的利益,与之相应,刑法具有各种机能;只有合理发挥刑法的各种机能,才能使对立各方的利益得到保障。所谓要认清刑法这张脸,也就是要明确并合理发挥刑法可能具有的各种机能。

所以,对刑法这张脸的描绘与对“法是什么”的叙述一样,“不可能存在一个权威性的整体或最终的解释,可能总是存在着不同于一种叙述的另一种叙述,总是存

* 作者为清华大学法学院教授。

① [日]西原春夫:《刑法的根底にあるもの》,成文堂,2003年增补版,第197~198页。

在着应予考虑的另一个因素。所有的解释都倾向于强调某些特征而忽略其他特征。”^①另一方面，刑法学说史与刑法适用经验表明，每一位刑法人都不可能将刑法的各种机能等同视之，侧重点稍有不同便引申出一系列差异。国外刑法理论上之所以存在学派之争，一个重要原因便是刑法人对刑法各种机能的认识和重视不同。

刑法人人都知道刑法具有各种机能，也都试图调和各种机能，但是，面对具体生活事实，总是因为各人的价值判断相异而形成不同结论。许多人都有这样的体验：虽然不能反驳他人的观点，甚至认为他人言之有理，却又不愿意表示赞同，其中的一个重要原因是离开了逻辑判断的价值判断在起作用。“与法打交道对于法学家的社会道德方面的感情起着一种令人高尚、令人文雅的作用；各种价值感——他的法建立在这些价值之上——即正义、自由、忠诚和可信，在他身上会特别生机勃勃。因此，一个真正的法学家的直觉裁决，即渊源于他的法律感觉的决定，将会是预先就打上他对法制的种种价值评判的烙印。”^②

法官又何尝不是如此！法律的事实构成本身就是在价值评价的观点下形成的，如果法官没有让在他自己身上非常活跃的价值观念发挥作用，就不可能做出判决。这并不是异常现象。“因为每一个研究者的个人生活命运、他的社会地位以及他的政治地位都自然而然地会一起融入自己的经验里。事实上，毋庸置疑，不仅在困难问题的提出，而且在解释各种具体的文献，尤其是把被探讨的各种事实纳入相互联系和因而对它们做总体把握之时，研究者的个人人格及其受制约性，总是发挥某种作用。”换言之，“在人文科学的领域里，一个研究者提出种种问题与假设，肯定并不独立于他的整个人格，因而也并不独立于他的生活状况、他在社会里的地位。因为认识嵌入到心灵生活的整体中去。”^③

千差万别的价值观是人类文化多样性的一个重要方面，具有千差万别的价值观的刑法人必然对刑法及其适用得出千差万别的结论。这虽然不是异常现象，但却存在法学家、法官以自己的价值观代替法律评价的危险。

刑法应当体现国民意志。刑法人因而必然站在国民的立场上对刑法做出符合国民意志的解释，对案件做出符合国民意志的处理。然而，国民的立场是什么？国民的意志是什么？并非存在清楚明了的答案。因为价值判断属于关系判断，它所指称的是一定事物对一定主体的价值关系。对同一事物或事实可以得出不同的价值判断，而这些判断又可以同真或同假。对于犯罪人判处刑罚这一事实，被害人与一般国民认为“判处刑罚是好事”，犯罪人及其家属则认为“判处刑罚是坏事”。这

① [英]韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，武汉大学出版社，2003，第2页。

② [德]科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社，2003，第220页。

③ 同上书，第84、85、86页。

两个判断都是真的,而且并不矛盾。但是,几乎任何刑法人都会将基于自己的生活状态、社会地位、切身体验等得出的结论,声称为国民意志的反映。对此,除寄希望于刑法人的良心与智慧外,不可避免地要进行价值批判。

刑法应当具有安定性。不仅是制定法本身的安定性,而且是制定法适用的安定性。但是,语言是不准确的,常常包含一些可能被误解的因素;刑法大多使用普通用语,同样不准确和容易产生歧义。刑法用语即使核心意义清楚,但向边缘扩展时则会导致外延模糊;至于如何确定外延,并不能从用语本身找到答案。许多刑法用语本身具有多义性,无法确定应当采用哪一种或哪几种含义。也因如此,“同样的词对不同的人会有不同的含义。”^①如此等等都表明,仅仅通过刑法用语的字面含义并不能揭示出刑法条文的真实含义。所以,即使单纯进行字面解释,也避免不了争论与批判。另一方面,刑法的安定性要求法官对相同案件做出相同处理。事先颁布的成文刑法只是对原则所做的一种极不完善的表述,而法院在其判决中对这些原则的严格遵循更甚于用文字对它们的表达;国民对以成文刑法为依据的活生生的判决的解读,比单纯对成文刑法的解读更加具备有效性。所以,当一个法律问题需要人们做出决定时,有多少法官就有多少解决之道的情况是行不通的。“法律思维的特点就是寻求单一决策。如果有两种可能的结果,大致上,就没有法律决定可言。”^②这必然损害国民的预测可能性,侵害国民的自由。但一定时空的单一决策,绝非事先盲目形成,而是有赖于法学家的研究。虽然将法学家的研究成果作为法律规范的观点已经过时,但在任何国家,法学家的解释结论对刑法的适用都具有举足轻重的意义,“法学家的共同意见具有习惯的力量”(Communis opinio habet vim consuetudinis)。不过,具有千差万别的价值观的法学家,只有通过相互争论和相互批评,才能形成“共同意见”,进而促进刑法的安定性。

刑法理论的争论经过一段时间“达成共识”后,是否就不必再争论、批评了呢?显然不是。从文字的角度来说,“一个词的通常的意义是在逐渐发展的,在事实的不断出现中形成的。因此,当一个看来是属于某一词的意义范围内的事物出现时,它好像就被自然而然地收纳进去了。这个词语的词义会逐渐伸展、逐渐扩张,直到人们根据事物本身的性质将应归入这个词名下的各种事实、各种概念都包含了进去。”^③例如,在刑法制定后才出现的一种具有杀伤力的工具,自然被人们认为是刑法中的“凶器”。再如,“决水”的定义早已形成共识:使受到控制的水的自然力解放出来,制造水患,造成水的泛滥。可是,“决水”一定是制造水患吗?即便如此,“水

① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社,2003,第75页。

② [挪威]斯坦因·拉尔森主编:《社会科学理论与方法》,任晓等译,上海人民出版社,2002,第75页。

③ [法]基佐:《欧洲文明史》,程洪逵、沅芷译,商务印书馆,1998,第7页。

患”一定是指暴雨、山洪或江河泛滥等原因造成的灾害吗？未必！在严重缺水的大都市，使惟一的水库的大堤决口，导致生活在该市的人们无滴水可用，这一行为可否被评价为“决水”呢？所以，“人们可以这样形象地说：概念就像挂衣钩，不同的时代挂上由时代精神所设计的不同的‘时装’。词语的表面含义（挂衣钩）是持久的，但潮流（概念内容）在不断变化。”^①

从刑法的含义来说，成文法的真实含义不只是隐藏在法条文字中，而且同样隐藏在具体的生活事实中。因为“没有意义，没有拟判断之生活事实的‘本质’，是根本无法探求‘法律的意义’的。因此，‘法律的意义’并非固定不变的事物，它系随着生活事实而变化——尽管法律文字始终不变，也就是随着生活本身而变化。”^②换言之，法律的生命不仅在于逻辑，而且在于生活。各国刑法的适用现实也说明了这一点。有的国家刑法制定了近百年，其间无数的学者、法官、检察官、律师都在解释刑法；而且，只要该刑法没有废止，还将继续解释下去。之所以如此，并不是难以寻找立法原意，也不是难以揭示刑法用语的客观含义，而是因为生活事实在不断变化，刑法用语的含义也在不断变化。“一个制定法的解释一定不必永远保持相同。谈论什么某个排他性的正确解释，一个将从这个制定法的一开始到其结束都是正确的含义，这是彻底错误的。”^③所以，“任何一种解释如果试图用最终的、权威性的解释取代基本文本的开放性，都会过早地吞噬文本的生命。”^④再以学派之争为例，日本刑法理论以前是旧派（客观主义）与新派（主观主义）之间的激烈争论，但在新派完全衰退之后，客观主义刑法理论内部出现了法益侵害说、结果无价值论与规范违反说、行为无价值论的激烈争论。可以断定，如果这方面的争论结束了，必然又会产生新的争论。

正因为刑法有多种机能，而且机能之间还相互冲突，正因为刑法的解释不是真理的判断，而是价值或正义的判断，正因为“在法理学中，不存在决定正确解释的逻辑”，对刑法的任何解释都不可能是最终的权威解释，所以，各种解释结论与学术观点都只是一种假设而已。用波普尔的话说：

任何科学的理论都是试探性的、暂时的、猜测的：它们都是试探性的假说，而且永远都是这样的试探性的假说。我们无法确定任何一个理论是不是真理，而我们必须做好准备，有些最为我们偏爱的理论到头来却原来并不真实。我们

① [德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社，2003，第80页。

② [德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司，1999，第89页。

③ 柯勒(Kohler)语，引自[美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆，1998，第51~52页。

④ [英]韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，武汉大学出版社，2003，第555页。

的理论不管目前多么成功,却未必完全真实,它只不过是真理的一种近似,为了找到更好的近似,我们除了对理论进行理性批判以外,别无其他选择。^①

从另一角度说,也因为假设,可能被推翻,学术观点才具有价值。因为“所有的研究都开始于或多或少清晰的理论基点”。“理论本已存在,任务就在于对之进行所可能进行的最具挑战性的验证,即以实际情形验证并期待看到它被证伪。但即使是在最具挑战性的验证之后,我们也无法肯定理论为‘真’,因为在将来会出现新情况,提出可能加以证伪的新的验证。”^②由此看来,“理论的推测一定要‘可能被事实推翻’。不可能被事实推翻的理论,是没有解释能力的,——因为这样的理论不可以被事实证明。假若一个理论的推测被事实推翻,我们只有两个选择:其一是将现有的理论放弃,另创理论;其二是设法附加条件以资挽救,但这样挽救理论需付代价,而代价是不应过大的。今天可能被事实推翻而没有被推翻的理论,明天可能晚节不保——这是科学进步必有的过程。但今天还没有被推翻,在今天也就有其用场。解释现象的用场是衡量理论的最重要准则。理论是不应该以对或错来衡量的。”^③学术观点生来就是供人批评的;具有受批评的价值,也才具有学术价值。

表面上看,人文社会科学常常是由单个人孤立地进行研究。但是,“今天,凡是受过教育的人,没有谁会把近代科学史看作在孤独中做出发现的一系列天才所构成的故事。现在人们普遍承认,科学事业是在科学团体之内、在制度化的背景下发展的。”^④在法学领域,虽然形式上大多表现为孤立个人的研究行为,但这只是因为法律科学需要价值判断,而各人的价值观并不相同,法学观点也无法被实践检验,各人又都主张自己观点的合理性,所以形成了独立研究的表面现象。实际上,法学研究与其他人文社会科学研究一样,并非一种独白的个别行为,而是需要对话与沟通,需要借鉴与批评。社会科学的研究也是群体性的事业,只不过它不像自然科学研究那样,由许多人共同完成一个课题,而是由对话与沟通、借鉴与批评的方式来从事的群体性事业。换言之,学术批评是学术团体共同从事学术研究的方式,是学术团体共同完成学术使命的手段。

学术创新是学者的共同使命,学术繁荣是学者的共同意愿。但任何学者都必须在与现有学说进行对话和批评中进行学术研究与创新。满足于现有答案,不展开学术批评,就意味着现有学术成果没有问题;任何科学都是为了解决问题,如果

① 转引自纪树立:《科学态度与证伪主义——波普尔的一篇〈前言〉以及对它的评价》,《读书》1986年第1期,第12~13页。

② [挪威]斯坦因·拉尔森主编:《社会科学理论与方法》,任晓等译,上海人民出版社,2002,第293、296页。

③ 张五常:《经济解释》选载,《21世纪评论》,2001年6月4日,第22版。

④ [美]刘易斯·科塞:《理念人》,郭方等译,中央编译出版社,2004,第29页。

没有问题,科学就没有存在的必要了。同样,满足于现有答案,就不可能有学术创新与繁荣。“一项归纳或演绎是否公平/合理,是要由专家圈子在一段时间中决定的。在随后一轮中另一群人可能拒绝这个决定,否定检验的有效性。科学就是这么发展的,尽管人们普遍相信演绎和归纳的运作是基于更严格、更正式规则的。”^①所以,学术创新也好、学术繁荣也好,都是学者们在相互批评对方的观点中实现的。既然学术创新是学者的共同使命,学术繁荣是学者的共同意愿,既然学术创新与繁荣依赖学术批评,那么,学术批评便成为学者的一种道义责任、学术责任。

应当承认,刑法学界缺少学术批评、缺乏针锋相对,自说自话、人云亦云的现象还普遍存在。即使面对他人的学术批评,也并不直接回应,而只是重申自己陈旧的理由。也应当看到,刑法学界不能合理对待学术批评的现象也大量存在。当批评者没有提出建设性意见时,被批评者就指责其批评没有意义。对形成这种局面的原因作些剖析,或许有利于我们重新认识学术批评的重要性。

我们所接受的法学教育,是只有通说没有异说的教育;学生上课时只有一本教材,而教材又只写通说。教师与学生都认为通说就是真理,其他观点全为谬误。这种整齐划一“都是一种欺骗的方法。它强加一种蒙昧的符合,侈谈真理;它导致败坏理智才能和想象力,它妄论深邃的洞察力;它破坏了年轻人最可宝贵的禀赋——极其强的想象力,它空言教育。”^②所以,“像绝对的必然性,绝对精确,最终真理等观念都是应当从科学中排除出去的幽灵。相信只有一种真理而且自己掌握着这个真理,这是世界上一切罪恶的最深刻的根源。”^③为了让学生全面了解各种观点,必须将代表不同立场的书指定为必读书;^④为了让学生具有批判精神,持不同观点的学者间应当展开系统的、针锋相对的学术对话。

日本学者大谷实与前田雅英的刑法立场不同,前者是法益侵害说、结果无价值论的代表之一,后者是规范违反说、行为无价值论的代表之一。两位教授就刑法问题进行了长时期的对谈,对谈的内容整理成文后得以出版。在出版物的序言中两位教授指出:

① [挪威]斯坦因·拉尔森主编:《社会科学理论与方法》,任晓等译,上海人民出版社,2002,第304页。

② [美]保罗·法伊尔阿本德:《反对方法》,周昌忠译,上海译文出版社,1992,第22页。

③ [德]M. 玻恩:《我的一生和我的观点》,李宝恒译,商务印书馆,1979,第97页。

④ 2002年春夏两季,笔者在德国波恩大学访问。德国的法学教育属于精英教育,目的就是培养法官、检察官与律师。刑法学这一学科要通过演讲课、讨论课、练习课等不同方式对学生进行训练。演讲课大抵上相当于我们的讲授方式,也不一定考试,但学生们一定会听讲。演讲课并不像我们的课堂这样指定一部教材,笔者在听课时也没有见到学生手中有教材,但学生每次参加演讲课时都会得到一份详细的资料,注明演讲要点、基本内容、学生就各个要点所必须阅读的各种著作(包括判例)的页码。笔者也在波恩大学法学院图书馆目睹了学生按照教授指定的书目阅读各种资料的景象。在讨论课与练习课上,学生们要围绕焦点问题陈述各种不同的学术观点与理由,并发表自己的看法。

刑法学,可谓法律学中学说对立最激烈的领域。因此,为了解刑法解释上的问题点,追随对立学说的‘对话’被认为是最有效的手段。教科书的风格大多是在整理几种对立的学说的问题点的基础上,论述‘自说的妥当性’,仅仅讲述‘自说’的教科书实属例外。但是,由于教科书通常是一位作者在自我感觉良好的情形下将对立学说进行整理、安排的,故作者的论述具有压倒的合理性,看上去就是正确的。但是,在学界拥有市民权的学说,即使被贴上‘少数说’的标签,也有其形成的根据与妥当性。如果各种学说的主张者直接相互进行争论,就不可能像教科书的清晰整理那样终结。学说的实像,只有争论后才能显现出来。这样说并不过分。^①

“学者的传统听众是学者团体。传统知识分子的认同感主要是通过同事给予他的承认和尊重而形成的。”^②当自己的观点受到学者的批评时,人们常常觉得自己没有得到他人的承认与尊重。其实,这是一种误解。对一位学者的学术批评与对该学者的尊重是完全一致的。为什么越是年轻学者越爱批判权威学者?因为他仔细阅读了权威学者的著作;而他之所以这样做,又是因为他尊重权威学者及其观点。如果学者的学术观点得到他人赞成,在某种意义上当然是好事,但从另一角度来说,如果某位学者的学术观点只是得到他人的肯定而不能获得他人的批评,这位学者恐怕就难以有学术进步了。诚所谓千人之诺诺,不如一士之谔谔。所以,“如果有人发现了你的一种错误看法,你应当对此表示感谢;对于批评你的错误想法的人,你也应当表示感谢,因为这会导致改正错误,从而使我们更接近于真理。”^③被批评者的大度,有利于学术批评的展开。

人们习惯于将学术批评与人格批评等同起来,习惯于认为对学者的学术观点的批评就是对学者本人的批评。不可否认,学术界也存在将学术批评与人格批评相混淆的现象。这当然是不合适的,我们提倡的是理性的学术批评。“理性批判并不是针对个人的。它不去批判相信某一理论的个人,它只批判理论本身。我们必须尊重个人以及由个人所创造的观念,即使这些观念错了。如果不去创造观念——新的观念甚至革命性的观念,我们就会永远一事无成。”^④从另一方面说,

① [日]大谷实 vs. 前田雅英:《エキサイティング刑法总论》,有斐阁,1999,前言第1页。类似的对话、笔谈,在日本学界非常普遍。

② [美]刘易斯·科塞:《理念人》,郭方等译,中央编译局出版社,2004,第316页。

③ 转引自纪树立:《科学态度与证伪主义——波普尔的一篇〈前言〉以及对它的评价》,《读书》1986年第1期,第12页。

④ 同上注。

“谦逊，不应是创作者的而是批评家的品质。”^①所以，学术观念的针锋相对并不影响学者间的深厚友谊。众所周知，李嘉图和马尔萨斯的出身、经历相当不同，学术见解明显分歧，他们几乎在每个问题上都有无休止的争论，但他们一道寻求真理，具有深厚的友谊，这种友谊又使得他们在学问上、人格上成为伟人。

有的学者不欢迎批评，可能旨在维持自己的观点，不希望自己的观点被推翻，不愿意修正自己的观点，以免别人说自己左右摇摆。其实，“学问以‘真实’为生命。”“学者的良心是追求真理、阐述真理的良心。”明知自己的学术观点不成立，却依然没有理由地继续维持，恐怕不是一种科学态度。况且，即使改变观点，也不意味着学术失败。耶林从概念法学转向利益法学，并不影响人们对其学术成就的崇高评价；龙勃罗梭、贝林格也都修改过自己的观点，但不影响他们成为新、旧学派的代表人物。如果说中国刑法理论没有争论、没有批评，那是不符合实际的。中国刑法理论中的“某某说”、“某某论”实在不少，但仔细观察就会发现，“某某说”、“某某论”只是就具体问题而言；就理论根基、基本立场来说，并没有中国的“某某说”、“某某论”。另一方面，刑法理论大多只对“热点”、“前沿”问题感兴趣，许多具体问题经过短暂讨论后便无人问津，根本原因也在于缺乏理论根基、基本立场的争论。

关于犯罪构成的要件以及要件的排列顺序，在很大程度上取决于对刑法性质与机能的认识。我国刑法理论对此存在许多争论，但由于大多表现为一种形式逻辑的演绎，没有从刑法的根底进行讨论，因此我们时常可以看到，一方面强调人权保障机能，另一方面提倡从主观到客观认定犯罪的矛盾现象。

偶然防卫应当如何处理？正当防卫是否需要防卫意识？我国的刑法理论只是依照刑法的文字表述进行讨论，没有根据违法性的本质展开研究。人们开口便说正当防卫必须是主客观的统一，可是，为什么不受处罚的行为也必须主客观统一？

刑法理论对犯罪未遂的三个成立条件都有争议，甚至可谓相当激烈。可是，恐怕提出各种主张的刑法人，未必明白自己是采取了客观的未遂犯论立场还是主观的未遂犯论立场，也未必反思了自己是否对其中一个条件采取了主观的未遂犯论立场，而对其他条件采取了客观的未遂犯论立场。

对于中止犯同样存在各种争议。如何理解危险犯的中止问题？如何理解中止的彻底性？如何理解中止行为与结果未发生之间的因果关系？这些都取决于对中止犯减免根据的认识，但我们对此缺乏充分讨论。即使偶尔进行了论述，也总是存在减免根据与中止犯成立条件自相矛盾的现象。

共犯的从属性与独立性问题，直接取决于对共犯的处罚根据的理解，而共犯的

^① [英]肯尼思·麦克利什主编：《人类思想的主要观点》（上），查常平等译，新华出版社，2004，第339～340页。

处罚根据直接与客观主义、主观主义相关联。我国关于教唆犯从属性、独立性与二重性的争论,是否考虑了共犯的处罚根据?提出各种观点的刑法人是否意识到它是客观主义与主观主义的分水岭?这是值得反思的。

近来,刑法学界关于死刑问题讨论激烈,甚至可以说在部分问题上形成了“共识”,如尽可能减少死刑,尽快废除经济犯罪的死刑,等等。可是,主张尽快废除经济犯罪死刑的刑法人与自己的刑罚理论是否协调?做这样的主张是基于报应的原理还是预防的原理?还是基于二者并合的原理?如果从预防的角度出发,便难以得出尽快废除经济犯罪的死刑的结论。^①因为经济犯罪的预防必要性比故意杀人、故意伤害等犯罪的预防必要性大得多。看来,尽快废除经济犯罪死刑的主张是从报应刑论角度得出的结论,可是,提出这种主张的刑法人是否将报应作为刑罚的正当化根据?

人们对量刑颇有微词,但似乎也只是注重表面问题。量刑过重是重刑主义思想的表现,所以要提倡轻刑化;而全国量刑不均衡,所以要提倡电脑量刑。可是,量刑的合理性与刑罚的正当化根据是完全对应的问题,不按照刑罚的正当化根据讨论量刑的合理性就缺乏意义。例如,法官是要判处与客观行为及其实害相适应的报应刑,还是要判处与其人身危险性相适应的预防刑、教育刑?如果说二者都要考虑的话,那么,法官是应当先根据报应刑确定量刑的基准点,然后再考虑预防的需要进行浮动(点的理论)?还是先根据报应刑确定量刑的幅度,然后在该幅度内考虑预防的需要确定宣告刑(幅的理论)?不仅如此,我们对何种性质与类型的结果、情节才可以成为法定刑升格的结果、情节,也缺乏系统研究。

被判处有期徒刑同时宣告缓刑的人,在缓刑考验期满后5年内再犯罪的是否成立累犯?从刑法的文字表述看,这似乎属于不言自明的问题,可多少年来报刊上总是存在不同争论:一种观点认为,只有执行了有期徒刑以上刑罚的人在一定期限内再犯罪才属于累犯,而缓刑考验期满的,刑法规定原判刑罚不再执行,因而并没有执行刑罚,不成立累犯;而另一种观点认为,这种解释太形式化,行为人因故意犯罪被判处缓刑后,在缓刑考验期间的一定时间内再犯新罪,说明其人身危险性严重,当然应以累犯论处。可是,两种观点并没有深究累犯从重处罚的根据。累犯是因为无视前刑的实际体验再次犯罪导致其非难可能性增大而从重处罚,还是因为犯罪的单纯反复而从重处罚?不争论这样的问题,便不可能设定和理解累犯的成立条件。

^① 网民对“尽快废除经济犯罪的死刑”的观点给予了强烈的批评甚至进行辱骂,原因之一是网民认为经济犯罪既普遍又严重,所以从预防的角度出发主张对经济犯罪科处死刑。但是,网民不一定考虑刑罚的本质与功能,不一定思考刑罚的正当化根据。

是什么原因导致我国刑法学只有具体问题的争论,而没有理论根基、基本立场的争论?或许可以列举诸多原因,如我们只是大体了解国外刑法理论中的新派与旧派的轮廓,对刑法的根本问题缺乏深入思考,对国民意识缺乏深刻体认,对自己的国情缺乏深层了解,如此等等。但如后所述,缺乏学派之争可能是一个重要原因。因为缺乏理论根基、基本立场的探讨,甚至我们不知道自己的基本立场是什么,于是不可能、至少不善于使具体结论与基本立场相协调,导致刑法理论多少显得杂乱无章。

刑法理论主张刑法的处罚范围必须适当,这无疑具有妥当性,因为处罚范围的适当性是调和刑法的法益保护机能与自由保障机能的当然结局,是实行民主主义与尊重人权主义的必然要求。刑法的正义性在很大程度上取决于处罚范围的合理性。因此,解释刑法时不可避免要根据普遍的正义观念衡量行为的可罚性,合理运用各种解释方法。处罚的必要性越高,做出扩大解释的可能性与必要性就越大。然而,在现实中,人们在解释刑法时常常不考虑行为的可罚性程度,一概对刑法用语作通常意义的字面解释,甚至在觉得某种行为应受刑罚处罚时也采取限制解释,将值得处罚的行为排除在刑法规制之外。例如,人们认为诉讼诈骗行为具有严重的社会危害性,应当受刑罚处罚,可在解释刑法关于诈骗罪的构成要件时,无故将诈骗罪限定为二者间的诈骗,将三角诈骗进而将诉讼诈骗排除在诈骗罪之外,然后要求修改刑法,增加所谓的诉讼欺诈罪。

刑法理论认为,刑法的目的在于保护法益。既如此,最终起决定作用的是目的论解释。但在现实中,盲目解释刑法条文的现象比比皆是。例如,并不事先探讨刑法第301条第1款聚众淫乱罪与第2款引诱未成年人聚众淫乱罪的保护法益,对两款中的“聚众淫乱”做出相同解释,结局必然是,要么不当扩大了聚众淫乱罪的处罚范围,一概不要求公然性;要么不当缩小了引诱未成年人聚众淫乱罪的处罚范围,一概要求公然性。^①再如,不深入研究刑法第237条强制猥亵、侮辱妇女罪的保护法益,就根据各种字典、词典解释“猥亵”、“侮辱”的含义,导致本罪与刑法第246条侮辱罪相混淆,造成刑罚不公平。

刑法理论公认,刑法的内容必须协调,因为正义理念首先要求公平,要求对所有的人都应用统一的标准,使相同的犯罪得到相同的处理。要使刑法的内容协调,就必须体系性地解释刑法的各个条文,不使刑法条文相互冲突与矛盾。可是,刑法理论上,常常不顾及相关条文的关系与致法条之间不协调,损害刑法的

^① 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社,2004,第336页以下。

公平性。例如,将招摇撞骗解释为包含骗取财物,于是形成不协调局面。^①再如,当刑法表述存在缺陷时,必须进行补正解释或限制解释,以实现刑法的协调,但人们发现表述缺陷时,只是批判刑法而不进行合理解释,结局依然得出不协调的解释结论。^②

刑法理论声称,刑罚必须与犯罪相适应。但是,不顾及条文的法定刑轻重,只按用语的字面含义解释,使较重的行为涵摄在法定刑较轻的罪状中或者相反的现象大量存在。人们主张限制死刑,但面对具体条文时却没有做出限制死刑的解释。例如,人们在解释刑法第50条时,认为只要行为人在死刑缓期执行期间故意犯罪,不管是犯罪预备还是犯罪未遂,也不管故意犯罪是否表明死缓犯人抗拒改造,也不管是否两年考验期限已满,都应当执行死刑。这便使得解释结论与限制死刑的理念不一致。

我们虽然有时在论著中显露自己的基本立场,但由于该基本立场并没有存于心中,只是停留在口头或者书面文字中,或者说没有变成内心深处的想法与观念,所以不能将基本立场贯彻到解释结论中。我们或许立足于某种基本立场,但因为不善于运用各种合理的解释方法,所以不能得出符合基本立场的解释结论;或者由于固守对刑法条文的先前理解,导致解释结论不符合基本立场;或者惯于使用刑法用语封闭化,导致不能根据生活事实的变化做出符合基本立场的解释。更重要的原因可能在于,由于法律解释是一种价值判断,解释者的价值取向总是影响他的解释结论。一方面,价值取向归根到底受主体的社会存在和根本利益决定,因此对一个确定的主体来说,它的价值取向有一定的必然性和一贯性。另一方面,在具体的价值选择中,主体又必然受到自身能力和条件以及客体和环境等诸多因素的制约,因

① 一方面,当行为人冒充国家机关工作人员骗取他人财物,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁时,因为行为人所犯的并非诈骗罪,不能适用刑法第269条,进而出现不公平的现象:采用其他方法骗取财物的可能转化为抢劫,而冒充国家机关工作人员骗取财物的不可能转化为抢劫。另一方面,采取其他方法诈骗公私财物的最高可以判处无期徒刑;而采取冒充国家机关工作人员骗取财物的最高只能判处10年有期徒刑。或许有人认为,在这种情况下,可以认定为想象竞合犯,从一重处罚,或者虽承认法条竞合,但采取重法优于轻法的原则。但首先,如果将招摇撞骗罪解释为包含骗取财物,它与普通诈骗便不是想象竞合,只能是法条竞合。其次,刑法第266条明文规定只能采取特别法条优于普通法条的原则(“本法另有规定的,依照规定”即是此意),如果采取重法优于轻法的原则,则违反刑法第266条。

② 如刑法第124条第1款规定了破坏广播电视、公用电信设施危害公共安全(尚未造成严重后果)与造成严重后果两种情况,而第2款规定的是“过失犯前款罪”的情形。从该条的关系上看,过失破坏广播电视、公用电信设施尚未造成严重后果的也成立犯罪。但如果这样解释,则会导致诸多不协调现象:一是与刑法总则第15条关于过失行为只有造成严重后果才成立犯罪的规定不协调;二是与过失破坏交通工具、交通设施等犯罪相比不协调;三是与故意损坏广播电视、公用电信设施尚未造成严重后果的处罚不协调。因此,应当认为,刑法第124条第2款规定的“过失犯前款罪”仅指过失犯前款中造成严重后果的犯罪。

此,同一主体的具体价值取向又不能不表现出一定的灵活性与偶然性。^①

在笔者看来,不管是缺乏理论根基的争论,还是具体结论与基本立场不一致,都与缺乏学派之争具有直接关系。“任意考察一个学派,总能发现,其中有某种共同的学术思想、学说与方法,它们为该学派所有的科学家所遵循;并且有某个(或几个)科学家被公认为权威——共同的学术大师,作为他们的核心。”^②不仅如此,考察任何一个学派都能发现,必然有不同于他人的理论根基,其具体结论必然与理论根基相一致。想一想新派与旧派的各自理论根基、基本立场与具体结论,就能充分说明这一点。而且,即使两派在某个问题上得出了相同的具体结论,但其理论根基、基本立场也不相同。在某种意义上说,缺乏争论或者争论无序,重要原因在于缺乏学派之争;没有学派,导致没有争论,或者加重了争论的无序状态。所以,我们不仅要就具体问题展开争论、进行学术批评,更要就具体问题背后的理论根基展开争论,并且,争论者要使自己的具体观点与理论根基、基本立场一致。果真如此,学派的形成当为时不远。

学派之争不只是使刑法之争体系化、持久化,更重要的是促进学术自由和学术繁荣昌盛。“学术自由是学术活动得以顺利开展,学术研究得以保持繁荣,学术创新成果得以大量涌现,从而推动社会不断进步的重要前提。”^③“就科学本身而言,学术自由也不是一件理所当然的事情,依靠别人的赏赐或善良愿望是远远不够的。学术自由需要一种结构上的保证,这个保证就是不同学派的存在及其之间的竞争。不同学派的存在,在客观上形成了一个科学理论的‘生存竞争’的环境。竞争的环境无论从认识论的角度还是从社会学、心理学的角度都是有利于科学发展和人才成长的,它迫使科学家们主动地为自己的学说和学派的生存权利而斗争,千方百计地证明和修正自己的学术观点。这种科学上的‘生存竞争’,保证了一种‘自然的’而不是‘指令式’的(人为的或行政的)选择过程的正常运行,科学就在这种自然的选择过程中发展起来了。从这个意义上说,不同学派的存在及其之间的竞争,正是学术自由的最后形式。学术自由为科学发现和科学真理的确认,提供了一种最佳社会条件。”^④

当然,形成学派之争绝不是目的,学派之争只是手段,只是方法。提倡学派之争,实际上是提倡一种刑法研究方法。因为学派具有的整体性、传统性、排他性等特点,使得不同学派必然在学术上展开激烈争论与批评,从而推动学术创新、促进

① 参见李德顺主编:《价值学大辞典》,中国人民大学出版社,1995,第286~287页。

② 刘大椿:《科学活动论·互补方法论》,广西师范大学出版社,2002,第229页。

③ 洪大用:“学术自由与社会责任”,载《人民日报》2004年6月25日,第14版。

④ 刘大椿:《科学活动论·互补方法论》,广西师范大学出版社,2002,第470页。

学术繁荣。显然,并不是有人提倡学派之争,就立即能够展开学派之争。一方面,正是因为没有学派之争才提倡学派之争;另一方面,正是因为学派之争难以展开才提倡学派之争,那些轻而易举之事从来就不需要提倡。

(原载《环球法律评论》2005年第1期)

刑法学的西方经验与中国现实

周光权*

一、问题之所在

我国刑法学在改革开放以后的 20 多年间,经过学界同仁的努力,得到了很好的发展,但其利弊得失仍然需要及时总结,其中有三个问题尤其需要仔细检讨:①新中国刑法学发展之初,以苏联模式为学习样板,并将其作为惟一正确的理论看待,使得我们的理论视野一直较为逼仄。今天,德、日等大陆法系以及英美刑法观点被大量介绍进来。我们如何借助于这些知识资源对现有的刑法学理论进行系统反思?如何确立合理的犯罪论体系,防止自说自话,增加与西方刑法学理论进行对话的可能?②近年来,我国经济高速发展,尤其是逐步进入工业化社会,给个人利益和公共安全带来了极大风险,提出了许多新的刑法问题。有的问题西方国家遇到过,但是其解决方式是否适用于我国,并非没有疑问;有的问题是西方国家也从来没有遇到的全新问题,我们应当如何对待,如何从刑法学理论上对以前缺乏思考的问题加以回应?③我国刑法学从“外观上”看,体系完整,对许多问题有自己的观点,但是,有深度的思考是否很多?是否能够规范地、持续地对某些重要的基础性问题进行反复辩驳?

本文试图尽量回答上述涉及面较广的问题。我的思路是:先总结西方国家刑法理论发展中值得我们学习的经验;再对我国刑法学发展过程中的种种“乱象”进行分析,指出我们可能存在问题的方方面面;最后,提出对我国刑法学理论进行合理化改造的可能路径。

在这里,有三点需要稍加说明:

* 作者为清华大学法学院教授。

第一,本文中的西方经验所涉及的西方,不是严格的地理概念。日本、韩国虽然是东亚国家,但是其犯罪论体系完全以德国理论为模本,所以我也将其作为“观念上”的西方国家看待。本文主要以德日刑法学作为比较研究的基础。

第二,本文旨在理性地表达对现存的我国刑法理论的不满,指出问题的所在。解决问题不是本文的重点。关于我国刑法理论合理化建构的问题,其实需要更多的人在将来共同进行长期的讨论。

第三,提出刑法学的西方经验这个问题,不是说外国刑法学理论就是绝对正确的,强迫我国刑法学屈从于西方的文化霸权和话语霸权。问题的关键在于:我国以苏联刑法学为模本所建构的理论体系的确存在“先天营养不良”、刑法学研究方法比较单一且极不规范、体系性思考只有 20 多年的历史、问题意识明显不强的缺陷。面对西方国家通过 100 多年系统研究所确立的刑法理论,我们须持尊重感,表现出谦虚的态度。

二、刑法学发展的西方经验

(一) 通过法官而非最高法院解释刑法,对于刑法学发展意义重大

在适用刑法处理各种案件过程中,法官个人对含义不明或者理解上有分歧的规定进行解释,可以在充分考虑各种方案的合理性的基础上,从容选择最佳方案,可以确保解释结论和案件之间有直接的关联性,这是法官解释刑法的好处。

法院解释刑法,即通过最高裁判机构制定全国通行的司法解释,貌似满足“统一司法”的目标,但其初衷能否实现,大可质疑。因为:①司法解释既然要统一全国的司法活动,就必然具有抽象性、普遍性,这种解释就具有立法的性质,导致司法权和立法权关系混淆,司法解释随时有冲击罪刑法定原则的可能。②司法解释必然缺乏针对性,仍然需要进一步解释。③司法解释的存在会抑制法官自身探索刑法学真谛的冲动,使得法官的独立裁判显得多余。④司法解释会使理论探讨的价值大打折扣,对于刑法学理论的发展并无好处。

但是,司法解释的结论是惟一的,它也只能考虑最为通常的情况。由此以来,司法解释就只能在否定说和肯定说中选择一种。否定说认为,对于不法给付,法律没有保护的必要,所以一方面委托人已经对委托之物失去了所有权;另一方面,受托人对委托人而言不负返还义务。强制其成为侵占罪的行为主体,破坏了法制的统一性;此外,侵占罪还有破坏委托信任关系的一面,而不法委托人的委托与受托人的收受之间,并不存在一种法律上的委托信任关系。肯定说则认为,交付人虽有

不法行为,对其给付之物纵然未能依法请求返还,但取得持有之受托人并不因此而取得所有权,受托人变占有为所有,自然可以成为本罪的行为主体。所以,对刑法上有无犯罪性的讨论,应当离开民法是否保护这一前提^①。根据肯定说或者否定说制定司法解释,处理侵占不法原因给付物的行为,当然会使案件处理变得比较简单。但是,“一刀切”的解释结论是否绝对化,是否使得刑法解释学在侵占罪上的发展丧失机缘,是一个问题。

外国法院在遇到类似难题时,不会求助于司法解释,而是通过法官对案件的区别处理,来形成有深度的刑法解释。例如,韩国法院对于侵占不法原因给付物的情况,通常根据否定说,判决被告人无罪。但是,例外的情况也是存在的。例如,被告人金某在自己经营的卖淫馆里,和卖淫者曹某约定,被告人领取曹某从嫖客处收到的费用的1/2。但后来金某利用为曹某保管后者收到的270万元之际,不按约定还给曹某135万元,而任意将其作为自己的生活费用,一审法院认为根据韩国民法第746条的规定,给付者存在不法原因,就不能请求返还,被告人就不构成侵占罪,判决其无罪。

但是,二审法院认为:

在受益者的不法性明显大于给付者,而给付者的不法性微弱的时候,如果也不允许给付者请求其利益的返还,则违背公平和诚实信义原则。因此,在这样的时候,应当排除适用《民法》第746条的规定,而允许给付者的返还请求的解释是合理的^②。

法官解释刑法,带来理论与实务互动而非相互排斥。司法上,法官在对疑难案件进行解释以前,必须仔细比较当下最为重要的学者对相关问题的论述,在对理论合理性进行甄别的基础上得出判决结论。所以,我们经常可以看到,对于疑难案件的刑事判决,法官可能在判决书上明确表明自己赞成刑法学上哪一派别的观点,甚至直接引用某位当前最为著名刑法学者的观点,作为支撑判决的理由。刑法学者可以因为理论更多地被司法判决所引用而获得成就感,理论对实务的实际影响力也才能得到具体体现。反过来,在理论上,可以在对同类案件的不同判决结论进行比较的基础上选择合理的问题解决方案,找到批评的样本和素材,由此建构的理论才会是言之有物、有的放矢的。法官和学者由此能够进行沟通和互动,相得益彰。

① [日]山中敬一:《刑法各论》,东京,城文堂,2004。

② [韩]吴昌植编:《韩国侵犯财产罪判例》,清华大学出版社,2004。

（二）体系思考与问题思考并重

在从事学术研究时,对某一学科可能涉及的“问题”进行深入讨论,至关重要。对此,歌德在和埃克曼对话时就提到:“人类生来不是为了解决世界的问题,但是他们可以去寻找问题出在什么地方,然后将其限制在可以被理解的范围之内”^①。刑法学研究如果意欲达到某种高度,就必须对问题进行思考。在思考问题的基础上,才谈得上体系建构的问题。

刑法学发展始终面临双重任务:理论体系的构建和解决具体问题。体系思考和问题思考齐头并进,当然最好。但是,在很多情况下,兼顾二者比较困难,此时就有一个孰轻孰重的问题。

在西方,对问题的思考在前,对体系的思考在后。人们总是习惯于从现实的各种违法、犯罪中总结出一般规律,所以,刑法学各论发展历史悠久。

从刑法学发展史上看,刑法各论远比刑法总论的历史久远。古代刑法并无总论与各论的区分,而只对具体犯罪的构成条件以及处罚标准加以规定,刑法总论自然无立足之地。17世纪意大利刑法学者开始研究帮助犯、教唆犯、未遂、正当防卫、责任能力等问题,刑法总论的思想开始萌芽,经由18世纪德国刑法典、奥地利刑法典的逐渐发展,刑法总论的独立地位才开始确立。1810年法国刑法典对刑法总则做出完整规定后,刑法总论的研究才正式走上正轨^②。

西方刑法学由于规范化研究的时间较长,理论研究“去意识形态化”的任务业已完成,因此,进行体系研究和问题研究的工作都早已走上正轨。通过对现实中出现的各种问题的仔细讨论,来“反哺”刑法学基础理论,根据对问题思考的结论,进行体系建构;在体系建构过程中,进一步思考问题。这一过程,和西方刑法学上先有对具体犯罪的研究,后有犯罪论体系是基本一致的。在问题充分展示,解决问题的各种方案也比较明确的情况下,人们对更为合理的体系的思考才可能顺利进行。在犯罪论体系确立之后,人们才能反过来在更高的层次上重视对问题的思考。

（三）刑法学上的“学派之争”与理论发展

大陆法系刑法学自18世纪以来,就在刑事古典学派与刑事实证学派的旗帜下

^① [德]拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社,2005。

^② 周光权:《刑法讲义各论》,清华大学出版社,2003。