

冯亚东  
作品集  
FENG YADONG  
PORTFOLIO

docsriver.com  
商家联盟书城

冯亚东  
著

# 理性主义与刑法模式

## 犯罪概念研究



作冯  
品亚  
集东

FENG YADONG  
PORTFOLIO

冯亚东  
著

# 理性主义与刑法模式

## 犯罪概念研究



中国政法大学出版社

2019·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（C I P）数据

理性主义与刑法模式：犯罪概念研究/冯亚东著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 11

ISBN 978-7-5620-7907-1

I. ①理… II. ①冯… III. ①刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第277803号

---

- 出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号  
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)  
承 印 北京中科印刷有限公司  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 8.25  
字 数 170 千字  
版 次 2019 年 1 月第 1 版  
印 次 2019 年 1 月第 1 次印刷  
定 价 59.00 元

## 总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟不能发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文革”期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育

的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高，法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以引导。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推动和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

## 自序

我们生活在一个人欲横流、五光十色、变化万千的世界里，我们每个人都身不由己地被卷进这社会的大流而随波逐荡。人间的一面是阳光、友爱和欢笑，而另一面却是黑暗、罪恶和哀号；惟有这两面的同时相随，才是生活的本真，才是最实在的世界。快乐的日子里我们随时准备承受可能降临的苦难。

人类所面临的诸多苦难中最平常、最不幸的莫过于邪恶与犯罪，而这恰恰又是人类自己给自己制造的麻烦。一方面，我们在肉体和心灵上不得不承受来自同类的摧残和折磨，另一方面，我们为压抑它们而无可奈何地耗费宝贵的精力并付出巨大的物质代价。

二十年前，当我作为莘莘学子的一员怀着惶惶然的心情跨进大学校门时，这人间最不幸之事便很快引起了我的兴趣；虽然当时尚不能提升“最不幸之事”的认识，但生活的自然体验总是使法律院校的学子们最先关注这一方面。我在三年级学年论文选题时又选

了刑法题目，从此便与犯罪和刑法结下了不解之缘。大学毕业后被分配至法院经历了四年的刑事法官生涯，以后又到学校专职从事刑法学的教学工作。

多年来，在与实在的犯罪和概念的“犯罪”接触过程中，我逐渐形成一种十分强烈的意识：犯罪概念本身是人类千千万万不轨行为的集合，概念所表征的现象背后折射着人类社会生活的几乎所有场景；其间饱含着人类世世代代的多少痛苦、多少泪水、多少代价（也包括犯罪方），而这些势必还将延伸至无限的未来。但迄今为止我们对犯罪概念中所包含的真理性知识其实还了解得很少很少：一方面，立法上急功近利迎合某些需要而大肆增设新罪名，许多本来无须用“犯罪”去界定的行为也都改由刑法来操心；另一方面，司法中面对潮水般涌来的新型“犯罪”及大量临界点上的行为（犯罪与一般违法行为难以界定）而头疼不已，其裁判为“犯罪”的公正标准究竟在哪里？而学者们面对乱糟糟的局面似感疲于应付，当务的注释工作都难以完成，谁还有暇顾及基本概念的研究呢？

须冷静看到的是：在对犯罪的控制过程之所以出现如此复杂的局面，除了社会生活本身比历史上任何时代都更多样化外，一个很重要的原因却是控制过程中人为的失误。在对犯罪模式、刑法模式乃至整个法律控制模式的设计和运用中非常缺乏基本理论的指导，始终未能搞清“犯罪”在众多危害行为中的特殊意义究竟是什么。

有感于此，笔者开始了对犯罪概念的系统研究。本书的原型为《刑法的哲学与伦理学》一书（出版于1996年12月）。原书在写作时为缩小篇幅，对许多基本概念和专业方面的一般性知识未作阐

述，而直截了当地切入自己的观点及结论。读过该书的一些朋友感到内容太浓缩，希望我以后改写时能做一些解释性的阐述。于是在本书的再创作过程中原打算做点“掺水”的工作，却不料一开始便写成了“平等与自由的悖论”一节，写下来便自感思想又进入了一个新的层面，对原来内容的“掺水”便顿觉无趣，于是只好放弃。原书的内容基本都保持不动，只作了个别修改和一些技术性的调整；增写了第15、20、50、51、57、59小节。看过原书的读者便只看这几节即可，不必再浪费时间。

本书的写作前前后后历经十年之久。原书从1988年10月定题动笔，行文之初是从当时思路比较成熟的犯罪本质方面着手进行的，主要分析犯罪与一般违法行为的“质差”问题，到1988年底便完成了作为本书第二章的主要部分。从1989年开始才又倒过来对最棘手的社会危害性问题进行研究，其间一边教书一边读书一边写书，有时数月甚至数年在纸面上一无所获。由于写作时间跨度太大（第三章中的“刑事法律关系”一节写于1984年以前），故三大章的写作风格甚至一些内容显得并不协调，虽经调整但仍显痕迹：前半部形而上的色彩甚浓，后半部形而下的实证居多；并且不少叙述似乎离题太远，但本人又不忍心割爱。对一个概念进行所谓完整系统的研究似乎应当保持写作风格和内容的某种一致，否则读者很难形成一个统一的印象。但本书终未能达到这一点。

写作中在与朋友们讨论时形成一个想法，即做学问不可等同于做人。中国的知识分子长期以来形成一种传统——将日常生活中做人的行为标准等同于做学问应恪守的标准；做人应虚怀若谷、谦恭谨慎，于是做学问也应四平八稳、不露锋芒。一篇文章洋洋洒洒若



千万字，看完总难得要领。西方的学者们历来有一种自由自在的思辨气质，反映在学问中就是易走极端。但这对读者来说未免不是幸事——阅读时简单明了，批判时痛快淋漓。龙勃罗梭关于天生犯罪人的惊人描述不免激起读者刻骨铭心的反感和思索，而弗洛伊德对“里比多”的过分渲染总让我们使劲联想孩提时代的经历。本书的文风便基于这样的思路形成。我自甘受人讥弹。

陈兴良先生在《刑法哲学》一书中曾谈到应建立刑法理论的“专业槽”问题。我也有些同感。但对“专业槽”我作这样的理解：本来这槽里的草是谁都可以嚼的，也永远吞不完，但达不到这槽的高度你就吃不到；刑法学的理论在这一意义上又是向所有人开放的。我真心地希望与学界同行一起咀嚼和分享这槽里的草。

作 者

1998年3月30日于成都

## 目 录 / Contents

001 总 序

003 自 序

001 导 论

### 第一章

## 社会危害性辨析

---

006 第一节 一个共许前提——社会危害性

006 1. 不同法系中社会危害性的不同表达形式

010 2. 对“前提”的质疑

013 第二节 社会危害性并非行为的固有属性

013 3. 哲学上的“属性”问题

- 015 4. “犯罪”性质的变异现象
- 018 5. 自然的东西既不善也不恶
- 019 6. 误解与重新约定
- 021 第三节 社会危害性在价值判断中才得以显现
- 021 7. 价值判断的范式过程
- 026 8. 能否逾越事实和价值之间的鸿沟
- 031 9. 价值结论的三种基本取向
- 032 第四节 社会危害性的判断主体——社会主义文化群
- 032 10. 不同主体有不同的价值取向
- 034 11. 国家只是形式上的判断主体
- 037 12. 法律之应然根源于国家之应然
- 040 13. 法律的终极效力
- 043 14. 亚文化群与主文化群
- 046 15. “工具论”应当休矣
- 049 16. “死法”的症结之一
- 050 17. “恶法”应否服从
- 053 18. 法律控制与宽容精神
- 062 19. 刑法之罪与道德之恶
- 069 20. 平等与自由的悖论——兼谈自然法
- 081 21. 小节——天国之梦
- 083 第五节 社会危害性的判断标准——“效用原则”
- 083 22. 价值标准基于需要和利益而形成
- 085 23. 需要和利益发源于生活的体验

087	24. 亚文化群的价值标准
088	25. 价值评价中的混乱状态
094	第六节 社会危害性的载体——有罪过的行为
094	26. “载体”问题的困惑
095	27. 评价活动的目的性
096	28. 法律所评价的仅是人的行为
099	29. 走出理论的困境
104	30. 精神生活是连接人类群体的纽带
113	31. 刑法应切中人的意志
116	32. “严格责任原则”是否可行
125	33. 本章小结

## 第二章

### 关于应受刑罚处罚性

---

128	第一节 对犯罪本质的思考
128	34. 犯罪本质问题的提出
129	35. 寻找认识“质差”的突破口
134	36. 质差在于应受的处罚不同
139	37. 在“热水”定性上的启迪
141	38. 治安违法行为——中介状态的两可性
143	39. 犯罪是具有多重本质的事物
146	40. 所谓生产力标准与法律标准的冲突

148	第二节 刑罚和犯罪的先后制约关系
148	41. 刑罚与犯罪谁居于上位
149	42. “自然犯”并非自然的是犯罪
152	43. “法定犯”的界定依据
155	44. 是先有鸡还是先有蛋
159	45. 司法定罪中的逆向思维
161	46. 应罚性不等同于法律后果
165	第三节 刑罚的有效性及其对犯罪外延的影响
165	47. 刑罚应保持自由刑的中心地位
167	48. 罚金刑不应独立适用
169	49. 规定法人犯罪不可行
172	50. 保安处分在刑法中能否有一席之地
177	51. 关于死刑的存废问题
178	52. 刑法规范的威慑效应及规范之灵活运用
181	53. 本章小结

### 第三章

## 关于刑事违法性

---

183	第一节 刑事违法性与犯罪构成
183	54. 形式上的刑事违法性
185	55. 法定犯罪构成的理论化倾向
191	56. 犯罪构成的分解及其要件

197	57. 犯罪认识体系与文化背景
204	58. 类推制度没有必要取消
212	59. 事物性质的模糊性问题
219	第二节 概念刑法学与刑事法律关系
219	60. 刑法学的门类划分
222	61. 刑事法律关系的三大类型及相互间的转化
229	62. “刑法所保护的社会关系”的提法不妥
230	63. 犯罪客体是一种“权利”而非“社会关系”
233	64. 犯罪对象存在于所有的犯罪之中
237	65. 犯罪结果是犯罪对象的转化形态
240	66. 本章小结
243	主要参考书目
249	后 记

## 导 论

概念是人们头脑中存在的一种对事物本质属性的思维形式。概念与客观事物并非同一，当概念较全面地、深刻地反映了事物的本质属性时，它就上升为相对的真理。几个世纪以来，当刑法学逐渐定型而成为一门人文科学学科后，学者们在不同意识形态的支配下，始终不懈地追求着对犯罪现象（客观事物）中所包含的真理的认识。犯罪一词可谓凡人皆知，然而对于究竟什么是犯罪却众说纷纭。

在美国学者昆尼和威尔德曼合著的《新犯罪学》一书中，概括介绍了国外学者们对犯罪概念的多种表述；近年来在我国学者中也出现了对犯罪概念的不同表述，虽未形成有势头的流派之争，但至少存在一些分歧。对在犯罪概念问题上的观点纷争，昆尼和威尔德曼总结为：“人们是基于不同的目的根据不同的社会历史情况来使用各种各样的犯罪概念的。”〔1〕

---

〔1〕〔美〕昆尼、威尔德曼：《新犯罪学》，陈兴良译，中国国际广播出版社1988年版，第2页。

本书并不打算一开始就陷入各种观点的纷争之中，我们只是针对昆尼和威尔德曼的总结提出一个须明确的问题：犯罪概念的确是人们“基于不同的目的根据不同的社会历史情况”而各自规定的，但这段话仅仅在方法论的意义上才是正确的。人们基于不同的研究目的是会形成多元的犯罪概念的。犯罪学家和刑法学家各自的研究目的并不相同，其分别提出的犯罪概念也就会有差异。“犯罪学问题的范围比正式的刑法的犯罪行为概念更广泛：它包括预备犯罪的状况和有偏差的行为。”〔1〕犯罪学家侧重的是对现实生活中发生犯罪的原因及所应采取的防范对策的研究，从这个目的出发，只需要看到犯罪的大致形态即可，并无必要对犯罪行为作出精确的界定。因为犯罪也好，“有偏差的行为”也好，两者在产生机制（原因）上并无太大的差异，并且就社会防范而言对两者都是力求抑制的。而刑法学家则侧重于什么是犯罪以及如何制裁犯罪的研究，从这个目的出发，就需要对什么是犯罪作出严格的规定，以免殃及无辜。就同一研究目的、同一社会历史情况来说，摆在刑法学家们面前的犯罪概念似乎只能包含一个真理，只能作出一元的规定，尽管在语言的表述上总会有差异，但对实质内容的理解却不应该相差太远。

从上述意义中可以看出，犯罪学中的犯罪概念是直接源于生活的——同立法者所创制的刑法规范并无丝丝相扣的联系；而刑法学

---

〔1〕〔德〕孔德·凯塞尔：《犯罪学》，赵可等译，西北政法学院出版社1976年版，第76页。



(规范注释论)中的犯罪概念则是直接源于刑法规范的——“无法无罪”，现代法治国家所确立的罪刑法定原则正是要求如此。虽然刑法中的犯罪终究还是发源于生活中的“犯罪”，但二者绝不等同：前者是成文规范所作出的评价，而后者更多的只是舆论、道德的评价。对理论刑法学来说，重要的任务就是揭示生活中“犯罪”之真谛——尽可能展示其全部内涵并穷尽其外延，使之能被清晰、明确、完整地铸造进刑法典中。

就我国刑法学对犯罪概念问题的研究现状来看，犯罪概念被定义为“危害社会的、触犯刑律的、并应受刑罚处罚的行为”。换言之，犯罪具有三性——社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性。对此定义有些学者曾提出过非议，但似乎并不存在实质内容上的太大分歧，只是就概念的物质外壳——语词的表述如何才更准确、更便于掌握而做文章（比如“危害社会”前面是否应加“严重”一词的争论）。

其实，对所使用的语词我们常常并不能确切地理解而只是大概明白其中的一些含义。生活中人们往往通过一种对语词用法的含糊而笼统的约定系统去进行思想的交流。撇开对犯罪三性的语词表述问题不论，就对其实质内容的理解来看，我国刑法界几十年来始终在一个较低的层次上徘徊，只是对直观现象及现象间的逻辑联系作出一些事实性的描述：社会危害性是组成犯罪行为的诸主客观事实特征的综合反映；刑事违法性是与社会危害性主要方面相对应的条文规范形式，内容与形式的统一即成立犯罪；而应受刑罚处罚性则

只是构成犯罪后所必然伴随的法律后果。这种表象层次的理解，至多不过是做到了与生活中人们直观形成的犯罪观相照应，而对刑事立法和司法来说，它几乎没有提供任何有意义的信息，在对“应受刑罚处罚性”的理解上甚至将人们的认识完全导向了错误的方面（应受刑罚处罚性并非等同于法律后果。本书第二章将作详细论证）。“大量的误解和冲突——从人与人之间到国与国之间——是我们为这种不精确所付出的代价，但我们还能混得过去。然而科学却容不得半点含糊和不精确。概念之定义意为对在什么意义上运用某一特殊用语作出精确的说明。”〔1〕

在理论刑法学的领域内，对犯罪概念究竟应如何着手进行分析？理论的建构既要能够发掘出犯罪概念中所内含的人类生活方式及人际关系的底蕴，又要在学科方法上形成较为完整、科学的理论研究体系，同时也须适当地兼顾人们既成的思维方式和传统学说框架（这对理论的付诸运用大有裨益）。笔者在数年的思索、比较和反反复复的修改之后，最终还是接受了传统理论所构造的犯罪概念三性框架。这种框架对达到上述研究目的似乎是最为方便的。

通过对社会危害性的分析，能够最充分地展示人类社会生活千姿百态、丰富多彩的画面，能够揭示出专属于人类群体的“恶”（社会危害性）的伦理意义，从而奠定刑法以及所有法律共同的立论基石；通过对应受刑罚处罚性的分析，可以精密地将“犯罪”从

---

〔1〕〔美〕艾尔·巴比：《社会研究方法》，李银河编译，四川人民出版社1987年版，第90页。

人类伦理道德秩序和一般违法行为中界定出来，从而在实体意义上为刑法的最有效控制划定边际范围；通过对刑事违法性的分析，能够说明刑法（可视为一种形式或对社会进行控制的技术性措施）同犯罪行为（可视为一种实在的内容或受技术控制的对象）之间的对应性制约关系，从而在控制形式上找出惩罚犯罪的最佳方案，为调整人们现实的社会关系和建立未然的良好生活秩序提供导向性的选择模式。

基于上述思路，本书在宏观结构上仍将按照社会危害性、应受刑罚处罚性和刑事违法性三大板块来建立犯罪概念的理论体系，只是在具体内容的阐述上注入许多新的思想，希图由此而引起一些刑法观念的变革。

## 第一章

# 社会危害性辨析

### 第一节 一个共许前提——社会危害性

犯罪首先可以说是一种危害社会的行为，即具有社会危害性。这几乎是一个人所共知的常识。一名罪犯持刀在大街上杀死一个过路的行人，其直接所造成的是：一个无辜者生命的结束、交通秩序的大乱、警察的围追堵截、市民的惶惶不安、死者亲属朋友们的巨大悲痛。对这一切作一个简单的概括，就是所谓的“社会危害性”。生活的哲学就是这样直观、具体地给人们带来初步的抽象认识。

#### 1. 不同法系中社会危害性的不同表达形式

在社会主义国家的刑法中，对犯罪概念都作了定义性的规定，并十分强调社会危害性这一点，往往辅以较长的文字对其作一些较具体的描述。如原《苏俄刑法典》第7条规定：“凡刑事法律所规

定的侵害苏联的社会制度及其政治体系和经济体系，侵害社会主义所有制，侵害公民的人身权利和自由、政治权利和自由、劳动权利和自由、财产权利和自由及其他权利和自由的危害社会的行为（作为或不作为），以及刑事法律所规定的其他各种侵害社会主义法律秩序的危害社会行为，都认为是犯罪。”我国《刑法》第13条对犯罪概念也作了与《苏俄刑法典》极为相似的规定。此外，东欧各个国家社会主义时期的刑法典都有类似的规定。这些规定都以长短不同的文字对社会危害性作了概括性的描述。由于社会主义国家的刑法学者们在建立刑法学理论体系时偏重于对刑法阶级性的阐述，并且在对刑法的研究过程中主要使用的注释方法也要求在对犯罪概念的表述上尽可能地与刑法规范保持一致，所以社会危害性一般都被认为是犯罪的本质特征而特别加以强调。

在西方大陆法系国家的刑法典中，大都对犯罪概念不作总体上的明文规定（西方刑法中对轻罪重罪的划分并不属于对犯罪概念内涵的规定），只是在刑法分则的罪状中对具体犯罪构成的要件作较细致的描述，而总体上抽象的犯罪概念则留待法学家们去推导。在大陆法系的刑法学理论中，得到最广泛承认的犯罪概念为：“犯罪是符合构成要件的、违法的、有责的行为。”这里完全避开对犯罪的社会危害性的表述问题，而主要是从法律确认犯罪的过程及形式方面去进行概括。这个定义过去被社会主义法学家们斥为“形式定义”，称它没有也不可能揭示犯罪的阶级实质。其实这种驳斥未免武断，站在不同的角度当然只能看到事物的不同侧面。资产阶级

法学家们之所以提出犯罪概念的“形式”定义，应当说是同他们所处历史时代的要求、同他们民族习惯性的思维方式相适应的；而更直接的却是受大陆法系制定法法系方法的制约——严格限定只能以法定的要件形式去判断行为（具体表现为倡导和奉行“无法无罪、无法无刑”的罪刑法定原则）。从他们所采的视角来看，社会危害性似乎只是一种常人情理上都能理解和接受的简单知识，在刑法对社会生活进行规范和控制的高层次内没有必要再提出这个不言自明的问题。他们的思维定点一开始就放在较高的规范层次上，并由此而建构及展开全部犯罪认识论的体系；在研究方法上遵循由个别到一般的原则，从对法律规定的具体犯罪构成的研究中抽象出一般意义的犯罪构成，在此基础上进一步形成对犯罪概念的认识。

在大陆法系的犯罪认识论体系中，是以规范化的、作事实性描述的犯罪构成要件为出发点的，由此而逐层次地深入阐明行为的违法性（社会对具体行为的评价和反应）和有责性（个人承担刑事责任的能力和具体状况）及其三个层次相互之间的制约关系，而关系的总和就是犯罪（或称犯罪概念）。这种思路，从刑法规范注释论的角度来看，不仅较清晰地反映了犯罪概念的外部规范结构及内部价值蕴涵，而且也与采制定法法系的国家刑事审判中的定罪判断过程相一致。正如日本学者小野清一郎所述：“然而不管怎么说，以客观的、记叙性的构成要件概念为基本，首先把握住符合构成要件的行为，进而再去考虑它的违法性和责任。这种思考过程，与现代刑事审判中的审理过程是一致的，是反映了构成要件理论的实践

品格的。”〔1〕在这里，社会危害性的有无及大小首先并不由法官根据自己的价值观念和专业水准去判定，而是转化为规范性的构成要件由法官去同具体案件的行为事实相对照。这种思维方式和审理过程，至少对于切实贯彻罪刑法定原则、防止法官擅断具有极为重要的意义。

在英美法系国家，刑法的渊源（表现形式）显得十分复杂，各种不同效力的制定法同与其并行的判例法搅和在一起，故在法律的实际运用中更缺乏统一的规范化的犯罪概念。在法学理论上，英美国家的法学家们由于深受普通法观念的影响，而普通法又直接源于世俗生活得以形成和发展，再加之其诉讼程序上更贯彻民主精神而较完整地建立起一套能直接反映社区世俗价值观念的陪审团制度，故他们在对犯罪概念的理解上也就更贴近于生活而不同于大陆法系贴近于高层次的规范控制过程。既是贴近生活，而生活中人们对犯罪行为最初步的抽象认识就是其具有“社会危害性”，故在对犯罪概念的抽象提取过程中这一点似乎就自然成为立论的基点。

在英美法系著名的刑法学著作《肯尼刑法原理》一书中，特纳博士对犯罪概念概括了三大特征，其中第一大特征就是“犯罪是由人的行为引起的而为国家主权所希望阻止的一种危害”。〔2〕将这段话同我国刑法界对犯罪概念第一特征的表述相比较，两者虽使用不

---

〔1〕〔日〕小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第13页。

〔2〕〔英〕特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆等译，华夏出版社1989年版，第4~5页。

同的语词，但在所表达的“危害”意义方面却并无实质性的差别（撇开政治或阶级的差别不论）。东西方法律文化尽管差异甚大，但在基本的方面却仍有相通之处。

## 2. 对“前提”的质疑

犯罪是具有社会危害性的行为，这一点至少在简单抽象的层次上是成立的，尽管语词的表述五花八门，但基本的“危害社会”的意义却难以否定。就再行深入地研究犯罪概念来说，这似乎成为一个不同法系、不同学说都能接受的共许前提。但是，深入研究的关键并不在于承认这一前提，而恰恰在于将“前提”置后，充其量我们也只能将其视为次要的低一层次（注释论的层次）问题中的前提。对理论刑法学来说，“犯罪是具有社会危害性的行为”这一命题应该是在经过大量周密论证后才可以得出的结论。

“什么东西具有社会危害性”与“社会危害性本身是什么”是两个不同的命题，只要我们稍加注意，其区别是十分明显的，犹如我们提出“什么东西具有三维空间”和“三维空间是什么”的问题一样。显然上述两例中对前一问题的准确回答完全有赖于对后一问题的理解——我们只有首先搞清楚社会危害性本身是指什么，才有可能恰如其分地将其归属于某种东西（犯罪或其他事物）。

但“令人吃惊的是，很少有法哲学家对行为被判定为犯罪以前所必须具备的条件提出过详细见解。评论家们对这一问题要么避而不谈，要么用陈词滥调来敷衍搪塞，或者不得不承认问题难以回



答。由于解决这一问题没有可行性的理论，因此，刑法实践便步履艰难”。〔1〕

近些年来我国刑法界时常被一些具体案件所困扰，诸如安乐死、同性恋、经济领域中的一些越轨事件等行为，其是否具有社会危害性？是否构成犯罪？理应界限分明（这关系到行为人的命运）的东西事实上却根本没有任何界限和标准，寻求罪与非罪结论的讨论往往变成一场见仁见智、各有其理的了结了结的争吵（当然司法部门最终只能是不理会这些争吵而自行其是）。而之所以产生这种令人困惑的局面，一个极重要的原因就在于讨论各方都缺乏对“社会危害性”本身是什么的划一的认识。

生活中人们往往形成一种习惯性的思维定式，总是不自觉地凭借一些似乎是约定俗成、天经地义甚至只是一些模模糊糊的“公理”去直截了当地回答问题，并不去注意问题中所包含的更深层次的问题。而事实上所谓约定俗成的“公理”却十分缺乏共同约定的理解，由此也就导致在问题的结论上产生许多无谓的分歧。我们提出“当今世界是否处于和平之中”的问题，人们往往只是根据自己的见识就很快简单地给出“是”“基本上是”“不是”等不同的结论，可很少有人会认真地先对“和平本身是指什么”的问题进行推敲和约定——寻求“和平”的若干具体标准。而一旦我们能对后一问题求得共同的理解，前一问题的分歧自然也就烟消云散了。

---

〔1〕〔美〕胡萨克：《刑法哲学》，谢望原等译，中国人民公安大学出版社1994年版，第219页。

不幸的是，这种思维方法也被带进了刑法理论的研究之中，社会危害性成为不证自明、不言而喻的公理，一切推论（不同法系的各种学说）都或深或浅、或明或暗地由此而开始。但是，问题的症结并不在于“犯罪具有社会危害性”这一简单的仅凭情理就能把握的常识，而在于将这种提法进一步深化——社会危害性本身是指什么？由此再引申出一些具体的问题：社会危害性是犯罪的一种固有属性还是立法者人为的设定？是一种人们对特定事实所内含的真理的判断还是一种对事实所引起的社会价值的评价，抑或二者的综合？搞清楚上述问题，对科学地认识犯罪概念无疑具有十分重要的意义，尤其对刑事立法确定犯罪模式更具非常现实的指导作用。

我们今天正处于一种大变革的时期，过去的许多行为其传统意义正在蜕变或消失，与此相随不知不觉中行为又被涂抹上新时代的若干色彩，一些过去见所未见、闻所未闻的光怪陆离的新事物也四处滋生，其性质和意义时时令我们感觉莫名其妙。而我们手中操宰着生杀予夺的大权，我们经常被迫对这些莫名其妙的东西行使权力，财产、自由乃至生命是我们要求行为人为其行为所付出的代价。我们不仅要扪心自问，许许多多性质模糊、结论两可甚至多可的案件经过专家学者们许许多多的争论仍无法求取共识，我们又是凭什么一锤定音而对之生杀予夺呢？细细想来良心上会不寒而栗！

当今西方发达国家刑法的若干发展动态深深地触动着我们：“非犯罪化”（缩小犯罪的外延）和“非刑罚化”（采用传统刑罚方法以外的其他制裁方法）的运动可行吗？罚金刑大规模地取代自由

刑（轻刑化的主要内容）的做法合理吗？“法人犯罪”值得肯定吗？“严格责任原则”（对造成实害而并无罪过的行为同样可以追究刑事责任）是否是快节奏的工业社会的必然选择？“保安处分”在刑法中能有一席之地吗？少用死刑甚至废除死刑的做法可取吗？这些既是重大的理论课题，更是迫切需要解决的现实矛盾。问题的抉择方案关系到将刑法导向何方——一定意义上关系到将我们的社会导向何方。对此，严肃的刑法学者们不能总是停留在既定规范的分析和对直观现象的描述上，而应当深入到犯罪概念的内部——从对社会危害性深邃内涵的掌握上入手，去寻求一系列纷争问题的答案。

## 第二节 社会危害性并非行为的固有属性

我国法学界在刑法和其他部门法的领域内，都广泛地使用着“社会危害性”这一术语，其具体的含义是什么，人们往往循名以责实，无非是指行为本身所具有的一种对社会产生消极作用的属性。这种理解，从泛泛的意义上看并无不当。但我们如果精细地进行分析，就会发现这里面隐含着一些长期被人们误解的问题。

### 3. 哲学上的“属性”问题

将社会危害性理解为是犯罪或其他危害行为的一种属性，与哲学上对“属性”的一般意义的理解并非一致。在哲学上，属性是指

事物自身固有的、天然的、不以认识主体意志为转移的一种内在规定性；人们只能认识并利用事物的属性而不能随意规定或改变它；如果要对属性加以改变，一事物也就不成其为原来意义的事物了。按此理解，行为这一客观事物的属性主要有以下几点：①是自然人的一定动作，表现为身体肌肉的收缩或静止；<sup>〔1〕</sup>②受行为人的意识和意志支配；③对其所依存的时空环境总会产生一定的自然作用力。上述三点就是行为的固有属性，它们在任何社会形态下都不会发生改变，并且不管人们是否能认识它们，三者都客观存在。以此为标准来衡量社会危害性，它就并非任何行为的固有属性。

社会危害性的基本意义在于危害了社会的利益。就这一含义来看，它只是一定的社会利益集团对妨害自己生存秩序的行为的一种感受和评价，而行为之所以会妨害一定的生存秩序，又与行为的第三点属性直接关联。社会危害性以行为的存在为前提，因行为的属性而发生，但却并不意味着可以是孤立的行为本身所包含的现实，它只是反映着与行为主体相对立的社会主体的客观利益现实。行为是否危害社会、行为的诸多属性中哪一点或哪一方面危害了社会，是由具体的、现实的社会利益所决定的。

我们以长途贩运行为为例。该行为的属性在一般意义的行为属性基础上具体表现为三点：①是人将特定的货物从甲地运往乙地并

---

〔1〕 人类生理学上将行为仅理解为肌肉之收缩（作为），而法律上的行为还可以包括无肌肉收缩的不作为。当然，不作为并不等同于肌肉的静止，但一些情况下可以呈现为该状态。

加以出售的动作；②该动作是在行为人自觉意志支配下进行的；③对甲地和乙地的物质环境会直接产生一定的自然作用力。当然，这里每一点属性都还可以分解为一些更具体的方面，但核心的也就是这三点。也许人们会提出质疑：这第三点属性在具体的案件、具体的历史情况下不就可以理解为社会危害性吗？的确如此，有这层意思！但应注意这里已经对行为的属性附加了条件，条件就是“具体的历史情况”，即具体的社会利益。离开了这一条件，我们则只能看到行为的固有属性而无从认识行为的社会意义。

虽然任何行为都只能是具体的、历史的、社会的行为，对任何行为全部意义的认识都不能撇开特定的社会利益现实，但毕竟行为的固有属性同行为所依附的社会利益现实并不属于同一的范畴，正如哲学意义上主体的活动离不开活动的对象，而活动的对象与主体的活动则不能等同一样。正因为这一点，尽管长途贩运行为的固有属性始终没有改变，而过去在严格的计划经济体制下人们根据自己的利益要求却对之作出具有社会危害性的判断，但今天在市场经济的体制下人们又根据自己新的利益要求而对之作出具有社会有利性的评价。可见，社会危害性并非行为本身的一种固有属性。

#### 4. “犯罪”性质的变异现象

法国学者布律尔就此指出：“人的任何一个行为，本身都无所谓无辜或有罪。在我们看来最为可憎的犯罪行为，如杀害父母罪，

在某些社会群体里是允许的；而另一些在某些原始群体中受到严厉惩罚的犯罪行为，如违反某些宗教迷信的禁忌，在我们看来却是无所谓的。”〔1〕布律尔的这段话虽然只是道述了一些鲜为人知的现象，但其中所包含的道理却实在值得深思。

1986年法国进行了修改刑法的工作。刑法改革的重要内容就是要取消那些在法国社会的现实生活中早已不被人们视为犯罪行为的刑法规定，如亵渎圣物罪、通奸罪、妨碍公共风化罪、行乞罪、流浪罪、堕胎罪等等。法国司法部长巴丹泰在解释这项改革时说：这些古老的罪行是19世纪的象征，目前风俗的进化已使之变得毫无意义。拿妨碍公共风化罪来说，现在法国的海滩上到处可见到裸体浴场，民众已习之为常、熟视无睹，所以何必要由刑法来操心呢？〔2〕巴丹泰的这段话对我们理解“犯罪”乃至社会危害性的变异规律颇有启发。就这些被取消的犯罪来说，它们的固有属性几乎没有任何变化，而在外观形式上较之于过去甚至还有过之而无不及。之所以不再认为它们是犯罪，其根本的决定性因素并不在于行为自身的属性是什么以及是否发生变化，而在于“民众已习之为常、熟视无睹”；当这些行为的属性与20世纪80年代法国人的现实利益相联系时，人们已感到完全无所谓了，甚至还投以赞许的眼光，“所以何必要由刑法来操心呢”！

---

〔1〕〔法〕亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社1987年版，第29页。

〔2〕参见《现代世界警察》1986年第6期。